

## บทที่ 4

### วิเคราะห์ปัญหาข้อกฎหมายเกี่ยวกับการห้ามอ้างความไม่รู้อายุของผู้เสียหาย ตามมาตรา 285/1 เพื่อให้พ้นผิด

ประเทศไทยได้บัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศไว้ในลักษณะ 9 ประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งเริ่มตั้งแต่มาตรา 276 - 287 และได้กำหนดเกณฑ์อายุของเด็กขั้นต่ำไว้สิบห้าปี แม้จะให้ความยินยอมในการร่วมประเวณีก็เป็นความผิดในเรื่องการกำหนดกฎหมายเกี่ยวกับอายุขั้นต่ำที่เด็กจะให้ความยินยอมนั้น ประเทศไทยได้มีการเปลี่ยนแปลงวิวัฒนาการเรื่อยมาเห็นได้จากเดิมกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 หมวดที่ 2 มาตรา 244 ได้กำหนดอายุขั้นต่ำของเด็กหญิงที่จะให้ความยินยอมไว้ต่ำกว่าสิบสองปี ต่อมามีการประกาศใช้พระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2499 แทนกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ซึ่งได้บัญญัติเกี่ยวกับเกณฑ์อายุขั้นต่ำไว้ใน มาตรา 277 โดยเพิ่มเป็นสิบสามปี แล้วต่อมาก็มีการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญาคຸ້ມครองอายุเด็กหญิงเพิ่มขึ้นเป็นสิบห้าปี โดยให้เหตุผลว่าการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศจากเดิมที่กำหนดอายุเด็กที่จะได้รับการคุ้มครองเป็นพิเศษตามกฎหมายคือ จำกัดไว้ไม่เกินสิบสามปีเท่านั้น สำหรับแนวบรรทัดฐานที่มีต่อผู้ใช้กฎหมาย ข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นกับสถานการณ์ปัจจัยของสังคมไทย ย่อมเป็นที่ยอมรับกันทั่วไปแล้วว่าคดีที่เกิดขึ้นเกี่ยวกับความผิดทางเพศนั้น มีปริมาณเพิ่มสูงขึ้นอย่างน่าวิตก แต่รัฐหรือองค์กรของรัฐที่เกี่ยวข้องก็ได้หาแนวทาง หรือมีมาตรการในการแก้ไขเพิ่มเติมอย่างต่อเนื่องเพื่ออุดช่องว่างของกฎหมายนั้นเพื่อไม่ให้ผู้กระทำความผิดนำมาใช้ในการต่อสู้คดีและเพื่อให้หลุดพ้นจากความรับผิดชอบทางอาญา

แต่ถึงกระนั้นก็ตามประมวลกฎหมายอาญาของไทยก็ยังไม่สามารถคุ้มครองเหยื่อทางเพศได้อย่างมีประสิทธิภาพ โดยเฉพาะเหยื่อทางเพศที่เป็นเด็ก แม้ว่าจะมีการแก้ไขมาตรา 277 ใหม่ก็ตามก็เป็นเพียงการขยายการคุ้มครองไปถึงเด็กชายด้วย ทั้งนี้ เนื่องจากยังมีปัญหาในเรื่องความสำคัญผิดในเรื่องของอายุเด็ก ซึ่งผู้กระทำความผิดยังใช้อ้างยกเป็นข้อต่อสู้เพื่อให้พ้นผิด เนื่องจากหลักกฎหมายของประเทศไทยและศาลไทยถือว่าอายุของเด็กตามมาตรา 277 วรรคแรก ถือเป็นข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบความผิดที่ผู้กระทำความผิดต้องรู้ เมื่อไม่รู้ย่อมไม่เป็นความผิด

เนื่องจากสภาวะการเจริญเติบโตของเด็กในปัจจุบัน โดยทั่วไปมีการเจริญเติบโตที่เกินวัยอันสมควร ทำให้เมื่อมองจากรูปร่างภายนอกแล้วไม่สามารถคาดคะเนได้ว่าเด็กนั้นมีอายุเท่าใด

เช่น เด็กหญิงที่มีอายุสิบสามปี อาจมีรูปร่างภายนอกคล้ายกับหญิงที่มีอายุสิบเจ็ดปีก็เป็นไปได้ ซึ่งหากเปรียบเทียบกับในอดีตเด็กในปัจจุบันมีการเจริญเติบโตทางกายภาพอย่างรวดเร็วและมีแนวโน้มว่าจะสูงใหญ่กว่าเด็กรุ่นราวเดียวกันกับเด็กสมัยก่อน ซึ่งการที่เด็กเติบโตทางกายภาพเร็วทำให้เด็กได้รับการปฏิบัติเสมือนว่าโตแล้ว ทั้งทัศนคติความเป็นผู้ใหญ่และคนรอบข้างเปลี่ยนไป การเจริญเติบโตทางร่างกายอย่างเดียวไม่สามารถวัดได้ว่าเด็กจะมีการพัฒนาการทางด้านอื่นๆ เช่น พัฒนาการทางอารมณ์ พัฒนาการทางความคิดสติปัญญา พัฒนาการทางด้านสังคม ซึ่งพัฒนาการเหล่านี้อาจจะยังมิได้พัฒนาเท่ากับด้านกายภาพ หรือกล่าวได้ว่าวุฒิภาวะด้านอื่นๆ ยังเป็นเด็กอยู่ เพราะฉะนั้นหากปล่อยให้เด็กมีเสรีภาพ หรือปล่อยให้เด็กตัดสินใจในเรื่องที่ต้องอาศัยวุฒิภาวะเขาอาจจะตัดสินใจผิดพลาดได้

ในประเทศไทยเราก็ได้มีการวิจัยสำรวจรูปร่างของคนไทยโดยศูนย์เทคโนโลยีอิเล็กทรอนิกส์และคอมพิวเตอร์แห่งชาติ (เนคเทค) สำนักงานพัฒนาวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีแห่งชาติ (สวทช.) ซึ่งผลการสำรวจพบว่าคนไทยส่วนใหญ่ทั้งเพศชายและเพศหญิงมีรูปร่างที่สูงใหญ่ขึ้นกว่าเดิมและให้เหตุผลว่าน่าจะเป็นผลมาจากกรกินอาหารที่ดีขึ้น มีการดูแลเรื่องโภชนาการที่ดีขึ้นทำให้คนรุ่นใหม่มีรูปร่างโตกว่าคนในอดีต<sup>1</sup>

ลักษณะของการกระทำชำเราตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 277 วรรคสามนี้มีลักษณะเช่นเดียวกับความผิดฐานกระทำชำเราผู้อื่นตามมาตรา 276 วรรคแรก กล่าวคือ แม้ผู้กระทำความผิดจะกระทำโดยเด็กยินยอมหรือไม่ก็ตาม ก็ถือว่าเป็นความผิดตามมาตรา 277 แต่การกระทำชำเราตามมาตรา 276 เป็นการกระทำชำเราผู้อื่น โดยผู้ถูกระทำไม่ยินยอมหรือไม่สมัครใจ

สำหรับองค์ประกอบสำคัญของการกระทำชำเราตามมาตรา 277 ของกฎหมายไทย ผู้กระทำความผิดจะต้องรู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบความผิด มิฉะนั้นจะถือว่าผู้กระทำไม่มีเจตนาประสงค์ต่อผล หรือยอมเล็งเห็นผลตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 59 วรรคสาม คือ ผู้กระทำความผิดฐานนี้ต้องกระทำโดยเจตนาโดยผู้กระทำได้รู้ว่าเด็กนั้นมีอายุไม่เกินสิบสามปี เมื่อไม่รู้ก็ยอมไม่เป็นความผิดตามมาตรา 277

ตามที่ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมความผิดเกี่ยวกับเพศ (ลักษณะ 9) (ฉบับที่ 23) พ.ศ. 2558 มาตรา 285/1 “การกระทำความผิดตามมาตรา 277 มาตรา 279 มาตรา 282 วรรคสาม มาตรา 283 วรรคสามและมาตรา 283 ทวิ วรรคสอง หากเป็นการกระทำต่อเด็กอายุไม่เกินสิบสามปี ห้ามอ้างความไม่รู้อายุของเด็กเพื่อให้พ้นจากความผิดนั้น”

โดยให้เหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัติฉบับนี้ คือ โดยที่บทบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศและความผิดต่อเสรีภาพที่กระทำต่อเด็กได้กำหนดให้อายุเด็กเป็นองค์ประกอบความผิด

<sup>1</sup> หน่วยปฏิบัติการวิจัยคลังอนุพันธุกรรม (2552). รูปร่างประชากรไทย (รายงานวิจัย).

