

## บทที่ 4

### การให้ความยินยอมของผู้เยาว์ในการกระทำต่อร่างกายกับความผิดฐาน ทำร้ายร่างกายตามกฎหมายอาญาของประเทศไทยกับต่างประเทศ

ความยินยอมของผู้เสียหาย เป็นเหตุยกเว้นความผิดที่อยู่ในโครงสร้างความรับผิดทางอาญาข้อที่ 2 เป็นเหตุที่ผู้กระทำสามารถอ้างเพื่อยกเว้นความผิดได้ แต่ปัจจุบันพบว่ายังมีปัญหาในกรณีการสักร่างกายให้ผู้เยาว์อยู่ ซึ่งการสักสามารถกระทำได้แทบทุกที่ และกรณีการขลิบอวัยวะเพศของผู้เยาว์ยังคงมีปัญหาดกเถียงกันอยู่ แต่กฎหมายของประเทศไทยยังไม่ได้ถูกบัญญัติแก้ไขให้สอดคล้องกับค่านิยมใหม่ของสังคมและสถานการณ์ปัจจุบัน ดังนั้นจึงจำเป็นต้องพิจารณาในเรื่องดังกล่าวอีกครั้ง

#### 4.1 วิเคราะห์ปัญหาการให้ความยินยอมในการกระทำต่อร่างกาย

##### 4.1.1 วิเคราะห์เงื่อนไขความชอบด้วยกฎหมายของการให้ความยินยอม

จากสุภาษิตกฎหมายโรมันที่ว่า ความยินยอมทำให้ไม่เสียหาย (volent in fit injuria: to him who is willing, no injury is done) การให้ความยินยอม โดยปกติแล้วไม่มีผลต่อกฎหมายอาญาเพราะกฎหมายอาญาเป็นกฎหมายมหาชน การกระทำความผิดย่อมเป็นส่วนได้เสียของส่วนรวม บุคคลใดบุคคลหนึ่งไม่อาจจะให้ความยินยอมได้ แม้การกระทำนั้นจะเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายอาญา และไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรยกเว้นความรับผิดในทางอาญาก็ตาม แต่เมื่อพิจารณาจากลักษณะของการกระทำตามบริบทของสังคมไทยในปัจจุบันแล้ว การกระทำความผิดไม่ขัดต่อความสำนึกในศีลธรรมอันดีของประชาชน เช่น การขลิบหนังหุ้มปลายอวัยวะเพศ หรือการสักร่างกาย ความยินยอมในการกระทำที่ไม่ขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชนจึงเป็นเหตุที่จะยกเว้นความรับผิดในทางอาญาของผู้กระทำตามโครงสร้างความรับผิดทางอาญาข้อที่ 2 ได้

ความยินยอมให้กับการกระทำที่ไม่ขัดต่อสำนึกในทางศีลธรรมของประชาชน จะทำให้ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ ซึ่งศีลธรรมอันดีของประชาชนหมายถึง ธรรมเนียมประเพณีที่ดีงามของสังคมที่ประชาชนถือปฏิบัติเพื่อให้เกิดความสงบสุขในสังคม<sup>1</sup> โดยต้องพิจารณาจากหลักทาง

---

<sup>1</sup> จาก หลักกฎหมายแห่งลักษณะนิติกรรมและหนี้ (พิมพ์ครั้งที่ 2 แก้ไขเพิ่มเติม), โดย จิตติ ดิงศภัทย์, 2552, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

ศาสนของประชาชน อีกทั้งพิจารณาบริบทของวัฒนธรรม ประเพณีของแต่ละสังคม ซึ่งกรอบแห่งศีลธรรมนั้นสามารถเปลี่ยนแปลงไปตามยุคสมัย

ความชอบด้วยกฎหมายของการให้ความยินยอมมีข้อพิจารณาดังต่อไปนี้

### 1. คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนตัว

ส่วนการกระทำใดจะเป็นการขัดต่อศีลธรรมอันดีหรือไม่<sup>2</sup> คงต้องดูความรู้สึกรับรู้ของบุคคลทั่วไปในท้องถิ่นในเวลาที่เกิดการกระทำนั้น เช่น ในเรื่องการทำร้ายหรือการฆ่ากันเป็นกรณีที่ถูกกฎหมายไม่ยอมรับความยินยอม เพราะกฎหมายต้องการคุ้มครองบุคคลมิให้ทำร้ายหรือฆ่ากันเอง<sup>3</sup> เรื่องนี้จึงต้องพิจารณาผลประโยชน์ที่กฎหมายคุ้มครอง (Rechtsgut หรือ interest protected by law) ว่าข้อใดที่กฎหมายยอมให้สละได้ เพราะคุณธรรมทางกฎหมายมิใช่จะสละได้ทั้งหมด คุณธรรมทางกฎหมายสามารถแยกได้เป็น 2 ประเภท<sup>4</sup> คือ

#### 1.1 คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนตัว (Individualrechtsgut) ได้แก่ เรื่องชีวิต

ร่างกาย เสรีภาพ กรรมสิทธิ์ เป็นต้น ผู้เป็นเจ้าของคุณธรรมนี้ อาจยอมให้ผู้ละเมิดได้ แต่ต้องดูว่ากฎหมายนั้นมุ่งคุ้มครองเอกชนโดยส่วนตัวอย่างแท้จริงหรือไม่ เช่น ในเรื่องข้อโกงตามมาตรา 341 ยักยอกตามมาตรา 352 หรือข่มขืนกระทำชำเราตามมาตรา 276 วรรคแรก เป็นต้น ถ้ากฎหมายมิได้คุ้มครองเพียงส่วนตัวบุคคล ยังมองถึงสังคมรวมด้วยแล้ว เช่น การข้อโกงประชาชนตามมาตรา 343 ก็ดี การข่มขืนกระทำชำเราที่เกิดขึ้นต่อหน้าธารกำนัล หรือทำให้ผู้ถูกกระทำรับอันตรายสาหัสหรือถึงแก่ความตายตามมาตรา 281 ก็ดี ความยินยอมของผู้เสียหายก็ไม่ลบล้างความผิด

1.2 คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนรวม (Universalrechtsgut) เป็นกฎหมายเกี่ยวกับการรักษาความปลอดภัยต่างๆ กฎหมายคุ้มครองแรงงาน เป็นต้น ผู้ที่เป็นเจ้าของคุณธรรมจะสละไม่ได้เพราะกฎหมายดังกล่าวเป็นกฎหมายที่มุ่งให้เกิดความสงบแก่ส่วนรวมและความยุติธรรมในสังคม

2. เจตจำนงอิสระ โดยเสรีภาพและชัดเจนปราศจากการข่มขู่ ล่อลวงหรือสำคัญผิด<sup>5</sup> ในข้อนี้ก็ยังคงมีปัญหาต่อไปอีกว่า ผู้ยินยอมจะต้องมีความรู้ความเข้าใจแค่ไหนจึงจะเรียกว่ามีการยินยอมโดยบริสุทธิ์ใจ กล่าวคือผู้กระทำจะต้องมีความเข้าใจถึงเนื้อหาสาระในการยินยอมของตนคือเข้าใจว่าเมื่อตนยินยอมให้เขาทำอะไรแก่ตนแล้วผลจะเป็นอย่างไร เช่น แพทย์จะต้องผ่าตัดคนไข้

<sup>2</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1403/2508 (ประชุมใหญ่) น. 2089

<sup>3</sup> กฎหมายอาญา ภาค 1 ตอน 1 พินัยครั้งที่ 7 ตอน 2 พินัยครั้งที่ 6 (น. 813). เล่มเดิม

<sup>4</sup> ผู้เสียหายในคดีอาญา (น. 48). เล่มเดิม

<sup>5</sup> Bossiouni (p. 447), supra note 10.

ต้องอธิบายให้คนไข้เข้าใจถึงผลเสียของการผ่าตัดนั้นที่จะมีขึ้นแก่คนไข้เอง หากอธิบายแล้วไม่เข้าใจก็ดี หรืออธิบายไม่ตรงกับความจริงเพื่อให้เขายินยอมก็ดี จะถือว่าเขายินยอมโดยบริสุทธิ์ใจไม่ได้หรือคนวิกลจริตยอมให้เขากระทำชำเรา ผู้กระทำจะอ้างว่าได้รับความยินยอมจากหญิงนั้นไม่ได้เพราะเขาไม่เข้าใจเนื้อหาสาระของการที่ได้รับการกระทำดังกล่าว

3. ความยินยอมนั้นจะต้องมีอยู่ก่อนจนตลอดการกระทำความคิด เช่น ก.จ้าง ข.ตัดผม ก่อนที่ ข.จะตัดผม ก.เสร็จลง ไม่ว่าช่วงใดในขณะนั้น ก.อาจจะไม่ยอมให้ ข.ตัดผมต่อไปก็ได้ การที่ ข.ตัดผม ก.ในขณะที ก.ยินยอมนั้น หากจะถือเป็นการทำร้าย ก็เป็นการกระทำโดยความยินยอมตามจารีตประเพณีและไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อย ข.ไม่มีความผิดฐานทำร้ายร่างกาย แต่ไม่ว่าในขณะใดเมื่อ ก.ไม่ยินยอมให้ ข.ตัดผมต่อไปแล้ว หาก ข.ขึ้นทำต่อไป ข.ย่อมมีความผิดจะอ้างความยินยอมอีกไม่ได้ ทั้งนี้หากกระทำการที่มีใช้การรักษาเช่นการผ่าตัดเพื่อความสวยงามได้กลายเป็นที่นิยมกัน เป็นปกติจึงไม่ควรเป็นความผิดโดยเป็นการกระทำอันถูกต้องตามประเพณีที่ยกเว้นความผิดได้<sup>6</sup> ความยินยอมที่เกิดขึ้นภายหลังการกระทำจึงไม่ใช่ความยินยอม เป็นเพียงการให้อภัยหรือยกโทษให้ ซึ่งไม่ทำให้ผู้กระทำพ้นความผิดการยกเป็นส่วนตัวจึงไม่ลบล้างความผิดอาญาที่ได้กระทำไปแล้ว

4. ความสามารถในการให้ความยินยอมและความรุนแรงของการกระทำ เกี่ยวกับอายุของผู้เสียหายที่จะให้ความยินยอมได้นั้น แม้ผู้เสียหายจะอายุน้อยไม่บรรลุนิติภาวะ ถ้าไม่ถึงกับไร้เดียงสา กฎหมายยอมรับว่าเป็นความยินยอมที่ยกเว้นความผิดได้ เช่น หญิง อายุ 16 ปี อยู่ในปกครองของบิดาอาจยินยอมในความผิดต่อเพศได้ ผู้เยาว์ยินยอมให้หมั้นประมาทได้<sup>7</sup>

ดังนั้นความยินยอมที่จะยกเว้นความผิด ต้องเป็นความยินยอมที่มีอยู่ในขณะกระทำ ความผิด จะเป็นความยินยอมที่ผู้เสียหายแสดงออกในขณะที่มีการกระทำผิด หรือแสดงออกก่อน และยังคงเป็นความยินยอมอยู่ในขณะกระทำ แต่ในบางกรณีถือว่าผู้กระทำมีอำนาจทำได้ เพราะผู้เสียหายให้ความยินยอมแล้ว โดยปกติได้แก่ ความผิดต่อชีวิตร่างกาย เช่น การเล่นกีฬา การผ่าตัดของแพทย์ ดังนี้ความยินยอมย่อมอยู่ใน โครงสร้างของความผิดอาญาข้อสอง (Rechtswidrigkeit) ความยินยอมจะอยู่ใน โครงสร้างของความผิดอาญาในเรื่ององค์ประกอบ (Tatbestand) และเรื่อง ความผิด (Rechtswidrigkeit) ในกรณีที่กฎหมายยอมรับความยินยอมของผู้เสียหายเป็นข้ออ้าง การกระทำนั้นไม่เพียงแต่จะไม่ถูกลงโทษทางอาญา แต่เป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย การแสดงเจตจำนงในการให้ความยินยอมของผู้เสียหายอาจเป็นการแสดงเจตจำนงโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายก็ได้ แต่ต้องเป็นการแสดงเจตจำนงโดยการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งออกไปภายนอก การนิ่งเฉยไม่ถือว่าเป็นการให้ความยินยอมหรือไม่ถือว่าเป็นการสละ “คุณธรรมทางกฎหมาย” (Rechtsgut)

<sup>6</sup> กฎหมายอาญา ภาค 1 ตอน 1 (พิมพ์ครั้งที่ 7), ตอน 2 (พิมพ์ครั้งที่ 6) (น. 822). เล่มเดิม

<sup>7</sup> แหล่งเดิม. (น. 810).

การกระทำใดที่มีความยินยอมของผู้เสียหายอันเป็นเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ การกระทำจะต้องเป็นการกระทำที่ไม่ขัดต่อศีลธรรมอันดี<sup>8</sup> และไม่ขัดต่อมติมหาชน<sup>9</sup> แต่เมื่อพิจารณากรณีการสักร่างกายให้ผู้เยาว์ โดยผู้เยาว์ให้ความยินยอมแต่เพียงผู้เดียวนั้น การกระทำดังกล่าวย่อมขัดต่อความสงบเรียบร้อย และศีลธรรมอันดีของประชาชน ดังนั้น ผู้กระทำจึงไม่สามารถอ้างเป็นเหตุยกเว้นความผิดได้

แต่หากการกระทำใดไม่ขัดต่อศีลธรรมแล้ว ผู้กระทำความผิดก็สามารถอ้างเหตุยกเว้นความผิดได้ตามกฎหมายที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษรหรือที่เรียกว่าประเพณีนั่นเอง<sup>10</sup> ทั้งนี้ก็โดยนัยที่ว่าพฤติการณ์ที่กฎหมายยอมให้อ้างเป็นข้อยกเว้นความผิดอาญานั้น ไม่จำเป็นต้องบัญญัติไว้อย่างชัดเจนในตัวของกฎหมายอาญาเท่านั้น อาจเป็นบทบัญญัติของกฎหมายอื่นเช่น กฎหมายแพ่งก็ได้ เป็นต้นว่า อำนาจของผู้ปกครองในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ก็เมื่อกฎหมายแพ่งไม่จำเป็นต้องมีกฎหมายลายลักษณ์อักษรเสมอไปตามบทบัญญัติในมาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แล้ว จารีตประเพณีแห่งท้องถิ่นหรือหลักกฎหมายทั่วไปก็ย่อมมีน้ำหนักเป็นกฎหมายได้เช่นเดียวกัน หลักกฎหมายแพ่งที่ยอมรับรองกันทั่วไปมีอยู่ว่าเจตนาหรือความยินยอมของบุคคลซึ่งไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน กฎหมายรับรู้ เช่น ที่ปรากฏในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 150 เป็นอาทิ ฉะนั้นพฤติการณ์เช่นนี้ ย่อมเป็นข้อยกเว้นความผิดในทางอาญาได้ เฉพาะกรณีที่จะลงโทษบุคคลในทางอาญาเท่านั้นที่ต้องมีบทบัญญัติของกฎหมายเป็นลายลักษณ์อักษรโดยชัดแจ้ง แต่ในการยกเว้นความผิดในทางอาญานั้นหากจำเป็นต้องมีบทบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรด้วยไม<sup>11</sup>

