

การกำหนดความรับผิดชอบเพื่อคุ้มครองผู้เยาว์จากความเสี่ยงในการกระทำผิดของบุคคลอื่น



วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต

สาขาวิชานิติศาสตร์ ไม่สังกัดภาควิชา/เทียบเท่า

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ปีการศึกษา 2562

ลิขสิทธิ์ของจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

The Criminalization of the Offense to Protect Minors from Risk of Third Party's Abuse



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 2019

Copyright of Chulalongkorn University

หัวข้อวิทยานิพนธ์	การกำหนดความรับผิดชอบเพื่อคุ้มครองผู้เยาว์จากความ
	เสี่ยงในการกระทำผิดของบุคคลอื่น
โดย	น.ส.วรกัญญา เอกมฤคเณทร์
สาขาวิชา	นิติศาสตร์
อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก	อาจารย์ ดร.ณัชพล จิตติรัตน์

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย อนุมัติให้รับวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เป็นส่วนหนึ่งของ
การศึกษาตามหลักสูตรปริญญาวิทยาศาสตรมหาบัณฑิต

.....	คณบดีคณะนิติศาสตร์
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ปาริณา ศรีวินิชย์)	
คณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์	
.....	ประธานกรรมการ
(ศาสตราจารย์ ดร.ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ)	
.....	อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก
(อาจารย์ ดร.ณัชพล จิตติรัตน์)	
.....	กรรมการ
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ปาริณา ศรีวินิชย์)	

CHULALONGKORN UNIVERSITY

วรภัฏญา เอกมฤคเณทร์ : การกำหนดความรับผิดชอบเพื่อคุ้มครองผู้เยาว์จากความเสี่ยงในการกระทำผิดของบุคคลอื่น. (The Criminalization of the Offense to Protect Minors from Risk of Third Party's Abuse) อ.ที่ปรึกษาหลัก : อ. ดร.ณัฏพล จิตติรัตน์

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษาการกำหนดความรับผิดชอบสองประเภท อันได้แก่ บุคคลผู้ใกล้ชิดกับเด็กหรือผู้เยาว์ และ บุคคลผู้มีอำนาจในองค์กรซึ่งดำเนินกิจกรรมเกี่ยวข้องกับเด็กหรือผู้เยาว์ ในกรณีที่บุคคลดังกล่าวนั้นรับรู้ถึงความเสี่ยงกรณีมีความเป็นไปได้อย่างมากที่เด็กหรือผู้เยาว์นั้นอาจจะตกเป็น ผู้เสียหายจากการกระทำผิดของบุคคลอื่น รวมทั้งศึกษาแนวคิดและเนื้อหาของมาตรการทางกฎหมายของ ต่างประเทศ อันได้แก่ สหรัฐอเมริกา มลรัฐแคลิฟอร์เนีย นิวยอร์ก ประเทศนิวซีแลนด์ เครือรัฐออสเตรเลีย รัฐวิกตอเรีย และรัฐนิวเซาท์เวลส์ เพื่อวิเคราะห์เปรียบเทียบและเสนอแนวทางแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายต่อไป

จากการศึกษาพบว่าบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดหน้าที่ในการที่บุคคลใดจะต้องกระทำเพื่อ ปกป้องเด็กหรือผู้เยาว์จากความเสี่ยงที่จะเกิดอันตรายตามกฎหมายไทยนั้นปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายอาญา 2 มาตรา คือ ความผิดฐานทอดทิ้งเด็กตามมาตรา 306 และความผิดฐานทอดทิ้งผู้ซึ่งพึ่งพาตนเองไม่ได้ตามมาตรา 307 แต่อย่างไรก็ตามทั้งสองมาตรานี้ใช้บังคับเพื่อคุ้มครองความเสี่ยงที่น่าจะเป็นอันตรายจากการกระทำที่เป็น การทอดทิ้งเท่านั้น เช่นนี้จึงไม่อาจปรับใช้กับกรณีที่เด็กหรือผู้เยาว์มีความเสี่ยงในการที่จะตกเป็นผู้เสียหายจาก การกระทำผิดในลักษณะอื่นได้ และในขั้นตอนที่เพียงแต่รับรู้ว่ามีความเสี่ยงเช่นนั้นหากบุคคลทั้งสองประเภทที่ ได้กล่าวไปละเลยไม่ดำเนินการใดๆให้เหมาะสมเพื่อกำจัดความเสี่ยงให้พ้นไปจากตัวเด็กหรือผู้เยาว์ เช่นนี้บุคคล ดังกล่าวไม่มีความรับผิดชอบทั้งตามประมวลกฎหมายอาญาและพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ.2546 ซึ่งในกรณี เดียวกันนี้เองตามกฎหมายของต่างประเทศได้มีการบัญญัติความรับผิดแก่บุคคลทั้งสองประเภทไว้โดยเฉพาะ โดย ไม่ใช่แค่การคุ้มครองเด็กจากความเสี่ยงอันเกิดจากการทอดทิ้งเด็กเพียงอย่างเดียวเหมือนมาตรา 306 และ307 เท่านั้น แต่เป็นการคุ้มครองความเสี่ยงที่อาจจะเกิดการกระทำผิดต่อเด็กโดยบุคคลอื่นด้วย ดังนั้นผู้เขียนจึง เสนอให้ประเทศไทยมีการกำหนดมาตรการทางกฎหมายดังกล่าวเพื่อคุ้มครองเด็กจากความเสี่ยงที่จะตกเป็น ผู้เสียหายจากการกระทำผิดของบุคคลอื่นเพื่อเป็นการคุ้มครองเด็กต่อไป

สาขาวิชา นิติศาสตร์

ปีการศึกษา 2562

ลายมือชื่อนิสิต

ลายมือชื่อ อ.ที่ปรึกษาหลัก

6186062934 : MAJOR LAWS

KEYWORD: risk, child, minors, protect, failure

Warakanya Akemarukean : The Criminalization of the Offense to Protect Minors from Risk of Third Party's Abuse. Advisor: NATCHAPOL JITTIRAT, Ph.D.

This thesis aims to study the criminalization of two types of persons: persons closed to children and authorized persons in organizations engaged in child-related work. Where the person is perceived to be at high risk that the child is the victim of another person's misconduct. If these two types of people negligently fail to reduce or remove that risk from a child, what are the legal consequences of Thailand? and also studies the concept of the legal measures in foreign countries to compare, and propose appropriate legal measures for Thailand.

The study shows that there are two sections in the Thailand Penal Code relating to the determination of the duty to protect children from risks before the danger occurs. The neglect of a child under Section 306 and Section 307, however, both sections apply only to the case of neglect. Therefore, it may not apply to cases where a child is at risk of becoming a victim of other crimes. According to Thai law, although such persons are aware of the risk of harm to children and did not take action to protect the child, there is no criminal liability for negligence at this stage. While the foreign law including California, New York, and New Zealand There is a law that creates the liability for persons closed to children. In addition, the Commonwealth of Australia, Victoria, and NSW has the same liability to persons in authority in the organization, in prosecutions under this offense are not necessary to prove that an offense has been committed. Therefore, recommends that Thailand enact legal measures for protecting child and minors from the risk of third party's abuse

Field of Study: Laws

Student's Signature

Academic Year: 2019

Advisor's Signature

กิตติกรรมประกาศ

ข้าพเจ้าขอขอบพระคุณท่านศาสตราจารย์ ดร.ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ ที่ได้ให้ความกรุณารับเป็นประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ และท่านผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ปาริณา ศรีวินิชย์ ที่กรุณารับเป็นกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ให้แก่ข้าพเจ้า อาจารย์ทั้งสองท่านได้ให้ความรู้ แนวคิด มุมมองในการทำวิทยานิพนธ์แก่ข้าพเจ้า ตลอดทั้งได้กรุณาสละเวลาเพื่อให้คำปรึกษา คำแนะนำ ทั้งให้กำลังใจในการแก้ไขข้อบกพร่องที่ปรากฏในการทำวิทยานิพนธ์แก่ข้าพเจ้าอยู่หลายครั้ง ทำให้วิทยานิพนธ์เล่มนี้มีเนื้อหาที่ครบถ้วนสมบูรณ์มากยิ่งขึ้น ข้าพเจ้าทราบบ้างในความกรุณาของท่านอาจารย์ทั้งสองเป็นอย่างสูง

และข้าพเจ้าขอขอบพระคุณท่านอาจารย์ ดร.ณัชพล จิตติรัตน์ ที่กรุณารับเป็นที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ให้ข้าพเจ้า ท่านอาจารย์ได้กรุณาสละเวลาให้ความรู้ ให้คำแนะนำ ตลอดจนให้กำลังใจในการศึกษาและการทำวิทยานิพนธ์ของข้าพเจ้าเสมอมาตั้งแต่ในช่วงแรกที่ข้าพเจ้ายังไม่ได้ศึกษาหัวข้อนี้ ทั้งยังกรุณาสละเวลาตรวจทานและแก้ไขเพิ่มเติมวิทยานิพนธ์ พร้อมทั้งให้ความช่วยเหลือในการชักซ้อมเพื่อเตรียมตัวในการสอบวิทยานิพนธ์ให้กับข้าพเจ้าหลายครั้ง ข้าพเจ้าประทับใจและซาบซึ้งในความเมตตากรุณาของท่านอาจารย์เป็นอย่างยิ่ง

นอกจากนี้บุคคลที่ทำให้ข้าพเจ้ามีวันนี้และเป็นส่วนสำคัญที่ทำให้ข้าพเจ้าสำเร็จการศึกษาทั้งในครั้งนี้และที่แล้วมาได้ ข้าพเจ้าขอขอบพระคุณครอบครัวที่รักของข้าพเจ้าโดยเฉพาะอย่างยิ่งพันตำรวจโทรัฐพลสิษฐ์ และนางศุภากร เอกมฤเคนทร์ ผู้ซึ่งเป็นบิดามารดาที่เคารพรัก ที่ได้ส่งเสริม สนับสนุน เป็นพลังและเป็นกำลังใจให้แก่ข้าพเจ้าเสมอมา และขอขอบใจเด็กหญิงนงนภัส น้องสาวของข้าพเจ้าที่คอยทำให้ข้าพเจ้าหัวเราะได้แม้ในเวลาที่ยากลำบาก

ในท้ายที่สุดนี้ข้าพเจ้าขอขอบคุณกัลยาณมิตรที่ดีของข้าพเจ้าทุกท่าน ที่คอยช่วยเหลือและให้กำลังใจข้าพเจ้าตลอดการศึกษาปริญญาโท ปริญญาตรี และการทำวิทยานิพนธ์เล่มนี้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งพี่ตินา พี่เอ๋ พี่ตีตี้ เมย์ มิว น้องเบอร์ดี้ น้ำฝน สุกุ และท่านอื่นๆที่ข้าพเจ้าไม่ได้กล่าวถึง หากขาดท่านคนใดคนหนึ่งไปข้าพเจ้าย่อมไม่อาจทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ได้อย่างเสร็จสมบูรณ์ได้

ผู้เขียนหวังเป็นอย่างยิ่งว่าวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะเป็นประโยชน์แก่สังคมและวงการกฎหมายต่อไปไม่ทางใดก็ทางหนึ่ง หากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีคุณประโยชน์ประการใด ผู้เขียนขอขอบคุณที่นั่นให้แก่บุคคลทุกท่านที่กล่าวมาทั้งหมดนี้ แต่อย่างไรก็ตามหากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีข้อผิดพลาดประการใดแล้ว ผู้เขียนต้องขออภัยมา ณ ที่นี้ และขออน้อมรับเอาไว้แต่เพียงผู้เดียว

วรกัญญา เอกมฤเคนทร์

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย.....	ค
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ	ง
กิตติกรรมประกาศ	จ
สารบัญ.....	ฉ
สารบัญตาราง.....	ญ
บทที่ 1.....	1
บทนำ.....	1
1.1 ที่มาและความสำคัญของปัญหา.....	1
1.2 สมมติฐาน	7
1.3 วัตถุประสงค์ของการศึกษา.....	8
1.4 ขอบเขตของการศึกษา.....	8
1.5 วิธีดำเนินการศึกษา.....	9
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ.....	9
1.7 โครงสร้างของวิทยานิพนธ์	10
บทที่ 2.....	12
แนวคิด ทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดความรับผิดชอบกรณีความบกพร่องต่อการปกป้องหรือ คุ้มครองเด็กจากความเสี่ยงที่จะเกิดอันตรายจากการกระทำความผิดของบุคคลอื่น.....	12
2.1 แนวคิดในการให้ความคุ้มครองเด็ก.....	12
2.1.1 ความหมายของเด็กตามมาตรฐานระหว่างประเทศ	13
2.1.2 ความหมายของเด็กตามกฎหมายไทย	14
2.1.3 ปฏิญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก (Declaration of the rights of the child 1959).....	18

2.1.4 อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก (Convention on the rights of the child 1989)	19
2.1.5 แนวคิดในการเข้าแทรกแซงสถาบันครอบครัวโดยรัฐ	23
2.2 แนวคิด ทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดความรับผิดชอบอาญา กรณีความบกพร่องต่อการปกป้องหรือคุ้มครองเด็กจากความเสี่ยงที่จะเกิดอันตรายจากการกระทำความผิดของบุคคลอื่น.....	25
2.2.1 ข้อพิจารณาในการกำหนดความผิดทางอาญา	25
2.2.1.1 ทฤษฎีการกำหนดความผิดทางอาญา	26
2.2.1.2 วัตถุประสงค์ของการลงโทษ	30
2.2.2 แนวคิดในการรับผิดชอบในทางอาญา	32
2.3 ความจำเป็นในการกำหนดความรับผิดชอบอาญากรณีความบกพร่องต่อการปกป้องหรือคุ้มครองเด็กจากความเสี่ยงที่จะเกิดอันตรายจากการกระทำของบุคคลอื่น.....	35
บทที่ 3.....	37
มาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองและจัดการกับความเสี่ยงที่จะเกิดอันตรายแก่เด็กจากการกระทำของบุคคลอื่นในประเทศไทย	37
3.1 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย	37
3.2 ประมวลกฎหมายอาญา.....	39
3.2.1 นิยามของคำว่า “เด็ก” ตามประมวลกฎหมายอาญา.....	39
3.2.2 บทบัญญัติตามประมวลกฎหมายอาญาที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองความเสี่ยงที่จะเกิดอันตรายแก่เด็กจากการกระทำของบุคคลอื่น.....	44
3.3 พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546.....	62
บทที่ 4.....	67
มาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองและจัดการกับความเสี่ยงที่จะเกิดอันตรายแก่เด็กในต่างประเทศ.....	67
4.1 การกำหนดความรับผิดทางอาญาแก่บุคคลผู้ใกล้ชิดกับเด็ก กรณีบกพร่องต่อการปกป้องหรือคุ้มครองเด็กจากความเสี่ยงที่จะเกิดอันตราย.....	68
4.1.1 สหรัฐอเมริกา มลรัฐแคลิฟอร์เนีย (California).....	68

4.1.2 สหรัฐอเมริกา มลรัฐนิวยอร์ก	78
4.1.3 ประเทศนิวซีแลนด์	85
4.2 กำหนดความรับผิดทางอาญาแก่บุคคลในองค์กรที่ทำงานเกี่ยวข้องกับเด็ก กรณีบกพร่องต่อ การปกป้องหรือคุ้มครองเด็กจากความเสี่ยงที่จะเกิดอันตราย	96
4.2.1 เครือรัฐออสเตรเลีย รัฐวิกตอเรีย	97
4.2.2 เครือรัฐออสเตรเลีย รัฐนิวเซาท์เวลส์	111
4.2.3 ประเทศนิวซีแลนด์	123
บทที่ 5	170
วิเคราะห์และเปรียบเทียบมาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองและจัดการกับความเสี่ยง ที่จะเกิดอันตรายแก่เด็กของประเทศไทยกับต่างประเทศ	170
5.1 วิเคราะห์ความสอดคล้องของการกำหนดความรับผิดอาญาแก่บุคคลกรณีบกพร่องต่อการ ปกป้องหรือคุ้มครองเด็กจากความเสี่ยงที่จะเกิดอันตราย กับทฤษฎีในการกำหนดความรับผิด อาญาและวัตถุประสงค์ในการลงโทษ	170
5.2 วิเคราะห์ขอบเขตการคุ้มครองเด็กจากความเสี่ยงที่จะเกิดอันตรายตามกฎหมายไทย	174
5.2.1 ขอบเขตการคุ้มครองตามประมวลกฎหมายอาญา	174
5.2.2 ขอบเขตการคุ้มครองเด็กตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ.2546	178
5.3 วิเคราะห์ความรับผิดของบุคคลผู้ใกล้ชิดกับเด็ก กรณีบกพร่องต่อการปกป้องหรือคุ้มครองเด็ก จากความเสี่ยงที่จะเกิดอันตรายเปรียบเทียบกฎหมายไทยและกฎหมายต่างประเทศ	180
5.4 วิเคราะห์ความรับผิดของบุคคลในองค์กรที่ทำงานเกี่ยวข้องกับเด็กกรณีบกพร่องต่อการปกป้องหรือ คุ้มครองเด็กจากความเสี่ยงที่จะเกิดอันตรายตามกฎหมายต่างประเทศ	197
บทที่ 6	170
บทสรุปและข้อเสนอแนะ	170
6.1 บทสรุป	170
6.1.1 ความสอดคล้องของการกำหนดความรับผิด กับ ทฤษฎีในการกำหนดความรับผิดอาญา และวัตถุประสงค์ในการลงโทษ	171
6.1.2 ขอบเขตการคุ้มครองเด็กจากความเสี่ยงที่จะเกิดอันตรายตามกฎหมายไทย	172

6.1.3 ความรับผิดชอบของบุคคลผู้ใกล้ชิดกับเด็ก กรณีบกพร่องต่อการปกป้องหรือคุ้มครองเด็ก จากความเสี่ยงที่จะเกิดอันตราย ตามกฎหมายต่างประเทศ.....	174
6.1.4 ความรับผิดชอบของบุคคลในองค์กรที่เกี่ยวข้องกับเด็ก กรณีบกพร่องต่อการปกป้องหรือ คุ้มครองเด็กจากความเสี่ยงที่จะเกิดอันตรายตามกฎหมายต่างประเทศ.....	180
6.2 ข้อเสนอแนะ	187
บรรณานุกรม.....	191
ประวัติผู้เขียน.....	200



สารบัญตาราง

	หน้า
ตารางที่ 1 แสดงช่วงอายุเด็กและฐานความผิดที่เกี่ยวข้องกับเด็กตามประมวลกฎหมายอาญา.....	41
ตารางที่ 2 แสดงองค์ประกอบความผิด มาตรา 273a.....	71
ตารางที่ 3 แสดงองค์ประกอบความผิด มาตรา 260.10.....	80
ตารางที่ 4 แสดงองค์ประกอบความผิด มาตรา 195A.....	88
ตารางที่ 5 แสดงองค์ประกอบความผิด มาตรา 490.....	100
ตารางที่ 6 แสดงองค์ประกอบความผิด มาตรา 43B.....	114
ตารางที่ 7 แสดงการเปรียบเทียบกฎหมายต่างประเทศที่กำหนดความรับผิดแก่บุคคลใกล้ชิด กรณี บกพร่องต่อการปกป้องหรือคุ้มครองเด็กจากความเสี่ยงที่จะเกิดอันตราย.....	193
ตารางที่ 8 แสดงการเปรียบเทียบกฎหมายต่างประเทศที่กำหนดความรับผิดแก่บุคคลในองค์กรที่ เกี่ยวข้องกับเด็ก กรณีบกพร่องต่อการปกป้องหรือคุ้มครองเด็กจากความเสี่ยงที่จะเกิดอันตราย	209

บทที่ 1

บทนำ

1.1 ที่มาและความสำคัญของปัญหา

การให้ความคุ้มครองและรับรองดูแลสิทธิเด็กเป็นพิเศษยิ่งกว่าผู้ใหญ่ นั้น เป็นแนวคิดที่ได้รับการยอมรับจากนานาประเทศอย่างเป็นทางการยังเป็นหลักการที่หลายประเทศทั่วโลกให้ความสำคัญ เนื่องจากเด็กเป็นทรัพยากรบุคคลที่มีค่าอย่างมากต่อสังคมและประเทศชาติเพราะเด็กจะเติบโตและกลายเป็นกำลังสำคัญของประเทศชาติต่อไป¹ แต่อย่างไรก็ตามด้วยสาเหตุที่เด็กนั้นเป็นผู้เยาว์จึงเปราะบาง อ่อนแอ ทั้งในด้านร่างกายและจิตใจ ความคิดการตัดสินใจต่างๆที่มักขาดหลักการคิดและไตร่ตรองบนพื้นฐานของเหตุผลอย่างเหมาะสม เด็กจึงมักปราศจากความระมัดระวังและถูกชักจูงหรือล่อลวงได้โดย อันทำให้การกระทำผิดหรือกระทำละเมิดต่อเด็กนั้นเกิดขึ้นได้โดยง่ายกว่าการกระทำต่อผู้ใหญ่² ดังนั้นแล้วจึงเป็นเหตุผลที่ทำให้เด็กมีความจำเป็นที่จะต้องได้รับการปกป้องคุ้มครองเป็นพิเศษมากกว่าผู้ใหญ่ ซึ่งหลักการปกป้องและคุ้มครองเด็กนี้เป็นหลักการสากลอันจะเห็นได้จากมาตรฐานระหว่างประเทศมากมายที่ได้ให้ความสำคัญและบัญญัติรับรองไว้ ยกตัวอย่างเช่น การรับรองสิทธิเด็กไว้เป็นส่วนสำคัญส่วนหนึ่งของหลักสิทธิมนุษยชนภายใต้ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948 (Universal Declaration of Human Rights 1948 (UDHR)) เพื่อให้เด็กทุกคนมีสิทธิที่จะได้รับการปกป้องคุ้มครองในฐานะมนุษย์คนหนึ่ง ไม่ว่าจะเด็กที่เกิดมานั้นจะมีความบกพร่องหรือสมบูรณ์ประการใดก็ตามก็ย่อมได้รับความคุ้มครองอย่างเสมอภาคกัน³ และการรับรองปฏิญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ. 1959 (Declaration of the Rights of the Child 1959) ซึ่งเป็นปฏิญญาระดับแรกที่รับรองสิทธิขั้นพื้นฐานของเด็กโดยมีจุดมุ่งหมายเพื่อให้เด็กสามารถเติบโตในสังคมได้อย่างสมบูรณ์ปลอดภัย นอกจากนี้ยังมีอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ. 1989 (Convention on the Rights of the Child 1989) ที่องค์การสหประชาชาติตราขึ้นมีผลเป็นกฎหมายระหว่างประเทศที่มีความชัดเจนแน่นอนเพื่อให้สามารถพิทักษ์สิทธิเด็กได้ดียิ่งขึ้น ซึ่งอนุสัญญาระดับนี้เป็นอนุสัญญาที่ได้รับการรับรองยอมรับจากหลายประเทศมากที่สุดฉบับหนึ่ง อีกทั้งประเทศไทยก็ได้เข้าร่วมเป็นภาคีใน

¹ บุญทัน หมั่นน้อย, "มาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองเด็กที่มีพฤติกรรมเสี่ยง," วารสารวิจัย มหาวิทยาลัยขอนแก่น ฉบับบัณฑิตศึกษาศาสนาและสังคมศาสตร์ ปีที่ 7 1, มกราคม-เมษายน (2562): 79.

² Ibid.

³ ดาริกา ศรีพงษ์พันธุ์กุล, "แนวคิดใหม่ในการลงโทษผู้ใช้ให้เด็กกระทำผิดทางอาญา" (สาขากฎหมายอาญา วิทยาลัยบัณฑิต มหาวิทาลัยธรรมศาสตร์, 2558), หน้า 8-9.

อนุสัญญาฉบับดังกล่าวนี้ด้วยเช่นกัน⁴ เช่นนี้แล้วจะเห็นได้ว่าหลักในการปกป้องคุ้มครองเด็กเป็นสิ่งที่นานาประเทศได้ตระหนักถึงและให้ความสำคัญ

ประเทศไทยก็ได้ให้ความสำคัญในการรับรองและคุ้มครองสิทธิเด็กมานานแล้วโดยจะเห็นได้จากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยตั้งแต่ฉบับปีพุทธศักราช 2540 เป็นต้นมาจนถึงฉบับปัจจุบันในปี 2560 ที่ได้มีหลักการสำคัญเหมือนกันโดยมีจุดมุ่งหมายเพื่อให้เด็กได้รับการดูแลและปฏิบัติอย่างเหมาะสม เพื่อเสริมสร้างพัฒนาการของเด็กให้สามารถเติบโตขึ้นมาอยู่ในสังคมได้อย่างปลอดภัยและมีสวัสดิภาพที่ดี⁵ นอกจากนี้ยังมีการตรากฎหมายที่เกี่ยวข้องกับเด็กอีกหลายฉบับ ยกตัวอย่างเช่น ประมวลกฎหมายอาญาบัญญัติให้การกระทำบางอย่างที่ได้กระทำต่อเด็กเป็นความผิดและอาจเป็นเหตุให้ผู้กระทำต้องได้รับโทษหนักขึ้น และพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ.2546 ซึ่งมีเจตนารมณ์เพื่อมุ่งคุ้มครองสวัสดิภาพของเด็กทั้งร่างกายและจิตใจรวมถึงให้การสงเคราะห์ ช่วยเหลือ และฟื้นฟูเด็กด้วย โดยมีการบัญญัติถึงกรณีต่างๆที่ห้ามมิให้กระทำต่อเด็กเพื่อสร้างสภาพแวดล้อมที่ดีให้แก่เด็กที่จะสามารถดำรงชีวิตอยู่ต่อไปได้ เช่นนี้แล้วจะเห็นได้ว่าประเทศไทยเองก็ได้ตระหนักและให้ความสำคัญต่อการปกป้องและคุ้มครองเด็ก

โดยหลักแล้วหน้าที่ในการให้ความคุ้มครองดูแลเด็กและผู้เยาว์เพื่อป้องกันอันตรายหรือการล่วงละเมิดที่จะเกิดต่อเด็กหรือผู้เยาว์นั้น เป็นหน้าที่ของบิดามารดาผู้ปกครองซึ่งเป็นผู้ใกล้ชิดกับเด็กอันเป็นไปตามหลักความรับผิดชอบของผู้ที่ได้ให้กำเนิดเด็กที่จะต้องรับผิดชอบเลี้ยงดูจนเด็กบรรลุนิติภาวะ เนื่องจากในเบื้องต้นนั้นเด็กยังไม่สามารถพึ่งพาหรือดูแลตนเองได้จึงต้องอาศัยพึ่งพิงพ่อแม่ผู้ปกครอง⁶ แต่อย่างไรก็ตามหากบิดามารดาผู้ดูแลหรือผู้ปกครองนั้นบกพร่องในหน้าที่ต่อเด็กโดยไม่สามารถดูแลเด็กได้จึงมีความจำเป็นที่รัฐจะต้องเข้าไปแทรกแซงหน้าที่ดังกล่าว เพื่อที่จะสามารถให้การปกป้องคุ้มครองเด็กและดำเนินการโดยคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสำคัญได้⁷ นอกจากนี้ นอกเหนือจากพ่อแม่ผู้ปกครองอันเป็นบุคคลใกล้ชิดกับเด็กซึ่งมีหน้าที่ดูแลและปกป้องเด็กแล้ว เด็กยังใช้เวลาส่วนใหญ่อยู่ภายใต้การดูแลของบุคคลอื่น กล่าวคือ ในปัจจุบันนี้มีองค์กรต่างๆที่ทำงานเกี่ยวข้องกับเด็กมากมายซึ่งเด็กมักจะอยู่ภายใต้การดูแล การจัดการ หรือภายใต้อำนาจขององค์กร

⁴ สำนักวิชาการ สำนักเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, "[ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 5 ธันวาคม 2563. แหล่งที่มา:

<https://library2.parliament.go.th/ebook/content-issue/2562/hi2562-020.pdf>

⁵ เรื่องเดียวกัน, 3-4

⁶ ญัฐธิดา ล้อสุวรรณ, "การกระทำโดยเจตนา: ศึกษากรณีหน้าที่อันเกิดจากความสัมพันธ์พิเศษ" (วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต, สาขากฎหมายอาญา มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2559), หน้า 90.

⁷ มรกต พุทธศุภะ, "การศึกษาการคุ้มครองดูแลเกี่ยวกับการล่วงละเมิดทางเพศนักเรียนประถมศึกษาสังกัดกรุงเทพมหานคร" (วิทยานิพนธ์ปริญญาครุศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชาประถมศึกษาภาควิชาประถมศึกษา, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2541), หน้า 53-54.

เหล่านี้ ยกตัวอย่างเช่น โรงเรียน สถานสงเคราะห์ โรงพยาบาล หรือมูลนิธิต่างๆที่ให้การดูแลช่วยเหลือเด็กเป็นต้น ซึ่งองค์กรเหล่านี้เมื่อมีเด็กอยู่ภายใต้การจัดการหรืออยู่ภายใต้อำนาจขององค์กรแล้ว องค์กรดังกล่าวย่อมมีภาระหน้าที่ในการดูแล (Duty of Care) และคุ้มครองเด็กอันตั้งอยู่บนหลักการพื้นฐานของ “หลักความไว้นใจเชื่อใจ” ที่พ่อแม่ผู้ปกครองหรือผู้ดูแลเด็กมีให้แก่องค์กรดังกล่าว โดยมุ่งหวังว่าเมื่อในขณะที่เด็กไปอยู่ใต้การดูแลขององค์กรเหล่านี้ เด็กจะได้รับความปลอดภัยและมีสวัสดิภาพที่ดี ดังนั้นแล้วจึงเป็นหน้าที่ขององค์กรที่จะต้องตระหนักถึงสิทธิของเด็กที่จะต้องได้รับการปกป้องคุ้มครองจากการทารุณกรรมเด็กและทำให้มั่นใจว่ามีขั้นตอนการปกป้องคุ้มครองเด็กที่เหมาะสมเพียงพอตนเอง⁸

อย่างไรก็ตามในปัจจุบันพบว่าเด็กและผู้เยาว์ยังไม่ได้รับการปกป้องและคุ้มครองจากความเสี่ยงที่จะเกิดอันตรายหรือเกิดการกระทำความผิดต่อเด็กเท่าที่ควร ทั้งการปกป้องคุ้มครองจากบุคคลใกล้ชิด หรือการปกป้องคุ้มครองจากองค์กรที่ทำงานเกี่ยวข้องกับเด็กซึ่งเด็กมักจะใช้เวลาอยู่ภายใต้การดูแลขององค์กรดังกล่าวมากแทบจะเทียบเท่ากับการอยู่ใต้การดูแลของบุคคลผู้ใกล้ชิดเลยก็ว่าได้ ทั้งนี้จะเห็นได้จากสถิติจำนวนเด็กที่ตกเป็นผู้เสียหายจากการกระทำผิดเฉพาะที่เข้ารับบริการในศูนย์พึ่งได้⁹ ตั้งแต่ปี 2547-2561 มีจำนวนสูงถึง 121,860 คน ซึ่งโดยส่วนใหญ่แล้วมักมีสาเหตุมาจากการพล่อยพละเลเยของครอบครัวที่ขาดการดูแลอย่างเหมาะสม¹⁰ จึงเป็นสาเหตุใหญ่ที่ทำให้เด็กตกเป็นผู้เสียหายจากการกระทำผิดต่างๆ ทั้งที่พ่อแม่ ผู้ปกครองผู้ดูแล หรือสมาชิกในครอบครัวเหล่านั้นเป็นผู้ที่มีความใกล้ชิดต่อเด็กมากที่สุดและย่อมสามารถรับรู้ได้ถึงความเสี่ยงที่จะเกิดอันตรายแก่เด็กได้ก่อนบุคคลอื่นๆ¹¹ แต่ก็มักจะบกพร่องละเลยที่จะจัดการกระทำใดๆเพื่อลดความเสี่ยง หรือพาเด็กออกไปให้พ้นจากสถานการณ์ที่มีความเสี่ยงนั้น ดังที่มักจะปรากฏอยู่ในปัจจุบันตัวอย่างเช่น จากกรณีศึกษากรณีคดีแม่ทิ้งลูกวัย 2 ขวบไว้กับพี่เลี้ยงเพื่อให้พี่เลี้ยงดูแล โดยแม่สังเกตและทราบว่าลูกมักจะมึนซึมตามตัวอยู่เสมอ อีกทั้งยังทราบว่าพี่เลี้ยงมีประวัติไม่ดีเคยทุบตีทำร้ายร่างกายเด็กมาก่อน และแม่แม่จะทราบถึงข้อเท็จจริงดังกล่าวอันบ่งบอกว่ามีความเสี่ยงที่เด็กจะถูกทำร้ายเพิ่มมากขึ้น

⁸ Family and Community Development Committee Parliament of Victoria, Betrayal of Trust Inquiry into the Handling of Child Abuse by Religious and Other Non-Government Organizations: Part D Prevention-Duty of Care to Create Child-Safe Organizations (Family and Community Development Committee Parliament House, Spring Street, East Melbourne, Victoria 2013), p. 222.

⁹ ศูนย์พึ่งได้ (One Stop Crisis Center: OSCC) คือ ศูนย์ช่วยเหลือความรุนแรงต่อเด็ก สตรี ความรุนแรงในครอบครัว การตั้งครรภ์ไม่พร้อมและการค้ามนุษย์

¹⁰ ประชาไทย, "สถิติศูนย์พึ่งได้ 14 ปี เด็ก-สตรี ถูกกระทำรุนแรง 247,480 ราย" [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 10 กุมภาพันธ์ 2563. แหล่งที่มา: <https://prachatai.com/journal/2018/11/79659>

¹¹ Law Commission, Report: 11 Review of Part 8 of the Crimes Act 1961: Crimes against the Person (Wellington, New Zealand: National Library of New Zealand Cataloguing-in-Publication Data, 2009), p. 57.

แต่แม่อีกยังละเลยปล่อยให้ลูกอยู่กับพี่เลี้ยงคนนั้นเรื่อยมาจนในที่สุดลูกวัย 2 ขวบซึ่งมีบาดแผลเต็มตัวจากการถูกกัดถูกทุบตีนั้นได้ถึงแก่ความตายเนื่องจากการกระทำของพี่เลี้ยงคนดังกล่าวนั่นเอง¹² หรือในอีกกรณีหนึ่งคดีที่แม่ซึ่งมีลูกติดวัย 4 ขวบ โดยแม่นั้นได้ฝากให้พี่เลี้ยงดูแล และจากข้อเท็จจริงพบว่าในขณะที่อยู่ในความดูแลของพี่เลี้ยง เด็กชายมักมีบาดแผลตามตัวอยู่บ่อยครั้ง ซึ่งแม่อีกสังเกตเห็นแต่ยังคงให้เด็กอยู่ในความดูแลของพี่เลี้ยงเรื่อยมา จนในที่สุดเด็กถูกทำร้ายอาการสาหัส ตับฉีกเนื่องจากกระทำของพี่เลี้ยงนั่นเอง¹³ จากทั้งสองกรณีมีลักษณะคล้ายกัน กล่าวคือ แม่ซึ่งเป็นบุคคลใกล้ชิดกับเด็ก เมื่อรับรู้ว่าจะเด็กอาจอยู่ในสถานการณ์ที่มีความเสี่ยงในการที่จะตกเป็นเหยื่อเสียหายจากการกระทำความผิดโดยบุคคลอื่น แต่แม่กลับบกพร่องละเลยไม่ดำเนินการอย่างใดๆให้เหมาะสมเพื่อให้เด็กพ้นไปจากสถานการณ์นั้นๆจนท้ายที่สุดเกิดผลคืออันตรายแก่เด็กขึ้น

ทั้งนี้นอกเหนือจากการดูแลโดยบุคคลใกล้ชิดแล้วนั้น เด็กยังใช้เวลาส่วนใหญ่อยู่ภายใต้การจัดการ หรือดูแลโดยองค์กรต่างๆที่ดำเนินกิจกรรมอันเกี่ยวข้องกับเด็กด้วย ซึ่งการกระทำความผิดต่อเด็กโดยบุคคลในองค์กรนั้นเองเกิดขึ้นได้ง่ายกว่าการกระทำโดยบุคคลภายนอก เนื่องจากตัวผู้กระทำความผิดมักอาศัยโอกาสจากความไว้วางใจที่ได้รับจากเด็กและผู้ปกครอง จึงทำให้ผู้กระทำความผิดมีโอกาสในการเข้าถึงเด็กได้ง่ายมากกว่าบุคคลอื่น การดูแลสวัสดิภาพของเด็กที่อยู่ภายใต้การจัดการขององค์กรเหล่านี้จึงเป็นเรื่องที่ต้องให้ความสำคัญเช่นเดียวกัน ยกตัวอย่างเช่น จากกรณีศึกษาในคดีที่ครูพละได้ถูกดำเนินคดีในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและอนาจารเด็กไม่ต่ำกว่า 20 คนอันเป็นนักเรียนในโรงเรียนดังกล่าว¹⁴ และในกรณีคดีที่ครู 5 คน และศิษย์เก่ารุ่นพี่ 2 คน ในโรงเรียนร่วมกันข่มขืนกระทำชำเรานักเรียนหญิงอายุ 14 ปีและ 16 ปี¹⁵ ซึ่งจากกรณีศึกษาที่เกิดขึ้นทั้งสองกรณีนั้น เหตุการณ์มีลักษณะคล้ายกัน กล่าวคือ เป็นกรณีที่มีผู้อำนวยการโรงเรียนซึ่งเป็นบุคคลที่มีอำนาจในการดูแลจัดการความเรียบร้อยในโรงเรียน เมื่อรับรู้ถึงความเสี่ยงที่อาจจะเกิดการกระทำความผิดต่อเด็กที่อยู่ในความดูแลของโรงเรียนแล้ว เช่น ได้รับแจ้งจากนักเรียนหรือผู้ปกครองเกี่ยวกับพฤติกรรมที่ไม่เหมาะสมของครู แต่บุคคลดังกล่าวกลับบกพร่องละเลยไม่ดำเนินการอย่างใดๆให้เหมาะสมแก่สถานการณ์ที่เกิดความเสี่ยงนั้นๆ คือ ไม่ได้จัดการใดๆอย่างเหมาะสม เช่น ไม่มีการสอบสวนหาความ

¹² ช่าวสด, "จ้างคนเลี้ยงลูกแม่ซ็อกปล่อยโหนงดิวัย 2 ขวบโดนทุบกำนสมองตาย รอยกัด-ซ้ำทั้งตัว" [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 17 ธันวาคม 2562. แหล่งที่มา: https://www.khaosod.co.th/around-thailand/news_2740043

¹³ Sanook news, "พี่เลี้ยงอำมหิต ทำร้ายเด็ก 4 ขวบ อึ้งชะบวม-รูทวารฉีก ใบกระท่อมเต็มท้อง" [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 17 ธันวาคม 2562. แหล่งที่มา: <https://www.sanook.com/news/7800254/>

¹⁴ ไทยรัฐฉบับพิมพ์, "แจ้งจับ-ครูพละ! ลวงนร.ไปข่มขืน แถมมีทำอนาจาร เด็กอีกกว่า 10 ราย" [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 20 พฤษภาคม 2563 วันที่ 20 กรกฎาคม. แหล่งที่มา: <https://www.thairath.co.th/news/local/bangkok/1338063>

¹⁵ ไทยรัฐออนไลน์, "ครู 5 ศิษย์เก่า 2 รุมข่มขืน นร.สาววัย 14 ถ่ายคลิปขู่มโยมจะให้ซ้ำชั้น" [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 20 พฤษภาคม 2563 วันที่ 8 พ.ค. แหล่งที่มา: <https://www.thairath.co.th/news/local/northeast/1839581>

จริง ยังคงปล่อยให้ครูที่ถูกกล่าวหาทำงานที่มีการเกี่ยวข้องกับนักเรียนโดยตรงต่อไป ซึ่งท้ายที่สุดก็นำมาซึ่งการกระทำความผิดต่อเด็กคนนั้นและเด็กคนอื่น ๆ

เช่นนี้จะเห็นได้ว่าจากกรณีทั้งสองประเด็นดังกล่าวนั้นปัญหาเรื่องการบกพร่องละเอียดในการกำจัดความเสี่ยงให้พ้นไปจากตัวเด็กเป็นปัญหาที่พบมากในสังคมไทยในขณะนี้ ซึ่งเป็นสิ่งที่แสดงให้เห็นได้ว่าในปัจจุบันเด็กและผู้เยาว์ยังไม่ได้รับการดูแลปกป้องอย่างเหมาะสมเท่าที่ควร ดังนั้นแล้ววิทยานิพนธ์ฉบับนี้ผู้เขียนจึงทำการศึกษาถึงความรับผิดชอบทางอาญาของบุคคลสองประเภท อันได้แก่บุคคลผู้มีความสัมพันธ์ในลักษณะที่ใกล้ชิดกับเด็ก และ บุคคลผู้มีอำนาจในองค์กรซึ่งดำเนินกิจกรรมเกี่ยวข้องกับเด็ก หากบุคคลทั้งสองประเภทรับรู้ว่ามีความเสี่ยงสูง กล่าวคือ มีความเป็นไปได้อย่างมากที่เด็กอาจจะตกเป็นผู้เสียหายจากการกระทำผิดของบุคคลอื่น และบุคคลเช่นว่านั้นบกพร่องละเอียดไม่จัดการกับความเสี่ยงจะมีผลทางกฎหมายเช่นไรตามกฎหมายไทยและกฎหมายของต่างประเทศ

ทั้งนี้เมื่อได้ศึกษาถึงมาตรการทางกฎหมายของประเทศไทยอันได้แก่ประมวลกฎหมายอาญาและพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 แล้วพบว่า ประเทศไทยยังไม่มีแนวคิดในการป้องกันความเสี่ยงที่จะเกิดอันตรายแก่เด็ก โดยการกำหนดหน้าที่และความรับผิดชอบเพื่อให้มีการจัดการกับความเสี่ยงที่อาจเกิดอันตรายแก่เด็กในขั้นตอนที่เพียงแคร์รับรู้ถึงความเสี่ยงนั้นไว้โดยเฉพาะ อันเป็นการปกป้องเด็กในขั้นตอนก่อนที่เด็กจะได้รับอันตรายจากความเสี่ยงนั้น กล่าวคือ ตามกฎหมายของประเทศไทยแล้วแม้บุคคลดังกล่าวจะรับรู้ถึงความเสี่ยงที่จะเกิดอันตรายขึ้นกับเด็ก แต่บกพร่องละเอียดไม่ได้จัดการดำเนินการอย่างใดๆเพื่อเป็นการปกป้องเด็กให้เหมาะสมนั้น ก็ไม่มีความรับผิดชอบจากการละเลยในขั้นตอนนี้แต่อย่างใด

โดยเมื่อพิจารณาถึงความรับผิดชอบตามประมวลกฎหมายอาญาแล้วจะเห็นได้ว่าความผิดฐานทอดทิ้งเด็กและผู้ซึ่งพึ่งตนเองไม่ได้ตาม มาตรา 306¹⁶ และ 307¹⁷ นั้น เป็นการกำหนดหน้าที่ให้บุคคลใดๆต้องไม่กระทำการที่จะก่อให้เกิดความเสี่ยงแก่เด็กหรือผู้เยาว์ แต่อย่างไรก็ตามความผิดทั้งสองมาตรานี้มุ่งคุ้มครองเฉพาะความเสี่ยงที่จะเกิดอันตรายจากการกระทำที่มีลักษณะเป็นการทอดทิ้งเด็กเท่านั้นเช่นนี้จึงไม่สามารถปรับใช้กับกรณีที่เด็กหรือผู้เยาว์มีความเสี่ยงที่อาจจะเป็นอันตรายจากการกระทำผิดของบุคคลอื่นได้ นอกเหนือจากนี้ไม่มีบทบัญญัติใดตามประมวลกฎหมายอาญาที่มีลักษณะเป็นการกำหนดความผิดให้แก่บุคคลผู้ซึ่งมีความสัมพันธ์อันใกล้ชิดกับเด็ก เช่น พ่อแม่ ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแล หรือบุคคลที่มีอำนาจในองค์กรที่ทำงานเกี่ยวข้องกับเด็ก ในขั้นตอนที่เพียงแต่รับรู้ถึงความเสี่ยงที่อาจเกิดอันตรายต่อเด็กแต่บกพร่องละเอียดไม่จัดการให้เหมาะสมอันเป็นขั้นตอนก่อนที่ จะเกิดการกระทำผิดขึ้นแต่อย่างใด การพิจารณาความผิดของบุคคลดังกล่าวมักจะมีขึ้นเมื่อมี

¹⁶ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 306

¹⁷ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 307

การกระทำผิดเกิดขึ้นกับเด็กแล้วซึ่งหากเป็นการกระทำผิดต่อเด็กโดยบุคคลอื่นจึงไม่ใช่กรณีที่บุคคลผู้มีความใกล้ชิดกับเด็ก หรือ ผู้มีอำนาจในองค์กรดังกล่าวเป็นผู้กระทำความผิดเองโดยตรง ดังนั้นในการพิจารณาความรับผิดของบุคคลอื่นนอกเหนือจากผู้กระทำความผิดนั้นจึงต้องพิจารณาว่าบุคคลดังกล่าวมีลักษณะเป็น ตัวการร่วม ผู้ใช้ หรือผู้สนับสนุนในการกระทำความผิดด้วยหรือไม่ หากไม่ได้มีลักษณะทั้งสามประเภทดังที่กล่าวไปแล้วก็ไม่ได้มีความรับผิดจากการละเลยนั้น ทั้งจากการพิเคราะห์ความรับผิดฐานละเว้นการปฏิบัติหน้าที่ตามมาตรา 157 ที่อาจจะปรับใช้กับกรณีที่บุคคลผู้มีอำนาจในองค์กรละเลยไม่จัดการกับความเสี่ยงนั้นได้ พบว่ามีข้อจำกัดในการปรับใช้แก่กรณี กล่าวคือบุคคลที่จะต้องรับผิดตามมาตรานี้จำเป็นต้องเป็นเจ้าของพนักงานตามความหมายที่กำหนดไว้ แต่องค์กรที่ดำเนินกิจกรรมอันเกี่ยวข้องกับเด็กนั้นมีอยู่มากมายหลายรูปแบบซึ่งผู้มีอำนาจในการที่จะลดหรือกำจัดความเสี่ยงที่จะเกิดแก่เด็กในองค์กรเหล่านั้นๆ อาจจะไม่ใช่บุคคลผู้เป็นเจ้าของพนักงานตามความหมายของมาตรานี้ก็ได้ อีกทั้งองค์ประกอบความรับผิดนั้นต่างก็ต้องการเจตนาพิเศษ กล่าวคือในความผิดส่วนแรกต้องกระทำหรือละเว้นโดยมีเจตนาเพื่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้หนึ่งผู้ใด และในความผิดส่วนที่สองนั้นต้องกระทำหรือละเว้นโดยมีเจตนาทุจริต ดังนั้นหากเป็นแค่กรณีที่ การละเลยไม่ให้ความสนใจและไม่ดำเนินการใดๆให้เหมาะสมของบุคคลดังกล่าวหากไม่ได้กระทำลงโดยมีเจตนาพิเศษแล้วนั้นก็ไม่ได้มีความผิดแต่อย่างใด

นอกจากนี้จากการศึกษาบทบัญญัติมาตรา 25, 26, 27, 50 และมาตรา 61 ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 เมื่อพิเคราะห์แล้วพบว่าแม้เป็นการกำหนดหน้าที่ให้แก่บุคคลโดยห้ามมิให้กระทำการตามที่กำหนดไว้แล้วก็ตามแต่เด็กหรือผู้เยาว์ และหากได้กระทำการโดยฝ่าฝืนลงไป บุคคลดังกล่าวก็เป็นผู้กระทำความผิดเองโดยตรงอันมีความผิดตามพระราชบัญญัตินี้ แต่อย่างไรก็ตามจะเห็นได้ว่าไม่มีบทบัญญัติอันมีลักษณะในการกำหนดหน้าที่และความรับผิดเพื่อปกป้องคุ้มครองเด็กในชั้นตอนที่รับรู้ความเสี่ยงที่จะเกิดอันตรายจากการกระทำของบุคคลอื่น และบุคคลเช่นว่านั้นได้บกพร่องละเลยไม่ดำเนินการใดๆให้เหมาะสมเพื่อลดหรือกำจัดความเสี่ยงแต่อย่างใด กรณีจึงไม่อาจปรับใช้กับพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กได้

จากสภาพปัญหาดังกล่าวข้างต้นผู้เขียนเห็นว่าหากไม่มีการบัญญัติถึงหน้าที่และความรับผิดของบุคคลดังทั้งสองประเภทข้างต้นนี้ ในอนาคตอันใกล้ปัญหาและแนวโน้มอาชญากรรมที่จะเกิดกับเด็กก็จะทวีความรุนแรงและเพิ่มขึ้น ดังนั้นแล้วจึงมีความจำเป็นที่จะต้องบัญญัติกฎหมายขึ้นเพื่อกำหนดหน้าที่และความรับผิดที่จะนำมาใช้บังคับแก่ผู้ดูแลใกล้ชิดกับเด็ก และผู้ที่อยู่ในองค์กรที่ทำงานเกี่ยวข้องกับเด็ก ซึ่งเป็นมาตรการสำคัญที่จะทำให้บุคคลดังกล่าวเพิ่มความระมัดระวังในการที่จะจัดหามาตรการที่เหมาะสม เพื่อป้องกันเด็กจากความเสี่ยงที่บุคคลเหล่านั้นรับรู้ได้ ทั้งนี้จะเป็นการป้องกันไม่ให้เกิดอาชญากรรมต่อเด็กและผู้เยาว์อีกต่อไปในอนาคตและสร้างสภาพแวดล้อมที่ดีให้เด็กสามารถเติบโตได้ นอกจากนี้ยังเป็นการกำหนดความผิดขึ้นเพื่อส่งเสริมและกระตุ้นให้บุคคลดังกล่าว

นั้นมีความตื่นตัวและมีนโยบายเชิงรุกในการปกป้องคุ้มครองเด็กที่อยู่ในความดูแล และจัดการกับความเสียหายและตอบสนองต่อสถานการณ์ที่มีความเสี่ยงเช่นว่านั้นอย่างเหมาะสมด้วย เพื่อให้สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของกฎหมายอาญาในการป้องกันอาชญากรรมที่จะเกิดขึ้นในอนาคตต่อไป โดยในต่างประเทศนั้นปัญหาเรื่องการละเลยบกพร่องของบุคคลผู้มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับเด็กและบุคคลในองค์กรที่ทำงานเกี่ยวข้องกับเด็ก ต่อการจัดการความเสี่ยงที่จะเกิดอันตรายแก่เด็กก็มีปรากฏอยู่เช่นกัน ทั้งนี้ในบางประเทศก็ได้มีการกำหนดหน้าที่และความรับผิดชอบทางอาญาแก่บุคคลกลุ่มนี้ไว้โดยเฉพาะ เพื่อให้ต้องดำเนินการอย่างใด ๆ กับความเสี่ยงนั้น ดังนั้นแล้วเพื่อเป็นแนวทางในการแก้ไขข้อจำกัดของกฎหมายไทยให้มีความเหมาะสมยิ่งขึ้นจึงสมควรอย่างยิ่งที่จะนำมาตราการทางกฎหมายของต่างประเทศมาศึกษา

เนื่องด้วยวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ทำการศึกษาถึงความรับผิดชอบของบุคคลที่เกี่ยวข้องกับการดูแลเด็กสองประเภทที่ได้กล่าวไป ดังนั้นประเทศที่ศึกษาจึงสามารถแบ่งออกได้เป็นสองกลุ่ม กล่าวคือ กลุ่มแรกจะเป็นการศึกษาในประเด็นเรื่องการกำหนดความรับผิดชอบทางอาญาแก่บุคคลผู้มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับเด็ก โดยจะศึกษาประเทศ อันได้แก่ ประเทศสหรัฐอเมริกา รัฐแคลิฟอร์เนีย และมลรัฐนิวยอร์ก และประเทศนิวซีแลนด์ เนื่องจากประเทศเหล่านี้ได้มีการบัญญัติถึงความรับผิดชอบของผู้ใกล้ชิดกับเด็กในกรณีบกพร่องต่อการปกป้องหรือคุ้มครองเด็กจากความเสี่ยงที่จะเกิดอันตรายไว้โดยเฉพาะ แยกจากความรับผิดชอบของผู้ที่ทำความผิดต่อเด็กเป็นอีกฐานหนึ่งต่างหาก ส่วนกลุ่มที่สองจะเป็นการศึกษาในประเด็นความรับผิดชอบทางอาญาของบุคคลในองค์กรที่ทำงานเกี่ยวข้องกับเด็กโดยจะศึกษาประเทศอันได้แก่ เครือรัฐออสเตรเลีย รัฐวิกตอเรีย และรัฐนิวเซาท์เวลส์ และประเทศนิวซีแลนด์ เนื่องจากประเทศเหล่านี้ได้มีการกำหนดหน้าที่และความรับผิดชอบทางอาญาแก่บุคคลในองค์กรที่ทำงานเกี่ยวข้องกับเด็กในกรณีบกพร่องต่อการปกป้องหรือคุ้มครองเด็กจากความเสี่ยงที่จะเกิดอันตรายไว้ โดยเฉพาะแยกต่างหากจากความรับผิดชอบของผู้กระทำผิด ทั้งนี้เพื่อเป็นแนวทางในการแก้ไขปรับปรุงกฎหมายของประเทศไทย ตลอดจนกำหนดฐานความรับผิดชอบที่เหมาะสมเพื่อให้มีประสิทธิภาพต่อไป

1.2 สมมติฐาน

ประเทศไทยยังไม่มีบทบัญญัติกฎหมายในลักษณะที่กำหนดความรับผิดชอบทางอาญาแก่บุคคลผู้ใกล้ชิดกับเด็ก ในขั้นตอนซึ่งรับรู้ถึงความเสี่ยงที่อาจจะเกิดการกระทำผิดต่อเด็กหรือผู้เยาว์โดยบุคคลอื่นแต่บกพร่องละเลยในการกำจัดหรือลดความเสี่ยงนั้นเพื่อปกป้องหรือคุ้มครองเด็กและผู้เยาว์ ทั้งยังไม่มีบทบัญญัติที่กำหนดความรับผิดชอบของบุคคลผู้มีอำนาจในองค์กรที่ทำงานเกี่ยวข้องกับเด็กอันมีเด็กอยู่ภายใต้การดูแล ในขั้นตอนซึ่งบุคคลดังกล่าวรับรู้ถึงความเสี่ยงสูงที่บุคคลที่เกี่ยวข้องกับองค์กรของตนจะทำความผิดต่อเด็กหรือผู้เยาว์ และตนมีอำนาจในการที่จะลดหรือกำจัดความเสี่ยงนั้นได้ แต่

บทพร้อมในการจัดการกำจัดความเสี่ยงนั้น ดังนั้นแล้วจึงมีความจำเป็นที่จะต้องมีการบัญญัติกฎหมายเพื่อกำหนดความรับผิดชอบของบุคคลเหล่านี้ขึ้นเพื่อให้สามารถปกป้องคุ้มครองเด็กจากความเสี่ยงได้อย่างมีประสิทธิภาพต่อไป

1.3 วัตถุประสงค์ของการศึกษา

1.3.1 เพื่อศึกษาถึงแนวคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับมาตรการทางกฎหมายในการกำหนดความรับผิดชอบทางอาญาแก่บุคคลผู้ใกล้ชิดกับเด็ก หรือบุคคลในองค์กรที่ทำงานเกี่ยวข้องกับเด็ก กรณีรับรู้ถึงความเสี่ยงแต่ละเลยไม่ดำเนินการอย่างเหมาะสมเพื่อปกป้องหรือคุ้มครองเด็กจากความเสี่ยงที่จะเกิดอันตรายจากการกระทำผิดของบุคคลอื่น

1.3.2 เพื่อศึกษาถึงมาตรการทางกฎหมายในการกำหนดความรับผิดชอบทางอาญาแก่บุคคลผู้ใกล้ชิดกับเด็ก หรือบุคคลในองค์กรที่ทำงานเกี่ยวข้องกับเด็ก กรณีรับรู้ถึงความเสี่ยงแต่ละเลยไม่ดำเนินการอย่างเหมาะสมเพื่อปกป้องหรือคุ้มครองเด็กจากความเสี่ยงที่จะเกิดอันตรายจากการกระทำผิดของบุคคลอื่นของต่างประเทศ อันได้แก่ สหรัฐอเมริกา มลรัฐแคลิฟอร์เนีย นิวยอร์ก และ รัฐวิกตอเรีย รัฐนิวเซาท์เวลส์เครือรัฐออสเตรเลีย และประเทศนิวซีแลนด์

1.3.3 เพื่อวิเคราะห์เปรียบเทียบมาตรการทางกฎหมายในการกำหนดความรับผิดชอบทางอาญาแก่บุคคลผู้ใกล้ชิดกับเด็ก หรือบุคคลในองค์กรที่ทำงานเกี่ยวข้องกับเด็ก กรณีรับรู้ถึงความเสี่ยงแต่ละเลยไม่ดำเนินการอย่างเหมาะสมเพื่อปกป้องหรือคุ้มครองเด็กจากความเสี่ยงที่จะเกิดอันตรายจากการกระทำผิดของบุคคลอื่นของต่างประเทศเปรียบเทียบกับมาตรการทางกฎหมายของประเทศไทย

1.3.4 เพื่อเสนอแนะแนวทางในการกำหนดมาตรการทางกฎหมายที่เหมาะสมในการกำหนดความรับผิดชอบทางอาญาแก่บุคคลผู้ใกล้ชิดกับเด็ก หรือบุคคลในองค์กรที่ทำงานเกี่ยวข้องกับเด็ก กรณีรับรู้ถึงความเสี่ยงแต่ละเลยไม่ดำเนินการอย่างเหมาะสมเพื่อปกป้องหรือคุ้มครองเด็กจากความเสี่ยงที่จะเกิดอันตรายจากการกระทำผิดของบุคคลอื่นของ

1.4 ขอบเขตของการศึกษา

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มุ่งศึกษาถึงมาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวกับการกำหนดความรับผิดชอบทางอาญาแก่บุคคลผู้ใกล้ชิดกับเด็ก หรือบุคคลในองค์กรที่ทำงานเกี่ยวข้องกับเด็ก กรณีรับรู้ถึงความเสี่ยงแต่ละเลยไม่ดำเนินการอย่างเหมาะสมเพื่อปกป้องหรือคุ้มครองเด็กจากความเสี่ยงที่จะเกิดอันตรายจากการกระทำผิดของบุคคลอื่นของประเทศไทยในปัจจุบัน คือประมวลกฎหมายอาญา และพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ.2546 และสภาพปัญหาอันเกิดจากการนำเอากฎหมายอาญาที่มีอยู่ของไทยในปัจจุบันไปบังคับใช้กับกรณีดังกล่าว เพื่อเปรียบเทียบกับมาตรการทางกฎหมายของ

ต่างประเทศอันได้แก่ สหรัฐอเมริกามลรัฐแคลิฟอร์เนีย นิวยอร์ก และ รัฐวิกตอเรีย รัฐนิวเซาท์เวลส์ เครือรัฐออสเตรเลีย และประเทศนิวซีแลนด์ และวิเคราะห์ถึงความเหมาะสมเพื่อนำมาปรับใช้ใน ประเทศไทยต่อไป

1.5 วิธีดำเนินการศึกษา

การศึกษาวิจัยนี้ได้กำหนดวิธีการศึกษาโดยการวิจัยเอกสาร(Documentary research) อันได้แก่ หนังสือ ตำรา ผลงานวิจัย ตั๋วบทกฎหมาย คำพิพากษาศาสนฎีกา บทความ และข้อมูลทางอินเทอร์เน็ตที่เกี่ยวข้อง เพื่อนำข้อมูลที่ได้มาประมวลเป็นข้อเสนอแนะต่อไป

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1.6.1 ทำให้เข้าใจแนวคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับมาตรการทางกฎหมายในการกำหนดความรับผิดทางอาญาแก่บุคคลผู้ใกล้ชิดกับเด็ก หรือบุคคลในองค์กรที่ทำงานเกี่ยวข้องกับเด็ก กรณีรับรู้ถึงความเสี่ยงแต่ละเลยไม่ดำเนินการอย่างเหมาะสมเพื่อปกป้องหรือคุ้มครองเด็กจากความเสี่ยงที่จะเกิดอันตรายจากการกระทำผิดของบุคคลอื่น

1.6.2 ทำให้ทราบถึงมาตรการทางกฎหมายในการกำหนดความรับผิดทางอาญาแก่บุคคลผู้ใกล้ชิดกับเด็ก หรือบุคคลในองค์กรที่ทำงานเกี่ยวข้องกับเด็ก กรณีรับรู้ถึงความเสี่ยงแต่ละเลยไม่ดำเนินการอย่างเหมาะสมเพื่อปกป้องหรือคุ้มครองเด็กจากความเสี่ยงที่จะเกิดอันตรายจากการกระทำผิดของบุคคลอื่นของต่างประเทศ อันได้แก่ สหรัฐอเมริกามลรัฐแคลิฟอร์เนีย นิวยอร์ก และ รัฐวิกตอเรีย รัฐนิวเซาท์เวลส์เครือรัฐออสเตรเลีย และประเทศนิวซีแลนด์

1.6.3 ได้วิเคราะห์เปรียบเทียบมาตรการทางกฎหมายในการกำหนดความรับผิดทางอาญาแก่บุคคลผู้ใกล้ชิดกับเด็ก หรือบุคคลในองค์กรที่ทำงานเกี่ยวข้องกับเด็ก กรณีรับรู้ถึงความเสี่ยงแต่ละเลยไม่ดำเนินการอย่างเหมาะสมเพื่อปกป้องหรือคุ้มครองเด็กจากความเสี่ยงที่จะเกิดอันตรายจากการกระทำผิดของบุคคลอื่นของต่างประเทศเปรียบเทียบกับมาตรการทางกฎหมายของประเทศไทย

1.6.4 ได้แนวทางในการกำหนดมาตรการทางกฎหมายที่เหมาะสมเพื่อกำหนดความรับผิดทางอาญาแก่บุคคลผู้ใกล้ชิดกับเด็ก หรือบุคคลในองค์กรที่ทำงานเกี่ยวข้องกับเด็ก กรณีรับรู้ถึงความเสี่ยงแต่ละเลยไม่ดำเนินการอย่างเหมาะสมเพื่อปกป้องหรือคุ้มครองเด็กจากความเสี่ยงที่จะเกิดอันตรายจากการกระทำผิดของบุคคลอื่น

1.7 โครงสร้างของวิทยานิพนธ์

การกำหนดความรับผิดชอบทางอาญากรณีความบกพร่องต่อการปกป้องหรือคุ้มครองเด็กจากความเสี่ยงที่จะเกิดอันตรายนั้นเป็นปัญหาสำคัญที่เกิดขึ้นมากในสังคมไทย โดยวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จึงมุ่งศึกษาวิเคราะห์ความเหมาะสมของการกำหนดความรับผิดชอบทางอาญากรณีความบกพร่องต่อการปกป้องหรือคุ้มครองเด็กจากความเสี่ยงที่จะเกิดอันตรายโดยจะแบ่งออกเป็นสองประเด็นกล่าวคือ ประเด็นแรกเป็นการศึกษาถึงความรับผิดชอบ**บุคคลผู้ใกล้ชิดกับเด็ก** เช่น พ่อแม่ ผู้ปกครอง หรือ ผู้ดูแลเด็กซึ่งเป็นบุคคลที่มีความสัมพันธ์กับเด็กอย่างใกล้ชิดเพียงพอที่จะสามารถรับรู้ถึงความเสี่ยงที่อาจเกิดการกระทำความผิดต่อเด็กโดยบุคคลอื่นได้ แต่กลับบกพร่องละเลยไม่จัดการกับความเสี่ยงนั้นอย่างเหมาะสม และในประเด็นที่สองเป็นการศึกษาถึงกรณีความรับผิดชอบของ**บุคคลผู้มีอำนาจในองค์กร** ที่ทำงานเกี่ยวข้องกับเด็ก ซึ่งรับรู้ว่ามีความเสี่ยงสูงที่จะเกิดการกระทำความผิดต่อเด็กโดยบุคคลที่เกี่ยวข้องกับองค์กรของตนและตนมีอำนาจในการที่จะลดหรือกำจัดความเสี่ยงได้ แต่บกพร่องละเลยไม่ได้ดำเนินการใดๆให้เหมาะสมเพื่อเป็นการกำจัดความเสี่ยงนั้นให้พ้นไปจากตัวเด็กหรือผู้เยาว์ ทั้งนี้จะศึกษาถึงแนวความคิดทฤษฎีต่างๆที่เกี่ยวข้องเพื่อที่จะได้ทราบถึงความเหมาะสมของการกำหนดความรับผิดชอบดังกล่าวและเพื่อที่จะสามารถเสนอแนะมาตรการ อื่นๆที่เหมาะสมได้โดยมีลำดับการนำเสนอต่อไปนี้

บทที่สอง จะนำเสนอให้เห็นถึงทฤษฎีต่างๆที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดความรับผิดชอบทางอาญากรณีความบกพร่องต่อการปกป้องหรือคุ้มครองเด็กจากความเสี่ยงที่จะเกิดอันตรายหรือการกระทำความผิดต่อเด็ก โดยจะแบ่งออกเป็น 3 ส่วน กล่าวคือ ส่วนแรกจะเป็นการศึกษาถึงแนวคิดในการให้ความคุ้มครองเด็กอันประกอบด้วยความหมายของเด็กตามมาตรฐานระหว่างประเทศและตามกฎหมายไทย แนวคิดในการคุ้มครองเด็กตามปฏิญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก และอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก และแนวคิดในการเข้าแทรกแซงสถาบันครอบครัวโดยรัฐ เพื่อให้เห็นว่าทำไมเด็กและผู้เยาว์จึงสมควรได้รับความคุ้มครองเป็นพิเศษที่มากกว่าผู้ใหญ่ และในส่วนที่สองจะเป็นการศึกษาถึงแนวคิดทฤษฎีที่เกี่ยวข้องเพื่อกำหนดความรับผิดชอบทางอาญาโดยจะประกอบด้วย ข้อพิจารณาในการกำหนดความรับผิดชอบอันได้แก่ ทฤษฎีในการกำหนดความผิดอาญาและวัตถุประสงค์ของการลงโทษ และส่วนที่สามเป็นการกล่าวถึงความจำเป็นในการกำหนดความรับผิดชอบทางอาญาในกรณีความบกพร่องต่อการปกป้องหรือคุ้มครองเด็กจากความเสี่ยงที่จะเกิดอันตรายหรือการกระทำความผิดต่อเด็ก เพื่อให้ทราบถึงความจำเป็นในการกำหนดความรับผิดชอบต่อผู้ที่บกพร่องหรือละเลยต่อการปกป้องหรือคุ้มครองเด็กดังกล่าว

บทที่สาม จะเป็นการศึกษาถึงมาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองและการจัดการกับความเสี่ยงที่จะเกิดอันตรายแก่เด็กในประเทศไทย เพื่อที่จะทราบถึงขอบเขตความรับผิดชอบตามกฎหมายไทยว่ามีบทบัญญัติในลักษณะที่กำหนดความรับผิดชอบต่อผู้ที่บกพร่องหรือละเลยในการ

กำจัดหรือลดความเสี่ยงเมื่อรับรู้ถึงความเสี่ยงสูงที่จะเกิดอันตรายหรือเกิดการกระทำความผิดต่อเด็กหรือไม่ โดยจะศึกษารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ประมวลกฎหมายอาญา และพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กพ.ศ. 2546 เพื่อที่จะทราบถึงขอบเขตความคุ้มครองและความรับผิดชอบทางอาญาเมื่อมีการกระทำความผิดต่อเด็กเกิดขึ้นซึ่งจะทำให้สามารถนำมาใช้วิเคราะห์กับหลักเกณฑ์ในการพิจารณาความเหมาะสมในการกำหนดความรับผิดชอบอาญาแก่บุคคลใกล้ชิดกับเด็กและบุคคลผู้มีอำนาจในองค์กรซึ่งทำงานเกี่ยวข้องกับเด็ก ในกรณีบกพร่องต่อการปกป้องหรือคุ้มครองเด็กจากความเสี่ยงที่จะเกิดอันตรายต่อไป

บทที่สี่ จะเป็นการศึกษาถึงมาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองและจัดการกับความเสี่ยงที่เกิดอันตรายแก่เด็กในต่างประเทศโดยจะแบ่งการศึกษาออกเป็น 2 ประเด็น กล่าวคือ ในประเด็นแรกจะศึกษาการกำหนดความรับผิดชอบอาญาแก่บุคคลผู้ใกล้ชิดกับเด็ก ในกรณีที่บุคคลดังกล่าวรับรู้ถึงความเสี่ยงที่จะเกิดอันตรายหรือเกิดการกระทำความผิดต่อเด็กแต่บกพร่องไม่กำจัดหรือลดความเสี่ยงนั้นโดยศึกษา 3 ประเทศอันได้แก่ ประเทศสหรัฐอเมริกามลรัฐแคลิฟอร์เนีย มลรัฐนิวยอร์ก และประเทศนิวซีแลนด์ ส่วนประเด็นที่สองจะเป็นการศึกษาถึงการกำหนดความรับผิดชอบอาญาแก่บุคคลในองค์กรที่ทำงานเกี่ยวข้องกับเด็กซึ่งรับรู้ถึงความเสี่ยงว่าบุคคลที่ทำงานในองค์กรของตนนั้นมีความเสี่ยงสูงที่จะกระทำความผิดต่อเด็กและตนเป็นผู้ที่มีอำนาจในการที่จะลดหรือกำจัดความเสี่ยงนั้นได้แต่บกพร่องละเลยไม่ดำเนินการอย่างเหมาะสมเพื่อกำจัดความเสี่ยงนั้น โดยจะศึกษาความรับผิดชอบของบุคคลดังกล่าวตามกฎหมายต่างประเทศได้แก่ เครือรัฐออสเตรเลียรัฐวิกตอเรีย รัฐนิวเซาท์เวลส์ และประเทศนิวซีแลนด์

บทที่ห้า จะเป็นการนำเอาสิ่งที่ได้ศึกษาในบทก่อนหน้ามาวิเคราะห์และเปรียบเทียบเพื่อที่จะได้ทราบว่ามาตรการทางกฎหมายในการจัดการกับความเสี่ยงที่จะเกิดอันตรายแก่เด็กของประเทศไทยเมื่อเปรียบเทียบกับต่างประเทศแล้วมีความเหมาะสมหรือไม่อย่างไร ซึ่งผลของการศึกษาเหล่านี้จะถูกนำเสนอในบทที่หกอันเป็นบทสรุปและข้อเสนอแนะของวิทยานิพนธ์เล่มนี้ต่อไป

บทที่ 2

แนวคิด ทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดความรับผิดชอบทางอาญากรณีความบกพร่องต่อการปกป้องหรือคุ้มครองเด็กจากความเสี่ยงที่จะเกิดอันตรายจากการกระทำ ความผิดของบุคคลอื่น

เมื่อได้ทราบถึงสภาพปัญหาในการบกพร่องหรือละเลยในการคุ้มครองหรือปกป้องเด็กจากความเสี่ยงที่จะเกิดอันตรายจากการกระทำ ความผิดของบุคคลอื่นแล้วในบทที่ 1 ต่อไปจะเป็นการศึกษาทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับการพิจารณากำหนดความรับผิดชอบในปัญหาดังกล่าว เนื่องด้วยการศึกษาเพื่อแก้ปัญหาใดๆนั้นจะต้องมีความรู้ในทฤษฎีที่เกี่ยวข้องเสียก่อนเพื่อที่จะได้นำไปวิเคราะห์เพื่อแก้ไขปัญหานั้นได้อย่างเหมาะสม ดังนั้นแล้วในบทนี้จึงจะเป็นการศึกษาถึงคิดทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับการพิจารณาความเหมาะสมของการกำหนดความรับผิดชอบทางอาญาต่อบุคคลผู้ใกล้ชิดกับเด็กและบุคคลในองค์กรที่ทำงานเกี่ยวข้องกับเด็ก โดยในส่วนแรกจะเป็นการศึกษาความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับแนวคิดในการให้ความคุ้มครองเด็ก ซึ่งจะแสดงให้เห็นว่าทำไมเด็กจึงสมควรได้รับความคุ้มครองมากกว่าผู้ใหญ่ โดยจะศึกษาถึงแนวคิดในทางสากลต่างๆที่ส่งผลต่อการคุ้มครองเด็ก และในส่วนที่สองจะเป็นการศึกษาแนวคิดทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดความรับผิดชอบทางอาญา เพื่อที่จะพิจารณาถึงความเหมาะสมของการกำหนดความผิดทางอาญาให้มีความชอบธรรม โดยการศึกษาในส่วนนี้จะต้องพิจารณาถึงหลักเกณฑ์เกี่ยวกับเหตุผลและวัตถุประสงค์ของการกำหนดความผิดอาญาและการกำหนดโทษทางอาญา ลักษณะการกระทำที่ควรถูกบัญญัติไว้เป็นความผิด และโครงสร้างความรับผิดชอบทางอาญา เพื่อนำมาวิเคราะห์ถึงความจำเป็นในการกำหนดความรับผิดชอบทางอาญากรณีบกพร่องละเลยในการปกป้องคุ้มครองเด็ก และในส่วนที่สามจะเป็นการอธิบายถึงแนวคิดความรับผิดชอบในทางอาญาของบุคคลโดยประกอบด้วย ความรับผิดชอบในการกระทำของตนเอง และแนวคิดความรับผิดชอบในการกระทำของบุคคลอื่น และในส่วนสุดท้ายจะเป็นการศึกษาถึงแนวคิดความจำเป็นในการกำหนดความรับผิดชอบทางอาญากรณีบกพร่องต่อการปกป้องหรือคุ้มครองเด็กจากความเสี่ยงที่จะเกิดอันตรายจากการกระทำของบุคคลอื่น ซึ่งมีรายละเอียดดังจะกล่าวต่อไปนี้

2.1 แนวคิดในการให้ความคุ้มครองเด็ก

เด็กเป็นวัยที่เปราะบางอ่อนแอทั้งด้านร่างกาย อารมณ์ จิตใจ และสภาวะการตัดสินใจที่ขาดการไตร่ตรองบนพื้นฐานของเหตุผล ดังนั้นแล้วสิ่งแวดล้อมในสังคมจึงส่งผลต่อพฤติกรรมและความ

เป็นอยู่ของเด็กอย่างมาก¹ และด้วยความอ่อนแอตั้งกล่าวนั้นเองจึงทำให้เด็กถูกละเมิดได้ง่ายกว่าผู้ใหญ่ ด้วยเหตุนี้เองเด็กจึงเป็นทรัพยากรบุคคลที่มีความสำคัญอย่างยิ่งต่อสังคมและควรได้รับการคุ้มครองเป็นพิเศษโดยแตกต่างจากผู้ใหญ่ ทั้งนี้ นอกจากครอบครัวของเด็กแล้วรัฐจึงต้องเข้ามามีบทบาทในการคุ้มครองเด็กเพื่อให้เด็กสามารถโตเป็นผู้ใหญ่ซึ่งเป็นกำลังสำคัญของสังคมต่อไปในอนาคต โดยเฉพาะอย่างยิ่งการปกป้องคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของเด็กที่พวกเขาได้อยู่และควรจะได้รับ อีกทั้งเพื่อเป็นการป้องกันมิให้เด็กถูกทำร้ายหรือถูกละเมิดในทุกรูปแบบ² เช่นนี้การป้องกันและกำจัดความเสี่ยงที่เด็กจะตกเป็นผู้เสียหายจากการกระทำผิดหรือได้รับอันตรายจึงเป็นสิ่งที่ควรต้องให้ความสำคัญ แนวคิดในการคุ้มครองเด็กนี้เองเป็นหลักการที่ทั่วโลกต่างให้การยอมรับและตระหนักถึงความสำคัญ โดยจะเห็นได้จากความตกลงระหว่างประเทศต่างๆอันได้แก่ ปฏิญญาว่าด้วยสิทธิเด็กอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก³ อย่างไรก็ตามก่อนอื่นต้องศึกษาถึงความหมายของเด็กเสียก่อนเพื่อเป็นการทำความเข้าใจว่าการคุ้มครองเด็กนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อต้องการคุ้มครองบุคคลใดบ้าง โดยในส่วนนี้จะทำการศึกษาถึงความหมายของเด็กทั้งตามมาตรฐานระหว่างประเทศและตามกฎหมายไทย จากนั้นจะทำการเปรียบเทียบความหมายของเด็กตามมาตรฐานระหว่างประเทศและกฎหมายไทยว่ามีความเหมือนหรือแตกต่างกันอย่างไร

2.1.1 ความหมายของเด็กตามมาตรฐานระหว่างประเทศ

ความหมายของคำว่า “เด็ก” ตามที่ Black's Law Dictionary ได้กำหนดไว้ นั้นหมายถึง บุคคลผู้อยู่ภายใต้การปกครองซึ่งอายุยังไม่บรรลุนิติภาวะ⁴ ซึ่งให้ความหมายทำนองเดียวกับ Merriam-Webster's Law Dictionary ที่อธิบายว่า “เด็ก” หมายถึง บุคคลที่ยังไม่บรรลุนิติภาวะ⁵ โดยจากคำนิยามดังกล่าวจะเห็นได้ว่าการกำหนดความหมายของคำว่าเด็กนั้นมิได้มีการกำหนดอายุของความเป็นเด็กไว้อย่างชัดเจน โดยจะต้องพิจารณาจากเกณฑ์ด้านอายุของกฎหมายภายในของแต่ละประเทศว่าบุคคลบรรลุนิติภาวะเมื่อใดนั่นเอง

ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิเด็ก (Declaration of the rights of the child 1959)
 นั้น ไม่ได้กำหนดคำนิยามของคำว่า “เด็ก” ไว้ เพียงแต่บัญญัติว่าเด็กควรจะต้องได้รับการคุ้มครองและ

¹ บุญทัน หมั่นอักษร, “มาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองเด็กที่มีพฤติกรรมเสี่ยง,” วารสารวิจัย มหาวิทยาลัยขอนแก่น ฉบับบัณฑิตศึกษาศาสนาและสังคมศาสตร์ ปีที่ 7: 79.

² เรื่องเดียวกัน.

³ ธัญทิพ เสนอชัย, “แนวทางในการพัฒนาความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก” (วิทยานิพนธ์หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต, สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2560), หน้า 14.

⁴ Bryan A Garner, Black's Law Dictionary, 9th ed. (St. Paul, MN: West, 2009), p. 271.

⁵ Merriam-Webster, Merriam-Webster's Dictionary of Law (Springfield, Mass: Merriam-Webster, 2011), p. 75.

ปกป้องเป็นพิเศษ โดยต้องมีบทบัญญัติทางกฎหมายที่คุ้มครองและรับรองสิทธิของเด็กประเภทต่างๆ เอาไว้

อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก (Convention on the rights of the child 1989) ได้กำหนดนิยามคำว่า “เด็ก” คือ บุคคลที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปีบริบูรณ์ เว้นแต่กฎหมายภายในประเทศที่บังคับใช้กับเด็กนั้นได้กำหนดให้บรรลุนิติภาวะก่อนอายุ 18 ปี⁶ โดยอนุสัญญานี้เป็นมาตรฐานเพื่อคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของเด็กที่นานาประเทศได้ให้สัตยาบันเอาไว้⁷ รวมทั้งประเทศไทยด้วย⁸ ดังนั้นแล้วประเทศที่เข้าเป็นภาคีของอนุสัญญาดังกล่าวจึงต้องยอมรับหลักการในการคุ้มครองเด็กตามอนุสัญญาด้วย

พิธีสารเลือกรับของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก (Optional Protocol to Convention on the rights of the child 1989) พิธีสารฉบับนี้เป็นพิธีสารเพิ่มเติมของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กในข้อ 32 34 และ 35 ซึ่งว่าด้วยการแสวงหาประโยชน์จากเด็กทางเศรษฐกิจและทางเพศ ดังนั้นแล้วการกำหนดเรื่องคำนิยามของคำว่า “เด็ก” จึงเป็นไปตามความหมายของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กซึ่งกล่าวไปแล้วข้างต้นนี้เอง

เมื่อพิจารณาที่คำนิยามของคำว่า “เด็ก” ตามมาตรฐานระหว่างประเทศแล้ว เห็นได้ว่ามีความเหมือนกันลักษณะที่เป็นสากล กล่าวคือ เด็ก หมายถึงบุคคลที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปีเว้นแต่จะบรรลุนิติภาวะแล้วตามกฎหมายของแต่ละประเทศ และในส่วนตัวต่อไปจะเป็นการศึกษาถึงความหมายของ “เด็ก” ตามกฎหมายไทย

2.1.2 ความหมายของเด็กตามกฎหมายไทย

คำนิยามของคำว่า “เด็ก” ตามกฎหมายไทยนั้นมีบัญญัติไว้ในกฎหมายหลายฉบับด้วยกัน ซึ่งแต่ละฉบับก็มีคำนิยามที่แตกต่างกันออกไป ดังนั้นแล้วในส่วนนี้จะอธิบายถึงความหมายของคำว่าเด็กตามประมวลกฎหมายอาญา และตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และความหมายของเด็กตามพระราชบัญญัติอื่นๆที่ตราขึ้นโดยมีความเกี่ยวข้องกับเด็ก ซึ่งมีรายละเอียดดังนี้

⁶ Convention on the rights of the child 1989- Article 1-For the purposes of the present Convention, a child means every human being below the age of eighteen years unless under the law applicable to the child, majority is attained earlier.

⁷ ธัญทิพ เสนอชัย, "แนวทางในการพัฒนาความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก," หน้า 14.

⁸ บุญทัน หมั่นอภัย, "มาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองเด็กที่มีพฤติกรรมเสี่ยง," วารสารวิจัย มหาวิทยาลัยขอนแก่น ฉบับบัณฑิตศึกษาศาสนาและสังคมศาสตร์ ปีที่ 7: 79.

(1) ประมวลกฎหมายอาญา

ตามประมวลกฎหมายอาญานั้นมิได้มีการบัญญัติคำนิยามของคำว่า “เด็ก” ไว้เป็นการเฉพาะแต่อย่างใด อย่างไรก็ตามประมวลกฎหมายอาญามีบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับเด็กอยู่หลายมาตราทั้งในกรณีที่เด็กเป็นผู้กระทำความผิด และในกรณีที่เด็กเป็นผู้เสียหายซึ่งจะได้กล่าวต่อไปในบทที่ 3 นั้นเอง

(2) ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้มีการบัญญัติถึงเกณฑ์อายุ ในกรณีที่เกี่ยวข้องกับความสามารถของบุคคลอื่นจะทำนิติกรรมต่างๆให้มีผลสมบูรณ์ตามกฎหมายได้โดยลำพังไม่ต้องขอความยินยอมจากผู้แทนโดยชอบธรรม⁹ โดยกำหนดไว้ว่าบุคคลย่อมพ้นจากการเป็นผู้เยาว์และบรรลุนิติภาวะเมื่อมีอายุ 20 ปีบริบูรณ์¹⁰ หรือเมื่อทำการสมรสตามมาตรา 1448¹¹ ซึ่งการกำหนดเกณฑ์อายุในการบรรลุนิติภาวะนี้มีขึ้นเพื่อใช้ในการพิจารณาว่าบุคคลใดบ้างที่กฎหมายถือว่าเป็นผู้ที่สามารถคิด ตัดสินใจ และจัดการงานของตนเองทั้งยังสามารถรับผิดชอบตนเองได้นั้นเอง¹² แต่อย่างไรก็ตามการกระทำนิติกรรมบางประการผู้เยาว์ก็สามารถทำได้แม้ยังไม่บรรลุนิติภาวะ เช่น การทำพินัยกรรมซึ่งผู้เยาว์สามารถกระทำได้เมื่อมีอายุครบ 15 ปีบริบูรณ์¹³ และเรื่องการหมั้นชายและหญิงสามารถหมั้นได้เมื่ออายุ 17 ปี¹⁴ และสมรสกันได้เมื่ออายุ 17 ปี¹⁵ เป็นต้น ดังนั้นแล้วจากบทบัญญัติของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จะเห็นได้ว่า “เด็ก” หมายถึง บุคคลที่ยังไม่บรรลุนิติภาวะ กล่าวคือเป็นผู้เยาว์ซึ่งอายุยังไม่ครบ 20 ปีบริบูรณ์นั่นเอง

(3) พระราชบัญญัติอื่นๆที่มีความเกี่ยวข้องกับเด็ก

ประเทศไทยมีกฎหมายอันเป็นพระราชบัญญัติต่างๆที่เกี่ยวข้องกับเด็กและได้ให้ความหมายของคำว่าเด็กเอาไว้หลายฉบับ โดยความหมายก็จะต่างกันไปทั้งนี้เป็นไปตามวัตถุประสงค์และเจตนารมณ์ของพระราชบัญญัตินั้นๆ¹⁶ ยกตัวอย่างเช่น พระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ. ศ. 2553 ซึ่งมุ่งเน้นเกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองสิทธิสวัสดิภาพ และการปฏิบัติต่อเด็กเพื่อกำหนดหลักเกณฑ์การดำเนินกระบวนการพิจารณาของเด็กไว้เป็น

⁹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 21

¹⁰ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 19

¹¹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 20

¹² กิตติศักดิ์ ปรกติ, *หลักกฎหมายบุคคล* (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2553), หน้า 62.

¹³ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 25

¹⁴ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1435

¹⁵ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1448

¹⁶ ธัญทิพ เสนชัย, "แนวทางในการพัฒนาความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก," หน้า 18.

พิเศษให้มีความแตกต่างจากคดีธรรมดา¹⁷ โดยได้กำหนดไว้ว่า “เด็ก” หมายถึง บุคคลที่มีอายุไม่เกิน 15 ปี ส่วนเยาวชนหมายถึง บุคคลที่มีอายุเกิน 15 ปีแต่ไม่เกิน 18 ปี¹⁸

กฎหมายอีกฉบับหนึ่งก็คือ พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 ซึ่งถูกตราขึ้นโดย มีวัตถุประสงค์เพื่อให้เด็กได้รับการอุปการะเลี้ยงดู อบรมสั่งสอน และมีพัฒนาการที่เหมาะสม รวมทั้ง ป้องกันมิให้เด็กถูกทารุณกรรมตกเป็นเหยื่อในการแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบหรือถูกเลือกปฏิบัติโดย ไม่เป็นธรรม¹⁹ ซึ่งได้กำหนดนิยามคำว่า “เด็ก” หมายถึง บุคคลที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปี แต่ไม่รวมถึงผู้ที่ บรรลุนิติภาวะโดยการสมรส²⁰

พระราชบัญญัติส่งเสริมการพัฒนาเด็กและเยาวชนแห่งชาติ พ.ศ. 2550 ที่บัญญัติขึ้น เพื่อส่งเสริมพัฒนาการของเด็กและเยาวชนให้เติบโตไปในทางที่ดีขึ้น ก้าวหน้าขึ้น และส่งเสริมให้เด็กและ เยาวชนมีส่วนร่วมแสดงความคิดเห็นในเรื่องต่างๆที่มีผลกระทบต่อเด็กและเยาวชน และสนับสนุนให้ เด็กและเยาวชนได้มีการแสดงออกที่สอดคล้องกับระดับความรู้ความสามารถของบุคคลนั้นๆ²¹ โดย กฎหมายนี้ได้ให้นิยามคำว่า “เด็ก” หมายถึง บุคคลที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปี²² และยังมีการกำหนดคำ นิยามของคำว่า “เด็ก” ไว้ในพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้ามนุษย์ พ.ศ. 2551 ซึ่งให้ หมายถึง บุคคลที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปี เช่นเดียวกัน²³

จากข้อมูลที่กล่าวไปข้างต้นเมื่อพิจารณาถึงนิยามของคำว่า “เด็ก” ตามกฎหมายของ ประเทศไทยทั้งในประมวลกฎหมายอาญา ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และพระราชบัญญัติ ต่างๆ พบว่ามีการให้นิยามของคำว่าเด็กไว้อย่างหลากหลายทั้งนี้ขึ้นอยู่กับเจตนารมณ์ในการร่าง บทบัญญัตินั้นๆนั่นเอง แต่โดยหลักแล้วส่วนใหญ่มักจะให้ความหมายว่า เด็ก หมายถึง บุคคลที่มีอายุ ต่ำกว่า 18 ปีบริบูรณ์²⁴ซึ่งสอดคล้องกับความหมายของเด็กตามอนุสัญญาสิทธิเด็กเป็นกฎหมาย ระหว่างประเทศที่ได้รับการยอมรับอย่างเป็นทางการ²⁵ และในส่วนต่อไปจะเป็นการกล่าวถึงสิทธิ มนุษยชนอันเป็นที่มาของสิทธิเด็กซึ่งส่งผลให้เด็กต้องได้รับการคุ้มครองแตกต่างจากผู้ใหญ่นั้นเอง

¹⁷ ดวงพร เพชรคง, "กฎหมายกับการกระทำผิดของเด็กและเยาวชน," ใน บทความใช้เพื่อการนำออกอากาศทางสถานีวิทยุกระจายเสียงรัฐสภา รายการเจตนารมณ์กฎหมาย สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, (2559), หน้า 4.

¹⁸ พระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553 มาตรา 4

¹⁹ หมายเหตุท้ายพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546

²⁰ พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 มาตรา 4

²¹ หมายเหตุท้ายพระราชบัญญัติส่งเสริมการพัฒนาเด็กและเยาวชนแห่งชาติ พ.ศ. 2550

²² พระราชบัญญัติส่งเสริมการพัฒนาเด็กและเยาวชนแห่งชาติ พ.ศ. 2550 มาตรา 4

²³ พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้ามนุษย์ พ.ศ. 2551 มาตรา 4

²⁴ มีนตรี ฉัตรจินดา, "ความรับผิดชอบทางอาญาของผู้ครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็ก" (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารคดี, สาขา กฎหมายอาญา คณะนิติศาสตร์, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556), หน้า 31.

²⁵ ธัญทิพ เสนชัย, "แนวทางในการพัฒนาความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก," หน้า 19.

สิทธิมนุษยชน (Human Rights) หมายถึง สิทธิที่มนุษย์ทุกคนมีอย่างเสมอภาคกัน อันได้แก่ ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิเสรีภาพและความเสมอภาค โดยปราศจากการแบ่งแยก เช่น การแบ่งแยกโดยเชื้อชาติ สีผิว เพศ ภาษา ศาสนา การเมือง ทรัพย์สิน หรือการเกิด เป็นต้น²⁶ โดยหลักการที่สำคัญที่สุดของสิทธิมนุษยชน คือมนุษย์ต้องได้รับความคุ้มครองในศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ เนื่องจากมนุษย์ทุกคนมีตัวตนมาตั้งแต่เกิดอย่างเท่าเทียมกัน ดังนั้นแล้วเพื่อมิให้มีการละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์หรือสิทธิระหว่างมนุษย์ด้วยกันเอง กฎหมายจึงจำต้องเข้ามารับรองและคุ้มครองสิทธิดังกล่าว²⁷ ทั้งนี้ “สิทธิเด็ก” (Children’s Rights) นั้นเป็นส่วนสำคัญส่วนหนึ่งของหลักสิทธิมนุษยชน ภายใต้ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน พ.ศ. 2491 (Universal declaration of Human rights 1948) โดยเด็กทุกคนมีสิทธิที่จะได้รับการปกป้องคุ้มครองในฐานะมนุษย์คนหนึ่ง ไม่ว่าจะเด็กนั้นจะเกิดมา มีร่างกายที่สมบูรณ์พร้อมหรือไม่ก็ตาม และไม่ว่าจะจะเป็นเด็กที่ด้อยโอกาสในลักษณะใดก็ตาม ก็ย่อมได้รับความคุ้มครองอย่างเสมอภาคกัน²⁸

แนวความคิดในเรื่องสิทธิมนุษยชนนี้ได้รับการยอมรับอย่างมากภายหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 เนื่องจากเกิดผลกระทบต่อความเป็นอยู่ของมนุษย์ในหลากหลายด้านไม่ว่าจะเป็นเศรษฐกิจ การเมือง สังคม ที่อยู่ในสภาวะย่ำแย่จากการเกิดสงคราม ที่ประชุมสมัชชาสหประชาชาติจึงได้มีการรับรองปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Universal declaration of Human rights) เมื่อวันที่ 10 ธันวาคม ค.ศ. 1948 ทั้งนี้ก็เพื่อเป็นหลักประกันสิทธิขั้นพื้นฐานของปัจเจกชนทุกคน โดยถือเป็นการวางรากสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศอย่างเป็นทางการเป็นลายลักษณ์อักษรครั้งแรกของโลก²⁹ ซึ่งปฏิญญาสากลดังกล่าวได้วางหลักการไว้ว่า เด็กมีสิทธิที่จะได้รับการดูแลและความช่วยเหลือเป็นพิเศษ ทั้งยังต้องได้รับการคุ้มครองในทางสังคมอย่างเท่าเทียมด้วยไม่ว่าเด็กนั้นจะเกิดมาเช่นไร³⁰ กล่าวคือนอกจากเด็กจะมีสิทธิขั้นพื้นฐานแล้ว เด็กยังต้องได้รับความคุ้มครองเป็นพิเศษด้วย เนื่องมาจากเด็กไม่สามารถใช้สิทธิต่างๆของตนเองได้อย่างเต็มที่ จึงต้องพึ่งพาอาศัยผู้อื่นเพื่อเป็นตัวแทนในการกระทำ

²⁶ 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, color, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status...

²⁷ ดาริกา ศรีพงษ์พันธุ์กุล, "แนวคิดใหม่ในการลงโทษผู้ให้เด็กกระทำผิดทางอาญา," หน้า 8.

²⁸ Ibid., 9.

²⁹ กรมองค์การระหว่างประเทศ กระทรวงการต่างประเทศ, "ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน - Universal Declaration of Human Rights" [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 16 ธันวาคม 2562. แหล่งที่มา: <http://humanrights.mfa.go.th/th/humanrights/obligation/>

³⁰ Universal Declaration of Human Rights, Article 25- 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.

การต่างๆ ดังนั้นจึงจำเป็นที่จะต้องมีการกำหนดมาตรการในการคุ้มครองเด็กเป็นพิเศษเพื่อให้เด็กได้รับสิทธิและสามารถใช้สิทธิดังกล่าวได้เท่าเทียมกับปัจเจกชนคนอื่นๆ นั้นเอง³¹

แนวความคิดในการคุ้มครองเด็กเป็นพิเศษแตกต่างจากผู้ใหญ่ตามปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนดังกล่าวตามที่ได้กล่าวมาข้างต้นนี้เอง ส่งผลให้เกิดความตกลงระหว่างประเทศต่างๆ โดยมีขึ้นเพื่อกำหนดสิทธิเด็กที่พึงจะได้รับ และกำหนดมาตรการพิเศษในการคุ้มครองเด็ก ยกตัวอย่างเช่น ปฏิญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก เป็นต้น ซึ่งมีรายละเอียดในการคุ้มครองสิทธิและการคุ้มครองเด็กเป็นพิเศษดังต่อไปนี้

2.1.3 ปฏิญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก (Declaration of the rights of the child 1959)

เมื่อวันที่ 20 พฤศจิกายน ค.ศ. 1959 ที่ประชุมสมัชชาสหประชาชาติได้มีการรับรองปฏิญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก(Declaration of the rights of the child 1959) โดยเป็นปฏิญญาฉบับแรกที่ได้มีการรับรองสิทธิขั้นพื้นฐานของเด็กผ่านบทบัญญัติทั้ง 10 ข้อ³² ยกตัวอย่างเช่น ข้อ 2 เด็กและเยาวชน พึงได้รับการพิทักษ์คุ้มครองเป็นพิเศษ อันจะช่วยให้เด็กสามารถพัฒนาทั้งทางกาย ทางสมอง และจิตใจเพื่อให้ร่วมอยู่ในสังคมได้อย่างปกติ³³, ข้อ 4 เด็กและเยาวชนพึงได้รับความมั่นคงทางสังคมและเติบโตอย่างสมบูรณ์ ดังนั้นทั้งแม่และเด็กควรได้รับการดูแลและคุ้มครองเป็นพิเศษ ทั้งเมื่ออยู่ในครรภ์และภายหลังเมื่อคลอดแล้ว โดยได้รับสิทธิในเรื่องที่อยู่อาศัย ได้รับอาหาร ได้รับการดูแลทางแพทย์³⁴, ข้อ 9 เด็กและเยาวชนพึงได้รับการปกป้องให้พ้นจากการถูกทอดทิ้ง จากความโหดร้ายทารุณ และการถูกข่มเหงรังแกทุกชนิด เด็กจะต้องไม่กลายเป็นสินค้าไม่ว่าในรูปใดและจะต้องไม่มีการรับเด็กเข้าทำงานก่อนวัยอันสมควร ไม่มีการกระทำใด ๆ อันจะมีชกจูงหรืออนุญาตเด็กให้จำต้องรับจ้างทำงาน ซึ่งอาจจะเป็นผลร้ายต่อสุขภาพของเด็ก หรือเป็นเหตุให้การพัฒนาทางกายทางสมอง และทางจิตใจของเด็กต้องเสื่อมลง³⁵ เป็นต้น

³¹ ธัญทิพ เสนชัย, "แนวทางในการพัฒนาความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก," หน้า 19-20.

³² เรื่องเดียวกัน, 20.

³³ Declaration of the rights of the child 1959, 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.*

³⁴ Declaration of the rights of the child 1959, Principle 4- *The child shall enjoy the benefits of social security. He shall be entitled to grow and develop in health; to this end, special care and protection shall be provided both to him and to his mother, including adequate pre-natal and post-natal care. The child shall have the right to adequate nutrition, housing, recreation and medical services.*

³⁵ Declaration of the rights of the child 1959, 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*

เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติของปฏิญญาว่าด้วยสิทธิเด็กแล้วจะเห็นได้ว่า ปฏิญญาฯ ฉบับนี้ได้ให้ความสำคัญในการพิทักษ์คุ้มครองเด็กเป็นพิเศษ เพื่อให้เด็กได้รับการปกป้องคุ้มครองจากความรุนแรง การทารุณกรรมเด็กทุกรูปแบบ โดยจะเห็นได้จากข้อ 2 ข้อ 4 และข้อ 9 และยังต้องการให้เด็กอยู่ในบรรยากาศและสภาวะแวดล้อมที่ปลอดภัยอันจะสามารถส่งผลให้เด็กได้รับการพัฒนาไปในทางที่เหมาะสมเพื่อให้เด็กสามารถเติบโตในสังคมได้อย่างสมบูรณ์ปลอดภัย โดยมีการกำหนดถึงสิทธิต่างๆที่เป็นสิ่งที่เด็กควรได้รับและช่วยให้เด็กได้รับการดูแลอย่างเหมาะสม ทั้งยังกำหนดหน้าที่ความรับผิดชอบของบิดามารดาเด็ก และหน้าที่ของรัฐในการส่งเสริมการพัฒนาของเด็กอีกด้วย

2.1.4 อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก (Convention on the rights of the child 1989)

“สิทธิเด็ก” เป็นส่วนสำคัญของสิทธิมนุษยชนซึ่งได้รับการรับรองในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Declaration of Human rights 1948), ปฏิญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก (Declaration of the rights of the child 1959) และกติกาสากลต่างๆ³⁶ แต่อย่างไรก็ตามแม้ปฏิญญาฯดังกล่าวจะเป็นจุดเริ่มต้นของการบัญญัติรับรองสิทธิเด็ก แต่ก็ไม่มีผลผูกพันเป็นกฎหมายระหว่างประเทศซึ่งทำให้หลายๆประเทศไม่มีการนำไปยึดถือปฏิบัติอย่างเป็นทางการ³⁷ จนกระทั่งเมื่อวันที่ 20 พฤศจิกายน พ.ศ. 2532 หรือ ค.ศ.1989 องค์การสหประชาชาติจึงได้พัฒนาการคุ้มครองเด็กให้ยกระดับไปเป็นกฎหมายระหว่างประเทศโดยการประกาศอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก (Convention On The rights of the Child 1989) เพื่อให้มีผลบังคับใช้ในทางกฎหมายและสามารถพิทักษ์สิทธิเด็กได้ดียิ่งขึ้น ซึ่งเป็นการทำให้บทบัญญัติต่างๆนั้นตั้งอยู่บนพื้นฐานของกฎหมายที่มีความชัดเจน แน่นนอน และเป็นที่ยอมรับเพื่อเสริมสร้างและพิทักษ์สิทธิมนุษยชนได้อย่างแท้จริง โดยอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กนั้นเป็นข้อตกลงระหว่างประเทศที่ได้รับการรับรองมากที่สุด โดยมี 195 ประเทศที่ได้เข้าร่วมเป็นภาคีรวมทั้งประเทศไทยด้วยซึ่งเข้าเป็นภาคีเมื่อวันที่ 12 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2535 และมีผลบังคับเมื่อวันที่ 26 เมษายน พ.ศ. 2535³⁸ ทั้งนี้จะเห็นได้ว่าคำปรารภของอนุสัญญาสิทธิเด็กนี้ได้สะท้อนให้เห็นถึงความสำคัญของการคุ้มครองเด็กอย่างชัดเจน โดยยังคงเน้นย้ำให้เห็นถึงความสำคัญอันมีใจความว่า “เด็กมีพัฒนาการทางด้านร่างกายและจิตใจที่ยังไม่สมบูรณ์ ดังนั้นแล้วเด็กจึงจำเป็นต้องได้รับการคุ้มครองและดูแลเป็นพิเศษการคุ้มครองและดูแลนี้รวมถึงการคุ้มครองทางกฎหมายทั้งก่อนและหลัง

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.

³⁶ ธัญทิพ เสนอชัย, "แนวทางในการพัฒนาความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก," หน้า 21.

³⁷ สำนักงานศาลยุติธรรม, การพัฒนากฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิเด็กตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ.1989 (กรุงเทพฯ: สถาบันพัฒนาข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม สำนักงานศาลยุติธรรม, 2555), หน้า 59-65.

³⁸ สำนักวิชาการ สำนักเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, [ออนไลน์].

กำเนิด” ด้วยเหตุนี้ทุกประเทศภาคีสมาชิกจึงต้องกำหนดมาตรการต่างๆให้สอดคล้องกับหลักการตามที่ปรากฏในอนุสัญญาฯ โดยสามารถแบ่งออกได้เป็น 6 หลักการ กล่าวคือ³⁹

1) หลักการทั่วไป เป็นหลักการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพทั่วไปไม่ว่าจะเป็นในด้านสิทธิเสรีภาพส่วนบุคคล ความเสมอภาค เป็นต้น เช่น ข้อ 6 ที่วางหลักการว่าเด็กมีสิทธิตามธรรมชาติที่จะมีชีวิต และรัฐจะต้องทำให้แน่ใจว่าเด็กจะสามารถอยู่รอดและมีพัฒนาการได้⁴⁰

2) หลักการคุ้มครองร่างกาย ชีวิต เสรีภาพ และสวัสดิภาพของเด็ก ซึ่งมีขึ้นเพื่อคุ้มครองมิให้เด็กถูกละเมิดสิทธิในร่างกาย ชีวิต และเสรีภาพ การแสวงหาประโยชน์ทางเพศจากเด็ก และยังได้กำหนดให้มีการเยียวยาให้เด็กที่ถูกละเมิดสิทธิเพื่อให้เด็กกลับมาดำเนินชีวิตตามปกติได้ด้วย เช่น ข้อ 19 วางหลักการว่า รัฐจะต้องมีมาตรการที่เหมาะสมทั้งในด้านนิติบัญญัติ บริหาร และด้านสังคม ในการที่จะคุ้มครองเด็กจากความรุนแรงทุกรูปแบบทั้งในด้านร่างกายและจิตใจ การทำร้ายหรือการกระทำโดยมิชอบ การทอดทิ้งหรือการปฏิบัติโดยประมาท หรือการแสวงหาประโยชน์จากเด็ก รวมถึงการกระทำอันมิชอบทางเพศขณะอยู่ในความดูแลของบิดามารดา ผู้ปกครองตามกฎหมาย หรือบุคคลอื่นใดซึ่งเด็กนั้นอยู่ในความดูแล⁴¹ หรือบทบัญญัติข้อ 34⁴² ที่วางหลักให้ รัฐต้องปกป้องเด็กจากการแสวงหาประโยชน์ทางเพศ และการทารุณกรรมทางเพศต่อเด็ก โดยรัฐจะต้องมีมาตรการเพื่อป้องกัน การล่อลวง ชักจูงเด็กเพื่อร่วมกิจกรรมทางเพศที่ผิดกฎหมาย หรือการใช้ประโยชน์จากเด็กในการค้าประเวณี หรือใช้ประโยชน์จากเด็กในการแสดงสื่อลามกอนาจาร หรือในข้อ 36 ที่วางหลักว่า



จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

³⁹ สำนักงานศาลยุติธรรม, การพัฒนากฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิเด็กตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ.1989, หน้า 59-65.

⁴⁰ *Convention on the rights of the child 1989, Article 6-States Parties recognize that every child has the inherent right to life. States Parties shall ensure to the maximum extent possible the survival and development of the child.*

⁴¹ *Convention on the rights of the child 1989, Article 19 -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.*

⁴² *Convention on the rights of the child 1989, 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.*

รัฐภาคีจะต้องคุ้มครองเด็กจากการแสวงหาประโยชน์ในทุกรูปแบบอื่นทั้งหมด ที่เป็นผลร้ายต่อสวัสดิภาพของเด็กไม่ว่าในด้านใด⁴³ เป็นต้น

3) หลักการให้สวัสดิการสังคมแก่เด็ก หลักการนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อให้เด็กได้รับข้อมูลที่เป็นประโยชน์ต่อการพัฒนาและการได้รับการดูแลด้านสุขภาพอนามัยของตน เช่น ข้อ 17 ที่รัฐภาคีต้องรับรองว่าเด็กสามารถเข้าถึงข้อมูลต่างๆได้เพื่อเป้าหมายในการพัฒนาด้านสังคม บุคลิกภาพ ร่างกายและจิตใจของเด็ก⁴⁴

4) หลักการคุ้มครองสิทธิทางแพ่ง หลักการนี้กำหนดให้รัฐต้องสนับสนุนและมีหลักประกันว่าเด็กทั้งหลายจะต้องมีสิทธิในฐานะพลเมืองของรัฐนั้นๆ เช่น ข้อ 7 ซึ่งวางหลักกว่าเด็กจะต้องได้รับการบันทึกทางทะเบียนภายหลังเกิด เมื่อเกิดแล้วต้องได้รับการอุปการะเลี้ยงดูจากพ่อแม่⁴⁵

5) หลักการคุ้มครองเด็กที่มีปัญหาความประพฤติหรือการกระทำความผิดอาญา โดยเด็กที่ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดอาญานั้นต้องได้รับการปฏิบัติแตกต่างจากผู้ต้องหาที่เป็นผู้ใหญ่ เพื่อให้เด็กได้รับผลกระทบจากการดำเนินคดีน้อยที่สุด และต้องมีมาตรการเพื่อให้เด็กมีโอกาสได้รับการแก้ไขฟื้นฟู กลับคืนสู่สังคมได้อย่างดีด้วย เช่น ข้อ 37 ซึ่งมีหลักว่ารัฐภาคีต้องรับรองว่าจะไม่มีเด็กคนใดที่ถูกลงโทษด้วยวิธีทรมานหรือไร้มนุษยธรรม และโทษประหารชีวิตหรือจำคุกตลอดชีวิตนั้นจะต้องไม่บังคับใช้กับบุคคลที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปี⁴⁶

6) หลักการคุ้มครองเด็กผู้ด้อยโอกาส ซึ่งมีขึ้นเพื่อคุ้มครองเด็กด้อยโอกาส หรือเด็กซึ่งขาดผู้อุปการะเพื่อให้ได้รับการคุ้มครองดูแลเท่าเทียมกับเด็กทั่วไป เช่น ข้อ 21 กำหนดว่าการรับ

⁴³ Convention on the rights of the child 1989, Article 36-States Parties shall protect the child against all other forms of exploitation prejudicial to any aspects of the child's welfare.