ทำให้ผู้กระทำความผิดอ้างความสำคัญผิด หรือความไม่รู้ในข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบความผิดเพื่อไม่ต้องรับผิด หรือได้รับยกเว้นโทษ หรือได้รับโทษน้อยลงได้ สมควรกำหนดให้ผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับเพศ หรือความผิดต่อเสรีภาพซึ่งได้กระทำต่อเด็กที่มีอายุไม่เกินสิบสามปี ไม่อาจอ้างความไม่รู้อายุของเด็กเพื่อให้พ้นจากความรับผิดทางอาญา ทั้งนี้ เพื่อให้เด็กได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายมากยิ่งขึ้น จึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัตินี้<sup>2</sup> จากการแก้ไขกฎหมายดังกล่าว ยังคงมีประเด็นที่เป็นปัญหาว่าบทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าวสามารถคุ้มครองสิทธิของเด็กจากการล่วงละเมิดทางเพศ หรือการแสวงหาประโยชน์ทางเพศ หรือการเอาเปรียบทางเพศได้อย่างแท้จริงหรือไม่ ดังนั้นมาตรา 285/1 มีกรณีทีวิเคราะห์ประเด็นปัญหาที่อาจเกิดขึ้น ดังนี้

#### 4.1 วิเคราะห์ปัญหาข้อกฎหมายมาตรา 285/1 ขัด หรือแย้งกับหลักสิทธิและเสรีภาพของ จำเลยตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักร พุทธศักราช 2560 หรือไม่

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ได้กำหนดให้สิทธิแก่ผู้ต้องหา หรือจำเลยไว้เพื่อคุ้มครองสิทธิของผู้ต้องหาให้เท่าเทียมกับบุคคลทั่วไปในสังคม ซึ่งบทบัญญัติตาม มาตรา 285/1 แห่งประมวลกฎหมายอาญาอาจกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้ อันจะนำไปสู่ปัญหาต่างๆ ดังต่อไปนี้

##### 4.1.1 สิทธิที่จะได้รับการสันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นผู้บริสุทธิ์

หลักสำคัญประการหนึ่งที่จะคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน คือ “หลักไม่มีความผิด ไม่มีโทษ หากไม่มีกฎหมาย” ซึ่งมาจากภาษิตที่ว่า “nullum crime, nulla poena, sine lege” หรือ (No crime No punishment without law) เพื่อรับรองศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ โดยถือว่า รัฐ หรือผู้มีอำนาจจะจับกุมลงโทษประชาชนโดยอ้างว่าเขาเหล่านั้นทำผิดอย่างลอยๆ โดยปราศจากข้อจำกัดไม่ได้ ซึ่งประเทศไทยได้บัญญัติไว้ในมาตรา 2 แห่งประมวลกฎหมายอาญาและมาตรา 29 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ซึ่งจากบทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าวจะเห็นได้ว่า บุคคลจะต้องรับผิดทางอาญาก็ต่อเมื่อได้กระทำความผิดโดยรู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบความผิด (ประกอบด้วยองค์ประกอบภายนอกและภายใน) ขณะกระทำต้องรู้สำนึกในการกระทำและมีบทกฎหมายกำหนดว่าการกระทำดังกล่าวเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ด้วย สิทธิของผู้ต้องหาที่จะได้รับการสันนิษฐานว่าเป็นผู้บริสุทธิ์ ถือเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่นานาประเทศต่างให้ความสำคัญและคุ้มครองผู้ถูกกล่าวหาว่าเป็น

<sup>2</sup> พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 23) พ.ศ. 2558.

ผู้กระทำความผิด ซึ่งสิทธิดังกล่าวได้ถูกบัญญัติไว้โดยชัดแจ้งในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Universal Declaration of Human Right) ข้อ 11 (1) ที่ว่าบุคคลซึ่งถูกกล่าวหาว่ามีความผิดอาญา มีสิทธิที่จะได้รับการสันนิษฐานไว้ก่อนว่าบริสุทธิ์ จนกว่าจะมีการพิสูจน์ว่ามีความผิดตามกฎหมายในการพิจารณาโดยเปิดเผย และผู้นั้นได้รับหลักประกันทั้งหลายที่จำเป็นในการต่อสู้คดีและกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (International Covenant on Civil and Political Rights) ข้อ 14.2 ที่ว่า บุคคลทุกคนซึ่งต้องหาว่ากระทำความผิดอาญาต้องมีสิทธิได้รับการสันนิษฐานว่าเป็นผู้บริสุทธิ์ จนกว่าจะพิสูจน์ตามกฎหมายได้ว่ามีความผิดอันถือเป็นหลักการพื้นฐานของระบบงานยุติธรรมทางอาญาสากลที่ว่าบุคคลทุกคนมิใช่ผู้กระทำความผิดอาญาเพื่อเป็นหลักประกันแห่งสิทธิและเสรีภาพของบุคคลเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางอาญาที่รัฐให้การรับรองแก่บุคคลทุกคนที่จะไม่ถูกลงโทษทางอาญาจนกว่าจะมีพยานหลักฐานมาพิสูจน์ได้ว่าเป็นผู้กระทำความผิดและเป็นหลักการที่สำคัญประการหนึ่งของหลักนิติธรรม (The Rule of law) ที่ได้รับการยอมรับในนานาอารยประเทศ

ซึ่งประเทศไทยได้นำหลักการสันนิษฐานว่าผู้ถูกกล่าวหาเป็นผู้บริสุทธิ์ดังกล่าวมาบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 กล่าวคือ บุคคลไม่ต้องรับโทษอาญา เว้นแต่ได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้อยู่ในเวลาที่กระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้และโทษที่จะลงแก่บุคคลนั้นจะหนักกว่าโทษที่บัญญัติไว้ในกฎหมายที่ใช้อยู่ในเวลาที่กระทำความผิดมิได้ ในคดีอาญาให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าผู้ต้องหา หรือจำเลยไม่มีความผิดและก่อนมีคำพิพากษาอันถึงที่สุดแสดงว่าบุคคลใดได้กระทำความผิดจะปฏิบัติต่อบุคคลนั้นเสมือนเป็นผู้กระทำความผิดมิได้ การควบคุม หรือคุมขังผู้ต้องหา หรือจำเลยให้กระทำได้เพียงเท่าที่จำเป็นเพื่อป้องกันมิให้มีการหลบหนีในคดีอาญาจะบังคับให้บุคคลให้การเป็นปฏิปักษ์ต่อตนเองมิได้ คำขอประกันผู้ต้องหา หรือจำเลยในคดีอาญาต้องได้รับการพิจารณาและจะเรียกหลักประกันจนเกินควรแก่กรณีมิได้ การไม่ให้ประกันต้องเป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ<sup>3</sup>

โดยได้บัญญัติถึงการรับรองสิทธิและเสรีภาพของผู้ต้องหา หรือจำเลยในคดีอาญาให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นผู้บริสุทธิ์<sup>4</sup> (Presumption of innocence) มีที่มาจากหลักสิทธิมนุษยชนในเมื่อบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายอาญามาตรา 285/1 บัญญัติห้ามไม่ให้จำเลยอ้างการไม่รู้อายุของผู้เสียหายที่อายุไม่เกินสิบสามปี ขึ้นเป็นข้อต่อสู้เพื่อให้พ้นจากความผิดเป็นการบัญญัติขึ้นมาโดยไม่ให้ผู้ต้องหาพิสูจน์ตามกฎหมายว่าตนเองเป็นผู้กระทำความผิดตามที่กฎหมาย

<sup>3</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 29.

<sup>4</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 29 วรรคสอง.

บัญญัติไว้หรือไม่และเป็นการสันนิษฐานว่าผู้ต้องหา หรือจำเลยเป็นผู้กระทำความผิดไม่ใช่ ผู้บริสุทธิ์ การรวบรวมพยานหลักฐานเพื่อพิสูจน์ความผิดของจำเลย หากไม่ให้จำเลยนำ พยานหลักฐานมาพิสูจน์การมีผิด หรือบริสุทธิ์ของจำเลยแล้วย่อมเป็นการกระทบสิทธิ เสรีภาพ เรื่องศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์โดยที่ยังไม่มีคำพิพากษาว่าจำเลยเป็นผู้กระทำความผิด แต่ก็ถูกพิพากษา ไปก่อนแล้วว่าเป็นอาชญากรโดยยังไม่มี การพิสูจน์ความผิดดังกล่าวแต่ประการใด ซึ่งกฎหมาย ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าจำเลยไม่มีความผิดจนกว่าจะได้มีการพิสูจน์ความผิดของจำเลย เสียก่อนว่าเป็นผู้กระทำความผิด สิทธิในกระบวนการยุติธรรมมีเจตนารมณ์เพื่อคุ้มครองสิทธิ และเสรีภาพของบุคคลเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางอาญามีให้ต้องรับโทษหนักกว่าที่บัญญัติไว้ใน กฎหมายที่ใช้อยู่ในขณะที่กระทำความผิด

#### 4.1.2 ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 285/1 เป็นการตรา หรือบัญญัติกฎหมายที่เป็นการ จำกัดสิทธิและขัดต่อหลักนิติธรรมตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 หรือไม่

หลักนิติธรรมเป็นหลักในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพส่วนบุคคล มิให้ถูกล่วงละเมิดได้ จากการกระทำอันมิชอบของฝ่ายปกครองภายใต้หลักนิติธรรมประชาชนมีสิทธิเสรีภาพอย่าง สมบูรณ์โดยเฉพาะสิทธิในการดำเนินคดีในกระบวนการยุติธรรม โดยประกันความเป็นอิสระของ ศาลและให้มีความเสมอภาคในทางกฎหมาย ประชาชนต้องเชื่อฟังกฎหมายที่รัฐบัญญัติขึ้นมา และถูกปกครองโดยกฎหมายและอยู่ภายใต้กฎหมาย

ซึ่งประเทศไทยได้บัญญัติถึงการตรากฎหมายที่เป็นการจำกัดสิทธิ หรือเสรีภาพของบุคคล ไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 กล่าวคือ การตรากฎหมายที่มีผลเป็น การจำกัดสิทธิ หรือเสรีภาพของบุคคลต้องเป็นไป ตามเงื่อนไขที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ในกรณีที่รัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติเงื่อนไขไว้ กฎหมายดังกล่าวต้องไม่ขัดต่อหลักนิติธรรมไม่เพิ่ม ภาระ หรือจำกัดสิทธิ หรือเสรีภาพของบุคคลเกินสมควรแก่เหตุและจะกระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็น มนุษย์ของบุคคลมิได้รวมทั้งต้องระบุเหตุผลความจำเป็นในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพไว้ด้วย กฎหมายตามวรรคหนึ่งต้องมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป ไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใด กรณีหนึ่ง หรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง<sup>5</sup>

ซึ่งการตรากฎหมายที่จำกัดสิทธิ หรือเสรีภาพของบุคคลตามรัฐธรรมนูญแห่ง ราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มีหลักเกณฑ์ ดังต่อไปนี้

- ก) เป็นไปตามเงื่อนไขที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ
- ข) ในกรณีที่รัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติเงื่อนไขไว้ การตรากฎหมายนั้นจะต้อง

<sup>5</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 26.