<sup>8</sup> คูในภาคผนวก

<sup>9</sup> ความยินยอมของผู้เสียหายในคดีอาญา. (น. 54). เล่มเคม. “ มติมหาชน การกระทำใดที่มีมติมหาชนไม่ยอมรับหรือขัดต่อมติมหาชน ถ้าร้ายแรงถึงขนาด โดยปกติมักจะถือว่าเป็นความผิดอาญา แต่ถ้ามติมหาชนเห็นว่าการกระทำนั้นเป็นการกระทำที่ชอบโดยไม่ได้ดำเนินการกระทำนั้นแต่ประการใด ก็ไม่ควรถือว่าการกระทำนั้นเป็นความผิดอาญา เช่น การชกมวยที่มีไซ้เกิดจากการทะเลาะวิวาทแม้จะเห็นว่ากระทำเช่นนั้นเป็นการทำร้ายร่างกายมติมหาชนก็ไม่ได้ดำเนินการกระทำนั้นแต่อย่างใด การแปลงเพศหรือการทำศัลยกรรมตกแต่งของร่างกายแม้จะกระทำโดยไม่เกี่ยวกับการรักษาพยาบาลก็ตาม บางครั้งการกระทำดังกล่าวอาจเป็นอันตรายต่อสุขภาพด้วย แต่มติมหาชนก็ไม่ได้ดำเนินการกระทำเช่นนั้น เป็นต้น”

<sup>10</sup> ฎีกาที่ 787/2483 24 ธส.1140

<sup>11</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 150 การใด มีวัตถุประสงค์ เป็นการ ต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย เป็นการ พันวิสัย หรือ เป็นการ ขัดต่อ ความสงบเรียบร้อย หรือ ศีลธรรมอันดี ของประชาชน การนั้น เป็น โฆษะ

แต่การกระทำสักร่างกายต่อเด็กหรือผู้เยาว์ความเห็นทั่วไปแล้วผู้เสียหายไม่อาจให้ความยินยอมในการทำร้ายร่างกายได้ กล่าวคือ การสักร่างกายถือว่าเป็นการกระทำต่อร่างกายของเด็กหรือผู้เยาว์ “ความปลอดภัยของร่างกาย” แม้จะเป็น “คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคล” อาจจะมีการสละคุณธรรมทางกฎหมายคือ ให้ความยินยอมให้สามารถสักร่างกายบนผิวหนังของเด็กหรือผู้เยาว์ได้ กฎหมายบัญญัติคุ้มครองผลประโยชน์ของปัจเจกบุคคล และบุคคลผู้มีส่วนได้เสียที่ได้สละการคุ้มครองนั้นเสียเช่นเด็กหรือผู้เยาว์ที่ยินยอมให้สักร่างกายบนผิวหนังก็ตาม เช่น การให้ความยินยอมต่อการกระทำของผู้อื่น แต่ก็มีข้อจำกัดในการสละ โดยมีข้อยอมรับกันทั่วไปว่าหากความยินยอมของผู้เสียหายในส่วนที่เกี่ยวกับความปลอดภัยของร่างกายที่จะเป็นเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้นั้นจะต้องเป็นความยินยอมที่ไม่ขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน<sup>12</sup>

ตัวอย่าง

การที่จำเลยใช้ปืนยิงผู้ตายโดยเชื่อว่าอยู่คงกระพัน อันปราศจากเหตุผล เป็นความผิดฐานฆ่าคนโดยเจตนา<sup>13</sup>

เกี่ยวกับอายุของผู้เสียหายที่จะให้ความยินยอมได้นั้น แม้ผู้เสียหายที่เป็นเด็กหรือผู้เยาว์จะอายุน้อยไม่บรรลุนิติภาวะถ้าไม่ถึงกับไร้เดียงสาซึ่งจัดเข้าในประเภทความยินยอมโดยไม่รู้พฤติการณ์ดังกล่าวมาแล้วความสามารถในการที่จะสละคุณธรรมทางกฎหมายเป็นเรื่องของความสามารถในการรู้เรื่องราวและความสามารถในการตัดสินใจของบุคคลในทางความเป็นจริง กล่าวคือผู้ใดมีความรู้ความเข้าใจในความหมายและผลได้ผลเสียของเรื่องที่จะให้ความยินยอมนั้นเพียงพอแล้ว แม้ผู้นั้นจะยังเป็นผู้เยาว์ก็สามารถที่จะให้ความยินยอมได้และทำให้ความยินยอมนั้นเป็นเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ตามกฎหมายโดยกฎหมายต่างก็ยอมรับว่าเป็นความยินยอมที่ขกเว้นความผิดได้ก็ตาม แต่อย่างไรก็ตามความยินยอมนั้นจะต้องไม่ฝ่าฝืนความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ต้องพิจารณาที่ความรู้สึกที่รับได้และถูกต้องของทุกคนในสังคม<sup>14</sup> ดังนั้น ผู้กระทำการสักร่างกายบนผิวหนังเด็กหรือผู้เยาว์โดยผู้เยาว์ให้ความยินยอมจึงมีความผิดอาญาทำร้ายร่างกายตาม มาตรา 295 หรือความผิดตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 297 หากการกระทำนั้นการสักร่างกายของเด็กหรือผู้เยาว์ได้รับอันตรายสาหัสรักษาเกิน 20 วัน เป็นต้น

ดังที่ได้กล่าวมาแล้ว ความยินยอมของผู้เสียหายอยู่ในโครงสร้างความรับผิดชอบทางอาญาข้อที่ 2 ทำให้ผู้กระทำไม่มีความผิด แต่ในกรณีความยินยอมของผู้เยาว์นั้น กฎหมายไทยมิได้มีการบัญญัติเอาไว้ ซึ่งมีความเห็นของศาลฎีกาและนักวิชาการ ดังนี้

<sup>12</sup> กฎหมายอาญา ภาค 1 ตอน 1 (พิมพ์ครั้งที่ 7), ตอน 2 (พิมพ์ครั้งที่ 6) (หัวข้อ 262). เล่มเดิม

<sup>13</sup> อุฎฎีกาที่ 59/2502

<sup>14</sup> กฎหมายอาญาภาคทั่วไป (น. 239). เล่มเดิม

1. ศาลฎีกาของไทยนั้นเห็นว่า แม้ผู้เสียหายจะมีอายุน้อยยังไม่บรรลุนิติภาวะ ถ้าไม่ถึงกับไร้เดียงสา ก็ให้ความยินยอมได้<sup>15</sup>

2. อ.กมลชัย รัตนสกาววงศ์ เห็นว่า ในเรื่องอายุนั้น ผู้ให้ความยินยอมจะต้องไม่ไร้เดียงสา และเป็นผู้ใหญ่พอสมควร ไม่จำเป็นต้องบรรลุนิติภาวะ ซึ่งในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 74 (เดิม)<sup>16</sup> ยอมรับว่าบุคคลที่อายุไม่ต่ำกว่า 14 ปี มีความรู้ผิดชอบได้แล้ว จึงเห็นว่าในเรื่องอายุของผู้ที่จะให้ความยินยอมได้นั้น ก็ควรจะมีอายุไม่ต่ำกว่า 14 ปี เป็นมาตรฐานทั่วไป เว้นแต่บทบัญญัติภาคความผิดจะกำหนดอายุไว้เป็นการเฉพาะ

ผู้เขียนมีความเห็นว่า เมื่อการสักร่างกายเป็นการทำร้ายร่างกายตามมาตรา 295 แล้ว การที่จะพิจารณาว่าผู้เยาว์มีความสามารถในการให้ความยินยอม อันเป็นเหตุที่ทำให้ผู้กระทำความผิดมีอำนาจกระทำหรือไม่นั้น ควรต้องพิจารณาเป็นกรณีๆ ไป โดยเทียบเคียงจาก “ความสามารถในการทำชั่ว” การกระทำที่บุคคลได้กระทำลงไปโดยบุคคลนั้นไม่มีความสามารถในการทำชั่ว การกระทำนั้นย่อมเป็นการกระทำที่ไม่สามารถถูก “ตำหนิ” ได้ เนื่องจากบุคคลไม่สามารถแยกแยะความผิดถูกของการกระทำของตนได้<sup>17</sup> ดังนั้น ผู้เยาว์ที่สามารถแยกแยะความผิดถูกได้ สามารถเข้าใจถึงสาระสำคัญของการสัก และเข้าใจถึงผลกระทบของการสักร่างกายแล้ว ถือว่ามีความสามารถในการให้ความยินยอมให้กับการสักร่างกาย

ประเด็นปัญหาเรื่องความยินยอมทางอาญาอีกประการหนึ่ง คือ กรณีการขลิบหนังหุ้มปลายอวัยวะเพศของผู้เยาว์ หรือที่เรียกว่าการทำสูหนัด เป็นพิธีการทางศาสนาของศาสนาอิสลามและศาสนาฮินดู อาจกล่าวได้ว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการปฏิบัติตามศาสนา<sup>18</sup> อีกทั้งเป็นการทำเพื่อลดการติดเชื่อและการอักเสบของหนังหุ้มปลายอวัยวะเพศ ซึ่งจะลดการเกิดมะเร็งที่อวัยวะเพศ และการขลิบจะทำให้ทำความสะอาดปลายอวัยวะเพศได้ง่าย ซึ่งแม้ว่าการกระทำดังกล่าวจะเป็นการทำร้ายร่างกายตามมาตรา 295 แต่การกระทำดังกล่าวก็ไม่ขัดต่อศีลธรรมเนื่องจากเหตุผลทางศาสนา และสุขอนามัยดังกล่าว อีกทั้งผู้เขียนยังเห็นว่า การขลิบนั้น โดยปกติแล้วไม่ใช่เป็นการรักษาโรค เพราะการขลิบมักจะกระทำเนื่องจากศาสนา หรือเพื่อต้องการรักษาความสะอาด ซึ่งแม้ว่าบิดามารดาหรือตัวผู้เยาว์เองจะไม่ได้นับถือศาสนาอิสลาม หรือศาสนาฮินดู แต่การขลิบนั้นเป็นการ

<sup>15</sup> ฎีกาที่ 828/2586 และฎีกาที่ 743/25464

<sup>16</sup> ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 74 (เดิม) บัญญัติว่า เด็กอายุกว่า 7 ปี แต่ยังไม่เกิน 14 ปี กระทำการอันกฎหมายบัญญัติเป็นความผิด เด็กนั้นไม่ต้องรับโทษ

<sup>17</sup> กฎหมายอาญาภาคทั่วไป (น. 287). เล่มเดิม

<sup>18</sup> จาก ความยินยอมในกฎหมายอาญา (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต) (น.108), โดย กมลชัย รัตนสกาววงศ์, 2523, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

กระทำเพื่อความสะอาด และลดอัตราการเกิดโรคต่างๆ ที่อาจเกิดขึ้นได้ ประกอบกับการขลิบนั้นถือเป็นการผ่าตัดเล็ก จะกระทำในสถานพยาบาลซึ่งมีมาตรฐานในการรักษาความสะอาดอยู่แล้ว ดังนั้นผู้เยาว์จึงสามารถที่จะให้ความยินยอมในการขลิบอวัยวะเพศได้

#### 4.1.2 การให้ความยินยอมของผู้ที่มีความบกพร่องทางจิต

หลักของบุคคลจะต้องรับผิดชอบทางอาญาเมื่อบุคคลจะต้องรับผิดชอบในทางอาญาเมื่อ

1) การกระทำครบ องค์ประกอบ ที่กฎหมายบัญญัติ เช่นองค์ประกอบภายนอก (1) ทำร้ายร่างกาย (2) ผู้อื่น (3) จนเป็นเหตุให้เกิดอันตรายแก่กายหรือจิตใจของผู้อื่น และองค์ประกอบภายใน เจตนาธรรมดา

2) การกระทำไม่มีกฎหมายยกเว้นความผิด

3) การกระทำไม่มีกฎหมายยกเว้นโทษ

ในการพิจารณาว่าบุคคลจะต้องรับผิดชอบในทางอาญาหรือไม่นั้น ประการแรกต้องดูว่าการกระทำของบุคคลนั้นครบ องค์ประกอบ ที่กฎหมายบัญญัติหรือไม่ หากครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติแล้วก็ต้องดูต่อไปว่าการกระทำมีกฎหมายยกเว้นความผิดหรือไม่ หากไม่มีกฎหมายยกเว้นความผิด ก็ต้องดูต่อไปว่ามีกฎหมายยกเว้นโทษหรือไม่ หากไม่มีกฎหมายยกเว้นโทษก็หมายความว่า บุคคลนั้นจะต้องรับผิดชอบในทางอาญา<sup>19</sup>

บุคคลที่มีจิตบกพร่องนั้น หมายถึง ผู้ที่ไม่สามารถรู้ผิดชอบ หรือไม่สามารถบังคับตนเองได้เพราะมีจิตบกพร่อง โรคจิต หรือจิตฟั่นเฟือน<sup>20</sup> และผู้ที่อยู่ในอาการมึนเมาเพราะเสพยาสุรา หรือสิ่งเมาอย่างอื่น<sup>21</sup>

หากพิจารณาการกระทำการสักร่างกายให้แก่ผู้ที่ไม่สามารถควบคุมตัวเองได้ อันเนื่องมาจากการใช้สารเสพติดหรือพิการไม่สมประกอบเข้าองค์ประกอบทั้งภายนอกในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับองค์ประกอบความผิดในภายนอก เช่น (1) ทำร้าย (2) ผู้อื่น(3) จนเป็นเหตุให้เกิดอันตรายแก่กายหรือจิตใจของผู้อื่น และองค์ประกอบภายใน เจตนาธรรมดาจึงเป็นความผิด ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 295<sup>22</sup> โดยปกติความผิดต่อร่างกาย หมายถึง ความผิดฐานทำให้มนุษย์ได้รับความทุกข์ทางกายหรือจิตใจ คุณธรรมทางกฎหมายของความผิดต่อร่างกายนี้ คือ ความปลอดภัยทางกาย แม้คุณธรรมทางกฎหมายในความผิดต่อร่างกายนี้มีลักษณะเป็นเอกชนแต่ก็มีใช้ว่าปัจเจกบุคคลจะให้ความยินยอมได้เช่นเดียวกับความผิดที่กระทำต่อกรรมสิทธิ์หรือการครอบครอง

<sup>19</sup> คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค 1 บทบัญญัติทั่วไป (น. 86). เล่มเดิม

<sup>20</sup> ประมวลกฎหมายอาญา, มาตรา 65.

<sup>21</sup> ประมวลกฎหมายอาญา, มาตรา 66.

