เงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัย: ศึกษาอายุผู้เสียหายที่เป็นเด็กในความผิดเกี่ยวกับเพศ

สาวิตรี ภูไชยแสง

DPU

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต
สาขาวิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์
พ.ศ. 2552

OBJECTIVE CONDITIONS FOR PUNISHMENT: REVIEW OF CHILD'S AGE IN SEXUAL OFFENCES

SAWITREE PHUCHAISANG

DPU

A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements

for the Degree of Master of Laws

Department of Law

Graduate School, Dhurakij Pundit University

2009

กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลุล่วงได้ด้วยความกรุณาและอนุเคราะห์อย่างยิ่งจากท่านรองศาสตราจารย์ ดร.สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล ที่ให้ความเมตตารับเป็นอาจารย์ที่ปรึกษา โดยท่านได้สละเวลาอันมีค่ายิ่งช่วยชี้แนะให้ความรู้ คำแนะนำตั้งแต่ผู้เขียนเริ่มทำวิทยานิพนธ์จวบจนสำเร็จสมบูรณ์ จึงขอกราบขอบพระคุณท่านเป็นอย่างสูงที่ให้ความเมตตากรุณาแก่ผู้เขียนตลอดมา

ผู้เขียนกราบขอบพระคุณท่านศาสตราจารย์ ดร.คณิต ณ นคร ที่กรุณารับเป็นประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ ท่านอาจารย์ประธาน จุฬาโรจน์มนตรี รองศาสตราจารย์ ดร.ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ และท่านอาจารย์ชาญเชาวน์ ไชยานุกิจ ที่กรุณารับเป็นกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ ซึ่งอาจารย์ทุกๆท่านได้กรุณาสละเวลาอันมีค่ายิ่งทำการตรวจพิจารณา ให้ความรู้ คำแนะนำในการปรับปรุงแก้ไขวิทยานิพนธ์นี้ให้สมบูรณ์มากยิ่งขึ้น

ผู้เขียนขอกราบขอบคุณในความช่วยเหลือและกำลังใจจากคุณณัฏฐพล จำปาศรี คุณสนธยา โจมกัน คุณพิรดา สุริโย และพี่น้องพ้องเพื่อนนักศึกษากฎหมายอาญา รุ่น 48 ทุกท่านที่คอยเป็นกำลังใจอันสำคัญในการเขียนวิทยานิพนธ์จนสำเร็จลุล่วงไปได้ด้วยดี

สุดท้ายนี้ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณบุคคลที่สำคัญอย่างยิ่งคือคุณพ่อสนิท ภูไชยแสง คุณแม่ประยงค์ ภูไชยแสง และน้องสาวน้องชายของผู้เขียนที่ได้ให้กำลังใจ และสนับสนุนผู้เขียนมาโดยตลอด

หากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีคุณค่าและประโยชน์ต่อการศึกษา ผู้เขียนขอมอบความดีทั้งหมดให้กับบิดา มารดา และครูบาอาจารย์ทุกท่าน ตลอดจนผู้แต่งหนังสือตำราทุกท่านที่ผู้เขียนใช้อ้างอิงในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ แต่หากมีความผิดพลาดและข้อบกพร่องอันเกิดจากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ผู้เขียนขอน้อมรับไว้แต่เพียงผู้เดียว

สาวิตรี ภูไชยแสง

สารบัญ

หน้า

บทคัดย่อภาษาไทย.....ฆ

บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....จ

กิตติกรรมประกาศ.....ฉ

บทที่

1. บทนำ.....1

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา.....1

1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา.....6

1.3 สมมติฐานของการศึกษา.....6

1.4 ขอบเขตของการศึกษา.....6

1.5 วิธีดำเนินการศึกษา.....7

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ.....7

2. แนวคิด ทฤษฎี เกี่ยวกับการคุ้มครองความผิดทางเพศ.....8

2.1 คุณธรรมทางกฎหมาย.....13

2.1.1 ความหมาย.....13

2.1.2 ประเภทของคุณธรรมทางกฎหมาย.....14

2.1.3 ประโยชน์ของคุณธรรมทางกฎหมาย.....15

2.1.4 คุณธรรมทางกฎหมายในความผิดฐานกระทำชำเราเด็ก.....15

2.2 การจำแนกความผิด..... 18

2.2.1 พิจารณาจากลักษณะของการกระทำที่กฎหมายบัญญัติเป็นความผิด.....20

1) องค์ประกอบภายนอก.....20

2) องค์ประกอบภายใน.....21

2.2.2 พิจารณาจากลักษณะขององค์ประกอบ.....22

1) องค์ประกอบในทางรับหรือปฏิเสธ.....22

2) องค์ประกอบในทางอธิบาย.....23

3) องค์ประกอบที่เป็นเงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัย.....24

4) องค์ประกอบที่เป็นเงื่อนไขแห่งการเพิ่มโทษ.....25

สารบัญ(ต่อ)

หน้า

2.3 แนวคิดทฤษฎีเงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัย.....26
2.3.1 การวินิจฉัยโครงสร้างความรับผิดทางอาญา.....27
2.3.2 ความหมายของเงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัย.....30
2.3.3 ความแตกต่างระหว่างเงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัยกับเหตุยกเว้นเฉพาะตัว.....31
2.3.4 เงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัยกับความผิดที่ผู้กระทำต้องรับโทษหนักขึ้นเนื่องจากผล.....32
2.3.5 เงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัยกับเงื่อนไขให้อำนาจดำเนินคดี.....32
2.3.6 ประเภทของเงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัย.....33
2.3.7 การบังคับใช้เงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัย.....35
2.4 แนวคิดของการคุ้มครองสิทธิเด็ก.....35
2.5 การกำหนดเกณฑ์อายุเด็กและผู้เยาว์ซึ่งเป็นผู้เสียหาย.....40
2.5.1 ความผิดซึ่งกำหนดอายุเด็กและผู้เยาว์ซึ่งเป็นผู้เสียหาย.....43
2.5.2 สถานะของเด็กและผู้เยาว์ซึ่งเป็นผู้เสียหายตามกฎหมายไทย..... 45
1) อายุเป็นองค์ประกอบความผิด.....45
2) อายุเป็นองค์ประกอบความผิดที่เป็นเงื่อนไขแห่งการเพิ่มโทษ.....46
3) อายุเป็นเงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัย.....46
3. ความรับผิดฐานกระทำชำเราเด็กของกฎหมายในต่างประเทศ.....48
3.1 ประเทศที่ใช้ระบบจารีตประเพณี (Common Law).....48
3.1.1 ประเทศอังกฤษ.....48
3.1.2 ประเทศสหรัฐอเมริกา.....65
3.2 ประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมาย (Civil Law).....69
3.2.1 ประเทศฝรั่งเศส.....69
3.2.2 ประเทศเยอรมัน.....72
4. ความรับผิดฐานกระทำชำเราเด็กในกฎหมายไทย.....73
4.1 แนวคิด ทฤษฎี ประวัติความเป็นมาเกี่ยวกับความผิดทางเพศ.....73

สารบัญ (ต่อ)

หน้า

4.1.1 แนวคิดทางกฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองความผิดทางเพศตามกฎหมายลักษณะอาญา.....76
4.1.2 แนวคิดทางกฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองความผิดทางเพศตามประมวลกฎหมายอาญา.....78
4.1.3 บทบัญญัติความรับผิดฐานกระทำชำเราเด็กในไทย.....79
4.2 ข้อเท็จจริงในทางคดีเกี่ยวกับการกระทำชำเราเด็ก.....80
4.2.1 ปัญหาเกี่ยวกับพัฒนาการทางร่างกาย.....81
4.2.2 ปัญหาความสำคัญผิดในอายุเด็ก.....82
4.2.3 สภาพปัญหาอันเป็นช่องว่างของกฎหมาย.....83
4.3 วิเคราะห์เปรียบเทียบบทบัญญัติความรับผิดฐานกระทำชำเราเด็กของกฎหมายต่างประเทศกับประเทศไทย.....86
4.4 วิเคราะห์แนวคำพิพากษาฎีกา.....88
4.5 การบัญญัติเงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัยคุ้มครองกรณีความผิดฐานกระทำชำเราเด็ก.....92
4.5.1 ความเห็นทางวิชาการ.....93
4.5.2 ความเห็นทางศาล.....93
5. บทสรุปและเสนอแนะ.....96
5.1 บทสรุป.....96
5.2 ข้อเสนอแนะ.....101
บรรณานุกรม.....103
ประวัติผู้เขียน.....108

หัวข้อวิทยานิพนธ์ เงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัย: ศึกษาอายุเด็กในความผิดเกี่ยวกับเพศ
ชื่อผู้เขียน สาวิตรี ภูไชยแสง
อาจารย์ที่ปรึกษา รองศาสตราจารย์ ดร.สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล
สาขาวิชา นิติศาสตร์
ปีการศึกษา 2552

บทคัดย่อ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษามาตรการทางกฎหมายเพื่อคุ้มครองเด็กและผู้เยาว์ที่ถูกล่วงละเมิดทางเพศ เนื่องจากตามประมวลกฎหมายอาญาของไทยนั้นเมื่อพิจารณาจากถ้อยคำในบทบัญญัติของกฎหมายที่บัญญัติฐานความผิดต่างๆ อายุของเด็กและผู้เยาว์มีสถานะเป็นข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบความผิด ทำให้ผู้กระทำผิดสามารถอ้างความไม่รู้เกี่ยวกับข้อเท็จจริงในอายุหรืออ้างความสำคัญผิดในอายุเด็กและผู้เยาว์ซึ่งเป็นผู้เสียหาย ซึ่งเป็นช่องว่างของกฎหมายทำให้ผู้กระทำความผิดไม่ถูกลงโทษ โดยการศึกษาครั้งนี้ได้รวบรวมทฤษฎีและแนวคิดของนักกฎหมายจากตำรา วารสาร เอกสารวิชาการ รายงานการวิจัย และวิทยานิพนธ์ในประเทศไทยและต่างประเทศ และทำการศึกษาเปรียบเทียบมาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการกระทำความผิดทางเพศต่อเด็กและผู้เยาว์ของประเทศต่างๆ ได้แก่ ประเทศอังกฤษ ประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศเยอรมนีและประเทศฝรั่งเศส แล้วนำข้อมูลเหล่านี้มาวิเคราะห์เพื่อหาแนวทางมาปรับปรุงมาตรการของกฎหมายไทยให้สามารถคุ้มครองเด็กและผู้เยาว์ได้อย่างเด็ดขาด

ผลการศึกษาพบว่าตามประมวลกฎหมายอาญาไทยกำหนดให้อายุเป็นข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบความผิด ซึ่งพิจารณาจากถ้อยคำในบทบัญญัติของกฎหมายและจากคำพิพากษาของศาลฎีกาก็มีความเห็นทำนองเดียวกันว่าอายุเป็นข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบความผิด ผู้กระทำก็ต้องรู้ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับอายุนั้นทำให้จำเลยหรือผู้กระทำความผิดสามารถอ้างความสำคัญผิดในอายุเด็กขึ้นแก่ตัวซึ่งคล้ายกับบทบัญญัติของประเทศฝรั่งเศส ในขณะที่ประเทศอังกฤษและประเทศสหรัฐอเมริกาถือว่าอายุเป็นเงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัย คือผู้กระทำผิดไม่จำเป็นต้องรู้ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับอายุของผู้เสียหายและประเทศเยอรมันซึ่งเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษรแบบไทยก็ไม่ยอมให้ผู้กระทำผิดยกข้ออ้างเกี่ยวกับการสำคัญผิดในอายุขึ้นแก้ตัวให้พ้นผิดได้ ดังนั้นแม้ว่าจะเกิดกรณีสำคัญผิดในอายุศาลก็ลงโทษได้ จะเห็นได้ว่าการที่ถือว่าอายุของผู้เสียหายมีสถานะเป็นเงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัยนั้นทำให้เด็กและผู้เยาว์ได้รับ

การคุ้มครองโดยบทบัญญัติของกฎหมายอย่างเด็ดขาด เพราะโดยเหตุผลการที่ผู้กระทำความผิดได้ละเมิดทางเพศแก่เด็กหรือผู้เยาว์นั้นเป็นเรื่องที่ขัดต่อศีลธรรมและมีความผิดโดยตัวของมันเองอยู่แล้ว ดังนั้นการที่ผู้กระทำจะรู้หรือไม่รู้ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับอายุของผู้ที่ถูกล่วงละเมิดหรือไม่นั้นจึงไม่ใช่เหตุผลที่จะหยิบยกขึ้นมากล่าวอ้างเพื่อให้ตนพ้นผิดได้

ดังนั้นผู้เขียนเห็นว่าหากประมวลกฎหมายอาญาไทยไม่ได้รับการแก้ไขหรือปรับปรุงให้ทันต่อสถานการณ์เกี่ยวกับการกระทำในลักษณะที่เป็นการล่วงละเมิดทางเพศต่อเด็กและผู้เยาว์อาจทำให้อาชญากรรมทางเพศมีปริมาณสูงขึ้น จึงควรทำให้อายุผู้เสียหายในประมวลกฎหมายอาญาไทยมีสถานะเป็นเงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัยเพราะหากอายุเป็นเงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัยแล้วข้อเท็จจริงเกี่ยวกับอายุจะไม่ถูกคลุมโดยเจตนา และปัญหาความสำคัญผิดในอายุจะไม่เกิดขึ้นเลย จะทำให้กฎหมายอาญาไทยมีประสิทธิภาพต่อการคุ้มครองเด็กและผู้เยาว์ได้อย่างเด็ดขาด

DPU

Thesis Title	Objective Conditions for Punishment: Review of Child's Age in Sexual Offences
Author	Sawitree Phuchaisaeng
Advisor	Assoc. Prof Dr. Surasak Likhasitwattanakul
Department	Law
Academic Year	2009

ABSTRACT

This thesis is aimed at studying legal measures for protection of child and minor suffered from sexual harassment as when considering the provisions of the Penal Code of Thailand relating to sex offences, age of child and minor is seen as one of attendant circumstances and hence frequently claimed by the offender for an excuse based on ignorance of fact or mistake of fact of the age of injured child and minor. Therefore, this is a loophole that causes an offender to get away with his offence. This study has reviewed theories and notions of scholars from textbooks, journals, materials, research documents and theses both in Thai and in foreign languages and also performed a comparative study of legal measures concerning sex offences against child and minor in different jurisdictions such as UK, USA, Germany and France in order to find out critical approaches for development of Thai legal measures which can provide absolute protection for child and minor.

Findings from the study indicate that the Thai Penal Code provides that age is one of attendant circumstances which are true when thoroughly considering texts in the provisions and the Supreme Court's judgements which have confirmed similarly that age is one of attendant circumstances and requires that the offender has to recognize such fact concerning age of the injured person. This has been frequently claimed by the accused or the suspect that he had a mistake of fact of the age of child for an excuse. Situation has been the same as in France where French provisions provide the same. On the contrary in UK and USA, age is an objective condition for conviction or punishment, that is, the offender is not required to know the fact about the age of the injured person. In addition, in Germany, civil law country as the same as Thailand does also not allow the offender to raise such an excuse based on mistake of fact of the age.

Therefore, mistake of the fact of the age will not preclude the Court from conviction. It is clear that by taking into account that the age of the injured person is an objective condition for punishment, it has provided child and minor with absolute protection by the provisions of law as sexual harassment against child and minor is the act logically seen as immorality and a wick in itself. Therefore, whether the offender knows about the age of the injured person or not, is not relevant and should not be used as an excuse.

The author is therefore of the view that if the Thai Penal Code has still not been amended or modified to respond to change in circumstances and prevalence of sexual harassment against child and minor, amount of sex crime may increase. It is hence proposed that age of injured person under the Thai Penal Code should be made to be an objective condition for conviction. This will effect that it will not be subject to intention and will make mistake of fact of the age of the injured person irrelevant and the Thai criminal law would provide more effective protection to child and minor.

DPU

บทที่ 1
บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

ปัญหาอาชญากรรมนับเป็นปัญหาสังคมที่สำคัญอย่างยิ่งปัญหาหนึ่งที่อยู่คู่สังคมมนุษย์มาโดยตลอดและทุกสังคมจะต้องประสบกับปัญหานี้ ซึ่งเป็นปัญหาที่เกี่ยวกับความปลอดภัยในชีวิตและทรัพย์สินของผู้คนในสังคมรวมทั้งเป็นสิ่งที่ทำลายสิทธิเสรีภาพของบุคคลโดยอาชญากรรมจะก่อให้เกิดความสูญเสียทั้งในด้านทรัพย์สินเงินทอง ชีวิตร่างกาย และความสุขของมนุษย์ ไม่มีสังคมใดที่ปราศจากอาชญากรรมเพราะอาชญากรรมเป็นปัจจัยหนึ่งของสังคม จึงไม่ปรากฏว่ามีสังคมใดที่ปราบอาชญากรรมให้สงบราบคาบลงได้ เพียงแต่สามารถควบคุมอาชญากรรมให้อยู่ในขอบเขตจำกัด มิให้เป็นเชื้อร้ายที่แพร่กระจายมากอันจะก่อให้เกิดอันตรายร้ายแรงต่อสังคมยิ่งขึ้นนั้น ด้วยเหตุนี้ระบบงานยุติธรรมจึงเกิดขึ้นเพื่อเป็นเครื่องมืออย่างหนึ่งของสังคม ทั้งนี้เพื่อป้องกันการประทุษร้ายต่อบุคคลและต่อสังคม หรือเพื่อป้องกันอาชญากรรมนั้นเอง ระบบงานยุติธรรมดำเนินการโดยการจับกุม การสืบสวนสอบสวน การฟ้องร้อง การพิจารณาความผิด การตัดสินความผิด การตัดสินโทษ และการลงโทษแก่ผู้ละเมิดกฎหมายพื้นฐานของสังคม ซึ่งประกอบไปด้วยองค์กรสำคัญๆคือ ตำรวจ อัยการ ศาล และราชทัณฑ์

การข่มขืนกระทำชำเรา ก็ถือเป็นอาชญากรรมอย่างหนึ่งซึ่งเกิดขึ้นมากในสังคมและส่งผลกระทบต่อสังคมเป็นอย่างมาก เป็นอาชญากรรมที่กระทำต่อบุคคลอย่างรุนแรง และก่อให้เกิดผลกระทบอย่างรุนแรง ทั้งต่อร่างกายและจิตใจของเด็กผู้ตกเป็นเหยื่อของการกระทำและต่อครอบครัวของเด็กผู้นั้นรวมทั้งส่งผลกระทบต่อสวัสดิภาพและการดำเนินชีวิตของเด็กในสังคมอีกด้วย

ในสภาพสังคมปัจจุบันนี้ ปัญหาการล่วงละเมิดทางเพศเด็กและผู้เยาว์นับเป็นปัญหาสำคัญประการหนึ่งที่ควรได้รับการแก้ไขในลำดับต้น ๆ เพราะนับวันมีแต่จะทวีความรุนแรงขึ้นเรื่อย ๆ ส่วนหนึ่งของปัญหาสืบเนื่องมาจากสภาพสังคม ค่านิยมและสิ่งแวดล้อมที่เปลี่ยนแปลงไป อีกทั้งศีลธรรมและจริยธรรมของคนในสังคมก็เสื่อมถอยลง ดังนั้นการให้ความคุ้มครองแก่เด็กและผู้เยาว์จึงเป็นเรื่องสำคัญอย่างมากเนื่องจากวัยเด็กและช่วงวัยรุ่นเป็นช่วงวัยที่สำคัญต่อการเรียนรู้และ

พัฒนาการเพื่อเติบโตขึ้นเป็นผู้ใหญ่ที่สมบูรณ์พร้อมทั้งด้านร่างกายและจิตใจ เด็กและผู้เยาว์จึงควรได้รับการคุ้มครองอย่างเด็ดขาด เพื่อมิให้สัมผัสกับเรื่องทางเพศในช่วงวัยอันไม่ควร

ซึ่งในปัจจุบันกฎหมายได้บัญญัติคุ้มครองเด็กไว้เป็นกรณีพิเศษกล่าวคือได้กำหนดอายุขั้นต่ำของเด็กที่สามารถให้ความยินยอมในการร่วมประเวณี คือต้องเป็นเด็กที่มีอายุเกิน 15 ปี โดยคำนึงถึงว่าเด็กที่อายุต่ำกว่า 15 ปี ยังไม่รู้เดียงสาเกี่ยวกับการร่วมประเวณี โดยเห็นได้จากบทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277 วรรคแรก ซึ่งบัญญัติให้ผู้ที่ร่วมประเวณีกับเด็กที่มีอายุต่ำกว่า 15 ปี มีความผิดฐานกระทำชำเรา

โดยคุณธรรมทางกฎหมายของความผิดฐานนี้ประสงค์ที่จะ “คุ้มครองความบริสุทธิ์ในทางเพศของเด็ก”

ในการให้ความคุ้มครองแก่เด็กและผู้เยาว์จากการล่วงละเมิดทางเพศนั้น กฎหมายอาญานับว่ามีบทบาทสำคัญเป็นอย่างยิ่ง ดังจะเห็นได้จากประมวลกฎหมายอาญาของไทยที่ใช้อยู่ในปัจจุบันมีบทบัญญัติหลายมาตราที่มุ่งคุ้มครองเด็กและผู้เยาว์เป็นพิเศษ ได้แก่ บทบัญญัติที่กำหนดลักษณะความผิดเกี่ยวกับเพศ เช่น ความผิดฐานกระทำชำเรา ฐานกระทำอนาจาร เป็นต้น อีกทั้งยังมีลักษณะความผิดเกี่ยวกับเสรีภาพ เช่น ความผิดฐานพรากเด็ก พรากผู้เยาว์ เป็นต้น ดังนั้น เมื่อเกิดกรณีที่เด็กและผู้เยาว์ไม่ได้รับความคุ้มครอง เช่น ไม่มีกฎหมายบัญญัติให้การละเมิดทางเพศในลักษณะนั้น ๆ เป็นความผิด หรือกฎหมายมีอยู่แต่ไม่สามารถลงโทษผู้กระทำผิดได้ ดังนี้ย่อมเกิดเป็นคำถามตามมาว่ากฎหมายอาญาที่ “มีอยู่” และ “ใช้บังคับอยู่” ในขณะนี้มีข้อจำกัดประการใดจึงไม่อาจให้ความคุ้มครองเด็กและผู้เยาว์ได้อย่างเด็ดขาด ซึ่งปัญหาในกฎหมายอาญาประการหนึ่งที่เป็นปัจจัยสำคัญอันทำให้กฎหมายอาญาไม่อาจคุ้มครองเด็กและผู้เยาว์จากการละเมิดทางเพศได้อย่างเด็ดขาด นั้นคือปัญหาความสำคัญผิดในอายุของผู้เสียหาย ดังตัวอย่าง เช่น คำพิพากษาฎีกาที่ 6405/2539 ซึ่งเป็นเรื่องที่จำเลยกระทำชำเราผู้เสียหายอายุ 14 ปี 4 เดือน โดยผู้เสียหายยินยอม แต่จำเลยสำคัญผิดว่าผู้เสียหายอายุ 17 ปี ข้อเท็จจริงที่จำเลยนำสืบคือ ผู้เสียหายมีรูปร่างใหญ่ ตัวสูงเท่าจำเลย พูดจาฉะฉานเหมือนผู้ใหญ่ อีกทั้งทำงานที่โรงงานผลไม้กระป๋อง ซึ่งจะรับคนอายุ 17 ปีขึ้นไปเท่านั้นเข้าทำงาน จำเลยนำสืบได้ชัดเจนและศาลเชื่อตามที่จำเลยเข้าใจผิดคิดว่าผู้เสียหายอายุ 17 ปี ในเรื่องนี้ศาลฎีกาวินิจฉัยว่าเท่ากับจำเลยไม่รู้ข้อเท็จจริงว่าผู้เสียหายอายุไม่เกิน 15 ปี ซึ่งเป็นข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิดตามประมวลกฎหมาอาญามาตรา 277 วรรคแรก ถือว่าจำเลยไม่มีเจตนากระทำความผิดตามหลักในประมวลกฎหมายอาญามาตรา 59 วรรคสาม เพราะหญิงอายุไม่เกิน 15 ปี เป็นองค์ประกอบภายนอกของความผิดตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 277 และศาลเชื่อตามที่จำเลยไม่รู้ ก็ต้องถือว่าขาดเจตนาเนื่องจากจำเลยไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบภายนอก จำเลยจึงไม่มีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา

277 เพราะขาดเจตนา จากคำพิพากษาฎีกานี้จะเห็นได้ว่าความสำคัญผิดในอายุของผู้เสียหายทำให้จำเลยไม่มีความผิด ซึ่งก็เป็นไปตามหลักที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญามาตรา 59 วรรคสามนั่นเอง ดังนี้ย่อมเห็นได้ว่าปัญหาความสำคัญผิดในอายุทำให้ผู้เสียหายไม่ได้รับความคุ้มครองอย่างเด็ดขาด เพราะมีผลให้จำเลยไม่ต้องรับผิดในการกระทำของตนเอง

นอกจากนั้นแล้วยังมีคำพิพากษาฎีกาที่ 5176/2538 ผู้เสียหายคือเด็กหญิงมะปราง ศิริแตง มีอายุ 14 ปี 5 เดือน จำเลยอ้างสำคัญผิดในเรื่องอายุของผู้เสียหายว่าเข้าใจว่าผู้เสียหายมีอายุ 18 ปี ศาลพิพากษาว่า จำเลยไม่มีความผิดฐานกระทำชำเราเด็กหญิง ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 277 เนื่องจากอายุของผู้เสียหายเป็นองค์ประกอบของความผิด จึงเป็นข้อเท็จจริงที่ว่าผู้กระทำผิดได้รู้หรือไม่ การรู้หรือไม่รู้ข้อเท็จจริงในเรื่องอายุ จึงสามารถยกขึ้นอ้างได้ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 62 วรรคหนึ่ง

ปัญหาเรื่องความสำคัญผิดในอายุเด็กนั้นไม่ได้เกิดขึ้นเฉพาะในความผิดฐานกระทำชำเราเท่านั้นแต่ยังเกิดขึ้นในความผิดฐานอื่นด้วยเช่น คำพิพากษาฎีกาที่ 6419/2537 ซึ่งเป็นเรื่องที่โจทก์ฟ้องขอให้ลงโทษจำเลยฐานพรากผู้เยาว์อายุไม่เกิน 15 ปี ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 317 แต่เนื่องจากผู้เสียหายมีรูปร่างสมบูรณ์กว่าเด็กปกติทั่วไปดูแล้วเท่ากับเด็กอายุ17–18 ปี และจำเลยก็สำคัญผิดว่าผู้เสียหายมีอายุ 17–18 ปี และตามข้อเท็จจริงได้ความว่าผู้เสียหายเต็มใจไปกับจำเลย ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า จำเลยไม่มีความผิดฐานพรากผู้เยาว์อายุไม่เกิน 15 ปี ตาม ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 317 แต่จำเลยยังคงมีความผิดฐานพรากผู้เยาว์อายุเกินกว่า 15 ปีแต่ไม่เกิน 18 ปี โดยผู้เยาว์เต็มใจไปด้วยตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 319 ประกอบมาตรา 62 วรรคแรก

จากคำพิพากษาฎีกาข้างต้นนี้ มีประเด็นที่น่าพิจารณาคือ จำเลยถูกฟ้องฐานพรากผู้เยาว์อายุไม่เกิน 15 ปีตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 317 แต่ด้วยเหตุที่จำเลยสำคัญผิดว่าผู้เสียหายอายุ 17–18 ปี จำเลยจึงมีความผิดฐานพรากผู้เยาว์อายุเกินกว่า 15 ปีแต่ไม่เกิน18 ปี ตามมาตรา 319 จะเห็นได้ว่าจำเลยต้องรับผิดตามมาตรา 319 ทั้งที่การกระทำของจำเลยไม่ครบองค์ประกอบภายนอกตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 319 เนื่องจากข้อเท็จจริงคือเด็กหญิงผู้เสียหายอายุไม่เกิน 15 ปี แต่องค์ประกอบภายนอกตามมาตรา 319 นั้น ผู้เสียหายจะต้องอายุเกินกว่า 15 ปีแต่ไม่เกิน 18 ปี ดังนั้นเมื่อการกระทำของจำเลยไม่ครบองค์ประกอบภายนอกตามมาตรา 319 จำเลยจะมีความผิดตามมาตรา 319 ได้อย่างไร ซึ่งตรงนี้เป็นปัญหาช่องว่างของกฎหมายที่ศาลฎีกาพยายามจะอุดช่องว่างดังกล่าว แต่ก็ไม่เป็นไปตามหลักในการพิจารณาความรับผิดของจำเลย

เห็นว่าความผิดฐานพรากผู้เยาว์เป็นกรณีที่กฎหมายบัญญัติเพื่อที่จะให้อำนาจการปกครอง เนื่องจากคุณธรรมทางกำหมายของความผิดฐานนี้คือ“ สิทธิ์ที่จะให้การศึกษาอบรมและดูแล” ของบิดามารดา ผู้ปกครองหรือผู้ดูแล[1]

และความผิดฐานพรากเด็กเป็นความผิดที่กระทำต่อบิดามารดา ผู้ปกครอง ผู้ดูแลเด็กจึงเป็นผู้ร่วมกระทำผิดในกรณีจำเป็น[2]และเมื่อมีการกล่าวอ้างความสำคัญผิดในอายุได้ ทำให้บทบัญญัติความผิดฐานนี้ไม่สามารถบังคับใช้ได้อย่างมีประสิทธิภาพ

ยิ่งไปกว่านั้นยังมีข้อเท็จจริงปรากฏตามคำพิพากษาฎีกาที่ 6632/2540 ว่าจำเลยยกเอาความสำคัญผิดในอายุของผู้เสียหายมาเป็นข้อแก้ตัวในชั้นฎีกาทั้งที่ในศาลชั้นต้นและชั้นอุทธรณ์จำเลยไม่ได้ยกข้อเท็จจริงนี้ขึ้นมาต่อสู้เลย ทำให้ศาลฎีกาไม่รับฟังข้อเท็จจริงนี้ ทั้งนี้ ถ้าเหตุการณ์เป็นว่าจำเลยมีเจตนาที่จะกระทำผิดกฎหมายเพราะรู้และเห็นอยู่ว่าเด็กหรือผู้เยาว์ซึ่งเป็นผู้เสียหายนั้นโตเกินวัยและได้ยกเอาความสำคัญผิดนั้นขึ้นต่อสู้มาตั้งแต่ในศาลชั้นต้น ผลที่ออกมาก็จะเป็นช่องว่างของกฎหมายให้ผู้กระทำผิดฉกฉวยเอาประโยชน์ได้

เนื่องจากสภาวะการเจริญการเติบโตของเด็กในปัจจุบัน โดยทั่วไปมีการเจริญการเติบโตเร็ว ทำให้เมื่อมองจากรูปร่างภายนอกของแล้วไม่สามารถคาดคะเนได้ว่าเด็กนั้นมีอายุเท่าใด เช่น เด็กหญิงที่มีอายุ 13 ปี อาจมีรูปร่างภายนอกคล้ายกับหญิงที่มีอายุ 17 ปี ก็เป็นไปได้หรือเด็กชายที่อายุ 14 ปีอาจมีรูปร่างภายนอกคล้ายเด็ก 16 ปีก็เป็นได้

ซึ่งเป็นปัญหาในการวินิจฉัยความผิดอาญากล่าวคืออายุของเด็กไม่เกิน 15 ปี เป็นข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิดหรือไม่ เนื่องจากถ้อยคำที่กฎหมายบัญญัติส่วนใดเป็นองค์ประกอบภายนอกมีผลต่อการวินิจฉัยความผิด เพราะข้อเท็จจริงที่กฎหมายบัญญัติให้เป็นความผิดนั้นผู้กระทำความผิดต้องรู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิดอันเป็นส่วนหนึ่งขององค์ประกอบภายในซึ่งเป็นส่วนด้านจิตใจและยากต่อการค้นหาความจริง เพราะองค์ประกอบภายในเป็นส่วนที่มีการแปรผันไปได้ง่ายโดยอาจมีปัจจัยหลายอย่างเข้ามาเกี่ยวข้องและการวินิจฉัยว่าการกระทำนั้นว่าเป็นความผิดหรือไม่ต้องวินิจฉัยองค์ประกอบของกฎหมายก่อน เพราะถ้าไม่เข้าองค์ประกอบทางกฎหมายก็ไม่จำเป็นต้องวินิจฉัยองค์ประกอบข้ออื่นๆอีก

เมื่อเป็นเช่นนี้ก็ทำให้ผู้กระทำความผิดหรือจำเลยยกเหตุสำคัญผิดในข้อเท็จจริงในเรื่องอายุของเด็กขึ้นเป็นข้อต่อสู้คดี เพราะว่าอายุขั้นต่ำของเด็กที่กฎหมายกำหนดนั้นเป็นข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิด ซึ่งหากจำเลยอ้างความสำคัญผิดตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา

---

[1] คณิต ณ นคร ก (2545). **กฎหมายอาญาภาคความผิด**. หน้า 163.

[2] คณิต ณ นคร ข (2547). **กฎหมายอาญาภาคทั่วไป**. หน้า 307.

62 วรรคแรก ก็จะเป็นผลให้จำเลยไม่มีความผิดฐานกระทำชำเรา ด้วยเหตุนี้ทำให้หลายคดีศาลมีคำพิพากษายกฟ้องโจทก์

ซึ่งหากว่าเป็นเช่นนี้ก็เป็นสิ่งที่แสดงให้เห็นได้ว่าจุดมุ่งหมายที่กฎหมายมุ่งคุ้มครองเด็กตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 277 วรรคแรก นั้นใช้บังคับไม่ตรงตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย เพราะการบัญญัติตัวบทกฎหมายอาญานั้นเป็นการบัญญัติจาก “ปทัสถาน” ซึ่งมาจาก “คุณธรรมทางกฎหมาย”

โดยการบัญญัติกฎหมายแต่ละฐานความผิด ซึ่งในความผิดฐานกระทำชำเราเด็กตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 277[3] วรรคแรก ก็มีคุณธรรมทางกฎหมายแฝงไว้เช่นกันซึ่งก็คือ “คุ้มครองความบริสุทธิ์ทางเพศของเด็ก” ดังที่ได้กล่าวมาแล้ว ดังนั้นจึงควรที่จะต้องมีการแก้ไขกฎหมายเกี่ยวกับความผิดฐานกระทำชำเรา เพื่อให้มีประสิทธิภาพสอดคล้องกับสภาพปัญหา และสามารถคุ้มครองป้องกันและปรามปราบการกระทำความผิดฐานกระทำชำเราเด็กได้จริงตามจุดประสงค์ของกฎหมาย

ความผิดอาญาของฐานความผิดอาจมีข้อเท็จจริงที่ไม่ใช่องค์ประกอบความผิด แต่การจะลงโทษตามฐานความผิดนั้นได้ต้องขึ้นอยู่กับการเกิดขึ้นและมีอยู่ของข้อเท็จจริงนั้นๆ ซึ่งไม่เกี่ยวกับเจตนา ประมาท หรือความสำคัญผิดของผู้กระทำความผิดแต่เป็นเหตุผลของผู้ร่างกฎหมายที่เห็นว่าการกระทำเช่นนั้นสมควรถูกลงโทษซึ่งเรียกว่า “เงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัย” เช่น ในความผิดตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 130 มีข้อความที่ว่า “ซึ่งมีสัมพันธไมตรี” โดยข้อเท็จจริงนั้นมิใช่ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิด เนื่องจากถ้าเป็นข้อเท็จจริงที่ผู้กระทำต้องรู้ ผู้กระทำความผิดตามมาตรานี้ แต่อาจจะมีความผิดฐานทำร้ายร่างกายตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 295 หรือตามมาตรา 309 ซึ่งมีอัตราโทษเบากว่ามาตรา 130 และจะทำให้คุณธรรมทางกฎหมายของประมวลกฎหมายอาญามาตรา 130 ไม่ได้รับการคุ้มครองตามเจตนารมณ์ของกฎหมายอาญา[4]

จากตัวอย่างคำพิพากษาศาลฎีกาดังกล่าวมาแล้วข้างต้น ย่อมเห็นได้ว่าปัญหาความสำคัญผิดในอายุของผู้เสียหาย เป็นปัญหาสำคัญที่ควรได้รับการพิจารณาและแก้ไข เพื่อมิให้ผู้กระทำผิดหลุดรอดจากการต้องรับผิดตามกฎหมาย โดยการอาศัยช่องว่างจากบทบัญญัติของกฎหมาย เพราะโดยเหตุผลของเรื่องแล้วเป็นความไม่ชอบอย่างยิ่งที่ผู้กระทำจะไปล่วงละเมิดทางเพศแก่เด็กและผู้เยาว์ซึ่งเป็นวัยที่ไม่อาจให้ความคุ้มครองตนเองได้ ด้วยเหตุนี้กฎหมายอาญาจึงควรมีบทบาทที่สำคัญยิ่งในการให้ความคุ้มครองเด็กและผู้เยาว์ เพื่อป้องกันมิให้บุคคลใดมากระทำการ

---

[3] พิชัย ชัยธรรมรงค์กุล. (2550). **เงื่อนไขการลงโทษทางภาวะวิสัย.** หน้า 2.

[4] แหล่งเดิม.

ล่วงละเมิดได้หรือหากมีผู้ฝ่าฝืน กฎหมายอาญาก็มีบทลงโทษที่สามารถเอาผิดและลงโทษผู้กระทำได้อย่างเด็ดขาด

ดังที่กล่าวมาข้างต้น ผู้เขียนเห็นว่าปัญหาถ้อยคำที่ว่า "อายุไม่เกิน 15 ปี" ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 277 วรรคแรกนั้น เป็นเรื่องที่จะต้องแก้ไขโดยนำแนวคิดเกี่ยวกับเรื่อง "เงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัย" มาประกอบการวินิจฉัยความรับผิดเพื่อบังคับกฎหมายอาญาว่าด้วยมาตราดังกล่าวให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย

1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา

1.2.1 เพื่อศึกษาถึงสภาพปัญหาและข้อบกพร่องของมาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับความผิดฐานกระทำชำเราเด็กที่ใช้บังคับในปัจจุบัน

1.2.2 เพื่อศึกษาถึงมาตรการทางกฎหมายในความผิดฐานกระทำชำเราเด็กที่ใช้บังคับในประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศอังกฤษ ประเทศฝรั่งเศส และประเทศเยอรมัน

1.2.3 เพื่อศึกษาถึงมาตรการทางกฎหมายที่เหมาะสมและมีประสิทธิภาพในการป้องกันและปราบปราม ผู้กระทำความผิดฐานกระทำชำเราเด็ก

1.3 สมมติฐานของศึกษา

บทบัญญัติของกฎหมายในความผิดฐานกระทำชำเราเด็กในมาตรา 277 วรรคแรกที่ใช้บังคับในปัจจุบันยังไม่มีประสิทธิภาพเพียงพอที่จะนำตัวผู้กระทำความผิดฐานกระทำชำเรามาลงโทษได้ เนื่องจากอายุเด็กของผู้เสียหายเป็นส่วนหนึ่งขององค์ประกอบความผิด ทำให้ผู้กระทำความผิด มักจะอ้างสำคัญผิดในข้อเท็จจริงในเรื่องอายุของเด็กเป็นข้อต่อสู้คดี ซึ่งเป็นผลให้หลายคดีศาลยกฟ้องโจทก์ แสดงให้เห็นว่าจุดมุ่งหมายที่กฎหมายมุ่งคุ้มครองเด็กตามมาตรา 277 วรรคแรกนั้นไม่สามารถใช้บังคับได้อย่างมีประสิทธิภาพอย่างที่ควรจะเป็น ซึ่งสมควรที่จะต้องปรับปรุงแก้ไขกฎหมายให้สอดคล้องกับสภาพปัญหาในปัจจุบัน โดยการบัญญัติ "เงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัย" มาบังคับใช้ในกรณีการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศต่อเด็ก

1.4 ขอบเขตของการศึกษา

1.4.1 การศึกษาวิจัยนี้จะศึกษาถึงสภาพปัญหาและการบังคับใช้กฎหมายในความผิดฐานกระทำชำเรา ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 277 วรรคแรก

1.4.2 ศึกษาถึงมาตรการทางกฎหมายที่ใช้บังคับเกี่ยวกับความผิดฐานกระทำชำเราเด็กในประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศอังกฤษ ประเทศฝรั่งเศส และประเทศเยอรมัน

1.4.3 ศึกษาถึงความหมาย หลักเกณฑ์ การบังคับใช้บทบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับเงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัย

1.5 วิธีดำเนินการศึกษา

การศึกษาวิจัยฉบับนี้เป็นการศึกษาค้นคว้าวิธีการวิจัยเอกสาร (Documentary Research) ไม่ว่าจะเป็น บทบัญญัติของกฎหมาย ตำราทางวิชาการ วิทยานิพนธ์ วารสารกฎหมาย แนวคำพิพากษา และเอกสารอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง ทั้งภายในประเทศและต่างประเทศ มาศึกษาเปรียบเทียบเพื่อเป็นแนวทางในการศึกษาวิจัยฉบับนี้

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1.6.1 ทำให้ทราบถึงสภาพปัญหา และข้อบกพร่องของมาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับความผิดฐานกระทำชำเราเด็กที่ใช้บังคับในปัจจุบัน

1.6.2 ทำให้ทราบถึงมาตรการทางกฎหมายในความผิดฐานกระทำชำเราเด็กที่ใช้บังคับในประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศอังกฤษ ประเทศฝรั่งเศส และประเทศเยอรมัน

1.6.3 ทำให้ทราบถึงแนวทางในการแก้ไขปรับปรุงกฎหมายในความผิดฐานกระทำชำเราเด็กให้มีประสิทธิภาพได้ดียิ่งขึ้น

บทที่ 2
แนวคิด ทฤษฎี เกี่ยวกับการคุ้มครองความผิดทางเพศ

ในทางสังคมวิทยาแล้ว การกระทำความผิดเกี่ยวกับทางเพศอย่างเช่น การข่มขืนกระทำชำเรา (Rape) เป็นพฤติกรรมที่บังคับให้อีกฝ่ายหนึ่งมีความสัมพันธ์ทางเพศกับตน ผู้ที่ชอบข่มขืน (Rapist) มักจะเป็นผู้ที่มีความผิดปกติทางด้านอารมณ์และจิตใจ ซึ่งผู้หญิงที่ถูกข่มขืนไม่เพียงแต่ล่วงละเมิดทางร่างกายเท่านั้น แต่ยังเป็นการลดคุณค่าทางสตรีเพศ เป็นการทำลายศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์อีกด้วย เป็นการกระทำความผิดที่สามารถวิเคราะห์ได้หลายแง่มุม กล่าวคือ มุมมองในแง่กฎหมาย พฤติกรรมนี้ถูกจัดว่าเป็นอาชญากรรม อันเป็นความผิดเกี่ยวกับเพศ ผู้กระทำต้องได้รับโทษอาญาในแง่ของจิตวิทยา จัดว่าเป็น พฤติกรรมทางเพศของบุคคลที่ผิดปกติ และสะท้อนถึงความบกพร่องของบุคคลทางเพศและจิตใจ[1]

การกระทำใดจะเป็นความผิดหรือได้รับการคุ้มครองจากรัฐ การกระทำนั้นต้องได้รับการบัญญัติรับรองทางกฎหมาย กล่าวคือ มีการบัญญัติเป็นกฎหมายว่าการกระทำนั้นเป็นความผิดและกฎหมายกำหนดให้ผู้กระทำผิดต้องได้รับโทษทางอาญา[2] จากรัฐ เพื่อเป็นการคุ้มครองเสรีภาพของการอยู่ร่วมกันของคนในรัฐ เพราะการกระทำที่เป็นความผิดอาญาเป็นกระทำที่กระทบกระเทือนการอยู่ร่วมกัน ซึ่งรัฐมีหน้าที่ต้องดูแลและให้ความคุ้มครองบุคคล ที่ตกเป็นเหยื่อของการกระทำความผิดอาญา หรือตกเป็นผู้เสียหายในคดีอาญา (injured person) โดยถือว่าเป็นประธานแห่งสิทธิในสิ่งกฎหมายประสงค์จะคุ้มครอง โดยหลักการแล้วบุคลที่เป็นเจ้าของสิทธิย่อมเป็นผู้เสียหายเว้นเสียแต่กฎหมายจะได้บัญญัติไว้เป็นประการหนึ่ง

ความหมายของ “ผู้เสียหาย” ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตรา 2(4) ได้ให้คำนิยามว่า “ผู้เสียหาย” หมายความถึงบุคคลผู้ได้รับความเสียหายเนื่องจากการกระทำความผิดฐานใดฐานหนึ่ง รวมทั้งบุคคลอื่นที่มีอำนาจจัดการแทน ดังบัญญัติไว้ในมาตรา 4,5 และมาตรา 6 หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง ผู้เสียหายในคดีอาญา หมายความถึงผู้เสียหายตามนิยาม ของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 2 (4) และบุคคลอื่นตามที่กฎหมายบัญญัติไว้

---

[1] สุชีรา ตันชัยนันท์. (2535). **ข่มขืน : ปัญหาความรุนแรงทางเพศ.** หน้า 15.

[2] ตามหลักประกันในกฎหมายอาญาที่ว่าไม่มีกฎหมาย ไม่มีความผิด ไม่มีโทษ (Nultullum Crime, Nulla Poena Sine lege).

จะเห็นได้ว่าผู้เสียหายมาตรา 2 (4) ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาแยกได้เป็น 2 ประเภท คือ

1. ผู้เสียหายโดยตรง หรือผู้เสียหายที่แท้จริงตามมาตรา 2 (4)
2. ผู้มีอำนาจจัดการแทนผู้เสียหายที่แท้จริงตามมาตรา 4,5 และ 6

ศาลฎีกาได้ตีความผู้เสียหายตามกฎหมาย คือ “ผู้เสียหายโดยนิตินัย” ผู้ได้รับผลกระทบจากความผิดทางอาญาในฐานนั้น โดยตรง การพิจารณาว่าผู้ใดเป็นผู้เสียหายที่แท้จริงต้องประกอบไปด้วยหลักเกณฑ์ 3 ประการ[5]

ประการแรกคือ ได้มีความผิดอาญาฐานใดฐานหนึ่งเกิดขึ้น

ประการที่สองคือ บุคคลนั้นเป็นผู้ได้รับความเสียหายจากการกระทำความผิดนั้นโดยตรง

ประการที่สามคือ บุคคลนั้นเป็นผู้เสียหายโดยนิตินัย

“ผู้เสียหายโดยนิตินัย” ตามแนวคำพิพากษาฎีกา หมายถึง ผู้ที่ไม่ได้ร่วมกระทำผิดหรือผู้ใช้ให้กระทำผิด ไม่ได้รู้เห็นยินยอมหรือสนับสนุนในการกระทำผิดนั้น

ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตรา 2 (4) ได้กำหนดให้ผู้ที่ได้รับความเสียหายจาการกระทำความผิดอาญาใช้สิทธิอาญาใช้สิทธิดำเนินการการแจ้งความร้องทุกข์กับพนักงานสอบสวนเพื่อดำเนินคดีกับผูกระทำผิด โดยผ่านกระบวนการยุติธรรมและนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษ

ความผิดเกี่ยวกับเพศ คือ ความผิดอันมีลักษณะตามที่ประมวลกฎหมายอาญาลักษณะ 9[3] บัญญัติไว้ว่าเป็นความผิด ซึ่งมีทั้งความผิดที่กระทบต่อเสรีภาพในทางเพศ กล่าวคือ เสรีภาพ

การกำหนดเพศสัมพันธ์ในทางเพศด้วยตนเองของบุคคล และความผิดเกี่ยวกับการขูดรีดในทางเพศรวมตลอดถึงความผิดเกี่ยวกับการยอมรับในการรับรู้เกี่ยวกับเพศ[4]

ผู้กระทำผิดกฎหมายมิได้จำกัดว่าเป็นเพศใด เพราะกฎหมายบัญญัติว่า “ผู้ใด” ฉะนั้นผู้กระทำความผิดจึงเป็นได้ทั้งชายและหญิงผู้กระทำก็เช่นเดียวกันกฎหมายให้ความคุ้มครองทั้งชายและหญิง มีเฉพาะบางกรณีที่กฎหมายให้คุ้มครองเฉพาะเพศเด็ก อย่างความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามมาตรา 277 โดยมีอายุของผู้เสียหายมาเป็นเงื่อนไขของการกำหนดอัตราโทษ และการลงโทษ

---

[3] ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 ถึง 287.

[4] คณิต ณ นคร ก เล่มเดิม. หน้า 226.

ดังนั้น หากจะพิจารณาความรับผิดในคดีความผิดทางเพศ บุคคลที่จะเป็นผู้เสียหายในคดีอาญาได้นั้น ในประมวลกฎหมายอาญาในลักษณะ 9 ได้บัญญัติลักษณะของกระทำที่ผิดกฎหมายให้ความคุ้มครองว่าเป็นความผิดเกี่ยวกับเพศ โดยระบุลักษณะของการกระทำไว้ในแต่ละฐานความผิด แบ่งลักษณะของการกระทำความผิดออกได้เป็น

ก. การข่มขืนกระทำชำเรา ตามมาตรา 276-277

ข. การกระทำอนาจาร ตามมาตรา 278

ค. การค้าบุคคลเพื่อความใคร่[5] ตามมาตรา 282-285

ง. การค้าสิ่งลามก ตามมาตรา 287

และการกระทำในแต่ละฐานความผิดต้องเข้าองค์ประกอบของกฎหมายที่วางหลักเกณฑ์ไว้ว่าเป็นความผิดและเป็นบุคคลที่กฎหมายให้ความคุ้มครอง

ในคดีความผิดเกี่ยวกับเพศลักษณะการกระทำความผิดที่มีผลกระทบต่อผู้หญิงในลำดับต้น ได้แก่ ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและในความผิดฐานอนาจาร เพราะเป็นการกระทำที่กระทบต่อเสรีภาพในการกำหนดเพศสัมพันธ์ของบุคคลมากที่สุด

ในการข่มขืนตามประมวลกฎหมายอาญาตามความหมายเดิมหมายถึง“ข่มขืนกระทำชำเราหญิงที่มิได้เป็นภริยาของตน” ซึ่งหมายความว่าต้องมีการกระทำชำเราและการกระทำชำเราต้องความหมายถึงชายนำอวัยวะเพศสอดใส่เข้าไปในอวัยวะเพศหญิงจึงจะเป็นความผิดสำเร็จ โดยปราศจากความยินยอมจากหญิง ต่อมามีการแก้ไขให้ “การกระทำชำเรา” หมายถึง การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ โดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนักหรือช่องปากของผู้อื่นหรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น[6]

“การกระทำ” จึงหมายความถึง การข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น ซึ่งหมายความว่าได้กระทำชำเราโดยผู้อื่นมิได้สมัครใจ ฉะนั้น ถ้าชายหรือหญิงยินยอมย่อมก็ไม่มีความผิด[7] แต่ความยินยอมนั้นต้องเกิดจากความสมัครใจ ดังนั้น ความยินยอมของบุคคลที่วิกลจริตไม่มีผลเป็นความยินยอม[8] หรือบุคคลที่เมาสุราอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ กรณีเป็นความผิดเพราะขาดความยินยอม[9]

เพราะเหตุที่องค์ประกอบของการกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ได้มีการปัจจัยในส่วนของเสรีภาพการตัดสินใจของผู้เสียหายเข้ามามีส่วนเกี่ยวข้อง นั่นคือ หากการกระทำ

---

[5] ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ ก (2540). **คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิดและลหุโทษ.** หน้า 99.

[6] พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับ ที่ 11) พ.ศ. 2550.

[7] คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 313/2528. เนติบัณฑิตยสภา. เล่มที่ 1. หน้า 175.

[8] คณิต ณ นคร ก เล่มเดิม. หน้า 326.

[9] คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2382/2522. เนติบัณฑิตยสภา. เล่มที่ 11. หน้า 1914.