- 1) ไม่ขัดต่อหลักนิติธรรม
- 2) ไม่เพิ่มภาระ หรือจำกัดสิทธิ หรือเสรีภาพของบุคคลเกินสมควรแก่เหตุ
- 3) จะกระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคลไม่ได้
- 4) ต้องระบุเหตุผลความจำเป็นในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพไว้ด้วย

จะเห็นได้การตราบทบัญญัติแห่งกฎหมายประมวลกฎหมายอาญามาตรา 285/1 ดังกล่าว เป็นการตรากฎหมายที่เป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลและเป็นการขัดต่อหลักนิติธรรม เป็นการเพิ่มและจำกัดสิทธิและเสรีภาพเกินสมควรแก่เหตุ กระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคล ซึ่งศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ หมายถึง คุณค่าที่มีลักษณะเฉพาะที่ผูกพันอยู่กับความเป็นมนุษย์ ซึ่งบุคคลทุกคนในฐานะที่เป็นมนุษย์จะได้รับคุณค่าดังกล่าวโดยไม่ต้องคำนึงถึงเชื้อชาติ ศาสนา อาจกล่าวได้ว่า ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ก็คือคุณค่าของความเป็นคนที่ย่อมแตกต่างจากความเป็นสัตว์ หรือวัตถุสิ่งของต่างๆ และการพิจารณาว่าการกระทำใดเป็นการละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์หรือไม่ มีหลักง่ายๆ ว่าการกระทำนั้นเป็นสิ่งที่มนุษย์ควรปฏิบัติต่อกันหรือไม่ ถ้าไม่ใช่การกระทำนั้นก็ถือว่าการกระทำที่ละเมิดต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ซึ่งศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของจำเลย มีสถานะเช่นเดียวกับสิทธิและเสรีภาพ อันผูกพันองค์กรของรัฐทุกองค์กรไม่ว่าจะเป็นองค์กรนิติบัญญัติ องค์กรบริหารและองค์กรตุลาการจะต้องปฏิบัติหน้าที่ หรือใช้อำนาจตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ โดยจะต้องคำนึงถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และสิทธิเสรีภาพของบุคคลเป็นสำคัญ เช่น การที่รัฐตราบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายอาญามาตรา 285/1 มาบังคับใช้ห้ามจำเลยอ้างการไม่รู้อายุของผู้เสียหายซึ่งเป็นเด็กอายุไม่เกินสิบสามปีขึ้นต่อสู้เพื่อให้พ้นผิด ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นหลักที่รัฐควรให้ความสำคัญและคุ้มครองประชาชน การที่กฎหมายห้ามตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายอาญามาตรา 285/1 ต้องคำนึงถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ แต่ใช้ว่าทุกคนจะอ้างศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์โดยไร้ขอบเขตแต่อย่างใด เพราะอาจจะเป็นการละเมิดต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอื่นได้ ดังนั้น ขอบเขตการอ้างศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์จะต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขที่ว่า การอ้างศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ต้องไม่เป็นการละเมิดต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอื่นและต้องไม่เป็นปรปักษ์ต่อรัฐธรรมนูญ หรือไม่ขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน กล่าวคือ ต้องไม่ขัด หรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ ทั้งจะต้องสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ อีกทั้งเป็นการบัญญัติบังคับใช้เฉพาะคดีความผิดเกี่ยวกับเพศที่กระทำต่อเด็กเท่านั้น ไม่ได้บัญญัติให้ใช้กับความผิดฐานอื่นๆ และบุคคลอื่นๆ ที่ไม่ใช่เด็กด้วย ประกอบกับบทบัญญัติดังกล่าวก็ไม่ได้บัญญัติเงื่อนไข หรือระบุเหตุผลความจำเป็นในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพไว้ด้วย เหมือนกับพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้ามนุษย์ พุทธศักราช 2551 ที่ระบุเงื่อนไขไว้อย่างชัดเจนว่า “พระราชบัญญัติบางประการเกี่ยวกับการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลซึ่งมาตรา 29 ประกอบกับมาตรา 32 มาตรา 33 มาตรา 34 มาตรา

35 มาตรา 36 มาตรา 41 และมาตรา 45 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย บัญญัติให้กระทำได้ โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย” ซึ่งถือได้ว่ามาตรา 285/1 ขัด หรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ แห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 เมื่อบทบัญญัติมาตรา 285/1 แห่งประมวลกฎหมายอาญา ขัด หรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ บทบัญญัตินั้นเป็นการใช้บังคับมิได้ ตาม มาตรา 5 รัฐธรรมนูญแห่ง ราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

## 4.2 วิเคราะห์ปัญหาข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบความผิดและบทลงโทษตามประมวล กฎหมายอาญา

การวินิจฉัยความรับผิดทางอาญาจะต้องวินิจฉัยตามลำดับ โครงสร้างความรับผิดทาง อาญา ซึ่งโครงสร้างความรับผิดทางอาญาประกอบด้วย 3 ประการ คือ 1. องค์ประกอบความผิด (ภายนอก ภายใน) 2. ความผิด 3. ความชั่ว

### 4.2.1 อายุของผู้เสียหายเป็นองค์ประกอบความผิดตามกฎหมายไทยหรือไม่

ตามมาตรา 277 แห่งประมวลกฎหมายอาญา ถือว่าอายุของผู้เสียหายเป็นองค์ประกอบ หนึ่งของฐานความผิดกระทำชำเรา ผู้กระทำความผิดจะมีความผิดและถูกลงโทษได้ก็ต่อเมื่อกระทำ การอันครบองค์ประกอบความผิด เมื่อผู้กระทำความผิดไม่รู้ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับอายุของผู้เสียหายอัน เป็นองค์ประกอบของความผิดแล้ว จะถือว่าผู้กระทำความผิดมีเจตนาประสงค์ต่อผล หรือยอม เล็งเห็นผลของการกระทำนั้นมิได้และจะถือว่าผู้กระทำความผิดมีเจตนากระทำความผิดฐานกระทำ ชำเราเด็กอายุไม่เกินสิบสามปีไม่ได้ ซึ่งประมวลกฎหมายอาญาได้มีการกำหนดอายุของเด็กซึ่งเป็น ผู้เสียหายโดยกำหนดอายุของผู้เสียหายที่เป็นเด็กใช้เป็นเกณฑ์ในการเอาผิดกับผู้กระทำความผิดซึ่ง จะรับโทษมาก หรือรับโทษน้อยก็ดูกันในเรื่องของอายุผู้ถูกกระทำเพราะกฎหมายถือเรื่องนี้เป็นเรื่อง สำคัญเพราะถ้ากระทำความผิดต่อเด็กที่มีอายุน้อยก็ต้องรับโทษที่หนักกว่าและก็จะมีความผิด อันยอมความมิได้ เพื่อให้เกิดความเกรงกลัวในการกระทำความผิดต่อเด็กเพราะกฎหมายมีเจตนาที่ จะมุ่งคุ้มครองเด็กให้ได้รับความปลอดภัยจากการถูกละเมิดทางเพศ เช่น ถ้าข่มขืนเด็กอายุเกิน สิบห้าปี เป็นความผิดอันยอมความได้ แต่ถ้ากระทำชำเราเด็กอายุไม่เกินสิบสามปี มีโทษสูงมาก และยอมความไม่ได้ ถือว่าเป็นความผิดอาญาแผ่นดิน การกระทำชำเรากรณีนี้แม้ว่าผู้หญิงจะยินยอม ก็ตาม เช่น โสเภณีเด็ก ถ้ามีและไปซื้อบริการ โสเภณีเด็กและตัวเด็กอายุต่ำกว่าสิบห้าปี ก็เป็นความผิด อันยอมความกันไม่ได้และก็มีอัตราโทษสูง

จะเห็นได้ว่าอายุเป็นข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบความผิด ซึ่งบุคคลจะมีความผิด และรับโทษได้จะต้องรู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบความผิด การบัญญัติมาตรา 285/1 ขึ้นมาเป็นการยกเว้นองค์ประกอบในส่วนที่เป็นอายุ ซึ่งขัดกับหลักกฎหมายและไม่เป็นไปตามโครงสร้าง ความรับผิดทางอาญาจำเลยไม่สามารถนำพยานหลักฐานมาพิสูจน์ได้เลยว่าตนเองไม่รู้ข้อเท็จจริงใน ส่วนอายุอันเป็นองค์ประกอบความผิด ซึ่งส่งผลให้จำเลยได้รับการลงโทษที่ไม่เหมาะสมกับการ กระทำของตนและก็ได้ไม่ได้เป็นการแก้ไขปัญหาได้ตรงจุดในการลดปัญหาการกระทำซ้ำเราเด็ก และเป็นการคุ้มครองเด็กในวงกว้าง ไม่ใช่เฉพาะเด็กที่ตกเป็นผู้เสียหายแล้วเท่านั้น