<sup>22</sup> คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิดและลหุโทษ (น. 239). เล่มเดิม

แท้จริงแล้วบทบัญญัติในเรื่องนี้มิได้คุ้มครองปัจเจกบุคคลเพียงอย่างเดียว หากแต่ยังคุ้มครองป้องกันมิให้ความชั่วร้ายที่จะมีต่อสังคมโดยรวม<sup>23</sup> ซึ่งเป็นหลักพื้นฐานในการควบคุมความประพฤติของมนุษย์ สังคมจะต้องรับผิดชอบต่อความเสียหายและรับภาระจากการกระทำนั้น กล่าวคือ สังคมจะต้องสูญเสียการรับใช้บริการจากผู้ที่ได้รับบาดเจ็บ และผู้ที่ได้รับบาดเจ็บซึ่งเดิมมีสุขภาพสมบูรณ์ จะต้องมาเป็นภาระแก่สังคมในทางเศรษฐกิจ ซึ่งสังคมจะต้องทำการรักษาพยาบาลผู้บาดเจ็บนั้นอย่างไม่ควรเลย มีปัญหาต้องพิจารณาว่าผู้สร้างกายมีเจตนาการทำร้ายร่างกายหรือไม่ การกระทำของผู้สังเคราะห์ต่อร่างกายของมนุษย์ในทุกกรณีอาจมองว่าเป็นการทำร้ายร่างกายเพราะกระทำในขณะที่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิดและประสงค์ต่อผลหรือยอมเล็งเห็นผล<sup>24</sup> ซึ่งมีใช้บุคคลผู้มีจิตบกพร่อง โรครจิตหรือจิตฟั่นเฟือน ในขณะที่กระทำความผิดเป็นผู้ที่ไม่มีความรู้ผิดชอบ แต่การกระทำของบุคคลดังกล่าวไม่เป็นความผิดอาญา เพราะมีเหตุที่ทำให้การกระทำไม่เป็นความผิดเนื่องจากความยินยอมของบุคคลทั่วไปที่ไม่ใช่ผู้เยาว์นั้น เป็นความยินยอมที่ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน เพราะเป็นผู้ที่มีประสบการณ์ในชีวิตมากพอแล้ว แต่หากผู้ที่ยินยอมให้สร้างกายนั้นเป็นบุคคลที่ไม่สามารถควบคุมตัวเองได้อันเนื่องมาจากมีเมมาเพราะฤทธิ์ของแอลกอฮอล์, การใช้สารเสพติดหรือพิการไม่สมประกอบแล้ว ความยินยอมของบุคคลดังกล่าวย่อมเป็นความยินยอมที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน และมติมหาชนย่อมไม่ให้การยอมรับอย่างแน่นอน ดังนั้น จึงไม่สามารถเป็นเหตุที่ผู้กระทำอ้างเพื่อปฏิเสธความผิดทางอาญามาตรา 295 ได้

ทั้งนี้หากพิจารณาเกี่ยวกับผู้ให้ความยินยอมจะต้องมีความสามารถในการให้ความยินยอม ผู้ให้ความยินยอมจะต้องสามารถเข้าใจถึงรู้ถึงการกระทำนั้น (Reasonable)<sup>25</sup> และรู้คุณค่าของการกระทำนั้นว่าดีหรือไม่ เข้าใจถึงธรรมชาติของการกระทำ และผลที่อาจเกิดขึ้นจากการกระทำนั้นได้ และจะต้องรู้ถึงคุณค่าของการกระทำนั้นโดยประสบการณ์ของตนเอง กล่าวคือจะต้องเป็นผู้ใหญ่พอสมควร (maturity) และจะมีจิตปกติไม่เป็นผู้วิกลจริตจึงไม่ต้องคำนึงถึงว่าผู้เสียหายจะได้รับความยินยอมในการกระทำนั้นหรือไม่ ซึ่งความยินยอมของผู้วิกลจริต บุคคลที่มีความผิดปกติทางสมองไม่ว่าจะเป็นจิตบกพร่อง โรครจิต หรือจิตฟั่นเฟือน ซึ่งไม่อาจรู้ผิดชอบได้

<sup>23</sup> ความยินยอมในกฎหมายอาญา (น. 83). เล่มเดิม

<sup>24</sup> การกระทำโดยเจตนา ปอ. มาตรา 59 วรรค 2 “การกระทำโดยเจตนา ได้แก่การกระทำโดยรู้สำนึกในการกระทำ และขณะเดียวกันผู้กระทำประสงค์ต่อผล หรือยอมเล็งเห็นผลของการกระทำ”

<sup>25</sup> From *Traite de Droit Penal at de Criminologie* (p.284.). By Pierre Bouzat et Jean Pinatel, 1963. Paris Libraire Dalloz.

ไม่มีความสามารถตามกฎหมายที่จะให้ความยินยอมได้<sup>26</sup> ดังนั้นผู้กระทำจึงมีความผิดฐานทำร้ายร่างกายตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 295หรือมาตรา 297 แล้วแต่กรณีโดยไม่สามารถอ้างบทบัญญัติหรือข้อยกเว้นอื่นๆ ทางกฎหมายยกเว้นความผิดได้เช่นกัน

#### 4.2 วิเคราะห์ปัญหาและผลกระทบอันเกิดจากการสักร่างกายและการฉีดยาพิษ

การสักร่างกายให้กับผู้เยาว์ในปัจจุบัน สามารถกระทำได้โดยง่าย เนื่องจากร้านรับสักร่างกายนั้นตั้งอยู่แทบทุกที่ ไม่ว่าจะเป็นตามตลาด ศูนย์การค้า ริมนน รวมถึงสำนักสักร่างกายต่างๆ ซึ่งการสักร่างกายเป็นการนำสีเข้าสู่ในผิวหนังโดยผ่านการใช้เข็มสัก ซึ่งอาจทำให้เกิดการแพ้แล้วเกิดเป็นผื่นหรือตุ่มแดง ถ้าไม่ได้รับการรักษาหรือปล่อยทิ้งไว้อาจทำให้ผื่นดังกล่าวอักเสบมากขึ้นได้ นอกจากนี้สีแดงที่ใช้ในการสักอาจก่อให้เกิดการแพ้เมื่อโดนแสงแดดมากๆ หรือบ่อยครั้งได้ โดยเฉพาะในคนที่โรคผิวหนังอยู่เดิมอยู่แล้ว เช่น คนที่เป็นโรคสะเก็ดเงินอาจพบว่ามีผื่นของโรคสะเก็ดเงินขึ้นภายหลังการสัก นอกจากนี้ถ้าผู้ทำการสักไม่มีความชำนาญ หรืออุปกรณ์การสักไม่สะอาด อาจทำให้ผู้ถูกสักมีโอกาสติดเชื้อโรคจากการสักผิวหนัง ได้แก่ เชื้อไวรัสตับอักเสบบี ซึ่งรวมถึงโรคร้ายแรงเช่น โรคเอดส์ ซึ่งการติดต่อของโรคเอดส์จึงอาจเกิดขึ้นได้จากการร่วมเลือด เช่น การใช้เข็มฉีดยาร่วมกัน การฝังเข็ม และการสักผิวหนัง<sup>27</sup>

สาระสำคัญของการกระทำสักร่างกายเด็กหรือผู้เยาว์นั้นกฎหมายไทยยังไม่มีบทบัญญัติอันมีผลบังคับและเป็นความผิด แต่หากพิจารณาสาระสำคัญของการกระทำสักร่างกายแก่เด็กหรือผู้เยาว์สามารถพิจารณาการกระทำความผิดฐานมีสาระสำคัญ ดังนี้

- 1) การตีหรือการเคาะซึ่งเกิดจากการสักด้วยเครื่องสัก หรืออาจใช้เข็มซึ่งมีด้ายร้อยเคลือบสีอยู่
- 2) ผู้กระทำ คือ มนุษย์ซึ่งไม่จำกัดว่าจะเป็นใครก็ได้ที่มีความสามารถในเรื่องดังกล่าว
- 3) กระทำโดยทางผ่านตามตำแหน่งที่ต้องสักลงไปทีผิวหนัง โดยใช้กำลังกระทำต่อผิวหนังมนุษย์ผู้อื่น
- 4) กรรมของการกระทำ หรือ “ผู้ถูกกระทำได้รับลายสักบนผิวหนัง” คือ มนุษย์ผู้อื่นเฉพาะเด็กหรือผู้เยาว์

<sup>26</sup> ความยินยอมของผู้เสียหายในคดีอาญา (น. 41-43). เล่มเดิม

<sup>27</sup> “พฤติกรรมทางเพศของผู้ติดยาเสพติดโดยใช้เข็มฉีดยา” ทุนวิจัยสนับสนุน โดยองค์การอนามัยโลก โครงการวิจัยพฤติกรรมสุขภาพเพื่อพัฒนานักวิจัยรุ่นใหม่ แผนงานส่งเสริมการวิจัยพฤติกรรมสุขภาพ (น. 4, 8). เล่มเดิม

สำหรับ “การกระทำ” ของความผิดฐานทำร้ายร่างกายนั้นแม้กฎหมายจะใช้คำว่า “ใช้กำลังทำ” ซึ่งดูคล้ายกับว่าหมายถึงการใช้กำลังกายโดยแท้โดยไม่มีสิ่งอื่นภายนอกเป็นเครื่องมือ เช่น ใช้เท้าเตะและตีบ แต่แท้จริงก็คือการ “ทำให้เกิดลายบนผิวหนัง” ในความหมายของการกระทำการสักร่างกายของเด็กหรือผู้เยาว์ นั่นเอง

สาระสำคัญที่การกระทำผิดกฎหมายต้องมี คือ เจตนาทำร้ายผู้อื่น โดยใช้หรือไม่ใช้กำลังย่อมอาจเกิดขึ้นได้ กฎหมายอาญานั้นจะลงโทษการกระทำของมนุษย์ที่เป็นเรื่องของการกระทำโดยเจตนาเท่านั้น กล่าวคือเจตนาความผิดตามมาตรา 59 นี้มีเพียงเจตนากระทำผิด criminal intention โดยมีองค์ประกอบ 1) การกระทำโดยรู้สำนึก และในขณะเดียวกันผู้กระทำ 2) ประสงค์ต่อผล 3) และยอมเล็งเห็นผลของการกระทำนั้น<sup>28</sup> การใช้บังคับกฎหมายอาญานั้น จะบัญญัติการกระทำที่เป็นความผิดโดยเจตนา แม้การกระทำว่าด้วยการสักร่างกายของเด็กหรือผู้เยาว์แม้ไม่มีบทบัญญัติเป็นกฎหมายโดยตรงกฎหมายย่อมถือว่าเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 295 แล้ว

ผู้ที่ให้ความยินยอมในการสักร่างกาย จะต้องเป็นบุคคลที่มีวุฒิภาวะเพียงพอ หากผู้เยาว์ให้ความยินยอมในการสักร่างกาย ก็จะต้องเป็นผู้เยาว์ที่มีความสามารถในการเข้าใจในการทำร้ายร่างกายหรือไม่ และเข้าใจสภาพของการกระทำการสักร่างกายว่าจะมีผลกระทบอย่างไรบ้าง

กรณีการขลิบอวัยวะเพศผู้เยาว์ การขลิบเป็นการกระทำเนื่องจากความเชื่อทางศาสนาหรือเป็นการกระทำเพื่อประโยชน์ทางสุขอนามัย โดยการกระทำเป็นการกระทำโดยแพทย์ ซึ่งการกระทำของแพทย์ต่อร่างกายมนุษย์อาจแบ่งเป็นความเห็นได้ 2 ความเห็น ดังนี้

ความเห็นแรก เห็นว่า การกระทำของแพทย์ต่อร่างกายของมนุษย์ในทุกกรณีเป็นการทำร้ายร่างกาย เพราะว่าแพทย์กระทำในขณะที่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิดฐานทำร้ายร่างกาย และประสงค์ต่อผลหรือยอมเล็งเห็นผล แต่การกระทำของแพทย์จะเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายได้ จะต้องมิเหตุที่ทำให้แพทย์มีอำนาจกระทำได้ เช่น ความยินยอมของผู้เสียหาย

ความเห็นที่สอง เห็นว่า การกระทำของแพทย์ต่อร่างกายของบุคคลไม่มีความผิดฐานทำร้ายร่างกาย โดยจุดประสงค์ของความผิดฐานทำร้ายร่างกายก็เพื่อป้องกันมิให้เกิดความไม่สงบขึ้น และต้องมียุติการประกอบในเรื่องความโมโห ความเกลียดชังหรือความเป็นศัตรูกัน หรือเจตนาที่ทำให้บาดเจ็บด้วยการทำร้าย ผู้กระทำต้องกระทำด้วยเจตนาที่ชั่วร้าย (mens rea) แต่การกระทำของแพทย์ต่อร่างกายของมนุษย์ที่เป็นการตรวจป้องกันและการบำบัดโรค จึงไม่มีเจตนาชั่วร้าย ไม่ใช่การทำร้ายร่างกาย<sup>29</sup>

<sup>28</sup> คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคทั่วไป (น. 78). เล่มเดิม

<sup>29</sup> จาก ความยินยอมในกฎหมายอาญา (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท) (น.96). โดย กมลชัย รัตนสากววงศ์, 2523, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

ในประเทศที่ไม่ใช้ประมวลกฎหมาย (common law) จะพิจารณาความผิดอาญาว่า ผู้กระทำความผิดต้องมีเจตนาร้าย (mens rea) ดังนั้น ในความเห็นที่สองที่บอกว่าเมื่อเจตนาของแพทย์มิใช่เจตนาร้ายย่อมถือว่าแพทย์ไม่มีความผิดทางอาญาน่าจะเป็นแนวความคิดของประเทศที่ไม่ใช้ประมวลกฎหมาย ซึ่งในประเทศไทยที่เป็นประเทศที่ใช้ประมวลกฎหมายไม่ได้นำหลักเจตนาร้ายมาใช้แต่อย่างใด ความเห็นของฝ่ายแรกที่มองว่าการกระทำของแพทย์ต่อร่างกายของมนุษย์เป็นการทำร้ายร่างกายจึงน่าจะเป็นความเห็นที่ใช้ได้ในกฎหมายไทย

การขลิบอวัยวะเพศโดยแพทย์จึงเป็นการทำร้ายร่างกายตามเหตุผลที่ได้กล่าวมาข้างต้น แต่การขลิบอวัยวะเพศเป็นสิ่งที่มหาชนให้การยอมรับ โดยเป็นการกระทำตามความเชื่อของศาสนาอิสลามและยิว<sup>30</sup> ส่วนในศาสนาพุทธแล้วไม่มีความเชื่อเรื่องดังกล่าว แต่ขลิบเพราะเหตุผลทางการแพทย์ที่ต้องการรักษาความสะอาด ดังนั้น เมื่อการขลิบอวัยวะเพศมิได้ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนแล้ว ผู้เยาว์จึงสามารถให้ความยินยอมในการขลิบอวัยวะเพศ ทำให้แพทย์มีอำนาจกระทำได้

#### 4.3 วิเคราะห์เปรียบเทียบการให้ความยินยอมของผู้เยาว์ในการสักร่างกาย กับความผิดฐานทำร้ายร่างกายของประเทศไทยและต่างประเทศ

เกณฑ์พิจารณาโครงสร้างความรับผิดทางอาญาที่จะทำให้การกระทำนั้นเป็นความผิดประการแรกนั้น พิจารณาจากการกระทำ ว่าการกระทำที่ปรากฏภายนอกนั้นจะต้องเข้าเกณฑ์ที่บัญญัติว่าเป็นความผิด ซึ่งเป็นหลักที่ว่า การกระทำที่เป็นการฝ่าฝืนกฎหมายอาญาทั้งปวง ซึ่งประกอบด้วยโครงสร้าง 3 ประการ คือ

- 1.1 การกระทำที่กฎหมายบัญญัติหรือ “องค์ประกอบ”
- 1.2 การกระทำนั้นเป็น “ความผิด” กล่าวคือไม่มีเหตุที่ผู้กระทำความผิดมีอำนาจทำได้
- 1.3 ผู้กระทำความผิดมี “ความชั่ว”

1.1 การกระทำที่กฎหมายบัญญัติหรือ “องค์ประกอบ” ซึ่งเป็นองค์ประกอบของความผิดอาญาที่เป็นอิสระ โดยไม่ได้วินิจฉัยว่า การกระทำนั้นจะเป็นความผิดอาญาแล้วหรือยัง พิจารณาจากตัวบทบัญญัติที่มีใช้เป็นการกระทำโดยประมาทโดยทั่วไปแล้วมีอยู่ 2 ประเภท กล่าวคือ องค์ประกอบภายนอก และองค์ประกอบภายใน

องค์ประกอบภายนอก คือบทบัญญัติที่กำหนดไว้ในภาคความผิด ซึ่งจะกล่าวถึง

1) ผู้กระทำความผิด ในส่วนที่เกี่ยวกับตัวผู้กระทำความผิดโดยทั่วไปกฎหมายใช้คำว่า “ผู้ใด” โดยปกติจะไม่จำกัดว่าผู้กระทำความผิดเป็นใคร

<sup>30</sup> แหล่งเดิม. (น.108).