นั้นผู้เสียหายให้ความยินยอมแก่ผู้กระทำ การกระทำนั้นก็ไม่ถือเป็นความผิดได้ ซึ่งในเรื่องความยินยอมของผู้เสียหาย ซึ่งในกฎหมายอาญาของไทยไม่มีบทบัญญัติไว้เป็นการเฉพาะเกี่ยวกับความยินยอมของผู้เสียหาย อันเป็นเหตุให้ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ แต่นักนิติศาสตร์ของเราได้ยอมรับหลักการที่สำคัญประการหนึ่งในทางกฎหมาย คือหลักที่ว่า “การยินยอมไม่ก่อให้เกิดการละเมิด” (Volenti non fit injuria)

ศาสตราจารย์ ดร. คณิต ณ นคร กล่าวคือ ความยินยอมของผู้เสียหาย เกี่ยวข้องโดยตรงกับการสละคุณธรรมทางกฎหมายของผู้เสียหาย โดยการแสดงเจตจำนงในการให้ความยินยอมของผู้เสียหาย อาจเป็นการแสดงเจตจำนงโดยชัดแจ้ง หรือโดยปริยายก็ได้ แต่ต้องเป็นการแสดงเจตจำนงโดยการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งออกไปภายนอก การนิ่งเฉยไม่ถือว่าเป็นการให้ความยินยอม หรือเป็นการสละคุณธรรมทางกฎหมาย[10]

ความยินยอมของผู้เสียหายคือการที่ผู้เสียหายสละความคุ้มครองทางกฎหมายโดยการสละคุณธรรมทางกฎหมายโดยรู้ตัว กล่าวคือ ผู้เสียหายรู้ว่าจะเกิดอะไรแก่ตนในกรณีนั้น ฉะนั้นความยินยอมของผู้เสียหายจึงเกี่ยวข้องกับ “ผลของการกระทำ” มิใช่เกี่ยวข้องกับ “ตัวการกระทำ” การกระทำที่อยู่ในกรอบของการยินยอมของผู้เสียหาย คือ การกระทำที่ตรงกับความประสงค์ของผู้เสียหายและตรงกับเจตจำนงของผู้เสียหายกล่าวคือต้องพิจารณาลักษณะของการกระทำ วัตถุที่เกี่ยวของกับการกระทำและในบางกรณีอาจต้องพิจารณาเวลา สถานที่และบุคคลประกอบด้วย ซึ่งการจะถือว่าการกระทำอย่างหนึ่งอย่างใดเป็นการกระทำที่อยู่ในกอบของความยินยอมของผู้เสียหายหรือไม่ จะต้องพิจารณาเป็นกรณีๆไป

อีกทั้งการยึดติดกับความคิดที่ว่าจะเป็นความผิดฐานข่มขืนผิดเมื่อปรากฏชัดว่าหญิงผู้เป็นเหยื่อ “ไม่ยินยอม” ทำให้การข่มขืนที่เกิดจากสภาพที่หญิง “ยอมจำนน” หรือ “จำยอม” ต่อการกระทำไม่ได้รับการคุ้มครอง ดูแล[11]

ส่วนกรณีความผิดฐานกระทำอนาจารตามมาตรา 276 นั้น “การกระทำอนาจาร” หมายความว่า การกระทำที่ไม่สมควรในทางเพศ ซึ่งในทางภาวะวิสัยเป็นการละเอียดหรือฝ่าฝืนความรู้สึกอับอายทางเพศโดยทั่วไปนั้นอย่างร้ายแรงและเป็นการกระทำที่ในทางอัตวิสัยได้ถูกกระทำลงด้วยความต้องการทางเพศหรือความใคร่ เป็นต้นว่ามีจุดมุ่งหมายและความประสงค์ เพื่อก่อหรือระงับความต้องการทางเพศ หรืออารมณ์ทางเพศของตนหรือของผู้อื่น เช่น การกอดจูบ ลูบ

---

[10] คณิต ณ นคร ข (2543). เล่มเดิม. หน้า 175.

[11] จิราพร ทิโน. (2547). **การคุ้มครองสิทธิหญิงผู้เสียหายในคดีเกี่ยวกับเพศตามกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา.** หน้า 12.

คลำ สัมผัสอวัยวะเพศของหญิง และต้องเป็นการกระทำต่อเนื้อต่อตัวของบุคคลแม้จะเป็นผ่านเสื้อผ้าก็ตาม[12]

ส่วนการกระทำเพื่อสำเร็จความใคร่ของผู้อื่น ตามมาตรา 282-286 หมายถึงความพึงพอใจทางเพศของผู้อื่น[13]

ความรับผิดทางอาญาต้องมีการกระทำครบองค์ประกอบความผิดจึงจะถือว่ามีความผิดทางอาญาเกิดขึ้น อันจะทำให้ผู้กระทำความผิดได้รับโทษนั้น ต้องพิจารณาให้ครบองค์ประกอบของโครงสร้างความรับผิดทางอาญาดังที่จะได้กล่าวไว้แล้วเช่นกัน อย่างกรณีความรับผิดฐานข่มขืนจะกระทำชำเรานั้น ถือว่าผู้หญิงเป็นเจ้าของสิทธิได้รับความเสียหายและตกเป็นผู้เสียหายในกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเพราะในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราของบุคคลที่เป็นประธานแห่งสิทธิหรือวัตถุที่กฎหมายประสงค์จะให้ความคุ้มครองคือ

1. ผู้กระทำต้องเป็นชายหรือหญิง

2. ชายหรือหญิงนั้นต้องมิใช่เป็นภริยาหรือสามีของผู้กระทำ ภริยาหรือสามีในความหมายนี้หมายถึงภริยาและสามีโดยชอบด้วยกฎหมาย

3. โดยปราศจากความยินยอมจากชายหญิงนั้น ดังนั้น หากผู้กระทำสามารถพิสูจน์ได้ว่าชาย หรือหญิงนั้นยินยอมในขณะกระทำชำเรา ผู้นั้นไม่มีความผิด

4. ผู้กระทำต้องกระทำไปโดยครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติคือมีการกระทำชำเราและการกระทำชำเราต้องมีความหมายถึงการกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำโดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น หรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น

การพิจารณาว่าบุคคลใดเป็นผู้เสียหายหรือไม่ต้องพิจารณาที่"ความเสียหาย"โดยพิจารณาจากบทกฎหมายนั้นว่ามีสิ่งที่กฎหมายประสงค์จะคุ้มครองหรือเรียกสิ่งเหล่านี้ว่าคุณธรรมทางกฎหมาย ซึ่งคุณธรรมทางกฎหมายแบ่งออกได้ 2 ประเภท คือคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคล (Individualrechtsgut) และคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนร่วม(Universalrechstgut) อีกประเภทหนึ่งประการหนึ่ง[14] ฉะนั้น การพิจารณาว่าบุคคลใดเป็นผู้เสียหายในคดีอาญา จึงต้องค้นหาคุณธรรมทางกฎหมายและความเสียหาย ซึ่งก็คือการที่คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคลถูกล่วงละเมิดทางเพศนั้นเอง ซึ่งคุณธรรมทางกฎหมายส่วนบุคคลโดยทั่วไปอาจสละเสียได้และเมื่อได้สละคุณธรรมทางกฎหมายโดยชอบแล้ว กรณีก็ต้องถือว่าปราศจากความเสียหาย

---

[12] คณิต ณ นคร ก เล่มเดิม. หน้า 340.

[13] ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ ก เล่มเดิม. หน้า 101.

[14] คณิต ณ นคร ค (2546). **กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา.** หน้า 90.

2.1 คุณธรรมทางกฎหมาย

บทบัญญัติความผิดฐานต่างๆ เป็นบทบัญญัติที่สั้นและกะทัดรัด แต่ในความสั้นและกะทัดรัดของบทบัญญัตินั้นๆ จะเห็นได้ว่ากฎหมายได้รวบรวมเอาสิ่งต่างๆที่เป็นความผิดฐานต่างๆ นั้นเข้าไว้อย่างเหมาะเจาะ สิ่งที่เป็นพื้นฐานดังกล่าว คือผู้กระทำ การกระทำการ ผลของการกระทำ รวมทั้ง “คุณธรรมทางกฎหมาย” (Rechtsgut)[15]

ในการบัญญัติความฐานต่างๆ นั้นจะมี “คุณธรรมทางกฎหมาย” เป็นพื้นฐานในทางความผิดเสมอ ไม่ว่าผู้บัญญัติจะได้คำนึงถึงกฎหมายทางคุณธรรมก่อนการบัญญัติหรือไม่ เพราะ “ความผิดทางอาญา” มาจาก “ปทัสถาน”(Norm) และ “ปทัสถาน” มาจาก”คุณธรรมทางกฎหมาย”[16]

เช่น การบัญญัติมาตรา 335 ทวิ เป็นผลสืบเนื่องมาจากการที่ได้ลักลอบตัดเศียรพระพุทธรูปสำคัญและสิ่งอื่นทำนองเดียวกันมีคุณค่าในทางประวัติศาสตร์และศิลปวัฒนธรรมของชาติแล้วส่งออกไปต่างประเทศ จึงเป็นการสมควรที่ต้องบัญญัติให้การกระทำดังกล่าว[17]เป็นเงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัย

2.1.1 ความหมายของคุณธรรมทางกฎหมาย

“คุณธรรมทางกฎหมาย” ไม่ใช่สิ่งที่เป็นรูปธรรมสามารถจับต้องได้โดยใช้ประสาทสัมผัสทั้งห้า แต่เป็นสิ่งที่เป็นภาพในความคิดหรือเป็นสิ่งที่เป็นนามธรรม กล่าวโดยเฉพาะเป็นสิ่งที่เป็น”ประโยชน์” (Interesse or Interest) หรือเป็นสิ่งที่เป็น “คุณค่า” (Wert หรือ value)[18]

ในการที่จะให้การอยู่ร่วมกันของมนุษย์ในสังคมมีความปกติสุข มนุษย์ทุกคนต้องเคารพและไม่ละเมิดประโยชน์หรือคุณค่าของการอยู่ร่วมกัน การละเมิดหรือการอยู่ร่วมกันจึงเป็นการละเมิดคุณธรรมทางกฎหมาย ฉะนั้น คุณธรรมทางกฎหมายจึงหมายถึง”ประโยชน์หรือคุณค่าของการอยู่ร่วมกันที่กฎหมายคุ้มครอง” หรือ ประโยชน์ที่กำหมายคุ้มครอง”[19]

---

[15] ปรีดี เกษมทรัพย์ เรียก Rechtsgut ว่า “นิติสมบัติ.”

[16] คณิต ณ นคร ข เล่มเดิม. หน้า 116.

[17] แหล่งเดิม.

[18] แหล่งเดิม. หน้า 118.

[19] แหล่งเดิม.

คุณธรรมทางกฎหมายกับกรรมของการกระทำเป็นคนละอย่างและแตกต่างกัน ในขณะที่คุณธรรมทางกฎหมายเป็นคุณค่าในทางอุดมคติที่อยู่เบื้องหลังของความผิดฐานต่างๆ แต่กรรมของการกระทำเป็นวัตถุที่ถูกกระทบจากการกระทำที่ละเมิดคุณธรรมทางกฎหมาย[20]

2.1.2 ประเภทของคุณธรรมทางกฎหมาย

คุณธรรมทางกฎหมาย แบ่งได้เป็น 2 ประเภท คือ “คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคล” (Inividualrechtsgut) เช่น ชีวิต ความปลอดภัยของร่างกายและกรรมสิทธิ์ และคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนร่วม (Unversalrechtsgut) เช่น ความปลอดภัยในการจราจร ความมั่นคงเชื่อถือของระบบแลกเปลี่ยน (เงินตรา) และความเด็ดขาดแห่งอำนาจรัฐ ซึ่งความผิดอาญาบางฐานอาจมีคุณธรรมทางกฎหมายมากกว่าหนึ่งคุณธรรมทางกฎหมาย และอาจมีทั้งคุณธรรมทางกฎหมายส่วนรวมกับคุณธรรมทางกฎหมายส่วนบุคคลอยู่รวมกันในฐานความผิดอาญานั้นได้ ซึ่งการตีความหมายของถ้อยคำของกฎหมายตามที่ได้บัญญัติไว้โดยพิจารณาจากคุณธรรมทางกฎหมายย่อมทำให้ผู้ใช้กฎหมายเข้าใจความมุ่งหมายของฐานความผิดอาญานั้นได้ดี และสามารถนำเสนอต่อประชาชนที่ไม่ทราบความหมายของกฎหมายให้เข้าใจได้ง่าย เช่น ความผิดอาญา ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 335 ทวิ ซึ่งเป็นความผิดประเภทเดียวกันกับฐานลักทรัพย์ของผู้อื่น แต่กฎหมายได้บัญญัติเพิ่มเติม ถ้อยคำว่า “ทรัพย์นั้นเป็นที่สักการบูชาของประชาชน หรือเก็บรักษาไว้เป็นสมบัติของชาติ” โดยความผิดอาญาฐานนี้มีคุณธรรมทางกฎหมาย กล่าวคือ “กรรมสิทธิ์” และ “การครอบครอง” และยังมี “คุณค่าในทางประวัติศาสตร์และศิลปวัฒนธรรมของชาติอีกอย่างหนึ่งด้วย ซึ่งเป็นการตีความกฎหมายตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายได้อย่างชัดเจน

ในส่วนที่เกี่ยวกับคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคลนั้น ยังอาจแบ่งแยกออกไปเป็น “คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคลโดยแท้” (hotchstpersonliches Rechtsgut) เช่น เกียรติ ความปลอดภัยของร่างกาย แต่การแบ่งแยกต่อนี้เป็นเพียงการพยายามแยกแยะให้เห็นเด่นชัดเท่านั้น

โดยทั่วไปคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคลเป็นคุณธรรมทางกฎหมายที่ผู้เป็นเจ้าของสามารถสละได้ แต่สำหรับชีวิตมนุษย์ แม้จะเป็นคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคล แต่ก็ไม่อาจสละกันได้[21]

---

[20] แหล่งเดิม.

[21] แหล่งเดิม.

2.1.3 ประโยชน์ของคุณธรรมทางกฎหมาย

การแบ่งแยกประเภทของคุณธรรมทางกฎหมายมีผลต่อการวิจัยเรื่องการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย

ดังกล่าวมาแล้วคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคลโดยทั่วไปเจ้าของสามารถสละได้ กรณีจึงมีผลในเรื่องความยินยอมของผู้เสียหาย

นอกจากนี้คุณธรรมทางกฎหมายยังมีประโยชน์ในการวิจัยปัญหาผู้เสียหายในคดีอาญาด้วย

โดยคุณธรรมทางกฎหมายเป็นพื้นฐานที่สำคัญของความผิดต่างๆ คุณธรรมทางกฎหมายจึงเป็นเครื่องช่วยในการตีความหมายอาญาด้วย[22]

ในการเรียนการสอน คุณธรรมทางกฎหมายช่วยในการแบ่งแยกจัดหมวดหมู่ และประเภทของความผิดฐานต่างๆ ทำให้การเรียนการสอนเป็นระบบอีกด้วย

2.1.4 คุณธรรมทางกฎหมายในความผิดฐานกระทำชำเราเด็ก

ในที่16 เป็นการเริ่มต้นถึงการแสดงออกถึง “การเคารพในสิทธิเด็ก” และต่อมาก็ได้แสดงถึงแนวคิดในปลายทศวรรษเรื่อง “ความไร้เดียงสาของเด็ก”[23](La notion d’ innocence enfantine) ซึ่งความไร้เดียงสาของเด็กรวมไปถึงความไม่เข้าใจในเรื่องเพศซึ่งเป็นช่องว่างให้บุคคลบางประเภทจ้องแสวงหาโอกาสในทางการเอาเปรียบทางเพศจาก

ความอ่อนแอทางชีวภาพของเด็ก ทำให้ง่ายต่อการตกเป็นเหยื่อของการกระทำความผิดในทุกประเภท รวมถึงการตกเป็นเหยื่อเกี่ยวกับคดีทางเพศด้วย ซึ่งส่วนการกระทำผิดต่อผู้เสียหายที่เป็นเด็กนั้นอยู่ในอัตราที่เพิ่มขึ้นสูงทุกขณะ กลุ่มที่มีความเสี่ยงสูงต่อการตกเป็นเหยื่อของอาชญากรรมทางเพศคดีข่มขืนในไทย คือ เด็กหญิงแรกรุ่น อายุระหว่าง 11-15 ปี เด็กหญิงที่อายุน้อยที่สุดที่ถูกข่มขืน คือ เด็กหญิงอายุ 2 ปี อันเป็นการกระทำผิดต่อทั้งเด็กหญิงและเด็กชาย ซึ่งเมื่อมีการกระทำความผิดต่อเด็กเกิดขึ้นแล้ว ผลกระทบที่มีต่อตัวเด็กทางร่างกายจะเกิดขึ้นในทันทีและมีผลกระทบทางจิตใจต่อไปในระยะยาว อันทำให้คุณภาพชีวิตของทรัพยากรบุคคลในรัฐได้รับผลกระทบตามมา และพวกเขาเหล่านั้นยังด้อยประสบการณ์ที่จะช่วยเหลือตนเองหรือการกระทำการอื่นใดเพื่อปกป้องสิทธิของตนเองเมื่อตกเป็นผู้เสียหายในคดีความผิดทางเพศ[24]

---

[22] แหล่งเดิม. หน้า 119.

[23] มาตาลักษณ์ เสรเมธากุล. (2544, กันยายน). “การคุ้มครองเด็กจากการละเมิดทางเพศในประเทศฝรั่งเศส.” **วารสารนิติศาสตร์, 31, 3.** หน้า 642-662.

[24] จิราพร ทิโน. เล่มเดิม. หน้า 19.

อย่างไรก็ตาม รัฐได้ให้ความสำคัญกับปัญหานี้ โดยได้มีการบัญญัติกฎหมาย และระเบียบปฏิบัติต่างๆเพื่อให้สอดคล้องกับการให้ความคุ้มครองสิทธิเด็ก ตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก โดยการร่วมมือจากหลายหน่วยงานทั้งภาครัฐ และภาคเอกชนรวมถึงหน่วยงานระหว่างประเทศ มีการตราบัญญัติพิเศษเพื่อคุ้มครองเด็กเป็นการเฉพาะ กรณีที่เด็กตกเป็นผู้เสียหายหรือเป็นผู้เสียหายหรือเป็นผู้ต้องหา หรือพยานในคดีอาญา โดยมีการแยกแยะกระบวนการพิจารณาระหว่างเด็กและผู้ใหญ่ออกจากกัน ไม่ใช้วิธีปฏิบัติอย่างเดียวกัน อันเป็นการคำนึงถึงผลกระทบทางจิตใจที่เกิดขึ้นกับตัวเด็กไม่ให้บอบช้ำ และเลวร้ายไปกว่าเดิมอีก จึงได้มีการบัญญัติมาตรา 133 และ มาตรา 172 ตรี ไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เพื่อให้มีกระบวนการพิจารณาสำหรับเด็กพิเศษ และมาตรา 237 ทวิ ไว้ในประมลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ในกรณีที่เด็กเป็นผู้เสียหายและเป็นพยาน และถูกข่มขู่ หรือเป็นเด็กเร่ร่อนยากต่อการนำตัวเด็กมาเบิก ความต่อหน้าศาลในชั้นพิจารณา เพื่อให้สามารถสืบพยานเด็กที่อยู่ในภาวะเช่นนั้นไว้ก่อนได้ อันเป็นการให้ความคุ้มครองเด็กไม่ให้เกิดรอยด่างในชีวิตในระดับหนึ่ง[25]

ตามประมวลกฎหมายอาญาในส่วนคดีความเกี่ยวกับเพศ เป็นการบัญญัติขึ้นมาเพื่อคุ้มครองบุคคลทุกเพศ ทุกวัย ในการมีเสรีภาพทางเพศ แต่ในบางกรณีได้มีการบัญญัติคุ้มครองบุคคลบางประเภทไว้เป็นการเฉพาะ โดยอัตราโทษจะสูงกว่ากระทำต่อบุคคลทั่วไป อย่างเช่นกรณีผู้เสียหายเป็นเด็ก มีการคุ้มครองไว้เป็นพิเศษ ดังนี้

1) ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเด็กอายุต่ำกว่าสิบสามปี แต่ยังไม่เกินสิบห้าปี ตามมาตรา 277 วรรค 1

2) ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเด็กอายุกว่ายังไม่เกินสิบสามปี ตามมาตรา 277 วรรค 2

3) ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเด็กกรณีพิเศษตามมาตรา 277 วรรคสาม

4) ความผิดฐานกระทำอนาจารแก่เด็ก ตามมาตรา 279 วรรค 1

5) ความผิดฐานกระทำอนาจารแก่เด็กโดยเด็กไม่ยินยอม ตามมาตรา 279 วรรค 2

6) ความผิดฐานเป็นธุระจัดหาซึ่งบุคคลอายุไม่เกินสิบแปดปีเพื่อสนองความใคร่ของผู้อื่น ตามมาตรา 282 วรรค 2

7) ความผิดฐานเป็นธุระจัดหาเด็กเพื่อสนองความใคร่ของผู้อื่น ตามมาตรา 282 วรรค 3

8) ความผิดฐานเป็นธุระจัดหาซึ่งบุคคลอายุไม่เกินสิบแปดปีเพื่อสนองความใคร่ของผู้อื่นโดยบุคคลไม่ยินยอม ตามมาตรา 283 วรรค 2

---

[25] แหล่งเดิม. หน้า 20.

9) ความผิดฐานเป็นธุระจัดหาเด็กเพื่อสนองความใคร่ของผู้อื่นโดยเด็กไม่ยินยอม ตามมาตรา 283 วรรค 3

10) ความผิดฐานพาเด็กเพื่อไปทำอนาจาร ตามมาตรา 283 วรรค2

11) ความผิดฐานซ่อนเร้นเด็กอายุไม่เกินสิบห้าปีที่ถูกพาไปเพื่อการอนาจาร ตามมาตรา 283 ทวิ วรรค 3

มาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวกับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเด็กของไทย มีบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งผู้ศึกษาได้หยิบยกเฉพาะมาตรการที่มีความสำคัญมาวิเคราะห์ถึงองค์ประกอบ ตลอดจนความหมายของการข่มขืนทั้งความผิดที่กระทำต่อสตรีผู้บรรลุนิติภาวะและความผิดที่กระทำต่อเด็กเทียบกันไปดังต่อไปนี้

มาตรา 276 ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเรา ผู้อื่น โดยขู่เข็ญด้วยประการใด ๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยผู้อื่นนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือ โดยทำให้ผู้อื่นนั้น เข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น ต้องระวางโทษ จำคุกตั้งแต่ สี่ปีถึงยี่สิบปีและปรับตั้งแต่ แปดพันบาทถึงสี่หมื่นบาท

การกระทำชำเรา ตาม วรรคหนึ่ง หมายความว่า การกระทำเพื่อสนองความใคร่ ของผู้กระทำ โดย การใช้อวัยวะเพศ ของผู้กระทำ กระทำกับ อวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือ ช่องปาก ของผู้อื่นหรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น

ถ้าการกระทำความผิด ตาม วรรคหนึ่ง ได้กระทำโดยมีหรือใช้อาวุธปืน หรือวัตถุระเบิด หรือ โดยร่วมกระทำความผิดด้วยกัน อันมีลักษณะเป็นการโทรมหญิง หรือกระทำกับชายในลักษณะเดียวกัน ต้องระวางโทษจำคุก ตั้งแต่ สิบห้าปีถึงยี่สิบปี และ ปรับตั้งแต่ สามหมื่นบาทถึงสี่หมื่นบาทหรือจำคุกตลอดชีวิต

คุณธรรมทางกฎหมายของความผิดฐานนี้ คือ เสรีภาพในทางเพศ เป็นเสรีภาพในการที่จะกำหนดความสัมพันธ์ทางเพศด้วยตนเอง[26]

มาตรา 277 ผู้ใด กระทำชำเรา เด็กอายุยังไม่เกิน สิบห้าปี ซึ่งมิใช่ ภริยาหรือสามี ของตน โดย เด็กนั้น จะยินยอมหรือไม่ก็ตาม ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ สี่ปีถึงยี่สิบปี และ ปรับตั้งแต่ แปดพันบาทถึงสี่หมื่นบาท

การกระทำชำเรา ตาม วรรคหนึ่ง หมายความว่า การกระทำ เพื่อสนองความใคร่ ของผู้กระทำ โดยการใช้ อวัยวะเพศ ของผู้กระทำ กระทำกับ อวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือ ช่องปาก ของผู้อื่นหรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น

---

[26] คณิต ณ นคร ก เล่มเดิม. หน้า 290.

ถ้าการกระทำความผิด ตาม วรรคหนึ่ง เป็นการกระทำแก่ เด็กอายุยังไม่เกิน สิบสามปี ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ เจ็ดปีถึงยี่สิบปี และ ปรับตั้งแต่ หนึ่งหมื่นสี่พันบาทถึงสี่หมื่นบาท หรือจำคุกตลอดชีวิต

มาตรา 277 นี้ มีองค์ประกอบเช่นเดียวกับมาตรา 276 แต่เพิ่มองค์ประกอบ คือ ผู้ถูกกระทำต้องเป็นเด็ก อายุไม่เกิน 15 ปี โดยเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม ถือว่าเป็นสิ่งที่ต้องห้ามอย่างเด็ดขาด[27] ซึ่งเป็นแนวคิดใหม่โดยเห็นว่า ไม่ควรให้ผู้กระทำผิดอ้างความยินยอมของเด็กมาเป็นเหตุยกเว้นหรือความผิดบรรเทาโทษ เพราะเด็กที่อายุไม่เกิน 15 ปี นี้ส่วนใหญ่ยังมีความเจริญเติบโตและพัฒนาการด้านต่างๆ เช่น ร่างกาย จิตใจ สติปัญญา การศึกษาการอบรมและประสบการณ์ไม่เพียงพอ ฉะนั้น ความยินยอมของเด็กจึงไม่เป็นข้อสำคัญ กล่าวคือ แม้เด็กนั้นจะยินยอมก็ตามก็เป็นความผิด[28]

2.2 การจำแนกความผิด

“ข้อเท็จจริง” (fact) หมายถึง สิ่งที่ปรากฏขึ้นโดยธรรมชาติตามเหตุปัจจัยที่ทำให้เกิดขึ้น ซึ่งสามารถตรวจสอบได้ ดังนั้นสิ่งที่จะเป็นข้อเท็จจริงได้นั้น ต้องผ่านการพิสูจน์โดยผ่านประสาทสัมผัสทั้ง 5 ของมนุษย์ ข้อเท็จจริงอาจเปลี่ยนแปลงไปตามเวลาได้ หากปัจจัยที่ทำให้เกิดขึ้นมีการเปลี่ยนแปลงเป็นไปตามหลักคำสอนในศาสนาที่ว่า สรรพสิ่งย่อมเปลี่ยนแปลงอยู่เป็นนิจ เราไม่สามารถหยุดยั้งได้ สิ่งที่ปรากฏให้เห็น และเป็นไปอยู่เป็นนิจตามธรรมชาติ เคยเป็นอย่างไรก็เป็นอย่างนั้น เป็นความจริงที่เป็นสากลเราเรียกว่าความจริง (truth) ความจริงมีความแตกต่างจากข้อเท็จจริง ตรงที่ความจริงนั้นเป็นสิ่งที่ได้รับการพิสูจน์ในเชิงเหตุผลหรือประจักษ์แล้วว่าเป็นจริง ไม่อาจเป็นอย่างอื่นได้ ส่วนข้อเท็จจริงนั้นอาจเปลี่ยนแปลงไปตามปัจจัย แต่อย่างไรก็ตามข้อเท็จจริงที่ผ่านการพิสูจน์หลาย ๆ ครั้งว่าเป็นจริง จนเป็นกฎที่ไม่เปลี่ยนแปลงแล้ว ก็ยอมรับเป็นความจริงได้

ส่วน “ข้อเท็จจริงในกฎหมายอาญา” เป็นข้อเท็จจริงที่เกิดจากปัจจัยที่กระทำต่อสังคม เป็นการละเมิดข้อบังคับของสังคมและศีลธรรมอันดีของสังคมที่เกิดจากการกระทำของมนุษย์ ซึ่งการกระทำนั้นเป็นสิ่งที่ต้องห้ามและมีผลกระทบต่อการอยู่ร่วมกันของสังคม ซึ่งสังคมได้กำหนดไว้ในกฎหมายอาญา ดังนั้นการกระทำของบุคคลซึ่งละเมิดต่อข้อบังคับตามกฎหมายอาญาต้องถูกลงโทษ โดยต้องได้รับการพิสูจน์ว่าข้อเท็จจริงนั้นเป็นความจริง โดยเชิงเหตุผลของศาล

---

[27] สาธิต ใช้สถิต. (2536). **การป้องกันและคุ้มครองเด็กต่อการกระทำความผิดฐานข่มขืน.** หน้า 62.

[28] คณิต ณ นคร ข เล่มเดิม. หน้า 109.

กฎหมายอาญา เป็นกฎหมายที่ได้รับการบัญญัติขึ้นโดยชอบตามแบบพิธีของการบัญญัติกฎหมาย ซึ่งเป็นไปตามหลักเกณฑ์ของรัฐธรรมนูญ โดยบทกฎหมายอาญาจะประกอบด้วยส่วนต่าง ๆ สองส่วน คือ ส่วนว่าด้วยเงื่อนไขต่าง ๆ ซึ่งเรียกว่า “องค์ประกอบ” (Tatbestand) และส่วนของ “มาตรการทางกฎหมาย (Rechtsmassnahmen) ซึ่งเรียกว่า “ผลทางกฎหมาย” (Rechtsfoge) และการวินิจฉัยว่าการกระทำของบุคคลใดจะเป็นความผิดทางอาญาหรือไม่ ต้องวินิจฉัยจาก “องค์ประกอบ” ของกฎหมายอาญา ซึ่งเรียกว่า “องค์ประกอบของความผิด”[29]

คำว่า “องค์ประกอบของความผิด” หรือที่มักเรียกกันสั้น ๆ ว่า “องค์ประกอบ” เป็นคำที่มีความสำคัญมาในกฎหมายอาญา และเป็นคำที่นักนิติศาสตร์ใช้ในการอธิบายกฎหมายอาญา แม้กระนั้นก็ตามนักนิติศาสตร์ของไทยเราดูเหมือนไม่ได้ให้ความหมายของคำนี้ไว้โดยตรง จะมีก็เพียงแต่การเล่าถึงประเภทและลักษณะขององค์ประกอบของความผิดเท่านั้น เป็นต้นว่า ศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย กล่าวว่า องค์ประกอบของความผิดแยกพิจารณาได้สองทาง คือ[30]

1. พิจารณาจากแง่การกระทำที่กฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิด ซึ่งในแง่นี้สามารถแยก “องค์ประกอบของความผิด” ออกเป็น “องค์ประกอบภายนอก” และ “องค์ประกอบภายใน” และ

2. พิจารณาจากแง่ลักษณะขององค์ประกอบของความผิดนั้นเอง ซึ่งในแง่นี้สามารถแยก “องค์ประกอบของความผิด” ออกเป็น “องค์ประกอบในทางรับ” “องค์ประกอบในทางปฏิเสธ” และ “องค์ประกอบในทางอธิบาย”

การนิยามหรือการให้ความหมายของคำว่า “องค์ประกอบของความผิด” ในแง่มุมต่าง ๆ และการกล่าวถึงสิ่งที่เกี่ยวข้องเบื้องต้นเป็นสิ่งที่มีความจำเป็นอย่างยิ่ง เพราะจะเป็นประโยชน์ในการทำความเข้าใจกฎหมายอาญาอย่างเป็นศาสตร์

โดยต่อมาได้มีผู้แยกแยะและจัดประเภทขององค์ประกอบความผิดขึ้นใหม่เป็นดังนี้[31] คือ ประกอบด้วย

1. องค์ประกอบในทางรับหรือปฏิเสธ
2. องค์ประกอบในทางอธิบาย
3. องค์ประกอบที่เป็นเงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัย และ
4. องค์ประกอบที่เป็นเงื่อนไขแห่งการเพิ่มโทษ

---

[29] แหล่งเดิม.

[30] หยุด แสงอุทัย. (2544). **กฎหมายอาญาภาค 2-3**. หน้า 3.

[31] ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ ข (2542, ธันวาคม). “ข้อคิดทางกฎหมายอาญาที่น่าพิจารณา.” **วารสารนิติศาสตร์, 29, 4.** หน้า 642-647.

ซึ่งการแยกประเภทขององค์ประกอบในลักษณะนี้ ทำให้การมองภาพรวมขององค์ประกอบความผิดมีความกระจ่างแจ้งมากขึ้น ดังนั้นการศึกษาเรื่องประเภทและลักษณะขององค์ประกอบความผิดจึงเป็นเรื่องสำคัญ อันจะทำให้การมองปัญหา การวินิจฉัยปัญหาตลอดจนการให้เหตุผลในปัญหากฎหมายอาญาทำได้อย่างถูกต้องและชัดเจนมากยิ่งขึ้น

อาจกล่าวได้ว่าองค์ประกอบความผิด เป็นการบรรยายถึงลักษณะของฐานความผิดอาญาตามลักษณะของความไม่ชอบธรรมที่กำหนดไว้ในกฎหมาย และการกระทำที่ครบองค์ประกอบคือ

ลักษณะของการกระทำที่ต้องตามที่กฎหมายบัญญัติ ซึ่งการพิจารณาแยกแยะองค์ประกอบความผิดทางอาญานั้น อาจพิจารณาแยกได้เป็น 2 ลักษณะ ดังนี้ คือ

1) พิจารณาจากลักษณะของการกระทำที่กฎหมายบัญญัติเป็นความผิด และ

2) พิจารณาจากลักษณะขององค์ประกอบนั้นเอง

2.2.1 พิจารณาจากลักษณะของการกระทำที่กฎหมายบัญญัติเป็นความผิด

หากพิจารณาองค์ประกอบความผิดจากลักษณะของการกระทำโดยทั่วไปแล้ว จะแบ่งออกได้เป็นองค์ประกอบภายนอกและองค์ประกอบภายใน ดังนี้ คือ

1) องค์ประกอบภายนอก คือ การกระทำและสิ่งต่าง ๆ ที่กฎหมายอาญาบัญญัติว่าเป็นความผิดและเป็นสิ่งที่อยู่ภายนอก สามารถมองเห็นได้หรือสัมผัสได้ คือเป็นสิ่งที่ปรากฏออกมาทาง ตา หู จมูก ลิ้น กาย การที่จะดูว่าครบองค์ประกอบภายนอกหรือไม่นั้น เป็นการพิจารณาตามความจริงที่เกิดขึ้น ซึ่งองค์ประกอบภายนอกของความผิดแทบทุกฐาน จะแบ่งได้เป็น 3 ส่วน[32] คือ

(1) ผู้กระทำ

(2) การกระทำ

(3) วัตถุแห่งการกระทำ

เช่น ความผิดฐานฆ่าผู้อื่นตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 288 ซึ่งบัญญัติว่า “ผู้ใดฆ่าผู้อื่นต้องระวางโทษประหารชีวิต จำคุกตลอดชีวิต หรือจำคุกตั้งแต่สิบห้าปีถึงยี่สิบปี” สามารถแยกองค์ประกอบความผิดได้ดังนี้ คือ

(1) ผู้กระทำ คือ ผู้ใด

(2) การกระทำ คือ ฆ่า

---

[32] เกียรติขจร วัจนสวัสดิ์. (2542). **คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค 1.** หน้า 91.

(3) วัตถุแห่งการกระทำ คือ ผู้อื่น

อย่างไรก็ตาม มีบางกรณีที่กฎหมายกำหนดคุณสมบัติของผู้กระทำด้วย เช่น ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 147 ถึงมาตรา 166 และมาตรา 200 ถึง 205 บัญญัติว่า “ผู้ใดเป็นเจ้าพนักงาน....” ดังนั้น ผู้กระทำจะต้องเป็นเจ้าพนักงานเท่านั้นจึงจะมีความผิดตามมาตราเหล่านี้ได้หรือกฎหมายอาจกำหนดว่าผู้กระทำจะต้องมีวิชาชีพบางอย่าง เช่น ตามมาตรา 227 บัญญัติว่า “ผู้ใดเป็นผู้มีวิชาชีพในการออกแบบ ควบคุมหรือทำการก่อสร้าง ซ่อมแซมหรือรื้อถอนอาคารหรือสิ่งปลูกสร้างใด ๆ ...” ดังนั้นผู้มีวิชาชีพเหล่านี้เท่านั้นที่จะมีความผิดตามมาตรา 227 นี้ได้ ทั้งนี้คุณสมบัติของผู้กระทำอาจได้แก่ ฐานะ เพศ วิชาชีพ ฯลฯ ของผู้กระทำและอำนาจหน้าที่ของผู้กระทำ ซึ่งแสดงว่าบุคคลธรรมดาที่ขาดคุณสมบัติ จะกระทำความผิดฐานนั้น ๆ มิได้[33]

2) องค์ประกอบภายใน คือ สิ่งที่กฎหมายกำหนดไว้เกี่ยวกับจิตใจของผู้กระทำ ซึ่งเป็นเรื่องที่ไม่สามารถมองเห็นได้หรือสัมผัสได้ เพราะเป็นสิ่งที่อยู่ภายในจิตใจของผู้กระทำ ทั้งนี้องค์ประกอบภายในจะมีอยู่ 3 ส่วน คือ เจตนา ประมาท และมูลเหตุชักจูงใจ

(1) เจตนา

โดยหลักของกฎหมายอาญานั้น ถือหลักการว่าบุคคลจะต้องรับโทษทางอาญาก็ต่อเมื่อได้กระทำการโดยเจตนา ซึ่งเป็นไปตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญามาตรา 59 วรรคแรก เว้นเสียแต่ว่าจะเข้าข้อยกเว้นที่กฎหมายกำหนดให้ต้องรับโทษถึงแม้ไม่ได้เจตนา คือ

(ก) กฎหมายบัญญัติไว้โดยแจ้งชัดว่าเป็นความผิด

(ข) ความผิดลหุโทษตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา ถึงแม้ไม่ได้กระทำโดยเจตนาก็เป็นความผิด เว้นแต่ถ้อยคำในตัวบทจะเขียนไว้ชัดเจนว่าต้องมีเจตนาจึงจะเป็นความผิด

(ค) ความผิดตามพระราชบัญญัติอื่น ซึ่งระบุไว้ชัดแจ้งว่าแม้ไม่ได้กระทำโดยเจตนาก็เป็นความผิด

ตัวอย่างเช่น ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 288 ซึ่งบัญญัติว่า “ผู้ใดฆ่าผู้อื่น...” กฎหมายไม่ได้บัญญัติองค์ประกอบภายในไว้ ดังนั้นต้องถือตามหลักทั่วไปคือหลักเจตนาในมาตรา 59[34] วรรคแรก ดังนั้นบุคคลใดจะรับผิดตามมาตรา 288 นี้ได้ บุคคลนั้นต้องกระทำโดยเจตนา

---

[33] หยุด แสงอุทัย. เล่มเดิม. หน้า 3.

[34] มาตรา 59 วรรคแรก บัญญัติไว้ว่า “ บุคคลจะต้องรับผิดในทางอาญาก็ต่อเมื่อได้กระทำโดยเจตนา เว้นแต่จะได้กระทำโดยประมาทในกรณีที่กฎหมายบัญญัติให้ต้องรับผิดเมื่อได้กระทำโดยประมาท หรือเว้นแต่ในกรณีที่กฎหมายบัญญัติไว้โดยแจ้งชัดให้ต้องรับผิดแม้ได้กระทำโดยไม่มีเจตนา.”

(2) ประมาท

เนื่องจากหลักความรับผิดทางอาญา คือรับผิดต่อเมื่อกระทำโดยเจตนา ดังนั้น การที่บุคคลใดจะรับผิดตามกฎหมายเพราะได้กระทำประมาท กฎหมายจะต้องเขียนไว้ชัดเจนว่าให้รับผิดถึงแม้ได้กระทำโดยประมาท เช่น มาตรา 291 บัญญัติว่า “ผู้ใดกระทำโดยประมาท และการกระทำนั้นเป็นเหตุให้ผู้อื่นถึงแก่ความตาย...” จะเห็นได้ว่ากฎหมายบัญญัติไว้ชัดเจน ว่าถึงแม้ประมาท มิใช่เจตนาก็ต้องรับผิดหากทำให้ผู้อื่นถึงแก่ความตาย

(3) มูลเหตุชักจูงใจ

ในความผิดบางประเภท นอกเหนือจากเจตนาที่เป็นหลักทั่วไปแล้ว กฎหมายยังระบุโดยเฉพาะเจาะจงลงไปด้วยว่าต้องมีเจตนาที่เหนือว่าเจตนาธรรมดาขึ้นไปอีก กฎหมายจึงจะลงโทษ ซึ่งเจตนาที่เหนือว่าเจตนาธรรมดาคือ มูลเหตุชักจูงใจนั่นเอง ถ้อยคำในบทบัญญัติของกฎหมายอาญาที่เป็นมูลเหตุชักจูงใจมักจะใช้คำว่า “โดย” เช่น โดยทุจริตในความผิดฐานลักทรัพย์ตามมาตรา 334 หรือคำว่า “เพื่อ” เช่น เพื่อให้ได้มาซึ่งข้อความ เอกสารหรือสิ่งใด ๆ อันปกปิดไว้เป็นความลับสำหรับความปลอดภัยของประเทศ ตามมาตรา 123 เป็นต้น

2.2.2 พิจารณาจากลักษณะขององค์ประกอบ

หากพิจารณาจากลักษณะขององค์ประกอบนั้น ๆ เอง จะแบ่งพิจารณาได้เป็น 4 ลักษณะ ดังนี้ คือ

1) องค์ประกอบในทางรับหรือปฏิเสธ
2) องค์ประกอบในทางอธิบาย
3) องค์ประกอบที่เป็นเงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัย และ
4) องค์ประกอบที่เป็นเงื่อนไขแห่งการเพิ่มโทษ

1) องค์ประกอบในทางรับหรือปฏิเสธ

องค์ประกอบในทางรับนับว่าเป็นองค์ประกอบปกติธรรมของฐานความผิด ซึ่งหมายรวมทั้งองค์ประกอบภายนอกและองค์ประกอบภายในด้วย โดยทั่วไปแล้วการบัญญัติความผิดแต่ละฐาน กฎหมายจะกำหนดให้ต้องมีทั้งองค์ประกอบภายนอกและองค์ประกอบภายในซึ่งเมื่อมีผู้กระทำ การกระทำ และวัตถุแห่งการกระทำครบตามองค์ประกอบภายนอก ประกอบกับมีเจตนาหรือประมาทหรือมูลเหตุจูงใจซึ่งเป็นองค์ประกอบภายในของฐานความผิดนั้นครบแล้ว ก็เป็นว่าความผิดฐานนั้น ๆ ได้เกิดขึ้นโดยสำเร็จบริบูรณ์แล้ว เช่น ความผิดฐานลักทรัพย์ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 334 ถ้าผู้กระทำเอาทรัพย์ของผู้อื่นไปและมีเจตนาเอาไปโดยทุจริตซึ่งทรัพย์ของผู้อื่น ความผิดฐานลักทรัพย์ก็เป็นความผิดสำเร็จแล้ว เนื่องจากกระทำครบ

องค์ประกอบความผิด ซึ่งเป็นองค์ประกอบในทางรับแล้วทั้งองค์ประกอบภายนอกและองค์ประกอบภายใน[35]

ส่วนองค์ประกอบในทางปฏิเสธนั้น เป็นองค์ประกอบลักษณะพิเศษที่กฎหมายบัญญัติไว้ว่าถ้าการกระทำที่ปรากฏนั้นเข้าองค์ประกอบดังกล่าวแล้ว ก็จะไม่เป็นความผิดตามมาตราที่ระบุไว้ เช่นประมวลกฎหมายอาญามาตรา 271 บัญญัติว่า “ผู้ใดขายของโดยหลอกลวงด้วยประการใด ๆ ให้ผู้ซื้อหลงเชื่อในแหล่งกำเนิด สภาพ คุณภาพหรือปริมาณแห่งของอันนั้นเป็นเท็จ ถ้าการกระทำนั้นไม่เป็นความผิดฐานฉ้อโกง ต้องระวางโทษ....” จากตัวอย่างของมาตรา 271 จะเห็นได้ว่าถ้อยคำที่ว่า “ถ้าการกระทำนั้นไม่เป็นความผิดฐานฉ้อโกง” เป็นองค์ประกอบหนึ่งของความผิดตามมาตรา 271 นี้ แต่ทั้งนี้นับว่าเป็นองค์ประกอบในทางปฏิเสธ เพราะถ้าการกระทำนั้นเป็นความผิดฐานฉ้อโกงเสียแล้ว ก็ย่อมจะไม่เป็นความผิดตามมาตรานี้ ทั้งนี้ องค์ประกอบในทางปฏิเสธมิได้มีอยู่แต่เฉพาะในเรื่องความผิดเท่านั้น ดังจะเห็นได้จากเรื่องประมาทตามมาตรา 59 วรรคสี่ ซึ่งใช้ถ้อยคำว่า “กระทำโดยประมาท ได้แก่ กระทำความผิดมิใช่โดยเจตนา แต่กระทำโดยปราศจากความระมัดระวัง...” คำว่า “กระทำความผิดมิใช่โดยเจตนา” ถือเป็นองค์ประกอบในทางปฏิเสธ เพราะถ้าผู้กระทำได้กระทำโดยเจตนา ก็ย่อมเป็นความผิดฐานประมาทไปไม่ได้เลย[36]

2) องค์ประกอบในทางอธิบาย

องค์ประกอบในทางอธิบายนี้ โดยสภาพของตัวมันเองมิได้เป็นปัจจัยอันประกอบเป็นความผิด เป็นแต่เพียงอธิบายความผิดให้ชัดเจนขึ้น การมีหรือไม่มีถ้อยคำอันเป็นองค์ประกอบในทางอธิบายย่อมไม่ส่งผลกระทบต่อองค์ประกอบทั้งหมดที่ประกอบกันเข้าเป็นความผิดฐานนั้น แต่การที่กฎหมายบัญญัติให้มีไว้ก็เพื่อตอบคำถามหรือขจัดความสงสัยอันอาจจะพึงมีจากความผิดนั้น ๆ เช่น ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 149 บัญญัติว่า “ผู้ใดเป็นเจ้าพนักงาน...เรียก รับ หรือยอมรับทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใดสำหรับตนเองหรือผู้อื่นโดยมิชอบ เพื่อกระทำการหรือไม่กระทำการอย่างใดในตำแหน่งไม่ว่าการนั้นจะชอบหรือมิชอบด้วยหน้าที่ ต้องระวางโทษ...” จากบทบัญญัติข้างต้นจะเห็นได้ว่า เพียงแต่เป็นเจ้าพนักงานและเรียก รับหรือยอมรับจะรับทรัพย์สินหรือประโยชน์โดยมิชอบ เพื่อกระทำการหรือไม่กระทำอย่างใดในตำแหน่งก็ครบองค์ประกอบความผิดฐานนี้แล้ว ส่วนข้อความที่ว่า “ไม่ว่าการนั้นจะชอบหรือมิชอบด้วยหน้าที่” เป็นองค์ประกอบในทางอธิบายที่อธิบายข้อสงสัยที่ว่าเจ้าพนักงานจะเรียกหรือรับทรัพย์สินที่เป็นสินบน

---

[35] หยุด แสงอุทัย. เล่มเดิม. หน้า 5.

[36] แหล่งเดิม. หน้า 7.

ไว้เพื่อปฏิบัติการอันชอบด้วยหน้าที่ได้หรือไม่ ทั้งนี้เพื่อให้เกิดความชัดเจนและปราศจากข้อสงสัยใด ๆ นั้นเอง[37]

ในทำนองเดียวกัน ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 277 วรรคแรก ซึ่งบัญญัติไว้ว่า "ผู้ใดกระทำชำเราเด็กหญิงอายุยังไม่เกินสิบห้าปีซึ่งมิใช่ภรรยาของตน โดยเด็กหญิงนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม ต้องระวางโทษ..." ถ้อยคำที่ว่า "โดยเด็กหญิงนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม" เป็นแต่เพียงองค์ประกอบที่ทำหน้าที่อธิบายให้ชัดเจนเท่านั้น เพราะผู้ใดกระทำชำเราเด็กหญิงอายุไม่เกินสิบห้าปีย่อมมีความผิดเสมอ โดยไม่ต้องคำนึงถึงความยินยอมของเด็กหญิงนั้น

3) องค์ประกอบที่เป็นเงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัย

องค์ประกอบประเภทนี้ เป็นองค์ประกอบที่ต้องอาศัยข้อเท็จจริงที่ปรากฏจากการกระทำ โดยที่เจตนาของผู้กระทำไม่ต้องคลุมถึง นั้นคือผู้กระทำจะเจตนาหรือไม่ ไม่สำคัญเพราะหากมีข้อเท็จจริงใดปรากฏขึ้นตามที่กฎหมายบัญญัติขึ้นเป็นองค์ประกอบแล้ว ความผิดตามมาตรานั้นก็เกิดสำเร็จบริบูรณ์ และในทางตรงกันข้าม หากข้อเท็จจริงนั้นไม่เกิด ก็ย่อมไม่เป็นความผิด ทั้งนี้ องค์ประกอบที่เป็นเงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัยอาจแบ่งได้เป็น 2 ลักษณะ คือ (1) เงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัยที่อาศัยผลของการกระทำ และ (2) เงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัยที่ไม่อาศัยผลของการกระทำ[38]

(1) เงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัยที่อาศัยผลของการกระทำ

เป็นกรณีที่กฎหมายได้บัญญัติให้ผลของการกระทำเป็นเงื่อนไขของการลงโทษ โดยอาศัยความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำ และผลซึ่งต้องเป็นไปตามหลักผลธรรมดาตามมาตรา 63[39] เท่านั้นซึ่งจะมีผลให้ผู้กระทำรับโทษสูงขึ้นได้โดยไม่คำนึงถึงว่าจะมีเจตนาหรือไม่ เงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัยนี้ ไม่ขึ้นอยู่กับตัวผู้กระทำหรือเจตนาของผู้กระทำ หากแต่ขึ้นอยู่กับผลที่เกิดขึ้น เงื่อนไขประเภทนี้ดูได้จากบทบัญญัติของกฎหมายที่มักใช้ถ้อยคำว่า "เป็นเหตุให้..." หรือ "จนเป็นเหตุให้" ตัวอย่างขององค์ประกอบความผิดประเภทนี้คือ ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 290 ที่บัญญัติว่า "ผู้ใด...ทำร้ายผู้อื่นจนเป็นเหตุให้ผู้นั้นถึงแก่ความตาย..." จากมาตรานี้จะเห็นได้ว่าถ้อยคำที่ว่า "จนเป็นเหตุให้ผู้นั้นถึงแก่ความตาย" เป็นองค์ประกอบที่เป็นเงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัยชนิดที่ต้องอาศัยผลของการกระทำ เพราะกฎหมายมุ่งที่จะลงโทษผู้ที่เจตนาทำร้ายผู้อื่น โดยต้องมีผลจากการทำร้ายคือความตายเกิดขึ้นด้วย หากความตายไม่เกิด

---

[37] ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ ข เล่มเดิม. หน้า 642-647.

[38] แหล่งเดิม. หน้า 642-647.

[39] ประมวลกฎหมายมาตรา 63 บัญญัติว่า "ถ้าผลของการกระทำความผิดใดทำให้ผู้กระทำต้องรับโทษหนักขึ้น ผลของการกระทำความผิดนั้นต้องเป็นผลที่ตามธรรมดาต้องเกิดขึ้นได้."

กฎหมายก็ไม่ลงโทษตามมาตรานี้ แต่หากผลเกิด การลงโทษก็ขึ้นอยู่กับว่าผลเกิดอย่างไร โดยไม่พิจารณาถึงเจตนาของผู้กระทำในเบื้องต้น โดยหากผลเกิดเป็นว่าตายก็ลงโทษตามมาตรา 290 นี้ แต่หากผลเกิดเป็นผู้ถูกกระทำได้รับอันตรายสาหัส ผู้กระทำก็ต้องรับโทษตามมาตรา 297 ฐานทำร้ายผู้อื่นให้ได้รับอันตรายสาหัส ดังนั้นเงื่อนไขการลงโทษทางภาวะวิสัยจึงเป็นไปตามเงื่อนไขของผลที่เกิดขึ้นเท่านั้น มิได้อิงกับเจตนาของผู้กระทำ ประหนึ่งว่า ผลเกิดอย่างไรก็รับผิดอย่างนั้น แต่ทั้งนี้ผลนั้นก็ย่อมต้องเป็นผลธรรมดาตามมาตรา 63 ด้วย[40]

(2) เงื่อนไขการลงโทษทางภาวะวิสัยที่ไม่อาศัยผลของการกระทำ

เป็นเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในบทบัญญัติของกฎหมายตามนโยบายทางอาญา ผู้กระทำจะต้องรับผิดหรือไม่ขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงนั้นว่าเข้าตามบทบัญญัติหรือไม่ ตัวอย่างของเงื่อนไขประเภทนี้ คือ ความผิดฐานรับของโจร ซึ่งมาตรา 357 ได้บัญญัติไว้ว่า “ผู้ใดช่วยซ่อนเร้น ช่วยจำหน่าย ช่วยพาเอาไปเสีย ซื้อ รับจำนำหรือรับไว้โดยประการใดซึ่งทรัพย์อันได้มาโดยการกระทำความผิด ถ้าความผิดนั้นเข้าลักษณะลักทรัพย์ วิ่งราวทรัพย์ กรรโชก รีดเอาทรัพย์ ชิงทรัพย์ ปล้นทรัพย์ ฉ้อโกง ยักยอก หรือเจ้าพนักงานยักยอกทรัพย์ ผู้นั้นกระทำความผิดฐานรับของโจร...” จากมาตรานี้ ถ้าผู้กระทำมีเจตนาช่วยซ่อนเร้น ช่วยจำหน่าย ฯลฯ ซึ่งทรัพย์อันได้มาจากการกระทำความผิด ก็เพียงพอต่อการลงโทษแล้ว ไม่จำเป็นต้องรู้ว่าได้มาจากการกระทำความผิดฐานใดโดยเฉพาะ หากความผิดนั้นเป็นลักษณะความผิดตามที่บัญญัติในมาตรา 357 ผู้ที่มีเจตนาซ่อนเร้น ช่วยจำหน่าย ฯลฯ ก็ต้องรับผิดตามมาตรา 357 ในทางกลับกัน หากทรัพย์นั้นมิใช่ได้มาจากการทำความผิดตามที่ระบุไว้ ถึงแม้ผู้รับทรัพย์นั้นไว้จะมีเจตนารับทรัพย์ที่ได้มาจากการทำผิดฐานนั้น ผู้รับทรัพย์นั้นไว้ก็ไม่มีความผิดฐานรับของโจร ดังนี้เงื่อนไขการลงโทษชนิดนี้จึงขึ้นอยู่กับเงื่อนไขซึ่งเป็นข้อเท็จจริงตามบทบัญญัติของกฎหมาย มิได้ขึ้นอยู่กับเจตนาของผู้กระทำแต่อย่างใด

4) องค์ประกอบที่เป็นเงื่อนไขแห่งการเพิ่มโทษ

องค์ประกอบที่เป็นเงื่อนไขแห่งการเพิ่มโทษนี้ มิใช่การเพิ่มโทษโดยอาศัยผลที่เกิดขึ้นภายหลังอย่างเช่นกรณีของเงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัยที่อาศัยผลของการกระทำ หากแต่เป็นการเพิ่มโทษโดยอาศัยข้อเท็จจริงที่มีอยู่ก่อนแล้วในขณะกระทำ แต่ทั้งนี้ การจะนำข้อเท็จจริงที่มีอยู่แล้วมาเป็นเหตุเพิ่มโทษแก่ผู้กระทำได้นั้น ผู้กระทำจะต้องรู้ถึงการมีอยู่ของข้อเท็จจริงนั้น ๆ ตามมาตรา 62 วรรคสาม ซึ่งบัญญัติว่า “บุคคลจะต้องรับโทษหนักขึ้นโดยอาศัยข้อเท็จจริงใด บุคคลนั้นจะต้องรู้ข้อเท็จจริงนั้น” ตัวอย่างขององค์ประกอบที่เป็นเงื่อนไขแห่งการ

---

[40] หยุด แสงอุทัย. เล่มเดิม. หน้า 9.