#### 4.2.2 การห้ามอ้างความไม่รู้อายุของเด็กไม่เกินสิบสามปีเพื่อพ้นความผิด

ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 285/1 มีลักษณะเป็นกฎหมายปิดปาก หลักกฎหมายปิดปาก ไม่ใช่ในคดีอาญา ต้องห้ามเด็ดขาดเพราะในกฎหมายอาญาและกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา นั้น มีหลักกฎหมายยืนยันสิทธิของผู้ต้องหา หรือจำเลย เว้นแต่ในคดีความผิดลหุโทษ ซึ่งมีลักษณะ เป็นกฎหมายปิดปาก แต่ความผิดลหุโทษดังกล่าวมีอัตราโทษน้อยโดยความผิดลหุโทษจะมีอัตรา โทษจำคุกไม่เกินหนึ่งเดือน หรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท ซึ่งต่างจากความผิดฐานข่มขืนกระทำ ซ้ำเราที่มีอัตราโทษสูง โดยมีระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปี หรือปรับตั้งแต่แปดหมื่นบาทถึง สี่แสนบาท<sup>6</sup> ซึ่งหลักกฎหมายปิดปากสอดคล้องกับความรับผิดโดยเด็ดขาด (Strict liability) ซึ่งเป็น หลักความรับผิดที่ผู้กระทำจะต้องรับผิดแม้ไม่มีเจตนาและไม่ประมาท ซึ่งขัดกับหลักการต่อสู้คดี โดยทั่วไป โดยหลักในประมวลกฎหมายอาญาได้กำหนดเรื่องเจตนา ประมาท ความไม่รู้ข้อเท็จจริง และความสำคัญผิดไว้อย่างชัดเจน ถึงแม้ว่าการบัญญัติบทกฎหมายดังกล่าวขึ้นมาเพื่อมุ่งเน้นการ ป้องกันความเสียหายแก่ผู้ถูกกระทำและช่วยเหลือผู้ที่ได้รับความเสียหายก็ตาม แต่ทั้งนี้ต้องคำนึงถึง หลักทั่วไปของกฎหมายอาญาและสิทธิต่างๆ ของผู้กระทำหรือผู้ต้องหา หรือจำเลยด้วยที่มีสิทธิใน การพิสูจน์ให้ศาลเห็นอย่างสิ้นข้อสงสัยว่าตนเองเป็นผู้บริสุทธิ์ด้วยเช่นกัน แม้แต่ความผิดที่มีอัตรา โทษสูง กฎหมายยังให้โอกาสกับจำเลยในการต่อสู้คดี เช่น คดีฆาตกรรม คดีทำร้ายร่างกาย คดีความผิดเกี่ยวกับทรัพย์ เป็นต้น

ก่อนหน้านี้มีคำพิพากษาศาลฎีกาหลายคดีที่ตัดสินว่าหากจำเลยพิสูจน์ได้ว่าในขณะที่ กระทำซ้ำเราจำเลยไม่รู้ถึงอายุของผู้เสียหายว่าต่ำกว่าเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนดโดยพิสูจน์ถึงตัว ผู้เสียหายที่มีรูปร่างสูงใหญ่เกินอายุ หรือได้ทำงานในสถานที่ที่รับเฉพาะคนอายุเกินสิบห้าปีขึ้นไป เข้าทำงาน อันเป็นเหตุที่น่าเชื่อได้ว่าผู้กระทำไม่รู้ถึงอายุของผู้เสียหาย แม้ความจริงผู้เสียหายจะอายุ ไม่เกินสิบห้าปีก็ตามผู้กระทำก็จะไม่มีความผิดซึ่งเป็นไปตามหลักทั่วไปที่ว่าผู้กระทำไม่รู้ข้อเท็จจริง อันเป็นองค์ประกอบของความผิดถือว่าขาดเจตนาในการกระทำผิดตามประมวลกฎหมายอาญา

<sup>6</sup> ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276.



มาตรา 59 วรรคสาม การออกพระราชบัญญัติฉบับนี้เป็นการยกเว้นหลักทั่วไปของกฎหมายอาญาที่ใช้กับความผิดฐานอื่นๆ ทำให้หลังจากนี้ผู้กระทำความผิดไม่สามารถอ้างข้อเท็จจริงว่าไม่รู้อายุของผู้เสียหายที่อายุไม่เกินสิบสามปีขึ้นมาเป็นเหตุให้พ้นผิดได้อีกแล้วนับว่าเป็นการคุ้มครองเด็ดขาดให้กับเด็กที่อายุไม่เกินสิบสามปีที่เป็นเหยื่อความผิดทางเพศ

การที่กฎหมายกำหนดห้ามมิให้ผู้กระทำความผิดอ้างไม่รู้อายุของผู้เสียหายไว้กรณีที่เป็นผู้เสียหายที่มีอายุไม่เกินสิบสามปีนั้น อาจไม่เป็นการคุ้มครองผู้เสียหายที่เป็นเด็กได้อย่างแท้จริง เนื่องจากการกระทำของผู้กระทำได้กระทำความผิดเกี่ยวกับเพศต่อเด็กนั้น กฎหมายได้บัญญัติช่วงอายุของเด็กที่ถูกกระทำชำเราไว้ 2 ช่วง คือ ช่วงแรก คือ กระทำชำเราเด็กอายุกว่าสิบสามปี แต่ไม่เกินสิบห้าปี ส่วนอีกช่วงกำหนดการกระทำชำเราเด็กอายุไม่เกินสิบสามปีโดยเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตามซึ่งจะเห็นได้ว่ากฎหมายที่แก้ไขเพิ่มเติมนั้นมุ่งคุ้มครองเฉพาะความผิดที่กระทำชำเราแก่เด็กที่มีช่วงอายุไม่เกินสิบสามปีเท่านั้น ที่ห้ามมิให้ยกเอาความไม่รู้ในเรื่องอายุของผู้เสียหายเป็นเหตุให้ตนเองพ้นผิด แต่ไม่ได้คุ้มครองต่อเด็กที่เป็นผู้เสียหายในช่วงอายุกว่าสิบสามปี แต่ไม่เกินสิบห้าปี ทำให้ผู้กระทำชำเราเด็กในช่วงอายุกว่าสิบสามปี แต่ไม่เกินสิบห้าปีสามารถยกเอาความไม่รู้หรือความสำคัญผิดในอายุของผู้เสียหายขึ้นเป็นข้อแก้ตัวเพื่อให้ตนเองพ้นความผิดได้ ซึ่งในความเป็นจริงที่เกิดขึ้นในสังคมส่วนมากเด็กที่ถูกกระทำชำเราและผู้กระทำความผิดได้อ้างความไม่รู้หรือสำคัญผิดเพื่อให้พ้นจากความรับผิดชอบนั้นเด็กที่เป็นผู้เสียหายจะอยู่ในช่วงอายุตั้งแต่สิบสามปี แต่ไม่เกินสิบห้าปี ซึ่งกฎหมายมิได้บัญญัติให้คุ้มครองไว้ อีกทั้งอัตราโทษความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราแก่เด็กอายุไม่เกินสิบสามปี ตามมาตรา 277 วรรคสาม กับอัตราโทษความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราแก่เด็กอายุไม่เกินสิบห้าปี ซึ่งมีใช้ภริยา หรือสามีของตน โดยเด็กนั้นจะยินยอม หรือไม่ก็ตาม ตามมาตรา 277 วรรคแรก มีอัตราโทษขั้นต่ำที่ไม่แตกต่างกันมาก

ในกรณีที่ผู้เสียหายมีอายุตั้งแต่สิบห้าปีขึ้นไปซึ่งประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 ไม่ได้บัญญัติอายุซึ่งเป็นข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบความผิดไว้ ดังนั้น จำเลยไม่ต้องนำพยานหลักฐานมาพิสูจน์ว่าตนรู้ หรือไม่ว่าผู้เสียหายมีอายุเท่าไร แต่จำเลยสามารถต่อสู้โดยนำพยานหลักฐานมาพิสูจน์ในประเด็นเรื่องอื่นๆ ที่กฎหมายบัญญัติไว้เป็นองค์ประกอบความผิดได้ เช่น จำเลยไม่ได้ข่มขืนกระทำชำเราผู้เสียหายไม่ได้ใช้กำลังประทุษร้ายไม่ได้ทำให้ผู้เสียหายอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ เป็นต้น บทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 ไม่ได้มีลักษณะเป็นกฎหมายปิดปาก หรือให้จำเลยรับผิดโดยเด็ดขาด (Strict Liability) เช่นเดียวกับประมวลกฎหมายอาญามาตรา 285/1

### 4.2.3 หลักในการลงโทษและการกำหนดโทษ

อายุเป็นองค์ประกอบความผิดที่เป็นเงื่อนไขแห่งการเพิ่มโทษ ซึ่งประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 62 วรรคท้ายบัญญัติไว้ว่า “บุคคลจักต้องรับโทษหนักขึ้น โดยอาศัยข้อเท็จจริงใด บุคคลนั้น ต้องรู้ข้อเท็จจริงนั้น”

จากหลักกฎหมาย บุคคลจะต้องรับโทษหนักขึ้น จะต้องรู้ข้อเท็จจริงนั้น เมื่อประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277 วรรคแรก บัญญัติไว้ว่า “ผู้ใดกระทำชำเราเด็กอายุไม่เกินสิบห้าปี ซึ่งมีใช้ภริยา หรือสามีของตน โดยเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดพันบาทถึงสี่หมื่นบาท” และประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277 วรรคสาม วางหลักไว้ว่า การข่มขืนกระทำชำเราเด็กอายุไม่เกินสิบสามปี ซึ่งมีใช้ภริยา หรือสามีของตน โดยเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม จะเห็นได้ว่ามาตรา 277 วรรคสามเป็นเหตุคุณกรจของมาตรา 277 วรรคแรก เมื่อพิจารณาถึงอัตราโทษแล้วจะเห็นได้ว่ามาตรา 277 วรรคแรก จะมีระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีขึ้นไป แต่มาตรา 277 วรรคสาม จะมีระวางโทษจำคุกตั้งแต่เจ็ดปีขึ้นไป ซึ่งมาตรา 277 วรรคสามเป็นเงื่อนไขแห่งการเพิ่มโทษหนักขึ้น หากเป็นการกระทำชำเรากับเด็กอายุไม่เกินสิบสามปีไม่ว่าเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม

ในประเด็นนี้เห็นว่า หากผู้กระทำความผิดไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเกี่ยวกับอายุของผู้เสียหาย แล้วจะลงโทษผู้กระทำความผิดหนักขึ้นตามมาตรา 277 วรรคสามได้อย่างไร

สำหรับประเทศไทยไม่ได้มองว่าอายุเป็นเรื่องของการลงโทษทางภาวะวิสัย ซึ่งผลทางกฎหมายก็คือว่าผู้กระทำไม่จำเป็นต้องรู้ข้อเท็จจริงในส่วนของอายุ เพราะไม่ถือว่าเป็นส่วนขององค์ประกอบความผิด ในเมื่อโครงสร้างความรับผิดทางอาญาของประเทศไทยถือว่าอายุของผู้เสียหายเป็นองค์ประกอบความผิดซึ่งถือเป็นส่วนหนึ่งของโครงสร้างความรับผิดแล้ว เมื่อผู้กระทำความผิดกระทำไม่ครบองค์ประกอบความผิดก็ไม่สามารถเอาผิดและลงโทษผู้กระทำความผิดได้

หลักในการลงโทษผู้กระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราต่างยึดหลักการลงโทษเพื่อทดแทนความผิด (Retributive theory) เช่นเดียวกัน โดยหลักดังกล่าวเป็นการลงโทษผู้กระทำความผิดให้สาสมกับความผิดที่ได้กระทำแต่ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรากฎหมายบัญญัติเหตุเพิ่มโทษไว้ตามความร้ายแรงของพฤติการณ์ประกอบกรกระทำ เช่น กระทำชำเราเด็กอายุไม่เกินสิบสามปี กระทำโดยมี หรือใช้อาวุธ หรือวัตถุระเบิด โดยร่วมกระทำโดยมีลักษณะเป็นการโทรม เป็นต้น เมื่อพิจารณาถึงบทลงโทษตามกฎหมายไทยแล้วจะเห็นว่า บทลงโทษจำเลยผู้กระทำความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 วรรคแรก มีระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปี เช่นเดียวกับอัตราโทษตามมาตรา 277 วรรคแรก ที่เป็นการกระทำชำเราเด็กอายุไม่เกินสิบห้าปี และบทลงโทษตามมาตรา 277 วรรคสาม มีระวางโทษจำคุกตั้งแต่เจ็ดปีถึงยี่สิบปี เมื่อพิจารณาจาก

โทษเปรียบเทียบกับความเสียหายที่เกิดกับผู้ถูกระงับแล้วยังไม่สาสมกับการกระทำ การลงโทษดังกล่าวไม่ได้เป็นการลงโทษเพื่อแก้แค้นทดแทนความเสียหายที่เกิดขึ้น ความผิดทางเพศเป็นปัญหาเกี่ยวกับความสงบสุขของสังคมด้วย การลงโทษต้องเป็นการป้องกันมิให้ผู้กระทำความผิดฐานนี้กลับมากระทำความผิดซ้ำซากอีกเมื่อพ้นจากการรับโทษมาแล้ว อันเป็นการตัดโอกาสมิให้ผู้กระทำความผิดที่เป็นภัยต่อสังคมกลับเข้าสู่สังคมและเพื่อมิให้คนอื่นกระทำความ

### 4.3 วิเคราะห์ปัญหาและภาระการพิสูจน์พยานหลักฐานในคดีอาญา

ในคดีอาญาผู้ต้องหา หรือจำเลยได้รับการสันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นผู้บริสุทธิ์ จนกว่าจะมีการพิสูจน์ว่ามีความผิดตามกฎหมาย หลักสันนิษฐานว่าบริสุทธิ์ (Presumption of innocence) นี้ถือเป็นหลักการพื้นฐานของระบบงานยุติธรรมทางอาญาสากลที่ว่า บุคคลทุกคนมิใช่ผู้กระทำความผิดอาญา เพื่อเป็นหลักประกันแห่งสิทธิและเสรีภาพของบุคคลเกี่ยวกับความรับผิดชอบอาญาที่รัฐให้การรับรองแก่บุคคลทุกคนที่จะไม่ถูกลงโทษทางอาญาจนกว่าจะมีพยานหลักฐานมาพิสูจน์ได้ว่าเป็นผู้กระทำความผิด

#### 4.3.1 ประเด็นข้อพิพาท ภาระการพิสูจน์และหน้าที่นำสืบตามกฎหมายไทย

ในคดีอาญาแม้จะไม่มีกรชี้สองสถาน ไม่มีการกำหนดประเด็นข้อพิพาทและภาระการพิสูจน์อย่างเช่นคดีแพ่ง แต่ประเด็นข้อพิพาทและภาระการพิสูจน์ในคดีอาญาย่อมมีอยู่เสมอ ซึ่งประเด็นข้อพิพาทความเป็นไปได้ทั้งปัญหาข้อเท็จจริง หรือปัญหาข้อกฎหมาย เฉพาะปัญหาข้อเท็จจริงเท่านั้นที่จะต้องพิสูจน์กันด้วยพยานหลักฐานจะใช้ความรู้เห็นของศาลเอง หรือสิ่งอื่นที่ไม่ใช่พยานหลักฐานมาเป็นเกณฑ์ในการวินิจฉัยปัญหาข้อเท็จจริงไม่ได้ ส่วนภาระการพิสูจน์ในคดีอาญานั้นประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามีได้บัญญัติเรื่องภาระการพิสูจน์ไว้โดยเฉพาะ จึงต้องนำบทบัญญัติของมาตรา 84/1 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้กับคดีอาญา โดยอาศัยประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 15 การกำหนดประเด็นข้อพิพาทและภาระการพิสูจน์ในคดีอาญาอาจแบ่งออกได้เป็นหลายประเด็น เช่น

ประเด็นที่กระทบต่อความผิด หรือบริสุทธิ์ของจำเลย โจทก์กล่าวอ้างว่าจำเลยกระทำความผิด ภาระการพิสูจน์ตกแก่โจทก์ ในคดีอาญาโจทก์เป็นผู้ฟ้องขอให้ลงโทษจำเลยโดยอ้างว่าจำเลยกระทำความผิด โจทก์ต้องกล่าวอ้างข้อเท็จจริงให้ครบถ้วนองค์ประกอบความผิดที่ฟ้องและ โจทก์จะต้องกล่าวถึงการกระทำทั้งหลายที่อ้างว่าจำเลยได้กระทำความผิดข้อเท็จจริงและรายละเอียดที่เกี่ยวกับเวลาและสถานที่ซึ่งเกิดการกระทำนั้นๆ อีกทั้งบุคคล หรือสิ่งของที่เกี่ยวข้องด้วยพอสมควรเท่าที่จะให้

จำเลยเข้าใจข้อหาได้ดี หากจำเลยให้การปฏิเสธหรือแม้จะไม่ให้การเลยก็ต้องถือว่าเป็นการปฏิเสธย่อมเกิดเป็นประเด็นข้อพิพาทว่าจำเลยได้กระทำผิดตามฟ้องหรือไม่ในประเด็นข้อนี้ก็เป็นประเด็นข้อพิพาทโดยตรงที่มีผลกระทบไปถึงความผิด หรือความบริสุทธิ์ของจำเลย เมื่อโจทก์เป็นฝ่ายกล่าวอ้างไว้จำเลยกระทำผิด โจทก์จึงมีหน้าที่ต้องนำสืบหักล้างข้อสันนิษฐานว่าจำเลยกระทำผิด

ส่วนลำดับการสืบพยานในคดีอาญาประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 174 กำหนดให้โจทก์เป็นฝ่ายนำพยานเข้าสืบก่อนเสมอ ไม่ว่าการพิจารณาพิพากษาในคดีนั้นจะตกอยู่แก่ฝ่ายใดก็ตาม โจทก์ก็ยังคงมีหน้าที่นำพยานเข้าสืบก่อนเสมอ โดยบัญญัติว่า “ก่อนนำพยานเข้าสืบ โจทก์มีอำนาจเปิดคดีเพื่อให้ศาลทราบคดี โจทก์ คือ แถลงถึงลักษณะของฟ้องอีกทั้งพยานหลักฐานที่จะนำสืบเพื่อพิสูจน์ความผิดของจำเลยเสร็จแล้วให้โจทก์นำพยานเข้าสืบ” ดังนั้น ในคดีอาญาศาลจะกำหนดให้จำเลยเป็นฝ่ายนำพยานเข้าสืบก่อนไม่ได้หากศาลกำหนดให้จำเลยนำพยานเข้าสืบก่อนย่อมไม่ชอบ

ในกรณีที่จำเลยรับสารภาพมีอัตราโทษอย่างต่ำให้จำคุกตั้งแต่ห้าปีขึ้นไป หรือโทษสถานอื่นที่หนักกว่านั้น ศาลจะต้องฟังพยานหลักฐาน โจทก์จนกว่าจะพอใจว่าจำเลยได้กระทำผิดจริงจึงจะลงโทษจำเลยได้ มาตรฐานการสืบพยานหลักฐานประกอบคำรับสารภาพของจำเลย พยานหลักฐานที่โจทก์นำสืบประกอบคำรับสารภาพของจำเลยต้องเป็นพยานหลักฐานซึ่งน่าจะพิสูจน์ได้ว่าจำเลยมีผิด หรือบริสุทธิ์ ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 226 อาจเป็นประจักษ์พยานหรือพยานแวดล้อมกรณีก็ได้ แต่โจทก์ไม่จำเป็นต้องนำสืบให้ได้ความชัดเจนปราศจากข้อสงสัยว่าจำเลยเป็นผู้กระทำความผิด เช่น ในคดีที่จำเลยให้การปฏิเสธ คงนำสืบประกอบคำให้การรับสารภาพของจำเลยให้เห็นเป็นเค้ามูลว่าจำเลยได้กระทำความผิดจริงก็เป็นการเพียงพอแล้ว