2) การกระทำ คือการกระทำต่างๆ ตามที่บัญญัติไว้ในกฎหมายมาตรานั้นๆ เช่น การทำให้ตาย การทำร้ายร่างกายหมายถึงต้องเป็นการทำให้สภาพของร่างกายของผู้ถูกกระทำนั้นเลวลง ทำให้เสียสุขภาพอนามัย มาตรา 295 297 ถือว่าเป็นการกระทำโดยนัยแห่งกฎหมายอาญาว่าด้วยเจตนาตามมาตรา 59<sup>31</sup>

3) ผลของการกระทำ ความผิดอาญาบางฐานเป็นความผิดที่ต้องการผล (Delist materials) เช่น ทำให้เจ็บป่วย หรือ ได้รับความเจ็บ ตามมาตรา 295 297 หรือ ความผิดฐานทำร้ายร่างกายที่ไม่เป็นอันตรายแก่กายหรือจิตใจของผู้ถูกกระทำตามมาตรา 391 ซึ่งจะต้องพิจารณาผลที่เกิดขึ้นมีความสัมพันธ์กับการกระทำ เป็นต้น

องค์ประกอบภายในที่สำคัญ คือ เจตนา และมูลเหตุชกุงใจ เจตนา ผู้กระทำจะต้องรู้ถึงข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิดและผู้กระทำต้องประสงค์ต่อผลหรือยอมเล็งเห็นผลของการกระทำนั้น

1.2 การกระทำนั้นเป็น “ความผิด” (Rechtswidrigkeit) กล่าวคือ ไม่มีเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจทำได้ ถ้ามีเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจทำได้แล้ว การกระทำนั้นย่อมไม่เป็นความผิด

1.3 ผู้กระทำมี “ความชั่ว” (Schuld) ความชั่ว โดยทั่วไปเป็นเรื่องความรู้ผิดชอบ ซึ่งเป็นข้อเท็จจริงทางอัตตวิสัย (Subjective) ในกรณีที่ไม้อาจตำหนิตัวผู้กระทำผิดได้ (blameworthiness of the perpetrator) กฎหมายก็ยกเว้นโทษให้ การยกเว้นโทษนี้ไม่มีผลต่อการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเพียงแต่ทำให้การตำหนิตัว (personel blameworthiness) เปลี่ยนไปและจะได้รับการยกเว้นโทษก็ต่อเมื่อผู้กระทำได้กระทำภายใต้เงื่อนไขที่กำหนดไว้ในกฎหมาย

จะเห็นได้ว่าถึงแม้องค์ประกอบของความผิดที่กฎหมายบัญญัติหากพิจารณาการกระทำสักร่างกายของเด็กหรือผู้เยาว์องค์ประกอบภายนอก คือ การที่บุคคลทำร้ายโดยใช้กำลังทำร้ายทำให้เกิดลายบนผิวหนังของ มนุษย์ผู้อื่น “ผู้กระทำ” คือ มนุษย์ซึ่งกฎหมายไม่จำกัดว่าจะเป็นใคร “กรรมของการกระทำ” หรือ “ผู้ถูกกระทำ” คือ มนุษย์ผู้อื่นที่ได้รับความเสียหายจากการ โคนเข็มสักร่างกาย ถือว่าเป็น การกระทำ ของความผิดฐานนี้นั้นแม้กฎหมายจะใช้คำว่า “ใช้กำลังทำร้าย” ซึ่งคล้ายกับว่าหมายถึงการใช้กำลังกายโดยแท้โดยไม่มีสิ่งอื่นภายนอกเป็นเครื่องมือ เช่น ใช้เท้าเตะและถีบ แต่แท้จริงก็คือการ “ทำร้าย” ในความหมายของความผิดต่อร่างกายในฐานอื่นๆ และองค์ประกอบภายในคือเจตนาธรรมดา นั้นเองรวมไปถึงความหมายของความผิดต่อร่างกายเป็นการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งดังต่อไปนี้ คือ “การทำมิชอบต่อกาย” และ “การทำให้เสียสุขภาพอนามัยหมายความว่าเสี่ยงต่อโรคติดต่อเพราะการสักร่างกายนั้นจะใช้เข็มที่มเข้าไปในร่างกายทำให้มีเลือดออกซึ่งหากไม่

<sup>31</sup> กฎหมายอาญาภาคความผิด (น. 119). เล่มเดิม.

ระมัดระวังก็อาจจะกลายเป็นพาหะนำโรคร้ายได้เช่น เช่น ไวรัสตับอักเสบบี เอชไอวีหรือเอดส์<sup>32</sup> ตลอดจนเชื้อแบคทีเรียและเชื้อรา เป็นต้น”

ทั้งนี้ จะเห็นได้ว่าการสร้างกายอาจจะเป็นการกระทำมิชอบต่อกาย คือ การทำมิชอบทั้งปวงต่อร่างกาย ทั้งนี้ โดยจะเกิดความเจ็บปวดหรือไม่ไม่สำคัญการทำให้เกิดอันตรายแก่กายหรือจิตใจ ตามมาตรา 295 ต้องพิจารณาถึงพฤติการณ์การกระทำของจำเลย และบาดแผลของผู้เสียหาย ประกอบกันด้วย

ในส่วนองค์ประกอบภายในของความผิดฐานนี้ คือ เจตนาทำร้าย (ใช้กำลังทำร้าย) คำว่า “เจตนาทำร้าย” คือ การที่ผู้กระทำได้กระทำไปโดยรู้ว่าการกระทำเป็นมนุษย์และผู้กระทำต้องการทำร้ายมนุษย์ผู้นั้น จะเห็นว่าในความผิดฐานทำร้ายร่างกาย จากนิยามของ “กระทำโดยเจตนา” ที่ผู้เขียนได้ร้อยเรียงเสียใหม่ดังกล่าวมานั้น จะเห็นได้ว่า “กระทำโดยเจตนา” ประกอบด้วย ส่วนประกอบ (Element) 2 ส่วน คือ “ส่วนรู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิด” หรืออาจเรียกสั้นๆ ว่า “ส่วนรู้” กับ “ส่วนประสงค์ต่อผลหรือยอมเล็งเห็นผล” หรืออาจเรียกสั้นๆ ว่า “ส่วนต้องการ” ที่ว่า “ประสงค์ต่อผลหรือยอมเล็งเห็นผล” เป็น “ส่วนต้องการ” ของการ “กระทำโดยเจตนา” นั้น ก็เพราะว่ากรณีเป็นความต้องการของผู้กระทำความคิดจะให้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิดนั้นเกิดขึ้นจริง ซึ่งความต้องการนี้อาจเป็นความต้องการโดยตรงหรือที่กฎหมายเรียกว่า “ประสงค์ต่อผล” หรือเป็นความต้องการโดยอ้อมหรือที่กฎหมายเรียกว่า “ยอมเล็งเห็นผล” อย่างใดอย่างหนึ่ง การที่ผู้สัักเป็นผู้กระทำต่อเด็กหรือผู้เยาว์ ซึ่งผู้ถูกกระทำก็ยังเป็นผู้เยาว์หรือเด็กเท่านั้น<sup>33</sup> ได้กระทำต่อเด็กหรือผู้เยาว์ ผู้กระทำนั้นได้มี การกระทำครบองค์ประกอบทั้ง องค์ประกอบภายนอกที่มี 1) ทำร้าย 2) ผู้อื่น 3) จนเป็นเหตุให้เกิดอันตรายแก่กายหรือจิตใจ และ มีองค์ประกอบภายใน คือเจตนาฆรรณดาเท่านั้น ไม่จำเป็นต้องพิจารณาเรื่องเจตนาร้าย (mens rea or vicious will) ในการทำร้ายร่างกายเป็นองค์ประกอบความผิดที่สำคัญของระบบกฎหมาย common Law ซึ่งคำว่า<sup>34</sup> ความชั่ว (Schuld) ในที่นี้ไม่ได้หมายถึง ความชั่วในความหมายทั่วไป กล่าวคือ ไม่ได้หมายถึงสภาพความไม่ดีไม่งามอันเกิดจากการฝ่าฝืนศีลธรรมหรือขนบธรรมเนียมประเพณี

<sup>32</sup> “พฤติกรรมทางเพศของผู้ติดยาเสพติดโดยใช้เข็มฉีดยา,” ทุนวิจัยสนับสนุนโดยองค์การอนามัยโลก โครงการวิจัยพฤติกรรมสุขภาพเพื่อพัฒนานักวิจัยหน้าใหม่ แผนงานส่งเสริมการวิจัยพฤติกรรมสุขภาพ. (หน้าเต็ม)

<sup>33</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 19 ได้บัญญัติไว้ว่า “บุคคลย่อมพ้นจากภาวะผู้เยาว์และบรรลุนิติภาวะเมื่อมีอายุ 20 ปีบริบูรณ์” และตามที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 20 ได้บัญญัติไว้ว่า “ผู้เยาว์ย่อมบรรลุนิติภาวะเมื่อสมรส หากการสมรสนั้นได้ทำตามบทบัญญัติมาตรา 1448”

<sup>34</sup> กฎหมายอาญาภาคทั่วไป (น. 276-278). เล่มเดิม.

ของสังคม ความชั่วในความหมายทั่วไป ดังกล่าวเป็นคนละเรื่องกับ ความชั่ว ในทางกฎหมายอาญา ความชั่ว (Schuld) ในทางกฎหมายอาญาแตกต่างจาก ความชั่วในความหมายทั่วไป ในแง่ของสิ่ง หรือ วัตถุ (Objekt) ที่เกี่ยวข้องในการพิจารณาหาความหมาย กล่าวคือ สิ่งหรือ วัตถุ ที่เกี่ยวข้องในการพิจารณาหาความหมายของ ความชั่วในความหมายทั่วไป คือ ตัวศีลธรรมหรือขนบธรรมเนียม ประเพณี แต่สิ่งที่เกี่ยวข้องในการพิจารณาหาความหมายของ ความชั่ว ในทางกฎหมายอาญา คือ การกระทำที่ครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติที่เป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย การกระทำใดการกระทำหนึ่งทีครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติและเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายจะเป็นการกระทำที่ชั่วหรือไม่ย่อมขึ้นอยู่กับการตัดสินใจกระทำในการกระทำนั้นของผู้กระทำความผิด ในขณะที่กระทำนั้น ผู้ที่มีความรู้ผิดชอบหรือผู้ที่รู้จักแยะแยะว่าอะไรผิดว่าอะไรถูกและเป็นผู้ที่มีสติ ย่อมจะไม่กระทำการใดอันเป็นการผิดกฎหมาย แต่ถ้าผู้ใดขาดสติและได้กระทำการใดอันเป็นการผิดกฎหมายลงไป ผู้นั้นก็ย่อมจะเป็นบุคคลที่จะต้องถูกดำเนินจากสังคม และการกระทำนั้นของผู้นั้น ย่อมเป็นการกระทำที่ดำเนินได้และด้วยเหตุนี้เองที่ในทางกฎหมายอาญาถือว่าผู้กระทำความชั่ว ดังนั้น จึงอาจให้ความหมายของ ความชั่ว (Schuld) ได้ว่า การพิจารณาเรื่อง ความผิดกฎหมาย (Rechtswidrigkeit) ของการกระทำใดการกระทำหนึ่งเป็นเพียงการพิจารณาว่าเมื่อใดการกระทำใด การกระทำหนึ่งนั้นจะเป็นการกระทำที่ฝ่าฝืนกฎหมาย กล่าวคือ การพิจารณา ความผิดกฎหมาย เป็นการพิจารณาเฉพาะการกระทำกับ ข้อห้ามไม่ให้กระทำ (Verbotnorm) หรือกับ ข้อบังคับให้กระทำ (Gebotnorm) ที่กำหนดในความผิดฐานต่างๆ เท่านั้น โดยไม่ได้พิจารณาต่อไปว่าในการกระทำใด การกระทำหนึ่งนั้น ผู้กระทำความผิดอยู่ในวิสัยที่จะสามารถแยกแยะความผิดถูกของการกระทำของตนได้หรือไม่ การพิจารณาต่อไปถึงความสามารถของบุคคลในอันที่จะแยกแยะความผิดถูกของการกระทำของเขาได้หรือไม่นั้นคือ การพิจารณาเรื่อง ความชั่ว (Schuld) การพิจารณาความชั่ว (Schuld) หรือ การดำเนินได้ (Vorwerfbarkeit) ของการกระทำ ว่ามีอยู่หรือไม่นั้น ไม่ได้พิจารณาที่ตัวผู้กระทำ ในฐานะปัจเจกบุคคล แต่พิจารณาตามมาตรฐานของวิญญูชนที่อยู่ในฐานะเช่นผู้กระทำความผิด ความชั่ว (Schuld) นั้น มีอยู่ทั้งในความผิดที่กระทำโดยเจตนา และในความผิดที่กระทำโดยประมาท ที่จะทำร้ายร่างกายเด็กหรือเยาวชน

ดังนั้นเมื่อพิจารณาองค์ประกอบความผิดตามระบบกฎหมาย Civil LAW ของประเทศไทยแล้วนั้นจะเห็นว่า ผู้สักระทำกับร่างกายโดยมีการกระทำการสักร่างกายของเด็กหรือผู้เยาว์ โดยมีผลลัพธ์สำเร็จตรงตามเจตนาธรรมดาต่อผิวหนังของเด็กหรือผู้เยาว์แล้วตามกฎหมายย่อมถือว่าการครบองค์ประกอบความผิดตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 295 หรือมาตรา 297 แล้วแต่กรณี หากได้พิจารณาไปถึงเจตนาชั่วร้ายเพื่อให้ครบองค์ประกอบความผิดไม่

