

การนำกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูมาใช้กับคดีข่มขืนกระทำชำเรา

นางสาวฐาพร เอื้ออารักษ์

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต
สาขาวิชานิติศาสตร์
คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
ปีการศึกษา 2555
ลิขสิทธิ์ของจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

บทคัดย่อและแฟ้มข้อมูลฉบับเต็มของวิทยานิพนธ์ตั้งแต่ปีการศึกษา 2554 ที่ให้บริการในคลังปัญญาจุฬาฯ (CUIR)
เป็นแฟ้มข้อมูลของนิสิตเจ้าของวิทยานิพนธ์ที่ส่งผ่านทางบัณฑิตวิทยาลัย

The abstract and full text of theses from the academic year 2011 in Chulalongkorn University Intellectual Repository (CUIR)
are the thesis authors' files submitted through the Graduate School.

THE APPLICATION OF RESTORATIVE JUSTICE IN RAPE CASES

Miss Wathaphon Uea-arak

A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements
for the Degree of Master of Laws Program in Laws
Faculty of Law
Chulalongkorn University
Academic Year 2012
Copyright of Chulalongkorn University

หัวข้อวิทยานิพนธ์

การนำกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูมาใช้กับ

คดีข่มขืนกระทำชำเรา

โดย

นางสาววราพร เอื้ออารักษ์

สาขาวิชา

นิติศาสตร์

อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก

อาจารย์ ดร.คณพล จันทน์หอม

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย อนุมัติให้หัวข้อวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เป็นส่วนหนึ่ง
ของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญาโทบริหารธุรกิจ

.....คณบดีคณะนิติศาสตร์
(ศาสตราจารย์ ดร.ศักดิ์ดา ฐนิติกุล)

คณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์

.....ประธานกรรมการ
(ศาสตราจารย์ วีระพงษ์ บุญญะภาส)

.....อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก
(อาจารย์ ดร.คณพล จันทน์หอม)

.....กรรมการ
(รองศาสตราจารย์ มัทยา จิตติรัตน์)

.....กรรมการภายนอกมหาวิทยาลัย
(อาจารย์ ดร.ชล บุนนาค)

วฐาพร เอื้ออารักษ์ : การนำกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูมาใช้กับคดีข่มขืนกระทำชำเรา.
(THE APPLICATION OF RESTORATIVE JUSTICE IN RAPE CASES) อ.ที่ปรึกษา
วิทยานิพนธ์หลัก : อ.ดร.คณพล จันทน์หอม, 190 หน้า.

กระบวนการยุติธรรมทางอาญาของประเทศไทยในปัจจุบันให้ความสำคัญกับการพิสูจน์ความผิดเพื่อนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษ (Retributive Justice) อย่างไรก็ตาม คดีข่มขืนกระทำชำเราเป็นคดีที่มีลักษณะพิเศษหลายประการ อีกทั้งยังมีความซับซ้อนของสาเหตุ รูปแบบ และผลกระทบจากการกระทำความผิด การดำเนินคดีข่มขืนกระทำชำเราและการลงโทษผู้กระทำความผิดตามกระบวนการยุติธรรมทางอาญาในปัจจุบันจึงประสบปัญหา 3 ประการ คือ ผู้เสียหายไม่ได้รับการเยียวยาความเสียหายอย่างเหมาะสมโดยเฉพาะความเสียหายต่อจิตใจ ผู้กระทำความผิดไม่ได้รับการแก้ไขปรับปรุงตามสาเหตุที่แท้จริงของการกระทำความผิด และประชาชนในสังคมต้องตกอยู่ในความความเสี่ยงภัยจากการกระทำความผิดซ้ำเพราะกระบวนการยุติธรรมทางอาญาไม่เน้นการแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นกับผู้กระทำความผิด

ประเทศสหรัฐอเมริกา (มลรัฐแอริโซนา) ประเทศนิวซีแลนด์ และประเทศแคนาดา (มลรัฐมานิโตบา) ประสบกับปัญหาเกี่ยวกับการดำเนินกระบวนการยุติธรรมทางอาญาในคดีข่มขืนกระทำชำเราในลักษณะเดียวกันกับประเทศไทย ทั้งสามประเทศได้นำ “กระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟู” (Restorative Justice) ซึ่งเป็นกระบวนการที่มุ่งเน้นในด้านการเยียวยาความเสียหายให้แก่ผู้เสียหาย การแก้ไขผู้กระทำความผิด และการฟื้นฟูความสงบสุขและความมั่นคงปลอดภัยแก่สังคมมาใช้กับคดีข่มขืนกระทำชำเราเพื่อแก้ปัญหาที่เกิดขึ้น และเพื่อเพิ่มประสิทธิภาพให้แก่การอำนวยความยุติธรรมในคดีข่มขืนกระทำชำเรา

วิทยานิพนธ์นี้มุ่งที่จะวิเคราะห์แนวทางการนำกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูมาใช้กับคดีข่มขืนกระทำชำเราในประเทศไทยในประเด็นเรื่องรูปแบบของกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูที่ใช้กับคดีข่มขืนกระทำชำเรา เจ็อนไขของการนำกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูมาใช้กับคดีข่มขืนกระทำชำเรา ขั้นตอนและวิธีการเชิงฟื้นฟูสำหรับคดีข่มขืนกระทำชำเรา ผลของการนำกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูมาใช้กับคดีข่มขืนกระทำชำเรา ตลอดจนข้อดี ข้อเสีย ปัญหาและอุปสรรคของการนำกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูมาใช้กับคดีข่มขืนกระทำชำเรา เพื่อให้ผู้เสียหายได้เข้ามามีส่วนร่วมในกระบวนการยุติธรรมมากขึ้นและได้รับการเยียวยาตามความประสงค์ของผู้เสียหาย ผู้กระทำความผิดได้รับการแก้ไขที่สาเหตุของการกระทำความผิดและไม่กลับมากระทำความผิดซ้ำ และทำให้สังคมมีความสงบสุขและความมั่นคงปลอดภัยมากยิ่งขึ้น

สาขาวิชา.....นิติศาสตร์..... ลายมือชื่อนิสิต.....

ปีการศึกษา.....2555..... ลายมือชื่อ อ.ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก.....

5486027034 : MAJOR LAWS

KEYWORDS : RESTORATIVE JUSTICE / RAPE / RETRIBUTIVE JUSTICE

WATHAPHON UEA-ARAK : THE APPLICATION OF RESTORATIVE JUSTICE IN RAPE CASES. ADVISOR : KANAPHON CHANHOM, Ph.D., 190 pp.

Thailand's current criminal justice system, "the Retributive Justice," focuses on proving guilt and punishing the offenders. However, rape is a crime of multiple special features with complexities of causes, patterns and impacts of the offense. Rape prosecution and punishment of offenders by the criminal justice system are currently undergoing three problems. Firstly, the victim's damage, particularly the emotional one, is not properly repaired. Secondly, offenders are not rehabilitated in accordance with the actual causes of the offense. And thirdly, people at large are at risk of rape recidivism as the present criminal justice system does not focus on dealing with the offenders' intrinsic problems that lead to rape recidivism.

The United States of America (State of Arizona), New Zealand and Canada (State of Manitoba) have experienced problems of the criminal justice system in dealing with cases of rape as in Thailand. They all have adopted "the Restorative Justice," a process that focuses on repairing the victim's damage, rehabilitating offenders and restoring peace and safety in society with the aim of solving problems and improving the administration of justice in rape cases.

This thesis is aiming at analyzing the application of restorative justice in rape cases in Thailand. The issues of analyzing are forms of restorative justice applied to rape cases, conditions of applying, steps and restorative process in rape cases, outcome of the application of restorative justice in rape cases as well as the pros and cons, problems and obstacles of applying restorative justice in rape cases. It is anticipated that victims will be more involved in the justice process and be more satisfactorily repaired. Offenders will also obtain appropriate rehabilitation in accordance with the causes of offense and will not be prone to recidivism. And society will be more peaceful and more secure.

Field of Study :Laws..... Student's Signature

Academic Year :2012..... Advisor's Signature.....

กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลุล่วงได้ด้วยความสะดวกเมตตากรุณาอย่างยิ่งจากบุคคลหลายท่าน ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณนายแพทย์ณรงค์ และนางเอมอร เอื้ออารักษ์ บิดาและมารดาผู้เป็นที่รักยิ่งของผู้เขียนที่ได้ให้กำเนิด ให้ความรัก ให้การอบรมสั่งสอนทั้งความรู้และคุณธรรม ให้การสนับสนุนทางการศึกษา ตลอดจนให้ความเชื่อมั่นและให้กำลังใจแก่ผู้เขียนในการทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เสมอมา

กราบขอบพระคุณท่านอาจารย์ ดร.คณพล จันทน์หอม ที่ท่านกรุณาได้รับเป็นอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ แม้งานในตำแหน่งรองคณบดีฝ่ายบริหารจะมีมากเพียงใด แต่ทุกครั้งที่คุณเขียนไปพบท่านเพื่อขอคำแนะนำในการทำวิทยานิพนธ์ ท่านได้กรุณาสละเวลาอันมีค่าให้คำแนะนำและข้อมูลที่เป็นประโยชน์อย่างยิ่งแก่ผู้เขียน อีกทั้งท่านยังคอยสอบถามความคืบหน้าของการทำวิทยานิพนธ์ ตลอดจนช่วยตรวจแก้ไขวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ตลอดมา ผู้เขียนซาบซึ้งและระลึกในความเมตตากรุณาของท่าน และขอกราบขอบพระคุณท่านเป็นอย่างยิ่ง

กราบขอบพระคุณท่านศาสตราจารย์วิระพงษ์ บุญโญภาส ท่านรองศาสตราจารย์มัทยา จิตติรัตน์ และท่านอาจารย์ ดร.ดล บุนนาค ที่ท่านกรุณาได้รับเป็นประธานและกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ แม้คณาจารย์ทุกท่านจะมีภาระหน้าที่หลายด้าน แต่ทุกท่านได้กรุณาสละเวลาอันมีค่าและได้ให้คำแนะนำที่เป็นประโยชน์อย่างยิ่งแก่ผู้เขียนซึ่งทำให้วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีความสมบูรณ์มากขึ้น ผู้เขียนซาบซึ้งและระลึกในความเมตตากรุณาของทุกท่าน และขอกราบขอบพระคุณทุกท่านเป็นอย่างยิ่ง

ขอบพระคุณนายสุธี และนายธรรมบุญ เอื้ออารักษ์ พี่ชายของผู้เขียน และนายอนุชิต เอื้ออารักษ์ น้องชายของผู้เขียน ที่ช่วยเหลือผู้เขียนในการค้นหาข้อมูลประกอบการทำวิทยานิพนธ์และให้กำลังใจแก่ผู้เขียนในการทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เสมอมา

ขอบพระคุณนายณนนต์ นันท์วิวัฒนพล ที่ช่วยเหลือผู้เขียนในการค้นหาข้อมูลประกอบการทำวิทยานิพนธ์และให้กำลังใจแก่ผู้เขียนในการทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เสมอมา

ขอบพระคุณเจ้าหน้าที่หลักสูตรนิติศาสตร์มหาบัณฑิตทุกท่านที่กรุณาให้คำแนะนำและความช่วยเหลือแก่ผู้เขียนเกี่ยวกับการจัดทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้

ขอบพระคุณเพื่อนร่วมหลักสูตรนิติศาสตร์มหาบัณฑิต สาขากฎหมายอาญาและกระบวนการยุติธรรมทางอาญา รุ่นรหัส 54 ทุกท่านสำหรับไม่ตรีจิตใจ และการช่วยเหลือแบ่งปันข้อมูลอันเป็นประโยชน์แก่กันตลอดระยะเวลาในการศึกษาและการทำวิทยานิพนธ์

คุณความดีอันเกิดจากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ผู้เขียนขอกราบเป็นกตเวทิตาแต่บิดามารดา คณาจารย์ ตลอดจนผู้เขียนตำราและเอกสารต่างๆ ที่ผู้เขียนได้นำมาอ้างอิงและเรียบเรียงเป็นวิทยานิพนธ์ฉบับนี้

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย.....	ง
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	จ
กิตติกรรมประกาศ.....	ฉ
สารบัญ.....	ช
สารบัญตาราง.....	ฐ
สารบัญแผนภูมิ.....	ฑ
บทที่ 1 บทนำ.....	1
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา.....	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษาวิจัย.....	4
1.3 ขอบเขตการวิจัย.....	4
1.4 สมมติฐานของการวิจัย.....	4
1.5 วิธีการศึกษาวิจัย.....	5
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ.....	5
1.7 นิยามศัพท์.....	5
1.8 วรรณกรรมที่เกี่ยวข้อง.....	6
บทที่ 2 ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและผลกระทบจากการดำเนินคดีตามกฎหมายไทย	9
2.1 ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา.....	9
2.1.1 แนวคิดในการกำหนดความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา.....	9
2.1.1.1 การคุ้มครองเกียรติยศของชายผู้มีอำนาจปกครองหญิง.....	10
2.1.1.2 การคุ้มครองเสรีภาพทางเพศของหญิงในฐานะผู้เสียหาย.....	11
2.1.1.3 สิทธิมนุษยชน.....	12
2.1.2 ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามกฎหมายไทย.....	15
2.1.2.1 ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276.....	15
2.1.2.2 ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277.....	18
2.1.2.3 ประโยชน์ที่กฎหมายมุ่งคุ้มครองสำหรับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา.....	20
2.2 กระบวนการยุติธรรมทางอาญาในคดีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา.....	22
2.2.1 หลักทั่วไปเกี่ยวกับการดำเนินคดีอาญา.....	22
2.2.2 คดีข่มขืนกระทำชำเราที่ยอมความได้และยอมความไม่ได้.....	26
2.2.2.1 คดีข่มขืนกระทำชำเราที่ยอมความได้.....	26

2.2.2.2 คดีข่มขืนกระทำชำเราที่ยอมความไม่ได้.....	28
2.2.3 การสอบสวนคดีข่มขืนกระทำชำเรา.....	29
2.2.4 การพิจารณาคดีข่มขืนกระทำชำเรา.....	32
2.2.5 มาตรการบังคับทางอาญาที่ใช้กับผู้กระทำความผิดฐานข่มขืน กระทำชำเรา.....	38
2.2.5.1 โทษที่ใช้กับผู้กระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ตามกฎหมายไทย.....	38
2.2.5.2 วิธีการเพื่อความปลอดภัยที่ใช้กับผู้กระทำความผิดฐาน ข่มขืนกระทำชำเราตามกฎหมายไทย.....	42
2.2.5.3 มาตรการบังคับทางอาญาอื่นที่ใช้กับผู้กระทำความผิดฐาน ข่มขืนกระทำชำเราตามกฎหมายไทย.....	42
2.3 ผลกระทบจากการใช้กระบวนการยุติธรรมทางอาญากับคดีข่มขืนกระทำชำเรา..	43
บทที่ 3 กระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูกับคดีข่มขืนกระทำชำเราในต่างประเทศ.....	48
3.1 กระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟู.....	48
3.1.1 แนวคิดของกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟู.....	49
3.1.2 ความหมายของกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟู.....	49
3.1.3 วัตถุประสงค์ของกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟู.....	52
3.1.4 หลักการพื้นฐานว่าด้วยการดำเนินโครงการกระบวนการยุติธรรมเชิง ฟื้นฟูในคดีอาญาขององค์การสหประชาชาติ.....	56
3.1.4.1 ความเป็นมาของหลักการพื้นฐานว่าด้วยการดำเนินโครงการ กระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูในคดีอาญา.....	56
3.1.4.2 วัตถุประสงค์ของหลักการพื้นฐานว่าด้วยการดำเนินโครงการ กระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูในคดีอาญา.....	57
3.1.4.3 เงื่อนไขเบื้องต้นในการนำคดีเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมเชิง ฟื้นฟู.....	57
3.1.4.4 แนวทางการให้ความคุ้มครองผู้เข้าร่วมกระบวนการยุติธรรม เชิงฟื้นฟู.....	58
3.1.4.5 ขั้นตอนที่สามารถนำกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูมาใช้ใน กระบวนการยุติธรรมทางอาญา.....	59
3.1.4.6 รูปแบบของกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟู.....	59
3.1.4.6.1 การไกล่เกลี่ย.....	59
3.1.4.6.2 การประชุมกลุ่ม.....	60
3.1.4.6.3 การพิพากษาโดยการประชุมล้อมวง.....	61

3.2 การนำกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูมาใช้กับคดีข่มขืนกระทำชำเราในประเทศสหรัฐอเมริกา (มลรัฐแอริโซนา).....	62
3.2.1 ความเป็นมาของการนำกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูมาใช้กับคดีข่มขืนกระทำชำเรา.....	62
3.2.2 รูปแบบของกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูที่ใช้กับคดีข่มขืนกระทำชำเรา.....	67
3.2.2.1 ขั้นตอนที่น่ากระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูมาใช้ในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาและผู้มีอำนาจส่งคดีเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟู.....	67
3.2.2.2 ผู้เข้าร่วมกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟู.....	67
3.2.3 เจเนอซีของการนำกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูมาใช้กับคดีข่มขืนกระทำชำเรา.....	68
3.2.3.1 ความสัมพันธ์ระหว่างคู่กรณี.....	68
3.2.3.2 การใช้ความรุนแรง.....	68
3.2.3.3 อายุของผู้เข้าร่วมกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟู.....	68
3.2.3.4 ประวัติการกระทำผิด.....	69
3.2.3.5 การแสดงความรับผิดชอบของผู้กระทำความผิด.....	69
3.2.3.6 ความยินยอมของผู้เสียหายและผู้กระทำความผิด.....	69
3.2.4 ขั้นตอนและวิธีการเชิงฟื้นฟูสำหรับคดีข่มขืนกระทำชำเรา.....	69
3.2.4.1 การส่งคดีเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟู.....	70
3.2.4.2 การเตรียมความพร้อมก่อนการประชุมกลุ่ม.....	71
3.2.4.3 การประชุมกลุ่ม.....	75
3.2.4.4 การติดตามผลหลังการประชุมกลุ่ม.....	78
3.2.5 ผลของการนำกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูมาใช้กับคดีข่มขืนกระทำชำเรา.....	80
3.3 การนำกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูมาใช้กับคดีข่มขืนกระทำชำเราในประเทศนิวซีแลนด์.....	81
3.3.1 ความเป็นมาของการนำกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูมาใช้กับคดีข่มขืนกระทำชำเรา.....	81
3.3.2 รูปแบบของกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูที่ใช้กับคดีข่มขืนกระทำชำเรา.....	83
3.3.2.1 ขั้นตอนที่น่ากระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูมาใช้ในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาและผู้มีอำนาจส่งคดีเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟู.....	83
3.3.2.2 ผู้เข้าร่วมกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟู.....	84

3.3.3	เจื่อนใจของการนำกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูมาใช้กับคดีข่มขืน กระทำชำเรา.....	84
3.3.3.1	ความสัมพันธ์ระหว่างคู่กรณี.....	84
3.3.3.2	อายุของผู้เสียหายและผู้กระทำความผิด.....	85
3.3.3.3	การแสดงความรักผิดชอบของผู้กระทำความผิด.....	85
3.3.3.4	ความยินยอมของผู้เสียหายและผู้กระทำความผิด.....	85
3.3.4	ขั้นตอนและวิธีการเชิงฟื้นฟูสำหรับคดีข่มขืนกระทำชำเรา.....	85
3.3.4.1	การส่งคดีเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟู.....	85
3.3.4.2	การเตรียมความพร้อมก่อนการประชุมกลุ่ม.....	86
3.3.4.3	การประชุมกลุ่ม.....	88
3.3.4.4	การติดตามผลหลังการประชุมกลุ่ม.....	88
3.3.5	ผลของการนำกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูมาใช้กับคดีข่มขืน กระทำชำเรา.....	89
3.4	การนำกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูมาใช้กับคดีข่มขืนกระทำชำเราในประเทศ แคนาดา (มลรัฐมานิโตบา).....	90
3.4.1	ความเป็นมาของการนำกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูมาใช้กับคดีข่มขืน กระทำชำเรา.....	90
3.4.2	รูปแบบของกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูที่ใช้กับคดีข่มขืนกระทำชำเรา.....	93
3.4.2.1	ขั้นตอนที่นำกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูมาใช้ใน กระบวนการยุติธรรมทางอาญาและผู้มีอำนาจส่งคดีเข้าสู่ กระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟู.....	93
3.4.2.2	ผู้เข้าร่วมกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟู.....	94
3.4.3	เจื่อนใจของการนำกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูมาใช้กับคดีข่มขืน กระทำชำเรา.....	94
3.4.3.1	ความสัมพันธ์ระหว่างคู่กรณี.....	94
3.4.3.2	ประวัติการกระทำความผิดของผู้กระทำความผิด.....	94
3.4.3.3	การแสดงความรักผิดชอบของผู้กระทำความผิด.....	95
3.4.3.4	ดุลพินิจของผู้มีอำนาจส่งคดีเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมเชิง ฟื้นฟู.....	95
3.4.3.5	ความยินยอมของผู้เสียหายและผู้กระทำความผิด.....	95
3.4.4	ขั้นตอนและวิธีการเชิงฟื้นฟูสำหรับคดีข่มขืนกระทำชำเรา.....	95
3.4.4.1	การส่งคดีเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟู.....	96
3.4.4.2	การเตรียมพร้อมสำหรับการพิพากษาโดยการประชุมล้อมวง.....	97
3.4.4.3	การพิพากษาโดยการประชุมล้อมวง.....	97

3.4.4.4 การติดตามผลหลังการพิพากษาโดยการประชุมล้อมวง.....	99
3.4.5 ผลของการนำกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูมาใช้กับคดีข่มขืน กระทำชำเรา.....	100
บทที่ 4 การนำกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูมาใช้กับคดีข่มขืนกระทำชำเราใน ประเทศไทย.....	101
4.1 ความเป็นไปได้และความเหมาะสมของการนำกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟู มาใช้กับคดีข่มขืนกระทำชำเรา.....	101
4.1.1 ความเป็นไปได้ที่จะนำกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูมาใช้กับ คดีข่มขืนกระทำชำเราในประเทศไทย.....	101
4.1.2 ความเหมาะสมของการนำกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูมาใช้กับ คดีข่มขืนกระทำชำเราในประเทศไทย.....	103
4.2 รูปแบบของกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูที่ใช้กับคดีข่มขืนกระทำชำเรา.....	108
4.2.1 ขั้นตอนที่น่ากระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูมาใช้ในกระบวนการ ยุติธรรมทางอาญาและผู้มีอำนาจส่งคดีเข้าสู่กระบวนการยุติธรรม เชิงฟื้นฟู.....	109
4.2.2 ผู้เข้าร่วมกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟู.....	109
4.3 เงื่อนไขของการนำกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูมาใช้กับคดีข่มขืนกระทำชำเรา	112
4.3.1 ความสัมพันธ์ระหว่างคู่กรณี.....	113
4.3.2 การใช้ความรุนแรง.....	115
4.3.3 อายุของผู้เสียหายและผู้กระทำความผิด.....	115
4.3.4 ประวัติการกระทำความผิดของผู้กระทำความผิด.....	117
4.3.5 การแสดงความรับผิดชอบของผู้กระทำความผิด.....	118
4.3.6 คุณพินิจของผู้มีอำนาจส่งคดีเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟู.....	119
4.3.7 ความยินยอมของผู้เสียหายและผู้กระทำความผิด.....	121
4.4 ขั้นตอนและวิธีการเชิงฟื้นฟูสำหรับคดีข่มขืนกระทำชำเรา.....	123
4.4.1 การเยียวยาผู้เสียหายและการป้องกันมิให้ผู้เสียหายตกเป็นเหยื่อซ้ำ.....	123
4.4.2 การแก้ไขผู้กระทำความผิด.....	125
4.4.3 การมีส่วนร่วมของชุมชน.....	127
4.4.4 บทบาทของผู้ประสานการประชุม.....	129
4.5 ผลของการนำกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูมาใช้กับคดีข่มขืนกระทำชำเรา.....	131
4.5.1 ผลในทางฟื้นฟู.....	131
4.5.2 ผลในทางกฎหมาย.....	133

4.6	การนำกระบวนการยุติธรรมเชิงพื้นที่พุมมาใช้กับคดีข่มขืนกระทำชำเราในประเทศไทย.....	137
4.6.1	การนำกระบวนการยุติธรรมเชิงพื้นที่พุมมาใช้กับคดีข่มขืนกระทำชำเราที่ยอมความได้.....	137
4.6.2	การนำกระบวนการยุติธรรมเชิงพื้นที่พุมมาใช้กับคดีข่มขืนกระทำชำเราที่ยอมความไม่ได้.....	141
4.7	ข้อดีของการนำกระบวนการยุติธรรมเชิงพื้นที่พุมมาใช้กับคดีข่มขืนกระทำชำเรา.....	150
4.8	ข้อบกพร่อง ปัญหา และอุปสรรคของการนำกระบวนการยุติธรรมเชิงพื้นที่พุมมาใช้กับคดีข่มขืนกระทำชำเรา.....	153
บทที่ 5	บทสรุปและข้อเสนอแนะ.....	157
5.1	บทสรุป.....	157
5.2	ข้อเสนอแนะ.....	165
	รายการอ้างอิง.....	174
	ภาคผนวก.....	184
	ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์.....	190

สารบัญตาราง

ตารางที่	หน้า
1 ตารางแสดงสถิติประเภทผู้ข่มขืนกระทำชำเรา ศูนย์พิทักษ์สิทธิเด็กและสตรี โรงพยาบาลวชิรพยาบาล เดือนมกราคม-ธันวาคม พ.ศ. 2547-2551.....	105
2 ตารางแสดงสถิติการให้บริการช่วยเหลือเด็กและสตรีที่ถูกกระทำรุนแรง ศูนย์พึ่งได้ กรมสนับสนุนบริการสุขภาพ กระทรวงสาธารณสุข พ.ศ. 2547-2550.....	105
3 ตารางเปรียบเทียบรูปแบบของกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูที่ใช้กับคดีข่มขืนกระทำชำเรา..	111
4 ตารางเปรียบเทียบเงื่อนไขของการนำกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูมาใช้กับคดีข่มขืน กระทำชำเรา.....	121
5 ตารางเปรียบเทียบวิธีการเชิงฟื้นฟูสำหรับคดีข่มขืนกระทำชำเรา.....	130
6 ตารางเปรียบเทียบผลทางกฎหมายของการนำกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูมาใช้กับ คดีข่มขืนกระทำชำเรา.....	136

สารบัญแผนภูมิ

แผนภูมิที่	หน้า
1 แผนภูมิแสดงฐานข้อมูลด้านข่าวเกี่ยวกับเพศในรอบ 10 ปี (พ.ศ. 2541-2550).....	104

บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

สังคมปัจจุบันมีความเจริญและพัฒนาขึ้นกว่าสังคมในอดีตมาก แต่ความเจริญที่มากขึ้นก็ส่งผลให้สังคมมีปัญหามากขึ้นด้วยอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ ปัญหาหนึ่งที่เพิ่มขึ้นตามความเจริญของสังคมคือปัญหาอาชญากรรม ไม่ว่าจะเป็นอาชญากรรมต่อชีวิต ร่างกาย ทรัพย์สิน รวมถึงอาชญากรรมทางเพศ อาชญากรรมทางเพศหรือความผิดทางเพศนั้นมีหลายแบบ เช่น กระทำอนาจาร พาผู้อื่นไปเพื่อการอนาจาร ดำรงชีพอยู่ด้วยรายได้จากหญิงค้าประเวณี เป็นต้น แต่คงจะปฏิเสธไม่ได้ว่าความผิดทางเพศที่น่ากลัวและส่งผลกระทบต่อผู้ถูกกระทำรุนแรงที่สุด คือ การข่มขืนกระทำชำเรา

การข่มขืนกระทำชำเราเป็นความผิดอาญาตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 และ 277 และเป็นคดีที่มีลักษณะพิเศษหลายประการ ประการแรกคือผู้เสียหายในคดีข่มขืนกระทำชำเราส่วนใหญ่ถึงเลที่จะนำคดีมาแจ้งความ¹ ทำให้ส่งผลต่อความสมบูรณ์ของพยานหลักฐานในคดี อีกทั้งคดีข่มขืนกระทำชำเราเป็นคดีที่มักเกิดในที่รโหฐาน พยานที่สำคัญที่สุดในคดีจึงเป็นผู้เสียหาย นอกจากนี้ผู้เสียหายในคดีข่มขืนกระทำชำเรายังได้รับความเสียหายต่อร่างกายและจิตใจอย่างมากเพราะคดีข่มขืนกระทำชำเราเป็นเรื่องทางเพศซึ่งเป็นเรื่องละเอียดอ่อน อีกทั้งคดีข่มขืนกระทำชำเราเป็นคดีที่ผู้เสียหายลำบากใจและไม่สะดวกใจที่จะบอกเล่าเรื่องราวน่าอับอายให้คนแปลกหน้ารับทราบอย่างละเอียด² ลักษณะพิเศษดังกล่าวจึงทำให้คดีข่มขืนกระทำชำเรามีความแตกต่างจากคดีอื่นๆ เช่น คดีทำร้ายร่างกาย หรือคดีความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สิน เป็นต้น

โดยปกติเมื่อมีการกระทำความผิดอาญาเกิดขึ้น ผู้เสียหายหรือผู้พบเห็นเหตุการณ์จะไปแจ้งความต่อเจ้าหน้าที่ตำรวจ “กระบวนการยุติธรรมทางอาญา” เริ่มต้นที่องค์กรตำรวจ จากนั้นพนักงานสอบสวนจะดำเนินการสอบสวนดำเนินคดีต่อไป เมื่อการสอบสวนเสร็จสิ้นพนักงานสอบสวนจะส่งสำนวนไปยังพนักงานอัยการ พนักงานอัยการจะพิจารณาข้อเท็จจริงและพยานหลักฐานแล้วจึงมีความเห็นว่าสมควรสั่งฟ้องหรือไม่ จากนั้นจะเป็นการดำเนินคดีในชั้นศาล หากศาลพิพากษาลงโทษจะเข้าสู่ความรับผิดชอบของกรมราชทัณฑ์หรือกรมคุมประพฤติ จะเห็นได้ว่ากระบวนการยุติธรรมทางอาญาประกอบไปด้วยองค์กรต่างๆ หลายองค์กร แต่ทุกองค์กรมีจุดมุ่งหมายเดียวกันคือเพื่อค้นหาว่าการกระทำความผิดอาญาเกิดขึ้นหรือไม่ ผู้ใดเป็นผู้กระทำความผิด และจะลงโทษผู้กระทำความผิดอย่างไร กระบวนการยุติธรรมทางอาญาในปัจจุบันจึงเป็นกระบวนการที่ให้ความสำคัญกับการพิสูจน์ความผิดเพื่อนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษ (Retributive Justice)

ระบบการดำเนินคดีอาญาตามกฎหมายไทยใช้ระบบกล่าวหา กระบวนการยุติธรรมทางอาญามุ่งเน้นที่การหาคำตอบว่าฝ่ายใดถูกและฝ่ายใดผิด คู่ความแต่ละฝ่ายต่อสู้กันโดยใช้พยานหลักฐาน

¹ จะเด็จ เชาวน์วิไล, สุเพ็ญศรี พึ่งโคกสูง, ปัทมาพร ไชยเชษฐพิพัฒกุล และมรกต เจริญทอง, หนึ่งเสียงหยุดความรุนแรงต่อผู้หญิง (กรุงเทพมหานคร: สำนักงานกองทุนสนับสนุนการสร้างเสริมสุขภาพ, 2551), หน้า 10.

² สำนักงานกิจการยุติธรรม, รายงานข้อมูลสถิติอาชญากรรมภาคประชาชนทั่วประเทศ พ.ศ. 2550 (โครงการสำรวจปี พ.ศ. 2551) (กรุงเทพมหานคร: สำนักงานกิจการยุติธรรม กระทรวงยุติธรรม, 2552), หน้า 164.

ต่างๆ ที่ตนมี ฝ่ายโจทก์ต้องพิสูจน์ว่าจำเลยกระทำความผิดโดยต้องพิสูจน์ให้ศาลเห็นถึงระดับที่ปราศจากความสงสัยตามสมควร สิ่งที่ฝ่ายจำเลยต้องทำคือการทำลายน้ำหนักของพยานหลักฐานฝ่ายโจทก์ ด้วยเหตุที่กระบวนการยุติธรรมทางอาญามุ่งเน้นที่การพิสูจน์ความผิดเพื่อลงโทษผู้ที่ได้กระทำการอันฝ่าฝืนต่อกฎหมาย ผู้เสียหายในคดีข่มขืนกระทำชำเราจึงมีฐานะเป็นเพียงพยานของรัฐ และไม่ได้รับการเยียวยาความเสียหายไม่ว่าจะเป็นความเสียหายต่อจิตใจหรือค่าเสียหายอันเป็นรูปธรรมอื่นๆ ทั้งที่คดีข่มขืนกระทำชำเราก่อให้เกิดผลกระทบต่อผู้เสียหายอย่างมากโดยเฉพาะความเสียหายต่อจิตใจ ยิ่งไปกว่านั้น กระบวนการยุติธรรมยังเป็นเครื่องมือทำร้ายผู้เสียหายเสียเองโดยขั้นตอนต่างๆ ในกระบวนการยุติธรรมทำให้ผู้เสียหายเสมือนอยู่ในสภาวะของการตกเป็นเหยื่อซ้ำสอง (re-victimization) เมื่อเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมแล้วผู้เสียหายจะต้องตอบคำถามเกี่ยวกับเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นซ้ำแล้วซ้ำเล่า โดยเฉพาะอย่างยิ่งต้องตอบคำถามของนายจำเลยที่จะกระทบกระเทือนจิตใจผู้เสียหายอย่างมาก ประหนึ่งว่าผู้เสียหายในคดีข่มขืนกระทำชำเรามิใช่ผู้เสียหาย หากแต่ตกเป็นจำเลยหรือเป็นวัตถุแห่งคดีที่ต้องถูกตรวจสอบเสียเอง

ความไม่เหมาะสมของกระบวนการยุติธรรมในคดีข่มขืนกระทำชำเราไม่ได้ส่งผลต่อผู้เสียหายฝ่ายเดียวเท่านั้น แต่ยังส่งผลกระทบต่อผู้กระทำความผิดด้วย เนื่องจากกระบวนการยุติธรรมทางอาญาในปัจจุบันมุ่งเน้นที่การพิสูจน์ความผิดเพื่อนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษ (Retributive Justice) เห็นได้จากมาตรการบังคับทางอาญาหลักที่นำมาใช้กับผู้กระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา คือ การลงโทษจำคุกและปรับ ซึ่งมีวัตถุประสงค์เป็นการลงโทษเพื่อแก้แค้นทดแทน ป้องกันยับยั้ง และตัดโอกาสการกระทำความผิดเพียงชั่วคราว อย่างไรก็ตาม เนื่องจากการข่มขืนกระทำชำเราเกิดได้จากหลายสาเหตุและมีความซับซ้อน แต่การลงโทษผู้กระทำความผิดในปัจจุบันไม่ให้ความสำคัญกับการแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิดตามสาเหตุของการกระทำ อีกทั้งโทษจำคุกยังเป็นการสร้างตราบาปให้แก่ผู้กระทำความผิด ส่งผลให้เมื่อผู้กระทำความผิดพ้นโทษแล้วต้องประสบกับปัญหาในการกลับมาใช้ชีวิตในสังคมตามปกติ จึงไม่ใช่วิธีการแก้ไขปัญหอาชญากรรมที่ยั่งยืน

นอกจากกระบวนการยุติธรรมทางอาญาในปัจจุบันจะก่อให้เกิดผลกระทบต่อผู้เสียหายและผู้กระทำความผิดคดีข่มขืนกระทำชำเราแล้ว ยังก่อให้เกิดผลกระทบต่อสังคมในภาพรวมอีกด้วย การที่ผู้เสียหายไม่ได้รับการเยียวยาความเสียหายอย่างเหมาะสมทำให้คดีข่มขืนกระทำชำเราเป็นอาชญากรรมแบบปกปิด กล่าวคือ เมื่อมีการกระทำความผิดเกิดขึ้นแล้วผู้เสียหายจำนวนมากเลือกที่จะไม่แจ้งความดำเนินคดี ทำให้คดีข่มขืนกระทำชำเรามีสถิติอาชญากรรมที่ต่ำกว่าความเป็นจริงมาก³ จึงมีผู้ตั้งข้อสังเกตและเปรียบเทียบว่าคดีความผิดทางเพศเปรียบเสมือนเหมือนภูเขาน้ำแข็งในทะเล เพราะคดีที่มีการแจ้งความเป็นเพียงปลายยอดเท่านั้นที่โผล่ขึ้นมา⁴ ต่างจากคดีอาญาประเภทอื่นที่เมื่อมีความเสียหายเกิดขึ้นแล้ว ผู้เสียหายจะรีบไปแจ้งความดำเนินคดีทันที เช่น คดีความผิดต่อชีวิตร่างกาย หรือทรัพย์ เป็นต้น และเมื่อพิจารณาอัตราการกระทำความผิดซ้ำสำหรับผู้กระทำความผิดที่ได้รับโทษแล้วจะพบว่าคดีข่มขืนกระทำชำเราเราเป็นคดีที่มีอัตราการกระทำความผิดซ้ำสูงมากเมื่อ

³ ประธาน วัฒนาวณิชย์, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับอาชญาวิทยา (กรุงเทพมหานคร: ประกายพริก, 2546), หน้า 110.

⁴ อรสม สุทธิสาคร, สนิมดอกไม้ ชีวิตจริงในมุมมืดของหญิงไทย (กรุงเทพมหานคร: สารคดี, 2539), หน้า 65.

เทียบกับคติความผิดประเภทอื่น⁵ เพราะเหตุว่าผู้กระทำความผิดไม่ได้รับการแก้ไขอย่างเหมาะสม ประชาชนในสังคมจึงต้องตกอยู่ในความเสี่ยงภัยของการตกเป็นเหยื่อของการข่มขืนกระทำชำเรา อีกทั้งยังขาดความมั่นคงปลอดภัยและความสงบสุขในการดำรงชีวิตตามปกติ ซึ่งการข่มขืนกระทำชำเรานั้นสร้างความหวาดกลัวต่อสาธารณชนได้มากกว่ายาเสพติดเสียอีก⁶

แม้ที่ผ่านมาประเทศไทยได้มีการแก้ไขกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการข่มขืนกระทำชำเราหลายครั้งทั้งกฎหมายสารบัญญัติและกฎหมายวิธีสบัญญัติ เช่น ในปี พ.ศ. 2550 มีการแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 โดยเพิ่มนิยามของคำว่า “กระทำชำเรา” ให้มีความหมายกว้างขึ้นเพื่อให้ครอบคลุมรูปแบบต่างๆ ของการข่มขืนกระทำชำเราที่เปลี่ยนไปจากในอดีต นอกจากนี้รัฐยังตระหนักถึงความไม่เหมาะสมที่เกิดขึ้นในการดำเนินคดีความผิดเกี่ยวกับเพศ ต่อมาในปี พ.ศ. 2551 จึงมีการแก้ไขประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาที่เกี่ยวข้องกับคดีความผิดเกี่ยวกับเพศ โดยเพิ่มเติมมาตรา 133 วรรคสี่เพื่อกำหนดให้การถามปากคำผู้เสียหายซึ่งเป็นหญิงในคดีความผิดเกี่ยวกับเพศ ต้องให้พนักงานสอบสวนหญิงเป็นผู้สอบสวน และเพิ่มเติมมาตรา 226/4 เพื่อกำหนดข้อห้ามบางประการในการสืบพยานคดีความผิดเกี่ยวกับเพศ โดยห้ามจำเลยนำสืบหรือถามค้านด้วยคำถามเกี่ยวกับพฤติกรรมทางเพศของผู้เสียหายกับบุคคลอื่นนอกจากจำเลย เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากศาล แสดงให้เห็นว่าผู้เสียหายมีโอกาสนำความเสียหายเข้ามาเรียกร้องความยุติธรรมจากรัฐได้หลายกรณีมากขึ้น และได้รับความคุ้มครองในการดำเนินคดีความผิดเกี่ยวกับเพศมากขึ้น อย่างไรก็ตาม เนื่องจากกระบวนการยุติธรรมทางอาญาในปัจจุบันยังคงเป็นกระบวนการที่มุ่งพิสูจน์ความผิดเพื่อนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษ (Retributive Justice) ดังนั้น การแก้ไขกฎหมายต่างๆ ดังกล่าวจึงยังไม่สามารถขจัดปัญหาของการใช้กระบวนการยุติธรรมทางอาญากับคดีข่มขืนกระทำชำเราในเรื่องการเยียวยาผู้เสียหาย การแก้ไขผู้กระทำความผิด และการสร้างความมั่นคงปลอดภัยให้แก่คนในสังคม

ปัจจุบันมีแนวคิดเรื่อง “กระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟู” (Restorative Justice) ซึ่งเป็นแนวคิดที่ได้รับการยอมรับอย่างแพร่หลายนับแต่ที่องค์การสหประชาชาติได้ประกาศปฏิญญาแห่งหลักการพื้นฐานว่าด้วยการดำเนินโครงการกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูในคดีอาญา (Declaration of Basic Principles on the Use of Restorative Justice in Criminal Matters) อย่างเป็นทางการ ปฏิญญาดังกล่าวมีสาระสำคัญคือการส่งเสริมให้ใช้กระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูควบคู่กับกระบวนการยุติธรรมทางอาญาเมื่อมีการกระทำความผิดอาญาเกิดขึ้น โดยคำนึงถึงการเยียวยาผู้เสียหาย การแก้ไขผู้กระทำความผิด และการสร้างความปลอดภัยให้แก่สังคมเป็นสำคัญ

ประเทศสหรัฐอเมริกา (มลรัฐแอริโซนา) ประเทศนิวซีแลนด์ และประเทศแคนาดา (มลรัฐมานิโตบา) ได้นำกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูมาใช้กับคดีข่มขืนกระทำชำเราเนื่องจากทั้งสามประเทศประสบกับปัญหาและผลกระทบในลักษณะเดียวกันกับประเทศไทย โดยประเทศสหรัฐอเมริกา (มลรัฐแอริโซนา) เป็นประเทศแรกที่น่ากระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูมาใช้กับคดีข่มขืนกระทำชำเรา จากนั้นประเทศนิวซีแลนด์ได้นำรูปแบบของประเทศสหรัฐอเมริกา (มลรัฐแอริโซนา) มาเป็นแนวทางและมีการพัฒนาเพิ่มเติมให้เหมาะสมยิ่งขึ้น นอกจากนี้ยังมีประเทศแคนาดา (มลรัฐมานิโตบา) ที่นำ

⁵ สำนักงานกิจการยุติธรรม, รายงานข้อมูลสถิติอาชญากรรมภาคประชาชนทั่วประเทศ พ.ศ. 2550 (โครงการสำรวจปี พ.ศ. 2551), หน้า 55.

⁶ ประธาน วัฒนวาณิชย์, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับอาชญาวิทยา, หน้า 110.

กระบวนการยุติธรรมเชิงพื้นที่มาใช้กับคดีข่มขืนกระทำชำเราโดยมีลักษณะเป็นกระบวนการยุติธรรมเชิงพื้นที่เต็มรูปแบบและได้รับการยอมรับอย่างมากทั้งในสหรัฐอเมริกาโตบาและในประเทศแคนาดา

ผู้เขียนเห็นว่าแนวคิดเรื่องการนำกระบวนการยุติธรรมเชิงพื้นที่มาใช้กับคดีข่มขืนกระทำชำเราเป็นเรื่องที่น่าสนใจ และที่ผ่านมามีประเทศไทยยังไม่มีแนวคิดเรื่องการนำกระบวนการยุติธรรมเชิงพื้นที่มาใช้กับคดีข่มขืนกระทำชำเราโดยเฉพาะ ผู้เขียนจึงประสงค์ที่จะศึกษาเกี่ยวกับแนวทางการนำกระบวนการยุติธรรมเชิงพื้นที่มาใช้กับคดีข่มขืนกระทำชำเราในต่างประเทศ เพื่อนำมาวิเคราะห์หาแนวทางที่เหมาะสมสำหรับการนำกระบวนการยุติธรรมเชิงพื้นที่มาใช้กับคดีข่มขืนกระทำชำเราในประเทศไทยต่อไป

1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษาวิจัย

1. เพื่อให้ทราบสภาพปัญหาและผลกระทบอันเนื่องมาจากการใช้กระบวนการยุติธรรมทางอาญากับคดีข่มขืนกระทำชำเราในประเทศไทย

2. เพื่อให้ทราบแนวทางการนำกระบวนการยุติธรรมเชิงพื้นที่มาใช้กับคดีข่มขืนกระทำชำเราในต่างประเทศ ทั้งด้านรูปแบบของกระบวนการยุติธรรมเชิงพื้นที่ที่ใช้กับคดีข่มขืนกระทำชำเรา เงื่อนไขของการนำกระบวนการยุติธรรมเชิงพื้นที่มาใช้กับคดีข่มขืนกระทำชำเรา ขั้นตอนและวิธีการเชิงพื้นที่สำหรับคดีข่มขืนกระทำชำเรา และผลของการนำกระบวนการยุติธรรมเชิงพื้นที่มาใช้กับคดีข่มขืนกระทำชำเรา

3. เพื่อวิเคราะห์แนวทางการนำกระบวนการยุติธรรมเชิงพื้นที่มาใช้กับคดีข่มขืนกระทำชำเราในประเทศไทยทั้งในคดีข่มขืนกระทำชำเราที่ยอมความได้และคดีข่มขืนกระทำชำเราที่ยอมความไม่ได้ ตลอดจนข้อดี ข้อบกพร่อง ปัญหา และอุปสรรคต่างๆ ของการนำกระบวนการยุติธรรมเชิงพื้นที่มาใช้กับคดีข่มขืนกระทำชำเราในประเทศไทย

1.3 ขอบเขตของการวิจัย

วิทยานิพนธ์นี้จะศึกษาเกี่ยวกับกระบวนการยุติธรรมทางอาญาในคดีข่มขืนกระทำชำเราของประเทศไทย คดีข่มขืนกระทำชำเราในวิทยานิพนธ์นี้หมายถึงคดีที่เป็นการกระทำความผิดตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 และมาตรา 277 สำหรับประเด็นเกี่ยวกับกระบวนการยุติธรรมเชิงพื้นที่นั้น แม้ว่ากระบวนการยุติธรรมเชิงพื้นที่สามารถใช้ได้กับทุกประเภทคดี แต่วิทยานิพนธ์นี้จะศึกษาแนวทางนำกระบวนการยุติธรรมเชิงพื้นที่มาใช้ในคดีข่มขืนกระทำชำเราเท่านั้น ประเทศที่จะศึกษาวิเคราะห์ คือ ประเทศสหรัฐอเมริกา (มลรัฐแอริโซนา) ประเทศนิวซีแลนด์ และประเทศแคนาดา (มลรัฐมานิโตบา)

1.4 สมมติฐานของการวิจัย

กระบวนการยุติธรรมทางอาญาในปัจจุบันมุ่งเน้นที่การพิสูจน์ความผิดเพื่อนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษ ส่งผลให้ผู้เสียหายในคดีข่มขืนกระทำชำเราไม่ได้รับการเยียวยาความเสียหายอย่างเหมาะสม ผู้กระทำความผิดไม่ได้รับการแก้ไขโดยพิจารณาจากสาเหตุที่แท้จริง และสังคมต้องตกอยู่ในความเสี่ยงภัยจากการกระทำผิดซ้ำ การนำกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูมาใช้กับคดีข่มขืนกระทำชำเราเป็นวิธีการหนึ่งที่จะช่วยให้ผู้เสียหายเข้ามามีส่วนร่วมในกระบวนการยุติธรรมมากขึ้นและได้รับการเยียวยาตามความประสงค์ของผู้เสียหาย ผู้กระทำความผิดได้รับการแก้ไขที่สาเหตุของการกระทำผิดและไม่กลับมากระทำผิดซ้ำ และทำให้สังคมมีความสงบสุขและความมั่นคงปลอดภัยมากยิ่งขึ้น

1.5 วิธีการศึกษาวิจัย

การศึกษานี้ใช้วิธีการวิจัยเอกสาร (Documentary Research) โดยค้นคว้าข้อมูลที่เกี่ยวข้องจากเอกสารภาษาไทยและภาษาต่างประเทศ เช่น ตำรา หนังสือ วารสาร วิทยุ บทกฎหมาย บทความ งานวิจัย ตลอดจนข้อมูลจากอินเทอร์เน็ต เพื่อนำมาวิเคราะห์หาข้อสรุปและข้อเสนอแนะต่อไป

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1. ทำให้ทราบลักษณะการดำเนินคดีข่มขืนกระทำชำเราและการลงโทษผู้กระทำความผิดตามกระบวนการยุติธรรมทางอาญาของประเทศไทย ตลอดจนผลกระทบที่เกิดขึ้นกับผู้เสียหาย ผู้กระทำความผิดและสังคมโดยรวม
2. ทำให้สามารถวิเคราะห์แนวทางของการนำกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูมาใช้กับคดีข่มขืนกระทำชำเราในประเทศไทย ตลอดจนข้อดี ข้อเสีย ปัญหาและอุปสรรคต่างๆ ของการนำกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูมาใช้กับคดีข่มขืนกระทำชำเราในประเทศไทย
3. ทำให้ผู้เสียหายคดีข่มขืนกระทำชำเรามีโอกาสได้รับการเยียวยาความเสียหายอย่างเหมาะสมและมีส่วนร่วมในกระบวนการยุติธรรมทางอาญามากขึ้น ผู้กระทำความผิดมีโอกาสได้รับการแก้ไขปรับปรุงและมีภูมิคุ้มกันมิให้กระทำผิดซ้ำมากขึ้น อีกทั้งรัฐสามารถฟื้นฟูความสงบสุขและสร้างความมั่นคงปลอดภัยให้แก่ประชาชนในสังคมได้มากขึ้น

1.7 นิยามศัพท์

“กระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟู” มีที่มาจากคำภาษาอังกฤษว่า “Restorative Justice” เนื่องจากคำว่า Restoration สามารถแปลได้หลายความหมาย เช่น การฟื้นฟูแก้ไข การซ่อมแซม การทำกลับให้คืนดีดั้งเดิม หรือการปฏิสังขรณ์ จึงมีผู้ให้ความหมายของ Restorative Justice ไว้หลายความหมาย เช่น “กระบวนการยุติธรรมเชิงปฏิสังขรณ์” “การฟื้นฟูความยุติธรรม” “ความยุติธรรมเชิงสร้างสรรค์” “กระบวนการยุติธรรมแนวสันติ” สำหรับความหมายที่นิยมใช้ คือ “กระบวนการ

ยุติธรรมเชิงสมานฉันท์” ซึ่ง ดร.กิตติพงษ์ กิตยารักษ์ ผู้ทรงคุณวุฒิเป็นผู้ให้ความหมายดังกล่าวไว้ อนึ่ง ดร.กิตติพงษ์ กิตยารักษ์ ได้กล่าวไว้ว่า “..การแปลความ ‘Restorative Justice’ ว่า ‘กระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์’ นั้นมิได้หมายความว่าคำนี้จะเป็นที่ยุติ หากผู้ใดเห็นว่ามีคำอื่นที่เหมาะสมกว่าก็ใช้คำนั้นได้...”⁷

เมื่อผู้เขียนได้ศึกษาความหมายของ Restorative Justice โดยละเอียดประกอบกับพิจารณา ลักษณะของคดีข่มขืนกระทำชำเราที่ผู้เสียหายได้รับผลกระทบอย่างมาก และการที่กระบวนการยุติธรรมในปัจจุบันมุ่งลงโทษผู้กระทำความผิด ผู้เขียนเห็นว่าหากแปลความหมายของ Restorative Justice ว่า “กระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟู” จะเหมาะสมและสอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของ วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มากกว่าความหมายอื่น ๆ ดังนั้น วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะใช้คำว่า “กระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟู” แทนคำว่า Restorative Justice

“กระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟู” หมายถึง กระบวนการยุติธรรมที่ผู้มีส่วนเกี่ยวข้องกับการ กระทำความผิดเข้ามาร่วมกันจัดการเกี่ยวกับการกระทำความผิดที่เกิดขึ้นและที่อาจเกิดขึ้นอีกในอนาคต โดยให้ผู้เสียหายเป็นศูนย์กลางของกระบวนการยุติธรรม เพื่อร่วมกันเยียวยาผลกระทบที่เกิดกับผู้เสียหาย แก่ผู้กระทำความผิด และฟื้นฟูความสงบสุขและความมั่นคงปลอดภัยแก่สังคม

1.8 วรรณกรรมที่เกี่ยวข้อง

สมาคมบัณฑิตสตรีทางกฎหมายแห่งประเทศไทยและสำนักงานอัยการสูงสุด ได้จัดงานเสวนา เรื่อง “กระบวนการยุติธรรมกับเหยื่อคดีความผิดทางเพศ: ทำร้ายหรือคุ้มครอง”⁸ และได้ข้อสรุปจาก ผู้ทรงคุณวุฒิหลายท่านที่เข้าร่วมการเสวนา คือ คดีความผิดเกี่ยวกับเพศโดยเฉพาะคดีข่มขืนกระทำชำเราเป็นคดีที่มีได้ก่อความเสียหายต่อร่างกายเท่านั้น หากแต่ยังส่งผลกระทบต่อจิตใจของผู้เสียหายอย่างมาก อย่างไรก็ตาม เนื่องจากกระบวนการยุติธรรมทางอาญาในปัจจุบันมุ่งเน้นที่การพิสูจน์ ความผิดและนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษ (Retributive Justice) ประกอบกับระบบการดำเนิน คดีอาญาเป็นระบบกล่าวหา อีกทั้งผู้ใช้กฎหมายในประเทศไทยมักมีความเชื่อที่ไม่ตรงกับความเป็นจริง ว่าการข่มขืนกระทำชำเราต้องเกิดขึ้นโดยคนแปลกหน้าและมีแนวโน้มที่จะให้ความสำคัญกับ ความสัมพันธ์ในอดีตระหว่างผู้เสียหายและผู้กระทำความผิด แต่จากสถิติที่รวบรวมได้พบว่าคดีข่มขืน กระทำชำเราส่วนใหญ่เกิดขึ้นระหว่างคนรู้จักกัน ด้วยเหตุต่างๆ ดังที่กล่าวมาทำให้ผู้เสียหายต้อง ประสบกับความยากลำบากในการพิสูจน์ต่อศาลว่าตนถูกข่มขืนกระทำชำเรา กล่าวได้ว่ากระบวนการ ยุติธรรมทางอาญาไม่ส่งเสริมให้ผู้เสียหายนำเรื่องราวที่เกิดขึ้นมาเรียกร้องความยุติธรรม ส่งผลให้ ผู้กระทำความผิดส่วนใหญ่ไม่ได้รับผลจากการกระทำความผิดดังที่ควรจะเป็น ในทางปฏิบัติ เมื่อ

⁷ กิตติพงษ์ กิตยารักษ์, “ความยุติธรรมเชิงสมานฉันท์: หลักการและแนวคิด,” ใน กระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์: ทางเลือกใหม่สำหรับกระบวนการยุติธรรมไทย, กิตติพงษ์ กิตยารักษ์, บรรณาธิการ (กรุงเทพฯ: สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย, 2545), หน้า 12-13.

⁸ โปรตดูรายละเอียดใน สมาคมบัณฑิตสตรีทางกฎหมายแห่งประเทศไทยและสำนักงานอัยการสูงสุด, “รายงานเสวนาโต๊ะกลม เรื่อง กระบวนการยุติธรรมกับเหยื่อคดีความผิดทางเพศ: ทำร้ายหรือคุ้มครอง,” บทบัญญัติ 53, 4 (ธันวาคม 2540): 167-221.

ผู้เสียหายร้องทุกข์แล้วจะถูกบีบบังคับโดยกระบวนการและบุคคลที่เกี่ยวข้องให้เลือกระหว่างการยอมความหรือไม่ยอมความ เนื่องจากผู้เสียหายในคดีข่มขืนกระทำชำเราได้รับความอับอายมากอยู่ก่อนแล้ว ผู้เสียหายจึงมักตกลงรับค่าเสียหายและตกลงยอมความกับผู้กระทำผิด ทำให้ผู้กระทำผิดไม่ต้องรับโทษตามกฎหมาย ไม่ได้รับการแก้ไขอย่างเหมาะสม ไม่เกิดความรู้สึกเข็ดหลาบ และมีความเป็นไปได้สูงที่จะกระทำความผิดซ้ำอีก ในการนี้ ได้ขอเสนอจากการเสวนาที่สำคัญประการหนึ่ง คือ การเพิ่มความรุนแรงของโทษทางอาญาในคดีความผิดเกี่ยวกับเพศ โดยเฉพาะความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ไม่มีผลโดยตรงต่อการลดจำนวนอาชญากรรม เพราะในการกระทำความผิดนั้นผู้กระทำผิดจะคำนึงถึงโอกาสที่จะถูกจับกุมมากกว่าความรุนแรงของโทษที่จะได้รับ ดังนั้น รัฐจึงควรแสวงหาแนวทางให้ผู้เสียหายนำคดีข่มขืนกระทำชำเรามาแจ้งความร้องทุกข์ต่อรัฐให้มากขึ้น เพื่อให้รัฐสามารถดำเนินการกับผู้กระทำผิดได้มากที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ อันจะก่อให้เกิดประสิทธิภาพในการป้องกันการกระทำความผิดซ้ำและการป้องปรามอาชญากรรมอย่างแท้จริง อย่างไรก็ตาม ในการเสวนาครั้งนี้ไม่มีผู้ใดเสนอแนวทางเรื่องการนำกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูมาใช้กับคดีข่มขืนกระทำชำเราเพื่อแก้ปัญหาที่เกิดขึ้นแต่อย่างใด

สถาบันวิจัยและให้คำปรึกษาแห่งมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ เสนอรายงานการวิจัย เรื่อง “กระบวนการสร้างความยุติธรรมเชิงฟื้นฟูในศาลยุติธรรม”⁹ โดยการวิจัยนี้มุ่งศึกษาถึงแนวคิด รูปแบบ และกระบวนการในการนำกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูมาใช้ในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา การวิจัยนี้ได้ข้อสรุปเกี่ยวกับลักษณะของกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูว่าเป็นกระบวนการที่ไม่มุ่งเน้นเรื่องการค้นหาตัวผู้กระทำความผิดและการลงโทษตามที่กฎหมายกำหนด เป้าหมายของกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูมี 3 ประการ ประการแรก คือ ผู้เสียหายได้รับการเยียวยาจากผู้กระทำผิดซึ่งหมายถึงความรวมถึงการได้ระบายความรู้สึกต่างๆ ที่เกิดขึ้น ตลอดจนผลกระทบด้านต่างๆ ซึ่งเป็นผลมาจากการตกเป็นเหยื่ออาชญากรรม ประการที่สอง คือ ผู้กระทำความผิดสำนึกผิดและได้รับการแก้ไขปรับปรุงอันจะช่วยป้องกันมิให้กระทำความผิดอีกในอนาคต ประการที่สาม คือ ผู้ที่ได้รับผลกระทบจากการกระทำความผิดมีส่วนร่วมในการค้นหาทางออกสำหรับปัญหาที่เกิดขึ้น เพื่อผลลัพธ์คือการฟื้นฟูความมั่นคงปลอดภัยให้แก่สังคม นอกจากนี้ การวิจัยยังได้ศึกษาเปรียบเทียบแนวทางการนำกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูมาใช้กับคดีอาญาของต่างประเทศโดยมุ่งเน้นกรณีการนำกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูมาใช้กับคดีอาญาที่เด็กและเยาวชนเป็นผู้กระทำความผิดเป็นสำคัญ แม้ผู้วิจัยได้นำเสนอแนวทางการแก้ไขปรับปรุงกฎหมายไทยที่เกี่ยวข้องไว้ แต่ในรายงานการวิจัยไม่ได้กล่าวถึงแนวทางการนำกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูมาใช้กับคดีข่มขืนกระทำชำเราไว้เป็นการเฉพาะ นอกจากนี้ จากการวิจัยยังพบว่าในทางปฏิบัติของการประนอมข้อพิพาทในศาลอาญามีข้อที่ไม่สอดคล้องกับหลักการของกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูอยู่หลายประการ เช่น การประนอมข้อพิพาทของศาลอาญาใช้รูปแบบการไกล่เกลี่ยซึ่งเป็นรูปแบบที่ไม่เปิดโอกาสให้บุคคลใกล้ชิดของผู้เสียหายและผู้กระทำความผิดเข้ามามีส่วนร่วมในการกำหนดข้อตกลงและการตรวจสอบการปฏิบัติการให้เป็นไปตามข้อตกลง นอกจากนี้ยังขาดการส่งเสริมให้ผู้เสียหายได้เปิดเผยความรู้สึกหรือความเสียหายที่

⁹ โปรดดูรายละเอียดใน สถาบันวิจัยและให้คำปรึกษาแห่งมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, รายงานผลการศึกษาวินิจฉัยฉบับสมบูรณ์: โครงการวิจัยเรื่อง “กระบวนการสร้างความยุติธรรมเชิงสมานฉันท์ในศาลยุติธรรม” (กรุงเทพมหานคร: เดือนตุลา, 2553), หน้า 1-476.

เกิดขึ้น การเยียวยาความรู้สึกให้แก่ผู้เสียหาย รวมถึงการให้ผู้กระทำความผิดได้มีโอกาสดูใจถึงเหตุผลในการกระทำความผิด แสดงความสำนึกผิดและความรับผิดชอบในการกระทำของตน จึงอาจไม่บรรลุวัตถุประสงค์และเป้าหมายของกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูอย่างแท้จริง

สถาบันวิจัยและพัฒนา กรมคุมประพฤติ เสนอรายงานวิจัย เรื่อง “ประสิทธิผลของกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูที่มีต่อผู้เสียหายและผู้กระทำความผิด”¹⁰ การวิจัยนี้มุ่งศึกษาถึงประสิทธิผลของกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูที่มีต่อผู้เสียหายและผู้กระทำความผิดในประเด็นต่างๆ 7 ประเด็น ได้แก่ (1) ความพึงพอใจของผู้เสียหายและผู้กระทำความผิดต่อการดำเนินคดี (2) ความรู้สึกที่ได้รับความเป็นธรรมของผู้เสียหายและผู้กระทำความผิด (3) ทศนคติของผู้เสียหายต่อผู้กระทำความผิด (4) การตอบสนองต่อความต้องการของผู้เสียหายในด้านต่างๆ (5) การแสดงความรับผิดชอบของผู้กระทำความผิด (Accountability) (6) การชดใช้ของผู้กระทำความผิดต่อผู้เสียหายและชุมชน และ (7) อัตราการกระทำผิดซ้ำของผู้กระทำความผิด รวมทั้งศึกษาปัจจัยที่มีผลต่อความสำเร็จของกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟู ผลการวิจัยพบว่ากระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูให้ผลเชิงบวกในทุกประเด็นที่ทำการศึกษารายละเอียด ผู้วิจัยมีข้อเสนอว่าหากนำกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูมาใช้โดยขาดการฝึกฝนหรือใช้ไม่ตรงตามหลักการและวัตถุประสงค์ของกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟู โดยมุ่งหวังแต่ผลด้านการดำเนินคดีที่สามารถหลีกเลี่ยงโทษจำคุกได้ หรือลดปริมาณคดีที่ขึ้นสู่ศาล อาจไม่ก่อให้เกิดผลดีแก่ผู้เสียหายเท่าที่ควร นอกจากนี้ หากนำกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูมาใช้กับคดีความผิดเล็กน้อยอาจไม่คุ้มค่ากับการแก้ไขปัญหอาชญากรรมในภาพรวม จึงควรนำมาใช้กับคดีที่มีความรุนแรงด้วย แม้งานวิจัยนี้ได้แนะนำแนวทางการนำกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูมาใช้กับคดีข่มขืนกระทำชำเราในประเทศไทย แต่มีข้อสรุปและข้อเสนอแนะที่ส่งเสริมต่อแนวคิดการนำกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูมาใช้กับคดีข่มขืนกระทำชำเราซึ่งเป็นคดีที่มีความรุนแรงในทัศนคติของประชาชนทั่วไป อีกทั้งยังเป็นคดีที่ผู้เสียหายได้รับความเสียหายอย่างมากโดยเฉพาะความเสียหายต่อจิตใจ

เมื่อพิจารณางานวิจัยทั้ง 3 เรื่องที่เกี่ยวข้องกับวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ผู้เขียนได้ข้อสรุปเบื้องต้นว่ากระบวนการยุติธรรมทางอาญามีความไม่เหมาะสมกับคดีข่มขืนกระทำชำเราในประเด็นที่ผู้เสียหายไม่ได้รับการเยียวยาความเสียหายอย่างเหมาะสม อีกทั้งยังต้องตกเป็นเหยื่อซ้ำหากนำคดีเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมทางอาญา และผู้กระทำความผิดไม่ได้รับการแก้ไขฟื้นฟูตามสาเหตุที่แท้จริงของการกระทำความผิด ส่งผลให้ประชาชนในสังคมตกอยู่ในความเสี่ยงภัยเนื่องจากผู้กระทำความผิดมีโอกากระทำความผิดซ้ำสูง การเพิ่มโทษความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราให้มีวิธีการที่มีประสิทธิภาพในการลดอาชญากรรมได้เสมอไป แม้จะมีงานวิจัยเกี่ยวกับกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูซึ่งแสดงให้เห็นว่ากระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูมีวัตถุประสงค์และเป้าหมายที่ส่งเสริมต่อการแก้ไขปัญหาคriminality ไม่เหมาะสมดังกล่าวข้างต้น อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนยังไม่พบว่ามีการวิจัยใดที่แนะนำแนวทางเกี่ยวกับการนำกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูมาใช้กับคดีข่มขืนกระทำชำเราไว้โดยเฉพาะ ด้วยเหตุนี้ ผู้เขียนจึงประสงค์ที่จะศึกษาค้นคว้าในประเด็นดังกล่าวและเรียบเรียงขึ้นเป็นวิทยานิพนธ์ฉบับนี้

¹⁰ โปรตดูรายละเอียดใน สถาบันวิจัยและพัฒนา กรมคุมประพฤติ, รายงานการวิจัยฉบับสมบูรณ์ เรื่อง ประสิทธิภาพของกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์ที่มีต่อผู้เสียหายและผู้กระทำความผิด (ม.ป.ท.: ม.ป.พ., 2553), หน้า 1-130.

บทที่ 2

ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและผลกระทบจากการดำเนินคดีตามกฎหมายไทย

การข่มขืนกระทำชำเราเป็นอาชญากรรมที่น่ากลัวและสร้างความประหวั่นพรั่นพรึงให้กับสังคมทุกครั้งที่มีข่าวตามสื่อต่างๆ แต่การข่มขืนกระทำชำเราเช่นว่านั้นเป็นเพียงส่วนน้อยของการข่มขืนกระทำชำเราที่เกิดขึ้นจริงในสังคมไทย เพียงแต่การข่มขืนกระทำชำเราที่ปรากฏนั้นรุนแรงและอุกฉกรรจ์อย่างยิ่งจึงเป็นที่สนใจของสื่อมวลชนแขนงต่างๆ เช่น ข่มขืนแล้วฆ่า หรือรัมโหม เป็นต้น การข่มขืนกระทำชำเราเกิดได้จากหลายสาเหตุและมีหลายรูปแบบ ไม่จำเป็นว่าจะต้องเกิดจากความต้องการทางเพศหรือเกิดจากการกระทำของคนแปลกหน้า (stranger rape) เสมอไป เรื่องที่น่าแปลกใจสำหรับคดีข่มขืนกระทำชำเราก็คือการข่มขืนกระทำชำเราส่วนใหญ่ที่เกิดขึ้นเป็นกรณีการข่มขืนกระทำชำเราโดยคนรู้จักกัน (acquaintance rape) คดีเหล่านี้ผู้เสียหายมักเลือกที่จะไม่แจ้งความ¹ ส่งผลให้ผู้กระทำความผิดส่วนใหญ่ไม่ได้รับผลจากการกระทำของตน

ในบทนี้ผู้เขียนต้องการศึกษาว่ากระบวนการยุติธรรมทางอาญาของประเทศไทยในคดีข่มขืนกระทำชำเรามีขั้นตอนอย่างไร มีปัญหาประการใดหรือไม่ และก่อให้เกิดผลกระทบอย่างไร โดยผู้เขียนจะกล่าวถึงความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราในเรื่องแนวคิดในการกำหนดความผิดและรายละเอียดความผิดตามกฎหมายไทย ประโยชน์ที่กฎหมายมุ่งคุ้มครองสำหรับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ต่อมาผู้เขียนจะกล่าวถึงกระบวนการยุติธรรมทางอาญาในคดีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา จากนั้นในหัวข้อสุดท้ายของบทนี้จะพิจารณาถึงผลกระทบจากการใช้กระบวนการยุติธรรมทางอาญากับคดีข่มขืนกระทำชำเรา

2.1 ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา

การข่มขืนกระทำชำเรามีอยู่ในสังคมมนุษย์มาช้านานและมีการบัญญัติให้เป็นความผิดตามกฎหมาย แต่แนวความคิดในการกำหนดความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราในแต่ละยุคสมัยแตกต่างกัน และแนวความคิดจากในอดีตก็ยิ่งหลงเหลือมาถึงในยุคปัจจุบันด้วย ในหัวข้อนี้ ผู้เขียนจะกล่าวถึงแนวคิดในการกำหนดความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา และรายละเอียดเกี่ยวกับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามกฎหมายไทยในปัจจุบัน ตามลำดับ

2.1.1 แนวคิดในการกำหนดความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา

เมื่อใช้กฎหมายธรรมชาติหรือความรู้สึกผิดชอบชั่วดีที่อยู่ในจิตใจของมนุษย์ที่สามารถบอกได้ว่าสิ่งใดถูกหรือผิดมาพิจารณาการข่มขืนกระทำชำเรา จะพบว่าการข่มขืนกระทำชำเราเป็นตัวอย่าง

¹ จะเด็จ เชาวน์วิไล, สุเพ็ญศรี พึ่งโคกสูง, ปัทมาพร ไชยเชษฐพิพัฒกุล และมรกต เจริญทอง, หนึ่งเสียงหยุดความรุนแรงต่อผู้หญิง (กรุงเทพมหานคร: สำนักงานกองทุนสนับสนุนการสร้างเสริมสุขภาพ, 2551), หน้า 10.

ของสิ่งที่เรียกว่า “ความผิด” ได้ชัดเจนจนไม่จำเป็นต้องมีคำอธิบายใดๆ² กล่าวคือ การข่มขืนกระทำชำเรา มีลักษณะที่เป็นความผิดในตัวเอง (mala in se) เป็นความผิดที่ชัดเจนซึ่งไม่มีความจำเป็นต้องหาเหตุผลมาประกอบความผิดของการกระทำ³ อย่างไรก็ตาม แนวคิดหรือวัตถุประสงค์ในการกำหนดความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราจะแตกต่างกันไปตามสภาพสังคมและวัฒนธรรมในแต่ละยุคสมัย โดยอาจแบ่งแนวคิดในการกำหนดความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราได้เป็น 3 แนวคิด คือ แนวคิดเรื่องการคุ้มครองเกียรติยศของชายผู้มีอำนาจปกครองหญิง แนวคิดเรื่องการคุ้มครองเสรีภาพของหญิงในฐานะผู้เสียหาย และแนวคิดเรื่องสิทธิมนุษยชน

2.1.1.1 การคุ้มครองเกียรติยศของชายผู้มีอำนาจปกครองหญิง

การกำหนดความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราในยุคแรกมิได้มีขึ้นหรือมีอยู่เพื่อเป็นการปกป้องหญิงแต่อย่างใด หากแต่เกิดจากวัตถุประสงค์ของสังคมในอันที่จะปกป้องสิทธิในทรัพย์สินของชาย⁴ เนื่องจากในสมัยโบราณถือว่าหญิงเป็นทรัพย์สินสมบัติชิ้นหนึ่งของผู้มีอำนาจปกครอง ในกรณีหญิงยังไม่สมรสชายผู้เป็นเจ้าของหรือผู้มีอำนาจปกครองหญิงคือบิดา ในกรณีหญิงสมรสแล้วชายผู้เป็นเจ้าของหญิงคือสามีของหญิงนั้น ผู้คนจึงไม่ได้มองว่าการข่มขืนกระทำชำเราเป็นการกระทำต่อร่างกายของหญิงหากแต่เป็นการกระทำความผิดต่อทรัพย์สินอย่างร้ายแรงโดยผู้เสียหายคือผู้มีอำนาจปกครองหญิงนั่นเอง เหตุที่กล่าวว่าการข่มขืนกระทำชำเราเป็นการกระทำความผิดต่อทรัพย์สินอย่างร้ายแรงเนื่องจากการทำให้หญิงสูญเสียคุณค่าความเป็นหญิงหรือพรหมจรรย์ ผลคือหญิงยอมเสียโอกาสที่จะได้แต่งงาน หรือหากแม้หญิงแต่งงานแล้วค่าตัวของหญิงซึ่งเป็นทรัพย์สินทางเพศของชายก็จะเสื่อมราคาไป ค่านิยมหรือความเชื่อในสังคมเช่นนี้ได้ถ่ายทอดตลอดกันมาว่าชายผู้เป็นเจ้าของหญิงได้สูญเสียสิทธิผูกขาดในตัวหญิง เป็นการทำลายศักดิ์ศรีและเกียรติยศของชายผู้เป็นเจ้าของหญิง

สังคมไทยมีทัศนคติเรื่องหญิงเป็นทรัพย์สินของชายผู้มีอำนาจปกครองเช่นกัน ในสมัยกรุงศรีอยุธยา กฎหมายของไทยได้รับอิทธิพลที่สำคัญจากคัมภีร์พระธรรมศาสตร์ซึ่งมีที่มาจากประเทศอินเดียตามความเชื่อของศาสนาฮินดู โดยไทยรับผ่านเข้ามาทางมอญซึ่งนับถือศาสนาพุทธเช่นเดียวกับไทย⁵ การรับคัมภีร์พระธรรมศาสตร์เข้ามาส่งผลให้บทบาทของผู้ชายในสมัยกรุงศรีอยุธยาเด่นชัดขึ้นและสถานภาพของหญิงในสมัยกรุงศรีอยุธยาลดลง⁶ เนื่องจากหญิงในคัมภีร์พระ

² John Gardner, “The Wrongness of Rape,” in *Offences and Defences: Selected Essays in the Philosophy of Criminal Law*, John Gardner, editor (New York: Oxford University Press, 2007), p. 1.

³ Joel Feinberg, *Harm to Others* (New York: Oxford University Press, 1984), p. 10.

⁴ วิชัย อริยะนันท์กะ, “วงการกฎหมายทั่วไป: แนวโน้มและข้อคิดบางประการเกี่ยวกับการปฏิรูปกฎหมายในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา,” *ตุลพาท* 32, 4 (กรกฎาคม-สิงหาคม 2528): 121.

⁵ แสวง บุญเฉลิมวิภาส, *ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย* (กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2543), หน้า 87.

⁶ ปรีดี เกษมทรัพย์, *นิติปรัชญา*, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2539), หน้า 47.

ธรรมศาสตร์มีธรรมชาติที่เลวร้ายและอ่อนแอ เป็นเพียงที่พักหรือส่วนประกอบของชาย⁷ เมื่อครั้งเยาว์วัยก็อยู่ในความควบคุมดูแลของบิดา เมื่อแต่งงานออกเรือนไปก็อยู่ในความควบคุมดูแลของสามีหญิงจึงมีฐานะเป็นเพียงสิ่งของของชายผู้เป็นเจ้าของ⁸

ผู้ร่างกฎหมายได้บัญญัติความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราไว้ใน*พระอัยการลักษณะผิดเมีย*ซึ่งเป็นกฎหมายว่าด้วยความสัมพันธ์ระหว่างสามีภริยาเพราะเห็นว่าการล่วงเกินภริยาของผู้อื่นเป็นการละเมิดอำนาจปกครองหรืออำนาจอิสระของสามีของหญิงนั้น และการล่วงเกินบุตรหญิงของผู้อื่นเป็นการละเมิดอำนาจปกครองหรืออำนาจอิสระของบิดาของหญิงนั้น⁹ การบัญญัติกฎหมายความผิดอาญาฐานข่มขืนกระทำชำเราใน*พระอัยการลักษณะผิดเมีย*จึงบัญญัติโดยอยู่บนพื้นฐานของแนวคิดในการคุ้มครองเกียรติยศของชายผู้มีอำนาจปกครองหญิง ไม่ใช่คุ้มครองที่ตัวหญิงผู้ถูกข่มขืน เนื้อหาสาระของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราจึงปะปนอยู่กับกฎหมายแพ่งเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างสามีภริยาและอำนาจปกครองบุตรของบิดามารดา ดังจะเห็นได้จากโทษคือ ปรับไหมประณมผิดเมีย เป็นการลงโทษผู้กระทำความผิดเพราะผิดลูกผิดเมียของผู้อื่น¹⁰ และเงินค่าปรับไหมจะตกแก่ชายผู้มีอำนาจปกครองหญิง

2.1.1.2 การคุ้มครองเสรีภาพทางเพศของหญิงในฐานะผู้เสียหาย

เมื่อสังคมเปลี่ยนแปลงไป สถานภาพและบทบาทของผู้หญิงในสังคมก็เปลี่ยนไปด้วย โดยหญิงมีบทบาทมากขึ้นทั้งด้านเศรษฐกิจ สังคม และการเมือง แนวคิดเดิมที่ว่าผู้หญิงเป็นเสมือนทรัพย์สินสมบัติของชายผู้เป็นเจ้าของจึงเริ่มลดน้อยลงและแนวคิดสตรีนิยมเริ่มมีความสำคัญและมีอิทธิพลต่อสังคมมากขึ้น แนวคิดสตรีนิยมเน้นความเสมอภาคระหว่างหญิงและชาย และปฏิเสธการกระทำ กฎหมาย วัฒนธรรม หรือความเชื่อที่กดขี่สตรีในทุกรูปแบบ¹¹

ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราได้รับอิทธิพลจากแนวคิดสตรีนิยมเช่นกัน จากเดิมที่การข่มขืนกระทำชำเราหญิงเป็นความผิดเพราะละเมิดอำนาจปกครองของสามีหรือบิดามารดาหญิงก็ได้เปลี่ยนแนวคิดเป็นการให้ความคุ้มครองเสรีภาพทางเพศแก่ตัวหญิงมากกว่าที่จะคุ้มครองเกียรติยศของสามีหรือผู้ปกครอง

สำหรับประเทศไทย การกำหนดความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามแนวคิดดังกล่าวปรากฏในกฎหมาย 3 ฉบับ ได้แก่ (1) *พระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ. 118*

⁷ ปรีชา ช่างขวัญยืน, “ความตกต่ำของสตรีอินเดียโบราณ,” *วารสารอินเดียศึกษา* 4 (2542): 24.

⁸ ฉัตรสุมาลย์ กบิลสิงห์, “ภาพลักษณ์ของสตรีอินเดีย: มานวธรรมศาสตร์,” *วารสารอินเดียศึกษา* 4 (2542): 19.

⁹ ประสิทธิ์ พัฒนอมร, “ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ม.ป.ป.), หน้า 14.

¹⁰ ชิตชนก แผ่นสุวรรณ, “ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและอนาจาร: ศึกษาตั้งแต่สมัยกฎหมายตราสามดวงถึงประมวลกฎหมายอาญา,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2548), หน้า 20.

¹¹ นิธิ เมทีนิวส์, “แนวความคิดเกี่ยวกับผู้กระทำความผิดและผู้เสียหายในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2551), หน้า 33.

(2) *กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127* ความผิดอาญาเกี่ยวกับเพศปรากฏอยู่ในภาคที่ 2 ว่าด้วยลักษณะความผิด ส่วนที่ 6 ว่าด้วยความผิดที่กระทำอนาจาร ซึ่งแบ่งเป็น 2 หมวด คือ หมวดที่ 1 ความผิดฐานกระทำอนาจารอันเกี่ยวแก่สาธารณชน และ หมวดที่ 2 ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา¹² และ (3) *ประมวลกฎหมายอาญา* (ก่อนแก้ไขความผิดเกี่ยวกับเพศในปี พ.ศ. 2550) ความผิดอาญาเกี่ยวกับเพศปรากฏอยู่ในภาค 2 ความผิด ลักษณะ 9 ความผิดเกี่ยวกับเพศ มาตรา 276 และ มาตรา 277

ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามกฎหมายทั้ง 3 ฉบับเป็นความผิดที่มีลักษณะของการที่ผู้ชายใช้กำลังบังคับข่มขืนใจผู้หญิงเพื่อจะร่วมประเวณีด้วย ส่งผลให้การกระทำมีลักษณะเป็นอาชญากรรมต่อบ้านเมืองและการลงโทษมีเป้าหมายที่จะลงโทษพฤติกรรมของการกระทำ ความผิดด้วยโทษทางอาญา ไม่ใช่โทษทางแพ่งดังเช่นโทษของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามพระอัยการลักษณะผัวเมียอีกต่อไป อย่างไรก็ตาม เสรีภาพทางเพศของหญิงที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายทั้ง 3 ฉบับก็ยังมีข้อจำกัดโดยยังอยู่ภายใต้สิทธิอันชอบธรรมของผู้เป็นสามีโดยชอบด้วยกฎหมายที่จะร่วมประเวณีกับภริยาแม้ภริยาจะไม่ยินยอมก็ตาม เป็นไปตามหลักข้อยกเว้นที่สามีได้รับยกเว้นมิให้ต้องรับผิดทางอาญากรณีข่มขืนกระทำชำเราภริยาของตน (Marital Rape Exemption)¹³ แสดงให้เห็นว่ากฎหมายทั้ง 3 ฉบับยังคงแทรกแนวความคิดเดิมในอดีตที่ว่าภรรยาเป็นทรัพย์สินของสามีไว้ด้วย

2.1.1.3 สิทธิมนุษยชน

สิทธิมนุษยชน หมายถึง สิทธิของความเป็นมนุษย์หรือสิทธิในความเป็นคน สิทธิมนุษยชนเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของมนุษย์ที่ติดตัวมาแต่กำเนิด บุคคล องค์กร หรือแม้แต่วิทยุจะละเมิดสิทธินี้ไม่ได้ หลักสำคัญของสิทธิมนุษยชนคือ สิทธิ เสรีภาพ และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์¹⁴

สิทธิ (Right) คือ สิ่งที่ไม่มีการรูปร่างซึ่งมีอยู่ในตัวมนุษย์มาตั้งแต่เกิด¹⁵ เช่น สิทธิในการนอน สิทธิในการรับประทานอาหาร หรือเป็นสิ่งที่มีมนุษย์ได้รับโดยกฎหมายรับรองหรือบัญญัติให้มี¹⁶ เช่น สิทธิในการเป็นเจ้าของทรัพย์สิน สิทธิในการครอบครองทรัพย์สิน สิทธิในการร้องทุกข์คดีอาญา เป็นต้น หากกฎหมายนั้นเป็นรัฐธรรมนูญอันเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ สิทธินั้นย่อมเป็นสิทธิตามรัฐธรรมนูญ สิทธิที่สำคัญของมนุษย์ประการหนึ่ง คือ สิทธิในชีวิตและร่างกาย ได้รับการรับรองและ

¹² “กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127,” *ราชกิจจานุเบกษา* เล่ม 25, 1 มิถุนายน ร.ศ. 127, หน้า 260.

¹³ นิธิ เมทินีวงศ์, “แนวความคิดเกี่ยวกับผู้กระทำความผิดและผู้เสียหายในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา,” หน้า 37.

¹⁴ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, *สิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ* (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2538), หน้า 32.

¹⁵ บรรเจิด สิงคะเนติ, *หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์*, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2555), หน้า 89.

¹⁶ เรื่องเดียวกัน.

คุ้มครองตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550^{*} สิทธิในชีวิตและร่างกายเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่แสดงให้เห็นว่ามนุษย์มีเจตจำนงอันเป็นอิสระที่จะกำหนดตนเองได้ตามที่ประสงค์ การที่มนุษย์มีเจตจำนงอิสระในอันที่จะสร้างสภาพแวดล้อมของตนเองหรือเพื่อพัฒนาบุคลิกภาพของตนเองนี้เองทำให้มนุษย์แตกต่างจากสิ่งมีชีวิตอื่นๆ ดังนั้น เพื่อเป็นการเคารพสิทธิในชีวิตและร่างกายของมนุษย์ บุคคลแต่ละคนจึงต้องเคารพสิทธิในชีวิตและร่างกายของบุคคลอื่น¹⁷

เสรีภาพ (Freedom) หมายถึง การที่มนุษย์สามารถทำอะไรก็ได้ภายใต้ขอบเขตของศีลธรรมอันดีงามโดยไม่เบียดเบียนผู้อื่นและสังคม

ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ (Human Dignity) เป็นการพิจารณาด้านการให้คุณค่าแก่ความเป็นมนุษย์ Kant นักปรัชญาเมธีได้ให้ความหมายของคำว่า “ศักดิ์ศรี” ว่าหมายถึง ความอิสระอันเป็นพื้นฐานของมนุษย์ แต่ความอิสระนี้มิได้มีวัตถุประสงค์หลักอยู่ที่ตัวมนุษย์ หากแต่มีวัตถุประสงค์เพื่อให้มนุษย์สามารถบรรลุสู่คุณค่าอันดีงามได้ Kant เห็นว่าไม่มีมนุษย์คนใดมีสิทธิที่จะใช้มนุษย์ด้วยกันเองเป็นเครื่องมือเพื่อให้ตนบรรลุจุดหมายเชิงอัตวิสัย (subjective) ของตนเอง การใช้มนุษย์เป็นเครื่องมือเพื่อจุดหมายภายนอกจึงเป็นอาชญากรรมต่อศักดิ์ศรีแห่งความเป็นมนุษย์ของเขา¹⁸

แม้มนุษย์จะมีเสรีภาพทางเพศในการกำหนดความสัมพันธ์ทางเพศของตนเองได้ แต่การข่มขืนกระทำชำเราเป็นการที่ผู้กระทำความผิดใช้เสรีภาพทางเพศของตนโดยเบียดเบียนและกระทบต่อสิทธิในร่างกายของผู้อื่นอันเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของมนุษย์และเป็นสิทธิที่รัฐธรรมนูญรับรองและคุ้มครอง การข่มขืนกระทำชำเราจึงเป็นการละเมิดต่อสิทธิของผู้อื่นและเป็นการใช้เสรีภาพที่ไม่ชอบ นอกจากนี้ การข่มขืนกระทำชำเรายังเป็นการละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ เพราะเป็นการกระทำที่มนุษย์คนหนึ่งกระทำต่อมนุษย์อีกคนหนึ่งเสมือนไม่ใช่คน เป็นการลดคุณค่ามนุษย์ให้เป็นเพียงวัตถุของการระบายความใคร่หรือความโกรธแค้นเท่านั้น เมื่อการข่มขืนกระทำชำเรากระทบต่อหลักสำคัญอันเป็นรากฐานของสิทธิมนุษยชนทั้งสามประการ คือ สิทธิ เสรีภาพ และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ดังนั้น การข่มขืนกระทำชำเราจึงเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนของผู้ถูกกระทำตามความหมายของสิทธิมนุษยชนดังที่ได้กล่าวมา

นอกจากนี้ หากพิจารณาปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Universal Declaration of Human Rights) ข้อ 3 “ทุกคนมีสิทธิในการมีชีวิต เสรีภาพ และความมั่นคงแห่งบุคคล”¹⁹ และ ข้อ 5 “บุคคลใดจะถูกกระทำทารุณ หรือการปฏิบัติหรือการลงโทษที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรมหรือย่ำยีศักดิ์ศรีไม่ได้”²⁰ ประกอบด้วย จะพบว่า การข่มขืนกระทำชำเราเป็นการละเมิดต่อ

^{*} รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 32 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “บุคคลย่อมมีสิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกาย”

¹⁷ บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์, หน้า 89.

¹⁸ จริญญา โฆษณานันท์, สิทธิมนุษยชนไร้พรมแดน: ปรัชญา กฎหมาย และความเป็นจริงทางสังคม (กรุงเทพมหานคร: นิติธรรม, 2545), หน้า 99.

¹⁹ กรมองค์การระหว่างประเทศ กระทรวงการต่างประเทศ, ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (กรุงเทพมหานคร: กรมองค์การระหว่างประเทศ กระทรวงการต่างประเทศ, 2551), หน้า 21.

²⁰ เรื่องเดียวกัน.

สิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐานตามที่ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนรับรองไว้เช่นกันเพราะการข่มขืนกระทำชำเราเป็นการละเมิดต่อเนื้อตัวร่างกายหรือความมั่นคงแห่งร่างกายของมนุษย์ อีกทั้งยังเป็นการปฏิบัติในลักษณะที่ย่ำยีศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์

เมื่อการข่มขืนกระทำชำเราเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชน การบัญญัติกฎหมายอาญาเกี่ยวกับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราจึงได้รับอิทธิพลของแนวคิดเรื่องสิทธิมนุษยชนเช่นกัน โดยแนวคิดเรื่องสิทธิมนุษยชนส่งผลสำคัญต่อการกำหนดความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา 2 ประการดังนี้

1. เมื่อพิจารณาหลักสิทธิมนุษยชนประกอบกับหลักความเสมอภาคระหว่างชายและหญิงทำให้การกำหนดความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราในปัจจุบันมีแนวโน้มที่จะยกเลิกหลัก Marital Rape Exemption²¹ กล่าวคือ ให้ภริยามีสิทธิในร่างกายของตนเองและมีเสรีภาพทางเพศถึงแม้ว่าจะสมรสแล้วก็ตาม การที่สามีบังคับให้ภริยาต้องร่วมประเวณีด้วยนั้นเป็นการลดคุณค่าความเป็นมนุษย์ของภริยาให้เป็นเพียงวัตถุของการระบายความใคร่หรือความโกรธแค้น ดังนั้น จึงควรที่จะกำหนดให้ภริยามีข่มขืนกระทำชำเราภริยาเป็นความผิดอาญาฐานข่มขืนกระทำชำเราด้วย

2. หลักสิทธิมนุษยชนทำให้พฤติกรรมในการแสวงหาความพึงพอใจทางเพศ (Sexual Satisfaction) ในปัจจุบันมีความหลากหลายมากขึ้น²² กล่าวคือ พฤติกรรมในการแสวงหาความพึงพอใจทางเพศไม่จำกัดเฉพาะความสัมพันธ์ระหว่างชายกับหญิงซึ่งเป็นความสัมพันธ์ตามธรรมชาติของมนุษย์อีกต่อไป แท้จริงแล้วพฤติกรรมการแสวงหาความพึงพอใจทางเพศของมนุษย์นั้นมีความหลากหลายมานานแล้ว แต่ด้วยสภาพสังคมในอดีตที่เป็นอนุรักษ์นิยมจึงยังไม่ยอมรับความหลากหลายของพฤติกรรมมนุษย์ ทำให้การกระทำใดที่ขัดต่อสภาพปกติของมนุษย์ต้องถูกปกปิดไว้ แต่เมื่อหลักสิทธิมนุษยชนเจริญก้าวหน้าเป็นที่ยอมรับในสากล ทำให้สังคมเปิดกว้างต่อความหลากหลายเหล่านี้มากขึ้น เช่น การแสวงหาความพึงพอใจทางเพศของชายกับชาย หญิงกับหญิง หรือชายกับหญิง ด้วยวิธีการอื่นนอกจากการร่วมประเวณีตามธรรมชาติ เช่น การใช้วิธีวาระเพศชายกระทำต่อทวารหนัก หรือช่องปาก รวมถึงอาจมีกรณีที่หญิงเป็นฝ่ายกระทำต่อชายอีกด้วย

หากพฤติกรรมในการแสวงหาความพึงพอใจทางเพศที่หลากหลายเหล่านี้เกิดจากความยินยอมของทุกฝ่ายย่อมเป็นสิทธิและเสรีภาพของแต่ละบุคคลที่จะกระทำได้ แต่หากเกิดจากการบังคับข่มขืนใจย่อมเป็นการกระทำที่ล่วงละเมิดต่อสิทธิ เสรีภาพ และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของผู้ถูกระทำอย่างร้ายแรง และทำให้ผู้ถูกระทำรู้สึกรังเกียจ ขยะแขยง ได้รับผลกระทบต่อร่างกายและต่อจิตใจไม่น้อยไปกว่าการข่มขืนกระทำชำเราตามแนวคิดเดิม ดังนั้น การกำหนดความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราในปัจจุบันจึงมีแนวโน้มที่จะขยายขอบเขตของเพศผู้กระทำความผิดและผู้เสียหายและความหมายหรือลักษณะของการกระทำชำเราให้สอดคล้องกับพฤติกรรมในการแสวงหาความพึงพอใจทางเพศที่เปลี่ยนแปลงไป

สำหรับประเทศไทย ได้มีการแก้ไขบทบัญญัติความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเพื่อให้สอดคล้องกับแนวคิดในการกำหนดความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราที่เปลี่ยนแปลงไปโดยพระราชบัญญัติ

²¹ นิธิ เมทินีวงค์, “แนวความคิดเกี่ยวกับผู้กระทำความผิดและผู้เสียหายในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา,” หน้า 45.

²² เรื่องเดียวกัน, หน้า 41.

แก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พ.ศ. 2550 ซึ่งได้ให้เหตุผลในการแก้ไขหลักการของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราไว้ในหมายเหตุท้ายพระราชบัญญัติ ดังนี้ “โดยที่มาตรา 3 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549 ให้ความสำคัญคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิเสรีภาพ และความเสมอภาค บรรดาที่ชนชาวไทยเคยได้รับความคุ้มครองตามประเพณีการปกครองของไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์เป็นประมุข แต่บทบัญญัติมาตรา 276 มาตรา 277 และมาตรา 286 แห่งประมวลกฎหมายอาญา เป็นบทบัญญัติที่เลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องเพศ สมควรแก้ไขบทบัญญัติดังกล่าวให้สอดคล้องกับหลักการมีสิทธิเท่าเทียมกันระหว่างชายและหญิง และหลักการห้ามมิให้เลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องเพศที่เคยได้รับความคุ้มครองตามประเพณีการปกครองของไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์เป็นประมุข จึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัตินี้”

2.1.2 ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามกฎหมายไทย

ปัจจุบัน ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 และ มาตรา 277 โดยประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 เป็นเรื่องข่มขืนกระทำชำเราในกรณีทั่วไป และ ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 277 เป็นบทเฉพาะเรื่องกระทำชำเราเด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปี ทั้งสองมาตราได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19)²³ ดังนั้น ในการอธิบายองค์ประกอบของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราจึงจำเป็นต้องพิจารณาเปรียบเทียบกับกฎหมายเดิมก่อนมีการแก้ไขด้วยเพื่อให้เกิดความเข้าใจที่ชัดเจนยิ่งขึ้น

2.1.2.1 ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 (ข่มขืนกระทำชำเรากรณีทั่วไป)

ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 (เดิม) บัญญัติว่า

“ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราหญิงซึ่งมิใช่ภรรยาของตนโดยขู่เข็ญด้วยประการใดๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยหญิงอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้หญิงเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดพันบาทถึงสี่หมื่นบาท

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคแรกได้กระทำโดยมีหรือใช้อาวุธปืน หรือวัตถุระเบิด หรือโดยร่วมกระทำความผิดด้วยกันอันมีลักษณะเป็นการโทรมหญิง ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สิบห้าปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่สามหมื่นบาทถึงสี่หมื่นบาท”

ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 (แก้ไขใหม่) บัญญัติว่า

²³ “พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พ.ศ. 2550,” *ราชกิจจานุเบกษา* เล่ม 124 ตอน 56 ก, 19 กันยายน พ.ศ. 2550.

“ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นโดยขู่เชือดด้วยประการใดๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยผู้อื่นนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้ผู้อื่นนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่นต้อง ระวังโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดพันบาทถึงสี่หมื่นบาท

การกระทำชำเราตามวรรคหนึ่ง หมายความว่า การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของ ผู้กระทำโดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น หรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น

ถ้าการกระทำผิดตามวรรคหนึ่งได้กระทำโดยมีหรือใช้อาวุธปืนหรือวัตถุระเบิด หรือโดยร่วมกระทำผิดด้วยกันอันมีลักษณะเป็นการโหมหนุ่ หรือกระทำกับชายในลักษณะ เดียวกันต้องระวังโทษจำคุกตั้งแต่สิบห้าปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่สามหมื่นบาทถึงสี่หมื่นบาท หรือ จำคุกตลอดชีวิต

ถ้าการกระทำผิดตามวรรคหนึ่งเป็นการกระทำความผิดระหว่างคู่สมรสและคู่ สมรสนั้น ยังประสงค์จะอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยา ศาลจะลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้ เพียงใดก็ได้ หรือจะกำหนดเงื่อนไขเพื่อคุ้มครองความประพฤติแทนการลงโทษก็ได้ ในกรณีที่ศาลมีคำ พิพากษาให้ลงโทษจำคุก และคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ประสงค์จะอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยาต่อไป และประสงค์จะหย่า ให้คู่สมรสฝ่ายนั้นแจ้งให้ศาลทราบ และให้ศาลแจ้งพนักงานอัยการให้ดำเนินการ พ้องหย่าให้”

พิจารณาประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 ที่แก้ไขใหม่ สามารถแยก องค์ประกอบความผิดได้ ดังนี้

องค์ประกอบภายนอก มี 5 ข้อ

1. ผู้ใด กฎหมายใช้คำว่า “ผู้ใด” แสดงให้เห็นว่าไม่จำกัดเพศหรือวัยของผู้กระทำ ดังนั้น ผู้กระทำจะเป็นชาย หญิง เด็กชาย หรือเด็กหญิงก็ได้ หากครบองค์ประกอบความผิด ผู้นั้นก็มี ความผิดตามมาตรานี้

2. กระทำชำเรา ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 ก่อนแก้ไขใหม่มิได้ให้ ความหมายเฉพาะเจาะจงของการกระทำชำเราไว้ กำหนดไว้แต่เพียงวัตถุแห่งการกระทำชำเราว่าต้อง เป็นหญิงซึ่งมิใช่ภรรยาของตน ประเด็นว่าการกระทำที่เป็นเหตุให้มีข้อพิพาทกันเป็นการกระทำชำเรา หรือไม่จึงเป็นประเด็นสำคัญเบื้องต้นที่ศาลต้องพิจารณา ซึ่งในประเด็นนี้มีคำพิพากษาฎีกาที่ 1048/2518 วางหลักไว้ว่า “การกระทำชำเราตามกฎหมายจะต้องปรากฏว่าของลับหรืออวัยวะ สืบพันธุ์ของชายล่วงล้ำเข้าไปในช่องสังวาสหรืออวัยวะสืบพันธุ์ของหญิง” การกระทำชำเราอย่างมสำเร็จ บริบูรณ์เมื่อของลับของชายล่วงล้ำเข้าไปในช่องลับของหญิงแล้วไม่ว่าจะล่วงล้ำเล็กน้อยเท่าใด การที่ ผู้กระทำจะสำเร็จความใคร่หรือไม่สำคัญ²⁴ ความหมายของการกระทำชำเราตามที่ปรากฏในแนวคำ พิพากษาฎีกาถือได้ว่าเป็นการให้ความหมายที่มีลักษณะเฉพาะเพิ่มเติมมากขึ้นจากบทบัญญัติของ กฎหมาย²⁵

²⁴ หยุด แสงอุทัย, กฎหมายอาญา ภาค 2-3, พิมพ์ครั้งที่ 10 (กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2548), หน้า 167.

²⁵ สมชาย ปรีชาศิลปกุล, เพศวิถีในคำพิพากษา (กรุงเทพมหานคร: สถาบันวิจัยระพีพัฒนศักดิ์, 2551), หน้า 40.

ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 ที่แก้ไขใหม่แล้วได้บัญญัติความหมายของ “การกระทำชำเรา” ไว้ชัดเจนในวรรคสองซึ่งต่างไปจากความหมายเดิมอย่างมีนัยยะสำคัญ โดยให้ความหมายว่าเป็น “การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำโดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น หรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น” จะเห็นว่ากฎหมายกำหนดกิริยาของการกระทำชำเราว่า “กระทำกับ” ดังนั้นการกระทำชำเราตามความหมายใหม่นี้จึงไม่จำกัดว่าต้องมีการล่วงล้ำดังเช่นความหมายเดิม สำหรับอวัยวะของผู้กระทำและผู้ถูกระทำก็มีการกำหนดชัดเจนว่าไม่จำเป็นต้องเป็นอวัยวะเพศเสมอไป ต่างจากแนวคำพิพากษาเดิมที่จะต้องเป็นกรณีที่อวัยวะเพศชายล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศหญิงเท่านั้น อย่างไรก็ตามมีข้อสังเกตว่าหากเป็นการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับช่องปากของผู้ถูกระทำ แม้จะเป็นไปเพื่อสนองความใคร่ของผู้ถูกระทำก็ไม่ถือเป็นการกระทำชำเราตามความหมายใหม่นี้²⁶ จะเห็นได้ว่าความหมายของการกระทำชำเราตามกฎหมายใหม่มีขอบเขตของการกระทำกว้างขึ้น ทำให้ผู้ถูกระทำได้รับความคุ้มครองมากขึ้นตามไปด้วย

3. *ข่มขืน* แม้จะมีการกระทำชำเราเกิดขึ้นแต่ไม่ได้หมายความว่าผู้กระทำจะมีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเสมอไปเนื่องจากยังมีประเด็นต้องพิจารณาว่าเป็น “การข่มขืน” หรือไม่ ข่มขืนในที่นี้คือการข่มขืน “ใจ” ของผู้ถูกระทำ กล่าวคือเป็นการฝืนใจหรือบังคับใจผู้ถูกระทำโดยที่ผู้ถูกระทำมิได้สมัครใจหรือยินยอมให้ผู้อื่นกระทำต่อตน²⁷ ดังนั้น หากผู้ถูกระทำสมัครใจหรือยินยอมให้กระทำย่อมขาดองค์ประกอบข้อนี้ แต่อาจมีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277 ซึ่งผู้เขียนจะได้กล่าวต่อไป อย่างไรก็ตามการอยู่ในภาวะที่ไม่อาจขัดขืนได้ เช่น ขณะหมดสติ²⁸ หรือมีร่างกายทุพพลภาพทำให้ไม่อาจขัดขืนได้ กรณีนี้จะถือว่าการที่ผู้ถูกระทำไม่แสดงอาการขัดขืนเป็นการให้ความยินยอมไม่ได้²⁹

4. *ผู้อื่น* ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 ก่อนแก้ไขใหม่ ผู้อื่นหรือผู้ถูกระทำจะต้องเป็นหญิงซึ่งมิใช่ภริยาของผู้ถูกระทำ แสดงให้เห็นว่ากฎหมายจำกัดเพศของผู้ถูกระทำไว้ว่าต้องเป็นหญิงเท่านั้น เว้นเสียแต่ว่าหญิงที่ถูกกระทำชำเราเป็นภริยาของผู้กระทำ แม้หญิงจะไม่ยินยอม ผู้กระทำก็ไม่มี ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามกฎหมายเดิม

ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 ที่แก้ไขใหม่ใช้คำว่า “ผู้อื่น” ดังนั้นจึงไม่จำกัดเพศของผู้ถูกระทำดังเช่นกฎหมายเดิม กล่าวคือผู้ถูกระทำจะเป็นใครก็ได้ จะเป็นเพศเดียวกันหรือต่างเพศกันกับผู้กระทำก็ได้ รวมถึงคู่สมรสของผู้กระทำก็อาจเป็นผู้ถูกระทำได้ เท่ากับว่าในปัจจุบันสามีที่ข่มขืนกระทำชำเราภริยาย่อมมีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 อย่างไรก็ตามการข่มขืนกระทำชำเราระหว่างคู่สมรสเป็นเหตุที่ผู้กระทำอาจได้รับโทษน้อยลงตาม

²⁶ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, กฎหมายอาญา ภาคความผิด เล่ม 2, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพมหานคร: จีระชัยการพิมพ์, 2550), หน้า 308.

²⁷ หยุต แสงอุทัย, กฎหมายอาญา ภาค 2-3, หน้า 167.

²⁸ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิดและลหุโทษ, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2548), หน้า 114.

²⁹ สุมนัส ตั้งเจริญกิจกุล, “ความผิดเกี่ยวกับเพศ: ศึกษาเปรียบเทียบความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรากับการกระทำอนาจาร,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทนิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2552), หน้า 73.

ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 วรรคสี่ ซึ่งตามกฎหมายเดิมไม่มีเรื่องนี้ โดยในกรณีที่ครบองค์ประกอบความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและไม่มีเหตุที่ทำให้ผู้กระทำต้องรับโทษหนักขึ้น หากเป็นการกระทำความผิดระหว่างคู่สมรส และคู่สมรสนั้นยังประสงค์จะอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยา ศาลจะลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้เพียงใดก็ได้ หรือจะกำหนดเงื่อนไขเพื่อคุ้มครองความประพฤติแทนการลงโทษก็ได้

5. ข่มขืนโดยวิธีอย่างหนึ่งอย่างใด ดังต่อไปนี้³⁰

- โดยขู่เชือดด้วยประการใดๆ หมายถึง ทำให้กลัวว่าจะได้รับภัยอันตรายในอนาคต อาจขู่ว่าจะกระทำต่อผู้ถูกกระทำหรือต่อผู้อื่นก็ได้

- โดยใช้กำลังประทุษร้าย ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 1(6) บัญญัตินิยามของคำว่า “ใช้กำลังประทุษร้าย” ไว้ว่าเป็นการทำการประทุษร้ายแก่กายหรือจิตใจของบุคคล ไม่ว่าจะทำด้วยแรงกายภาพหรือด้วยวิธีอื่นใด และให้หมายความรวมถึงการกระทำใดๆ ซึ่งเป็นเหตุให้บุคคลหนึ่งบุคคลใดอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ ไม่ว่าจะโดยใช่ยาทำให้มึนเมา สะกดจิต หรือใช้วิธีอื่นใด

- โดยผู้อื่นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หมายถึง ภาวะที่ผู้ถูกกระทำจำยอมโดยไม่สมัครใจ ภาวะดังกล่าวอาจมีอยู่ก่อนการข่มขืนกระทำชำเรา เช่น ร่างกายอ่อนเพลียหรือพิการ หรือผู้กระทำเป็นฝ่ายทำให้เกิดภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ขึ้น เช่น ทำร้ายหรือวางยาสลบจนอีกฝ่ายหมดสติไป กรณีนี้เป็นการใช้กำลังประทุษร้ายด้วย

- โดยทำให้ผู้อื่นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น เป็นการทำให้สำคัญผิดในตัวบุคคล เช่น ทำให้หญิงเข้าใจว่าตนเป็นสามีหรือคู่รักจึงยอมให้กระทำชำเรา

องค์ประกอบภายใน องค์ประกอบภายในของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา คือ เจตนาธรรมดา ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59 และที่ต่างไปจากกฎหมายเดิมคือมีเจตนาพิเศษเพิ่มขึ้นมาเนื่องจากประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 ที่แก้ไขใหม่ได้ขยายความหมายของการกระทำชำเราให้กว้างขึ้น โดยการกระทำชำเราตามรูปแบบต่างๆ ที่กฎหมายกำหนดนั้นจะต้องทำไปโดยมีเจตนาพิเศษ “เพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ” มิใช่เพื่อความสนุกสนานหรือเพื่อทำร้ายร่างกายเท่านั้น³¹

เหตุที่ทำให้ผู้กระทำต้องรับโทษหนักขึ้น มี 2 กรณี ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 วรรคสาม (แก้ไขใหม่) คือ (1) กระทำโดยมีหรือใช้อาวุธปืนหรือวัตถุระเบิด หรือ (2) ร่วมกระทำความผิดด้วยกันอันมีลักษณะเป็นการโทรมหญิงหรือกระทำกับชายในลักษณะเดียวกัน

2.1.2.2 ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277 (กระทำชำเราเด็กอายุยังไม่เกิน 15 ปี)

ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 277 (เดิม) บัญญัติว่า

³⁰ หยุด แสงอุทัย, กฎหมายอาญา ภาค 2-3, หน้า 167.

³¹ เกียรติขจร วิชนะสวัสดิ์, กฎหมายอาญาภาคความผิด เล่ม 2, หน้า 310.

“ผู้ใดกระทำชำเราเด็กหญิงอายุยังไม่เกินสิบห้าปีซึ่งมิใช่ภริยาของตน โดยเด็กหญิงนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดพันบาทถึงสี่หมื่นบาท

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคแรกเป็นการกระทำแก่เด็กหญิงอายุยังไม่เกินสิบสามปี ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่เจ็ดปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่หนึ่งหมื่นสี่พันบาทถึงสี่หมื่นบาท หรือจำคุกตลอดชีวิต

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคแรกหรือวรรคสองได้กระทำโดยร่วมกระทำความผิดด้วยกันอันมีลักษณะเป็นการโทรมเด็กหญิงและเด็กหญิงนั้นไม่ยินยอม หรือได้กระทำโดยมีอาวุธปืนหรือวัตถุระเบิดหรือโดยใช้อาวุธ ต้องระวางโทษจำคุกตลอดชีวิต

ความผิดตามที่บัญญัติไว้ในวรรคแรก ถ้าเป็นการกระทำที่ชายกระทำกับเด็กหญิงอายุกว่าสิบสามปีแต่ยังไม่เกินสิบห้าปี โดยเด็กหญิงนั้นยินยอม และภายหลังศาลอนุญาตให้ชายและเด็กหญิงนั้นสมรสกัน ผู้กระทำผิดไม่ต้องรับโทษ ถ้าศาลอนุญาตให้สมรสในระหว่างที่ผู้กระทำผิดกำลังรับโทษในความผิดนั้นอยู่ ให้ศาลปล่อยผู้กระทำความผิดนั้นไป”

ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277 (แก้ไขใหม่) บัญญัติว่า

“ผู้ใดกระทำชำเราเด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปีซึ่งมิใช่ภริยาหรือสามีของตน โดยเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดพันบาทถึงสี่หมื่นบาท

การกระทำชำเราตามวรรคหนึ่ง หมายความว่า การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ โดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น หรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งเป็นการกระทำแก่เด็กอายุยังไม่เกินสิบสามปี ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่เจ็ดปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่หนึ่งหมื่นสี่พันบาทถึงสี่หมื่นบาท หรือจำคุกตลอดชีวิต

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งหรือวรรคสามได้กระทำโดยร่วมกระทำความผิดด้วยกัน อันมีลักษณะเป็นการโทรมเด็กหญิงหรือกระทำกับเด็กชายในลักษณะเดียวกันและเด็กนั้นไม่ยินยอม หรือได้กระทำโดยมีอาวุธปืนหรือวัตถุระเบิด หรือโดยใช้อาวุธ ต้องระวางโทษจำคุกตลอดชีวิต

ความผิดตามที่บัญญัติไว้ในวรรคหนึ่ง ถ้าเป็นการกระทำโดยบุคคลอายุไม่เกินสิบแปดปีกระทำ ต่อเด็กซึ่งมีอายุกว่าสิบสามปี แต่ยังไม่เกินสิบห้าปี โดยเด็กนั้นยินยอม และภายหลังศาลอนุญาตให้ทั้งสองฝ่ายสมรสกัน ผู้กระทำผิดไม่ต้องรับโทษ ถ้าศาลอนุญาตให้สมรสในระหว่างที่ผู้กระทำผิดกำลังรับโทษในความผิดนั้นอยู่ ให้ศาลปล่อยผู้กระทำความผิดนั้นไป”

ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277 เป็นเรื่องการกระทำชำเราเด็ก ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277 ที่แก้ไขใหม่สามารถแยกองค์ประกอบความผิดได้ดังนี้

องค์ประกอบภายนอก มี 5 ข้อ เช่นเดียวกับองค์ประกอบความผิดตามมาตรา 276 แต่มีรายละเอียดที่แตกต่างกันบางประการ

1. ผู้ใด
2. กระทำซ้ำเรา

องค์ประกอบภายนอกทั้งสององค์ประกอบนี้มีลักษณะเหมือนกับองค์ประกอบภายนอกของประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 (แก้ไขใหม่) ที่ได้กล่าวมาแล้ว

3. เด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปีซึ่งมิใช่ภริยาหรือสามีของตน องค์ประกอบข้อนี้เป็นส่วนที่มีการแก้ไขใหม่ ตามกฎหมายเดิมต้องเป็นกรณีที่ชายกระทำต่อเด็กหญิงซึ่งมิใช่ภริยาของตนเท่านั้น แต่ตามกฎหมายใหม่ไม่จำกัดเพศของเด็กผู้ถูกระทำ กล่าวคือ ผู้กระทำจะเป็นเพศใดก็ได้และจะกระทำต่อเด็กหญิงหรือเด็กชายก็ได้

4. โดยเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม การกระทำซ้ำเราเด็กที่อายุไม่เกินสิบห้าปี โดยเด็กไม่ยินยอมเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำซ้ำเราตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 อยู่แล้ว แต่ก็มีความผิดตามมาตรา 277 ซึ่งเป็นบทเฉพาะด้วย แม้เด็กที่อายุไม่เกินสิบห้าปีจะยินยอมให้ผู้ใดกระทำซ้ำเราเป็นเหตุให้ขาดองค์ประกอบเรื่องข่มขืนตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 แต่ผู้กระทำก็ยังคงมีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277 อยู่เนื่องจากตามมาตรา 277 นี้กฎหมายมุ่งคุ้มครองเด็กเป็นสำคัญโดยไม่คำนึงว่าเด็กจะยินยอมหรือไม่

อย่างไรก็ตามการที่เด็กยินยอมอาจทำให้ผู้กระทำได้รับยกเว้นโทษตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277 วรรคสี่ โดยถ้าเป็นกรณีที่ผู้กระทำอายุไม่เกินสิบแปดปี กระทำต่อเด็กอายุกว่าสิบสามปีแต่ไม่เกินสิบห้าปี และเด็กนั้นยินยอม และภายหลังศาลอนุญาตให้ทั้งสองฝ่ายสมรสกัน ผู้กระทำไม่ต้องรับโทษ เหตุผลที่กฎหมายไม่ถือเอาความยินยอมของเด็กอายุไม่เกินสิบสามปีมาเป็นข้อสำคัญเพราะกฎหมายถือว่าเด็กอายุเพียงเท่านั้นยังไม่มีความรู้ผิดชอบพอที่จะให้ความยินยอมได้³²

องค์ประกอบภายใน มีลักษณะเหมือนกับองค์ประกอบภายในของประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 (แก้ไขใหม่) ที่ได้กล่าวมาแล้ว

เหตุที่ทำให้ผู้กระทำต้องรับโทษหนักขึ้น มี 2 กรณี ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277 วรรคสี่ (แก้ไขใหม่) คือ (1) กระทำซ้ำเราเด็กอายุไม่เกินสิบห้าปีโดยร่วมกระทำผิดด้วยกัน อันมีลักษณะเป็นการโทรมเด็กหญิงหรือกระทำกับเด็กชายในลักษณะเดียวกันและเด็กนั้นไม่ยินยอม แสดงว่าถ้าเด็กยินยอมให้โทรมก็ไม่เป็นเหตุให้ผู้กระทำต้องรับโทษหนักขึ้น แต่แม้เด็กจะยินยอมผู้กระทำก็ยังคงมีความผิดฐานกระทำซ้ำเราเด็กอายุไม่เกินสิบห้าปี หรือ (2) กระทำโดยมีอาวุธปืนหรือวัตถุระเบิด หรือโดยใช้อาวุธ

2.1.2.3 ประโยชน์ที่กฎหมายมุ่งคุ้มครองสำหรับความผิดฐานข่มขืนกระทำซ้ำเรา

กฎหมายอาญามีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองความสงบเรียบร้อยของสังคม ดังนั้น ในกฎหมายอาญาแต่ละมาตราจะแฝงไปด้วยประโยชน์ที่กฎหมายต้องการคุ้มครอง (Rechtsgut หรือ

³² หยุด แสงอุทัย, กฎหมายอาญา ภาค 2-3, หน้า 169.

Legal Good) ซึ่งหมายถึง สิ่งที่ไม่เป็นรูปธรรม ไม่อาจสัมผัสได้ด้วยประสาทสัมผัสทั้งห้า แต่เป็นเรื่องของนามธรรม เป็นภาพในความคิด เป็นประโยชน์ (interest) หรือคุณค่า (value) ของการอยู่ร่วมกันในสังคมที่กฎหมายคุ้มครอง³³

ประโยชน์ที่กฎหมายคุ้มครองมี 2 ประเภท ประเภทแรก คือ ประโยชน์ส่วนรวม เช่น ความปลอดภัยในการจราจร ความมั่นคงน่าเชื่อถือและการชำระหนี้ได้ของเงินตรา เป็นต้น อีกประเภทหนึ่ง คือ ประโยชน์ส่วนบุคคล เช่น ชีวิต ความปลอดภัยของร่างกาย กรรมสิทธิ์ ชื่อเสียงเกียรติยศ เป็นต้น³⁴ ประโยชน์ส่วนบุคคลบางอย่างไม่อาจสละได้ เช่น ชีวิตหรือความปลอดภัยของร่างกาย เพราะหากกฎหมายอนุญาตให้ประโยชน์เหล่านี้ได้หมายความว่าผู้คนในสังคมสามารถทำลายชีวิตหรือความปลอดภัยของผู้อื่นได้โดยถือเป็นเรื่องส่วนตัวที่รัฐไม่อาจควบคุมได้ หากเป็นเช่นนี้ย่อมก่อให้เกิดความไม่สงบเรียบร้อยขึ้นในสังคมขัดต่อเจตนารมณ์ของการบัญญัติกฎหมายอาญา อย่างไรก็ตาม ความประพฤติบางอย่างแม้จะผิดปทัสถานของสังคม (norm) แต่หากไม่กระทบต่อประโยชน์หรือคุณค่าในการอยู่ร่วมกันของสังคมย่อมไม่ร้ายแรงพอที่รัฐจะกำหนดเป็นความผิดอาญาได้ เช่น การร่วมประเวณีกับเพศเดียวกัน เป็นต้น

การข่มขืนกระทำชำเราเป็นพฤติกรรมที่กระทบต่อบุคคลผู้ถูกระทำและสังคมร้ายแรงถึงระดับที่รัฐเห็นว่าควรกำหนดให้เป็นความผิดอาญา เมื่อพิจารณาจากแนวคิดในการกำหนดความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราในหัวข้อ 2.1.1 ที่ได้กล่าวมาแล้วจะพบว่าประโยชน์ที่กฎหมายคุ้มครองสำหรับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรามี 3 ประการ คือ เสรีภาพทางเพศของผู้ถูกข่มขืนกระทำชำเรา ความปลอดภัยของร่างกาย ชื่อเสียง และเกียรติยศของผู้ถูกข่มขืนกระทำชำเรา และความบริสุทธิ์และความไร้เดียงสาทางเพศของเด็ก

1. เสรีภาพทางเพศ (Sexual Liberty)³⁵ เสรีภาพทางเพศในที่นี้มีได้หมายถึงเสรีภาพในการแสดงออกซึ่งรสนิยมทางเพศของแต่ละบุคคล แต่หมายถึงเสรีภาพในการกำหนดความสัมพันธ์ทางเพศของตนเองว่าต้องการหรือไม่ต้องการจะมีความสัมพันธ์ทางเพศกับใคร บุคคลหนึ่งไม่ควรจะถูกบังคับให้มีความสัมพันธ์ทางเพศกับอีกบุคคลหนึ่งเพื่อตอบสนองต่อเสรีภาพทางเพศของอีกบุคคลหนึ่งในขณะที่เสรีภาพทางเพศของตนถูกทำลายลง

2. ความปลอดภัยของร่างกาย จิตใจ ชื่อเสียง และเกียรติยศของผู้ถูกข่มขืนกระทำชำเรา³⁶ จะเห็นได้จากประมวลกฎหมายอาญากำหนดโทษของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราไว้สูงกว่าโทษของความผิดเกี่ยวกับเพศกรณีอื่นๆ

3. ความบริสุทธิ์และความไร้เดียงสาทางเพศของเด็ก³⁷ ในกรณีของการกระทำชำเราเด็กอายุยังไม่เกิน 15 ปี แม้เด็กจะยินยอม รัฐก็กำหนดให้ผู้กระทำมีความผิดเพราะรัฐต้องการคุ้มครองความบริสุทธิ์และความไร้เดียงสาทางเพศของเด็กมิให้ต้องมีประสบการณ์ทางเพศก่อนวัยอันควร

³³ คณิต ญ นคร, กฎหมายอาญาภาคทั่วไป (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2554), หน้า 149.

³⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 151.

³⁵ คณิต ญ นคร, กฎหมายอาญาภาคความผิด, พิมพ์ครั้งที่ 10 (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2553), หน้า 416.

³⁶ เรื่องเดียวกัน.

³⁷ เรื่องเดียวกัน.

เนื่องจากผู้ร่างกฎหมายมองว่าเด็กในวัยนี้ยังมีความเจริญเติบโตและพัฒนาการด้านต่างๆ เช่น ร่างกาย จิตใจ สติปัญญา การศึกษาอบรม และประสบการณ์ที่ไม่เพียงพอ³⁸ การมีประสบการณ์ทางเพศก่อนวัยอันควรอาจกระทบต่อพัฒนาการด้านต่างๆ ของเด็กได้

2.2 กระบวนการยุติธรรมทางอาญาในคดีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา

ในหัวข้อนี้ผู้เขียนจะกล่าวถึงหลักทั่วไปเกี่ยวกับการดำเนินคดีอาญา จากนั้นจะกล่าวถึงความแตกต่างด้านการดำเนินคดีระหว่างคดีข่มขืนกระทำชำเราที่ยอมความได้และยอมความไม่ได้ การสอบสวนคดีข่มขืนกระทำชำเรา การพิจารณาคดีข่มขืนกระทำชำเรา และมาตรการบังคับทางอาญาที่นำมาใช้ในคดีข่มขืนกระทำชำเรา ตามลำดับ

2.2.1 หลักทั่วไปเกี่ยวกับการดำเนินคดีอาญา

2.2.1.1 ระบบการดำเนินคดีอาญา

ระบบการดำเนินคดีอาญาแบ่งได้เป็น 2 ระบบใหญ่ คือ ระบบไต่สวนและระบบกล่าวหา

ระบบไต่สวน (Inquisitorial System)³⁹ มีที่มาจากศาลศาสนาของศาสนาคริสต์ นิกายโรมันคาทอลิกในยุโรปสมัยกลาง ศาลศาสนามีวิธีการพิจารณาคดีผู้กระทำผิดเกี่ยวกับกฎหมาย ศาสนาด้วยวิธีการค้นหาความจริงที่มีเพียงสองฝ่าย คือ ฝ่ายพระผู้ทำการไต่สวนกับฝ่ายผู้กระทำผิดที่เป็นผู้ถูกไต่สวน โดยไม่ต้องมีผู้พิพากษาเป็นคนกลาง ดังนั้น ในศาลศาสนา พระผู้ไต่สวนจึงต้องทำหน้าที่แสวงหาพยานหลักฐาน ซักถามพยานและชำระความโดยไต่สวนคดีด้วยตนเองตลอดการพิจารณา และเนื่องจากในยุคนั้นศาสนจักรมีอิทธิพลเหนือฝ่ายอาณาจักร ระบบศาลของฝ่ายอาณาจักรจึงได้รับอิทธิพลจากศาลศาสนาและได้พัฒนาต่อมาเป็นระบบไต่สวนในปัจจุบัน ในระบบไต่สวน ศาลมีบทบาทในการดำเนินคดีอย่างมากเนื่องจากศาลไม่ได้ทำหน้าที่วางตัวเป็นกลางอย่างเคร่งครัดแต่จะทำหน้าที่ค้นหาความจริงด้วยตนเอง ดังนั้น กฎเกณฑ์ในการดำเนินคดี เช่น การสืบพยาน การดำเนินการต่างๆ ในศาลจึงยืดหยุ่นกว่าระบบกล่าวหา

ระบบกล่าวหา (Accusatorial System)⁴⁰ เป็นระบบการดำเนินคดีอาญาของประเทศไทยในปัจจุบัน ระบบนี้มีที่มาจากระบบการพิจารณาคดีในสมัยโบราณ แรกเริ่มใช้ระบบการพิจารณาคดีแบบจารีตนครบาล (Trial by Ordeal) ระบบนี้จะดำเนินการค้นหาว่าผู้ถูกกล่าวหากระทำผิดจริงหรือไม่ด้วยวิธีทรมาน เช่น ดำน้ำ ลุยไฟ เนื่องจากมีความเชื่อว่าพระเจ้าย่อมคุ้มครองคน

³⁸ “พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 8) พ.ศ. 2530,” ราชกิจจานุเบกษา (ฉบับพิเศษ) เล่ม 104 ตอน 173, 1 กันยายน พ.ศ. 2530, หน้า 12.

³⁹ ณรงค์ ใจหาญ, หลักกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เล่ม 1, พิมพ์ครั้งที่ 9 (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2550), หน้า 27.

⁴⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 28.

ดี ต่อมาระบบการพิจารณาคดีพัฒนามาเป็นการต่อสู้กันระหว่างผู้กล่าวหาและผู้ถูกกล่าวหา (Trial by Battle) จะเห็นว่าระบบการพิจารณาคดีโดยให้ต่อสู้กันนั้นมีแนวคิดคล้ายกับระบบกล่าวหาคือการสู้กันระหว่างสองฝ่าย แต่สมัยก่อนเป็นการต่อสู้กันด้วยกำลัง ต่อมาได้พัฒนาเป็นการต่อสู้กันด้วยการที่โจทก์นำพยานหลักฐานมาพิสูจน์ความผิดของจำเลย ส่วนจำเลยนำพยานหลักฐานมาเบิกความพิสูจน์ความบริสุทธิ์ของตน เรียกว่าเป็นการต่อสู้คดีกันด้วยพยานหลักฐาน ระบบกล่าวหาถือว่าการได้มาซึ่งความจริงที่ดีที่สุดนั้นเกิดจากการนำสืบพยานที่ทั้งสองฝ่ายนำมาเสนอในศาล⁴¹ ศาลไม่มีหน้าที่ค้นหาความจริงด้วยตนเองแต่จะทำหน้าที่เป็นคนกลางคอยควบคุมความถูกต้องของกระบวนการพิจารณาและวินิจฉัยชี้แจงน้ำหนักความน่าเชื่อถือของพยานหลักฐานของทั้งสองฝ่าย ดังนั้น กฎเกณฑ์ในการดำเนินคดีซึ่งเปรียบเสมือนกติกาที่ใช้ควบคุมการต่อสู้จึงต้องเคร่งครัดกว่าระบบไต่สวน ระบบกล่าวหาให้ความสำคัญอย่างมากต่อหลักเกณฑ์ต่อไปนี้

1. หลักการสันนิษฐานว่าจำเลยเป็นผู้บริสุทธิ์จนกว่าโจทก์จะพิสูจน์ให้ศาลเชื่อโดยปราศจากข้อสงสัยตามสมควรว่าจำเลยกระทำความผิดจริง หลักนี้ปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 227 วรรคหนึ่ง* ด้วยเหตุนี้ จำเลยจึงมีสิทธิที่จะต่อสู้คดีอย่างเต็มที่หรือจะวางเฉยในการต่อสู้คดีก็ได้เพราะจำเลยได้รับประโยชน์จากข้อสันนิษฐานดังกล่าว

2. โจทก์และจำเลยมีฐานะในศาลเท่าเทียมกัน จำเลยซึ่งเป็นผู้ถูกกล่าวหาไม่ได้ถูกมองว่าเป็นกรรมในคดี แต่เป็นผู้ร่วมในการเสนอข้อเท็จจริงและร่วมในการค้นหาความจริงในกระบวนการพิจารณา

3. ศาลต้องวางตนเป็นกลางโดยเคร่งครัด ทำหน้าที่เสมือนกรรมการตัดสินกีฬาคอยควบคุมให้ทั้งสองฝ่ายสู้คดีกันไปตามกฎหมาย

4. ศาลมีบทบาทในการค้นหาความจริงน้อย เพราะระบบกล่าวหาให้ความสำคัญกว่าคู่ความมีหน้าที่ในการแสวงหาพยานมาแสดงต่อศาลด้วยตนเอง ฉะนั้นศาลไม่จำเป็นต้องมีความรู้หรือมีความชำนาญในด้านใดด้านหนึ่งเป็นพิเศษนอกเหนือจากตัวบทกฎหมาย

2.2.1.2 หลักการดำเนินคดีอาญาของเจ้าพนักงานรัฐ

หลักการดำเนินคดีอาญาของเจ้าพนักงานรัฐ มี 2 หลัก คือ หลักการดำเนินคดีตามกฎหมาย และหลักการดำเนินคดีตามดุลพินิจ⁴²

1. หลักการดำเนินคดีตามกฎหมาย (Legality Principle) คือ หลักที่บังคับให้เจ้าพนักงานของรัฐทำหน้าที่ดำเนินคดีซึ่งทราบว่ามีกระทำความผิดเกิดขึ้นทุกคดีแม้จะไม่มีผู้มาร้อง

⁴¹ Andrew Sanders and Richard Young, *Criminal Justice*, 2nd ed. (London: Butterworth, 2000), p. 14.

* ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 227 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า

“ให้ศาลใช้ดุลพินิจวินิจฉัยชี้แจงน้ำหนักพยานหลักฐานทั้งปวง อย่าพิพากษาลงโทษจนกว่าจะแน่ใจว่ามีการกระทำความผิดจริง และจำเลยเป็นผู้กระทำความผิดนั้น”

⁴² ณรงค์ ใจหาญ, *หลักกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เล่ม 1*, หน้า 33.

ทุกข์หรือกล่าวโทษก็ตาม เมื่อได้ดำเนินการสอบสวนจนคดีมีหลักฐานน่าเชื่อว่าผู้นั้นเป็นผู้กระทำความผิด เจ้าพนักงานต้องฟ้องคดีผู้นั้นต่อศาลและดำเนินคดีจนถึงที่สุดโดยไม่สามารถถอนฟ้องได้

2. หลักการดำเนินคดีตามดุลพินิจ (Opportunity Principle) คือ หลักที่เปิดโอกาสให้เจ้าพนักงานของรัฐใช้ดุลพินิจที่จะไม่ดำเนินการสอบสวนหรือไม่ดำเนินการฟ้องคดีบางเรื่องเพราะไม่เป็นประโยชน์แก่สังคมโดยคำนึงถึงปัจจัยต่างๆ เช่น เพศ อายุ สภาพการกระทำความผิด หรือสภาพของผู้กระทำความผิด เป็นต้น หรือแม้จะได้ดำเนินคดีไปแล้วเจ้าพนักงานของรัฐก็ถอนฟ้องได้ถ้าเห็นว่าการดำเนินคดีต่อไปจะไม่เกิดประโยชน์ต่อสังคม ที่มาของหลักการนี้เกิดจากการพัฒนาแนวคิดเรื่องวัตถุประสงค์ในการลงโทษซึ่งเดิมเน้นที่การแก้แค้นแต่ต่อมามีการพิจารณาถึงประโยชน์ด้านอื่นๆ นอกเหนือจากความพึงพอใจที่ได้แก้แค้นด้วย เจ้าพนักงานจึงมีดุลพินิจที่จะเลือกฟ้องเฉพาะคดีที่เห็นว่าผู้กระทำความผิดควรถูกลงโทษ แต่ถ้าเจ้าพนักงานเห็นว่าการลงโทษผู้กระทำความผิดจะไม่มีประโยชน์ต่อผู้กระทำและจะกลับกลายเป็นผลเสียแก่ผู้นั้น เจ้าพนักงานจะไม่ดำเนินการฟ้องคดีก็ได้แต่อาจใช้วิธีการอื่นเพื่อให้โอกาสผู้นั้นในการปรับปรุงตัวเพื่อให้กลับเข้าสู่สังคมได้ด้วยดี

สำหรับการดำเนินคดีอาญาของเจ้าพนักงานรัฐตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของไทยอาจแยกพิจารณาได้เป็น 2 กรณี คือ การสอบสวนโดยพนักงานสอบสวน และการสั่งคดีและการฟ้องร้องของพนักงานอัยการ

กรณีการสอบสวนโดยพนักงานสอบสวน ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามีได้บัญญัติไว้โดยตรงว่าพนักงานสอบสวนจะใช้ดุลพินิจที่จะไม่ดำเนินการสอบสวนในคดีความผิดอาญาได้หรือไม่ แต่เมื่อพิจารณาประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 122* ซึ่งวางหลักว่าพนักงานสอบสวนจะไม่ทำการสอบสวนได้เฉพาะกรณีที่กฎหมายกำหนดเท่านั้น จึงอาจแปลความหมายได้ว่ากรณีที่นอกเหนือจากที่ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 122 กำหนดไว้ พนักงานสอบสวนต้องทำการสอบสวน ดังนั้น จึงกล่าวได้ว่าการดำเนินคดีของพนักงานสอบสวนเป็นหลักการดำเนินคดีตามกฎหมาย⁴³

กรณีการดำเนินคดีของพนักงานอัยการนั้นเป็นหลักการดำเนินคดีอาญาตามดุลพินิจ⁴⁴ เห็นได้จากกรณีที่ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 143 วรรคหนึ่ง** กำหนด

* ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 122 บัญญัติว่า

“พนักงานสอบสวนจะไม่ทำการสอบสวนในกรณีต่อไปนี้ก็ได้

(1) เมื่อผู้เสียหายขอความช่วยเหลือ แต่ไม่ยอมรับร้องทุกข์ตามระเบียบ

(2) เมื่อผู้เสียหายฟ้องคดีเสียเองโดยมิได้ร้องทุกข์ก่อน

(3) เมื่อมีหนังสือกล่าวโทษเป็นบัตรสนเท่ห์ หรือบุคคลที่กล่าวโทษด้วยปากไม่ยอมบอกว่าเขาชื่อใครหรือไม่ยอมลงลายมือชื่อในคำกล่าวโทษหรือบันทึกคำกล่าวโทษ”

⁴³ คณิต ฐ นคร, กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา, พิมพ์ครั้งที่ 7 (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2549), หน้า 62. และ อนุมัติ ไจสมุท, คำอธิบายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เล่ม 1, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร: พี่น้องการพิมพ์, 2514), หน้า 726.

⁴⁴ กองวิชาการ สำนักงานปลัดกระทรวงยุติธรรม, “การลดปริมาณคดีขึ้นสู่ศาล: พิจารณาในประเด็นการสั่งฟ้องและการสั่งไม่ฟ้องของพนักงานอัยการ” วารสารยุติธรรม 2, 2 (เมษายน-พฤษภาคม 2545): 20.

** ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 143 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า

ว่าให้พนักงานอัยการมีดุลพินิจที่จะสั่งฟ้องหรือไม่ฟ้องคดีอาญาได้ นอกจากนี้ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 35 วรรคหนึ่ง* ยังเปิดโอกาสให้พนักงานอัยการถอนฟ้องคดีอาญาได้ ซึ่งหากเป็นการดำเนินคดีตามกฎหมาย เมื่อมีเหตุควรเชื่อว่าผู้ต้องหาได้กระทำความผิดกฎหมาย พนักงานอัยการต้องยื่นฟ้องต่อศาลเสมอ และเมื่อยื่นฟ้องแล้วจะยุติคดีโดยการถอนฟ้องไม่ได้เพราะถือว่าคดีอยู่ในอำนาจของศาลแล้ว⁴⁵ อีกทั้งยังมีระเบียบสำนักงานอัยการสูงสุดว่าด้วยการดำเนินคดีอาญาของพนักงานอัยการ พ.ศ. 2547 ข้อ 78** กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีปฏิบัติในการใช้ดุลพินิจสั่งไม่ฟ้องของพนักงานอัยการไว้อย่างชัดเจน

2.2.1.3 หลักกฤษฎีกาแห่งความสงสัยให้จำเลย

หลักกฤษฎีกาแห่งความสงสัยให้จำเลยเป็นหลักสากลและเป็นหลักของคดีอาญา โดยเฉพาะ⁴⁶ และมีบัญญัติในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของไทย มาตรา 227 วรรคสอง*** หลักนี้สอดคล้องกับหลักการดำเนินคดีอาญาของระบบกล่าวหาที่ว่าในคดีอาญาให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าจำเลยเป็นผู้บริสุทธิ์ กล่าวคือ การลงโทษบุคคลใดจะต้องปรากฏหลักฐานที่ปราศจากข้อสงสัยตามสมควรว่าบุคคลนั้นกระทำความผิด (proof beyond a reasonable doubt) ดังนั้น ในกรณีที่ศาลพิจารณาพยานหลักฐานที่นำมาพิสูจน์ทั้งหมดแล้วแต่ยังมีความสงสัยตามสมควรว่าจำเลยเป็นผู้กระทำความจริงหรือไม่ ต้องยกประโยชน์แห่งความสงสัยให้จำเลย โดยถือว่าจำเลยเป็นผู้บริสุทธิ์ไม่ได้เป็นผู้กระทำความผิดตามฟ้อง ตรงกับสภานิติบัญญัติว่า “ปล่อยผู้กระทำความผิดสิบคน ดีกว่าลงโทษผู้บริสุทธิ์เพียงคนเดียว” อย่างไรก็ตาม ขอบเขตของหลักนี้นำมาใช้เฉพาะความสงสัยใน

“เมื่อได้รับความเห็นและสำนวนจากพนักงานสอบสวนดังกล่าวในมาตรา ก่อน ให้พนักงานอัยการปฏิบัติดังต่อไปนี้”

- (1) ในกรณีที่มีความเห็นควรสั่งไม่ฟ้อง ให้ออกคำสั่งไม่ฟ้อง แต่ถ้าไม่เห็นชอบด้วยก็ให้สั่งฟ้องและแจ้งให้พนักงานสอบสวนส่งผู้ต้องหาเพื่อฟ้องต่อไป
- (2) ในกรณีมีความเห็นควรสั่งฟ้อง ให้ออกคำสั่งฟ้องและฟ้องผู้ต้องหาต่อศาล ถ้าไม่เห็นชอบด้วย ก็ให้สั่งไม่ฟ้อง...”

* ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 143 วรรคหนึ่งบัญญัติว่า

“คำร้องขอถอนฟ้องคดีอาญาจะยื่นเวลาใดก่อนมีคำพิพากษาของศาลชั้นต้นก็ได้...”

⁴⁵ กุลพล พลวัน, “หลักการชะลอการฟ้อง,” วารสารกฎหมาย คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 3, 2 (พฤษภาคม-สิงหาคม 2520): 22.

** ระเบียบสำนักงานอัยการสูงสุดว่าด้วยการดำเนินคดีอาญาของพนักงานอัยการ พ.ศ. 2547 ข้อ 78 กำหนดว่า “ถ้าพนักงานอัยการเห็นว่า การฟ้องคดีใดจะไม่เป็นประโยชน์แก่สาธารณชน หรือจะขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือจะมีผลกระทบต่อความปลอดภัยหรือความมั่นคงแห่งชาติ หรือต่อผลประโยชน์อันสำคัญของประเทศ ให้ทำความเห็นเสนอสำนวนตามลำดับชั้นไปยังอัยการสูงสุดเพื่อพิจารณาก่อน”

⁴⁶ ณรงค์ ใจหาญ, หลักกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เล่ม 1, หน้า 33.

*** ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 227 วรรคสอง บัญญัติว่า

“เมื่อมีความสงสัยตามสมควรว่าจำเลยได้กระทำความผิดหรือไม่ ให้ยกประโยชน์แห่งความสงสัยนั้นให้จำเลย”

เรื่องข้อเท็จจริงที่เกี่ยวกับการกระทำความผิดของจำเลย เช่น การกระทำครบองค์ประกอบหรือไม่ มีเหตุที่มีอำนาจทำได้หรือไม่ หรือมีเหตุยกเว้นโทษหรือไม่ เป็นต้น

เมื่อการข่มขืนกระทำชำเราเป็นความผิดอาญาตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 และ มาตรา 277 การดำเนินคดีข่มขืนกระทำชำเราจึงต้องอยู่ภายใต้หลักการดำเนินคดีอาญาต่างๆ ดังกล่าวข้างต้นด้วย อย่างไรก็ตาม เนื่องจากคดีข่มขืนกระทำชำเราเป็นทั้งกรณีที่เป็นความผิดอันยอมความได้และความผิดอันยอมความไม่ได้ซึ่งก่อให้เกิดความแตกต่างด้านการดำเนินคดีหลายประการ ดังนั้น ก่อนที่จะกล่าวรายละเอียดเกี่ยวกับการดำเนินคดีข่มขืนกระทำชำเราจึงจำเป็นต้องพิจารณาถึงความแตกต่างด้านการดำเนินคดีที่เกิดจากความผิดอันยอมความได้และความผิดอันยอมความไม่ได้เสียก่อน

2.2.2 คดีข่มขืนกระทำชำเราที่ยอมความได้และยอมความไม่ได้

การดำเนินคดีอาญามีข้อที่ต้องพิจารณาประการแรกคือคดีนั้นเป็นความผิดอันยอมความได้ (ความผิดต่อส่วนตัว)^{*} หรือ เป็นความผิดอันยอมความไม่ได้ (ความผิดต่อแผ่นดิน) เพราะจะก่อให้เกิดความแตกต่างด้านการดำเนินคดีหลายประการ สำหรับความผิดอันยอมความได้กฎหมายจะบัญญัติไว้ชัดเจนว่าเป็นความผิดอันยอมความได้ ดังนั้น ความผิดใดที่กฎหมายไม่ได้บัญญัติให้เป็นความผิดอันยอมความได้ก็หมายความว่า เป็นความผิดอันยอมความไม่ได้นั่นเอง ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 (ข่มขืนกระทำชำเราทั่วไป) และประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277 (กระทำชำเราเด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปี) ที่กล่าวมาแล้ว มีทั้งกรณีที่ยอมความได้และยอมความไม่ได้

2.2.2.1 คดีข่มขืนกระทำชำเราที่ยอมความได้

การยอมความ หมายถึง การตกลงระหว่างผู้เสียหายกับผู้กระทำผิดที่จะไม่ดำเนินคดีอาญากันต่อไป⁴⁷ โดยจะต้องตกลงยอมความกันก่อนคดีถึงที่สุด⁴⁸

ลักษณะของความผิดที่ยอมความได้ มี 3 ประการ คือ (1) เป็นความผิดที่มีความเป็นอาชญากรรมน้อย มีพฤติการณ์ไม่น่าหวาดเสียว (2) เป็นความผิดที่กฎหมายมุ่งคุ้มครองประโยชน์ส่วนบุคคล เนื่องจากเป็นเรื่องที่กระทบต่อผู้เสียหายโดยเฉพาะ และ (3) เป็นความผิดที่มุ่งประสงค์จะ

^{*} ตามความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกาที่ 0110/2500 คำว่า “ความผิดอันยอมความได้” มีความหมายเดียวกับคำว่า “ความผิดต่อส่วนตัว” แตกต่างกันเพียงในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาใช้คำว่า “ความผิดต่อส่วนตัว” แต่ในประมวลกฎหมายอาญาหรือความผิดอาญาในกฎหมายฉบับอื่นๆ ใช้คำว่า “ความผิดอันยอมความได้”

⁴⁷ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายหลักกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ว่าด้วยการดำเนินคดีในขั้นตอนก่อนการพิจารณา, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร: จีระการพิมพ์, 2544), หน้า 98.

⁴⁸ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 35 วรรคสอง

คุ้มครองและเคารพในเจตจำนงของผู้เสียหาย กล่าวคือ ความผิดที่กฎหมายกำหนดให้ยอมความได้นั้น ส่วนใหญ่จะเป็นพฤติกรรมที่กฎหมายเห็นว่าเป็นเรื่องที่มีงกระทบต่อผู้เสียหายเป็นการส่วนตัวแม้จะมีผลกระทบกระเทือนต่อสังคมในภาพรวม แต่ผลร้ายที่เกิดต่อสังคมก็ยิ่งน้อยกว่าผลร้ายที่เกิดขึ้นกับผู้เสียหาย หากต้องบังคับให้ดำเนินคดีอาจกระทบกระเทือนต่อความเป็นอยู่ ชื่อเสียง เกียรติคุณของผู้เสียหายได้ ทำให้ผู้เสียหายต้องเสียหายมากขึ้น หากกฎหมายไม่ยืดหยุ่นด้วยการกำหนดให้เป็นความผิดอันยอมความได้ ผู้เสียหายอาจไม่เข้าแจ้งความร้องทุกข์เพราะเมื่อแจ้งความร้องทุกข์ต่อเจ้าพนักงานแล้วเจ้าพนักงานต้องคดีดำเนินกระบวนการต่อไปจนกว่าคดีจะถึงที่สุด⁴⁹ ดังนั้น ความผิดประเภทที่คุ้มครองผู้เสียหายเป็นสำคัญจึงขึ้นอยู่กับเจตนาของผู้เสียหาย ว่าประสงค์จะดำเนินคดีหรือไม่ก็ได้⁵⁰ เช่น ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตัวเอง

ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามมาตรา 276 มีทั้งกรณีที่ยอมความได้และยอมความไม่ได้ซึ่งต้องพิจารณาจากประมวลกฎหมายอาญามาตรา 277 ทวิ* มาตรา 281** และมาตรา 285*** ประกอบกัน เมื่อพิจารณาแล้วจะพบว่าเฉพาะความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามมาตรา 276 วรรคแรกเท่านั้นที่ “อาจ” เป็นความผิดอันยอมความได้ เหตุที่ใช้คำว่า “อาจ” เพราะว่ากรณีที่ยอมความได้จะต้องเป็นการข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นที่ไม่ได้เกิดต่อหน้าธารกำนัล ไม่เป็นเหตุให้ผู้กระทำรับอันตรายสาหัสหรือถึงแก่ความตาย และมีได้เป็นการกระทำแก่ผู้สืบสันดาน ศิษย์ซึ่งอยู่ในความดูแล ผู้อยู่ในความควบคุมตามหน้าที่ราชการหรืออยู่ในความปกครอง ในความพิทักษ์หรือในความอนุบาลเท่านั้น

คดีอาญาที่ยอมความได้มีผลในด้านการดำเนินคดีหลายประการ โดยประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญากำหนดให้ผู้เสียหายมีสิทธิฟ้องคดีอาญาได้เองทั้งคดีที่ยอมความได้และยอมความไม่ได้ แต่สำหรับคดีที่ยอมความได้นั้นหากผู้เสียหายไม่ประสงค์จะดำเนินคดีเองและประสงค์จะให้รัฐดำเนินคดีให้ ผู้เสียหายจะต้องทำคำร้องทุกข์ตามระเบียบก่อนมิฉะนั้นพนักงานสอบสวนจะไม่มีอำนาจสอบสวน โดยผู้เสียหายจะต้องร้องทุกข์ภายใน 3 เดือนนับแต่วันที่ผู้เสียหายรู้เรื่องความผิดและรู้ตัวผู้กระทำความผิด มิฉะนั้นคดีเป็นอันขาดอายุความ แสดงว่าถ้าผู้เสียหาย

⁴⁹ ชาตรี ศรีนวลนัต และวันชัย ศรีนวลนัต, คำอธิบายกฎหมายเรื่องความยินยอมในคดีอาญาและความผิดอันยอมความได้ (กรุงเทพมหานคร: สี่พระยาทนายความและการบัญชี, 2528), หน้า 54.

⁵⁰ คณิต ฦ นคร, กฎหมายอาญาภาคทั่วไป, หน้า 159.

* ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 277 ทวิ บัญญัติว่า

“ถ้าการกระทำความผิดตามมาตรา 276 วรรคแรก...เป็นเหตุให้ผู้ถูกกระทำรับอันตรายสาหัสหรือถึงแก่ความตาย ผู้กระทำต้องรับโทษหนักขึ้น...”

** ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 281 บัญญัติว่า

“การกระทำความผิดตามมาตรา 276 วรรคแรก...ถ้ามิได้เกิดต่อหน้าธารกำนัล ไม่เป็นเหตุให้ผู้กระทำรับอันตรายสาหัสหรือถึงแก่ความตาย หรือมิได้เป็นการกระทำแก่บุคคลดังระบุไว้ในมาตรา 285 เป็นความผิดอันยอมความได้”

*** ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 285 บัญญัติว่า

“ถ้าการกระทำความผิดตามมาตรา 276...เป็นการกระทำแก่ผู้สืบสันดาน ศิษย์ซึ่งอยู่ในความดูแล ผู้อยู่ในความควบคุมตามหน้าที่ราชการหรืออยู่ในความปกครอง ในความพิทักษ์หรือในความอนุบาล ผู้กระทำต้องระวางโทษหนักขึ้น...”

ประสงค์จะดำเนินคดีเองแม้ไม่ต้องร้องทุกข์แต่ก็ต้องฟ้องคดีภายใน 3 เดือนนับแต่วันที่ผู้เสียหายรู้เรื่องความผิดและรู้ตัวผู้กระทำความผิดเช่นกัน มิฉะนั้นคดียอมขาดอายุความ ในกรณีที่ไม่มีการสอบสวนโดยชอบผลคือพนักงานอัยการจะไม่มีอำนาจยื่นฟ้องคดีต่อศาล⁵¹ นอกจากนี้สิทธินำคดีอาญาที่ยอมความได้มาฟ้องจะระงับไปเมื่อผู้เสียหายถอนคำร้องทุกข์ ถอนฟ้อง หรือยอมความกันโดยถูกต้องตามกฎหมาย⁵² หากข้อตกลงยอมความกำหนดเงื่อนไขบางประการให้ผู้กระทำความผิดปฏิบัติตามข้อตกลง แต่ต่อมาผู้กระทำความผิดไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขนั้นก็ไม่ผลทำให้ผู้เสียหายเกิดสิทธิที่จะฟ้องคดีอาญาแก่ผู้กระทำความผิดขึ้นมาใหม่ เพราะสิทธินำคดีอาญามาฟ้องระงับไปแล้วตั้งแต่ทำข้อตกลงยอมความที่มีสาระสำคัญชัดแจ้งว่าผู้เสียหายไม่ประสงค์จะดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดอีกต่อไป เป็นเรื่อง que ผู้เสียหายต้องดำเนินคดีทางแพ่งเพื่อบังคับตามข้อตกลงเอาเอง⁵³

2.2.2.2 คดีข่มขืนกระทำชำเราที่ยอมความไม่ได้

ความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 วรรคสอง คือ ข่มขืนกระทำชำเรา ผู้อื่นโดยมีหรือใช้อาวุธปืน หรือวัตถุระเบิด หรือร่วมกระทำผิดด้วยกันอันมีลักษณะเป็นการโทรมหญิง นั้นเป็นความผิดที่ยอมความไม่ได้ เนื่องจากไม่มีกฎหมายบัญญัติว่าให้เป็นความผิดอันยอมความได้ สำหรับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามมาตรา 277 นั้นไม่มีกฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิดอันยอมความได้เช่นกัน ดังนั้น การกระทำชำเราเด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปีไม่ว่าเด็กยินยอมหรือไม่จึงเป็นความผิดที่ยอมความไม่ได้

สำหรับคดีอาญาที่ยอมความไม่ได้จะแตกต่างกับคดีอาญาที่ยอมความได้ในด้านการดำเนินคดี เนื่องจากคดีอาญาที่ยอมความไม่ได้เป็นคดีความผิดต่อแผ่นดินกฎหมายจึงกำหนดให้ฝ่ายรัฐมีบทบาทในการควบคุมการดำเนินคดีหลายประการ เช่น ผู้เสียหายจะดำเนินคดีเองก็ได้ หรือจะมาแจ้งความดำเนินคดีก็ได้ แต่โดยหลักแล้วพนักงานสอบสวนมีอำนาจสอบสวนคดีอาญาทั้งปวงเว้นแต่คดีความผิดอันยอมความได้ที่จะต้องมีการร้องทุกข์ตามระเบียบก่อน ดังนั้น ไม่ว่าผู้เสียหายจะมาแจ้งความดำเนินคดีอาญาที่ยอมความไม่ได้หรือไม่ หากพนักงานสอบสวนพบเห็นการกระทำความผิดเอง พนักงานสอบสวนก็มีอำนาจสอบสวนโดยไม่ต้องมีการร้องทุกข์ตามระเบียบ ถ้าเป็นการสอบสวนโดยชอบยอมทำให้พนักงานอัยการมีอำนาจฟ้องคดีต่อศาล หากผู้เสียหายยื่นฟ้องคดีไว้ก่อนแล้วพนักงานอัยการจะยื่นคำร้องขอเข้าร่วมเป็นโจทก์ในระยะใดก่อนคดีเสร็จเด็ดขาดก็ได้ หรือหากพนักงานอัยการได้ยื่นฟ้องคดีไว้ก่อนแล้วต่อมาผู้เสียหายยื่นฟ้องคดีเรื่องเดียวกัน ศาลมีอำนาจสั่งให้รวมพิจารณาเป็นคดีเดียวกัน⁵⁴ ผลของการที่พนักงานอัยการและผู้เสียหายเป็นโจทก์ร่วมกันก็คือถ้าพนักงานอัยการเห็นว่าผู้เสียหายจะทำให้คดีของพนักงานอัยการเสียหายโดยกระทำหรือละเว้นการกระทำใดๆ ในกระบวนการพิจารณา พนักงานอัยการมีอำนาจร้องต่อศาลขอให้ศาลสั่งให้ผู้เสียหายกระทำหรือละเว้นการกระทำ

⁵¹ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 120

⁵² ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 39(4)

⁵³ ธาณิช เกศพิทักษ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เล่ม 1, พิมพ์ครั้งที่ 8 (กรุงเทพมหานคร: พลสยาม พรินติ้ง, 2554), หน้า 587.

⁵⁴ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 33

นั้นๆ ได้⁵⁵ กรณีที่ผู้เสียหายดำเนินคดีเองแม้ผู้เสียหายจะถอนฟ้องไปก็ไม่ตัดสิทธิพนักงานอัยการที่จะยื่นฟ้องคดีนั้นใหม่⁵⁶ จากที่กล่าวมาจะเห็นได้ว่าคดีอาญาที่ยอมความไม่ได้นั้น รัฐมีบทบาทเข้ามาควบคุมให้เกิดความยุติธรรมในคดีอย่างมาก เว้นเสียแต่ว่ารัฐไม่ทราบว่ามีกรกระทำความผิดเกิดขึ้น รัฐยอมไม่อาจอำนวยความสะดวกยุติธรรมได้

2.2.3 การสอบสวนคดีข่มขืนกระทำชำเรา

ในคดีข่มขืนกระทำชำเรา ไม่ว่าจะเป็คดีประเภทที่ยอมความได้หรือไม่ หากผู้เสียหายประสงค์จะดำเนินคดีเองผู้เสียหายก็สามารถทำได้ตามสิทธิที่ได้กล่าวมาแล้ว แต่เนื่องจากคดีข่มขืนกระทำชำเรานั้นต้องอาศัยอำนาจพนักงานของรัฐในการแสวงหาพยานหลักฐานบางอย่างที่สำคัญต่อคดีทำให้โดยทั่วไปผู้เสียหายจะนำคดีมาแจ้งความต่อเจ้าพนักงานตำรวจ⁵⁷ ดังนั้น กระบวนการยุติธรรมในคดีข่มขืนกระทำชำเราจึงเป็นกรณีที่รัฐเป็นผู้ดำเนินคดีแทบทั้งสิ้น

แม้คดีข่มขืนกระทำชำเราที่เกิดขึ้นจะเป็นคดีที่ยอมความไม่ได้ ซึ่งหากพนักงานสอบสวนพบเห็นหรือรู้ว่ามีกรกระทำความผิดเกิดขึ้นด้วยตัวเองพนักงานสอบสวนมีอำนาจสอบสวนแม้ไม่มีผู้ใดร้องทุกข์หรือกล่าวโทษ แต่โดยลักษณะของคดีข่มขืนกระทำชำเรานั้นมักจะเกิดในที่ลับตาคน และมักจะไม่มีพยานเห็นเหตุการณ์ ดังนั้น จึงเป็นเรื่องยากที่พนักงานสอบสวนจะดำเนินการสอบสวนคดีเพราะได้พบเห็นหรือได้รู้เอง เว้นแต่พฤติการณ์ที่เกิดขึ้นรุนแรงมาก เช่น ข่มขืนเป็นเหตุให้คนตาย ด้วยเหตุนี้จึงจำเป็นอย่างยิ่งที่ผู้เสียหายจะต้องนำคดีมาแจ้งความเพื่อให้พนักงานสอบสวนสามารถใช้อำนาจสอบสวนได้จริงในทางปฏิบัติ

เมื่อพนักงานสอบสวนรับแจ้งความคดีข่มขืนกระทำชำเราแล้ว พนักงานสอบสวนมีหน้าที่รวบรวมหลักฐานทุกชนิดเท่าที่จะทำได้ เพื่อให้ทราบข้อเท็จจริงและพฤติการณ์ต่างๆ ที่เกี่ยวกับความผิดที่ถูกกล่าวหา เพื่อให้รู้ตัวผู้กระทำความผิด และที่สำคัญคือเพื่อพิสูจน์ให้เห็นความผิดหรือความบริสุทธิ์ของผู้ต้องหา ดังนั้น ในขั้นแรกพนักงานสอบสวนจะต้องสอบปากคำผู้เสียหายและพยาน (ถ้ามี) เกี่ยวกับเหตุการณ์ข่มขืนกระทำชำเราอย่างละเอียด ลักษณะคำถามที่ผู้เสียหายจะต้องตอบในขั้นสอบสวนมีดังนี้⁵⁸

- ประวัติส่วนตัวโดยย่อของผู้เสียหาย เช่น ผู้เสียหายอายุเท่าใด มีอาชีพอะไร
- วัน เวลา และสถานที่เกิดเหตุ เช่น ในขณะที่เกิดเหตุผู้เสียหายกำลังจะเดินทางไปไหน เหตุใดผู้เสียหายจึงไปปรากฏตัวอยู่ในที่แห่งนั้น

⁵⁵ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 32

⁵⁶ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 36(3)

⁵⁷ กลุ่มเพื่อนหญิง, โครงการสตรีและเยาวชนศึกษา มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ และโครงการประสานความร่วมมือเพื่อการพัฒนาสตรีไทย, สรุปสัมมนาทางวิชาการเรื่องปัญหาในการดำเนินคดีละเมิดสิทธิทางเพศ (กรุงเทพมหานคร: ม.ป.พ., 2533), หน้า 15.

⁵⁸ ปนัดดา พันธุ์พานิช, “ทัศนคติของบุคลากรในกระบวนการยุติธรรมต่อปัญหาการดำเนินคดีข่มขืนกระทำชำเรา,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารคดี คณะสังคมสงเคราะห์ศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2535), หน้า 28.

- ข้อมูลเบื้องต้นเกี่ยวกับผู้ต้องหา เช่น ผู้ต้องหาไม่กี่คน ผู้เสียหายรู้จักกับผู้ต้องหามาก่อนหรือไม่ ผู้ต้องหาชื่ออะไร บ้านอยู่ที่ไหน ทำอาชีพอะไร ตำนานรูปพรรณโดยละเอียด ความสัมพันธ์ระหว่างผู้เสียหายกับผู้ต้องหาเป็นเช่นใด

- พฤติการณ์การข่มขืนกระทำชำเรา เช่น ผู้ต้องหากับพวกมาจากไหน ได้พูดจาชักชวนหรือไม่อย่างไร มีการใช้กำลังบังคับ ชูเชื้อ หรือทำร้ายหรือไม่อย่างไร ผู้เสียหายได้ต่อสู้ไปอย่างไรบ้าง ได้ส่งเสียงร้องให้คนช่วยเหลือหรือไม่ มีใครเข้ามาช่วยเหลือบ้าง ถ้าไม่ส่งเสียงร้องเพราะเหตุใด ผู้ต้องหาบังคับให้ผู้เสียหายเปลื้องผ้าเองหรือผู้ต้องหาเป็นคนกระทำ มีการสอดใส่อวัยวะเพศหรือไม่ มากน้อยเพียงใด สำเร็จความใคร่หรือไม่ ก็ครั้ง ในกรณีที่มีผู้ต้องหาหลายคนใครลงมือก่อนหลัง รวมระยะเวลาในเหตุการณ์นานประมาณเท่าใด

- ข้อมูลหลังเกิดเหตุ เช่น รายละเอียดบาดแผล ผู้ต้องหาคนใดได้รับอันตรายแยกกายจากการต่อสู้ หลบหนีไปทางไหนหรือคาดว่าจะไปอยู่ที่ไหน ผู้เสียหายได้เล่าให้ใครฟังบ้าง เล่าหลังจากเกิดเหตุนานเท่าใด

- พยานบุคคล เช่น มีใครรู้เห็นเหตุการณ์บ้าง บริเวณที่เกิดเหตุมีบ้านคนหรือไม่ ใครเข้ามาช่วยเหลือบ้าง

เนื่องจากผู้เสียหายคดีข่มขืนกระทำชำเราส่วนใหญ่ไม่กล้าแจ้งความเพราะรู้สึกอับอาย⁵⁹ ดังนั้น ในทางปฏิบัติเมื่อมีผู้มาแจ้งความคดีข่มขืนกระทำชำเราพนักงานสอบสวนมักจะตั้งสมมติฐานไว้ก่อนว่าอาจจะเป็นเรื่องที่มีความสัมพันธ์ทางเพศด้วยความยินยอมแต่ฝ่ายชายไม่รับอุปการะเลี้ยงดู ผู้เสียหายจึงมาแจ้งความเป็นคดีข่มขืนกระทำชำเราเพื่อบีบบังคับฝ่ายชาย ในทางปฏิบัติคำถามที่พนักงานสอบสวนใช้จึงมีลักษณะเป็นคำถามที่ตั้งเพื่อหาข้อเท็จจริงมาพิสูจน์สมมติฐานว่าผู้เสียหายไม่ได้ถูกข่มขืนจริง เช่น “หนูเป็นแฟนกับเขาหรือเปล่า”⁶⁰ “จะเอาเท่าไรบอกมาดีกว่า จะช่วยพูดให้ไม่เสียเวลา”⁶¹ “ไม่ยอมเขาแล้วไปบ้านเขาทำไม”⁶² “เราสู้เขาหรือเปล่า ไม่มีบาดแผลเลย ยอมเขาละมั้ง”⁶³ เป็นต้น

ในส่วนของผู้ถามปากคำคดีความผิดเกี่ยวกับเพศนั้น หากผู้เสียหายเป็นหญิง กฎหมายกำหนดให้พนักงานสอบสวนซึ่งเป็นหญิงเป็นผู้สอบสวน เว้นแต่ผู้เสียหายนั้นยินยอมหรือมีเหตุจำเป็นอย่างอื่น ให้บันทึกความยินยอมหรือเหตุจำเป็นนั้นไว้⁶⁴ เหตุที่กฎหมายกำหนดเช่นนี้เพราะคดีความผิดทางเพศโดยเฉพาะคดีข่มขืนกระทำชำเราเป็นเรื่องละเอียดอ่อนที่กระทบต่อความรู้สึกของหญิงผู้เสียหายมาก การที่ผู้เสียหายต้องตอบคำถามดังกล่าวข้างต้นอย่างละเอียดต่อเพศชายย่อมเป็นเรื่อง

⁵⁹ สมาคมบัณฑิตสตรีทางกฎหมายแห่งประเทศไทยและสำนักงานอัยการสูงสุด, “รายงานเสวนาโต๊ะกลม เรื่อง กระบวนการยุติธรรมกับเหยื่อคดีความผิดทางเพศ: ทำร้ายหรือคุ้มครอง,” บทบัณฑิตย 53, 4 (ธันวาคม 2540): 199.

⁶⁰ กลุ่มเพื่อนหญิง, โครงการสตรีและเยาวชนศึกษา มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ และโครงการประสานความร่วมมือเพื่อการพัฒนาสตรีไทย, สรุปสัมมนาทางวิชาการเรื่องปัญหาในการดำเนินคดีละเมิดสิทธิทางเพศ, หน้า 17.

⁶¹ เรื่องเดียวกัน.

⁶² เรื่องเดียวกัน.

⁶³ เรื่องเดียวกัน.

⁶⁴ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 133 วรรคสี่

น่าอับอาย แม้จะเป็นคำถามที่พนักงานสอบสวนจำเป็นต้องถาม ผู้เสียหายก็ต้องย้อนคิดถึงภาพเหตุการณ์นั้นซ้ำๆ เพื่อให้ได้ข้อมูลโดยละเอียดสำหรับการพิสูจน์ความผิด พนักงานสอบสวนซึ่งเป็นเพศชายอาจไม่เข้าใจถึงสภาพความรู้สึกของหญิงผู้เสียหายได้ดีเท่าหญิงด้วยกันทำให้ตั้งคำถามที่เกินเลยไปกว่าความจำเป็นและกระทบกระเทือนจิตใจของผู้เสียหายอย่างยิ่ง เช่น “ทำทำอะไร”⁶⁵ “เจ็บไหม”⁶⁶ หรือมีคำกล่าวในทำนองแทะโลม ถูกถูก ลบลู่ศักดิ์ศรีของผู้เสียหาย เช่น “สวยอย่างนี้มีน่าละถึงโดน”⁶⁷ เป็นต้น อย่างไรก็ตาม ในปัจจุบันพนักงานสอบสวนหญิงมีไม่เพียงพอทำให้ผู้เสียหายหญิงไม่ได้ประโยชน์จากความคุ้มครองตามกฎหมายดังกล่าวอย่างเต็มที่

กรณีที่พนักงานสอบสวนได้ตัวผู้ต้องหา หากเป็นคดีที่ยอมความได้และผู้ต้องหารับสารภาพ พนักงานสอบสวนจะเรียกตัวผู้เสียหายมาที่สถานีตำรวจ หากผู้เสียหายตกลงยอมความด้วย สิทธินำคดีอาญามาฟ้องก็เป็นอันระงับไป ในการเจรจายอมความนั้น ในทางปฏิบัติผู้กระทำความผิดจะเสนอชดใช้ให้เป็นเงินค่าเสียหาย⁶⁸ พนักงานสอบสวนมักจะสนับสนุนให้ผู้เสียหายยอมความเพื่อที่จะได้ไม่เป็นการเพิ่มคดีให้แก่กระบวนการยุติธรรม⁶⁹ แต่สำหรับคดีข่มขืนกระทำชำเรา นั้นนอกจากผู้เสียหายจะได้รับความเสียหายต่อร่างกายแล้วยังได้รับความเสียหายต่อจิตใจและอารมณ์อย่างมาก การชดใช้ค่าเสียหายเป็นเงินจำนวนหนึ่งเพื่อวัตถุประสงค์ในการยุติคดีอาญาจึงไม่อาจแน่ใจได้ว่าผู้เสียหายได้รับการเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นอย่างแท้จริง เพราะความเสียหายต่อจิตใจและอารมณ์นั้นจำเป็นต้องมีกระบวนการทำความเข้าใจอย่างละเอียดและต้องใช้รูปแบบวิธีการเยียวยาความเสียหายที่เหมาะสม

นอกจากนี้ หากเป็นกรณีที่ผู้กระทำความผิดมีอิทธิพล การยอมความของผู้เสียหายอาจเป็นไปได้ด้วยความรู้สึกที่จำต้องยอมเพราะเกรงกลัวอิทธิพลของผู้กระทำความผิด หรือผู้เสียหายอาจยอมความเพราะไม่อยากเผชิญกับเหตุการณ์ต่างๆ ในชั้นศาล หากพิจารณาผลของการยอมความในด้านการแก้ไขผู้กระทำความผิดจะพบว่า การยอมความไม่มีกระบวนการใดที่ช่วยให้ผู้กระทำความผิดสำนึกผิดในการกระทำของตน แม้ผู้กระทำความผิดจะได้แสดงความรับผิดชอบด้วยการเยียวยาความเสียหายให้กับผู้เสียหายเป็นเงินจำนวนหนึ่งก็อาจเป็นไปได้เพื่อให้ตนพ้นจากการถูกดำเนินคดีอาญาเท่านั้น แต่ไม่ใช่ความรับผิดชอบที่เกิดจากการสำนึกผิดในการกระทำของตน จะเห็นได้ว่าแม้การยอมความจะเป็นประโยชน์ต่อกระบวนการยุติธรรมทางอาญาในด้านการลดปริมาณคดี แต่ไม่เกิดประโยชน์อย่างแท้จริงในด้านการเยียวยาผู้เสียหายและการแก้ไขผู้กระทำความผิด

⁶⁵ สมาคมบัณฑิตสตรีทางกฎหมายแห่งประเทศไทยและสำนักงานอัยการสูงสุด, “รายงานเสวนาโต๊ะกลม เรื่อง กระบวนการยุติธรรมกับเหยื่อคดีความผิดทางเพศ: ทำร้ายหรือคุ้มครอง,” หน้า 177.

⁶⁶ เรื่องเดียวกัน.

⁶⁷ เรื่องเดียวกัน.

⁶⁸ รัฐกร คลังสมบัติ, “กระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์กับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาททางอาญาในชั้นพนักงานสอบสวน,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2552), หน้า 119.

⁶⁹ ปณิตดา พันธุ์พานิช, “ทัศนคติของบุคลากรในกระบวนการยุติธรรมต่อปัญหาการดำเนินคดีข่มขืนกระทำชำเรา,” หน้า 29.

ส่วนกรณีและผู้เสียหายไม่ประสงค์จะยอมความ หรือกรณีเป็นคดีที่ยอมความไม่ได้นั้น เมื่อพนักงานสอบสวนรวบรวมสรุปสำนวนได้ทั้งหมด พนักงานสอบสวนจะส่งสำนวนไปยังพนักงานอัยการเพื่อพิจารณาว่าควรสั่งฟ้องหรือไม่ต่อไป

2.2.4 การพิจารณาคดีข่มขืนกระทำชำเรา

หากพนักงานอัยการพิจารณาแล้วเห็นว่าสมควรสั่งฟ้อง พนักงานอัยการจะยื่นฟ้องคดีข่มขืนกระทำชำเราต่อศาล⁷⁰ ถ้าฟ้องถูกต้องตามกฎหมายศาลประทับฟ้องของพนักงานอัยการได้โดยไม่ต้องไต่สวนมูลฟ้อง จากนั้นจะเข้าสู่ขั้นตอนของการพิจารณาคดีในชั้นศาลที่สำคัญคือการสืบพยาน สำหรับคดีอาญาฝ่ายโจทก์มีหน้าที่นำสืบก่อนเสมอ เมื่อสืบพยานโจทก์แล้วฝ่ายจำเลยจึงนำพยานเข้าสืบต่อ เมื่อการพิจารณาเสร็จศาลจะชั่งน้ำหนักพยาน และพิพากษาคดี

2.2.4.1 การสืบพยาน

การสืบพยานในคดีอาญาเป็นวิธีการต่อสู้คดีในระบบกล่าวหา พยานจะต้องเบิกความด้วยวาจา⁷¹ พยานจะเบิกความด้วยวิธีอื่น เช่น เขียนเป็นลายลักษณ์อักษร หรือใช้เครื่องบันทึกเสียงพยานมาเปิดในศาลไม่ได้ ทั้งนี้เพื่อให้ศาลซึ่งเปรียบเสมือนกรรมการในการต่อสู้คดีระหว่างโจทก์และจำเลยได้มีโอกาสพิจารณาลำดับเหตุการณ์ที่พยานเบิกความถึง ตลอดจนกิริยาท่าทางขณะเบิกความเพื่อประกอบการชั่งน้ำหนักพยานด้วย ในการเบิกความด้วยวาจานั้น พยานจะต้องเบิกความจาก “ความทรงจำในอดีต” ของตน⁷² พยานจะใช้วิธีจดข้อความเตรียมมาก่อนแล้วมาอ่านให้ศาลฟังไม่ได้ หรือพยานจะนำบันทึกช่วยจำมาเปิดดูขณะเบิกความไม่ได้ ทั้งนี้เพราะพยานเป็นผู้ประสบพบเห็นข้อเท็จจริงนั้นมาโดยตรง จึงควรจะต้องจดจำเหตุการณ์นั้นได้ด้วยตนเอง ยิ่งในกรณีที่อัยการโจทก์หรือทนายได้ตั้งคำถามเพื่อจำกัดประเด็นในการตอบแล้วก็ยิ่งควรที่จะต้องตอบคำถามได้หากตนได้รู้เห็นมาจริง หากศาลยอมให้พยานอ่านข้อความที่เตรียมมาหรือสามารถนำบันทึกที่เตรียมไว้ขึ้นมาดูเวลาพยานตอบคำถามไม่ได้ จะทำให้มีการชักซ้อมพยานล่วงหน้าเพื่อเบิกความเท็จ ทำให้คู่ความอีกฝ่ายหนึ่งเสียเปรียบ ดังนั้น ผู้เสียหายในคดีข่มขืนกระทำชำเราจะต้องพยายามทบทวนเหตุการณ์และข้อเท็จจริงต่างๆ ที่เกิดขึ้นอันเป็น “ความทรงจำที่เลวร้ายในอดีต” อยู่เสมอเพื่อมิให้ตนลืมขณะที่มาเบิกความในศาล แต่บรรยากาศการพิจารณาคดีในศาลนั้นเป็นทางการ มีบรรยากาศที่กดดัน อาจทำให้ผู้เสียหายรู้สึกเกร็งและตื่นกลัวจนลืมรายละเอียดต่างๆ ได้⁷³

⁷⁰ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 143(2)

⁷¹ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 113

⁷² เข็มชัย ชุตินวงศ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน, พิมพ์ครั้งที่ 8 (กรุงเทพมหานคร: นิติบรรณการ, 2551), หน้า 362.

⁷³ Lynda L. Holmstrom and Ann W. Burgess, The Victim of Rape (United States of America: John Wiley & Sons, 1978), p. 229.

การสืบพยานในคดีอาญามี 3 ลำดับทั้งการสืบพยานโจทก์และพยานจำเลย คือ การซักถาม การถามค้าน และการถามติง⁷⁴ ตามลำดับ

1. การซักถาม คือ การที่คู่ความฝ่ายที่อ้างพยานคนนั้นซักถามพยานเพื่อให้พยานเบิกความตามประเด็นที่ผู้อ้างพยานตั้งใจจะนำสืบตามข้อกล่าวอ้างของตน ในการซักถามพยานนั้นห้ามมิให้ใช้คำถามนำ (หมายถึง คำถามที่ตอบได้เพียง “ใช่” หรือ “ไม่”) แต่ควรเป็นคำถามที่ธรรมดาสามัญและเป็นกลางเพื่อให้พยานได้ตั้งข้อเท็จจริงจากความทรงจำในอดีตของตนมาตอบ เช่น จำเลยกระทำชำเราพยานอย่างไร ให้พยานเล่าให้ศาลฟังโดยละเอียด เป็นต้น

2. การถามค้าน คือ การซักถามเพื่อทำลายน้ำหนักของพยานฝ่ายตรงข้าม และเพื่อให้ข้อเท็จจริงที่ปรากฏแต่เพียงบางส่วนหรือไม่เคยปรากฏเลยปรากฏชัดขึ้นเพื่อประโยชน์แก่รูปคดีของตน เมื่อคู่ความฝ่ายที่อ้างพยานได้ซักถามพยานเสร็จแล้ว คู่ความอีกฝ่ายหนึ่งมีสิทธิถามค้านพยานได้ เนื่องจากในคดีอาญามีหลักการชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานว่าศาลจะต้องไม่หลงโทษจำเลยจนกว่าจะแน่ใจว่ามีการกระทำความผิดจริงและจำเลยเป็นผู้กระทำความผิดนั้น หากมีความสงสัยตามสมควรว่าจำเลยได้กระทำความผิดหรือไม่ (reasonable doubt) ให้ยกประโยชน์แห่งความสงสัยให้จำเลย กล่าวคือศาลต้องยกฟ้องโจทก์ การที่โจทก์จะชนะคดีอาญาได้โจทก์จะต้องนำสืบให้ถึงระดับที่เรียกว่าปราศจากความสงสัยตามสมควร (proof beyond a reasonable doubt) ดังนั้น ขั้นตอนการถามค้านจึงมีความสำคัญต่อผลแพ้ชนะคดีมาก เพราะเพียงแค่นายจำเลยสามารถแสดงให้ศาลเห็นว่ายังมีความสงสัยตามสมควรอยู่ว่าจำเลยกระทำความผิดจริงหรือไม่ ศาลก็ต้องยกฟ้องจำเลย นายจำเลยจึงมีวิธีการต่างๆ มากมายเพื่อทำลายน้ำหนักพยานโจทก์โดยเฉพาะในประเด็นเรื่องผู้เสียหายยินยอมหรือไม่⁷⁵

3. การถามติง คือ การที่คู่ความหรือทนายความฝ่ายที่อ้างพยานถามพยานของตนอีกครั้งหนึ่งภายหลังจากที่คู่ความฝ่ายตรงข้ามถามค้านแล้ว เพื่อแก้ไขถ้อยคำหรือข้อความที่พยานตอบเพี้ยนพล่าไปเป็นผลให้น้ำหนักหรือความน่าเชื่อถือของพยานลดลง หรือเพื่ออธิบายหรือขยายความข้อเท็จจริงที่พยานตอบคำถามค้านไปแล้วให้ชัดเจนขึ้น ทั้งนี้เพราะพยานอาจตอบคำถามค้านไปด้วยความตื่นกลัว เข้าใจผิด หรือไม่เข้าใจคำถาม

ด้วยลักษณะของคดีข่มขืนกระทำชำเราที่มักเกิดในที่ลับตาคน ดังนั้น ผู้เสียหายในคดีข่มขืนกระทำชำเราจึงเป็นประจักษ์พยานและเป็นพยานโดยตรงในคดี ประกอบกับหากไม่มีการกระทำความผิดเกิดขึ้นจริงคงไม่มีใครสร้างเรื่องเช่นนี้ให้ตัวเองต้องอับอายเป็นแน่แท้ ดังนั้น คำเบิกความของผู้เสียหายในคดีข่มขืนกระทำชำเราจึงมีน้ำหนักมาก เว้นแต่ว่าทนายจำเลยสามารถทำให้ศาลเห็นว่ายังมีความสงสัยตามสมควรอยู่ ศาลก็จำต้องตัดสินใจไปตามหลักกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เช่น คดีหนึ่งผู้เสียหายเป็นผู้เยาว์ ทนายจำเลยถามค้านว่า “เมื่อจำเลยสอดอวัยวะเข้าไปแล้ว พยานได้ยกตะโพกขึ้นรับหรือไม่” พยานซึ่งเป็นผู้เสียหายยังอ่อนต่อโลกพลั้งปากตอบว่า “ได้ยกตะโพกขึ้นรับ

⁷⁴ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 117 ประกอบ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 15

⁷⁵ Jennifer Temkin, *Rape and the Legal Process* (Great Britain: Garden City Press, 1987), p. 6.

จริง” ด้วยคำตอบดังกล่าวทำให้ศาลตัดสินยกฟ้องโจทก์เพราะศาลเกิดความสงสัยตามสมควรว่าโจทก์อาจยินยอมร่วมประเวณีกับจำเลยจริง⁷⁶

จะเห็นได้ว่าโดยระบบการดำเนินคดีอาญาที่ใช้ระบบกล่าวหา คู่ความทั้งสองฝ่ายต่อสู้คดีกันด้วยพยานหลักฐาน จำเลยได้รับความคุ้มครองตามข้อสันนิษฐานของกฎหมาย แต่ผู้เสียหายในคดีข่มขืนกระทำชำเราซึ่งได้รับความเสียหายทั้งด้านร่างกายและจิตใจกลับไม่ได้รับความคุ้มครองในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาแต่อย่างใด ยิ่งไปกว่านั้น การสืบพยานในชั้นศาลยังทำให้ผู้เสียหายต้องตกเป็นเหยื่อซ้ำ (re-victimization) เพราะต้องกลายเป็นผู้ถูกสอบสวนเรื่องราวต่างๆ เสียเอง การที่ผู้เสียหายต้องเบิกความอย่างละเอียดจากความทรงจำของตนภายใต้บรรยากาศที่กดดันทำให้ผู้เสียหายได้รับความเสียหายต่อจิตใจมากยิ่งขึ้นไปอีกและอาจก่อให้เกิดอาการจิตพลวัต* ซึ่งกระทบต่อการดำรงชีวิตอันเป็นปกติสุขของผู้เสียหายได้

2.2.4.2 การชั่งน้ำหนักพยานหลักฐาน

ดังที่กล่าวมาแล้วว่าประเด็นเรื่องผู้เสียหายยินยอมหรือไม่เป็นประเด็นสำคัญในคดีข่มขืนกระทำชำเรา แต่ความยินยอมนั้นเป็นเรื่องที่พิสูจน์ได้ยากเพราะเป็นเรื่องของจิตใจ ประเด็นเรื่องความยินยอมของผู้เสียหายจึงถูกหยิบยกขึ้นมาเป็นข้อโต้แย้งอยู่เสมอ เนื่องจากคดีข่มขืนกระทำชำเรามักไม่มีประจักษ์พยานอื่นนอกจากผู้เสียหาย ดังนั้น การที่ศาลจะตัดสินว่าหญิงยินยอมหรือไม่จึงจำเป็นต้องมีการพิเคราะห์ถึงพยานหลักฐานหรือปัจจัยแวดล้อมอื่นๆ ประกอบด้วย ประเด็นสำคัญในการพิจารณาที่ส่งผลต่อการชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานเพื่อพิสูจน์ข้อเท็จจริงเรื่องความยินยอมมี 3 ประเด็นหลัก คือ ระยะเวลา บาดแผล และภูมิหลังของผู้เสียหาย⁷⁸

1. ระยะเวลา ช่วงเวลาที่สำคัญคือช่วงเวลาหลังจากเกิดการข่มขืนกระทำชำเราตามที่คุณเสียหายกล่าวอ้าง ไปจนถึงช่วงเวลาที่คุณเสียหายดำเนินการต่างๆ เพื่อประโยชน์แก่การดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิด ไม่ว่าจะเป็นการเล่าเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นให้บุคคลใกล้ชิดฟัง การไปพบแพทย์เพื่อตรวจหาร่องรอยของการข่มขืน ตลอดจนการไปแจ้งความกับเจ้าหน้าที่ตำรวจ** ระยะเวลา

⁷⁶ เอกรงค์ ภาณุพงษ์, กนกวลี ศรีวัฒนากุล และทีมข่าวเหยี่ยวเดือนเก้า, ข่มขืน...ภัยผู้หญิง (กรุงเทพมหานคร: สยามอินเตอร์บุ๊คส์, 2547), หน้า 275.

* อาการจิตพลวัต ตามทฤษฎีจิตพลวัตของ Sigmund Freud เป็นอาการที่เกิดจากการมีความทรงจำติดอยู่กับเหตุการณ์หรือช่วงเวลาระยะใดระยะหนึ่ง แม้ความจริงเหตุการณ์จะผ่านไปแล้วแต่ความขัดแย้งที่เกิดขึ้นภายในใจจะยังคงอยู่ เนื่องจากการที่บุคคลไม่สามารถผ่านความยุ่งยากที่เกิดขึ้นจากเหตุการณ์หรือช่วงเวลานั้นได้ ทำให้ไม่พร้อมที่จะเผชิญกับสิ่งที่จะเกิดขึ้นต่อไป การข่มขืนกระทำชำเราเป็นเหตุการณ์สะเทือนขวัญที่เมื่อเกิดขึ้นกับผู้เสียหายแล้วจะทำให้ผู้นั้นมีปัญหาเกี่ยวกับการปรับตัวเข้ากับสิ่งต่างๆ รอบตัว ผู้เสียหายจะเกิดภาวะเครียดตราบใต้ที่เหตุการณ์นั้นยังคงฝังอยู่ในความคิดของผู้เสียหายตลอดเวลา.

⁷⁸ สมชาย ปรีชาศิลปกุล, เพศวิถีในคำพิพากษา, หน้า 43.

** เช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1729/2498 “...ศาลฎีกาพิเคราะห์พยาน 2 ฝ่ายโดยละเอียดแล้วเห็นว่า น.ส.เพลินเบิกความเป็นหลักฐานแน่ชัดว่าจำเลยทั้งสองได้ข่มขืนกระทำชำเราพยานจนสำเร็จความใคร่คนละ 1 ครั้ง บาดแผลที่ปรากฏตามใบสันสูตรบาดแผลของ น.ส.เพลินและถ้อยคำของนายประดิษฐ์แพทย์ผู้ชันสูตรบาดแผลยืนยันประกอบถ้อยคำของ น.ส.เพลินอย่างชัดเจน นายสอนยืนยันว่าจำเลยทั้งสองจุด น.ส.เพลินลงไปทางแม่น้ำ ได้ยิน

ระหว่างช่วงเวลาดังกล่าว เช่น 1 วัน 1 สัปดาห์ 1 เดือน หรือหลายๆ เดือน เป็นประเด็นที่มีความสำคัญในการพิจารณาว่าผู้เสียหายยินยอมให้กระทำชำเราหรือไม่ หากผู้เสียหายได้แจ้งความต่อเจ้าหน้าที่ตำรวจในทันทีหรือโดยเร็วหลังจากเกิดเหตุเพื่อให้มีการติดตามจับกุมตัวผู้ก่อเหตุเป็นปัจจัยสำคัญที่ทำให้ศาลให้น้ำหนักแก่คำให้การหรือคำเบิกความของผู้เสียหายเพราะแสดงให้เห็นว่าผู้เสียหายโกรธแค้นและต้องการจะให้ลงโทษผู้กระทำความผิด ถ้าในการสอบสวนมีพยานหลักฐานอื่นมาประกอบยิ่งจะทำให้พยานหลักฐานของฝ่ายผู้เสียหายน่าเชื่อถือมากยิ่งขึ้น ซึ่งการแจ้งความโดยเร็วมีผลอย่างมากต่อการได้มาซึ่งพยานหลักฐานที่มากขึ้น เช่น ผลการตรวจของแพทย์ หากไปตรวจเร็วผลการตรวจจะชัดเจน หรือ รูปถ่ายสถานที่เกิดเหตุ หากแจ้งความเร็วสถานที่เกิดเหตุอาจยังหลงเหลือสภาพร่องรอยของการต่อสู้ในบริเวณนั้นอยู่ รวมถึงคำให้การพยานบอกเล่าที่ได้รับฟังเรื่องราวจากผู้เสียหายหลังจากเกิดเหตุ เป็นต้น ถึงแม้ว่าพยานหลักฐานอื่นที่ได้จะไม่สอดคล้องหรือไม่สนับสนุนข้อเท็จจริงตามที่ผู้เสียหายกล่าวอ้าง แต่คำให้การของผู้เสียหายที่มาแจ้งความกับเจ้าหน้าที่ตำรวจโดยเร็วหลังเกิดเหตุก็ยังถือว่ามื่อน้ำหนักอย่างมากเพราะผู้เสียหายแทบจะไม่มีเวลาคิดดัดแปลงเรื่องราวให้เป็นอื่น

เมื่อพิจารณาตามแนวคำพิพากษาศาลฎีกาที่มีประเด็นเกี่ยวกับเรื่องนี้ จะพบว่าศาลให้ความหมายของการเล่าเหตุการณ์ให้คนใกล้ชิดฟังภายหลังเกิดเหตุและการแจ้งความที่เกิดขึ้นอย่างรวดเร็วว่าหมายถึง “การไม่ยินยอม” ของผู้เสียหาย ดังนั้น ในทางกลับกัน หากเมื่อเกิดเหตุการณ์แล้วแต่ผู้เสียหายมิได้ดำเนินการอย่างรวดเร็วเท่าที่จะกระทำได้ ย่อมส่งผลกระทบต่อความน่าเชื่อถือของคำให้การและคำเบิกความของผู้เสียหายอย่างมาก ถ้าทนายจำเลยยกประเด็นนี้ขึ้นมาถามค้านเพื่อทำลายน้ำหนักพยานโจทก์ได้ก็จะทำให้ศาลเกิดความสงสัยตามสมควร (reasonable doubt) ว่าโจทก์ไม่ยินยอมจริงดังที่โจทก์กล่าวอ้างหรือไม่ การมีปฏิกิริยาตอบโต้ทันทีหรือโดยเร็วเนื่องจากถูก

เสียง น.ส.เพลินร้องให้คนช่วยและเสียงครางที่หาดทราย นอกจากนี้ยังมีเสียงอีกปากหนึ่งอยู่คนละฟากแม่น้ำกับที่เกิดเหตุ ได้ยินเสียงหญิงร้องให้ช่วย จึงออกจากบ้านลงมาในแม่น้ำจะข้ามฟากมาช่วย ฉายไฟฟ้าเดินทางเห็นจำเลยทั้งสองกอดหญิงอยู่ที่หาดทราย และเสียงจำเลยขู่ว่าให้หยุดมิฉะนั้นจะยิงพยานกลัวเลยกลับไป **ใช่แต่เท่านั้น น.ส.เพลินได้ไปแจ้งเหตุต่อเจ้าพนักงานตอนเช้าทันที** เจ้าพนักงานจึงติดตามจับตัวจำเลยทั้ง 2 มาได้ในเวลาอันรวดเร็วปรากฏว่าหลังมือซ้ายของจำเลยที่ 1 มีรอยถูกกัดเป็นรูปรอยฟัน 5-6 รอย มีโลหิตติดอยู่ด้วยซึ่งเจ้าพนักงานได้ถ่ายรูปส่งเป็นของกลางไว้แล้ว หลักฐานพยานโจทก์ทั้งหมดนี้จึงประกอบให้เชื่อได้สนิทว่าจำเลยทั้งสองได้ข่มขืนกระทำชำเรา น.ส.เพลินดังข้อหา...”

* เช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 627/2543 “..ปัญหาดังกล่าวข้อเท็จจริงฟังยุติตามคำพิพากษาศาลชั้นต้นแล้วว่าจำเลยได้ยิงปืนในบริเวณเกิดเหตุในเวลาเกิดเหตุ หากผู้เสียหายเป็นใจยินยอมร่วมประเวณีกับจำเลยก็ไม่มีเหตุใดๆ ที่จำเลยจะต้องยิงปืนในขณะที่ได้ร่วมประเวณีกับผู้เสียหาย เป็นการเจือสมกับคำเบิกความของผู้เสียหายว่าจำเลยยิงปืนขู่บังคับให้ผู้เสียหายจำต้องยอมให้จำเลยกระทำชำเราประกอบกับผู้เสียหายได้แจ้งเหตุว่าถูกจำเลยใช้อาวุธปืนข่มขู่บังคับข่มขืนกระทำชำเราในทันทีที่พบกับนางจรงค์มารดาของผู้เสียหาย หากผู้เสียหายสมัครใจร่วมประเวณีกับจำเลย คงไม่หาเหตุกล่าวหากลับแก้งจำเลย และนางจรงค์ได้แจ้งเหตุที่เกิดขึ้นต่อพันตำรวจโท ประสารญาติของนางจรงค์ในตอนเช้าวันเกิดเหตุ และได้ไปแจ้งเหตุต่อพนักงานสอบสวนในวันเดียวกันและเจ้าพนักงานตำรวจได้พากันออกไปตรวจสถานที่เกิดเหตุ และพบของกลางในบริเวณเกิดเหตุซึ่งสมจริงตามคำเบิกความของผู้เสียหาย แสดงว่าผู้เสียหายบอกเล่าเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นตามความเป็นจริง เพราะมิฉะนั้นคงจะตรวจไม่พบของกลางโดยเฉพาะตะขอสร้อยข้อมือของจำเลยตกในบริเวณที่เกิดเหตุ...”

ข่มขืนจึงเป็นเรื่องที่ศาลคาดหมายว่าผู้เสียหายควรทำเพื่อแสดงให้เห็นถึงความไม่ยินยอมและความประสงค์จะให้ผู้กระทำความผิดได้รับโทษ แต่การตกเป็นผู้เสียหายในคดีข่มขืนกระทำชำเรา นั้นเป็นเรื่องน่าอับอาย ไม่พึงปรารถนาสำหรับผู้ใด การที่ผู้เสียหายตัดสินใจเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมในคดีข่มขืนกระทำชำเราผู้เสียหายย่อมต้องรู้ดีถึงความเสี่ยงที่จะแพคดี ตลอดจนความเสื่อมเสีย ความยุ่งยาก และภาระต่างๆ ที่จะตามมา สิ่งเหล่านี้เป็นเรื่องสำคัญที่ผู้เสียหายต้องใช้เวลาคิดและชั่งน้ำหนักเปรียบเทียบระหว่างสิ่งที่ต้องเสียไปและสิ่งที่จะได้กลับคืนมา แต่เมื่อผู้เสียหายตัดสินใจเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมแล้วช่วงเวลาของการใช้เวลาไตร่ตรองกลับกลายเป็นสิ่งที่ย้อนมาทำร้ายผู้เสียหายเสียเอง

2. บาดแผล เนื่องจากผู้เสียหายกล่าวอ้างว่ามีการข่มขืนกระทำชำเราเกิดขึ้น ดังนั้นการแสดงออกทางกายภาพด้วยการขูดขื่นจึงเป็นสิ่งที่แสดงให้เห็นได้ถึงความไม่ยินยอมของผู้เสียหาย* หากผู้กระทำความผิดยังคงต้องการกระทำชำเราผู้เสียหายอยู่ก็ต้องมีการใช้กำลังเกิดขึ้น การข่มขืนจึงควรที่จะมีร่องรอยของการต่อสู้ปรากฏให้เห็นซึ่งอาจเป็นร่องรอยการต่อสู้บนตัวผู้เสียหายหรือผู้กระทำความผิดก็ได้ เช่น รอยฉีกขาดของเยื่อพรหมจารี รอยฟกช้ำ รอยขีดข่วน ร่องรอยเหล่านี้ล้วนแสดงให้เห็นถึงการขูดขื่นของผู้เสียหาย หากเป็นบาดแผลที่มีความรุนแรงมากยิ่งมีน้ำหนักมากในการแสดงให้เห็นว่าผู้เสียหายไม่ยินยอมตามที่กล่าวอ้างจริงๆ ในทางกลับกันหากมีบาดแผลปรากฏบนตัวผู้เสียหายน้อยหรือแทบไม่ปรากฏเลยย่อมจะทำให้น้ำหนักของคำให้การและคำเบิกความของผู้เสียหายลดลง ทั้งที่สัญชาตญาณการเอาตัวรอดของมนุษย์แต่ละคนอาจแตกต่างกันไป บางคนอาจเลือกที่จะตื่นนอนต่อสู้ขูดขื่นเต็มที่ กรณีนี้ผลดีคือหากฟ้องคดีผู้เสียหายมีโอกาสชนะสูงเพราะมีหลักฐานชัดเจน แต่โอกาสที่จะถูกทำร้ายหรือเสียชีวิตก็สูงเช่นกัน ส่วนบางคนอาจเลือกที่จะไม่ตื่นนอนต่อสู้ขูดขื่นมากเพื่อรักษาชีวิตของตนไว้ ซึ่งมีได้แปลว่าเป็นการยินยอมให้กระทำชำเราแต่อย่างใด แต่ความคิดเพื่อปกป้องตัวเองในสถานการณ์คับขันเช่นนี้กลับเป็นผลเสียแก่ผู้เสียหายในการต่อสู้คดี หรืออาจเป็นกรณีที่ผู้เสียหายถูกบุคคลที่มีอำนาจเหนือกว่าบังคับให้ร่วมประเวณีด้วยแต่ไม่ได้บังคับด้วยกำลังกายซึ่งอาจเกิดขึ้นได้ระหว่างนายจ้างกับลูกจ้าง หรือผู้บังคับบัญชากับผู้ใต้บังคับบัญชา นายจำเลยบางคนอาจใช้จุดอ่อนของพยานหลักฐานฝ่ายโจทก์ในเรื่องนี้มาทำลายน้ำหนักพยานโจทก์ ทำให้โจทก์ต้องแพคดีไป แต่ความเสียหายที่เกิดขึ้นกับผู้เสียหายนั้นยังคงอยู่โดยเฉพาะความเสียหายต่อจิตใจ และผู้เสียหายไม่ได้รับการเยียวยาความเสียหายแต่อย่างใด

3. ภูมิหลังของผู้เสียหาย ในคดีความผิดเกี่ยวกับเพศ กฎหมายกำหนดเป็นข้อห้ามไว้ว่าห้ามมิให้จำเลยนำสืบด้วยพยานหลักฐานหรือถามค้านด้วยคำถามอันเกี่ยวกับพฤติกรรมทางเพศของ

* เช่น คำพิพากษาฎีกาที่ 4437/2531 “...นอกจากเส้นผม ขนจากอวัยวะเพศของจำเลยจะตกอยู่ที่กองเลือดในที่เกิดเหตุแล้ว จากการตรวจร่างกายซึ่งพบร่องรอยบาดแผลขีดข่วนที่ร่างกายของจำเลยอีกหลายแห่งคือที่บริเวณหน้าอก หน้าท้อง ไหล่ซ้าย บริเวณเข้าทั้งสองข้างและที่ศีรษะทั้งสองด้าน ดังปรากฏจากภาพถ่ายหมายเลข จ.8 บาดแผลขีดข่วนดังกล่าวนี้ ผู้ช่วยศาสตราจารย์นายแพทย์สุนทรเบิกความว่า เกิดมาแล้วประมาณ 5 วัน อันเป็นระยะใกล้เคียงกับวันเกิดเหตุ สำหรับรอยขีดข่วนที่ศีรษะ จำเลยก็เบิกความรับว่าเกิดจากเล็บ แต่เสี่ยงว่าเป็นรอยเล็บของจำเลยเพราะจำเลยเกาศีรษะ อย่างไรก็ดี สำหรับรอยขีดข่วนที่ร่างกายในที่อื่น ๆ จำเลยก็ไม่มีข้ออ้างหรือข้อแก้ตัวแต่อย่างใด อ้างแต่ว่าจำไม่ได้ ดังนั้นร่องรอยขีดข่วนตามร่างกายของจำเลยจึงน่าจะเกิดจากการตื่นนอนต่อสู้ของผู้ตาย ข้อเท็จจริงที่ปรากฏจากพยานวัตถุซึ่งพบในที่เกิดเหตุ ฟังได้ว่าจำเลยเป็นผู้กระทำความผิดดังฟ้อง...”

ผู้เสียหายกับบุคคลอื่นนอกจากจำเลย เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากศาลตามคำขอ⁷⁹ ดังนั้น พฤติกรรมทางเพศระหว่างผู้เสียหายกับจำเลยจึงเป็นประเด็นสำคัญประการหนึ่งในการพิสูจน์ว่าผู้เสียหายยินยอมให้กระทำชำเราหรือไม่ โดยจะนำสืบในลักษณะของการค้นหาว่าความสัมพันธ์ของคู่กรณีเป็นเช่นใด เช่น เป็นคนรู้จักกัน หรือคนรัก หรือเคยอยู่กินกันมา หากผู้เสียหายและจำเลยเคยมีความเสน่หาต่อกันก็เป็นไปได้ที่จะนำไปสู่การร่วมประเวณีด้วยความสมัครใจของทั้งสองฝ่าย ศาลให้น้ำหนักกับความสัมพันธ์ของคู่กรณีมากในการชี้ขาดว่าเป็นการยินยอมหรือไม่ ยิ่งไปกว่านั้นหากทางพิจารณา นำสืบได้ความว่าเคยเป็นคนรักกันมาก่อน หรือเคยร่วมประเวณีกันโดยไม่มีการดำเนินคดีใดๆ เกิดขึ้น หากภายหลังร่วมประเวณีกันใหม่และเกิดข้อพิพาทว่าเป็นการข่มขืนหรือไม่ ความสัมพันธ์ในอดีตของคู่กรณีก็จะถูกหยิบยกขึ้นมาเป็นประเด็นสำคัญในคดีด้วย อาจกล่าวได้กล่าวได้ว่าในมุมมองของศาลนั้น หากคู่กรณีเคยร่วมประเวณีกันด้วยความสมัครใจมาแล้ว ก็ย่อมสามารถที่จะเกิดขึ้นได้อีก⁸⁰ ดังสำนวน “วัวเคยขา ม้าเคยขี่”⁸¹ ในทางกลับกัน หากผู้เสียหายและจำเลยไม่เคยรู้จักกันมาก่อนที่จะเกิดเหตุ ก็ย่อมสนับสนุนว่าการกระทำของจำเลยเป็นการข่มขืนกระทำชำเรา เพราะเมื่อไม่เคยรู้จักกันมาก่อนก็ไม่มีเหตุผลใดที่จะกลั่นแกล้งหรือใส่ร้ายคนอื่นว่ากระทำความผิด กรณีเช่นนี้น้ำหนักของคำให้การและคำเบิกความของผู้เสียหายจะมีมากแม้ว่าจะจะเป็นประจักษ์พยานเพียงคนเดียวในการกล่าวหาฝ่ายชาย การที่กฎหมายอนุญาตให้นำสืบถึงพฤติกรรมทางเพศของผู้เสียหายกับจำเลยได้นั้นเป็นเรื่องที่ยุติธรรมในแง่ของการพิสูจน์หาความจริงในระบบกล่าวหา อย่างไรก็ตาม ความจริงบางประการก็เป็นเรื่องละเอียดอ่อนและน่าลำบากใจที่ผู้เสียหายจะต้องมาเปิดเผยให้ผู้อื่นทราบ เช่น นายจำเลยอาจตั้งคำถามว่า “ผู้เสียหายเคยนอนกับจำเลยมาแล้วกี่ครั้ง”⁸² การต้องตอบคำถามเช่นนี้จึงเสมือนหนึ่งว่าผู้เสียหายมิใช่ผู้เสียหาย หากแต่ตกเป็นจำเลยหรือเป็นวัตถุแห่งคดี (object) ที่ต้องถูกตรวจสอบเสียเอง

2.2.4.3 ผลของการพิจารณาคดี

ผลทางกฎหมายของการสู้คดีอาญาในศาลมี 2 ประการ คือ ฝ่ายหนึ่งชนะคดีและอีกฝ่ายหนึ่งแพ้คดี ศาลจะยกฟ้องโจทก์ในกรณีที่ศาลเห็นว่าจำเลยมิได้กระทำความผิด การกระทำของจำเลยไม่เป็นความผิด คดีขาดอายุความ หรือมีเหตุตามกฎหมายที่จำเลยไม่ควรต้องรับโทษ และศาลจะลงโทษจำเลยเมื่อศาลเห็นว่าจำเลยได้กระทำความผิดตามที่โจทก์ฟ้องและไม่มีเหตุยกเว้นโทษตามกฎหมาย⁸³

กรณีที่ศาลพิพากษายกฟ้องในคดีข่มขืนกระทำชำเรา หากผู้เสียหายถูกข่มขืนกระทำชำเราจริงและผู้เสียหายไม่เห็นด้วยกับคำพิพากษาผู้เสียหายจะต้องยื่นอุทธรณ์ต่อไปภายในกำหนด

⁷⁹ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 226/4

⁸⁰ สมชาย ปรีชาศิลปกุล, แพรววิถีในคำพิพากษา, หน้า 55.

⁸¹ ที่มาของสำนวนมาจากการขี่ม้าหรือวัว หมายความว่า เคยคุ้นกันมาอย่างดี รู้ที่กัน เข้าใจในทำนองของกันและกัน จาก ขุนวิจิตรมาตรา, สำนวนไทย (กรุงเทพมหานคร: ดวงกมลสมัย, 2538), หน้า 532.

⁸² สมชาย ปรีชาศิลปกุล, แพรววิถีในคำพิพากษา, หน้า 55.

⁸³ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 185

หนึ่งเดือนนับแต่วันอ่านคำพิพากษา ระยะเวลาการดำเนินคดีก็จะยาวนานต่อไปอีก หากผู้เสียหายไม่ต้องการต่อสู้คดีต่อผู้เสียหายก็ต้องยอมรับคำพิพากษาของศาลซึ่งจะติดตัวไปตลอดชีวิต แต่ไม่ว่าผู้เสียหายเลือกกรณีใด การที่ผู้เสียหายถูกข่มขืนกระทำชำเราจริงและผู้เสียหายเลือกที่จะดำเนินคดีจนมาถึงขั้นที่ศาลมีคำพิพากษาแล้วย่อมเสียทั้งเวลาและค่าใช้จ่ายและที่สำคัญคือ การต้องเผชิญกับสถานการณ์ต่างๆ ในแต่ละขั้นตอนของกระบวนการยุติธรรมที่ผู้เสียหายเปรียบเสมือนจำเลยที่ถูกพิจารณาคดีเสียเอง การที่ผู้เสียหายต้องอยู่ในกระบวนการยุติธรรมที่เป็นการต่อสู้ระหว่างสองฝ่ายนานเท่าใดยิ่งก่อให้เกิดความเสียหายต่อจิตใจของผู้เสียหายมากขึ้นเท่านั้น

กรณีที่ศาลพิพากษาว่าจำเลยมีความผิด จำเลยมีสิทธิยื่นอุทธรณ์คำพิพากษาได้ หากจำเลยยื่นอุทธรณ์คำพิพากษาจริงระยะเวลาในการดำเนินคดีก็จะนานขึ้นอีกซึ่งไม่เป็นผลดีกับผู้เสียหายเช่นกัน

2.2.5 มาตรการบังคับทางอาญาที่ใช้กับผู้กระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา

มาตรการบังคับทางอาญา หมายถึง มาตรการบังคับต่างๆ ในทางกฎหมายอาญาที่ใช้กับผู้กระทำความผิด ได้แก่ โทษ วิธีการเพื่อความปลอดภัย และมาตรการบังคับทางอาญาอื่น⁸⁴

2.2.5.1 โทษที่ใช้กับผู้กระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามกฎหมายไทย

ดังที่ได้กล่าวมาในหัวข้อ 2.1.1 แล้วว่าในอดีตจนถึงปัจจุบันความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราของประเทศไทยปรากฏอยู่ในกฎหมาย 4 ฉบับ คือ (1) พระอัยการลักษณะผิดเมีย (2) พระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ. 118 (3) กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 และ (4) ประมวลกฎหมายอาญา ตามลำดับ โทษของการกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราในกฎหมายแต่ละฉบับมีพัฒนาการทั้งด้านแนวคิดเรื่องวัตถุประสงค์ของการลงโทษ* และวิธีการลงโทษ อย่างไรก็ตาม หากพิจารณาเฉพาะวัตถุประสงค์ของการลงโทษผู้กระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราในกฎหมายทั้ง 4 ฉบับจะพบว่าสิ่งหนึ่งที่เหมือนกันตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบันคือโทษที่ใช้กับผู้กระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามกฎหมายไทยไม่ให้ความสำคัญและไม่ส่งเสริมวัตถุประสงค์ของการลงโทษทางอาญาด้านการแก้ไขผู้กระทำความผิดและการเยียวยาผู้เสียหาย

1. โทษตามพระอัยการลักษณะผิดเมีย กฎหมายตราสามดวง

⁸⁴ คณิต ณ นคร, กฎหมายอาญาภาคทั่วไป, หน้า 423.

* วัตถุประสงค์ของการลงโทษทางอาญา มี 5 ประการ คือ การลงโทษเพื่อแก้แค้นทดแทน (Retribution) การลงโทษเพื่อป้องกันยับยั้ง (Deterrence) การลงโทษเพื่อตัดโอกาสกระทำความผิด (Incapacitation) การลงโทษเพื่อแก้ไขผู้กระทำความผิด (Rehabilitation) และ การลงโทษเพื่อเยียวยาความเสียหายให้แก่ผู้เสียหาย (Restitution)

โทษของผู้กระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามพระอัยการลักษณะผิวเมีย คือ ปรับไหมผิดเมีย* มีลักษณะเป็นโทษทางอาญาปะปนกับโทษทางแพ่ง มิใช่โทษทางอาญาอย่างแท้จริง เหตุที่โทษของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา มีลักษณะเป็นโทษทางแพ่งอยู่ด้วยเพราะความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราบัญญัติในพระอัยการลักษณะผิวเมียซึ่งเป็นเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างสามีภริยา และการปกครองบุตรของบิดามารดา การข่มขืนกระทำชำเราจึงเป็นการละเมิดอำนาจปกครอง แต่หากเป็นกรณีพระภิกษุสามเณรเป็นผู้กระทำความผิด กฎหมายบัญญัติให้ “ศีกออกลงโทษ²⁵ ที่ส่งตัวลงหุ้ช้างหลวง”⁸⁵ เป็นโทษอาญาสำหรับให้ผู้กระทำความผิดทำงานหนักตลอดระยะเวลาที่ถูกลงโทษ การลงโทษในสมัยนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อแก้แค้นทดแทน ป้องกันยับยั้ง และตัดโอกาสมิให้กระทำความผิดในกรณีส่งตัวลงหุ้ช้างหลวง แต่ยังไม่มีการลงโทษที่มีวัตถุประสงค์เพื่อแก้ไขผู้กระทำความผิดและเยียวยาความเสียหายให้แก่ผู้เสียหาย

2. โทษตามพระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ. 118

การประกาศใช้พระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ. 118 ได้รับอิทธิพลมาจากการที่สภาพสังคมและวัฒนธรรมเริ่มเปลี่ยนแปลงตลอดจนปัญหาสิทธิสภาพนอกอาณาเขต ทำให้ไทยต้องปรับปรุงและประกาศใช้กฎหมายอาญาเป็นเรื่องๆ รวมทั้งพระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ. 118 ด้วย⁸⁶ ในเรื่องโทษ เนื่องจากพระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณีมีลักษณะให้ความคุ้มครองแก่เสรีภาพทางเพศของหญิงมากกว่าคุ้มครองอำนาจปกครองของสามีหรือผู้ปกครองของหญิง ประกอบกับการแก้ไขปรับปรุงกฎหมายทำให้ความผิดเกี่ยวกับเพศมีความเป็นกฎหมายอาญาชัดเจนมากขึ้นเพราะมุ่งลงโทษที่พฤติกรรมการกระทำความผิด ดังนั้น จากเดิมที่โทษเป็นเพียงการปรับไหมผิดเมีย พระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ. 118 มาตรา 4⁸⁷ ได้บัญญัติโทษของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเป็นโทษทางอาญา คือ จำคุก หนึ่งปี ทำงานหนัก นอกจากนี้ยังมีโทษปรับด้วย** อย่างไรก็ตาม โทษปรับตามพระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี

* พระอัยการลักษณะผิวเมีย กฎหมายตราสามดวง

มาตรา 1 บัญญัติว่า “ชายใดข่มขืนภรรยาถึงชำเรา ให้ไหมโดยประณมผิดเมียทวีคูณ ถ้าข่มขืนโดยมิได้ชำเราให้ไหมโดยประณมผิดเมีย”

มาตรา 76 บัญญัติว่า “ชายใดมีเมียแล้วข่มขืนลูกสาวหลานสาวท่านถึงชำเรา ให้ไหมชายนั้นถึงประณมผิดเมีย ถ้าข่มขืนมิถึงชำเราให้ไหมกึ่งถึงชำเรา”

มาตรา 77 บัญญัติว่า “ชายหาเมียมิได้ข่มขืนลูกสาวหลานสาวท่านถึงชำเรา ให้ไหมถึงเป็นชั้นมีเมียแล้ว ถ้าข่มขืนถึงชำเราให้ไหมกึ่งถึงชำเรา”

⁸⁵ เรือนจำกลางตาก, โทษทัณฑ์ในสมัยโบราณ [ออนไลน์], 29 พฤศจิกายน 2555. แหล่งที่มา <http://www.correct.go.th/poptakk/favorite.htm/history6.htm>

⁸⁶ ชิตชนก แผ่นสุวรรณ, “ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและอนาจาร: ศึกษาตั้งแต่สมัยกฎหมายตราสามดวงถึงประมวลกฎหมายอาญา,” หน้า 32.