เพิ่มโทษในลักษณะนี้ก็เช่นตามมาตรา 289 (2) ซึ่งบัญญัติว่า “ผู้ใด...ฆ่าเจ้าพนักงานซึ่งกระทำการตามหน้าที่ หรือเพราะเหตุที่จะกระทำหรือได้กระทำการตามหน้าที่...” ประกอบกับมาตรา 290 วรรคแรก ซึ่งบัญญัติว่า “ผู้ใดมิได้มีเจตนาฆ่า แต่ทำร้ายผู้อื่นจนเป็นเหตุให้ผู้นั้นถึงแก่ความตาย ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สามปีถึงสิบห้าปี” และวรรคสองบัญญัติว่า “ถ้าความผิดนั้นมีลักษณะประการหนึ่งประการใดดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 289 ผู้กระทำต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สามปีถึงยี่สิบปี” ซึ่งโทษตามวรรคสองของมาตรา 290 เป็นโทษที่หนักกว่าตามวรรคแรก ดังนั้น อาศัยตามมาตรา 62 วรรคสาม ผู้กระทำจะรับโทษตามมาตรา 290 วรรคสองได้ ผู้กระทำต้องรู้ถึงข้อเท็จจริงตามมาตรา 289 (2) นั้นคือรู้ว่าผู้ที่ตนทำร้ายเป็นเจ้าพนักงานและรู้ว่าเจ้าพนักงานนั้นกำลังกระทำตามหน้าที่...ฯลฯ ด้วย

จากเนื้อหาดังที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้นนั้น ทำให้เห็นได้ว่าการแยกประเภทขององค์ประกอบความผิดทำให้เข้าใจได้อย่างชัดเจนถึงตำแหน่งแห่งที่ และนัยสำคัญทางเนื้อหาของบทบัญญัติกฎหมายที่เป็นองค์ประกอบความผิด และความเข้าใจดังกล่าวจะนำไปสู่การตีความกฎหมายและใช้กฎหมายได้อย่างถูกต้องตามบทบัญญัติ และตามเจตนารมณ์ของกฎหมายต่อไป

2.3 แนวคิดทฤษฎีเงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัย

กฎหมายนอกจากจะมีบทบัญญัติที่เกี่ยวกับความผิดทางอาญาและโทษแล้ว และยังมีบทบัญญัติที่เกี่ยวกับเรื่องข้อเท็จจริงอยู่นอก “โครงสร้างของความผิดทางอาญา” ด้วย บทบัญญัติที่เกี่ยวกับเรื่องข้อเท็จจริงอยู่นอก “โครงสร้างของความผิดทางอาญา” นอกจากบทบัญญัติว่าด้วยเหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัวแล้ว ยังมีบทบัญญัติว่าด้วย “เงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัย” (objective Strabarkeitingung) อีกเรื่องหนึ่งด้วย[41] ซึ่งเป็นข้อเท็จจริงที่อยู่นอกโครงสร้างความรับผิดทางอาญาตามหลักการวินิจฉัยความผิดอาญาของประเทศเยอรมันนี

ประเทศเยอรมนีหลักการวินิจฉัยโครงสร้างของความผิดอาญา (Verbrechensaufbau หรือ structure of crime) โดยระยะแรกได้แยกโครงสร้างของความผิดอาญาออกเป็น 2 ส่วน คือ[42]

1 ส่วนภาวะวิสัย (Objective) อันได้แก่ โครงสร้างในส่วนขององค์ประกอบตามที่กฎหมายบัญญัติ (Tatbestandmassigkeit) และส่วนของความผิดกฎหมาย (Rechtswidrigkeit)

2 ส่วนอัตวิสัย (Subjective) อันได้แก่ ส่วนของความชั่ว (Schuld)

---

[41] คณิต ณ นคร ข เล่มเดิม. หน้า 112.

[42] แสวง บุญเฉลิมวิภาส. (2524). **ปัญหาเจตนาในกฎหมายอาญา.** หน้า 33.

ในเวลาต่อมานักกฎหมายเยอรมันพบว่าการกระทำที่ครบองค์ประกอบความผิดนั้นบางครั้งก็ไม่ได้เป็นความผิดเสมอไป เนื่องจากตัวผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ เช่น ป้องกัน ซึ่งจะเห็นว่า แม้การกระทำของบุคคลนั้นจะครบองค์ประกอบของความผิด แต่ก็ไม่ผิดกฎหมายหรือมีเหตุยกเว้นความผิด และในบางครั้งแม้การกระทำนั้น ไม่ถูกต้องหรือเป็นความผิดกฎหมายแต่ก็ไม่มีกฎหมายกำหนดไว้เป็นความผิด เช่น ความผิดฐานทำให้เสียทรัพย์โดยประมาท ดังนั้นนักกฎหมายเยอรมันจึงเห็นว่าการกระทำที่ครบองค์ประกอบตามที่กฎหมายบัญญัติ (Tatbestandsmassigkeit) และความผิดกฎหมาย (Rechtswirigkeit) น่าจะไม่ใช่เรื่องเดียวกัน ซึ่งสามารถแยกออกจากกันได้ เพียงแต่มีความสัมพันธ์กันเท่านั้น โดยถือว่าการกระทำที่ครบองค์ประกอบตามที่กฎหมายบัญญัติเป็นเพียงเหตุหนึ่งที่แสดงว่า การกระทำนั้นจะผิดได้เท่านั้นเอง

2.3.1 การวินิจฉัยโครงสร้างความความผิดอาญา

ดังที่ได้กล่าวมาข้างต้นแล้ว ด้วยเหตุนี้ จึงได้มีการพัฒนาแนวความคิดในการวินิจฉัยตามโครงสร้างความผิดอาญาโดยแยกออกเป็น 3 ส่วน คือ

1) การกระทำที่ครบองค์ประกอบตามที่กฎหมายบัญญัติ (Tatbestandsmassigkeit)

2) การกระทำนั้นมีความผิดกฎหมาย (Rechtswidrigkeit)

3) ผู้กระทำมีความชั่ว (Schuld)

1) การกระทำที่ครบองค์ประกอบตามที่กฎหมายบัญญัติ (Tatbestandsmassigkeit)

สำหรับเรื่ององค์ประกอบตามที่กฎหมายบัญญัตินั้น เป็นการพิจารณาตามรูปแบบของความผิดอาญา ซึ่งเป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ในความผิดแต่ละฐาน โดยที่การพิจารณาในส่วนขององค์ประกอบนั้นเป็นการพิจารณาในเบื้องต้นเท่านั้น โดยยังไม่ได้วินิจฉัยว่าการกระทำนั้นจะเป็นความผิดอาญาหรือไม่

องค์ประกอบความผิดนั้น จึงสามารถแยกออกได้เป็นองค์ประกอบภายนอก และองค์ประกอบภายใน

องค์ประกอบภายนอก (Objective Elements) คือสิ่งที่เป็นส่วนภายนอกที่ประกอบอยู่ในความผิดฐานใดฐานหนึ่ง เป็นสิ่งที่ไม่ใช่ส่วนของจิตใจของผู้กระทำความผิด

องค์ประกอบภายใน (Subjective Elements) คือสิ่งที่ตรงข้ามกับองค์ประกอบภายนอก กล่าวคือ สิ่งที่เป็นภายในตัวของผู้กระทำความผิดหรือเป็นส่วนจิตใจที่ประกอบอยู่ในความผิดฐานใดฐานหนึ่ง ซึ่งสิ่งดังกล่าวนี้ตามปกติจะมีสิ่งเดียวแต่ในความผิดบางฐาน หรือหลายฐาน อาจมีองค์ประกอบภายในมากกว่าสิ่งหนึ่งสิ่งใด เช่น เจตนา ประมาท หรือโดยทุจริต มูลเหตุจูงใจ

ตามที่กล่าวถึงความแตกต่างและการแยกต่างหากจากกันของสาระสำคัญทั้งสามประการของโครงสร้างของความผิดอาญาข้างต้น แต่ยังมิได้บอกว่าส่วนประกอบที่เป็นส่วนในทางอัตวิสัย (Subjective) อันได้แก่ เจตนา ประมาท หรือมูลเหตุจูงใจอื่น ๆ ว่ารวมอยู่ในข้อสาระสำคัญของโครงสร้างของความผิดอาญาข้อใด ซึ่งเรื่องนี้นักนิติศาสตร์เยอรมันได้วิเคราะห์ลักษณะการกระทำของมนุษย์ และผลจากการวิเคราะห์ทำให้เกิดทฤษฎีที่สำคัญสองทฤษฎี คือ ทฤษฎีการกระทำก่อให้เกิดผล (Kausale Handlungslehre) และทฤษฎีความมุ่งหมายของการกระทำ (finale Handlugslehre)

(1) ทฤษฎีการกระทำก่อให้เกิดผล (Kausale Handlungslehre)

ตามทฤษฎีการกระทำก่อให้เกิดผล การกระทำของมนุษย์คือ การเคลื่อนไหวร่างกายโดยรู้สำนึกในการที่กระทำ สิ่งที่เกิดขึ้นจากการที่ไม่มีความรู้สึกในการกระทำ[43] เช่น ละเมอ จึงไม่เป็นการกระทำในความหมายของกฎหมาย การกระทำตามทฤษฎีนี้จึงเป็นการกระทำที่เกิดขึ้นโดยปราศจากส่วนที่เป็นอัตวิสัย เจตจำนงที่จะให้เกิดผลและบังคับการเคลื่อนไหวร่างกายไม่เป็นส่วนประกอบของการกระทำ ความต้องการให้เกิดผลตามที่กฎหมายบัญญัติ เช่น ต้องการให้ความตายเกิดขึ้นในความผิดฐานฆ่าผู้อื่น ไม่รวมอยู่ในการกระทำ การกระทำที่เป็นการทำให้ผู้อื่นถึงแก่ความตายโดยใช้อาวุธปืนยิง จึงไม่เป็นเพียงแต่การยิงปืนที่ต้องการให้ความตายเกิดขึ้นเท่านั้น ที่เป็นการกระทำให้ผู้อื่นถึงแก่ความตาย แต่การยิงปืนแล้วกระสุนปืนถูกผู้ตายถึงแก่ความตาย เพราะผู้ตายบังเอิญพาตัวไปเข้ามาอยู่ในระยะวิถีกระสุน โดยไม่ถูกต้องและโดยไม่อาจคาดหมายได้ รวมตลอดถึงผู้ตายเข้ามาเป็นเป้าหมายโดยตรง เหล่านี้เป็นกากระทำให้ผู้อื่นถึงแก่ความตายด้วยเช่นกัน

ทฤษฎีนี้เป็นการกระทำของฝ่ายผลกำหนด (Kausalitat) นักทฤษฎีฝ่ายนี้จะถูกเรียกว่า พวกผลกำหนด (Kausalitat) นักทฤษฎีฝ่ายนี้ เห็นว่าความผิดอาญาประการแรกคือ การครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติ มีเพียงส่วนที่เป็นภาวะวิสัย (Objective) ไม่ว่าจะเป็นเจตนา ประมาท มูลเหตุจูงใจ หรือส่วนประกอบภายในอื่นเป็นข้อหรือสิ่งที่เกี่ยวข้องกับการตำหนิได้ของการกระทำ จึงรวมอยู่ในข้อสาระสำคัญของโครงสร้างความผิดอาญาประการที่สาม คือ ความชั่ว ทฤษฎีการกระทำก่อให้เกิดผลในปัจจุบันได้เสื่อมความนิยมไปโดยสิ้นเชิงแล้ว เพราะเห็นว่าทฤษฎี

---

[43] Vgl. Paul Bockemann. **Strafrecht.** Allgemeiner Teil. S. 44 (อ้างถึงใน คณิต ณ นคร ก, 2545 : 75)

นี้ไม่เพียงแต่จะเข้าใจผิดในหน้าที่ของเจตจำนงของมนุษย์เท่านั้น แต่ได้ทำลายเจตจำนงของมนุษย์ไปเลยทีเดียว

(2) ทฤษฎีความมุ่งหมายของการกระทำ (Finae Handlngslehre)

ตามทฤษฎีความมุ่งหมายของการกระทำ การกระทำของมนุษย์ คือ การแสดงออกของการกระทำที่มีความมุ่งหมายกำกับ[44] การกระทำของมนุษย์จึงเป็นเหตุการณ์ที่เกิดจากการกำหนดความมุ่งหมายโดยมีเจตจำนงกำกับมิใช่แต่เหตุการณ์ที่เป็นผลจากการเคลื่อนไหวร่างกายโดยรู้สำนึกเฉย ๆ การเคลื่อนไหวร่างกายโดยรู้สึกสำนึกในการกระทำเป็นเพียงพอ ข้อพิจารณาเบื้องต้นของการกระทำทำเท่านั้น แต่ในการที่มนุษย์จะเคลื่อนไหวร่างกายหรือไม่เคลื่อนไหวร่างกาย โดยรู้สึกสำนึกนั้น มนุษย์จะกำหนดจุดมุ่งหมาย และรายละเอียดเน้นเป็นขั้นตอน รวมทั้งกำหนดแผนการที่จะดำเนินการ แล้วดำเนินการไปตามขั้นตอนนั้น เพื่อที่จะบรรลุถึงจุดหมายที่ต้องการ ขั้นตอนของการกำหนดจุดมุ่งหมายรายละเอียดและแผนการที่จะดำเนินการไปตามนั้นต่างหากที่เป็นการกระทำของมนุษย์ กล่าวคือ ในการกระทำของมนุษย์จะมีการคิดไว้แล้ว ทำไปตามที่ตกลงใจไว้แล้วนั้น

ในทฤษฎีเป็นทฤษฎีการกระทำของฝ่ายเจตจำนงกำหนด (Finalitat) นักทฤษฎีของฝ่ายนี้ จึงถูกเรียกว่าพวกเจตจำนงกำหนด (Finalist) นักทฤษฎีฝ่ายนี้เห็นว่าการกระทำของมนุษย์มิได้มีแต่ส่วนในทางภาวะวิสัยเท่านั้น แต่ยังมีส่วนในทางอัตวิสัยรวมอยู่ด้วย กล่าวคือ ในการครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัตินั้นมีส่วนที่เป็น อัตวิสัย ได้แก่ เจตนา มูลเหตุจูงใจรวมตลอดถึงองค์ประกอบภายในอื่นรวมอยู่ ในปัจจุบันทฤษฎีความมุ่งหมายของการกระทำเป็นทฤษฎีที่ได้รับการยอมรับว่าถูกต้อง และผลพวงของการศึกษาวิจัยนักนิติศาสตร์ ตามทฤษฎีนี้ได้รับการยอมรับอย่างแพร่หลายจนนำไปสู่การบัญญัติกฎหมายที่สอดคล้องกับทฤษฎี

2) การกระทำนั้นมีความผิดกฎหมาย (Rechtswidrigkeit)

สำหรับความผิดกฎหมายเป็นส่วนที่พิจารณาหลังจากที่ได้พิจารณาการกระทำนั้น ได้ครบในส่วนขององค์ประกอบตามที่กฎหมายบัญญัติแล้ว โดยในโครงสร้างส่วนนี้เป็นการพิจารณาว่าการะทำที่เป็นองค์ประกอบนั้น มีเหตุทำให้การกระทำนั้นชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ซึ่งเป็นการพิจารณาในด้านภาวะวิสัย (Objective)

ในการกระทำที่ครบองค์ประกอบตามที่กฎหมายบัญญัติ ก็มิได้หมายความว่าการกระทำนั้นจะผิดกฎหมายในตัวเอง หากแต่การกระทำที่ครบองค์ประกอบตามที่กฎหมายบัญญัติจะ

---

[44] Vgl. Hans Welzel. **Das neue Bild des Stafrechtssystems.** S. 1; **Das Deutsche Strafrecht.** S. 33 (อ้างถึงใน คณิต ณ นคร ก, 2545 : 76)

เป็นตัวบ่งชี้ถึงความผิดกฎหมายของการกระทำ ฉะนั้นการกระทำที่ครบองค์ประกอบตามที่กฎหมายบัญญัติจึงมีได้ แต่ความผิดกฎหมายจะเกิดขึ้นไม่ได้เลยถ้าปราศจากการกระทำที่ครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติ

ดังนั้น ความผิดกฎหมายจึงเป็นเรื่องการกระทำที่มีเหตุให้ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ (Rechtfertigungusgrund) ซึ่งทำให้การกระทำนั้นไม่เป็นความผิดอาญา อาจเป็นเรื่องของจารีตประเพณีที่มิได้มีการบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร ความยินยอมของผู้ถูกกระทำในบางกรณีและที่มีกฎหมายชัดแจ้ง เช่น การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย

3) ผู้กระทำมีความชั่ว (Schuld)

การกระทำใดที่ครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติ และเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย เป็นการกระทำที่ชั่วหรือไม่ ขึ้นอยู่กับการตัดสินใจในการกระทำของผู้กระทำความผิดในขณะกระทำการนั้น ผู้ที่มีความรู้ผิดชอบหรือรู้จักแยกแยะถูกผิด ย่อมไม่กระทำการใดอันเป็นการผิดกฎหมาย แต่ถ้าผู้ใดขาดสติและได้กระทำการใดเป็นการผิดกฎหมาย ผู้นั้นย่อมจะเป็นบุคคลที่ต้องถูกตำหนิจากสังคม

ความชั่วทางกฎหมายอาญา จึงแตกต่างจากความชั่วในความหมายทั่วไป ซึ่งเกี่ยวข้องกับศีลธรรมหรือขนบธรรมเนียมประเพณี แต่ความชั่วในทางกฎหมายอาญา หมายถึง การตำหนิได้ของการกำหนดเจตจำนง (Schuldist Vorwerfbarketi der Willenbildung) โดยพิจารณาตามมาตรฐานวิญญูชนที่อยู่ในฐาน เช่น ผู้กระทำผิดและผู้กระทำผิดนั้นต้องมีความสามารถในการกระทำชั่ว (Snyuldfahigkeit)

2.3.2 ความหมายของเงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัย[45]

“เงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัย” คือ ข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับการกระทำที่เป็นความผิดทางอาญานั้น แต่ไม่ใช่ข้อสาระสำคัญทั้งสามประการของความผิดอาญา

ข้อเท็จจริงแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัยนี้เป็นสิ่งจำเป็นที่ต้องมี มิฉะนั้นแล้วจะลงโทษผู้กระทำความผิดในกรณีนั้นไม่ได้

ตัวอย่างเช่นการทำร้ายร่างการผู้แทนรัฐต่างประเทศที่จะเป็นการกระทำที่จะต้องถูกลงโทษตามมาตรา 131 ได้นั้น จะต้องได้ความว่าผู้ถูกทำร้ายเป็นผู้แทนรัฐต่างประเทศ “ซึ่งได้รับแต่งตั้งให้มาสู่ราชสำนัก”

---

[45] แหล่งเดิม.

การเป็นผู้แทนรัฐต่างประเทศซึ่งได้รับแต่งตั้งให้มาสู่ราชสำนักเป็นข้อเท็จจริงที่เป็นเงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัย เพราะการที่กฎหมายบัญญัติเช่นนั้นก็เพื่อให้สอดคล้องกับหลักกฎหมายระหว่างประเทศ และการคุ้มครองดูแลนี้ต้องเป็นการคุ้มครองดูแลที่สมบูรณ์แบบอีกด้วย หากจะถือว่า “การเป็นผู้แทนรัฐต่างประเทศซึ่งได้รับแต่งตั้งให้มาสู่ราชสำนัก” เป็นข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิดแล้ว การคุ้มครองผู้แทนรัฐต่างประเทศก็จะไร้ความสามารถ เพราะผู้กระทำความผิดอาจอ้างความไม่รู้จักข้อเท็จจริงในส่วนนี้และทำให้การกระทำนั้นเป็นการกระทำที่ขาดเจตนาได้

ในความผิดฐานปล้นทรัพย์ที่กฎหมายบัญญัติไว้ในมาตรา 340 วรรคสอง ว่า

“ถ้าเป็นการปล้นทรัพย์ผู้ถูกกระทำแม้คนหนึ่งคนใดมีอาวุธติดตัวไปด้วย ผู้กระทำต้องระวางโทษจำคุกสิบสองถึงยี่สิบปี...”

ซึ่งการที่กฎหมายระวางโทษดังกล่าวหนักกว่าระวางโทษปล้นทรัพย์ตามมาตรา 340 วรรคหนึ่ง นั้น ก็เพราะกฎหมายประสงค์จะลงโทษหนักแก่ผู้กระทำความผิดฐานปล้นทรัพย์ทุกคน “การมีอาวุธติดตัวไปด้วยในการปล้นทรัพย์” จึงเป็นข้อเท็จจริงแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัย ฉะนั้นหากจะให้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบความผิดแล้วก็ย่อมไม่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมาย

จากตัวอย่างที่ยกมาดังกล่าวจะเห็นได้ว่าเงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัยเป็นข้อเท็จจริงที่ส่วนหนึ่งมีลักษณะพิเศษเฉพาะตัว ในขณะเดียวกันก็เป็นข้อเท็จจริงที่ส่วนหนึ่งมีลักษณะใกล้เคียงอันเป็นองค์ประกอบของความผิด แต่เงื่อนไขแหงการลงโทษทางภาวะวิสัยจะเป็นข้อเท็จจริงที่มีลักษณะอย่างไร ต่างก็ตกอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์ทางกฎหมายอย่างเดียวกัน คือ ปัญหาการลงโทษได้หรือไม่ขึ้นอยู่กับการมีอยู่หรือไม่มีอยู่ของเงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัยโดยไม่เกี่ยวข้องกับเจตนาหรือประมาทแต่อย่างใด กล่าวคือ ผู้กระทำความผิดจะต้องถูกลงโทษสำหรับการกระทำนั้น ถ้าในกรณีนั้นมีเงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัย แม้ถึงว่าผู้กระทำความผิดจะไม่รู้หรือไม่อาจคาดหมายได้ว่าจะมีเงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัยนั้นก็ตาม

2.3.3 ความแตกต่างระหว่างเงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัยกับเหตุยกเว้นเฉพาะตัว[46]

“เงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัย” แตกต่างจาก “เหตุยกเว้นเฉพาะตัว” ในข้อที่ว่าเหตุยกเว้นเฉพาะตัวเป็นข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับผู้กระทำความผิด แต่เงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัยเป็นข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับการกระทำความผิด เงื่อนไขแห่งการ

---

[46] แหล่งเดิม. หน้า 110.

ลงโทษทางภาวะวิสัยจึงใช้กับผู้กระทำความผิดทุกคน แต่เหตุยกเว้นเฉพาะตัวใช้ได้กับผู้กระทำความผิดคนใดคนหนึ่งโดยเฉพาะเท่านั้น

2.3.4 เงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัยกับความผิดที่ผู้กระทำต้องรับโทษหนักขึ้นเนื่องจากผล

จากตัวอย่างของเงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัยตามมาตรา340 วรรค 2 จะเห็นได้ว่าการมีเงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัยทำให้ผู้กระทำความผิดทุกคนได้รับโทษหนักทำนองเดียวกันกับการลงโทษผู้กระทำความผิดใน “ความผิดที่ผู้กระทำต้องรับโทษหนักขึ้นเนื่องจากผล” (erfolgsqualifiziertes Delikt) เช่น ความผิดมาตรา 290 อย่างไรก็ตาม การลงโทษหนักทั้งสองกรณีมีความแตกต่างกัน กล่าวคือ การลงโทษกรณีความผิดที่ผู้กระทำต้องรับโทษหนักขึ้น เนื่องมาจากผลนั้นจะลงโทษได้ก็ต่อเมื่ออย่างน้อยผู้กระทำความผิดประมาทและกระทำนั้นเป็นเหตุให้เกิดผลนั้นขึ้น เพราะทฤษฎีผลธรรมดาตามมาตรา 63 นั้น ผลที่ต้องรับผิดคือผลที่ผู้กระทำอย่างน้อยประมาท

แต่การลงโทษหนักกรณีเงื่อนไขแห่งการลงโทษภาวะวิสัยไม่เกี่ยวข้องกับการประมาทของผู้กระทำความผิดแต่อย่างใด[47]

2.3.5 เงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัยกับวิสัยกับเงื่อนไขให้อำนาจดำเนินคดี[48]

“เงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัย” เป็น “สิ่งจำเป็นที่ต้องมีก่อน” (Voraussetzung หรือ prerequisitite) ของการลงโทษ ส่วน “เงื่อนไขให้อำนาจดำเนินคดี” (Prozessvoraussetzung) เป็นสิ่งที่จำเป็นที่ต้องมีก่อนเงื่อนไขให้เกิดอำนาจดำเนินคดี กล่าวคือ เจ้าพนักงานและศาลจึงจะดำเนินคดีได้ก็ต่อเมื่อมีกรณีเงื่อนไขให้ดำเนินคดีแล้ว เงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัยที่เน้นหนักเบาของการกระทบกระเทือนต่อระเบียบทางสังคมที่กฎหมายกำหนดไว้ แต่เงื่อนไขให้อำนาจดำเนินคดีจะคำนึงถึงข้อเท็จจริงทั้งปวงที่จะไม่ดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิด

ในการพิจารณาคดีใดหากปรากฏว่าไม่มีเงื่อนไขแห่งการลงโทษแล้ว พนักงานอัยการต้อง “สั่งไม่ฟ้อง” และศาลต้อง “พิพากษายกฟ้อง” คดีนั้น แต่หากปรากฏว่าขาดเงื่อนไขให้อำนาจดำเนินคดี พนักงานอัยการต้อง “สั่งยุติการดำเนินคดี” และศาลต้อง “สั่งจำหน่ายคดี”

---

[47] แหล่งเดิม.

[48] แหล่งเดิม.

2.3.6 ประเภทของเงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัย

หากพิจารณาบทบัญญัติเกี่ยวกับเงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัยจากจุดมุ่งหมายของเงื่อนไขแห่งการลงโทษเองแล้วสามารถแบ่งประเภทของเงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัยออกไปได้เป็นสองประเภท คือ

- 1. เงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัยที่เป็นข้อจำกัดในการลงโทษ และ
- 2. เงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัยที่เป็นเหตุเพิ่มทำให้หนักขึ้น

เงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัยประเภทแรกบัญญัติขึ้นโดยมีจุดมุ่งหมายที่จะทำให้เป็นข้อจำกัดในการลงโทษสำหรับการกระทำความผิด กล่าวคือ จะลงโทษผู้กระทำความผิดได้จะต้องมีเงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัย เช่น กรณีตามมาตรา 131 เงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัยที่เป็นเหตุจำกัดในการลงโทษในทางตำราเรียกว่า “เงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัยที่แท้”(echte objective Strafbarkeitsbedinggung)

เงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัยอีกประเภทหนึ่งบัญญัติขึ้นโดยมีจุดมุ่งหมายที่จะให้เป็นเหตุเพิ่มโทษให้หนักขึ้นสำหรับการกระทำความผิด เช่น กรณีตามมาตรา 340 วรรคสอง หรือบัญญัติขึ้นโดยมีจุดมุ่งหมายที่จะให้เป็นเหตุที่จะลงโทษกัน เช่น กรณีตามมาตรา 330 เงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัยประเภทหลังนี้ในเนื้อหาที่จะเกี่ยวพันกับความสมควรลงโทษของความผิดอาญา แต่ในรูปแบบจะแสดงออกถึงความเป็นเงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัย ทั้งนี้เพราะกฎหมายที่ไม่ประสงค์ที่จะให้เงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัยไปเกี่ยวข้องกับเจตนาและประมาท เงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัยประเภทดังกล่าวนี้เป็นเงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัย ที่ในทางตำราเรียกว่า “เงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัยที่ไม่แท้” (unechte objective Strafbarkeitsbedingung) [49]

1) เงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัยที่แท้

กฎหมายได้บัญญัติเงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัยที่แท้ไว้หลายกรณี เป็นต้นว่า

กรณีเกี่ยวกับการคุ้มครองสัมพันธ์กับต่างประเทศและตามหลักต่างตอบแทน

กรณีเกี่ยวกับการคุ้มครองความเด็ดขาดในอำนาจรัฐ

กรณีเกี่ยวกับการคุ้มครองทรัพย์สิน เช่น ในความผิดฐานรับของโจรตามมาตรา 357 วรรคหนึ่ง

---

[49] แหล่งเดิม. หน้า 114

2) เงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัยที่ไม่แท้

มาตรา 340 วรรคสอง บัญญัติว่า "ถ้าในการปล้นทรัพย์ผู้กระทำแม้คนหนึ่งคนใดมีอาวุธติดตัวไปด้วย ผู้กระทำต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สอบสองปีถึงสิบสี่ปี และปรับตั้งแต่สองหมื่นสี่พันบาทถึงสี่หมื่นบาท"

เกี่ยวกับมาตรา 340 วรรคสองนี้ ศาสตราจารย์ ดร. หยุด แสงอุทัย กล่าวว่า ผู้มีอาวุธติดตัวต้องมีเจตนามีอาวุธติดตัวไปด้วย สำหรับผู้ปล้นคนอื่นต้องรับโทษสูงขึ้นตาม (แม้จะไม่มีเจตนาก็ตาม)

ความเห็นนอกจากนี้จะไม่สอดคล้องกับความเห็นในทางตำราแล้ว ยังเป็นความเห็นที่ขัดแย้งกันเองในตัวอีกด้วย กล่าวคือ ศาสตราจารย์ ดร. หยุด แสงอุทัย เห็นว่าการมีอาวุธติดตัวเป็นข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิด แต่ในขณะเดียวกันก็เห็นว่าเป็นเงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัย

เมื่อการมีอาวุธติดตัวเป็นเงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัยแล้วก็ย่อมไม่ใช่ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิด และเมื่อไม่ใช่ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิดก็ไม่อาจกล่าวถึงเจตนาได้ กล่าวคือ ผู้มีอาวุธติดตัวจะได้รู้ถึงข้อเท็จจริงในส่วนนี้หรือไม่เป็นข้อเท็จจริง

ดังกล่าวมาแล้วว่าเงื่อนไขแห่งการลงโทษ แต่ในขณะเดียวกันเห็นว่าเป็นเงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัยที่มาแท้ในเนื้อหาจะเกี่ยวพันกับความสมควรลงโทษของความผิดทางอาญาคือเกี่ยวพันกับโครงสร้างของความผิดอาญา แต่ในรูปแบบแสดงออกถึงความเป็นเงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวิสัย โดยเหตุที่เงื่อนไขแห่งการลงโทษที่เป็นเงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัยที่ไม้แท้กฎหมายจึงเรียกสิ่งนี้ว่า "เหตุลักษณะคดี"

เงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัยที่ไม่แท้มีน้อยมากเมื่อเทียบกับเงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัยที่แท้จริง

ดังกล่าวแล้วมาตรา 330 เป็นเงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัยที่ไม่แท้ และเป็นเหตุที่เป็นเงื่อนไขแห่งการลงโทษในคดีหมิ่นประมาทเพราะน้ำหนักของความผิดฐานหมิ่นประมาทอยู่ที่ความเป็นเท็จของข้อเท็จจริง กฎหมายจึงได้กำหนดหน้าที่ไว้ให้ผู้กระทำผิดต้องพิสูจน์ความจริงซึ่งหากพิสูจน์ไม่ได้ก็ย่อมจะต้องถูกลงโทษ ฉะนั้น ความเป็นจริงจึงเป็นเงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัย[50]

---

[50] ตามกฎหมายลักษณะอาญา เงื่อนไขแห่งการลงโทษไม่สู้มีความสำคัญเท่าใดนัก ตัวอย่างที่เห็นได้ชัดก็คือการที่คนไทยทำผิดในเมืองต่างประเทศการกระทำนั้นจะต้องเป็นความผิดตามกฎหมายต่างประเทศด้วยฯลฯ จึงจะลงโทษได้ตามมาตรา 10(4) การที่กฎหมายต่างประเทศต้องบัญญัติว่าเป็นความผิดนี้ก็เป็นเรื่องเงื่อนไขแห่ง

2.3.7 การบังคับใช้เงื่อนไขทางภาวะวิสัย

ดังกล่าวมาแล้วว่าเงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัยเป็นข้อเท็จจริงที่อยู่นอกโครงสร้างของความผิดอาญา การลงโทษผู้กระทำความผิดและผู้ร่วมกระทำความผิดได้หรือไม่จึงขึ้นอยู่กับว่าในกรณีใดกรณีหนึ่งนั้นมีเงื่อนไขแห่งการลงโทษในทางภาวะวิสัยหรือไม่ ถ้ามีก็ลงโทษได้ ถ้าไม่มีก็สามารถลงโทษได้

โดยที่เงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัยไม่เป็นข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิด ฉะนั้น เจตนาหรือประมาทจึงไม่มีความสำคัญต่อการพิจารณาเรื่องการลงโทษ

ความสำคัญผิดเกี่ยวกับเงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัยไม่มีผลใดๆตามกฎหมาย

ในกรณีของเงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัยที่ไม่แท้ก็ต้องพิจารณาตามหลักเกณฑ์ที่ว่าเงื่อนไขแห่งการลงโทษไม่อยู่ในองค์ประกอบความผิด ทั้งนี้ เพราะกฎหมายประสงค์ที่จะให้เงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัยเกี่ยวพันกับเจตนาหรือประมาท

เงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัยอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ของมาตรา 2 ด้วย โดยเฉพาะอย่างยิ่งหลักการพิสูจน์สิ้นสงสัย กล่าวคือ หากยังสงสัยว่ากรณีใดกรณีหนึ่งมีเงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัยหรือไม่ต้องถือว่าในกรณีนั้นมีเงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัย

2.4 พัฒนาการของการคุ้มครองสิทธิเด็ก[51]

สิทธิเด็กได้รับการรับรองในรูปแบบต่าง ๆ โดยองค์การสหประชาชาติมาเป็นเวลาพอสมควรแล้ว และต่อมาได้พัฒนานำหลักการต่าง ๆ มารวบรวมไว้เป็นกฎหมายระหว่างประเทศในรูปของอนุสัญญาคือ อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก (Convention on the Rights of the Child = CRC) เมื่อวันที่ 20 พฤศจิกายน 1989/2532 และมีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 2 กันยายน 1990/2533 อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กมีหลักการที่สำคัญว่า เด็กทุกคนมีสิทธิต่าง ๆ ติดตัวมาตั้งแต่เกิดและประเทศสมาชิกของอนุสัญญาฉบับนี้ต้องดำเนินมาตรการต่าง ๆเพื่อให้การปกป้องคุ้มครองและส่งเสริมการใช้สิทธิของเด็กอย่างเต็มที่และอย่างน้อยต้องเป็นไปตามมาตรฐานของอนุสัญญาฯ ซึ่งได้รับการยอมรับทั่วโลกว่าข้อกำหนดต่าง ๆ ในอนุสัญญาฯ เป็นมาตรฐานขั้นต่ำในการดูแลคุ้มครองเด็ก ปัจจุบัน

การลงโทษอย่างหนึ่ง เจตนาของผู้กระทำผิดไม่จำเป็นต้องคลุมถึงเงื่อนไขแห่งการลงโทษด้วย เช่น แม้ผู้กระทำความผิดในต่างประเทศไม่ทราบว่าการกระทำนั้นเป็นความผิดตามกฎหมายต่างประเทศก็ไม่เป็นข้อสำคัญ และถ้าเงื่อนไขแห่งการลงโทษไม่ครบถ้วนแล้วศาลตองยกฟ้องปล่อยตัวจำเลยไป. ดู หยุด แสงอุทัย. (2548). คำอธิบายกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127. หน้า 29.

[51] วันชัย รุจนวงศ์. สิทธิเด็ก. สืบค้นเมื่อ 1 พฤศจิกายน 2551.,จาก **http://www.djop.moj.go.th/arti1.htm.**

อนุสัญญาฉบับนี้มีภาคีสมาชิกถึง 195 ประเทศ คงเหลือเพียง 2 ประเทศเท่านั้นที่ยังไม่เข้าเป็นภาคีสมาชิกคือประเทศโซมาเลียและสหรัฐอเมริกา

ในส่วนของประเทศไทยได้เข้าเป็นภาคีสมาชิกอนุสัญญานี้เมื่อวันที่ 27 มีนาคม 1992 และมีผลใช้บังคับกับประเทศไทยในฐานะเป็นกฎหมายระหว่างประเทศเมื่อวันที่ 26 เมษายน 1992

สิทธิเด็กเป็นส่วนหนึ่งของสิทธิมนุษยชนแต่เด็กเป็นกลุ่มชนที่ต้องการการปกป้องคุ้มครองมากกว่าคนทั่วไปเนื่องจากความสามารถของสภาวะทางร่างกายและสติปัญญาของเด็กเองที่ไม่เท่าเทียมกับผู้ใหญ่จึงต้องได้รับการคุ้มครองเป็นกรณีพิเศษเพื่อให้พัฒนาการและเจริญเติบโตเป็นผู้ใหญ่ที่เป็นทรัพยากรมนุษย์ที่มีคุณค่าต่อสังคม ในประชาคมระหว่างประเทศเห็นความสำคัญในการปกป้องคุ้มครองสิทธิเด็กเป็นอย่างยิ่งดังนั้นในปี พ.ศ. 1924/2467 องค์การสันนิบาตชาติได้ประกาศปฏิญญาว่าด้วยสิทธิเด็กหรือที่เรียกว่าปฏิญญาเจนีวา (the Declaration of Geneva 1924) เมื่อมีการจัดตั้งองค์การสหประชาชาติได้มีการประกาศปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (the Universal Declaration of Human Rights) เมื่อปี 1948/2491 แล้ว ต่อมาในปี1959/2502 องค์การสหประชาชาติได้พัฒนาและประกาศปฏิญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก (the United Nations Declaration on the Rights of the Child 1959) แต่ปฏิญญาไม่มีผลผูกพันเป็นกฎหมายระหว่างประเทศ ต่อมาจนถึงปี 1989/2532 สหประชาชาติจึงได้พัฒนาการคุ้มครองเด็กให้เป็นกฎหมายระหว่างประเทศในรูปของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก (Convention on the Rights of the Child 1989) ซึ่งอยู่ในรูปแบบปัจจุบัน ในปี2000/2533องค์การสหประชาชาติได้จัดทำตราสารทางกฎหมายระหว่างประเทศอีก 2 ฉบับ ในรูปแบบของพิธีสารต่อท้ายอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก คือ พิธีสารเลือกรับของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กเรื่องความเกี่ยวพันของเด็กในความขัดแย้งกันด้วยกำลังอาวุธ (Optional Protocol on the involvement of Children in Armed Conflict) และพิธีสารเลือกรับของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กเรื่องการค้าเด็ก การค้าประเวณีเด็กและสื่อลามกที่เกี่ยวกับเด็ก (Optional Protocol on the Sale of Children, Child Prostitution and Child Pornography)

ในการเป็นภาคีอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กนั้นเป็นประโยชน์โดยตรงต่อประเทศภาคีสมาชิก เพราะเป็นการกำหนดมาตรฐานในการคุ้มครองเด็กขั้นต่ำที่ประเทศเหล่านั้นจะต้องยกมาตรฐานของตนเองขึ้นให้เท่ากับที่กำหนดในอนุสัญญาฯ หรือสูงกว่า ส่วนประเทศที่มีการคุ้มครองที่สูงกว่าที่อนุสัญญาฯ กำหนดไว้จะได้รับการยกย่องและกระตุ้นให้พัฒนาการคุ้มครองเด็กให้สูงยิ่งขึ้น เหตุที่เป็นประโยชน์โดยตรงต่อประเทศภาคีสมาชิก เพราะการคุ้มครองเด็กอย่างน้อยตามมาตรฐานขั้นต่ำของอนุสัญญาฯ เป็นการรับประกันว่า เด็กทุกคนที่อยู่ในเขตอำนาจของรัฐนั้นจะได้มีอัตราการอยู่รอดที่สูง ได้รับการพัฒนาทั้งทางด้านร่างกายและจิตใจในระดับที่เด็กจะเติบโตเป็นผู้ใหญ่ที่มีความสามารถและมีสุขภาพกายแข็งแรงและมีสุขภาพจิตดี เด็กต้องไม่ถูกนำไปใช้

แรงงานก่อนวัยอันควรซึ่งขัดขวางการพัฒนาการทางด้านการศึกษาของเด็กและต้องไม่ถูกนำไปใช้ประโยชน์โดยมิชอบไม่ว่าในการค้าประเวณี ในการใช้ประโยชน์ทางเพศหรือทางด้านอื่นๆ อันเป็นการทำลายชีวิตและอนาคตของเด็กโดยตรง และให้เด็กได้มีส่วนร่วมตามระดับความสามารถซึ่งเป็นการพัฒนาเด็กให้เป็นผู้ใหญ่ที่ดีต่อไป เนื่องจากเด็กเป็นทรัพยากรมนุษย์ของประเทศในอนาคต การพัฒนาเด็กซึ่งเป็นสิ่งที่มีค่าที่สุดของประเทศให้เติบโตเป็นผู้ใหญ่ที่ดีมีความสามารถ เป็นทรัพยากรมนุษย์ที่มีคุณค่าและทำประโยชน์ให้ต่อประเทศชาติทั้งทางเศรษฐกิจและสังคม เป็นสิ่งสำคัญและจำเป็นอย่างยิ่งต่อความเจริญก้าวหน้าของประเทศนั้น ๆ และจำเป็นอย่างยิ่งต่อการแข่งขันกันทั้งทางด้านเศรษฐกิจและสังคม ในสังคมโลกทุกวันนี้ที่ประชากรทุกคนในประเทศต้องมีส่วนในการร่วมกันพัฒนาและรับผิดชอบในการแข่งขันด้วยการทำหน้าที่ของแต่ละคนให้ดีที่สุด หากเด็กไม่ได้รับการคุ้มครองตามมาตรฐานที่ดีของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก เด็กจะเติบโตขึ้นมาอย่างไร้คุณภาพแทนที่จะเติบโตเป็นทรัพยากรที่มีคุณค่าของสังคม กรณีเหล่านี้จะทำให้ไม่สามารถพัฒนาประเทศได้อย่างเต็มที่และจะทำให้สังคมและทรัพยากรของประเทศนั้นอ่อนแอและตกเป็นรองประเทศอื่น ๆ ในการแข่งขันเพื่อความอยู่รอด และการพัฒนาของประเทศนั้นเอง

คำว่า “เด็ก” ปัจจุบันเป็นที่ยอมรับกันทั่วไปในตราสารทางกฎหมายระหว่างประเทศต่างๆว่าหมายความถึงบุคคลทุกคนที่มีอายุต่ำกว่า18ปี

อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กให้คำนิยาม “เด็ก” ไว้ในข้อ 1 ว่า “เพื่อความมุ่งประสงค์ของอนุสัญญานี้ เด็กหมายถึง มนุษย์ทุกคนที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปี เว้นแต่จะบรรลุนิติภาวะก่อนหน้านั้นตามกฎหมายที่ใช้บังคับแก่เด็กนั้น”

จากคำนิยามดังกล่าวมนุษย์ทุกคนที่มีอายุต่ำว่า 18 ปี อยู่ในความหมายของคำว่าเด็กทั้งสิ้น เว้นแต่จะบรรลุนิติภาวะตามกฎหมายของแต่ประเทศที่ใช้อยู่ เช่น ในกรณีของประเทศไทยประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1 ว่าด้วยบุคคล มาตรา 19 กำหนดว่า บุคคลจะบรรลุนิติภาวะเมื่ออายุครบ 20 ปีบริบูรณ์ แต่หากบุคคลนั้นได้ทำการสมรสก่อนอายุครบ 20 ปีบริบูรณ์โดยผู้เยาว์ฝ่ายชายมีอายุ 17 ปีบริบูรณ์ และฝ่ายหญิงมีอายุ 15 ปีบริบูรณ์ ตามมาตรา 20 ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บุคคลนั้นเป็นผู้บรรลุนิติภาวะตามกฎหมาย ดังนั้น หากเด็กที่อายุยังไม่เกิน 18 ปี แต่ได้ทำการสมรสก่อนและเข้าเงื่อนไขตามกฎหมายที่ถือว่าเด็กนั้นพ้นจากสภาวะความเป็นเด็กและบรรลุนิติภาวะตามกฎหมาย จะไม่อยู่ในความคุ้มครองของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กอีกต่อไป และดังได้กล่าวแล้วอนุสัญญานี้เป็นอนุสัญญาที่มีประเทศเข้าเป็นภาคีสมาชิกมากที่สุดในโลก คือ 195 ประเทศ และข้อผูกพันในการเป็นภาคีสมาชิกของอนุสัญญา คือ การยอมรับที่จะปฏิบัติตามกฎหมายระหว่างประเทศฉบับนี้ ดังนั้น คำจำกัดความ “เด็ก” ในกฎหมายของทั้ง 195

ประเทศ จะต้องมีความหมายเช่นเดียวกับอนุสัญญานี้ทำให้ความหมายของคำว่าเด็กนั้นเป็นความหมายสากลที่ต้องเหมือนกันทั่วโลก

อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กคุ้มครองและส่งเสริมสิทธิขั้นพื้นฐานของเด็กทุกคนในโลก โดยได้กำหนดมาตรฐานขั้นต่ำ (ซึ่งหมายความว่าประเทศอาจกำหนดสิทธิและการคุ้มครองสูงกว่าที่กำหนดไว้ในอนุสัญญานี้ได้ แต่จะต่ำกว่าที่กำหนดไว้ในอนุสัญญาไม่ได้)

อนุสัญญาฯ กำหนดพันธกรณีให้ประเทศภาคีสมาชิกคุ้มครองสิทธิเด็ก โดยแยกเป็นประเภทใหญ่ๆได้4ประเภท[52]

1. สิทธิในชีวิตและการอยู่รอด
2. สิทธิในการได้รับการปกป้องคุ้มครอง
3. สิทธิในการพัฒนา
4. สิทธิในการมีส่วนร่วม

1) สิทธิในชีวิตและการอยู่รอด

สิทธิในการมีชีวิตและการอยู่รอดคือ สิทธิของเด็กที่คลอดออกมาแล้วจะต้องมีชีวิตอยู่รอดอย่างปลอดภัย อนุสัญญาฯ กำหนดว่ารัฐภาคีรับรองว่าเด็กทุกคนมีสิทธิที่ติดตัวมาตั้งแต่เกิดที่จะมีชีวิต และรัฐภาคีต้องประกันอย่างเต็มที่เท่าที่จะทำได้ให้มีการอยู่รอดและการพัฒนาของเด็ก

2) สิทธิในการได้รับการปกป้องคุ้มครอง

เด็กมีสิทธิที่จะได้รับการปกป้องคุ้มครองในทุกรูปแบบที่จะเป็นอันตรายต่อเด็ก ไม่ว่าจะเป็นการคุ้มครองจากการถูกทำร้ายทั้งทางร่างกาย จิตใจและทางเพศ ซึ่งรวมทั้งการล่วงละเมิดทางเพศกับหรือการแสวงหาประโยชน์ในรูปแบบต่าง ๆ จากเด็ก เช่น การค้าประเวณีเด็ก การขายเด็ก การนำเด็กไปใช้ขอทาน ไม่ว่าโดยบิดา มารดา ผู้ปกครองเด็กหรือโดยบุคคลอื่น เด็กที่ลี้ภัยจากอันตรายเข้ามาในประเทศของรัฐภาคีจะต้องได้รับการคุ้มครองและช่วยเหลือ เด็กพิการทั้งทางร่างกายและจิตใจมีสิทธิได้ใช้ชีวิตที่ดีอย่างมีศักดิ์ศรีและได้รับการส่งเสริมให้พึ่งพาตนเองกับมีส่วนร่วมในชุมชน เด็กมีสิทธิได้รับการคุ้มครองจากโรคภัยต่าง ๆ ตามมาตรฐานสาธารณสุขที่ดีที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ จะต้องไม่มีเด็กคนถูกตัดออกจากการได้รับบริการสาธารณสุข เด็กมีสิทธิที่จะได้รับการปกป้องคุ้มครองจากการใช้แรงงานโดยห้ามการใช้แรงงานเด็กที่อายุต่ำกว่าอายุขั้นต่ำที่ให้ทำงานได้ ซึ่งปัจจุบันกฎหมายแรงงานของไทยกำหนดตามพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงานห้ามเด็กที่อายุยังไม่เกิน 15 ปี บริบูรณ์ทำงาน ส่วนเด็กที่อายุเกิน 15 ปีและทำงานได้การทำงานของเด็กต้องไม่เป็นงานที่อันตราย ต้องไม่ขัดขวางการศึกษาของเด็กหรือเป็นอันตรายต่อสุขภาพ ร่างกาย จิตใจ

---

[52] แหล่งเดิม.