ตัวอย่างเช่น โจทก์ฟ้องขอให้ลงโทษจำเลยฐานข่มขืนกระทำชำเราและฆ่าผู้ตายเพื่อความสะดวกในการที่จะกระทำความผิดอย่างอื่น ในชั้นพิจารณาจำเลยให้การรับสารภาพ แม้โจทก์จะไม่มีประจักษ์พยานมาเบิกความประกอบคำรับสารภาพของจำเลย แต่โจทก์มีพนักงานสอบสวนเป็นพยานเบิกความว่าจำเลยให้การรับสารภาพในชั้นสอบสวนว่าเป็นผู้ฆ่าและข่มขืนกระทำชำเราผู้ตายแล้วนำพนักงานสอบสวน ไปชี้ที่เกิดเหตุประกอบคำรับสารภาพของจำเลยและให้ถ่ายรูปไว้ด้วย โดยจำเลยมิได้นำพยานหลักฐานเข้าสืบหักล้างพยานหลักฐานของ โจทก์ให้เห็นเป็นอย่างอื่นและจากการตรวจทางแกงชั้นในของจำเลยที่เจ้าพนักงานตำรวจยึดมาจากจำเลยที่นุ่งอยู่ในวันถูกจับกุมส่งเป็นอาหารหีสพันธุกรรม (DNA) ในความว่าได้รับหีสพันธุกรรมตรงกับคราบเลือดของผู้ตาย นำเชื่อว่าคราบเลือดที่ติดอยู่กับแกงชั้นในของจำเลยเป็นของผู้ตาย พฤติการณ์ตามพยานหลักฐานที่โจทก์นำสืบประกอบคำรับสารภาพของจำเลยมีน้ำหนักพอที่จะทำให้ศาลเชื่อได้ว่าจำเลยได้กระทำความผิดจริงตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 176 วรรคหนึ่งแล้ว

พยานหลักฐานประกอบคำให้การรับสารภาพ ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 176 นี้ ควรจะเป็นพยานหลักฐานอื่นนอกเหนือจากคำรับสารภาพของจำเลย หากโจทก์มีเพียงคำให้การรับสารภาพของจำเลย ในชั้นสอบสวน อันเป็นส่วนหนึ่งของคำรับสารภาพมาสืบประกอบโดยไม่มีพยานหลักฐานที่บ่งชี้ว่าจำเลยเป็นผู้กระทำความผิดมาสนับสนุนศาลมักถือว่ายังไม่เพียงพอที่จะฟังว่าจำเลยกระทำความผิดเว้นแต่จะมีเหตุผลอันหนักแน่น หรือมีพฤติการณ์พิเศษแห่งคดีให้เชื่อได้<sup>7</sup>

ซึ่งผู้พิพากษาจะพิจารณาตัดสินลงโทษจำเลยได้ต่อเมื่อรับฟังพยานหลักฐานแห่งคดีแล้ว แน่ใจว่ามีการกระทำความผิดจริงและจำเลยเป็นผู้กระทำความผิด แต่ถ้ามีความสงสัยว่าจำเลยเป็นผู้กระทำความผิดหรือไม่ ศาลจะต้องยกประโยชน์แห่งความสงสัยให้กับจำเลยโดยพิพากษายกฟ้องของโจทก์ ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 226 และมาตรา 227 ซึ่งในคดีอาญา พยานหลักฐานที่ผู้พิพากษาจะรับฟังมีหลายประเภท เช่น พยานบุคคล พยานเอกสารและพยานวัตถุ โดยพยานบุคคลซึ่งจัดเป็นพยานที่สำคัญที่สุดสำหรับการพิสูจน์ข้อเท็จจริงยังแบ่งเป็นประจักษ์พยาน (Eye witness) พยานบอกเล่า (Hearsay) พยานแวดล้อมและพยานผู้เชี่ยวชาญ เป็นต้น ทั้งนี้ ขึ้นอยู่กับความใกล้ชิดกับเหตุการณ์ แต่สำหรับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา การกระทำความผิดส่วนใหญ่มักจะเกิดในที่ลับ หรือในเวลา สถานที่ที่ปลอดผู้คน เหตุการณ์ที่เกิดขึ้นจะมีแต่เฉพาะตัวจำเลยและผู้เสียหายอยู่โดยลำพังสองต่อสอง จึงเป็นการยากที่จะมีพยานบุคคลรู้เห็นเหตุการณ์ ดังนั้น ในการรับฟังพยานหลักฐานในคดีลักษณะดังกล่าว ผู้พิพากษาจะต้องรับฟังพยานหลักฐานด้วยความระมัดระวัง นอกจากนี้ คดีข่มขืนกระทำชำเราบ่อยครั้งที่เกิดจากผู้เสียหายซึ่งสมัครใจมีเพศสัมพันธ์กับจำเลย แต่กลับแจ้งความดำเนินคดีกับจำเลยเพื่อเรียกร้องค่าเสียหาย เนื่องจากคดีความผิดดังกล่าวบางข้อหาเป็นคดีที่สามารถยอมความกันได้แต่ไม่สามารถตกลงเรื่องค่าเสียหาย จึงต้องดำเนินคดีกับจำเลย ส่งผลให้ผู้เสียหายเบิกความเท็จต่อศาล บิดเบือนข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นเพื่อบีบบังคับจำเลยให้ชดเชยค่าเสียหาย หรืออาจจะเป็นเพราะตัวผู้พิพากษาเองที่มีทัศนคติที่ไม่ดีในแง่ลบต่อผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับเพศ รวมถึงอายุ การศึกษาและประสบการณ์ในการพิจารณาคดีของผู้พิพากษา เป็นต้น

ในคดีอาญามาตรฐานการพิสูจน์ของโจทก์ในการพิสูจน์ว่าจำเลยเป็นผู้กระทำความผิดตามที่โจทก์กล่าวอ้าง เมื่อโจทก์เป็นผู้กล่าวหาว่าจำเลยเป็นผู้กระทำความผิด จึงมีภาระที่ต้องพิสูจน์ความผิดของจำเลยให้ถึงระดับปราศจากข้อสงสัยตามสมควร ในคดีอาญาทุกคดี ดังที่ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 227 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

<sup>7</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7144/2545.

มาตรฐานการพิสูจน์จึงเป็นเรื่องที่สำคัญมากในกฎหมายลักษณะพยานหลักฐานเนื่องจากการที่จะวินิจฉัยชี้ขาดประเด็นแห่งคดี ศาลจะต้องชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานของคู่ความว่าควรเชื่อข้อเท็จจริงไปในทิศทางใดโดยศาลจะต้องนำพยานหลักฐานของคู่ความฝ่ายที่มีภาระการพิสูจน์มาเปรียบเทียบกับมาตรฐานการพิสูจน์ว่าพยานหลักฐานของฝ่ายดังกล่าวนั้นมีน้ำหนักน่าเชื่อถือเกินกว่าระดับมาตรฐานการพิสูจน์ในคดีประเภทนั้นหรือไม่

ดังนั้น หากปราศจากมาตรฐานการพิสูจน์แล้วในการรับฟังพยานหลักฐานของคู่ความเพื่อจะนำไปวินิจฉัยข้อเท็จจริงในประเด็นแห่งคดีก็จะต้องใช้ดุลพินิจของผู้พิพากษาแต่ละท่านซึ่งเป็นผู้วินิจฉัยข้อเท็จจริงเป็นกรณีๆ ไป ในการรับฟังน้ำหนักพยานหลักฐานอันจะทำให้เกิดความคลั่งงวุ่นในทางปฏิบัติ

กฎหมายลักษณะพยานหลักฐานของไทยได้มีการบัญญัติเกี่ยวกับมาตรฐานการพิสูจน์ไว้เพียงมาตรฐานเดียว คือ มาตรฐานการพิสูจน์จนปราศจากเหตุอันควรสงสัย ซึ่งเป็นมาตรฐานการพิสูจน์ของโจทก์ในการพิสูจน์ความผิดของจำเลยในคดีอาญา ซึ่งตรงกับคำว่า (Proof beyond a reasonable doubt) ของระบบกล่าวหา แม้จะเป็นมาตราที่กล่าวถึง อำนาจของศาลในการชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานก็ตาม แต่ในอีกทางหนึ่งเป็นการแสดงหน้าที่ของโจทก์ที่ต้องมีหน้าที่นำสืบก่อน และมีภาระการพิสูจน์ความผิดของจำเลย ปกติในคดีอาญา โจทก์มีภาระการพิสูจน์ตามข้อกล่าวอ้างของตน

