

บทที่ 3

กฎหมายคุ้มครองสิทธิของจำเลยและความผิดฐานกระทำชำเราเด็ก

กฎหมายเกี่ยวกับความผิดฐานกระทำชำเราเด็กทั้งประเทศไทยและต่างประเทศได้กำหนดหลักเกณฑ์ในการพิจารณาถึงองค์ประกอบความผิด อายุของเด็กซึ่งเป็นผู้เสียหาย เจ็บใจแห่งการลงโทษไว้ในลักษณะที่แตกต่างกันตามแต่กฎหมายและจารีตประเพณีของแต่ละประเทศ ซึ่งการห้ามจำเลยอ้างการไม่รู้อายุของผู้เสียหายซึ่งเป็นเด็กขึ้นต่อสู้เพื่อให้พ้นจากความรับผิดชอบของประเทศไทยนั้นถือว่าเป็นการขัด หรือแย้งกับหลักกฎหมายและมีความเหมือนกัน หรือแตกต่างกับกฎหมายของต่างประเทศอย่างไรบ้าง ในปัจจุบันกระบวนการยุติธรรมทางอาญามุ่งเน้นให้รัฐดำเนินกระบวนการพิจารณาด้วยความถูกต้องรวดเร็วและเป็นธรรม โดยคำนึงถึงการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของจำเลยด้วยการสันนิษฐานว่าเป็นผู้บริสุทธิ์ เปิดโอกาสให้จำเลยได้ต่อสู้คดีอย่างเต็มที่และจะลงโทษจำเลยไม่ได้จนกว่าจะแน่ใจว่าจำเลยเป็นผู้กระทำความผิด ดังรายละเอียดต่อไปนี้

3.1 กฎหมายไทย

สิทธิ (Right) หมายถึง ประโยชน์ที่กฎหมายรับรองและคุ้มครองให้แก่บุคคลในอันที่จะกระทำการเกี่ยวกับทรัพย์สิน หรือบุคคลอื่น เช่น สิทธิในทรัพย์สิน สิทธิในชีวิตและร่างกาย เป็นต้น สิ่งใดที่รัฐธรรมนูญกำหนดเป็นสิทธิ หมายความว่า รัฐให้สิทธิแก่ประชาชน โดยรัฐมีพันธกรณี (หน้าที่) ที่จะต้องทำให้ประชาชนได้รับสิทธินั้นเปรียบประดุจดังรัฐเป็นลูกหนี้ ประชาชนเป็นเจ้าหนี้¹

เสรีภาพ (Liberty) หมายถึง ภาวะของมนุษย์ที่ไม่อยู่ภายใต้การครอบงำของผู้อื่น มีอิสระที่จะกระทำการ หรืองดเว้นกระทำการ เช่น เสรีภาพในการติดต่อสื่อสาร เสรีภาพในการเดินทาง เป็นต้น สิ่งใดที่รัฐธรรมนูญกำหนดเป็นเสรีภาพ หมายความว่า ประชาชนมีเสรีภาพเช่นนั้น โดยรัฐมีหน้าที่ทั่วไปที่จะงดเว้นไม่ขัดขวางการใช้เสรีภาพนั้นของประชาชน แต่รัฐไม่มีหน้าที่โดย

¹ มานิตย์ จุมปลา. (2560). *เอกสารประกอบคำบรรยายกฎหมายรัฐธรรมนูญสำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา* (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <http://www.thethaibar.or.th>. [2561, 20 มิถุนายน]. หน้า 3.

เฉพาะเจาะจงที่จะต้องจัดหาสิ่งที่เป็นเสรีภาพให้เสรีภาพ จึงต่างจากสิทธิที่สิ่งใดเป็นสิทธิถือว่าเป็นหน้าที่ของรัฐ โดยเฉพาะเจาะจงในการทำให้ประชาชนได้รับสิทธินั้น²

ความแตกต่างระหว่างสิทธิและเสรีภาพจึงอยู่ที่ว่า สิทธิเป็นอำนาจที่บุคคลมีเพื่อเรียกร้องให้ผู้อื่นกระทำการ หรือละเว้นการกระทำอันใดอันหนึ่ง ในขณะที่เสรีภาพเป็นอำนาจที่บุคคลนั้นมีอยู่เหนือตนเองในการตัดสินใจที่จะกระทำการ หรือไม่กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งโดยปราศจากการแทรกแซง หรือครอบงำจากบุคคลอื่น³

3.1.1 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

รัฐธรรมนูญฉบับที่ใช้ในปัจจุบันนี้มีหลักสำคัญประการหนึ่ง คือ เพื่อส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนให้ชัดเจนและครอบคลุมอย่างกว้างขวางขึ้น โดยถือว่าการมีสิทธิเสรีภาพเป็นหลัก การจำกัดตัดสิทธิเสรีภาพเป็นข้อยกเว้นและเสริมสร้างความเข้มแข็งของระบบคุณธรรมและจริยธรรม ให้มีคุณภาพและประสิทธิภาพตามวิถีการปกครองระบอบประชาธิปไตย โดยมีพระมหากษัตริย์เป็นประมุข ซึ่งบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับสิทธิของผู้ต้องหา หรือจำเลยมีดังนี้

ประการแรก สักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพและความเสมอภาคของบุคคลย่อมได้รับความคุ้มครองปวงชนชาวไทยย่อมได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญเสมอกัน⁴ กล่าวคือคุณค่าความเป็นมนุษย์ที่อยู่ในตัวบุคคลทุกคนซึ่งบุคคลย่อมได้รับการคุ้มครองจากการกระทำใดๆ

ประการที่สอง รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ บทบัญญัติใดของกฎหมาย กฎ หรือข้อบังคับ หรือการกระทำใด ขัด หรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ บทบัญญัติ หรือการกระทำนั้นเป็นอันใช้บังคับมิได้ เมื่อไม่มีบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้บังคับแก่กรณีใดให้กระทำกรณานั้น หรือวินิจฉัยกรณินั้นไปตามประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข⁵ กล่าวคือ กฎหมายรัฐธรรมนูญนับเป็นกฎหมายที่สำคัญยิ่งในฐานะที่เป็นกฎหมายสูงสุดที่ใช้ในการปกครองประเทศและยังเป็นรากฐานที่มาของกฎหมายอื่นด้วย “ใช้บังคับมิได้” ยิ่งกว่า “โมฆะ” เพราะใช้บังคับมิได้ คือ ไม่เคยเกิดสิ่งนั้นขึ้นมาก่อนเลยในขณะที่ “โมฆะ” สิ่งนั้นเกิดแต่เสียเปล่า

² มานิตย์ จุมปา. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 1. หน้า 3.

³ ธนรัตน์ หังทอง. (2560). *เอกสารประกอบคำบรรยายกฎหมายรัฐธรรมนูญสำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา* (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <http://www.thethaibar.or.th>. [2561, 20 มิถุนายน]. หน้า 35.

⁴ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560. มาตรา 4.

⁵ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560. มาตรา 5.

ประการที่สาม สิทธิและเสรีภาพของปวงชนชาวไทย นอกจากที่บัญญัติคุ้มครองไว้เป็นการเฉพาะในรัฐธรรมนูญแล้ว การใดที่มีได้ห้าม หรือจำกัดไว้ในรัฐธรรมนูญ หรือในกฎหมายอื่น บุคคลย่อมมีสิทธิและเสรีภาพที่จะทำกรณนั้นได้และได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญตราบเท่าที่การใช้สิทธิ หรือเสรีภาพเช่นว่านั้นไม่กระทบกระเทือน หรือเป็นอันตรายต่อความมั่นคงของรัฐ ความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชนและไม่ละเมิดสิทธิ หรือเสรีภาพของบุคคลอื่น⁶ กล่าวคือ ประชาชนย่อมมีสิทธิและเสรีภาพที่จะกระทำการใดๆ ย่อมได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญและกฎหมายอื่นที่ไม่เป็นอันตราย หรือกระทบกระเทือนต่อความมั่นคงของรัฐ ความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชนและไม่ละเมิดสิทธิ หรือเสรีภาพของบุคคลอื่น

สิทธิ หรือเสรีภาพใดที่รัฐธรรมนูญให้เป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ หรือให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กฎหมายบัญญัติ แม้ยังไม่มีมาตรการกฎหมายนั้นขึ้นใช้บังคับบุคคล หรือชุมชนย่อมสามารถใช้สิทธิ หรือเสรีภาพนั้นได้ตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ⁷ กล่าวคือ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ได้คงหลักการของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ซึ่งได้มีการแก้ไขหลักการเดิมของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ซึ่งเคยกำหนดให้การใช้สิทธิและเสรีภาพต้องเป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ โดยแก้ไขใหม่เป็นให้สามารถใช้สิทธิและเสรีภาพได้ทันทีไม่ต้องรอให้มีกฎหมายบัญญัติขึ้นเสียก่อน จึงตัดข้อความเดิมที่เคยบัญญัติว่า “ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ” ในมาตราต่างๆ ออกและบัญญัติสาระแห่งสิทธิและเสรีภาพไว้ในเนื้อหาของแต่ละมาตราแทน⁸

บุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิ หรือเสรีภาพที่ได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญสามารถยกบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญเพื่อใช้สิทธิทางศาล หรือยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้คดีในศาลได้⁹ กล่าวคือ ทุกคนสามารถใช้สิทธิทางศาล หรือยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้ในคดีได้ หากถูกละเมิดสิทธิ หรือเสรีภาพที่ได้รับความคุ้มครอง

บุคคลซึ่งได้รับความเสียหายจากการถูกละเมิดสิทธิ หรือเสรีภาพ หรือจากการกระทำความผิดอาญาของบุคคลอื่นย่อมมีสิทธิที่จะได้รับการเยียวยา หรือช่วยเหลือจากรัฐตามที่กฎหมายบัญญัติ กล่าวคือ ทุกคนที่ได้รับความเสียหาย

ประการที่สี่ การตรากฎหมายที่จำกัดสิทธิ หรือเสรีภาพของบุคคลตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มีหลักเกณฑ์ ดังต่อไปนี้

⁶ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560. มาตรา 25.

⁷ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560. มาตรา 25 วรรคสอง.

⁸ มานิตย์ จุมปา. อ่างแล้ว เจริงอรรถที่ 1. หน้า 4.

⁹ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560. มาตรา 25 วรรคสาม.

- ก) เป็นไปตามเงื่อนไขที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ
- ข) ในกรณีที่รัฐธรรมนูญไม่ได้บัญญัติเงื่อนไขไว้ การตรากฎหมายนั้นจะต้อง
- 1) ไม่ขัดต่อหลักนิติธรรม
 - 2) ไม่เพิ่มภาระ หรือจำกัดสิทธิ หรือเสรีภาพของบุคคลเกินสมควรแก่เหตุ
 - 3) จะกระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคลไม่ได้
 - 4) ต้องระบุเหตุผลความจำเป็นในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพไว้ด้วย¹⁰

คำว่า “กฎหมาย” ที่จะสามารถจำกัดสิทธิและเสรีภาพได้นี้ คือ กฎหมายที่ตราขึ้น โดยองค์กรที่ใช้อำนาจนิติบัญญัติ หรือเทียบเท่า ได้แก่ กฎหมายที่ตราขึ้นในรูปแบบพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติ พระราชกำหนดและกฎหมายอื่นที่มีศักดิ์ของกฎหมายในระดับเดียวกัน (เช่น ประกาศคณะปฏิวัติ) กฎหมายที่ไม่ใช่กฎหมายในความหมายของรัฐธรรมนูญไม่อาจตราขึ้นมาเพื่อจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รับรองไว้โดยรัฐธรรมนูญได้ เช่น ไม่อาจออกระเบียบโดยคณะกรรมการเลือกตั้งตัดสิทธิของบุคคลที่ไม่ไปทำหน้าที่เลือกตั้งได้เพราะรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 68 กำหนดให้ผู้ไม่ไปทำหน้าที่เลือกตั้งต้องเสียสิทธิตามที่ “กฎหมาย” กำหนด “กฎหมาย” ในที่นี้ คือ กฎหมายในความหมายของรัฐธรรมนูญ แต่ระเบียบของคณะกรรมการเลือกตั้งไม่ใช่ “กฎหมาย” ในความหมายของรัฐธรรมนูญ จึงไม่อาจออกระเบียบมาตัดสิทธิของผู้ไม่ไปทำหน้าที่เลือกตั้ง (คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 15/2541)¹¹

ประการที่ห้า ความเสมอภาคเปรียบเสมือนเหรียญสองหน้า หน้าแรก ข้อเท็จจริงเดียวกัน ต้องปฏิบัติด้วยเกณฑ์เดียวกันจึงจะถือว่าเสมอภาค หน้าสอง ข้อเท็จจริงต่างกัน ต้องปฏิบัติด้วยเกณฑ์ต่างกันจึงจะเสมอภาค

ความเสมอภาคภายใต้รัฐธรรมนูญ หมายถึง การเสมอภาคกันในทางกฎหมายและความเสมอภาคในการเข้าไปมีส่วนร่วมในการจัดการบ้านเมือง แต่หาได้หมายความว่าความเสมอภาคในฐานะความเป็นอยู่ของบุคคลไม่ โดยผลของหลักความเสมอภาค ทำให้รัฐธรรมนูญต้องรับรองหลักการห้ามเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม (Unjust Discrimination) ไว้ในรัฐธรรมนูญซึ่งหมายความว่า การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลไม่ว่าด้วยเหตุความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ ความพิการ สภาพทางกาย หรือสุขภาพ สถานะบุคคลฐานะทางเศรษฐกิจ หรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมืองอันไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ หรือเหตุอื่นใดจะกระทำมิได้¹²

¹⁰ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560. มาตรา 26.

¹¹ มานิตย์ จุมปา. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 1. หน้า 6.

¹² รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560. มาตรา 27.