⁴⁴ Convention on the rights of the child 1989, Article 17- States Parties recognize the important function performed by the mass media and shall ensure that the child has access to information and material from a diversity of national and international sources, especially those aimed at the promotion of his or her social, spiritual and moral well-being and physical and mental health.

⁴⁵ Convention on the rights of the child 1989, Article 7- The child shall be registered immediately after birth and shall have the right from birth to a name, the right to acquire a nationality and, as far as possible, the right to know and be cared for by his or her parents.

⁴⁶ Convention on the rights of the child 1989, Article 37- States Parties shall ensure that: (a) No child shall be subjected to torture or other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment. Neither capital punishment nor life imprisonment without possibility of release shall be imposed for offences committed by persons below eighteen years of age;

บุตรบุญธรรมต้องเป็นไปเพื่อประโยชน์สูงสุดของเด็กและดำเนินการโดยหน่วยงานที่มีอำนาจตามกฎหมายเท่านั้น⁴⁷

จากหลักการของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ. 1989 นั้นจะเห็นได้ว่าเป็นกฎหมายระหว่างประเทศที่ได้ให้ความสำคัญต่อการคุ้มครองและปกป้องเด็กอย่างมาก โดยจะเห็นได้จากหลักการคุ้มครองชีวิต ร่างกาย เสรีภาพ และสวัสดิภาพของเด็กซึ่งมีบทบัญญัติหลายมาตรา เช่น ข้อ 19 ข้อ 34 ข้อ 36 ที่บัญญัติขึ้นเพื่อเป็นการคุ้มครองเด็กไม่ให้เด็กต้องเผชิญกับสถานการณ์ที่อาจจะนำไปสู่อันตรายหรือเป็นภัยต่อสวัสดิภาพของเด็ก เช่นนี้การให้ความสำคัญกับการป้องกันเด็กในขั้นตอนก่อนที่จะเกิดอันตรายหรือก่อนจะเกิดการกระทำความผิดต่อเด็กจึงเป็นเรื่องสำคัญอย่างยิ่ง ดังนั้นแล้วรัฐภาคีซึ่งมีประเทศไทยร่วมอยู่ด้วยนั้นจะต้องจัดการให้มีมาตรการต่างๆทั้งที่เป็นมาตรการทางกฎหมาย และมาตรการทางสังคมเพื่อช่วยเหลือและเพื่อปกป้องคุ้มครองสวัสดิภาพของเด็กให้มีความปลอดภัย และอยู่ในสภาพแวดล้อมที่เอื้อต่อการเจริญเติบโตของเด็กให้สามารถเติบโตได้อย่างมีประสิทธิภาพต่อไป

เมื่อพิจารณาถึงความตกลงระหว่างประเทศแต่ละฉบับข้างต้นแล้วจะเห็นได้ว่า ความปลอดภัยในชีวิต ร่างกาย เสรีภาพและทรัพย์สินของเด็กซึ่งเป็นสิทธิเด็กที่ทั่วโลกต่างก็ให้ความสำคัญเป็นอย่างมาก โดยเด็กจะต้องได้รับความคุ้มครองเป็นพิเศษตามกฎหมาย รวมทั้งรัฐจะต้องรับรองสิทธิต่างๆของเด็กเพื่อให้เด็กสามารถเติบโตและมีพัฒนาการต่อไปได้อย่างเหมาะสม และเมื่อประเทศไทยเข้าเป็นภาคีของอนุสัญญาแล้วประเทศไทยจึงจำเป็นต้องบัญญัติกฎหมายภายในประเทศเพื่อให้สอดคล้องกับแนวความคิดในการคุ้มครองเด็กดังกล่าวด้วย ซึ่งโดยหลักแล้วการดูแลเด็กเป็นหน้าที่หลักของสถาบันครอบครัว ซึ่งพ่อแม่ผู้ปกครองเด็กก็มีสิทธิที่จะจัดการปกป้องดูแลเด็กตามความเหมาะสม โดยรัฐไม่อาจเข้าไปยุ่งเกี่ยวได้ แต่อย่างไรก็ตามในบางกรณีเพื่อประโยชน์ของเด็กเป็นสำคัญ รัฐอาจจำเป็นต้องเข้าไปแทรกแซงสถาบันครอบครัว เพื่อกำหนดกฎเกณฑ์และมาตรการต่างๆเพื่อให้เกิดการคุ้มครองและดูแลเด็กอย่างเหมาะสม โดยในส่วนต่อไปจะเป็นการอธิบายถึงแนวคิดเหตุผล

⁴⁷ Convention on the rights of the child 1989, Article 21- States Parties that recognize and/or permit the system of adoption shall ensure that the best interests of the child shall be the paramount consideration and they shall:

(a) Ensure that the adoption of a child is authorized only by competent authorities who determine, in accordance with applicable law and procedures and on the basis of all pertinent and reliable information, that the adoption is permissible in view of the child's status concerning parents, relatives and legal guardians and that, if required, the persons concerned have given their informed consent to the adoption on the basis of such counselling as may be necessary;

ความจำเป็นที่ทำให้รัฐสามารถเข้าไปแทรกแซงการดูแลเด็กซึ่งโดยหลักแล้วเป็นหน้าที่ของพ่อแม่ผู้ดูแลใกล้ชิดได้

2.1.5 แนวคิดในการเข้าแทรกแซงสถาบันครอบครัวโดยรัฐ

จากความตกลงระหว่างประเทศต่างๆที่ได้กล่าวมานั้น จะเห็นได้ว่าสิทธิเด็กเป็นเรื่องที่ทุกประเทศให้ความสำคัญอย่างยิ่ง โดยเด็กจะต้องได้รับการปกป้องคุ้มครองเพื่อสร้างสภาพแวดล้อมที่ดีทั้งจากทั้งครอบครัวและรัฐ ดังนั้นแล้วรัฐจึงมีหน้าที่ที่จะคุ้มครองสวัสดิภาพของเด็กในรัฐนั้นๆให้ปลอดภัยด้วย ซึ่งโดยหลักแล้วหน้าที่ในการให้ความคุ้มครองดูแลเด็กเป็นหน้าที่ของพ่อแม่ซึ่งเป็นครอบครัวของเด็กตามหลักความรับผิดชอบของผู้ให้กำเนิด⁴⁸ แต่อย่างไรก็ตามเมื่อครอบครัวไม่อาจดูแลเด็กหรือไม่อาจทำให้เด็กมีสวัสดิภาพที่ดีได้ รัฐจึงมีความจำเป็นที่จะต้องเข้ามามีบทบาทในการแทรกแซงสถาบันครอบครัว เพื่อให้ความคุ้มครองต่อเด็กแทนพ่อแม่หรือผู้ดูแลที่ไม่อาจทำหน้าที่ได้อย่างเหมาะสมนั่นเอง ดังนั้นแล้วจึงเกิดแนวคิดในการที่รัฐอาจจำเป็นที่จะต้องเข้าไปแทรกแซงสถาบันครอบครัวในบางกรณีโดยมีอยู่ 2 แนวคิดดังนี้

1. แนวคิดอำนาจของรัฐ (Police Power) เป็นความคิดในทางกฎหมายมหาชน ซึ่งมีความสำคัญกล่าวคือ รัฐมีอำนาจหน้าที่ในการรักษาความสงบเรียบร้อยภายในรัฐ โดยจัดให้ราษฎรมีสวัสดิภาพมีศีลธรรมและมีสวัสดิการความเป็นอยู่ที่ดีเพื่อความสงบสุขภายในรัฐ⁴⁹ ซึ่งการใช้แนวคิดนี้ในทางนิติบัญญัตินั้นแสดงออกโดยผ่านทางกรตรากฎหมายต่างๆขึ้น เช่น การบัญญัติกฎหมายอาญาเพื่อกำหนดกรอบหน้าที่และความรับผิดชอบของบุคคลในสังคมให้อยู่กันได้อย่างสงบเรียบร้อย ดังนั้นแล้วเมื่อสถาบันครอบครัวหรือผู้อื่นที่มีเด็กอยู่ในความดูแลทำหน้าที่บกพร่อง รัฐจึงจำต้องเข้าแทรกแซงและมีอำนาจเต็มบริบูรณ์ที่จะปกป้องพลเมืองของรัฐให้พ้นจากอันตรายและบุคคลที่กระทำความผิดอันมีภัยต่อสังคมได้⁵⁰

2. แนวความคิดครอบครัว(Parens Patriae) มีหลักการสำคัญคือรัฐมีอำนาจพิเศษในฐานะที่เป็นบิดามารดาของประเทศชาติ⁵¹ ดังนั้นรัฐจึงมีอำนาจและหน้าที่ที่จะปกป้องคุ้มครองผู้เยาว์ให้พ้นจากอันตรายหรือความเสียหายใดๆอันจะเกิดขึ้นกับผู้เยาว์ เช่นนี้แล้วรัฐจึงสามารถเข้าไปแทรกแซงสถาบันครอบครัวได้เมื่อครอบครัวของเด็กบกพร่องในหน้าที่ดูแลคุ้มครองเด็ก⁵² โดยการเข้า

⁴⁸ ณัฐธิดา ล้อสุวรรณ, "การกระทำโดยดเว้น: ศึกษากรณีหน้าที่อันเกิดจากความสัมพันธ์พิเศษ," หน้า 90.

⁴⁹ Donald Brieland and John Allen Lemmon, *Social Work and the Law* (Minnesota: West Publishing, 1987), pp. 137-138.

⁵⁰ มรกต พุทธศุภะ, "การศึกษาการคุ้มครองดูแลเกี่ยวกับการล่วงละเมิดทางเพศนักเรียนประถมศึกษาสังกัดกรุงเทพมหานคร," หน้า 53.

⁵¹ Donald Brieland and John Allen Lemmon, *Social Work and the Law*, p. 138.

⁵² Shippen L. Page et al., *In Child Abuse* Eli H. Newberger ed. (United States of America: Little, Brown and Company, 1982), p. 108.

แทรกแซงครอบครัวของรัฐตั้งอยู่บนข้อสันนิษฐานว่าเด็กเป็นผู้ที่ยังมีความบกพร่องทั้งทางร่างกาย จิตใจ กล่าวคือ ยังไม่สามารถคิดหรือไตร่ตรองอย่างรอบคอบดังเช่นผู้ใหญ่ได้ ดังนั้นเด็กจึงควรได้รับการคุ้มครองที่มากกว่าผู้ใหญ่ อีกทั้งก่อนที่จะเข้าแทรกแซงสถาบันครอบครัวนั้น ต้องปรากฏว่าบิดามารดาหรือผู้ปกครองไม่มีความเหมาะสม หรือมีความบกพร่องในหน้าที่ที่จะสร้างสวัสดิภาพที่ดีแก่เด็ก ด้วยเหตุดังกล่าวจึงมีความจำเป็นอย่างยิ่งเพื่อที่รัฐจะต้องดำเนินการโดยคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดเด็ก เป็นสำคัญนั่นเอง⁵³

โดยจากทั้งสองแนวคิดที่กล่าวมานั้นจะเห็นได้ว่ามีความคล้ายคลึงกัน กล่าวคือ รัฐสามารถเข้าไปแทรกแซงสถาบันครอบครัวและบุคคลอื่นซึ่งมีเด็กอยู่ในความดูแลได้ หากบุคคลเช่นนั้นไม่สามารถดูแลเด็กได้อย่างเหมาะสม เนื่องจากเป็นอำนาจอันชอบธรรมของรัฐในการที่จะต้องรักษาความสงบเรียบร้อยและป้องกันอาชญากรรมที่จะเกิดแก่เด็กอันเป็นพลเมืองของรัฐนั่นเอง ซึ่งอำนาจรัฐนี้สามารถแสดงออกโดยผ่านการตรากฎหมายขึ้นเพื่อกำหนดมาตรการที่เหมาะสมในการคุ้มครองเด็กจากอันตรายนั่นเอง

จากหัวข้อที่ 2.1 แนวคิดในการให้ความคุ้มครองเด็กที่ได้กล่าวมานั้นสามารถสรุปได้ว่าแนวคิดในการให้ความคุ้มครองแก่เด็กเป็นพิเศษมากกว่าผู้ใหญ่ นั้น เป็นหลักการสากลที่ได้รับการยอมรับอย่างกว้างขวาง เนื่องจากโดยทางกายภาพแล้วเด็กยังเป็นผู้อ่อนแอ เพราะบาง ไม่สามารถคุ้มครองตนเองได้อย่างผู้ใหญ่ ดังนั้นแล้วเด็กจึงต้องได้รับความคุ้มครองให้อยู่ในสภาพแวดล้อมที่ปลอดภัยเหมาะสม ซึ่งแนวคิดในการคุ้มครองเด็กอันเป็นสากลนี้เองจึงเป็นการกำหนดหน้าที่ให้รัฐในการที่จะต้องมีการมาตรการต่างๆเพื่อส่งเสริมให้ครอบครัว และผู้ที่มีเด็กอยู่ในความดูแลนั้น ต้องกระทำการอย่างเหมาะสมเพื่อให้สวัสดิภาพของเด็กได้รับการดูแล โดยเฉพาะอย่างยิ่งรัฐต้องให้ความสำคัญกับมาตรการคุ้มครองเด็กในขั้นตอนก่อนที่เด็กจะได้รับอันตรายเพื่อเป็นการป้องกันให้เด็กปลอดภัยจากการละเมิดที่จะเกิดขึ้นในทุกรูปแบบ และเนื่องด้วยหน้าที่ของรัฐดังกล่าวนี้เองรัฐจึงมีอำนาจเข้าไปแทรกแซงสถาบันครอบครัวและผู้อื่นที่มีเด็กอยู่ในความดูแลได้ ในกรณีที่บุคคลเหล่านั้นไม่สามารถให้การดูแลเด็กอย่างเหมาะสม เนื่องจากเป็นอำนาจอันชอบธรรมของรัฐในการที่จะรักษาความสงบเรียบร้อยและปกป้องเด็กอันเป็นพลเมืองของรัฐจากอันตราย โดยการบัญญัติกฎหมายเพื่อกำหนดหน้าที่และความรับผิดชอบแก่บุคคลในการที่จะต้องคุ้มครองและปกป้องเด็ก และเมื่อรัฐมีอำนาจหน้าที่ในการบัญญัติกฎหมายดังกล่าวแล้ว ในหัวข้อต่อไปจึงจำเป็นต้องศึกษาถึงแนวคิด ทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดความรับผิดชอบในกรณีที่บุคคลใกล้ชิดกับเด็ก หรือบุคคลในองค์กรที่ทำงานเกี่ยวข้องกับเด็กอันเป็นบุคคลที่มีเด็กอยู่ในความดูแล เมื่อบุคคลดังกล่าวได้รับรู้ถึงความเสี่ยงที่อาจเกิดอันตรายแก่

⁵³ นาถวดี พักคง, "มาตรการคุ้มครองเด็กที่ถูกทำร้ายโดยบุคคลในครอบครัว" (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2536), หน้า 39-40.

เด็กจากการกระทำของบุคคลอื่น แต่กลับบกร่องหรือละเลยต่อการปกป้องหรือคุ้มครองเด็กจากความเสียหาย เพื่อที่จะสามารถนำไปพิจารณาได้ว่าควรจะต้องกำหนดความรับผิดชอบตามกฎหมายดังกล่าวนี้ขึ้นหรือไม่อย่างไร

2.2 แนวคิด ทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดความรับผิดชอบ การตีความบทประองต่อการปกป้องหรือคุ้มครองเด็กจากความเสียหายที่จะเกิดอันตรายจากการกระทำคามผิดของบุคคลอื่น

ก่อนที่จะไปพิจารณาถึงการกำหนดความรับผิดชอบ การตีความบทประองต่อการปกป้องหรือคุ้มครองเด็กจากความเสียหายที่จะเกิดอันตรายจากการกระทำของบุคคลอื่นนั้น จะต้องทราบถึงแนวคิดและที่มาของการกำหนดความรับผิดชอบทางอาญาเสียก่อนในหัวข้อที่ 2.2.1 เพื่อให้สามารถวิเคราะห์ได้ว่ามีความจำเป็นหรือไม่ที่จะกำหนดความรับผิดชอบทางอาญาในกรณีดังกล่าวขึ้นมา และในหัวข้อที่ 2.2.2 นั้นจะเป็นเรื่องโครงสร้างความรับผิดชอบทางอาญา เพื่อที่จะพิจารณาว่าบุคคลจะมีความรับผิดชอบทางอาญาเมื่อใด และสุดท้ายในหัวข้อที่ 2.2.3 เป็นเรื่องแนวคิดในการรับผิดชอบทางอาญา เพื่อพิจารณาว่าเมื่อมีความผิดอาญาเกิดขึ้นแล้วผู้ใดบ้างที่จะต้องมีความรับผิดชอบดังกล่าว โดยจะมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

2.2.1 ข้อพิจารณาในการกำหนดความผิดทางอาญา

กฎหมายอาญานั้น เป็นกฎหมายที่บัญญัติว่าการกระทำหรือไม่กระทำการใดเป็นความผิดและกำหนดโทษที่จะลงไว้ด้วย กล่าวคือ เป็นการบัญญัติกฎหมายขึ้นเพื่อห้ามมิให้มีการกระทำ หรือบังคับให้ต้องมีการกระทำอย่างหนึ่งอย่างใด โดยที่ผู้ฝ่าฝืนการกระทำหรือไม่กระทำนั้นๆ จะต้องได้รับโทษ⁵⁴ เช่นนี้จะเห็นได้ว่ากฎหมายอาญามีสองส่วนคือส่วนที่เป็นความผิดและส่วนที่เป็นโทษ ดังนั้นแล้วในการกำหนดความผิดอาญาจะต้องพิจารณาทั้งความเหมาะสมในการบัญญัติให้การกระทำใดเป็นความผิดและความเหมาะสมของโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดซึ่งโทษที่จะลงต้องเป็นไปตามหลักความได้สัดส่วนด้วย⁵⁵ กล่าวคือ โทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดจะต้องได้สัดส่วนกับความร้ายแรงของการกระทำผิดนั้นด้วย⁵⁶ โดยในหัวข้อนี้จะประกอบด้วยเรื่องทฤษฎีในการกำหนดความผิดอาญา และวัตถุประสงค์ของการลงโทษในทางอาญา อันจะกล่าวต่อไป

⁵⁴ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1 บทบัญญัติทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 10 (กรุงเทพฯ: พลสยามพริ้นติ้ง, 2551), หน้า 1.

⁵⁵ กิติมา แก้วนระ, "หลักความได้สัดส่วนกับบทกำหนดโทษที่เหมาะสมสำหรับผู้กระทำความผิดในคดีอาชญากรรมให้โทษ: ศึกษากรณีแอมเฟตามีน" (นิติศาสตรมหาบัณฑิต, สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ปริทัศน์ พนมยงค์, มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2559), หน้า 4.

⁵⁶ เรื่องเดียวกัน, 47-48.

2.2.1.1 ทฤษฎีการกำหนดความผิดทางอาญา

ในการที่จะกำหนดให้การกระทำหรือไม่กระทำการใดเป็นความผิดอาญานั้นจะต้องตระหนักเสมอว่ากฎหมายอาญาไม่ใช่มาตรการควบคุมทางสังคมที่รัฐจะสามารถนำมาใช้เป็นลำดับแรกแต่จะใช้เฉพาะกรณีที่รัฐไม่สามารถใช้มาตรการอื่นใดบังคับได้อีกแล้วในฐานะเป็นที่พึ่งสุดท้าย (ultima ratio) เท่านั้น เพราะกฎหมายอาญามีสภาพบังคับรุนแรงที่สุดในบรรดามาตรการควบคุมทางสังคมที่รัฐจะใช้⁵⁷ กล่าวคือ กฎหมายอาญาเป็นกฎหมายที่มีมาตรการในการที่จะบังคับแก่ทรัพย์สิน เสรีภาพ หรือแม้แต่ชีวิตของบุคคล⁵⁸ ดังนั้นจึงควรคำนึงถึงมาตรการอื่นๆ ก่อน เช่น มาตรการทางแพ่ง เป็นต้น และเมื่อไม่มีมาตรการอื่นๆ เช่นว่านั้นแล้วจึงค่อยบัญญัติให้การกระทำนั้นๆ เป็นความผิดอาญา โดยมาตรการควบคุมสังคมที่มีลักษณะคล้ายคลึงกับกฎหมายมี 3 อย่าง ได้แก่ ศาสนา ศีลธรรม และ จารีตประเพณี⁵⁹ เนื่องจากมาตรการดังกล่าวนี้มักจะมีที่มาจากแหล่งเดียวกัน คือ ความคิด ความเชื่อ และการปฏิบัติตัวของคนในสังคม ดังนั้นแล้วหากการกระทำนั้นผิดหลักศาสนา ศีลธรรม หรือจารีตประเพณี ก็มักจะเป็นความผิดตามกฎหมายอาญาเช่นกัน⁶⁰

อย่างไรก็ตามกฎหมายอาญากับศีลธรรมมิใช่เรื่องเดียวกัน กล่าวคือ มีหลายกรณีที่ถือว่าผิดศีลธรรมแต่ไม่ผิดกฎหมาย และในทำนองเดียวกันการกระทำบางอย่างไม่ผิดศีลธรรมแต่ผิดกฎหมายอาญา เช่น กรณีความรับผิดโดยเด็ดขาดในทางอาญา (Strict Liability) ฆู่นนี้แล้วจะเห็นได้ว่าศีลธรรมและกฎหมายอาญาไม่ได้สอดคล้องกันทุกๆ กรณีที่เกิดขึ้น ดังนั้นเราจึงจะใช้ศีลธรรมเป็นเครื่องกำหนดความผิดอาญาอย่างตายตัวเลยไม่ได้⁶¹ ซึ่งศาสตราจารย์ H.L.A. Hart ผู้ซึ่งเป็นนักกฎหมายที่มีชื่อเสียงได้ให้ความเห็นเกี่ยวกับเรื่องศีลธรรมและกฎหมายอาญาไว้ในหนังสือ Law, Liberty and Morality ว่า การกำหนดให้การกระทำหรือไม่กระทำการใดๆ เป็นความผิดอาญานั้น ต้องมีเหตุผลเพื่อป้องกันภัยที่จะเกิดขึ้นแก่บุคคลอื่นเท่านั้น⁶² ดังนั้นแล้วหากการกระทำหรือไม่กระทำนั้นไม่ได้ก่อให้เกิดอันตรายแก่ผู้อื่น หรือมีผลต่อความสงบเรียบร้อยก็ไม่ควรจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคล โดยการห้ามไม่ให้กระทำหรือบังคับให้กระทำการใด โดยไม่ต้องพิจารณาว่าการกระทำนั้นเป็นสิ่งที่ผิดศีลธรรมหรือไม่ ดังนั้นการกำหนดความผิดอาญาจึงไม่เกี่ยวข้องกับศีลธรรม แนวความคิดนี้ได้ถูกโต้แย้งโดย แพตริก เดฟลิน (Patrick Devlin) ซึ่งมีความเห็นว่า กฎหมายอาญาและศีลธรรมมีความ

⁵⁷ Andrew Ashworth, *Principle of Criminal Law*, 5th ed. (New York: Oxford University, 2006), p. 1..

⁵⁸ คณพล จันทน์หอม, *รากฐานกฎหมายอาญา* (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2558), หน้า 76.

⁵⁹ หยุด แสงอุทัย, *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป*, พิมพ์ครั้งที่ 18 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2555), หน้า 39..

⁶⁰ คณพล จันทน์หอม, *รากฐานกฎหมายอาญา*, หน้า 73.

⁶¹ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, *คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1 บทบัญญัติทั่วไป*, หน้า 2.

⁶² H.L.A Hart, *Law, Liberty and Morality* (California: Stanford University Press, 1965), p. 4.

เกี่ยวพันกันอย่างใกล้ชิด หากปล่อยให้การกระทำผิดศีลธรรมไม่เป็นความผิดอาญา ก็อาจจะส่งผลทำให้สังคมให้พังทลายลงได้⁶³ ดังนั้นแล้วสามารถสรุปได้ว่า กฎหมายอาญานั้นหนึ่งมีความเกี่ยวข้องกับศีลธรรมเนื่องจากศีลธรรมเป็นเครื่องมือที่ใช้ในการควบคุมพฤติกรรมของมนุษย์ในสังคมดั้งเดิมอันเป็นที่มาของการกำหนดความผิดอาญา แต่อย่างไรก็ตามศีลธรรมไม่ใช่เครื่องกำหนดความผิดอาญาในทุกกรณี เนื่องจากกฎหมายอาญาอาจถูกบัญญัติขึ้นเพื่อวัตถุประสงค์อย่างหนึ่งอย่างใดโดยเฉพาะนอกอันนอกเหนือจากเหตุผลทางศีลธรรมได้นั่นเอง

นอกจากนี้ในการพิจารณาว่าการกระทำใดสมควรจะถูกกำหนดให้เป็นความผิดอาญาหรือไม่นั้น ศาสตราจารย์ **เฮอร์เบิร์ต แอล แพ็กเกอร์** (Herbert L. Packer) ได้เสนอหลักเกณฑ์ในการพิจารณาไว้ 6 ประการ⁶⁴ ดังนี้

ประการแรก ประชาชนในสังคมส่วนใหญ่จะต้องเห็นพ้องร่วมกันว่าการกระทำที่จะกำหนดให้เป็นความผิดนั้น เป็นการกระทำที่กระทบกระเทือนต่อสังคมและสังคมไม่สมควรให้อภัย

ประการที่สอง การกระทำที่จะกำหนดให้เป็นความผิดอาญานั้น จะต้องสอดคล้องกับวัตถุประสงค์ในการลงโทษทางอาญาด้วย

ประการที่สาม การปราบปรามการกระทำที่กำหนดให้เป็นความผิดนั้น สังคมต้องเห็นว่าถูกต้องแล้วและยอมรับได้

ประการที่สี่ หากกำหนดให้การกระทำนั้นเป็นความผิดอาญาแล้ว จะต้องสามารถบังคับใช้กฎหมายได้อย่างเสมอภาคกันถ้วนหน้า ไม่ใช่กับกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งโดยเฉพาะ

ประการที่ห้า หากกำหนดให้การกระทำนั้นเป็นความผิดอาญาแล้วจะต้องสามารถดำเนินการใดๆตามกระบวนการยุติธรรมทางอาญาได้อย่างมีประสิทธิภาพ

ประการที่หก ไม่มีมาตรการควบคุมอื่นที่สมเหตุสมผลแล้ว

โดยหลักการของเฮอร์เบิร์ต แอล แพ็กเกอร์ที่กล่าวมานั้น เป็นหลักการที่มีความใกล้เคียงกับที่ศาสตราจารย์ **นิเกิล วอกเกอร์** (Nigel Walker) ได้กำหนดไว้ ซึ่งมีหลักการสำคัญยกตัวอย่างเช่น⁶⁵

ประการแรก การที่จะกำหนดให้การกระทำใดเป็นความผิดอาญา จะต้องเป็นการกระทำที่ก่อให้เกิดอันตรายแก่ผู้อื่นเท่านั้น รัฐไม่ควรบัญญัติให้การกระทำที่ไม่ก่ออันตรายเป็นความผิด

⁶³ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1 บทบัญญัติทั่วไป, หน้า 3.

⁶⁴ Herbert L. Packer, *The Limits of the Criminal Sanction* (California: Stanford University Press, 1968), p. 296.

⁶⁵ Nigel Walker, *Punishment, Danger and Stigma: The Morality of Criminal Justice* (New York: Basic Books, 1980), pp. 4-23.

แม้จะเป็นการกระทำเพื่อประโยชน์ของรัฐก็ตาม เพราะขัดต่อหลักสิทธิเสรีภาพของบุคคลในการที่จะสามารถตัดสินใจกระทำหรือไม่กระทำการใดนั่นเอง

ประการที่สอง หากยังมีมาตรการอื่นที่สามารถใช้ทดแทนการลงโทษทางอาญาแก่กรณีนั้นได้ โดยก่อให้เกิดความทุกข์ทรมานน้อยกว่าและสามารถควบคุมอาชญากรรมได้เช่นเดียวกัน ก็ไม่สมควรกำหนดเป็นความผิดอาญา

ประการที่สาม การกระทำที่สมควรกำหนดให้เป็นความผิดและมีโทษทางอาญานั้น ต้องเป็นการกระทำที่ก่อให้เกิดผลร้าย และโทษที่จะลงแก่การนั้นก็ต้องได้สัดส่วนกับความร้ายแรงที่เกิดขึ้นโดยผลร้ายจากการลงโทษจะต้องไม่มากกว่าผลร้ายที่เกิดจากการกระทำผิด

ประการที่สี่ การที่จะกำหนดให้การกระทำใดเป็นความผิดอาญานั้นจะต้องได้รับความเห็นชอบจากประชาชนในรัฐด้วย และต้องเป็นความผิดที่สามารถบังคับใช้และพิสูจน์ถึงการกระทำผิดดังกล่าวได้

นอกจากนี้ยังมีศาสตราจารย์ **Douglas Husak** ได้เสนอหลักการอันเป็นข้อจำกัดของอำนาจรัฐในการบัญญัติความผิดอาญา เพื่อให้รัฐมีหลักเกณฑ์ในการกำหนดความผิดอาญาได้อย่างเหมาะสมและเป็นการป้องกันไม่ให้เกิดภาวะการกำหนดความผิดอาญามากเกินความจำเป็น (Overcriminalization) ซึ่งประกอบด้วยข้อจำกัดภายใน 4 ประการอันมีรายละเอียดดังต่อไปนี้⁶⁶

(1) ข้อจำกัดเกี่ยวกับอันตรายหรือความชั่วร้ายที่สำคัญ (The Nontrivial Harm or Evil Constraint) กล่าวคือ การกระทำหรือไม่กระทำการใดที่จะถูกนำมาบัญญัติเป็นความผิดอาญานั้น จะต้องเป็นการกระทำหรือไม่กระทำ ที่ก่อให้เกิดอันตรายหรือมีความชั่วร้ายอย่างมากเท่านั้น ดังนั้นแล้วหากเป็นการกระทำที่ไม่มีพิษภัย ไม่ก่อให้เกิดอันตรายแก่ผู้อื่นหรือเป็นการกระทำที่เป็นเรื่องส่วนตัวโดยแท้แล้ว การกระทำเช่นนั้นก็ไม่ควรถูกบัญญัติให้เป็นความผิดอาญาและผู้กระทำก็ไม่สมควรต้องรับผิดแต่อย่างใด

(2) ข้อจำกัดเกี่ยวกับความไม่ชอบธรรม (The Wrongfulness Constraint) โดยรัฐจะต้องมีความชอบธรรมในการที่จะกำหนดความผิดอาญาและการลงโทษผู้กระทำความผิด ดังนั้นหากรัฐไม่สามารถให้ความชอบธรรมเช่นนั้นได้รัฐก็ไม่ควรบัญญัติความผิดอาญา

(3) ข้อจำกัดการลงโทษที่ผู้กระทำความผิดสมควรได้รับ (The Desert Constraint) หมายถึง การฝ่าฝืนกฎหมายอาญาต้องก่อให้เกิดผลเป็นการลงโทษที่ผู้กระทำผิดสมควรได้รับ กล่าวคือ บุคคลจะมีความรับผิดชอบทางอาญาต่อเมื่อบุคคลนั้นสมควรจะต้องรับโทษตามกฎหมายอาญาที่บัญญัติ

⁶⁶ Douglas Husak, *Overcriminalization: The Limits of the Criminal Law* (Oxford: Oxford University Press, 2008), pp. 37, 55-56, 84, 94,96-100,.

โดยชอบธรรมตามข้อ 2 และโทษที่ลงแก่บุคคลนั้นจะต้องอยู่ในขอบเขตที่เหมาะสมตามหลักความได้สัดส่วนด้วย

(4) ข้อจำกัดเกี่ยวกับภาระการพิสูจน์ (The Burden of Proof Constraint) ที่กำหนดให้ภาระการพิสูจน์ควรตกแก่บุคคลผู้ให้การสนับสนุนในการลงโทษทางอาญา กล่าวคือห้ามมิให้กฎหมายอาญากำหนดให้ภาระการพิสูจน์จะตกแก่ผู้ถูกกล่าวหาไม่ว่าจะเป็นบทสันนิษฐานความผิดหรือความรับผิดอย่างเด็ดขาดก็ตาม

โดยข้อจำกัดเหล่านี้เกิดจากหลักการที่มนุษย์ทุกคนมีสิทธิที่จะไม่ถูกลงโทษ (The Right Not to be Punished)⁶⁷ กล่าวคือ บุคคลทุกคนมีสิทธิและเสรีภาพที่จะกระทำการหรือไม่กระทำการใด ดังนั้นในการกำหนดความผิดอาญารัฐจะต้องคำนึงถึงสิทธิเสรีภาพของบุคคลที่เสียไปในการถูกจำกัดด้วยความรับผิดอาญา เพราะหากรัฐมุ่งแต่จะควบคุมความประพฤติของสมาชิกในสังคมโดยใช้กฎหมายอาญาเป็นเครื่องมือ โดยที่ไม่ได้พิจารณาถึงประสิทธิภาพและความสามารถของกลไกของรัฐในการใช้บังคับกฎหมาย เช่นนี้กฎหมายอาญาก็จะไร้ความหมายและไม่มีประสิทธิภาพนั่นเอง⁶⁸

จากทฤษฎีในการกำหนดความรับผิดอาญาข้างต้นสามารถสรุปได้ว่าแม้รัฐมีอำนาจในการกำหนดกฎหมายที่จะใช้เพื่อป้องกันสังคมจากภัยอันตรายต่างๆ ให้สังคมมีความสงบเรียบร้อย ก็มีได้หมายความว่ารัฐจะสามารถกำหนดกฎหมายอาญาได้ตามใจชอบ แต่อย่างไรก็ตามหากมีความจำเป็นเพื่อที่จะป้องกันและคุ้มครองสังคมจากการกระทำใดอันจะกระทบต่อความสงบสุขของสังคม โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีการปกป้องคุ้มครองเด็กซึ่งเป็นผู้ที่ต้องได้รับการคุ้มครองเป็นพิเศษมากกว่าผู้ใหญ่ นั้น รัฐจึงมีความจำเป็นที่จะต้องเข้าไปดูแลจัดการเพื่อป้องกันมิให้เกิดอันตรายหรือเกิดการกระทำผิดขึ้นต่อเด็กในสังคม และเมื่อพิจารณาถึงกรณีที่บุคคลผู้ใกล้ชิดกับเด็กและผู้มีอำนาจในองค์กรที่ดำเนินกิจกรรมเกี่ยวข้องกับเด็กอันมีเด็กอยู่ในความดูแลนั้น ละเลยไม่จัดการกับความเสี่ยงในการที่เด็กจะตกเป็นผู้เสียหายซึ่งบุคคลเช่นว่านั้นรับรู้ได้ ก็เป็นการกระทำที่ก่อให้เกิดผลร้ายคืออันตรายกับเด็กเช่นเดียวกัน ดังนั้นจึงสอดคล้องกับทฤษฎีการกำหนดความรับผิดอาญาของเฮอร์เบิร์ต แอล แพ็กเกอร์ และนิเกล วอกเกอร์ดังที่ได้กล่าวไป ทั้งยังไม่ขัดกับหลักเกณฑ์ข้อจำกัดอำนาจรัฐในการบัญญัติความผิดของดักลาส ฮูซาก็อีกด้วย ดังนั้นรัฐมีความชอบธรรมในการที่จะกำหนดหน้าที่และความรับผิดอาญาในกรณีดังกล่าวเพื่อวัตถุประสงค์ในป้องกันอาชญากรรมที่จะเกิดแก่เด็กอันเป็นการรักษาความสงบในสังคมได้ โดยในส่วนต่อไปจะเป็นการศึกษาวัตถุประสงค์ในการลงโทษตามกฎหมาย

⁶⁷ Ibid., 37-39.

⁶⁸ เกียรติจักร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1 บทบัญญัติทั่วไป, หน้า 7.

อาญา เพื่อให้ทราบว่าเมื่อมีการกำหนดให้กรณีดังกล่าวเป็นความผิดอาญาอันมีโทษแล้ว การลงโทษบุคคลใดๆสำหรับความผิดเช่นนั้นก็จะต้องสอดคล้องกับวัตถุประสงค์ในการลงโทษด้วยเช่นกัน

2.2.1.2 วัตถุประสงค์ของการลงโทษ

โทษทางอาญา คือ สภาพบังคับที่ผู้กระทำความผิดจะต้องได้รับเพื่อเป็นการตอบแทนสำหรับการกระทำความผิดนั้น⁶⁹ กล่าวคือเป็นผลร้ายที่ผู้กระทำความผิดต้องได้รับจากการฝ่าฝืนกฎหมายอาญา⁷⁰ เพื่อเป็นการตำหนิผู้กระทำว่าได้ทำในสิ่งที่ไม่สมควรและไม่ควรกระทำความผิดซ้ำอีก โดยวัตถุประสงค์ของการลงโทษที่ได้รับการยอมรับทั่วไปแบ่งออกได้เป็น 5 ประการดังต่อไปนี้

1. เพื่อเป็นการแก้แค้นทดแทน (Retribution)

การลงโทษต้องเป็นการทดแทนความเสียหาย กล่าวคือ การลงโทษได้กระทำไปเพื่อแก้แค้นทดแทนให้แก่ผู้เสียหายจากการที่ผู้กระทำความผิดได้ก่อความเสียหายขึ้น ทำให้ผู้เสียหายพอใจว่าการลงโทษนั้นยุติธรรมแล้ว ซึ่งการลงโทษผู้กระทำความผิดนี้เป็นหน้าที่ของรัฐโดยดำเนินการผ่านทางกระบวนการยุติธรรมและเพื่อเป็นการป้องกันมิให้ผู้เสียหายหรือเหยื่อไปแก้แค้นผู้กระทำความผิดเองอันจะเป็นการก่อให้เกิดความไม่สงบในสังคม⁷¹ วัตถุประสงค์ของการลงโทษเช่นนี้อยู่บนหลักการที่ว่าผู้กระทำความผิดต้องได้รับผลตอบแทนจากการกระทำของตนอย่างสอดคล้องกับความเดือดร้อนที่ตนก่อให้เกิดขึ้นกับผู้เสียหาย และสอดคล้องกับผลกระทบที่เกิดขึ้นกับสังคมจากการกระทำความผิดนั้นเพื่อเป็นการแสดงให้เห็นถึงการไม่ยอมรับของสังคม⁷² แต่อย่างไรก็ตามการลงโทษจะต้องได้สัดส่วนกับความผิด โดยพิจารณาจากความร้ายแรงของความเสียหายในการกระทำและผลต่อสังคมอันเกิดจากการกระทำความผิดนั้น⁷³

2. เพื่อเป็นการยับยั้งการกระทำความผิด (Deterrence)

การลงโทษผู้กระทำความผิดอาญานั้นสามารถข่มขู่และยับยั้งได้ทั้งตัวผู้กระทำความผิดและบุคคลอื่นในสังคม โดยการลงโทษเพื่อข่มขู่ยับยั้งมีวัตถุประสงค์หลัก 2 ประการ คือ 1) เพื่อยับยั้งตัวผู้กระทำความผิด เพราะเกิดความเกรงกลัวในโทษที่ได้รับซึ่งจะส่งผลเป็นการตัดโอกาสที่

⁶⁹ คมพล จันทน์หอม, รากฐานกฎหมายอาญา, หน้า 51-52.

⁷⁰ พลตำรวจตรี สมพงษ์ เตชะสมบุญรณ์ รองผู้บัญชาการ สำนักงานพิสูจน์หลักฐานตำรวจ สำนักงานตำรวจแห่งชาติ, "[ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 15 ธันวาคม 2562. แหล่งที่มา: http://www.dsdw2016.dsdw.go.th/doc_pr/ndc_2560-2561/PDF/8546p/%E0%B8%A3%E0%B8%A7%E0%B8%A1.pdf

⁷¹ Sir Robert Cross and Andrew Ashworth, The English Sentencing System, 3rd ed. (London: Butterworths, 1981), pp. 128-132.

⁷² สหชน รัตน์ไพจิตร, "ความประสงค์ของการลงโทษอาญา: ศึกษาเฉพาะประเทศไทยสมัยใช้กฎหมายลักษณะอาญาและประมวลกฎหมายอาญา" (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2527), หน้า 33-34.

⁷³ บุญยฤทธิ ตั้งสุวรรณ, "ศูนย์ควบคุม : มาตรการทางเลือกในกระบวนการยุติธรรม" (นิติศาสตรมหาบัณฑิต, สาขานิติศาสตร์, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2544), หน้า 10-11.

จะกระทำความผิดขึ้นอีกในอนาคต และ2) เพื่อให้มีผลยับยั้งเป็นการทั่วไปโดยเป็นตัวอย่างแก่บุคคลอื่นที่คิดจะกระทำความผิดมิให้กระทำความผิดขึ้น เนื่องจากได้เห็นถึงผลร้ายของการกระทำความผิดและโทษสำหรับการกระทำความผิดนั้น⁷⁴

3. เพื่อเป็นการตัดผู้กระทำความผิดออกจากสังคม (Incapacitation)

เป็นการลงโทษเพื่อตัดโอกาสมิให้ผู้กระทำความผิดนั้นได้มีโอกาสที่จะกระทำความผิดอีกในอนาคต โดยทำให้บุคคลนั้นหมดความสามารถที่จะกระทำความผิดได้อีกและทำให้สังคมปลอดภัยจากการกระทำผิดดังกล่าว เช่น การลงโทษประหารชีวิต หรือโทษจำคุก ซึ่งเป็นการแยกตัวผู้กระทำความผิดออกจากสังคมจนกว่าจะแน่ใจว่าผู้นั้นไม่เป็นอันตรายแก่สังคมอีกแล้วจึงปล่อยออกมานั้นเอง⁷⁵ อย่างไรก็ตามการตัดผู้กระทำความผิดออกจากสังคมนี้ก่อให้เกิดปัญหาเกี่ยวกับนักโทษล้นเรือนจำอย่างมากทำให้ในปัจจุบันเกิดแนวคิดที่ว่า การลงโทษในลักษณะนี้ควรถูกใช้เฉพาะกับการกระทำความผิดที่ผู้กระทำเป็นผู้กระทำความผิดซ้ำ หรือลักษณะของการกระทำนั้นอันตรายร้ายแรงเท่านั้น⁷⁶

4. เพื่อเป็นการแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิด (Rehabilitation)

การลงโทษด้วยวัตถุประสงค์นี้มีเป้าหมายที่จะใช้การลงโทษเพื่อแก้ไข หรือ เยียวยารักษาผู้กระทำ เพื่อให้ลดความรู้สึกต่อต้านการที่จะต้องปฏิบัติตามกฎหมาย และสามารถยับยั้งตนเองมิให้เกิดหรือกระทำการอันเป็นความผิดได้อีกต่อไป⁷⁷ โดยตั้งอยู่บนแนวความคิดที่ว่า การทำให้ผู้กระทำความผิดได้รับผลร้ายจากโทษทางอาญาเพียงอย่างเดียวนั้น ไม่สามารถให้ผู้นั้นเลิกกระทำความผิดได้ จึงควรให้มีมาตรการแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิดระหว่างที่ต้องรับโทษด้วย ซึ่งมาตรการแก้ไขฟื้นฟูเหล่านี้มีความหลากหลายแตกต่างกันเพื่อให้เกิดความเหมาะสมในแต่ละบุคคล โดยจะต้องพิจารณาถึงสาเหตุของการกระทำความผิด และกำหนดมาตรการเพื่อเปลี่ยนแปลงพฤติกรรมของผู้กระทำความผิดนั้น⁷⁸ รวมทั้งพยายามที่จะช่วยให้ผู้กระทำความผิดกลับคืนสู่สังคมได้ตามปกติด้วย

5. เพื่อเป็นการป้องกันอาชญากรรม (Crime Prevention or Community Safety)

วัตถุประสงค์ของการลงโทษเช่นนี้เป็นการลงโทษอย่างเป็นระบบเพื่อป้องกันมิให้เกิดการกระทำความผิดซ้ำอีกในอนาคต การลงโทษเช่นนี้เกิดขึ้นจากพัฒนาการแนวความคิดในเชิงป้องกัน โดยพิจารณาจากปัจจัยต่างๆที่เกี่ยวข้องในสังคมซึ่งจะต้องพิจารณาความต้องการและความรู้สึกร่วมกันของสมาชิกในสังคม เพื่อเป็นเครื่องมือในการกำหนดบทลงโทษต่างๆ โดยมีได้จำกัดเพียงแค่

⁷⁴ ณรงค์ ใจหาญ, กฎหมายอาญาว่าด้วยโทษและวิธีการเพื่อความปลอดภัย (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2543), หน้า 28.

⁷⁵ เรื่องเดียวกัน, 34.

⁷⁶ Helen Johnston, *Incapacitation, in the Routledge Companion to Criminological Theory and Concepts* eds. Avi Brisman, Eamonn Carrabine, and Nigel South (London: Routledge, Taylor & Francis Group, 2017), p. 455.

⁷⁷ ณรงค์ ใจหาญ, กฎหมายอาญาว่าด้วยโทษและวิธีการเพื่อความปลอดภัย, หน้า 31-32.

⁷⁸ Tim Newburn, *Criminology*, 3rd ed. (New York: Routledge, Taylor & Francis Group, 2017), pp. 554-555.

บทลงโทษทางอาญาต่อผู้กระทำความผิดเท่านั้น แต่รวมไปถึงมาตรการเสริมอื่นๆที่สังคมเห็นร่วมกันว่าจำเป็นต้องมีเพื่อป้องกันมิให้เกิดการกระทำความผิดอีกในอนาคตนั่นเอง⁷⁹

จากที่กล่าวมาสามารถสรุปได้ว่าการลงโทษทางอาญาแก่บุคคลใดไม่ว่ามากหรือน้อยก็ย่อมจะย่อมส่งผลเสียแก่บุคคลนั้นๆ ดังนั้นแล้วการกำหนดโทษทางอาญาจึงเป็นสิ่งที่ต้องกระทำด้วยความระมัดระวังเพื่อให้เกิดความเหมาะสมและเกิดความได้ผลบรรลุวัตถุประสงค์ของการลงโทษให้ได้มากที่สุด อย่างไรก็ตามหากกรณีมีความจำเป็นเพื่อปกป้องประโยชน์และความสงบสุขของสังคม โดยเห็นว่าการใช้กฎหมายอาญาเป็นเครื่องมือจะทำให้สามารถบรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าวได้ ก็สามารถกำหนดความรับผิดอาญาและโทษอันได้สัดส่วนกับความผิดนั้นได้ ดังนั้นแล้วการกำหนดความรับผิดอาญาแก่บุคคลผู้มีความใกล้ชิดกับเด็ก และบุคคลผู้มีอำนาจในองค์กรที่เกี่ยวข้องกับเด็ก กรณีบกพร่องละเลยในการจัดการจัดการกับความเสียหายที่อาจจะเกิดการกระทำความผิดต่อเด็ก ซึ่งบุคคลดังกล่าวรับรู้ได้นั้น มีความสอดคล้องกับวัตถุประสงค์ในการลงโทษเพื่อป้องกันอาชญากรรมที่จะเกิดขึ้นในสังคม อันเป็นการกำหนดความรับผิดแก่บุคคลซึ่งมีเด็กอยู่ในความดูแลเมื่อบุคคลดังกล่าวไม่สามารถหลีกเลี่ยงสถานการณ์ที่อาจทำให้เด็กตกอยู่ในอันตรายได้ บุคคลเช่นว่านั้นก็สมควรจะต้องมีความผิดและการลงโทษบุคคลดังกล่าวก็จะส่งผลเป็นการป้องกันมิให้มีการละเลยเพิกเฉยต่อความเสียหายที่อาจจะเกิดการกระทำความผิดต่อเด็ก อันเป็นการป้องกันอาชญากรรมที่จะเกิดแก่เด็กในอนาคตนั่นเอง โดยในหัวข้อต่อไปจะเป็นการกล่าวถึงแนวคิดในการรับผิดทางอาญา ซึ่งจะเป็นการอธิบายว่าบุคคลใดบ้างที่สมควรจะต้องมีความรับผิดอาญา เพื่อที่จะใช้ประกอบการพิจารณาว่าในกรณีที่บุคคลผู้ใกล้ชิดกับเด็กและบุคคลผู้มีอำนาจในองค์กรที่ดำเนินกิจกรรมเกี่ยวข้องกับเด็กซึ่งมีเด็กอยู่ในความดูแลนั้น ในกรณีที่ได้รับรู้ถึงความเสี่ยงฯและละเลยไม่ดำเนินการ ซึ่งการรับรู้แต่ละเลยดังกล่าวนี้เป็นการรับผิดชอบพื้นฐานใด

2.2.2 แนวคิดในการรับผิดในทางอาญา

เนื่องจากโทษในทางอาญานั้นมีผลกระทบต่อชีวิต ร่างกาย เสรีภาพ และทรัพย์สินของบุคคล⁸⁰ ดังนั้นแล้วกฎหมายอาญาจึงต้องมีลักษณะพิเศษแตกต่างจากกฎหมายอื่นๆโดยกฎหมายอาญาของประเทศไทยจะเห็นถึงลักษณะพิเศษของกฎหมายอาญาจากมาตรา 2 วรรคแรก แห่งประมวลกฎหมายอาญา⁸¹ กล่าวคือ ประการแรกผู้กระทำไม่ต้องรับผิดในทางอาญา หากการกระทำนั้นไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้ในขณะกระทำว่าเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ ซึ่งเป็นหลักสากลอันเป็นที่

⁷⁹ Karen Evans, *Community Safety in the Routledge Companion Criminological Theory and Concepts*, eds. Avi Brisman, Eamonn Carrabine, and Nigel South (London: Taylor & Francis Group, 2017), pp. 510-511.

⁸⁰ คนพล จันทน์หอม, *รากฐานกฎหมายอาญา*, หน้า 76.

⁸¹ **ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 2 วรรคแรก** “บุคคลจักต้องรับโทษในทางอาญาต่อเมื่อได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้ในขณะกระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดนั้น ต้องเป็นโทษที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย”

ยอมรับกันในนานาประเทศ โดยหลักนี้เรียกในภาษาละตินว่า “Nullum crimen nulla poena sine lege” หรือเรียกในภาษาอังกฤษว่า “No crime nor punishment without law” หรือหลักไม่มีความผิด ไม่มีโทษ หากไม่มีกฎหมายนั่นเอง ประการที่สองกฎหมายอาญาจะย้อนหลังเป็นผลร้ายมิได้ และประการที่สามถ้อยคำในกฎหมายอาญาจะต้องบัญญัติให้ชัดเจนแน่นอน ปราศจากความคลุมเครือ อีกทั้งประการที่สี่กฎหมายอาญาต้องตีความโดยเคร่งครัด เมื่อเป็นไปตามลักษณะพิเศษของกฎหมายอาญาที่กล่าวมา บุคคลจึงจะมีความรับผิดทางอาญา⁸² ซึ่งความรับผิดในทางอาญานั้นสามารถแบ่งออกเป็นกรณีได้ดังนี้

1. ความรับผิดโดยตรงในการกระทำความผิด หรือหลักความรับผิดในการกระทำของตนเอง (personal liability) กล่าวคือ เมื่อบุคคลใดได้กระทำการตามที่กฎหมายในขณะนั้นบัญญัติไว้เป็นความผิดและกำหนดโทษไปแล้วบุคคลนั้นก็ต้องรับผิดในทางอาญาเนื่องจากการกระทำของตน หรือกล่าวได้ว่าเป็นความผิดโดยตรงในการกระทำความผิด *Direct liability*⁸³ บุคคลผู้มีความรับผิดประเภทนี้ได้แก่ผู้กระทำความผิด หรือตัวการ โดยอาจแบ่งออกเป็นผู้กระทำความผิดคนเดียว หรือผู้กระทำความผิดร่วมก็ได้⁸⁴

2. ความรับผิดในการกระทำของบุคคลอื่น กล่าวคือ เป็นกรณีที่แม้บุคคลนั้นจะไม่ได้กระทำการใดๆตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ว่าเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้แต่บุคคลดังกล่าวก็จะต้องมีความรับผิดตามกฎหมายโดยถือว่าเป็นความรับผิดในการกระทำของผู้อื่น⁸⁵ ซึ่งอาจแบ่งได้เป็น

2.1 ความรับผิดของการมีส่วนช่วยในการกระทำความผิด (Accessorial Liability) เป็นกรณีความรับผิดของ *ผู้ใช้ ผู้ช่วยเหลือ หรือยุยง* โดยเป็นความรับผิดที่เกิดจากการกระทำของบุคคลอื่นซึ่งแสดงให้เห็นว่าจะต้องมีบุคคลอื่นกระทำความผิดขึ้น โดยมีหลักการว่าจะไม่มีความผิดอาญาหรือไม่มีความรับผิดของ *Accessory (ผู้ใช้ ผู้ช่วยเหลือ หรือยุยง)* โดยปราศจากความผิดของผู้กระทำความผิด(ตัวการ) สำหรับทฤษฎีความรับผิดของการมีส่วนช่วยเหลือในการกระทำความผิดนั้นสามารถแยกพิจารณาได้เป็น 2 ความหมายดังนี้คือ ในความหมายอย่างกว้าง เป็นกรณีที่เมื่อผู้กระทำความผิดได้กระทำการอันฝ่าฝืนต่อกฎหมาย แม้ว่าการกระทำของผู้กระทำผิดนั้นจะได้รับการยกเว้นโทษ แต่ตัว *Accessory* ก็ยังต้องรับผิดในการกระทำความผิดนั้น กล่าวคือ ตามความหมายอย่างกว้างนี้แม้ตัวผู้กระทำความผิดจะไม่ได้รับโทษ แต่ตัว *Accessory* หรือ *ผู้ใช้ ผู้ช่วยเหลือ หรือยุยง* ก็ยังต้องรับผิดในการกระทำนั้นอยู่ดี ส่วนในความหมายอย่างแคบนั้นกำหนดว่าผู้กระทำความผิดจะต้องรับผิดในการ

⁸² เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, *คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1 บทบัญญัติทั่วไป*, หน้า 16-24.

⁸³ George P. Fletcher, *Rethinking Criminal Law* (Boston: Little, Brown and Company, 1978), pp. 637-640.

⁸⁴ ทรงพล สงวนพงศ์, "ความรับผิดในทางอาญาของผู้ใช้" (วิทยานิพนธ์หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต, สาขาวิชานิติศาสตรบัณฑิต, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2527), หน้า 8-9.

⁸⁵ George P. Fletcher, *Rethinking Criminal Law*, p. 640.

กระทำผิดนั้น หากผู้กระทำความผิดไม่ถูกลงโทษ ก็ไม่อาจถือว่า Accessory มีความผิดได้ ดังนั้นแล้ว ตามความหมายอย่างแคบนั้น Accessory จึงไม่ต้องรับผิด เว้นแต่ผู้กระทำความผิดนั้นต้องรับผิด นั่นเอง⁸⁶

2.2 ความรับผิดเพื่อการกระทำของบุคคลอื่น (Vicarious Liability) ซึ่งเป็นกรณีที่ จำเลยจะต้องรับผิดในการกระทำของผู้อื่นทั้งที่ไม่มีเหตุผลในการให้จำเลยรับผิดในการกระทำนั้นๆ โดยทฤษฎีความรับผิดในการกระทำของผู้อื่นนั้นเกิดจากหลักหลักเกณฑ์ความรับผิดทางแพ่งในเรื่อง ละเมิด⁸⁷ ความรับผิดทางอาญาเพื่อการกระทำของบุคคลอื่น (vicarious criminal liability) นั้นคือ บุคคลอาจมีความรับผิดทางอาญาได้ โดยถือเอาการกระทำความผิดอาญาของอีกบุคคลหนึ่งซึ่งมีความสัมพันธ์กับตนเองบางประการ เป็นเงื่อนไขในการเกิดความรับผิด โดยไม่คำนึงว่าบุคคลนั้นจะมีการกระทำมีเจตนามีส่วนร่วมหรือให้ความช่วยเหลือในการกระทำความผิดนั้นหรือไม่⁸⁸ โดยความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลมาอยู่ในรูปแบบของนายจ้างลูกจ้างหรือตัวการตัวแทนนั่นเอง⁸⁹

จากที่กล่าวมาจะเห็นได้ว่าความรับผิดในทางอาญานั้นโดยหลักแล้วบุคคลจะต้องรับผิดในการกระทำของตนเอง แต่ก็มีกรณีที่อาจต้องรับผิดเพราะการกระทำของบุคคลอื่นได้เช่นกัน แต่อย่างไรก็ตามกฎหมายต่างประเทศที่จะได้ศึกษาในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้นั้นการกำหนดความรับผิดอาญาแก่บุคคลผู้ใกล้ชิดกับเด็ก และบุคคลผู้มีอำนาจในองค์กรที่ดำเนินกิจกรรมเกี่ยวข้องกับเด็ก ในกรณีที่บุคคลทั้งสองประเภทนั้นรับรู้ถึงความเสี่ยงที่อาจจะเกิดอันตรายแก่เด็กจากการกระทำของบุคคลอื่น แต่กลับบกพร่องละเลยในการจัดการกับความเสี่ยงที่จะเกิดอันตรายแก่เด็กนั้น แนวคิดในการกำหนดความรับผิดอาญากรณีนี้เป็นกรณีที่บุคคลทั้งสองประเภทต้องรับผิดในการกระทำ(ละเลย) ของตน(personal liability หรือ *Direct liability*) เป็นการรับผิดเพราะตนมีเด็กอยู่ในความดูแลแต่กลับละเลยไม่ให้ความคุ้มครองดูแลเด็กอย่างเหมาะสม ซึ่งเป็นความผิดแม้ยังไม่ผลร้ายจากการละเลยเกิดขึ้นกับเด็กนั่นเอง ซึ่งในหัวข้อต่อไปจะเป็นการอธิบายถึงความจำเป็นในการที่จะต้องกำหนดความรับผิดอาญากรณีความบกพร่องต่อการปกป้องหรือคุ้มครองเด็กจากความเสี่ยงที่จะเกิดอันตรายจากการกระทำของบุคคลอื่น

⁸⁶ ทรงพล สงวนพงศ์, "ความรับผิดในทางอาญาของผู้ใช้," หน้า 13-14.

⁸⁷ เรื่องเดียวกัน, 15.

⁸⁸ Wayne R. LaFave, *Criminal Law*, 4 ed. (St. Paul, Minn: Thomson/West, 2003), p. 694.

⁸⁹ ดิศรณ์ ลิขิตวิทยาวุฒิ, "ความรับผิดทางอาญาของนิติบุคคล: ศึกษากรณีความผิดฐานอาชญากรรมต่อมวลมนุษยชาติโดยเปรียบเทียบเฉพาะที่เกี่ยวข้องในประเทศไทย" (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขากฎหมายอาญา คณะนิติศาสตร์, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2560), หน้า 29-30.

2.3 ความจำเป็นในการกำหนดความรับผิดชอบการกระทำของบุคคลอื่น หรือคุ้มครองเด็กจากความเสียหายที่จะเกิดอันตรายจากการกระทำของบุคคลอื่น

จุดมุ่งหมายของการกำหนดความรับผิดชอบการกระทำของบุคคลอื่นก็เพื่อที่จะกระตุ้นให้พ่อแม่ ผู้ปกครอง ผู้ใกล้ชิดเด็กได้ตระหนักถึงหน้าที่ของตนในการให้ความคุ้มครองเด็ก โดยการพาเด็กออกจากสถานการณ์ที่มีความเสี่ยงว่าเด็กจะถูกทำร้ายเพื่อปกป้องเด็กจากการที่อาจถูกทำร้าย หรือโดยการลดและกำจัดความเสี่ยงที่จะเป็นอันตรายต่อเด็กในอนาคต⁹⁰ อันเป็นการดำเนินการตอบสนองต่อสถานการณ์ที่มีความเสี่ยงอย่างเหมาะสม เนื่องจากโดยหลักแล้วบุคคลทั่วไปไม่มีหน้าที่ที่จะต้องป้องกันเด็กซึ่งเป็นคนแปลกหน้า ดังนั้นแล้วหน้าที่ในการป้องกันและควบคุมดูแลเด็กจึงตกเป็นของบุคคลที่มีความใกล้ชิดกับเด็กโดยเฉพาะอย่างยิ่งพ่อแม่ผู้ปกครองของเด็ก ซึ่งจะสามารถสังเกตเห็นถึงความเสี่ยงและอันตรายที่จะเกิดแก่เด็กได้ทันเวลาที่กว่าบุคคลอื่น พวกเขาเหล่านั้นจึงต้องจัดการลดหรือทำให้เด็กพ้นไปจากความเสี่ยงนั้น การกำหนดฐานความผิดกรณีการกระทำของบุคคลอื่นคุ้มครองเด็กนั้นเป็นกฎหมายที่สร้างขึ้นจากหน้าที่ของพ่อแม่ในกรณีที่เด็กเผชิญกับอันตรายหรือการถูกทำร้าย⁹¹ เพื่อให้บุคคลเหล่านั้นมีการจัดการที่เหมาะสมต่อสถานการณ์อันจะส่งผลให้เด็กได้รับความปลอดภัยในขั้นต้นก่อนที่จะมีการกระทำความผิดเกิดขึ้นกับเด็กนั่นเอง⁹²

และนอกจากการดูแลโดยพ่อแม่ ผู้ปกครองหรือบุคคลใกล้ชิดแล้วในส่วนขององค์กรหรือหน่วยงานที่ทำงานเกี่ยวข้องกับเด็กนั้นก็มียุทธศาสตร์หลายองค์กร ยกตัวอย่างเช่น โรงเรียน สถานสงเคราะห์ โรงพยาบาล หรือมูลนิธิต่างๆ เป็นต้น หน้าที่ในการดูแล (Duty of Care) และคุ้มครองเด็กตั้งอยู่บนพื้นฐานของ “หลักความไว้วางใจ” ที่พ่อแม่ผู้ปกครองหรือผู้ดูแลเด็กมีให้แก่องค์กรดังกล่าว โดยมุ่งหวังว่าเมื่อในขณะนี้เด็กไปอยู่ใต้การดูแลขององค์กรเหล่านี้ เด็กจะได้รับความปลอดภัยและมีสวัสดิภาพที่ดี ดังนั้นแล้วจึงเป็นหน้าที่ขององค์กรที่จะต้องตระหนักถึงสิทธิของเด็กที่จะต้องได้รับการปกป้องคุ้มครองจากการทารุณกรรมเด็ก และทำให้มั่นใจว่ามีขั้นตอนการปกป้องคุ้มครองเด็กอย่างเหมาะสมเพียงพอ⁹³ ซึ่งการให้ความสำคัญกับหน้าที่ดูแลเด็กขององค์กรเหล่านี้ก็เนื่องมาจากเด็กมักจะตกเป็นเหยื่อจากการกระทำผิดของคนในองค์กรซึ่งเป็นบุคคลที่พ่อแม่ผู้ปกครองและเด็กไว้วางใจ

⁹⁰ Amanda Mahoney, "How Failure to Protect Laws Punish the Vulnerable," *Health Matrix: The Journal of Law-Medicine* 29, 1 (2019): 431.

⁹¹ Maggie Butzen, "A Parent's Final Sacrifice: Self-Incrimination in Failure to Protect Cases," *The John Marshall Law Review* (2018): 385.

⁹² Anne T. Johnson, "Criminal Liability for Parents Who Fail to Protect," *Law & Inequality: A Journal of Theory and Practice* 5, 2 (1984): 376.

⁹³ Family and Community Development Committee Parliament of Victoria, *Betrayal of Trust Inquiry into the Handling of Child Abuse by Religious and Other Non-Government Organizations: Part D Prevention-Duty of Care to Create Child-Safe Organizations*, p. 222.

และหากคนนั้นเป็นบุคคลที่มีอำนาจเหนือเด็กแล้วก็ยิ่งบงการเด็กได้ง่ายขึ้น⁹⁴ เช่นนี้แล้วองค์กรที่ทำงานเกี่ยวข้องกับเด็กจึงจำต้องสอดส่องดูแลบุคลากรของตนให้ประพฤติตนอย่างเหมาะสม อีกทั้งเมื่อปรากฏว่าเด็กที่อยู่ในความดูแลมีความเสี่ยงที่จะตกเป็นเหยื่อของการกระทำความผิดจากผู้ใหญ่ที่ทำงานในองค์กรดังกล่าว ผู้มีอำนาจหน้าที่ดูแลเด็กในองค์กรเหล่านี้จะต้องดำเนินการเพื่อลดความเสี่ยงและโอกาสที่เด็กจะเป็นอันตรายเพื่อให้สอดคล้องกับหลักความไว้น้ำใจเชื่อใจ หากรับรู้แต่ปล่อยปะละเลยไม่จัดการความเสี่ยงนั้นจึงเป็นการ “ทรยศต่อหลักความไว้น้ำใจเชื่อใจ” (Betrayal of trust) ของเด็กและผู้ปกครองเด็กที่มีให้แก่องค์กร เช่นนี้แล้วบุคคลดังกล่าวจึงสมควรต้องรับผิดชอบ⁹⁵

เมื่อได้พิจารณาศึกษาถึงทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับการให้ความคุ้มครองแก่เด็กและทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดความผิดอาญากรณีบกพร่องต่อการปกป้องและคุ้มครองเด็กจากความเสี่ยงที่จะเกิดอันตรายไปแล้ว ต่อไปจะเป็นการศึกษาถึงกฎหมายในประเทศไทยและในต่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับกรณีดังกล่าวเพื่อที่จะสามารถนำมาปรับใช้กับการพิจารณาหลักเกณฑ์ต่างๆตามที่ได้ศึกษาเกี่ยวกับทฤษฎีในบทนี้ต่อไป



⁹⁴ กานต์ธีรา ภูริวิกรัย, "วิเคราะห์พฤติกรรมในคดีความรุนแรงต่อเด็ก: ผู้กระทำความผิดคิดอะไร?" [ออนไลน์] วันที่ 10 กันยายน 2562. แหล่งที่มา: <https://www.the101.world/violence-against-children-3/>

⁹⁵ Family and Community Development Committee Parliament of Victoria, Betrayal of Trust Inquiry into the Handling of Child Abuse by Religious and Other Non-Government Organizations: Part D Prevention-Duty of Care to Create Child-Safe Organizations, p. 222.

บทที่ 3

มาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองและจัดการกับความเสียหายที่จะเกิดอันตรายแก่เด็กจากการกระทำของบุคคลอื่นในประเทศไทย

จากที่ได้กล่าวไปในบทที่ 2 ถึงแนวความคิด ทฤษฎีที่เกี่ยวข้องในการคุ้มครองเด็ก เหตุผลความจำเป็นในการคุ้มครองเด็ก และแนวความคิดทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดความรับผิดชอบต่อการปกป้องหรือคุ้มครองเด็กจากความเสียหายที่จะเกิดอันตรายหรือเกิดการกระทำความผิดแก่เด็กนั้น จะเห็นได้ว่าการคุ้มครองเด็กเป็นหลักการสากลที่ทั่วโลกให้การยอมรับรวมทั้งประเทศไทยด้วย ทั้งนี้ วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ทำการศึกษาถึงกรณีที่บุคคลสองประเภท อันได้แก่ บุคคลผู้ใกล้ชิดกับเด็กและบุคคลผู้มีอำนาจในองค์กรซึ่งดำเนินกิจกรรมเกี่ยวข้องกับเด็ก หากบุคคลทั้งสองประเภทรับรู้ว่ามี ความเสี่ยงสูง กล่าวคือ มีความเป็นไปได้อย่างมากที่เด็กอาจจะตกเป็นผู้เสียหายจากการกระทำผิดของบุคคลอื่น หากบุคคลทั้งสองประเภทดังกล่าวนั้นบกพร่องละเลยไม่จัดการกับความเสียหายจะมีผลทางกฎหมายเช่นไรตามกฎหมายไทย ดังนั้นในบทนี้จึงจะทำการศึกษาถึงมาตรการทางกฎหมายของประเทศไทยที่เกี่ยวข้องกับกรณีดังกล่าว อันได้แก่ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย, มาตรการตามประมวลกฎหมายอาญา, พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 เพื่อวิเคราะห์ถึงความเหมาะสมของ มาตรการทางกฎหมายที่มีอยู่ในประเทศไทยว่ากฎหมายไทยที่มีอยู่นั้นสามารถนำไปปรับใช้บังคับแก่ กรณีที่ผู้ใกล้ชิดต่อเด็ก หรือบุคคลในองค์กรที่ทำงานเกี่ยวข้องกับเด็กที่ได้บกพร่องต่อการจัดการ ความเสี่ยงที่จะเกิดอันตรายหรือเกิดการกระทำความผิดต่อเด็กได้หรือไม่ อันจะสามารถนำไปเป็นแนวทาง ในการวิเคราะห์และพัฒนามาตรการทางกฎหมายของประเทศไทยให้มีประสิทธิภาพและเหมาะสม ยิ่งขึ้นต่อไป

3.1 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

ประเทศไทยได้ให้ความสำคัญและตระหนักถึงการรับรองและคุ้มครองสิทธิเด็กมานานแล้ว โดยจะเห็นได้จากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยตั้งแต่ฉบับปีพุทธศักราช 2540 เป็นต้นมาจนถึง ฉบับปัจจุบันคือฉบับปีพุทธศักราช 2560 บัญญัติไว้เหมือนกันในบททั่วไปว่า *ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพ และความเสมอภาคของบุคคลย่อมได้รับความคุ้มครอง*¹ โดยมีการตราไว้ครั้งแรกใน *รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540* ซึ่งเป็นรัฐธรรมนูญฉบับแรกที่ได้บัญญัติ รับรองสิทธิเด็กไว้หลายประการยกตัวอย่าง เช่น บุคคลย่อมมีสิทธิเสมอกันในการรับการศึกษาชั้น

¹ สำนักวิชาการ สำนักเลขานุการสภาผู้แทนราษฎร, [ออนไลน์].

พื้นฐานไม่น้อยกว่า 2 ปีที่รัฐจะต้องจัดให้อย่างทั่วถึงและมีคุณภาพโดยไม่เก็บค่าใช้จ่าย² หรือเด็ก เยาวชนและบุคคลในครอบครัวที่มีสิทธิได้รับความคุ้มครองโดยรัฐจากการใช้ความรุนแรงและการปฏิบัติไม่เป็นธรรม หรือกรณีเด็กและเยาวชนซึ่งไม่มีผู้ดูแลนั้นมีสิทธิได้รับการเลี้ยงดูและการศึกษาอบรมจากรัฐตามที่กฎหมายบัญญัติ³ ต่อมาในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ก็ได้บัญญัติรับรองสิทธิเด็กไว้ตามแนวทางของรัฐธรรมนูญพุทธศักราช 2540 เช่นเดียวกัน แต่ได้เพิ่มสาระสำคัญในการรับรองสิทธิเด็กอีกหลายประการ ยกตัวอย่างเช่น เด็กและเยาวชนย่อมมีสิทธิในกระบวนการยุติธรรมและมีสิทธิได้รับความคุ้มครองในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีอย่างเหมาะสม โดยเฉพาะในคดีที่เกี่ยวกับความรุนแรงทางเพศ⁴ นอกจากนี้เด็กและเยาวชนมีสิทธิในการอยู่รอดและได้รับการพัฒนาด้านร่างกายจิตใจ สติปัญญาตามศักยภาพในสภาพแวดล้อมที่เหมาะสม และมีสิทธิได้รับความคุ้มครองจากรัฐในการที่จะปราศจากการใช้ความรุนแรงและการปฏิบัติไม่เป็นธรรม ต่อเด็กและเยาวชน ทั้งยังมีสิทธิได้รับการบำบัดฟื้นฟูในกรณีที่มีเหตุการณ์ดังกล่าวเกิดขึ้น อีกทั้งการแทรกแซงและการจำกัดสิทธิของเด็กเยาวชนและบุคคลในครอบครัวจะกระทำไม่ได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะ เพื่อสงวนและรักษาไว้ซึ่งสถานะของครอบครัวหรือประโยชน์สูงสุดของบุคคลนั้น⁵ เป็นต้น และต่อมาในรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันอันหมายถึงรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2560 ก็ได้ดำเนินการตามหลักการของรัฐธรรมนูญปี 2540 และ 2550 โดยได้บัญญัติรับรองและคุ้มครองสิทธิเด็กไว้ให้มีความกว้างขวางมากขึ้น ทั้งนี้เมื่อพิจารณาจากหลักการของรัฐธรรมนูญตั้งแต่ฉบับปี 2540, 2550 จนถึงฉบับปัจจุบัน 2560 จะเห็นได้ว่า ประเทศไทยให้ความสำคัญกับสิทธิเด็กเป็นอย่างมาก โดยมุ่งเน้นไปที่การรับรองและคุ้มครองให้เด็กสามารถเติบโตไปในสังคมได้อย่างเหมาะสมและมีประสิทธิภาพ โดยเฉพาะอย่างยิ่งเรื่องการดูแลเด็กให้มีพัฒนาการ และมีความปลอดภัยจากการกระทำละเมิดต่างๆ โดยจะเห็นได้จากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันที่วางหลักการให้สิทธิของเด็กนั้นได้รับการรับรองและคุ้มครองตามกฎหมาย⁶ และบทบัญญัติที่วางหลักการไว้ว่าการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมเพราะเหตุที่เป็นเด็กจะกระทำมิได้ซึ่งมีจุดมุ่งหมายเพื่อให้เด็กได้รับการปฏิบัติอย่างเสมอภาคและเท่าเทียม⁷ และมีการกำหนดให้รัฐต้องให้ความสำคัญกับการศึกษาของเด็ก⁸ ทั้งนี้ยังมีบทบัญญัติให้รัฐต้องมีมาตรการในการป้องกันเด็กเยาวชนจากการถูกทารุณกรรมหรือใช้ความรุนแรงพร้อมทั้งมาตรการช่วยเหลือและเยียวยากรณีเกิดเหตุการณ์เช่นว่านั้น

² รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 43

³ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 53

⁴ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 40(6)

⁵ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 52

⁶ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 4

⁷ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 27

⁸ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 54

ขึ้น⁹ ดังนั้นจึงกล่าวได้ว่าการดูแลเด็กและเยาวชนให้ปลอดภัยจากอันตรายและการกระทำอันมิชอบด้วยกฎหมายนั้นเป็นหัวใจที่สำคัญอย่างมากของสิทธิเด็กที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยให้การรับรองและคุ้มครอง เช่นนี้แล้วเด็กจึงต้องมีสวัสดิภาพที่ดีและได้รับการคุ้มครองจากความเสี่ยงที่จะเป็นอันตรายนั่นเอง

3.2 ประมวลกฎหมายอาญา

ประมวลกฎหมายอาญาเป็นกฎหมายที่เกี่ยวกับความผิดและโทษโดยกำหนดว่าการกระทำใดบ้างเป็นความผิดที่ผู้กระทำจะต้องได้รับโทษ ซึ่งกฎหมายอาญานั้นมีความมุ่งหมายโดยตรงที่จะคุ้มครองผลประโยชน์ของส่วนรวม โดยควบคุมมิให้บุคคลกระทำการอันเป็นภัยต่อผู้อื่นหรือต่อสังคม เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยในสังคม¹⁰ โดยประมวลกฎหมายอาญานี้ได้มีการบัญญัติความผิดที่เกี่ยวข้องกับเด็กเอาไว้ซึ่งอาจแบ่งได้เป็น กรณีที่เด็กเป็นผู้กระทำความผิด หรือเป็นผู้มีส่วนร่วมในการกระทำความผิด และกรณีที่เด็กตกเป็นผู้เสียหายจากการกระทำความผิด ซึ่งในส่วนนี้จะขออธิบายเฉพาะกรณีที่เด็กเป็นผู้เสียหายจากการกระทำความผิดเท่านั้น เพื่อที่จะพิจารณาว่าเมื่อมีความเสี่ยงที่อาจจะเกิดอันตรายหรือเกิดการกระทำความผิดต่อเด็กโดยบุคคลอื่นแล้ว ประมวลกฎหมายอาญาได้บัญญัติถึงหน้าที่และความรับผิดชอบของบุคคลใดเอาไว้อย่างไรบ้าง โดยจะแบ่งออกเป็นสองหัวข้อ กล่าวคือ นิยามของคำว่า “เด็ก” ตามประมวลกฎหมายอาญา และบทบัญญัติตามประมวลกฎหมายอาญาที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองความเสี่ยงที่จะเกิดอันตรายแก่เด็กจากการกระทำของบุคคลอื่น

3.2.1 นิยามของคำว่า “เด็ก” ตามประมวลกฎหมายอาญา

ในประมวลกฎหมายอาญานั้นได้มีการบัญญัติคำนิยามของคำว่า “เด็ก” ไว้เป็นการเฉพาะ ดังนั้นจึงต้องพิจารณาจากบทบัญญัติในแต่ละมาตรา โดยอาจแบ่งได้เป็นกรณีดังต่อไปนี้

กรณีที่เด็กเป็นผู้กระทำความผิดอาญา หากผู้กระทำความผิดอาญาเป็นเด็กอายุไม่เกิน 10 ปีกฎหมายกำหนดให้เด็กนั้นไม่ต้องรับโทษในความผิดที่กระทำ¹¹ แต่ในกรณีที่เด็กอายุเกิน 10 ปีแต่ไม่เกิน 15 ปีกระทำความผิด เด็กนั้นก็ไม่ต้องรับโทษในความผิดที่ตนกระทำ แต่กฎหมายวางหลักให้ศาลสามารถสั่งดำเนินมาตรการอื่นที่เหมาะสมแก่เด็กได้ตามวิธีการที่กฎหมายกำหนดไว้ เช่น ว่ากล่าวตักเตือนเด็ก หรือส่งเด็กไปสถานฝึกอบรม เป็นต้น¹² และหากเป็นกรณีที่ผู้กระทำความผิดอายุมากกว่า 15 ปีแต่ต่ำกว่า 18 ปี กฎหมายให้อำนาจศาลในการใช้ดุลยพินิจพิจารณาว่าสมควรพิพากษา

⁹ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 71 วรรคสาม

¹⁰ ดวงพร เพชรคง, "กฎหมายกับการกระทำความผิดของเด็กและเยาวชน," ใน บทความใช้เพื่อการนำออกอากาศทางสถานีวิทยุกระจายเสียงรัฐสภา รายการเจตนารมณ์กฎหมาย สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, หน้า 1.

¹¹ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 73

¹² ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 74

ลงโทษบุคคลนั้นหรือไม่ โดยพิจารณาจากความรู้ผิดชอบและปัจจัยอื่นๆที่เกี่ยวกับบุคคลนั้น ถ้าศาลเห็นว่าไม่สมควรพิพากษาลงโทษก็สามารถสั่งดำเนินการอื่น หรือถ้าศาลเห็นว่าสมควรพิพากษาลงโทษก็ให้ลดมาตราส่วนโทษที่กำหนดไว้ลงกึ่งหนึ่ง¹³ และหากเป็นกรณีที่ผู้กระทำความผิดอายุตั้งแต่ 18 ปี แต่ยังไม่เกิน 20 ปี หากศาลเห็นสมควรศาลอาจลดมาตราส่วนโทษที่กำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นลง 1 ใน 3 หรือกึ่งหนึ่งก็ได้¹⁴

กรณีเด็กเป็นผู้เสียหายจากการกระทำความผิด กฎหมายอาจจะมีการบัญญัติฐานความผิดไว้เป็นการเฉพาะ และมักจะกำหนดอายุของเด็กที่ เป็นผู้เสียหายโดยสัมพันธ์กับการกำหนดโทษแก่บุคคลผู้กระทำความผิด กล่าวคือ หากกระทำความผิดต่อเด็กที่มีอายุน้อยผู้กระทำมักจะต้องระวางโทษหนักขึ้นจากการกระทำนั้นๆ กล่าวคือ ในความผิดฐานกระทำชำเราเด็ก¹⁵ และกระทำอนาจารเด็ก¹⁶นั้น การจะเป็นความผิดในฐานนี้ได้ก็ต่อเมื่อได้กระทำชำเรา หรือกระทำอนาจารต่อเด็ก ซึ่งเป็นบุคคลอายุไม่เกิน 15 ปีแล้วแต่กรณี ทั้งนี้หากเป็นการกระทำชำเราเด็กอายุไม่เกิน 13 ปี มีผลผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษหนักขึ้นทั้งนี้ตามมาตรา 277 วรรคสาม ส่วนกรณีการกระทำความผิดฐานเป็นธุระจัดหาล่อไปหรือพาไปเพื่ออนาจารซึ่งชายหรือหญิง โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อสนองความใคร่ของผู้อื่นไม่ว่าผู้นั้นจะยินยอม¹⁷หรือไม่ยินยอม¹⁸ก็ตาม และกรณีความผิดฐานพาบุคคลไปเพื่อการอนาจาร¹⁹นั้น กฎหมายกำหนดให้เป็นความผิดต่อเมื่อได้กระทำต่อบุคคลที่มีอายุเกิน 15 ปีแต่ไม่เกิน 18 ปี และหากเป็นการกระทำต่อเด็กอายุไม่เกิน 15 ปี ผู้กระทำความผิดนั้นต้องระวางโทษสูงขึ้นไป นอกจากนี้ได้มีการกำหนดคานิยามของคำว่า สื่อบลามกอนาจารเด็กไว้ ว่าเป็นวัตถุหรือสิ่งที่แสดงให้เห็นถึงการกระทำทางเพศของเด็ก หรือกับเด็ก ซึ่งมีอายุไม่เกินสิบแปดปี²⁰

กรณีการกระทำความผิดต่อเสรีภาพ ฐานกักขังหน่วงเหนี่ยวเพื่อให้กระทำการใดแก่ผู้กระทำหรือบุคคลอื่น²¹ หรือความผิดฐานเอาคนลงเป็นทาส²² หากกระทำต่อเด็กอายุไม่เกิน 15 ปี ผู้กระทำต้องรับโทษหนักขึ้น²³ และความผิดฐานรับไว้ จำหน่าย เป็นธุระจัดหา ล่อไป หรือพาไปเป็นความผิดต่อเมื่อกระทำต่อบุคคลอายุไม่เกิน 18 ปีแม้ผู้นั้นยินยอมและหากกระทำต่อเด็กอายุไม่เกิน 15

¹³ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 75

¹⁴ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 76

¹⁵ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277

¹⁶ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 279

¹⁷ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 282

¹⁸ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 283

¹⁹ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 283 ทวิ

²⁰ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 1(17)

²¹ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 310 ทวิ

²² ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 312

²³ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 312 ทวิ

ปี ต้องรับโทษหนักขึ้น²⁴ ส่วนความผิดฐานเรียกค่าไถ่หากเป็นกระทำความผิดต่อหากเป็นบุคคลอายุไม่เกิน 15 ปี การกระทำดังกล่าวเป็นความผิดทันที ในทางกลับกันหากกระทำต่อบุคคลอายุเกิน 15 ปีจะเป็นความผิดต่อเมื่อผู้กระทำได้อาตัวบุคคลดังกล่าวไปโดยใช้อุบายหลอกลวง ชู้เชิญใ ช้กำลังประทุษร้าย หรือวิธีข่มขืนใจด้วยประการอื่นใด²⁵ ความผิดฐานพรากเด็กต้องทำต่อเด็กอายุไม่เกิน 15 ปี²⁶ ส่วนความผิดฐานพรากผู้เยาว์นั้นต้องกระทำต่อผู้ที่อายุเกิน 15 ปีแต่ไม่เกิน 18 ปี²⁷ และความผิดฐานพรากผู้เยาว์ไปเพื่อการอนาจารต้องกระทำต่อผู้ที่อายุเกิน 15 ปีแต่ไม่เกิน 18 ปี²⁸

จากบทบัญญัติตามประมวลกฎหมายอาญาที่กล่าวมาข้างต้น จะเห็นได้ว่าไม่มีบทบัญญัติใดนิยามความหมายของคำว่า “เด็ก” ไว้เป็นการเฉพาะ แต่ได้มีการกำหนดเกณฑ์อายุของเด็กหรือผู้เยาว์เอาไว้ในบทบัญญัติมาตราต่างๆทั้งในฐานะที่เป็นผู้กระทำความผิดและผู้เสียหาย โดยมักเป็นการกำหนดในช่วงอายุที่ไม่เกิน 18 ปี กล่าวคือ เด็กอาจหมายถึงบุคคลที่มีอายุไม่เกิน 15 ปี ส่วนบุคคลที่มีอายุเกิน 15 ปีแต่ไม่เกิน 18 ปีนั้นถือว่ายังเป็นเด็กอยู่แต่เป็นเด็กที่โตขึ้นในอีกช่วงอายุหนึ่งจึงเรียกว่าผู้เยาว์ ดังนั้นอาจโดยรวมได้ว่า “เด็ก” ตามความหมายของประมวลกฎหมายอาญาหมายถึงบุคคลที่มีอายุไม่เกิน 18 ปีบริบูรณ์นั่นเอง²⁹

ในส่วนต่อไปจะเป็นตารางที่แสดงช่วงอายุของเด็กที่มีการกำหนดไว้ในบทบัญญัติต่างๆในประมวลกฎหมายอาญา เพื่อพิจารณาว่าประมวลกฎหมายอาญานั้นให้ความสำคัญและคุ้มครองเด็กในช่วงอายุใดเป็นพิเศษ

ตารางที่ 1 แสดงช่วงอายุเด็กและฐานความผิดที่เกี่ยวข้องกับเด็กตามประมวลกฎหมายอาญา

ช่วงอายุเด็ก	ฐานความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา
0-9 ปี	- ความผิดฐานทอดทิ้งเด็กอายุไม่เกิน 9 ปี (มาตรา 306)
0-13 ปี	- ความผิดฐานกระทำชำเราเด็ก (มาตรา 277) - ผู้กระทำความผิดตาม 276 277 278 279 บันทึกภาพหรือเสียงไว้เพื่อแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบสำหรับตนเองหรือผู้อื่น ระวังโทษหนักขึ้น 1 ใน 3 (มาตรา 280/1) - ถ้าความผิดตามมาตรา 276 ถึง 283 กระทำต่อบุคคลที่กำหนดไว้ตามมาตรา 285 ผู้กระทำต้องรับโทษมากขึ้นถึง 1 ใน 3 เท่า

²⁴ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 312 ตี

²⁵ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 313

²⁶ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 317

²⁷ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 318

²⁸ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 319

²⁹ มีนตรี ฉัตรจินดา, "ความรับผิดทางอาญาของผู้ครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็ก," หน้า 27.

0-15 ปี	<ul style="list-style-type: none"> - ความผิดฐานกระทำชำเราเด็ก อายุไม่เกิน 15 <i>ไม่ว่าเด็กจะยอมหรือไม่</i> เป็นความผิด (มาตรา 277) - ความผิดฐานกระทำอนาจารเด็ก อายุไม่เกิน 15 ปี <i>ไม่ว่าเด็กจะยอมหรือไม่</i> เป็นความผิด (มาตรา 279) ถ้าทำต่อเด็กโดยไม่ยินยอมต้องรับโทษหนักขึ้น (279 วรรคสอง) - ผู้กระทำความผิดตาม 276 277 278 279 บันทึกภาพหรือเสียงไว้ เพื่อแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบสำหรับตนเองหรือผู้อื่น ระวังโทษหนักขึ้น 1ใน3 (มาตรา 280/1) - ถ้าความผิดตามมาตรา 276ถึง283 กระทำต่อบุคคลที่กำหนดได้ตาม มาตรา 285 ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษมากขึ้นถึง 1 ใน 3 เท่า - ความผิดฐานเป็นธุระจัดหาล่อไปหรือพาไปเพื่ออนาจารซึ่งชายหรือหญิง โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อสนองความใคร่ของผู้อื่นไม่ว่าผู้นั้นจะยินยอม (282 วรรคสอง) หรือไม่ยินยอม (283 วรรคสอง) ถ้าทำต่อเด็กอายุไม่เกิน15ปี ระวังโทษหนักขึ้น(282 วรรคสาม และ 283 วรรคสาม) - ความผิดฐานพาบุคคลไปเพื่อการอนาจาร (มาตรา 283ทวิ วรรคแรก) ถ้าทำต่อเด็กอายุไม่เกิน15ปี รับโทษหนักขึ้น ตาม วรรคสอง - ความผิดฐานกักขังหน่วงเหนี่ยว เพื่อให้กระทำการใดแก่ผู้กระทำหรือบุคคลอื่น(มาตรา 310 ทวิ) และความผิดฐานเอาคนลงเป็นทาส(มาตรา 312) หากกระทำต่อเด็กอายุไม่เกิน15ปี ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนักขึ้น (มาตรา 312ทวิ) - ความผิดฐานรับไว้ จำหน่าย เป็นธุระจัดหา ล่อไป หรือพาไปโดยทุจริต เป็นความผิดต่อเมื่อกระทำต่อบุคคลอายุเกิน15ไม่เกิน 18 ปีแม้ผู้นั้นยินยอม(มาตรา 312ตรี) และหากกระทำต่อเด็กอายุไม่เกิน15ปี ต้องรับโทษหนักขึ้น (มาตรา 312 ตรี วรรคสอง) - ความผิดฐานเรียกค่าไถ่ หากเป็นกระทำความผิดต่อบุคคลอายุไม่เกิน 15 ปี การกระทำความผิดดังกล่าวเป็นความผิดทันที(มาตรา 312(1)) - ความผิดฐานพรากเด็ก กระทำต่อเด็กอายุไม่เกิน15ปี (มาตรา 317)
15- 18 ปี	<ul style="list-style-type: none"> - ความผิดฐานเป็นธุระจัดหาล่อไปหรือพาไปเพื่ออนาจารซึ่งชายหรือหญิง โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อสนองความใคร่ของผู้อื่นไม่ว่าผู้นั้นจะยินยอม (มาตรา 282) หรือไม่ยินยอม (มาตรา 283) ถ้าทำต่อเด็กอายุเกิน15แต่ไม่เกิน18 ต้องระวังโทษหนักขึ้น (282 วรรคสอง และ283 วรรคสอง) - ความผิดฐานพาบุคคลไปเพื่อการอนาจาร กระทำต่อบุคคลที่มีอายุเกิน 15 ปีแต่ไม่เกิน 18 ปี แม้ยินยอม ต้องรับโทษ(283ทวิ วรรคแรก)

	<ul style="list-style-type: none"> - ความผิดฐานรับไว้ จำหน่าย เป็นธุระจัดหา ล่อไป หรือพาไปโดยทุจริต เป็นความผิดต่อเมื่อกระทำต่อบุคคลอายุเกิน15ไม่เกิน 18 ปีแม้ผู้นั้นยินยอม(มาตรา 312ตรี) - ความผิดฐานพรากผู้เยาว์ กระทำต่อผู้ที่อายุเกิน 15ปีแต่ไม่เกิน18ปีโดยไม่เต็มใจ (มาตรา 318) - ความผิดฐานพรากผู้เยาว์ไปเพื่อหากำไรหรือเพื่อการอนาจาร กระทำต่อผู้ที่อายุเกิน 15ปีแต่ไม่เกิน18ปีโดยผู้เยาว์เต็มใจ (มาตรา 319)
0-16 ปี	<ul style="list-style-type: none"> - ความผิดฐานช่วยหรือยุยงให้เด็กอายุไม่เกิน 16 ปี ให้ฆ่าตัวตาย ถ้าได้มีการฆ่าตัวตายหรือพยายามฆ่าตัวตายของเด็กคนนั้น ผู้ยุยงส่งเสริมหรือช่วยเหลือนั้นจะต้องถูกลงโทษ (มาตรา 293)
0-18 ปี	<ul style="list-style-type: none"> - สื่อลามกอนาจารเด็ก (มาตรา 1(17)) เป็นวัตถุหรือสิ่งทีแสดงให้รู้หรือเห็นถึงการกระทำทางเพศของเด็กหรือกับเด็กซึ่งมีอายุไม่เกิน18ปี - 287/1 วรรคแรก ครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็ก - 287/1 วรรคสอง ส่งต่อสื่อลามกอนาจารเด็ก - 287/2 เพื่อวัตถุประสงค์แห่งการค้า แจกจ่าย ทำให้แพร่หลาย ซึ่งสื่อลามกอนาจารเด็ก
15 ปี ขึ้นไป	<ul style="list-style-type: none"> - ความผิดฐานเรียกค่าไถ่ หากกระทำต่อบุคคลอายุเกิน 15 ปี จะเป็นความผิดต่อเมื่อผู้กระทำได้อาตัวบุคคลดังกล่าวไปโดยใช้อุบาย หลอกลวง ชู้เชิญใ้ ใช้กำลังประทุษร้าย หรือวิธีข่มขืนใจด้วยประการอื่นใด (มาตรา 312(2))
9 ปีขึ้นไป	<ul style="list-style-type: none"> - ความผิดฐานทอดทิ้งผู้ซึ่งพึ่งตนเองมิได้ มุ่งลงโทษผู้มีหน้าที่ตามกฎหมายหรือตามสัญญา ที่ทอดทิ้งผู้ซึ่งตนเองไม่ได้ โดยประการที่น่าจะเป็นเหตุให้เกิดอันตรายแก่ชีวิต ซึ่งการที่ไม่สามารถพึ่งตนเองได้นั้น จะต้องเกิดจากอายุ ความเจ็บป่วย ภัยพิการ หรือจิตพิการด้วย (มาตรา 307)

จากตารางแสดงให้เห็นถึงฐานความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาที่มีความเกี่ยวข้องกับเด็กในหลายช่วงอายุ อย่างไรก็ตามจะเห็นได้ว่าในช่วงอายุไม่เกิน 15 ปี นั้น จะมีบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องมากกว่าในช่วงอายุอื่น โดยเฉพาะความผิดเกี่ยวกับเพศ ทั้งบัญญัติให้การกระทำที่ทำต่อเด็กอายุไม่เกิน 15ปี เป็นความผิดไม่ว่าเด็กจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม และยังมีบทบัญญัติให้การกระทำต่อเด็กอายุไม่เกิน15ปี ต้องรับโทษหนักขึ้นอีกด้วย เนื่องจากกฎหมายเห็นว่าเด็กที่มีอายุ ไม่เกิน 15 ปี ยังไม่สามารถให้ความยินยอมเรื่องเพศได้โดยอยู่บนพื้นฐานของเหตุผล ดังนั้นเด็กในช่วงอายุนี้นี้จึงถูกคุ้มครองเป็นพิเศษตามกฎหมายอาญานั้นเอง

3.2.2 บทบัญญัติตามประมวลกฎหมายอาญาที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองความเสี่ยงที่จะเกิดอันตรายแก่เด็กจากการกระทำของบุคคลอื่น

การที่จะพิจารณาว่าบุคคลใดจะมีความรับผิดชอบจากการบกพร่องละเลยในการคุ้มครองเด็กจากความเสียหายที่เด็กอาจตกเป็นผู้เสียหายจากการทำความผิดของบุคคลอื่นหรือไม่ นั้น ต้องพิจารณาเสียก่อนว่าบุคคลดังกล่าวมีหน้าที่ที่จะต้องกระทำการใดเพื่อป้องกันความเสี่ยงที่จะเกิดอันตรายแก่เด็กหรือไม่ ซึ่งบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดหน้าที่ในการที่บุคคลใดจะต้องกระทำ หรือไม่กระทำการใดอันส่งผลให้เด็กตกอยู่ในความเสี่ยงที่จะได้รับอันตราย เพื่อปกป้องเด็กก่อนที่จะเกิดอันตรายเช่นนั้นขึ้นจริงๆ ในประมวลกฎหมายอาญานั้น ปรากฏอยู่ 2 มาตรา กล่าวคือ

(1) **ความผิดฐานทอดทิ้งเด็กอายุไม่เกิน 9 ปี** ตามมาตรา 306 โดยความผิดฐานนี้เป็นกรณีที่บุคคลใดทอดทิ้งเด็กซึ่งอายุไม่เกิน 9 ปีไว้ ณ ที่ใด ๆ เพื่อให้เด็กนั้นพ้นไปเสียจากตน โดยประการที่ทำให้เด็กนั้นปราศจากผู้ดูแลบุคคลนั้นมีความผิด³⁰ โดยองค์ประกอบภายนอกของความผิดฐานนี้ ข้อ 1 มีการกระทำคือการ ทอดทิ้งเด็กไว้ที่ใด ๆ ข้อ 2 กระทำต่อเด็กอายุไม่เกิน 9 ปี และข้อ 3 ในประการที่ทำให้เด็กนั้นปราศจากผู้ดูแล แม้เป็นเพียงช่วงเวลาสั้นๆ ก็ตาม³¹ และมีองค์ประกอบภายใน กล่าวคือ ข้อ 1 กระทำโดยเจตนา และข้อ 2 มีมูลเหตุชกใจใจเพื่อให้เด็กนั้นพ้นไปเสียจากตน ซึ่งความผิดฐานนี้นั้นเป็นการกำหนดหน้าที่ให้**บุคคลใดก็ตาม**ต้องไม่กระทำการดังกล่าวตั้งแต่นั้นเพียงแต่ผู้กระทำได้กระทำการทอดทิ้งเด็กไว้ในลักษณะที่กฎหมายกำหนดไว้ก็เป็นความผิดแล้ว ไม่จำเป็นต้องมีผลร้ายเกิดขึ้นจากการทอดทิ้งนั้น³² ทั้งนี้หากมีผลร้ายคือ ความตาย หรืออันตรายสาหัสจากการทอดทิ้งนั้นผู้กระทำอาจต้องรับโทษในความผิดฐานทำร้ายผู้อื่นจนถึงแก่ความตาย หรือ ทำร้ายผู้อื่นจนเป็นเหตุให้ได้รับอันตรายสาหัสได้³³ และหากผู้กระทำเป็นผู้ที่มีหน้าที่ดูแลเด็กและมีผลสืบเนื่องมาจากการทอดทิ้งนั้นผู้กระทำอาจมีความผิดฐานอื่นได้ เช่น งดเว้นโดยประมาททำให้ผู้อื่นถึงแก่ความตาย³⁴

(2) **ความผิดฐานทอดทิ้งผู้ซึ่งพึ่งตนเองมิได้** ตามมาตรา 307 โดยความผิดฐานนี้ไม่ได้มุ่งให้ความคุ้มครองเด็กแต่เพียงอย่างเดียว แต่ยังคุ้มครองผู้ใหญ่ซึ่งเป็นผู้ที่ไม่สามารถพึ่งพาตนเองได้ด้วย โดยมุ่งลงโทษผู้มีหน้าที่ตามกฎหมายหรือตามสัญญาที่ทอดทิ้งผู้ซึ่งตนเองไม่ได้ โดยประการที่

³⁰ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 306 “ผู้ใดทอดทิ้งเด็กอายุยังไม่เกินเก้าปีไว้ ณ ที่ใด เพื่อให้เด็กนั้นพ้นไปเสียจากตน โดยประการที่ทำให้เด็กนั้นปราศจากผู้ดูแล ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

³¹ woody law blog, "ความผิดฐานทอดทิ้งเด็ก คนป่วยเจ็บหรือคนชรา" [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: http://chalermwutsa.blogspot.com/2014/04/blog-post_18.html.

³² ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, *กฎหมายอาญากฎทั่วไป*, พิมพ์ครั้งที่ 20 (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2562), หน้า 57-58.

³³ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 308 “ถ้าการกระทำความผิดตามมาตรา 306 หรือมาตรา 307 เป็นเหตุให้ผู้ถูกทอดทิ้งถึงแก่ความตาย หรือรับอันตรายสาหัส ผู้กระทำต้องระวางโทษดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 290 มาตรา 297 หรือมาตรา 298 นั้น”

³⁴ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 291 “ผู้ใดกระทำโดยประมาท และการกระทำนั้นเป็นเหตุให้ผู้อื่นถึงแก่ความตาย ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบปี และปรับไม่เกินสองแสนบาท”

น่าจะเป็นเหตุให้เกิดอันตรายแก่ชีวิต ซึ่งการที่ไม่สามารถพึ่งตนเองได้นั้นจะต้องเกิดจากอายุ ความเจ็บป่วย ภัยพิการ หรือจิตพิการด้วย³⁵ เนื่องจากบุคคลเหล่านี้ไม่มีความสามารถในการที่จะปกป้องตนเองจากอันตราย ดังนั้นแล้วจึงเป็นการกำหนดหน้าที่ให้แก่**ผู้ที่มีหน้าที่ดูแลตามกฎหมาย** หรือ **ผู้ที่มีหน้าที่ตามสัญญา** ในการที่จะต้องไม่กระทำการดังเช่นที่กฎหมายกำหนด เนื่องจากกฎหมายใช้คำว่า “น่าจะ” เป็นเหตุให้เกิดอันตราย ดังนั้นความผิดตามมาตรานี้ก็ไม่ต้องมีผลร้ายเกิดขึ้นจากการทอดทิ้งนั้นเช่นเดียวกัน³⁶ เพียงแค่กระทำการทอดทิ้งในลักษณะที่น่าจะเกิดอันตรายก็เพียงพอแล้ว ทั้งนี้หากมีผลร้ายคือ ความตาย หรืออันตรายสาหัสก็อาจต้องรับโทษตามมาตราอื่นได้³⁷

เช่นนี้จะเห็นได้ว่าความผิดตามมาตรา 306 และ 307 นี้เป็นการกำหนดหน้าที่ในการที่จะต้องป้องกันไม่ให้เกิดความเสี่ยงที่จะเกิดอันตรายแก่เด็ก โดยบัญญัติให้เป็นความผิดแม้ว่าจะไม่มีผลเกิดขึ้นจากการกระทำนั้น กล่าวคือ ไม่จำเป็นต้องพิจารณาในเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำกับผล โดยไม่ต้องพิจารณาว่ามีผลสุดท้าย(final result) ว่าได้เกิดอันตรายแก่เด็กเกิดขึ้นจากการกระทำนั้นๆหรือไม่ เพียงแค่ได้กระทำการอันเป็นองค์ประกอบความผิดตามที่กฎหมายบัญญัติก็มีความผิดแล้ว³⁸ โดยมาตรา 306 เป็นการกำหนดหน้าที่ให้แก่บุคคลทั่วไปในการที่จะต้องคุ้มครองดูแลเด็กที่มีอายุไม่เกิน 9 ปี โดยห้ามกระทำการในลักษณะที่เป็นการทอดทิ้งเด็กนั้น ส่วนมาตรา 307 เป็นการกำหนดหน้าที่ในการดูแลเด็กที่มีอายุเกินกว่า 9 ปีแต่เด็กนั้นยังไม่สามารถพึ่งพาตนเองได้ โดยกำหนดให้แก่**ผู้หน้าที่ดูแลตามกฎหมาย** เช่น บิดามารดาที่มีหน้าที่ต้องอุปการะเลี้ยงดูบุตรผู้เยาว์³⁹ หรือ **ผู้ที่มีหน้าที่ตามสัญญา** เช่น ยอมรับเป็นคนเลี้ยงเด็ก⁴⁰ ห้ามกระทำการทอดทิ้งบุคคลดังกล่าวในลักษณะที่กฎหมายกำหนดเช่นกัน แต่อย่างไรก็ตามแม้จะเป็นกฎหมายที่มีขึ้นเพื่อคุ้มครองเด็กในขั้นตอนก่อนที่เด็กจะได้รับอันตรายจากความเสี่ยงในการกระทำนั้น แต่ความผิดฐานนี้นั้นยังมีข้อจำกัดในการบังคับใช้ กล่าวคือ ประการแรกความผิดตามมาตรา 306 และ 307 นั้นใช้บังคับกับเฉพาะกรณีการกระทำที่มีลักษณะเป็นการ **ทอดทิ้ง** กล่าวคือ การเอาไปทิ้งหรือเอาไปปล่อยโดยไม่ต้องการเป็นธุระแล้วเท่านั้น⁴¹ การพาเด็กไปไว้ให้อยู่กับบุคคลอื่นไม่ใช่การทอดทิ้ง⁴² เช่นนี้จึงไม่อาจปรับใช้กับกรณีที่เด็กมีความเสี่ยง

³⁵ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 307 “ผู้ใดมีหน้าที่ตามกฎหมายหรือตามสัญญาต้องดูแลผู้ซึ่งพึ่งตนเองมิได้ เพราะอายุ ความป่วยเจ็บ ภัยพิการหรือจิตพิการ ทอดทิ้งผู้ซึ่งพึ่งตนเองมิได้นั้นเสียโดยประการที่น่าจะเป็นเหตุให้เกิดอันตรายแก่ชีวิต ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

³⁶ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, *กฎหมายอาญาภาคทั่วไป*, หน้า 57-58.

³⁷ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 308

³⁸ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, *กฎหมายอาญาภาคทั่วไป*, หน้า 57-58.

³⁹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 1564

⁴⁰ เกียรติจร วังนะสวัสดิ์, *คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1 บทบัญญัติทั่วไป*, หน้า 105.

⁴¹ woody law blog, "ความผิดฐานทอดทิ้งเด็ก คนป่วยเจ็บหรือคนชรา" [ออนไลน์].

⁴² คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1190/2502

ในการที่จะตกเป็นผู้เสียหายจากการกระทำผิดในลักษณะอื่นที่มีใช้การทอดทิ้งได้ ดังนั้นเมื่อผู้ที่มีเด็ก อยู่ในความดูแลซึ่งรับรู้ถึงความเสี่ยงดังกล่าวแต่ละเลยไม่จัดการกับความเสียงอันเป็นการกระทำเพื่อ ปกป้องเด็กในขั้นตอนก่อนที่จะเกิดอันตรายกับเด็กขึ้นจริงๆ บุคคลเช่นนั้นแม้รับรู้แต่ละเลยก็ไม่มีความรับผิดตามมาตรา 306 หรือ 307 แต่อย่างใด อีกทั้งประการที่สองมาตรา 307 ใช้คุ้มครองแต่ เฉพาะเด็กผู้ซึ่งยังพึ่งพาตนเองไม่ได้เพื่อไม่ให้เป็นการอันตรายจากการทอดทิ้ง ดังนั้นเด็กที่พึ่งพาตนเองได้ แล้วที่มีความเสี่ยงที่อาจจะได้รับอันตรายจากการกระทำผิดในลักษณะอื่นจึงไม่ได้รับความ คุ้มครองตามมาตรา 307 นี้

นอกจากนี้พบว่าในประมวลกฎหมายอาญายังไม่มีบทบัญญัติใดที่กำหนดหน้าที่และ ความรับผิดให้แก่บุคคลผู้ใกล้ชิดกับเด็กอันได้แก่ พ่อแม่ ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแล หรือบุคคลที่มีอำนาจใน องค์กรที่ทำงานเกี่ยวข้องกับเด็ก ให้ต้องดำเนินการอย่างไรในขั้นตอนที่เพียงแต่รับรู้ถึงความเสี่ยงที่ อาจจะเกิดการกระทำผิดโดยบุคคลอื่นแก่เด็กแต่ละเลยไม่จัดการให้เหมาะสม อันเป็นขั้นตอน ก่อนที่จะเกิดการกระทำผิด โดยไม่มีการบัญญัติให้การรับรู้และละเลยนั้นเป็นความผิดไว้โดยเฉพาะ ดังนั้นแล้วในการพิจารณาความผิดของบุคคลที่เกี่ยวข้องกับเด็กตามกฎหมายไทยจึงมักจะมีขึ้นเมื่อมี การกระทำผิดเกิดขึ้นกับเด็กแล้ว โดยการพิจารณาความรับผิดทางอาญาของบุคคลใดๆนั้นจะต้อง คำนึงถึงโครงสร้างความรับผิดทางอาญา กล่าวคือ⁴³

โครงสร้างข้อที่ 1 การกระทำครบ “องค์ประกอบ” ที่กฎหมายบัญญัติ

1. มีการกระทำ กล่าวคือ บุคคลที่จะมีความรับผิดตามกฎหมายอาญาได้นั้นจะต้องมี การกระทำ⁴⁴ และการกระทำ หมายถึง การเคลื่อนไหวร่างกายหรือการไม่เคลื่อนไหวร่างกายโดยรู้ สำนึก คือ กระทำโดยอยู่ภายใต้บังคับของจิตใจ ซึ่งเกิดจากการคิด ตกลงใจ และลงมือกระทำตามที่ได้ ตกลงใจนั่นเอง⁴⁵ ดังนั้นการกระทำจึงแบ่งออกเป็นการกระทำโดยเคลื่อนไหวร่างกาย และการกระทำ โดยไม่เคลื่อนไหวร่างกายซึ่งการกระทำโดยไม่เคลื่อนไหวร่างกายนั้นแบ่งได้เป็น 2 ประเภทดังนี้

1.1 การงดเว้น ถือเป็นกรกระทำโดยไม่เคลื่อนไหวร่างกาย⁴⁶ กล่าวคือ งดเว้นไม่ กระทำในสิ่งที่ตนมีหน้าที่ต้องกระทำ และเป็นหน้าที่โดยเฉพาะที่จะต้องกระทำเพื่อป้องกันมิให้เกิดผล นั้นขึ้น⁴⁷ ซึ่งหน้าที่ที่จะต้องกระทำนั้นเกิดจากหลายกรณีด้วยกัน ดังนี้

⁴³ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1 บทบัญญัติทั่วไป, หน้า 86.