⁸⁷ “พระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ. 118,” ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 16 ตอน 2, 29 เมษายน ร.ศ. 118, หน้า 17.

** พระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ. 118 มาตรา 4 บัญญัติว่า

ร.ศ. 118 น่าจะเป็นค่าสินไหมทดแทนทางแพ่งมากกว่าเป็นโทษทางอาญาเพราะกฎหมายกำหนดให้ “ปรับเป็นเงินค่าทำขวัญให้แก่หญิง”⁸⁸ โทษในสมัยนี้ยังคงมีวัตถุประสงค์เพื่อแก้แค้นทดแทน ป้องกันยับยั้ง และตัดโอกาสการกระทำความผิด แต่ยังมีโทษที่มีวัตถุประสงค์เป็นการแก้ไขผู้กระทำความผิดและเยียวยาความเสียหายให้แก่ผู้เสียหาย

3. โทษตามกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127

ผลจากปัญหาสิทธิสภาพนอกอาณาเขตทำให้ไทยต้องยกเลิกโทษเข็ญและโทษทำงานหนัก⁸⁹ โทษของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 จึงเป็นโทษจำคุกและโทษปรับเท่านั้น โทษปรับตามกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 เป็นโทษทางอาญาโดยแท้เพราะหมายถึง “จำนวนเงินอันกำหนดไว้ในคำพิพากษาให้ปรับเป็นพินัยหลวง”^{**} โทษในสมัยนี้

“ชายใดข่มขืนชำเราหญิง ดังเช่นว่าไว้ในมาตรา 3 พิจารณาเป็นสัตย์ ให้ลงโทษจำคุกไว้ตั้งแต่สิบปีลงมา กับให้ทำการหนักมากก็ได้ ฤๅมิให้ทำการหนักด้วยก็ได้ แล้วจะปรับเป็นเงินทำขวัญให้แก่หญิงตั้งแต่หนึ่งพันบาทลงด้วยก็ได้”

อนึ่ง ผู้ใดได้รับโทษฐานข่มขืนทำชำเราครั้งหนึ่งแล้ว ภายหลังยังกลับข่มขืนกระทำผิดลงอีกเป็นครั้งที่สองที่สามต่อไป จะลงโทษเข็ญตั้งแต่หกสิบปีลงมา เพิ่มเข้ากับโทษจำคุกและปรับด้วยอีกก็ได้”

⁸⁸ ประสิทธิ์ พัฒนอมร, “ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา,” หน้า 20.

⁸⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 22.

* กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127

มาตรา 243 บัญญัติว่า “ผู้ใดบังอาจใช้อำนาจด้วยกำลังกายหรือวาจาขู่เข็ญ กระทำชำเราซึ่งมีใช้ภรรยาของตนเอง ท่านว่าผู้นั้นข่มขืนทำชำเรา ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ปีหนึ่งจนถึงสิบปี และให้ปรับตั้งแต่ห้าสิบบาทขึ้นไปจนถึงห้าร้อยบาทอีกโสດหนึ่ง

ผู้ใดใช้อุบายหลอกลวงชำเราซึ่งมีใช้ภรรยาของตนเอง ท่านว่ามันข่มขืนชำเราที่มีความผิด ต้องระวางโทษดุจกันกับที่ว่ามันนั้น

ถ้าแลในการกระทำผิดเช่นว่าในมาตรานี้ หญิงที่ถูกข่มขืนกระทำชำเรานั้นมีบาดเจ็บถึงสาหัส ท่านว่ามันผู้กระทำผิดนั้น ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สองปีขึ้นไปจนถึงสิบปี แลให้ปรับตั้งแต่ห้าสิบบาทขึ้นไปจนถึงพันบาทด้วยอีกโสດหนึ่ง

ถ้าแลหญิงนั้นถึงตาย ท่านว่ามันผู้ข่มขืนนั้น ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สิบสองปีขึ้นไปจนถึงยี่สิบปี แลให้ปรับตั้งแต่หนึ่งร้อยบาทขึ้นไปจนถึงสองพันบาทด้วยอีกโสດหนึ่ง”

มาตรา 244 บัญญัติว่า “ผู้กระทำชำเราแก่หญิงอายุต่ำกว่าสิบสองปี ถึงหญิงนั้นยินยอมก็ตาม หรือมิได้ยินยอมก็ตาม ท่านว่ามันมีความผิด ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สองปีขึ้นไปจนถึงสิบปี แลปรับตั้งแต่ห้าสิบบาทจนถึงห้าร้อยบาทอีกโสດหนึ่ง

ถ้าแลการกระทำผิดเช่นว่าในมาตรานี้ เด็กหญิงที่ถูกชำเรานั้นมีบาดเจ็บสาหัส ท่านว่ามันผู้กระทำนั้นต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สามปีขึ้นไปจนถึงสิบห้าปี แลให้ปรับตั้งแต่ห้าสิบบาทขึ้นไปจนถึงพันบาทด้วยอีกโสດหนึ่ง

ถ้าแลเด็กหญิงนั้นถึงตาย ท่านว่ามันผู้กระทำผิดนั้นต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สิบห้าปีขึ้นไปจนถึงยี่สิบปี แลปรับตั้งแต่ร้อยบาทขึ้นไปจนถึงสองพันบาทด้วยอีกโสດหนึ่ง”

** กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 มาตรา 17 บัญญัติว่า “โทษปรับนั้น ท่านหมายควมว่า จำนวนเงินอันกำหนดไว้ในคำพิพากษาให้ปรับเป็นพินัยหลวง”

ยังคงมีวัตถุประสงค์เพื่อแก้แค้นทดแทน ป้องกันยับยั้ง และตัดโอกาสการกระทำความผิด แต่ยังไม่มีความผิดโทษที่มีวัตถุประสงค์เป็นการแก้ไขผู้กระทำความผิดและเยียวยาความเสียหายให้แก่ผู้เสียหาย

4. โทษตามประมวลกฎหมายอาญา

โทษของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 และมาตรา 277* คือโทษจำคุกและปรับเช่นเดียวกับโทษของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 นอกจากนี้ หากการกระทำความผิดเป็นเหตุให้ผู้ถูกกระทำถึงแก่ความตาย ประมวลกฎหมายอาญาได้กำหนดระวางโทษสูงสุดของผู้กระทำความผิดไว้ถึงขั้นประหารชีวิต** ที่ผ่านมามีการแก้ไขเพิ่มเติมความผิดเกี่ยวกับเพศตามประมวลกฎหมายอาญา จนถึงปัจจุบันรวมทั้งสิ้น 4 ครั้ง⁹⁰ แต่การแก้ไขเพิ่มเติมที่เกี่ยวกับเรื่องโทษจะอยู่ในการแก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 1 และ ครั้งที่ 2 โดยการแก้ไขเพิ่มเติมทั้งสองครั้งเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมอัตราโทษให้สูงขึ้นเพื่อป้องกันและปราบปรามการกระทำความผิด จะเห็นได้ว่าโทษตามประมวลกฎหมายอาญายังคงมีวัตถุประสงค์เพื่อแก้แค้นทดแทน ป้องกันยับยั้ง และตัดผู้กระทำความผิดออกจากสังคมทั้งชั่วคราวและถาวร แต่ก็ยังไม่มีความผิดโทษที่มีวัตถุประสงค์เป็นการแก้ไขผู้กระทำความผิดและเยียวยาความเสียหายให้แก่ผู้เสียหายแต่อย่างใด

* โปรดดูรายละเอียดใน หัวข้อ 2.1.2.1 ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 และ หัวข้อ 2.1.2.2 ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277

** ประมวลกฎหมายอาญา

มาตรา 277 ทวิ บัญญัติว่า “ถ้าการกระทำความผิดตาม มาตรา 276 วรรคหนึ่ง หรือ มาตรา 277 วรรคหนึ่งหรือวรรคสาม เป็นเหตุให้ผู้ถูกกระทำ

(1) รับอันตรายสาหัส ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สิบห้าปีถึงยี่สิบปีและปรับตั้งแต่ สามหมื่นบาทถึงสี่หมื่นบาท หรือจำคุกตลอดชีวิต

(2) ถึงแก่ความตาย ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษประหารชีวิต หรือจำคุกตลอดชีวิต”

มาตรา 277 ตรี บัญญัติว่า “ถ้าการกระทำความผิดตาม มาตรา 276 วรรคสาม หรือ มาตรา 277 วรรคสี่ เป็นเหตุให้ผู้ถูกกระทำ

(1) รับอันตรายสาหัส ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษประหารชีวิต หรือจำคุกตลอดชีวิต

(2) ถึงแก่ความตาย ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษประหารชีวิต”

⁹⁰ ครั้งที่ 1 ประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 11 ประกาศในราชกิจจานุเบกษาเมื่อวันที่ 21 พฤศจิกายน พ.ศ.2514

ครั้งที่ 2 “พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2525,” ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 99 ตอน 108 ก ฉบับพิเศษ, 6 สิงหาคม พ.ศ. 2525.

ครั้งที่ 3 “พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 8) พ.ศ. 2530,” ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 104 ตอน 173 ก ฉบับพิเศษ, 1 กันยายน พ.ศ.2530.

ครั้งที่ 4 “พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พ.ศ. 2550.” ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 124 ตอน 56 ก, 19 กันยายน พ.ศ. 2550.

2.2.5.2 วิธีการเพื่อความปลอดภัยที่ใช้กับผู้กระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ตามกฎหมายไทย

วิธีการเพื่อความปลอดภัย คือ มาตรการบังคับทางอาญาที่ใช้กับผู้กระทำความผิด เพื่อให้สังคมปลอดภัยจากการกระทำความผิดของผู้กระทำความผิดนั้นในอนาคต⁹¹ คำว่า “วิธีการเพื่อความปลอดภัย” ปรากฏครั้งแรกในประมวลกฎหมายอาญา แต่ก่อนหน้าที่จะบัญญัติไว้ในตัวบทกฎหมาย ได้มีวิธีการที่นำมาใช้เพื่อให้สังคมปลอดภัยจากการกระทำของผู้ที่มีสภาพเป็นอันตรายต่อสังคม มิให้กระทำความผิดในภายหน้าอยู่บ้าง เช่น ประกาศว่าด้วยคนเสพสุราในวันสงกรานต์ จ.ศ. 1219 ประกาศให้ผู้เป็นเจ้าของบ้านระวางคนบ้า จ.ศ. 1221 พระราชบัญญัติตัดสันดานคนจรจัดและคนที่เคยต้องโทษหลายครั้ง ร.ศ. 127⁹² อย่างไรก็ตาม ไม่ปรากฏว่าเคยมีการกำหนดให้ใช้วิธีการเพื่อความปลอดภัยโดยเฉพาะสำหรับผู้กระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราแต่อย่างใด

2.2.5.3 มาตรการบังคับทางอาญาอื่นที่ใช้กับผู้กระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามกฎหมายไทย

ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 56 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “ผู้ใดกระทำความผิดซึ่งมีโทษจำคุก และในคดีนั้นศาลจะลงโทษจำคุกไม่เกินสามปี ถ้าไม่ปรากฏว่าผู้นั้นได้รับโทษจำคุกมาก่อน หรือปรากฏว่าได้รับโทษจำคุกมาก่อน แต่เป็นโทษสำหรับความผิดที่ได้กระทำโดยประมาท หรือความผิดลหุโทษ เมื่อศาลได้คำนึงถึงอายุ ประวัติ ความประพฤติ สติปัญญา การศึกษาอบรม สุขภาพ ภาวะแห่งจิต นิสัย อาชีพ และสิ่งแวดล้อมของผู้นั้น หรือสภาพความผิดหรือเหตุอันสมควรปราณีแล้ว เห็นเป็นการสมควร ศาลจะพิพากษาว่าผู้นั้นมีความผิดแต่รอการกำหนดโทษไว้หรือกำหนดโทษแต่รอการลงโทษไว้แล้วปล่อยตัวไป เพื่อให้โอกาสผู้นั้นกลับตัวภายในระยะเวลาที่ศาลจะได้กำหนด แต่ต้องไม่เกินห้าปีนับแต่วันที่ศาลพิพากษา โดยจะกำหนดเงื่อนไขเพื่อคุ้มครองประพฤติดังกล่าวด้วยหรือไม่ก็ได้” กรณีนี้เป็นมาตรการบังคับทางอาญาที่เรียกว่า “การคุมประพฤติชั้นศาล”⁹³ ในทางปฏิบัติศาลได้นำมาใช้ในคดีข่มขืนกระทำชำเราอยู่บ้าง เช่น คำพิพากษาฎีกาที่ 1084/2554 ศาลกำหนดให้รอการลงโทษจำคุกจำเลยไว้มีกำหนด 2 ปี ห้ามจำเลยคบหากับผู้เสียหายอันอาจนำไปสู่การกระทำความผิดในทำนองเดียวกันอีก และให้จำเลยไปรายงานตัวต่อพนักงานคุมประพฤติเพื่อช่วยเหลือแนะนำตามที่เห็นสมควร 3 ครั้ง ภายใน 1 ปี หรือ คำพิพากษาฎีกาที่ 1411/2554 ศาลกำหนดให้รอการลงโทษจำคุกจำเลยไว้มีกำหนด 3 ปี และให้คุมความประพฤติของจำเลยไว้มีกำหนด 3 ปี นับแต่วันที่ได้อ่านคำพิพากษาศาลฎีกาให้จำเลยฟัง โดยกำหนดเงื่อนไขคุมความประพฤติให้จำเลยไป

⁹¹ คณิต ฅ นคร, กฎหมายอาญาภาคทั่วไป, หน้า 462.

* ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 39 บัญญัติว่า วิธีการเพื่อความปลอดภัย มี 5 วิธี คือ กักกัน ห้ามเข้าเขตกำหนด เรียกประกันทัณฑ์บน คุมตัวไว้ในสถานพยาบาล และห้ามประกอบอาชีพบางอย่าง

⁹² ถาวร พาณิชพันธ์, “วิธีการเพื่อความปลอดภัย,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2520), หน้า 24.

⁹³ คณิต ฅ นคร, กฎหมายอาญาภาคทั่วไป, หน้า 423.

รายงานตัวต่อพนักงานคุมประพฤติปีละ 3 ครั้ง ตามที่พนักงานคุมประพฤติและจำเลยเห็นสมควรกับให้จำเลยละเว้นการประพฤติได้อันอาจนำไปสู่การกระทำความผิดทำนองนี้อีก และให้จำเลยกระทำกิจกรรมบริการสังคมหรือสาธารณประโยชน์ตามที่พนักงานคุมประพฤติและจำเลยเห็นสมควรเป็นเวลา 30 ชั่วโมง เป็นต้น จะเห็นได้ว่าแม้การคุมประพฤติในชั้นศาลจะมีวัตถุประสงค์ในการแก้ไขผู้กระทำความผิดแต่ก็ไม่ได้เน้นที่กระบวนการทำให้ผู้กระทำความผิดได้เข้าใจและสำนึกผิดในผลแห่งการกระทำของตน อีกทั้งยังไม่มีวัตถุประสงค์ที่เกี่ยวข้องกับการเยียวยาความเสียหายให้แก่ผู้เสียหายแต่อย่างใด

อย่างไรก็ตาม ในประมวลกฎหมายอาญามีแนวคิดเกี่ยวกับการลงโทษผู้กระทำความผิดเพื่อเยียวยาความเสียหายให้แก่ผู้เสียหายเช่นกัน แนวคิดนี้ปรากฏในประมวลกฎหมายอาญามาตรา 323 คดีหมิ่นประมาท หากศาลพิพากษาว่าจำเลยมีความผิด ศาลอาจสั่งให้จำเลยปฏิบัติตามมาตรการทางอาญาบางประการเพื่อเยียวยาความเสียหายให้แก่ผู้เสียหาย โดยต้องมีคำขอของผู้เสียหายหรือพนักงานอัยการโจทก์ แต่สำหรับคดีข่มขืนกระทำชำเรา นั้นยังไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่กำหนดให้ศาลใช้มาตรการทางอาญาใดเพื่อเยียวยาความเสียหายให้แก่ผู้เสียหาย

2.3 ผลกระทบจากการใช้กระบวนการยุติธรรมทางอาญากับคดีข่มขืนกระทำชำเรา

การดำเนินคดีและการลงโทษตามกระบวนการยุติธรรมทางอาญาที่ใช้กับคดีข่มขืนกระทำชำเราในปัจจุบันก่อให้เกิดผลกระทบหลายประการทั้งต่อผู้เสียหาย ผู้กระทำความผิด และสังคม

2.3.1 ผลกระทบต่อผู้เสียหาย มี 3 ประการ ดังนี้

1. กรณีที่คดีข่มขืนกระทำชำเราเป็นคดีที่ยอมความได้ หากผู้เสียหายตกลงยอมความ สิทธินำคดีอาญามาฟ้องยอมเป็นอันระงับไป พนักงานสอบสวนมักจะสนับสนุนให้ผู้เสียหายยอมความเพื่อที่จะได้ไม่เป็นการเพิ่มคดีให้แก่กระบวนการยุติธรรม⁹⁴ ในทางปฏิบัติผู้กระทำความผิดจะเสนอชดใช้ให้เป็นเงินค่าเสียหายซึ่งเป็นการตกลงระหว่างผู้เสียหายและผู้กระทำความผิด⁹⁵ แต่สำหรับคดีข่มขืนกระทำชำเรา นั้นนอกจากผู้เสียหายจะได้รับความเสียหายต่อร่างกายแล้วยังได้รับความเสียหายต่อจิตใจและอารมณ์อย่างมาก ความเสียหายต่อจิตใจและอารมณ์นั้นจำเป็นต้องมีกระบวนการทำความเข้าใจอย่างละเอียดและต้องใช้รูปแบบวิธีการเยียวยาความเสียหายที่เหมาะสม แม้การชดใช้ค่าเสียหายจะเป็นการเยียวยาความเสียหายวิธีหนึ่งแต่อาจไม่เพียงพอต่อการเยียวยาความเสียหายต่อจิตใจเพราะผู้เสียหายอาจไม่ได้ต้องการเพียงตัวเงินเท่านั้น นอกจากนี้ หากข้อตกลงยอมความกำหนดเงื่อนไขบางประการให้ผู้กระทำความผิดปฏิบัติตามข้อตกลง แต่ต่อมาผู้กระทำความผิดไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขนั้นก็ไม่มีผลทำให้ผู้เสียหายเกิดสิทธิที่จะฟ้องคดีอาญาแก่ผู้กระทำความผิดขึ้นมาใหม่ เพราะ

⁹⁴ ปนัดดา พันธุ์พานิช, “ทัศนะของบุคลากรในกระบวนการยุติธรรมต่อปัญหาการดำเนินคดีข่มขืนกระทำชำเรา,” หน้า 29.

⁹⁵ รัฐกร คลังสมบัติ, “กระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์กับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาททางอาญาในชั้นพนักงานสอบสวน,” หน้า 119.

สิทธิหน้าที่อาญาที่ฟ้องระงับไปแล้วตั้งแต่ทำข้อตกลงยอมความที่มีสาระสำคัญขัดแย้งว่าผู้เสียหายไม่ประสงค์จะดำเนินคดีกับผู้กระทำผิดอีกต่อไป เป็นเรื่องและผู้เสียหายต้องดำเนินคดีทางแพ่งเพื่อบังคับตามข้อตกลงเอาเอง⁹⁶ จะเห็นได้ว่า แม้ในทางปฏิบัติของการตกลงยอมความจะทำให้ผู้เสียหายได้รับการเยียวยาความเสียหายโดยการชดเชยค่าเสียหายเป็นเงินจำนวนหนึ่ง แต่ผู้เสียหายอาจไม่ได้รับการเยียวยาความเสียหายอย่างเหมาะสมกับความเสียหายที่เกิดขึ้นต่อตน

2. การดำเนินคดีอาญานั้นมุ่งที่จะพิสูจน์ว่าจำเลยกระทำความผิดตามข้อกล่าวหาหรือไม่ ระดับการพิสูจน์ความผิดในคดีอาญาคือโจทก์ต้องพิสูจน์ให้ศาลเชื่อโดยปราศจากข้อสงสัยตามสมควรว่าจำเลยกระทำความผิดจริง อย่างไรก็ตาม คดีข่มขืนกระทำชำเราเป็นคดีที่มีลักษณะพิเศษ คือ เป็นคดีที่หลักฐานสำคัญปรากฏชัดเจนในช่วงแรกที่มีความผิดเกิดขึ้นโดยเฉพาะสารคัดหลั่งและร่องรอยอันเป็นผลมาจากการต่อสู้ที่ปรากฏบนเนื้อตัวร่างกาย หากผู้เสียหายทิ้งช่วงระยะเวลาหลังจากเกิดเหตุไม่ได้มาแจ้งความทันทีย่อมกระทบต่อหลักฐานเหล่านี้ แต่ผู้เสียหายที่ถูกข่มขืนกระทำชำเราโดยคนใกล้ชิดหรือคนรู้จัก (acquaintance rape) ซึ่งเป็นคดีข่มขืนที่เกิดขึ้นมากในสังคมไทย⁹⁷ มักจะนำคดีมาแจ้งความหลังจากเวลาผ่านไปหลายสัปดาห์หลังเกิดเหตุ ในขณะที่หากเป็นการทำร้ายและข่มขืนกระทำชำเราโดยคนแปลกหน้า (stranger rape) จะมีการนำคดีมาแจ้งความภายใน 1-2 วันหลังเกิดเหตุ ซึ่งทำให้สามารถตรวจสอบหาหลักฐานได้อย่างสมบูรณ์มากกว่า⁹⁸ อีกทั้งคดีข่มขืนกระทำชำเราเป็นคดีที่มักเกิดในที่ลับตาคน พยานที่สำคัญที่สุดในคดีคือผู้เสียหายซึ่งเป็นประจักษ์พยานและพยานโดยตรง แต่ผู้เสียหายในคดีข่มขืนกระทำชำเราได้รับความเสียหายต่อร่างกายและจิตใจอย่างมาก เพราะคดีข่มขืนกระทำชำเราเป็นเรื่องทางเพศซึ่งเป็นเรื่องละเอียดอ่อน ผู้เสียหายในคดีข่มขืนกระทำชำเราจะรู้สึกอับอาย วิตกกังวล สับสน รู้สึกว่าตนมีส่วนผิด และกลัวในหลายๆ เรื่องไม่ว่าจะเป็นกลัวสูญเสียสถานะทางสังคม กลัวการเล่าเรื่องราวอย่างละเอียดซ้ำๆ กลัวจะไม่มีใครเชื่อ กลัวว่าจะเป็นภาระประจานตนเอง หรือกลัวอิทธิพลของผู้กระทำความผิด⁹⁹ ด้วยลักษณะต่างๆ เหล่านี้จึงเป็นเรื่องยากที่โจทก์หรือผู้เสียหายจะพิสูจน์ให้ได้จนถึงระดับที่ปราศจากความสงสัยตามสมควร ในกระบวนการพิสูจน์ความผิดของจำเลย ผู้เสียหายจะต้องเผชิญกับคำถามหรือสถานการณ์ที่น่าลำบากใจตั้งแต่ในชั้นสอบสวนและจะรุนแรงมากในชั้นถามค้าน ผู้เสียหายในคดีข่มขืนกระทำชำเราถูกตรวจสอบยิ่งกว่าผู้กระทำความผิดเสมือนหนึ่งว่าผู้เสียหายตกเป็นจำเลยหรือเป็นวัตถุแห่งคดีเสียเอง การที่ผู้เสียหายต้องพยายามจำเหตุการณ์เลวร้ายที่เกิดขึ้นเป็นระยะเวลาอันยาวนานและต้องตอบคำถามอย่างละเอียดซ้ำแล้วซ้ำเล่า ในบรรยากาศที่กดดัน จะส่งผลต่อการเยียวยาจิตใจของผู้เสียหายอย่างมาก กระบวนการยุติธรรมทางอาญาจึงมีส่วนสำคัญที่ทำให้ผู้เสียหายในคดีข่มขืนกระทำชำเราซึ่งได้รับความเสียหายมากอยู่แล้วกลับได้รับความเสียหายมากยิ่งขึ้นไปอีก (re-victimization)

⁹⁶ ธาณิช เกศพิทักษ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เล่ม 1, หน้า 587.

⁹⁷ จะเด็จ เชาวน์วิไล, สุเพ็ญศรี พึ่งโคกสูง, ปัทมาพร ไชยเชษฐ์พิพัฒกุล และมรกต เจริญทอง, หนึ่งเสียงหยุดความรุนแรงต่อผู้หญิง, หน้า 10.

⁹⁸ ยุทธไพศาล ฉัตรชินพร, การวิเคราะห์จำนวนเหยื่อถูกทำร้ายและลักษณะของบาดแผลที่เฉพาะเจาะจง [ออนไลน์], 26 ธันวาคม 2552. แหล่งที่มา <http://www.forensic.sc.su.ac.th/index.php>

⁹⁹ คณะอนุกรรมการวิจัยความผิดเกี่ยวกับเพศ สภาวิจัยแห่งชาติ, รายงานการวิจัยเรื่องความผิดเกี่ยวกับเพศ พ.ศ. 2509 (กรุงเทพมหานคร: สำนักงานสภาวิจัยแห่งชาติ, 2509), หน้า 4.

3. กรณีที่มีการดำเนินคดีไปจนศาลมีคำพิพากษาว่าจำเลยกระทำความผิดและกำหนดโทษ การลงโทษผู้กระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเป็นการลงโทษเพราะผู้นั้นได้กระทำความผิดต่อ รัฐ โทษของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามประมวลกฎหมายอาญาคือโทษจำคุกและปรับเป็นไปตามวัตถุประสงค์ของการลงโทษเพื่อแก้แค้นทดแทน ป้องกันยับยั้ง และตัดโอกาสการกระทำความผิด แต่ กระบวนการยุติธรรมทางอาญาไม่ให้ความสำคัญกับวัตถุประสงค์ของการลงโทษเพื่อเยียวยาความเสียหายให้แก่ผู้เสียหายทั้งที่ผู้เสียหายในคดีข่มขืนกระทำชำเราเป็นผู้ที่ได้รับความเสียหายโดยตรงจากการกระทำความผิด ทำให้ผู้เสียหายไม่ได้รับการเยียวยาความเสียหายอย่างเหมาะสม

2.3.2 ผลกระทบต่อผู้กระทำความผิด มี 3 ประการ ดังนี้

1. กรณีที่มีการตกลงยอมความกัน ในทางปฏิบัติผู้กระทำความผิดจะเยียวยาความเสียหาย โดยชดใช้ค่าเสียหายให้แก่ผู้เสียหายเป็นเงินจำนวนหนึ่งซึ่งมีลักษณะเป็นการลงโทษอยู่ในตัว อย่างไรก็ตาม แม้ผู้กระทำความผิดจะได้แสดงความรับผิดชอบด้วยการเยียวยาความเสียหายให้กับผู้เสียหาย เป็นเงินจำนวนหนึ่งก็อาจเป็นไปเพื่อให้ตนพ้นจากการถูกดำเนินคดีอาญานั้น แต่ไม่ใช่ความ รับผิดชอบที่เกิดจากความสำนึกผิดในการกระทำของตนอย่างแท้จริง ความสำนึกผิดเป็นการ เปลี่ยนแปลงในระดับจิตใจที่ทำให้ผู้กระทำความผิดเกิดความประสงค์ที่จะยับยั้งไม่กระทำความผิดอีก เพราะได้รู้แล้วว่า การกระทำของตนนั้นก่อความเสียหายต่อผู้อื่นอย่างไร¹⁰⁰ แต่การยอมความไม่มี กระบวนการใดที่ช่วยให้ผู้กระทำความผิดสำนึกผิดในการกระทำของตนและรัฐไม่สามารถนำมาตรการ อื่นใดมาใช้บังคับกับผู้กระทำความผิดได้ เพราะการยอมความตามกฎหมายไทยเป็นการแสดงเจตนา ระหว่างผู้เสียหายและผู้กระทำความผิดโดยไม่มีรัฐหรือบุคคลที่สามร่วมตรวจสอบ หากผู้เสียหายถอน คำร้องทุกข์ ถอนฟ้อง หรือยอมความกันโดยถูกต้องตามกฎหมาย สิทธิการนำคดีอาญามาฟ้องยอม ระวังไปตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 39(2) ดังนั้น ผู้กระทำความผิดจึงไม่ได้ รับการแก้ไขพฤติกรรมตามสาเหตุที่แท้จริง และไม่มี การสอดส่องดูแลพฤติกรรมของผู้กระทำความผิด หลังคดียุติ ทำให้อาจเกิดการกระทำความผิดซ้ำอีกในอนาคต

2. การข่มขืนกระทำชำเราเกิดได้จากหลายสาเหตุ แต่เมื่อพิจารณาแนวทางการลงโทษจาก อดีตจนถึงปัจจุบันพบว่ากระบวนการยุติธรรมทางอาญาใช้วิธีการลงโทษผู้กระทำความผิดตามทฤษฎี แก้แค้นทดแทน ป้องกันยับยั้ง และตัดโอกาสการกระทำความผิดมาโดยตลอด วิธีการลงโทษหลักตาม ประมวลกฎหมายอาญาในปัจจุบันคือจำคุกและปรับ และมีแนวโน้มที่จะทวีความรุนแรงของโทษให้ มากขึ้น โดยที่ไม่ได้ให้ความสำคัญกับวัตถุประสงค์ของการลงโทษเพื่อแก้ไขผู้กระทำความผิดตาม สาเหตุที่แท้จริงและไม่สนับสนุนให้ผู้กระทำความผิดสำนึกผิดในความเสียหายที่ตนเป็นผู้ก่อให้เกิดขึ้น แก่ผู้เสียหาย แม้จะมีการใช้มาตรการบังคับทางอาญาโดยการคุมประพฤติขึ้นศาลกับผู้กระทำความผิด คดีข่มขืนกระทำชำเราซึ่งสอดคล้องกับวัตถุประสงค์ในการแก้ไขผู้กระทำความผิดอยู่บ้าง แต่มาตรการ ดังกล่าวไม่ใช่มาตรการหลักและไม่ได้เน้นที่การทำให้ผู้กระทำความผิดได้เข้าใจและสำนึกผิดในผลแห่ง

¹⁰⁰ อุททิศ แสนโกศิก, “วัตถุประสงค์ของการลงโทษ,” บทบัญญัติ 27, 2 (2513): 286.

การกระทำของตน ทำให้ผู้กระทำความผิดไม่ได้รับการแก้ไขอย่างเหมาะสมโดยเฉพาะการแก้ไขที่ระดับจิตใจ

3. เมื่อพิจารณาเฉพาะโทษจำคุก โทษจำคุกนอกจากจะไม่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ในการแก้ไขผู้กระทำความผิดแล้วยังเป็นการสร้างตราบาปทำลายคุณลักษณะของผู้กระทำความผิดอีกด้วย หน่วยงานต่างๆ มักจะกำหนดคุณสมบัติของผู้เข้าศึกษาหรือทำงานไว้ข้อหนึ่งว่าต้องไม่ใช่ผู้เคยรับโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุกเพราะกระทำความผิดอาญา เว้นแต่เป็นโทษสำหรับความผิดที่ได้กระทำโดยประมาทหรือความผิดลหุโทษ ดังนั้น เมื่อเคยรับโทษจำคุกมาแล้วจึงยากที่บุคคลเหล่านี้จะกลับมาใช้ชีวิตในสังคมได้ตามปกติหลังพ้นโทษ

2.3.3 ผลกระทบต่อสังคม

ผลกระทบต่อสังคมเป็นผลกระทบที่สืบเนื่องมาจากผลกระทบต่อผู้เสียหายและผู้กระทำความผิด กล่าวคือ เมื่อมีคดีข่มขืนกระทำชำเราเกิดขึ้น แต่กระบวนการยุติธรรมทางอาญาในปัจจุบันไม่คุ้มครองผู้เสียหายเท่าที่ควรโดยไม่ให้ความสำคัญกับการเยียวยาความเสียหายให้แก่ผู้เสียหาย อีกทั้งหากผู้เสียหายนำคดีเข้ามาสู่กระบวนการยุติธรรมทางอาญาอาจได้รับความเสียหายยิ่งกว่าเดิม คดีข่มขืนกระทำชำเราที่เกิดขึ้นส่วนใหญ่จึงเป็นอาชญากรรมปกปิด คดีที่มีการนำมาแจ้งความเป็นส่วนน้อยของคดีข่มขืนกระทำชำเราที่เกิดขึ้นจริงในสังคม¹⁰¹ หากผู้เสียหายไม่นำคดีมาแจ้งความย่อมเป็นการยากที่รัฐจะเข้าไปแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นได้ ผู้กระทำความผิดส่วนใหญ่จึงไม่ได้รับผลกระทบจากการกระทำของตน การกำหนดโทษทางอาญาที่รุนแรงอาจไม่สำคัญเท่ากับประสิทธิภาพในการจับกุม เพราะในความเป็นจริงผู้กระทำความผิดจะตัดสินใจกระทำความผิดโดยคำนึงถึงโอกาสที่จะถูกจับกุมมากกว่าความรุนแรงของโทษที่จะได้รับ¹⁰² อีกทั้งกระบวนการยุติธรรมทางอาญาในปัจจุบันไม่ให้ความสำคัญกับการแก้ไขผู้กระทำความผิดตามสาเหตุที่แท้จริง เมื่อพิจารณาอัตราการกระทำความผิดซ้ำสำหรับผู้กระทำความผิดที่ได้รับโทษแล้วจะพบว่าคดีข่มขืนกระทำชำเราเป็นคดีที่มีอัตราการกระทำความผิดซ้ำสูงมากเมื่อเทียบกับคดีความผิดประเภทอื่น¹⁰³ ด้วยเหตุนี้ประชาชนในสังคมจึงตกอยู่ในความเสี่ยงภัยจากการกระทำความผิดซ้ำเพราะกระบวนการยุติธรรมทางอาญาไม่ตอบสนองต่อการแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นกับผู้เสียหายและผู้กระทำความผิด ซึ่งการข่มขืนกระทำชำเรานั้นสร้างความหวาดกลัวต่อสาธารณชนมากกว่ายาเสพติดเสียอีก¹⁰⁴

¹⁰¹ ประธาน วัฒนวานิชย์, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับอาชญาวิทยา (กรุงเทพมหานคร: ประกายพริก, 2546), หน้า 110.

¹⁰² สมาคมบัณฑิตสตรีทางกฎหมายแห่งประเทศไทยและสำนักงานอัยการสูงสุด, “รายงานเสวนาโต๊ะกลม เรื่อง กระบวนการยุติธรรมกับเหยื่อคดีความผิดทางเพศ: ทำร้ายหรือคุ้มครอง,” หน้า 201.

¹⁰³ สำนักงานกิจการยุติธรรม, รายงานข้อมูลสถิติอาชญากรรมภาคประชาชนทั่วประเทศ พ.ศ. 2550 (โครงการสำรวจปี พ.ศ. 2551) (กรุงเทพมหานคร: สำนักงานกิจการยุติธรรม กระทรวงยุติธรรม, 2552), หน้า 55.

¹⁰⁴ ประธาน วัฒนวานิชย์, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับอาชญาวิทยา, หน้า 110.

กล่าวโดยสรุป ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามกฎหมายไทยมีพัฒนาการด้านแนวคิดในการกำหนดความผิด โดยยุคแรกเป็นการคุ้มครองเกียรติยศของชายผู้มีอำนาจปกครองหญิง ต่อมาได้พัฒนาเป็นการคุ้มครองเสรีภาพทางเพศของหญิงในฐานะที่หญิงเป็นผู้เสียหาย และในปัจจุบันเป็นการบัญญัติความผิดโดยมีแนวคิดด้านสิทธิมนุษยชนเป็นสำคัญ ดังจะเห็นได้จากการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญาเกี่ยวกับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา มาตรา 276 และ 277 ให้สอดคล้องกับแนวคิดด้านสิทธิมนุษยชนมากขึ้น อย่างไรก็ตาม แม้กฎหมายเกี่ยวกับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราของประเทศไทยจะสอดคล้องกับแนวคิดสากล แต่การที่กระบวนการยุติธรรมทางอาญาในปัจจุบันเป็นกระบวนการที่มุ่งพิสูจน์ความผิดและนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษ (Retributive Justice) ระบบการดำเนินคดีอาญาจึงให้ความสำคัญกับการคุ้มครองผู้ถูกกล่าวหาเป็นหลัก โดยไม่ให้ความสำคัญกับการเยียวยาและคุ้มครองผู้เสียหายคดีข่มขืนกระทำชำเราซึ่งได้รับความเสียหายอย่างมากทั้งต่อร่างกายและจิตใจ อีกทั้งมาตรการทางกฎหมายที่ใช้กับผู้กระทำความผิดในปัจจุบันไม่ส่งเสริมให้ผู้กระทำความผิดคดีข่มขืนกระทำชำเราได้รับการแก้ไขปรับปรุงอย่างเหมาะสมตามสาเหตุที่แท้จริงของการกระทำทั้งที่การข่มขืนกระทำชำเราเกิดได้จากหลายสาเหตุและมีความซับซ้อน กระทบต่อความสงบสุขและความมั่นคงปลอดภัยของสังคม ประชาชนต้องตกอยู่ในความเสี่ยงภัยจากการกระทำ ความผิดซ้ำ

ในปัจจุบันมีกระบวนการยุติธรรมอีกรูปแบบหนึ่งที่ชื่อว่า “กระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟู” หรือ Restorative Justice ซึ่งมุ่งเน้นที่การเยียวยาความเสียหายให้แก่ผู้เสียหาย และการแก้ไขผู้กระทำความผิด โดยให้ผู้ที่ได้รับผลกระทบจากการกระทำความผิดเข้ามามีบทบาทร่วมกันในการจัดการกับปัญหาที่เกิดขึ้น ในต่างประเทศมีการนำกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูมาใช้กับคดีข่มขืนกระทำชำเราซึ่งผู้เขียนจะกล่าวโดยละเอียดในบทต่อไปเพื่อนำไปสู่การวิเคราะห์ว่าจะสามารถนำกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูมาใช้กับคดีข่มขืนกระทำชำเราในประเทศไทยได้หรือไม่ อย่างไร

บทที่ 3

กระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูกับคดีข่มขืนกระทำชำเราในต่างประเทศ

แนวคิดเรื่องกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูเป็นแนวคิดที่ได้รับการยอมรับอย่างแพร่หลายนับแต่ที่องค์การสหประชาชาติได้ประกาศปฏิญญาแห่งหลักการพื้นฐานว่าด้วยการดำเนินโครงการกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูในคดีอาญา (Declaration of Basic Principles on the Use of Restorative Justice in Criminal Matters) อย่างเป็นทางการ แนวคิดเรื่องกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูได้มีการนำมาใช้เนื่องจากกระบวนการยุติธรรมทางอาญาเพียงอย่างเดียวไม่อาจตอบสนองต่อการเยียวยาความเสียหายให้แก่ผู้เสียหาย การแก้ไขผู้กระทำความผิด และไม่อาจลดปัญหาอาชญากรรมได้เสมอไป โดยเฉพาะในคดีข่มขืนกระทำชำเราซึ่งเป็นคดีที่มีลักษณะพิเศษแตกต่างจากคดีประเภทอื่น ผู้เสียหายในคดีข่มขืนกระทำชำเราได้รับความเสียหายต่อร่างกายและจิตใจอย่างมาก ทำให้ผู้เสียหายส่วนใหญ่ไม่กล้านำคดีเข้ามาเรียกร้องความยุติธรรมตามกระบวนการยุติธรรมทางอาญา เพราะกระบวนการยุติธรรมทางอาญาไม่ให้ความสำคัญกับการเยียวยาความเสียหายด้านต่างๆ ตามสมควร ส่วนผู้กระทำความผิดก็ไม่ได้รับการแก้ไขปรับปรุงพฤติกรรมอย่างเหมาะสมตามสาเหตุแห่งการกระทำความผิด สังคมตกอยู่ในความเสี่ยงภัยจากการกระทำผิดซ้ำเนื่องจากจากกระบวนการยุติธรรมทางอาญาไม่อาจแก้ไขปัญหาอาชญากรรมได้อย่างมีประสิทธิภาพ

ประเทศสหรัฐอเมริกา (มลรัฐแอริโซนา) ประเทศนิวซีแลนด์ และประเทศแคนาดา (มลรัฐมานิโตบา) ประสบกับปัญหาเกี่ยวกับการดำเนินกระบวนการยุติธรรมทางอาญาในคดีข่มขืนกระทำชำเราในลักษณะเดียวกันกับประเทศไทย แต่ประเทศสหรัฐอเมริกา (มลรัฐแอริโซนา) ประเทศนิวซีแลนด์ และประเทศแคนาดา (มลรัฐมานิโตบา) ได้นำ “กระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟู” ซึ่งมุ่งเน้นที่การเยียวยาความเสียหายให้แก่ผู้เสียหาย และการแก้ไขผู้กระทำความผิด มาใช้กับคดีข่มขืนกระทำชำเราเพื่อแก้ปัญหาที่เกิดขึ้น

ในบทนี้ผู้เขียนต้องการศึกษาว่าประเทศสหรัฐอเมริกา (มลรัฐแอริโซนา) ประเทศนิวซีแลนด์ และประเทศแคนาดา (มลรัฐมานิโตบา) มีแนวทางในการนำกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูมาใช้กับคดีข่มขืนกระทำชำเราอย่างไร โดยผู้เขียนจะกล่าวถึงรายละเอียดต่างๆ เกี่ยวกับกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูก่อน จากนั้นจะกล่าวถึงการนำกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูมาใช้กับคดีข่มขืนกระทำชำเราในประเทศสหรัฐอเมริกา (มลรัฐแอริโซนา) ประเทศนิวซีแลนด์ และประเทศแคนาดา (มลรัฐมานิโตบา) ตามลำดับ

3.1 กระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟู

ก่อนที่จะศึกษาถึงแนวทางการนำกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูมาใช้กับคดีข่มขืนกระทำชำเราในต่างประเทศ จำเป็นต้องทราบรายละเอียดเกี่ยวกับกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูก่อน ในหัวข้อนี้ผู้เขียนจะกล่าวถึงแนวคิดของกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟู ความหมายของกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟู วัตถุประสงค์ของกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟู และหลักการพื้นฐานว่าด้วยการดำเนินโครงการกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูในคดีอาญาขององค์การสหประชาชาติ

3.1.1 แนวคิดของกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟู¹

กระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูมีแนวคิดว่าการกระทำความผิดทางอาญาคือการก่อให้เกิดความเสียหายหรือผลกระทบต่อบุคคลและทำลายความสัมพันธ์ระหว่างบุคคล รัฐเป็นเพียงผู้เสียหายเชิงสัญลักษณ์เท่านั้น ดังนั้น หากรัฐประสงค์จะอำนวยความสะดวกยุติธรรมต้องเริ่มจากการพิจารณาถึงความเสียหายที่เกิดขึ้นกับผู้เสียหายและความต้องการของผู้เสียหายมากกว่าการมุ่งพิสูจน์ความผิดและการลงโทษผู้กระทำความผิดตามแนวคิดของกระบวนการยุติธรรมทางอาญาที่ถือว่าอาชญากรรมเป็นการกระทำความผิดต่อรัฐ²

เมื่อการกระทำความผิดทางอาญาก่อให้เกิดผลกระทบหรือความเสียหายขึ้นย่อมต้องมีการฟื้นฟูความเสียหาย (Restoration) ซึ่งความเสียหายในที่นี้มีเฉพาะความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่ผู้เสียหายเท่านั้น แต่หมายถึงการฟื้นฟูความเสียหายหรือผลกระทบจากการกระทำความผิดให้แก่ทุกฝ่ายที่ได้รับผลกระทบหรือผลกระทบนั้น บุคคลที่สำคัญที่สุดที่ควรได้รับการฟื้นฟูย่อมต้องเป็นผู้เสียหายเพราะเป็นผู้ได้รับความเสียหายโดยตรง อย่างไรก็ตาม หากพิจารณาในภาพรวมจะพบว่าเมื่อมีการกระทำความผิดอาญาเกิดขึ้น ผู้ที่ควรได้รับการฟื้นฟูมีไม่เพียงแต่ผู้เสียหาย หากแต่ยังมีผู้กระทำความผิดที่ควรได้รับการพิจารณาถึงสาเหตุแห่งการกระทำความผิดเพื่อนำไปสู่การแก้ไขปรับปรุงพฤติกรรมและป้องกันมิให้กระทำความผิดอีกในอนาคต และยังรวมถึงบุคคลใกล้ชิดของผู้เสียหายและผู้กระทำความผิดที่ได้รับผลกระทบจากการกระทำความผิดไปด้วยอ้อม

เมื่อกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูมีแนวคิดที่ต้องฟื้นฟูความเสียหายให้แก่ทุกฝ่ายที่ได้รับผลกระทบจากการกระทำความผิดอาญา ดังนั้น กระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูจึงเน้นกระบวนการที่ให้ทุกฝ่ายที่ได้รับผลกระทบจากการกระทำความผิดเข้ามามีส่วนร่วมในการแสวงหาแนวทางการฟื้นฟู โดยต้องให้ความสำคัญกับความต้องการของผู้เสียหายเป็นหลักเพราะผู้เสียหายได้รับความเสียหายโดยตรง

3.1.2 ความหมายของกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟู

แนวทางการให้ความหมายของ “กระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟู” โดยทั่วไปมี 2 แนวทาง แนวทางแรกคือการให้ความหมายบนฐานของวิธีการ (process-based definition) และแนวทางที่สองคือการให้ความหมายบนฐานของความยุติธรรม (justice-based definition)³

¹ Caroline G. Nicholl, *Community Policing, Community Justice, and Restorative Justice: Exploring the Links for the Delivery of a Balanced Approach to Public Safety* (Washington DC: U.S. Department of Justice, Office of Community Oriented Policing Services, 1999), pp. 93-95.

² Howard J. Zehr, *The Little Book of Restorative Justice* (Pennsylvania: Good Books, 2002), p. 21.

³ Daniel W. Van Ness, *An Overview of Restorative Justice around the World* [Online], 22 April 2005. Source http://www.icclr.law.ubc.ca/publications/reports/11_un/dan%20van%20ness%20final%20paper.pdf, p. 3. (International Centre for Criminal Law Reform)

ความหมายของ “กระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟู” บนฐานของวิธีการ (process-based definition) ให้ความสำคัญกับการมีส่วนร่วมของทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดและผลกระทบที่เกิดขึ้น เช่น Tony Marshall นักวิชาการผู้จัดทำรายงานการวิจัยเรื่องกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูในนามของกระทรวงมหาดไทย ประเทศสหราชอาณาจักร ได้ให้ความหมายของ “กระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟู” ไว้ ซึ่งเป็นความหมายที่ได้รับการยอมรับอย่างกว้างขวาง ดังนี้ “กระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟู หมายถึง กระบวนการซึ่งคู่ความทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดมาพบกันเพื่อร่วมกันแก้ไขว่าจะจัดการอย่างไรกับการกระทำความผิดที่เกิดขึ้นและที่อาจจะเกิดขึ้นในอนาคต”⁴

สำหรับความหมายของ “กระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟู” บนฐานของความยุติธรรม (justice-based definition) ให้ความสำคัญกับวัตถุประสงค์หรือผลที่จะเกิดขึ้น เช่น John Braithwaite ศาสตราจารย์ด้านอาชญาวิทยาชาวออสเตรเลีย ได้ให้คำจำกัดความของ “กระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟู” ไว้ดังนี้ “กระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟู หมายถึง การเยียวยาความเสียหายแก่ผู้เสียหาย ทำให้ผู้เสียหายเป็นศูนย์กลางของกระบวนการยุติธรรม ขณะเดียวกันก็บูรณาการผู้กระทำความผิดและสังคมเข้าด้วยกัน โดยรวมแล้วหมายถึงการฟื้นฟูให้ความรู้สึกมั่นคงปลอดภัยกลับคืนมาอีกครั้ง”⁵ หรือ “กระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟู คือ การดำเนินการที่มุ่งเน้นให้เกิดความยุติธรรมโดยการฟื้นฟูความเสียหายอันเป็นผลจากการกระทำความผิด”⁶

นอกจากนี้ยังมีผู้ให้ความหมายของ “กระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟู” ในลักษณะที่ผสมผสานวิธีการและวัตถุประสงค์หรือผลในทางฟื้นฟูไว้ด้วยกัน เช่น Daniel W. Van Ness ผู้ประสานงานองค์การภาคเอกชนชาวอเมริกันที่มีบทบาทเคลื่อนไหวในเรื่องกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟู ได้ให้คำจำกัดความของ “กระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟู” ไว้ว่า “กระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟู หมายถึง กระบวนการที่มุ่งฟื้นฟูความเสียหายที่เกิดจากการกระทำความผิดอาญา โดยวิธีการที่ดีที่สุดคือการให้บุคคลที่เกี่ยวข้องมาดำเนินการหาทางออกร่วมกัน”⁷

ในระดับสากล สภาเศรษฐกิจและสังคมแห่งองค์การสหประชาชาติ (Economic and Social Council of United Nations) ได้ออกปฏิญญาแห่งหลักการพื้นฐานว่าด้วยการดำเนินโครงการกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูในคดีอาญา (Declaration of Basic Principles on the Use of

⁴ Tony F. Marshall, “The Evolution of Restorative Justice in Britain,” European Journal on Criminal Policy and Research 4, 4 (December 1996): 37.

⁵ John Braithwaite, Restorative Justice and Responsive Regulation (Oxford: Oxford University Press, 2002), p. 12.

⁶ Gordon Bazemore and Lode Walgrave, “Restorative Juvenile Justice: In Search of Fundamentals and an Outline for Systemic Reform,” in Restorative Juvenile Justice: Repairing the Harm of Youth Crime, Gordon Bazemore and Lode Walgrave, editor (New York: Criminal Justice Press, 1999), p. 45.

⁷ Daniel W. Van Ness, An Overview of Restorative Justice around the World [Online], p. 3.

Restorative Justice Programmes in Criminal Matters)⁸ ภายใต้งานดังกล่าวได้ให้คำจำกัดความของ “โครงการกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟู” (Restorative Justice Programme) ไว้ว่า “โครงการใดๆ ซึ่งใช้วิธีการเชิงฟื้นฟู หรือแสวงหาทางที่จะให้บรรลุผลในทางฟื้นฟู”⁹ โดยคำว่า “วิธีการเชิงฟื้นฟู” (Restorative Process) หมายถึง “วิธีการใดๆ ซึ่งผู้เสียหาย ผู้กระทำความผิด และ/หรือบุคคลอื่นๆ หรือสมาชิกคนอื่นๆ ของชุมชนที่ได้รับผลกระทบจากอาชญากรรมนั้น ได้เข้ามามีส่วนร่วมด้วยกันในการแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นจากอาชญากรรม โดยอาจมีบุคคลที่สามที่มีความยุติธรรมและเป็นกลางเข้ามาช่วยเหลือ ตัวอย่างของวิธีการเชิงฟื้นฟู ได้แก่ การประณอมข้อพิพาท การประชุมกลุ่ม และการพิพากษาโดยการประชุมล้อมวง”¹⁰ และคำว่า “ผลในทางฟื้นฟู (Restorative Outcome) หมายถึง “ข้อตกลงที่ได้จากวิธีการเชิงฟื้นฟู ตัวอย่างของผลในทางฟื้นฟู ได้แก่ การเยียวยาความเสียหาย การทำงานบริการสังคม และโครงการหรือการตอบสนองอื่นใดที่ออกแบบมาเพื่อให้บรรลุถึงการเยียวยาที่ใช้แก่ผู้เสียหายและชุมชน และการทำให้ผู้เสียหายและ/หรือผู้กระทำความผิดได้กลับคืนมาด้วยความสัมพันธ์ใหม่ที่ดีต่อกัน”¹¹ จะเห็นได้ว่า “วิธีการเชิงฟื้นฟู” เน้นที่การมีส่วนร่วมของบุคคลหลายฝ่ายที่ได้รับผลกระทบจากการกระทำความผิด และ “ผลในทางฟื้นฟู” มุ่งเน้นที่การค้นหาความต้องการและหน้าที่ความรับผิดชอบของแต่ละฝ่าย หากเป็นคดีร้ายแรงอาจรวมถึงมาตรการในการแก้ไขปรับปรุงพฤติกรรมด้วย¹²

กระทรวงยุติธรรมของประเทศนิวซีแลนด์ได้ออกข้อกำหนดแนวทางและมาตรฐานว่าด้วยกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟู โดยใช้ชื่อว่า Restorative Justice Best Practice in New Zealand ซึ่งเป็นไปตามแนวทางของปัญญาแห่งหลักการพื้นฐานว่าด้วยการดำเนินโครงการกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูในคดีอาญา ในข้อกำหนดดังกล่าวได้ให้คำจำกัดความของ “กระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟู” (Restorative Justice) ไว้ โดยใช้คำจำกัดความของ Howard Zehr ศาสตราจารย์ผู้ริเริ่มหลักกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟู ดังนี้ “กระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟู หมายถึง กระบวนการที่จะดึงผู้มีส่วนได้เสียในการกระทำความผิดใดความผิดหนึ่งให้เข้ามามีส่วนร่วมให้มากที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้เพื่อร่วมกันระงับ และจัดการกับความเสียหาย ความต้องการ และภาระหน้าที่ ทั้งนี้เพื่อให้สามารถเยียวยา แก้ไข และทำให้ความเสียหายกลับคืนดีให้ได้มากที่สุดเท่าที่จะทำได้”¹³

กระทรวงยุติธรรมของประเทศแคนาดาได้ออกแถลงการณ์ที่มีชื่อว่า Values and Principles of Restorative Justice in Criminal Matters เพื่อแสดงให้เห็นว่าประเทศแคนาดาให้ความสำคัญและปฏิบัติตามแนวทางของปัญญาแห่งหลักการพื้นฐานว่าด้วยการดำเนินโครงการกระบวนการ

⁸ Economic and Social Council of United Nations, Basic Principles on the Use of Restorative Justice Programmes in Criminal Matters [Online], 27 July 2002. Source <http://www.un.org/en/ecosoc/docs/2002/resolution%202002-12.pdf>

⁹ องค์การสหประชาชาติ, มาตรฐานแห่งองค์การสหประชาชาติว่าด้วยกระบวนการยุติธรรมทางอาญา, แปลโดย กิตติพงษ์ กิตยารักษ์, ชาติ ชัยเดชสุริยะ และณัฐสา ฉัตรไพฑูริย์ (กรุงเทพมหานคร: เดือนตุลา, ม.ป.ป.), หน้า 262.

¹⁰ เรื่องเดียวกัน.

¹¹ เรื่องเดียวกัน.

¹² United Nations Office on Drugs and Crime, Handbook on Restorative Justice Programmes (New York: United Nations Publication, 2006), p. 7.

¹³ Howard J. Zehr, The Little Book of Restorative Justice, p. 37.

ยุติธรรมเชิงฟื้นฟูในคดีอาญา แลกเปลี่ยนดังกล่าวให้คำจำกัดความของ “กระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟู” ไว้ว่า “กระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟู หมายถึง กระบวนการอำนวยความสะดวกยุติธรรมที่ให้ความสำคัญกับการเยียวยาความเสียหายที่เกิดจากความขัดแย้งและอาชญากรรม” และให้คำจำกัดความของ “วิธีการดำเนินกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟู” ไว้ว่า “วิธีดำเนินการกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟู หมายถึง การที่ผู้มีส่วนได้เสีย (ผู้เสียหาย ผู้กระทำความผิด และสมาชิกในชุมชน) สมควรใจเข้าร่วมในการพูดคุยถึงเหตุการณ์ต่างๆ ที่เกิดขึ้นอันเป็นผลมาจากการกระทำความผิด โดยได้รับความช่วยเหลือและการสนับสนุนจากผู้ประสานการประชุมที่มีความเป็นกลาง”¹⁴

เมื่อพิจารณาความหมายของ “กระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟู” ที่กล่าวมาทั้งหมดอาจสรุปได้ว่ากระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟู คือ การใช้วิธีการเชิงฟื้นฟูเพื่อมุ่งต่อผลในทางฟื้นฟู ดังนั้น ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่า “กระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟู” หมายถึง “กระบวนการยุติธรรมที่ผู้มีส่วนเกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดเข้ามามีส่วนร่วมกันจัดการเกี่ยวกับการกระทำความผิดที่เกิดขึ้นและที่อาจเกิดขึ้นอีกในอนาคต โดยให้ผู้เสียหายเป็นศูนย์กลางของกระบวนการยุติธรรม เพื่อร่วมกันเยียวยาผลกระทบที่เกิดกับผู้เสียหาย แก่ไขผู้กระทำความผิด และฟื้นฟูความสงบสุขและความมั่นคงปลอดภัยแก่สังคม”

3.1.3 วัตถุประสงค์ของกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟู

1. เพื่อให้ความช่วยเหลือเยียวยาแก่ผู้เสียหาย

กระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูให้ความสำคัญกับการเยียวยาความเสียหายให้แก่ผู้เสียหายอย่างมาก โดยมุ่งเน้นที่การอำนวยความสะดวกยุติธรรมอย่างแท้จริงให้แก่ผู้เสียหายด้วยการตอบสนองต่อความต้องการของผู้เสียหาย 4 ประการ ซึ่งกระบวนการยุติธรรมทางอาญาละเลยไม่ให้ความสำคัญดังนี้

(1) ข้อมูลเกี่ยวกับการกระทำความผิดอาญา (Information)¹⁵ เมื่อมีการกระทำความผิดเกิดขึ้น ผู้เสียหายย่อมมีคำถามต่อการกระทำความผิดนั้นๆ และต้องการข้อมูลที่เป็นความจริงจากผู้กระทำความผิด เช่น ทำไมจึงกระทำความผิด ทำไมจึงเลือกกระทำต่อผู้เสียหาย เป็นต้น แต่หากเป็นข้อมูลที่ได้จากการพิสูจน์ตามองค์ประกอบความผิดทางกฎหมายผู้กระทำความผิดอาจบิดเบือนความจริงเพื่อประโยชน์ในการต่อสู้คดี ทำให้ผู้เสียหายไม่ได้รับข้อมูลที่เป็นความจริงเกี่ยวกับการกระทำความผิด

(2) การได้บอกเล่าความจริง (Truth-telling)¹⁶ การที่ผู้เสียหายได้มีโอกาสบอกเล่าความจริงในสถานที่ที่เหมาะสม ปราศจากบรรยากาศที่กดดัน โดยเฉพาะหากผู้เสียหายได้มีโอกาสกล่าวต่อผู้ที่เป็นต้นเหตุแห่งความเสียหายให้ได้ทราบและเข้าใจว่าตนต้องเสียหายอย่างไร ได้รับความ

¹⁴ Canada Department of Justice, Values and Principles of Restorative Justice in Criminal Matters [Online], 29 November 2012. Source <http://www.iirp.edu/pdf/RJValues-DOJCan.pdf>

¹⁵ Howard J. Zehr, The Little Book of Restorative Justice, p. 13.

¹⁶ Ibid.

ทุกข์หรือเดือดร้อนใจเพียงใด ย่อมช่วยบรรเทาและเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นกับผู้เสียหายได้ โดยเฉพาะความเสียหายต่อจิตใจ

(3) การได้รับอำนาจที่สูญเสียไปกลับคืน (Empowerment)¹⁷ เมื่อบุคคลหนึ่งต้องตกเป็นผู้เสียหายย่อมรู้สึกว่าการควบคุมชีวิตของตนเองไป เช่น จากเดิมที่เคยใช้ชีวิตได้อย่างปกติสุข มีอิสระที่จะเดินทางหรือแต่งกายอย่างไรก็ได้ กลับกลายเป็นสูญเสียความมั่นใจและเกิดความกังวลใจในการดำรงชีวิต ส่งผลให้ต้องปรับเปลี่ยนพฤติกรรมหรือแนวทางการใช้ชีวิตให้ต่างไปจากเดิม รวมถึงอาจเกิดผลกระทบในระดับอารมณ์และจิตใจที่ต่อเนื่องยาวนาน วิธีการทำให้ผู้เสียหายได้รับอำนาจที่สูญเสียไปกลับคืนมาคือการทำให้ผู้เสียหายรู้สึกว่าคุณมีความสำคัญและกลับมีอำนาจขึ้นมาใหม่ กระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูตอบสนองต่อความต้องการเช่นนี้โดยการให้ผู้เสียหายเป็นศูนย์กลางของกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟู (victim-centered process) และมีส่วนร่วมในการกำหนดแนวทางต่างๆ ตามความประสงค์ของผู้เสียหาย

(4) การเยียวยาความเสียหาย (Restitution)¹⁸ การเยียวยาความเสียหายนี้มีลักษณะเป็นการลงโทษผู้กระทำความผิดอยู่ในตัว โดยอาจเป็นการเยียวยาความเสียหายที่เป็นรูปธรรม เช่น ค่าเสียหายเป็นตัวเงิน หรือ การเยียวยาความเสียหายเชิงสัญลักษณ์ เช่น การกล่าวขอโทษ การแสดงความสำนึกผิด เมื่อใดก็ตามที่ผู้กระทำความผิดได้แสดงให้เห็นว่าตนพยายามจะเยียวยาความเสียหายให้กับผู้เสียหาย แม้จะเป็นการเยียวยาเพียงเล็กน้อยก็มีความสำคัญต่อผู้เสียหาย เพราะเปรียบเสมือนผู้กระทำความผิดยอมรับว่าผู้เสียหายไม่ใช่ผู้ที่ต้องถูกตำหนิหากแต่เป็นตัวผู้กระทำความผิดเองที่ต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้น

2. เพื่อประณามการกระทำความผิดว่าเป็นสิ่งที่ไม่ถูกต้องและสังคมไม่ยอมรับ

วัตถุประสงค์ของกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูข้อนี้เป็นวัตถุประสงค์ของกระบวนการยุติธรรมทางอาญาเช่นกัน อย่างไรก็ตาม การประณามในกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูอาจเรียกได้ว่าเป็นการประณามเชิงสร้างสรรค์ (positive denunciation) เพราะวิธีการเชิงฟื้นฟูนั้นละมุนละม่อมและมีความยืดหยุ่นมากกว่าในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา

3. เพื่อให้ผู้กระทำความผิดเข้าใจและสำนึกในผลอันเกิดจากการกระทำของตนและแสดงความรับผิดชอบในผลเหล่านั้น

ความสำนึกผิดจะเกิดขึ้นได้ก็ต่อเมื่อผู้กระทำความผิดได้รู้ว่าการกระทำของตนสร้างความเสียหายให้กับผู้อื่นอย่างไรและผู้กระทำความผิดมีโอกาสในการแสดงความสำนึกผิดโดยการดำเนินการต่างๆ เพื่อเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นให้มากที่สุดเท่าที่จะทำได้¹⁹ ในความเป็นจริง ผู้กระทำความผิดอาจแสดงความรับผิดชอบได้หลายทางซึ่งบางวิธีการกฎหมายไม่อาจบังคับได้เพราะเป็นเรื่อง

¹⁷ Ibid.

¹⁸ Ibid.

¹⁹ Ibid., p. 15.

ของจิตใจโดยแท้ เช่น การขอโทษ หรือมีลักษณะท่าทางที่แสดงให้เห็นว่าสำนึกผิด เป็นต้น กระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูจะส่งเสริมให้ผู้กระทำความผิดแสดงความรับผิดชอบซึ่งมาจากการสำนึกผิดอย่างแท้จริง โดยไม่จำกัดว่าจะต้องเป็นวิธีการที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น และเนื่องจากวิธีการเชิงฟื้นฟูมุ่งที่จะเปลี่ยนแปลงไปถึงระดับกระบวนการคิดและจิตสำนึกของผู้กระทำความผิด ดังนั้น วัตถุประสงค์ข้อนี้จึงให้ผลในด้านการแก้ไขผู้กระทำความผิดอีกด้วย แต่กระบวนการยุติธรรมทางอาญาในปัจจุบันมุ่งเน้นที่การพิสูจน์ความผิดและลงโทษผู้กระทำความผิด (Retributive Justice) ผู้กระทำความผิดมีสิทธิในการต่อสู้คดีและปฏิเสธข้อกล่าวหาเพื่อให้ตนไม่มีความผิดและไม่ต้องรับโทษ ด้วยลักษณะเช่นนี้จึงไม่ส่งเสริมให้ผู้กระทำความผิดเกิดความสำนึกผิดในการกระทำของตน

4. เพื่อเพิ่มบทบาทให้กับชุมชนซึ่งเป็นกลุ่มที่ถูกละเลยและไม่มีความสำคัญในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา

“ชุมชน” ในความหมายของกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูหมายถึงกลุ่มของบุคคลที่มีความสัมพันธ์ต่อกัน มีการติดต่อสื่อสารระหว่างกัน มีความผูกพันกัน ซึ่งอาจเป็นความสัมพันธ์ในครอบครัว เครือญาติ เพื่อน หรือความสัมพันธ์ระหว่างกลุ่มใดๆ ก็ได้²⁰

ความสัมพันธ์ที่ก่อให้เกิดเป็น “ชุมชน” อาจได้รับอิทธิพลมาจากขอบเขตพื้นที่ในทางภูมิศาสตร์เพราะการที่มนุษย์มาอยู่ในบริเวณใกล้เคียงกันย่อมมีความเป็นไปได้ที่จะเกิดความรู้สึกผูกพันเป็นหนึ่งเดียวกัน ชุมชนลักษณะนี้เรียกว่า “ชุมชนเชิงพื้นที่” (community of place)²¹

อย่างไรก็ตาม ความสัมพันธ์ที่ก่อให้เกิดเป็น “ชุมชน” ไม่จำเป็นต้องมีจุดเกาะเกี่ยวกับขอบเขตพื้นที่²² เพราะการอยู่อาศัยในบริเวณใกล้เคียงกัน ศึกษาในสถาบันเดียวกัน หรือทำงานที่เดียวกัน มิได้หมายความว่าบุคคลในสถานทีนั้นจะมีความรู้สึกผูกพันต่อกันหรือรู้สึกว่าเป็นกลุ่มเดียวกันเสมอไป ในทางกลับกัน กลุ่มบุคคลที่ไม่ได้อยู่ในพื้นที่หรือสถานที่เดียวกันอาจเป็นคนในชุมชนเดียวกันได้ตามความหมายของกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟู เช่น กรณีที่คนในครอบครัวเดียวกันใช้ชีวิตอยู่ต่างสถานที่กันแต่มีความผูกพันปรารถนาดีต่อกัน ห่วงใยซึ่งกันและกัน เมื่อคนหนึ่งต้องประสบปัญหาหรือทำสิ่งใดผิดพลาดไป คนที่อยู่ในครอบครัวเดียวกันย่อมได้รับผลกระทบไปด้วย ดังนั้น แม้ว่ากลุ่มคนเหล่านี้จะอยู่ต่างสถานที่ แต่กระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูถือว่ากลุ่มคนที่มีความสัมพันธ์ต่อกันในลักษณะเช่นนี้อยู่ในชุมชนเดียวกัน ชุมชนในลักษณะนี้อาจเรียกได้ว่าเป็น “ชุมชนแห่งความปรารถนาดี” (community of care)²³ หรือ “ชุมชนที่มีส่วนได้เสีย” (community of interest)²⁴

²⁰ Gerry Johnstone, *Restorative Justice: Ideas, Values, Debates* (Oregon: Willan Publishing, 2006), p. 14.

²¹ Paul McCold and Benjamin Wachtel, *Community is Not a Place: A New Look at Community Justice Initiatives* [Online], 7 June 2007. Source http://www.iirp.edu/article_detail.php?article_id=NDc1

²² Ibid.

²³ Howard J. Zehr, *The Little Book of Restorative Justice*, p. 26.

ซึ่งเป็นกลุ่มคนที่มีความกังวลหรือความเป็นห่วงร่วมกันกับผู้เสียหายหรือผู้กระทำความผิด หรือเกี่ยวกับผลกระทบที่เกิดขึ้นจากการกระทำความผิด และมีความสามารถที่จะช่วยเหลือให้เกิดการเยียวยาแก้ไขความเสียหายได้อย่างแท้จริง

เมื่อมีการกระทำความผิดเกิดขึ้น “บุคคลใกล้ชิด” * ของผู้เสียหายและผู้กระทำความผิดย่อมได้รับผลกระทบจากการกระทำความผิดด้วยอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ ดังนั้น กระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูจึงต้องให้ความสำคัญกับความต้องการของบุคคลใกล้ชิดของผู้เสียหายและผู้กระทำความผิดซึ่งเป็นผู้ที่ได้รับผลกระทบจากการกระทำความผิดด้วย ความต้องการของบุคคลใกล้ชิด คือ ได้รับการยืนยันว่าสิ่งที่เกิดขึ้นนั้นไม่ถูกต้อง และได้รับความมั่นใจว่ากระบวนการยุติธรรมได้จัดการกับสิ่งที่เกิดขึ้นอย่างเหมาะสมทั้งการเยียวยาผู้เสียหายและการแก้ไขผู้กระทำความผิด และจะไม่เกิดการกระทำความผิดซ้ำอีก²⁵

5. เพื่อลดการกระทำความผิดซ้ำ

กระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูให้ความสำคัญกับการแก้ไขเปลี่ยนแปลงตนเองของผู้กระทำความผิด (personal transformation)²⁶ เมื่อผู้กระทำความผิดเกิดความสำนึกในการกระทำของตนแล้ว ย่อมต้องการที่จะเปลี่ยนแปลงและพัฒนาตนเองไปในทางที่ดีขึ้น ในกระบวนการเปลี่ยนแปลงตนเองของผู้กระทำความผิดต้องอาศัยความช่วยเหลือและการสนับสนุนจากบุคคลหลายฝ่ายเพื่อค้นหาสาเหตุของการกระทำความผิด แนวทางการบำบัดแก้ไขที่เหมาะสม และอาจรวมถึงการค้นหาและเสริมสร้างศักยภาพของผู้กระทำความผิดเพื่อสร้างความภูมิใจในตนเองซึ่งเป็นวิธีการของการเปลี่ยนแปลงตนเองในระดับจิตใจอันจะช่วยให้ผู้กระทำความผิดไม่กลับไปกระทำความผิดอีก นอกจากนี้ยังต้องช่วยเหลือผู้กระทำความผิดในการหวนกลับคืนสู่ชุมชนของตน (reintegration to community)²⁷ เพราะการกระทำความผิดอาจทำให้ผู้กระทำความผิดถูกต่อต้านจากชุมชนที่ตนเป็นสมาชิกอยู่ แม้ผู้กระทำความผิดจะสำนึกผิดและได้รับการช่วยเหลือให้เปลี่ยนแปลงไปในทางที่ดีขึ้นแล้ว ก็มิได้หมายความว่าผู้กระทำความผิดจะสามารถหวนกลับคืนมาใช้ชีวิตในชุมชนเดิมของตนได้ง่าย หากแต่ยังต้องมีกระบวนการช่วยเหลือให้ผู้กระทำความผิดได้หวนกลับคืนมาเป็นสมาชิกในสังคมเดิมได้อย่างมีคุณภาพและเป็นปกติสุขซึ่งต้องอาศัยความร่วมมือจากบุคคลหลายฝ่ายในการสนับสนุนและให้กำลังใจผู้กระทำความผิดตลอดจนทำความเข้าใจกับชุมชนที่ผู้กระทำความผิดเป็นสมาชิกอยู่ด้วย

²⁴ สรวิต ลิ้มปรีงษ์, “การไกล่เกลี่ยฟื้นฟูสัมพันธ์ในคดีอาญา: ประสบการณ์ของศาลนิวซีแลนด์,” ใน การไกล่เกลี่ยฟื้นฟูสัมพันธ์ในคดีอาญา, สรวิต ลิ้มปรีงษ์, บรรณาธิการ (กรุงเทพมหานคร: ธนาพรเสส, 2550), หน้า 19.

* ผู้เขียนเห็นว่าหากใช้คำว่า “บุคคลใกล้ชิด” แทนคำว่า “ชุมชนแห่งความปรารถนาดี” หรือ “ชุมชนที่มีส่วนได้เสีย” จะทำให้เข้าใจได้ชัดเจนกว่าและไม่ทำให้ความหมายผิดไปแต่อย่างใด

²⁵ Howard J. Zehr, *The Little Book of Restorative Justice*, p. 16.

²⁶ Ibid.

²⁷ Ibid.

6. เพื่อให้ทราบปัจจัยต่างๆ ที่นำมาสู่การก่ออาชญากรรม

ข้อมูลเกี่ยวกับปัจจัยต่างๆ ที่นำมาสู่การก่ออาชญากรรมจะเป็นประโยชน์ต่อรัฐในการกำหนดแนวทางแก้ไขปัญหาที่อาจเกิดขึ้นในอนาคต ในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาผู้กระทำความผิดมักจะนำเสนอข้อแก้ตัวเพื่อให้ไม่ต้องรับโทษ แต่ในกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูเน้นให้กล่าวความจริงต่อกันโดยไม่มุ่งเน้นที่การลงโทษ ดังนั้น ผู้กระทำความผิดจึงสามารถเล่าเรื่องราวต่างๆ ได้โดยไม่มี ความกดดันดังเช่นในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา อีกทั้งยังมีโอกาสได้ข้อมูลจากบุคคลใกล้ชิดของผู้กระทำความผิดที่เข้าร่วมกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูด้วย ทำให้รัฐได้ข้อมูลอันเป็นความจริงและเป็นประโยชน์ต่อการแก้ไขผู้กระทำความผิดและป้องกันการกระทำความผิดซ้ำ

3.1.4 หลักการพื้นฐานว่าด้วยการดำเนินโครงการกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูในคดีอาญาขององค์การสหประชาชาติ

3.1.4.1 ความเป็นมาของหลักการพื้นฐานว่าด้วยการดำเนินโครงการกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูในคดีอาญา

ในการประชุมสหประชาชาติว่าด้วยการป้องกันอาชญากรรมและความยุติธรรมทางอาญา (United Nations Congress on Crime Prevention and Criminal Justice) ณ กรุงเวียนนา ประเทศออสเตรีย เมื่อปี พ.ศ. 2543 ได้มีการออกปฏิญญากรุงเวียนนาว่าด้วยเรื่องอาชญากรรมและความยุติธรรม: ความท้าทายในศตวรรษที่ 21 (Vienna Declaration on Crime and Justice: Meeting the Challenges of the Twenty-first Century) เพื่อส่งเสริมให้ประเทศสมาชิกพัฒนาเรื่องกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟู เพื่อลดปัญหาอาชญากรรมโดยให้ความสำคัญกับการฟื้นฟูผู้เสียหาย ผู้กระทำความผิด และชุมชน²⁸ คณะกรรมาธิการว่าด้วยการป้องกันอาชญากรรมและความยุติธรรมทางอาญาแห่งองค์การสหประชาชาติ (Commission on Crime Prevention and Justice) เห็นว่าการออก “หลักการพื้นฐาน” (Basic Principles) จะช่วยสร้างมาตรฐานสากลในการใช้กระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูให้เป็นไปในทิศทางเดียวกันจึงได้ตั้งคณะผู้เชี่ยวชาญเพื่อร่างหลักการพื้นฐานเกี่ยวกับกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟู จากนั้นในเดือนสิงหาคม พ.ศ. 2545 สภาเศรษฐกิจและสังคมแห่งองค์การสหประชาชาติ (United Nations Economic and Social Council) ได้รับรอง “หลักการพื้นฐานว่าด้วยการดำเนินโครงการกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูในคดีอาญา” (Basic Principles on the Use of Restorative Justice Programmes in Criminal Matters) ตามที่คณะกรรมาธิการว่าด้วยการป้องกันอาชญากรรมและความยุติธรรมทางอาญาได้เสนอมาเพื่อ

²⁸ General Assembly of the United Nations, Resolution adopted by the General Assembly [on the report of the Third Committee (A/55/593)] 55/59. Vienna Declaration on Crime and Justice: Meeting the Challenges of the Twenty-first Century [Online], 17 January 2001. Source http://www.unodc.org/pdf/crime/a_res_55/res5559e.pdf

ส่งเสริมให้ประเทศสมาชิกนำหลักการพื้นฐานของกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูในคดีอาญาไปปรับใช้กับกฎหมายของแต่ละประเทศโดยยังคงมีมาตรฐานเดียวกันตามหลักการพื้นฐานฉบับนี้

3.1.4.2 วัตถุประสงค์ของหลักการพื้นฐานว่าด้วยการดำเนินโครงการกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูในคดีอาญา

หลักการพื้นฐานว่าด้วยการดำเนินโครงการกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูในคดีอาญามีวัตถุประสงค์เพื่อให้ประเทศสมาชิกมีแนวทางในการปรับใช้กระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูกับกระบวนการยุติธรรมทางอาญาอย่างเหมาะสมและเป็นไปในทิศทางเดียวกัน เพื่อให้การอำนวยความสะดวกยุติธรรมในคดีอาญามีความสมบูรณ์และมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น

3.1.4.3 เงื่อนไขเบื้องต้นในการนำคดีเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟู มี 3 ประการ ดังนี้

1. คดีนั้นต้องมีพยานหลักฐานเพียงพอที่จะฟ้องผู้กระทำความผิดได้ (sufficient evidence to charge the offender) และผู้กระทำความผิดยอมรับผิดชอบในการกระทำของตน (take responsibility) หรือไม่ปฏิเสธความรับผิดชอบ (not deny responsibility) แต่ในการเข้าร่วมกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูไม่มีเงื่อนไขว่าผู้กระทำความผิดต้องยอมรับผิด (confess) อย่างไรก็ตามหากเป็นกรณีที่นำกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูมาใช้ในลักษณะที่ผลของการฟื้นฟูจะเป็นส่วนหนึ่งของคำพิพากษา ผู้กระทำความผิดต้องยอมรับผิดหรือศาลได้พิพากษาว่ามีความผิดแล้วจึงจะเข้าเงื่อนไขที่สามารถเข้ากระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูได้²⁹

2. ผู้เสียหายและผู้กระทำความผิดยินยอมโดยอิสระและสมัครใจ (free and voluntary consent) ที่จะเข้าร่วมกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟู³⁰ อย่างไรก็ตาม เนื่องจากในขั้นตอนแรกของการส่งคดีเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูคือกรณีที่เจ้าหน้าที่ในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาใช้ดุลพินิจในการส่งคดี ในขั้นตอนแรกนี้ผู้เสียหายและผู้กระทำความผิดอาจยังไม่ให้ความยินยอม แต่จะต้องมีการอธิบายให้ผู้เสียหายและผู้กระทำความผิดเข้าใจถึงลักษณะ วิธีการ และผลลัพธ์จากการใช้กระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟู ความยินยอมของผู้เสียหายและผู้กระทำความผิดที่จะเข้าร่วมกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูจึงหมายถึงความยินยอมในขั้นตอนหลังจากที่แต่ละฝ่ายได้ทราบและเข้าใจถึงรายละเอียดต่างๆ เป็นอย่างดีแล้ว

3. กรณีที่คู่กรณีมีความแตกต่างกันด้วยปัจจัยต่างๆ เช่น อายุ วุฒิภาวะ หรือความสามารถทางสติปัญญา ตลอดจนมีภัยคุกคามที่อาจส่งผลกระทบต่อความปลอดภัยของฝ่ายใดจนทำให้เกิดอำนาจที่ไม่เท่าเทียมกัน (power imbalance) เป็นข้อควรพิจารณาที่สำคัญในการใช้

²⁹ United Nations Office on Drugs and Crime, *Handbook on Restorative Justice Programmes*, pp. 74-75.

³⁰ หลักการพื้นฐานว่าด้วยการดำเนินโครงการกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟู ข้อ 7

ดุลพินิจส่งคดีเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟู³¹ หากมีการส่งคดีที่คู่กรณีมีอำนาจต่อรองที่ไม่เท่าเทียมกันเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟู ผู้ประสานการประชุม (facilitator) ต้องคำนึงถึงข้อแตกต่างเหล่านั้นอยู่เสมอ ดังนั้น การกำหนดเงื่อนไขของคดีที่จะเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูให้ชัดเจนจึงเป็นเรื่องสำคัญอย่างยิ่งเพื่อลดปัญหาที่อาจเกิดขึ้นจากอำนาจต่อรองที่ไม่เท่าเทียมกันของคู่กรณี คือ การข่มขู่และการตกเป็นเหยื่อซ้ำสอง

3.1.4.4 แนวทางการให้ความคุ้มครองผู้เข้าร่วมกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟู มี 8 แนวทาง ดังนี้

1. ผู้เสียหายและผู้กระทำความผิดควรมีสติที่จะได้รับคำปรึกษาแนะนำทางกฎหมายทั้งก่อนและหลังการใช้กระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟู และควรได้รับแจ้งถึงรายละเอียดของสิทธิต่างๆ ที่ตนมี ลักษณะของวิธีการเชิงฟื้นฟู และผลที่เป็นไปได้จากการตัดสินใจของตน
2. ผู้เยาว์พึงมีสิทธิได้รับความช่วยเหลือจากบิดามารดาหรือผู้ปกครองของตน
3. ผู้เสียหายและผู้กระทำความผิดมีสิทธิที่จะไม่เข้าร่วมกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟู ผู้เสียหายและผู้กระทำความผิดไม่ควรถูกชักจูงด้วยวิธีการใดๆ ที่ไม่ชอบธรรมเพื่อให้ใช้วิธีการเชิงฟื้นฟูหรือยอมรับผลในทางฟื้นฟู นอกจากนี้ ผู้เสียหายและผู้กระทำความผิดควรมีสติที่จะยกเลิกเพิกถอนความสมัครใจที่เคยให้ไว้ในเวลาใดก็ได้ระหว่างการใช่วิธีการเชิงสมานฉันท์ สำหรับผู้เยาว์ควรได้รับคำแนะนำและการช่วยเหลือเป็นพิเศษก่อนที่จะให้ความยินยอมใดๆ
4. หากต่อมาคดีกลับเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมทางอาญาตามเดิมไม่ว่าด้วยสาเหตุใด การที่ผู้กระทำความผิดเข้าร่วมกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูไม่ควรถูกใช้เป็นพยานหลักฐานว่าได้มีการยอมรับผิด และข้อเท็จจริงต่างๆ ที่เปิดเผยในกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูไม่ควรมีผลผูกมัดคู่กรณี
5. ข้อตกลงที่ได้จากกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูควรเป็นไปโดยความสมัครใจของคู่กรณี และประกอบด้วยภาระหน้าที่ที่ชอบด้วยเหตุผลและพอเหมาะพอดีเท่านั้น
6. รายละเอียดต่างๆ ที่เกิดขึ้นในระหว่างการใช่วิธีการเชิงฟื้นฟูควรเป็นความลับและไม่ควรที่จะเปิดเผยในเวลาต่อมา เว้นแต่จะเป็นไปโดยความยินยอมของคู่กรณี ทั้งนี้ เพื่อให้ผู้เข้าร่วมกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูกล้าที่จะกล่าวความจริงต่อกันให้มากที่สุดไม่ต้องกังวลใจว่าข้อมูลต่างๆ ที่กล่าวไปจะย้อนกลับมาเป็นผลเสียแก่ตนในภายหลัง
7. กรณีที่สามารถทำข้อตกลงกันได้ หน่วยงานในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาควรตรวจสอบอีกครั้งหนึ่ง หรืออาจจัดให้ข้อตกลงดังกล่าวเป็นส่วนหนึ่งของคำตัดสินของศาลหรือคำพิพากษา กรณีที่ข้อตกลงเป็นส่วนหนึ่งของคำพิพากษาย่อมหมายความว่าฝ่ายผู้เสียหายหรือผู้กระทำความผิดมีสิทธิอุทธรณ์ได้³²

³¹ หลักการพื้นฐานว่าด้วยการดำเนินโครงการกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟู ข้อ 9

³² United Nations Office on Drugs and Crime, *Handbook on Restorative Justice Programmes*, p. 34.

8. กรณีที่ไม่สามารถทำข้อตกลงกันได้และกรณีที่ไม่ปฏิบัติตามข้อตกลงที่จัดทำขึ้นในกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูไม่ควรนำมาเป็นเงื่อนไขสำหรับการกำหนดโทษให้หนักขึ้นแก่ผู้กระทำความผิดในกรณีที่มีการดำเนินคดีตามกระบวนการยุติธรรมทางอาญาในเวลาต่อมา

3.1.4.5 ขั้นตอนที่สามารถนำกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูมาใช้ในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา

กระบวนการยุติธรรมทางอาญาสามารถแบ่งได้เป็น 4 ขั้นตอนหลักตามการทำงานของหน่วยงานต่างๆ คือ (1) ชั้นพนักงานตำรวจ (2) ชั้นพนักงานอัยการ (3) ชั้นศาล และ (4) ชั้นราชทัณฑ์ กระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูสามารถนำมาใช้ได้ในทุกขั้นตอนของกระบวนการยุติธรรมทางอาญา³³ แต่ในทางปฏิบัติ การจะนำกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูเข้ามาใช้ในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาขั้นตอนใดย่อมขึ้นอยู่กับรูปแบบของกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูที่ใช้ด้วย อย่างไรก็ตาม กระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูไม่ควรนำมาใช้เพื่อแทนที่กระบวนการยุติธรรมทางอาญาแต่ควรนำมาใช้เพื่อเสริมให้การอำนวยความยุติธรรมมีความสมบูรณ์และมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น

3.1.4.6 รูปแบบของกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟู

รูปแบบของกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูที่นำมาใช้โดยทั่วไปมี 3 รูปแบบ³⁴ คือ การไกล่เกลี่ยหรือการประนอมข้อพิพาทระหว่างผู้เสียหายและผู้กระทำความผิด (Victim-Offender Mediation), การประชุมกลุ่ม (Conferencing) และการพิพากษาโดยการประชุมล้อมวง (Sentencing Circle)

3.1.4.6.1 การไกล่เกลี่ยระหว่างผู้เสียหายและผู้กระทำความผิด (Victim-Offender Mediation)³⁵

ผู้เข้าร่วมกระบวนการไกล่เกลี่ยมี 3 ฝ่าย คือ ผู้เสียหาย ผู้กระทำความผิด และผู้ไกล่เกลี่ย โดยไม่บังคับว่าจะต้องมีบุคคลใกล้ชิดของผู้เสียหายและผู้กระทำความผิด หรือสมาชิกในชุมชนเชิงฟื้นฟูที่เข้าร่วมการไกล่เกลี่ยด้วย โดยทั่วไปการไกล่เกลี่ยจะใช้ในกรณีที่เบ็ดเตล็ดเล็กน้อย ลักษณะการกระทำไม่รุนแรง รู้ตัวผู้กระทำความผิดชัดเจน และสามารถตกลงเรื่องค่าเสียหายกันได้โดยง่าย

การไกล่เกลี่ยมักจะใช้ในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาอยู่ 2 ช่วง ช่วงแรกคือหลังจากแจ้งข้อกล่าวหาแต่ยังไม่ฟ้องคดี (post-charge หรือ pre-trial) โดยผู้เสียหาย ผู้กระทำความผิด และผู้ไกล่เกลี่ยจะมาร่วมกันพูดคุยถึงเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นและทำข้อตกลงเรื่องการชดเชยเยียวยา

³³ หลักการพื้นฐานว่าด้วยการดำเนินโครงการกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟู ข้อ 6

³⁴ หลักการพื้นฐานว่าด้วยการดำเนินโครงการกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟู ข้อ 2

³⁵ United Nations Office on Drugs and Crime, *Handbook on Restorative Justice Programmes*, pp. 17-18.

ความเสียหาย อีกช่วงหนึ่งที่อาจใช้กระบวนการไกล่เกลี่ยได้คือหลังศาลมีคำพิพากษาแล้วและผู้กระทำ ความผิดได้รับโทษมาแล้วบางส่วน (post-sentence) คดีที่จะใช้กระบวนการไกล่เกลี่ยในช่วงนี้มักเป็น คดีร้ายแรงที่ไม่อาจไกล่เกลี่ยในชั้นก่อนฟ้องได้ การพูดคุยสนทนากันในการไกล่เกลี่ยอยู่บนฐานของ ความเท่าเทียมและความเสมอภาคกันระหว่างบุคคล ไม่มีใครได้เปรียบหรือเสียเปรียบเพราะผู้กระทำ ความผิดถูกพิพากษาให้ลงโทษและรับโทษตามคำพิพากษาอยู่แล้ว แต่เปิดโอกาสให้มีการไกล่เกลี่ยได้ เพื่อขจัดความขัดแย้งที่เกิดขึ้นระหว่างบุคคลอันเนื่องมาจากอาชญากรรม

3.1.4.6.2 การประชุมกลุ่ม (Conferencing)

ผู้เข้าร่วมการประชุมกลุ่ม คือ ผู้เสียหาย ผู้กระทำความผิด ผู้สนับสนุนของ ผู้เสียหายและผู้กระทำความผิด (supporter) และผู้ประสานการประชุม (facilitator) ซึ่งเป็นบุคคลที่ มีความยุติธรรมและเป็นกลาง มีบทบาทในการช่วยเหลือและสนับสนุนการมีส่วนร่วมของบุคคลที่เข้า ร่วมการประชุมกลุ่มในการเข้าสู่วิธีการเชิงฟื้นฟู³⁶ บุคลากรของหน่วยงานในกระบวนการยุติธรรมไม่มี บทบาทในการเข้าร่วมประชุมกลุ่มโดยตรงแต่จะมีส่วนเกี่ยวข้องโดยการเป็นผู้ส่งคดีที่เหมาะสมเข้าสู่ กระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟู

ผู้สนับสนุนของผู้เสียหายและผู้กระทำความผิด (supporter) หมายถึง บุคคลใกล้ชิดซึ่งอาจเป็นสมาชิกในครอบครัวหรือเพื่อนสนิทที่มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับผู้เสียหายและ ผู้กระทำความผิด และเป็นผู้ที่ได้รับผลกระทบจากเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นด้วย ในการประชุมกลุ่ม ผู้สนับสนุนของแต่ละฝ่ายจะต้องมีจำนวนไม่มากนักและต้องเป็นจำนวนที่เท่ากันทั้งสองฝ่าย³⁷ เนื่องจากตามหลักการของกระบวนการเชิงฟื้นฟูจะต้องมีสมาชิกในชุมชนเข้ามีส่วนร่วมด้วย แต่โดย สภาพของคดีข่มขืนกระทำชำเรา นั้นผู้เสียหายและผู้กระทำความผิดมักไม่ต้องการเปิดเผยให้ผู้อื่นรับรู้ ดังนั้น การจะให้สมาชิกในชุมชนเชิงฟื้นฟูที่ไม่รู้จักกันเป็นการส่วนตัวกับผู้เสียหายและผู้กระทำ ความผิดเข้าร่วมประชุมกลุ่มด้วยจึงขัดกับความรู้สึกของผู้เสียหายและผู้กระทำความผิด โดยเฉพาะ ความรู้สึกของผู้เสียหาย กระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูรูปแบบการประชุมกลุ่มกับคดีข่มขืนกระทำ ชำเราจึงมักจะให้ความสำคัญกับบุคคลใกล้ชิด ซึ่งเป็นชุมชนแห่งความปรารถนาดี (community of care) หรือ ชุมชนที่มีส่วนได้เสีย (community of interest) มากกว่าชุมชนในเชิงฟื้นฟู³⁸

รูปแบบของกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูโดยวิธีการประชุมกลุ่มอาจ นำมาใช้ก่อนการแจ้งข้อหา (pre-charge) หรือหลังการแจ้งข้อหาแล้ว (post-charge) ก็ได้ และในชั้น

³⁶ ญัฐสา ฉัตรไพฑูรย์, กระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์: จากทฤษฎีสู่ทางปฏิบัติในนานาชาติ (ม.ป.ท.: ม.ป.พ., 2550), หน้า 89.

³⁷ Amanda Konradi, "Creating Victim-Centered Criminal Justice Practices for Rape Prosecution," *New Approaches to Social Problems Treatment Research in Social Problems and Public Policy* 17 (2010): 56.

³⁸ Martin Wright, *Is Mediation Appropriate Even for Rape?* Paper to International Conference on Restorative Justice [Online], 2000. Source <http://www.restorativejustice.org/10fulltext/wrightmartin2000ismediation/view>

นี้ผู้กระทำความผิดจะรับว่าตนกระทำความผิดหรือไม่ก็ได้ เพียงแต่ต้องยอมรับว่าได้กระทำตามที่ผู้เสียหายกล่าวอ้างเสียก่อน แต่ไม่ว่าจะนำกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูมาใช้ในระยะใด หน่วยงานที่ทำหน้าที่ประสานงานและดำเนินการจัดการก็ต้องจัดให้มีการประชุมกลุ่มโดยเร็วที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ นับแต่มีการกระทำความผิดเกิดขึ้น³⁹ เพราะการอำนวยความสะดวกที่ล่าช้าเปรียบเสมือนการปฏิเสธความยุติธรรม (Justice delayed is justice denied.)

3.1.4.6.3 การพิพากษาโดยการประชุมล้อมวง (Sentencing Circle)

การพิพากษาโดยการประชุมล้อมวงเป็นรูปแบบของกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูที่มีผู้เข้าร่วมการประชุมมากที่สุดเมื่อเทียบกับรูปแบบของกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูอื่นๆ ที่กล่าวมา โดยจะมีผู้เสียหาย ผู้กระทำความผิด ผู้สนับสนุนของผู้เสียหายและผู้กระทำความผิด สมาชิกในชุมชนเชิงฟื้นฟู และมีบุคลากรในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาเข้าร่วมด้วย คือ ผู้พิพากษา พนักงานอัยการ ทนายของผู้กระทำความผิด และเจ้าหน้าที่ตำรวจ บุคคลเหล่านี้จะมาร่วมกันกำหนดวิธีการที่เหมาะสมให้กับผู้กระทำความผิด

การพิพากษาโดยการประชุมล้อมวงมีที่มาจากชนพื้นเมืองแถบอเมริกาเหนือและมีลักษณะเป็นกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูเต็มรูปแบบมากที่สุด การประชุมล้อมวงมีหลักการสำคัญคือความปลอดภัยและการสนับสนุนให้ทุกฝ่ายที่ได้รับผลกระทบกลับมีชีวิตที่ปกติสุขได้อีกครั้ง⁴⁰ โดยยังคงเน้นให้ผู้เสียหายเป็นศูนย์กลางของกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟู แต่ต้องคำนึงถึงประโยชน์ของชุมชนเพิ่มมากขึ้น

ผู้เข้าร่วมประชุมล้อมวงจะทำข้อตกลงร่วมกันเป็นลายลักษณ์อักษรกำหนดหน้าที่ที่ผู้กระทำความผิดต้องปฏิบัติ ซึ่งข้อตกลงนี้จะเสนอต่อผู้พิพากษาเพื่อพิจารณากำหนดโทษที่ผู้กระทำความผิดควรได้รับ การที่ผู้พิพากษาเข้าร่วมประชุมล้อมวงด้วยทำให้ผู้พิพากษาได้ทราบรายละเอียดและความเสียหายที่แท้จริงของการกระทำความผิดผ่านการเจรจาพูดคุยอย่างเป็นธรรมชาติของทุกฝ่ายในขณะประชุมล้อมวง และทำให้ทุกฝ่ายที่ได้รับผลกระทบจากการกระทำความผิดได้มีส่วนร่วมในการกำหนดโทษของผู้กระทำความผิด โทษที่ได้จึงเป็นไปตามความประสงค์ของผู้ได้รับผลกระทบและในขณะเดียวกันก็ยังมีดุลพินิจของผู้พิพากษาควบคุมกำกับความเหมาะสมอยู่อีกชั้นหนึ่ง

³⁹ Ibid.

⁴⁰ Anne-Marie McAinden, *Restorative Justice as a Response to Sexual Offending – Addressing the Failings of Current Punitive Approaches* [Online], 5 March 2013. Source http://www.sexual-offender-treatment.org/1-2008_03.html

3.2 การนำกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูมาใช้กับคดีข่มขืนกระทำชำเราในประเทศสหรัฐอเมริกา (มลรัฐแอริโซนา)

3.2.1 ความเป็นมาของการนำกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูมาใช้กับคดีข่มขืนกระทำชำเรา

ในประเทศสหรัฐอเมริกา ปัญหาที่สำคัญของคดีข่มขืนกระทำชำเราก็คือเมื่อมีการกระทำ ความผิดเกิดขึ้นแล้วผู้เสียหายมักไม่ไปแจ้งความทำให้การสำรวจสถิติคดีข่มขืนกระทำชำเราที่เกิดขึ้นทั้งหมดเป็นไปได้ยาก แต่ก็มี ความพยายามในการสำรวจสถิติเกี่ยวกับคดีข่มขืนกระทำชำเราโดยหลาย หน่วยงาน เช่น

Bureau of Justice Statistics, U.S. Department of Justice สำรวจพบว่าคดีข่มขืน กระทำชำเรามีสถิติคดีที่ไม่แจ้งความสูงที่สุดเมื่อเทียบกับคดีความผิดประเภทอื่นๆ⁴¹ และเป็นคดีที่มี สถิติการกระทำ ความผิดน้อยที่สุดตั้งแต่ปี ค.ศ. 2002 เป็นต้นมา⁴² นอกจากนี้ยังสำรวจพบว่าเมื่อเกิด การข่มขืนกระทำชำเราขึ้นจะมีการแจ้งความเพียงร้อยละ 36 ของการกระทำ ความผิดทั้งหมด⁴³

U.S. Victimization Survey สำรวจพบว่าในการข่มขืนกระทำชำเรา 2594 กรณี มีการแจ้ง ความเพียง 441 คดี พนักงานอัยการตั้งข้อหาและสั่งฟ้อง 33 คดี ผู้กระทำความผิดถูกตัดสินว่ามี ความผิดจริง 13 คดี และถูกลงโทษจำคุกจริงเพียง 9 คดี⁴⁴ สำหรับคดีที่มีการแจ้งความ ผู้เสียหายเกิน กว่าครึ่งมาแจ้งความหลังเหตุการณ์ผ่านไปแล้วเป็นปี⁴⁵

National Victim Center สำรวจพบว่าเมื่อเกิดการข่มขืนกระทำชำเราขึ้นจะมีการแจ้งความ เพียงร้อยละ 16 ของการกระทำ ความผิดทั้งหมด การข่มขืนกระทำชำเราเป็นคดีร้ายแรงที่มีการแจ้ง ความต่อเจ้าหน้าที่ตำรวจน้อยที่สุดเมื่อเทียบกับคดีประเภทอื่นๆ ที่เกิดขึ้นในสหรัฐอเมริกา⁴⁶

⁴¹ U.S. Department of Justice, Victimizations Not Reported to the Police, 2006-2010 [Online], August 2012. Source <http://bjs.ojp.usdoj.gov/content/pub/pdf/vnrp0610.pdf>

⁴² U.S. Department of Justice, Criminal Victimization, 2011 [Online], October 2012. Source <http://www.bjs.gov/content/pub/pdf/cv11.pdf>

⁴³ Mary P. Koss, Karen J. Bachar, C. Quince Hopkins and Carolyn Carlson, "Expanding a Community's Justice Response to Sex Crimes through Advocacy, Prosecutorial, and Public Health Collaboration: Introducing the RESTORE Program," Journal of Interpersonal Violence 19, 2 (December 2004): 1439.

⁴⁴ Mary P. Koss, Using Restorative Justice Approaches to Address Sexual Assault [Online], 29 November 2012. Source www.icsor.org/download/file/58/ (International Conference on Survivors of Rape)

⁴⁵ Mary P. Koss and Mary Achilles, Restorative Justice Responses to Sexual Assault [Online], February 2008. Source http://new.vawnet.org/Assoc_Files_VAWnet/AR_RestorativeJustice.pdf

⁴⁶ National Victim Center, Rape in America: A Report to the Nation [Online], 1992. Source <http://www.911rape.org/facts-quotes/statistics>

นอกจากนี้ยังมีผลสำรวจที่สำคัญอีกเรื่องหนึ่ง คือ การข่มขืนกระทำชำเราส่วนใหญ่ที่เกิดขึ้น เป็นกรณีที่ถูกผู้เสียหายรู้จักกับผู้กระทำความผิด (acquaintance rape) ไม่ใช่การข่มขืนกระทำชำเรา โดยคนแปลกหน้า (stranger rape) มีผลสำรวจในเรื่องนี้จากหลายหน่วยงาน เช่น

National Violence against Women Survey สํารวจพบว่าประมาณร้อยละ 85 ของคดี ข่มขืนกระทำชำเราคือคดีที่ถูกผู้เสียหายและผู้กระทำความผิดรู้จักกัน⁴⁷ หรือเท่ากับประมาณ 6 จาก 7 คดี⁴⁸

National Crime Victimization Survey สํารวจพบว่าประมาณร้อยละ 82 ของคดีข่มขืน กระทำชำเราคือคดีที่ถูกผู้เสียหายและผู้กระทำความผิดรู้จักกัน⁴⁹

National Victim Center สํารวจพบว่าประมาณร้อยละ 80 ของคดีข่มขืนกระทำชำเราคือ คดีที่ถูกผู้เสียหายและผู้กระทำความผิดรู้จักกัน⁵⁰

สำหรับ Pima County มลรัฐแอริโซนาได้มีการสำรวจสถิติเกี่ยวกับคดีข่มขืนกระทำชำเรา เช่นกัน และพบว่าในปี ค.ศ. 2002 มีการแจ้งความคดีข่มขืนกระทำชำเรา 709 คดี ในจำนวนนี้ เจ้าหน้าที่ตำรวจดำเนินการสืบสวนสอบสวนเพียง 361 คดี คิดเป็นร้อยละ 51 จากคดีทั้งหมดที่มาแจ้ง ความ และท้ายที่สุดมีการออกหมายจับเพียงร้อยละ 18 จากคดีทั้งหมดที่มาแจ้งความ ส่วนจับได้จริง เท่าใดไม่ปรากฏข้อมูล⁵¹

นอกจากนี้ Arizona Department of Public Safety สํารวจพบว่าคดีข่มขืนกระทำชำเรา เกินกว่าร้อยละ 50 เกิดจากการกระทำของคนรู้จักกัน⁵²

จากสถิติที่กล่าวมาจะเห็นว่าคดีข่มขืนกระทำชำเราในประเทศสหรัฐอเมริกาและในมลรัฐ แอริโซนามีสถิติการแจ้งความน้อยกว่าที่เกิดขึ้นจริงมาก และคดีส่วนใหญ่เป็นคดีที่ถูกผู้เสียหายและผู้ กระทำความผิดรู้จักกัน การข่มขืนกระทำชำเราโดยคนแปลกหน้าเป็นเพียงส่วนน้อย

ในทางปฏิบัติ รูปแบบของการข่มขืนกระทำชำเราที่มีผลต่อทัศนคติของบุคลากรใน กระบวนการยุติธรรมอย่างมาก เมื่อผู้เสียหายไปแจ้งความต่อเจ้าหน้าที่ตำรวจ หากเจ้าหน้าที่ตำรวจ เห็นว่าเป็นการข่มขืนกระทำชำเราโดยคนรู้จักกัน (acquaintance rape) เจ้าหน้าที่ตำรวจมักจะ

⁴⁷ Megan Kokontis, *Restorative Justice and Sexual Assault: A Proposal to Supplement the Criminal Justice System* [Online], 29 November 2012. Source http://law.wustl.edu/Faculty_Profiles/Documents/haley/SeminarPapers/MeganMKokontis.pdf

⁴⁸ Mary P. Koss, Karen J. Bachar, C. Quince Hopkins and Carolyn Carlson, "Expanding a Community's Justice Response to Sex Crimes through Advocacy, Prosecutorial, and Public Health Collaboration: Introducing the RESTORE Program," *Journal of Interpersonal Violence*, p. 1435.

⁴⁹ Bureau of Justice Statistics, *A Report on Violence Against Women based on data from the National Crime Victimization Survey* [Online], 1995. Source <http://www.911rape.org/facts-quotes/statistics>

⁵⁰ National Victim Center, *Rape in America: A Report to the Nation* [Online]

⁵¹ Mary P. Koss, Karen J. Bachar, C. Quince Hopkins and Carolyn Carlson, "Expanding a Community's Justice Response to Sex Crimes through Advocacy, Prosecutorial, and Public Health Collaboration: Introducing the RESTORE Program," *Journal of Interpersonal Violence*, p. 1438.