ประการที่หก nullum crime, nulla poena sine lege ไม่มีความผิดและไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมาย

1) จะไม่มีความผิดโดยไม่มีกฎหมาย กล่าวคือ ตามกฎหมายอาญาการกระทำจะเป็นความผิดต่อเมื่อมีกฎหมายบัญญัติในขณะที่กระทำว่าเป็นความผิด

2) จะไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมาย กล่าวคือ บุคคลจะต้องรับโทษต่อเมื่อมีกฎหมายที่ใช้อยู่ในขณะที่กระทำบัญญัติให้ต้องรับโทษนั้นๆ

ศาลรัฐธรรมนูญวางหลักไว้ว่า มาตรา 29 เป็นบทบัญญัติในหมวด 3 ว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทย ส่วนที่ 4 สิทธิในกระบวนการยุติธรรม โดยมาตรา 29 วรรคสอง เป็นข้อสันนิษฐานว่าผู้ต้องหา หรือจำเลยในคดีอาญาเป็นผู้บริสุทธิ์ (Presumption of innocence) มีที่มาจากหลักสิทธิมนุษยชน ดังปรากฏอยู่ในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Universal Declaration of Human Right :UDHR) ข้อ 11 ที่ว่าบุคคลซึ่งถูกกล่าวหาว่ามีความผิดอาญา มีสิทธิที่จะได้รับการสันนิษฐานไว้ก่อนว่าบริสุทธิ์ จนกว่าจะมีการพิสูจน์ว่ามีความผิดตามกฎหมายในการพิจารณาโดยเปิดเผยและผู้นั้นได้รับหลักประกันทั้งหลายที่จำเป็นในการต่อสู้คดีและกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (International Covenant on Civil and Political Rights :ICCPR) ข้อ 14.2 ที่ว่า บุคคลทุกคนซึ่งต้องหาว่ากระทำผิดอาญาต้องมีสิทธิได้รับการสันนิษฐานว่าเป็นผู้บริสุทธิ์จนกว่าจะพิสูจน์ตามกฎหมายได้ว่ามีความผิด อันถือเป็นหลักการพื้นฐานของระบบงานยุติธรรมทางอาญาสากลที่ว่าบุคคลทุกคนมิใช่ผู้กระทำความผิดอาญาเพื่อเป็นหลักประกันแห่งสิทธิและเสรีภาพของบุคคลเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางอาญาที่รัฐให้การรับรองแก่บุคคลทุกคนที่จะไม่ถูกลงโทษทางอาญาจนกว่าจะมีพยานหลักฐานมาพิสูจน์ได้ว่าเป็นผู้กระทำความผิดและเป็นหลักการที่สำคัญประการหนึ่งของหลักนิติธรรม (The rule of law) ที่ได้รับการยอมรับในนานาอารยประเทศ¹³ จะเห็นได้ว่า ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นั้นเป็นคุณค่าที่มีลักษณะเฉพาะ อันสืบเนื่องมาจากความเป็นมนุษย์และเป็นคุณค่าที่ผูกพันอยู่เฉพาะกับความเป็นมนุษย์เท่านั้น โดยไม่ขึ้นอยู่กับเงื่อนไขอื่นใดทั้งสิ้น เช่น เชื้อชาติ ศาสนา คุณค่าของมนุษย์ดังกล่าวนี้มีความมุ่งหมายเพื่อให้มนุษย์มีความอิสระในการที่จะพัฒนาบุคลิกส่วนตัวของบุคคลนั้นๆ ภายใต้ความรับผิดชอบของตนเองโดยถือว่า “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” เป็นคุณค่าที่มีอาจจะล่วงละเมิดได้ การรวบรวมพยานหลักฐานเพื่อพิสูจน์ความผิดของจำเลย หากไม่ให้จำเลยนำพยานหลักฐานมาพิสูจน์การมีผิดหรือบริสุทธิ์ของจำเลยแล้วย่อมเป็นการกระทบสิทธิ เสรีภาพ เรื่องศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ โดยที่ยังไม่มีคำพิพากษาว่าจำเลยเป็นผู้กระทำผิด แต่ถูกพิพากษาไปก่อนแล้วว่าเป็นอาชญากรโดยยังไม่มี การพิสูจน์ความผิดดังกล่าวแต่ประการใด ซึ่งกฎหมายให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าจำเลยไม่มีผิด

¹³ มานิตย์ จุมปา. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 1. หน้า 7.

จนกว่าจะได้มีการพิสูจน์ความผิดของจำเลยเสียก่อนว่าเป็นผู้กระทำความผิด สิทธิในกระบวนการยุติธรรมมีเจตนารมณ์เพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางอาญามิให้ต้องรับโทษหนักกว่าที่บัญญัติไว้ในกฎหมายที่ใช้อยู่ในขณะที่กระทำความผิด คุ้มครองความเสมอภาคและการตรากฎหมายที่เป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคล หากเป็นการขัดต่อหลักนิติธรรม เป็นการเพิ่มภาระและจำกัดเกินสมควรแก่เหตุ หรือจะกระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคลมิได้

หลักสันนิษฐานว่าเป็นผู้บริสุทธิ์ คือ หลักประกันสิทธิและเสรีภาพของผู้ถูกกล่าวหา หรือจำเลยว่ากระทำความผิดอาญาที่จะไม่ต้องถูกปฏิบัติเสมือนเป็นผู้กระทำความผิดจนกว่าศาลจะมีคำพิพากษาถึงที่สุดว่าบุคคลดังกล่าวเป็นผู้กระทำความผิดจริง การให้หลักประกันเช่นนี้ ส่งผลให้ศาลพนักงานอัยการและพนักงานสอบสวน รวบรวมพยานหลักฐานมาพิสูจน์ถึงการกระทำของผู้ถูกกล่าวหา หรือจำเลยว่าเป็นผู้กระทำความผิดจริงและผู้ถูกกล่าวหา หรือจำเลยย่อมมีโอกาสในการหาพยานหลักฐานมาพิสูจน์ว่าตนเองเป็นผู้บริสุทธิ์ ไม่ได้กระทำความผิดตามที่ผู้ถูกกล่าวหา การที่ผู้ถูกกล่าวหา หรือจำเลยถูกจำกัดสิทธิในการสำคัญผิด หรือไม่รู้อายุของผู้เสียหายซึ่งเป็นเด็กขึ้นต่อสู้เพื่อให้พ้นจากความรับผิด ถือเสมือนว่าผู้ถูกกล่าวหา หรือจำเลยเป็นผู้กระทำความผิด โดยที่ยังไม่ได้พิสูจน์ความผิดให้สิ้นสงสัยเสียก่อน เป็นการกระทำที่ละเมิดต่อสิทธิและเสรีภาพของผู้ถูกกล่าวหา หรือจำเลย การแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายอาญามาตรา 285/1 ดังกล่าว ถึงแม้ว่ากฎหมายดังกล่าวจะตราขึ้น โดยพระราชบัญญัติเป็นไปตามเจตนารมณ์ที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญก็ตาม แต่การบัญญัติกฎหมายดังกล่าวก็เป็นการขัดต่อหลักหลักนิติธรรม เป็นการเพิ่มภาระ หรือจำกัดสิทธิและเสรีภาพของผู้ถูกกล่าวหา หรือจำเลยเกินสมควร ถือได้ว่าบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายอาญามาตรา 285/1 ขัด หรือแย้งต่อกฎหมายและกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของจำเลย เป็นอันใช้บังคับไม่ได้

3.1.2 บทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายอาญา

มาตรา 277 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “ผู้ใดกระทำชำเราเด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปี ซึ่งมีใช้ภริยาหรือสามีของตน โดยเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปีและปรับตั้งแต่แปดหมื่นบาทถึงสี่แสนบาท”

“การกระทำชำเรา ตามวรรคหนึ่ง หมายความว่า การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ โดยใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น หรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศ หรือทวารหนักของผู้อื่น”

“ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งเป็นการกระทำแก่เด็กอายุยังไม่เกินสิบสามปี ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่เจ็ดปีถึงยี่สิบปีและปรับตั้งแต่หนึ่งแสนสี่หมื่นบาทถึงสี่แสนบาท หรือจำคุกตลอดชีวิต”

“ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่ง หรือวรรคสามได้กระทำโดยร่วมกระทำความผิดด้วยกันอันมีลักษณะเป็นการโทรมเด็กหญิง หรือกระทำกับเด็กชายในลักษณะเดียวกัน หรือได้กระทำโดยมีอาวุธปืน หรือวัตถุระเบิด หรือโดยใช้อาวุธ ต้องระวางโทษจำคุกตลอดชีวิต”¹⁴

การกระทำชำเราเด็ก ตามมาตรา 277 กฎหมายประสงค์จะคุ้มครองเด็ก มี 3 ความผิด คือ ความผิดที่ 1 ได้แก่ กระทำชำเราเด็กอายุไม่เกินสิบห้าปี ซึ่งมีโชภริยา หรือสามิตนไม่ว่าเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม กล่าวคือ แม้เด็กนั้นจะสมัครใจยินยอมก็เป็นความผิด หากเป็นการกระทำระหว่างสามีภริยาที่อายุยังไม่เกินสิบห้าปี ผู้กระทำไม่มีความผิด ทั้งมาตรานี้และมาตรา 276 ด้วย

ความผิดที่ 2 ได้แก่ การกระทำชำเราเด็กอายุไม่เกินสิบสามปี ต้องมีระวางโทษหนักขึ้นกว่าความผิดที่ 1

ความผิดที่ 3 ได้แก่ ถ้าการกระทำดังกล่าวมีลักษณะเป็นการโทรมเด็กและเด็กนั้นไม่ยินยอม หรือกระทำโดยมีอาวุธปืน หรือวัตถุระเบิด หรือโดยใช้อาวุธ ต้องระวางโทษจำคุกตลอดชีวิต¹⁵

จะเห็นได้ว่า กฎหมายมุ่งคุ้มครองเด็กและผู้เยาว์เป็นพิเศษ โดยการบัญญัติช่วงอายุของเด็กและผู้เยาว์ให้สัมพันธ์กับ โทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิด คือยิ่งอายุน้อยโทษที่จะลงก็ยิ่งมาก โดยคุณธรรมที่กฎหมายมุ่งคุ้มครองก็คือ ความบริสุทธิ์ทางเพศของเด็กซึ่งปัญหาในทางกฎหมายประเด็นหนึ่งที่ตามมาก็คือ อายุของเด็กและผู้เยาว์มีสถานะอย่างไรในบทบัญญัติของกฎหมายไทย ประเด็นนี้มีความสำคัญเป็นอย่างมากต่อการวินิจฉัยปัญหาความสำคัญผิดในอายุของผู้เสียหาย โดยในเรื่องนี้นักกฎหมายมีความเห็นที่แตกต่างกันออกไป โดยความเห็นที่หนึ่งเห็นว่าอายุเป็นองค์ประกอบความผิด ส่วนความเห็นที่สองเห็นว่า อายุเป็นองค์ประกอบความผิดที่เป็นเงื่อนไขแห่งการเพิ่มโทษและความเห็นที่สามเห็นว่าอายุเป็นเงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัย โดยได้อธิบายให้เหตุผลแตกต่างกันออกไป ดังนี้¹⁶

1) อายุเป็นองค์ประกอบความผิด

¹⁴ สมชาย พงษ์พัฒนาศิลป์. (2559). *ประมวลกฎหมายอาญา ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา* (พิมพ์ครั้งที่ 7). กรุงเทพฯ: เจริญรัฐการพิมพ์. หน้า 116.

¹⁵ ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ. (2556). *กฎหมายอาญาภาคความผิด* (พิมพ์ครั้งที่ 10). กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 199.

¹⁶ ปานกมล รอดชีวี. (2547). *สำคัญผิดในอายุของผู้เสียหาย: ผลทางกฎหมาย*. สารนิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขานิติศาสตร์, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 21.

ผู้ที่เห็นว่า อายุเป็นองค์ประกอบความผิด อธิบายว่า¹⁷ ความสำคัญผิดในอายุเท่ากับไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบความผิด เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติของกฎหมายที่กำหนดอายุของผู้เสียหาย จะเห็นได้ว่าเป็นองค์ประกอบความผิดโดยเนื้อหาสาระของบทบัญญัตินั้นเอง

2) อายุเป็นองค์ประกอบความผิดที่เป็นเงื่อนไขแห่งการเพิ่มโทษ

อายุเป็นองค์ประกอบความผิดที่เป็นเงื่อนไขแห่งการเพิ่มโทษอายุของผู้เสียหายเป็นข้อเท็จจริงที่ทำให้ผู้กระทำได้รับโทษหนักขึ้นกว่าความผิดฐานข่มขืน ตามมาตรา 276 ซึ่งมาตรา 62 วรรคท้าย บัญญัติให้ผู้กระทำต้องรู้ข้อเท็จจริงนั้น หากผู้กระทำสำคัญผิดว่าผู้เสียหายอายุเกินสิบห้าปีแล้ว แต่ปรากฏข้อเท็จจริงว่าผู้เสียหายเป็นเด็กอายุไม่เกินสิบสามปี ก็จะเป็นความผิดฐานกระทำชำเราเด็กอายุไม่เกินสิบสามปี ตามมาตรา 277 วรรคสาม ซึ่งมีอัตราโทษที่หนักกว่ามาตรา 276 ดังนั้น ผู้กระทำจึงต้องรู้ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับอายุของผู้เสียหายนี้ ถ้าไม่รู้ก็ไม่ถือว่าผิดตามมาตรา 277 และก็ไม่ต้องรับโทษหนักขึ้น จึงเห็นได้ว่าอายุเป็นองค์ประกอบความผิดและเป็นข้อเท็จจริงที่ทำให้ผู้กระทำได้รับโทษหนักขึ้น หรือเป็นเงื่อนไขที่เป็นเหตุเพิ่มโทษ¹⁸

3) อายุเป็นเงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัย¹⁹

เรื่องอายุของเด็กและผู้เยาว์ซึ่งเป็นผู้เสียหายเป็นเงื่อนไขในการลงโทษทางภาวะวิสัย หากวินิจฉัยตามหลักเจตนาในมาตรา 59 วรรคสามโดยถือว่า เรื่องอายุนั้นเป็นส่วนหนึ่งขององค์ประกอบแล้ว ถ้าจำเลยกระทำโดยไม่รู้ข้อเท็จจริงดังกล่าว ก็ถือว่าจำเลยไม่ต้องรับผิดเพราะขาดเจตนาอันเป็นเหตุให้ผู้กระทำไม่ต้องรับผิดได้ แนวคิดนี้จึงเห็นว่าน่าจะถือว่าส่วนของอายุเป็นเรื่องของเงื่อนไขการลงโทษทางภาวะวิสัยมากกว่า ซึ่งผลทางกฎหมายก็คือว่าผู้กระทำไม่จำเป็นต้องรู้ข้อเท็จจริงในส่วนนี้ เพราะไม่ถือว่าเป็นส่วนขององค์ประกอบความผิดจากความเห็นดังกล่าวจะเห็นได้ว่าอายุมิใช่ขององค์ประกอบความผิด หากแต่เป็นเงื่อนไขในการลงโทษทางภาวะวิสัยที่อยู่นอกเหนือองค์ประกอบความผิดและไม่ถูกลดโทษโดยหลักเจตนา ดังนั้น การไม่รู้ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับอายุจึงไม่อาจยกขึ้นแก้ตัวได้

อย่างไรก็ดีความสำคัญผิดในอายุของหญิง เช่น เห็นหญิงมีบุตรแล้ว หรือหญิงนั้นมีร่างกายเติบโตผิดปกติ หรือหญิงนั้นหลอกลวงว่ามีอายุกว่าสิบสามปี ผู้กระทำจึงเชื่อว่าอายุเกินสิบสามปี

¹⁷ จิตติ ดิงศภัทย์. (2543). *คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญาภาค 2 ตอน 1* (พิมพ์ครั้งที่ 7). กรุงเทพมหานคร: เนติบัณฑิตยสภา. หน้า 734.

¹⁸ ณรงค์ ใจหาญ. (2526). *ความสำคัญผิดในเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจทำได้*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขานิติศาสตร์, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 64.

¹⁹ แสวง บุญเฉลิมวิภาส. (2524). *ปัญหาเจตนาในกฎหมายอาญา*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขานิติศาสตร์, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 101.