ศีลธรรม หรือพัฒนาการทางสังคมของเด็ก ในส่วนของยาเสพติดเด็กมีสิทธิได้รับการคุ้มครองจากการใช้ยาเสพติดในทุกรูปแบบและมีสิทธิได้รับการปัดป้องคุ้มครองจากการถูกใช้ในการผลิตหรือการค้ายาเสพติด

เด็กมีสิทธิได้รับการคุ้มครองจากรัฐและสังคมจากการถูกนำไปใช้ประโยชน์ทางเพศหรือการล่วงละเมิดทางเพศในทุกรูปแบบ ไม่ว่าจะเป็นการชักชวนหรือข่มขู่ให้เข้าร่วมกิจกรรมทางเพศ การค้าประเวณีหรือการเข้าไปมีส่วนในสื่อลามกเด็ก การลักพาตัว การค้าเด็กในทุกรูปแบบ เด็กมีสิทธิได้รับการปกป้อง คุ้มครองจากการถูกนำไปใช้ในการสู้รบด้วยกำลังอาวุธ ซึ่งแต่เดิมอนุสัญญาได้กำหนดอายุขั้นต่ำไว้ที่ 15 ปี แต่ต่อมาได้กำหนดในพิธีสารของ อนุสัญญานี้ได้ขยายอายุขั้นต่ำเป็น18ปี

เด็กที่ตกเป็นผู้ต้องหามีสิทธิหลายประการคือ เด็กจะต้องไม่ถูกลงโทษด้วยความทารุณโหดร้ายหรือไร้มนุษยธรรม และเด็กอายุต่ำกว่า 18 ปี จะต้องไม่ถูกลงโทษด้วยการประหารชีวิตหรือด้วยการจำคุกตลอดชีวิตโดยไม่มีโอกาสได้รับการปล่อยตัว เด็กที่ถูกจับกุม คุมขัง จะต้องถูกควบคุมตัวหรือขังแยกจากผู้ใหญ่เพื่อป้องกันการเรียนรู้ถ่ายเทพฤติกรรมจากผู้ต้องขังหรือนักโทษที่เป็นผู้ใหญ่และเป็นการป้องกันมิให้เด็กถูกข่มเหง รังแก บังคับจิตใจ หรือตกอยู่ในอิทธิพลของผู้ต้องขังที่เป็นผู้ใหญ่ นอกจากนั้นสถานคุมขังผู้ใหญ่อาจไม่เหมาะกับเด็ก และเด็กที่ถูกจับกุมคุมขังมีสิทธิได้รับความช่วยเหลือทางด้านกฎหมายและด้านอื่นโดยเร็ว นอกจากนั้นเด็กที่เป็นผู้ถูกกระทำจากการถูกทอดทิ้ง การหาประโยชน์โดยมิชอบหรือทำร้ายและการล่วงละเมิด การทรมานหรือการลงโทษโดยโหดร้าย ทารุณหรือโดยไร้มนุษยธรรม มีสิทธิที่จะได้รับการช่วยเหลือฟื้นฟูสภาพร่างกายจิตใจและให้กลับคืนสู่สังคมที่ดีได้อีกด้วย

3) สิทธิในการพัฒนา

สิทธิในการพัฒนาตนเองของเด็กเน้นทั้งด้านการพัฒนาทางร่างกายและสติปัญญา การพัฒนาทางด้านร่างกาย อนุสัญญาฯ เน้นที่การเลี้ยงดูเด็กโดยพ่อแม่หรือในบางกรณีโดยรัฐและระบุแต่เด็กมีสิทธิที่จะมีมาตรฐานความเป็นอยู่ที่เพียงพอต่อการพัฒนาการของเด็กทั้งทางร่างกาย จิตใจ สติปัญญา ศีลธรรมและทางสังคม เด็กมีสิทธิได้รับการบริการสาธารณสุขและการตรวจรักษาเพื่อให้เด็กพ้นจากโรคภัยที่ป้องกันรักษาได้และไม่ให้โรคภัยดังกล่าวเป็นอุปสรรคต่อพัฒนาการของเด็ก เด็กมีสิทธิที่ได้ และที่สำคัญอย่างยิ่งคือสิทธิของเด็กที่จะได้รับการศึกษา อันเป็นพื้นฐานและมาตรการที่จำเป็นต่อการพัฒนาของเด็ก

4) สิทธิในการมีส่วนร่วม

สิทธิในการมีส่วนร่วมของเด็กในรูปแบบต่างๆเป็นปัญหามากสำหรับประเทศทางตะวันออกที่มีแนวปฏิบัติในการไม่เปิดโอกาสให้เด็กแสดงความคิดเห็นมากนัก อนุสัญญาฯ เน้นถึง

สิทธิในการแสดงความคิดเห็นของเด็กโดยเสรีในทุกเรื่องที่มีผลกระทบต่อเด็กและรัฐภาคีต้องดำเนินมาตรการให้เด็กได้แสดงความคิดเห็นทั้งต้องให้น้ำหนักต่อความคิดเห็นนั้นตามควรแก่อายุและวุฒิภาวะของเด็กโดยเฉพาะอย่างยิ่งในกระบวนการทางศาลและทางการบริการที่จะมีผลกระทบต่อเด็กเด็กต้องได้รับโอกาสที่จะแสดงความคิดเห็นต่อการดำเนินการนั้นตามกระบวนการที่กฎหมายกำหนดและสิทธิในการแสดงออกของเด็กรวมถึงอิสระในการแสวงหาได้รับหรือส่งต่อข้อมูลและความคิดในทุกรูปแบบและในสื่อทุกประเภท เด็กมีสิทธิที่จะมีเสรีภาพทางความคิดมโนธรรม และศาสนา สิทธิในการมีส่วนร่วมนี้รวมทั้งสิทธิของเด็กที่จะสมาคมกันโดยสงบ เด็กมีสิทธิที่จะเข้าถึงข้อมูลข่าวสาร โดยเฉพาะที่มีความมุ่งหมายเพื่อส่งเสริมเด็กในด้านต่างๆ

จะเห็นว่ามาตรการต่าง ๆ และการคุ้มครองเด็กในด้านต่าง ๆ ที่แยกออกเป็นกลุ่มใหญ่ ๆ 4 กลุ่มนั้น ไม่ได้แยกจากกันโดยเด็ดขาด แต่มาตรการส่วนมากมีจุดมุ่งหมายในการคุ้มครองเด็กมากกว่า 1 ด้านและส่งเสริมซึ่งกันและกัน การคุ้มครองเด็กในด้านต่าง ๆ นอกจากเพื่อปกป้องกันเด็กจากอันตรายแล้ว ยังส่งเสริมการพัฒนาการของเด็กโดยเฉพาะด้านการศึกษาด้วย เพื่อไม่ให้อันตรายต่าง ๆ มาเป็นอุปสรรคต่อการศึกษาและพัฒนาของเด็ก และเพื่อไม่ทำให้พัฒนาการของเด็กหยุดชะงัก

ดังที่ได้กล่าวมาจะเห็นว่าตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กได้ให้ความสำคัญในการปกป้องคุ้มครองสิทธิเด็กซึ่งเป็นอนาคตของสังคมและประเทศชาติ ดังนั้นหากการบังคับใช้กฎหมายไม่มีประสิทธิภาพก็จะไม่สามารถคุ้มครองเด็กได้ดังตามเจตนารมณ์ เช่นกรณีเด็กที่ถูกข่มขืนกระทำชำเรา อนาจาร ไม่ว่าโดยคนไทยหรือคนต่างประเทศมีปัญหาเสมอในการดำเนินคดีกับผู้กระทำผิด ในส่วนของคนไทยที่กระทำการกระทำชำเราหรืออนาจารเด็กมักมีปัญหาเกี่ยวกับอายุของเด็กเนื่องจากเป็นข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิดซึ่งทำให้ผู้กระทำความผิดอ้างเหตุสำคัญผิดเป็นข้อต่อสู้คดีให้พ้นผิดทำให้กฎหมายในเรื่องกระทำชำเราเด็กนั้นยังไม่มีประสิทธิภาพที่จะคุ้มครองเด็กได้ตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย ซึ่งจะกล่าวรายละเอียดในบทต่อไป

2.5 การกำหนดเกณฑ์อายุเด็กและผู้เยาว์ซึ่งเป็นผู้เสียหาย

ประมวลกฎหมายอาญาและกฎหมายอื่นที่มีโทษทางอาญา มีบทบัญญัติหลายลักษณะและหลายมาตราที่มุ่งคุ้มครองเด็กและผู้เยาว์เป็นพิเศษ ทั้งนี้โดยการกำหนดช่วงอายุของเด็กและผู้เยาว์ซึ่งเป็นผู้เสียหายให้สัมพันธ์กับโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิด นั่นคือหากผู้เสียหายยิ่งอายุน้อย โทษที่จะลงแก่ผู้กระทำผิดก็จะยิ่งหนักขึ้น แต่ปัญหาประการหนึ่งที่เกี่ยวเนื่องกับอายุของเด็ก

และผู้เยาว์[53] คือในประเทศไทยมีการให้นิยามของคำว่า “เด็ก” และ “ผู้เยาว์” ที่แตกต่างกันออกไป โดยเฉพาะคำนิยามในทางกฎหมายที่ปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมาย พระราชบัญญัติประกาศ หรือระเบียบต่าง ๆ เช่น

ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 74 บัญญัติว่า “เด็กอายุกว่าเจ็ดปีแต่ยังไม่เกินสิบสี่ปีกระทำการอันกฎหมายบัญญัติเป็นความผิด เด็กนั้นไม่ต้องรับโทษ...”

ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 75 บัญญัติว่า “ผู้ใดอายุกว่าสิบสี่ปี แต่ยังไม่เกินสิบเจ็ดปี กระทำการอันกฎหมายบัญญัติเป็นความผิด ให้ศาลพิจารณาถึงความรู้ผิดชอบและสิ่งอื่นทั้งปวงเกี่ยวกับผู้นั้น ในอันที่จะควรวินิจฉัยว่าสมควรพิพากษาลงโทษผู้นั้นหรือไม่...”

ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 279 บัญญัติว่า “ผู้ใดกระทำอนาจารแก่เด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปีโดยเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม ต้องระวางโทษ...”

ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 318 บัญญัติว่า “ผู้ใดพรากผู้เยาว์อายุกว่าสิบห้าปี แต่ยังไม่เกินสิบแปดปีไปเสียจากบิดามารดา ผู้ปกครองหรือผู้ดูแลโดยผู้เยาว์นั้นไม่เต็มใจไปด้วยต้องระวางโทษ...”

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 19 บัญญัติว่า “บุคคลย่อมพ้นจากภาวะผู้เยาว์และบรรลุนิติภาวะเมื่อมีอายุยี่สิบปีบริบูรณ์” อย่างไรก็ดี บุคคลอาจจะพ้นจากการเป็นผู้เยาว์ได้ หากทำการสมรสก่อนอายุยี่สิบปี กล่าวคือ เมื่อมีอายุสิบเจ็ดปีบริบูรณ์ หรือตามอายุที่ศาลอนุญาตให้ทำการสมรสได้ก่อน

พระราชบัญญัติมาตรการในการป้องกันและปราบปรามการค้าหญิงและเด็ก มาตรา 4 บัญญัติว่า “เด็ก” หมายความว่า บุคคลผู้มีอายุไม่เกินสิบแปดปีบริบูรณ์

พระราชบัญญัติส่งเสริมและประสานงานเยาวชนแห่งชาติ พ.ศ. 2521 มาตรา 3 กำหนดว่า “เยาวชน” หมายความว่าบุคคลซึ่งมีอายุไม่เกินยี่สิบห้าปี”

พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลเยาวชนและครอบครัว และวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2534 มาตรา 4 บัญญัติว่า

“เด็ก” หมายความถึง บุคคลอายุเกินเจ็ดปีบริบูรณ์ แต่ยังไม่เกินสิบสี่ปีบริบูรณ์”

“เยาวชน” หมายความถึง บุคคลอายุเกินสิบสี่ปีบริบูรณ์ แต่ยังไม่ถึงสิบแปดปีบริบูรณ์”

---

[53] กมลินทร์ พินิจภูวดล. (2541). **แนวทางและมาตรการในการจัดการศึกษาของเด็กด้อยโอกาส** (รายงานการวิจัย). หน้า 4-6.

ประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 294 (27 พฤศจิกายน 2515) เรื่อง เด็กประพฤติตนไม่สมควรแก่วัย ข้อ 1 กำหนดว่า “เด็ก” หมายความว่า ผู้ซึ่งอายุไม่ครบสิบแปดปีบริบูรณ์ และยังไม่บรรลุนิติภาวะด้วยการสมรส

ระเบียบกรมประชาสงเคราะห์ว่าด้วยการสงเคราะห์เด็กภายในครอบครัว พ.ศ. 2529 ข้อ 4 บัญญัติว่า “เด็กซึ่งมีภูมิลำเนาอยู่ในประเทศไทย ที่เพิ่งได้รับการสงเคราะห์ตามระเบียบนั้นต้องอายุไม่เกิน 18 ปี หรือที่อยู่ในระหว่างการศึกษาต้องมีอายุไม่เกิน 20 ปีบริบูรณ์...”

จากตัวอย่างข้างต้นนั้นสรุปได้ว่า การให้คำนิยามในทางกฎหมายของประเทศไทยที่เกี่ยวกับคำว่า “เด็ก” และ “ผู้เยาว์” เหล่านี้แสดงให้เห็นถึงการขาดความเป็นเอกภาพในการให้คำนิยาม โดยเฉพาะในเรื่องเกณฑ์อายุที่ใช้กำหนดยังมีการทับและคาบเกี่ยวกันอยู่ ซึ่งทั้งนี้ก็อาจขึ้นอยู่กับวัตถุประสงค์และเจตนารมณ์ของกฎหมายแต่ละเรื่องแต่ละฉบับไป นอกจากนั้นแล้วก็ยังมีคำอื่น ๆ ที่ใกล้เคียงและอาจใช้แทนกันได้เช่นคำว่า “เยาวชน” ก็มีความหมายใกล้เคียงกับคำว่า “ผู้เยาว์” อีกด้วย แต่ทั้งนี้มีข้อน่าสังเกตประการหนึ่งว่า คำว่า “เยาวชน” กลับไม่มีปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายอาญาเลย

ด้วยเหตุที่วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มุ่งศึกษาเฉพาะกรณีของเด็กและผู้เยาว์ ซึ่งเป็นผู้เสียหายตามประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งมีการกำหนดช่วงอายุสูงสุดของเด็กไว้ที่อายุไม่เกินสิบห้าปี ส่วนผู้เยาว์นั้นมีช่วงอายุคือกว่าสิบห้าปีแต่ยังไม่เกินสิบแปดปี ดังนั้นคำว่า “เด็ก” ในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะหมายถึงบุคคลอายุไม่เกินสิบห้าปี ส่วนคำว่า “ผู้เยาว์” จะหมายถึงบุคคลที่มีอายุเกินกว่าสิบห้าปีแต่ยังไม่เกินสิบแปดปีเท่านั้น

อนึ่ง เหตุผลที่ถือว่า เด็กคือบุคคลอายุไม่เกินสิบห้าปี นั้นคือ เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญาหลาย ๆ มาตรา เช่น มาตรา 277 279 282 เป็นต้น มาตราเหล่านี้จะใช้คำว่า “เด็ก” หรือ “เด็กหญิง” เมื่อกล่าวถึงบุคคลที่อายุไม่เกินสิบห้าปี นอกจากนั้นแล้วตามพระราชบัญญัติประจำตัวประชาชน พ.ศ. 2526 มาตรา 5 ยังกำหนดว่าบุคคลซึ่งมีอายุตั้งแต่สิบห้าปีบริบูรณ์แต่ไม่เกินเจ็ดสิบปีบริบูรณ์จะต้องมีบัตรประจำประชาชน ดังนั้นเมื่ออายุครบสิบห้าปีบริบูรณ์เด็กจะต้องเปลี่ยนคำนำหน้าชื่อจากเด็กชาย หรือเด็กหญิง มาเป็นนายหรือนางสาว ซึ่งแสดงให้เห็นถึงการเจริญเติบโตและวุฒิภาวะที่สูงขึ้นในอีกระดับหนึ่ง

ส่วนเหตุผลที่ถือว่าผู้เยาว์หมายถึง บุคคลที่มีอายุเกินกว่าสิบห้าปีแต่ยังไม่เกินสิบแปดปีนั้น ก็คือ ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 317 มาตรา 318 และมาตรา 319 ซึ่งเป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับความผิดฐานพรากผู้เยาว์ ได้บัญญัติไว้เพื่อคุ้มครองผู้เยาว์ซึ่งเป็นบุคคลที่มีอายุเกินกว่าสิบห้าปีแต่ยังไม่เกินสิบแปดปี ดังนั้นจะเห็นได้ว่าเกณฑ์อายุสิบแปดปี เป็นเกณฑ์อายุสูงสุดที่กฎหมายอาญากำหนดไว้โดยเฉพาะเจาะจงในการให้ความคุ้มครองเป็นพิเศษแก่บุคคล แต่อย่างไรก็ตามยังมี

ข้อน่าสังเกตว่า ผู้เยาว์ที่อายุเกินกว่าสิบห้าแต่ยังไม่เกินสิบแปดปีนั้น ในประมวลกฎหมายอาญาก็มิได้ใช้คำว่า ผู้เยาว์เสมอไป หากแต่ยังใช้คำว่า “บุคคลอายุเกินสิบห้าปีแต่ยังไม่เกินสิบแปดปี” อีกด้วย

โดยสรุปแล้วอาจกล่าวได้ว่าตามประมวลกฎหมายอาญา หากกล่าวถึงบุคคลที่อายุไม่เกินสิบห้าปี กฎหมายอาญาจะให้คำว่า “เด็ก” และเมื่อกล่าวถึงบุคคลที่อายุเกินกว่าสิบห้าปีแต่ยังไม่เกินสิบแปดปีนั้น กฎหมายจะใช้คำว่า “ผู้เยาว์” หรือ “บุคคลอายุเกินสิบห้าปีแต่ยังไม่เกินสิบแปดปี”

2.5.1 ความผิดที่กำหนดอายุของเด็กและผู้เยาว์ซึ่งเป็นผู้เสียหาย

ดังได้กล่าวแล้วว่าในประมวลกฎหมายอาญาและกฎหมายอื่น ๆ ที่มีโทษทางอาญาได้ มีบทบัญญัติหลายมาตราที่มุ่งคุ้มครองเด็กและผู้เยาว์เป็นพิเศษโดยเฉพาะความผิดที่เกี่ยวกับเพศ ทั้งนี้โดยการกำหนดอายุของเด็กและผู้เยาว์ซึ่งเป็นผู้เสียหายไว้ให้สัมพันธ์กับโทษที่จะลง คือผู้เสียหายอายุยิ่งน้อย โทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดก็ยิ่งหนักขึ้น ซึ่งการที่กฎหมายบัญญัติเช่นนี้ก็เพื่อคุ้มครองคุณธรรมทางกฎหมายนั่นคือ ความบริสุทธิ์ในทางเพศของเด็กหญิง เพราะเด็กหญิงยังมีความเจริญเติบโตและพัฒนาการทางด้านต่าง ๆ เช่น ร่างกาย จิตใจ สติปัญญา การศึกษา อบรม และประสบการณ์ไม่เพียงพอ โดยทั่วไปแล้ว บทบัญญัติเหล่านั้นจะกำหนดอายุของผู้เสียหายซึ่งเป็นผู้เสียหายไว้ใน 2 ลักษณะ คือ

1) กำหนดเป็นช่วงอายุเดียว และ

2) กำหนดเป็นช่วงอายุต่าง ๆ หลายช่วง

1) กำหนดเป็นช่วงอายุเดียว

บทบัญญัติของกฎหมายที่กำหนดอายุของผู้เสียหายเป็นช่วงอายุเดียว มักใช้ถ้อยคำว่า “...เด็กอายุยังไม่เกิน...ปี...” เช่น

มาตรา 293 บัญญัติว่า “ผู้ใดช่วยหรือยุยงเด็กอายุยังไม่เกินสิบหกปี หรือผู้ซึ่งไม่สามารถเข้าใจได้ว่าการกระทำของตนเองมีสภาพหรือสาระสำคัญอย่างไร หรือไม่สามารถบังคับการกระทำของตนได้ ให้ฆ่าตนเอง ถ้าการฆ่าตนเองนั้นได้เกิดขึ้น หรือได้มีการพยายามฆ่าตนเอง ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

มาตรา 306 บัญญัติว่า “ผู้ใดทอดทิ้งเด็กอายุยังไม่เกินเก้าปีไว้ ณ ที่ใด เพื่อให้เด็กนั้นพ้นไปเสียจากตน โดยประการที่ทำให้เด็กนั้นปราศจากผู้ดูแล ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปีหรือปรับไม่เกินหกพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

มาตรา 398 บัญญัติว่า “ผู้ใดกระทำด้วยประการใด ๆ อันเป็นการทารุณต่อเด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปี คนป่วยเจ็บหรือคนชราซึ่งต้องพึ่งผู้นั้นในการดำรงชีพหรือการอื่นใด ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งเดือน หรือปรับไม่เกินหนึ่งพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

2) กำหนดเป็นช่วงอายุต่าง ๆ หลายช่วง

บทบัญญัติของกฎหมายที่กำหนดอายุของผู้เสียหายเป็นช่วงอายุต่าง ๆ โดยจะมีความสัมพันธ์เกี่ยวเนื่องกันในแต่ละช่วงอายุ ซึ่งช่วงอายุแรกของฐานความผิดนี้มักจะบัญญัติโดยใช้ถ้อยคำ เช่นว่า “...อายุไม่เกินสิบห้าปี...” และช่วงอายุถัดไปจะใช้ถ้อยคำว่า “...อายุกว่าสิบห้าปีแต่ยังไม่เกินสิบแปดปี...” โดยแต่ละช่วงอายุอาจจะถูกบัญญัติอยู่ในมาตราเดียวกันหรือคนละมาตราก็ได้ ตัวอย่างเช่น ความผิดฐานพรากเด็ก พรากผู้เยาว์ตามมาตรา 317, 318 และ 319

มาตรา 317 บัญญัติว่า “ผู้ใดโดยปราศจากเหตุอันสมควร พรากเด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปีไปเสียจากบิดามารดา ผู้ปกครองหรือผู้ดูแล ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สามปีถึงสิบห้าปี และปรับตั้งแต่หกพันบาทถึงสามหมื่นบาท...”

มาตรา 318 บัญญัติว่า “ผู้ใดพรากผู้เยาว์อายุกว่าสิบห้าปีแต่ยังไม่เกินสิบแปดปีไปเสียจากบิดามารดา ผู้ปกครองหรือผู้ดูแลโดยผู้เยาว์นั้นไม่เต็มใจไปด้วย ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สองปีถึงสิบปี และปรับตั้งแต่สี่พันบาทถึงสองหมื่นบาท...”

มาตรา 319 บัญญัติว่า “ผู้ใดพรากผู้เยาว์อายุกว่าสิบห้าปีแต่ยังไม่เกินสิบแปดปีไปเสียจากบิดามารดา ผู้ปกครองหรือผู้ดูแลเพื่อหากำไร หรือเพื่อการอนาจาร โดยผู้เยาว์นั้นเต็มใจไปด้วย ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สองปีถึงสิบปี และปรับตั้งแต่สี่พันบาทถึงสองหมื่นบาท...”

นอกจากความผิดฐานพรากเด็ก พรากผู้เยาว์ข้างต้นแล้ว ยังพบได้อีกใน

-ความผิดฐานกระทำชำเราตามมาตรา 277

-ความผิดฐานกระทำอนาจารตามมาตรา 278 และ 279

-ความผิดฐานจัดหาบุคคลเพื่อความใคร่ของผู้อื่นตามมาตรา 282 และมาตรา 283

-ความผิดฐานพาบุคคลไปเพื่อการอนาจารตามมาตรา 283 ทวิ

นอกจากบทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญาแล้ว การกำหนดอายุของผู้เสียหายยังมีอยู่ในบทบัญญัติในกฎหมายอื่น ๆ ที่มีโทษทางอาญาด้วย เช่น พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้าประเวณี พ.ศ. 2539[54]

---

[54] มาตรา 8 บัญญัติว่า “ผู้ใดกระทำชำเราหรือกระทำอื่นใดเพื่อสำเร็จความใคร่ของตนเอง หรือผู้อื่นแก่บุคคลอายุกว่าสิบห้าปีแต่ยังไม่เกินสิบแปดปีในสถานการณ์ค้าประเวณี โดยบุคคลนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งปีถึงสามปี และปรับตั้งแต่สองหมื่นบาทถึงหกหมื่นบาท

จากบทบัญญัติของกฎหมายข้างต้นจะเห็นได้ว่าจุดประสงค์ที่กฎหมายกำหนดอายุของผู้เสียหายเป็นช่วงอายุต่าง ๆ ก็เพื่อคุ้มครองเด็กและผู้เยาว์ โดยหากอายุยิ่งน้อย กฎหมายก็ยิ่งคุ้มครองอย่างเข้มงวดมากขึ้น เนื่องจากเด็กและผู้เยาว์นั้นอายุยิ่งน้อย ก็ยิ่งขาดความสามารถในการคิด การตัดสินใจและปกป้องตนเองประกอบกับสภาพร่างกายและจิตใจของเด็กยังไม่เจริญเติบโตเพียงพอ กฎหมายจึงต้องคุ้มครองเด็กเป็นพิเศษ

2.5.2 สถานะของอายุของเด็กและผู้เยาว์ซึ่งเป็นผู้เสียหายตามกฎหมายไทย

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น จะเห็นได้ว่ากฎหมายมุ่งคุ้มครองเด็กและผู้เยาว์เป็นพิเศษ โดยการบัญญัติช่วงอายุของเด็กและผู้เยาว์ให้สัมพันธ์กับโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำผิด คือยิ่งอายุน้อยโทษที่จะลงก็ยิ่งมาก โดยคุณธรรมที่กฎหมายมุ่งคุ้มครองก็คือความบริสุทธิ์ทางเพศของเด็ก ซึ่งปัญหาในทางกฎหมายประเด็นหนึ่งที่ตามมาก็คือ อายุของเด็กและผู้เยาว์มีสถานะอย่างไรในบทบัญญัติของกฎหมายไทย ประเด็นนี้มีความสำคัญเป็นอย่างมากต่อการวินิจฉัยปัญหาความสำคัญผิดในอายุของผู้เสียหาย โดยในเรื่องนี้นักกฎหมายมีความเห็นที่แตกต่างกันออกไป โดยความเห็นที่หนึ่งเห็นว่าอายุเป็นองค์ประกอบความผิด ส่วนความเห็นที่สองเห็นว่าอายุเป็นองค์ประกอบความผิดที่เป็นเงื่อนไขแห่งการเพิ่มโทษ และความเห็นที่สามเห็นว่าอายุเป็นเงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัย โดยได้อธิบายและให้เหตุผลแตกต่างกันออกไป ดังนี้

1) อายุเป็นองค์ประกอบความผิด

ผู้ที่เห็นว่าอายุเป็นองค์ประกอบความผิด อธิบายว่า[55] ความสำคัญผิดในอายุเท่ากับไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบความผิด ดังนั้นในทำนองเดียวกันจึงกล่าวได้ว่าอายุเป็นองค์ประกอบความผิด ซึ่งในแนวคิดที่ว่าอายุเป็นองค์ประกอบความผิดนี้ ศาลฎีกาก็มีความเห็น

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งเป็นการกระทำแก่เด็กอายุไม่เกินสิบห้าปี ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สองปีถึงหกปีและปรับตั้งแต่สี่หมื่นบาทถึงหนึ่งแสนสองหมื่นบาท...”

มาตรา 9 บัญญัติว่า “ผู้ใดเป็นธุระจัดหา ล่อไปหรือชักพาไปซึ่งบุคคลใดเพื่อให้บุคคลนั้นกระทำการค้าประเวณีแม้บุคคลนั้นจะยินยอมก็ตาม และไม่ว่าการกระทำต่าง ๆ อันประกอบเป็นความผิดนั้นจะได้กระทำภายในหรือนอกราชอาณาจักร ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งปีถึงสิบปีและปรับตั้งแต่สองหมื่นบาทถึงสองแสนบาท

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่ง เป็นการกระทำแก่บุคคลอายุกว่าสิบห้าปีแต่ยังไม่เกินสิบแปดปี ผู้กระทำต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ห้าปีถึงสิบห้าปี และปรับตั้งแต่หนึ่งแสนบาทถึงสามแสนบาท

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่ง เป็นการกระทำแก่เด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปี ผู้กระทำต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สิบปีถึงยี่สิบปีและปรับตั้งแต่สองแสนบาทถึงสี่แสนบาท...”

[55] จิตติ ติงศภัทิย์ ก (2543). **คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 1**. หน้า 734.

เช่นเดียวกันตามนัยฎีกาที่ 5176/2538 ซึ่งศาลฎีกาได้ให้เหตุผลไว้ว่า "...เรื่องอายุของผู้เสียหายเป็นองค์ประกอบความผิดด้วย เมื่อจำเลยสำคัญผิดในเรื่องอายุของผู้เสียหาย แม้ความจริงไม่ใช่อย่างที่จำเลยสำคัญผิด จำเลยย่อมไม่มีความผิด..." และยังมีฎีกาที่ 6405/0539 ให้เหตุผลไว้ว่า "จำเลยกระทำชำเราผู้เสียหายโดยสำคัญผิดว่าผู้เสียหายอายุ 17 ปี เท่ากับไม่รู้ข้อเท็จจริงว่าผู้เสียหายอายุไม่เกิน 15 ปี ซึ่งเป็นข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบความผิดตาม ป.อ. มาตรา 277 วรรคแรก จึงถือว่าจำเลยไม่มีเจตนากระทำความผิดฐานนี้

แนวความคิดนี้เห็นว่า อายุเป็นองค์ประกอบความผิด แต่อย่างไรก็ตามมิได้แยกแยะว่าเป็นองค์ประกอบประเภทใดประเภทหนึ่ง ดังที่ได้ศึกษามา ดังนั้น เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติของกฎหมายที่กำหนดอายุของผู้เสียหาย จะเห็นได้ว่าอายุเป็นองค์ประกอบความผิดโดยเนื้อหาสาระของบทบัญญัตินั้นเอง

2) อายุเป็นองค์ประกอบความผิดที่เป็นเงื่อนไขแห่งการเพิ่มโทษ

ผู้ที่เห็นว่าอายุเป็นองค์ประกอบความผิดที่เป็นเงื่อนไขแห่งการเพิ่มโทษ อธิบายว่าอายุของผู้เสียหายเป็นข้อเท็จจริงที่ทำให้ผู้กระทำได้รับโทษหนักขึ้นกว่าความผิดฐานข่มขืนตามมาตรา 276 ซึ่งมาตรา 62 วรรคท้ายบัญญัติให้ผู้กระทำต้องรู้ข้อเท็จจริงนั้น ถ้าไม่รู้ก็ไม่ถือว่าผิดตามมาตรา 277 วรรคสอง ทั้งนี้อาจอธิบายเพิ่มเติมได้ว่า ในความผิดฐานข่มขืนตามมาตรา 276 นั้น หากผู้กระทำสำคัญผิดว่าผู้เสียหายอายุเกิน 15 ปีแล้ว แต่ปรากฏข้อเท็จจริงว่าผู้เสียหายเป็นเด็กอายุไม่เกิน 13 ปี ก็จะเป็นความผิดฐานกระทำชำเราเด็กอายุไม่เกิน 13 ปีตามมาตรา 277 วรรคสอง ซึ่งโทษหนักกว่ามาตรา 276 ดังนั้นผู้กระทำจึงต้องรู้ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับอายุของผู้เสียหายนี้ ถ้าไม่รู้แล้วจะให้รับโทษหนักขึ้นนั้น ย่อมทำไม่ได้ตามหลักในมาตรา 62 วรรคท้าย ความเห็นนี้อาจสรุปได้ว่า อายุเป็นองค์ประกอบความผิดและเป็นข้อเท็จจริงที่ทำให้ผู้กระทำได้รับโทษหนักขึ้นหรือเป็นเงื่อนไขที่เป็นเหตุเพิ่มโทษ จึงต้องพิจารณาประกอบกับมาตรา 62 วรรคท้าย ซึ่งบัญญัติว่า "บุคคลจะต้องรับโทษหนักขึ้นโดยอาศัยข้อเท็จจริงใด บุคคลนั้นจะต้องได้รู้ข้อเท็จจริงนั้น" ผลก็คือถ้าไม่รู้ ก็ไม่ต้องรับผิดในสิ่งที่ตนไม่รู้ ดังนั้นความเห็นนี้จึงสรุปได้ว่าอายุเป็นองค์ประกอบความผิดที่เป็นเงื่อนไขแห่งการเพิ่มโทษนั้นเอง

3) อายุเป็นเงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัย

ผู้ที่เห็นว่าอายุของเด็กและผู้เยาว์ ซึ่งเป็นผู้เสียหายเป็นเงื่อนไขในการลงโทษทางภาวะวิสัยนั้น อธิบายว่า[56] ความสำคัญผิดในอายุของผู้เสียหายนั้น ถ้าหากวินิจฉัยตามหลักเจตนาในมาตรา 59 วรรค 3 โดยถือว่าเรื่องอายุนั้นเป็นส่วนขององค์ประกอบแล้ว ถ้าจำเลยกระทำโดยไม่รู้

---

[56] แสวง บุญเฉลิมวิภาส. เล่มเดิม. หน้า 10.

ข้อเท็จจริงดังกล่าว ก็ถือว่าจำเลยไม่ต้องรับผิด เพราะขาดเจตนา อันอาจเป็นเหตุให้ผู้กระทำไม่ต้องรับผิดได้ แนวคิดนี้จึงเห็นว่าน่าจะถือว่าส่วนของอายุเป็นเรื่องของเงื่อนไขการลงโทษทางภาวะวิสัยมากกว่า ซึ่งผลทางกฎหมายก็คือว่าผู้กระทำไม่จำเป็นต้องรู้ข้อเท็จจริงในส่วนนี้ เพราะไม่ถือว่าเป็นส่วนขององค์ประกอบความผิด

โดยสรุปแล้วความเห็นนี้เห็นว่าอายุมิใช่องค์ประกอบความผิด หากแต่เป็นเงื่อนไขในการลงโทษทางภาวะวิสัยที่อยู่นอกเหนือองค์ประกอบความผิด และไม่ถูกคลุมโดยหลักเจตนา ดังนั้นการไม่รู้ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับอายุจึงไม่อาจยกขึ้นแก้ตัวได้

DPU

บทที่ 3
ความรับผิดฐานกระทำชำเราเด็กของกฎหมายต่างประเทศ

การศึกษาค้นคว้ากฎหมายของประเทศต่างๆ จะทำให้เห็นมาตรการในการคุ้มครองเหยื่อทางเพศ ซึ่งเป็นประโยชน์ ในการนำมาเป็นข้อเปรียบเทียบกับประมวลกฎหมายอาญาของไทย ในการปรับปรุงแก้ไขและเปลี่ยนแปลงในสวนที่เป็นสาระสำคัญให้มีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น โดยจะกล่าวถึงประเทศต่างๆทั้งที่ใช้ระบบประมวลกฎหมายซีวิลลอว์ และประเทศที่ใช้กฎหมายคอมมอนลอว์

3.1 ประเทศที่ใช้ระบบจารีตประเพณี

3.1.1 ประเทศอังกฤษ

กฎหมายอาญาของประเทศอังกฤษได้แบ่งความผิดทางกฎหมายอาญาออกเป็นสองประเภท คือ ประเภทที่ต้องมีการไต่สวนมูลฟ้องครั้งหนึ่งก่อน แล้วจึงมีการร่างฟ้องไปยังศาลสูงเพื่อให้มีการพิจารณาต่อหน้าคณะลูกขุนต่อไป(jury) ความผิดประเภทนี้ คือ ความผิดร้ายแรง ความผิดฐานกบฏ ความผิดเล็กน้อยและความผิดประเภท petty offences เป็นความผิดที่ไม่ต้องมีการไต่สวนมูลฟ้องและไม่ต้องมีลูกขุนวินิจฉัยข้อเท็จจริง การกระทำความผิดกฎหมายอาญาของอังกฤษต้องมีองค์ประกอบที่สำคัญอยู่สองประการ คือ ประการแรก ต้องเป็นการกระทำความผิดทางอาญา (actus reus) ซึ่งเป็นองค์ประกอบภายนอก และประการที่สอง เป็นการกระทำที่ต้องมีเจตนา (mens rea) เป็นองค์ประกอบภายในซึ่งถ้าขาดองค์ประกอบอย่างใดอย่างหนึ่งทั้งสองประการนี้ไม่ถือว่าเป็นการกระทำความผิดอาญาเกิดขึ้น แต่ความผิดบางประเภทที่กฎหมายสามารถลงโทษผู้กระทำผิดได้โดยไม่ต้องคำนึงถึงเจตนา เช่น ความผิดฐานก่อความเดือดร้อนรำคาญทั่วไป (Public nuisance)ลักษณะของการกระทำคือการก่อให้ผู้อื่นได้รับความเดือดร้อน โดยไม่จำเป็นต้องมีเจตนาร้ายที่จะทำความรำคาญ เพียงแต่ผลแห่งการกระทำเป็นเหตุให้ผู้อื่นได้รับความเดือดร้อนแล้วก็ถือเป็นความผิดในทางอาญา[1]กฎหมายอังกฤษ เรียกว่า การกระทำความผิดฐานกระทำชำเรากับความผิดฐานอนาจารเป็นการกระทำที่ผิดศีลธรรมอันดีและถือเป็นความผิดในตัวของมันเอง (mala in se) ซึ่งถือว่าเป็นการกระทำที่ผิดศีลธรรมเช่นเดียวกับหลายๆประเทศ อย่างไรก็ตามในคดี

---

[1] หลวงประเสริฐมนูกิจ. (2495). คำอธิบายกฎหมายประเทศแองโกลแซกซอน. หน้า 54.

ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา กฎหมายอังกฤษจะมีลักษณะขอบเขตทั้งที่เป็นองค์ประกอบภายนอกและองค์ประกอบภายในของความผิดแต่ละฐาน[2]

ในเรื่องความสำคัญผิดในอายุของเด็กผู้เสียหายนั้น กฎหมายอังกฤษไม่อนุญาตให้ยกขึ้นแก้ตัว[3] และมีคำพิพากษาเป็นบรรทัดฐานในแนวเดียวกัน เช่นตัวอย่างที่ขึ้นไปสู่การพิจารณาของศาลสูงสุด ได้แก่คดี Regina v.Prince ในปี ค.ศ. 1875[4] ซึ่งเป็นเรื่องที่จำเลยถูกจับในข้อหาพาตัวเด็กหญิงอายุต่ำกว่าสิบหกปีไปจากการปกครองของบิดาโดยมิชอบด้วยกฎหมาย โดยจำเลยเชื่อโดยสุจริตว่าเด็กหญิงนั้นอายุสิบแปดปีแล้ว และซึ่งจำเลยเชื่อโดยสุจริตใจและความเชื่อของเขาก็สมเหตุสมผลด้วย แต่จำเลยก็ไม่อาจแก้ตัวได้โดยศาลให้เหตุผลว่า[5] แม้การกระทำนี้จำเลยจะเข้าใจว่าไม่ผิดกฎหมายแต่มันก็เป็นความผิดในตัวมันเอง (not illegal but wrong...) คดีนี้เป็นคดีที่สำคัญของประเทศอังกฤษซึ่งมีข้อเท็จจริงว่าจำเลยพาเด็กหญิงอายุต่ำกว่า 16 ปีไปโดยบิดาไม่ยินยอมโดยเป็นความผิดตามพระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดต่อบุคคล 1861 ซึ่งวางหลักไว้ว่า “บุคคลใดก็ตามพาเด็กหญิงอายุต่ำกว่าสิบหกปีที่ยังไม่ได้สมรส ไปโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายจากการปกครองดูแลและไม่ได้รับความยินยอมของบิดาหรือมารดาของเด็กนั้น หรือบุคคลอื่นที่มีอำนาจปกครอง มีความผิดในอาญาที่ไม่ร้ายแรง”

ในการพิจารณาคดีนี้ของเขตเซอร์เรย์ซึ่งทำกันที่ Kingston-on-Thames เมื่อวันที่ 24 มี.ค. 1875[6] มีการพิจารณาคดีของ Henry Prince ต่อหน้าผู้พิพากษา DENMAN ในข้อหาว่าพา Annie Phillips เด็กหญิงที่ยังไม่ได้สมรสอายุต่ำกว่า 16 ปี ไปโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ไปเสียจากความดูแลของบิดาโดยบิดาไม่ยินยอมซึ่งขัดต่อมาตรา 55 ของพระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดต่อบุคคล 1861 เขาถูกตัดสินว่ามีความผิด แต่คำพิพากษามีการทุเลาการบังคับโทษออกไปเพื่อให้มีการอุทธรณ์ต่อ Court for Crown Cases Reserved ได้ ข้อเท็จจริงที่หลักฐานชี้ชัดในการตัดสินความผิดมีอยู่แล้วและลูกขุนก็เห็นตามนั้น แต่จำเลยให้การปฏิเสธว่าเด็กหญิง Annie Phillips นั้นถึงแม้จะพิสูจน์โดยบิดาของเธอว่ามีอายุ 14 ปีเมื่อวันที่ 6 เมษายน 1875 แต่ก็ดูเหมือนเธอมีอายุมากกว่า 16 ปีมาก จากหลักฐานที่มีเหตุผลว่าก่อนที่จำเลยจะพาเธอไป เธอบอกเขาว่าเธออายุ 18 ปี โดยจำเลยเชื่อโดยสุจริต

---

[2] ชัยชนะ พรรัตนพันธุ์. (2545). **การคุ้มครองเด็กและเยาวชนชายที่เป็นเหยื่อการกระทำผิดทางเพศศึกษาเฉพาะกรณีการลงโทษกฎหมายอาญา.** หน้า 37.

[3] Smith and Hogan. (2002). **Criminal Tenth edition.** p.121.

[4] Wayne R.LaFave and Austin w.Scott.Jr. (1972). **Handbook on Criminal Law**. p.360-361.

[5] Kadish and Paulsen. (1975). **Criminal Law and Its Processes(Case and Materials).** p.102-103.

[6] สืบค้นเมื่อวันที่ 22 มีนาคม 2552, จาก **http://www.audiocasefiles.com/acf_cases/8638-regina-v-prince.**

ใจในคำบอกกล่าวเช่นนั้น และความเชื่อดังกล่าวก็มีเหตุผล ศาลเห็นว่าภายใต้ข้อเท็จจริงแวดล้อมเช่นนั้น คำตัดสินลงโทษของศาลชั้นต้นมีความถูกต้องแล้ว

สำหรับคดีนี้ขึ้นการตีความตัวบทบัญญัติของกฎหมายที่ใช้ในการพิจารณาคดีจำเลย มาตรา 55 ของพระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดต่อบุคคล 1861 ซึ่งบัญญัติว่าบุคคลใดก็ตามพาเด็กหญิงอายุต่ำกว่าสิบหกปีที่ยังไม่ได้สมรสไปโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย จากการปกครองดูแลและไม่ได้รับความยินยอมของบิดาหรือมารดาของเด็กนั้น หรือบุคคลอื่นที่มีอำนาจปกครอง มีความผิดในความผิดอาญาแบบไม่ร้ายแรง ซึ่งผู้พิพากษา Bramwell เป็นผู้อ่านคำพิพากษาคดีนี้โดยให้เหตุผลว่า[7]

คำว่าโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายหมายถึง ไม่ถูกกฎหมาย หรือนอกเหนือจากที่กฎหมายกำหนด หรือโดยไม่มีเหตุโดยชอบตามกฎหมาย – กรณีดังกล่าวหากจะทำได้ (เอาตัวไป) ก็เช่น ตำรวจพาตัวไปในข้อหาความผิดอาญาอุกฉกรรจ์ หรือบิดาของเด็กมารับเด็กไปจากโรงเรียน กฎหมายจึงอาจจะตีความได้ว่าใครก็ตามที่พาเด็กไปโดยไม่มีเหตุโดยชอบตามกฎหมาย จำเลยไม่มีเหตุโดยชอบดังกล่าวและด้วยเหตุนี้ สำหรับคดีนี้ จึงอาจจะไม่ต้องนำมาพิจารณากันอีก และประเด็นต่อมา จำเลยได้พาเด็กหญิงที่ยังไม่ได้สมรสและมีอายุต่ำกว่าสิบหกปีไปจากการดูแลของบิดาโดยไม่ได้รับความยินยอม แต่เนื่องจากไม่ได้มีบัญญัติไว้ในความหมายของตัวบทเลย จึงต้องตีความเสมือนว่ามีคำว่าโดยรู้อยู่แล้วว่าไม่ได้รับความยินยอมจากบิดาของเด็ก

เหตุผลในการพิจารณาคดีนี้คือ ตามหลักแล้วเจตนาร้ายเป็นสิ่งสำคัญสำหรับจะวินิจฉัยว่าการกระทำใดเป็นอาชญากรรมหรือความผิด และหากข้อเท็จจริงที่จะเป็นองค์ประกอบความผิดไม่ได้เป็นที่รับรู้แก่จำเลย ก็ย่อมไม่ถือว่ามีเจตนาร้ายเกิดขึ้น การตีความจึงใช้คำว่า“โดยรู้อยู่แล้ว” แต่บางทีอาจจะกล่าวได้ว่าจำเลยไม่เพียงแต่ไม่รู้อยู่แล้วเท่านั้น และจำเลยเชื่อว่าข้อเท็จจริงเป็นอย่างอื่นที่ไม่ใช่ข้อเท็จจริงที่จะทำให้การกระทำของเขาเป็นความผิด และได้กระทำไปโดยเชื่ออย่างมีเหตุผลว่าเด็กคนนั้นอายุเกินกว่าสิบหกปีแล้ว และเช่นนี้ หากเขาได้ลงมือกระทำจริงอย่างที่พิจารณาคดีอยู่โดยรู้ว่าหรือเชื่อว่าไม่เกินสิบหกแล้วยังขืนกระทำอีก เช่นนี้ต้องถือว่ามีเจตนาร้าย ซึ่งไม่มีอยู่เลยตอนที่เขาเชื่อว่าเขารู้ว่าเด็กอายุเกินสิบหกปีแล้ว เช่นนี้ย่อมเป็นเรื่องที่เป็นไปได้ยากที่จะบอกว่าบุคคลใดพาเด็กหญิงไปการปกครองของบิดาโดยบิดาไม่ยินยอมจะมีความผิดตามกฎหมายเว้นเสียแต่บุคคลที่พาเด็กไปนั้นจะรู้ว่าเด็กอายุต่ำกว่าสิบหกปี ซึ่งเขาย่อมไม่มีความผิดหากลูกขุนเห็นว่าเขาไม่รู้ข้อเท็จจริงทั้งสองประการนั้นเลย เช่นนี้คำถามจึงอยู่ที่ว่าเขามีความผิดหรือไม่เมื่อเขารู้ ดังที่เขาคิดว่าเด็กอายุเกินสิบหกปีแล้ว นี่จะกลายเป็นความจำเป็นต้องอ่านตัวบทด้วยคำแปลก ๆ นั่นคือ: "บุคคล

---

[7] แหล่งเดิม.

ใดพาเด็กหญิงที่ยังไม่สมรสอายุต่ำกว่าสิบหกปีไปและโดยไม่เชื่อว่าเด็กอายุเกินกว่าสิบหกปี เสียจากการปกครอง...” ซึ่งกฎหมายไม่ได้บัญญัติอย่างนั้น และคำถามจึงมีว่าเราจะต้องตีความกฎหมายเสมือนว่ามันเป็นอย่างนั้นหรือไม่ โดยถือตามหลักเกณฑ์ว่า เจตนาร้ายเป็นสิ่งสำคัญที่จะทำให้การกระทำเป็นความผิด[8]

ในความเห็นของข้าพเจ้าคือเราไม่จำเป็นต้องตีความอย่างนั้นและยังเห็นว่าคำว่า “โดยรู้อยู่แล้วว่า” ก็ไม่มีอยู่ในตัวบทด้วย และด้วยเหตุผลเหล่านี้ที่จะกล่าวต่อไป การกระทำที่ต้องห้ามถือเป็นความผิดอยู่ในตัวอยู่แล้วหากไม่มีเหตุโดยชอบรองรับ ข้าพเจ้าไม่ใช้คำว่าผิดกฎหมาย แต่ใช้คำว่าไม่ถูก ข้าพเจ้าไม่ได้ไม่คำนึงถึงเรื่องนี้ที่ว่า แม้กฎหมายอาจจะมุ่งไปที่การล่อลวงเพื่อการอนาจารเป็นหลัก การพาไปอาจจะกระทำโดยผู้หญิงและด้วยเจตนาดีก็ได้ อย่างไรก็ดีแม้ว่าอาจจะมีหลายกรณีที่ไม่ได้ขัดหลักศีลธรรมในด้านหนึ่งที่เราเข้าใจ ข้าพเจ้าเห็นว่าการกระทำที่ต้องห้ามก็ยังเป็นเรื่องไม่ถูกต้องอยู่ดี ต้องไม่ลืมถึงว่ากฎหมายต้องการมุ่งไปถึงเรื่องอะไร กฎหมายกล่าวถึงเรื่องของเด็กหญิง แน่นอนว่าไม่ได้กล่าวถึงหญิงแต่เป็นเด็กหญิงซึ่งเป็นช่วงอยู่ระหว่างเด็กกับผู้หญิงและพูดถึงว่าอยู่ในความดูแลปกครองของบิดาหรือมารดาหรือบุคคลที่ใช้อำนาจปกครองโดยชอบ และพูดถึงว่าต้องมีการพาไปเสีย และว่าการพาไปนั้นทำโดยบุคคลที่กล่าวมาไม่ยินยอม ข้าพเจ้ากล่าวถึงการกระทำโดยไม่มีเหตุโดยชอบเป็นเรื่องผิด และผู้ออกกฎหมายตั้งใจว่าความเสี่ยงจะอยู่กับผู้ที่พาไปนั้นไม่ว่าเด็กจะอายุต่ำกว่าสิบหกปีหรือไม่ ข้าพเจ้าจะไม่กล่าวว่าการพาผู้หญิงอายุห้าสิบไปจากพี่ชายหรือแม้แต่บิดาเป็นความผิด หญิงนั้นมีอายุที่จะเลือกทำสิ่งใดได้ด้วยตนเองแล้ว ไม่ใช่เด็กหญิงแล้ว และด้วยอายุขนาดนั้นไม่ถือว่าอยู่ในความปกครองดูแลของใครอีกแล้ว หากจะถามว่าข้าพเจ้าจะขีดเส้นแบ่งอย่างไร ข้าพเจ้าขอดูที่ว่าเมื่อหญิงนั้นไม่ได้เป็นเด็กหญิงที่อยู่ในความปกครองดูแลของใครอีกแล้ว แต่หากสิ่งที่ข้าพเจ้าพูดมานั้นไม่ถูกต้อง และที่กฎหมายต้องการจริง ๆ คือการพาหญิงอ่อนวัยซึ่งควรจะเรียกว่าเด็กหญิงไปและกล่าวได้ว่าอยู่ในความปกครองดูแลของบุคคลอื่น ก็ไม่จำต้องมีข้อถกเถียงให้ต้องมาพิสูจน์ในเรื่องนี้อีกและเพียงพอที่จะตัดสินคดีแล้ว จริงๆ ก็คือผู้ออกกฎหมายได้ออกกฎหมายนี้มาว่าหากใครกระทำสิ่งที่ผิดนี้แล้วเขาย่อมกระทำไปโดยความเสี่ยงว่าข้อเท็จจริงอาจจะออกมาว่าเด็กหญิงนั้นอายุต่ำกว่าสิบหกปีก็ได้ ซึ่งความเห็นนี้ก็อธิบายเรื่องเจตนาร้ายได้ครบถ้วนดีอยู่แล้ว หากผู้พาไปเชื่อว่าเขาได้รับความยินยอมจากบิดา แม้จะเข้าใจผิด เขาคงไม่มีเจตนาร้าย และกรณีจะเป็นเช่นเดียวกันหากเขาไม่รู้ว่าเด็กนั้นอยู่ในความปกครองของใคร ในกรณีเช่นนั้นเขาย่อมไม่รู้ว่าเขากำลังทำสิ่งที่ต้องห้ามอยู่ตามกฎหมายซึ่งเป็นการกระทำที่หากเขารู้ว่าเด็กอยู่ในความปกครองดูแลของบุคคลอื่น เขาย่อมรู้ว่าเป็นการกระทำผิดซึ่งไม่เหมือนกับกรณีว่าเด็ก

---

[8] แหล่งเดิม.

นั้นอายุต่ำกว่าสิบหกปีหรือไม่ ซึ่งเขาย่อมรู้ว่าเขากำลังกระทำผิดโดยตัวของการกระทำเองไม่ว่าเจตนาของเขาจะเป็นอย่างไรหากทำโดยไม่มีเหตุโดยชอบด้วยกฎหมาย นอกเหนือจากการพิจารณาในข้อต่าง ๆ เหล่านี้แล้วเราอาจจะเพิ่มเติมอีกว่ากฎหมายใช้คำว่า “โดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย” ไม่ได้ใช้คำว่า “โดยรู้อยู่แล้วหรือโดยไม่เชื่อเป็นอย่างอื่น” หากคำถามมีว่าการกระทำของเขาไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ย่อมไม่ยากที่จะตอบเนื่องจากมันชัดเจนอยู่แล้วว่าไม่ชอบด้วยกฎหมาย[9]

ในความคิดของข้าพเจ้าได้รับการสนับสนุนโดยการอ้างถึงมาตราอื่นในกฎหมายเดียวกัน มาตรา 50 บัญญัติว่าเป็นความผิดขั้นความผิดอาญาอุกฉกรรจ์ ในการกระทำโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายและโดยเหตุเพื่อการอนาจารต่อเด็กอายุต่ำกว่า 10 ปี มาตรา 51 บัญญัติว่าผู้ใดกระทำโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายและเพื่อการอนาจารต่อเด็กอายุเกินกว่า 10 ปีแต่ต่ำกว่า 12 ปีเป็นความผิดขั้นไม่ร้ายแรง จะสามารถอ้างได้หรือไม่

ในกรณีมาตรา 50 ว่าบุคคลที่ถูกดำเนินคดีอาจจะอ้างให้ยกฟ้องได้โดยใช้เหตุผลว่าเขาเชื่อว่าเด็กอายุเกิน 10 ปีแล้วแต่ไม่เกิน 12 ปี และเขาจึงกระทำผิดเพียงโทษอาญาแบบไม่ร้ายแรงเท่านั้น หรือเขาเชื่อว่าเด็กอายุเกิน 12 ปีแล้วดังนั้นเขาจึงไม่ได้กระทำผิดเลย หรือในกรณีตามมาตรา 51 เขาก็อาจจะอ้างขอให้ยกฟ้องเพราะเขาเชื่อว่าเด็กนั้นอายุเกิน 12 ปีแล้ว ในทั้งสองมาตรา การกระทำนั้นเป็นความผิดในตัวเอง เพราะกฎหมายบัญญัติว่าหากกระทำโดย “ไม่ชอบด้วยกฎหมาย” การกระทำด้วยเจตนาร้ายในที่นี้ก็คือการกระทำโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายและเพื่อการอนาจาร และชายที่ลงมือกระทำดังกล่าวทำโดยมีความเสี่ยงว่าเด็กจะอายุต่ำกว่าที่กฎหมายกำหนด มันคงจะเป็นเรื่องผิดพลาดอย่างมากหากจะวินิจฉัยเป็นอย่างอื่น ดังนั้นตามมาตรา 56 ใครก็ตามพาเด็กอายุต่ำกว่า 14 ปีโดยเจตนาพรากไปเสียจากการปกครองดูแลของบิดามารดาหรือผู้ใช้อำนาจปกครองเด็กนั้นหรือต้องการจะขโมยของสิ่งใดจากเด็กนั้นต้องมีความผิดอาญาแบบอุกฉกรรจ์ จำเลยจะมาบอกว่าฉันพาเด็กไปเพราะเชื่อว่าเด็กนั้นอายุเกิน 14 แล้วไม่ได้ จำเลยก็อ้างไม่ได้เช่นกันว่าฉันพาเด็กไปด้วยเจตนาจะพรากไปเสียจากการปกครองดูแลของบิดามารดา แต่ฉันเชื่อว่าเด็กอายุเกิน 14 ปีแล้ว เพราะไม่สามารถจะตีความไปอย่างนั้นกับกฎหมายนี้ได้ และก็เช่นเดียวกับมาตรา 55 ด้วย[10]

หลักการเดียวกันใช้กับคดีเหล่านี้ ในคดี R. v. Forbes and Webb ปี 1825 ชายถูกตัดสินว่ามีความผิดในการทำร้ายตำรวจระหว่างปฏิบัติหน้าที่แม้ว่าเขาจะไม่ทราบว่าเขาเป็นเจ้าหน้าที่ตำรวจ เพราะการกระทำเป็นความผิดในตัวเองนั่นเอง เช่นเดียวกันในคดีบุกรุกที่รโหฐานโดยมีเจตนาลักทรัพย์ คนที่ถูกฟ้องจะอ้างขอให้ยกฟ้องโดยอาศัยเหตุที่ว่าเขาเชื่อว่ามันเลยหกโมงเช้า

---

[9] แหล่งเดิม.

[10] แหล่งเดิม.