การพิสูจน์ในระดับนี้มีใช้กรณีที่เป็นกรณีเปรียบเทียบน้ำหนักพยานหลักฐาน โจทก์และจำเลยดังเช่นคดีแพ่ง พยานหลักฐานที่พิสูจน์ได้เพียงว่า จำเลยอาจกระทำผิดนั้นไม่เพียงพอ โจทก์มีภาระต้องพิสูจน์ให้ศาลแน่ใจว่าจำเลยเป็นผู้กระทำความผิดโดยปราศจากข้อสงสัยตามสมควร ศาลจึงจะลงโทษจำเลยได้ หากศาลเกิดความสงสัยซึ่งต้องเป็นความสงสัยที่เป็นเหตุผลอันสมควรด้วย ศาลก็จะยกประโยชน์แห่งความสงสัยให้จำเลย ภาระการพิสูจน์ของโจทก์เช่นนี้ไม่มีเปลี่ยนแปลงและคงอยู่กับ โจทก์ตลอดการพิจารณาของศาลและเป็นหน้าที่ของโจทก์ในทุกคดีที่ต้องนำสืบว่า จำเลยกระทำความผิดตามคำฟ้องไม่ว่าจำเลยจะสืบพยานหรือไม่ก็ตาม แม้จำเลยจะไม่สืบพยานมาตรฐานการพิสูจน์ของโจทก์ก็ไม่ลดลง ซึ่งศาลต้องพิเคราะห์พยานหลักฐานทั้งปวงที่ปรากฏในการพิจารณาคดีให้เป็นไปตามหลักกฎหมาย หลักความเป็นธรรมชาติของพยานหลักฐานให้สอดคล้องกับเหตุและผลถูกต้องตามหลักวิชาหรือไม่ หรือมีเหตุอันควรสงสัยตามสมควรหรือไม่ เมื่อพยานหลักฐานที่ปรากฏมีความสอดคล้องต้องกันกับหลักกฎหมายและเหตุผลทำให้มีความมั่นใจเชื่อในข้อเท็จจริงนั้นว่าจำเลยได้กระทำความผิดโดยปราศจากเหตุอันควรสงสัยใดๆ ก็ย่อมพิพากษาลงโทษจำเลยในความผิดนั้นได้ คำว่า “ข้อสงสัย” นั้นต้องเป็นข้อสงสัยตามสมควร ไม่ต้องพิสูจน์ถึงขนาดว่าจำเลยเป็นผู้ผิดโดยแน่แท้ ข้อสงสัยต้องมีเหตุมีผลพอสมควรไม่ใช่เป็นข้อสงสัยอันเลื่อน

ลอย หรือคิดแต่เพียงว่ายังมีช่องทางสงฆ์อยู่แต่เป็นความสงฆ์ที่เป็นสาระสำคัญที่คนธรรมดาทั่วไปควรสงฆ์ ถ้าเป็นข้อสงฆ์ที่ห่างไกลต่อเหตุผลไม่เป็นเหตุให้ยกฟ้อง เหตุนี้ถือเป็นหลักการพิสูจน์ในคดีอาญาทั่วไปว่าโจทก์ทำได้อย่างมากก็เพียงพิสูจน์ว่าข้อเท็จจริงตามคำฟ้องเกิดขึ้นก่อนข้างแน่ หรือก่อนข้างจะจริง ที่โจทก์จะต้องนำสืบให้สันสงฆ์ก็เฉพาะแต่ข้อสงฆ์ที่มีเหตุผลตามสมควรเท่านั้น มิฉะนั้นก็จะกลายเป็นว่าสงฆ์อะไรก็ยกประโยชน์แห่งความสงฆ์ให้กับจำเลยทั้งหมด ซึ่งไม่น่าถูกต้องตรงกับหลักวิชาการ ทั้งนี้ จำนวนพยานหลักฐานจะมีมาก หรือน้อยเพียงใด ไม่ใช่สิ่งที่จะนำมาตัดสินความผิด หรือบริสุทธิ์ของจำเลย เนื่องจากศาลจะตัดสินจากความน่าเชื่อถือและความสอดคล้องต้องกันของพยานหลักฐานตามกฎหมายและหลักเหตุผลมากกว่า อย่างไรก็ตาม มาตรา 227 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญานี้ ก็เป็นแต่การบัญญัติถึงมาตรฐานความน่าเชื่อถือ หรือมาตรฐานการพิสูจน์ของโจทก์เท่านั้นหาได้บัญญัติถึงมาตรฐานการพิสูจน์ของจำเลยไม่ การที่ไม่มีกฎหมายบัญญัติถึงเรื่องดังกล่าวอาจเป็นเหตุให้เข้าใจว่าจำเลยไม่มีหน้าที่นำสืบเสียเลย จะมีเพียงการนำสืบหักล้างพยานโจทก์เท่านั้นซึ่งไม่ถูกต้อง จำเลยมีหน้าที่นำสืบตามข้อกล่าวอ้างของตนเอง ฉะนั้นจำเลยจึงต้องพิสูจน์ข้อเท็จจริงให้ถึงระดับมาตรฐานความน่าเชื่อถือเหมือนกัน แต่ระดับความน่าเชื่อถือมีไม่เท่ากรณีของโจทก์เท่านั้น กล่าวคือ จำเลยไม่ต้องพิสูจน์ให้ปราศจากข้ออันควรสงฆ์แต่จะต้องพิสูจน์ให้ศาลเห็นถึงความน่าเชื่อถือ

จากบทบัญญัติแห่งกฎหมายจะเห็นได้ว่า ในคดีอาญาโจทก์จะต้องนำพยานหลักฐานมาพิสูจน์ให้เห็นได้ว่าจำเลยกระทำความผิด โดยจะต้องพิสูจน์ให้ปราศจากข้อสงฆ์ ยกเว้นแต่ในคดีที่จำเลยให้การรับสารภาพซึ่งมีอัตราโทษจำคุกอย่างสูงตั้งแต่ห้าปีขึ้นไป โจทก์นำพยานหลักฐานมาพิสูจน์ให้เห็นว่าจำเลยกระทำความผิดเท่านั้น ไม่ต้องถึงขนาดที่ต้องปราศจากข้อสงฆ์ แต่ต้องเป็นพยานหลักฐานอื่นนอกเหนือจากคำรับสารภาพของจำเลย เว้นแต่จะมีเหตุผลอันหนักแน่น หรือมีพฤติการณ์พิเศษแห่งคดีให้เชื่อได้

ในประเด็นนี้เห็นว่า ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 285/1 มีลักษณะเป็นกฎหมายปิดปากจำเลย บังคับให้จำเลยรับสารภาพ เมื่อประมวลกฎหมายอาญามาตรา 277 วรรคสาม มีระวางโทษจำคุกตั้งแต่เจ็ดปีขึ้นไป ซึ่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตรา 176 เมื่อจำเลยให้การรับสารภาพและมีอัตราโทษอย่างต่ำไว้ให้จำคุกเกินห้าปีขึ้นไป ศาลต้องฟังพยานโจทก์จนกว่าจะพอใจว่าจำเลยได้กระทำความผิดจริง ซึ่งโจทก์จะนำพยานหลักฐานมาพิสูจน์ให้เห็นเพียงว่าจำเลยชำเราเด็กอายุไม่เกินสิบสามปีเท่านั้น ไม่ต้องพิสูจน์ถึงขนาดให้ศาลเห็นว่าขณะจำเลยกระทำชำเราผู้เสียหายนั้นจำเลยย่อมทราบอยู่แล้วว่าผู้เสียหายอายุไม่เกินสิบสามปี จำเลยไม่สามารถนำพยานหลักฐานมาพิสูจน์ได้เลยว่าตนรู้ หรือไม่รู้ว่าคุณเสียหายมีอายุเท่าไร เพราะในปัจจุบันสภาพสังคม และสภาพแวดล้อมเปลี่ยนแปลงไปมาก การแพทย์ล้ำสมัยเด็กสมัยนี้มีลักษณะรูปร่างที่โตสมบุรณ์กว่า

เด็กหญิงในวัยเดียวกัน มีการแต่งหน้า แต่งตัว ผ่าตัดเสริมความงาม หรือทำงานในสถานที่ที่รับเด็กอายุเกินกว่าสิบแปดปีเข้าทำงาน หรือทำงานในสถานที่ที่โจจร เป็นต้น ทำให้จำเลยสามารถสำคัญผิดในเรื่องของอายุก็เป็นไปได้ ซึ่งขัดกับหลักสันนิษฐานว่าบริสุทธิ์ (Presumption of innocence) ดังกล่าว หากให้โอกาสจำเลยในการนำพยานหลักฐานมาพิสูจน์ความบริสุทธิ์ของตนแล้ว ย่อมเป็นสิ่งที่ถูกต้องในการจะลงโทษผู้ต้องหา หรือจำเลยสำหรับการกระทำความผิดดังกล่าวอย่างเหมาะสม เมื่อพิจารณาถึงกฎหมายของประเทศไทยที่ศาลใช้ในการรับฟังพยานหลักฐาน และการชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานแล้ว มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่เป็นการตัดไม่ให้ศาลรับฟังพยานหลักฐานและเมื่อรับฟังพยานหลักฐานดังกล่าวได้แล้ว ก็ให้อำนาจศาลในการชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานดังกล่าวว่ามีน้ำหนักให้น่าเชื่อถือเพียงไร การที่ผู้เสียหายมีรูปร่างสูงใหญ่ตัวโตเกินกว่าเด็กในวัยอายุเดียวกันมาก พุดจาจะฉาน ก็เป็นข้อเท็จจริงที่ทุกคนรวมถึงศาลรับรู้ได้ ผู้ต้องหา หรือจำเลย ต้องหาพยานหลักฐานอื่นมาประกอบพิสูจน์ให้เห็นถึงการไม่รู้ข้อเท็จจริงในเรื่องอายุ เช่น ผู้เสียหายทำงานในสถานที่ที่รับเด็กอายุไม่ต่ำกว่าสิบห้าปีเข้าทำงาน หรือสถานบันเทิงยามค่ำคืนที่ห้ามไม่ให้เด็กอายุต่ำกว่ายี่สิบปี เข้าไปในสถานบันเทิง ไม่ใช่พิสูจน์แต่เพียงว่าผู้เสียหายมีรูปร่างสูงใหญ่ ตัวโต พุดจาจะฉานเพียงเท่านี้ก็เพียงพอแล้วที่ผู้ต้องหา หรือจำเลยไม่รู้ข้อเท็จจริงในอายุของผู้เสียหายได้