⁵² Ibid.

เชื่อว่าเป็นการข่มขืนกระทำชำเราจริง แต่ถ้าเป็นการข่มขืนกระทำชำเราโดยคนแปลกหน้า (stranger rape) เจ้าหน้าที่ตำรวจมีแนวโน้มที่จะเชื่อผู้เสียหายมากกว่า⁵³ ทำให้คดีข่มขืนกระทำชำเราส่วนหนึ่งที่ผู้เสียหายกลับมาแจ้งความถูกต้องออกจากกระบวนการยุติธรรมทางอาญาไปในขั้นตอนแรกของกระบวนการยุติธรรมทางอาญาในชั้นตำรวจนี้เอง

แม้คดีข่มขืนกระทำชำเราจะมีสถิติการแจ้งความที่น้อยกว่าความเป็นจริงและคดีส่วนหนึ่งเจ้าหน้าที่ตำรวจไม่รับแจ้งความอันเป็นผลมาจากทัศนคติของเจ้าพนักงานตำรวจซึ่งทำให้ดูเหมือนว่าจำนวนคดีข่มขืนกระทำชำเราไม่มากในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา แต่คดีข่มขืนกระทำชำเราก็ก็น่าจะมีปัญหาเรื่องงบประมาณของรัฐไม่เพียงพอต่อการดำเนินคดีทุกคดีที่เจ้าหน้าที่ตำรวจเสนอต่อพนักงานอัยการ เนื่องจากคดีข่มขืนกระทำชำเราเป็นคดีที่มีค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดีตั้งแต่เริ่มต้นกระบวนการยุติธรรมไปจนถึงการลงโทษเสร็จสิ้นสูงที่สุดเมื่อเทียบกับคดีอาญาประเภทอื่น⁵⁴ พนักงานอัยการจึงมักจะใช้วิธีการเบี่ยงเบนคดีออกจากกระบวนการยุติธรรมทางอาญา (pretrial diversion) โดยการต่อรองให้ผู้เสียหายรับสารภาพ (plea bargaining) และลดข้อหาให้เบาลงเพื่อไม่ต้องดำเนินการพิจารณาอย่างซับซ้อนในชั้นศาลและเพื่อประหยัดงบประมาณของรัฐ⁵⁵ ผู้เสียหายมีสิทธิได้รับแจ้งข้อมูลเกี่ยวกับข้อตกลงรับสารภาพ (plea agreement) แต่ไม่สามารถคัดค้านได้เพราะเป็นเรื่องระหว่างรัฐกับผู้กระทำผิด⁵⁶

วิธีการเบี่ยงเบนคดีด้วยการต่อรองคำสารภาพทำให้ผู้กระทำความผิดได้รับลดโทษโดยที่ไม่ได้เกิดจากการสำนึกผิดต่อผู้เสียหายแต่เป็นไปเพื่อประโยชน์ของรัฐ นอกจากนี้การที่ผู้กระทำความผิดไม่ถูกฟ้องคดีตามข้อหาที่กระทำผิดจริงทำให้ความเสียหายที่ผู้กระทำความผิดได้รับไม่เป็นไปตามสัดส่วนกับความเสียหายที่ผู้กระทำความผิดก่อขึ้น อีกทั้งผู้กระทำความผิดยังไม่ได้รับการแก้ไขฟื้นฟูตามความเหมาะสม ทำให้มีโอกาสสูงที่จะกลับมากระทำความผิดซ้ำ

กรณีที่มีการฟ้องร้องดำเนินคดีในชั้นศาล รัฐถือเป็นโจทก์และผู้เสียหายในคดีอาญา ผู้เสียหายในคดีข่มขืนกระทำชำเราเข้าเบิกความในฐานะที่เป็นพยานคนหนึ่งของรัฐ ผู้เสียหายไม่มีอำนาจควบคุมหรือแสดงความคิดเห็นใดๆ ในการดำเนินคดีเพราะเป็นหน้าที่ของพนักงานอัยการที่จะดำเนินขั้นตอนต่างๆ ไปตามกฎหมาย

การพิสูจน์ความผิดในคดีอาญาต้องพิสูจน์จนถึงระดับที่ปราศจากข้อสงสัยตามสมควร (beyond reasonable doubt) แต่ในคดีข่มขืนกระทำชำเรานั้นยากที่จะพิสูจน์ให้ถึงระดับดังกล่าวเพื่อเอาผิดกับผู้กระทำความผิดโดยเฉพาะในคดีที่ผู้เสียหายกับผู้กระทำความผิดเป็นคนรู้จักกัน (acquaintance rape) หรือคบหากันในลักษณะคู่รัก (date rape) ประเด็นสำคัญในคดีมักจะเป็นเรื่องความยินยอมของผู้เสียหาย โดยผู้กระทำความผิดจะต่อสู้ว่าผู้เสียหายยินยอมโดยผู้กระทำ

⁵³ Ibid., p. 1440.

⁵⁴ National Institute of Justice, *Research Report on Victim Cost and Consequences: A New Look* [Online], January 1996. Source <https://www.ncjrs.gov/pdffiles/victcost.pdf>

⁵⁵ Mary P. Koss, Karen J. Bachar, C. Quince Hopkins and Carolyn Carlson, "Expanding a Community's Justice Response to Sex Crimes through Advocacy, Prosecutorial, and Public Health Collaboration: Introducing the RESTORE Program," *Journal of Interpersonal Violence*, p. 1438.

⁵⁶ Ibid., p. 1439.

ความผิดไม่ต้องให้เหตุผลประกอบข้อต่อสู้แต่อย่างใด เนื่องจากผู้กระทำความผิดได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญตามหลักสันนิษฐานไว้ก่อนว่าผู้ถูกจับเป็นผู้บริสุทธิ์ (Presumption of Innocence) และสิทธิที่จะไม่ให้การเป็นปณิกษ์ต่อตนเองในคดีอาญา (Privilege against Self-incrimination) ดังนั้น จึงเป็นหน้าที่ของโจทก์หรือพนักงานอัยการที่ต้องพิสูจน์ให้เห็นโดยปราศจากข้อสงสัยตามสมควรว่าผู้เสียหายไม่ได้ยินยอม ทนายจำเลยเพียงถามคำถามที่แสดงให้เห็นว่าผู้เสียหายยินยอมหรืออาจจะยินยอม หรือตั้งคำถามที่ชวนสงสัยถึงพฤติกรรมการทางเพศของผู้เสียหาย หากผู้เสียหายไม่สามารถตอบคำถามได้อย่างชัดเจนก็เป็นการแสดงให้เห็นว่ามีข้อสงสัยตามสมควรแล้วว่าผู้กระทำความผิดอาจไม่ได้กระทำความผิดจริงดังที่ผู้เสียหายกล่าวหา ผู้เสียหายได้รับความเสียหายต่อร่างกายและจิตใจมาอยู่ก่อนแล้วจึงยากที่จะควบคุมสติอารมณ์ตลอดจนบุคลิกภาพและพฤติกรรมต่างๆ ของตนตลอดเวลาที่เข้าสู่กระบวนการยุติธรรมเพื่อไม่ให้เกิดข้อสงสัยตามสมควรอันจะเป็นเหตุให้ยกฟ้องผู้กระทำความผิดได้ ด้วยเหตุเหล่านี้ทำให้สถิติคดีที่ศาลพิพากษาว่าจำเลยในคดีข่มขืนกระทำความผิดจริงและจำเลยถูกลงโทษจึงมีน้อยเมื่อเทียบกับคดีที่มีการแจ้งความทั้งหมด และจะยิ่งน้อยลงไปอีกเมื่อเทียบกับคดีข่มขืนกระทำชำเราทั้งหมดที่เกิดขึ้นจริงในสังคมแต่ไม่มีการแจ้งความ⁵⁷

แม้ผู้เสียหายทราบว่าตนมีโอกาสชนะคดี แต่การต้องไปเบิกความในชั้นศาลและต้องเล่ารายละเอียดลักษณะท่าทางในขณะที่ตนถูกข่มขืนกระทำชำเราแล้วซ้ำเล่าเป็นการทำให้ผู้เสียหายต้องตกเป็นเหยื่อซ้ำสอง ประเทศสหรัฐอเมริกามีกฎหมาย Rape Shield Law ซึ่งมีหลักว่าห้ามมิให้ถามประวัติทางเพศของผู้เสียหายกับบุคคลอื่นนอกจากจำเลยในคดีนั้น⁵⁸ แต่ก็ไม่อาจคุ้มครองผู้เสียหายได้เต็มที่ตามเจตนารมณ์ของกฎหมายเพราะยังขัดกับทัศนคติของคนในสังคมที่มักจะนำเอาประวัติส่วนตัวทางเพศหรือบุคลิก ลักษณะ ตลอดจนอาชีพมาเป็นองค์ประกอบในการตัดสินว่าบุคคลนั้นยินยอมให้กระทำชำเราหรือไม่ นอกจากนี้กระบวนการยุติธรรมทางอาญายังให้ความคุ้มครองจำเลยมากกว่า และมองว่าผู้เสียหายเป็นพยานคนหนึ่งของรัฐเท่านั้น การที่จำเลยยืนยันว่าตนเองบริสุทธิ์ประกอบกับคำถามของทนายจำเลย ทำให้ผู้เสียหายโทษตัวเองมากขึ้น (self-blame) ส่งผลให้การเยียวยาความเสียหายต่อจิตใจของผู้เสียหายในคดีข่มขืนกระทำชำเราทำได้ยากขึ้น ซึ่งจากผลการศึกษาพบว่าผลกระทบเหล่านี้จะไม่เกิดกับผู้เสียหายหากผู้กระทำความผิดยอมรับว่าตนเองทำผิดจริง

แม้ผู้เสียหายจะชนะคดี การลงโทษตามกระบวนการยุติธรรมทางอาญาก็ไม่ได้เป็นไปตามความต้องการที่แท้จริงของผู้เสียหาย เพราะกฎหมายกำหนดแนวทางการลงโทษอย่างละเอียดไว้สำหรับแต่ละประเภทคดีโดยเฉพาะอยู่แล้วตามบัญชีชั้นโทษ (sentencing guideline) ว่าจะต้อง

⁵⁷ Amanda Konradi, "Creating Victim-Centered Criminal Justice Practices for Rape Prosecution," *New Approaches to Social Problems Treatment Research in Social Problems and Public Policy*, p. 44.

⁵⁸ Michelle J. Anderson, "From Chastity Requirement to Sexuality License: Sexual Consent and a New Rape Shield Law," *George Washington Law Review* 70 (2002): 51.

ลงโทษแบบใด⁵⁹ ผู้เสียหายอาจร้องขอให้ศาลสั่งให้จำเลยเข้ารับการบำบัดรักษาหรือชดใช้ค่าเสียหายแก่ผู้เสียหายด้วย แต่ก็ขึ้นอยู่กับดุลพินิจของผู้พิพากษาว่าจะให้ตามที่ผู้เสียหายร้องขอหรือไม่ เนื่องจากคดีอาญาเป็นเรื่องระหว่างรัฐกับผู้กระทำความผิด ทั้งที่ความจริงแล้วคดีข่มขืนกระทำชำเราเป็นเรื่องระหว่างบุคคลต่อบุคคลเช่นกัน

จากที่กล่าวมานั้นแม้ปัญหาส่วนใหญ่อันเนื่องมาจากการใช้กระบวนการยุติธรรมทางอาญากับคดีข่มขืนกระทำชำเราจะส่งผลกระทบต่อผู้เสียหายเป็นหลัก แต่ผู้กระทำความผิดก็ได้รับผลกระทบไปด้วยเพราะผู้กระทำความผิดส่วนใหญ่ไม่ได้รับการตอบสนองที่เหมาะสมกับการกระทำความผิดของตน ทำให้ไม่มีการแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิดตามสาเหตุที่แท้จริง

ด้วยเหตุต่างๆ ดังกล่าวมานี้ทำให้องค์กรต่างๆ ใน Pima County มลรัฐแอริโซนา คือ Pima County Attorney's Office, Washington and Lee School of Law, University of Arizona College of Public Health และ Southern Arizona Center Against Sexual Assault ร่วมกันจัดตั้งโครงการกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูที่มีชื่อว่า Responsibility and Equity for Sexual Transgressions Offering a Restorative Experience (โครงการ RESTORE) ขึ้นในปี ค.ศ. 2004 เพื่อนำกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูมาใช้กับคดีความผิดเกี่ยวกับเพศบางประเภท โดยมีแนวคิดที่ว่าความยุติธรรมที่เกิดขึ้นนั้นต้องให้ผลเป็นการเยียวยาความเสียหายด้วย (Justice that heals.) เนื่องจากคดีข่มขืนกระทำชำเราเป็นคดีที่ก่อให้เกิดผลต่อผู้เสียหายอย่างร้ายแรงและยาวนาน โครงการ RESTORE จึงมุ่งให้ผู้เสียหายเป็นศูนย์กลางของกระบวนการยุติธรรม (victim-centered process) เพื่อให้ผู้เสียหายได้รับการเยียวยาความเสียหาย ผู้กระทำความผิดได้แสดงความรับผิดชอบต่อการกระทำของตนและได้รับการแก้ไขฟื้นฟู และสร้างความปลอดภัยให้แก่สังคม⁶⁰ โดยมีหลักการดำเนินโครงการกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟู⁶¹ ดังนี้

1. ให้ความสำคัญกับการคุ้มครองความปลอดภัยของผู้เสียหายทั้งทางร่างกายและจิตใจ
2. เพิ่มทางเลือกให้กับคดีที่มีพยานหลักฐานพอเชื่อได้ว่ามีการกระทำความผิดเกิดขึ้นจริงแต่มีแนวโน้มว่าพนักงานอัยการอาจสั่งไม่ฟ้อง
3. ปฏิบัติต่อผู้เสียหายในฐานะที่เป็นผู้เสียหายมิใช่เป็นเพียงพยานของรัฐ โดยผู้เสียหายต้องมีโอกาสเลือก มีโอกาสเผชิญหน้ากับผู้กระทำความผิดหากผู้เสียหายต้องการ มีโอกาสแสดงความรู้สึกตลอดจนผลกระทบที่เกิดขึ้นกับผู้เสียหาย
4. กระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูต้องดำเนินการจนได้ข้อตกลงโดยรวดเร็วที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้เพื่อไม่ให้ผู้เสียหายต้องอยู่ในกระบวนการเรียกร้องความยุติธรรมนานเกินไปเพราะจะก่อให้เกิดความตึงเครียดซึ่งไม่เป็นผลดีกับผู้เสียหายในคดีข่มขืนกระทำชำเรา

⁵⁹ Mary P. Koss, Karen J. Bachar, C. Quince Hopkins and Carolyn Carlson, "Expanding a Community's Justice Response to Sex Crimes through Advocacy, Prosecutorial, and Public Health Collaboration: Introducing the RESTORE Program," *Journal of Interpersonal Violence*, p. 1441.

⁶⁰ Ibid., p. 1448.

⁶¹ Ibid., p. 1442.

5. ให้ผู้เสียหายได้มีส่วนร่วมในการออกความเห็นและกำหนดผลที่ผู้กระทำความผิดควรได้รับ
6. เปิดโอกาสให้ผู้เสียหายได้เรียกร้องค่าเสียหายโดยไม่ต้องไปฟ้องร้องเป็นคดีแพ่ง

3.2.2 รูปแบบของกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูที่ใช้กับคดีข่มขืนกระทำชำเราในประเทศสหรัฐอเมริกา (มลรัฐแอริโซนา)

ประเทศสหรัฐอเมริกา (มลรัฐแอริโซนา) ดำเนินกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูโดยใช้รูปแบบการประชุมกลุ่ม (Conferencing) โดยมีโครงการกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูสำหรับคดีความผิดเกี่ยวกับเพศโดยเฉพาะ คือ โครงการ RESTORE (Responsibility and Equity for Sexual Transgressions Offering a Restorative Experience)

3.2.2.1 ขั้นตอนที่น่ากระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูมาใช้ในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาและผู้มีอำนาจส่งคดีเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟู

ประเทศสหรัฐอเมริกา (มลรัฐแอริโซนา) นำกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูมาใช้กับคดีข่มขืนกระทำชำเราในชั้นพนักงานอัยการ หากพนักงานอัยการเห็นว่าคดีข่มขืนกระทำชำเราเข้าเงื่อนไขที่จะใช้กระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟู พนักงานอัยการเป็นผู้มีอำนาจส่งคดีเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูโดยอาศัยอำนาจดุลพินิจในการเบี่ยงเบนคดีออกจากกระบวนการยุติธรรมทางอาญาในชั้นก่อนฟ้อง (pretrial diversion)

3.2.2.2 ผู้เข้าร่วมกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟู

โครงการ RESTORE กำหนดว่าผู้เข้าร่วมกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูต้องมีผู้เสียหาย ผู้กระทำความผิด ผู้สนับสนุนของผู้เสียหายและผู้สนับสนุนของผู้กระทำความผิด (supporter) ซึ่งหากพิจารณาจากความสัมพันธ์ที่ใกล้ชิดสนิทสนมกับผู้เสียหายและผู้กระทำความผิด บุคคลเหล่านี้ย่อมเป็นสมาชิกในชุมชนแห่งความปรารถนาดี (community of care) ตามความหมายของกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟู และต้องมีเจ้าหน้าที่ของโครงการกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูซึ่งทำหน้าที่เตรียมความพร้อมและให้คำปรึกษาแก่ผู้เสียหายและผู้กระทำความผิด และผู้ประสานการประชุม (facilitator) ซึ่งมีบทบาทในขั้นตอนการประชุมกลุ่ม

3.2.3 เงื่อนไขของการนำกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูมาใช้กับคดีข่มขืนกระทำชำเราในประเทศสหรัฐอเมริกา (มลรัฐแอริโซนา)⁶²

3.2.3.1 ความสัมพันธ์ระหว่างคู่กรณี

คดีข่มขืนกระทำชำเราที่จะเข้ากระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูได้ต้องเป็นการข่มขืนกระทำชำเราโดยคนรู้จัก (acquaintance rape) *ยกเว้น* กรณีการข่มขืนกระทำชำเราโดยคนรู้จักที่ผู้เสียหายและผู้กระทำความผิดมีความสัมพันธ์ในลักษณะต่อเนื่องและยังดำเนินไปอยู่ (ongoing relationship)⁶³ เช่น กรณีสามีข่มขืนกระทำชำเราภรรยา หรือกรณีบิดามารดาข่มขืนกระทำชำเราบุตร เป็นต้น เหตุที่เป็นเช่นนี้เพราะการอนุญาตให้คู่กรณีที่มีความสัมพันธ์ต่อเนื่องเข้ากระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูได้เป็นการเปิดโอกาสให้ผู้กระทำความผิดกลับไปกระทำความผิดซ้ำต่อผู้เสียหายได้ง่ายขึ้นเพราะความสัมพันธ์ลักษณะดังกล่าวอยู่เหนือการควบคุมของผู้ประสานการประชุมและผู้มีหน้าที่ติดตามผลหลังการประชุมกลุ่ม⁶⁴

3.2.3.2 การใช้ความรุนแรง

ผู้กระทำความผิดในคดีข่มขืนกระทำชำเราต้องไม่ใช่กำลังเกินกว่าความจำเป็นเพื่อบรรลุจุดประสงค์ของการกระทำความผิด และในการกระทำความผิดต้องไม่ใช่อาวุธ⁶⁵

ในกรณีที่ผู้กระทำความผิดหลอกหรือบังคับให้ผู้เสียหายเสพยาเสพติดหรือดื่มแอลกอฮอล์เพื่อให้มีเมมาแล้วข่มขืนกระทำชำเรา (Drug Rape) ไม่อาจใช้กระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูได้ แต่ถ้าผู้เสียหายสมัครใจเสพยาเสพติดหรือดื่มแอลกอฮอล์เองและต่อมาถูกข่มขืนกระทำชำเรา กรณีนี้ไม่ห้ามที่จะเข้ากระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟู⁶⁶

3.2.3.3 อายุของผู้เข้าร่วมกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟู

⁶² Ibid., p. 1448.

⁶³ Mary P. Koss, "Restorative Justice for Acquaintance Rape and Misdemeanor Sex Crimes," in *Restorative Justice and Violence against Women*, James Ptacek, editor (United States of America: Oxford University Press, 2009), p. 230.

⁶⁴ C. Quince Hopkins and Mary P. Koss, "Incorporating Feminist Theory and Insights into a Restorative Justice Response to Sex Offenses," *Violence Against Women* 11, 5 (May 2005): 711.

⁶⁵ Amanda Konradi, "Creating Victim-Centered Criminal Justice Practices for Rape Prosecution," *New Approaches to Social Problems Treatment Research in Social Problems and Public Policy*, p. 60.

⁶⁶ Mary P. Koss, Karen J. Bachar, C. Quince Hopkins and Carolyn Carlson, "Expanding a Community's Justice Response to Sex Crimes through Advocacy, Prosecutorial, and Public Health Collaboration: Introducing the RESTORE Program," *Journal of Interpersonal Violence*, p. 1448.

ผู้เสียหายคดีข่มขืนกระทำชำเราที่จะเข้าร่วมโครงการกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูได้ต้องอายุไม่ต่ำกว่า 18 ปี⁶⁷

3.2.3.4 ประวัติการกระทำความผิด

ผู้กระทำความผิดที่เข้าร่วมกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูได้ต้องเป็นผู้กระทำความผิดครั้งแรก (first-time offender)⁶⁸

3.2.3.5 การแสดงความรับผิดชอบของผู้กระทำความผิด (Accountability)

ในขั้นแรกของการเข้าร่วมกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟู ผู้กระทำความผิดต้องยอมรับว่ามีการกระทำชำเราเกิดขึ้น แต่ผู้กระทำความผิดยังไม่จำเป็นต้องรับว่าตนกระทำความผิด เพราะผู้กระทำความผิดอาจทำไปเนื่องจากคิดว่าผู้เสียหายยินยอม ขั้นตอนเตรียมความพร้อมก่อนการประชุมกลุ่มและขั้นตอนการประชุมกลุ่มจะช่วยเปลี่ยนกระบวนการคิดและทำให้ผู้กระทำความผิดเข้าใจและยอมรับว่าตนกระทำความผิดในที่สุด⁶⁹

3.2.3.6 ความยินยอมของผู้เสียหายและผู้กระทำความผิด

ผู้เสียหายและผู้กระทำความผิดต้องยินยอมเข้าร่วมกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูโดยสมัครใจ ไม่ถูกบังคับหรือกดดันไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อม⁷⁰

3.2.4 ขั้นตอนและวิธีการเชิงฟื้นฟูสำหรับคดีข่มขืนกระทำชำเราในประเทศสหรัฐอเมริกา (มลรัฐแอริโซนา)

ขั้นตอนของการใช้กระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูกับคดีข่มขืนกระทำชำเราตามแนวทางของโครงการ RESTORE มี 4 ขั้นตอน คือ การส่งคดีเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟู การเตรียมความ

⁶⁷ Mary P. Koss, “Restorative Justice for Acquaintance Rape and Misdemeanor Sex Crimes,” in *Restorative Justice and Violence against Women*, p. 230.

⁶⁸ Amanda Konradi, “Creating Victim-Centered Criminal Justice Practices for Rape Prosecution,” *New Approaches to Social Problems Treatment Research in Social Problems and Public Policy*, p. 60.

⁶⁹ Mary P. Koss, Karen J. Bachar, C. Quince Hopkins and Carolyn Carlson, “Expanding a Community’s Justice Response to Sex Crimes through Advocacy, Prosecutorial, and Public Health Collaboration: Introducing the RESTORE Program,” *Journal of Interpersonal Violence*, p. 1448.

⁷⁰ Mary P. Koss, “Restorative Justice for Acquaintance Rape and Misdemeanor Sex Crimes,” in *Restorative Justice and Violence against Women*, p. 230.

พร้อมก่อนการประชุมกลุ่ม การประชุมกลุ่ม และการติดตามผลหลังการประชุมกลุ่ม โดยวิธีการเชิงพื้นที่จะสอดแทรกอยู่ในแต่ละขั้นตอน ดังนี้

3.2.4.1 การส่งคดีเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมเชิงพื้นที่

พนักงานอัยการเป็นผู้พิจารณาว่าคดีซับซ้อนกระทำความผิดซ้ำเรานั้นเข้าเงื่อนไขของคดีที่สามารถเข้าโครงการ RESTORE ได้หรือไม่ หากพนักงานอัยการพิจารณาแล้วเห็นว่าคดีเข้าเงื่อนไขและมีความเหมาะสมที่จะใช้กระบวนการยุติธรรมเชิงพื้นที่มากกว่าที่จะฟ้องร้องดำเนินคดีตามกระบวนการยุติธรรมทางอาญา พนักงานอัยการมีดุลพินิจในการเบี่ยงเบนคดีซับซ้อนกระทำความผิดซ้ำเรออกจากกระบวนการยุติธรรมทางอาญา (pretrial diversion) โดยส่งคดีเข้าสู่โครงการ RESTORE แม้ผู้เสียหายและ/หรือผู้กระทำความผิดประสงค์จะเข้าโครงการ RESTORE แต่ถ้าพนักงานอัยการไม่เห็นด้วยก็ไม่อาจเข้าสู่โครงการได้

เมื่อเจ้าหน้าที่โครงการ RESTORE ได้รับคดีที่ส่งมาจากพนักงานอัยการ เจ้าหน้าที่โครงการจะดำเนินการติดต่อกับผู้เสียหายเพื่อแนะนำรายละเอียดเกี่ยวกับโครงการและอธิบายทางเลือกของผู้เสียหายให้ผู้เสียหายทราบ พนักงานอัยการจะกำหนดเวลาให้ผู้เสียหายตัดสินใจว่าประสงค์จะเข้าร่วมโครงการหรือไม่ หากผู้เสียหายไม่แสดงความประสงค์ว่าจะเข้าร่วมโครงการภายในกำหนดเวลาที่กำหนด พนักงานอัยการจะดำเนินการพิจารณาเพื่อฟ้องคดีต่อศาลต่อไปตามกระบวนการยุติธรรมทางอาญาปกติ⁷¹

เหตุที่ต้องสอบถามความยินยอมจากผู้เสียหายก่อนเพราะหากสอบถามผู้กระทำความผิดก่อน และผู้กระทำความผิดประสงค์จะเข้าโครงการ อาจเป็นการกดดันผู้เสียหายให้ต้องเข้าโครงการด้วยทั้งที่แท้จริงแล้วผู้เสียหายอาจไม่ประสงค์จะเข้าร่วมโครงการก็ได้แต่ประสงค์จะให้ดำเนินคดีไปตามกระบวนการยุติธรรมทางอาญาตามปกติ⁷²

ผู้เสียหายมีสิทธิขอรับคำปรึกษาทางกฎหมายเพื่อประกอบการตัดสินใจว่าจะเข้าสู่โครงการหรือไม่ หรือมีทางเลือกอื่นใดทางกฎหมายที่เหมาะสมกับคดีที่เกิดขึ้นบ้าง โดยโครงการ RESTORE จะมีรายชื่อของทนายให้ผู้เสียหายเลือกขอรับคำปรึกษาและไม่มีค่าใช้จ่ายในการขอรับคำปรึกษา

เมื่อผู้เสียหายยินยอมเข้าร่วมโครงการจะต้องให้ความยินยอมไว้เป็นลายลักษณ์อักษร⁷³ จากนั้นเจ้าหน้าที่โครงการจึงจะดำเนินการติดต่อกับผู้กระทำความผิดเพื่อแนะนำและอธิบายรายละเอียดต่างๆ ให้แก่ผู้กระทำความผิดเช่นเดียวกับที่ดำเนินการกับผู้เสียหาย

ผู้กระทำความผิดที่ยากจนมีสิทธิขอรับคำปรึกษาทางกฎหมายทางกฎหมายจากทนาย ได้โดยไม่ต้องเสียค่าใช้จ่ายเนื่องจากโครงการ RESTORE ได้ทำข้อตกลงกับ Public Defender ไว้ หรืออาจขอรับคำปรึกษาจากผู้ให้คำปรึกษาอื่นได้โดยเสียค่าใช้จ่ายในราคา 35 เหรียญสหรัฐซึ่งเป็น

⁷¹ Ibid., p. 227.

⁷² Yvette Tinsley and Elisabeth McDonald, "Is There Another Way?: Possible Alternatives to the Current Criminal Justice Process," *Canterbury Law Review* 17 (2011): 197.

⁷³ Ibid., p. 198.

ค่าใช้จ่ายในการปรึกษาที่ไม่สูง อย่างไรก็ตาม หากผู้กระทำความผิดยินยอมเข้าร่วมโครงการผู้กระทำความผิดต้องเสียค่าใช้จ่ายจำนวนหนึ่งที่ไม่มากนักให้กับโครงการด้วย

เมื่อผู้กระทำความผิดยินยอมเข้าร่วมโครงการจะต้องให้ความยินยอมไว้เป็นลายลักษณ์อักษร และจะต้องเข้ารับการตรวจประเมินสุขภาพจิตทางเพศ (psychosexual evaluation) โดยผู้เชี่ยวชาญ ซึ่งจะเป็นการประเมินเพื่อให้ได้ข้อมูลเกี่ยวกับประวัติส่วนตัวและประวัติทางเพศของผู้กระทำความผิด เหตุปัจจัยที่มีผลในการกระทำความผิดของผู้กระทำความผิด และสิ่งที่จะกระตุ้นอารมณ์ของผู้กระทำความผิดได้⁷⁴ ผู้กระทำความผิดอาจต้องเข้ารับการตรวจสอบด้วยเครื่องจับเท็จ หากผู้ประเมินเห็นว่าจำเป็น ทั้งนี้เพื่อให้แน่ใจว่าผู้กระทำความผิดเหมาะสมที่จะเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูอย่างแท้จริง หากผู้ประเมินเห็นว่าผู้กระทำความผิดไม่เหมาะสมที่จะเข้าโครงการและโครงการเห็นว่าไม่อาจแก้ไขหรือจัดการความไม่เหมาะสมนั้นได้ โครงการจะส่งคดีกลับไปยังพนักงานอัยการเพื่อให้ดำเนินคดีตามกระบวนการยุติธรรมทางอาญาต่อไป

เหตุที่โครงการ RESTORE กำหนดว่าต้องสอบถามความยินยอมจากทั้งสองฝ่ายก่อน และต้องอธิบายรายละเอียดต่างๆ เพราะต้องการให้การเข้าร่วมโครงการเป็นไปด้วยความสมัครใจอย่างแท้จริง และเพื่อให้ทุกฝ่ายได้ทราบข้อมูลที่โปร่งใส แท้จริง ปราศจากอคติ และเป็นรูปธรรม เพื่อที่จะได้ทราบว่าหากตนตัดสินใจเข้าร่วมโครงการ RESTORE แล้วจะเกิดผลอย่างไรบ้าง

เมื่อทั้งสองฝ่ายยินยอมเข้าร่วมโครงการอย่างเป็นทางการแล้วผู้เสียหายมีสิทธิขอรับค่าทดแทนจากโครงการได้เพื่อที่จะได้นำไปใช้จ่ายตามความจำเป็นก่อน เช่น ค่ารักษาพยาบาล เป็นต้น⁷⁵

3.2.4.2 การเตรียมความพร้อมก่อนการประชุมกลุ่ม

ขั้นตอนเตรียมความพร้อมก่อนการประชุมกลุ่มเป็นขั้นตอนที่สำคัญที่สุดของกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟู คดีที่เข้าสู่โครงการ RESTORE เป็นคดีทางเพศซึ่งเป็นเรื่องละเอียดอ่อน โดยเฉพาะคดีข่มขืนกระทำชำเราที่ผู้เสียหายได้รับความเสียหายต่อจิตใจมากอยู่ก่อนแล้วเป็นทุนเดิม ดังนั้น โครงการ RESTORE จึงให้ระยะเวลาที่ขั้นตอนเตรียมความพร้อมก่อนการประชุมกลุ่มมากที่สุดเมื่อเทียบกับขั้นตอนอื่นเพื่อลดความเสี่ยงที่ผู้เสียหายจะต้องตกเป็นเหยื่อซ้ำอีกครั้งเพราะการเข้าร่วมกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟู

ในระหว่างขั้นตอนนี้มีกฎระเบียบว่าผู้กระทำความผิดจะต้องไม่ติดต่อกับผู้เสียหายไม่ว่าโดยทางใดทางหนึ่งเพราะเหตุการณ์การกระทำความผิดเพิ่งผ่านพ้นไปไม่นาน แต่ฝ่ายๆ ยังไม่มีความพร้อมและไม่สมควรที่จะเผชิญหน้ากันหรือติดต่อกัน หากผู้กระทำความผิดฝ่าฝืนกฎระเบียบนี้

⁷⁴ Mary P. Koss and Mary Achilles, *Restorative Justice Responses to Sexual Assault* [Online], February 2008. Source http://new.vawnet.org/Assoc_Files_VAWnet/AR_RestorativeJustice.pdf, p. 8.

⁷⁵ Mary P. Koss, Karen J. Bachar, C. Quince Hopkins and Carolyn Carlson, "Expanding a Community's Justice Response to Sex Crimes through Advocacy, Prosecutorial, and Public Health Collaboration: Introducing the RESTORE Program," *Journal of Interpersonal Violence*, p. 1449.

และกฎระเบียบอื่นๆ ของโครงการ ผู้จัดการคดี (case manager) จะส่งคดีกลับไปยังพนักงานอัยการ และพนักงานอัยการจะพิจารณาดำเนินคดีกับผู้กระทำ ความผิดต่อไป ขั้นตอนนี้จึงเป็นการพบกันระหว่างผู้จัดการคดีกับผู้เสียหายและผู้สนับสนุนผู้เสียหาย และระหว่างผู้จัดการคดีกับผู้กระทำ ความผิดและผู้สนับสนุนผู้กระทำ ความผิดเท่านั้น

การพบกันในขั้นตอนเตรียมความพร้อมก่อนการประชุมกลุ่มมีขึ้นเพื่อกำหนดว่า ผู้สนับสนุนของแต่ละฝ่ายที่จะเข้าร่วมประชุมด้วยนั้นมีใครบ้าง โดยปกติผู้สนับสนุนจะเป็นสมาชิกใน ครอบครัวหรือเพื่อนสนิทซึ่งเป็นบุคคลใกล้ชิด หรือ ชุมชนแห่งความปรารถนาดี (community of care) ซึ่งผู้จัดการคดีจะมีส่วนในการกำหนดบุคคลที่เหมาะสมที่จะเข้าร่วมประชุมในฐานะผู้สนับสนุน ของแต่ละฝ่ายด้วย จำนวนผู้เข้าร่วมประชุมของแต่ละฝ่ายมีได้ไม่เกิน 5 คนเพื่อให้ทุกคนได้มีโอกาสพูด ในที่ประชุมและสามารถควบคุมระยะเวลาการประชุมกลุ่มให้ไม่นานเกินไป⁷⁶

นอกจากนี้ยังต้องเตรียมสิ่งที่จะพูดในการประชุมกลุ่ม ผู้เสียหายจะต้องกล่าว แถลงการณ์ถึงผลกระทบที่ตนได้รับจากการกระทำของผู้กระทำ ความผิด (impact statement) ผู้กระทำ ความผิดต้องกล่าวแถลงการณ์ถึงสิ่งที่ตนกระทำและความรับผิดชอบของตนต่อเหตุการณ์ที่ เกิดขึ้น (responsibility statement) โดยทั้งสองฝ่ายต้องเตรียมสิ่งที่กล่าวไว้เป็นลายลักษณ์ อักษร⁷⁷ เพราะเมื่อถึงการประชุมที่ต้องเผชิญหน้ากัน ทั้งสองฝ่ายจะเกิดความกังวลและกดดันทำให้ไม่ อาจพูดสิ่งที่ตนคิดไว้ได้ทั้งหมด

กรณีผู้เสียหายประสงค์จะเข้าร่วมโครงการแต่ไม่ต้องการที่จะเผชิญหน้ากับ ผู้กระทำ ความผิดในขั้นตอนการประชุมกลุ่ม โครงการได้ดัดแปลงลักษณะของการประชุมกลุ่มเพื่อ ตอบสนองต่อความต้องการและเพื่อคุ้มครองผู้เสียหายโดยกำหนดว่าผู้เสียหายไม่จำเป็นต้องเข้าร่วม การประชุมกลุ่มที่ต้องเผชิญหน้ากับผู้กระทำ ความผิดก็ได้ แต่ในขั้นตอนอื่นๆ ผู้เสียหายจะต้องให้ความ ร่วมมือกับโครงการอย่างเต็มที่ สิ่งที่ผู้เสียหายมีสิทธิไม่ให้ความร่วมมือมีเพียงการเข้าร่วมประชุมกลุ่มที่ ต้องเผชิญหน้ากับผู้กระทำ ความผิดเท่านั้น ผู้เสียหายที่ไม่ต้องการเผชิญหน้ากับผู้กระทำ ความผิดเลือก ได้ว่าจะให้ใครเป็นตัวแทนของตนในการเข้าประชุมกลุ่มแทนเพื่อกล่าวแถลงการณ์เกี่ยวกับผลกระทบ แทนผู้เสียหายและเพื่อถ่ายทอดความต้องการและความเห็นของผู้เสียหายในการทำข้อตกลงเกี่ยวกับการ เยียวยาแก้ไข (Redress Plan)⁷⁸ หากผู้เสียหายไม่มีคนที่สามารถเป็นตัวแทนของตนได้โครงการ จะคัดเลือกคนที่มีลักษณะคล้ายกับผู้ต้องหามากที่สุดโดยพิจารณาจากอายุ เพศ เชื้อชาติ

เมื่อพนักงานอัยการส่งคดีมายังโครงการ RESTORE ตำรวจจะให้สำนวนคดีแก่ ผู้จัดการคดีไว้ด้วย ดังนั้น ผู้จัดการคดีจึงทราบรายละเอียดต่างๆ ของการกระทำ ความผิดและสามารถ ควบคุมมิให้ผู้กระทำ ความผิดกล่าวข้อเท็จจริงที่บิดเบือนไปจากความเป็นจริงได้ ในการเขียน แถลงการณ์ของผู้กระทำ ความผิดผู้จัดการคดีจะให้ผู้กระทำ ความผิดร่างแถลงการณ์ของตนตาม ความรู้สึกที่แท้จริงก่อน แต่ในทางปฏิบัติพบว่าแถลงการณ์ที่ผู้กระทำ ความผิดร่างขึ้นครั้งแรกนั้นมักจะ สั้นและคลุมเครือเกินไป เมื่อถึงจุดนี้ผู้จัดการคดีจะเข้ามามีบทบาทโดยแนะนำแนวทางการเขียน แถลงการณ์ที่เหมาะสมทั้งด้านรายละเอียดที่ควรจะกล่าวและอารมณ์ความรู้สึกที่ควรจะแสดงออก

⁷⁶ Ibid., p. 1450.

⁷⁷ Ibid., p. 1449.

⁷⁸ Ibid.

ให้แก่ผู้กระทำความผิด ที่สำคัญคือต้องไม่ห้ามข้อความที่มีลักษณะเป็นการโยนความผิดให้แก่ผู้เสียหาย⁷⁹ ผู้จัดการคดีจะไม่แนะนำให้ผู้กระทำความผิดเรียกการกระทำที่เกิดขึ้นว่า “การข่มขืนกระทำชำเรา” (rape) หรือเรียกตัวเองว่าเป็น “ผู้ข่มขืนกระทำชำเรา” (rapist) ทั้งนี้เพื่อไม่ให้ถ้อยคำดังกล่าวกระทบต่อความรู้สึกของผู้เสียหาย

เนื่องจากการเข้าร่วมโครงการมีเงื่อนไขเพียงว่าผู้กระทำความผิดต้องยอมรับว่าตนกระทำ แต่ไม่จำเป็นต้องยอมรับว่าตนกระทำความผิด ดังนั้น ในขั้นตอนเตรียมพร้อมก่อนการประชุมกลุ่มนี้จะมีการปรับกระบวนการคิดของผู้กระทำความผิด ผู้กระทำความผิดจำนวนมากไม่เข้าใจว่าเหตุใดสิ่งที่ตนกระทำจึงเป็นความผิด เช่น เหตุใดการร่วมประเวณีกับหญิงที่ดื่มเหล้าจนไม่ได้สติจึงเป็นความผิดทั้งที่หญิงเป็นผู้ดื่มเหล้าเองโดยไม่มีใครบังคับ การพบปะพูดคุยจะต้องทำไปจนถึงจุดที่ผู้กระทำความผิดเข้าใจและยอมรับว่าตนได้กระทำความผิดจริงมีฉะนั้นผู้กระทำความผิดไม่อาจเข้าร่วมประชุมในขั้นตอนต่อไปได้เพราะจะเสี่ยงต่อการทำให้ผู้เสียหายต้องตกเป็นเหยื่ออีกครั้งหนึ่ง

ในขั้นตอนก่อนการประชุมกลุ่มผู้จัดการคดีจะยังไม่สนับสนุนให้ผู้กระทำความผิดกล่าวขอโทษต่อผู้เสียหายในแถลงการณ์ เพราะคำขอโทษที่ได้จากขั้นตอนนี้ยังเร็วเกินกว่าที่จะเชื่อได้ว่าผู้กระทำความผิดรู้สึกเช่นนั้นจริงๆ ซึ่งจะไม่เกิดประโยชน์ทั้งต่อตัวผู้เสียหายและผู้กระทำความผิดเอง แต่คำขอโทษอาจมีได้เมื่อเสร็จสิ้นการประชุมกลุ่มหรือเมื่อผู้กระทำความผิดได้ปฏิบัติตามข้อตกลงได้อย่างครบถ้วนสมบูรณ์แล้ว⁸⁰

สำหรับการเตรียมความพร้อมในด้านของผู้เสียหายนั้นก็เป็นการเตรียมแถลงการณ์เกี่ยวกับผลกระทบที่ผู้เสียหายได้รับ หากผู้เสียหายประสงค์จะใช้ถ้อยคำว่าตนถูกข่มขืนกระทำชำเราในแถลงการณ์ของผู้เสียหาย ผู้เสียหายสามารถทำได้ นอกจากนี้ยังต้องทำความเข้าใจกับผู้เสียหายถึงสิ่งที่ผู้เสียหายประสงค์จะเรียกร้องเอาจากผู้กระทำความผิดว่าสิ่งใดเรียกร้องได้และสิ่งใดเรียกร้องไม่ได้ เพราะผู้เสียหายบางคนต้องการในสิ่งที่แม้แต่กระบวนการยุติธรรมตามปกติก็ไม่อาจให้ได้ ต้องการทำให้ผู้กระทำความผิดได้รับความอับอายอย่างถึงที่สุด หรือเรียกร้องเงินจำนวนมหาศาล เป็นต้น

นอกจากโครงการต้องเตรียมความพร้อมก่อนการประชุมกลุ่มให้กับผู้เสียหายและผู้กระทำความผิดแล้วยังต้องเตรียมความพร้อมให้กับผู้สนับสนุนของแต่ละฝ่ายที่จะเข้าร่วมประชุมด้วย⁸¹ สำหรับการเตรียมความพร้อมให้กับผู้สนับสนุนของผู้เสียหายเป็นไปเพื่อให้ผู้สนับสนุนทราบว่าตนมีหน้าที่อย่างไรและแนวทางการให้กำลังใจผู้เสียหายควรเป็นเช่นไร การเตรียมความพร้อมให้กับผู้สนับสนุนฝ่ายผู้กระทำความผิดจะยากและสำคัญกว่าการเตรียมความพร้อมให้กับผู้สนับสนุนฝ่ายผู้เสียหายเนื่องจากในขั้นตอนนี้ผู้กระทำความผิดจะต้องเล่าเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นให้ผู้สนับสนุนของตนทราบ ซึ่งผู้สนับสนุนล้วนแต่เป็นบุคคลใกล้ชิดกับผู้กระทำความผิด การต้องรับรู้เรื่องราวดังกล่าวอาจ

⁷⁹ Mary P. Koss, “Restorative Justice for Acquaintance Rape and Misdemeanor Sex Crimes,” in *Restorative Justice and Violence against Women*, p. 231.

⁸⁰ Ibid.

⁸¹ Mary P. Koss, Karen J. Bachar, C. Quince Hopkins and Carolyn Carlson, “Expanding a Community’s Justice Response to Sex Crimes through Advocacy, Prosecutorial, and Public Health Collaboration: Introducing the RESTORE Program,” *Journal of Interpersonal Violence*, p. 1450.

ทำให้ผู้สนับสนุนเกิดสภาวะตกใจอย่างรุนแรงที่ผู้กระทำความผิดยอมรับว่าได้กระทำการเช่นนั้นไปจริง เพราะโดยทั่วไปแล้วผู้สนับสนุนผู้กระทำความผิดมักจะเชื่อว่าผู้กระทำความผิดไม่ได้ทำ แต่ในความเป็นจริงคือผู้กระทำความผิดปกปิดข้อมูลบางอย่างไว้และมาเปิดเผยในขั้นตอนนี้เอง หากไม่มีการเตรียมความพร้อมก่อนการประชุมให้กับผู้สนับสนุนผู้กระทำความผิดก่อนและให้ผู้สนับสนุนไปรับฟังเรื่องราวทั้งหมดในขั้นตอนการประชุมเสียทีเดียวย่อมจะเป็นอุปสรรคต่อการประชุมอย่างแน่นอน⁸²

ข้อตกลงเกี่ยวกับการเยียวยาแก้ไข (Redress Plan) เป็นเรื่องที่จะต้องทำความเข้าใจกันในขั้นตอนการเตรียมความพร้อมก่อนการประชุมกลุ่ม⁸³ โดยโครงการจะมีข้อตกลงที่เป็นรูปแบบทั่วไปไว้ให้ เช่น กำหนดว่าต้องชดใช้ค่าเสียหายเป็นตัวเงิน ผู้กระทำความผิดต้องทำงานบริการสังคมและเข้ารับการรักษาเป็นต้น แต่รายละเอียดต่างๆ ย่อมขึ้นอยู่กับข้อตกลงของทั้งสองฝ่ายโดยต้องยึดความต้องการของผู้เสียหายเป็นหลัก เช่น บางกรณีผู้กระทำความผิดมีความสามารถด้านการจัดหาเงินทุนและการทำบัญชีจึงเสนอตัวเข้าช่วยงานหน่วยงานที่ไม่แสวงหาผลกำไร หากผู้เสียหายเห็นด้วย ก็เป็นข้อตกลงที่ทำได้เพราะเป็นการทำงานบริการสังคมแบบหนึ่ง แต่มีผู้เสียหายบางคนเห็นว่าควรกำหนดให้ผู้กระทำความผิดทำงานบริการสังคมที่เป็นการใช้แรงงานมากกว่าเพื่อให้มีลักษณะของการลงโทษด้วย หรือบางกรณีผู้เสียหายบางคนเรียกค่าเสียหายเป็นจำนวนเงินที่สูงเกินไป แม้ศาลก็ไม่อาจพิพากษาให้ได้ตามจำนวนนั้นเพราะไม่ได้สัดส่วนกับการกระทำความผิด กรณีเหล่านี้เป็นเรื่อง que ผู้จัดการคดีต้องทำความเข้าใจกับทั้งสองฝ่ายในขั้นตอนการเตรียมพร้อมว่าสิ่งใดเรียกร้องได้หรือไม่เพียงใดเพื่อให้สามารถตกลงกันได้สำเร็จในขั้นตอนการประชุมกลุ่ม โดยปกติแล้วผู้จัดการคดีจะช่วยเหลือผู้เสียหายในการร่างข้อตกลงตามผู้เสียหายต้องการเพื่อนำไปเสนอในขั้นตอนการประชุมกลุ่ม และจะทำความเข้าใจกับผู้กระทำความผิดว่าข้อตกลงน่าจะมีรายละเอียดเป็นอย่างไร

เนื่องจากผู้กระทำความผิดบางคนอาจต้องเข้ารับการรักษาและอยู่ภายใต้การควบคุมดูแลของโครงการต่อไปหลังจากการประชุมกลุ่มเสร็จสิ้นตามระยะเวลาที่กำหนดไว้ ผู้กระทำความผิดอาจไม่เข้าใจว่าเหตุใดตนต้องเข้ารับการรักษาเพราะตนไม่ได้ติดยาเสพติดหรือแอลกอฮอล์ กรณีนี้ก็เป็นเรื่องที่ต้องทำความเข้าใจกับผู้กระทำความผิดไว้ก่อนว่าโครงการ RESTORE เป็นเรื่องที่พิจารณาเป็นกรณีไป ขึ้นอยู่กับว่าผู้กระทำความผิดมีความเสี่ยงที่จะกระทำความผิดซ้ำมากน้อยเพียงใดตามผลการประเมินสุขภาพจิตทางเพศ และการเข้ารับรักษาก็จะเป็นผลดีกับตัวผู้กระทำความผิดเองด้วย

ขั้นตอนการเตรียมความพร้อมก่อนการประชุมกลุ่มอาจใช้เวลาหลายสัปดาห์และจะสิ้นสุดเมื่อผู้จัดการคดีประเมินแล้วเห็นว่าผู้เสียหายสามารถควบคุมอารมณ์ความรู้สึกได้ เข้าใจสถานการณ์ทั้งหมด มีความมั่นใจและความพร้อมที่จะเข้าประชุมกลุ่มและเผชิญหน้ากับผู้กระทำความผิด ส่วนผู้กระทำความผิดเข้าใจและยอมรับผิดในการกระทำของตน พร้อมทั้งจะตกลงและปฏิบัติ

⁸² Yvette Tinsley and Elisabeth McDonald, "Is There Another Way?: Possible Alternatives to the Current Criminal Justice Process," *Canterbury Law Review*, p. 199.

⁸³ *Ibid.*, p. 198.

ตามข้อเสนอของผู้เสียหาย และผู้เข้าร่วมประชุมกลุ่มทุกคนรับทราบในกฎระเบียบการประชุมและผลของการไม่ปฏิบัติตามกฎระเบียบนั้น⁸⁴

โดยปกติในขั้นตอนตั้งแต่ผู้เสียหายและผู้กระทำความตกลงยินยอมเข้าร่วมโครงการจนเสร็จสิ้นขั้นตอนเตรียมพร้อมก่อนการประชุมกลุ่มจะใช้เวลาประมาณ 1-3 เดือน

3.2.4.3 การประชุมกลุ่ม (Conferencing)

การประชุมกลุ่มจะจัดขึ้นในสถานที่ที่มีความปลอดภัยสูงซึ่งโดยปกติจะเป็นสถานีดำรวจ โดยมีผู้ประสานการประชุม (facilitator) เป็นผู้ดำเนินการประชุมกลุ่ม หน้าที่ของผู้ประสานการประชุม คือ ประสานงานให้การประชุมกลุ่มสามารถดำเนินไปอย่างเรียบร้อย จัดการให้ผู้เข้าร่วมประชุมทุกคนได้มีโอกาสพูดตามความเหมาะสม ควบคุมให้ทุกฝ่ายปฏิบัติตามกฎระเบียบการประชุม ทั้งก่อน ระหว่าง และภายหลังการประชุมเสร็จสิ้น เพื่อให้เกิดความปลอดภัยกับผู้เสียหายมากที่สุด และควบคุมให้การประชุมดำเนินไปอย่างครบถ้วนถูกต้อง ได้ข้อมูลที่สำคัญทั้งหมด เช่น รายละเอียดของการกระทำความผิด รายละเอียดของความเสียหายและผลกระทบต่างๆ ที่เกิดขึ้นกับผู้เสียหาย ตลอดจนได้ข้อตกลงเกี่ยวกับการชดเชยเยียวยาและการบำบัดรักษา เป็นต้น ผู้ประสานการประชุมเป็นคนละคนกับผู้จัดการคดี เพราะผู้ประสานการประชุมจะไม่มีโอกาสได้พบกับผู้เสียหายหรือผู้กระทำความผิดก่อนวันประชุม เพื่อให้เกิดความเป็นกลางในการดำเนินการประชุม ไม่มีส่วนเกี่ยวข้องในการเสนอแนะหรือชี้ทางใดๆ ที่อาจนำไปสู่การทำข้อตกลงให้แก่ผู้เสียหายและผู้กระทำความผิดในขั้นเตรียมความพร้อม ผู้จัดการคดีจะเข้าร่วมประชุมและให้ความช่วยเหลือผู้ประสานการประชุมตามสมควรแต่จะไม่ดำเนินการประชุมเอง⁸⁵

ลำดับการเข้าห้องประชุมเป็นเรื่องสำคัญที่มีผลในทางจิตวิทยา⁸⁶ โดยผู้กระทำความผิดจะต้องมาถึงสถานที่ประชุมก่อนแต่จะถูกกักตัวไว้ให้อยู่ในอีกห้องหนึ่ง เมื่อผู้เสียหายมาถึงที่ประชุม ผู้ประสานการประชุมจะพาผู้เสียหายไปนั่งรอในห้องประชุม จากนั้นจึงนำผู้กระทำความผิดเข้าห้องประชุม การที่ผู้เสียหายนั่งรออยู่ก่อนและผู้กระทำความผิดเดินเข้ามาภายหลังมีผลในทางจิตวิทยาทำให้ผู้กระทำความผิดรู้สึกว่ามันถูกจ้องมองอยู่โดยผู้เสียหายซึ่งมีอำนาจเหนือกว่าคล้ายกับลักษณะของการไปสัมภาษณ์งานหรือการสอบปากเปล่า

การจัดที่นั่งในการประชุมกลุ่มก็มีความสำคัญเช่นกัน โดยปกติกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูที่ใช้รูปแบบการประชุมกลุ่มจะไม่มีโต๊ะกลางแต่จัดรูปแบบการนั่งเป็นวงกลมเพื่อเป็น

⁸⁴ Mary P. Koss, “Restorative Justice for Acquaintance Rape and Misdemeanor Sex Crimes,” in *Restorative Justice and Violence against Women*, p. 232.

⁸⁵ Mary P. Koss, Karen J. Bachar, C. Quince Hopkins and Carolyn Carlson, “Expanding a Community’s Justice Response to Sex Crimes through Advocacy, Prosecutorial, and Public Health Collaboration: Introducing the RESTORE Program,” *Journal of Interpersonal Violence*, p. 1450.

⁸⁶ Amanda Konradi, “Creating Victim-Centered Criminal Justice Practices for Rape Prosecution,” *New Approaches to Social Problems Treatment Research in Social Problems and Public Policy*, p. 60.

สัญลักษณ์ว่าผู้เข้าร่วมประชุมกลุ่มควรเปิดเผยความจริงต่อกัน แต่โครงการ RESTORE เห็นว่าคดีข่มขืนกระทำชำเรา มีลักษณะพิเศษที่ต่างจากคดีอื่นๆ จึงกำหนดว่าในการประชุมกลุ่มจะต้องมีโต๊ะประชุมเพื่อมิให้ผู้กระทำความผิดมีโอกาสจ้องมองร่างกายของผู้เสียหายและการจัดตำแหน่งการนั่งที่เหมาะสมจะช่วยป้องกันมิให้ผู้กระทำความผิดเข้าถึงตัวผู้เสียหายได้โดยง่ายซึ่งจะช่วยเพิ่มความปลอดภัยให้แก่ผู้เสียหายได้⁸⁷

สำหรับลำดับการกล่าวแถลงการณ์ของแต่ละฝ่ายนั้นผู้เสียหายมีสิทธิเลือกว่าตนจะกล่าวก่อนหรือให้ผู้กระทำความผิดกล่าวก่อน แต่ทางปฏิบัติโดยทั่วไปจะเริ่มจากผู้กระทำความผิดกล่าวแถลงการณ์เกี่ยวกับการกระทำของตนและยอมรับว่าเป็นความผิดต่อผู้เสียหาย ต่อจากนั้นผู้เสียหายจะกล่าวแถลงการณ์เกี่ยวกับผลกระทบของการกระทำผิดที่เกิดขึ้นกับตน จากนั้นผู้ประสานการประชุมจะขอให้ผู้กระทำความผิดกล่าวทบทวนในสิ่งที่ผู้เสียหายพูดไปเพื่อให้แน่ใจว่าผู้กระทำความผิดเข้าใจในผลกระทบที่เกิดขึ้นกับผู้เสียหายอย่างแท้จริง เมื่อผู้กระทำความผิดกล่าวทบทวนแล้วหากผู้เสียหายเห็นว่าจุดใดที่ผู้กระทำความผิดเข้าใจไม่ถูกต้องผู้เสียหายสามารถแก้ไขความเข้าใจได้และหากมีจุดใดที่ผู้เสียหายต้องการเน้นย้ำเป็นพิเศษผู้เสียหายก็สามารถทำได้เช่นกัน จนกว่าจะแน่ใจว่าผู้กระทำความผิดเข้าใจตามที่ผู้เสียหายต้องการสื่อจริงๆ⁸⁸

เมื่อเสร็จสิ้นขั้นตอนระหว่างผู้เสียหายกับผู้กระทำความผิดแล้ว ผู้สนับสนุนผู้เสียหายจะเป็นผู้กล่าวในลำดับถัดไป ตามด้วยผู้สนับสนุนผู้กระทำความผิด เมื่อผู้สนับสนุนแต่ละคนกล่าวแถลงการณ์ของตนเสร็จสิ้น ผู้กระทำความผิดจะต้องกล่าวทบทวนสิ่งที่ตนได้ยินทุกครั้งจนครบทุกคน ดังนั้น จำนวนผู้เข้าร่วมประชุมจึงมีความสำคัญต่อประสิทธิภาพของการประชุมเช่นกัน เพราะในทางปฏิบัติพบว่าหลังจากที่ผู้เสียหายและผู้สนับสนุนผู้เสียหายพูดไปประมาณ 3 คนแล้ว ผู้กระทำความผิดจะเกิดความเครียดอย่างหนักเพราะนอกจากต้องฟังแล้วยังต้องกล่าวทบทวนสิ่งที่ได้ฟังซ้ำๆ ผู้กระทำความผิดจะเริ่มไม่สามารถควบคุมระบบการคิดของตนได้ซึ่งอาจนำไปสู่การใช้ความรุนแรงในที่ประชุม⁸⁹

ขั้นสุดท้ายของการประชุมคือการทำข้อตกลงเกี่ยวกับการเยียวยาแก้ไข (Redress Plan)⁹⁰ ซึ่งผู้เสียหายและผู้จัดการคดีได้ทำฉบับร่างมาแล้วตั้งแต่ในขั้นตอนเตรียมความพร้อมก่อนการประชุมและนำมาเสนอในที่ประชุม ข้อตกลงเกี่ยวกับการเยียวยาแก้ไขมักจะมีรายละเอียดเกี่ยวกับค่าเสียหายที่ผู้กระทำความผิดต้องชดเชยให้แก่ผู้เสียหายหรือในกรณีที่ผู้เสียหายไม่ประสงค์จะรับไว้ก็จะระบุว่าให้บริจาคแก่หน่วยงานการกุศลต่างๆ ผู้กระทำความผิดต้องทำงานบริการสังคมและเข้ารับการรักษาตามความเหมาะสมโดยพิจารณาเป็นรายบุคคลไป ผู้กระทำความผิดต้องอยู่ภายใต้การ

⁸⁷ Ibid.

⁸⁸ Mary P. Koss, "Restorative Justice for Acquaintance Rape and Misdemeanor Sex Crimes," in *Restorative Justice and Violence against Women*, p. 232.

⁸⁹ Amanda Konradi, "Creating Victim-Centered Criminal Justice Practices for Rape Prosecution," *New Approaches to Social Problems Treatment Research in Social Problems and Public Policy*, p. 61.

⁹⁰ Yvette Tinsley and Elisabeth McDonald, "Is There Another Way?: Possible Alternatives to the Current Criminal Justice Process," *Canterbury Law Review*, p. 200.

ควบคุมดูแลตรวจสอบของเจ้าหน้าที่ตามระยะเวลาที่กำหนด และอาจมีข้อตกลงว่าผู้กระทำความผิด จะไม่ติดต่อหรือข้องเกี่ยวกับผู้เสียหายอีก นอกจากนี้หากผู้เสียหายต้องการเรียกร้องสิ่งใดเพิ่มเติมจาก ผู้กระทำความผิดซึ่งไม่เกินความเหมาะสมก็ทำได้ สิ่งที่ผู้เสียหายมักจะเรียกร้องเพิ่มเติม คือ ผู้กระทำความผิดต้องทำคำกล่าวขอโทษผู้เสียหายอย่างเป็นทางการ รวมถึงต้องตอบคำถามของผู้เสียหาย เช่น เหตุใดจึงกระทำ เหตุใดจึงเลือกกระทำต่อผู้เสียหาย ในอนาคตจะทำอีกหรือไม่ เป็นต้น ซึ่งผู้เสียหาย จะไม่มีโอกาสได้ถามคำถามเหล่านี้กับผู้กระทำความผิดหากเป็นการดำเนินคดีตามกระบวนการ ยุติธรรมทางอาญาตามปกติ โดยทั่วไปผู้กระทำความผิดจะยอมรับร่างข้อตกลงที่ผู้เสียหายเสนอเพราะ ร่างนี้ได้ผ่านการกลั่นกรองความเหมาะสมจากผู้จัดการคดีมาแล้ว หากผู้กระทำความผิดไม่ยอมรับตกลง ตามร่างข้อตกลงที่ผู้เสียหายเสนอมาก็เป็นหน้าที่ของผู้ประสานการประชุมที่ต้องพยายามหาทางออกที่ เหมาะสมให้กับทุกฝ่าย เมื่อตกลงกันได้แล้วผู้ประสานการประชุมจะอ่านข้อตกลงทั้งหมดให้ทุกคนในที่ ประชุมฟัง จากนั้นให้ผู้เสียหายและผู้กระทำความผิดลงชื่อไว้ในข้อตกลง

สำหรับผู้เข้าร่วมประชุมนั้น ผู้เสียหาย ผู้กระทำความผิด และผู้สนับสนุนของแต่ละ ฝ่าย รวมแล้วฝ่ายละไม่เกิน 5 คนคือผู้ที่ต้องนั่งที่โต๊ะประชุมและมีสิทธิกล่าวแสดงความเห็นได้ ตามลำดับ⁹¹ อย่างไรก็ตาม อาจมีบุคคลอื่นเข้าร่วมประชุมได้อีก เช่น พนักงานอัยการ เจ้าหน้าที่ ตำรวจ พนักงานคุมประพฤติ ทนายจำเลย และญาติพี่น้องหรือเพื่อนสนิท โดยจะต้องแจ้งแก่ผู้เสียหาย ผู้กระทำความผิด และบุคคลอื่นที่นั่งร่วมโต๊ะประชุมทุกคนเสียก่อน และทุกคนที่นั่งร่วมโต๊ะประชุม จะต้องยินยอมให้บุคคลอื่นเข้าร่วมสังเกตการประชุมได้⁹² แต่นักกฎหมายที่จะเข้าร่วมสังเกตการประชุมไม่ได้รับอนุญาตให้เข้าร่วมการประชุมในฐานะเจ้าหน้าที่ของรัฐ ผู้ที่เข้าร่วมสังเกตการประชุม ไม่มีสิทธิกล่าวแสดงความเห็นใดๆ แต่การที่มีบุคคลดังกล่าวจากภาครัฐเข้าร่วมสังเกตการประชุมด้วย จะทำให้ผู้เสียหายรู้สึกพึงพอใจกับกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูมากยิ่งขึ้นเพราะแสดงให้เห็นว่าการ ให้ความยุติธรรมยังเป็นเรื่องที่มีรัฐเข้ามาคุ้มครองดูแลอยู่⁹³

รายละเอียดการประชุมกลุ่มเป็นความลับ ไม่อนุญาตให้ผู้ใดบันทึกข้อความ บันทึกเสียง บันทึกภาพ หรือบันทึกวิดีโอระหว่างการประชุม สิ่งที่จะได้จากการประชุมมีเพียงเอกสาร ที่เป็นข้อตกลงเกี่ยวกับการชดเชยเยียวยาและการบำบัดรักษาเท่านั้น ซึ่งจะมีเพียงรายละเอียดของสิ่งที่ ผู้กระทำความผิดต้องปฏิบัติ ระยะเวลาที่ต้องปฏิบัติข้อตกลงแต่ละข้อให้สำเร็จ และจะบันทึกผลไว้ อย่างไร

เนื่องจากโครงการ RESTORE ให้ความสำคัญกับความปลอดภัยของผู้เสียหาย ดังนั้น หากในระหว่างการประชุมผู้กระทำความผิดหรือผู้เข้าร่วมประชุมคนอื่นแสดงอาการก้าวร้าวรุนแรง ผู้ ประสานการประชุมมีดุลพินิจว่าควรจะยุติการประชุมและส่งคดีกลับไปยังพนักงานอัยการหรือไม่

⁹¹ Mary P. Koss, Karen J. Bachar, C. Quince Hopkins and Carolyn Carlson, "Expanding a Community's Justice Response to Sex Crimes through Advocacy, Prosecutorial, and Public Health Collaboration: Introducing the RESTORE Program," *Journal of Interpersonal Violence*, p. 1450.

⁹² Mary P. Koss, "Restorative Justice for Acquaintance Rape and Misdemeanor Sex Crimes," in *Restorative Justice and Violence against Women*, p. 233.

⁹³ Yvette Tinsley and Elisabeth McDonald, "Is There Another Way?: Possible Alternatives to the Current Criminal Justice Process," *Canterbury Law Review*, p. 200.

เมื่อการประชุมเสร็จสิ้นลงฝ่ายผู้กระทำความผิดจะต้องออกจากห้องประชุมทันที เพื่อความปลอดภัยของผู้เสียหาย แต่ฝ่ายผู้เสียหายยังสามารถอยู่พูดคุยกันต่อถึงความรู้สึกที่เกิดขึ้นระหว่างการประชุมได้

สำหรับระยะเวลาของขั้นตอนนี้ โดยปกติจะใช้เวลาในการประชุมกลุ่มภายใน 1 วัน

3.2.4.4 การติดตามผลหลังการประชุมกลุ่ม

เพื่อไม่ให้ข้อตกลงอ่อนหรือเบาเกินไป โครงการ RESTORE บังคับว่าข้อตกลงจะต้องกำหนดให้ผู้กระทำความผิดเข้ารับการบำบัดรักษาตามที่โครงการเห็นสมควรโดยจะพิจารณาจากผลการประเมินสุขภาพจิตทางเพศที่ได้ทำไว้ตั้งแต่ต้น และผู้กระทำความผิดต้องอยู่ภายใต้การควบคุมดูแลและตรวจสอบของโครงการเป็นระยะเวลาทั้งสิ้น 12 เดือนหลังจากการประชุมกลุ่มเสร็จสิ้นลงเพื่อที่โครงการจะได้มีอำนาจบังคับให้ผู้กระทำความผิดปฏิบัติตามข้อตกลงได้ครบถ้วนสมบูรณ์⁹⁴ ผู้จัดการคดีจะติดต่อไปยังผู้กระทำความผิดทางโทรศัพท์ทุกสัปดาห์ และผู้กระทำความผิดจะต้องไปพบกับผู้จัดการคดีทุกเดือน การควบคุมเหล่านี้มีวัตถุประสงค์เพื่อให้ผู้กระทำความผิดสามารถปฏิบัติตามข้อตกลงได้ครบถ้วน การที่ผู้กระทำความผิดไม่สามารถปฏิบัติตามข้อตกลงได้ครบถ้วนจะเป็นการทำลายความมั่นใจของผู้เสียหายที่มีต่อกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูและทำให้ผู้เสียหายรู้สึกเหมือนตนถูกทำร้ายจิตใจอีกครั้ง ในทางกลับกัน หากผู้กระทำความผิดสามารถปฏิบัติตามข้อตกลงได้ครบถ้วนย่อมจะเป็นผลดีต่อการแก้ไขตัวผู้กระทำความผิดเองและดีต่อการเยียวยาผู้เสียหายอีกด้วย⁹⁵

เพื่อไม่ให้ข้อตกลงรุนแรงเกินไปจนไม่ได้สัดส่วนกับการกระทำความผิด ผู้จัดการคดีจะมีบทบาทในการแนะนำและกำหนดขอบเขตให้ผู้เสียหายทราบว่าผู้เสียหายเรียกร้องได้เพียงใด สิ่งที่ผู้เสียหายเรียกร้องได้ เช่น ค่าเสียหายและค่าใช้จ่ายต่างๆ ข้อตกลงว่าผู้กระทำความผิดจะไม่ข้องเกี่ยวกับผู้เสียหายหรือย้ายไปอยู่ในถิ่นอื่นที่ห่างไกลจากผู้เสียหาย ให้ผู้กระทำความผิดทำงานบริการสังคม กล่าวคำขอโทษ ให้ผู้กระทำความผิดเข้ารับการตรวจเลือดและโรคติดต่อทางเพศ ตลอดจนจนตอบคำถามต่างๆ ที่ผู้เสียหายสงสัย เป็นต้น ข้อตกลงแต่ละฉบับอาจมีข้อเรียกร้องที่น้อยกว่าหรือมากกว่า ตัวอย่างที่กล่าวมาทั้งหมดนี้ขึ้นอยู่กับการตกลงระหว่างผู้เสียหายและผู้กระทำความผิด อย่างไรก็ตาม สิ่งที่ผู้เสียหายจะเรียกร้องไม่ได้แม้ผู้กระทำความผิดยินยอมทำตามที่ผู้เสียหายเรียกร้องก็ตาม คือ การจำคุก การต้อนหรือทำหมัน ค่าเสียหายเป็นจำนวนเงินที่สูงเกินควร การทำให้ผู้กระทำความผิดได้รับความอับอาย เช่น ให้ผู้กระทำความผิดใส่สายรัดข้อมือที่เขียนว่า “ฉันเคยข่มขืนคนอื่น” เป็นต้น⁹⁶

⁹⁴ Mary P. Koss, Karen J. Bachar, C. Quince Hopkins and Carolyn Carlson, “Expanding a Community’s Justice Response to Sex Crimes through Advocacy, Prosecutorial, and Public Health Collaboration: Introducing the RESTORE Program,” *Journal of Interpersonal Violence*, p. 1452.

⁹⁵ Yvette Tinsley and Elisabeth McDonald, “Is There Another Way?: Possible Alternatives to the Current Criminal Justice Process,” *Canterbury Law Review*, p. 200.

⁹⁶ Mary P. Koss, Karen J. Bachar, C. Quince Hopkins and Carolyn Carlson, “Expanding a Community’s Justice Response to Sex Crimes through Advocacy, Prosecutorial, and Public Health Collaboration: Introducing the RESTORE Program,” *Journal of Interpersonal Violence*, p. 1451.

นอกจากนี้โครงการ RESTORE ยังทำหน้าที่เป็นตัวกลางในการดำเนินการเกี่ยวกับการชดเชยค่าเสียหายระหว่างผู้กระทำความผิดและผู้เสียหาย เพื่อไม่ให้ผู้กระทำความผิดติดต่อกับผู้เสียหายโดยตรงหลังการประชุมเสร็จสิ้นลง⁹⁷

แม้ว่าแต่ละคดีที่เข้าสู่โครงการ RESTORE จะมีผู้จัดการคดีคอยควบคุมดูแลอยู่แล้ว แต่ในขั้นตอนติดตามผลหลังการประชุมกลุ่มนี้ยังมีการตั้งคณะกรรมการชุมชน Community Accountability and Reintegration Board (CARB)⁹⁸ ซึ่งมีสมาชิกคืออาสาสมัครจากคนในชุมชนเพื่อทำหน้าที่

(1) เป็นตัวแทนของชุมชนที่ใหญ่กว่าชุมชนแห่งความปรารถนาดี (community of care) ในการยืนยันว่าการกระทำที่เกิดขึ้นเป็นความผิด

(2) ให้ความช่วยเหลือผู้กระทำความผิดเพื่อให้ผู้กระทำความผิดสามารถปฏิบัติตามข้อตกลงได้อย่างครบถ้วนสมบูรณ์ตามกำหนดเวลา

(3) ผู้จัดการคดีจะรายงานความคืบหน้าของการปฏิบัติตามข้อตกลงให้คณะกรรมการชุมชนทราบ กรณีที่ผู้กระทำความผิดไม่ปฏิบัติตามข้อตกลง คณะกรรมการชุมชนเป็นผู้มีอำนาจพิจารณาว่าควรจะช่วยเหลือและสนับสนุนให้ผู้กระทำความผิดได้มีโอกาสปฏิบัติตามข้อตกลงต่อไปหรือไม่ หากคณะกรรมการชุมชนเห็นว่าการที่ผู้กระทำความผิดไม่ปฏิบัติตามข้อตกลงนั้นเป็นเพราะผู้กระทำความผิดเจตนาจะไม่ปฏิบัติ มิใช่เพราะมีอุปสรรคอื่นใด คณะกรรมการชุมชนจะเป็นผู้มีอำนาจตัดสินใจสั่งให้กระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูสิ้นสุดลง และส่งคดีกลับเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมทางอาญาต่อไป⁹⁹

โดยปกติผู้กระทำความผิดต้องเข้าพบคณะกรรมการชุมชน 3 ครั้ง ครั้งแรกคือภายหลังการประชุมกลุ่มเสร็จสิ้น ครั้งที่สองคือเมื่อครบระยะเวลา 6 เดือน ครั้งที่สามคือเมื่อครบ 12 เดือนซึ่งจะเป็นการพบกับคณะกรรมการชุมชนเพื่อเตรียมตัวออกจากโครงการ RESTORE และเตรียมความพร้อมในการกลับสู่สังคม แต่ถ้าผู้กระทำความผิดไม่ปฏิบัติตามข้อตกลง คณะกรรมการชุมชนอาจสั่งให้ผู้กระทำความผิดเข้าพบบ่อยขึ้นได้

เมื่อผู้กระทำความผิดปฏิบัติตามข้อตกลงได้สำเร็จครบถ้วนคณะกรรมการชุมชนจะจัดให้มีการพบกันระหว่างคณะกรรมการชุมชนกับผู้กระทำความผิดเพื่อทำการปิดคดีและออกจากโครงการอย่างเป็นทางการ ผู้ที่เคยเข้าร่วมการประชุมกลุ่มทุกคนมีสิทธิเข้าร่วมการปิดคดีได้

เมื่อผู้กระทำความผิดปฏิบัติตามข้อตกลงได้ครบถ้วน ผู้กระทำความผิดจะต้องเขียนจดหมายแสดงความรู้สึกให้แก่ผู้เสียหายเพื่อที่ผู้เสียหายจะได้ทราบว่าผลของการเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูเป็นอย่างไร จดหมายแสดงความรู้สึกนี้ไม่ได้มีประโยชน์ต่อผู้เสียหายเท่าที่นั่นหากแต่

⁹⁷ Mary P. Koss, "Restorative Justice for Acquaintance Rape and Misdemeanor Sex Crimes," in *Restorative Justice and Violence against Women*, p. 233.

⁹⁸ Yvette Tinsley and Elisabeth McDonald, "Is There Another Way?: Possible Alternatives to the Current Criminal Justice Process," *Canterbury Law Review*, p. 200.

⁹⁹ Mary P. Koss, Karen J. Bachar, C. Quince Hopkins and Carolyn Carlson, "Expanding a Community's Justice Response to Sex Crimes through Advocacy, Prosecutorial, and Public Health Collaboration: Introducing the RESTORE Program," *Journal of Interpersonal Violence*, p. 1452.

ยังมีประโยชน์ต่อสังคมด้วยเพราะเป็นสิ่งที่แสดงให้เห็นได้ถึงผลของกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูที่มีต่อตัวผู้กระทำความผิดจากมุมมองของผู้กระทำความผิดเอง

เมื่อทำข้อตกลงเป็นผลสำเร็จและการประชุมเสร็จสิ้นลงผู้เสียหายไม่จำเป็นต้องมีส่วนร่วมใดๆ กับโครงการอีก อย่างไรก็ตาม โครงการจะรายงานความคืบหน้าไปยังผู้เสียหายทุกๆ 3 เดือนเกี่ยวกับความประพฤติและการปฏิบัติตามข้อตกลงของผู้กระทำความผิด และจะรายงานไปยังผู้เสียหายทันทีในกรณีที่มีการกระทำความผิดซ้ำหรือคณะกรรมการชุมชนสั่งยุติกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟู¹⁰⁰

3.2.5 ผลของการนำกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูมาใช้กับคดีข่มขืนกระทำชำเราในประเทศสหรัฐอเมริกา (มลรัฐแอริโซนา)

1. กรณีที่ผู้กระทำความผิดปฏิบัติตามข้อตกลงได้อย่างครบถ้วน ผลคือคดีอาญาเป็นอันยุติ พนักงานอัยการสั่งไม่ฟ้องคดีนั้นต่อศาล ผู้กระทำความผิดไม่มีประวัติในทะเบียนอาชญากร และผู้เสียหายไม่อาจเรียกร้องใดๆ ทางแพ่งได้อีกเพราะถือว่าผู้เสียหายได้ชดใช้เยียวยาความเสียหายทางแพ่งไปแล้วตามข้อตกลง¹⁰¹

2. กรณีที่ไม่อาจตกลงกันให้เป็นผลสำเร็จได้ หรือตกลงสำเร็จแต่ผู้กระทำความผิดไม่ปฏิบัติตามข้อตกลงอย่างครบถ้วน ผู้จัดการคดีจะรายงานไปยังพนักงานอัยการ และพนักงานอัยการนำคดีฟ้องต่อศาลตามกระบวนการยุติธรรมทางอาญาต่อไป¹⁰²

3. รายละเอียดการประชุมกลุ่มเป็นความลับ ไม่อนุญาตให้ผู้ใดบันทึกข้อความ บันทึกเสียง บันทึกภาพ หรือบันทึกวิดีโอระหว่างการประชุม สิ่งที่จะได้จากการประชุมและเปิดเผยได้มีเพียงเอกสารที่เป็นข้อตกลงเกี่ยวกับการชดใช้เยียวยาและการบำบัดรักษาเท่านั้น ซึ่งจะมีเพียงรายละเอียดของสิ่งที่ผู้กระทำความผิดต้องปฏิบัติ ระยะเวลาที่ต้องปฏิบัติตามข้อตกลงแต่ละข้อให้สำเร็จ และวิธีการติดตามผล¹⁰³

¹⁰⁰ Ibid.

¹⁰¹ Mary P. Koss, "Restorative Justice for Acquaintance Rape and Misdemeanor Sex Crimes," in Restorative Justice and Violence against Women, p. 226.

¹⁰² Ibid., p. 234

¹⁰³ Amanda Konradi, "Creating Victim-Centered Criminal Justice Practices for Rape Prosecution," New Approaches to Social Problems Treatment Research in Social Problems and Public Policy, pp. 57-58.

3.3 การนำกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูมาใช้กับคดีข่มขืนกระทำชำเราในประเทศนิวซีแลนด์

3.3.1 ความเป็นมาของการนำกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูมาใช้กับคดีข่มขืนกระทำชำเราในประเทศนิวซีแลนด์

ประเทศนิวซีแลนด์มีสถิติต่างๆ เกี่ยวกับคดีข่มขืนกระทำชำเราคล้ายกับในประเทศสหรัฐอเมริกา ไม่ว่าจะเป็นสถิติที่บอกว่าคดีข่มขืนกระทำชำเรามีการแจ้งความน้อยมากเมื่อเทียบกับกรณีที่เกิดขึ้นจริง คดีข่มขืนกระทำชำเราส่วนใหญ่เกิดจากคนรู้จักกัน และคดีข่มขืนกระทำชำเรามีค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดีที่สูงกว่าคดีอาญาประเภทอื่น เช่น

New Zealand National Survey of Crime Victims 2001 สํารวจพบว่าเมื่อเกิดการข่มขืนกระทำชำเราขึ้นจะมีการแจ้งความเพียงร้อยละ 12 ของการกระทำผิดทั้งหมด¹⁰⁴ และในจำนวนคดีที่มาแจ้งความนั้น ผู้เสียหายประมาณร้อยละ 75 รู้จักกับผู้กระทำความผิด (acquaintance rape) การข่มขืนกระทำชำเราโดยคนแปลกหน้า (stranger rape) จึงมีสถิติเพียงประมาณร้อยละ 25 ของคดีที่มาแจ้งความ¹⁰⁵

Ministry of Women's Affairs สํารวจพบว่าประมาณร้อยละ 90 ของคดีข่มขืนกระทำชำเราที่เกิดขึ้นทั้งหมดไม่มีการแจ้งความต่อตำรวจ เท่ากับว่าคดีข่มขืนกระทำชำเราที่มีการแจ้งความมีเพียงประมาณร้อยละ 10 ของการกระทำผิดทั้งหมด และคดีที่มีการดำเนินคดีไปจนถึงชั้นที่ศาลพิพากษาลงโทษมีประมาณร้อยละ 13 ถึงร้อยละ 17 ของคดีที่มาแจ้งความเท่านั้น¹⁰⁶ อาจกล่าวได้ว่าถ้ามีการข่มขืนกระทำชำเรา 1000 กรณี จะมีการแจ้งความดำเนินคดีประมาณ 100 คดี และในคดีที่มาแจ้งความจะมีการพิพากษาลงโทษผู้กระทำความผิดเพียงประมาณ 13-17 คดี ดังนั้น ผู้กระทำความผิดคดีข่มขืนกระทำชำเราส่วนใหญ่จึงไม่ได้รับผลลัพธ์ที่เหมาะสมต่อการกระทำของตน

Wellington Rape Crisis สํารวจพบว่าประมาณร้อยละ 9 ของคดีข่มขืนกระทำชำเราที่เกิดขึ้นทั้งหมดไม่มีการแจ้งความต่อตำรวจ¹⁰⁷

New Zealand Treasury ประเมินว่าค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดีทางเพศคดีหนึ่งเป็นเงินประมาณ 72,130 ดอลลาร์นิวซีแลนด์¹⁰⁸ ประมาณเป็นเงินไทยได้ว่าการดำเนินคดีทางเพศคดีหนึ่งในนิวซีแลนด์ใช้จ่ายเป็นเงินไม่ต่ำกว่า 2 ล้านบาท

¹⁰⁴ Allison Morris and James Reilly, *New Zealand National Survey of Crime Victims 2001* [Online], May 2003. Source <http://www.justice.govt.nz/publications/publications-archived/2003/the-new-zealand-national-survey-of-crime-victims-2001-may-2003/publication>, p. 99.

¹⁰⁵ Ibid., p. 170.

¹⁰⁶ Sue Triggs, Elaine Mossman, Jan Jordan and Venezia Kingi, *Responding to Sexual Violence: Attrition in the New Zealand Criminal Justice System* (Wellington: Ministry of Women's Affairs, 2009), p. vii.

¹⁰⁷ Wellington Rape Crisis, *Myths about Rape and Sexual Abuse* [Online], 12 August 2011. Source http://www.wellingtonrapecrisis.org.nz/index.php?option=com_content&view=article&id=5&Itemid=5

จากสถิติต่างๆ ที่กล่าวมาทำให้เห็นว่าประเทศนิวซีแลนด์ประสบปัญหาการแจ้งความคดีข่มขืนกระทำชำเราน้อยกว่าความเป็นจริงมาก¹⁰⁹ แม้กระนั้นก็ตามคดีที่มาแจ้งความเพียงส่วนน้อยเท่านั้นที่จะดำเนินคดีต่อไปจนศาลมีคำพิพากษาลงโทษผู้กระทำความผิด

การดำเนินคดีข่มขืนกระทำชำเราตามกระบวนการยุติธรรมทางอาญาในชั้นศาลจะมี 2 ส่วนหลัก ส่วนแรกคือการพิสูจน์ความผิดของจำเลย ส่วนที่สองคือการลงโทษผู้ศาลพิพากษาว่ามีความผิด ท่านผู้พิพากษา F.W.M. McElrea ให้ความเห็นว่า “กระบวนการยุติธรรมทางอาญาในปัจจุบันของนิวซีแลนด์มองว่าการลงโทษผู้กระทำความผิดคือจุดสิ้นสุดของการให้ความยุติธรรม ดังนั้นกระบวนการยุติธรรมทางอาญาของนิวซีแลนด์จึงให้ความสำคัญกับการพิสูจน์ความผิดของจำเลยว่าจำเลยมีความผิดตามกฎหมายหรือไม่ มากกว่าที่จะแก้ไขเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นกับผู้เสียหายและสังคม”¹¹⁰ นอกจากนี้ระบบการดำเนินคดีในชั้นศาลยังมีลักษณะที่เป็นความสัมพันธ์สองฝ่ายระหว่างศาลและผู้กระทำความผิด ผู้เสียหายอยู่ในฐานะพยานของรัฐเพื่อพิสูจน์ว่าจำเลยกระทำความผิดจริงเท่านั้น อีกทั้งกระบวนการยุติธรรมทางอาญายังมีลักษณะเป็นการต่อสู้กันเพื่อพิสูจน์ความผิด ก่อให้เกิดความขัดแย้งที่ฝังรากลึก ผู้ชนะและผู้แพ้ ความยุติธรรมที่วัดกันที่การลงโทษจำคุก และกระบวนการยุติธรรมที่เป็นความสัมพันธ์สองฝ่ายคือรัฐและผู้กระทำความผิด¹¹¹ ด้วยเหตุนี้กระบวนการยุติธรรมทางอาญาในนิวซีแลนด์จึงไม่อาจอำนวยความสะดวกให้กับผู้เสียหายในคดีข่มขืนกระทำชำเราได้อย่างแท้จริง

หากรัฐประสงค์จะช่วยเหลือผู้เสียหายในคดีข่มขืนกระทำชำเราและให้ผู้เสียหายมีบทบาทมากกว่าที่เป็นอยู่ในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา รัฐต้องให้ความสำคัญกับกระบวนการที่ทำให้ผู้เสียหายกลับมาเป็นปกติได้เร็วที่สุด¹¹² ซึ่งประเทศนิวซีแลนด์เห็นว่ากระบวนการที่ไม่เป็นทางการจนเกินไปในลักษณะของกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูจะมีประสิทธิภาพในการช่วยเหลือผู้เสียหายคดีข่มขืนกระทำชำเราได้¹¹³

¹⁰⁸ Shirley Jülich, John Buttle, Christine Cummins and Erin V. Freebor, Project Restore: An Exploratory Study of Restorative Justice and Sexual Violence (Auckland: AUT University, 2010), p. 6.

¹⁰⁹ Law Commission, Alternative Process for Sexual Offence Cases [Online], 14 February 2012. Source http://www.lawcom.govt.nz/sites/default/files/publications/2012/02/alternative_trial_processes_nzlc_ip30_-1.pdf, p. 49.

¹¹⁰ F.W.M. McElrea, Rape: Ten Years' Progress? Address to Inter-Disciplinary Conference [Online], 29 March 1996. Source <http://www.restorativejustice.org/10fulltext/mcelrea-fw-m.-rape-ten-years-progress/view>, p. 1.

¹¹¹ Ibid., p. 2.

¹¹² Ministry of Women's Affairs, Restoring Soul: Effective Interventions for Adult Victim/Survivors of Sexual Violence [Online], October 2009. Source <http://www.mwa.govt.nz/sites/mwa.govt.nz/files/restoring-soul-pdf-1.pdf>, p. xi.

¹¹³ Shirley Jülich, John Buttle, Christine Cummins and Erin V. Freebor, Project Restore: An Exploratory Study of Restorative Justice and Sexual Violence, p. 7.

ด้วยเหตุนี้ จึงมีการจัดตั้งโครงการกระบวนการยุติธรรมเชิงพื้นที่ที่ใช้กับคดีความผิดเกี่ยวกับเพศที่มีชื่อว่า “Project Restore” ซึ่งได้รับแนวคิดและแนวปฏิบัติมาจากโครงการ RESTORE ของประเทศสหรัฐอเมริกา (มลรัฐแอริโซนา) กระบวนการยุติธรรมเชิงพื้นที่ในนิวซีแลนด์ไม่ได้ดำเนินการโดยหน่วยงานของรัฐโดยตรง แต่เป็นการทำงานของหน่วยงานชุมชนซึ่งได้รับเงินสนับสนุนจากรัฐ โครงการนี้เกิดจากความต้องการที่จะแก้ปัญหาผลกระทบที่เกิดกับผู้เสียหายอันเนื่องมาจากการดำเนินคดีทางเพศตามกระบวนการยุติธรรมทางอาญาปกติในประเทศนิวซีแลนด์ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อช่วยให้ผู้เสียหายรู้สึกว่าได้ได้รับความยุติธรรมอย่างแท้จริง (sense of justice) ช่วยให้ผู้กระทำความผิดได้ตระหนักถึงผลกระทบอันเกิดจากการกระทำความผิดของตน ช่วยเหลือและสนับสนุนในการจัดทำข้อตกลงที่เหมาะสม และช่วยเหลือและสนับสนุนผู้เกี่ยวข้องให้ปฏิบัติตามข้อตกลงได้สำเร็จครบถ้วน¹¹⁴

3.3.2 รูปแบบของกระบวนการยุติธรรมเชิงพื้นที่ที่ใช้กับคดีข่มขืนกระทำชำเราในประเทศนิวซีแลนด์

กระบวนการยุติธรรมเชิงพื้นที่ที่ใช้กับคดีข่มขืนกระทำชำเราในประเทศนิวซีแลนด์ใช้รูปแบบการประชุมกลุ่ม (Conferencing) โดยมีโครงการกระบวนการยุติธรรมเชิงพื้นที่ที่ใช้กับคดีความผิดเกี่ยวกับเพศชื่อว่า “Project Restore”

3.3.2.1 ขั้นตอนที่น่ากระบวนการยุติธรรมเชิงพื้นที่มาใช้ในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาและผู้มีอำนาจส่งคดีเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมเชิงพื้นที่

ประเทศนิวซีแลนด์นำกระบวนการยุติธรรมเชิงพื้นที่มาใช้กับคดีข่มขืนกระทำชำเราในชั้นศาล โดยผู้พิพากษาเป็นผู้พิจารณาว่าคดีข่มขืนกระทำชำเราเข้าเงื่อนไขที่จะใช้กระบวนการยุติธรรมเชิงพื้นที่ได้หรือไม่ นอกจากนี้นายทะเบียนของศาลที่พิจารณาคดีสามารถเสนอความเห็นต่อผู้พิพากษาได้เช่นกันว่าคดีนั้นสมควรที่จะใช้กระบวนการยุติธรรมเชิงพื้นที่ประกอบการพิจารณากำหนดโทษ^{**} หากผู้พิพากษาเห็นว่าคดีนั้นเข้าเงื่อนไขที่จะใช้กระบวนการยุติธรรมเชิงพื้นที่ได้ ผู้

¹¹⁴ Shirley Jülich, Kim McGregor, Jennifer Annan, Fiona Landon, Dorothy McCarrison, Kathryn McPhillips, “Yes, There Is Another Way!,” *Canterbury Law Review* 17 (2011): 222.

* Sentencing Act 2002 Section 25 “A court may adjourn the proceedings in respect of any offence after the offender has been found guilty or has pleaded guilty and before the offender has been sentenced or otherwise dealt with for any 1 or more of the following purposes:

(b) to enable a restorative justice process to occur:

(c) to enable a restorative justice agreement to be fulfilled:”

** Victims of Crime Reform Bill 2011 Section 44 “24A Adjournment for restorative justice process in certain cases

(1) This section applies if—

พิพากษามีอำนาจส่งคดีเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูในขั้นก่อนการพิจารณากำหนดโทษ (pre-sentence) โดยศาลมีอำนาจสั่งให้เลื่อนการกำหนดโทษออกไปก่อนเพื่อให้คดีที่พิจารณาอยู่เข้าสู่กระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟู ศาลจะใช้กระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูกับคดีข่มขืนกระทำชำเราผ่านการดำเนินงานของโครงการกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟู Project Restore ซึ่งคดีข่มขืนกระทำชำเราที่เข้าโครงการ Project Restore เรียกได้ว่าเป็นคดีที่ศาลเป็นผู้ส่งเข้ามา (court-referred case)

3.3.2.2 ผู้เข้าร่วมกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟู

โครงการ RESTORE กำหนดว่าผู้เข้าร่วมกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูต้องมีผู้เสียหาย ผู้กระทำความผิด ผู้สนับสนุนของผู้เสียหายและผู้สนับสนุนของผู้กระทำความผิด (supporter) ซึ่งหากพิจารณาจากความสัมพันธ์ที่ใกล้ชิดสนิทสนมกับผู้เสียหายและผู้กระทำความผิด บุคคลเหล่านี้ย่อมเป็นสมาชิกในชุมชนแห่งความปรารถนาดี (community of care) ตามความหมายของกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟู เจ้าหน้าที่ของโครงการกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูซึ่งทำหน้าที่เตรียมความพร้อมและให้คำปรึกษาแก่ผู้เสียหายและผู้กระทำความผิด (victim specialist และ offender specialist) และผู้ประสานการประชุม (facilitator) ซึ่งมีบทบาทในขั้นตอนการประชุมกลุ่ม

3.3.3 เงื่อนไขของการนำกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูมาใช้กับคดีข่มขืนกระทำชำเราในประเทศนิวซีแลนด์¹¹⁵

3.3.3.1 ความสัมพันธ์ระหว่างคู่กรณี

คดีข่มขืนกระทำชำเราที่จะเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูได้ต้องเป็นการข่มขืนกระทำชำเราระหว่างคนรู้จักกัน (acquaintance rape) สำหรับการข่มขืนกระทำชำเราที่ผู้เสียหายและผู้กระทำความผิดมีความสัมพันธ์ต่อเนื่อง (ongoing relationship) เช่น การข่มขืนกระทำชำเรา

(e) the Registrar has informed the court that an appropriate restorative justice process can be accessed.

(2) The court must adjourn the proceedings to—

(a) enable inquiries to be made by a suitable person to determine whether a restorative justice process is appropriate given the wishes of the victims and the circumstances of the case; and

(b) enable a restorative justice process to occur if the inquiries made under paragraph (a) reveal that a restorative justice process is appropriate in the circumstances of the case.”

¹¹⁵ Shirley Jülich, John Buttle, Christine Cummins and Erin V. Freebor, *Project Restore: An Exploratory Study of Restorative Justice and Sexual Violence*, p. 75.

ระหว่างบุคคลในครอบครัวเดียวกันสามารถเข้าโครงการ Project Restore ได้¹¹⁶ ไม่มีข้อห้ามดังเช่นโครงการ RESTORE ของประเทศสหรัฐอเมริกา (มลรัฐแอริโซนา)

3.3.3.2 อายุของผู้เสียหายและผู้กระทำความผิด

ผู้เสียหายคดีข่มขืนกระทำชำเราที่จะเข้าร่วมกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูได้ต้องอายุไม่ต่ำกว่า 16 ปี¹¹⁷

3.3.3.3 การแสดงความรับผิดชอบของผู้กระทำความผิด (Accountability)

ผู้กระทำความผิดคดีข่มขืนกระทำชำเราที่จะเข้ากระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูได้ต้องรับสารภาพว่าตนมีความผิดตามข้อกล่าวหา หรือศาลพบว่ามีกรกระทำผิดจริงตามฟ้อง^{*}

3.3.3.4 ความยินยอมของผู้เสียหายและผู้กระทำความผิด

ผู้เสียหายและผู้กระทำความผิดต้องยินยอมเข้าร่วมกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูโดยสมัครใจ ปราศจากการกดดันหรือบีบบังคับ¹¹⁸

3.3.4 ขั้นตอนและวิธีการเชิงฟื้นฟูสำหรับคดีข่มขืนกระทำชำเราในประเทศนิวซีแลนด์

ขั้นตอนของการใช้กระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูกับคดีข่มขืนกระทำชำเราตามแนวทางของโครงการ Project Restore มี 4 ขั้นตอน คือ การส่งคดีเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟู การเตรียมความพร้อมก่อนการประชุมกลุ่ม การประชุมกลุ่ม และการติดตามผลหลังการประชุมกลุ่ม โดยวิธีการเชิงฟื้นฟูจะสอดแทรกอยู่ในแต่ละขั้นตอน ดังนี้

3.3.4.1 การส่งคดีเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟู

¹¹⁶ Law Commission, *Alternative Process for Sexual Offence Cases* [Online], p. 51.

¹¹⁷ Ibid.

^{*} Sentencing Act 2002 Section 25 “A court may adjourn the proceedings in respect of any offence after the offender **has been found guilty or has pleaded guilty** and before the offender has been sentenced or otherwise dealt with for any 1 or more of the following purposes:

(b) to enable a restorative justice process to occur:

(c) to enable a restorative justice agreement to be fulfilled.”

¹¹⁸ Yvette Tinsley and Elisabeth McDonald, “Is There Another Way?: Possible Alternatives to the Current Criminal Justice Process,” *Canterbury Law Review*, p. 195.

ผู้พิพากษาเป็นผู้พิจารณาว่าคดีใดควรเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูหรือไม่ หากผู้พิพากษาเห็นว่าคดีใดควรเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูและคดีนั้นผู้กระทำความผิดให้การรับสารภาพแล้วหรือศาลพบว่ามีการกระทำความผิดตามฟ้องจริง ศาลก็จะส่งคดีเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูต่อไป ศาลอาจกำหนดกรอบเวลาของการดำเนินกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟู โดยทั่วไปจะกำหนดเวลาประมาณ 4-6 สัปดาห์ หากไม่สามารถได้ข้อตกลงร่วมกันภายในเวลาที่กำหนดศาลจะดำเนินการพิจารณากำหนดโทษตามขั้นตอนปกติต่อไป¹¹⁹ ระยะเวลาที่ศาลกำหนดนี้ถือว่าค่อนข้างน้อยเพราะโดยทั่วไปกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูต้องใช้เวลาตลอดทั้งกระบวนการประมาณอย่างน้อยหนึ่งปี แต่ที่ศาลต้องกำหนดกรอบเวลาเพราะต้องการทำให้แน่ชัดว่าคดีจะสิ้นสุดเมื่อใด อย่างไรก็ตาม ถ้าผู้พิพากษาเห็นว่าคดีนี้น่าจะใช้วิธีให้ผู้กระทำความผิดเข้ารับการรักษา มากกว่าการลงโทษจำคุก ผู้พิพากษาอาจกำหนดกรอบเวลาของการดำเนินกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูให้นานขึ้นได้ตามความเหมาะสม

แต่ละศาลจะมีผู้ประสานงานกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟู (restorative justice coordinator) เมื่อศาลส่งคดีเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟู ผู้ประสานงานจะติดต่อกับผู้เสียหายและผู้กระทำความผิดเพื่อสอบถามว่าประสงค์จะเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูตามโครงการ Project Restore หรือไม่ หากผู้เสียหายและผู้กระทำความผิดสมัครใจเข้าร่วมโครงการ ผู้ประสานงานของศาลจะส่งคดีไปยังผู้ประสานการประชุมต่อไป

เมื่อมีการส่งคดีเข้าสู่โครงการ Project Restore โครงการจะรับคดีเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟู และตั้งคณะทำงาน (clinical team) สำหรับคดีนั้นๆ¹²⁰ คณะทำงานประกอบไปด้วยบุคคลสามฝ่าย คือ ผู้ให้คำปรึกษาผู้เสียหาย (victim specialist) และ ผู้ให้คำปรึกษาผู้กระทำความผิด (offender specialist) ซึ่งเป็นบุคคลที่จะต้องติดต่อกับผู้เสียหายและผู้กระทำความผิดโดยตรง และ ผู้ประสานการประชุม (facilitator) ซึ่งไม่มีหน้าที่ติดต่อกับผู้เสียหายและผู้กระทำความผิดโดยตรงแต่มีหน้าที่ประเมินแรงจูงใจและความเหมาะสมในด้านร่างกายและจิตใจของทั้งผู้เสียหายและผู้กระทำความผิดว่าพร้อมที่จะเข้าสู่ขั้นตอนการประชุมกลุ่มหรือไม่ และจะทำหน้าที่เป็นผู้ดำเนินการประชุมกลุ่ม ทั้งสามคนทำหน้าที่ต่างกัน แต่ในขณะเดียวกันก็ต้องทำงานร่วมกันเพื่อประเมินความเหมาะสมในทุกขั้นตอนของกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟู

3.3.4.2 การเตรียมความพร้อมก่อนการประชุมกลุ่ม

ขั้นตอนเตรียมความพร้อมก่อนการประชุมกลุ่มเป็นขั้นตอนที่สำคัญอย่างยิ่ง ผู้ให้คำปรึกษาผู้เสียหายและผู้ให้คำปรึกษาผู้กระทำความผิดจะแจ้งให้ผู้เสียหายและผู้กระทำความผิดทราบรายละเอียดเกี่ยวกับขั้นตอนต่างๆ ผลทั้งหมดที่เป็นไปได้ ตลอดจนความเสี่ยงที่อาจเกิดขึ้นจากการเข้าร่วมโครงการ นอกจากนี้ผู้เสียหายและผู้กระทำความผิดยังต้องกำหนดว่าจะให้บุคคลใดเข้า

¹¹⁹ Ibid.

¹²⁰ Shirley Jülich, John Buttle, Christine Cummins and Erin V. Freebor, *Project Restore: An Exploratory Study of Restorative Justice and Sexual Violence*, p. 18.

ร่วมประชุมในฐานะผู้สนับสนุนของตนซึ่งโครงการ Project Restore ต้องเตรียมความพร้อมให้กับผู้สนับสนุนของแต่ละฝ่ายด้วยเพื่อให้สามารถทำหน้าที่เป็นผู้สนับสนุนได้อย่างมีประสิทธิภาพ

ผู้ให้คำปรึกษาผู้เสียหายจะนัดพบผู้เสียหาย และผู้ให้คำปรึกษาผู้กระทำความผิดจะนัดพบผู้กระทำความผิดเพื่อเตรียมความพร้อมก่อนการประชุมอย่างน้อยคนละสามครั้ง แต่อาจมากกว่าสามครั้งก็ได้ขึ้นอยู่กับความพร้อมที่จะเข้าประชุมของแต่ละฝ่าย¹²¹

ในการนัดพบเพื่อเตรียมความพร้อม ผู้ให้คำปรึกษาผู้เสียหายจะขอให้ผู้เสียหายได้เล่าถึงรายละเอียดเหตุการณ์และผลกระทบของการกระทำความผิดที่เกิดขึ้นกับผู้เสียหาย ตลอดจนแนะนำแนวทางที่เหมาะสมในการเรียกร้องให้ผู้กระทำความผิดเยียวยาชดใช้ความเสียหายที่เกิดขึ้นสำหรับผู้ให้คำปรึกษาผู้กระทำความผิดจะขอให้ผู้กระทำความผิดได้เล่าถึงรายละเอียดเหตุการณ์และความรู้สึกของผู้กระทำความผิดต่อสิ่งที่ตนทำไป ด้วยประสบการณ์ในการทำงานร่วมกับผู้กระทำความผิดทางเพศของผู้ให้คำปรึกษาผู้กระทำความผิดจะช่วยให้ผู้กระทำความผิดยอมรับและสำนึกผิดในการกระทำของตนซึ่งจะเป็นเงื่อนไขสำคัญที่ทำให้กระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูสามารถดำเนินต่อไปได้

ทุกขั้นตอนในการเตรียมความพร้อมจะต้องได้รับความยินยอมให้ดำเนินการต่อไปจากทั้งผู้เสียหายและผู้กระทำความผิดซึ่งทั้งสองฝ่ายต้องให้ความยินยอมเป็นลายลักษณ์อักษร¹²² เมื่อทั้งสองฝ่ายให้ความยินยอมเป็นลายลักษณ์อักษรในการดำเนินขั้นตอนต่อไป และคณะทำงานประเมินแล้วเห็นว่าทั้งสองฝ่ายพร้อมและไม่มีความเสี่ยงหากดำเนินการต่อ กระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูก็จะดำเนินการต่อไปตามลำดับ ในขณะที่เดียวกันกับที่คณะทำงานประเมินความพร้อมและความเสี่ยงอยู่นั้น (มีการประชุมทุกสัปดาห์) ผู้ให้คำปรึกษาผู้เสียหายและผู้ให้คำปรึกษาผู้กระทำความผิดก็จะเตรียมความพร้อมในขั้นตอนต่อไปให้กับผู้เสียหายและผู้กระทำความผิดไปพลางด้วย

หากคณะทำงานประเมินแล้วเห็นว่ากรดำเนินการกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูต่อไปอาจเกิดความเสี่ยง คณะทำงานมีอำนาจสั่งให้ขจัดความเสี่ยงนั้นก่อนดำเนินการต่อไปได้ เหตุแทรกแซงที่อาจก่อให้เกิดความเสี่ยงในกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูซึ่งเป็นผลให้กระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูต้องหยุดลงชั่วคราวมีหลายสาเหตุและอาจเกิดได้จากหลายฝ่าย¹²³ เช่น

- ผู้กระทำความผิดจำเป็นต้องได้รับการพัฒนาความสัมพันธ์กับผู้หนึ่งผู้ใดก่อนหรือมีทางเลือกอื่นที่ดีกว่าการใช้กระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูในขณะนั้น

- ผู้เสียหายจำเป็นต้องได้รับการพัฒนาความสัมพันธ์กับบุคคลในครอบครัวซึ่งอาจเป็นอุปสรรคต่อความสำเร็จของการเข้าร่วมโครงการก่อน หรือมีทางเลือกอื่นที่ดีกว่าการใช้กระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูในขณะนั้น เช่น การตั้งตัวแทนผู้เสียหายเข้าร่วมการประชุมกลุ่มแทนผู้เสียหาย การประชุมภายในครอบครัวของผู้เสียหายก่อนการประชุมกลุ่ม เป็นต้น

- ผู้สนับสนุนไม่สามารถแยกแยะระหว่างปัญหาภายในครอบครัวเรื่องอื่นๆ กับปัญหาหลักที่จะต้องเข้าสู่การประชุมกลุ่ม

¹²¹ Ibid., p. 19.