⁴⁴ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59 วรรคแรก “บุคคลจะต้องรับผิดในทางอาญาก็ต่อเมื่อได้กระทำ...”

⁴⁵ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1 บทบัญญัติทั่วไป, หน้า 98.

⁴⁶ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59 วรรคท้าย “การกระทำให้ หมายรวมถึง การให้เกิดผลอันหนึ่งอันใดขึ้นโดยงดเว้นจาก การที่จะต้องกระทำเพื่อป้องกันผลนั้นด้วย”

⁴⁷ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1 บทบัญญัติทั่วไป, หน้า 104.

(1) เป็นหน้าที่ตามกฎหมาย คือกรณีที่มีกฎหมายบัญญัติกำหนดหน้าที่แก่ผู้กระทำไว้โดยเฉพาะซึ่งในกรณีนี้เป็นหน้าที่ที่กำหนดให้แก่ บิดา มารดา หรือผู้ปกครองของเด็ก โดยกฎหมายบัญญัติให้ต้องอุปการะเลี้ยงดูบุตรผู้เยาว์และให้ความคุ้มครองอย่างเหมาะสม⁴⁸ ดังนั้นแล้วบุคคลที่อยู่ในฐานะบิดามารดาจึงมีหน้าที่ป้องกันมิให้บุตรผู้เยาว์ได้รับอันตรายโดยอาจเป็นอันตรายที่เกิดจากการกระทำของบุตรเอง หรือเกิดจากบุคคลที่สามกระทำด้วย⁴⁹

(2) เป็นหน้าที่อันเกิดจากการยอมรับโดยเฉพาะเจาะจง หรือหน้าที่ตามสัญญา เกิดจากผู้กระทำสมัครใจยอมรับโดยตรงที่จะกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง เช่น ทำสัญญารับเป็นคนเลี้ยงเด็ก พยาบาลพิเศษที่รับดูแลผู้ป่วยคนใดคนหนึ่งโดยเฉพาะ ผู้ดูแลความปลอดภัยประจำสระว่ายน้ำ ไม่ว่าจะมามีค่าตอบแทนหรือค่าจ้างหรือไม่ก็ตาม บุคคลดังกล่าวจึงมีหน้าที่จะต้องดูแลเด็กตามสัญญาโดยเฉพาะ ดังนั้นแล้วจึงส่งผลให้ผู้กระทำมีหน้าที่ที่จะต้องให้การปกป้องคุ้มครองเด็กที่อยู่ภายใต้การดูแลเพื่อให้สวัสดิภาพของเด็กนั้นปลอดภัย⁵⁰

(3) เป็นหน้าที่อันเกิดจากการกระทำก่อนๆของตน หมายถึง โดยหลักแล้วผู้กระทำไม่มีหน้าที่โดยเฉพาะเจาะจงในการปกป้องคุ้มครองเด็ก แต่เนื่องจากการกระทำของผู้กระทำนั้นมีลักษณะที่น่าจะก่อให้เกิดอันตรายอย่างใดอย่างหนึ่งแก่เด็ก ดังนั้นแล้วผู้กระทำก็ย่อมมีหน้าที่ที่จะต้องป้องกันอันตรายที่จะเกิดแก่เด็กนั้นเนื่องด้วยการกระทำครั้งก่อนของตน⁵¹

(4) เป็นหน้าที่อันเกิดจากความสัมพันธ์พิเศษเฉพาะเรื่อง คือกรณีที่ผู้กระทำและผู้เสียหายมีความสัมพันธ์เป็นพิเศษต่อกันจึงก่อให้เกิดหน้าที่ขึ้น เช่น บิดาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายกับบุตรผู้เยาว์ แม้จะไม่ใช่บิดาโดยชอบด้วยกฎหมายก็ตาม ก็ถือว่ามีบิดามีหน้าที่ต้องช่วยเหลือเกื้อกูลบุตรผู้เยาว์ ปกป้องคุ้มครองมิให้ได้รับอันตรายด้วย⁵²

ทั้งนี้การมีหน้าที่โดยเฉพาะเจาะจงในการดูแลเด็กนั่นเอง จึงอาจส่งผลให้ผู้ที่มีหน้าที่ดังกล่าวมีความรับผิดชอบการงดเว้นไม่กระทำการใดเพื่อปกป้องเด็กได้ ซึ่งโดยหลักแล้วการงดเว้นไม่กระทำการใดๆที่จะต้องรับผิดชอบนั้นจะต้องเป็นงดเว้นโดยเจตนา เช่น แดงเป็นมารดาของบุตรทารกมีหน้าที่โดยเฉพาะเจาะจงในการที่จะเลี้ยงดูบุตรผู้เยาว์ให้มีชีวิต หากแดงมีเจตนาที่จะให้บุตรของตนตายจึงไม่ป้อนนมและไม่ให้อาหารจนบุตรทารกอดอาหารตาย เมื่อความตายของบุตรเป็นผลโดยตรง

⁴⁸ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 1564

⁴⁹ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1 บทบัญญัติทั่วไป, หน้า 105.

⁵⁰ เรื่องเดียวกัน.

⁵¹ เรื่องเดียวกัน, 106.

⁵² เรื่องเดียวกัน.

มาจากกระทำของแดงตามหลักเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำกับผล เช่นนี้แดงกระทำผิดฐานฆ่าผู้อื่นโดยเจตนาตามมาตรา 288⁵³

อย่างไรก็ตามการงดเว้นโดยประมาทก็อาจเป็นความผิดได้ หากเป็นกรณีที่กฎหมายบัญญัติให้ต้องรับผิดแม้กระทำโดยประมาท ยกตัวอย่างเช่น แแดงเป็นมารดาของบุตรทารก ซึ่งแดงทราบดีอยู่แล้วว่าบริเวณที่แดงอาศัยอยู่นั้นมีการก่อสร้างอาคารและชุดหลุมฝังเสาเข็มอยู่หลายแห่ง แต่ยังไม่ยอมปละละเลยให้บุตรทารกอยู่ตามลำพัง ปรากฏว่าบุตรทารกนั้นได้คลานไปจนตกหลุมฝังเสาเข็มตาย เช่นนี้ถือว่าแดงงดเว้นไม่กระทำการเลี้ยงดูบุตรตามหน้าที่ในฐานะมารดา แต่เป็นการงดเว้นโดยประมาทเนื่องจากแดงไม่ได้มีเจตนาให้บุตรตาย แต่เมื่อความตายของเป็นผลโดยตรงจากการปละละละเลยของแดง แแดงจึงต้องรับผิดฐานประมาทเป็นเหตุให้ผู้อื่นถึงแก่ความตาย ตามมาตรา 291 นั้นเอง⁵⁴ ทั้งนี้จะเป็นการกระทำโดยงดเว้นโดยประมาทได้จะต้องมีผลเกิดขึ้น⁵⁵ และผลที่เกิดขึ้นจะต้องมีความสัมพันธ์กับการกระทำโดยงดเว้นโดยประมาทนั้นด้วย ตามหลักในเรื่องความสัมพันธ์ของการกระทำและผล เช่นนี้หากผลที่เกิดขึ้นจากการงดเว้นนั้นไม่สัมพันธ์กับการกระทำ ผู้กระทำก็ไม่ต้องรับผิดในผลนั้น

1.2 การละเว้น เป็นกรณีที่ไม่ได้มีการกระทำและผู้นั้นไม่มีหน้าที่ที่จะต้องกระทำเพื่อป้องกันผลแต่อย่างใด แต่กฎหมายบัญญัติไว้ให้เป็นความผิดโดยเฉพาะ⁵⁶ ดังนั้นแล้วความผิดโดยการละเว้น คือ ความผิดที่เกิดจากการไม่กระทำ เช่น การไม่ช่วยเมื่อเห็นผู้อื่นตกอยู่ในอันตรายแห่งชีวิตซึ่งตนอาจช่วยได้โดยไม่ควรกลัวอันตรายแก่ตนเอง หรือผู้อื่น แต่ไม่ช่วยตามความจำเป็น⁵⁷

2. การกระทำครบองค์ประกอบภายนอก ซึ่งมีองค์ประกอบได้ดังนี้⁵⁸ คือ

1) ผู้กระทำ โดยผู้กระทำความผิดอาญานั้นอาจแยกออกได้เป็น ผู้กระทำความผิดเองโดยตรง หรือผู้กระทำความผิดโดยทางอ้อม หรือผู้ร่วมกระทำความผิด ซึ่งหมายถึงผู้ที่เกี่ยวข้องในการกระทำความผิดตั้งแต่สองคนขึ้นไปโดยอาจเป็นตัวการ ผู้ใช้ หรือผู้สนับสนุนอย่างใดอย่างหนึ่งก็ได้ 2) การกระทำ โดยผู้กระทำนั้นจะต้องกระทำการถึงขั้นที่มีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นความผิด ซึ่งโดยหลักแล้วการกระทำจะต้องถึงขั้น “ลงมือ” อย่างไรก็ตามในบางกรณีผู้กระทำก็อาจจะต้องรับผิดในการกระทำก่อนขั้นลงมือก็ได้ หากมีกฎหมายบัญญัติไว้ให้รับผิด และ 3) วัตถุประสงค์การกระทำ หมายถึง สิ่งที่ผู้กระทำมุ่งหมายกระทำต่อตนเอง

⁵³ เรื่องเดียวกัน, 104-105.

⁵⁴ เรื่องเดียวกัน, 105.

⁵⁵ เรื่องเดียวกัน, 119.

⁵⁶ มนัสวี บุญสิทธิ์, "มาตรการทางกฎหมายกรณีมารดาฆ่าทารกเนื่องจากปัญหาสุขภาพจิต" (วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2560), หน้า 54.

⁵⁷ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 374

⁵⁸ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค1 บทบัญญัติทั่วไป, หน้า 127-144.

3. การกระทำขององค์ประกอบภายใน องค์ประกอบภายในของความผิดแต่ละมาตราคือ เจตนา⁵⁹ ซึ่งการกระทำโดยเจตนาประกอบด้วยการกระทำโดยรู้สำนึกและรู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบความผิด และในขณะเดียวกันผู้กระทำมีเจตนาประสงค์ต่อผลหรือเล็งเห็นผลจากการกระทำนั้นด้วย⁶⁰ โดยเจตนาประสงค์ต่อผล คือ การมุ่งหมายที่จะให้ผลเกิดขึ้นและหากผลเกิดขึ้นตามที่มุ่งหมายก็ถือว่าเป็นความผิดสำเร็จ ส่วนเจตนาเล็งเห็นผลนั้น หมายถึง การเล็งเห็นได้ว่าผลนั้นจะเกิดขึ้นได้อย่างแน่นอน เท่าที่จิตใจของบุคคลในสถานะเช่นนั้นจะเล็งเห็นได้⁶¹ นอกจากนี้แม้ผู้กระทำจะไม่มีเจตนาแต่กฎหมายอาจกำหนดให้ผู้กระทำต้องรับผิดทางอาญาได้ในกรณีที่กระทำการโดยประมาท⁶² และในกรณีที่ไม่มีเจตนาและไม่ประมาทผู้กระทำก็อาจต้องรับผิด เช่น ความผิดลหุโทษเป็นต้น⁶³

4. มีความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล กล่าวคือ หากผลเกิดจากการกระทำผู้กระทำก็ต้องรับผิดในผลนั้น แต่หากผลที่เกิดไม่มีความสัมพันธ์หรือห่างไกลจากการกระทำผู้กระทำก็ไม่ต้องรับผิดในผลนั้น⁶⁴ ซึ่งความผิดอาญามี 2 ลักษณะ คือ *ความผิดที่ไม่จำเป็นต้องมีผลเกิด* และ *ความผิดที่ต้องมีผลเกิด* กล่าวคือ ความผิดที่ไม่จำเป็นต้องมีผลเกิดนั้นไม่ต้องพิจารณาว่ามีผลสุดท้ายเกิดขึ้นนั้นเกิดจากการกระทำนั้นๆหรือไม่ เช่น ความผิดตามมาตรา 306 และ 307 ที่ได้กล่าวไปข้างต้น ส่วนความผิดที่ต้องมีผลเกิดนั้นจะต้องปรากฏว่ามีผลต่อเนื่องซึ่งเกิดจากการกระทำนั้นจึงจะเป็นความผิดสำเร็จ และจะต้องพิจารณาว่าผลนั้นเกิดจากการกระทำของผู้กระทำหรือไม่⁶⁵ โดยความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลนี้ เป็นเรื่องสำคัญอย่างมากในการกำหนดความรับผิดของบุคคล เนื่องจากผลอันหนึ่งย่อมเกิดจากเหตุที่เกี่ยวข้องกันอย่างไม่มีที่เริ่มต้นและไม่มีที่สิ้นสุด กฎหมายจึงจำต้องจำกัดเอาเฉพาะที่ใกล้ชิดและเป็นเหตุโดยตรงเท่านั้น ซึ่งทฤษฎีในการพิจารณาตามกฎหมายไทย คือ⁶⁶

⁵⁹ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59 วรรคแรก “บุคคลจะต้องรับผิดในทางอาญาเมื่อได้กระทำ โดยเจตนาเว้นแต่จะได้กระทำความโดยประมาท ในกรณีที่กฎหมาย บัญญัติให้ต้องรับผิดเมื่อได้กระทำโดยประมาท หรือเว้นแต่ในกรณีที่กฎหมายบัญญัติไว้โดยแจ้งชัดให้ต้องรับผิดแม้ได้กระทำโดยไม่มี เจตนา”

⁶⁰ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59 วรรคสอง “กระทำโดยเจตนา ได้แก่กระทำโดยรู้สำนึกในการที่กระทำและ ในขณะเดียวกันผู้กระทำประสงค์ต่อผล หรือยอมเล็งเห็นผลของการ กระทำนั้น”

⁶¹ จิตติ ดิงค์พิชัย, *กฎหมายอาญาภาค 1* (กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2546), หน้า 188.

⁶² ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59 วรรคสี่ “กระทำโดยประมาท ได้แก่กระทำความผิดมิใช่โดยเจตนา แต่กระทำโดยปราศจากความระมัดระวัง ซึ่งบุคคลในภาวะเช่นนั้นจัก ต้องมีตามวิสัยและพฤติการณ์ และผู้กระทำอาจใช้ความระมัดระวัง เช่นว่านั้นได้แต่หาได้ใช้ให้เพียงพอไม่”

⁶³ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, *คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1 บทบัญญัติทั่วไป*, หน้า 148.

⁶⁴ Joseph H. Beale, "The Proximate Consequences of an Act," *Harvard Law Review* 33, Mar (1920): 633,637.

⁶⁵ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, *กฎหมายอาญาภาคทั่วไป*, หน้า 57-58.

⁶⁶ เรื่องเดียวกัน, 59.

1) **ทฤษฎีเงื่อนไข** (The condition theory) โดยมีสาระสำคัญคือ⁶⁷ ประการแรก หากไม่มีการกระทำ ผลก็จะไม่เกิด ถือว่าผลเกิดจากการกระทำนั้น กล่าวคือ ผลที่เกิดขึ้นจะต้องเป็น **“ผลโดยตรง”** ที่เกิดจากการกระทำอันนั้นนั่นเอง ประการที่สองหากไม่มีการกระทำผลก็ยังไม่เกิด จะถือว่าผลเกิดจากการกระทำนั้นไม่ได้ ผู้กระทำก็ไม่ต้องรับผิดชอบในผลบั้นปลายที่เกิดขึ้น รับผิดชอบเพียงเท่าที่กระทำไปแล้วก่อนจะเกิดผลบั้นปลายนั้นเท่านั้น และประการที่สามแม้จะมีการกระทำอันอื่นๆ ที่ก่อให้เกิดผลนั้นด้วย แต่ถ้าไม่มีการกระทำอันนั้นแล้วผลก็จะไม่เกิด ก็ต้องถือว่าผลเกิดจากการกระทำอันนั้น

2) **ทฤษฎีเหตุที่เหมาะสม** (The adequate cause theory) พิจารณาว่าการกระทำของผู้กระทำ(เหตุ)นั้นเหมาะสมจะก่อให้เกิดผลนั้นๆหรือไม่⁶⁸ หรือมีความเกี่ยวพันกันพอสมควรหรือไม่⁶⁹ หากผลดังกล่าวไม่มีความสัมพันธ์โดยตรงกับเหตุแล้วผู้กระทำก็ไม่ต้องรับผิดชอบ⁷⁰ โดยทฤษฎีนี้จะนำมาใช้ในกรณีที่ผลของการกระทำความผิดทำให้ผู้กระทำต้องรับโทษหนักขึ้น ผลนั้นต้องเป็น ผลธรรมดาที่เกิดขึ้นได้⁷¹ หมายถึง ต้องเป็นผลที่ผู้กระทำสามารถคาดการณ์ความเป็นไปได้ของผลนั้นซึ่งการคาดการณ์ใช้หลักวิญญูชนในการวินิจฉัย และการคาดการณ์นี้ไม่ต้องถึงขั้นเล็งเห็นผล⁷² ส่วนในกรณีผลของการกระทำเกิดขึ้นจากเหตุแทรกแซง ก็ต้องเป็นสิ่งที่ “คาดหมายได้” หากคาดหมายไม่ได้ผู้กระทำก็ไม่ต้องรับผิดชอบในผลบั้นปลายนั้นเช่นกัน⁷³

โครงสร้างข้อที่ 2 การกระทำไม่มีกฎหมายยกเว้นความผิด

การกระทำที่ครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติตามโครงสร้างข้อ 1 หากเป็นการกระทำที่มีกฎหมายยกเว้นความผิดผู้กระทำก็ไม่ต้องรับผิดชอบในทางอาญา เนื่องจากมีผลให้ผู้กระทำไม่มีความผิดใดๆเลย หรืออาจกล่าวได้ว่าผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้นั้นเอง⁷⁴

โครงสร้างข้อที่ 3 การกระทำนั้นไม่มีกฎหมายยกเว้นโทษ

การกระทำที่ครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิดตามโครงสร้างข้อ 1 และไม่มีกฎหมายยกเว้นความผิดตามโครงสร้างข้อที่ 2 ใดๆก็ตามแม้ผู้กระทำจะมีความผิดตามกฎหมายอาญา แต่หากกรณีที่การกระทำดังกล่าวมีกฎหมายยกเว้นความผิดบัญญัติไว้ ผู้กระทำก็ไม่

⁶⁷ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1 บทบัญญัติทั่วไป, หน้า 315-328.

⁶⁸ เรื่องเดียวกัน, 332.

⁶⁹ Johannes Andenaes, The General Part of the Criminal Law of Norway (F. B. Rotham, 1965), p. 122.

⁷⁰ ทวีเกียรติ มินะกะนิษฐ, กฎหมายอาญาภาคทั่วไป, หน้า 59.

⁷¹ มาตรา 63 “ถ้าผลของการกระทำความผิดใดทำให้ผู้กระทำต้องรับโทษหนักขึ้น ผลของการกระทำความผิดนั้นต้องเป็นผลที่ตามธรรมดา ย่อมเกิดขึ้นได้”

⁷² จิตติ ดิงศภัทย์, กฎหมายอาญาภาค 1, หน้า 146.

⁷³ ทวีเกียรติ มินะกะนิษฐ, กฎหมายอาญาภาคทั่วไป, หน้า 346-350.

⁷⁴ เรื่องเดียวกัน, 88.

ต้องรับผิดชอบในทางอาญา ยกตัวอย่างเช่น การกระทำความผิดด้วยความจำเป็น การกระทำความผิดของเด็ก การกระทำความผิดของคนวิกลจริต เป็นต้น⁷⁵

ทั้งนี้เนื่องด้วยวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะทำการศึกษาถึงความรับผิดชอบทางอาญาของบุคคลสองประเภท อันได้แก่ บุคคลผู้ซึ่งมีความใกล้ชิดกับเด็ก และบุคคลผู้มีอำนาจในองค์กรที่ดำเนินกิจกรรมอันเกี่ยวข้องกับเด็กนั้น ในกรณีเมื่ออยู่ในขั้นตอนที่รับรู้ได้ถึงความเสี่ยงที่จะเกิดอันตรายกับเด็กที่อยู่ในความดูแลของตนแล้ว และบุคคลดังกล่าวบกพร่องละเลยไม่จัดการลดหรือกำจัดความเสี่ยงนั้นจะมีในผลทางกฎหมายเช่นไร เพื่อที่จะสามารถพิจารณาได้ว่ากฎหมายของประเทศไทยที่มีอยู่แล้วนั้นเพียงพอหรือไม่ในการให้ความคุ้มครองเด็กจากความเสี่ยงที่จะเกิดอันตรายจากการกระทำของบุคคลอื่น ดังนั้นจึงจะขอกล่าวถึงเฉพาะกรณีที่บุคคลเช่นว่านั้นละเลยไม่กระทำการใดๆให้เหมาะสมเพื่อจัดการกับความเสี่ยง ว่าการรับรู้และละเลยดังกล่าวนั้นจะมีความผิดตามโครงสร้างความรับผิดอาญาที่ได้กล่าวไปข้างต้นหรือไม่ กล่าวคือ

ประเด็นแรกจะเป็นการพิจารณาว่าการละเลยไม่ดำเนินการจัดการกับความเสี่ยงที่รับรู้ได้ของ**บุคคลผู้ใกล้ชิดกับเด็ก** อันได้แก่ พ่อแม่ ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแลเด็ก และ**บุคคลในองค์กรที่ทำงานเกี่ยวข้องกับเด็ก**นั้น บุคคลดังกล่าวมีความผิดตามโครงสร้างความรับผิดทางอาญาโดยเป็นการกระทำผิดโดยดเว้นหรือไม่ ซึ่งกรณีที่จะถือว่ามีกรกระทำโดยดเว้นนั้นผู้กระทำจะต้องมีหน้าที่โดยเฉพาะเจาะจงในการดูแลเด็กซึ่งไม่ใช่หน้าที่โดยทั่วไป⁷⁶ กล่าวคือ จะต้อง มีหน้าที่โดยเฉพาะเจาะจงที่จะต้องกระทำการใดๆเพื่อป้องกันไม่เกิดผล คืออันตรายแก่สวัสดิภาพของเด็กที่อยู่ในความดูแลดังที่ได้กล่าวไปแล้วนั่นเอง

จากกรณีศึกษากรณีคดีแม่ทิ้งลูกวัย 2 ขวบไว้กับพี่เลี้ยงเพื่อให้พี่เลี้ยงดูแล โดยแม่ได้สังเกตเห็นและทราบว่าลูกมักจะมึนรอยช้ำตามตัวอยู่เสมอในขณะที่อยู่ในความดูแลของพี่เลี้ยงคนดังกล่าว อีกทั้งยังทราบว่าพี่เลี้ยงมีประวัติไม่ดีเคยทุบตีทำร้ายร่างกายเด็กมาก่อน และแม่แม่จะทราบถึงข้อเท็จจริงดังกล่าวอันบ่งบอกว่ามีความเสี่ยงที่เด็กจะถูกทำร้ายเพิ่มมากขึ้น แต่แม่ก็ยังละเลยปล่อยให้ลูกอยู่กับพี่เลี้ยงคนนั้นเรื่อยมา จนในที่สุดแล้วลูกวัย 2 ขวบซึ่งมีบาดแผลเต็มตัวจากการถูกกักตักถูกทุบตีนั้นได้ถึงแก่ความตายเนื่องจากการกระทำของพี่เลี้ยงคนดังกล่าวนั่นเอง⁷⁷ หรือกรณีศึกษาที่เกิดขึ้นจริงอีกกรณีหนึ่งคือ คดีที่แม่(นาง B)เด็กมีลูกติดวัย 4 ขวบ ได้รู้จักกับนาย A สามเฒ่าและตกลงมาอยู่กินด้วยกัน โดยในเวลาไปทำงานก็จะฝากลูกให้นาย A ดูแล ซึ่งจากข้อเท็จจริงทราบว่าระหว่างที่อยู่ร่วมกันนั้น นาง B มักสังเกตเห็นว่าลูกชายวัย 4 ขวบมักจะมึนรอยช้ำที่ตัว และมีบาดแผลในหลายๆแห่ง ซึ่งนาย A ก็อ้างว่าเป็นอุบัติเหตุจากการเล่นของเด็กเอง ทั้งตัวแม่นั้นยังสังเกตเห็นได้ว่านาย B เป็นผู้มึนอารมณ์

⁷⁵ เรื่องเดียวกัน, 91.

⁷⁶ จิตติ ดิงศภัทย์, กฎหมายอาญาภาค 1, หน้า 175-176.

⁷⁷ ข่าวสด, "จ้างคนเลี้ยงลูกแม่ช็อกปล่อยโสน้องดิ่ววัย 2 ขวบโดนทุบกำนสมองตาย รอยกัด-ช้ำทั้งตัว" [ออนไลน์].

ร้ายและชอบใช้ความรุนแรงอยู่เสมอแม้กับเรื่องเล็กน้อย ซึ่งบาดแผลที่เกิดขึ้นกับเด็กก็มักจะรุนแรงขึ้นเรื่อยๆ แต่นาง B ก็ยังคงให้เด็กอยู่ในความดูแลของนาย A เรื่อยมา จนกระทั่งวันหนึ่งเด็กชายล้มลงในห้องน้ำนาง B จึงรีบพาส่งโรงพยาบาล แพทย์ระบุว่าเด็กมีอาการสาหัสระดับฉีก มีเลือดออกในช่องท้อง , ลูกอัมตะเข้าบวมแดง , รุทวารฉีก , พบเศษไบกระท่อมในช่องท้อง , ค่าตับขึ้นสูง เนื่องจากถูกทำร้ายร่างกายอย่างต่อเนื่องนานแล้วไม่ได้เกิดจากการล้มในห้องน้ำ จากนั้นจึงมีการดำเนินคดีกับนาย A พ่อเลี้ยง⁷⁸

ซึ่งทั้งสองกรณีที่ได้ยกมานั้นเป็นข้อเท็จจริงที่เป็นปัญหามากในสังคมไทยขณะนี้และข้อเท็จจริงของเหตุการณ์มีลักษณะคล้ายกัน กล่าวคือ เป็นกรณีที่มีการดาของเด็กรซึ่งเป็นผู้เสียหายจากการกระทำผิดโดยบุคคลอื่น (จากกรณีคือพี่เลี้ยง หรือ พ่อเลี้ยง) เช่น การสังเอดเห็นรอยช้ำ หรือ บาดแผลที่ปรากฏบนตัวเด็กบ่อยครั้ง หรือสังเอดเห็นพฤติกรรมของบุคคลอื่นที่อาจจะนำไปสู่การกระทำรุนแรงต่อเด็กได้ แต่บุคคลผู้เป็นมารดานั้นกลับบกพร่องละเลยไม่ดำเนินการอย่างใด ๆ ให้เหมาะสมเพื่อให้เด็กพ้นไปจากสถานการณ์ที่เกอดความเสี่ยงนั้นๆจนท้ายที่สุดเกิดผลคืออันตรายแก่เด็กขึ้น ซึ่งในขั้นตอนที่บุคคลดังกล่าวเพียงแต่รับรู้ถึงความเสี่ยงและละเลยนั้นตามประมวลกฎหมายอาญาของไทยไม่มีบทบัญญัติที่กำหนดหน้าที่และความรับผิดชอบในขั้นตอนนี้อาไว้แต่อย่างใด และจากกรณีก็ไม่ใช่การกระทำอันมีลักษณะเป็นการทอดทิ้งบุตร อันจะเข้าองค์ประกอบความรับผิดชอบตามมาตรา 306 และ 307 ได้ เพราะเป็นการฝากให้บุคคลอื่นดูแลไม่ใช่การทอดทิ้ง ซึ่งจากกรณีตามปัญหามารดาของเด็กนั้นเป็นผู้ที่มีหน้าที่โดยเฉพาะเจาะจงในการที่จะต้องทำการใด ๆ เพื่อป้องกันผลร้ายหรืออันตรายที่จะเกิดเด็ก หากไม่กระทำการดังกล่าวก็อาจมีความรับผิดชอบจนถึงขั้นได้ ซึ่งจากกรณีเมื่อมารดาไม่ได้มีเจตนาต้องการให้เด็กได้รับอันตราย กรณีจึงเป็นการงดเว้นโดยประมาทไม่ได้ดำเนินการใด ๆ เพื่อเป็นการปกป้องบุตรของตนให้พ้นจากสถานการณ์ที่เกอดความเสี่ยงนั้น แต่อย่างไรก็ตามผลร้ายที่เกิดขึ้นแก่เด็กนั้นเป็นผลโดยตรงจากการกระทำผิดของบุคคลอื่น (คือเป็นผลจากผู้ที่ได้กระทำความผิดต่อเด็กโดยตรงคือ พี่เลี้ยง หรือ พ่อเลี้ยง) มิใช่จากการละเลย ดังนั้นมารดาเด็กจึงไม่มีความรับผิดชอบจนถึงขั้นโดยประมาทนั่นเอง และการที่จะพิจารณาว่าต่อไปว่ามารดาเด็กมีความผิดหรือไม่นั้นจึงต้องพิจารณาว่าบุคคลผู้ใกล้ชิดกับเด็กดังกล่าวเป็นผู้มีส่วนร่วมในการกระทำความผิดอันมีลักษณะเป็นตัวการ ผู้ใช้ ผู้สนับสนุนหรือไม่ซึ่งหากไม่มีลักษณะเช่นว่านั้นแล้วก็ไม่มีความรับผิดชอบอันจะไดกล่าวต่อไป ดังนั้นแล้วจะเห็นได้ว่าในขั้นตอนที่บุคคลผู้ใกล้ชิดกับเด็กรับรู้ถึงความเสี่ยงที่อาจจะเกิดอันตรายกับเด็ก แต่เพิกเฉยละเลยไม่จัดการกับความเสี่ยงนั้นตามกฎหมายไทยแล้วไม่มีความผิดทางอาญาแต่

⁷⁸ Sanook news, "พ่อเลี้ยงอำมหิต ทำร้ายเด็ก 4 ขวบ อัมตะบวม-รุทวารฉีก ไบกระท่อมเต็มท้อง" [ออนไลน์].

อย่างไร ทั้งที่หากมีการดำเนินการอย่างเหมาะสมเพื่อป้องกันความเสี่ยงนั้นแล้วก็อาจจะไม่เกิดผลร้ายแก่เด็กก็เป็นได้

ประเด็นที่ 2 คือ การละเลยไม่ดำเนินการจัดการกับความเสี่ยงของบุคคลผู้มีอำนาจในองค์กรที่เกี่ยวข้องกับเด็ก เป็นการกระทำผิดโดยดวันหรือไม่ โดยนอกจากบุคคลผู้มีความใกล้ชิดกับเด็กแล้ว เด็กยังใช้เวลาส่วนใหญ่ไปกับองค์กรต่างๆที่ดำเนินกิจกรรมอันเกี่ยวข้องกับเด็กด้วย เช่น โรงเรียน สถานศึกษาต่างๆ เป็นต้น ซึ่งมักจะเกิดการกระทำผิดต่อเด็กที่อยู่ภายใต้การดูแลขององค์กรโดยผู้กระทำผิดเป็นผู้ที่มีความเกี่ยวข้องกับองค์กรเหล่านั้นอยู่บ่อยครั้ง เนื่องจากตัวผู้กระทำผิดมักอาศัยโอกาสจากความไว้นื้อเชื่อใจที่ได้รับจากเด็กและผู้ปกครองจึงทำให้ผู้กระทำผิดมีโอกาในการเข้าใกล้เด็กได้ง่ายมากกว่าบุคคลอื่น⁷⁹ ซึ่งจากข้อเท็จจริงในหลายกรณีที่เกิดขึ้นในประเทศไทยพบว่า บุคคลผู้มีอำนาจในการที่จะลดหรือกำจัดความเสี่ยงในองค์กรนั้นได้รับรู้ถึงความเสี่ยงที่อาจจะเกิดการกระทำผิดต่อเด็กได้ก่อนแล้ว แต่กลับละเลยไม่ดำเนินการใดๆเพื่อป้องกันเด็กจากความเสี่ยงนั้น จนท้ายที่สุดอาจเกิดการกระทำผิดกับเด็กคนนั้นๆหรือเด็กคนอื่นขึ้น ยกตัวอย่างเช่น

กรณีศึกษาจากเหตุการณ์ที่ครูพละ(นายทิมทอง ปัญญาอิน) ของโรงเรียนแห่งหนึ่งย่านคลองเตย ได้ถูกดำเนินคดีในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและอนาจารเด็กไม่ต่ำกว่า 20 คนอันเป็นนักเรียนในโรงเรียนดังกล่าว ซึ่งเป็นพฤติกรรมที่กระทำต่อเนื่องมานานกว่า 4 ปี นับตั้งแต่ปี 2557 เป็นต้นมา โดยเหตุการณ์ในปี2557นั้นมีเด็กนักเรียนหญิงคนหนึ่งอยู่ชั้นป.6 อายุ 12ปี ถูกเรียกตัวไปให้ทำความสะอาดห้อง และถูกผลักลงพื้นก่อนที่นายทิมทอง ปัญญาอินจะพยายามจะทำอนาจาร แต่เด็กคนดังกล่าวก็หนีออกมาได้ และยังมีเด็กคนอื่นๆที่โดนทำอนาจารในลักษณะเดียวกันอีก15คน จากข้อเท็จจริงพบว่าเด็กหญิงคนดังกล่าวพร้อมด้วยเด็กคนอื่นๆได้มีการแจ้งเรื่องที่เกิดขึ้นให้คุณครูท่านอื่นๆและผู้อำนวยการในขณะนั้นทราบแล้ว โดยมีการแจ้งให้ทราบอยู่หลายครั้งและให้การในลักษณะเดียวกันหมด คือถูกกอด ถูกหอมแก้ม และจับหน้าอกโดยครูพละคนดังกล่าว ก็ยังไม่มีการดำเนินการใดๆ จนกระทั่งในปี2557มีการตั้งคณะกรรมการสอบผิดวินัยครูคนดังกล่าวขึ้นและผลของการสอบสวนออกมาว่าครูมีความผิดวินัย แต่ไม่ใช่ความผิดร้ายแรงจึงลงโทษทางวินัยโดยการไม่พิจารณาเงินเดือนเพียง 2 วาระเท่านั้น ซึ่งระหว่างการสอบสวนวินัยครูถูกย้ายไปช่วยราชการที่อื่น แต่เมื่อผลออกมาแล้วนายทิมทองกลับมาทำงานที่เดิมและสอนตามปกติในตำแหน่งเดิม และต่อมายังได้ล่วงละเมิดทางเพศเด็กคนอื่นๆอีกกว่า 4 ปี จนกระทั่งในวันที่ 19 ก.ค. 2561จึงถูกแจ้งความดำเนินคดีที่สน.ท่าเรือ⁸⁰

⁷⁹ กานต์ธีรา ภูริวิกรัย, "วิเคราะห์พฤติกรรมในคดีความรุนแรงต่อเด็ก: ผู้กระทำผิดคิดอะไร?" [ออนไลน์].

⁸⁰ ไทยรัฐฉบับพิมพ์, "แจ้งจับ-ครูพละ! ลวงนร.ไปข่มขืน แถมมิทำอนาจาร เด็กอีกกว่า 10 ราย" [ออนไลน์].

กรณีศึกษาอีกกรณีหนึ่งคือ เหตุการณ์เมื่อวันที่ 4 พ.ค. 2563 ที่มีการแจ้งความดำเนินคดีกับครู 5 คน และศิษย์เก่ารุ่นพี่ 2 คน ในโรงเรียนบดินทรเดชาวิทยาคม จังหวัดมุกดาหาร ในความผิดข้อหาร่วมกันข่มขืนกระทำชำเรานักเรียนหญิงชั้น ม.2(อายุ 14 ปี) และนักเรียนหญิง ม.4(อายุ 16ปี) ซึ่งเป็นนักเรียนในโรงเรียนดังกล่าวพร้อมถ่ายคลิปเก็บไว้ โดยมีการก่อเหตุนานนับปีจนกระทั่งขยายของนักเรียนหญิงชั้น ม.2คนดังกล่าว รู้ความจริงจึงพาหลานเข้าแจ้งความกับตำรวจ สภ.ฝั่งแดด โดยสำนักงานคณะกรรมการการศึกษาขั้นพื้นฐาน (สพฐ.) สั่งการให้ครูทั้ง 5 ราย ออกจากราชการไว้ก่อนชั่วคราว พร้อมทั้งตั้งกรรมการสอบวินัยอย่างร้ายแรงทั้งแก่ครูที่ก่อเหตุทั้ง5คน และนายราชัน อากวิชัย ผู้อำนวยการโรงเรียนดังกล่าวในฐานะที่เป็นผู้กำกับดูแลแต่กลับปล่อยให้มีเหตุการณ์ดังกล่าวเกิดขึ้น เนื่องจากกรณีนี้เหตุเกิดทั้งในสถานที่ราชการและสถานที่เอกชน ต่อเนื่องกันตั้งแต่เดือนมีนาคม 2562 ถึงเดือนมีนาคม 2563 เป็นเวลานานร่วมปี และจากข้อเท็จจริงพบว่าคนกลุ่มนี้มีพฤติกรรมตั้งวงมั่วสุมดื่มเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ในบ้านพักครูเป็นประจำและมีพฤติกรรมที่ใกล้ชิดสนิทกับนักเรียนเกินกว่าปกติ จนนำไปสู่การชักชวนบุคคลภายนอกมาร่วมกันกระทำความผิดทางอาญาในลักษณะโหดเหี้ยม ซึ่งในเรื่องนี้หากผู้อำนวยการโรงเรียนมีการใส่ใจดูแลผู้ใต้บังคับบัญชาอย่างใกล้ชิด คงต้องเห็นปัญหาและมีการตักเตือนกันเพื่อป้องกันเหตุที่อาจจะเกิดอันตรายกับเด็กนักเรียนแล้ว จึงได้มีการเรียกร้องให้ตรวจสอบผู้อำนวยการโรงเรียนบดินทรเดชาวิทยาคมคนดังกล่าวในความผิด ฐานละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 157 ด้วย⁸¹

ซึ่งจากกรณีศึกษาที่เกิดขึ้นทั้งสองกรณีนั้นเหตุการณ์มีลักษณะคล้ายกัน กล่าวคือ เป็นกรณีที่ผู้อำนวยการโรงเรียนซึ่งเป็นบุคคลที่มีอำนาจในการดูแลจัดการความเรียบร้อยในโรงเรียน เมื่อรับรู้ถึงความเสี่ยงที่อาจจะเกิดการกระทำความผิดต่อเด็กที่อยู่ในความดูแลของโรงเรียนแล้ว (เช่น มีการแจ้งให้ทราบอยู่หลายครั้งทั้งจากตัวเด็กและผู้ปกครอง) แต่กลับบกพร่องละเลยไม่ดำเนินการอย่างใดๆให้เหมาะสมแก่สถานการณ์ที่เกิดความเสี่ยงนั้นๆ เมื่อพิจารณาความรับผิดชอบของบุคคลที่มีลักษณะดังกล่าวตามประมวลกฎหมายอาญาแล้วพบว่า บุคคลดังกล่าวนั้นเป็นผู้มีอำนาจในการบริหารโรงเรียนซึ่งเป็นองค์กรที่มีการดำเนินกิจกรรมเกี่ยวข้องกับเด็กและมีเด็กอยู่ภายใต้การดูแลมากมาย บุคคลเช่นว่านั้นจึงมีอำนาจที่จะกระทำการใดๆให้เป็นไปเพื่อลดหรือกำจัดความเสี่ยงที่อาจจะเกิดการกระทำความผิดต่อเด็กได้

อย่างไรก็ตามเมื่อพิจารณาแล้วจะเห็นได้ว่าบุคคลที่อยู่ในตำแหน่งลักษณะดังกล่าวโดยหลักแล้วไม่มีหน้าที่โดยเฉพาะเจาะจงที่จะต้องดูแลเด็ก อันหมายถึงหน้าที่ที่ต้องกระทำเพื่อป้องกันผลร้ายที่จะเกิดแก่เด็กคนใดคนหนึ่งโดยเฉพาะ เหมือนดังเช่นพ่อแม่ ผู้ปกครอง แต่เป็นหน้าที่โดยทั่วไปในการจัดการดูแลความเรียบร้อยโดยทั่วไปขององค์กรตามระเบียบ หรือข้อปฏิบัติเมื่อเด็กอยู่

⁸¹ ไทยรัฐออนไลน์, "ครู 5 ศิษย์เก่า 2 รุมข่มขืน นร.สาววัย 14 ถ่ายคลิปขู่มั่วสุมจะให้ซ้ำชั้น" [ออนไลน์].

ในความดูแล เช่น หน้าที่ของครูในโรงเรียน คือ สอนหนังสือและดูแลความเรียบร้อยทั่วไปภายในห้องเรียน หน้าที่ของผู้อำนวยการโรงเรียนโรงเรียน คือ บริหารจัดการความเรียบร้อยในโรงเรียนตาม พ.ร.บ.ระเบียบบริหารราชการกระทรวงศึกษาธิการ พ.ศ.2546⁸² เท่านั้น เช่นนี้จะเห็นได้ว่าบุคคลผู้มีอำนาจในองค์กรดังกล่าวไม่มีหน้าที่โดยเฉพาะเจาะจงในการที่จะต้องดูแลสวัสดิภาพของเด็กคนใดคนหนึ่งที่อยู่ภายใต้การดูแลขององค์กรนั้นเป็นพิเศษ มีเพียงหน้าที่โดยทั่วไปที่จะต้องดูแลบริหารจัดการโรงเรียนให้มีสภาพแวดล้อมที่ปลอดภัยเท่านั้น ดังนั้นหากเกิดอันตรายแก่เด็กบุคคลดังกล่าวจึงไม่มีอาจมีความรับผิดชอบอันใดไม่กระทำการเพื่อป้องกันผลเหมือนดังเช่นบุคคลในประเภทแรกที่ได้กล่าวไป

ประเด็นการที่ 3 ที่จะพิจารณา กล่าวคือ เมื่อมีการกระทำความผิดโดยบุคคลอื่นเกิดขึ้นกับเด็กที่อยู่ภายใต้การดูแลของบุคคลผู้ใกล้ชิดกับเด็ก หรือเด็กที่อยู่ภายใต้การดูแลขององค์กร จึงไม่ใช่กรณีที่บุคคลผู้ใกล้ชิดกับเด็ก หรือ ผู้มีอำนาจในองค์กรดังกล่าวเป็นผู้กระทำความผิดเองโดยตรง ดังนั้นในการพิจารณาความรับผิดของบุคคลอื่นนอกเหนือจากผู้กระทำความผิดโดยตรงตามประมวลกฎหมายอาญานั้นจะต้องพิจารณาว่าบุคคลดังกล่าวมีลักษณะเป็น ตัวการร่วม ผู้ใช้ หรือผู้สนับสนุนในการกระทำความผิดด้วยหรือไม่ หากไม่ได้มีลักษณะทั้งสามประเภทดังที่กล่าวไปแล้วก็ไม่มีความรับผิดแต่อย่างใด โดยมีรายละเอียดดังนี้⁸³

1. พิจารณากรณี **ตัวการ** ตามมาตรา 83

การเป็นตัวการตามมาตรา 83 นั้นจะต้องประกอบด้วยหลักการดังนี้คือ⁸⁴

1) เป็นการกระทำความผิดโดยเจตนา กล่าวคือ การกระทำนั้นต้องเป็นการกระทำความผิด หากการกระทำนั้นไม่มีความผิดผู้ร่วมกระทำก็ไม่ใช่ตัวการ และหากการกระทำนั้นยังไม่ถึงขั้นที่กฎหมายบัญญัติไว้ว่าเป็นความผิดผู้ร่วมกระทำก็ไม่ใช่ตัวการเช่นเดียวกัน และ

2) เป็นการกระทำในระหว่างบุคคลตั้งแต่ 2 คนขึ้นไป โดยบุคคลตั้งแต่ 2 คนขึ้นไปนี้คนหนึ่งอาจเป็นนิติบุคคลส่วนอีกคนหนึ่งอาจเป็นบุคคลธรรมดาก็ได้ และ

3) มีการกระทำร่วมกันในขณะกระทำความผิด กล่าวคือ อาจเป็นการร่วมกันกระทำส่วนหนึ่งส่วนใดของการกระทำทั้งหมด หรือการแบ่งหน้าที่กันทำ หรือการอยู่ร่วมใกล้เคียงกับที่เกิดเหตุในลักษณะที่พร้อมจะช่วยเหลือกันได้ทันที หรือการอยู่ร่วมกันในที่เกิดเหตุและก่อให้เกิดผู้อื่นกระทำความผิดก็ได้ และ

4) โดยมีเจตนาร่วมกันในขณะที่กระทำความผิด หมายถึง ผู้กระทำจะต้องรู้ถึงการกระทำของกันและกันและต้องประสงค์ถือเอาการกระทำของแต่ละคนเป็นการกระทำของตนด้วย กล่าวคือ หมายให้ความผิดนั้นสำเร็จได้ทำด้วยตนเองถึงแม้จะไม่ได้ลงมือทำด้วยตนเองก็ตาม

⁸² คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 15171/2556

⁸³ เกียรติขจร วจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1 บทบัญญัติทั่วไป, หน้า 599.

⁸⁴ เรื่องเดียวกัน, 600-620.

เมื่อผู้กระทำเป็นตัวการร่วมกันในการกระทำความผิด แต่ละคนจะต้องรับผิดชอบในผลที่เกิดขึ้นจากการกระทำของผู้กระทำคนอื่นๆด้วยในความผิดฐานเดียวกัน แต่หากผู้กระทำไม่ใช่ตัวการร่วมกัน แต่ละคนก็ควรรับผิดชอบเฉพาะผลแห่งการกระทำของตนเท่านั้น ทั้งนี้เมื่อพิจารณากรณีบุคคลผู้ใกล้ชิดกับเด็กแล้วพบว่า พ่อแม่ ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแล หากไม่ได้มีเจตนาร่วมกันและไม่ได้มีการกระทำร่วมกันกับผู้กระทำผิด กรณีจึงไม่ใช่ตัวการร่วมที่จะรับผิดชอบเช่นเดียวกับผู้กระทำผิดได้ จากกรณีศึกษาคดีของแม่ทั้งสองคนมีปล่อยลูกไว้ในสถานการณ์ที่มีความเสี่ยงนั้น บุคคลดังกล่าวก็ไม่ได้มีเจตนาที่จะให้เกิดการกระทำความผิดกับเด็กแต่อย่างใดจึงไม่ใช่ลักษณะในการร่วมกันกระทำความผิด

นอกจากนี้เมื่อพิจารณากรณีศึกษาที่ผู้อำนวยการโรงเรียนหรือบุคคลผู้มีอำนาจในองค์กรอื่นๆ มักจะปล่อยปละละเลยไม่ให้ความสนใจกับความเสี่ยงที่อาจจะเกิดการกระทำความผิดต่อเด็กที่อยู่ในความดูแลขององค์กรของตน จึงไม่ใช่ในลักษณะที่ไปร่วมกันกระทำความผิด ดังนั้นแล้วเมื่อเกิดการกระทำความผิดต่อเด็กโดยบุคคลผู้มีส่วนเกี่ยวข้องกับองค์กรขึ้น ผู้อำนวยการโรงเรียนหรือบุคคลผู้มีอำนาจในการดูแลคนอื่นๆจึงไม่ใช่ตัวการอื่นจะต้องรับผิดชอบกับผู้กระทำผิด

2. พิจารณากรณี ผู้ใช้ ตามมาตรา 84 และ 85

ผู้ใช้ หมายถึง ผู้ที่ก่อให้เกิดผู้อื่นกระทำความผิด ไม่ว่าจะด้วยการใช้บังคับ ชูเชิญ จ้างวาน หรือยุยงส่งเสริม หรือด้วยวิธีอื่นใด⁸⁵ การเป็นผู้ใช้นั้นมีองค์ประกอบดังนี้⁸⁶

1) ต้องมีการกระทำอันเป็นการก่อให้เกิดผู้อื่นกระทำความผิด กล่าวคือ ต้องมีการกระทำอันเป็นเหตุให้ผู้อื่นตกลงใจกระทำความผิด หากผู้อื่นมีเจตนาที่จะกระทำความผิดนั้นๆอยู่แล้วก็ไม่ถือว่าเป็นการก่อ ซึ่งการก่อให้เกิดผู้อื่นกระทำความผิดนั้นจะทำด้วยวิธีจ้างวาน บังคับ ชูเชิญ หรือวิธีอื่นใดก็ได้ และคำว่า “ผู้อื่น” หมายถึง ผู้ที่จะลงมือกระทำความผิดตามที่ได้ใช้ โดยอาจจะเป็นผู้ที่มีการเจาะจงตัว หรือหมายถึงบุคคลทั่วไปตามมาตรา 85 อันเป็นการก่อให้เกิดผู้อื่นกระทำความผิดด้วยการโฆษณา หรือประกาศก็ได้

2) ต้องมีเจตนาก่อให้เกิดผู้อื่นกระทำความผิด โดยต้องมีเจตนาประสงค์ต่อผล หรือเล็งเห็นผลในการมุ่งหมายให้ผู้อื่นกระทำความผิดนั้นโดยตรง โดยเจตนาประสงค์ต่อผลนั้นหมายถึงมุ่งหมายให้ผู้อื่นกระทำความผิดนั้นๆโดยตรง ส่วนเจตนาเล็งเห็นผล หมายถึง เล็งเห็นว่าผู้อื่นจะกระทำความผิดนั้นๆอย่างแน่นอน

3) ต้องมีผล คือมีความผิดได้กระทำลงตามที่ก่อขึ้น กล่าวคือ หากยังไม่มีมีการกระทำที่ถึงขั้นกฎหมายบัญญัติไว้เป็นความผิดซึ่งไม่ต้องถึงขั้นความผิดสำเร็จ ก็ไม่เป็นการใช้ให้ผู้อื่นกระทำ

⁸⁵ ประมวลกฎหมายอาญา 84

⁸⁶ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1 บทบัญญัติทั่วไป, หน้า 644-669.

ผิด และการกระทำความผิดนั้นต้องเป็นการกระทำความผิดโดยเจตนา แต่หากการกระทำของผู้ถูกใช้ไม่เป็น ความผิด เช่น เพราะมีกฎหมายยกเว้นความผิด ก็ไม่ถือว่าเป็นการใช้ตามมาตรา 84

ผลของการใช้ในกรณีที่ถูกใช้ได้กระทำความผิดนั้น ผู้ใช้จะต้องรับโทษเสมือนหนึ่ง ว่าตนเป็นผู้ร่วมกระทำความผิดหรือเสมือนเป็นตัวการ⁸⁷ อย่างไรก็ตามหากความผิดมิได้กระทำลงไม่ว่าจะ เพราะเหตุผู้ถูกใช้ไม่ยอมกระทำ หรือยังมิได้กระทำ หรือเหตุอื่นใด ผู้ใช้ต้องระวางโทษเพียงหนึ่งใน สามของโทษที่กำหนดไว้สำหรับความผิดนั้น⁸⁸ ทั้งนี้เมื่อพิจารณาแล้วจะเห็นได้ว่าการที่บุคคลผู้ใกล้ชิด กับเด็กซึ่งมีหน้าที่ที่ต้องดูแลเด็ก และผู้อำนวยการโรงเรียนหรือผู้มีอำนาจในการลดและกำจัดความ เสี่ยงที่จะเกิดอันตรายกับเด็กในองค์กรนั้น เมื่อไม่มีการกระทำอันมีลักษณะที่ก่อให้เกิดผู้อื่นกระทำ ความผิด กล่าวคือ ไม่ได้มีการกระทำในลักษณะที่เป็นการจ้ำจวน ใช้หรือกระทำการอื่นอันส่งผลให้ บุคคลอื่นไปกระทำความผิดต่อเด็กแล้วนั้น กรณีเพียงแค่นี้จะไม่ให้ความสนใจเมื่อได้รับรู้ความเสี่ยง ในการที่อาจจะเกิดการกระทำความผิดต่อเด็กเกิดขึ้น และไม่ดำเนินการใดๆเพื่อลดหรือกำจัดความ เสี่ยงที่รับรู้ได้นั้น ไม่ใช่การกระทำในลักษณะที่ก่อให้เกิดผู้อื่นกระทำความผิดแต่อย่างใด จึงไม่ใช่ผู้ใช้อันจะต้อง รับผิดตามมาตรา 84 หรือ 85 แต่อย่างใด

3. พิจารณากรณี ผู้สนับสนุน ตามมาตรา 86

ผู้สนับสนุน คือ ผู้ที่ช่วยเหลือ หรือให้ความสะดวกในการที่ผู้อื่นกระทำความผิด โดย มีองค์ประกอบดังนี้⁸⁹

1) ต้องมีการกระทำความผิดเกิดขึ้น กล่าวคือ มีการกระทำถึงขั้นลงมือ หรือ ตระเตรียมในกรณีที่กฎหมายบัญญัติไว้ว่าเป็นความผิด หากไม่มีการกระทำความผิดก็ไม่อาจมี ผู้สนับสนุนได้และหากการกระทำนั้นไม่เป็นความผิด ผู้ที่ช่วยเหลือหรือให้ความสะดวกก็มีใช่ ผู้สนับสนุน

2) ผู้ที่กระทำด้วยประการใดๆอันเป็นการช่วยเหลือหรือให้ความสะดวกในการที่ ผู้อื่นกระทำความผิด ไม่ว่าจะด้วยวิธีใดก็ตาม และอาจจะช่วยเหลือหรือให้ความสะดวกกันเป็นทอดๆก็ได้ หรืออาจกระทำโดยการใช้อำนาจก็ได้

3) โดยเจตนาช่วยเหลือหรือให้ความสะดวกในการที่ผู้อื่นกระทำความผิด โดยอาจ เป็นเจตนาประสงค์ต่อผล หรือเล็งเห็นผลก็ได้ แต่ผู้สนับสนุนในการกระทำความผิดโดยประมาทไม่ อาจมีได้

4) เป็นการช่วยเหลือหรือให้ความสะดวก ก่อน หรือ ขณะ กระทำความผิด

⁸⁷ ประมวลกฎหมายอาญา 83

⁸⁸ ประมวลกฎหมายอาญา 84 วรรคสอง

⁸⁹ เกียรติจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค1 บทบัญญัติทั่วไป, หน้า 678-679.

5) ไม่ว่าผู้กระทำความผิดนั้นจะรับรู้หรือไม่รู้ถึงการช่วยเหลือหรือให้ความสะดวกนั้นก็ตาม แต่ผู้ที่ลงมือกระทำความผิดต้องได้รับ “ประโยชน์” จากการช่วยเหลือนั้นไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อม

การช่วยเหลือหรือให้ความสะดวกนั้นมีความหมายกว้างอาจทำได้โดยวิธีการใดๆก็ได้ แต่อย่างไรก็ตามการนิ่งเฉยไม่ขัดขวางไม่ถือเป็นการช่วยเหลือ แต่หากเป็นผู้ที่มีหน้าที่จะต้องป้องกันมิให้เกิดผล การนิ่งเฉยอาจจะเป็นการช่วยเหลือหรือให้ความสะดวกก็ได้⁹⁰ ผลของการเป็นผู้สนับสนุนนั้นหากความผิดที่เกิดขึ้นนั้นอยู่ในชั้นพยายามผู้สนับสนุนก็รับโทษ 2 ใน 3 ของโทษฐานพยายามกระทำความผิดนั้นแต่หากความผิดสำเร็จผู้สนับสนุนก็รับโทษ 2 ใน 3 ของโทษในความผิดสำเร็จนั้นเอง เมื่อพิเคราะห์กรณีบุคคลผู้ใกล้ชิดกับเด็ก และกรณีของผู้มีอำนาจในองค์กรที่เกี่ยวข้องกับเด็ก (เช่น ผู้อำนวยการโรงเรียน) ซึ่งเป็นผู้ที่มีอำนาจในการลดหรือกำจัดความเสี่ยงที่อาจเกิดการกระทำความผิดต่อเด็กที่อยู่ในความดูแลโดยบุคคลที่มีความเกี่ยวข้องกับองค์กรได้นั้น การละเลยไม่ให้ความสนใจและไม่ดำเนินการใดๆเพื่อลดหรือกำจัดความเสี่ยงที่รับรู้ได้ของบุคคลดังกล่าว จะเป็นผู้สนับสนุนในการกระทำความผิดหรือไม่นั้นต้องพิจารณาก่อนว่า ผู้กระทำความผิด เช่น พี่เลี้ยง พ่อเลี้ยง หรือครูซึ่งเป็นบุคลากรขององค์กรนั้น ได้รับประโยชน์ใดจากการเพิกเฉยละเลยของบุคคลดังกล่าวหรือไม่ อีกทั้งการจะเป็นผู้สนับสนุนนั้นจะต้องมีเจตนาที่จะช่วยเหลือหรือให้ความสะดวกก่อน หรือขณะที่ผู้อื่นกระทำความผิดต่อเด็กด้วย ดังนั้นหากไม่ได้มีเจตนาช่วยเหลือ แต่เป็นเพียงแค่การเพิกเฉยไม่ใส่ใจจึงไม่ดำเนินการใดๆเมื่อได้รับการร้องเรียนจากเด็กหรือผู้ปกครองเพื่อป้องกันเหตุการณ์ที่อาจจะเกิดการกระทำความผิดต่อเด็กได้นั้น จึงไม่ใช่การกระทำในลักษณะที่จะเป็นผู้สนับสนุนได้นั้นเอง

จากที่กล่าวมาแล้วจะเห็นได้ว่า ในขั้นตอนที่บุคคลผู้ใกล้ชิดกับเด็ก และบุคคลผู้มีอำนาจในองค์กรที่เกี่ยวข้องกับเด็ก ได้รับรู้ถึงความเสี่ยงที่อาจจะเกิดการกระทำความผิดต่อเด็กโดยบุคคลอื่น และละเลยหรือเพิกเฉยไม่ดำเนินการใดๆอย่างเหมาะสมเพื่อลดหรือกำจัดความเสี่ยงนั้น การกระทำดังกล่าวจึงไม่มีลักษณะเป็นตัวการร่วม ผู้ใช้ หรือผู้สนับสนุน อันจะมีความรับผิดชอบร่วมกับตัวผู้กระทำความผิดตามมาตรา 83, 84, 85 หรือ 86 ได้ เนื่องจากบุคคลดังกล่าวเพียงแค่อันจะมีความรับผิดชอบอย่างสำคัญที่อาจจะเกิดการกระทำความผิดต่อเด็กได้เท่านั้น ไม่ได้มีส่วนรู้เห็นในการกระทำความผิดจึงไม่ใช่ผู้ที่มีส่วนร่วมในการกระทำความผิดฐานนั้นๆอันจะมีความรับผิดชอบได้

นอกจากนี้ในประเด็นที่ 4 เมื่อพิจารณาความรับผิดของบุคคลผู้มีอำนาจในองค์กรในกรณีความผิดฐานละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบหรือโดยทุจริตตามมาตรา 157⁹¹ซึ่งอาจปรับ

⁹⁰ เรื่องเดียวกัน, 683.

⁹¹ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 157 “ผู้ใดเป็นเจ้าพนักงาน ปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบ เพื่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้หนึ่งผู้ใด หรือปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยทุจริต ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งปีถึงสิบปี หรือปรับตั้งแต่สองหมื่นบาทถึงสองแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

ใช้กับกรณีที่คุณคคลดังกล่าวละเลยไม่ดำเนินการจัดการกับความเสียหายอย่างเหมาะสมแล้วนั้น พบว่า มาตรฐานนี้แยกการกระทำเป็น 2 ส่วนความผิด คือ 1) ปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบ เพื่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้หนึ่งผู้ใด และ 2) ปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยทุจริตซึ่งการกระทำอันจะเป็นความผิดตาม ป.อ. มาตรา 157 ได้นั้นผู้กระทำความผิดต้องเป็น **เจ้าพนักงาน**ตามความใน ประมวลกฎหมายอาญา หากไม่ใช่เจ้าพนักงานตามความหมายเช่นว่านั้นก็ไม่มีควมรับผิดตามมาตรานี้แต่อย่างใด ดังนั้นจึงต้องพิจารณาก่อนว่า ผู้ใดคือเจ้าพนักงานซึ่ง “เจ้าพนักงาน” หมายความว่า บุคคลซึ่งกฎหมายบัญญัติว่าเป็นเจ้าพนักงาน หรือได้รับแต่งตั้งตามกฎหมายให้ปฏิบัติหน้าที่ราชการ ไม่ว่าจะประจำหรือครั้งคราว และไม่ว่าจะได้รับค่าตอบแทนหรือไม่⁹² ดังนั้นจึงมีหลักเกณฑ์ที่ควรจะต้องพิจารณา คือ (1) เป็นบุคคลซึ่งกฎหมายบัญญัติว่าเป็นเจ้าพนักงาน (2) เป็นบุคคลซึ่งได้รับแต่งตั้งตามกฎหมายให้ปฏิบัติหน้าที่ราชการ ไม่ว่าจะประจำหรือครั้งคราว และ (3) ไม่ว่าจะได้รับค่าตอบแทนหรือไม่ก็ตาม

พิจารณาความผิดส่วนที่ 1 การปฏิบัติหรือละเว้นโดยมิชอบเพื่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้หนึ่งผู้ใดนั้น จะต้องมืองค์ประกอบความผิดกล่าวคือ 1. เป็นเจ้าพนักงาน 2. ปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบ และ 3. กระทำโดยเจตนาเพื่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้หนึ่งผู้ใด

1) ผู้กระทำความผิดต้องเป็นเจ้าพนักงาน ซึ่งองค์การที่ดำเนินกิจกรรมเกี่ยวข้องกับเด็กนั้น ผู้ที่จะถูกพิจารณาได้ว่าเป็นเจ้าพนักงานตามความหมายของมาตรานี้ เช่น ข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษา⁹³ ซึ่งได้มีคำพิพากษาฎีกาในหลายๆคดีตัดสินไว้ เช่น จำเลยทั้งสองเป็นครูโรงเรียนวิสุทธิกษัตริ์และได้รับแต่งตั้งให้ทำหน้าที่ทางธุรการและการเงินของโรงเรียน ย่อมถือได้ว่าเป็นเจ้าพนักงาน และได้ปฏิบัติราชการตามที่ได้รับมอบหมาย⁹⁴ หรือ จำเลยเป็นข้าราชการครู มีหน้าที่ปฏิบัติราชการของวิทยาลัยเทคนิค ร. จำเลยจึงมีฐานะเป็นเจ้าพนักงานผู้มีหน้าที่ควบคุมการก่อสร้าง⁹⁵ เป็นต้น ดังนั้นแล้ว ผู้อำนวยการโรงเรียนซึ่งเป็นผู้ที่มีอำนาจหน้าที่บริหารกิจการของสถานศึกษาหรือส่วนราชการให้

⁹² ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 1 (16)

⁹³ พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษา พ.ศ. ๒๕๔๗ มาตรา 4 กำหนดนิยามไว้ หมายความว่า บุคคลซึ่งได้รับการบรรจุ และแต่งตั้ง ตามพระราชบัญญัตินี้ให้รับราชการโดยได้รับเงินเดือนจากเงินงบประมาณแผ่นดิน นับบุคลากรที่จ่ายในลักษณะเงินเดือนในกระทรวงศึกษาธิการ กระทรวงการท่องเที่ยวและกีฬา กระทรวงวัฒนธรรม หรือกระทรวงอื่นที่หนดในพระราชกฤษฎีกา

⁹⁴ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 480/2529 จำเลยทั้งสองเป็นครูโรงเรียนวิสุทธิกษัตริ์ สังกัดกรมสามัญศึกษาไม่ได้สังกัดกรมการศึกษานอกโรงเรียน แต่จำเลยทั้งสองได้รับแต่งตั้งให้ทำหน้าที่ทางธุรการและการเงินของโรงเรียนผู้ใหญ่วิสุทธิกษัตริ์ สังกัดกรมการศึกษานอกโรงเรียนซึ่งเป็นหน่วยราชการด้วยกัน ย่อมถือได้ว่าเป็นเจ้าพนักงานและได้ปฏิบัติราชการตามที่ได้รับมอบหมาย

⁹⁵ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1161/2538 “จำเลยเป็นข้าราชการครูจำเลยจึงมีฐานะเป็นเจ้าพนักงานผู้มีหน้าที่ควบคุมการก่อสร้าง การที่จำเลยให้ ก. นำเหล็กไลท์เกจ อันเป็นวัสดุที่เหลือใช้ซึ่งอยู่ในหน้าที่ความดูแลรับผิดชอบของจำเลยไปเก็บไว้ที่ร้าน ก. และให้ ก. เอาเหล็กดังกล่าวไปเสีย จึงเป็นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบทำให้เกิดความเสียหายแก่กรมอาชีวศึกษา และเป็นการแสวงหาประโยชน์ที่มิควรได้ เป็นการปฏิบัติหน้าที่โดยทุจริตตามมาตรา 157”

เป็นไปตามกฎหมาย กฎ ระเบียบ ข้อบังคับของทางราชการและของสถานศึกษาหรือส่วนราชการ ตาม พ.ร.บ.ระเบียบบริหารราชการกระทรวงศึกษาธิการ พ.ศ.2546 มาตรา 39 จึงมีฐานะเป็นเจ้าพนักงานตามความหมายของมาตรา 157 ด้วยเช่นกัน

2) ต้องเป็นการปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบ ซึ่งคำว่า “โดยมิชอบ” หมายความว่า โดยมิชอบด้วยหน้าที่ซึ่งเจ้าพนักงานมีอยู่ตามกฎหมาย แต่ก็เฉพาะตามหน้าที่ที่ได้รับมอบหมายโดยตรงเท่านั้น ถ้าการปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติไม่เกี่ยวกับหน้าที่ของเจ้าพนักงานแล้วย่อมไม่มีความผิด⁹⁶ เมื่อผู้อำนวยการโรงเรียนเป็นเจ้าพนักงานผู้มีอำนาจหน้าที่ตามกฎหมายในการที่จะบริหารกิจการของสถานศึกษาหรือส่วนราชการ รวมทั้งควบคุมดูแลบุคลากร การเงิน การพัสดุ สถานที่ และทรัพย์สินอื่น ให้เป็นไปตามกฎหมาย กฎ ระเบียบ ข้อบังคับของทางราชการและของสถานศึกษา ดังนั้นแล้วเมื่อกรณีปรากฏว่าบุคคลดังกล่าวรับรู้ถึงความเสี่ยงที่อาจจะเกิดการกระทำ ความผิดต่อเด็กที่อยู่ในความดูแลของโรงเรียนอันเป็นสถานศึกษาที่ตนมีหน้าที่ต้องรับผิดชอบดูแล แต่กลับละเลยไม่กระทำตามหน้าที่ในการที่จะดำเนินการใดๆ เพื่อให้เด็กปลอดภัยจากความเสี่ยงนั้น จึงเป็นการละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบ เพราะมิชอบด้วยหน้าที่ที่จะต้องทำให้สวัสดิภาพของเด็กที่อยู่ภายใต้การดูแลนั้นปลอดภัยจากอันตราย แต่อย่างไรก็ตามบุคคลดังกล่าวจะมีความผิดตามมาตรา 157 หรือไม่นั้นต้องพิจารณาองค์ประกอบข้อต่อไปด้วย

3) ต้องเป็นการกระทำโดยเจตนาเพื่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้หนึ่งผู้ใด ซึ่งรวมถึงความเสียหายในทุกๆด้านโดยไม่จำกัดเฉพาะความเสียหายที่เป็นทรัพย์สินเท่านั้น เช่น ความเสียหายแก่ชื่อเสียงหรือเสียหายแก่เสรีภาพ เป็นต้น ถ้าการกระทำนั้นขาดเจตนาพิเศษก็ไม่มี ความผิดตามมาตรา 157⁹⁷แต่อย่างไรก็ตาม แม้ผู้อำนวยการโรงเรียนจะเป็นเจ้าพนักงานตามความหมายของมาตรา 157 และการละเลยเพิกเฉยไม่ดำเนินการใดๆ เพื่อลดหรือกำจัดความเสี่ยงให้พ้นไปจากเด็กนั้นจะเป็นการละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบ แต่หากบุคคลดังกล่าวไม่ได้มีเจตนาพิเศษเพื่อต้องการให้เกิดความเสียหายแก่เด็กคนใดแล้ว กรณีจึงไม่ต้องด้วยมาตรา 157 ซึ่งจากกรณีศึกษาการละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบของผู้อำนวยการโรงเรียน หรือบุคคลผู้มีอำนาจในองค์กรอื่นๆที่ดำเนินกิจกรรมอันเกี่ยวข้องกับเด็กนั้น บุคคลดังกล่าวมักจะไม่ได้มีเจตนาที่ต้องการให้เกิดความเสียหายแก่เด็กคนหนึ่งคนใด แต่กรณีเป็นการขาดความระมัดระวังและขาดความใส่ใจในภาวะที่มีความเสี่ยงที่อาจจะเกิดการกระทำ ความผิดต่อเด็กขึ้นได้เท่านั้น จึงไม่มีความรับผิดตามมาตรา 157

⁹⁶ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1403/2521 “การกระทำโดยมิชอบนั้น เฉพาะตามหน้าที่ของเจ้าพนักงานนั้นโดยตรงที่ได้รับมอบให้มีหน้าที่นั้นๆ ถ้าการปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติไม่เกี่ยวกับหน้าที่ของเจ้าพนักงานแล้ว ย่อมไม่มีความผิด”

⁹⁷ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3295/2543 ...เมื่อไม่ปรากฏว่าจำเลยมีเจตนาพิเศษละเว้นไม่ตรวจสอบความถูกต้องแท้จริงของเอกสารดังกล่าวเพื่อให้เกิดความเสียหายแก่กรรมที่ดิน ด.หรือผู้หนึ่งผู้ใดจำเลยจึงไม่มีความผิดฐานเป็นเจ้าพนักงานละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบตามป.อ.มาตรา 157

พิจารณาความผิดส่วนที่ 2 ปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยทุจริต ซึ่งมีองค์ประกอบความผิดกล่าวคือ 1. เป็นเจ้าพนักงาน 2. ปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่ 3. มีเจตนาโดยทุจริต ซึ่งองค์ประกอบก็จะคล้ายกับส่วนแรก แตกต่างเฉพาะข้อ 3. คือการปฏิบัติหน้าที่หรือละเว้นนั้นต้องมีเจตนาทุจริต คำว่า **“โดยทุจริต”** ตามความหมายนี้ คือ การใช้อำนาจในหน้าที่เพื่อแสวงหาประโยชน์ที่มิควรได้โดยชอบด้วยกฎหมายสำหรับตนเองหรือผู้อื่นจากการปฏิบัติหน้าที่หรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่นั้น และที่สำคัญคือ **“ต้องมีหน้าที่”** คือ การปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่นั้นต้องอยู่ในหน้าที่ ดังนั้นหากไม่อยู่ในหน้าที่หรืออยู่ในหน้าที่แต่ทำโดยชอบและโดยสุจริต ก็ไม่เป็นความผิดตามมาตรา 157 การปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยทุจริต สามารถพบได้ในหลายกรณี เช่น เจ้าพนักงานเทศบาลมีหน้าที่เก็บเงินล็กเอาใบเสร็จเก็บค่ากระแสไฟฟ้าซึ่งอยู่ในความดูแลของเจ้าหน้าที่อีกผู้หนึ่งไป เพื่อไปเรียกเก็บค่ากระแสไฟฟ้าแล้วเอาเป็นประโยชน์ส่วนตัวเสีย ถือว่าเป็นการปฏิบัติหน้าที่โดยทุจริต⁹⁸ หรือ นายตำรวจจับคนนำพลอยหนีภาษีไม่นำส่งดำเนินคดี เอาพลอยไว้เสียเอง เป็นการปฏิบัติและละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยทุจริต⁹⁹ เป็นต้น

เช่นนี้แล้วแม้ผู้อำนวยการโรงเรียนจะเป็นเจ้าพนักงานตามความหมายของมาตรา 157 และการละเลยเพิกเฉยไม่ดำเนินใดๆ เพื่อลดหรือกำจัดความเสี่ยงให้พ้นไปจากเด็กนั้นจะเป็นการละเว้นการปฏิบัติหน้าที่ แต่การละเว้นดังกล่าวนี้ไม่ได้กระทำลงโดยมีเจตนาทุจริตเพื่อแสวงหาประโยชน์ที่มิควรได้โดยชอบด้วยกฎหมายสำหรับตนเองหรือผู้อื่นแล้วนั้น กรณีจึงไม่ต้องด้วยมาตรา 157 จึงไม่มีความรับผิดตามมาตรา 157

จากการพิเคราะห์ความรับผิดฐานละเว้นการปฏิบัติหน้าที่ตามมาตรา 157 แล้วนั้นพบว่า มีข้อจำกัดในการปรับใช้แก่กรณีสองประการ กล่าวคือ ประการแรกบุคคลที่จะต้องรับผิดตามมาตรานี้จำเป็นต้องเป็นเจ้าพนักงานตามความหมายที่กำหนดไว้ แต่อย่างไรก็ตามองค์กรที่ดำเนินกิจกรรมอันเกี่ยวข้องกับเด็กนั้นมีอยู่มากมายหลายรูปแบบซึ่งอาจจะเป็น โรงเรียน สถานสงเคราะห์ วัด หรือองค์กรอื่นๆก็ได้ ซึ่งผู้มีอำนาจในการที่จะลดหรือกำจัดความเสี่ยงที่จะเกิดแก่เด็กในองค์กรเหล่านั้นๆ อาจจะไม่ใช่บุคคลผู้ซึ่งเป็นเจ้าพนักงานตามความหมายของมาตรา 157 นี้ เช่นนี้แล้วแม้บุคคลดังกล่าวละเว้นโดยละเลยไม่ปฏิบัติตามหน้าที่ก็ไม่มี ความรับผิดตามมาตรา 157 นี้ อีกทั้งประการที่สององค์ประกอบความรับผิดตามมาตรานี้ต่างก็ต้องการเจตนาพิเศษ กล่าวคือ ในความผิดส่วนแรกต้องกระทำหรือละเว้นโดยมีเจตนาเพื่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้หนึ่งผู้ใด และในความผิดส่วนที่สองนั้นต้องกระทำหรือละเว้นโดยมีเจตนาทุจริต จึงจะครบองค์ประกอบความผิดตามมาตรา 157 นี้ ดังนั้นแล้วหากเป็นแค่กรณีที่บุคคลผู้ซึ่งมีอำนาจในการลดหรือกำจัดความเสี่ยงในการที่อาจเกิดกระทำผิดต่อเด็กที่อยู่

⁹⁸ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 700/2503

⁹⁹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1677/2525

ในความดูแลโดยบุคคลที่มีความเกี่ยวข้องกับองค์กรได้นั้น การละเลยไม่ให้ความสนใจและไม่ดำเนินการใดๆให้เหมาะสมของบุคคลดังกล่าวหากไม่ได้กระทำลงโดยมีเจตนาพิเศษตามมาตรา 157 แล้วนั้นก็ไม่มีคามผิดแต่อย่างใด

เช่นนี้เมื่อพิจารณาความรับผิดชอบตามประมวลกฎหมายอาญาแล้วจะเห็นได้ว่าไม่มีบทบัญญัติใดที่กำหนดหน้าที่และความรับผิดชอบให้แก่บุคคลผู้ใกล้ชิดกับเด็กอันได้แก่ พ่อแม่ ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแล หรือบุคคลที่มีอำนาจในองค์กรที่ทำงานเกี่ยวข้องกับเด็ก ในขั้นตอนที่เพียงแต่รับรู้ความเสี่ยงที่อาจจะเกิดอันตรายต่อเด็กแต่บกร่องละเลยไม่จัดการให้เหมาะสมแต่อย่างใด นอกเหนือจาก มาตรา 306 และ 307 ที่มุ่งคุ้มครองเฉพาะความเสี่ยงที่จะเกิดอันตรายจากการทอดทิ้งเด็กเท่านั้น การพิจารณาความผิดของบุคคลดังกล่าวจะมีขึ้นเมื่อมีการกระทำผิดเกิดขึ้นกับเด็กแล้วดังที่ได้กล่าวไปข้างต้นนี้เอง ต่อไปจะเป็นการพิจารณาว่ามีการกำหนดหน้าที่และความรับผิดชอบในการป้องกันความเสี่ยงที่จะเกิดอันตรายแก่เด็กตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 เอาไว้หรือไม่

3.3 พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546

พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กเป็นกฎหมายที่มุ่งให้ความคุ้มครองเด็กทั้งด้านร่างกายและจิตใจ รวมถึงการสงเคราะห์คุ้มครองสวัสดิภาพและพัฒนาและฟื้นฟูเด็กโดยคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสำคัญกฎหมายฉบับนี้ได้ประกาศในราชกิจจานุเบกษาเมื่อวันที่ 2 ตุลาคม 2546 มีผลบังคับใช้ นับตั้งแต่วันที่ 30 มีนาคม 2547 เป็นต้นมาซึ่งเด็กที่มีสิทธิได้รับความคุ้มครองตามพระราชบัญญัตินี้ก็คือบุคคลที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปีบริบูรณ์¹⁰⁰ทุกคนที่ยังไม่ได้มีการสมรสแต่หากได้มีการสมรสแล้วแม้จะมีอายุต่ำกว่า 18 ปีก็มีได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายฉบับนี้¹⁰¹ โดยพระราชบัญญัติฉบับนี้ได้บัญญัติถึงฐานความผิดที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองความเสี่ยงที่จะเกิดอันตรายแก่เด็กไว้ ดังนี้

1. พิจารณากรณีบทบัญญัติตามมาตรา 25¹⁰² นั้นเป็นการกำหนดการกระทำอันต้องห้าม มิให้ผู้ปกครองเด็กกระทำ คือ

- 1) ห้ามผู้ปกครองทอดทิ้งเด็กไว้ในสถานรับเลี้ยงเด็กหรือสถานพยาบาลหรือไว้กับบุคคลที่รับจ้างเลี้ยงเด็กหรือที่สาธารณะหรือสถานที่ใดๆ โดยเจตนาที่จะไม่รับเด็กกลับคืน
- 2) ห้ามผู้ปกครองละทิ้งเด็กไว้สถานที่ใดๆ โดยไม่จัดการจัดให้มีการปกป้องดูแลสวัสดิภาพหรือให้การเลี้ยงดูที่เหมาะสม

¹⁰⁰ พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 มาตรา 4 “เด็ก” หมายความว่า บุคคลซึ่งมีอายุต่ำกว่า 18 ปี บริบูรณ์ แต่ไม่รวมถึงผู้ที่บรรลุนิติภาวะด้วยการสมรส

¹⁰¹ บุญทัน หมั่นอภิบาล, “มาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองเด็กที่มีพฤติกรรมเสี่ยง,” วารสารวิจัย มหาวิทยาลัยขอนแก่น ฉบับบัณฑิตศึกษานานุษยศาสตร์และสังคมศาสตร์ ปีที่ 7: 81-82.

¹⁰² พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 มาตรา 25

3) ห้ามผู้ปกครองจงใจหรือละเลยไม่ให้อาหารจำเป็นแก่การดำรงชีวิตหรือสุขภาพอนามัยจนน่าจะเกิดอันตรายแก่ร่างกายหรือจิตใจของเด็ก

4) ห้ามผู้ปกครองปฏิบัติต่อเด็กในลักษณะที่เป็นการขัดขวางการเจริญเติบโตหรือพัฒนาการ

5) ห้ามผู้ปกครองปฏิบัติต่อเด็กในลักษณะที่เป็นการเลี้ยงดูโดยมิชอบ อันหมายถึงการไม่ให้อาหารอุปการะเลี้ยงดูอบรม สั่งสอน หรือพัฒนาเด็ก ตามมาตรฐานขั้นต่ำที่กำหนดในกฎกระทรวง จนน่าจะเกิดอันตรายแก่ร่างกายหรือจิตใจของเด็กนั่นเอง

เมื่อพิจารณาแล้วจะเห็นได้ว่า มาตรา 25 นั้น เป็นการกำหนดหน้าที่ในการปฏิบัติต่อเด็กแก่บุคคลผู้ใกล้ชิดกับเด็ก กล่าวคือ ผู้ปกครอง¹⁰³ อันหมายถึงบิดามารดา ผู้อนุบาล ผู้รับบุตรบุญธรรม และผู้ปกครองตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และหมายรวมถึง พ่อเลี้ยง แม่เลี้ยง ผู้ปกครองสวัสดิภาพ นายจ้าง และบุคคลอื่นซึ่งรับเด็กไว้ในความอุปการะเลี้ยงดูหรือซึ่งเด็กอาศัยอยู่ด้วย ให้บุคคลเหล่านี้ไม่กระทำการตามที่มาตรา 25 กำหนดไว้ต่อตัวเด็ก

2. พิจารณารณียบัญญัติตามมาตรา 26¹⁰⁴ เป็นการกำหนดหน้าที่ให้แก่บุคคลทุกคนไม่ว่าจะเป็นบุคคลที่ใกล้ชิดกับเด็กหรือไม่ โดยห้ามมิให้มีการกระทำความผิดที่กำหนดไว้ต่อเด็กไม่ว่าเด็กจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม ซึ่งหากผู้ใดฝ่าฝืนมาตรา 26 นั้นมีโทษจำคุกไม่เกินสามเดือน หรือปรับไม่เกินสามหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ¹⁰⁵ **โดยมีการกำหนดไว้ดังนี้**

1) ห้ามกระทำหรือละเว้นการกระทำอันเป็นการทารุณกรรมต่อร่างกาย หรือจิตใจของเด็ก

2) ห้ามจงใจหรือละเลยไม่ให้อาหารจำเป็นในการดำรงชีวิตหรือการรักษาพยาบาลของเด็กที่อยู่ในความดูแลของตน จนน่าจะเกิดอันตรายแก่ร่างกายหรือจิตใจของเด็ก

3) ห้ามบังคับ ชูเชิญ ชักจูง ส่งเสริม หรือยินยอมให้เด็กประพฤติตนไม่สมควรหรือน่าจะทำให้เด็กมีพฤติกรรมเสี่ยงต่อการกระทำผิด

4) ห้ามโฆษณาทางสื่อมวลชนหรือเผยแพร่ด้วยประการใดเพื่อรับเด็ก หรือยกเด็กให้แก่บุคคลอื่นที่มีโชฎกของเด็กเว้นแต่เป็นการกระทำของทางราชการหรือได้รับอนุญาตจากทางราชการแล้ว

5) ห้ามบังคับ ชูเชิญ ชักจูง ส่งเสริม ยินยอม หรือกระทำด้วยประการใดให้เด็กไปเป็นขอทาน เด็กเร่ร่อนหรือใช้เด็กเป็นเครื่องมือในการขอทานหรือการกระทำผิด หรือกระทำด้วยประการใดอันเป็นการแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบจากเด็ก

6) ห้ามใช้ จ้าง หรือวานให้เด็กทำงานหรือกระทำการอันอาจเป็นอันตรายแก่ร่างกายหรือจิตใจมีผลกระทบต่อเจริญเติบโต หรือขัดขวางต่อการพัฒนาการของเด็ก

¹⁰³ พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 มาตรา 4

¹⁰⁴ พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 มาตรา 26

¹⁰⁵ พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 มาตรา 78

7) ห้ามบังคับ ชู่เช็ญ ชักจูง ยุยง ส่งเสริม หรือยินยอมให้เด็กเล่นกีฬาหรือให้กระทำการใดเพื่อแสวงหาประโยชน์ทางการค้า อันมีลักษณะเป็นการขัดขวางต่อการเจริญเติบโตหรือพัฒนาการของเด็ก หรือมีลักษณะเป็นการทารุณกรรมต่อเด็ก

8) ห้ามใช้หรือยินยอมให้เด็กเล่นการพนันไม่ว่าชนิดใดหรือเข้าไปในสถานที่เล่นการพนัน สถานค้าประเวณี หรือสถานที่ห้ามมิให้เด็กเข้า

9) ห้ามบังคับ ชู่เช็ญ ชักจูง ยุยง ส่งเสริม หรือยินยอมให้เด็กแสดงหรือกระทำการอันมีลักษณะลามกอนาจารไม่ว่าจะเป็นไปเพื่อให้ได้มาซึ่งค่าตอบแทนหรือเพื่อการใด

3. พิจารณารณียบทบัญญัติตามมาตรา 27¹⁰⁶ นั้นเป็นการห้ามมิให้บุคคลใดก็ตาม โฆษณาหรือเผยแพร่ทางสื่อมวลชนหรือสื่อสารสนเทศประเภทใด ซึ่งข้อมูลเกี่ยวกับตัวเด็กหรือผู้ปกครอง โดยเจตนาที่จะทำให้เกิดความเสียหายแก่จิตใจ ชื่อเสียง เกียรติคุณ หรือสิทธิประโยชน์อื่นใดของเด็ก หรือเพื่อแสวงหาประโยชน์สำหรับตนเองหรือผู้อื่นโดยมิชอบ ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่มีขึ้นเพื่อคุ้มครองความเป็นส่วนตัวของเด็กและผู้ปกครองนั่นเอง โดย**ตามมาตรา 50¹⁰⁷** แห่งพระราชบัญญัตินี้ก็กำหนดบทบัญญัติที่มีลักษณะคล้ายกันแต่เป็นการกำหนดห้ามผู้ปกครองสวัสดิภาพ หรือผู้คุ้มครองสวัสดิภาพเด็กโดยเฉพาะ โดยห้ามมิให้มีการเปิดเผยชื่อตัว ชื่อสกุล ภาพหรือข้อมูลใดๆ เกี่ยวกับตัวเด็กผู้ปกครอง ในลักษณะที่น่าจะเกิดความเสียหายแก่ชื่อเสียงเกียรติคุณ หรือสิทธิประโยชน์อย่างใดอย่างหนึ่งของเด็กหรือผู้ปกครอง ซึ่งหากผู้ใดฝ่าฝืน**มาตรา 27 มาตรา 50** มีโทษจำคุกไม่เกินหกเดือน หรือปรับไม่เกินหกหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ¹⁰⁸

4. พิจารณารณียบทบัญญัติตามมาตรา 61¹⁰⁹ ซึ่งกำหนดห้ามเจ้าของ ผู้ปกครองสวัสดิภาพ และผู้ปฏิบัติงานในสถานรับเลี้ยงเด็ก สถานแรกรับ สถานสงเคราะห์ สถานคุ้มครองสวัสดิภาพ สถานพัฒนาและฟื้นฟู ทำร้ายร่างกายหรือจิตใจ กักขัง ทอดทิ้ง หรือลงโทษเด็กที่อยู่ในความดูแลโดยวิธีรุนแรงประการอื่น เว้นแต่กระทำตามสมควรเพื่ออบรมสั่งสอนเท่านั้น ซึ่งหากผู้ใดฝ่าฝืน**มาตรานี้**มีโทษจำคุกไม่เกินหกเดือน หรือปรับไม่เกินหกหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ¹¹⁰

จากบทบัญญัติมาตรา 25, 26, 27, 50 และมาตรา 61 ที่ได้กล่าวไปแล้วนั้นเมื่อพิเคราะห์แล้วจะเห็นได้ว่า เป็นการกำหนดหน้าที่ให้แก่บุคคลโดยห้ามมิให้กระทำการตามที่กำหนดไว้ต่างๆต่อตัวเด็ก หากได้กระทำการโดยฝ่าฝืนลงไป บุคคลดังกล่าวก็เป็นผู้กระทำความผิดเองโดยตรงอันมีความผิดและต้องรับโทษตามพระราชบัญญัตินี้ แต่อย่างไรก็ตามจะเห็นได้ว่าไม่มีบทบัญญัติใดของ

¹⁰⁶ พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 มาตรา 27

¹⁰⁷ พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 มาตรา 50

¹⁰⁸ พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 มาตรา 79

¹⁰⁹ พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 มาตรา 61

¹¹⁰ พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 มาตรา 79

พระราชบัญญัติฯ นี้ที่กำหนดเอาไว้ว่า เมื่อรับรู้ว่ามีความเสี่ยงที่อาจจะเกิดอันตรายแก่เด็กโดยบุคคลอื่น แล้วนั้น บุคคลที่รับรู้ถึงความเสี่ยงดังกล่าวต้องดำเนินการอย่างไรต่อไป และการละเลยหรือเพิกเฉยไม่ดำเนินการกับความเสี่ยงนั้นจะมีผลทางกฎหมายเช่นไร ทั้งที่หากได้มีการกระทำใดๆ อันเป็นการตอบสนองต่อสถานการณ์ที่มีความเสี่ยงอย่างเหมาะสมแล้วนั้น ก็จะส่งผลเป็นการป้องกันอาชญากรรมที่จะเกิดแก่เด็กได้ ดังนั้นจากกรณีศึกษาที่ได้ยกมาทั้งกรณีบุคคลผู้ใกล้ชิดกับเด็กกับพร่องละเลยในการจัดการกับความเสี่ยงที่รับรู้ได้ และในกรณีที่ผู้อำนวยการโรงเรียนผู้ซึ่งที่มีอำนาจในการลดหรือกำจัดความเสี่ยงในการที่อาจเกิดกระทำผิดต่อเด็กที่อยู่ในความดูแลโดยบุคคลที่มีความเกี่ยวข้องกับองค์กรได้นั้น การละเลยไม่ให้ความสนใจและไม่ดำเนินการใดๆ อย่างเหมาะสมของบุคคลทั้งสองประเภทในลักษณะเช่นนี้จึงไม่อาจปรับใช้กับพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กได้

นอกจากนี้ดังที่ได้กล่าวไปแล้วว่าตามเจตนารมณ์ของพระราชบัญญัตินี้มีขึ้นเพื่อส่งเสริมให้เด็กได้รับการอุปการะเลี้ยงดูและการปฏิบัติอย่างเหมาะสมและให้ความช่วยเหลือและป้องกันมิให้เด็กถูกทารุณกรรมหรือประพฤตินิชอบ จึงมีบทบัญญัติที่กำหนดลักษณะของเด็กที่พึงได้รับการสงเคราะห์เอาไว้ในกรณีที่มีการเลี้ยงดูที่มีข้อบกพร่องและกำหนดลักษณะของเด็กที่พึงได้รับการคุ้มครองสวัสดิภาพในกรณีมีการกระทำทารุณกรรมเด็กจากนั้นต้องจัดให้เด็กเหล่านั้นอยู่ในสถานที่ที่เหมาะสม ดังนั้นจึงมีองค์กรที่เกี่ยวข้องกับเด็กปรากฏอยู่ในกฎหมายฉบับนี้ด้วยกัน 5 องค์กร คือ สถานแรกรับ สถานสงเคราะห์ สถานคุ้มครองสวัสดิภาพ และสถานพัฒนาและฟื้นฟูนั้น โดยสถานเหล่านี้จะต้องไม่ดำเนินการในลักษณะที่แสวงหากำไรในทางธุรกิจ และต้องมีผู้ปกครองสวัสดิภาพเป็นผู้ปกครองดูแลและบังคับบัญชา¹¹¹ แต่อย่างไรก็ตามเมื่อพิจารณาบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องแล้วพบว่า มีเพียงบทบัญญัติที่กำหนดหน้าที่แก่ผู้ปกครองสวัสดิภาพของสถานแรกรับ¹¹² สถานสงเคราะห์¹¹³ สถานคุ้มครองสวัสดิภาพ¹¹⁴ และสถานพัฒนาและฟื้นฟู¹¹⁵ ไว้ในลักษณะกว้างๆ ว่าบุคคลดังกล่าวมีอำนาจและหน้าที่ในการที่จะต้องจัดที่พักอาศัย ที่หลับนอนให้เหมาะสมและถูกสุขลักษณะ และจัดการสร้างสภาพแวดล้อมที่ดีให้แก่เด็กที่อยู่ภายใต้การดูแล โดยเจ้าของหรือผู้ปกครองสวัสดิภาพ ผู้ใดไม่ปฏิบัติตามพระราชบัญญัตินี้หรือกฎกระทรวงหรือระเบียบที่ออกตามความในพระราชบัญญัตินี้ ต้องระงับโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งเดือน หรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ และถ้าได้ดำเนินการแก้ไขหรือปฏิบัติตามคำแนะนำของพนักงานเจ้าหน้าที่แล้ว การดำเนินคดีอาญาต่อบุคคลนั้นเป็นอันระงับไป¹¹⁶ เช่นนี้แล้ว

¹¹¹ พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 มาตรา 54

¹¹² พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 มาตรา 56

¹¹³ พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 มาตรา 58

¹¹⁴ พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 มาตรา 59

¹¹⁵ พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 มาตรา 60

¹¹⁶ พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 มาตรา 83

จะเห็นได้ว่าแม้มีการกำหนดหน้าที่ให้กับเจ้าของหรือผู้ปกครองสวัสดิภาพของสถานต่างๆอันมีเด็กอยู่ในความดูแล แต่หน้าที่ดังกล่าวก็เป็นเพียงการกำหนดให้สร้างสภาพแวดล้อมของสถานนั้นๆให้เหมาะสมเท่านั้น ไม่ได้มีบทบัญญัติในลักษณะที่เป็นการกำหนดหน้าที่ในการที่จะต้องลดหรือกำจัดความเสี่ยงที่อาจเกิดอันตรายแต่เด็กได้แต่อย่างใด ดังนั้นแล้วเมื่อไม่มีหน้าที่ที่จะต้องกระทำการใดๆ เช่นนี้การละเลยเพิกเฉยต่อความเสี่ยงที่รับรู้ได้จึงไม่มีความรับผิดตามพระราชบัญญัตินี้แน่นอน

จากที่กล่าวมาแล้วสามารถสรุปได้ว่าในบทบัญญัติของกฎหมายไทยนั้น ในกรณีที่คุณคนใกล้ชิดอันเป็นบุคคลซึ่งมีหน้าที่โดยเฉพาะเจาะจงในการดูแลเด็ก และบุคคลผู้มีอำนาจในองค์กรที่ทำงานเกี่ยวข้องกับเด็กซึ่งไม่ได้มีหน้าที่โดยเฉพาะเจาะจงในการดูแลเด็กนั้น หากในชั้นตอนที่เพียงแค่รับรู้ว่ามีความเสี่ยงที่เด็กอาจจะตกเป็นผู้เสียหายจากการกระทำความผิดของบุคคลอื่น แต่กลับละเลยเพิกเฉยไม่ดำเนินการใดๆให้เหมาะสมเพื่อให้ความเสี่ยงนั้นพ้นไปจากตัวเด็ก เช่นนี้บุคคลดังกล่าวไม่มีความรับผิดตามกฎหมายของประเทศไทย เนื่องจากแนวคิดในการพิจารณาความรับผิดตามกฎหมายของบุคคลเช่นว่านี้จะเกิดขึ้นเมื่อมีความเสียหายต่อเด็กแล้วเท่านั้น ชั้นแต่ที่เพียงแคร์รับรู้ถึงความเสี่ยงแต่ไม่ได้ดำเนินการอย่างใดจึงไม่มีความผิดทั้งตามประมวลกฎหมายอาญาและพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ.2546 แต่อย่างไรก็ตามในกรณีเช่นเดียวกันนี้กฎหมายของต่างประเทศได้มีการบัญญัติความรับผิดแก่บุคคลทั้งสองประเภทไว้โดยเฉพาะซึ่งไม่ใช่แค่การคุ้มครองเด็กจากความเสี่ยงอันเกิดจากการทอดทิ้งเด็กเพียงอย่างเดียวเหมือนมาตรา 306 และ307 ของประเทศไทยเท่านั้น แต่เป็นการคุ้มครองความเสี่ยงที่อาจจะเกิดการกระทำความผิดต่อเด็กโดยบุคคลอื่นด้วย โดยในกฎหมายต่างประเทศนั้นมีการบัญญัติหน้าที่และความรับผิดในกรณีรับรู้ความเสี่ยงและละเลยไว้โดยเฉพาะ แม้ว่าจะไม่มีผลอันเป็นความเสียหายเกิดขึ้นกับเด็กก็ตาม ซึ่งรายละเอียดจะได้กล่าวในบทต่อไป

บทที่ 4

มาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองและจัดการกับความเสียหายที่จะเกิดอันตรายแก่เด็กในต่างประเทศ

เมื่อได้ศึกษาถึงมาตรการทางกฎหมายของประเทศไทยจากบทที่ผ่านมาพบว่า นอกจากการทอดทิ้งเด็กตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 306 และ 307 แล้วนั้น ประเทศไทยยัง**ไม่มีแนวคิดทางกฎหมาย**ในการจัดการกับความเสียหายที่อาจเกิดอันตรายแก่เด็กในขั้นตอนที่เพิ่งแค่รับรู้ถึงความเสียหายกำหนดไว้โดยเฉพาะ กล่าวคือ ตามกฎหมายของประเทศไทยแล้วแม้บุคคลดังกล่าวจะรับรู้ถึงความเสียหายที่จะเกิดอันตรายขึ้นกับเด็ก แต่บทพร่องละเลยไม่ได้จัดการดำเนินการอย่างใดๆเพื่อเป็นการปกป้องเด็กให้เหมาะสมนั้น ก็ไม่มีความรับผิดชอบจากการละเมิดหน้าที่ในขั้นตอนนี้แต่อย่างใด การพิจารณาความรับผิดชอบของบุคคลที่เกี่ยวข้องในกรณีที่บทพร่องต่อการดูแลเด็กตามกฎหมายอาญาของประเทศไทยนั้น มักจะเกิดขึ้นเมื่อมีการกระทำความผิดเกิดขึ้นกับเด็กแล้ว ดังนั้นแล้วในขั้นตอนที่มีแค่ความเสียหายนั้น เมื่อไม่มีกฎหมายกำหนดหน้าที่ให้ต้องกระทำการอย่างใดๆ บุคคลที่เกี่ยวข้องกับการดูแลเด็กที่ไม่ได้ดำเนินการจัดการกับความเสียหายนั้นๆจึงไม่มีความรับผิดชอบนั่นเอง ในต่างประเทศนั้นปัญหาเรื่องการละเลยบทพร่องของบุคคลผู้ใกล้ชิดกับเด็กและบุคคลในองค์กรที่ทำงานเกี่ยวข้องกับเด็ก ต่อการจัดการความเสียหายที่จะเกิดอันตรายแก่เด็กก็มีปรากฏอยู่เช่นกัน ทั้งนี้ในบางประเทศก็ได้มีการกำหนดหน้าที่และความรับผิดชอบทางอาญาแก่บุคคลกลุ่มนี้ไว้โดยเฉพาะ เพื่อให้ต้องดำเนินการอย่างใดๆกับความเสียหายนั้น ดังนั้นแล้วเพื่อเป็นแนวทางในการแก้ไขข้อจำกัดของกฎหมายไทยให้มีความเหมาะสมยิ่งขึ้น จึงสมควรอย่างยิ่งที่จะนำมาตรการทางกฎหมายของต่างประเทศมาศึกษา

ทั้งนี้เนื่องด้วยวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ทำการศึกษาถึงความรับผิดชอบของบุคคลที่เกี่ยวข้องกับการดูแลเด็กสองประเภทดังที่ได้กล่าวไป ดังนั้นประเทศที่ศึกษาจึงสามารถแบ่งออกได้เป็นสองกลุ่ม กล่าวคือกลุ่มแรกจะเป็นการศึกษาในประเทศในเรื่องการกำหนดความรับผิดชอบทางอาญาแก่บุคคลผู้มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับเด็ก โดยจะศึกษาประเทศ อันได้แก่ ประเทศสหรัฐอเมริกา มลรัฐแคลิฟอร์เนีย และมลรัฐนิวยอร์ก และประเทศนิวซีแลนด์ เนื่องจากประเทศเหล่านี้ได้มีการบัญญัติถึงความรับผิดชอบของผู้ใกล้ชิดกับเด็กในกรณีบทพร่องต่อการปกป้องหรือคุ้มครองเด็กจากความเสียหายที่จะเกิดอันตราย แยกจากความรับผิดชอบของผู้ที่ทำความผิดต่อเด็กเป็นอีกฐานหนึ่งต่างหาก ส่วนกลุ่มที่สองจะเป็นการศึกษาในประเทศความรับผิดชอบทางอาญาของบุคคลในองค์กรที่ทำงานเกี่ยวข้องกับเด็กโดยจะศึกษาประเทศอันได้แก่ เครือรัฐออสเตรเลีย เฉพาะรัฐวิกตอเรีย และรัฐนิวเซาท์เวลส์ และประเทศนิวซีแลนด์ เนื่องจากประเทศเหล่านี้มีการกำหนดหน้าที่และความรับผิดชอบทางอาญาแก่บุคคลในองค์กรที่ทำงานเกี่ยวข้องกับเด็ก

ในกรณีบกร่องต่อการปกป้องหรือคุ้มครองเด็กจากความเสี่ยงที่จะเกิดอันตรายไว้โดยเฉพาะเช่นกัน โดยมีรายละเอียดดังจะกล่าวต่อไปนี้

4.1 การกำหนดความรับผิดชอบทางอาญาแก่บุคคลผู้ใกล้ชิดกับเด็ก กรณีบกร่องต่อการปกป้องหรือคุ้มครองเด็กจากความเสี่ยงที่จะเกิดอันตราย

บุคคลผู้ใกล้ชิดกับเด็ก อันได้แก่ พ่อแม่ ผู้ปกครองหรือผู้ดูแลเด็ก โดยหลักแล้วเป็นบุคคลที่มีหน้าที่โดยเฉพาะเจาะจงในการดูแลเด็ก¹ เช่นนี้จึงเป็นผู้ที่สามารถรับรู้ความเสี่ยงที่อาจเกิดอันตรายต่อเด็กได้ก่อนบุคคลอื่น² ดังนั้นจึงต้องมีหน้าที่ในการดำเนินการอย่างใด ๆ ให้เหมาะสมเพื่อปกป้องเด็กจากสถานการณ์ที่มีความเสี่ยงต่างๆ เพื่อให้เด็กได้รับความปลอดภัย³ การละเลยไม่กระทำการใดซึ่งมีผลให้เด็กตกอยู่ในสถานการณ์ที่มีความเสี่ยงต่อไปนั้นในกฎหมายต่างประเทศนั้นมีการกำหนดหน้าที่ความรับผิดชอบของบุคคลผู้ใกล้ชิดกับเด็กและมีเด็กอยู่ในความดูแลไว้โดยเฉพาะ กล่าวคือ ในขั้นตอนที่รับรู้ว่ามีเด็กมีความเสี่ยงที่อาจจะได้รับอันตรายหรือตกเป็นผู้เสียหายจากการกระทำความผิดของบุคคลอื่นนั้น มีการกำหนดหน้าที่ตามกฎหมายโดยเฉพาะเพื่อให้ต้องดำเนินการใด ๆ ให้เหมาะสมในสถานการณ์นั้นๆ อันเป็นขั้นตอนก่อนที่อาจเกิดการกระทำความผิดต่อเด็กขึ้น และหากบุคคลเช่นว่านั้นไม่ได้กระทำการดังกล่าวย่อมมีความรับผิดชอบตามกฎหมาย ดังนั้นแล้วต่อไปนี้จะเป็นการศึกษาถึงมาตรการทางกฎหมายของต่างประเทศที่มีเพื่อแก้ไขปัญหาการบกร่องละเลยไม่ดำเนินการจัดการกับความเสี่ยงที่อาจเกิดการกระทำความผิดต่อเด็กโดยบุคคลอื่นได้ โดยในหัวข้อนี้จะศึกษาประเทศอันได้แก่ ประเทศสหรัฐอเมริกา มลรัฐแคลิฟอร์เนีย มลรัฐนิวยอร์ก และประเทศนิวซีแลนด์ โดยมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

4.1.1 สหรัฐอเมริกา มลรัฐแคลิฟอร์เนีย (California)

กฎหมายเกี่ยวกับการกำหนดความรับผิดชอบทางอาญาแก่บุคคลผู้ใกล้ชิดกับเด็ก กรณีบกร่องต่อการปกป้องหรือคุ้มครองเด็กจากความเสี่ยงที่จะเกิดอันตรายของมลรัฐแคลิฟอร์เนียนั้นปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายอาญา แคลิฟอร์เนีย มาตรา 273(a) ความผิดฐานทำให้เด็กตกอยู่ในอันตราย (*child endangerment*) หรือเรียกอีกชื่อหนึ่งว่า *Failure To Protect Law*⁴ ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่มีขึ้นเพื่อคุ้มครองและปกป้องเด็กในหลายๆสถานการณ์ ดังนั้นแล้วจึงมีการกระทำหลาย

¹ Maggie Butzen, "A Parent's Final Sacrifice: Self-Incrimination in Failure to Protect Cases," *The John Marshall Law Review*: 385.

² Ibid.

³ Anne T. Johnson, "Criminal Liability for Parents Who Fail to Protect," *Law & Inequality: A Journal of Theory and Practice*: 376.