จะเห็นได้ว่าการกระทำที่เกี่ยวข้องกับการสักร่างกายบนผิวหนังของเด็กและผู้เยาว์หากพิจารณาความผิดยอมเข้าเงื่อนไขความผิดที่ปรากฏตามความผิดที่กระทำต่อร่างกายของไทยซึ่งมีความสัมพันธ์กับการกระทำ เช่น ความผิดฐานทำร้ายร่างกาย มาตรา 295<sup>35</sup> หากเป็นความผิดเทียบเคียงกับฐานทำร้ายร่างกาย มาตรา 295 หรือฐานความผิดสาหัส ตามมาตรา 297 เพราะการกระทำ เป็นความผิดฐานทำร้ายร่างกายสำเร็จแล้ว แต่ผู้กระทำต้องรับโทษหนักตามผลที่เกิดขึ้นในภายหลัง ซึ่งถือเป็น เงื่อนไขของโทษทางภาวะวิสัย เพราะการลงโทษเป็นไปตามผลที่เกิดขึ้น โดยผู้กระทำไม่ต้องมีเจตนาจะให้ผลเกิดขึ้นเช่นนั้น ถ้าผลอันตรายสาหัสได้เกิดขึ้นแล้ว ผู้กระทำต้องรับผิดชอบซึ่งเป็นความผิดตามมาตรา 295 เป็นความผิดที่ต้องการผล หากผลอันตรายสาหัสไม่เกิดขึ้น ผู้กระทำก็ไม่มี ความผิดฐานพยายามทำร้ายร่างกายสาหัส อย่างไรก็ตามจะถือว่าเป็น “อันตรายแก่กายหรือจิตใจ” เป็นเรื่องที่ยังมีปัญหาค้าง เพราะความรับผิดชอบฐานนี้ในบางกรณีแขวนอยู่กับความรู้สึของผู้ใช้กฎหมายได้ บทบัญญัติมาตรา 295 จึงมีข้อน่าจะขัดกับหลัก “ไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมาย”<sup>36</sup> (nulla poena sine lege) ในข้อที่ว่า กฎหมายอาญาต้องบัญญัติให้ชัดเจนแน่นอนหรือไม่ การทำร้ายแก่ไหนจึงจะถือว่าเป็นเหตุให้เกิดอันตรายแก่กายหรือจิตใจตามมาตรา 295 หรือไม่นั้น ศาลฎีกาเคยวินิจฉัยวางหลักว่า จำต้องพิจารณาถึงการกระทำของจำเลยและบาดแผลที่ผู้เสียหายได้รับประกอบกัน ตัวอย่าง เช่น การทำร้ายแก่ไหนจะถือว่าเป็นเหตุให้เกิดอันตรายแก่กายหรือจิตใจตามมาตรา 295 หรือไม่นั้น ศาลฎีกาเคยวินิจฉัยวางหลักว่า จำต้องพิจารณาถึงการกระทำของจำเลยและบาดแผลที่ผู้เสียหายได้รับประกอบกัน จำเลยเพียงแต่ใช้เท้าเตะและใช้มือตบผู้เสียหาย มิได้ใช้อาวุธทำร้ายผู้เสียหายได้รับบาดแผล ผู้เสียหายได้รับบาดแผลเพียงฟกช้ำเท่านั้น และรักษาเพียง 5 วันก็หายยังถือไม่ได้ว่าเป็นอันตรายแก่กายมาตรา 295 คงเป็นความผิดตามมาตรา 391 เท่านั้น

การบัญญัติกฎหมายให้ชัดเจนแน่นอนกว่านี้ย่อมกระทำได้และดีกว่าการที่จะแก้ไขโดยการตีความคำว่า อันตรายแก่กายหรือจิตใจ โดยใช้กฎหมายดังที่เป็นอยู่ในปัจจุบัน ข้อนี้ชอบที่ฝ่ายนิติบัญญัติจะได้ช่วยพิจารณา ว่า ผิดฐานทำร้ายร่างกายตามมาตรา 295 หรือทำร้ายร่างกายโดยทำให้

<sup>35</sup> คู่มือกฎหมายอาญา

<sup>36</sup> กฎหมายอาญาภาคความผิด (น. 128). เล่มเดิม.

สาหัส มาตรา 297<sup>37</sup> กล่าวคือ แม้การกระทำของผู้ที่กระทำการสักร่างกายหนึ่งจะเข้าองค์ประกอบตามมาตรา 295 มาตรา 295 “ผู้ใดทำร้ายผู้อื่นจนเป็นเหตุให้เกิดอันตรายแก่กายหรือจิตใจของผู้อื่นนั้น ผู้นั้นกระทำความผิดฐานทำร้ายร่างกาย ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสองปี หรือปรับไม่เกินสี่พันบาท หรือ ทั้งจำทั้งปรับ”

อนึ่งในความเห็นของผู้เขียน การกระทำการสักร่างกายของเด็กหรือผู้เยาว์ จะเห็นได้ว่าหากพิจารณาการกระทำการสักร่างกายของเด็กหรือเยาวชนในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับองค์ประกอบความผิดในภายนอก เช่น (1) ทำร้าย (2) ผู้อื่น (3) จนเป็นเหตุให้เกิดอันตรายแก่กายหรือจิตใจของผู้อื่น องค์ประกอบภายใน เจตนาธรรมดา ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 295 ถือว่าเข้าองค์ประกอบภายในที่มีเจตนาธรรมดา ที่มีหมายถึงการมีเจตนาทำร้ายร่างกายของมนุษย์ไม่ว่าจะเป็นเด็กหรือผู้เยาว์จึงเป็นการผิดฐานทำร้ายร่างกายตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 295 โดยหาได้พิจารณาเจตนาที่เป็นเจตนาชั่วหรือเจตนาร้าย (mens rea or vicious will) ในการทำร้ายร่างกายเป็นองค์ประกอบความผิดที่สำคัญของระบบกฎหมาย common Law ความมุ่งหมายของความผิดฐานทำร้ายร่างกายเพื่อป้องกันมิให้เกิดความไม่สงบขึ้น หากขาดเจตนาร้ายระบบกฎหมาย common Law หรือขาดเจตนาที่จะทำให้บาดเจ็บด้วยการทำร้ายผู้กระทำจะต้องกระทำด้วยเจตนาชั่วร้าย (evil intention) ซึ่งเป็นที่เข้าใจว่าทำให้ความปลอดภัยในร่างกายลดลงถือว่าขาดองค์ประกอบตามระบบกฎหมาย common Law หาได้เป็นความผิดไม่ ส่วนในระบบประมวลกฎหมาย (the civil law system) นั้น การกระทำทางอาญาได้รวมเอาส่วนของจิตใจเข้าไว้ด้วยเมื่อมีเจตนาในการกระทำของผู้สักร่างกายแก่เด็กหรือผู้เยาว์ก็ย่อมถือว่ามีความผิดทางอาญาตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 295 หรือมาตรา 297 แล้วแต่กรณี

<sup>37</sup> มาตรา 297 ผู้ใดกระทำความผิดฐานทำร้ายร่างกาย จนเป็นเหตุให้ ผู้ถูกกระทำร้ายรับอันตรายสาหัส ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หกเดือนถึงสิบปี

อันตรายสาหัสนั้น คือ

- (1) ตาบอด หูหนวก ลิ่นขาด หรือเสียอวัยวะประสาท
- (2) เสียอวัยวะสืบพันธุ์ หรือความสามารถสืบพันธุ์
- (3) เสียแขน ขา มือ เท้า นิ้วหรืออวัยวะอื่นใด
- (4) หน้าที่เสียโฉมอย่างติดตัว
- (5) แห้งลูก
- (6) จิตพิการอย่างติดตัว
- (7) ทูพพลภาพ หรือป่วยเจ็บเรื้อรังซึ่งอาจถึงตลอดชีวิต
- (8) ทูพพลภาพหรือป่วยเจ็บด้วยอาการทุกขเวทนาเกินกว่า ยี่สิบวัน หรือจนประกอบกรณีกิจ

ตามปกติไม่ได้เกินกว่ายี่สิบวัน

และในกรณีของการสักร่างกายให้แก่บุคคลที่มีความบกพร่องทางจิต ไม่ว่าจะเป็ผลมาจากความมีนเมาเพราะฤทธิ์ของแอลกอฮอล์ หรือจิตบกพร่องก็ตาม ผู้กระทำให้มีความผิดตามมาตรา 295 เนื่องจากมีการกระทำครบองค์ประกอบแล้ว

เปรียบเทียบกับกฎหมายประเทศฝรั่งเศส

ก) บทบัญญัติการให้ความยินยอม

มีการออกกฎหมายจากกระทรวงสาธารณสุขและการกีฬาตามพระราชกฤษฎีกาฉบับที่ 2008-149 ของวันที่ 19 กุมภาพันธ์ ปี 2008 มีการจำกัดอายุที่กำหนดโดยกฎหมาย คือ ผู้เยาว์ที่ยังไม่บรรลุนิติภาวะจะได้รับการสักร่างกาย แต่ต้องได้รับความยินยอมจากผู้ปกครองถ้าเป็นผู้เยาว์หรือเยาวชน ทั้งนี้การสักร่างกายสามารถดำเนินการได้อายุขั้นต่ำที่กฎหมายคือ 16 ปี<sup>38</sup> ในประเทศฝรั่งเศส<sup>39</sup>

ข) บทลงโทษ

การสักร่างกายที่เกี่ยวกับผู้เยาว์โดยไม่ได้รับความยินยอมจากผู้ปกครองหรือผู้ดูแลปรากฏตามพระราชกฤษฎีกาฉบับที่ 2008-149 ของ 19 กุมภาพันธ์ 2008<sup>40</sup> ผู้กระทำอาจมีความผิดทางอาญาตามมาตรา 121-2 ของความผิดประมวลกฎหมายอาญา<sup>41</sup> โดยมีบทลงโทษที่ใช้กับผู้กระทำ ความผิดตามกฎหมาย กล่าวคือ<sup>42</sup>

1. ปรับตามมาตรา 131-41 ของประมวลกฎหมายอาญา<sup>43</sup>

2. ยึดสิ่งที่ถูกนำมาใช้หรือตั้งใจกระทำความผิดหรือสิ่งซึ่งเป็นผลิตภัณฑ์ที่สักบน

ผิวหนัง เป็นต้น

เปรียบเทียบกับกฎหมายประเทศฟิลิปปินส์

ปัจจุบันประเทศฟิลิปปินส์ได้มีพระราชบัญญัติเกี่ยวกับการสักร่างกาย<sup>44</sup> โดยมีทั้งกรณีที่กำหนดความยินยอมของผู้เยาว์ และบุคคลที่มีความบกพร่องทางจิตด้วย

<sup>38</sup> <http://www.kgbanswers.co.uk/what-is-the-legal-minimum-age-to-have-a-tattoo-in-france/>

18913307.

<sup>39</sup> คู่มือภาคผนวก

<sup>40</sup> [www.sante.gouv.fr/IMG/pdf/Decret\\_2008-149](http://www.sante.gouv.fr/IMG/pdf/Decret_2008-149) ข้อ Section 3 Dispositions communes Art. R. 1312-11-12.

<sup>41</sup> คู่มือภาคผนวก

<sup>42</sup> คู่มือภาคผนวก

<sup>43</sup> คู่มือภาคผนวก

<sup>44</sup> REPUBLIC OF THE PHILIPPINES FIFTEENTH CONGRESS First Regular Session SENATE

ก) บทบัญญัติการให้ความยินยอม

1) กรณีการสักร่างกายให้แก่ผู้เยาว์ จะต้องได้รับความยินยอมเป็นลายลักษณ์อักษรของพ่อแม่หรือผู้ปกครองหรือผู้ดูแลแต่ละบุคคล<sup>45</sup>

2) กรณีการสักร่างกายให้แก่บุคคลที่อยู่ภายใต้อิทธิพลของฤทธิ์แอลกอฮอล์หรือยาเสพติด หรือบุคคลที่มีความบกพร่องทางจิต กฎหมายประเทศฟิลิปปินส์ห้ามบุคคลสักร่างกายให้แก่บุคคลดังกล่าว<sup>46</sup> แม้ว่าบุคคลดังกล่าวจะให้ความยินยอมก็ตาม

ข) บทลงโทษ

ผู้ที่สักร่างกายให้ผู้เยาว์ที่ไม่ได้รับความยินยอมเป็นลายลักษณ์อักษรจากบิดามารดาหรือผู้ปกครอง<sup>47</sup> หรือสักร่างกายให้กับผู้ที่เมาหรืออยู่ภายใต้อิทธิพลของยาเสพติด หรือแอลกอฮอล์ ผู้หญิงที่ตั้งครรภ์ บุคคลที่มีสภาพผิวที่ไม่เหมาะสม และบุคคลที่ไม่สามารถให้ความยินยอมได้เพราะการไร้ความสามารถทางจิต<sup>48</sup> ผู้ที่ฝ่าฝืนบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติดังกล่าวข้างต้นจะต้องได้รับการลงโทษโดยมีโทษจำคุกไม่น้อยกว่า 1 ปี แต่ไม่เกิน 5 ปี หรือปรับไม่น้อยกว่า 1 แสนเปโซ หรือทั้งจำทั้งปรับ ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับดุลพินิจของศาล<sup>49</sup>

เปรียบเทียบกับกฎหมายประเทศอังกฤษ

ก) บทบัญญัติการให้ความยินยอม

ตามพระราชบัญญัติการสักร่างกายของผู้เยาว์ ปี 1969 หากทำการสักร่างกายแก่เยาวชนที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปีต้องได้รับความยินยอมจากบิดามารดา หรือผู้ปกครอง<sup>50</sup> เว้นแต่เป็นการสักด้วยเหตุผลทางการแพทย์โดยผู้ประกอบวิชาชีพทางการแพทย์ แต่ผู้ที่สักร่างกายให้ผู้เยาว์สามารถ

---

<sup>45</sup> SENATE Senate Bill No. 1125 AN ACT PUNISHING THE ACT OF UNDERAGE TATTOOING AND BODY PIERCING

b) "Consent of a minor's parent or legal guardian" means the presence of a parent or legal guardian during the performance of body piercing or tattooing upon the minor after the parent or legal guardian has provided reasonable proof of personal identity and familial relationship

<sup>46</sup> คู่มือในภาคผนวก

<sup>47</sup> คู่มือในภาคผนวก

<sup>48</sup> SENATE Senate Bill No. 1126 Tattoo Patrons Protection Act of 2010 Section 10.

<sup>49</sup> SENATE Senate Bill No. 1126 Tattoo Patrons Protection Act of 2010 Section 11.

<sup>50</sup> คู่มือในภาคผนวก

อ้างข้อต่อสู้ได้ว่ามีเหตุที่ควรเชื่อได้ว่าผู้เยาว์มีอายุเกิน 18 ปี และได้กระทำไปเพราะความเชื่อเช่นนั้น<sup>51</sup>

ข) บทลงโทษ

ผู้ที่สักร่างกายให้ผู้เยาว์โดยปราศจากยินยอมของบิดามารดา หรือผู้ปกครองต้องระวางโทษโดยจะต้องถูกปรับไม่เกิน 50 ปอนด์ หรือในกรณีที่มีการกระทำผิดอีกครั้งที่สองต้องถูกลงโทษปรับไม่เกิน 100 ปอนด์<sup>52</sup>

เปรียบเทียบกับกฎหมายประเทศสหรัฐอเมริกา

มลรัฐฟลอริดา

ก) บทบัญญัติการให้ความยินยอม

กฎระเบียบใหม่ต้องศิลปินรอยสักและร้านสตูดิโอ (แต่หน้าถาวรจะถือเป็นสัก) ที่จะได้รับอนุญาตจากกรมอนามัยฟลอริดา (the Florida Department of Health) ซึ่งเรียกว่าการดำเนินการที่เกี่ยวข้องกับเชื้อโรคในเลือดจะต้องได้รับหรือต่ออายุใบอนุญาต สักทั้งหมดจะต้องทำในสิ่งอำนวยความสะดวกที่ได้รับอนุญาตสำหรับศิลปะรอยสักโดยกรมอนามัยของรัฐฟลอริดา the Florida Department of Health (FDOH) กฎหมายใหม่ยังจำกัดว่าไม่ให้มีบุคคลที่มีอายุต่ำกว่า 16 ดำเนินการสักร่างกาย ยกเว้นเหตุผลทางการแพทย์โดยแพทย์หรือทันตแพทย์ และกรณีที่บุคคลที่มีอายุมากกว่า 16 ปี แต่ต่ำกว่า 18 ปี จะได้รับรอยสักก็ต่อเมื่อมาพร้อมกับผู้ปกครองผู้ดูแลของพวกเขา โดยมีเงื่อนไขคือ

- 1) ต้องมาพร้อมกับพ่อแม่หรือผู้ปกครองของผู้เยาว์ตามกฎหมาย
- 2) บิดามารดาหรือผู้ปกครองตามกฎหมายต้องส่งหลักฐานบัตรประจำตัวพ่อแม่หรือผู้ปกครองตามกฎหมายเพื่อรับรองการยินยอมเป็นลายลักษณ์อักษร

---

<sup>51</sup> Tattooing of Minors Act 1969 CH. 24 ELIZABETH II” Prohibition of tattooing of minors.It shall be an offence to tattoo a person under the age of eighteen except when the tattoo is performed for medical reasons by a duly qualified medical practioner or by a person working under his direction, but it shall be a defence for a person charged to show that at the time the tattoo was performed he had reasonable cause to believe that the person tattooed was of or over the age of eighteen and did in fact so believe. ”

<sup>52</sup> Any person committing such an offence shall be liable on Penalties. summary conviction to a fine not exceeding fifty pounds, or, in the case of a second or subsequent conviction, to a fine not exceeding one hundred pounds.

