

ความรับผิดชอบโดยเคร่งครัดกับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจาร

นางสาวฐิติพร เหล่าอิสริยกุล

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญาวิทยาศาสตรมหาบัณฑิต

สาขาวิชานิติศาสตร์ ไม่สังกัดภาควิชา/เทียบเท่า

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ปีการศึกษา 2561

ลิขสิทธิ์ของจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

บทคัดย่อและแฟ้มข้อมูลฉบับเต็มของวิทยานิพนธ์ตั้งแต่ปีการศึกษา 2554 ที่ให้บริการในคลังปัญญาจุฬาฯ (CUIR)

เป็นแฟ้มข้อมูลของนิสิตเจ้าของวิทยานิพนธ์ที่ส่งผ่านทางบัณฑิตวิทยาลัย

The abstract and full text of theses from the academic year 2011 in Chulalongkorn University Intellectual Repository (CUIR)

are the thesis authors' files submitted through the Graduate School.

STRICT LIABILITY AND RAPE AND INDECENT ASSAULT OFFENCES

Miss Thitiporn Laoisariyakul

A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements
for the Degree of Master of Laws in Laws
Common Course
Faculty of Law
Chulalongkorn University
Academic Year 2018
Copyright of Chulalongkorn University

หัวข้อวิทยานิพนธ์	ความรับผิดชอบโดยเคร่งครัดกับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา และกระทำอนาจาร
โดย	นางสาวฐิติพร เหล่าอิสริยกุล
สาขาวิชา	นิติศาสตร์
อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก	ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ชัชพล ไชยพร

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย อนุมัติให้บัณฑิตวิทยาลัยรับเป็น ส่วนหนึ่งของ
การศึกษาตามหลักสูตรปริญญาวิทยาศาสตรมหาบัณฑิต

..... คณบดีคณะนิติศาสตร์
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ปาริณา ศรีวินิชย์)

คณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์

..... ประธานกรรมการ
(รองศาสตราจารย์ ดร.คณพล จันทน์หอม)

..... อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ชัชพล ไชยพร)

..... กรรมการ
(ดร.ปราโมทย์ เสริมศีลธรรม)

..... กรรมการภายนอกมหาวิทยาลัย
(ดร.ธีรรัฐ บุนนาค)

ฐิติพร เหล่าอิสริยกุล : ความรับผิดโดยเคร่งครัดกับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและ
 กระทำอนาจาร. (STRICT LIABILITY AND RAPE AND INDECENT ASSAULT
 OFFENCES) อ.ที่ปรึกษาหลัก : ผศ. ดร. ชัชพล ไชยพร, 250 หน้า.

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ มีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษาปัญหาการใช้หลักความรับผิดโดยเคร่งครัด (Strict Liability) ในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจาร รวมทั้งศึกษาแนวคิดและ
 เนื้อหาของการใช้หลักความรับผิดโดยเคร่งครัดในความผิดทางเพศของต่างประเทศ เพื่อนำมา
 วิเคราะห์เปรียบเทียบและเสนอแนวทางแก้ไขปรับปรุงบทบัญญัติกฎหมายที่เหมาะสมกับประเทศไทย

จากการศึกษาพบว่า การนำหลักความรับผิดโดยเคร่งครัดมาใช้กับความผิดฐานข่มขืนกระทำ
 ชำเราและกระทำอนาจารยังมีความไม่เหมาะสม เนื่องจากผู้กระทำความผิดไม่อาจอ้างความไม่รู้อายุ
 ของเด็กซึ่งเป็นข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบความผิดเพื่อให้ตนพ้นจากความรับผิดทางอาญาตาม
 มาตรา 59 วรรคสามได้ ซึ่งอาจก่อให้เกิดกรณีจับกุมผู้บริสุทธิ์ และเป็นการละเมิดสิทธิในการต่อสู้คดี
 ของจำเลย นอกจากนี้อาจเป็นการเปิดช่องให้เด็กหรือผู้ปกครองของเด็กใช้เป็นเครื่องมือในการต่อรอง
 หรือแสวงหาผลประโยชน์โดยมิชอบ เมื่อได้พิจารณาบทบัญญัติความผิดทางเพศของต่างประเทศแล้ว
 พบว่า สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีมีได้นำหลักความรับผิดโดยเคร่งครัดมาใช้กับความผิดทางเพศแต่
 อย่างไรก็ดี อย่างไรก็ตามสมาพันธ์รัฐสวิส สหราชอาณาจักร และสหรัฐอเมริกา มีการนำหลักความรับผิด
 โดยเคร่งครัดมาใช้กับความผิดทางเพศ โดยมีแนวทางในการใช้หลักดังกล่าวแตกต่างกันไป เช่น มีการ
 กำหนดเงื่อนไขอื่น ๆ เพิ่มเติม เพื่อยกเว้นความผิด ยกเว้นโทษ หรือลดหย่อนโทษ

ด้วยเหตุที่กล่าวมาข้างต้น ผู้เขียนวิทยานิพนธ์จึงเสนอให้มีการแก้ไขปรับปรุงการกำหนด
 บทบัญญัติความผิดที่เกี่ยวข้องกับการใช้หลักความรับผิดโดยเคร่งครัดในความผิดฐานข่มขืนกระทำ
 ชำเราและกระทำอนาจาร โดยการสร้างข้อยกเว้นของหลักความรับผิดโดยเคร่งครัด เพื่อเปิดช่องให้
 ศาลสามารถใช้ดุลยพินิจดำเนินกระบวนการพิจารณาแก้ไขปัญหาดังกล่าวได้อย่างยืดหยุ่น มีประสิทธิภาพ
 และเป็นธรรมมากยิ่งขึ้น

สาขาวิชา นิติศาสตร์

ลายมือชื่อนิสิต

ปีการศึกษา 2561

ลายมือชื่อ อ.ที่ปรึกษาหลัก

6085964734 : MAJOR LAWS

KEYWORDS: strict liability, the rape and indecent assault offences, victim's age, defense

Thitiporn Laosariyakul : STRICT LIABILITY AND RAPE AND INDECENT
 ASSAULT OFFENCES. Advisor: Asst. Prof. CHACHAPON JAYAPHORN, Ph.D.,
 250 pp.

This thesis aims to study the problems of the strict liability principle in the rape and indecent assault offences. The thesis also studies the concepts and contents of the strict liability principle in sexual offences in foreign countries to analyze, compare and propose the appropriate guidelines for revised Thai legislation.

The research shows that the application of the strict liability principle in the rape and indecent assault offences is still inappropriate because the defendant is prohibited from relying on the defense regarding the victim's age to relieve the defendant from liability under the Third Paragraph of Section 59 of the Criminal Code. This may not only cause the arrest of the innocent people but also the violation of the right to self-defense of the defendant. Moreover, this principle can be exploited by children or their parents and used as a bargaining power or to pursue undue interests. Having studied the legal provision on the sexual offences of the foreign countries, the study shows that The Federal Republic of Germany does not apply strict liability principle to any sexual offences. But, The Swiss Confederation, The United Kingdom and The United States of America apply strict liability principle to sexual offences, albeit in various different approaches, such as the use of various criteria to exempt the defendant from criminal liability, or to grant impunity or reduced sentence.

Therefore, the author of this thesis recommends the amendment of the provisions related to the strict liability principle in the rape and indecent assault offences by creating exceptions to such principle to allow the court to exercise their discretion in its judgment with flexibility, efficiency and fairness.

Field of Study: Laws	Student's Signature
Academic Year: 2018	Advisor's Signature

กิตติกรรมประกาศ

ผู้เขียนขอขอบพระคุณ ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ชัชพล ไชยพร ที่ได้กรุณารับเป็นที่ปรึกษาและได้ให้คำแนะนำอันเป็นประโยชน์อย่างมากต่อการศึกษาค้นคว้า การวางรูปแบบการเขียน คอยรับฟังปัญหา ตลอดจนช่วยแก้ปัญหาต่าง ๆ ให้แก่ผู้เขียนอยู่โดยเสมอ จนทำให้วิทยานิพนธ์เล่มนี้สำเร็จลงได้

นอกจากนั้น ผู้เขียนขอขอบพระคุณ รองศาสตราจารย์ ดร.คณพล จันทน์หอม ที่กรุณารับเป็นประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์และให้คำแนะนำเสนอแนะแนวทางในการทำวิทยานิพนธ์เล่มนี้จนสำเร็จลุล่วงไปด้วยดี ขอขอบพระคุณ ดร.ธีร์รัฐ บุณนาค และ ดร.ปราโมทย์ เสริมศีลธรรม ที่ท่านทั้งสองกรุณารับเป็นกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ โดยตลอดระยะเวลาจัดทำวิทยานิพนธ์เล่มนี้ ผู้เขียนได้รับคำแนะนำอันเป็นประโยชน์ซึ่งช่วยเพิ่มเติมให้เนื้อหาของวิทยานิพนธ์มีความสมบูรณ์มากยิ่งขึ้น

ผู้เขียนขอขอบพระคุณ บิดา มารดา และครอบครัวของผู้เขียนเอง ที่คอยรับฟังปัญหาและให้กำลังใจ ให้แรงสนับสนุนผู้เขียน จนทำให้วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลงได้ ผู้เขียนขอขอบคุณมิตรสหายทุกท่านที่คอยให้ความช่วยเหลือ ช่วยตอบข้อสงสัยของผู้เขียนไม่ว่าจะเป็นเรื่องเล็กหรือเรื่องใหญ่ ซึ่งเป็นประโยชน์อย่างมากต่อการจัดทำวิทยานิพนธ์เล่มนี้

สุดท้ายนี้ผู้เขียนหวังว่าวิทยานิพนธ์เล่มนี้จะเป็นประโยชน์แก่ผู้ที่ได้ศึกษา หากวิทยานิพนธ์เล่มนี้มีคุณประโยชน์ประการใด ผู้เขียนขอยกคุณความดีความชอบทั้งหมดให้แก่บุคคลที่ได้กล่าวมานี้ และหากวิทยานิพนธ์เล่มนี้มีข้อผิดพลาดประการใด ผู้เขียนต้องขออภัยมา ณ ที่นี้ด้วย

ฐิติพร เหล่าอิสริยกุล

สารบัญ

หน้า

บทคัดย่อภาษาไทย.....	ง
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	จ
กิตติกรรมประกาศ.....	ฉ
สารบัญ.....	ช
สารบัญตาราง.....	ฅ
บทที่ 1 บทนำ.....	1
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา.....	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการวิจัย.....	7
1.3 สมมติฐานของการวิจัย.....	7
1.4 ขอบเขตของการวิจัย.....	8
1.5 วิธีในการดำเนินการวิจัย.....	8
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับจากการวิจัย.....	8
บทที่ 2 แนวคิดเกี่ยวกับโครงสร้างความรับผิดทางอาญาและหลักความรับผิดโดยเคร่งครัด (Strict Liability) ในกฎหมายอาญา.....	10
2.1 โครงสร้างความรับผิดทางอาญาในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law).....	10
2.1.1 การกระทำความผิด (Actus reus).....	11
2.1.2 เจตนากระทำความผิด (Mens rea).....	12
2.2 โครงสร้างความรับผิดทางอาญาในระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law).....	14
2.2.1 การครอบงำประกอบที่กฎหมายบัญญัติ (Tatbestandsmäßigkeit / Fulfillment of Offence Description).....	15
2.2.2 ความผิดกฎหมาย (Rechtswirigkeit / Unlawfulness).....	16

2.2.3 ความชั่วร้ายหรือความชั่ว (Schuld / Blameworthiness).....	16
2.3 โครงสร้างความรับผิดทางอาญาในระบบกฎหมายไทย.....	17
2.3.1 การกระทำครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติ.....	18
2.3.2 ความสามารถในการกระทำความผิด.....	22
2.4 การอ้างความไม่รู้ข้อเท็จจริงกับความรับผิดทางอาญา.....	28
2.4.1 การอ้างความไม่รู้ข้อเท็จจริงกับความรับผิดทางอาญาในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law).....	28
2.4.2 การอ้างความไม่รู้ข้อเท็จจริงกับความรับผิดทางอาญาในระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law).....	29
2.4.3 การอ้างความไม่รู้ข้อเท็จจริงกับความรับผิดทางอาญาในกฎหมายไทย.....	30
2.5 หลักความรับผิดโดยเคร่งครัด (Strict Liability) ในกฎหมายอาญา.....	39
2.5.1 แนวคิดของหลักความรับผิดโดยเคร่งครัด (Strict Liability).....	39
2.5.2 ความหมายของหลักความรับผิดโดยเคร่งครัด (Strict Liability).....	42
2.5.3 หลักเกณฑ์ของหลักความรับผิดโดยเคร่งครัด (Strict Liability).....	44
2.5.4 หลักความรับผิดโดยเคร่งครัด (Strict Liability) กับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา และกระทำอนาจาร.....	48
บทที่ 3 ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจาร.....	52
3.1 แนวความคิดเกี่ยวกับการกำหนดความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจาร....	52
3.2 วิวัฒนาการความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจารในประเทศไทย.....	55
3.2.1 กฎหมายตราสามดวง.....	57
3.2.2 พระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ.118.....	59
3.2.3 กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127.....	61
3.2.4 ประมวลกฎหมายอาญา.....	68

3.3 การอ้างความไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและ กระทำอนาจาร.....	89
3.3.1 กรณีผู้เสียหายอายุมากกว่า 15 ปี.....	89
3.3.2 กรณีผู้เสียหายเป็นเด็กอายุเกินกว่า 13 ปีแต่ยังไม่เกิน 15 ปี.....	90
3.3.3 กรณีผู้เสียหายเป็นเด็กอายุไม่เกิน 13 ปี.....	91
บทที่ 4 ความผิดทางเพศตามกฎหมายต่างประเทศ.....	100
4.1 มาตรการและหลักเกณฑ์ในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี.....	100
4.1.1 มาตรการเกี่ยวกับความผิดทางเพศ.....	100
4.1.2 หลักเกณฑ์เกี่ยวกับการอ้างความไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิดทาง เพศ.....	106
4.2 มาตรการและหลักเกณฑ์ในสมาพันธรัฐสวิส.....	107
4.2.1 มาตรการเกี่ยวกับความผิดทางเพศ.....	107
4.2.2 หลักเกณฑ์เกี่ยวกับการอ้างความไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิดทาง เพศ.....	110
4.3 มาตรการและหลักเกณฑ์ในสหราชอาณาจักร.....	111
4.3.1 มาตรการเกี่ยวกับความผิดทางเพศ.....	111
4.3.2 หลักเกณฑ์เกี่ยวกับการอ้างความไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิดทาง เพศ.....	116
4.4 มาตรการและหลักเกณฑ์ในประเทศสหรัฐอเมริกา.....	122
4.4.1 มลรัฐแคลิฟอร์เนีย.....	125
4.4.1.1 มาตรการเกี่ยวกับความผิดทางเพศ.....	125
4.4.1.2 หลักเกณฑ์เกี่ยวกับการอ้างความไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของ ความผิดทางเพศ.....	133
4.4.2 มลรัฐอิลลินอยส์.....	134

4.4.2.1	มาตรการเกี่ยวกับความผิดทางเพศ.....	134
4.4.2.2	หลักเกณฑ์เกี่ยวกับการอ้างความไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของ ความผิดทางเพศ.....	141
4.4.3	มลรัฐแอริโซนา.....	143
4.4.3.1	มาตรการเกี่ยวกับความผิดทางเพศ.....	143
4.4.3.2	หลักเกณฑ์เกี่ยวกับการอ้างความไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของ ความผิดทางเพศ.....	146
4.4.4	มลรัฐนิวยอร์ก.....	147
4.4.4.1	มาตรการเกี่ยวกับความผิดทางเพศ.....	147
4.4.4.2	หลักเกณฑ์เกี่ยวกับการอ้างความไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของ ความผิดทางเพศ.....	154
บทที่ 5 วิเคราะห์ปัญหาและเปรียบเทียบการใช้หลักความรับผิดโดยเคร่งครัด (Strict Liability) ใน ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจารของประเทศไทยกับต่างประเทศ.....		
5.1	วิเคราะห์ปัญหาการใช้หลักความรับผิดโดยเคร่งครัด (Strict Liability) ในความผิดฐาน ข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจารตามกฎหมายไทย.....	164
5.1.1	ความเหมาะสมของการใช้หลักความรับผิดโดยเคร่งครัด (Strict Liability) ในความผิด ฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจาร.....	168
5.1.2	ผลกระทบในการใช้หลักความรับผิดโดยเคร่งครัด (Strict Liability) ในความผิดฐาน ข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจาร.....	171
5.2	วิเคราะห์หลักความรับผิดโดยเคร่งครัด (Strict Liability) ในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา และกระทำอนาจารของไทยเปรียบเทียบกับต่างประเทศ.....	176
5.2.1	วิเคราะห์เปรียบเทียบกับหลักกฎหมายของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี.....	178
5.2.2	วิเคราะห์เปรียบเทียบกับหลักกฎหมายของสมาพันธรัฐสวิส.....	180
5.2.3	วิเคราะห์เปรียบเทียบกับหลักกฎหมายของสหราชอาณาจักร.....	182
5.2.4	วิเคราะห์เปรียบเทียบกับหลักกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา.....	185

5.2.4.1 มลรัฐแคลิฟอร์เนีย.....	186
5.2.4.2 มลรัฐอิลลินอยส์.....	188
5.2.4.3 มลรัฐแอริโซนา.....	191
5.2.4.4 มลรัฐนิวยอร์ก.....	193
5.3 วิเคราะห์ความเหมาะสมในการพิจารณาความผิดและการกำหนดบทบัญญัติความผิดเกี่ยวกับ หลักความรับผิดโดยเคร่งครัด (Strict Liability) ในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและ กระทำอนาจาร.....	201
5.3.1 ความเหมาะสมในด้านการพิจารณาความผิด.....	202
5.3.2 ความเหมาะสมในด้านการกำหนดบทบัญญัติความผิด.....	205
5.4 วิเคราะห์ผลดีผลเสียของการนำหลักความรับผิดโดยเคร่งครัด (Strict Liability) มาใช้ใน ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจาร.....	209
5.4.1 ผลดีของการนำหลักความรับผิดโดยเคร่งครัด (Strict Liability) มาใช้ในความผิดฐาน ข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจาร.....	210
5.4.2 ผลเสียของการนำหลักความรับผิดโดยเคร่งครัด (Strict Liability) มาใช้ในความผิด ฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจาร.....	211
บทที่ 6 บทสรุปและข้อเสนอแนะ.....	215
6.1 บทสรุป.....	215
6.2 ข้อเสนอแนะ.....	223
บรรณานุกรม.....	227
ภาคผนวก.....	232
ประวัติผู้เขียน.....	250

สารบัญตาราง

หน้า

ตารางที่ 1 สรุปหลักเกณฑ์เรื่องการอ้างความไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิดฐาน ข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจารตามกฎหมายไทย.....	98
ตารางที่ 2 สรุปหลักเกณฑ์เรื่องการอ้างความไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิดฐาน ข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจารตามกฎหมายต่างประเทศ.....	156
ตารางที่ 3 เปรียบเทียบหลักเกณฑ์เรื่องการอ้างความไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิด ฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจารระหว่างกฎหมายไทยกับกฎหมายต่างประเทศ.....	196

บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

ในการพิจารณาว่าบุคคลจะต้องรับผิดในทางอาญาหรือไม่นั้น จะต้องมีการพิจารณาถึงโครงสร้างความรับผิดในทางอาญาเสียก่อน ต้องดูว่าการกระทำของบุคคลนั้นครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติไว้หรือไม่ หากครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติให้เป็นความผิด (Element of Crime) แล้ว บุคคลนั้นก็ต้องรับผิดในทางอาญา ซึ่งโครงสร้างความรับผิดทางอาญาจะประกอบไปด้วย 2 ส่วนสำคัญ คือ การกระทำความผิด (Actus Reus) หรือ องค์ประกอบภายนอก และเจตนากระทำความผิด (Mens Rea) หรือ องค์ประกอบภายใน โดยองค์ประกอบดังกล่าวเป็นไปตามหลักที่ว่า การกระทำไม่เป็นเหตุให้บุคคลต้องรับผิดเว้นแต่ผู้กระทำมีจิตใจชั่วร้าย (Actus Non Facit Reum, Nisi Mens Sit Rea - An Act Does Not Make A Defendant Guilty Without A Guilty Mind)¹ ดังนั้น จึงจำเป็นจะต้องมีการพิสูจน์การกระทำความผิดและเจตนาในการกระทำความผิดเสมอ ก่อนมีการลงโทษผู้กระทำความผิด หากขาดอย่างใดอย่างหนึ่งไปแล้วก็จะไม่เป็นความผิดอาญา² ทั้งนี้ หากการกระทำดังกล่าวมีกฎหมายยกเว้นความผิดหรือยกเว้นโทษ บุคคลนั้นก็จะถือว่าไม่มี ความผิดหรือไม่ต้องรับโทษ หรือหากการกระทำดังกล่าวมีกฎหมายลดโทษ ศาลก็อาจใช้ดุลยพินิจลดโทษให้เช่นกัน อย่างไรก็ตาม มีความผิดบางประเภทที่กฎหมายกำหนดไว้อย่างชัดเจนว่า ต้องรับผิดแม้ได้กระทำโดยไม่มีเจตนาหรือไม่ประมาท (Liability Without Fault)³ ซึ่งเป็นความผิดที่ต้องรับผิดโดย

¹ Joanne Clough, Adam Jackson and Natalie Wortley, *Criminal Law*, 10th (England: Sweet&Maxwell, 2014), Page 1-2.

² ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 19 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, พฤศจิกายน 2560), หน้า 80.

³ ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ, หลักกฎหมายอาญาภาคทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 14 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, เมษายน 2559), หน้า 52-53.

เคร่งครัด (Strict Liability) ไม่จำเป็นจะต้องพิจารณาส่วนของเจตนาในการกระทำความผิด (Mens Rea) หรือ องค์ประกอบภายในแต่อย่างใด⁴

ประเทศไทยได้นำหลักความรับผิดโดยเคร่งครัด (Strict Liability) มาใช้เช่นกัน โดยบัญญัติไว้ในความผิดเกี่ยวกับเพศ มาตรา 285/1 บัญญัติว่า “การกระทำความผิดตามมาตรา 277 มาตรา 279 มาตรา 282 วรรคสาม มาตรา 283 วรรคสาม และมาตรา 283 ทวิ วรรคสอง หากเป็นการกระทำต่อเด็กอายุไม่เกินสิบสามปี ห้ามอ้างความไม่รู้อายุของเด็กเพื่อให้พ้นจากความผิดนั้น” เพื่อแก้ปัญหากรณีจำเลยมักยกเอาข้อต่อสู้เรื่องอายุของเด็กขึ้นมาอ้างเพื่อให้ตนพ้นจากความรับผิด ซึ่งโดยทั่วไปแล้วในบทบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศที่กระทำต่อเด็กได้กำหนดให้อายุของเด็กเป็นองค์ประกอบความผิด ทำให้ผู้กระทำความผิดมักอ้างความสำคัญผิดหรือความไม่รู้ในข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบความผิดเพื่อไม่ต้องรับผิด ได้รับยกเว้นโทษ หรือได้รับโทษน้อยลง ดังนั้น มาตรา 285/1 จึงกำหนดให้ผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับเพศซึ่งได้กระทำต่อเด็กที่มีอายุไม่เกินสิบสามปี ไม่อาจอ้างความไม่รู้อายุของเด็กซึ่งเป็นข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบความผิด เพื่อให้พ้นจากความรับผิดทางอาญาได้ ทั้งนี้ เพื่อให้เด็กได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายมากยิ่งขึ้น⁵

การเพิ่มมาตรา 285/1 ขึ้นมาใหม่นี้ ถือได้ว่าเป็นการนำหลักกฎหมายใหม่เข้ามาใช้เพื่อคุ้มครองเด็กที่มีอายุไม่เกินสิบสามปี ในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจาร กล่าวคือการเพิ่มมาตรา 285/1 ทำให้บุคคลใดก็ตามจะอ้างความไม่รู้อายุของเด็กเพื่อเป็นข้อแก้ตัวให้พ้นจากความรับผิดไม่ได้ แสดงว่า อายุของเด็กที่ยังไม่เกินสิบสามปี ไม่เป็นข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบความผิด (Tatbestand / Element of Offence) เมื่อไม่เป็นข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบแห่งความผิดแล้ว ส่วนนี้จึงเป็นเพียง เงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัย (Objektive Strafbarkeitsbedingung / Objective Condition for Punishment)⁶ ซึ่งเป็นข้อเท็จจริงที่อยู่นอกโครงสร้างความรับผิดทางอาญา การลงโทษผู้กระทำความผิดและผู้ร่วมกระทำความผิดจึงขึ้นอยู่กับว่ามีเงื่อนไขแห่งการลงโทษในทางภาวะวิสัยหรือไม่ ถ้ามีก็สามารถลงโทษได้ ถ้าไม่มีก็ไม่สามารถลงโทษ

⁴ Joanne Clough, Adam Jackson and Natalie Wortley, *Criminal Law*, Page 1.

⁵ หมายเหตุท้ายพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 23) พ.ศ. 2558

⁶ คณิต ณ นคร, *กฎหมายอาญาภาคความผิด*, พิมพ์ครั้งที่ 11 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, กันยายน 2559), หน้า 539-540.

ได้ ดังนั้น เจตนาหรือประมาทจึงไม่มีความสำคัญต่อการพิจารณาเรื่องการลงโทษ⁷ กล่าวคือ เพียงแค่มีการกระทำชำเรา (มาตรา 277) หรือกระทำอนาจาร (มาตรา 279) หรือล่อลวงเด็ก (มาตรา 282 วรรคสาม มาตรา 283 วรรคสาม และมาตรา 283 ทวิ วรรคสอง) เกิดขึ้นแล้ว และผู้เสียหายเป็นเด็กอายุไม่เกินสิบสามปี ผู้กระทำความผิดจะต้องรับผิดชอบโดยจะอ้างความไม่รู้อายุของเด็กขึ้นต่อสู้เพื่อให้ตนพ้นจากความรับผิดไม่ได้ ซึ่งแตกต่างจากหลักทั่วไปในเรื่องความผิดทางเพศ หากมีการกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจารเกิดขึ้น อายุของผู้เสียหายจะเป็นข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบความผิดที่หากผู้กระทำความผิดไม่รู้ก็ยกขึ้นอ้างเป็นข้อแก้ตัวว่าไม่ได้กระทำโดยเจตนาตามมาตรา 59 วรรคสาม ได้⁸

อย่างไรก็ตามในตอนพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญาปี 2485 ที่ประชุมคณะกรรมการกฤษฎีกาในขณะนั้นได้วินิจฉัยในประเด็นเรื่องความสำคัญผิดหรือความไม่รู้เรื่องอายุไว้เช่นกัน โดยมีการถกเถียงกันมาอย่างยาวนานว่าผู้กระทำจะต้องรู้หรือควรรู้อายุของเด็กหญิงหรือไม่ ซึ่งฝ่ายที่เห็นด้วยกับการที่ผู้กระทำจะต้องรู้ข้อเท็จจริงในเรื่องอายุของเด็กหญิงจึงจะมีความผิดตามกฎหมายได้ให้ความเห็นว่า “จำเลยจะต้องรู้ถึงอายุของเด็กหญิงว่าต่ำกว่าสิบสามปี กล่าวคือ จำเลยจะต้องมีจิตใจชั่วจึงจะมีความผิด ทั้งนี้ อายุสิบสามปีถือเป็นข้อเท็จจริงที่เป็นองค์ประกอบหนึ่งของความผิดซึ่งจำเลยอาจใช้เรื่องอายุของเด็กหญิงเป็นข้อแก้ตัวของจำเลยว่าเขาไม่รู้ก็ได้ เรื่องการเข้าใจผิดในข้อเท็จจริงนั้นเป็นหลักอีกหลักหนึ่ง และการใช้ข้อสันนิษฐานเด็ดขาดไม่ใช่หลักในทางกฎหมายอาญาซึ่งตามปกติศาลย่อมพิจารณาได้เองอยู่แล้วว่าจะมีทางลงโทษหรือไม่ลงโทษจำเลยหรือไม่ ถ้ามีศาลจึงลงโทษ” ในขณะที่ฝ่ายที่ไม่เห็นด้วยกับการที่ผู้กระทำจะต้องรู้ข้อเท็จจริงเรื่องอายุของเด็กหญิงกล่าวคือ แม้ไม่รู้ข้อเท็จจริงในเรื่องอายุของเด็กหญิงก็มีความผิด ได้ให้ความเห็นว่า “เมื่อตรวจดูกฎหมายของอังกฤษแล้วพบว่า กฎหมายอังกฤษได้มีการกำหนดให้เป็นข้อสันนิษฐานเด็ดขาด (Absolute Presumption) ที่เดียวว่าจำเลยต้องรู้ โดยที่กฎหมายอังกฤษได้บัญญัติไว้ชัดเจนว่า เหตุผลอันสมควรเชื่อว่ามียุมาก ไม่สามารถนำมาเป็นข้อแก้ตัวได้ เพราะถือเป็นหน้าที่ที่จะต้องสืบให้รู้ว่าตนได้กระทำผิดหรือไม่” โดยที่ประชุมคณะกรรมการกฤษฎีกาในขณะนั้นได้ข้อสรุปว่า การกระทำ

⁷ คณิต ฌ นคร, กฎหมายอาญาภาคทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, เมษายน 2560), หน้า 149-156.

⁸ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิดและโทษ, พิมพ์ครั้งที่ 16 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, สิงหาคม 2561), หน้า 217.