⁴ California Penal Code: Section 273a. Child Endangerment

ประการอันอาจเป็นความผิดตามมาตรา⁵ ได้แก่ 1) การกระทำโดยจงใจก่อให้เกิดความเจ็บปวดโดยไม่สมเหตุสมผลต่อร่างกายหรือจิตใจของเด็ก หรือ 2) การกระทำโดยจงใจทำให้เกิดหรืออนุญาตให้เกิดความทุกข์ทรมานโดยไม่สมเหตุสมผลต่อร่างกายหรือจิตใจของเด็ก หรือ 3) ในขณะที่ดูแลเด็กจงใจกระทำให้เกิดหรืออนุญาตให้เด็กได้รับบาดเจ็บไม่ว่าทางร่างกายหรือต่อสุขภาพของเด็ก หรือ 4) **ในขณะที่ดูแลเด็ก ได้จงใจทำให้เกิดหรืออนุญาตให้เด็กตกอยู่ภายใต้สถานการณ์ซึ่งตัวเด็กหรือสุขภาพของเด็กอาจตกอยู่ในความเสี่ยงที่จะเป็นอันตรายได้** อย่างไรก็ตามเนื่องด้วยวิธานิพนธ์ฉบับนี้ศึกษาถึงความรับผิดชอบของบุคคลใกล้ชิด ในกรณีที่ได้รับรู้ถึงความเสี่ยงที่เด็กอาจจะตกเป็นผู้เสียหายจากการกระทำความผิดของบุคคลอื่น แต่กลับบกพร่องละเลยไม่ดำเนินการอย่างเหมาะสมกับความเสี่ยงนั้นจะมีความรับผิดชอบตามกฎหมายไทยและต่างประเทศอย่างไร ดังนั้นแล้วในหัวข้อนี้ผู้เขียนจะขอศึกษาบทบัญญัติเฉพาะส่วนที่ 4 อันเป็นการกำหนดความรับผิดเมื่อไม่ได้มีการปกป้องคุ้มครองเด็กจากความเสี่ยงตามกฎหมายของแคลิฟอร์เนียเท่านั้น โดยมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

(1) ความเป็นมาของมาตรการทางกฎหมาย

มาตรา 273a นั้นตราขึ้นในปี ค.ศ.1905 ภายใต้ประมวลกฎหมายอาญาแคลิฟอร์เนีย ในหมวดว่าด้วยการทอดทิ้งเด็ก ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่มีเจตนารมณ์เพื่อคุ้มครองสวัสดิภาพและความปลอดภัยของเด็กโดยเฉพาะ จึงมีการกระทำหลายประการที่อาจจะเป็นความผิดตามมาตรานี้ได้ตั้งที่ได้กล่าวไปข้างต้น ทั้งนี้เนื่องจากปัญหาในการกระทำความผิดต่อเด็กมีแนวโน้มสูงมากขึ้นเรื่อยๆ ดังนั้นบทบัญญัตินี้จึงเป็นกฎหมายที่มีขึ้นเพื่อย้ำเตือนให้ผู้ที่มิได้ก้อยู่ในความดูแลในการที่จะต้องไม่ทำให้เด็กอยู่ในสถานการณ์ที่อาจส่งผลกระทบต่อร่างกาย หรือสุขภาพของเด็กโดยไม่สมเหตุสมผล โดยกำหนดภาระหน้าที่บางประการแก่ผู้ที่มีหน้าที่ดูแลเด็กนั้นคนนั้น และหากบุคคลดังกล่าวไม่สามารถดูแลเด็กได้อย่างเพียงพอ หรือไม่สามารถหลีกเลี่ยงสถานการณ์ที่ทำให้เด็กตกอยู่ในเป็นอันตรายโดยไม่จำเป็นได้ ถือว่าเป็นการกระทำความผิดซึ่งมีโทษทางอาญาตามกฎหมาย⁵

ทั้งนี้มาตรา 273a นั้นเป็นบทบัญญัติที่บังคับใช้ได้หลายสถานการณ์มากทั้งในกรณีที่มีเจตนากระทำผิดต่อตัวเด็กโดยตรงและกรณีที่แม้ไม่เจตนาก็ตาม⁶ กล่าวคือ โดยหลักแล้วบุคคลสามารถมีความรับผิดชอบตามกฎหมายนี้ได้หากบุคคลดังกล่าวจงใจทำร้ายเด็ก หรือ จงใจกระทำทำให้เด็กตกอยู่ในสถานการณ์ที่เป็นอันตรายต่อตัวเด็ก แต่อย่างไรก็ตามบุคคลใดๆก็อาจมีความรับผิดชอบภายใต้มาตรา 273a นี้ได้เช่นกันแม้ว่าบุคคลนั้นจะไม่ได้ตั้งใจที่จะให้เด็กตกอยู่ในสถานการณ์ที่เป็น

⁵ Jenny Brown, "California Penal Code's Child Neglect/Abandonment Statutes: Religious Freedom or Religious Persecution?," *Santa Clara Law Review* 25(1985): 617-621.

⁶ *People v. Burton*, 143 Cal.App.4th 447, 454 (Cal. Ct. App. 2006)

อันตรายก็ตาม⁷ แต่หากเป็นกรณีที่พวกเขาเหล่านั้นตระหนักได้ว่าเด็กอาจจะตกอยู่ในสถานการณ์ที่เป็นอันตรายแต่กลับละเลยไม่กระทำการใดๆให้เหมาะสมเพื่อให้เด็กปลอดภัยจากความเสี่ยงที่จะเป็นอันตรายนั้น บุคคลเช่นว่านั้นก็อาจมีความรับผิดตามมาตรา 273a ได้ ซึ่งภายใต้บทบัญญัติมาตรา 273a นี้เองการกระทำความผิดตามมาตรานี้เป็นสิ่งที่เรียกกันว่า "wobbler" กล่าวคือ เป็นการกระทำที่สามารถถูกตั้งข้อหาได้ทั้งกรณีเป็นความผิดทางอาญาร้ายแรง หรือความผิดทางอาญาไม่ร้ายแรงก็ได้ ซึ่งโดยโดยทั่วไปแล้วพนักงานอัยการจะตัดสินโดยพิจารณาจากข้อเท็จจริงและสถานการณ์แวดล้อมเหตุการณ์นั้นๆ⁸ ซึ่งมีบทลงโทษที่แตกต่างกันโดยมีรายละเอียดดังจะกล่าวต่อไป

(2) รายละเอียดมาตรการทางกฎหมาย

ประมวลกฎหมายอาญา แคลิฟอร์เนีย มาตรา 273(a) ความผิดฐานทำให้สวัสดิภาพของเด็กตกอยู่ในอันตราย ความว่า⁹

“ มาตรา 273a ความผิดฐานทำให้เด็กตกอยู่ในอันตราย

- (a) บุคคลใด ภายใต้สถานการณ์หรือเงื่อนไขที่มีแนวโน้มว่าจะก่อให้เกิดอันตรายร้ายแรงต่อร่างกายหรือความตายแก่เด็ก ในขณะที่มีเด็กอยู่ในความดูแลได้เจตนากระทำการใดๆ อันเป็นสาเหตุหรือ เป็นการอนุญาตให้เด็กตกอยู่ในสถานการณ์ที่น่าจะเป็นอันตรายต่อตัวเด็กหรือต่อสุขภาพของเด็ก มีโทษการจำคุกในเรือนจำของรัฐแคลิฟอร์เนียเป็นเวลาสองปี สี่ปี หรือหกปี หรือ ปรับไม่เกิน 10,000 ดอลลาร์ หรือทั้งจำทั้งปรับ
- (b) บุคคลใด ๆ ภายใต้สถานการณ์หรือเงื่อนไขอื่นนอกเหนือจากสถานการณ์อาจจะก่อให้เกิดอันตรายร้ายแรงต่อร่างกายหรือความตายแก่เด็กตาม (a) ในขณะที่มีเด็ก

CHULALONGKORN UNIVERSITY

⁷ Shouse Law Group, "Penal Code 273a Pc – California Child Endangerment Law," [Online] Accessed: 3 June 2020. Available from: <https://www.shouselaw.com/ca/defense/penal-code/273a/>

⁸ ibid.

⁹ California Penal Code: Section 273a. Child Endangerment

(a) Any person who, under circumstances or conditions likely to produce great bodily harm or death, ...willfully causes or permits that child to be placed in a situation where his or her person or health is endangered, shall be punished by imprisonment in a county jail not exceeding one year, or in the state prison for two, four, or six years.

(b) Any person who, under circumstances or conditions other than those likely to produce great bodily harm or death,... willfully causes or permits that child to be placed in a situation where his or her person or health may be endangered, is guilty of a misdemeanor.

อยู่ในความดูแลได้เจตนากระทำการใดๆ อันเป็นสาเหตุหรือ เป็นการอนุญาตให้เด็ก ตกอยู่ในสถานการณ์ที่น่าจะเป็นอันตรายต่อตัวเด็กหรือต่อสุขภาพของเด็ก เป็น ความผิดทางอาญาระดับไม่ร้ายแรง มีโทษจำคุกไม่เกิน 1 ปี หรือปรับไม่เกิน 1,000 ดอลลาร์ หรือทั้งจำทั้งปรับ”

จากบทบัญญัติในมาตรา 273a ความผิดฐานทำให้เด็กตกอยู่ในอันตรายนั้น เป็นการกำหนด หน้าที่ให้แก่บุคคลที่มีเด็กอยู่ในความดูแลโดยเฉพาะ ในการที่จะต้องกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งให้ เหมาะสมเพื่อป้องกันเด็กจากความเสี่ยงอันอาจเกิดอันตรายแก่เด็กที่รับรู้ได้ โดยเมื่อพิจารณาที่มาตรา ดังกล่าวแล้วมีรายละเอียดต่อไปนี้เป็นคือ

ตารางที่ 2 แสดงองค์ประกอบความผิด มาตรา 273a

ลำดับ	องค์ประกอบความผิด มาตรา 273a		
1.	องค์ประกอบ ภายนอก	ผู้กระทำ	บุคคลใดก็ตามที่มีเด็กอยู่ในความดูแล
		การกระทำ	<p>273a (a) ความผิดร้ายแรง</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. ในขณะที่มีเด็กอยู่ในความดูแล 2. เจตนา(willfully)กระทำการใดๆ อันเป็นสาเหตุ (caused) หรือ เป็นการอนุญาตให้(permitted) เด็ก ตกอยู่ในสถานการณ์ที่น่าจะเป็นอันตรายต่อตัวเด็ก หรือต่อสุขภาพของเด็ก และ 3. การกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำโดยประมาทในทาง อาญา(criminal negligence) และ 4. เด็กมีความเสี่ยงต่อการบาดเจ็บอย่างรุนแรง หรือ อาจถึงแก่ความตาย จากสถานการณ์นั้น <p>273a (b) ความผิดไม่ร้ายแรง</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. ในขณะที่มีเด็กอยู่ในความดูแล 2. เจตนา(willfully)กระทำการใดๆ อันเป็นสาเหตุ (caused) หรือ เป็นการอนุญาตให้(permitted) เด็ก ตกอยู่ในสถานการณ์ที่น่าจะเป็นอันตรายต่อตัวเด็ก หรือต่อสุขภาพของเด็ก และ

			3. การกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำโดยประมาทในทางอาญา(criminal negligence) และ 4. เด็ก ไม่มี ความเสี่ยงต่อการบาดเจ็บอย่างรุนแรง หรือ อาจถึงแก่ความตาย จากสถานการณ์นั้นๆ
		วัตถุแห่งการกระทำ	เด็ก (เด็ก หมายถึง บุคคลที่มีอายุต่ำกว่า 18ปี)
2.	องค์ประกอบภายใน	เจตนา(willfully)กระทำกรใดๆ อันเป็นสาเหตุ(caused) หรือ เป็นการอนุญาตให้(permitted) เด็กตกอยู่ในสถานการณ์ที่น่าจะเป็นอันตรายต่อตัวเด็ก หรือต่อสุขภาพของเด็ก *จงใจ(willfully) ไม่ได้หมายถึง ต้อง ตั้งใจ(intend)ที่จะทำให้เด็กตกอยู่ในความเสี่ยง เพียงแค่ได้กระทำการซึ่งสามารถทำให้เกิดสถานการณ์ที่มีความเสี่ยงได้ก็เพียงพอแล้ว	
		เจตนาพิเศษ	-
3.	บทลงโทษ	273a (a) ความผิดร้ายแรง โทษจำคุกสูงสุดไม่เกิน 2 ปี, 4ปี หรือ6ปี แล้วแต่กรณี หรือ ปรับไม่เกิน 10,000 ดอลลาร์ หรือทั้งจำทั้งปรับ	
		273a (b) ความผิดไม่ร้ายแรง โทษจำคุกไม่เกิน 1 ปี หรือ ปรับไม่เกิน 1,000 ดอลลาร์ หรือทั้งจำทั้งปรับ หรือใช้มาตรการคุมประพฤติ	

ประการที่ 1 บุคคลที่มุ่งคุ้มครองตามมาตรานี้

บทบัญญัติมาตรา 273a นั้นมุ่งคุ้มครองสวัสดิภาพของเด็ก ซึ่งหมายถึง บุคคลที่มีอายุต่ำกว่า 18ปีบริบูรณ์ ดังนั้นแล้วหากเป็นบุคคลที่มีอายุตั้งแต่ 18ปี หรือกว่านั้นขึ้นไป ก็ไม่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายนี้¹⁰

ประการที่ 2 บุคคลที่ต้องมีความรับผิดชอบตามมาตรานี้

บุคคลที่ต้องมีความรับผิดชอบตามมาตรานี้ นั้น หมายถึง บุคคลใดก็ตามที่มีเด็ก ซึ่งอายุต่ำกว่า 18ปี อยู่ในความดูแล¹¹ โดยไม่จำเป็นต้องเฉพาะพ่อแม่หรือคนในครอบครัวของเด็กแต่อย่างใด

¹⁰ Hon. Sandy R. Krieger and Chair, Judicial Council of California Criminal Jury Instructions: Calcrim 2017 (LexisNexis Matthew Bender Official Publisher, 2017), p. 538.

¹¹ California Penal Code: Section 273a. Child Endangerment

พิจารณาแล้วว่าคุณคลดังกล่าวมีเด็กอยู่ภายใต้การดูแลหรือไม่ก็เพียงพอแล้วที่จะต้องมีหน้าที่และความรับผิดชอบนี้

ประการที่ 3 องค์ประกอบความผิด

องค์ประกอบความผิดของมาตรา 273a นั้นมี สองส่วน ดังที่ได้กล่าวไปแล้วว่าเป็นความผิดที่มีลักษณะเป็น wobbler กล่าวคือ อาจจะเป็นได้ทั้งความผิดร้ายแรง(felony) และความผิดไม่ร้ายแรง(misdemeanor)¹² โดยสามารถแยกพิจารณาได้ดังนี้

1. กรณีเป็นความผิดร้ายแรง ตามมาตรา 273a (a) มีองค์ประกอบดังต่อไปนี้¹³

- (1) บุคคลใดก็ตาม ในขณะที่มีเด็กอยู่ในความดูแล
- (2) เจตนา(willfully)กระทำการใดๆ อันเป็นสาเหตุ(caused) หรือ เป็นการอนุญาตให้(permitted) เด็กตกอยู่ในสถานการณ์ที่น่าจะเป็นอันตรายต่อตัวเด็ก หรือต่อสุขภาพของเด็ก และ
- (3) การกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำโดยประมาทในทางอาญา(criminal negligence) และ
- (4) เด็กมีความเสี่ยงต่อการบาดเจ็บอย่างรุนแรง หรือ อาจถึงแก่ความตายได้จากสถานการณ์นั้นๆ

2. ส่วนกรณีเป็นความผิดไม่ร้ายแรงตามมาตรา 273a (b) มีองค์ประกอบ

ดังต่อไปนี้¹⁴

- (1) ในขณะที่มีเด็กอยู่ในความดูแล
- (2) เจตนา(willfully)กระทำการใดๆ อันเป็นสาเหตุ(caused) หรือ เป็นการอนุญาตให้(permitted) เด็กตกอยู่ในสถานการณ์ที่น่าจะเป็นอันตรายต่อตัวเด็ก หรือต่อสุขภาพของเด็ก และ
- (3) การกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำโดยประมาทในทางอาญา (criminal negligence) และ
- (4) เด็ก **ไม่มี** ความเสี่ยงต่อการบาดเจ็บอย่างรุนแรง หรือ อาจถึงแก่ความตาย จากสถานการณ์นั้นๆ

จากองค์ประกอบความผิดข้างต้น มีข้อพิจารณาดังต่อไปนี้

ข้อพิจารณาที่ 1 การกระทำโดยเจตนา นั้นหมายความว่าอย่างไร

¹² Shouse Law Group, "Penal Code 273a Pc – California Child Endangerment Law."

¹³ California Penal Code: Section 273a. (a)

¹⁴ California Penal Code: Section 273a. (b)

กระทำโดยเจตนา หรือ Willfully นั้นหมายถึง การกระทำตามที่ตั้งใจไว้ แต่อย่างไรก็ตามไม่จำเป็นต้องเป็นการกระทำโดยจงใจ (intend) ที่จะทำให้เกิดตกอยู่ในสถานการณ์ที่มีความเสี่ยงต่อการบาดเจ็บอย่างรุนแรง หรืออาจถึงแก่ความตาย เพียงแค่ได้กระทำการซึ่งสามารถทำให้เกิดสถานการณ์ที่มีความเสี่ยงเช่นว่านั้นได้ก็เพียงพอแล้ว¹⁵ ซึ่งศาลสูงของแคลิฟอร์เนียได้วางหลักมาตลอดว่าการที่บุคคลรู้หรือตระหนักได้ว่าเด็กตกอยู่ในสถานการณ์ที่มีความเสี่ยงที่จะเกิดอันตรายแล้ว แต่กลับละเลยปล่อยให้เด็กยังคงอยู่ในสถานการณ์เช่นว่านั้นต่อไป เช่นนี้ ถือเป็นกรณีที่กระทำโดยอนุญาตให้เด็กตกอยู่ในสถานการณ์ที่น่าจะเป็นอันตรายต่อตัวเด็กหรือต่อสุขภาพของเด็กซึ่งเป็นการผิดตามมาตรฐานนั่นเอง¹⁶ ยกตัวอย่างเช่น

คดีเอวา วอลเดซ¹⁷ ซึ่งเป็นคดีที่ศาลสูงของแคลิฟอร์เนีย (Supreme Court of California) กลับคำพิพากษาของศาลอุทธรณ์ โดยตัดสินว่า กระทำโดยเจตนา หรือ Willfully นั้นหมายถึง การกระทำตามที่ตั้งใจไว้ แต่อย่างไรก็ตามไม่จำเป็นต้องเป็นการกระทำโดยจงใจ (intend) ที่จะทำให้เกิดตกอยู่ในสถานการณ์ที่มีความเสี่ยง เพียงแค่ได้กระทำการซึ่งสามารถ(could have)ทำให้เกิดสถานการณ์ที่มีความเสี่ยงเช่นว่านั้นได้ก็เพียงพอแล้ว โดยมีข้อเท็จจริงดังนี้คือ **เอวา วอลเดซ** (จำเลย)มีลูกชายวัยสองขวบจากความสัมพันธ์กับสามีคนเก่า จำเลยนั้นมีคนรักใหม่ชื่อนาย**ไฮรัม**ซึ่งเพิ่งย้ายมาอาศัยอยู่ด้วยกัน จากข้อเท็จจริงปรากฏว่าเอวาสังเกตเห็นได้ว่าเมื่อเธอปล่อยลูกชายวัย 2 ขวบให้นายไฮรัมช่วยดูแล ก็มีอุบัติเหตุเกิดขึ้นกับเด็กชายบ่อยครั้งเช่น บาดแผลไฟไหม้ หรือแขนหัก เธอจึงต้องพาลูกไปโรงพยาบาลหลายครั้งซึ่งทุกครั้งนายไฮรัมก็อ้างว่าเป็นอุบัติเหตุ ถึงกระนั้นจำเลยยังคงฝากลูกชายของเธอให้อยู่ในความดูแลของไฮรัมเรื่อยมา จนท้ายที่สุดในวันหนึ่งนายไฮรัมทำร้ายร่างกายเด็กอย่างแรงจนเด็กเสียชีวิต ศาลพิพากษาให้นายไฮรัมมีความผิดฐานทำร้ายร่างกายผู้อื่นถึงแก่ความตายตามมาตรา 273ab (a) ส่วนจำเลย(เอวา)นั้นศาลพิพากษาว่ามีความผิดตามมาตรา 273a (a) ในความผิดฐานทำให้เด็กตกเป็นอันตราย เนื่องจากศาลพิจารณาได้ว่าการที่จำเลยพาลูกของเธอไปโรงพยาบาลอยู่หลายครั้งนั้น แสดงให้เห็นว่าเอวาเริ่มรับรู้และ **ตระหนักได้แล้วว่าเด็กชายมีความเสี่ยงต่อการบาดเจ็บอย่างรุนแรงและมีความเสี่ยงต่อการเสียชีวิตได้จากการที่อยู่ในความดูแลของนายไฮรัม** แต่จำเลยกลับเต็มใจที่จะปล่อยให้นายไฮรัมดูแลเด็กต่อไป **แม้จำเลยจะไม่ได้มีเจตนาต้องการให้เกิดอันตรายต่อเด็ก** แต่อย่างไรก็ตามการที่จำเลยได้ละเลยโดยปล่อยให้นายไฮรัมผู้ซึ่งมีนิสัยชอบความรุนแรงของเธอดูแล จึงถือเป็นกรณีที่จำเลยเจตนา(willfully)กระทำการใดๆอันเป็นการอนุญาตให้(permitted) เด็กตกอยู่ในสถานการณ์ที่น่าจะเป็นอันตรายต่อตัวเด็กหรือต่อสุขภาพ

¹⁵ People v. Valdez (2002) 27 Cal.4th 778.

¹⁶ Ibid.

¹⁷ Ibid.

ของเด็ก และเมื่อเด็กมีความเสี่ยงต่อการบาดเจ็บอย่างรุนแรง หรือ อาจถึงแก่ความตายได้จากสถานการณ์นั้นๆ กรณีจึงเป็นความผิดร้ายแรง ตามมาตรา 273a (a) พิพากษาลงโทษจำคุก 2 ปี¹⁸

ข้อพิจารณาที่ 2 ต้องเป็นการกระทำโดยประมาทในทางอาญา (criminal negligence)

การกระทำโดยประมาทในทางอาญา (criminal negligence) นั้น เป็นการกระทำที่มากกว่าความประมาทเลินเล่อโดยทั่วไป หรือความไม่ตั้งใจ หรือความผิดพลาดในการตัดสินใจ ทั้งนี้บุคคลกระทำโดยประมาททางอาญาก็ต่อเมื่อ

1. เป็นการกระทำที่ขาดความระมัดระวังอย่างร้ายแรง เกินกว่าวิสัยของวิญญูชนที่จะต้องกระทำในสถานการณ์นั้นๆ

2. การกระทำของบุคคลนั้นเป็นการเพิกเฉยต่อชีวิตมนุษย์ หรือ ไม่ใยดีต่อผลลัพธ์จากการกระทำของตน และ

3. เป็นการกระทำที่วิญญูชนที่อยู่ในสถานการณ์เดียวกันนั้น สามารถคาดหมายได้ว่า อาจจะทำให้เกิดอันตรายได้¹⁹

ดังนั้นแล้ว หากการกระทำเป็นผลมาจากความประมาทเลินเล่อธรรมดา หรือความไม่ตั้งใจ หรือความผิดพลาดในการตัดสินใจ การกระทำนั้นไม่ใช่ความประมาททางอาญากล่าวคือ หากการกระทำที่เจตนาทำลงไปนั้น เมื่อพิจารณาในฐานะของวิญญูชนที่อยู่ในวิสัยและพฤติการณ์เดียวกันแล้วไม่สามารถคาดเห็นได้ว่าเป็นการกระทำที่อาจจะทำให้เด็กตกอยู่ในความเสี่ยงที่จะเป็นอันตรายได้ ก็ไม่เป็นความผิดตามมาตรา 273a (a) หรือ (b)นั่นเอง²⁰ ซึ่งจากกรณีของคดีเอวาที่ได้ยกตัวอย่างไป การที่เอวาต้องพาลูกชายไปโรงพยาบาลบ่อยครั้งนั้น ศาลพิจารณาแล้วเห็นว่าเป็นกรณีที่วิญญูชนทั่วไปสามารถคาดเห็นได้แล้วว่าเด็กชายมีความเสี่ยงในการที่จะตกอยู่ในอันตราย แต่เอวายังคงละเลยปล่อยให้นายโฮรมดูแลต่อ เช่นนี้จึงเป็นกรณีที่เอวาได้กระทำโดยประมาททางอาญาล้วนนั่นเอง²¹

ประการที่ 4 ขอบเขตของความเสี่ยงที่มุ่งคุ้มครอง

ขอบเขตของความเสี่ยงที่มุ่งคุ้มครองตามมาตรานี้ คือ ความเสี่ยงที่เด็กอาจจะเป็นอันตรายได้ไม่ว่ารูปแบบใด กล่าวคือ หากมีโอกาสที่เด็กจะเป็นอันตรายจากสถานการณ์นั้นๆ ก็อาจเป็นความผิดตามมาตรานี้ได้แล้ว²² อย่างไรก็ตามหากข้อเท็จจริงพบว่าเด็กมีความเสี่ยงต่อการบาดเจ็บ

¹⁸ Ibid.

¹⁹ Hon. Sandy R. Kriegler and Chair, Judicial Council of California Criminal Jury Instructions: Calcrim 2017, p. 538.

²⁰ People v. Penny (***) 44 Cal. 2d 861.

²¹ People v. Valdez (2002) 27 Cal.4th 778.

²² Hon. Sandy R. Kriegler and Chair, Judicial Council of California Criminal Jury Instructions: Calcrim 2017, p. 538.

อย่างรุนแรง หรือ อาจถึงแก่ความตายได้จากสถานการณ์นั้นๆ เช่นนี้ก็จะเป็นกรณีที่เป็นความผิดร้ายแรง ตามมาตรา 273a (a) แต่หากว่าในสถานการณ์นั้นเด็กอาจจะเป็นอันตรายได้ แต่เด็กไม่มีความเสี่ยงในการที่จะบาดเจ็บอย่างรุนแรงหรือถึงแก่ความตาย กรณีจึงเป็นเพียงความผิดไม่ร้ายแรง ตามมาตรา 273a (b) เท่านั้น

ซึ่งคำว่า“การบาดเจ็บต่อร่างกายอย่างรุนแรง” หรือ “Great bodily injury”เป็นคำที่ใช้มากในกฎหมายอาญาของแคลิฟอร์เนีย แต่ทั้งนี้ไม่ได้มีคำนิยามที่ความเฉพาะเจาะจงสำหรับคำดังกล่าวกำหนดไว้ ดังนั้นจึงต้องพิจารณาจากหลายๆปัจจัยเป็นกรณีๆไป²³ กล่าวคือ 1) การบาดเจ็บทางร่างกายอย่างรุนแรงนั้นต้องเป็นการบาดเจ็บที่อาจเกิดขึ้นได้กับร่างกายตั้งนั้นแล้วสิ่งใดก็ตามที่ก่อให้เกิดการบาดเจ็บทางจิตใจหรืออารมณ์นั้นไม่ใช่ความหมายของคำนี้ และ 2) ต้องเป็นการบาดเจ็บอย่างรุนแรง หรือ อย่างมาก เช่น กระดูกหัก การฉีกขาดที่ต้องมีการเย็บแผล เช่นนี้เป็นกรณีที่ศาลของแคลิฟอร์เนียในหลายๆคดีถือว่าเป็นการบาดเจ็บอย่างรุนแรงแล้ว โดยศาลจะพิจารณาถึงความรุนแรงของการบาดเจ็บ (เช่น เป็นรอยขีดข่วนใหญ่หรือเล็ก) ระดับความเจ็บปวดที่เกิดจากการบาดเจ็บ และการบาดเจ็บนั้นจำเป็นต้องได้รับการดูแลทางการแพทย์หรือไม่และระดับใด ดังนั้นการบาดเจ็บเพียงเล็กน้อยหรือแม้กระทั่งในระดับปานกลางนั้น ไม่นับว่าเป็นการบาดเจ็บที่รุนแรงต่อร่างกาย²⁴

อย่างไรก็ตามความผิดตามมาตรา 273a (a) อันเป็นความผิดร้ายแรงนั้น ไม่จำเป็นต้องมีผลลัพธ์ในท้ายที่สุด คือ การบาดเจ็บอย่างรุนแรง หรือ ความตาย เกิดขึ้นแก่เด็กจริงๆ²⁵ เนื่องด้วยองค์ประกอบของความผิดตามมาตรานี้ คือกระทำการใดๆอันส่งผลให้เด็กตกอยู่ในสถานการณ์ที่น่าจะเป็นอันตรายต่อตัวเด็กหรือต่อสุขภาพของเด็ก ดังนั้นแล้วเพียงแค่ว่าในสถานการณ์นั้นๆสามารถพิจารณาได้ว่ามีความเป็นไปได้สูงที่จะเกิดผลลัพธ์เช่นนั้นได้ก็เพียงพอแล้ว²⁶ ส่วนกรณีความผิดตามมาตรา 273a (b) ก็ไม่จำเป็นต้องมีผลลัพธ์เกิดขึ้นเช่นเดียวกัน เพียงแค่เด็กตกอยู่ในสถานการณ์ที่มีความเสี่ยงที่จะเกิดอันตรายได้ก็เพียงพอแล้ว เนื่องจากกฎหมายนี้มีขึ้นเพื่อจุดมุ่งหมายในการคุ้มครองเด็กจากความเสี่ยงในขั้นตอนก่อนที่จะเกิดอันตรายนั่นเองเพื่อให้บุคคลที่มีเด็กอยู่ในความดูแลนั้นต้องกระทำการอย่างใดๆให้เหมาะสมต่อสถานการณ์อันเป็นการตอบสนองต่อความเสี่ยงเช่นนั้น

²³ Shouse Law Group, "Penal Code 273a Pc – California Child Endangerment Law."

²⁴ John d rogers law, "Child Endangerment : California Penal Code 273a," [Online]. Available from: <https://johndrogerslaw.com/practice-areas/domestic-violence/p-c-273-child-endangerment/>

²⁵ People v. Jaramillo (1979) 98 Cal.App.3d 830

²⁶ Hon. Sandy R. Kriegler and Chair, Judicial Council of California Criminal Jury Instructions: Calcrim 2017, pp. 530-531.

ยกตัวอย่างเช่น **คดีเบอร์ตัน**²⁷ นายเบอร์ตันซึ่งเป็นจำเลยในคดีนี้ได้ทำร้ายภรรยาของเขาต่อหน้าลูกชายอายุ 8 ปี โดยจำเลยได้ใช้มีดฟันไปที่หน้าของภรรยาเป็นบาดแผลใหญ่ จากข้อเท็จจริงพบว่าแม้จำเลยจะไม่ได้ตั้งใจจะทำร้ายลูกชายของจำเลย และเด็กชายนั้นไม่ได้รับบาดเจ็บใดๆ แต่อย่างไรก็ตามการที่จำเลยลงมือกระทำการอันเป็นการทำร้ายร่างกายภรรยาอย่างรุนแรง ต่อหน้าเด็กชายซึ่งตะโกนร้องขอให้ช่วย เช่นนี้เป็นกรณีที่จำเลยกระทำการใดๆ ซึ่งวิญญูชนที่อยู่ในวิสัยและภาวะเช่นนั้นสามารถคาดหมายได้ว่าเป็นการกระทำอันส่งผลให้เด็กตกอยู่ในสถานการณ์ที่น่าจะเป็นอันตรายต่อตัวเด็กหรือต่อสุขภาพของเด็กแล้ว เมื่อไม่ปรากฏว่าเด็กมีความเสี่ยงในการที่จะบาดเจ็บอย่างรุนแรง หรืออาจถึงแก่ความตายจากการกระทำของจำเลย กรณีจึงเป็นเพียงความผิดไม่ร้ายแรงตาม มาตรา 273a (b) แม้เด็กไม่ได้รับบาดเจ็บใดๆเลยก็ตาม²⁸

ประการที่ 5 โทษ

ทั้งนี้แม้องค์ประกอบของความผิดระหว่างมาตรา 273a (a) และ 273a (b) นั้น มีองค์ประกอบที่เหมือนกัน อย่างไรก็ตามมีความแตกต่างกันอย่างสำคัญ กล่าวคือ ภายใต้สถานการณ์ที่น่าจะเป็นอันตรายต่อตัวเด็กหรือต่อสุขภาพของเด็กนั้น เด็กมีความเสี่ยงต่อการบาดเจ็บอย่างรุนแรง หรือ อาจถึงแก่ความตายได้จากสถานการณ์นั้นๆหรือไม่ ถ้ามีความเสี่ยงเช่นนั้นก็เป็นความผิดร้ายแรงตาม (a) นั้นเอง²⁹ กรณีเป็นความผิดมาตรา 273a (a) อันเป็นความผิดร้ายแรง (felony) นั้น มีโทษจำคุกสูงสุดไม่เกิน 2ปี 4ปี หรือ6ปี แล้วแต่กรณีศาลเห็นสมควร หรือ ปรับไม่เกิน 10,000 ดอลลาร์ หรือทั้งจำทั้งปรับ หรือศาลอาจใช้มาตรการคุมประพฤติร่วมด้วยก็ได้

ส่วนกรณีตามมาตรา 273a (b) ความผิดไม่ร้ายแรง (misdemeanor) โทษจำคุกไม่เกิน 1 ปีหรือ ปรับไม่เกิน 1,000 ดอลลาร์ หรือทั้งจำทั้งปรับ หรือใช้มาตรการคุมประพฤติ ตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 273a (c) อันมีระยะเวลาขั้นต่ำ 48 เดือนก็ได้ เพื่อปกป้องเด็กจากสถานการณ์ที่อาจเกิดความรุนแรงในอนาคตได้ เช่น ศาลอาจมีคำสั่งที่ห้ามไม่ให้จำเลยติดต่อกับเด็ก, คำสั่งดื้อยาเสพติดและแอลกอฮอล์ตลอดระยะเวลาของการคุมประพฤติ หรือคำสั่งให้ไปบำบัดรักษาหรือเข้ารับการอบรมในเรื่องการเลี้ยงดูเด็กอย่างเหมาะสมเป็นต้น³⁰

²⁷ People v. Burton, 143 Cal.App.4th 447, 454-55 (Cal. Ct. App. 2006)

²⁸ People v. Burton, 143 Cal.App.4th 447, 454-55 (Cal. Ct. App. 2006)

²⁹ “People v. Sargent (1999) 19 Cal” People v. Burton, 143 Cal.App.4th 447, 454 (Cal. Ct. App. 2006)

³⁰ **Section 273a:(c)** *If a person is convicted of violating this section and probation is granted, the court shall require the following minimum conditions of probation:*

(1) *A mandatory minimum period of probation of 48 months.*

(2) *A criminal court protective order protecting the victim from further acts of violence or threats, and, if appropriate, residence exclusion or stay-away conditions.*

เมื่อพิเคราะห์มาตรา 273a ของกฎหมายแคลิฟอร์เนียแล้วจะเห็นได้ว่าเป็นการกำหนดหน้าที่ความรับผิดชอบตามกฎหมายสำหรับบุคคลที่มีเด็กอยู่ในความดูแลโดยเฉพาะ ไม่ว่าจะเป็นผู้ปกครองใดก็ตาม ให้ต้องมีหน้าที่กระทำการใดๆ เพื่อปกป้องเด็กและหลีกเลี่ยงสถานการณ์ที่มีความเสี่ยงที่จะทำให้เด็กตกอยู่ในอันตราย โดยจากบทบัญญัติดังกล่าวจะเห็นได้ว่าแม้กรณีจะไม่มีผลลัพธ์ซึ่งเป็นอันตรายเกิดขึ้นกับเด็กก็ตาม แต่หากบุคคลที่ต้องดูแลเด็กนั้นละเลยไม่กระทำการใดๆ ให้เหมาะสมต่อสถานการณ์ซึ่งวิญญูชนสามารถคาดเดาได้ว่ามีความเป็นไปได้ที่เด็กจะตกอยู่ในอันตรายก็เป็นความผิดได้³¹ เนื่องด้วยแนวคิดในการกำหนดกฎหมายดังกล่าวนี้มีขึ้นเพื่อประสงค์จะปกป้องคุ้มครองเด็กให้รอดพ้นจากสถานการณ์ที่น่าจะเป็นอันตรายต่อตัวเด็กก่อนจะเกิดสถานการณ์เช่นนั้นขึ้นจริงๆ นั้นเอง³² เมื่อมีหน้าที่ดูแลเด็กแต่ไม่กระทำตามหน้าที่ที่เหมาะสมก็มีความผิดตามมาตรานี้ได้แม้จะไม่มีผลลัพธ์อันได้แก่อันตรายต่อเด็กเกิดขึ้นก็ตาม

4.1.2 สหรัฐอเมริกา มลรัฐนิวยอร์ก

นอกเหนือจากสหรัฐอเมริกา มลรัฐแคลิฟอร์เนียแล้ว อีกมลรัฐหนึ่งที่มีกฎหมายในลักษณะคล้ายกันนี้ คือ มลรัฐนิวยอร์ก โดยปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายอาญานิวยอร์ก มาตรา 260.10 ในความผิดฐานทำให้เด็กตกอยู่ในอันตราย³³ ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่มีขึ้นมาเพื่อคุ้มครองสวัสดิภาพของเด็กจากสถานการณ์ที่น่าจะเป็นอันตรายต่างๆ ดังนั้นแล้วจึงมีการกระทำหลายประการที่เป็นความผิดตามมาตรา นี้ กล่าวคือ 1) **จงใจกระทำในลักษณะที่น่าจะเป็นอันตรายต่อสวัสดิภาพทางร่างกาย จิตใจ หรือศีลธรรมของเด็กอายุต่ำกว่าสิบเจ็ดปี** หรือ 2) **สั่งหรืออนุญาตให้เด็กคนนั้น** ประกอบอาชีพที่มีความเสี่ยงอย่างมากในการที่จะเกิดอันตรายต่อร่างกาย ชีวิตหรือสุขภาพของเด็ก หรือ 3) **ในฐานะที่เป็นพ่อแม่ ผู้ปกครองหรือบุคคลอื่นที่มีหน้าที่ดูแลเด็กตามกฎหมายซึ่งมีเด็กอายุต่ำกว่า 18 ปีอยู่ในความดูแล ได้ล้มเหลว หรือ ไม่ได้ใช้ความรอบคอบตามสมควร** ในการควบคุมเด็กดังกล่าวเพื่อป้องกันไม่ให้เด็กนั้นกลายเป็นผู้ที่ ถูกทารุณกรรม ,เด็กที่ถูกทอดทิ้ง หรือ เป็นผู้กระทำความผิดนั้นเอง อย่างไรก็ตามเนื่องด้วยวิธานพันธบัตรนี้ศึกษาถึงความรับผิดชอบของบุคคลใกล้ชิด ในกรณีที่ได้รับรู้ถึงความเสี่ยงที่เด็กอาจจะตกเป็นผู้เสียหายจากการกระทำความผิดของบุคคลอื่น แต่กลับบกพร่องละเลยไม่ดำเนินการอย่างเหมาะสมกับความเสี่ยงนั้นจะมีความรับผิดชอบตามกฎหมายไทยและต่างประเทศอย่างไร ดังนั้นแล้วในหัวข้อนี้ผู้เขียนจะขอศึกษาบทบัญญัติในการกระทำเฉพาะส่วนที่1) และ3) อันเกี่ยวข้องกับปกป้องคุ้มครองเด็กจากความเสี่ยงเท่านั้นซึ่งมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

³¹ Hon. Sandy R. Kriegler and Chair, Judicial Council of California Criminal Jury Instructions: Calcrim 2017, pp. 530-531.

³² Jenny Brown, "California Penal Code's Child Neglect/Abandonment Statutes: Religious Freedom or Religious Persecution?," Santa Clara Law Review 617-621.

³³ New York Penal Code: Section 260.10 Endangering the welfare of a child

(1) ความเป็นมาของมาตรการทางกฎหมาย

บทบัญญัติ มาตรา 260.10 นั้นมีผลบังคับใช้มาตั้งแต่ปี ค.ศ.1991 ภายใต้ประมวลกฎหมายอาญานิวเจอร์ก ในหมวดความผิดที่เกี่ยวข้องกับเด็ก,บุคคลไร้ความสามารถและผู้ใหญ่ที่มีความบกพร่องอ่อนแอ ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่มีเจตนารมณ์เพื่อคุ้มครองสวัสดิภาพและความปลอดภัยของเด็กโดยเฉพาะ จึงมีการกระทำหลายประการที่อาจจะเป็นความผิดตามมาตรานี้ได้ดังที่ได้กล่าวไปข้างต้น ทั้งนี้กฎหมายนี้ตราขึ้นเพื่อตอบสนองต่อสถานการณ์ที่เด็กเสียชีวิต หรือได้รับบาดเจ็บใดๆจากการกระทำของบุคคลอื่นหรือการละเลยไม่ดูแลของบุคคลผู้มีหน้าที่ต้องดูแลเด็กตามกฎหมาย³⁴ ดังนั้นแล้วเนื่องจากการดูแลที่ไม่เหมาะสมของบุคคลดังกล่าวและการกระทำของบุคคลอื่นที่กระทำต่อเด็กโดยขาดความระมัดระวัง รัฐจึงต้องเข้ามาแทรกแซงโดยกำหนดหน้าที่และความรับผิดชอบในการดูแลสวัสดิภาพของเด็กโดยเฉพาะเพื่อเป็นการคุ้มครองมิให้เกิดอาชญากรรมต่อเด็กในอนาคตตนเอง³⁵ ทั้งนี้บทบัญญัติในมาตรา 260.10 นั้นสามารถบังคับใช้ได้ทั้งกรณีที่มีการกระทำต่อตัวเด็กมีอายุต่ำกว่า 17 ปี ทั้งที่เจตนาและไม่เจตนาให้เด็กได้รับอันตราย และในกรณีที่บุคคลผู้มีหน้าที่ดูแลเด็กอายุต่ำกว่า 18 ปี ตามกฎหมายต้องรับผิดชอบเนื่องจากไม่ได้ใช้ความระมัดระวังอันสมเหตุสมผลในการปกป้องเด็กนั้นด้วย และในการดำเนินความผิดตามมาตราดังกล่าวนี้ไม่จำเป็นต้องมีอันตรายเกิดขึ้นกับเด็กจริงๆเพียงแค่ว่าพิสูจน์ถึงความน่าจะเป็นที่สามารถเป็นไปได้ก็เพียงพอแล้ว เนื่องจากเป็นกฎหมายที่มีแนวคิดในการคุ้มครองเด็กก่อนที่จะเกิดอันตรายจริงๆนั่นเอง³⁶ โดยมีรายละเอียดดังจะกล่าวต่อไป

(2) รายละเอียดมาตรการทางกฎหมาย

ประมวลกฎหมายอาญานิวเจอร์ก มาตรา 260.10 ในความผิดฐานทำให้เด็กตกอยู่ในอันตราย (Endangering the welfare of a child) นั้นความว่า³⁷

³⁴ Alison B. Vreeland, "The Criminalization of Child Welfare in New York City: Sparing the Child or Spoiling the Family?," *Fordham Urban Law Journal* 27(2000): 1053-1054.

³⁵ Ibid.

³⁶ Ibid, 1067-1068.

³⁷ **New York Penal Code: Section 260.10 Endangering the welfare of a child:** *A person is guilty of endangering the welfare of a child when:*

- (1) *He or she knowingly acts in a manner likely to be injurious to the physical, mental or moral welfare of a child less than seventeen years old....or*
- (2) *2. Being a parent, guardian or other person legally charged with the care or custody of a child less than eighteen years old, he or she fails or refuses to exercise reasonable diligence in the control of such child to prevent him or her from becoming an "abused child,"...*

Endangering the welfare of a child is a class A misdemeanor.

“มาตรา 260.10 ในความผิดฐานทำให้เด็กตกอยู่ในอันตราย

1. บุคคลใดจงใจกระทำการในลักษณะที่น่าจะเป็นอันตรายต่อสวัสดิภาพทางร่างกาย จิตใจหรือศีลธรรมของเด็ก ซึ่งมียุ่ต่ำกว่า17ปี หรือ
2. ในฐานะที่เป็นพ่อแม่ ผู้ปกครอง หรือบุคคลอื่นที่มีหน้าที่ตามกฎหมายในการดูแลเด็ก นั้น บกพร่องหรือไม่ได้ใช้ความรอบคอบตามสมควรในการควบคุมดูแลเด็กซึ่งมียุ่ ต่ำกว่า 18ปี เพื่อป้องกันไม่ให้เด็กนั้นกลายเป็นเด็กที่ถูกทารุณกรรม

เป็นอันตรายต่อสวัสดิภาพของเด็กถือเป็นการผิดทางอาญาระดับ A”

จากบทบัญญัติในมาตรา 260.10 ความผิดฐานทำให้สวัสดิภาพของเด็กตกอยู่ใน อันตรายนั้น เป็นการกำหนดหน้าที่ให้แก่บุคคลทั่วไปและบุคคลที่มีหน้าที่ในการดูแลเด็กโดยเฉพาะ ใน การที่จะต้องกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งให้เหมาะสมเพื่อป้องกันเด็กจากความเสี่งอันอาจเกิด อันตรายแก่เด็กที่รับรู้ได้ โดยเมื่อพิจารณาที่มาตราดังกล่าวแล้วมีรายละเอียดต่อไปนี้คือ

ตารางที่ 3 แสดงองค์ประกอบความผิด มาตรา 260.10

ลำดับ	องค์ประกอบความผิด มาตรา 260.10		
1.	องค์ประกอบ ภายนอก	ผู้กระทำ	260.10 (1) คือ บุคคลใดก็ตาม
		การกระทำ	260.10 (1) 1. บุคคลใดก็ตาม 2. จงใจกระทำการใดๆ ในลักษณะที่น่าจะเป็นอันตรายต่อ สวัสดิภาพทางร่างกายจิตใจหรือศีลธรรมของเด็ก ซึ่งอายุต่ำ กว่า17ปี
	วัตถุแห่งการ กระทำ	260.10 (1) เด็ก ที่มีอายุ ต่ำกว่า17ปี	
2.	องค์ประกอบ ภายใน	มาตรา 260.10 ข้อ 1 เป็นกระทำการโดยรู้(knowingly)ว่าการกระทำนั้น น่าจะเป็นอันตรายต่อสวัสดิภาพทางร่างกาย จิตใจ หรือศีลธรรมของเด็ก	
		เจตนาพิเศษ	-

3.	บทลงโทษ	260.10 (1) เป็นความผิดไม่ร้ายแรงระดับ A มีโทษจำคุกไม่เกิน 1 ปี
----	---------	---

ประการที่ 1 บุคคลที่มุ่งคุ้มครองตามมาตรานี้

จากบทบัญญัติข้างต้นจะเห็นได้ว่าเด็กที่ถูกคุ้มครองตามกฎหมายนี้มีอยู่ 2 ประเภท กล่าวคือ ตามมาตรา 260.10 ข้อ 1 นั้น เด็กที่ต้องได้รับการคุ้มครองจากสถานการณ์ที่น่าจะเป็นอันตราย คือ บุคคลที่มีอายุต่ำกว่า 17 ปี³⁸ ส่วนในข้อ 2 นั้นเด็กที่ต้องได้รับการควบคุมระมัดระวังตามสมควรเพื่อไม่ให้ตกเป็นผู้เสียหายในการกระทำความผิดทารุณกรรมเด็ก คือ บุคคลที่อายุต่ำกว่า 18 ปี³⁹นั่นเอง

ประการที่ 2 บุคคลที่ต้องมีความรับผิดชอบภายใต้มาตรานี้

บุคคลที่ต้องรับผิดชอบตามมาตรา 260.10 นั้น แบ่งออกเป็นบุคคลสองประเภท กล่าวคือ 1) คือบุคคลใดก็ตามที่ได้กระทำการในลักษณะที่น่าจะเป็นอันตรายต่อเด็ก ไม่จำกัดว่าเป็นบุคคลใด ไม่จำกัดว่าจะมีเด็กอยู่ในความดูแลหรือไม่ หากมีการกระทำเช่นนั้นก็อาจต้องรับผิดชอบภายใต้มาตรานี้แล้วเป็นการรับผิดชอบเพราะการกระทำของตนเอง ส่วน 2) คือบุคคลผู้มีฐานะเป็นพ่อแม่ ผู้ปกครอง หรือผู้มีหน้าที่ดูแลเด็กตามกฎหมายต้องรับผิดชอบหากไม่ได้ใช้ความระมัดระวังหรือความรอบคอบตามสมควรเพื่อป้องกันไม่ให้เด็กนั้นกลายเป็นถูกทารุณกรรม เป็นการรับผิดชอบเนื่องจากหน้าที่และฐานะของบุคคลนั้นนั่นเอง อย่างไรก็ตามเนื่องจากวิธานิพนธ์ฉบับนี้ศึกษาถึงกรณีการคุ้มครองเด็กจากความเสียหายที่รับรู้ได้ ดังนั้นจึงจะมุ่งศึกษาเฉพาะกรณีตามมาตรา 260.10(1) เท่านั้น

ประการที่ 3 องค์ประกอบความผิด

จากบทบัญญัติ มาตรา 260.10 (1) เป็นการกำหนดความรับผิดชอบแก่บุคคลใดๆเมื่อได้กระทำการอันอาจจะเป็นอันตรายต่อสวัสดิภาพของเด็กได้ จึงเป็นความรับผิดชอบในการกระทำของตนเอง โดยมีองค์ประกอบความผิดดังนี้ คือ

- (1) บุคคลใดก็ตาม
- (2) จงใจกระทำการใดๆในลักษณะที่น่าจะเป็นอันตรายต่อสวัสดิภาพทางร่างกาย จิตใจ หรือศีลธรรมของเด็ก
- (3) กระทำต่อเด็กอายุต่ำกว่า 17 ปี⁴⁰

³⁸ New York Penal Code: Section 260.10 (1)

³⁹ New York Penal Code: Section 260.10 (2)

⁴⁰ New York Penal Code: Section 260.10 (1)

โดยคำว่าจงใจนั้น หมายถึง การตัดสินใจที่จะกระทำการนั้นๆ ทั้งๆ ที่รู้ (knowingly) ว่าการกระทำนั้นมีความเสี่ยงแม้จะไม่ได้ตั้งใจทำให้เด็กได้รับอันตรายก็ตาม กล่าวคือ เพียงแค่การกระทำดังกล่าวสามารถที่จะก่อให้เกิดการบาดเจ็บต่อร่างกาย จิตใจ หรือศีลธรรมของเด็กได้ ทั้งนี้ในการดำเนินคดีสำหรับความผิดตามมาตรา 260.10 ข้อ 1 นั้น ไม่จำเป็นต้องพิสูจน์ว่าได้มีผลลัพธ์อันเป็นอันตรายนั้นเกิดขึ้นจริงๆ เพียงแค่พิสูจน์ว่าการกระทำดังกล่าวอาจจะทำให้เกิดผลเช่นนั้นได้ก็เพียงพอแล้ว เนื่องจากถ้อยคำในบทบัญญัตินั้นใช้คำว่า **น่าจะ** (likely to) ซึ่งหมายถึง มีความเป็นไปได้ที่จะเกิดขึ้นก็เพียงพอแล้ว⁴¹ อีกทั้งบทบัญญัติมาตรานี้ไม่ได้กำหนดว่าต้องเป็นอันตรายถึงระดับใดจึงจะมีความผิด ดังนั้นแล้วเมื่อเกิดความเสี่ยงที่จะเป็นอันตรายได้ไม่ว่าจะมากน้อยแค่ไหน ไม่ว่าจะ เป็นอันตรายต่อร่างกาย หรือจิตใจ หรือศีลธรรมของเด็กก็อาจต้องรับผิดตามมาตรา 260.10(1) ได้นั่นเอง ในทางปฏิบัติจึงเป็นที่โต้แย้งมากกว่าขอบเขตของการกระทำผิดตามมาตรา 260.10(1) นี้กว้างมาก รวมถึงกรณีที่ไม่ได้ตั้งใจที่จะทำให้เกิดอันตรายต่อเด็ก แต่หากการกระทำนั้นลงไปทั้งๆ ที่รู้ว่าอาจจะ เป็นอันตรายได้ก็อาจต้องมีความรับผิดตามมาตรา 260.10(1) ด้วยเช่นกัน⁴²

ยกตัวอย่างเช่น **คดีวัตสัน**⁴³ (จำเลย) ได้ปล่อยให้เด็ก อายุ 7 ขวบอยู่คนเดียวในอพาร์ทเมนต์ที่ล็อคไว้เป็นเวลาประมาณ 2 ชั่วโมงครึ่ง แม้ว่าจำเลยจะไม่มีหน้าที่ตามกฎหมายในการดูแลเด็กและจำเลยไม่ได้มีเจตนาในการที่จะให้เด็กได้รับอันตรายก็ตาม แต่การปล่อยให้เด็กอยู่คนเดียวถือเป็นการกระทำ(ไม่ใช่การละเว้น) ที่จำเลยตัดสินใจที่จะกระทำการนั้นๆ ทั้งๆ ที่รู้ว่าการกระทำนั้นมีความเสี่ยงที่จะก่อให้เกิดการบาดเจ็บต่อร่างกาย จิตใจ หรือศีลธรรมของเด็กได้ เช่นนี้จำเลยจึงมีความผิดตามมาตรา 260.10(1) แม้ว่าจะไม่มีการบาดเจ็บหรืออันตรายอย่างใดเกิดขึ้นกับเด็กเลยก็ตาม⁴⁴ หรือในอีกคดีหนึ่งเป็นกรณีที่จำเลย(แม่) ได้ทิ้งลูกเล็ก ๆ สองคนอายุ 10 และ 3 ขวบ ไว้ในรถยนต์ที่จอดอยู่บนถนนนิวยอร์กซิตี เป็นเวลาสองชั่วโมง เช่นนี้ก็เป็นกรณีที่จำเลยกระทำการที่น่าจะเป็นอันตรายต่อสวัสดิภาพเด็กอันเป็นความผิดตามมาตรา 260.10(1) แล้ว แม้จำเลยจะไม่ได้ตั้งใจให้เกิดอันตรายและแม้จะไม่มี ความเสียหายใดๆ เกิดขึ้นกับเด็กก็ตาม⁴⁵ หรือในกรณีคดีของนายจอห์นสัน ซึ่งศาลอุทธรณ์ตัดสินว่า จำเลยมีความผิดฐานทำให้สวัสดิภาพของเด็กต้องตกอยู่ในอันตราย แม้จำเลย

⁴¹ People v. Doe, 512 N.Y.S.2d 636, 638 (Crim. Ct. 1987) stating that although "the alleged conduct of the defendant did not involve physical contact with the child [this] does not lead to the conclusion that such conduct was not 'likely to be injurious to the ... mental or moral welfare' of the child"

⁴² New York Theft Defense Lawyer Crotty Saland PC website, "Endangering the Welfare of a Child," [Online] Accessed: 3 June 2020. Available from: <https://www.new-york-lawyers.org/endangering-the-welfare-of-a-child-new-york-penal-law-260-10.html>

⁴³ People v Cenat, 176 Misc2d 39, 671 NYS2d 578 (Crim Ct, Kings Co 1997).

⁴⁴ People v Watson, 182 Misc2d 644, 700 NYS2d 651 (Crim Ct, Bronx Co 1999).

⁴⁵ People v Cenat, 176 Misc2d 39, 671 NYS2d 578 (Crim Ct, Kings Co 1997).

จะไม่ได้มีเจตนาจะกระทำต่อเด็ก แต่การที่จำเลยทำร้ายร่างกายแพนเก่าอย่างรุนแรงซ้ำแล้วซ้ำเล่าต่อหน้าเด็ก เช่นนี้เป็นกรณีที่ศาลพิจารณาว่าจำเลยต้องตระหนักได้ว่าการกระทำดังกล่าว แม้ไม่ได้พุ่งเป้าไปที่เด็กและแม่เด็กจะไม่ได้รับบาดเจ็บใดๆ แต่ก็เป็นการกระทำที่น่าจะเกิดอันตรายต่อร่างกาย และจิตใจของเด็กได้ ดังนั้นแล้วจึงมีความผิดตามมาตรา 260.10 (1) ด้วย⁴⁶

ดังนั้นแล้วจะเห็นได้ว่า มาตรา 260.10 (1) นั้นมีขอบเขตการบังคับใช้ที่กว้างมาก เพียงแค่ตัดสินใจกระทำการใดๆ ซึ่งการกระทำนั้นมีความเสี่ยงที่น่าจะก่อให้เกิดอันตรายแก่เด็กไม่ว่ามากน้อยเพียงใด และไม่ว่าจะเป็นอันตรายต่อร่างกาย จิตใจ หรือ ศีลธรรมของเด็ก ก็เป็นความผิดตามมาตรา 260.10 นี้แล้ว⁴⁷ เช่นนี้กรณีนี้หากรับรู้ได้ว่ามีความเสี่ยงที่เด็กอาจจะตกเป็นผู้เสียหายจากการกระทำผิดของบุคคลอื่นแต่กลับไม่ดำเนินการใดๆ เพื่อให้เด็กพ้นไปจากความเสี่ยงนั้น กรณีเช่นนี้ก็เป็นการกระทำในประการที่น่าจะก่อให้เกิดอันตรายแก่เด็กอันอยู่ในขอบข่ายเป็นความผิดตามมาตรา 260.10 นี้เช่นเดียวกัน⁴⁸ และในการดำเนินคดีเกี่ยวกับความผิดตามมาตรา 260.10 ในการที่จะถูกตัดสินว่ากระทำความผิดฐานทำให้สวัสดิภาพของเด็กตกอยู่ในอันตราย หรือ พยายามกระทำความผิดตามมาตรา 260.10 นี้ จะอาศัยหลักฐาน คือ คำให้การของเด็กผู้ซึ่งไม่สามารถให้ความยินยอมได้เนื่องจากเป็นผู้ที่มีความบกพร่องทางจิตอย่างเฉียบพลันเพื่อเอาผิดไม่ได้ ในการดำเนินคดีต้องอาศัยหลักฐานเพิ่มเติมที่มากกว่าแค่คำให้การของเด็กที่มีลักษณะดังกล่าวเพียงอย่างเดียวทั้งนี้ตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 260.11⁴⁹ ซึ่งเป็นการกำหนดขึ้นเพื่อเพิ่มน้ำหนักของการรับฟังพยานหลักฐานในศาลเกี่ยวกับการดำเนินคดีตามมาตรา 260.10 นั้นเอง⁵⁰

ประการที่ 4 ขอบเขตของความเสี่ยงที่มุ่งคุ้มครอง

ดังที่ได้กล่าวไปแล้วข้างต้นว่ามาตรานี้มุ่งคุ้มครองความเสี่ยงที่น่าจะเกิดอันตรายแก่สวัสดิภาพเด็ก อันได้แก่ ร่างกาย จิตใจ หรือศีลธรรม ไม่ว่าความเป็นไปได้ที่จะเกิดอันตรายนั้นจะ

⁴⁶ People v Johnson, 95 NY2d 368 (Oct 26, 2000).

⁴⁷ New York Theft Defense Lawyer Crotty Saland PC website, "Endangering the Welfare of a Child."

⁴⁸ People v Cenat, 176 Misc2d 39, 671 NYS2d 578 (Crim Ct, Kings Co 1997).

⁴⁹ **Section 260.11 Endangering the welfare of a child; corroboration** "A person shall not be convicted of endangering the welfare of a child, or of an attempt to commit the same, upon the testimony of a victim who is incapable of consent because of mental defect or mental incapacity as to conduct that constitutes an offense or an attempt to commit an offense referred to in section 130.16, without additional evidence sufficient pursuant to section 130.16 to sustain a conviction of an offense referred to in section 130.16, or of an attempt to commit the same."

⁵⁰ Lawserver, "N.Y. Penal Law 260.11 – Endangering the Welfare of a Child; Corroboration," [Online] Accessed: 5 June 2020. Available from: https://www.lawserver.com/law/state/new-york/ny-laws/ny_penal_law_penal_law_260-11

มากนัก้อยแค่นั้นก็ตาม และไม่ว่าจะเป็อันตรายอย่างร้ายแรงหรือไม่ก็ตามก็ได้รับความคุ้มครองตามมาตรานี้ทั้งสิ้น เช่นนี้ขอบเขตในการคุ้มครองเด็กตามมาตรานี้จึงกว้างมาก

ประการที่ 5 โทษ

การกระทำความผิดทั้งตามมาตรา 260.10 (1) และ(2) เป็นความผิดไม่ร้ายแรง (misdemeanor) ระดับ A มีโทษจำคุกไม่เกิน 1 ปีโดยไม่ได้กำหนดโทษขั้นต่ำเอาไว้ หรือ ศาลอาจจะพิจารณาให้ใช้มาตรการคุ้มครองประพฤตินี้ไม่เกิน 3ปีแทนหรือใช้ควบคู่ไปด้วยก็ได้ ทั้งนี้ตามที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายอาญานิวเจอร์ก มาตรา 70.15⁵¹

เมื่อพิจารณาแล้วจะเห็นได้ว่ากฎหมายของมลรัฐนิวเจอร์กที่มีขึ้นเพื่อคุ้มครองความเสี่ยงของเด็กจากสถานการณ์ที่น่าจะเป็นอันตรายนั้น มีขอบเขตการคุ้มครองที่กว้างมาก การกระทำใดๆที่น่าจะเป็นอันตรายล้วนแต่อาจมีความรับผิดชอบตามมาตรานี้ได้ทั้งสิ้น และเนื่องด้วยขอบเขตที่กว้างมากนี้เองจึงทำให้เกิดข้อโต้แย้งว่าการจะดำเนินคดีสำหรับความผิดมาตรานี้ขึ้นขึ้นอยู่กับความกระตือรือร้นในการหาพยานหลักฐานของพนักงานสอบสวนและอัยการ เพราะขอบเขตของการกระทำที่น่าจะทำให้เกิดอันตรายแก่เด็กนั้นกว้างมากมีมากมายหลายการกระทำ เช่น การปล่อยเด็กให้อยู่บ้านคนเดียว การให้เด็กอยู่ในรถ หรือการปล่อยเด็กให้อยู่กับบุคคลที่น่าจะเป็นอันตราย เช่นนี้ก็เข้าข่ายการกระทำความผิดตามมาตรานี้แล้วทั้งสิ้น⁵² หรือแม้แต่การตัดสินใจผิดพลาดของผู้มีหน้าที่ดูแลเด็กก็อาจมีความผิดตามมาตรานี้ได้เช่นเดียวกัน⁵³ ซึ่งมาตรา 260.10 ของมลรัฐนิวเจอร์กนั้นมีความแตกต่างจากกฎหมายของรัฐแคลิฟอร์เนีย เนื่องจากดังที่กล่าวไปแล้วว่ากฎหมายของรัฐแคลิฟอร์เนียนั้นต้องการองค์ประกอบในเรื่องความประมาททางอาญาด้วย⁵⁴ กล่าวคือ ต้องเป็นกรณีที่วิญญูชนที่อยู่ภายใต้วิสัยและพฤติการณ์เดียวกันสามารถคาดหมายได้ว่าอาจจะเกิดความเสี่ยงที่จะเป็นอันตรายต่อเด็กได้แต่กลับละเลยไม่กระทำการใดๆเพื่อปกป้องเด็กจากความเสี่ยงนั้น และต้องไม่ใช่ความประมาทเลินเล่อธรรมดาทั้งยังไม่ใช่แค่การตัดสินใจผิดพลาด⁵⁵ แต่กฎหมายของมลรัฐนิวเจอร์กไม่ได้ต้องการ

⁵¹ Section 70.15: Sentences of imprisonment for misdemeanors and violation: 1. "Class A misdemeanor. A sentence of imprisonment for a class A misdemeanor shall be a definite sentence. When such a sentence is imposed the term shall be fixed by the court, and shall not exceed one year; provided..."

⁵² Alison B. Vreeland, "The Criminalization of Child Welfare in New York City: Sparing the Child or Spoiling the Family?," *Fordham Urban Law Journal*: 1064.

⁵³ Ibid, 1062.

⁵⁴ California Penal Code: Section 273a. Child Endangerment

⁵⁵ Hon. Sandy R. Kriegler and Chair, *Judicial Council of California Criminal Jury Instructions: Calcrim 2017*, p. 538.

องค์ประกอบดังกล่าวเลย เพียงแค่กระทำโดยประการที่น่าจะเกิดอันตรายต่อเด็กได้ก็เป็นความผิดแล้วนั่นเอง

4.1.3 ประเทศนิวซีแลนด์

นอกเหนือจากกฎหมายของทั้งสองประเทศที่ได้กล่าวไปข้างต้นแล้ว ประเทศที่มีกฎหมายเกี่ยวข้องกับการคุ้มครองปกป้องเด็กจากความเสี่ยงที่จะเกิดอันตรายอีกประเทศที่จะนำเสนอคือ ประเทศนิวซีแลนด์ ซึ่งปรากฏอยู่ในพระราชบัญญัติอาชญากรรม ค.ศ.1961 (Crime Act 1961) โดยมีรายละเอียดดังนี้

(1) ความเป็นมาของมาตรการทางกฎหมาย

กฎหมายเกี่ยวกับการกำหนดความรับผิดทางอาญาแก่บุคคลผู้ใกล้ชิดกับเด็ก กรณีบกพร่องต่อการปกป้องหรือคุ้มครองเด็กจากความเสี่ยงที่จะเกิดอันตรายของประเทศนิวซีแลนด์นั้น ปรากฏอยู่ใน พระราชบัญญัติอาชญากรรม ค.ศ.1961(Crime Act 1961) ซึ่งได้มีการแก้ไขฐานความผิดตามพระราชบัญญัติดังกล่าวด้วย มาตรา 7 แห่งพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมอาชญากรรม พ.ศ.2554 โดยมีการกำหนดความรับผิดอาญาขึ้นใหม่⁵⁶ ในความผิดฐานการบกพร่องต่อการคุ้มครองเด็กและผู้ใหญ่ที่อ่อนแอ (failing to protect child or vulnerable adult) ซึ่งบัญญัติไว้ในมาตรา 195A⁵⁷ โดยมาตรานี้มีผลบังคับใช้ตั้งแต่วันที่ 9 มีนาคม พ.ศ.2555 เป็นต้นมา ทั้งนี้ก่อนหน้าที่จะกำหนดให้มีบทบัญญัติมาตรานี้ขึ้นนั้นตามกฎหมายของประเทศนิวซีแลนด์แล้วบุคคลอื่นที่ไม่ใช่ผู้ใช้ตัวการ หรือผู้มีส่วนร่วมในการกระทำความผิดก็ไม่มีหน้าที่และความรับผิดอาญาใดๆ ต่อกรณีที่พวกเขาเหล่านั้นละเลยต่อความเสี่ยงที่รับรู้ได้ กล่าวคือ แม้ว่าจะรับรู้ถึงความเสี่ยงที่อาจจะเกิดความตาย การบาดเจ็บอย่างรุนแรง หรือการล่วงละเมิดทางเพศต่อเด็กหรือผู้ใหญ่ที่อ่อนแอที่เป็นผู้เสียหาย แต่ไม่ได้กระทำการใดๆอย่างเหมาะสมเพื่อป้องกันความเสี่ยงนั้น บุคคลเช่นว่านั้นก็ไม่ต้องรับผิดแต่อย่างใดไม่ว่าผลลัพธ์ที่เกิดขึ้นแก่เด็กหรือผู้ใหญ่ที่อ่อนแอจะร้ายแรงเพียงใดก็ตาม⁵⁸ เนื่องจากบุคคลเช่นว่านั้นไม่ใช่ผู้กระทำความผิดและกฎหมายไม่ได้กำหนดหน้าที่และความรับผิดแก่บุคคลใดในชั้นที่เพียงแต่รับรู้ถึงความเสี่ยงเท่านั้น แต่อย่างไรก็ตามเมื่อมีการบัญญัติมาตรา 195A ในความผิดฐานการบกพร่องต่อการคุ้มครองเด็กและผู้ใหญ่ที่อ่อนแอขึ้น จึงเป็นการกำหนดหน้าที่และความรับผิดขึ้นใหม่ โดยขยายขอบเขตหน้าที่และความรับผิดออกไปให้บุคคลตามที่กำหนดไว้ต้องดำเนินการอย่างใดๆให้เหมาะสม

⁵⁶ Crimes Amendment Act (No 3) 2011, Part 1 Amendments to principal Act, Section7: New sections 195 and 195A substituted

⁵⁷ Crime Act 1961 section 195A: Failure to protect child or vulnerable adult

⁵⁸ Law Commission, Report: 11 Review of Part 8 of the Crimes Act 1961: Crimes against the Person, p. 8.

ในขั้นตอนที่รับรู้ถึงความเสี่ยงนั่นเอง⁵⁹ ความผิดฐานนี้เกิดขึ้นมาโดยพิจารณาจากความสัมพันธ์ของบุคคลที่ต้องรับผิดชอบกับผู้เสียหายที่อยู่ในลักษณะมีความใกล้ชิดต่อกัน ดังนั้นจึงมีโอกาสเพียงพอ (sufficient proximity) ที่จะตระหนักถึงความเสี่ยงได้ก่อนบุคคลภายนอกและสามารถดำเนินการใดๆ เพื่อปกป้องผู้เสียหายจากความเสี่ยงได้⁶⁰ ความรับผิดชอบของบุคคลเหล่านี้เลยก่อตั้งขึ้นมา

ทั้งนี้วัตถุประสงค์ของการแก้ไขกฎหมายดังกล่าวก็เพื่อปกป้องเด็กและผู้ใหญ่ที่อ่อนแอจากการถูกทำร้ายและการปฏิบัติอย่างโหดร้ายโดยการกำหนดความรับผิดชอบมากขึ้น ซึ่งส่งผลให้ไม่เฉพาะผู้ที่มีส่วนร่วมในการกระทำความผิดเท่านั้น แต่ยังรวมถึงบุคคลบางประเภทที่กำหนดไว้ตามมาตรา 195A ที่รับรู้ถึงความเสี่ยงในการจะเกิดอันตรายแก่เด็กหรือผู้ใหญ่ที่อ่อนแอ แต่กลับละเลยไม่ปกป้องเด็กหรือผู้ใหญ่ที่อ่อนแอจากความเสี่ยงนั้นก็อาจมีความรับผิดชอบด้วย⁶¹ และความมุ่งหมายที่สำคัญที่สุดของกฎหมายนี้ คือ การกระตุ้นให้มีการดำเนินการอย่างใดๆ เพื่อเป็นการป้องกันและเพื่อเป็นการเปิดเผยสถานการณ์ที่ไม่เหมาะสมที่อาจส่งผลให้เกิดอันตรายต่อผู้เสียหาย ก่อนที่จะเกิดอันตรายเช่นนั้นขึ้นมาจริงๆนั่นเอง นอกจากนี้มาตราดังกล่าวยังเป็นจุดตั้งต้นให้ตำรวจสามารถที่จะมีการสืบสวนสอบสวนถึงความเสี่ยงดังกล่าวก่อนที่จะเกิดการกระทำความผิดขึ้นได้อีกด้วย⁶²

(2) รายละเอียดมาตรการทางกฎหมาย

ทั้งนี้เป็นไปตามที่บัญญัติไว้ใน มาตรา 195A แห่งพระราชบัญญัติอาชญากรรม ค.ศ. 1961 (Crime Act 1961) ความว่า⁶³

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

⁵⁹ Anna Watson, "Failing to Break the Silence: A Critical Analysis of Part 8 of the Crimes Act 1961" (Bachelor of Laws (with Honors), University of Otago, 2012), pp. 6-7.

⁶⁰ Law Commission, Report: 11 Review of Part 8 of the Crimes Act 1961: Crimes against the Person, p. 57.

⁶¹ The New Zealand Medical Association, "Crimes Amendment Act (3) 2011," THE NEW ZEALAND MEDICAL JOURNAL 125 No.1353, 20 April (2012): 159.

⁶² Ben Mathews and Maureen Kenny, "Mandatory Reporting Legislation in the United States, Canada, and Australia: A Cross-Jurisdictional Review of Key Features, Differences, and Issues," Child Maltreatment 13, 1 February (2008): 50,60.

⁶³ **Crime Act 1961 section 195A: Failure to protect child or vulnerable adult**

(1) *Everyone is liable to imprisonment for a term not exceeding 10 years who, being a person described in subsection (2), has frequent contact with a child or vulnerable adult (the victim) and—*

“**มาตรา 195A** ความบกพร่องในการปกป้องเด็ก หรือ ผู้ใหญ่ที่อ่อนแอ

- (1) บุคคลใดๆต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 10 ปี หากเป็นบุคคลตามที่อธิบายไว้ใน
- (2) ซึ่งได้มีการติดต่อหรือมีปฏิสัมพันธ์กับเด็กหรือผู้ใหญ่ที่อ่อนแอ (ผู้เสียหาย)อยู่เป็นประจำ **และ**
- (a) รู้ว่าผู้เสียหายมีความเสี่ยงต่อการเสียชีวิต หรือเป็นอันตรายต่อร่างกาย อย่างสาหัส หรือถูกล่วงละเมิดทางเพศ อันเป็นผลมาจาก
- (i) การกระทำที่ผิดกฎหมายโดยบุคคลอื่น หรือ
- (ii) การละเว้นโดยบุคคลอื่น ในการปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมาย โดย ในสถานการณ์นั้นการละเว้นดังกล่าวเป็นการละเว้นในเรื่องสำคัญ ที่เกี่ยวกับมาตรฐานการดูแลผู้เสียหาย ซึ่งวิญญูชนคาดหวังได้ว่า บุคคลที่มีหน้าที่ดังกล่าวต้องกระทำในขณะนั้น **และ**
- (b) ไม่ได้กระทำตามขั้นตอนที่เหมาะสม เพื่อป้องกันผู้เสียหายจากความ เสี่ยงนั้น
- (2) บุคคลนั้นเป็น
- (a) สมาชิกในครัวเรือนเดียวกับผู้เสียหาย หรือ
- (b) บุคคลผู้ซึ่งเป็นเจ้าหน้าที่ของ โรงพยาบาล สถาบัน องค์กรใดๆ หรือที่พัก อาศัยใดๆ ซึ่งผู้เสียหายได้อาศัยอยู่”

จากบทบัญญัติในมาตรา 195A ความบกพร่องในการปกป้องเด็ก หรือ ผู้ใหญ่ที่ อ่อนแอ นั้น เป็นการกำหนดหน้าที่ให้แก่บุคคลบางกลุ่มโดยเฉพาะที่จะต้องกระทำกรอย่างใดอย่าง หนึ่งให้เหมาะสมเพื่อป้องกันเด็ก หรือผู้ใหญ่ที่อ่อนแอจากความเสี่ยงที่รับรู้ได้ โดยในส่วนี้ผู้เขียนจะ ขอบธิบายถึงแต่เฉพาะกรณีที่มีผู้มีความผิดตามมาตรานี้เป็น **บุคคลในครัวเรือนเดียวกันกับผู้เสียหาย**

-
- (a) knows that the victim is at risk of death, grievous bodily harm, or sexual assault as the result of—
- (i) an unlawful act by another person; or
- (ii) an omission by another person to discharge or perform a legal duty if, in the circumstances, that omission is a major departure from the standard of care expected of a reasonable person to whom that legal duty applies; and
- (b) fails to take reasonable steps to protect the victim from that risk.
- (2) The persons are—
- (a) a member of the same household as the victim; or
- (b) a person who is a staff member of any hospital, institution, or residence where the victim resides.

เท่านั้น ส่วนในกรณีที่บุคคลอื่นอันไม่ใช่สมาชิกในครัวเรือนเดียวกันกับผู้เสียหายที่ต้องมีหน้าที่และความรับผิดชอบตามมาตรานี้ ผู้เขียนจะได้อธิบายต่อไปในหัวข้อที่ 4.2 กำหนดความรับผิดชอบทางอาญาแก่บุคคลในองค์กรที่ทำงานเกี่ยวข้องกับเด็ก กรณีบกพร่องต่อการปกป้องหรือคุ้มครองเด็กจากความเสี่ยงที่จะเกิดอันตรายต่อไป โดยเมื่อพิจารณาว่ามาตราดังกล่าวแล้วมีรายละเอียดต่อไปนี้คือ

ตารางที่ 4 แสดงองค์ประกอบความผิด มาตรา 195A

ลำดับ	องค์ประกอบความผิด มาตรา 195A		
1.	องค์ประกอบ ภายนอก	ผู้กระทำ	1. บุคคลที่เป็น 1.1 สมาชิกในครัวเรือนเดียวกัน กับผู้เสียหาย* หรือ 1.2 เจ้าหน้าที่ ของโรงพยาบาล, องค์กร หรือ สถานที่ ที่เป็นที่อยู่อาศัยต่างๆ ที่ซึ่งผู้เสียหายได้พักอาศัยอยู่ 2. เป็นผู้ที่มีการติดต่อบ่อยครั้งกับผู้เสียหาย 3. มีอายุอย่างน้อย 18 ปี *ผู้เสียหาย หมายถึง เด็ก อายุต่ำกว่า 18ปี หรือ ผู้ใหญ่ที่มีความ อ่อนแอเนื่องด้วยเหตุทาง อายุ ความเจ็บป่วย,ความบกพร่อง ทางจิต
		การกระทำ	1. รู้ว่า ผู้เสียหาย มีความเสี่ยงต่อการ เสียชีวิต หรือเป็น อันตรายต่อร่างกายอย่างสาหัส หรือถูกล่วงละเมิดทาง เพศ อันเป็นผลมาจาก 1.1 การกระทำที่ผิดกฎหมาย หรือ 1.2 การละเว้นในการปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมาย ของบุคคลอื่น 2. ละเลย ไม่ได้กระทำการตามขั้นตอนที่เหมาะสม เพื่อ ป้องกันผู้เสียหายจากความเสี่ยงนั้น
		วัตถุประสงค์แห่งการ กระทำ	-
2.		ผู้กระทำต้องรู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบความผิด กล่าวคือ รู้ว่า ผู้เสียหาย มีความเสี่ยงต่อการ เสียชีวิต หรือเป็นอันตรายต่อร่างกายอย่างสาหัส หรือถูกล่วง	

	องค์ประกอบ ภายใน	ละเมิดทางเพศ อันเป็นผลมาจาก การกระทำที่ผิดกฎหมาย หรือ การละเว้นในการปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมายของบุคคลอื่น เกิดขึ้น	
		เจตนาพิเศษ	-
3.	บทลงโทษ	โทษจำคุกอย่างสูงไม่เกิน 10 ปี (ไม่มีโทษขั้นต่ำ)	

ประการที่ 1 บุคคลที่มุ่งคุ้มครองตามมาตรานี้

เมื่อพิเคราะห์องค์ประกอบความผิดตามมาตรา 195A ของกฎหมายประเทสนิวซีแลนด์แล้วจะพบว่าบัญญัติมาตรานี้ไม่ได้คุ้มครองแค่เฉพาะความเสี่ยงที่จะเกิดขึ้นกับเด็กเท่านั้น แต่คุ้มครองบุคคลซึ่งเป็นผู้ใหญ่ที่มีความบกพร่องอ่อนแอตามความหมายของมาตรานี้ด้วย⁶⁴ อย่างไรก็ตามวิธานิพนธ์ฉบับนี้ศึกษาถึงมาตรการทางกฎหมายในการปกป้องคุ้มครองความเสี่ยงที่เกิดขึ้นกับเด็ก ดังนั้นจึงจะกล่าวถึงเฉพาะในส่วนที่ผู้เสียหายเป็นเด็กเท่านั้น และในอันดับแรกจึงต้องพิจารณา ก่อนว่าใครคือผู้เสียหายที่จะต้องได้รับการคุ้มครองจากความเสียหายตามความหมายของมาตรา 195A กล่าวคือ

“เด็ก” หมายถึง บุคคลที่อายุต่ำกว่า 18 ปี⁶⁵ ดังนั้นแล้วบุคคลที่มีอายุมากกว่า 18 ปี ย่อมไม่ได้รับความคุ้มครองตามมาตรานี้

“ผู้ใหญ่ที่อ่อนแอ” หมายถึง บุคคลที่มีอายุมากกว่า 18 ปีซึ่งไม่สามารถดูแลตนเองได้ ต้องตกอยู่ภายใต้การดูแลของบุคคลอื่นเนื่องด้วยเหตุผลทางการกักกัน, อายุ, ความเจ็บป่วย, ความบกพร่องทางจิต หรือไม่ว่าด้วยสาเหตุอื่นใดก็ตาม⁶⁶

โดยบทบัญญัติมาตรานี้ได้กำหนดหน้าที่ให้บุคคลที่เป็นสมาชิกในครัวเรือนเดียวกัน กับ ผู้เสียหาย หรือ บุคคลที่เป็นเจ้าหน้าที่ ของโรงพยาบาล, องค์กร หรือ สถานที่ที่เป็นที่อยู่อาศัย ต่างๆ ที่ซึ่งผู้เสียหายได้พักอาศัยอยู่นั้น มีหน้าที่ต้องกระทำการใดๆตามขั้นตอนที่เหมาะสม เพื่อป้องกันผู้เสียหายจากความเสียหายต่อการ เสียชีวิต หรือบาดเจ็บสาหัส หรือถูกล่วงละเมิดทางเพศนั่นเอง

ประการที่ 2 บุคคลที่ต้องมีความรับผิดชอบตามมาตรา นี้ มี 2 ประเภท ได้แก่

- 1) สมาชิกในครัวเรือนเดียวกัน กับผู้เสียหาย หรือ

⁶⁴ Crime Act 1961 section 195A (1)

⁶⁵ Crime Act 1961, Section 195(3): Ill-treatment or neglect of child or vulnerable adult: For the purposes of this section and section 195A, a child is a person under the age of 18 years.

⁶⁶ Crime Act 1961, Section 2: Interpretation (1) vulnerable adult, for the purposes of sections 151, 195, and 195A, means a person unable, by reason of detention, age, sickness, mental impairment, or any other cause, to withdraw himself or herself from the care or charge of another person.

2) เจ้าหน้าที่ ของโรงพยาบาล, องค์กร หรือ สถานที่ที่เป็นที่อยู่อาศัยต่างๆ ที่ซึ่งผู้เสียหายได้พักอาศัยอยู่

โดยบุคคลทั้งสองประเภทนี้คือบุคคลที่มีหน้าที่ต้องดำเนินการใดเพื่อให้เด็กได้รับความคุ้มครองด้วยขั้นตอนที่เหมาะสมเมื่อเกิดความเสี่ยงขึ้นนั่นเอง ทั้งนี้เนื่องจากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ได้ทำการศึกษามาตรการทางกฎหมายอันเกี่ยวข้องกับการคุ้มครองเด็กจากความเสี่ยงที่จะเกิดอันตรายโดยศึกษาถึงความรับผิดชอบของบุคคลสองประเภท คือ บุคคลผู้ใกล้ชิดกับเด็กอันเป็นประเด็นที่ 1 และบุคคลผู้มีอำนาจในองค์กรต่างๆที่ดำเนินกิจกรรมเกี่ยวข้องกับเด็กอันเป็นประเด็นที่ 2 ดังนั้นแล้วในหัวข้อนี้จะเป็นการศึกษาเฉพาะความรับผิดชอบของบุคคลตาม(1) คือ สมาชิกในครัวเรือนเดียวกันกับเด็กก่อน ส่วนบุคคลตาม(2)จะได้กล่าวถึงในประเด็นที่ 2 ต่อไป

การพิจารณาว่าบุคคลใดเป็น “สมาชิกในครัวเรือนเดียวกัน” อันอาจมีหน้าที่และความรับผิดชอบตามความหมายของมาตรานี้ นั้น ต้องพิจารณาว่าบุคคลดังกล่าวมีความเกี่ยวข้องอย่างไรใกล้ชิดกับครัวเรือนนั้นๆหรือไม่ กล่าวคือ มีเหตุอันสมควรในสถานการณ์นั้นๆที่จะพิจารณาได้ว่าบุคคลนั้นเป็นสมาชิกของครัวเรือนหรือไม่ แม้ว่าจะไม่ได้มีความสัมพันธ์ทางสายเลือด หรือแม้ว่าจะไม่ได้อาศัยอยู่ในครัวเรือนที่เดียวกันกับผู้เสียหายก็ตาม และ ในกรณีที่ผู้เสียหายอาศัยอยู่ในครัวเรือนต่าง ๆ กัน ในเวลาที่แตกต่างกัน ครัวเรือนเดียวกันกับผู้เสียหายนั้น หมายถึง ครัวเรือนที่ผู้เสียหายได้อาศัยอยู่ในช่วงเวลาที่มีการกระทำหรือละเว้นอันทำให้เกิดความเสี่ยงต่อการ เสียชีวิต หรือเป็นอันตรายต่อร่างกายอย่างสาหัส หรือการทารุณกรรมทางเพศเกิดขึ้นนั่นเอง⁶⁷ ดังนั้นในการที่พิจารณาว่าบุคคลนั้นมีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับครอบครัวใดโดยเฉพาะอย่างยิ่งที่จะถือว่าเป็นสมาชิกในครัวเรือนนั้นหรือไม่ จะต้องคำนึงถึงความถี่และระยะเวลาในการไปเยี่ยมเยียนหรือติดต่อกับครัวเรือนนั้น และความสัมพันธ์ทางครอบครัวของบุคคลนั้นกับผู้เสียหาย พร้อมทั้งพิจารณาถึงเรื่องอื่น ๆ ที่อาจเกี่ยวข้องในสถานการณ์นั้นๆด้วย⁶⁸ เนื่องจากการกำหนดหน้าที่และความรับผิดชอบตามมาตรานี้ตั้งอยู่บน

⁶⁷ **Crime Act 1961, Section 195A (4)** For the purposes of this section, —a person is to be regarded as a member of a particular household, even if he or she does not live in that household, if that person is so closely connected with the household that it is reasonable, in the circumstances, to regard him or her as a member of the household:

where the victim lives in different households at different times, **the same household** refers to the household in which the victim was living at the time of the act or omission giving rise to the risk of death, grievous bodily harm, or sexual assault.

⁶⁸ **Crime Act 1961, Section 195A (5)** In determining whether a person is so closely connected with a particular household as to be regarded as a member of that household, regard must be had to the frequency and duration of visits to the household and whether the person has a familial relationship with the victim and any other matters that may be relevant in the circumstances.

หลักการที่ว่าบุคคลผู้อยู่อาศัยใกล้ชิดกับเด็กย่อมมีหน้าที่และความรับผิดชอบในการที่จะดูแลเด็กสูงกว่าบุคคลอื่นนั่นเอง⁶⁹

ยกตัวอย่างเช่น กรณีศึกษาคดีเทย์เลอร์⁷⁰ กล่าวคือ เมื่อวันที่ 28 พฤศจิกายน ค.ศ. 2016 **นางสาวซินดี เทย์เลอร์** ถูกตัดสินว่ามีความผิดฐานฆ่าแม่ของตน **นางอีนา ไล ดั่ง** (Ena Lai Dung) วัย 76 ปี ผู้ซึ่งช่วยเหลือตัวเองไม่ได้โดยไม่ให้อาหารในการดำรงชีวิต ส่วน **นายไบรอันและนางลูวนา เทย์เลอร์** สองสามีภรรยา ผู้ซึ่งไม่มีความเกี่ยวข้องกับนางสาวซินดี เทย์เลอร์และแม่ของเธอ แต่อย่างใดเพียงแต่นางซินดีเปลี่ยนมาใช้นามสกุลเทย์เลอร์ด้วยเท่านั้น ถูกตัดสินว่ามีความผิดที่ไม่สามารถปกป้องผู้ใหญ่ที่อ่อนแออันเป็นความผิดตามมาตรา 195A แห่งพระราชบัญญัติอาชญากรรม ค.ศ. 1961 โดยคดีนี้เป็นการพิจารณาคดีครั้งแรกภายใต้บทบัญญัติมาตรา 195A นับตั้งแต่ประกาศใช้ในเดือนมีนาคม ค.ศ. 2012 เป็นต้นมา จากข้อเท็จจริงของคดีนี้ศาลตัดสินว่า แม้นางสาวซินดี เทย์เลอร์ และแม่ของเธอ (นางดังผู้ตาย) นั้นจะไม่มี ความเกี่ยวข้องใดๆทางสายเลือดกับ **นายไบรอันและนางลูวนา เทย์เลอร์** สองสามีภรรยา เพียงแต่บุคคลทั้งสี่อาศัยอยู่ในบ้านหลังเดียวกันโดยบุคคลทั้งสี่ได้อาศัยใกล้ชิดและรู้จักกันเป็นอย่างดี ดังนั้นจึงเพียงพอแล้วที่จะพิจารณาได้ว่า **นายไบรอันและนางลูวนา เทย์เลอร์** เป็นสมาชิกในครัวเรือนเดียวกันกับผู้ตายซึ่งมีการติดต่อปฏิสัมพันธ์กับผู้ตายเป็นประจำ อันเป็นความสัมพันธ์พิเศษเฉพาะเรื่องที่เกิดขึ้นซึ่งก่อหน้าที่ให้นายไบรอันและนางลูวนา เทย์เลอร์ ต้องกระทำการใดๆให้เหมาะสมเพื่อเป็นการปกป้องคุ้มครองผู้ตายจากความเสี่ยงที่จะเกิดอันตรายที่บุคคลดังกล่าวรับรู้ได้นั้นเอง⁷¹

ซึ่งคดีเทย์เลอร์นั้นเป็นคดีที่มีความคล้ายคลึงกับกรณีที่เกิดขึ้นในประเทศอังกฤษ คดี Regina V. Instan ปี 1893 เป็นคดีซึ่งป้าได้นำหลานสาวมาอุปการะเลี้ยงดูในบ้านของตน ต่อมาป้าป่วยหนัก และช่วยเหลือตัวเองไม่ได้ แต่หลานสาวกลับไม่ดูแล ไม่จัดอาหารให้กิน ไม่ตามหมอมารักษา สุดท้ายป้าตาย ศาลตัดสินว่าหลานสาวมีความผิดฐานฆ่าป้าโดยงดเว้น แม้ว่าในทางกฎหมายจะไม่มี การบัญญัติหน้าที่ให้ป้าและหลานสาวต้องดูแลซึ่งกันและกัน แต่เป็นความสัมพันธ์พิเศษเฉพาะเรื่อง ที่บุคคลทั้งสองอาศัยอยู่ด้วยกันจึงก่อให้เกิดหน้าที่ให้ต้องดูแลซึ่งกันและกันนั่นเอง⁷²

นอกจากนี้สมาชิกในครัวเรือนเดียวกันกับผู้เสียหายอันจะมีความรับผิดชอบตามมาตรา 195A ได้นั้น **ต้องมีอายุตั้งแต่ 18 ปีขึ้นไป** โดยพิจารณาในขณะที่รับรู้ความเสี่ยงที่เกิดการกระทำ

⁶⁹ Copeland and Nicole E., "Third-Party Violence against Children: The Crimes Amendment Act (No 3) 2011," *Auckland University Law Review* 17(2011): 324.

⁷⁰ In The High Court of New Zealand Auckland Registry, R v TAYLOR [2016] NZHC 2846 [28 November 2016]

⁷¹ In The High Court of New Zealand Auckland Registry, R v TAYLOR [2016] NZHC 2846 [28 November 2016]

⁷² เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1 บทบัญญัติทั่วไป, หน้า 106.

หรือละเว้นการกระทำนั้น ทั้งนี้ตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 195A (3)⁷³ เช่นนี้แล้วหากบุคคลเช่นว่านั้นมีอายุต่ำกว่า 18 ปี ในขณะที่รับรู้ความเสี่ยงและไม่ได้ดำเนินการให้เหมาะสม ก็ไม่มีความรับผิดชอบใดๆแต่อย่างใด ทั้งนี้เนื่องจากกฎหมายมองว่าบุคคลที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปียังเป็นผู้ที่เฝ้าระวังซึ่งยังไม่มีวุฒิภาวะเพียงพอที่จะตระหนักได้ว่ามีความเสี่ยงเกิดขึ้นแล้วหรือควรจะจัดการกับความเสี่ยงนั้นอย่างไร ดังนั้นจึงไม่สมควรที่จะต้องมีหน้าที่และความรับผิดชอบตามมาตรา 195A นี้เอง⁷⁴

ทั้งนี้นอกจากจะเป็นสมาชิกในครัวเรือนตามความหมายของมาตรานี้แล้วนั้น บุคคลดังกล่าวจะต้องมีการติดต่อหรือมีปฏิสัมพันธ์กับผู้เสียหายเป็นประจำ (frequent contact) ด้วย⁷⁵ ซึ่งการติดต่อเป็นประจำนั้นก็ไม่ได้มีคำนิยามกำหนดไว้ว่าต้องเป็นอย่างไร ดังนั้นแล้วจึงต้องพิจารณาจากข้อเท็จจริงเป็นกรณีๆไป โดยอาจจะพิจารณาจากการติดต่อทางกายภาพ มากกว่าการติดต่อกันผ่านทางเครื่องมือสื่อสารอย่างอื่น เช่น โทรศัพท์ หรือการติดต่อกันผ่านสื่อออนไลน์ เป็นต้น⁷⁶ เนื่องจากเจตนารมณ์ของมาตรานี้ต้องการให้บุคคลผู้มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับเด็ก อันส่งผลให้บุคคลเช่นว่านั้นสามารถรับรู้ถึงความเสี่ยงที่จะเกิดอันตรายต่อเด็กได้ทันท่วงทีกว่าบุคคลอื่น ให้ดำเนินการเพื่อป้องกันเด็กจากความเสี่ยงนั้นๆอย่างเหมาะสม⁷⁷ ดังนั้นแล้วหากบุคคลดังกล่าวแม้จะพิจารณาได้ว่าเป็นสมาชิกครัวเรือนเดียวกันกับเด็กแล้วแต่หากไม่มีการติดต่อมีปฏิสัมพันธ์กับผู้เสียหายเป็นประจำก็ไม่มีหน้าที่และความรับผิดชอบตามมาตรา 195A นี้แต่อย่างใด อย่างไรก็ตามในทางปฏิบัติการพิจารณาถึงความแตกต่างระหว่างผู้ที่สมาชิกในครัวเรือน กับ บุคคลอื่นที่ได้มีความสนิทสนมและมีการติดต่อเยี่ยมเยียนกับผู้เสียหายบ่อยครั้ง เช่น เพื่อนบ้าน หรือญาติอื่นจะมีหน้าที่และความรับผิดชอบตามกฎหมายหรือไม่นั้น อาจต้องอาศัยข้อเท็จจริงอื่นๆในการพิจารณาประกอบด้วย เช่น ระดับความรับผิดชอบในการเข้าถึงและดูแลเด็กของบุคคลดังกล่าว หรือระดับการรับรู้สภาพความเป็นอยู่ของผู้เสียหาย เป็นต้น⁷⁸

ประการที่ 3 องค์ประกอบความผิด

⁷³ Crime Act 1961 section 195A: Failure to protect child or vulnerable adult (3) A person may not be charged with an offence under this section if he or she was under the age of 18 at the time of the act or omission.

⁷⁴ Copeland and Nicole E., "Third-Party Violence against Children: The Crimes Amendment Act (No 3) 2011," *Auckland University Law Review*: 325.

⁷⁵ Crime Act 1961, Section 195A (1)

⁷⁶ Anna Watson, "Failing to Break the Silence: A Critical Analysis of Part 8 of the Crimes Act 1961," p. 18.

⁷⁷ Law Commission, *Report: 11 Review of Part 8 of the Crimes Act 1961: Crimes against the Person*, p. 57.

⁷⁸ Anna Watson, "Failing to Break the Silence: A Critical Analysis of Part 8 of the Crimes Act 1961," pp. 19-20.

บุคคลที่กำหนดไว้ทั้งสองประเภท (สมาชิกในครัวเรือนเดียวกัน หรือ เจ้าหน้าที่) ผู้ซึ่งมีอายุตั้งแต่ 18 ปีขึ้นไป และได้มีการติดต่อหรือมีปฏิสัมพันธ์กับกับผู้เสียหายอยู่บ่อยครั้ง จะต้อง “รู้” และ “ละเลย” ไม่ได้กระทำการตามขั้นตอนที่เหมาะสม เพื่อป้องกันผู้เสียหายจากความเสียหายนั้น กล่าวคือ จะต้อง รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบความผิดเสียก่อนว่า (1) ผู้เสียหายมีความเสี่ยงต่อการ เสียชีวิต(death) หรือ เป็นอันตรายต่อร่างกายอย่างสาหัส (grievous bodily harm) หรือถูก ล่วงละเมิดทางเพศ(sexual assault) และ(2)รู้ว่าความเสี่ยงเช่นนั้นเป็นผลมาจากกรณีดังต่อไปนี้ กล่าวคือ

- 1) เกิดจากการกระทำที่ผิดกฎหมายของบุคคลอื่น หรือ
- 2) เกิดจากการละเว้นในการปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมายของบุคคลอื่น และการละเว้น การปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมายนั้นเป็นการละเว้นในเรื่องสำคัญที่เกี่ยวกับมาตรฐาน การดูแลผู้เสียหาย ซึ่งวิญญูชนคาดหวังได้ว่าบุคคลที่มีหน้าที่ดังกล่าวต้องกระทำใน ขณะนั้น⁷⁹

กล่าวโดยสรุปคือ บุคคลทั้งสองประเภทจะต้อง “รู้” ว่า การกระทำ หรือการละเว้น หน้าที่ตามกฎหมายของบุคคลอื่นเช่นนั้นทำให้เกิดความเสี่ยงต่อการเสียชีวิต บาดเจ็บอย่างรุนแรง หรือล่วงละเมิดทางเพศ แก่ผู้เสียหาย ซึ่งมาตรา 195A ไม่ได้มีการนิยามเอาไว้ว่าอย่างไรจึงจะเรียกว่า “รู้ (knowledge)” แต่อย่างไรก็ตามการพิจารณาว่ารู้หรือไม่นั้นไม่ต้องการถึงขนาดที่ต้องแน่ใจ หรือ รู้ชัดเจนว่าการกระทำหรือการละเว้นหน้าที่นั้นเป็นอย่างไร ไม่จำเป็นต้องรู้ถึงสถานที่ เวลา หรือระดับของ ความรุนแรง⁸⁰ ไม่จำเป็นต้องรับรู้ถึงขั้นจำแนกได้ว่ามีความเสี่ยงมาก หรือน้อย หรือความเสี่ยงใกล้เข้ามาแล้วหรือไม่ เพียงแค่สามารถเชื่อ หรือตระหนักได้อย่างไม่มีข้อสงสัยเลยว่าคุณเสี่ยงนั้นปรากฏขึ้น แล้วหรือต้องมีขึ้นแน่ๆในสถานการณ์นั้นก็เพียงพอแล้วในการที่จะต้องดำเนินการตามขั้นตอนที่ เหมาะสมเพื่อป้องกันความเสี่ยงดังกล่าวแล้ว⁸¹ ซึ่งการ “รู้” เช่นนั้น ต้องมีลักษณะที่มากกว่าแค่เป็น การคาดเดาเอง หรือการสงสัยที่คลุมเครือ⁸² ดังนั้นหากเป็นการสงสัยที่มีหลักฐานอันเชื่อถือได้และ สามารถใช้ประกอบการตัดสินใจได้แล้วว่ามีความเสี่ยงเกิดขึ้นหรืออาจปรากฏขึ้นได้ก็ถือเป็นการ “รู้” ตามความหมายของมาตรานี้แล้ว⁸³ ดังนั้นแล้วถ้าบุคคลดังกล่าว “ไม่รู้” ว่ามีความเสี่ยงเช่นนั้น

⁷⁹ Crime Act 1961, Section 195A (1)(a)

⁸⁰ Anna Watson, "Failing to Break the Silence: A Critical Analysis of Part 8 of the Crimes Act 1961," p. 17.

⁸¹ Sally Pairman et al., *Midwifery Preparation for Practice 4e* (Elsevier Australia 2019), p. 263.

⁸² R v Simpson [1978] 2 NZLR 221 (CA) at 225; R v Crooks [1981] 2 NZLR 53 (CA); Kerr v R [2012]

NZCA 121

⁸³ Nowra Anglican College and in conjunction with the Association of Independent Schools of NSW, "Child Protection Policy," 20 March (2020): 31.

เกิดขึ้น หรือ ไม่รู้ว่าเป็นความเสี่ยงที่เกิดจากการกระทำหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่ของบุคคลที่สาม ก็ไม่ครบองค์ประกอบความผิดตามมาตรา

ยกตัวอย่างเช่น กรณีศึกษาคดีเทย์เลอร์ การที่ผู้ตาย(นางตั้ง) ซึ่งเป็นผู้ใหญ่ที่อ่อนแอ อันไม่สามารถช่วยเหลือตัวเองได้ ตามความหมายของมาตรา 195A ถูกพบเป็นศพอยู่ในห้องนอนโดยนอนอยู่บนแผ่นพลาสติกสีเขียวที่เต็มไปด้วยปัสสาวะและอุจจาระ โดยผู้ตายนั้นมีรูปร่างผอมแห้งและเปลือยเปล่าตั้งแต่ช่วงเอวลงไป และจากข้อเท็จจริงหลักฐานทางการแพทย์ระบุว่าน้ำหนักของผู้ตายนั้นลดลงอย่างมากในช่วงหลายเดือน ซึ่งสอดคล้องกับคำให้การของเพื่อนบ้านที่พบเห็นอยู่บ่อยครั้ง เช่นนี้จะเห็นได้ว่าแม้แต่บุคคลภายนอกก็ยังสังเกตเห็นถึงความผิดปกติเช่นนั้น นอกจากนี้การที่ **นายไบรอันและนางลูนา เทย์เลอร์** ได้ซื้อสระเปรย์ปรับอากาศอยู่บ่อยครั้งแสดงว่าย่อมจะต้องได้กลิ่นเหม็นเช่นเดียวกัน ดังนั้นแล้วบุคคลทั้งสองซึ่งเป็น **สมาชิกในครัวเรือนเดียวกัน** กับผู้ตาย และอาศัยอยู่กับผู้ตายมาเป็นเวลานานหลายปี ย่อมจะต้องสังเกตเห็นถึงความผิดปกตินี้แม้จะอยู่คนละห้องนอนกันก็ตามแต่ก็อยู่ในบ้านหลังเดียวกัน จากข้อเท็จจริงนี้เองศาลจึงพิจารณาได้ว่า แม้บุคคลทั้งสองจะ **ไม่รู้จักเจตนาว่านางสาวซินดี้(ลูกสาวของผู้ตาย)ได้กระทำหรือละเว้นอะไรบ้างก็ตาม** แต่บุคคลทั้งสอง **ย่อมตระหนักถึงความเสี่ยงที่นางตั้ง(ผู้ตาย)อาจจะเสียชีวิต หรือบาดเจ็บอย่างสาหัส** จากการกระทำหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่ที่ตามมาตรา 195A ของ **นางสาวซินดี้** ที่จะต้องเลี้ยงดูพ่อแม่ผู้ช่วยเหลือตัวเองไม่ได้แล้ว จึงถือว่าเป็นการ **รู้** ตามองค์ประกอบความผิดของมาตรา 195A แล้วนั่นเอง⁸⁴

นอกจากที่บุคคลสองประเภทตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 195A จะต้อง “รู้” ว่ามีความเสี่ยงแล้วนั้น องค์ประกอบความผิดที่สำคัญอีกประการของมาตรานี้คือ บุคคลดังกล่าว **ต้องละเลยไม่ดำเนินการตามขั้นตอนที่เหมาะสม(reasonable steps)** เพื่อที่จะปกป้องผู้เสียหายจากความเสี่ยงที่เป็นอันตรายนั้นด้วย⁸⁵ อย่างไรก็ตามจะเรียกว่า “ดำเนินการตามขั้นตอนที่เหมาะสม” นั้น มาตรานี้ไม่ได้มีคำนิยามไว้แต่อย่างใด ดังนั้นจึงต้องพิจารณาเป็นกรณีๆไป กล่าวคือ ต้องพิสูจน์ให้ศาลและลูกขุนเห็นว่าจำเลยไม่ได้ดำเนินการใดๆอันเป็นการตอบสนองต่อสถานการณ์ที่เกิดความเสี่ยงอย่างเช่นที่วิญญูชนควรจะทำ และการละเลยไม่กระทำนั้นเป็นการละเลยอย่างสำคัญหรือเป็นการละเลยโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงนั่นเอง⁸⁶ โดยศาลอาจจะพิจารณาจากข้อเท็จจริงอื่นๆประกอบด้วย เช่น ระดับ

⁸⁴ R v TAYLOR [2016], NZHC 2846 [28 November 2016]

⁸⁵ Crime Act 1961, Section 195A (1)(b)

⁸⁶ Law Commission, Report: 11 Review of Part 8 of the Crimes Act 1961: Crimes against the Person, p.

ความสัมพันธ์ของผู้เสียหายกับบุคคลที่กำหนดไว้ให้รับผิดชอบ เป็นต้น ดังนั้นขั้นตอนที่เหมาะสมจึงขึ้นอยู่กับสถานการณ์ในแต่ละกรณีเป็นรายๆไปเมื่อรับรู้ถึงความเสี่ยงนั้นๆ ยกตัวอย่างเช่น⁸⁷

- ได้มีการดำเนินการติดต่อและรายงานความเสี่ยงที่พบต่อเจ้าหน้าที่หรือองค์กรที่เกี่ยวข้องอื่นๆแล้ว เช่น มีการแจ้งไปที่เจ้าหน้าที่ตำรวจ
- ได้ดำเนินการใดๆเพื่อทำให้ตัวผู้ต้องสงสัยที่อาจจะก่อให้เกิดความเสี่ยงต่อผู้เสียหาย ออกจากตัวผู้เสียหายในกรณีที่ทั้งสองพักอาศัยอยู่ในบริเวณใกล้เคียงกัน เป็นต้น

จากกรณีศึกษาคดีเทย์เลอร์นั้น การที่**นายไปรอันและนางลูนา เทย์เลอร์** สมาชิกครัวเรือนเดียวกันกับผู้ตายได้**ตระหนักถึงความเสี่ยงที่นางดัง(ผู้ตาย)อาจจะเสียชีวิต** หรือบาดเจ็บอย่างรุนแรงจากการกระทำหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมายในฐานะลูกของ**นางสาวซินดี้** แล้ว แต่บุคคลทั้งสองกลับเพิกเฉยไม่ได้ดำเนินการใดๆให้เหมาะสมเพื่อเป็นการปกป้องผู้ตายจากความเสี่ยงนั้น จึงถือเป็นการละเลยอย่างร้ายแรงจาก**มาตรฐานที่วิญญูชนสมควรจะกระทำ** เช่น แจ้งตำรวจ หรือนำตัวส่งโรงพยาบาลตั้งแต่รับรู้ความเสี่ยง ดังนั้นแล้วบุคคลทั้งสองจึงมีความผิดตามมาตรา 195A ศาลพิพากษาให้ได้รับโทษจำคุก 6ปี⁸⁸

ประการที่ 4 ขอบเขตของความเสี่ยงที่มุ่งคุ้มครอง

เมื่อพิจารณามาตรา 195Aแล้วจะเห็นได้ว่า ความเสี่ยงที่มุ่งคุ้มครองผู้เสียหายที่เป็นเด็กตามมาตรา 195Aแล้วจะเห็นได้ว่า ความเสี่ยงที่มุ่งคุ้มครองผู้เสียหายที่เป็นเด็กตามมาตรา 195Aแล้วจะเห็นได้ว่า ความเสี่ยงที่เกิดจากการกระทำที่ผิดกฎหมาย หรือการละเว้นในการปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมายของบุคคลอื่น ที่อาจส่งผลให้เกิดการ**เสียชีวิต(death)** หรือ **เป็นอันตรายต่อร่างกายอย่างสาหัส(grievous bodily harm)** หรือ**ถูกล่วงละเมิดทางเพศ(sexual assault)**⁸⁹ ทั้งนี้คำว่า **เป็นอันตรายต่อร่างกายอย่างสาหัส** หมายถึง ต้องเป็นความเสี่ยงที่อาจทำให้เกิดการบาดเจ็บอย่างรุนแรงต่อร่างกาย (really serious injury) กล่าวคือ วิญญูชนสามารถสังเกตเห็นได้ว่าการกระทำหรือละเว้นไม่กระทำนั้นอาจทำให้เกิดผลลัพธ์ในลักษณะที่เป็นอันตรายอย่างสาหัสต่อร่างกายได้นั้นเอง⁹⁰ โดยในมาตราดังกล่าวไม่ได้มีการกำหนดลงไปโดยเฉพาะเจาะจงว่าต้องเป็นความเสี่ยงที่เกิดจากการกระทำผิดประเภทใด เพียงแต่ระบุไว้แค่ว่าหากการกระทำหรือการละเว้นการปฏิบัติหน้าที่ของบุคคลอื่นนั้น อาจจะทำให้เกิดการเสียชีวิต บาดเจ็บอย่างรุนแรง หรือถูกล่วงละเมิดทางเพศได้ก็เพียงพอแล้ว

ประการที่ 5 โทษ

⁸⁷ Aotearoa New Zealand Association of Social Workers, "Obligation to Protect Children and Vulnerable Adults Crimes Amendment Act (No.3) 2011 – Protection of Children & Vulnerable Adults," (2011): 3.

⁸⁸ R v TAYLOR [2016], NZHC 2846 [28 November 2016]

⁸⁹ Crime Act 1961, Section 195A (1)(a)

⁹⁰ Law Commission, Report: 11 Review of Part 8 of the Crimes Act 1961: Crimes against the Person, p.