3) พ่อแม่หรือผู้ปกครองตามกฎหมายส่งหลักฐานของการเป็นพ่อแม่หรือผู้ปกครองตามกฎหมาย<sup>53</sup>

ข) บทลงโทษ

หากผู้ใดหรือผู้ทำการสักร่างกายดำเนินการสักให้กับเด็กหรือผู้เยาว์อายุต่ำกว่า 18 ปีที่ได้รับรอยสักที่จะต้องมาพร้อมกับผู้ปกครองผู้ดูแลของพวกเขา มีความผิดทางอาญาปรากฏตาม (The 2014 Florida Statutes TITLE XXIX PUBLIC HEALTH CHAPTER 381 PUBLIC HEALTH: GENERAL PROVISIONS) ข้อ 381.00787 Tattooing prohibited penalty คือ จำคุกไม่เกิน 15 ปี<sup>54</sup> และอาจถูกตัดสินให้จ่ายค่าปรับไม่เกิน \$10,000<sup>55</sup> แต่คนที่สักร่างกายของบุตรผู้เยาว์อายุต่ำกว่า 18 ปี บริบูรณ์ไม่มีความผิดในส่วนนี้ ถ้า

(1) บุคคลได้ตรวจสอบอย่างรอบคอบถึงบัตรประจำตัวของผู้เยาว์ที่แสดงถึงว่าผู้เยาว์มีอายุ 18 ปี

(2) ผู้เยาว์แอบอ้างว่าตนมีอายุ 18 ปีหรือ มากกว่า 18 ปี และได้หลอกลวงให้ผู้อื่นสักร่างกายให้

มลรัฐไอดาโฮ

ก) บทบัญญัติการให้ความยินยอม

กฎหมายมลรัฐไอดาโฮห้ามสักผิวหนังให้กับผู้เยาว์อายุต่ำกว่า 14 ปี ไม่เกิน 18 ปี เว้นแต่บุคคลดังกล่าวได้รับก่อนที่ยินยอมเป็นลายลักษณ์อักษรจากผู้ปกครองของผู้เยาว์หรือผู้ปกครองตามกฎหมาย ผู้ปกครองของผู้เยาว์หรือผู้ปกครองตามกฎหมายจะดำเนินการยินยอมเป็นลายลักษณ์

---

<sup>53</sup> คู่มือภาคผนวก

<sup>54</sup> คู่มือภาคผนวก

<sup>55</sup> 775.083 Fines.

(1) A person who has been convicted of an offense other than a capital felony may be sentenced to pay a fine in addition to any punishment described in s. 775.082; when specifically authorized by statute, he or she may be sentenced to pay a fine in lieu of any punishment described in s. 775.082. A person who has been convicted of a noncriminal violation may be sentenced to pay a fine. Fines for designated crimes and for noncriminal violations shall not exceed:

(a) \$15,000, when the conviction is of a life felony.

(b) \$10,000, when the conviction is of a felony of the first or second degree

อักษรที่ต้องการปรากฏตามรัฐธรรมนูญ เว้นแต่ผู้เยาว์จะฟื้นสภาพเป็นผู้เยาว์โดยการแต่งงานหรือร้องขอศาลเป็นต้น<sup>56</sup>

ข) บทลงโทษ

การประชุมแห่งชาติของรัฐ (The National Conference of State legislatures) รายงานว่าอย่างน้อย 39 รัฐมีการออกกฎหมายในสถานที่ห้ามผู้เยาว์จากการได้รับรอยสัก ในไอดาโฮ สัก หรือเจาะร่างกายของผู้เยาว์ที่มีอายุต่ำกว่า 14 ปี เป็นสิ่งต้องห้าม ผู้ที่มีอายุระหว่าง 14 และ 18 ปี จะต้องได้รับความยินยอมเป็นลายลักษณ์อักษรจากบิดามารดาหรือผู้ปกครองตามกฎหมายของพวกเขา ก่อนที่จะได้รับรอยสัก ได้รับความยินยอมนี้จะต้อง ดำเนินการในการแสดงตนของบุคคลที่ดำเนินการกระทำหรือลูกจ้างหรือตัวแทนของบุคคลหากศิลปินมีอาชีพสักร่างกายที่ไม่ปฏิบัติตามกฎหมายดังกล่าวจะพบความผิดของความผิดทางอาญา โดยมีโทษปรับ 500 ดอลลาร์ และสามารถเพิ่มค่าปรับถึง 1,000 ดอลลาร์ ถ้าการละเมิดเกิดขึ้นต่อไปใน 1 ปี<sup>57</sup>

มลรัฐมิซซูรี

ก) บทบัญญัติการให้ความยินยอม

1) การสักร่างกายให้แก่ผู้เยาว์

การสักร่างกายถูกควบคุมภายใต้ชื่อของรัฐมิซซูรีภายใต้กฎหมายรัฐธรรมนูญ<sup>58</sup> Missouri Revised Statutes Chapter 324 Occupations and Professions General Provisions sections 324.520 -

<sup>56</sup> THE SENATE SENATE BILL NO. 1281 มาตรา 18-1523. TATTOOIN BRANDING AND BODY PIERCING OF MINORS. (1) As used in this section: (3) No person shall knowingly tattoo, brand or perform body piercing on a minor between the ages of fourteen (14) and eighteen (18) years unless such person obtains the prior written informed consent of the minor's parent or legal guardian. The minor's parent or legal guardian shall execute the written informed consent required pursuant to this subsection in the presence of the person performing the tattooing, branding or body piercing on the minor, or in the presence of an employee or agent of such person.

<sup>57</sup> THE SENATE SENATE BILL NO. 1281 มาตรา 18-1523. TATTOOING, BRANDING AND BODY PIERCING OF MINORS. 4) A person who violates this section is guilty of a misdemeanor and shall be fined not more than five hundred dollars (\$500). If there is a subsequent violation of this section within one (1) year of the initial violation, such person shall be fined not less than five hundred dollars (\$500) and not more than one thousand dollars (\$1,000).

<sup>58</sup> Tattoo or Not to. Thomas J. Berger, Ph.D., Former Human Development & Family Studies Specialist College of Human Environmental Sciences University of Missouri-Columbia <http://missourifamilies.org/features/adolescentsarticles/adolesfeature6.htm>.

324.524 เมื่อผู้เยาว์มีอายุครบ 18 ปี สามารถเป็นคนที่ได้รับรอยสักได้ แต่บุคคลที่อายุต่ำกว่า 18 ปี จะต้องได้รับความยินยอมเป็นลายลักษณ์อักษรจากผู้ปกครองของพวกเขา หรือผู้ปกครองตามกฎหมายในการรับการสักร่างกาย<sup>59</sup>

2) การสักร่างกายให้แก่ผู้บกพร่องทางจิต

กฎหมายรัฐมิซูรีบัญญัติว่า บุคคลย่อมไม่สามารถสักร่างกายหรือดำเนินการเจาะให้กับผู้ที่อยู่ภายใต้อิทธิพลของสุราที่ทำให้มีเมมาหรือยาควบคุมพิเศษ<sup>60</sup>

ข) บทลงโทษ

ผู้ใดฝ่าฝืนบทบัญญัติใดๆ ของ Missouri Revised Statutes Chapter 324 Occupations and Professions General Provisions sections 324.520 sections 324.520-324.526 เป็นความผิดทางอาญาและต้องระวางโทษปรับไม่เกินห้าร้อยดอลลาร์ หากมีการละเมิดตามมาภายในหนึ่งปีของการละเมิดเริ่มต้นของบุคคลดังกล่าวต้องระวางโทษปรับไม่น้อยกว่าห้าร้อยดอลลาร์หรือมากกว่าหนึ่งพันดอลลาร์<sup>61</sup>

เปรียบเทียบกฎหมายประเทศออสเตรเลีย

ก) บทบัญญัติการให้ความยินยอม

1) การให้ความยินยอมของผู้เยาว์

ความยินยอมจากบิดามารดา ผู้ปกครอง โดยการยินยอมเป็นลายลักษณ์อักษรตามกฎหมายเป็นสิ่งจำเป็นสำหรับการอนุญาตให้มีการสักร่างกายที่สามารถดำเนินการได้สำหรับผู้ที่ยังต่ำกว่า 18 ปี<sup>62</sup> หากเป็นความมั่นใจที่จะทราบว่าบุคคลดื่มสุรายาเสพติด จะไม่ถือว่าเป็น

<sup>59</sup> คู่มือในภาคผนวก

<sup>60</sup> คู่มือในภาคผนวก

<sup>61</sup> 324.520. *Definitions--tattooing, branding, body piercing, prohibited, when, penalty.*

“4. A person who violates any provisions of sections 324.520 to 324.526 is guilty of a misdemeanor and shall be fined not more than five hundred dollars. If there is a subsequent violation within one year of the initial violation, such person shall be fined not less than five hundred dollars or more than one thousand dollars.

5. No person under the age of eighteen shall tattoo, brand or perform body piercing on another person”

<sup>62</sup> คู่มือในภาคผนวก

ความสามารถในการให้ความยินยอม<sup>63</sup> ทั้งนี้จะต้องมีการทำสัญญาโดยผู้เข้าใช้บริการสักร่างกายบนผิวหนังหรือดำเนินการในด้านอื่นๆ<sup>64</sup> (South Australia Summary Offences Act 1953)

2) กรณีการสักร่างกายให้แก่บุคคลที่อยู่ภายใต้อิทธิพลของฤทธิ์แอลกอฮอล์หรือยาเสพติด หรือบุคคลที่มีความบกพร่องทางจิต

กฎหมายออสเตรเลียห้ามทำการสักร่างกายให้แก่บุคคลดังกล่าว<sup>65</sup>

ข) บทลงโทษ

หากมีการกระทำการสักร่างกายบนผิวหนังกับบุคคลที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปี มีโทษสูงสุดปรับ 5,000 ดอลลาร์หรือ 12 จำคุกเดือน<sup>66</sup> หากเป็นการกระทำต่อผู้ที่ไม่สามารถควบคุมตัวเองเช่น เมาสุรายาเสพติดต้องระวางโทษตามกฎหมาย<sup>67</sup>

แต่ทั้งนี้ผู้ที่ได้รับการสักร่างกายจะต้องไม่แจ้งข้อความเท็จ หรือทำหลักฐานเท็จ เพื่อให้ผู้สักทำการสักร่างกายให้ โดยห้ามแจ้งเท็จเกี่ยวกับ

(1) อายุของผู้เยาว์ หรือ

(2) ได้รับความยินยอมจากผู้ปกครองของผู้เยาว์เพื่อประสิทธิภาพการทำงานของงานการเจาะร่างกายหรือ ขั้นตอนการปรับเปลี่ยนร่างกายต้องได้รับโทษสูงสุดปรับ \$ 2,500<sup>68</sup>

<sup>63</sup> 21S—Pre-conditions to performing certain procedures” (3) A person cannot give consent under subsection (1)(b)(ii) if the person is intoxicated (whether by alcohol or by any other substance or combination of substances).

(4) In subsection (1)(b)(i)— ”

<sup>64</sup> คู่มือกฎหมาย

<sup>65</sup> 21Q—Performance of body modification procedures on intoxicated persons prohibited

(1) A person must not perform a body piercing or body modification procedure on a person who is intoxicated (whether by alcohol or by any other substance or combination of substances). Maximum penalty: \$5 000 or imprisonment for 12 months.

<sup>66</sup> คู่มือกฎหมาย

<sup>67</sup> “21Q—Performance of body modification procedures on intoxicated persons prohibited

(1) A person must not perform a body piercing or body modification procedure on a person who is intoxicated (whether by alcohol or by any other substance or combination of substances). Maximum penalty: \$5 000 or imprisonment for 12 months.

(2) It is a defence to a charge of an offence against subsection (1) for the defendant to prove that he or she believed on reasonable grounds that the person on whom the procedure was performed was not intoxicated. ”

<sup>68</sup> คู่มือกฎหมาย

ดังนั้นจะทำให้เห็นได้ว่า ต่างประเทศถือว่าการกระทำความผิดฐานสักร่างกายแก่เด็ก หรือผู้เยาว์โดยผู้เยาว์ให้ความยินยอมนั้น หากกระทำให้แก่ผู้เยาว์สำเร็จเรียบร้อยแล้วโดยไม่ได้รับความยินยอมจากบิดามารดา หรือผู้ปกครอง ย่อมถือว่ามี ความผิดสำเร็จตามกฎหมายของประเทศ นั้น รวมถึงกรณีที่สักร่างกายให้กับบุคคลที่มีความบกพร่องทางจิต เช่น มีนเมาเพราะฤทธิ์ของ แอลกอฮอล์ ยาเสพติด หรือจิตบกพร่องด้วย แต่กฎหมายของประเทศไทยนั้นไม่ได้กำหนดขอบเขต ความหมายของความยินยอมในทางกฎหมายอาญา แต่มีหลักพิจารณาว่าหากความยินยอมของผู้เยาว์ ได้ให้การกระทำที่ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนแล้ว ผู้กระทำ ก็สามารถที่จะมีอำนาจกระทำได้ เป็นต้น

**ตารางที่ 4.1** ตารางเปรียบเทียบหลักความยินยอมในกฎหมายอาญาเกี่ยวกับการสักร่างกายของไทย และต่างประเทศ

ประเทศ	หลักความยินยอมในกฎหมายอาญา เกี่ยวกับการสักร่างกาย	อัตราโทษ
สหพันธ์สาธารณรัฐ เยอรมัน	ผู้ใดทำร้ายร่างกายผู้อื่น โดยความยินยอม ของผู้ถูกทำร้าย การกระทำนั้นจะเป็น ความผิดก็ต่อเมื่อการกระทำนั้นขัดต่อ ศีลธรรมอันดี	-
ฝรั่งเศส	การสักร่างกายสามารถดำเนินการได้ อายุขั้นต่ำที่กฎหมายคือ 16 ปี	1. ปรับตามมาตรา 131-41 ของประมวลกฎหมาย อาญา 2. ยึดสิ่งที่ถูกนำมาใช้หรือ ตั้งใจกระทำความผิดหรือ สิ่งซึ่งซึ่งเป็นผลิตภัณฑ์ที่ สักบนผิวหนัง เป็นต้น

ตารางที่ 4.1 (ต่อ)