¹²² Ibid.

¹²³ Ibid., p. 81.

เมื่อคณะทำงานประเมินแล้วพบว่าผู้เสียหาย ผู้กระทำความผิด และผู้สนับสนุนของแต่ละฝ่ายมีความพร้อมที่จะเข้าสู่การประชุมกลุ่ม และไม่มีเหตุแทรกแซงใดๆ ที่อาจก่อให้เกิดความเสี่ยงในการประชุมกลุ่ม ก็จะเข้าสู่การเตรียมความพร้อมขั้นสุดท้ายก่อนการประชุมกลุ่ม โดยจะเป็นการตกลงเกี่ยวกับวัน เวลา และสถานที่ที่จะจัดการประชุมกลุ่ม ซึ่งผู้เสียหายและผู้กระทำความผิดมีส่วนออกความเห็นในเรื่องดังกล่าวด้วย

3.3.4.3 การประชุมกลุ่ม

ผู้เข้าร่วมการประชุมกลุ่ม คือ ผู้เสียหายและผู้สนับสนุนผู้เสียหาย ผู้กระทำความผิดและผู้สนับสนุนผู้กระทำความผิด ผู้ประสานการประชุม ผู้ให้คำปรึกษาผู้เสียหาย และผู้ให้คำปรึกษาผู้กระทำความผิด¹²⁴

การประชุมกลุ่มมีการบันทึกเสียงโดยต้องแจ้งต่อผู้เข้าร่วมการประชุมทุกคนก่อนเพื่อนำไปทำบันทึกการประชุมโดยละเอียดเสนอต่อศาลประกอบการพิจารณากำหนดโทษ¹²⁵

หากผู้เสียหายไม่ประสงค์จะเข้าร่วมการประชุมกลุ่มแต่ตั้งตัวแทนเข้าร่วมการประชุมกลุ่มแทน จะเรียกว่า Panel Process¹²⁶ ซึ่งต่างจากการประชุมกลุ่ม (Conferencing) เพียงประการเดียวคือไม่มีผู้เสียหายเข้าร่วมการประชุมด้วยตัวเอง นอกจากนี้รายละเอียดทุกประการเหมือนกับการประชุมกลุ่ม

ในการประชุมกลุ่มอาจจะเชิญตำรวจ พนักงานคุมประพฤติ และนายจำเลยเข้าร่วมประชุมด้วย แต่บุคคลเหล่านั้นอาจไม่เข้าร่วมการประชุมกลุ่มก็ได้

จุดประสงค์ของการจัดการประชุมคือเพื่อเปิดโอกาสให้ผู้เสียหายได้บอกเล่าเรื่องราวและผลกระทบที่เกิดโดยไม่ถูกจำกัดด้วยระเบียบขั้นตอนในศาลและให้ผู้กระทำความผิดได้แสดงความรับผิดชอบและแก้ไขในสิ่งที่ผิดพลาดไป ลำดับการพูดในที่ประชุมจะเริ่มจากผู้กระทำความผิดก่อนเสมอจากนั้นจึงจะเป็นลำดับการพูดของฝ่ายผู้เสียหาย

ข้อตกลงที่ได้จากกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูมักจะเป็นเรื่องของการชดเชยค่าเสียหายให้แก่ผู้เสียหาย การเข้ารับบำบัดรักษา และการทำงานบริการสังคม¹²⁷ อย่างไรก็ตาม อาจตกลงกันได้ว่าหากปฏิบัติตามข้อตกลงครบถ้วนแล้วจะทำให้คดีเป็นอันยุติไป เพราะศาลยังมีดุลพินิจในการกำหนดโทษอยู่เพียงแต่ศาลจะนำผลของกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูไปใช้ประกอบการกำหนดโทษด้วยหรือศาลอาจไม่กำหนดโทษอีกก็ได้

3.3.4.4 การติดตามผลหลังการประชุมกลุ่ม

¹²⁴ Ibid., p. 20.

¹²⁵ Ibid.

¹²⁶ Ibid.

¹²⁷ Yvette Tinsley and Elisabeth McDonald, "Is There Another Way?: Possible Alternatives to the Current Criminal Justice Process," *Canterbury Law Review*, p. 195.

หลังการประชุมกลุ่มเสร็จสิ้น ผู้ประสานการประชุมจะเป็นผู้จัดทำรายงานความประพฤติของผู้กระทำความผิดเสนอต่อศาล ถ้าผู้เสียหายและผู้กระทำความผิดมีข้อตกลงกันก็ต้องรายงานต่อศาลด้วย ศาลจะนำรายงานเกี่ยวกับกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูทั้งหมดไปใช้ประกอบการพิจารณากำหนดโทษโดยผู้พิพากษาจะนำเอาสิ่งที่ผู้กระทำความผิดต้องปฏิบัติตามข้อตกลงมากำหนดเป็นโทษหรือไม่ก็ได้ หากผู้พิพากษามีคำสั่งไว้ตั้งแต่ตอนที่ส่งคดีเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูว่าให้เลื่อนการกำหนดโทษออกไปก่อนเพื่อให้ผู้กระทำความผิดได้มีโอกาสปฏิบัติตามข้อตกลงที่ได้จากกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูได้อย่างครบถ้วนสมบูรณ์ กรณีนี้ผู้ประสานการประชุมจะรายงานต่อศาลเมื่อผู้กระทำความผิดปฏิบัติตามข้อตกลงได้ครบถ้วนสมบูรณ์แล้ว ศาลอาจนำมาเป็นเงื่อนไขที่จะกำหนดโทษให้น้อยลงหรือจะปล่อยผู้กระทำความผิดไปเลยก็ได้ ขึ้นอยู่กับดุลพินิจของศาล หากผู้กระทำความผิดไม่อาจปฏิบัติตามข้อตกลงได้ ผู้ประสานการประชุมจะรายงานกลับไปศาลเช่นกันและศาลจะนำรายงานดังกล่าวมาพิจารณาประกอบการกำหนดโทษต่อไป¹²⁸

3.3.5 ผลของการนำกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูมาใช้กับคดีข่มขืนกระทำชำเราในประเทศนิวซีแลนด์

กระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูมีผลทางกฎหมายเป็นวิธีการหนึ่งที่ศาลใช้ประกอบการกำหนดโทษให้แก่ผู้กระทำความผิด โดย Sentencing Act 2002 มาตรา 10 วางหลักว่า หากศาลเห็นว่าแม้ผู้กระทำความผิดจะได้ปฏิบัติตามข้อตกลงที่ได้จากกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูครบถ้วนสมบูรณ์แล้วแต่ยังคงควรที่จะได้รับโทษอยู่ ศาลต้องนำผลของกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูมาประกอบการพิจารณากำหนดโทษแก่ผู้กระทำความผิดด้วย*

¹²⁸ Ibid.

* Sentencing Act 2002 Section 10 “(1) In sentencing or otherwise dealing with an offender the court must take into account—

(a) any offer of amends, whether financial or by means of the performance of any work or service, made by or on behalf of the offender to the victim:

(b) any agreement between the offender and the victim as to how the offender may remedy the wrong, loss, or damage caused by the offender or ensure that the offending will not continue or recur:

(c) the response of the offender or the offender's family, whanau, or family group to the offending:

(d) any measures taken or proposed to be taken by the offender or the family, whanau, or family group of the offender to—

(i) make compensation to any victim of the offending or family, whanau, or family group of the victim; or

(ii) apologise to any victim of the offending or family, whanau, or family group of the victim; or

(iii) otherwise make good the harm that has occurred:

กรณีผู้กระทำความผิดปฏิบัติตามข้อตกลงได้ครบถ้วนสมบูรณ์ คดีจะยังไม่ยุติไปในทันที แต่ผู้ประสานการประชุมจะส่งคดีกลับไปศาลเดิม ศาลจะพิจารณาผลของกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟู ประกอบการกำหนดโทษ การที่ผู้กระทำความผิดปฏิบัติตามข้อตกลงได้ครบถ้วนสมบูรณ์ย่อมมีความเป็นไปได้สูงที่ศาลจะไม่กำหนดโทษใดๆ เพิ่มเติมเพราะข้อตกลงที่ได้จากกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟู นั้นถือเป็นโทษอยู่ในตัวเอง อย่างไรก็ตาม หากศาลเห็นว่าข้อตกลงกำหนดให้ผู้กระทำความผิดปฏิบัติ น้อยเกินไปไม่ได้สัดส่วนกับการกระทำและไม่อาจแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิดได้ ศาลก็จะกำหนดโทษ เพิ่มเติมแต่ศาลต้องพิจารณาสิ่งที่ผู้กระทำความผิดได้ปฏิบัติตามข้อตกลงไปแล้วประกอบการกำหนดโทษ ด้วย

กรณีไม่อาจทำข้อตกลงกันได้ หรือทำข้อตกลงกันได้แต่ผู้กระทำความผิดไม่อาจปฏิบัติตาม ข้อตกลงได้ครบถ้วนสมบูรณ์ ผู้ประสานการประชุมจะส่งคดีกลับไปยังศาลเดิม ศาลจะพิจารณา กำหนดโทษแก่ผู้กระทำความผิด อย่างไรก็ตาม หากผู้กระทำความผิดได้ปฏิบัติตามข้อตกลงไป บางส่วนแล้ว ศาลต้องพิจารณาสิ่งที่ผู้กระทำความผิดได้ปฏิบัติไปแล้วประกอบการกำหนดโทษด้วย ทั้งนี้ การที่ไม่อาจทำข้อตกลงกันได้หรือการที่ผู้กระทำความผิดไม่อาจปฏิบัติตามข้อตกลงได้ครบถ้วน สมบูรณ์ไม่อาจนำมาเป็นเหตุเพิ่มโทษแก่ผู้กระทำความผิดได้¹²⁹

สำหรับรายละเอียดต่างๆ ในการประชุมจะไม่ใช่ความลับเพราะมีการบันทึกเสียงการประชุมกลุ่มโดยต้องแจ้งต่อผู้เข้าร่วมการประชุมทุกคนก่อน เพื่อนำไปทำบันทึกการประชุมโดยละเอียดเสนอต่อศาลประกอบการพิจารณากำหนดโทษ¹³⁰

3.4 การนำกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูมาใช้กับคดีข่มขืนกระทำชำเราในประเทศแคนาดา (มลรัฐมานิโตบา)

3.4.1 ความเป็นมาของการนำกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูมาใช้กับคดีข่มขืนกระทำชำเราในประเทศแคนาดา (มลรัฐมานิโตบา)

จุดเริ่มต้นของการนำกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูมาใช้กับคดีข่มขืนกระทำชำเราในประเทศ แคนาดาไม่ได้มีที่มาจากปัญหาเกี่ยวกับกระบวนการยุติธรรมทางอาญาโดยตรง ในปี ค.ศ. 1984 เป็น ช่วงที่เมือง Hollow Water มลรัฐมานิโตบา ประเทศแคนาดาเกิดปัญหาสังคมมากมายทั้งปัญหาด้าน การศึกษา สุขภาพ เศรษฐกิจ ซึ่งสาเหตุหลักของปัญหาเท่าที่ปรากฏในขณะนั้นคือแอลกอฮอล์และยา เสพติด ประชาชนของเมือง Hollow Water จึงรวมตัวกันเป็นกลุ่มอาสาสมัครชื่อ Resource Group อาสาสมัครเหล่านี้คือบุคคลที่เคยประสบปัญหาติดแอลกอฮอล์และยาเสพติดมาก่อนแต่ตนได้ผ่าน กระบวนการเยียวยารักษาจนหายดีแล้วจึงมารวมกลุ่มกันเป็นอาสาสมัครเพื่อร่วมกันหาทางแก้ไข

(e) any remedial action taken or proposed to be taken by the offender in relation to the circumstances of the offending.”

¹²⁹ Shirley Jülich, John Buttle, Christine Cummins and Erin V. Freebor, *Project Restore: An Exploratory Study of Restorative Justice and Sexual Violence*, p. 20.

¹³⁰ *Ibid.*, p. 29.

ปัญหาของเมือง Hollow Water และพัฒนาให้เมือง Hollow Water เป็นเมืองที่ปลอดภัยสำหรับรุ่นลูกหลานของตนต่อไปในอนาคต¹³¹

ปี ค.ศ. 1986 มีผู้เสียหายนำเรื่องการข่มขืนกระทำชำเราเข้าปรึกษากับ Resource Group เป็นครั้งแรก และต่อมา Resource Group ได้พบความจริงที่น่าตกใจว่ามีคดีข่มขืนกระทำชำเราเกิดขึ้นในเมือง Hollow Water มาเป็นเวลาหลายปีแล้วแต่ไม่มีผู้เสียหายคนใดกล้าเปิดเผยเรื่องราวให้ผู้อื่นรู้ แม้แต่สมาชิกของ Resource Group ส่วนใหญ่ก็เคยประสบกับเหตุการณ์ดังกล่าวมาแล้วเช่นกัน กลุ่ม Resource Group ได้ค้นพบต่อไปอีกว่าปัญหาคนติดแอลกอฮอล์และยาเสพติดที่เข้าใจกันว่าเป็นสาเหตุหลักของปัญหาสังคมนั้นมีส่วนเกี่ยวข้องกับการที่บุคคลเหล่านั้นเคยถูกล่วงเกินทางเพศในอดีต จากจุดประสงค์เริ่มแรกของการตั้ง Resource Group เพื่อมุ่งช่วยเหลือผู้ติดแอลกอฮอล์และยาเสพติดได้พัฒนามาเป็นกลุ่มอาสาสมัครเพื่อช่วยเหลือบุคคลที่ถูกล่วงเกินทางเพศโดยเฉพาะการข่มขืนกระทำชำเรา

เมื่อเวลาผ่านไปผู้เสียหายนำเรื่องการข่มขืนกระทำชำเรามาปรึกษากับ Resource Group เพิ่มมากขึ้น ทำให้ Resource Group ตระหนักถึงความไม่สอดคล้องกันระหว่างวัตถุประสงค์ของกระบวนการยุติธรรมทางอาญากับการเยียวยาและตอบสนองความต้องการของผู้เสียหายตลอดจนปัญหาเรื่องการแก้ไขผู้กระทำความผิด Resource Group เห็นว่าสิ่งที่ขาดหายไปในการบวนการยุติธรรมทางอาญาคือการเจรจาพูดคุยกันระหว่างบุคคลที่เกี่ยวข้องเพื่อหาทางออกที่เหมาะสมและเกิดประโยชน์แก่ทุกฝ่ายมากที่สุด¹³²

ในปี ค.ศ.1988 Resource Group ได้รับการพัฒนาเป็นโครงการกระบวนการยุติธรรมเชิงพื้นที่ที่มีชื่อว่า “Community Holistic Circle Healing Program” หรือเรียกโดยย่อว่า “โครงการ CHCH” โครงการดังกล่าวเกิดจากความร่วมมืออย่างเป็นทางการระหว่างกระทรวงยุติธรรมของมลรัฐมานิโตบา และกลุ่มผู้เชี่ยวชาญและอาสาสมัครซึ่งถือเป็นตัวแทนของคนในชุมชน มีจุดมุ่งหมายเพื่อแก้ไขปัญหาเกี่ยวกับการดำเนินคดีความผิดทางเพศ โดยให้ความสำคัญกับสร้างความสมดุลให้เกิดขึ้นใหม่ระหว่างทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้องกับและได้รับผลกระทบจากการกระทำความผิด ไม่ว่าจะเป็นผู้เสียหายผู้กระทำความผิด ครอบครัวและบุคคลใกล้ชิดของผู้เสียหายและผู้กระทำความผิด ตลอดจนชุมชนและสังคมโดยรวม¹³³

โครงการ Community Holistic Circle Healing เป็นกระบวนการยุติธรรมเชิงพื้นที่ที่ได้รับการยอมรับอย่างมากทั้งในมลรัฐมานิโตบาและในแคนาดา เนื่องจากมีประสิทธิภาพในการลดการ

¹³¹ Berma Bushie, *Community Holistic Circle Healing, Manitoba* [Online], 1999. Source http://www.iirp.edu/article_detail.php?article_id=NDc0 (International Institute for Restorative Practices)

¹³² F.W.M. McElrea, *Rape: Ten Years' Progress? Address to Inter-Disciplinary Conference* [Online], p. 5.

¹³³ Ed Buller, *Aboriginal Community Healing Processes in Canada: Paper Presented at the International Institute for Restorative Practices Conference* [Online], 2005. Source http://www.iirp.edu/pdf/man05/man05_buller.pdf, p. 2.

กระทำความผิดซ้ำ¹³⁴ และช่วยลดปัญหานักโทษล้นเรือนจำซึ่งแต่เดิมเป็นปัญหาสำคัญของมลรัฐมานิโตบา¹³⁵ อีกทั้งยังมีลักษณะเป็นกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูเต็มรูปแบบเพราะเป็นการอำนวยความสะดวกยุติธรรมโดยการมองภาพรวม แต่ในขณะเดียวกันก็ยังผสมผสานกระบวนการยุติธรรมทางอาญากับกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูเข้าด้วยกัน¹³⁶ จึงอาจกล่าวได้ว่าในปัจจุบันโครงการ Community Holistic Circle Healing เป็นกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูที่พัฒนามาอย่างสมบูรณ์ที่สุดในประเทศแคนาดา¹³⁷

แนวคิดของโครงการ Community Holistic Circle Healing มีดังนี้¹³⁸

1. ไม่มีผู้กระทำความผิดโดยกำเนิด แต่การที่บุคคลหนึ่งกระทำความผิดนั้นเป็นผลมาจากสาเหตุอื่นอีกต่อหนึ่ง เช่น สาเหตุทางกายภาพ สาเหตุทางจิต หรือสาเหตุทางสังคม ซึ่งสามารถแก้ไขได้
2. การแก้ปัญหาต้องตัดวงจรการกระทำความผิด กล่าวคือ ผู้ที่ให้ความช่วยเหลือได้ต้องช่วยให้ผู้ที่เคยกระทำความผิดมาแล้วไม่กระทำความผิดซ้ำอีก และการช่วยเหลือต้องทำโดยเร็ว
3. การเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นจะทำได้ก็ต่อเมื่อผู้เสียหายอยู่ในสถานที่ที่ตนรู้สึกความปลอดภัยไม่กดดัน
4. การแก้ปัญหาที่เหมาะสมกับคดีข่มขืนกระทำชำเราต้องเป็นการทำงานอย่างองค์รวม กล่าวคือหน่วยงานที่เกี่ยวข้องมาทำงานร่วมกันเพื่อร่วมกันหาทางแก้ไขปัญหา¹³⁹
5. การที่ศาลจะลงโทษจำเลยได้อย่างเหมาะสมนั้นศาลควรจะได้รับฟังข้อมูลจากผู้ที่เกี่ยวข้องตลอดจนสังคมเพื่อประกอบการลงโทษจำเลยด้วย โดยใช้วิธีการพิพากษาโดยการประชุมล้อมวง

¹³⁴ Ed Buller, Community Healing Processes: Investments and Benefits: Paper Presented at the Best Practice Interventions in Corrections for Indigenous People Conference [Online], October 2001. Source http://www.aic.gov.au/media_library/conferences/indigenous2/buller.pdf, p. 10.

¹³⁵ Correctional Service Canada, Protecting Society Through Community Corrections [Online], 30 June 2007. Source <http://www.csc-scc.gc.ca/text/pblct/protect/broch-eng.shtml>

¹³⁶ F.W.M. McElrea, Rape: Ten Years' Progress? Address to Inter-Disciplinary Conference [Online], p. 5.

¹³⁷ Native Counselling Services of Alberta, A Cost-Benefit Analysis of Hollow Water's Community Holistic Circle Healing Process [Online], 2001. Source http://www.publicsafety.gc.ca/res/cor/apc/_fl/apc-20-eng.pdf, p. 1

¹³⁸ Interim Report of the Hollow Water First Nations Community Holistic Circle Healing, "The Sentencing Circle: Seeds of a Community Healing Process," in Justice as Healing: Indigenous Ways, Wanda D. McCaslin, editor (Minnesota: Living Justice Press, 2005), p. 190.

¹³⁹ Rupert Ross, Duelling Paradigms: Western Criminal Justice versus Aboriginal Community Healing [Online], 1993. Source http://www.usask.ca/nativelaw/publications/jah/1995/Abor_Hollow_Water.pdf

(Sentencing Circle) ที่นำกระบวนการยุติธรรมทางอาญาและกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูมาผสมผสานเข้าด้วยกัน

หลักการของโครงการ Community Holistic Circle Healing มีดังนี้¹⁴⁰

1. ต้องคุ้มครองผู้เสียหายและเน้นความปลอดภัยของผู้เสียหายเป็นสำคัญ
2. ผู้กระทำความผิดต้องสำนึกผิดในการกระทำของตน
3. เมื่อมีการกระทำความผิดเกิดขึ้นต้องเปิดเผย เพราะการปิดเป็นความลับไม่อาจแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นได้
4. ให้ความสำคัญกับการสร้างความสมดุลให้เกิดขึ้นใหม่ระหว่างทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้องกับและได้รับผลกระทบจากการกระทำความผิด

3.4.2 รูปแบบของกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูที่ใช้กับคดีข่มขืนกระทำชำเราในประเทศแคนาดา (มลรัฐมานิโตบา)

กระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูที่ใช้กับคดีข่มขืนกระทำชำเราในประเทศแคนาดา (มลรัฐมานิโตบา) ใช้รูปแบบการพิพากษาโดยการประชุมล้อมวง (Sentencing Circle) โดยมีโครงการกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูที่ใช้กับคดีความผิดเกี่ยวกับเพศชื่อว่า “Community Holistic Circle Healing”

3.4.2.1 ขั้นตอนที่น่ากระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูมาใช้ในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาและผู้มีอำนาจส่งคดีเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟู

ประเทศแคนาดา (มลรัฐมานิโตบา) นำกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูมาใช้กับคดีข่มขืนกระทำชำเราในชั้นศาล โดยผู้พิพากษาเป็นผู้พิพากษาเป็นผู้พิจารณาว่าคดีข่มขืนกระทำชำเราเข้าเงื่อนไขที่จะใช้กระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูได้หรือไม่ หากผู้พิพากษาเห็นว่าคดีนั้นเข้าเงื่อนไขที่จะใช้กระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูได้ ผู้พิพากษามีอำนาจส่งคดีเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูในขั้นก่อนการพิจารณากำหนดโทษ (pre-sentence)¹⁴¹ เพื่อดำเนินการพิจารณาโทษที่เหมาะสมกับผู้กระทำความผิดและตอบสนองต่อความต้องการของผู้เสียหาย

¹⁴⁰ Interim Report of the Hollow Water First Nations Community Holistic Circle Healing, “The Sentencing Circle: Seeds of a Community Healing Process,” in *Justice as Healing: Indigenous Ways*, p. 191.

¹⁴¹ Ed Buller, *Community Healing Processes: Investments and Benefits: Paper Presented at the Best Practice Interventions in Corrections for Indigenous People Conference* [Online], p. 5.

3.4.2.2 ผู้เข้าร่วมกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟู¹⁴²

1. ผู้เสียหาย
2. ผู้ให้การสนับสนุนผู้เสียหาย เช่น ตัวแทนโครงการ Community Holistic Circle Healing หรือนักจิตวิทยา เป็นต้น หากผู้เสียหายไม่ประสงค์หรือไม่สามารถเข้าร่วมการพิพากษาโดยการประชุมล้อมวงสามารถให้มอบหมายให้ตัวแทนจากโครงการเข้าร่วมการพิพากษาโดยประชุมล้อมวงในฐานะเป็นตัวแทนผู้เสียหายได้
3. ครอบครัวของผู้เสียหาย
4. ผู้กระทำความผิด
5. ผู้ให้การสนับสนุนผู้กระทำความผิด เช่น ตัวแทน Community Holistic Circle Healing หรือนักจิตวิทยา เป็นต้น ทั้งนี้ไม่อนุญาตให้ผู้ใดเข้าร่วมการพิพากษาโดยการประชุมล้อมวงแทนผู้กระทำความผิด
6. ครอบครัวของผู้กระทำความผิด
7. ตัวแทนของชุมชน คือ สมาชิกของ Community Holistic Circle Healing จำนวน 4 คน
8. บุคลากรในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา ได้แก่ ผู้พิพากษา อัยการ ทนายจำเลย และตำรวจ

3.4.3 เงื่อนไขของการนำกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูมาใช้กับคดีข่มขืนกระทำชำเราในประเทศแคนาดา (มลรัฐมานิโตบา)

3.4.3.1 ความสัมพันธ์ระหว่างคู่กรณี

ประเทศแคนาดา (มลรัฐมานิโตบา) ไม่นำความสัมพันธ์ระหว่างคู่กรณีมาเป็นตัวกำหนดหรือจำกัดการใช้กระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟู คดีข่มขืนกระทำชำเราทุกลักษณะสามารถเข้ากระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูได้¹⁴³

3.4.3.2 ประวัติการกระทำความผิดของผู้กระทำความผิด

¹⁴² Interim Report of the Hollow Water First Nations Community Holistic Circle Healing, “The Sentencing Circle: Seeds of a Community Healing Process,” in *Justice as Healing: Indigenous Ways*, p. 191.

¹⁴³ Correctional Service Canada, *Community Holistic Circle Healing Program - Hollow Water First Nation Position on Incarceration in Satisfying Justice* [Online], August 2008. Source <http://www.csc-scc.gc.ca/text/pblct/stisfy/int-eng.shtml>

ผู้กระทำความผิดที่เข้าร่วมกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูได้ต้องเป็นผู้กระทำความผิดครั้งแรก (first-time offender)¹⁴⁴

3.4.3.3 การแสดงความรับผิดชอบของผู้กระทำความผิด (Accountability)

ผู้กระทำความผิดคดีข่มขืนกระทำชำเราที่จะเข้ากระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูได้ต้องรับสารภาพว่าตนมีความผิดตามข้อกล่าวหา หรือศาลพบว่ามีการกระทำความผิดจริงตามฟ้อง¹⁴⁵

3.4.3.4 ดุลพินิจของผู้มีอำนาจส่งคดีเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟู

หากผู้พิพากษาผู้มีอำนาจส่งคดีเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูเห็นว่าการใช้กระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูกับคดีข่มขืนกระทำชำเราจะไม่กระทบต่อความปลอดภัยของสังคม ผู้มีอำนาจส่งคดีอาจสั่งให้ใช้กระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูได้*

3.4.3.5 ความยินยอมของผู้เสียหายและผู้กระทำความผิด

ผู้เสียหายและผู้กระทำความผิดต้องยินยอมเข้าร่วมกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูโดยสมัครใจ ปราศจากการกดดันหรือบีบบังคับ¹⁴⁶

3.4.4 ขั้นตอนและวิธีการเชิงฟื้นฟูสำหรับคดีข่มขืนกระทำชำเราในประเทศแคนาดา (มลรัฐมานิโตบา)¹⁴⁷

ขั้นตอนของการใช้กระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูกับคดีข่มขืนกระทำชำเราตามแนวทางของโครงการ Community Holistic Circle Healing มี 4 ขั้นตอน คือ การส่งคดีเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟู การเตรียมความพร้อมก่อนการพิพากษาโดยการประชุมล้อมวง การพิพากษาโดยการประชุมล้อมวง และการติดตามผลหลังการพิพากษาโดยการประชุมล้อมวง โดยวิธีการเชิงฟื้นฟูจะสอดแทรกอยู่ในแต่ละขั้นตอน ดังนี้

¹⁴⁴ F.W.M. McElrea, *Rape: Ten Years' Progress? Address to Inter-Disciplinary Conference* [Online]

¹⁴⁵ Ibid.

* Criminal Code Section 717 “(1) Alternative measures may be used to deal with a person alleged to have committed an offence only if it is not inconsistent with the protection of society”

¹⁴⁶ F.W.M. McElrea, *Rape: Ten Years' Progress? Address to Inter-Disciplinary Conference* [Online]

¹⁴⁷ Berma Bushie, *Community Holistic Circle Healing, Manitoba* [Online]

3.4.4.1 การส่งคดีเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟู

หากผู้พิพากษาเห็นว่าการนำกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูซึ่งเป็นมาตรการทางเลือกในการกำหนดโทษมาใช้จะไม่กระทบต่อความปลอดภัยของสังคม ผู้พิพากษาจะสั่งให้เลื่อนการพิพากษาและกำหนดโทษออกไปอย่างน้อย 4 เดือน¹⁴⁸ และให้เข้าสู่กระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูในโครงการ Community Holistic Circle Healing* เพื่อเตรียมความพร้อมในการพิพากษาโดยการประชุมล้อมวง (Sentencing Circle) ซึ่งจะมีบุคคลหลายฝ่ายเข้าร่วมประชุมเพื่อเสนอแนวทางการกำหนดโทษที่เหมาะสมแก่ผู้กระทำความผิดให้กับผู้พิพากษาซึ่งจะเข้าร่วมการพิพากษาโดยการประชุมล้อมวงด้วย ระหว่างนี้ผู้กระทำความผิดจะอยู่ภายใต้คำสั่งคุมความประพฤติและอยู่ภายใต้การควบคุมของพนักงานคุมประพฤติ โดยต้องปฏิบัติตามที่ศาลกำหนด เช่น ห้ามดื่มแอลกอฮอล์ ห้ามใช้ยาเสพติด ห้ามยุ่งเกี่ยวกับผู้เสียหาย เป็นต้น

ในระหว่างช่วงระยะเวลาอย่างน้อย 4 เดือนที่ศาลสั่งให้เลื่อนการกำหนดโทษออกไปก่อนนั้นจะมีการประเมินว่าผู้กระทำความผิดเหมาะสมที่จะเข้าร่วมโครงการ Community Holistic Circle Healing จริงหรือไม่ ผู้กระทำความผิดส่วนใหญ่เลือกเข้าโครงการในขั้นแรกเพราะกลัวว่าตนจะถูกจำคุก¹⁴⁹ ดังนั้น จึงจำเป็นต้องประเมินความเหมาะสมก่อน และเป็นการประเมินโดยอาศัยคำสั่งศาล ผู้กระทำความผิดต้องเข้าสู่กระบวนการในการพิจารณาตนเองโดยละเอียดลึกซึ้งเพื่อให้ผู้กระทำความผิดยอมรับว่าตนกระทำความผิดจริงและการกระทำของตนสร้างความเสียหายต่อผู้อื่นอย่างไร ในขั้นตอนนี้จึงไม่เพียงแต่เป็นการประเมินความเหมาะสมเท่านั้นแต่ยังเป็นการเตรียมความพร้อมให้แก่ผู้กระทำความผิดเพื่อเข้าร่วมการพิพากษาโดยการประชุมล้อมวงด้วย ในระหว่างเข้าร่วมโครงการศาลจะให้ผู้กระทำความผิดอยู่ในความควบคุมของพนักงานคุมประพฤติ

นอกจากต้องประเมินความเหมาะสมและเตรียมความพร้อมให้กับผู้กระทำความผิดในการเข้าการพิพากษาโดยการประชุมล้อมวงแล้ว โครงการ Community Holistic Circle Healing ยังต้องเตรียมความพร้อมให้กับบุคคลอื่นที่ต้องเข้าร่วมการพิพากษาโดยการประชุมล้อมวงด้วยเช่นกัน ไม่ว่าจะเป็นผู้เสียหาย ครอบครัวของผู้เสียหาย ตลอดจนครอบครัวของผู้กระทำความผิด ระหว่างช่วงระยะเวลาที่ศาลสั่งเลื่อนการกำหนดโทษโครงการ Community Holistic Circle Healing จะต้องมียุติธรรมให้ศาลทราบความคืบหน้าของการเข้าร่วมโครงการทุกเดือน¹⁵⁰

¹⁴⁸ Ibid.

* Criminal Code Section 720 “(2) The court may, with the consent of the Attorney General and the offender and after considering the interests of justice and of any victim of the offence, delay sentencing to enable the offender to attend a treatment program approved by the province under the supervision of the court, such as an addiction treatment program or a domestic violence counseling program.”

¹⁴⁹ Berma Bushie, Community Holistic Circle Healing, Manitoba [Online]

¹⁵⁰ Ibid.

3.4.4.2 การเตรียมพร้อมสำหรับการพิพากษาโดยการประชุมล้อมวง

ระหว่างช่วงเลื่อนการกำหนดโทษออกไปอย่างน้อย 4 เดือน จะต้องจัดให้มีการประชุมล้อมวง (circle) กับผู้เสียหาย ผู้กระทำความผิด และครอบครัวของทั้งสองฝ่าย เพื่อเตรียมความพร้อมและทำความเข้าใจในการพิพากษาโดยการประชุมล้อมวงอย่างน้อย 4 ครั้ง การประชุมล้อมวงในขั้นตอนการเตรียมความพร้อมนี้มีลักษณะเป็น Healing Circle โดยจะยังไม่ให้ผู้เสียหายและผู้กระทำความผิดได้เผชิญหน้ากันในขั้นนี้¹⁵¹

ผู้ประสานงานโครงการ Community Holistic Circle Healing ทำรายงานการสืบเสาะและพินิจ (Pre-sentence Report) ส่งให้ผู้พิพากษา อัยการ และนายจำเลย รายงานนี้ซึ่งได้จากการทำงานร่วมกันระหว่างทีมประเมิน ตำรวจ และอัยการ ประกอบกับการประชุมล้อมวงกับผู้เสียหาย และผู้กระทำความผิด โดยรายงานการสืบเสาะและพินิจจะวิเคราะห์ให้เห็นถึงสุขภาพจิตของผู้กระทำความผิด ความร่วมมือในขั้นตอนต่างๆ ความเป็นไปได้ในการที่จะแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิด ปฏิกริยา ความรู้สึก แผนการที่วางไว้ และข้อคิดเห็นต่างๆ ของบุคคลที่ได้รับผลกระทบจากการกระทำความผิด โดยเฉพาะผู้เสียหาย ตลอดจนการสนับสนุนของครอบครัวในขั้นตอนต่างๆ ที่ผ่าน¹⁵² มา

3.4.4.3 การพิพากษาโดยการประชุมล้อมวง (Sentencing Circle)

1. วัตถุประสงค์ของการพิพากษาโดยการประชุมล้อมวง¹⁵³

(1) ช่วยให้ศาลได้รับฟังข้อเท็จจริงโดยตรงจากผู้ที่ได้รับผลกระทบจากการกระทำความผิด แม้กระบวนการยุติธรรมทางอาญาในชั้นศาลนั้นจะมีขั้นตอนการสืบพยานที่ให้แต่ละฝ่ายได้เล่าเรื่องราวแต่ก็เป็นเล่าเรื่องราวต่างๆ โดยถูกจำกัดกรอบอยู่ภายใต้คำถามของอัยการและนายจำเลย ไม่ใช่การเล่าโดยอิสระ ผู้ได้รับผลกระทบนี้ไม่ได้หมายถึงผู้เสียหายแต่เพียงคนเดียว แต่ยังรวมถึงครอบครัวของผู้เสียหาย ผู้กระทำความผิด และครอบครัวของผู้กระทำความผิด ตลอดจนชุมชนด้วย

(2) ทำให้ศาลเห็นปัญหาที่เกิดขึ้นในภาพรวมมากกว่าเพียงการสืบพยานในชั้นศาล และสามารถใช้อำนาจของรัฐในการกำหนดโทษที่สอดคล้องกับความประสงค์ของผู้เสียหาย เหมาะสมกับการแก้ไขผู้กระทำความผิด และไม่ขัดต่อหลักการกำหนดโทษ เพราะศาลยังมีอำนาจควบคุมอยู่

¹⁵¹ F.W.M. McElrea, Rape: Ten Years' Progress? Address to Inter-Disciplinary Conference [Online], p. 5

¹⁵² Rupert Ross, Duelling Paradigms: Western Criminal Justice versus Aboriginal Community Healing [Online]

¹⁵³ Interim Report of the Hollow Water First Nations Community Holistic Circle Healing, "The Sentencing Circle: Seeds of a Community Healing Process," in Justice as Healing: Indigenous Ways, p. 192.

(3) สนับสนุนให้เกิดกระบวนการเยียวยาความเสียหายโดยให้สังคม (ตัวแทนของสังคม) ได้มีส่วนร่วมในการกำหนดแนวทางการลงโทษและการแก้ไขด้วย

2. ขั้นตอนในการพิพากษาโดยการประชุมล้อมวง¹⁵⁴

(1) กล่าวสวดมนต์ตามศาสนาเพื่อเป็นสัญลักษณ์ว่าการพิพากษาโดยการประชุมล้อมวงเป็นเรื่องสำคัญและศักดิ์สิทธิ์ คล้ายกับการปฏิญาณตนก่อนเข้าเบิกความในชั้นศาล

(2) ดำเนินตามระเบียบปฏิบัติในชั้นศาล เช่น การกล่าวยืนยันคำรับสารภาพ, ผู้พิพากษาหัวหน้าคณะแจ้งกฎระเบียบที่ใช้บังคับในการพิพากษาโดยการประชุมล้อมวง เช่น พุดได้ครั้งละหนึ่งคนเท่านั้น และพุดได้เมื่อถึงลำดับการพุดของตน ทั้งนี้เพื่อให้การพุดนั้นมีคนอื่นฟัง และไม่ให้เกิดการขัดจังหวะระหว่างที่คนใดคนหนึ่งพุดอยู่

(3) การพุดในการพิพากษาโดยการประชุมล้อมวงมีทั้งหมด 4 รอบ¹⁵⁵

รอบที่หนึ่ง – ทุกคนกล่าวถึงเหตุที่ตนมาเข้าร่วมการพิพากษาโดยการประชุมล้อมวงในวันนี้

รอบที่สอง – ผู้เข้าร่วมการพิพากษาโดยการประชุมล้อมวงกล่าวกับผู้เสียหายโดยตรงเพื่อช่วยให้ผู้เสียหายบรรเทาความรู้สึกผิดและการโทษตัวเอง และชื่นชมผู้เสียหายที่กล้าหาญในการนำเรื่องมาเรียกร้องความยุติธรรม

รอบที่สาม – ผู้เข้าร่วมการพิพากษาโดยการประชุมล้อมวงกล่าวกับผู้กระทำ ความผิดโดยตรงเพื่อให้ผู้กระทำ ความผิดทราบและเข้าใจถึงผลกระทบที่เกิดขึ้นจากการกระทำของผู้กระทำ ความผิด

รอบสุดท้าย – ผู้เข้าร่วมการพิพากษาโดยการประชุมล้อมวงกล่าวถึงสิ่งที่ตนคาดหวังจากผู้กระทำ ความผิด และให้ความเห็นเกี่ยวกับแนวทางในการสร้างความสมดุลให้เกิดขึ้นอีกครั้ง ตัวแทนโครงการ Community Holistic Circle Healing เสนอข้อตกลงระหว่างผู้เสียหายและผู้กระทำ ความผิดให้ผู้พิพากษาทราบ ข้อตกลงนี้ร่างไว้ตั้งแต่ในชั้นเตรียมความพร้อมก่อนการพิพากษา โดยการประชุมล้อมวงและยืนยันหลักการของ Community Holistic Circle Healing ที่ไม่สนับสนุนให้ใช้โทษจำคุกเพราะเป็นสถานที่ที่นำคนไม่ติมารวมอยู่ด้วยกัน ไม่มีการแก้ไขให้ดีขึ้น มีแต่จะนำไปสู่ ความโกรธ ความรุนแรง ความกลัว เมื่อออกมาแล้วยากที่จะปรับตัวให้เข้ากับสังคมเดิมได้ ทุกคนในการประชุมล้อมวงสามารถมีส่วนร่วมได้ โดยสามารถให้ข้อคิดเห็น ให้การสนับสนุนการปฏิบัติตามข้อตกลง และช่วยควบคุมดูแลการปฏิบัติตามข้อตกลง

3. รายละเอียดหลักที่ต้องมีในข้อตกลง¹⁵⁶ คือ

¹⁵⁴ Ibid., p. 193.

¹⁵⁵ F.W.M. McElrea, Rape: Ten Years' Progress? Address to Inter-Disciplinary Conference [Online], p. 5

- (1) การลงโทษ เช่น ค่าเสียหายเป็นจำนวนเงิน และต้องมีโทษที่เป็นประโยชน์ต่อสังคมด้วย เช่น การทำงานบริการสังคม เพราะการกระทำความผิดที่เกิดขึ้นได้สร้างความเสียหายต่อสังคมด้วย
- (2) การป้องกันมิให้เกิดการตกเป็นเหยื่อซ้ำสอง (re-victimization) อีก เช่น คำขอโทษอย่างเป็นทางการอันเป็นการเยียวยาความเสียหายต่อจิตใจ หรือการห้ามเข้าใกล้ผู้เสียหายตามระยะเวลาที่กำหนด
- (3) การบำบัดรักษา เพื่อมิให้เกิดการกระทำความผิดซ้ำ (re-offending) อีกครั้ง

ผู้พิพากษาจะให้ความเห็นต่อข้อตกลง โดยในการกำหนดโทษนั้นผู้พิพากษาต้องคำนึงถึงโทษอื่นๆ ที่เหมาะสมนอกเหนือไปจากโทษจำคุกด้วย* ในทางปฏิบัติ ผู้พิพากษาส่วนใหญ่เห็นด้วยกับข้อตกลงที่ได้จากการพิพากษาโดยการประชุมล้อมวงและจะใช้อำนาจตามกฎหมายเลื่อนการกำหนดโทษออกไปก่อน โดยกำหนดให้ผู้กระทำความผิดปฏิบัติตามข้อตกลงภายใต้การควบคุมของพนักงานคุมประพฤติ¹⁵⁷ ระยะเวลาการปฏิบัติตามข้อตกลงอย่างน้อย 2 ปีนับจากวันที่มีการพิพากษา โดยการประชุมล้อมวงหรืออาจมากกว่านั้นตามดุลพินิจของผู้พิพากษา

3.4.4.4 การติดตามผลหลังการพิพากษาโดยการประชุมล้อมวง

หากผู้พิพากษาเห็นชอบด้วยกับข้อตกลง การควบคุมตรวจตราให้ปฏิบัติตามข้อตกลงเป็นหน้าที่ของผู้ประสานงานของศาล ผู้เข้าร่วมการพิพากษาโดยการประชุมล้อมวงสามารถช่วยควบคุมตรวจตราได้เช่นกัน โดยเฉพาะครอบครัวของผู้กระทำความผิด และความประพฤติของผู้กระทำความผิดจะอยู่ภายใต้การควบคุมของพนักงานคุมประพฤติซึ่งเป็นเจ้าหน้าที่รัฐด้วย

ผู้กระทำความผิดที่ผ่านกระบวนการทั้งหมดแล้วจะได้รับการทาบทามให้เข้าร่วมเป็นอาสาสมัครของ Community Holistic Circle Healing เพราะอาสาสมัครส่วนใหญ่คือคนที่เคยตกเป็นเหยื่อและคนที่เคยเป็นผู้กระทำความผิดที่ผ่านกระบวนการเยียวยาแก้ไขตามกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูมาแล้ว บุคคลเหล่านี้จะมีความเข้าใจที่ลึกซึ้งต่อเรื่องราวที่เกิดขึ้น และเป็นการเปิดโอกาสให้ผู้

¹⁵⁶ Ed Buller, Aboriginal Community Healing Processes in Canada: Paper Presented at the International Institute for Restorative Practices Conference [Online], 2005. Source http://www.iirp.edu/pdf/man05/man05_buller.pdf, p. 17.

* Criminal Code Section 718.2 "A court that imposes a sentence shall also take into consideration the following principles:

(e) all available sanctions other than imprisonment that are reasonable in the circumstances should be considered for all offenders"

¹⁵⁷ F.W.M. McElrea, Rape: Ten Years' Progress? Address to Inter-Disciplinary Conference [Online], p. 7.

ที่เคยกระทำความผิดได้ทำตัวเป็นประโยชน์ต่อผู้อื่น ทำให้รู้สึกว่ามีคุณค่าในตัวเอง ผู้เสียหายก็สามารถกลับมาเป็นอาสาสมัครได้เช่นกัน¹⁵⁸

3.4.5 ผลของการนำกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูมาใช้กับคดีข่มขืนกระทำชำเราในประเทศแคนาดา (มลรัฐมานิโตบา)

1. กรณีที่ผู้กระทำความผิดปฏิบัติตามข้อตกลงได้อย่างครบถ้วน ผลคือคดีอาญาเป็นอันยุติในชั้นศาล เนื่องจากถือว่าผู้กระทำความผิดได้รับโทษตามที่ศาลกำหนดครบถ้วนแล้ว
2. กรณีที่ไม่อาจจัดการพิพากษาโดยการประชุมล้อมวงได้ หรือไม่อาจตกลงกันให้เป็นผลสำเร็จในการพิพากษาโดยการประชุมล้อมวงได้ ผู้พิพากษาจะกำหนดโทษแก่ผู้กระทำความผิดต่อไป หรือกรณีตกลงสำเร็จแต่ผู้กระทำความผิดไม่ปฏิบัติตามข้อตกลงอย่างครบถ้วน พนักงานคุมประพฤติจะเสนอรายงานต่อศาลเพื่อที่ศาลจะได้ดำเนินการกำหนดโทษต่อไป อย่างไรก็ตาม ในกรณีหลังนี้ศาลต้องพิจารณาสิ่งที่จำเลยได้ปฏิบัติตามข้อตกลงไปแล้วประกอบการกำหนดโทษด้วย*

กล่าวโดยสรุป จากการศึกษาแนวทางการนำกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูมาใช้กับคดีข่มขืนกระทำชำเราของประเทศสหรัฐอเมริกา (มลรัฐแอริโซนา) ประเทศนิวซีแลนด์ และประเทศแคนาดา (มลรัฐมานิโตบา) พบว่าทั้งสามประเทศนำกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูมาใช้กับคดีข่มขืนกระทำชำเราด้วยสาเหตุที่คล้ายกัน คือ กระบวนการยุติธรรมทางอาญาไม่ส่งเสริมให้ผู้เสียหายคดีข่มขืนกระทำชำเราได้รับการเยียวยาอย่างเหมาะสม อีกทั้งยังไม่เน้นการแก้ไขผู้กระทำความผิดตามสาเหตุที่แท้จริง ส่งผลให้เกิดปัญหาสังคมคือการกระทำความผิดซ้ำ กระทบต่อความสงบสุขและความมั่นคงปลอดภัยของสังคม ซึ่งปัญหาเหล่านี้เป็นปัญหาที่ประเทศไทยประสบอยู่ในปัจจุบัน

แม้แนวทางการนำกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูมาใช้กับคดีข่มขืนกระทำชำเราของแต่ละประเทศมีทั้งส่วนที่เหมือนกัน คล้ายกัน และแตกต่างกัน อย่างไรก็ตาม ทุกประเทศล้วนนำกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูมาใช้กับคดีข่มขืนกระทำชำเราโดยมีวัตถุประสงค์เดียวกัน คือ เพื่อเยียวยาความเสียหายให้แก่ผู้เสียหาย เพื่อแก้ไขผู้กระทำความผิดและป้องกันมิให้กระทำความผิดซ้ำ อันจะนำมาสู่ความสงบสุขและความมั่นคงปลอดภัยของสังคม ในบทต่อไปผู้เขียนจะได้ศึกษาวิเคราะห์เปรียบเทียบรายละเอียดเกี่ยวกับการนำกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูมาใช้กับคดีข่มขืนกระทำชำเราของทั้งสามประเทศ ตลอดจนข้อดี ข้อบกพร่อง ปัญหาและอุปสรรค เพื่อวิเคราะห์หาแนวทางที่เหมาะสมกับการนำกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูมาใช้กับประเทศไทยต่อไป

¹⁵⁸ Rupert Ross, Duelling Paradigms: Western Criminal Justice versus Aboriginal Community Healing [Online]

* Criminal Code Section 721 “(3) Unless otherwise specified by the court, the report must, wherever possible, contain information on the following matters:

(c) the history of any alternative measures used to deal with the offender, and the offender’s response to those measures”

บทที่ 4

การนำกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูมาใช้กับคดีข่มขืนกระทำชำเราในประเทศไทย

จากที่ผู้เขียนได้ศึกษาเกี่ยวกับลักษณะความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและการดำเนินกระบวนการยุติธรรมทางอาญาในคดีข่มขืนกระทำชำเราของประเทศไทย ทำให้ได้พบว่ากระบวนการยุติธรรมทางอาญาในคดีข่มขืนกระทำชำเราของประเทศไทยมีปัญหาด้านการเยียวยาผู้เสียหาย การแก้ไขผู้กระทำความผิด และการสร้างความมั่นคงปลอดภัยให้แก่คนในสังคม จึงนำมาสู่การศึกษาเกี่ยวกับกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟู และการนำกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูมาใช้กับคดีข่มขืนกระทำชำเราในประเทศสหรัฐอเมริกา (มลรัฐแอริโซนา) ประเทศนิวซีแลนด์ และประเทศแคนาดา (มลรัฐมานิโตบา) ในบทนี้จะวิเคราะห์ความเป็นไปได้และความเหมาะสมของการนำกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูมาใช้กับคดีข่มขืนกระทำชำเรา จากนั้นจะวิเคราะห์แนวทางการนำกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูมาใช้กับคดีข่มขืนกระทำชำเราในประเทศไทยโดยเปรียบเทียบรายละเอียดที่ได้จากการศึกษาข้อมูลของต่างประเทศในประเด็นเรื่องรูปแบบของกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูที่ใช้กับคดีข่มขืนกระทำชำเรา เจาะลึกของการนำกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูมาใช้กับคดีข่มขืนกระทำชำเรา ขั้นตอนและวิธีการเชิงฟื้นฟูสำหรับคดีข่มขืนกระทำชำเรา และผลของการนำกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูมาใช้กับคดีข่มขืนกระทำชำเรา

4.1 ความเป็นไปได้และความเหมาะสมของการนำกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูมาใช้กับคดีข่มขืนกระทำชำเรา

กระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูเป็นแนวคิดและแนวปฏิบัติในการอำนวยความยุติธรรมที่ประเทศไทยรับอิทธิพลมาจากต่างประเทศ ดังนั้น ก่อนที่จะวิเคราะห์เพื่อค้นหาแนวทางการนำกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูมาใช้กับคดีข่มขืนกระทำชำเราในประเทศไทยจึงต้องพิจารณาถึงความเป็นไปได้และความเหมาะสมของการนำกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูมาใช้กับคดีข่มขืนกระทำชำเราในประเทศไทยเสียก่อน

4.1.1 ความเป็นไปได้ที่จะนำกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูมาใช้กับคดีข่มขืนกระทำชำเราในประเทศไทย

เมื่อปี พ.ศ. 2545 สภาเศรษฐกิจและสังคมแห่งองค์การสหประชาชาติ (United Nations Economic and Social Council) ได้รับรอง “หลักการพื้นฐานว่าด้วยการดำเนินโครงการกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูในคดีอาญา” (Basic Principles on the Use of Restorative Justice Programmes in Criminal Matters) เพื่อส่งเสริมให้ประเทศสมาชิกนำหลักการพื้นฐานดังกล่าวไปปรับใช้กับกฎหมายของแต่ละประเทศโดยยังคงมีมาตรฐานเดียวกันตามหลักการพื้นฐานฉบับนี้ ในการนี้ ประเทศไทยได้กำหนดนโยบายเกี่ยวกับกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูไว้ในแผนงาน

ของหน่วยงานรัฐหลายฉบับเพื่อสนับสนุนและส่งเสริมให้นำกระบวนการยุติธรรมเชิงพื้นที่พุมมาใช้กับคดีอาญา เช่น

- แผนบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2555-2558 ข้อ 8.2 กำหนดนโยบายเกี่ยวกับการพัฒนาและจัดให้มีกระบวนการยุติธรรมทางเลือกควบคู่กับกระบวนการยุติธรรมกระแสหลัก ตลอดจนส่งเสริมการให้ความรู้แก่ประชาชนในการใช้กระบวนการยุติธรรมทางเลือก*

- แผนแม่บทการบริหารงานยุติธรรมแห่งชาติ พ.ศ. 2552-2555 ยุทธศาสตร์ที่ 2 ส่งเสริมการระงับข้อพิพาทและกระบวนการยุติธรรมทางเลือก เพื่อให้ประชาชนสามารถเข้าถึงและได้รับความยุติธรรมจากหลายช่องทางอย่างเหมาะสม เป็นการลดปริมาณคดีที่เข้าสู่ศาลหรือกระบวนการยุติธรรม ลดระยะเวลาและภาระค่าใช้จ่ายทั้งของภาครัฐและประชาชน ยุติความขัดแย้งและสร้างความสมานฉันท์ปรองดองให้เกิดขึ้นให้สังคม

- แผนพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ ฉบับที่ 11 พ.ศ. 2555-2559 ข้อ 5.4.6 เน้นการสร้างความเท่าเทียมในกระบวนการยุติธรรม ในการตราบังคับใช้กฎหมายให้เป็นไปตามหลักนิติรัฐ นิติธรรม และสร้างระบบการให้ความช่วยเหลือทางกฎหมายที่เข้มแข็ง รวมทั้งขยายการให้บริการและให้ความรู้ทางกฎหมายแก่ประชาชน โดยสนับสนุนยุติธรรมกระแสหลักควบคู่กับยุติธรรมทางเลือกที่นำไปสู่การเสริมสร้างโอกาสและการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมของประชาชนอย่างมีบูรณาการตามลำดับขั้นตอนด้วยความโปร่งใส

- แผนปฏิรูปราชการสี่ปี กระทรวงยุติธรรม พ.ศ. 2555-2558 ยุทธศาสตร์ที่ 3 เร่งรัดการพัฒนากระบวนการยุติธรรมทางเลือก กระบวนการยุติธรรมทางเลือกได้รับการพัฒนาอย่างเป็นระบบและเป็นรูปธรรมเพื่อให้ได้มาซึ่งรูปแบบกระบวนการยุติธรรมทางเลือกที่เหมาะสมและสอดคล้องกับระบบกฎหมายและบริบทของสังคมไทย สังคมไทยมีการนำกระบวนการยุติธรรมทางเลือกไปใช้ทุกภาคส่วนในสังคมมีส่วนร่วมในการเสริมสร้างสังคมที่สงบสุขและสมานฉันท์

- แผนยุทธศาสตร์ ศาลยุติธรรม พ.ศ. 2553-2556 กลยุทธ์ที่ 1.2 ส่งเสริมการนำระบบการระงับข้อพิพาททางเลือกมาใช้

- แผนยุทธศาสตร์และแผนปฏิรูปราชการ 4 ปี สำนักงานอัยการสูงสุด พ.ศ. 2555-2558 กลยุทธ์ที่ 1.4 พัฒนางานด้านกระบวนการยุติธรรมทางเลือกเพื่อลดปริมาณคดีอาญาเข้าสู่ศาลด้วยกระบวนการยุติธรรมทางเลือก และ

- นโยบายการบริหารราชการ สำนักงานตำรวจแห่งชาติ ตามยุทธศาสตร์สำนักงานตำรวจแห่งชาติ พ.ศ.2555-2564 ข้อ 3.1.7 (8) เร่งรัดและผลักดันให้มีกฎหมายไกล่เกลี่ยข้อพิพาทคดีอาญาในชั้นสอบสวน

* สำนักกิจการยุติธรรม กระทรวงยุติธรรม ได้จัดทำ “แผนประสานความร่วมมือด้านการสนับสนุนกระบวนการยุติธรรมทางเลือก (พ.ศ. 2551-2554)” แผนประสานความร่วมมือฉบับดังกล่าวได้ให้ความหมายของ “กระบวนการยุติธรรมทางเลือก” ไว้หลายประการ ซึ่ง “กระบวนการยุติธรรมเชิงพื้นที่” เป็นความหมายหนึ่งของกระบวนการยุติธรรมทางเลือก

ปัจจุบัน องค์กรในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาของประเทศไทยได้นำกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูมาใช้กับคดีอาญาอย่างเป็นรูปธรรมและสอดคล้องกับนโยบายต่างๆ ดังกล่าวข้างต้น โดยชั้นศาลมีการออกกระเปียบศาลอาญาว่าด้วยการประนอมข้อพิพาท พ.ศ. 2550 ชั้นพนักงานอัยการมีการออกกระเปียบสำนักงานอัยการสูงสุดว่าด้วยการไกล่เกลี่ยและประนอมข้อพิพาทคดีอาญาในชั้นพนักงานอัยการ พ.ศ. 2555 สำหรับชั้นสอบสวนนั้นได้มีการตราร่างพระราชบัญญัติมาตรการแทนการฟ้องคดีอาญา พ.ศ. หมวด 1 ว่าด้วยการไกล่เกลี่ยคดีอาญาในชั้นพนักงานสอบสวน ปัจจุบันคณะกรรมการกฤษฎีกาพิจารณาร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้เสร็จแล้วและอยู่ระหว่างรอเข้าบรรจวาระพิจารณาของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร¹

จากที่กล่าวมาจะเห็นได้ว่า ประเทศไทยมีนโยบายที่สนับสนุนการนำกระบวนการการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูมาใช้กับคดีอาญา ประกอบกับองค์กรในกระบวนการยุติธรรมได้ออกกระเปียบและร่างกฎหมายที่สนับสนุนนโยบายดังกล่าวอย่างเป็นรูปธรรมแล้ว อีกทั้งหลักการของกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูมีอยู่ว่ากระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูสามารถใช้ได้กับทุกประเภทคดีอาญา ไม่เฉพาะแต่คดีความผิดเล็กน้อยเท่านั้น² ดังนั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่ามีความเป็นไปได้ที่จะนำกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูมาใช้กับคดีข่มขืนกระทำชำเราในประเทศไทย

4.1.2 ความเหมาะสมของการนำกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูมาใช้กับคดีข่มขืนกระทำชำเราในประเทศไทย

การนำกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูมาใช้กับคดีข่มขืนกระทำชำเราในประเทศไทยจะต้องพิจารณาความเหมาะสมในเชิงบริบททางสังคมประกอบด้วย ซึ่งการข่มขืนกระทำชำเราที่เกิดขึ้นในประเทศไทยมีข้อเท็จจริงหลายประการที่น่าสนใจและน่าแปลกใจ ตั้งแต่เมื่อปี พ.ศ. 2541–2550 รวมระยะเวลา 10 ปี ประเทศไทยมีข่าวเกี่ยวกับเรื่องเพศทั้งหมด 17,529 ข่าว³ ข่าวเกี่ยวกับการข่มขืนกระทำชำเรามีสัดส่วนมากที่สุดถึงร้อยละ 38⁴ ดังรายละเอียดตามแผนภูมิที่ 1

¹ สำนักงานกิจการยุติธรรม, ร่างพระราชบัญญัติมาตรการแทนการฟ้องคดีอาญา พ.ศ. [ออนไลน์], 22 เมษายน 2556. แหล่งที่มา <http://www.oja.go.th/new2011/document/Lists/List1/Attachments/6/ร่าง%20พรบ%20มาตรการแทนการฟ้องคดีอาญา.pdf>

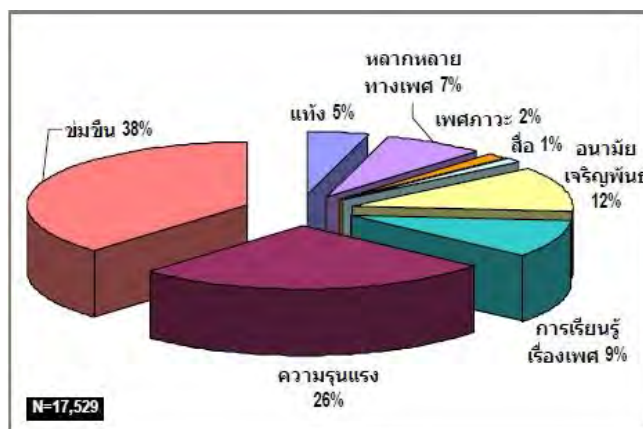
² กิตติพงษ์ กิตยารักษ์, “ความยุติธรรมเชิงสมานฉันท์: หลักการและแนวคิด,” ใน กระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์: ทางเลือกใหม่สำหรับกระบวนการยุติธรรมไทย, กิตติพงษ์ กิตยารักษ์, บรรณาธิการ (กรุงเทพมหานคร: สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย, 2545), หน้า 15.

³ กุลา วจนสาระ, มีเรื่องเพศแบบไหนในห้องสมุดและข่าว: หนังสือ เอกสารวิชาการ ข่าว และบทความในฐานข้อมูลสุขภาวะทางเพศ (กรุงเทพมหานคร: มูลนิธิสร้างความเข้าใจเรื่องสุขภาพผู้หญิง และสถาบันวิจัยประชากรและสังคม มหาวิทยาลัยมหิดล, 2551), หน้า 41.

⁴ เรื่องเดียวกัน.

แผนภูมิ ที่ 1

แผนภูมิแสดงฐานข้อมูลด้านข่าวเกี่ยวกับเพศในรอบ 10 ปี (พ.ศ. 2541-2550)



การข่มขืนกระทำชำเราที่เกิดขึ้นในประเทศไทยส่วนใหญ่เป็นกรณีที่ชายกระทำต่อหญิง จากข้อมูลข่าวเรื่องเพศในรอบ 5 ปี (พ.ศ. 2546-2550) พบว่าเป็นกรณีชายข่มขืนหญิงสูงถึงร้อยละ 98.⁵ กรณีที่มีใช้ชายกระทำต่อหญิงมีน้อยมาก ในรอบ 10 ปี (พ.ศ. 2541 – 2550) พบว่ามีข่าวข่มขืนกระทำชำเราที่ผู้กระทำเป็นหญิงเพียง 2 ข่าว คือ นักเรียนหญิงโรงเรียนพณิชย 9 คนรวมข่มขืนกระทำชำเรานักเรียนชายเพราะโกรธแค้นที่เจ้าชู้ในปี พ.ศ. 2541 และเด็กหญิงอายุ 12 ปีข่มขืนเด็กชายเพื่อนับแต้มแข่งกับเพื่อนในปี พ.ศ. 2548 และมีกรณีชายข่มขืนชายปรากฏเป็นข่าว 1 ครั้งในปีพ.ศ. 2542⁶

นอกจากนี้ การข่มขืนกระทำชำเราที่เกิดขึ้นในประเทศไทยส่วนใหญ่เป็นการข่มขืนกระทำชำเราเกิดขึ้นโดยคนรู้จักกัน (acquaintance rape) มีข้อมูลสนับสนุน เช่น ข่าวข่มขืนกระทำชำเราทั้งหมดที่ปรากฏในรอบ 10 ปี (พ.ศ. 2541 – 2550) เป็นการข่มขืนกระทำชำเราโดยคนรู้จักประมาณร้อยละ 67 มากกว่าการข่มขืนกระทำชำเราโดยคนแปลกหน้า (stranger rape) ซึ่งมีประมาณร้อยละ 26⁷ นอกจากนี้ยังมีรายงานสถิติประเภทผู้ข่มขืนกระทำชำเรา ของศูนย์พิทักษ์สิทธิเด็กและสตรี โรงพยาบาลวชิรพยาบาล และสถิติการให้บริการช่วยเหลือเด็กและสตรีที่ถูกกระทำรุนแรง* ของศูนย์พึ่งได้ กรมสนับสนุนบริการสุขภาพ กระทรวงสาธารณสุข ที่แสดงให้เห็นว่าผู้กระทำส่วนใหญ่เป็นคนรู้จักและเป็นคนในครอบครัวที่ถูกกระทำคุ้นเคยและไว้วางใจเป็นอย่างดี

⁵ กฤตยา อาชวนิจกุล, “การขับเคลื่อนเพศวิถีศึกษากับเพศวิถีปฏิบัติในสังคมไทย,” วารสารเพศวิถีศึกษา 1 (2554): 12.

⁶ กุลภา วจนสาระ, มีเรื่องเพศแบบไหนในห้องสมุดและข่าว: หนังสือ เอกสารวิชาการ ข่าว และบทความในฐานข้อมูลสุขภาวะทางเพศ, หน้า 43.

⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 44.

* การกระทำรุนแรง หมายรวมถึง การข่มขืนกระทำชำเรา ซึ่งเป็นสาเหตุของความรุนแรงต่อเด็กและสตรีที่มากที่สุด

ตารางที่ 1

ตารางแสดงสถิติประเภทผู้ข่มขืนกระทำชำเรา ศูนย์พิทักษ์สิทธิเด็กและสตรี
โรงพยาบาลวชิรพยาบาล เดือนมกราคม-ธันวาคม พ.ศ. 2547-2551⁸

ผู้ข่มขืนกระทำชำเรา	2547	2548	2549	2550	2551
บิดา	2	-	1	1	-
บิดาเลี้ยง	1	1	1	2	3
ญาติ	3	3	3	-	2
เพื่อน/เพื่อนชาย	42	44	42	25	30
คนรู้จัก	31	27	24	17	13
คนแปลกหน้า	17	19	12	12	10
อื่นๆ เช่น นายจ้าง/สามี/ อดีตสามี/พี่เลี้ยง/พระ	2	2	5	3	3

ตารางที่ 2

ตารางแสดงสถิติการให้บริการช่วยเหลือเด็กและสตรีที่ถูกกระทำรุนแรง ศูนย์พึ่งได้
กรมสนับสนุนบริการสุขภาพ กระทรวงสาธารณสุข พ.ศ. 2547-2550⁹

ลักษณะผู้กระทำ	2547		2548		2549		2550	
	จำนวน	ร้อยละ	จำนวน	ร้อยละ	จำนวน	ร้อยละ	จำนวน	ร้อยละ
แฟน/เพื่อน/ ผู้ใกล้ชิด/คนรู้จัก	1,384	28.2	4,224	36.60	5,764	36.29	7,845	49.39
สามี	1,075	22.55	3,139	27.07	4,131	26.01	4,378	27.56
สมาชิกใน ครอบครัว/ญาติ	565	11.85	1,505	12.98	2,143	13.49	1,133	7.13
พ่อ/แม่	-	0.00	355	3.06	504	3.17	432	2.72
พ่อเลี้ยง/แม่เลี้ยง	-	0.0	185	1.60	389	2.45	288	1.81
คนร้าย	-	0.00	654	5.64	502	3.16	619	3.89
อื่นๆ เช่น นายจ้าง/ครู/ พระ/คนไม่รู้จัก	1,779	37.32	1,514	13.06	2,272	14.31	2,377	14.96

⁸ สถาบันวิจัยบทบาทหญิงชายและการพัฒนา, สถิติผู้ช่วยศูนย์พิทักษ์สิทธิเด็กและสตรี โรงพยาบาลวชิรพยาบาล [ออนไลน์], 25 เมษายน 2556. แหล่งที่มา <http://www.gdrif.org/vawdata/vaw2.htm>

⁹ กรมสนับสนุนบริการสุขภาพ กระทรวงสาธารณสุข, รายงานผลการวิเคราะห์ข้อมูลของศูนย์พึ่งได้ ปี 2547-2550 (กรุงเทพมหานคร: นิเวศธรรมดาการพิมพ์, 2551), หน้า 43-45.

ข้อมูลดังกล่าวแสดงให้เห็นว่า การข่มขืนกระทำชำเราที่เกิดขึ้นในประเทศไทยมีรากเหง้ามาจากความสัมพันธ์เชิงอำนาจระหว่างผู้กระทำกับผู้ถูกกระทำ¹⁰ อันเป็นลักษณะของอำนาจที่ไม่เท่าเทียมกัน (power imbalance) กล่าวคือ ผู้ข่มขืนกระทำชำเราใช้อำนาจเหนือกว่าผู้ถูกข่มขืนกระทำชำเรา กรณีส่วนใหญ่จึงเป็นชายกระทำต่อหญิงเพราะหญิงมีความอ่อนแอทางกายภาพมากกว่าชาย¹¹ ประกอบกับผู้เสียหายส่วนใหญ่รู้จักกับผู้กระทำความผิด ผู้เสียหายจึงอาจตกอยู่ภายใต้อำนาจที่ไม่เท่าเทียมโดยไม่รู้ตัว กล่าวคือ ผู้เสียหายไว้วางใจผู้กระทำความผิดและไม่ระมัดระวังตนเอง¹²

อย่างไรก็ตาม เรื่องการข่มขืนกระทำชำเราที่มีข้อเท็จจริงที่น่าแปลกใจคือผู้เสียหายส่วนใหญ่เลือกที่จะไม่แจ้งความ¹³ ชาวที่ปรากฏตามสื่อต่างๆ เป็นกรณีที่ผู้เสียหายกล้าเปิดเผยเรื่องราวเพื่อเรียกร้องสิทธิของตนเอง แต่ยังมีผู้เสียหายอีกจำนวนมากที่ไม่กล้านำคดีมาแจ้งความเพื่อเรียกร้องความยุติธรรม¹⁴ ข้อเท็จจริงนี้ได้สะท้อนให้เห็นถึงบริบทของสังคมไทยที่เกี่ยวข้องกับเรื่องเพศอยู่ 2 ประการ

ประการแรก คือ หญิงไทยถูกควบคุมความประพฤติทางเพศ เห็นได้จากคำสั่งสอนต่างๆ เช่น “ต้องรักนวลสงวนตัว” “อย่าซิงสุกก่อนห้าม” หรือ “อย่ามีเพศสัมพันธ์ในวัยเรียน”¹⁵ กรอบความประพฤติเหล่านี้คือ “เอกลักษณ์ความเป็นไทย” อย่างหนึ่งที่หญิงไทยถูกปลูกฝังให้ต้องรักษาไว้¹⁶ ทำให้เกิดมายาคติที่ว่าหญิงไทยที่ดีจะต้องเป็นกุลสตรี มีความประพฤติเรียบร้อย ไม่รู้เรื่องสำเร็จโทษ¹⁷ หากหญิงคนใดแต่งกายล่อแหลม มีจริตจะก้าน มักถูกตัดสินในเบื้องต้นว่าไม่ใช่หญิงที่ดีตามแบบฉบับ

¹⁰ กุลภา วจนสาระ, มีเรื่องเพศแบบไหนในห้องสมุดและข่าว: หนังสือ เอกสารวิชาการ ข่าว และบทความ ในฐานข้อมูลสุขภาพทางเพศ, หน้า 43.

¹¹ ชานันท์ ยอดหงษ์, “เพศวิถี: วิถีร่วมเพศของผู้หญิงบนเตียง (ภาษาไทย),” ใน รายงานการประชุมประจำปีเพศวิถีศึกษาในสังคมไทย ครั้งที่ 1 หัวข้อ: วิพากษ์องค์ความรู้และธรรมเนียมปฏิบัติเรื่องเพศวิถีศึกษาในสังคมไทย, ธวัชชัย พาชื่น และพิมพ์วิทย์ บุญมงคล, บรรณาธิการ (กรุงเทพมหานคร: เจริญดีการพิมพ์, 2551), หน้า 159.

¹² Alan Gray and Sureeporn Punpuing, Gender, Sexuality and Reproductive Health in Thailand (Nakhon Pathom: Institute for Population and Social Research, Mahidol University, 1999), p. 58.

¹³ จะเด็จ เชาวน์วิไล, สุเพ็ญศรี พึ่งโคกสูง, ปัทมาพร ไชยเชษฐพิพัฒกุล และมรกต เจริญทอง, หนึ่งเสียงหยุดความรุนแรงต่อผู้หญิง (กรุงเทพมหานคร: สำนักงานกองทุนสนับสนุนการสร้างเสริมสุขภาพ, 2551), หน้า 10.

¹⁴ สุวรรณา พูลเพชร, “การศึกษานโยบายและการดำเนินการตามนโยบายการป้องกันการล่วงละเมิดทางเพศในระบบราชการของไทย,” ใน รายงานการประชุมประจำปีเพศวิถีศึกษาในสังคมไทย ครั้งที่ 1 หัวข้อ: วิพากษ์องค์ความรู้และธรรมเนียมปฏิบัติเรื่องเพศวิถีศึกษาในสังคมไทย, ธวัชชัย พาชื่น และพิมพ์วิทย์ บุญมงคล, บรรณาธิการ (กรุงเทพมหานคร: เจริญดีการพิมพ์, 2551), หน้า 188.

¹⁵ กฤตยา อาชวนิจกุล และพริศรา แซ่ก๊วย, “การควบคุมเรื่องเซ็กส์กับเพศวิถีที่เปลี่ยนไป,” ใน มิติเพศในประชากรและสังคม, กฤตยา อาชวนิจกุล และกาญจนา ตั้งชลทิพย์, บรรณาธิการ (นครปฐม: สถาบันวิจัยประชากรและสังคม มหาวิทยาลัยมหิดล, 2551), หน้า 80.

¹⁶ กฤตยา อาชวนิจกุล และพริศรา แซ่ก๊วย, “การควบคุมเรื่องเซ็กส์กับเพศวิถีที่เปลี่ยนไป,” ใน มิติเพศในประชากรและสังคม, หน้า 86.

¹⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 82.

ของสังคมไทย ด้วยเหตุนี้ เมื่อเกิดการข่มขืนกระทำชำเราขึ้นจึงมีการโยนความผิดส่วนหนึ่งให้หญิงที่ถูกข่มขืนกระทำชำเราว่าสาเหตุส่วนหนึ่งมาจากการที่หญิงนั้นประพฤติตนไม่ดีเอง¹⁸ เช่น แต่งกายล่อแหลม อยู่กับเพศตรงข้ามในที่รโหฐานตามลำพัง หรือออกจากบ้านในยามวิกาล เป็นต้น การที่หญิงไทยต้องอยู่ภายใต้กรอบความคิดดังกล่าว เมื่อมีคดีข่มขืนกระทำชำเราเกิดขึ้น ผู้หญิงจึงถูกตั้งคำถามและสอบสวนเรื่องความประพฤติทางเพศค่อนข้างมาก¹⁹ ทำให้ผู้เสียหายส่วนใหญ่ไม่กล้านำคดีมาแจ้งความ และมีแนวโน้มที่จะโทษตัวเองว่ามีส่วนก่อให้เกิดการกระทำความผิดขึ้น²⁰

ประการที่สอง คือ สังคมไทยไม่เปิดกว้างในการพูดเรื่องทางเพศได้อย่างตรงไปตรงมา²¹ คนในสังคม โดยเฉพาะอย่างยิ่งเพศหญิงซึ่งมีกรอบควบคุมความประพฤติทางเพศมากกว่าเพศชาย จึงไม่เคยชินกับการพูดเรื่องเพศในที่สาธารณะหรือพูดกับบุคคลที่ไม่สนิท²² ดังนั้น การที่ผู้เสียหายในคดีข่มขืนกระทำชำเราต้องบรรยายรายละเอียดการข่มขืนกระทำชำเราเพื่อพิสูจน์ความผิดจำเลยจึงเป็นเรื่องที่สร้างความลำบากใจและความอับอายอย่างมาก อีกทั้งหากผู้เสียหายเป็นหญิง การแสดงออกในลักษณะที่ตนสามารถพูดถึงเรื่องเพศได้อย่างไม่ขัดเขินอาจกลายเป็นดาบสองคมเพราะขัดกับกรอบความเป็นผู้หญิงที่ดีของสังคมไทย²³ ซึ่งย่อมมีผลถึงความน่าเชื่อถือของคำพูดของหญิงนั้นด้วย

ผู้เขียนเห็นว่าการนำกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูมาใช้กับคดีข่มขืนกระทำชำเราในประเทศไทยเหมาะสมและสอดคล้องกับบริบททางสังคมไทยที่เกี่ยวข้องกับเรื่องเพศ ด้วยเหตุผล 3 ประการดังนี้

ประการแรก กระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูมีเงื่อนไขสำคัญประการหนึ่งคือผู้กระทำความผิดที่จะเข้าร่วมกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูต้องรับข้อเท็จจริงหรือรับสารภาพตามฟ้องแล้ว การพิสูจน์ว่าผู้ถูกกล่าวหาได้กระทำความผิดจริงหรือไม่จึงมิใช่ประเด็นหลักของกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟู หากแต่เป็นการเจรจาพูดคุยกันเพื่อแสวงหาทางออกที่สามารถฟื้นฟูผู้ได้รับผลกระทบทุกฝ่ายอย่างเหมาะสม ดังนั้น ผู้เสียหายจึงไม่ต้องถูกสืบพยานโดยละเอียดในเรื่องทางเพศดังเช่นในกระบวนการ

¹⁸ วชิรา จันทรทอง, พิมพวัลย์ บุญมงคล, รณภูมิ สามัคคีคารมย์ และชยานันท์ มโนเกษมสุข, “แคมป์ร็อกและเพศวิถีของวัยรุ่นหญิงไทย: อำนาจในตนกับการกดขี่ทางเพศ,” ใน รายงานการประชุมประจำปีเพศวิถีศึกษาในสังคมไทย ครั้งที่ 1 หัวข้อ: วิพากษ์องค์ความรู้และธรรมเนียมปฏิบัติเรื่องเพศวิถีศึกษาในสังคมไทย, ธวัชชัย พาชื่น และพิมพวัลย์ บุญมงคล, บรรณาธิการ (กรุงเทพมหานคร: เจริญดีการพิมพ์, 2551), หน้า 101.

¹⁹ กฤตยา อาชวนิจกุล, “การขับเคลื่อนเพศวิถีศึกษากับเพศวิถีปฏิบัติในสังคมไทย,” วารสารเพศวิถีศึกษา, หน้า 10.

²⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 12.

²¹ ชานันท์ ยอดหงษ์, “เพศวิถี: วิถีร่วมเพศของผู้หญิงบนเตียง (ภาษาไทย),” ใน รายงานการประชุมประจำปีเพศวิถีศึกษาในสังคมไทย ครั้งที่ 1 หัวข้อ: วิพากษ์องค์ความรู้และธรรมเนียมปฏิบัติเรื่องเพศวิถีศึกษาในสังคมไทย, หน้า 170.

²² วัลยา ธรรมพนิชวัฒน์, “เพศศึกษาสำหรับวัยรุ่นไทย,” วารสารสภาการพยาบาล 25, 4 (ตุลาคม-ธันวาคม 2553): 6.

²³ วชิรา จันทรทอง, พิมพวัลย์ บุญมงคล, รณภูมิ สามัคคีคารมย์ และชยานันท์ มโนเกษมสุข, “แคมป์ร็อกและเพศวิถีของวัยรุ่นหญิงไทย: อำนาจในตนกับการกดขี่ทางเพศ,” ใน รายงานการประชุมประจำปีเพศวิถีศึกษาในสังคมไทย ครั้งที่ 1 หัวข้อ: วิพากษ์องค์ความรู้และธรรมเนียมปฏิบัติเรื่องเพศวิถีศึกษาในสังคมไทย, หน้า 93.

ยุติธรรมทางอาญาซึ่งจะช่วยลดความลำบากใจและความอับอายให้แก่ผู้เสียหายในคดีข่มขืนกระทำชำเราได้

ประการที่สอง คือ หากเป็นการดำเนินคดีตามกระบวนการยุติธรรมทางอาญาปกติ คู่กรณีทั้งสองฝ่ายจะอยู่ในฐานะที่เท่าเทียมกัน อย่างไรก็ตาม ระบบวิธีพิจารณาคดีอาญาของประเทศไทยใช้ระบบกล่าวหาทำให้กฎหมายให้ความสำคัญคุ้มครองผู้ถูกกล่าวหามากกว่า เช่น จำเลยได้รับประโยชน์จากข้อสันนิษฐานว่าจำเลยเป็นผู้บริสุทธิ์จนกว่าโจทก์จะพิสูจน์ให้ศาลเชื่อโดยปราศจากข้อสงสัยตามสมควรว่าจำเลยกระทำความผิดจริง ทั้งที่ในความเป็นจริงผู้เสียหายคดีข่มขืนกระทำชำเรามีอำนาจไม่เท่าเทียมผู้กระทำความผิด และคดีข่มขืนกระทำชำเราเป็นคดีที่มีลักษณะพิเศษทำให้ยากที่จะพิสูจน์จนสิ้นข้อสงสัยได้ แต่กระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูมีลักษณะที่เน้นให้ผู้เสียหายเป็นศูนย์กลาง (victim-centered process) โดยให้ความสำคัญกับการเยียวยาผู้เสียหาย และมุ่งขจัดอำนาจที่ไม่เท่าเทียมกันระหว่างคู่กรณี (power imbalance) ที่อาจเป็นอุปสรรคต่อกระบวนการฟื้นฟูผู้ได้รับผลกระทบทุกฝ่าย

ประการสุดท้าย คือ กระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูไม่ได้นำมาใช้เพื่อแทนที่กระบวนการยุติธรรมทางอาญา แต่นำมาใช้ในลักษณะเป็นมาตรการเสริม เพื่อบรรเทาผลกระทบที่ผู้เกี่ยวข้องในคดีข่มขืนกระทำชำเราอาจได้รับจากกระบวนการยุติธรรมทางอาญา ดังนั้น หากมีการนำกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูมาใช้กับคดีข่มขืนกระทำชำเราย่อมเป็นการเพิ่มทางเลือกในการเรียกร้องความยุติธรรมให้แก่ผู้เสียหาย เพื่อที่ผู้เสียหายจะได้นำคดีเข้ามาแจ้งความมากขึ้นซึ่งจะช่วยให้รัฐได้ทราบข้อมูลคดีอย่างถูกต้องแน่นอน แต่ในขณะเดียวกันหากผู้เสียหายประสงค์ที่จะดำเนินคดีอาญาไปตามกระบวนการยุติธรรมทางอาญาตามปกติก็สามารถทำได้เช่นเดิม

4.2 รูปแบบของกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูที่ใช้กับคดีข่มขืนกระทำชำเรา

รูปแบบของกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูที่ใช้โดยทั่วไปมี 3 รูปแบบ คือ การไกล่เกลี่ยระหว่างผู้เสียหายและผู้กระทำความผิด (Victim-Offender Mediation) การประชุมกลุ่ม (Conferencing) และการพิพากษาโดยการประชุมล้อมวง (Sentencing Circle)

จากการศึกษาพบว่า ประเทศสหรัฐอเมริกา (มลรัฐแอริโซนา) และประเทศนิวซีแลนด์ใช้รูปแบบการประชุมกลุ่มกับคดีข่มขืนกระทำชำเรา ในขณะที่ประเทศแคนาดา (มลรัฐมานิโตบา) ใช้รูปแบบการพิพากษาโดยการประชุมล้อมวง โดยไม่มีประเทศใดใช้รูปแบบการไกล่เกลี่ยระหว่างผู้เสียหายและผู้กระทำความผิดกับคดีข่มขืนกระทำชำเรา

การเลือกรูปแบบของกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูมีความสำคัญเพราะจะก่อให้เกิดความแตกต่างของการดำเนินกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูหลายประการ คือ ขั้นตอนที่น่ากระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูมาใช้ในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา ผู้มีอำนาจส่งคดีเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟู และผู้เข้าร่วมกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟู

4.2.1 ขั้นตอนที่น่ากระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูมาใช้ในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาและผู้มีอำนาจส่งคดีเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟู

แม้ประเทศสหรัฐอเมริกา (มลรัฐแอริโซนา) และประเทศนิวซีแลนด์จะใช้กระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูรูปแบบการประชุมกลุ่มกับคดีข่มขืนกระทำชำเราเช่นเดียวกัน แต่ขั้นตอนที่น่ากระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูมาใช้ในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาของสองประเทศแตกต่างกัน โดยประเทศสหรัฐอเมริกา (มลรัฐแอริโซนา) นำกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูมาใช้กับคดีข่มขืนกระทำชำเราในชั้นพนักงานอัยการ หากพนักงานอัยการเห็นว่าคดีข่มขืนกระทำชำเรานั้นเข้าเงื่อนไขที่จะใช้กระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูได้ พนักงานอัยการมีอำนาจใช้ดุลพินิจในการเบี่ยงเบนคดีก่อนสั่งฟ้อง (pretrial diversion) ในขณะที่ประเทศนิวซีแลนด์นำกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูมาใช้กับคดีข่มขืนกระทำชำเราในชั้นศาล ผู้พิพากษาเป็นผู้พิจารณาว่าคดีข่มขืนกระทำชำเราเข้าเงื่อนไขที่จะใช้กระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูได้หรือไม่โดยอาศัยอำนาจตาม Sentencing Act 2002 มาตรา 25 และ Victims of Crime Reform Bill 2011 มาตรา 44 แสดงให้เห็นว่ากระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูรูปแบบการประชุมกลุ่มไม่มีข้อจำกัดว่าจะต้องนำมาใช้ในชั้นใดชั้นหนึ่งเท่านั้น

สำหรับประเทศแคนาดา (มลรัฐมานิโตบา) นั้นใช้กระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูรูปแบบการพิพากษาโดยการประชุมล้อมวงกับคดีข่มขืนกระทำชำเรา รูปแบบนี้นำมาใช้ได้ทั้งในชั้นศาลเท่านั้นเพราะเป็นส่วนหนึ่งของการพิพากษาคดี โดยหากผู้พิพากษาเห็นว่าคดีนั้นเป็นคดีข่มขืนกระทำชำเราที่เข้าเงื่อนไขที่จะใช้กระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูได้ ผู้พิพากษาจะต้องพิจารณากำหนดโทษโดยรูปแบบการพิพากษาโดยการประชุมล้อมวง เป็นไปตามที่ Criminal Code Section 717 และ 720 บัญญัติไว้

4.2.2 ผู้เข้าร่วมกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟู

ผู้เข้าร่วมกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูมีความสัมพันธ์กับรูปแบบของกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟู เนื่องจากกระบวนการเชิงฟื้นฟูแต่ละรูปแบบมีหลายขั้นตอน โดยปกติจะเริ่มตั้งแต่ผู้มีอำนาจใช้ดุลพินิจส่งคดีเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟู การประเมินความเหมาะสม การเตรียมความพร้อมก่อนการประชุม การประชุม ไปจนถึงการติดตามผลหลังการประชุม อย่างไรก็ตาม ชื่อเรียกของรูปแบบต่างๆ จะพิจารณาจากขั้นตอนที่มีการเผชิญหน้า (encounter) ระหว่างผู้เสียหายและผู้กระทำความผิดเพื่อพบปะเจรจากันโดยตรงเป็นสำคัญ

ในขั้นตอนการประชุมกลุ่มของประเทศสหรัฐอเมริกา (มลรัฐแอริโซนา) และประเทศนิวซีแลนด์ สามารถจัดประเภทของผู้เข้าร่วมประชุมกลุ่มได้เป็น 4 ประเภท คือ

- (1) ผู้เสียหาย
- (2) ผู้กระทำความผิด
- (3) ผู้สนับสนุนของผู้เสียหายและผู้สนับสนุนของผู้กระทำความผิด (supporter) หากพิจารณาจากความสัมพันธ์ที่ใกล้ชิดสนิทสนมกับผู้เสียหายและผู้กระทำความผิด บุคคลเหล่านี้ย่อม

เป็นบุคคลใกล้ชิดที่เรียกว่าเป็นสมาชิกใน “ชุมชนแห่งความปรารถนาดี” (community of care) ของผู้เสียหายและผู้กระทำความผิดตามความหมายของกระบวนการยุติธรรมเชิงพื้นที่นั่นเอง และ

(4) เจ้าหน้าที่ของโครงการกระบวนการยุติธรรมเชิงพื้นที่ซึ่งทำหน้าที่เป็นผู้เตรียมความพร้อมและให้คำปรึกษาแก่ผู้เสียหายและผู้กระทำความผิด และผู้ประสานการประชุม (facilitator) ซึ่งจะมีบทบาทในขั้นตอนการประชุมกลุ่ม

ทั้งนี้ ประเทศสหรัฐอเมริกา (มลรัฐแอริโซนา) และประเทศนิวซีแลนด์ไม่บังคับว่าจะต้องมีบุคลากรจากหน่วยงานในกระบวนการยุติธรรม เช่น พนักงานอัยการ เจ้าหน้าที่ตำรวจ พนักงานคุมประพฤติ หรือทนายจำเลย เข้าร่วมการประชุมกลุ่มด้วยแต่อย่างใด

สำหรับประเทศแคนาดา (มลรัฐมานิโตบา) ซึ่งใช้กระบวนการยุติธรรมเชิงพื้นที่รูปแบบการพิพากษาโดยการประชุมล้อมวงกับคดีข่มขืนกระทำชำเรา มีผู้เข้าร่วมการประชุมล้อมวงที่ต่างไปจากการประชุมกลุ่มในประเทศสหรัฐอเมริกา (มลรัฐแอริโซนา) และประเทศนิวซีแลนด์อย่างเห็นได้ชัด โดยนอกจากจะต้องมีบุคคลทั้งหลายดังที่กล่าวมาแล้ว ยังต้องมีตัวแทนของชุมชน คือ สมาชิกของโครงการ Community Holistic Circle Healing เข้าร่วมประชุมล้อมวงด้วยซึ่งเป็นการให้ความสำคัญกับชุมชนในเชิงพื้นที่ (community of place) อีกทั้งยังต้องมีบุคลากรในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา เข้าร่วมด้วย คือ ผู้พิพากษา พนักงานอัยการ ทนายจำเลย และพนักงานคุมประพฤติ

จากที่กล่าวมา ผู้เขียนเห็นว่ากระบวนการยุติธรรมเชิงพื้นที่รูปแบบการพิพากษาโดยการประชุมล้อมวง (Sentencing Circle) ไม่เหมาะสมที่จะนำมาใช้กับคดีข่มขืนกระทำชำเรา ด้วยเหตุผล 2 ประการ ดังนี้

1. การกำหนดให้มีตัวแทนของชุมชนในเชิงพื้นที่ (community of place) เข้าร่วมการประชุมล้อมวงอาจเป็นผลดีในแง่ของการร่วมประณามตำหนิการกระทำของผู้กระทำความผิดและการมีส่วนร่วมของชุมชนตามวัตถุประสงค์ของกระบวนการยุติธรรมเชิงพื้นที่ แต่ไม่เป็นผลดีกับผู้เสียหาย คดีข่มขืนกระทำชำเรา เพราะคดีข่มขืนกระทำชำเราเป็นคดีที่ผู้เสียหายได้รับความเสียหายต่อจิตใจอย่างมาก ผู้เสียหายย่อมเกิดความรู้สึกอับอายหากต้องเล่าเรื่องราวให้กับบุคคลที่ตนไม่รู้จักฟัง บุคคลที่จะเข้าร่วมกระบวนการยุติธรรมเชิงพื้นที่ควรเป็นคนที่ผู้เสียหายไว้วางใจและพร้อมที่จะช่วยเหลือให้กำลังใจผู้เสียหาย ซึ่งก็คือบุคคลใกล้ชิดหรือสมาชิกในชุมชนแห่งความปรารถนาดี (community of care) ของผู้เสียหายนั่นเอง ทั้งนี้ เพื่อประโยชน์ในการเยียวยาผู้เสียหายเป็นสำคัญตามแนวคิดของกระบวนการยุติธรรมเชิงพื้นที่ที่มุ่งให้ผู้เสียหายเป็นศูนย์กลางแห่งกระบวนการ (victim-centered process) นอกจากนี้ ผู้เขียนเห็นว่าการกำหนดให้บุคคลใกล้ชิดหรือสมาชิกในชุมชนแห่งความปรารถนาดีของผู้กระทำความผิดเข้าร่วมการประชุมด้วยนั้นเหมาะสมต่อการประณามตำหนิและการแก้ไขผู้กระทำความผิดแล้ว เพราะเมื่อผู้กระทำความผิดถูกประณามจากบุคคลใกล้ชิดซึ่งปรารถนาดีต่อตน ผู้กระทำความผิดย่อมเกิดความสำนึกได้มากกว่าการถูกประณามตำหนิจากบุคคลอื่นในชุมชน (community of place) ที่ตนไม่รู้จักหรือมีความสัมพันธ์ใดๆ ต่อกัน อีกทั้งบุคคลใกล้ชิดนี้เองที่จะมีบทบาทในการร่วมแก้ไขปรับปรุงความประพฤติของผู้กระทำความผิดได้อย่างมีประสิทธิภาพ ดังนั้นเมื่อพิจารณาจากประโยชน์ของฝ่ายผู้เสียหายและผู้กระทำความผิดประกอบกันแล้ว ผู้เขียนจึงเห็นว่า

กระบวนการยุติธรรมเชิงพื้นที่ที่ใช้กับคดีข่มขืนกระทำชำเราไม่ควรมีตัวแทนสมาชิกในชุมชนเชิงพื้นที่ (community of place) เข้าร่วมการประชุมเผชิญหน้าด้วย อย่างไรก็ตาม ชุมชนเชิงพื้นที่อาจมีบทบาทในการร่วมแก้ไขผู้กระทำความผิดได้ในขั้นตอนติดตามผลหลังการประชุม ซึ่งประเด็นนี้ผู้เขียนจะได้วิเคราะห์ต่อไปในหัวข้อ 4.3.3

2. การพิพากษาโดยการประชุมล้อมวงมีวัตถุประสงค์เพื่อให้ได้ข้อมูลความจริงเพื่อประกอบการกำหนดโทษ การประชุมในสถานที่และบรรยากาศที่ไม่กดดันจะช่วยให้ผู้เสียหายและผู้กระทำความผิดกล้าเปิดเผยข้อมูลความจริงต่อกันมากขึ้น แต่การพิพากษาโดยการประชุมล้อมวงมีบุคลากรในกระบวนการยุติธรรมเข้าร่วมด้วยหลายฝ่าย ประกอบกับการพิพากษาโดยการประชุมล้อมวงจัดขึ้นในห้องพิจารณาคดีของศาล บรรยากาศและผู้เข้าร่วมกระบวนการยุติธรรมเชิงพื้นที่จึงแทบไม่ต่างไปจากการดำเนินกระบวนการยุติธรรมทางอาญาตามปกติแต่อย่างใด ยิ่งไปกว่านั้น การมีบุคลากรในกระบวนการยุติธรรมเข้าร่วมประชุมล้อมวงด้วยอาจส่งผลเป็นการกดดันและชี้ให้ผู้เสียหายและผู้กระทำความผิดยินยอมตกลงตามที่บุคลากรในกระบวนการยุติธรรมแสดงความเห็นโดยที่มิได้เกิดจากความต้องการและความพึงพอใจของคู่กรณีอย่างแท้จริง

นอกจากนี้ ผู้เขียนยังมีความเห็นว่า กระบวนการยุติธรรมเชิงพื้นที่รูปแบบการไกล่เกลี่ยระหว่างผู้เสียหายและผู้กระทำความผิด (Victim-Offender Mediation) ไม่เหมาะสมที่จะนำมาใช้กับคดีข่มขืนกระทำชำเราเช่นกัน เพราะคดีข่มขืนกระทำชำเราเป็นคดีที่มีความซับซ้อนในด้านสาเหตุและผลของการกระทำ อีกทั้งกระบวนการยุติธรรมเชิงพื้นที่รูปแบบการไกล่เกลี่ยไม่บังคับว่าต้องมีสมาชิกในครอบครัวหรือเพื่อนสนิท (community of care) ของผู้เสียหายและผู้กระทำความผิดเข้าร่วมด้วย ทำให้ผู้เข้าร่วมกระบวนการมีน้อยเกินไป อาจไม่ปลอดภัยต่อผู้เสียหายทั้งด้านร่างกายและจิตใจ และที่สำคัญคือกระบวนการไกล่เกลี่ยมุ่งเน้นที่การเยียวยาความเสียหายให้แก่ผู้เสียหาย แมตกลงกันได้ก็มักจะเป็นเรื่องค่าเสียหาย แต่ไม่ให้ความสำคัญกับกระบวนการแก้ไขผู้กระทำความผิด

ด้วยเหตุผลดังที่กล่าวมา ผู้เขียนจึงเห็นว่ารูปแบบกระบวนการยุติธรรมเชิงพื้นที่ที่เหมาะสมจะนำมาใช้กับคดีข่มขืนกระทำชำเราที่สุด คือ การประชุมกลุ่ม (Conferencing)

สำหรับขั้นตอนที่จะนำกระบวนการยุติธรรมเชิงพื้นที่รูปแบบการประชุมกลุ่มมาใช้กับคดีข่มขืนกระทำชำเราในประเทศไทยนั้นต้องพิจารณาเรื่องคดีความผิดที่ยอมความได้และความผิดที่ยอมความไม่ได้ประกอบด้วย ประเด็นนี้ผู้เขียนจะกล่าวโดยละเอียดต่อไปในหัวข้อ 4.5

ตารางที่ 3

ตารางเปรียบเทียบรูปแบบของกระบวนการยุติธรรมเชิงพื้นที่ที่ใช้กับคดีข่มขืนกระทำชำเรา

ประเทศ	สหรัฐอเมริกา (มลรัฐแอริโซนา)	นิวซีแลนด์	แคนาดา (มลรัฐมานิโตบา)
ข้อพิจารณา			
รูปแบบ	การประชุมกลุ่ม	การประชุมกลุ่ม	การพิพากษาโดยการประชุมล้อมวง

ประเทศ	สหรัฐอเมริกา (มลรัฐแอริโซนา)	นิวซีแลนด์	แคนาดา (มลรัฐมานิโตบา)
ข้อพิจารณา			
ขั้นตอนที่นำ กระบวนการยุติธรรม เชิงฟื้นฟูมาใช้	ชั้นพนักงานอัยการ (pre-trial)	ชั้นศาล (pre-sentence)	ชั้นศาล (pre-sentence)
ผู้มีอำนาจส่งคดี	พนักงานอัยการ	ผู้พิพากษา	ผู้พิพากษา
ผู้เข้าร่วมกระบวนการ ยุติธรรมเชิงฟื้นฟู	(1) ผู้เสียหาย (2) ผู้กระทำความผิด (3) ผู้สนับสนุนของ ผู้เสียหายและผู้กระทำ ความผิด (4) เจ้าหน้าที่ของ โครงการกระบวนการ ยุติธรรมเชิงฟื้นฟู	(1) ผู้เสียหาย (2) ผู้กระทำความผิด (3) ผู้สนับสนุนของ ผู้เสียหายและผู้กระทำ ความผิด (4) เจ้าหน้าที่ของ โครงการกระบวนการ ยุติธรรมเชิงฟื้นฟู	(1) ผู้เสียหาย (2) ผู้กระทำความผิด (3) ผู้สนับสนุนของ ผู้เสียหายและผู้กระทำ ความผิด (4) เจ้าหน้าที่ของ โครงการกระบวนการ ยุติธรรมเชิงฟื้นฟู (5) ตัวแทนของชุมชน (6) บุคลากรใน กระบวนการยุติธรรม ทางอาญา

4.3 เงื่อนไขของการนำกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูมาใช้กับคดีข่มขืนกระทำชำเรา

กระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูไม่สามารถนำมาใช้ได้กับคดีข่มขืนกระทำชำเราทุกคดี คดีข่มขืนกระทำชำเราใดที่เหมาะสมกับการใช้กระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูต้องพิจารณาจากเงื่อนไข 7 ประการ คือ

- (1) ความสัมพันธ์ระหว่างคู่กรณี
- (2) การใช้ความรุนแรง
- (3) อายุของผู้เสียหายและผู้กระทำความผิด
- (4) ประวัติการกระทำความผิดของผู้กระทำความผิด
- (5) การแสดงความรับผิดชอบของผู้กระทำความผิด
- (6) ดุลพินิจของผู้มีอำนาจส่งคดีเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟู และ
- (7) ความยินยอมของผู้เสียหายและผู้กระทำความผิด

4.3.1 ความสัมพันธ์ระหว่างคู่กรณี

ประเทศสหรัฐอเมริกา (มลรัฐแอริโซนา) และประเทศนิวซีแลนด์นำความสัมพันธ์ระหว่างผู้เสียหายและผู้กระทำความผิดมาเป็นหลักในการกำหนดลักษณะความผิดที่เหมาะสมจะใช้กระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟู โดยทั้งสองประเทศกำหนดว่าคดีข่มขืนกระทำชำเราที่จะใช้กระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูได้มีเงื่อนไขประการแรกคือต้องเป็นคดีที่ผู้เสียหายและผู้กระทำความผิดรู้จักกัน (acquaintance rape) ซึ่งมีความหมายกว้าง อาจเป็นคนที่รู้จักระดับผิวเผิน นายจ้างลูกจ้าง เพื่อน คู่รัก รวมถึงเป็นคนในครอบครัวหรือเครือญาติกันได้²⁴

สำหรับประเทศแคนาดา (มลรัฐมานิโตบา) เปิดโอกาสให้คดีข่มขืนกระทำชำเราทุกลักษณะสามารถใช้กระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูได้ กล่าวคือ ไม่มีการนำความสัมพันธ์ระหว่างคู่กรณีมาเป็นตัวกำหนดหรือจำกัดการใช้กระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูกับคดีข่มขืนกระทำชำเรา

ในประเด็นนี้ ผู้เขียนเห็นด้วยกับแนวทางของประเทศแคนาดาที่ไม่มีข้อจำกัดด้านลักษณะความสัมพันธ์ระหว่างผู้เสียหายและผู้กระทำความผิด กล่าวคือ แม้ว่าผู้เสียหายและผู้กระทำความผิดจะไม่รู้จักกัน (stranger rape) ก็อาจใช้กระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูได้ อย่างไรก็ตาม การไม่จำกัดลักษณะความสัมพันธ์ในที่นี้ไม่ได้หมายความว่าคดีข่มขืนกระทำชำเราที่เกิดขึ้นทุกคดีจะสามารถใช้กระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูได้ หากแต่ยังต้องพิจารณาเงื่อนไขอื่นๆ ประกอบด้วยเพื่อคัดกรองคดีข่มขืนกระทำชำเราที่เหมาะสมกับการใช้กระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูอย่างแท้จริง

อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนเห็นว่าความสัมพันธ์ระหว่างผู้เสียหายและผู้กระทำความผิดเป็นปัจจัยที่อาจก่อให้เกิดอำนาจที่ไม่เท่าเทียมกัน (power imbalance) ได้ ซึ่งเป็นเรื่องที่ต้องให้ความสำคัญหากนำกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูมาใช้กับคดีข่มขืนกระทำชำเรา ประเด็นนี้ปรากฏอยู่ในหลักการพื้นฐานว่าด้วยการดำเนินโครงการกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูในคดีอาญา (Basic Principles on the Use of Restorative Justice Programmes in Criminal Matters) ข้อ 9 ที่ว่าการนำกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูมาใช้กับคดีอาญาใดๆ ควรคำนึงถึงปัจจัยที่อาจก่อให้เกิดอำนาจที่ไม่เท่าเทียมกันด้วย เรื่องปัจจัยที่อาจก่อให้เกิดอำนาจที่ไม่เท่าเทียมกันนี้พบเฉพาะในกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูของประเทศไทย (มลรัฐแอริโซนา) และประเทศนิวซีแลนด์เท่านั้น เนื่องจากทั้งสองประเทศนำความสัมพันธ์ระหว่างผู้เสียหายและผู้กระทำความผิดมาเป็นเงื่อนไขในการกำหนดลักษณะความผิดที่เหมาะสมจะใช้กระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟู

จากการศึกษาพบว่าประเทศไทย (มลรัฐแอริโซนา) ไม่อนุญาตให้การข่มขืนกระทำชำเราที่ผู้เสียหายและผู้กระทำความผิดมีความสัมพันธ์ในลักษณะต่อเนื่องและยังดำเนินไปอยู่ (ongoing relationship) ใช้กระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูได้ เช่น กรณีสามีข่มขืนกระทำชำเราภริยา บิดามารดาข่มขืนกระทำชำเราบุตร หรือพี่ข่มขืนกระทำชำเราน้อง เป็นต้น ต่างจากในประเทศนิวซีแลนด์ที่อนุญาตให้ความสัมพันธ์ในลักษณะต่อเนื่องใช้กระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูได้เพราะคดีประเภทนี้ผู้เสียหายส่วนใหญ่ไม่อยากแจ้งความและไม่อยากให้ผู้กระทำความผิดต้องจำคุกเพราะถึง

²⁴ Julie A. Allison and Lawrence S. Wrightsman, *Rape: The Misunderstood Crime* (California: SAGE Publications, 1993), p. 55.