มาแล้วขณะที่เขาเข้าไปในที่รโหฐานนั้น หรืออ้างว่าเขาไม่รู้ว่าสถานที่ที่เขาบุกรุกเข้าไปนั้นเป็นบ้าน ในคดีเกี่ยวกับร้านค้าเครื่องใช้ทหารเรือก็เช่นกันจะบอกว่าบุคคลไม่มีเจตนากระทำผิดในการที่บุคคลที่ถูกฟ้องว่ามีสิ่งของที่ใช้ในการทหารเรือโดยมีตราหรือเครื่องหมายทางการทหารอยู่เพราะเขาไม่รู้ว่าร้านเขามีตรานั้นอยู่ เพราะไม่มีหลักฐานอะไรบ่งชี้ได้เลยว่าเป็นสิ่งผิดหรือไม่ถูกต้องในการเปิดร้านขายของเกี่ยวกับทหารเรือเว้นแต่จะระบุไว้ ก็ไม่น่าจะถูกต้องเช่นกัน หรือในคดีส่งสารพิษก็เช่นกันไม่มีความผิดแต่อย่างใดในการส่งหีบห่อพัสดุเว้นแต่จะมีสารพิษอยู่ภายในเช่นในคดี Hearne v. Garton ปี 1859หรือในคดีหมิ่นประมาทด้วยการโฆษณาโดยที่หนังสือพิมพ์คิดว่าสามารถจะทำได้หรือมีข้อต่อสู้ตามกฎหมาย Lord Campbell's Act แต่ปรากฏว่าหนังสือพิมพ์เข้าใจผิดไปเอง ก็ยังต้องรับโทษอยู่ดีไม่อาจจะอ้างว่าไม่มีเจตนาร้ายย่อมไม่ได้ เพราะการหมิ่นประมาทโดยข้อเขียนเป็นความผิดเมื่อไม่มีเหตุที่จะกระทำได้โดยชอบด้วยกฎหมาย นอกจากนี้ ยังมีคำวินิจฉัยตามกฎหมายนี้อีกสี่เรื่องที่สนับสนุนการตีความในแบบที่ข้าพเจ้ากำลังกระทำอยู่ ข้าพเจ้ากล่าวว่ามันเป็นปัญหาเรื่องการตีความของกฎหมายฉบับนี้ ไม่มีปัญหาว่าจะต้องพิจารณาเรื่องเจตนาร้ายตามหลักคอมมอนลอว์ด้วยว่าเป็นองค์ประกอบของการกระทำความผิด สำหรับข้าพเจ้าดูเหมือนจะเป็นไปไม่ได้ที่จะกล่าวว่าเมื่อมีคนพาเด็กหญิงไปจากการปกครองดูแลของบิดา โดยไม่รู้ว่าเด็กนั้นอายุต่ำกว่าสิบหกปีหรือไม่แล้วไม่ควรจะมีความผิด และไม่น่าจะเป็นไปได้เช่นกันว่าเขาเชื่อว่าเด็กนั้นอายุมากพอแล้วสำหรับเขาที่จะทำสิ่งที่ผิดโดยได้อย่างปลอดภัย ข้าพเจ้าคิดว่าควรยืนตามคำพิพากษาในการตัดสินว่าจำเลยมีความผิด[11]

นอกจากความเห็นดังที่ได้กล่าวมาแล้วยังได้มีผู้พิพากษาบางท่านได้ทำความเห็นแย้งไว้ ในคดีนี้คือผู้พิพากษา Brett โดยให้เหตุผลว่าหากข้อเท็จจริงเป็นไปตามสิ่งที่ลูกขุนเชื่อว่าเป็นเช่นนั้น จำเลยไม่ได้กระทำความผิดใด ถ้าหากกระทำโดยไม่มีบิดาของเด็กและเด็กนั้นยินยอม บิดาของเด็กก็ไม่มีสิทธิที่จะฟ้องร้องเรียกร้องหรือเอาผิดกับจำเลย

เมื่อพิจารณาคดีทั้งหมด ข้าพเจ้าคิดว่าเป็นที่พิสูจน์แล้วว่าจำเลยไม่ควรจะมีความผิดเมื่อไม่ปรากฏว่ามีเจตนาในการกระทำผิดอาญา ซึ่งจะมาถึงคำถามที่ว่า อะไรคือความหมายที่แท้จริงของถ้อยคำดังกล่าว ข้าพเจ้าไม่มีข้อสงสัยว่ามันจะปรากฏเมื่อจำเลยรู้อยู่แล้วยังกระทำสิ่งซึ่งจะเป็นความผิดหากผลแห่งการกระทำเป็นสิ่งที่เขาสามารถคาดเห็นได้อยู่แล้ว แต่กลับปรากฏว่าผลแห่งการกระทำนั้นทำให้เขาต้องรับโทษหนักขึ้น เหมือนกับกรณีที่คนร้ายใช้อาวุธอันตรายทำร้ายผู้อื่นด้วยเจตนาจะทำร้ายร่างกายและฆ่าผู้อื่น ผลที่เกิดคือการกระทำผิดนั้นเป็นการฆ่าผู้อื่น จำเลยเป็นผู้ยอมตกในความเสี่ยงเอง เช่นกันหากจำเลยกระทำสิ่งที่กฎหมายห้ามโดยไม่สนใจถึงข้อเท็จจริงว่าจะ

---

[11] แหล่งเดิม.

เป็นอย่างไร มันจะเหมือนกับจำเลยลักพาตัวเด็กหญิงอายุต่ำกว่าสิบหกปีไปโดยไม่สนใจจะพิจารณาว่าจริง ๆ แล้วเด็กนั้นจะอายุต่ำกว่าสิบหกปีหรือไม่ เช่นนี้ต้องถือว่าจำเลยยอมตกอยู่ในความเสี่ยงเองเช่นนี้ หากเขาไม่มีเจตนาลักพาตัวแต่ได้กระทำไปโดยทำให้เสื่อมเสียต่อเด็กซึ่งความจริงแล้วอายุต่ำกว่า 10 ปี แต่เขาเชื่อว่าเด็กนั้นอายุระหว่าง 10-12 ปี ซึ่งถ้าเป็นจริงอย่างที่เขาเชื่อจะทำให้เขารับโทษน้อยลง เช่นนี้เป็นเรื่องจำเลยยอมตกอยู่ในความเสี่ยงว่าข้อเท็จจริงอาจทำให้เขาต้องรับโทษหนักขึ้นก็ได้ แน่นอนว่าการเพิกเฉยต่อกฎหมายไม่ใช่ข้อที่จะแก้ตัวได้ สำหรับข้าพเจ้าการจะเดินตามหลักการเรื่องเจตนาร้ายจะนำมาใช้เมื่อเป็นเรื่องข้อเท็จจริงที่ปรากฏแก่การรับรู้ของจำเลย ซึ่งเขามีเหตุอันจะเชื่อได้ และก็เชื่อว่าเป็นอย่างนั้น ซึ่งหากเป็นจริงจะทำให้การกระทำของเขาไม่เป็นความผิดเลย มันอาจจะถูกที่จะกล่าวว่าความหมายของคำว่า "โดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย" คือไม่มีข้ออ้างโดยชอบหรือข้อจะแก้ตัวได้ แน่นอนว่าข้าพเจ้าเห็นด้วยว่าหากมีข้ออ้างตามกฎหมายก็ย่อมไม่มีความผิด แต่ข้าพเจ้ามาถึงข้อสรุปว่า การเข้าใจผิดในข้อเท็จจริงโดยมีเหตุตามสมควร โดยที่หากข้อเท็จจริงเป็นไปตามที่เชื่อ การกระทำของจำเลยย่อมไม่เป็นความผิด และสามารถยกเป็นข้อแก้ตัวได้ และข้อแก้ตัวนี้ปรากฏอยู่โดยนัยในทุกการกระทำผิดอาญาและกฎหมายที่มีโทษทางอาญาทุกฉบับในอังกฤษ ข้าพเจ้าเห็นด้วยกับ LORD KENYON ว่า "สิ่งนั้นเป็นสิ่งที่ปรากฏอยู่ในกฎหมายของเรา " และเห็นด้วยกับหัวหน้าผู้พิพากษา COCKBURN ว่า "นั่นเป็นสิ่งพื้นฐานของกระบวนการยุติธรรมทางอาญาทั้งหมด"[12]

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วคดีนี้ได้มีความเห็นแบ่งเป็น 2 แนวคิดคือ

แนวความคิดที่ 1 เห็นว่าจำเลยไม่สามารถอ้างเหตุสำคัญผิดในอายุเด็กขึ้นอ้างให้พ้นผิดได้ซึ่งถ้าหากว่ายอมให้จำเลยอ้างได้ว่าได้กระทำไปโดยเชื่ออย่างสมเหตุสมผลแล้วว่าเด็กอายุเกินกว่า 16 ปี ซึ่งก็ถือว่าจำเลยไม่มีเจตนาร้าย เช่นนี้ก็เป็นไปได้ยากว่าบุคคลใดจะพาเด็กไปจากการปกครองของบิดาจะเป็นความผิดกฎหมายเว้นเสียว่าจะรู้ว่าเด็กอายุต่ำกว่า 16 ปี จึงต้องตีความว่าโดยรู้อยู่แล้วแม้ว่าตัวบทจะไม่ได้บัญญัติไว้ ซึ่งถือจำเลยกระทำไปโดยความเสี่ยงว่าข้อเท็จจริงอาจจะออกมาว่าเด็กนั้นอายุต่ำกว่า 16 ปีก็ได้ การกระทำของจำเลยเป็นความผิดในตัวมันเองแม้ว่าจะไม่เป็นความผิดกฎหมาย(not illegal but wrong...) จำเลยต้องแบบรับความเสี่ยงนั้นเอง ซึ่งการพาไปนั้นนั้นอาจพาไว้ด้วยเจตนาดีก็ได้และอาจไม่ขัดต่อศีลธรรมก็ได้แต่อย่างไรก็ตามก็ยังเป็นการกระทำที่ต้องห้ามถือเป็นความผิดอยู่ในตัวเองอยู่แล้วหากไม่มีกฎหมายรองรับ จำเลยจึงไม่อาจอ้างเรื่องความเชื่อว่าเด็กอายุเกินกว่า 16 ปี เพื่อให้พ้นผิดได้

---

[12] แหล่งเดิม.

แนวความคิดที่ 2 เห็นว่าการกระทำของจำเลยไม่มีความผิด เนื่องจากจำเลยไม่มีเจตนาในการกระทำความผิดอาญาตามหลักการเจตนาร้ายจะนำมาใช้เมื่อเป็นเรื่องข้อเท็จจริงที่ปรากฏแก่การรับรู้ของจำเลยซึ่งจำเลยมีเหตุควรจะเชื่อได้และได้เชื่อว่าเป็นเช่นนั้น การกระทำของจำเลยก็ไม่มีความผิดและสามารถยกเป็นข้อแก้ตัวได้ ซึ่งเป็นพื้นฐานของกระบวนการยุติธรรม

คดีนี้ถือเป็นแนวบรรทัดฐานในการตัดสินคดีของประเทศอังกฤษมาจนถึงปัจจุบันซึ่งข้าพเจ้าเห็นด้วยกับแนวความคิดที่ 1 เนื่องจากวัตถุประสงค์ของกฎหมายมุ่งที่จะให้ความคุ้มครองเด็กเป็นสำคัญและเป็นการยากหากจะต้องพิสูจน์ถึงการรู้หรือไม่รู้เกี่ยวกับอายุเด็กจึงควรถือว่าผู้กระทำได้รู้อยู่แล้วเป็นการอุดช่องว่างของกฎหมาย จากคำพิพากษานี้ในปัจจุบันประเทศอังกฤษจึงได้บัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศไว้ใน The sexual offences Act 2003 ดังที่ได้กล่าวมาแล้วโดยมุ่งคุ้มครองเด็กอายุต่ำกว่า 13 ปี ซึ่งผู้กระทำผิดจะไม่สามารถอ้างเหตุความเชื่อเกี่ยวกับอายุได้เลยแต่ถ้าหากได้กระทำความผิดต่อเด็กอายุเกินกว่า 13 ปีแล้วต้องพิสูจน์ให้ศาลเห็นว่าจำเลยเชื่ออย่างสมเหตุสมผลว่าเด็กอายุเกิน 16 ปีหรือเกินกว่านั้นตามหลัก Reasonable Believe หลักการนี้ใช้ทั้งในกรณีการพิสูจน์เกี่ยวกับความเชื่อเรื่องความยินยอมในการร่วมประเวณีและการพิสูจน์เกี่ยวกับความเชื่อว่าเด็กที่ร่วมประเวณีนั้นมีอายุที่สามารถให้ความยินยอมในการร่วมประเวณีได้ ซึ่งหมายความถึงการพิสูจน์ว่าสิ่งหนึ่งสิ่งใดนั้นปราศจากข้อสงสัยตามสมควรคือการพิสูจน์ว่าไม่มีข้อสงสัยตามสมควรในจิตใจของวิญญูชนว่าจำเลยมีเจตนาตามที่ถูกกล่าวหาโดยมีข้อสันนิษฐานว่าจำเลยเป็นเช่นวิญญูชนทั่วไป การพิสูจน์เจตนาของการขืนใจบุคคลอื่นให้มีเพศสัมพันธ์ จึงเป็นเรื่องของการแสดงว่าวิญญูชนไม่น่าจะเชื่อตามที่จำเลยกล่าวอ้างเมื่อพิจารณาว่าจำเลยอยู่ในฐานะวิญญูชนทั่วไป[13] ตัวอย่างเช่น โดยทั่วไปดูจะเป็นเรื่องสมเหตุสมผลในการเชื่อคำให้การของสามีเกี่ยวกับความต้องการของภรรยาตนเอง เป็นเรื่องปกติที่สมเหตุสมผลที่จะมองว่าการกระทำการตามคำสั่งหรือคำแนะนำโดยไม่มีการคัดค้านเท่ากับเป็นการให้ความยินยอมอันที่จริงสิ่งที่เราทำอยู่ทุกวันก็อยู่บนข้อสันนิษฐานเช่นนี้ มันชัดเจนว่าการให้ความยินยอมอย่างชัดแจ้งในเรื่องนี้ปกติย่อมเป็นการให้อำนาจอีกคนในการกระทำการโดยความเชื่อว่าได้มีการให้ความยินยอมแล้วการเชื่ออย่างมีเหตุผลว่าผู้เสียหายอายุเกินกว่าที่กฎหมายกำหนดเป็นความผิดจำเลยสามารถยกเป็นข้อต่อสู้ได้หากแสดงให้ศาลเห็นว่าพวกเขาเชื่ออย่างมีเหตุผลว่าผู้เสียหายอายุเกินกว่าที่กฎหมายกำหนดเป็นความผิดแล้วอย่างไรก็ตามหากมีการยกข้อต่อสู้ดังกล่าว ปกติมักจะมีการใช้เมื่อผู้เสียหายอายุใกล้เคียงที่จะเกิน

---

[13] Reasonable Believe. from สืบค้นเมื่อวันที่ 21 สิงหาคม 2552 , จาก **http://findarticles.com/p/articles/mi_hb6700/is_n3_86/ai_n28672987/.**

กว่าที่กฎหมายกำหนดเป็นความผิดแล้วเท่านั้น หรือจำเลยสามารถแสดงให้เห็นได้ถึงความละเอียดถี่ถ้วนในการพิจารณาอายุของผู้เสียหายแล้ว เช่นเด็กอายุ 15 ปี แล้วมีการใช้บัตรประชาชนปลอมเพื่อเข้าไปเที่ยวบาร์สำหรับคนอายุ 18 ปีขึ้นไป ซึ่งกฎหมายกำหนดว่าบุคคลที่กระทำด้วยความสุจริตและสมเหตุสมผล แต่ด้วยความเข้าใจผิดถึงความมีอยู่สภาวะของสิ่งต่างๆ ไม่ต้องรับผิดในทางอาญาในการกระทำที่หนักไปกว่าที่ได้กระทำนั้นหากข้อเท็จจริงจะเป็นดังที่บุคคลนั้นเข้าใจว่าเป็นเช่นนั้น ซึ่งหลักความเชื่ออย่างสมเหตุสมผลนี้กล่าวได้ว่าเป็นเรื่องการสำคัญผิดในข้อเท็จจริงของจำเลยซึ่งเป็นดุลพินิจของผู้พิพากษาในการพิจารณาถึงความเชื่อนั้น[14]

นอกจากนั้นก็มีคดี People v.Ratz[15] เป็นความผิดเกี่ยวกับเพศซึ่งผู้กระทำความผิดสำคัญผิดในอายุของเด็กผู้เสียหาย ซึ่งศาลสูงสุดแห่งประเทศอังกฤษได้ให้เหตุผลไว้ว่า เพื่อป้องกันสถาบันทางสังคม อันได้แก่ ครอบครัวและเด็ก จึงจะต้องถือว่าจำเลยกระทำโดยตระหนักอยู่ว่าตนเองกำลังเสี่ยงกับความผิด ดังนั้นไม่ว่าจำเลยจะรู้หรือไม่รู้ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับอายุของผู้เสียหายจำเลยก็ต้องรับผิดในการกระทำนั้น

แต่เดิมตามกฎหมายของประเทศอังกฤษ ได้กำหนดเกณฑ์อายุของหญิงไว้ต่ำกว่า 16 ปี[16] แม้จะให้ความยินยอมร่วมประเวณีก็เป็นความผิด เรื่องกำหนดเกณฑ์ของอายุหญิงที่จะให้ความยินยอมนี้ ตามกฎหมายของประเทศอังกฤษได้มีการหลักเอาตามเกณฑ์อายุของเด็กหญิงที่สามารถให้สัญญาทำการสมรสโดยสมบูรณ์เป็นหลัก ต่อมาในปี ค.ศ.1885 ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายอาญา จึงกำหนดเกณฑ์ของหญิงเป็น 13 ปี [17]หลังจากนั้นในปี ค.ศ.1929 ได้มีการแก้กฎหมายเกี่ยวกับเกณฑ์อายุหญิงที่จะให้สัญญาในการสมรสเป็น 16 ปี ทั้งชายและหญิง[18] การสมรสในเกณฑ์ต่ำกว่านี้ย่อมไม่สมบูรณ์ ฉะนั้นการร่วมประเวณีกับหญิงอายุต่ำกว่า 16 ปี ย่อมถือว่าเป็นความผิดไม่ว่าหญิงนั้นยินยอมหรือไม่ จึงเป็นการเปลี่ยนแปลงกฎหมายที่เข้มงวด[19] แต่ปรากฏว่ากรณีอาจเกิดขึ้นเมื่อชายสำคัญผิดในอายุของหญิงได้เข้าแต่งงานกับหญิงและได้ร่วมประเวณีกับหญิงดังกล่าวโดยคิดว่าเป็นการสมรสโดยชอบ กรณีดังกล่าวอาจอ้างเป็นข้อเท็จจริงได้ ถ้าหากพิสูจน์ได้ว่าในขณะนั้นชายมีเหตุอันควรเชื่อได้ว่าหญิงเป็นภริยาโดยชอบของเขา[20] บทบัญญัติที่

---

[14] สืบค้นเมื่อวันที่ 21 สิงหาคม 2552 , จาก **http://www.courts.qld.gov.au/Benchbook/SD-76A**

[15] Kadish and Paulsen**. Op.cit.** p 106.

[16] The Sexual offences Act 1956., Section 6(1).

[17] The Criminal Law Amendment Act 1885, Section 4.

[18] The Age of Marriage Act 1929, Section 1.

[19] L.Radziowicz. Sexual offences. p.329

[20] Ibid. p 330.

ห้ามมิให้หญิงมีอายุต่ำกว่า 16 ปี แต่งงานนั้นปัจจุบันได้บัญญัติในมาตรา 2 แห่ง The Marriage Act, 1596 ต่อมาในปี 1956 จึงได้มีการบัญญัติกฎหมายกำหนดเกณฑ์อายุของหญิงว่าถ้าร่วมประเวณีกับหญิง/ไม่ต่ำกว่า 13 ปี แต่ต่ำกว่า 16 ปี เป็นความผิด และข้ออ้างแก้ตัวว่าสำคัญผิดในอายุของหญิงก็ได้บัญญัติในมาตรา 6 (2) แห่งThe Sexual Offences Act 1956 แต่ถ้าเป็นเด็กหญิงที่อายุต่ำกว่า 13 ปี ถูกชายร่วมประเวณีแล้ว ชายจะต้องรับผิดฐานกระทำชำเราโดยจะอ้างว่าหญิงมีอายุ กว่านั้นและเด็กหญิงยินยอมไม่ได้เลย[21] ต่อมาในปี ค.ศ. 2003 ได้มีการบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติม The Sexual Offences Act 2003 โดยได้บัญญัติหลักเกณฑ์ในเกี่ยวกับความผิดเกี่ยวกับเพศใหม่และให้ความสำคัญในเรื่องการกระทำความผิดทางเพศต่อเด็กมากขึ้นโดยได้แก้ไขให้มีการคุ้มครองทางเพศครอบคลุมไปถึงเด็กชายจากเดิมที่คุ้มครองเฉพาะเด็กหญิง และได้วางหลักเกี่ยวกับการให้ความยินยอมในการร่วมประเวณีและกำหนดอายุขั้นต่ำที่เด็กสามารถให้ความยินยอม โดยคุ้มครองเด็กสูงถึงอายุ 18 ปี โดยแยกแต่ละฐานความผิดและกำหนดอายุขั้นต่ำที่ได้รับการคุ้มครองไว้ 6 ประเภท

1) การข่มขืนกระทำชำเรา

ในเรื่องความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา นั้นประเทศอังกฤษได้บัญญัติไว้ในมาตรา 1 The Sexual Offences Act 2003 และได้บัญญัติหลักเกณฑ์เกี่ยวกับข้อสันนิษฐานเกี่ยวกับความยินยอมไว้ในมาตรา 75 และมาตรา 76 ด้วย คือ

มาตรา 1 การข่มขืนกระทำชำเรา[22]

(1) บุคคล (A) กระทำความผิดเมื่อ—

(a) บุคคลนั้นกระทำชำเราโดยการล่วงล้ำต่ออวัยวะเพศหญิง ทวารหนัก หรือปากของอีกบุคคลหนึ่ง (B) ด้วยอวัยวะเพศชายของเขา โดยเจตนา

(b) B ไม่ได้ให้ความยินยอมต่อการกระทำชำเรานั้น และ

(c) A ไม่มีเหตุอันควรเชื่อได้ว่า B ให้ความยินยอม

(2) มีเหตุอันควรเชื่อได้หรือไม่จะต้องพิจารณาโดยคำนึงถึงพฤติการณ์แวดล้อมทั้งหมด รวมทั้งข้อเท็จจริงในแต่ละขั้นที่ทำให้ A เข้าใจได้ว่า B ยินยอมหรือไม่

(3) มาตรา 75 และมาตรา 76 ใช้บังคับกับความผิดตามมาตรานี้ด้วย

(4) บุคคลที่กระทำความผิดตามมาตรานี้ต้องรับโทษจำคุกตลอดชีวิต เมื่อได้มีการพิจารณาพิพากษาว่ามีความผิด

---

[21] The Sexual Offences Act 1956, Section 5.

[22] The Sexual Offences Act 2003, Section 1.

มาตรา 75 ข้อสันนิษฐานโดยพยานหลักฐานเกี่ยวกับความยินยอม[23]

(1) หากในการพิจารณาคดีความผิดซึ่งอยู่ในบังคับของมาตรานี้ พิสูจน์ได้ว่า—

(a) จำเลยได้กระทำการดังกล่าว

(b) ปรากฏพฤติการณ์แวดล้อมใด ๆ ดังที่ระบุในอนุมาตรา (2) และ

(c) จำเลยรู้ว่ามีพฤติการณ์แวดล้อมดังกล่าวอยู่

ถือว่าผู้เสียหายไม่ได้ความยินยอมต่อการกระทำดังกล่าวเว้นแต่จะมีการนำเสนอพยานหลักฐานที่พอเพียงถึงประเด็นว่าผู้เสียหายยินยอมหรือไม่ และถือว่าจำเลยไม่มีเหตุอันควรเชื่อได้ว่าผู้เสียหายได้ให้ความยินยอมเว้นแต่จะมีการนำเสนอพยานหลักฐานที่พอเพียงถึงประเด็นว่าจำเลยมีเหตุอันควรเชื่อเช่นนั้นหรือไม่

(2) พฤติการณ์แวดล้อมได้แก่—

(a) ณ เวลาที่เริ่มกระทำการหรือทันทีทันใดก่อนหน้าการกระทำนั้นจะเริ่มขึ้น บุคคลนั้นได้ใช้ความรุนแรงต่อผู้เสียหายหรือทำให้ผู้เสียหายกลัวว่าจะทันใดนั้นจะใช้ความรุนแรงกับตน

(b) ณ เวลาที่เริ่มกระทำการหรือทันทีทันใดก่อนหน้าการกระทำนั้นจะเริ่มขึ้น บุคคลนั้นทำให้ผู้เสียหายกลัวว่ามีการใช้ความรุนแรงหรือในทันใดนั้นจะใช้ความรุนแรงต่อบุคคลอื่น

(c) ผู้เสียหายถูกควบคุมกักขังไว้โดยมิชอบ ณ เวลาที่มีการกระทำการดังกล่าว ขณะที่จำเลยไม่ได้ถูกควบคุมกักขังเช่นนั้น

(d) ผู้เสียหายกำลังหลับหรือไม่รู้สึกตัว ณ เวลาที่มีการกระทำการดังกล่าว

(e) เนื่องจากผู้เสียหายมีกายพิการ ผู้เสียหายย่อมไม่สามารถจะแจ้งกับจำเลยได้ ณ เวลาที่มีการกระทำการดังกล่าวว่าผู้เสียหายยินยอมหรือไม่

(f) โดยไม่ได้รับความยินยอมจากผู้เสียหาย บุคคลใดให้หรือจัดให้ผู้เสียหายได้รับสารซึ่งเมื่อได้รับเข้าไปแล้ว สามารถจะทำให้ผู้เสียหายมึนงงหรืออ่อนแรงได้ ณ เวลาที่มีการกระทำการดังกล่าว

(3) ในอนุมาตรา (2)(a) และ (b) การอ้างอิงเวลาทันทีทันใดก่อนการกระทำดังกล่าวจะเริ่มต้นขึ้นในกรณีการกระทำอย่างหนึ่งอย่างใดที่เป็นส่วนหนึ่งของการกระทำต่อเนื่องของการกระทำทางเพศคือ ณ เวลาทันทีทันใดก่อนกิจกรรมทางเพศแรกสุดจะเริ่มขึ้น

---

[23] The Sexual Offences Act 2003, Section 75.

มาตรา 76 ข้อสันนิษฐานเด็ดขาดเกี่ยวกับความยินยอม[24]

(1) หากในการพิจารณาคดีความผิดซึ่งอยู่ภายใต้บังคับของมาตรานี้ พิสูจน์ได้ว่าจำเลยกระทำการดังกล่าวจริงและปรากฏพฤติการณ์แวดล้อมอย่างหนึ่งอย่างใดตามอนุมาตรา (2) ถือเป็นข้อสันนิษฐานเด็ดขาดว่า—

(a) ผู้เสียหายไม่ได้ให้ความยินยอมต่อการกระทำดังกล่าว และ

(b) จำเลยไม่เชื่อว่าผู้เสียหายได้ให้ความยินยอมต่อการกระทำดังกล่าว

(2) พฤติการณ์แวดล้อมนั้นได้แก่—

(a) จำเลยเจตนาหลอกลวงผู้เสียหายเกี่ยวกับลักษณะหรือวัตถุประสงค์ของการกระทำดังกล่าว

(b) จำเลยตั้งใจจะชักจูงผู้เสียหายให้ให้ความยินยอมต่อการกระทำดังกล่าวโดยปลอมเป็นบุคคลที่ผู้เสียหายรู้จักเป็นการส่วนตัว

ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามมาตรา 1 นั้นเป็นการกระทำชำเราบุคคลอื่นไม่ว่าบุคคลนั้นจะเป็นชายหรือหญิงโดยบุคคลนั้นไม่ได้ให้ความยินยอมหรือไม่ให้ความสมัครใจในการร่วมประเวณี ผู้กระทำก็จะมีความผิดฐานนี้ทั้งนี้เกี่ยวกับความยินยอมนั้นประเทศอังกฤษยังให้ความหมายว้ในมาตรา 74 แห่ง The Sexual offences Act 2003 อีกด้วย คือ หมายถึง บุคคลจะให้ความยินยอมได้หากบุคคลนั้นตกลงที่จะเลือก และมีอิสระและความสามารถที่จะเลือก [25] ในความผิดฐานนี้จึงเป็นเรื่องที่ไม่ให้ความยินยอมเห็นได้ว่ากฎหมายให้ความคุ้มครองทุกคนโดยไม่ได้กำหนดอายุขั้นต่ำไว้ ซึ่งต่างจากความผิดฐานกระทำชำเด็กอายุต่ำกว่า 13 ปี ซึ่งบัญญัติไว้ในมาตรา 5 แห่ง The Sexual Offences Act 2003 ดังนี้

มาตรา 5 ข่มขืนเด็กอายุต่ำกว่า 13 ปี[26]

(1) บุคคลกระทำผิดเมื่อ—

(a) บุคคลนั้นกระทำชำเราโดยการล่วงล้ำต่ออวัยวะเพศหญิง ทวารหนัก หรือปากของอีกบุคคลหนึ่ง ด้วยอวัยวะเพศชายของเขา โดยเจตนา

(b) กระทำต่อบุคคลอายุต่ำกว่า 13 ปี

---

[24] The Sexual Offences Act 2003, Section 76.

[25] The Sexual Offences Act 2003, Section 74 “Consent”

For the purposes of this Part, a person consents if he agrees by choice, and has the freedom and capacity to make that choice.

[26] The Sexual Offences Act 2003, Section 5.

(2) บุคคลที่กระทำความผิดตามมาตรานี้ต้องรับโทษจำคุกตลอดชีวิต เมื่อได้มีการพิจารณาพิพากษาว่ามีความผิด

ผู้กระทำชำเราตามมาตรานี้ ต้องกระทำโดยเจตนาและรู้ว่าเด็กหญิงนั้นอายุต่ำกว่า 13ปี ซึ่งเด็กหญิงไม่อาจยินยอมโดยชอบด้วยกฎหมายใดๆและชายจะอ้างเหตุผลสนับสนุนในความเชื่อว่าเด็กหญิงมีอายุมากว่า 13 ปี จึงกระทำชำเราก็ไม่ได้เช่นเดียวกัน

เห็นได้ว่าลักษณะการกระทำชำเราตามมาตรานี้จะมีความผิดเช่นเดียวกันกับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นตามมาตรา 1 ต่างกันก็เพียงว่าตาม มาตรา 1 ผู้กระทำความผิดจะมีความผิดก็ต่อเมื่อผู้ถูกกระทำไม่ยินยอมหรือไม่สมัครใจนั้น แต่ตามมาตรา 5 นั้นแม้ว่าผู้กระทำความผิดจะกระทำโดยเด็กจะยินยอมหรือไม่ยินยอมให้ร่วมประเวณีก็ตาม หากว่าผู้ถูกกระทำเป็นเด็กอายุต่ำกว่า 13 ปี ผู้กระทำก็จะมีความผิดตามมาตรานี้ เนื่องจากประเทศอังกฤษได้กำหนดเกณฑ์อายุขั้นต่ำที่เด็กสามารถให้ความยินยอมไว้คือ 13 ปี หากอายุต่ำกว่านี้แม้ว่าเด็กจะให้ความยินยอมให้ร่วมประเวณีแต่ตามกฎหมายประเทศอังกฤษนั้นก็ถือว่าเด็กไม่ได้ให้ความยินยอมซึ่งอัตราโทษจึงสูงเท่ากับการข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นโดยไม่ได้รับความยินยอมเช่นมาตรา 1 ซึ่งทั้งมาตรา 1 และมาตรา 5 มีอัตราโทษสูง ทั้งนี้เนื่องจากความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น และความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเด็กอายุต่ำกว่า 13 ปี นั้นถือว่าเป็นการกระทำความผิดอุกฉกรรจ์ (felony) ต้องระวางโทษจำคุกตลอดชีวิต

2) การทำร้ายร่างกายด้วยการล่วงล้ำด้วยสิงอื่น

การทำร้ายร่างกายด้วยการล่วงล้ำด้วยสิงอื่นนี้เป็นการล่วงล้ำทางเพศต่อส่วนใดส่วนหนึ่งของร่างกายผู้อื่นโดยเจตนา โดยได้บัญญัติเรื่องไว้ใน The sexual offences Act 2003 มาตรา 2 คุ้มครองบุคคลทั่วไป และ ในมาตรา 6 คุ้มครองบุคคลอายุต่ำกว่า 13 ปี

มาตรา 2 ทำร้ายด้วยการกระทำล่วงล้ำด้วยสิ่งอื่น [27]

(1) บุคคล (A) กระทำความผิดเมื่อ—

(a) บุคคลนั้นล่วงล้ำต่ออวัยวะเพศหญิงหรือทวารหนักของอีกบุคคลหนึ่ง (B) ด้วยส่วนหนึ่งส่วนใดของร่างกายหรือสิ่งอื่น โดยเจตนา

(b) การล่วงล้ำนั้นเป็นการกระทำเกี่ยวกับทางเพศ

(c) B ไม่ได้ให้ความยินยอมต่อการล่วงล้ำนั้น และ

(d) A ไม่มีเหตุอันควรเชื่อได้ว่า B ให้ความยินยอม

---

[27] The Sexual Offences Act 2003. Section 2.

(2) มีเหตุอันควรเชื่อได้หรือไม่จะต้องพิจารณาโดยคำนึงถึงพฤติการณ์แวดล้อมทั้งหมด รวมทั้งข้อเท็จจริงในแต่ละขั้นที่จะทำให้ A เข้าใจได้ว่า B ยินยอมหรือไม่

(3) มาตรา 75 และมาตรา 76 ใช้บังคับกับความผิดตามมาตรานี้ด้วย

(4) บุคคลที่กระทำความผิดตามมาตรานี้ต้องรับโทษจำคุกตลอดชีวิต เมื่อได้มีการพิจารณาพิพากษาว่ามีความผิด

มาตรานี้เป็นการล่วงล้ำทางเพศต่อสวนใดส่วนหนึ่งของร่างกายผู้อื่นโดยเจตนา โดยผู้ถูกกระทำไม่ให้ความยินยอม และประเทศอังกฤษยังได้บัญญัติให้นำหลักเกณฑ์ในเรื่องข้อสันนิษฐานเกี่ยวกับความยินยอมในมาตรา 75 และ 75 มาใช้เหมือนกับความผิดฐานกระทำชำเราด้วย

มาตรา 6 ทำร้ายด้วยการกระทำล่วงล้ำด้วยสิ่งอื่นต่อเด็กอายุต่ำกว่า 13 ปี [28]

(1) บุคคลกระทำผิดเมื่อ—

(a) บุคคลนั้นล่วงล้ำต่ออวัยวะเพศหญิงหรือทวารหนักของอีกบุคคลหนึ่งด้วยส่วนหนึ่งส่วนใดของร่างกายหรือสิ่งอื่น โดยเจตนา

(b) การล่วงล้ำนั้นเป็นการกระทำเกี่ยวกับทางเพศ

(c) กระทำต่อบุคคลอายุต่ำกว่า 13 ปี

(2) บุคคลที่กระทำความผิดตามมาตรานี้ต้องรับโทษจำคุกตลอดชีวิต เมื่อได้มีการพิจารณาพิพากษาว่ามีความผิด

มาตรานี้ก็เป็นความผิดเช่นเดียวกับมาตรา 2 ดังที่ได้กล่าวมาข้างต้นต่างกันตรงที่ประเทศอังกฤษได้วางหลักเกณฑ์คุ้มครองเด็กอายุต่ำกว่า 13 ปี ในการให้ความยินยอมในเรื่องนี้เช่นเดียวกับการให้ความยินยอมในการร่วมประเวณีดังที่กล่าวมาแล้วจึงทำให้ผู้กระทำจะต้องรับผิดตามมาตรานี้แม้ว่าเด็กผู้ถูกกระทำจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม ผู้กระทำก็มีความผิดตามมาตรานี้โทษที่ได้รับจึงเท่ากับทำร้ายด้วยการกระทำล่วงล้ำด้วยสิ่งอื่นต่อร่างกายผู้อื่นโดยผู้นั้นไม่ยินยอม

3) การกระทำอนาจาร

ประเทศอังกฤษได้แยกลักษณะความผิดฐานกระทำชำเราและความผิดฐานอนาจารออกจากกันอย่างชัดเจนแต่ก็ให้การคุ้มครองบุคคล 2 กลุ่มคือบุคคลที่อายุกว่า 13 ปี และให้ความสำคัญในการคุ้มครองบุคคลซึ่งเป็นเด็กอายุต่ำกว่า 13 ปีไว้ในกรณีเฉพาะเช่นเดียวกับความผิดฐานกระทำชำเรา

---

[28] The Sexual Offences Act 2003, Section 6.

ในมาตรา 3 แห่ง The sexual offences Act 2003 เป็นความผิดฐานการกระทำอนาจาร บัญญัติว่าบุคคลหนึ่งกระทำความผิดเมื่อบุคคลนั้นสัมผัสบุคคลอื่นโดยเจตนาซึ่ง การสัมผัสนั้นเป็นการกระทำเกี่ยวกับทางเพศ โดยไม่ได้รับความยินยอมต่อการสัมผัสนั้น และไม่มีเหตุควรเชื่อได้ว่าได้รับความยินยอมโดยมิชอบด้วยกฎหมาย เหตุควรเชื่อว่าได้รับความยินยอมหรือไม่นั้นต้องพิจารณาจากพฤติการณ์แวดล้อมทั้งหมดรวมทั้งข้อเท็จจริงในแต่ละขั้นที่จะทำให้ผู้กระทำความผิดเชื่อว่าได้รับความยินยอม เกี่ยวกับเรื่องความยินยอมนั้นบัญญัติให้นำหลักเกณฑ์ในมาตรา 75 และ มาตรา 76 แห่ง The sexual offences Act 2003 มาใช้บังคับด้วย

บุคคลที่กระทำความผิดตามมาตรานี้ต้องรับโทษ ตัดสินลงโทษโดยการพิจารณาแบบรวบรัด มีโทษโทษจำคุกไม่เกิน 6 เดือน หรือปรับไม่เกินจำนวนสูงสุดที่กฎหมายกำหนด หรือทั้งจำทั้งปรับ หรือได้รับการตัดสินลงโทษโดยการพิจารณาแบบคดีอาญาโทษหนัก มีโทษโทษจำคุกไม่เกิน 10 ปี[29]

ส่วนความผิดฐานกระทำอนาจารเด็กได้บัญญัติไว้ในมาตรา 7 แห่ง The sexual offences Act 2003 คือ

มาตรา 7 กระทำอนาจารกับเด็กอายุต่ำกว่า 13 ปี

(1) บุคคลกระทำผิดเมื่อ—

(a) บุคคลนั้นสัมผัสบุคคลอื่นโดยเจตนา

(b) การสัมผัสนั้นเป็นการกระทำเกี่ยวกับทางเพศ

(c) กระทำต่อบุคคลอายุต่ำกว่า 13 ปี

(2) บุคคลที่กระทำความผิดตามมาตรานี้ต้องรับโทษ

(a) ตัดสินลงโทษโดยการพิจารณาแบบรวบรัด เมื่อโทษจำคุกไม่เกิน 6 เดือน หรือปรับไม่เกินจำนวนสูงสุดที่กฎหมายกำหนด หรือทั้งจำทั้งปรับ

(b) ตัดสินลงโทษโดยการพิจารณาแบบคดีอาญาโทษหนัก เมื่อโทษจำคุกไม่เกิน 14 ปี

ความผิดฐานอนาจารนั้นประเทศอังกฤษก็ได้บัญญัติคุ้มครองเด็กอายุต่ำกว่า 13 ปีไว้เป็นการเฉพาะเช่นกัน คือได้กำหนดเกณฑ์อายุขั้นต่ำที่เด็กสามารถให้ความยินยอมได้ไว้คือ 13 ปี เช่นเดียวกับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเด็ก ซึ่งองค์ประกอบที่สำคัญคือต้องกระทำโดยเจตนาโดยจะรู้หรือไม่รู้ก็ตามว่าเด็กนั้นอายุต่ำกว่า 13 ปี และไม่ว่าเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตามผู้กระทำก็จะมีความผิดตามมาตรานี้ และมีอัตราโทษสูงกว่ามาตรา 3

---

[29] The Sexual Offences Act 2003, Section 3.

4) ก่อหรือยุยงให้เด็กอายุต่ำกว่า 13 ปีทำกิจกรรมเกี่ยวกับเพศ

ความผิดฐานนี้ประเทศอังกฤษได้บัญญัติไว้ในมาตรา 8 แห่ง The sexual offences Act 2003 กล่าวคือ บุคคลกระทำผิดเมื่อบุคคลนั้นก่อหรือยุยงให้บุคคลอายุต่ำกว่า 13 ปี ทำกิจกรรมในทางเพศ โดยเจตนา มีโทษจำคุกตลอดชีวิต หรือถ้าการกระทำนั้นกระทำโดยการล่วงล้ำเข้าไปในทวารหนัก หรือ อวัยวะเพศ การล่วงล้ำเข้าไปในปาก ของผู้อื่น จะต้องรับโทษจำคุกขั้นต่ำตั้งแต่ 6 เดือนหรือโทษสูงสุดไม่เกิน 14 ปี[30]

มาตรานี้เป็นการยุยงให้เด็กอายุต่ำกว่า 13 ปีกระทำกิจกรรมทางเพศแม้ว่าเด็กจะยินยอมหรือไม่ก็ตามก็เป็นความผิดตามมาตรานี้ ซึ่งอัตราโทษสูงเท่ากับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเด็กซึ่งแสดงให้เห็นว่าประเทศอังกฤษมีวัตถุประสงค์คุ้มครองเด็กอายุต่ำกว่า 13 ปีในทุกฐานความผิดเท่ากัน

5) ความผิดทางเพศเกี่ยวกับเด็ก

นอกจากประเทศอังกฤษจะคุ้มครองเด็กในกรณีที่เด็กเป็นผู้ถูกกระทำหรือผู้เสียหายแล้วยังได้คุ้มครองเด็กในกรณีที่เด็กเป็นผู้กระทำความผิดเองโดยกำหนดอายุที่คุ้มครองสูงถึง 18 ปี ไว้ในแต่ละฐานความผิดใน The sexual offences Act 2003 ดังนี้

มาตรา 9 บุคคลอายุตั้งแต่ 18 ปี จะกระทำผิดเมื่อบุคคลนั้นสัมผัสบุคคลอื่นและการสัมผัสนั้นเป็นการกระทำเกี่ยวกับทางเพศ โดยเจตนา โดยได้กำหนดเกณฑ์อายุผู้ถูกระทำไว้คืออายุต่ำกว่า 16 ปี และ ไม่มีเหตุอันควรเชื่อว่าบุคคลนั้นอายุตั้งแต่ 16 ปี หรือ อายุต่ำกว่า 13 ปี จะต้องรับโทษจำคุกไม่เกิน 14 ปี เมื่อมีการพิพากษาความผิดด้วยการพิจารณาคดีแบบคดีอาญาอุกฉกรรจ์ เว้นแต่เป็นกรณี การล่วงล้ำทวารหนัก อวัยวะเพศ หรือการล่วงล้ำเข้าไปในปากด้วยส่วนหนึ่งส่วนใดของร่างกาย หรือสิ่งอื่นบุคคลกระทำความผิดตามมาตรานี้จะต้องรับโทษจำคุกไม่เกิน 6 เดือน หรือปรับไม่เกินจำนวนสูงสุดที่กฎหมายกำหนด หรือทั้งจำทั้งปรับ หรือลงโทษด้วยการพิจารณาแบบคดีอาญาโทษหนัก มีโทษจำคุกไม่เกิน 14 ปี

มาตรา 10 บุคคลอายุตั้งแต่ 18 ปีจะกระทำผิดเมื่อบุคคลนั้นก่อหรือยุยงให้บุคคลอื่นทำกิจกรรมในทางเพศ โดยเจตนา และกระทำต่อบุคคลอายุต่ำกว่า 16 ปี และไม่มีเหตุอันควรเชื่อว่าบุคคลนั้นอายุตั้งแต่ 16 ปี หรือ กระทำต่ออายุต่ำกว่า 13 ปี จะต้องรับโทษจำคุกไม่เกิน 14 ปี เมื่อมีการพิพากษาความผิดด้วยการพิจารณาคดีแบบคดีอาญาอุกฉกรรจ์ เว้นแต่เป็นกรณี การล่วงล้ำทวารหนัก อวัยวะเพศ หรือการล่วงล้ำเข้าไปในปากด้วยส่วนหนึ่งส่วนใดของร่างกาย หรือสิ่งอื่นบุคคลกระทำความผิดตามมาตรานี้จะต้องรับโทษจำคุกไม่เกิน 6 เดือนหรือปรับไม่เกินจำนวนสูงสุด

---

[30] The Sexual Offences Act 2003, Section 8.

ที่กฎหมายกำหนด หรือทั้งจำทั้งปรับ หรือลงโทษด้วยการพิจารณาแบบคดีอาญาโทษหนัก มีโทษจำคุกไม่เกิน 14 ปี

มาตรา 11 บุคคลอายุตั้งแต่ 18 ปี จะกระทำความผิดเมื่อ บุคคลนั้น กระทำกิจกรรมทางเพศ โดยเจตนา เพื่อประโยชน์ในการได้รับความสุขทางเพศ ได้กระทำกิจกรรมทางเพศโดยเมื่อบุคคลอื่นอยู่ด้วยหรืออยู่ในที่ที่สามารถจะเห็นได้และรู้ว่าหรือเชื่อว่ารู้ตัวหรือตั้งใจว่าหรือควรจะรู้ตัวว่าตนกำลังทำกิจกรรมดังกล่าวอยู่ และ กระทำกิจกรรมทางเพศต่อหน้าบุคคลอายุต่ำกว่า 16 ปี และไม่มีเหตุอันควรเชื่อว่าบุคคลนั้นอายุตั้งแต่ 16 ปี หรือกระทำกิจกรรมทางเพศต่อหน้าเด็กอายุต่ำกว่า 13 ปี บุคคลกระทำความผิดตามมาตรานี้จะต้องรับโทษจำคุกไม่เกิน 6 เดือน หรือปรับไม่เกินจำนวนสูงสุดที่กฎหมายกำหนด หรือทั้งจำทั้งปรับ หรือโทษจำคุกไม่เกิน 10 ปีเมื่อตัดสินลงโทษด้วยการพิจารณาแบบคดีอาญาโทษอุกฉกรรจ์

มาตรา 12 บุคคลอายุตั้งแต่ 18 ปี กระทำผิดเมื่อ เพื่อประโยชน์ในการได้รับความสุขทางเพศ บุคคลนั้นโดยเจตนาก่อให้บุคคลอื่นเห็นบุคคลที่สามทำกิจกรรม หรือให้ดูภาพบุคคลใดกำลังทำกิจกรรมทางเพศอยู่ โดยกระทำต่อบุคคลอายุอายุต่ำกว่า 16 ปี และไม่มีเหตุอันควรเชื่อว่าบุคคลนั้นอายุตั้งแต่ 16 ปี หรือบุคคลนั้นอายุต่ำกว่า 13 ปี บุคคลกระทำความผิดตามมาตรานี้จะต้องรับโทษ จำคุกไม่เกิน 6 เดือน หรือปรับไม่เกินจำนวนสูงสุดที่กฎหมายกำหนด หรือทั้งจำทั้งปรับ หรือโทษจำคุกไม่เกิน 10 ปีเมื่อตัดสินลงโทษด้วยการพิจารณาแบบคดีอาญาโทษอุกฉกรรจ์เมื่อ

มาตรา 13 บุคคลที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปี หากกระทำความผิดซึ่งเป็นความผิดความผิดตามมาตราใดมาตราหนึ่งตั้งแต่มาตรา 9 ถึง มาตรา 12 บุคคลกระทำความผิดตามมาตรานี้จะต้องรับโทษโดยตัดสินลงโทษด้วยการพิจารณาแบบรวบรัด เมื่อโทษจำคุกไม่เกิน 6 เดือน หรือปรับไม่เกินจำนวนสูงสุดที่กฎหมายกำหนด หรือทั้งจำทั้งปรับ โดยตัดสินลงโทษด้วยการพิจารณาแบบคดีอาญาอุกฉกรรจ์ไม่เกิน 5 ปี

จากที่กล่าวมาข้างต้นจะเห็นได้ว่าในความผิดตามมาตรา 9 ถึง มาตรา 12 นั้นให้ความคุ้มครองในเรื่องการให้ความยินยอมของบุคคลที่มีอายุไม่เกิน 16 ปี และเด็กที่มีอายุต่ำกว่า 13 ปี โดยในกรณีผู้ถูกกระทำเป็นบุคคลอายุไม่เกิน 16 ปี กฎหมายยอมให้ผู้กระทำผิดพิสูจน์ว่าเชื่อว่าบุคคลนั้นอายุมากกว่า 16 ปี แต่ถ้าเป็นเด็กอายุต่ำกว่า 13 ปีผู้กระทำความผิดก็ไม่สามารถยกข้อต่อสู้เกี่ยวกับอายุเด็กขึ้นต่อสู้ได้เช่นเดียวกับความผิดทางเพศที่กระทำต่อเด็กอายุต่ำกว่า 13 ปีฐานอื่น แต่ว่าถ้าหากว่าผู้กระทำความผิดตามมาตรา 9 ถึง มาตรา 12 เป็นบุคคลที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปี ตาม The sexual offences Act 2003. Section 13 ก็ได้กำหนดโทษต่ำลงกว่าบุคคลที่อายุมากกว่า 18 ปี เนื่องจากเห็นว่าเป็นการกระทำผิดทางเพศกับเด็กโดยเด็กหรือเยาวชนด้วยกันแสดงให้เห็นว่า

ประเทศอังกฤษให้ความคุ้มครองแก่บุคคลอายุไม่เกิน 18 ปีด้วยหากการกระทำดังกล่าวเกิดจากความยินยอมด้วยกันทั้งสองฝ่าย

ซึ่งหากว่าผู้กระทำความผิดตามมาตรานี้เป็นบุคคลที่อาศัยรับความไว้วางใจกระทำกิจกรรมทางเพศกับเด็ก[31] กระทำโดยอาศัยการที่ตนอยู่ในฐานะที่ได้รับความไว้วางใจอันเกี่ยวข้องกับเด็กผู้ที่ก่อให้หรือยุยงให้เด็กกระทำกิจกรรมเกี่ยวกับเพศ[32] เมื่อมีการพิจารณาคดีความผิดตามมาตรานี้ การพิสูจน์ได้ว่าบุคคลอื่นนั้นอายุต่ำกว่า 18 ปี ไม่ต้องพิจารณาในส่วนของจำเลยว่ามีเหตุอันควรเชื่อว่าบุคคลนั้นอายุตั้งแต่ 18 ปีหรือไม่เว้นแต่จะมีการนำเสนอพยานหลักฐานที่พอเพียงถึงประเด็นว่าจำเลยมีเหตุอันควรเชื่อเช่นนั้น[33]

จากการศึกษาผู้เขียนพบว่ากฎหมายอังกฤษได้กำหนดช่วงอายุที่กฎหมายให้คุ้มครองเป็นกรณีพิเศษในความผิดเกี่ยวกับเพศโดยคุ้มครองเด็กอายุขั้นต่ำ 13 ปี ไปจนถึงบุคคลที่มีอายุไม่เกิน 18 ปี และวางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับความสำคัญผิดในอายุของเด็กผู้ถูกกระทำไว้ในแต่ละมาตราด้วยโดยหากผู้ถูกกระทำเป็นเด็กที่มีอายุต่ำกว่า 13 ปี จะได้รับความคุ้มครองเกี่ยวกับความผิดทางเพศทุกฐานความผิดผู้กระทำความผิดจะไม่สามารถยกข้อต่อสู้ใดให้พ้นผิดได้ทุกกรณีหรือไม่สามารถอ้างเหตุเกี่ยวกับความเชื่อว่าเชื่อโดยบริสุทธิ์ใจว่าเด็กอายุมากกว่า 13 ปีก็ไม่ได้เช่นกัน ส่วนถ้าหากผู้ถูกกระทำเป็นบุคคลที่มีอายุต่ำกว่า 16 ปี ผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับเพศสารถยกข้ออ้างเกี่ยวกับเหตุความเชื่อว่าบุคคลนั้นอายุมากกว่า 16 ปีได้ หรือเชื่ออย่างสมเหตุสมผลว่าผู้ถูกกระทำมีอายุมากกว่า 16 ปี ตามหลัก reasonable believe สำหรับบุคคลที่อายุไม่เกิน 18 ปีก็ได้รับความคุ้มครองตาม The sexual offences Act 2003 มาตรา 16 ,มาตรา 17,มาตรา 18 และมาตรา 19 เกี่ยวกับการกระทำความผิดโดยอาศัยฐานะที่ได้ความไว้วางใจ แต่ผู้กระทำก็สามารถยกข้อต่อสู้ว่ามีเหตุควรเชื่อว่าผู้ถูกกระทำมีอายุมากกว่า 18 ปีได้เช่นกัน

3.1.2 ประเทศสหรัฐอเมริกา

ประเทศสหรัฐอเมริกาได้บัญญัติในเรื่องความผิดเกี่ยวกับเพศไว้ในข้อ 213 โดยแบ่งแยกลักษณะของการกระทำไว้เป็น 7 มาตรา ซึ่งเริ่มตั้งแต่มาตรา 213.0 ถึง มาตรา 213.6 สำหรับความผิดอันเกี่ยวกับเพศของกฎหมายอเมริกานั้นเหมือนกับอังกฤษกล่าวคือ มีการแยกองค์ประกอบความผิดฐานกระทำชำเรากับความผิดฐานกระทำอนาจารไว้เช่นกัน ส่วนกฎหมาย

---

[31] The Sexual Offences Act 2003, Section 16.

[32] The Sexual Offences Act 2003, Section 17.

[33] The Sexual Offences Act 2003, Section 16, 17.