ประเทศ	หลักความยินยอมในกฎหมายอาญา เกี่ยวกับการสักร่างกาย	อัตราโทษ
ฟิลิปปินส์	<ol style="list-style-type: none"> <li>กรณีผู้เยาว์ จะต้องได้รับความยินยอมเป็นลายลักษณ์อักษรของพ่อแม่หรือผู้ปกครองหรือผู้ดูแลแต่ละบุคคล</li> <li>กรณีบุคคลที่อยู่ภายใต้อิทธิพลของฤทธิ์แอลกอฮอล์หรือยาเสพติด หรือบุคคลที่มีความบกพร่องทางจิต ห้ามสักร่างกายให้แก่บุคคลดังกล่าว แม้ว่าบุคคลดังกล่าวจะให้ความยินยอมก็ตาม</li> </ol>	จำคุกไม่น้อยกว่า 1 ปี แต่ไม่เกิน 5 ปี หรือปรับไม่น้อยกว่า 1 แสนเปโซ หรือทั้งจำทั้งปรับ ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับดุลพินิจของศาล
อังกฤษ	เยาวชนที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปีต้องได้รับความยินยอมจากบิดามารดา หรือผู้ปกครอง เว้นแต่เป็นการสักด้วยเหตุผลทางการแพทย์ โดยผู้ประกอบวิชาชีพทางการแพทย์	ปรับไม่เกิน 50 ปอนด์ หรือในกรณีของมีการกระทำผิดอีกครั้งที่สองต้องถูกลงโทษปรับไม่เกิน 100 ปอนด์
สหรัฐอเมริกา รัฐฟลอริดา	<ol style="list-style-type: none"> <li>ห้ามสักให้กับบุคคลที่มีอายุต่ำกว่า 16 ปี ยกเว้นเหตุผลทางการแพทย์</li> <li>กรณีบุคคลที่มีอายุมากกว่า 16 ปี แต่ต่ำกว่า 18 ปี จะได้รับรอยสักก็ต่อเมื่อมาพร้อมกับผู้ปกครองผู้ดูแล และได้รับความยินยอมเป็นลายลักษณ์อักษร</li> </ol>	จำคุกไม่เกิน 15 ปี และอาจถูกตัดสินให้จ่ายค่าปรับไม่เกิน 10,000 ดอลลาร์
สหรัฐอเมริกา รัฐไอดาโฮ	ห้ามสักผิวหนังให้กับผู้เยาว์อายุต่ำกว่า 14 ปี ไม่เกิน 18 ปี เว้นแต่บุคคลดังกล่าวได้รับก่อนที่ยินยอมเป็นลายลักษณ์อักษรจากผู้ปกครองของผู้เยาว์หรือผู้ปกครองตามกฎหมาย	โทษปรับ 500 ดอลลาร์ และสามารถเพิ่มค่าปรับถึง 1,000 ดอลลาร์ ถ้าการละเมิด เกิดขึ้นต่อไปใน 1 ปี

ตารางที่ 4.1 (ต่อ)

ประเทศ	หลักความยินยอมในกฎหมายอาญา เกี่ยวกับการสักร่างกาย	อัตราโทษ
สหรัฐอเมริกา รัฐมิซูรี	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. เมื่อผู้เยาว์มีอายุครบ 18 ปี สามารถเป็นคนที่ได้รับรอยสักได้ แต่บุคคลที่อายุต่ำกว่า 18 ปี จะต้องได้รับความยินยอมเป็นลายลักษณ์อักษรจากผู้ปกครองของพวกเขา หรือผู้ปกครองตามกฎหมายในการรับการสักร่างกาย</li> <li>2) การสักร่างกายให้แก่ผู้บกพร่องทางจิต บุคคลย่อมไม่สามารถสักร่างกายให้กับผู้ที่อยู่ภายใต้อิทธิพลของสุราที่ทำให้มึนเมา</li> </ol>	ปรับไม่เกินห้าร้อยดอลลาร์ หากมีการละเมิดตามมา ภายในหนึ่งปีของการละเมิด เริ่มต้นของบุคคลดังกล่าว ต้องระวางโทษปรับไม่น้อยกว่าห้าร้อยดอลลาร์หรือมากกว่าหนึ่งพันดอลลาร์
ออสเตรเลีย	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. การให้ความยินยอมของผู้เยาว์ ผู้ที่อายุต่ำกว่า 18 ปีต้องได้รับความยินยอมจากบิดามารดา ผู้ปกครอง เป็นลายลักษณ์อักษรตามกฎหมาย (บุคคลอยู่ในอาการมึนเมาเพราะฤทธิ์แอลกอฮอล์หรือยาเสพติด จะไม่ถือว่าเป็นความสามารถในการให้ความยินยอม)</li> <li>2. กรณีการสักร่างกายให้แก่บุคคลที่อยู่ภายใต้อิทธิพลของฤทธิ์แอลกอฮอล์หรือยาเสพติด หรือบุคคลที่มีความบกพร่องทางจิต ห้ามทำการสักร่างกายให้แก่บุคคลดังกล่าว</li> </ol>	ปรับ 5,000 ดอลลาร์ หรือจำคุก 12 เดือน

ตารางที่ 4.1 (ต่อ)

ประเทศ	หลักความยินยอมในกฎหมายอาญา เกี่ยวกับการลักทรัพย์	อัตราโทษ
ประเทศไทย	ประเทศไทยไม่ได้บัญญัติในส่วนของความยินยอมไว้ในกฎหมายอาญา แต่ได้นำหลักความยินยอมมาใช้ ดังคำพิพากษาฎีกาที่ 1403/2508 ที่วางหลักว่าถ้าความยินยอมนั้นไม่ขัดต่อความสำนึกในศีลธรรมอันดี และมีอยู่จนถึงขณะกระทำ การอันกฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิดนั้นแล้ว ความยินยอมนั้นเป็นข้อยกเว้นมิให้กระทำนั้นเป็นความผิดขึ้นได้	-

ในส่วนของอัตราโทษนั้น ดังที่ได้กล่าวแล้วว่าความผิดฐานใช้กำลังทำร้ายผู้อื่นนั้น นักนิติศาสตร์ไทยหลายท่านเห็นว่าเป็นความผิดเฉพาะฐานหนึ่ง โดยให้เหตุผลว่าการทำร้ายจำกัลดเฉพาะการใช้กำลังทำร้าย กรณีจึงเป็นความผิดที่แยกออกต่างหากจากความผิดฐานทำร้ายร่างกาย ความเห็นของนักนิติศาสตร์ไทยจึงจะยึดที่ถ้อยคำในคัตวบทเท่านั้น หากไม่มีบทบัญญัติตามกฎหมายย่อมถือว่าเป็นหลักประกันในกฎหมายอาญา” ได้รับการเรียกขานกันในภาษาละตินว่า “nulum crimen, nulla poena sine lege” ซึ่งแปลได้ว่า “ไม่มีความผิด ไม่มีโทษ โดยไม่มีกฎหมาย” หลักประกันในกฎหมายอาญาดังกล่าวนี้แสดงให้เห็นถึงลำดับความสำคัญของการเป็น “กฎหมายที่เกิดจากการบัญญัติ” ของกฎหมายอาญาอย่างเด่นชัด

อย่างไรก็ตาม จะเห็นได้ว่า “การที่ผู้ลักได้กระทำต่อเด็กหรือผู้เยาว์โดยใช้เข็มทิ่มลงไปบนผิวหนังของเด็กหรือผู้เยาว์หาได้ไม่มีเจตนาหรือขาดเจตนาที่จะใช้กำลังทำร้ายไม่” หากพิจารณาตามกฎหมายอาญาก็คือการทำร้ายนั่นเองเพราะการ “ทำร้ายผู้อื่น” โดยไม่ใช้ “กำลัง” ย่อมไม่อาจเกิดขึ้นได้ กฎหมายอาญานั้นจะลงโทษการกระทำของมนุษย์ที่เป็นเรื่องของการกระทำเท่านั้น กล่าวคือ ลงโทษเฉพาะการกระทำที่เป็นกรยื่นยันเจตจำนงออกมาภายนอกแล้วเท่านั้น<sup>69</sup> เหตุนี้ จึงเห็นว่าความผิดฐานใช้กำลังทำร้ายผู้อื่นนี้เป็นความผิดพื้นฐานของความผิดฐานทำร้ายร่างกาย

<sup>69</sup> กฎหมายอาญาภาคทั่วไป (น. 326). เล่มเดิม.

ทั้งหลายในโครงสร้างความผิดทางอาญาข้อสอง แห่งประมวลกฎหมายอาญา ฉะนั้น ในกรณีที่ถูกทำร้ายได้รับอันตรายไม่ว่าจะเป็น “อันตรายแก่กายหรือจิตใจ” “อันตรายสาหัส” หรือ “ถึงแก่ความตาย” ผู้กระทำก็ต้องรับโทษตามมาตรา 295 มาตรา 297 หรือมาตรา 290 แล้วแต่กรณี กล่าวคือ ผู้เขียนเห็นว่าความผิดตามมาตรา 295 เป็นพื้นฐานความรับผิดของมาตรา 297 และมาตรา 290 เป็น “ความผิดที่ผู้กระทำต้องรับโทษหนักขึ้นเนื่องจากผล” ที่มีความผิดฐานใช้กำลังทำร้ายผู้อื่นนี้เป็นความผิดพื้นฐาน

อย่างไรก็ตามจะเห็นได้ว่าในประมวลกฎหมายอาญาของไทยแม้จะมีได้ลำดับถึงการวินิจฉัยความผิดอาญาหรือโครงสร้างความผิดอาญาไว้แต่ก็สามารถอธิบายถึงลำดับของการวินิจฉัยความผิดอาญาหรือโครงสร้างความผิดอาญาจากประมวลกฎหมายอาญาได้ดังนี้

1) องค์ประกอบของความผิด เพราะองค์ประกอบของความผิดเป็นเรื่องของการบัญญัติถึงการกระทำที่กฎหมายเห็นว่าเป็นความผิดและประสงค์จะลงโทษ กล่าวคือเป็นการบัญญัติให้เห็นว่าความไม่ถูกต้องที่สมควรลงโทษนั้นต้องบัญญัติลงไว้เป็นกฎหมาย

2) ความผิดกฎหมาย เพราะความผิดกฎหมาย เป็นเรื่องที่พิจารณาว่าการกระทำที่ผู้กระทำไปนั้นมีเหตุที่กฎหมายอนุญาตให้ทำได้อยู่หรือไม่ ซึ่งหากมีเหตุที่กฎหมายอนุญาตให้ทำได้ปรากฏอยู่ก็จะทำให้การกระทำนั้นไม่ผิดกฎหมาย กล่าวคือ ทำให้การกระทำนั้นกลายเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย แต่หากปรากฏว่า ไม่มีเหตุที่กฎหมายอนุญาตให้ทำได้ปรากฏอยู่ก็จะทำให้การกระทำนั้นผิดกฎหมาย แต่จะลงโทษการกระทำนั้นได้หรือไม่ต้องไปพิจารณาความน่าดำเนินของการกระทำด้วย

ดังนั้น เหตุที่กฎหมายอนุญาตให้ทำได้ ที่ทำให้การกระทำนั้นกลายเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายนี้เรียกว่า เหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้

3) ความน่าดำเนิน เพราะความน่าดำเนิน เป็นเรื่องของการพิจารณาความรับผิดในทางอาญา กล่าวคือ ความน่าดำเนินเป็นเรื่องของการกระทำที่ยังผิดกฎหมายอยู่ เพียงแต่สามารถจะดำเนินผู้กระทำความผิดอันเนื่องมาจากการกระทำของเขานั้น ได้หรือไม่เท่านั้น หากดำเนินได้การกระทำเป็นความผิดอาญาและต้องรับโทษ หากดำเนินไม่ได้การกระทำไม่เป็นความผิดอาญากฎหมายจึงยกเว้นโทษให้สำหรับการกระทำนั้นจึงพิจารณาตามบทบัญญัติของกฎหมายที่ควบองค์ประกอบความผิดอันเกี่ยวกับการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อผิวหนังของเด็กหรือเยาวชนในบทบัญญัติของความผิดฐานทำร้ายร่างกายตามมาตรา 295 ซึ่งบัญญัติว่า “มาตรา 295 ผู้ใดทำร้ายผู้อื่นจนเป็นเหตุให้เกิดอันตรายแก่กายหรือจิตใจของผู้อื่นนั้น ผู้นั้นกระทำความผิดฐานทำร้ายร่างกายต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสองปี หรือปรับไม่เกินสี่พันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

ทั้งนี้ ความผิดฐานใช้กำลังทำร้ายตามมาตรา 295 จนเป็นเหตุให้เกิดอันตรายแก่กายหรือจิตใจของผู้อื่นนั้น ผู้ทำร้ายซึ่งจะมีความผิดดังกล่าว จะต้องมีความเจตนาจะกระทำการประทุษร้ายแก่กายหรือจิตใจของบุคคล ไม่ว่าจะกระทำด้วยใช้แรงกายภาพหรือด้วยวิธีอื่นใด เป็นความผิดเฉพาะฐานหนึ่ง ความผิดฐานนี้ก็จะมีความผิดพื้นฐานของการทำร้ายร่างกาย แต่สำหรับผู้เขียนเองนั้นเห็นว่าความผิดฐานใช้กำลังทำร้ายผู้อื่นตามมาตรา 391 เป็นความผิดพื้นฐานของการทำร้ายร่างกายของมาตรา 295 หรือ 297 ตามลำดับความผิดฐานนี้เป็นความผิดที่มีชื่อเรียกขานเป็นการเฉพาะในต้วบทกฎหมาย และเห็นว่าความผิดฐานนี้เป็น “ความผิดที่ผู้กระทำต้องรับโทษหนักขึ้นเนื่องจากผลของการกระทำหากได้รับความเสียหายแก่กายหรือจิตใจเกิน 20 วันขึ้นไป อาจจะปรับเข้ากับความผิดตามมาตรา 295 หรือ 297 ประกอบกับมาตรา 59 อันมีความผิดฐานใช้กำลังทำร้ายผู้อื่น เป็นความผิดพื้นฐาน ซึ่งมีคุณธรรมทางกฎหมาย (Rechtsgut / legal interest) ของความผิดฐานนี้คือ “ความปลอดภัยของร่างกาย” “ความปลอดภัยของร่างกาย” ในความผิดฐานนี้และต่อๆ ไป เป็นความปลอดภัยของร่างกายที่เห็นได้ชัดเจน<sup>70</sup>

เนื้อหาของ “หลักประกันในกฎหมายอาญา” ประการแรก คือ การห้ามใช้ “กฎหมายจารีตประเพณี” ในกฎหมายอาญา มาตรา 2 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “บุคคลจักต้องรับโทษในทางอาญาต่อเมื่อได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้ในขณะกระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดนั้นต้องโทษที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย”

พึงสังเกตว่าในบทบัญญัติดังกล่าวมานั้นกฎหมายใช้คำว่า “บัญญัติ” ซึ่งแสดงว่ากฎหมายอาญาต้องเป็น “กฎหมายที่เกิดจากการบัญญัติ” ซึ่ง “กฎหมายที่เกิดจากการบัญญัติ” นี้รวมถึงกฎหมายที่ออกโดยฝ่ายบริหารที่ฝ่ายบริหารมีอำนาจออกด้วย

กฎหมายที่ตรงกันข้ามกับ “กฎหมายที่เกิดจากการบัญญัติ” คือ “กฎหมายจารีตประเพณี”

“กฎหมายจารีตประเพณี” เป็นกฎหมายที่เกิดจากการปฏิบัติที่ต่อเนื่องกันมาอย่างสม่ำเสมอเป็นเวลานานของประชาชนจนเป็นที่ยอมรับกัน<sup>71</sup>

“กฎหมายจารีตประเพณี” จึงมิได้เกิดจากการ “บัญญัติ” แต่เกิดจากการ “ปฏิบัติ” เหตุนี้จึงต้องห้ามมิให้นำ “กฎหมายจารีตประเพณี” มาใช้ในกฎหมายอาญา

<sup>70</sup> จาก “หลักประกันในกฎหมายอาญา,” โดย คณิต ณ นคร ญ, 2524, *วารสารอัยการ*, 4, 38, น. 50..