ความผิดทางเพศที่ได้กระทำต่อเด็กนั้น จำเลยต้องรู้ว่าเด็กหญิงอายุต่ำกว่าสิบสามปี แต่ไม่ต้องเขียนไว้ เพราะเป็นหลักทั่ว ๆ ไปที่จำเลยจะมีความผิดต่อเมื่อจำเลยได้รู้ข้อเท็จจริงต่าง ๆ อันเป็นองค์ประกอบ แห่งความผิด⁹ ซึ่งข้อสรุปของที่ประชุมคณะกรรมการพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญาปี 2485 ดังกล่าวข้างต้น มิได้มีการนำหลักความรับผิดโดยเคร่งครัดมาใช้กับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา และกระทำอนาจารแต่อย่างใด

ปัจจุบันประเทศไทยได้นำหลักความรับผิดโดยเคร่งครัด (Strict Liability) มาใช้ในประมวล กฎหมายอาญากับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจาร ดังที่ปรากฏอยู่ในมาตรา 285/1 ซึ่งบทบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศมาตรา 285/1 นี้ ไม่จำเป็นต้องพิจารณาว่าการกระทำนั้นได้ กระทำลงไปโดยเจตนาหรือประมาทหรือไม่ ถ้าหากกฎหมายได้บัญญัติให้การกระทำนั้น ๆ เป็น ความผิดแล้ว ต้องรับผิดทุกกรณี¹⁰ การนำหลักความรับผิดโดยเคร่งครัดมาใช้ในประมวลกฎหมาย อาญานี้ ประเทศไทยได้รับอิทธิพลมาจากหลักกฎหมายใน Section 5 ของพระราชบัญญัติความผิด เกี่ยวกับเพศ ค.ศ. 2003 (Sexual Offences Act 2003 หรือ SOA) ของประเทศอังกฤษซึ่งเป็น ความผิดที่มีลักษณะเป็นความรับผิดโดยเคร่งครัด จะอ้างความสำคัญผิดหรือความไม่รู้เรื่องอายุขึ้น ต่อสู้เพื่อให้ตนพ้นจากความรับผิดไม่ได้¹¹ โดยจุดมุ่งหมายที่สำคัญของพระราชบัญญัติความผิดเกี่ยวกับ เพศ ค.ศ. 2003 คือ การพัฒนาบทบัญญัติทางกฎหมายเพื่อคุ้มครองเด็กและเยาวชน และเพื่อให้ มั่นใจว่าการกระทำความรุนแรงทางเพศกับเด็กนั้นจะเป็นความผิด¹² การกำหนดบทบัญญัตินี้ มีขึ้นเพื่อปกป้องคุ้มครองคนในสังคม และเพื่อสร้างความสงบเรียบร้อยและความเป็นระเบียบให้แก่ สังคม ซึ่งไทยก็ได้้นำแนวความคิดเหล่านี้มาปรับใช้ในประมวลกฎหมายอาญา จนนำไปสู่การเพิ่มเติม มาตรา 285/1 ในที่สุด

⁹ คณะกรรมการการกฤษฎีกา, รายงานการประชุมอนุกรรมการตรวจพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา ครั้งที่ 276/55/2485, (พระนคร: สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, 12 กุมภาพันธ์ 2485), หน้า 3-9.

¹⁰ Catherine Elliott, and Frances Quinn, Criminal Law, 11th Edition (United Kingdom: Pearson, 2016), Page 41-47.

¹¹ Catherine Elliott, and Frances Quinn, Criminal Law, Page 42.

¹² Jonathan Herring, Criminal Law, 8th Edition (United Kingdom: Palgrave Macmillan, 2013) Page 143.

การนำมาตรา 285/1 มาใช้กับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจารนั้น ยังคงไม่เหมาะสมกับบางสถานการณ์และอาจก่อให้เกิดปัญหาในทางปฏิบัติ กล่าวคือ บทบัญญัติในมาตรา 285/1 นี้ มีได้สนใจในเรื่องของเจตนาในการกระทำความผิด เมื่อมีการกระทำชำเราเกิดขึ้นกับเด็กอายุไม่เกินสิบสามปีแล้วยอมเป็นความผิด จะอ้างความไม่รู้อายุของเด็กเป็นข้อแก้ตัวว่าไม่ได้กระทำโดยเจตนาไม่ได้ แม้ว่าจะมีเหตุอันควรเชื่อได้ว่าเด็กนั้นมีอายุมากกว่าสิบสามปีก็ตาม โดยการนำมาตรา 285/1 มาใช้นี้ อาจก่อให้เกิดกรณีจับกุมผู้บริสุทธิ์ได้ ซึ่งโดยทั่วไปแล้วหากผู้กระทำไม่มีเจตนาชั่วก็สมควรที่จะได้รับความคุ้มครองภายใต้กฎหมายและไม่สมควรที่จะต้องรับผิด หากไม่มีเจตนาชั่ว การรับผิดในกรณีดังกล่าวจะทำให้บุคคลนั้นมีความผิดติดตัว ถูกตราหน้าจากสังคมว่าเป็นอาชญากร เสียประวัติ ไม่สามารถลบประวัติความผิดที่เกิดขึ้นได้ บุคคลนั้นอาจถูกเลือกปฏิบัติจากเพื่อนฝูงและสังคม และอาจส่งผลให้กลายเป็นอาชญากรที่แท้จริงในอนาคต ดังนั้นบทบัญญัติในมาตรา 285/1 ดังกล่าวจึงไม่สามารถอำนวยความสะดวกอย่างแท้จริงให้แก่ประชาชน

นอกจากนี้การใช้หลักความรับผิดโดยเคร่งครัดตามมาตรา 285/1 อาจเป็นการเปิดช่องให้เด็กหรือผู้ปกครองของเด็กใช้เป็นเครื่องมือในการต่อรองหรือแสวงหาผลประโยชน์โดยมิชอบได้ เช่น การเรียกรับเงิน หรือการแสวงหาผลประโยชน์อื่นใด เพื่อแลกกับการที่ผู้กระทำจะไม่ถูกดำเนินคดีอาญา เนื่องจากผู้กระทำนั้นไม่อาจอ้างข้อต่อสู้ได้ ๆ เพื่อให้ตนพ้นจากความรับผิดได้ แม้จะมีเหตุอันควรเชื่อได้ว่าเด็กนั้นจะอายุเกินกว่าสิบสามปีแล้วก็ตาม หากเข้ากรณีตามมาตรา 285/1 แล้วผู้กระทำต้องรับผิดทันที อีกทั้งการที่ผู้กระทำไม่สามารถยกข้อต่อสู้ขึ้นอ้างได้นี้ยังขัดต่อสิทธิในการต่อสู้คดีในศาล (Right to Self Defense) ของจำเลยที่ตกเป็นผู้ต้องหาในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจาร กล่าวคือ โดยทั่วไปแล้วในกรณีที่จำเลยไม่รู้ข้อเท็จจริงเรื่องอายุอันเป็นองค์ประกอบของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจาร จำเลยสมควรที่จะอ้างเป็นข้อแก้ตัวว่าไม่ได้กระทำโดยเจตนาตามมาตรา 59 วรรคสาม การที่จำเลยไม่สามารถอ้างข้อต่อสู้ได้นี้จึงเป็นการละเมิดสิทธิในการต่อสู้คดีของจำเลยซึ่งเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่จำเลยจะต้องได้รับความคุ้มครองและยังเป็นการตัดอำนาจศาล ทำให้ศาลไม่มีโอกาสที่จะพิจารณาข้อเท็จจริงเพิ่มเติมในประเด็นดังกล่าวด้วย

ด้วยเหตุดังที่ได้กล่าวมานี้ ผู้ศึกษาจึงมีความสนใจศึกษาค้นคว้าในประเด็นต่าง ๆ ดังนี้

(1) ประเด็นการนำหลักความรับผิดโดยเคร่งครัด (Strict Liability) มาใช้ในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจาร อาจก่อให้เกิดกรณีจับกุมผู้บริสุทธิ์ได้ ซึ่งโดยทั่วไปแล้วหากผู้กระทำไม่มีเจตนาชั่วก็สมควรที่จะได้รับความคุ้มครองภายใต้กฎหมายและไม่สมควรที่จะต้องรับผิด การรับผิดในกรณีดังกล่าวจะทำให้บุคคลนั้นมีความผิดติดตัว ถูกตราหน้าจากสังคมว่าเป็นอาชญากร เสียประวัติ ไม่สามารถลบประวัติความผิดที่เกิดขึ้นได้ บุคคลนั้นอาจถูกเลือกปฏิบัติจากเพื่อนฝูงและสังคม และอาจส่งผลให้กลายเป็นอาชญากรที่แท้จริงในอนาคต การนำหลักความรับผิดโดยเคร่งครัดมาใช้จึงไม่สามารถอำนวยความสะดวกอย่างแท้จริงให้แก่ประชาชน และ

(2) ประเด็นการใช้หลักความรับผิดโดยเคร่งครัด (Strict Liability) ในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจาร อาจเป็นการเปิดช่องให้เด็กหรือผู้ปกครองของเด็กใช้เป็นเครื่องมือในการต่อรองหรือแสวงหาผลประโยชน์โดยมิชอบได้ เช่น การเรียกรับเงิน หรือการแสวงหาผลประโยชน์อื่นใด เพื่อแลกกับการที่ผู้กระทำจะไม่ถูกดำเนินคดีอาญา และ

(3) ประเด็นการใช้หลักความรับผิดโดยเคร่งครัด (Strict Liability) ในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจาร ทำให้ผู้กระทำไม่สามารถยกข้อต่อสู้ขึ้นอ้างได้ แม้ว่าจะมีเหตุอันสมควรอ้างก็ตาม เป็นการละเมิดสิทธิในการต่อสู้คดีของจำเลยซึ่งเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่จำเลยจะต้องได้รับความคุ้มครอง และยังเป็นการตัดอำนาจศาล ทำให้ศาลไม่มีโอกาสที่จะพิจารณาข้อเท็จจริงเพิ่มเติมในประเด็นดังกล่าว

เพื่อเป็นการหลีกเลี่ยงความเสียหายร้ายแรงที่อาจตามมาในอนาคตจากประเด็นปัญหาดังกล่าวข้างต้น จึงสมควรอย่างยิ่งที่จะมีการศึกษาการใช้หลักความรับผิดโดยเคร่งครัด (Strict Liability) ในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจารตามกฎหมายไทยและกฎหมายของต่างประเทศมาเป็นเครื่องมือในการวิเคราะห์เปรียบเทียบเพื่อหาแนวทางที่เหมาะสมในการแก้ไขปัญหา โดยกำหนดข้อยกเว้นของหลักความรับผิดโดยเคร่งครัดหรือมีการเพิ่มเติมเงื่อนไขบางประการ ซึ่งจะเป็นการเปิดช่องให้ศาลสามารถใช้ดุลยพินิจดำเนินกระบวนการพิจารณาแก้ไขปัญหาได้อย่างยืดหยุ่น มีประสิทธิภาพ และเป็นธรรมยิ่งขึ้น สอดคล้องกับแนวคิดของต่างประเทศและเหมาะสมแก่บริบทของสังคมไทย

1.2 วัตถุประสงค์ของการวิจัย

1. เพื่อศึกษาแนวคิดเกี่ยวกับโครงสร้างความรับผิดทางอาญา และหลักความรับผิดโดยเคร่งครัด (Strict Liability) ในกฎหมายอาญาทั้งในทางระหว่างประเทศและตามกฎหมายไทย
2. เพื่อทราบถึงแนวความคิดเกี่ยวกับการกำหนดความรับผิดและวิวัฒนาการของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจารของไทย
3. เพื่อวิเคราะห์เปรียบเทียบความแตกต่างของมาตรการและหลักเกณฑ์ของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจารตามกฎหมายต่างประเทศกับประเทศไทย
4. เพื่อศึกษาหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการอ้างความไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจารของไทยและต่างประเทศ
5. เพื่อแสวงหาถึงแนวทางที่เหมาะสมสำหรับการพิจารณาความผิดและการกำหนดบทบัญญัติความผิดเกี่ยวกับหลักความรับผิดโดยเคร่งครัด (Strict Liability) ในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจาร

1.3 สมมติฐานของการวิจัย

การนำหลักความรับผิดโดยเคร่งครัด (Strict Liability) มาใช้ในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจาร ดังที่ปรากฏในประมวลกฎหมายอาญามาตรา 285/1 มีความไม่เหมาะสมเนื่องจากอาจก่อให้เกิดกรณีจับกุมผู้บริสุทธิ์ และอาจเป็นการเปิดช่องให้เด็กหรือผู้ปกครองของเด็กแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบด้วยกฎหมายได้ นอกจากนี้ยังเป็นการละเมิดสิทธิในการต่อสู้คดีของจำเลยซึ่งเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่จำเลยจะต้องได้รับความคุ้มครอง และยังเป็นการตัดอำนาจศาลทำให้ศาลไม่มีโอกาสที่จะพิจารณาข้อเท็จจริงเพิ่มเติมในประเด็นดังกล่าว ถ้าหากมีการแก้ไขบทบัญญัติในมาตรา 285/1 โดยสร้างข้อยกเว้นของหลักความรับผิดโดยเคร่งครัดหรือมีการเพิ่มเติมเงื่อนไขบางประการ เช่น กรณีที่มีพฤติการณ์พิเศษ (Special Circumstances) หรือกรณีที่ผู้กระทำความผิดได้กระทำความผิดเป็นครั้งแรก เพื่อเปิดช่องให้ศาลสามารถใช้ดุลยพินิจวินิจฉัยว่าพฤติการณ์ดังกล่าวเป็น

พฤติการณ์พิเศษหรือไม่ จะทำให้ศาลสามารถใช้ดุลยพินิจพิจารณาคดีได้อย่างยืดหยุ่น มีประสิทธิภาพ และเป็นธรรมยิ่งขึ้น

1.4 ขอบเขตของการวิจัย

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีขอบเขตในการศึกษาแนวคิดเกี่ยวกับโครงสร้างความรับผิดทางอาญา และหลักความรับผิดโดยเคร่งครัด (Strict Liability) ในกฎหมายอาญา รวมทั้งศึกษาแนวคิด มาตรการ และหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการใช้หลักความรับผิดโดยเคร่งครัด (Strict Liability) ในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจาร โดยเปรียบเทียบกับขอบเขตของความผิดฐานนี้ในต่างประเทศ ได้แก่ สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี (German Criminal Code) สมาพันธรัฐสวิส (Swiss Criminal Code) สหราชอาณาจักร (Sexual Offences Act 2003) และประเทศสหรัฐอเมริกาในมลรัฐแคลิฟอร์เนีย (California Penal Code) มลรัฐอิลลินอยส์ (Illinois Criminal Code) มลรัฐแอริโซนา (Arizona Penal Code) และมลรัฐนิวยอร์ก (New York Penal Code)

1.5 วิธีในการดำเนินการวิจัย

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ใช้วิธีการวิจัยทางเอกสาร (Documentary Research) โดยค้นคว้าจาก บทบัญญัติกฎหมาย หนังสือ ตำรา บทความ วารสาร คำพิพากษาของศาล และความคิดเห็นทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับหลักความรับผิดโดยเคร่งครัด (Strict Liability) และความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจารทั้งของประเทศไทยและต่างประเทศ เพื่อนำมาเป็นเอกสารอ้างอิง และวิเคราะห์เปรียบเทียบให้ได้ข้อสรุปและข้อเสนอแนะต่อไป

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับจากการวิจัย

1. ได้ทราบถึงแนวคิดเกี่ยวกับโครงสร้างความรับผิดทางอาญา และหลักความรับผิดโดยเคร่งครัด (Strict Liability) ในกฎหมายอาญา ซึ่งเป็นพื้นฐานและแนวทางในการสร้างบทบัญญัติทางกฎหมายเกี่ยวกับหลักความรับผิดโดยเคร่งครัด (Strict Liability) ในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา และกระทำอนาจาร

2. ได้มาซึ่งองค์ความรู้เรื่องแนวความคิดเกี่ยวกับการกำหนดความรับผิดและวิวัฒนาการของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจารของไทย
3. ได้วิเคราะห์ถึงความแตกต่างของมาตรการและหลักเกณฑ์ของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจารตามกฎหมายต่างประเทศกับประเทศไทย
4. ได้ทราบถึงหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการอ้างความไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจารของไทยและต่างประเทศ
5. ได้แสวงหาถึงแนวทางที่เหมาะสมสำหรับการพิจารณาความผิดและการกำหนดบทบัญญัติความผิดเกี่ยวกับหลักความรับผิดโดยเคร่งครัด (Strict Liability) ในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจาร

บทที่ 2

แนวคิดเกี่ยวกับโครงสร้างความรับผิดทางอาญา และ หลักความรับผิดโดยเคร่งครัด (Strict Liability) ในกฎหมายอาญา

การจะศึกษาถึงความเหมาะสมของบทบัญญัติทางกฎหมายและแสวงหาแนวทางการแก้ไขนั้น จำเป็นจะต้องศึกษาถึงทฤษฎีและแนวคิดที่เกี่ยวข้องต่าง ๆ เพื่อเป็นรากฐานในการพิจารณาความเหมาะสมและการกำหนดแนวทางการแก้ไขบทบัญญัติทางกฎหมาย ดังนั้น เนื้อหาในบทนี้จะพูดถึงแนวคิดเกี่ยวกับโครงสร้างความรับผิดทางอาญา โดยจะศึกษาโครงสร้างความรับผิดทางอาญาในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) และ โครงสร้างความรับผิดทางอาญาในระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law) เพื่อศึกษาถึงแนวคิดทางกฎหมายที่แตกต่างกัน นอกจากนี้จะศึกษาโครงสร้างความรับผิดทางอาญาของไทย การอ้างความไม่รู้ข้อเท็จจริงกับความรับผิดทางอาญา และหลักความรับผิดโดยเคร่งครัด (Strict Liability) ในกฎหมายอาญา เพื่อนำไปสู่การพิจารณาถึงความเป็นไปได้ในการปรับปรุงและพัฒนาบทบัญญัติในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจารต่อไป

2.1 โครงสร้างความรับผิดทางอาญาในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law)

โครงสร้างความรับผิดทางอาญาของระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ หรือระบบกฎหมายตามคำพิพากษานั้นจะประกอบไปด้วย 2 ส่วนสำคัญซึ่งจำเป็นจะต้องมีการพิสูจน์ คือ การกระทำความผิด (Actus Reus) หรือ องค์ประกอบภายนอก และเจตนากระทำความผิด (Mens Rea) หรือ องค์ประกอบภายใน โดยองค์ประกอบดังกล่าวเป็นไปตามหลักที่ว่า การกระทำไม่เป็นเหตุให้บุคคลต้องรับผิดเว้นแต่ผู้กระทำมีจิตใจชั่วร้าย (Actus Non Facit Reum, Nisi Mens Sit Rea - An Act

Does Not Make A Defendant Guilty Without A Guilty Mind)¹ ดังนั้น จึงจำเป็นจะต้องมีการพิสูจน์การกระทำความผิดและเจตนาในการกระทำความผิดเสมอ ก่อนจะมีการลงโทษผู้กระทำความผิด หากขาดอย่างใดอย่างหนึ่งไปแล้วก็จะเป็นความผิดอาญา² ความผิดอาญาทุกฐานในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์จึงจะต้องประกอบด้วยสองส่วนดังกล่าว กล่าวคือ การที่จะวินิจฉัยความรับผิดทางอาญาตามกฎหมายอาญาคอมมอนลอว์ จะต้องพิจารณาเสียก่อนว่าการกระทำนั้นครบองค์ประกอบความผิดหรือไม่ (Element of Crime) โดยพิจารณาไปที่ละส่วน คือ พิจารณาจากส่วนที่อยู่ภายนอกเสร็จแล้วจึงค่อยไปพิจารณาส่วนที่อยู่ภายในของผู้กระทำความผิด เว้นแต่เป็นความผิดที่ต้องรับผิดโดยเคร่งครัด (Strict Liability) ที่ไม่จำเป็นต้องพิจารณาส่วนของเจตนาในการกระทำความผิด (Mens Rea) หรือองค์ประกอบภายใน³

2.1.1 การกระทำความผิด (Actus Reus)

การกระทำความผิด (Actus Reus) คือ ส่วนที่เป็นองค์ประกอบภายนอกของความผิดทางอาญา ซึ่งถือเป็นจุดเริ่มต้นของการพิจารณาความรับผิด กล่าวคือ เป็นการกระทำในสิ่งที่กฎหมายบัญญัติไว้ว่าเป็นความผิด โดยต้องมีการกระทำที่แสดงออกมาภายนอก และการกระทำนั้นเป็นความผิดตามกฎหมาย ซึ่งส่วนที่เป็นการกระทำ (Actus) นั้นจะตรงกับคำว่า Act หมายถึง การกระทำ ส่วนความผิดตามกฎหมาย (Reus) จะตรงกับคำว่า Wrong หมายถึง ความผิด⁴

ความผิดอาญาแต่ละฐานย่อมมีพฤติการณ์หรือการกระทำที่แตกต่างกันไป แต่โดยพื้นฐานแล้วการกระทำความผิดจะต้องมีการกระทำ (Act) เกิดขึ้นเสมอ กล่าวคือ จะต้องมีการกระทำ เพราะกฎหมายอาญามุ่งลงโทษสิ่งที่เป็นการกระทำ และจะไม่ลงโทษสิ่งที่เป็นความคิด โดยการกระทำแยกได้เป็น 2 ส่วน คือ (1) การเคลื่อนไหวร่างกาย หรือการเคลื่อนไหวของกล้ามเนื้อของผู้กระทำ โดยรู้สำนึก และ (2) ผลอันเกิดจากการกระทำนั้น เช่น ความผิดฐานฆ่าคนตาย ผลของการกระทำ คือ

¹ Joanne Clough, Adam Jackson and Natalie Wortley, *Criminal Law*, 10th (England: Sweet&Maxwell, 2014), Page 1-2.

² ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 19 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, พฤศจิกายน 2560), หน้า 80.

³ Joanne Clough, Adam Jackson and Natalie Wortley, *Criminal Law*, Page 1.

⁴ H. L. A. Hart, Negligence, Mens Rea, And Criminal Responsibility, *Punishment and Responsibility: Essays in the Philosophy of Law*, 2nd (England: Oxford University Press, 2008), Page 141.

ความตายของเหยื่อ เป็นต้น โดยการกระทำดังกล่าวไม่เพียงแต่เป็นการกระทำทางกายภาพ แต่ยังรวมถึงการงดเว้นการที่จะต้องกระทำ (Omissions) ด้วย ทั้งนี้ หากผู้กระทำมีแต่เพียงการกระทำ จะยังไม่ก่อให้เกิดความรับผิดทางอาญาแต่อย่างใด จนกว่าการกระทำนั้นกฎหมายบัญญัติไว้ว่าเป็นความผิด⁵

ส่วนที่เรียกว่า ความผิดตามกฎหมาย (Reus) เป็นการพิจารณาว่าการกระทำนั้นมีกฎหมายบัญญัติไว้ว่า เป็นความผิดและได้กำหนดโทษไว้หรือไม่ ซึ่งจะต้องพิจารณาตามบทบัญญัติของกฎหมาย ถ้าหากไม่มีกฎหมายกำหนดว่าเป็นความผิดแล้ว การกระทำนั้นก็ไม่ถือว่าเป็นความผิด⁶ ดังนั้น การกระทำความผิด จึงเป็นการเคลื่อนไหวร่างกายโดยรู้สำนึก ซึ่งก่อให้เกิดผลอันละเมิดต่อกฎหมายจากการเคลื่อนไหวนั้น

2.1.2 เจตนากระทำความผิด (Mens Rea)

ในโครงสร้างความรับผิดทางอาญาของระบบกฎหมายคอมมอนลอว์นั้น นอกจากการกระทำความผิด (Actus Reus) แล้ว องค์ประกอบที่สำคัญอีกประการหนึ่งที่จะทำให้บุคคลต้องรับผิดในทางอาญา คือ มีเจตนาในการกระทำความผิดหรือเจตนาร้าย (Mens Rea) ซึ่งถือเป็นองค์ประกอบทางด้านจิตใจของผู้กระทำความผิด หรือที่เรียกว่า องค์ประกอบภายใน เป็นสิ่งที่บ่งบอกสภาวะที่แท้จริงของจิตใจ (The Mental State) อันเกี่ยวข้องกับจิตใจที่ชั่วร้ายของผู้กระทำ โดยองค์ประกอบทางด้านจิตใจนี้ หมายความครอบคลุมทั้งส่วนที่เป็น การกระทำโดยเจตนา (Intention) การประมาทโดยรู้ตัว (Recklessness) และส่วนที่เป็นการประมาทธรรมดา (Negligence) เนื่องจากปราศจากความระมัดระวังตามตามวิสัยและพฤติการณ์ด้วย⁷

การกระทำโดยเจตนา (Intention) เป็นการกระทำที่ผู้กระทำรู้ข้อเท็จจริง หรือพฤติการณ์แห่งการกระทำอันเป็นองค์ประกอบแห่งความผิด (Knowingly) และต้องการให้เกิดผลขึ้น

⁵ Ibid. Page 141-142.

⁶ สมศักดิ์ ตันพเลขา, “ความไม่รู้กฎหมายกับความรับผิดทางอาญา,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต, ภาควิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2530), หน้า 3-4.

⁷ Joanne Clough, Adam Jackson and Natalie Wortley, *Criminal Law*, Page 13-19.

จากการกระทำนั้น หรือเล็งเห็นได้อย่างแน่นอนว่า การกระทำดังกล่าวจะเกิดผลตามที่ต้องการ⁸ ซึ่งการกระทำโดยเจตานั้นอาจเป็นเจตนาโดยตรง (Direct Intention) หรือเจตนาโดยอ้อม (Indirect Intention) ก็ได้⁹

การกระทำโดยประมาทตามระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ ได้แยกออกเป็น 2 ประเภท คือ ประมาทธรรมดา (Negligence) และประมาทโดยจงใจ (Recklessness) ซึ่งประมาทโดยจงใจนั้นหมายความว่า ผู้กระทำไม่เพียงแต่ขาดความระมัดระวังเท่านั้น แต่ได้กระทำโดยรู้สึกล่วงแล้วว่าเป็นการเสี่ยงที่จะเกิดภัยที่ยังขึ้นท่าลง โดยคิดว่าคงสามารถหลีกเลี่ยงไม่ให้เกิดภัยขึ้นได้ กล่าวคือ การที่ผู้กระทำรู้ถึงสาเหตุที่อาจทำให้เกิดผลร้าย แต่ก็ละเลย มิได้สนใจหรือใส่ใจ อันเป็นการประมาทเลินเล่อ เช่น นายแดงรู้ว่ารถของตนเบรกไม่ดี แต่ก็ยังฝืนขับไป และเกิดชนคนตายเพราะรถเบรกไม่อยู่ เป็นการกระทำประมาทโดยจงใจ เพราะรู้ถึงความบกพร่องของรถ แต่ยังฝืนขับไปไม่ซ่อมให้ดี ซึ่งแตกต่างจากกรณี ประมาทธรรมดาหรือประมาทเพราะความผลั้งผลอ อันเนื่องมาจากการปราศจากความระมัดระวังตามตามวิสัยและพฤติการณ์ เช่น ขับรถด้วยความเร็วเพราะรีบกลับบ้านจนถึงทางแยกเบรกไม่ทัน ทำให้รถไปชนคนตาย เช่นนี้เป็นเพียงความประมาทธรรมดาเท่านั้น¹⁰

ดังนั้น ในการพิจารณาความรับผิดชอบทางอาญาของบุคคลตามระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ จะต้องได้ความว่าบุคคลนั้นได้กระทำการครบองค์ประกอบภายนอกตามที่กฎหมายกำหนด (Actus Reus) และต้องมีเจตนา (Intention) หรือมีความประมาทโดยจงใจ (Recklessness) บุคคลนั้นจึงจะต้องรับผิดชอบ หากกฎหมายบัญญัติไว้โดยเฉพาะว่าความผิดใดต้องรับผิดชอบเมื่อได้กระทำโดยประมาท (Negligence) บุคคลนั้นก็ต้องรับผิดชอบเช่นกัน และหากในความผิดใดต้องการองค์ประกอบทางจิตใจอื่นนอกจากเจตนาหรือประมาท ผู้กระทำจะต้องรับผิดชอบก็ต่อเมื่อได้กระทำโดยมีเจตนาเฉพาะนั้นด้วย ทั้งนี้หากขาดองค์ประกอบใดองค์ประกอบหนึ่งแล้ว บุคคลนั้นก็ไม่ต้องรับผิดชอบ เว้นแต่ความผิด

⁸ Jonathan Herring, *Criminal Law: Text, Cases, and Materials*, 6th Edition (United Kingdom: Oxford University Press, 2014), Page 134.

⁹ Ibid, Page 176.

¹⁰ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, *คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1*, พิมพ์ครั้งที่ 10 (กรุงเทพมหานคร : พลสยามพริ้นติ้ง, พฤษภาคม 2551), หน้า 293.

ที่กฎหมายบัญญัติให้ต้องรับผิดโดยไม่จำเป็นต้องพิจารณาถึงองค์ประกอบทางด้านจิตใจ แม้ได้กระทำ โดยไม่มีเจตนาหรือไม่ประมาท ก็ต้องรับผิด¹¹

2.2 โครงสร้างการรับผิดทางอาญาในระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law)

ในการศึกษาโครงสร้างการรับผิดทางอาญาของระบบกฎหมายซีวิลลอว์ หรือระบบประมวลกฎหมายนั้น ผู้เขียนได้ทำการศึกษาเฉพาะโครงสร้างการรับผิดทางอาญาของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ซึ่งมีรายละเอียดดังนี้

โครงสร้างการรับผิดทางอาญาของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้รวมการกระทำทางอาญากับส่วนของจิตใจเข้าไว้ด้วยกัน กล่าวคือ การเคลื่อนไหวร่างกายเพื่อกระทำความผิดจะต้องมีเจตนาในการกระทำความผิด และการกระทำความผิดเกิดขึ้น โดยโครงสร้างการรับผิดทางอาญาตามแนวความคิดของเยอรมัน (Verbrechensaufbau) จะประกอบด้วย 3 ส่วน คือ การครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติ (Tatbestandsmäßigkeit / Fulfillment of Offence Description) ความผิดกฎหมาย (Rechtswirigkeit / Unlawfulness) และ ความชั่วร้ายหรือความชั่ว (Schuld / Blameworthiness)¹² หากขาดข้อใดข้อหนึ่งแล้วการกระทำนั้นย่อมไม่เป็นความผิดอาญา ซึ่งหลักเกณฑ์ที่สำคัญประการหนึ่งของความรับผิดทางอาญาตามหลักกฎหมายเยอรมัน คือ หลักในทางกฎหมายอาญาที่ว่า “ไม่มีโทษ โดยไม่มี ความชั่ว” (Nulla Poena Sine Culpa) โดยหลักนี้มีความหมายสองประการ คือ จะลงโทษได้ต้องมีความชั่ว (Schuld) และจะลงโทษเกินความชั่ว (Schuld) ไม่ได้¹³ ซึ่งหลักการดังกล่าวเป็นหลักการลงโทษให้เหมาะสมกับตัวบุคคลนั่นเอง

2.2.1 การครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติ (Tatbestandsmäßigkeit / Fulfillment of Offence Description)

องค์ประกอบของความผิด (Tatbestand) คือ สิ่งที่ไม่ใช่ส่วนจิตใจของผู้กระทำความผิด และสิ่งที่เป็นส่วนจิตใจของผู้กระทำความผิดที่ประกอบอยู่ในความผิดฐานใดฐานหนึ่ง ทั้งนี้

¹¹ สมศักดิ์ ตันชลาเสขา, “ความไม่รู้กฎหมายกับความรับผิดทางอาญา,” หน้า 5.