สำหรับโทษที่จะลงแก่บุคคลที่เป็นสมาชิกในครัวเรือนเดียวกันกับผู้เสียหายผู้ซึ่ง รู้ว่า ผู้เสียหาย มีความเสี่ยงต่อการ เสียชีวิต หรือบาดเจ็บอย่างรุนแรง หรือถูกล่วงละเมิดทางเพศ อันเป็น ผลมาจากการกระทำที่ผิดกฎหมาย หรือการละเว้นในการปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมายของบุคคลอื่น แต่ กลับละเลยไม่ได้กระทำการตามขั้นตอนที่เหมาะสม เพื่อป้องกันผู้เสียหายจากความเสี่ยงนั้น ได้ กำหนดโทษจำคุกสูงสุดไม่เกิน 10ปี⁹¹ โดยไม่มีการกำหนดโทษขั้นต่ำเอาไว้ เนื่องจากโทษนี้สะท้อนให้เห็นถึงกรณีที่เกิดผลลัพธ์ที่แย่มากที่สุด กล่าวคือ การละเลยไม่ดำเนินการที่เหมาะสมนั้นอาจส่งผลให้เด็ก เสียชีวิต หรือเป็นการละเลยอย่างร้ายแรง เช่น บุคคลเช่นว่านั้นรับรู้ถึงความเสี่ยงแต่ปกปิดไว้เป็นเวลายาวนานเป็นต้น⁹² ดังนั้นโทษที่จะลงแก่บุคคลตามมาตรานี้จึงขึ้นอยู่กับผลลัพธ์ว่ามีความร้ายแรงมาก น้อยแค่ไหนนั่นเอง⁹³

4.2 กำหนดความรับผิดชอบทางอาญาแก่บุคคลในองค์กรที่ทำงานเกี่ยวข้องกับเด็ก กรณี บกพร่องต่อการปกป้องหรือคุ้มครองเด็กจากความเสี่ยงที่จะเกิดอันตราย

จากที่ได้กล่าวไปแล้วว่านอกเหนือจากการดูแลโดยบุคคลผู้ซึ่งใกล้ชิดกับเด็กนั้น เด็กยังใช้เวลา อยู่ภายใต้การดูแลขององค์กรที่ทำงานเกี่ยวข้องกับเด็กเช่นเดียวกัน ซึ่งองค์กรดังกล่าวนี้มีอยู่มากมาย หลากหลายรูปแบบ ไม่ว่าจะเป็นโรงเรียนหรือสถานที่ให้บริการทางการศึกษาหรือกีฬา เป็นต้น ซึ่ง องค์กรต่างๆนี้มักได้รับความไว้วางใจจากพ่อแม่หรือผู้ปกครองเด็กให้ดูแลเด็ก ดังนั้นแล้ว “หลัก แห่งความไว้นือเชื่อใจ” นี้เอง จึงเป็นตัวกำหนดให้องค์กรต่างๆดังกล่าวมีหน้าที่ที่จะต้องทำให้มั่นใจว่า มีขั้นตอนการปกป้องคุ้มครองเด็กอย่างเหมาะสมเพียงพอ⁹⁴ เพื่อให้เด็กได้รับความปลอดภัยและมี สุขภาพที่ดีในขณะที่อยู่ในความดูแล ทั้งนี้ในต่างประเทศก็ประสบกับปัญหาที่เด็กซึ่งอยู่ภายใต้การ ดูแลขององค์กรต่างๆมักตกเป็นผู้เสียหายจากการกระทำผิดโดยบุคคลในองค์กรดังกล่าว เช่นเดียวกับที่ประเทศไทยที่กำลังประสบอยู่ในขณะนี้ ดังนั้นแล้วต่อไปนี้จะเป็นการศึกษาถึงมาตรการ ทางกฎหมายของต่างประเทศที่มีเพื่อแก้ไขปัญหาดังกล่าว โดยในหัวข้อนี้จะศึกษาประเทศในเครือรัฐ ออสเตรเลียอันได้แก่ รัฐวิกตอเรีย และรัฐนิวเซาท์เวลส์ และประเทศนิวซีแลนด์ โดยมีรายละเอียด ดังต่อไปนี้

⁹¹ Crime Act 1961, Section 195A (1)

⁹² Law Commission, Report: 11 Review of Part 8 of the Crimes Act 1961: Crimes against the Person, p. 80.

⁹³ Parliamentary Library and Information Service Department of Parliamentary Service, Research Brief No.7 May 2014: Crimes Amendment (Protection of Children) Bill 2014 (2014), pp. 22-23.

⁹⁴ Family and Community Development Committee Parliament of Victoria, Betrayal of Trust Inquiry into the Handling of Child Abuse by Religious and Other Non-Government Organizations Volume 2 of 2 (2013), p. 222.

4.2.1 เครือรัฐออสเตรเลีย รัฐวิกตอเรีย

มาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองปกป้องเด็กจากความเสี่ยงที่จะเกิดอันตรายในรัฐวิกตอเรีย เครือรัฐออสเตรเลีย นั้นถูกบัญญัติไว้ใน พระราชบัญญัติอาชญากรรม ค.ศ. 1958 (Crime Act 1958) ซึ่งจะได้อธิบายในหัวข้อต่อไป

(1) ความเป็นมาของมาตรการทางกฎหมาย

กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองปกป้องเด็กจากความเสี่ยงที่จะเกิดอันตรายในรัฐวิกตอเรีย เครือรัฐออสเตรเลีย นั้นถูกบัญญัติไว้ใน พระราชบัญญัติอาชญากรรม ค.ศ.1958 (Crime Act 1958) ซึ่งได้มีการเริ่มเสนอให้แก่โชฐานความผิดตามพระราชบัญญัติดังกล่าวเมื่อปี พ.ศ.2557 (ค.ศ. 2014) กล่าวคือ มีการเสนอให้กำหนดเป็นความรับผิดชอบอาญาขึ้นใหม่ ในความผิดฐานบกพร่องต่อการคุ้มครองเด็กจากการกระทำความผิดทางเพศ ซึ่งเป็นการกำหนดความรับผิดชอบอาญาแก่บุคคลที่มีอำนาจในองค์กรที่เกี่ยวข้องกับเด็กไว้เป็นการเฉพาะ โดยบัญญัติไว้ในมาตรา 49C⁹⁵ ซึ่งมีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 1 กรกฎาคม พ.ศ.2558 (ค.ศ.2015)⁹⁶ เหตุผลในการบัญญัติความผิดฐานนี้ขึ้นมา ก็เนื่องมาจากรัฐสภาของเครือรัฐวิกตอเรียได้พิจารณาเห็นว่าในปัจจุบันมีองค์กรที่ดำเนินกิจกรรมเกี่ยวข้องกับเด็กและมีเด็กอยู่ภายใต้การดูแลนั้นมีอยู่เป็นจำนวนมาก และการกระทำความผิดต่อเด็กในองค์กรต่าง ๆ นั้นมีแนวโน้มที่สูงขึ้น โดยเฉพาะองค์กรทางศาสนาและองค์กรที่ไม่ได้ดำเนินการโดยรัฐบาล ซึ่งโดยส่วนใหญ่พบว่าผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับการทารุณกรรมเด็กในองค์กรเหล่านั้นมักจะได้รับความเชื่อถือ ความไว้วางใจ ทั้งจากตัวเด็กเอง ครอบครัวเด็กและคนในองค์กรด้วยกัน ทำให้การเข้าถึงเด็กนั้นง่ายและมีความสะดวกยิ่งขึ้นเนื่องจากความสัมพันธ์บนฐานของหลักความไว้วางใจซึ่งสร้างขึ้นโดยผู้กระทำความผิดกับองค์กรและตัวเด็ก⁹⁷ อีกทั้งยังพบข้อเท็จจริงจากคดีที่เกิดขึ้นมากมายว่าบุคคลผู้มีอำนาจในองค์กรดังกล่าวมักจะละเลยไม่ให้ความใส่ใจที่จะดำเนินการใดๆ ให้เหมาะสมในขั้นตอนที่รับรู้ได้ว่ามีความเสี่ยงเช่นนั้นเกิดขึ้นแล้ว จากเหตุผลดังกล่าวรัฐสภาวิกตอเรียจึงได้เห็นควรกำหนดให้องค์กรที่ดำเนินกิจกรรมเกี่ยวข้องกับเด็กนั้นมีหน้าที่ทางกฎหมายที่ชัดเจนมากขึ้น ในการที่จะใช้มาตรการที่เหมาะสมเพื่อลดความเสี่ยงที่จะเกิดการล่วงละเมิดทางเพศต่อเด็กนั่นเอง โดยรัฐต้องการที่จะให้องค์กรที่ทำงานเกี่ยวข้องกับเด็กนั้นมีความตื่นตัวและมีนโยบายเชิงรุกในการปกป้องคุ้มครองเด็กที่อยู่ในความดูแลอย่างเหมาะสม เพื่อไม่ให้ผู้ที่เตรียมจะกระทำผิดนั้นสามารถอาศัย

⁹⁵ Parliamentary Library and Information Service Department of Parliamentary Service, Research Brief No.7 May 2014: Crimes Amendment (Protection of Children) Bill 2014, p. 14.

⁹⁶ Victoria State Government, "Betrayal of Trust Fact Sheet, Failure to Protect Law: A New Criminal Offence to Protect Children from Sexual Abuse " [Online] Accessed: 1 June 2020 Available from: <https://www.justice.vic.gov.au/safer-communities/protecting-children-and-families/failure-to-protect-a-new-criminal-offence-to>

⁹⁷ CRIMES AMENDMENT (SEXUAL OFFENCES) ACT 2016 (NO. 47 OF 2016) - SECT 16

ประโยชน์จากความไว้นื้อเชื่อใจหรือตำแหน่งหน้าที่ในองค์กรไปกระทำความผิดต่อเด็กได้โดยง่าย⁹⁸ ดังนั้นแล้วเพื่อที่จะป้องกันไม่ให้เกิดการกระทำความผิดต่อเด็กในอนาคตจึงจำเป็นต้องกำหนดหน้าที่ความรับผิดชอบต่อบุคคลผู้ซึ่งที่มีอำนาจในการลดหรือขจัดความเสี่ยงต่อการกระทำความผิดต่อเด็กในองค์กรดังกล่าวให้ชัดเจน เพื่อให้บุคคลเหล่านี้ดำเนินการอย่างเหมาะสมต่อสถานการณ์ในการป้องกันไม่ให้มีการกระทำความผิดต่อเด็กเกิดขึ้น โดยต่อมาได้มีการแก้ไขพระราชบัญญัติอาชญากรรม ค.ศ. 1958 (Crime Act 1958) อีกครั้งโดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายอาญา(ความผิดเกี่ยวกับเพศ) ฉบับที่ 47 ในปี พ.ศ.2559 ซึ่งความผิดฐานนี้ยังคงมีอยู่โดยที่สาระสำคัญของกัมิได้มีการเปลี่ยนแปลงไปแต่อย่างใด เพียงแต่ได้เปลี่ยนแปลงให้ฐานความผิดดังกล่าวนี้ไปบัญญัติไว้ใน มาตรา 490 แทน ซึ่งมีผลบังคับใช้เมื่อ 1 กรกฎาคม พ.ศ.2560⁹⁹ เป็นต้นมา โดยรายละเอียดของกฎหมายดังกล่าวจะได้อธิบายในหัวข้อถัดไป

(2) รายละเอียดของมาตรการทางกฎหมาย

มาตรา 490 ความบกพร่องของบุคคลผู้มีอำนาจในองค์กรในการปกป้องเด็กจากการกระทำความผิดทางเพศ แห่งพระราชบัญญัติอาชญากรรม ค.ศ.1958 (Crime Act 1958) นั้น ความว่า¹⁰⁰

⁹⁸Victoria State Government, "Betrayment of Trust Fact Sheet: The New Organizational Duty of Care to Prevent Child Abuse," [Online]. Available from: <https://www.justice.vic.gov.au/safer-communities/protecting-children-and-families/betrayment-of-trust-fact-sheet-the-new>

⁹⁹ CRIMES AMENDMENT (SEXUAL OFFENCES) ACT 2016 (NO. 47 OF 2016) - SECT 16

¹⁰⁰ CRIME ACT 1958 SECTION 490: Failure by a person in authority to protect a child from a sexual offence

- (1) A person (A) commits an offence if—
 - (a) A occupies a position within, or in relation to, a relevant organisation; and
 - (b) there is a substantial risk that a relevant child will become the victim of a sexual offence committed by another person who is—
 - (i) 18 years of age or more; and
 - (ii) a person associated with the relevant organisation; and
 - (c) A knows that the risk exists; and
 - (d) A, by reason of A's position, has the power or responsibility to reduce or remove that risk; and
 - (e) A negligently fails to reduce or remove that risk.
- (2) A person who commits an offence against subsection (1) is liable to level 6 imprisonment (5 years maximum).

“มาตรา 490 ความบกพร่องของบุคคลผู้มีอำนาจในองค์กรในการปกป้องเด็ก

จากการกระทำความผิดทางเพศ

(1) บุคคลดังต่อไปนี้กระทำความผิดเมื่อ

- (a) เป็นบุคคลซึ่งดำรงตำแหน่งภายใน หรือ มีความเกี่ยวข้องกับองค์กรที่เกี่ยวข้องเด็ก และ
- (b) มีความเสี่ยงอย่างมีนัยสำคัญที่เด็กที่เกี่ยวข้องนั้น อาจจะถูกเป็นเหยื่อของการกระทำ

ความผิดทางเพศ ที่กระทำโดยบุคคลอื่นซึ่ง -

- (i) อายุ 18 ปีบริบูรณ์ หรือ มากกว่า และ
- (ii) เป็นบุคคลที่เกี่ยวข้องกับองค์กร และ
- (c) บุคคลเช่นว่านั้น รู้ว่าความเสี่ยงเช่นว่านั้นมีอยู่ และ
- (d) โดยตำแหน่งแล้วนั้นบุคคลนั้น มีอำนาจ หรือ ความรับผิดชอบ ในการที่จะลดหรือกำจัดความเสี่ยงเช่นว่านั้น และ
- (e) โดยประมาทเลินเล่อ ไม่ได้ทำการลดหรือขจัดความเสี่ยงนั้น

(2) บุคคลผู้กระทำความผิดตาม (1) ต้องระวางโทษจำคุกกระดัดบ 6

(โทษจำคุกสูงสุดไม่เกิน 5 ปี)”

บทบัญญัติในมาตรา 490 ในฐานความผิดความบกพร่องของบุคคลผู้มีอำนาจในองค์กรในการปกป้องเด็กจากการกระทำความผิดทางเพศ แห่งพระราชบัญญัติอาชญากรรม ค.ศ. 1958 (Crime Act 1958) นั้น เป็นการกำหนดความผิดขึ้นเพื่อส่งเสริมและกระตุ้นให้องค์กรต่างๆ จัดการกับความเสี่ยงที่อาจจะการกระทำความผิดทางเพศต่อเด็กที่อยู่ในความดูแลอย่างเหมาะสม เพื่อเป็นการปกป้องเด็กเหล่านั้นจากอันตราย และเพื่อตอบสนองต่อการทรมานต่อหลักความไว้นื้อเชื่อใจ ในการที่จะสร้างสภาพแวดล้อมที่ปลอดภัยสำหรับเด็กด้วย ซึ่งเมื่อพิเคราะห์มาตราดังกล่าวแล้วมีรายละเอียดต่อไปนี้คือ

ตารางที่ 5 แสดงองค์ประกอบความผิด มาตรา 490

ลำดับ	องค์ประกอบความผิด มาตรา 490		
1.	องค์ประกอบ ภายนอก	ผู้กระทำ	<p>Person in authority คือ บุคคลซึ่ง</p> <ol style="list-style-type: none"> มีตำแหน่ง หรือ มีความเกี่ยวพันกับองค์กรที่ดำเนินกิจกรรมเกี่ยวข้องกับเด็ก(<i>relevant organization</i>) และมีเด็กอยู่ภายใต้การดูแล และ โดยตำแหน่งบุคคลนั้นมีอำนาจหรือความรับผิดชอบในการที่จะลดหรือขจัดความเสี่ยงได้
		การกระทำ	<ol style="list-style-type: none"> รู้ว่ามีความเสี่ยงอย่างมีนัยยะสำคัญ(substantial risk)ที่ <ol style="list-style-type: none"> เด็ก(อายุต่ำกว่า 16) และอยู่หรืออาจจะมาอยู่ภายใต้การดูแลขององค์กร อาจจะตกเป็นเหยื่อของการกระทำ “ความผิดทางเพศ” ที่กระทำโดยบุคคลอื่นที่อายุ18ปีบริบูรณ์ หรือ มากกว่า ซึ่งเป็นผู้ที่มีความเกี่ยวข้องกับองค์กร และ ละเลยไม่ได้ทำการลดหรือขจัดความเสี่ยงเช่นว่านั้น
		วัตถุแห่งการกระทำ	-
2.	องค์ประกอบ ภายใน	ผู้กระทำต้องรู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบความผิดว่า มีความเสี่ยงอย่างมีนัยยะสำคัญ(substantial risk) ที่เด็ก(อายุต่ำกว่า 16)ซึ่งอยู่หรืออาจจะอยู่ภายใต้การดูแลขององค์กร อาจจะตกเป็นเหยื่อของการกระทำ “ความผิดทางเพศ” ที่กระทำโดยบุคคลอื่นที่อายุ18ปีบริบูรณ์ หรือ มากกว่า ซึ่งเป็นผู้ที่มีความเกี่ยวข้องกับองค์กรนั้นเกิดขึ้น	
		เจตนาพิเศษ	-
3.	บทลงโทษ	ต้องระวางโทษจำคุกระดับ 6 (โทษจำคุกสูงสุดไม่เกิน5ปี ไม่มีโทษขั้นต่ำ)	

ประกาศที่ 1 บุคคลที่ได้รับความคุ้มครองตามมาตรา 490

ตามที่ได้อธิบายไปในข้างต้นแล้วว่าจุดมุ่งหมายของมาตรา 490 นี้มีขึ้นเพื่อคุ้มครองเด็ก เช่นนี้จึงต้องพิจารณาให้แน่ชัดว่า “เด็ก” ในความหมายของมาตรา 490 นี้หมายถึงบุคคลใด ซึ่งเมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติของมาตรา 490 (7) แล้ว เด็กที่เกี่ยวข้องในฐานะความผิดของมาตรา 490 หรือ relevant child นั้น ต้องพิจารณาว่า “เด็ก” เป็นผู้มีอายุต่ำกว่า 16 ปี และอยู่หรืออาจจะมาอยู่ ภายใต้การดูแล การจัดการ หรือให้อำนาจขององค์กรที่ดำเนินกิจกรรมเกี่ยวข้องกับเด็ก¹⁰¹ ไม่ว่าจะระบุตัวตนของเด็กว่าเป็นคนใดได้หรือไม่ก็ตาม กล่าวคือ การละเลยบกพร่องไม่กำจัดหรือลดความเสี่ยงตามมาตรา 490 นั้น หากตามความเสี่ยงแล้ว เด็กที่อาจจะเข้ามาอยู่หรืออยู่ภายใต้การดูแลขององค์กร ไม่ว่าจะคนใดก็ตาม ที่อาจจะตกเป็นเหยื่อของการกระทำความผิดทางเพศโดยบุคคลที่มีความเกี่ยวข้องกับองค์กรได้ก็เป็นความผิดแล้ว โดยไม่จำเป็นต้องชี้เฉพาะเจาะจงลงไปว่าเด็กคนใดจะเป็นอันตราย ทั้งนี้ เพราะเป็นความผิดต่อการละเมิดหน้าที่ในการปกป้องคุ้มครองเด็ก และเป็นความผิดที่บังคับใช้ในชั้นที่เกิดสถานการณ์ที่มีความเสี่ยงสูงขึ้นไปกว่าที่จะรอให้เกิดการกระทำความผิดต่อเด็กขึ้นจริงๆ¹⁰² นั้นเอง ดังนั้นการระบุตัวตนของเด็กที่อาจได้รับอันตรายจากความเสี่ยงได้หรือไม่เช่นนั้นไม่ใช่สิ่งสำคัญ

ประกาศที่ 2 บุคคลที่ต้องมีความรับผิดชอบตามมาตรา 490

ผู้ที่จะมีความผิดตามมาตรา 490 นั้น คือบุคคลที่เรียกว่า Person in authority กล่าวคือ เป็นบุคคลผู้ซึ่งทำงานอยู่ในองค์กรที่เกี่ยวข้องกับเด็ก และโดยตำแหน่งแล้วบุคคลนั้นมีหน้าที่และความรับผิดชอบในการที่จะลดหรือขจัดความเสี่ยงที่เด็กซึ่งอยู่ในความดูแลขององค์กรดังกล่าวอาจจะตกเป็นเหยื่อจากการกระทำ “ความผิดทางเพศ” (sexual offences) ที่กระทำโดยบุคคลที่มีความเกี่ยวข้องกับองค์กรซึ่งมีอายุตั้งแต่ 18 ปีขึ้นไปได้ และบุคคลเช่นว่านั้นรู้ว่าความเสี่ยงนั้นมีอยู่ แต่กลับประมาทเลินเล่อบกพร่องไม่ได้ทำการลดหรือกำจัดความเสี่ยงดังกล่าวนั้น บุคคลผู้มีอำนาจในองค์กร หรือ Person in authority จึงต้องมีความรับผิดชอบ¹⁰³

เมื่อพิจารณาบทมาตรา 490 แล้วจะเห็นได้ว่าเป็นการกำหนดหน้าที่ให้กับ Person in authority ให้ทำการลดหรือกำจัดความเสี่ยงเมื่อรับรู้ว่ามีความเสี่ยงเกิดขึ้น โดยมีจุดมุ่งหมายเพื่อ

¹⁰¹ CRIME ACT 1958 SECTION 490 (7) *In this section “relevant child” means a child (whether identifiable or not) under the age of 16 years who is, or may come, under the care, supervision or authority of a relevant organisation;*

¹⁰² Crimes Amendment (Protection of Children) Bill 2014, EXPLANATORY MEMORANDUM, Clause Notes, 3.

¹⁰³Victoria State Government, "Betrayal of Trust Fact Sheet, Failure to Protect Law: A New Criminal Offence to Protect Children from Sexual Abuse "

ป้องกันการกระทำความผิดทางเพศต่อเด็กก่อนที่จะเกิดความผิดนั้นๆขึ้น ซึ่งหน้าที่นี้ก็มีขึ้นเพื่อส่งเสริมให้เกิดการกระทำอย่างเหมาะสมต่อสถานการณ์ โดยความรับผิดชอบตามมาตรา 490 นั้น **ไม่ใช่** ความผิดที่ต้องการผลโดยจะเห็นได้จากบทบัญญัติในส่วน (4) ที่กำหนดไว้ว่าในการดำเนินคดีสำหรับความผิดตามมาตรานี้ **ไม่ต้องพิสูจน์ว่า**ได้มีการกระทำความผิดทางเพศต่อเด็กเกิดขึ้น¹⁰⁴ กล่าวคือ ผู้กระทำอาจมีความผิดตามมาตรานี้ได้โดยไม่จำเป็นต้องมีการกระทำความผิดทางเพศต่อเด็กเกิดขึ้นจากการละเลยในการลดหรือกำจัดความเสี่ยงนั้น เพียงแค่บุคคลผู้มีอำนาจดังกล่าวได้ละเมิดหน้าที่ที่จะต้องกระทำการใดๆให้เหมาะสมกับสถานการณ์ก็มีความผิดแล้ว¹⁰⁵ ดังนั้นในการดำเนินคดีสำหรับความผิดตามมาตรานี้จึงไม่ต้องพิสูจน์ว่ามีการกระทำความผิดตามความเสี่ยงนั้นเกิดขึ้นแล้วหรือไม่

ประการที่ 3 นิยามและความหมายต่างๆตามมาตรานี้

ในการพิจารณาว่าใครคือ “บุคคลผู้มีอำนาจในองค์กร” หรือ Person in authority ที่มีอำนาจในการลดหรือจัดการความเสี่ยงในองค์กรอันอาจมีความรับผิดชอบภายใต้มาตรานี้ นั้น จะต้องพิจารณาถึงระดับการดูแลว่าบุคคลนั้นมีความรับผิดชอบหรือความสามารถในการที่จะบริหารจัดการหรือในการตัดสินใจกระทำการใดเพื่อลดและกำจัดความเสี่ยงหรือไม่ ถ้ามีอำนาจที่จะกระทำได้ บุคคลดังกล่าวนั้นก็คือ Person in authority ไม่ว่าจะอำนาจนั้นจะเป็นอำนาจทางการหรือไม่ทางการ หรือจะถูกจำกัดอำนาจเอาไว้หรือไม่ก็ตามแต่บุคคลเช่นว่านั้นต้องมีอำนาจในการที่จะตัดสินใจกระทำการในระดับต่างๆได้ เช่น สามารถกำกับดูแลงานต่างๆที่เกี่ยวข้องกับความปลอดภัยของเด็กได้ เป็นต้น

ยกตัวอย่างเช่น ผู้ปกครองสถานสงเคราะห์เด็ก สมาชิกคณะกรรมการผู้บริหารโรงเรียน หัวหน้าหรือกรรมการมูลนิธิที่เกี่ยวกับเด็ก ผู้นำขององค์กรทางศาสนา ซึ่งเป็นผู้มีอำนาจในการตัดสินใจเกี่ยวกับการดำเนินกิจกรรมต่างๆในองค์กรได้ จึงเป็น **Person in authority** ตามความหมายของมาตรานี้เอง และยังหมายรวมถึงบุคคลที่อาจจะไม่มีบทบาทหรือตำแหน่งอย่างเป็นทางการในการบริหารองค์กร หรือบทบาทและอำนาจถูกจำกัดไว้เฉพาะเรื่อง อย่างไรก็ตามหากเป็นผู้ที่มีความรับผิดชอบและอำนาจในการกำกับดูแลความปลอดภัยของเด็กในองค์กรก็อยู่ในความหมายของ **Person in authority** เช่นเดียวกัน เช่น โค้ชที่รับผิดชอบในการกำกับดูแลทีมกีฬานักเรียนเยาวชน จึงเป็นผู้มีอำนาจในการที่จะตัดสินใจเกี่ยวกับความปลอดภัยของเด็ก เป็นต้น¹⁰⁶

¹⁰⁴ CRIME ACT 1958 SECTION 490 (4) *For the avoidance of doubt, in a prosecution for an offence against subsection (1), it is not necessary to prove that a sexual offence has been committed.*

¹⁰⁵ Ben Mathews, "A Taxonomy of Duties to Report Child Sexual Abuse: Legal Developments Offer New Ways to Facilitate Disclosure," *Child Abuse & Neglect* 88, February (2019): 341.

¹⁰⁶ Victoria State Government, "Betrayal of Trust Fact Sheet, Failure to Protect Law: A New Criminal Offence to Protect Children from Sexual Abuse "

นอกจากนี้ในการพิจารณาว่า “องค์กรที่เกี่ยวข้อง(Relevant organization)” องค์กรใด ที่บุคคลผู้มีอำนาจในองค์กร(Person in authority) จะต้องทำหน้าที่และความรับผิดชอบตาม มาตรา 490 (7) นั้นก็ได้มีการกำหนดขอบเขตไว้อย่างเฉพาะเจาะจง กล่าวคือ **องค์กรที่เกี่ยวข้อง (Relevant organization)** หมายถึง องค์กรที่ได้รับอนุญาตให้ดำเนินกิจกรรมที่เกี่ยวข้องกับเด็ก โดยเป็นองค์กร หรือ หน่วยงาน ที่มีอำนาจดูแล จัดการ หรือมีอำนาจเหนือเด็ก และรวมถึงองค์กร ต่อไปนี้ด้วย คือ โบสถ์, องค์กรทางศาสนา, โรงเรียน, หน่วยงานซึ่งให้บริการการศึกษา, หน่วยงานอื่น ซึ่งให้บริการใดๆแก่เด็ก, หน่วยงานซึ่งให้บริการดูแลเด็กนอกบ้าน, โรงพยาบาล, หน่วยงานของรัฐบาล, สภามหาวิทยาลัย, หน่วยงานสาธารณสุข, กลุ่มกีฬา, องค์กรเยาวชน หรือองค์กรการกุศล หรือองค์กรใดๆ ก็ตามที่มีอำนาจในการดูแลเด็ก¹⁰⁷ ดังนั้นแล้วองค์กรที่ดำเนินกิจกรรมเกี่ยวข้องกับเด็กต่างๆจึงมีอยู่ มากมายหลายรูปแบบ หากองค์กรเหล่านั้นมีเด็กอยู่ในความดูแลแล้ว ก็อยู่ในขอบเขตความหมายนี้ ทั้งสิ้นไม่ว่าหน้าที่ในการดูแลเด็กขององค์กรนั้นจะเป็นหน้าที่ในขั้นพื้นฐานในการกำกับดูแลความ

¹⁰⁷ CRIME ACT 1958 SECTION 490 (7) In this section “relevant organization” means—

- (a) an organisation that exercises care, supervision or authority over children, whether as its primary function or otherwise, and includes but is not limited to—
- (i) a church; and
 - (ii) a religious body; and
 - (iii) a school; and
 - (iv) an education and care service within the meaning of the Education and Care Services National Law (Victoria); and
 - (v) a children's service within the meaning of the **Children's Services Act 1996**; and
 - (vi) an out of home care service within the meaning of the **Children, Youth and Families Act 2005**; and
 - (vii) a hospital; and
 - (viii) a government department; and
 - (ix) a government agency; and
 - (x) a municipal council; and
 - (xi) a public sector body; and
 - (xii) a sporting group; and
 - (xiii) a youth organisation; and
 - (xiv) a charity or benevolent organisation; or
- (b) an organisation that, in accordance with an agreement or arrangement with an organisation referred to in paragraph (a), is required or permitted to engage in activities associated with the care, supervision or authority over children exercised by the organisation referred to in paragraph (a);

เรียบบร้อยขององค์กรหรือหน้าที่อื่นๆก็ตาม¹⁰⁸ ในขณะที่เดียวกันหากเป็นองค์กรอื่นๆที่ไม่ได้มีวัตถุประสงค์เพื่อดำเนินกิจกรรมที่เกี่ยวข้องกับเด็กหรือไม่มีเด็กอยู่ภายใต้การดูแลก็ไม่ตกอยู่ภายใต้บังคับของมาตรานี้แต่อย่างใด

ทั้งนี้ความผิดตามมาตรา 490 นั้นมีจุดมุ่งหมายให้บุคคลผู้มีอำนาจต้องกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งเพื่อให้มี “มาตรการป้องกันที่สมเหตุสมผล” เมื่อรับรู้ว่ามีความเสี่ยงที่ “บุคคลที่มีความเกี่ยวข้องกับองค์กร (person associated with an organization)” อาจกระทำความผิดทางเพศต่อเด็กนั่นเอง ซึ่ง “บุคคลที่เกี่ยวข้องกับองค์กร” หมายถึง บุคคลผู้ซึ่งเป็นเจ้าหน้าที่ ลูกจ้าง ผู้จัดการ เจ้าของ อาสาสมัคร ผู้รับเหมา/รับจ้าง หรือตัวแทนขององค์กรด้วย แต่ทั้งนี้ไม่ได้จำกัดเพียงแค่บุคคลที่ระบุไว้ อย่างไรก็ตามไม่รวมถึงผู้ที่เพียงแต่มารับบริการจากองค์กร เช่น บุคคลอื่นที่เข้ามาใช้บริการทางการศึกษาจากองค์กร จะไม่อยู่ในขอบเขตของมาตรานี้¹⁰⁹ เช่นนี้แล้วจะเห็นได้ว่าคำว่าบุคคลที่มีความเกี่ยวข้องกับองค์กรนั้นมีความหมายที่กว้างขวางมาก ครอบคลุมแทบจะทุกคนที่อยู่ในองค์กรดังกล่าว

นอกจากนี้ความเสี่ยงในความหมายของความผิดฐานดังกล่าวจะต้องเป็นความเสี่ยงที่อาจเกิดการทารุณกรรมทางเพศอันจะกระทำโดยบุคคลที่มีความเกี่ยวข้องกับองค์กรซึ่งเป็น **ผู้ใหญ่** เท่านั้น¹¹⁰ กล่าวคือ ตามมาตรา 490 (1)(b)(i) ระบุไว้ชัดเจนว่า “บุคคลที่มีความเกี่ยวข้องกับองค์กร” **ต้องมีอายุตั้งแต่ 18 ปีขึ้นไป** ดังนั้นถ้าเป็นความเสี่ยงที่ก่อโดยบุคคลซึ่งอายุต่ำกว่า 18 ปี ก็ไม่ได้อยู่ในขอบข่ายของมาตรานี้ อันจะทำให้บุคคลผู้มีอำนาจในองค์กรต้องรับผิดชอบแต่อย่างใด

ประการที่ 4 ขอบเขตของความเสี่ยงที่มุ่งคุ้มครอง

ความเสี่ยงที่บุคคลผู้มีอำนาจในองค์กรจะต้องดำเนินการจัดการให้เหมาะสมเพื่อปกป้องเด็กนั้น มาตรานี้ได้จำกัดเฉพาะเจาะจงลงไปด้วยว่า ต้องเป็นความเสี่ยงที่เกิดจากบุคคลที่มีความเกี่ยวข้องกับองค์กร อันเป็นความผิดเกี่ยวกับการกระทำความผิดทางเพศเท่านั้น ซึ่งใน (7) ก็ได้ให้คำนิยามของ “ความผิดทางเพศ” ไว้แล้วโดยสามารถแบ่งได้เป็น 3 กรณีดังต่อไปนี้¹¹¹

¹⁰⁸ Victoria State Government, "Breach of Trust Fact Sheet, Failure to Protect Law: A New Criminal Offence to Protect Children from Sexual Abuse "

¹⁰⁹ CRIME ACT 1958 SECTION 490 (7) In this section— “person associated”, in relation to a relevant organisation, includes but is not limited to a person who is an officer, employee, manager, owner, volunteer, contractor or agent of the organisation but does not include a person only because the person receives services from the organisation;

¹¹⁰ Victoria State Government, "Breach of Trust Fact Sheet, Failure to Protect Law: A New Criminal Offence to Protect Children from Sexual Abuse "

¹¹¹ CRIME ACT 1958 SECTION 490: (7) In this section— “sexual offence” means—

กรณี 1 ความผิดทางเพศ หมายถึง การกระทำความผิดที่กำหนดไว้ตามส่วนย่อยต่อไปนี้

ความผิดต่อส่วนย่อยที่ (8A) เป็นความผิดที่เกี่ยวกับการข่มขืน การล่วงละเมิดทางเพศ และความผิดทางเพศอื่นๆที่เกี่ยวข้อง¹¹² เช่น มาตรา 38 ความผิดฐานข่มขืน, มาตรา 40 การล่วงละเมิดทางเพศ, มาตรา 42 การทำร้ายโดยเจตนาที่จะกระทำความผิดทางเพศ, มาตรา 43 การข่มขู่เพื่อที่จะกระทำความผิดทางเพศ, มาตรา 47 การลักพาตัวหรือกักขังเพื่อวัตถุประสงค์ทางเพศ เป็นต้น

ความผิดต่อส่วนย่อยที่ (8C) เป็นความผิดที่เกี่ยวกับการมีเพศสัมพันธ์กันระหว่างครอบครัว¹¹³ เช่น มาตรา 50c การมีเพศสัมพันธ์กับบุตรหรือทายาทลำดับต่อไป, มาตรา 50D การมีเพศสัมพันธ์กับบุตรเลี้ยง เป็นต้น

ความผิดต่อส่วนย่อยที่ (8D) เป็นความผิดเกี่ยวกับ สื่อที่แสดงการล่วงละเมิดทางเพศต่อเด็ก¹¹⁴ เช่น มาตรา 51C การผลิตสื่อการล่วงละเมิดทางเพศเด็ก, มาตรา 51G การครอบครองสื่อที่มีเนื้อหาล่วงละเมิดทางเพศเด็ก เป็นต้น

ความผิดต่อส่วนย่อยที่ (8E) เป็นความผิดเกี่ยวกับการกระทำความผิดทางเพศต่อบุคคลที่มีความบกพร่องทางสติปัญญาหรือป่วยทางจิต¹¹⁵ เช่น มาตรา 52B การมีเพศสัมพันธ์กับบุคคลที่มีความบกพร่องทางสติปัญญา หรือความเจ็บป่วยทางจิต เป็นต้น

ความผิดต่อส่วนย่อยที่ (8F) ความผิดเกี่ยวกับการทำให้ตกเป็นทาสในทางเพศ¹¹⁶ เช่น มาตรา 53B การใช้กำลังคุกคาม ขู่ข่มขู่หรือด้วยวิธีอื่นใด เพื่อให้บุคคลอื่นให้บริการทางเพศในเชิงพาณิชย์ เป็นต้น

ความผิดต่อส่วนย่อยที่ (8FA) ความผิดทางเพศอื่น ๆ¹¹⁷ เช่น มาตรา 54A ความผิดฐานมีเพศสัมพันธ์กับสัตว์ เป็นต้น

an offence against a provision of Subdivision (8A), this Subdivision (other than this section), (8C), (8D), (8E), (8F) or (8FA); or an attempt to commit an offence covered by paragraph (a) (other than section 49K); or an assault with intent to commit an offence covered by paragraph (a)

¹¹² **Crimes Act 1958** Part I—Offences: Division 1—Offences against the person: (8A) *Rape, sexual assault and associated sexual offences*

¹¹³ **Crimes Act 1958** Part I—Offences: Division 1—Offences against the person: (8C) *Incest*

¹¹⁴ **Crimes Act 1958** Part I—Offences: Division 1—Offences against the person: (8D) *Child abuse material*

¹¹⁵ **Crimes Act 1958** Part I—Offences: Division 1—Offences against the person: (8E) *Sexual offences against persons with a cognitive impairment or mental illness*

¹¹⁶ **Crimes Act 1958** Part I—Offences: Division 1—Offences against the person: (8F) *Sexual servitude*

¹¹⁷ **Crimes Act 1958** Part I—Offences: Division 1—Offences against the person: (8FA) *Other sexual offences*

กรณี 2 ความผิดทางเพศ หมายถึง การพยายามกระทำความผิดที่ระบุไว้ในกรณี 1 (นอกเหนือจากมาตรา 49K ความผิดฐานสนับสนุนให้เด็กอายุต่ำกว่า 16 ปีมีส่วนร่วม หรือมีส่วนร่วมเกี่ยวข้องในกิจกรรมทางเพศ)

กรณีที่ 3 ความผิดทางเพศ หมายถึง การทำร้ายโดยมีเจตนาที่จะกระทำความผิดตามที่ระบุไว้ในกรณี 1

เช่นนี้แล้วจะเห็นได้ว่า การกำหนดความหมายของความผิดทางเพศตามมาตรานี้มีขอบเขตที่กว้างขวางมากโดยหมายถึงการกระทำความผิดทางเพศในหลายๆกรณี รวมถึงการพยายามกระทำความผิดทางเพศดังกล่าว และการทำร้ายโดยมีเจตนาจะกระทำความผิดดังกล่าวด้วย เนื่องจากกฎหมายนี้มีจุดประสงค์ที่จะคุ้มครองเด็กให้รอบด้านที่สุดนั่นเอง

ประการที่ 5 องค์ประกอบความผิด

องค์ประกอบความผิดของมาตรานี้มีอยู่ 2 ประการกล่าวคือ (1) บุคคลผู้มีอำนาจในองค์กร(Person in authority) จะต้อง “รู้” ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบความผิดก่อนว่า**มีความเสี่ยงอย่างมีนัยยะสำคัญ(substantial risk)** ที่เด็กอาจจะตกเป็นเหยื่อของการกระทำความผิดทางเพศที่กระทำโดยบุคคลที่มีความเกี่ยวข้องกับองค์กรที่เป็นผู้ใหญ่¹¹⁸ เช่นนี้แล้วหาก “ไม่รู้” ก็ไม่มีความผิดแต่อย่างใด ดังนั้นในการพิจารณาว่าบุคคลผู้มีอำนาจในองค์กรนั้นได้รับรู้ถึงความเสี่ยงแล้วหรือไม่นั้น ก็ต้องพิจารณาว่ามีข้อเท็จจริงที่เชื่อได้หรือไม่ว่า บุคคลดังกล่าวตระหนักได้ว่าความเสี่ยงนั้นปรากฏขึ้นแล้วหรือต้องมีขึ้นแน่ๆในสถานการณ์นั้นๆ ซึ่งการตระหนักเช่นนั้น ต้องมีลักษณะที่มากกว่าแค่เป็นการสงสัยหรือคาดเดาเอาเอง¹¹⁹

ทั้งนี้ในการพิจารณาว่าสถานการณ์อย่างไรจึงจะเรียกว่า มีความเสี่ยงอย่างมีนัยยะสำคัญ(substantial risk) ที่เด็กอาจจะตกเป็นเหยื่อของการกระทำความผิดทางเพศโดยบุคคลที่เกี่ยวข้องกับองค์กร อันจะส่งผลให้ “บุคคลผู้มีอำนาจในองค์กร” หรือ Person in authority มีหน้าที่ตามกฎหมายที่ต้องดำเนินการใดๆเพื่อลดหรือกำจัดความเสี่ยงนั้น ในบทบัญญัติของมาตรานี้มิได้มีการนิยามไว้อย่างชัดเจน ดังนั้นแล้วจึงต้องพิจารณาตามปัจจัยดังต่อไปนี้¹²⁰

- 1) พิจารณาว่ามีความเป็นไปได้หรือความน่าจะเป็นที่เด็กจะตกเป็นเหยื่อจากการกระทำความผิดทางเพศหรือไม่
- 2) พิจารณาถึงธรรมชาติของความสัมพันธ์ระหว่างเด็กกับผู้ใหญ่ซึ่งเป็นบุคคลที่มีความเกี่ยวข้องกับองค์กร ที่เป็นบุคคลซึ่งอาจจะก่อให้เกิดความเสี่ยงดังกล่าว

¹¹⁸ CRIME ACT 1958 SECTION 49O: (1)(c)

¹¹⁹ Victoria State Government, "Betrayer of Trust Fact Sheet, Failure to Protect Law: A New Criminal Offence to Protect Children from Sexual Abuse "

¹²⁰ Ibid.

- 3) พิจารณาถึงความอ่อนเยาว์ ไร้เดียงสาของเด็กอันอาจจะเพิ่มความเสี่ยงในการตกเป็นเหยื่อจากการกระทำความผิดทางเพศ
- 4) พิจารณาถึงข้อเท็จจริงอื่นๆที่เกี่ยวข้องอันอาจบ่งชี้ว่าอาจจะมีการกระทำความผิดทางเพศต่อเด็กเกิดขึ้นได้

อย่างไรก็ตามข้อพิจารณาข้างต้นนั้นเป็นเพียงแนวทางอย่างกว้างๆเท่านั้น ดังนั้นแล้วในการดำเนินคดีเกี่ยวกับความผิดนี้ ศาลอาจจะพิจารณาจากสภาพแวดล้อมและปัจจัยที่หลากหลายอย่างอื่นซึ่งอาจรวมถึงรายการข้างต้นหรือไม่ก็ได้เป็นดุลยพินิจของศาลเพื่อพิจารณาเป็นกรณีไป¹²¹

ยกตัวอย่างเช่น กรณีศึกษาที่ 1 คดีโรงเรียนประถมศึกษาแห่งหนึ่งและสำนักงานการศึกษาคาทอลิกสังฆมณฑลทูมบา (TCEO)¹²² อันเป็นหนึ่งในคดีตัวอย่างที่ทำให้เกิดบทบัญญัติมาตรา 490 ขึ้น กล่าวคือ เมื่อวันที่ 4 ตุลาคม ค.ศ.2010 จำเลยในคดีนี้คือ **นายเจอร์ราร์ด วินเซนต์ เบิร์นส์** (ครูผู้สอน) ถูกศาลพิพากษาให้จำคุก 10 ปี ในข้อหาล่วงละเมิดทางเพศเด็กนักเรียนหญิงทั้งหมด 44 คนซึ่งเป็นเด็กนักเรียนในชั้นเรียนของจำเลย โดยเด็กผู้หญิงจำนวน 13 คนนั้นมีอายุเพียง 8-10 ปีเท่านั้น ซึ่งมีทั้งการกระทำที่เป็นการอนาจารและข่มขืนเด็ก โรงเรียนแห่งนี้เป็นโรงเรียนเอกชนและเป็นโรงเรียนระดับประถมศึกษาและมัธยมศึกษาที่บริหารงานโดยสำนักงานการศึกษาคาทอลิกสังฆมณฑลทูมบา (TCEO) จากการสืบสวนข้อเท็จจริงของคดีนี้พบว่า เมื่อวันที่ 3 กันยายน ค.ศ. 2007 **นายเทอเรนส์ เฮย์ส** ซึ่งเป็นผู้ดำรงตำแหน่งอาจารย์ใหญ่ อยู่ในที่เวลาที่นายเบิร์นส์กระทำความผิดนั้น ได้รับแจ้งทางโทรศัพท์จากผู้ปกครองของเด็กหญิง A ว่านายเบิร์นส์ได้สอดมือล้วงเข้าไปใต้กระโปรงของลูกสาวเขา และต่อมาวันที่ 6 กันยายน นายเฮย์ส ได้เชิญให้ผู้ปกครองของเด็กหญิง A และเด็กหญิง A เข้ามาพบเพื่อ สอบถามถึงเรื่องที่เกิดขึ้น โดยบุคคลทั้งสองให้การยืนยันเช่นเดิมว่านายเบิร์นส์ได้สอดมือเข้าไปในเสื้อและใต้กระโปรงของเด็กหญิง A และต่อมาในวันที่ 7 กันยายน นางสาวเมแกน รองอาจารย์ใหญ่ ได้รับโทรศัพท์จากแม่ของเด็กหญิง B ที่แจ้งมาว่า เด็กหญิง B ยืนยันว่าตนเห็นเหตุการณ์ที่นายเบิร์นส์ได้สอดมือเข้าไปใต้กระโปรงของ A และทำแบบเดียวกันต่อเด็กคนอื่นด้วย ซึ่งนางสาวเมแกนก็ได้แจ้งเรื่องนี้ให้แก่ นายเฮย์สทราบแล้ว จากข้อเท็จจริงดังกล่าวนี้เองศาลจึงพิจารณาว่าการที่ **นายเทอเรนส์ เฮย์ส** ซึ่งเป็นผู้ดำรงตำแหน่งอาจารย์ใหญ่อันเป็นผู้มีอำนาจในการที่จะลดหรือกำจัดความเสี่ยงที่จะเกิดการกระทำความผิดต่อเด็กในโรงเรียนนั้น ได้รับการแจ้งเช่นว่านั้นเป็นกรณีเพียงพอแล้วที่จะแสดงให้เห็นได้ว่า นายเฮย์สได้ **รู้** กล่าวคือ ได้ตระหนักแล้วว่ามี**ความเสี่ยง**

¹²¹ Ibid.

¹²² Justice Jennifer Coate, Mr. Bob Atkinson AO APM, and Mr. Andrew Murray, Report of Case Study No. 6: The Response of a Primary School and the Toowoomba Catholic Education Office to the Conduct of Gerard Byrnes (2015), pp. 40-44.

อย่างมีนัยยะสำคัญ คือ มีความเสี่ยงที่อาจเป็นไปได้อย่างมาก ว่าเด็กหญิง A นั้นอาจจะถูกล่วงละเมิดทางเพศโดยนายเบิร์นส์(ครู)เกิดขึ้นแล้วจริงๆ¹²³

นอกจากนี้กรณีศึกษาที่ 2 เป็นคดีที่เกิดขึ้นในโบสถ์แห่งหนึ่ง(Sunshine Coast Church)ของรัฐวิกตอเรีย จำเลยในคดีนี้คือ **นายโจนาธาน บอลด์วิน** ศิษยาภิบาล¹²⁴เยาวชนแห่งโบสถ์ดังกล่าว ถูกศาลพิพากษาให้จำคุก 8 ปี เมื่อวันที่ 27 มีนาคม ค.ศ.2007 ในความผิดฐานล่วงละเมิดทางเพศต่อเด็กชาย A โดยการล่วงละเมิดทางเพศนั้นเริ่มเกิดขึ้นตั้งแต่ปี.ศ.2004 ซึ่งในขณะนั้นเด็กชาย A มีอายุเพียง 13 ปี เป็นสมาชิกของโบสถ์และเข้ารับการอบรมในกิจกรรมของโบสถ์อยู่เสมอ จากข้อเท็จจริงพบว่า **ดร. เอียน เลห์มันน์** ศิษยาภิบาลอาวุโสซึ่งเป็นผู้บริหารที่มีอำนาจหน้าที่ดูแลโบสถ์แห่งนี้ จากการสืบสวนข้อเท็จจริงของคดีนี้พบว่า **ดร. เอียน เลห์มันน์** ได้รับการแจ้งอย่างน้อยสามครั้งโดยสมาชิกในโบสถ์และจากคณะกรรมการของโบสถ์ดังกล่าว เกี่ยวกับความกังวลในความสัมพันธ์ระหว่างเด็กชาย A และ นาย**บอลด์วิน** โดยมีสมาชิกหลายคนสังเกตเห็นได้ว่านาย**บอลด์วิน**มักจะเรียกเด็กชาย A ไปพบอย่างส่วนตัวบ่อยครั้งในห้องที่ล็อกประตู ซึ่งมีบางคนเห็นว่าเด็กชาย A ออกมาในสภาพที่สวมกางเกงไม่เรียบร้อยและท่าทางหวาดกลัว และในอีกหลายๆครั้งที่นาย**บอลด์วิน**สัมผัสร่างกายของเด็กชายA อย่างไม่เหมาะสม ซึ่งจากข้อเท็จจริงดังกล่าวนี้ศาลแขวงพิจารณาว่าการได้รับแจ้งเช่นนั้นเป็นกรณีเพียงแล้วแล้วที่จะพิจารณาได้ว่า ดร.เลห์มันน์ **ตระหนักแล้ว**ว่ามีความเสี่ยงอย่างมีนัยยะสำคัญ คือ มีโอกาสเป็นไปได้อย่างมากที่เด็กชาย A อาจจะถูกล่วงละเมิดทางเพศโดยนาย**บอลด์วิน**เกิดขึ้นแล้วจริงๆ¹²⁵

นอกจากที่**บุคคลผู้มีอำนาจในองค์กร**จะต้อง “รู้”ว่ามีความเสี่ยงอย่างสูงแล้วนั้น องค์ประกอบความผิดอีกประการคือ (2) บุคคลดังกล่าวต้อง**ละเลยไม่ลดหรือขจัดความเสี่ยง**นั้นด้วย¹²⁶ เมื่อพิเคราะห์ มาตรา 490 (3) แล้วนั้น จะถือว่าบุคคลดังกล่าวละเลยไม่ดำเนินการใดๆเพื่อลดหรือกำจัดความเสี่ยง ก็ต่อเมื่อไม่ได้ดำเนินการ**มาตรการป้องกันขั้นต่ำที่สุด**ที่ควรจะต้องทำใน

¹²³ibid.

¹²⁴ ตามความหมายของประเทศไทยแล้วนั้น ศิษยาภิบาล หมายความว่าถึง ผู้ที่ได้รับการทรงเรียกจากพระเจ้า เพื่ออุทิศตนรับใช้พระองค์ใน คริสตจักรและชุมชน ซึ่งทำหน้าที่ ให้คำปรึกษา อบรม สั่งสอนแก่สมาชิกของคริสตจักรในการดำเนินชีวิต ,เยี่ยมเยียนสมาชิกคริสตจักร และส่งเสริมให้สมาชิกสามารถทำพันธกิจของคริสตจักรในสังคม ทั้งนี้ตามระเบียบปฏิบัติของธรรมนูญแห่งสภาคริสตจักรในประเทศไทย ค.ศ. 2002 ข้อ 26 และ 29

¹²⁵ Justice Jennifer Coate and Mr. Bob Atkinson AO APM, Report of Case Study No. 18: The Response of the Australian Christian Churches and Affiliated Pentecostal Churches to Allegations of Child Sexual Abuse (2015), pp. 64-74.

¹²⁶ CRIME ACT 1958 SECTION 490 (1)(e)

สถานการณ์นั้นๆ¹²⁷ กล่าวคือ เมื่อได้รับรู้ถึงความเสี่ยงแล้วแต่กลับไม่ดำเนินการใดๆเพื่อให้มี “มาตรการป้องกันที่สมเหตุสมผล” (reasonable precautions) อย่างน้อยในขั้นต่ำที่สุดแก่กรณี ที่บุคคลซึ่งมีอำนาจหน้าที่เช่นนั้นควรจะต้องดำเนินการในสถานการณ์นั้นๆ ซึ่งมาตรการป้องกันที่สมเหตุสมผลนั้น ไม่ได้มีการกำหนดนิยาม หรือแนวทางไว้โดยชัดแจ้งว่าองค์กรต่างๆจะต้องดำเนินการอย่างไร ทั้งนี้ก็เพื่อให้มีความยืดหยุ่นในทางปฏิบัติ เนื่องจากมาตรฐานดังกล่าวอาจจะขึ้นอยู่กับปัจจัยหลายประการ เช่น ลักษณะขององค์กร บทบาทของผู้กระทำความผิดในองค์กร ความสัมพันธ์ระหว่างองค์กรกับเด็ก เป็นต้น ดังนั้นแล้วองค์กรต่างๆที่ดำเนินกิจการเกี่ยวข้องกับเด็กจึงต้องพิจารณาถึงขั้นตอนที่จำเป็นที่เหมาะสมสำหรับตนเอง¹²⁸

ยกตัวอย่างเช่น จากกรณีศึกษาที่ 1 ที่ได้กล่าวไป หลังจากที่ **นายเทอเรนส์ เฮย์ส** ซึ่งเป็นผู้ดำรงตำแหน่งอาจารย์ใหญ่หลังจากได้รับรู้ถึงความเสี่ยงแล้วนายเฮย์สกลับไม่ได้มีการดำเนินการใดๆที่เหมาะสมอันส่งผลให้เกิดความเสี่ยงต่อนักเรียนคนอื่นๆจากการกระทำของนายเบิร์นส์ด้วย กล่าวคือ นายเฮย์สไม่ได้แจ้งข้อกล่าวหาต่อตำรวจ และไม่ได้รายงานเรื่องที่เกิดขึ้นต่อสำนักงานการศึกษาคาทอลิกสังฆมณฑลทูมบา (TCEO) และไม่ได้มีการควบคุมพฤติกรรมของนายเบิร์นส์อย่างเหมาะสม โดยยังให้ปฏิบัติงานต่อไปในตำแหน่งเดิมเรื่อยๆ การกระทำดังกล่าวศาลพิจารณาว่า นายเฮย์สไม่ได้ดำเนินการใดๆเพื่อให้มี “มาตรการป้องกันที่สมเหตุสมผล” (reasonable precautions) แม้แต่ในขั้นต่ำที่สุดแก่กรณีที่เกิดขึ้น เช่น การให้นายเบิร์นส์(จำเลย)หยุดปฏิบัติงานในตำแหน่งที่ต้องเกี่ยวข้องกับเด็กโดยตรง¹²⁹

จากกรณีศึกษาที่ 2 เมื่อดร.เลห์มันน์ **ตระหนัก**แล้วว่ามีความเสี่ยงอย่างมีนัยยะสำคัญที่เด็กชาย A อาจจะถูกล่วงละเมิดทางเพศโดยนาย**บอลด์วิน**เกิดขึ้นแล้ว แต่กลับไม่ได้แสดงความใส่ใจต่อปัญหานี้โดยไม่ได้มีการสอบสวนหาความจริง และไม่ได้แจ้งให้แก่ครอบครัวของเด็กชาย A ทราบ และไม่ได้มีการควบคุมพฤติกรรมของนายบอลด์วินอย่างเหมาะสมด้วยโดยยังให้ปฏิบัติงานอย่างใกล้ชิดกับเด็กชาย A เรื่อยมา เช่นนี้จึงเป็นกรณีที่ดร. เอียน เลห์มันน์ **ไม่ได้มีการดำเนินการอย่างใดๆ** ให้เหมาะสมอันส่งผลให้เกิดความเสี่ยงต่อสมาชิกของโบสถ์คนอื่นๆด้วย จนกระทั่งใน 3 ปีต่อมา วันที่ 4

¹²⁷ CRIME ACT 1958 SECTION 490 (3) For the purposes of subsection (1), a person negligently fails to reduce or remove a risk if that failure involves a great falling short of the standard of care that a reasonable person would exercise in the circumstances.

¹²⁸ Victoria State Government, "Breach of Trust Fact Sheet: The New Organizational Duty of Care to Prevent Child Abuse."

¹²⁹ Justice Jennifer Coate, Mr. Bob Atkinson AO APM, and Mr. Andrew Murray, Report of Case Study No. 6: The Response of a Primary School and the Toowoomba Catholic Education Office to the Conduct of Gerard Byrnes, pp. 4-44.

กันยายน ค.ศ.2007 เด็กชาย A ได้ตัดสินใจที่จะแจ้งต่อตำรวจว่าเขาถูกนาย**บอลด์วิน**ล่วงละเมิดทางเพศด้วยวิธีต่างๆนั่นเอง¹³⁰

ตัวอย่างต่อไปนี้เป็นกรณีที่ศาลได้พิจารณาว่าเป็น “มาตรการป้องกันที่เหมาะสม” ในชั้นต่ำที่สุดในบริบทของการป้องกันการเกิดการทารุณกรรมเด็กในองค์กร ซึ่งเมื่อบุคคลผู้มีอำนาจในองค์กรได้ดำเนินการตามมาตรการนี้แล้ว ก็ถือว่าได้มีการจัดให้มีมาตรการป้องกันที่เหมาะสมในชั้นต่ำที่สุดแล้วนั่นเอง¹³¹

- ได้มีการคัดกรองการจ้างบุคคลเข้ามาทำงานและการตรวจสอบการอ้างอิงประวัติภูมิหลังบุคคลากร เช่น บุคคลที่มีความเสี่ยงต่อการทารุณกรรมทางเพศต่อเด็กไม่ควรได้รับอนุญาตให้เป็นอาสาสมัคร หรือทำงานในบทบาทที่เกี่ยวข้องกับการสัมผัสโดยตรงกับเด็กในองค์กร
- ในสถานการณ์ที่รับรู้ถึงความเสี่ยงแล้ว ได้ดำเนินการเพื่อจัดให้บุคคลผู้ที่กระทำให้เกิดความเสี่ยงต่อเด็กนั้นให้ออกจากการทำงานในตำแหน่งที่ต้องมีปฏิสัมพันธ์กับเด็กโดยตรงทันที เช่น อาจให้ไปทำงานในส่วนอื่นแทน หรือ ให้หยุดการปฏิบัติงานจนกว่าจะมีการสอบสวนถึงเรื่องที่เกิดขึ้น เป็นต้น และรายงานไปยังหน่วยงานที่เกี่ยวข้องเพื่อทำการสอบสวนในเบื้องต้น ถือเป็นมาตรการป้องกันที่สมเหตุสมผลแล้ว
- ออกแบบระบบเพื่อเตือนภัยล่วงหน้าในสถานการณ์ที่อาจเกิดการกระทำความผิดขึ้นได้ โดยมีการกำกับดูแลและการฝึกอบรมพนักงาน และมีการตรวจสอบแบบสุ่ม โดยไม่แจ้งล่วงหน้าเพื่อยับยั้งการประพฤติมิชอบ
- ส่งเสริมให้เด็กและผู้ใหญ่แจ้งองค์กร หรือผู้ปกครอง เกี่ยวกับสิ่งผิดปกติหรือพฤติกรรมที่คิดว่าผิดปกติ

ทั้งนี้จุดมุ่งหมายของมาตรานี้ไม่ได้ต้องการให้บุคคลที่มีอำนาจในองค์กร ต้องกำจัดความเสี่ยงที่เป็นไปได้ทั้งหมดที่จะเกิดการล่วงละเมิดทางเพศต่อเด็กขึ้นแต่อย่างใด เพียงแต่ต้องการให้จัดทำมาตรการป้องกันที่สมเหตุสมผลต่อสถานการณ์ที่เกิดความเสี่ยงเท่านั้น ซึ่งการตีความมาตรการดังกล่าวของศาลจะแตกต่างกันไปขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงและลักษณะองค์กรนั้นด้วย¹³²

¹³⁰ Justice Jennifer Coate and Mr. Bob Atkinson AO APM, Report of Case Study No. 18: The Response of the Australian Christian Churches and Affiliated Pentecostal Churches to Allegations of Child Sexual Abuse, pp. 64-74.

¹³¹ Victoria State Government, "Breach of Trust Fact Sheet: The New Organizational Duty of Care to Prevent Child Abuse."

¹³² Ibid.

ประการที่ 6 โทษ

ในการดำเนินคดีความผิดตามมาตรา 133 นี้ได้กำหนดให้สามารถดำเนินคดีได้แม้ว่าความผิดจะเกิดนอกเขตวิกตอเรียก็ตาม กล่าวคือ ไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วนของสถานการณ์ที่บุคคลผู้มีอำนาจในองค์กรรับรู้ถึงความเสี่ยงแต่ละเลยไม่จัดการกับความเสี่ยงอันอาจเป็นความผิดตามมาตรา 133 นี้ได้เกิดขึ้นนอกเขตวิกตอเรีย อย่างไรก็ตามตราบไคท์ “เด็กที่เกี่ยวข้อง” อันอาจตกเป็นเหยื่อของการกระทำความผิดทางเพศนั้นอยู่ในเขตวิกตอเรีย ไม่ว่าเวลาใดๆ ในขณะที่ความเสี่ยงอย่างสูงนั้นมีอยู่ก็สามารถดำเนินคดีกับบุคคลเช่นว่านั้นตามมาตรา 133 หรือแม้กระทั่งกรณีที่ “บุคคลผู้มีอำนาจในองค์กร” และ “เด็กที่เกี่ยวข้อง” จะอยู่นอกเขตวิกตอเรียในขณะที่สถานการณ์การกระทำความผิดตามมาตรา 133 นี้ ไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วนได้เกิดขึ้น อย่างไรก็ตามหากความผิดเกี่ยวกับเพศนั้นมีความเสี่ยงที่จะเกิดขึ้นได้ในเขตวิกตอเรียก็สามารถดำเนินคดีกับบุคคลเช่นว่านั้นตามมาตรา 133 ได้เช่นกัน¹³⁴ และสำหรับโทษที่จะลงแก่ผู้มีอำนาจในองค์กรซึ่งบกพร่องละเลยต่อการจัดการความเสี่ยงตามมาตรา 490 นั้น คือ ระวังโทษจำคุกระดับ 6 ซึ่งหมายถึง โทษจำคุกสูงสุดไม่เกิน 5 ปีนั้นเอง โดยไม่มีการกำหนดโทษขั้นต่ำเอาไว้ ให้เป็นดุลยพินิจของศาลที่จะลงโทษเท่าใดก็ได้ แต่ทั้งนี้โทษสูงสุดที่จะลงได้ต้องไม่เกิน 5 ปี

4.2.2 เครือรัฐออสเตรเลีย รัฐนิวเซาท์เวลส์

กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองปกป้องเด็กจากความเสี่ยงที่จะเกิดอันตรายที่ปรากฏในรัฐนิวเซาท์เวลส์ เครือรัฐออสเตรเลียนั้นปรากฏอยู่ใน พระราชบัญญัติอาชญากรรม ค.ศ. 1900 (Crime Act 1900 No 40)

(1) ความเป็นมาของมาตรการทางกฎหมาย

กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองปกป้องเด็กจากความเสี่ยงที่จะเกิดอันตรายที่ปรากฏในรัฐนิวเซาท์เวลส์ เครือรัฐออสเตรเลียนั้นปรากฏอยู่ใน พระราชบัญญัติอาชญากรรม ค.ศ. 1900 (Crime Act 1900 No 40) ซึ่งได้มีการแก้ไขฐานความผิดตามพระราชบัญญัติดังกล่าว ด้วยพระราชบัญญัติการแก้ไขกฎหมายอาญา (การทารุณกรรมทางเพศเด็ก) ค.ศ. 2018 ในเดือนมิถุนายน โดยมีการเสนอต่อรัฐสภาของรัฐนิวเซาท์เวลส์เพื่อกำหนดหน้าที่และความรับผิดชอบที่ใหม่แก่บุคคลในองค์กรที่ทำงานเกี่ยวข้องกับเด็กและมีเด็กอยู่ในการดูแลผู้ซึ่งมีอำนาจในการลดหรือจัดการกับความเสี่ยงที่จะเกิดอันตรายแก่เด็กไว้โดยเฉพาะ ในความผิดฐานบกพร่องต่อการคุ้มครองปกป้องเด็กจากการ

¹³³ CRIME ACT 1958 SECTION 490 (5) *It is immaterial that some or all of the circumstances constituting an offence against subsection (1) occurred outside Victoria, so long as the relevant child was in Victoria at any time while the substantial risk referred to in subsection (1)(b) existed.*

¹³⁴ CRIME ACT 1958 SECTION 490 (6) *It is immaterial that both A and the relevant child were outside Victoria at the time at which some or all of the circumstances constituting an offence against subsection (1) occurred, so long as the sexual offence was at risk of occurring in Victoria.*

กระทำความผิดทารุณกรรมเด็ก¹³⁵ โดยกำหนดความผิดดังกล่าวไว้ใน มาตรา 43B แห่งพระราชบัญญัติอาชญากรรม ค.ศ.1900 ซึ่งมีผลบังคับใช้ตั้งแต่วันที่ 31 สิงหาคม พ.ศ.2561 (ค.ศ. 2018) เป็นต้นมา เนื่องจากภายในรัฐนิวเซาท์เวลส์นั้นก็เกิดคดีในลักษณะที่คล้ายกันกับคดีที่เกิดขึ้นในรัฐวิกตอเรีย ที่เด็กซึ่งอยู่ภายใต้การดูแลขององค์กรต่างๆถูกล่วงละเมิดทางเพศโดยผู้ปฏิบัติงานในองค์กรนั่นเองอยู่หลายครั้ง ดังนั้นการแก้ไขกฎหมายของรัฐนิวเซาท์เวลส์ในครั้งนี้จึงมีวัตถุประสงค์เพื่อเสริมสร้างประสิทธิภาพของกฎหมายที่เกี่ยวกับการทารุณกรรมเด็กให้มีความครอบคลุมในการปกป้องเด็กได้มากยิ่งขึ้น¹³⁶ ทั้งนี้ความผิดที่กำหนดขึ้นใหม่ตามมาตรา 43B นี้ มีความคล้ายคลึงกับกฎหมายของรัฐวิกตอเรียในความผิดฐานความบกพร่องของบุคคลผู้มีอำนาจในองค์กรในการปกป้องเด็กจากการกระทำความผิดทางเพศ ตามมาตรา 490 แห่งพระราชบัญญัติอาชญากรรม ค.ศ.1958 เป็นอย่างมาก เนื่องจากได้นำกฎหมายดังกล่าวนี้ของรัฐวิกตอเรียไปเป็นต้นแบบ¹³⁷ แต่อย่างไรก็ตามยังมีองค์ประกอบของความผิดในหลายส่วนที่มีความแตกต่างจากของรัฐวิกตอเรียอันจะได้กล่าวถึงต่อไป

(2) รายละเอียดของมาตรการทางกฎหมาย

มาตรา 43B ความผิดฐานความบกพร่องในการลดหรือกำจัดความเสี่ยงของเด็กในการที่จะตกเป็นผู้เสียหายจากการทารุณกรรมเด็ก แห่งพระราชบัญญัติอาชญากรรม ค.ศ.1900 (Crime Act 1900 No 40)¹³⁸ ความว่า

¹³⁵ Criminal Legislation Amendment (Child Sexual Abuse) Bill 2018, Schedule 1 Amendment of Crimes Act 1900 No.40 [1], **section 43B**: failure to reduce or remove risk of child becoming victim of child abuse

¹³⁶ CompliSpace Pty Ltd 1300 132 090, Briefing Paper: New South Wales Child Protection Update (CompliSpace make it work, September 2018), p. 3.

¹³⁷ Lauren Osbich, "Significant New Child Protection Legal Reform Proposed in Nsw: Schools Must Reduce or Remove the Risk of Child Abuse," [Online] Accessed: 1 June 2020. Available from: <https://www.schoolgovernance.net.au/news/2018/06/14/significant-new-child-protection-legal-reform-proposed-in-nsw-schools-must-reduce-or-remove-the-risk-of-child-abuse>

¹³⁸ Crimes Act 1900 No 40 SECTION 43B: Failure to reduce or remove risk of child becoming victim of child abuse

(1) A person commits an offence if—

- (a) the person is an adult who carries out work for an organisation, whether as an employee, contractor, volunteer or otherwise (a **position holder**), and
- (b) the organisation is the employer of an adult worker who engages in child-related work, and
- (c) there is a serious risk that the adult worker will commit a child abuse offence against a child who is, or may come, under the care, supervision or authority of the organisation, and
- (d) the position holder knows that the risk exists, and

**“มาตรา 43B ความบกพร่องในการลดหรือกำจัดความเสี่ยงของเด็ก
ในการที่จะตกเป็นผู้เสียหายจากการทารุณกรรมเด็ก**

(1) บุคคลกระทำความผิด เมื่อ

- (a) บุคคลนั้นเป็นผู้ใหญ่ซึ่งทำงานให้กับองค์กร ไม่ว่าจะในฐานะ ลูกจ้าง, ผู้รับเหมาหรือรับจ้าง, อาสาสมัคร หรืออื่นๆ(ที่เป็นผู้มีตำแหน่ง), และ
- (b) องค์กรดังกล่าวนี้เป็นนายจ้างของผู้ปฏิบัติงานซึ่งเป็นผู้ใหญ่ ที่ทำงานเกี่ยวข้องกับเด็ก และ
- (c) มีความเสี่ยงอย่างรุนแรงว่าผู้ปฏิบัติงานที่เป็นผู้ใหญ่ผู้นั้นจะกระทำความผิดฐานทารุณกรรมเด็กต่อเด็ก ผู้ซึ่งอยู่ หรือจะอยู่ภายใต้การดูแล การจัดการ หรือได้อำนาจขององค์กรนั้น และ
- (d) บุคคลผู้ซึ่งดำรงตำแหน่งซึ่งโดยตำแหน่งของบุคคลนั้นมีอำนาจ หรือ ความรับผิดชอบที่จะลดหรือกำจัดความเสี่ยงดังกล่าวนี้ และ
- (e) บุคคลผู้ซึ่งดำรงตำแหน่งเช่นนั้นละเลยไม่ได้ลดหรือกำจัดความเสี่ยงนั้น

โทษจำคุกอย่างสูงไม่เกิน 2 ปี”

จากบทบัญญัติในมาตรา 43B ความบกพร่องในการลดหรือกำจัดความเสี่ยงของเด็กในการที่จะตกเป็นเหยื่อของการทารุณกรรมเด็กนั้น เป็นการกำหนดความผิดขึ้นเพื่อส่งเสริมและกระตุ้นให้องค์กรต่างๆจัดการกับความเสี่ยงที่อาจจะการกระทำความผิดทางเพศต่อเด็กที่อยู่ในความดูแลอย่างเหมาะสม ซึ่งเมื่อพิเคราะห์มาตราดังกล่าวแล้วมีรายละเอียดต่อไปนี้คือ

-
- (e) the position holder, by reason of the person’s position, has the power or responsibility to reduce or remove that risk, and
 - (f) the position holder negligently fails to reduce or remove that risk.

Maximum penalty—Imprisonment for 2 years.

ตารางที่ 6 แสดงองค์ประกอบความผิด มาตรา 43B

ลำดับ	องค์ประกอบความผิด มาตรา 43B		
1.	องค์ประกอบ ภายนอก	ผู้กระทำ	<p>A position holder คือ บุคคลซึ่ง</p> <ul style="list-style-type: none"> - เป็นผู้ใหญ่ซึ่งทำงานให้กับองค์กรที่ทำงานเกี่ยวข้องกับเด็ก(child-related work) ไม่ว่าฐานะใด - โดยตำแหน่งบุคคลนั้นมีอำนาจหรือความรับผิดชอบในการที่จะลดหรือขจัดความเสี่ยงได้
		การกระทำ	<ol style="list-style-type: none"> 1. รู้ว่ามีความเสี่ยงอย่างรุนแรง (serious risk) ที่ <ol style="list-style-type: none"> 2) เด็ก(อายุต่ำกว่า 18) และอยู่หรืออาจจะมาอยู่ภายใต้การดูแลขององค์กร 3) อาจจะตกเป็นเหยื่อของการกระทำ “ความผิดทารุณกรรมเด็ก” 4) ที่กระทำโดยผู้ปฏิบัติงาน ที่เป็นผู้ใหญ่ (อายุมากกว่า18ปี) ซึ่งเป็นลูกจ้างขององค์กร และ 2. ละเลยไม่ได้ทำการลดหรือขจัดความเสี่ยงเช่นว่านั้น
		วัตถุประสงค์การกระทำ	-
2.	องค์ประกอบ ภายใน	ผู้กระทำต้องรู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบความผิดว่า มีความเสี่ยงอย่างรุนแรง (serious risk) ที่เด็ก(อายุต่ำกว่า 18) และอยู่หรืออาจจะมาอยู่ภายใต้การดูแลขององค์กร อาจจะตกเป็นเหยื่อของการกระทำ “ความผิดทารุณกรรมเด็ก” ที่กระทำโดยผู้ปฏิบัติงาน ที่เป็นผู้ใหญ่(อายุมากกว่า18ปี) ซึ่งเป็นลูกจ้างขององค์กรนั้นเกิดขึ้น	
		เจตนาพิเศษ	-
3.	บทลงโทษ	โทษจำคุกอย่างสูงไม่เกิน 2 ปี (ไม่มีโทษขั้นต่ำ)	

ประการที่ 1 บุคคลที่มุ่งคุ้มครองตามมาตรา 43B

วัตถุประสงค์ของของมาตรา 43B นี้มีขึ้นเพื่อคุ้มครองเด็กให้ได้รับการปกป้องจากสถานการณ์ที่ “เด็ก” ซึ่งอยู่หรืออาจจะมาอยู่ภายใต้การดูแลขององค์กรดังกล่าว อาจจะถูกเป็นเหยื่อของการกระทำ “ความผิดทารุณกรรมเด็ก” (child abuse offence) ที่กระทำโดย “ผู้ปฏิบัติงาน” (worker) ที่เป็นผู้ใหญ่ซึ่งเป็นลูกจ้างขององค์กร¹³⁹ เช่นนี้จึงต้องพิจารณาให้แน่ชัดว่า “เด็ก” ในความหมายของมาตรา 43B หมายถึงบุคคลใด ซึ่งหลักการพิเคราะห์มาตรา 43B นี้ก็เป็นไปในแนวทางเดียวกับกฎหมายของรัฐวิกตอเรียแต่มีความแตกต่างกันตรงที่การกำหนดอายุของเด็กที่จะคุ้มครอง กล่าวคือบทบัญญัติของมาตรา 43B กำหนดไว้ว่า “เด็ก” คือ ผู้ที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปี¹⁴⁰ (แตกต่างจากกฎหมายวิกตอเรียที่กำหนดไว้ว่าเด็กต้องอายุต่ำกว่า 16 ปี) และอยู่หรืออาจจะมาอยู่ภายใต้การดูแล การจัดการ หรือได้อำนาจขององค์กรที่ทำงานเกี่ยวข้องกับเด็ก ไม่ว่าจะระบุตัวตนของเด็กว่าเป็นคนใดได้หรือไม่ก็ตาม กล่าวคือ ไม่จำเป็นต้องชี้เฉพาะเจาะจงลงไปว่าเด็กคนใดจะเป็นอันตราย เพียงแต่มีความเสี่ยงที่ทำให้เด็กไม่ว่าคนใด อาจจะถูกเป็นเหยื่อของการกระทำทารุณกรรมเด็ก โดยผู้ปฏิบัติงานที่ผู้ใหญ่ (อายุ 18 ปี หรือกว่านั้น)¹⁴¹ ซึ่งองค์กรเป็นนายจ้าง (employer) ทั้งนี้เพราะเป็นความผิดต่อการละเมิดหน้าที่ในการปกป้องคุ้มครองเด็ก และเป็นความผิดที่บังคับใช้ในชั้นที่เกิดสถานการณ์ที่มีความเสี่ยงสูงยิ่งมากกว่าที่จะรอให้เกิดการกระทำผิดต่อเด็กขึ้นจริงๆ¹⁴² การดำเนินคดีนั้นไม่ต้องพิสูจน์ว่าได้มีการกระทำความผิดทางเพศต่อเด็กเกิดขึ้น¹⁴³

ส่วนผู้ปฏิบัติงาน (worker) นั้น มาตรา 43B (3) ได้กำหนดให้ต้องไปพิจารณาความหมายจากพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก (การทำงานกับเด็ก) พ.ศ. 2555 เช่นเดียวกัน โดย “ผู้ปฏิบัติงาน” หมายถึง บุคคลใดๆ ที่ทำงานในความสามารถใดๆ ดังต่อไปนี้ไม่ว่าในฐานะพนักงาน, ผู้ประกอบอาชีพอิสระหรือในฐานะผู้รับเหมาหรือผู้รับเหมาช่วง, อาสาสมัคร, ผู้เข้ารับการฝึกอบรมภาคปฏิบัติของหลักสูตรการศึกษาหรือสายอาชีพ, ผู้นำทางศาสนาหรือเจ้าหน้าที่อื่นๆ ขององค์กรทางศาสนา¹⁴⁴ เป็นต้น ซึ่งองค์กรที่ทำงานเกี่ยวข้องกับเด็กได้ว่าจ้างมาไม่ว่าภายใต้สัญญาเพื่อให้มาทำงาน

¹³⁹ CompliSpace Pty Ltd 1300 132 090, *Briefing Paper: New South Wales Child Protection Update*, p. 3.

¹⁴⁰ *Crimes Act 1900 No 40 SECTION 43B (3)* In this section— *child* means a person who is under the age of 18 years.

¹⁴¹ *Crimes Act 1900 No 40 SECTION 43B (3)* In this section— *adult* means a person who is of or above the age of 18 years.

¹⁴² Ben Mathews, "A Taxonomy of Duties to Report Child Sexual Abuse: Legal Developments Offer New Ways to Facilitate Disclosure," *Child Abuse & Neglect* 341.

¹⁴³ *Crimes Act 1900 No 40, section 43B (2)* In proceedings for an offence under this section, it is not necessary to prove that a *child abuse offence* has been committed.

¹⁴⁴ The *Child Protection (Working with Children) Act 2012*, Part 1 Preliminary, section 5: Definitions (1) In this Act *worker* means any person who is engaged in work in any of the following capacities—

หรือ จ้างให้ทำงานเป็นอาสาสมัครภายใต้ข้อตกลง (ไม่ว่าจะเป็นลายลักษณ์อักษรหรือไม่ก็ตาม)¹⁴⁵ ดังนั้นแล้ว ผู้ปฏิบัติงานที่อาจจะก่อให้เกิดความเสี่ยงนั้นอาจเป็นบุคคลต่อไปนี้ เช่น คณะกรรมการ, สมาชิกของผู้บริหารโรงเรียน, พนักงานทั้งหมด (รวมถึงที่เป็นผู้สอนและไม่ใช่ว่าผู้สอนด้วย) ,อาสาสมัคร, ผู้รับเหมาตามสัญญาโดยตรง¹⁴⁶ เป็นต้น

ประการที่ 2 บุคคลที่มีหน้าที่และความรับผิดชอบภายใต้มาตรฐานนี้

ผู้ที่จะมีความผิดตามมาตรฐานนี้ คือบุคคลที่เรียกว่า **A position holder** กล่าวคือ เป็นผู้ใหญ่(อายุ 18ปี หรือมากกว่า) ซึ่งทำงานให้กับองค์กรที่ทำงานเกี่ยวข้องกับเด็ก(child-related work) ไม่ว่าฐานะใด และโดยตำแหน่งแล้วบุคคลนั้นมีอำนาจหรือความรับผิดชอบในการที่จะลดหรือขจัดความเสี่ยงในการที่เด็กซึ่งอยู่หรืออาจจะมาอยู่ภายใต้การดูแลขององค์กรดังกล่าว อาจจะตกเป็นเหยื่อของการกระทำ “ความผิดทารุณกรรมเด็ก” (child abuse offence) ที่กระทำโดยผู้ปฏิบัติงานที่เป็นผู้ใหญ่ซึ่งเป็นลูกจ้างขององค์กร และบุคคลเช่นว่านั้นรู้ว่าความเสี่ยงนั้นมีอยู่ แต่กลับละเลยไม่ได้ทำการลดหรือกำจัดความเสี่ยงดังกล่าวนั้น บุคคลผู้มีอำนาจในองค์กร หรือ A position holder จึงต้องมีความรับผิดชอบ¹⁴⁷

เมื่อพิจารณามาตรา 43B แล้วจะเห็นได้ว่าวัตถุประสงค์ของมาตรฐานนี้คือ การกำหนดหน้าที่ให้กับ บุคคลผู้ที่มีโดยตำแหน่งแล้วมีอำนาจในองค์กร (A position holder) ให้ทำการลดหรือ

(a) as an employee,

(b) as a self-employed person or as a contractor or subcontractor,

(c) as a volunteer,

(d) as a person undertaking practical training as part of an educational or vocational course (other than as a school student undertaking work experience),

(e) as a minister, priest, rabbi, mufti or other like religious leader or spiritual officer of a religion or other member of a religious organisation.

¹⁴⁵**The Child Protection (Working with Children) Act 2012** ,Part 1 Preliminary, section 5

(1) In this Act **employer** includes—

(a) a person who, in the course of business, arranges for the placement of a person in employment with others, or

(b) a person who engages a person under a contract to perform work, or

(c) a person who engages a worker to perform work as a volunteer for the person under an agreement (whether written or unwritten).

¹⁴⁶ Pacific Brook Christian School, "Child Protection - Duty to Protect Students from Child Abuse or Harm," [Online] Accessed: 3 June 2020. Available from: <http://www.pacificbrook.nsw.edu.au/pbcs/>

¹⁴⁷ New South Wales Government, "New Legislation to Strengthen Child Sexual Abuse Laws Factsheet: Details," [Online] Accessed: 1 June 2020. Available from: <https://www.justice.nsw.gov.au/Documents/Media%20Releases/2018/new-legislation-to-strengthen-child-abuse-laws-details.pdf>

กำจัดความเสี่ยงเมื่อรับรู้ว่ามีความเสี่ยงอย่างรุนแรงเกิดขึ้น โดยมีจุดมุ่งหมายเพื่อป้องกันการกระทำ ความผิดที่เกี่ยวกับการทารุณกรรมเด็ก ในขั้นตอนก่อนที่จะเกิดความผิดนั้นๆขึ้น ซึ่งหน้าที่นี้ก็มีขึ้นเพื่อ กระตุ้นให้เกิดการตอบสนองอย่างเหมาะสมต่อสถานการณ์ที่มีความเสี่ยง และเพื่อลงโทษในการ เพิกเฉยอันผิดต่อหน้าที่ของบุคคลดังกล่าวที่มีทั้งอำนาจและความรับผิดชอบต่อสวัสดิภาพของเด็กที่ อยู่ภายใต้การดูแล¹⁴⁸ โดยความรับผิดชอบไม่ใช่ความผิดที่ต้องการผล ซึ่งจะเห็นได้จากบทบัญญัติในส่วน มาตรา 43B (2) ที่กำหนดไว้ว่าในการดำเนินคดีสำหรับความผิดตามมาตรา นี้ ไม่ต้องพิสูจน์ว่าได้มีการ กระทำ ความผิดทารุณกรรมเด็กเกิดขึ้น¹⁴⁹ กล่าวคือ ผู้กระทำอาจจะมี ความผิดตามมาตรา นี้ได้โดยไม่ จำเป็นต้องมีการกระทำความผิดต่อเด็กเกิดขึ้นแล้วจากการละเลยในการลดหรือกำจัดความเสี่ยงนั้น เพียงแค่บุคคลผู้มีอำนาจดังกล่าวได้ละเมิดหน้าที่ที่จะต้องกระทำการให้เหมาะสมกับสถานการณ์ก็มี ความผิดแล้ว

ประการที่ 3 นิยามและความหมายต่างๆตามมาตรา นี้

ในการพิจารณาว่าใครคือ “บุคคลผู้มีอำนาจในองค์กร” หรือ A position holder ที่ มีอำนาจในการลดหรือจัดการความเสี่ยงในองค์กรนั้น ใช้หลักการเดียวกันกับกฎหมายของรัฐ วิกตอเรีย กล่าวคือ จะต้องพิจารณาถึงระดับการดูแลว่าบุคคลนั้นมีความรับผิดชอบหรือความสามารถ ในการที่จะบริหารจัดการ หรือในการตัดสินใจกระทำการใดเพื่อลดและกำจัดความเสี่ยงที่จะเกิดการ กระทำความผิดต่อเด็กหรือไม่ ถ้ามีอำนาจดังกล่าว บุคคลนั้นก็ถือเป็น ผู้มีอำนาจในองค์กร อันอาจจะมี ความรับผิดชอบตามมาตรา นี้ได้ไม่ว่าจะอยู่ในฐานะ ลูกจ้าง, ผู้รับเหมาหรือรับจ้าง, อาสาสมัคร หรืออื่นๆ ก็ตาม ซึ่งบุคคลเช่นว่านั้นต้องมีอำนาจในการที่จะตัดสินใจกระทำการในระดับต่างๆได้ เช่น การ มอบหมาย หรือ การกำกับดูแลงานต่างๆที่เกี่ยวข้องกับความปลอดภัยของเด็ก ถ้าไม่ใช่บุคคลที่มี อำนาจและ ความรับผิดชอบในการดูแลเด็ก ก็ไม่ใช่บุคคลที่จะมีความผิดภายใต้มาตรา นี้

นอกจากนี้ในการพิจารณาว่า “องค์กรที่ทำงานเกี่ยวข้องกับเด็ก”(child-related work) หรือ “มีส่วนร่วมในการทำงานเกี่ยวข้องกับเด็ก”(engage in child-related work) ที่จะ ส่งผลให้ผู้มีอำนาจในองค์กรต้องมีหน้าที่และความรับผิดชอบอันจะตกอยู่ภายใต้การบังคับของมาตรา 43B หมายถึงองค์กรใดบ้างนั้น มาตรา นี้ได้กำหนดให้ต้องพิจารณาความหมายตามพระราชบัญญัติคุ้มครอง

¹⁴⁸ Nowra Anglican College and in conjunction with the Association of Independent Schools of NSW, "Child Protection Policy," [Online] Accessed: 3 June 2020. Available from: <https://www.nac.nsw.edu.au/>

¹⁴⁹ Crimes Act 1900 No 40 SECTION 43B (2) In proceedings for an offence under this section, it is not necessary to prove that a child abuse offence has been committed.

เด็ก (การทำงานกับเด็ก) พ.ศ. 2555 ของรัฐนิวเซาท์เวลส์¹⁵⁰ ซึ่งได้กำหนดความหมายดังกล่าวไว้ใน มาตรา 6 ซึ่ง งานที่เกี่ยวข้องกับเด็กนั้นหมายถึงกรณีต่างๆดังต่อไปนี้¹⁵¹

กรณีที่ 1 หมายถึง การทำงานใดๆที่มีการติดต่อโดยตรงกับตัวเด็กเป็นปกติธุระใน การดำเนินงาน

กรณีที่ 2 หมายถึง งานที่เกี่ยวกับการดำเนินการต่อไปนี้ เช่น งานพัฒนาการเด็ก, การ ค้ำครองเด็ก, การบริการสุขภาพของเด็ก ๆ เช่น โรงพยาบาลต่างๆ, สโมสรหรือหน่วยงานอื่น ๆ ที่ ให้บริการสำหรับเด็ก, การดูแลหรือบริการช่วยเหลืออื่น ๆ สำหรับเด็กที่มีความพิการ, ศูนย์ดูแลเด็ก บริการพี่เลี้ยงเด็ก และบริการดูแลเด็กอื่น ๆ, โรงเรียนหรือสถาบันการศึกษาอื่น และการฝึกสอน ส่วนตัวหรือการสอนเด็ก, การกีฬา หรือสถานบันเทิงอื่นๆ ที่ใช้โดยเด็ก และให้บริการความบันเทิง สำหรับเด็ก, หน่วยงานบริการด้านความยุติธรรมต่อเด็ก องค์กรทางศาสนาต่างๆ, การบริการที่อยู่ อาศัยแก่เด็ก ค่ายพักแรมสำหรับเด็ก, บริการขนส่งสำหรับเด็ก รวมถึงบริการรถโรงเรียน และบริการ รถแท็กซี่สำหรับเด็กที่มีความพิการ เป็นต้น

¹⁵⁰ Crimes Act 1900 No 40 SECTION 43B (3) In this section— *child-related work* (and engage in child-related work), *employer* and *worker* have the same meanings as in the *Child Protection (Working with Children) Act 2012*.

¹⁵¹ *The Child Protection (Working with Children) Act 2012*, Part 2 Restrictions on child-related work Division 1 Child-related work, Section 6: Child-related work

(1) A worker is engaged in child-related work for the purposes of this Act if—

(a) the worker is engaged in work referred to in subsection (2) that involves direct contact by the worker with a child or children and that contact is a usual part of and more than incidental to the work, or

(2) The work referred to is work for, or in connection with, any of the following that is declared by the regulations to be child-related work—

- (a) child development
- (b) child protection
- (c) children's health services
- (d) clubs or other bodies providing services for children
- (e) disability services
- (f) early education and child care
- (g) education
- (h) entertainment for children
- (i) justice services
- (j) religious services,
- (k) residential services
- (l) transport services for children
- (m) any other service for children prescribed by the regulations.

จะเห็นได้ว่างานที่มีความเกี่ยวข้องกับเด็กที่กำหนดไว้นั้นตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก (การทำงานกับเด็ก) พ.ศ. 2555 นั้น มีขอบเขตที่กว้างมากครอบคลุมเกือบทุกกิจกรรมที่เกี่ยวข้องกับเด็ก ดังนั้นองค์กรที่ดำเนินงานในลักษณะดังที่ได้กล่าวไปจึงตกอยู่ใต้การบังคับของมาตรานี้ทั้งสิ้น

ประการที่ 4 ขอบเขตของความเสียหายที่มุ่งคุ้มครอง

ความผิดตามมาตรานี้ก็มีจุดมุ่งหมายเช่นเดียวกับกฎหมายของรัฐวิกตอเรีย กล่าวคือ ต้องการให้บุคคลผู้มีอำนาจหรือความรับผิดชอบในองค์กรที่ทำงานเกี่ยวข้องกับเด็กนั้นต้องกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งเพื่อให้มี “มาตรการป้องกันที่สมเหตุสมผล” ในการลดหรือกำจัดความเสี่ยง เมื่อรับรู้ว่ามีความเสี่ยงอย่างรุนแรงที่ “ผู้ปฏิบัติงาน” (worker) ที่เป็นผู้ใหญ่ซึ่งเป็นลูกจ้างขององค์กรอาจจะกระทำ “ความผิดทารุณกรรมเด็ก” (child abuse offence) ต่อเด็กที่อยู่หรืออาจจะเข้ามาอยู่ในความดูแลขององค์กร โดยมาตรา 43B นี้มีส่วนที่แตกต่างกับมาตรา 49O ของกฎหมายวิกตอเรียอย่างชัดเจนประการหนึ่ง คือ ความผิดที่เด็กต้องได้รับความคุ้มครองจากมาตรการป้องกัน ความเสี่ยงนั้น จะต้องเป็นความเสี่ยงที่เกี่ยวกับการกระทำความผิดทารุณกรรมเด็ก (child abuse offence) ซึ่งใน มาตรา 43B (3) ก็ได้ให้คำนิยามของ “ความผิดทารุณกรรมเด็ก” ไว้ ซึ่งหมายถึงความผิดในหลายมาตรา¹⁵² โดยสามารถแบ่งได้เป็นกลุ่มความผิดดังต่อไปนี้

กลุ่มที่ 1 การกระทำความผิดที่เป็นการทำร้าย หรือ ทำให้เกิดอันตรายทางกายภาพ

- ความผิดฐานฆ่าโดยเจตนา หรือ ฆ่าโดยไม่เจตนาที่กระทำต่อเด็ก รวมถึงความผิดกรณีฆาตกรรมฆ่าบุตรทารกอายุต่ำกว่า 12 เดือน ตามมาตรา 22A ด้วย
- ความผิดที่เกี่ยวกับการกระทำโดยมีเจตนาฆ่า (การพยายามฆ่า) ตามมาตรา 27, 29
- ความผิดที่เป็นการกระทำที่ก่อให้เกิดอันตรายแก่ชีวิต หรือร่างกาย เช่น ความผิดฐานทำร้ายร่างกายโดยเจตนา ตามมาตรา 33, ประมาทเลินเล่อทำให้เกิดอันตรายแก่กาย ตามมาตรา 35, ความผิดเกี่ยวกับการทำให้หายใจไม่ออกโดยการบีบรัด ตามมาตรา 37, การใช้สารที่ทำให้มีนเมาเพื่อกระทำความผิดอื่นต่อ ตามมาตรา 38, วางยาในน้ำหรืออาหาร ตามมาตรา 38A, การวางยาพิษที่เป็นอันตรายต่อชีวิตหรือแก่ร่างกาย ตามมาตรา 39-41A, ความผิดฐาน

¹⁵² Crimes Act 1900 No 40 SECTION 43B (3) In this section— *child abuse offence* means

- (a) *murder or manslaughter of a child (including under section 22A), or*
- (b) *an offence under section 27, 29, 33, 35, 37, 38, 38A, 39, 41, 41A, 44, 45, 45A, 46, 59, 60E, 86 or 91J or Division 10, 10A, 10B or 15 of Part 3 where the alleged victim is a child, or*
- (c) *an offence under section 42, 43, 43A, 91G or 91H, or*
- (d) *an offence of attempting to commit an offence referred to in paragraphs (a)–(c).*

ไม่ให้สิ่งจำเป็นแก่การดำรงชีวิตแก่บุคคลที่อยู่ในความดูแลตาม มาตรา 44, ฐานลักพาตัว ตามมาตรา 86 ,ความผิดฐานทอดทิ้งเด็ก ตามมาตรา 43 เป็นต้น

กลุ่มที่ 2 ความผิดเกี่ยวกับเพศที่กระทำต่อเด็ก

- ในบทบัญญัติส่วนที่ 10 การกระทำผิดทางเพศต่อเด็ก¹⁵³ เช่น ความผิดฐานข่มขืน ตามมาตรา 61I, การมีเพศสัมพันธ์ระหว่างคนในครอบครัว ตามมาตรา 78A, การล่อลวงเด็กให้ร่วมกิจกรรมทางเพศ ตามมาตรา 66EB เป็นต้น
- บทบัญญัติส่วนที่ 10A การทำให้ตกเป็นทาสเพื่อวัตถุประสงค์ทางเพศ¹⁵⁴ เช่น 80D ความผิดฐานทำให้ผู้อื่นตกเป็นทาสทางเพศ เป็นต้น
- บทบัญญัติส่วนที่ 15 การค้าประเวณีเด็ก¹⁵⁵ เช่น การส่งเสริมหรือประกอบการค้าประเวณีเด็กตามมาตรา 91D, การได้รับประโยชน์จากการค้าประเวณีเด็ก ตามมาตรา 91E เป็นต้น
- ความผิดเกี่ยวกับสื่อที่แสดงการล่วงละเมิดเด็ก เช่น การผลิต จำหน่าย หรือครอบครองสื่อลามกเด็กตามมาตรา 91G หรือ91H ในบทบัญญัติส่วนที่ 15A¹⁵⁶

กลุ่มที่ 3 การพยายามกระทำความผิดที่ได้กล่าวไปข้างต้น

เมื่อพิเคราะห์แล้วจะเห็นได้ว่า เป็นการกำหนดฐานความผิดที่เกี่ยวข้องตามมาตรา 43B เพื่อให้เด็กได้รับการปกป้องจากความเสี่ยงนั้น มีขอบเขตที่กว้างมาก กล่าวคือ ไม่ได้กำหนดเฉพาะความเสี่ยงที่เกิดจากการกระทำ “ความผิดทางเพศ” เพียงอย่างเดียวแบบกฎหมายวิกตอเรีย แต่ยักรวมถึงความผิดที่เกี่ยวข้องกับการทำให้เกิดอันตรายแก่กายทางกายภาพอื่นๆอีกด้วย

ประการที่ 5 องค์ประกอบความผิด

องค์ประกอบความผิดของมาตรานี้มี 2 ประการ กล่าวคือ (1) บุคคลผู้มีอำนาจในองค์กร(A position holder) จะต้อง “รู้” ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบความผิดก่อนว่ามีความเสี่ยงอย่างรุนแรง (serious risk) ที่เด็กอาจจะตกเป็นเหยื่อของการกระทำความผิดทารุณกรรมเด็กที่กระทำโดยปฏิบัติการขององค์กรที่เป็นผู้ใหญ่¹⁵⁷ เช่นนี้แล้วหาก “ไม่รู้” ก็ไม่ครบองค์ประกอบความผิดซึ่งมาตรา 43B ไม่ได้มีการนิยามเอาไว้ว่าอย่างไรจึงจะเรียกว่า “รู้” อย่างไรก็ตามหลักการพิจารณาก็เป็นไปในทางเดียวกับกฎหมายวิกตอเรีย กล่าวคือ ก็ต้องพิจารณาว่ามีข้อเท็จจริงที่เชื่อได้หรือไม่ว่า

¹⁵³ Crimes Act 1900 No 40, Part 3, Division 10: Sexual offences against adults and children

¹⁵⁴ Crimes Act 1900 No 40, Part 3, Division 10A: Sexual servitude

¹⁵⁵ Crimes Act 1900 No 40, Part 3, Division 15: Child prostitution

¹⁵⁶ Crimes Act 1900 No 40, Part 3, Division 15A: Child abuse material

¹⁵⁷ Crimes Act 1900 No 40 SECTION 43B (1)(d)

บุคคลดังกล่าวตระหนักได้ว่าความเสี่ยงนั้นปรากฏขึ้นแล้วหรือต้องมีขึ้นแน่ๆในสถานการณ์นั้นๆ ซึ่งการตระหนักรู้เช่นนั้น ต้องมีลักษณะที่มากกว่าแค่เป็นการสงสัยหรือคาดเดาเอาเอง¹⁵⁸

โดยความเสี่ยงปรากฏอันจะทำให้ผู้มีอำนาจในองค์กรต้องดำเนินการนั้น มาตรา 43B นี้ มีการใช้คำที่แตกต่างจากมาตรา 49O ของกฎหมายวิกตอเรีย โดยมาตรา 49Onั้นใช้คำว่า “ความเสี่ยงอย่างมีนัยยะสำคัญ (substantial risk)” ซึ่งก็ได้มีการกำหนดคำนิยามไว้ว่าหมายถึงสถานการณ์เช่นใด ส่วนมาตรา 43B ใช้คำว่า “ความเสี่ยงอย่างรุนแรง (serious risk)” แต่ทั้งนี้จากบทบัญญัติมาตรา 43B ก็ไม่ได้มีการกำหนดคำนิยามไว้ว่าความเสี่ยงอย่างรุนแรงนั้นหมายความว่าอย่างไรเช่นเดียวกัน ดังนั้นแล้วจึงต้องพิจารณาจากสถานการณ์ที่เกิดขึ้นเป็นกรณีๆไป ว่าในขณะนั้นวิญญูชนสามารถคาดเห็นได้หรือไม่ว่ามีความเป็นไปได้มากแค่ไหนที่อาจจะเกิดการกระทำความผิดต่อเด็กจากความเสี่ยงเช่นนั้น¹⁵⁹

ยกตัวอย่างเช่น กรณีศึกษาหนึ่งในคดีตัวอย่างที่ทำให้เกิดบทบัญญัติ มาตรา 43B ขึ้นมา โดยเป็นคดีที่เกิดขึ้นที่โรงเรียนเอกชนแห่งหนึ่งในรัฐนิวเซาท์เวลส์ (The Knox Grammar School) มีจำเลย คือ **นายเกรก ทริลอร์** ถูกดำเนินคดีในข้อหาล่วงละเมิดทางเพศ ทำร้ายร่างกายและครอบครองภาพอนาจารของนักเรียน จึงถูกศาลแขวงนิวเซาท์เวลส์พิพากษาให้จำคุก 4 ปีครึ่งโดยไม่รอลงอาญาในเดือนมิถุนายน ค.ศ. 2013 จากการสืบสวนข้อเท็จจริงของคดีนี้พบว่า เมื่อวันที่ 1 สิงหาคม ค.ศ. 2007 **นายเพียร์สัน** (ผู้ซึ่งทางโรงเรียนได้จ้างมาเพื่อตรวจสอบพฤติกรรมอันผิดปกติก่อนในโรงเรียน) ได้ส่งจดหมายถึง **นายจอห์น วิกส์** ผู้ซึ่งดำรงตำแหน่งอาจารย์ใหญ่ในโรงเรียนขณะนั้น โดยแนบวิดีโอลามกอนาจารซึ่งแสดงให้เห็นว่าจำเลย คือ **นายเกรก ทริลอร์** ได้แสดงวิดีโอลามกอนาจารให้กับเด็กชาย A (อายุ 15 ปี) ซึ่งเป็นนักเรียนของโรงเรียนดูแลและพยายามที่จะมีเพศสัมพันธ์กับเด็กคนดังกล่าว ซึ่งจากข้อเท็จจริงดังกล่าวนี้ศาลพิจารณาแล้วเห็นว่า การได้รับจดหมายดังกล่าวนี้ส่งผลให้ **นายจอห์น วิกส์** ผู้ซึ่งมีอำนาจในการที่จะลดหรือกำจัดความเสี่ยงที่เกิดแก่เด็กนักเรียนในโรงเรียนของตนได้นั้น **รับรู้** กล่าวคือ ตระหนักได้แล้วว่าจำเลยมี**ความเสี่ยงอย่างรุนแรง** กล่าวคือ มีความเป็นไปได้สูงในการที่จำเลยอาจจะกระทำความผิดล่วงละเมิดทางเพศต่อเด็กชาย A และเด็กนักเรียนคนอื่นๆ อีกได้¹⁶⁰

¹⁵⁸ Pacific Brook Christian School, "Child Protection - Duty to Protect Students from Child Abuse or Harm."

¹⁵⁹ Ibid.

¹⁶⁰ Justice Jennifer Coate and Mr. Bob Atkinson AO APM, Report of Case Study No. 23: The Response of Knox Grammar School and the Uniting Church in Australia to Allegations of Child Sexual Abuse at Knox Grammar School in Wahroonga, New South Wales (2016), pp. 44-47.

นอกจากที่บุคคลผู้มีอำนาจในองค์กรจะต้อง “รู้” ว่ามีความเสี่ยงแล้วนั้น องค์กรประกอบความผิดที่สำคัญอีกประการของมาตรานี้คือ (2) บุคคลดังกล่าวต้องละเลยไม่ลดหรือขจัดความเสี่ยงนั้นด้วย¹⁶¹ ซึ่งมาตรานี้ไม่ได้บัญญัติไว้ว่าเมื่อใดจึงจะถือว่าละเลยไม่กระทำการดังกล่าว อย่างเช่นกฎหมายวิกตอเรีย อย่างไรก็ตามการพิจารณาก็ยังคงเป็นไปในแนวทางเดียวกับกฎหมายวิกตอเรียเช่นกัน กล่าวคือ การละเลยไม่ลดหรือขจัดความเสี่ยงจะเกิดขึ้นก็ต่อเมื่อ ได้รับรู้ถึงความเสี่ยงแล้วแต่กลับไม่ดำเนินการใดๆเพื่อให้มี “มาตรการป้องกันที่สมเหตุสมผล” เพื่อลดหรือขจัดความเสี่ยงนั้นๆให้เหมาะสมแก่กรณีที่ต้องดำเนินการในสถานการณ์นั้น ซึ่งศาลอาจพิจารณาจากปัจจัยหลายๆประการ เช่น ลักษณะขององค์กร บทบาทของผู้กระทำความผิดในองค์กรนั้นๆ ว่าเป็นมาตรการที่สมเหตุสมผลแล้วหรือไม่

เช่น จากกรณีศึกษาคดีที่ได้กล่าวไปกรณีที่ นายจอห์น วิกส์ ไม่ได้แจ้งเรื่องไปยัง ตำรวจและครอบครัวของเด็กชายทราบ และรู้แต่ไม่ได้แก้ไขเรื่องที่นายทริลอร์ว(จำเลย)ยังคงปฏิบัติงานในการเป็นโค้ชสอนเด็กนักเรียนอยู่จนกระทั่งถูกจับกุมในปีค.ศ.2009 ซึ่งในขณะนั้นจำเลยยังคงมีพฤติกรรมล่วงละเมิดทางเพศต่อเด็กนักเรียนชายคนอื่นๆอีกเรื่อยมา จากข้อเท็จจริงนี้เองศาลพิจารณาได้ว่า นายจอห์น วิกส์ ได้รู้ว่ามีความเสี่ยงอย่างรุนแรงที่จะเลยมอาจจะกระทำความผิดทางเพศต่อเด็กนักเรียนคนอื่นๆได้ แต่กลับไม่ได้ตรวจสอบดูแลการทำงานของจำเลยอย่างรอบคอบระมัดระวัง ปล่อยให้จำเลยยังคงทำงานอันมีลักษณะใกล้ชิดกับเด็กอยู่ เช่นนี้จึงเป็นกรณีที่พิจารณาได้ว่านายจอห์น วิกส์ ไม่ได้มีการดำเนินการอย่างใดๆให้เหมาะสมในการตอบสนองต่อสถานการณ์ที่มีความเสี่ยงนั้น อันส่งผลให้เกิดความเสี่ยงต่อเด็กนักเรียนอื่นๆด้วยนั่นเอง¹⁶²

ประการที่ 6 โทษ

สำหรับโทษที่จะลงแก่ผู้มีอำนาจในองค์กรซึ่งบกพร่องละเลยต่อการจัดการความเสี่ยงตามมาตรา 43B นั้น คือ โทษจำคุกสูงสุดไม่เกิน2ปีนั่นเอง¹⁶³ โดยไม่มีการกำหนดโทษขั้นต่ำเอาไว้ให้เป็นดุลยพินิจของศาลที่จะลงโทษเท่าใดก็ได้ แต่ทั้งนี้โทษสูงสุดที่จะลงได้ต้องไม่เกิน2ปี ซึ่งน้อยกว่าอัตราโทษของกฎหมายวิกตอเรียที่กำหนดไว้ถึง5ปี อย่างไรก็ตามมาตรา 43B นี้เพิ่งเริ่มมีผลบังคับใช้ในปี 2018 ที่ผ่านมาขณะนี้จึงยังไม่มีคำพิพากษาของศาลที่เป็นตัวอย่างแสดงถึงโทษที่ตัดสินตามมาตรานี้

จากที่กล่าวมาข้างต้นเมื่อพิเคราะห์แล้วเห็นได้ว่า แม้รัฐนิวเซาท์เวลส์จะนำเอาแบบอย่างกฎหมายเรื่องความรับผิดชอบของบุคคลที่มีอำนาจในองค์กรกรณีบกพร่องในการลดหรือกำจัด

¹⁶¹ Crimes Act 1900 No 40 SECTION 43B (1)(f)

¹⁶²Justice Jennifer Coate and Mr. Bob Atkinson AO APM, Report of Case Study No. 23: The Response of Knox Grammar School and the Uniting Church in Australia to Allegations of Child Sexual Abuse at Knox Grammar School in Wahroonga, New South Wales.