ย่อมเป็นความสำคัญผิดในข้อเท็จจริงและทำให้ผู้กระทำไม่มีความผิดเพราะขาดเจตนาตาม มาตรา 59 วรรคสาม เช่น พบหญิงมีบุตรแล้วนึกว่าอายุเกินสิบสามปีจึงกระทำชำเรา เป็นต้น ผู้กระทำชำเราไม่มีความผิดเพราะขาดเจตนากระทำชำเราเด็กหญิงอายุไม่เกินสิบสามปี

เหตุผลที่ประมวลกฎหมายอาญาไม่ถือเอาความยินยอมของเด็กหญิงอายุไม่เกินสิบสามปี เป็นข้อสำคัญ ก็เพราะถือว่าเด็กหญิงอายุเพียงเท่านั้นยังไม่มีความรู้ผิดชอบพอที่ให้ความยินยอมได้

คำว่า “โดยเด็กหญิงนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม” เป็นองค์ประกอบในทางอธิบายเท่านั้น เพื่อป้องกันเข้าใจผิด²⁰

คำว่า “เด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปี” หมายความว่าทั้งเด็กหญิงและเด็กชาย

กฎหมายมาตรานี้ใช้เฉพาะคำว่า “กระทำชำเรา” ไม่มีคำว่า “ข่มขืน” เหมือนมาตรา 276 วรรคแรก เมื่อไม่มีคำว่า “ข่มขืน” ก็หมายความว่า ไม่ว่าเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม ก็เป็น ความผิดตามมาตรา 276 เพราะในทางวิชาการเห็นกันว่าเด็กที่อายุเกินสิบห้าปียังไม่มีวุฒิภาวะพอที่จะ ยินยอม หรือไม่ยินยอมได้และในทางแพทย์เด็กที่อายุไม่เกินสิบห้าปียังเติบโตไม่เต็มที่ หากพลาด พลังมีบุตรจะเป็นอันตรายกับตัวเด็กนั่นเองและบุตรในครรภ์

คำว่า “ซึ่งมิใช่ภริยาหรือสามีของตน” แสดงว่าหากกระทำชำเราภริยา หรือสามีของตนไม่ เป็นความผิดตามมาตรา 276 และหากภริยา หรือสามี “ไม่ยินยอม” ก็เป็นการ “ข่มขืน” ซึ่งเป็นความผิด ตามมาตรา 276 ได้²¹

ต่อมาได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมความผิดเกี่ยวกับเพศ (ลักษณะ 9) มีการแก้ไขโดย พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 23) พ.ศ. 2558 มาตรา 285/1 ดังนี้ “การกระทำความผิดตามมาตรา 277 มาตรา 279 มาตรา 282 วรรคสาม มาตรา 283 วรรคสาม และ มาตรา 283 ทวิ วรรคสอง หากเป็นการกระทำต่อเด็กอายุไม่เกินสิบสามปี ห้ามอ้างความไม่รู้อายุของ เด็กเพื่อให้พ้นจากความผิดนั้น”

โดยให้เหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัติฉบับนี้ คือ โดยที่บทบัญญัติความผิด เกี่ยวกับเพศและความผิดต่อเสรีภาพที่กระทำต่อเด็กได้กำหนดให้อายุเด็กเป็นองค์ประกอบความผิด ทำให้ผู้กระทำความผิดอ้างความสำคัญผิด หรือความไม่รู้ในข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบ ความผิดเพื่อไม่ต้องรับผิด หรือได้รับยกเว้นโทษ หรือได้รับโทษน้อยลงได้ สมควรกำหนดให้ ผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับเพศ หรือความผิดต่อเสรีภาพซึ่งได้กระทำต่อเด็กที่มีอายุไม่เกินสิบสามปี

²⁰ หยุด แสงอุทัย, ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ (บรรณาธิการ). (2544). *กฎหมายอาญาภาค 2-3* (พิมพ์ครั้งที่ 10).

กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 168-169.

²¹ สกิต ไพราระ. *คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญามาตรา 209-มาตรา 287 และ มาตรา 367-398* (พิมพ์ครั้งที่ 5).

กรุงเทพฯ: พลสยาม พรินต์ติ้ง (ประเทศไทย). หน้า 324-325

ไม่อาจอ้างความไม่รู้อายุของเด็กเพื่อให้พ้นจากความรับผิดชอบทางอาญา ทั้งนี้ เพื่อให้เด็กได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายมากยิ่งขึ้นจึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัตินี้²²

สำหรับประเทศไทยตามบทบัญญัติประมวลกฎหมายอาญาลักษณะ 9 ความผิดเกี่ยวกับเพศนั้น จะบัญญัติการคุ้มครองอายุของเด็กไว้ในกรณีล่วงละเมิดทางเพศให้เป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายโดยใช้บังคับกับเด็กหญิงที่มีอายุต่ำกว่าสิบสามปีและสิบห้าปี ซึ่งตามกฎหมายไทยนี้ถือว่าอายุเป็นองค์ประกอบความผิด เพราะช่วงอายุต่างๆ ของเด็กและผู้เยาว์ซึ่งเป็นผู้เสียหายนั้นได้มาจากบทบัญญัติของกฎหมายที่กำหนดฐานความผิดนั้นๆ และผู้กระทำจะมีความผิดได้การกระทำนั้นต้องครบองค์ประกอบความผิด คือ เด็กและผู้เยาว์ซึ่งเป็นผู้เสียหายจะต้องมีอายุอยู่ในช่วงที่บัญญัติไว้ในความผิดฐานนั้นๆ ด้วยเหตุนี้การที่อายุเป็นองค์ประกอบความผิดย่อมเป็นเหตุให้ผู้กระทำความผิดสามารถยกความไม่รู้ หรือสำคัญผิดในอายุของผู้เสียหายขึ้นเป็นข้อแก้ตัวให้ตนเองพ้นผิดได้

ดังนั้น ผู้ถูกกระทำเป็นเด็กอายุไม่เกินสิบสามปี ผู้กระทำไม่สามารถยกความไม่รู้ หรือสำคัญผิดมาเป็นข้อต่อสู้ไม่ได้ แต่ถ้าผู้ถูกกระทำเป็นเด็กอายุกว่าสิบสามปี แต่ยังไม่เกินสิบห้าปี ซึ่งมีโชภริยา หรือสามีของผู้กระทำผิด ผู้กระทำสามารถยกความไม่รู้ หรือสำคัญผิดมาเป็นข้อต่อสู้ได้ ซึ่งอายุของหญิงผู้เสียหายตามมาตรา 277 วรรคแรกจะน้อยกว่าอายุของหญิงที่ระบุไว้ในประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 ความยินยอมของเด็กที่ถูกกระทำชำเราตามมาตรานี้ไม่มีผลทางกฎหมายแม้การกระทำชำเราเด็กได้สมัครใจ หรือยินยอมให้กระทำชำเราก็เป็นการกระทำผิด ดังนั้น การกระทำชำเราเด็กไม่ว่าจะเป็นเด็กหญิง หรือเด็กชายและไม่ว่าเด็กหญิง หรือเด็กชายจะยินยอมหรือไม่ก็เป็นความผิดทั้งนั้น การคุ้มครองเด็กอายุระหว่างสิบสามปีถึงสิบห้าปี เป็นกรณีพิเศษเนื่องจากเห็นว่าไม่ควรให้ผู้กระทำความผิดอ้างความยินยอมเด็กอายุช่วงระหว่างนี้เป็นเหตุยกเว้นความผิด หรือบรรเทาโทษ เพื่อหาประโยชน์จากเด็กอีกต่อไปเพราะเด็กอายุช่วงระหว่างนี้ส่วนใหญ่ยังมีความเจริญเติบโตและพัฒนาทางร่างกายจิตใจ สติปัญญา การศึกษาอบรมและประสบการณ์ไม่เพียงพอ การกระทำความผิดทางเพศต่อเด็กซึ่งเป็นปัญหาของสังคมอยู่ในขณะนี้ ซึ่งประมวลกฎหมายอาญาได้มีการกำหนดอายุของเด็กซึ่งเป็นผู้เสียหาย โดยกำหนดอายุของผู้เสียหายที่เป็นเด็กใช้เป็นเกณฑ์ในการเอาผิดกับผู้กระทำความผิดซึ่งจะรับโทษมาก หรือรับโทษน้อยก็ดูกันในเรื่องของอายุผู้ถูกกระทำ เพราะกฎหมายถือเรื่องนี้เป็นเรื่องที่สำคัญ เพราะถ้ากระทำความผิดต่อเด็กที่มีอายุน้อยก็ต้องรับโทษที่หนักกว่าและก็จะมีความผิดอันยอมความมิได้ เพื่อให้เกิดความเกรงกลัวในการกระทำความผิดต่อเด็ก เพราะกฎหมายมีเจตนาที่จะมุ่งคุ้มครองเด็กให้ได้รับความปลอดภัยจากการถูกละเมิดทางเพศ

²² พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 23) พ.ศ. 2558.

3.1.3 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

ในคดีอาญาพยานหลักฐานทุกชนิด หากมีคุณสมบัติบ่งชี้ได้ว่าจำเลยได้กระทำความผิดหรือไม่ ย่อมรับฟังเป็นพยานหลักฐานได้ เว้นแต่จะต้องห้ามมิให้รับฟังโดยบทกฎหมายบทใดบทหนึ่ง ดังที่ได้บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 226 ว่า “พยานวัตถุ พยานเอกสาร พยานบุคคล ซึ่งน่าจะพิสูจน์ได้ว่าจำเลยมีผิด หรือบริสุทธิ์ ให้อ้างเป็นพยานหลักฐานได้ แต่ต้องเป็นพยานที่มีได้เกิดขึ้นจากการจงใจ มีคำมั่นสัญญา ชูเชิญ หลอกลวง หรือโดยมิชอบประการอื่น”²³ คดีอาญาโจทก์เป็นผู้ฟ้องคดีขอให้ลงโทษจำเลยโดยอ้างว่าจำเลยกระทำความผิด โจทก์จึงต้องกล่าวอ้างข้อเท็จจริงให้ครบองค์ประกอบความผิดที่ฟ้องและโจทก์ต้องกล่าวถึงการกระทำทั้งหลายที่อ้างว่าจำเลยกระทำความผิด ข้อเท็จจริงและรายละเอียดที่เกี่ยวกับเวลาและสถานที่ซึ่งเกิดการกระทำนั้นๆ อีกทั้งบุคคล หรือสิ่งของที่เกี่ยวข้องด้วยพอสมควรเท่าที่จะให้จำเลยเข้าใจข้อหาได้ดี²⁴ ศาลต้องสอบข้อเท็จจริงให้ชัดว่าจำเลยกระทำความผิดจริงจึงจะลงโทษจำเลยได้ตาม ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 227 ประกอบมาตรา 185²⁵

3.1.3.1 ภาระการพิสูจน์ในคดีอาญา

โดยที่ได้แบ่งประเด็นข้อพิพาทในคดีอาญาเป็น 3 กลุ่ม การวิเคราะห์หาหน้าที่นำสืบจึงต้องแยกพิจารณาไปตามประเด็นข้อพิพาทแต่ละกลุ่ม ดังนี้

กลุ่มที่ 1 ประเด็นข้อพิพาทที่ส่งผลไปสู่การตัดสินว่าจำเลยผิดหรือไม่ผิด

กลุ่มที่ 2 ประเด็นข้อพิพาทที่ส่งผลไปสู่การวิเคราะห์เรื่องโทษของจำเลยว่ามีเหตุยกเว้นโทษหรือไม่ ลดหย่อนโทษหรือไม่ เพิ่มโทษหรือไม่

กลุ่มที่ 3 ประเด็นข้อพิพาทในเรื่องอื่นๆ ที่ไม่เกี่ยวกับความผิด หรือโทษของจำเลย เช่นประเด็นที่เกี่ยวกับอำนาจฟ้องของโจทก์ หรือสิทธินำคดีอาญามาฟ้องระงับแล้วหรือไม่ เป็นต้น

กลุ่มที่ 1 ประเด็นข้อพิพาทในกลุ่มที่หนึ่งทุกประเด็นโดยหลักแล้วหน้าที่นำสืบตกแก่โจทก์ เพราะโจทก์เป็นฝ่ายกล่าวอ้างว่าจำเลยทำผิด โจทก์จึงต้องนำสืบทุกประเด็นที่เป็นองค์ประกอบความผิดนั้นและจำเลยคดีอาญาได้รับประโยชน์จากบทสันนิษฐานทั่วไปตามรัฐธรรมนูญว่าเป็นผู้บริสุทธิ์ โจทก์จึงต้องพิสูจน์หักล้างบทสันนิษฐานนั้น หลักนี้รวมไปถึงประเด็น

²³ ธานี สิงหนาท. (2555). *คำอธิบายพยานหลักฐานคดีแพ่งและคดีอาญา*. (พิมพ์ครั้งที่ 10). กรุงเทพฯ: บริษัท กรุงเทพมหานคร พับลิชชิ่ง จำกัด. หน้า 403.

²⁴ โสภณ รัตนกร. (2544). *คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน*. (พิมพ์ครั้งที่ 4). กรุงเทพมหานคร: นิติบรรณการ. หน้า 84.

²⁵ จรัญ ภักดีธนากุล. (2558). *กฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน*. (พิมพ์ครั้งที่ 10). กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา. หน้า 199.

ที่จำเลยต่อสู้ว่าป้องกันสิทธิโดยชอบด้วย ถ้าจำเลยให้การรับสารภาพว่าทำผิดจริงตามที่โจทก์ฟ้อง แต่ทำไปเพื่อป้องกันสิทธิโดยชอบเพราะมีภัยอันตรายเกิดจากการประทุษร้ายอันละเมิดกฎหมาย คุณความใดก็จะถึง จำเลยกระทำตอบโต้ผู้ก่อให้เกิดภัยอันตรายนั้นไปพอสมควรแก่เหตุ ประเด็นข้อพิพาทว่าจำเลยกระทำไปโดยป้องกันสิทธิโดยชอบหรือไม่ ภาระการพิสูจน์ตกโจทก์ เพราะถ้าเป็นป้องกันสิทธิโดยชอบการกระทำของจำเลยไม่ผิดเลย ประเด็นนี้จึงอยู่ในกลุ่มที่หนึ่ง โจทก์มีหน้าที่นำสืบ

แต่ถ้าหากว่าจำเลยต่อสู้ว่าผู้เสียหายยินยอมให้จำเลยกระทำความคิด ประเด็นข้อพิพาทมีว่าผู้เสียหายยินยอมให้จำเลยกระทำจริงอย่างที่จำเลยต่อสู้หรือไม่ หน้าที่นำสืบตกใคร ถ้าถือตามหลักว่าประเด็นนี้นำไปสู่การวินิจฉัยว่าจำเลยผิดหรือไม่ผิดเลย ถ้าผู้เสียหายยินยอมโดยบริสุทธิ์และไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อย หรือสำนึกในศีลธรรมอันดีของประชาชนจำเลยก็ได้รับยกเว้นความผิดเลย ลักษณะใกล้เคียงกับเรื่องป้องกันมากจึงน่าจะให้โจทก์มีหน้าที่นำสืบ เพราะฉะนั้น ถ้าเป็นคดีที่ความไม่ยินยอมของผู้เสียหายเป็นองค์ประกอบความผิดอยู่ด้วย เช่น ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราหญิงที่อายุเกินสิบห้าปีแล้ว อย่างนี้จะเป็นความผิดต่อเมื่อหญิงนั้นไม่ได้ยินยอมในความผิดประเภทนี้ความไม่ยินยอมของผู้เสียหายเป็นองค์ประกอบความผิดด้วยโดยตรง เพราะฉะนั้น ประเด็นว่าผู้เสียหายยินยอมหรือไม่ หน้าที่นำสืบตกแก่โจทก์ เพราะฉะนั้น โจทก์จะต้องมีหน้าที่นำสืบทุกประเด็นที่เป็นองค์ประกอบความผิด

กลุ่มที่ 2 ประเด็นที่เกี่ยวกับโทษ โดยหลักถือว่า จำเลยกล่าวอ้างขึ้นใหม่ หน้าที่นำสืบตกจำเลยไม่ว่าจะเป็นเรื่องจำเป็น วิกฤต บันดาลโทษ หรือขอให้ลดหย่อนผ่อนโทษ แต่มีข้อยกเว้นว่า ถ้าเป็นเรื่องที่โจทก์ขอให้เพิ่มโทษ หรือขอให้นับโทษต่อจากโทษจำคุกในคดีอื่น หรือขอให้กักกัน อันนี้เป็นเรื่อง โจทก์ขอและกล่าวอ้างมาในคำฟ้องว่าจำเลยเคยกระทำความผิดหรือเคยต้องโทษจำคุกมาก่อนจึงจะมาขอเพิ่มโทษ หรือนับโทษต่อจากโทษในคดีอื่น หรือกักกันได้ เพราะฉะนั้น หน้าที่นำสืบตกโจทก์