¹² คณิต ฌ นคร, กฎหมายอาญาภาคทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, เมษายน 2560), หน้า 9.

¹³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 511.

ความหมายขององค์ประกอบของความผิดดังกล่าวจะไม่ใช้กับความผิดที่เรียกว่า ความผิดโดยเคร่งครัด¹⁴

องค์ประกอบของความผิด แยกออกได้เป็น องค์ประกอบที่เป็นส่วนภายนอก และ องค์ประกอบที่เป็นส่วนภายใน

(1) องค์ประกอบที่เป็นส่วนภายนอก (Objektiver Tatbestand)

องค์ประกอบภายนอก เป็นส่วนภายนอกที่ประกอบอยู่ในความผิดฐานใดฐานหนึ่ง กล่าวคือ เป็นสิ่งที่ไม่ใช่ส่วนจิตใจของผู้กระทำความผิด เป็นสิ่งที่สามารถสัมผัสได้และสามารถอธิบายได้¹⁵ โดยองค์ประกอบภายนอกของความผิดแต่ละฐานความผิดจะประกอบด้วยอย่างน้อย 3 สิ่ง คือ ผู้กระทำความผิด (Täter) การกระทำ (Handlung) และ คุณธรรมทางกฎหมาย (Rechtsgut)¹⁶ นอกจากนี้อาจมี กรรมของการกระทำ (Handlungsobject) ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล (Kausalität) และในความผิดบางฐานอาจมีสิ่งที่เป็นส่วนพิเศษอื่น เช่น เวลากลางคืน เป็นต้น¹⁷

(2) องค์ประกอบที่เป็นส่วนภายใน (Subjektiver Tatbestand)

องค์ประกอบภายใน เป็นสิ่งที่ตรงข้ามกับองค์ประกอบภายนอก กล่าวคือ เป็นส่วนภายในของผู้กระทำความผิด หรือเป็นสิ่งที่เป็นส่วนจิตใจที่ประกอบอยู่ในความผิดฐานใดฐานหนึ่ง ซึ่งตามปกติแล้วในความผิดที่กระทำโดยเจตนา นั้น จะต้องเจตนาอยู่เสมอจึงจะเกิดความรับผิดในทางอาญาได้¹⁸

อย่างไรก็ดี การกระทำบางอย่างเพียงแต่ครอบองค์ประกอบภายนอกที่กฎหมายบัญญัติไว้ ก็เป็นการกระทำที่มีความรับผิดในทางอาญาได้แล้ว ซึ่งเรียกความผิดนี้ว่า ความผิดโดยเคร่งครัด¹⁹

¹⁴ คณิต ณ นคร, กฎหมายอาญาภาคทั่วไป, หน้า 178.

¹⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 180.

¹⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 188.

¹⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 180.

¹⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 181.

¹⁹ คณิต ณ นคร, กฎหมายอาญาภาคทั่วไป, หน้า 179.

2.2.2 ความผิดกฎหมาย (Rechtswirigkeit / Unlawfulness)

การกระทำใดการกระทำหนึ่งจะเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายได้ จะต้องเป็นการกระทำที่เป็นการครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติ ดังนั้น เบื้องต้นต้องมีการยืนยันก่อนว่าการกระทำนั้นเป็นการกระทำที่ครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติแล้ว จึงจะมาพิจารณาเรื่องความผิดกฎหมาย²⁰

ความผิดกฎหมายนั้นจะมีความไม่ถูกต้องของการกระทำอยู่ หากการกระทำใดเป็นการกระทำที่ผู้มีอำนาจกระทำได้ การกระทำนั้นย่อมไม่ผิดกฎหมาย และเมื่อเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ผิดกฎหมายแล้วก็ย่อมไม่มีการลงโทษสำหรับการกระทำนั้น เช่น หากการกระทำนั้นเป็นการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย กฎหมายก็ไม่ถือว่าเป็นการกระทำผิด เป็นต้น²¹

2.2.3 ความชั่วร้ายหรือความชั่ว (Schuld / Blameworthiness)

ความชั่วหรือความถูกตำหนิได้ เป็นส่วนสำคัญประการหนึ่งของความผิดอาญา ผู้กระทำจะมีความชั่วร้ายต่อเมื่อได้กระทำโดยมีความรู้สึกผิดชอบและได้กระทำโดยเจตนาหรือประมาท²² เช่น หากผู้กระทำความผิดเป็นเด็กซึ่งเป็นบุคคลที่ไม่รู้ผิดชอบชั่วดี กฎหมายก็ยกเว้นโทษให้ เป็นต้น อย่างไรก็ตามความผิดกฎหมาย และความชั่ว เป็นเรื่องที่แตกต่างกัน โดยในบางกรณีกฎหมายได้กำหนดให้เป็นความผิด เพียงแค่ครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติ และเป็นความผิดกฎหมาย โดยความชั่วไม่เป็นเงื่อนไขของการกระทำแต่อย่างใด²³

โดยทั่วไปแล้ว เมื่อการกระทำครบตามโครงสร้างความรับผิดทางอาญา ผู้กระทำต้องรับโทษตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ แต่ในบางกรณีการรับโทษอาจเปลี่ยนแปลงได้หากมีข้อเท็จจริงอื่นเพิ่มเติมที่อยู่นอกโครงสร้างความรับผิดทางอาญา โดยเรียกข้อเท็จจริงที่เกี่ยวกับการกระทำที่เพิ่มเติม

²⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 243.

²¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 126.

²² เรื่องเดียวกัน, หน้า 127.

²³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 129.

นี้ว่า เงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัย (Objektive Strafbarkeitsbedingung / Objective Condition for Punishment)²⁴

เงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัย คือ ข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับการกระทำที่เป็นความผิดอาญาซึ่งใช้กับผู้กระทำความผิดทุกคน แต่ไม่ใช่ข้อเท็จจริงที่อยู่ในสาระสำคัญทั้งสามประการของโครงสร้างความรับผิดทางอาญา โดยเป็นข้อเท็จจริงที่ไม่เกี่ยวข้องกับเจตนาและประมาท และมีลักษณะพิเศษเฉพาะตัว กล่าวคือ เงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัยไม่เป็นข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิด เจตนาหรือประมาทจึงไม่มีความสำคัญต่อการพิจารณาเรื่องการลงโทษ²⁵ ดังนั้นผู้กระทำความผิดอาจถูกลงโทษได้ หากการกระทำนั้นเข้าตามเงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัยตามที่กฎหมายกำหนด แม้ว่าผู้กระทำความผิดจะไม่รู้หรือไม่อาจคาดหมายได้ว่าจะมีเงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัยนั้นก็ตาม²⁶

2.3 โครงสร้างความรับผิดทางอาญาในระบบกฎหมายไทย

ในการพิจารณาว่าบุคคลจะต้องรับผิดในทางอาญาหรือไม่นั้น จะต้องพิจารณาถึงโครงสร้างความรับผิดในทางอาญาเสียก่อน ต้องดูว่าการกระทำของบุคคลนั้นครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติไว้หรือไม่ หากครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติให้เป็นความผิดแล้ว บุคคลนั้นก็ต้องรับผิดในทางอาญา ทั้งนี้ หากการกระทำดังกล่าวมีกฎหมายยกเว้นความผิดหรือยกเว้นโทษ บุคคลนั้นก็ถือว่าไม่มีความผิดหรือไม่ต้องรับโทษนั่นเอง หรือหากการกระทำดังกล่าวมีกฎหมายลดโทษ ศาลก็อาจใช้ดุลยพินิจลดโทษให้เช่นกัน

²⁴ คณิต ณ นคร, กฎหมายอาญาภาคทั่วไป, หน้า 150.

²⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 156.

²⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 150-152.

2.3.1 การกระทำครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติ

องค์ประกอบความผิดตามโครงสร้างความรับผิดทางอาญาของไทย พิจารณาได้จากบทบัญญัติของกฎหมาย ซึ่งแยกเป็นข้อ ๆ ได้ดังนี้ (1) มีการกระทำ (2) องค์ประกอบภายนอก (3) องค์ประกอบภายใน และ (4) ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล²⁷ โดยมีสาระสำคัญ ดังนี้

(1) มีการกระทำ

การพิจารณาความผิดฐานใดฐานหนึ่ง ต้องเริ่มพิจารณาที่การกระทำ เพราะหากไม่มีการกระทำก็ไม่มี ความรับผิด ตามที่มาตรา 59 ได้บัญญัติไว้ว่า “บุคคลจะต้องรับผิดในทางอาญาก็ต่อเมื่อได้กระทำ...” ซึ่งการกระทำ หมายความว่า การเคลื่อนไหวร่างกายหรือการไม่เคลื่อนไหวร่างกายโดยรู้สำนึก กล่าวคือ อยู่ภายใต้การบังคับของจิตใจ²⁸ โดยการรู้สำนึกหรืออยู่ภายใต้การบังคับของจิตใจ คือ การกระทำอันเนื่องมาจากมีความคิดที่จะกระทำ มีการตกลงใจที่จะกระทำตามที่คิดไว้ และได้กระทำลงไป

หากการเคลื่อนไหวร่างกายหรือการไม่เคลื่อนไหวร่างกายไม่ได้เป็นผลมาจากการตกลงใจอันสืบเนื่องมาจากความคิด เช่น การละเมอ การถูกสะกดจิต หรือจิตบกพร่อง เป็นต้น การกระทำดังกล่าวก็ไม่ถือว่า รู้สำนึก หรือ อยู่ภายใต้การบังคับของจิตใจ ซึ่งเท่ากับว่าไม่มีการกระทำ บุคคลนั้นก็ไม่ต้องรับผิดในทางอาญาตามมาตรา 59 นั่นเอง²⁹

นอกจากนี้การกระทำตามมาตรา 59 ยังรวมถึงกรณีการกระทำโดยละเว้น ซึ่งเป็นกรณีที่กฎหมายบัญญัติบังคับให้ต้องกระทำ แต่ผู้นั้นไม่กระทำหรือไปทำอย่างอื่นแทน เช่น กรณีละเว้นการปฏิบัติหน้าที่ เป็นต้น และรวมถึงการกระทำโดยงดเว้น ซึ่งเป็นกรณีบุคคลที่มีหน้าที่ป้องกันไม่ให้เกิดผลตามที่กฎหมายห้าม ไม่กระทำการป้องกันผลตามหน้าที่ของตน ส่งผลให้เกิดผลร้ายขึ้น เช่น มีหน้าที่ต้องช่วยเหลือคนจมน้ำ แต่ไม่ยอมช่วยเหลือเพื่อป้องกันผลร้ายนั้น ทำให้ผลนั้นเกิดขึ้น เป็นต้น³⁰

²⁷ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1, หน้า 96.

²⁸ เรื่องเดียวกัน.

²⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 97-98.

³⁰ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, หลักกฎหมายอาญาภาคทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 14 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, เมษายน 2559), หน้า 38-40.

(2) องค์ประกอบภายนอก

องค์ประกอบภายนอก คือ สิ่งที่อยู่ภายนอก ซึ่งสามารถมองเห็นหรือสัมผัสได้ เช่น แดงใช้ปืนยิงตำรวจ การกระทำของแดงต่อตำรวจองค์ประกอบภายนอกของความผิดฐานฆ่าคนตาย กล่าวคือ แดง เป็นผู้กระทำ มีการกระทำ คือการ ฆ่า และ ตำ คือ วัตถุแห่งการกระทำ จึงอาจกล่าวได้ว่าองค์ประกอบภายนอกประกอบด้วย 3 ส่วนสำคัญ คือ (ก) ผู้กระทำ (ข) การกระทำ และ (ค) วัตถุแห่งการกระทำ นั้นเอง³¹

(ก) ผู้กระทำ

ความรับผิดชอบในทางอาญาจะเกิดขึ้นแก่บุคคลเท่านั้น สัตว์และสิ่งของย่อมไม่มีความรับผิดชอบในทางอาญา ความผิดอาญาแต่ละมาตราจะขึ้นต้นด้วยคำว่า ผู้ใด ซึ่งผู้ใดหรือผู้กระทำ ความผิดนั้น อาจเป็นผู้กระทำความผิดเอง ผู้กระทำความผิดโดยอ้อม หรือผู้ร่วมในการกระทำความผิดก็ได้³²

ผู้กระทำความผิดเอง เป็นผู้ที่ได้กระทำความผิดเองโดยตรง ซึ่งอาจเป็นการร่วมกระทำความผิดกับผู้อื่นก็ได้เช่นกัน ตัวอย่างเช่น แดงต้องการฆ่าดำ แดงจึงยิงดำ เป็นต้น นอกจากนี้ยังรวมถึง การใช้สัตว์เป็นเครื่องมือในการกระทำความผิด และ การใช้บุคคลผู้ไม่มีการกระทำเป็นเครื่องมือในการกระทำความผิดด้วย³³

ผู้กระทำความผิดโดยอ้อม เป็นผู้ที่ใช้หรือหลอกใช้ให้ผู้อื่นกระทำความผิด โดยผู้ถูกหลอก (Innocent Agent) นั้น ไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิด ผู้ถูกหลอกจึงไม่ต้องรับผิดชอบฐานกระทำโดยเจตนา ผู้กระทำความผิดโดยอ้อมต้องรับผิดชอบเสมือนหนึ่งว่าตนได้ลงมือกระทำความผิดเอง³⁴

³¹ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1, หน้า 127-128.

³² เรื่องเดียวกัน, หน้า 127-128.

³³ เรื่องเดียวกัน.

³⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 129.

(ข) การกระทำ

การกระทำของผู้กระทำจะต้องถึงขั้นที่มีกฎหมายบัญญัติให้เป็นความผิด ผู้กระทำจึงจะต้องรับผิดชอบในทางอาญา หากเป็นการกระทำโดยเจตนา การกระทำนั้นจะต้องถึงขั้นลงมือ ผู้กระทำจึงจะต้องรับผิดชอบ เว้นแต่กฎหมายบัญญัติไว้เป็นการเฉพาะว่า แม้เป็นการตระเตรียมการ ผู้กระทำก็ต้องรับผิดชอบ เช่น ตระเตรียมวางเพลิงเผาทรัพย์ เป็นต้น³⁵

(ค) วัตถุประสงค์ของการกระทำ

วัตถุประสงค์ของการกระทำ หมายถึง สิ่งที่ผู้กระทำมุ่งหมายกระทำต่อ เช่น ความผิดฐานลักทรัพย์ วัตถุประสงค์ของการกระทำ คือ ทรัพย์ของผู้อื่นหรือที่ผู้อื่นเป็นเจ้าของรวมอยู่ด้วย เป็นต้น³⁶

(3) องค์ประกอบภายใน

เมื่อการกระทำที่ทำให้เกิดผลครบองค์ประกอบภายนอกที่กฎหมายบัญญัติไว้แล้ว จะต้องพิจารณาถึงองค์ประกอบภายในด้วย โดยองค์ประกอบภายในนั้นเป็นสิ่งที่อยู่ภายในจิตใจของบุคคล (Mental Element) เป็นส่วนสำคัญในการกำหนดความรับผิดชอบของบุคคลภายหลังจากมีการแสดงออกมาเป็นการกระทำแล้ว โดยทั่วไปบุคคลจะต้องรับผิดชอบเมื่อมีการกระทำโดยเจตนา และในบางกรณีก็ต้องมีมูลเหตุชักจูงใจหรือที่เรียกว่า เจตนาพิเศษด้วย แต่อย่างไรก็ตาม กฎหมายอาจบัญญัติไว้โดยเฉพาะว่าความผิดใดต้องรับผิดชอบเมื่อได้กระทำโดยประมาท หรือกำหนดไว้ชัดแจ้งว่า แม้ได้กระทำโดยไม่มีเจตนาหรือไม่ประมาท ก็ต้องรับผิดชอบ³⁷

เจตนาเป็นองค์ประกอบความผิดที่มีอยู่ในทุก ๆ ฐานความผิด เว้นแต่กฎหมายบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น การจะถือว่าผู้กระทำมีเจตนา นั้น ผู้กระทำจะต้องรู้สำนึกหรือรู้ตัว กล่าวคือ มีการคิดตกลงใจ และรู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิดด้วย เช่น ผู้กระทำจะฆ่าผู้อื่น ผู้กระทำต้องรู้ว่าวัตถุที่มุ่งกระทำต่อเป็นมนุษย์และประสงค์จะให้เกิดผลคือความตาย³⁸ ดังนั้น ถ้าผู้กระทำไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิด จะถือว่าผู้กระทำมีเจตนากระทำผิดไม่ได้

³⁵ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1, หน้า 143.

³⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 144.

³⁷ ทวีเกียรติ มินะกะนิษฐ, หลักกฎหมายอาญาภาคทั่วไป, หน้า 45.

³⁸ ทวีเกียรติ มินะกะนิษฐ, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคทั่วไป, หน้า 83.

นอกจากนี้กฎหมายอาจบัญญัติไว้โดยเฉพาะว่าความผิดใดต้องรับผิดเมื่อได้กระทำโดยประมาท ซึ่งการกระทำโดยประมาท เป็นการกระทำความผิดที่มีใช้การกระทำโดยเจตนา กล่าวคือ ผู้กระทำให้ยังคงรู้สำนึก แต่มิได้ประสงค์ต่อผลหรือเล็งเห็นผลของการกระทำนั้น เช่น การขับรถด้วยความเร็วสูง เป็นการกระทำโดยประมาท เพราะผู้กระทำปราศจากความระมัดระวังซึ่งบุคคลในภาวะเช่นนั้นจักต้องมี ตามวิสัยและพฤติการณ์ หากเกิดผลร้ายขึ้น ผู้กระทำต้องรับผิดในผลร้ายอันเกิดขึ้นจากการกระทำโดยประมาทของตนเอง³⁹

โดยหลักแล้วความรับผิดในทางอาญาของบุคคลใดบุคคลหนึ่งจะต้องเกิดจากการกระทำโดยเจตนา หรือกฎหมายบัญญัติไว้โดยเฉพาะว่าต้องรับผิดเมื่อได้กระทำโดยประมาท ยกเว้นกรณีที่กฎหมายกำหนดไว้ชัดแจ้งว่า ต้องรับผิดแม้ได้กระทำโดยไม่มีเจตนาหรือไม่ประมาท (Liability Without Fault) ซึ่งแยกได้เป็น 3 ประเภท คือ⁴⁰

(ก) ความรับผิดโดยเคร่งครัด (Strict Liability) แม้กระทำโดยไม่เจตนาก็เป็นความผิด

(ข) ความรับผิดในการกระทำของบุคคลอื่น (Vicarious Liability) ซึ่งเป็นความผิดที่ผู้ต้องรับผิดมิได้มีการกระทำร่วมกับผู้กระทำความผิด แต่ก็ต้องรับผิดอันเนื่องมาจากฐานะของตนที่มีต่อผู้กระทำความผิด และ

(ค) ความรับผิดของนิติบุคคล (Enterprise Liability) เช่น ความรับผิดที่ผู้แทนของนิติบุคคลหรือผู้มีอำนาจหน้าที่ได้กระทำลงไปในนามนิติบุคคล ซึ่งก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่น เป็นต้น

(4) ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล (Causation)

ความผิดใดที่กฎหมายบัญญัติให้ผู้กระทำต้องรับผิดในผลของการกระทำ จำเป็นจะต้องพิจารณาปัญหาเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล เพื่อจะได้ทราบว่าผู้กระทำเป็นเหตุให้เกิดผลหรือไม่ และควรรับผิดในผลนั้นเพียงใด ถ้าหากการกระทำไม่สอดคล้องกับผลที่เกิดขึ้นแล้วหรือ

³⁹ ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ, หลักกฎหมายอาญาภาคทั่วไป, หน้า 50-51.

⁴⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 52-53.

มิใช่ผลโดยตรงของการกระทำ ผู้กระทำก็ไม่ต้องรับผิดชอบในผลที่เกิดขึ้นนั้น ตามหลักการของทฤษฎีเงื่อนไขที่ว่า ถ้าไม่มีการกระทำผลไม่เกิด นั่นเอง⁴¹

การพิจารณาหลักการดังกล่าวนี้ จะต้องผ่านการพิจารณาการครบองค์ประกอบภายในมาแล้ว กล่าวคือ มีเจตนาหรือประมาท เว้นแต่เป็นความผิดที่ต้องรับผิดชอบโดยเคร่งครัดซึ่งไม่เจตนาและไม่ประมาทก็เป็นความผิด หากปรากฏว่าผู้กระทำไม่เจตนาหรือไม่ประมาท และมีใช้กรรมที่ต้องรับผิดชอบโดยเคร่งครัดแล้ว ก็ไม่ต้องพิจารณาเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลอีกต่อไป เนื่องจากไม่มีประโยชน์อันใดที่จะต้องมาพิจารณาในเรื่องนี้อีก ในเมื่อผู้กระทำไม่ต้องรับผิดชอบ เพราะขาดเจตนาหรือไม่ประมาทมาตั้งแต่ต้นแล้ว⁴²

อย่างไรก็ตาม หากมีเหตุเกิดขึ้นใหม่ภายหลังการกระทำที่เรียกว่า เหตุแทรกแซง แล้วผู้กระทำจะต้องรับผิดชอบในผลบั้นปลายหรือไม่นั้นจะต้องพิจารณาว่า เหตุแทรกแซงที่เกิดขึ้น ตามปกติธรรมดาสามารถคาดหมายได้หรือไม่ หากคาดหมายได้ ก็ถือว่าเหตุแทรกแซงดังกล่าวไม่ตัดความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล ทำให้ผู้กระทำต้องรับผิดชอบในผลบั้นปลายนั่นเอง⁴³

2.3.2 ความสามารถในการกระทำความผิด

ในบางกรณีผู้กระทำความผิดอาจเป็นผู้หย่อนความรู้สึกผิดชอบ ไม่อาจก่อเจตนาในทางอาญาได้อย่างสมบูรณ์ หรือไม่สามารถบังคับตนเองได้ ซึ่งกรณีดังกล่าวยังคงเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายอยู่ แต่กฎหมายยกเว้นโทษ หรือลดโทษให้ เมื่อเข้าเงื่อนไขที่กฎหมายวางไว้ เนื่องมาจากผู้กระทำไม่ได้มีความชั่วร้ายในการกระทำความผิด การลงโทษบุคคลดังกล่าวจึงไม่เกิดประโยชน์ กรณีตัวอย่างเช่น (1) การกระทำของเด็ก และ (2) การกระทำของคนวิกลจริต⁴⁴

(1) การกระทำของเด็ก

กฎหมายเห็นว่าเด็กยังไม่มีความสามารถพอที่จะรู้ผิดชอบในทางอาญาได้ ดังนั้นการลงโทษเด็กจึงไม่มีผลป้องกันมิให้มีการกระทำเช่นนั้นอีก กล่าวคือ การลงโทษจะไม่เหมาะสมถ้า

⁴¹ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, หลักกฎหมายอาญาภาคทั่วไป, หน้า 41-44.

⁴² เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1, หน้า 311-312.

⁴³ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1, หน้า 311-312.

⁴⁴ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคทั่วไป, หน้า 187.

ผู้กระทำไม่สามารถแยกความดีความเลว หรือผิดถูกได้ บุคคลที่กระทำผิดจะต้องรู้ หรือควรจะรู้ว่าอะไรคือความผิด และสามารถเลือกที่จะกระทำได้ กฎหมายอาญาจึงแบ่งระดับของเด็กตามอายุไว้ดังนี้⁴⁵

(ก) เด็กอายุไม่เกิน 10 ปี

มาตรา 73 บัญญัติว่า “เด็กอายุยังไม่เกินสิบปีกระทำการอันกฎหมายบัญญัติเป็นความผิดเด็กนั้นไม่ต้องรับโทษ

ให้พนักงานสอบสวนส่งตัวเด็กตามวรรคหนึ่งให้พนักงานเจ้าหน้าที่ตามกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองเด็ก เพื่อดำเนินการคุ้มครองสวัสดิภาพตามกฎหมายว่าด้วยการนั้น”

บทบัญญัติในมาตรานี้แสดงให้เห็นว่า หากเด็กอายุไม่เกิน 10 ปีกระทำการที่กฎหมายบัญญัติไว้ว่าเป็นความผิด จะได้รับการสันนิษฐานไว้ก่อนว่าไม่มีความสามารถในการกระทำความผิดอาญาและห้ามมิให้ลงโทษทางอาญากับเด็กนั้น โดยกฎหมายเห็นว่าเด็กอายุไม่เกิน 10 ปี เป็นบุคคลที่ขาดหรือไม่มีความสามารถในการทำชั่ว (Schuldfähigkeit)⁴⁶ เลย ทั้งนี้การกระทำของเด็กดังกล่าวยังคงเป็นความผิด เพียงแต่กฎหมายกำหนดให้ไม่ต้องรับโทษเท่านั้น⁴⁷

(ข) เด็กอายุกว่า 10 ปี แต่ยังไม่เกิน 15 ปี

มาตรา 74 บัญญัติว่า “เด็กอายุกว่าสิบปีแต่ยังไม่เกินสิบห้าปี กระทำการอันกฎหมายบัญญัติเป็นความผิด เด็กนั้นไม่ต้องรับโทษ แต่ให้ศาลมีอำนาจที่จะดำเนินการ ดังต่อไปนี้

(1) ว่ากล่าวตักเตือนเด็กนั้นแล้วปล่อยตัวไป และถ้าศาลเห็นสมควรจะเรียกบิดา มารดา ผู้ปกครอง หรือบุคคลที่เด็กนั้นอาศัยอยู่มาตักเตือนด้วยก็ได้

(2) ถ้าศาลเห็นว่า บิดา มารดา หรือผู้ปกครองสามารถดูแลเด็กนั้นได้ ศาลจะมีคำสั่งให้มอบตัวเด็กนั้นให้แก่บิดา มารดา หรือผู้ปกครองไป โดยวางข้อกำหนดให้บิดา มารดา หรือผู้ปกครองระวางเด็กนั้นไม่ให้ก่อเหตุร้ายตลอดเวลาที่ศาลกำหนดซึ่งต้องไม่เกินสามปีและกำหนดจำนวน

⁴⁵ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคทั่วไป, หน้า 187.

⁴⁶ คณิต ฒ นคร, กฎหมายอาญาภาคทั่วไป, หน้า 295.

⁴⁷ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคทั่วไป, หน้า 188.

เงินตามที่เห็นสมควรซึ่งบิดา มารดา หรือผู้ปกครองจะต้องชำระต่อศาลไม่เกินครึ่งละหนึ่งหมื่นบาท ในเมื่อเด็กนั้นก่อเหตุร้ายขึ้น ถ้าเด็กนั้นอาศัยอยู่กับบุคคลอื่นนอกจากบิดา มารดา หรือผู้ปกครอง และศาลเห็นว่าไม่สมควรจะเรียกบิดา มารดา หรือผู้ปกครองมาวางข้อกำหนดดังกล่าวข้างต้น ศาลจะเรียกตัวบุคคลที่เด็กนั้นอาศัยอยู่มาสอบถามว่า จะยอมรับข้อกำหนดทำนองที่บัญญัติไว้สำหรับบิดา มารดา หรือผู้ปกครองดังกล่าวมาข้างต้นหรือไม่ก็ได้ ถ้าบุคคลที่เด็กนั้นอาศัยอยู่ยอมรับข้อกำหนดเช่นนั้น ก็ให้ศาลมีคำสั่งมอบตัวเด็กให้แก่บุคคลนั้นไปโดยวางข้อกำหนดดังกล่าว

(3) ในกรณีที่ศาลมอบตัวเด็กให้แก่บิดา มารดา ผู้ปกครอง หรือบุคคลที่เด็กนั้นอาศัยอยู่ตาม (2) ศาลจะกำหนดเงื่อนไขเพื่อคุ้มครองประพฤติดังเด็กนั้นเช่นเดียวกับที่บัญญัติไว้ในมาตรา 56 ด้วยก็ได้ ในกรณีเช่นว่านี้ ให้ศาลแต่งตั้งพนักงานคุมประพฤติหรือพนักงานอื่นใดเพื่อคุ้มครองประพฤติดังเด็กนั้น

(4) ถ้าเด็กนั้นไม่มีบิดา มารดา หรือผู้ปกครอง หรือมีแต่ศาลเห็นว่าไม่สามารถดูแลเด็กนั้นได้หรือถ้าเด็กอาศัยอยู่กับบุคคลอื่นนอกจากบิดา มารดา หรือผู้ปกครอง และบุคคลนั้นไม่ยอมรับข้อกำหนดดังกล่าวใน (2) ศาลจะมีคำสั่งให้มอบตัวเด็กนั้นให้อยู่กับบุคคลหรือองค์การที่ศาลเห็นสมควรเพื่อดูแล อบรม และสั่งสอนตามระยะเวลาที่ศาลกำหนดก็ได้ในเมื่อบุคคลหรือองค์การนั้นยินยอม ในกรณีเช่นว่านี้ให้บุคคลหรือองค์การนั้นมีอำนาจเช่นผู้ปกครองเฉพาะเพื่อดูแล อบรม และสั่งสอน รวมตลอดถึงการกำหนดที่อยู่และการจัดให้เด็กมีงานทำตามสมควร หรือให้ดำเนินการคุ้มครองสวัสดิภาพเด็กตามกฎหมายว่าด้วยการนั้นก็ได้ หรือ

(5) ส่งตัวเด็กนั้นไปยังโรงเรียน หรือสถานฝึกและอบรม หรือสถานที่ซึ่งจัดตั้งขึ้นเพื่อฝึกและอบรมเด็ก ตลอดระยะเวลาที่ศาลกำหนด แต่อย่าให้เกินกว่าที่เด็กนั้นจะมีอายุครบสิบแปดปี คำสั่งของศาลดังกล่าวใน (2) (3) (4) และ (5) นั้น ถ้าในขณะใดภายในระยะเวลาที่ศาลกำหนดไว้ ความปรากฏแก่ศาลโดยศาลรู้เอง หรือตามคำเสนอของผู้มีส่วนได้เสีย พนักงานอัยการ หรือบุคคลหรือองค์การที่ศาลมอบตัวเด็กเพื่อดูแล อบรมและสั่งสอน หรือเจ้าพนักงานว่า พฤติการณ์เกี่ยวกับคำสั่งนั้นได้เปลี่ยนแปลงไป ก็ให้ศาลมีอำนาจเปลี่ยนแปลงแก้ไขคำสั่งนั้นหรือมีคำสั่งใหม่ตามอำนาจในมาตรานี้”

บทบัญญัติในมาตรานี้ยังคงถือว่าเด็กอายุกว่า 10 ปี แต่ยังไม่เกิน 15 ปี ยังไม่มีความสามารถในการกระทำความผิดอาญาหรือกระทำชั่ว (Schuldfähigkeit)⁴⁸ หากเด็กนั้นกระทำการอันเป็นการฝ่าฝืนกฎหมาย เด็กนั้นไม่ต้องรับโทษแต่ศาลอาจใช้วิธีการสำหรับเด็กเพื่อแก้ไขปรับปรุงตัวเด็กได้ เพราะถือว่าเด็กอายุกว่า 10 ปี แต่ยังไม่เกิน 15 ปี นั้นพอรู้ความและสามารถแยกแยะผิดชอบชั่วดีได้บ้างแล้ว โดยอาจใช้วิธีการสำหรับเด็กต่าง ๆ เช่น ว่ากล่าวตักเตือนให้เหมาะสมกับสาเหตุแห่งการกระทำความผิดของเด็กและอาจเรียกบิดามารดา หรือผู้ปกครองของเด็กมาตักเตือนให้คอยดูแลระวังอีกชั้นหนึ่งด้วย หรือกำหนดเงื่อนไขเพื่อคุ้มครองความประพฤติเด็กนั้นมิให้ก่อเหตุร้ายตลอดเวลาที่ศาลกำหนด โดยศาลอาจระบุในคำพิพากษาว่ามีอะไรบางอย่างที่จะให้บิดามารดาคอยระมัดระวัง เป็นต้น⁴⁹ เพื่อเป็นการเปิดโอกาสให้ศาลได้ใช้ดุลยพินิจพิจารณาว่าวิธีการสำหรับเด็กวิธีการใดเหมาะสมที่จะใช้กับเด็กคนใด โดยพิจารณาเป็นรายบุคคลให้เหมาะสมกับลักษณะ และสภาพแวดล้อมส่วนตัวของเด็กหรือผู้กระทำความผิดได้⁵⁰

การใช้วิธีการสำหรับเด็กเพื่อแก้ไขปรับปรุงตัวเด็กดังกล่าวนี้ไม่ใช่ “โทษ” บทบัญญัติในมาตรา 74 นี้ จึงไม่ขัดกับหลักที่ว่า จะลงโทษบุคคลโดยปราศจากความชั่วไม่ได้หรือที่เรียกว่าหลัก “ไม่มีโทษ โดยไม่มีความชั่ว” (Nulla Poena Sine Culpa)⁵¹

(ค) บุคคลอายุกว่า 15 ปี แต่ต่ำกว่า 18 ปี

มาตรา 75 บัญญัติว่า “ผู้ใดอายุกว่าสิบห้าปีแต่ต่ำกว่าสิบแปดปี กระทำการอันกฎหมายบัญญัติเป็นความผิดให้ศาลพิจารณาถึงความรู้ผิดชอบและสิ่งอื่นที่เกี่ยวพันกับผู้นั้น ในอันที่จะควรวินิจฉัยว่าสมควรพิพากษาลงโทษผู้นั้นหรือไม่ ถ้าศาลเห็นว่าไม่สมควรพิพากษาลงโทษก็ให้จัดการตามมาตรา 74 หรือถ้าศาลเห็นว่าสมควรพิพากษาลงโทษ ก็ให้ลดมาตราส่วนโทษที่กำหนดไว้สำหรับความผิดลงกึ่งหนึ่ง”

บทบัญญัติในมาตรานี้ให้ศาลเลือกพิจารณาว่า จะสมควรใช้วิธีการสำหรับเด็กหรือจะลงโทษทางอาญาแก่บุคคลนั้น โดยกฎหมายเห็นว่าบุคคลอายุกว่า 15 ปี แต่ยังไม่เกิน 18 ปี

⁴⁸ คณิต ฒ นคร, กฎหมายอาญาภาคทั่วไป, หน้า 295.