¹⁶³ Crimes Act 1900 No 40 SECTION 43B (1)

ความเสี่ยงที่จะเกิดการกระทำความผิดต่อเด็กมาจากรัฐวิกตอเรียก็ตาม แต่ก็มีส่วนที่แตกต่างกันหลายประการไม่ว่าจะเป็น อายุของเด็กที่ได้รับการคุ้มครอง หรือ ฐานความผิดที่คุ้มครอง และโทษที่จะลงก็มีความแตกต่างกันอย่างเห็นได้ชัดเจน

4.2.3 ประเทศนิวซีแลนด์

นอกเหนือจากเครือรัฐออสเตรเลีย รัฐวิกตอเรียและรัฐนิวเซาท์เวลส์แล้ว ประเทศที่มีกฎหมายเกี่ยวข้องกับการคุ้มครองปกป้องเด็กจากความเสี่ยงที่จะเกิดอันตราย โดยมีลักษณะเป็นการกำหนดหน้าที่ให้กับบุคคลนอกจากครอบครัวซึ่งเป็นบุคคลใกล้ชิดกับเด็กอีกประเทศที่จะนำเสนอคือ ประเทศนิวซีแลนด์ ซึ่งปรากฏอยู่ในพระราชบัญญัติอาชญากรรม ค.ศ.1961 (Crime Act 1961) มาตรา 195A¹⁶⁴ ซึ่งเป็นมาตราเดียวกันกับที่กล่าวไปในหัวข้อที่ 4.1 การกำหนดความรับผิดชอบทางอาญาแก่บุคคลผู้ใกล้ชิดกับเด็ก กรณีบกพร่องต่อการปกป้องหรือคุ้มครองเด็กจากความเสี่ยงที่จะเกิดอันตราย ในส่วน4.1.3 ประเทศนิวซีแลนด์ โดยในส่วนนี้จะขออธิบายเพิ่มเติมกล่าวคือ เฉพาะส่วนที่ผู้ซึ่งอาจมีความรับผิดชอบตามมาตรานี้เป็นเจ้าหน้าที่ ของโรงพยาบาล, องค์กร หรือ สถานที่ที่เป็นที่อยู่อาศัยต่างๆ ที่ซึ่งผู้เสียหายได้พักอาศัยอยู่ โดยมีรายละเอียดดังนี้

ประการที่ 1 บุคคลที่มุ่งคุ้มครองตามมาตรานี้

บุคคลที่มาตรานี้มุ่งคุ้มครองมีสองประเภทดังที่ได้กล่าวไปแล้ว คือ “เด็ก” ที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปี¹⁶⁵ และ “ผู้ใหญ่ที่อ่อนแอ” ซึ่งเป็นบุคคลที่มีอายุมากกว่า 18ปีแต่ไม่สามารถดูแลตนเองได้ ต้องตกอยู่ภายใต้การดูแลของบุคคลอื่นเนื่องด้วยเหตุผลทางการกักกัน, อายุ, ความเจ็บป่วย, ความบกพร่องทางจิต หรือไม่ว่าด้วยสาเหตุอื่นใดก็ตาม¹⁶⁶

ประการที่ 2 บุคคลที่ต้องมีความรับผิดชอบภายใต้มาตรานี้

มาตรา 195A นั้นมีจุดมุ่งหมายเพื่อขยายหน้าที่และความรับผิดชอบไปสู่บุคคลอื่นที่ไม่ใช่ครอบครัวของเด็กให้ต้องมีหน้าที่ในการปกป้องเด็กจากความเสี่ยงที่จะเกิดอันตราย เนื่องด้วยบางครั้งอาจมีบุคคลที่อยู่ใกล้ชิดกับเด็กมากพอสมควร (sufficient proximity) ที่จะรับรู้ความเสี่ยงที่จะเกิดอันตรายแก่เด็กได้ก่อนบุคคลอื่นและบุคคลเช่นว่านั้นมีความสามารถที่จะดำเนินการใดๆ ให้เหมาะสมเพื่อปกป้องเด็กจากความเสี่ยงนั้นได้ แต่เมื่อบุคคลนั้นไม่ใช่พ่อแม่ของเด็กจึงไม่มีหน้าที่ตามกฎหมายที่จะต้องดูแลเด็ก และหากไม่ใช่ผู้ที่ตระเตรียมในการกระทำผิดหรือมีส่วนร่วมในการกระทำ

¹⁶⁴ Crime Act 1961 section 195A: Failure to protect child or vulnerable adult

¹⁶⁵ Crime Act 1961, Section 195: Ill-treatment or neglect of child or vulnerable adult (3) For the purposes of this section and section 195A, a child is a person under the age of 18 years.

¹⁶⁶ Crime Act 1961, Section 2: Interpretation

(1) vulnerable adult, for the purposes of sections 151, 195, and 195A, means a person unable, by reason of detention, age, sickness, mental impairment, or any other cause, to withdraw himself or herself from the care or charge of another person.

ผิด ก็ไม่มีความรับผิดชอบตามกฎหมาย ดังนั้นมาตรา 195A จึงถูกบัญญัติขึ้นเพื่อเติมเต็มในส่วนตรงนี้นั้นเอง¹⁶⁷ ทั้งนี้บุคคลที่อาจมีความรับผิดชอบตามมาตรานี้นอกจากสมาชิกในครัวเรือนเดียวกันกับผู้เสียหายแล้วก็คือ *เจ้าหน้าที่* ของโรงพยาบาล, องค์กร หรือ สถานที่ที่เป็นที่อยู่อาศัยต่างๆ ที่ซึ่งผู้เสียหายได้พักอาศัยอยู่¹⁶⁸ นั้นเอง

โดย “*เจ้าหน้าที่*” ตามความหมายของมาตรานี้นั้นหมายถึง พนักงานหรือบุคลากรของ โรงพยาบาล สถาบัน องค์กรใดๆ หรือที่พักอาศัยใดๆ ซึ่งผู้เสียหายได้อาศัยอยู่ แต่อย่างไรก็ตามคำว่า *อาศัยอยู่(resides)* นั้นยังเป็นสิ่งที่ต้องตีความและพิจารณาข้อเท็จจริงอื่นที่เกี่ยวข้องเป็นกรณีๆ ไป เนื่องจากในบางกรณีนั้นเห็นได้ชัดเจนมากกว่าผู้เสียหายได้มีการอาศัยอยู่ในช่วงระยะเวลาหนึ่งจริง เช่น ผู้สูงอายุในบ้านพักคนชรา, ที่อยู่อาศัยผู้ทุพพลภาพ, ที่อยู่อาศัยของผู้ต้องขัง เป็นต้น แต่ในทางกลับกันอาจมีกรณีที่ยังไม่แน่ชัดนักว่าการเข้ามาพำนักในสถานที่นั้นๆ เป็นกรณีอาศัยอยู่ตามความหมายของมาตรานี้ด้วยหรือไม่เนื่องจากในบางกรณีผู้เสียหายนั้นพำนักอยู่เพียงแค่วันคืน หรือเป็นเวลาไม่กี่วันเท่านั้น เช่น ผู้ป่วยที่เห็นในแผนกฉุกเฉิน หรือผู้ป่วยที่เข้ารับการรักษาในช่วงเวลาสั้นๆ เป็นต้น¹⁶⁹ ซึ่งกรณีเหล่านี้อาจต้องพิจารณาจากข้อเท็จจริงอื่นประกอบ กล่าวคือ อาจจะต้องพิจารณาถึงระดับความสัมพันธ์ หรือความใกล้ชิดของเจ้าหน้าที่กับผู้เสียหายว่าได้มีการดูแลผู้เสียหายหรือไม่ดูและในระดับใด ความถี่ในการติดต่อมีปฏิสัมพันธ์กับผู้เสียหาย เป็นต้น เพื่อที่จะสามารถพิจารณาได้ว่าระดับความสัมพันธ์ดังกล่าวนี้เพียงพอหรือไม่ที่จะรับรู้ถึงความเสี่ยงที่อาจจะเกิดอันตรายต่อผู้เสียหายได้ก่อนบุคคลอื่น ซึ่งจะเป็นไปตามจุดมุ่งหมายของมาตรานี้ในการที่ก่อให้เกิดหน้าที่แก่บุคคลที่ได้มีการดูแลผู้เสียหายอยู่จริงในอันที่จะต้องดำเนินการอย่างใดๆ เพื่อป้องกันผู้เสียหายจากความเสี่ยง เช่นว่านั้นได้นั้นเอง¹⁷⁰ ดังนั้นคำว่าเจ้าหน้าที่ของมาตรานี้จึงต้องอาศัยการตีความประกอบกับ

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

¹⁶⁷Copeland and Nicole E., "Third-Party Violence against Children: The Crimes Amendment Act (No 3) 2011," *Auckland University Law Review*: 324.

¹⁶⁸ **Crime Act 1961 section 195A: Failure to protect child or vulnerable adult (2)** The persons are—

- (a) a member of the same household as the victim; or
- (b) a person who is a staff member of any hospital, institution, or residence where the victim resides.

¹⁶⁹ Aotearoa New Zealand Association of Social Workers, "Obligation to Protect Children and Vulnerable Adults Crimes Amendment Act (No.3) 2011 – Protection of Children & Vulnerable Adults," [Online] Accessed: 3 June 2020. Available from: <https://anzasw.nz/wp-content/uploads/SW-Guide-to-Crimes-Amendment-Act-No-3-20111.pdf%C2%A0>

¹⁷⁰ Anna Watson, "Failing to Break the Silence: A Critical Analysis of Part 8 of the Crimes Act 1961," p. 20.

พฤติการณ์ตามความเป็นจริงในแต่ละกรณีไป เช่น ในโรงพยาบาลก็อาจจะหมายถึง แพทย์ พยาบาล ผู้ดูแล พนักงานเสริม หรืออื่นๆก็ได้¹⁷¹

นอกจากนี้เจ้าหน้าที่ซึ่งเป็นพนักงานหรือบุคลากรของโรงพยาบาล สถาบัน องค์กรใดๆ หรือที่พักอาศัยใดๆ ซึ่งผู้เสียหายได้อาศัยอยู่อันอาจมีความรับผิดชอบตามมาตรา195Aได้นั้น ก็เช่นเดียวกันกับ ผู้ที่เป็นสมาชิกในครัวเรือนเดียวกันกับผู้เสียหายที่ได้กล่าวไปแล้วในหัวข้อที่ 4.1.3 กล่าวคือ **ต้องมีอายุมากกว่า18ปี** โดยพิจารณาในขณะที่รับรู้ความเสียหายที่เกิดการกระทำหรือละเว้นการกระทำนั้น ทั้งนี้ตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 195A (3)ที่ได้กล่าวไปแล้วนั่นเอง

ทั้งนี้นอกจากเจ้าหน้าที่ความหมายของมาตรานี้แล้วนั้น บุคคลดังกล่าวจะต้อง**มีการติดต่อหรือมีปฏิสัมพันธ์กับผู้เสียหายเป็นประจำ** (frequent contact)ด้วย ซึ่งการติดต่อเป็นประจำนั้นก็ไม่ได้มีคำนิยามกำหนดไว้ว่าต้องเป็นอย่างไร ดังนั้นแล้วจึงต้องพิจารณาจากข้อเท็จจริงเป็นกรณีๆ ไปซึ่งแนวทางในการพิจารณาก็เช่นเดียวกับที่ได้กล่าวไปในหัวข้อ 4.1.3 ยกตัวอย่างเช่น จากกรณีศึกษา คดีเทย์เลอร์ที่ศาลก็ได้วินิจฉัยถึงลักษณะขององค์ประกอบเรื่องการ**อาศัยอยู่(resides)**ด้วย กล่าวคือ การที่บุคคลทั้งสองอาศัยอยู่ในบ้านหลังเดียวกัน ดังนั้นจึงเพียงพอแล้วที่จะพิจารณาได้ว่า**นายไบรอันและนางลูวนา เทย์เลอร์** เป็นสมาชิกในครัวเรือนเดียวกันกับผู้ตายอันเป็นสถานที่ซึ่งผู้ตาย**อาศัยอยู่** และถือว่าเป็นกรณีที่มีการ**ติดต่อปฏิสัมพันธ์กับผู้ตายเป็นประจำ**แล้ว¹⁷²

ประการที่ 3 องค์ประกอบความผิด

บุคคลที่กำหนดไว้ทั้งสองประเภท (สมาชิกในครัวเรือนเดียวกัน หรือ เจ้าหน้าที่) ผู้ซึ่งได้มีการติดต่อหรือมีปฏิสัมพันธ์กับผู้เสียหายอยู่บ่อยครั้ง จะต้อง “**รู้**” และ “**ละเลย**” ไม่ได้กระทำการตามขั้นตอนที่เหมาะสม เพื่อป้องกันผู้เสียหายจากความเสียหายนั้น องค์ประกอบความผิดจึงเหมือนกับที่ได้กล่าวไปแล้ว คือ จะต้อง **รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบความผิดเสียก่อน**ว่า (1) ผู้เสียหาย**มีความเสี่ยงต่อการ เสียชีวิต(death) หรือ เป็นอันตรายต่อร่างกายอย่างสาหัส(grievous bodily harm) หรือถูกล่วงละเมิดทางเพศ(sexual assault)** และ(2)รู้ว่าความเสี่ยงเช่นว่านั้นเป็นผลมาจากกรณีดังต่อไปนี้ กล่าวคือ 1) เกิดจากการกระทำที่ผิดกฎหมายของบุคคลอื่น หรือ 2) เกิดจากการละเว้นในการปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมายของบุคคลอื่น และการละเว้นการปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมายนั้นเป็นการละเว้นในเรื่องสำคัญที่เกี่ยวกับมาตรฐานการดูแลผู้เสียหาย ซึ่งวิญญูชนคาดหวังได้ว่าบุคคลที่มีหน้าที่ดังกล่าวต้องกระทำในขณะนั้น¹⁷³

¹⁷¹ NZNO lawyer Margaret Barnett-Davidson, "Changes to the Crimes Act," KALTIAKI NURSING NEW ZEALAND 18 No.1, FEBRUARY (2012): 31.

¹⁷² R v TAYLOR [2016], NZHC 2846 [28 November 2016]

¹⁷³ Crime Act 1961 section 195A (1)(a)

มาตรา 195A ไม่ได้มีการนิยามเอาไว้ว่าอย่างไรจึงจะเรียกว่า “รู้” นั้นอาจไม่ต้องการถึงขนาดที่ต้องแน่ใจ เพียงแค่สามารถเชื่อหรือตระหนักได้อย่างไม่มีข้อสงสัยเลยว่าคุณเสี่ยงนั้นปรากฏขึ้นแล้วหรือต้องมีขึ้นแน่ๆในสถานการณ์นั้นก็เพียงพอแล้ว ซึ่งการ “รู้” เช่นนั้น ต้องมีลักษณะที่มากกว่าแค่เป็นการคาดเดาเอง หรือการสงสัยที่คลุมเครือ¹⁷⁴ ทั้งนี้ไม่จำเป็นต้องรับรู้ถึงขั้นจำแนกได้ว่ามีความเสี่ยงมาก หรือน้อย หรือความเสี่ยงใกล้เข้ามาแล้วหรือไม่ เพียงแค่รับรู้ได้ว่ามีความเสี่ยงปรากฏขึ้นจากการกระทำหรือละเว้นหน้าที่ ก็เพียงพอที่จะต้องดำเนินการตามขั้นตอนที่เหมาะสมเพื่อป้องกันความเสี่ยงดังกล่าวแล้ว¹⁷⁵ เช่นนี้ในการดำเนินคดีเกี่ยวกับความผิดตามมาตรา 195A นี้ โจทก์ต้องพิสูจน์ให้ศาลเห็นว่า จำเลยนั้นได้รู้ถึงความเสี่ยงเช่นนั้นแล้วจริงๆ ไม่ใช่แค่ควรจะต้องรู้

นอกจากที่บุคคลสองประเภทตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 195A จะต้อง “รู้” ว่ามีความเสี่ยงแล้วนั้น องค์ประกอบความผิดที่สำคัญอีกประการของมาตรานี้คือ บุคคลดังกล่าว**ต้องละเลยไม่ดำเนินการตามขั้นตอนที่เหมาะสม(reasonable steps)** เพื่อที่จะปกป้องผู้เสียหายจากความเสี่ยงที่เป็นอันตรายนั้นด้วย¹⁷⁶ อย่างไรก็ตามจะเรียกว่า “ดำเนินการตามขั้นตอนที่เหมาะสม” นั้น มาตรานี้ไม่ได้มีการกำหนดว่าต้องพิจารณาจากปัจจัยใดบ้างดังนั้นจึงต้องพิจารณาจากข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นเป็นกรณีไป ซึ่งแนวทางในการพิจารณาก็เป็นเช่นเดียวกับที่กล่าวไปแล้วในหัวข้อที่ 4.1.3

ประการที่ 4 ขอบเขตของความเสี่ยงที่มุ่งคุ้มครอง

เมื่อพิเคราะห์มาตรา 195A แล้วจะเห็นได้ว่า ความเสี่ยงที่มุ่งคุ้มครองผู้เสียหายที่เป็นเด็กตามมาตรา 195A นี้คือความเสี่ยงที่เกิดจากการกระทำที่ผิดกฎหมาย หรือการละเว้นในการปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมายของบุคคลอื่น ที่อาจส่งผลให้เกิดการเสียชีวิต หรือบาดเจ็บอย่างรุนแรง หรือถูกล่วงละเมิดทางเพศ โดยในมาตราดังกล่าวไม่ได้มีการกำหนดลงไปโดยเฉพาะเจาะจงว่าต้องเป็นความเสี่ยงที่เกิดจากการกระทำผิดประเภทใด เพียงแต่ระบุไว้แค่ว่าหากการกระทำหรือการละเว้นการปฏิบัติหน้าที่ของบุคคลอื่นนั้น อาจจะทำให้เกิดการเสียชีวิต บาดเจ็บอย่างรุนแรง หรือถูกล่วงละเมิดทางเพศได้ก็เพียงพอแล้ว

ประการที่ 5 โทษ

มาตรา 195A นั้นได้ขยายความรับผิดชอบนอกเหนือจากกฎหมายทั่วไปเกี่ยวกับการละเว้น กล่าวคือ แม้จำเลยจะไม่ได้มีหน้าที่โดยเฉพาะเจาะจงโดยตรงในการปกป้องดูแลเด็กนั้นๆตามกฎหมายก็ตาม แต่หากจำเลยเป็นบุคคลตามที่กำหนดไว้และได้กระทำการครบตามองค์ประกอบความผิดดังที่กล่าวไป จำเลยก็ต้องรับผิดชอบในกรณีที่ไมดำเนินการตามขั้นตอนที่สมเหตุสมผลเพื่อปกป้อง

¹⁷⁴ R v SIMPSON [1978] 2 NZLR 221 (CA) at 225; R v Crooks [1981] 2 NZLR 53 (CA); Kerr v R [2012] NZCA 121

¹⁷⁵ Sally Pairman *et al.*, *Midwifery Preparation for Practice* 4e, p. 263.

¹⁷⁶ Crime Act 1961 section 195A (1)(b)

เหยื่อจากความเสี่ยงต่อการได้รับอันตรายตามประเภทที่ระบุไว้¹⁷⁷ และสำหรับโทษที่จะลงแก่บุคคลดังกล่าวนั้นคือ โทษจำคุกสูงสุดไม่เกิน 10 ปี โดยไม่มีการกำหนดโทษขั้นต่ำเอาไว้ เนื่องจากโทษนี้สะท้อนให้เห็นถึงกรณีที่เกิดผลลัพธ์ที่แย่ที่สุด กล่าวคือ การละเลยไม่ดำเนินการให้เหมาะสมนั้นอาจส่งผลให้เด็กเสียชีวิต หรือเป็นการละเลยอย่างร้ายแรง เช่น บุคคลเช่นว่านั้นรับรู้ถึงความเสี่ยงแต่ปกปิดไว้เป็นเวลายาวนานเป็นต้น¹⁷⁸ ดังนั้นโทษที่จะลงแก่บุคคลตามมาตรา 178 นี้จึงขึ้นอยู่กับผลลัพธ์ว่ามีความร้ายแรงมากน้อยแค่ไหนนั่นเอง¹⁷⁹

ในบทต่อไปจะเป็นการวิเคราะห์และเปรียบเทียบมาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองเด็กจากความเสี่ยงที่จะเป็นอันตรายตามกฎหมายไทย และกฎหมายต่างประเทศเพื่อที่จะเป็นแนวทางในการกำหนดความรับผิดของบุคคลผู้ใกล้ชิดกับเด็ก และบุคคลผู้มีอำนาจในองค์กร ในกรณีที่ละเลยไม่ดำเนินการกับความเสี่ยงอันจะกล่าวต่อไป



¹⁷⁷Anna Watson, "Failing to Break the Silence: A Critical Analysis of Part 8 of the Crimes Act 1961," p. 26.

¹⁷⁸ Law Commission, Report: 11 Review of Part 8 of the Crimes Act 1961: Crimes against the Person, p. 80.

¹⁷⁹ Parliamentary Library and Information Service Department of Parliamentary Service, Research Brief No.7 May 2014: Crimes Amendment (Protection of Children) Bill 2014, pp. 22-23.

บทที่ 5

วิเคราะห์และเปรียบเทียบมาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครอง และจัดการกับความเสี่ยงที่จะเกิดอันตรายแก่เด็กของประเทศไทยกับ ต่างประเทศ

จากการศึกษากฎหมายของต่างประเทศจากบทที่แล้วมาสำหรับประเด็นเรื่องการละเลย
บกพร่องของบุคคลผู้มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับเด็กและบุคคลผู้มีอำนาจในองค์กรที่ทำงานเกี่ยวข้องกับ
เด็ก ต่อการจัดการกับความเสี่ยงที่รับรู้ได้ว่าเด็กอาจจะตกเป็นผู้เสียหายจากการกระทำผิดนั้น พบว่า
ในกฎหมายต่างประเทศมีการกำหนดหน้าที่และความรับผิดชอบทางอาญาแก่บุคคลกลุ่มนี้ไว้โดยเฉพาะ
เพื่อให้ต้องดำเนินการอย่างใด ๆ กับความเสี่ยงที่รับรู้ได้ และหากละเลยไม่ดำเนินการอย่างเหมาะสมจึง
ต้องมีความรับผิดแม้จะยังไม่เกิดผลคืออันตรายขึ้นกับเด็กก็ตาม ดังนั้นแล้วเพื่อเป็นแนวทางในการ
แก้ไขข้อจำกัดของกฎหมายไทยให้เหมาะสมยิ่งขึ้น จึงสมควรอย่างยิ่งที่จะนำมาตรการทางกฎหมาย
ของต่างประเทศมาศึกษาโดยวิเคราะห์เปรียบเทียบกับประเทศไทย ทั้งนี้แบ่งออกเป็น 4 หัวข้อใหญ่
กล่าวคือ ในหัวข้อ 5.1 จะเป็นการวิเคราะห์ความสอดคล้องของการกำหนดความรับผิดอาญาแก่
บุคคลกรณีบกพร่องต่อการปกป้องหรือคุ้มครองเด็กจากความเสี่ยงที่จะเกิดอันตราย กับทฤษฎีในการ
กำหนดความรับผิดอาญาและวัตถุประสงค์ในการลงโทษ 5.2 จะเป็นการวิเคราะห์ขอบเขตการ
คุ้มครองเด็กจากความเสี่ยงที่จะเกิดอันตรายตามกฎหมายไทย โดยจะแบ่งออกเป็นหัวข้อย่อยที่ 5.2.1
ขอบเขตการคุ้มครองตามประมวลกฎหมายอาญา และ 5.2.2 ขอบเขตการคุ้มครองเด็กตาม
พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ.2546 ส่วนในหัวข้อที่ 5.3 นั้นจะเป็นการวิเคราะห์ความรับผิดของ
บุคคลผู้ใกล้ชิดกับเด็ก กรณีบกพร่องต่อการปกป้องหรือคุ้มครองเด็กจากความเสี่ยงที่จะเกิดอันตราย
ตามกฎหมายต่างประเทศ และสุดท้ายในหัวข้อที่ 5.4 จะเป็นการวิเคราะห์ความรับผิดทางอาญาแก่
บุคคลในองค์กรที่ทำงานเกี่ยวข้องกับเด็ก กรณีบกพร่องต่อการปกป้องหรือคุ้มครองเด็กจากความเสี่ยง
ที่จะเกิดอันตรายตามกฎหมายต่างประเทศนั่นเอง

5.1 วิเคราะห์ความสอดคล้องของการกำหนดความรับผิดอาญาแก่บุคคลกรณีบกพร่อง ต่อการปกป้องหรือคุ้มครองเด็กจากความเสี่ยงที่จะเกิดอันตราย กับทฤษฎีในการ กำหนดความรับผิดอาญาและวัตถุประสงค์ในการลงโทษ

ข้อพิจารณาแรกนี้เป็นการวิเคราะห์เปรียบเทียบและพิจารณาถึงกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการ
กำหนดความรับผิดอาญาแก่บุคคลผู้ใกล้ชิดกับเด็กและบุคคลผู้มีอำนาจในองค์กรที่ดำเนินกิจกรรม

เกี่ยวข้องกับเด็ก ในกรณีละเลยต่อการคุ้มครองเด็กจากความเสี่ยงที่จะเกิดอันตราย โดยวิเคราะห์ว่า กฎหมายที่ใช้บังคับกับกรณีดังกล่าวมีความสอดคล้องกับทฤษฎีในการกำหนดความรับผิดชอบอาญาและ วัตถุประสงค์ในการลงโทษมากน้อยเพียงใดเพื่อนำไปสู่ข้อเสนอที่ว่าประเทศไทยควรมีกฎหมายเฉพาะ เกี่ยวกับกรณีข้างต้นหรือไม่นั่นเอง

1) จุดมุ่งหมายของการกำหนดความผิด กับ ทฤษฎีในการกำหนดความรับผิดชอบอาญา

การกำหนดความรับผิดชอบต่อกรณีละเลยหรือบกพร่องต่อการปกป้องคุ้มครองเด็กและผู้เยาว์ จากความเสี่ยงที่อาจเกิดอันตรายจากการกระทำความผิดโดยบุคคลอื่นนั้น มีจุดมุ่งหมายเพื่อที่จะ กระตุ้นให้บุคคลที่มีเด็กอยู่ภายใต้การดูแล ไม่ว่าจะเป็นผู้ที่มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับเด็ก(เช่น พ่อ แม่ ผู้ปกครอง) หรือองค์กรที่ดำเนินกิจกรรมที่เกี่ยวข้องกับเด็กนั้น ได้ตระหนักถึงหน้าที่และให้ ความสำคัญกับความเสี่ยงที่บุคคลเช่นว่านั้นรับรู้ได้ เพื่อที่จะได้ดำเนินการใดๆให้เหมาะสม โดยการลด หรือกำจัดความเสี่ยงหรือพาเด็กออกจากสถานการณ์ที่มีความเสี่ยงว่าเด็กจะถูกทำร้าย ซึ่งจะส่งผล เป็นการป้องกันอาชญากรรมที่จะเกิดแก่เด็กในอนาคตได้นั่นเอง¹ ทั้งยังเป็นกาหนดหน้าที่และ ความรับผิดชอบเพื่อส่งเสริมให้บุคคลเช่นว่านั้นต้องดำเนินการตอบสนองต่อสถานการณ์ที่มีความเสี่ยง อย่างเหมาะสม ตั้งแต่ในขั้นตอนที่เพียงแค่ว่ารับรู้ถึงความเสี่ยง มากกว่าที่จะรอให้เกิดผลร้ายขึ้นกับเด็ก จริงๆเสียก่อนนั่นเอง²

และเมื่อพิจารณากรณีบุคคลผู้ใกล้ชิดกับเด็กอันมีเด็กอยู่ในความดูแล เช่น พ่อแม่ ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแลเด็กในกรณีอื่น พบว่าโดยหลักแล้วบุคคลภายนอกที่ไม่ได้เป็นครอบครัวหรือมีความสัมพันธ์ ใกล้ชิดกับเด็กย่อมไม่มีหน้าที่ที่จะต้องปกป้องคุ้มครองหรือดูแลเด็ก หน้าที่ดังกล่าวจึงตกเป็นของ บุคคลผู้มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับเด็ก³ ซึ่งเป็นผู้ที่สามารถสังเกตเห็นถึงความเสี่ยงและอันตรายที่จะ เกิดแก่เด็กได้ทันทั่วถึงกว่าบุคคลอื่น ดังนั้นบุคคลดังกล่าวจึงมีหน้าที่ในการที่จะต้องจัดการกำจัดหรือ ทำให้เด็กพ้นไปจากความเสี่ยงนั้นเพื่อปกป้องหรือคุ้มครองเด็กนั่นเอง⁴ นอกจากนี้ในส่วนขององค์กรที่ ดำเนินกิจกรรมเกี่ยวข้องกับเด็กนั้นหน้าที่ในการดูแลและคุ้มครองเด็กตั้งอยู่บนพื้นฐานของ “หลัก ความไวเนื้อเชื่อใจ”ที่พ่อแม่ ผู้ปกครอง หรือตัวเด็กเองมีให้แก่องค์กรดังกล่าว โดยมุ่งหวังว่าเมื่อใน ขณะที่เด็กไปอยู่ใต้การดูแล เด็กจะได้รับความปลอดภัยและมีสวัสดิภาพที่ดี ดังนั้นแล้วจึงเป็นหน้าที่

¹ Amanda Mahoney, "How Failure to Protect Laws Punish the Vulnerable," *Health Matrix: The Journal of Law-Medicine* 431.

² Ben Mathews and Maureen Kenny, "Mandatory Reporting Legislation in the United States, Canada, and Australia: A Cross-Jurisdictional Review of Key Features, Differences, and Issues," *Child Maltreatment*: 50,60.

³ Maggie Butzen, "A Parent's Final Sacrifice: Self-Incrimination in Failure to Protect Cases," *The John Marshall Law Review*: 385.

⁴ Ibid.

ของบุคคลผู้มีอำนาจในการที่จะสามารถลดหรือกำจัดความเสี่ยงในองค์กรดังกล่าวที่จะต้องทำให้มั่นใจว่ามีขั้นตอนการปกป้องคุ้มครองเด็กอย่างเหมาะสมเพียงพอ⁵ และต้องสอดส่องดูแลบุคลากรของตนให้ประพฤติตนอย่างเหมาะสมเพื่อเป็นการป้องกันมิให้เกิดอาชญากรรมต่อเด็กด้วย⁶

ทั้งนี้หากบุคคลทั้งสองประเภทดังกล่าว ไม่สามารถให้ความคุ้มครองเด็กได้โดยไม่ได้มีการดำเนินการใดๆอย่างเหมาะสมเพื่อตอบสนองต่อสถานการณ์ที่มีความเสี่ยงซึ่งบุคคลเช่นว่านั้นรับรู้ได้ เช่นนี้จึงอาจจะส่งผลทำให้เกิดอันตรายแก่เด็กจากความเสี่ยงนั้นก็เป็นได้ ดังนั้นรัฐจึงต้องเข้ามาแทรกแซงโดยการกำหนดมาตรการทางกฎหมายขึ้นเพื่อปกป้องเด็กอันเป็นพลเมืองของรัฐในกรณีที่ผู้มีความผิดอยู่ภายใต้การดูแลไม่สามารถทำหน้าที่ได้อย่างเหมาะสมนั่นเองซึ่งมีความสอดคล้องกับแนวคิดในการแทรกแซงสถาบันครอบครัวของรัฐซึ่งรัฐมีความชอบธรรมที่จะสามารถเข้ามาแทรกแซงได้เพื่อประโยชน์ของบุคคลในรัฐนั่นเอง⁷ และเมื่อพิจารณาทฤษฎีในการกำหนดความรับผิดชอบอาญาภิกรณดังกล่าวแล้วพบว่า การรับรู้ถึงความเสี่ยงที่อาจเกิดการกระทำผิดต่อเด็กแต่ละเลยในการดำเนินการใดๆเพื่อปกป้องเด็กจากความเสี่ยงนั้น เป็นการกระทำที่มีผลกระทบกระเทือนต่อสังคม กล่าวคือบุคคลผู้มีความผิดอยู่ในความดูแลก็ย่อมถูกคาดหวังจากสังคมให้บุคคลเช่นว่านั้นต้องดูแลและคุ้มครองเด็กอย่างดี การที่บุคคลดังกล่าวบกพร่องละเลยไม่จัดการกับความเสี่ยงที่น่าจะเกิดอันตรายแก่เด็กอันเป็นการคุ้มครองเด็กก่อนที่จะเกิดผลร้ายกับเด็กขึ้นนั้นเป็นพฤติกรรมที่สมควรถูกตำหนิ และยังส่งผลต่อการป้องกันอาชญากรรมที่จะเกิดแก่เด็กในสังคมอีกด้วย ทั้งนี้การรับรู้และละเลยดังกล่าวยังเป็นการกระทำที่ก่อให้เกิดอันตรายแก่เด็ก เนื่องจากหากบุคคลผู้มีความผิดนั้นได้มีการลดหรือกระทำการใดๆเพื่อทำให้ความน่าจะเป็นในการที่จะเกิดการกระทำความผิดต่อเด็กลดลงไป ก็อาจจะทำให้อาชญากรรมต่อเด็กไม่เกิดขึ้นหรือเกิดได้ยากขึ้นก็เป็นได้ เช่นนี้การกำหนดหน้าที่และความรับผิดชอบให้บุคคลเพื่อให้ดำเนินการตอบสนองต่อสถานการณ์ที่เกิดความเสี่ยงต่อเด็กอย่างเหมาะสมโดยใช้กฎหมายอาญาเป็นเครื่องมือจึงน่าจะบรรลุวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองเด็กได้ ดังนั้นแล้วการกำหนดความรับผิดชอบกับกรณีดังกล่าวจึงมีความสอดคล้องกับทฤษฎีในการกำหนดความรับผิดชอบของ **เฮอร์เบิร์ต แอล แพ็กเกอร์**⁸ และ **นิเกล วอกเกอร์**⁹ ทั้งยังไม่ขัดต่อข้อจำกัดอำนาจรัฐในการบัญญัติความผิดของ

⁵ Family and Community Development Committee Parliament of Victoria, Betrayal of Trust Inquiry into the Handling of Child Abuse by Religious and Other Non-Government Organizations: Part D Prevention-Duty of Care to Create Child-Safe Organizations, p. 222.

⁶ Ibid.

⁷ มรกต พุทธศุภะ, "การศึกษาการคุ้มครองดูแลเกี่ยวกับการล่วงละเมิดทางเพศนักเรียนประถมศึกษาสังกัดกรุงเทพมหานคร," หน้า 53.

⁸ Herbert L. Packer, The Limits of the Criminal Sanction, p. 296.

⁹ Nigel Walker, Punishment, Danger and Stigma: The Morality of Criminal Justice, pp. 4-23.

ดักลาส ฮูซาค¹⁰ ด้วย เนื่องจากเป็นการกระทำที่ก่อให้เกิดอันตรายและสมควรถูกลงโทษ ดังนั้นรัฐจึงมีความชอบธรรมในการที่จะกำหนดความผิดอาญา เพื่อวัตถุประสงค์ในป้องกันอาชญากรรมที่จะเกิดแก่เด็กอันเป็นการรักษาความสงบในสังคมได้

ทั้งนี้จากการศึกษาพบว่าแนวคิดในการกำหนดความรับผิดชอบอาญาแก่บุคคลผู้ใกล้ชิดกับเด็ก และบุคคลผู้มีอำนาจในองค์กรที่ดำเนินกิจกรรมเกี่ยวข้องกับเด็ก ในกรณีที่บุคคลทั้งสองประเภทนั้นรับรู้ถึงความเสี่ยงที่อาจจะเกิดอันตรายแก่เด็กจากการกระทำของบุคคลอื่น แต่กลับบกพร่องละเลยในการจัดการกับความเสี่ยงที่จะเกิดอันตรายแก่เด็กนั้น ในกฎหมายต่างประเทศ (เนื่องจากประเทศไทยยังไม่มีข้อกำหนดความผิดในลักษณะนี้) พบว่าเป็นกรณีที่บุคคลทั้งสองประเภทจะต้องรับผิดชอบเนื่องจากการกระทำ คือ การรับรู้แต่ละเลยของตน อันเป็นหลักความรับผิดชอบในการกระทำของตนเอง (*personal liability* หรือ *Direct liability*)¹¹ เป็นการรับผิดชอบเพราะตนมีเด็กอยู่ในความดูแลแต่กลับไม่กระทำโดยละเลยไม่ให้ความคุ้มครองดูแลเด็กจากความเสียหายที่รับรู้ได้อย่างเหมาะสม ซึ่งเป็นความผิดแม้ยังไม่มีผลร้ายจากการละเลยเกิดขึ้นกับเด็กนั่นเอง ดังนั้นกรณีจึงไม่ใช่การรับผิดชอบเพราะผลในการกระทำของผู้อื่นตามทฤษฎีเพื่อการกระทำของบุคคลอื่น (*Vicarious Liability*) ที่ถือเอาการกระทำของบุคคลอื่นเสมือนการกระทำของตน¹² ทั้งยังไม่ใช่การรับผิดชอบเพราะเป็นผู้มีส่วนช่วยในการกระทำผิด (*Accessorial Liability*) อันเป็นความรับผิดชอบของ *ผู้ใช้ ผู้สนับสนุน* อีกด้วย¹³ เนื่องจากองค์ประกอบความรับผิดชอบต้องการเพียงแค่การรับรู้ถึงความเสี่ยงและละเลยไม่ดำเนินการให้เหมาะสม อันเป็นการกระทำของตัวบุคคลผู้มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับเด็ก หรือ ผู้มีอำนาจในองค์กรที่เกี่ยวข้องกับเด็กเองเท่านั้น ไม่ได้พิจารณาถึงการมีส่วนร่วมในการกระทำผิดต่อเด็กและผลลัพธ์ที่เกิดขึ้นจากการละเลยแต่อย่างใด

2) พิจารณาวัตถุประสงค์ในการลงโทษ

จากการศึกษาพบว่าข้อกำหนดความรับผิดชอบอาญาแก่บุคคลผู้มีความใกล้ชิดกับเด็ก และบุคคลผู้มีอำนาจในองค์กรที่เกี่ยวข้องกับเด็ก กรณีบกพร่องละเลยในการจัดการจัดการกับความเสี่ยงที่อาจจะเกิดการกระทำผิดต่อเด็กซึ่งบุคคลดังกล่าวรับรู้ได้นั้น มีความสอดคล้องกับวัตถุประสงค์แห่งการลงโทษทางอาญา ในเรื่องการป้องกันอาชญากรรมที่จะเกิดขึ้นในสังคม (*Crime Prevention or Community Safety*) อันเป็นการกำหนดความรับผิดชอบแก่บุคคลซึ่งมีเด็กอยู่ภายใต้การดูแลเมื่อบุคคลดังกล่าวไม่สามารถหลีกเลี่ยงสถานการณ์ที่อาจทำให้เด็กตกอยู่ในอันตรายได้ บุคคลเช่นว่านั้นก็สมควรจะต้องมีความผิด และการลงโทษบุคคลดังกล่าวก็จะส่งผลเป็นการป้องกันมิให้มีการละเลย

¹⁰ Douglas Husak, *Overcriminalization: The Limits of the Criminal Law*, pp. 37, 55-56, 84, 94, 96-100,.

¹¹ George P. Fletcher, *Rethinking Criminal Law*, pp. 637-640.

¹² Wayne R. LaFave, *Criminal Law*, p. 694.

¹³ ทรงพล สงวนพงศ์, "ความรับผิดในทางอาญาของผู้ใช้," หน้า 13-14.

เพิกเฉยต่อความเสี่ยงที่อาจจะเกิดการกระทำความผิดต่อเด็ก อันเป็นการป้องกันอาชญากรรมที่จะเกิดแก่เด็กในอนาคตต่อไป

5.2 วิเคราะห์ขอบเขตการคุ้มครองเด็กจากความเสี่ยงที่จะเกิดอันตรายตามกฎหมายไทย

ในหัวข้อนี้จะเป็นการวิเคราะห์เพื่อให้ทราบว่ากฎหมายของประเทศไทยนั้นมีแนวคิดในการกำหนดความรับผิดชอบของบุคคลผู้ซึ่งมีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับเด็ก และบุคคลในองค์กรที่ทำงานเกี่ยวข้องกับเด็กอย่างไร ในกรณีที่บุคคลดังกล่าวนั้นรับรู้ถึงความเสี่ยงสูงที่เด็กอาจจะตกเป็นผู้เสียหายจากการกระทำความผิดของบุคคลอื่นได้ แต่บกพร่องละเลยในการดำเนินการใดๆอย่างเหมาะสมเพื่อให้เด็กพ้นไปจากความเสี่ยง โดยมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

5.2.1 ขอบเขตการคุ้มครองตามประมวลกฎหมายอาญา

บทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดหน้าที่ในการที่บุคคลใดจะต้องกระทำ หรือไม่กระทำการใดอันส่งผลเป็นการคุ้มครองเด็กจากความเสี่ยงที่จะได้รับอันตราย เพื่อปกป้องเด็กก่อนที่จะเกิดอันตรายเช่นว่านั้นขึ้นจริงๆในประมวลกฎหมายอาญานั้น ปรากฏอยู่ 2 มาตรา กล่าวคือ **ความผิดฐานทอดทิ้งเด็กอายุไม่เกิน 9 ปี** ความผิดฐานนี้เป็นการกำหนดความผิดกรณีที่บุคคลใดทอดทิ้งเด็กซึ่งอายุไม่เกิน 9 ปีไว้ ณ ที่ใดๆเพื่อให้เด็กนั้นพ้นไปเสียจากตน โดยประการที่ทำให้เด็กนั้นปราศจากผู้ดูแลบุคคลนั้นมีความผิด¹⁴ ซึ่งความผิดฐานนี้นั้นเป็นการกำหนดหน้าที่ให้**บุคคลใดก็ตาม** ต้องไม่กระทำการดังกล่าวดังนั้นเพียงแต่ผู้กระทำได้กระทำการทอดทิ้งเด็กไว้ในลักษณะที่กฎหมายกำหนดไว้ก็เป็นความผิดแล้ว ไม่จำเป็นต้องมีผลร้ายเกิดขึ้นจากการทอดทิ้งนั้น¹⁵ ทั้งนี้หากมีผลร้ายคือความตาย หรืออันตรายสาหัสจากการทอดทิ้งนั้น ผู้กระทำอาจต้องรับโทษในความผิดอื่น เช่น ความผิดฐานทำร้ายผู้อื่นจนถึงแก่ความตาย หรือ ทำร้ายผู้อื่นจนเป็นเหตุให้ได้รับอันตรายสาหัสได้¹⁶ และหากผู้กระทำเป็นผู้ที่มีหน้าที่ดูแลเด็กและมีผลสืบเนื่องมาจากการทอดทิ้งนั้นผู้กระทำอาจมีความผิดฐานงดเว้นโดยประมาททำให้ผู้อื่นถึงแก่ความตายได้¹⁷ และมาตราที่สองคือ**ความผิดฐานทอดทิ้งผู้ซึ่งพึ่งตนเองมิได้** ความผิดฐานนี้มุ่งลงโทษผู้มิหน้าที่ตามกฎหมายหรือตามสัญญาที่ทอดทิ้งผู้ซึ่งพึ่งตนเองไม่ได้ โดยประการที่น่าจะเป็นเหตุให้เกิดอันตรายแก่ชีวิต¹⁸ และเนื่องจากกฎหมายใช้คำว่า “น่าจะ” เป็นเหตุให้เกิดอันตราย ดังนั้นความผิดตามมาตรานี้ก็ไม่จำเป็นต้องมีผลร้ายเกิดขึ้นจากการ

¹⁴ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 306

¹⁵ ทวีเกียรติ มินะกะนิษฐ, *กฎหมายอาญากฎทั่วไป*, หน้า 57-58.

¹⁶ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 308

¹⁷ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 291

¹⁸ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 307

ทอดทิ้งนั้นเช่นเดียวกัน¹⁹ เพียงแค่กระทำการทอดทิ้งในลักษณะที่น่าจะเกิดอันตรายแก่ชีวิตก็เป็นความผิดแล้ว ทั้งนี้หากมีผลร้ายคือ ความตาย หรืออันตรายสาหัสเกิดจากการทอดทิ้งนั้นผู้กระทำก็อาจต้องรับโทษตามมาตราอื่นได้²⁰ แต่อย่างไรก็ตามยังมีข้อจำกัดในการบังคับใช้ กล่าวคือ ประการแรก ความผิดตามมาตรา 306 และ 307 นั้นใช้บังคับกับเฉพาะกรณีการกระทำที่มีลักษณะเป็นการ *ทอดทิ้ง* กล่าวคือ การเอาไปทิ้งหรือเอาไปปล่อยโดยไม่ต้องการเป็นธุระแล้วเท่านั้น²¹ การพาเด็กไปไว้ให้อยู่กับบุคคลอื่นไม่ใช่การทอดทิ้ง²² เช่นนี้จึงไม่อาจปรับใช้กับกรณีที่ได้มีความเสี่ยงในการที่จะตกเป็นเหยื่อเสียหายจากการกระทำผิดในลักษณะอื่นที่มีใช้การทอดทิ้งได้ ดังนั้นเมื่อผู้ที่มีเด็กอยู่ในความดูแลซึ่งรับรู้ถึงความเสี่ยงดังกล่าวแต่ละเลยไม่จัดการกับความเสี่ยงอันเป็นการกระทำเพื่อปกป้องเด็กในขั้นตอนก่อนที่จะเกิดอันตรายกับเด็กขึ้นจริงๆ บุคคลเช่นนี้นั้นแม้รับรู้แต่ละเลยก็ไม่มี ความรับผิดตาม มาตรา 306 หรือ 307 แต่อย่างใด อีกทั้งประการที่สองความผิดตามมาตรา 307 ใช้คุ้มครองแต่เฉพาะเด็กผู้ซึ่งยังพึ่งพาตนเองไม่ได้เพื่อไม่ให้เป็นการอันตรายจากการทอดทิ้ง ดังนั้นเด็กที่พึ่งพาตนเองได้แล้วที่มีความเสี่ยงที่อาจจะได้รับอันตรายจากการกระทำผิดในลักษณะอื่นจึงไม่ได้รับความคุ้มครองตาม มาตรา นี้

นอกจากนี้พบว่าในประมวลกฎหมายอาญายังไม่มีบทบัญญัติใดที่กำหนดหน้าที่และความรับผิดให้แก่บุคคลผู้มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับเด็กและมีเด็กอยู่ในความดูแล เช่น พ่อแม่ ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแล และบุคคลที่มีอำนาจในองค์กรที่ทำงานเกี่ยวข้องกับเด็ก ให้ต้องดำเนินการอย่างใดในขั้นตอนที่เพียงแต่รับรู้ถึงความเสี่ยงที่อาจจะเกิดการกระทำผิดโดยบุคคลอื่นแก่เด็กแต่ละเลยไม่จัดการให้เหมาะสม อันเป็นขั้นตอนก่อนที่จะเกิดการกระทำผิด โดยไม่มี การบัญญัติให้การรับรู้และละเลยนั้นเป็นความผิดไว้โดยเฉพาะ ดังนั้นแล้วในการพิจารณาความผิดของบุคคลที่เกี่ยวข้องกับเด็กตามกฎหมายไทยจึงมักมีขึ้นเมื่อมีการกระทำผิดเกิดขึ้นกับเด็กแล้ว ซึ่งความรับผิดของบุคคลผู้ใกล้ชิดกับเด็กและบุคคลผู้มีอำนาจในองค์กรที่ดำเนินกิจกรรมเกี่ยวข้องกับเด็กในกรณีที่บุคคลดังกล่าวรับรู้ถึงความเสี่ยงแต่ละเลยนั้น อาจจะพิจารณาความรับผิดตามประมวลกฎหมายอาญาได้ในประเด็นดังต่อไปนี้

ประเด็นแรกการละเลยไม่ดำเนินการจัดการกับความเสี่ยงของบุคคลผู้ใกล้ชิดกับเด็ก อันได้แก่ พ่อแม่ ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแลเด็ก เป็นการกระทำผิดโดยจงใจหรือไม่ ซึ่งกรณีที่จะถือว่าเป็นการกระทำโดยจงใจนั้นผู้กระทำจะต้องมีหน้าที่โดยเฉพาะเจาะจงในการดูแลเด็กที่จะต้องกระทำ

¹⁹ ทวีเกียรติ มินะกะนิษฐ, *กฎหมายอาญาคว่าไป*, หน้า 57-58.

²⁰ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 308

²¹ woody law blog, "ความผิดฐานทอดทิ้งเด็ก คนป่วยเจ็บหรือคนชรา" [ออนไลน์].

²² คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1190/2502

การใดๆเพื่อป้องกันไม่เกิดผล คือ อันตรายแก่สวัสดิภาพของเด็กที่อยู่ในความดูแล²³ ซึ่งการมีหน้าที่หน้าที่โดยเฉพาะเจาะจงนี้เองอาจส่งผลให้ผู้ที่มีหน้าที่ดังกล่าวมีความรับผิดชอบการงดเว้นไม่กระทำการใดเพื่อปกป้องเด็กได้ ซึ่งโดยหลักแล้วการงดเว้นไม่กระทำการใดๆที่จะต้องรับผิดชอบนั้นต้องเป็นการกระทำงดเว้นโดยเจตนา²⁴ อย่างไรก็ตามงดเว้นโดยประมาทก็อาจเป็นความผิดได้หากเป็นกรณีที่กฎหมายบัญญัติให้ต้องรับผิดชอบแม้กระทำโดยประมาทแต่การงดเว้นโดยประมาทนั้นจะต้องมีผลเกิดขึ้น และผลที่เกิดขึ้นจะต้องมีความสัมพันธ์กับการกระทำโดยงดเว้นนั้นด้วย²⁵ ซึ่งจากกรณีศึกษาที่ได้ยกตัวอย่างไปแล้วในบทที่ 3 กรณีคดีแม่ปล่อยลูกวัย 2 ขวบไว้กับพี่เลี้ยงเพื่อให้พี่เลี้ยงดูแล²⁶ และกรณีที่แม่ปล่อยให้สามีใหม่ดูแลลูกชายวัย 4 นั้น²⁷ ซึ่งทั้งสองกรณีมีลักษณะคล้ายกัน กล่าวคือ เป็นกรณีที่มารดาของเด็กซึ่งเป็นบุคคลใกล้ชิดกับเด็กและเป็นบุคคลที่มีหน้าที่โดยโดยเฉพาะเจาะจงในการที่จะต้องดูแลเด็ก ได้รับรู้แล้วว่าเด็กอาจจะอยู่ในสถานการณ์ที่มีความเสี่ยงในการที่จะตกเป็นผู้เสียหายจากการกระทำความผิดโดยบุคคลอื่น (จากกรณีคือพี่เลี้ยง หรือ พ่อเลี้ยง) เช่น การสังเกตเห็นรอยขีด หรือบาดแผลที่ปรากฏบนตัวเด็กบ่อยครั้ง หรือสังเกตเห็นพฤติกรรมของบุคคลอื่นที่อาจจะนำไปสู่การกระทำรุนแรงต่อเด็กได้ แต่บุคคลผู้เป็นมารดานั้นกลับบกพร่องละเลยไม่ดำเนินการใดๆให้เหมาะสมเพื่อให้เด็กพ้นไปจากสถานการณ์ที่เกิดความเสี่ยงนั้นๆจนท้ายที่สุดเกิดผลคืออันตรายแก่เด็กขึ้น

จากการศึกษาพบว่าในขั้นตอนที่บุคคลดังกล่าวเพียงแต่รับรู้ถึงความเสี่ยงและละเลยตามประมวลกฎหมายอาญาของไทยนั้น ไม่มีบทบัญญัติที่กำหนดหน้าที่และความรับผิดชอบในขั้นตอนนี้เอาไว้แต่อย่างใด และจากกรณีก็ไม่ใช่การกระทำอันมีลักษณะเป็นการทอดทิ้งบุตร อันจะเข้าองค์ประกอบความรับผิดชอบตามมาตรา 306 และ 307 ได้ เพราะเป็นการฝากให้บุคคลอื่นดูแลไม่ใช่การทอดทิ้ง ซึ่งจากกรณีตามปัญหามารดาของเด็กนั้นเป็นบุคคลที่มีหน้าที่โดยโดยเฉพาะเจาะจงตามกฎหมายในการที่จะต้องอุปัชฌาย์บุตรจึงต้องทำการใดๆเพื่อป้องกันผลร้ายหรืออันตรายที่จะเกิดเด็ก หากไม่กระทำการดังกล่าวก็อาจมีความรับผิดชอบงดเว้นได้ ซึ่งจากกรณีเมื่อมารดาไม่ได้มีเจตนาต้องการให้เด็กได้รับอันตราย กรณีจึงเป็นการงดเว้นโดยประมาทเนื่องจากไม่ได้ดำเนินการใดๆเพื่อเป็นการปกป้องบุตรของตนให้พ้นจากสถานการณ์ที่มีความเสี่ยงนั้น แต่อย่างไรก็ตามผลร้ายที่เกิดขึ้นแก่เด็กนั้นเป็นผลโดยตรงจากการกระทำความผิดของบุคคลอื่น (คือเป็นผลจากผู้ที่ได้กระทำความผิดต่อเด็กโดยตรงคือ พี่เลี้ยง หรือ พ่อเลี้ยง) มิใช่จากการละเลย ดังนั้นมารดาเด็กจึงไม่มีความรับผิดชอบงดเว้นโดยประมาท

²³ จิตติ ดิงศภัทย์, กฎหมายอาญาภาค 1, หน้า 175-176.

²⁴ เรื่องเดียวกัน, 104-105.

²⁵ เรื่องเดียวกัน, 105.

²⁶ ช่วาสด, "จ้างคนเลี้ยงลูกแม่ช็อกปล่อยโชน้องตัววัย 2 ขวบ โคนทุบท้ายสมองตาย รอยกัด-ขีดทั้งตัว" [ออนไลน์].

²⁷ Sanook news, "พ่อเลี้ยงอำมหิต ทำร้ายเด็ก 4 ขวบ อัมตะบวม-รูทวารฉีก ไบกระทมเต็มท้อง" [ออนไลน์].

นั่นเอง และในการที่จะพิจารณาว่าต่อไปว่ามารดาซึ่งเป็นบุคคลที่มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับเด็กมีความผิดหรือไม่นั้น จึงต้องพิจารณาว่าบุคคลดังกล่าวเป็นผู้มีส่วนร่วมในการกระทำความผิดอันมีลักษณะเป็นตัวการ ผู้ใช้ ผู้สนับสนุนหรือไม่ ซึ่งหากไม่มีลักษณะเช่นนั้นแล้วก็ไม่มีความรับผิด ดังนั้นแล้วจะเห็นได้ว่าในขั้นตอนที่บุคคลผู้ใกล้ชิดกับเด็กรับรู้ถึงความเสี่ยงที่อาจจะเกิดอันตรายกับเด็ก แต่เพิกเฉยละเลยไม่จัดการกับความเสี่ยงนั้นตามกฎหมายไทยแล้วไม่มีความผิดทางอาญาแต่อย่างใด

ประเด็นที่ 2 คือ การละเลยไม่ดำเนินการจัดการกับความเสี่ยงของบุคคลผู้มีอำนาจในองค์กรที่เกี่ยวข้องกับเด็ก เป็นการกระทำความผิดโดยงดเว้นหรือไม่ ซึ่งจากกรณีศึกษาในคดีที่ครูพละถูกดำเนินคดีในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและอนาจารเด็กนักเรียนไม่ต่ำกว่า 20 คน²⁸ และในกรณีศึกษาคดีที่ครู 5 คน และศิษย์เก่ารุ่นพี่ 2 คน ร่วมกันข่มขืนกระทำชำเราเด็กนักเรียนหญิงในโรงเรียน²⁹ ทั้งสองกรณีนั้นเหตุการณ์มีลักษณะคล้ายกัน กล่าวคือ เป็นกรณีที่ผู้อำนวยการโรงเรียนซึ่งเป็นบุคคลที่มีอำนาจในการดูแลจัดการความเรียบร้อยในโรงเรียน เมื่อรับรู้ถึงความเสี่ยงที่อาจจะเกิดการกระทำความผิดต่อเด็กที่อยู่ในความดูแลของโรงเรียนแล้ว แต่บุคคลดังกล่าวกลับบกพร่องละเลยไม่ดำเนินการอย่างใดๆให้เหมาะสมแก่สถานการณ์ที่เกิดความเสี่ยงนั้นๆ เมื่อพิจารณาความรับผิดของบุคคลที่มีลักษณะดังกล่าวพบว่า บุคคลดังกล่าวเป็นผู้มีอำนาจในการบริหารโรงเรียนซึ่งเป็นองค์กรที่มีการดำเนินกิจกรรมเกี่ยวข้องกับเด็กและมีเด็กอยู่ภายใต้การดูแล บุคคลเช่นว่านั้นจึงมีอำนาจที่จะกระทำการใดๆให้เป็นไปเพื่อลดหรือกำจัดความเสี่ยงที่อาจจะเกิดการกระทำความผิดต่อเด็กได้ อย่างไรก็ตามเมื่อพิเคราะห์แล้วจะเห็นได้ว่าบุคคลที่อยู่ในตำแหน่งลักษณะดังกล่าวโดยหลักแล้ว**ไม่มีหน้าที่โดยเฉพาะเจาะจงที่จะต้องดูแลเด็ก** แต่เป็นหน้าที่โดยทั่วไปในการจัดการดูแลความเรียบร้อยทั่วไปขององค์กรเมื่อเด็กอยู่ในความดูแลเท่านั้น³⁰ ดังนั้นหากเกิดอันตรายแก่เด็กบุคคลดังกล่าวจึงไม่อาจมีความรับผิดฐานงดเว้นไม่กระทำการเพื่อป้องกันผลดังเช่นบุคคลในประเภทแรกที่ได้กล่าวไป

นอกจากนี้เมื่อมีการกระทำความผิดโดยบุคคลอื่นเกิดขึ้นกับเด็กที่อยู่ภายใต้การดูแลของบุคคลผู้ใกล้ชิดกับเด็ก หรือเด็กอยู่ภายใต้การดูแลขององค์กร จึงไม่ใช่กรณีที่บุคคลผู้ใกล้ชิดกับเด็ก หรือ ผู้มีอำนาจในองค์กรดังกล่าวเป็นผู้กระทำความผิดเองโดยตรง ดังนั้นจะต้องพิจารณาว่าบุคคลดังกล่าวมีลักษณะเป็น ตัวการร่วม ผู้ใช้ หรือผู้สนับสนุนในการกระทำความผิดด้วยหรือไม่ดังที่ได้กล่าวไปแล้วในบทที่ 3 หากไม่ได้มีลักษณะทั้งสามประเภทดังที่กล่าวไปแล้วก็ไม่มีความรับผิดแต่อย่างใด

นอกจากนี้ใน**ประเด็นที่ 3** เมื่อพิจารณาความรับผิดของบุคคลซึ่งเป็นผู้มีอำนาจในองค์กรในความผิดฐานละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบหรือโดยทุจริตตามมาตรา 157 แล้วนั้น

²⁸ ไทยรัฐฉบับพิมพ์, "แจ้งจับ-ครูพละ! ลวงนร.ไปข่มขืน แถมมีทำอนาจาร เด็กอีกกว่า 10 ราย" [ออนไลน์].

²⁹ ไทยรัฐออนไลน์, "ครู 5 ศิษย์เก่า 2 รุมข่มขืน นร.สาววัย 14 ถ่ายคลิปขู่ ไม่ยอมจะให้ขำขัน" [ออนไลน์].

³⁰ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 15171/2556

มาตรานี้แยกการกระทำเป็น 2 ส่วนความผิด คือ 1) ปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบ เพื่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้หนึ่งผู้ใด และ 2) ปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยทุจริต³¹ การกระทำอันจะเป็นความผิดตามมาตรานี้ได้นั้นผู้กระทำต้องเป็น **เจ้าพนักงานตามความในประมวลกฎหมายอาญา** โดยต้องพิจารณาดังนี้คือ เป็นบุคคลซึ่งกฎหมายบัญญัติว่าเป็นเจ้าพนักงาน หรือได้รับแต่งตั้งตามกฎหมายให้ปฏิบัติหน้าที่ราชการไม่ว่าเป็นประจำหรือหรือครั้งคราว ไม่ว่าจะได้รับค่าตอบแทนหรือไม่ก็ตาม³² จากการพิเคราะห์ความรับผิดชอบตามมาตราดังกล่าวพบว่า มีข้อจำกัดในการปรับใช้แก่กรณีอยู่สองประการ กล่าวคือ ประการแรกบุคคลที่จะต้องรับผิดชอบตามมาตรานี้จำเป็นต้องเป็นเจ้าพนักงานตามความหมายที่กำหนดไว้ แต่อย่างไรก็ตามองค์การที่ดำเนินกิจกรรมอันเกี่ยวข้องกับเด็กนั้นมีอยู่มากมายหลายรูปแบบทั้งรัฐและเอกชน ซึ่งผู้มีอำนาจในการที่จะลดหรือกำจัดความเสี่ยงที่จะเกิดแก่เด็กในองค์กรเหล่านั้นๆ อาจจะไม่ใช่มุบุคคลผู้ซึ่งเป็นเจ้าพนักงานตามความหมายของมาตรา 157 นี้ เช่นนี้แล้วแม้บุคคลดังกล่าวละเว้นโดยละเลยไม่ปฏิบัติตามหน้าที่ที่ไม่มีความรับผิดชอบตามมาตรานี้ อีกทั้งประการที่สององค์ประกอบความรับผิดชอบตามมาตรานี้ต่างก็ต้องการเจตนาพิเศษ กล่าวคือ ในความผิดส่วนแรกเจ้าพนักงานจะต้องละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยมีเจตนาเพื่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้หนึ่งผู้ใด และในความผิดส่วนที่สองนั้นต้องกระทำหรือละเว้นโดยมีเจตนาทุจริต ดังนั้นแล้วหากเป็นกรณีที่บุคคลผู้ซึ่งที่มีอำนาจในการลดหรือกำจัดความเสี่ยงในการที่อาจเกิดกระทำผิดต่อเด็กที่อยู่ในความดูแลโดยบุคคลที่มีความเกี่ยวข้องกับองค์กรได้นั้น การละเลยไม่ให้ความสนใจและไม่ดำเนินการใดๆ ให้เหมาะสมของบุคคลดังกล่าว หากไม่ได้กระทำลงโดยมีเจตนาพิเศษแล้วนั้นก็ไม่มี ความผิดแต่อย่างใด

ดังนั้นเมื่อพิเคราะห์ขอบเขตความรับผิดชอบตามประมวลกฎหมายอาญาแล้วจะเห็นว่านอกเหนือจากมาตรา 306 และ 307 ซึ่งมุ่งคุ้มครองเฉพาะความเสี่ยงที่จะเกิดอันตรายจากการทอดทิ้งเด็กเท่านั้น ตามประมวลกฎหมายอาญาไม่มีบทบัญญัติใดที่กำหนดความผิดให้แก่บุคคลผู้ใกล้ชิดกับเด็กอันได้แก่ พ่อแม่ ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแล และบุคคลที่มีอำนาจในองค์กรที่ทำงานเกี่ยวข้องกับเด็ก ในขั้นตอนที่เพียงแต่รับรู้ความเสี่ยงที่อาจเกิดอันตรายต่อเด็กแต่บ่งพร่องละเลยไม่จัดการให้เหมาะสมไว้โดยเฉพาะ การพิจารณาความผิดของบุคคลดังกล่าวจะมีขึ้นเมื่อมีการกระทำผิดเกิดขึ้นกับเด็กแล้วดังที่ได้กล่าวไปข้างต้นนี้เอง

5.2.2 ขอบเขตการคุ้มครองเด็กตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ.2546

โดยพระราชบัญญัติฉบับนี้ได้มีการบัญญัติถึงฐานความผิดที่เกี่ยวกับการคุ้มครอง ความเสี่ยงที่จะเกิดอันตรายแก่เด็กไว้ กล่าวคือ

³¹ ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 157

³² ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 1 (16)

1) พิจารณากรณีบทบัญญัติตามมาตรา 25 นั้นเป็นการกำหนดหน้าที่ในการปฏิบัติ ต่อเด็กแก่บุคคลผู้มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับเด็ก กล่าวคือ ผู้ปกครอง³³ อันหมายถึงบิดามารดา ผู้ อนุบาล ผู้รับบุตรบุญธรรม และผู้ปกครองและบุคคลอื่นซึ่งรับเด็กไว้ในความอุปการะเลี้ยงดูหรือซึ่งเด็ก อาศัยอยู่ด้วย โดยห้ามมิให้กระทำการตามที่กำหนดไว้ เช่น ห้ามทอดทิ้งเด็กไว้ในสถานรับเลี้ยงเด็ก หรือสถานพยาบาลหรือไว้กับบุคคลโดยเจตนาที่จะไม่รับเด็กกลับคืน ,ห้ามละทิ้งเด็กไว้สถานใดๆ โดย ไม่จัดการจัดให้มีการปกป้องดูแลสวัสดิภาพ หรือให้การเลี้ยงดูที่เหมาะสม³⁴ เป็นต้น

2) พิจารณากรณีบทบัญญัติตามมาตรา 26 เป็นการกำหนดหน้าที่ให้แก่บุคคลทุก คนไม่ว่าจะเป็นบุคคลที่ใกล้ชิดกับเด็กหรือไม่ โดยห้ามมิให้มีการกระทำความผิดที่กำหนดไว้ต่อเด็กไม่ว่าเด็ก จะยินยอมหรือไม่ก็ตาม ซึ่งหากผู้ใดฝ่าฝืนมาตรา 26 นั้นมีโทษจำคุกไม่เกินสามเดือน³⁵ โดยมีการ กำหนดไว้ เช่น ห้ามกระทำหรือละเว้นการกระทำอันเป็นการทารุณกรรมต่อร่างกาย หรือจิตใจของ เด็ก เป็นต้น

3) พิจารณากรณีบทบัญญัติตามมาตรา 27 นั้นเป็นการห้ามมิให้บุคคลใดก็ตาม โฆษณาหรือเผยแพร่ทางสื่อมวลชนหรือสื่อสารสนเทศประเภทใด ซึ่งข้อมูลเกี่ยวกับตัวเด็กหรือ ผู้ปกครอง โดยเจตนาที่จะทำให้เกิดความเสียหาย หรือเพื่อแสวงหาประโยชน์สำหรับตนเองหรือผู้อื่น โดยมีชอบ ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่มีขึ้นเพื่อคุ้มครองความเป็นส่วนตัวของเด็กและผู้ปกครองนั่นเอง โดย ตามมาตรา 50 ก็บัญญัติในลักษณะคล้ายกันแต่เป็นการกำหนดห้ามผู้ปกครองสวัสดิภาพ หรือผู้ คุ้มครองสวัสดิภาพเด็กโดยเฉพาะ³⁶

4) พิจารณากรณีบทบัญญัติตามมาตรา 61 ซึ่งกำหนดห้ามเจ้าของ ผู้ปกครอง สวัสดิภาพ และผู้ปฏิบัติงานในสถานรับเลี้ยงเด็ก สถานแรกรับ สถานสงเคราะห์ สถานคุ้มครองสวัสดิ ภาพ สถานพัฒนาและฟื้นฟู ทำร้ายร่างกายหรือจิตใจ กักขัง ทอดทิ้ง หรือลงโทษเด็กที่อยู่ในความดูแล โดยวิธีรุนแรงประการอื่น เว้นแต่กระทำตามสมควรเพื่ออบรมสั่งสอนเท่านั้น ซึ่งหากผู้ใดฝ่าฝืนมาตรานี้ มีโทษ³⁷

จากบทบัญญัติมาตรา 25, 26, 27, 50 และมาตรา 61 ที่ได้กล่าวไปอันเป็น บทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองเด็กตามพระราชบัญญัตินี้ เมื่อพิเคราะห์แล้วจะเห็นได้ว่า เป็น การกำหนดหน้าที่ให้แก่บุคคลโดยห้ามมิให้กระทำการตามที่กำหนดไว้นั้นๆต่อตัวเด็ก หากได้กระทำ การโดยฝ่าฝืนลงไป บุคคลดังกล่าวก็เป็นผู้กระทำความผิดเองโดยตรงอันมีความผิดและต้องรับโทษ

³³ พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 มาตรา 4

³⁴ พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 มาตรา 25

³⁵ พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 มาตรา 78

³⁶ พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 มาตรา 79

³⁷ พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 มาตรา 79

ตามที่กำหนดไว้ นอกจากนี้แม้พระราชบัญญัติฉบับนี้จะมีการบัญญัติถึงองค์กรที่เกี่ยวข้องกับเด็กปรากฏอยู่ด้วยกัน 5 องค์กร กล่าวคือ สถานรับเลี้ยงเด็ก,สถานแรกรับ, สถานสงเคราะห์, สถานคุ้มครองสวัสดิภาพ และ สถานพัฒนาและฟื้นฟู โดยกำหนดให้มี**ผู้ปกครองสวัสดิภาพ**เป็นผู้ปกครองดูแลและบังคับบัญชา³⁸ แต่อย่างไรก็ตามเมื่อพิจารณาบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องแล้วพบว่ามีเพียงการกำหนดหน้าที่ไว้ในลักษณะกว้างๆให้ผู้ปกครองสวัสดิภาพอันเป็นผู้มีอำนาจในการจัดการดูแลเด็กของสถานทั้ง5นั้น มีอำนาจและหน้าที่ในการที่จะจัดที่พักอาศัย ที่หลับนอนให้เหมาะสมและถูกสุขลักษณะ และจัดการสร้างสภาพแวดล้อมที่ดีให้แก่เด็ก หากฝ่าฝืนหน้าที่ที่ต้องทำตามพระราชบัญญัตินี้ต้องระตองวางโทษ และถ้าได้ดำเนินการแก้ไขหรือปฏิบัติตามคำแนะนำของพนักงานเจ้าหน้าที่แล้ว การดำเนินคดีอาญาต่อบุคคลนั้นเป็นอันระงับไป³⁹ ซึ่งจะเห็นได้ว่าหน้าที่ดังกล่าวก็เป็นเพียงการกำหนดให้สร้างสภาพแวดล้อมของสถานนั้นๆให้เหมาะสมเท่านั้น ดังนั้นแล้วจะเห็นได้ว่าไม่มีบทบัญญัติอันมีลักษณะในการกำหนดหน้าที่และความรับผิดชอบเพื่อปกป้องคุ้มครองเด็กในขั้นตอนที่รับรู้ความเสี่ยงที่จะเกิดอันตรายจากการกระทำของบุคคลอื่น และบุคคลเช่นว่านั้นได้บกพร่องละเลยไม่ดำเนินการอย่างใดๆให้เหมาะสมเพื่อลดหรือกำจัดความเสี่ยงแต่อย่างใด กรณีจึงไม่อาจปรับใช้กับพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กได้

5.3 วิเคราะห์ความรับผิดชอบของบุคคลผู้ใกล้ชิดกับเด็ก กรณีบกพร่องต่อการปกป้องหรือคุ้มครองเด็กจากความเสี่ยงที่จะเกิดอันตรายเปรียบเทียบกับกฎหมายไทยและกฎหมายต่างประเทศ

นอกจากมาตรา306และ307 ที่เป็นการคุ้มครองเด็กจากความเสี่ยงที่น่าจะเป็นอันตรายเฉพาะจากการทอดทิ้งเด็กแล้วนั้น ในขั้นตอนที่เพียงแต่รับรู้ว่ามีความเสี่ยงที่เด็กอาจจะตกเป็นผู้เสียหายจากการกระทำคามผิดของบุคคลอื่น แต่บุคคลผู้ใกล้ชิดกับเด็กกลับละเลยเพิกเฉยไม่ดำเนินการใดๆให้เหมาะสมเพื่อลดหรือกำจัดให้ความเสี่ยงนั้นพ้นไปจากตัวเด็ก เช่นนี้บุคคลดังกล่าวไม่มีความรับผิดชอบตามกฎหมายของประเทศไทย เนื่องจากการพิจารณาความรับผิดชอบตามกฎหมายของบุคคลเช่นว่านี้จะเกิดขึ้นเมื่อมีความเสียหายต่อเด็กแล้ว โดยพิจารณาว่าการละเลยนั้นเป็นการกระทำคามผิดโดยดเว้น หรือ เป็นผู้มีส่วนร่วมในการกระทำคามผิดหรือไม่ ซึ่งในขั้นตอนที่เพียงแค่รับรู้ถึงความเสี่ยงแต่ไม่ได้ดำเนินการอย่างใด จึงไม่เป็ความผิดทั้งตามประมวลกฎหมายอาญาและพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ.2546 แต่อย่างไรก็ตามในกรณีเช่นเดียวกันนี้กฎหมายของต่างประเทศได้มีการบัญญัติความรับผิดชอบแก่บุคคลทั้งสองประเภทไว้โดยเฉพาะ ซึ่งไม่ใช่แค่การคุ้มครอง

³⁸ พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 มาตรา 54

³⁹ พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 มาตรา 83

เด็กจากความเสี่ยงอันเกิดจากการทอดทิ้งเด็กเพียงอย่างเดียวเหมือนมาตรา 306 และ 307 ของประเทศไทยเท่านั้น แต่เป็นการคุ้มครองความเสี่ยงที่อาจจะเกิดการกระทำความผิดต่อเด็กโดยบุคคลอื่นด้วย

สำหรับบทบัญญัติที่เป็นการกำหนดความรับผิดชอบแก่บุคคลใกล้ชิดกับเด็กในชั้นตอนรับรู้ความเสี่ยงของประเทศสหรัฐอเมริกา มลรัฐแคลิฟอร์เนียนั้น ปรากฏอยู่ในมาตรา 273a แห่งประมวลกฎหมายอาญาแคลิฟอร์เนีย ในความผิดฐาน**ทำให้เด็กตกอยู่ในอันตราย (Child Endangerment)**⁴⁰ หรือ เรียกอีกอย่างหนึ่งว่า Failure to protect Law นั้นเอง โดยเป็นการกำหนดภาระหน้าที่แก่บุคคลที่มีเด็กอยู่ในความดูแล หากบุคคลดังกล่าวไม่สามารถดูแลเด็กได้อย่างเพียงพอ หรือไม่สามารถหลีกเลี่ยงสถานการณ์ที่ทำให้เด็กตกอยู่ในเป็นอันตรายโดยไม่จำเป็นได้ กรณีถือว่าเป็นการกระทำความผิดซึ่งมีโทษทางอาญา⁴¹ และในการดำเนินคดีภายใต้มาตรานี้ไม่จำเป็นต้องพิสูจน์ว่ามีผลลัพธ์อันเป็นอันตรายแก่เด็กเกิดขึ้นแล้วจริงๆ เนื่องจากเป็นกฎหมายที่มีแนวคิดเพื่อให้เกิดการคุ้มครองเด็กก่อนที่จะมีการกระทำที่เป็นอันตรายเกิดขึ้นนั่นเอง⁴²

ส่วนในมลรัฐนิวยอร์กนั้นก็มีความหมายในลักษณะเดียวกันปรากฏอยู่ในมาตรา 260.10 ใน**ความผิดฐานทำให้สวัสดิภาพของเด็กตกอยู่ในอันตราย (Endangering the welfare of a child)**⁴³ แห่งประมวลกฎหมายอาญา และเป็นกฎหมายที่มีแนวคิดในการคุ้มครองเด็กก่อนที่จะเกิดอันตรายจริงๆ เหมือนเช่นกฎหมายของแคลิฟอร์เนียนั่นเอง⁴⁴ และในการดำเนินความผิดตามมาตราดังกล่าวนี้ไม่จำเป็นต้องมีอันตรายเกิดขึ้นกับเด็กจริงๆ เพียงแค่พิสูจน์ถึงความน่าจะเป็นที่สามารถเป็นไปได้ที่น่าจะเกิดอันตรายก็เพียงพอแล้ว⁴⁵

สำหรับประเทศนิวซีแลนด์นั้นปรากฏอยู่ในบทบัญญัติมาตรา 195A ใน**ความผิดฐานความบกพร่องในการปกป้องเด็ก หรือ ผู้ใหญ่ที่อ่อนแอ (Failure to protect child or vulnerable adult)**⁴⁶ แห่งพระราชบัญญัติอาชญากรรม ค.ศ.1961 ซึ่งเป็นความผิดที่ถูกกำหนดขึ้นมาโดยพิจารณาจากความสัมพันธ์ของบุคคลที่ต้องรับผิดชอบกับผู้เสียหายที่อยู่ในลักษณะมีความใกล้ชิดต่อกันอย่างเพียงพอ (sufficient proximity) ดังนั้นจึงมีโอกาที่จะตระหนักถึงความเสี่ยง คือ มีโอกาสที่จะ

⁴⁰ California Penal Code: Section 273a. Child Endangerment

⁴¹ Jenny Brown, "California Penal Code's Child Neglect/Abandonment Statutes: Religious Freedom or Religious Persecution?," *Santa Clara Law Review* 617-621.

⁴² People v. Jaramillo (1979) 98 Cal.App.3d 830

⁴³ New York Penal Code: Section 260.10 Endangering the welfare of a child

⁴⁴ Alison B. Vreeland, "The Criminalization of Child Welfare in New York City: Sparing the Child or Spoiling the Family?," *Fordham Urban Law Journal*: 1053-1054.

⁴⁵ People v. Doe, 512 N.Y.S.2d (Crim. Ct. 1987), 636-638.

⁴⁶ Crime Act 1961 section 195A: Failure to protect child or vulnerable adult

ตระหนักถึงอันตรายที่อาจจะเกิดผลร้ายต่อเด็กได้ก่อนบุคคลอื่นและสามารถดำเนินการใดๆเพื่อปกป้องผู้เสียหายจากความเสียหายได้โดยแนวคิดและความมุ่งหมายที่สำคัญที่สุดของกฎหมายนี้ คือ การกระตุ้นให้มีการดำเนินการอย่างใดๆเพื่อเป็นการป้องกันและเพื่อเป็นการเปิดเผยสถานการณ์ที่ไม่เหมาะสมที่อาจส่งผลให้เกิดอันตรายต่อผู้เสียหาย ก่อนที่จะเกิดอันตรายเช่นว่านั้นขึ้นมาจริงๆนั่นเอง⁴⁷ โดยกฎหมายของทั้งสามประเทศนี้ แม้มีวัตถุประสงค์เหมือนกันในการปกป้องเด็กจากโอกาสที่อาจจะเกิดอันตรายต่อเด็กก่อนที่จะเกิดอันตรายเช่นว่านั้นขึ้น แต่อย่างไรก็ตามกฎหมายดังกล่าวมีลักษณะที่แตกต่างกันดังต่อไปนี้

ข้อพิจารณาที่ 1 อายุของเด็กที่ได้รับความคุ้มครอง

กฎหมายของมลรัฐแคลิฟอร์เนียบทบัญญัติมาตรา 273a นั้น มุ่งคุ้มครองสวัสดิภาพของเด็ก ซึ่งหมายถึง บุคคลที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปีบริบูรณ์⁴⁸ ส่วนกฎหมายของมลรัฐนิวยอร์กนั้นเด็กที่ถูกคุ้มครองตามมาตรา 260.10 (1) บุคคลที่มีอายุต่ำกว่า 17 ปี⁴⁹ และสำหรับกฎหมายของประเทศนิวซีแลนด์นั้น มาตรา 195A บุคคลที่มาตรานี้มุ่งคุ้มครองมีสองประเภท คือ “เด็ก” และ “ผู้ใหญ่ที่อ่อนแอ” ซึ่งเด็ก คือบุคคลที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปี นั่นเอง⁵⁰ เมื่อพิจารณาแล้วจะเห็นได้ว่าเด็กที่ได้รับความคุ้มครองจากความเสียหายตามกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศนิวซีแลนด์นั้นมีการกำหนดอายุไว้มากกว่ากฎหมายมลรัฐนิวยอร์ก กล่าวคือ กำหนดไว้เท่ากันคือเด็กต้องมีอายุต่ำกว่า 18ปีนั่นเอง ซึ่งเป็นการกำหนดความหมายที่สอดคล้องกับนิยามของคำว่า “เด็ก” ที่ปรากฏในอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก⁵¹อันเป็นมาตรฐานสากล

ส่วนกรณีของประเทศไทยนั้นเนื่องจากไม่มีบทบัญญัติที่กำหนดขึ้นเพื่อให้บุคคลอื่นต้องมีหน้าที่คุ้มครองปกป้องเด็กในขั้นตอนที่รับรู้ว่ามีความเสี่ยงเกิดขึ้นโดยเฉพาะ มีเพียงแต่การคุ้มครองความเสี่ยงที่น่าจะเกิดอันตรายจากการทอดทิ้งเด็กตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 306 และ 307 เท่านั้น ซึ่งมาตรา 306 ให้ความคุ้มครองเด็กอายุไม่เกิน 9ปี ส่วนมาตรา 307 นั้นให้ความคุ้มครองผู้ซึ่งยังพึ่งตนเองไม่ได้ เพราะอายุ ความเจ็บป่วย เป็นต้น ดังนั้นมาตรา 307 จึงให้คุ้มครองถึงเด็กที่มีอายุเกิน 9ปีแต่ต้องเป็นเด็กที่ยังพึ่งตนเองไม่ได้เท่านั้น เช่นนี้แล้วหากจะต้องมีการกำหนดหน้าที่และความรับผิดชอบในกรณีบุคคลผู้ใกล้ชิดรับรู้ถึงความเสี่ยงแต่ละเลยขึ้น จึงต้องพิจารณาความหมายของเด็กตามกฎหมายต่างๆเพื่อที่จะสามารถกำหนดมาตรการทางกฎหมายที่เหมาะสมกับประเทศไทยได้ กล่าวคือ

⁴⁷Law Commission, *Report: 11 Review of Part 8 of the Crimes Act 1961: Crimes against the Person*, p. 57.

⁴⁸ Hon. Sandy R. Kriegler and Chair, *Judicial Council of California Criminal Jury Instructions: Calcrim 2017*, p. 538.

⁴⁹ New York Penal Code: Section 260.10 (1)

⁵⁰ Crime Act 1961 section 195(3)

⁵¹ Convention on the rights of the child 1989- Article 1

จากบทบัญญัติตามประมวลกฎหมายอาญานั้นไม่มีมาตราใดนิยามความหมายของคำว่า “เด็ก” ไว้เป็นการเฉพาะ แต่อย่างไรก็ตามได้มีการกำหนดเกณฑ์อายุของเด็กหรือผู้เยาว์เอาไว้ในบทบัญญัติมาตราต่างๆทั้งในฐานะที่เป็นผู้กระทำผิดและผู้เสียหาย โดย “เด็ก” มักจะหมายถึงบุคคลในช่วงอายุไม่เกิน 15 ปี นั้นซึ่งจะมีบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องมากกว่าในช่วงอายุอื่นโดยเฉพาะความผิดเกี่ยวกับเพศ ทั้งยังบัญญัติให้การกระทำได้บางอย่างที่ทำต่อเด็กอายุไม่เกิน 15 ปี เป็นความผิดไม่ว่าเด็กจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม นอกจากนี้ยังมีบทบัญญัติให้การกระทำต่อเด็กอายุไม่เกิน 15 ปี ต้องรับโทษหนักขึ้นอีกด้วย เช่นนี้แล้วจะเห็นได้ว่าประมวลกฎหมายอาญาของประเทศไทยนั้น “เด็ก” จึงมักจะหมายถึงบุคคลที่อายุไม่เกิน 15 ปีนั่นเอง ส่วนในพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ.2456 ซึ่งไม่มีบทบัญญัติในลักษณะในการกำหนดหน้าที่และความรับผิดชอบเป็นการคุ้มครองเด็กจากความเสี่ยงที่จะเป็นอันตรายเช่นเดียวกัน แต่พระราชบัญญัตินี้ได้มุ่งคุ้มครองเด็กซึ่งมีอายุต่ำกว่า 18 ปี บริบูรณ์ แต่ไม่รวมถึงผู้ที่บรรลุนิติภาวะด้วยการสมรส⁵² ทั้งนี้ผู้เขียนเห็นว่าเนื่องด้วยเป็นการกำหนดความรับผิดชอบทางอาญาของบุคคลในการคุ้มครองเด็กจากความเสี่ยงที่อาจตกเป็นผู้เสียหายจากการกระทำความผิดของบุคคลอื่น ดังนั้นอายุของเด็กที่กำหนดให้ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายนี้ควรอยู่ที่ไม่เกิน 15 ปี เพื่อให้สอดคล้องกับประมวลกฎหมายอาญา และควรกำหนดให้ความคุ้มครองถึงผู้เยาว์ที่อายุไม่เกิน 18 ปีด้วยโดยจะเป็นไปในแนวทางเดียวกับกฎหมายของรัฐแคลิฟอร์เนีย และประเทศนิวซีแลนด์

ข้อพิจารณาที่ 2 บุคคลที่ต้องมีหน้าที่และความรับผิดชอบในการที่จะต้องกระทำการใดๆเพื่อคุ้มครองเด็กจากความเสี่ยงที่จะเกิดอันตราย

กฎหมายของมลรัฐแคลิฟอร์เนีย บุคคลที่ต้องมีความรับผิดชอบตามมาตรา นี้ หมายถึง บุคคลใดก็ตามที่มีเด็กซึ่งอายุต่ำกว่า 18 ปีอยู่ในความดูแล โดยไม่จำเป็นต้องเป็นพ่อแม่หรือคนในครอบครัวของเด็กแต่อย่างใด⁵³ พิจารณาแล้วพบว่าบุคคลดังกล่าวมีเด็กอยู่ภายใต้การดูแลหรือไม่ก็เพียงพอแล้วที่จะต้อง มีหน้าที่และความรับผิดชอบนี้ ส่วนกฎหมายนิวยอร์กกำหนดหน้าที่ให้แก่**บุคคลใดๆ**⁵⁴ก็ตาม ไม่ว่าจะเด็กอยู่ในความดูแลหรือไม่ ให้บุคคลดังกล่าวต้องไม่กระทำการใดๆซึ่งส่งผลให้เด็กตกอยู่ในสถานการณ์ที่น่าจะเป็นอันตรายได้จากการกระทำหรือไม่กระทำของตน

ส่วนกฎหมายของประเทศนิวซีแลนด์นั้น บุคคลที่อาจมีความรับผิดชอบตามมาตรา 195A มีสองประเภท⁵⁵ ได้แก่ *สมาชิกในครัวเรือนเดียวกันกับผู้เสียหาย* หรือ *เจ้าหน้าที่* (ซึ่งจะได้กล่าวต่อไป) ทั้งนี้การพิจารณาว่าบุคคลใดเป็น “สมาชิกในครัวเรือนเดียวกัน” อันอาจมีหน้าที่และความรับผิดชอบตามความหมายของมาตรานี้ นั้น ต้องพิจารณาว่าบุคคลดังกล่าวมีความเกี่ยวข้องอย่างใกล้ชิดกับครัวเรือน

⁵² พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ.2456 มาตรา 4

⁵³ California Penal Code: Section 273a.

⁵⁴ New York Penal Code: Section 260.10 (1)

⁵⁵ Crime Act 1961 section 195A (2)(a)

นั้นๆหรือไม่ กล่าวคือ มีเหตุอันสมควรในสถานการณ์นั้นๆที่จะพิจารณาได้ว่าบุคคลนั้นเป็นสมาชิกของครัวเรือนหรือไม่ แม้ว่าจะไม่ได้มีความสัมพันธ์ทางสายเลือด⁵⁶ หรือแม้ว่าจะไม่ได้อาศัยอยู่ในครัวเรือนที่เดียวกันกับผู้เสียหายก็ตาม และ ในกรณีที่ผู้เสียหายอาศัยอยู่ในครัวเรือนต่างกันในเวลาที่แตกต่างกัน ครัวเรือนเดียวกันกับผู้เสียหายนั้น หมายถึง ครัวเรือนที่ผู้เสียหายได้อาศัยอยู่ในช่วงเวลาที่มีการกระทำหรือละเว้นอันทำให้เกิดความเสียหายต่อการ เสียชีวิต หรือเป็นอันตรายต่อร่างกายอย่างสาหัส หรือการทารุณกรรมทางเพศเกิดขึ้นนั่นเอง⁵⁷ ดังนั้นในการที่พิจารณาว่าบุคคลนั้นมีความสัมพันธ์เพียงพอที่จะถือว่าเป็นสมาชิกในครัวเรือนนั้นหรือไม่ จะต้องคำนึงถึงความถี่และระยะเวลาในการไปเยี่ยมเยียนหรือติดต่อกับครัวเรือนนั้นและความสัมพันธ์ทางครอบครัวของบุคคลนั้นกับผู้เสียหาย พร้อมทั้งพิจารณาถึงเรื่องอื่น ๆ ที่อาจเกี่ยวข้องด้วย⁵⁸ นอกจากนี้สมาชิกในครัวเรือนเดียวกันกับผู้เสียหายที่จะต้องรับผิดชอบนั้น**ต้องมีอายุตั้งแต่18ปีขึ้นไป** โดยพิจารณาในขณะที่รับรู้ความเสี่ยงที่เกิดการกระทำหรือละเว้นการกระทำนั้น⁵⁹ นอกจากนี้บุคคลดังกล่าวจะต้อง**มีการติดต่อหรือมีปฏิสัมพันธ์กับผู้เสียหายเป็นประจำ** (frequent contact) ด้วย ซึ่งการติดต่อเป็นประจำนั้นก็ไม่ได้มีคำนิยามกำหนดไว้ว่าต้องเป็นอย่างไร ดังนั้นแล้วจึงต้องพิจารณาจากข้อเท็จจริงเป็นกรณีๆไป เช่น อาจพิจารณาจากการติดต่อทางกายภาพ มากกว่าการติดต่อกันผ่านทางเครื่องมือสื่อสารอย่างอื่น⁶⁰

ส่วนในกรณีของประเทศไทยนั้นเมื่อไม่มีบทบัญญัติในลักษณะกำหนดหน้าที่และความรับผิดชอบในกรณีรับรู้ถึงความเสี่ยงและละเลยกำหนดไว้เฉพาะ จึงต้องพิจารณาจากบทบัญญัติในลักษณะที่เป็น การคุ้มครองความเสี่ยงจากการที่เด็กจะเป็นอันตรายที่มีลักษณะคล้ายคลึงกับกฎหมายต่างประเทศมากที่สุด ซึ่งปรากฏในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 306 และ 307 โดยเป็นการคุ้มครองเฉพาะ ความเสี่ยงที่เกิดจากการกระทำอันมีลักษณะเป็นการทอดทิ้งเท่านั้น ซึ่งตามมาตรา 306 ผู้ที่จะต้องรับผิดชอบคือ **บุคคลใดก็ตามที่ทำการทอดทิ้งเด็กอายุไม่เกิน 9 ปี** ส่วนมาตรา 307 นั้นผู้ที่จะต้องรับผิดชอบคือ **บุคคลผู้มีหน้าที่ดูแลเด็กตามกฎหมาย** เช่น บิดามารดาที่มีหน้าที่ตามกฎหมายต้องอุปการะเลี้ยงดูบุตรผู้เยาว์⁶¹ หรือ **บุคคลผู้มีหน้าที่ตามสัญญา** เช่น พี่เลี้ยงเด็ก นั่นเอง

เมื่อพิจารณาแล้วจะเห็นได้ว่ากฎหมายของประเทศนิวซีแลนด์นั้นบุคคลที่ต้องมีหน้าที่และความรับผิดชอบในการคุ้มครองความเสี่ยงของเด็ก คือ บุคคลที่เป็น **สมาชิกในครัวเรือนเดียวกันกับเด็ก**

⁵⁶ IN THE HIGH COURT OF NEW ZEALAND AUCKLAND REGISTRY, R v TAYLOR [2016] NZHC 2846 [28 November 2016]

⁵⁷ Crime Act 1961, Section 195A (4)

⁵⁸ Anna Watson, "Failing to Break the Silence: A Critical Analysis of Part 8 of the Crimes Act 1961," p. 18.

⁵⁹ Crime Act 1961, Section 195A (3)

⁶⁰ Anna Watson, "Failing to Break the Silence: A Critical Analysis of Part 8 of the Crimes Act 1961," p. 18.

⁶¹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 1564

และต้องมีปฏิสัมพันธ์กับเด็กบ่อยครั้ง จึงมีหน้าที่ในการที่จะปกป้องเด็กจากความเสี่ยงที่รับรู้ได้นั้น เนื่องจากเป็นความรับผิดชอบพื้นฐานของความสัมพันธ์ที่ใกล้ชิดเพียงพอนั้นเอง⁶²ซึ่งหากอธิบายตามบริบทของกฎหมายไทยก็ถือว่าเป็นหน้าที่ที่จะต้องดูแลเด็กอันเกิดจากความสัมพันธ์พิเศษเฉพาะเรื่อง คือ การอาศัยอยู่ร่วมกันนั่นเอง เช่นนี้จะเห็นได้ว่าผู้ที่ต้องรับผิดชอบตามมาตรา 195A นี้ ต้องการองค์ประกอบทั้งในเรื่องที่เป็นสมาชิกครัวเรือนเดียวกัน และต้องเป็นผู้ที่มีปฏิสัมพันธ์กับผู้เสียหายบ่อยครั้งด้วย ซึ่งจะแตกต่างจากกฎหมายของมลรัฐแคลิฟอร์เนียและนิวเจอร์ซีย์ที่ไม่ต้องการองค์ประกอบเช่นนั้น กล่าวคือ ตามมาตรา 273a กฎหมายแคลิฟอร์เนียนั้นกำหนดหน้าที่และความรับผิดชอบให้แก่**บุคคลใดก็ตามที่มีเด็กอยู่ในความดูแล** โดยไม่พิจารณาถึงความเป็นสมาชิกครัวเรือนเดียวกันหรือการติดต่อปฏิสัมพันธ์ใดๆ เพียงแค่มียุติเด็กอยู่ในความดูแลในขณะนั้นก็มีความรับผิดชอบตามมาตรานี้ได้ เนื่องจากเป็นความรับผิดชอบพื้นฐานของการมี**หน้าที่ดูแลเด็ก**นั่นเอง ส่วนกฎหมายนิวเจอร์ซีย์กำหนดหน้าที่ให้แก่**บุคคลใดก็ตาม** ไม่ว่าจะมียุติเด็กอยู่ในความดูแลหรือไม่ ให้บุคคลดังกล่าวต้องไม่กระทำการใดๆซึ่งส่งผลให้เด็กตกอยู่ในสถานการณ์ที่น่าจะเป็นอันตรายได้จากการกระทำหรือไม่กระทำของตน ตามมาตรา 260.10 (1) นั่นเองเนื่องจากเป็นกฎหมายที่บัญญัติมาเพื่อปรับใช้กับการกระทำที่น่าจะก่อให้เกิดอันตรายแก่เด็กในหลายๆสถานการณ์ ไม่ใช่บทบัญญัติที่มีขึ้นเพื่อปรับใช้กับกรณีรับรู้ถึงความเสี่ยงและละเลย โดยเฉพาะ ผู้ที่ต้องรับผิดชอบตามมาตรา 260.10(1) จึงกว้างมาก

ทั้งนี้ผู้เขียนเห็นว่าผู้ที่ควรจะต้องกำหนดให้มีหน้าที่และความรับผิดชอบในการคุ้มครองความเสี่ยงก่อนที่จะมีอันตรายเกิดขึ้นแก่เด็กนั้น ควรกำหนดเฉพาะผู้ที่มีเด็กอยู่ในความดูแล เช่นเดียวกับกฎหมายแคลิฟอร์เนียจะมีความเหมาะสมกับประเทศไทยมากกว่า เนื่องจากผู้ที่มีเด็กอยู่ในความดูแลนั้นเมื่อเทียบกับกฎหมายไทยแล้วก็เป็นผู้ที่มีหน้าที่ในการดูแลเด็กอยู่แล้วนั่นเอง โดยอาจเป็นหน้าที่ที่เกิดจากกฎหมาย สัญญา หรือกรณีอื่นก็ได้ซึ่งก็จะสอดคล้องกับการกำหนดหน้าที่ป้องกันความเสี่ยงตามมาตรา 307 แห่งประมวลกฎหมายอาญาที่มีความคล้ายคลึงกับการบัญญัติความรับผิดในกรณีนี้มากที่สุดด้วย⁶³

ข้อพิจารณาที่ 3 องค์ประกอบความผิด

กฎหมายของมลรัฐแคลิฟอร์เนียนั้นองค์ประกอบความผิดของมาตรา 273a มีสองส่วน กล่าวคือ **กรณีเป็นความผิดร้ายแรง** มีตาม 273a(a) มีองค์ประกอบดังต่อไปนี้ **1) บุคคลใดก็ตาม** ในขณะที่มียุติเด็กอยู่ในความดูแล **2) เจตนา(willfully)กระทำการใดๆ อันเป็นสาเหตุ(cause) หรือ เป็นการอนุญาตให้(permitted) เด็กตกอยู่ในสถานการณ์ที่น่าจะเป็นอันตรายต่อตัวเด็กหรือต่อสุขภาพของเด็ก 3) การกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำโดยประมาทในทางอาญา(criminal negligence)**

⁶²Law Commission, Report: 11 Review of Part 8 of the Crimes Act 1961: Crimes against the Person, p. 57.

⁶³ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 307

และ 4) เด็กมีความเสี่ยงต่อการบาดเจ็บอย่างรุนแรง หรือ อาจถึงแก่ความตายได้จากสถานการณ์นั้นๆ⁶⁴ ส่วนกรณีเป็นความผิดไม่ร้ายแรง มีองค์ประกอบเช่นเดียวกับกรณีความผิดร้ายแรงเพียงแต่เด็กไม่มีความเสี่ยงต่อการบาดเจ็บอย่างรุนแรง หรือ อาจถึงแก่ความตาย จากสถานการณ์นั้นๆเท่านั้น แต่เป็นความเสี่ยงที่น่าจะเป็นอันตรายต่อสุขภาพหรือตัวเด็กเท่านั้น⁶⁵ ซึ่งการกระทำโดยเจตนา (Willfully) นั้นหมายถึง การกระทำตามที่ตั้งใจไว้ แต่อย่างไรก็ตามไม่จำเป็นต้องเป็นการกระทำโดยจงใจ (intend) ที่จะทำให้เด็กตกอยู่ในสถานการณ์ที่มีความเสี่ยงต่อการบาดเจ็บอย่างรุนแรง หรืออาจถึงแก่ความตาย เพียงแค่ได้ตัดสินใจกระทำการซึ่ง สามารถ (could have) ทำให้เกิดสถานการณ์ที่มีความเสี่ยงเช่นนั้นได้ก็เพียงพอแล้ว⁶⁶ ทั้งนี้ศาลของแคลิฟอร์เนียวางแนวคำพิพากษามาตลอดว่า ในกรณีที่ได้รับรู้ได้ว่าเด็กอยู่ในสถานการณ์ที่มีความเสี่ยงแต่กลับละเลยปล่อยให้เด็กตกอยู่ในสถานการณ์เช่นนั้นต่อไป ถือเป็นกรณีที่บุคคลดังกล่าวได้เจตนากระทำการใดๆอันเป็นการอนุญาตให้เด็กตกอยู่ในสถานการณ์ที่น่าจะเป็นอันตรายต่อตัวเด็กหรือต่อสุขภาพของเด็ก อันถือเป็นความผิดตามมาตรา 273a⁶⁷ นอกจากนี้การกระทำที่จะเป็นความผิดตาม 273a นั้นต้องมีความประมาทในทางอาญาด้วย กล่าวคือ ต้องเป็นการกระทำที่ขาดความระมัดระวังอย่างร้ายแรง เกินกว่าวิสัยของวิญญูชนที่จะต้องกระทำในสถานการณ์นั้นๆ และเป็นการกระทำที่วิญญูชนที่อยู่ในสถานการณ์เดียวกันนั้น สามารถคาดหมายได้ว่าอาจจะทำให้เกิดอันตราย หากไม่สามารถคาดเห็นได้ว่าการละเลยนั้นจะเป็นการกระทำที่อาจจะทำให้เด็กตกอยู่ในความเสี่ยงที่จะเป็นอันตรายได้ก็ไม่เป็นความผิด⁶⁸

สำหรับกฎหมายของมลรัฐนิวยอร์กนั้น มีลักษณะคล้ายกับมาตรา 273a ของแคลิฟอร์เนีย กล่าวคือ เป็นการกำหนดความรับผิดแก่บุคคลใดๆเมื่อได้กระทำการอันน่าจะเป็นอันตรายต่อสวัสดิภาพของเด็กได้โดยมีองค์ประกอบดังนี้คือ 1) บุคคลใดก็ตามจงใจกระทำการใดๆในลักษณะที่น่าจะเป็นอันตรายต่อสวัสดิภาพทางร่างกาย จิตใจ หรือศีลธรรมของเด็ก และ 2) เด็กอายุต่ำกว่า 17 ปี⁶⁹ โดยคำว่า จงใจ นั้น หมายถึง การตัดสินใจที่จะกระทำการนั้นๆที่รู้ (knowingly) ว่าการกระทำนั้นมีความเสี่ยงที่อาจจะก่ออันตรายได้ แม้จะไม่ได้ตั้งใจทำให้เด็กได้รับอันตรายก็ตาม กล่าวคือ เพียงแค่การกระทำดังกล่าวสามารถที่จะก่อให้เกิดการบาดเจ็บต่อร่างกาย จิตใจ หรือศีลธรรมของเด็กได้ก็เพียงพอแล้ว ทั้งนี้ในการดำเนินคดีสำหรับความผิดตามมาตรา 260.10 (1) นั้น ไม่จำเป็นต้องพิสูจน์ว่าได้มี

⁶⁴ California Penal Code: Section 273a (a)

⁶⁵ California Penal Code: Section 273a (b)

⁶⁶ *People v. Valdez* (2002) 27 Cal.4th 778.

⁶⁷ Ibid.

⁶⁸ *People v. Penny* 44 Cal. 2d 861.

⁶⁹ New York Penal Code: Section 260.10 (1)

ผลลัพธ์อันเป็นอันตรายนั้นเกิดขึ้นจริงๆ เพียงแค่พิสูจน์ว่าการกระทำดังกล่าวอาจทำให้เกิดผลเช่น
ว่านั่นได้ก็เพียงพอแล้ว⁷⁰

สำหรับกฎหมายของประเทศนิวซีแลนด์นั้น องค์ประกอบความรับผิดมี 2 ประการ โดยบุคคล
ที่กำหนดไว้ทั้งสองประเภท (สมาชิกในครัวเรือนเดียวกัน หรือ เจ้าหน้าที่) ผู้ซึ่งได้มีการติดต่อหรือมี
ปฏิสัมพันธ์กับกับผู้เสียหายอยู่บ่อยครั้ง จะต้อง “รู้” และ “ละเลย” ไม่ได้กระทำการตามขั้นตอนที่
เหมาะสม เพื่อป้องกันผู้เสียหายจากความเสียหายนั้น⁷¹ กล่าวคือ 1. จะต้อง **รู้ข้อเท็จจริงอันเป็น
องค์ประกอบความผิดเสียก่อนว่า** (1) ผู้เสียหายมีความเสี่ยงต่อการ **เสียชีวิต(death)** หรือ **เป็น
อันตรายต่อร่างกายอย่างสาหัส(grievous bodily harm)** หรือ **ถูกล่วงละเมิดทางเพศ(sexual
assault)** คือ วิทยุชนสามารถคาดเห็นได้ว่าการกระทำหรือละเว้นไม่กระทำนั้นอาจจะทำให้
เกิดผลลัพธ์ในลักษณะดังกล่าวได้ และ (2) **รู้ว่าความเสี่ยงเช่นนั้นเป็นผลมาจาก การกระทำที่ผิด
กฎหมายของบุคคลอื่น** หรือ เกิดจากการละเว้นในการปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมายของบุคคลอื่นในเรื่อง
สำคัญที่เกี่ยวกับมาตรฐานการดูแลผู้เสียหาย ซึ่งวิทยุชนคาดหวังได้ว่าบุคคลที่มีหน้าที่ดังกล่าวต้อง
กระทำในขณะนั้น ทั้งนี้ในการพิจารณาว่ารู้หรือไม่นั้นไม่ต้องการถึงขนาดที่ต้อง แน่ใจ หรือ รู้ชัดเจน⁷²
ไม่จำเป็นต้องรับรู้ถึงขั้นจำแนกได้ว่ามีความเสี่ยงมากหรือน้อยเพียงแค่สามารถเชื่อ หรือตระหนักได้
อย่างไม่มีข้อสงสัยเลยว่าความเสี่ยงนั้นปรากฏขึ้นแล้วหรือต้องมีขึ้นแน่ๆ ในสถานการณ์นั้นๆ ก็เพียงพอ
แล้ว⁷³ นอกจากนี้บุคคลดังกล่าว **ต้องละเลยไม่ดำเนินการตามขั้นตอนที่เหมาะสม** (reasonable
steps) เพื่อที่จะปกป้องผู้เสียหายจากความเสียหายที่เป็นอันตรายนั้นด้วย โดยต้องพิสูจน์ให้ศาลและ
ลูกขุนเห็นว่าจำเลยไม่ได้ดำเนินการใดๆ อันเป็นการตอบสนองต่อสถานการณ์ที่เกิดความเสี่ยงอย่างเช่น
ที่วิทยุชนควรจะทำ และการละเลยไม่กระทำนั้นเป็นการละเลยอย่างสำคัญหรือเป็นการละเลย
โดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงนั่นเอง⁷⁴

เมื่อพิเคราะห์แล้วพบว่าองค์ประกอบความรับผิดของกฎหมาย **มลรัฐแคลิฟอร์เนีย** และ
นิวยอร์ก นั้นมีลักษณะที่คล้ายกัน กล่าวคือ เป็นกรณีที่บุคคลเจตนากระทำการใดๆ อันทำให้เด็กตกอยู่
ในสถานการณ์ที่น่าจะเป็นอันตรายต่อตัวเด็กหรือต่อสุขภาพของเด็ก ทั้งนี้ **ไม่จำเป็นต้องตั้งใจ**ที่จะให้เด็ก
เกิดอันตรายเพียงแต่ตัดสินใจที่จะกระทำการใดๆ **สามารถทำให้เด็กน่าจะเกิดอันตรายได้ก็**

⁷⁰ People v. Doe, 512 N.Y.S.2d 636, 638 (Crim. Ct. 1987)

⁷¹ Crime Act 1961 section 195A (1)

⁷² Anna Watson, "Failing to Break the Silence: A Critical Analysis of Part 8 of the Crimes Act 1961," p. 17.

⁷³ Sally Pairman et al., *Midwifery Preparation for Practice 4e*, p. 263.

⁷⁴ Law Commission, *Report: 11 Review of Part 8 of the Crimes Act 1961: Crimes against the Person*, p.

พอแล้ว⁷⁵ โดยศาลของทั้งสองประเทศมีแนวทางในการตัดสินแบบเดียวกัน ในกรณีที่ถูกกล่าวหาว่าเด็กอยู่ในสถานการณืเด็กมีความเสี่ยงที่จะเป็นอันตรายได้ (พิจารณาโดยเทียบจากวิญญูชนที่อยู่ในวิสัยและพฤติการณ์เดียวกัน) หากละเลยไม่กระทำการใดเพื่อให้เด็กพ้นไปจากสถานการณืนั้น ถือเป็นการกระทำโดยเป็นการอนุญาตให้เด็กอยู่ในสถานการณืที่น่าจะเป็นอันตรายต่อไป กรณีจึงเป็นความผิดทั้งตามมาตรา 273a ของแคลิฟอร์เนีย⁷⁶ และมาตรา 260.10(1) ของนิวยอร์ก⁷⁷ โดยไม่จำเป็นต้องพิจารณาว่าท้ายที่สุดแล้วมีผลลัพธ์คืออันตรายเกิดขึ้นกับเด็กหรือไม่เพียงแต่การกระทำนั้นสามารถที่จะเกิดอันตรายต่อเด็กได้ก็เพียงพอแล้ว เนื่องจากกฎหมายของทั้งสองประเทศนี้มีแนวคิดเพื่อคุ้มครองเด็กในขั้นตอนก่อนที่จะเกิดความเสียหายขึ้นกับเด็กจริงๆ

แต่อย่างไรก็ตามกฎหมายของแคลิฟอร์เนีย และนิวยอร์กก็มีความแตกต่างกันอย่างมาก กล่าวคือ กฎหมายของแคลิฟอร์เนีย มาตรา 273a นั้น ไม่ว่าจะมีความผิดร้ายแรงตาม (a) หรือความผิดไม่ร้ายแรงตาม (b) ต่างก็ต้องการองค์ประกอบเรื่อง**ความประมาททางอาญา**ด้วย โดยจะต้องเป็นการประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง⁷⁸ คือ ต้องกระทำลงไปทั้งที่วิญญูชนซึ่งอยู่ในวิสัยและพฤติการณ์ขณะนั้นสามารถคาดเห็นได้ว่าเด็กมีความเสี่ยงต่ออันตรายนั่นเอง หากเป็นกรณีละเลยไม่พาเด็กออกไปให้พ้นจากสถานการณืที่มีความเสี่ยง ก็ต้องเป็นการละเลยทั้งที่วิญญูชนคาดหมายได้ว่าการละเลยนั้นน่าจะช่วยให้เด็กได้รับอันตรายได้ด้วยเช่นกัน ส่วนกฎหมายของนิวยอร์กนั้น มาตรา 260.10(1) ไม่ต้องการองค์ประกอบความผิดเรื่องความประมาททางอาญา ดังนั้นเพียงแต่ตัดสินใจกระทำการใด ๆ ซึ่งการกระทำนั้นมีความเสี่ยงที่น่าจะก่อให้เกิดอันตรายแก่เด็กไม่ว่าเล็กน้อยเพียงใด และไม่ว่าจะเป็นอันตรายต่อร่างกาย จิตใจ หรือ ศีลธรรมของเด็ก ก็เป็นความผิดตามมาตราแล้ว เมื่อพิเคราะห์แล้วจะเห็นได้ว่ากฎหมายของมลรัฐนิวยอร์กนั้นข้อเสียคือมีขอบเขตการคุ้มครองที่กว้างมากจนเกินไป

ส่วนกฎหมายของ**ประเทศนิวซีแลนด์**นั้นก็มีลักษณะที่แตกต่างจากกฎหมายทั้งสองประเทศข้างต้น เนื่องจากบทบัญญัติเป็นการกำหนดไว้**โดยเฉพาะเจาะจง**ว่าเป็นกรณีรู้ว่เด็กมีความเสี่ยง และได้ละเลยไม่ดำเนินการตามขั้นตอนที่เหมาะสมอย่างน้อยในขั้นต่ำที่สุดเพื่อป้องกันความเสี่ยงนั้น⁷⁹ โดยเปรียบเทียบจากมาตรฐานของวิญญูชนที่อยู่ในวิสัยหรือพฤติการณ์เดียวกันควรจะต้องกระทำ⁸⁰ ดังนั้น

⁷⁵ People v. Doe, 512 N.Y.S.2d (Crim. Ct. 1987), 636-638

⁷⁶ People v. Burton, 143 Cal.App.4th (Cal. Ct. App. 2006), 447-454.