กลุ่มที่ 3 เรื่องที่เกี่ยวอำนาจฟ้อง ถ้าเป็นประเด็นที่กระทบอำนาจฟ้องโดยตรง เช่น การสอบสวนชอบหรือไม่ หรือการสอบสวนไม่ชอบเพราะเหตุใดเหตุหนึ่งก็ให้ถือว่า โจทก์มีหน้าที่นำสืบเพราะ โจทก์ต้องกล่าวอ้างมาโดยปริยายแล้วว่า โจทก์มีอำนาจฟ้อง การสอบสวนชอบ พนักงานอัยการจึงมีอำนาจฟ้องเป็นเงื่อนไขโดยตรงของอำนาจฟ้องของพนักงานอัยการ หรือจำเลยต่อสู้เรื่องลดโทษอายุความ หน้าที่นำสืบเรื่องขาดอายุความหรือไม่ตกอยู่แก่โจทก์ ไม่ใช่จำเลย อันนี้เป็นลักษณะเฉพาะของประเด็นเรื่องขาดอายุความหรือไม่ หน้าที่นำสืบมักจะตกอยู่กับฝ่ายโจทก์เสมอ ส่วนประเด็นเรื่องที่ได้กระทบสิทธินำคดีอาญามาฟ้องได้ระงับสิ้นไปแล้วตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 39 เช่น จำเลยต่อสู้ว่าคดีนี้เป็นความผิดต่อส่วนตัว ผู้เสียหาย

ได้ยอมความกับจำเลยแล้ว หรือถอนคำร้องทุกข์แล้ว เพราะฉะนั้นสิทธินำคดีอาญามาฟ้องของโจทก์จึงระงับไป ขอให้ศาลจำหน่ายคดีจากสารบบความตามมาตรา 39 (2) ปัญหาว่ามีผู้เสียหายได้ถอนคำร้องทุกข์จริงหรือไม่ ได้ยอมความกับจำเลยหรือไม่ ถ้าโจทก์โต้แย้งว่าไม่จริง หน้าที่น่าสืบตักจำเลย เพราะจำเลยกล่าวอ้างขึ้นใหม่ เรื่องนี้ไม่ได้เกี่ยวกับอำนาจฟ้องตั้งแต่ต้นของโจทก์โดยตรง เดิมโจทก์มีอำนาจฟ้องอยู่แล้ว แต่จำเลยมาอ้างเหตุการณ์ใหม่เพื่อที่จะลบล้างสิทธินำคดีอาญามาฟ้อง หรือประเด็นที่ว่าเป็นผู้เสียหายโดยนิคินัยหรือไม่ คือ พิพาทกันว่าผู้เสียหายมีส่วนร่วมรู้เห็นเป็นใจในการกระทำความผิดรายนี้หรือไม่ ประเด็นข้อพิพาทในปัญหาข้อเท็จจริงจึงอยู่ที่ว่าผู้เสียหายมีส่วนร่วมรู้เห็นเป็นใจในการกระทำความผิดของจำเลยด้วยหรือไม่ ไม่ใช่ประเด็นพิพาทเรื่องอำนาจฟ้องโดยตรง หน้าที่น่าสืบตักจำเลย เพราะจำเลยเป็นฝ่ายกล่าวอ้าง

ถ้าหากว่าจำเลยต่อสู้ว่าคำให้การในชั้นสอบสวนของตนเกิดจากการจงใจ มีคำมั่นสัญญา ชูเชิญ หลอกหลวง หรือโดยการกระทำอันมิชอบประการอื่นของเจ้าหน้าที่ เช่น พนักงานสอบสวนได้สอบปากคำตนโดยมิได้ให้คำเตือนตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 134/4 วรรคหนึ่ง (1) หรือมิได้แจ้งสิทธิตาม (2) ให้ผู้ต้องหาทราบก่อน จึงต้องห้ามรับฟังคำให้การของผู้ต้องหานั้นมาพิสูจน์ความผิดของจำเลยตามมาตรา 134/4 วรรคท้ายนั้น ใครจะเป็นฝ่ายมีหน้าที่นำสืบในประเด็นข้างเคียงนี้ เห็นว่า ถึงแม้จำเลยจะเป็นผู้ยกประเด็นข้อนี้ขึ้นต่อสู้ แต่เนื่องจากโจทก์เป็นฝ่ายกล่าวอ้างว่าจำเลยกระทำผิดและจะนำคำให้การของผู้ต้องหาในชั้นสอบสวนมาเป็นพยานหลักฐานพิสูจน์ความผิดของจำเลย โจทก์จึงน่าจะต้องมีหน้าที่นำสืบพิสูจน์ให้ปรากฏเงื่อนไขไปตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตรา 134/4 วรรคท้ายเสียก่อนว่า คำให้การของผู้ต้องหานั้นเกิดขึ้นและได้มาโดยชอบ²⁶

โจทก์ในคดีอาญาจะนำสืบพยานหลักฐานแต่เพียงให้เห็นว่าพยานหลักฐานของโจทก์มีน้ำหนักดีกว่าพยานหลักฐานของจำเลยหาได้ไม่ โจทก์จะต้องนำสืบให้ศาลเห็นว่าจำเลยเป็นผู้กระทำผิดโดยปราศจากข้อสงสัยอันสมควร ดังที่ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 227 บัญญัติว่า “ให้ศาลใช้ดุลพินิจวินิจฉัยซึ่งน้ำหนักพยานหลักฐานทั้งปวงอย่าพิพากษาลงโทษจนกว่าจะแน่ใจว่ามีการกระทำผิดจริงและจำเลยเป็นผู้กระทำความผิดนั้น เมื่อมีความสงสัยตามสมควรว่าจำเลยได้กระทำความผิดหรือไม่ ให้ยกประโยชน์แห่งความสงสัยนั้นให้จำเลย”

ดังนั้น การรับฟังพยานหลักฐานในคดีอาญา²⁷ การดำเนินคดีไม่ว่าจะเป็นการดำเนินคดีอาญา หรือการดำเนินคดีแพ่งสิ่งที่จำเป็นสำหรับคู่ความ คือ การนำพยานหลักฐานต่างๆ เข้าพิสูจน์ให้ศาลเห็นตามที่คู่ความฝ่ายนั้นอ้าง ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 84

²⁶ จรัญ ภักดีธนากุล. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 25. หน้า 260.

²⁷ วารสารรามคำแหงปีที่ 26 ฉบับพิเศษ บทความวิชาการ/วิทยานิพนธ์ หน้า 80-84.

บัญญัติว่า “การวินิจฉัยปัญหาข้อเท็จจริงในคดีที่จะต้องกระทำโดยอาศัยพยานหลักฐานในสำนวนคดีนั้น” และประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตรา 227 บัญญัติว่า “ให้ศาลใช้ดุลพินิจขังน้ำหนักพยานหลักฐานทั้งปวง อย่าพิพากษาลงโทษจนกว่าจะแน่ใจว่ามีการกระทำผิดจริงและจำเลยเป็นผู้กระทำความผิดนั้น เมื่อมีความสงสัยให้ยกประโยชน์แห่งความสงสัยให้กับจำเลย” จะเห็นได้ว่าตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตรา 227 วางหลักการดำเนินคดีอาญาในระบบกล่าวหาให้เป็นหน้าที่ของโจทก์ที่จะพิสูจน์ให้ศาลเห็นว่ามีมีการกระทำความผิดขึ้นและจำเลยเป็นผู้กระทำความผิดอย่างปราศจากข้อสงสัย เพราะหากพิสูจน์ชี้ให้ศาลเห็นไม่ได้ หรือมีข้อสงสัยว่าจำเลยจะเป็นผู้กระทำความผิดหรือไม่ ให้ศาลยกประโยชน์แห่งความสงสัยนั้นให้แก่จำเลย ฉะนั้น หน้าที่นำสืบของโจทก์ในคดีอาญาจึงเป็นหน้าที่สำคัญที่จะต้องนำพยานหลักฐานทั้งหมดที่มีอยู่มาพิสูจน์ให้ศาลเห็นอย่างจริงจัง เมื่อพิจารณาประกอบกับมาตรา 174 และมาตรา 175 แล้วก็แสดงให้เห็นว่าหลักกฎหมายพื้นฐานของระบบกล่าวหา²⁸ว่าในคดีอาญานั้นถือหลักว่าโจทก์มีหน้าที่นำสืบ หรือภาระการพิสูจน์เสมอว่าได้มีการกระทำความผิดอาญาเกิดขึ้นและจำเลยเป็นผู้กระทำความผิดนั้นและเนื่องจากจำเลยในคดีอาญาได้รับการสันนิษฐานว่าเป็นผู้บริสุทธิ์ นอกจากนี้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตรา 226 วางหลักการรับฟังพยานหลักฐานไว้ว่า “พยานวัตถุ พยานเอกสาร หรือพยานบุคคล ซึ่งน่าจะพิสูจน์ได้ว่าจำเลยมีผิดหรือบริสุทธิ์ให้อ้างเป็นพยานหลักฐานได้ แต่ต้องเป็นพยานชนิดที่มีได้เกิดขึ้นจากการจงใจ มีคำมั่นสัญญา ชูเชิญ หลอกหลวง หรือโดยมิชอบประการอื่นและให้สืบตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายนี้ หรือกฎหมายอื่นอันว่าด้วยการสืบพยาน” หากพิจารณาจะเห็นได้ว่า ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตรา 226 เปรียบได้กับหลักที่จะนำคอกผลของต้นไม้ที่มีพิษมารับประทานหรืออีกนัยหนึ่งการได้พยานหลักฐานที่มีที่มาโดยมิชอบด้วยกฎหมายย่อมไม่สามารถนำมาเพื่อลงโทษผู้กระทำผิดได้

ซึ่งประมวลกฎหมายอาญามาตรา 277 ได้บัญญัติเอาไว้เป็นข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบความผิด การพิสูจน์ข้อเท็จจริงจะต้องกระทำด้วยพยานหลักฐาน ซึ่งพยานหลักฐานที่สามารถรับฟังได้ คือ พยานเอกสาร พยานบุคคลและพยานวัตถุ การสำคัญผิด หรือการไม่รู้อายุของผู้เสียหายซึ่งเป็นเด็ก จำเลยจะต้องนำพยานหลักฐานทั้งหมดมาพิสูจน์ให้เห็นถึงการสำคัญผิด หรือการไม่รู้อายุของจำเลย ไม่ใช่เพียงนำพยานหลักฐานมาพิสูจน์ให้ศาลเห็นว่าผู้เสียหายมีรูปร่างสมบูรณ์ พุดจาจะฉานเพียงเท่านั้น แต่ต้องนำพยานหลักฐานอื่นมาพิสูจน์สนับสนุนถึงการสำคัญผิด หรือการไม่รู้อายุของผู้เสียหาย การยกประโยชน์แห่งข้อสงสัยให้กับจำเลย ไม่ใช่ศาลสงสัยเหตุใด

²⁸ สุนทร เกิดโกคา. (2541). *บรรทัดฐานของศาลฎีกาในเรื่องการขังน้ำหนักพยานหลักฐานในคดีอาญา*.

วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขานิติศาสตร์, คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 44-45.

ก็ยกประโยชน์ให้กับจำเลยทั้งหมดแต่ควรพิจารณาถึงพยานหลักฐานของจำเลยทั้งหมดว่ามีน้ำหนักให้เชื่อถือได้เพียงไร

3.2 กฎหมายต่างประเทศ

3.2.1 ประเทศอังกฤษ

การกระทำความผิดกฎหมายอาญาของประเทศอังกฤษต้องมียุทธศาสตร์ประกอบที่สำคัญอยู่สองประการ คือ ประการแรก ต้องเป็นการกระทำความผิดทางอาญา (actus reus) ซึ่งเป็นองค์ประกอบภายนอกและประการที่สอง เป็นการกระทำที่ต้องมีเจตนา (mens rea) ซึ่งเป็นองค์ประกอบภายใน ซึ่งถ้าขาดองค์ประกอบอย่างใดอย่างหนึ่งทั้งสองประการนี้ไม่ถือว่าเป็นการกระทำความผิดอาญาเกิดขึ้น แต่ความผิดบางประเภทที่กฎหมายสามารถลงโทษผู้กระทำความผิดได้โดยไม่ต้องคำนึงถึงเจตนา เช่น ความผิดฐานก่อความเดือดร้อนรำคาญทั่วไป (Public nuisance) ลักษณะของการกระทำคือ การก่อให้เกิดผู้อื่นได้รับความเดือดร้อนโดยไม่จำเป็นต้องมีเจตนาร้ายที่จะทำความรำคาญ เพียงแต่ผลแห่งการกระทำเป็นเหตุให้ผู้อื่นได้รับความเดือดร้อนแล้วก็ถือว่าเป็นความผิดในทางอาญา²⁹ กฎหมายประเทศอังกฤษ เรียกว่า การกระทำความผิดฐานกระทำชำเรา กับความผิดฐานอนาจาร เป็นการกระทำที่ผิดศีลธรรมอันดีและถือเป็นความผิดในตัวของมันเอง (mala in se) ซึ่งถือว่าเป็นการกระทำที่ผิดศีลธรรม เช่นเดียวกับหลายๆ ประเทศ อย่างไรก็ตามในคดีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรากฎหมายประเทศอังกฤษจะมีลักษณะขอบเขตทั้งที่เป็นองค์ประกอบภายนอกและองค์ประกอบภายในของความผิดแต่ละฐาน³⁰ ประเทศอังกฤษได้มีการบัญญัติความผิดทางเพศ ค.ศ. 2003 (Sexual Offense Act 2003) โดยบัญญัติว่า การมีเพศสัมพันธ์กับหญิงที่อายุต่ำกว่าสิบสามปี เป็นการมีเพศสัมพันธ์ที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายไม่ว่าหญิงนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม ชายต้องระวางโทษอย่างสูงจำคุกตลอดชีวิต หรือในกรณีพยายามต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินเจ็ดปี เช่นเดียวกับกรณีหญิงอายุต่ำกว่าสิบหกปี การมีเพศสัมพันธ์กับหญิงที่มีอายุต่ำกว่าสิบหกปี ไม่ว่าหญิงนั้นจะ

²⁹ หลวงประเสริฐมนูกิจ. (2495). *คำอธิบายกฎหมายประเทศแองโกลแซกซอน*. หน้า 54. อ้างถึงใน สาวิตรี ภูไชยแสง. (2552). *เงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัย: ศึกษาอายุผู้เสียหายที่เป็นเด็กในความผิดเกี่ยวกับเพศ*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขานิติศาสตร์บัณฑิตวิทยาลัย, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต. หน้า 48.

³⁰ ชัยชนะ พรรัตน์พันธุ์. (2547). *การคุ้มครองเด็กและเยาวชนชายที่เป็นเหยื่อการกระทำผิดทางเพศ: ศึกษาเฉพาะกรณีการลงโทษกฎหมายอาญา*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขานิติศาสตร์บัณฑิตวิทยาลัย, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต. หน้า 37.