อย่างไรก็ยังคงมีความสัมพันธ์ต่อกันอยู่ ส่วนผู้กระทำความผิดที่เมื่อรู้ว่าเข้ากระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูแล้วมีโอกาสที่จะไม่ต้องถูกจำคุกก็น่าจะสำนึกผิดแล้วเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูมากขึ้น²⁵ ซึ่งจะเกิดประโยชน์ทั้งด้านการเยียวยาผู้เสียหาย การแก้ไขผู้กระทำความผิด และการฟื้นฟูความสัมพันธ์ระหว่างคู่กรณี

ส่วนประเทศแคนาดา (มลรัฐมานิโตบา) ไม่มีข้อจำกัดใดๆ ในเรื่องความสัมพันธ์ต่อเนื่อง เนื่องจากไม่ได้นำเอาความสัมพันธ์ของผู้เสียหายและผู้กระทำความผิดมาเป็นเงื่อนไขเบื้องต้นในการพิจารณาส่งคดีข่มขืนกระทำชำเราเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟู

ผู้เขียนเห็นว่า การที่ผู้เสียหายและผู้กระทำความผิดมีความสัมพันธ์ต่อเนื่อง (ongoing relationship) เป็นปัจจัยที่อาจก่อให้เกิดอำนาจที่ไม่เท่าเทียมกันได้ (power imbalance) โดยเฉพาะหากเป็นการข่มขืนกระทำชำเราที่เกิดขึ้นระหว่างคนในครอบครัวเดียวกันซึ่งผู้เสียหายอาจอ่อนแอกว่าทั้งด้านร่างกายและจิตใจ อีกทั้งยังต้องพึ่งพาอาศัยซึ่งกันและกันอยู่ แม้เกิดการกระทำความผิดขึ้นก็ไม่อาจตัดขาดกันได้โดยง่าย ทำให้อาจเกิดความเหลื่อมล้ำในขั้นตอนการเจรจาพูดคุยได้

เนื่องจากกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูมุ่งเยียวยาผู้เสียหาย แก้ไขผู้กระทำความผิด และหลักการพื้นฐานว่าด้วยการดำเนินโครงการกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูในคดีอาญา ข้อ 3 กล่าวถึงผลในทางฟื้นฟูไว้ประการหนึ่งว่ามุ่งให้ผู้เสียหายและผู้กระทำความผิดได้กลับคืนมามีความสัมพันธ์ใหม่ที่ดีต่อกัน ดังนั้น รัฐจึงควรสนับสนุนให้คดีข่มขืนกระทำชำเราที่เกิดขึ้นระหว่างผู้เสียหายและผู้กระทำความผิดที่มีความสัมพันธ์ต่อเนื่องกันเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูเพื่อประโยชน์ในการฟื้นฟูความสัมพันธ์ระหว่างคู่กรณี แม้ความสัมพันธ์ต่อเนื่องเป็นปัจจัยที่อาจก่อให้เกิดอำนาจที่ไม่เท่าเทียมกันได้แต่ผู้เขียนเห็นว่าปัญหานี้สามารถแก้ไขและบรรเทาได้โดยขั้นตอนการเตรียมความพร้อมเพื่อทำความเข้าใจกับผู้เสียหายและโดยเฉพาะกับผู้กระทำความผิดถึงวัตถุประสงค์ของกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟู และโดยการควบคุมการประชุมของผู้ประสานการประชุม (facilitator) เพื่อขจัดความไม่เหมาะสมและความไม่เป็นธรรมที่อาจเกิดขึ้นในที่ประชุม อีกทั้ง กระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูไม่ได้มีลักษณะเป็นการบังคับ หากผู้เสียหายหรือผู้กระทำความผิดไม่ประสงค์จะเข้าร่วมกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูก็สามารถทำได้

กล่าวโดยสรุป ผู้เขียนเห็นว่าในการนำกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูมาใช้กับคดีข่มขืนกระทำชำเรานั้นไม่ควรจำกัดว่าต้องเป็นกรณีที่ผู้เสียหายและผู้กระทำความผิดเป็นคนรู้จักกัน (acquaintance rape) เท่านั้น กล่าวคือ ไม่ควรนำลักษณะความสัมพันธ์มาเป็นเงื่อนไขหรือข้อจำกัดเบื้องต้นในการพิจารณาส่งคดีข่มขืนกระทำชำเราเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟู สำหรับกรณีที่ผู้เสียหายและผู้กระทำความผิดมีความสัมพันธ์ใกล้ชิดและต่อเนื่อง (ongoing relationship) แม้ว่าเป็นปัจจัยที่อาจก่อให้เกิดอำนาจที่ไม่เท่าเทียมได้ในกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟู แต่ผู้เขียนเห็นว่า เป็นปัญหาที่สามารถแก้ไขและบรรเทาได้ด้วยกระบวนการเตรียมความพร้อมและบทบาทการควบคุมการประชุมที่มีประสิทธิภาพของผู้ประสานการประชุม

²⁵ Law Commission, *Alternative Process for Sexual Offence Cases* [Online], 14 February 2012. Source http://www.lawcom.govt.nz/sites/default/files/publications/2012/02/alternative_trial_processes_nzlc_ip30_-1.pdf, p. 51.

4.3.2 การใช้ความรุนแรง

ประเทศสหรัฐอเมริกา (มลรัฐแอริโซนา) กำหนดเงื่อนไขเกี่ยวกับการใช้ความรุนแรงว่าคดีข่มขืนกระทำชำเราที่จะเข้ากระบวนการยุติธรรมเชิงพื้นที่ได้นั้นผู้กระทำความผิดต้องไม่ใช่กำลังเกินความจำเป็นเพื่อบรรลุจุดประสงค์ของการกระทำความผิด และต้องไม่ใช่อาวุธ และกรณีที่ผู้กระทำความผิดหลอกหรือบังคับให้ผู้เสียหายเสพยาเสพติดหรือดื่มแอลกอฮอล์เพื่อให้มีเมมาแล้วข่มขืนกระทำชำเรา ไม่อาจเข้าสู่กระบวนการนี้ได้ แต่ถ้าผู้เสียหายสมัครใจเสพยาเสพติดหรือดื่มแอลกอฮอล์เองและต่อมาถูกข่มขืนกระทำชำเรากรณีนี้ไม่ห้ามที่จะเข้ากระบวนการยุติธรรมเชิงพื้นที่

ผู้เขียนเห็นด้วยกับการกำหนดเงื่อนไขดังกล่าว เพราะในขั้นตอนการประชุมกลุ่มผู้เสียหายและผู้กระทำความผิดต้องมาพบกันโดยตรง หากผู้กระทำความผิดมีลักษณะนิสัยก้าวร้าวรุนแรงอาจกระทบกับความปลอดภัยของผู้เสียหายได้ และการใช้กำลังเกินกว่าความจำเป็นเพื่อบรรลุวัตถุประสงค์หรือการใช้อาวุธแสดงให้เห็นว่าผู้กระทำความผิดมีความโหดเหี้ยม ส่วนการใช้ของมีเมมาหรือยาเสพติดแสดงให้เห็นว่ามีการวางแผนเตรียมการ จึงไม่ควรให้ผู้กระทำความผิดที่มีพฤติกรรมเหล่านี้ได้รับประโยชน์จากกระบวนการยุติธรรมเชิงพื้นที่

4.3.3 อายุของผู้เสียหายและผู้กระทำความผิด

จากการศึกษาพบว่าประเทศสหรัฐอเมริกา (มลรัฐแอริโซนา) กำหนดให้ผู้เสียหายในคดีข่มขืนกระทำชำเราที่จะเข้าร่วมกระบวนการยุติธรรมเชิงพื้นที่ต้องมีอายุไม่ต่ำกว่า 18 ปี ประเทศนิวซีแลนด์กำหนดว่าผู้เสียหายต้องมีอายุไม่ต่ำกว่า 16 ปี สำหรับประเทศแคนาดา (มลรัฐมานิโตบา) ไม่กำหนดอายุขั้นต่ำของผู้เสียหายและผู้กระทำความผิดที่จะเข้ากระบวนการยุติธรรมเชิงพื้นที่ไว้แต่อย่างใด

ผู้เขียนเห็นว่าเกณฑ์อายุของประเทศสหรัฐอเมริกา (มลรัฐแอริโซนา) และประเทศนิวซีแลนด์น่าจะมาจากอายุที่ผู้เยาว์สามารถให้ความยินยอมในการร่วมประเวณีได้โดยชอบตามกฎหมาย (Age of sexual consent) กล่าวคือ ผู้ใดที่ร่วมประเวณีกับผู้เยาว์ที่มีอายุต่ำกว่าที่กฎหมายกำหนด แม้ผู้เยาว์จะยินยอมให้ร่วมประเวณี ผู้ที่ร่วมประเวณีด้วยก็มีความผิดตามกฎหมาย โดยในประเทศสหรัฐอเมริกา (มลรัฐแอริโซนา) กำหนดอายุที่ผู้เยาว์สามารถให้ความยินยอมในการร่วมประเวณีได้โดยชอบตามกฎหมายไว้ที่ 18 ปี²⁶ และประเทศนิวซีแลนด์กำหนดอายุไว้ที่ 16 ปี²⁷

ในเรื่องอายุที่ผู้เยาว์สามารถให้ความยินยอมในการร่วมประเวณีได้โดยชอบตามกฎหมายประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277 ของไทยกำหนดว่า “ผู้ใดกระทำชำเราเด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปี ซึ่งมีไข้หรือสติของตน โดยเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม ต้องระวางโทษ...” จะเห็นว่าประเทศไทยกำหนดอายุที่ผู้เยาว์สามารถให้ความยินยอมในการร่วมประเวณีได้โดยชอบตามกฎหมายไว้ที่อายุเกิน 15 ปีขึ้นไป สำหรับเด็กอายุไม่เกิน 15 ปี แม้จะยินยอมให้ผู้ใดกระทำชำเรา รัฐก็กำหนดให้

²⁶ Arizona Revised Statutes, Title 13 of Criminal Code Section 13-1405 (Sexual conduct with a minor; classification; definition)

²⁷ Crimes Act 1961 Section 134 (Sexual conduct with young person under 16)

ผู้กระทำความผิดเพราะรัฐต้องการคุ้มครองความบริสุทธิ์และความไร้เดียงสาทางเพศของเด็กมิให้ต้องมีประสบการณ์ทางเพศก่อนวัยอันควรเนื่องจากผู้ร่างกฎหมายมองว่าเด็กในวัยนี้ยังมีความเจริญเติบโตและพัฒนาการด้านต่างๆ เช่น ร่างกาย จิตใจ สติปัญญา การศึกษาอบรม และประสบการณ์ที่ไม่เพียงพอ²⁸

เมื่อพิจารณาแนวทางการกำหนดเกณฑ์อายุของประเทศสหรัฐอเมริกา (มลรัฐแอริโซนา) และประเทศนิวซีแลนด์ ซึ่งนำอายุที่ผู้เยาว์สามารถให้ความยินยอมในการร่วมประเวณีได้โดยชอบตามกฎหมายมาเป็นอายุขั้นต่ำในการพิจารณาว่าผู้เสียหายเหมาะสมที่จะเข้าร่วมกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูหรือไม่ ประกอบกับประมวลกฎหมายอาญามาตรา 277 ของไทยได้กำหนดเรื่องอายุที่ผู้เยาว์สามารถให้ความยินยอมในการร่วมประเวณีได้โดยชอบตามกฎหมายไว้เช่นเดียวกัน ผู้เขียนจึงเห็นว่าเกณฑ์อายุที่เหมาะสมสำหรับผู้เสียหายคดีข่มขืนกระทำชำเราที่จะใช้กระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูคือ ผู้เสียหายที่อายุเกิน 15 ปีขึ้นไป เพราะหากอนุญาตให้เด็กที่อายุไม่เกิน 15 ปีเข้าร่วมกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูได้ย่อมจะทำให้เจตนาธรรมของประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277 ที่มุ่งคุ้มครองมิให้เด็กมีประสบการณ์ทางเพศก่อนวันอันควรต้องเสียไป อาจมีผู้ใช้กระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูเป็นช่องทางที่ทำให้ตนไม่ต้องรับโทษตามกฎหมายดังกล่าว เหตุผลอีกประการหนึ่งคือกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูต้องอาศัยการตัดสินใจของผู้เสียหายประกอบหลายขั้นตอน เช่น ขั้นตอนแรกที่ตัดสินใจจะเข้าร่วมกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟู ขั้นตอนที่ตัดสินใจจะประชุมกลุ่มเผชิญหน้ากับผู้กระทำความผิด และขั้นตอนทำข้อตกลง หากผู้เสียหายอ่อนวัยเกินไปอาจยังไม่มีวุฒิภาวะเพียงพอในการเจรจาพูดคุยเผชิญหน้า อาจถูกหว่านล้อมชักจูงได้ง่าย และอาจตัดสินใจใดๆ ที่กระทบต่อสิทธิของตนไปโดยไม่คำนึงถึงผลประโยชน์ของตนอย่างรอบคอบเหมาะสม

สำหรับอายุของผู้กระทำความผิดนั้นไม่มีประเทศใดกำหนดเกณฑ์อายุขั้นต่ำไว้ อย่างไรก็ตามพระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553 กำหนดว่า หากจำเลยเป็นผู้เยาว์ที่อายุต่ำกว่า 18 ปี ต้องขึ้นศาลเยาวชนและครอบครัวซึ่งมีการนำกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูมาใช้แล้วตามมาตรา 90* โดยมุ่งที่จะเยียวยาผู้เสียหาย แก้ไข

²⁸ “พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 8) พ.ศ. 2530,” ราชกิจจานุเบกษา (ฉบับพิเศษ) เล่ม 104 ตอน 173, 1 กันยายน พ.ศ. 2530, หน้า 12.

* พระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553 มาตรา 90 บัญญัติว่า

“เมื่อมีการฟ้องคดีต่อศาลว่าเด็กหรือเยาวชนกระทำความผิดอาญาซึ่งมีอัตราโทษอย่างสูงให้จำคุกไม่เกินยี่สิบปี ถ้าปรากฏว่าเด็กหรือเยาวชนไม่เคยได้รับโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุกมาก่อน เว้นแต่เป็นความผิดที่ได้กระทำโดยประมาทหรือความผิดลหุโทษ ก่อนมีคำพิพากษา หากเด็กหรือเยาวชนสำนึกในการกระทำและผู้เสียหายยินยอมและโจทก์ไม่คัดค้าน และข้อเท็จจริงปรากฏว่าพฤติการณ์แห่งคดีไม่เป็นภัยร้ายแรงต่อสังคมเกินควร และศาลเห็นว่าเด็กหรือเยาวชนนั้นอาจกลับตนเป็นคนดีได้ และผู้เสียหายอาจได้รับการชดเชยเยียวยาตามสมควรหากนำวิธีจัดทำแผนแก้ไขบำบัดฟื้นฟู ซึ่งเป็นประโยชน์ต่ออนาคตของเด็กหรือเยาวชนและต่อผู้เสียหายมากกว่าการพิจารณาพิพากษา ให้ศาลมีคำสั่งให้ผู้อำนวยการสถานพินิจหรือบุคคลที่ศาลเห็นสมควรจัดให้มีการดำเนินการเพื่อจัดทำแผนดังกล่าว โดยมีเงื่อนไขให้เด็กหรือเยาวชน บิดา มารดา ผู้ปกครอง บุคคลหรือองค์กรซึ่งเด็กหรือเยาวชนอาศัยอยู่ด้วยปฏิบัติแล้วเสนอต่อศาลเพื่อพิจารณาภายในสามสิบวันนับแต่ที่ศาลมีคำสั่ง หากศาล

ผู้กระทำความผิดซึ่งเป็นเด็กและเยาวชนเพื่อให้กลับตนเป็นคนดีไม่กระทำความผิดซ้ำ รวมถึงยังกำหนดให้บิดา มารดา ผู้ปกครอง ซึ่งเป็นบุคคลใกล้ชิด (community of care) เข้ามามีบทบาทด้วย

อนึ่ง การนำกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูมาใช้กับคดีข่มขืนกระทำชำเราในประเทศไทยอาจมีข้อขัดแย้งได้ในกรณีที่ผู้เสียหายอายุไม่เกิน 15 ปีซึ่งผู้เขียนเห็นว่ายังไม่เหมาะสมที่จะเข้าร่วมกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟู แต่ผู้กระทำความผิดอายุต่ำกว่า 18 ปีซึ่งพระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553 มาตรา 90 กำหนดให้ใช้มาตรการพิเศษแทนการดำเนินคดีอาญาในลักษณะกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟู ในประเด็นนี้ผู้เขียนเห็นว่าการนำกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูมาใช้กับคดีข่มขืนกระทำชำเราจำเป็นต้องพิจารณาถึงการคุ้มครองประโยชน์ของผู้เสียหายที่อายุไม่เกิน 15 ปีและประโยชน์ของการแก้ไขเด็กและเยาวชนผู้กระทำความผิดควบคู่กันไป ซึ่งพระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553 มาตรา 90 ได้กำหนดเปิดช่องไว้ให้ศาลสามารถใช้ดุลพินิจพิจารณาว่าการใช้กระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูแก่เด็กและเยาวชนจะเป็นประโยชน์ต่ออนาคตของเด็กและเยาวชนผู้กระทำความผิดและต่อผู้เสียหายมากกว่าการพิจารณาพิพากษาหรือไม่ ด้วยเหตุนี้ ผู้เขียนจึงเห็นว่าคดีข่มขืนกระทำชำเราที่ผู้กระทำความผิดอายุไม่ถึง 18 ปีบริบูรณ์ อาจเป็นข้อยกเว้นที่ทำให้ผู้เสียหายซึ่งอายุไม่เกิน 15 ปีเข้าร่วมกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูได้ ทั้งนี้ ขึ้นอยู่กับดุลพินิจของผู้พิพากษาว่าเห็นสมควรให้ใช้กระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูเพื่อประโยชน์ของผู้เสียหายที่ถูกข่มขืนกระทำชำเราซึ่งยังเป็นเด็กเช่นเดียวกันหรือไม่

4.3.4 ประวัติการกระทำความผิดของผู้กระทำความผิด

จากการศึกษาพบว่าประเทศสหรัฐอเมริกา (มลรัฐแอริโซนา) และประเทศแคนาดา (มลรัฐมานิโตบา) นำประวัติการกระทำความผิดของผู้กระทำความผิดมาเป็นเงื่อนไขในการพิจารณาว่าควรนำกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูมาใช้กับคดีข่มขืนกระทำชำเราหรือไม่ โดยมีเงื่อนไขว่าผู้กระทำความผิดในคดีข่มขืนกระทำชำเราจะต้องเป็นผู้กระทำความผิดครั้งแรก (first-time offender) เนื่องจากกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูมีวัตถุประสงค์ที่สำคัญประการหนึ่งคือเพื่อให้ผู้กระทำความผิดเข้าใจและสำนึกในผลอันเกิดจากการกระทำของตนและแสดงความรับผิดชอบในผลที่เกิดขึ้น ซึ่งเป็นการแก้ไขปัญหาที่ต้นเหตุที่ระดับจิตสำนึกของผู้กระทำความผิด กระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูจึงมีผลด้านการแก้ไขผู้กระทำความผิดด้วย วัตถุประสงค์ของกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูข้อนี้จึงมีลักษณะเป็นการสนับสนุนและให้โอกาสผู้กระทำความผิดได้กลับตัว ดังนั้น ผู้ที่ควรได้รับโอกาสนี้จึงเป็นผู้ที่กระทำความผิดครั้งแรกซึ่งมีโอกาสที่จะแก้ไขกลับตัวได้มากกว่าผู้ที่เคยกระทำความผิดมาแล้ว

อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนไม่เห็นด้วยกับการกำหนดเงื่อนไขเรื่องประวัติการกระทำความผิดตามแนวทางของประเทศสหรัฐอเมริกา (มลรัฐแอริโซนา) และประเทศแคนาดา (มลรัฐมานิโตบา) เนื่องจากหากกำหนดเงื่อนไขว่าเฉพาะผู้กระทำความผิดครั้งแรกเท่านั้นที่สามารถเข้าร่วมกระบวนการ

เห็นชอบด้วยกับแผนแก้ไขบำบัดฟื้นฟูให้ดำเนินการตามนั้นและให้มีคำสั่งจำคุกไว้ชั่วคราว หากศาลไม่เห็นชอบให้ดำเนินกระบวนการพิจารณาต่อไป”

ยุติธรรมเชิงฟื้นฟูได้ย่อมาหมายความว่าผู้ที่เคยกระทำความผิดมาแล้วจะไม่มีโอกาสเข้าร่วมกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูได้อีกและต้องดำเนินคดีไปตามกระบวนการยุติธรรมปกติ หากท้ายที่สุดผู้กระทำความผิดถูกตัดสินลงโทษจำคุกจะเป็นการสร้างตราบาปทำลายคุณลักษณะของผู้กระทำความผิด (labeling or stigmatizing an offender)²⁹ ยากแก่การที่ผู้นั้นจะกลับมาดำเนินชีวิตตามปกติและเป็นสมาชิกที่มีคุณภาพของสังคมได้เพราะมีประวัติการกระทำความผิดติดตัว³⁰ อีกทั้งการเข้าไปอยู่ในเรือนจำเป็นการเพิ่มโอกาสที่ผู้กระทำความผิดจะได้เรียนรู้รายละเอียดเกี่ยวกับการกระทำความผิดมากขึ้นจากผู้ต้องขังคนอื่น ๆ เมื่อพ้นโทษแล้วจึงมีโอกาskerทำความผิดซ้ำสูง³¹ ด้วยเหตุนี้ กระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูจึงเปรียบเสมือนสิ่งที่น่าสนใจใช้เพื่อตัดวงจรการกระทำความผิดของผู้กระทำความผิด โดยการแก้ไขที่สาเหตุของการกระทำความผิดและลดโอกาสให้ผู้ที่เคยกระทำความผิดกลับมากระทำความผิดซ้ำอีก นอกจากนี้ กระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูมุ่งเน้นที่การแก้ไขผู้กระทำความผิดซึ่งการแก้ไขจะได้ผลดีหรือไม่ขึ้นอยู่กับความปรารถนาที่จะแก้ไขปรับปรุงตนเองของผู้กระทำความผิดเป็นสำคัญ³² ดังนั้น แม้ผู้กระทำความผิดจะไม่ใช้ผู้กระทำความผิดครั้งแรกแต่หากมีความปรารถนาที่จะแก้ไขปรับปรุงตนเอง รัฐควรให้โอกาสนั้นแก่ผู้กระทำความผิดเพราะหากผู้กระทำความผิดสามารถแก้ไขปรับปรุงตนเองได้สำเร็จย่อมเป็นผลดีแก่ทุกฝ่ายไม่ว่าจะเป็นผู้กระทำความผิดเอง ผู้เสียหาย หรือสังคมที่จะได้สมาชิกที่ดีเพิ่มขึ้น

อนึ่ง แม้ผู้เขียนเห็นว่าควรอนุญาตให้ผู้ที่เคยกระทำความผิดมาแล้วเข้าร่วมกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูได้ แต่กระบวนการแก้ไขผู้กระทำความผิดที่เคยกระทำความผิดมาแล้วจะต้องเข้มงวดกว่าผู้กระทำความผิดครั้งแรกเพื่อประโยชน์ในการแก้ไขผู้กระทำความผิดอันเป็นวัตถุประสงค์หลักของกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟู เช่น ระยะเวลาในการควบคุมความประพฤติผู้ที่เคยกระทำความผิดมาแล้วควรจะนานกว่าระยะเวลาในการควบคุมผู้กระทำความผิดครั้งแรก เป็นต้น

4.3.5 การแสดงความรับผิดชอบของผู้กระทำความผิด

ประเทศสหรัฐอเมริกา (มลรัฐแอริโซนา) กำหนดว่าในขั้นแรกของการเข้าร่วมกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูผู้กระทำความผิดต้องยอมรับว่ามีการกระทำซ้ำเราเกิดขึ้นแต่ยังไม่จำเป็นต้องยอมรับผิด เพราะผู้กระทำความผิดอาจกระทำไปเนื่องจากเข้าใจว่าผู้เสียหายยินยอม เหตุที่ผู้กระทำความผิดยังไม่จำเป็นต้องยอมรับผิดในขั้นตอนแรกเพราะประเทศสหรัฐอเมริกา (มลรัฐแอริโซนา) นำกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูมาใช้ในขั้นตอนก่อนฟ้อง พนักงานอัยการเป็นผู้มีอำนาจส่งคดีเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูโดยอาศัยอำนาจดุลพินิจในการเบี่ยงคดี ต่างจากในประเทศนิวซีแลนด์

²⁹ John Braithwaite, *Crime, Shame and Reintegration* (United States of America: Cambridge University Press, 1999), p. 100.

³⁰ อัจฉริยา ชูตินันท์, *อาชญาวิทยาและทัณฑวิทยา* (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2555), หน้า 98.

³¹ George B. Vold, Thomas J. Bernard and Jeffrey B. Snipes, *Theoretical Criminology* (New York: Oxford University Press, 2002), p. 211.

³² United Nations Office on Drugs and Crime, *Handbook on Restorative Justice Programmes* (New York: United Nations Publication, 2006), p. 37.

และประเทศแคนาดา (มลรัฐมานิโตบา) ซึ่งนำกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูมาใช้กับคดีข่มขืนกระทำชำเราในชั้นศาลเพื่อประกอบการพิจารณากำหนดโทษ ศาลจะนำกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูมาใช้ได้ย่อมต้องปรากฏเสียก่อนว่าผู้กระทำความผิดมีความผิดจริงตามฟ้อง ดังนั้น ในประเทศนิวซีแลนด์ และประเทศแคนาดา (มลรัฐมานิโตบา) จึงกำหนดเงื่อนไขต่างจากประเทศสหรัฐอเมริกา (มลรัฐแอริโซนา) โดยกำหนดว่าผู้กระทำความผิดต้องรับสารภาพแล้วหรือศาลพบว่ามีการกระทำความผิดตามฟ้องจริง

ผู้เขียนเห็นว่าการแสดงความรับผิดชอบของผู้กระทำความผิด (accountability) เป็นเงื่อนไขเบื้องต้นที่สำคัญสำหรับกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูเพราะเป็นสิ่งที่แสดงให้เห็นว่าผู้กระทำความผิดพร้อมที่จะรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นอันเป็นผลมาจากการกระทำของตน ทำให้สามารถยืนยันได้ในระดับหนึ่งว่าการนำกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูมาใช้กับคดีข่มขืนกระทำชำเรา น่าจะเป็นผลดีกับผู้เสียหายมากกว่าผลเสียและมีความเป็นไปได้สูงที่จะสัมฤทธิ์ผล ในทางกลับกัน หากผู้กระทำความผิดปฏิเสธข้อกล่าวหาทุกประการย่อมเป็นการยากที่จะทำให้ผู้กระทำความผิดสำนึกผิดและพร้อมที่จะรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้น หากผู้กระทำความผิดปฏิเสธที่จะแสดงความรับผิดชอบต่อใดๆ ย่อมขาดเงื่อนไขข้อนี้และแสดงให้เห็นว่าผู้กระทำความผิดไม่เหมาะสมที่จะเข้าร่วมกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟู

อนึ่ง ผู้กระทำความผิดบางคนอาจแสดงความรับผิดชอบต่อเพราะมุ่งหวังว่าตนจะได้รับโทษที่เบาลงเนื่องจากเข้ากระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟู แต่มิได้ประสงค์ที่จะเยียวยาผู้เสียหายหรือแก้ไขปรับปรุงตนเองอย่างแท้จริง ซึ่งขัดต่อหลักการของกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟู อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนเห็นว่าเงื่อนไขนี้เป็นเพียงเงื่อนไขประการหนึ่งในการคัดกรองผู้กระทำความผิดเท่านั้น มิได้หมายความว่าผู้ที่ผู้กระทำความผิดยอมแสดงความรับผิดชอบต่อโดยง่ายเพื่อหวังผลด้านการได้รับโทษลดลงจะทำให้ผู้กระทำความผิดได้เข้าร่วมกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูทุกกรณีแต่อย่างใด

เมื่อพิจารณาจากแนวทางของทั้งสามประเทศพบว่าระดับของการแสดงความรับผิดชอบต่อนั้นมีความสัมพันธ์กับขั้นตอนที่นำกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูมาใช้ในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาด้วย หากมีการนำกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูมาใช้กับคดีข่มขืนกระทำชำเราในประเทศไทยจำต้องพิจารณาประเด็นเรื่องคดีข่มขืนกระทำชำเราที่ยอมความได้และยอมความไม่ได้ประกอบด้วย ซึ่งผู้เขียนจะได้วิเคราะห์โดยละเอียดต่อไป

4.3.6 คุณพินิจของผู้มีอำนาจส่งคดีเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟู

แม้คดีข่มขืนกระทำชำเราจะมีเงื่อนไขต่างๆ ดังที่กล่าวมาแล้วครบถ้วน แต่ผู้มีอำนาจส่งคดีเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูอาจยังมีดุลพินิจในการควบคุมความเหมาะสมอยู่ โดยประเทศแคนาดา (มลรัฐมานิโตบา) กำหนดให้ผู้มีอำนาจส่งคดีต้องใช้ดุลพินิจพิจารณาเรื่อง “ความปลอดภัยของสังคม” ประกอบเงื่อนไขอื่นๆ ด้วยซึ่งเป็นการให้อำนาจดุลพินิจแก่ผู้มีอำนาจส่งคดีไว้อย่างกว้างเนื่องจากกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูในคดีข่มขืนกระทำชำเราไม่ใช้การลงโทษจำคุก แต่ให้ผู้กระทำความผิดอยู่ในความควบคุมของหน่วยงานใดหน่วยงานหนึ่งระหว่างที่ใช้กระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟู

ดังนั้น หากผู้กระทำความผิดเข้าร่วมกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูแล้วจะกระทบต่อความปลอดภัยของสังคมย่อมไม่ควรใช้กระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟู แต่ควรดำเนินคดีไปตามกระบวนการยุติธรรมทางอาญาตามปกติซึ่งมีระบบควบคุมผู้กระทำความผิดไม่ให้เกิดความปลอดภัยแก่ชุมชนที่เคร่งครัดกว่ากระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟู

เหตุที่ประเทศแคนาดา (มลรัฐมานิโตบา) กำหนดให้ผู้มีอำนาจส่งคดีต้องใช้ดุลพินิจพิจารณาเรื่อง “ความปลอดภัยของชุมชน” นั้นเนื่องมาจากประเทศแคนาดา (มลรัฐมานิโตบา) ให้ความสำคัญกับการแก้ไขผู้กระทำความผิดอย่างมาก³³ โดยมีแนวคิดว่าการแก้ไขผู้กระทำความผิดที่ได้ผลยั่งยืนที่สุดคือทำให้ผู้กระทำความผิดได้กลับมาอยู่ในชุมชนและสังคมเดิมของตน แต่การที่ผู้กระทำความผิดกลับมาอยู่ในสังคมเดิมของตนย่อมกระทบต่อความปลอดภัยของสังคมเช่นกัน ดังนั้น จึงต้องมีแนวทางการประเมินว่าผู้กระทำความผิดมีปัจจัยเสี่ยงที่อาจกระทบต่อความปลอดภัยของชุมชนมากน้อยเพียงใด ผู้กระทำความผิดที่มีความเป็นไปได้สูงที่จะปฏิบัติตามกฎและไม่กระทำความผิดซ้ำย่อมสมควรที่จะได้กลับไปอยู่ในชุมชนและสังคมเดิมของตนเสมือนกับรัฐให้รางวัลผู้กระทำความผิดที่มีความปรารถนาและความมุ่งมั่นที่จะพัฒนาตนเองให้ดีขึ้น แม้ผู้กระทำความผิดบางคนมีแนวโน้มที่จะกระทำความผิดซ้ำมากกว่าคนอื่นแต่ในขณะเดียวกันแนวโน้มเช่นว่านั้นสามารถเปลี่ยนแปลงได้เสมอด้วยเหตุนี้ ในการใช้ดุลพินิจพิจารณาเรื่อง “ความปลอดภัยของชุมชน” จึงต้องชั่งน้ำหนักปัจจัยเสี่ยงต่างๆ³⁴ เพื่อหาดุลยภาพระหว่างการให้ผู้กระทำความผิดกลับมาอยู่ในชุมชนเพื่อประโยชน์ด้านการแก้ไขผู้กระทำความผิดอย่างยั่งยืนกับการควบคุมผู้กระทำความผิดไว้เพื่อความปลอดภัยของสังคม ปัจจัยที่นำมาใช้ในการประเมินหรือชั่งน้ำหนักว่าการให้ผู้กระทำความผิดเข้ากระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูมีความเสี่ยงต่อความปลอดภัยของสังคมหรือไม่มีหลายประการ เช่น ประวัติการกระทำความผิดของผู้กระทำความผิด ทศนคติของผู้กระทำความผิด ปัญหาส่วนตัวของผู้กระทำความผิด เช่น ปัญหาความรุนแรงในครอบครัว ปัญหาสุราหรือยาเสพติด ตลอดจนแรงจูงใจในการแก้ไขปรับปรุงตนเองของผู้กระทำความผิด

ผู้เขียนเห็นด้วยกับการกำหนดเงื่อนไขดังกล่าว เพราะการพิจารณาเรื่องความปลอดภัยของสังคม คือการพิจารณาประโยชน์ของทุกฝ่ายในภาพรวม กล่าวคือ หากผู้กระทำความผิดได้ใช้ชีวิตตามปกติในชุมชนแต่ยังมีลักษณะที่อาจก่อให้เกิดความไม่ปลอดภัยกับชุมชน ผู้เสียหายอาจหวาดกลัวต่อการดำเนินชีวิตตามปกติและเสี่ยงต่อการตกเป็นผู้เสียหายซ้ำอีก สำหรับผู้กระทำความผิดเองก็เสี่ยงที่จะกระทำความผิดซ้ำเพราะยังไม่ได้รับการแก้ไขอย่างถูกต้อง และสมาชิกในชุมชนคนอื่นๆ ก็เสี่ยงที่จะตกเป็นเหยื่อของการกระทำความผิดด้วยด้วยเช่นกัน

³³ Manitoba Government, *Alternatives to Incarceration* [Online], November 1999. Source <http://www.ajic.mb.ca/volumel/chapter10.html>

³⁴ Correctional Service Canada, *Protecting Society Through Community Corrections* [Online], 30 June 2007. Source <http://www.csc-scc.gc.ca/text/pblct/protect/broch-eng.shtml>

4.3.7 ความยินยอมของผู้เสียหายและผู้กระทำความผิด

เงื่อนไขเรื่องความยินยอมนี้ปรากฏในหลักการพื้นฐานว่าด้วยการดำเนินโครงการกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูในคดีอาญา (Basic Principles on the Use of Restorative Justice Programmes in Criminal Matters) ข้อ 7 ซึ่งวางหลักการอันเป็นเงื่อนไขสำคัญว่าผู้เสียหายและผู้กระทำความผิดต้องยินยอมโดยอิสระและสมัครใจที่จะเข้าร่วมกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟู จากการศึกษาพบว่าทั้งสามประเทศกำหนดเงื่อนไขเรื่องความยินยอมไว้ในแนวทางเดียวกัน คือ ผู้เสียหายและผู้กระทำความผิดยินยอมเข้าร่วมกระบวนการโดยสมัครใจ ไม่ถูกบังคับหรือกดดัน สอดคล้องกับหลักการพื้นฐานว่าด้วยการดำเนินโครงการกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูในคดีอาญา

ผู้เขียนเห็นว่าเงื่อนไขเรื่องความยินยอมเป็นเงื่อนไขที่สำคัญอย่างยิ่ง เพราะแม้ว่ากระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูจะเป็นกระบวนการยุติธรรมที่ให้ความสำคัญกับการเยียวยาผู้เสียหายและการแก้ไขผู้กระทำความผิดตลอดจนให้ความสำคัญกับชุมชน อย่างไรก็ตาม ผู้เสียหายและผู้กระทำความผิดในคดีอาญายังคงมีสิทธิในการต่อสู้คดีตามกระบวนการยุติธรรมทางอาญาอันเป็นสิทธิที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 40 บัญญัติรับรองไว้ แม้รัฐจะเห็นประโยชน์จากการใช้กระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูและคดีข่มขืนกระทำชำเราเข้าเงื่อนไขต่างๆ ดังที่กล่าวมา แต่รัฐไม่อาจบังคับให้ผู้เสียหายและผู้กระทำความผิดซึ่งเป็นผู้มีส่วนได้เสียในผลแห่งคดีต้องเข้าร่วมกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูได้ แม้ผู้กระทำความผิดจะยอมรับผิดหรือศาลพิพากษาว่ามีความผิด ผู้เสียหายอาจไม่ต้องการเผชิญหน้าพูดคุยกับผู้กระทำความผิดและต้องการให้ผู้กระทำรับโทษตามกระบวนการยุติธรรมทางอาญา หรือผู้กระทำความผิดอาจไม่ต้องการเผชิญหน้ากับผู้เสียหายแต่ยอมรับโทษตามคำพิพากษาก็เป็นได้ นอกจากนี้ ผู้เขียนเห็นว่าหากผู้เสียหายและผู้กระทำความผิดไม่เปิดใจยอมรับและยินยอมเข้าร่วมกระบวนการด้วยความสมัครใจตั้งแต่แรกย่อมมีความเป็นไปได้สูงที่กระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูจะไม่สัมฤทธิ์ผล

ตารางที่ 4

ตารางเปรียบเทียบเงื่อนไขของการนำกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูมาใช้กับคดีข่มขืนกระทำชำเรา

เงื่อนไข	ประเทศ	สหรัฐอเมริกา (มลรัฐแอริโซนา)	นิวซีแลนด์	แคนาดา (มลรัฐมานิโตบา)
ความสัมพันธ์ ระหว่างคู่กรณี		- เป็นการข่มขืนกระทำชำเราที่คู่กรณีรู้จักกันหรือมีความสัมพันธ์กัน (acquaintance rape) เว้นแต่ความสัมพันธ์ลักษณะต่อเนื่อง (ongoing relationship)	- เป็นการข่มขืนกระทำชำเราที่คู่กรณีรู้จักกันหรือมีความสัมพันธ์กัน (acquaintance rape) รวมถึงความสัมพันธ์ลักษณะต่อเนื่อง (ongoing relationship)	ไม่นำความสัมพันธ์ระหว่างคู่กรณีมาเป็นเงื่อนไข

ประเทศ เงื่อนไข	สหรัฐอเมริกา (มลรัฐแอริโซนา)	นิวซีแลนด์	แคนาดา (มลรัฐมานิโตบา)
การใช้ความรุนแรง	- ไม่ใช่กำลังเกินความจำเป็นเพื่อบรรลุจุดประสงค์ของการกระทำความผิด - ไม่ใช่อาวุธ - ไม่มีการหลอกหรือบังคับให้ผู้เสียหายเสพยาเสพติดหรือดื่มแอลกอฮอล์เพื่อให้มีเมมา เว้นแต่ผู้เสียหายสมัครใจเสพยาเสพติดหรือดื่มแอลกอฮอล์เอง	-	-
อายุของผู้เสียหายและผู้กระทำความผิด	ผู้เสียหายอายุไม่ต่ำกว่า 18 ปี	ผู้เสียหายอายุไม่ต่ำกว่า 16 ปี	-
ประวัติการกระทำความผิดของผู้กระทำความผิด	เป็นผู้กระทำความผิดครั้งแรก	-	เป็นผู้กระทำความผิดครั้งแรก
การแสดงความรับผิดชอบของผู้กระทำความผิด	ต้องยอมรับว่ามีการกระทำซ้ำเราเกิดขึ้นแต่ยังไม่จำเป็นต้องยอมรับผิด	รับสารภาพหรือศาลพบว่ามีการกระทำความผิดตามฟ้อง	รับสารภาพหรือศาลพบว่ามีการกระทำความผิดตามฟ้อง
ดุลพินิจของผู้มีอำนาจส่งคดีเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟู	-	-	คดีนั้นต้องไม่กระทบต่อความปลอดภัยของสังคม
ความยินยอมของผู้เสียหายและผู้กระทำความผิด	ผู้เสียหายและผู้กระทำความผิดยินยอมเข้าร่วมกระบวนการโดยสมัครใจ	ผู้เสียหายและผู้กระทำความผิดยินยอมเข้าร่วมกระบวนการโดยสมัครใจ	ผู้เสียหายและผู้กระทำความผิดยินยอมเข้าร่วมกระบวนการโดยสมัครใจ

4.4 ขั้นตอนและวิธีการเชิงฟื้นฟูสำหรับคดีข่มขืนกระทำชำเรา

จากการศึกษาพบว่าประเทศสหรัฐอเมริกา (มลรัฐแอริโซนา) ประเทศนิวซีแลนด์ และประเทศแคนาดา (มลรัฐมานิโตบา) กำหนดขั้นตอนของการดำเนินกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูไว้ 4 ขั้นตอนหลัก คือ

- (1) การส่งคดีเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟู
- (2) การเตรียมความพร้อมก่อนการประชุมกลุ่มหรือการพิพากษาโดยการประชุมล้อมวง
- (3) การประชุมกลุ่มหรือการพิพากษาโดยการประชุมล้อมวง (ขั้นตอนที่ผู้เสียหายและผู้กระทำความผิดมาพบกันโดยตรง) และ
- (4) การติดตามผลหลังการประชุมกลุ่มหรือการพิพากษาโดยการประชุมล้อมวง

วิธีการเชิงฟื้นฟูจะแทรกอยู่ในขั้นตอนต่างๆ ดังกล่าวโดยสามารถแยกพิจารณาวิธีการเชิงฟื้นฟูสำหรับคดีข่มขืนกระทำชำเราได้ 4 ประเด็นหลัก คือ

- (1) การเยียวยาผู้เสียหายและการป้องกันมิให้ผู้เสียหายตกเป็นเหยื่อซ้ำ
- (2) การแก้ไขผู้กระทำความผิด
- (3) การมีส่วนร่วมของชุมชน และ
- (4) บทบาทหน้าที่ของผู้ประสานการประชุม

4.4.1 การเยียวยาผู้เสียหายและการป้องกันมิให้ผู้เสียหายตกเป็นเหยื่อซ้ำ

เนื่องจากการเยียวยาผู้เสียหายและการป้องกันมิให้ผู้เสียหายตกเป็นเหยื่อซ้ำเป็นสิ่งที กระบวนการยุติธรรมทางอาญาไม่ให้ความสำคัญแต่เป็นหัวใจสำคัญของกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟู ประกอบกับลักษณะของคดีข่มขืนกระทำชำเราที่ผู้เสียหายได้รับความเสียหายอย่างมากโดยเฉพาะ ความเสียหายต่อจิตใจ ประเทศสหรัฐอเมริกา (มลรัฐแอริโซนา) ประเทศนิวซีแลนด์ และประเทศ แคนาดา (มลรัฐมานิโตบา) จึงให้ความสำคัญกับการฟื้นฟูผู้เสียหายโดยมีรายละเอียดวิธีการเยียวยา ผู้เสียหายและการป้องกันมิให้ผู้เสียหายตกเป็นเหยื่อซ้ำที่เหมือนกันและแตกต่างกันไปหลายประการ

ทั้งสามประเทศให้ความสำคัญกับขั้นตอนการเตรียมความพร้อมก่อนการประชุมเป็นอย่างมาก เพราะขั้นตอนนี้มีส่วนสำคัญในการเยียวยาความเสียหายต่อจิตใจของผู้เสียหายในคดีข่มขืน กระทำชำเราและป้องกันมิให้ผู้เสียหายตกเป็นเหยื่อซ้ำในขั้นตอนที่มีการเผชิญหน้ากับผู้กระทำความผิด ในขั้นตอนการเตรียมความพร้อม เจ้าหน้าที่โครงการกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูของแต่ละ ประเทศจะนัดพบผู้เสียหายและผู้กระทำความผิดเพื่อทำความเข้าใจโดยจะยังไม่ให้ผู้เสียหายและผู้กระทำความผิดพบกัน ในขั้นตอนนี้ หากพิจารณาในด้านผู้เสียหาย การเตรียมความพร้อมจะช่วย สร้างความมั่นใจในการเผชิญหน้ากับผู้กระทำความผิดและสร้างความเข้าใจที่ถูกต้องให้แก่ผู้เสียหายว่า กระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูจะให้ผลลัพธ์ไปในแนวทางเช่นใด หากผู้เสียหายไม่มีความเข้าใจที่ ถูกต้อง ผู้เสียหายอาจคาดหวังเกินควรและอาจผิดหวังในขั้นตอนการประชุมซึ่งย่อมก่อให้เกิดความ

เสียหายต่อจิตใจของผู้เสียหายยิ่งกว่าเดิม ในระหว่างการเตรียมความพร้อม ผู้เสียหายจะได้บอกเล่าเรื่องราวต่างๆ ที่เกิดขึ้นโดยไม่ได้อยู่ในบรรยากาศของความกดดันจากการสอบสวนหรือการสืบพยาน ซึ่งจะช่วยบรรเทาและเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นกับผู้เสียหายได้อยู่ในตัว โดยเฉพาะความเสียหายต่อจิตใจ สำหรับผู้กระทำความผิด การเตรียมความพร้อมมีความสำคัญอย่างยิ่งต่อการเปลี่ยนความคิดของผู้กระทำความผิด ในขั้นตอนนี้เจ้าหน้าที่โครงการต้องดำเนินการไปจนแน่ใจว่าผู้กระทำความผิดเกิดความสำนึกและพร้อมจะรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นอย่างแท้จริง มิฉะนั้นผู้กระทำความผิดอาจกล่าวหาว่าหรือกระทำการใดในขั้นตอนการประชุมซึ่งส่งผลให้ผู้เสียหายได้รับความเสียหายและอับอายมากขึ้น

อย่างไรก็ตาม จากการศึกษาพบว่าประเทศสหรัฐอเมริกา (มลรัฐแอริโซนา) ได้กำหนดวิธีการเยียวยาผู้เสียหายไว้โดยเฉพาะหลายประการ โดยเมื่อผู้เสียหายและผู้กระทำความผิดยินยอมเข้าร่วมกระบวนการเชิงฟื้นฟูอย่างเป็นทางการแล้ว ผู้เสียหายมีสิทธิขอรับค่าทดแทนจากโครงการ RESTORE ได้เพื่อนำไปใช้จ่ายตามความจำเป็นก่อน เช่น ค่ารักษาพยาบาล ค่าเดินทาง เป็นต้น นอกจากนี้ยังกำหนดว่าเมื่อผู้กระทำความผิดปฏิบัติตามข้อตกลงได้ครบถ้วน ผู้กระทำความผิดต้องเขียนจดหมายแสดงความรู้สึกให้แก่ผู้เสียหายเพื่อให้ผู้เสียหายทราบว่าผลของกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูเป็นอย่างไร นอกจากนี้ ประเทศแคนาดามีวิธีการเยียวยาผู้เสียหายที่เป็นการเฉพาะเช่นเดียวกัน ในขั้นตอนการพิพากษาโดยการประชุมล้อมวง ผู้เข้าร่วมการพิพากษาโดยการประชุมล้อมวงจะร่วมกันกล่าวชื่นชมผู้เสียหายที่กล้าหาญในการนำคดีมาเรียกร้องความยุติธรรมเพื่อช่วยให้ผู้เสียหายบรรเทาความรู้สึกผิดและการโทษตัวเอง

สำหรับการป้องกันมิให้ผู้เสียหายตกเป็นเหยื่อซ้ำ จากการศึกษาพบว่า ประเทศสหรัฐอเมริกา (มลรัฐแอริโซนา) และประเทศนิวซีแลนด์กำหนดว่าผู้เสียหายที่ไม่ต้องการเผชิญหน้ากับผู้กระทำความผิดโดยตรงสามารถตั้งตัวแทนเข้าร่วมการประชุมกลุ่มแทนได้ ผู้เขียนเห็นว่าการอนุญาตให้ผู้เสียหายตั้งตัวแทนได้เป็นแนวทางการป้องกันการตกเป็นเหยื่อซ้ำที่สำคัญสำหรับคดีข่มขืนกระทำชำเรา เพราะผู้เสียหายบางคนอาจไม่ต้องการเผชิญหน้ากับผู้กระทำความผิดโดยตรงไม่ว่าด้วยสาเหตุใด แต่ในขณะเดียวกันก็ต้องการเข้าร่วมกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟู ซึ่งสามารถทำได้โดยการเขียนจดหมายแสดงความรู้สึกและผลกระทบที่เกิดขึ้นกับผู้เสียหาย (impact statement) และให้ตัวแทนอ่านในที่ประชุม และตัวแทนจะทำหน้าที่เจรจาเกี่ยวกับรายละเอียดต่างๆ ที่ต้องตกลงกันแทนผู้เสียหาย

นอกจากนี้ ประเทศสหรัฐอเมริกา (มลรัฐแอริโซนา) ยังได้กำหนดรายละเอียดปลีกย่อยแต่มีความสำคัญต่อการป้องกันมิให้ผู้เสียหายในคดีข่มขืนกระทำชำเราตกเป็นเหยื่อซ้ำอีกหลายประการ เช่น ในขั้นตอนการเตรียมความพร้อมและขั้นตอนการประชุมกลุ่ม ผู้จัดการคดีจะแนะนำและคอยควบคุมมิให้ผู้กระทำความผิดเรียกการกระทำที่เกิดขึ้นว่า “การข่มขืนกระทำชำเรา” หรือเรียกตัวเองว่าเป็น “ผู้ข่มขืนกระทำชำเรา” เพื่อไม่ให้ถ้อยคำดังกล่าวกระทบต่อความรู้สึกของผู้เสียหาย หรือแม้กระทั่งการจัดโต๊ะประชุมกลุ่มซึ่งโดยปกติกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูที่ใช้รูปแบบการประชุมกลุ่มจะไม่มีโต๊ะกลางแต่จะนั่งเป็นวงกลมเพื่อเป็นสัญลักษณ์ว่าผู้เข้าร่วมประชุมกลุ่มควรเปิดเผยความจริงต่อกัน แต่ประเทศสหรัฐอเมริกา (มลรัฐแอริโซนา) เห็นว่าคดีข่มขืนกระทำชำเรามีลักษณะพิเศษที่

ต่างจากคดีอื่น จึงกำหนดว่าในการประชุมกลุ่มจะต้องมีโต๊ะประชุมกึ่งกลางเพื่อมิให้ผู้กระทำความผิด มีโอกาสจ้องมองร่างกายของผู้เสียหายและการจัดตำแหน่งการนั่งที่เหมาะสมจะช่วยป้องกันมิให้ผู้กระทำความผิดเข้าถึงตัวผู้เสียหายได้โดยง่ายเพื่อเพิ่มความปลอดภัยให้แก่ผู้เสียหาย เป็นต้น

สำหรับประเทศนิวซีแลนด์มีวิธีการเชิงฟื้นฟูที่มุ่งต่อการป้องกันมิให้ผู้เสียหายในคดีข่มขืน กระทำซ้ำเราตกเป็นเหยื่อซ้ำในรายละเอียดเช่นกันคือการจัดลำดับการพูดในที่ประชุมกลุ่ม โดยกำหนดว่าผู้กระทำความผิดต้องเริ่มเล่าเรื่องราวก่อนเป็นคนแรก เพื่อให้ผู้กระทำความผิดได้ยอมรับในสิ่งที่ตนทำต่อหน้าผู้เสียหาย ครอบครัว และผู้เข้าร่วมประชุมคนอื่น หลังจากที่ผู้กระทำความผิดได้ยอมรับในการกระทำของตนแล้ว ผู้เสียหายจึงจะเล่าเรื่องในมุมมองของตน แม้ลำดับการพูดก่อนหลังอาจเป็นเรื่องในรายละเอียด แต่ผู้เขียนเห็นว่าเป็นเรื่องที่มีความสำคัญเพราะหากกำหนดให้ผู้เสียหายเริ่มกล่าวในที่ประชุมก่อนอาจเกิดเหตุการณ์ที่ผู้กระทำความผิดกล่าวบิดเบือนและโยนความผิดให้แก่ผู้เสียหายในที่ประชุมต่อหน้าคนอื่นเมื่อถึงลำดับการพูดของผู้กระทำความผิดได้

4.4.2 การแก้ไขผู้กระทำความผิด

ผู้เขียนเห็นว่าหากผู้กระทำความผิดคดีข่มขืนกระทำซ้ำเราอยู่ในวิสัยที่จะแก้ไขปรับปรุง พฤติกรรมได้และได้รับการแก้ไขที่เหมาะสมย่อมจะเกิดประโยชน์ต่อทุกฝ่ายไม่ว่าจะเป็นผู้เสียหาย ผู้กระทำความผิด และชุมชนหรือสังคมโดยรวมมากกว่าการจำคุกเพื่อป้องกันหรือตัดโอกาสมิให้ กระทำความผิดซึ่งเป็นการแก้ปัญหที่ปลายเหตุ

จากการศึกษา ผู้เขียนพบว่าการแก้ไขผู้กระทำความผิดคดีข่มขืนกระทำซ้ำเราตามแนวทาง ของกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูประกอบด้วยกระบวนการ 2 ส่วน ส่วนแรกคือการทำให้ผู้กระทำความผิดสำนึกผิดและรับผิดชอบต่อสิ่งที่ตนกระทำด้วยการเยียวยาผู้เสียหาย และส่วนที่สองคือการ ค้นหาสาเหตุของการกระทำความผิดเป็นรายบุคคล แม้การข่มขืนกระทำซ้ำเราจะเป็นการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศแต่สาเหตุของการข่มขืนกระทำซ้ำเราอาจไม่ได้เกี่ยวข้องกับความต้องการทาง เพศเสมอไป การข่มขืนกระทำซ้ำเราเกิดได้จากหลายสาเหตุและมีหลายรูปแบบ³⁵ เช่น ผู้กระทำความผิดบางคนต้องการแสดงว่าตนมีอำนาจเหนือกว่าจึงใช้การข่มขืนกระทำซ้ำเราเป็นเครื่องแสดง อำนาจ (Power Rape) ผู้กระทำความผิดบางคนรู้สึกโกรธแค้นจึงใช้การข่มขืนกระทำซ้ำเราเป็นเครื่อง ระบายความโกรธแค้น (Anger Rape) ผู้กระทำความผิดบางคนอาจมีความผิดปกติทางกายหรือทาง จิต หรืออาจเป็นบุคคลที่ติดยาเสพติดหรือเสพยาเป็นอาชญากรกระทบต่อการควบคุมพฤติกรรมของตน เป็นต้น จะเห็นได้ว่าสาเหตุและรูปแบบของการข่มขืนกระทำซ้ำเรานั้นเป็นเรื่องซับซ้อนเกินกว่าจะ แก้ไขด้วยการลงโทษจำคุกเพื่อตัดบุคคลเหล่านี้ออกจากสังคมเพียงชั่วคราว

กระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูที่ใช้กับคดีข่มขืนกระทำซ้ำเราของแต่ละประเทศมีรายละเอียด เกี่ยวกับวิธีการเชิงฟื้นฟูเพื่อแก้ไขผู้กระทำความผิดแทรกอยู่ในทุกขั้นตอนของกระบวนการยุติธรรมเชิง ฟื้นฟูเสมอ ไม่ว่าจะเป็นขั้นตอนการเตรียมความพร้อม การประชุม หรือการติดตามผล โดยทุก ประเทศให้ความสำคัญกับขั้นตอนเตรียมความพร้อมให้แก่ผู้กระทำความผิด เพราะในขั้นตอนเตรียม

³⁵ Julie A. Allison and Lawrence S. Wrightsman, *Rape: The Misunderstood Crime*, p. 55.

ความพร้อมนี้จะเปิดโอกาสให้ผู้กระทำความผิดได้เล่ารายละเอียดของเหตุการณ์ตลอดจนความรู้สึกของผู้กระทำความผิดต่อสิ่งที่เกิดขึ้นซึ่งจะช่วยให้ผู้กระทำความผิดเปิดใจยอมรับในการกระทำความผิดของตนอันจะเป็นจุดเริ่มต้นของการสำนึกผิดและการแสดงความรับผิดชอบต่อผู้เสียหายในขั้นตอนต่อไป และให้ความสำคัญกับขั้นตอนการติดตามผลซึ่งจะช่วยส่งเสริมและควบคุมให้ผู้กระทำความผิดสามารถปฏิบัติตามข้อตกลงได้ครบถ้วน เป็นผลดีต่อการแก้ไขผู้กระทำความผิด และยังเป็นผลดีต่อการเยียวยาผู้เสียหายด้วย

อย่างไรก็ตาม ในแต่ละประเทศมีรายละเอียดและจุดเน้นของวิธีการแก้ไขผู้กระทำความผิดที่แตกต่างกันอยู่บ้าง ประเทศสหรัฐอเมริกา (มลรัฐแอริโซนา) กำหนดว่าเมื่อผู้กระทำความผิดยินยอมเข้าร่วมโครงการ RESTORE จะต้องเข้ารับการตรวจประเมินสุขภาพจิตทางเพศ (psychosexual evaluation) โดยผู้เชี่ยวชาญ ซึ่งจะเป็นการประเมินเพื่อให้ได้ข้อมูลเกี่ยวกับประวัติส่วนตัวและประวัติทางเพศของผู้เสียหาย เหตุปัจจัยที่มีผลในการกระทำความผิดของผู้เสียหาย และสิ่งที่จะกระตุ้นอารมณ์ของผู้เสียหายได้ เพื่อให้แน่ใจว่าผู้กระทำความผิดเหมาะสมที่จะเข้าร่วมกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูอย่างแท้จริง ในขั้นตอนการประชุมกลุ่ม ผู้ประสานการประชุมจะขอให้ผู้กระทำความผิดกล่าวทบทวนสิ่งที่ผู้เสียหายพูดเพื่อให้แน่ใจว่าผู้กระทำความผิดได้ฟังและเข้าใจในผลกระทบที่เกิดขึ้นกับผู้เสียหายอย่างแท้จริง ผู้เขียนเห็นว่าวิธีการนี้ต่างกับในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาตามปกติอย่างมาก เพราะในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาเป็นการต่อสู้กันโดยโจทก์มุ่งจะพิสูจน์ว่าจำเลยกระทำความผิดเพื่อให้จำเลยรับโทษสาสมกับการกระทำความผิด จำเลยหรือผู้กระทำความผิดจำเป็นต้องต่อสู้เพื่อให้ตนไม่ต้องรับโทษหรือรับโทษน้อยที่สุดเท่าที่จะทำได้ แม้ท้ายที่สุดผู้กระทำความผิดจะได้รับโทษตามคำพิพากษาแต่โทษทางอาญาไม่ให้ความสำคัญกับการเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้น การที่ผู้กระทำความผิดได้รับโทษทางอาญาจึงมิได้หมายความว่าผู้กระทำความผิดจะสำนึกผิดและรับผิดชอบในความเสียหายจากการกระทำของตนเสมอไป แต่ในขั้นตอนการประชุมกลุ่มที่ให้ผู้กระทำความผิดกล่าวทบทวนสิ่งที่ผู้เสียหายพูดนั้นจะทำให้ผู้กระทำความผิดได้รับรู้และเข้าใจถึงความเสียหายที่ตนก่ออันจะนำไปสู่ความสำนึกผิดและพร้อมที่จะรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นอย่างแท้จริง นอกจากนี้ ข้อตกลงที่ได้จากการประชุมกลุ่มมักกำหนดให้ผู้กระทำความผิดเข้ารับการบำบัดรักษาตามสมควรโดยพิจารณาจากผลการประเมินสุขภาพจิตทางเพศ (psychosexual evaluation) ที่ได้ทำไว้ในตอนต้น และให้อยู่ในความควบคุมดูแลและตรวจสอบโดยองค์กรระดับชุมชนเป็นระยะเวลา 12 เดือน หน่วยงานนี้จะช่วยส่งเสริมและสนับสนุนให้ผู้กระทำความผิดสามารถปฏิบัติตามข้อตกลงได้สำเร็จลุล่วง มีการติดตามผลและนัดพบค่อนข้างบ่อยและสม่ำเสมอทั้งรายสัปดาห์ รายเดือน และสามเดือน ซึ่งจะเป็ผลดีต่อการแก้ไขปรับปรุงตัวผู้กระทำความผิดเอง

สำหรับประเทศแคนาดา (มลรัฐมานิโตบา) มีวิธีการเชิงฟื้นฟูที่มุ่งต่อการแก้ไขผู้กระทำความผิดที่เป็นการเฉพาะเช่นเดียวกัน ในขั้นตอนการพิพากษาโดยการประชุมล้อมวง ผู้เข้าร่วมการพิพากษาโดยการประชุมล้อมวงจะร่วมกันกล่าวกับผู้กระทำความผิดโดยตรงเพื่อให้ผู้กระทำความผิดทราบและเข้าใจถึงผลกระทบที่เกิดขึ้นจากการกระทำของผู้กระทำความผิด ผู้เขียนเห็นว่าการกระทำเช่นนี้มีลักษณะเป็นการประณามตำหนิผู้กระทำความผิดอันเป็นวัตถุประสงค์ประการหนึ่งของกระบวนการยุติธรรมทางอาญา และในขณะเดียวกันก็เป็นการยืนยันให้ผู้กระทำความผิดทราบและ

ตระหนักถึงผลเสียหายที่เกิดขึ้นจากมุมมองของคนอื่นๆ นอกเหนือไปจากผู้เสียหายซึ่งรวมถึงบุคลากรในกระบวนการยุติธรรมที่เข้าร่วมประชุมล้อมวงด้วยอันจะช่วยให้ผู้กระทำความผิดเกิดความสำนึกผิดมากยิ่งขึ้น นอกจากนี้ ผู้กระทำความผิดที่ผ่านกระบวนการทั้งหมดแล้วจะได้รับการทาบตามให้เข้าร่วมเป็นอาสาสมัครของโครงการ Community Holistic Circle Healing ผู้กระทำความผิดที่ผ่านกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูมาทุกขั้นตอนแล้วจะมีความเข้าใจที่ลึกซึ้งต่อเรื่องราวที่เกิดขึ้น และเป็นโอกาสให้ได้ทำตัวเป็นประโยชน์ต่อผู้อื่น ทำให้ผู้กระทำความผิดรู้สึกว่าคุณค่าต่อผู้อื่นอันจะเป็นรากฐานแห่งความรู้สึกมีคุณค่าในตัวเอง (self-esteem)

ผู้เขียนมีข้อสังเกตว่าไม่มีประเทศใดที่อนุญาตให้ผู้กระทำความผิดตั้งตัวแทนเข้าร่วมกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูได้ ต่างจากกรณีผู้เสียหายที่สามารถตั้งตัวแทนเข้าร่วมประชุมกลุ่มได้ประเด็นนี้ผู้เขียนเห็นด้วยกับการไม่อนุญาตให้ผู้กระทำความผิดตั้งตัวแทนเข้าร่วมกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูในทุกขั้นตอน เพราะผู้กระทำความผิดคือผู้ที่ต้องได้รับการแก้ไขปรับปรุง ซึ่งในแต่ละขั้นตอนของกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูจะแทรกกระบวนการแก้ไขผู้กระทำความผิดไว้เสมอ โดยเฉพาะในขั้นตอนการประชุมที่ต้องเผชิญหน้ากับผู้ที่ได้รับผลกระทบจากการกระทำของตนเป็นขั้นตอนสำคัญที่จะทำให้ผู้กระทำความผิดเกิดความเห็นอกเห็นใจและสำนึกในการกระทำของตน ด้วยเหตุนี้ จึงไม่อาจให้ผู้ใดเข้าร่วมกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูแทนผู้กระทำความผิดได้

4.4.3 การมีส่วนร่วมของชุมชน

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วในบทที่ 3 ว่า “ชุมชน” ในกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูสามารถแบ่งได้เป็นสองลักษณะ คือ ชุมชนแห่งความปรารถนาดี (community of care) ซึ่งหมายถึงกลุ่มบุคคลที่ใกล้ชิดผูกพันกัน และชุมชนเชิงพื้นที่ (community of place) ซึ่งเกิดจากการรวมกลุ่มตามภูมิศาสตร์หรือพื้นที่

บุคคลใกล้ชิด หรือชุมชนแห่งความปรารถนาดี (community of care) ไม่มีบทบาทใดๆ ในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา แต่มีบทบาทอย่างยิ่งในการนำกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูมาใช้กับคดีข่มขืนกระทำชำเรา เพราะบุคคลเหล่านี้คือผู้ที่ได้รับผลกระทบจากการกระทำความผิดเช่นกัน บุคคลใกล้ชิดของผู้เสียหายย่อมเสียใจและรู้สึกโกรธแค้นที่ผู้เสียหายต้องตกเป็นเหยื่อได้รับความทุกข์ทรมาน ในขณะที่เดียวกันบุคคลใกล้ชิดของผู้กระทำความผิดย่อมไม่ต้องการเห็นผู้กระทำความผิดถูกลงโทษและในขณะเดียวกันก็ไม่ต้องการให้ผู้กระทำความผิดไปสร้างความเสียหายต่อผู้ใดอีก

จากการศึกษาพบว่าประเทศสหรัฐอเมริกา (มลรัฐแอริโซนา) ประเทศนิวซีแลนด์ และประเทศแคนาดา (มลรัฐมานิโตบา) ให้ความสำคัญกับการมีส่วนร่วมของบุคคลใกล้ชิดหรือสมาชิกในชุมชนแห่งความปรารถนาดีของผู้เสียหายและผู้กระทำความผิดอย่างมาก โดยบุคคลเหล่านี้ต้องเข้าร่วมการประชุมด้วยและจะได้รับการเตรียมความพร้อมก่อนการประชุมเช่นเดียวกับผู้เสียหายและผู้กระทำความผิด บุคคลใกล้ชิดของผู้เสียหายจะมีส่วนทำให้ผู้เสียหายรู้สึกมั่นคงปลอดภัยมากยิ่งขึ้น และทำให้ผู้กระทำความผิดได้ทราบถึงผลแห่งการกระทำของผู้กระทำความผิดไม่ได้เกิดกับผู้เสียหายเพียงคนเดียวแต่ยังกระทบไปถึงบุคคลรอบตัวของผู้เสียหายอีกด้วย สำหรับบุคคลใกล้ชิดของผู้กระทำ

ความผิดก็มีบทบาทเหมือนกัน เนื่องจากในขั้นตอนของกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูผู้กระทำความผิดต้องเล่ารายละเอียดการกระทำตามความเป็นจริง มีการกล่าวประณามการกระทำของผู้กระทำความผิด การที่ผู้กระทำความผิดถูกตำหนิต่อหน้าบุคคลใกล้ชิดของตนย่อมทำให้เกิดความละอายใจ และบุคคลใกล้ชิดของผู้กระทำความผิดจะมีส่วนช่วยควบคุมพฤติกรรมของผู้กระทำความผิดได้ซึ่งเป็นการควบคุมบนฐานของความปรารถนาดี มิใช่การควบคุมบนฐานของการลงโทษ ดังเช่นการจำคุก

สำหรับชุมชนในเชิงพื้นที่นั้น จากการศึกษาพบว่าแต่ละประเทศให้ความสำคัญกับการมีส่วนร่วมของชุมชนในเชิงพื้นที่ต่างกันไป ดังนี้

ประเทศนิวซีแลนด์ให้ความสำคัญกับการมีส่วนร่วมของชุมชนเชิงพื้นที่น้อยที่สุด โดยชุมชนเชิงพื้นที่ไม่มีส่วนร่วมใดๆ ในกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูที่ใช้กับคดีข่มขืนกระทำชำเรา

ประเทศสหรัฐอเมริกา (มลรัฐแอริโซนา) ให้ความสำคัญกับการมีส่วนร่วมของชุมชนเชิงพื้นที่มากกว่าประเทศนิวซีแลนด์ หากผู้เสียหายและผู้กระทำความผิดสามารถตกลงกันได้ ขั้นตอนการประชุมกลุ่ม ผู้เสียหายไม่จำเป็นต้องเข้ามาเกี่ยวข้องใดๆ กับกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูอีก ขั้นตอนที่เหลือคือการติดตามผลจะเป็นเรื่องระหว่างโครงการ RESTORE และผู้กระทำความผิด ซึ่งชุมชนเชิงพื้นที่เข้ามามีส่วนร่วมในขั้นตอนการติดตามผลนี้เอง โดยจะมีการตั้งคณะกรรมการชุมชนชื่อว่า Community Accountability and Reintegration Board (CARB) ซึ่งมีสมาชิกคืออาสาสมัครจากคนในชุมชน เพื่อทำหน้าที่เป็นตัวแทนของชุมชนที่ใหญ่กว่าชุมชนแห่งความปรารถนาดีในการยืนยันว่าการกระทำที่เกิดขึ้นเป็นความผิด นอกจากนี้ยังให้ความช่วยเหลือผู้กระทำความผิดเพื่อให้ผู้กระทำความผิดสามารถปฏิบัติตามข้อตกลงได้อย่างครบถ้วนสมบูรณ์ตามกำหนดเวลา และบทบาทที่สำคัญคือกรณีที่ผู้กระทำความผิดไม่ปฏิบัติตามข้อตกลง คณะกรรมการชุมชนเป็นผู้มีอำนาจพิจารณาว่าควรจะช่วยเหลือและสนับสนุนให้ผู้กระทำความผิดได้มีโอกาสปฏิบัติตามข้อตกลงต่อไปหรือไม่ หากคณะกรรมการชุมชนเห็นว่าการที่ผู้กระทำความผิดไม่ปฏิบัติตามข้อตกลงนั้นเป็นเพราะผู้กระทำความผิดเจตนาจะไม่ปฏิบัติ มิใช่เพราะมีอุปสรรคอื่นใด คณะกรรมการชุมชนจะเป็นผู้มีอำนาจตัดสินใจสั่งให้กระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูสิ้นสุดลง และส่งคดีกลับเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมทางอาญาต่อไป จะเห็นได้ว่าการเข้ามามีส่วนร่วมของชุมชนเชิงพื้นที่ในโครงการ RESTORE นี้มีวัตถุประสงค์เพื่อให้ความช่วยเหลือและสนับสนุนด้านการแก้ไขปรับปรุงผู้กระทำความผิดเป็นสำคัญ แต่ไม่มีส่วนเกี่ยวข้องสัมพันธ์กับผู้เสียหาย ซึ่งผู้เขียนเห็นด้วยกับแนวทางดังกล่าวเพราะเป็นผลดีกับผู้เสียหายเนื่องจากคดีข่มขืนกระทำชำเราเป็นคดีเกี่ยวกับเพศ ผู้เสียหายย่อมอับอายหากมีบุคคลที่ตนไม่รู้จักซึ่งไม่ใช่เจ้าหน้าที่โครงการหรือเจ้าหน้าที่รัฐที่เกี่ยวข้องเข้าร่วมกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูด้วย

ประเทศแคนาดา (มลรัฐมานิโตบา) ให้ความสำคัญกับการมีส่วนร่วมของชุมชนเชิงพื้นที่มากที่สุด โดยกำหนดให้สมาชิกของโครงการกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟู Community Holistic Circle Healing ซึ่งเป็นตัวแทนของชุมชนเชิงพื้นที่จำนวน 4 คนเข้าร่วมการพิพากษาโดยการประชุมล้อมวงด้วย บุคคลเหล่านี้สามารถแสดงความคิดเห็น ให้การสนับสนุนการปฏิบัติตามข้อตกลง ตลอดจนช่วยควบคุมตรวจตราให้ผู้กระทำความผิดปฏิบัติตามข้อตกลงในชั้นติดตามผลได้

4.4.4 บทบาทของผู้ประสานการประชุม

จากการศึกษาพบว่าผู้ประสานการประชุม (facilitator) ของทั้งสามประเทศไม่ใช่บุคลากรในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาแต่เป็นเจ้าหน้าที่ของโครงการกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูในประเทศนั้นๆ ผู้ประสานการประชุมมีบทบาทสำคัญมากในกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูเพราะหน้าที่หลักของผู้ประสานการประชุมคือดำเนินการประชุมกลุ่มหรือการพิพากษาโดยการประชุมล้อมวง ขั้นตอนดังกล่าวเป็นขั้นตอนที่ผู้เสียหายและผู้กระทำความผิดมาพบปะเจรจาผู้คุยกันโดยตรงจึงมีความเสี่ยงที่ผู้เสียหายอาจตกเป็นเหยื่อซ้ำจากกิริยาหรือวาจาของผู้กระทำความผิด และถึงแม้ว่าแต่ละฝ่ายจะผ่านขั้นตอนเตรียมความพร้อมก่อนการประชุมมาแล้วก็ยังเป็นไปได้ที่เมื่อถึงขั้นตอนที่ต้องเผชิญหน้ากันโดยตรงจะไม่สามารถตกลงกันได้ด้วยดี ดังนั้น หน้าที่หลักของผู้ประสานการประชุมคือดำเนินการประชุมกลุ่มให้เป็นไปอย่างเรียบร้อย จัดการให้ผู้เข้าร่วมประชุมได้มีโอกาสพูดตามความเหมาะสม ตลอดจนควบคุมให้ทุกฝ่ายปฏิบัติตามกฎระเบียบการประชุม

ผู้เขียนเห็นด้วยกับการกำหนดให้ผู้ประสานการประชุมเป็นเจ้าหน้าที่ของโครงการกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟู ไม่ใช่บุคลากรในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา เนื่องจากสอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูที่ต้องการให้ชุมชนได้มีส่วนร่วม เหตุผลอีกประการหนึ่งคือหากผู้ประสานการประชุมเป็นบุคลากรในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาอาจสร้างความกดดันและชักนำผู้เข้าร่วมกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูได้มากกว่าการที่เป็นประชาชนด้วยกัน โดยเฉพาะกรณีที่เป็นบุคลากรทางอาญาระดับสูง เช่น ผู้พิพากษา หรืออัยการ ซึ่งประชาชนให้ความเคารพยำเกรงอย่างมาก อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนเห็นว่าควรกำหนดให้ผู้ประสานการประชุมปฏิบัติงานในฐานะเป็นเจ้าพนักงานรัฐเพื่อให้ผู้ประสานการประชุมได้รับความคุ้มครองเป็นพิเศษในฐานะเจ้าพนักงานรัฐ และเพื่อควบคุมมิให้ผู้ประสานการประชุมปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบโดยเฉพาะเรื่อง การรับสินบนอันจะก่อให้เกิดความไม่เป็นกลางในกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟู

เนื่องจากคดีข่มขืนกระทำชำเราเป็นคดีที่เกี่ยวข้องกับเรื่องทางเพศซึ่งเป็นเรื่องละเอียดอ่อนและเป็นคดีที่คนในสังคมมีทัศนคติว่าผู้เสียหายมีส่วนผิด ผู้เสียหายจะรู้สึกกลัวและอับอายเป็นทุนเดิม ประกอบกับหลักการพื้นฐานว่าด้วยการดำเนินโครงการกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูในคดีอาญา (Basic Principles on the Use of Restorative Justice Programmes in Criminal Matters) ข้อ 9 วางหลักว่าผู้ประสานการประชุมควรตระหนักและเอาใจใส่ต่อประเด็นที่เป็นเรื่องเปราะบางสำหรับคู่กรณีด้วย ดังนั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่าหากผู้ประสานการประชุมวางตนเป็นกลางอย่างเคร่งครัดในคดีข่มขืนกระทำชำเราย่อมเกิดผลเสียแก่ผู้เสียหายมากกว่าผลดี เพราะในการประชุมกลุ่มหรือการพิพากษาคดีโดยการล้อมวงนั้นอาจเกิดสถานการณ์ไม่คาดคิดขึ้นได้เสมอ ผู้เขียนเห็นว่าผู้ประสานการประชุมควรมีบทบาทเชิงรุกในกรณีจำเป็นเพื่อประโยชน์ในการคุ้มครองผู้เสียหายคดีข่มขืนกระทำชำเราซึ่งอยู่ในสภาพที่อ่อนแอกว่าผู้กระทำความผิด รวมถึงกรณีที่มีปัจจัยอื่นๆ ที่อาจก่อให้เกิดอำนาจที่ไม่เท่าเทียม (power imbalance) กล่าวคือ ในสถานการณ์ปกติผู้ประสานการประชุมต้องวางตนเป็นกลาง แต่ในเวลาที่เป็น เช่น ผู้กระทำความผิดกล่าววาจาหรือมีกิริยาอาการใดในทำนองโยนความผิดหรือตำหนิผู้เสียหาย กรณีเช่นนี้ผู้ประสานการประชุมควรมีบทบาทเชิงรุกโดยกล่าวตักเตือน

การกระทำดังกล่าวของผู้กระทำความผิดเพื่อป้องกันมิให้ผู้เสียหายต้องตกเป็นเหยื่อซ้ำและเพื่อมิให้ผู้เสียหายโทษตนเองอันจะส่งผลให้การเยียวยาจิตใจผู้เสียหายยากและใช้เวลามากกว่าเดิม

ตารางที่ 5

ตารางเปรียบเทียบวิธีการเชิงฟื้นฟูสำหรับผู้คดีข่มขืนกระทำชำเรา

ประเทศ ข้อพิจารณา	สหรัฐอเมริกา (มลรัฐแอริโซนา)	นิวซีแลนด์	แคนาดา (มลรัฐมานิโตบา)
การเยียวยาผู้เสียหาย และการป้องกันมิให้ ผู้เสียหายตกเป็น เหยื่อซ้ำ	<ul style="list-style-type: none"> - ให้ความสำคัญกับ ขั้นตอนเตรียมความพร้อมก่อนการประชุม - ผู้เสียหายตั้งตัวแทน เข้าร่วมประชุมกลุ่มได้ - รายละเอียดปลีกย่อย เช่น สิทธิขอรับค่า ทดแทน, จัดหมายแสดง ความรู้สึก, ห้ามผู้กระทำความ ผิดใช้คำว่า “การ ข่มขืนกระทำชำเรา” 	<ul style="list-style-type: none"> - ให้ความสำคัญกับ ขั้นตอนเตรียมความพร้อมก่อนการประชุม - ผู้เสียหายตั้งตัวแทน เข้าร่วมประชุมกลุ่มได้ - รายละเอียดปลีกย่อย เช่น ลำดับการพูดในที่ ประชุมกลุ่ม 	<ul style="list-style-type: none"> - ให้ความสำคัญกับ ขั้นตอนเตรียมความพร้อมก่อนการประชุม - รายละเอียดปลีกย่อย เช่น การกล่าวชื่นชม ความกล้าหาญของ ผู้เสียหาย
การแก้ไขผู้กระทำความ ผิด	<ul style="list-style-type: none"> - ให้ความสำคัญกับ ขั้นตอนเตรียมความพร้อมและติดตามผล - การตรวจประเมิน สุขภาพจิตทางเพศและ เข้ารับการรักษา ตามผลการตรวจ - รายละเอียดปลีกย่อย เช่น การกล่าวทบทวนสิ่ง ที่ผู้เสียหายพูด 	<ul style="list-style-type: none"> - ให้ความสำคัญกับ ขั้นตอนเตรียมความพร้อมและติดตามผล 	<ul style="list-style-type: none"> - ให้ความสำคัญกับ ขั้นตอนเตรียมความพร้อมและติดตามผล - ผู้กระทำความผิดที่ ผ่านกระบวนการทั้งหมดแล้วจะได้รับการ ทาบตามให้เข้าร่วม เป็นอาสาสมัครของ โครงการ CHCH - รายละเอียดปลีกย่อย เช่น การกล่าวตำหนิ การกระทำของ ผู้กระทำความผิด

ประเทศ ข้อพิจารณา	สหรัฐอเมริกา (มลรัฐแอริโซนา)	นิวซีแลนด์	แคนาดา (มลรัฐมานิโตบา)
การมีส่วนร่วมของ ชุมชน	- ชุมชนแห่งความ ปรารถนาดี (บุคคล ใกล้ชิด) มีบทบาทมาก - ชุมชนเชิงพื้นที่มีส่วน ร่วมในขั้นตอนติดตามผล	- ชุมชนแห่งความ ปรารถนาดี (บุคคล ใกล้ชิด) มีบทบาทมาก - ชุมชนเชิงพื้นที่ไม่มี ส่วนร่วมใดๆ	- ชุมชนแห่งความ ปรารถนาดี (บุคคล ใกล้ชิด) มีบทบาทมาก - สมาชิกในชุมชนเชิง พื้นที่ต้องเข้าร่วมการ ประชุมและมีส่วนร่วม ในการติดตามผล
บทบาทหน้าที่ของผู้ ประสานการประชุม	- ไม่ใช่บุคลากรใน กระบวนการยุติธรรม ทางอาญา - วางตัวเป็นกลางใน การดำเนินการประชุม	- ไม่ใช่บุคลากรใน กระบวนการยุติธรรม ทางอาญา - วางตัวเป็นกลางใน การดำเนินการประชุม	- ไม่ใช่บุคลากรใน กระบวนการยุติธรรม ทางอาญา - วางตัวเป็นกลางใน การดำเนินการประชุม

4.5 ผลของการนำกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูมาใช้กับคดีข่มขืนกระทำชำเรา

ผลของการนำกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูมาใช้กับคดีข่มขืนกระทำชำเรา สามารถแบ่งได้เป็น 2 ประเภท คือ ผลในทางฟื้นฟู และผลในทางกฎหมาย

4.5.1 ผลในทางฟื้นฟู

หลักการพื้นฐานว่าด้วยการดำเนินโครงการกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูในคดีอาญา (Basic Principles on the Use of Restorative Justice Programmes in Criminal Matters) ได้ให้คำจำกัดความของ “ผลในทางฟื้นฟู” (Restorative Outcome) ไว้ว่า “ข้อตกลงที่ได้จากวิธีการเชิงฟื้นฟู ตัวอย่างของผลในทางฟื้นฟู ได้แก่ การเยียวยาความเสียหาย การทำงานบริการสังคม และโครงการหรือการตอบสนองอื่นใดที่ออกแบบมาเพื่อให้บรรลุถึงการเยียวยาชดใช้แก่ผู้เสียหายและชุมชน และการทำให้ผู้เสียหายและ/หรือผู้กระทำความผิดได้กลับคืนมาด้วยความสัมพันธ์ใหม่ที่ดีต่อกัน”

จากคำจำกัดความดังกล่าว ผู้เขียนเห็นว่าผลในทางฟื้นฟูสามารถแบ่งย่อยได้เป็น 2 ประเภท เพื่อให้เกิดความชัดเจนมากขึ้น คือ ผลที่เป็นรูปธรรม กับ ผลที่ไม่เป็นรูปธรรม

ผลในทางฟื้นฟูที่เป็นรูปธรรม คือ ข้อตกลงที่ได้จากการใช้วิธีการเชิงฟื้นฟู เมื่อพิจารณาจากคำจำกัดความของหลักการพื้นฐานฉบับภาษาอังกฤษ ข้อ 3 ที่ว่า “Restorative outcome means an agreement reached as the result of a restorative process...” จะเห็นว่าหลักการพื้นฐานดังกล่าวให้ความสำคัญกับการได้ “ข้อตกลง” เมื่อสิ้นสุดขั้นตอนการประชุมกลุ่มหรือการพิพากษาโดยการประชุมล้อมวง อาจกล่าวได้ว่าผลที่เป็นรูปธรรมนี้คือผลในเชิงปริมาณซึ่งสามารถวัดจำนวนหรือ

สามารถกำหนดการกระทำได้ เช่น ข้อตกลงเรื่องค่าเสียหาย การทำงานบริการสังคม หรือการเข้ารับ การบำบัดรักษา เป็นต้น

จากการศึกษาพบว่า ประเทศสหรัฐอเมริกา (มลรัฐแอริโซนา) ประเทศนิวซีแลนด์ ประเทศ แคนาดา (มลรัฐมานิโตบา) ได้กำหนดรายละเอียดเรื่องผลในเชิงฟื้นฟูที่เป็นรูปธรรมไว้คล้ายคลึงกัน โดยข้อตกลงที่ได้จากการบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูต้องมีประเด็นหลัก 3 ประการ คือ

(1) การเยียวยาผู้เสียหายซึ่งหมายความรวมทั้งการเยียวยาด้วยตัวเงินและวิธีการอื่นตามแต่ ตกลง เช่น เขียนจดหมายขอโทษ เป็นต้น

(2) การแก้ไขผู้กระทำความผิดโดยกำหนดให้ผู้กระทำความผิดเข้ารับการบำบัดรักษาเพื่อ ป้องกันมิให้กระทำความผิดซ้ำ และ

(3) การทำงานบริการสังคม ซึ่งถือเป็นการชดใช้เยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่ชุมชนและ เพื่อช่วยให้ผู้กระทำความผิดหวนคืนสู่ชุมชนได้ง่ายขึ้น (reintegration) โดยรายละเอียดของข้อตกลง อาจแตกต่างกันไปขึ้นอยู่กับข้อตกลงของแต่ละฝ่าย

ผู้เขียนเห็นว่า การทำข้อตกลงไว้ตามแนวทางของทั้งสามประเทศจะเป็นประโยชน์แก่ทุกฝ่าย ทั้งผู้เสียหาย ผู้กระทำความผิด ชุมชน รวมถึงรัฐซึ่งมีหน้าที่อำนวยความยุติธรรม โดยข้อตกลงจะเป็น หลักประกันว่าผู้เสียหายจะได้รับการเยียวยาความเสียหาย และผู้กระทำความผิดต้องปฏิบัติตาม ข้อตกลงรวมถึงถูกควบคุมพฤติกรรมในช่วงระยะเวลาหนึ่ง หากผิดข้อตกลงรัฐยังเข้ามาดำเนินการกับ ผู้กระทำความผิดต่อไปได้ นอกจากนี้ ผู้เขียนเห็นว่าข้อตกลงที่สร้างขึ้นควรมีความชัดเจนแน่นอนในเรื่อง สิ่งที่ต้องปฏิบัติ กำหนดระยะเวลาที่ต้องปฏิบัติ และผู้ติดตามให้มีการดำเนินการตามข้อตกลง หาก ข้อตกลงใดอยู่ในวิสัยที่จะทำได้ทันทีหรือโดยเร็ว ผู้กระทำความผิดควรปฏิบัติตามข้อตกลงนั้นเท่าที่ จะทำได้ เพื่อแสดงให้เห็นถึงความจริงใจและความมุ่งมั่นที่จะเยียวยาความเสียหายให้แก่ผู้เสียหาย ซึ่ง อาจมีผลต่อดุลพินิจของผู้พิพากษาต่อไป

สำหรับผลในทางฟื้นฟูที่ไม่เป็นรูปธรรมนั้น ผู้เขียนเห็นว่า เป็นผลในทางฟื้นฟูตามวัตถุประสงค์ ของกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูอย่างแท้จริง เช่น การที่ผู้เสียหายรู้สึกว่าได้ได้รับความยุติธรรม อย่างแท้จริง มิใช่เพียงความยุติธรรมตามกฎหมาย ได้รับการเยียวยาความเสียหายตามต้องการ หรือ รู้สึกว่าตนได้รับอำนาจที่สูญเสียไปกลับคืนมา สำหรับผู้กระทำความผิดคือความสำนึกผิด รู้ผิดชอบ และกลับมาเป็นสมาชิกที่มีคุณภาพของสังคมได้ และชุมชนซึ่งหมายความรวมทั้งชุมชนแห่ง ความปรารถนาดีและชุมชนเชิงฟื้นฟูที่ต่างรู้สึกว่ามี ความมั่นคงปลอดภัยมากขึ้น ผลเหล่านี้ยากที่จะวัดหรือ กำหนดอย่างเป็นรูปธรรมได้ อาจกล่าวได้ว่าผลที่ไม่เป็นรูปธรรมคือผลในเชิงคุณภาพนั่นเอง

ผลในทางฟื้นฟูที่ไม่เป็นรูปธรรมเป็นเรื่องที่ต้องมีการติดตามผลหลังจบกระบวนการยุติธรรม เชิงฟื้นฟูซึ่งต้องอาศัยระยะเวลาในการตรวจสอบและประเมินผลที่เกิดขึ้นแก่ผู้เกี่ยวข้องทุกฝ่าย ผู้เขียน เห็นว่าควรมีการประเมินผลของการนำกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูมาใช้กับคดีข่มขืนกระทำชำเรา ทุกคดีซึ่งอาจต้องอาศัยความร่วมมือจากหน่วยงานหลายฝ่าย ทั้งนี้ เพื่อประสิทธิภาพในการอำนวย ความยุติธรรมและการป้องกันปัญหาที่อาจเกิดขึ้นอีกในอนาคต

4.5.2 ผลในทางกฎหมาย

ผลในทางกฎหมายของการนำกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูมาใช้กับคดีข่มขืนกระทำชำเรา อาจพิจารณาได้ 3 กรณี คือ

- (1) ผลของการปฏิบัติตามข้อตกลงสำเร็จ
- (2) ผลของการที่ไม่สามารถตกลงกันได้ หรือปฏิบัติตามข้อตกลงไม่สำเร็จ และ
- (3) ผลเกี่ยวกับการเปิดเผยข้อมูล

4.5.2.1 ผลของการปฏิบัติตามข้อตกลงสำเร็จ

โดยปกติแล้ว เมื่อสิ้นสุดกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูขั้นตอนการประชุมกลุ่มหรือขั้นตอนการพิพากษาโดยการประชุมล้อมวงจะได้ข้อตกลงระหว่างผู้เสียหายและผู้กระทำความผิดซึ่งมีรายละเอียดต่างๆ ดังที่ได้กล่าวมาแล้ว จากนั้นจะเป็นขั้นตอนการติดตามผลว่าผู้กระทำความผิดปฏิบัติตามข้อตกลงได้ครบถ้วนหรือไม่ แม้ประเทศสหรัฐอเมริกา (มลรัฐแอริโซนา) ประเทศนิวซีแลนด์ และประเทศแคนาดา (มลรัฐมานิโตบา) จะกำหนดรายละเอียดของข้อตกลงไว้คล้ายกัน อย่างไรก็ตาม จากการศึกษาพบว่าผลของการที่ผู้กระทำความผิดปฏิบัติตามข้อตกลงสำเร็จนั้นมีความแตกต่างกันอยู่พอสมควร โดยขึ้นอยู่กับรูปแบบของกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูที่ใช้และขั้นตอนที่นำกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูมาใช้ในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา

สำหรับประเทศสหรัฐอเมริกา (มลรัฐแอริโซนา) พนักงานอัยการเป็นผู้มีอำนาจส่งคดีข่มขืนกระทำชำเราเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูอาศัยอำนาจดุลพินิจในการเบี่ยงเบนคดีก่อนฟ้อง (pretrial diversion) โดยใช้รูปแบบการประชุมกลุ่ม หากผู้กระทำความผิดปฏิบัติตามข้อตกลงได้ครบถ้วน โครงการ RESTORE จะส่งคดีกลับไปยังพนักงานอัยการ พนักงานอัยการจะสั่งไม่ฟ้องผู้กระทำความผิด คดีอาญาเป็นอันยุติไป ผู้กระทำความผิดไม่มีประวัติในทะเบียนอาชญากร

กรณีของประเทศนิวซีแลนด์ ศาลเป็นผู้มีอำนาจส่งคดีเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูในขั้นตอนการพิจารณากำหนดโทษ (pre-sentence) โดยใช้รูปแบบการประชุมกลุ่มซึ่งไม่มีบุคลากรในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาเข้าร่วมการประชุมกลุ่มด้วย หากศาลไม่ใช้กระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูประกอบการกำหนดโทษ ศาลย่อมพิจารณาแต่เพียงว่าการกระทำความผิดนั้นต้องรับโทษเท่าใดตามอัตราโทษที่กฎหมายกำหนดไว้โดยไม่คำนึงถึงความเสียหายของผู้เสียหาย กระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูจึงเป็นวิธีการหนึ่งที่ศาลใช้เพื่อประกอบการกำหนดโทษให้แก่ผู้กระทำความผิดโดยคำนึงถึงความต้องการของผู้เสียหายและเพื่อประโยชน์ในการแก้ไขผู้กระทำความผิดด้วย ในการทำข้อตกลงจึงย่อมไม่อาจตกลงกันได้ว่าหากปฏิบัติตามข้อตกลงครบถ้วนแล้วจะทำให้คดีอาญายุติไป เพราะศาลผู้ส่งคดียังมีดุลพินิจในการกำหนดโทษอยู่เช่นเดิม เพียงแต่ศาลจะนำข้อตกลงและผลของกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูมาใช้ประกอบการกำหนดโทษด้วย เมื่อผู้กระทำความผิดได้ปฏิบัติตามข้อตกลงที่ได้จากกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูครบถ้วนแล้ว ผู้เขียนเห็นว่ามีความเป็นไปได้สูงที่ศาลจะไม่กำหนดโทษใดๆ เพิ่มเติมอีกเพราะในการทำข้อตกลงยอมผ่านขั้นตอนการเตรียมความพร้อมโดย

ผู้เชี่ยวชาญมาแล้ว อีกทั้งยังแสดงให้เห็นว่าผู้เสียหายพอใจกับข้อตกลงดังกล่าวมิฉะนั้นคงไม่ยอมตกลงด้วย อย่างไรก็ตาม หากศาลเห็นว่าแม้ผู้กระทำความผิดจะได้ปฏิบัติตามข้อตกลงที่ได้จากกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูครบถ้วนแล้ว แต่สิ่งที่ผู้กระทำความผิดต้องรับผิดชอบนั้นน้อยเกินไปหรือไม่ได้สัดส่วนกับการกระทำความผิด และยังคงได้รับโทษอยู่ ศาลย่อมมีอำนาจกำหนดโทษแก่ผู้กระทำความผิดได้ แต่ศาลต้องนำผลของกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูมาประกอบการพิจารณากำหนดโทษแก่ผู้กระทำความผิดด้วย

ประเทศแคนาดา (มลรัฐมานิโตบา) ศาลเป็นผู้มีอำนาจส่งคดีเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูในขั้นก่อนการพิจารณากำหนดโทษ (pre-sentence) โดยใช้รูปแบบการพิพากษา โดยการประชุมล้อมวงซึ่งมีบุคลากรในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาเข้าร่วมการประชุมกลุ่มด้วย รวมถึงผู้พิพากษา ในการพิพากษาโดยการประชุมล้อมวง ผู้พิพากษามีอำนาจให้ความเห็นต่อข้อตกลงต่างๆ จึงกล่าวได้ว่าข้อตกลงที่ได้จากการพิพากษาโดยการประชุมล้อมวงได้รับการตรวจสอบจากผู้พิพากษาแล้ว ต่างจากในประเทศนิวซีแลนด์ที่ไม่มีบุคลากรในกระบวนการยุติธรรมเข้าร่วมประชุมด้วย ดังนั้น กรณีที่ผู้กระทำความผิดปฏิบัติตามข้อตกลงได้ครบถ้วน คดีอาญาย่อมเป็นอันยุติในชั้นศาล เนื่องจากผู้กระทำความผิดได้ปฏิบัติตามข้อตกลงที่ศาลเห็นชอบครบถ้วนแล้ว ไม่จำเป็นที่ศาลต้องตรวจสอบในขั้นสุดท้ายอีกดังเช่นประเทศนิวซีแลนด์

4.5.2.2 ผลของการที่ไม่สามารถตกลงกันได้ หรือปฏิบัติตามข้อตกลงไม่สำเร็จ

จากการศึกษาพบว่า ประเทศสหรัฐอเมริกา (มลรัฐแอริโซนา) ประเทศนิวซีแลนด์ และประเทศแคนาดา (มลรัฐมานิโตบา) กำหนดผลของการที่ผู้เสียหายและผู้กระทำความผิดไม่สามารถตกลงกันได้ หรือผู้กระทำความผิดปฏิบัติตามข้อตกลงไม่สำเร็จไว้ในแนวทางเดียวกัน คือ คดีกลับเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมทางอาญาตามเดิม ซึ่งสอดคล้องกับหลักการพื้นฐานว่าด้วยการดำเนินโครงการกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูในคดีอาญา (Basic Principles on the Use of Restorative Justice Programmes in Criminal Matters) ข้อ 16 และ 17

ในประเทศสหรัฐอเมริกา (มลรัฐแอริโซนา) เมื่อผู้เสียหายและผู้กระทำความผิดไม่สามารถตกลงกันได้ ในขั้นตอนการประชุมกลุ่ม หรือตกลงกันได้แต่ผู้กระทำความผิดปฏิบัติตามข้อตกลงไม่สำเร็จ ผู้จัดการคดีจะรายงานไปยังพนักงานอัยการผู้ส่งคดี และพนักงานอัยการจะนำคดีฟ้องต่อศาลตามกระบวนการยุติธรรมทางอาญาต่อไป อย่างไรก็ตาม จากการศึกษาไม่ปรากฏข้อมูลว่า กรณีที่ผู้กระทำความผิดได้ปฏิบัติตามข้อตกลงไปบางส่วนแล้วศาลจะนำมาพิจารณาประกอบการกำหนดโทษหรือไม่ กรณีนี้ผู้เขียนเห็นว่าหากผู้กระทำความผิดได้พยายามเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นไปบ้างแล้วศาลควรที่จะนำมาเป็นเหตุบรรเทาโทษด้วย

ประเทศนิวซีแลนด์ได้กำหนดผลของการที่ผู้เสียหายและผู้กระทำความผิดไม่สามารถตกลงกันได้ หรือตกลงกันได้ปฏิบัติตามข้อตกลงไม่สำเร็จไว้ตามแนวทางของหลักการพื้นฐานว่าด้วยการดำเนินโครงการกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูในคดีอาญา โดยกรณีที่ไม้อาจทำข้อตกลงกันได้ หรือทำข้อตกลงกันได้แต่ผู้กระทำความผิดไม่อาจปฏิบัติตามข้อตกลงได้สำเร็จครบถ้วน ผู้ประสานการ

ประชุมจะส่งคดีกลับไปยังศาลเดิม ศาลจะพิจารณากำหนดโทษแก่ผู้กระทำความผิด แต่ไม่อาจนำเหตุที่ตกลงกันไม่สำเร็จหรือปฏิบัติตามข้อตกลงไม่สำเร็จมาเป็นเหตุเพิ่มโทษแก่ผู้กระทำความผิดได้ อย่างไรก็ตาม หากผู้กระทำความผิดได้ปฏิบัติตามข้อตกลงไปบางส่วนแล้ว ศาลต้องพิจารณาสิ่งที่ผู้กระทำความผิดได้ปฏิบัติไปแล้วประกอบการกำหนดโทษด้วย

ประเทศแคนาดา (มลรัฐมานิโตบา) ได้กำหนดผลของการที่ผู้เสียหายและผู้กระทำความผิดไม่สามารถตกลงกันได้ หรือไม่อาจปฏิบัติตามข้อตกลงได้ไว้ตามแนวทางของหลักการพื้นฐานว่าด้วยการดำเนินโครงการกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูในคดีอาญาเช่นเดียวกันคือคดีกลับเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมทางอาญาตามปกติ อย่างไรก็ตาม เนื่องจากผู้พิพากษาเข้าร่วมการประชุมล้อมวงด้วยเสมือนเป็นการพิจารณาคดีในชั้นศาล ดังนั้น กรณีที่ไม่อาจตกลงกันให้เป็นผลสำเร็จในการประชุมล้อมวงได้ ผู้พิพากษาสสามารถกำหนดโทษแก่ผู้กระทำความผิดต่อไปได้โดยไม่ต้องมีผู้ใดส่งคดีกลับมายังศาลซึ่งมีความแตกต่างกับประเทศนิวซีแลนด์เล็กน้อย ศาลไม่อาจนำเหตุที่ตกลงไม่สำเร็จหรือปฏิบัติตามข้อตกลงไม่สำเร็จมาเป็นเหตุเพิ่มโทษ สำหรับกรณีที่ตกลงสำเร็จแต่ผู้กระทำความผิดไม่ปฏิบัติตามข้อตกลงอย่างครบถ้วน พนักงานคุมประพฤติจะเสนอรายงานต่อศาลเพื่อที่ศาลจะได้ดำเนินการกำหนดโทษต่อไปโดยศาลต้องพิจารณาสิ่งที่จำเลยได้ปฏิบัติตามข้อตกลงไปแล้วประกอบการกำหนดโทษด้วย

4.5.2.3 ผลเกี่ยวกับการเปิดเผยข้อมูล

หลักการพื้นฐานว่าด้วยการดำเนินโครงการกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูในคดีอาญา ข้อ 14 วางหลักการเกี่ยวกับการเปิดเผยข้อมูลในกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูไว้ว่าการยกปัญหากันในระหว่างการใช้วิธีการเชิงฟื้นฟูควรเป็นความลับและไม่ควรที่จะเปิดเผยในเวลาต่อมา เว้นแต่จะเป็นไปโดยความยินยอมของคู่กรณี

จากการศึกษาพบว่า มีประเทศสหรัฐอเมริกา (มลรัฐแอริโซนา) ประเทศเดียวที่ปฏิบัติตามหลักการดังกล่าว โดยรายละเอียดการประชุมกลุ่มเป็นความลับ ไม่อนุญาตให้ผู้ใดบันทึกข้อความ บันทึกเสียง บันทึกภาพ หรือบันทึกวิดีโอระหว่างการประชุม สิ่งที่จะได้จากการประชุมและเปิดเผยได้มีเพียงเอกสารที่เป็นข้อตกลงเกี่ยวกับการชดเชยเยียวยาและการบำบัดรักษาเท่านั้น ซึ่งจะมีเพียงรายละเอียดของสิ่งที่ผู้กระทำความผิดต้องปฏิบัติ ระยะเวลาที่ต้องปฏิบัติข้อตกลงแต่ละข้อให้สำเร็จ และวิธีการติดตามผล

สำหรับประเทศนิวซีแลนด์ มีการบันทึกเสียงการประชุมกลุ่มโดยต้องแจ้งต่อผู้เข้าร่วมการประชุมทุกคนก่อน เพื่อนำไปทำบันทึกการประชุมโดยละเอียดเสนอต่อศาลประกอบการพิจารณากำหนดโทษ และประเทศแคนาดา (มลรัฐมานิโตบา) กำหนดว่ารายงานการสืบเสาะก่อนพิพากษาของพนักงานคุมประพฤติและแผนดำเนินการตามข้อตกลงเป็นส่วนหนึ่งของกระบวนการพิจารณาคดีในศาล

ผู้เขียนเห็นว่าหลักการไม่เปิดเผยข้อมูลในกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูมีวัตถุประสงค์เพื่อให้คู่กรณีรู้สึกสะดวกใจที่จะพูดความจริงต่อกันมากขึ้นโดยไม่ต้องกังวลว่าการเปิดเผย

ข้อมูลจะส่งผลกระทบต่อรูปคดีของตนในภายหลัง อย่างไรก็ตาม ต้องพิจารณาด้วยว่านำกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูมาใช้ในขั้นตอนใดของกระบวนการยุติธรรมทางอาญา การที่ประเทศนิวซีแลนด์และประเทศแคนาดา (มลรัฐมานิโตบา) นำกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูมาใช้ในขั้นก่อนการกำหนดโทษ (pre-sentence) ย่อมจำเป็นที่จะต้องเปิดเผยข้อมูลในการประชุมให้ศาลได้ทราบด้วยเพราะคดีจะต้องกลับเข้าสู่การพิจารณาของศาลอีกครั้งหนึ่งเพื่อที่ศาลจะได้พิจารณา “โทษทางอาญา” ในกรณีนั้นๆ ต่อไป การได้ข้อตกลงเรื่องการเยียวยาแก่ไขต่างๆ เพื่อฟื้นฟูผู้เสียหายและผู้กระทำความผิดยังไม่ใช่เครื่องยืนยันชี้ขาดว่าผู้กระทำความผิดจะไม่ต้องรับโทษทางอาญาอีก แต่เป็นองค์ประกอบสำคัญที่ศาลจะนำมาพิจารณาว่าควรกำหนดโทษทางอาญาใดเพิ่มเติมอีกหรือไม่ การพิจารณาของศาลในขั้นตอนนี้ย่อมต้องพิจารณาประกอบกันทั้งส่วนของพฤติกรรมการกระทำความผิดอาญาและพฤติกรรมที่เกิดขึ้นภายหลังการกระทำความผิดว่าผู้กระทำความผิดมีความสำนึกในการกระทำของตนมากน้อยเพียงใด ได้ดำเนินการเยียวยาความเสียหาย หรือปรับปรุงแก้ไขตนเองบ้างหรือไม่เพียงใด ด้วยเหตุนี้ การนำกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูมาใช้กับคดีข่มขืนกระทำชำเราในขั้นก่อนการกำหนดโทษ (pre-sentence) จึงจำต้องพิจารณารายละเอียดต่างๆ ที่เกิดขึ้นในการประชุมประกอบด้วย หากการถกเถียงต่างๆ ในการประชุมเป็นความลับ ไม่อาจเปิดเผยได้ ย่อมกระทบต่อการทำหน้าที่ของศาลที่ต้องคำนึงถึงผลประโยชน์หรือส่วนได้เสียของสังคมเมื่อมีการกระทำความผิดอาญาเกิดขึ้นด้วยว่า มาตรการหรือการดำเนินการที่เหมาะสมกับความผิดที่เกิดขึ้นนั้นควรเป็นเช่นไร

กล่าวโดยสรุป ผู้เขียนเห็นว่าหากเป็นกรณีที่นำกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูมาใช้กับคดีข่มขืนกระทำชำเราในลักษณะที่เป็นส่วนหนึ่งของการกำหนดโทษในชั้นศาล รายละเอียดต่างๆ ในที่ประชุมย่อมต้องเปิดเผยได้เพื่อให้ศาลได้รับทราบและนำมาใช้ประกอบดุลพินิจในการกำหนดโทษแก่ผู้กระทำความผิดต่อไป

ตารางที่ 6 ตารางเปรียบเทียบ

ผลทางกฎหมายของการนำกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูมาใช้กับคดีข่มขืนกระทำชำเรา

ประเทศ	สหรัฐอเมริกา (มลรัฐแอริโซนา)	นิวซีแลนด์	แคนาดา (มลรัฐมานิโตบา)
ข้อพิจารณา			
ผลของการปฏิบัติตามข้อตกลงสำเร็จ	พนักงานอัยการผู้ส่งคดีสั่งไม่ฟ้องคดีอาญายุติในชั้นพนักงานอัยการ	ศาลผู้ส่งคดียังมีดุลพินิจในการกำหนดโทษ แต่จะพิจารณาข้อตกลงและผลของการปฏิบัติตามข้อตกลงประกอบการกำหนดโทษ	คดีอาญายุติในชั้นศาลเนื่องจากศาลเข้าร่วมประชุมล้อมวงและให้ความเห็นชอบข้อตกลงแล้ว