⁷⁷ People v Johnson, 95 NY2d 368 (Oct 26, 2000).

⁷⁸ Hon. Sandy R. Kriegler and Chair, Judicial Council of California Criminal Jury Instructions: Calcrim 2017, pp. 538-539.

⁷⁹ Crime Act 1961 section 195A (1)(b)

⁸⁰ Law Commission, Report: 11 Review of Part 8 of the Crimes Act 1961: Crimes against the Person, p.

จะต้องเป็นความเสี่ยงที่เกิดจากการกระทำหรือละเว้นของบุคคลอื่นเท่านั้น อีกทั้งบทบัญญัติยังใช้คำว่า “ละเลย” ดังนั้นจึงบังคับใช้แต่กับกรณีที่บุคคลดังกล่าวละเลยไม่จัดการใดๆกับความเสี่ยงเท่านั้น ซึ่งแตกต่างจากกฎหมายของแคลิฟอร์เนียและนิวยอร์กที่บังคับใช้ได้ไม่ว่าความเสี่ยงนั้นเกิดจากอะไร และบังคับใช้ทั้งในกรณีที่บุคคลนั้นกระทำ หรือละเลยไม่กระทำการใดๆอันส่งผลให้เด็กยังคงอยู่ในสถานการณ์ที่มีความเสี่ยงนั้นเพราะเป็นกฎหมายที่บัญญัติมาอย่างกว้างๆเพื่อให้ใช้ได้กับสถานการณ์อื่นๆด้วย ดังนั้นแล้วในการกำหนดความรับผิดชอบแก่กรณีรับรู้และละเลยหากกำหนดองค์ประกอบความรับผิดชอบตามมาตรา 195A ของประเทศนิวซีแลนด์จะมีความเฉพาะเจาะจงมากกว่า เช่นนี้จะเห็นได้ว่ากฎหมายของทั้ง 3 ประเทศที่กล่าวมานั้นเป็นการกำหนดบทบัญญัติในลักษณะที่กำหนดความรับผิดชอบให้แก่บุคคลเพื่อไม่ให้ตัดสินใจกระทำหรือไม่กระทำการใดๆที่อาจส่งผลให้เด็กตกอยู่ในสถานการณ์ที่น่าจะเป็นอันตรายได้ เมื่อบุคคลนั้นได้บ่งชี้หรือละเลยต่อการคุ้มครองเด็กจากสถานการณ์ที่มีความเสี่ยงดังกล่าว บุคคลนั้นจึงมีความรับผิดชอบแม้ว่ายังไม่มีผลร้ายคืออันตรายเกิดขึ้นแก่เด็กเลยก็ตาม ซึ่งกฎหมายของรัฐแคลิฟอร์เนียและนิวยอร์กนั้นมีข้อเสียคือเป็นบทบัญญัติที่มีขึ้นเพื่อคุ้มครองเด็กจากการกระทำที่น่าจะเป็นอันตรายในหลายๆสถานการณ์ไม่จำกัดเฉพาะแต่การรับรู้ความเสี่ยงเท่านั้น ซึ่งจะแตกต่างจากประเทศนิวซีแลนด์ที่เป็นบทบัญญัติที่มีความเฉพาะเจาะจงมากกว่า เนื่องจากกำหนดมาเพื่อปรับใช้กับกรณีรับรู้ความเสี่ยงโดยเฉพาะ

ส่วนกฎหมายของประเทศไทยเนื่องจากไม่มีบทบัญญัติในลักษณะดังเช่นกฎหมายต่างประเทศ จึงต้องพิจารณาจากกฎหมายที่ใกล้เคียงที่สุด กล่าวคือ ความผิดตามมาตรา 306 และ 307 ประมวลกฎหมายอาญา อันเป็นการกำหนดหน้าที่ในการที่จะต้องป้องกันไม่ให้เกิดความเสี่ยงที่จะเกิดอันตรายแก่เด็ก โดยบัญญัติให้เป็นความผิดแม้ว่าจะไม่มีผลเกิดขึ้นจากการกระทำนั้น โดยมาตรา 306 เป็นการกำหนดหน้าที่ให้แก่บุคคลทั่วไปในการที่จะต้องคุ้มครองดูแลเด็กที่มีอายุไม่เกิน 9 ปี โดยห้ามกระทำการในลักษณะที่เป็นการทอดทิ้งเด็กนั้น ส่วนมาตรา 307 เป็นการกำหนดหน้าที่ในการดูแลเด็กที่มีอายุเกินกว่า 9 ปีแต่เด็กนั้นยังไม่สามารถพึ่งพาตนเองได้ แก่ผู้มีหน้าที่ดูแลตามกฎหมาย หรือ ผู้ที่มีหน้าที่ตามสัญญา แต่อย่างไรก็ตามความผิดตามมาตรา 306 และ 307 นั้นใช้บังคับกับเฉพาะกรณีการกระทำที่มีลักษณะเป็นการทอดทิ้ง เท่านั้น เช่นนี้จึงไม่อาจปรับใช้กับกรณีที่เด็กมีความเสี่ยงในการที่จะตกเป็นผู้เสียหายจากการกระทำผิดในลักษณะอื่นที่มีใช่การทอดทิ้งได้ และประการที่สองมาตรา 307 ใช้คุ้มครองแต่เฉพาะเด็กผู้ซึ่งยังพึ่งพาตนเองไม่ได้เพื่อไม่ให้เป็นอันตรายจากการทอดทิ้ง ดังนั้นเด็กที่พึ่งพาตนเองได้แล้วที่มีความเสี่ยงที่อาจจะได้รับอันตรายจากการกระทำผิดในลักษณะอื่นจึงไม่ได้รับความคุ้มครองตามมาตรา 307 นี้ทั้งนี้เนื่องจากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ศึกษาเฉพาะกรณีผลทางกฎหมายของการละเลยเพิกเฉยต่อความเสี่ยงที่เกิดโดยบุคคลอื่น ดังนั้นผู้เขียนจึงเห็นว่าการกำหนดขอบเขตเฉพาะความเสี่ยงที่อาจเกิดจากการกระทำหรือละเว้นหน้าที่ตามกฎหมายของบุคคลอื่น และ

กำหนดองค์ประกอบความผิดเฉพาะการรู้และละเลยอย่างประเทสนิวซีแลนด์จึงมีความชัดเจนและเหมาะสมแก่กรณีมากกว่า

ข้อพิจารณาที่ 4 ขอบเขตของความเสียหายที่มุ่งคุ้มครอง

เมื่อพิจารณาแล้วพบว่ากฎหมายของทั้ง 3 ประเทศนั้นมีความแตกต่างกัน กล่าวคือ ประการแรกขอบเขตในการคุ้มครองเด็กจากความเสียหายของกฎหมายมลรัฐนิวยอร์กนั้นมีขอบเขตที่กว้างกว่าอีกสองประเทศ กล่าวคือ เป็นการคุ้มครองเด็กจากความเสียหายที่อาจจะเกิดอันตรายได้ไม่ว่าทางร่างกาย จิตใจ หรือศีลธรรมก็เป็นความผิดได้⁸¹ ซึ่งจะแตกต่างจากมลรัฐแคลิฟอร์เนียโดยมาตรา 273a(a) มุ่งคุ้มครองเฉพาะความเสียหายต่อการบาดเจ็บอย่างรุนแรง หรืออาจถึงแก่ความตายได้เท่านั้น⁸² ส่วน (b) เป็นการคุ้มครองจากความเสียหายที่จะเป็นอันตรายนอกเหนือจาก(a) ซึ่งโดยมากศาลจะปรับใช้กับกรณีความเสียหายต่อสุขภาพหรือร่างกายของเด็กเท่านั้นเช่นกัน⁸³ ซึ่งคำว่า “ การบาดเจ็บต่อร่างกายอย่างรุนแรง ” (Great bodily injury) ต้องพิจารณาจากหลายๆปัจจัยเป็นกรณีๆไป กล่าวคือ 1) ต้องเป็นการบาดเจ็บที่อาจเกิดขึ้นได้กับร่างกาย และ 2) ต้องเป็นการบาดเจ็บอย่างรุนแรง หรือ อย่่างมาก⁸⁴

ส่วนประเทศนิวซีแลนด์นั้นขอบเขตการคุ้มครองจะแคบกว่าโดยคุ้มครองเฉพาะความเสียหายต่อการเสียชีวิต หรือ เป็นอันตรายต่อร่างกายอย่างสาหัส หรือถูกล่วงละเมิดทางเพศเท่านั้น⁸⁵ ทั้งนี้คำว่า เป็นอันตรายต่อร่างกายอย่างสาหัส หมายถึง ต้องเป็นความเสียหายที่อาจทำให้เกิดการบาดเจ็บอย่างรุนแรงต่อร่างกาย คือ วิญญาณสามารถสังเกตเห็นได้ว่าการกระทำหรือละเว้นไม่กระทำนั้นอาจจะทำให้เกิดผลลัพธ์ในลักษณะที่เป็นอันตรายอย่างสาหัสต่อร่างกายได้นั่นเอง⁸⁶ ซึ่งก็จะคล้ายกับ มาตรา 273a(a) ของแคลิฟอร์เนียเพียงแต่เพิ่มการคุ้มครองเด็กจากการถูกล่วงละเมิดทางเพศเข้ามาด้วย นอกจากนี้ความแตกต่างประการที่สองนั้น กฎหมายของประเทศนิวซีแลนด์ได้จำกัดการคุ้มครองเฉพาะกรณีความเสียหายดังกล่าวนี้เกิดขึ้นจากการกระทำ หรือ ละเว้นตามกฎหมาย ของบุคคลอื่นเท่านั้น⁸⁷ แต่กฎหมายของมลรัฐแคลิฟอร์เนียและนิวยอร์กนั้นจะเป็นความเสียหายที่เกิดจากอะไรก็ได้ ไม่เพียงแต่เฉพาะการกระทำหรือละเว้นไม่กระทำของบุคคลอื่น ทั้งนี้เพื่อให้มีการปรับใช้กับสถานการณ์

⁸¹ New York Penal Code: Section 260.10 (1)

⁸² California Penal Code: Section 273a (a)

⁸³ California Penal Code: Section 273a (b)

⁸⁴ John d rogers law, "Child Endangerment : California Penal Code 273a."

⁸⁵ Crime Act 1961 section 195A (1)(a)

⁸⁶ Law Commission, Report: 11 Review of Part 8 of the Crimes Act 1961: Crimes against the Person, p.

⁸⁷ Crime Act 1961 section 195A (1)(a) subsection (i) and (ii)

อื่นๆได้ด้วย แต่มาตรา195Aของประเทศนิวซีแลนด์นั้นบัญญัติขึ้นมาเพื่อใช้กับกรณีที่บุคคลละเลยไม่ดำเนินการด้วยความเสี่ยงโดยเฉพาะนั่นเองขอบเขตในการคุ้มครองจึงชัดเจนกว่าและแคบกว่า

ส่วนกรณีของประเทศไทยนั้นทั้งมาตรา 306 และ 307 เป็นการคุ้มครองความเสี่ยงที่น่าจะเกิดอันตรายจากการกระทำอันมีลักษณะเป็นการ ทอดทิ้ง เท่านั้นโดยมาตรา 306 มีขอบเขตในการคุ้มครองคือเมื่อผู้กระทำได้ทอดทิ้งเด็กอายุไม่เกิน9ปีในลักษณะที่ทำให้เด็กปราศจากผู้ดูแลก็เป็นความผิดแล้ว ส่วนมาตรา 307 นั้นต้องเป็นการทอดทิ้งเด็กซึ่งยังพึ่งพาตนเองไม่ได้ในลักษณะที่น่าจะเป็นเหตุให้เกิดอันตรายแก่ชีวิตด้วยจึงจะเป็นความผิด ทั้งนี้จากที่ได้กล่าวมาข้างต้นผู้เขียนเห็นว่าการกำหนดขอบเขตของการคุ้มครองอย่างเช่นกฎหมายของมลรัฐนิวยอร์กนั้นมีข้อเสีย คือ มีขอบเขตการคุ้มครองที่กว้างจนเกินไป ซึ่งอาจทำให้เกิดปัญหาในการบังคับใช้ได้ เนื่องจากการกระทำใดๆก็ตาม รวมถึงการกระทำที่เกิดจากการตัดสินใจผิดพลาดก็อาจจะเป็นความผิดตามมาตรา⁸⁸ด้วย ซึ่งจะเป็นการสร้างภาระให้แก่บุคคลที่มีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามกฎหมายเกินสมควร ดังนั้นผู้เขียนจึงเห็นว่าการกำหนดขอบเขตของความเสียหายเฉพาะอย่างกฎหมายของประเทศนิวซีแลนด์จึงเหมาะสมกว่า คือ กำหนดหนดขอบเขตเฉพาะการคุ้มครองใน ต่อการเสียชีวิต หรือ เป็นอันตรายต่อร่างกายอย่างสาหัส หรือถูกล่วงละเมิดทางเพศ และต้องเป็นความเสี่ยงที่เกิดจากการกระทำหรือละเว้นของบุคคลอื่นเท่านั้น เนื่องจากหากกำหนดเป็นความเสี่ยงที่จะเกิดอันตรายอย่างมลรัฐแคลิฟอร์เนียและนิวยอร์กนั้น ความผิดจะมีขอบเขตกว้างมากเกินไปและเป็นการสร้างภาระแก่ผู้ที่มีหน้าที่ต้องดูแลเด็กด้วย

ข้อพิจารณาที่ 5 การพิสูจน์การกระทำผิดตามมาตรา⁸⁸และโทษ

ตามกฎหมายของแคลิฟอร์เนียหากภายใต้สถานการณ์ที่น่าจะเป็นอันตรายต่อตัวเด็กหรือต่อสุขภาพของเด็กนั้น พิสูจน์ได้ว่าเด็กมีความเสี่ยงต่อการบาดเจ็บอย่างรุนแรง หรือ อาจถึงแก่ความตายได้ กรณีจึงเป็นความผิดร้ายแรงมีโทษจำคุกสูงสุดไม่เกิน 2ปี 4ปี หรือ6ปี หรือปรับไม่เกิน 10,000 ดอลลาร์ หรือทั้งจำทั้งปรับ⁸⁹ แต่หากเด็กไม่มีความเสี่ยงเช่นนั้นก็เป็นความผิดไม่ร้ายแรง มีโทษจำคุกไม่เกิน 1 ปีหรือ ปรับไม่เกิน 1,000 ดอลลาร์ หรือทั้งจำทั้งปรับ หรือใช้มาตรการคุมประพฤติแทนหรือร่วมด้วยก็ได้⁹⁰ ในการดำเนินคดีจึงพิสูจน์เพียงแค่ว่าเด็กมีความเสี่ยงที่จะเป็นอันตรายหรือไม่เท่านั้นไม่จำเป็นต้องมีผลลัพธ์คืออันตรายแก่เด็กเกิดขึ้นจริงๆ⁹¹

⁸⁸ Alison B. Vreeland, "The Criminalization of Child Welfare in New York City: Sparing the Child or Spoiling the Family?," *Fordham Urban Law Journal*: 1062.

⁸⁹ California Penal Code: Section 273a (a)

⁹⁰ California Penal Code: Section 273a (b)

⁹¹ *People v. Burton*, 143 Cal.App.4th 447, 454-55 (Cal. Ct. App. 2006)

ส่วนกฎหมายของมลรัฐนิวเจอร์ซีย์การกระทำความผิดตามมาตรา 260.10(1) นั้น เป็นความผิดไม่ร้ายระดับ A ซึ่งมีโทษจำคุกไม่เกิน 1 ปีโดยไม่ได้กำหนดโทษขั้นต่ำ⁹² ในการดำเนินคดีก็ไม่จำเป็นต้องมีผลลัพธ์ร้ายที่สุดคืออันตรายเกิดขึ้นกับเด็กแต่อย่างใดเพียงแค่ว่าพิสูจน์ได้ว่าน่าจะเกิดอันตรายได้ก็เพียงพอแล้ว⁹³ ซึ่งมีลักษณะเช่นเดียวกันกับกฎหมายของแคลิฟอร์เนีย เช่นนี้จะเห็นได้ว่าโทษที่กำหนดไว้ไม่สูงนักเนื่องจากบทบัญญัติในฐานความผิดทำให้เกิดอันตรายแก่สวัสดิภาพของเด็กนี้ ทั้งแคลิฟอร์เนีย และนิวเจอร์ซีย์ต่างก็บัญญัติไว้ให้เป็นฐานความผิดที่แยกออกมา ดังนั้นหากการกระทำที่เกิดขึ้นเข้าลักษณะองค์ประกอบความผิดของมาตราอื่นด้วย บุคคลดังกล่าวก็มีความผิดตามมาตราอื่น ๆ อีกฐานหนึ่งด้วยนั่นเอง และสำหรับประเทศนิวซีแลนด์นั้นโทษที่จะลงตามมาตรา 195A ได้กำหนดโทษจำคุกสูงสุดไม่เกิน 10 ปี⁹⁴ ในการดำเนินคดีนั้นต้องพิสูจน์ให้ศาลและลูกขุนเห็นว่าจำเลยไม่ได้ดำเนินการใดๆอันเป็นการตอบสนองต่อสถานการณ์ที่เกิดความเสี่ยงอย่างเช่นที่ **วิญญูชนควรจะทำ** และการละเลยไม่กระทำนั้นเป็นการละเลยอย่างสำคัญหรือเป็นการละเลยโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง⁹⁵

ส่วนกรณีของประเทศไทยนั้นความผิดตามมาตรา 306 และ 307 ไม่จำเป็นต้องผลร้ายเกิดจากการทอดทิ้งนั้น การพิสูจน์ความผิดเพียงแค่ว่าผู้กระทำได้กระทำการในลักษณะที่กฎหมายกำหนดไว้ก็เป็นความผิดแล้วซึ่งโทษที่จะลงตามมาตรา 306 และ 307 คือระวางโทษจำคุกไม่เกิน 3 ปีหรือปรับไม่เกิน 60,000 บาทหรือทั้งจำทั้งปรับ และหากมีผลร้ายเกิดขึ้นกับเด็ก คือ ความตาย หรืออันตรายสาหัสก็อาจต้องรับโทษตามมาตราอื่นได้ทั้งนี้ตามมาตรา 308 ทั้งนี้ผู้เขียนเห็นว่าการกำหนดโทษตามกฎหมายของมลรัฐแคลิฟอร์เนียและนิวเจอร์ซีย์มีความเหมาะสมมากกว่าของประเทศนิวซีแลนด์ เนื่องจากผู้ที่จะต้องมีความผิดตามกฎหมายดังกล่าวนี้ไม่ใช่ผู้กระทำผิดต่อเด็กโดยตรง แต่เป็นความผิดที่เกิดขึ้นเนื่องจากบุคคลดังกล่าวอยู่ในสภาวะรับรู้ว่ามีความเสี่ยงและสามารถดำเนินการใดๆในการที่จะป้องกันความเสี่ยงนั้นได้เท่านั้น ดังนั้นแล้วโทษที่กำหนดจึงไม่ควรสูงเกินไป ในส่วนต่อไปจะเป็นตารางแสดงการเปรียบเทียบกฎหมายต่างประเทศในประเด็นนี้

⁹² Section 70.15: Sentences of imprisonment for misdemeanors and violation

⁹³ People v Watson, 182 Misc2d 644, 700 NYS2d 651 (Crim Ct, Bronx Co 1999).

⁹⁴ Crime Act 1961 section 195A (1)(a)

⁹⁵ Law Commission, Report: 11 Review of Part 8 of the Crimes Act 1961: Crimes against the Person, p.

ตารางที่ 7 แสดงการเปรียบเทียบกฎหมายต่างประเทศที่กำหนดความรับผิดชอบแก่บุคคลใกล้ชิด กรณี
บกพร่องต่อการปกป้องหรือคุ้มครองเด็กจากความเสี่ยงที่จะเกิดอันตราย

สหรัฐอเมริกา มลรัฐแคลิฟอร์เนีย	สหรัฐอเมริกา มลรัฐนิวยอร์ก	ประเทศนิวซีแลนด์	ประเทศไทย	
ประมวลกฎหมายอาญา แคลิฟอร์เนีย (California Penal Code)	ประมวลกฎหมายอาญา นิวยอร์ก (New York Penal Code)	พระราชบัญญัติ อาชญากรรม ค.ศ.1961 (Crimes Act 1961)	ประมวลกฎหมาย อาญา	พระราชบัญญัติ คุ้มครองเด็ก พ.ศ.2546
บทบัญญัติ มาตรา 273a ความผิดฐานทำให้เด็กตก อยู่ในอันตราย (Child Endangerment)	บทบัญญัติ มาตรา 260.10 ความผิดฐานทำให้ สวัสดิภาพของเด็กตก อยู่ในอันตราย (Endangering the welfare of a child)	บทบัญญัติ มาตรา 195A ความ ล้มเหลวในการปกป้อง เด็ก หรือ ผู้ใหญ่ที่อ่อนแอ (Failure to protect child or vulnerable adult)	บทบัญญัติ ไม่มีบทบัญญัติ ในลักษณะ กำหนดความรับ ผิดกรณีรับรู้และ ละเลยไว้ โดยเฉพาะ แต่มี มาตรา 306 และ 307 ที่กำหนด หน้าที่และความ รับผิดชอบให้ต้อง คุ้มครองเด็กจาก ความเสี่ยงที่น่าจะ เป็นอันตรายจาก การทอดทิ้งเด็ก เอาไว้	บทบัญญัติ ไม่มีบทบัญญัติ ในลักษณะ กำหนดความ รับผิดกรณี รับรู้+ละเลยไว้ โดยเฉพาะ มี เพียง มาตรา 25,26ที่ กำหนดการ กระทำที่ห้าม กระทำต่อเด็ก เอาไว้
<u>ผู้ที่ต้องมีความรับผิด</u> บุคคลใดก็ตาม ที่มีเด็กอยู่ในความดูแล	<u>ผู้ที่ต้องมีความรับผิด</u> 260.10 (1) คือ บุคคล ใด	<u>ผู้ที่ต้องมีความรับผิด</u> 1.บุคคลที่เป็น 1) สมาชิกใน ครัวเรือนเดียวกัน กับ ผู้เสียหาย หรือ	<u>ผู้ที่ต้องมีความ รับผิด</u> 306 –บุคคลใดก็ ตาม 307 –บุคคลที่มี หน้าที่ดูแลเด็กซึ่ง	<u>ผู้ที่ต้องมีความ รับผิด</u> =

		<p>2) เจ้าหน้าที่ ของโรงพยาบาล, องค์กรหรือ สถานที่ที่เป็นที่อยู่อาศัยต่างๆ ที่ซึ่ง ผู้เสียหายได้พักอาศัยอยู่</p> <p>3.เป็นผู้ที่มีการติดต่อบ่อยครั้งกับผู้เสียหาย</p> <p>4.มีอายุอย่างน้อย 18 ปี</p>	<p>พึ่งตัวเองไม่ได้</p> <p>ตามกฎหมายหรือ ตามสัญญา</p>	
<p><u>องค์ประกอบความผิด</u></p> <p>273a (a) ความผิดร้ายแรง</p> <p>1. ในขณะที่มีเด็กอยู่ในความดูแล</p> <p>2. เจตนา(willfully)กระทำ การใดๆ อันเป็นสาเหตุ (caused) หรือ เป็นการอนุญาตให้(permitted) เด็กตกอยู่ในสถานการณ์ที่ น่าจะเป็นอันตรายต่อตัวเด็กหรือต่อสุขภาพของเด็กและ</p> <p>3. การกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำโดยประมาทในทางอาญา(criminal negligence) และ</p> <p>4. เด็กมีความเสี่ยงต่อการ บาดเจ็บอย่างรุนแรง หรืออาจถึงแก่ความตาย จากสถานการณ์นั้น</p> <p>273a (b) ความผิดไม่ร้ายแรง</p>	<p><u>องค์ประกอบความผิด</u></p> <p>260.10(1)</p> <p>1.บุคคลใดก็ตาม</p> <p>2. จงใจกระทำการใดๆ ในลักษณะที่น่าจะเป็น อันตรายต่อสวัสดิภาพทางร่างกายจิตใจหรือศีลธรรมของเด็ก ซึ่งอายุ ต่ำกว่า17ปี</p>	<p><u>องค์ประกอบความผิด</u></p> <p>1. รู้ว่า ผู้เสียหาย มีความเสี่ยงต่อการ เสียชีวิตหรือเป็นอันตรายต่อร่างกายอย่างสาหัส หรือถูกล่วงละเมิดทางเพศ อันเป็นผลมาจาก</p> <p>1.1 การกระทำที่ผิดกฎหมาย หรือ</p> <p>1.2 การละเว้นในการปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมายของบุคคลอื่น</p> <p>2. ไม่ได้กระทำการตาม ขั้นตอนที่เหมาะสม เพื่อป้องกันผู้เสียหายจากความเสี่ยงนั้น</p>	<p><u>องค์ประกอบความผิด</u></p> <p>306</p> <p>1. บุคคลใด</p> <p>2. ทอดทิ้งเด็ก ไม่เกิน 9ปี</p> <p>3. ไว้ที่ใดๆ เพื่อให้เด็กพ้นไปจากตน</p> <p>4. โดยประการที่ทำให้เด็ก ปราศจากผู้ดูแล</p> <p>307</p> <p>1.บุคคลที่มีหน้าที่ดูแลตามกฎหมายหรือสัญญา</p> <p>2. ทอดทิ้งเด็ก อายุเกิน9ปีซึ่ง พึ่งตนเองไม่ได้</p> <p>3.โดยประการที่น่าจะเป็นเหตุให้เกิดอันตรายแก่ ชีวิต</p>	<p><u>องค์ประกอบความผิด</u></p> <p>=</p>

องค์ประกอบความผิด เหมือน 273a(a) ต่างกันที่ เด็ก ไม่มี ความเสี่ยงต่อการ บาดเจ็บอย่างรุนแรง หรือ อาจถึงแก่ความตาย จาก สถานการณ์นั้นๆ				
มุ่งคุ้มครอง เด็กซึ่งมีอายุต่ำกว่า 18 ปี	มุ่งคุ้มครอง 260.10 (1) เด็กอายุต่ำกว่า 17ปี	มุ่งคุ้มครอง เด็กอายุต่ำกว่า 18ปีและ ผู้ใหญ่ที่มีความอ่อนแอ เนื่องด้วยเหตุทาง อายุ,เจ็บป่วย	มุ่งคุ้มครอง 306 เด็กที่อายุต่ำกว่า 9ปี 307 เด็ก หรือ ผู้ใหญ่ ซึ่งยัง พึ่งตนเองไม่ได้ เพราะ อายุ ความ เจ็บป่วย	มุ่งคุ้มครอง เด็กอายุต่ำกว่า 18ปี ที่ยังมีได้ ทำการสมรส
ความเสี่ยง -273a (a)ความเสี่ยงต่อการ บาดเจ็บอย่างรุนแรง หรือ ตาย -273a (b)ความเสี่ยงที่ จะเกิดอันตรายต่อตัวหรือ ต่อสุขภาพ	ความเสี่ยง ความเสี่ยงที่น่าจะเป็น อันตรายต่อสวัสดิภาพ ทางร่างกาย จิตใจ หรือ ศีลธรรมของเด็ก	ความเสี่ยง ความเสี่ยงต่อการ เสียชีวิต หรือบาดเจ็บ สาหัส หรือถูกล่วงละเมิด ทางเพศ	ความเสี่ยง ความเสี่ยงที่จะ เกิดอันตรายจาก การกระทำที่มี ลักษณะเป็นการ ทอดทิ้ง เท่านั้น	ความเสี่ยง =
ผู้ที่เกี่ยวข้อง บุคคลใดก็ตาม	ผู้ที่เกี่ยวข้อง บุคคลใดก็ตาม	ผู้ที่เกี่ยวข้อง บุคคลใดก็ตาม	ผู้ที่เกี่ยวข้อง บุคคลใดก็ตาม	ผู้ที่เกี่ยวข้อง เสี่ยง
การดำเนินคดี ไม่จำเป็นต้องพิสูจน์ว่ามี อันตรายต่อเด็กขั้นแล้ว จริงๆ แค่พิสูจน์ให้เห็นว่า น่าจะเกิด ได้ก็พอ	การดำเนินคดี ไม่จำเป็นต้องพิสูจน์ว่ามี อันตรายต่อเด็กขั้นแล้ว จริงๆ แค่พิสูจน์ให้เห็น ว่า น่าจะเกิด ได้ก็พอ	การดำเนินคดี ไม่จำเป็นต้องพิสูจน์ว่ามี อันตรายต่อเด็กขั้นแล้ว จริงๆ แค่พิสูจน์ให้เห็นว่า จำเลยไม่ได้ดำเนินการ	การดำเนินคดี 306,307 เป็น ความผิด โดยไม่ จำต้องมีผลร้าย จากการทอดทิ้ง	การดำเนินคดี =

		ใดๆอันเป็นการตอบสนองต่อสถานการณ์ที่เกิดความเสี่ยงอย่างเช่นที่ วิญญูชนควรจะทำ และเป็นการละเลยโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง	เกิดขึ้น พิสูจน์เพียงว่าได้มีการกระทำครบตามที่กฎหมายกำหนดไว้ก็พอ	
โทษ 273a (a) ความผิดร้ายแรง โทษจำคุกสูงสุดไม่เกิน 2 ปี, 4ปี หรือ6ปี หรือ ปรับไม่เกิน 10,000 ดอลลาร์ หรือ ทั้งจำทั้งปรับ 273a (b) ความผิดไม่ร้ายแรง โทษจำคุกไม่เกิน 1 ปี หรือ ปรับไม่เกิน 1,000 ดอลลาร์ หรือทั้งจำทั้งปรับ หรือใช้มาตรการคุมประพฤติ	โทษ ความผิดไม่ร้ายแรงระดับ A มีโทษจำคุกไม่เกิน 1 ปี	โทษ โทษจำคุกไม่เกิน 10 ปี (โทษขึ้นอยู่กับความร้ายแรงของผลลัพธ์)	โทษ 306,307 โทษจำคุกไม่เกิน 3 ปี หรือปรับไม่เกิน 60,000 หรือ ทั้งจำทั้งปรับ	โทษ

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

จากการศึกษาวิเคราะห์กฎหมายของประเทศไทยเปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศในประเด็นความรับผิดชอบของบุคคลผู้ใกล้ชิดที่เกี่ยวข้องกับเด็ก กรณีบกพร่องต่อการปกป้องหรือคุ้มครองเด็กจากความเสี่ยงที่จะเกิดอันตรายของประเทศไทยแล้วนั้น จะเห็นได้ว่าตามกฎหมายไทยนั้น นอกจากมาตรา 306 และ 307 อันเป็นการคุ้มครองเด็กจากความเสี่ยงที่จะเกิดอันตรายจากการทอดทิ้งเด็กแล้ว กฎหมายไทยไม่มีแนวคิดในการกำหนดความรับผิดชอบต่อการละเลยไม่ลดหรือกำจัดความเสี่ยงที่เด็กอาจจะตกเป็นผู้เสียหายจากการกระทำของบุคคลอื่นในขั้นตอน **ก่อน**ที่จะเกิดผลร้ายกับเด็กขึ้นในกรณีอื่นเลย ดังนั้นแล้วจึงสมควรที่จะบัญญัติของกฎหมายขึ้นใหม่เพื่อให้มีการปกป้องคุ้มครองเด็กจากอาชญากรรมที่จะเกิดในอนาคตอย่างดียิ่งขึ้น โดยผู้เขียนเห็นว่าควรจะต้องเพิ่มบทบัญญัติในลักษณะดังกล่าวไว้ในประมวลกฎหมายอาญามาตรา 307 เนื่องจากเป็นกฎหมายที่มีเจตนารมณ์ในลักษณะใกล้เคียงที่สุดกับการคุ้มครองเด็กจากความเสี่ยงที่จะเกิดอันตรายอันจะกล่าวต่อไปในข้อเสนอแนะ

5.4 วิเคราะห์ความรับผิดชอบของบุคคลในองค์กรที่เกี่ยวข้องกับเด็กกรณีบกพร่องต่อการปกป้องหรือคุ้มครองเด็กจากความเสี่ยงที่จะเกิดอันตรายตามกฎหมายต่างประเทศ

นอกเหนือจากการอยู่ภายใต้การดูแลของบุคคลใกล้ชิดแล้ว เด็กยังคงใช้เวลาส่วนใหญ่อยู่ภายใต้การดูแล หรือ การจัดการขององค์กรที่ดำเนินกิจกรรมเกี่ยวข้องกับเด็กด้วย ซึ่งการเกิดผลกระทบความผิดภายในองค์กรที่มีเด็กอยู่ภายใต้การดูแลนั้น เกิดขึ้นได้ง่ายเนื่องจากตัวผู้กระทำผิดมีความไว้วางใจที่ได้รับความไว้วางใจจากเด็กและผู้ปกครองอันเป็นการสร้างความเชื่อมั่นและเชื่อใจให้แก่เด็กที่ตกเป็นผู้เสียหาย⁹⁶ จึงเป็นหน้าที่ของผู้มีอำนาจในองค์กรที่ดำเนินกิจกรรมเกี่ยวข้องกับเด็กและมีเด็กอยู่ในความดูแล ที่จะต้องกระทำการต่างๆ เพื่อสอดส่องบุคลากรของตน และดำเนินการให้มีมาตรการคุ้มครองเด็กอย่างเหมาะสมนั่นเอง สำหรับกฎหมายของประเทศไทยที่อาจปรับใช้กับกรณีนี้ที่บุคคลผู้มีอำนาจในองค์กรเช่นว่านั้นรับรู้ว่ามีความเสี่ยงสูง กล่าวคือ มีความเป็นไปได้อย่างมากที่บุคคลในองค์กรเดียวกับตนเองอาจจะกระทำความผิดต่อเด็ก แต่บุคคลดังกล่าวกลับละเลยไม่ดำเนินการจัดการกับความเสี่ยงอย่างเหมาะสมแล้วนั้น มีเพียงบทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญาในกรณี**ความผิดฐานละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบหรือโดยทุจริต ตามมาตรา 157**⁹⁷ เท่านั้น และนอกจากนี้ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ.2546 แม้จะมีการกำหนดหน้าที่ไว้ในลักษณะกว้างๆ ให้ผู้ปกครองสวัสดิภาพของสถานทั้ง5ที่ได้กล่าวไปแล้ว ให้มีอำนาจและหน้าที่ในการที่จะจัดที่พักอาศัย ที่หลับนอนให้เหมาะสมและถูกสุขลักษณะ และจัดการสร้างสภาพแวดล้อมที่ดีให้แก่เด็ก ซึ่งจะเห็นได้ว่าหน้าที่ดังกล่าวก็เป็นเพียงการกำหนดให้สร้างสภาพแวดล้อมของสถานนั้นๆ ให้เหมาะสมเท่านั้นไม่ใช่บทบัญญัติที่มีขึ้นเพื่อคุ้มครองความเสี่ยงที่จะเกิดอันตรายแก่เด็กแต่อย่างใด

โดยจะแตกต่างจากกฎหมายต่างประเทศ อันได้แก่ เครือรัฐออสเตรเลียรัฐวิกตอเรีย รัฐนิวเซาท์เวลส์ และประเทศนิวซีแลนด์ ซึ่งประเทศดังกล่าวมีการบัญญัติกฎหมายเพื่อคุ้มครองในชั้นตอนที่เกิดความเสี่ยงที่จะเป็นอันตรายต่อเด็กขึ้นไว้โดยเฉพาะ โดยเป็นการกำหนดหน้าที่และความรับผิดชอบอาญาขึ้นมาใหม่ซึ่งมีการขยายขอบเขตหน้าที่การปกป้องคุ้มครองเด็กออกไปสู่บุคคลอื่นที่มีใช้พ่อแม่ผู้ปกครองหรือบุคคลอื่นมีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับเด็ก⁹⁸ ที่จะต้องกระทำการใดๆ ในชั้นตอนที่รับรู้ได้ว่ามีความเสี่ยงแก่เด็กขึ้น และการบกพร่องละเลยไม่ทำกระทำการใดๆ ให้เหมาะสมในชั้นรับรู้ถึงความเสี่ยงนั้นจึงมีความผิดและต้องได้รับโทษทางอาญาด้วยเช่นเดียวกัน

⁹⁶ Victoria State Government, "Betrayal of Trust Fact Sheet: The New Organizational Duty of Care to Prevent Child Abuse."

⁹⁷ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 157

⁹⁸ Anna Watson, "Failing to Break the Silence: A Critical Analysis of Part 8 of the Crimes Act 1961," pp. 6-7.

เครือรัฐออสเตรเลีย รัฐวิกตอเรียนั้นมีบทบัญญัติที่เป็นการกำหนดความรับผิดชอบแก่บุคคลอื่นในชั้นตอนรับรู้ความเสี่ยงปรากฏอยู่ในมาตรา 490 ในฐานความผิดความบกพร่องของบุคคลผู้มีอำนาจในองค์กรในการปกป้องเด็กจากการกระทำความผิดทางเพศ แห่งพระราชบัญญัติอาชญากรรม ค.ศ.1958 (Crime Act 1958)⁹⁹ ซึ่งบทบัญญัตินี้ถูกสร้างขึ้นโดยมีเจตนารมณ์เพื่อเป็นการกำหนดความผิดขึ้นเพื่อส่งเสริมและกระตุ้นให้องค์กรต่าง ๆ นั้นมีความตื่นตัวและมีนโยบายเชิงรุกในการปกป้องคุ้มครองเด็กที่อยู่ในความดูแลและจัดการกับความเสี่ยง กล่าวคือ จัดการกับโอกาสที่อาจจะการกระทำความผิดทางเพศต่อเด็กที่อยู่ในความดูแลอย่างเหมาะสม¹⁰⁰

ส่วนเครือรัฐออสเตรเลีย รัฐนิวเซาท์เวลส์นั้นมีกฎหมายในลักษณะเดียวกันปรากฏอยู่ในบทบัญญัติมาตรา 43B ในความผิดฐานความบกพร่องในการลดหรือกำจัดความเสี่ยงของเด็กในการที่จะตกเป็นเหยื่อของการทารุณกรรมเด็ก¹⁰¹ แห่งพระราชบัญญัติอาชญากรรม ค.ศ.1900 (Crime Act 1900 No 40) มีวัตถุประสงค์เพื่อเสริมสร้างประสิทธิภาพของกฎหมายที่เกี่ยวกับการทารุณกรรมเด็กให้มีความครอบคลุมในการปกป้องเด็กได้มากยิ่งขึ้น¹⁰² ซึ่งความผิดตามมาตรานี้ มีความคล้ายคลึงกับกฎหมายของรัฐวิกตอเรียเนื่องจากได้นำกฎหมายดังกล่าวนี้ของรัฐวิกตอเรียไปเป็นต้นแบบนั่นเอง

ส่วนประเทศนิวซีแลนด์ปรากฏอยู่ในบทบัญญัติมาตรา 195A ในความผิดฐานความบกพร่องในการปกป้องเด็ก หรือ ผู้ใหญ่ที่อ่อนแอ แห่งพระราชบัญญัติอาชญากรรม ค.ศ.1961 (Crime Act 1961)¹⁰³ ซึ่งเป็นบทบัญญัติมาตราเดียวกับที่ได้กล่าวไปในหัวข้อ 5.2

ข้อพิจารณาที่ 1 อายุของเด็กที่ได้รับความคุ้มครอง

เมื่อพิจารณาแล้วพบว่ากฎหมายของรัฐนิวเซาท์เวลส์¹⁰⁴ และประเทศนิวซีแลนด์¹⁰⁵ นั้นให้การคุ้มครองเด็กที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปีเช่นเดียวกัน ซึ่งเป็นการให้ความคุ้มครองที่มากกว่ารัฐวิกตอเรียซึ่งกำหนดไว้เพียงเด็กที่อายุต่ำกว่า 16 ปีเท่านั้น¹⁰⁶ แต่อย่างไรก็ตามมีความแตกต่างที่สำคัญมากกว่าคือ

⁹⁹ CRIME ACT 1958 SECTION 490: Failure by a person in authority to protect a child from a sexual offence

¹⁰⁰ Victoria State Government, "Breach of Trust Fact Sheet: The New Organizational Duty of Care to Prevent Child Abuse."

¹⁰¹ Crimes Act 1900 No 40 SECTION 43B: Failure to reduce or remove risk of child becoming victim of child abuse

¹⁰² CompliSpace Pty Ltd 1300 132 090, [Briefing Paper: New South Wales Child Protection Update](#), p. 3.

¹⁰³ Crime Act 1961 section 195A: Failure to protect child or vulnerable adult

¹⁰⁴ Crimes Act 1900 No 40, section 43B (3)

¹⁰⁵ Crime Act 1961, section 195(3)

¹⁰⁶ Crime Act 1958, section 490 (7)

กฎหมายของรัฐวิกตอเรีย¹⁰⁷ และรัฐนิวเซาท์เวลส์¹⁰⁸ นั้นระบุให้การคุ้มครองเด็กที่อยู่หรืออาจจะมาอยู่ภายใต้การดูแลการจัดการ หรือได้อำนาจขององค์กรที่ทำงานเกี่ยวข้องกับเด็ก **ไม่ว่าจะระบุตัวตนของเด็กว่าเป็นคนใดได้หรือไม่ก็ตาม** กล่าวคือ ไม่จำเป็นต้องชี้เฉพาะเจาะจงลงไปว่าเด็กคนใดจะเป็นอันตรายเพียงแต่มีความเสี่ยงที่ทำให้เด็กไม่ว่าคนใด **อาจจะ**เป็นอันตรายจากการกระทำของผู้ที่มีความเกี่ยวข้องกับองค์กรหรือผู้ปฏิบัติงานที่เป็นผู้ใหญ่ก็เพียงพอแล้วเพราะเป็นความผิดต่อการละเมิดหน้าที่ และเป็นความผิดที่บังคับใช้ในชั้นที่เกิดสถานการณ์ที่มีความเสี่ยงสูงขึ้นไปกว่าที่จะรอให้เกิดการกระทำความผิดต่อเด็กขึ้นจริง ๆ นั้นเอง ดังนั้นการระบุตัวตนของเด็กที่อาจได้รับอันตรายจากความเสี่ยงได้หรือไม่ นั่นไม่ใช่สิ่งสำคัญ¹⁰⁹

แต่กฎหมายของประเทศนิวซีแลนด์นั้นต้องระบุตัวเด็กซึ่งเป็นผู้เสียหายให้ได้โดยเฉพาะเจาะจงลงไปว่าเป็นเด็กคนใดที่มีความเสี่ยงต่อการ เสียชีวิต หรือเป็นอันตรายต่อร่างกายอย่างสาหัส หรือถูกล่วงละเมิดทางเพศที่เกิดจากการกระทำหรือเกิดจากการละเว้นการปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมายของบุคคลอื่น¹¹⁰ เนื่องจากในองค์ประกอบของความผิดนั้นต้องพิจารณาถึงระดับของการมีปฏิสัมพันธ์ระหว่างเด็กกับเจ้าหน้าที่ผู้ซึ่งอาจมีความรับผิดชอบด้วย ทั้งนี้เพราะเป็นการกำหนดความรับผิดชอบจากหลักของความใกล้ชิดที่เพียงพอ (sufficient proximity) ของบุคคลซึ่งอยู่ใกล้ชิดกับเด็กมากกว่าพอสมควรที่จะรับรู้ความเสี่ยงที่จะเกิดอันตรายแก่เด็กได้ก่อนบุคคลอื่นและบุคคลเช่นว่านั้นมี ความสามารถที่จะดำเนินการใดๆให้เหมาะสมเพื่อปกป้องเด็กจากความเสี่ยงนั้นได้นั้นเอง¹¹¹ ดังนั้นแล้วในแง่ของการปกป้องเด็กจากความเสี่ยงกฎหมายของรัฐวิกตอเรียและรัฐนิวเซาท์เวลส์นั้นมีขอบเขตของการคุ้มครองที่มากกว่า

ส่วนกรณีของประเทศไทยนั้นนอกเหนือจากมาตรา 306 และ 307 ซึ่งมุ่งคุ้มครองในเรื่องการทอดทิ้งเด็กแล้วนั้น ก็ไม่มีบทบัญญัติที่กำหนดขึ้นเพื่อให้บุคคลอื่นต้องมีหน้าที่คุ้มครองปกป้องเด็กในชั้นตอนที่รับรู้ว่ามีความเสี่ยงในลักษณะดังกล่าว บทบัญญัติที่จะสามารถปรับใช้ได้กรณีนี้บุคคลผู้มีอำนาจในองค์กรรับรู้ถึงความเสี่ยงแต่ละเลย ก็มีเพียงความผิดฐานละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบ หรือโดยทุจริตตามมาตรา 157 เท่านั้น

¹⁰⁷ Crime Act 1958, section 490 (7)

¹⁰⁸ Crimes Act 1900 No 40, section 43B (1)(c)

¹⁰⁹ Crimes Amendment (Protection of Children) Bill 2014, EXPLANATORY MEMORANDUM, Clause Notes, 3.

¹¹⁰ Crime Act 1961, section 195A (1)(a)

¹¹¹ Law Commission, Report: 11 Review of Part 8 of the Crimes Act 1961: Crimes against the Person, p. 57.

ข้อพิจารณาที่ 2 บุคคลที่ต้องมีหน้าที่และความรับผิดชอบในการที่จะต้องกระทำการใดๆเพื่อคุ้มครองเด็กจากความเสี่ยงที่จะเกิดอันตราย

ผู้ที่จะมีความผิดตามมาตรา 490 ของรัฐวิกิตอเรียนั้น คือบุคคลที่เรียกว่า “บุคคลผู้มีอำนาจในองค์กร (Person in authority)” กล่าวคือ เป็นบุคคลผู้ซึ่งทำงานอยู่ใน “องค์กรที่เกี่ยวข้อง (Relevant organization)” และโดยตำแหน่งแล้วบุคคลนั้นมีหน้าที่และความรับผิดชอบในการที่จะลดหรือขจัดความเสี่ยงได้¹¹² ทั้งนี้จะต้องพิจารณาถึงระดับการดูแลว่าบุคคลนั้นมีความรับผิดชอบหรือมีอำนาจหรือความสามารถในการที่จะบริหารจัดการหรือตัดสินใจกระทำการใดเพื่อลดและกำจัดความเสี่ยงหรือไม่ ไม่ว่าอำนาจนั้นจะเป็นอำนาจทางการหรือไม่ทางการหรือจะถูกจำกัดอำนาจเอาไว้หรือไม่ก็ตาม¹¹³ ส่วน “องค์กรที่เกี่ยวข้อง (Relevant organization)” หมายถึง องค์กรที่ได้รับอนุญาตให้ดำเนินกิจกรรมที่เกี่ยวข้องกับเด็กนั่นเอง¹¹⁴

สำหรับกฎหมายของรัฐนิวเซาท์เวลส์นั้น บุคคลที่จะมีความผิดตามมาตรา 43B คือบุคคลที่เรียกว่า **A position holder** กล่าวคือ เป็นผู้ใหญ่ (อายุ 18 ปี หรือมากกว่า) ซึ่งทำงานให้กับองค์กรที่ทำงานเกี่ยวข้องกับเด็ก (child-related work) ไม่ว่าฐานะใด และโดยตำแหน่งแล้วบุคคลนั้นมีอำนาจหรือความรับผิดชอบในการที่จะลดหรือขจัดความเสี่ยง¹¹⁵ ซึ่งพิจารณาจากระดับการดูแลว่าอันหลักการเดียวกันกับกฎหมายของรัฐวิกิตอเรีย โดย “องค์กรที่ทำงานเกี่ยวข้องกับเด็ก หรือ “มีส่วนร่วมในการทำงานเกี่ยวข้องกับเด็ก” (engage in child-related work)¹¹⁶ ที่จะส่งผลให้ผู้มีอำนาจในองค์กรต้องมีหน้าที่และความรับผิดชอบนั้น หมายถึง องค์กรใดที่มีการทำงานใดๆซึ่งมีการติดต่อโดยตรงกับตัวเด็กเป็นปกติธุระในการดำเนินงาน และงานที่เกี่ยวข้องกับเด็ก¹¹⁷

สำหรับประเทศไทยนั้นผู้ที่จะต้องมีความผิดฐานละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบหรือโดยทุจริตตามมาตรา 157 คือ **เจ้าพนักงาน**ตามความในประมวลกฎหมายอาญาโดยต้องพิจารณาดังนี้คือ (1) เป็นบุคคลซึ่งกฎหมายบัญญัติว่าเป็นเจ้าพนักงาน (2) เป็นบุคคลซึ่งได้รับแต่งตั้งตามกฎหมายให้ปฏิบัติหน้าที่ราชการไม่ว่าเป็นประจำหรือหรือครั้งคราว และ (3) ไม่ว่าจะได้รับค่าตอบแทนหรือไม่ก็ตาม¹¹⁸ หากไม่ใช่เจ้าพนักงานตามความหมายนี้ก็ไม่มีความผิด ซึ่งในความเป็นจริงแล้วองค์กรที่ดำเนิน

¹¹² Crime Act 1958, section 490 (1)(d)

¹¹³ Victoria State Government, "Breach of Trust Fact Sheet, Failure to Protect Law: A New Criminal Offence to Protect Children from Sexual Abuse "

¹¹⁴ Crime Act 1958, section 490 (7)

¹¹⁵ Crimes Act 1900 No 40, section 43B (1) (a) and (c)

¹¹⁶ Crimes Act 1900 No 40, section 43B (3)

¹¹⁷ The Child Protection (Working with Children) Act 2012, Part 2 Restrictions on child-related work
Division 1 Child-related work, Section 6: Child-related work

¹¹⁸ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 1 (16)

กิจกรรมเกี่ยวข้องกับเด็กและมีเด็กอยู่ในความดูแลนั้นมีมากมายหลายรูปแบบซึ่งผู้มีอำนาจในการลดหรือกำจัดความเสี่ยงที่จะเกิดอันตรายแก่เด็กในองค์กรดังกล่าว อาจจะไม่ใช่เจ้าพนักงานตามความหมายของมาตรานี้ก็ได้

เมื่อพิจารณาแล้วพบว่าผู้ที่ต้องมีความรับผิดชอบตามกฎหมายของประเทศนิวซีแลนด์นั้นมีความแตกต่างจากมาตรา 49O ของรัฐวิกตอเรียและ มาตรา 43B ของรัฐนิวเซาท์เวลส์หลายประการ กล่าวคือ ผู้ที่ต้องรับผิดชอบนั้นต้องเป็นเจ้าหน้าที่(staff) คือ เป็นพนักงานหรือบุคลากรของ โรงพยาบาล สถาบัน องค์กรใดๆ หรือที่พักอาศัยใดๆ ซึ่งผู้เสียหายได้อาศัยอยู่ และต้องเป็นผู้ที่อายุตั้งแต่ 18 ปีขึ้นไป ทั้งยังต้องเป็นผู้ที่มีการติดต่อหรือมีปฏิสัมพันธ์กับผู้เสียหายเป็นประจำอีกด้วยในขณะรับรู้ถึงความเสี่ยง¹¹⁹ เนื่องจากโดยหลักบุคคลอื่นไม่มีหน้าที่โดยเฉพาะเจาะจงที่จะต้องให้การดูแลและปกป้องเด็ก แต่มาตรานี้ได้ขยายขอบเขตความรับผิดชอบออกไปโดยกำหนดหน้าที่และความรับผิดชอบที่กำหนดขึ้นบนฐานของการพิจารณาถึงความสัมพันธ์ที่ใกล้ชิดเพียงพอที่จะรับรู้ความเสี่ยงได้นั้นเอง¹²⁰ โดยจะแตกต่างจากกฎหมายของรัฐวิกตอเรีย¹²¹ และรัฐนิวเซาท์เวลส์¹²² ตรงที่กฎหมายของทั้งสองรัฐนี้ต้องการเพียงแค่บุคคลที่ต้องรับผิดชอบ บุคคลที่มีอำนาจในการที่จะลดหรือกำจัดความเสี่ยงที่จะเกิดขึ้นต่อเด็กได้ในองค์กรที่ทำงานเกี่ยวข้องกับเด็ก โดยไม่จำเป็นต้องเป็นองค์กรที่เด็กต้องมีการอาศัยอยู่ดังเช่นกฎหมายของประเทศนิวซีแลนด์ และไม่ต้องการองค์ประกอบในเรื่องที่ว่าบุคคลดังกล่าวต้องมีปฏิสัมพันธ์กับเด็กเป็นประจำด้วย เนื่องจากเป็นการกำหนดหน้าที่และความรับผิดชอบบนฐานของหน้าที่ในการดูแล (duty of care) และหลักความไว้วางใจ เมื่อบุคคลผู้มีอำนาจในองค์กรผู้ซึ่งได้รับความไว้วางใจจากพ่อแม่ผู้ปกครองของเด็ก ไม่ได้กระทำการที่เหมาะสมจึงเป็นการทรยศต่อหลักความไว้วางใจ (Breach of trust) นั้นเอง¹²³ เช่นนี้จึงเป็นการกระทำผิดต่อหน้าที่ดังนั้นแล้วจึงไม่ต้องพิจารณาว่าเป็นองค์กรที่เด็กอาศัยอยู่หรือไม่ และไม่พิจารณาถึงระดับความสัมพันธ์ระหว่างผู้มีอำนาจในองค์กรกับเด็กด้วย ทั้งนี้ผู้เขียนเห็นว่ากฎหมายของรัฐวิกตอเรียและรัฐนิวเซาท์เวลส์นั้นจะสามารถคุ้มครองเด็กได้อย่างกว้างขวางมากกว่ากฎหมายของประเทศนิวซีแลนด์ที่มีข้อจำกัดในเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างผู้ที่ต้องรับผิดชอบกับตัวผู้เสียหายนั่นเอง ส่วนกรณีของประเทศไทยนั้นไม่มีบทบัญญัติในลักษณะดังกล่าว

¹¹⁹ Crime Act 1961, section 195A (2)(b)

¹²⁰ Law Commission, *Report: 11 Review of Part 8 of the Crimes Act 1961: Crimes against the Person*, p. 57.

¹²¹ Crime Act 1958, section 490 (1)(d)

¹²² Crimes Act 1900 No 40, section 43B (1)(d)

¹²³ Family and Community Development Committee Parliament of Victoria, *Breach of Trust Inquiry into the Handling of Child Abuse by Religious and Other Non-Government Organizations Volume 2 of 2*, p. 222.

ทั้งนี้เนื่องจากกฎหมายไทยไม่มีบทบัญญัติในลักษณะดังกล่าวผู้เขียนเห็นว่าควรกำหนดหน้าที่และความรับผิดชอบโดยใช้ถ้อยคำจากมาตรา 307 เพื่อให้สอดคล้องกับลักษณะการบัญญัติกฎหมายของประเทศไทย กล่าวคือ ผู้ที่มีหน้าที่ต้องดูแลเด็กตามกฎหมายและผู้ที่มีหน้าที่ดูแลเด็กตามสัญญา เนื่องจากผู้ที่มีหน้าที่ดูแลเด็กตามสัญญานั้นหากเป็นองค์กรที่ดำเนินกิจกรรมเกี่ยวข้องกับเด็ก สัญญานั้นยังหมายรวมถึง กฎระเบียบ ข้อบังคับในองค์กรด้วยไม่ว่ารัฐหรือเอกชนก็จะต้องมีกฎระเบียบเช่นว่านั้นเพื่อกำหนดหน้าที่และแนวทางในการปฏิบัติเพื่อดูแลเด็กในองค์กรนั่นเอง ดังนั้นแล้วองค์กรที่ดำเนินกิจกรรมเกี่ยวข้องกับเด็กจึงเป็นผู้มีหน้าที่ตามสัญญาตามความหมายของมาตรา 307 นี้ นอกจากนี้ผู้ที่จะต้องรับผิดชอบนั้นควรกำหนดให้เป็นบุคคลที่โดยตำแหน่งแล้วมีอำนาจ หรือ ความรับผิดชอบที่สามารถจะลดหรือกำจัดความเสี่ยงที่จะเกิดอันตรายแก่เด็กในองค์กรนั้นได้ ซึ่งเป็นการบัญญัติโดยใช้ต้นแบบกฎหมายจากรัฐวิกตอเรียและรัฐนิวเซาท์เวลส์ โดยบุคคลเช่นว่านั้นต้องพิจารณาจากระดับการดูแลและอำนาจในการตัดสินใจในองค์กรนั่นเองเนื่องจากเป็นผู้ที่สามารถจะตัดสินใจกระทำการใดเพื่อลดหรือกำจัดความเสี่ยงได้ การละเลยไม่กระทำจึงสมควรต้องรับผิดชอบ

ข้อพิจารณาที่ 3 องค์กรประกอบความผิด

กฎหมายของรัฐวิกตอเรียองค์ประกอบความผิดของมาตรา 490 นั้นมีอยู่ 2 ประการกล่าวคือ (1) บุคคลผู้มีอำนาจในองค์กรจะต้อง “รู้” ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบความผิดก่อนว่ามีความเสี่ยงอย่างมีนัยยะสำคัญ(substantial risk) ที่ได้ก็อาจจะตกเป็นเหยื่อของการกระทำ **ความผิดทางเพศ** ที่กระทำโดยบุคคลที่มีความเกี่ยวข้องกับองค์กรที่เป็นผู้ใหญ่ ดังนั้นในการพิจารณาว่าบุคคลผู้มีอำนาจในองค์กรนั้นได้รับรู้ถึงความเสี่ยงแล้วหรือไม่นั้น ก็ต้องพิจารณาว่ามีข้อเท็จจริงที่เชื่อได้หรือไม่ว่าบุคคลดังกล่าวตระหนักได้ว่าความเสี่ยงนั้นปรากฏขึ้นแล้วหรือต้องมีขึ้นแน่ๆในสถานการณ์นั้นๆ ซึ่งการตระหนักเช่นนั้น ต้องมีลักษณะที่มากกว่าแค่เป็นการสงสัยหรือคาดเดาเอาเอง¹²⁴ ทั้งนี้ในการพิจารณาว่าสถานการณ์อย่างไรจึงจะเรียกว่า มีความเสี่ยงอย่างมีนัยยะสำคัญ(substantial risk) อาจพิจารณาจากปัจจัยต่อไปนี้ เช่น พิจารณาว่ามีความเป็นไปได้หรือความน่าจะเป็นที่เด็กจะตกเป็นเหยื่อจากการกระทำ **ความผิดทางเพศ** หรือไม่, พิจารณาถึงธรรมชาติของความสัมพันธ์ระหว่างเด็กกับผู้ใหญ่ ซึ่งเป็นบุคคลที่มีความเกี่ยวข้องกับองค์กร เป็นต้น¹²⁵ และ (2) บุคคลดังกล่าวต้อง **ละเลย** ไม่ลดหรือขจัดความเสี่ยงนั้นด้วย จะถือว่าบุคคลดังกล่าวละเลยไม่ดำเนินการใดๆเพื่อลดหรือกำจัดความเสี่ยง ก็ต่อเมื่อไม่ได้ดำเนินการป้องกันขั้นต่ำที่สุดที่ควรจะต้องทำในสถานการณ์นั้นๆ¹²⁶ กล่าวคือ เมื่อได้รับรู้ถึงความเสี่ยงแล้วแต่กลับไม่ดำเนินการใดๆเพื่อให้มี **“มาตรการป้องกันที่สมเหตุสมผล”**

¹²⁴ Victoria State Government, "Breach of Trust Fact Sheet, Failure to Protect Law: A New Criminal Offence to Protect Children from Sexual Abuse "

¹²⁵ ibid.

¹²⁶ Crime Act 1958, section 490 (3)

(reasonable precautions) อย่างน้อยในขั้นต่ำที่สุดที่วิญญูชนสมควรกระทำแก่กรณี ที่บุคคลซึ่งมีอำนาจหน้าที่เช่นนั้นควรจะต้องดำเนินการในสถานการณ์นั้นๆ¹²⁷

สำหรับกฎหมายรัฐนิวเซาท์เวลส์นั้นองค์ประกอบความผิดของมาตรา 43B นั้นมีความคล้ายคลึงกับกฎหมายของรัฐวิกตอเรียเป็นอย่างมาก โดยมีองค์ประกอบความผิด 2 ประการ กล่าวคือ (1) บุคคลผู้มีอำนาจในองค์กร (A position holder) จะต้อง “รู้” ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบความผิดก่อนว่ามีความเสี่ยงอย่างรุนแรง (serious risk) ที่ได้ก็อาจจะตกเป็นเหยื่อของการกระทำ ความผิดทารุณกรรมเด็กที่กระทำโดยผู้ปฏิบัติงานขององค์กรที่เป็นผู้ใหญ่¹²⁸ โดยต้องพิจารณาจากสถานการณ์ที่เกิดขึ้นเป็นกรณีๆไป ว่าในขณะนั้นวิญญูชนสามารถคาดเห็นได้หรือไม่ว่ามีความเป็นไปได้มากแค่ไหนที่อาจจะเกิดการกระทำ ความผิดทารุณกรรมต่อเด็กจากความเสี่ยงเช่นนั้น หากวิญญูชนพิจารณาแล้วเห็นว่ามีเป็นไปได้อย่างมากในสถานการณ์นั้นๆที่อาจจะเกิดการกระทำ ความผิดได้ เช่นนี้ก็ถือว่าเป็นกรณีที่เราเรียกว่ามีความเสี่ยงอย่างรุนแรง (serious risk) เกิดขึ้นแล้วนั่นเอง¹²⁹ เช่น การได้รับจดหมายแจ้งโดยแนบวิดีโอซึ่งแสดงให้เห็นว่าบุคคลที่ก่อความเสี่ยงนั้นพยายามที่จะมีเพศสัมพันธ์กับเด็ก ถือว่ามีความเสี่ยงอย่างรุนแรงแล้ว¹³⁰ และ (2) บุคคลดังกล่าวต้องละเลยไม่ลด หรือขจัดความเสี่ยงนั้นด้วย การพิจารณาก็ยังคงเป็นไปในแนวทางเดียวกับกฎหมายวิกตอเรียเช่นกัน

สำหรับกฎหมายของประเทศนิวซีแลนด์นั้น องค์ประกอบความรับผิดตามมาตรา 195A มี 2 ประการเช่นเดียวกันกับกฎหมายของรัฐวิกตอเรียและรัฐนิวเซาท์เวลส์ โดยบุคคลที่กำหนดไว้ทั้งสองประเภท (สมาชิกในครัวเรือนเดียวกัน หรือ เจ้าหน้าที่) ผู้ซึ่งได้มีการติดต่อหรือมีปฏิสัมพันธ์กับผู้เสียหายอยู่บ่อยครั้ง กล่าวคือ 1. จะต้อง รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบความผิดเสียก่อนว่า (1) ผู้เสียหายมีความเสี่ยงต่อการ เสียชีวิตหรือ เป็นอันตรายต่อร่างกายอย่างสาหัส หรือถูกล่วงละเมิดทางเพศ กล่าวคือ และ (2) รู้ว่าเกิดจากการกระทำที่ผิดกฎหมายของบุคคลอื่น หรือเกิดจากการละเว้นในการ ปฏิบัติหน้าที่ที่ตามกฎหมายของบุคคลอื่นในเรื่องสำคัญที่เกี่ยวกับมาตรฐานการดูแลผู้เสียหายและ 2. บุคคลดังกล่าวต้องละเลยไม่ดำเนินการตามขั้นตอนที่เหมาะสม (reasonable steps) เพื่อที่จะ

¹²⁷ Justice Jennifer Coate and Mr. Bob Atkinson AO APM, *Report of Case Study No. 18: The Response of the Australian Christian Churches and Affiliated Pentecostal Churches to Allegations of Child Sexual Abuse*, pp. 64-47.

¹²⁸ Crimes Act 1900 No 40, section 43B (1)

¹²⁹ Pacific Brook Christian School, "Child Protection - Duty to Protect Students from Child Abuse or Harm."

¹³⁰ Justice Jennifer Coate and Mr. Bob Atkinson AO APM, *Report of Case Study No. 23: The Response of Knox Grammar School and the Uniting Church in Australia to Allegations of Child Sexual Abuse at Knox Grammar School in Wahroonga, New South Wales*, pp. 44-47.

ปกป้องผู้เสียหายจากความเสียหายที่เป็นอันตรายนั้นด้วย ซึ่งแนวทางในการพิจารณาก็เป็นดังเช่นที่ได้กล่าวไว้ในหัวข้อที่ 5.2

ส่วนกรณีกฎหมายของประเทศไทยนั้นเนื่องด้วยไม่มีบทบัญญัติในลักษณะดังกล่าวกำหนดไว้ โดยเฉพาะ บทบัญญัติที่สามารถปรับแก้กรณีเช่นนี้ได้ก็มีเพียงมาตรา 157 ความผิดฐานเจ้าพนักงานละเว้นการปฏิบัติหน้าที่เท่านั้น ซึ่งมาตรานี้แยกการกระทำเป็น 2 ส่วนความผิด คือ 1) ปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบเพื่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้หนึ่งผู้ใด และ 2) ปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยทุจริตซึ่ง¹³¹ และมาตรานี้มีข้อจำกัดที่จะต้องรับผิดตามมาตรานี้จำเป็นต้องเป็นเจ้าพนักงาน และองค์ประกอบความรับผิดต้องการเจตนาพิเศษ กล่าวคือ ในความผิดส่วนแรกต้องละเว้นโดยมีเจตนาเพื่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้หนึ่งผู้ใด และส่วนที่สองนั้นต้องละเว้นโดยมีเจตนาทุจริต ดังนั้นแล้วหากเป็นแค่กรณีที่บุคคลผู้ซึ่งที่มีอำนาจในการลดหรือกำจัดความเสี่ยงในการที่อาจเกิดกระทำความผิดต่อเด็กที่อยู่ในความดูแลโดยบุคคลที่มีความเกี่ยวข้องกับองค์กรได้นั้น การละเลยไม่ให้ความสนใจและไม่ดำเนินการใดๆให้เหมาะสมของบุคคลดังกล่าว หากไม่ได้กระทำลงโดยมีเจตนาพิเศษแล้วนั้นก็ไม่มี ความผิดแต่อย่างใด

เมื่อพิจารณาแล้วจะเห็นได้ว่าองค์ประกอบความรับผิดของกฎหมายรัฐวิกตอเรีย รัฐนิวเซาท์เวลส์ และประเทศนิวซีแลนด์นั้นมีลักษณะเป็นไปในแนวทางเดียวกัน กล่าวคือ องค์ประกอบความผิดประการแรก บุคคลผู้ซึ่งอาจจะต้องรับผิดจะต้อง “รู้”(knowledge)เสียก่อน ว่ามีความเสี่ยงเกิดขึ้นแล้ว ซึ่งอย่างไรจึงจะเรียกว่ารู้นั้นกฎหมายของทั้ง 3 ประเทศไม่ได้มีการกำหนดคำนิยามไว้แต่อย่างใด เพียงแต่มีลักษณะในการพิจารณาของศาลที่เป็นไปในแนวทางเดียวกันคือ การ “รู้” นั้นต้องมากกว่าแค่เป็นการสงสัยหรือคาดเดาเอาเอง แต่ต้องมีข้อเท็จจริงที่แสดงให้เห็นว่าบุคคลดังกล่าวได้ตระหนักแล้วว่ามีความเสี่ยงปรากฏขึ้น ส่วนองค์ประกอบของความผิดประการที่สอง คือ บุคคลดังกล่าวได้ละเลยไม่ได้ดำเนินการอย่างเหมาะสมเพื่อลดหรือกำจัดความเสี่ยงอันเป็นการป้องกันเด็กจากความเสียหายนั้นๆ ซึ่งอย่างไรคือการไม่ดำเนินการอย่างเหมาะสมนั้น กฎหมายของทั้ง 3 ประเทศที่กล่าวมาก็ไม่ได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์ไว้โดยเฉพาะเจาะจงแต่อย่างใด แต่ทั้งนี้เมื่อพิจารณาแล้วจะเห็นได้ว่ากฎหมายของทั้งสามประเทศมีแนวทางวินิจฉัยไปในทางเดียวกันโดยเปรียบเทียบจากวิญญูชน กล่าวคือ กรณีที่บุคคลดังกล่าวได้รับรู้ถึงความเสี่ยงแล้วแต่กลับไม่ดำเนินการใดๆอันเป็นการตอบสนองต่อสถานการณ์ที่เกิดความเสี่ยงเพื่อให้ดำเนินการให้มีมาตรการป้องกันที่สมเหตุสมผลอย่างน้อยในขั้นต่ำที่สุดดังเช่นวิญญูชนหากอยู่สถานการณ์หรือตำแหน่งนั้นๆควรจะต้องกระทำนั้นเอง เช่นนี้จะเห็นได้ว่ากฎหมายของทั้ง 3 ประเทศที่กล่าวมานั้นเป็นการกำหนดบทบัญญัติในลักษณะที่ขยายหน้าที่โดยเฉพาะเจาะจงและความรับผิดชอบในการดูแลเด็กออกไปจากครอบครัวสู่บุคคลอื่นอันส่งผลให้การละเลยและ

¹³¹ ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 157

เพิกเฉยต่อการรับรู้ความเสี่ยงที่เกิดขึ้นบุคคลเช่นว่านั้นอาจจะต้องมีความรับผิดชอบทางอาญาได้ แต่อย่างไรก็ตามมีความแตกต่างกันอยู่ในรายละเอียดทั้งในเรื่องอายุของเด็กที่ได้รับความคุ้มครอง, บุคคลที่จะต้องทำหน้าที่และความรับผิดชอบ, ความเสี่ยงเกิดจากบุคคลใด,ขอบเขตของความเสี่ยงที่มุ่งคุ้มครองนั่นเอง

ข้อพิจารณาที่ 4 คุ้มครองเด็กจากความเสี่ยงที่ก่อขึ้นโดยใคร

รัฐวิคตอเรียนั้นความผิดตามมาตรา490 มีจุดมุ่งหมายให้บุคคลผู้มีอำนาจต้องกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งเพื่อให้มี “มาตรการป้องกันที่สมเหตุสมผล” เมื่อรับรู้ว่ามีความเสี่ยงที่ “บุคคลที่มีความเกี่ยวพันกับองค์กร อาจกระทำความผิดทางเพศต่อเด็กนั่นเอง”¹³² ซึ่ง บุคคลผู้ซึ่งเป็นเจ้าหน้าที่ลูกจ้าง ผู้จัดการ เจ้าของ อาสาสมัคร ผู้รับเหมา/รับจ้าง หรือตัวแทนขององค์กรด้วยแต่ไม่รวมถึงผู้ที่เพียงแต่มารับบริการจากองค์กร¹³³ และบุคคลดังกล่าวนั้นต้องมีอายุตั้งแต่ 18 ปีขึ้นไปด้วย¹³⁴เช่นนี้แล้วจะเห็นได้ว่าคำว่าบุคคลที่มีความเกี่ยวข้องกับองค์กรนั้นมีความหมายที่กว้างขวางมาก ครอบคลุมแทบจะทุกคนที่อยู่ในองค์กรดังกล่าวนั่นเอง

ส่วนกรณีของรัฐนิวเซาท์เวลส์นั้น ความผิดตามมาตรา43B ก็มีจุดมุ่งหมายต้องการให้บุคคลผู้มีอำนาจหรือความรับผิดชอบในองค์กรที่ทำงานเกี่ยวข้องกับเด็กนั้นต้อง กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งเพื่อให้มี “มาตรการป้องกันที่สมเหตุสมผล” ในการลดหรือกำจัดความเสี่ยง เมื่อรับรู้ว่ามีความเสี่ยงอย่างรุนแรงที่ “ผู้ปฏิบัติงาน”(worker) ที่เป็นผู้ใหญ่ซึ่งเป็นลูกจ้างขององค์กร¹³⁵ไม่ว่าในฐานะพนักงาน, ผู้ประกอบอาชีพอิสระหรือในฐานะผู้รับเหมาหรือผู้รับเหมาช่วง, อาสาสมัครหรืออื่นใดก็ตาม¹³⁶ อาจจะกระทำ “ความผิดทารุณกรรมเด็ก” ต่อเด็กที่อยู่หรืออาจจะเข้ามาอยู่ในความดูแลขององค์กร และในกรณีของประเทศนิวซีแลนด์นั้น มาตรา 195Aมีจุดมุ่งหมายเพื่อคุ้มครองผู้เสียหายที่เป็นเด็กจากความเสี่ยงต่อการ เสียชีวิต หรือ เป็นอันตรายต่อร่างกายอย่างสาหัส หรือถูกล่วงละเมิดทางเพศและซึ่งเป็นผลมาจากการกระทำที่ผิดกฎหมายของบุคคลอื่น หรือ จากการละเว้นในการปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมายของบุคคลอื่นในเรื่องสำคัญที่เกี่ยวกับมาตรฐานการดูแลผู้เสียหาย¹³⁷

ส่วนมาตรา 157 ของประเทศไทยนั้น ไม่ใช่กฎหมายที่มีขึ้นเพื่อคุ้มครองความเสี่ยงที่อาจจะเกิดอันตรายแก่เด็ก แต่เป็นบทบัญญัติที่มีขึ้นเพื่อกำหนดความรับผิดและโทษแก่เจ้าพนักงานผู้ละเว้นการปฏิบัติหน้าที่เท่านั้น และในกรณีตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ.2546 แม้จะมีการกำหนด

¹³² Crime Act 1958, section 490 (1)(b) subsection (i) and (ii)

¹³³ Crime Act 1958, section 490 (7)

¹³⁴ Crime Act 1958, section 490 (1)(b) subsection (i)

¹³⁵ Crimes Act 1900 No 40, section 43B (1)(b)

¹³⁶ The Child Protection (Working with Children) Act 2012 ,section 5: Definitions (1) worker

¹³⁷ Crime Act 1961, section 195A (1)(a) subsection (i) and (ii)

หน้าที่ไว้ในลักษณะกว้างๆให้ผู้ปกครองสวัสดิภาพของสถานทั้ง5ที่ได้กล่าวไปแล้ว ให้มีอำนาจและหน้าที่ในการที่จะจัดที่พักอาศัย ที่หลับนอนให้เหมาะสมและถูกสุขลักษณะ และจัดการสร้างสภาพแวดล้อมที่ดีให้แก่เด็ก ซึ่งจะเห็นได้ว่าหน้าที่ดังกล่าวก็เป็นเพียงการกำหนดให้สร้างสภาพแวดล้อมของสถานนั้นๆให้เหมาะสมเท่านั้นไม่ใช่ขบขัญญัตติที่มีขึ้นเพื่อคุ้มครองความเสี่ยงที่จะเกิดอันตรายแก่เด็กแต่อย่างใด

เมื่อพิจารณาแล้วพบว่ากฎหมายของประเทศนิวซีแลนด์นั้นกำหนดหน้าที่ให้เจ้าหน้าที่ต้องดำเนินการปกป้องผู้เสียหายจากความเสี่ยงที่ก่อโดยบุคคลอื่นนั่นเอง ซึ่งบุคคลเช่นว่านั้นจะเป็นผู้ใดก็ได้ ไม่จำเป็นต้องเป็นบุคคลที่ทำงานให้แก่องค์กรเดียวกันแต่อย่างใด กล่าวคือ อาจจะเป็นความเสี่ยงที่ก่อโดยบุคคลภายนอกอันไม่มีความเกี่ยวข้องกับองค์กรหรือครอบครัวเด็กก็ได้ หรืออาจจะเป็นความเสี่ยงที่ก่อขึ้นโดยคนในครอบครัวของเด็กเองก็ได้ ซึ่งส่งผลให้เจ้าหน้าที่ผู้ที่ถูกพิจารณาได้ว่ามีความใกล้ชิดกับเด็กเพียงพอและรับรู้ความเสี่ยงดังกล่าวจึงเกิดหน้าที่ในการที่จะต้องดำเนินการใดๆให้เหมาะสมขึ้นมา โดยจะแตกต่างจากกฎหมายของรัฐวิกตอเรียและรัฐนิวเซาท์เวลส์ กล่าวคือ กฎหมายของทั้งสองรัฐนั้นมุ่งคุ้มครองเด็กจากความเสี่ยงเฉพาะที่เกิดขึ้นโดยผู้ที่ทำงานให้กับองค์กรนั้นๆเท่านั้น ซึ่งจะส่งผลต่อผู้มีอำนาจในองค์กรที่สามารถลดหรือกำจัดความเสี่ยงเช่นว่านั้นได้นั่นเอง เช่นนี้จะเห็นได้ว่ากฎหมายของประเทศนิวซีแลนด์มีขอบเขตความคุ้มครองที่กว้างกว่ากฎหมายของรัฐวิกตอเรียและนิวเซาท์เวลส์ สำหรับประเทศไทยนั้นทั้งในประมวลกฎหมายอาญา และพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ.2546 ไม่มีการบัญญัติกฎหมายในลักษณะดังกล่าวที่กำหนดหน้าที่ให้แก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งต้องกระทำการอย่างใดๆเมื่ออยู่ในขั้นตอนที่รับรู้ถึงความเสี่ยง

ข้อพิจารณาที่ 5 ขอบเขตของความเสี่ยงที่มุ่งคุ้มครอง

กฎหมายของรัฐวิกตอเรียนั้นความเสี่ยงที่บุคคลผู้มีอำนาจในองค์กรจะต้องดำเนินการจัดการอย่างเหมาะสมเพื่อปกป้องเด็กนั้น มาตรา490ได้จำกัดเฉพาะเจาะจงลงไปด้วยว่า ต้องเป็นความเสี่ยงที่เกิดจากบุคคลที่มีความเกี่ยวข้องกับองค์กร อันเป็นความผิดเกี่ยวกับการกระทำความผิดทางเพศ (sexual offence) เท่านั้น¹³⁸ ซึ่งการกำหนดความหมายของความผิดทางเพศตามมาตรานี้มีขอบเขตหมายถึง การกระทำความผิดทางเพศในหลายๆกรณี รวมถึงการพยายามกระทำความผิดทางเพศดังกล่าว และการทำร้ายโดยมีเจตนาจะกระทำความผิดทางเพศด้วย¹³⁹ แต่ทั้งนี้กฎหมายของรัฐวิกตอเรียมุ่งคุ้มครองเฉพาะการกระทำที่เข้าข่ายเป็นความผิดทางเพศเท่านั้นการกระทำความผิดอื่นโดยไม่ได้มีเจตนาทางเพศย่อมไม่ได้รับความคุ้มครองตามมาตรานี้

¹³⁸ Crime Act 1958, section 490 (1)(b)

¹³⁹ Crime Act 1958, section 490 (7)

สำหรับกฎหมายของรัฐนิวเซาท์เวลส์นั้นจะต้องเป็นความเสี่ยงที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิด **ทารุณกรรมเด็ก**(child abuse offence) ซึ่งมีข้อดีคือขอบเขตการคุ้มครองกว้างมากกว่า มาตรา 490 ของรัฐวิกตอเรีย กล่าวคือ มาตรา 43B ไม่ได้กำหนดเฉพาะความเสี่ยงที่เกิดจากการกระทำ “ความผิดทางเพศ” เพียงอย่างเดียวแบบกฎหมายวิกตอเรีย แต่ยังรวมถึงความผิดที่เกี่ยวข้องกับการทำให้เกิดอันตรายแก่กายทางกายภาพอื่นๆโดยที่ผู้กระทำไม่ได้มีวัตถุประสงค์ทางเพศก็รวมอยู่ในความหมายของความผิดอันเกี่ยวกับการทารุณกรรมเด็กตามมาตรานี้ด้วย¹⁴⁰ เช่น หากเป็นความเสี่ยงต่อการกระทำผิดฐานฆ่าโดยเจตนา เช่นนี้ไม่เข้าองค์ประกอบความผิดตามกฎหมายวิกตอเรีย แต่จะได้รับ ความคุ้มครองตามกฎหมายนิวเซาท์เวลส์นั่นเอง

ส่วนประเทศนิวซีแลนด์เมื่อพิจารณาที่มาตรา 195Aแล้วจะเห็นได้ว่า ความเสี่ยงที่มุ่งคุ้มครอง ผู้เสียหายที่เป็นเด็กตามมาตรานี้คือความเสี่ยงที่เกิดจากการกระทำที่ผิดกฎหมาย หรือการละเว้นในการปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมายของบุคคลอื่น ที่อาจส่งผลให้เกิดการเสียชีวิต หรือบาดเจ็บอย่างรุนแรง หรือถูกล่วงละเมิดทางเพศ¹⁴¹ ดังนั้นแล้วอาจเกิดจากการกระทำความผิดฐานข่มขืน ทำร้ายร่างกาย หรืออย่างใดก็ได้ ทั้งนี้คำว่า *เป็นอันตรายต่อร่างกายอย่างสาหัส* หมายถึง ต้องเป็นความเสี่ยงที่อาจทำให้เกิดการบาดเจ็บอย่างรุนแรงต่อร่างกาย (really serious injury) กล่าวคือ วิทยุชนสามารถคาด เห็นได้ว่าการกระทำหรือละเว้นไม่กระทำนั้นอาจจะทำให้เกิดผลลัพธ์ในลักษณะที่เป็นอันตรายอย่างสาหัสต่อร่างกายได้นั่นเอง¹⁴²

สำหรับประเทศไทยนั้นมาตรา 157 ไม่ใช่กฎหมายที่มีขึ้นเพื่อคุ้มครองความเสี่ยงที่อาจจะเกิดอันตรายแก่เด็ก แต่เป็นบทบัญญัติที่มีขึ้นเพื่อกำหนดความรับผิดชอบและโทษแก่เจ้าพนักงานผู้ละเว้นการปฏิบัติหน้าที่ตามที่ได้กล่าวไป

เมื่อพิจารณาแล้วจะเห็นได้ว่าขอบเขตของความเสี่ยงที่มุ่งคุ้มครองตามกฎหมายของประเทศ นิวซีแลนด์และรัฐนิวเซาท์เวลส์นั้นมีข้อดีคือจะคุ้มครองเด็กได้กว้างกว่ารัฐวิกตอเรีย ที่คุ้มครองเฉพาะ ความเสี่ยงที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดทางเพศเท่านั้น แต่กฎหมายของประเทศนิวซีแลนด์นั้นจะ พิจารณาขอบเขตความเสี่ยงจากผลลัพธ์ที่อาจเกิดขึ้นได้โดยวิทยุชนต้องสามารถสังเกตเห็นได้ว่าการ กระทำหรือละเว้นไม่กระทำของบุคคลอื่นนั้นอาจจะทำให้เกิดผลลัพธ์ในลักษณะเช่นว่านั้นได้ ส่วน กฎหมายของรัฐนิวเซาท์เวลส์นั้นการพิจารณาความเสี่ยงที่เกิดขึ้นนั้นต้องอยู่ในขอบเขตของการกระทำ ความผิดฐานทารุณกรรมเด็กว่าเป็นความเสี่ยงที่เข้าข่ายความผิดฐานทารุณกรรมเด็กในลักษณะต่างๆ หรือไม่นั้นเอง ทั้งนี้ผู้เขียนเห็นว่าการกำหนดขอบเขตการคุ้มครองความเสี่ยงของประเทศนิวซีแลนด์

¹⁴⁰ Crimes Act 1900 No 40, section 43B (1)(c)

¹⁴¹ Crime Act 1961, section 195A (1)(a) subsection (i) and (ii)

¹⁴² Law Commission, Report: 11 Review of Part 8 of the Crimes Act 1961: Crimes against the Person, p.

และรัฐนิวเซาท์เวลส์นั้นมีลักษณะที่กว้างและครอบคลุมซึ่งจะส่งผลให้มีการคุ้มครองเด็กอย่างรอบด้านมากกว่ากฎหมายของรัฐวิกตอเรียที่กำหนดเพียงความผิดทางเพศเท่านั้น

ข้อพิจารณาที่ 6 การพิสูจน์การกระทำความผิดตามมาตรา 195A และโทษ

สำหรับโทษที่จะลงแก่ผู้มีอำนาจในองค์กรซึ่งบกพร่องละเลยต่อการจัดการความเสี่ยงตามกฎหมายของรัฐวิกตอเรีย คือ ระวังโทษจำคุกระดับ 6 ซึ่งหมายถึง โทษจำคุกสูงสุดไม่เกิน 5 ปี¹⁴³ และในการดำเนินคดีนั้นไม่ต้องพิสูจน์ว่าได้มีการกระทำความผิดทางเพศต่อเด็กเกิดขึ้น¹⁴⁴ เพียงแค่บุคคลผู้มีอำนาจดังกล่าวได้ละเมิดหน้าที่ที่จะต้องกระทำการใดๆ ให้เหมาะสมกับสถานการณ์ที่มีความผิดแล้ว¹⁴⁵ ส่วนรัฐนิวเซาท์เวลส์ คือ โทษจำคุกสูงสุดไม่เกิน 2 ปี¹⁴⁶ การดำเนินคดีนั้นไม่ต้องพิสูจน์ว่าได้มีการกระทำความผิดทางเพศต่อเด็กเกิดขึ้นเช่นเดียวกับกฎหมายของรัฐวิกตอเรีย¹⁴⁷ และสำหรับประเทศนิวซีแลนด์นั้นโทษที่จะลงแก่บุคคลที่เจ้าหน้าที่ ตามมาตรา 195A ได้กำหนดโทษจำคุกสูงสุดไม่เกิน 10 ปี¹⁴⁸ ทั้งนี้ไม่ได้มีการบัญญัติในลักษณะที่ชัดเจนเหมือนบทบัญญัติของรัฐวิกตอเรีย และรัฐนิวเซาท์เวลส์ว่าเป็นความผิดที่ต้องการผลหรือไม่ แต่อย่างไรก็ตามจากแนวคำวินิจฉัยของศาลในการดำเนินคดีตามมาตรา 195A นั้นไม่จำเป็นต้องพิสูจน์ว่ามีอันตรายต่อเด็กขึ้นแล้วจริงๆ แค่พิสูจน์ให้เห็นว่าจำเลยไม่ได้ดำเนินการใดๆ อันเป็นการตอบสนองต่อสถานการณ์ที่เกิดความเสี่ยงอย่างเช่นที่วิญญูชนควรจะกระทำและเป็นการละเลยโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง¹⁴⁹

สำหรับมาตรา 157 ของประเทศไทยโทษที่จะลงแก่เจ้าพนักงานผู้ละเว้นการปฏิบัติหน้าที่ต้องระวังโทษจำคุกตั้งแต่ 1-10 ปี หรือปรับตั้งแต่ 20,000-200,000 บาท หรือทั้งจำทั้งปรับ ซึ่งจะเห็นได้ว่าการกำหนดโทษขั้นต่ำเอาไว้และโทษสูงถึง 10 ปี เนื่องจากไม่ใช่กฎหมายที่มีขึ้นเพื่อคุ้มครองความเสี่ยงแก่เด็ก แต่เป็นกฎหมายที่มุ่งลงโทษเจ้าพนักงานผู้ละเว้นการปฏิบัติหน้าที่นั่นเอง

เช่นนี้แล้วจากการพิเคราะห์ข้างต้นผู้เขียนเห็นว่ากฎหมายของรัฐวิกตอเรียและรัฐนิวเซาท์เวลส์นั้นสามารถตอบสนองต่อเหตุการณ์ละเลยต่อความเสี่ยงในเชิงป้องกันได้ดีกว่ากฎหมายของประเทศนิวซีแลนด์ เนื่องจากในการดำเนินคดีต่อผู้ที่มีความรับผิดชอบตามกฎหมายดังกล่าวได้กำหนดไว้อย่างชัดเจนว่าไม่จำเป็นต้องรอให้มีการกระทำความผิดต่อเด็กเกิดขึ้นเสียก่อน เพียงแค่พิสูจน์ให้เห็น

¹⁴³ Crime Act 1958, section 490 (2)

¹⁴⁴ Crime Act 1958 Section 490 (4)

¹⁴⁵ Ben Mathews, "A Taxonomy of Duties to Report Child Sexual Abuse: Legal Developments Offer New Ways to Facilitate Disclosure," *Child Abuse & Neglect* 34:1.

¹⁴⁶ Crimes Act 1900 No 40, section 43B (1)

¹⁴⁷ Crimes Act 1900 No 40, section 43B (2)

¹⁴⁸ Crime Act 1961 section 195A (1)(a)

¹⁴⁹ Law Commission, *Report: 11 Review of Part 8 of the Crimes Act 1961: Crimes against the Person*, p.

ว่ามีข้อเท็จจริงที่แสดงได้ว่าบุคคลผู้มีอำนาจในองค์กรนั้นได้ตระหนักรู้แล้วว่ามีความเสี่ยงเกิดขึ้นแต่กลับละเลยไม่ดำเนินการให้เหมาะสมเท่านั้นก็เพียงพอแล้วเป็นความผิดที่ไม่ต้องการผล ทั้งนี้ผู้เขียนเห็นว่า การกำหนดโทษตามกฎหมายของรัฐวิกตอเรียและรัฐนิวเซาท์เวลส์นั้นมีความเหมาะสมมากกว่าของประเทศนิวซีแลนด์ เนื่องจากผู้ที่จะต้องมีความผิดตามกฎหมายดังกล่าวนี้ไม่ใช่ผู้กระทำผิดต่อเด็กโดยตรง ทั้งยังเป็นความผิดที่เกิดขึ้นเนื่องจากบุคคลดังกล่าวอยู่ในสถานะที่มีอำนาจหน้าที่ในการที่จะป้องกันความเสี่ยงนั้นได้เท่านั้นดังนั้นแล้วโทษที่กำหนดจึงไม่ควรสูงเกินไป และในส่วนต่อไปจะเป็นตารางแสดงการเปรียบเทียบข้อพิจารณาในประเด็นที่ได้กล่าวมาข้างต้น

ตารางที่ 8 แสดงการเปรียบเทียบกฎหมายต่างประเทศที่กำหนดความรับผิดแก่บุคคลในองค์กรที่เกี่ยวข้องกับเด็ก กรณีบกพร่องต่อการปกป้องหรือคุ้มครองเด็กจากความเสี่ยงที่จะเกิดอันตราย

เครือรัฐออสเตรเลีย รัฐวิกตอเรีย	เครือรัฐออสเตรเลีย รัฐนิวเซาท์เวลส์	ประเทศนิวซีแลนด์	ประเทศไทย	
พระราชบัญญัติ อาชญากรรม ค.ศ.1958 (Crimes Act 1958)	พระราชบัญญัติ อาชญากรรม ค.ศ. 1900 (Crimes Act 1900 No 40)	พระราชบัญญัติ อาชญากรรม ค.ศ. 1961 (Crimes Act 1961)	ประมวลกฎหมาย อาญา	พระราชบัญญัติ คุ้มครองเด็ก พ.ศ.2546
<u>บทบัญญัติ</u> มาตรา 490 ความ บกพร่องของบุคคลผู้มี อำนาจในองค์กรในการ ปกป้องเด็กจากการ กระทำความผิดทาง เพศ (Failure by a person in authority to protect a child from a sexual offence)	<u>บทบัญญัติ</u> มาตรา 43B ความ บกพร่องในการลด หรือกำจัดความเสี่ยง ของเด็กในการที่จะ ตกเป็นผู้เสียหายจาก การทารุณกรรมเด็ก (Failure to reduce or remove risk of child becoming victim of child abuse)	<u>บทบัญญัติ</u> มาตรา 195A ความ ล้มเหลวในการปกป้อง เด็ก หรือ ผู้ใหญ่ที่ อ่อนแอ (Failure to protect child or vulnerable adult)	<u>บทบัญญัติ</u> ไม่มีบทบัญญัติใน ลักษณะกำหนด ความรับผิดแก่ บุคคลผู้มีอำนาจใน องค์กร กรณีรัฐ+ ละเลยไว้โดยเฉพาะ มีเพียง มาตรา 157 ซึ่งกำหนดความรับ ผิดแก่ เจ้าพนักงาน กรณีละเว้นการ ปฏิบัติหน้าที่เอาไว้	<u>บทบัญญัติ</u> ไม่มีบทบัญญัติใน ลักษณะกำหนด ความรับผิดแก่ บุคคลผู้มีอำนาจ ในองค์กร กรณี รัฐ+ละเลยไว้ โดยเฉพาะ มีเพียงการ กำหนดหน้าที่ไว้ ในลักษณะกว้างๆ ให้ผู้ปกครอง สวัสดิภาพของ5 สถาน มีอำนาจ

				และหน้าที่ในการ ที่จะจัดที่พัก อาศัย ที่หลับ นอนให้เหมาะ และจัดการสร้าง สภาพแวดล้อมที่ ดีให้แก่เด็ก หาก ไม่กระทำตาม พ.ร.บ.นี้ มีโทษ ตามมาตรา 83
<p><u>ผู้ที่มีความรับผิดชอบ</u></p> <p>Person in authority คือ บุคคลซึ่ง 1.มีตำแหน่ง หรือ มี ความเกี่ยวพันกับ องค์กรที่ดำเนิน กิจกรรมเกี่ยวข้องกับ เด็กและมีเด็กอยู่ ภายใต้การดูแล และ 2.โดยตำแหน่งบุคคล นั้นมีอำนาจหรือความ รับผิดชอบในการที่จะ ลดหรือขจัดความเสี่ยง ได้</p>	<p><u>ผู้ที่มีความรับผิดชอบ</u></p> <p>A position holder คือ บุคคลซึ่ง 1.เป็นผู้ใหญ่ซึ่งทำงาน ให้กับองค์กรที่ทำงาน เกี่ยวข้องกับเด็ก (child-related work) ไม่ว่าจะฐานะใด 2.โดยตำแหน่งบุคคล นั้นมีอำนาจหรือความ รับผิดชอบในการที่จะ ลดหรือขจัดความ เสี่ยงได้ 3. มีอายุอย่างน้อย 18 ปี</p>	<p><u>ผู้ที่มีความรับผิดชอบ</u></p> <p>1.บุคคลที่เป็น 1) สมาชิกในครัวเรือน เดียวกัน กับผู้เสียหาย หรือ 2) เจ้าหน้าที่ ของ โรงพยาบาล, องค์กร หรือ สถานที่ที่เป็นที่ อยู่อาศัยต่างๆ ที่ซึ่ง ผู้เสียหายได้พักอาศัย อยู่ 3.เป็นผู้ที่มีการติดต่อ บ่อยครั้งกับผู้เสียหาย 4.มีอายุอย่างน้อย 18 ปี</p>	<p><u>ผู้ที่มีความรับผิดชอบ</u></p> <p>มาตรา 157 ต้อง เป็นเจ้าพนักงาน ตามความหมายของ ประมวลกฎหมาย อาญา คือ 1. กฎหมายบัญญัติว่า เป็นเจ้าพนักงาน หรือ 2. ได้รับการแต่งตั้ง ตามกฎหมายให้ ปฏิบัติหน้าที่ ราชการไม่ว่าประจำ หรือครั้งคราว 3. ไม่ว่าจะได้รับ ค่าตอบแทนหรือไม่</p>	<p><u>ผู้ที่มีความรับผิดชอบ</u></p> <p>เจ้าของ หรือ ผู้ปกครองสวัสดิ ภาพของ 5 สถาน ผู้ที่ไม่ ปฏิบัติตาม พระราชบัญญัติฯ นี้</p>

<u>องค์ประกอบความผิด</u>	<u>องค์ประกอบความผิด</u>	<u>องค์ประกอบความผิด</u>	<u>องค์ประกอบความผิด</u>	<u>องค์ประกอบความผิด</u>
<p>1. รู้ว่ามีความเสี่ยงอย่างมีนัยยะสำคัญ (substantial risk) ที่</p> <p>1) เด็ก(อายุต่ำกว่า 16) และอยู่หรืออาจจะมาอยู่ภายใต้การดูแลขององค์กร</p> <p>2) อาจจะต้องเป็นเหยื่อของการกระทำ “ความผิดทางเพศ”</p> <p>3) ที่กระทำโดยบุคคลอื่นที่อายุ 18 ปี บริบูรณ์ หรือ มากกว่า ซึ่งเป็นผู้ที่มีความเกี่ยวข้องกับองค์กร และ</p> <p>2. ละเลยไม่ได้ทำการลดหรือขจัดความเสี่ยง เช่นว่านั้น</p>	<p>1. รู้ว่ามีความเสี่ยงอย่างรุนแรง (serious risk) ที่</p> <p>1) เด็ก(อายุต่ำกว่า 18) และอยู่หรืออาจจะมาอยู่ภายใต้การดูแลขององค์กร</p> <p>2) อาจจะต้องเป็นเหยื่อของการกระทำ “ความผิดทารุณกรรมเด็ก”</p> <p>3) ที่กระทำโดยผู้ปฏิบัติงาน ที่เป็นผู้ใหญ่(อายุมากกว่า 18 ปี) ซึ่งเป็นลูกจ้างขององค์กร และ</p> <p>2. ละเลยไม่ได้ทำการลดหรือขจัดความเสี่ยงเช่นว่านั้น</p>	<p>1. รู้ว่า ผู้เสียหาย มีความเสี่ยงต่อการเสียชีวิต หรือเป็นอันตรายต่อร่างกายอย่างสาหัส หรือถูกล่วงละเมิดทางเพศ อันเป็นผลมาจาก</p> <p>1.1 การกระทำที่ผิดกฎหมาย หรือ</p> <p>1.2 การละเว้นในการปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมายของบุคคลอื่น</p> <p>2. ไม่ได้กระทำการตามขั้นตอนที่เหมาะสม เพื่อป้องกันผู้เสียหายจากความเสี่ยงนั้น</p>	<p><u>องค์ประกอบความผิด</u></p> <p>ความผิดส่วนแรก</p> <p>1. เป็นเจ้าพนักงาน</p> <p>2. ปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบ</p> <p>3. โดยเจตนาเพื่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้หนึ่งผู้ใด</p> <p>ความผิดส่วนที่สอง</p> <p>1. เป็นเจ้าพนักงาน</p> <p>2. ปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่</p> <p>3. โดยมีเจตนาทุจริต</p>	<p><u>องค์ประกอบความผิด</u></p> <p>เด็กอายุไม่เกิน 16 ปี ไม่จำต้องระบุได้ว่าเป็นเด็กคนใด</p>
<p><u>มุ่งคุ้มครอง</u></p> <p>เด็กอายุไม่เกิน 16 ปี ไม่จำต้องระบุได้ว่าเป็นเด็กคนใด</p>	<p><u>มุ่งคุ้มครอง</u></p> <p>เด็กอายุต่ำกว่า 18 ปี ไม่จำต้องระบุได้ว่าเป็นเด็กคนใด</p>	<p><u>มุ่งคุ้มครอง</u></p> <p>เด็กอายุต่ำกว่า 18 ปี และ ผู้ใหญ่ที่มีความอ่อนแอเนื่องด้วยเหตุทางอายุ,เจ็บป่วย (ระบุตัวผู้เสียหาย)</p>	<p><u>มุ่งคุ้มครอง</u></p> <p>-</p>	<p><u>มุ่งคุ้มครอง</u></p> <p>เด็กอายุต่ำกว่า 18 ปี ที่ยังมีได้ทำการสมรส</p>
<p><u>ความเสี่ยง</u></p> <p>เฉพาะความผิดทางเพศ</p>	<p><u>ความเสี่ยง</u></p> <p>ความผิดทารุณกรรมเด็ก</p>	<p><u>ความเสี่ยง</u></p> <p>ความเสี่ยงต่อการเสียชีวิต หรือบาดเจ็บ</p>	<p><u>ความเสี่ยง</u></p> <p>ไม่ใช่กฎหมายคุ้มครองความเสี่ยง</p>	<p><u>ความเสี่ยง</u></p> <p>=</p>

		สาหัส หรือถูกวาง ละเมิดทางเพศ		
ผู้ที่ก่อความเสี่ยง	ผู้ที่ก่อความเสี่ยง	ผู้ที่ก่อความเสี่ยง	ผู้ที่ก่อความเสี่ยง	ผู้ที่ก่อความเสี่ยง
ผู้ที่มีความเกี่ยวข้องกับ องค์กร (อายุ18ปี บริบูรณ์ หรือ มากกว่า)	ผู้ปฏิบัติงาน ที่เป็น ผู้ใหญ่(อายุมากกว่า 18ปี) ซึ่งเป็นลูกจ้าง ขององค์กร	บุคคลใดก็ได้ ที่กระทำ หรือละเว้นการกระทำ หน้าที่ตามกฎหมาย	-	=
<u>การดำเนินคดี</u>	<u>การดำเนินคดี</u>	<u>การดำเนินคดี</u>	<u>การดำเนินคดี</u>	<u>การดำเนินคดี</u>
ไม่ต้องพิสูจน์ว่าได้มี การกระทำความผิดต่อ เด็กเกิดขึ้น (แค่ละเมิดหน้าที่ก็ผิด แล้ว)	ไม่ต้องพิสูจน์ว่าได้มี การกระทำ ความผิดต่อเด็ก เกิดขึ้น (แค่ละเมิดหน้าที่ก็ผิด แล้ว)	ไม่จำเป็นต้องพิสูจน์ว่ามี อันตรายต่อเด็กขึ้น แล้วจริงๆ แค่พิสูจน์ให้ เห็นว่าจำเลยไม่ได้ ดำเนินการใดๆอันเป็น การตอบสนองต่อ สถานการณ์ที่เกิด ความเสี่ยงอย่างเช่นที่ วิญญูชนควรจะ กระทำ และเป็นการ ละเลยโดยประมาท เลินเล่ออย่างร้ายแรง		
<u>โทษ</u>	<u>โทษ</u>	<u>โทษ</u>	<u>โทษ</u>	<u>โทษ</u>
โทษจำคุกสูงสุดไม่เกิน 5ปี	โทษจำคุกอย่างสูงไม่ เกิน2ปี	โทษจำคุกไม่เกิน 10 ปี (โทษขึ้นอยู่กับความ ร้ายแรงของผลลัพธ์)	มาตรา 157 โทษ จำคุกตั้งแต่หนึ่งปี ถึงสิบปี หรือ ปรับตั้งแต่ 20,000- 200,000บาท หรือทั้งจำทั้งปรับ	มาตรา 83 โทษ จำคุกไม่เกินหนึ่ง เดือน หรือปรับ ไม่เกินหนึ่งหมื่น บาท หรือทั้งจำ ทั้งปรับและถ้าได้ ดำเนินการแก้ไข แล้ว การดำเนิน

				คดีอาญาเป็นอัน ระงับไป
--	--	--	--	---------------------------

จากการศึกษาวิเคราะห์กฎหมายของประเทศไทยเปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศในประเด็นความรับผิดของบุคคลในองค์กรที่เกี่ยวข้องกับเด็ก กรณีบกพร่องต่อการปกป้องหรือคุ้มครองเด็กจากความเสี่ยงที่จะเกิดอันตรายของประเทศไทยแล้วนั้น จะเห็นได้ว่าทั้งตามประมวลกฎหมายอาญาและพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กฯ ต่างก็ไม่มีบทบัญญัติในลักษณะที่กำหนดหน้าที่และความรับผิดแก่บุคคลผู้มีอำนาจในองค์กรที่ดำเนินกิจกรรมเกี่ยวข้องกับเด็กให้ต้องกระทำการใดๆเมื่อรับรู้ความเสี่ยงที่เกิดขึ้น เช่นนี้เมื่อไม่มีกฎหมายกำหนดหน้าที่ให้ต้องกระทำจึงไม่มีความรับผิดเมื่อละเลยไม่กระทำนั่นเอง ซึ่งแตกต่างจากต่างประเทศที่ได้กล่าวไปที่มีบทบัญญัติขึ้นเพื่อจัดการกับปัญหานี้โดยเฉพาะ โดยผู้เขียนเห็นว่าควรจะต้องเพิ่มบทบัญญัติในลักษณะดังกล่าวไว้ในประมวลกฎหมายอาญามาตรา 307 เนื่องจากเป็นกฎหมายที่มีเจตนารมณ์ในลักษณะใกล้เคียงที่สุดกับการคุ้มครองเด็กจากความเสี่ยงที่จะเกิดอันตราย

บทที่ 6

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

ในบทนี้ผู้เขียนได้แบ่งหัวข้อการศึกษาเป็น 2 หัวข้อได้แก่ 6.1 บทสรุป โดยผู้เขียนได้สรุปสาระสำคัญของบทต่างๆในภาพรวม ทั้งกฎหมายของประเทศไทยและกฎหมายต่างประเทศพร้อมทั้งเปรียบเทียบและวิเคราะห์กฎหมายดังกล่าว และในหัวข้อ 6.2 ข้อเสนอแนะ ผู้เขียนได้เสนอแนะแนวทางแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติ เพื่อการกำหนดความรับผิดแก่บุคคลผู้มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับเด็กและผู้เยาว์ หรือบุคคลผู้มีอำนาจในองค์กรที่ทำงานเกี่ยวข้องกับเด็กในขั้นตอนที่รับรู้ถึงความเสี่ยงแต่บกพร่องละเลยไม่จัดการกับความเสี่ยงนั้นดังจะกล่าวต่อไปนี้

6.1 บทสรุป

ในปัจจุบันแนวโน้มการกระทำผิดต่อเด็กและผู้เยาว์ยังคงเพิ่มสูงขึ้นเรื่อยๆซึ่งจะเห็นได้จากสถิติจำนวนที่เด็กและผู้เยาว์ตกเป็นผู้เสียหายจากการกระทำผิดของบุคคลอื่น¹ ทั้งในขณะที่อยู่ภายใต้การดูแลของบุคคลใกล้ชิดอันได้แก่ พ่อแม่ ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแล และในขณะที่เด็กอยู่ภายใต้การดูแลขององค์กรที่ดำเนินกิจกรรมเกี่ยวข้องกับเด็ก เช่น โรงเรียน สถานสงเคราะห์ หรือองค์กรอื่นๆ และโดยส่วนใหญ่แล้วการกระทำผิดต่อเด็กเกิดขึ้นได้โดยมีสาเหตุประการหนึ่งคือ กรณีที่บุคคลใกล้ชิดและบุคคลผู้มีอำนาจในองค์กรที่ดำเนินกิจกรรมเกี่ยวข้องกับเด็กนั้น ละเลยเพิกเฉยต่อความเสี่ยงในการที่เด็กอาจจะตกเป็นผู้เสียหายจากการกระทำผิดซึ่งบุคคลดังกล่าวรับรู้ได้² แต่กลับไม่มีการดำเนินการอย่างใดๆให้เหมาะสมเพื่อให้เป็นการลดหรือกำจัดความเสี่ยงเช่นว่านั้น ดังนั้นแล้ววิทยานิพนธ์ฉบับนี้จึงทำการศึกษาถึงความรับผิดทางอาญาของบุคคลสองประเภท อันได้แก่ บุคคลผู้ใกล้ชิดกับเด็กซึ่งมีหน้าที่ดูแลเด็กโดยเฉพาะเจาะจง และ บุคคลผู้มีอำนาจในองค์กรซึ่งดำเนินกิจกรรมเกี่ยวข้องกับเด็กซึ่งมีเด็กอยู่ภายใต้การดูแล หากบุคคลทั้งสองประเภทรับรู้ว่ามีความเสี่ยงสูง กล่าวคือ มีความเป็นไปได้อย่างมากที่เด็กอาจจะตกเป็นผู้เสียหายจากการกระทำผิดของบุคคลอื่น และบุคคลเช่นว่านั้นบกพร่องละเลยไม่จัดการกับความเสี่ยงจะมีผลทางกฎหมายเช่นไรตามกฎหมายไทยและกฎหมายของต่างประเทศเพื่อวิเคราะห์เปรียบเทียบและเสนอแนวทางแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายต่อไป

¹ ประเทศไทย, "สถิติศูนย์พึ่งได้ 14 ปี เด็ก-สตรี ถูกกระทำรุนแรง 247,480ราย" [ออนไลน์].