<sup>71</sup> *กฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป* (น. 21). เล่มเดิม และ *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป* (พิมพ์ครั้งที่ 12) (น. 63.), โดย หุศต แสงอุทัย, 2538, กรุงเทพฯ: ปรกาศพิริก.

“การห้ามใช้กฎหมายจารีตประเพณี” หมายความว่า จะกำหนดการกระทำที่เป็นความผิดในทางอาญาหรือกำหนดการเพิ่มโทษโดย “กฎหมายจารีตประเพณี” ไม่ได้<sup>72</sup>

จะเห็นได้ว่าการกระทำโดยการสังกร่างกายของเด็กหรือผู้เยาว์ที่กระทำสำเร็จตรงตามเจตนาของผู้กระทำต่อเด็กหรือผู้เยาว์แล้วนั้นแม้ไม่มีบทบัญญัติเป็นความผิดโดยตรงซึ่งเป็นเนื้อหาของ “หลักประกันในกฎหมายอาญา” ในกฎหมายอาญา มาตรา 2 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “บุคคลจักต้องรับโทษในทางอาญาต่อเมื่อได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้ในขณะกระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดนั้นต้องโทษที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย”

แต่ในส่วนการลงโทษผู้กระทำความผิดฐานสังกร่างกายของเด็กหรือผู้เยาว์ที่ให้ความยินยอมโดยตรงตามความหมายของเนื้อหาในประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งอยู่ในโครงสร้างความผิดอาญาข้อสองโดยเกี่ยวข้องกับความยินยอมที่กล่าวมาแล้วนั้น ในทางทฤษฎีหากมีการพิจารณาว่าหากมีการกระทำความผิดที่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อเด็กหรือผู้เยาว์หากได้กระทำอันก่อให้เกิด “ความผิดฐานทำร้ายร่างกาย” ได้รับความเสียหายในความผิดตามมาตรา 295 ซึ่งบัญญัติว่า “มาตรา 295 ผู้ใดทำร้ายผู้อื่นจนเป็นเหตุให้เกิดอันตรายแก่กายหรือจิตใจของผู้อื่นนั้น ผู้นั้นกระทำความผิดฐานทำร้ายร่างกาย ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสองปี หรือปรับไม่เกินสี่พันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

ฉะนั้นข้อเรียกร้องในทางกฎหมายที่ให้กฎหมายอาญาต้องเป็น “กฎหมายที่เกิดจากการบัญญัติ” นั้น เป็นข้อเรียกร้องที่หนักแน่นกว่ากฎหมายอื่นๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่งหนักแน่นกว่าประมวลกฎหมายอาญาของไทยมีบทบัญญัติว่าด้วย “หลักประกันในกฎหมายอาญา” ตามมาตรา 2 ประการแรก คือ การห้ามใช้ “กฎหมายจารีตประเพณี” แต่ถ้านำจารีตประเพณีมาใช้เพื่อเป็นคุณยอมทำได้ เช่นจารีตประเพณียอมให้ครุฑีเด็กได้ตามสมควรเพื่อว่ากล่าวสั่งสอน การกระทำนั้นย่อมไม่มีความผิด<sup>73</sup> ซึ่งเมื่อพิจารณาโครงสร้างความรับผิดโดยการกระทำสังกร่างกายของเด็กหรือผู้เยาว์ที่กระทำสำเร็จตรงตามเจตนาของผู้กระทำต่อเด็กหรือผู้เยาว์ จึงเข้ากรณีบทบัญญัติในความผิดตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 2 ความผิดต่อร่างกายมาตรา 295 “ผู้ใดทำร้ายผู้อื่นจนเป็นเหตุให้เกิดอันตรายแก่กาย หรือจิตใจของผู้อื่นนั้น ผู้นั้นกระทำความผิดฐานทำร้ายร่างกาย ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสองปี หรือปรับไม่เกินสี่พันบาท หรือ ทั้งจำทั้งปรับ”

<sup>72</sup> กฎหมายอาญา ภาค 1 (น. 133). เล่มเดิม

<sup>73</sup> คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค 1 บทบัญญัติทั่วไป ฉบับพิมพ์ครั้งที่ 10 พฤษภาคม 2551, น. 31. เล่มเดิม (อ้างถึงใน กฎหมายอาญาพิศดาร (น.113), โดย พระยารรณการิย์นิพนธ์, 2489 และฉบับที่กฟ้ายฎีกาที่390/2483 โดย ศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย).

ซึ่งตามมาตรา 18 แห่งประมวลกฎหมายอาญา บัญญัติว่า “โทษสำหรับลงแก่ผู้กระทำความผิดมีดังนี้ 1. ประหารชีวิต 2. จำคุก 3. กักขัง 4. ปรับ 5. ริบทรัพย์สิน กรณีการกระทำความผิดในการทำร้ายร่างกายจนเป็นเหตุให้ผู้ถูกทำร้ายรับอันตรายด้วยอาการทุกขเวทนาไม่เกินกว่าสี่สิบวัน เช่น ความผิดฐานทำร้ายร่างกายผู้อื่นจนเป็นเหตุให้ได้รับอันตราย เป็นเหตุที่ทำให้ผู้กระทำความผิดฐานทำร้ายร่างกาย หรือจิตใจของผู้อื่นนั้น ต้องรับโทษหนักขึ้นเพราะผลที่เกิดจากการกระทำโดยที่ผู้กระทำไม่จำเป็นต้องมีเจตนาต่อผลที่ทำให้ต้องรับโทษหนักขึ้น

#### 4.4 วิเคราะห์เปรียบเทียบการให้ความยินยอมของผู้เยาว์ในการขลิบอวัยวะเพศกับความผิดฐานทำร้ายร่างกายของประเทศไทยและต่างประเทศ

การขลิบอวัยวะเพศของผู้เยาว์ หรือที่เรียกว่าการทำสุหนัต เป็นกระบวนการผ่าตัดในทางการแพทย์ซึ่งเป็นที่รู้จักกันมายาวนานเพราะเป็นที่ปฏิบัติอย่างกว้างขวางในฐานะที่เป็นพิธีกรรมทางศาสนาอิสลามและศาสนาฮิวเดอโบราณ โดยการขลิบมีการปฏิบัติกันทั่วโลก ซึ่งมีใช้แต่เฉพาะในประเทศอิสลามเท่านั้น แต่ยังปฏิบัติกันในส่วนอื่นๆของโลกอีกด้วย เช่น ในสหรัฐอเมริกา

เปรียบเทียบกับกฎหมายประเทศเยอรมัน

มีกรณีที่ผู้เยาว์ได้ฟ้องบิดาที่บังคับให้เขาขลิบ เรียกค่าเสียหายเป็นเงินจำนวน 10,000 ยูโร โดยศาลอุทธรณ์ Frankfurt am Main ตัดสินว่าการขลิบอวัยวะเพศให้เด็กอายุ 11 ปี โดยปราศจากความยินยอมของเด็ก เป็นความผิดฐานทำร้ายร่างกาย<sup>74</sup> กฎหมายของประเทศเยอรมันจึงให้ความคุ้มครองผู้เยาว์ในการที่จะตัดสินใจให้ความยินยอมในกฎหมายอาญา โดยไม่คำนึงถึงความยินยอมของบิดามารดาแต่อย่างใด อีกทั้งมีการอนุญาตให้ผู้เยาว์สามารถทำการขลิบที่ไม่ใช่เป็นไปเพื่อการรักษา โดยสามารถที่จะดำเนินการได้ภายใต้เงื่อนไข มีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 28 ธันวาคม ค.ศ. 2012 โดยบัญญัติอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ข้อที่ 1631(d)<sup>75</sup>

เปรียบเทียบกับกฎหมายประเทศอังกฤษ

ประเทศอังกฤษยอมรับประเพณีการขลิบอวัยวะเพศของผู้เยาว์ว่าเป็นประเพณีที่ถูกต้องตามกฎหมายภายใต้กฎหมายประเทศอังกฤษ<sup>76</sup> และการขลิบในประเทศอังกฤษต้องได้รับความยินยอมของผู้ที่มีอำนาจปกครอง หรือได้รับอนุญาตจากศาล เพื่อรักษาผลประโยชน์ที่ดีที่สุดของเด็ก

<sup>74</sup> Breaking News-JTA, Jewish & Israel, News Oberlandesgericht Frankfurt 21 August 2007 4 W 12/0

<sup>75</sup> สืบค้น 28 มิถุนายน 2558, จาก <https://www.dur.ac.uk/ilm/news/?itemno=16355>

<sup>76</sup> Poulter, Sebastian. (1986). *English Criminal Law and Ethnic Minority Customs*. Butterworths, London. ISBN 0-406-18000-8. “no amount of parental agreement or support can legitimise the circumcision, excision or infibulation of a young girl in this country, unless the operation is for therapeutic purposes.”

แต่ถ้าในกรณีที่ความยินยอมของบิดาและมารดาขัดกันแล้ว ให้ผู้เยาว์นั้นเป็นผู้ให้ความยินยอมในการขลิบอวัยวะเพศของตน

เปรียบเทียบกับกฎหมายประเทศสหรัฐอเมริกา

ในประเทศสหรัฐอเมริกาการขลิบอวัยวะเพศของผู้ใหญ่ที่ให้ความยินยอมไม่เป็นปัญหา และถูกต้องตามกฎหมาย<sup>77</sup> โดยการขลิบที่ไม่ใช่เพื่อการรักษาของเด็กผู้ชาย จะเป็นการถูกต้องตามกฎหมายต่อเมื่อผู้ปกครองได้ให้ความยินยอมแทนแล้ว<sup>78</sup>

ดังนั้น เห็นได้ว่าในหลักกฎหมายต่างประเทศ ได้ยอมรับการขลิบอวัยวะเพศของผู้เยาว์ โดยมีเหตุผลจากความเชื่อทางศาสนา และเหตุผลทางการแพทย์เพื่อสุขอนามัยของผู้เยาว์ เช่นเดียวกับประเทศไทย โดยในประเทศเยอรมัน และประเทศอังกฤษไม่อนุญาตให้กระทำโดยปราศจากความยินยอมของผู้เยาว์

**ตารางที่ 4.2** ตารางเปรียบเทียบหลักความยินยอมในกฎหมายอาญาเกี่ยวกับการขลิบอวัยวะเพศของ ไทยและต่างประเทศ

ประเทศ	หลักความยินยอมในกฎหมายอาญาเกี่ยวกับการขลิบอวัยวะเพศผู้เยาว์
สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน	ประเทศเยอรมันไม่เห็นด้วยกับการขลิบอวัยวะเพศของผู้เยาว์โดยผู้เยาว์ไม่ยินยอม และประเทศเยอรมันยังยอมรับเรื่องการขลิบอวัยวะเพศว่าเป็นสิ่งที่สามารถกระทำได้ทั้งเหตุผลทางการแพทย์และเหตุผลทางศาสนา
อังกฤษ	ประเทศอังกฤษยังคงยอมรับการขลิบอวัยวะเพศจากความเชื่อทางศาสนา และนอกกฎหมายอังกฤษยังให้ความสำคัญกับการตัดสินใจให้ความยินยอมในการขลิบของผู้เยาว์อีกด้วย

<sup>77</sup> สืบค้น 28 มิถุนายน 2558, จาก [https://en.wikipedia.org/wiki/Circumcision\\_and\\_law#cite\\_note-22](https://en.wikipedia.org/wiki/Circumcision_and_law#cite_note-22)

<sup>78</sup> Peter W. Adler. Is Circumcision Legal? 16(3) Richmond J. L. & Pub. Int. 439 (2013).

## ตารางที่ 4.2 (ต่อ)

ประเทศ	หลักความยินยอมในกฎหมายอาญาเกี่ยวกับการขลิบอวัยวะเพศผู้เยาว์
อเมริกา	การขลิบของผู้ใหญ่ที่ให้ความยินยอมไม่เป็นปัญหา และถูกต้องตามกฎหมาย และการขลิบที่ไม่ใช่เพื่อการรักษาของผู้เยาว์ ได้รับการสันนิษฐานว่าจะเป็นการถูกต้องตามกฎหมายต่อเมื่อผู้ปกครองให้ความยินยอมแทน
ประเทศไทย	การขลิบอวัยวะเพศโดยแพทย์นั้นครบองค์ประกอบความผิดฐานทำร้ายร่างกายตามมาตรา 295 แล้ว แต่การกระทำการขลิบอวัยวะเพศ เป็นการกระทำที่มหาชนให้การยอมรับ โดยเป็นไปตามหลักศาสนา และอีกเหตุผลหนึ่งคือเป็นไปเพื่อความสะอาด การกระทำของแพทย์นั้น เมื่อได้รับความยินยอมจากผู้เสียหาย คือ ผู้เยาว์ที่เจริญเติบโตพอสมควรแล้ว ความยินยอมของผู้เยาว์ดังกล่าว ทำให้แพทย์มีอำนาจกระทำได้

## 4.5 เหตุผลความจำเป็นในการคุ้มครองผู้เยาว์ในการให้ความยินยอมต่อการสักร่างกาย

การสักร่างกายเป็นเรื่องที่มหาชนให้การยอมรับ ซึ่งในปัจจุบันการสักร่างกายเป็นที่ยอมรับ และการสักร่างกายสามารถกระทำได้แทบทุกที่ ไม่ว่าจะเป็นตามศูนย์การค้า ตลาด ริมถนน รวมถึงสำนักสักร่างกายต่างๆ ซึ่งการสักอาจก่อให้เกิดผลกระทบต่อเนื้อตัวร่างกาย เพราะการสักร่างกายนั้นเป็นการทำให้เสียหาย เป็นการทำให้เสียสุขภาพอนามัย เป็นการทำให้สภาพของร่างกายของผู้ถูกระงับแล้วลง มีเลือดออก โดยอาจทำให้เกิดการติดเชื้อ และผู้เขียนเห็นว่าความยินยอมที่เป็นเหตุที่ผู้กระทำสามารถยกเว้นความผิดได้ ถ้าความยินยอมดังกล่าวไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชน แต่ปัญหาอยู่ที่ว่า ความสามารถของผู้ให้ความยินยอม บางครั้งพบว่าความยินยอมมีการบกพร่อง เนื่องจากผู้ให้ความยินยอมขาดความรู้สึกผิดชอบ หรือขาดความ

สมบูรณ์ทางจิต (คือ ผู้ให้ความยินยอมเป็นผู้เยาว์ หรือเป็นบุคคลที่บกพร่องทางจิต ไม่ว่าจะ เป็นเพราะความมีนเมาเพราะฤทธิ์ของแอลกอฮอล์ ยาเสพติด หรือมีความผิดปกติทางจิต) จึงมีความ จำเป็นต้องให้ความคุ้มครองผู้ที่ให้ความยินยอมที่มีความเปราะบาง มีความบกพร่องดังกล่าว ให้ไม่ ก่อให้เกิดผลกระทบหรือความเสียหายที่จะตามมา