ประเทศ ข้อพิจารณา	สหรัฐอเมริกา (มลรัฐแอริโซนา)	นิวซีแลนด์	แคนาดา (มลรัฐมานิโตบา)
ผลของการที่ไม่สามารถตกลงกันได้ หรือปฏิบัติตามข้อตกลงไม่สำเร็จ	พนักงานอัยการนำคดีฟ้องต่อศาลตามกระบวนการยุติธรรมทางอาญาต่อไป	คดีกลับสู่ศาล - ไม่อาจนำเหตุที่ตกลงไม่สำเร็จหรือปฏิบัติตามข้อตกลงไม่สำเร็จมาเป็นเหตุเพิ่มโทษ - หากได้ปฏิบัติตามข้อตกลงไปบางส่วนแล้ว ศาลต้องพิจารณาสิ่งที่ได้ปฏิบัติไปแล้ว ประกอบการกำหนด	คดีกลับสู่ศาล - ไม่อาจนำเหตุที่ตกลงไม่สำเร็จหรือปฏิบัติตามข้อตกลงไม่สำเร็จมาเป็นเหตุเพิ่มโทษ - หากได้ปฏิบัติตามข้อตกลงไปบางส่วนแล้ว ศาลต้องพิจารณาสิ่งที่ได้ปฏิบัติไปแล้ว ประกอบการกำหนด
ผลเกี่ยวกับการเปิดเผยข้อมูล	รายละเอียดการประชุมเป็นความลับ	รายละเอียดการประชุมไม่เป็นความลับ	รายละเอียดการประชุมไม่เป็นความลับ

4.6 การนำกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูมาใช้กับคดีข่มขืนกระทำชำเราในประเทศไทย

เนื่องจากคดีข่มขืนกระทำชำเราตามประมวลกฎหมายอาญามีทั้งคดีความผิดที่ยอมความได้ และยอมความไม่ได้ซึ่งเป็นการแบ่งประเภทคดีอาญาตามสิทธิในการดำเนินคดีของผู้เสียหาย การนำกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูมาใช้กับคดีข่มขืนกระทำชำเราที่ยอมความได้และยอมความไม่ได้จึงอาจมีข้อแตกต่างกันอยู่บ้างในประเด็นเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างคู่กรณี รูปแบบของกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟู ขั้นตอนที่น่ากระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูใช้ในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา การแสดงความรับผิดชอบของผู้กระทำความผิด และผลทางกฎหมาย

4.6.1 การนำกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูมาใช้กับคดีข่มขืนกระทำชำเราที่ยอมความได้

แนวคิดเรื่องการกำหนดความผิดอันยอมความได้ของประเทศไทยคล้ายกับแนวคิดของกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูในเรื่องการมองว่าอาชญากรรมคือสิ่งที่กระทบต่อผู้เสียหายโดยตรง รัฐจึงต้องให้ความสำคัญกับความต้องการของผู้เสียหาย อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนเห็นว่าทั้งสองเรื่องมีความแตกต่างที่สำคัญคือความผิดอันยอมความได้ของไทยเป็นเรื่องที่ผู้เสียหายและผู้กระทำความผิดสามารถตกลงกันได้โดยไม่ต้องมีการควบคุมของรัฐหรือบุคคลที่สาม ผู้เสียหายมีบทบาทเต็มที่ในการกำหนดทิศทางของคดีอาญาที่ยอมความได้ และในกรณีนี้กฎหมายเคารพเจตนาของผู้เสียหายเป็นสำคัญ หากตกลงกันได้ ผู้เสียหายมีสิทธิที่จะถอนคำร้องทุกข์ ถอนฟ้อง หรือยอมความกันในชั้นใดก็ได้ ไม่ว่าจะเป็นชั้นพนักงานสอบสวน ชั้นพนักงานอัยการ หรือชั้นศาลแต่ต้องดำเนินการก่อนคดีถึงที่สุด

หากผู้เสียหายได้ถอนคำร้องทุกข์ ถอนฟ้อง หรือยอมความโดยชอบด้วยกฎหมายแล้วจะมีผลให้สิทธิในการดำเนินคดีอาญาต่อผู้กระทำความผิดระงับไปในทันที แต่สำหรับกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูนั้น แม้ผู้เสียหายจะได้เข้ามามีส่วนร่วมในกระบวนการยุติธรรมมากขึ้นแต่ก็ยังไม่ถึงระดับที่มีบทบาทเต็มที่ดังเช่นในคดีความผิดอันยอมความได้ เพราะยังมีรัฐหรือบุคคลที่สามคอยควบคุมความเหมาะสมของข้อตกลงอยู่ อีกทั้งกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูไม่ได้มุ่งต่อผลในการยุติคดีหรือลดปริมาณคดีเป็นหลัก หากแต่มุ่งให้ผู้เสียหายได้รับการเยียวยาความเสียหายอย่างเหมาะสมและผู้กระทำความผิดสำนึกผิดและได้รับการแก้ไขฟื้นฟู แต่กระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูอาจให้ผลพลอยได้เรื่องการยุติคดีหรือลดปริมาณคดีเช่นเดียวกับการยอมความ

ผู้เขียนเห็นว่ากรณีที่รัฐกำหนดให้การกระทำใดเป็นความผิดอาญา รัฐย่อมเห็นว่าการกระทำนั้นเป็นการฝ่าฝืนปทัสฐานของสังคม (norm) และกระทบต่อบุคคลผู้ถูกระงับและสังคมร้ายแรงถึงระดับที่รัฐเห็นว่าควรกำหนดให้เป็นความผิดอาญา รัฐจึงได้กำหนดให้ผู้ฝ่าฝืนต้องได้รับโทษจากการฝ่าฝืนนั้น เช่น ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 วรรคแรก กำหนดโทษของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราซึ่งเป็นความผิดอันยอมความได้ไว้ที่จำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดพันบาทถึงสี่หมื่นบาท เป็นต้น ดังนั้น การที่รัฐเปิดโอกาสให้ผู้เสียหายและผู้กระทำความผิดตกลงกันในคดีความผิดอันยอมความได้โดยปราศจากการควบคุมของรัฐจึงย่อมจะขัดแย้งกับนโยบายของรัฐในการกำหนดความผิดและโทษทางอาญา ส่งผลให้รัฐไม่สามารถนำแนวคิดด้านอาชญาวิทยาและทัณฑวิทยามาใช้กับผู้กระทำความผิดได้เนื่องจากเมื่อผู้เสียหายประสงค์จะยุติการดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดไม่ว่าด้วยเหตุใด รัฐต้องยุติการดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดนั้น ด้วยเหตุนี้ การยอมความในคดีอาญาโดยปราศจากการควบคุมของรัฐจึงไม่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของการลงโทษทางอาญาทุกประการเพราะอาจทำให้ผู้กระทำความผิดไม่เข็ดหลาบจากการกระทำ ไม่อาจป้องกันการกระทำความผิดในอนาคตได้ อีกทั้งไม่สามารถตัดผู้กระทำผิดออกจากสังคม ไม่มีกระบวนการแก้ไขผู้กระทำความผิดให้กลับตัวเป็นคนดี รวมถึงอาจไม่สามารถเยียวยาความเสียหายให้แก่ผู้เสียหายได้อย่างแท้จริง จึงมีโอกาสนี้ที่ผู้กระทำความผิดจะกระทำความผิดซ้ำอีกในอนาคต

ด้วยเหตุนี้ ผู้เขียนจึงเห็นว่าหากมีการนำกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูมาใช้ควบคู่ไปกับการยอมความในคดีข่มขืนกระทำชำเราโดยนำมาเป็นเงื่อนไขว่าคดีข่มขืนกระทำชำเราที่ยอมความได้ต้องผ่านกระบวนการเชิงฟื้นฟูมาแล้ว จะส่งผลให้ได้ข้อตกลงที่เหมาะสมและทุกฝ่ายพึงพอใจ คดีสามารถยุติลงได้ด้วยดีตามวัตถุประสงค์ของการยอมความ อีกทั้งยังมีผลเป็นการป้องกันการกระทำความผิดซ้ำอีกในอนาคต ส่งผลให้การบังคับใช้กฎหมายอาญามีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น

4.6.1.1 ความสัมพันธ์ระหว่างคู่กรณี

ประเด็นสำคัญประการหนึ่งที่ต้องพิจารณาคือกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูเหมาะสมกับคดีบางลักษณะเท่านั้น ดังนั้น จึงต้องพิจารณาด้วยว่าคดีข่มขืนกระทำชำเราที่ยอมความได้มีลักษณะที่เหมาะสมจะใช้กระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูหรือไม่ ซึ่งความสัมพันธ์ระหว่างคู่กรณีเป็น

เงื่อนไขประการแรกที่ต้องพิจารณา โดยคดีข่มขืนกระทำชำเราที่ยอมความได้จะต้องมีลักษณะความสัมพันธ์ระหว่างคู่กรณีดังต่อไปนี้ครบถ้วน คือ

(1) ผู้เสียหายต้องไม่ใช่ผู้สืบสันดาน ศิษย์ซึ่งอยู่ในความดูแล ผู้อยู่ในความควบคุมตามหน้าที่ราชการหรืออยู่ในความปกครอง ในความพิทักษ์หรือในความอนุบาลของผู้กระทำความผิด

(2) ผู้เสียหายต้องอายุเกิน 15 ปี

(3) การข่มขืนกระทำชำเราไม่ได้เกิดต่อหน้าธารกำนัล

(4) การข่มขืนกระทำชำเราไม่เป็นเหตุให้ผู้เสียหายได้รับอันตรายสาหัสหรือถึงแก่ความตาย

(5) ผู้กระทำความผิดไม่ได้มีหรือใช้อาวุธปืน หรือวัตถุระเบิด และ

(6) ผู้กระทำความผิดไม่ได้ร่วมกระทำความผิดด้วยกันอันมีลักษณะเป็นการโจรกรรมหญิง

เมื่อพิจารณาแล้วจะพบว่าคดีข่มขืนกระทำชำเราที่ยอมความได้ตามกฎหมายไทยเข้าเงื่อนไขของคดีข่มขืนกระทำชำเราที่เหมาะสมจะใช้กระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูตามที่ได้วิเคราะห์มาแล้ว

4.6.1.2 รูปแบบของกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟู

สำหรับรูปแบบของกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูที่ควรนำมาใช้กับคดีข่มขืนกระทำชำเราที่ยอมความได้ ผู้เขียนเห็นว่าควรเป็นรูปแบบการประชุมกลุ่ม (Conferencing) ผู้เข้าร่วมกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูเป็นไปตามลักษณะของรูปแบบการประชุมกลุ่ม คือ ผู้เสียหาย ผู้กระทำความผิด บุคคลใกล้ชิด เจ้าหน้าที่ผู้เตรียมความพร้อมและเจ้าหน้าที่ผู้ประสานการประชุมในขั้นตอนการประชุมกลุ่ม ข้อสำคัญอย่างยิ่งสำหรับรูปแบบการประชุมกลุ่มคือการมีบุคคลใกล้ชิด (community of care) เข้าร่วมด้วย เพื่อประโยชน์ในการร่วมเยียวยาผู้เสียหายและแก้ไขผู้กระทำความผิด อีกทั้งบุคคลใกล้ชิดของทั้งผู้เสียหายและผู้กระทำความผิดยังเข้าร่วมในฐานะเป็นผู้ที่ได้รับผลกระทบจากการกระทำความผิดด้วย

4.6.1.3 ขั้นตอนที่น่ากระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูมาใช้ในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา

สำหรับประเด็นเรื่องขั้นตอนที่จะนำกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูมาใช้ ผู้เขียนเห็นว่าเนื่องจากการยอมความสามารถทำในชั้นใดก็ได้ไม่ว่าจะเป็นชั้นพนักงานสอบสวน ชั้นพนักงานอัยการ หรือชั้นศาลแต่ต้องเป็นช่วงระยะเวลาก่อนคดีถึงที่สุด ดังนั้น หากจะนำกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูมาใช้ประกอบกับการยอมความย่อมสามารถนำมาใช้ได้ทุกชั้นเช่นกัน ส่วนผู้มีอำนาจส่งคดีข่มขืนกระทำชำเราที่ยอมความได้เข้าสู่กระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูจะเป็นใครย่อมขึ้นอยู่กับว่ากระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูเข้ามาประกอบการยอมความในชั้นใด เช่น หากผู้เสียหายประสงค์จะ

ยอมความในชั้นสอบสวน ผู้มีอำนาจส่งคดีข่มขืนกระทำชำเราที่ยอมความได้เข้ากระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูยอมเป็นพนักงานสอบสวน ทั้งนี้ ต้องมีกฎหมายให้อำนาจแก่เจ้าพนักงานรัฐในการดำเนินการดังกล่าวไว้ด้วย เพราะโดยปกติแล้วหากผู้เสียหายและผู้กระทำความผิดประสงค์จะยอมความกันยอมสามารถทำได้โดยเสรี เจ้าหน้าที่รัฐไม่มีบทบาทใดๆ

4.6.1.4 การแสดงความรับผิดชอบของผู้กระทำความผิด

เนื่องจากการนำกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูมาใช้กับคดีข่มขืนกระทำชำเราที่ยอมความได้ ซึ่งผู้เสียหายและผู้กระทำความผิดอาจตกลงยอมความได้ในชั้นใดก็ได้ก่อนคดีถึงที่สุด หากตกลงยอมความกันสิทธินำคดีอาญามาฟ้องยอมระงับไป เสมือนกับคู่กรณีเลิกแล้วต่อกันได้โดยไม่ต้องพิสูจน์ผลแพ้ชนะตามกฎหมาย ดังนั้น ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่าในเบื้องต้นที่จะเข้ากระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูผู้กระทำความผิดไม่จำเป็นต้องยอมรับผิด (confess) แต่ต้องรับว่ามีการกระทำและพร้อมที่จะรับผิดชอบ (take accountability) ในการกระทำของตนซึ่งแสดงให้เห็นถึงสภาพจิตใจของผู้กระทำความผิดที่ไม่ต่อต้านในการเยียวยาผู้เสียหาย มิใช่ประสงค์จะเข้ากระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูเพียงเพื่อให้ตนไม่ต้องรับโทษหรือได้รับโทษน้อยลงเท่านั้น

4.6.1.5 ผลทางกฎหมาย

ผลทางกฎหมายของการนำกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูมาใช้กับคดีข่มขืนกระทำชำเราที่ยอมความได้ อาจพิจารณาได้เป็น 3 กรณี คือ

(1) กรณีที่ตกลงสำเร็จและผู้กระทำความผิดปฏิบัติตามข้อตกลงสำเร็จ เมื่อผู้เสียหายยอมความ หรือถอนคำร้องทุกข์ หรือถอนฟ้องไปตามที่ระบุไว้ในข้อตกลง กรณีนี้สิทธินำคดีอาญามาฟ้องยอมระงับไปตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 39(2) ศาลต้องสั่งจำหน่ายคดี

(2) กรณีที่ตกลงสำเร็จแต่ผู้กระทำความผิดปฏิบัติตามข้อตกลงไม่สำเร็จ ผู้เขียนเห็นว่าควรนำแนวทางของประเทศสหรัฐอเมริกา (มลรัฐแอริโซนา) มาใช้กับกรณีนี้ โดยในข้อตกลงต้องกำหนดผู้ติดตามผลไว้ หากพบว่าผู้กระทำความผิดปฏิบัติตามข้อตกลงไม่สำเร็จ ผู้ติดตามผลควรมีบทบาทในการช่วยเหลือและสนับสนุนให้ผู้กระทำความผิดปฏิบัติให้สำเร็จเพื่อประโยชน์ในด้านการเยียวยาผู้เสียหายและการแก้ไขผู้กระทำความผิดเสียก่อน เว้นแต่ ผู้กระทำความผิดตั้งใจไม่ปฏิบัติ หรือไม่มีทางที่จะปฏิบัติให้สำเร็จได้ คดีก็ควรกลับเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมทางอาญาตามปกติ ซึ่งเป็นไปตามหลักการพื้นฐานว่าด้วยการดำเนินโครงการกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูในคดีอาญา ข้อ 17 อย่างไรก็ตาม เนื่องจากเป็นคดีข่มขืนกระทำชำเราที่ยอมความได้ ดังนั้น เมื่อกลับเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมทางอาญาตามปกติแล้ว หากผู้เสียหายไม่ประสงค์จะดำเนินคดีต่อ ผู้เสียหายยอมมีสิทธิถอนคำร้องทุกข์ หรือถอนฟ้องได้เสมอก่อนคดีถึงที่สุด

(3) กรณีที่ตกลงกันไม่สำเร็จ คดีควรกลับเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมทางอาญาตามเดิม เช่น หากนำกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูมาใช้ในชั้นพนักงานสอบสวน พนักงานสอบสวนก็

ต้องสอบสวนคดีต่อไป อย่างไรก็ตาม เนื่องจากเป็นคดีข่มขืนกระทำชำเราที่ยอมความได้ ดังนั้น เมื่อกลับเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมทางอาญาตามปกติแล้ว หากผู้เสียหายไม่ประสงค์จะดำเนินคดีต่อผู้เสียหายย่อมมีสิทธิถอนคำร้องทุกข์ หรือถอนฟ้องได้เสมอก่อนคดีถึงที่สุด

มีข้อสังเกตว่า การทำข้อตกลงในกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูสำเร็จยังไม่ส่งผลให้คดีอาญาเป็นอันระงับไป เพราะหลังจากที่ข้อตกลงสำเร็จแล้วยังมีขั้นตอนที่รัฐจะติดตามผลการปฏิบัติตามข้อตกลงไปอีกระยะเวลาหนึ่ง ต่างจากการยอมความตามปกติในคดีอาญาที่เมื่อคู่กรณีตกลงกันโดยชอบด้วยกฎหมายแล้วทำให้คดีอาญาระงับไปทันที หากต่อมาผู้กระทำความผิดไม่ปฏิบัติตามข้อตกลง ผู้เสียหายไม่อาจนำคดีอาญานั้นมาฟ้องใหม่ได้ ทำได้เพียงฟ้องให้ผู้กระทำความผิดชดเชยค่าเสียหายตามข้อตกลงเป็นคดีแพ่งเท่านั้น

4.6.2 การนำกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูมาใช้กับคดีข่มขืนกระทำชำเราที่ยอมความไม่ได้

4.6.2.1 ความสัมพันธ์ระหว่างคู่กรณี

คดีข่มขืนกระทำชำเราตามประมวลกฎหมายอาญาที่เป็นความผิดอันยอมความไม่ได้ แต่เข้าลักษณะที่จะใช้กระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูได้ คือ กรณีที่เป็นการกระทำความผิดตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 วรรคแรก โดยกระทำแก่บุคคลตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 285 คือ เป็นการข่มขืนกระทำชำเราผู้สืบสันดาน ศิษย์ซึ่งอยู่ในความดูแล ผู้อยู่ในความควบคุมตามหน้าที่ราชการหรือผู้อยู่ในความปกครอง ในความพิทักษ์หรือในความอนุบาล โดยต้องไม่ใช่กำลังเกินกว่าความจำเป็นเพื่อบรรลุจุดประสงค์ของการกระทำความผิด ไม่ใช่อาวุธ และไม่มี การหลอกหรือบังคับให้ผู้เสียหายเสพยาเสพติดหรือดื่มแอลกอฮอล์เพื่อให้มีเมามาแล้วข่มขืนกระทำชำเราอันเป็นไปตามแนวทางการกำหนดลักษณะคดีข่มขืนกระทำชำเราที่เหมาะสมจะเข้าร่วมกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูของประเทศสหรัฐอเมริกา (มลรัฐแอริโซนา)

จะเห็นได้ว่าคดีข่มขืนกระทำชำเราเหล่านี้เป็นคดีที่ผู้กระทำความผิดมีอำนาจเหนือกว่าผู้เสียหาย ผู้เสียหายต้องพึ่งพิง ได้รับความช่วยเหลือจากผู้กระทำความผิด การกระทำจึงมีลักษณะที่ผิดศีลธรรมและเป็นการข่มเหงผู้ที่อ่อนแอกว่า จึงไม่ควรอนุญาตให้ยอมความกันได้ แต่ดังที่ผู้เขียนได้ศึกษาวิเคราะห์มาแล้วว่าไม่ควรนำความสัมพันธ์ระหว่างคู่กรณีมาเป็นเงื่อนไขเบื้องต้นในการจำกัดมิให้ใช้กระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูกับคดีข่มขืนกระทำชำเรา เพราะกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูมุ่งต่อผลประการหนึ่งคือการฟื้นฟูความสัมพันธ์ระหว่างคู่กรณี อีกทั้งการไม่จำกัดลักษณะความสัมพันธ์ในที่นี้ได้หมายความว่าคดีข่มขืนกระทำชำเราที่เกิดขึ้นทุกคดีจะสามารถใช้กระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูได้ หากแต่ยังต้องพิจารณาเงื่อนไขอื่นๆ ประกอบด้วยเพื่อคัดกรองคดีข่มขืนกระทำชำเราที่เหมาะสมกับการใช้กระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูอย่างแท้จริง เช่น ประวัติการกระทำความผิด ความยินยอมของผู้เสียหายและผู้กระทำความผิด เป็นต้น และผู้เขียนเห็นว่ายิ่งผู้เสียหายและผู้กระทำความผิดมีความสัมพันธ์ใกล้ชิดต่อกันมากเพียงใดยิ่งควรที่จะสนับสนุนให้มีการใช้

กระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูแก่กรณีนั้นมากยิ่งขึ้น เพราะหากดำเนินคดีอาญาตามไปตามกระบวนการยุติธรรมทางอาญาตามปกติ ผู้เสียหายจะอยู่ในความกลัวและความกดดันเนื่องจากเป็นผู้ที่อ่อนแอกว่าและกระบวนการยุติธรรมทางอาญาไม่มีการเยียวยาความเสียหายใดๆ ให้แก่ผู้เสียหาย อีกทั้งยังอาจทำให้ผู้เสียหายได้รับความเสียหายเพิ่มเติม (re-victimization) ในขณะที่ผู้กระทำความผิดซึ่งอยู่ในสถานะที่เหนือกว่าย่อมจะพยายามต่อสู้ทุกวิถีทางเพื่อให้ตนพ้นจากข้อกล่าวหาโดยอาจไม่เกิดความสำนึกผิดแต่อย่างใด แม้ว่าความสัมพันธ์ลักษณะต่างๆ ระหว่างผู้เสียหายและผู้กระทำความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 285 จะเป็นปัจจัยที่อาจก่อให้เกิดอำนาจที่ไม่เท่าเทียม (power imbalance) ได้ในกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟู แต่ผู้เขียนเห็นว่าเป็นปัญหาที่สามารถแก้ไขได้ด้วยกระบวนการเตรียมความพร้อมและบทบาทการควบคุมการประชุมที่มีประสิทธิภาพของผู้ประสานการประชุม (facilitator)

4.6.2.2 รูปแบบของกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟู

สำหรับรูปแบบของกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูที่ควรนำมาใช้กับคดีข่มขืนกระทำชำเราที่ยอมความไม่ได้ ผู้เขียนเห็นว่าควรเป็นรูปแบบการประชุมกลุ่ม (Conferencing) เช่นเดียวกับกรณีความผิดอันยอมความได้ ผู้เข้าร่วมกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูเป็นไปตามลักษณะของรูปแบบการประชุมกลุ่ม คือ ผู้เสียหาย ผู้กระทำความผิด บุคคลใกล้ชิด เจ้าหน้าที่ผู้เตรียมความพร้อมและเจ้าหน้าที่ผู้ประสานการประชุมในขั้นตอนการประชุมกลุ่ม ข้อสำคัญอย่างยิ่งสำหรับรูปแบบการประชุมกลุ่มคือการมีบุคคลใกล้ชิด (community of care) เข้าร่วมด้วย เพื่อประโยชน์ในการร่วมเยียวยาผู้เสียหายและแก้ไขผู้กระทำความผิด อีกทั้งบุคคลใกล้ชิดของทั้งผู้เสียหายและผู้กระทำยังเข้าร่วมในฐานะเป็นผู้ที่ได้รับผลกระทบจากการกระทำความผิดด้วย

4.6.2.3 ขั้นตอนที่น่ากระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูมาใช้ในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา

สำหรับประเด็นเรื่องขั้นตอนที่น่ากระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูมาใช้กับคดีข่มขืนกระทำชำเราที่ยอมความไม่ได้ หากเป็นกรณีที่ผู้เสียหายเป็นโจทก์ฟ้องคดีต่อศาลเอง ย่อมสามารถใช้กระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูกับคดีข่มขืนกระทำชำเราในชั้นศาลเท่านั้น แต่หากเป็นกรณีที่ผู้เสียหายแจ้งความร้องทุกข์ต่อพนักงานสอบสวนและพนักงานสอบสวนส่งสำนวนไปยังพนักงานอัยการเพื่อสั่งคดี ผู้เขียนเห็นว่าสามารถใช้กระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูกับคดีข่มขืนกระทำชำเราในชั้นพนักงานอัยการ (ชั้นก่อนฟ้อง) หรือชั้นศาลก็ได้

เหตุที่น่ากระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูมาใช้กับคดีข่มขืนกระทำชำเราในชั้นพนักงานสอบสวนไม่ได้เพราะว่าในคดีที่ยอมความไม่ได้นั้นพนักงานสอบสวนมีหน้าที่สอบสวนคดีไปตามกฎหมาย และเมื่อการสอบสวนเสร็จแล้วต้องส่งสำนวนไปยังพนักงานอัยการเพื่อพิจารณาสั่งคดีต่อไป ไม่มีกฎหมายใดให้อำนาจพนักงานสอบสวนในการยุติคดีอาญาที่ยอมความไม่ได้ในชั้นสอบสวน

สำหรับชั้นพนักงานอัยการนั้น หากพนักงานอัยการเห็นว่าการฟ้องคดีจะไม่เป็นประโยชน์ต่อสาธารณชน พนักงานอัยการมีอำนาจใช้ดุลพินิจสั่งไม่ฟ้องได้³⁶ โดยต้องพิจารณาจากหลายปัจจัยประกอบกัน³⁷ เช่น

- ผู้กระทำความผิดได้เยียวยาความเสียหายให้แก่ผู้เสียหายอย่างเหมาะสม ได้พยายามแก้ไขปรับปรุงตนเอง และให้ความร่วมมือในกระบวนการต่างๆ

- ผู้เสียหายพอใจในการเยียวยาความเสียหายและไม่ประสงค์จะดำเนินคดีต่อ การฟ้องคดีจะกระทบต่อความสัมพันธ์ระหว่างผู้เสียหายและผู้กระทำความผิด เช่น กรณีที่เป็น การช่มชู้กระทำชำเราผู้สืบสันดาน หรือผู้เสียหายเป็นผู้อ่อนแอ หวาดกลัวง่าย

- ไม่ปรากฏว่ามีการใช้ความรุนแรงในการกระทำความผิด

- ผู้กระทำความผิดไม่มีประวัติการกระทำความผิด ควรได้รับโอกาสกลับตัว และแก้ไขฟื้นฟูเพื่อไม่ให้กระทำความผิดซ้ำ เป็นต้น

เนื่องจากปัจจัยต่างๆ ที่พนักงานอัยการนำมาประกอบการสั่งไม่ฟ้องคดีในกรณีนี้ สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟู ผู้เขียนจึงเห็นว่าสามารถนำกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูมาใช้กับคดีช่มชู้กระทำชำเราที่ยอมความไม่ได้ในชั้นอัยการเพื่อประกอบดุลพินิจในการสั่งคดีเพื่อเสริมให้กระบวนการยุติธรรมมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น

อนึ่ง แม้การใช้ดุลพินิจไม่ฟ้องคดีของพนักงานอัยการจะเป็นเรื่องที่สามารถทำได้ในเชิงนโยบายทางอาญาเพราะหากบังคับให้พนักงานอัยการต้องฟ้องคดีที่มีมูลทุกคดีโดยปราศจากดุลพินิจย่อมเป็นภาระแก่พนักงานอัยการ ศาล และราชทัณฑ์มากจนเกินไป³⁸ อย่างไรก็ตาม การไม่ฟ้องคดีที่มีมูลเป็นเรื่องสำคัญที่ต้องพิจารณาอย่างละเอียดรอบคอบเพราะเท่ากับเป็นการยกโทษให้แก่ผู้กระทำความผิดโดยไม่ผ่านกระบวนการพิจารณาของศาล³⁹ แม้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 143 วรรคหนึ่งมิได้บังคับให้พนักงานอัยการต้องฟ้องคดีทุกคดีเมื่อมีหลักฐานพอฟ้องแต่ให้พนักงานอัยการพิจารณาสั่งฟ้องหรือไม่ฟ้องได้ตามสมควรอันเป็นดุลพินิจของพนักงานอัยการ แต่การที่ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาบัญญัติในลักษณะเปิดช่องให้พนักงานอัยการใช้ดุลพินิจได้เช่นนี้มีได้หมายความว่าพนักงานอัยการจะใช้ดุลพินิจในการสั่งไม่ฟ้องได้ตามอำเภอใจ หากแต่พนักงานอัยการจำต้องพิจารณาว่ามี “เหตุสมควร” ในการสั่งไม่ฟ้องคดีนั้นหรือไม่ประกอบด้วยเสมอ⁴⁰ กล่าวอีกนัยหนึ่งคือเหตุสมควรเป็นกรอบควบคุมการใช้ดุลพินิจในการสั่งไม่ฟ้องของพนักงานอัยการ ตัวอย่างของเหตุสมควรที่พนักงานอัยการสามารถนำมาพิจารณาประกอบดุลพินิจในการสั่งไม่ฟ้องคดีช่มชู้กระทำชำเราเนื่องมาจากคดีได้เข้ากระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูคือ

³⁶ ระเบียบสำนักพนักงานอัยการสูงสุดว่าด้วยการดำเนินคดีอาญาของพนักงานอัยการ พ.ศ. 2547 ข้อ 78

³⁷ เสาวลักษณ์ แก้วกมล, “การสั่งไม่ฟ้องคดีที่ไม่เป็นประโยชน์ต่อสาธารณะ,” (วิทยานิพนธ์ปริญญา มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2553), หน้า 155.

³⁸ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, “ดุลพินิจในการสั่งไม่ฟ้องคดีอาญาที่มีมูลของอัยการในสหรัฐอเมริกา” วารสารนิติศาสตร์ 10, 1 (มีนาคม-พฤษภาคม 2525): 170.

³⁹ เรื่องเดียวกัน.

⁴⁰ กองวิชาการ สำนักงานปลัดกระทรวงยุติธรรม, “การลดปริมาณคดีขึ้นสู่ศาล: พิจารณาในประเด็นการสั่งฟ้องและการสั่งไม่ฟ้องของพนักงานอัยการ” วารสารยุติธรรม 2, 2 (เมษายน-พฤษภาคม 2545): 19.

เหตุปัจจัยต่างๆ ที่ได้กล่าวมาข้างต้นนั้นเอง หากพนักงานอัยการใช้ดุลพินิจนอกเหนือกรอบแห่งเหตุสมควรย่อมเป็นการใช้อำนาจตามอำเภอใจซึ่งไม่ชอบด้วยกฎหมาย ในประเด็นนี้มีคำพิพากษาฎีกาที่ 3509/2549* วางหลักการสำคัญเรื่องการใช้อำนาจสั่งไม่ฟ้องคดีของพนักงานอัยการไว้ว่าจะต้องเป็นดุลพินิจที่อยู่บนรากฐานของความสมเหตุสมผลที่วิญญูชนโดยทั่วไปยอมรับได้ว่ามิใช่เป็นการใช้อำนาจตามอำเภอใจหรือมีการปิดบังอำนาจ มิฉะนั้นอาจเป็นความผิดฐานเจ้าพนักงานละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 157 ได้ ซึ่งคำพิพากษานี้ยังแสดงให้เห็นถึงมาตรการทางอาญาที่ศาลมีอำนาจควบคุมการใช้อำนาจสั่งการของพนักงานอัยการอีกด้วย⁴¹

อนึ่ง การนำกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูมาใช้กับคดีข่มขืนกระทำชำเราที่ยอมความไม่ได้ในชั้นพนักงานอัยการไม่ใช่การเบี่ยงเบนคดีออกจากศาล (Diversion) เพราะการเบี่ยงเบนคดีออกจากศาลมุ่งไปที่การจำกัดสิทธิของจำเลยที่จะเข้าสู่กระบวนการทางศาลเป็นสำคัญเพื่อจำกัดให้มีคดีเข้าสู่ศาลน้อยที่สุด⁴² หากเจ้าหน้าที่รัฐเห็นว่ากรณีที่เกิดขึ้นไม่สมควรดำเนินคดีหรือไม่สมควรลงโทษผู้กระทำความผิดก็อาจใช้ดุลพินิจกำหนดมาตรการแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิดในลักษณะอื่นได้ แต่แนวคิดของการเบี่ยงเบนคดีมิได้ให้ความสำคัญกับการเยียวยาความเสียหายและการมีส่วนร่วมของบุคคลใกล้ชิดซึ่งได้รับผลกระทบโดยอ้อมแต่อย่างใด ในขณะที่กระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูเน้นเรื่องการเยียวยาผู้เสียหาย การแก้ไขผู้กระทำความผิด การมีส่วนร่วมของบุคคลใกล้ชิดซึ่งได้รับผลกระทบโดยอ้อม และการได้ผลลัพธ์ในทางฟื้นฟูโดยสมัครใจ โดยเจ้าหน้าที่รัฐจะเข้ามาเกี่ยวข้องเท่าที่จำเป็นเท่านั้น เช่น การกำหนดเงื่อนไข และการติดตามผลการปฏิบัติตามข้อตกลง

สำหรับการนำกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูมาใช้ในชั้นศาลนั้น ผู้เขียนเห็นว่าข้อมูลที่เกิดขึ้นจากกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูสามารถนำมาใช้ประกอบดุลพินิจในกำหนดโทษของผู้พิพากษาเพื่อเสริมให้กระบวนการยุติธรรมมีประสิทธิภาพได้เช่นกัน โดยเฉพาะอย่างยิ่ง หากเป็นกรณี

* คำพิพากษาฎีกาที่ 3509/2549 “...ในฐานะพนักงานอัยการที่มีอำนาจวินิจฉัยสั่งคดีตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา จำเลยยอมมีอิสระที่จะใช้อำนาจวินิจฉัยสั่งการตามความเห็นของตนได้ อย่างไรก็ตามมีความมีอิสระของพนักงานอัยการที่จะวินิจฉัยสั่งคดีนี้มิใช่จะไร้ขอบเขตเสียทีเดียว ในฐานะเจ้าหน้าที่ของรัฐ การใช้อำนาจวินิจฉัยสั่งคดีของพนักงานอัยการทุกคนจะต้องอยู่ภายในขอบเขตของความชอบด้วยกฎหมาย หมายความว่า ถ้าการใช้อำนาจวินิจฉัยสั่งคดีของพนักงานอัยการคนใดเกินล้าออกนอกขอบเขตดังกล่าว การใช้อำนาจวินิจฉัยสั่งคดีของพนักงานอัยการจะวินิจฉัยสั่งคดีไปในทางใดก็ได้ ซึ่งความหมายของการใช้อำนาจวินิจฉัยสั่งคดีที่ชอบด้วยกฎหมายในที่นี้ก็คือ การใช้อำนาจวินิจฉัยสั่งคดีที่อยู่บนรากฐานของความสมเหตุสมผลที่วิญญูชนโดยทั่วไปยอมรับได้ว่ามิใช่เป็นการใช้อำนาจตามอำเภอใจหรือมีการปิดบังอำนาจนั่นเอง การใช้อำนาจวินิจฉัยสั่งคดีของจำเลยที่มีคำสั่งไม่ฟ้องบริษัท ส. และป. ทั้งที่หนังสือพิมพ์ซึ่งบริษัท ส. เป็นเจ้าของและ ป. เป็นบรรณาธิการลงข้อความที่เป็นความเท็จ และก่อให้เกิดความเสียหายแก่โจทก์ในกรณีนี้ เป็นการใช้อำนาจวินิจฉัยสั่งคดีที่อยู่บนรากฐานของความสมเหตุสมผล แต่เป็นการใช้อำนาจตามอำเภอใจ จึงเกินล้าออกนอกขอบเขตของความชอบด้วยกฎหมาย...”

⁴¹ ชัยนันท์ นามขจรกุลกิจ, การควบคุมดุลพินิจการสั่งคดีของอัยการด้วยมาตรการทางอาญาโดยศาลยุติธรรม: หลักเกณฑ์การควบคุมการใช้อำนาจสั่งคดี [ออนไลน์], 5 กันยายน 2549. แหล่งที่มา www.krabi.ago.go.th/a21.doc

⁴² สรวิต ลิ้มปรีงษ์, “การไกล่เกลี่ยพินยอมพินยอมในคดีอาญา: ปรัชญาการไกล่เกลี่ยของศาลนิวซีแลนด์,” ใน การไกล่เกลี่ยพินยอมพินยอมในคดีอาญา, สรวิต ลิ้มปรีงษ์, บรรณาธิการ (กรุงเทพมหานคร: ธนาพรส, 2550), หน้า 20.

ผู้กระทำความผิดรับสารภาพในชั้นที่ศาลอ่านและอธิบายฟ้องให้จำเลยฟัง การนำกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูมาใช้จะเป็นประโยชน์ต่อการเยียวยาผู้เสียหายอย่างมากโดยเฉพาะความเสียหายต่อจิตใจเพราะจำเลยรับสารภาพเอง และแม้จะเป็นคดีข่มขืนกระทำชำเราที่ยอมความไม่ได้ซึ่งกฎหมายกำหนดอัตราโทษอย่างต่ำไว้ให้จำคุกตั้งแต่ห้าปีขึ้นไปทำให้ศาลต้องพิชานโทษก็จนกว่าจะพอใจว่าจำเลยกระทำความผิดจริง⁴³ แต่ผู้เสียหายก็ไม่ต้องถูกสืบพยานในระดับที่เคร่งครัดและละเอียดลึกซึ้งดังเช่นระดับการพิสูจน์ความผิดในกรณีจำเลยปฏิเสธซึ่งต้องพิสูจน์จนถึงระดับที่ปราศจากข้อสงสัยตามสมควรว่าจำเลยกระทำความผิดจริง (beyond reasonable doubt) ทำให้ไม่ต้องอยู่ในสถานะของการตกเป็นเหยื่อซ้ำอีกครั้ง (re-victimization)

4.6.2.4 การแสดงความรับผิดชอบของผู้กระทำความผิด

ผู้เขียนเห็นว่าหากนำกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูมาใช้กับคดีข่มขืนกระทำชำเราที่ยอมความไม่ได้ในชั้นพนักงานอัยการ ผู้กระทำความผิดไม่จำเป็นต้องรับสารภาพเพียงแต่ต้องรับว่ามีการกระทำและพร้อมที่จะรับผิดชอบในการกระทำของตน คล้ายกับแนวทางของประเทศสหรัฐอเมริกา (มลรัฐแอริโซนา) สำหรับการนำกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูมาใช้ในชั้นศาลนั้น เนื่องจากเป็นคดีข่มขืนกระทำชำเราที่ยอมความไม่ได้ การใช้กระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูในชั้นศาลจึงเป็นลักษณะของการใช้เพื่อประกอบการกำหนดโทษ อันเป็นแนวทางเดียวกันกับประเทศนิวซีแลนด์ ดังนั้นผู้กระทำความผิดจึงต้องรับสารภาพตามฟ้องแล้ว ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าหากผู้กระทำความผิดรับสารภาพก่อนมีการสืบพยานและสามารถนำกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูมาใช้โดยผู้เสียหายไม่ต้องเผชิญกับการสืบพยานในคดีอาญาที่เคร่งครัดดังเช่นในกรณีปกติจะเป็นผลดีต่อการเยียวยาผู้เสียหายและช่วยป้องกันมิให้ผู้เสียหายในคดีข่มขืนกระทำชำเราต้องตกเป็นเหยื่อซ้ำโดยผลของกระบวนการยุติธรรมทางอาญาได้

4.6.2.5 ผลทางกฎหมาย

ผลทางกฎหมายของการนำกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูมาใช้กับคดีข่มขืนกระทำชำเราที่ยอมความไม่ได้ อาจพิจารณาได้เป็น 3 กรณี คือ

(1) กรณีที่ตกลงสำเร็จและผู้กระทำความผิดปฏิบัติตามข้อตกลงสำเร็จ

- ชั้นพนักงานอัยการ พนักงานอัยการควรใช้ดุลพินิจสั่งไม่ฟ้อง แต่ในกรณีที่พนักงานอัยการเห็นควรสั่งฟ้อง พนักงานอัยการต้องแถลงถึงผลของกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูต่อศาลด้วยเพื่อเป็นเหตุบรรเทาโทษให้แก่ผู้กระทำความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 78

- ชั้นศาล ศาลควรนำผลของกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูมาใช้ประกอบการกำหนดโทษโดยถือเป็นเหตุบรรเทาโทษให้แก่ผู้กระทำความผิด

⁴³ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 176 วรรคหนึ่ง

(2) กรณีที่ตกลงสำเร็จแต่ผู้กระทำความผิดปฏิบัติตามข้อตกลงไม่สำเร็จ ผู้เขียนเห็นว่าไม่ว่าจะเป็นชั้นพนักงานอัยการหรือชั้นศาลก็ควรนำแนวทางของประเทศสหรัฐอเมริกา (มลรัฐแอริโซนา) มาใช้กับกรณีนี้ โดยในข้อตกลงต้องกำหนดผู้ติดตามผลไว้ หากพบว่าผู้กระทำความผิดปฏิบัติตามข้อตกลงไม่สำเร็จ ผู้ติดตามผลควรมีบทบาทในการช่วยเหลือและสนับสนุนให้ผู้กระทำความผิดปฏิบัติตามให้สำเร็จเพื่อประโยชน์ในด้านการเยียวยาผู้เสียหายและการแก้ไขผู้กระทำความผิดเสียก่อน เว้นแต่ ผู้กระทำความผิดตั้งใจไม่ปฏิบัติหรือไม่มีทางที่จะปฏิบัติให้สำเร็จได้ คดีก็ควรกลับเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมทางอาญาตามปกติ ในกรณีที่คดีกลับเข้าสู่กระบวนการตามปกติ ผู้เขียนเห็นว่า

- ชั้นพนักงานอัยการ พนักงานอัยการต้องสั่งฟ้อง แต่หากได้มีการปฏิบัติตามข้อตกลงไปบางส่วนแล้วพนักงานอัยการต้องแถลงถึงผลของกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูต่อศาลด้วยเพื่อประกอบการกำหนดโทษ

- ชั้นศาล ศาลควรนำผลของกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูมาใช้ประกอบการกำหนดโทษโดยหากได้มีการปฏิบัติตามข้อตกลงไปบางส่วนก็อาจถือเป็นเหตุบรรเทาโทษให้แก่ผู้กระทำความผิดได้ อย่างไรก็ตาม การที่ผู้กระทำความผิดไม่อาจปฏิบัติตามข้อตกลงได้ไม่ควรนำมาเป็นข้อพิจารณาสำหรับกำหนดโทษให้หนักขึ้นแก่ผู้กระทำความผิด⁴⁴

(3) กรณีที่ตกลงกันไม่สำเร็จ คดีควรกลับเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมทางอาญาตามเดิม

- ชั้นพนักงานอัยการ พนักงานอัยการต้องสั่งฟ้อง
- ชั้นศาล ศาลกำหนดโทษแก่ผู้กระทำความผิดตามรูปคดี อย่างไรก็ตาม การที่ผู้กระทำความผิดไม่อาจตกลงกันได้ไม่ควรนำมาเป็นข้อพิจารณาสำหรับกำหนดโทษให้หนักขึ้นแก่ผู้กระทำความผิด⁴⁵

อนึ่ง จากการศึกษาพบว่าในปัจจุบันประเทศไทยมีร่างกฎหมายและระเบียบองค์กรที่เกี่ยวข้องกับการไกล่เกลี่ยคดีอาญาอยู่ 3 ฉบับ คือ

1. ร่างพระราชบัญญัติมาตรการแทนการฟ้องคดีอาญา พ.ศ. หมวด 1 ว่าด้วยการไกล่เกลี่ยคดีอาญาในชั้นพนักงานสอบสวน ปัจจุบันคณะกรรมการกฤษฎีกาพิจารณา ร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้เสร็จแล้วและอยู่ระหว่างรอเข้าบรรจุวาระพิจารณาของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร⁴⁶ แต่ผู้เขียนเห็นว่าควรที่จะต้องนำมาศึกษาวิเคราะห์ด้วย เพราะคดีความผิดอันยอมความได้สามารถไกล่เกลี่ยได้ตามร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้⁴⁷

⁴⁴ หลักการพื้นฐานว่าด้วยการดำเนินโครงการกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูในคดีอาญา ข้อ 16

⁴⁵ หลักการพื้นฐานว่าด้วยการดำเนินโครงการกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูในคดีอาญา ข้อ 15

⁴⁶ สำนักงานกิจการยุติธรรม, ร่างพระราชบัญญัติมาตรการแทนการฟ้องคดีอาญา พ.ศ. [ออนไลน์], 22 เมษายน 2556. แหล่งที่มา <http://www.oja.go.th/new2011/document/Lists/List1/Attachments/6/ร่าง%20พรบ%20มาตรการแทนการฟ้องคดีอาญา.pdf>

⁴⁷ ร่างพระราชบัญญัติมาตรการแทนการฟ้องคดีอาญา พ.ศ. มาตรา 11(1)

2. ระเบียบสำนักงานอัยการสูงสุดว่าด้วยการไกล่เกลี่ยและประนอมข้อพิพาทคดีอาญาในชั้นพนักงานอัยการ พ.ศ. 2555 คดีความผิดอันยอมความได้และยอมความไม่ได้สามารถไกล่เกลี่ยได้ตามระเบียบฉบับนี้⁴⁸ และ

3. ระเบียบศาลอาญาว่าด้วยการประนอมข้อพิพาท พ.ศ. 2550 คดีความผิดอันยอมความได้และยอมความไม่ได้สามารถไกล่เกลี่ยได้ตามระเบียบฉบับนี้⁴⁹

ร่างกฎหมายและระเบียบองค์กรทุกฉบับมีแนวคิดให้รัฐนำกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูมาใช้กับคดีอาญา อย่างไรก็ตาม เนื่องจากรูปแบบของกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูที่ปรากฏอยู่ในร่างกฎหมายและระเบียบทั้งสามฉบับล้วนเป็นการไกล่เกลี่ยระหว่างผู้เสียหายและผู้กระทำความผิด (Victim-Offender Mediation) ซึ่งเป็นรูปแบบที่ไม่ให้ความสำคัญบุคคลใกล้ชิดของผู้เสียหายและผู้กระทำความผิดในการเข้ามามีส่วนร่วมกับกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟู ประกอบกับร่างกฎหมายและระเบียบองค์กรดังกล่าวกำหนดไว้เป็นหลักที่ใช้ได้กับทุกประเภทคดี จึงยังไม่สอดคล้องกับแนวทางการนำกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูมาใช้กับคดีข่มขืนกระทำชำเราอยู่หลายประการตามที่ผู้เขียนได้ศึกษาวิเคราะห์ไว้ ดังนี้

1. ร่างพระราชบัญญัติมาตรการแทนการฟ้องคดีอาญา พ.ศ. หมวด 1 ว่าด้วยการไกล่เกลี่ยคดีอาญาในชั้นพนักงานสอบสวน มีลักษณะที่ไม่สอดคล้องกับแนวทางการนำกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูมาใช้กับคดีข่มขืนกระทำชำเรา ดังนี้

(1) นิยามคำว่า “การไกล่เกลี่ยคดีอาญา” ตามมาตรา 3 คือ “การที่พนักงานสอบสวนจัดให้คู่กรณีในคดีอาญามีโอกาสเจรจาตกลงเยียวยาความเสียหายเพื่อระงับคดีอาญา” แสดงให้เห็นว่าร่างพระราชบัญญัติมาตรการแทนการฟ้องคดีอาญา พ.ศ. ให้ความสำคัญกับการเยียวยาชดใช้ให้ผู้เสียหายเพื่อให้ตกลงยอมความหรือถอนคำร้องทุกข์เพื่อระงับคดีอาญา แต่กระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูจะให้ความสำคัญกับการแก้ไขผู้กระทำความผิดควบคู่ไปด้วย แม้การที่ผู้กระทำความผิดได้แสดงความสำนึกผิดในการกระทำและเยียวยาความเสียหายให้แก่ผู้เสียหายจะมีผลเป็นการแก้ไขผู้กระทำความผิดอยู่ในตัว แต่ผู้เขียนเห็นว่ายังไม่เพียงพอต่อการแก้ไขผู้กระทำความผิดคดีข่มขืนกระทำชำเราเนื่องจากเป็นคดีที่มีสาเหตุของการกระทำความผิดซับซ้อน ดังนั้นจึงจำเป็นต้องมีกระบวนการแก้ไขผู้กระทำความผิดตามสาเหตุของการกระทำด้วยเพื่อให้สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูอย่างแท้จริง

(2) วัตถุประสงค์หลักของการไกล่เกลี่ยตามร่างพระราชบัญญัติมาตรการแทนการฟ้องคดีอาญา พ.ศ. คือการระงับคดีอาญา แต่วัตถุประสงค์หลักของกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูไม่ใช่เพื่อการยอมความหรือระงับคดีอาญา แต่เป็นการเยียวยาผู้เสียหาย การแก้ไขผู้กระทำความผิด

⁴⁸ ระเบียบสำนักงานอัยการสูงสุดว่าด้วยการไกล่เกลี่ยและการประนอมข้อพิพาทคดีอาญาในชั้นพนักงานอัยการ พ.ศ. 2555 ข้อ 8 และ ข้อ 23

⁴⁹ นิธิธร วงศ์ยืน, “ความยุติธรรมเชิงสมานฉันท์กับการไกล่เกลี่ยคดีอาญาและการประชุมกลุ่มครอบครัว,” ใน การไกล่เกลี่ยฟื้นฟูสันติในคดีอาญา, สรวิศ ลิ้มปรีงษ์, บรรณาธิการ (กรุงเทพมหานคร: ธนาพรส, 2550), หน้า 71.

และการสร้างความมั่นคงปลอดภัยให้แก่ชุมชนและสังคม การยอมความหรือการระงับคดีอาญาเป็นเพียงผลพลอยได้ที่อาจได้จากกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูเท่านั้น

(3) แม้คดีข่มขืนกระทำชำเราที่ยอมความได้จะสามารถใช้กระบวนการไกล่เกลี่ยตามร่างพระราชบัญญัติมาตรการแทนการฟ้องคดีอาญา พ.ศ. ได้ แต่ตั้งที่ผู้เขียนได้วิเคราะห์มาแล้วว่าการไกล่เกลี่ย (Victim-Offender Mediation) เป็นรูปแบบของกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูที่ไม่เหมาะสมกับคดีข่มขืนกระทำชำเราเพราะมีผู้เข้าร่วมกระบวนการน้อยเกินไป ขาดการมีส่วนร่วมของบุคคลใกล้ชิดหรือชุมชนแห่งความปรารถนาดี (community of care) ซึ่งร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวไม่ได้กำหนดว่าต้องมีบุคคลใกล้ชิดของผู้เสียหายและผู้กระทำความผิดเข้าร่วมด้วย

(4) แม้วัตถุประสงค์ของร่างพระราชบัญญัติมาตรการแทนการฟ้องคดีอาญา พ.ศ. หมวดยการไกล่เกลี่ยในชั้นสอบสวนจะมุ่งเน้นที่การเยียวยาความเสียหาย แต่เมื่อพิจารณารายละเอียดจะพบว่าร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวยังไม่ได้ให้ความสำคัญกับการเยียวยาผู้เสียหายและการคุ้มครองผู้เสียหายมิให้ตกเป็นเหยื่อซ้ำอันเป็นวัตถุประสงค์ของกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูเท่าที่ควร เช่น ผู้กระทำความผิดไม่ต้องแสดงความรับผิดชอบใดๆ ก่อนเข้าร่วมกระบวนการไกล่เกลี่ย ไม่มีขั้นตอนการเตรียมความพร้อมให้กับผู้เสียหายและผู้กระทำความผิดก่อนเข้าสู่กระบวนการไกล่เกลี่ย ผู้เสียหายไม่อาจตั้งตัวแทนสำหรับเข้าร่วมการไกล่เกลี่ยเพื่อที่จะไม่ต้องเผชิญหน้ากับผู้กระทำความผิดโดยตรงได้ ทั้งที่สิ่งต่างๆ เหล่านี้เป็นวิธีการเชิงฟื้นฟูที่สำคัญซึ่งจะช่วยเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นกับผู้เสียหายคดีข่มขืนกระทำชำเราโดยเฉพาะความเสียหายต่อจิตใจได้

2. ระเบียบสำนักงานอัยการสูงสุดว่าด้วยการไกล่เกลี่ยและประนอมข้อพิพาทคดีอาญาในชั้นพนักงานอัยการ พ.ศ. 2555 มีลักษณะที่ไม่สอดคล้องกับแนวทางการนำกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูมาใช้กับคดีข่มขืนกระทำชำเรา ดังนี้

(1) แม้คดีข่มขืนกระทำชำเราที่ยอมความได้และยอมความไม่ได้จะสามารถใช้กระบวนการไกล่เกลี่ยตามระเบียบสำนักงานอัยการสูงสุดว่าด้วยการไกล่เกลี่ยและประนอมข้อพิพาทคดีอาญาในชั้นพนักงานอัยการ พ.ศ. 2555 แต่การไกล่เกลี่ย (Victim-Offender Mediation) เป็นรูปแบบของกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูที่ไม่เหมาะสมกับคดีข่มขืนกระทำชำเราเพราะมีผู้เข้าร่วมกระบวนการน้อยเกินไป ขาดการมีส่วนร่วมของบุคคลใกล้ชิด (community of care) ซึ่งระเบียบสำนักงานอัยการสูงสุดว่าด้วยการไกล่เกลี่ยและประนอมข้อพิพาทคดีอาญาในชั้นพนักงานอัยการ พ.ศ. 2555 ไม่ได้กำหนดว่าต้องมีบุคคลใกล้ชิดของผู้เสียหายและผู้กระทำความผิดเข้าร่วมกระบวนการด้วย

(2) ระเบียบสำนักงานอัยการสูงสุดว่าด้วยการไกล่เกลี่ยและประนอมข้อพิพาทคดีอาญาในชั้นพนักงานอัยการ พ.ศ. 2555 อนุญาตให้ผู้เสียหายและผู้กระทำความผิดมอบหมายให้ผู้แทนเข้าร่วมการไกล่เกลี่ยและประนอมข้อพิพาทแทนได้ ในส่วนของผู้เสียหายนั้นสอดคล้องกับแนวทางที่ผู้เขียนได้วิเคราะห์ไว้ แต่การที่ระเบียบฉบับนี้อุญาตให้ผู้กระทำความผิดมอบหมายให้ผู้แทนเข้าร่วมการไกล่เกลี่ยและประนอมข้อพิพาทแทนได้นั้นขัดต่อหลักกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูเป็นอย่างยิ่ง เพราะการที่ผู้กระทำความผิดที่แท้จริงไม่ได้เข้าร่วมเจรจาพูดคุยรับรู้ถึงความเสียหายและผลกระทบต่างๆ ที่ตนเป็นผู้ก่อขึ้นย่อมเป็นการยากที่ผู้กระทำความผิดจะเกิดความสำนึกผิดอย่าง

แท้จริง ซึ่งความสำนึกผิดนี้เป็นจุดแรกเริ่มของการแก้ไขปรับปรุงให้ผู้กระทำความผิดกลับตัวเป็นคนดี แสดงให้เห็นว่าระเบียบสำนักงานอัยการสูงสุดว่าด้วยการไกล่เกลี่ยและประนอมข้อพิพาทคดีอาญาในชั้นพนักงานอัยการ พ.ศ. 2555 ไม่ได้ให้ความสำคัญกับการแก้ไขผู้กระทำความผิดซึ่งขัดต่อวัตถุประสงค์ของกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟู

(3) ระเบียบสำนักงานอัยการสูงสุดว่าด้วยการไกล่เกลี่ยและประนอมข้อพิพาทคดีอาญาในชั้นพนักงานอัยการ พ.ศ. 2555 ไม่ให้ความสำคัญกับการเยียวยาผู้เสียหายและการคุ้มครองผู้เสียหายมิให้ตกเป็นเหยื่อซ้ำอันเป็นวัตถุประสงค์ของกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูเท่าที่ควร เช่น ผู้กระทำความผิดไม่ต้องแสดงความรับผิดชอบใดๆ ไม่มีขั้นตอนการเตรียมความพร้อมให้กับผู้เสียหายและผู้กระทำความผิดก่อนเข้าสู่กระบวนการไกล่เกลี่ยที่ต้องเผชิญหน้ากัน เป็นต้น

(4) ระเบียบสำนักงานอัยการสูงสุดว่าด้วยการไกล่เกลี่ยและประนอมข้อพิพาทคดีอาญาในชั้นพนักงานอัยการ พ.ศ. 2555 กำหนดว่าเมื่อได้ทำข้อตกลงยอมความกันโดยถูกต้องตามกฎหมายแล้ว สิทธิภาคีอาญามาฟ้องย่อมระงับไป กล่าวคือ คดีอาญายุติไปทันที หากฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดไม่ปฏิบัติตามข้อตกลงที่ทำขึ้น คู่กรณีอีกฝ่ายต้องฟ้องเป็นคดีแพ่งโดยเรียกร้องได้ตามที่ยอมความเท่านั้น ข้อกำหนดเช่นนี้แสดงให้เห็นถึงวัตถุประสงค์ที่รัฐมุ่งจะลดปริมาณคดีอาญาแต่ไม่สอดคล้องกับแนวทางการดำเนินกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟู เพราะในกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูนั้นแม้จะมีข้อตกลงกันอย่างไรก็ต้องกี่ยังไม่ทำให้คดีอาญาระงับไป เนื่องจากในกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูมีขั้นตอนสำคัญที่ต่างไปจากการยอมความในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาคือการติดตามผลซึ่งช่วยควบคุมและส่งเสริมให้ผู้กระทำความผิดปฏิบัติตามข้อตกลงได้ครบถ้วน ดังนั้น แม้จะมีข้อตกลงกันถูกต้องแล้ว แต่ตราบใดที่ผู้กระทำความผิดยังปฏิบัติตามข้อตกลงไม่ครบถ้วนผู้กระทำความผิดก็ยังคงอยู่ในความควบคุมของผู้ติดตามผลอยู่ และเมื่อผู้กระทำความผิดปฏิบัติตามข้อตกลงครบถ้วนแล้วคดีอาญาก็ยังไม่ยุติไปในทันที แต่คดีจะกลับเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมทางอาญาตามปกติอีกครั้งเพื่อให้บุคลากรในกระบวนการยุติธรรมได้ตรวจสอบเสียก่อน กระบวนการเช่นนี้ย่อมเป็นผลดีกว่าทั้งในด้านการเยียวยาผู้เสียหาย การแก้ไขผู้กระทำความผิด ตลอดจนการสร้างความมั่นคงปลอดภัยให้แก่สังคม อีกทั้งยังให้ผลพลอยได้ในด้านการยุติคดีลการะงานของรัฐด้วย

3. ระเบียบศาลอาญาว่าด้วยการประนอมข้อพิพาท พ.ศ. 2550

หากพิจารณาเฉพาะรายละเอียดในระเบียบศาลอาญาว่าด้วยการประนอมข้อพิพาท พ.ศ. 2550 อาจกล่าวได้ว่าระเบียบศาลอาญาว่าด้วยการประนอมข้อพิพาท พ.ศ. 2550 มีลักษณะที่สอดคล้องและสนับสนุนการนำกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูมาใช้กับคดีอาญาที่สุดเมื่อเทียบกับอีกสองฉบับที่กล่าวมา อย่างไรก็ตาม เนื่องจากระเบียบฉบับนี้ออกมาตั้งแต่ปี พ.ศ. 2550 ได้มีรายงานผลการวิจัยเกี่ยวกับ “กระบวนการสร้างความยุติธรรมเชิงฟื้นฟูในศาลยุติธรรม” ออกมา ผลปรากฏว่าในทางปฏิบัติของการประนอมข้อพิพาทในศาลอาญามีข้อที่ไม่สอดคล้องกับแนวทางการนำกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูมาใช้กับคดีข่มขืนกระทำชำเราอยู่หลายประการเช่นกัน คือ การประนอมข้อพิพาทของศาลอาญาใช้รูปแบบการไกล่เกลี่ย⁵⁰ (Victim-Offender Mediation) ซึ่งเป็น

⁵⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 72.

รูปแบบที่ไม่เปิดโอกาสให้บุคคลใกล้ชิดของผู้เสียหายและผู้กระทำความผิดเข้ามามีส่วนร่วมในการกำหนดข้อตกลงและการตรวจสอบการปฏิบัติการให้เป็นไปตามข้อตกลง นอกจากนี้ยังขาดการส่งเสริมให้ผู้เสียหายได้เปิดเผยความรู้สึกหรือความเสียหายที่เกิดขึ้น การเยียวยาความรู้สึกให้แก่ผู้เสียหาย รวมถึงการให้ผู้กระทำความผิดได้มีโอกาสอธิบายถึงเหตุผลในการกระทำความผิด แสดงความสำนึกผิดและความรับผิดชอบในการกระทำของตน จึงอาจไม่บรรลุวัตถุประสงค์และเป้าหมายของกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟู⁵¹

จะเห็นได้ว่า แม้ในปัจจุบันประเทศไทยมีร่างกฎหมายรวมถึงระเบียบองค์กรที่สนับสนุนให้นำกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูมาใช้ในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาทั้งในชั้นพนักงานสอบสวน ชั้นพนักงานอัยการ และชั้นศาล แต่ร่างกฎหมายและระเบียบองค์กรทั้งสามฉบับใช้รูปแบบการใกล้เคียง อีกทั้งยังกำหนดเพื่อให้ใช้กับทุกประเภทคดี ในขณะที่คดีข่มขืนกระทำชำเราเป็นคดีที่มีความซับซ้อนทั้งด้านสาเหตุและผลของการกระทำ ประกอบกับยังอยู่ในช่วงเริ่มต้นพัฒนานำเอากระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูมาใช้กับกระบวนการยุติธรรมทางอาญา ร่างกฎหมายและระเบียบองค์กรดังกล่าวจึงยังไม่สอดคล้องและอาจจะเป็นอุปสรรคต่อการนำกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูมาใช้กับคดีข่มขืนกระทำชำเราอยู่หลายประการ ด้วยเหตุนี้ ผู้เขียนจึงเห็นว่าควรมีการบัญญัติกฎหมายเฉพาะเกี่ยวกับการนำกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูมาใช้ในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาโดยทำในรูปพระราชบัญญัติตลอดจนการกำหนดระเบียบการดำเนินงานที่ใช้กับคดีข่มขืนกระทำชำเราเป็นการเฉพาะอันจะทำให้เกิดประสิทธิภาพในการดำเนินงาน สอดคล้องกับวัตถุประสงค์และเป้าหมายของกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูอย่างแท้จริง ซึ่งผู้เขียนจะสรุปเป็นข้อเสนอแนะต่อไป

4.7 ข้อดีของการนำกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูมาใช้กับคดีข่มขืนกระทำชำเรา

1. กระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูไม่ได้นำมาใช้เพื่อแทนที่กระบวนการยุติธรรมทางอาญาทั้งระบบ แต่นำมาใช้เพื่อเสริมให้กระบวนการยุติธรรมทางอาญาสามารถอำนวยความสะดวกได้อย่างมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น โดยมีหลักเกณฑ์ในการคัดกรองว่าคดีข่มขืนกระทำชำเราลักษณะใดที่เหมาะสมจะใช้กระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟู มีได้อนุญาตให้คดีข่มขืนกระทำชำเราที่เกิดขึ้นทุกกรณีใช้กระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูได้ สำหรับคดีข่มขืนกระทำชำเราที่ไม่เหมาะสมจะใช้กระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูย่อมต้องดำเนินคดีตามกระบวนการยุติธรรมทางอาญาตามปกติต่อไป

2. กระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูเป็นกระบวนการเชิงสร้างสรรค์ เพราะกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูให้ความสำคัญกับการเยียวยาความเสียหายที่ผู้เสียหายในคดีข่มขืนกระทำชำเราต้องประสบอยู่ในปัจจุบันและการแก้ไขผู้กระทำความผิดเพื่อไม่ให้กระทำความผิดอีกในอนาคต ในขณะที่

⁵¹ สถาบันวิจัยและให้คำปรึกษาแห่งมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, รายงานผลการศึกษาวิจัยฉบับสมบูรณ์: โครงการวิจัยเรื่อง “กระบวนการสร้างความยุติธรรมเชิงสมานฉันท์ในศาลยุติธรรม” (กรุงเทพมหานคร: เดือนตุลา, 2553), หน้า 168.

กระบวนการยุติธรรมทางอาญามุ่งที่จะพิสูจน์ว่าจำเลยกระทำความผิดหรือไม่และต้องลงโทษอย่างไร จึงจะสาสมซึ่งเป็นการพิจารณาไปในอดีตที่ตัวผู้กระทำความผิดเพียงฝ่ายเดียว

3. กระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูให้ความสำคัญกับการมีส่วนร่วมของผู้เสียหายในคดีข่มขืน กระทำซ้ำเรามากกว่ากระบวนการยุติธรรมทางอาญา ในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาผู้เสียหายมีบทบาทเพียงมาเบิกความในศาลเพื่อพิสูจน์ว่าการกระทำของจำเลยครบองค์ประกอบความผิดตามกฎหมายหรือไม่โดยความเสียหายของผู้เสียหายไม่ได้รับการเยียวยา อีกทั้งผู้เสียหายยังอาจต้องตกเป็นเหยื่อซ้ำโดยผลของหลักการพิจารณาคดีที่เคร่งครัดในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา แต่กระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูมุ่งให้ผู้เสียหายเป็นศูนย์กลางของการอำนวยความสะดวก ความรู้สึกเจ็บปวด ทุกข์ทรมาน ถามคำถามต่างๆ ที่ตนสงสัย และเกิดความรู้สึกว่าตนได้รับการใส่ใจในความเสียหายที่เกิดขึ้น และยังมีส่วนร่วมในการกำหนดแนวทางการเยียวยาความเสียหายและการแก้ไขผู้กระทำความผิดด้วย

4. กระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูให้ความสำคัญกับการเยียวยาความเสียหายต่อจิตใจของผู้ถูกข่มขืนกระทำซ้ำเราซึ่งกระบวนการยุติธรรมตามปกติไม่อาจเยียวยาผู้เสียหายได้ ในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา ผู้กระทำความผิดรับผิดชอบในการกระทำของตนตามที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น ผู้เสียหายไม่ได้รับการเยียวยาใดๆ จากการที่ผู้กระทำความผิดถูกลงโทษจำคุก อีกทั้งการชดเชยค่าสินไหมทดแทนอันเนื่องมาจากการกระทำความผิดอาญาตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 44/1 เป็นเพียงการชดเชยค่าเสียหายที่เป็นตัวเงิน ซึ่งจำนวนเงินที่มากหรือน้อยอาจไม่สัมพันธ์กับการเยียวยาความเสียหายในด้านอารมณ์และจิตใจของผู้ถูกข่มขืนกระทำซ้ำเราเสมอไป ความเสียหายหลายกรณีไม่อาจเห็นประจักษ์เพราะเป็นเรื่องความรู้สึกโดยแท้ เช่น ความโศกเศร้า เสียใจ ความหวาดกลัวต่อภัยอันตราย ความรู้สึกไม่ปลอดภัยในการดำเนินชีวิต การสูญเสียอำนาจ เป็นต้น ผู้เสียหายไม่อาจเรียกร้องให้ผู้กระทำความผิดเยียวยาความเสียหายเหล่านี้ได้ตามกระบวนการยุติธรรมทางอาญา แต่ผู้เสียหายอาจได้รับการเยียวยาความเสียหายเช่นนี้ได้ด้วยวิธีการเชิงฟื้นฟู

5. กรณีคดีข่มขืนกระทำซ้ำเราที่ไม่อาจยอมความได้ หากสามารถนำกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูมาใช้จะช่วยให้ผู้เสียหายได้รับชดเชยค่าเสียหายเร็วกว่าการไปฟ้องเป็นคดีแพ่งหรือสืบพยานในคดีแพ่งเกี่ยวเนื่องกับคดีอาญา

6. กระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูให้ความสำคัญกับการพูดคุยเปิดใจกล่าวความจริงต่อกันในบรรยากาศที่ไม่เป็นทางการจนเกินไป ไม่มีลักษณะเป็นการต่อสู้คดีระหว่างบุคคลสองฝ่ายเพื่อพิสูจน์แพ้ชนะดังเช่นในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา ดังนั้น ผลที่ได้จากกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูจึงเป็นการเยียวยาความเสียหายที่ต้องตามความประสงค์ของผู้เสียหาย ผู้กระทำความผิดสำนึกผิดและมีการแก้ไขปรับปรุงพฤติกรรมตามสาเหตุที่แท้จริง

7. กระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูทำให้ผู้กระทำความผิดได้รู้และเข้าใจถึงผลกระทบจากการกระทำของตน ก่อให้เกิดความสำนึกผิดและสามารถแสดงความรับผิดชอบโดยการเยียวยาความเสียหายต่อผู้เสียหายได้โดยตรง อันจะช่วยให้ผู้กระทำความผิดรู้สึกว่าได้ทำในสิ่งที่ถูกต้อง ก่อให้เกิดความภูมิใจในตนเอง ซึ่งย่อมส่งผลต่อการแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิดด้วย

8. กระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูให้โอกาสผู้กระทำความผิดมีส่วนร่วมในกระบวนการยุติธรรมมากขึ้นเมื่อเทียบกับการมีส่วนร่วมของผู้กระทำความผิดในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา เพราะการดำเนินคดีในชั้นศาลตามกระบวนการยุติธรรมทางอาญาผู้กระทำความผิดแทบไม่มีบทบาทใดๆ เนื่องจากผู้กระทำความผิดมีสิทธิให้การปฏิเสธทุกข้อกล่าวหา และเป็นหน้าที่ของโจทก์ที่จะต้องพิสูจน์ให้ศาลเชื่อว่าจำเลยกระทำความผิดโดยปราศจากข้อสงสัยตามสมควร ผู้กระทำความผิดจึงเพียงนั่งฟังบุคคลอื่นๆ ถกเถียงกันเกี่ยวกับการกระทำของตน แต่ในกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูนี้ ผู้กระทำความผิดมีโอกาสได้พูดคุยกับผู้เสียหายที่ตนก่อความเสียหายให้กับเขาโดยตรงและได้แสดงความสำนึกผิด รวมถึงมีส่วนร่วมในการกำหนดข้อตกลงที่ตนจะต้องปฏิบัติ ซึ่งจะเป็นผลดีต่อกระบวนการแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิด

9. กระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูไม่เน้นการลงโทษจำคุก แต่เน้นให้ผู้กระทำความผิดที่ยังพอแก้ไขได้มีโอกาสแก้ไขปรับปรุงตัวโดยไม่ต้องถูกจำกัดอิสรภาพ โดยผู้กระทำความผิดต้องอยู่ภายใต้การควบคุมสอดส่อง และต้องดำเนินการเยียวยาความเสียหาย แก้ไขปรับปรุงตนเอง ตลอดจนทำงานบริการสังคมทดแทนความเสียหายที่เกิดขึ้นเนื่องจากตนได้กระทำการฝ่าฝืนกฎหมายอาญา วิธีการนี้เป็นทางออกที่ดีสำหรับผู้กระทำความผิดที่จะไม่ต้องรับโทษจำคุก ทำให้ผู้กระทำความผิดไม่มีตราบาปจากประวัติการถูกพิพากษาให้จำคุก ไม่ได้เรียนรู้การกระทำความผิดจากคนในคุกที่เป็นอาชญากรโดยสันดาน และไม่เสียโอกาสในการพัฒนาตนเองด้านต่างๆ ไม่ว่าจะเป็นการศึกษาหรือการทำงานอาชีพ ด้วยแนวทางเช่นนี้ผู้กระทำความผิดจะสามารถกลับตัวเป็นสมาชิกที่ดีของสังคมได้ง่ายและมีโอกาสกระทำความผิดซ้ำน้อยลง ในทางกลับกัน สังคมย่อมได้ประโยชน์จากการที่สมาชิกในชุมชนได้รับการแก้ไขปรับปรุงให้กลับมาเป็นสมาชิกที่ดีเช่นกัน นอกจากนี้ ผู้เสียหายยังได้รับประโยชน์จากการที่ผู้กระทำความผิดมีโอกาสใช้ชีวิตตามปกติ สามารถหารายได้เพื่อนำมาเยียวยาค่าใช้จ่ายให้แก่อุบัติเหตุผู้เสียหายได้

10. กรณีคดีข่มขืนกระทำชำเราที่ยอมความไม่ได้ การนำกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูมาใช้ประกอบการยอมความจะช่วยให้การยอมความมีประสิทธิภาพในด้านการเยียวยาผู้เสียหายและการแก้ไขผู้กระทำความผิดตามแนวคิดด้านอาชญาวิทยาและทัณฑวิทยามากกว่าการยอมความโดยการตกลงระหว่างผู้เสียหายและผู้กระทำความผิดที่ปราศจากการควบคุมของรัฐ

11. หากมีการนำกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูรูปแบบ “การประชุมกลุ่ม” มาใช้กับคดีข่มขืนกระทำชำเรา รูปแบบนี้จะเน้นการมีส่วนร่วมของบุคคลใกล้ชิดของผู้เสียหายและผู้กระทำความผิดซึ่งเป็นผู้ที่ได้รับผลกระทบจากการกระทำความผิดด้วยโดยอ้อม บุคคลเหล่านี้ไม่มีบทบาทในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา แต่มีบทบาทสำคัญในกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูโดยการช่วยเป็นแรงสนับสนุนให้แก่ผู้เสียหายและผู้กระทำความผิดตลอดกระบวนการ และยังมีส่วนช่วยควบคุมสอดส่องการกระทำของผู้กระทำความผิดอีกด้วย

12. กระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูมุ่งให้เกิดผลทางฟื้นฟูในด้านความสัมพันธ์ระหว่างคู่กรณี หากคู่กรณีมีความสัมพันธ์ต่อเนื่อง (ongoing relationship) เช่น สามี-ภรรยา บุพการี-ผู้สืบสันดาน การใช้กระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูกับคดีข่มขืนกระทำชำเราย่อมจะเกิดประโยชน์ต่อ

การรักษาความสัมพันธ์ของคู่กรณีมากกว่าการให้บุคคลในครอบครัวเดียวกันต่อสู้คดีกันในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา

13. หากผู้เสียหายคดีข่มขืนกระทำชำเรารู้ว่าตนมีทางเลือกในการเรียกร้องความยุติธรรมโดยอาศัยกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูที่ผู้เสียหายจะได้ประโยชน์จากการเยียวยาความเสียหายและผู้กระทำความผิดได้รับการแก้ไขฟื้นฟู จะช่วยให้ผู้เสียหายกล้านำคดีข่มขืนกระทำชำเรามาแจ้งความดำเนินคดีมากขึ้นโดยเฉพาะกรณีที่เกิดจากการกระทำโดยคนรู้จัก⁵² ซึ่งจะทำให้รัฐทราบข้อมูลความจริงที่เกิดขึ้นในสังคมและสามารถวางแผนจัดการแก้ไขปัญหาสังคมได้อย่างเป็นระบบและมีประสิทธิภาพมากขึ้น

14. ผลของกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูที่เกิดจากการตกลงของคู่กรณีโดยมีรัฐควบคุมความเหมาะสมของข้อตกลง เมื่อคู่กรณีทุกฝ่ายพึงพอใจในผลลัพธ์ ได้ยุติข้อพิพาทร่วมกัน ย่อมก่อให้เกิดความยุติธรรมอย่างแท้จริง มิใช่เพียงความยุติธรรมตามกฎหมายเท่านั้น

15. การนำกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูมาใช้กับคดีข่มขืนกระทำชำเราอาจให้ผลพลอยได้ในเรื่องการลดปริมาณคดีที่เข้าสู่ศาลหากนำมาใช้ในชั้นก่อนฟ้อง และแม้นำมาใช้ในชั้นศาลก็ยังมีประโยชน์ด้านการช่วยลดงบประมาณของรัฐในการดูแลผู้ต้องขังได้เช่นกันเพราะกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูไม่เน้นการลงโทษจำคุก

4.8 ข้อบกพร่อง ปัญหา และอุปสรรคของการนำกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูมาใช้กับคดีข่มขืนกระทำชำเรา

1. ผู้ประสานการประชุมเป็นบุคคลที่มีความสำคัญในการดำเนินกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟู โดยหลักการแล้วผู้ประสานการประชุมต้องวางตัวเป็นกลาง อย่างไรก็ตาม กระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูอาจเกิดปัญหาได้หากคู่กรณีจ่ายผลประโยชน์ตอบแทนผู้ประสานการประชุมเพื่อให้ช่วยดำเนินการประชุมไปในทางที่เป็นประโยชน์ต่อคู่กรณีฝ่ายนั้น อันจะทำให้กระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูขาดประสิทธิภาพในการอำนวยความสะดวกยุติธรรม ผู้เขียนเห็นว่า หากกำหนดให้ผู้ประสานการประชุมทำหน้าที่ในฐานะเป็นเจ้าพนักงานของรัฐจะช่วยป้องกันมิให้เกิดเหตุการณ์ดังกล่าวได้เพราะหากมีการจ่ายผลประโยชน์เกิดขึ้น คู่กรณีฝ่ายที่จ่ายผลประโยชน์จะมีความผิดต่อเจ้าพนักงานและผู้ประสานการประชุมที่รับผลประโยชน์จะมีความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการตามประมวลกฎหมายอาญา

2. ทศนคติของสังคมซึ่งรวมถึงทัศนคติของบุคลากรในกระบวนการยุติธรรมอาจต่อต้านการนำกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูมาใช้กับคดีข่มขืนกระทำชำเราเพราะเห็นว่าเป็นทางที่มุ่งช่วยเหลือผู้กระทำความผิด ซึ่งในประเด็นนี้จำเป็นต้องมีการให้ความรู้และทำความเข้าใจว่าแนวคิดพื้นฐานของกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูคือการทำให้อุบัติการณ์มีความสำคัญกับผู้เสียหายซึ่งเป็นบุคคลที่ถูกกลั่นแกล้งในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา มิใช่การช่วยเหลือให้ผู้กระทำความผิดได้รับโทษน้อยลง นอกจากนี้

⁵² C. Quince Hopkins and Mary P. Koss, "Incorporating Feminist Theory and Insights into a Restorative Justice Response to Sex Offenses," *Violence Against Women* 11, 5 (May 2005): 715.

กระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูยังมีหลักเกณฑ์ในการคัดกรองเฉพาะคดีที่เหมาะสมมาเข้ากระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟู หากได้หมายความว่าคดีข่มขืนกระทำชำเราที่ร้ายแรงจะสามารถเข้ากระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูได้แต่อย่างไร

3. ทศนคติของคนส่วนใหญ่ต้องการให้ลงโทษผู้กระทำความผิดคดีข่มขืนกระทำชำเราอย่างรุนแรง กระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูจึงอาจให้ผลที่เบาเกินไปและขัดต่อความรู้สึกของคนในสังคม ในประเด็นนี้ผู้เขียนเห็นว่าโทษตามกระบวนการยุติธรรมทางอาญาอาจรุนแรงเกินไปสำหรับผู้กระทำความผิดครั้งแรกที่สามารถแก้ไขปรับปรุงตนได้ อีกทั้งการข่มขืนกระทำชำเรายังเป็นความผิดที่มีความซับซ้อนและมีหลายรูปแบบ การข่มขืนกระทำชำเราที่เกิดขึ้นบ่อยคือการข่มขืนกระทำชำเรา ซึ่งผู้เสียหายและผู้กระทำความผิดรู้จักกัน อาจมีกรณีที่ผู้เสียหายไม่ได้ต้องการให้ผู้กระทำความผิดต้องจำคุกแต่ผู้เสียหายต้องการได้รับการเยียวยาและให้ผู้กระทำความผิดได้รับผลจากการกระทำของตนบ้างตามสมควร หากนำกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูมาใช้กับการข่มขืนกระทำชำเราในรูปแบบและเงื่อนไขที่เหมาะสมและใช้กับผู้ที่ยินยอมเข้าร่วมกระบวนการเท่านั้น กรณีนี้ย่อมไม่อาจกล่าวว่าการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูเป็นกระบวนการที่เบาเกินไป หากแต่ต้องถือว่าเป็นกระบวนการที่เหมาะสมและก่อให้เกิดประโยชน์กับทุกฝ่าย และแท้จริงแล้วหากพิจารณาโดยละเอียดจะพบว่ากระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูมีลักษณะที่เคร่งครัดกว่ากระบวนการยุติธรรมทางอาญา⁵³ เพราะอนุญาตให้เฉพาะคดีและคนที่เหมาะสมจริงๆ เข้าร่วมกระบวนการ อีกทั้งการที่ผู้กระทำความผิดต้องเผชิญหน้ากับบุคคลที่ตนสร้างความเสียหายให้แก่เขารวมถึงยังมีกระบวนการทำให้ผู้กระทำความผิดเปลี่ยนแปลงถึงระดับ“จิตสำนึก”ว่าสิ่งที่ตนกระทำนั้นสร้างความเสียหายให้ผู้อื่นอย่างไร ย่อมจะไม่ใช้กระบวนการที่เบาเกินไปอย่างแน่นอน

4. เนื่องจากกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูไม่ได้มุ่งเน้นเพียงการพิสูจน์ความผิดและลงโทษผู้อื่น แต่มุ่งเยียวยาผู้เสียหาย แก้ไขผู้กระทำความผิด และฟื้นฟูผู้ที่ได้รับผลกระทบทุกฝ่าย ดังนั้น จึงจำเป็นต้องอาศัยบุคลากรในสหวิทยาการด้านอื่นๆ นอกเหนือจากบุคลากรในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาเพื่อให้การดำเนินกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ เช่น ต้องมีนักจิตวิทยาที่เข้ามาช่วยพูดคุยกับผู้เสียหายเพื่อรับฟังปัญหาและประเมินสภาพจิตใจของผู้เสียหาย หรือมีจิตแพทย์ที่เข้ามาตรวจประเมินสุขภาพจิตทางเพศของผู้กระทำความผิดก่อนเข้าประชุมกลุ่มตลอดจนหน่วยงานที่ให้การการศึกษาหรือฝึกอาชีพ เป็นต้น จึงอาจเกิดปัญหาด้านการประสานความร่วมมือระหว่างหน่วยงานที่เกี่ยวข้องได้

5. การนำกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูมาใช้ให้เกิดประสิทธิภาพจำต้องอาศัยงบประมาณในการดำเนินงาน เช่น ค่าตอบแทนผู้ประสานการประชุม งบประมาณในการวิเคราะห์และติดตามผลของการดำเนินการ งบประมาณในการศึกษาวิจัย เป็นต้น อย่างไรก็ตาม ปัญหาเรื่องงบประมาณนี้มี

⁵³ Native Counseling Services of Alberta, *A Cost-Benefit Analysis of Hollow Water's Community Holistic Circle Healing Process* [Online], 2001. Source http://www.publicsafety.gc.ca/res/cor/apc/_fl/apc-20-eng.pdf, p. 61.

ผู้ให้ความเห็นว่าแม้การดำเนินกระบวนการยุติธรรมเชิงพื้นที่อาจมีค่าใช้จ่ายเกิดขึ้นบ้างแต่น่าจะคุ้มค่ากับผลประโยชน์ที่จะได้รับจากกระบวนการยุติธรรมเชิงพื้นที่⁵⁴

6. เนื่องจากสภาพของสังคมไทยมีความเหลื่อมล้ำแตกต่างทางชนชั้นอยู่มาก ไม่ว่าจะเป็นด้านการศึกษา ฐานะ หรือหน้าที่การงาน บางครั้งสถานะของคู่กรณีที่ประสงค์จะเข้าร่วมกระบวนการยุติธรรมเชิงพื้นที่อาจไม่เท่าเทียมกัน ก่อให้เกิดอำนาจที่ไม่เท่าเทียม (power imbalance) จึงเป็นไปได้ที่ฝ่ายที่มีอำนาจเหนือกว่าจะมีอิทธิพลต่อการกำหนดแนวทางของข้อตกลงในที่ประชุม ทั้งที่ฝ่ายที่มีอำนาจน้อยกว่าอาจไม่เต็มใจ หรืออาจยอมตกลงเพื่อช่วยให้ฝ่ายที่มีอำนาจเหนือกว่าไม่ต้องรับโทษหนักก็ได้ในกรณีที่คู่กรณีมีความสัมพันธ์ต่อกันเป็นส่วนตัว เช่น บุพการี-ผู้สืบสันดาน ซึ่งเป็นลักษณะความสัมพันธ์ต่อเนื่อง (ongoing relationship) กรณีเหล่านี้ผู้เสียหายอาจไม่ต้องการให้ผู้กระทำความผิดซึ่งเป็นคู่สมรสหรือบุพการีของตนต้องโทษทางอาญาโดยที่การต้องโทษนั้นไม่ได้ช่วยแก้ไขพฤติกรรมที่เป็นปัญหา ทำให้กระบวนการยุติธรรมเชิงพื้นที่ไม่ก่อให้เกิดผลในทางพื้นที่และความยุติธรรมที่แท้จริง อย่างไรก็ตาม ปัญหาดังกล่าวอาจแก้ไขได้โดยกระบวนการเตรียมความพร้อมก่อนการประชุมกลุ่มเพื่อทำความเข้าใจกับคู่กรณีและผู้เกี่ยวข้องถึงหลักการของกระบวนการยุติธรรมเชิงพื้นที่ และผู้ประสานการประชุมควรมีบทบาทในการควบคุมความเหมาะสมของการตกลงตลอดจนการแสดงออกต่างๆ ซึ่งแสดงให้เห็นถึงความไม่เท่าเทียมระหว่างคู่กรณีด้วย

7. เนื่องจากรูปแบบกระบวนการยุติธรรมเชิงพื้นที่ที่เหมาะสมจะนำมาใช้กับคดีข่มขืนกระทำชำเรา คือ การประชุมกลุ่ม กำหนดว่าต้องมีบุคคลใกล้ชิดเข้าร่วมด้วย ดังนั้น อาจมีปัญหาในกรณีที่ผู้เสียหายหรือผู้กระทำความผิดประสงค์จะเข้าร่วมกระบวนการยุติธรรมเชิงพื้นที่ แต่ขาดบุคคลใกล้ชิดที่จะมาสันับสนุน หรือบุคคลใกล้ชิดไม่มีศักยภาพหรือความพร้อมในการเข้าร่วมกระบวนการยุติธรรมเชิงพื้นที่ไปกับผู้เสียหายหรือผู้กระทำความผิด กรณีนี้อาจแก้ไขโดยการจัดให้มีนักจิตวิทยาเข้ามาทำหน้าที่แทน แต่สำหรับผู้กระทำความผิดผู้เขียนเห็นว่าควรเป็นบุคคลใกล้ชิดตามความเป็นจริง เพื่อที่บุคคลใกล้ชิดจะได้มีส่วนช่วยควบคุมพฤติกรรมของผู้กระทำความผิดด้วย หากผู้กระทำความผิดไม่มีบุคคลใกล้ชิดที่จะมาทำหน้าที่เป็นผู้สนับสนุนก็จำเป็นต้องดำเนินตามกระบวนการยุติธรรมทางอาญาตามปกติ เพราะหากเข้ากระบวนการยุติธรรมเชิงพื้นที่โดยที่เงื่อนไขไม่ครบถ้วนย่อมเกิดความเสียหายที่ผู้เสียหายจะได้รับความเสียหายต่อจิตใจเพิ่มขึ้น และผู้กระทำความผิดจะไม่ได้รับการแก้ไขพื้นที่อย่างแท้จริง อันจะกระทบต่อประสิทธิภาพของกระบวนการยุติธรรมเชิงพื้นที่

8. กระบวนการยุติธรรมเชิงพื้นที่อาจเกิดผลที่ไม่สม่ำเสมอ เนื่องจากวัตถุประสงค์ของกระบวนการยุติธรรมเชิงพื้นที่คือการเยียวยาผู้เสียหายและแก้ไขผู้กระทำความผิดจึงจำเป็นต้องกำหนดมาตรการเยียวยาแก้ไขพื้นที่ให้เหมาะสมกับสภาพแวดล้อมแต่ละคดี ดังนั้น แม้เป็นการกระทำความผิดแต่ลักษณะเดียวกันแต่ข้อตกลงที่ได้ในแต่ละคดีอาจแตกต่างกันได้เพราะผู้เสียหายและผู้กระทำความผิดแต่ละคดีย่อมแตกต่างกันไป อย่างไรก็ตาม กระบวนการยุติธรรมทางอาญาเองก็มีผลที่ไม่สม่ำเสมอเช่นเดียวกันเพราะกฎหมายอาญามีได้กำหนดโทษแน่นอนตายตัวสำหรับความผิดแต่ละประเภทแต่กำหนดเป็นช่วงอัตราโทษที่ผู้พิพากษาสามารถใช้ดุลพินิจกำหนดโทษให้แตกต่างกันได้ตาม

⁵⁴ สรวิต ลิ้มปริงชี, “การไกล่เกลี่ยพื้นที่สัมพันธ์ในคดีอาญา: ปรัชญาการณของศาลนิวซีแลนด์,” ใน *การไกล่เกลี่ยพื้นที่สัมพันธ์ในคดีอาญา*, สรวิต ลิ้มปริงชี, บรรณาธิการ (กรุงเทพมหานคร: ธนาพรส, 2550), หน้า 20.

ปัจจัยหรือพฤติกรรมแวดล้อมที่อาจแตกต่างกันในแต่ละคดี และมีไม่ว่าผู้เสียหายและผู้กระทำ ความผิดจะสามารถทำข้อตกลงกันในกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูได้อย่างเสรี เพราะยังต้องอยู่ ภายใต้การควบคุมความเหมาะสมโดยผู้ประสานการประชุมและผู้ส่งคดีซึ่งเป็นบุคลากรใน กระบวนการยุติธรรมด้วย

9. มาตรการทางกฎหมายของประเทศไทยในปัจจุบันที่สนับสนุนให้นำกระบวนการยุติธรรม เชิงฟื้นฟูมาใช้ในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาทั้งในชั้นพนักงานสอบสวน ชั้นพนักงานอัยการ และ ชั้นศาล ยังมีรายละเอียดและทางปฏิบัติที่ไม่ตรงกับหลักกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูอย่างแท้จริง เพราะมุ่งที่จะยุติคดีเป็นหลัก อีกทั้งยังเป็นการกำหนดเพื่อให้ใช้กับทุกประเภทคดี ในขณะที่คดีข่มขืน กระทำชำเราเป็นคดีที่มีความซับซ้อนทั้งด้านสาเหตุและผลของการกระทำ จำต้องมีหลักเกณฑ์เงื่อนไข เฉพาะบางอย่างที่ต่างไป

จากที่ผู้เขียนได้ศึกษาวิเคราะห์เปรียบเทียบแนวทางการนำกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูมาใช้กับคดีข่มขืนกระทำชำเราในต่างประเทศประกอบกับวิเคราะห์แนวทางการนำกระบวนการยุติธรรม เชิงฟื้นฟูมาใช้กับคดีอาญาของประเทศไทยในปัจจุบัน พบว่าแนวทางการนำกระบวนการยุติธรรมเชิง ฟื้นฟูมาใช้ในประเทศไทยยังไม่สอดคล้องกับแนวคิด หลักการ และวัตถุประสงค์ของกระบวนการ ยุติธรรมเชิงฟื้นฟูอย่างแท้จริง แต่แสดงให้เห็นประการหนึ่งว่าประเทศไทยได้รับเอาแนวคิดเรื่องการนำ กระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูมาใช้กับคดีอาญาในทุกขั้นตอนของกระบวนการยุติธรรมแล้วทั้งชั้น พนักงานสอบสวน ชั้นพนักงานอัยการ และชั้นศาล ประกอบกับการที่กระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟู นำมาใช้เพื่อเสริมให้กระบวนการยุติธรรมทางอาญามีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น มิได้นำมาแทนที่ กระบวนการยุติธรรมทางอาญา ดังนั้น จึงมีความเป็นไปได้ที่ประเทศไทยจะนำกระบวนการยุติธรรม เชิงฟื้นฟูมาใช้กับคดีข่มขืนกระทำชำเรา ด้วยเหตุนี้ ผู้เขียนจึงเห็นว่าควรมีการบัญญัติกฎหมายเฉพาะ เกี่ยวกับการนำกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูมาใช้ในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาโดยทำในรูป พระราชบัญญัติตลอดจนการกำหนดระเบียบการดำเนินงานที่ใช้กับคดีข่มขืนกระทำชำเราเป็นการ เฉพาะอันจะทำให้เกิดประสิทธิภาพในการดำเนินงาน สอดคล้องกับวัตถุประสงค์และเป้าหมายของ กระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูอย่างแท้จริง สำหรับแนวทางการนำกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูมาใช้ กับคดีข่มขืนกระทำชำเราในต่างประเทศที่ผู้เขียนเห็นว่าเหมาะสมกับประเทศไทยนั้น ผู้เขียนจะได้ สรุปและเสนอแนะในบทต่อไป

บทที่ 5 บทสรุปและข้อเสนอแนะ

5.1 บทสรุป

การกำหนดให้การชดเชยกระทำชำเราเป็นความผิดอาญามีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองประโยชน์ของผู้เสียหายเป็นสำคัญ ประโยชน์ที่กฎหมายมุ่งคุ้มครองสำหรับความผิดฐานชดเชยกระทำชำเรามี 3 ประการ ได้แก่ เสรีภาพในการกำหนดความสัมพันธ์ทางเพศของบุคคลว่าต้องการหรือไม่ต้องการจะมีความสัมพันธ์ทางเพศกับใคร นอกจากนี้กฎหมายยังมุ่งคุ้มครองความปลอดภัยของร่างกาย จิตใจ ชื่อเสียง และเกียรติยศของผู้เสียหายเนื่องจากการชดเชยกระทำชำเราก่อให้เกิดผลกระทบอย่างร้ายแรงหลายด้านโดยเฉพาะด้านจิตใจ อีกทั้งยังมุ่งคุ้มครองความบริสุทธิ์และความไร้เดียงสาทางเพศของเด็กที่อายุยังไม่เกิน 15 ปีเพื่อให้เด็กต้องมีประสบการณ์ทางเพศก่อนวัยอันควร

หากมีการชดเชยกระทำชำเราเกิดขึ้นและผู้เสียหายต้องการได้รับความคุ้มครองตามประมวลกฎหมายอาญา ผู้เสียหายจะต้องนำคดีเข้าสู่ “กระบวนการยุติธรรมทางอาญา” โดยขั้นตอนแรกคือการนำคดีมาแจ้งความต่อเจ้าหน้าที่ตำรวจ เว้นแต่ผู้เสียหายประสงค์จะดำเนินคดีฟ้องร้องต่อศาลด้วยตนเองก็สามารถทำได้ อย่างไรก็ตาม ในทางปฏิบัติไม่ว่าเป็นคดีชดเชยกระทำชำเราที่ยอมความได้หรือคดีชดเชยกระทำชำเราที่ยอมความไม่ได้ รัฐจะเป็นผู้ดำเนินคดีเพราะการดำเนินคดีชดเชยกระทำชำเราต้องอาศัยอำนาจของเจ้าหน้าที่รัฐในการแสวงหาพยานหลักฐานหลายอย่าง

เมื่อผู้เสียหายนำคดีชดเชยกระทำชำเรามาแจ้งความแล้ว คดีจะดำเนินต่อไปตามขั้นตอนทางกฎหมาย กระบวนการยุติธรรมทางอาญาในปัจจุบันมุ่งเน้นที่การพิสูจน์ความผิดเพื่อนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษ (Retributive Justice) การดำเนินคดีอาญาใช้ระบบกล่าวหาซึ่งฝ่ายโจทก์ต้องนำพยานหลักฐานมาพิสูจน์ว่าจำเลยกระทำความผิดตามฟ้อง สำหรับจำเลยนั้นได้รับการคุ้มครองตามหลักการสันนิษฐานว่าจำเลยเป็นผู้บริสุทธิ์จนกว่าโจทก์จะพิสูจน์ให้ศาลเชื่อโดยปราศจากข้อสงสัยตามสมควรว่าจำเลยกระทำความผิดจริง ดังนั้น กระบวนการต่างๆ ในการดำเนินคดีอาญาจึงมุ่งที่การแสวงหาพยานหลักฐานมาเพื่อพิสูจน์ความผิดของผู้ต้องหาเป็นสำคัญ ส่วนการดำเนินการกับผู้กระทำความผิดฐานชดเชยกระทำชำเราใช้วิธีการลงโทษจำคุกและปรับเป็นหลักซึ่งเป็นการลงโทษเพื่อแก้แค้นทดแทน ป้องกันยับยั้ง และตัดโอกาสให้มีกระทำความผิด

แนวทางการดำเนินคดีและการลงโทษตามกระบวนการยุติธรรมทางอาญาที่ใช้กับคดีชดเชยกระทำชำเราในปัจจุบันก่อให้เกิดผลกระทบ 3 ประการ คือ ผลกระทบต่อผู้เสียหาย ผลกระทบต่อผู้กระทำความผิด และผลกระทบต่อสังคม

1. ผลกระทบต่อผู้เสียหาย

1.1 กรณีที่คดีชดเชยกระทำชำเราเป็นคดีที่ยอมความได้ ในทางปฏิบัติพนักงานสอบสวนจะสนับสนุนให้ผู้เสียหายยอมความและผู้กระทำความผิดจะเยียวยาผู้เสียหายด้วยการชดเชยค่าเสียหายจำนวนหนึ่งซึ่งเป็นการตกลงระหว่างผู้เสียหายและผู้กระทำความผิด แต่สำหรับคดีชดเชย

กระทำซ้ำเรานั้น นอกจากผู้เสียหายจะได้รับความเสียหายต่อร่างกายแล้วยังได้รับความเสียหายต่อจิตใจและอารมณ์อย่างมาก ซึ่งการยอมความโดยปราศจากการควบคุมของรัฐจะไม่มีกระบวนการเยียวยาความเสียหายต่อจิตใจให้แก่ผู้เสียหายในคดีข่มขืนกระทำชำเราอย่างเหมาะสม

1.2 คดีข่มขืนกระทำชำเราเป็นคดีที่มีลักษณะพิเศษ คือ คดีข่มขืนกระทำชำเราส่วนใหญ่เกิดจากการกระทำของคนรู้จัก¹ ผู้เสียหายลี้ภัยที่จะนำคดีมาแจ้งความทำให้ส่งผลต่อความสมบูรณ์ของพยานหลักฐานในคดี อีกทั้งคดีข่มขืนกระทำชำเราเป็นคดีที่มักเกิดในที่รโหฐาน พยานที่สำคัญที่สุดในคดีจึงเป็นผู้เสียหาย นอกจากนี้ ผู้เสียหายในคดีข่มขืนกระทำชำเราได้รับความเสียหายต่อร่างกายและจิตใจอย่างมากเพราะคดีข่มขืนกระทำชำเราเป็นเรื่องทางเพศซึ่งเป็นเรื่องละเอียดอ่อนแต่ในขณะเดียวกันหลักการดำเนินคดีอาญามีอยู่ว่าโจทก์หรือผู้เสียหายจะต้องพิสูจน์ว่าจำเลยกระทำความผิดตามฟ้องให้ได้จนถึงระดับที่ปราศจากความสงสัยตามสมควร ผู้เสียหายจำเป็นต้องตอบคำถามต่างๆ เกี่ยวกับเหตุการณ์เลวร้ายที่เกิดขึ้นอย่างละเอียดโดยที่กระบวนการยุติธรรมทางอาญาไม่มองว่าผู้เสียหายคือผู้ได้รับผลกระทบโดยตรงจากการกระทำความผิด หากแต่มีฐานะเป็นเพียงพยานของรัฐเท่านั้น กระบวนการยุติธรรมทางอาญาจึงมีส่วนสำคัญที่ทำให้ผู้เสียหายในคดีข่มขืนกระทำชำเราซึ่งได้รับความเสียหายมากอยู่แล้วกลับได้รับความเสียหายมากยิ่งขึ้นไปอีกโดยเฉพาะความเสียหายต่อจิตใจ

1.3 กรณีที่มีการดำเนินคดีไปจนศาลมีคำพิพากษาว่าจำเลยกระทำความผิดและกำหนดโทษ การลงโทษผู้กระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเป็นการลงโทษเพราะผู้นั้นได้กระทำความผิดต่อรัฐ มิใช่ต่อผู้เสียหาย โทษของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามประมวลกฎหมายอาญาคือโทษจำคุกและปรับเป็นการลงโทษเพื่อแก้แค้นทดแทน ป้องกันยับยั้ง และตัดโอกาสกระทำความผิด แสดงให้เห็นว่ากระบวนการยุติธรรมทางอาญาไม่ได้ให้ความสำคัญกับวัตถุประสงค์ของการลงโทษเพื่อเยียวยาความเสียหายให้แก่ผู้เสียหายทั้งที่ผู้เสียหายในคดีข่มขืนกระทำชำเราเป็นผู้ที่ได้รับความเสียหายโดยตรงจากการกระทำความผิด

2. ผลกระทบต่อผู้กระทำความผิด

2.1 กรณีที่มีการตกลงยอมความกัน ในทางปฏิบัติผู้กระทำความผิดจะเยียวยาความเสียหายโดยชดใช้ค่าเสียหายให้แก่ผู้เสียหายเป็นเงินจำนวนหนึ่งซึ่งมีลักษณะเป็นการลงโทษอยู่ในตัว แต่การยอมความไม่มีกระบวนการใดที่ช่วยให้ผู้กระทำความผิดสำนึกผิดในการกระทำของตนและรัฐไม่สามารถนำมาตราการอื่นใดมาใช้บังคับได้เพราะการยอมความตามกฎหมายไทยเป็นการแสดงเจตนาระหว่างผู้เสียหายและผู้กระทำความผิดโดยไม่มีรัฐหรือบุคคลที่สามร่วมตรวจสอบ ดังนั้น ผู้กระทำความผิดจึงไม่ได้รับการแก้ไขพฤติกรรมตามสาเหตุที่แท้จริง ไม่มีการสอดส่องดูแลพฤติกรรมของผู้กระทำความผิดหลังคดียุติ ทำให้อาจเกิดการกระทำความผิดซ้ำอีกในอนาคต

¹ จะเด็จ เขาวนวิไล, สุเพ็ญศรี พิงโคกสูง, ปัทมาพร ไชยเชษฐพิพัฒกุล และมรกต เจริญทอง, หนึ่งเสียงหยุดความรุนแรงต่อผู้หญิง (กรุงเทพมหานคร: สำนักงานกองทุนสนับสนุนการสร้างเสริมสุขภาพ, 2551), หน้า 10.