⁴⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 188.

⁵⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 191.

⁵¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 298-299.

เป็นบุคคลที่อาจมีความสามารถในการทำชั่ว (Schuldfähigkeit)⁵² ซึ่งศาลจะต้องพิจารณาถึงความรู้สึกผิดชอบของผู้กระทำความผิดที่เป็นบุคคลอายุกว่า 15 ปี แต่ต่ำกว่า 18 ปี โดยพิจารณาจากสภาพแวดล้อมด้วยว่าควรจะจัดการอย่างไรจึงจะทำให้บุคคลนั้นกลับตัวเป็นคนดีได้ หากศาลเห็นว่าการจัดการกับบุคคลนั้นโดยใช้วิธีการสำหรับเด็กจะทำให้เขากลับตนได้ดีกว่า ศาลก็อาจจะสั่งให้ใช้วิธีการนั้นแทนการลงโทษทางอาญาได้ กล่าวคือ ถ้าทำให้ผู้เยาว์กลับตัวได้โดยไม่ต้องลงโทษก็ไม่จำเป็นต้องลงโทษ มุ่งพิจารณาแก้ไขที่ตัวบุคคลเฉพาะรายดีกว่าลงโทษเพื่อมิให้เป็นเยี่ยงอย่างแก่ผู้อื่น⁵³

อย่างไรก็ตาม หากศาลจะลงโทษทางอาญาแก่บุคคลอายุกว่า 15 ปี แต่ต่ำกว่า 18 ปี ศาลจะต้องลดมาตรฐานในการลงโทษลงกึ่งหนึ่ง โดยหากบุคคลที่อายุไม่เกิน 18 ปี กระทำความผิดจะไม่มีทางถูกลงโทษประหารชีวิตได้เลยซึ่งเป็นไปตามมาตรา 18 แห่งประมวลกฎหมายอาญา⁵⁴

(ง) บุคคลอายุตั้งแต่ 18 ปี แต่ยังไม่เกิน 20 ปี

มาตรา 76 บัญญัติว่า “ผู้ใดอายุตั้งแต่สิบแปดปีแต่ยังไม่เกินยี่สิบปี กระทำการอันกฎหมายบัญญัติเป็นความผิด ถ้าศาลเห็นสมควรจะลดมาตรฐานโทษที่กำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นลงหนึ่งในสามหรือกึ่งหนึ่งก็ได้”

โดยทั่วไปบุคคลที่มีอายุตั้งแต่ 18 ปี น่าจะถือได้ว่ามีความรับผิดชอบและสามารถแยกแยะผิดชอบชั่วดีได้เสมือนเป็นผู้ใหญ่ แต่อาจมีบางกรณีที่บุคคลที่มีอายุตั้งแต่ 18 ปี เหล่านี้มีความรู้สึกผิดชอบชั่วดียังไม่เต็มที่ เพราะมันสมองอาจจะเจริญเติบโตช้ากว่าบุคคลอื่น หากศาลลงโทษหนักอาจเกิดความไม่เหมาะสมขึ้นได้ บทบัญญัติในมาตราดังกล่าวจึงเปิดโอกาสให้ศาลใช้ดุลยพินิจในการที่จะลดมาตรฐานโทษลงหนึ่งในสามหรือไม่เกินกึ่งหนึ่งได้ ซึ่งการลดมาตรฐานโทษดังกล่าวได้บัญญัติไว้ในกฎหมายอย่างชัดเจนให้ศาลมีอำนาจกระทำได้⁵⁵

⁵² คณิต ณ นคร, กฎหมายอาญาภาคทั่วไป, หน้า 295.

⁵³ ทวีเกียรติ มินะกะนิษฐ, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคทั่วไป, หน้า 189.

⁵⁴ ประมวลกฎหมายอาญา, มาตรา 18 บัญญัติว่า “...โทษประหารชีวิตและโทษจำคุกตลอดชีวิตมิให้นำมาใช้บังคับแก่ผู้ซึ่งกระทำความผิดในขณะที่มีอายุต่ำกว่าสิบแปดปี...”

⁵⁵ ทวีเกียรติ มินะกะนิษฐ, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคทั่วไป, หน้า 189.

ดังนั้นสาเหตุสำคัญที่การกระทำของเด็กและเยาวชนได้รับการยกเว้นโทษหรือลดหย่อนโทษ เพราะกฎหมายเห็นว่าเด็กและเยาวชนยังไม่มีความสามารถที่จะรู้ผิดชอบในทางอาญา⁵⁶ หรือไม่มีความสามารถในการกระทำชั่วได้ (Schuldfähigkeit)⁵⁷ เนื่องจากเป็นบุคคลที่ยังไม่เจริญวัยจนเป็นผู้ใหญ่ จึงขาดความรู้ผิดชอบ หรือขาดความสามารถในการบังคับตนเอง จึงถือว่าเป็นบุคคลที่ไม่มีความสามารถในการทำชั่ว เมื่อเกิดการกระทำที่เป็นการฝ่าฝืนกฎหมายเกิดขึ้นจึงเป็นการกระทำที่ปราศจากความชั่ว (Schuld) นั่นเอง

(2) การกระทำของคนวิกลจริต

มาตรา 65 บัญญัติว่า “ผู้ใดกระทำความผิด ในขณะที่ไม่สามารถรู้ผิดชอบ หรือไม่สามารถบังคับตนเองได้เพราะมีจิตบกพร่อง โรครจิตหรือจิตฟั่นเฟือน ผู้นั้นไม่ต้องรับโทษสำหรับความผิดนั้น แต่ถ้าผู้กระทำความผิดยังสามารถรู้ผิดชอบอยู่บ้าง หรือยังสามารถบังคับตนเองได้บ้าง ผู้นั้นต้องรับโทษสำหรับความผิดนั้น แต่ศาลจะลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นเพียงใดก็ได้”

โดยทั่วไปต้องถือว่าทุกคนเป็นคนปกติและต้องรับผิดชอบในการกระทำของตน ดังนั้นหากใครอ้างเหตุว่าวิกลจริตเพื่อไม่ต้องรับโทษ จะต้องนำสืบพิสูจน์ให้เห็นชัดแจ้งว่าได้มีการกระทำความผิดลงในขณะวิกลจริต กล่าวคือ ไม่สามารถรู้ผิดชอบ ไม่สามารถบังคับตนเองได้เพราะมีจิตบกพร่อง โรครจิต หรือจิตฟั่นเฟือน ถึงขนาดผิดปกติธรรมดา ทว่า ๆ ไปอย่างมาก อาจทำให้ผู้นั้นไม่เข้าใจสภาพ หรือสาระของการกระทำ ผู้นั้นก็ไม่ต้องรับโทษสำหรับความผิดนั้น ทั้งนี้การวิกลจริตจะต้องถึงขนาดตามที่กฎหมายต้องการด้วย⁵⁸

อย่างไรก็ตาม หากบุคคลดังกล่าวยังสามารถรู้ผิดชอบอยู่บ้าง หรือยังสามารถบังคับตนเองได้บ้างก็ยังคงต้องรับโทษสำหรับความผิดนั้น โดยศาลจะลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้เพียงใดก็ได้⁵⁹

⁵⁶ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคทั่วไป, หน้า 187.

⁵⁷ คณิต ฒ นคร, กฎหมายอาญาภาคทั่วไป, หน้า 294-295.

⁵⁸ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคทั่วไป, หน้า 194-196.

⁵⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 196-197.

2.4 การอ้างความไม่รู้ข้อเท็จจริงกับความรับผิดทางอาญา

โดยทั่วไปแล้วผู้กระทำจะต้องรู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิด จึงจะถือว่าผู้กระทำมีเจตนากระทำความผิดในทางอาญา ซึ่งหากผู้กระทำไม่รู้ข้อเท็จจริงดังกล่าว ก็สามารถยกเหตุนี้ขึ้นอ้างเป็นข้อแก้ตัวว่าไม่ได้กระทำโดยเจตนาได้

2.4.1 การอ้างความไม่รู้ข้อเท็จจริงกับความรับผิดทางอาญาในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law)

ความรับผิดทางอาญาของบุคคลตามระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ จะต้องมีการพิจารณาถึง (1) การกระทำความผิด หรือกระทำการครบองค์ประกอบภายนอกตามที่กฎหมายกำหนด (Actus Reus) และ (2) เจตนาในการกระทำความผิด หรือองค์ประกอบภายในจิตใจ (Mens Rea) หากมีการกระทำครบองค์ประกอบทั้งสองแล้ว บุคคลนั้นจึงจะต้องรับผิดในทางอาญา อย่างไรก็ตาม บุคคลดังกล่าวสามารถที่จะหลีกเลี่ยงจากความรับผิดทางอาญานั้นได้ หากเขาสามารถอ้างข้อต่อสู้หรือข้อแก้ตัว (Defences) เพื่อให้ตนหลุดพ้นจากความรับผิดได้สำเร็จ⁶⁰

หนึ่งในข้อต่อสู้ที่สำคัญที่จำเลยมักยกขึ้นอ้างเพื่อให้ตนหลุดพ้นจากความรับผิดทางอาญานั้น คือ การอ้างความไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิด ซึ่งการอ้างข้อต่อสู้ดังกล่าวนี้จะทำให้จำเลยขาดเจตนาในการกระทำความผิด หรือขาดองค์ประกอบภายในจิตใจ (Mens Rea) อันเป็นองค์ประกอบสำคัญของความรับผิดทางอาญา ทำให้จำเลยหลุดพ้นจากความรับผิด⁶¹ ตัวอย่างเช่น กรณีที่จำเลยเมา ทำให้จำเลยเข้าใจว่าผู้เสียหายเป็นกวาง จำเลยจึงยิงผู้เสียหายถึงแก่ความตาย กรณีนี้จำเลยอาจอ้างได้ว่าตนไม่มีเจตนาฆ่า หรือเจตนาทำร้ายร่างกายผู้เสียหายเป็นเหตุให้ได้รับบาดเจ็บสาหัส เนื่องจากจำเลยไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิด เข้าใจว่าผู้เสียหายเป็นกวาง แต่อย่างไรก็ตาม กรณีดังกล่าวจำเลยยังคงต้องรับผิดฐานประมาทเป็นเหตุให้ผู้อื่นถึงแก่ความตายซึ่งได้รับโทษน้อยกว่าความผิดฐานเจตนาฆ่าตนเอง⁶²

⁶⁰ Jonathan Herring, *Criminal Law: Text, Cases, and Materials*, Page 635.

⁶¹ Ibid.

⁶² Ibid, Page 699.

ปัญหาสำคัญในการอ้างความไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิด คือ ความผิดฐานนั้น ๆ จำเป็นจะต้องมีองค์ประกอบภายในจิตใจหรือไม่ ซึ่งโดยทั่วไปในทุก ๆ ฐาน ความผิดจำเป็นจะต้องพิจารณาถึงองค์ประกอบภายในจิตใจ การอ้างความไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็น องค์ประกอบของความผิด จึงทำให้จำเลยหลุดพ้นจากความรับผิดได้ แต่อย่างไรก็ตาม มีความผิดบาง ประเภทที่กฎหมายกำหนดไว้อย่างชัดเจนว่า ต้องรับผิดแม้ได้กระทำโดยไม่มีเจตนาหรือไม่ประมาท ซึ่งทำให้จำเลยไม่สามารถอ้างความไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิดได้ เนื่องจาก ความผิดประเภทนี้ไม่พิจารณาองค์ประกอบภายในจิตใจอันเป็นองค์ประกอบสำคัญของความรับผิด ทางอาญา โดยเรียกความผิดประเภทนี้ว่าเป็น ความผิดที่ต้องรับผิดโดยเคร่งครัด (Strict Liability Offences)⁶³ ตัวอย่างเช่น กรณีความผิดทางเพศที่กระทำต่อเด็ก ผู้กระทำไม่สามารถอ้างความไม่รู้ อายุของเด็กขึ้นเป็นข้อแก้ตัว เพื่อให้ตนพ้นจากความรับผิดได้ แม้ว่าผู้กระทำนั้นจะสุจริต (Good Faith) หรือ มีเหตุอันสมควรเชื่อ (Reasonable Belief) ก็ตาม⁶⁴

2.4.2 การอ้างความไม่รู้ข้อเท็จจริงกับความรับผิดทางอาญาในระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law)

ในการศึกษาการอ้างความไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิดในระบบ กฎหมายซีวิลลอว์ หรือระบบประมวลกฎหมายนั้น ผู้เขียนได้ทำการศึกษาเฉพาะการอ้างความไม่รู้ ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิดของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ซึ่งมีรายละเอียดดังนี้

ในประมวลกฎหมายอาญาของเยอรมัน (German Penal Code) ได้บัญญัติเรื่องความ ไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิด (Tatbestandsirrtum) ไว้ในมาตรา 16(1)⁶⁵ ซึ่ง บัญญัติว่า “ความสำคัญผิดในข้อเท็จจริง (1) ผู้ใดในขณะที่กระทำความผิดไม่ทราบข้อเท็จจริงอันเป็น

⁶³ Ibid.

⁶⁴ Colin Campbell, “Mistake or lack of information as to victim's age as defense to statutory rape,” *American Law Reports* 46 A.L.R.5th 499, Originally published in 1997.

⁶⁵ German Penal Code, Section 16 “Mistake of fact

(1) Whosoever at the time of the commission of the offence is unaware of a fact which is a statutory element of the offence shall be deemed to lack intention. Any liability for negligence remains unaffected.

(2) Whosoever at the time of commission of the offence mistakenly assumes the existence of facts which would satisfy the elements of a more lenient provision, may only be punished for the intentional commission of the offence under the more lenient provision.”

องค์ประกอบของความผิด ผู้ที่นั้นมิได้กระทำโดยเจตนา การลงโทษสำหรับประมาทไม่มีผลกระทบบ
 กระเทือน...” จากบทบัญญัติดังกล่าว นักนิติศาสตร์เยอรมันได้อธิบายว่า การกระทำโดยเจตนา
 ประกอบด้วย ส่วนประกอบภายใน (Subjektives Element) สองส่วน คือ ส่วนรู้ กับ ส่วนต้องการ
 และได้ให้ความหมายของ เจตนา ว่าคือ การรู้และการต้องการการเกิดขึ้นจริงของข้อเท็จจริงอันเป็น
 องค์ประกอบของความผิด⁶⁶

ความไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิดส่งผลโดยตรงต่อการกระทำโดย
 เจตนา เมื่อผู้กระทำไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิด การกระทำนั้นก็ไม่ใช่เป็นการ
 กระทำโดยเจตนา⁶⁷ โดยส่วนรู้ของการกระทำโดยเจตนา นั้น ครอบคลุมข้อเท็จจริงทั้งหมดของ
 ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบภายนอกของความผิด ดังนั้น หากส่วนประกอบของการรู้นี้ขาดไป
 ทั้งหมดหรือบางส่วน กรณีดังกล่าวก็ไม่ใช่เป็นการกระทำโดยเจตนา หรือเป็นกรณีของการขาดเจตนา
 เช่นเดียวกัน⁶⁸

คำอธิบายของนักนิติศาสตร์เยอรมันดังกล่าวนี้ มีเนื้อหาตรงกับบทบัญญัติในมาตรา
 59 วรรคสองประกอบวรรคสามของประมวลกฎหมายอาญาของไทยที่ว่า หากผู้กระทำไม่รู้ก็เท่ากับว่า
 ไม่มีเจตนากระทำความผิด โดยถือว่าผู้กระทำลงโดยขาดเจตนาตนเอง⁶⁹

2.4.3 การอ้างความไม่รู้ข้อเท็จจริงกับความรับผิดทางอาญาในกฎหมายไทย

การจะถือว่าผู้กระทำมีเจตนากระทำความผิดในทางอาญาตามกฎหมายไทยนั้น
 ผู้กระทำต้องรู้สึกตัวในขณะที่กระทำความผิด และผู้กระทำต้องรู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของ
 ความผิดด้วย ซึ่งการไม่รู้ข้อเท็จจริงในทางกฎหมายอาญานั้น แบ่งได้เป็น 2 กรณี คือ (1) การไม่รู้
 ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิด และ (2) การสำคัญผิดในข้อเท็จจริงที่เป็นพฤติการณ์⁷⁰

⁶⁶ คณิต ณ นคร, *กฎหมายอาญาภาคทั่วไป*, หน้า 220-221.

⁶⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 231.

⁶⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 231-232.

⁶⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 221.

⁷⁰ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, *คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคทั่วไป*, หน้า 84.

(1) การไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิด

มาตรา 59 วรรคสาม บัญญัติว่า “ถ้าผู้กระทำมิได้รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิด จะถือว่าผู้กระทำประสงค์ต่อผล หรือย่อมนิ่งเห็นผลของการกระทำนั้นมิได้”

บทบัญญัติดังกล่าวแสดงให้เห็นว่า กฎหมายกำหนดให้ผู้กระทำต้อง “รู้” ข้อเท็จจริงเพื่อเป็นการแสดงถึงเจตนาของผู้กระทำ ซึ่งรวมไปถึงกรณีที่ผู้กระทำ “ควรรู้” ข้อเท็จจริงดังกล่าวด้วย โดยอาจพิจารณาจากบริบทแวดล้อม ตัวอย่างเช่น คำพิพากษาฎีกาที่ 1717/2543

คำพิพากษาฎีกาที่ 1717/2543 จำเลยมีอาชีพรับราชการในตำแหน่งเจ้าหน้าที่ส่งเสริมสหกรณ์ 5 ได้รับการแต่งตั้งให้เป็นคณะกรรมการในโครงการต่าง ๆ ของทางราชการหลายแห่งที่เกี่ยวข้องกับประชาชน ทั้งนี้เพื่อส่งเสริมอาชีพแก่ชาวบ้าน เด็กและเยาวชน ตลอดจนเป็นวิทยากรอบรมลูกเสือชาวบ้าน จำเลยจึงได้พบปะผู้คนมากมีประสบการณ์ในชีวิตพอสมควร พอจะประมาณการได้ว่าเด็กหรือเยาวชนนั้นมีอายุประมาณเท่าใด จำเลยรู้จักกับผู้เสียหายมาก่อนเกิดเหตุเป็นเวลาไม่น้อยกว่า 3 สัปดาห์ เพราะรับสอนผู้เสียหายขับรถยนต์โดยผู้เสียหายไปกับมารดาทุกครั้ง แต่วันเกิดเหตุจำเลยเบิกความยอมรับว่าก่อนเกิดเหตุ 1 วัน จำเลยบอกมารดาของผู้เสียหายว่า ผู้เสียหายสามารถขับรถทางไกลได้ พงู่นี้เมื่อมารดาขับรถเสร็จแล้วไม่ต้องรอรับผู้เสียหายกลับบ้านเพราะจะนำผู้เสียหายฝึกหัดขับรถทางไกลเป็นเวลา 2 ชั่วโมงนับว่าเป็นเรื่องผิดปกติ วันเกิดเหตุจำเลยก็ให้ผู้เสียหายขับรถไกลถึงประมาณ 60 กิโลเมตร ก็เป็นพิรุณเพราะกว่าจะไปและกลับคงต้องใช้เวลาานกว่าที่ฝึกขับรถปกติวันละ 2 ชั่วโมง จำเลยเป็นครูฝึกหัดขับรถแต่ไปสอบถามเรื่องส่วนตัวของผู้เสียหาย ซึ่งเป็นคนละเรื่องกับหน้าที่ของตนเอง หากจำเลยพูดคุยกับผู้เสียหายก็น่าจะพอคาดคิดได้ว่าผู้เสียหายมีระดับสติปัญญาเป็นเด็กเพียงใด พฤติการณ์ที่จำเลยขับรถพาผู้เสียหายเข้าโรงแรมก็ไม่ปรากฏว่าได้รักใคร่ชอบพอผู้เสียหายหรือเคยพูดจาแสดงความรักกันมาก่อน เพียงแต่จำเลยเบิกความทำนองคิดว่าผู้เสียหายมีใจแก่จำเลยเท่านั้น นับว่าเป็นการฉวยโอกาสจากความไร้เดียงสาของผู้เสียหายเพื่อสนองตัณหาของตนเท่านั้น ชั้นจับกุมและสอบสวนจำเลยก็ได้แสดงว่าจำเลยสำคัญผิดในเรื่องอายุของผู้เสียหายอย่างไร กรณีจะเป็นเรื่องสำคัญผิดในข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 62 วรรคแรก จะต้องมีการพิจารณาหรือเหตุชักจูงใจให้สำคัญผิดโดยสุจริต มิใช่คาดคะเนเอาเองดังที่จำเลยเบิกความพฤติการณ์ของจำเลยเช่นนี้จึงไม่มีเหตุผลเพียงพอที่จะยกขึ้นกล่าวอ้างเพื่อเป็นข้อแก้ตัวว่าจำเลยสำคัญผิดโดยสุจริต ดังนั้น เมื่อจำเลยกระทำชำเราเด็กหญิง

อายุไม่เกิน 15 ปี ซึ่งมีใช้กริยาของตนโดยเด็กหญิงนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม จำเลยจึงต้องมีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 277 วรรคแรก และการที่จำเลยพาผู้เสียหายไปกระทำชำเราที่ห้องของโรงแรมที่เกิดเหตุ เป็นการล่วงอำนาจปกครองของมารดาผู้เสียหายโดยปราศจากเหตุอันสมควรเพื่อการอนาจาร เป็นความผิดฐานพรากเด็กอายุไม่เกิน 15 ปี ไปเสียจากบิดามารดาตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 317 วรรคสาม

จากคำพิพากษาศาลฎีกาข้างต้น แสดงให้เห็นว่า จำเลยพอจะประมาณการได้ว่าเด็กหรือเยาวชนนั้นมีอายุประมาณเท่าใด เนื่องจากจำเลยมีอาชีพรับราชการที่เกี่ยวข้องกับเด็กและเยาวชน ตลอดจนเป็นวิทยากรอบรมลูกเสือชาวบ้าน จำเลยจึงได้พบปะผู้คนมากมีประสบการณ์ในชีวิตพอสมควร อีกทั้งจำเลยรู้จักกับผู้เสียหายมาก่อนเกิดเหตุเป็นเวลาไม่น้อยกว่า 3 สัปดาห์ เพราะรับสอนผู้เสียหายชั้นมัธยม จากบริบทแวดล้อมดังกล่าว จำเลย “ควรรู้” ได้ว่าผู้เสียหายมีอายุไม่เกิน 15 ปี กรณีนี้จำเลยจึงต้องรับผิด จำเลยจะอ้างว่าไม่รู้ข้อเท็จจริง หรือสำคัญผิดในข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิดไม่ได้

ข้อเท็จจริงที่ผู้กระทำความผิดต้องรู้หรือควรรู้ หมายถึง ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิด ซึ่งขึ้นอยู่กับบทบัญญัติของกฎหมายว่าได้กำหนดองค์ประกอบอันเป็นข้อเท็จจริงไว้อย่างไรบ้าง เช่น กรณีที่อายุเป็นองค์ประกอบของความผิด หากผู้กระทำเข้าใจว่าผู้เสียหายอายุ 17 ปี แล้วเท่ากับไม่รู้ข้อเท็จจริงว่าผู้เสียหายอายุไม่เกิน 15 ปี ถือว่าจำเลยไม่มีเจตนากระทำความผิดต่อเด็กอายุไม่เกิน 15 ปี เป็นต้น ดังนั้น ตามมาตรา 59 วรรคสาม หากผู้กระทำไม่รู้ก็เท่ากับว่าไม่มีเจตนากระทำความผิด โดยถือว่าผู้กระทำความผิดลงโดยขาดเจตนาตนเอง⁷¹

ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิด ตามบทบัญญัติในมาตรา 59 วรรคสามนี้เป็นคำที่มีความหมายเป็นการเฉพาะ กล่าวคือ เป็นข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบภายนอกของความผิดแต่ละฐานของความผิดที่ได้กระทำโดยเจตนาเท่านั้น ซึ่งการกระทำโดยเจตนา เป็นการกระทำโดยรู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิด และในขณะเดียวกันผู้กระทำความผิดต้องประสงค์ต่อผล

⁷¹ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคทั่วไป, หน้า 84.

หรือยอมเสี่ยงเห็นผลของการกระทำนั้นด้วย ดังนั้น ถ้าผู้กระทำไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิด การกระทำดังกล่าวก็เป็นการกระทำที่ขาดเจตนา⁷²

นอกจากนี้ในกรณีที่ผู้กระทำไม่ทราบว่ามีเจตนากระทำในเหตุฉกรรจ์ไม่ได้ กล่าวคือ เมื่อไม่รู้ข้อเท็จจริงก็ต้องรับโทษหนักขึ้น ก็จะถือว่าผู้กระทำมีเจตนากระทำในเหตุฉกรรจ์ไม่ได้ กล่าวคือ เมื่อไม่รู้ข้อเท็จจริงก็ไม่ต้องรับโทษหนักขึ้น ในทางกลับกัน หากผู้กระทำเข้าใจว่าการกระทำของตนเป็นเหตุฉกรรจ์ แต่ความจริงแล้วไม่ใช่ ผู้กระทำก็ไม่ต้องรับโทษหนักขึ้นเช่นเดียวกัน ตามมาตรา 62 วรรคท้าย ที่ว่า “บุคคลจะต้องรับโทษหนักขึ้นโดยอาศัยข้อเท็จจริงใด บุคคลนั้นจะต้องได้รู้ข้อเท็จจริงนั้น”⁷³

อย่างไรก็ตาม หากการไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิดเกิดขึ้นเพราะความประมาทของผู้กระทำ ถ้าการกระทำโดยประมาทนั้นมีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นความผิดแล้ว ผู้กระทำก็ต้องรับผิดฐานกระทำโดยประมาท ตามมาตรา 62 วรรคสอง ที่ว่า “ถ้าความไม่รู้ข้อเท็จจริงตามความในวรรคสามแห่งมาตรา 59... ได้เกิดขึ้นด้วยความประมาทของผู้กระทำความผิด ให้ผู้กระทำรับผิดฐานกระทำโดยประมาท ในกรณีที่กฎหมายบัญญัติไว้โดยเฉพาะว่า การกระทำนั้นผู้กระทำจะต้องรับโทษแม้กระทำโดยประมาท” ด้วยเช่นกัน⁷⁴

ตัวอย่างกรณี ผู้กระทำความผิดไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิดซึ่งศาลตัดสินถือว่าผู้นั้นกระทำลงโดยขาดเจตนา จึงไม่มีความผิดในความผิดฐานนั้น ๆ

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2264/2538 จำเลยทั้งสองเข้าไปปักเสาชิงลวดหนามและจำเลยที่ 2 ปลูกต้นผลไม้ในที่ดินพิพาทซึ่งโจทก์จำเลยทั้งสองโต้แย้งสิทธิกันและต่างฟ้องคดีแพ่งอ้างว่าตนมีสิทธิครอบครองโดยเข้าใจว่าที่ดินพิพาทเป็นของจำเลยที่ 2 จำเลยทั้งสองจึงไม่มีเจตนาบุกรุกตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 362

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6405/2539 จำเลยสำคัญผิดโดยเข้าใจว่าผู้เสียหายอายุ 17 ปี ย่อมมีผลให้จำเลยไม่รู้ข้อเท็จจริงว่าผู้เสียหายอายุไม่เกิน 15 ปี ซึ่งเป็นข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของ

⁷² คณิต ณ นคร, กฎหมายอาญาภาคทั่วไป, หน้า 182-183.