ยินยอมหรือไม่ก็ตามเป็นความผิด เว้นเสียแต่ว่าชายมีอายุต่ำกว่าสี่สิบสี่ปี ซึ่งไม่เคยต้องหาในความผิดเช่นนี้มาก่อนและมีเหตุอันควรเชื่อได้ว่าหญิงนั้นมีอายุสิบหกปี กฎหมายอังกฤษนั้นจะเรียกการมีเพศสัมพันธ์ระหว่างชายกับหญิง โดยที่หญิงไม่ยินยอมว่า การข่มขืนกระทำชำเราแต่ถ้าพิจารณาถึงอายุของหญิงแล้ว หญิงมีอายุต่ำกว่าสิบสามปีและต่ำกว่าสิบหกปี ไม่จำเป็นต้องพิจารณาถึงความยินยอมของหญิง การร่วมเพศในกรณีนี้เป็นการข่มขืนกระทำชำเราโดยบทบัญญัติของกฎหมายถือว่าเป็น Strict liability คือ ความรับผิดชอบ³¹

ในเรื่องความสำคัญผิดในอายุของเด็กผู้เสียหายนั้น กฎหมายอังกฤษไม่อนุญาตให้ยกขึ้นแก้ตัว³² และมีคำพิพากษาเป็นบรรทัดฐานในแนวเดียวกัน ตัวอย่างที่ขึ้นสู่การพิจารณาของศาลสูงสุดได้แก่คดี Regina v. Prince ในปี ค.ศ.1875³³ ซึ่งเป็นเรื่องที่จำเลยถูกจับในข้อหาพาตัวเด็กหญิงอายุต่ำกว่าสิบหกปีไปจากการปกครองของบิดาโดยมิชอบด้วยกฎหมาย โดยจำเลยเชื่อโดยสุจริตว่าเด็กหญิงนั้นอายุสิบแปดปีแล้วและซึ่งจำเลยเชื่อโดยสุจริตใจและความเชื่อของเขาก็สมเหตุสมผลด้วย แต่จำเลยก็ไม่อาจแก้ตัวได้ โดยศาลให้เหตุผลว่า แม้การกระทำนั้นจำเลยจะเข้าใจว่าไม่ผิดกฎหมาย แต่มันก็เป็นความผิดในตัวของมันเอง (not illegal but wrong...) จะเห็นได้ว่าจำเลยไม่สามารถอ้างเหตุสำคัญผิดในอายุของเด็กขึ้นอ้างให้พ้นผิดได้ ซึ่งถ้าหากยอมให้จำเลยอ้างได้ว่าได้กระทำไปโดยเชื่ออย่างสมเหตุสมผลแล้วว่าเด็กอายุเกินกว่าสิบหกปี ซึ่งก็ถือว่าจำเลยไม่มีเจตนาร้าย เช่นนี้ก็เกินไปได้ยากว่าบุคคลใดจะพาเด็กไปจากการปกครองของบิดาจะเป็นความผิดกฎหมาย เว้นเสียว่าจะรู้ว่าเด็กอายุต่ำกว่าสิบหกปี จึงต้องตีความว่า โดยรู้อยู่แล้ว แม้ตัวบทจะไม่ได้บัญญัติไว้ ซึ่งถือว่าจำเลยกระทำไปโดยความเสี่ยงว่าข้อเท็จจริงอาจจะออกมาว่าเด็กนั้นอายุต่ำกว่าสิบหกปีก็ได้ การกระทำของจำเลยเป็นความผิดในตัวของมันเอง แม้ว่าจะไม่เป็นความผิดกฎหมาย (not illegal but wrong...) จำเลยต้องแบกรับความเสี่ยงนั่นเอง ซึ่งการพาไปนั้นอาจจะเจตนาดีก็ได้และอาจไม่ขัดศีลธรรมก็ได้ แต่อย่างไรก็ตามก็ยังเป็นการกระทำที่ต้องห้ามถือเป็นความผิดอยู่ในตัวเองอยู่แล้วหากไม่มีการรองรับ จำเลยจึงไม่อาจอ้างเรื่องความเชื่อที่ว่าเด็กอายุเกินกว่าสิบหกปี เพื่อให้พ้นผิดได้

³¹ ดวงกมล จันทรัตน์มณี. (2555). *การปฏิบัติที่เหมาะสมต่อเด็กและเยาวชนซึ่งกระทำผิดฐานกระทำชำเราเด็ก*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขานิติศาสตร์บัณฑิตวิทยาลัย, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต. หน้า 56.

³² Smith and Hogan. (2002). *Criminal Tenth edition*. P.121. อ้างถึงใน สาวิตรี ภูไชยแสง. อ้างแล้ว เจริญรอดที่ 29. หน้า 49.

³³ Wayne R.LaFave and Austin w.Scott.Jr. (1972) *Handbook on Criminal Law*. p.102-103. อ้างถึงใน สาวิตรี ภูไชยแสง. อ้างแล้ว เจริญรอดที่ 29. หน้า 49.

คดีนี้ถือเป็นแนวบรรทัดฐานในการตัดสินของประเทศอังกฤษมาจนถึงปัจจุบัน ซึ่งวัตถุประสงค์ของกฎหมายนั้นมุ่งที่จะให้ความคุ้มครองเด็กเป็นสำคัญและเป็นการยากหากจะต้องพิสูจน์ถึงการรู้ หรือไม่รู้เกี่ยวกับอายุเด็ก จึงควรถือว่าผู้กระทำได้อายุอยู่แล้วเป็นการอุดช่องว่างของกฎหมาย จากคำพิพากษานี้ในปัจจุบันประเทศอังกฤษจึงได้บัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศไว้ใน The Sexual Offences Acts 2003 โดยมุ่งคุ้มครองเด็กอายุต่ำกว่าสิบสามปี ซึ่งผู้กระทำความผิดไม่สามารถอ้างเหตุความเชื่อเกี่ยวกับอายุได้เลย แต่ถ้าหากได้กระทำความผิดต่อเด็กอายุเกินกว่าสิบสามปีแล้ว ต้องพิสูจน์ให้ศาลเห็นว่าจำเลยเชื่ออย่างสมเหตุสมผลว่าเด็กอายุเกินสิบหกปีหรือเกินกว่านั้น ตามหลัก Reasonable Believe หลักการนี้ใช้ทั้งในกรณีการพิสูจน์เกี่ยวกับความเชื่อเรื่องความยินยอมในการร่วมประเวณีและการพิสูจน์เกี่ยวกับความเชื่อของเด็กที่ร่วมประเวณีนั้นมีอายุที่สามารถให้ความยินยอมในการร่วมประเวณีได้ ซึ่งหมายความว่าถึงแม้การพิสูจน์ว่าสิ่งหนึ่งสิ่งใดนั้นปราศจากข้อสงสัยตามสมควร คือ การพิสูจน์ว่าไม่มีข้อสงสัยตามสมควรในจิตใจของวิญญูชนว่าจำเลยมีเจตนาตามที่ถูกกล่าวหา โดยมีข้อสันนิษฐานว่าจำเลยเป็นเช่นวิญญูชนทั่วไป การพิสูจน์เจตนาของการขึ้นใจบุคคลอื่นให้มีเพศสัมพันธ์ จึงเป็นเรื่องของการแสดงว่าวิญญูชนไม่น่าจะเชื่อตามที่จำเลยกล่าวอ้าง เมื่อพิจารณาว่าจำเลยอยู่ในฐานะวิญญูชนทั่วไป

นอกจากนี้ก็ยังมียุติคดี People v. Ratz เป็นความผิดเกี่ยวกับเพศซึ่งผู้กระทำความผิดสำคัญผิดในอายุของเด็กผู้เสียหาย ซึ่งศาลสูงสุดแห่งประเทศอังกฤษได้ให้เหตุผลไว้ว่าเพื่อป้องกันสถาบันทางสังคม อันได้แก่ ครอบครัวและเด็ก จึงจะต้องถือว่าจำเลยกระทำโดยตระหนักรู้ว่าตนเองกำลังเสี่ยงกับความผิด ดังนั้น ไม่ว่าจำเลยจะรู้ หรือไม่รู้ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับอายุของผู้เสียหายจำเลยก็ต้องรับผิดชอบในการกระทำนั้น³⁴

3.2.1.1 ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา

ตามพระราชบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศ ค.ศ. 2003 แบ่งออกเป็น 2 มาตรา ได้แก่ มาตรา 1 ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและมาตรา 5 ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเด็กอายุต่ำกว่าสิบสามปี โดยมีรายละเอียดดังนี้

มาตรา 1 ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา

(1) ผู้ใดกระทำความผิดฐานนี้ ถ้า

(a) ผู้กระทำเจตนาสอดใส่อวัยวะเพศของเขา (อวัยวะเพศชาย) เข้าไปในอวัยวะเพศของหญิง ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น

(b) โดยผู้ถูกกระทำไม่ยินยอมให้ผู้กระทำกระทำการสอดใส่ และ

(c) ไม่มีเหตุอันควรเชื่อว่าผู้ถูกกระทำยินยอมให้ผู้กระทำกระทำการเช่นนั้น

³⁴ สาวิตรี ภูไชยแสง. อ่างแล้ว เจริญรอดที่ 29. หน้า 49.

(2) เหตุอันควรเชื่อได้ว่าผู้ถูกระทำให้ความยินยอมหรือไม่นั้น ต้องพิจารณาจากสภาพเหตุการณ์ทั้งหมดที่เกิดขึ้น ซึ่งรวมถึงทุกขั้นตอนที่ผู้กระทำเชื่อว่าผู้ถูกระทำให้ความยินยอม

(3) นำมาตรา 75 และ 76 มาปรับใช้กับมาตรานี้

(4) ผู้กระทำความผิดฐานนี้ต้องรับโทษสูงสุดไม่เกินจำคุกตลอดชีวิต³⁵

ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราบัญญัติขึ้นเพื่อคุ้มครองเสรีภาพของผู้ถูกระทำให้การกำหนดความสัมพันธ์ทางเพศของตนเอง โดยมีให้มีการล่วงละเมิดต่อสิทธิทางเพศของผู้กระทำที่จะเลือกมีเพศสัมพันธ์กับใครในรูปแบบใดก็ได้และนอกจากนี้ยังเป็นการคุ้มครองความสงบสุขของสังคม โดยการป้องกันมิให้ผู้ที่กระทำความผิดฐานนี้ซ้ำซากกลับเข้าสู่สังคมอีก กฎหมายจึงใช้วิธีการกำหนดโทษผู้ที่กระทำความผิดฐานนี้ไว้สูงสุดถึงจำคุกตลอดชีวิตอันเป็นการตัดโอกาสมิให้ผู้กระทำผิดที่เป็นภัยต่อสังคมกลับเข้าสู่สังคม โดยผู้กระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามกฎหมายนี้ต้องเป็นชายเท่านั้น เพราะกฎหมายใช้คำว่า สอดใส่อวัยวะเพศชายเข้าไปในอวัยวะเพศหญิง ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น แต่ผู้ถูกระทำให้สามารถเป็นได้ทั้งชายและหญิง หรือคู่สมรสก็ได้ เพราะการสอดใส่อวัยวะเพศชายเข้าไปในทวารหนักหรือช่องปากอาจเป็นเพศชายก็ได้

การพิจารณาว่าผู้ถูกระทำให้ยินยอม หรือไม่ยินยอมให้ผู้กระทำกระทำการสอดใส่ นั้นกฎหมายฉบับนี้ได้กำหนดนิยามของความยินยอมไว้ตามมาตรา 74 ว่าบุคคลจะให้ความยินยอมได้ต้องมีอิสระ เสรีภาพ และความสามารถในการตัดสินใจ ซึ่งการสันนิษฐานว่าผู้ถูกระทำให้ความยินยอมหรือไม่นั้น กฎหมายฉบับนี้ได้บัญญัติบทสันนิษฐานเกี่ยวกับความยินยอมไว้ในมาตรา 75 และมาตรา 76 ซึ่งมาตรา 1 ให้นำสองมาตรานี้มาปรับใช้บังคับ ดังนี้

มาตรา 75 บทสันนิษฐานเกี่ยวกับความยินยอม

(1) มาตรานี้จะถูกนำมาบังคับใช้ ถ้าพิสูจน์ได้ว่า

(a) ผู้กระทำมีส่วนร่วมกับการกระทำนั้น

(b) มีสถานการณ์ตามที่ระบุไว้ใน (2) เกิดขึ้น

(c) ผู้กระทำรู้ว่าสถานการณ์ตาม (1)(b) เกิดขึ้น

ให้สันนิษฐานว่าผู้ถูกระทำให้ไม่ได้ให้ความยินยอม ในการเข้าไปเกี่ยวข้องกับการกระทำนั้นถ้าไม่มีหลักฐานเพียงพอที่จะอ้างได้ว่าผู้ถูกระทำให้ยินยอมให้สันนิษฐานว่าผู้กระทำไม่มีเหตุอันควรเชื่อได้ว่าผู้ถูกระทำให้ความยินยอม ถ้าไม่มีหลักฐานเพียงพอที่จะอ้างได้ว่าตนมีเหตุอันควรเชื่อได้ว่าผู้ถูกระทำให้ความยินยอม

(2) สถานการณ์เหล่านั้น คือ

³⁵ The Sexual Offences Act 2003 มาตรา 1. อ้างถึงใน สาวิตรี ภูไชยแสง, อ้างแล้ว เจริงรรถที่ 29, หน้า 57.

(a) ผู้กระทำใช้ความรุนแรงต่อผู้ถูกระทำ หรือทำให้ผู้ถูกระทำรู้สึกกลัวว่าตนจะถูกใช้ความรุนแรงบังคับในทันทีทันใด (ไม่ว่าการกระทำนั้นกำลังดำเนินอยู่หรือกำลังจะเกิดขึ้นในทันทีทันใด)

(b) ผู้กระทำทำให้ผู้ถูกระทำรู้สึกกลัวว่าบุคคลอื่นกำลังถูกใช้ความรุนแรงบังคับ หรือจะถูกใช้ความรุนแรงบังคับในทันทีทันใด (ไม่ว่าการกระทำนั้นกำลังดำเนินอยู่หรือกำลังจะเกิดขึ้นในทันทีทันใด)

(c) ผู้ถูกระทำถูกหน่วงเหนี่ยวกักขังโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายขณะที่กำลังมีการกระทำเกิดขึ้น

(d) ผู้ถูกระทำกำลังหลับ หรือหมดสติ ขณะที่กำลังมีการกระทำเกิดขึ้น

(e) ผู้ถูกระทำไม่สามารถสื่อสารให้ผู้กระทำเข้าใจได้ว่าผู้ถูกระทำยินยอมหรือไม่ในขณะที่กำลังมีการกระทำเกิดขึ้นอันเนื่องมาจากความบกพร่องทางกายของผู้ถูกระทำ

(f) ผู้กระทำดำเนินการหรือทำให้ผู้ถูกระทำเข้าร่วมกระทำการโดยปราศจากความยินยอมด้วยการทำให้ผู้ถูกระทำไม่มีความรู้สึก ขณะที่กำลังมีการกระทำเกิดขึ้น

(3) ใน (2) (a) และ (b) การกระทำที่กำลังจะเกิดขึ้นในทันทีทันใดนั้น หมายถึง ช่วงเวลาในทันทีทันใดก่อนที่กิจกรรมทางเพศกิจกรรมแรกจะเกิดขึ้น³⁶

มาตรา 76 บทสันนิษฐานเด็ดขาดเกี่ยวกับความยินยอม

(1) มาตรานี้จะถูกนำมาบังคับใช้ ถ้าพิสูจน์ได้ว่าผู้กระทำได้กระทำการนั้นในสถานการณ์ตามที่ระบุไว้ใน (2) เกิดขึ้นจะสามารถสันนิษฐาน โดยเด็ดขาดได้ว่า

(a) ผู้ถูกระทำไม่ได้ให้ความยินยอมในการกระทำนั้น

(b) ไม่มีเหตุอันควรเชื่อได้ว่าผู้ถูกระทำยินยอมให้กระทำการนั้น

(2) สถานการณ์เหล่านั้น คือ

(a) ผู้กระทำเจตนาหลอกลวงผู้ถูกระทำให้เชื่อเกี่ยวกับลักษณะทางธรรมชาติ หรือวัตถุประสงค์ของการกระทำที่เกี่ยวข้อง

(b) ผู้กระทำเจตนาชักจูงผู้ถูกระทำให้อินยอมกระทำการนั้นโดยการแสดงตนว่าเป็นบุคคลที่ผู้กระทำรู้จักเป็นการส่วนตัว

นอกจากนี้จะต้องไม่มีเหตุอันควรเชื่อได้ว่าผู้ถูกระทำให้ความยินยอมโดยพิจารณาจากสภาพแวดล้อมที่เกิดขึ้น รวมถึงเหตุที่ผู้กระทำเชื่อว่าผู้ถูกระทำได้ให้ความยินยอม³⁷

³⁶ The Sexual Offences Act 2003 มาตรา 75. อ้างถึงใน สาวิตรี ภูไชยแสง. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 29. หน้า 58.