2.2 การข่มขืนกระทำชำเราเกิดได้จากหลายสาเหตุ แต่โทษสำหรับผู้กระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามประมวลกฎหมายอาญาในปัจจุบัน คือ โทษจำคุกและโทษปรับ เป็นการลงโทษเพื่อแก้แค้นทดแทน ป้องกันยับยั้ง และตัดโอกาสการกระทำความผิด โดยไม่ให้ความสำคัญกับการลงโทษเพื่อแก้ไขผู้กระทำความผิดตามสาเหตุที่แท้จริงและไม่มีกระบวนการที่ช่วยให้ผู้กระทำความผิดสำนึกผิดในความเสียหายที่ตนเป็นผู้ก่อขึ้น แม้จะมีการใช้มาตรการบังคับทางอาญาโดยการคุมประพฤติขึ้นศาลกับผู้กระทำความผิดคดีข่มขืนกระทำชำเราซึ่งสอดคล้องกับวัตถุประสงค์ในการแก้ไขผู้กระทำความผิดอยู่บ้าง แต่มาตรการดังกล่าวไม่ใช่มาตรการหลักและไม่ได้เน้นที่การทำให้ผู้กระทำความผิดได้เข้าใจและสำนึกผิดในผลแห่งการกระทำของตนอันจะเป็นการแก้ไขผู้กระทำความผิดในระดับจิตใจ

2.3 การลงโทษจำคุกเป็นการสร้างตราบาปทำลายคุณลักษณะของผู้กระทำความผิด หากผู้ใดเคยรับโทษจำคุกมาแล้วย่อมยากที่จะกลับมาใช้ชีวิตในสังคมได้ตามปกติหลังพ้นโทษ อีกทั้งหน่วยงานต่างๆ มักจะกำหนดคุณสมบัติของผู้เข้าศึกษาหรือทำงานไว้ข้อหนึ่งว่าต้องไม่เป็นผู้เคยต้องรับโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุกเพราะกระทำความผิดอาญา เว้นแต่เป็นโทษสำหรับความผิดที่ได้กระทำโดยประมาทหรือความผิดลหุโทษ โทษจำคุกจึงก่อให้เกิดความกดดันทั้งด้านอารมณ์ จิตใจ ปัญหาเศรษฐกิจอันเนื่องมาจากการขาดรายได้ อาจส่งผลให้ผู้นั้นกระทำความผิดซ้ำหรือกระทำความผิดอื่นได้อีกในอนาคต

3. ผลกระทบต่อสังคม

ผลกระทบต่อสังคมเป็นผลกระทบที่สืบเนื่องมาจากผลกระทบต่อผู้เสียหายและผู้กระทำความผิด เพราะเมื่อมีคดีข่มขืนกระทำชำเราเกิดขึ้นแต่กระบวนการยุติธรรมทางอาญาในปัจจุบันไม่คุ้มครองผู้เสียหายเท่าที่ควรโดยไม่ให้ความสำคัญกับการเยียวยาความเสียหายให้แก่ผู้เสียหาย อีกทั้งหากผู้เสียหายนำคดีเข้ามาสู่กระบวนการยุติธรรมทางอาญายังอาจได้รับความเสียหายยิ่งกว่าเดิม คดีข่มขืนกระทำชำเราที่เกิดขึ้นส่วนใหญ่จึงเป็นอาชญากรรมปกปิด กล่าวคือ คดีข่มขืนกระทำชำเราที่มีการนำมาแจ้งความเป็นส่วนน้อยของคดีข่มขืนกระทำชำเราที่เกิดขึ้นจริงในสังคม² ทำให้รัฐไม่อาจเข้าไปแก้ปัญหาได้ นอกจากนี้ การที่กระบวนการยุติธรรมทางอาญาในปัจจุบันไม่ให้ความสำคัญกับการแก้ไขผู้กระทำความผิดตามสาเหตุที่แท้จริง ประชาชนในสังคมจึงตกอยู่ในความความเสี่ยงภัยจากการกระทำความผิดซ้ำเพราะกระบวนการยุติธรรมทางอาญาไม่ตอบสนองต่อการแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นกับผู้เสียหายและผู้กระทำความผิด ซึ่งได้มีผลการสำรวจแล้วว่าคดีข่มขืนกระทำชำเราเป็นคดีที่มีการกระทำความผิดซ้ำสูงมากเมื่อเทียบกับคดีประเภทอื่น³

² ประธาน วัฒนาวณิชย์, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับอาชญาวิทยา (กรุงเทพมหานคร: ประกายพริก, 2546), หน้า 110.

³ สำนักงานกิจการยุติธรรม, รายงานข้อมูลสถิติอาชญากรรมภาคประชาชนทั่วประเทศ พ.ศ. 2550 (โครงการสำรวจปี พ.ศ. 2551) (กรุงเทพมหานคร: สำนักงานกิจการยุติธรรม กระทรวงยุติธรรม, 2552), หน้า 55.

ประเทศสหรัฐอเมริกา (มลรัฐแอริโซนา) ประเทศนิวซีแลนด์ และประเทศแคนาดา (มลรัฐมานิโตบา) ประสบกับปัญหาเกี่ยวกับการดำเนินกระบวนการยุติธรรมทางอาญาในคดีข่มขืนกระทำชำเรา ในลักษณะเดียวกันกับประเทศไทย ทั้งสามประเทศได้นำ “กระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟู” ซึ่งเป็นกระบวนการที่มุ่งเน้นในด้านการเยียวยาความเสียหายให้แก่ผู้เสียหาย การแก้ไขผู้กระทำความผิด และการฟื้นฟูความสงบสุขและความมั่นคงปลอดภัยแก่สังคมมาใช้กับคดีข่มขืนกระทำชำเราอย่างเป็นระบบเพื่อแก้ปัญหาต่างๆ ที่เกิดขึ้น

สำหรับประเทศไทยนั้น มีความเป็นไปได้ที่จะนำกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูมาใช้กับคดีข่มขืนกระทำชำเรา เพราะปัจจุบันประเทศไทยมีนโยบายรัฐที่สนับสนุนการนำกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูมาใช้กับคดีอาญา ประกอบกับองค์กรในกระบวนการยุติธรรมได้ออกระเบียบและร่างกฎหมายที่สนับสนุนนโยบายดังกล่าวอย่างเป็นรูปธรรมแล้ว อีกทั้งหลักการของกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูมีอยู่ว่ากระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูสามารถใช้ได้กับคดีอาญาทุกประเภท ไม่เฉพาะแต่คดีความผิดเล็กน้อยเท่านั้น และในการนำกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูมาใช้กับคดีข่มขืนกระทำชำเรา ก็มีความเหมาะสมสอดคล้องกับบริบททางสังคมของประเทศไทย

แนวทางการนำกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูมาใช้กับคดีข่มขืนกระทำชำเราในประเทศไทย แยกพิจารณาได้ 4 ประเด็น คือ (1) รูปแบบของกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูที่ใช้กับคดีข่มขืนกระทำชำเรา (2) เงื่อนไขของการนำกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูมาใช้กับคดีข่มขืนกระทำชำเรา (3) ขั้นตอนและวิธีการเชิงฟื้นฟูสำหรับคดีข่มขืนกระทำชำเรา และ (4) ผลของการนำกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูมาใช้กับคดีข่มขืนกระทำชำเรา สามารถสรุปได้ ดังนี้

1. รูปแบบของกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูที่ใช้กับคดีข่มขืนกระทำชำเรา

รูปแบบของกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูที่ใช้โดยทั่วไปมี 3 รูปแบบ คือ การไกล่เกลี่ยระหว่างผู้เสียหายและผู้กระทำความผิด (Victim-Offender Mediation) การประชุมกลุ่ม (Conferencing) และการพิพากษาโดยการประชุมล้อมวง (Sentencing Circle)

ผู้เขียนเห็นว่ารูปแบบกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูที่เหมาะสมจะนำมาใช้กับคดีข่มขืนกระทำชำเราที่สุด คือ การประชุมกลุ่ม (Conferencing)

รูปแบบการไกล่เกลี่ยระหว่างผู้เสียหายและผู้กระทำความผิดไม่เหมาะสมที่จะนำมาใช้กับคดีข่มขืนกระทำชำเรา เพราะรูปแบบการไกล่เกลี่ยไม่บังคับว่าต้องมีบุคคลไกล่เกลี่ยของผู้เสียหายและผู้กระทำความผิดเข้าร่วมด้วย ทำให้ผู้เข้าร่วมกระบวนการมีน้อยเกินไป อาจไม่ปลอดภัยต่อผู้เสียหาย คดีข่มขืนกระทำชำเราทั้งด้านร่างกายและจิตใจ และการไกล่เกลี่ยมุ่งเน้นที่การเยียวยาความเสียหายให้แก่ผู้เสียหาย แม้ตกลงกันได้ก็มักจะเป็นเรื่องค่าเสียหาย แต่ไม่ให้ความสำคัญกับการแก้ไขผู้กระทำความผิด

รูปแบบการพิพากษาโดยการประชุมล้อมวงนั้นไม่เหมาะสมที่จะนำมาใช้กับคดีข่มขืนกระทำชำเราเช่นกันเพราะเป็นรูปแบบที่บังคับให้ต้องมีตัวแทนของชุมชนเชิงฟื้นฟูที่เข้าร่วมการประชุมล้อมวงด้วยซึ่งไม่เป็นผลดีกับผู้เสียหายและผู้กระทำความผิดคดีข่มขืนกระทำชำเรา นอกจากนี้ ยังกำหนดให้

ต้องมีบุคลากรในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาเข้าร่วมประชุมล้อมวงด้วยซึ่งอาจสร้างความกดดันแก่ผู้เสียหายและผู้กระทำความผิดและกระทบต่อการได้ข้อมูลความจริงในการประชุมล้อมวง

สำหรับขั้นตอนที่นำกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูมาใช้ในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาและผู้มีอำนาจส่งคดีเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูจะมีความสัมพันธ์กัน กล่าวคือ หากนำกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูมาใช้กับคดีข่มขืนกระทำชำเราในชั้นพนักงานอัยการ ผู้มีอำนาจส่งคดีต้องเป็นพนักงานอัยการ หรือหากนำมาใช้ในชั้นศาล ผู้มีอำนาจส่งคดีต้องเป็นผู้พิพากษา เป็นต้น ซึ่งกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูรูปแบบการประชุมกลุ่มไม่มีข้อจำกัดว่าจะต้องนำมาใช้ในขั้นตอนใดขั้นตอนหนึ่งเท่านั้น

ผู้เข้าร่วมกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูสำหรับรูปแบบการประชุมกลุ่มต้องมีผู้เสียหาย ผู้กระทำความผิด บุคคลใกล้ชิดของผู้เสียหายและผู้กระทำความผิด และเจ้าหน้าที่ซึ่งทำหน้าที่เป็นผู้เตรียมความพร้อมและผู้ประสานการประชุม สำหรับรูปแบบการพิพากษาโดยการประชุมล้อมวงจะเพิ่มบุคคลอีก 2 ฝ่ายเข้ามาด้วย คือ ตัวแทนของชุมชนเชิงพื้นที่ และบุคลากรในกระบวนการยุติธรรม ซึ่งผู้เขียนไม่เห็นด้วยกับการมีบุคคลทั้งสองฝ่ายเข้าร่วมในการประชุมเชิงฟื้นฟูสำหรับคดีข่มขืนกระทำชำเรา

2. เงื่อนไขของการนำกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูมาใช้กับคดีข่มขืนกระทำชำเรา

เงื่อนไขที่นำมาพิจารณาว่าควรนำกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูมาใช้กับคดีข่มขืนกระทำชำเราหรือไม่มี 7 ประการ คือ (1) ความสัมพันธ์ระหว่างคู่กรณี (2) การใช้ความรุนแรง (3) อายุของผู้เสียหายและผู้กระทำความผิด (4) ประวัติการกระทำความผิดของผู้กระทำความผิด (5) การแสดงความรับผิดชอบของผู้กระทำความผิด (6) ดุลพินิจของผู้มีอำนาจส่งคดีเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟู และ (7) ความยินยอมของผู้เสียหายและผู้กระทำความผิด

เงื่อนไขประการแรก คือ ความสัมพันธ์ระหว่างคู่กรณี ในการนำกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูมาใช้กับคดีข่มขืนกระทำชำเรานั้นไม่ควรจำกัดว่าต้องเป็นกรณีที่ผู้เสียหายและผู้กระทำความผิดเป็นคนที่รู้จักกัน (acquaintance rape) เท่านั้น อย่างไรก็ตาม หากคู่กรณีรู้จักกันและมีความสัมพันธ์กันในลักษณะต่อเนื่อง (ongoing relationship) เป็นปัจจัยที่อาจก่อให้เกิดอำนาจที่ไม่เท่าเทียมได้ (power imbalance) ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าปัญหานี้สามารถแก้ไขและบรรเทาได้โดยขั้นตอนการเตรียมความพร้อมเพื่อทำความเข้าใจกับผู้เสียหายและผู้กระทำความผิดถึงวัตถุประสงค์ของกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟู และโดยการควบคุมการประชุมของผู้ประสานการประชุมเพื่อจัดความไม่เหมาะสมและความไม่เป็นธรรมที่อาจเกิดขึ้นในที่ประชุม

เงื่อนไขประการที่สอง คือ การใช้ความรุนแรง คดีข่มขืนกระทำชำเราที่จะเข้ากระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูได้จะต้องเป็นคดีที่ผู้กระทำความผิดไม่ใช่กำลังเกินกว่าความจำเป็นเพื่อบรรลุจุดประสงค์ของการกระทำความผิด และไม่ใช้อาวุธ กรณีที่ผู้กระทำความผิดหลอกหรือบังคับให้ผู้เสียหายเสพยาเสพติดหรือดื่มแอลกอฮอล์เพื่อให้มีเมามาแล้วข่มขืนกระทำชำเรา ไม่อาจเข้าสู่

กระบวนการนี้ได้ แต่ถ้าผู้เสียหายสมัครใจเสพยาเสพติดหรือดื่มแอลกอฮอล์เองและต่อมาถูกข่มขืน กระทำซ้ำเรากรณีนี้ไม่ห้ามที่จะเข้ากระบวนการยุติธรรมเชิงพื้นที่

เงื่อนไขประการที่สาม คือ อายุของผู้เสียหายและผู้กระทำความผิด เห็นว่าควรนำอายุที่ผู้เยาว์สามารถให้ความยินยอมในการร่วมประเวณีได้โดยชอบตามกฎหมาย (Age of sexual consent) มาเป็นอายุขั้นต่ำในการพิจารณาว่าผู้เสียหายเหมาะสมที่จะเข้าร่วมกระบวนการยุติธรรมเชิงพื้นที่หรือไม่ โดยควรกำหนดอายุที่เหมาะสมสำหรับผู้เสียหายคดีข่มขืนกระทำซ้ำเราที่จะใช้กระบวนการยุติธรรมเชิงพื้นที่ไว้ที่เกิน 15 ปีขึ้นไป อย่างไรก็ตาม คดีข่มขืนกระทำซ้ำเราที่ผู้กระทำความผิดอายุไม่ถึง 18 ปีบริบูรณ์ อาจเป็นข้อยกเว้นที่ทำให้ผู้เสียหายซึ่งอายุไม่เกิน 15 ปีเข้าร่วมกระบวนการยุติธรรมเชิงพื้นที่ได้โดยผลของพระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553 มาตรา 90 ทั้งนี้ ขึ้นอยู่กับดุลพินิจของผู้พิพากษาว่าเห็นสมควรให้ใช้กระบวนการยุติธรรมเชิงพื้นที่เพื่อประโยชน์ของผู้เสียหายที่ถูกข่มขืนกระทำซ้ำเราซึ่งยังเป็นเด็กเช่นเดียวกันหรือไม่

เงื่อนไขประการที่สี่ คือ ประวัติการกระทำความผิดของผู้กระทำความผิด เห็นว่าควรอนุญาตให้ผู้ที่เคยกระทำความผิดมาแล้วเข้าร่วมกระบวนการยุติธรรมเชิงพื้นที่ได้ แต่กระบวนการแก้ไขผู้กระทำความผิดที่เคยกระทำความผิดมาแล้วจะต้องเข้มงวดกว่าผู้กระทำความผิดครั้งแรกเพื่อประโยชน์ในการแก้ไขผู้กระทำความผิดอันเป็นวัตถุประสงค์หลักของกระบวนการยุติธรรมเชิงพื้นที่

เงื่อนไขประการที่ห้า คือ การแสดงความรับผิดชอบของผู้กระทำความผิด ผู้กระทำความผิดต้องแสดงความรับผิดชอบในระดับหนึ่งก่อนที่จะเข้าร่วมกระบวนการยุติธรรมเชิงพื้นที่ได้ ระดับของการแสดงความรับผิดชอบมีความสัมพันธ์กับขั้นตอนที่นำกระบวนการยุติธรรมเชิงพื้นที่มาใช้ในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา หากนำกระบวนการยุติธรรมเชิงพื้นที่มาใช้ในขั้นก่อนฟ้อง ผู้กระทำความผิดต้องรับข้อเท็จจริงแต่ยังไม่จำเป็นต้องยอมรับผิด หากนำมาใช้ในขั้นหลังฟ้อง ผู้กระทำความผิดต้องรับสารภาพตามฟ้องแล้วจึงจะเข้าร่วมกระบวนการยุติธรรมเชิงพื้นที่ได้

เงื่อนไขประการที่หก คือ ดุลพินิจของผู้มีอำนาจส่งคดีเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมเชิงพื้นที่ แม้คดีข่มขืนกระทำซ้ำเราจะมีเงื่อนไขต่างๆ ดังที่กล่าวมาแล้วครบถ้วน แต่ผู้มีอำนาจส่งคดีต้องใช้ดุลพินิจพิจารณาเรื่อง “ความปลอดภัยของชุมชน” ประกอบเงื่อนไขอื่นๆ ด้วย

เงื่อนไขประการสุดท้าย คือ ความยินยอมของผู้เสียหายและผู้กระทำความผิด ผู้เสียหายและผู้กระทำความผิดต้องยินยอมเข้าร่วมกระบวนการโดยสมัครใจ ไม่ถูกบังคับหรือกดดัน

3. ขั้นตอนและวิธีการเชิงพื้นที่สำหรับคดีข่มขืนกระทำซ้ำเรา

ขั้นตอนของการใช้กระบวนการยุติธรรมเชิงพื้นที่ในคดีข่มขืนกระทำซ้ำเรา แบ่งได้เป็น 4 ขั้นตอนหลักๆ คือ (1) การส่งคดีเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมเชิงพื้นที่ (2) การเตรียมความพร้อมก่อนการประชุมกลุ่มหรือการพิพากษาโดยการประชุมล้อมวง (3) การประชุมกลุ่มหรือการพิพากษาโดยการประชุมล้อมวง ซึ่งเป็นขั้นตอนที่ผู้เสียหายและผู้กระทำความผิดมาพบกันโดยตรง และ (4) การติดตามผล

วิธีการเชิงฟื้นฟูจะแทรกอยู่ในขั้นตอนต่างๆ ดังกล่าว สามารถแยกพิจารณาได้ 4 ประเด็น คือ (1) การเยียวยาผู้เสียหายและการป้องกันมิให้ผู้เสียหายตกเป็นเหยื่อซ้ำ (2) การแก้ไขผู้กระทำความผิด (3) การมีส่วนร่วมของชุมชน และ (4) บทบาทหน้าที่ของผู้ประสานการประชุม

ประเด็นแรก คือ การเยียวยาผู้เสียหายและการป้องกันมิให้ผู้เสียหายตกเป็นเหยื่อซ้ำ ควรให้ความสำคัญกับการเตรียมความพร้อมให้แก่ผู้เสียหายก่อนการประชุม เพราะขั้นตอนนี้มีส่วนสำคัญในการเยียวยาความเสียหายต่อจิตใจของผู้เสียหายในคดีข่มขืนกระทำชำเราและป้องกันมิให้ผู้เสียหายตกเป็นเหยื่อซ้ำในขั้นตอนที่มีการเผชิญหน้ากับผู้กระทำความผิด สำหรับวิธีการเยียวยาผู้เสียหายนั้นอาจทำได้หลายวิธี เช่น ให้ผู้เสียหายมีสิทธิขอรับค่าทดแทนจากโครงการกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูเพื่อนำไปใช้จ่ายตามความจำเป็นก่อน ให้ผู้กระทำความผิดเขียนจดหมายแสดงความรู้สึกถึงผู้เสียหายเมื่อสิ้นสุดกระบวนการทั้งหมด ให้ผู้เข้าร่วมประชุมกล่าวชื่นชมที่ผู้เสียหายกล้าหาญนำคดีมาเรียกร้องความยุติธรรม เป็นต้น สำหรับวิธีการป้องกันมิให้ผู้เสียหายตกเป็นเหยื่อซ้ำมีหลายวิธีเช่นกัน เช่น ให้ผู้เสียหายที่ไม่ต้องการเผชิญหน้ากับผู้กระทำความผิดโดยตรงสามารถตั้งตัวแทนเข้าร่วมการประชุมกลุ่มแทนได้ ควบคุมมิให้ผู้กระทำความผิดเรียกการกระทำที่เกิดขึ้นว่า “การข่มขืนกระทำชำเรา” หรือเรียกตัวเองว่าเป็น “ผู้ข่มขืนกระทำชำเรา” มีโต๊ะประชุมกั้นกลางเพื่อเพิ่มความปลอดภัยให้แก่ผู้เสียหาย จัดลำดับการพูดในที่ประชุมให้เหมาะสมโดยให้ผู้กระทำความผิดเริ่มเล่าเรื่องก่อนเพื่อป้องกันมิให้ผู้กระทำความผิดกล่าวบิดเบือนและโยนความผิดให้ผู้เสียหายในภายหลัง เป็นต้น

ประเด็นที่สอง คือ การแก้ไขผู้กระทำความผิด ประกอบด้วยกระบวนการ 2 ส่วน ส่วนแรกคือ การทำให้ผู้กระทำความผิดสำนึกผิดและรับผิดชอบต่อสิ่งที่ตนกระทำด้วยการเยียวยาผู้เสียหาย และส่วนที่สองคือการค้นหาสาเหตุของการกระทำความผิดเป็นรายบุคคลเพราะการข่มขืนกระทำชำเราเกิดขึ้นได้จากหลายสาเหตุและมีหลายรูปแบบ ควรให้ความสำคัญกับขั้นตอนเตรียมความพร้อมให้แก่ผู้กระทำความผิดและขั้นตอนการติดตามผลการปฏิบัติตามข้อตกลง สำหรับวิธีการแก้ไขผู้กระทำความผิดมีได้หลายวิธี เช่น ให้ผู้กระทำความผิดเข้ารับการตรวจประเมินสุขภาพจิตทางเพศ (psychosexual evaluation) เพื่อให้แน่ใจว่าผู้กระทำความผิดเหมาะสมที่จะเข้าร่วมกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูอย่างแท้จริง ให้ผู้กระทำความผิดกล่าวทบทวนสิ่งที่ผู้เสียหายพูดในที่ประชุมเพื่อให้แน่ใจว่าผู้กระทำความผิดได้ฟังและเข้าใจในผลกระทบที่เกิดขึ้นกับผู้เสียหายอย่างแท้จริง ให้ผู้กระทำความผิดเข้ารับการรักษาตามสมควรโดยพิจารณาจากผลการประเมินสุขภาพจิตทางเพศที่ได้ทำไว้และให้ผู้กระทำความผิดอยู่ในความควบคุมของผู้ติดตามผลตามระยะเวลาที่เหมาะสม ให้ผู้เข้าร่วมการประชุมกล่าวยืนยันกับผู้กระทำความผิดถึงความไม่ถูกต้องและผลกระทบที่เกิดจากการกระทำของผู้กระทำความผิด และที่สำคัญคือต้องไม่อนุญาตให้ผู้กระทำความผิดตั้งตัวแทนเข้าร่วมกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูได้

ประเด็นที่สาม คือ การมีส่วนร่วมของชุมชน บุคคลใกล้ชิดหรือสมาชิกในชุมชนแห่งความปรารถนาดี (community of care) ของผู้เสียหายและผู้กระทำความผิด ต้องเข้าร่วมกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูไปพร้อมกับผู้เสียหายและผู้กระทำความผิด เพราะเป็นกลุ่มคนที่มีส่วนช่วยเยียวยาผู้เสียหายและแก้ไขผู้กระทำความผิดได้ สำหรับชุมชนเชิงพื้นที่ (community of place) สามารถมี

บทบาทในขั้นตอนการติดตามผลเพื่อให้ความช่วยเหลือและสนับสนุนด้านการแก้ไขปรับปรุงผู้กระทำ ความผิดเป็นสำคัญ แต่จะไม่มีส่วนเกี่ยวข้องกับสัมพันธภาพกับผู้เสียหายเพื่อป้องกันมิให้ผู้เสียหายต้องอับอาย

ประเด็นสุดท้าย คือ บทบาทของผู้ประสานการประชุม (facilitator) ผู้ประสานการประชุม เป็นเจ้าหน้าที่ของโครงการกระบวนการยุติธรรมเชิงพื้นที่ซึ่งไม่ใช่บุคลากรในกระบวนการยุติธรรมทาง อาญา อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนเห็นว่าควรกำหนดให้ผู้ประสานการประชุมปฏิบัติงานในฐานะเป็นเจ้า พนักงนารัฐเพื่อให้ผู้ประสานการประชุมได้รับความคุ้มครองเป็นพิเศษในฐานะเจ้าพนักงานรัฐและเพื่อ ควบคุมมิให้ผู้ประสานการประชุมปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบโดยเฉพาะเรื่องการรับสินบนอันจะก่อให้เกิด ความไม่เป็นกลางในกระบวนการยุติธรรมเชิงพื้นที่ นอกจากนี้ แม้ในสถานการณ์ปกติผู้ประสานการ ประชุมต้องวางตนเป็นกลาง แต่ในเวลาที่เป็น ผู้ประสานการประชุมควรมีบทบาทเชิงรุกเพื่อ ประโยชน์ในการคุ้มครองผู้เสียหายคดีข่มขืนกระทำชำเราซึ่งอยู่ในสภาพที่อ่อนแอกว่าผู้กระทำ ความผิด รวมถึงกรณีที่มีปัจจัยอื่นๆ ที่อาจก่อให้เกิดอำนาจที่ไม่เท่าเทียมขึ้นได้ในระหว่างการประชุม

4. ผลของการนำกระบวนการยุติธรรมเชิงพื้นที่มาใช้กับคดีข่มขืนกระทำชำเรา

ผลของการนำกระบวนการยุติธรรมเชิงพื้นที่มาใช้กับคดีข่มขืนกระทำชำเรา สามารถแบ่งได้ เป็น 2 ประเภท คือ ผลในทางพื้นที่ และผลในทางกฎหมาย

ผลในเชิงพื้นที่ คือ การที่คู่กรณีสามารถทำข้อตกลงกันได้จากการเข้าร่วมกระบวนการ ยุติธรรมเชิงพื้นที่ ข้อตกลงควรมีประเด็นหลัก 3 ประการ คือ (1) การเยียวยาผู้เสียหาย (2) การแก้ไข ผู้กระทำ ความผิด และ (3) การทำงานบริการสังคม ซึ่งถือเป็นการชดใช้เยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้น แก่ชุมชนและสังคมอันเนื่องมาจากการทำความผิดอาญา โดยรายละเอียดของข้อตกลงอาจ แตกต่างกันไปในแต่ละกรณี

สำหรับผลทางกฎหมายของการนำกระบวนการยุติธรรมเชิงพื้นที่มาใช้กับคดีข่มขืนกระทำ ชำเรา พิจารณาได้ 3 กรณี คือ (1) ผลของการปฏิบัติตามข้อตกลงสำเร็จ (2) ผลของการที่ไม่สามารถ ตกลงกันได้ หรือปฏิบัติตามข้อตกลงไม่สำเร็จ และ (3) ผลเกี่ยวกับการเปิดเผยข้อมูล

ประเทศไทยมีร่างกฎหมายและระเบียบองค์กรอยู่ 3 ฉบับที่มีแนวคิดให้รัฐนำ “กระบวนการ ยุติธรรมเชิงพื้นที่” มาใช้กับคดีอาญา คือ (1) ร่างพระราชบัญญัติมาตรการแทนการฟ้องคดีอาญา พ.ศ. หมวด 1 ว่าด้วยการไกล่เกลี่ยคดีอาญาในชั้นพนักงานสอบสวน (2) ระเบียบสำนักงานอัยการ สูงสุดว่าด้วยการไกล่เกลี่ยและประนอมข้อพิพาทคดีอาญาในชั้นพนักงานอัยการ พ.ศ. 2555 และ (3) ระเบียบศาลอาญาว่าด้วยการประนอมข้อพิพาท พ.ศ. 2550

อย่างไรก็ตาม จากการศึกษาพบว่ารูปแบบของกระบวนการยุติธรรมเชิงพื้นที่ที่ปรากฏอยู่ใน ร่างกฎหมายและระเบียบทั้งสามฉบับของประเทศไทยใช้กระบวนการยุติธรรมเชิงพื้นที่รูปแบบการ ไกล่เกลี่ยซึ่งไม่ใช่รูปแบบที่เหมาะสมกับคดีข่มขืนกระทำชำเรา ประกอบกับร่างกฎหมายและระเบียบ องค์การดังกล่าวกำหนดไว้เป็นหลักที่ใช้ได้กับทุกประเภทคดี จึงยังมีข้อที่ไม่สอดคล้องกับแนวทางการ นำกระบวนการยุติธรรมเชิงพื้นที่มาใช้กับคดีข่มขืนกระทำชำเราอยู่หลายประการ ด้วยเหตุนี้ ผู้เขียน

จึงเห็นว่าควรมีการออกเป็นพระราชบัญญัติว่าด้วยการนำกระบวนการยุติธรรมเชิงพื้นที่มาใช้ในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาตลอดจนการกำหนดระเบียบการดำเนินงานที่ใช้กับคดีข่มขืนกระทำชำเราเป็นการเฉพาะอันจะทำให้เกิดประสิทธิภาพในการดำเนินงาน สอดคล้องกับวัตถุประสงค์และเป้าหมายของกระบวนการยุติธรรมเชิงพื้นที่อย่างแท้จริง

5.2 ข้อเสนอแนะ

5.2.1 มาตรการทางกฎหมายในการบังคับใช้กระบวนการยุติธรรมเชิงพื้นที่กับคดีข่มขืนกระทำชำเรา

1. เนื่องจากในปัจจุบันประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายที่มีเนื้อหาเป็นการวางหลักการเกี่ยวกับการนำกระบวนการยุติธรรมเชิงพื้นที่มาใช้ในคดีอาญาโดยเฉพาะ มีเพียงร่างพระราชบัญญัติมาตรการแทนการฟ้องคดีอาญา พ.ศ. ระเบียบสำนักงานอัยการสูงสุดว่าด้วยการไกล่เกลี่ยและประนอมข้อพิพาทคดีอาญาในชั้นพนักงานอัยการ พ.ศ. 2555 และระเบียบศาลอาญาว่าด้วยการประนอมข้อพิพาท พ.ศ. 2550 ซึ่งแม้จะมีแนวคิดเกี่ยวกับการนำกระบวนการยุติธรรมเชิงพื้นที่มาใช้ในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาแต่ก็มีได้เป็นไปตามหลักการและวัตถุประสงค์ของกระบวนการยุติธรรมเชิงพื้นที่อย่างแท้จริง เพราะมุ่งเน้นที่การยุติคดีเป็นหลัก จึงควรมีกฎหมายเฉพาะที่วางหลักการเกี่ยวกับการนำกระบวนการยุติธรรมเชิงพื้นที่มาใช้ในคดีอาญาโดยยึดแนวทางตามหลักการพื้นฐานว่าด้วยการดำเนินโครงการกระบวนการยุติธรรมเชิงพื้นที่ในคดีอาญาขององค์การสหประชาชาติโดยตราเป็นพระราชบัญญัติว่าด้วยการนำกระบวนการยุติธรรมเชิงพื้นที่มาใช้กับคดีอาญา

2. เนื่องจากกระบวนการยุติธรรมเชิงพื้นที่มีวัตถุประสงค์เพื่อการเยียวยาผู้เสียหาย การแก้ไขผู้กระทำความผิด และการฟื้นฟูความมั่นคงปลอดภัยให้แก่คนในสังคม แนวทางการนำกระบวนการยุติธรรมเชิงพื้นที่มาใช้กับคดีความผิดแต่ละประเภทให้เกิดประสิทธิภาพสูงสุดตรงตามวัตถุประสงค์ของกระบวนการยุติธรรมเชิงพื้นที่จึงอาจมีรายละเอียดที่แตกต่างกันอยู่พอสมควร โดยเฉพาะการนำกระบวนการยุติธรรมเชิงพื้นที่มาใช้กับคดีข่มขืนกระทำชำเราซึ่งเป็นคดีที่มีลักษณะพิเศษแตกต่างจากคดีอื่นหลายประการ ดังนั้น แต่ละองค์กรในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาจึงควรกำหนดระเบียบว่าด้วยการนำกระบวนการยุติธรรมเชิงพื้นที่มาใช้กับคดีข่มขืนกระทำชำเราสำหรับองค์กรนั้นๆ โดยเฉพาะซึ่งมีลักษณะเดียวกับระเบียบที่มีอยู่ในปัจจุบัน ทั้งนี้ ระเบียบที่ออกมาจะต้องไม่ขัดกับหลักการนำกระบวนการยุติธรรมเชิงพื้นที่มาใช้กับคดีอาญาที่ปรากฏในพระราชบัญญัติว่าด้วยการนำกระบวนการยุติธรรมเชิงพื้นที่มาใช้กับคดีอาญา

3. สำหรับคดีข่มขืนกระทำชำเราที่ยอมความได้ โดยหลักแล้วคู่กรณีสามารถยอมความกันในชั้นใดก็ได้แต่ต้องก่อนคดีอาญาถึงที่สุด อย่างไรก็ตาม ควรกำหนดเงื่อนไขเพิ่มเติมว่าคดีข่มขืนกระทำชำเราที่จะยอมความกันได้นั้นต้องเป็นการยอมความโดยผ่านกระบวนการยุติธรรมเชิงพื้นที่ก่อน

4. ควรแก้ไขปรับปรุงกฎหมายให้สามารถนำกระบวนการยุติธรรมเชิงพื้นที่มาใช้ได้ แม้ว่าคดีนั้นเป็นคดีอาญาที่ไม่อาจใช้มาตรการรอกการลงโทษและคุมประพฤติชั้นศาลตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 56 ในปัจจุบัน ในการนี้ จึงควรแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 56 โดยกำหนดว่า “ในคดีอาญาที่คู่กรณีได้ยุติข้อพิพาทโดยกระบวนการยุติธรรมเชิงพื้นที่แล้ว ให้ศาลใช้ดุลพินิจกำหนดโทษจำคุกหรือรอกการลงโทษจำคุกได้” เพื่อให้ศาลสามารถนำผลของกระบวนการยุติธรรมเชิงพื้นที่มาใช้ประกอบดุลพินิจในการกำหนดโทษหรือลดโทษแก่ผู้กระทำความผิดคดีข่มขืนกระทำชำเราได้

5. ในระหว่างที่ยังมิได้มีการตราหรือแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติแห่งกฎหมายหรือกำหนดระเบียบองค์การเกี่ยวกับการนำกระบวนการยุติธรรมเชิงพื้นที่มาใช้กับคดีข่มขืนกระทำชำเรา โดยเฉพาะ หากเป็นคดีข่มขืนกระทำชำเราที่ยอมความไม่ได้ ในปัจจุบันยังไม่มีบทบัญญัติใดให้ศาลสามารถใช้มาตรการอย่างอื่นนอกจากการพิพากษาไปตามรูปคดี แต่เนื่องจากประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามีได้มีบทบัญญัติใดห้ามมิให้คู่กรณีในคดีอาญาที่ยอมความไม่ได้เจรจาปรับความเข้าใจกัน เพราะหากคู่กรณีสามารถตกลงกันได้ด้วยดีย่อมก่อให้เกิดความยุติธรรมที่แท้จริงนำมาซึ่งความสงบสุขของผู้เกี่ยวข้องทุกฝ่ายตลอดจนสังคมโดยรวม หากคดีข่มขืนกระทำชำเราที่ยอมความไม่ได้เข้าเงื่อนไขต่างๆ ที่สามารถใช้กระบวนการยุติธรรมเชิงพื้นที่ได้และคู่กรณีสามารถตกลงกันได้ ศาลอาจใช้ประโยชน์จากหลักการรอกการลงอาญาและเหตุบรรเทาโทษตามประมวลกฎหมายอาญา โดยถือว่าจำเลยได้รู้สึกความผิดและได้พยายามบรรเทาผลร้ายแห่งความผิดนั้นแล้วอันถือเป็นเหตุบรรเทาโทษ ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 78 และหากกรณีเข้าเงื่อนไขที่ศาลจะพิพากษาให้รอกการกำหนดโทษหรือรอกการลงโทษตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 56 ศาลย่อมมีอำนาจตามกฎหมาย เช่นว่านี้

5.2.2 รูปแบบของกระบวนการยุติธรรมเชิงพื้นที่ที่ใช้กับคดีข่มขืนกระทำชำเรา

1. หากมีการนำกระบวนการยุติธรรมเชิงพื้นที่มาใช้กับคดีข่มขืนกระทำชำเราในประเทศไทย รูปแบบของกระบวนการยุติธรรมเชิงพื้นที่ที่เหมาะสมกับคดีข่มขืนกระทำชำเรา คือ การประชุมกลุ่ม (Conferencing) เพราะกำหนดผู้เข้าร่วมประชุมไว้อย่างเหมาะสม กล่าวคือ ต้องมีบุคคลใกล้ชิดของผู้เสียหายและผู้กระทำความผิดเข้าร่วมกระบวนการยุติธรรมเชิงพื้นที่ด้วยในฐานะผู้สนับสนุน แต่ไม่มีตัวแทนของชุมชนในเชิงพื้นที่เข้าร่วมการประชุมกลุ่มเพราะเป็นบุคคลที่ไม่รู้จักกับผู้เสียหายโดยตรง และไม่มีบุคลากรในกระบวนการยุติธรรมเข้าร่วมการประชุมกลุ่มเพื่อไม่ให้เกิดความกดดันและการชี้นำผู้เข้าร่วมการประชุมกลุ่ม

2. บุคลากรในกระบวนการยุติธรรมควรเป็นผู้มีอำนาจกลั่นกรองคดีข่มขืนกระทำชำเราที่เหมาะสมเพื่อส่งคดีเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมเชิงพื้นที่ แต่ผู้ที่มีอำนาจส่งคดีในคดีนั้นๆ จะไม่มีใครยอมขึ้นอยู่กว่านำกระบวนการยุติธรรมเชิงพื้นที่เข้ามาใช้กับคดีข่มขืนกระทำชำเราในขั้นตอนใดของกระบวนการยุติธรรมทางอาญา

3. ขั้นตอนที่น่ากระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูมาใช้ในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา ต้องพิจารณา 2 กรณี คือ กรณีคดีข่มขืนกระทำชำเราที่ยอมความได้ และคดีข่มขืนกระทำชำเราที่ยอมความไม่ได้

กรณีคดีข่มขืนกระทำชำเราที่ยอมความได้ เนื่องจากการยอมความสามารถทำในชั้นใดก็ได้ไม่ว่าจะเป็นชั้นพนักงานสอบสวน ชั้นพนักงานอัยการ หรือชั้นศาล แต่ต้องเป็นช่วงระยะเวลา ก่อนคดีถึงที่สุด ดังนั้น หากจะนำกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูมาใช้ประกอบกับการยอมความย่อมสามารถนำมาใช้ได้ทุกชั้นเช่นกัน

กรณีคดีข่มขืนกระทำชำเราที่ยอมความไม่ได้ หากผู้เสียหายเป็นโจทก์ฟ้องคดีต่อศาลเอง ย่อมสามารถใช้กระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูกับคดีข่มขืนกระทำชำเราในชั้นศาลเท่านั้น แต่หากเป็นกรณีที่ผู้เสียหายแจ้งความร้องทุกข์ต่อพนักงานสอบสวนและพนักงานสอบสวนส่งสำนวนไปยังพนักงานอัยการเพื่อสั่งคดี สามารถใช้กระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูกับคดีข่มขืนกระทำชำเราในชั้นพนักงานอัยการ (ชั้นก่อนฟ้อง) หรือชั้นศาลก็ได้

4. ผู้เข้าร่วมกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูในคดีข่มขืนกระทำชำเราควรประกอบไปด้วย

- (1) ผู้เสียหาย โดยผู้เสียหายสามารถตั้งตัวแทนเข้าร่วมการประชุมได้
- (2) ผู้กระทำความผิด โดยผู้กระทำความผิดต้องเข้าร่วมกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูด้วยตนเองทุกขั้นตอน
- (3) บุคคลใกล้ชิดของผู้เสียหายและผู้กระทำความผิดเพื่อทำหน้าที่เป็นผู้สนับสนุน
- (4) เจ้าหน้าที่โครงการกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟู โดยประเทศไทยอาจดำเนินการในรูปของ “ศูนย์ยุติธรรมเชิงฟื้นฟู” ซึ่งเป็นหน่วยงานภายในขององค์กรกระบวนการยุติธรรมทางอาญา

อนึ่ง ชุมชนเชิงฟื้นฟูไม่ควรมีบทบาทในขั้นตอนการประชุมกลุ่ม แต่อาจมีบทบาทในขั้นตอนการติดตามผลได้เพื่อช่วยควบคุมและส่งเสริมให้ผู้กระทำความผิดปฏิบัติตามข้อตกลงได้สำเร็จ

5.2.3 เงื่อนไขของการนำกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูมาใช้กับคดีข่มขืนกระทำชำเรา

1. ในการพิจารณาว่าคดีข่มขืนกระทำชำเราเหมาะสมจะเข้ากระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูหรือไม่ ควรนำลักษณะความสัมพันธ์ระหว่างคู่กรณี เช่น การข่มขืนกระทำชำเราระหว่างคนรู้จัก หรือ การข่มขืนกระทำชำเราโดยคนแปลกหน้ามาเป็นเงื่อนไขหรือข้อจำกัดเบื้องต้นในการพิจารณาส่งคดีข่มขืนกระทำชำเราเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟู อย่างไรก็ตาม หากผู้เสียหายและผู้กระทำความผิดมีความสัมพันธ์ในลักษณะใกล้ชิดและต่อเนื่อง เช่น สามี-ภรรยา หรือ บุพการี-ผู้สืบสันดาน กรณีนี้ถือเป็นปัจจัยที่อาจก่อให้เกิดอำนาจที่ไม่เท่าเทียมได้ในกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟู แต่สามารถแก้ไขและขจัดความไม่เท่าเทียมได้ด้วยกระบวนการเตรียมความพร้อมก่อนการประชุมกลุ่มเพื่อทำความเข้าใจกับคู่กรณีและผู้เกี่ยวข้องถึงหลักการของกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟู

และผู้ประสานการประชุมควรมีบทบาทในการควบคุมความเหมาะสมของการตกลงตลอดจนการ แสดงออกต่างๆ ซึ่งแสดงให้เห็นถึงความไม่เท่าเทียมระหว่างคู่กรณีในระหว่างการประชุมด้วย

2. ในการกระทำความผิด ผู้กระทำความผิดต้องไม่ใช่กำลังเกินกว่าความจำเป็นเพื่อ บรรลุจุดประสงค์ของการกระทำความผิด และต้องไม่ใช่อาวุธ กรณีที่ผู้กระทำความผิดหลอกหรือ บังคับให้ผู้เสียหายเสพยาเสพติดหรือตี้มแอลกอฮอล์เพื่อให้มีเมมาแล้วข่มขืนกระทำชำเรา ไม่อาจใช้ กระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูได้ เว้นแต่ผู้เสียหายสมัครใจเสพยาเสพติดหรือตี้มแอลกอฮอล์เองและ ต่อมาถูกข่มขืนกระทำชำเรา กรณีนี้สามารถใช้กระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูได้

3. อายุของผู้เสียหายคดีข่มขืนกระทำชำเราที่จะใช้กระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟู ควรใช้เกณฑ์ขั้นต่ำเดียวกันกับอายุที่ผู้เยาว์สามารถให้ความยินยอมในการร่วมประเวณีได้โดยชอบตาม กฎหมายตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277 ดังนั้น ผู้เสียหายคดีข่มขืนกระทำชำเราที่จะใช้ กระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูได้ควรมีอายุเกิน 15 ปีขึ้นไป อย่างไรก็ตาม คดีข่มขืนกระทำชำเราที่ ผู้กระทำความผิดอายุไม่ถึง 18 ปีบริบูรณ์อาจเป็นข้อยกเว้นที่ทำให้ผู้เสียหายซึ่งอายุไม่เกิน 15 ปีเข้า ร่วมกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูได้โดยผลของพระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธี พิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553 มาตรา 90 ทั้งนี้ ขึ้นอยู่กับดุลพินิจของผู้พิพากษาว่า เห็นสมควรให้ใช้กระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูเพื่อประโยชน์ของผู้เสียหายที่ถูกข่มขืนกระทำชำเราซึ่ง ยังเป็นเด็กเช่นเดียวกันหรือไม่

4. ผู้กระทำความผิดที่จะเข้าร่วมกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูได้ไม่จำเป็นต้องเป็น ผู้กระทำความผิดครั้งแรก แต่กระบวนการแก้ไขผู้กระทำความผิดที่เคยกระทำความผิดมาแล้วจะต้อง เข้มงวดกว่าผู้กระทำความผิดครั้งแรกเพื่อประโยชน์ในการแก้ไขผู้กระทำความผิดอันเป็นวัตถุประสงค์ หลักของกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟู เช่น ระยะเวลาในการควบคุมความประพฤติผู้ที่เคยกระทำ ความผิดมาแล้วควรจะนานกว่าระยะเวลาในการควบคุมผู้กระทำความผิดครั้งแรก เป็นต้น

5. การแสดงความรับผิดชอบของผู้กระทำความผิด ต้องพิจารณาเป็น 2 กรณี คือ กรณีคดีข่มขืนกระทำชำเราที่ยอมความได้ และคดีข่มขืนกระทำชำเราที่ยอมความไม่ได้

กรณีคดีข่มขืนกระทำชำเราที่ยอมความได้ ในเบื้องต้นที่จะเข้ากระบวนการยุติธรรม เชิงฟื้นฟูผู้กระทำความผิดไม่จำเป็นต้องรับสารภาพ แต่ต้องรับข้อเท็จจริงและพร้อมที่จะรับผิดชอบในการ กระทำของตน

กรณีคดีข่มขืนกระทำชำเราที่ยอมความไม่ได้ หากนำกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟู มาใช้กับคดีข่มขืนกระทำชำเราที่ยอมความไม่ได้ในชั้นพนักงานอัยการ ผู้กระทำความผิดไม่จำเป็นต้องรับ สารภาพ แต่ต้องรับข้อเท็จจริงและพร้อมที่จะรับผิดชอบในการกระทำของตน สำหรับการนำ กระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูมาใช้กับคดีข่มขืนกระทำชำเราที่ยอมความไม่ได้ในชั้นศาลนั้น เนื่องจาก เป็นลักษณะของการใช้กระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูเพื่อประกอบการกำหนดโทษ ดังนั้น ผู้กระทำ ความผิดต้องรับสารภาพตามฟ้องแล้วจึงจะนำกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูมาใช้ได้ ด้วยเหตุนี้ จึงควร สนับสนุนให้ผู้กระทำความผิดรับสารภาพก่อนมีการสืบพยานเพื่อที่จะสามารถนำกระบวนการยุติธรรม เชิงฟื้นฟูมาใช้โดยผู้เสียหายไม่ต้องเผชิญกับการสืบพยานในคดีอาญาที่เคร่งครัดดังเช่นในกรณีปกติซึ่ง

จะเป็นผลดีต่อการเยียวยาผู้เสียหายและช่วยป้องกันมิให้ผู้เสียหายในคดีข่มขืนกระทำชำเราต้องตกเป็นเหยื่อซ้ำโดยผลของกระบวนการยุติธรรมทางอาญา

6. หากผู้มีอำนาจส่งคดีเห็นว่าการที่ผู้กระทำความผิดเข้าร่วมกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูจะกระทบต่อความปลอดภัยของชุมชนก็ไม่ควรใช้กระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟู แต่ควรดำเนินคดีไปตามกระบวนการยุติธรรมทางอาญาตามปกติ

7. ผู้เสียหายและผู้กระทำความผิดที่จะเข้าร่วมกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูได้ต้องยินยอมเข้าร่วมกระบวนการโดยสมัครใจ

5.2.4 ขั้นตอนและวิธีการเชิงฟื้นฟูสำหรับคดีข่มขืนกระทำชำเรา

1. กระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูควรแบ่งการดำเนินงานเป็น 4 ขั้นตอน คือ (1) การส่งคดีเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟู (2) การเตรียมความพร้อมก่อนการประชุมกลุ่ม (3) การประชุมกลุ่ม ซึ่งเป็นขั้นตอนที่ผู้เสียหายและผู้กระทำความผิดมาพบกันโดยตรง และ (4) การติดตามผลหลังการประชุมกลุ่ม

2. วิธีการการเยียวยาผู้เสียหายและการป้องกันมิให้ผู้เสียหายตกเป็นเหยื่อซ้ำ ควรให้ความสำคัญกับการเตรียมความพร้อมให้แก่ผู้เสียหายก่อนการประชุม โดยอาจจัดให้มีนักกฎหมายที่เชี่ยวชาญด้านกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูเพื่อให้คำปรึกษาและแนะนำถึงรายละเอียดขั้นตอนต่างๆ รวมถึงแนวทางการทำข้อตกลงที่เหมาะสมแก่กรณี และอาจจัดให้มีนักจิตวิทยาเข้าพูดคุยกับผู้เสียหายเพื่อช่วยเยียวยาจิตใจผู้เสียหายในเบื้องต้นและเป็นการประเมิณผู้เสียหายไปด้วยว่าผู้เสียหายมีความพร้อมที่จะเข้าประชุมกลุ่มซึ่งต้องเผชิญหน้ากับผู้กระทำความผิดหรือไม่ นอกจากนี้ ควรเยียวยาผู้เสียหายในด้านอื่นประกอบด้วย โดยกำหนดให้ผู้เสียหายมีสิทธิขอรับค่าทดแทนจากศูนย์ยุติธรรมเชิงฟื้นฟูเพื่อนำไปใช้จ่ายตามความจำเป็นก่อนจากนั้นศูนย์ยุติธรรมเชิงฟื้นฟูจะเป็นตัวกลางดำเนินการเรียกคืนจากผู้กระทำความผิดโดยตรง สำหรับวิธีการป้องกันมิให้ผู้เสียหายตกเป็นเหยื่อซ้ำ ควรกำหนดให้ผู้เสียหายที่ไม่ต้องการเผชิญหน้ากับผู้กระทำความผิดโดยตรงสามารถตั้งตัวแทนเข้าร่วมการประชุมกลุ่มได้

3. วิธีการแก้ไขผู้กระทำความผิด ควรให้ความสำคัญกับขั้นตอนเตรียมความพร้อมให้แก่ผู้กระทำความผิดและให้ความสำคัญกับขั้นตอนการติดตามผลการปฏิบัติตามข้อตกลง โดยอาจจัดให้มีนักกฎหมายที่เชี่ยวชาญด้านกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูเพื่อให้คำปรึกษาและแนะนำถึงรายละเอียดขั้นตอนต่างๆ รวมถึงหน้าที่ตามข้อตกลงที่ผู้กระทำความผิดอาจต้องปฏิบัติหากตกลงกันสำเร็จ นอกจากนี้ควรจัดให้ผู้กระทำความผิดเข้ารับการตรวจประเมินสุขภาพจิตทางเพศเพื่อให้แน่ใจว่าผู้กระทำความผิดเหมาะสมที่จะเข้าร่วมกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูอย่างแท้จริง และเพื่อนำรายละเอียดของผลการตรวจมาเป็นข้อพิจารณาในการกำหนดข้อตกลงให้เหมาะสมแก่กรณี และต้องไม่อนุญาตให้ผู้กระทำความผิดตั้งตัวแทนเข้าร่วมกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟู

4. การมีส่วนร่วมของชุมชนโดยเฉพาะบุคคลใกล้ชิดซึ่งเป็นชุมชนแห่งความปรารถนาดีเป็นส่วนสำคัญที่จะช่วยเยียวยาผู้เสียหายและแก้ไขผู้กระทำความผิดได้ จึงควรเตรียมความพร้อม

ให้กับบุคคลใกล้ชิดของผู้เสียหายและผู้กระทำความผิดที่จะเข้าร่วมประชุมด้วย เพื่อให้เข้าใจตรงกันถึงบทบาทและหน้าที่ของการเป็นผู้สนับสนุนในที่ประชุมกลุ่ม

5. ผู้ประสานการประชุมไม่ควรเป็นบุคลากรในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาเพื่อลดความกดดันให้แก่ผู้เข้าร่วมประชุมกลุ่ม แต่ควรกำหนดให้ผู้ประสานการประชุมปฏิบัติงานในฐานะเป็นเจ้าพนักงานรัฐเพื่อให้ผู้ประสานการประชุมได้รับความคุ้มครองเป็นพิเศษในฐานะเจ้าพนักงานรัฐ และเพื่อควบคุมมิให้ผู้ประสานการประชุมปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบโดยเฉพาะเรื่องการรับสินบนซึ่งจะกระทบต่อความเป็นกลาง อย่างไรก็ตาม ควรมีข้อยกเว้นหลักการวางตนเป็นกลาง โดยในสถานการณ์ที่จำเป็น ผู้ประสานการประชุมควรมีบทบาทเชิงรุกเพื่อประโยชน์ในการคุ้มครองผู้เสียหายคดีข่มขืนกระทำชำเรา

5.2.5 ผลของการนำกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูมาใช้กับคดีข่มขืนกระทำชำเรา

1. การนำกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูมาใช้กับคดีข่มขืนกระทำชำเราควรก่อให้เกิดผลในทางฟื้นฟูที่เป็นรูปธรรม คือ ข้อตกลงที่มีความชัดเจนแน่นอนในเรื่องสิ่งที่ต้องปฏิบัติ กำหนดระยะเวลาที่ต้องปฏิบัติ และผู้ติดตามให้มีการดำเนินการตามข้อตกลง และควรมีประเด็นหลัก 3 ประการ คือ

(1) การเยียวยาผู้เสียหายซึ่งหมายความรวมทั้งการเยียวยาด้วยตัวเงินและวิธีการอื่นตามแต่คู่กรณีตกลง เช่น เขียนจดหมายขอโทษ เป็นต้น

(2) การแก้ไขผู้กระทำความผิดโดยกำหนดให้ผู้กระทำความผิดเข้ารับการรักษาเพื่อป้องกันมิให้กระทำความผิดซ้ำ และ

(3) การทำงานบริการสังคม ซึ่งถือเป็นการชดเชยเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่ชุมชนและเพื่อประโยชน์ในการที่ผู้กระทำความผิดจะหวนคืนสู่ชุมชน

อย่างไรก็ตาม การตกลงกันในกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูไม่อาจตกลงกันในเรื่องที่ขัดต่อกฎหมาย เป็นพันวิสัย ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน และขัดต่อวัตถุประสงค์ของกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟู เช่น หากผู้เสียหายประสงค์ให้ผู้กระทำความผิดเขียนจดหมายลายลักษณ์อักษรถึงบุคคลภายนอกเพื่อยอมรับว่าได้กระทำความผิดต่อผู้เสียหาย แม้จะมีผลในด้านการเยียวยาจิตใจของผู้เสียหาย แต่ส่งผลกระทบต่อการใช้ผู้กระทำความผิด วิธีการเช่นนี้ย่อมไม่ก่อให้เกิดผลในทางฟื้นฟูและขัดต่อวัตถุประสงค์ของกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟู

2. ผลในทางกฎหมายของการนำกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูมาใช้กับคดีข่มขืนกระทำชำเรา ต้องพิจารณาเป็น 2 กรณี คือ กรณีคดีข่มขืนกระทำชำเราที่ยอมความได้ และคดีข่มขืนกระทำชำเราที่ยอมความไม่ได้

- กรณีคดีข่มขืนกระทำชำเราที่ยอมความได้ แบ่งได้เป็น 3 กรณีย่อย

(1) กรณีที่ตกลงสำเร็จและผู้กระทำความผิดปฏิบัติตามข้อตกลงสำเร็จ เมื่อผู้เสียหายยอมความ หรือถอนคำร้องทุกข์ หรือถอนฟ้องไปตามที่ระบุไว้ในข้อตกลง กรณีนี้สิทธิ

คดีอาญามาฟ้องย่อมระงับไปตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 39(2) หากคดีอยู่ในชั้นศาล ศาลต้องสั่งจำคุก

(2) กรณีที่ตกลงสำเร็จแต่ผู้กระทำความผิดปฏิบัติตามข้อตกลงไม่สำเร็จ โดยปกติในข้อตกลงต้องกำหนดผู้ติดตามผลไว้ หากพบว่าผู้กระทำความผิดปฏิบัติตามข้อตกลงไม่สำเร็จ ผู้ติดตามผลควรมีบทบาทในการช่วยเหลือและสนับสนุนให้ผู้กระทำความผิดปฏิบัติให้สำเร็จ เพื่อประโยชน์ในด้านการเยียวยาผู้เสียหายและการแก้ไขผู้กระทำความผิดเสียก่อน เว้นแต่ผู้กระทำความผิดตั้งใจไม่ปฏิบัติหรือไม่มีทางที่จะปฏิบัติให้สำเร็จได้ กรณีนี้คดีควรกลับเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมทางอาญาตามปกติ อย่างไรก็ตาม เนื่องจากเป็นคดีข่มขืนกระทำชำเราที่ยอมความได้ ดังนั้น เมื่อกลับเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมทางอาญาตามปกติแล้ว หากผู้เสียหายไม่ประสงค์จะดำเนินคดีต่อผู้เสียหายย่อมมีสิทธิถอนคำร้องทุกข์ หรือถอนฟ้องได้เสมอจนคดีถึงที่สุด

(3) กรณีที่ตกลงกันไม่สำเร็จ คดีกลับเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมทางอาญาตามเดิม เช่น หากนำกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูมาใช้ในชั้นพนักงานสอบสวน พนักงานสอบสวนก็ต้องสอบสวนคดีต่อไป อย่างไรก็ตาม เนื่องจากเป็นคดีข่มขืนกระทำชำเราที่ยอมความได้ ดังนั้น เมื่อกลับเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมทางอาญาตามปกติแล้ว หากผู้เสียหายไม่ประสงค์จะดำเนินคดีต่อผู้เสียหายย่อมมีสิทธิถอนคำร้องทุกข์ หรือถอนฟ้องได้เสมอจนคดีถึงที่สุด

- กรณีคดีข่มขืนกระทำชำเราที่ยอมความไม่ได้ แบ่งได้เป็น 3 กรณีย่อย

(1) กรณีที่ตกลงสำเร็จและผู้กระทำความผิดปฏิบัติตามข้อตกลงสำเร็จ

- ชั้นพนักงานอัยการ พนักงานอัยการควรใช้ดุลพินิจสั่งไม่ฟ้อง แต่ในกรณีที่พนักงานอัยการเห็นควรสั่งฟ้อง พนักงานอัยการต้องแถลงถึงผลของกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูต่อศาลด้วยเพื่อเป็นเหตุบรรเทาโทษให้แก่ผู้กระทำความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 78

- ชั้นศาล ศาลควรนำผลของกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูมาใช้ประกอบการกำหนดโทษโดยถือเป็นเหตุบรรเทาโทษให้แก่ผู้กระทำความผิดตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 78

(2) กรณีที่ตกลงสำเร็จแต่ผู้กระทำความผิดปฏิบัติตามข้อตกลงไม่สำเร็จ โดยปกติในข้อตกลงต้องกำหนดผู้ติดตามผลไว้ หากพบว่าผู้กระทำความผิดปฏิบัติตามข้อตกลงไม่สำเร็จ ผู้ติดตามผลควรมีบทบาทในการช่วยเหลือและสนับสนุนให้ผู้กระทำความผิดปฏิบัติให้สำเร็จ เพื่อประโยชน์ในด้านการเยียวยาผู้เสียหายและการแก้ไขผู้กระทำความผิดเสียก่อน เว้นแต่ ผู้กระทำความผิดตั้งใจไม่ปฏิบัติหรือไม่มีทางที่จะปฏิบัติให้สำเร็จได้ กรณีนี้คดีควรกลับเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมทางอาญาตามปกติ ในกรณีที่คดีกลับเข้าสู่กระบวนการตามปกติ

- ชั้นพนักงานอัยการ พนักงานอัยการต้องสั่งฟ้อง แต่หากได้มีการปฏิบัติตามข้อตกลงไปบางส่วนแล้วพนักงานอัยการต้องแถลงถึงผลของกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูต่อศาลด้วยเพื่อประกอบการกำหนดโทษ

- ชั้นศาล ศาลควรนำผลของกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูมาใช้ประกอบการกำหนดโทษโดยหากได้มีการปฏิบัติตามข้อตกลงไปบางส่วนก็อาจถือเป็นเหตุบรรเทาโทษ

ให้แก่ผู้กระทำความผิดได้ อย่างไรก็ตาม การที่ผู้กระทำความผิดไม่อาจปฏิบัติตามข้อตกลงได้ไม่ควรนำมาเป็นข้อพิจารณาสำหรับกำหนดโทษให้หนักขึ้นแก่ผู้กระทำความผิด⁴

(3) กรณีที่ตกลงกันไม่สำเร็จ คดีควรกลับเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมทางอาญาตามเดิม

- ชั้นพนักงานอัยการ พนักงานอัยการต้องสั่งฟ้อง

- ชั้นศาล ศาลกำหนดโทษแก่ผู้กระทำความผิดตามรูปคดี อย่างไรก็ตาม การที่ผู้กระทำความผิดไม่อาจตกลงกันได้ไม่ควรนำมาเป็นข้อพิจารณาสำหรับกำหนดโทษให้หนักขึ้นแก่ผู้กระทำความผิด⁵

5.2.6 ข้อเสนอแนะเพิ่มเติม

1. กระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูมุ่งต่อ “ผลในทางฟื้นฟู” ซึ่งผลในทางฟื้นฟูที่แท้จริงนั้นมิได้หมายถึงการทำข้อตกลงกันเป็นผลสำเร็จ หรือการปฏิบัติตามข้อตกลงสำเร็จ หากแต่เป็นผลในทางฟื้นฟูที่ไม่เป็นรูปธรรม เช่น การที่ผู้เสียหายคดีข่มขืนกระทำชำเรา รู้สึกว่าตนได้รับความยุติธรรมอย่างแท้จริง มิใช่เพียงความยุติธรรมตามกฎหมาย ได้รับการเยียวยาความเสียหายตามต้องการ หรือรู้สึกว่าตนได้รับอำนาจที่สูญเสียไปกลับคืนมา สำหรับผู้กระทำความผิดคือความสำนึกผิด รู้ผิดชอบ กลับมาเป็นสมาชิกที่มีคุณภาพของสังคมได้และไม่กระทำความผิดซ้ำ และชุมชนซึ่งหมายรวมรวมทั้งชุมชนแห่งความปรารถนาดีและชุมชนเชิงฟื้นฟูที่ต่างรู้สึกว่ามีความมั่นคงปลอดภัยมากขึ้น ผลในทางฟื้นฟูที่ไม่เป็นรูปธรรมจึงเป็นเรื่องที่ต้องมีการติดตามผลหลังจบกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูโดยต้องอาศัยระยะเวลาในการตรวจสอบและประเมินผลที่เกิดขึ้นแก่ผู้เกี่ยวข้องทุกฝ่าย ดังนั้น จึงควรมีการประเมินผลของการนำกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูมาใช้กับคดีข่มขืนกระทำชำเราทุกคดีและต้องกำหนดตัวชี้วัดในการประเมินผลให้ชัดเจนและเหมาะสม เพื่อให้การนำกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูมาใช้กับคดีข่มขืนกระทำชำเราเกิดประสิทธิภาพอย่างแท้จริงตามวัตถุประสงค์ของกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟู

2. กระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูจำเป็นต้องอาศัยความร่วมมือจากสหวิชาชีพ นอกเหนือไปจากบุคลากรในกระบวนการยุติธรรม เช่น จิตแพทย์ นักจิตวิทยา นักสังคมสงเคราะห์ นักการศึกษา เป็นต้น ดังนั้น รัฐควรให้ความรู้ความเข้าใจเรื่องกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูแก่ทีมสหวิชาชีพเพื่อที่บุคลากรทุกฝ่ายจะได้ปฏิบัติงานได้ตรงตามหลักการของกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟู อันจะทำให้ผู้เสียหาย ผู้กระทำความผิด ชุมชน และสังคมได้รับประโยชน์สูงสุดตามวัตถุประสงค์ของกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟู

จากการศึกษาค้นคว้าเกี่ยวกับการนำกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูมาใช้กับคดีข่มขืนกระทำชำเรา ผู้เขียนได้รับองค์ความรู้ใหม่หลายประการ ดังนี้

⁴ หลักการพื้นฐานว่าด้วยการดำเนินโครงการกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูในคดีอาญา ข้อ 16

⁵ หลักการพื้นฐานว่าด้วยการดำเนินโครงการกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูในคดีอาญา ข้อ 15

1. คดีข่มขืนกระทำชำเรา มีลักษณะพิเศษที่ต่างจากคดีอาญาอื่นๆ กล่าวคือ ผู้เสียหายได้รับความเสียหายอย่างมากโดยเฉพาะความเสียหายต่อจิตใจ นอกจากนี้ในสังคมยังมีความเชื่อว่า ผู้เสียหายคดีข่มขืนกระทำชำเรา มีส่วนผิด ทำให้ผู้เสียหายไม่กล้านำคดีมาแจ้งความหรือเปิดเผยเรื่องราว ต่างจากคดีอาญาประเภทอื่น เช่น ทำร้ายร่างกาย หรือลักทรัพย์ คดีเหล่านี้แม้ผู้เสียหายมีส่วนผิดแต่สังคมจะไม่โยนความผิดให้กับผู้เสียหาย การดำเนินคดีและการลงโทษตามกระบวนการยุติธรรมทางอาญาตามหลักกฎหมายอย่างเคร่งครัดจึงกลับกลายเป็นสิ่งที่ก่อให้เกิดผลกระทบต่อผู้เกี่ยวข้องทุกฝ่ายในคดีข่มขืนกระทำชำเรา

2. กฎหมายมีลักษณะพลวัต สามารถเปลี่ยนแปลงได้ เห็นได้จากแนวคิดในการบัญญัติความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราของประเทศไทยเปลี่ยนไปตามยุคสมัยโดยมีการรับเอาแนวคิดของสากลเข้ามาพัฒนาการบัญญัติกฎหมาย แนวคิดเรื่องกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูสะท้อนถึงความเป็นพลวัตของกฎหมายและกระบวนการยุติธรรมเช่นกัน กล่าวคือ แม้กฎหมายและกระบวนการยุติธรรมที่บังคับใช้อยู่ไม่ได้ก่อให้เกิดปัญหาอันใด แต่หากพิจารณาถึงลักษณะพิเศษของคดีแต่ละประเภทจะพบว่า ในบางกรณีแม้กฎหมายและกระบวนการยุติธรรมจะไม่ใช่ปัญหาแต่ก็เป็นส่วนสำคัญที่ก่อให้เกิดผลกระทบที่ไม่พึงประสงค์กับผู้ที่เกี่ยวข้อง ดังเช่นในคดีข่มขืนกระทำชำเรา กระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูจึงเปรียบเสมือนการพัฒนาให้กระบวนการยุติธรรมสามารถอำนวยความสะดวกแก่ทุกฝ่ายได้ดียิ่งขึ้นกว่าเดิม โดยไม่มุ่งเน้นเฉพาะการอำนวยความสะดวกตามกฎหมายในลักษณะที่เมื่อผู้กระทำความผิดได้รับโทษพอสมควรแก่การกระทำแล้วก็ปล่อยตัวไป

3. การนำแนวคิดสากลใดๆ เข้ามาปรับใช้ในประเทศไทยเพื่อพัฒนากฎหมายและกระบวนการยุติธรรมเป็นเรื่องที่ดี แต่ควรคำนึงถึงบริบททางสังคมประกอบด้วย เพราะกฎหมายหรือกระบวนการยุติธรรมที่เหมาะสมในประเทศหนึ่งอาจไม่เหมาะสมในอีกประเทศหนึ่งเสมอไปเนื่องจากแต่ละประเทศมีบริบททางสังคมที่แตกต่างกัน เช่น ประเทศแคนาดา (มลรัฐมานิโตบา) เริ่มนำกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูมาใช้กับคดีข่มขืนกระทำชำเราเป็นครั้งแรกในชุมชนพื้นเมือง ประกอบกับประเทศแคนาดามีกลุ่มชนพื้นเมืองอยู่มาก จึงเลือกใช้กระบวนการยุติธรรมรูปแบบการพิพากษา โดยการประชุมล้อมวงซึ่งเป็นรูปแบบที่ให้ความสำคัญกับชุมชน เป็นต้น

4. สังคมไทย โดยเฉพาะอย่างยิ่งบุคลากรในกระบวนการยุติธรรม ยังขาดความเข้าใจในหลักการที่แท้จริงของกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟู ทำให้การนำกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูมาใช้ในประเทศไทยยังไม่ตรงตามวัตถุประสงค์เท่าที่ควร เช่น ความเข้าใจที่ว่ากระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูคือการไกล่เกลี่ยเพื่อมุ่งยุติคดี กระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูใช้ได้กับคดีเล็กน้อยเท่านั้น หรือกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูมุ่งช่วยเหลือผู้กระทำความผิดมิให้ต้องรับโทษหนัก เป็นต้น แท้จริงแล้วกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูเป็นกระบวนการยุติธรรมอีกรูปแบบหนึ่งที่มุ่งจะเสริมประสิทธิภาพให้แก่กระบวนการยุติธรรมทางอาญาและมุ่งแก้ปัญหาที่เกิดขึ้นกับทุกฝ่ายอย่างบูรณาการโดยไม่ได้มีเป้าหมายเพียงการลงโทษผู้กระทำความผิดเท่านั้น

องค์ความรู้ที่กล่าวมาข้างต้นทั้ง 4 ประการเป็นองค์ความรู้ใหม่ที่ผู้เขียนได้รับจากการทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้

รายการอ้างอิง

ภาษาไทย

กฤตยา อาชวนิจกุล. การขับเคลื่อนเพศวิถีศึกษากับเพศวิถีปฏิบัติในสังคมไทย. วารสารเพศวิถีศึกษา 1 (2554): 3-14.

กฤตยา อาชวนิจกุล และพริศรา แซ่ก้วย. การควบคุมเรื่องเซ็กส์กับเพศวิถีที่เปลี่ยนไป. ใน กฤตยา อาชวนิจกุล และกาญจนา ตั้งชลทิพย์, มิติเพศในประชากรและสังคม, หน้า 80-95. นครปฐม: สถาบันวิจัยประชากรและสังคม มหาวิทยาลัยมหิดล, 2551.

การต่างประเทศ, กระทรวง. กรมองค์การระหว่างประเทศ. ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน. กรุงเทพมหานคร: กรมองค์การระหว่างประเทศ กระทรวงการต่างประเทศ, 2551.

กลุ่มเพื่อนหญิง, โครงการสตรีและเยาวชนศึกษา มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ และโครงการประสานความร่วมมือเพื่อการพัฒนาสตรีไทย. สรุปสัมมนาทางวิชาการเรื่องปัญหาในการดำเนินคดีละเมิดสิทธิทางเพศ. กรุงเทพมหานคร: ม.ป.พ., 2533.

กิตติพงษ์ กิตยารักษ์. ความยุติธรรมเชิงสมานฉันท์: หลักการและแนวคิด. ใน กิตติพงษ์ กิตยารักษ์, กระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์: ทางเลือกใหม่สำหรับกระบวนการยุติธรรมไทย, หน้า 5-19. กรุงเทพมหานคร: สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย, 2545.

กิตติพงษ์ กิตยารักษ์. ความยุติธรรมเชิงสมานฉันท์: หลักการและแนวคิด. ใน รายงานการสัมมนาทางวิชาการ เรื่อง กระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์: ทางเลือกใหม่สำหรับกระบวนการยุติธรรมของไทย, ณ ตึกสันติไมตรี ทำเนียบรัฐบาล 2545.

กุลพล พลวัน. หลักการชะลอการฟ้อง. วารสารกฎหมาย คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 3, 2 (พฤษภาคม-สิงหาคม 2520): 22-23.

กุลภา วจนสาระ. มีเรื่องเพศแบบไหนในห้องสมุดและข่าว: หนังสือ เอกสารวิชาการ ข่าว และบทความในฐานข้อมูลสุขภาพทางเพศ. กรุงเทพมหานคร: มูลนิธิสร้างความสำเร็จเรื่องสุขภาพผู้หญิง และสถาบันวิจัยประชากรและสังคม มหาวิทยาลัยมหิดล, 2551.

เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. กฎหมายอาญา ภาคความผิด เล่ม 2. พิมพ์ครั้งที่ 5. กรุงเทพมหานคร: จีระรัชการพิมพ์, 2550.

เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. คำอธิบายหลักกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ว่าด้วยการดำเนินคดีในขั้นตอนก่อนการพิจารณา. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพมหานคร: จีระรัชการพิมพ์, 2544.

เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. ดุลพินิจในการสั่งไม่ฟ้องคดีอาญาที่มีมูลของอัยการในสหรัฐอเมริกา. วารสารนิติศาสตร์ 10, 1 (มีนาคม-พฤษภาคม 2525): 154-171.

เข้มชัย ชูติวงศ์. คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน. พิมพ์ครั้งที่ 8. กรุงเทพมหานคร: นิติบรรณการ, 2551.

คณะอนุกรรมการวิจัยความผิดเกี่ยวกับเพศ สภาวิจัยแห่งชาติ. รายงานการวิจัยเรื่องความผิดเกี่ยวกับเพศ พ.ศ. 2509. กรุงเทพมหานคร: สำนักงานสภาวิจัยแห่งชาติ, 2509.

คณิต ณ นคร. กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา. พิมพ์ครั้งที่ 7. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2549.

- คณิต ฌ นคร. กฎหมายอาญาภาคความผิด. พิมพ์ครั้งที่ 10. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2553.
- คณิต ฌ นคร. กฎหมายอาญาภาคทั่วไป. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2554.
- คุมประพฤติ, กรม. สถาบันวิจัยและพัฒนา. รายงานการวิจัยฉบับสมบูรณ์ เรื่อง ประสิทธิภาพของกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์ที่มีต่อผู้เสียหายและผู้กระทำผิด. ม.ป.ท.: ม.ป.พ., 2553.
- จรัญ โฆษณานันท์. สิทธิมนุษยชนไร้พรมแดน: ปรัชญา กฎหมาย และความเป็นจริงทางสังคม. กรุงเทพมหานคร: นิติธรรม, 2545.
- จะเด็จ เชาวน์วิไล, สุเพ็ญศรี พึ่งโคกสูง, ปัทมาพร ไชยเชษฐ์พิพัฒนกุล และมรกต เจริญทอง. หนึ่งเสียงหยุดความรุนแรงต่อผู้หญิง. กรุงเทพมหานคร: สำนักงานกองทุนสนับสนุนการสร้างเสริมสุขภาพ, 2551.
- ฉัตรสุมาลย์ กบิลสิงห์. ภาพลักษณ์ของสตรีอินเดีย: มานวธรรมศาสตร์. วารสารอินเดียศึกษา 4 (2542): 19.
- ชัยนันท์ นามขจรกุลกิจ. การควบคุมดุลพินิจการสั่งคดีของอัยการด้วยมาตรการทางอาญาโดยศาลยุติธรรม: หลักเกณฑ์การควบคุมการใช้ดุลพินิจ [ออนไลน์]. 2549. แหล่งที่มา www.krabi.ago.go.th/a21.doc [23 เมษายน 2556]
- ชาตรี ศรีนวลนัต และวันชัย ศรีนวลนัต. คำอธิบายกฎหมายเรื่องความยินยอมในคดีอาญาและความผิดอันยอมความได้. กรุงเทพมหานคร: สี่พระยาทนายความและการบัญชี, 2528.
- ชานันท์ ยอดหงษ์. เพศวิถี: วิถีร่วมเพศของผู้หญิงบนเตียง (ภาษาไทย). ใน ธวัชชัย พาชื่น และพิมพ์วัลย์ บุญมงคล, รายงานการประชุมประจำปีเพศวิถีศึกษาในสังคมไทย ครั้งที่ 1 หัวข้อ: วิพากษ์องค์ความรู้และธรรมเนียมปฏิบัติเรื่องเพศวิถีศึกษาในสังคมไทย, หน้า 158-175. กรุงเทพมหานคร: เจริญดีการพิมพ์, 2551.
- ชิตชนก แผ่นสุวรรณ. ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและอนาจาร: ศึกษาตั้งแต่สมัยกฎหมายตราสามดวงถึงประมวลกฎหมายอาญา. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2548.
- ณรงค์ ใจหาญ. หลักกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เล่ม 1. พิมพ์ครั้งที่ 9. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2550.
- ณัฐสา ฉัตรไพฑูรย์. กระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์: จากทฤษฎีสู่ทางปฏิบัติในนานาชาติ. ม.ป.ท.: ม.ป.พ., 2550.
- ถาวร พาณิชพันธุ์. วิธีการเพื่อความปลอดภัย. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2520.
- ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ. คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิดและลหุโทษ. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2548.
- ธานีศ เกศวพิทักษ์. คำอธิบายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เล่ม 1. พิมพ์ครั้งที่ 8. กรุงเทพมหานคร: พลสยาม พรินต์ติ้ง, 2554.
- นิติธร วงศ์เย็น. ความยุติธรรมเชิงสมานฉันท์กับการไกล่เกลี่ยคดีอาญาและการประชุมกลุ่มครอบครัว. ใน สรวิต ลิ้มปริงซี่, การไกล่เกลี่ยพื้นสัมพันธ์ในคดีอาญา, หน้า 61-88. กรุงเทพมหานคร: ธนาเพรส, 2550.

- นิตี เมทินีวงศ์. แนวความคิดเกี่ยวกับผู้กระทำความผิดและผู้เสียหายในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ, คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2551.
- บรรเจิด สิงคะเนติ. หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์. พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2555.
- ปนัดดา พันธุ์พานิช. ทัศนะของบุคลากรในกระบวนการยุติธรรมต่อปัญหาการดำเนินคดีข่มขืนกระทำชำเรา. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ, คณะสังคมสงเคราะห์ศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2535.
- ประธาน วัฒนวาณิชย์. ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับอาชญาวิทยา. กรุงเทพมหานคร: ประกายพริก, 2546.
- ประสิทธิ์ พัฒนอมร. ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ม.ป.ป.
- ปรีชา ช่างขวัญยืน. สตรีในคัมภีร์ตะวันออก. กรุงเทพมหานคร: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2541.
- ปรีชา ช่างขวัญยืน. ความตกต่ำของสตรีอินเดียโบราณ. วารสารอินเดียศึกษา 4 (2542): 24-25.
- ปรีดี เกษมทรัพย์. นิติปรัชญา. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2539.
- ปลัดกระทรวงยุติธรรม, สำนักงาน. กองวิชาการ. การลดปริมาณคดีชั้นสู่ศาล: พิจารณาในประเด็นการสั่งฟ้องและการสั่งไม่ฟ้องของพนักงานอัยการ. วารสารยุติธรรม 2, 2 (เมษายน-พฤษภาคม 2545): 19-27 และ 37-39.
- ยุทธไพศาล ฉัตรชวินพร. การวิเคราะห์จำนวนเหยื่อถูกทำร้ายและลักษณะของบาดแผลที่เฉพาะเจาะจง [ออนไลน์]. 2552. แหล่งที่มา: <http://www.forensic.sc.su.ac.th/index.php> [28 กุมภาพันธ์ 2556]
- รัฐกร คลังสมบัติ. กระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์กับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาททางอาญาในชั้นพนักงานสอบสวน. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ, คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2552.
- เรือนจำกลางตาก. โทษทัณฑ์ในสมัยโบราณ [ออนไลน์]. 2555. แหล่งที่มา: <http://www.correct.go.th/poptakk/favorite.htm/history6.htm> [28 กุมภาพันธ์ 2556]
- วชิรา จันทรทอง, พิมพ์วัลย์ บุญมงคล, รณภูมิ สามัคคีคารมย์ และชยานันท์ มโนเกษมสุข. แคมป์รีอกและเพศวิถีของวัยรุ่นหญิงไทย: อานาจในตนกับการกดขี่ทางเพศ. ใน ธวัชชัย พาชื่น และพิมพ์วัลย์ บุญมงคล, รายงานการประชุมประจำปีเพศวิถีศึกษาในสังคมไทย ครั้งที่ 1 หัวข้อ: วิพากษ์องค์ความรู้และธรรมเนียมปฏิบัติเรื่องเพศวิถีศึกษาในสังคมไทย, หน้า 92-105. กรุงเทพมหานคร: เจริญดีการพิมพ์, 2551.
- วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. สิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2538.
- วัลยา ธรรมพนิชวัฒน์. เพศศึกษาสำหรับวัยรุ่นไทย. วารสารสภาการพยาบาล 25, 4 (ตุลาคม-ธันวาคม 2553): 5-9.
- วิจิตรมาตรา, ขุน. สำนวนไทย. กรุงเทพมหานคร: ดวงกมลสมัย, 2538.

- วิชัย อริยะนันท์ทกะ. วงการกฎหมายทั่วไป: แนวโน้มและข้อคิดบางประการเกี่ยวกับการปฏิรูปกฎหมายในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา. ดูลพาท 32, 4 (กรกฎาคม-สิงหาคม 2528): 120-133.
- สถาบันวิจัยบทบาทหญิงชายและการพัฒนา. สถิติผู้ป่วยศูนย์พิทักษ์สิทธิเด็กและสตรี โรงพยาบาลวชิรพยาบาล [ออนไลน์]. 2551. แหล่งที่มา <http://www.gdrif.org/vawdata/vaw2.htm> [25 เมษายน 2556]
- สถาบันวิจัยและให้คำปรึกษาแห่งมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. รายงานผลการศึกษาวิจัยฉบับสมบูรณ์: โครงการวิจัยเรื่อง “กระบวนการสร้างความยุติธรรมเชิงสมานฉันท์ในศาลยุติธรรม. กรุงเทพมหานคร: เดือนตุลา, 2553.
- สมชาย ปรีชาศิลปกุล. เพศวิถีในคำพิพากษา. กรุงเทพมหานคร: สถาบันวิจัยระพีพัฒนศักดิ์, 2551.
- สมาคมบัณฑิตสตรีทางกฎหมายแห่งประเทศไทยและสำนักงานอัยการสูงสุด. รายงานเสวนาโต๊ะกลม เรื่อง กระบวนการยุติธรรมกับเหยื่อคดีความผิดทางเพศ: ทำร้ายหรือคุ้มครอง. บทบัญญัติ 53, 4 (ธันวาคม 2540): 167-221.
- สรวิศ ลิ้มปริงซี่. การไกล่เกลี่ยพินสัมพันธในคดีอาญา: ปรากฏการณ์ของศาลนิวยอร์กแลนด์. ใน สรวิศ ลิ้มปริงซี่, การไกล่เกลี่ยพินสัมพันธในคดีอาญา, หน้า 1-38. กรุงเทพมหานคร: ธนาเพชร, 2550.
- สาธารณสุข, กระทรวง. กรมสนับสนุนบริการสุขภาพ. รายงานผลการวิเคราะห์ข้อมูลของศูนย์พึ่งได้ ปี 2547-2550. กรุงเทพมหานคร: นิเวศธรรมดาการพิมพ์, 2551.
- สำนักงานกิจการยุติธรรม. ร่างพระราชบัญญัติมาตรการแทนการฟ้องคดีอาญา พ.ศ. [ออนไลน์]. 2555. แหล่งที่มา <http://www.oja.go.th/new2011/document/Lists/List1/Attachments/6/ร่าง%20พรบ%20มาตรการแทนการฟ้องคดีอาญา.pdf> [22 เมษายน 2556]
- สำนักงานกิจการยุติธรรม. รายงานข้อมูลสถิติอาชญากรรมภาคประชาชนทั่วประเทศ พ.ศ. 2550 (โครงการสำรวจปี พ.ศ. 2551). กรุงเทพมหานคร: สำนักงานกิจการยุติธรรม กระทรวงยุติธรรม, 2552.
- สุนันต์ ตั้งเจริญกิจกุล. ความผิดเกี่ยวกับเพศ: ศึกษาเปรียบเทียบความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรากับการกระทำอนาจาร. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2552.
- สุวรรณา พูลเพชร. การศึกษานโยบายและการดำเนินการตามนโยบายการป้องกันการล่วงละเมิดทางเพศในระบบราชการของไทย. ใน ธวัชชัย พาชื่น และพิมพ์วัลย์ บุญมงคล, รายงานการประชุมประจำปีเพศวิถีศึกษาในสังคมไทย ครั้งที่ 1 หัวข้อ: วิทยาการองค์ความรู้และธรรมเนียมปฏิบัติ เรื่องเพศวิถีศึกษาในสังคมไทย, หน้า 187-199. กรุงเทพมหานคร: เจริญดีการพิมพ์, 2551.
- เสาวลักษณ์ แก้วกมล. การส่งไม่ฟ้องคดีที่ไม่เป็นประโยชน์ต่อสาธารณะ. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2553.
- แสวง บุญเฉลิมวิภาส. ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย. กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2543.

- หยุด แสงอุทัย. กฎหมายอาญา ภาค 2-3. พิมพ์ครั้งที่ 10. กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2548.
- องค์การสหประชาชาติ. มาตรฐานแห่งองค์การสหประชาชาติว่าด้วยกระบวนการยุติธรรมทางอาญา. แปลโดย กิตติพงษ์ กิตยารักษ์, ซาติ ชัยเดชสุริยะ และณัฐสา ฉัตรไพฑูริย์. กรุงเทพมหานคร: เดือนตุลา, ม.ป.ป.
- อนุเมติ ใจสมุทร. คำอธิบายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เล่ม 1. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพมหานคร: พี่น้องการพิมพ์, 2514.
- อรสม สุทธิสาคร. สนิมดอกไม้ ชีวิตจริงในมุมมืดของหญิงไทย. กรุงเทพมหานคร: สารคดี, 2539.
- อัจฉริยา ชูตินันท์. อาชญาวิทยาและทัณฑวิทยา. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2555.
- อุททิต แสนโกศิก. วัตถุประสงค์ของการลงโทษ. บทบัญญัติ 27, 2 (2513): 271-299.
- เอกรงค์ ภาณุพงษ์, กนกวลี ตรีวัฒนากุล และทีมข่าวเหยี่ยวเดือนเก้า. ข่มขืน...ภัยผู้หญิง. กรุงเทพมหานคร: สยามอินเตอร์บุ๊คส์, 2547.

ภาษาอังกฤษ

- Allison, J.A., and Wrightsman, L.S. Rape: The Misunderstood Crime. California: SAGE Publications 1993.
- Anderson, M.J. From Chastity Requirement to Sexuality License: Sexual Consent and a New Rape Shield Law. George Washington Law Review 70 (2002): 51-165.
- Bazemore, G., and Walgrave, L. Restorative Juvenile Justice: In Search of Fundamentals and an Outline for Systemic Reform. In G. Bazemore, and L. Walgrave (ed.), Restorative Juvenile Justice: Repairing the Harm of Youth Crime, pp. 45-74. New York: Criminal Justice Press, 1999.
- Braithwaite, J. Crime, Shame and Reintegration. United States of America: Cambridge University Press, 1999.
- Buller, E. Aboriginal Community Healing Processes in Canada: Paper Presented at the International Institute for Restorative Practices Conference [Online]. 2005. Available from : http://www.iirp.edu/pdf/man05/man05_buller.pdf [2012, November 21]
- Buller, E. Community Healing Processes: Investments and Benefits: Paper Presented at the Best Practice Interventions in Corrections for Indigenous People Conference [Online]. 2001. Available from : http://www.aic.gov.au/media_library/conferences/indigenous2/buller.pdf [2012, October 30]
- Bureau of Justice Statistics. A Report on Violence Against Women based on data from the National Crime Victimization Survey [Online]. 1995. Available from : <http://www.911rape.org/facts-quotes/statistics> [2012, November 9]

- Bushie, B. Community Holistic Circle Healing, Manitoba [Online]. 1999. Available from : http://www.iirp.edu/article_detail.php?article_id=NDc0 [2012, November 20]
- Canada Department of Justice. Values and Principles of Restorative Justice in Criminal Matters [Online]. 2012. Available from : <http://www.iirp.edu/pdf/RJValues-DOJCan.pdf> [2012, November 29]
- Correctional Service Canada. Community Holistic Circle Healing Program - Hollow Water First Nation Position on Incarceration in Satisfying Justice [Online]. 2008. Available from : <http://www.csc-scc.gc.ca/text/pblct/stisfy/int-eng.shtml> [2012, November 21]
- Correctional Service Canada. Protecting Society Through Community Corrections [Online]. 2007. Available from : <http://www.csc-scc.gc.ca/text/pblct/protect/broch-eng.shtml> [2013, March 8]
- Doak, J. Victim's Rights in Criminal Trials: Prospects for Participation. Journal of Law and Society 32, 2 (June 2005): 294-316.
- Dylan, A., Regehr, C., and Alaggia, R. And Justice for All?: Aboriginal Victims of Sexual Violence. Violence Against Women 14, 6 (June 2008): 678-696.
- Economic and Social Council of United Nations, Basic Principles on the Use of Restorative Justice Programmes in Criminal Matters [Online]. 2002. Available from : <http://www.un.org/en/ecosoc/docs/2002/resolution%202002-12.pdf> [2012, October 31]
- Feinberg, J. Harm to Others. New York: Oxford University Press, 1984.
- Gardner, J. The Wrongness of Rape. In J. Gardner (ed.), Offences and Defences: Selected Essays in the Philosophy of Criminal Law, pp. 1-34. New York: Oxford University Press, 2007.
- General Assembly of the United Nations, Resolution adopted by the General Assembly [on the report of the Third Committee (A/55/593)] 55/59. Vienna Declaration on Crime and Justice: Meeting the Challenges of the Twenty-first Century [Online], 17 January 2001. Available from : http://www.unodc.org/pdf/crime/a_res_55/res5559e.pdf [2013, January 10]
- Golsby, D.G. Using Mediation in Cases of Simple Rape. Washington and Lee Law Review 47, 4 (1990): 1183-1214.
- Gray, A., and Punpuing, S. Gender, Sexuality and Reproductive Health in Thailand. Nakhon Pathom: Institute for Population and Social Research, Mahidol University, 1999.

- Hodgson, J.F. Policing Sexual Violence: A Case Study of Jane Doe v. the Metropolitan Toronto Police. In J.F. Hodgson and D.S. Kelley (ed.), Sexual Violence: Policies, Practices and Challenges in the United States and Canada, pp. 173-190. Connecticut: Praeger Publishers, 2002.
- Holmstrom, L.L., and Burgess, A.W. The Victim of Rape. United States of America: John Wiley & Sons, 1978.
- Hopkins, C.Q., and Koss, M.P. Incorporating Feminist Theory and Insights into a Restorative Justice Response to Sex Offenses. Violence Against Women 11, 5 (May 2005): 693-723.
- Interim Report of the Hollow Water First Nations Community Holistic Circle Healing. The Sentencing Circle: Seeds of a Community Healing Process. In W.D. McCaslin (ed.), Justice as Healing: Indigenous Ways, pp. 190-195. Minnesota: Living Justice Press, 2005.
- Johnstone, G. Restorative Justice: Ideas, Values, Debates. Oregon: Willan Publishing, 2006.
- Jülich, S., Buttle, J., Cummins, C., and Freebor, E.B. Project Restore: An Exploratory Study of Restorative Justice and Sexual Violence. Auckland: AUT University, 2010.
- Jülich, S., McGregor, K., Annan, J., Landon, F., McCarrison, D., and McPhillips, K. Yes, There Is Another Way!. Canterbury Law Review 17 (2011): 222-228.
- Kokontis, M. Restorative Justice and Sexual Assault: A Proposal to Supplement the Criminal Justice System [Online]. 2012. Available from : http://law.wustl.edu/Faculty_Profiles/Documents/haley/SeminarPapers/MeganMKokontis.pdf [2012, November 29]
- Konradi, A. Creating Victim-Centered Criminal Justice Practices for Rape Prosecution. New Approaches to Social Problems Treatment Research in Social Problems and Public Policy 17 (2010): 43-76.
- Koss, M.P. Restorative Justice for Acquaintance Rape and Misdemeanor Sex Crimes. In J. Ptacek (ed.), Restorative Justice and Violence against Women, pp. 218-236. United States of America: Oxford University Press, 2009.
- Koss, M.P. Using Restorative Justice Approaches to Address Sexual Assault [Online]. 2012. Available from: www.icsor.org/download/file/58/ [2012, November 29]
- Koss, M.P., and Achilles, M. Restorative Justice Responses to Sexual Assault [Online]. 2008. Available from: http://new.vawnet.org/Assoc_Files_VAWnet/AR_RestorativeJustice.pdf [2013, January 10]

- Koss, M.P., Bachar, K.J., Hopkins, C.Q., and Carlson, C. Expanding a Community's Justice Response to Sex Crimes through Advocacy, Prosecutorial, and Public Health Collaboration: Introducing the RESTORE Program. Journal of Interpersonal Violence 19, 2 (December 2004): 1435-1463.
- Law Commission. Alternative Process for Sexual Offence Cases [Online]. 2012. Available from : http://www.lawcom.govt.nz/sites/default/files/publications/2012/02/alternative_trial_processes_nzlc_ip30_-1.pdf [2013, January 3]
- Manitoba Government. Alternatives to Incarceration [Online]. 1999. Available from : <http://www.ajic.mb.ca/volume1/chapter10.html> [2013, March 8]
- Marshall, T.F. The Evolution of Restorative Justice in Britain. European Journal on Criminal Policy and Research 4, 4 (December 1996): 21-43.
- McAinden, A. Restorative Justice as a Response to Sexual Offending – Addressing the Failings of Current Punitive Approaches [Online]. 2008. Available from : http://www.sexual-offender-treatment.org/1-2008_03.html [2013, March 5]
- McCold P., and Wachtel, B. Community is Not a Place: A New Look at Community Justice Initiatives [Online]. 2007. Source http://www.iirp.edu/article_detail.php?article_id=NDc1 [2013, January 25]
- McElrea, F.W.M. Rape: Ten Years' Progress? Address to Inter-Disciplinary Conference [Online]. 1996. Available from : <http://www.restorativejustice.org/10fulltext/mcelrea-fwm.-rape-ten-years-progress/view> [2012, November 19]
- Ministry of Women's Affairs. Restoring Soul: Effective Interventions for Adult Victim/Survivors of Sexual Violence [Online]. 2009. Available from : <http://www.mwa.govt.nz/sites/mwa.govt.nz/files/restoring-soul-pdf-1.pdf> [2012, November 16]
- Morris, A., and Gelsthorpe, L. Re-visioning Men's Violence against Female Partners. The Howard Journal of Criminal Justice 39, 4 (November 2000): 412- 428.
- Morris, A., and Reilly, J. New Zealand National Survey of Crime Victims 2001 [Online]. 2003. Available from : <http://www.justice.govt.nz/publications/publications-archived/2003/the-new-zealand-national-survey-of-crime-victims-2001-may-2003/publication> [2012, November 15]
- National Institute of Justice. Research Report on Victim Cost and Consequences: A New Look [Online]. 1996. Available from : <https://www.ncjrs.gov/pdffiles/victcost.pdf> [2012, November 15]
- National Victim Center. Rape in America: A Report to the Nation [Online]. 1992. Available from : <http://www.911rape.org/facts-quotes/statistics> [2012, November 2]

- Native Counseling Services of Alberta. A Cost-Benefit Analysis of Hollow Water's Community Holistic Circle Healing Process [Online]. 2001. Available from : http://www.publicsafety.gc.ca/res/cor/apc/_fl/apc-20-eng.pdf [2012, November 28]
- Nicholl, C.G. Community Policing, Community Justice, and Restorative Justice: Exploring the Links for the Delivery of a Balanced Approach to Public Safety. Washington DC: U.S. Department of Justice, Office of Community Oriented Policing Services, 1999.
- Orenstein, A. Special Issues Raised by Rape Trial. Fordham Law Review 76, 3 (2007): 1585-1608.
- Ross, R. Aboriginal Community Healing in Action: The Hollow Water Approach. In W.D. McCaslin (ed.), Justice as Healing: Indigenous Ways, pp. 184-189. Minnesota: Living Justice Press, 2005
- Ross, R. Duelling Paradigms: Western Criminal Justice versus Aboriginal Community Healing [Online]. 1993. Available from : http://www.usask.ca/nativelaw/publications/jah/1995/Abor_Hollow_Water.pdf [2012, November 27]
- Sanders, A., and Young, R. Criminal Justice, 2nd ed. London: Butterworth, 2000.
- Seidman, I., and Vickers, S.H. The Second Wave: An Agenda for the Next Thirty Years of Rape Law Reform. Suffolk University Law Review 38 (2005): 467-491.
- Temkin, J. Rape and the Legal Process. Great Britain: Garden City Press, 1987.
- Tinsley, Y., and McDonald, E. Is There Another Way?: Possible Alternatives to the Current Criminal Justice Process. Canterbury Law Review 17 (2011): 192-221.
- Triggs, S., Mossman, E., Jordan, J., and Kingi, V. Responding to Sexual Violence: Attrition in the New Zealand Criminal Justice System. Wellington: Ministry of Women's Affairs, 2009.
- United Nations Office on Drugs and Crime. Handbook on Restorative Justice Programmes. New York: United Nations Publication, 2006.
- U.S. Department of Justice. Criminal Victimization, 2011 [Online]. 2012. Available from : <http://www.bjs.gov/content/pub/pdf/cv11.pdf> [2012, November 3]
- U.S. Department of Justice. Victimizations Not Reported to the Police, 2006-2010. [Online] 2012. Available from : <http://bjs.ojp.usdoj.gov/content/pub/pdf/vnrp0610.pdf> [2012, November 3]
- Van Ness, D.W. An Overview of Restorative Justice around the World [Online]. 2005. Available from : http://www.icclr.law.ubc.ca/publications/reports/11_un/dan%20van%20ness%20final%20paper.pdf [2012, November 1]

Vold, G.B., Bernard, T.J., and Snipes, J.B. Theoretical Criminology. New York: Oxford University Press, 2002.

Wellington Rape Crisis. Myths about Rape and Sexual Abuse [Online]. 2011. Available from : http://www.wellingtonrapecrisis.org.nz/index.php?option=com_content&view=article&id=5&Itemid=5 [2012, November 16]

Wright, M. Is Mediation Appropriate Even for Rape? Paper to International Conference on Restorative Justice [Online]. 2000. Available from : <http://www.restorativejustice.org/10fulltext/wrightmartin2000ismediation/view> [2012, November 1]

Zehr, H.J. Changing Lenses: A New Focus for Crime and Justice. 2nd ed. Pennsylvania: Herald Press, 1995.

Zehr, H.J. The Little Book of Restorative Justice. Pennsylvania: Good Books, 2002.

ภาคผนวก

**Basic principles on the use of restorative justice
programmes in criminal matters, ECOSOC Res. 2000/14,
U.N. Doc. E/2000/INF/2/Add.2 at 35 (2000).**

The Economic and Social Council,

Recalling its resolution 1999/26 of 28 July 1999, entitled "Development and implementation of mediation and restorative justice measures in criminal justice", in which the Council requested the Commission on Crime Prevention and Criminal Justice to consider the desirability of formulating United Nations standards in the field of mediation and restorative justice,

Noting the discussions on restorative justice during the Tenth United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders, held in Vienna from 10 to 17 April 2000, in relation to the agenda item entitled "Offenders and victims: accountability and fairness in the justice process",

Recognizing that the use of restorative justice measures does not prejudice the right of States to prosecute alleged offenders,

1. *Takes note* of the submission of the preliminary draft elements of a declaration of basic principles on the use of restorative justice programmes in criminal matters, annexed to the present resolution;

2. *Requests* the Secretary-General to seek comments from Member States and relevant intergovernmental and non-governmental organizations, as well as the institutes of the United Nations Crime Prevention and Criminal Justice Programme network, on the desirability and the means of establishing common principles on the use of restorative justice programmes in criminal matters, including the advisability of developing an instrument, such as the preliminary draft declaration annexed to the present resolution, and on the contents of this draft;

3. *Also requests* the Secretary-General to convene, subject to the availability of voluntary contributions, a meeting of experts selected on the basis of equitable geographical representation to review the comments received and to examine proposals for further action in relation to restorative justice, including mediation, as well as the possibility of developing an instrument such as a declaration of basic principles on the use of restorative justice programmes, taking into account the preliminary draft declaration annexed to the present resolution;

4. *Further requests* the Secretary-General to report to the Commission on Crime Prevention and Criminal Justice at its eleventh session on the comments received and the results of the meeting of experts;

5. *Invites* the Commission to take action at its eleventh session, on the basis of the report of the Secretary-General;

6. *Calls upon* Member States, building on the results of the Tenth United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders, held in Vienna from 10-17 April 2000, to continue to exchange information on experiences in the implementation and evaluation of programmes for restorative justice, including mediation.

Annex

Preliminary draft elements of a declaration of basic principles on the use of restorative justice programmes in criminal matters

I. Definitions

1. "Restorative justice programme" means any programme that uses restorative processes or aims to achieve restorative outcomes.

2. "Restorative outcome" means an agreement reached as the result of a restorative process. Examples of restorative outcomes include restitution, community service and any other programme or response designed to accomplish reparation of the victim and community, and reintegration of the victim and/or the offender.

3. "Restorative process" means any process in which the victim, the offender and/or any other individuals or community members affected by a crime actively participate together in the resolution of matters arising from the crime, often with the help of a fair and impartial third party. Examples of restorative process include mediation, conferencing and sentencing circles.

4. "Parties" means the victim, the offender and any other individuals or community members affected by a crime who may be involved in a restorative justice programme.

5. "Facilitator" means a fair and impartial third party whose role is to facilitate the participation of victims and offenders in an encounter programme.

II. Use of restorative justice programmes

6. Restorative justice programmes should be generally available at all stages of the criminal justice process.

7. Restorative processes should be used only with the free and voluntary consent of the parties. The parties should be able to withdraw such consent at any time during the process. Agreements should be arrived at voluntarily by the parties and contain only reasonable and proportionate obligations.

8. All parties should normally acknowledge the basic facts of a case as a basis for participation in a restorative process. Participation should not be used as evidence of admission of guilt in subsequent legal proceedings.

9. Obvious disparities with respect to factors such as power imbalances and the parties' age, maturity or intellectual capacity should be taken into consideration in referring a case to and in conducting a restorative process. Similarly, obvious threats to any of the parties' safety should also be considered in referring any case to and in conducting a restorative process. The views of the parties themselves about the suitability of restorative processes or outcomes should be given great deference in this consideration.

10. Where restorative processes and/or outcomes are not possible, criminal justice officials should do all they can to encourage the offender to take responsibility vis-à-vis the victim and affected communities, and reintegration of the victim and/or offender into the community.

III. Operation of restorative justice programmes

11. Guidelines and standards should be established, with legislative authority when necessary, that govern the use of restorative justice programmes. Such guidelines and standards should address:

(a) The conditions for the referral of cases to restorative justice programmes;

(b) The handling of cases following a restorative process;

(c) The qualifications, training and assessment of facilitators;

(d) The administration of restorative justice programmes;

(e) Standards of competence and ethical rules governing operation of restorative justice programmes.

12. Fundamental procedural safeguards should be applied to restorative justice programmes and in particular to restorative processes:

(a) The parties should have the right to legal advice before and after the restorative process and, where necessary, to translation and/or interpretation. Minors should, in addition, have the right to parental assistance;

(b) Before agreeing to participate in restorative processes, the parties should be fully informed of their rights, the nature of the process and the possible consequences of their decision;

(c) Neither the victim nor the offender should be induced by unfair means to participate in restorative processes or outcomes.

13. Discussions in restorative processes should be confidential and should not be disclosed subsequently, except with the agreement of the parties.

14. Judicial discharges based on agreements arising out of restorative justice programmes should have the same status as judicial decisions or judgements and should preclude prosecution in respect of the same facts (*non bis in idem*).

15. Where no agreement can be made between the parties, the case should be referred back to the criminal justice authorities and a decision as to how to proceed should be taken without delay. Lack of agreement may not be used as justification for a more severe sentence in subsequent criminal justice proceedings.

16. Failure to implement an agreement made in the course of a restorative process should be referred back to the restorative programme or to the criminal justice authorities and a decision as to how to proceed should be taken without delay. Failure to implement the agreement may not be used as justification for a more severe sentence in subsequent criminal justice proceedings.

IV. Facilitators

17. Facilitators should be recruited from all sections of society and should generally possess good understanding of local cultures and communities. They should be able to demonstrate sound judgement and interpersonal skills necessary to conducting restorative processes.

18. Facilitators should perform their duties in an impartial manner, based on the facts of the case and on the needs and wishes of the parties. They should always respect the dignity of the parties and ensure that the parties act with respect towards each other.

19. Facilitators should be responsible for providing a safe and appropriate environment for the restorative process. They should be sensitive to any vulnerability of the parties.

20. Facilitators should receive initial training before taking up facilitation duties and should also receive in-service training. The training should aim at providing skills in conflict resolution, taking into account the particular needs of victims and offenders, at providing basic knowledge of the criminal justice system and at providing a thorough knowledge of the operation of the restorative programme in which they will do their work.

V. Continuing development of restorative justice programmes

21. There should be regular consultation between criminal justice authorities and administrators of restorative justice programmes to develop a common understanding of restorative processes and outcomes, to increase the extent to which restorative programmes are used and to explore ways in which restorative approaches might be incorporated into criminal justice practices.

22. Member States should promote research on and evaluation of restorative justice programmes to assess the extent to which they result in restorative outcomes, serve as an alternative to the criminal justice process and provide positive outcomes for all parties.

23. Restorative justice processes may need to undergo changes in concrete form over time. Member States should therefore encourage regular, rigorous evaluation and modification of such programmes in the light of the above definitions.

ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์

นางสาวธำพร เอื้ออารักษ์ เกิดเมื่อวันที่ 2 สิงหาคม พ.ศ. 2531 ที่จังหวัดกรุงเทพมหานคร ศึกษาระดับมัธยมปลายที่โรงเรียนสตรีวิทยา สำเร็จการศึกษานิติศาสตรบัณฑิต เกียรตินิยมอันดับหนึ่ง จากจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ปีการศึกษา 2552 ได้รับประกาศนียบัตรหลักสูตรวิชาว่าความจากสำนักฝึกอบรมวิชาว่าความแห่งสหภาพนายความ รุ่นที่ 33 พ.ศ. 2552 สอบไล่ได้ความรู้ชั้นเนติบัณฑิต จากสำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา สมัยที่ 63 ปีการศึกษา 2553 และเข้าศึกษา หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ปีการศึกษา 2554