⁷³ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคทั่วไป, หน้า 85.

⁷⁴ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1, หน้า 151.

ความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277 วรรคหนึ่ง เมื่อจำเลยไม่รู้ข้อเท็จจริงดังกล่าวจึงถือว่าจำเลยไม่มีเจตนากระทำความผิดฐานนี้ ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59 วรรคสาม

คำพิพากษาฎีกาที่ 3714/2540 ที่ดินของผู้เสียหายไม่มีแนวเขตที่แน่นอน จำเลยโต้เถียงตลอดมาว่า ที่ดินไม่ใช่ของผู้เสียหาย ขณะที่จำเลยเข้าไปก่อสร้างห้องแถวบ้านพักชั่วคราวปักหลักกันรั้ว และก่อสร้างรั้วคอนกรีตในที่ดินจำเลยจึงไม่รู้ว่าที่ดินนั้นอยู่ในเขตโฉนดที่ดินของโจทก์ อันเป็นองค์ประกอบของความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 362 ซึ่งตามมาตรา 59 วรรคสาม จะถือว่าจำเลยกระทำโดยประสงค์ต่อผลหรือยอมเล็งเห็นผลไม่ได้ จึงไม่เป็นการกระทำโดยเจตนา จำเลยไม่มีความผิด

คำพิพากษาฎีกาที่ 3881/2542 จำเลยได้พาเด็กหญิง ส. ผู้เสียหายไปเพื่อจะกระทำชำเราในเวลาที่ผู้เสียหายอายุ 14 ปี 10 เดือนเศษ โดยผู้เสียหายสมัครใจยินยอมไปกับจำเลย และจำเลยกอดจูบกระทำอนาจารแก่ผู้เสียหาย แม้การกระทำของจำเลยอาจเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 279 วรรคหนึ่งก็ตาม แต่การที่ผู้เสียหายมีรูปร่างและลักษณะการพูดจาทำให้จำเลยสำคัญผิดว่าผู้เสียหายอายุ 18 ถึง 19 ปี ซึ่งเป็นการสำคัญผิดในข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิดฐานกระทำอนาจารผู้เสียหายอายุไม่เกิน 15 ปี ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 279 วรรคหนึ่ง การกระทำของจำเลยจึงขาดเจตนากระทำความผิดฐานดังกล่าวตามมาตรา 59 วรรคสาม

คำพิพากษาฎีกาที่ 4665/2547 จำเลยไม่ทราบและผู้เสียหายยังไม่พ้นวัยเด็ก ซึ่งผู้เสียหายมีอายุไม่เกิน 15 ปี โดยจำเลยเข้าใจผิดว่าผู้เสียหายอายุ 20 ปีแล้ว จึงเป็นการไม่รู้ข้อเท็จจริงเรื่องอายุอันเป็นองค์ประกอบความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277 วรรคแรก และมาตรา 317 วรรคสาม การกระทำของจำเลยจึงขาดเจตนากระทำความผิดดังกล่าว ตามมาตรา 59 วรรคสาม

คำพิพากษาฎีกาที่ 1761/2552 จำเลยนำเช็คซึ่งเป็นตัวเงินปลอมเข้าบัญชีจำเลยเพื่อเรียกเก็บเงินแทนนาง ย. โดยไม่ทราบว่าเป็นตัวเงินปลอม การกระทำของจำเลยจึงเป็นการกระทำโดยไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบความผิด เป็นการขาดเจตนากระทำความผิดฐานใช้ตัวเงินปลอมตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 268 วรรคแรก ประกอบมาตรา 266 (4) และมาตรา 59 วรรคสาม วรรคสอง และวรรคหนึ่ง จำเลยจึงไม่มีความผิดฐานร่วมกับพวกใช้ตัวเงินปลอม เนื่องจากไม่มีพยานหลักฐานมาสืบให้ศาลเห็นว่า จำเลยได้ร่วมทำปลอมโดยกรอกข้อความและลงลายมือชื่อปลอม

ของนาย ส.ลงในเช็ค อีกทั้งผลการตรวจพิสูจน์ลายมือของผู้เขียนข้อความในเช็คก็น่าจะเป็นลายมือของบุคคลอื่น มิใช่ลายมือชื่อของจำเลยด้วย พยานหลักฐานโจทก์และโจทก์ร่วมยังฟังไม่ได้ว่าจำเลยร่วมกระทำความผิดฐานปลอมตัวเงิน

คำพิพากษาฎีกาที่ 3617/2555 รูปร่างและลักษณะของผู้เสียหายที่ 1 ย่อมมีเหตุผลทำให้จำเลยเข้าใจว่าผู้เสียหายที่ 1 มีอายุเกินกว่าสิบห้าปีแต่ยังไม่เกินสิบแปดปี ซึ่งเป็นข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277 และมาตรา 317 วรรคสาม การกระทำของจำเลยจึงเป็นการกระทำโดยไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบความผิดเป็นการขาดเจตนากระทำความผิด ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277 วรรคสอง (เดิม) และมาตรา 317 วรรคสาม

คำพิพากษาฎีกาที่ 19960/2555 ขณะจำเลยรับผู้เสียหายเข้าทำงานไม่ได้ตรวจดูหลักฐานเกี่ยวกับอายุของผู้เสียหายก่อน ผู้เสียหายมีรูปร่างโตกว่าเด็กทั่วไปตัวใหญ่และมีส่วนสูงประมาณ 155 เซนติเมตร และเมื่อพิจารณาภาพถ่ายของผู้เสียหายแล้วก็มีรูปร่างสูงใหญ่และลักษณะสูงใหญ่เกินกว่าเด็กหญิงที่มีอายุ 15 ปี โดยทั่วไป เช่นนี้จึงมีเหตุผลที่จำเลยจะเข้าใจโดยสุจริตว่าผู้เสียหายมีอายุ 17 ถึง 18 ปี การที่จำเลยสำคัญผิดเกี่ยวกับอายุของผู้เสียหายนี้เป็นการไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิด การกระทำของจำเลยจึงไม่เป็นความผิดฐานกระทำชำเราเด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปีตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277 วรรคแรก ประกอบมาตรา 59 วรรคสาม วรรคสอง และวรรคหนึ่ง แม้จะมีบทบัญญัติความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราในมาตรา 276 วรรคแรก แต่เมื่อผู้เสียหายยินยอมให้จำเลยกระทำชำเรา การกระทำของจำเลยก็ไม่เป็นความผิดมาตรา 276 วรรคแรก

คำพิพากษาฎีกาที่ 9285/2556 เมื่อจำเลยสำคัญผิดว่าผู้เสียหายพ้นวัยผู้เยาว์ โดยเข้าใจว่าผู้เสียหายมีอายุเกินกว่า 18 ปี แล้ว เนื่องจากผู้เสียหายมีรูปร่างสูงกว่าและอวบกว่าคนในวัยเดียวกัน รวมทั้งอยู่ในร้านอาหารที่ติดป้ายห้ามคนอายุต่ำกว่าสิบแปดปีทำงาน จึงเป็นการสำคัญผิดในข้อเท็จจริงเรื่องอายุอันเป็นองค์ประกอบความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 318 วรรคแรก การกระทำของจำเลยจึงขาดเจตนากระทำความผิดฐานดังกล่าวตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59 วรรคสาม

คำพิพากษาฎีกาที่ 11683/2556 จำเลยเบิกความว่า จำเลยเข้าใจว่าผู้เสียหายที่ 1 อายุประมาณ 18 ปี ถึง 19 ปี เพราะรูปร่างสูงใหญ่ ซึ่งในข้อนี้ผู้เสียหายที่ 2 เบิกความตอบนายจำเลยถามค้านว่า ผู้เสียหายที่ 1 มีรูปร่างสูงใหญ่กว่าอายุ หากดูภายนอกเพียงผิวเผินอาจเข้าใจได้ว่ามีอายุเกิน 18 ปีแล้ว เจ้าของร้านอาหารริมซีรับผู้เสียหายที่ 1 เข้าทำงานเนื่องจากเข้าใจว่าผู้เสียหายที่ 1 มีอายุเกิน 18 ปี ส่วนผู้เสียหายที่ 3 ก็เบิกความทำนองเดียวกันว่า หากเทียบกับเพื่อนรุ่นเดียวกัน ผู้เสียหายที่ 1 จะรูปร่างสูงใหญ่กว่าเพื่อน บุคคลทั่วไปมองผู้เสียหายที่ 1 แล้วอาจเข้าใจได้ว่ามีอายุ 17 ถึง 18 ปี จึงเจือสมกับคำเบิกความของจำเลยดังกล่าว นอกจากนี้ยังปรากฏด้วยว่า ก่อนเกิดเหตุผู้เสียหายที่ 1 เคยทำงานเป็นเด็กเสิร์ฟที่ร้านอาหารริมซีมาก่อนโดยทำงานตั้งแต่เวลา 9 ถึง 19 นาฬิกา อีกทั้งหลังเกิดเหตุผู้เสียหายที่ 1 บอกผู้เสียหายที่ 2 และที่ 3 ว่านอกจากจำเลยแล้วยังมีชายอื่นกระทำชำเราผู้เสียหายที่ 1 อีก 11 คน จึงมีเหตุผลเชื่อได้ว่ารูปร่างและลักษณะของผู้เสียหายที่ 1 ทำให้ผู้พบเห็นเข้าใจว่าผู้เสียหายที่ 1 มีอายุเกินกว่า 18 ปี จำเลยอาจสำคัญผิดว่าผู้เสียหายที่ 1 อายุเกิน 18 ปี ดังที่อ้างก็เป็นได้ หากเป็นเช่นนี้ย่อมเป็นการสำคัญผิดในข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิดทั้งสองฐานตามฟ้องและทำให้เป็นการกระทำที่ขาดเจตนาตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59 วรรคสาม พยานหลักฐานที่โจทก์นำสืบมา ยังมีความสงสัยตามสมควรว่าจำเลยกระทำความผิดตามฟ้องหรือไม่ ต้องยกประโยชน์แห่งความสงสัยให้แก่จำเลย ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 227 วรรคสอง

คำพิพากษาฎีกาที่ 5729/2556 ความผิดฐานฆ่าผู้อื่นตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 288 นั้น จำเลยที่ 1 ต้องรู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบภายนอก คือ (1) ผู้ใด (2) ฆ่า (3) ผู้อื่น กล่าวคือ รู้ว่าการกระทำของจำเลยที่ 1 เป็นการฆ่า และรู้ด้วยว่า วัตถุประสงค์ของการกระทำคือผู้อื่นนั้น ยังมีชีวิตอยู่ ซึ่งปัญหาว่าจำเลยที่ 1 รู้หรือไม่ว่าผู้ตายถึงแก่ความตายแล้วนั้น โจทก์ไม่ได้ฎีกา และฎีกาโจทก์รับว่าจำเลยที่ 1 เข้าใจว่าผู้ตายถึงแก่ความตายแล้ว ทั้งข้อเท็จจริงยุติตามคำพิพากษาล่างว่า จำเลยที่ 1 พยายามข่มขืนกระทำชำเราผู้ตายโดยใช้กำลังประทุษร้ายผู้ตายจนหมดสติแล้วนำไปทิ้งที่อ่างเก็บน้ำโดยเข้าใจว่าผู้ตายถึงแก่ความตายแล้ว ดังนั้น การที่จำเลยที่ 1 มิได้รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิดว่าผู้ตายยังไม่ถึงแก่ความตาย จะถือว่าจำเลยที่ 1 ประสงค์ต่อผลหรือยอมเล็งเห็นผลไม่ได้ การกระทำของจำเลยที่ 1 จึงขาดองค์ประกอบความผิดตามความในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59 วรรคสาม

(2) การสำคัญผิดในข้อเท็จจริงที่เป็นพฤติการณ์

มาตรา 62 บัญญัติว่า “ข้อเท็จจริงใด ถ้ามีอยู่จริงจะทำให้การกระทำไม่เป็นความผิด หรือทำให้ผู้กระทำไม่ต้องรับโทษ หรือได้รับโทษน้อยลง แม้ข้อเท็จจริงนั้นจะไม่มีอยู่จริง แต่ผู้กระทำสำคัญผิดว่ามีอยู่จริง ผู้กระทำย่อมไม่มีความผิด หรือได้รับยกเว้นโทษ หรือได้รับโทษน้อยลง แล้วแต่กรณี...”

บทบัญญัติในมาตรานี้เป็นเรื่องความสำคัญผิดที่มีองค์ประกอบความผิด โดยดูจากข้อเท็จจริงที่เป็นพฤติการณ์แห่งการกระทำอันเป็นคุณแก่ผู้กระทำความผิด ซึ่งมีในเรื่องไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิด โดยกรณีตามมาตรานี้ผู้กระทำยังคงมีเจตนาอยู่ การที่จะต้องรับโทษหรือไม่จึงขึ้นอยู่กับลักษณะของข้อเท็จจริง ได้แก่⁷⁵

(ก) ข้อเท็จจริงใดถ้ามีอยู่จริง จะทำให้การกระทำไม่เป็นความผิด แม้ข้อเท็จจริงนั้นไม่มีอยู่จริง แต่ผู้กระทำสำคัญผิดว่ามีอยู่จริง ผู้กระทำย่อมไม่มีความผิด

(ข) ข้อเท็จจริงใดถ้ามีอยู่จริง จะทำให้ผู้กระทำไม่ต้องรับโทษ แม้ข้อเท็จจริงนั้นไม่มีอยู่จริง แต่ผู้กระทำสำคัญผิดว่ามีอยู่จริง ผู้กระทำย่อมได้รับยกเว้นโทษ

(ค) ข้อเท็จจริงใดถ้ามีอยู่จริง จะทำให้ผู้กระทำได้รับโทษน้อยลง แม้ข้อเท็จจริงนั้นไม่มีอยู่จริง แต่ผู้กระทำสำคัญผิดว่ามีอยู่จริง ผู้กระทำย่อมได้รับโทษน้อยลง

อย่างไรก็ตาม หากจะลงโทษบุคคลให้หนักขึ้นโดยข้อเท็จจริงใดในความผิดบางฐาน ผู้กระทำจะต้องรู้ข้อเท็จจริงนั้นด้วย

ตัวอย่างกรณี ผู้กระทำสำคัญผิดในข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิด ผู้กระทำจึงไม่มีความผิด หรือได้รับยกเว้นโทษ หรือได้รับโทษน้อยลงในความผิดฐานนั้น ๆ

คำพิพากษาฎีกาที่ 89/2519 จำเลยเข้าใจว่าเสารั้วของโจทก์ที่ขุดหลุมปักไว้อยู่ในที่ดินของจำเลย จำเลยจึงถอนออก โดยเจตนาใช้สิทธิตาม ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1336,1337 ไม่เป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 358 ประกอบ มาตรา 62

⁷⁵ ทวีเกียรติ มินะกะนิษฐ, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคทั่วไป, หน้า 86-87.

คำพิพากษาฎีกาที่ 3878/2536 ในคืนเกิดเหตุ จำเลยจะกลับบ้านพบรถยนต์คันหนึ่งจอดอยู่โดยไม่ได้ล็อคประตูและเสียเบกกุญแจคาไว้ จำเลยจึงขับออกไปโดยสำคัญผิดว่ารถยนต์คันนั้นเป็นของจำเลย เนื่องจากจำเลยเมาสุรามากยังถือไม่ได้ว่าจำเลยมีเจตนาลักทรัพย์คันดังกล่าว จำเลยไม่มีความผิดฐานลักทรัพย์

คำพิพากษาฎีกาที่ 6419/2537 การที่เด็กหญิง ข. หลบหนีออกจากบ้านเพียงไปดูภาพยนตร์ซึ่งไม่ห่างไกลจากบ้านที่อยู่ เมื่อภาพยนตร์ เลิกแล้วก็คงกลับบ้านหากไม่ถูกจำเลยพาไปอำนาจในการปกครองดูแลของ จ. หาได้สิ้นสุดลงไม่การที่จำเลยพาเด็กหญิง ข. ไปอยู่ที่อื่นหลายวันถือได้ว่าเป็นการพรากเด็กหญิง ข. ออกจาก จ. โดยปราศจากเหตุอันสมควร ระหว่างที่พาเด็กหญิง ข. ไปพักในที่ต่าง ๆ จำเลยได้กระทำชำเราเด็กหญิง ข. อันเป็นการกระทำอนาจารด้วย แม้ขณะเกิดเหตุเด็กหญิง ข. จะมีอายุ 13 ปี แต่เด็กหญิง ข. มีรูปร่างสมบูรณ์กว่าเด็กปกติทั่วไปจนจำเลยสำคัญผิดว่ามีอายุ 17 ปี จำเลยย่อมได้รับประโยชน์ ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 62 วรรคแรก จำเลยจึงมีความผิดฐานพรากผู้เยาว์ไปเพื่ออนาจารตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 319 วรรคแรก

คำพิพากษาฎีกาที่ 4698/2540 พยานหลักฐานที่โจทก์และจำเลยนำเสนอเชื่อว่าจำเลยไม่ทราบว่ามีผู้เสียหายอายุไม่เกิน 15 ปี ข้อเท็จจริงจึงไม่พอพียงว่าจำเลยกระทำชำเราผู้เสียหายโดยรู้อยู่แล้วว่าผู้เสียหายมีอายุไม่เกิน 15 ปี เป็นการสำคัญผิดในข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิด ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277 วรรคหนึ่ง ประกอบมาตรา 62 วรรคหนึ่ง จำเลยไม่มีความผิดตามบทกฎหมายดังกล่าว

คำพิพากษาฎีกาที่ 3869/2546 ในช่วงเวลาเกิดเหตุในละแวกบ้านจำเลยมีโจรผู้ร้ายชุกชุม และก่อนเกิดเหตุจำเลยเคยถูกคนร้ายเข้ามาลักทรัพย์ในบ้าน คืนเกิดเหตุผู้ตายได้ปีนเข้าบ้านจำเลยทางช่องลมโดยปราศจากเหตุสมควร ย่อมทำให้จำเลยสำคัญผิดว่าผู้ตายเป็นคนร้ายและในขณะนั้นจำเลยย่อมไม่อาจรู้ได้ว่าผู้ตายจะมีอาวุธหรือไม่ เพราะในท้องที่เกิดเหตุมืดและเป็นเวลากะทันหัน ถ้าเป็นคนร้ายซึ่งจะมาทำร้ายจำเลยจริงแล้ว การที่จะให้จำเลยรออยู่จนกว่าคนร้ายจะแสดงกิริยาทำร้ายแล้ว จำเลยก็อาจได้รับอันตรายก่อนที่จะทำการป้องกันได้ทันทั้งที และจำเลยก็ยิงผู้ตายไปเพียง 1 นัด เมื่อผู้ตายล้มลงจำเลยก็ได้เข้าแต่อย่างใด การกระทำของจำเลยจึงพอสมควรแก่เหตุเป็นการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายโดยสำคัญผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 68 ประกอบด้วยมาตรา 62 วรรคแรก

2.5 หลักความรับผิดโดยเคร่งครัด (Strict Liability) ในกฎหมายอาญา

การใช้หลักความรับผิดโดยเคร่งครัดในทางกฎหมายอาญา ปรากฏเป็นครั้งแรกในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์หรือระบบกฎหมายตามคำพิพากษา เช่น อังกฤษ และสหรัฐอเมริกา ซึ่งความผิดที่ต้องรับผิดโดยเคร่งครัดนั้นมักจะปรากฏอยู่ในกฎหมายที่ใช้คุ้มครองความปลอดภัยสุขภาพอนามัยของประชาชน และสวัสดิภาพของประชาชน รวมทั้งเศรษฐกิจและความมั่นคงทางการเงินของรัฐด้วย⁷⁶ โดยมีสาระสำคัญดังนี้

2.5.1 แนวคิดของหลักความรับผิดโดยเคร่งครัด (Strict Liability)

ในอดีตการกำหนดความผิดทางอาญาส่วนใหญ่มักมีลักษณะที่มาจากศีลธรรม หรือเป็นความผิดในตัวเอง (Mala In Se) เมื่อสังคมมีการพัฒนาและเปลี่ยนแปลงมากขึ้น การกำหนดความผิดอาญาที่มาจากศีลธรรมดังกล่าวจึงไม่ครอบคลุม ดังนั้น มีความจำเป็นจะต้องนำกฎหมายทางเทคนิคเข้ามาใช้โดยกำหนดความผิดตามที่กฎหมายบัญญัติขึ้น (Mala Prohibita) เช่น กฎหมายควบคุมโรงงานอุตสาหกรรมต่าง ๆ เพื่อไม่ให้ปล่อยสารพิษมาทำอันตรายแก่ชุมชน หรือ กฎหมายเกี่ยวกับการจราจร เป็นต้น ทำให้บุคคลจำต้องรับผิดทางอาญาโดยเคร่งครัดโดยไม่คำนึงถึงเจตนาหรือความประมาทของผู้กระทำ⁷⁷ ความผิดตามที่กฎหมายบัญญัติขึ้นนี้ กฎหมายจะต้องบัญญัติไว้โดยชัดแจ้งว่า แม้ผู้กระทำจะไม่เจตนาและไม่ประมาท ผู้กระทำก็ยังคงต้องรับผิด กล่าวคือ เมื่อมีการกระทำเกิดขึ้นแล้ว ผู้กระทำต้องรับผิดทันที ซึ่งความผิดประเภทนี้เรียกว่า ความรับผิดโดยเคร่งครัด หรือ Strict Liability⁷⁸

หลักความรับผิดโดยเคร่งครัด⁷⁹ เป็นหลักการที่ความรับผิดไม่อยู่บนพื้นฐานของความผิด (Liability Without Fault) เมื่อมีความเสียหายเกิดขึ้น บุคคลนั้นจะต้องรับผิดในผลที่เกิด

⁷⁶ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1, หน้า 304.

⁷⁷ ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคทั่วไป, หน้า 14-15.

⁷⁸ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1, หน้า 300.

⁷⁹ มานิตย์ วงศ์เสรี และคณะ, ความรับผิดต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้า : รายงานการศึกษาวิจัยฉบับสมบูรณ์, (กรุงเทพมหานคร : สำนักงานคณะกรรมการวิจัยแห่งชาติ, 2544), หน้า 7.

อันเป็นความรับผิดโดยเคร่งครัด⁸⁰ โดยไม่จำเป็นต้องพิจารณาหรือพิสูจน์องค์ประกอบของความผิดนั้น⁸¹ ด้วยเหตุนี้ผู้กระทำจะยกเอาความไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิดขึ้นมาอ้างเพื่อเป็นคุณแก่ผู้กระทำมิได้ เพราะไม่มีประโยชน์อันใดที่จะอ้างว่าไม่มีเจตนา เนื่องจากความผิดประเภทนี้ถึงไม่เจตนาก็เป็นความผิดได้อยู่แล้ว⁸² ซึ่งหลักความรับผิดดังกล่าวแตกต่างจากหลักความรับผิดโดยทั่วไปในทางอาญาที่ต้องการเจตนา หรือประมาทเป็นส่วนหนึ่งขององค์ประกอบความผิด หลักความรับผิดโดยเคร่งครัดจะพิจารณาในแง่ของการกระทำและผลเท่านั้น⁸³

หลักความรับผิดโดยเคร่งครัดมีรากฐานแนวคิดมาจากการชดเชยความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการกระทำของจำเลย ซึ่งเป็นหลักทางกฎหมายแฝงในเรื่องละเมิด โดยพิจารณาจากการกระทำที่ก่อให้เกิดอันตราย (Harm) มากกว่าการพิจารณาโดยเน้นถึงองค์ประกอบทางจิตใจ เพื่อแก้ปัญหาความยากลำบากในการพิสูจน์เจตนาของผู้กระทำผิด และเพื่อลงโทษจำเลยและชดเชยความเสียหายให้แก่สังคม ทำให้การกระทำความผิดในลักษณะต่าง ๆ ที่อาจก่อให้เกิดความเสียหายแก่สังคม ผู้กระทำก็ยังคงต้องรับผิด แม้ว่าจะไม่เจตนาหรือไม่ประมาทก็ตาม ตัวอย่างเช่น ความรับผิดของผู้ผลิตและจำหน่ายสินค้าที่ก่อให้เกิดอันตรายแก่ผู้บริโภค⁸⁴

แนวคิดเรื่องการนำหลักความรับผิดโดยเคร่งครัดมาใช้ในทางกฎหมายอาญา เริ่มต้นขึ้นในศตวรรษที่ 19 โดยมีการออกบทบัญญัติทางกฎหมายมาเพื่อคุ้มครองคนในสังคม จากอันตรายในสถานที่ทำงานหรือในที่สาธารณะ จากคดี *Whitehouse V. Lemon* (1979)⁸⁵ ลอร์ด Diplock ได้อธิบายเรื่องหลักความรับผิดโดยเคร่งครัดในคดีนี้ไว้ว่า การสร้างฐานความผิดในทางกฎหมายอาญาโดยใช้หลักความรับผิดโดยเคร่งครัดนั้น ไม่จำเป็นต้องพิสูจน์เรื่องเจตนาในการกระทำผิด (Mens Rea) ในฐานองค์ประกอบหนึ่งของการกระทำความผิด (Actus Reus) ถ้าหากการกระทำนั้นเป็นการ

⁸⁰ พิชัย พันภัย, “ทฤษฎีและขอบเขตของกฎหมายความรับผิดในผลิตภัณฑ์เพื่อการคุ้มครองผู้บริโภค,” *วารสารศาลยุติธรรมปริทัศน์* (2560), หน้า 111-112.

⁸¹ Nicola Monaghan, *Criminal Law*, 5th Edition, (United Kingdom: Oxford, 2018), Page 83.

⁸² เกียรติจักร วัจนะสวัสดิ์, *คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1*, หน้า 303.

⁸³ อานาจ เนตยสุภา, *หลักความรับผิดเด็ดขาดของความผิดลหุโทษภายใต้ประมวลกฎหมายอาญา*, (กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2549), หน้า 118.

⁸⁴ ปาริชาติ สังฆมาศ, “หลักความรับผิดเด็ดขาดตามประมวลกฎหมายอาญา,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทชั้นปริญญาโทบัณฑิต, ภาควิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2549), หน้า 83-87.

⁸⁵ *Whitehouse V. Lemon* (1979) 2 WLR 281.

กระทำที่คุกคามต่อสาธารณสุข (Public Health) ความปลอดภัยของสังคม (Public Safety) ศีลธรรมของคนในสังคม (Public Morals) หรือกฎเกณฑ์ของสังคม (Public Order)⁸⁶

การใช้หลักความรับผิดชอบโดยเคร่งครัดในทางกฎหมายอาญามีขึ้นเพื่อคุ้มครองคนในสังคมหรือเพื่อประโยชน์ของสาธารณะ ซึ่งความผิดส่วนใหญ่ที่นำหลักความรับผิดชอบโดยเคร่งครัดมาใช้ นั้น มักเป็นความผิดที่บัญญัติออกมาเพื่อการกำกับดูแลและคุ้มครองสังคม (Social Concern) หรือความผิดที่บัญญัติออกมาเพื่อจัดการและสร้างความเป็นระเบียบเรียบร้อยให้แก่สังคม (Regulatory Offences) การใช้หลักดังกล่าวเพื่อคุ้มครองคนในสังคม จะทำให้สังคมได้รับความปลอดภัยมากยิ่งขึ้น อีกทั้งยังแก้ปัญหาความยากลำบากในการพิสูจน์เจตนาของผู้กระทำความผิด ตัวอย่างเช่น กรณีการประกอบกิจการที่เสี่ยงต่อความปลอดภัยของสาธารณะซึ่งต้องอาศัยความระมัดระวังและความชำนาญอย่างยิ่งในการประกอบกิจการ การใช้หลักความรับผิดชอบโดยเคร่งครัด เข้ามาควบคุมกิจการดังกล่าวย่อมสามารถคุ้มครองสวัสดิภาพและความปลอดภัยของประชาชนได้มากยิ่งขึ้นและเป็นการป้องปรามไม่ให้บุคคลเหล่านั้นกระทำการที่จะเป็นอันตรายหรือก่อความเสียหายแก่สังคมส่วนรวม เนื่องจากบริษัทต่าง ๆ นั้นจะทำทุกวิถีทางเพื่อจะป้องกันอันตรายที่อาจเกิดขึ้นได้จากผลิตภัณฑ์หรือโรงงาน หรือในสถานที่ทำงานของตน ความกลัวว่าจะถูกดำเนินคดีทางอาญาจากหลักความรับผิดชอบโดยเคร่งครัดจะทำให้บริษัทดำเนินการในทุก ๆ ขั้นตอนด้วยความระมัดระวังเพื่อมิให้มีการละเมิดกฎหมายเกิดขึ้น⁸⁷ นอกจากนี้หลักความรับผิดชอบโดยเคร่งครัดยังนำไปใช้กับความผิดที่เกี่ยวกับการจรรยาบรรณการขายเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ อาหารหรือผลิตภัณฑ์ยา การป้องกันมลภาวะทางอากาศ ความปลอดภัยในที่ทำงานและในทางสาธารณสุข ความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด รวมทั้งความผิดที่เกี่ยวกับเพศซึ่งได้กระทำต่อเด็ก เป็นต้น⁸⁸

⁸⁶ Jonathan Herring, *Criminal Law*, 8th Edition (United Kingdom: Palgrave Macmillan, 2013), Page 88.

⁸⁷ Jonathan Herring, *Criminal Law*, Page 88.

⁸⁸ Ibid, Page 87-92.