³⁷ The Sexual Offences Act 2003 มาตรา 76. อ้างถึงใน สาวิตรี ภูไชยแสง. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 29. หน้า 59.

ตัวอย่างกรณีสันนิษฐานเค็ดขาดเกี่ยวกับความยินยอม จำเลยบอกผู้ถูกระทำว่า จำเลยสามารถทำการรักษาทางการแพทย์ได้ ผู้ถูกระทำจึงยินยอมแท้จริงการหลอกลวงกล่าวว่ามี วัตถุประสงค์เพื่อการมีเพศสัมพันธ์ ศาลประเทศอังกฤษมีแนวคิดที่ว่าแม้ว่าผู้ถูกระทำจะยินยอมให้ มีการร่วมประเวณี แต่เกิดเนื่องมาจากความเข้าใจผิดในลักษณะของการกระทำและถือได้ว่า ผู้ถูกระทำไม่ได้มีความยินยอม อันเป็นการหลอกลวงผู้ถูกระทำโดยเจตนาโดยแสดงออกด้วย ลักษณะของการกระทำหรือวัตถุประสงค์ของการกระทำ

ส่วนกรณีที่ผู้กระทำเจตนาชักจูงผู้ถูกระทำให้ยินยอมกระทำการนั้น โดยการ แสดงตนว่าเป็นบุคคลที่ผู้กระทำรู้จักเป็นการส่วนตัว จะครอบคลุมถึงกรณีที่จำเลยปลอมตัวเป็นสามี หรือคนรักของผู้ถูกระทำ กรณีนี้เป็นการใช้เฉพาะกับผู้กระทำความคิดที่แอบอ้างเป็นบุคคลที่ ผู้ถูกระทำรู้จักเป็นการส่วนตัว ดังนั้น หากเป็นการปลอมตัวเป็นดารายอดนิม ซึ่งดารายอดนิมนี้ เป็นที่ชื่นชอบของผู้ถูกระทำ แต่ผู้ถูกระทำไม่รู้จักเป็นส่วนตัวและผู้ถูกระทำได้ยินยอมมี เพศสัมพันธ์ ถือได้ว่าไม่ใช่การแสดงเจตนาชักจูงผู้ถูกระทำให้ยินยอม โดยการแสดงตนว่าเป็น บุคคลที่ผู้กระทำรู้จักเป็นการส่วนตัว

มาตรา 5 ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเด็กอายุต่ำกว่าสิบสามปี

(1) ผู้ใดกระทำความผิดฐานนี้ ถ้า

(a) ผู้กระทำเจตนาสอดใส่อวัยวะเพศของเขา (อวัยวะเพศชาย) เข้าไปในอวัยวะเพศ ของหญิง ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น

(b) กระทำต่อบุคคลที่อายุต่ำกว่าสิบสามปี

(2) ผู้กระทำความผิดฐานนี้ต้องรับโทษสูงสุดไม่เกินประหารชีวิต³⁸

ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเด็กอายุต่ำกว่าสิบสามปี บัญญัติขึ้นเนื่องจากเด็ก อายุต่ำกว่าสิบสามปี ยังอ่อนวัยและไร้เดียงสาในเรื่องประเวณี ไม่สามารถรับรู้ได้ว่าการกระทำ อย่างไม่เป็นการร่วมประเวณี ดังนั้น แม้เด็กจะยอมให้ผู้อื่นสอดใส่อวัยวะเพศของเขาเข้าไปใน อวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของตน ผู้กระทำก็มีความผิด เนื่องจากกฎหมายพิจารณาว่าเด็ก อายุต่ำกว่าสิบสามปี ไม่อยู่ในฐานะที่จะให้ความยินยอมได้ มาตรา 5 จึงไม่มีการบัญญัติว่า ผู้ถูกระทำต้องไม่ยินยอมดังเช่นมาตรา 1 ดังนั้น ผู้กระทำความผิดตามมาตรา 5 จึงต้องรับโทษไม่ว่า เด็กนั้นจะให้ความยินยอมหรือไม่ก็ตาม เพื่อเป็นการรักษาไว้ซึ่งความบริสุทธิ์ทางเพศและความไร้ เดียงสาในทางเพศของเด็ก เนื่องจากกฎหมายต้องการให้เด็กเติบโต โดยมีการพัฒนาการที่ดีไม่ สมควรที่จะสูญเสียความบริสุทธิ์ทางเพศ หรือมีประสบการณ์ทางเพศก่อนวัยอันสมควร โดยผู้กระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามกฎหมายนี้ต้องเป็นชายเท่านั้น เพราะกฎหมายใช้

³⁸ The Sexual Offences Act 2003 มาตรา 5. อ้างถึงใน สาวิตรี ภูไชยแสง. อ้างแล้ว เจริงวรรที่ 29. หน้า 59.

คำว่าสอดใส่อวัยวะเพศชายเข้าไปในอวัยวะเพศหญิง ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น แต่ผู้ถูกระทำได้ทั้งชายและหญิง เพราะการสอดใส่อวัยวะเพศชายเข้าไปในทวารหนัก หรือช่องปาก อาจเป็นทวารหนัก หรือช่องปากของเพศชายก็ได้ซึ่งกฎหมายใช้คำว่าผู้อื่น

การร่วมเพศในกรณีนี้เป็นการข่มขืนกระทำชำเราโดยบทบัญญัติของกฎหมายและถือว่าเป็นความรับผิดโดยเด็ดขาด Strict liability โดยผู้กระทำไม่สามารถยกความไม่รู้ หรือสำคัญผิดในอายุของเด็กหญิงขึ้นเป็นข้อแก้ตัวได้ เพื่อเป็นการปกป้องคุ้มครองสถาบันครอบครัวซึ่งเป็นสถาบันทางสังคม การที่จำเลยกระทำไปโดยจะรู้ หรือไม่รู้ว่าผู้เสียหายอายุเท่าใดจำเลยย่อมมีความผิด³⁹ ทั้งนี้ ประเทศอังกฤษได้วินิจฉัยความผิดดังกล่าวตามหลักทฤษฎีเสี่ยงภัยที่มีเหตุผลทางกฎหมายสนับสนุนว่า หมายถึง ความรับผิดที่ผู้กระทำจะต้องรับผิด แม้ผู้กระทำจะรู้หรือไม่รู้ถึงการกระทำที่เป็นความผิดนั้นก็ตาม ผู้กระทำย่อมไม่พ้นความรับผิดและเมื่อนำมาใช้ในการวินิจฉัยกรณีความผิดเกี่ยวกับอายุของผู้เสียหาย ศาลสูงแห่งประเทศอังกฤษได้ยึดหลักว่าอายุเป็นเงื่อนไขของการลงโทษทางภาวะวิสัยและผู้กระทำต้องรับผิดโดยเด็ดขาด ทั้งนี้ ไม่ว่าผู้กระทำจะรู้ หรือไม่รู้ ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับอายุของผู้เสียหายในการบัญญัติอายุเป็นเงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัยนั้น เป็นการมองว่าอายุมีข้อบังคับประกอบความผิด หากแต่เป็นเงื่อนไขในการลงโทษที่อยู่นอกเหนือเจตนา หรือประมาท เงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัย คือ ข้อเท็จจริงหรือเหตุการณ์ที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดโดยตรง แต่ไม่นับรวมอยู่ทั้งในข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบ และข้อเท็จจริงในความชั่ว ซึ่งผลกฎหมายก็คือว่าผู้กระทำไม่จำเป็นต้องรู้ข้อเท็จจริงในส่วนอายุของผู้เสียหาย เพราะไม่ถือว่าเป็นส่วนองค์ประกอบความผิด

เหตุผลที่ The Sexual Offences Act 2003 ของประเทศอังกฤษ กำหนดนิยามการข่มขืนกระทำชำเราเพื่อให้ครอบคลุมถึงการสอดใส่ทางช่องปาก โดยผู้กระทำไม่ยินยอม ซึ่งรัฐสภาประเทศอังกฤษได้ให้ความเห็นชอบเกี่ยวกับการกำหนดโทษที่ผู้กระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราจะได้รับสูงสุดเท่ากับจำคุกตลอดชีวิต โดยไม่คำนึงว่าการข่มขืนกระทำชำเราจะได้สูงสุดเท่ากับจำคุกตลอดชีวิต โดยไม่คำนึงว่าการข่มขืนกระทำชำเรานั้นได้กระทำต่ออวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้ถูกระทำได้ด้วยเหตุผลที่ว่า การตัดสินว่าการข่มขืนกระทำชำเราแบบใดเป็นการละเมิดเสรีภาพทางเพศของผู้ถูกระทำมากกว่ากันเป็นสิ่งที่ทำได้ยาก โดยโทษขั้นต่ำของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรามีดังนี้

³⁹ คดี People v. Ratz. จำเลยกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศซึ่งจำเลยอ้างว่าสำคัญผิดในอายุของเด็กซึ่งเป็นผู้เสียหาย คดีนี้ศาลสูงแห่งประเทศอังกฤษวินิจฉัย โดยให้เหตุผลว่า จำเลยได้กระทำความผิด โดยรู้ว่าคุณเองกำลังเสี่ยงกับความผิด. อ้างถึงใน สาวิตรี ภูไชยแสง, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 29, หน้า 49.

จำคุก 5 ปี ในกรณีที่ผู้กระทำความผิดเป็นผู้ใหญ่ถูกข่มขืนกระทำชำเราโดยผู้ต้องหาคคน เดียว เมื่อไม่มีเหตุเพิ่มโทษอื่นใด

จำคุก 8 ปี ถ้าการกระทำความผิดนั้นไม่มีเหตุเพิ่มโทษใดๆ ก็ตาม

จำคุก 10 ปี ในกรณีที่ผู้กระทำความผิดเป็นเด็กอายุไม่เกินสิบหกปี

จำคุก 13 ปี ในกรณีที่ผู้กระทำความผิดเป็นเด็กอายุต่ำกว่าสิบสามปีและมีเหตุเพิ่มโทษอื่น⁴⁰

โทษดังกล่าวเป็นการกำหนดโทษขั้นต่ำเท่านั้น ถ้ามีเหตุเพิ่มโทษอื่นใดผู้กระทำ ย่อมได้รับการกำหนดโทษมากขึ้น ดังนั้น โทษขั้นต่ำของการข่มขืนกระทำชำเราไม่ว่าจะเป็นการ กระทำต่ออวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้ถูกระทำ ผู้กระทำจะได้รับโทษเท่ากัน แต่ถ้ามี การวางแผนเพื่อกระทำความผิด ผู้กระทำต้องรับโทษหนักขึ้น โดยการตัดสินลงโทษนั้นจะพิจารณา จากความรู้สำนึกถึงการกระทำของผู้กระทำผิดเท่านั้น โดยที่ผู้ถูกระทำไม่จำเป็นต้องรับรู้ถึงการถูก กระทำหรือสามารถอธิบายได้ว่าถูกสอดใส่อย่างไร เช่น การที่ผู้ถูกระทำเป็นเด็ก หรือพิการทาง สมองจนไม่สามารถอธิบายได้ว่าตนถูกข่มขืนกระทำชำเราหรือไม่

3.2.1.2 ความผิดฐานล่วงละเมิดทางเพศโดยการสอดใส่

ตามพระราชบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศ ค.ศ.2003 แบ่งออกเป็น 2 มาตรา ได้แก่ มาตรา 2 ความผิดฐานล่วงละเมิดทางเพศโดยการสอดใส่และมาตรา 6 ความผิดฐานล่วงละเมิดทาง เพศโดยการสอดใส่แก่เด็กอายุต่ำกว่าสิบสามปี โดยมีรายละเอียดดังนี้

มาตรา 2 ความผิดฐานละเมิดทางเพศโดยการสอดใส่

(1) ผู้ใดกระทำความผิดฐานนี้ ถ้า

(a) ผู้กระทำเจตนาสอดใส่ส่วนใดส่วนหนึ่งของร่างกาย หรือวัตถุอื่นใดเข้าไปใน อวัยวะเพศหญิง หรือทวารหนักผู้อื่น

(b) การสอดใส่นั้นเพื่อวัตถุประสงค์ทางเพศ

(c) โดยผู้ถูกระทำไม่ยินยอมให้ผู้กระทำกระทำการสอดใส่ และ

(d) ไม่มีเหตุอันควรเชื่อได้ว่าผู้ถูกระทำให้ความยินยอมหรือไม่ ต้องพิจารณาจาก

สภาพเหตุการณ์ทั้งหมดที่เกิดขึ้น ซึ่งรวมถึงทุกขั้นตอนที่ผู้กระทำเชื่อว่าผู้ถูกระทำยินยอม

(3) นำมาตรา 75 และมาตรา 76 มาปรับใช้กับมาตรานี้

⁴⁰ The Sentencing Guidelines Secretariat, supra note 1, pa.23. อ้างถึงใน สุมณัส ตั้งเจริญกิจกุล. (2552). *ความคิดเกี่ยวกับเพศ : ศึกษาเปรียบเทียบความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรากับการกระทำอนาจาร*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขานิติศาสตร์, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 36.

(4) ผู้กระทำความผิดฐานนี้ต้องรับโทษสูงสุดไม่เกินจำคุกตลอดชีวิต⁴¹

มาตรา 6 ความผิดฐานละเมิดทางเพศโดยการสอดใส่แก่เด็กอายุต่ำกว่าสิบสามปี

(1) ผู้ใดกระทำความผิดฐานนี้ ถ้า

(a) ผู้กระทำความผิดสอดใส่ส่วนใดส่วนหนึ่งของร่างกาย หรือวัตถุอื่นใดเข้าไปในอวัยวะเพศของหญิง หรือทวารหนักของผู้อื่น

(b) การสอดใส่นั้นเป็นไปเพื่อวัตถุประสงค์ทางเพศ

(c) กระทำต่อบุคคลที่อายุต่ำกว่าสิบสามปี

(2) ผู้กระทำความผิดฐานนี้ต้องรับโทษสูงสุดไม่เกินจำคุกตลอดชีวิต⁴²

ความผิดฐานล่วงละเมิดทางเพศโดยการสอดใส่ มาตรา 2 มุ่งคุ้มครองเสรีภาพในเนื้อตัวร่างกายและเสรีภาพในทางเพศของผู้ถูกระทำมิให้ผู้อื่นกระทำการล่วงละเมิดด้วยการสอดใส่ส่วนใดส่วนหนึ่งของร่างกายหรือวัตถุอื่นใดเข้าไปในร่างกายของตน โดยที่ผู้กระทำความผิดมีวัตถุประสงค์ทางเพศ ซึ่งการกระทำดังกล่าวถือได้ว่าเป็นการกระทำทางเพศที่วิปริตผิดธรรมดา มนุษย์ โดยกฎหมายสันนิษฐานเด็ดขาดว่า การกระทำความผิดฐานนี้ก่อให้เกิดความเสียหายต่อผู้ถูกระทำเทียบเท่ากับการข่มขืนกระทำชำเราเนื่องจากพฤติกรรมกระทำความผิดทั้งสองฐานนี้เป็นการล่วงล้ำเข้าไปในร่างกายของผู้ถูกระทำเช่นเดียวกัน

กฎหมายจึงมุ่งคุ้มครองไม่ให้บุคคลต้องหวาดกลัวการถูกล่วงล้ำเข้าไปในร่างกายของตนโดยปราศจากความยินยอมและนอกจากนี้กฎหมายยังมุ่งป้องกันชุมชนจากผู้กระทำความผิดฐานนี้ซ้ำซาก มิให้กลับเข้าสู่ชุมชนอีก โดยกำหนดบทลงโทษผู้กระทำความผิดไว้สูงสุดถึงตลอดชีวิต อันเป็นการตัดโอกาสมิให้ผู้กระทำผิดที่เป็นภัยต่อชุมชนกลับเข้าสู่ชุมชน

ส่วนความผิดฐานล่วงละเมิดทางเพศโดยการสอดใส่แก่เด็กอายุต่ำกว่าสิบสามปี ตามมาตรา 6 เป็นบทที่มุ่งคุ้มครองความบริสุทธิ์ในทางเพศและความไร้เดียงสาในทางเพศของเด็กมิให้ถูกผู้อื่นกระทำการล่วงละเมิดทางเพศด้วยการสอดใส่ส่วนใดส่วนหนึ่งของร่างกาย หรือวัตถุอื่นใดเข้าไปในร่างกายของตน โดยที่ผู้กระทำมีวัตถุประสงค์ทางเพศแม้เด็กจะยินยอมให้มีการสอดใส่นั้น ผู้กระทำก็ไม่สามารถอ้างความยินยอมของเด็กเพื่อพ้นผิดได้ เนื่องจากกฎหมายต้องคุ้มครองมิให้เด็กสูญเสียความบริสุทธิ์ในทางเพศ หรือมีประสบการณ์ทางเพศก่อนวัยอันควร

ความผิดฐานล่วงละเมิดทางเพศโดยการสอดใส่ กฎหมายมิได้ระบุว่าผู้กระทำต้องเป็นเพศใด โดยผู้กระทำความผิดสามารถเป็นได้ทั้งชายและหญิงอาจเป็นการกระทำระหว่างชายกับ

⁴¹ The Sexual Offences Act 2003 มาตรา 2. อ้างถึงใน สาวิตรี ภูไชยแสง, อ้างแล้ว เจริงอรรถที่ 29, หน้า 60.