สหรัฐอเมริกาได้มีการแยก องค์ประกอบความผิดระหว่างกระทำชำเรากับความผิดฐานอนาจารไว้อย่างไรนั้น สามารถอธิบายในรายละเอียดดังนี้คือ

การกระทำชำเรา(Rape)ตามกฎหมาย model penal code ของสหรัฐอเมริกาแบ่งออกเป็น 3 ประเภทคือ

1) การข่มขืนกระทำชำเราหญิง ซึ่งมิใช่ภรรยาของตน

ตาม (1) ของมาตรา 213.1 ของ model penal code ได้บัญญัติความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราไว้ว่า ชายใดกระทำชำเราหญิงซึ่งมิใช่ภรรยาของตน จะถูกกล่าวหาว่าเป็นผู้กระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ถ้าชายบังคับหญิงโดยใช้กำลังหรือโดยข่มขู่ว่าจะทำอันตรายให้ถึงแก่ชีวิต หรือควบคุมหญิงโดยการใช้ยาทำให้หญิงได้รับอันตรายสาหัส หรือทำให้เจ็บปวดอย่างรุนแรง ลักพาหญิงหรือทำให้บุคคลใด ๆ ได้รับความทรมานหรือทำให้หญิงอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถหลีกเลี่ยงหรือขัดขืนได้ หรือโดยการควบคุมหญิงนั้นไว้โดยการวางยาหญิง หรือโดยการใช้ยาโดยที่หญิงไม่รู้ว่ามีการใช้ยา หรือโดยการใช้ของมึนเมา หรือโดยใช้วิธีการอื่นใด เพื่อให้หญิงไม่สามารถปกป้องตนเองได้ หรือทำให้หญิงหมดสติหรือกระทำกับหญิงที่มีอายุ 10 ปี นอกจากนี้การข่มขืนกระทำชำเรายังหมายความรวมถึงการกระทำชำเราทั้งหมด หรือบางส่วน และรวมถึงการผ่านเข้าไปเพียงเล็กน้อย โดยไม่จำเป็นต้องหลั่งน้ำอสุจิ[34]

ตามมาตรา 213.1 (1) เกี่ยวกับการข่มขืนกระทำชำเราของกฎหมายสหรัฐ ได้แบ่งความผิดเป็นประเภทอุกฉกรรจ์ (felony) ออกเป็นสามระดับคือความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเป็นคดีอุกฉกรรจ์อยู่ในระดับที่สองเว้นแต่กรณีที่ผู้เสียหายได้รับอันตรายสาหัส ถ้าเป็นการกระทำที่ผู้เสียหายมิได้สมัครใจให้ผู้กระทำความผิดที่กระทำการใด ๆ ทางเพศเป็นคดีอุกฉกรรจ์ในระดับแรก (afelony of the first degree)[35] นอกจากนั้นมาตรานี้ ยังได้บัญญัติว่าถ้าผู้กระทำผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราโดยการใช้กำลังประทุษร้าย หรือโดยการหลอกหลวง(Gross Sexual Imposition) ซึ่งเป็นการกระทำต่อหญิงที่มิใช่ภรรยาของตนเป็นความผิดอุกฉกรรจ์ในระดับที่สาม(a felony of the third degree) สำหรับกรณีนี้หมายถึงกรณีที่ชายบังคับให้หญิงยอมจำนน ด้วยการข่มขู่เพื่อป้องกันการต้านทานจากหญิง และเป็นการฝ่าฝืนความตั้งใจของหญิง หรือชายรู้ว่าหญิงนั้นทนทุกข์ทรมานจากความเจ็บป่วยทางจิตใจ หรือหญิงนั้นมีปมด้อยโดยทำให้หญิงไม่สามารถรู้ว่าการกระทำไปนั้นผิดหรือถูก หรือชายรู้ว่าหญิงมิได้ใช้ความระมัดระวังที่ตนกำลังกระทำความผิดต่อหญิงและทำให้หญิงยอมรับการกระทำโดยคิดว่าชาย คือสามีของตน

---

[34] ดูตามมาตรา 213.0 (2) ของ Model Penal Code.

[35] ดูตามมาตรา 213.0 วรรคสองของ Model Penal Code.

หลังจากที่ได้พิจารณาตามบทบัญญัติของมาตรา 213.0 (2) ซึ่งบัญญัตินิยามว่า “กระทำชำเรา” ไว้ประกอบกับมาตรา 213.1 แล้วจะเห็นได้ว่าการกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราจะต้องประกอบด้วยสาระสำคัญสามประการคือ (1) ต้องมีการกระทำชำเราโดยมิชอบด้วยกฎหมาย (2) โดยการใช้กำลังบังคับและ (3) ต้องการความยินยอมของผู้เสียหาย ส่วนการพิจารณาสาระสำคัญตาม (1) จะต้องมีการพิสูจน์ให้เป็นที่พอใจว่ามีการผ่าน หรือล่วงล้ำของอวัยวะเพศชายเข้าไปในอวัยวะเพศหญิงโดยไม่จำเป็น ต้องถึงขนาดสำเร็จความใคร่และองค์ประกอบในเรื่องการใช้กำลังบังคับ และความยินยอมของหญิงนั้นจะต้องมีความสัมพันธ์อย่างใกล้ชิดและไม่สามารถแบ่งแยกออกจากกันได้ ถ้าความเป็นในเรื่องการใช้กำลังหมายถึงได้กระทำการฉุดลากทุกสิ่งทุกอย่างก็เป็นที่แน่ใจได้ว่า การใช้กำลังบังคับนั้นมีความสำคัญมากที่จะทำให้การล่วงล้ำของอวัยวะเพศประสบความสำเร็จได้ และเมื่อความยินยอมนั้นได้ถูกละเมิดแล้ว ศาลจะวินิจฉัยว่า ได้มีการล่วงละเมิดโดยการใช้กำลังทำร้ายด้วยแล้ว สำหรับทางพิจารณาจะต้องปรากฏด้วยว่า “ความต้านทานของหญิงนั้น” จะต้องมีความต้านทาน ติดต่อกันไปอย่างต่อเนื่องกระทั่งความผิดสำเร็จ[36] ทั้งนี้เพื่อเป็นการป้องกันหญิงจากการข่มขู่อันจะทำให้หญิงไม่ได้รับความปลอดภัย[37] การข่มขู่เช่นว่านั้นอาจเป็นกรณีที่ผู้ถูกกล่าวหาได้กระทำการฉุดลากหญิงไม่ให้ได้รับความปลอดภัย ซึ่งอาจเป็นการยากที่จะพิจารณาในองค์ประกอบความผิดที่สาม ในเรื่องความยินยอม

2) การข่มขืนกระทำชำเราเบี่ยงเบน (Deviate Sexual Intercourse)

ตามมาตรา 213.2 ของ model penal code ได้บัญญัติความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราโดยการเบี่ยงเบนทางเพศ[38] ด้วยการใช้กำลังหรือโดยการหลอกลวง ได้แก่ การที่บุคคลใดซึ่งเป็นผู้มีความเบี่ยงเบนทางเพศกับบุคคลอื่นหรือเป็นสาเหตุให้ผู้อื่นเกิดการเบี่ยงเบนทางเพศมีความผิดฐานกระทำอุกฉกรรจ์ในระดับที่สอง การกระทำดังกล่าวอาจเป็นการกระทำโดยการใช้กำลังบังคับผู้อื่น หรือข่มขู่จะทำร้ายให้ได้รับอันตรายแก่ชีวิต ทำให้ได้รับบาดเจ็บสาหัส หรือทำให้บุคคลอื่นได้รับบาดเจ็บ หรือเป็นการทำให้บุคคลที่สามารถหลีกเลี่ยง หรือขัดขืนได้โดยการใช้ยา หรือโดยการใช้ของมึนเมา หรือเป็นการกระทำโดยวิธีอื่นใด เพื่อหลีกเลี่ยงการทำอนาจาร หรือเป็นการทำให้บุคคลนั้นหมดสติ หรือเป็นการทำกับบุคคลที่อายุน้อยกว่าสิบสี่ปี นอกจากนี้การข่มขืนกระทำชำเราโดยการเบี่ยงเบนอาจกระทำโดยการหลอกลวงบุคคลอื่น หรือเป็นสาเหตุให้บุคคลอื่นเกิดการเบี่ยงเบนทางเพศ ซึ่งบุคคลดังกล่าวจะมีความผิดในขั้นอุกฉกรรจ์ในระดับที่สาม

---

[36] ดูคดี Reidhead V. State 31 Ariz 70 72 250. (1926). p 366-367.

[37] ดูคดี Hazel V. Stat. 221 Md. 464, 469, 157 A 2d 922 925. (1960).

[38] ดูมาตรา 213.0(3) ของ Model Penal Code การกระทำชำเราเบี่ยงเบนทางเพศ หมายถึง การกระทำชำเราทางปาก หรือทางทวารหนักระหว่างบุคคลต่อหญิงหรือชาย.

เช่น การบังคับบุคคลอื่นให้มีส่วนร่วมด้วยในการกระทำความผิด ซึ่งผู้กระทำได้กระทำโดยการข่มขู่เพื่อป้องกันมิให้มีการขัดขวาง หรือกระทำโดยรู้ว่าบุคคลนั้นไม่สามารถรู้ผิดชอบทางจิตใจ ในการกระทำ

การกระทำชำเราเบี่ยงเบนตามที่ได้กล่าวมานั้น หมายถึง การกระทำชำเราทางปาก หรือทางทวารหนักระหว่างบุคคลต่อหญิงหรือชาย ซึ่งมิใช่สามีและภรรยาและหมายถึงการร่วมเพศกับสัตว์ด้วย[39] เมื่อพิจารณาบทบัญญัติของความผิดดังกล่าวจะเห็นได้ว่า “การกระทำชำเราโดยการเบี่ยงเบนทางเพศ” นั้นเป็นการกระทำชำเราที่ผิดธรรมชาติ (sodomy) ได้แก่ การกระทำชำเราทางปาก หรือทางทวารหนักระหว่างบุคคลซึ่งมิใช่สามีและภรรยาโดยชอบด้วยกฎหมาย รวมทั้งการกระทำต่อสัตว์ด้วย การพิสูจน์การข่มขืนกระทำชำเราเบี่ยงเบน หรือผิดธรรมชาติมนุษย์นี้ แม้การพิสูจน์ในเรื่องการเข้าไปนั้นเป็นสาระสำคัญขององค์ประกอบความผิดก็ตาม แต่ถ้าการผ่านเข้าไปแม้เพียงบางส่วนนั้นไม่อาจทำให้ความผิดสมบูรณ์ได้ถ้าผู้กระทำความผิดใช้นิ้วมือ หรือใช้อวัยวะอื่นใดของร่างกายกระทำแทนจะลงโทษผู้กระทำความผิดได้

สำหรับในกรณีที่บุคคลใดเพื่อสนองความใคร่ของตนได้กระทำต่อสัตว์ หรือกระทำต่อชาย หรือกระทำต่อหญิงทางทวารหนัก หรือทางปาก หรือยอมรับการสนองความใคร่นั้นโดยสมัครใจ บุคคลนั้นจะต้องรับผิดฐานอุกฉกรรจ์ และต้องถูกลงโทษให้เข้ารับการดัดสันดานเป็นระยะเวลาไม่ต่ำกว่าหนึ่งปีและไม่เกินสามปี แต่ถ้าบุคคลนั้นเพื่อสนองความใคร่ของตนได้ใช้กำลังบังคับชายหรือหญิงเพื่อกระทำชำเราทางทวารหนักหรือทางปาก บุคคลนั้นจะถูกกล่าวหาว่ากระทำอุกฉกรรจ์ จะถูกลงโทษเข้ารับการดัดสันดานไม่ต่ำกว่า สามปีและไม่เกินสิบปี

3) การกระทำชำเราต่อบุคคลซึ่งยังไม่บรรลุนิติภาวะ และการล่อลวงไปเพื่อให้เกิดความเสียหาย (Corruption of Minors and Seduction)

การข่มขืนกระทำชำเราเป็นความผิดตามกฎหมายของสหรัฐอเมริกา ซึ่งรัฐส่วนใหญ่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรครอบคลุ้มถึงแม้จะเป็นความผิดตามคอมมอนลอว์อยู่แล้วก็ตาม สำหรับเกณฑ์อายุของหญิงที่ให้ความยินยอมนั้นแตกต่างกันไปในแต่ละมลรัฐ เช่น บางรัฐกำหนดไว้ 14 ปี แต่บางรัฐกำหนดไว้ถึง 18 ปี ส่วนอายุของชายผู้ข่มขืนกระทำชำเราไม่มีกฎหมายกำหนดอายุเกณฑ์ขั้นต่ำหรือขั้นสูงไว้ แต่อายุของผู้กระทำชำเราก็เป็นสาระสำคัญในการพิจารณาเจตนาและความสามารถทางกายภาพในการกระทำผิด[40]

---

[39] ดูมาตรา 213.0 (3) ของ Mode Penal Code.

[40] ประสิทธิ์ พัฒนอมร. (2527). **ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา.** หน้า 36.

ในเรื่องของการกระทำชำเราต่อบุคคลซึ่งยังไม่บรรลุนิติภาวะและการล่อล่วงเพื่อให้เกิดความเสียหาย(Corruption of Minors and Seducation)

ตามบทบัญญัติตามมาตรา 213.3 ของ Model Penal Code ได้บัญญัติให้ผู้กระทำชำเราหญิง ซึ่งมิใช่ภรรยาของตนหรือผู้ใดมีการเบี่ยงเบนทางเพศมีความผิดถ้าได้กระทำกับบุคคลที่มีอายุต่ำกว่าสิบหกปี และผู้กระทำมีอายุมากกว่าอย่างน้อยสี่ปี หรือได้กระทำกับบุคคลอื่นที่มีอายุต่ำกว่ายี่สิบเอ็ดปี และผู้กระทำความผิดมีหน้าที่ต้องดูแล หรือรับผิดชอบควบคุมสวัสดิภาพทั่วไป หรือได้กระทำต่อผู้ที่อยู่ในความปกครองตามกฎหมาย หรืออยู่ในสถานควบคุมของโรงพยาบาลหรือสถานที่อื่นใดและผู้กระทำความผิดเป็นผู้ควบคุมของโรงพยาบาลหรือสถานที่อื่นใด และผู้กระทำความผิดเป็นผู้ควบคุมดูแล หรือมีอำนาจเหนือผู้กระทำนั้น หรือได้กระทำต่อหญิงโดยหญิงยินยอมเนื่องจากชายได้ให้สัญญากับหญิงว่าจะแต่งงานด้วย แต่ผู้กระทำผิดก็ไม่ได้ปฏิบัติตาม ผู้ที่กระทำผิดตามมาตรานี้จะได้รับโทษในคดีเล็กน้อย เว้นแต่ในกรณีกระทำข่มขืนกระทำชำเราหญิงอายุต่ำกว่าสิบหกปีผู้กระทำความผิดจะต้องได้รับโทษในคดีอุกฉกรรจ์ในระดับที่สาม[41]

ส่วนเรื่องความสำคัญผิดเกี่ยวกับอายุของผู้เสียหายนั้น ถ้าผู้กระทำความผิดไม่รู้หรือไม่มีเหตุอันควรจะรู้ได้ว่าเด็กหญิงนั้นมีอายุต่ำกว่าสิบสามปีผู้กระทำไม่ต้องรับโทษ ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับพฤติกรรมในตัวเด็ก ซึ่งจะต้องพิสูจน์โดยการชั่งพยานหลักฐานว่ามีเหตุผลเพียงพอที่จะเชื่อได้ว่าเด็กนั้นมีอายุมากกว่าที่เป็นจริง

อนึ่งศาลสหรัฐอเมริกาวินิจฉัยมาตลอดว่า การสำคัญผิดในอายุหญิงผู้เสียหายย่อมไม่เป็นข้อแก้ตัวให้พ้นผิดฐานกระทำชำเราเด็กที่อายุต่ำกว่าเกณฑ์ที่กฎหมายยินยอมให้ร่วมประเวณีได้ นักกฎหมายสหรัฐอเมริกาได้อธิบายว่า แท้จริงแล้วการสำคัญผิดในข้อเท็จจริงย่อมเป็นข้อแก้ตัว แต่การสำคัญผิดในกรณีเช่นนี้ไม่ทำให้จำเลยพ้นผิด เห็นจะเป็นเพราะเหตุผลทางศีลธรรมจรรยามากกว่าอย่างอื่น เพราะถึงอย่างใด จำเลยก็เจตนาที่จะกระทำผิดคือ กระทำชำเราอยู่นั่นเอง[42]

3.2 ประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมาย (Civil Law)

3.2.1 ประเทศฝรั่งเศส

ฝรั่งเศสเป็นประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมาย “ซิลวิลลอว์” เช่นเดียวกับประเทศไทย โดยเฉพาะประมวลกฎหมายอาญานั้น ไทยได้นำมาใช้เป็นแนวทางกับการยกร่างประมวลกฎหมายอาญาของไทยอย่างสมบูรณ์กระทั่งปัจจุบัน ส่วนประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศสได้

---

[41] ชัยชนะ พรรัตนพันธุ์. เล่มเดิม. หน้า 52.

[42] ประสิทธิ พัฒนอมร. เล่มเดิม. หน้า 39.

กำหนดความผิดว่าด้วยการกระทำรุนแรงในทางเพศไว้ในส่วนที่ 3 การข่มขืนกระทำชำเรา (rape) กฎหมายอาญาฝรั่งเศสใน (มาตรา 222 – 23 ถึงมาตรา 222 – 30) ซึ่งกำหนดให้การกระทำใด ๆ ซึ่งเป็นการล่วงล้ำในทางเพศ ไม่ว่าเป็นการกระทำในลักษณะใด โดยกระทำต่อบุคคลอื่นด้วยความรุนแรง การบังคับ ข่มขู่ หรือทำให้ประหลาดใจเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา หรือจะเป็นการกระทำต่อบุคคลอื่นโดยความรุนแรงแล้ว อย่างไรก็ตาม การกระทำชำเราอาจทำให้ผู้กระทำผิดต้องรับโทษหนักขึ้น[43] ในกรณีที่การกระทำนั้นทำให้เกิดการพิการอย่างถาวร หรือเป็นการกระทำต่อผู้เยาว์อายุ 15 ปี หรือเป็นการกระทำต่อผู้ซึ่งอยู่ในสภาพที่อ่อนแอไม่ว่าด้วยอายุ ความเจ็บป่วย ความพิการ หรือความผิดปกติทางกาย หรือจิตใจ นอกจากนี้ในการละเมิด ซึ่งทำให้ผู้กระทำต้องรับโทษหนักขึ้นอีกนั้น ได้รวมถึงการกระทำชำเราต่อผู้ซึ่งเป็นบุพการีตามกฎหมาย หรือเป็นการกระทำต่อผู้ซึ่งเป็นบุพการีตามความเป็นจริง หรือเป็นการกระทำต่อผู้ซึ่งเป็นบุพการี โดยการเป็นผู้รับบุตรบุญธรรม หรือเป็นการกระทำโดยบุคคลใด ๆ ก็ตามซึ่งผู้มีอำนาจเหนือผู้ถูกข่มขืนกระทำชำเรานั้น หรือเป็นการกระทำโดยบุคคลใด ๆ ซึ่งใช้อำนาจโดยไม่ชอบแก่การ ซึ่งได้รับมอบหมายไว้วางใจให้ดูแลผู้นั้น หรือถ้าเป็นการกระทำโดยบุคคลหลายคนร่วมกันไม่ว่าจะโดยการเป็นตัวการหรือด้วยการเป็นผู้สนับสนุนเป็นการกระทำโดยใช้อาวุธ

ประเทศฝรั่งเศส ได้ให้ความสำคัญต่อการกระทำความผิดทางเพศต่อเด็กเป็นอย่างมาก โดยเมื่อพิจารณาจากกฎหมายอาญาของประเทศฝรั่งเศส (Penal Code) ซึ่งได้มีการปรับปรุงแก้ไขในปี 1994 และในปี 1995 โดยได้รวบรวมการกระทำความผิดทางเพศต่อเด็กเอาไว้โดยรวมเอาการรุกรานและล่วงละเมิดทางเพศ (Sexual aggression) ที่โดยทั่วไปแล้วจะเป็นการข่มขืนทางเพศที่กระทำโดยใช้ความรุนแรง มีการบังคับขู่เข็ญ การคุกคาม การข่มขืนถือเป็นการล่วงละเมิดทางเพศที่มีความรุนแรงมีอัตราโทษจำคุกถึง 20 ปี กรณีกระทำต่อบุคคลที่มีอายุต่ำกว่า 15 ปี แต่ถ้าเป็นการล่วงละเมิดทางเพศโดยปราศจากการล่วงล้ำทางเพศ ถือเป็นการกระทำความผิดที่มีโทษเบาเมื่อกระทำต่อบุคคลอายุต่ำกว่า 15 ปี กฎหมายกำหนดบทลงโทษไว้ให้จำคุกมีอัตราโทษจำคุก 7 ปี หรือปรับ 700,000 ฟรังส์ ถือเป็นการกระทำความผิดทางเพศดังกล่าวเป็นเหตุให้ผู้เยาว์ได้รับอันตราย ผู้กระทำจะมีความผิดดังนี้

Section 227 – 22 : การกระทำความผิดต่อผู้เยาว์ที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปี เช่น การค้าประเวณี การลงโทษ จะมีการกำหนดความหนักเบาโดยจะรับโทษหนักขึ้นถ้ากระทำต่อผู้เยาว์ที่มีอายุต่ำกว่า 15 ปี

---

[43] มาตรา 222-24 กำหนดเหตุที่ต้องทำให้รับโทษหนักขึ้น จากกำหนดโทษจำคุกที่ระวางไว้ตามมาตรา 222-23 เป็นการกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราต้องถูกระวางโทษจำคุกยี่สิบปี.

Section 227 – 23 : การโฆษณาเผยแพร่ภาพเปลือยของผู้เยาว์ที่มีอายุต่ำกว่า 15 ปี โดยเจตนาเพื่อเผยแพร่ภาพก็ถือเป็นเพียงการล่วงละเมิดต่อผู้เยาว์

Section 227 – 25 : การกระทำชำเราโดยไม่ใช้ความรุนแรง ซึ่งกระทำโดยผู้ใหญ่ที่ไม่ใช้ความรุนแรง หรือการข่มขู่ต่อผู้เยาว์อายุต่ำกว่า 15 ปี มีความผิดต้องได้รับโทษจำคุกมีกำหนด 2 ปี หรือปรับ 200,000 ฟรังส์

Section 227 – 26 : การกระทำความผิดทางเพศโดยไม่ใช้ความรุนแรงแต่มีการให้เงินตอบแทนแก่ผู้เยาว์อายุต่ำกว่า 15 ปี แม้ว่าคำจำกัดความที่ว่า “Child sex tourism” จะไม่ถูกใช้ แต่โดยทั่วไปก็เป็นที่เข้าใจว่า เป็นการเที่ยวโสเภณีเด็ก ซึ่งก็จะมีการผิดมีโทษจำคุก 10 ปี หรือปรับ 1,000,000 ฟรังส์ซึ่งจากข้อกำหนดในกฎหมายไม่ต้องคำนึงว่าผู้เยาว์จะเต็มใจหรือไม่ ไม่ถือเป็นสาระสำคัญ ถ้าเป็นเด็กอายุต่ำกว่า 15 ปี ก็ถือว่าผู้กระทำมีความผิดแล้ว และจะเห็นว่า ระดับอายุของการคุ้มครองเด็กจะอยู่ในช่วงอายุ 15 ปี ถือเป็นช่วงอายุซึ่งเป็นที่ยอมรับว่าควรจะได้รับความคุ้มครองมากที่สุด ส่วนอายุ 18 ปี ก็ถือเป็นช่วงอายุที่แต่ละประเทศเสนอแนะว่าควรจะอยู่ในช่วงที่คุ้มครองด้วย

นอกจากบทบัญญัติดังกล่าวแล้ว ประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศสยังได้กำหนดการกระทำความผิดอื่นอันเกี่ยวกับความรุนแรงในทางเพศ นอกจากความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราโดยคุ้มครอง ต่อผู้เยาว์ซึ่งมีอายุ 15 ปี หรือมีการกระทำต่อผู้ที่อยู่ในสภาพอ่อนแอไม่ว่าจะด้วยอายุ ความเจ็บป่วย ความพิการ ความผิดปกติทางกายหรือจิตใจ หรืออยู่ในสภาวะที่กำลังมีครรภ์ ซึ่งสภาพดังกล่าวเป็นที่ปรากฏอย่างชัดเจนหรือผู้กระทำรู้ถึงสภาพดังกล่าวนั้น กฎหมายก็บัญญัติให้ผู้กระทำต้องรับโทษหนักเช่นกัน[44] นอกจากนั้นกฎหมายก็บัญญัติสำหรับการกระทำความผิดไว้ในมาตรา 222-29 ที่ทำให้ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนักขึ้น เพราะเป็นการกระทำที่ได้รับบาดเจ็บหรือเป็นการกระทำต่อผู้เป็นบุพการีตามกฎหมายหรือบุพการีตามพฤตินัย หรือเป็นการกระทำโดยการเป็นผู้รับบุตรบุญธรรม หรือโดยบุคคลใด ๆ ก็ตามซึ่งมีอำนาจเหนือผู้ถูกข่มขืน หรือเมื่อกระทำโดยบุคคลใด ๆ ก็ตาม ซึ่งใช้อำนาจโดยมิชอบแก่การได้รับมอบหมายความไว้วางใจให้ดูแลผู้นั้น

คดีการข่มขืนกระทำชำเราตามกฎหมายฝรั่งเศส จัดว่าเป็นความผิดร้ายแรงและกฎหมายให้เอาอายุ 15 ปี เป็นเกณฑ์สำหรับวินิจฉัยในเรื่องการให้ความยินยอมในการกระทำดังกล่าวสำหรับการพิจารณาความหมายของคำว่า “กระทำชำเรา” นั้น ฝรั่งเศสได้กำหนดลักษณะ

---

[44] มาตรา 222-29 ของประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศส บัญญัติให้ผู้กระทำต้องรับโทษจำคุก 7 ปี และปรับ 700,000 ฟรังซ์.

ของการกระทำไว้เหมือนกับประเทศอื่น ๆ เพียงแต่แตกต่างกันคือในเรื่องของอายุเท่านั้นที่ไม่เท่ากัน ส่วนเรื่องของเจตนาในการกระทำความผิดนั้นต้องปรากฏว่าผู้กระทำได้รู้ถึงข้อเท็จจริง อันเป็นองค์ประกอบของความผิด หรือข้อเท็จจริงอันเป็นเหตุที่ทำให้มีโทษหนักขึ้น ถ้าผู้กระทำไม่รู้ย่อมแสดงว่าผู้กระทำไม่มีเจตนาที่จะกระทำความผิด

3.2.2 ประเทศเยอรมัน

ในความผิดฐาน “การล่วงละเมิดทางเพศต่อเด็ก” [45]

ความผิดเกี่ยวกับเพศของประเทศเยอรมันได้บัญญัติไว้ในมาตรา 173 ถึง มาตรา 184 b The Penal of the German federal Republic, 1871 การข่มขืนกระทำชำเราและการล่วงละเมิดทางเพศ (Rape and sexual Abuse)

การข่มขืนกระทำชำเราและการล่วงละเมิดทางเพศตามกฎหมายเยอรมันได้แบ่งออกเป็น 6 ประเภท ซึ่งผู้เขียนจะกล่าวเฉพาะมาตราสำคัญที่เกี่ยวกับการล่วงละเมิดทางเพศต่อเด็ก คือ บทบัญญัติตามมาตรา 176 ได้บัญญัติให้การกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศต่อบุคคลอายุต่ำกว่าสิบสี่ปี

หรือผู้ใด อนุญาตเกี่ยวกับเพศต่อผู้อื่น หรือ อนุญาตให้ผู้อื่นกระทำเช่นเดียวกันนั้นต่อเด็กเป็นการกระทำความผิดการพยายามกระทำความผิดต้องรับโทษตามที่กฎหมายบัญญัติ

ข้อสังเกตในมาตรา 176 ประมวลกฎหมายอาญาของเยอรมันนั้น ได้บัญญัติถึงการกระทำความผิดอันเกี่ยวกับเพศของบุคคลมี่กระทำต่อเด็กที่มีอายุต่ำกว่า 14 ปี หรือผู้ที่อนุญาตให้เด็กกระทำทางเพศต่อผู้กระทำความผิดโดยไม่ได้คำนึงถึงว่าเด็กที่ถูกกระทำนั้นจะเป็นหญิงหรือชายก็เป็นความผิดตามมาตรานี้ นั่นย่อมแสดงว่ากฎหมายของเยอรมันให้การคุ้มครองในเรื่องเพศต่อเด็กที่มีอายุต่ำกว่า 14 ปี ที่ถูกข่มขืนกระทำชำเราและละเมิดเพศไม่ว่าเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม ส่วนเรื่องการสำคัญผิดในเรื่องอายุของเด็ก ตามกฎหมายของประเทศเยอรมันนั้น ไม่ได้มีบัญญัติไว้เป็นเรื่องเฉพาะแต่หาว่าผู้กระทำความผิดไม่สามารถยกขึ้นอ้างเป็นข้อต่อสู้ในคดีให้พ้นผิดได้ เพราะตามหลักกฎหมายของเยอรมันบัญญัติไว้ว่าความสำคัญผิดในเรื่องที่สัมผัสไม่ได้ซึ่งกฎหมายบัญญัติไว้เป็นองค์ของความผิดไว้ แก้ตัวไม่ได้[46]

---

[45] ชัยชนะ พรรัตนพันธุ์. เล่มเดิม. หน้า 80.

[46] 2 Manual of German Law no.31 p.83. Kenny no.40 p.56. no.145 p.183 (อ้างถึงใน จิตติ ติงศภัทิย์, 2546 : 734)

บทที่ 4
ความรับผิดฐานกระทำชำเราเด็กของในกฎหมายไทย

4.1 แนวคิด ทฤษฎี เกี่ยวกับความผิดทางเพศในประเทศไทย

การกระทำความผิดตามที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายอาญา โดยเฉพาะความผิดที่เกี่ยวกับเพศ ถือว่าเป็นความผิดลักษณะหนึ่งที่มีความร้ายแรงเพราะมีผลกระทบต่อร่างกายและจิตใจของผู้เสียหายเป็นอย่างมาก โดยเฉพาะบุคคลที่ตกเป็นเป้าหมายที่จะได้รับผลกระทบจากความผิดฐานนี้ ส่วนใหญ่จะเกิดกับเด็กหญิงและหญิง

หญิง หมายถึง เพศที่สามารถตั้งครรภ์ได้

เด็ก ในเบื้องต้นเกี่ยวกับนิยามคำว่า “เด็ก” นั้น ก็หมายถึงบุคคลที่อ่อนเยาว์ด้วยอายุซึ่งในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2534 ในมาตรา 4 กำหนดความหมายคำว่า เด็ก หมายถึง บุคคลเกินเจ็ดปีบริบูรณ์ แต่ยังไม่เกินสิบสี่ปีบริบูรณ์

ในประกาศคณะปฏิบัติ ฉบับที่ 294 พ.ศ. 2515 นิยามคำว่าเด็ก หมายความว่า ผู้ซึ่งอายุไม่ครบ 18 ปี บริบูรณ์ และยังไม่บรรลุนิติภาวะด้วยการสมรส

ในคู่มือกฎหมายเกี่ยวกับเด็กของสมาคมสวัสดิการเด็กในประเทศไทย พ.ศ. 2530 ได้ให้คำนิยามว่า เด็ก หมายถึง บุคคลอายุไม่เกิน 14 ปี บริบูรณ์[1] จะเห็นได้ว่า นิยามคำว่าเด็กนั้นในเรื่องของอายุยังไม่จำกัดแน่นอน ซึ่งเมื่อจะนำคำว่าเด็กมาแยกออกจากผู้เยาว์นั้นแล้ว การกำหนดอายุของเด็กนั้นน่าจะไม่เกิน 18 ปี บริบูรณ์ และถ้าเกิน 14 ปี บริบูรณ์ แต่ไม่เกิน 14 ปี บริบูรณ์ ก็น่าจะหมายถึงเยาวชน ซึ่งเมื่อเปรียบเทียบกับกฎหมายอาญาแคนนาดา (Criminal Code) จะพบว่าได้ให้นิยาม a child ว่า หมายถึงบุคคลอายุไม่เกิน18ปี และ young person หมายถึง บุคคลอายุ 14 ปี ทำให้เห็นว่าเด็กและเยาวชนนั้น ถ้าช่วงอายุ 14-18 ปี[2]อาจจะเป็นได้ทั้งเด็กและเยาวชน[3]

---

[1] ไชยยศ เหมะรัชตะ และ สมโภค จุลประภา. (2530). **กฎหมายเกี่ยวกับเด็กในปัจจุบัน คู่มือกฎหมายเกี่ยวกับเด็ก สมาคมสวัสดิการเด็กในประเทศไทย**. หน้า 4.

[2] ชุมพล กาญจนะ. (2534). **การใช้มาตรการกฎหมายในการควบคุมและการแก้ไขปัญหาการนำเด็กมาเพื่อค้าประเวณี**. หน้า 37.

[3] วรวิทย์ รัตนากร. (2543). **การแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญาเกี่ยวกับความรับผิดทางเพศ (ศึกษาเฉพาะกรณีการแก้ไขมาตรา282 และมาตรา 283และมาตรา 283**. หน้า 6.

กฎหมายของไทยเราในความสำคัญกับการกระทำความผิดทางเพศเกี่ยวกับหญิงและเด็กมาช้านานแล้ว นับจากอดีตในกฎหมายมาตราสามดวงเล่ม 2 ได้บัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับหญิงและเด็กไว้ โดยบัญญัติไว้ในลักษณะลักพา คือ[4]

๑. มาตราหนึ่ง ผู้ใดลักไพร่ฟ้า ข้าคน ลูกเมีย ท่านภาหนีแลมิทันภาหนี ยังแต่ดิน น้ำท่าในตลาดผสานแห่งใดๆ มีศักขิพยาณจะเอาข้าคนท่านภายีจริงท่านผู้นั้นเปนโจร ให้ไหมกึ่งค่า ถ้าเอาทาสท่านไปซ่อนไว้ในเรือนมิทันภาหนียังอยู่ในเรือน ให้ไหมทุน ถ้าภาหนีออกไปนอกเมืองค่ามไปฟาก น้ำ ท่า แล เจ้าคนมาพบ ให้ไปกึ่งค่า ถ้าส่งแลภายีตามทางไปต่างเมืองก็ดี เอาไปขายก็ดี ถ้าได้ตัวคืนมาให้ไหมสองค่า ถ้ามิได้ตัวมาใช้ ให้ใช้ทุนแล้วไหมสองค่า ให้ทวนโดยสกรรมิสกรร แล้วให้ศักรูปคนไว้ แลคนซึ่งไปด้วยเขานั้น ถ้ามันเปนใจไปด้วยเขา ถ้าเดกอายุศย์ ๑๒ ปี ลงมาอย่าให้มีโทษแก่เดกนั้นเลย ถ้าอายุศม์๑๓ ๑๔ ปี ขึ้นไปอายุศม์ ๑๖ ปี ให้ตี ด้วยไม้หวาย 20 ปี ถ้าอายุศม์ ๑๗ ปีขึ้นไปถึง ๒๕๓๐ ปี ให้ตีด้วยไม้หวาย ๓๐ ปีส่งให้แก่เจ้านายมันคืน [5]

๓๘ มาตราหนึ่ง ชายใดข่มขืนหญิงเดกไม่รู้เดียงสามิถึงชำเรา ให้ไหมเท่าเบี้ยประถมผิดเมีย ถ้าข่มขืนถึงชำเราโลหิตไหล ให้ไหมเท่าเบี้ยประถมผิดเมียทวีคูณ ถ้าตบตีหญิง ทำให้มีบาดเจบด้วย ท่านให้ไหมชายนั้นโดยบาดเจบอีกโสดหนึ่ง[6]

ในกฎหมายตราสามดวงทั้งลักษณะลักภาและลักษณะผัวเมีย จะเห็นได้ว่าให้ความสำคัญเกี่ยวกับการกระทำความผิดทางเพศที่ผู้เสียหายเป็นหญิงและเด็ก โดยลงโทษที่ผู้ลักพาหญิงและเด็กด้วยการปรับไหม ส่วนผู้เสียหายถ้าเป็นเด็กอายุต่ำกว่า 12 ปี ถ้าเต็มใจไปด้วยกับเขา กฎหมายยกเว้นโทษให้โทษ กฎหมายจะลงโทษเด็กที่ยินยอมให้เขาลักพาไปเมื่ออายุ 13 ปี ส่วนในกฎหมายลักษณะส่วนผัวเมีย กฎหมายลงโทษผู้กระทำความผิดที่กระทำการข่มขืนหญิงและเด็ก แม้การกระทำนั้นไม่ถึงขั้นชำเราก็มีความผิด จากกฎหมายตราสามดวงทำให้ผู้เสียหายที่เป็นหญิงและเด็กได้รับความคุ้มครองไม่ให้ถูกกระทำเกี่ยวกับความผิดทางเพศ ซึ่งกฎหมายตราสามดวงได้ใช้มาเป็นเวลานาน[7]

ต่อมารัฐบาลไทยคิดที่จะปฏิรูประบบกฎหมายของไทย โดยถือเอากฎหมายทางตะวันตกเป็นแบบอย่าง รัชกาลที่ 5 ทรงเห็นว่าการจะเลือกระบบกฎหมายทางตะวันตกมาใช้ควรจะเลือกระบบใกล้เคียงกับระบบกฎหมายเดิมที่เราใช้อยู่ ซึ่งแต่เดิมกฎหมายของไทยเราจะมีลักษณะ

---

[4] แหล่งเดิม. หน้า 7.

[5] เสถียร ลายลักษณ์. (2478). **ประชุมกฎหมายประจำศก เล่น 1 (กฎหมายตราสามดวงตอน 1).** หน้า 252.

[6] ชาญชัย แสงศักดิ์. (2539). **อิทธิพลของฝรั่งเศสในการปฏิรูปกฎหมายไทย.** หน้า 27-41.

[7] วรวิทย์ รัตนากร. เล่มเดิม. หน้า 8.

สอดคล้องกับระบบประมวลกฎหมายมากกว่า จึงทรงเลือกระบบประมวลกฎหมายมาใช้ โดยทรงโปรดให้มีการตรวจชำระและร่างประมวลกฎหมายอาญาขึ้นมาใช้เป็นอันดับแรกก่อน เพราะเห็นว่าประมวลกฎหมายอาญามาใช้นั้นร่างง่ายที่สุด และต่อมาได้มีการประกาศใช้เป็นกฎหมายอาญาฉบับแรก เรียกว่า กฎหมายลักษณะอาญา ประกาศใช้เมื่อวันที่ 15 เมษายน พ.ศ. 2541 ถือเป็นกฎหมายฉบับแรกของไทย

ก่อนที่จะมีการประกาศใช้กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 เด็กจะอยู่ในการดูแลของผู้ปกครอง ซึ่งได้แก่ บิดามารดา ภริยาอยู่ภายใต้การปกครองของสามี ส่วนชายก็อยู่ใต้การบังคับของมูลนายซึ่งเป็นกฎหมายจารีตประเพณี ทำให้ขาดการกำหนดเงื่อนไขในการใช้อำนาจปกครอง ซึ่งเป็นช่องทางทำให้บิดามารดาของเด็กบางคน แสวงหาผลประโยชน์จากเด็กด้วยการนำเด็กออกมาขายเสมือนเป็นทรัพย์ของบิดามารดา ซึ่งจะเห็นได้จากประกาศของรัชกาลที่ 4 ปรากฏหลักฐานค้นคว้าได้จากประกาศของรัชกาลที่ 4 ฉบับวันจันทร์ เดือนยี่ ขึ้น 15 ค่ำ ปีฉลู สัปตศกศักราช 1227 อันที่ 5332 ในรัชกาลที่4 มีเนื้อความตอนหนึ่งว่า

“วิสัยคนตระกูลต่ำมีแต่คิดจะหาเงินทองย่อมข่มขืนบุตรหลานของตัวเองแล้วเอาไปขาย เอาไปให้ ให้ไปต้องทนยากอยู่ในที่ที่ตัวจะได้เงินได้ทองมาก แต่บุตรไม่ควรที่จะต้องยากเพราะบิดามารดาจึงต้องตัดสินให้ตามใจบุตรสมัคร”

กรณีที่เกิดประกาศฉบับนี้ซึ่งมีค่าบังคับทางกฎหมายเช่นเดียวกับพระราชบัญญัติในยุคปัจจุบันก็เนื่องมาจากมีบุตรสาวรายหนึ่งที่ถูกบิดามารดาขายให้แก่ผู้มีฐานะทั้งที่ไม่สมัครใจ จึงไม่ยอมปฏิบัติตามสัญญาขายนั้น คู่กรณีได้ฟ้องร้องให้ลูกขุนตุลาการซึ่งมีอำนาจชำระคดีบังคับให้บุตรสาวนั้นยอมปฏิบัติให้เป็นไปตามสัญญาที่บิดามารดาขายไว้ แต่เมื่อไม่มีกฎหมายรองรับที่ชัดเจนทำให้ลูกขุนตุลาการไม่กล้าบังคับคดี กลับใช้วิธีคุมขังบุตรสาวให้ทำงานหนัก เอจึงหลบหนีมาทูลเกล้า ถวายฎีกาต่อสมเด็จพระจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว พระองค์จึงทรงพระกรุณาโปรดเกล้า ให้ประกาศกฎหมายกำหนดเงื่อนไขในการขายบุตรของบิดามารดาว่าจะกระทำได้ต้องให้บุตรยินยอม ยินยอมให้ขายในราคาเท่าใดก็ขายได้เพียงเท่านั้นด้วย เพราะถ้าขายในราคาสูงภาระในการไถ่ตัวให้เป็นอิสระของบุตรก็จะสูงตามดังข้อความ คือ

“บิดามารดาไม่ได้เป็นเจ้าของบุตรชายบุตรหญิง ดังหนึ่งคนเจ้าของโคกระบือช้างม้าจะตั้งราคาขายตามชอบใจได้ ฤาดังนายเงินเป็นเจ้าของทาสี่มีค่าตัวจนจะขายทาสนั้น ตามค่าตัวเดิมได้ เมื่อบิดามารดายากจนจะขายบุตร ต่อบุตรยอมให้ขายจึ่งขายได้ ถ้าไม่ยอมให้ขายก็ขายไม่ได้ฤายอมให้ขาย ถ้าบุตรยอมรับนี่ค่าตัวเพียงไรก็ขายได้เพียงเท่านั้น กฎหมายอย่างใดผิดไปจากอย่างนี้อย่าเอา”

"บิดามารดามิได้เป็นเจ้าของบุตรเช่นเดียวกับการเป็นเจ้าของม้าวัวควาย จะตั้งราคาขายบุตรเช่นเดียวกับการตั้งราคาขายช้างม้าวัวควายหรือเช่นเดียวกับนายทาสตั้งราคาขายทาสตามค่าตัวที่ซื้อมาไม่ได้ บิดามารดาจะขายบุตรได้ก็ต่อเมื่อบุตรนั้นให้ความยินยอมและจะขายในราคาที่เกินกว่าที่บุตรยินยอมให้ขายไม่ได้ กำหมายใดที่ขัดหรือแย้งต่อกฎหมายนี้ให้ยกเลิก"

ซึ่งจากประกาศดังกล่าวนับได้ว่าเป็นกฎหมายฉบับแรกที่เป็นหลักประกันสิทธิของเด็กในประเทศไทย[8]

4.1.1 แนวคิดการคุ้มครองความผิดทางเพศตามกฎหมายลักษณะอาญา

ตามกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 ได้ยกร่างขึ้นโดยอาศัยหลักกฎหมายอาญาของประเทศต่างๆ ซึ่งบัญญัติความผิดฐานกระทำชำเราไว้ใน มาตรา 243 และมาตรา 244 ในหมวดที่1 ว่าด้วยความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา อันมีลักษณะของความผิดออกเป็น 2 ประเภท คือ การข่มขืนกระทำชำเราหญิงที่มิใช่ภริยาของผู้กระทำความผิดตาม มาตรา 243 และการกระทำชำเราเด็กหญิงตามมาตรา 244

ในเรื่องการกระทำชำเราเด็กนั้น มาตรา 244 บัญญัติว่า "ผู้ใดกระทำชำเราหญิงอายุต่ำกว่า 13 ขวบ ถึงหญิงนั้นยินยอมหรือมิได้ยินยอมก็ตาม ท่านว่ามันมีความผิดต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สองปีขึ้นไปจนถึงสิบปี และให้ปรับตั้งแต่ห้าสิบบาทขึ้นไปจนถึงห้าร้อยบาทด้วยอีกโสดหนึ่ง"

การกระทำความผิดฐานชำเราตามมาตรานี้หมายถึงการร่วมประเวณีกับเด็กหญิงซึ่งมีอายุไม่ต่ำกว่า 13 ขวบ ไม่ว่าเด็กหญิงนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม

การประกาศใช้กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 เป็นการยุติการค้าขายทาสลงอย่างสิ้นเชิง รวมทั้งการซื้อขาย จำหน่าย รับ หรือหน่วงเหนี่ยวบุคคลหนึ่งบุคคลใด ดังนั้น การกระทำในลักษณะที่เป็นการขายบุตรของบิดา มารดา จึงเป็นความผิด แต่ก็ยังคงมีการลักลอบการซื้อขายบุตรอย่างทาสมาเป็นการยกไว้ให้ใช้งานหรือบำเรอทางเพศต่อนายเงินต่างดอกเบี้ยหรือเพื่อการชำระหนี้ แม้จะได้มีการออกกฎหมายในลักษณะต่างๆ เช่น กฎหมายแพ่งพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว เพื่อกำหนดสถานะของคนในครอบครัวให้เกิดความชัดเจน ก็ยังมีการลักลอบขายบุตรในรูปแบบต่างๆเพื่อการชำระหนี้ อันเป็นวัฒนธรรมประเพณีในขณะนั้นยังคงดำรงสืบมา ดังนั้นในบัญญัติกฎหมายลักษณะอาญาในความผิดทาวเพศตามฐานความผิดดังกล่าวจึงได้กำหนดลักษณะการกระทำของผู้กระทำความผิดในรูปแบบต่างๆ หากได้กระทำการฝ่าฝืนบทบัญญัติของกฎหมายแล้ว

---

[8] สรรพสิทธิ์ คุมพ์ประพันธ์. (2541). **แนวทางการป้องกันแก้ไขการละเมิดสิทธิเด็กในประเทศไทย.** หน้า 16.

ย่อมเป็นความผิดทั้งสิ้น รวมทั้งการคุมครองผู้เสียหายที่เป็นเด็ก[9] เป็นที่ทราบแล้วว่าผู้กระทำความผิดจะอาศัยความอ่อนแอของเด็กเป็นปัจจัยในการกระทำความผิดในการกระทำความผิดฐานนี้ ก่อนที่จะได้มีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายอาญาในปัจจุบัน ความผิดในลักษณะดังกล่าวได้ถูกบัญญัติในกฎหมาอาญาในขณะนั้นได้แก่ กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ซึ่งกำหนดไว้ในส่วนที่ 6 ว่าด้วยความผิดที่กระทำอนาจาร หมวดที่ 1 ความผิดฐานกระทำอนาจารอันเกี่ยวแก้สาธารณชน ได้แก่

มาตรา 241 “ผู้ใดยุยงเสี้ยมสอนเด็กอายุต่ำกว่าสิบสองขวบ ให้ชำเราก็ดี หรือให้ทำอาจารด้วยผู้อื่นก็ดี หรือมันเป็นธุระจัดหาเด็กอายุตำกว่าสิบสองขวบ ให้ผู้อื่นชำเรา หรือทำอนาจารก็ดี ท่านว่ามันมีความผิด ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสองปี หรือปรับไม่เกินกว่าพันบาทอีกโสดหนึ่ง”

จะเห็นได้ว่ากฎหมายอาญาที่บังคับใช้ในขณะนั้นได้แก่กฎหมายลักษณะอาญาจะคุ้มครองผู้เสียหายจากการกระทำความผิด ซึ่งเป็นเด็กไม่ว่าจะเป็นเด็กหญิงหรือเด็กชาย รวมทั้งกำหนดอายุของเด็กไว้ต่ำกว่าสิบสองขวบ เหตุผลที่กฎหมายลักษณะอาญาให้การคุ้มครองแก่เด็กอายุต่ำกว่าสิบสองขวบ สืบเนื่องจากลักษณะนั้นความเจริญรุ่งเรืองของบ้านเมืองไม่เพียงพอต่อการศึกษาของผู้คนในขณะนั้นยังไม่ดีพอโดยถือว่าเด็กอายุต่ำกว่าสิบสองขวบเป็นปัจจัยเสี่ยงต่อการที่จะถูกล่อลวง ชักจูงไปในทางที่ผิดจากบุคคลผู้หวังดีได้โดยง่าย

จากการเปลี่ยนแปลงของสังคม วัฒนธรรมของบ้านเมืองไปอย่างรวดเร็ว ทำให้กฎหมายที่ใช้ในลักษณะนั้นล้าสมัย จึงได้มีการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายลักษณะอาญา และในฐานความผิดดังกล่าวก็ได้มีการแก้ไขโดยพระราชบัญญัติแก้ไขโดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมลักษณะกฎหมายอาญาพุทธศักราช 2474 มาตรา 3 โดยให้ยกเลิกบทบัญญัติมาตรา 241 แห่งกฎหมายลักษณะอาญาและใช้ความต่อไปนี้แทน

มาตรา 241ผู้ใดเพื่อให้สำเร็จความใคร่ของผู้อื่นให้เป็นธุระจัดหา ล่อไป หรือชักพาไปเพื่อการอนาจารซึ่งหญิงหรือเด็กหญิงอายุต่ำกว่าสิบแปดขวบ แม้หญิงหรือเด็กหญิงนั้นยินยอมก็ตาม ท่านว่ามันมีความผิดต้องระวางจำคุกไม่เกินสามปี และปรับไม่เกินสามพันบาท โดยมิต้องคำนึงว่ากรรมทั้งหลายประกอบกันเป็นความผิดนั้นได้กระทำไว้ในประเทศต่างกันหรือไม่

ผู้ใดเพื่อให้สำเร็จความใคร่ของผู้อื่น บังอาจใช้อุบายหลอกลวง หรือโดยใช้อำนาจด้วยกำลังกาย โดยขู่เข็ญ โดยใช้อำนาจคุ้มครองผิดทำนอง หรือโดยใช้วิธีบังคับอื่นๆ เป็นธุระจัดหาล่อไปหรือชักพาไปเพื่อการอนาจาร ซึ่งหญิงหรือเด็กหญิงท่าว่ามันมีความผิดต้องระวางทาจำคุกไม่เกินห้าปี และปรับไม่เกินสามพันบาท โดยมิต้องคำนึงว่ากรรมทั้งหลายซึ่งประกอบกันเป็นความผิดนั้น

---

[9] วรวิทย์ รัตนากร. เล่มเดิม. หน้า 10.

กระทำไว้ในประเทศต่างกันหรือไม่ ในการแก้ไขความผิดตามมาตรา 241 แห่งกฎหมายลักษณะอาญา จะเห็นได้ว่ามีการเปลี่ยนแปลงถ้อยคำในบทบัญญัติของกฎหมายให้สอดคล้องกับลักษณะของการกระทำผิดผู้ที่กระทำผิดได้กระทำขึ้นนั้น เพื่อความเหมาะสมกับสถานการณ์ในขณะนั้น โดยมีการเปลี่ยนแปลงการคุ้มครองผู้เสียหายจากการกระทำความผิดจากเด็กอายุต่ำกว่าสิบสองขวบมาคุ้มครองหญิงหรือเด็กหญิงอายุต่ำกว่าสิบแปดขวบ ซึ่งเป็นการเปลี่ยนแปลงจากเดิมที่คุ้มครองเด็กหญิงหรือเด็กชายอายุต่ำกว่าสิบสองขวบ มาเป็นการคุ้มครอง เฉพาะเพศหญิงซึ่งได้แก่เด็กหญิงหรือเด็กหญิงอายุต่ำกว่าสิบแปดขวบ เหตุผลในการเปลี่ยนแปลงองค์กรผู้ร่างกฎหมายอาจจะเห็นว่าปัจจัยเสี่ยงต่อการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศน่าจะเป็นเพศที่มีโอกาสสูงจึงได้บัญญัติให้ความคุ้มครองเพศหญิง โดยให้ความคุ้มครองเพศหญิง โดยให้ความคุ้มครองเพศหญิง 2 ประการ คือ หญิงไม่จำกัดอายุประเภทหนึ่งกับเด็กหญิงอายุต่ำกว่าสิบแปดขวบ อันเป็นการขยายความคุ้มครองเพิ่มมากขึ้น ทั้งนี้เพื่อป้องกันการอาศัยอายุของผู้เสียหายมาต่อสู้คดีเพื่อให้ตนรอดพ้นจากการกระทำความผิด รวมทั้งการบัญญัติในเรื่องความยินยอมของผู้เสียหายไม่ว่าจะยินยอมหรือไม่ก็ตามเป็นความผิด[10]

นอกจากนี้ภายหลังจากการที่ประเทศไทยได้ร่วมเป็นภาคีในองค์การสันนิบาติชาติได้ทำข้อตกลงระหว่างประเทศ (convention) ในเรื่องการคุ้มครองหญิงและเด็ก ซึ่งแม้ว่าในขณะนั้นประเทศจะไม่ได้เข้าร่วมเป็นสมาชิกในข้อตกลงดังกล่าว แต่ก็จำต้องผูกพันตามข้อตกลงดังกล่าวในอันที่ออกกฎหมายเพื่อให้สอดคล้องกับข้อตกลงระหว่างประเทศ ในอันที่จะป้องกันการหยุดกระทำความผิด จึงได้บัญญัติในตอนท้ายว่า ไม่ว่าจะกระทำต่างๆอันประกอบเป็นความผิดนั้นจะได้กระทำในประเทศต่างกันหรือไม่ ซึ่งหมายความว่า ผู้กระทำแม้ได้กระทำในประเทศใดๆก็ย่อมเป็นความผิดที่ต้องรับโทษ ตามกฎหมายไทยทั้งสิ้น

นอกจากนั้น ยังได้บัญญัติเหตุที่จะทำผู้ที่กระทำความผิดให้ได้รับโทษหนักขึ้น ในลักษณะต่างๆ โดยบัญญัติเพิ่มเติมตามวรรคสองกำหนดลักษณะของการกระทำในการใช้อุบายหลอกลวงหรือใช้อำนาจโดยการกำลังกาย ขู่เข็นใช้อำนาจผิดทำนอง หรือใช้วิธีบังคับด้วยประการอื่น ล่อไป หรือชักพาไปเพื่อการอนาจาร จะต้องรับโทษหนักขึ้น

4.1.2 แนวทางคุ้มครองความผิดทางเพศตามประมวลกฎหมายอาญา

จากความเจริญของบ้านเมืองทั้งในด้านเศรษฐกิจ สังคม วัฒนธรรม เป็นไปอย่างรวดเร็ว ทำให้ต้องมีการปรับปรุงกฎหมายให้ทันสมัยมีประสิทธิภาพในการบังคับใช้ ซึ่งก็เช่นเดียวกันกับกฎหมายอาญา ยกเลิกกฎหมายลักษณะอาญาเสีย มาใช้ระบบประมวลกฎหมาย

---

[10] แหล่งเดิม. หน้า 11.