2.5.2 ความหมายของหลักความรับผิดโดยเคร่งครัด (Strict Liability)

หลักความรับผิดโดยเคร่งครัด (Strict Liability)⁸⁹ เป็นหลักความรับผิดทางอาญาที่ความรับผิดไม่อยู่บนพื้นฐานของความผิด (Liability Without Fault) กล่าวคือ เมื่อมีความเสียหายเกิดขึ้น บุคคลนั้นจะต้องรับผิดในผลที่เกิดอันเป็นความรับผิดโดยเคร่งครัด⁹⁰ โดยไม่จำเป็นต้องพิจารณาหรือพิสูจน์องค์ประกอบของความผิดนั้น⁹¹ แม้ผู้กระทำไม่มีเจตนาและไม่ได้ประมาทอันเป็นส่วนหนึ่งขององค์ประกอบความผิดก็ตาม ผู้กระทำก็ยังคงต้องรับผิด

ดังนั้นข้อต่อสู้ที่ใช้ปฏิเสธความรับผิดทางอาญา เช่น การอ้างความไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิด หรือความสำคัญผิดในข้อเท็จจริง ก็ไม่อาจนำมาอ้างว่าตนมิได้กระทำโดยเจตนาเพื่อให้หลุดพ้นจากความรับผิดได้ แม้ว่าจะมีเหตุอันสมควรจะอ้างได้ก็ตาม หากการกระทำดังกล่าวเป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติให้เป็นความผิดแล้วต้องรับผิดโดยเคร่งครัด แต่ทั้งนี้ก็มีได้หมายความว่าผู้กระทำจะอ้างข้อต่อสู้อื่น ๆ ไม่ได้ ผู้กระทำยังคงสามารถอ้างข้อต่อสู้อื่น ๆ เพื่อปฏิเสธความรับผิดได้ เช่น การกระทำด้วยความจำเป็นเนื่องจากถูกบังคับและไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ หรือความวิกลจริต (Insanity) เป็นต้น⁹² ซึ่งหลักความรับผิดโดยเคร่งครัดนี้ อาจรู้จักกันโดยทั่วไปในชื่อของข้อสันนิษฐานเด็ดขาด (Absolute Presumption)⁹³ หลักความรับผิดโดยเด็ดขาด (Absolute Liability)⁹⁴ หรือ หลักความรับผิดโดยเคร่งครัด (Strict Liability)

อย่างไรก็ตามการเรียกหลักความรับผิดโดยเคร่งครัด (Strict Liability) ว่าเป็น “หลักความรับผิดโดยเด็ดขาด (Absolute Liability)” นั้น อาจก่อให้เกิดความเข้าใจผิดแก่บุคคลทั่วไปเนื่องจากทำให้เกิดการเข้าใจผิดว่าหลักความรับผิดโดยเคร่งครัดนั้นไม่มีเจตนากระทำความผิด (Mens

⁸⁹ มานิตย์ วงศ์เสรี และคณะ, ความรับผิดต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้า : รายงานการศึกษาวจัยฉบับสมบูรณ์, หน้า 7.

⁹⁰ พิชัย พันภัย, “ทฤษฎีและขอบเขตของกฎหมายความรับผิดในผลิตภัณฑ์เพื่อการคุ้มครองผู้บริโภค,” วารสารศาลยุติธรรมปริทัศน์ (2560), หน้า 111-112.

⁹¹ Nicola Monaghan, Criminal Law, 5th Edition, (United Kingdom: Oxford, 2018), Page 83.

⁹² Jonathan Herring, Criminal Law: Text, Cases, and Materials, Page 221.

⁹³ คณะกรรมการกฤษฎีกา, รายงานการประชุมอนุกรรมการตรวจพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา ครั้งที่ 276/55/2485, (พระนคร: สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, 12 กุมภาพันธ์ 2485), หน้า 3-9.

⁹⁴ มานิตย์ วงศ์เสรี และคณะ, ความรับผิดต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้า : รายงานการศึกษาวจัยฉบับสมบูรณ์, หน้า 7.

Rea) อยู่ในองค์ประกอบของการกระทำความผิด (Actus Reus) เลย ซึ่งเป็นไปไม่ได้ที่ความผิดทางอาญาในฐานใด ๆ จะไม่มีเจตนาในการกระทำความผิดเป็นองค์ประกอบ⁹⁵ แม้ว่าความรับผิดโดยเคร่งครัดจะเป็นความรับผิดที่ปราศจากความผิดก็ตาม แต่ก็ไม่ได้หมายความว่า จะต้องรับผิดอย่างสมบูรณ์เหมือนอย่างหลักความรับผิดโดยเด็ดขาดที่ไม่มีข้อยกเว้นให้นำสืบหักล้างเพื่อให้หลุดพ้นจากความรับผิดได้เลย⁹⁶ หากพบว่ามีการกระทำความผิดเกิดขึ้น ผู้กระทำต้องรับผิดในทุกกรณี ซึ่งความผิดที่ต้องรับผิดโดยเด็ดขาดนี้ค่อนข้างพบได้ยากในทางอาญา⁹⁷

นอกจากนี้ในรายงานการประชุมแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2485 ยังกล่าวถึงเรื่องการอ้างความไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิดว่าเป็นเรื่องของข้อสันนิษฐานเด็ดขาด (Absolute Presumption)⁹⁸ เนื่องจากผู้กระทำจะถูกสันนิษฐานไว้ก่อนเสมอว่าต้องรู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิด แม้ว่าความจริงแล้วผู้กระทำจะไม่รู้ข้อเท็จจริงดังกล่าวก็ตาม ก็ไม่สามารถอ้างความไม่รู้ดังกล่าวขึ้นต่อสู้ได้ ดังนั้นจึงอาจกล่าวได้ว่า หลักความรับผิดโดยเคร่งครัดกับข้อสันนิษฐานเด็ดขาดเป็นเรื่องเดียวกันนั่นเอง

หลักความรับผิดโดยเคร่งครัดยังมีความคล้ายคลึงกับหลักกฎหมายปิดปาก (Estoppels) กล่าวคือ ไม่เปิดโอกาสให้จำเลยนำสืบหักล้างข้อสันนิษฐานของกฎหมายว่าตนมิได้มีเจตนาหรือไม่ประมาทที่จะกระทำความผิด เป็นการปิดปากบุคคลไม่ให้กล่าวอ้างข้อเท็จจริงอย่างใดอย่างหนึ่ง⁹⁹ ซึ่งหลักทั้งสองอย่างนี้ล้วนเป็นหลักกฎหมายที่เกิดขึ้นในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) โดยหลักความรับผิดโดยเคร่งครัดนั้นมีจุดมุ่งหมายเพื่อปกป้องคุ้มครองคนในสังคมต่างจากหลักกฎหมายปิดปากที่ถูกนำไปใช้กับเรื่องพยานหลักฐาน ทำให้บุคคลที่ถูกกฎหมายปิดปากสิ้นโอกาสในอันที่จะกล่าวอ้างหรือปฏิเสธข้อเท็จจริงอย่างใดอย่างหนึ่ง อย่างไรก็ตามหลักทั้งสองอย่าง

⁹⁵ Jonathan Herring, *Criminal Law*, Page 87.

⁹⁶ มานิตย์ วงศ์เสรี และคณะ, *ความรับผิดต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้า : รายงานการศึกษาวินิจฉัยฉบับสมบูรณ์*, หน้า 7.

⁹⁷ Tony Storey, *Unlocking Criminal Law*, 6th Edition (United Kingdom: Routledge, 2017), Page 84.

⁹⁸ คณะกรรมการกฤษฎีกา, *รายงานการประชุมอนุกรรมการตรวจพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา ครั้งที่ 276/55/2485*, (พระนคร: สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, 12 กุมภาพันธ์ 2485), หน้า 3-9.

⁹⁹ สุชากร วัฒนศิริกุล, "ความผิดลหุโทษตามประมวลกฎหมายอาญา: ศึกษาความผิดที่ผู้กระทำต้องมีเจตนา," (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ, ภาควิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ปริทัศน์ พนมยงค์, มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์, 2555), หน้า 28.

นี้ล้วนแต่ห้ามบุคคลไม่ให้กล่าวอ้างข้อเท็จจริงอย่างใดอย่างหนึ่งอันเป็นไปตามที่กฎหมายกำหนด จึงอาจเรียกหลักความรับผิดโดยเคร่งครัดเป็นหลักกฎหมายปิดปากอย่างหนึ่งก็ได้¹⁰⁰

2.5.3 หลักเกณฑ์ของหลักความรับผิดโดยเคร่งครัด (Strict Liability)

โดยทั่วไปในทุก ๆ ฐานความผิดจะมีการสันนิษฐานไว้ก่อนเสมอว่า ต้องมีเจตนาที่จะกระทำความผิด (Mens Rea) และมีการกระทำความผิดเกิดขึ้น (Actus Reus)¹⁰¹ เมื่อมีเจตนาที่ชั่วร้ายและการกระทำชั่วทั้งสองอย่างนี้เกิดขึ้นแล้ว จึงจะเป็นความผิดอาญา¹⁰² ซึ่งศาลจำเป็นจะต้องพิสูจน์เจตนาในการกระทำความผิดเสมอ แต่ถ้าเมื่อใดก็ตามที่ความผิดฐานใดฐานหนึ่งไม่จำเป็นต้องพิสูจน์ว่ามีเจตนากระทำความผิดอันเป็นองค์ประกอบหนึ่งของการกระทำความผิดแล้ว ความผิดนั้นจะถือเป็นหนึ่งในความผิดที่ต้องรับผิดโดยเคร่งครัด (Strict Liability) ไม่อาจอ้างความสำคัญผิดขึ้นเป็นข้อต่อสู้ได้¹⁰³ อีกทั้งไม่จำเป็นต้องพิสูจน์ว่าได้กระทำไปโดยมีเหตุอันสมควรหรือไม่ แม้ว่าจะได้กระทำลงไปโดยมีเหตุอันสมควรจะอ้างได้ก็ตาม ก็ต้องรับผิดโดยเคร่งครัด¹⁰⁴

จากการศึกษาหลักความรับผิดโดยเคร่งครัดข้างต้น สามารถสรุปเป็นหลักเกณฑ์ได้ดังต่อไปนี้

(1) ความผิดที่ต้องรับผิดโดยเคร่งครัดมักจะเป็นการกระทำที่คุกคามต่อสังคม (Social Concern) เช่น คุกคามต่อสาธารณสุข (Public Health) คุกคามต่อความปลอดภัยของสังคม (Public Safety) คุกคามต่อศีลธรรมของคนในสังคม (Public Morals) หรือคุกคามต่อกฎเกณฑ์ของสังคม (Public Order)¹⁰⁵

(2) ความผิดที่ต้องรับผิดโดยเคร่งครัดไม่จำเป็นต้องพิสูจน์เจตนาหรือประมาทในการกระทำความผิด โดยพิจารณาแต่เพียงว่าผู้กระทำได้กระทำการอันผิดกฎหมายและก่อให้เกิดความ

¹⁰⁰ Yale Law Journal, "Applying Estoppel Principles in Criminal Cases," *Yale Law Journal* 78, no. 6 (1969): 1046-73.

¹⁰¹ Tony Storey, *Unlocking Criminal Law*, Page 85.

¹⁰² คณิต ฒ นคร, *กฎหมายอาญาภาคทั่วไป*, หน้า 120-121.

¹⁰³ Tony Storey, *Unlocking Criminal Law*, Page 85, 87-89.

¹⁰⁴ Jonathan Herring, *Criminal Law*, Page 87-92.

¹⁰⁵ Jonathan Herring, *Criminal Law*, Page 88.

เสียหายหรือไม่¹⁰⁶ ซึ่งแตกต่างจากความรับผิดทางอาญาโดยทั่วไปที่จะต้องพิสูจน์เจตนาหรือประมาทในการกระทำความผิด

(3) ไม่อาจอ้างความไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิด หรือความสำคัญผิดในข้อเท็จจริง ขึ้นต่อสู้ว่าตนกระทำโดยไม่มีเจตนาเพื่อปฏิเสธความรับผิดได้ แม้ว่าจะมีเหตุอันสมควรเชื่อก็ตาม (Reasonable Grounds)¹⁰⁷ แต่อย่างไรก็ตามผู้กระทำความผิดยังสามารถอ้างข้อต่อสู้อื่น ๆ เพื่อปฏิเสธความรับผิดได้ เช่น การกระทำด้วยความจำเป็นเนื่องจากถูกบังคับและไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ หรือความวิกลจริต (Insanity) เป็นต้น¹⁰⁸

(4) ต้องมีการกระทำความผิด (Actus Reus) เกิดขึ้น จึงจะมีความรับผิด ทั้งนี้อาจมีกรณีที่ตนเองมิได้กระทำความผิด แต่ก็ต้องรับผิดในการกระทำของผู้อื่น (Vicarious Liability)¹⁰⁹

(5) สิ่งที่จะถือว่าเป็นความผิด (Fault) นั้น ต้องเป็นไปตามที่กฎหมายกำหนด กล่าวคือเป็นการกำหนดหน้าที่ที่จะต้องใช้ความระมัดระวังอย่างสูง หากการกระทำนั้นเป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติให้เป็นความผิดแล้ว ก็ต้องรับผิดโดยเคร่งครัด¹¹⁰

(6) หากความผิดที่ต้องรับผิดโดยเคร่งครัดนั้น ต้องการ เจตนาพิเศษ นอกเหนือจากเจตนาธรรมดา ผู้กระทำก็ต้องมีเจตนาพิเศษด้วย แม้ว่าจะมีกฎหมายบัญญัติว่า แม้ผู้กระทำจะไม่มีเจตนาธรรมดา ผู้กระทำก็มีความผิดได้ก็ตาม กล่าวคือโจทก์ต้องมีหน้าที่พิสูจน์เจตนาพิเศษของจำเลย มิฉะนั้นศาลก็จะลงโทษจำเลยไม่ได้¹¹¹

(7) ความผิดที่เป็นความรับผิดโดยเคร่งครัดส่วนใหญ่ถูกบัญญัติขึ้นโดยรัฐ โดยมักจะเกี่ยวข้องกับการสร้างกฎระเบียบในสังคม ซึ่งการนำหลักความรับผิดดังกล่าวมาใช้นั้น ทำให้ง่ายต่อการพิสูจน์ความผิด เพราะไม่จำเป็นจะต้องหาหลักฐานมาพิสูจน์เจตนาในการกระทำความผิด การหา

¹⁰⁶ Jonathan Herring, *Criminal Law : Text, Cases, and Materials*, Page 213.

¹⁰⁷ Ibid, Page 214-217.

¹⁰⁸ Ibid, Page 221.

¹⁰⁹ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, *คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1*, หน้า 10.

¹¹⁰ อำนาง เนตยสุภา, *หลักความรับผิดเด็ดขาดของความผิดลหุโทษภายใต้ประมวลกฎหมายอาญา*, หน้า 119.

¹¹¹ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, *คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1*, หน้า 303.

หลักฐานเพื่อพิสูจน์ว่าผู้กระทำความผิดรู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบในการกระทำความผิดหรือไม่นั้น เป็นสิ่งที่ทำให้เกิดความซับซ้อนและยุ่งยาก¹¹²

ตัวอย่างเช่น กรณีเจ้าของโรงงานปล่อยน้ำเสียลงในแม่น้ำ เพราะเครื่องจักรกรองน้ำเสียชำรุดบกพร่องโดยที่เจ้าของโรงงานไม่ทราบ กรณีนี้หากต้องพิสูจน์ว่าเจ้าของโรงงานเจตนาหรือประมาทเสียก่อนจึงจะลงโทษได้แล้ว การลงโทษก็จะทำได้ยาก เพราะการพิสูจน์เจตนาหรือประมาทในกรณีนี้เป็นภาระหนักมากของอัยการ ถ้าหากผู้กระทำรอดพ้นจากการถูกลงโทษไปได้ แม่น้ำสายต่าง ๆ อาจสกปรกมากยิ่งขึ้น และแม่น้ำที่สะอาดอยู่แล้วก็จะเริ่มสกปรกทันที จึงนำหลักความรับผิดโดยเคร่งครัดมาใช้กับกรณีดังกล่าว เพื่อคุ้มครองและป้องกันสังคมส่วนรวม¹¹³

(8) ความผิดที่ต้องรับผิดโดยเคร่งครัด เป็นความผิดที่เกิดขึ้นโดยรัฐ และถูกพัฒนาโดยผู้ใช้กฎหมาย เพื่อประโยชน์ในการป้องกันสังคม ซึ่งหลักความรับผิดโดยเคร่งครัดนี้มิได้มีการบัญญัติไว้ในกฎหมายฉบับใดโดยเฉพาะ อันเป็นการขัดแย้งที่จะสามารถอ้างอิงหลักดังกล่าวไปใช้ได้ ศาลจะเป็นผู้วางหลักนี้เองว่าจะใช้กับความผิดประเภทใด โดยพิจารณาเป็นรายคดีไป ซึ่งประเทศส่วนใหญ่ที่นำหลักดังกล่าวมาใช้จะเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ เช่น ประเทศอังกฤษ และประเทศสหรัฐอเมริกา เป็นต้น

ตัวอย่างเช่น คดี Parker v. Adler (1899)¹¹⁴ จำเลยถูกลงโทษฐานส่งนมที่มีการปลอมปนออกจำหน่ายแก่ลูกค้า ซึ่งความจริงแล้วจำเลยมิได้รู้ถึงการปลอมปนและได้ใช้ความระมัดระวังเป็นอย่างดี แม้ว่าจำเลยมิได้มีเจตนาปลอมปนแต่อย่างใด ศาลของอังกฤษก็ยังคงตัดสินให้จำเลยต้องรับผิดโดยเคร่งครัดแม้ว่าจะมิได้มีเจตนา เป็นการนำหลักความรับผิดโดยเคร่งครัดมาใช้เพื่อคุ้มครองและป้องกันสังคมส่วนรวม แม้ว่าจำเลยจะมิได้มีเจตนาชั่วร้ายก็ตาม แต่ก็ทำให้สังคมส่วนรวมเดือดร้อนโดยมิได้ตั้งใจ จำเลยจึงต้องรับผิดในผลที่เกิดขึ้นนั้น

(9) หลักความรับผิดโดยเคร่งครัดส่วนใหญ่จะถูกนำมาใช้กับความผิดที่มีโทษไม่รุนแรง (Minor Offences) แต่ทั้งนี้ก็ได้หมายความว่าไม่นำหลักดังกล่าวมาใช้กับความผิดที่มีโทษรุนแรง

¹¹² Jonathan Herring, *Criminal Law*, Page 88-89.

¹¹³ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1, หน้า 304.

¹¹⁴ Parker V. Adler (1899) 1 Q.B. 20.

ถ้าหากการใช้หลักความรับผิดโดยเคร่งครัด สามารถป้องกันให้สังคมปลอดภัยได้ ก็สมควรที่จะนำหลักดังกล่าวมาใช้ แม้ว่าจะมีแนวโน้มของบทลงโทษที่รุนแรงก็ตาม¹¹⁵

กรณีที่น่าหลักความรับผิดโดยเคร่งครัดมาใช้กับความผิดที่มีโทษไม่รุนแรง เช่น ในคดี R v Williams (2011)¹¹⁶ คดีนี้จำเลยขับรถชนผู้เสียหายจนถึงแก่ความตาย โดยข้อเท็จจริงปรากฏว่า จำเลยขับรถด้วยความระมัดระวัง ไม่ได้ขับรถด้วยความเร็วและไม่ได้ประมาท อีกทั้งพยานในที่เกิดเหตุก็ยืนยันว่าเป็นไปไม่ได้ที่จะหลีกเลี่ยงการชนผู้เสียหาย เพราะผู้เสียหายเดินตัดหน้ารถอย่างกะทันหัน อย่างไรก็ตามในขณะที่เกิดเหตุจำเลยไม่มีใบขับขี่และไม่มีประกันภัย ศาลในคดีนี้จึงตัดสินให้จำเลยต้องรับผิดฐานขับรถโดยไม่มีใบขับขี่จนทำให้ผู้เสียหายถึงแก่ความตายซึ่งมีโทษจำคุกสูงสุด 2 ปี ตามมาตรา 3ZB ของพระราชบัญญัติการจราจรบนถนน (Road Traffic Act 1988) ความผิดของจำเลยดังกล่าวเป็นหนึ่งในความผิดที่ต้องรับผิดโดยเคร่งครัด ดังนั้นจึงไม่จำเป็นต้องมีความผิดในการทำให้เสียชีวิต เพียงแค่การขับรถโดยไม่มีใบขับขี่ก็เพียงพอแล้วที่จะเป็นต้นเหตุของความตาย

อย่างไรก็ตามยังมีกรณีที่น่าหลักความรับผิดโดยเคร่งครัดมาใช้กับความผิดที่มีโทษรุนแรง เช่น คดี R v Howells (1977)¹¹⁷ คดีนี้จำเลยซื้อปืนพก โดยจำเลยเชื่อโดยสุจริตว่าเป็นปืนโบราณซึ่งผลิตในช่วงค.ศ. 1860 -1870 ทำให้ไม่จำเป็นต้องขอใบอนุญาตครอบครองอาวุธปืน แต่ความจริงแล้วปืนดังกล่าวเป็นของปลอมทำให้ต้องมีการขอรับใบอนุญาต จำเลยจึงต้องรับผิดฐานครอบครองอาวุธปืนโดยไม่มีใบอนุญาตซึ่งมีโทษจำคุกตั้งแต่ 6 เดือน ถึง 7 ปี ตามมาตรา 1(1)(a) ของพระราชบัญญัติอาวุธปืน (Firearms Act 1968) ความผิดของจำเลยดังกล่าวเป็นหนึ่งในความผิดที่ต้องรับผิดโดยเคร่งครัด ไม่อาจอ้างความเชื่อโดยสุจริตได้ เพื่อควบคุมและป้องกันให้สังคมปลอดภัย

(10) การใช้หลักความรับผิดโดยเคร่งครัดทำให้ง่ายต่อการพิสูจน์ความผิด เพราะไม่จำเป็นต้องหาหลักฐานมาพิสูจน์เจตนาในการกระทำความผิด เนื่องจากผู้กระทำความผิดต้องรับผิดชอบทันที แม้ว่าจะมิได้มีเจตนาหรือไม่ประมาท

¹¹⁵ Catherine Elliott and Frances Quinn, *Criminal Law*, 11st Edition (United Kingdom: Pearson, 2016), Page 46.

¹¹⁶ R v Williams (2011) 1 WLR 588 Court of Appeal.

¹¹⁷ R v Howells (1977) 3 All ER 417

(11) หลักความรับผิดโดยเคร่งครัดถือเป็นหลักประกันอย่างหนึ่งของคนในสังคมไม่ให้อำนาจต้องรับภัยโดยไม่มีผู้ได้รับผิดชอบและชดใช้ อีกทั้งยังเป็นการยกระดับมาตรฐานความปลอดภัยให้แก่คนในสังคม นำไปสู่การดูแลสังคมที่มากยิ่งขึ้น¹¹⁸

2.5.4 หลักความรับผิดโดยเคร่งครัด (Strict Liability) กับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจาร

จุดเริ่มต้นสำคัญของแนวคิดเกี่ยวกับการนำหลักความรับผิดโดยเคร่งครัดมาใช้ในความผิดเกี่ยวกับเพศนั้นเกิดขึ้นครั้งแรกที่ประเทศอังกฤษ โดยถูกนำมาใช้ในกรณีความผิดทางเพศที่เกิดขึ้นกับเด็กเพื่อคุ้มครองเด็กให้ปลอดภัย คดีแรกที่ศาลได้นำหลักความรับผิดโดยเคร่งครัดมาใช้ คือ คดี R V. Prince (1875)¹¹⁹ คดีนี้ D ถูกจับในข้อหาพาเด็กหญิงอายุต่ำกว่า 16 ปีซึ่งยังมีได้แต่งงานไปจากความดูแลของบิดาของเด็กหญิงนั้น ตาม Section 55 ของ Offences Against the Person Act 1861 โดย D รู้ว่าเด็กหญิงที่เขาพาไปยังอยู่ในความดูแลของบิดา แต่ D สำคัญผิดในอายุของเด็กหญิงเนื่องจากเข้าใจว่าเด็กหญิงมีอายุ 18 ปีแล้ว ศาลในคดีนี้ได้วางหลักไว้ว่า ไม่จำเป็นว่า D จะรู้อายุที่แท้จริงของเด็กหญิงหรือไม่ ที่สำคัญคือ D รู้ว่าเด็กหญิงที่เขาพาไป ยังอยู่ในความดูแลของบิดาของเด็กหญิงนั้น ดังนั้น D จึงต้องรับผิดในการกระทำของตน กรณีดังกล่าวไม่อาจยกความสำคัญผิดในอายุขึ้นเป็นข้อแก้ตัวว่าไม่ได้กระทำโดยเจตนาได้ เพราะความผิดนี้เป็นความผิดที่ต้องรับผิดโดยเคร่งครัด (Strict Liability Offences)¹²⁰

ต่อมาในคดี B (a minor) V. DPP (2000)¹²¹ คดีนี้ B เด็กชายอายุ 15 ปี ถูกจับในข้อหาชักจูงเด็กอายุต่ำกว่า 14 ปี ให้กระทำการอนาจาร ตาม Section 1(1) ของ Children Act 1960 โดยเด็กชายเข้าใจผิดว่าเด็กหญิงนั้นอายุมากกว่า 14 ปีแล้ว ซึ่งสภาขุนนางอังกฤษ (The House of Lords) ได้วางหลักกฎหมายที่สำคัญในคดีนี้ไว้ว่า ในการที่บุคคลใดบุคคลหนึ่งจะมีความผิดได้ จำเป็นจะต้องพิสูจน์เจตนาในการกระทำความผิดในความผิดฐานต่าง ๆ เสมอ¹²² ซึ่งคดี B (a minor)

¹¹⁸ จิตรตรา ชันเงิน, รายงานการศึกษาเรื่องละเมิด, (กรุงเทพมหานคร : สำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค, ธันวาคม 2558), หน้า 18.

¹¹⁹ R V. Prince (1875) LR 2 CCR 154.

¹²⁰ Tony Storey, Unlocking Criminal Law, 6th Edition (United Kingdom: Routledge, 2017) Page 85-86.

¹²¹ B V. DPP (2000) 2 AC 428.

¹²² Catherine Elliott and Frances Quinn, Criminal Law, Page 41-42.

V. DPP ได้ขจัดข้อสงสัยในคดี R V. Prince ในปี 1875 ซึ่งศาลไม่รับฟังข้อต่อสู้ในเรื่องความสำคัญผิดในอายุ¹²³

ภายหลังจากคำตัดสินของศาลในคดี B (a minor) V. DPP (2000) ฝ่ายที่สนับสนุนคำตัดสินนี้ได้ให้ความเห็นว่า “ไม่มีข้อตกลงใดที่ระบุว่ามีความจำเป็นในการใช้หลักความรับผิดชอบโดยเคร่งครัดในการบังคับใช้กฎหมาย เพื่อคุ้มครองเด็กจากความผิดทางเพศ ซึ่งในความจริงแล้วร่างของประมวลกฎหมายอาญา (Criminal Code) มีวัตถุประสงค์ตาม the Law Commission 1989 ที่รวมถึงสิทธิในการยกข้อต่อสู้เรื่องความสำคัญผิดในอายุด้วย”¹²⁴ ทั้งนี้ก็มีฝ่ายที่ไม่เห็นด้วยกับคำตัดสินของศาลดังกล่าวเช่นกัน โดยให้ความเห็นว่า “ผู้กระทำความผิดมักอ้างความสำคัญผิดในอายุดังกล่าวในการกระทำความผิดกับเด็ก”¹²⁵

กระทั่งในคดี R V. G (2008)¹²⁶ ศาลได้กลับหลักในคดี B (a minor) V. DPP (2000) โดยคดีนี้ D เด็กชายอายุ 15 ปี ถูกจับในข้อหากระทำชำเราเด็กอายุต่ำกว่า 13 ปี ตาม Section 5 ของ Sexual Offences Act 2003 (SOA) ซึ่ง D เข้าใจว่าเด็กหญิงมีอายุ 15 ปีแล้ว เนื่องจากเด็กหญิงเป็นคนบอก แต่ความจริงเด็กหญิงมีอายุเพียง 12 ปีเท่านั้น ในคดีนี้ศาลได้ตัดสินว่า จำเลยไม่อาจยกข้อต่อสู้ในเรื่องความสำคัญผิดในอายุขึ้นต่อสู้ได้ เนื่องจากเป็นความผิดที่ต้องรับผิดชอบโดยเคร่งครัด ซึ่งขณะที่ร่าง Sexual Offences Act 2003 นั้น สภานิติบัญญัติมีเจตนารมณ์ที่จะให้ความผิดทางเพศที่ได้กระทำต่อเด็กอายุต่ำกว่า 13 ปีเป็นความผิดที่ต้องรับผิดชอบโดยเคร่งครัด¹²⁷ เพื่อป้องกันเด็กจากการถูกคุกคามทางเพศ¹²⁸

สภาขุนนางอังกฤษ (The House of Lords) ได้ยืนยันว่าความผิดทางเพศที่ได้กระทำต่อเด็กอายุต่ำกว่า 13 ปีนั้น เป็นความผิดที่ต้องรับผิดชอบโดยเคร่งครัด ไม่จำเป็นต้องพิสูจน์เจตนาในการกระทำความผิด (Mens Rea) ดังนั้น จำเลยจึงไม่อาจอ้างข้อต่อสู้ใด ๆ ได้ แม้ว่าจะมีเหตุอันสมควรเชื่อหรือเชื่อโดยสุจริตว่าเด็กมีอายุมากกว่า 13 ปีแล้วก็ตาม ซึ่งคำตัดสินของศาลดังกล่าวได้สร้างบรรทัด

¹²³ Tony Storey, *Unlocking Criminal Law*, Page 101-105.

¹²⁴ Ibid, Page 102.

¹²⁵ Ibid.

¹²⁶ R V. G (2008) UKHL 37.

¹²⁷ Catherine Elliott and Frances Quinn, *Criminal Law*, Page 41-42.

¹²⁸ Tony Storey, *Unlocking Criminal Law*, Page 98.