#### 4.4 วิเคราะห์เปรียบเทียบปัญหาข้อกฎหมายกฎหมายไทยกับกฎหมายต่างประเทศ

หลักกฎหมายของประเทศอังกฤษ (สหราชอาณาจักร) พบว่า ประเทศอังกฤษได้มีการบัญญัติให้การมีเพศสัมพันธ์กับหญิงที่มีอายุต่ำกว่าสิบสามปีและสิบหกปี ไม่ว่าจะหญิงนั้นจะยินยอมหรือไม่ เป็นการมีเพศสัมพันธ์ที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายและเมื่อได้พิจารณาถึงอายุของหญิงที่มีอายุต่ำกว่าสิบสามปีและสิบหกปีตามลำดับ การมีเพศสัมพันธ์ในกรณีนี้ไม่จำเป็นต้องพิจารณาถึงความยินยอมของหญิง แต่กฎหมายถือว่าการข่มขืนกระทำชำเราโดยบทบัญญัติของกฎหมายและถือว่าการกระทำต้องรับผิดชอบตามหลักความรับผิดโดยเด็ดขาด ไม่สามารถยกความไม่รู้ หรือสำคัญผิดในอายุของผู้เสียหายขึ้นเป็นข้อแก้ตัวได้ ซึ่งพิจารณาได้จากคำวินิจฉัยของศาลสูงอังกฤษที่ได้ยึดหลักว่าอายุเป็นเรื่องไขว่ข้องของการลงโทษทางภาวะวิสัย ลักษณะของความเป็นภาวะวิสัยดังกล่าว คือ โครงสร้างในส่วนขององค์ประกอบตามที่กฎหมายบัญญัติและส่วนของความผิดกฎหมาย ก็ถือว่าผู้กระทำต้องรับผิดชอบโดยเด็ดขาด (Strict liability) มิได้ขึ้นอยู่กับเจตนาของผู้กระทำแต่อย่างใด ไม่ว่าจะผู้กระทำจะรู้ หรือไม่รู้ถึงข้อเท็จจริงในเรื่องอายุของผู้เสียหาย ก็ไม่สามารถยกความไม่รู้ หรือสำคัญผิดขึ้นเป็นข้อแก้ตัวได้เพราะไม่ถือว่าอายุเป็นส่วนหนึ่งขององค์ประกอบความผิด แต่ถ้าหากผู้ถูกกระทำเป็นเด็กที่มีอายุเกินกว่าสิบสามปีขึ้นไป ตามกฎหมายของประเทศอังกฤษนั้นยินยอมให้จำเลยพิสูจน์



ถึงความเชื่อที่ว่าเด็กมีอายุเกินกว่าสิบหกปีโดยการพิสูจน์นั้นต้องเป็นความเชื่ออย่างสมเหตุสมผลตามหลัก Reasonable believe และประเทศอังกฤษยังคุ้มครองในกรณีผู้กระทำความผิดเป็นเด็กและเยาวชนโดยคุ้มครองเด็กที่มีอายุไม่เกินสิบแปดปีหากกระทำความผิดก็จะได้รับโทษเบาลง

จากบทบัญญัติและการวินิจฉัยของศาลสูงประเทศอังกฤษพบว่า ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเด็กหญิงที่มีอายุต่ำกว่าเกณฑ์ที่กำหนด ศาลจะตัดสินให้ชายรับผิดโดยเด็ดขาด ทั้งนี้ โดยให้เหตุผลว่า เนื่องจากการกระทำดังกล่าวเป็นความผิดในตัวเอง ถึงแม้จำเลยจะเข้าใจว่าไม่ผิดกฎหมายแต่ก็รู้ว่าเป็นสิ่งที่ผิด (Not illegal but wrong) นอกจากนั้นแล้วตามทฤษฎีเสี่ยงภัยได้อธิบายว่า การที่ผู้กระทำได้ตัดสินใจทำสิ่งที่กฎหมายบัญญัติเป็นความผิดผู้กระทำย่อมรู้ว่าตนเองไม่มีอำนาจที่จะกระทำ เมื่อกระทำถือว่าตัดสินใจเสี่ยงภัยรับภัยนั้นๆ และต้องรับผิดชอบตามกฎหมายโดยไม่จำเป็นต้องรู้ถึงขนาดว่าภัยที่ตนเสี่ยงนั้นจะให้โทษขั้นหนัก หรือเบา ดังนั้น จึงสามารถสรุปได้ว่าตามกฎหมายของประเทศอังกฤษมีหลักการและแนวคิดว่าอายุของผู้เสียหายเป็นเงื่อนไขการลงโทษทางภาวะวิสัยนั้นก็คือ ผู้กระทำไม่จำเป็นต้องรู้ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับอายุของผู้เสียหาย ดังนั้น เมื่อเกิดกรณีการไม่รู้ หรือสำคัญผิดในอายุของผู้เสียหายศาลลงโทษได้

หลักกฎหมายของประเทศเยอรมนี (สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี) นั้นได้กำหนดเกณฑ์อายุขั้นต่ำของเด็กที่สามารถให้ความยินยอมในการร่วมประเวณีได้คือ อายุสิบสี่ปี ในมาตรา 176 แห่ง The Penal of The German Federal Republic 1871 ซึ่งบัญญัติเรื่องความสำคัญผิดในเรื่องที่สัมผัสไม่ได้โดยกฎหมายบัญญัติไว้เป็นองค์ประกอบของความผิดไว้ไม่สามารถแก้ตัวได้

หลักกฎหมายของประเทศฝรั่งเศส (สาธารณรัฐฝรั่งเศส) นั้นได้ให้ความสำคัญต่อการกระทำความผิดทางเพศต่อเด็กเป็นอย่างมาก คดีการข่มขืนกระทำชำเราตามกฎหมายฝรั่งเศส จัดว่าเป็นความผิดร้ายแรงและกฎหมายให้อายุสิบห้าปีเป็นเกณฑ์สำหรับวินิจฉัยในเรื่องการให้ความยินยอมในการกระทำดังกล่าว จากข้อกำหนดในกฎหมายไม่ต้องคำนึงว่าผู้เยาว์จะเต็มใจหรือไม่หรือไม่ถือเป็นสาระสำคัญ ถ้าเป็นเด็กอายุต่ำกว่าสิบห้าปี ก็ถือว่าผู้กระทำมีความผิดแล้วส่วนเรื่องเจตนาในการกระทำความผิดนั้นต้องปรากฏว่าผู้กระทำได้รู้ถึงข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบความผิดหรือข้อเท็จจริงอันเป็นเหตุที่ทำให้มีโทษหนักขึ้น ถ้าผู้กระทำไม่รู้ยอมแสดงว่าผู้กระทำไม่มีเจตนาที่จะกระทำความผิด ซึ่งหลักการนี้เหมือนกับของประเทศไทย

หลักกฎหมายของประเทศไทยจากการวินิจฉัยเรื่องความไม่รู้ หรือสำคัญผิดในอายุของเด็กผู้เสียหาย ได้กำหนดอายุของเด็กเป็นองค์ประกอบความผิด ซึ่งผู้กระทำจะต้องรู้ถึงอายุของเด็กหากผู้กระทำไม่รู้เท่ากับว่าขาดเจตนากระทำความผิด ซึ่งเมื่อพิเคราะห์ตามโครงสร้างความรับผิดแล้วก็ถูกต้องตามหลักการของกฎหมายที่กำหนดให้อายุเป็นองค์ประกอบความผิดเป็นการปรับใช้กฎหมายอย่างเคร่งครัด อีกทั้งไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้โดยชัดแจ้งว่าต้องรับผิดแม้ไม่มีเจตนา จึงมีผล

เป็นคุณต่อผู้กระทำ ทำให้ผู้กระทำไม่มีความผิดซึ่งแตกต่างไปจากกฎหมายของประเทศอังกฤษที่ตัดสินให้ผู้กระทำชำเราต้องรับผิดโดยเด็ดขาด (Strict liability) ผู้กระทำไม่จำเป็นต้องรู้ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับอายุของผู้เสียหายโดยพิจารณาแต่เพียงว่าการกระทำนั้นเป็นความผิดกฎหมายหรือไม่ หากมีการกระทำทางเพศใดๆ ซึ่งเป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติให้เป็นความผิดแล้ว เมื่อมีการกระทำเกิดขึ้นผู้กระทำต้องรับผิดต่อการกระทำนั้นและกฎหมายอาญาของประเทศไทยก็ไม่ได้มีบทบัญญัติห้ามอ้างการสำคัญผิดในสิ่งที่สัมผัสไม่ได้ขึ้นมาเป็นข้อต่อสู้ตัวอย่างเช่น ประเทศเยอรมนี

ต่อมาประเทศไทยได้เพิ่มเติมกฎหมายอาญามาตรา 285/1 ว่าผู้กระทำชำเราห้ามอ้างความไม่รู้อายุของผู้เสียหายซึ่งเป็นเด็กเพื่อให้พ้นจากความผิดแต่ต้องเป็นกรณีที่กระทำชำเราต่อเด็กที่มีอายุไม่เกินสิบสามปี อันเป็นบทบัญญัติให้ผู้กระทำต้องรับผิดโดยเด็ดขาด แม้จะไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบความผิดศาลก็ลงโทษได้ แต่หากว่าเป็นการกระทำชำเราเด็กอายุเกินกว่าสิบสามปี แต่ไม่เกินสิบห้าปี ตามมาตรา 277 วรรคหนึ่ง โดยเด็กนั้นยินยอมผู้กระทำชำเราก็ดังกล่าวความไม่รู้หรือสำคัญผิดได้อยู่ ซึ่งหากจำเลยได้อ้างว่าความไม่รู้ หรือสำคัญผิดในอายุของผู้เสียหายและหากนำสืบได้จนศาลเชื่อว่าจำเลยไม่รู้ถึงอายุของผู้เสียหายย่อมเป็นเหตุให้จำเลยพ้นจากความรับผิด