⁴² The Sexual Offences Act 2003 มาตรา 6. อ้างถึงใน สาวิตรี ภูไชยแสง, อ้างแล้ว เจริงอรรถที่ 29, หน้า 61.

หญิง หญิงกับหญิง หรือชายกับชายก็ได้ เนื่องจากเป็นการกระทำที่ใช้อวัยวะส่วนใดส่วนหนึ่งของร่างกาย หรือวัตถุอื่นใดเข้าไปในอวัยวะเพศหญิง หรือทวารหนัก ไม่รวมถึงช่องปาก

3.2.2 ประเทศเยอรมนี

ความผิดเกี่ยวกับเพศฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายอาญาประเทศเยอรมนี ซึ่งมีบัญญัติบทนิยามอยู่ในประมวลกฎหมายอาญามาตรา 177 (The German Criminal Code section 177)⁴³ โดยได้มีการรวบรวมเอาการข่มขืน (Sexual assault) ที่หมายถึงการกระทำทางเพศใดๆ ที่ดำเนินการโดยคนคนหนึ่ง หรือหลายคน กับอีกคนหนึ่งโดยปราศจากความยินยอม โดยเป็นผลมาจากการขู่เข็ญ หรือใช้กำลังคุกคาม หรือจากการที่ผู้ถูกกระทำไร้ความสามารถในการป้องกันตัวเอง และ Rape ซึ่งหมายความรวมถึง การล่วงล้ำเข้าไปในส่วนต่างๆ ของร่างกาย อาทิเช่น ปาก ช่องคลอด หรือทวารหนัก มาบัญญัติไว้ในมาตรา 177 มาตราเดียว แต่มีความแตกต่างกันในเรื่องของโทษ ซึ่งในมาตรา 177 ได้บัญญัติครอบคลุมการกระทำเกี่ยวกับการข่มขืนไว้ ดังนี้⁴⁴

“ผู้ใดก็ตามข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น โดยใช้กำลัง หรือโดยขู่เข็ญด้วยประการใดๆ ว่าจะมีภัยอันตรายที่ใกล้จะถึงกับชีวิต ร่างกาย หรือใช้ประโยชน์ (Exploiting) จากสถานการณ์ที่เหยื่อไม่สามารถขัดขืนได้เพื่อสนองความใคร่ของตนเอง หรือผู้อื่น”

ตามประมวลกฎหมายอาญาประเทศเยอรมนีมาตรา 177 บัญญัติถึง “การใช้กำลังบังคับในทางเพศ (Sexuelle Notigung) และการข่มขืนกระทำชำเรา (Verewaltigung)” โดยมีรายละเอียดดังนี้

1) บุคคลใดบังคับบุคคลอื่น

ก. โดยใช้กำลังบังคับ

ข. โดยการข่มขู่ว่าจะทำให้เกิดอันตรายอันใกล้จะถึงแก่ชีวิต หรือร่างกาย หรือ

ค. อาศัยโอกาสที่ผู้เสียหายไม่มีทางสู้และอยู่ในภาวะจำยอมของผู้กระทำ เพื่อบังคับให้ตนทุกข์ต่อกิจกรรมในทางเพศ โดยผู้กระทำผิด หรือโดยบุคคลที่สาม หรือให้มีการเข้ามีส่วนร่วมในกิจกรรมทางเพศกับผู้กระทำผิด หรือบุคคลที่สาม ต้องระวางโทษจำคุกไม่น้อยกว่าหนึ่งปี

2) ต้องระวางโทษจำคุกไม่น้อยกว่าสองปี หากมีเหตุฉกรรจ์ โดยเหตุฉกรรจ์ ได้แก่

ก. ผู้กระทำผิดได้ล่วงประเวณีผู้เสียหาย (Vergewaltigung) หรือ

⁴³ สวัสดิ์ ภูไชยแสง. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 29. หน้า 72.

⁴⁴ ธรรมนูญ คววงงใจ. (2558). *ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา: ศึกษาขอบเขตของการให้ความยินยอมโดยผู้เสียหาย*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขานิติศาสตร์, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต. หน้า 67-71.

ข. ได้มีการร่วมกันกระทำความผิดในลักษณะโทรมหญิง โดยมีผู้กระทำความผิดตั้งแต่สองคนขึ้นไป

3) ต้องระวางโทษจำคุกไม่น้อยกว่าสามปี ถ้าผู้กระทำความผิด

ก. มีอาวุธ หรือเครื่องมือที่เป็นอันตรายอื่นๆ

ข. ฯลฯ

ซึ่งหากผู้เสียหายจากการกระทำความผิดในฐานะข่มขืนตามมาตรา 177 นี้ ถึงแก่ความตาย ผู้กระทำความผิดก็จะต้องได้รับการลงโทษที่หนักขึ้นตามมาตรา 178 ซึ่งกฎหมายได้บัญญัติเพิ่มโทษเป็นจำคุกตลอดชีวิต หรือจำคุกไม่น้อยกว่าสิบปี

สำหรับบทบัญญัติอันเกี่ยวกับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นที่อยู่ในภาวะที่ไม่อาจช่วยเหลือตนเองได้ ได้ถูกบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญาประเทศเยอรมนีมาตรา 179

มาตรา 179 บัญญัติว่า

1) ผู้ใดล่วงละเมิดผู้อื่นที่ไม่มีความสามารถในการป้องกันช่วยเหลือตนเอง เพราะความเจ็บป่วยทางจิต หรือความพิการ รวมทั้งการติดยาเสพติด หรือเพราะความผิดปกติเกี่ยวกับความรู้สึกทางจิตประสาท หรือไร้ความสามารถทางด้านร่างกายและใช้ประโยชน์จากความไม่สามารถที่จะป้องกันช่วยเหลือตนเองเพื่อปฏิบัติกิจกรรมทางเพศกับบุคคลขาดความสามารถนั้น หรือช่วยให้มีส่วนร่วมในกิจกรรมทางเพศกับบุคคลขาดความสามารถนั้น ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หกเดือนถึงสิบปี

2) ผู้ใดเป็นธุระจัดหา หรือล่อกระทำให้บุคคลที่ขาดความสามารถตามวรรคแรก เพื่อมีส่วนร่วมในกิจกรรมทางเพศกับบุคคลที่สามจะต้องได้รับโทษเหมือนวรรคแรก

3) กรณีร้ายแรงจะต้องระวางโทษจำคุกไม่น้อยกว่าหนึ่งปี

4) ความพยายามความผิดฐานนี้สามารถลงโทษได้

การบัญญัติถึงการกระทำเกี่ยวกับการล่วงละเมิดทางเพศของบุคคลผู้ไร้ความสามารถในการป้องกันตัวนั้น มีวัตถุประสงค์ในการปกป้องผู้กระทำที่ไม่สามารถปกป้องตนเองได้ไม่ว่าเกิดจากความพิการ หรืออยู่ในภาวะไม่ได้สติทำให้ขาดความสามารถในการให้ความยินยอมได้จึงเป็นการกระทำในความผิดอาญาฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น

นอกจากความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามที่ได้กล่าวไปในเบื้องต้นนั้นประมวลกฎหมายอาญาประเทศเยอรมนียังได้บัญญัติถึงการกระทำความผิดทางเพศในกรณีอื่นๆ เอาไว้ด้วย อาทิเช่น ความผิดฐานมีเพศสัมพันธ์กับผู้สืบสันดาน ตามมาตรา 173 (1) ซึ่งมีโทษจำคุกไม่เกินสามปี ความผิดฐานมีเพศสัมพันธ์กับญาติ ตามมาตรา 173 (2) โทษจำคุกไม่เกินสองปี ความผิดฐานกระทำมิชอบในทางเพศแก่ผู้ที่อยู่ในความดูแลตามมาตรา 174 (1) โทษจำคุกไม่เกินห้าปี ความผิดฐาน

กระทำโดยมิชอบในทางเพศโดยอาศัยตำแหน่งหน้าที่ราชการตามมาตรา 174b (1) โทษจำคุกตั้งแต่สามเดือนถึงห้าปี ความผิดฐานกระทำมิชอบในทางเพศแก่เด็กตามมาตรา 176 และมาตรา 176 a ซึ่งการกระทำนั้นเป็นเหตุให้เด็กถึงแก่ความตายตามมาตรา 176 b โทษจำคุกตลอดชีวิต หรือไม่น้อยกว่าสิบปีและความผิดฐานกระทำโดยมิชอบในทางเพศแก่เด็กต่ำกว่าสิบสี่ปี ตามมาตรา 176 (1) ซึ่งมีโทษจำคุกตั้งแต่หกเดือนถึงสิบปี เป็นต้น

อย่างไรก็ดี เมื่อปี ค.ศ.1997 ประเทศเยอรมนีมีการแก้ไขประมวลกฎหมายอาญาในมาตรา 177 โดยหลักการสำคัญในการแก้ไขกฎหมายครั้งนี้มีทั้งหมด 3 ประเด็นด้วยกัน คือ

ประเด็นแรก ฝ่ายนิติบัญญัติได้ตัดถ้อยคำที่ว่า “นอกสมรส” ออก จึงทำให้สามีมีความผิดฐานข่มขืนภรรยาได้ หากเป็นการฝ่าใจภรรยา แต่ในส่วนข้อเสนอนี้จะให้มีการลดโทษ หรือยกเว้นโทษ เพื่อประโยชน์ในการที่จะยังคงความเป็นสามีภรรยาต่อไป ไม่ได้รับการบัญญัติไว้ในกฎหมาย

ประเด็นที่สอง ฝ่ายนิติบัญญัติได้กำหนดให้องค์ประกอบความผิดในส่วนของเพศของเหยื่อที่ถูกกระทำตามมาตรา 177 มีความเป็นกลาง (Geschlechtsneutral) โดยผลของการแก้ไขดังกล่าวจึงทำให้ผู้ชายได้รับการคุ้มครองเช่นเดียวกับผู้หญิง

ประเด็นที่สาม ฝ่ายนิติบัญญัติได้ขยายขอบเขตของการกระทำชำเราให้กว้างขึ้น โดยให้ถือว่าการกระทำในทางเพศที่คล้ายคลึงกันที่เกี่ยวข้องกับการรुक้าเข้าไปในร่างกายให้มีฐานะเดียวกันกับการข่มขืนกระทำชำเรา เช่น การร่วมเพศทางปากและทางทวารหนัก รวมทั้งการนำวัตถุใดๆ เช่น เทียน หรือส่วนอื่นๆ ของร่างกายเข้าไปในอวัยวะเพศหญิง หรือทวารหนัก แต่หากเป็นการกระทำต่อส่วนอื่นที่ไม่ใช่ส่วนเปิดของร่างกาย แม้ว่าจะมีมูลเหตุจงใจในทางเพศก็ไม่เป็นความผิดตามมาตรา 177 เช่น การใช้เข็มแทง การนำวัตถุเข้าไปในปาก หรือนำส่วนอื่นๆ ของร่างกายเข้าไปในปาก รวมทั้งการจูบปากก็ไม่ถือว่าเป็นการข่มขืนกระทำชำเรา ซึ่งเหตุผลที่ฝ่ายนิติบัญญัติขยายขอบเขตของการข่มขืนดังกล่าวข้างต้นมีเหตุผลมาจากทางอาชญาวิทยาที่พิสูจน์แล้วว่าการที่เหยื่อถูกกระทำในทางเพศในลักษณะที่มีการเกี่ยวข้องกับการรुक้าเข้าไปในร่างกายนั้น ความรู้สึกของเหยื่อจะมีความรู้สึกที่แย่มากๆ กับการที่เหยื่อถูกข่มขืนกระทำชำเรา เช่น การใช้นิ้วสอดเข้าไปในทวาร⁴⁵ หรือการเอานิ้วใส่เข้าไปในอวัยวะเพศหญิงจนมึนนิ้ว⁴⁶

การข่มขืนกระทำชำเราและการล่วงละเมิดทางเพศตามกฎหมายประเทศเยอรมนีได้แบ่งออกเป็น 6 ประเภท ซึ่งจะกล่าวเฉพาะมาตราสำคัญที่เกี่ยวกับการล่วงละเมิดทางเพศต่อเด็ก คือบทบัญญัติตามมาตรา 176 ได้บัญญัติให้การกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศต่อบุคคลต่ำกว่าสิบสี่ปี

⁴⁵ คดี BGH NStZ-RR1999,325 Nr.24. อ้างถึงใน ฌูร์รณ ดวงกางใต้. อ้างแล้ว เจริงอรรถที่ 44. หน้า 91.

⁴⁶ คดี LG Augsburg NStZ1999,307. อ้างถึงใน ฌูร์รณ ดวงกางใต้. อ้างแล้ว เจริงอรรถที่ 44. หน้า 91.