เหมือนประเทศในภาคพื้นยุโรป ซึ่งเป็นที่ยอมรับในนานาประเทศอันได้แก่ประมวลกฎหมายอาญา พุทธศักราช 2499

ความผิดที่เกี่ยวกับเพศตามประมวลกฎหมายอาญาที่ได้มีการประกาศใช้ จะบัญญัติความผิดที่เกี่ยวกับเพศไว้ในลักษณะ 9 ความผิดเกี่ยวกับเพศ ซึ่งในการบัญญัติความผิดตามมาตราต่างๆ ในลักษณะนี้จะให้ความสำคัญผู้เสียหายที่ถูกล่วงเกินทางเพศ ในลักษณะที่ผู้เสียหายอาจจะตั้งครรภ์ได้ หรือไม่มาเป็นหลักในการคุ้มครองทางเพศ โดยบัญญัติความผิดที่อาจจะกระทำให้ผู้เสียหายตั้งครรภ์ได้ จากการล่วงเกินทางเพศจากผู้กระทำความผิดไว้เป็นเอกเทศ เรียกว่าความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 276 มาตรา 277 ซึ่งเป็นความผิดที่มีอัตราโทษสูง และบัญญัติความผิดเกี่ยวกับการล่วงเกินทางเพศในกรณีอื่นๆ เพื่อป้องกันมิให้ผู้ใดแสวงหาผลประโยชน์ทางเพศ ไม่ว่าการกระทำนั้นจะเป็นรายบุคคลหรือคณะบุคคล หรือจะกระทำด้วยตนเองหรือประกอบธุรกิจที่เกี่ยวกับความผิดทางเพศ ไว้ในความผิดฐานอนาจารกรณีต่างๆ ไว้ในมาตรา 282 มาตรา 283 มาตรา 284 ซึ่งมีอัตราโทษต่ำ[11]

4.1.3 บทบัญญัติความรับผิดฐานกระทำชำเราเด็กในไทย

ประเทศไทยได้บัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศไว้ในลักษณะ 9 ประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งเริ่มตั้งแต่มาตรา 276 – 287 และได้กำหนดเกณฑ์อายุของเด็กขั้นต่ำไว้ 16 ปี แม้จะให้ความยินยอมในการร่วมประเวณีก็เป็นความผิดในเรื่องการกำหนดกฎเกณฑ์เกี่ยวกับอายุขั้นต่ำที่เด็กจะให้ความยินยอมได้นั้น ประเทศไทยได้มีการเปลี่ยนแปลงวิวัฒนาการเรื่อยมา เห็นได้จากเดิมกฎหมายลักษณะอาญา รศ. 127 หมวดที่ 2 มาตรา 244 ได้กำหนดอายุขั้นต่ำของเด็กหญิงที่จะให้ความยินยอมไว้ต่ำกว่า 12 ปี ต่อมามีการประกาศใช้พระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2499 แทนกฎหมายลักษณะอาญา รศ. 127 ซึ่งได้บัญญัติเกี่ยวกับเกณฑ์อายุขั้นต่ำไว้ในมาตรา 277 โดยเพิ่มเป็น 13 ปี แล้วต่อมามีการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญาคุ้มครองอายุเด็กหญิงเพิ่มขึ้นเป็น 15 ปี โดยให้เหตุผลว่าการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศจากเดิมที่กำหนดอายุเด็กที่จะได้รับการคุ้มครองเป็นพิเศษตามกฎหมายคือจำกัดไว้ไม่เกิน 13 ปีเท่านั้น ผู้กระทำความผิดตามบทมาตราดังกล่าว จึงสามารถอ้างความยินยอมของเด็กอายุกว่า 13 ปี ขึ้นเป็นเหตุยกเว้นความผิดหรือบรรเทาโทษตามกฎหมาย นับเป็นการเปิดโอกาสให้มีการแสวงหาประโยชน์ในทางมิชอบจากเด็กอายุระหว่าง 13 ถึง 15 ปี[12] ต่อมาก็ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติม มาตรา 277 อีก แต่มิได้แก้ไขในเรื่อง

---

[11] เล่มเดิม. หน้า 12.

[12] พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 8) พ.ศ. 2530.

อายุเด็กหญิงแต่อย่างใดเพียงแต่ขยายการคุ้มครองจากเดิมคุ้มครองแต่เด็กหญิงขยายมาคุ้มครองเด็กชายด้วย

ในมาตรา 277 วรรคแรกของประมวลกฎหมายอาญา ได้บัญญัติไว้ว่า "ผู้ใดกระทำชำเราเด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปี ซึ่งมิใช่ภริยาหรือสามีของตน โดยเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดพันบาทถึงสี่หมื่นบาท"

ลักษณะของการกระทำเราตามมาตรานี้ ลักษณะเช่นเดียวกับความผิดฐานกระทำชำเราผู้อื่น ตามมาตรา 276 วรรคแรก แห่งประมวลกฎหมายอาญา กล่าวคือ แม้ผู้กระทำความผิดจะกระทำโดยเด็กยินยอมหรือไม่ก็ตาม ก็ถือว่าเป็นความผิดตามมาตรานี้ แต่การกระทำชำเราตามมาตรา 276 เป็นการกระทำชำเราผู้อื่น โดยผู้ถูกกระทำชำเราไม่ยินยอมหรือไม่สมัครใจ

สำหรับองค์ประกอบสำคัญของการกระทำชำเราตามมาตรานี้ ตามกฎหมายไทย ผู้กระทำความผิดจะต้องรู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบความผิด มิฉะนั้นจะถือว่าผู้กระทำไม่มีเจตนาประสงค์ต่อผลหรือย่อมเล็งเห็นผลตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 59 วรรคสาม[13] คือ ผู้กระทำความผิดฐานนี้ต้องกระทำโดยเจตนาโดยผู้กระทำได้รู้ว่าเด็กนั้นมีอายุต่ำกว่า 15 ปี เมื่อไม่รู้ก็ย่อมไม่เป็นความผิดตามมาตรานี้

ในเรื่องความสำคัญผิดในเรื่องอายุของเด็กผู้เสียหายตามกฎหมายโดยยังเป็นข้อแก้ตัวให้ผู้กระทำความผิดฐานกระทำชำเราเด็กที่อายุต่ำกว่าเกณฑ์ที่กฎหมายให้ความยินยอมให้ร่วมประเวณีพ้นผิดได้ โดยเห็นได้จากแนวคำพิพากษาฎีกา[14]

4.2. ข้อเท็จจริงในทางคดีเกี่ยวกับการกระทำชำเราเด็ก

สำหรับแนวบรรทัดฐานที่มีต่อผู้ใช้กฎหมาย ข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นกับสถานการณ์ปัจจัยของสังคมไทย ย่อมเป็นที่ยอมรับกันทั่วไปแล้วว่าคดีที่เกิดขึ้นเกี่ยวกับความผิดทางเพศนั้น มีปริมาณเพิ่มสูงขึ้นอย่างน่าวิตกแต่รัฐหรือองค์กรของรัฐที่เกี่ยวข้องก็ได้หาแนวทางหรือมีมาตรการในการแก้ไขเพิ่มเติมอย่างต่อเนื่อง เพื่ออุดช่องว่างของกฎหมายในทุกรูปแบบต่างๆที่มีและความสลับซับซ้อนมากยิ่งขึ้น ซึ่งการอุดช่องว่างของกฎหมายนั้นเพื่อไม่ให้ผู้กระทำความผิดนำมาใช้ในการต่อสู้คดี และเพื่อให้หลุดพ้นจากความรับผิดทางอาญา

แต่ถึงกระนั้นก็ตามผู้ที่เขียนเห็นว่าประมวลกฎหมายอาญาของไทยก็ยังไม่สามารถคุ้มครองเหยื่อทางเพศ ได้อย่างมีประสิทธิภาพ โดยเฉพาะเหยื่อทางเพศที่เป็นเด็ก แม้ว่าจะมีการแก้ไข มาตรา 277 ใหม่ก็ตามก็เป็นเพียงการขยายการคุ้มครองไปถึงเด็กชายด้วย ทั้งนี้เนื่องจากยังมี

---

[13] จิตติ ตังศภัทิย์. หน้า 734.

[14] ดูคำพิพากษาฎีกาที่ 5176/2538. เนติบัณฑิตยสภา. เล่มที่ 12. หน้า 2383.

ปัญหาในเรื่องความสำคัญผิด ในเรื่องของอายุเด็ก ซึ่งผู้กระทำความผิดยังใช้อ้างยกเป็นข้อต่อสู้เพื่อให้พ้นผิด เนื่องจากศาลไทยถือว่าอายุของเด็กตามมาตรา 277 วรรคแรก ถือเป็นข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบความผิดที่ผู้กระทำต้องรู้ เมื่อไม่รู้ย่อมไม่เป็นความผิด ซึ่งจะกล่าวรายละเอียดในหัวข้อถัดไป

4.2.1 ปัญหาเกี่ยวกับพัฒนาการทางร่างกาย[15]

เนื่องจากสภาวะการเจริญการเติบโตของเด็กในปัจจุบัน โดยทั่วไปมีการเจริญการเติบโตเร็ว ทำให้เมื่อมองจากรูปร่างภายนอกของแล้วไม่สามารถคาดคะเนได้ว่าเด็กนั้นมีอายุเท่าใด เช่น เด็กหญิงที่มีอายุ 13 ปี อาจมีรูปร่างภายนอกคล้ายกับหญิงที่มีอายุ 17 ปี ก็เป็นไปได้หรือเด็กชายที่อายุ 14 อาจมีรูปร่างภายนอกคล้ายเด็ก 16 ก็เป็นได้ ซึ่งหากเปรียบเทียบกับเมื่ออดีตเด็กในยุคปัจจุบันมีการเจริญเติบโตทางกายภาพอย่างรวดเร็วและมีแนวโน้มว่าจะสูงใหญ่กับเด็กรุ่นราวเดียวกันกับเด็กสมัยก่อน ซึ่งการที่เด็กเติบโตทางกายภาพเร็วทำให้เด็กได้รับการปฏิบัติเสมือนว่าโตแล้ว ทั้งทัศนะความเป็นผู้ใหญ่และคนรอบข้างเปลี่ยนไป การเจริญเติบโตทางร่างกายอย่างเดียวไม่สามารถวัดได้ว่าเด็กจะมีพัฒนาการทางด้านอื่นๆ เช่น พัฒนาการทางอารมณ์ พัฒนาการทางความคิดสติปัญญา พัฒนาการทางด้านสังคม ซึ่งพัฒนาการเหล่านี้อาจจะยังมิได้พัฒนาเท่ากับด้านกายภาพหรือกล่าวได้ว่าวุฒิภาวะด้านอื่นๆยังเป็นเด็กอยู่ เพราะฉะนั้นหากปล่อยให้เด็กมีเสรีภาพหรือปล่อยให้เด็กตัดสินใจในเรื่องที่ต้องอาศัยวุฒิภาวะเขาอาจจะตัดสินใจผิดพลาดได้

ปัญหาที่เด็กมีการเจริญเติบโตทางร่างกายเร็วขึ้นก่อให้เกิดอันตรายกับเด็กได้ดังที่เราได้ยินข่าวอยู่บ่อยๆว่าเด็กหญิงชั้นประถมอายุเพียงเก้าปีถูกผู้ใหญ่ล่วงเกินทางเพศในรูปแบบต่างๆจนบางรายถึงกับเสียชีวิต

เหตุการณ์ที่ว่านี้มิได้เกิดเฉพาะในเมืองไทยเท่านั้น ในต่างประเทศหลายๆ ประเทศก็มีปัญหาคล้ายๆ กัน บางแห่งมีเด็กหญิงที่เป็นสาวเร็วถูกเพื่อนผู้ชายรังแกทางเพศอยู่บ่อยๆ จนต้องขอย้ายโรงเรียนก็มี เด็กบางคนถูกทั้งเพื่อนผู้ชายและครูรังแกทางเพศในรูปแบบต่างๆ ยิ่งยุคสมัยนี้กระแสสังคมหนุนส่งเรื่องเพศผ่านทางสื่อต่างๆ อย่างมากมาย ทำให้ทั้งเด็กหญิงเด็กชายหันมาสนใจเรื่องเพศก่อนวัยมากกว่าสมัยก่อนมาก ด้วยเหตุนี้เราจึงได้ยินได้ฟังเรื่องราวเกี่ยวกับการมีเพศสัมพันธ์ก่อนวัยและการเอาเปรียบ การรังแกทางเพศเกิดขึ้นในโรงเรียนบ่อยมาก

---

[15] อุทัย ดุลยเกษม. (2547,มกราคม). “เด็กยุคใหม่โตเร็วแต่ตัว”. **วารสาร life & family. 8 ,94.**

สืบค้นเมื่อวันที่ 2 เมษายน 2552, จาก **www.elib-online.com/doctors47/child_growth001.html - 11k -.**

ในงานวิจัยของดอกเตอร์นีล ดันแคน(Neil Duncan) แห่งมหาวิทยาลัยวูฟแฮมตัน (Wolverhampton University) ประเทศอังกฤษ ทำการศึกษาเรื่องนี้กับนักเรียนระดับชั้นมัธยมศึกษามานาน เปิดเผยว่า การรังแกทางเพศในนักเรียนหญิงเกิดขึ้นมาก และมีแนวโน้มเพิ่มขึ้นเรื่อยๆ เพราะเด็กทั้งชายและหญิงได้รับการหนุนให้มีแนวคิดเกี่ยวกับการมองโลกผ่านเรื่องเพศ เพราะฉะนั้นการรังแกผู้หญิงจึงออกในรูปการณ์ที่เกี่ยวกับทางเพศมากขึ้น

จากการศึกษาของดอกเตอร์ดันแคนพบว่า นักเรียนหญิงชั้นมัธยมศึกษามีการย้ายโรงเรียนกัน สูงถึงร้อยละสี่สิบห้า บางคนย้ายโรงเรียนถึงสามหรือสี่ครั้ง เหตุการณ์ในลักษณะนี้มิได้เกิดขึ้น เฉพาะในโรงเรียนมัธยมศึกษาเท่านั้น เพราะดอกเตอร์เอ็มมา เรโนลด์ (Emma Renold) แห่งคณะสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยคาร์ดิฟฟ์ (Cardiff University) ได้ทำการศึกษาพฤติกรรมของเด็กจำนวนห้าสิบเก้าคน อายุระหว่างสิบถึงสิบเอ็ดปี เป็นเวลาสองปีพบว่า เด็กจำนวนมากถูกรังแกทางเพศในรูปแบบต่างๆ จากนักเรียนชาย ตั้งแต่การกล่าวแทะโลมจนกระทั่งจับต้องร่างกาย

ในประเทศไทยเราก็ได้มีการวิจัยสำรวจรูปร่างของคนไทยโดยศูนย์เทคโนโลยีอิเล็กทรอนิกส์และคอมพิวเตอร์แห่งชาติ (เนคเทค) สำนักงานพัฒนาวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีแห่งชาติ (สวทช.) ซึ่งผลการสำรวจพบว่าคนไทยส่วนใหญ่ทั้งเพศชายและเพศหญิงมีรูปร่างที่สูงใหญ่ขึ้นกว่าเดิม และให้เหตุผลว่าน่าจะเป็นผลมาจากการกินอาหารที่ดีขึ้น มีการดูแลเรื่องโภชนาการดีขึ้นทำให้คนรุ่นใหม่มีรูปร่างใหญ่โตกว่าคนในอดีต[16]

ด้วยเหตุที่เด็กมีพัฒนาการโตเกินวัยอันควรจึงเป็นเหตุที่ผู้กระทำผิดยกความสำคัญผิดในอายุเด็กขึ้นต่อสู้คดีเพื่อให้พ้นผิดอยู่เสมอเนื่องจากอายุเด็กเป็นขอเท็จจริงกันเป็นองค์ประกอบความผิด

4.2.2 ปัญหาความสำคัญผิดในอายุเด็ก

ปัญหาเรื่องความสำคัญผิดในอายุของเด็กซึ่งเป็นผู้เสียหาย มีประเด็นหลักสำคัญในการพิจารณาอยู่สองประเด็น ประเด็นแรกนั้นคือ ประเด็นเรื่องสถานะของอายุในบทบัญญัติของกฎหมาย และประเด็นที่สองนั้นคือเมื่อเกิดปัญหาความสำคัญผิดในอายุของผู้เสียหายแล้วความสำคัญผิดดังกล่าวต้องใช้หลักกฎหมายใดมาพิจารณา และก่อให้เกิดผลในทางกฎหมายอาญาอย่างไร ซึ่งในเรื่องนี้มีความแตกต่างของสองแนวคิดในการปรับใช้กฎหมาย นั้นคือแนวคิดแรกจะพิจารณาโดยใช้หลักความสำคัญผิดในข้อเท็จจริงตามมาตรา 62 วรรคแรก ในขณะที่อีกแนวคิดถึงจะอธิบายปัญหานี้โดยใช้หลักการไม่รู้ข้อเท็จจริงมีผลให้ขาดเจตนาตามมาตรา 59 วรรคสาม

---

[16] หน่วยปฏิบัติการวิจัยคลังอนุพันธ์ความรู้. (2552). **รูปร่างประชากรไทย** (รายงานวิจัย).

ดังนั้นจึงเป็นเรื่องที่ควรศึกษาเป็นลำดับแรกก่อนเลยว่าการไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบความผิด กับการสำคัญผิดในข้อเท็จจริงนั้นเป็นอย่างไร และมีความแตกต่างกันอย่างไร

อย่างไรก็ตาม ถึงแม้ว่าการอธิบายปัญหานี้จะใช้หลักกฎหมายที่แตกต่างกัน แต่ก็ก่อให้เกิดผลที่เหมือนกันนั้นคือผู้กระทำไม่ต้องรับผิด ซึ่งผลดังกล่าวนั้นก่อให้เกิดเป็นปัญหาช่องว่างของกฎหมาย เนื่องจากกฎหมายไม่สามารถลงโทษผู้กระทำความผิดและไม่อาจคุ้มครองเด็กและผู้เยาว์จากการถูกล่วงละเมิดได้อย่างบรรลุเจตนารมณ์ของกฎหมาย นอกจากนี้ยังมีข้อเท็จจริงปรากฏขึ้นจากคำพิพากษาฎีกาที่ 6632/2540 ซึ่งจำเลยอ้างว่าสำคัญผิดในอายุของเด็กผู้เสียหาย โดยศาลฎีกาวินิจฉัยว่าเป็นข้อที่จำเลยเพิ่งยกขึ้นอ้างในชั้นฎีกา มิใช่ข้อที่ได้ยกขึ้นว่ากล่าวกันมาแล้วโดยชอบในศาลล่างทั้งสอง จึงเป็นการไม่ชอบ ศาลฎีกาไม่รับวินิจฉัยให้ นอกจากนั้นยังมีคำพิพากษาฎีกาที่ 1717/2543 ว่าผู้กระทำความผิดฉกฉวยเอาประโยชน์จากช่องว่างของกฎหมายเพื่อให้ตนไม่ต้องรับผิดโดยอ้างความสำคัญผิดทั้งที่ไม่มีพฤติการณ์หรือเหตุจูงใจให้สำคัญผิดโดยสุจริตเลย และยังมีคำพิพากษาฎีกาที่ 5176/2538[17] และ คำพิพากษาฎีกาที่ 6405/2549[18]

อีกทั้งข้ออ้างในเรื่องสำคัญผิดก็ไม่ปรากฏในชั้นจับกุมและสอบสอน ทั้งนี้หากข้อเท็จจริงเป็นว่า จำเลยรู้อยู่แล้วว่าเด็กผู้เสียหายโตเกินวัยที่แท้จริง จึงได้กระทำชำเราหรือกระทำอนาจารผู้เสียหาย และได้ยกเอาความสำคัญผิดในอายุผู้เสียหายมาเป็นข้อแก้ตัวตั้งแต่เบื้องแรกเช่นนี้ก็จะกลายเป็นช่องว่างของกฎหมายได้

4.2.3 สภาพปัญหาอันเป็นช่องว่าง

การที่กฎหมายกำหนดอายุของผู้เสียหายเป็นช่วงอายุต่าง ๆ โดยช่วงอายุยิ่งน้อย โทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดก็ยิ่งหนักขึ้นนั้น จุดประสงค์ก็เพื่อคุ้มครองเด็กและผู้เยาว์ โดยอายุยิ่งน้อย

---

[17] ผู้เสียหายคือเด็กหญิงมะปราง ศิริแตง มีอายุ 14 ปี 5 เดือน จำเลยอ้างสำคัญผิดในเรื่องอายุของผู้เสียหายว่าเข้าใจว่าผู้เสียหายมีอายุ 18 ปี ศาลพิพากษาว่า จำเลยไม่มีความผิดฐานกระทำชำเราเด็กหญิง ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 277 เนื่องจากอายุของผู้เสียหายเป็นองค์ประกอบของความผิด จึงเป็นข้อเท็จจริงที่ว่าผู้กระทำผิดได้รู้หรือไม่ การรู้หรือไม่รู้ข้อเท็จจริงในเรื่องอายุ จึงสามารถยกขึ้นอ้างได้ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 62 วรรคหนึ่ง

[18] วินิจฉัยว่าตอนหนึ่งเชื่อได้ว่าจากรูปร่าง การพูดจาการงานที่ผู้เสียหายทำมีเหตุผลทำให้ผู้พบเห็นเข้าใจว่าผู้เสียหายมีอายุเกินกว่า 15 ปี ฟังได้ว่าจำเลยสำคัญผิดโดยเข้าใจว่าผู้เสียหายอายุ 17 ปี ย่อมมีผลทำให้จำเลยไม่รู้ข้อเท็จจริงว่าผู้เสียหายอายุไม่เกิน 15 ปี ซึ่งเป็นข้อเท็จจริง เป็นองค์ประกอบความผิดตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 277 วรรคแรก เมื่อจำเลยไม่รู้ข้อเท็จจริงดังกล่าวจำเลยไม่มีเจตนากระทำความผิดตามมาตรานี้ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 59 วรรคสาม

กฎหมายก็มุ่งคุ้มครองเป็นพิเศษเพราะเด็กหรือผู้เยาว์ขาดความสามารถในการคุ้มครองตัวเอง แต่อย่างไรก็ตาม ด้วยกฎหมายไทยนั้นถือว่าอายุเป็นข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบความผิด ดังนั้น เมื่อนำปัญหาความสำคัญผิดในอายุของผู้เสียหายมาปรับใช้กับหลักกฎหมายของไทย ไม่ว่าจะเป็นตามมาตรา 59 วรรคสาม ซึ่งวางหลักไว้ว่าการไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบความผิดมีผลให้การกระทำนั้นขาดเจตนา หรือหากจะปรับใช้ตามมาตรา 62 วรรคแรก ก็ถือว่าการสำคัญผิดในข้อเท็จจริงมีผลให้ผู้กระทำไม่มีความผิดหรือได้รับยกเว้นโทษ หรือได้รับโทษน้อยลง ซึ่งทั้งสองกรณีก็ให้ผลที่เหมือนกันคือผู้กระทำไม่มีความผิด ทั้งที่ผู้กระทำได้กระทำการอันไม่ชอบด้วยกฎหมาย และไม่ชอบด้วยศีลธรรมอย่างยิ่งโดยการล่วงละเมิดแก่เด็กและผู้เยาว์ ซึ่งเป็นวัยที่ไม่ควรสัมผัสกับเรื่องทางเพศและควรได้รับการคุ้มครองอย่างยิ่ง

ปัญหาช่องว่างของกฎหมายประการสำคัญ อันเกิดจากความสำคัญผิดในอายุของผู้เสียหาย คือ กรณีที่ผู้กระทำไม่ต้องรับผิดเนื่องจากความสำคัญผิดนั้น ในกรณีนี้เนื่องจากกฎหมายไทยถืออายุเป็นข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบความผิด ดังนั้น ผู้กระทำต้องรู้ข้อเท็จจริงในเรื่องอายุของเด็ก มิฉะนั้นจะถือว่าผู้กระทำไม่มีเจตนา และหากความผิดในเรื่องนั้น ๆ ไม่มีกรณีที่ต้องรับผิดโดยประมาท ก็มีผลให้ผู้กระทำไม่ต้องรับผิดเลยเพราะขาดเจตนา ดังนั้น หากข้อเท็จจริงเป็นว่าผู้กระทำไม่รู้ข้อเท็จจริงในเรื่องอายุของผู้เสียหายหรือสำคัญผิดในเรื่องอายุของผู้เสียหาย เช่น ในความผิดฐานพรากผู้เยาว์เพื่อการอนาจาร ซึ่งผู้เยาว์นั้นอายุเกินกว่าสิบห้าปี แต่ยังไม่เกินสิบแปดปี โดยผู้เยาว์นั้นเต็มใจไปด้วยตามมาตรา 319 หากผู้กระทำเข้าใจโดยสุจริตว่าผู้เสียหายนั้นอายุเกินสิบแปดปีแล้ว ทั้งที่ความจริงผู้เสียหายอายุเพียงสิบหกปีเท่านั้น ซึ่งหากข้อเท็จจริงเป็นตามที่ผู้กระทำเข้าใจ การกระทำของผู้กระทำก็จะไม่เป็นความผิด แต่กรณีนี้ข้อเท็จจริงไม่เป็นดังที่ผู้กระทำเข้าใจ ผู้กระทำจึงอ้างความสำคัญผิดในอายุ เมื่อนำมาปรับเข้ากับหลักกฎหมายไม่ว่าจะเป็นหลักไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบถือว่าขาดเจตนาตามมาตรา 59 วรรคสาม หรือหลักสำคัญผิดในข้อเท็จจริงตามมาตรา 62 วรรคแรก ผลทางกฎหมายจะเป็นเช่นเดียวกันคือเมื่อจำเลยสำคัญผิดในเรื่องอายุของผู้เสียหาย แม้ความจริงไม่ใช่อย่างที่จำเลยสำคัญผิด จำเลยย่อมไม่มีความผิด การที่จำเลยไม่รู้จักผู้เสียหายมาก่อนก็ไม่มีข้อข้อห้ามที่ไม่ให้จำเลยอ้างความสำคัญผิดมาเป็นข้อแก้ตัว หรือคำพิพากษาฎีกาที่ 6405/2539 จำเลยกระทำชำเราผู้เสียหายโดยสำคัญผิดว่าผู้เสียหายอายุ 17 ปี เท่ากับไม่รู้ข้อเท็จจริงว่าผู้เสียหายอายุไม่เกิน 15 ปี ซึ่งเป็นข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบความผิดตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 277 วรรคแรก จึงถือว่าจำเลยไม่มีเจตนากระทำความผิดฐานนี้

จากกรณีนี้ จะเห็นได้ว่าความสำคัญผิดในอายุของผู้เสียหาย หรือถ้าจะเรียกให้ถูกก็คือการไม่รู้ข้อเท็จจริงในเรื่องอายุของผู้เสียหาย ทำให้การกระทำไม่เป็นความผิด ถ้าหากวิเคราะห์ตาม

หลักเหตุผลทางกฎหมายก็ย่อมเห็นได้ว่าเป็นการชอบแล้ว เพราะเมื่อผู้กระทำไม่รู้ข้อเท็จจริงหรือเข้าใจผิดไปก็ย่อมไม่มีเจตนา อีกทั้งกฎหมายก็ไม่ได้บัญญัติไว้โดยชัดแจ้งว่าต้องรับผิดถึงแม้ไม่มีเจตนา กฎหมายจึงไม่อาจจะลงโทษได้ แต่อย่างไรก็ตาม หากพิจารณาตามความเป็นจริง และในทางศีลธรรมแล้วย่อมเห็นได้ว่าเป็นการไม่ชอบอย่างร้ายแรงที่ผู้กระทำจะไปล่วงละเมิดเด็ก และผู้เยาว์ที่ไม่อาจคุ้มครองตนเองได้ และเด็กหรือผู้เยาว์นั้นก็ย่อมมีบิดา มารดา หรือผู้ปกครองที่ให้ความคุ้มครองดูแลอยู่ ดังนี้การล่วงละเมิดทางเพศเด็กหรือผู้เยาว์จึงเป็นการล่วงละเมิดอำนาจปกครองของบิดามารดาหรือผู้ปกครองด้วย และการที่ผู้กระทำล่วงละเมิดทางเพศแก่บุคคลอื่นก็ย่อมถือว่ามีจิตใจที่ชั่วร้ายแล้ว การจะรู้ว่าผู้เสียหายอายุเท่าใดหรือไม่นั้นไม่ควรเป็นข้ออ้างในการไม่ต้องรับผิด

นอกจากช่องว่างของกฎหมายในกรณีที่ผู้กระทำไม่ต้องรับผิดแล้ว ยังมีบางกรณีที่จำเลยถูกฟ้องในฐานความผิดหนึ่ง แต่ด้วยเหตุที่จำเลยสำคัญผิดในอายุของผู้เสียหาย จึงเป็นเหตุให้จำเลยถูกลงโทษในอีกฐานความผิดหนึ่ง ซึ่งเป็นไปตามที่จำเลยสำคัญผิด เช่น คำพิพากษาฎีกาที่ 6419/2537 ข้อเท็จจริงตามคำพิพากษาฎีกานี้ โจทก์ฟ้องขอให้ลงโทษจำเลยฐานพรากผู้เยาว์อายุไม่เกิน 15 ปี ตาม ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 317 แต่เนื่องจากผู้เสียหายมีรูปร่างสมบูรณ์กว่าเด็กปกติทั่วไปเท่ากับเด็กอายุ 17–18 ปี และจำเลยก็สำคัญผิดว่าผู้เสียหายมีอายุ17–18 ปี และตามข้อเท็จจริงได้ความว่าผู้เสียหายเต็มใจไปกับจำเลย จำเลยจึงไม่มีความผิดฐานพรากผู้เยาว์อายุไม่เกิน 15 ปี ตาม ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 317 แต่จำเลยยังคงมีความผิดฐานพรากผู้เยาว์อายุเกินกว่า 15 ปีแต่ไม่เกิน 18 ปี โดยผู้เยาว์เต็มใจไปด้วย ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 319 ประกอบมาตรา 62 วรรคแรก

จากคำพิพากษาฎีกาข้างต้นนี้ มีประเด็นที่น่าพิจารณาคือ จำเลยถูกฟ้องฐานพรากผู้เยาว์อายุไม่เกิน 15 ปี ตามมาตรา 317 แต่ด้วยเหตุที่จำเลยสำคัญผิดว่าผู้เสียหายอายุ 17–18 ปี จำเลยจึงมีความผิดฐานพรากผู้เยาว์อายุเกินกว่า 15 ปีแต่ไม่เกิน18 ปีตามมาตรา 319 จะเห็นได้ว่าจำเลยต้องรับผิดตามมาตรา 319 ทั้งที่การกระทำของจำเลยไม่ครบองค์ประกอบตามมาตรา 319 เนื่องจากข้อเท็จจริงคือเด็กหญิงผู้เสียหายอายุไม่เกิน 15 ปี แต่องค์ประกอบตามมาตรา 319 นั้น ผู้เสียหายจะต้องอายุเกินกว่า 15 ปีแต่ไม่เกิน 18 ปี ดังนั้นเมื่อการกระทำของจำเลยไม่ครบองค์ประกอบตามมาตรา 319 จำเลยจะมีความผิดได้อย่างไร

อย่างไรก็ตามปัญหาช่องว่างของกฎหมายมิได้มีเพียงแค่ผู้กระทำไม่มีความผิด จนเป็นเหตุให้เด็กผู้เสียหายไม่อาจได้รับความคุ้มครองอย่างเด็ดขาด หากแต่ยังเป็นช่องว่างที่ผู้กระทำความผิดหยิบยกฉกฉวยขึ้นมาเป็นข้อต่อสู้ เพื่อให้ตนไม่ต้องรับผิดหรือรับผิดน้อยกว่าที่ควรเป็น พิจารณาได้จากคำพิพากษาฎีกาที่ 6632/2540 ซึ่งเป็นเรื่องที่จำเลยถูกฟ้องว่าได้พรากเด็กหญิงอายุ 13

ปีเศษไปเสียจากความปกครองดูแลของมารดาเพื่อการอนาจาร โดยเป็นความผิดตามมาตรา 317 วรรคหนึ่งและวรรคสาม แต่จำเลยได้อ้างว่าสำคัญผิดในอายุของเด็กหญิงผู้เสียหายว่าอายุเกิน 15 ปีแล้ว อย่างไรก็ตามจำเลยมาอ้างความสำคัญผิดเอาในชั้นฎีกา ทั้งที่ในศาลชั้นต้นและศาลอุทธรณ์จำเลยมิได้ยกขึ้นว่ากล่าวเลย ศาลฎีกาจึงเห็นว่าไม่ชอบและไม่รับวินิจฉัยให้ทำนองเดียวกับฎีกาที่ 1717/2543[19] ที่ในชั้นจับกุมและสอบสวนจำเลยมิได้แสดงว่าจำเลยสำคัญผิดในเรื่องอายุของผู้เสียหายแต่อย่างใด กรณีจะเป็นเรื่องสำคัญผิดจะต้องมีพฤติการณ์หรือเหตุจูงใจให้สำคัญผิดโดยสุจริต มิใช่คาดคะเนเอาเองดังที่จำเลยเบิกความ พฤติการณ์ของจำเลยเช่นนี้จึงไม่มีเหตุผลเพียงพอที่จะยกขึ้นกล่าวอ้างเพื่อเป็นข้อแก้ตัวว่าจำเลยสำคัญผิดโดยสุจริต

จากตัวอย่างของคำพิพากษาฎีกาข้างต้น จะเห็นได้ว่าจำเลยมองว่าข้ออ้างในเรื่องความสำคัญผิดในอายุเป็นช่องว่างของกฎหมายที่จะหยิบยกขึ้นมากล่าวอ้าง เพื่อให้ตนเองพ้นผิดได้ ถึงแม้ศาลฎีกาจะไม่รับฟังและไม่รับวินิจฉัยให้ แต่หากข้อเท็จจริงกลายเป็นว่าผู้กระทำมีเจตนากระทำผิดเนื่องจากเห็นว่าผู้เสียหายโตเกินวัย และได้ยกข้อต่อสู้นี้ขึ้นกล่าวอ้างมาแต่ศาลชั้นต้น ผลก็อาจเป็นว่าผู้กระทำความผิดอาศัยช่องว่างของกฎหมายเพื่อให้ตนเองไม่ถูกลงโทษได้

ดังนี้จะเห็นได้ว่าปัญหาความสำคัญผิดในอายุของผู้เสียหาย ก่อให้เกิดปัญหาในการบังคับใช้กฎหมายและเกิดเป็นช่องว่างของกฎหมาย จนทำให้กฎหมายไม่อาจคุ้มครองเด็กและผู้เยาว์ได้อย่างเด็ดขาด ด้วยเหตุนี้ การศึกษาถึงหนทางในการแก้ไขปัญหาจึงเป็นเรื่องสำคัญที่ไม่อาจละเลยได้

4.3 วิเคราะห์กฎหมายไทยเกี่ยวกับความผิดฐานกระทำชำเราเด็กกับกฎหมายต่างประเทศ

นับตั้งแต่มีกฎหมายลักษณะอาญา รศ. 127 กระทั่งมาถึงการใช้ประมวลกฎหมายอาญาในปัจจุบันเกี่ยวกับการคุ้มครองเด็กที่ถูกกระทำชำเรานั้น กฎหมายไทยได้ให้ความคุ้มครองเด็กหญิงเป็นหลัก ต่อมาขยายมาคุ้มครองเด็กชายด้วย แต่กระนั้น อายุเด็กที่ได้รับการคุ้มครองตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 277 วรรคแรกนั้น ยังเป็นเรื่องที่กฎหมายไทยยังคุ้มครองไม่สูง เพราะความสำคัญผิดในอายุเด็ก ยังสามารถยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้ให้พ้นผิดได้ จากข้อเท็จจริงที่ปรากฏขึ้นตามคำพิพากษาฎีกาที่ 5176/2538 และ คำพิพากษาฎีกาที่ 6405/2549 เป็นต้น กล่าวคือ อายุของผู้เสียหายเป็นองค์ประกอบของความผิด จึงเป็นข้อเท็จจริงที่ผู้กระทำผิดได้รู้หรือไม่ การรู้หรือไม่รู้ข้อเท็จจริงในเรื่องอายุ จึงสามารถยกขึ้นอ้างได้ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 62 วรรคหนึ่ง

---

[19] คำพิพากษาฎีกาที่ 1717/2543. บริการส่งเสริมงานตุลาการ. เล่มที่ 5. หน้า 57.

หลังจากที่ผู้เขียนได้ทำการศึกษาค้นคว้ากฎหมายของต่างประเทศเกี่ยวกับความผิดทางเพศ โดยศึกษาเฉพาะกรณีการกระทำชำเราเด็ก ทั้งระบบกฎหมายจารีตประเพณีซึ่งมีประเทศสหรัฐอเมริกา กับประเทศอังกฤษ และระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษรของประเทศเยอรมนี และประเทศฝรั่งเศส โดยกฎหมายแต่ละประเทศแต่ละระบบได้มีการบัญญัติหรือมีมาตรการทางกฎหมาย เพื่อคุ้มครองเด็กมิให้ถูกล่วงละเมิดหรือถูกกระทำชำเราแตกต่างกันออกไป แต่ทุกประเทศล้วนมีมาตรการคุ้มครองเด็กโดยมีวัตถุประสงค์ให้การคุ้มครองเด็กอย่างคล้ายคลึงกัน เพียงแต่ต่างกันในเรื่องอายุขั้นต่ำของเด็กที่สามารถให้ความยินยอมได้และองค์ประกอบความผิดฐานกระทำชำเราเด็กเท่านั้นที่แตกต่างกัน กล่าวคือ

ในระดับจารีตประเพณี ตามกฎหมายของประเทศอังกฤษ ได้กำหนดเกณฑ์อายุของเด็กที่สามารถให้ความยินยอมในการร่วมประเวณีไว้ต่ำกว่า 16 ปี ซึ่งเป็นการคุ้มครองเด็กแม้เด็กจะให้ความยินยอมในการร่วมประเวณีก็เป็นความผิด ส่วนประเทศสหรัฐอเมริกานั้นได้กำหนดเกณฑ์อายุหญิงในการให้ความยินยอมนั้นแตกต่างกันไปในแต่ละมลรัฐ เช่น บางรัฐกำหนดใช้ 14 ปี แต่บางรัฐกำหนดไว้ถึง 18 ปี ส่วนอายุของเด็กชายที่ประเทศสหรัฐอเมริกากำหนดไว้ขั้นต่ำเท่ากับประเทศอังกฤษ คือ 14 ปี ทั้งนี้ประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศอังกฤษยังมีบทบัญญัติเกี่ยวกับความสำคัญผิดเกี่ยวกับเด็กไว้โดยเฉพาะกล่าวคือความสำคัญผิดในเรื่องอายุของเด็กไม่สามารถยกขึ้นเป็นข้อแก่ตัวให้ผู้กระทำความผิดพ้นผิด ฐานข่มขืนกระทำชำเราเด็กที่อายุต่ำกว่าเกณฑ์ที่กฎหมายยินยอมให้ร่วมประเวณี โดยให้เหตุผลว่า แท้จริงแล้วการสำคัญผิดในข้อเท็จจริงย่อมเป็นข้อแก้ตัวแต่การสำคัญผิดในกรณีกระทำชำเราเด็กเช่นนี้ ไม่ทำให้จำเลยพ้นผิด เห็นจะเป็นเพราะเหตุผลทางศีลธรรมจรรยามากกว่าอย่างอื่น เพราะถึงอย่างใด จำเลยก็เจตนาจะกระทำผิด คือกระทำชำเรานั่นเอง ซึ่งในเรื่องความสำคัญผิดนี้ ตามแนวคำพิพากษาไทย จำเลยยังสามารถใช้อ้างให้พ้นผิดได้ เพราะถือว่าอายุของผู้เสียหายเป็นข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบความผิด จึงใช้อ้างได้ดังที่ได้กล่าวมาแล้ว

ส่วนประเทศที่ใช้ระบบลายลักษณ์อักษร Civil Law เช่นประเทศเยอรมนี นั้นได้กำหนดเกณฑ์อายุขั้นต่ำของเด็กที่สามารถให้ความยินยอมในการร่วมประเวณีได้คือ 14 ปี ในมาตรา 176 แห่ง The Penal of The German Federal Republic 1871 แต่มิได้บัญญัติในเรื่องความสำคัญผิดในอายุของเด็กไว้โดยเฉพาะ แต่ตามหลักกฎหมายทั่วไปประเทศเยอรมันความสำคัญผิดในเรื่องที่สัมผัสไม่ได้ซึ่งกฎหมายบัญญัติไว้เป็นองค์ของความผิดไว้ แก้ตัวไม่ได้ ส่วนประเทศฝรั่งเศสนั้นได้ให้ความสำคัญต่อการกระทำความผิดทางเพศต่อเด็กเป็นอย่างมาก คดีการข่มขืนกระทำชำเราตามกฎหมายฝรั่งเศส จัดว่าเป็นความผิดร้ายแรงและกฎหมายให้เอาอายุ 15 ปี เป็นเกณฑ์สำหรับวินิจฉัยในเรื่องการให้ความยินยอมในการกระทำดังกล่าว จากข้อกำหนดใน

กฎหมายไม่ต้องคำนึงว่าผู้เยาว์จะเต็มใจหรือไม่ ไม่ถือเป็นสาระสำคัญ ถ้าเป็นเด็กอายุต่ำกว่า 15 ปี ก็ถือว่าผู้กระทำมีความผิดแล้ว ส่วนเรื่องของเจตนาในการกระทำความผิดนั้นต้องปรากฏว่าผู้กระทำได้รู้ถึงข้อเท็จจริง อันเป็นองค์ประกอบของความผิด หรือข้อเท็จจริงอันเป็นเหตุที่ทำให้มีโทษหนักขึ้น ถ้าผู้กระทำไม่รู้ย่อมแสดงว่าผู้กระทำไม่มีเจตนาที่จะกระทำความผิด ซึ่งหลักการนี้เหมือนกับของประเทศไทย

4.4 วิเคราะห์แนวคำพิพากษาฎีกา

คำพิพากษาฎีกาที่ 4698/2540[20]

โจทย์ฟ้องขอให้ลงโทษจำเลยตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277

จำเลยให้การปฏิเสธ

ศาลชั้นต้นพิจารณาแล้ว พิพากษาแล้วว่าจำเลยมีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277 วรรคหนึ่ง จำคุก 5 ปี ทางนำสืบของจำเลยมีประโยชน์แก่การพิจารณาอยู่บ้าง มีเหตุบรรเทาโทษ ลดโทษให้หนึ่งในสามตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 78 คงจำคุก 3 ปี 4 เดือน

จำเลยอุทธรณ์

ศาลอุทธรณ์พิพากษายืน

จำเลยฎีกาโดยผู้พิพากษาซึ่งลงลายมือชื่อในคำพิพากษาศาลอุทธรณ์ภาค 2 อนุญาตให้ฎีกาในปัญหาข้อเท็จจริง

ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า “ที่จำเลยฎีกาว่า จำเลยกระทำชำเราผู้เสียหายโดยไม่รู้ว่า ผู้เสียหายอายุ 14 ปีเศษ ข้อนี้ผู้เสียหายเบิกความเป็นพยานโจทย์ว่า เกิดวันที่ 4 พฤษภาคม 2533 ตามสำเนาภาพถ่ายทะเบียนบ้านเอกสารหมายเลข จำเลยที่ 1 ผู้
เสียหายยินยอมให้จำเลย ต่อมาทราบว่าจำเลยมีภริยาแล้วจึงไปแจ้งความดำเนินคดี นางอุดม บุญแสงจันทร์ มารดาผู้เสียหายมาเบิกความเป็นพยาน โจทก์ว่า คลอดผู้เสียหายที่โรงพยาบาลหล่มสัก หลังจากนั้น 3 ถึง 4 วัน จึงไปแจ้งเกิด และเบิกความเบิกทนายจำเลยถามค้านว่า ได้มาแจ้งเกิดในสำเนาทะเบียนบ้านเมื่อวันที่ 29 พฤศจิกายน 2537 หลังเกิดเหตุประมาณ 1 เดือน ร้อยตำรวจโทบุญรอด ศรีอ่อน พนักงานสอบสวนเบิกความเป็นพยานว่า ชั้นสอบสวนจำเลยให้การตามเอกสารหมายเลข จ. 2 ผู้เสียหายมีรูปร่างสูงใหญ่ แต่พยานไม่สามารถกะประมาณอายุของผู้เสียหายได้ จำเลยเบิกความเป็นพยานว่าผู้เสียหายเบิกความว่าหลังเกิดเหตุได้มีการผูกข้อมือเป็นสามีภริยากับจำเลยแสดงว่าทุกฝ่ายมีความเห็นพ้องต้องกันผู้เสียหายมีสภาพร่างการเจริญเติบโตพร้อมที่จะเป็น

---

[20] คำพิพากษาฎีกาที่ 4698/2540. เนติบัณฑิตยสภา. เล่มที่ 8. หน้า 160.

ภริยาจำเลยได้แล้วชั้นสอบสวนจำเลยให้การว่า ไม่ ทราบว่าผู้เสียหายอายุเท่าใด ตามเอกสารหมายเลข จำเลย 2 จึงน่าเชื่อว่าจำเลยไม่ทราบว่าผู้เสียหายอายุไม่เกิน 15 ปี ข้อเท็จจริงจึงไม่พอฟังว่าจำเลยกระทำชำเราผู้เสียหายโดยรู้อยู่แล้วว่าผู้เสียหายมีอายุไม่เกิน 15 ปี เป็นการสำคัญผิดในข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิด ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 277 วรรคหนึ่ง ประกอบมาตรา 62 วรรคหนึ่ง จำเลยจึงไม่มีความผิดตามที่โจทย์ฟ้อง ฎีกาจำเลยขึ้น เมื่อวินิจฉัยดังกล่าวแล้วไม่จำเป็นต้องวินิจฉัยฎีกาข้ออื่นของจำเลย เพราะไม่ทำให้ผลของคดีเปลี่ยนแปลงไป"

พิพากษากลับให้ยกฟ้องโจทก์

คำพิพากษาฎีกาที่ 5176/2538[21]

โจทย์ฟ้องขอให้ลงโทษจำเลยตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277, 82

จำเลยทั้งสามให้การปฏิเสธ

ศาลชั้นต้นพิจารณาแล้ววินิจฉัยว่า จำเลยที่ 1และที่ 2 กระทำชำเราผู้เสียหายส่วนจำเลยที่ 3 กระทำอนาจารผู้เสียหาย โดยผู้เสียหายยินยอม แต่จำเลยทั้งสามสำคัญผิดว่าผู้เสียหายมีอายุ 18 ปีแล้ว การกระทำของจำเลยทั้งสามจึงไม่มีความผิดพิพากษายกฟ้องโจทย์อุทธรณ์

ศาลอุทธรณ์พิพากษายืน

โจทก์ฎีกา โดยอัยการสูงสุดรับรองให้ฎีกาในปัญหาข้อเท็จจริง

ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า " ข้อเท็จจริงยุติตามคำพิพากษาอุทธรณ์ว่า จำเลยที่ 1 และที่ 2 ได้ร่วมประเวณี และจำเลยที่ 3 ได้กระทำอนาจารแก่เด็กหญิงมะปราง ศิริแตง ผู้เสียหายซึ่งมีอายุ 14 ปี 5 เดือน โดยสำคัญผิดว่า ผู้เสียหายมีอายุ 18 ปี จริงคดีมีปัญหาที่จะต้องวินิจฉัยตามฎีกาของโจทย์ว่าจำเลยที่ 3 ได้ร่วมประเวณีกับผู้เสียหายหรือไม่ เชื่อได้ว่าผู้เสียหายสมัครใจร่วมประเวณีกับจำเลยที่ 1 และที่ 2 และสมัครใจให้จำเลยที่ 3 กระทำอนาจาร"

ฎีกาประการสุดท้ายมีว่า จำเลยจะอ้างความสำคัญผิดในเรื่องอายุของผู้เสียหายได้หรือไม่ เห็นว่า ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277 และมาตรา 279 ผู้กระทำผิดจะต้องกระทำแก้เด็กอายุไม่เกิน 15 ปี เรื่องอายุของผู้เสียหายเป็นองค์ประกอบความผิดด้วย จึงเป็นข้อเท็จจริงที่ว่าผู้กระทำผิดได้รู้หรือไม่ ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 62 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า ข้อเท็จจริงใดจะทำให้การกระทำไม่เป็นความผิดที่มีอยู่จริง แม้ข้อเท็จจริงนั้นจะไม่มีอยู่จริง ผู้กระทำย่อมไม่มีความผิด จึงเห็นได้ว่า เมื่อจำเลยสำคัญผิดในเรื่องอายุของผู้เสียหาย แม้ความจริงไม่ใช่อย่างที่จำเลยสำคัญผิด

จำเลยย่อมไม่มีความผิด การที่จำเลยไม่รู้จักผู้เสียหายมาก่อน ก็ไม่มีข้อห้ามที่ไม่ให้จำเลยอ้างความสำคัญผิดมาเป็นข้อแก้ตัว ฉะนั้น จำเลยทั้งสามจึงไม่มีความผิดตามฟ้องฎีกาโจทก์ฟังไม่ขึ้น"

---

[21] คำพิพากษา 5176/2538. เนติบัณฑิตยสภา. เล่มที่ 12. หน้า 2383.

พิพากษายืน

จากคำพิพากษาดังกล่าวข้างต้นชี้ให้เห็นถึงช่องว่างในกฎหมายมาตรา 277 แห่งประมวลกฎหมายอาญาว่าบทบัญญัติดังกล่าวไม่สามารถใช้คุ้มครองเด็กหญิงที่มีอายุไม่เกน 15 ปี ตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายเห็นได้จากการที่ศาลตัดสินให้จำเลยไม่มีความผิดตามมาตราดังที่ได้กล่าวมา

คำพิพากษาฎีกาดังกล่าวแสดงให้เห็นว่าอายุของเด็กหญิงเป็นข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบความผิด จึงเป็นประเด็นว่า คำพิพากษาดังกล่าวถูกต้องตามหลักกฎหมายหรือไม่ว่าการไม่รู้เกี่ยวกับอายุของเด็กหญิงผู้เสียหาย เป็นเรื่องขาดเจตนาในการกระทำความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59 หรือเป็นเรื่องการสำคัญผิดในข้อเท็จจริงตามมาตร 62 แห่งประมวลกฎหมายอาญา

ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59 วรรคแรกได้บัญญัติเป็นหลักทั่วไปไว้ว่าบุคคลจะต้องรับผิดในทางอาญาก็ต่อเมื่อได้กระทำโดยเจตนา

ความรับผิดในฐานะกระทำชำเราเด็กหญิงแตกต่างกับความรับผิดในฐานอื่นบางฐาน คือ ไม่อาจเกิดขึ้นได้โดยประมาท หรือโดยไม่เจตนาจะเกิดขึ้นได้เฉพาะในกรณีเจตนาเท่านั้น

เจตนา คืออะไร ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 59 วรรค 2 บัญญัติว่า “กระทำโดยเจตนา ได้แก่ กระทำโดยรู้สำนึกในการที่กระทำ และในขณะเดียวกันผู้กระทำประสงค์ต่อผล หรือย่อมเล้งเห็นผลของการกระทำนั้น” การกระทำที่เรียกว่า โดยเจตนานั้น ผู้กระทำต้องรู้สึก รู้สึกผิดชอบในขณะกระทำ และต้องกระทำโดยผู้กระทำประสงค์ต่อผลของการกระทำ หรือย่อมเล็งเห็นผลของการกระทำนั้น การประสงค์ต่อผลของการกระทำเป็นเจตนาโดยตรง (Dol direct) ส่วนการย่อมเล็งเห็นผลเป็นเจตนาโดยอ้อม (Dol indirect) โดยปกติย่อมไม่อาจทราบได้ชัดแจ้งว่าผู้กระทำประสงค์อะไร ศาลมักจะพิจารณาจากกรรมและพฤติกรรมภายนอก โดยถือหลักการว่า กรรมย่อมเป็นเครื่องชี้เจตนา ส่วนการเล็งเห็นผลของการกระทำก็พิจารณาว่าบุคคลในฐานะเช่นเดียวกับผู้กระทำโดยปกติเล็งเห็นผลของการกระทำได้หรือไม่ มิได้วินิจฉัยจากบุคคลสามัญทั่วไปที่เรียกว่าวิญญูชน

นอกจากนี้ผูกระทำต้องรู้ข้อเท็จจริงหรือพฤติการณ์แห่งการกระทำ ซึ่งเป็นหลักอันหนึ่งของเจตนา ตามาตรา 59 วรรค 3 บัญญัติ ว่า “ถ้าผู้กระทำมิได้รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบผิดจะถือว่าผู้กระทำประสงค์ต่อผล หรือย่อมเล็งเห็นผลของการกระทำนั้นมิได้”

ข้อเท็จจริงที่เป็นองค์ประกอบของความผิด ในที่นี้เป็นคำที่มีความหมายเป็นการเฉพาะกล่าวคือ หมายถึง “ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบภายนอก” ของความผิดแต่ละฐานของ “ความผิด

ที่กระทำโดยเจตนานั้น โดยที่กระทำโดยเจตนา คือ กระทำโดยรู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิด และในขณะเดียวกันผู้กระทำประสงค์ต่อผลหรือย่อมเล็งเห็นผลการกระทำนั้น[22]

ดังนั้นในการกระทำความผิดตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 277 ผู้กระทำจะต้องเข้าใจว่าได้กระทำต่อเด็กหญิงนั้นมีอายุไม่เกินสิบห้าปี หากผู้กระทำเข้าใจว่าได้กระทำต่อเด็กหญิงที่มีอายุต่ำกว่าสิบห้าปี ก็เป็นการมิได้รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิดตามมาตรา 59 วรรค 3 แห่งประมวลกฎหมายอาญา และสำคัญผิดในข้อเท็จจริงตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาตามอาญามาตรา 62[23]

ความไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิด “ส่งผลโดยตรง เจตนา กล่าวคือ เมื่อผู้กระทำผิด หรือการไม่รู้ ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบภายนอก” การกระทำนั้นก็ไม่ใช่เป็นการกระทำโดยเจตนา[24] ดังนี้ ความสำคัญผิดในข้อเท็จจริง ซึ่งบัญญัติๆ ไว้ในมาตรา 62 แห่งประมวลกฎหมายอาญาความว่า “ข้อเท็จจริงใด ถ้ามีอยู่จริงจะทำให้การกระทำไม่เป็นความผิดหรือผู้กระทำไม่ต้องรับโทษ หรือต้องได้รับโทษน้อยลง แม้ข้อเท็จจริงนั้นจะไม่มีอยู่จริง แต่ผู้กระทำสำคัญผิดว่ามีอยู่จริง ผู้กระทำย่อมไม่มีความผิด หรือได้รับยกเว้นโทษ หรือได้รับโทษน้อยลงแล้วแต่กรณี” จึงเป็นเรื่องของความไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิดนั่นเอง “ความสำคัญผิดในข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิด จึงเกี่ยวข้องโดยตรงต่อเจตนาเช่นเดียวกัน และที่เกี่ยวข้องนั้นก็เกี่ยวข้องเฉพาะส่วนรู้เรื่องเจตนาเท่านั้น[25]

ดังนั้น เมื่อพิจารณาพิพากษาฎีกาดังกล่าวข้างต้น ก็ไม่ถูกต้องตามหลักกฎหมายเช่นเดียวกัน เพราะเมื่ออายุของผู้เสียหายเป็นองค์ประกอบความผิด การกระทำจำเลยจึงขาดเจตนากระทำความผิดตามมาตรา 277 และ 279 หาใช่กรณีตามมาตรากฎหมาย 62 วรรค 1ไม่[26]ผู้เขียนก็มีความเห็นเช่นเดียวกับที่กล่าวมา ผู้เขียนเห็นว่าไม่ว่าจะเป็นสำคัญผิดตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 62 หรือ มาตรา 59 ก็ตามก็เป็นผลทำให้ผู้กระทำผิดฐานนี้หลุดพ้นทั้งนั้น

ซึ่งทำให้บทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายอาญามาตรา 277 นั้น ไม่สามารถใช้บังคับคุ้มครองเด็กหญิงได้อย่างที่ควรจะเป็น

ซึ่งเมื่อเปรียบเทียบบทบัญญัติในเรื่องการทำความผิดฐานกระทำชำเราในต่างประเทศ เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกา และประเทศอังกฤษ ก็จะมีบทบัญญัติไม่ให้นำหลักเรื่องสำคัญผิดใน

---

[22] คณิต ณ นคร ข เล่มเดิม. หน้า 133.