² เรื่องเดียวกัน.

6.1.1 ความสอดคล้องของการกำหนดความรับผิด กับ ทฤษฎีในการกำหนดความรับผิดอาญา และวัตถุประสงค์ในการลงโทษ

การกำหนดความรับผิดต่อการละเลยหรือบกพร่องต่อการปกป้องคุ้มครองเด็กจากความเสียหายที่อาจจะเกิดการกระทำความผิดโดยบุคคลอื่นนั้น มีจุดมุ่งหมายเพื่อกระตุ้นให้บุคคลที่มีเด็กอยู่ภายใต้การดูแลไม่ว่าจะเป็นบุคคลผู้ใกล้ชิดกับเด็ก หรือองค์กรที่ดำเนินกิจกรรมที่เกี่ยวข้องกับเด็ก ได้ตระหนักถึงหน้าที่และให้ความสำคัญกับความเสียหายที่บุคคลเหล่านั้นรับรู้ได้ เพื่อที่จะได้ดำเนินการใดๆให้เหมาะสม โดยการลดหรือกำจัดความเสี่ยงหรือพาเด็กออกจากสถานการณ์ที่มีความเสี่ยงว่าเด็กจะถูกทำร้ายนั้นซึ่งจะส่งผลเป็นการป้องกันอาชญากรรมที่จะเกิดแก่เด็กในอนาคต³ อีกทั้งยังเป็นการกำหนดหน้าที่และความรับผิดเพื่อให้ดำเนินการตอบสนองต่อสถานการณ์ที่มีความเสี่ยงอย่างเหมาะสมตั้งแต่ในขั้นตอนที่เพียงแค้รับรู้ถึงความเสี่ยง มากกว่าที่จะรอให้เกิดผลร้ายขึ้นกับเด็กจริงๆ

และเมื่อพิจารณาทฤษฎีในการกำหนดความรับผิดอาญากับกรณีดังกล่าวแล้วพบว่าการรับรู้ถึงความเสี่ยงในแต่ละเลยในการดำเนินการใดๆเพื่อปกป้องเด็กจากความเสียหายนั้น เป็นการกระทำที่มีผลกระทบกระเทือนต่อสังคมและยังส่งผลต่อการป้องกันอาชญากรรม เนื่องจากหากได้มีการลดหรือกระทำการใดๆเพื่อทำให้ความเสี่ยงในการที่จะเกิดการกระทำความผิดต่อเด็กหมดไป ก็อาจจะทำให้อาชญากรรมต่อเด็กไม่เกิดขึ้นหรือเกิดได้ยากขึ้นก็เป็นได้ เช่นนี้การกำหนดหน้าที่และความรับผิดให้บุคคลเพื่อให้ดำเนินการตอบสนองต่อสถานการณ์ที่เกิดความเสี่ยงต่อเด็กอย่างเหมาะสม โดยใช้กฎหมายอาญาเป็นเครื่องมือจึงน่าจะบรรลุวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองเด็กได้ ซึ่งสอดคล้องกับทฤษฎีในการกำหนดความรับผิดของเฮอริเบิร์ต แอล แพ็กเกอร์⁴ และนิเกล วอกเกอร์⁵ ทั้งยังไม่ขัดต่อข้อจำกัดอำนาจรัฐในการบัญญัติความผิดของดักลาส ฮูสาก⁶ด้วย ทั้งยังมีความสอดคล้องกับวัตถุประสงค์แห่งการลงโทษทางอาญา ในเรื่องการป้องกันอาชญากรรมที่จะเกิดขึ้นในสังคม(Crime Prevention or Community Safety) นอกจากนี้ความรับผิดเนื่องจากการรับรู้แต่ละเลยของบุคคลดังกล่าวนี้เป็นหลักความรับผิดในการกระทำของตนเอง (personal liability หรือ *Direct liability*)⁷เป็นการรับผิดเพราะตนมีเด็กอยู่ในความดูแลแต่กลับละเลยไม่ให้ความคุ้มครองดูแลเด็กอย่างเหมาะสม ซึ่งเป็นความผิดแม้ยังไม่มีผลร้ายจากการละเลยเกิดขึ้นกับเด็กนั่นเอง ดังนั้นกรณีจึงไม่ใช่การรับผิดเพราะผลในการกระทำของผู้อื่นตามทฤษฎีเพื่อการกระทำของบุคคลอื่น (Vicarious Liability)

³ Amanda Mahoney, "How Failure to Protect Laws Punish the Vulnerable," *Health Matrix: The Journal of Law-Medicine* 431.

⁴ Herbert L. Packer, *The Limits of the Criminal Sanction*, p. 296.

⁵ Nigel Walker, *Punishment, Danger and Stigma: The Morality of Criminal Justice*, pp. 4-23.

⁶ Douglas Husak, *Overcriminalization: The Limits of the Criminal Law*, pp. 37, 55-56, 84, 94,96-100.

⁷ George P. Fletcher, *Rethinking Criminal Law*, pp. 637-640.

ที่ถือเอาการกระทำของบุคคลอื่นเสมือนการกระทำของตน⁸ ทั้งยังไม่ใช่การรับผิดชอบเพราะเป็นผู้มีส่วนช่วยในการกระทำผิด (Accessorial Liability) อันเป็นความรับผิดชอบของ *ผู้ใช้ ผู้สนับสนุน* อีกด้วย⁹ เนื่องจากองค์ประกอบความรับผิดชอบต้องการเพียงแค่การรับรู้ถึงความเสี่ยงและละเลยไม่ดำเนินการให้เหมาะสมอันเป็นการกระทำของตัวบุคคลผู้มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับเด็ก หรือ ผู้มีอำนาจในองค์กรที่เกี่ยวข้องกับเด็กเองเท่านั้น ไม่ได้พิจารณาถึงการมีส่วนร่วมในการกระทำผิดต่อเด็กและผลลัพธ์ที่เกิดขึ้นจากการละเลยแต่อย่างใด

จากการศึกษาและวิเคราะห์ข้อจำกัดของกฎหมายไทยในการนำมาปรับใช้กับกรณีที่บุคคลใกล้ชิดกับเด็ก และกรณีบุคคลผู้มีอำนาจในองค์กรที่ดำเนินกิจกรรมเกี่ยวข้องกับเด็ก ซึ่งรับรู้ความเสี่ยงที่อาจจะตกเป็นผู้เสียหายในการกระทำผิด แต่ละเลยบกพร่องไม่ดำเนินการใดๆกับความเสี่ยงนั้น เปรียบเทียบกับการบังคับใช้ในกฎหมายต่างประเทศอาจจะสรุปได้ดังนี้

6.1.2 ขอบเขตการคุ้มครองเด็กจากความเสี่ยงที่จะเกิดอันตรายตามกฎหมายไทย

เมื่อพิเคราะห์ความรับผิดตามประมวลกฎหมายอาญาแล้วพบว่ากฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดหน้าที่ให้บุคคลใดต้องกระทำการเพื่อปกป้องความเสี่ยงที่เด็กน่าจะเกิดอันตรายนั้น มีอยู่ 2 กรณี กล่าวคือ ความผิดฐานทอดทิ้งเด็กอายุไม่เกิน 9 ปี ตามมาตรา 306 ซึ่งเป็นกรณีที่กฎหมายกำหนดหน้าที่แก่บุคคลใดก็ตามโดยจะต้องไม่ทำการทอดทิ้งเด็กซึ่งอายุไม่เกิน 9 ปีไว้¹⁰ และความผิดฐานทอดทิ้งผู้ซึ่งพึ่งตนเองไม่ได้ตามมาตรา 307 นั้นเป็นกรณีที่กำหนดหน้าที่แก่ผู้มีหน้าที่ตามกฎหมายหรือตามสัญญาที่ต้องที่จะต้องดูแลบุคคลดังกล่าว ต้องไม่ทำการในลักษณะทอดทิ้งบุคคลนั้นโดยประการที่น่าจะเป็นเหตุให้เกิดอันตรายแก่ชีวิต¹¹ แต่อย่างไรก็ตามแม้จะเป็นกฎหมายที่มีขึ้นเพื่อคุ้มครองความเสี่ยงที่จะเกิดอันตรายแก่เด็ก แต่ความผิดฐานนี้นั้นใช้บังคับกับเฉพาะกรณี *ทอดทิ้ง* คือการเอาไปทิ้งหรือเอาไปปล่อยโดยไม่ต้องการเป็นธุระแล้วเท่านั้น การพาเด็กไปไว้กับบุคคลอื่นไม่ใช่การทอดทิ้ง¹² เช่นนี้จึงไม่อาจปรับใช้กับกรณีที่เด็กมีความเสี่ยงในการที่จะตกเป็นผู้เสียหายจากการกระทำผิดในลักษณะอื่นที่มีไม่ใช่ว่าทอดทิ้งได้ ดังนั้นเมื่อผู้ที่มีเด็กอยู่ในความดูแลซึ่งรับรู้ถึงความเสี่ยงดังกล่าวแต่ละเลยไม่จัดการกับความเสี่ยงอันเป็นการกระทำเพื่อปกป้องเด็กในขั้นตอนก่อนที่จะเกิดอันตรายกับเด็กขึ้นจริงๆ บุคคลเช่นว่านั้นแม้รับรู้แต่ละเลยก็ไม่มีความรับผิดตามมาตรา 306 หรือ 307 แต่อย่างใด อีกทั้งมาตรา 307 นั้นคุ้มครองแต่เฉพาะเด็กผู้ซึ่งยังพึ่งพาตนเองไม่ได้เท่านั้น เช่นนี้แล้วเด็ก

⁸ Wayne R. LaFave, *Criminal Law*, p. 694.

⁹ ทรงพล สงวนพงศ์, "ความรับผิดในทางอาญาของผู้ใช้," หน้า 13-14.

¹⁰ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 306

¹¹ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 307

¹² คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1190/2502

ที่พึ่งพาตนเองได้แต่มีความเสี่ยงที่อาจจะได้รับอันตรายจากการกระทำคามผิดในลักษณะอื่นจึงไม่ได้รับความคุ้มครองตามมาตรานี้

นอกจากนี้จากการพิเคราะห์ความรับผิดชอบละเว้นการปฏิบัติหน้าที่ตามมาตรา 157¹³ ที่อาจจะปรับใช้แก่กรณีที่บุคคลในองค์กรที่ละเลยไม่จัดการกับความเสี่ยงนั้น พบว่ามีข้อจำกัด กล่าวคือ บุคคลที่จะต้องรับผิดชอบตามมาตรานี้นั้นต้องเป็นเจ้าพนักงานตามความหมายที่กำหนดไว้¹⁴ แต่องค์กรที่ดำเนินกิจกรรมอันเกี่ยวข้องกับเด็กนั้นมีอยู่มากมายทั้งรัฐและเอกชนซึ่งผู้มีอำนาจในการที่จะลดหรือกำจัดความเสี่ยงที่จะเกิดแก่เด็กในองค์กรเหล่านั้นๆ อาจจะไม่ใช่บุคคลผู้เป็นเจ้าพนักงานตามความหมายของมาตรานี้ก็ได้ ทั้งองค์ประกอบความผิดนั้นต่างก็ต้องการเจตนาพิเศษ กล่าวคือ ในความผิดส่วนแรกละเว้นโดยมีเจตนาเพื่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้หนึ่งผู้ใด และในส่วนของสองต้องละเว้นโดยมีเจตนาทุจริต ดังนั้นหากเป็นแค่กรณีละเลยไม่ให้ความสนใจและไม่ดำเนินการใดๆให้เหมาะสมของบุคคลดังกล่าว ไม่ได้กระทำลงโดยมีเจตนาพิเศษแล้วนั้นก็ไม่มี ความผิดแต่อย่างใด

นอกจากนี้จากการศึกษาบทบัญญัติตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 เมื่อพิเคราะห์แล้วพบว่าพบว่ามีบทบัญญัติใดอันมีลักษณะเป็นการกำหนดหน้าที่และความรับผิดชอบ เพื่อปกป้องคุ้มครองเด็กในขั้นตอนที่รับรู้ความเสี่ยงที่จะเกิดอันตรายจากการกระทำของบุคคลอื่น และบุคคลเช่นว่านั้นได้บกพร่องละเลยไม่ดำเนินการอย่างไรๆให้เหมาะสมเพื่อลดหรือกำจัดความเสี่ยง อันเป็นขั้นตอนก่อนที่จะเกิดการกระทำคามผิดต่อเด็กขึ้น กรณีจึงไม่อาจปรับใช้กับพระราชบัญญัติ คุ้มครองเด็กได้เช่นกัน

ตามกฎหมายของประเทศไทยแล้วแม้บุคคลดังกล่าวจะรับรู้ถึงความเสี่ยงที่จะเกิดอันตรายขึ้นกับเด็ก แต่บกพร่องละเลยไม่ได้จัดการดำเนินการอย่างไรๆเพื่อเป็นการปกป้องเด็กให้เหมาะสมนั้น ก็ไม่มีความรับผิดชอบจากการละเลยในขั้นตอนนี้แต่อย่างใด การพิจารณาความรับผิดชอบของบุคคลที่เกี่ยวข้องในกรณีต่อบกพร่องต่อการดูแลเด็กตามกฎหมายอาญาของไทยนั้นมักจะเกิดขึ้น เมื่อมีการกระทำคามผิดเกิดขึ้นกับเด็กแล้ว ในขณะที่กฎหมายต่างประเทศอันได้แก่ ประเทศสหรัฐอเมริกา มลรัฐแคลิฟอร์เนีย มลรัฐนิวยอร์ก และประเทศนิวซีแลนด์นั้นได้มีบทบัญญัติที่เป็นการกำหนดความรับผิดชอบแก่**บุคคลใกล้ชิดกับเด็ก**ในขั้นตอนรับรู้ความเสี่ยงแต่ละเลยไม่ดำเนินการใดๆ เพื่อให้เด็กพ้นไปจากสถานการณ์ที่มีความเสี่ยงนั้นและเป็นกฎหมายที่มีแนวคิดในการคุ้มครองเด็ก ก่อนที่จะมีการกระทำที่เป็นอันตรายเกิดขึ้นนั่นเอง¹⁵ โดยมีรายละเอียดต่อไปนี้

¹³ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 157

¹⁴ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 1 (16)

¹⁵ Alison B. Vreeland, "The Criminalization of Child Welfare in New York City: Sparing the Child or Spoiling the Family?," *Fordham Urban Law Journal*: 1053-1067.

6.1.3 ความรับผิดชอบของบุคคลผู้ใกล้ชิดกับเด็ก กรณีบกพร่องต่อการปกป้องหรือคุ้มครองเด็กจากความ ความเสี่ยงที่จะเกิดอันตราย ตามกฎหมายต่างประเทศ

สำหรับบทบัญญัติที่เป็นการกำหนดความรับผิดแก่บุคคลใกล้ชิดกับเด็กในชั้นตอนรับรู้ความเสี่ยงของประเทศสหรัฐอเมริกา มลรัฐแคลิฟอร์เนียนั้น ปรากฏอยู่ในมาตรา 273a แห่งประมวลกฎหมายอาญาแคลิฟอร์เนีย ใน **ความผิดฐานทำให้เด็กตกอยู่ในอันตราย (Child Endangerment)**¹⁶ หรือ เรียกอีกอย่างหนึ่งว่า Failure to protect Law นั้นเอง โดยเป็นการกำหนดหน้าที่แก่ผู้ที่มีเด็กอยู่ในความดูแล หากไม่สามารถดูแลเด็กได้อย่างเพียงพอหรือไม่สามารถหลีกเลี่ยงสถานการณ์ที่ทำให้เด็กตกอยู่ในเป็นอันตรายโดยไม่จำเป็นได้ ถือเป็นกรกระทำผิดซึ่งมีโทษทางอาญา¹⁷ ส่วนในมลรัฐนิวยอร์กนั้นก็มีความหมายในลักษณะเดียวกันปรากฏอยู่ในมาตรา 260.10 ใน **ความผิดฐานทำให้สวัสดิภาพของเด็กตกอยู่ในอันตราย (Endangering the welfare of a child)**¹⁸ แห่งประมวลกฎหมายอาญา และเป็นกฎหมายที่มีแนวคิดในการคุ้มครองเด็กก่อนที่จะเกิดอันตราย ดังเช่นกฎหมายของแคลิฟอร์เนียนั่นเอง¹⁹ และในการดำเนินความผิดตามกฎหมายของทั้งสองประเทศนี้ไม่จำเป็นต้องมีอันตรายเกิดขึ้นกับเด็กจริงๆ เพียงแค่พิสูจน์ถึงความน่าจะเป็นที่สามารถเป็นไปได้ก็เพียงพอแล้ว²⁰

สำหรับประเทศนิวซีแลนด์นั้นปรากฏอยู่ในบทบัญญัติมาตรา 195A ใน **ความผิดฐานความบกพร่องในการปกป้องเด็ก หรือ ผู้ใหญ่ที่อ่อนแอ (Failure to protect child or vulnerable adult)**²¹ แห่งพระราชบัญญัติอาชญากรรม ค.ศ.1961 ซึ่งกำหนดขึ้นมาโดยพิจารณาจากความสัมพันธ์ของบุคคลที่ต้องรับผิดชอบกับผู้เสียหายที่อยู่ในลักษณะมีความใกล้ชิดต่อกันอย่างเพียงพอ (sufficient proximity) ดังนั้นจึงมีโอกาสที่จะตระหนักถึงความเสี่ยง คือ มีโอกาสที่จะตระหนักถึงอันตรายที่อาจจะเกิดผลร้ายต่อเด็กได้ก่อนบุคคลอื่นและสามารถดำเนินการใดๆ เพื่อปกป้องผู้เสียหายจากความเสี่ยงได้²² โดยแนวคิดและความมุ่งหมายที่สำคัญที่สุดของกฎหมายนี้ คือ การกระตุ้นให้มี

¹⁶ California Penal Code: Section 273a. Child Endangerment

¹⁷ Jenny Brown, "California Penal Code's Child Neglect/Abandonment Statutes: Religious Freedom or Religious Persecution?," *Santa Clara Law Review* 617-621.

¹⁸ New York Penal Code: Section 260.10 Endangering the welfare of a child

¹⁹ Alison B. Vreeland, "The Criminalization of Child Welfare in New York City: Sparing the Child or Spoiling the Family?," *Fordham Urban Law Journal*: 1053-1054.

²⁰ People v. Doe, 512 N.Y.S.2d (Crim. Ct. 1987), 636-638.

²¹ Crime Act 1961 section 195A: Failure to protect child or vulnerable adult

²² Law Commission, *Report: 11 Review of Part 8 of the Crimes Act 1961: Crimes against the Person*, p.

การดำเนินการอย่างใดๆเพื่อเป็นการป้องกันและเพื่อเป็นการเปิดเผยสถานการณ์ที่ไม่เหมาะสมที่อาจส่งผลให้เกิดอันตรายต่อผู้เสียหาย ก่อนที่จะเกิดอันตรายเช่นนั้นขึ้นมาจริงๆนั่นเอง²³

ข้อพิจารณาที่ 1 อายุของเด็กที่ได้รับความคุ้มครอง

กฎหมายของมลรัฐแคลิฟอร์เนียบทบัญญัติมาตรา 273a นั้น มุ่งคุ้มครองสวัสดิภาพของเด็ก ซึ่งหมายถึง บุคคลที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปีบริบูรณ์²⁴ ส่วนกฎหมายของมลรัฐนิวยอร์กนั้นเด็กที่ถูกคุ้มครองตาม มาตรา 260.10 (1) บุคคลที่มีอายุต่ำกว่า 17 ปี²⁵ และสำหรับกฎหมายของประเทศนิวซีแลนด์นั้น มาตรา 195A บุคคลที่มาตรานี้มุ่งคุ้มครองมีสองประเภท คือ “เด็ก” และ “ผู้ใหญ่ที่อ่อนแอ” ซึ่งเด็ก คือบุคคลที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปี นั่นเอง²⁶ เมื่อพิจารณาแล้วจะเห็นได้ว่าเด็กที่ได้รับความคุ้มครองจากความเสี่ยงตามกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาแคลิฟอร์เนียและประเทศนิวซีแลนด์นั้นมีการกำหนดอายุไว้มากกว่ากฎหมายมลรัฐนิวยอร์ก กล่าวคือ กำหนดไว้เท่ากันคือเด็กต้องมีอายุต่ำกว่า 18ปีนั่นเอง ซึ่งเป็นการกำหนดความหมายที่สอดคล้องกับนิยามของคำว่า “เด็ก” ที่ปรากฏในอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กอันเป็นมาตรฐานสากล

ส่วนกรณีของประเทศไทยนั้นเนื่องจากไม่มีบทบัญญัติที่กำหนดขึ้นเพื่อให้บุคคลอื่นต้องมีหน้าที่คุ้มครองปกป้องเด็กในขั้นตอนที่รับรู้ว่ามีความเสี่ยงเกิดขึ้นโดยเฉพาะ มีเพียงแต่การคุ้มครองความเสี่ยงที่น่าจะเกิดอันตรายจากการทอดทิ้งเด็กตามมาตรา 306 และ307เท่านั้น ซึ่งมาตรา 306 ให้ความคุ้มครองเด็กอายุไม่เกิน 9ปี ส่วนมาตรา 307 นั้นให้ความคุ้มครองผู้ซึ่งยังพึ่งตนเองไม่ได้ เพราะอายุ ความเจ็บป่วย เป็นต้น ดังนั้นมาตรา307จึงให้คุ้มครองถึงเด็กที่มีอายุเกิน 9ปีแต่ต้องเป็นเด็กที่ยังพึ่งตนเองไม่ได้นั่นเอง เช่นนี้แล้วหากจะต้องมีการกำหนดหน้าที่และความรับผิดชอบในกรณีบุคคลผู้ใกล้ชิดรับรู้ถึงความเสี่ยงแต่ละเลยขึ้น จึงต้องพิจารณาความหมายของเด็กตามกฎหมายต่างๆ เพื่อที่จะสามารถกำหนดมาตรการทางกฎหมายที่เหมาะสมกับประเทศไทยได้ กล่าวคือ ตามประมวลกฎหมายอาญาแม้ไม่มีบทบัญญัติใดนิยามความหมายของคำว่า “เด็ก”ไว้เป็นการเฉพาะ แต่จากบทบัญญัติส่วนใหญ่เด็กมักจะมี หมายถึง บุคคลที่อายุไม่เกิน15ปี ซึ่งได้รับความคุ้มครองโดยเฉพาะในความผิดเกี่ยวกับเพศเป็นพิเศษ ส่วนพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ.2456 เด็กที่มีสิทธิได้รับความคุ้มครอง คือ บุคคลซึ่งมีอายุต่ำกว่า 18 ปี แต่ไม่รวมถึงผู้ที่บรรลุนิติภาวะด้วยการสมรส²⁷ ทั้งนี้ผู้เขียน

²³ Ben Mathews and Maureen Kenny, "Mandatory Reporting Legislation in the United States, Canada, and Australia: A Cross-Jurisdictional Review of Key Features, Differences, and Issues," *Child Maltreatment*: 50,60.

²⁴ Hon. Sandy R. Kriegler and Chair, *Judicial Council of California Criminal Jury Instructions: Calcrim 2017*, p. 538.

²⁵ New York Penal Code: Section 260.10 (1)

²⁶ Crime Act 1961 section 195(3)

²⁷ พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ.2456 มาตรา 4

เห็นว่าเนื่องด้วยเป็นการกำหนด**ความรับผิดชอบทางอาญา**ของบุคคลในการคุ้มครองเด็กจากความเสียหายที่อาจตกเป็นผู้เสียหายจากการกระทำความผิดของบุคคลอื่น ดังนั้นอายุของเด็กที่กำหนดให้ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายนี้ควรอยู่ที่ไม่เกิน 15 ปี เพื่อให้สอดคล้องกับประมวลกฎหมายอาญา และควรคุ้มครองไปถึงผู้เยาว์ที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปี อันเป็นไปในแนวทางเดียวกับกฎหมายของรัฐแคลิฟอร์เนียและประเทศนิวซีแลนด์ด้วย

ข้อพิจารณาที่ 2 บุคคลที่ต้องมีหน้าที่และความรับผิดชอบในการที่จะต้องกระทำการใดๆ เพื่อคุ้มครองเด็กจากความเสียหายที่จะเกิดอันตราย

ตามกฎหมายของประเทศนิวซีแลนด์บุคคลที่ต้องมีหน้าที่และความรับผิดชอบในการคุ้มครองความเสี่ยงของเด็ก คือ บุคคลที่เป็นสมาชิกในครัวเรือนเดียวกันกับเด็กและต้องมีปฏิสัมพันธ์กับเด็กบ่อยครั้ง²⁸ จึงมีหน้าที่ในการที่จะปกป้องเด็กจากความเสียหายที่รับรู้ได้นั้นเนื่องจากเป็นความรับผิดชอบบนฐานของความสัมพันธ์ที่ใกล้ชิดเพียงพอนั่นเอง เช่นนี้จะเห็นได้ว่าผู้ที่ต้องรับผิดชอบตามมาตรา 195A นี้ ต้องการองค์ประกอบทั้งในเรื่องที่เป็นสมาชิกครัวเรือนเดียวกัน และต้องเป็นผู้ที่มีปฏิสัมพันธ์กับผู้เสียหายบ่อยครั้งด้วย ซึ่งจะแตกต่างจากกฎหมายของมลรัฐแคลิฟอร์เนียและนิวยอร์กที่ไม่ต้องการองค์ประกอบเช่นนั้น กล่าวคือ กฎหมายแคลิฟอร์เนียนั้นกำหนดหน้าที่และความรับผิดชอบให้แก่บุคคลใดก็ตามที่มีเด็กอยู่ในความดูแล²⁹ โดยไม่พิจารณาถึงความเป็นสมาชิกครัวเรือนเดียวกันหรือการติดต่อปฏิสัมพันธ์ใดๆ เพียงแค่มิเด็กอยู่ในความดูแลในขณะนั้นก็มีความรับผิดชอบตามมาตรานี้ได้ เนื่องจากเป็นความรับผิดชอบบนฐานของการมีหน้าที่ดูแลเด็กนั่นเอง ส่วนกฎหมายนิวยอร์กกำหนดหน้าที่ให้แก่บุคคลใดๆ³⁰ก็ตาม ไม่ว่าจะมิเด็กอยู่ในความดูแลหรือไม่ ให้บุคคลดังกล่าวต้องไม่กระทำการใดๆ ซึ่งส่งผลให้เด็กตกอยู่ในสถานการณ์ที่น่าจะเป็นอันตรายได้จากการกระทำหรือไม่กระทำของตน ทั้งนี้ผู้เขียนเห็นว่าผู้ที่ควรจะต้องกำหนดให้มีหน้าที่และความรับผิดชอบในการคุ้มครองความเสี่ยงก่อนที่จะมีอันตรายเกิดขึ้นแก่เด็กนั้น ควรกำหนดเฉพาะผู้ที่มีเด็กอยู่ในความดูแล เช่นเดียวกับกฎหมายแคลิฟอร์เนียจะมีความเหมาะสมกับประเทศไทยมากกว่า เนื่องจากผู้ที่มีเด็กอยู่ในความดูแลนั้นเมื่อเทียบกับกฎหมายไทยแล้วก็เป็นผู้ที่มีหน้าที่ในการดูแลเด็กอยู่แล้วนั่นเอง โดยอาจเป็นหน้าที่ที่เกิดจากกฎหมาย สัญญา หรือกรณีอื่นก็ได้ซึ่งก็จะสอดคล้องกับการกำหนดหน้าที่ป้องกันความเสี่ยงตามมาตรา 307 แห่งประมวลกฎหมายอาญาด้วย³¹

²⁸ Crime Act 1961 section 195A (2)(a)

²⁹ California Penal Code: Section 273a.

³⁰ New York Penal Code: Section 260.10 (1)

³¹ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 307

ข้อพิจารณาที่ 3 ขอบเขตของความเสียหายที่มุ่งคุ้มครอง

เมื่อพิเคราะห์แล้วพบว่ากฎหมายของทั้ง 3 ประเทศนั้นมีความแตกต่างกัน กล่าวคือ ประการแรกขอบเขตในการคุ้มครองเด็กจากความเสียหายของกฎหมายมลรัฐนิวยอร์กนั้น มีขอบเขตที่กว้างกว่าอีกสองประเทศ คือ เป็นการคุ้มครองเด็กจากความเสียหายที่อาจจะเกิดอันตรายได้ไม่ว่าทางร่างกาย จิตใจ หรือศีลธรรมก็เป็นความผิดได้³² ซึ่งจะแตกต่างจากมลรัฐแคลิฟอร์เนียโดยมาตรา 273a(a) มุ่งคุ้มครองเฉพาะความเสียหายต่อการบาดเจ็บอย่างรุนแรง หรืออาจถึงแก่ความตายได้เท่านั้น³³ ส่วน (b) เป็นการคุ้มครองจากความเสียหายที่จะเป็นอันตรายนอกเหนือจาก(a) ซึ่งโดยเป็นความเสียหายต่อร่างกายหรือสุขภาพเท่านั้น³⁴ ส่วนประเทศนิวซีแลนด์นั้นขอบเขตการคุ้มครองจะแคบกว่าโดยคุ้มครองเฉพาะความเสียหายต่อการเสียชีวิต หรือ เป็นอันตรายต่อร่างกายอย่างสาหัส หรือถูกล่วงละเมิดทางเพศเท่านั้น³⁵ ซึ่งก็จะคล้ายกับ มาตรา 273a(a) ของแคลิฟอร์เนียเพียงแต่เพิ่มการคุ้มครองเด็กจากการถูกล่วงละเมิดทางเพศเข้ามาด้วย นอกจากนี้ความแตกต่างประการที่สองนั้น กฎหมายของประเทศนิวซีแลนด์ได้จำกัดการคุ้มครองเฉพาะกรณีความเสียหายดังกล่าวนี้เกิดขึ้นจากการกระทำ หรือ ละเว้นตามกฎหมาย ของบุคคลอื่นเท่านั้น³⁶ แต่กฎหมายของมลรัฐแคลิฟอร์เนียและนิวยอร์กนั้นจะเป็นความเสียหายที่เกิดจากอะไรก็ได้ ไม่เพียงแต่เฉพาะการกระทำหรือละเว้นไม่กระทำของบุคคลอื่น ทั้งนี้เพื่อให้มีการปรับใช้กับสถานการณ์อื่นๆได้ด้วย แต่มาตรา 195A ของประเทศนิวซีแลนด์นั้นบัญญัติขึ้นมาเพื่อใช้กับกรณีที่บุคคลละเลยไม่ดำเนินการกับความเสียหายโดยเฉพาะ ทั้งนี้ผู้เขียนเห็นว่าการกำหนดขอบเขตของการคุ้มครองอย่างเช่นกฎหมายของมลรัฐนิวยอร์กนั้นมีขอบเขตการคุ้มครองที่กว้างเกินไป ซึ่งอาจทำให้เกิดปัญหาในการบังคับใช้ได้เพราะการกระทำใดๆก็ตามรวมถึงการกระทำที่เกิดจากการตัดสินใจผิดพลาดก็อาจจะเป็นความผิดตามมาตรา³⁷ ด้วย ซึ่งจะเป็นการสร้างภาระให้แก่บุคคลที่มีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามกฎหมายเกินสมควร ดังนั้นผู้เขียนจึงเห็นว่าการกำหนดขอบเขตของความเสียหายไว้เฉพาะอย่างประเทศนิวซีแลนด์จึงเหมาะสมกว่า

ข้อพิจารณาที่ 4 องค์กรประกอบความผิด

เมื่อพิเคราะห์แล้วพบว่าองค์กรประกอบความรับผิดชอบของกฎหมายมลรัฐแคลิฟอร์เนีย และนิวยอร์กนั้นมีลักษณะที่คล้ายกัน กล่าวคือ เป็นกรณีที่บุคคลเจตนากระทำการใดๆอันทำให้เด็ก

³² New York Penal Code: Section 260.10 (1)

³³ California Penal Code: Section 273a (a)

³⁴ California Penal Code: Section 273a (b)

³⁵ Crime Act 1961 section 195A (1)(a)

³⁶ Crime Act 1961 section 195A (1)(a) subsection (i) and (ii)

³⁷ Alison B. Vreeland, "The Criminalization of Child Welfare in New York City: Sparing the Child or Spoiling the Family?," *Fordham Urban Law Journal*: 1062.

ตกอยู่ในสถานการณ์ที่น่าจะเป็นอันตรายต่อตัวเด็กหรือต่อสุขภาพของเด็ก ทั้งนี้ไม่จำเป็นต้องตั้งใจที่จะให้เด็กเกิดอันตรายเพียงแค่อัตตาหทัยที่จะกระทำการใด ๆ อันสามารถทำให้เด็กน่าจะเกิดอันตรายได้ก็พอแล้ว³⁸ โดยศาลของทั้งสองประเทศมีแนวทางในการตัดสินแบบเดียวกันในกรณีที่บุคคลรู้ว่าเด็กอยู่ในสถานการณ์เด็กมีความเสี่ยงที่จะเป็นอันตรายได้ (พิจารณาโดยเทียบจากวิญญูชนที่อยู่ในวิสัยและพฤติการณ์เดียวกัน) หากละเลยไม่กระทำการใดเพื่อให้เด็กพ้นไปจากสถานการณ์นั้น ถือเป็นกรกระทำโดยเป็นการอนุญาตให้เด็กอยู่ในสถานการณ์ที่น่าจะเป็นอันตรายต่อไป กรณีจึงเป็นความผิดทั้งตามมาตรา 273a ของแคลิฟอร์เนีย³⁹ และมาตรา 260.10(1) ของนิวยอร์ก⁴⁰ โดยไม่จำเป็นต้องพิจารณาว่าท้ายที่สุดแล้วมีผลลัพธ์คืออันตรายเกิดขึ้นกับเด็กหรือไม่เพียงแต่การกระทำนั้นสามารถที่จะเกิดอันตรายต่อเด็กได้ก็เพียงพอแล้ว เนื่องจากกฎหมายของทั้งสองประเทศนี้มีแนวคิดเพื่อคุ้มครองเด็กในขั้นตอนก่อนที่จะเกิดความเสียหายขึ้นกับเด็กจริงๆ

แต่อย่างไรก็ตามกฎหมายของแคลิฟอร์เนีย และนิวยอร์กก็มีความแตกต่างกันอย่างมาก โดยกฎหมายของแคลิฟอร์เนีย มาตรา 273a นั้น ไม่ว่าจะ(a)หรือ(b) ต่างก็ต้องการองค์ประกอบเรื่อง **ความประมาททางอาญา** ด้วย โดยจะต้องเป็นการประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง⁴¹ คือ หากเป็นกรณีละเลยไม่พาเด็กออกไปให้พ้นจากสถานการณ์ที่มีความเสี่ยง ก็ต้องเป็นการละเลยทั้งที่วิญญูชนคาดหมายได้ว่าการละเลยนั้นน่าจะทำให้เด็กได้รับอันตรายได้ด้วยเช่นกัน ส่วนกฎหมายของนิวยอร์กนั้น มาตรา 260.10(1) ไม่ต้องการองค์ประกอบความผิดเรื่องความประมาททางอาญา ดังนั้นเพียงแค่อัตตาหทัยกระทำการใด ๆ ซึ่งการกระทำนั้นมีความเสี่ยงที่น่าจะก่อให้เกิดอันตรายแก่เด็กไม่ว่ามากน้อยเพียงใด และไม่จำเป็นที่จะเป็นอันตรายต่อร่างกาย จิตใจ หรือ ศีลธรรมของเด็ก ก็เป็นความผิดตามมาตรา นี้แล้ว เมื่อพิเคราะห์แล้วจะเห็นได้ว่ากฎหมายของมลรัฐนิวยอร์กนั้นมีข้อเสียคือขอบเขตการคุ้มครองกว้างมาก เช่นนี้ผู้เขียนจึงเห็นว่าหากนำไปบังคับใช้อาจจะมีปัญหาในทางปฏิบัติอันเป็นการก่อภาระเกินสมควรให้กับผู้ที่ต้องปฏิบัติตามกฎหมายได้

ส่วนกฎหมายของประเทศนิวซีแลนด์นั้นมีลักษณะที่แตกต่างจากกฎหมายทั้งสองประเทศข้างต้น เนื่องจากบทบัญญัติเป็นการกำหนดไว้โดยเฉพาะเจาะจงว่าเป็นกรณีรู้ตัวเด็กมีความเสี่ยง และได้ละเลยไม่ดำเนินการตามขั้นตอนที่เหมาะสมอย่างน้อยในขั้นต่ำที่สุดเพื่อป้องกันความเสี่ยง

³⁸ People v. Doe, 512 N.Y.S.2d (Crim. Ct. 1987), 636-638

³⁹ People v. Burton, 143 Cal.App.4th (Cal. Ct. App. 2006), 447-454.

⁴⁰ People v Johnson, 95 NY2d 368 (Oct 26, 2000).

⁴¹ Hon. Sandy R. Kriegler and Chair, Judicial Council of California Criminal Jury Instructions: Calcrim 2017, pp. 538-539.

นั้น⁴² โดยเปรียบเทียบจากวิญญูชน หากอยู่ในวิสัยหรือพฤติการณ์เดียวกันควรจะต้องกระทำ⁴³ ดังนั้น จะต้องเป็นความเสี่ยงที่เกิดจากการกระทำหรือละเว้นของบุคคลอื่นเท่านั้น อีกทั้งบทบัญญัติยังใช้คำว่า “ละเลย” ดังนั้นจึงบังคับใช้แต่กับกรณีที่บุคคลดังกล่าวละเลยไม่จัดการใดๆกับความเสี่ยงเท่านั้น ซึ่งแตกต่างจากกฎหมายของแคลิฟอร์เนียและนิวยอร์กที่บังคับใช้ได้ไม่ว่าความเสี่ยงนั้นเกิดจากอะไร และบังคับใช้ทั้งในกรณีที่บุคคลนั้นกระทำ หรือละเลยไม่กระทำการใดๆอันส่งผลให้เด็กยังคงอยู่ในสถานการณ์ที่มีความเสี่ยงนั้นเพราะเป็นกฎหมายที่บัญญัติมาอย่างกว้างๆเพื่อให้ใช้ได้กับสถานการณ์อื่นๆด้วย ทั้งนี้เนื่องจากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ศึกษาเฉพาะกรณีผลทางกฎหมายของการละเลยเพิกเฉยต่อความเสี่ยงที่เกิดโดยบุคคลอื่น ดังนั้นผู้เขียนจึงเห็นว่าการกำหนดขอบเขตเฉพาะความเสี่ยงที่อาจเกิดจากการกระทำหรือละเว้นหน้าที่ตามกฎหมายของบุคคลอื่น และกำหนดองค์ประกอบความผิดเฉพาะการรู้และละเลยอย่างประมาทจึงมีความชัดเจนและเหมาะสมแก่กรณีมากกว่า

ข้อพิจารณาที่ 5 การพิสูจน์การกระทำผิดตามมาตรานี้และโทษ

กฎหมายของแคลิฟอร์เนียหากสถานการณ์นั้นพิจารณาได้ว่าเด็กมีความเสี่ยงต่อการบาดเจ็บอย่างรุนแรง หรือ อาจถึงแก่ความตายได้นั้น กรณีจึงเป็นความผิดร้ายแรงมีโทษจำคุกสูงสุดไม่เกิน 2 ปี 4 ปี หรือ 6 ปี⁴⁴ แต่หากเด็กไม่มีความเสี่ยงเช่นนั้นก็เป็นเพียงความผิดไม่ร้ายแรง มีโทษจำคุกไม่เกิน 1 ปีหรือ ปรับไม่เกิน 1,000 ดอลลาร์⁴⁵ ในการดำเนินคดีจึงพิสูจน์เพียงแค่ว่าเด็กมีความเสี่ยงที่จะเป็นอันตรายหรือไม่เท่านั้นไม่จำเป็นต้องมีผลลัพธ์คืออันตรายแก่เด็กเกิดขึ้นจริงๆ⁴⁶ ส่วนกฎหมายของมลรัฐนิวยอร์กการกระทำผิดตามมาตรา 260.10(1) เป็นความผิดไม่ร้ายระดับ A ซึ่งมีโทษจำคุกไม่เกิน 1 ปีโดยไม่ได้กำหนดโทษขั้นต่ำ⁴⁷ ในการดำเนินคดีก็ไม่จำเป็นต้องมีผลลัพธ์ท้ายที่สุดคืออันตรายเกิดขึ้นกับเด็กแต่อย่างใดเพียงแค่ว่าพิสูจน์ได้ว่าน่าจะเกิดอันตรายได้ก็เพียงพอแล้ว⁴⁸ ซึ่งมีลักษณะเช่นเดียวกันกับกฎหมายของแคลิฟอร์เนีย เช่นนี้จะเห็นได้ว่าโทษที่กำหนดไว้ไม่สูงนักเนื่องจากบทบัญญัติในฐานความผิดการทำให้เกิดอันตรายแก่สวัสดิภาพของเด็กนี้ ทั้งแคลิฟอร์เนีย และนิวยอร์กต่างก็บัญญัติไว้ให้เป็นฐานความผิดที่แยกออกมา ดังนั้นหากการกระทำที่เกิดขึ้นเข้าลักษณะองค์ประกอบความผิดของมาตราอื่นด้วย บุคคลดังกล่าวก็มีความผิดตามมาตรานั้นๆอีกฐานหนึ่งด้วย

⁴² Crime Act 1961 section 195A (1)(b)

⁴³ Law Commission, Report: 11 Review of Part 8 of the Crimes Act 1961: Crimes against the Person, p.

81.

⁴⁴ California Penal Code: Section 273a (a)

⁴⁵ California Penal Code: Section 273a (b)

⁴⁶ People v. Burton, 143 Cal.App.4th 447, 454-55 (Cal. Ct. App. 2006)

⁴⁷ Section 70.15: Sentences of imprisonment for misdemeanors and violation

⁴⁸ People v Watson, 182 Misc2d 644, 700 NYS2d 651 (Crim Ct, Bronx Co 1999).

นั่นเอง และสำหรับประเทศนิวซีแลนด์นั้นโทษที่จะลงตามมาตรา 195A ได้กำหนดโทษจำคุกสูงสุดไม่เกิน 10ปี⁴⁹ ในการดำเนินคดีนั้นต้องพิสูจน์ให้ศาลและลูกขุนเห็นว่าจำเลยไม่ได้ดำเนินการใดๆอันเป็นการตอบสนองต่อสถานการณ์ที่เกิดความเสียหายอย่างเช่นที่วิญญูชนควรจะทำ และการละเลยไม่กระทำนั้นเป็นการละเลยอย่างสำคัญหรือเป็นการละเลยโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง⁵⁰

ทั้งนี้ผู้เขียนเห็นว่าข้อกำหนดโทษตามกฎหมายของมลรัฐแคลิฟอร์เนียและนิวยอร์กนั้นมีความเหมาะสมมากกว่าของประเทศนิวซีแลนด์ เนื่องจากผู้ที่จะต้องมีความผิดตามกฎหมายดังกล่าวนี้ไม่ใช่ผู้กระทำผิดต่อเด็กโดยตรง แต่เป็นความผิดที่เกิดขึ้นเนื่องจากบุคคลดังกล่าวอยู่ในสภาวะรับรู้ที่มีความเสี่ยงและสามารถดำเนินการใดๆในการที่จะป้องกันความเสี่ยงนั้นได้เท่านั้น ดังนั้นแล้วโทษที่กำหนดจึงไม่ควรสูงเกินไป แต่อย่างไรก็ตามในการกำหนดขอบเขตของความเสี่ยงที่มุ่งคุ้มครองนั้นผู้เห็นเห็นว่าควรจำกัดขอบเขตเฉพาะความเสี่ยงต่อการบาดเจ็บอย่างรุนแรงต่อร่างกาย และความเสี่ยงต่อการเสียชีวิต และถูกล่วงละเมิดทางเพศ ตามกฎหมายของนิวซีแลนด์เท่านั้นจึงจะเหมาะสมกว่า เนื่องจากหากกำหนดเป็นความเสี่ยงที่จะเกิดอันตรายอย่างมลรัฐแคลิฟอร์เนียและนิวยอร์กนั้น ความผิดจะมีขอบเขตกว้างมากเกินไปและเป็นการสร้างภาระแก่ผู้ที่มีหน้าที่ต้องดูแลเด็กด้วย

6.1.4 ความรับผิดชอบของบุคคลในองค์กรที่เกี่ยวข้องกับเด็ก กรณีบพรองต่อการปกป้องหรือคุ้มครองเด็กจากความเสียหายที่จะเกิดอันตรายตามกฎหมายต่างประเทศ

นอกเหนือจากการอยู่ภายใต้การดูแลของบุคคลใกล้ชิดแล้ว เด็กยังคงใช้เวลาส่วนใหญ่อยู่ภายใต้การดูแล หรือ การจัดการขององค์กรที่เกี่ยวข้องกับเด็กด้วย ซึ่งการเกิดการกระทำ ความผิดภายในองค์กรที่มีเด็กอยู่ภายใต้การดูแลนั้น เกิดขึ้นได้ง่ายเนื่องจากตัวผู้กระทำผิดมีความไวเนื้อเชื่อใจที่ได้รับจากเด็กและผู้ปกครองอันเป็นการสร้างความเชื่อมั่นและเชื่อใจให้แก่เด็กที่ตกเป็นผู้เสียหาย⁵¹ สำหรับกฎหมายของประเทศไทยที่อาจปรับใช้กับกรณีที่บุคคลผู้มีอำนาจในองค์กรที่ดำเนินกิจกรรมเกี่ยวข้องกับเด็กรับรู้ว่ามีความเสี่ยงสูง กล่าวคือ มีความเป็นไปได้อย่างมากที่บุคคลในองค์กรเดียวกับตนเองจะกระทำความผิดต่อเด็ก แต่บุคคลดังกล่าวกลับละเลยไม่ดำเนินการจัดการกับความเสียหายอย่างเหมาะสมแล้วนั้น มีเพียงบทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญาในกรณี**ความผิดฐานละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบหรือโดยทุจริต** ตามมาตรา 157⁵²เท่านั้น และนอกจากนี้ตาม

⁴⁹ Crime Act 1961 section 195A (1)(a)

⁵⁰ Law Commission, Report: 11 Review of Part 8 of the Crimes Act 1961: Crimes against the Person, p. 81.

⁵¹ Victoria State Government, "Betrayal of Trust Fact Sheet: The New Organizational Duty of Care to Prevent Child Abuse."

⁵² ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 157

พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ.2546 แม้จะมีการกำหนดหน้าที่ไว้ในลักษณะกว้างๆให้ผู้ปกครอง สวัสดิภาพของสถานทั้ง5ที่ได้กล่าวไปแล้ว ให้มีอำนาจและหน้าที่ในการที่จะจัดที่พักอาศัย ที่หลับนอน ให้เหมาะสมและถูกสุขลักษณะ และจัดการสร้างสภาพแวดล้อมที่ดีให้แก่เด็ก ซึ่งจะเห็นได้ว่าหน้าที่ ดังกล่าวก็เป็นเพียงการกำหนดให้สร้างสภาพแวดล้อมของสถานนั้นๆให้เหมาะสมเท่านั้นไม่ใช่ บทบัญญัติที่มีขึ้นเพื่อคุ้มครองความเสี่ยงที่จะเกิดอันตรายแก่เด็กแต่อย่างใด ซึ่งจะแตกต่างจาก กฎหมายต่างประเทศอันได้แก่ เครือรัฐออสเตรเลีย รัฐวิกตอเรีย รัฐนิวเซาท์เวลส์ และประเทศ นิวซีแลนด์นั้นพบว่าประเทศดังกล่าวมีการบัญญัติกฎหมายเพื่อคุ้มครองในขั้นตอนที่เกิดความเสี่ยงที่ จะเป็นอันตรายต่อเด็กขึ้นไว้โดยเฉพาะ โดยเป็นการกำหนดหน้าที่และความรับผิดชอบขึ้นมาใหม่ซึ่งมี การขยายขอบเขตหน้าที่การปกป้องคุ้มครองเด็กออกไปสู่บุคคลอื่นที่มีไข่ม่อแม่ ผู้ปกครองหรือบุคคล อันมีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับเด็ก⁵³

เครือรัฐออสเตรเลีย รัฐวิกตอเรียนั้นมีบทบัญญัติที่เป็นการกำหนดความรับผิดชอบแก่ บุคคลอื่นในขั้นตอนรับรู้ความเสี่ยงปรากฏอยู่ในมาตรา 490 ในฐานความผิดความบกพร่องของ บุคคลผู้มีอำนาจในองค์กรในการปกป้องเด็กจากการกระทำความผิดทางเพศ⁵⁴ แห่ง พระราชบัญญัติอาชญากรรม ค.ศ.1958 (Crime Act 1958) ซึ่งบทบัญญัตินี้ถูกสร้างขึ้นโดยมี เจตนารมณ์เพื่อเป็นการกำหนดความผิดขึ้นเพื่อส่งเสริมและกระตุ้นให้องค์กรต่างๆนั้นมีความตื่นตัว และมีนโยบายเชิงรุกในการปกป้องคุ้มครองเด็กที่อยู่ในความดูแลและจัดการกับความเสี่ยง เพื่อเป็น การปกป้องเด็กเหล่านั้นจากอันตรายและเพื่อตอบสนองต่อการทรยศต่อหลักความไว้นั่นเชื่อใจ เพื่อ ไม่ให้ผู้เตรียมจะกระทำผิดนั้นสามารถอาศัยประโยชน์จากความไว้นั่นเชื่อใจหรือตำแหน่งหน้าที่ใน องค์กรไปกระทำความผิดต่อเด็กได้โดยง่าย ส่วนเครือรัฐออสเตรเลีย รัฐนิวเซาท์เวลส์นั้นก็มีกฎหมาย ในลักษณะเดียวกันปรากฏอยู่ในบทบัญญัติมาตรา 43B ในความผิดฐานความบกพร่องในการลด หรือกำจัดความเสี่ยงของเด็กในการที่จะตกเป็นเหยื่อของการทารุณกรรมเด็ก⁵⁵ แห่ง พระราชบัญญัติอาชญากรรม ค.ศ.1900 (Crime Act 1900 No 40) มีวัตถุประสงค์เพื่อเสริมสร้าง ประสิทธิภาพของกฎหมายที่เกี่ยวกับการทารุณกรรมเด็กให้มีความครอบคลุมในการปกป้องเด็ก ได้มากยิ่งขึ้น⁵⁶ โดยตามมาตรา 43B นี้ เป็นการกำหนดความผิดขึ้นเพื่อส่งเสริมและกระตุ้นให้องค์กร

⁵³ Anna Watson, "Failing to Break the Silence: A Critical Analysis of Part 8 of the Crimes Act 1961," pp. 6-7.

⁵⁴ CRIME ACT 1958 SECTION 490: Failure by a person in authority to protect a child from a sexual offence

⁵⁵ Crimes Act 1900 No 40 SECTION 43B: Failure to reduce or remove risk of child becoming victim of child abuse

⁵⁶CompliSpace Pty Ltd 1300 132 090, Briefing Paper: New South Wales Child Protection Update, p. 3.

ต่างๆจัดการกับความเสียหายที่อาจจะการกระทำความผิดทางเพศต่อเด็กที่อยู่ในความดูแลอย่างเหมาะสม ซึ่งความผิดตามมาตราที่มีความคล้ายคลึงกับกฎหมายของรัฐวิกตอเรีย และสำหรับประเทศนิวซีแลนด์ปรากฏอยู่ในบทบัญญัติมาตรา 195A ในความผิดฐานความบกพร่องในการปกป้องเด็ก หรือ ผู้ใหญ่ที่อ่อนแอ ซึ่งเป็นบทบัญญัติมาตราเดียวกับที่ได้กล่าวไปแล้ว

ข้อพิจารณาที่ 1 อายุของเด็กที่ได้รับความคุ้มครอง

เมื่อพิจารณาแล้วพบว่ากฎหมายของรัฐนิวเซาท์เวลส์⁵⁷ และประเทศนิวซีแลนด์⁵⁸ นั้นให้การคุ้มครองเด็กที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปีเช่นเดียวกัน ซึ่งเป็นการให้ความคุ้มครองที่มากกว่ารัฐวิกตอเรียซึ่งกำหนดไว้เพียงเด็กที่อายุต่ำกว่า 16 ปีเท่านั้น⁵⁹ แต่อย่างไรก็ตามมีความแตกต่างที่สำคัญมาก กล่าวคือ กฎหมายของรัฐวิกตอเรีย⁶⁰ และรัฐนิวเซาท์เวลส์⁶¹ นั้น ระบุให้การคุ้มครองเด็กที่อยู่หรืออาจจะมาอยู่ภายใต้การดูแลการจัดการ หรือใต้อำนาจขององค์กรที่ทำงานเกี่ยวข้องกับเด็ก ไม่ว่าจะระบุตัวตนของเด็กว่าเป็นคนใดได้หรือไม่ก็ตาม กล่าวคือ ไม่จำเป็นต้องชี้เฉพาะเจาะจงลงไปว่าเด็กคนใดจะเป็นอันตราย เพียงแต่มีความเสี่ยงที่ทำให้เด็กไม่ว่าคนใด อาจจะเป็นอันตรายจากการกระทำของผู้ที่มีความเกี่ยวข้องกับองค์กรหรือผู้ปฏิบัติงานที่เป็นผู้ใหญ่ก็เพียงพอแล้วเพราะเป็นความผิดต่อการละเมิดหน้าที่

แต่กฎหมายของประเทศนิวซีแลนด์นั้นต้องระบุตัวเด็กซึ่งเป็นผู้เสียหายให้ได้โดยเฉพาะเจาะจงลงไปว่าเป็นเด็กคนใดที่มีความเสี่ยง⁶² เนื่องจากในองค์ประกอบของความผิดนั้นต้องพิจารณาถึงระดับของการมีปฏิสัมพันธ์ระหว่างเด็กกับเจ้าหน้าที่ผู้ซึ่งอาจมีความรับผิดชอบด้วย ทั้งนี้เพราะเป็นการกำหนดความรับผิดชอบจากหลักของความใกล้ชิดที่เพียงพอ(sufficient proximity)ของบุคคลซึ่งอยู่ใกล้ชิดกับเด็กมากพอสมควรที่จะรับรู้ความเสี่ยงที่จะเกิดอันตรายแก่เด็กได้ก่อนบุคคลอื่นและบุคคลเช่นว่านั้นมีความสามารถที่จะดำเนินการใดๆให้เหมาะสมเพื่อปกป้องเด็กจากความเสี่ยงนั้นได้นั้นเอง⁶³ ดังนั้นแล้วในแง่ของการปกป้องเด็กจากความเสียหายของรัฐวิกตอเรียและรัฐนิวเซาท์เวลส์นั้นมีขอบเขตที่มากกว่า ส่วนกรณีของประเทศไทยนั้นไม่มีบทบัญญัติที่กำหนดขึ้นเพื่อให้บุคคลอื่นต้องมีหน้าที่คุ้มครองปกป้องเด็กในขั้นตอนที่รับรู้ว่ามีความเสี่ยงในลักษณะดังกล่าว

⁵⁷ Crimes Act 1900 No 40, section 43B (3)

⁵⁸ Crime Act 1961, section 195(3)

⁵⁹ Crime Act 1958, section 49O (7)

⁶⁰ Crime Act 1958, section 49O (7)

⁶¹ Crimes Act 1900 No 40, section 43B (1)(c)

⁶² Crime Act 1961, section 195A (1)(a)

⁶³ Law Commission, Report: 11 Review of Part 8 of the Crimes Act 1961: Crimes against the Person, p.

ข้อพิจารณาที่ 2 บุคคลที่ต้องมีหน้าที่และความรับผิดชอบในการที่จะต้องกระทำกราดิๆเพื่อคุ้มครองเด็กจากความเสี่ยงที่จะเกิดอันตราย

เมื่อพิจารณาแล้วพบว่าการผู้ที่ต้องมีความรับผิดชอบตามกฎหมายของประเทศนิวซีแลนด์นั้นมีความแตกต่างจากมาตรา 49Oของรัฐวิกตอเรียและ มาตรา 43B ของรัฐนิวเซาท์เวลส์หลายประการกล่าวคือ ผู้ที่ต้องรับผิดชอบนั้นต้องเป็นเจ้าหน้าที่(staff) คือ เป็นพนักงานหรือบุคลากรของโรงพยาบาล สถาบัน องค์กรใด ๆ หรือที่พักอาศัยใด ๆ ซึ่งผู้เสียหายได้อาศัยอยู่ และต้องเป็นผู้ที่อายุตั้งแต่18ปีขึ้นไป ทั้งยังต้องเป็นผู้ที่มีที่มีการติดต่อหรือมีปฏิสัมพันธ์กับผู้เสียหายเป็นประจำอีกด้วย ในขณะที่รับรู้ถึงความเสี่ยง⁶⁴ เนื่องจากโดยหลักแล้วนอกจากบุคคลในครอบครัว บุคคลอื่นไม่มีหน้าที่ โดยเฉพาะเจาะจงที่จะต้องให้การดูแลและปกป้องเด็ก แต่อย่างไรก็ตามกฎหมายนี้ได้ขยายขอบเขตความรับผิดชอบออกไปโดยกำหนดหน้าที่และความรับผิดชอบที่กำหนดขึ้นบนฐานของการพิจารณาถึงความสัมพันธ์ที่ใกล้ชิดเพียงพอที่จะรับรู้ความเสี่ยงได้นั้นเอง⁶⁵ โดยจะแตกต่างจากกฎหมายของรัฐวิกตอเรีย⁶⁶และรัฐนิวเซาท์เวลส์⁶⁷ ตรงที่กฎหมายของทั้งสองรัฐนี้ต้องการเพียงแค่บุคคลที่ต้องรับผิดชอบเป็น บุคคลที่มีอำนาจในการที่จะลดหรือกำจัดความเสี่ยงที่จะเกิดขึ้นต่อเด็กได้ในองค์กรที่ทำงานเกี่ยวข้องกับเด็ก โดยไม่จำเป็นต้องเป็นองค์กรที่เด็กต้องมีการอาศัยอยู่ดังเช่นกฎหมายของประเทศนิวซีแลนด์ และไม่ต้องการองค์ประกอบในเรื่องที่ว่าบุคคลดังกล่าวต้องมีปฏิสัมพันธ์กับเด็กเป็นประจำ เนื่องจากเป็นการกำหนดหน้าที่และความรับผิดชอบบนฐานของหน้าที่ในการดูแล (duty of care) และหลักความไว้วางใจ เมื่อบุคคลผู้มีอำนาจในองค์กรผู้ซึ่งได้รับความไว้วางใจจากพ่อแม่ผู้ปกครองของเด็ก ไม่ได้กระทำการให้เหมาะสมจึงเป็นการทรยศต่อหลักความไว้วางใจ(Betrayal of trust) นั้นเอง⁶⁸ เช่นนี้จึงเป็นการกระทำผิดต่อหน้าที่ดังนั้นแล้วจึงไม่ต้องพิจารณาว่าเป็นองค์กรที่เด็กอาศัยอยู่หรือไม่ และไม่พิจารณาถึงระดับความสัมพันธ์ระหว่างผู้มีอำนาจในองค์กรกับเด็กด้วย ส่วนกรณีของประเทศไทยนั้นไม่มีบทบัญญัติในลักษณะดังกล่าว

ข้อพิจารณาที่ 3 คุ้มครองเด็กจากความเสี่ยงที่ก่อขึ้นโดยใคร

⁶⁴ Crime Act 1961, section 195A (2)(b)

⁶⁵ Law Commission, Report: 11 Review of Part 8 of the Crimes Act 1961: Crimes against the Person, p. 57.

⁶⁶ Crime Act 1958, section 49O (1)(d)

⁶⁷ Crimes Act 1900 No 40, section 43B (1)(d)

⁶⁸ Family and Community Development Committee Parliament of Victoria, Betrayal of Trust Inquiry into the Handling of Child Abuse by Religious and Other Non-Government Organizations: Part D Prevention-Duty of Care to Create Child-Safe Organizations, p. 222.

เมื่อพิเคราะห์แล้วพบว่ากฎหมายของประเทศนิวซีแลนด์นั้นกำหนดหน้าที่ให้เจ้าหน้าที่ต้องดำเนินการปกป้องผู้เสียหายจากความเสี่ยงที่ก่อโดยบุคคลอื่น⁶⁹ ซึ่งบุคคลเช่นว่านั้นจะเป็นผู้ใดก็ได้ ไม่จำเป็นต้องเป็นบุคคลที่ทำงานให้แก่องค์กรเดียวกันแต่อย่างใด กล่าวคือ อาจจะเป็นความเสี่ยงที่ก่อโดยบุคคลภายนอกอันไม่มีความเกี่ยวข้องกับองค์กรหรือครอบครัวเด็กก็ได้ หรืออาจจะเป็นความเสี่ยงที่ก่อขึ้นโดยคนในครอบครัวของเด็กเองก็ได้ ซึ่งส่งผลให้เจ้าหน้าที่ผู้ที่ถูกพิจารณาได้ว่ามีความใกล้ชิดกับเด็กเพียงพอและรับรู้ความเสี่ยงดังกล่าวจึงเกิดหน้าที่ในการที่จะต้องดำเนินการใดๆให้เหมาะสมขึ้นมา โดยจะแตกต่างจากกฎหมายของรัฐวิกตอเรีย⁷⁰ และรัฐนิวเซาท์เวลส์⁷¹ กล่าวคือกฎหมายของทั้งสองรัฐนั้นมุ่งคุ้มครองเด็กจากความเสี่ยงเฉพาะที่เกิดขึ้นโดยผู้ที่ทำงานให้แก่องค์กรนั้นๆเท่านั้น ซึ่งจะส่งผลต่อผู้มีอำนาจในองค์กรที่สามารถลดหรือกำจัดความเสี่ยงเช่นว่านั้นได้นั้นเอง เช่นนี้จะเห็นได้ว่ากฎหมายของประเทศนิวซีแลนด์มีขอบเขตความคุ้มครองที่กว้างกว่ากฎหมายของรัฐวิกตอเรียและนิวเซาท์เวลส์ สำหรับประเทศไทยนั้นทั้งในประมวลกฎหมายอาญา และพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ.2546 ไม่มีการบัญญัติกฎหมายในลักษณะดังกล่าวที่กำหนดหน้าที่ให้แก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งต้องกระทำการอย่างใดๆเมื่ออยู่ในขั้นตอนที่รับรู้ถึงความเสี่ยง

ข้อพิจารณาที่ 4 ขอบเขตของความเสี่ยงที่มุ่งคุ้มครอง

เมื่อพิเคราะห์แล้วพบว่าขอบเขตของความเสี่ยงที่มุ่งคุ้มครองตามกฎหมายของประเทศนิวซีแลนด์และรัฐนิวเซาท์เวลส์นั้นจะกว้างกว่ารัฐวิกตอเรีย ที่คุ้มครองเฉพาะความเสี่ยงที่เกี่ยวกับการกระทำความผิดทางเพศ⁷² เท่านั้น แต่กฎหมายของประเทศนิวซีแลนด์นั้นจะพิจารณาขอบเขตความเสี่ยงจากผลลัพธ์ที่อาจเกิดขึ้นได้โดยวิญญูชนต้องสามารถสังเกตเห็นได้ว่า*การกระทำหรือละเว้นไม่กระทำ*ของบุคคลอื่นนั้นอาจจะทำให้เกิดผลลัพธ์ในลักษณะที่เป็น*การเสียชีวิต หรือเป็นอันตรายต่อร่างกายอย่างสาหัส หรือถูกล่วงละเมิดทางเพศ*⁷³ ส่วนกฎหมายของรัฐนิวเซาท์เวลส์นั้นการพิจารณาความเสี่ยงที่เกิดขึ้นนั้นต้องอยู่ในขอบเขตของการกระทำความผิดฐานทารุณกรรมเด็ก⁷⁴ ว่าเป็นความเสี่ยงที่เข้าข่ายความผิดฐานทารุณกรรมเด็กในลักษณะต่างๆหรือไม่นั้นเอง ทั้งนี้ผู้เขียนเห็นว่าการกำหนดขอบเขตการคุ้มครองความเสี่ยงของประเทศนิวซีแลนด์และรัฐนิวเซาท์เวลส์นั้นมีลักษณะที่กว้างและครอบคลุมในการคุ้มครองเด็กมากกว่าการกำหนดขอบเขตความผิดเฉพาะเรื่องความผิดเกี่ยวกับเพศตามกฎหมายของรัฐวิกตอเรีย

⁶⁹ Crime Act 1961, section 195A (1)(a) subsection (i) and (ii)

⁷⁰ Crime Act 1958, section 49O (1)(b) subsection (i) and (ii)

⁷¹ Crimes Act 1900 No 40, section 43B (1) (a) and (c)

⁷² Crime Act 1958, section 49O (1)(b)

⁷³ Crime Act 1961, section 195A (1)(a) subsection (i) and (ii)

⁷⁴ Crimes Act 1900 No 40, section 43B (1)(c)

ข้อพิจารณาที่ 5 องค์ประกอบความผิด

เมื่อพิจารณาแล้วพบว่าองค์ประกอบความรับผิดของกฎหมายรัฐวิกตอเรีย⁷⁵ รัฐนิวเซาท์เวลส์⁷⁶ และประเทศนิวซีแลนด์นั้นมีลักษณะเป็นไปในแนวทางเดียวกัน กล่าวคือ องค์ประกอบความผิดประการแรก บุคคลผู้ซึ่งจะต้องรับผิดจะต้อง “รู้” (knowledge) เสียก่อน ว่ามีความเสี่ยงเกิดขึ้นแล้ว ซึ่งอย่างไรจึงจะเรียกว่ารู้นั้นกฎหมายของทั้ง 3 ประเทศไม่ได้มีการกำหนดคำนิยามไว้แต่อย่างใด เพียงแต่มีลักษณะในการพิจารณาของศาลที่เป็นไปในแนวทางเดียวกันคือ การ “รู้” นั้นต้องมากกว่าแค่เป็นการสงสัยหรือคาดเดาเอาเอง⁷⁷ แต่ต้องมีข้อเท็จจริงที่แสดงให้เห็นว่าบุคคลดังกล่าวได้ตระหนักแล้วว่ามีความเสี่ยงปรากฏขึ้น แล้ว ส่วนองค์ประกอบของความผิดประการที่สอง คือ บุคคลดังกล่าวได้ละเลยไม่ได้ดำเนินการอย่างเหมาะสมเพื่อลดหรือกำจัดความเสี่ยงอันเป็นการป้องกันเด็กจากความเสี่ยงนั้นๆ ซึ่งอย่างไรคือการไม่ดำเนินการอย่างเหมาะสมนั้น กฎหมายของทั้ง 3 ประเทศที่กล่าวมาก็ไม่ได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์ไว้โดยเฉพาะเจาะจงแต่อย่างใดเพื่อให้มีความยืดหยุ่นโดยต้องพิจารณาถึงข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในแต่ละสถานการณ์ แต่ทั้งนี้เมื่อพิจารณาแล้วจะเห็นได้ว่ากฎหมายของทั้งสามประเทศมีแนวทางวินิจฉัยไปในทางเดียวกันโดยเปรียบเทียบจากวิญญูชน กล่าวคือ กรณีที่บุคคลดังกล่าวได้รับรู้ถึงความเสี่ยงแล้วแต่กลับไม่ดำเนินการใดๆ อันเป็นการตอบสนองต่อสถานการณ์ที่เกิดความเสี่ยงเพื่อให้ดำเนินการให้มีมาตรการป้องกันที่สมเหตุสมผล (reasonable precautions) อย่างน้อยในขั้นต่ำที่สุดดังเช่นวิญญูชนหากอยู่สถานการณ์หรือตำแหน่งนั้นๆ ควรจะต้องกระทำนั่นเอง⁷⁸ เช่นนี้จะเห็นได้ว่ากฎหมายของทั้ง 3 ประเทศที่กล่าวมานั้นเป็นการกำหนดบทบัญญัติในลักษณะที่ขยายหน้าที่โดยเฉพาะเจาะจงและความรับผิดชอบในการดูแลเด็กออกไปจากครอบครัวไปสู่บุคคลอื่นอันส่งผลให้การละเลยและเพิกเฉยต่อการรับรู้ความเสี่ยงที่เกิดขึ้นบุคคลเช่นว่านั้นอาจจะต้องมีความรับผิดทางอาญาได้

ทั้งนี้เนื่องจากกฎหมายไทยไม่มีบทบัญญัติในลักษณะดังกล่าวผู้เขียนเห็นว่าควรจะกำหนดหน้าที่และความรับผิดโดยใช้ถ้อยคำจากมาตรา 307 กล่าวคือ ผู้ที่มีหน้าที่ต้องดูแลเด็กตามกฎหมาย และผู้ที่มีหน้าที่ดูแลเด็กตามสัญญา เนื่องจากผู้ที่มีหน้าที่ดูแลเด็กตามสัญญานั้นหากเป็นองค์กรที่ดำเนินกิจกรรมเกี่ยวข้องกับเด็ก สัญญานั้นยังหมายรวมถึง กฎระเบียบ ข้อบังคับในองค์กร

⁷⁵ Crime Act 1958, section 49O (1)

⁷⁶ Crimes Act 1900 No 40, section 43B (1)

⁷⁷ Pacific Brook Christian School, "Child Protection - Duty to Protect Students from Child Abuse or Harm."

⁷⁸ Justice Jennifer Coate and Mr. Bob Atkinson AO APM, Report of Case Study No. 23: The Response of Knox Grammar School and the Uniting Church in Australia to Allegations of Child Sexual Abuse at Knox Grammar School in Wahroonga, New South Wales, pp. 44-47.

ด้วยไม่ว่ารัฐหรือเอกชนก็จะต้องมีกฎระเบียบเช่นว่านั้นเพื่อกำหนดหน้าที่และแนวทางในการปฏิบัติ เพื่อดูแลเด็กในองค์กรนั่นเอง ดังนั้นแล้วองค์กรที่ดำเนินกิจกรรมเกี่ยวข้องกับเด็กจึงเป็นผู้มีหน้าที่ตาม สัญญาตามความหมายของมาตรา 307 นี้ นอกจากนี้ผู้ที่จะต้องรับผิดชอบนั้นควรกำหนดให้เป็นบุคคลที่โดย ตำแหน่งแล้วมีอำนาจ หรือ ความรับผิดชอบที่สามารถจะลดหรือกำจัดความเสี่ยงที่จะเกิดอันตรายแก่ เด็กในองค์กรนั้นได้ ซึ่งเป็นการบัญญัติโดยใช้ต้นแบบกฎหมายจากรัฐวิกตอเรียและรัฐนิวเซาท์เวลส์ โดยบุคคลเช่นว่านั้นต้องพิจารณาจากระดับการดูแลและอำนาจในการตัดสินใจในองค์กรนั่นเอง เนื่องจากเป็นผู้ที่สามารถจะตัดสินใจระทำการใดเพื่อลดหรือกำจัดความเสี่ยงได้ การละเลยไม่กระทำ จึงสมควรต้องรับผิดชอบ

ข้อพิจารณาที่ 6 การพิสูจน์การกระทำผิดตามมาตรานี้และโทษ

สำหรับโทษที่จะลงแก่ผู้มีอำนาจในองค์กรซึ่งบกพร่องละเลยต่อการจัดการความเสี่ยงตามกฎหมายของรัฐวิกตอเรีย คือ ระวังโทษจำคุกระดับ 6 ซึ่งหมายถึง โทษจำคุกสูงสุดไม่เกิน 5 ปี⁷⁹ และในการดำเนินคดีนั้นไม่ต้องพิสูจน์ว่าได้มีการกระทำความผิดทางเพศต่อเด็กเกิดขึ้น⁸⁰ เพียงแค่ บุคคลผู้มีอำนาจดังกล่าวได้ละเมิดหน้าที่ที่จะต้องระทำการใดๆให้เหมาะสมกับสถานการณ์ก็มีความผิดแล้ว⁸¹ ส่วนรัฐนิวเซาท์เวลส์ คือ โทษจำคุกสูงสุดไม่เกิน 2 ปี⁸² การดำเนินคดีนั้นไม่ต้องพิสูจน์ว่าได้มีการกระทำความผิดทางเพศต่อเด็กเกิดขึ้น⁸³ และสำหรับประเทศนิวซีแลนด์นั้นโทษที่จะลงแก่ บุคคลที่เข้าหน้าที่ ตามมาตรา 195A ได้กำหนดโทษจำคุกสูงสุดไม่เกิน 10 ปี⁸⁴ ทั้งนี้ไม่ได้มีการบัญญัติ ในลักษณะที่ชัดเจนเหมือนบทบัญญัติของรัฐวิกตอเรีย และรัฐนิวเซาท์เวลส์ว่าเป็นความผิดที่ต้องการ ผลหรือไม่ แต่อย่างไรก็ตามจากแนวคำวินิจฉัยของศาลในการดำเนินคดีตามมาตรานี้ นั้นไม่จำเป็นต้อง พิสูจน์ว่ามีอันตรายต่อเด็กขึ้นแล้วจริงๆ แค่พิสูจน์ให้เห็นว่าจำเลยไม่ได้ดำเนินการใดๆอันเป็นการ ตอบสนองต่อสถานการณ์ที่เกิดความเสี่ยงอย่างเช่นที่วิญญูชนควรจะกระทำและเป็นการละเลยโดย ประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง⁸⁵

เช่นนี้แล้วจากการพิเคราะห์ข้างต้นผู้เขียนเห็นได้ว่ากฎหมายของรัฐวิกตอเรียและรัฐ นิวเซาท์เวลส์นั้นสามารถตอบสนองต่อเหตุการณ์ละเลยต่อความเสี่ยงในเชิงป้องกันได้ดีกว่ากฎหมาย

⁷⁹ Crime Act 1958, section 49O (2)

⁸⁰ Crime Act 1958 Section 49o (4)

⁸¹ Ben Mathews, "A Taxonomy of Duties to Report Child Sexual Abuse: Legal Developments Offer New Ways to Facilitate Disclosure," *Child Abuse & Neglect* 341.

⁸² Crimes Act 1900 No 40, section 43B (1)

⁸³ Crimes Act 1900 No 40, section 43B (2)

⁸⁴ Crime Act 1961 section 195A (1)(a)

⁸⁵ Law Commission, *Report: 11 Review of Part 8 of the Crimes Act 1961: Crimes against the Person*, p.

ของประเทศนิวเซาท์เวลส์ เนื่องจากในการดำเนินคดีต่อผู้ที่ต้องมีความรับผิดชอบตามกฎหมายดังกล่าวได้กำหนดไว้อย่างชัดเจนว่าไม่จำเป็นต้องรอให้มีการกระทำความผิดต่อเด็กเกิดขึ้นเสียก่อน เพียงแค่พิสูจน์ให้เห็นว่ามีข้อเท็จจริงที่แสดงได้ว่าบุคคลผู้มีอำนาจในองค์กรนั้นได้ตระหนักรู้แล้วว่ามีความเสี่ยงเกิดขึ้นแต่กลับละเลยไม่ดำเนินการให้เหมาะสมเท่านั้นก็เพียงพอแล้วเป็นความผิดที่ไม่ต้องการผล ทั้งนี้ผู้เขียนเห็นว่าการกำหนดโทษตามกฎหมายของรัฐวิกตอเรียและรัฐนิวเซาท์เวลส์นั้นมีความเหมาะสมมากกว่าของประเทศนิวซีแลนด์ เนื่องจากผู้ที่ต้องมีความรับผิดชอบตามกฎหมายดังกล่าวนี้ไม่ใช่ผู้กระทำผิดต่อเด็กโดยตรง ทั้งยังเป็นความผิดที่เกิดขึ้นเนื่องจากบุคคลดังกล่าวอยู่ในสถานะที่มีอำนาจหน้าที่ในการที่จะป้องกันความเสี่ยงนั้นได้เท่านั้น โดยผู้เขียนเห็นว่าควรจะต้องเพิ่มบทบัญญัติในลักษณะดังกล่าวไว้ในประมวลกฎหมายอาญามาตรา 307 เนื่องจากเป็นกฎหมายที่มีเจตนารมณ์ในลักษณะใกล้เคียงที่สุดกับการคุ้มครองเด็กจากความเสี่ยงที่จะเกิดอันตราย

6.2 ข้อเสนอแนะ

จากการศึกษาวิเคราะห์กฎหมายของประเทศไทยเปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศทั้งในประเด็นความรับผิดชอบของบุคคลผู้ใกล้ชิดที่เกี่ยวข้องกับเด็ก และบุคคลผู้มีอำนาจในองค์กรที่ดำเนินกิจกรรมเกี่ยวข้องกับเด็ก กรณีบกพร่องต่อการปกป้องหรือคุ้มครองเด็กจากความเสี่ยงที่จะเกิดอันตรายของประเทศไทยแล้วนั้น จะเห็นได้ว่าตามกฎหมายไทยนั้นนอกจากมาตรา 306 และ 307 อันเป็นการคุ้มครองเด็กจากความเสี่ยงที่จะเกิดอันตรายจากการทอดทิ้งเด็กแล้ว กฎหมายไทยไม่มีแนวคิดในการกำหนดความรับผิดชอบต่อการละเลยไม่ลดหรือกำจัดความเสี่ยงที่เด็กอาจจะตกเป็นเหยื่อเสียหายจากการกระทำของบุคคลอื่นในขั้นตอนก่อนที่จะเกิดผลร้ายกับเด็กขึ้นในกรณีอื่นเลย ดังนั้นแล้วจึงสมควรที่จะบัญญัติของกฎหมายขึ้นใหม่เพื่อให้มีการปกป้องคุ้มครองเด็กจากอาชญากรรมที่จะเกิดในอนาคตอย่างดียิ่งขึ้น

โดยผู้เขียนเห็นว่าควรจะต้องเพิ่มบทบัญญัติในลักษณะดังกล่าวทั้งกรณีบุคคลใกล้ชิดกับเด็ก และบุคคลผู้มีอำนาจในองค์กรเอาไว้ในประมวลกฎหมายอาญามาตรา 307 เนื่องจากเป็นกฎหมายที่มีเจตนารมณ์ในลักษณะใกล้เคียงที่สุดกับการคุ้มครองเด็กจากความเสี่ยงที่จะเกิดอันตราย และเพื่อให้สามารถปรับใช้กับบริบทในการบัญญัติกฎหมายของประเทศไทยได้อย่างเหมาะสม จากเดิมที่บัญญัติว่า “มาตรา 307 ผู้ใดมีหน้าที่ตามกฎหมายหรือตามสัญญาต้องดูแลผู้ซึ่งพึ่งตนเองมิได้ เพราะอายุ ความป่วยเจ็บ กายพิการหรือจิตพิการ ทอดทิ้งผู้ซึ่งพึ่งตนเองมิได้นั้นเสียโดยประการที่น่าจะเกิดอันตรายแก่ชีวิต ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

เป็นบทบัญญัตินี้

“มาตรา 307 ผู้ใดมีหน้าที่ตามกฎหมาย หรือ ตามสัญญา ต้องดูแลผู้ซึ่งพึ่งตนเองมิได้ เพราะอายุ ความป่วยเจ็บ กายพิการหรือจิตพิการ ทอดทิ้งผู้ซึ่งพึ่งตนเองมิได้นั้นเสียโดยประการที่น่าจะเป็นเหตุให้เกิดอันตรายแก่ชีวิต ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ผู้ใดมีหน้าที่ตามกฎหมาย หรือ ตามสัญญา ในการดูแลเด็กอายุไม่เกิน 15 ปี หรือ ผู้เยาว์อายุต่ำกว่า 18 ปี รู้ถึงความเสี่ยงอันเป็นผลมาจากการกระทำที่ผิดกฎหมายของบุคคลอื่นโดยประการที่น่าจะเกิดอันตรายอย่างร้ายแรงต่อร่างกาย หรือ ชีวิต หรือเพศ ต่อเด็ก หรือผู้เยาว์ แต่**ไม่ได้**กระทำการตามขั้นตอนที่เหมาะสมเพื่อกำจัดความเสี่ยงนั้นโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 2 ปี

ในกรณีที่ผู้ที่มีหน้าที่ตามสัญญาตามวรรคสอง เป็นองค์กรที่มีวัตถุประสงค์ในการดูแลเด็กหรือผู้เยาว์ ผู้ใดมีอำนาจหน้าที่ในการลดหรือกำจัดความเสี่ยงที่จะเกิดอันตรายอย่างร้ายแรงแก่เด็กหรือผู้เยาว์ ได้รู้ว่ามี**ความเสี่ยงอย่างรุนแรง**ที่เด็กหรือผู้เยาว์นั้นอาจจะตกเป็นผู้เสียหายในการกระทำความผิดที่กระทำโดยบุคคลอื่นซึ่งเป็น**บุคคลที่เกี่ยวข้องกับองค์กร** แต่ไม่ได้ทำการลดหรือกำจัดความเสี่ยงนั้นโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ผู้นั้นต้องระวางโทษตามที่กำหนดในวรรคก่อนด้วย”

โดยแนวทางในการบัญญัติกฎหมายข้างต้นนี้ในประเด็นแรกการกำหนดความรับผิดชอบแก่บุคคลผู้ใกล้ชิดกับเด็กนั้น ผู้เขียนเห็นควรเพิ่มบทบัญญัติข้างต้นเข้าไปในวรรคสองของมาตรา 307 โดยใน ส่วนผู้ที่ต้องมีความรับผิดชอบนั้นผู้เขียนเห็นว่าจะต้องบัญญัติให้สอดคล้องกับมาตรา 307 กล่าวคือ ควรจะเป็นบุคคลที่มีหน้าที่ดูแลเด็กตามกฎหมาย และตามสัญญา จึงจะสามารถรับรู้ถึงความเสี่ยงที่จะเกิดอันตรายกับเด็กได้ทันทั่วทั้งที่กว่าบุคคลอื่นและสมควรต้องรับผิดชอบ นอกจากนี้ในการให้ความคุ้มครองนั้นผู้เขียนเห็นว่าควรจะต้องกำหนดอายุของเด็กที่จะต้องได้รับการคุ้มครองจากความเสี่ยงที่อาจเกิดอันตรายเอาไว้ โดยพิจารณาต้นแบบจากกฎหมายของมลรัฐแคลิฟอร์เนียและประเทศนิวซีแลนด์ที่บัญญัติคุ้มครองเด็กอายุต่ำกว่า 18 ปี แต่ผู้เขียนเห็นว่าเพื่อให้สอดคล้องกับประมวลกฎหมายอาญาซึ่งพิจารณาจากบทบัญญัติทั้งในส่วนที่เด็กเป็นผู้กระทำความผิดและที่ผู้เสียหาย และพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ.2546 และพระราชบัญญัติอื่นๆที่ให้คำนิยามของเด็กไว้ จึงควรกำหนดความหมายและอายุของเด็กไว้ให้ชัดเจนว่า เด็ก หมายถึงบุคคลที่มีอายุไม่เกิน 15 ปี และผู้เยาว์ หมายถึง บุคคลที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปี จึงจะได้รับความคุ้มครอง ในส่วนองค์ประกอบความผิดในเรื่องการรับรู้และละเลย และขอบเขตของความเสี่ยงที่มุ่งคุ้มครองนั้นพิจารณาเห็นว่าต้นแบบกฎหมายจากประเทศนิวซีแลนด์ ในมาตรา 195A มีความเหมาะสมกับประเทศไทย เนื่องจากเป็นบทบัญญัติที่กำหนดไว้โดย

เฉพาะเจาะจงเพื่อใช้บังคับแก่กรณีที่บุคคลรับรู้ถึงความเสียหายและละเลยไม่จัดการใดๆกับความเสียหาย และต้องเป็นความเสียหายที่เกิดจากบุคคลอื่นโดยเฉพาะ ซึ่งกฎหมายของประเทศไทยยังไม่มิบัญญัติ ในลักษณะดังกล่าว ส่วนโทษที่จะลงนั้นเนื่องจากบุคคลดังกล่าวเป็นเพียงผู้ที่ละเลยต่อการจัดการกับความเสียหายที่จะเกิดอันตรายต่อเด็กที่ก่อโดยบุคคลอื่น ดังนั้นจึงไม่สมควรที่จะต้องกำหนดโทษสูงเกินไปนักเนื่องจากไม่ได้เป็นผู้กระทำความผิดต่อเด็กโดยตรง ผู้เขียนเห็นว่า การกำหนดโทษจำคุกไม่เกิน 2 ปี ดังเช่นกฎหมายของมลรัฐแคลิฟอร์เนีย นั้นมีความเหมาะสมกับประเทศไทยแล้ว ทั้งยังเป็นโทษที่ต่ำกว่าผู้กระทำความผิดฐานทอดทิ้งเด็กด้วย

สำหรับแนวทางในการบัญญัติกฎหมายข้างต้นเพื่อกำหนดความรับผิดในกรณีที่มีอำนาจในองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นต่อการจัดการกับความเสียหายนั้น ผู้เขียนเห็นว่าควรที่จะกำหนดหน้าที่และความรับผิดโดยใช้ถ้อยคำจากมาตรา 307 กล่าวคือ ผู้ที่มีหน้าที่ต้องดูแลเด็กตามกฎหมาย และผู้ที่มีหน้าที่ดูแลเด็กตามสัญญา เนื่องจากผู้ที่มีหน้าที่ดูแลเด็กตามกฎหมายนั้นหากเป็นองค์กรที่ดำเนินกิจกรรมเกี่ยวข้องกับเด็ก สัญญานั้นยังหมายรวมถึง กฎระเบียบ ข้อบังคับในองค์กรด้วยไม่ว่ารัฐหรือเอกชนก็จะต้องมีกฎระเบียบเช่นว่านั้นเพื่อกำหนดหน้าที่และแนวทางในการปฏิบัติเพื่อดูแลเด็กในองค์กรนั่นเอง ดังนั้นแล้วองค์กรที่ดำเนินกิจกรรมเกี่ยวข้องกับเด็กจึงเป็นผู้มีหน้าที่ตามสัญญาตามความหมายของมาตรา 307 นี้ นอกจากนี้ผู้ที่จะต้องรับผิดชอบนั้นควรมีขอบเขตจำกัดเฉพาะบุคคลที่โดยตำแหน่งแล้วมีอำนาจ หรือ ความรับผิดชอบที่สามารถจะลดหรือกำจัดความเสี่ยงที่จะเกิดอันตรายแก่เด็กในองค์กรนั้นได้ ซึ่งเป็นการบัญญัติโดยใช้ต้นแบบกฎหมายจากรัฐวิกตอเรียและรัฐนิวเซาท์เวลส์ โดยบุคคลเช่นว่านั้นต้องพิจารณาจากระดับการดูแลและอำนาจในการตัดสินใจในองค์กรนั่นเองเนื่องจากเป็นผู้ที่สามารถจะตัดสินใจกระทำการใดเพื่อลดหรือกำจัดความเสี่ยงได้ การละเลยไม่กระทำจึงสมควรต้องรับผิดชอบนั่นเอง ส่วนขอบเขตของความเสี่ยงที่คุ้มครองนั้นใช้ต้นแบบกฎหมายของประเทศนิวซีแลนด์และรัฐนิวเซาท์เวลส์ ที่คุ้มครองทั้งการกระทำความผิดทางเพศและความผิดอื่นที่ก่อให้เกิดอันตรายแก่เด็กแต่อย่างไรก็ตามต้องจำกัดเฉพาะความเสี่ยงที่เกิดจากการกระทำของบุคคลที่เกี่ยวข้องกับองค์กรเท่านั้นผู้มีอำนาจในองค์กรดังกล่าวจึงจะสามารถกระทำการใดๆเพื่อลดหรือกำจัดความเสี่ยงนั้นได้ ทั้งนี้แบบอย่างตามกฎหมายของรัฐวิกตอเรียและนิวเซาท์เวลส์ นอกจากนี้ในส่วนอายุของบุคคลที่ได้รับความคุ้มครองนั้น เพื่อให้สอดคล้องกับแนวทางการบัญญัติความผิดในวรรคสอง ผู้เขียนเห็นว่าควรที่จะคุ้มครองเด็กและผู้เยาว์ซึ่งอายุต่ำกว่า 18 ปี ซึ่งเป็นไปในแนวทางเดียวกับกฎหมายของรัฐนิวเซาท์เวลส์ และประเทศนิวซีแลนด์นั่นเอง

ทั้งนี้ข้อเสนอแนะในการบัญญัติกฎหมายข้างต้นจะสามารถคุ้มครองเด็กจากความเสียหายที่อาจจะตกเป็นผู้เสียหายจากการกระทำความผิดโดยบุคคลอื่นได้ อันเป็นการป้องกันมิให้เกิดการ

กระทำความผิดต่อเด็กต่อไปในอนาคต ซึ่งสอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของกฎหมายอาญาในการป้องกันอาชญากรรมที่จะเกิดในสังคมต่อไป



จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

บรรณานุกรม

หนังสือภาษาไทย

เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1 บทบัญญัติทั่วไป. พิมพ์ครั้งที่ 10. กรุงเทพฯ: พลสยามพริ้นติ้ง, 2551.

กิตติศักดิ์ ปรกิติ. หลักกฎหมายบุคคล. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2553.

คณพล จันทน์หอม. รากฐานกฎหมายอาญา. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2558.

จิตติ ติงศภัทย์. กฎหมายอาญาภาค 1. กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2546.

ณรงค์ ใจหาญ. กฎหมายอาญาว่าด้วยโทษและวิธีการเพื่อความปลอดภัย. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2543.

ดวงพร เพชรคง. กฎหมายกับการกระทำความผิดของเด็กและเยาวชน. ใน บทความใช้เพื่อการนำออกอากาศทางสถานีวิทยุกระจายเสียงรัฐสภา รายการเจตนารมณ์กฎหมาย สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร. 2559.

ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ. กฎหมายอาญาภาคทั่วไป. พิมพ์ครั้งที่ 20. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2562.

สำนักงานศาลยุติธรรม. การพัฒนากฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิเด็กตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ.1989. กรุงเทพฯ: สถาบันพัฒนาข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม สำนักงานศาลยุติธรรม, 2555.

หยุด แสงอุทัย. ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป. พิมพ์ครั้งที่ 18. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2555.

วารสารภาษาไทย

บุญทัน หมั่นอภัย. มาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองเด็กที่มีพฤติกรรมเสี่ยง. วารสารวิจัยมหาวิทยาลัยขอนแก่น ฉบับบัณฑิตศึกษาศาขามนุษยศาสตร์และสังคมศาสตร์ ปีที่ 7 1, มกราคม-เมษายน (2562).

วิทยานิพนธ์ภาษาไทย

กิติมา แก้วนะรา. หลักความได้สัดส่วนกับบทกำหนดโทษที่เหมาะสมสำหรับผู้กระทำความผิดในคดียาเสพติดให้โทษ: ศึกษากรณีแอมเฟตามีน. นิติศาสตรมหาบัณฑิต, สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ปริธี พนมยงค์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต. 2559.

ณัฐธิดา ล้อสุวรรณ. การกระทำโดยดเว้น: ศึกษากรณีหน้าที่อันเกิดจากความสัมพันธ์พิเศษ.

วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต, สาขากฎหมายอาญา มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
2559.

ดาริกา ศรีพงษ์พันธุ์กุล. แนวคิดใหม่ในการลงโทษผู้ให้เด็กกระทำผิดทางอาญา. สาขากฎหมายอาญา
วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 2558.

ดิศรณ์ ลิขิตวิทยาวุฒิ. ความรับทางผิดอาญาของนิติบุคคล: ศึกษากรณีความผิดฐานอาชญากรรมต่อ
มวลมนุษยชาติโดยเปรียบเทียบเฉพาะที่เกี่ยวข้องในประเทศไทย. วิทยานิพนธ์นิติศาสตร
มหาบัณฑิต สาขากฎหมายอาญา คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 2560.

ตั้งสุวรรณ, บ. ศูนย์ควบคุม : มาตรการทางเลือกในกระบวนการยุติธรรม. นิติศาสตรมหาบัณฑิต, สาขา
นิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. 2544.

ทรงพล สงวนพงศ์. ความรับผิดชอบในทางอาญาของผู้ใช้. วิทยานิพนธ์หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต,
สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. 2527.

ธัญทิพ เสนชัย. แนวทางในการพัฒนาความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก. วิทยานิพนธ์หลักสูตรนิติ
ศาสตรมหาบัณฑิต, สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. 2560.

พักคอง, น. มาตรการคุ้มครองเด็กที่ถูกทำร้ายโดยบุคคลในครอบครัว. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต
, คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. 2536.

มนัสวี บุญสิทธิ์. มาตรการทางกฎหมายกรณีมารดาฆ่าทารกเนื่องจากปัญหาสุขภาพจิต. วิทยานิพนธ์
ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.
2560.

มรกต พุทธศุภะ. การศึกษาการคุ้มครองดูแลเกี่ยวกับการล่วงละเมิดทางเพศนักเรียนประถมศึกษาสังกัด
กรุงเทพมหานคร. วิทยานิพนธ์ปริญญาครุศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชาประถมศึกษาภาควิชา
ประถมศึกษา จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. 2541.

มีนณรี ฉัตรจินดา. ความรับผิดชอบทางอาญาของผู้ครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็ก. วิทยานิพนธ์ปริญญา
มหาบัณฑิต, สาขากฎหมายอาญา คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 2556.

สหธน รัตน์ไพจิตร. ความประสงค์ของการลงโทษอาญา: ศึกษาเฉพาะประเทศไทยสมัยใช้กฎหมาย
ลักษณะอาญาและประมวลกฎหมายอาญา. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต,
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 2527.

หนังสือต่างประเทศ

- Andrew Ashworth. Principle of Criminal Law. 5th ed. New York: Oxford University, 2006.
- Bryan A Garner. Black's Law Dictionary. 9th ed.: St. Paul, MN: West, 2009.
- CompliSpace Pty Ltd 1300 132 090. Briefing Paper: New South Wales Child Protection Update. CompliSpace make it work, September 2018.
- Donald Brieland, and John Allen Lemmon. Social Work and the Law. Minnesolta: West Publishing, 1987.
- Douglas Husak. Overcriminalization: The Limits of the Criminal Law. Oxford: Oxford University Press, 2008.
- Family and Community Development Committee Parliament of Victoria. Betrayal of Trust Inquiry into the Handling of Child Abuse by Religious and Other Non-Government Organizations Volume 2 of 2. 2013.
- . Betrayal of Trust Inquiry into the Handling of Child Abuse by Religious and Other Non-Government Organizations: Part D Prevention-Duty of Care to Create Child-Safe Organizations. Family and Community Development Committee Parliament House, Spring Street, East Melbourne, Victoria: 2013.
- George P. Fletcher. Rethinking Criminal Law. Boston: Little, Brown and Company, 1978.
- H.L.A Hart. Law, Liberty and Morality. California: Stanford University Press, 1965.
- Helen Johnston. Incapacitation, in the Routledge Companion to Criminological Theory and Concepts จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY
London: Routledge, Taylor & Francis Group, 2017.
- Herbert L. Packer. The Limits of the Criminal Sanction. California: Stanford University Press, 1968.
- Hon. Sandy R. Kriegler, and Chair. Judicial Council of California Criminal Jury Instructions: Calcrim 2017. Edited by 100–1800. LexisNexis Matthew Bender Official Publisher, 2017.
- Johannes Andenaes. The General Part of the Criminal Law of Norway. Edited by Project, P. o. t. C. C. L.: F. B. Rotham, 1965

- Justice Jennifer Coate, and Mr. Bob Atkinson AO APM. Report of Case Study No. 18: The Response of the Australian Christian Churches and Affiliated Pentecostal Churches to Allegations of Child Sexual Abuse. 2015.
- . Report of Case Study No. 23: The Response of Knox Grammar School and the Uniting Church in Australia to Allegations of Child Sexual Abuse at Knox Grammar School in Wahroonga, New South Wales. 2016.
- Justice Jennifer Coate, Mr. Bob Atkinson AO APM, and Mr. Andrew Murray. Report of Case Study No. 6: The Response of a Primary School and the Toowoomba Catholic Education Office to the Conduct of Gerard Byrnes. 2015.
- Karen Evans. Community Safety in the Routledge Companion Criminological Theory and Concepts. London: Taylor & Francis Group, 2017.
- Law Commission. Report; 11 Review of Part 8 of the Crimes Act 1961: Crimes against the Person. Wellington, New Zealand: National Library of New Zealand Cataloguing-in-Publication Data, 2009.
- Merriam-Webster. Merriam-Webster's Dictionary of Law. Springfield, Mass: Merriam-Webster, 2011.
- Nigel Walker. Punishment, Danger and Stigma: The Morality of Criminal Justice. New York: Basic Books, 1980.
- Parliamentary Library and Information Service Department of Parliamentary Service. Research Brief No.7 May 2014: Crimes Amendment (Protection of Children) Bill 2014. 2014.
- Sally Pairman, Sally K Tracy, Hannah G Dahlen, and Lesley Dixon. Midwifery Preparation for Practice 4e. Elsevier Australia: 2019.
- Shippen L. Page, The Law, the Lawyer, and Medical Aspects of Child Abuse. In Child Abuse Eli H. Newberger ed. United States of America: Little, Brown and Company, 1982.
- Sir Robert Cross , and Andrew Ashworth. The English Sentencing System. 3rd ed. London: Butter worths, 1981.
- Tim Newburn. Criminology. 3rd ed. New York: Routledge, Taylor & Francis Group, 2017.
- Wayne R. LaFave. Criminal Law. 4 ed. St. Paul, Minn: Thomson/West, 2003.

วารสารต่างประเทศ

- Alison B. Vreeland. The Criminalization of Child Welfare in New York City: Sparing the Child or Spoiling the Family? Fordham Urban Law Journal 27 (2000).
- Amanda Mahoney. How Failure to Protect Laws Punish the Vulnerable. Health Matrix: The Journal of Law-Medicine 29, 1 (2019).
- Anne T. Johnson. Criminal Liability for Parents Who Fail to Protect. Law & Inequality: A Journal of Theory and Practice 5, 2 (1984).
- Aotearoa New Zealand Association of Social Workers. Obligation to Protect Children and Vulnerable Adults Crimes Amendment Act (No.3) 2011 – Protection of Children & Vulnerable Adults. (2011).
- Ben Mathews. A Taxonomy of Duties to Report Child Sexual Abuse: Legal Developments Offer New Ways to Facilitate Disclosure. Child Abuse & Neglect 88, February (2019).
- Ben Mathews, and Maureen Kenny. Mandatory Reporting Legislation in the United States, Canada, and Australia: A Cross-Jurisdictional Review of Key Features, Differences, and Issues. Child Maltreatment 13, 1 February (2008).
- Copeland, and Nicole E. Third-Party Violence against Children: The Crimes Amendment Act (No 3) 2011. Auckland University Law Review 17 (2011).
- Jenny Brown. California Penal Code's Child Neglect/Abandonment Statutes: Religious Freedom or Religious Persecution? Santa Clara Law Review 25 (1985).
- Joseph H. Beale. The Proximate Consequences of an Act. Harvard Law Review 33, Mar (1920).
- Maggie Butzen. A Parent's Final Sacrifice: Self-Incrimination in Failure to Protect Cases. The John Marshall Law Review (2018).
- Nowra Anglican College, and in conjunction with the Association of Independent Schools of NSW. Child Protection Policy. 20 March (2020).
- NZNO lawyer Margaret Barnett-Davidson. Changes to the Crimes Act. KAI TIAKI NURSING NEW ZEALAND 18 No.1, FEBRUARY (2012).
- The New Zealand Medical Association. Crimes Amendment Act (3) 2011. THE NEW ZEALAND MEDICAL JOURNAL 125 No.1353, 20 April (2012).

วิทยานิพนธ์ต่างประเทศ

Anna Watson. Failing to Break the Silence: A Critical Analysis of Part 8 of the Crimes Act 1961. Bachelor of Laws (with Honors), University of Otago. 2012.

เว็บเพจ

Aotearoa New Zealand Association of Social Workers. Obligation to Protect Children and Vulnerable Adults Crimes Amendment Act (No.3) 2011 – Protection of Children & Vulnerable Adults [Online]. Available from: <https://anzasw.nz/wp-content/uploads/SW-Guide-to-Crimes-Amendment-Act-No-3-20111.pdf%C2%A0> [3 June 2020].

John d rogers law. Child Endangerment : California Penal Code 273a [Online]. Available from: <https://johndrogerslaw.com/practice-areas/domestic-violence/p-c-273-child-endangerment/>

Lauren Osbich. Significant New Child Protection Legal Reform Proposed in Nsw: Schools Must Reduce or Remove the Risk of Child Abuse [Online]. 14 June 2018. Available from: <https://www.schoolgovernance.net.au/news/2018/06/14/significant-new-child-protection-legal-reform-proposed-in-nsw-schools-must-reduce-or-remove-the-risk-of-child-abuse> [1 June 2020].

Lawserver. N.Y. Penal Law 260.11 – Endangering the Welfare of a Child; Corroboration [Online]. Available from: https://www.lawserver.com/law/state/new-york/ny-laws/ny_penal_law_penal_law_260-11 [5 June 2020].

New South Wales Government. New Legislation to Strengthen Child Sexual Abuse Laws Factsheet: Details [Online]. 2018. Available from: <https://www.justice.nsw.gov.au/Documents/Media%20Releases/2018/new-legislation-to-strengthen-child-abuse-laws-details.pdf> [1 June 2020].

New York Theft Defense Lawyer Crotty Saland PC website. Endangering the Welfare of a Child [Online]. Available from: <https://www.new-york-lawyers.org/endangering-the-welfare-of-a-child-new-york-penal-law-260-10.html> [3 June 2020].

- Pacific Brook Christian School. Child Protection - Duty to Protect Students from Child Abuse or Harm [Online]. 2020. Available from: <http://www.pacificbrook.nsw.edu.au/pbcs/> [3 June 2020].
- Sanook news. พ่อเลี้ยงอำมหิต ทำร้ายเด็ก 4 ขวบ อัมตะบวม-รูทวารฉีก ใบกระท่อมเต็มห้อง [ออนไลน์]. 2562. แหล่งที่มา: <https://www.sanook.com/news/7800254/> [เข้าถึงเมื่อ 17 ธันวาคม 2562]
- Shouse Law Group. Penal Code 273a Pc – California Child Endangerment Law [Online]. 2020. Available from: <https://www.shouselaw.com/ca/defense/penal-code/273a/> [3 June 2020].
- Victoria State Government. Betrayal of Trust Fact Sheet, Failure to Protect Law: A New Criminal Offence to Protect Children from Sexual Abuse [Online]. 2017. Available from: <https://www.justice.vic.gov.au/safer-communities/protecting-children-and-families/failure-to-protect-a-new-criminal-offence-to> [1 June 2020]
- . Betrayal of Trust Fact Sheet: The New Organizational Duty of Care to Prevent Child Abuse [Online]. 2018. Available from: <https://www.justice.vic.gov.au/safer-communities/protecting-children-and-families/betrayal-of-trust-fact-sheet-the-new>
- woody law blog. ความผิดฐานทอดทิ้งเด็ก คนป่วยเจ็บหรือคนชรา [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: http://chalermwutsa.blogspot.com/2014/04/blog-post_18.html]
- ไทยรัฐฉบับพิมพ์. แจ้งจับ-ครูพละ! ลวงนร.ไปข่มขืน แลมีทำอนาจาร เด็กอีกกว่า 10 ราย [ออนไลน์]. 2561. แหล่งที่มา: <https://www.thairath.co.th/news/local/bangkok/1338063> [เข้าถึงเมื่อ 20 พฤษภาคม 2563 วันที่ 20 กรกฎาคม]
- ไทยรัฐออนไลน์. ครู 5 ศิษย์เก่า 2 รุมข่มขืน นร.สาววัย 14 ถ่ายคลิปขู่ ไม่ยอมจะให้ซ้ำชั้น [ออนไลน์]. 2563. แหล่งที่มา: <https://www.thairath.co.th/news/local/northeast/1839581> [เข้าถึงเมื่อ 20 พฤษภาคม 2563 วันที่ 8 พ.ค]
- กระทรวงการต่างประเทศ, ก. ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน - Universal Declaration of Human Rights [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: <http://humanrights.mfa.go.th/th/humanrights/obligation/> [เข้าถึงเมื่อ 16 ธันวาคม 2562]

- กานต์ธีรา ภูริวิกรัย. วิเคราะห์พฤติกรรมในคดีความรุนแรงต่อเด็ก: ผู้กระทำผิดคิดอะไร? [ออนไลน์].
แหล่งที่มา: <https://www.the101.world/violence-against-children-3/> วันที่ 10
กันยายน 2562]
- ข่าวสด. จ้างคนเลี้ยงลูกแม่ช็อกปล่อยโฮน้องดิ่ววัย2ขวบโดนทุบกำนสมองตาย รอยกัด-ข้ำทั้งตัว
[ออนไลน์]. 2562. แหล่งที่มา: https://www.khaosod.co.th/around-thailand/news_2740043 [เข้าถึงเมื่อ 17 ธันวาคม 2562]
- <https://prachatai.com/journal/2018/11/79659>. ประชาไทย. สถิติศูนย์พึ่งได้ 14 ปี เด็ก-สตรี ถูก
กระทำรุนแรง 247,480ราย [ออนไลน์]. 2561. แหล่งที่มา:
<https://prachatai.com/journal/2018/11/79659> [เข้าถึงเมื่อ 10 กุมภาพันธ์ 2563]
- พลตำรวจตรี สมพงษ์ เตชะสมบัติ รองผู้บัญชาการ สำนักงานพิสูจน์หลักฐานตำรวจ สำนักงานตำรวจ
แห่งชาติ. [ออนไลน์]. 2560-2561. แหล่งที่มา:
http://www.dsdw2016.dsdw.go.th/doc_pr/ndc_2560-2561/PDF/8546p/%E0%B8%A3%E0%B8%A7%E0%B8%A1.pdf [เข้าถึงเมื่อ 15
ธันวาคม 2562]
- สำนักวิชาการ สำนักเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร. [ออนไลน์]. 2562. แหล่งที่มา:
<https://library2.parliament.go.th/ebook/content-issue/2562/hi2562-020.pdf>
[เข้าถึงเมื่อ 5 ธันวาคม 2563]
- Nowra Anglican College, and in conjunction with the Association of Independent
Schools of NSW. Child Protection Policy [Online]. 2020. Available from:
<https://www.nac.nsw.edu.au/> [3 June 2020].



จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

ประวัติผู้เขียน

ชื่อ-สกุล	วรกัญญา เอกมฤคเณทร์
วัน เดือน ปี เกิด	18 กุมภาพันธ์ 2538
วุฒิการศึกษา	สำเร็จการศึกษาระดับชั้นมัธยมจากโรงเรียนชลราษฎรอำรุง และระดับปริญญาตรีนิติศาสตรบัณฑิต จากคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ในปี พ.ศ.2560 ได้สอบผ่านหลักสูตรวิชาว่าความของสำนักฝึกอบรมวิชาว่าความ สภานายความแห่งประเทศไทย และได้เข้าศึกษาต่อในหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิตสาขาวิชานิติศาสตร์ หมวดวิชากฎหมายอาญาและกระบวนการยุติธรรมทางอาญา ในปีการศึกษา 2561
ที่อยู่ปัจจุบัน	จ.ชลบุรี 20000