หรือผู้ใดอนุญาตเกี่ยวกับเพศต่อผู้อื่น หรืออนุญาตให้ผู้อื่นกระทำเช่นเดียวกันนั้นต่อเด็กเป็นการกระทำความผิด การพยายามกระทำความผิดต้องรับโทษตามที่กฎหมายบัญญัติ

ข้อสังเกตในมาตรา 176 ประมวลกฎหมายอาญาประเทศเยอรมนีนั้นได้บัญญัติถึงการกระทำความผิดอันเกี่ยวกับเพศของบุคคลที่กระทำต่อเด็กที่มีอายุต่ำกว่าสิบสี่ปี หรือผู้ที่อนุญาตให้เด็กกระทำทางเพศต่อผู้กระทำความผิด โดยไม่ได้คำนึงถึงว่าเด็กที่ถูกกระทำนั้นจะเป็นหญิงหรือชายก็เป็นความผิดตามมาตรา 176 นั้นย่อมแสดงว่ากฎหมายของประเทศเยอรมนีให้การคุ้มครองในเรื่องเพศต่อเด็กที่มีอายุต่ำกว่าสิบสี่ปีที่ถูกข่มขืนกระทำชำเราและละเมิดทางเพศไม่ว่าเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม ส่วนเรื่องการศึกษาผิดในเรื่องอายุของเด็กตามกฎหมายของประเทศเยอรมนีนั้น ไม่ได้มีบัญญัติไว้เป็นเรื่องเฉพาะ แต่ผู้กระทำความผิดไม่สามารถยกขึ้นอ้างเป็นข้อต่อสู้ในคดีให้พ้นผิดได้ เพราะตามหลักกฎหมายของประเทศเยอรมนีบัญญัติไว้ว่าความสำคัญผิดในเรื่องที่สัมผัสไม่ได้ซึ่งกฎหมายบัญญัติไว้เป็นองค์ประกอบของความผิดไว้ ยกขึ้นเป็นข้อแก้ตัวไม่ได้⁴⁷

3.2.3 ประเทศฝรั่งเศส

ฝรั่งเศสเป็นประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมาย หรือระบบ “ซิลวิลลอร์” เช่นเดียวกับประเทศไทย โดยเฉพาะประมวลกฎหมายอาญานั้น ไทยได้นำมาใช้เป็นแนวทางกับการร่างประมวลกฎหมายอาญาของไทยอย่างสมบูรณ์กระทั่งปัจจุบัน ส่วนประมวลกฎหมายอาญาประเทศฝรั่งเศสได้กำหนดความผิดว่าด้วยการกระทำรุนแรงในทางเพศไว้ในส่วนที่ 3 การข่มขืนกระทำชำเรา (Rape) กฎหมายอาญาประเทศฝรั่งเศสใน (มาตรา 222-23 ถึงมาตรา 222-30)⁴⁸ ซึ่งกำหนดให้การกระทำใดๆ ซึ่งเป็นการล่วงล้ำในทางเพศ ไม่ว่าจะเป็นการกระทำในลักษณะใด โดยกระทำต่อบุคคลอื่นด้วยความรุนแรง การบังคับ ข่มขู่ หรือทำให้ประหลาดใจเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา การกระทำชำเราอาจทำให้ผู้กระทำผิดต้องรับโทษหนักขึ้น⁴⁹ ในกรณีที่การกระทำนั้นทำให้เกิดการพิการอย่างถาวร หรือเป็นการกระทำต่อผู้เยาว์อายุไม่เกินสิบห้าปี หรือเป็นการกระทำต่อผู้ซึ่งอยู่ในสภาพที่อ่อนแอไม่ว่าด้วยอายุ ความเจ็บป่วย ความพิการ หรือความผิดปกติทางกาย หรือจิตใจ นอกจากนี้ในการละเมิดซึ่งทำให้ผู้กระทำต้องรับโทษหนักขึ้นอีกนั้น ได้รวมถึงการกระทำชำเราต่อ

⁴⁷ 2 Manual of German Law no.31 p.83. Kenny no.40 p.56. no.145 p.183. อ้างถึงใน สุมันต์ ตั้งเจริญกิจกุล. (2552). ความผิดเกี่ยวกับเพศ : ศึกษาเปรียบเทียบความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรากับการกระทำอนาจาร. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขานิติศาสตร์, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 36.

⁴⁸ สวัสดิ์ ภูไชยแสง. อ้างแล้ว เจริญรอดที่ 29. หน้า 69.

⁴⁹ มาตรา 222-24 กำหนดเหตุที่ต้องทำให้รับโทษหนักขึ้นจากกำหนดโทษจำคุกที่ระวางไว้ ตามมาตรา 222-23 เป็นการกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราต้องถูกระวางโทษจำคุกยี่สิบปี. อ้างถึงใน สวัสดิ์ ภูไชยแสง. อ้างแล้ว เจริญรอดที่ 29. หน้า 70.

ผู้ซึ่งเป็นบุพการีตามกฎหมายหรือเป็นการกระทำต่อผู้ซึ่งเป็นบุพการีตามความเป็นจริง หรือเป็นการกระทำต่อผู้ซึ่งเป็นบุพการี โดยการเป็นผู้รับบุตรบุญธรรม หรือเป็นการกระทำโดยบุคคลใดๆ ก็ตาม ซึ่งผู้มีอำนาจเหนือผู้ถูกข่มขืนกระทำชำเรา นั้น หรือเป็นการกระทำโดยบุคคลใดๆ ซึ่งใช้อำนาจโดยไม่ชอบแก่การได้รับมอบหมายไว้วางใจให้ดูแลผู้ นั้น หรือถ้าเป็นการกระทำโดยบุคคลหลายคนร่วมกันไม่ว่าจะโดยการเป็นตัวการ หรือด้วยการเป็นผู้สนับสนุนเป็นการกระทำโดยใช้อาวุธ

ประเทศฝรั่งเศส ได้ให้ความสำคัญต่อการกระทำความผิดทางเพศต่อเด็กเป็นอย่างมาก โดยเมื่อพิจารณาจากกฎหมายอาญาของประเทศฝรั่งเศส (Penalty Code) ซึ่งได้มีการปรับปรุงแก้ไขในปี 1994 และในปี 1995 โดยได้รวบรวมการกระทำความผิดทางเพศต่อเด็กเอาไว้โดยรวมเอาการรุกรานและล่วงละเมิดทางเพศ (Sexual aggression) ที่โดยทั่วไปแล้วจะเป็นการข่มขืนทางเพศที่กระทำโดยใช้ความรุนแรงมีอัตราโทษจำคุกถึงยี่สิบปี กรณีกระทำต่อบุคคลที่มีอายุต่ำกว่าสิบห้าปี แต่ถ้าเป็นการล่วงละเมิดทางเพศโดยปราศจากการล่วงล้ำทางเพศ ถือเป็นการกระทำความผิดที่มีโทษเบา เมื่อกระทำต่อบุคคลอายุต่ำกว่าสิบห้าปี กฎหมายกำหนดบทลงโทษไว้ให้จำคุกมีอัตราโทษจำคุกเจ็ดปี หรือปรับเจ็ดแสนฟรังก์⁵⁰ ถือเป็นการกระทำความผิดทางเพศดังกล่าวเป็นเหตุให้ผู้เยาว์ได้รับอันตราย ผู้กระทำจะมีความผิดดังนี้

Section 227-22 : การกระทำความผิดต่อผู้เยาว์ที่มีอายุต่ำกว่าสิบแปดปี เช่น การค้าประเวณี การลงโทษ จะมีการกำหนดความหนักเบา โดยจะรับโทษหนักขึ้นถ้ากระทำต่อผู้เยาว์ที่มีอายุต่ำกว่าสิบห้าปี

Section 227-23 : การโฆษณาเผยแพร่ภาพเปลือยของผู้เยาว์ที่มีอายุต่ำกว่าสิบห้าปีโดยเจตนา เพื่อเผยแพร่ภาพก็ถือเป็นเพียงการล่วงละเมิดต่อผู้เยาว์

Section 227-25 : การกระทำชำเราโดยไม่ใช้ความรุนแรง ซึ่งกระทำโดยผู้ใหญ่ที่ไม่ใช้ความรุนแรง หรือการข่มขู่ต่อผู้เยาว์อายุต่ำกว่าสิบห้าปี มีความผิดต้องได้รับโทษจำคุกมีกำหนดสองปี หรือปรับ สองแสนฟรังก์

Section 227-26 : การกระทำความผิดทางเพศโดยไม่ใช้ความรุนแรงแต่มีการให้เงินตอบแทนแก่ผู้เยาว์อายุต่ำกว่าสิบห้าปี แม้ว่าคำจำกัดความที่ว่า “Child sex tourism” จะไม่ถูกใช้ แต่โดยทั่วไปเป็นที่เข้าใจว่าเป็นการเที่ยวโสเภณีเด็ก ซึ่งก็จะมีควมผิดมีโทษจำคุกสิบปี หรือปรับหนึ่งแสนฟรังก์ ซึ่งจากข้อกำหนดในกฎหมายไม่ต้องคำนึงว่าผู้เยาว์จะเต็มใจหรือไม่ ไม่ถือเป็นสาระสำคัญ ถ้าเป็นเด็กอายุต่ำกว่าสิบห้าปี ก็ถือว่าผู้กระทำมีความผิดแล้วและจะเห็นว่าระดับอายุของการคุ้มครองเด็กจะอยู่ในช่วงอายุสิบห้าปี ถือเป็นช่วงอายุซึ่งเป็นที่ยอมรับว่าควรจะได้รับ

⁵⁰ เนื่องด้วยกฎหมายดังกล่าวประกาศใช้ก่อนที่ประเทศฝรั่งเศสเข้าสู่กลุ่มประเทศยูโรโซน เมื่อวันที่ 1 มกราคม พ.ศ. 2558 จึงใช้สกุลเงินเป็น “ฟรังก์” ไม่ใช่ “ยูโร”

คุ้มครองมากที่สุด ส่วนอายุสิบแปดปีก็ถือเป็นช่วงอายุที่แต่ละประเทศเสนอแนะว่าควรอยู่ในช่วงที่คุ้มครองด้วย⁵¹

คดีการข่มขืนกระทำชำเราตามกฎหมายฝรั่งเศส จัดว่าเป็นความผิดร้ายแรงและกฎหมายให้อายุสิบห้าปี เป็นเกณฑ์สำหรับวินิจฉัยในเรื่องการให้ความยินยอมในการกระทำความผิดดังกล่าว สำหรับการพิจารณาความหมายของคำว่า “กระทำชำเรา” นั้น ฝรั่งเศสได้กำหนดลักษณะของการกระทำไว้เหมือนกับประเทศอื่นๆ เพียงแต่แตกต่างกันในเรื่องของอายุเท่านั้นที่ไม่เท่ากัน ส่วนเรื่องของเจตนาในการกระทำความผิดนั้นต้องปรากฏว่าผู้กระทำได้รู้ถึงข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิด หรือข้อเท็จจริงอันเป็นเหตุที่ทำให้มีโทษหนักขึ้น ถ้าผู้กระทำไม่รู้ยอมแสดงว่าผู้กระทำไม่มีเจตนาที่จะกระทำความผิด

อย่างไรก็ดี ในเรื่องของความผิดทางเพศกับอัตราโทษที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายอาญาประเทศฝรั่งเศสนั้น มีความสัมพันธ์กับการแบ่งประเภทความผิดอย่างชัดเจน โดยจะพบว่าหากการกระทำใดมีความร้ายแรงต่อสังคม มีความกระทบกระเทือนต่อรัฐ โทษที่นำมาใช้ในการลงโทษจะต้องมีความรุนแรง ดังเช่นการกระทำความผิดทางเพศ ทั้งการลงโทษที่มีความรุนแรงนี้ยังเป็นตัวอย่างเพื่อเป็นการข่มขู่มิให้อาชญากรเกิดการเลียนแบบ อันเป็นไปในแนวทางที่สอดคล้องกับการลงโทษเพื่อข่มขู่ยับยั้ง⁵²

จะเห็นได้ว่า หลักกฎหมายของประเทศไทยการวินิจฉัยเรื่องความไม่รู้ หรือสำคัญผิดในอายุของเด็กผู้เสียหายได้กำหนดอายุของเด็กซึ่งเป็นข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบความผิดไว้ ผู้กระทำจะต้องรู้ถึงอายุของเด็กที่เป็นผู้เสียหาย หากผู้กระทำไม่รู้เท่ากับว่าขาดเจตนากระทำความผิดตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ซึ่งเมื่อพิเคราะห์ตาม โครงสร้างความรับผิดชอบทางอาญาแล้วบุคคลจะต้องรับโทษทางอาญาก็ต่อเมื่อได้กระทำตามที่กฎหมายบัญญัติไว้เป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ ประกอบกับไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้โดยชัดแจ้งว่าต้องรับผิดชอบแม้ไม่ทราบอายุของเด็กซึ่งเป็นผู้เสียหาย จึงมีผลเป็นคุณต่อผู้กระทำ ทำให้ผู้กระทำไม่มีความผิด ซึ่งแตกต่างไปจากกฎหมายของประเทศอังกฤษที่ตัดสินให้ผู้กระทำชำเราต้องรับผิดชอบโดยเด็ดขาด (Strict liability) ผู้กระทำไม่จำเป็นต้องรู้ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับอายุของผู้เสียหาย โดยพิจารณาแต่เพียงว่าการกระทำนั้นเป็นความผิดกฎหมายหรือไม่ หากมีการกระทำทางเพศใดๆ ซึ่งเป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติให้เป็นความผิดแล้วเมื่อมีการกระทำเกิดขึ้น ผู้กระทำต้องรับผิดชอบต่อการกระทำนั้น ซึ่งต่อมาประเทศไทยได้เพิ่มเติม

⁵¹ สวัสดิ์ ภูไชยแสง. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 29. หน้า 70-71.

⁵² ณรงค์ ใจหาญ และคณะ. (2554). *การจัดแบ่งกลุ่มความผิดและโทษทางอาญาตามประมวลกฎหมายอาญาของไทย (Classification of Crime)*. รายงานวิจัยฉบับสมบูรณ์ สถาบันวิจัยและให้คำปรึกษาแห่งมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 9.

กฎหมายอาญามาตรา 285/1 ว่าผู้กระทำชำเราห้ามอ้างความไม่รู้อายุของผู้เสียหายซึ่งเป็นเด็กเพื่อให้พ้นจากความผิด แต่ต้องเป็นกรณีที่กระทำชำเราต่อเด็กที่มีอายุไม่เกินสิบสามปี อันเป็นบทบัญญัติให้ผู้กระทำต้องรับผิดโดยเด็ดขาด แม้จะ 'ไม่รู้'ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบความผิดศาลก็ลงโทษได้ มีลักษณะคล้ายกับกฎหมายของประเทศอังกฤษ แต่หากว่าเป็นการกระทำชำเราเด็กอายุเกินกว่าสิบสามปี แต่ไม่เกินสิบห้าปี ตามมาตรา 277 วรรคหนึ่ง โดยเด็กนั้นยินยอม ผู้กระทำชำเราก็กองอ้างความไม่รู้หรือสำคัญผิดได้ ซึ่งหากจำเลยได้อ้างว่าความไม่รู้ หรือสำคัญผิดในอายุของผู้เสียหายและนำสืบจนศาลเชื่อว่าจำเลยไม่รู้ถึงอายุของผู้เสียหายย่อมเป็นเหตุให้จำเลยพ้นจากความรับผิดได้อีกทั้งกฎหมายอาญาของประเทศไทยก็ไม่ได้มีบทบัญญัติห้ามอ้างการสำคัญผิดในสิ่งที่สัมผัสไม่ได้ (อายุ) ขึ้นมาเป็นข้อต่อสู้ อย่างเช่นประเทศเยอรมนี หลักความรับผิดโดยเด็ดขาดปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายอาญาเช่นเดียวกับประเทศฝรั่งเศส โดยจะอยู่ในหมวดของความผิดลหุโทษ โดยหลักความรับผิดเด็ดขาดตามกฎหมายอาญากำหนดขึ้นมาเพื่อรักษาประโยชน์ของส่วนรวม หรือเพื่อสนับสนุนการปราบปรามการกระทำความผิดให้เร็วที่สุด โดยส่วนใหญ่จะเป็นเรื่องของความจำเป็นในการลงโทษการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อสังคมส่วนรวม ผู้กระทำจะต้องรับผิดในการกระทำของตนแม้ไม่มีเจตนาและไม่ประมาทก็ตาม อันเป็นความผิดที่ไม่ต้องการเจตนา ดังนั้น หากปรากฏว่าองค์ประกอบของการกระทำความผิดครบถ้วนแล้ว ก็สามารถลงโทษผู้กระทำ ความผิดที่เป็นความรับผิดเด็ดขาดได้ ผู้กระทำจะอ้างว่าตนไม่ได้เจตนา หรือไม่ได้ประมาทไม่ได้ ไม่สามารถนำมาใช้ในความผิดเกี่ยวกับการกระทำชำเราเด็กได้