[23] ประสิทธิ์ พัฒนอมร. เล่มเดิม. หน้า 33

[24] แหล่งเดิม. หน้า 160.

[25] แหล่งเดิม. หน้า 170.

[26] แหล่งเดิม. หน้า 171.

ข้อเท็จจริงที่เกี่ยวกับอายุของเด็กมาเป็นข้อต่อสู้ให้พ้นผิด แต่ประเทศไทยไม่มีบทบัญญัติ เช่นนี้ จึงทำให้จำเลยมักยกข้อต่อสู้เรื่องสำคัญผิดในเรื่องอายุเด็กหญิงมาเป็นข้อแก้ตัวให้พ้นผิด ซึ่งเป็นข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในสถานการณ์ปัจจุบัน รัฐหรือองค์กรของรัฐที่เกี่ยวข้องก็ได้หาแนวทางหรือหามาตรการในการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายเกี่ยวกับความผิดฐานกระทำชำเราเด็กหญิง เพื่อไม่ให้ผู้กระทำผิดนำช่องว่างของกฎหมายมาใช้ในการต่อสู้คดี จนหลุดพ้นความรับผิดทางอาญา แต่ในปัจจุบันประมวลกฎหมายอาญามาตรา 277 ก็ยังไม่สามารถคุ้มครองเด็กหญิงได้อย่างมีประสิทธิภาพ

จากการศึกษาค้นคว้ากฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา และประเทศอังกฤษ ซึ่งมีบทบัญญัติคุ้มครองเด็กหญิงที่มีความชัดเจนแน่นอนกับทฤษฎีที่นำมาประกอบพิจารณาลงโทษต่อผู้กระทำความผิดในกรณีดังกล่าว มาปรับปรุงแก้ไขกฎหมายในส่วนที่เป็นสาระสำคัญของกฎหมายไทยให้มีประสิทธิภาพ

4.5 การบัญญัติเงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัยคุ้มครองกรณีความผิดฐานกระทำชำเราเด็กหญิง

มาตรา 277 แห่งประมวลกฎหมายอาญาบัญญัติว่าผู้ใด กระทำชำเราเด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปี ซึ่งมิใช่ภริยาหรือสามี ของตน โดย เด็กนั้น จะยินยอมหรือไม่ก็ตาม ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ สี่ปีถึงยี่สิบปีและปรับตั้งแต่แปดพันบาทถึงสี่หมื่นบาท

การกระทำชำเรา ตาม วรรคหนึ่ง หมายความว่า การกระทำ เพื่อสนองความใคร่ ของผู้กระทำ โดยการใช้ อวัยวะเพศ ของผู้กระทำ กระทำกับ อวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือ ช่องปาก ของผู้อื่น หรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น

องค์ประกอบของความผิดฐานนี้ คือ การที่บุคคลกระทำชำเราเด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปี ซึ่งมิใช่ภริยาตน โดยเจตนากระทำชำเราเด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปี

ผู้ที่จะมีความผิดฐานนี้ได้จะต้องมีเจตนาที่จะกระทำชำเราเด็กอายุกว่า 13 ปี แต่ยังไม่เกิน 15 ปี กล่าวคือผูกระทำต้องรู้ว่าเด็กอายุกว่า 13 ปี แต่ยังไม่เกิน 15 ปี กับรู้ว่ามิใช่ภริยาหรือสามีของตน ผู้กระทำต้องการกระทำชำเราเด็กนั้น

ดังที่ได้กล่าวมาข้างต้นเกิดปัญหาว่าอายุของเด็กจะถือว่าเป็นข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิดที่ผู้กระทำผิดต้องรู้หรือไม่

4.5.1 ความเห็นทางวิชาการ

ฝ่ายที่หนึ่งเห็นว่าเป็นองค์ประกอบภายนอกที่ผู้กระทำความผิดจะต้องรู้ข้อเท็จจริงนั้น มิฉะนั้น ถือว่าผู้กระทำไม่มีเจตนาประสงค์ต่อผลหรือย่อมเล็งเห็นผลตามมาตรา 59 วรรคสาม[27]

ฝ่ายที่สองเห็นว่า "ข้อเท็จจริงดังกล่าวอาจใช่หรือไม่ใช่ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบความผิดก็ได้" อาจารย์พฤตินัย ทัศนัยพิทักษ์กุล อธิบายว่า ดังนั้นจึงต้องพิจารณาจากเจตนาที่บริสุทธิ์กรณีความผิดเกี่ยวกับเพศมีความเห็นในทาง Common Law ถือว่าเป็น Strict Liability ดังนั้นแม้ผู้เสียหายจะบอกว่าตนเองอายุว่า 18 ปีแล้ว ประกอบกับบุคลิกร่างกายของผู้เสียหายจะทำให้จำเลยเชื่อโดยสุจริต แต่แท้จริงแล้วผู้เสียหายอายุเพียง 15 ปี ศาล Common Law ถือว่าการกระทำผิดของจำเลยเป็นความผิดในตนเอง เพราะแม้ว่าจำเลยเข้าใจว่าไม่ผิดกฎหมาย แต่ก็รู้ว่าเป็นสิ่งที่ผิด (Not illegal but wrong) คดี R.V PRINCE PLOPLE VRATZ โดยศาลให้เหตุผลว่าเพื่อป้องกันสถาบันสังคม อันได้แก่ครอบครัวและเด็กจึงต้องถือว่าการร่วมประเวณีดังกล่าว ผู้กระทำต้องตระหนักอยู่ว่าตนกำลังกระทำโดยเสี่ยงกับความผิด[28]

4.5.2 ความเห็นทางศาล

ในประเด็นเรื่องนี้คำพิพากษาของศาลไทยยังไม่แน่นอนโดยบางคำพิพากษาศาลเห็นว่าเป็นองค์ประกอบของความผิดตามมาตรา 59 วรรคสามว่าตอนหนึ่งเชื่อได้ว่าจากรูปร่างกายพูดจาการงานที่ผู้เสียหายทำมีเหตุผลทำให้ผู้พบเห็นเข้าใจว่าผู้เสียหายมีอายุเกินกว่า 15 ปี ฟังได้ว่าจำเลยสำคัญผิดโดยเข้าใจว่าผู้เสียหายอายุ 17 ปี ย่อมมีผลทำให้จำเลยไม่รู้ข้อเท็จจริงว่าผู้เสียหายอายุไม่เกิน 15 ปี ซึ่งเป็นข้อเท็จจริง เป็นองค์ประกอบความผิด ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา277วรรคแรก เมื่อจำเลยไม่รู้ข้อเท็จจริงดังกล่าว

จำเลยไม่มีเจตนากระทำความผิดฐานนี้ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 59 วรรคสาม และบางคำพิพากษาศาลฎีกาเห็นว่าเป็นเรื่องสำคัญในความผิดกฎหมายตามมาตรา 62 วรรคหนึ่ง[29]

---

[27] คณิต ณ นคร ก เล่มเดิม. หน้า 303.

[28] สถิต ไพเราะ. (2545). **คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญามาตรา 209-208 และ 267-389.** หน้า 203

[29] คำพิพากษาฎีกาที่5176/2538 วินิจฉัยว่าประมวลกฎหมายอาญามาตรา 277และมาตรา 279ผู้กระทำจะต้องกระทำแก่เด็กหญิงอายุยังไม่เกิน15ปีเรื่องอายุของผู้เสียหายเป็นองค์ประกอบความผิดด้วยจึงเป็นข้อเท็จจริงที่ว่าผู้กระทำความผิดได้รู้หรือไม่ การรู้หรือไม่รู้ข้อเท็จจริงจะผิดหรือไม่ ประมวลกฎหมายอาญามาตรา62 วรรคหนึ่งบัญญัติว่า"ข้อเท็จจริงใดถ้ามีอยู่จริงจะทำให้การกระทำไม่เป็นความผิด....."แม้ข้อเท็จจริงนั้นจะไม่มีอยู่จริงแต่ผู้กระทำสำคัญผิดว่ามีอยู่จริงผู้กระทำย่อมไม่มีความผิดจึงเห็นได้ว่าเมื่อจำเลยสำคัญผิดในเรื่องอายุของผู้เสียหายแม้ความจริงไม่ใช่อย่างที่จำเลยสำคัญผิดจำเลยย่อมไม่มีความผิด

เห็นได้ว่าการรู้หรือไม่รู้เกี่ยวกับอายุของเด็กนั้นเป็นเรื่องสำคัญเนื่องจากส่งผลถึงเรื่องเจตนาของผู้กระทำความผิด ทำให้ปัจจุบันฝ่ายจำเลยหรือผู้กระทำความผิดฐานนี้มักอ้างการไม่รู้หรือการสำคัญผิดเรื่องอายุเด็กหญิงนั้นเป็นข้อแก้ตัวให้พ้นจากความผิดฐานนี้

เพราะประเทศไทยเป็นประเทศที่ใช้ประมวลกฎหมายเมื่อฝ่ายนิติบัญญัติวางหลักเกี่ยวกับเรื่องนี้ไว้ในประมวลกฎหมายอาญามาตรา 59 วรรคสามและมาตรา 62 ศาลฎีกาก็ต้องตัดสินตามที่ฝ่ายนิติบัญญัติวางหลักเกณฑ์ไว้ตามรัฐธรรมนูญมาตรา 233 จะตัดสินตามอำเภอใจไม่ได้

แต่เนื่องจากปัจจุบันเด็กหญิงมีการเจริญเติบโตทางร่างกายอย่างรวดเร็วทำให้ไม่อาจคาดคะเนได้ว่าเด็กหญิงอายุยังไม่เกิน 15 ปี เพราะเด็กหญิงบางคนอายุเพียง 14 ปี ก็มีลักษณะคล้ายเด็กหญิงอายุ 18 ปี ก็เป็นไป จากปัญหานี้ส่งผลให้วัตถุประสงค์ของกฎหมายตามมาตรานี้ไม่สามารถคุ้มครองเด็กหญิงได้อย่างมีประสิทธิภาพเท่าที่จะเป็น

โดยแต่เดิมก่อนมีการร่างประมวลกฎหมายอาญา ศาลไทยได้มีความเห็นว่าอายุของผู้เสียหายเป็นข้อยกเว้นคือไม่ยอมให้แก้ตัวว่าเข้าใจผิดว่าเด็กอายุกว่า13ปีและศาลถือว่าไม่ต้องรู้ [30] และประเทศเยอรมันที่ใช้ระบบประมวลกฎหมายแบบของไทยมีความเห็นว่าความสำคัญผิดในเรื่องที่สัมผัสไม่ได้ซึ่งกฎหมายบัญญัติว่าเป็น องค์ความผิดไว้ เช่นอายุผู้เสียหายแก้ตัวไม่ได้

ผู้เขียนเห็นว่าหากบัญญัติเงื่อนไขการลงโทษทางภาวะวิสัยไว้คุ้มครองความผิดทางเพศกรณีความผิดฐานกระทำชำเราเด็กหญิง จะสามารถลดช่องว่างทางกฎหมายในเรื่องดังที่กล่าวมาข้างต้นได้

ดังที่ได้กล่าวมาในบทที่ 2 ว่าเงื่อนไขการลงโทษทางภาวะวิสัย คือ ข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับการกระทำที่เป็นความผิดอาญา และเป็นข้อเท็จจริงที่เป็นเงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัยเป็นสิ่งที่จำเป็นต้องมี มิฉะนั้นแล้วจะลงโทษผู้กระทำความผิดในกรณีนั้นไม่ได้

กล่าวคือ ในกรณีตามมาตรา 277 แห่งประมวลกฎหมายอาญา การกระทำชำเราเด็กที่จะมีความผิดตามมาตรานี้จะต้องได้ความว่าเป็น “การกระทำชำเราเด็กอายุไม่เกิน 15 ปี” ให้การกระทำชำเราเด็กไม่เกิน 15 ปี เป็นเงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัยเพื่อให้สอดคล้องกับคุณธรรมทางกฎหมายที่คุ้มครองความบริสุทธิ์ของเด็กหญิง เพราะเนื่องจากว่าอายุเด็กเป็นข้อเท็จจริงที่เป็นองค์ประกอบความผิดแล้ว การไม่รู้อายุเด็กอาจส่งผลให้การกระทำความผิดฐานนี้เป็นการกระทำที่ขาดเจตนา ผู้กระทำก็พ้นผิด ดังที่กล่าวมาในรายละเอียดมาแล้ว

---

[30] รายงานการประชุมอนุกรรมการตรวจพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญาครั้งที่ 201/220/2584 วันศุกร์ที่18 กรกฎาคม 2485.

เมื่อบัญญัติให้อายุเด็ก ที่กฎหมายคุ้มครองเป็นเงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัย ปัญหาการลงโทษผู้กระทำความผิดได้หรือไม่ได้ ก็จะไม่เกี่ยวข้องกับเจตนาแต่อย่างใด และความสำคัญผิดเกี่ยวกับเงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัยไม่มีผลใดๆทางกฎหมาย

DPU

บทที่ 5
บทสรุปและข้อเสนอแนะ

5.1 บทสรุป

ในการคุ้มครองเด็กและผู้เยาว์จากการละเมิดทางเพศนั้น กฎหมายอาญานับว่ามีบทบาทสำคัญอย่างยิ่ง ดังนั้นเมื่อเกิดกรณีที่เด็กและผู้เยาว์ไม่ได้รับการคุ้มครอง หรือกรณีที่กฎหมายไม่อาจลงโทษผู้กระทำผิดได้ จึงเป็นเรื่องจำเป็นอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ที่จะต้องมีการพิจารณาทบทวนถึงกฎหมายอาญาที่มีอยู่และใช้บังคับอยู่ว่ามีข้อจำกัดอย่างไร จึงไม่อาจให้ความคุ้มครองเด็กและผู้เยาว์ได้อย่างเด็ดขาด ซึ่งปัญหาในกฎหมายอาญาประการหนึ่งที่มีความสำคัญต่อการคุ้มครองเด็กและผู้เยาว์จากการละเมิดทางเพศ คือปัญหาความสำคัญผิดในอายุของเด็กและผู้เยาว์ ซึ่งเป็นผู้เสียหาย ทั้งนี้ปัญหาดังกล่าวนับเป็นช่องว่างของกฎหมายอันทำให้ผู้กระทำความผิดไม่ถูกลงโทษ และทำให้เด็กและผู้เยาว์ไม่ได้รับความคุ้มครองอย่างเด็ดขาด

ปัญหาความสำคัญผิดในอายุของเด็กและผู้เยาว์ ซึ่งเป็นผู้เสียหายนั้นมีประเด็นสำคัญประการแรกอยู่ที่ “อายุ” ของผู้เสียหายว่ามีสถานะเช่นใดในบทบัญญัติของกฎหมาย ซึ่งเมื่อพิจารณาจากถ้อยคำในบทบัญญัติของกฎหมายที่บัญญัติฐานความผิดต่าง ๆ ที่มีการกำหนดอายุของเด็กและผู้เยาว์ซึ่งเป็นผู้เสียหาย จะพบว่าอายุเป็นข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบความผิด เช่น ความผิดฐานพรากเด็กอายุไม่เกินสิบห้าปีตามมาตรา 317 จะต้องเป็นการกระทำต่อเด็กที่มีอายุไม่เกินสิบห้าปีเท่านั้นจึงจะเป็นความผิดตามมาตรานี้ได้ ดังนั้น หากข้อเท็จจริงปรากฏว่าเด็กผู้เสียหายอายุเกินกว่าสิบห้าปีแล้ว ก็จะไม่เป็นความผิดตามมาตรา 317 จึงต้องไปพิจารณามาตราอื่นว่ากำหนดความผิดในกรณีที่เด็กอายุเกินสิบห้าปีไว้หรือไม่ ซึ่งในประเด็นนี้ ศาลฎีกาเองก็เห็นในทำนองเดียวกันว่าอายุของผู้เสียหายเป็นองค์ประกอบความผิด และเมื่ออายุเป็นองค์ประกอบความผิด ผู้กระทำต้องรู้ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับอายุ ถ้าไม่รู้ ก็ถือว่าขาดเจตนาตามมาตรา 59 วรรคสาม

นอกจากนั้นแล้วอายุยังเป็นองค์ประกอบความผิดที่เป็นเงื่อนไขแห่งการเพิ่มโทษ ซึ่งอาศัยข้อเท็จจริงของอายุที่มีอยู่แล้วในขณะกระทำความผิด ดังจะเห็นได้จากการที่กฎหมายกำหนดอายุเด็กผู้เสียหายไว้เป็นช่วงอายุต่าง ๆ เช่น มาตรา 317 “...เด็กอายุไม่เกินสิบห้าปี...” หรือมาตรา 318 “...ผู้เยาว์อายุกว่าสิบห้าแต่ยังไม่เกินสิบแปดปี...” ซึ่งเมื่อพิจารณาถึงการกำหนดโทษในบทบัญญัติของกฎหมายจะเห็นได้ว่า การกำหนดอายุผู้เสียหายไว้เป็นช่วงอายุต่าง ๆ นั้นจะสัมพันธ์กับโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดด้วย นั้นคือ หากช่วงอายุยิ่งน้อย โทษที่จะลงก็ยิ่งหนักขึ้น อายุ

ของผู้เสียหายจึงเป็นข้อเท็จจริงที่มีผลให้ผู้กระทำความผิดได้รับโทษหนักขึ้น จึงถือว่าอายุของผู้เสียหายเป็นเงื่อนไขแห่งการเพิ่มโทษ และการที่อายุเป็นเงื่อนไขแห่งการเพิ่มโทษด้วยนั้น ผู้กระทำก็ต้องรู้ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับอายุอันเป็นเงื่อนไขเพิ่มโทษด้วยตามมาตรา 62 วรรคท้าย กฎหมายจึงจะลงโทษผู้กระทำได้

จากการศึกษาค้นคว้าและวิจัยจากเอกสารต่างๆจากตำราทางกฎหมายทั้งที่เป็นเอกสารภายในและต่างประเทศเกี่ยวกับความผิดทางเพศ โดยเฉพาะในเรื่องการคุ้มครองเด็กโดยเริ่มทำการศึกษากฎหมายตั้งแต่ประวัติศาสตร์จนถึงปัจจุบัน

เมื่อมาพิจารณาถึงกฎหมายไทย จะเห็นได้ว่าเดิมตามพระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่อลวงประเวณี รัตนกสินทรศก 118 มาตรา 3 ข้อ 4 บัญญัติว่า “หญิงยินยอมก็ดี ฤาไม่ยินยอมก็ดี แต่หญิงนั้นมีอายุต่ำกว่า 12 ปี ลงมา ” ฉะนั้น การกระทำความผิดฐานกระทำชำเรา ถ้าหญิงนั้นมีอายุต่ำกว่า 12 ปี แม้หญิงนั้นให้ความยินยอมก็ตาม ต่อมาตามประมวลกฎหมายลักษณะอาญา มาตรา 244 บัญญัติว่า “ผู้ใดกระทำชำเราเด็กหญิงอายุต่ำกว่าสิบสองขวบ ถึงหญิงนั้นยินยอมก็ตาม ท่านว่ามันมีความผิด...” ต่อมาในปี พ.ศ. 2500 ได้มีการบัญญัติประมวลกฎหมายอาญา ได้บัญญัติเรื่องนี้ไว้ในมาตรา 277 ว่า “ผู้ใดกระทำชำเราเด็กหญิงอายุไม่เกินสิบสามปี โดยเด็กหญิงนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม ต้องระวางโทษจำคุก...” ซึ่งมาตรานี้มีข้อความทำนองเดียวกับมาตรา 244 แห่งกฎหมายลักษณะอาญาเดิม เพียงแต่แก้ไขอายุของเด็กหญิงจาก 12 ปี เป็น 13 ปี เท่านั้น ทั้งประมวลอาญาก็มิได้ให้เหตุผลในการแก้ไขเกณฑ์อายุนี้แต่อย่างใด การที่กฎหมายบัญญัติว่าการร่วมประเวณีกับเด็กหญิงต่ำกว่าสิบสามปี โดยเด็กหญิงจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม เป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ศาสตราจารย์โชค จารุจินดา ได้อธิบายว่าเด็กหญิงอายุไม่เกินสิบสามปียังไม่โตพอที่จะรู้เรื่องการประเวณี ยังไม่สมควรแก่การกระทำชำเรา ความยินยอมหรือไม่ยินยอมของเด็กหญิง ไม่อาจถือได้ว่าสมัครใจอย่างแท้จริง ฉะนั้น ความยินยอมหรือไม่ยินยอมของเด็กหญิงจึงไม่ใช่ข้อสำคัญอันทำให้การกระทำชำเราไม่เป็นความผิด ต่อมาในปี พ.ศ. 2530 ได้มีการบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 8) มาตรา 277 แก้ไขเด็กหญิงจากอายุ 13 ปี เป็น 15 ปี

เพราะเห็นว่าหญิงวัยนี่มีความเจริญเติบโตทางร่างกายและจิตใจพอแล้ว อายุของเด็กหญิงจึงเป็นองค์ประกอบสำคัญของความผิด และมีความเจริญเติบโตของร่างกายมาก ต่อมาก็ได้มีการบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) มาตรา 277 อีก แต่มิได้แก้ไขในเรื่องอายุเด็กหญิงแต่อย่างใดเพียงแต่ขยายการคุ้มครองจากเดิมคุ้มครองแต่เด็กหญิงขยายมาคุ้มครองเด็กชายด้วย

ดังนั้น จากการศึกษาค้นคว้าในเรื่องการกระทำชำเราและอนาจารเด็กหญิงและเด็กชายตั้งแต่อดีตจนกระทั่งปัจจุบัน โดยวิจัยจากแนวคำพิพากษาของศาลฎีกามักพบอยู่เสมอว่า ฝ่ายจำเลย

มักจะอ้างเรื่องความสำคัญผิดของอายุเด็กเป็นข้อต่อสู้เพื่อชนะคดี ซึ่งบางที่เกิดปัญหาที่ไม่เป็นธรรมกับโจทก์เพราะในสภาพสังคมปัจจุบันเด็กหญิงอายุ 13-15 ปี นั้น บางคนจนทำให้เข้าใจได้ว่าเด็กหญิงนั้นมีอายุกว่า 17-18 ปี ก็เป็นได้ กรณีเช่นนี้ การที่กฎหมายไทยยอมให้นำหลักในเรื่องการสำคัญผิดในข้อเท็จจริงซึ่งบัญญัติไว้ในมาตรา 62 แห่งประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งเป็นหลักทั่วไปมาใช้ในความผิดฐานกระทำชำเราเด็กหญิง เรื่องการสำคัญผิดในอายุของเด็กหญิงในกรณีที่เด็กหญิงนั้นยินยอม ตามมาตรา 277 แห่งประมวลกฎหมายอาญานั้นแม้ว่าเด็กหญิงนั้นอายุต่ำกว่า 15 ปี และมีเหตุผลอันควรเชื่อเช่นนั้น จำเลยก็ย่อมพ้นผิดไปตามมาตรา 62 แห่งประมวลกฎหมายอาญา

ต่อมาเป็นประเด็นสำคัญประการที่สองคือ เมื่อผู้กระทำสำคัญผิดในอายุของผู้เสียหายแล้ว จะใช้หลักกฎหมายใดในการวินิจฉัยและก่อให้เกิดผลทางกฎหมายเช่นใด ในประเด็นนี้คำพิพากษาของศาลฎีกาบางฉบับวินิจฉัยว่าความสำคัญผิดในอายุเป็นความสำคัญผิดในข้อเท็จจริงตามมาตรา 62 วรรคแรก จึงมีผลเป็นคุณต่อผู้กระทำ ทำให้ผู้กระทำไม่มีความผิด หรือได้รับยกเว้นโทษหรือได้รับโทษน้อยลง แล้วแต่กรณี แต่ทั้งนี้ ยังมีคำพิพากษาฎีกาบางฉบับวินิจฉัยแตกต่างออกไปว่าความสำคัญผิดในอายุเป็นการไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบความผิดตามมาตรา 59 วรรคสาม ผู้กระทำจึงไม่มีเจตนากระทำความผิดฐานนั้น ๆ

อย่างไรก็ตาม หากพิจารณาความแตกต่างของการไม่รู้ข้อเท็จจริงตามมาตรา 59 วรรคสาม กับความสำคัญผิดในข้อเท็จจริงมาตรา 62 วรรคแรกแล้ว จะเห็นได้ว่าการไม่รู้ข้อเท็จจริงตามมาตรา 59 วรรคสามเป็นการไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบความผิด ส่วนการสำคัญผิดในข้อเท็จจริงตามมาตรา 62 วรรคแรก เป็นการไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นพฤติการณ์ ซึ่งพฤติการณ์นั้นทำให้ผู้กระทำสำคัญผิดว่ามีอำนาจกระทำ ดังนั้นเมื่ออายุมีสถานะเป็นองค์ประกอบความผิดการสำคัญผิดในอายุ จึงเป็นการไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบความผิดตามมาตรา 59 วรรคสามและมีผลให้ผู้กระทำไม่มีเจตนากระทำความผิดฐานนั้น

ประเด็นสำคัญประการที่สาม คือการวินิจฉัยปัญหาความสำคัญผิดในอายุตามหลักกฎหมายที่มีอยู่ไม่ว่าจะเป็นตามมาตรา 59 วรรคสาม หรือตามมาตรา 62 วรรคแรก ก่อให้เกิดเป็นปัญหาช่องว่างของกฎหมายอย่างไร ซึ่งในประเด็นนี้ไม่ว่าจะวินิจฉัยปัญหาความสำคัญผิดโดยใช้มาตรา 59 วรรคสาม หรือตามมาตรา 62 วรรคแรก ผลที่เกิดขึ้นจะเหมือนกันนั้นคือผู้กระทำไม่มีความผิดตามบทกฎหมายดังกล่าว และหากความรับผิดในกรณีประมาทของความผิดฐานนั้นไม่มีผู้กระทำก็ย่อมไม่ต้องรับผิด จึงเกิดเป็นช่องว่างของกฎหมายซึ่งทำให้กฎหมายไม่อาจคุ้มครองเด็กผู้เสียหายได้อย่างเด็ดขาด เพราะผู้กระทำไม่ต้องรับผิดตามกฎหมาย ทั้งที่ได้กระทำการล่วงละเมิดผู้อื่นอันเป็นความผิดในทางศีลธรรมและโดยตัวของมันเองอยู่แล้ว

มีตัวอย่างคำพิพากษาฎีกาที่จำเลยหยิบยกเอาความสำคัญผิดในอายุของผู้เสียหายขึ้นมากล่าวอ้าง เพื่อให้ตนเองพ้นผิดโดยไม่มีพฤติการณ์หรือเหตุจูงใจให้สำคัญผิดโดยสุจริต ซึ่งในคดีนี้ถึงแม้ศาลฎีกาจะไม่รับฟังและไม่รับวินิจฉัยให้ แต่หากข้อเท็จจริงกลายเป็นว่าผู้กระทำมีเจตนากระทำผิดเนื่องจากเห็นว่าผู้เสียโตเกินวัยอันเป็นเหตุจูงใจให้สำคัญผิดได้ และยกข้อต่อสู้นี้กล่าวอ้างมาแต่ต้น ผลก็อาจเป็นว่าผู้กระทำความผิดไม่ต้องรับผิด โดยอาศัยช่องว่างของกฎหมายเพื่อให้ตนเองไม่ถูกลงโทษได้ ทั้งนี้เพราะความสำคัญผิดเป็นเรื่องละเอียดอ่อน รู้ได้เฉพาะตัวผู้กระทำว่าสำคัญผิดจริงหรือไม่ อย่างไร

ดังนี้จึงเห็นได้ว่า เนื่องจากหลักกฎหมายที่ใช้ในการวินิจฉัยปัญหาความสำคัญผิดเป็นเช่นนี้ ศาลจึงต้องวินิจฉัยข้อเท็จจริงตามหลักกฎหมายที่มีอยู่ ผลที่เกิดขึ้นจึงกลายเป็นช่องว่าง ทำให้กฎหมายที่มีอยู่และใช้บังคับอยู่ไม่อาจคุ้มครองผู้เสียหายได้อย่างเด็ดขาด และไม่อาจลงโทษผู้กระทำผิดได้ ซึ่งปัญหานี้ควรได้รับการแก้ไขโดยเร็ว ทั้งนี้ เพื่อให้กฎหมายอาญาสามารถคุ้มครองเด็กและผู้เยาว์ได้อย่างเด็ดขาดอันเป็นการสอดรับกับการตื่นตัวของแนวคิดในการคุ้มครองสิทธิเด็ก โดยเฉพาะการคุ้มครองเด็กจากการละเมิดทางเพศ ซึ่งในวัยเช่นนี้ เด็กและผู้เยาว์ไม่ควรสัมผัสกับเรื่องทางเพศเป็นอย่างยิ่ง

ในเรื่องนี้ตามกฎหมายต่างประเทศ เช่นประเทศอังกฤษ มีหลักการแนวคิดว่าอายุเป็นเงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัยคือผู้กระทำความผิดไม่จำเป็นต้องรู้ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับอายุของผู้เสียหาย ดังนั้นเมื่อเกิดกรณีสำคัญผิดในอายุของผู้เสียหายศาลก็สามารถลงโทษได้โดยให้เหตุผลไว้ในคดี Regina v.Prince ปี 1875 ว่าเนื่องจากการกระทำดังกล่าวเป็นความผิดในตัวมันเอง ถึงแม้ว่าจำเลยจะเข้าใจว่าไม่ผิดกฎหมายแต่ก็รู้ว่าเป็นสิ่งที่ผิด (Not illegal but wrong) นอกจากนั้นแล้วตามทฤษฎีเสี่ยงภัยได้อธิบายว่าผู้กระทำได้ตัดสินใจทำสิ่งที่กฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิด ผู้กระทำย่อมรู้ว่าตัวเองไม่มีอำนาจที่จะกระทำ เมื่อผู้กระทำถือว่าตัดสินใจเสียงภัยนั้นๆ และต้องรับผิดตามกฎหมายไม่จำเป็นต้องรู้ถึงขนาดว่าภัยที่ตนเสียงนั้นจะให้โทษขั้นหนักหรือเบา แต่ในประเทศอังกฤษนั้นก็กำหนดอายุขั้นต่ำที่เด็กจะได้รับการคุ้มครองไว้คือมีอายุไม่เกิน 13 ปี ผู้กระทำจะไม่สามารถอ้างความสำคัญผิดในอายุเด็กได้เลย แต่ถ้าหากผู้ถูกกระทำเป็นเด็กที่มีอายุเกินกว่า 13 ปีขึ้นไปตามกฎหมายประเทศอังกฤษนั้นยินยอมให้จำเลยพิสูจน์ถึงความเชื่อว่าเด็กมีอายุเกินกว่า 16 ปีโดยการพิสูจน์นั้นต้องเป็นความเชื่ออย่างสมเหตุสมผลตามหลัก Reasonable Believe และประเทศอังกฤษยังคุ้มครองในกรณีผู้กระทำความผิดเป็นเด็กและเยาวชนเองโดยคุ้มครองเด็กที่มีอายุไม่เกิน 18 ปี หากกระทำความผิดก็จะได้รับโทษเบาลง

ส่วนในประเทศสหรัฐอเมริกา ศาลอเมริกาได้วินิจฉัยการสำคัญผิดในการข่มขืนกระทำชำเราเด็กว่าการสำคัญผิดในอายุของหญิงผู้เสียหายว่ามีอายุเกินกว่า 13 ปี ย่อมไม่เป็นข้อแก้ตัวให้พ้น

ผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเด็กอายุต่ำกว่า 13 ปี ซึ่งเป็นเด็กที่มีอายุต่ำกว่าเกณฑ์ที่กฎหมายยินยอมให้ร่วมประเวณีได้ ชายจะอ้างว่ามีเหตุสมควรเชื่อว่าเด็กหญิงนั้นมีอายุกว่าสิบสามปีไม่ได้ เหตุที่ประเทศสหรัฐอเมริกา ได้บัญญัติไว้ว่าการสำคัญผิดในกรณีดังกล่าวไม่ทำให้จำเลยพ้นผิด เห็นว่าเป็นเพราะเหตุผลทางจริยธรรมมากกว่า

หลักเกณฑ์ประเทศสหรัฐอเมริกา และประเทศอังกฤษใช้นั้น ในการพิพากษาลงโทษผู้กระทำผิดในความผิดเกี่ยวกับประเทศฐานกระทำชำเราเด็กนั้น เป็นการนำหลักเงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัย มาบังคับใช้ คือ เป็นการลงโทษตามข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น ไม่ใช่ข้อเท็จจริงอยู่ในสาระสำคัญทั้งสามประการของความผิดอาญา

กฎหมายของเยอรมันให้การคุ้มครองในเรื่องเพศต่อเด็กที่มีอายุต่ำกว่า 14 ปี ที่ถูกข่มขืนกระทำชำเราและละเมิดเพศไม่ว่าเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม ส่วนเรื่องการสำคัญผิดในเรื่องอายุของเด็ก ตามกฎหมายของประเทศเยอรมันนั้น ไม่ได้มีบัญญัติไว้เป็นเรื่องเฉพาะแต่หากว่าผู้กระทำความผิดไม่สามารถยกขึ้นอ้างเป็นข้อต่อสู้ในคดีให้พ้นผิดได้ เพราะตามหลักกฎหมายทั่วไปของเยอรมันบัญญัติไว้ว่าความสำคัญผิดในเรื่องที่สัมผัสไม่ได้ซึ่งกฎหมายบัญญัติไว้เป็นองค์ของความผิดไว้ แก้ตัวไม่ได้

คดีการข่มขืนกระทำชำเราตามกฎหมายฝรั่งเศส จัดว่าเป็นความผิดร้ายแรงและกฎหมายให้เอาอายุ 15 ปี เป็นเกณฑ์สำหรับวินิจฉัยในเรื่องการให้ความยินยอมในการกระทำดังกล่าวสำหรับการพิจารณาความหมายของคำว่า “กระทำชำเรา” นั้น ฝรั่งเศสได้กำหนดลักษณะของการกระทำไว้เหมือนกับประเทศอื่น ๆ เพียงแต่แตกต่างกันคือในเรื่องของอายุเท่านั้นที่ไม่เท่ากัน ส่วนเรื่องของเจตนาในการกระทำความผิดนั้นต้องปรากฏว่าผู้กระทำได้รู้ถึงข้อเท็จจริง อันเป็นองค์ประกอบของความผิด หรือข้อเท็จจริงอันเป็นเหตุที่ทำให้มีโทษหนักขึ้น ถ้าผู้กระทำไม่รู้ย่อมแสดงว่าผู้กระทำไม่มีเจตนาที่จะกระทำความผิด

เมื่อพิจารณาหลักทฤษฎีเกี่ยวกับการลงโทษทางภาวะวิสัยแล้ว ผู้เขียนเห็นว่าควรนำแนวคิดเกี่ยวกับเรื่องเงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัยมาใช้ในการพิจารณาวินิจฉัยความผิดทางอาญาของบุคคลและการตีความกฎหมายตามคุณธรรมกฎหมายของแต่ละฐานความผิดเพื่อให้เป็นไปตามเจตจำนงของกฎหมายอาญา โดยเฉพาะการพิจารณาลงโทษผู้กระความผิดเกี่ยวกับเพศต่อเด็กที่มีอายุไม่เกิน 15 ปี ซึ่งกฎหมายให้ความคุ้มครองเป็นกรณีพิเศษไม่ว่าจะเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเด็กหรือความผิดฐานกระทำอนาจารเด็ก ซึ่งเมื่อนำทฤษฎีเงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัยมาใช้บังคับแล้ว ผู้เขียนเห็นว่าปัญหาการอ้างความสำคัญผิดในอายุเด็กจะหมดไปทำให้กฎหมายสามารถคุ้มครองเด็กให้รอดพ้นจาดอันตรายได้ เนื่องจากผู้ที่คิดกระทำความผิด

ดังกล่าวอาจเกิดความเกรงกลัว ไม่กล้ากระทำผิด และสามารถทำให้คุ้มครองป้องกัน และปราบปรามการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศต่อเด็กได้จริงตามประสงค์ของกฎหมาย

5.2 ข้อเสนอแนะ

หลังจากที่ผู้เขียนทำการศึกษาและค้นคว้าวิจัยทางกฎหมายอาญาเกี่ยวกับความผิดทางเพศ เกี่ยวกับการกระทำชำเราเด็กของทั้งภายในและต่างประเทศ รวมทั้งมาตรการทางกฎหมายที่ใช้ในการลงโทษผู้กระทำความผิด พบว่า มาตรการทางกฎหมายของประเทศไทยที่ใช้นั้นยังไม่มีประสิทธิภาพ คือ ยังไม่สามารถคุ้มครองป้องกันเด็กหรือบางกรณีไม่สามารถนำตัวผู้กระทำผิดมาลงโทษได้

ดังนั้น เพื่อให้เกิดความชัดเจนในคดีกระทำชำเราเด็ก และสามารถคุ้มครองเด็กได้อย่างมีประสิทธิภาพ รวมทั้งนำมาตรการในการลงโทษผู้กระทำผิดที่เหมาะสมถูกต้องและยุติธรรม มาพัฒนากฎหมายไทยให้ทัดเทียมกับต่างประเทศ

5.2.1 เนื่องจากอายุเป็นข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบความผิด เมื่อเกิดปัญหาความสำคัญผิดในอายุ การสำคัญผิดในอายุก็จะเป็นการไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบความผิด ก็ต้องวินิจฉัยตามมาตรา 59 วรรคสาม มีผลให้จำเลยไม่มีเจตนากระทำความผิดฐานนั้น และกลายเป็นช่องว่างที่ไม่อาจลงโทษผู้กระทำผิดได้ ดังนั้น การแก้ไขปัญหานี้ จึงควรทำให้ “อายุ” มีสถานะเป็นเงื่อนไขการลงโทษทางภาวะวิสัยดังเช่น ประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศอังกฤษ ทั้งนี้เพราะหากอายุเป็นเงื่อนไขการลงโทษทางภาวะวิสัยเสียแล้ว ในกรณีการกระทำความผิดทางเพศต่อเด็กที่มีอายุไม่เกิน15 ปีข้อเท็จจริงเกี่ยวกับอายุก็จะไม่ถูกคลุมโดยเจตนาเนื่องจากอายุเป็นข้อเท็จจริงนอกโครงสร้างที่ผู้กระทำความผิดไม่จำเป็นต้องรู้ และปัญหาความสำคัญผิดในอายุก็จะไม่เกิดขึ้นเลย เนื่องจากไม่ว่าผู้กระทำจะรู้หรือไม่รู้ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับอายุของผู้เสียหาย ผู้กระทำก็ต้องรับผิดอยู่ดี ส่วนวิธีการในการทำให้อายุมีสถานเป็นเงื่อนไขการลงโทษทางภาวะวิสัยก็โดยการเติมแก้ไขถ้อยคำในประมวลกฎหมายอาญามาตรา ๒๗๗ จากเดิม “ผู้ใดกระทำชำเราเด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปีซึ่งมิใช่ภริยาหรือสามีของตน โดยเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดพันบาทถึงสี่หมื่นบาท” ก็บัญญัติเป็นว่า “ผู้ใดกระทำการเข้าลักษณะกระชำเราเด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปี ซึ่งเด็กนั้นมิใช่ภริยาหรือสามีของตนไม่ว่าเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม ผู้นั้นกระทำความผิดฐานกระทำชำเรา ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่...ปี ถึง...ปี และปรับตั้งแต่...บาท ถึง...บาท...” เป็นต้น หรือโดยการบัญญัติเพิ่มเติมเพิ่มวรรคท้ายในประมวลกฎหมายอาญามาตรา 277 ในความผิดฐานกระทำชำเราเด็กและมาตรา 279 ความผิดฐานกระทำอนาจารเด็กว่า “การกระทำความผิดตามมาตรานี้ ผู้กระทำไม่อาจอ้างความไม่รู้

อายุของเด็กเพื่อให้พ้นจากความรับผิดทางอาญาได้" ดังนี้ก็จะทำให้อายุมีลักษณะเป็นเงื่อนไขการลงโทษทางภาวะวิสัย และทำให้กฎหมายสามารถคุ้มครองเด็กและผู้เยาว์ได้อย่างเด็ดขาด หรือโดยบัญญัติมิให้นำหลักในเรื่องความสำคัญผิดในข้อเท็จจริง ซึ่งเป็นหลักกฎหมายทั่วไปมาใช้ในความผิดฐานกระทำชำเราเด็กหรือกำหนดให้ไม่สามารถอ้างความสำคัญผิดในเรื่องอายุของเด็กได้ เช่นดังประเทศเยอรมัน เพื่อพัฒนากฎหมายไทยโดยการคุ้มครองเด็กให้มีประสิทธิภาพมากขึ้น ตามวัตถุประสงค์ของกฎหมาย

5.2.1 เรื่องขอบเขตอายุที่กฎหมายคุ้มครองรับรองสิทธิเด็กตามองค์การสหประชาชาติ ซึ่งได้พัฒนามาเป็นกฎหมายระหว่างประเทศในรูปของอนุสัญญาคืออนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก เมื่อวันที่ 20 พฤศจิกายน 1989/2532 และมีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 2 กันยายน 1990/2533 อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กมีหลักการที่สำคัญว่า เด็กทุกคนมีสิทธิต่าง ๆ ติดตัวมาตั้งแต่เกิดและประเทศสมาชิกของอนุสัญญาฉบับนี้ต้องดำเนินมาตรการต่าง ๆเพื่อให้การปกป้องคุ้มครองและส่งเสริมการใช้สิทธิของเด็กอย่างเต็มที่และอย่างน้อยต้องเป็นไปตามมาตรฐานของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก และคำว่า "เด็ก" ปัจจุบันเป็นที่ยอมรับกันทั่วไปในตราสารทางกฎหมายระหว่างประเทศต่างๆว่าหมายความถึงบุคคลทุกคนที่มีอายุต่ำกว่า18 ปี และตามสิทธิพื้นฐานเด็กมีสิทธิได้รับการคุ้มครองจากรัฐและสังคมจากการถูกนำไปใช้ประโยชน์ทางเพศหรือการล่วงละเมิดทางเพศในทุกรูปแบบ เด็กมีสิทธิได้รับการปกป้อง ซึ่งแต่เดิมอนุสัญญาได้กำหนดอายุขั้นต่ำไว้ที่ 15 ปี แต่ต่อมาได้กำหนดในพิธีสารของอนุสัญญานี้ได้ขยายอายุขั้นต่ำเป็น18ปี ประเทศไทยได้เข้าเป็นภาคีสมาชิกอนุสัญญานี้เมื่อวันที่ 27 มีนาคม 1992 และมีผลใช้บังคับกับประเทศไทยในฐานะเป็นกฎหมายระหว่างประเทศเมื่อวันที่ 26 เมษายน 1992 จึงควรกำหนดเกณฑ์อายุเด็กตามประมวลกฎหมายอาญาที่สามารถให้ความยินยอมในการร่วมประเวณีจากเดิม 15 ปีเป็น 18 เพื่อให้สอดคล้องกับอายุเด็กตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก 1989 ประกอบกับเหตุผลทางด้านสรีระร่างกายของเด็กในปัจจุบันมีการพัฒนาเติบโตอย่างรวดเร็ว ตามสถานการณ์ปัจจุบันผู้เขียนจึงเห็นสมควรปรับปรุง แก้ไข หรือ เปลี่ยนแปลงกฎหมายมาตรา 277 ประมวลกฎหมายอาญา จากข้อความเดิมว่า "ผู้ใดกระทำชำเราเด็กอายุไม่เกิน 15 ปี โดยเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม" เป็น "ผู้ใดกระทำชำเราเด็กที่มีอายุไม่เกิน 18 ปีบริบูรณ์ ไม่ว่าเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม"

บรรณานุกรม

DPU

บรรณานุกรม

ภาษาไทย

หนังสือ

เกียรติขจร วัจนสวัสดิ์. (2542). **คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค 2-3** (พิมพ์ครั้งที่ 10). กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

คณิต ณ นคร. (2549). **กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา** (พิมพ์ครั้งที่ 7). กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

_____. (2549). **กฎหมายอาญาภาคความผิด** (พิมพ์ครั้งที่ 9). กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

_____. (2551). **กฎหมายอาญาภาคทั่วไป** (พิมพ์ครั้งที่ 3). กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

จิตติ ติงศภัทิย์. (2543). **คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญาภาค 2 ตอน 1** (พิมพ์ครั้งที่ 7). กรุงเทพฯ: เนติบัณฑิตยสภา.

_____. (2546). **คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1** (ครั้งที่ 10). กรุงเทพฯ: จิรรัชการพิมพ์.

ชาญชัย แสงศักดิ์. (2539). **อิทธิพลของฝรั่งเศส : ในการปฏิรูปกฎหมายไทย.** กรุงเทพฯ : นิติธรรม.

ไชยยศ เหมะรัชตะ และสมโภค จุลประภา. (2530). **กฎหมายเกี่ยวกับเด็กในปัจจุบัน(** คู่มือกฎหมายเกี่ยวกับเด็ก). สมาคมสวัสดิการเด็กในประเทศไทย.

ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ. (2540). **คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิดและลหุโทษ**. กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

สุชีลา ตันชัยนันท์. (2535). **ข่มขืน : ปัญหาความรุนแรงทาง 1.** กรุงเทพฯ : เจริญวิทย์การพิมพ์.

สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล. (2551). **ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาฉบับอ้างอิง** (พิมพ์ครั้งที่ 7). กรุงเทพฯ: วิญญูชน

เสถียร ลายลักษณ์. (2478). **ประชุมกฎหมายประจำศก เล่ม 1 (กฎหมายตราสามดวง ตอน 1).** พระนคร: เดลิเมล์

หยุด แสงอุทัย. (2544). **กฎหมายอาญาภาค 2-3** (พิมพ์ครั้งที่ 10). กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

หลวงประเสริฐมนูกิจ. (2495). **คำอธิบายกฎหมายประเทศแองโกลแซกซอน**. กรุงเทพฯ: พระนคร.

บทความ

ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ. (2542, ธันวาคม). “ข้อคิดทางกฎหมายอาญาที่น่าพิจารณา”. **วารสารนิติศาสตร์ (มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์) , 29 , 4 .** หน้า 636-645.

มาตาลักษณ์ เสรเมธากุล. (2544, กันยายน). “การคุ้มครองเด็กจากการถูกละเมิดทางเพศในประเทศฝรั่งเศส” **วารสารนิติศาสตร์ (มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์) , 31, 3.** หน้า 642-662.

สรรพสิทธิ์ คุมพ์ประพันธ์. (2541,มกราคม-มิถุนายน). “แนวทางการป้องกันแก้ไขการละเมิดสิทธิเด็กในประเทศไทย.” **ดุลพาห, 45, 1.** หน้า 14-49.

วิทยานิพนธ์

จิราพร ทิโน. (2547). **การคุ้มครองสิทธิหญิงผู้เสียหายในคดีความผิดเกี่ยวกับเพศตามกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา**. วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์.

ประสิทธิ์ พัฒนอมร. (2522). **ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา**. วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิตย์ สาขาวิชานิติศาสตร์ กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

ชัยชนะ พรรัตนพันธุ์. (2547). **การคุ้มครองเด็กและเยาวชนชายที่เป็นเหยื่อของการกระทำความผิดทางเพศศึกษาเฉพาะกรณีการลงโทษตามประมวลกฎหมายอาญา.** วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์.

ชุมพล กาญจนะ. (2534). **การใช้มาตรการกฎหมายในการควบคุมและแก้ไขปัญหาการนำเด็กมาเพื่อค้าประเวณี**. วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

พิชัย ชัยธรรมรงค์กุล. (2550). **เงื่อนไขการลงโทษทางภาวะวิสัย.** วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์.

วรวิทย์ รัตนากร. (2543). **การแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญาเกี่ยวกับความผิดทางเพศ (ศึกษาเฉพาะกรณีการแก้ไขมาตรา 282 มาตรา 283 และมาตรา 284).** วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์.

สาธิต ใช้สถิต. (2536). **การป้องกันและคุ้มครองเด็กต่อการกระทำความผิดฐานข่มขืน.** วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

แสวง บุญเฉลิมวิภาส. (2524). **ปัญหาเจตนาในกฎหมายอาญา.** วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิตย์ สาขานิติศาสตร์ กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

กฎหมาย

กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127.

ประมวลกฎหมายอาญา.

พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา ฉบับที่ 5.

พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา ฉบับที่ 8.

พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา ฉบับที่ 19.

เอกสารอื่นๆ

กมลินทร์ พินิจภูวดล. (2541). **แนวทางและมาตรการจัดการศึกษาของเด็กด้อยโอกาส** (รายงานการวิจัย). สำนักงานคณะกรรมการศึกษาแห่งชาติ.

รายงานการประชุมอนุกรรมการตรวจพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา ครั้งที่ 201/220/2484 วันศุกร์ที่ 18 กรกฎาคม 2485

หน่วยปฏิบัติการวิจัยคลังอนุพันธ์ความรู้. (2552). **รูปร่างประชากรไทย** (รายงานวิจัย). ศูนย์เทคโนโลยีอิเล็กทรอนิกส์และคอมพิวเตอร์แห่งชาติ สำนักงานพัฒนาวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีแห่งชาติ.

ภาษาต่างประเทศ

BOOKS

Hans Welzel A. (1961, 4 Auflage). **Das neue Bild des Strafrechtssystems.**

Hans Welzel B. (1969, 11 Auflage). **Das Devtsche Strafrecht.**

Kadish and Paulsen. (1975). **Criminal Law and Its Processes (Case and Materials)** (3th ed). Boston: Little Brown.

Keny (n.d.). **Outlines of Criminal law** (17th ed). Turner.

Paul Bockelmann. (1979, 3 Auflage). Strafrecht All gemeiner.

Smith and Hogan. (2002). **Criminal Law** (10th ed). Buterworths: Lexis Nexis.

Wayne R. LaFave and w. Scott, Jr. (1972). **Handbook on Criminal Law**. Mimmesota : West.

LAWS

The Age of Marriage Act 1929.

The Criminal Law Amendment Act, 1885.

The offences Against the Person Act 1861.

The Sexual offences Act 2003.

DPU

ประวัติผู้เขียน

ชื่อ – นามสกุล สาวิตรี ภูไชยแสง

ประวัติการศึกษา นิติศาสตรบัณฑิต มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์
ปีการศึกษา 2547

DPU