ฐานให้ความผิดทางเพศที่ได้กระทำต่อเด็กอายุต่ำกว่า 13 ปีนั้น เป็นหนึ่งในความผิดที่ต้องรับผิดโดยเคร่งครัด (Strict Liability) เพื่อปกป้องคุ้มครองเด็ก¹²⁹

อย่างไรก็ตามยังมีนักวิชาการบางส่วนที่ไม่เห็นด้วยกับคำตัดสินดังกล่าว และเห็นว่ามันไม่ยุติธรรม หากจะใช้หลักความรับผิดโดยเคร่งครัด (Strict Liability) ในความผิดทางเพศ กับกรณีที่จำเลยเชื่อโดยบริสุทธิ์ใจว่าเหยื่อมีอายุมากกว่า 16 ปี และยินยอมที่จะมีเพศสัมพันธ์ อีกทั้งยังไม่เกิดประโยชน์แก่สาธารณะ (Public Interest) ในการที่จะลงโทษบุคคลเหล่านี้¹³⁰ นักวิชาการส่วนหนึ่งได้ให้ความเห็นว่า การนำหลักความรับผิดโดยเคร่งครัด (Strict Liability) มาใช้ในทางอาญาขัดกับหลักที่ว่า “การกระทำไม่ได้ทำให้บุคคลนั้นมีความผิดทางอาญา เว้นแต่ว่าจิตใจของพวกเขานั้นก็มีความผิดด้วย (Actus Non Facit Reum Nisi Mens Sit Rea)” ซึ่งโดยปกติแล้วความรับผิดในทางอาญา จำเป็นที่จะต้องพิสูจน์ทั้งการกระทำผิด (Actus Reus) และเจตนาในการกระทำผิด (Mens Rea) การใช้หลักความรับผิดโดยเคร่งครัดซึ่งทำให้ความผิดนั้นไม่จำเป็นต้องพิสูจน์เจตนาในการกระทำผิด จึงขัดกับหลักการดังกล่าวข้างต้น¹³¹

นอกจากนี้ยังมีกรณีศาลสูงของเมืองกลาสโกว์ ได้ตัดสินปล่อยตัวจำเลยซึ่งเป็นนักศึกษาคณะวิศวกรรมศาสตร์ จำเลยสารภาพว่าได้มีเพศสัมพันธ์กับเด็กหญิงอายุ 12 ปี เนื่องจากเขาเข้าใจว่าเด็กหญิงมีอายุ 16 ปีแล้ว โดยศาลสูงในคดีนี้ได้ให้เหตุผลว่า การลงโทษชายหนุ่มตามหลักความรับผิดโดยเคร่งครัดไม่ก่อให้เกิดประโยชน์แก่สาธารณะ (Public Interest) ในการที่จะลงโทษ อีกทั้งคดีนี้ยังมีสถานการณ์พิเศษอย่างสมบูรณ์ (Wholly Exceptional Circumstances)¹³² จึงสมควรที่จะปล่อยตัวจำเลยไป

ในปัจจุบัน ประเทศอังกฤษยังคงนำหลักความรับผิดโดยเคร่งครัด (Strict Liability) มาใช้เพื่อคุ้มครองเด็กในความผิดทางเพศ ซึ่งประเทศไทยก็ได้นำแนวคิดดังกล่าวมาปรับใช้ในประมวลกฎหมายอาญา เพื่อคุ้มครองเด็กในความผิดทางเพศเช่นเดียวกัน ดังปรากฏในมาตรา 285/1 ซึ่งเป็น

¹²⁹ Nicola Monaghan, *Criminal Law*, 5th Edition, (United Kingdom: Oxford, 2018), Page 88.

¹³⁰ Jonathan Herring, *Criminal Law*, Page 92.

¹³¹ Nicola Monaghan, *Criminal Law*, Page 91.

¹³² The Guardian, “Man who pleaded guilty to raping 12-year-old freed by Glasgow high court,” [Online] Accessed: Nov 20, 2018. Available from: <https://www.theguardian.com/uk-news/2017/mar/17/man-who-pleaded-guilty-of-rape-12-year-old-freed-by-glasgow-high-court>

ความผิดที่มีลักษณะเป็นความรับผิดโดยเคร่งครัด โดยจะอ้างความไม่รู้ข้อเท็จจริงเรื่องอายุขึ้นต่อสู้ เพื่อให้ตนพ้นจากความรับผิดไม่ได้

การใช้หลักความรับผิดโดยเคร่งครัดกับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจารดังกล่าว แม้ว่าจะไม่เข้าตามหลักเกณฑ์ทั้งหมดของหลักความรับผิดโดยเคร่งครัดที่กล่าวไว้แล้วข้างต้น เนื่องจากความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจารนั้นมีบทลงโทษของความผิดที่รุนแรง แต่เพื่อป้องกันให้คนในสังคมปลอดภัย และเพื่อเป็นการยกระดับมาตรฐานความปลอดภัยให้แก่คนในสังคม จึงสมควรที่จะนำหลักดังกล่าวมาใช้โดยมีข้อยกเว้นของการใช้หลักความรับผิดโดยเคร่งครัด ซึ่งจะกล่าวถึงรายละเอียดต่อไปในบทที่ 5

บทที่ 3

ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจาร

การศึกษาความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจารตามกฎหมายไทย ผู้ศึกษาได้ทำการศึกษาถึงแนวความคิดเกี่ยวกับการกำหนดความรับผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจาร และศึกษาความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจารตามกฎหมายอาญาของไทยในแต่ละยุคสมัย เพื่อเปรียบเทียบและทำความเข้าใจความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจารที่มีอยู่ในปัจจุบัน จากนั้นจึงศึกษาเกี่ยวกับกรณีการอ้างความไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจารในประเทศไทย เพื่อศึกษาแนวคิดและแนวทางการวินิจฉัยของศาล ซึ่งจะนำไปสู่การพัฒนาและปรับปรุงบทบัญญัติกฎหมายในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจารต่อไป

3.1 แนวความคิดเกี่ยวกับการกำหนดความรับผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจาร

ความต้องการหรือแรงปรารถนาทางเพศเป็นสัญชาตญาณตามธรรมชาติของมนุษย์ที่มีขึ้นเพื่อการดำรงเผ่าพันธุ์ ซึ่งถือเป็นความจำเป็นอย่างหนึ่งของมนุษย์ในการดำรงชีวิต โดยแต่ละบุคคลนั้นจะมีวิธีการแสดงออกทางเพศที่แตกต่างกันออกไป บางคนใช้วิธีการอดกลั้น บางคนก็แสดงออกโดยใช้วิธีการเสพสื่อลามกอนาจาร บางคนก็แสดงออกว่าต้องการมีเพศสัมพันธ์กับบุคคลอื่น โดยบุคคลอื่นนั้นจะต้องยินยอมหรือสมัครใจที่จะมีเพศสัมพันธ์ด้วย ทั้งนี้การแสดงออกทางเพศดังกล่าวบางครั้งก็อาจจะทำให้เกิดปัญหาได้ ตัวอย่างเช่น กรณีที่อีกฝ่ายไม่ยินยอมที่จะมีเพศสัมพันธ์ด้วยซึ่งถือเป็นการทำลายเสรีภาพทางเพศของบุคคลชั้นร้ายแรง การแสดงออกทางเพศดังกล่าวนำมาซึ่งภาวะเบียดเบียนการอยู่ร่วมกันในสังคมเพื่อความสงบสุข ซึ่งมีความแตกต่างกันในแต่ละยุคสมัยขึ้นอยู่กับแนวความคิด

ในเรื่องเพศและบริบททางสังคม¹ ในยุคโรมันและกรีกโบราณ การกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศมักจะเป็นเรื่องของการกระทำความผิดระหว่างผู้ปกครองและผู้อยู่ใต้ปกครอง เช่น การกระทำความผิดทางเพศภายในครอบครัว เนื่องจากในสมัยนั้นมองว่าหญิงเป็นทรัพย์สินสมบัติของชาย ชายมีสิทธิที่จะทำอย่างไรกับหญิงก็ได้ แม้ว่าชายซึ่งเป็นสามีจะข่มขืนภริยาของตนก็ตามก็ไม่เป็นความผิดในทางอาญา² ทั้งนี้ในอดีตประเทศไทยเองก็มีแนวคิดที่ว่า หญิงซึ่งเป็นภรรยาของชายจะถือเป็นทรัพย์สินของชาย ชายจะประพฤติดต่อยุติอย่างไรก็ได้เช่นกัน โดยปรากฏหลักฐานแสดงแนวความคิดดังกล่าวในพระราชนิพนธ์เรื่อง “เครื่องหมายแห่งความรุ่งเรืองคือสภาพแห่งสตรี” ของพระบาทสมเด็จพระมงกุฎเกล้าเจ้าอยู่หัว (รัชกาลที่ 6) ซึ่งมีพระราชดำริที่ไม่ทรงเห็นด้วยกับความเป็นชายแบบเก่า โดยพระบาทสมเด็จพระมงกุฎเกล้าเจ้าอยู่หัวทรงให้ภูมิหลังกระแสความเป็นชายแบบเก่าที่ปรากฏในสังคมก่อนหน้านั้นว่า “...สตรีเป็นวิญญานกะทรัพย์ของบุรุษโดยแท้ และผู้ชายประพฤติดต่อยุติเหมือนประพฤติดต่อบุรุษ คือใช้ให้ทำงานต่าง ๆ ทุกอย่าง มีทำการเพาะปลูก แยกขน และทำการงานในบ้านทุกอย่าง...”³ เมื่อพิจารณาพระราชนิพนธ์ดังกล่าวแล้ว จะพบว่าได้สะท้อนค่านิยมในอดีตของคนในสังคมไทยที่ว่าชายมีสิทธิจะทำอย่างไรกับหญิงก็ได้ แม้ว่าชายซึ่งเป็นสามีจะข่มขืนภริยาของตนก็ตามก็ไม่เป็นความผิด

โดยปกติแล้วการมีความสัมพันธ์ทางเพศของคนในสังคมจะต้องอยู่บนพื้นฐานของความถูกต้อง ซึ่งแต่ละสังคมก็จะมีข้อกำหนดกฎเกณฑ์หรือกติกาต่าง ๆ ออกมาควบคุมและปราบปรามอาชญากรรมทางเพศ เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยภายในสังคมและป้องกันมิให้มีการกระทำความผิดทางเพศเกิดขึ้น โดยการกระทำความผิดทางเพศ เช่น การข่มขืนกระทำชำเรา หรือการกระทำอนาจาร มักมีความเกี่ยวข้องกับความผิดอื่น ๆ เช่น ความผิดเกี่ยวกับเสรีภาพ หรือความผิดเกี่ยวกับชีวิตและร่างกาย อีกทั้งการกระทำความผิดทางเพศดังกล่าว ยังถือว่าเป็นการกระทำที่ผิดศีลธรรมอันดีและขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน⁴ ดังนั้น จึงมีการบัญญัติกฎหมายออกมาเพื่อคุ้มครองคนในสังคม

¹ คณพล จันทน์หอม, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิด เล่ม 3 ลักษณะ 1 ถึง ลักษณะ 9, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, มิถุนายน 2561), หน้า 553-554.

² เรื่องเดียวกัน, หน้า 555.

³ สหะโรจน์ กิตติมหาเจริญ, “ความเป็นชายที่เปลี่ยนไป สังคมไทยที่เปลี่ยนแปลง,” ในการประชุมวิชาการนานาชาติวรรณคดีเปรียบเทียบ ครั้งที่ 2 จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, (18-19 สิงหาคม 2553), หน้า 16.

⁴ นิธิ เมทินีวงศ์, แนวความคิดเกี่ยวกับผู้กระทำความผิดและผู้เสียหายในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา, วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารคดี, ภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2551, หน้า 8-9.

โดยเริ่มแรกกฎหมายได้บัญญัติไว้อย่างชัดเจนว่าต้องเป็นกรณีที่ผู้กระทำความผิดเป็นชาย และผู้เสียหายหรือผู้ถูกระทำเป็นหญิงเท่านั้น โดยไม่ครอบคลุมถึงกรณีที่ชายข่มขืนกระทำชำเราหรือกระทำอนาจารภรรยาของตนเอง

อย่างไรก็ตาม เมื่อสังคมมีการเปลี่ยนแปลงมากขึ้น มีการเปลี่ยนแปลงจากสังคมเกษตรกรรม เป็นสังคมอุตสาหกรรม มีความก้าวหน้าของเทคโนโลยี ทำให้ผู้หญิงส่วนหนึ่งได้รับโอกาสในการศึกษา เช่นเดียวกับผู้ชาย และทำให้ผู้หญิงเหล่านั้นมีโอกาสได้ทำงานนอกบ้านมากขึ้น สิ่งต่าง ๆ เหล่านี้ส่งผลให้เกิดกระแสสตรีนิยม (Feminism) ตามมา ทำให้เกิดการตั้งคำถามต่อความเชื่อเดิม ๆ ที่ว่าผู้หญิงมีสถานะที่ด้อยกว่าผู้ชายจริงหรือ โดยกระแสดังกล่าวมีบทบาทสำคัญอย่างยิ่งในการพัฒนาแนวคิด การตั้งคำถาม การหาคำอธิบาย การเคลื่อนไหวทางสังคม และการวางบทบัญญัติว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับเพศ

นับตั้งแต่ช่วงต้นพุทธศตวรรษที่ 26 เป็นต้นมา มีการเรียกร้องให้คำนึงถึงเสรีภาพทางเพศของหญิงมากยิ่งขึ้น ส่งผลให้มีการยกเลิกการจำกัดเพศของผู้กระทำและผู้ถูกระทำในความผิดเกี่ยวกับเพศ เช่น ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจาร โดยไม่จำเป็นจะต้องเป็นกรณีที่ชายกระทำต่อหญิงเท่านั้น อาจเป็นชายกระทำต่อชาย หญิงกระทำต่อชาย หรือหญิงกระทำต่อหญิงก็ได้ หากมีการกระทำความผิดทางเพศเกิดขึ้น ย่อมต้องรับผิดชอบตามที่กฎหมายบัญญัติ รวมทั้งกระแสสตรีนิยมดังกล่าวยังสนับสนุนให้ยกเลิกการจำกัดเสรีภาพทางเพศของภริยา หากเกิดกรณีที่ชายข่มขืนภริยาของตนเองแล้ว ย่อมต้องรับผิดชอบตามที่กฎหมายบัญญัติไว้เช่นกัน⁵

การแก้ไขปรับปรุงกฎหมายเกี่ยวกับการกระทำความผิดทางเพศในแต่ละครั้ง มักเกิดจากแนวความคิดที่สะท้อนสภาพสังคมในแต่ละยุคสมัย โดยมีการแก้ไขปรับปรุงให้สอดคล้องกับความต้องการของคนในสังคม และความเหมาะสมของสภาพสังคม⁶ ซึ่งในปัจจุบันนี้ หลายประเทศทั่วโลกได้มีการผ่อนคลาจรูปแบบของการข่มขืนที่ว่าต้องมีการบังคับ (Coercion Model) มาเป็นการยินยอมหรือไม่ยินยอมในรูปแบบอย่างอื่น เช่น จะถือว่าผู้เสียหายยินยอมก็ต่อเมื่อได้แสดงออกอย่างชัดเจนว่า

⁵ คณพล จันทน์หอม, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิด เล่ม 3 ลักษณะ 1 ถึง ลักษณะ 9, หน้า 555.

⁶ นิธิ เมทินีวงศ์, แนวความคิดเกี่ยวกับผู้กระทำความผิดและผู้เสียหายในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา, หน้า 10.

ได้ยินยอม ในทางกลับกันจะถือว่าผู้เสียหายไม่ยินยอมก็ต่อเมื่อได้แสดงออกอย่างชัดเจนว่าไม่ยินยอม เป็นต้น⁷

3.2 วิวัฒนาการความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจารในประเทศไทย

ประเทศไทยมีประวัติศาสตร์เกี่ยวกับกฎหมายมาอย่างยาวนาน โดยเฉพาะกฎหมายตราสามดวงซึ่งถือเป็นหลักฐานทางประวัติศาสตร์เกี่ยวกับกฎหมายชั้นสำคัญที่มีส่วนช่วยในการวางรากฐานกฎหมายของประเทศไทย ทั้งนี้ได้ปรากฏหลักฐานว่ามีการใช้กฎหมายตราสามดวงเป็นประมวลกฎหมายหลักที่ใช้ในการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีตั้งแต่ในสมัยกรุงศรีอยุธยา และได้มีการใช้กฎหมายตราสามดวงเรื่อยมา จนกระทั่ง พ.ศ.2347 รัชกาลที่ 1 ทรงเห็นว่ากฎหมายในสมัยกรุงศรีอยุธยานั้นได้สูญหายและกระจัดกระจายไปเป็นจำนวนมากภายหลังจากที่กรุงศรีอยุธยาถูกพม่าเผาทำลาย จึงทรงมีพระบรมราชโองการโปรดให้มีการชำระและรวบรวมกฎหมายเก่าตั้งแต่สมัยกรุงศรีอยุธยาที่กระจัดกระจายไปเสียใหม่ เพื่อแก้ไขปัญหาการพิจารณาคดีที่มีความคลาดเคลื่อนและไม่ยุติธรรม และเพื่อประกันความถูกต้องและป้องกันการปลอมแปลงกฎหมาย โดย“กฎหมายตราสามดวง”ถือเป็นประมวลกฎหมายฉบับแรกแห่งกรุงรัตนโกสินทร์และเป็นประมวลกฎหมายหลักที่ใช้ในการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีในการปกครองและบริหารราชการแผ่นดินมาตลอดใน 5 รัชกาลแรก⁸

ต่อมาในสมัยรัชกาลที่ 5 ได้ทรงสถาปนากระทรวงยุติธรรมขึ้น และได้มอบหมายให้กรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์เป็นประธานในการชำระสะสางพระราชกำหนดกฎหมายไทยทั้งหมด โดยหนึ่งในพระราชกำหนดกฎหมายที่ไทยได้รับการสะสางและประกาศใช้ คือ พระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ.118 เพื่อแก้ไขกฎหมายเดิมเกี่ยวกับการข่มขืนล่วงประเวณีที่ยังมีข้อบกพร่องอยู่หลายประการ ภายหลังจากการประกาศใช้พระราชกำหนดฉบับนี้ มีผลทำให้ยกเลิกบทบัญญัติในกฎหมาย

⁷ คนพล จันทน์หอม, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิด เล่ม3 ลักษณะ 1 ถึง ลักษณะ 9, หน้า 555.

⁸ ศูนย์วิทยบริการศาลยุติธรรม สำนักงานศาลยุติธรรม, อิทธิพลของกฎหมายตราสามดวงต่อวงการศาลและสังคมไทย, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร : ศูนย์การพิมพ์เพชรรุ่ง, 2555) หน้า 1-2.

ตราสามดวงในเรื่องกฎหมายลักษณะผัวเมียทุกมาตราและให้ใช้พระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ.118 แทน⁹

ภายหลังจากมีการชำระสะสางกฎหมายหลายฉบับ รัชกาลที่ 5 ได้ทรงเห็นถึงความสำคัญด้านกฎหมายและต้องการให้ระบบศาลของประเทศไทยเป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน ประกอบกับเงื่อนไขที่สำคัญประการหนึ่งที่จะทำให้ประเทศไทยหลุดพ้นจากข้อเสียเปรียบในเรื่องสิทธิสภาพนอกอาณาเขตได้ คือ การจัดทำประมวลกฎหมายแบบสมัยใหม่ รัชกาลที่ 5 จึงโปรดให้มีการจัดทำประมวลกฎหมายและประกาศใช้กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 ขึ้น โดยการจัดทำประมวลกฎหมายดังกล่าวถือเป็นความจำเป็นเร่งด่วนในขณะนั้นซึ่งได้มีการจัดทำกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 ขึ้นเมื่อ พ.ศ.2451 โดยถือเป็นกฎหมายฉบับแรกของประเทศไทยที่มีการกำหนดหลักเกณฑ์ทั่วไปเกี่ยวกับความผิดทางอาญา และมีการรวบรวมกฎหมายลายลักษณ์อักษรไว้เป็นหมวดหมู่ชัดเจน เพื่อความแน่นอนชัดเจนในการใช้กฎหมายเหมาะสมกับประเทศไทยซึ่งอยู่ในระหว่างการพัฒนาประเทศ¹⁰ ประมวลกฎหมายลักษณะอาญาดังกล่าว ได้นำวิธีการปฏิบัติต่อเด็กและเยาวชนที่กระทำความผิดมาบัญญัติไว้อย่างเด่นชัด โดยมีแนวคิดเกี่ยวกับการกำหนดวิธีการปฏิบัติต่อเด็กและเยาวชนให้แตกต่างไปจากผู้ใหญ่ซึ่งสมควรที่จะได้รับการแก้ไขมากกว่าส่งตัวเข้าคุก โดยแนวคิดนี้ได้รับอิทธิพลมาจากกฎหมายอาญาของประเทศเยอรมัน ญี่ปุ่น อังกฤษ และอียิปต์¹¹

กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 ถือว่ามีความสมบูรณ์เป็นอย่างมากในเวลานั้นเมื่อเทียบกับประมวลกฎหมายอาญาของประเทศอื่นที่จัดทำขึ้นในเวลาใกล้เคียงกัน จึงทำให้กฎหมายลักษณะอาญาฉบับนี้สามารถบังคับใช้ได้ยาวนานถึง 50 ปี โดยมีการเพิ่มเติมเพียงรายละเอียดเล็กน้อยเพื่อให้เหมาะสมกับสภาพบ้านเมืองเท่านั้น จนกระทั่ง พ.ศ.2500 ได้มีการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายครั้งใหญ่เพื่อให้ทันต่อยุคสมัยที่มีการเปลี่ยนแปลงไป จึงได้มีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายอาญาแทนกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127¹² เมื่อกฎหมายในแต่ละยุคสมัยเปลี่ยนแปลงไป ความผิดเกี่ยวกับเพศ

⁹ ชิดชนก แผ่นสุวรรณ, “ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและอนาจาร:ศึกษาตั้งแต่สมัยกฎหมายตราสามดวงถึงประมวลกฎหมายอาญา,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2548), หน้า 30-32.

¹⁰ แสง บุญเฉลิมวิภาส, ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย, พิมพ์ครั้งที่ 16 (กรุงเทพมหานคร: วิทยุชน, 2560) หน้า 207-218.

¹¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 221.

¹² เรื่องเดียวกัน, หน้า 227-228.

ก็ได้มีการเปลี่ยนแปลงตามไปด้วยเพื่อให้ทันต่อสภาพสังคมในยุคนั้น ๆ ซึ่งสาระสำคัญของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจารในแต่ละยุคสมัยมีรายละเอียดดังนี้

3.2.1 กฎหมายตราสามดวง

ความผิดเกี่ยวกับเพศในกฎหมายตราสามดวงนั้นถูกบันทึกไว้ในพระอัยการลักษณะผิดเมีย ซึ่งเป็นบทบัญญัติลักษณะหนึ่งในกฎหมายตราสามดวง โดยพระอัยการลักษณะผิดเมียได้ตราขึ้นครั้งแรกใน พ.ศ. 1904 ในสมัยพระเจ้าอยู่หัว มีมาตรา 1 ถึง มาตรา 71 ต่อมาได้มีการตรากฎหมายพระอัยการลักษณะผิดเมียเพิ่มเติมในมาตรา 72 ถึง มาตรา 74 เป็นฉบับที่สอง ใน พ.ศ.1905 และครั้งสุดท้ายได้มีการตรากฎหมายพระอัยการลักษณะผิดเมียเพิ่มเติมอีกในมาตรา 75 ถึง มาตรา 141 เป็นฉบับที่สาม ใน พ.ศ.2347 (รัชกาลที่ 1)¹³

พระอัยการลักษณะผิดเมียเป็นบทบัญญัติที่กล่าวถึงสิทธิและหน้าที่ของบุคคลในครอบครัวซึ่งได้แก่ สามี ภริยา บุตร บิดามารดา ทั้งในทางแพ่งและทางอาญา ตัวอย่างเช่น บทบัญญัติที่เกี่ยวกับการสมรส การเป็นชู้ มุลวิวาทระหว่างสามีภริยา การหย่าร้าง ทรัพย์สินระหว่างสามีภริยา การชดใช้ค่าเสียหาย การลงโทษในกรณีละเมิดข้อห้ามต่าง ๆ ทางกฎหมาย และการข่มขืนกระทำชำเราหญิงและเด็กหญิง เป็นต้น¹⁴ โดยพระอัยการลักษณะผิดเมียมีสาระสำคัญที่เกี่ยวกับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจาร ดังต่อไปนี้

(1) ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา

มาตรา 1 บัญญัติว่า “ชายใดข่มขืนภริยาท่านถึงชำเรา ให้ไหม้โดยประณมผิดเมียทวีคุณ ถ้าข่มขืนมิได้ถึงชำเรา ให้ไหม้โดยประณมผิดเมีย”¹⁵

¹³ ชาคริต อนันทรารวัน, ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2556) หน้า 114.

¹⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 114-116.

¹⁵ สถาบันปรีดี พนมยงค์, กฎหมายตราสามดวง เล่มที่ 2 ฉบับพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์และการเมือง, (กรุงเทพมหานคร: สุขภาพใจ, มิถุนายน 2548) หน้า ผัวเมีย 3.

มาตรา 76 บัญญัติว่า “ชายใดมีเมียแล้ว ช่มชื่นลูกสาวหลานสาวท่านถึงข้าเรา ให้ไหมชายนั่นถึงประณมผิดเมีย ถ้าช่มชื่นมิถึงข้าเรา ให้ไหมถึงถึงข้าเรา”¹⁶

มาตรา 77 บัญญัติว่า “ชายหาเมียมิได้ ช่มชื่นลูกสาวหลานสาวท่านถึงข้าเรา ให้ไหมชายนั่นถึงเบี้ยชายมีเมียแล้ว ถ้าช่มชื่นมิถึงข้าเรา ให้ไหมถึงถึงข้าเรา”¹⁷

จากบทบัญญัติมาตราดังกล่าว พบว่า มาตรา 76 กำหนดความผิดเฉพาะกรณีที่ชายมีเมียแล้วช่มชื่นลูกสาวหลานสาวท่านเท่านั้น โดยแยกกรณีชายไม่มีเมียช่มชื่นลูกสาวหลานสาวท่านไว้เป็นความผิดอีกมาตราหนึ่งแยกต่างหากจากมาตรา 76 ซึ่งเป็นการแยกมาตราตามสถานะของผู้กระทำผิดทั้ง ๆ ที่เป็นความผิดเดียวกัน¹⁸

มาตรา 78 บัญญัติว่า “ชายใดช่มชื่นหญิงเด็กไม่รู้เพียงชามีถึงข้าเรา ให้ไหมเถ้าเบี้ยประณมผิดเมีย ถ้าช่มชื่นถึงข้าเราโลหิตไหล ให้ไหมเถ้าเบี้ยประณมผิดเมียทวีคูณ ถ้าตบตีหญิงทำให้มีบาดเจ็บด้วย ท่านให้ไหมชายนั่นโดยบาดเจ็บอีกโสดหนึ่ง”¹⁹

เด็กหญิงไม่รู้เพียงสาตามความหมายในมาตรา 78 ดังกล่าว หมายความว่า ความถึง เด็กหญิงอายุต่ำกว่า 12 ปี ตามที่พระราชบัญญัติซึ่งได้ออกในสมัยรัชกาลที่ 1 คือ พระราชบัญญัติฉบับที่ 17 กล่าวไว้ว่า

“...พระเกษมราชสุภาวดีกราบบังคมทูลพระกรุณาว่า ขุนสุภาไชยสานแพ่งกลางส่งสั่งมาให้ปรับ ในระหว่างหาว่านายด้วงหนุ่มหาเมียมิได้ช่มชื่นอ่อมแจ่มหญิงอายุศมหกขวบกับแปดเดือนมิรู้เพียงซาจตที่ลับหาถึงข้าเราไม่ ข้าพระพุทธิเจ้าเชิบุญทพระไอยะการมาต่อหน้าลูกขุน ณ สานหลวงพบพระไอยะการแต่ว่า ชายมีเมียแล้วช่มชื่นเด็กไม่รู้เพียงซา ที่ชายไม่มีเมียช่มชื่นเด็กไม่รู้เพียงชานั้นมิได้พบพระราชกฤษฎีกาจึงมีพระราชโองการ...สั่งว่าทุกวันนี้ชายพาลทุจริตหยาบซ่าไม่มีหิริโอดัปะปะทำชุกชุมขึ้น หาเกรงกลัว...ครั้นมิปราบปรามก็จะไปสู่จัดราบายภูมเสียเป็นอันมาก แลให้ตราพระราชบัญญัติไว้แต่นี้สืบไปเมื่อหน้า ถ้าชายมีเมียแล้วก็ดี ชายหาเมียไม่ก็ดี กระทำพราจารช่มชื่นเด็ก

¹⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า ผัวเมีย 38.

¹⁷ เรื่องเดียวกัน.

¹⁸ กฤษฎีกา บุณยสมิต, กฎหมายตราสามดวง: แฉ่งสองสังคัมไทย, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร: เพ็ญฟ้า, 2547) หน้า 57.

¹⁹ สถาบันปรีดี พนมยงค์, กฎหมายตราสามดวง เล่มที่ 2 ฉบับพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์และการเมือง, หน้า ผัวเมีย 38.

ไม่รู้เดียงซาแต่อายุศม 12 ขวบลงมาได้ถึงข้าเรา ให้ใหม่โดยประณมผิตเมีย ถ้าโลหิตตกถึงข้าเรา ให้ใหม่ถ้าเบี่ยประณมผิตเมียทวิคุณ...”²⁰

อย่างไรก็ตาม คำว่า “ชายใด” หมายความว่า ชายที่มีเมียแล้วและชายที่ยังไม่มีเมีย ซึ่งสอดคล้องกับความในพระราชบัญญัติฉบับที่ 17 ที่ว่าเดิมมี “พบพระไอยการแต่ว่าชายมีเมียแล้ว ช่มชื่นเด็กไม่รู้เดียงซา ที่ชายไม่มีเมียช่มชื่นเด็กไม่รู้เดียงซานั้น มิได้พบพระราชกฤษฎีกา” แสดงให้เห็นว่าแต่เดิมพระอัยการลักษณะผัวเมียยังไม่ได้กำหนดความผิตกรณีชายไม่มีเมียช่มชื่นเด็กไม่รู้เดียงซา จึงจำเป็นต้องออกพระราชบัญญัติฉบับนี้เพื่อกำหนดว่าไม่ว่าจะเป็นกรณีชายมีเมียแล้วหรือไม่ก็ตาม หากช่มชื่นเด็กไม่รู้เดียงสาย่อมเป็นความผิตทุกกรณี²¹

(2) ความผิตฐานกระทำอนาจาร

มาตรา 2 บัญญัติว่า “ผู้ใดเล้าโลมจับมือถือนมกอดจูบเมียท่านก็ดี ผัวท่านไม่อยู่ไปหาเมียท่านถึงในเรือนแลในสถานที่ลับไม่มีผู้ใดอยู่ด้วยเปนค่านับก็ดี ไปหาเมียท่านถึงที่นอนในห้องอยู่แต่สองต่อสองก็ ท่านให้ใหม่ชายนั่นกึ่งเบี่ยประณมผิตเมีย ถ้าผู้ใดกล่าวคำแพะโลมเมียท่านก็ดี ลักลอบพูดจาด้วยเมียท่านก็ดี พิจารณาเป็นสัจไซ้ ให้ใหม่ชายนั่นกึ่งเบี่ยชกมือถือนมกอดจูบนั่น”²²

มาตรา 75 บัญญัติว่า “บุรุษผู้ใดจับข้อมือหยอกบุตรท่านก็ดี ขึ้นไปถึงที่นอนบุตรท่านก็ดี แลหลุดลากบุตรท่านไปจูบกอดทำชู้แลทำประการใดก็ดี ท่านว่าชายนั่นผิต ให้ลงโทษโดยโทษานุโทษ”²³

3.2.2 พระราชกำหนดลักษณะช่มชื่นล่วงประเวณี ร.ศ.118

ในสมัยรัชกาลที่ 5 ประเทศไทยได้มีการชำระสะสางพระราชกำหนดกฎหมายไทยทั้งหมดและได้ประกาศใช้กฎหมายอาญาเป็นเรื่อง ๆ โดยหนึ่งในพระราชกำหนดที่สำคัญที่ประเทศไทยได้ชำระสะสาง คือ พระราชกำหนดลักษณะช่มชื่นล่วงประเวณี ร.ศ.118 โดยความผิตฐานช่มชื่น

²⁰ กฤษฎา บุญสมิต, กฎหมายตราสามดวง:แว่นส่องสังคมไทย, หน้า 56-57.

²¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 57.

²² สถาบันปรีดี พนมยงค์, กฎหมายตราสามดวง เล่มที่2 ฉบับพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์และการเมือง, หน้า ผัวเมีย 4.

²³ เรื่องเดียวกัน, หน้า ผัวเมีย 37-38.

กระทำชำเราและกระทำอนาจาร ตามที่ปรากฏในพระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ.118 มีสาระสำคัญดังต่อไปนี้²⁴

มาตรา 4 บัญญัติว่า “ชายใดทำชำเราด้วยหญิง ในเหตุ 4 ประการ ดังที่จะกล่าวต่อไป ข้างล่างนี้ ท่านว่าชายผู้นั้นข่มขืนทำชำเราหญิง คือ

ข้อ 1 ขืนใจหญิง

ข้อ 2 หญิงยินยอม

ข้อ 3 หญิงยินยอมด้วยชายชู้หญิงจะทำร้ายแก่ร่างกายแลชีวิตหญิง หญิงมีความกลัวจึงยินยอม

ข้อ 4 หญิงยินยอมก็ดี ถ้าไม่ยินยอมก็ดี แต่หญิงนั้นยังมีอายุต่ำกว่า 12 ปีลงมา”

บทบัญญัติดังกล่าวหากเข้าลักษณะในข้อใดข้อหนึ่งแล้ว ผู้กระทำจะมีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราทันที โดยเฉพาะกรณีทำชำเราเด็กหญิงอายุต่ำกว่า 12 ปีไม่ว่าเด็กหญิงจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม ผู้กระทำผิดจะมีความผิดทันทีตามมาตรานี้ โดยผู้กระทำไม่อาจอ้างความยินยอมของเด็กหญิงเป็นข้อแก้ตัวให้พ้นจากความรับผิดชอบได้

มาตรา 5 บัญญัติว่า “ผู้ใดทำชำเราทางเวจมรรคก็ดี ถ้าทำชำเราด้วยสัตว์เดรัจฉานผิดธรรมดาโลกย์ก็ดี พิจารณาเป็นสัตย์ ให้ลงโทษจำคุกตั้งแต่สิบปีลงมา กับให้ทำการหนักด้วยก็ได้ ถ้ามิให้ทำการหนักด้วยก็ได้”

บทบัญญัติในมาตรานี้สามารถแยกการชำเราผิดธรรมดาตามนุษย์ได้เป็น 2 กรณี คือ การทำชำเราทางเวจมรรค หรือ การร่วมประเวณีทางทวารหนัก และการทำชำเราด้วยสัตว์เดรัจฉาน ซึ่งเป็นการทำชำเราทั้งสัตว์

²⁴ ชิตชนก แผ่นสุวรรณ, “ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและอนาจาร: ศึกษาตั้งแต่สมัยกฎหมายตราสามดวงถึงประมวลกฎหมายอาญา”, หน้า 33-36.

อย่างไรก็ตาม พระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ.118 มิได้มีการแก้ไข บทบัญญัติในส่วนที่เกี่ยวกับการกระทำอนาจาร ความผิดฐานกระทำอนาจารจึงยังคงใช้บังคับตามพระ อัยการลักษณะฝ่าฝืนตามเดิม

พระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ.118 ได้ใช้บังคับเรื่อยมา จนกระทั่งถึง ร.ศ.127 ได้มีการยกเลิกพระราชกำหนดดังกล่าวและได้เปลี่ยนมาประกาศใช้กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 แทน ซึ่งส่งผลให้มีการเปลี่ยนไปบังคับใช้ตามกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ในเรื่อง ต่าง ๆ รวมถึงในเรื่องความผิดเกี่ยวกับเพศด้วย

3.2.3 กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127

กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ถือเป็นประมวลกฎหมายฉบับแรกของไทยซึ่งได้มีการประกาศใช้เมื่อ พ.ศ.2451 โดยเป็นกฎหมายที่จัดทำขึ้นตามแบบอย่างของประเทศในภาคพื้นยุโรป ทั้งนี้ในเรื่องความผิดเกี่ยวกับเพศนั้นได้ถูกบันทึกอยู่ใน ส่วนที่ 6 ว่าด้วยความผิดที่กระทำอนาจาร ซึ่งมีสาระสำคัญดังต่อไปนี้

หมวดที่ 1 ความผิดฐานกระทำอนาจารอันเกี่ยวแก่สาธารณชน

มาตรา 240 บัญญัติว่า “ผู้ใดเอารูปภาพ หรือสมุด หรือสิ่งใด ๆ อันมีลักษณะเป็นของ ลามกอนาจาร ออกขายหรือทอดตลาดก็ดี หรือเอาของลามกอนาจารที่วางนั้นแสดงโดยเปิดเผยแก่ สาธารณชนก็ดี ท่านว่ามีความผิด ต้องระวางโทษจำคุกเป็นสามสถาน คือ สถานหนึ่งให้จำคุกไม่ เกินกว่าหกเดือน สถานหนึ่งให้ปรับไม่เกินกว่าห้าร้อยบาท สถานหนึ่งให้ลงโทษทั้งจำทั้งปรับเช่นว่า มาแล้วด้วยกัน”

บทบัญญัติในมาตรานี้มีขึ้นเพื่อปราบปรามการทำให้แพร่หลายและการค้าวัตถุลามก อนาจาร²⁵

²⁵ หยุค แสงอุทัย, คำอธิบายกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127, พิมพ์ครั้งที่ 7 (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, มีนาคม 2561) หน้า 355-356.

มาตรา 241 บัญญัติว่า “ผู้ใดเพื่อให้สำเร็จความใคร่ของผู้อื่นบังอาจเป็นธุระจัดหา ล่อไป หรือชักพาไป เพื่อการอนาจารซึ่งหญิงหรือเด็กหญิงอายุต่ำกว่าสิบแปดขวบ แม้หญิงหรือเด็กหญิงนั้นยินยอมก็ตาม ท่านว่ามันมีความผิด ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี แลปรับไม่เกินสองพันบาท โดยมีต้องคำนึงว่ากรรมทั้งหลายซึ่งประกอบกันเป็นความผิดนั้น ได้กระทำไว้ในประเทศต่างกันหรือไม่

ผู้ใดเพื่อให้สำเร็จความใคร่ของผู้อื่น บังอาจโดยใช้อุบายหลอกลวง หรือโดยใช้อำนาจด้วยกำลังกาย โดยขู่เชี้ย โดยใช้อำนาจคุ้มครองผิดทำนองหรือโดยใช้วิธีบังคับอย่างอื่น ๆ เป็นธุระจัดหา ล่อไป หรือชักพาไป เพื่อการอนาจารซึ่งหญิงหรือเด็กหญิง ท่านว่ามันมีความผิด ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปี แลปรับไม่เกินสามพันบาท โดยมีต้องคำนึงว่ากรรมทั้งหลายซึ่งประกอบกันเป็นความผิดนั้น ได้กระทำไว้ในประเทศต่างกันหรือไม่”

บทบัญญัติในมาตรานี้ผู้กระทำจะต้องมีเจตนาพิเศษ คือ เจตนาเพื่อให้สำเร็จความใคร่ของผู้อื่นจึงจะเป็นความผิดตามมาตรานี้ โดยจะต้องให้ผู้อื่นได้กระทำชำเราหรือเพียงแต่ให้สำเร็จความใคร่ในทางเพศ เช่น กอดจูบลูบลูกค้าก็เพียงพอที่จะมีความผิดตามมาตรานี้แล้ว²⁶

มาตรา 242 บัญญัติว่า “ผู้ใดทำชำเราผิดธรรมดาตามมนุษย์ ด้วยชายก็ดี หญิงก็ดี หรือทำชำเราด้วยสัตว์เดียรฉานก็ดี ท่านว่ามันมีความผิด ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สามเดือนขึ้นไปจนถึงสามปี แลให้ปรับตั้งแต่ห้าสิบบาทขึ้นไปจนถึงห้าร้อยบาท ด้วยอีกโสดหนึ่ง”

บทบัญญัติในมาตราดังกล่าวได้กำหนดให้การชำเราผิดธรรมดาตามมนุษย์เป็นความผิด โดยให้หมายความถึง การกระทำระหว่างชายต่อชาย เช่น ทำชำเราโดยเวจมรรค หรือระหว่างหญิงกับชาย หรือระหว่างหญิงหรือชายกับสัตว์เดรัจฉาน ส่วนการกระทำระหว่างหญิงกับหญิงนั้นบทบัญญัติในมาตราดังกล่าวไม่ถือว่าผิดธรรมดาตามมนุษย์²⁷

²⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 356-357.

²⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 357.

หมวดที่ 2 ความผิดฐานข่มขืนทำชำเรา

มาตรา 243 บัญญัติว่า “ผู้ใดบังอาจใช้อำนาจด้วยกำลังกาย หรือด้วยวาจาขู่เชือด กระทบชำเราจิตใจหญิง ซึ่งมีใช้ภรรยาของตนเอง ท่านว่ามันข่มขืนทำชำเรา ต้องระวางโทษจำคุก ตั้งแต่ปีหนึ่งขึ้นไปจนถึงสิบปี แลให้ปรับตั้งแต่ห้าสิบบาทขึ้นไปจนถึงห้าร้อยบาท ด้วยอีกโสดหนึ่ง

ผู้ใดใช้อุบายหลอกลวงทำชำเราจิตใจหญิงซึ่งมิใช่ภรรยาของตนเอง ท่านว่ามันข่มขืน ทำชำเรา มีความผิดต้องระวางโทษคุกกันกับที่ว่ามันั้น

ถ้าแลในการกระทำผิดเช่นว่ามาในมาตรานี้ หญิงที่ถูกข่มขืนชำเรานั้นมีบาดเจ็บถึง สาหัส ท่านว่ามันผู้กระทำผิดนั้นต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สองปีขึ้นไปจนถึงสิบปี แลให้ปรับตั้งแต่ห้า สิบบาทขึ้นไปจนถึงพันบาท ด้วยอีกโสดหนึ่ง

ถ้าแลหญิงนั้นถึงตาย ท่านว่ามันผู้ข่มขืนนั้น ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สิบสองปีขึ้นไป จนถึงยี่สิบปี แลให้ปรับตั้งแต่ร้อยบาทขึ้นไปจนถึงสองพันบาท ด้วยอีกโสดหนึ่ง”

บทบัญญัติในมาตรานี้จะต้องมีการใช้อำนาจด้วยกำลังหรือมรการกระทำ การประทุษร้าย หรือมีการใช้วาจาขู่เชือด โดยที่หญิงไม่ยินยอม และจะถือเป็นความผิดตามมาตรานี้เมื่อ ของลับของฝ่ายชายได้ล่วงล้ำเข้าไปในของลับของฝ่ายหญิง ไม่ว่าจะเข้าไปเล็กน้อยเพียงใดก็ตาม²⁸

มาตรา 244 บัญญัติว่า “ผู้ใดกระทำชำเราด้วยเด็กหญิงอายุต่ำกว่าสิบสามชวบ ถึง หญิงนั้นยินยอมก็ตาม หรือมิได้ยินยอมก็ตาม ท่านว่ามันมีความผิดต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สองปีขึ้นไป จนถึงสิบปี แลให้ปรับตั้งแต่ห้าสิบบาทขึ้นไปจนถึงห้าร้อยบาท ด้วยอีกโสดหนึ่ง

ถ้าแลในการกระทำผิดเช่นว่ามาในมาตรานี้ เด็กหญิงที่ถูกชำเรานั้นมีบาดเจ็บอย่าง สาหัส ท่านว่ามันผู้กระทำผิดนั้น ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สามปีขึ้นไปจนถึงสิบห้าปี แลให้ปรับตั้งแต่ ห้าสิบบาทขึ้นไปจนถึงพันบาท ด้วยอีกโสดหนึ่ง

ถ้าแลเด็กหญิงนั้นถึงตาย ท่านว่ามันผู้กระทำผิดนั้นต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สิบห้าปี ขึ้นไปจนถึงยี่สิบปี แลให้ปรับตั้งแต่ร้อยบาทขึ้นไปจนถึงสองพันบาท ด้วยอีกโสดหนึ่ง”

²⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 357-359.

บทบัญญัติในมาตรานี้ได้แก้ไขอายุซึ่งแต่เดิมกำหนดอายุไว้ว่ามีอายุต่ำกว่า 12 ขวบ โดยแก้ไขใหม่เป็นมีอายุต่ำกว่า 13 ขวบ ซึ่งเด็กหญิงอายุดังกล่าวนี้จะยินยอมหรือไม่ยินยอมให้ทำชำเราก็ตามก็เป็นความผิดในทุกกรณี เนื่องจากกฎหมายมีเจตนารมณ์ห้ามไม่ให้ทำชำเราเด็กหญิงอายุต่ำกว่า 13 ขวบ โดยในการพิสูจน์นั้นจะถือเอาของลับของเด็กหญิงว่ามีบาดแผลหรือไม่เป็นข้อพิสูจน์ว่าของลับของชายได้ล่วงล้ำเข้าไปในของลับของเด็กหญิงแล้วหรือยัง²⁹

อย่างไรก็ตาม ความสำคัญผิดในเรื่องอายุที่ทำให้ผู้กระทำความผิดเจตนา เช่น ชายไปพบหญิงมีบุตรอยู่แล้วจึงทำชำเราด้วย โดยที่คิดว่าเขามีอายุกว่า 13 ขวบ กรณีดังกล่าวชายผู้กระทำจะไม่มีความผิดตามมาตรา³⁰ โดยประเด็นในเรื่องความสำคัญผิดหรือความไม่รู้อายุนั้น ได้มีการถกเถียงกันมาอย่างยาวนานว่าผู้กระทำจะต้องรู้หรือควรรู้ว่าเด็กหญิงนั้นอายุต่ำกว่า 13 ขวบหรือไม่ ซึ่งในที่ประชุมคณะกรรมการกฤษฎีกา เมื่อวันที่พฤหัสบดีที่ 12 กุมภาพันธ์ 2485 ได้มีการถกเถียงในประเด็นดังกล่าว โดยที่มีความคิดเห็นแบ่งออกเป็น 2 ฝ่าย ดังนี้³¹

ฝ่ายแรก ฝ่ายที่เห็นด้วยกับการที่ผู้กระทำจะต้องรู้ข้อเท็จจริงในเรื่องอายุของเด็กหญิง จึงจะมีความผิดตามมาตรา 244 แห่งประมวลกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 โดยที่พระยาอรุณการีย์ได้ให้ความเห็นไว้ว่า จำเลยจะต้องรู้ถึงอายุของเด็กหญิงว่าต่ำกว่า 13 ขวบ กล่าวคือ จำเลยจะต้องมีจิตใจชั่วจึงจะมีความผิดตามมาตรา³⁰ ทั้งนี้อายุ 13 ขวบถือเป็นข้อเท็จจริงที่เป็นองค์ประกอบหนึ่งของความผิด จำเลยจึงยอมแก้ตัวได้ว่าเขาไม่รู้ เหมือนกับกรณีเรื่องการลักทรัพย์ ถ้าทรัพย์เป็นของเราเราคิดว่าไม่ใช่ของเรา เราก็ไม่มีความผิด หรืออย่างกรณีฆ่าเจ้าพนักงาน จำเลยจะต้องรู้ว่าเป็นเจ้าพนักงาน จำเลยจึงจะมีความผิด โดยไม่จำเป็นจะต้องใส่คำว่า “รู้” ลงไปในบทบัญญัติ เพราะเป็นหลักทั่ว ๆ ไป ถ้าเขียนคำว่าจำเลย “รู้” ลงไปในบทบัญญัติ ในฟ้องของโจทก์ก็ต้องระบุว่าจำเลยรู้ และโจทก์ก็ต้องสืบให้ได้ความชัดเจนว่าจำเลยรู้ ถ้าโจทก์สืบไม่ได้ ศาลจะยกฟ้องหมดซึ่งอาจก่อให้เกิดความไม่ยุติธรรมแก่โจทก์ในฐานะผู้ถูกระทำได้

²⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 359-360.

³⁰ เรื่องเดียวกัน.

³¹ คณะกรรมการกฤษฎีกา, รายงานการประชุมอนุกรรมการตรวจพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา ครั้งที่ 276/55/2485, (พระนคร: สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, 12 กุมภาพันธ์ 2485), หน้า 3-9.

ฝ่ายที่สอง ฝ่ายที่ไม่เห็นด้วยกับการที่ผู้กระทำจะต้องรู้ข้อเท็จจริงในเรื่องอายุของเด็กหญิง กล่าวคือ แม่ไม่รู้ข้อเท็จจริงในเรื่องอายุของเด็กหญิงก็มีความผิดตามมาตรานี้ได้ โดยที่หลวงประสาธ ได้ให้ความเห็นไว้ว่า หากใส่คำว่า “รู้” ลงไปในบทบัญญัติจะทำให้โจทก์มีภาระในการพิสูจน์เพิ่มมากขึ้นและจะลงโทษจำเลยได้ยาก อีกทั้งศาลยังได้ดำเนินแนวทางมาอย่างยาวนานโดยถือว่าไม่ต้องรู้ก็ได้ และเมื่อตรวจดูกฎหมายอังกฤษแล้วพบว่า กฎหมายอังกฤษได้มีการกำหนดให้เป็นข้อสันนิษฐานเด็ดขาด (Absolute Presumption) ที่เดียวว่าจำเลยต้องรู้ โดยที่กฎหมายอังกฤษได้บัญญัติไว้ชัดเจนว่า เหตุผลอันสมควรเชื่อว่ามีอายุมาก ไม่สามารถนำมาเป็นข้อแก้ตัวได้ เพราะถือเป็นหน้าที่ที่จะต้องสืบให้รู้ว่าตนได้กระทำผิดหรือไม่ อย่างผู้ขายอาหารก็มีหน้าที่ต้องตรวจดูอาหารทุกวันว่าบูดเน่าหรือไม่ ทั้งนี้อาจมีข้อยกเว้นที่จะยกเรื่องอายุของเด็กหญิงเป็นข้อแก้ตัวได้ โดยกฎหมายอังกฤษได้กำหนดไว้ชัดเจนว่า หากเป็นชายอายุต่ำกว่า 23 และกระทำเป็นครั้งแรก ก็ให้ยกเหตุผลอันสมควรเชื่อนั้นแก้ตัวได้

ความคิดเห็นดังกล่าวของพระยาอรรถการีย์ได้รับการสนับสนุนจากหลวงจำรูญและพระยาเลขวิช โดยหลวงจำรูญ ได้ให้ความเห็นเพิ่มเติมว่า หากอายุของเด็กหญิงถือเป็นองค์ประกอบความผิด โจทก์จะต้องสืบให้ศาลเห็นได้ว่า จำเลยรู้โดยอาจสืบไปในแนวทางที่ว่าเด็กหญิงนั้นตัวเล็กใคร ๆ ก็ต้องรู้ได้ว่ามีอายุต่ำกว่า 13 ขวบ ซึ่งเป็นปัญหาในเรื่องข้อแก้ตัวว่าจำเลยรู้หรือไม่รู้ และพระยาเลขวิชยังได้ให้ความเห็นเพิ่มเติมว่า จำเลยอาจใช้เรื่องอายุของเด็กหญิงเป็นข้อแก้ตัวของจำเลยว่าเขาไม่รู้ก็ได้ ซึ่งเรื่องการเข้าใจผิดในข้อเท็จจริงนั้นเป็นหลักอีกหลักหนึ่ง ไม่สมควรยกมาใส่ไว้ในมาตรานี้ และการใช้ข้อสันนิษฐานเด็ดขาดไม่ใช่หลักในทางกฎหมายอาญา ตามปกติศาลย่อมพิจารณาได้เองอยู่แล้วว่าจะมีทางลงโทษหรือไม่ลงโทษจำเลยหรือไม่ ถ้ามีศาลจึงลงโทษ³²

นอกจากนี้ นายพิชาญได้ให้ความเห็นเพิ่มเติมในประเด็นนี้ว่า “ในบันทึกของสันนิบาตชาติ ปรากฏว่าตามกฎหมายของเกาะลังกานัน ให้ถือว่าเป็นข้อต่อสู้ที่เพียงพอ หากจำเลยสืบได้ว่าเขามีเหตุผลที่เชื่อว่าหญิงมีอายุสูงกว่านั้น แต่ข้าพเจ้าเห็นว่านายปาดูชคงจะเอามาจากกฎหมายฝรั่งเศส

³² เรื่องเดียวกัน, หน้า 4-9.

ซึ่งอายุเป็น automatic คือถ้าต่ำกว่า 13 ขวบ แม้จำเลยไม่รู้ก็มีความผิด ส่วนกฎหมายญี่ปุ่นใช้ถ้อยคำ
 อย่างเดียวกับตัวของไทย แต่มีคำพิพากษาศาลสูงว่าจำเลยต้องรู้เรื่องอายุ”³³

โดยที่ประชุมได้ข้อสรุปว่าการกระทำผิดตามมาตรา ๓๖ จำเลยต้องรู้ว่าเด็กหญิงนั้นอายุต่ำ
 กว่า 13 ขวบ แต่ไม่ต้องเขียนไว้ เพราะเป็นหลักทั่ว ๆ ไปที่จำเลยจะมีความผิดต่อเมื่อจำเลยได้รู้
 ข้อเท็จจริงต่าง ๆ อันเป็นองค์ประกอบแห่งความผิด³⁴

จะเห็นได้ว่าถ้าจำเลยไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบแห่งความผิด ศาลก็ไม่ควร
 ลงโทษ จำเลยสามารถยกเรื่องดังกล่าวเป็นข้อแก้ตัวได้ โดยปล่อยให้เป็นที่ของศาลในการ
 พิจารณาข้อเท็จจริง ซึ่งการใช้ข้อสันนิษฐานเด็ดขาดกับเรื่องการทำชำเราเด็กหญิงไม่ใช่หลักใน
 กฎหมายอาญา ดังนั้นที่ประชุมจึงเห็นว่า การกระทำผิดตามมาตรา ๓๖ จำเลยต้องรู้ว่าเด็กหญิงนั้น
 อายุต่ำกว่า 13 ขวบ แต่ไม่ต้องเขียนไว้เพราะเป็นหลักทั่ว ๆ ไปที่จำเลยจะมีความผิดต่อเมื่อจำเลยได้รู้
 ข้อเท็จจริงต่าง ๆ อันเป็นองค์ประกอบแห่งความผิดแล้ว

มาตรา 245 บัญญัติว่า “ผู้ใดบังอาจกระทำการอนาจารแก่เด็กอายุต่ำกว่าสิบสามขวบ
 ท่านว่ามีความผิด ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งเดือนขึ้นไปจนถึงสามปี แลให้ปรับตั้งแต่ห้าสิบบาท
 ขึ้นไปจนถึงห้าร้อยบาท ด้วยอีกโทษหนึ่ง

ถ้าแลมันใช้อำนาจด้วยกำลังกาย หรือด้วยวาจาขู่เชิญกระทำความผิดเช่นว่ามานี้ ท่าน
 ว่ามันผู้กระทำความผิดนั้น ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สามเดือนขึ้นไปจนถึงห้าปี แลให้ปรับตั้งแต่ห้าสิบบาท
 ขึ้นไปจนถึงพันบาท ด้วยอีกโทษหนึ่ง”

กระทำการอนาจารตามมาตรา ๓๖ นี้ หมายความว่าไม่สมควรในทางเพศ
 เช่น จับนม จูบ กอด ลูบคลำ หรือจับต้องอวัยวะต่าง ๆ โดยจิตใจของผู้กระทำจะต้องกระทำไปด้วย
 ความรู้สึกทางเพศ มิใช่กรณี แพทย์ลูบนมคนไข้ เพราะต้องการตรวจโรคตามวิชาแพทย์ โดยการ

³³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 4-7.

³⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 9.

กระทำใดจะถือว่าสมควรหรือไม่สมควรนั้นจะต้องพิจารณากาลเทศะและสิ่งแวดล้อมประกอบด้วย เช่น การกอดเด็กหญิงในฐานะที่เป็นบุตรหลาน การกอดเพื่อเต้นรำ เป็นต้น³⁵

มาตรา 246 บัญญัติว่า “ผู้ใดกระทำการอนาจารแก่บุคคลอายุเกินกว่าสิบสามขวบขึ้นไป โดยมันใช้อำนาจด้วยกำลัง หรือด้วยวาจาขู่เข็ญ หรือมันใช้อุบายหลอกลวงด้วยประการใดใดก็ดี ท่านว่ามันมีความผิด ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่เดือนหนึ่งขึ้นไปจนถึงสามปี แลให้ปรับตั้งแต่ห้าสิบบาทขึ้นไปจนถึงห้าร้อยบาท ด้วยอีกโทษหนึ่ง”

หญิงอายุกว่า 13 ขวบตามบทบัญญัติในมาตรานี้สมิ่สิทธิให้ความยินยอมได้ ดังนั้นมาตรานี้จึงเอาโทษต่อเมื่อผู้กระทำใช้กำลังทำร้าย ใช้วาจาขู่เข็ญ หรือใช้อุบายหลอกลวง การกระทำอนาจารโดยหญิงสมัครใจไม่เป็นความผิดตามมาตรา³⁶

มาตรา 247 บัญญัติว่า “ความผิดอย่างใดใดที่ว่ามาในมาตรา 243,244,245 แล 246 นั้น ถ้าผู้กระทำเป็นบิดามารดาหรือปู่ย่าตายายก็ดี ครูบาอาจารย์ที่รับเลี้ยงผู้ถูกระทำร้ายไว้ก็ดี เจ้าพนักงานผู้มีตำแหน่งหน้าที่ปกครองรักษาผู้ถูกระทำร้ายไว้ก็ดี ท่านว่าระวางโทษของมันผู้กระทำผิดหนักกว่าที่บัญญัติไว้ใน 4 มาตราที่ว่ามานั้นหนึ่งในสามส่วน”

บิดาตามบทบัญญัติในมาตรานี้จะต้องเป็นบิดาที่ชอบด้วยกฎหมาย และไม่หมายความถึงบิดามารดาบุญธรรม³⁷

มาตรา 248 บัญญัติว่า “การฟ้องเอาโทษแก่ผู้กระทำผิดกฎหมายหมวดนี้นั้น ถ้าคดีเป็นข้อหาว่าใช้อำนาจด้วยกำลังหรือขู่เข็ญทำชำเราขึ้นใจหญิงตั้งว่าไว้ในตอนต้นแห่งมาตรา 243 ก็ดี หรือคดีมีข้อหาว่าใช้อุบายหลอกลวงทำชำเราขึ้นใจหญิงตั้งว่าไว้ในตอน 2 แห่งมาตรา 243 นั้นก็ดี หรือว่าคดีเป็นข้อหาว่าบังอาจกระทำการอนาจารแก่บุคคลตั้งว่าไว้ในมาตรา 246 นั้นก็ดี ท่านว่าให้พิจารณาฐานที่เกิดเหตุก่อน ถ้าเหตุมิได้เกิดต่อหน้าธารกำนัลไซ้ ท่านให้ถือว่าต่อผู้ที่ถูกระทำร้ายมาร้องทุกข์ จึงให้เจ้าพนักงานเอาคดีนั้นขึ้นว่ากล่าวตามกระบิลเมือง”

³⁵ หยุต แสงอุทัย, คำอธิบายกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127, หน้า 360-362.

³⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 362-363.

³⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 363.

บทบัญญัติในมาตรานี้กำหนดให้ความผิดบางความผิดเป็นความผิดต่อส่วนตัว ถ้าเหตุมิได้เกิดต่อหน้าธารกำนัล โดยคำว่า “ต่อหน้าธารกำนัล” หมายความว่าในที่ที่สาธารณชนสามารถจะเห็นได้ ถ้าหากกระทำในที่สาธารณสถานแต่กระทำในเวลา ที่สาธารณชนไม่สามารถเห็นได้ เช่น ในเวลากลางคืนไม่มีคนเดินผ่านไปมา ก็ไม่ถือว่ากรณีดังกล่าวได้กระทำต่อหน้าธารกำนัล³⁸

กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ได้ใช้บังคับเรื่อยมา จนกระทั่งได้มีประมวลกฎหมายอาญาออกมา เมื่อ พ.ศ. 2500 เพื่อแก้ไขเพิ่มเติม ปรับปรุง และชำระสะสาง ทำให้เข้ารูปเป็นประมวลกฎหมายอาญาในฉบับเดียวกันและเพื่อให้สอดคล้องกับสมัยปัจจุบันในขณะนั้น³⁹

3.2.4 ประมวลกฎหมายอาญา

ประมวลกฎหมายอาญาได้บัญญัติบทนิยามของคำว่า “กระทำชำเรา” ไว้ใน ภาค 1 บทบัญญัติทั่วไป ลักษณะ 1 และบัญญัติความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจารไว้ใน ภาค 2 ภาคความผิด ลักษณะ 9 ว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับเพศ โดยมีสาระสำคัญดังต่อไปนี้

(1) บทนิยามของคำว่า “กระทำชำเรา”

มาตรา 1 (18) บัญญัติว่า ““กระทำชำเรา” หมายความว่า กระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ โดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำล้วงล้าอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น”

การกระทำชำเรา ตามมาตรานี้หมายความว่า การสอดใส่อวัยวะเพศของผู้กระทำเข้าไปในอวัยวะเพศของอีกฝ่าย โดยขยายขอบเขตไปจนถึงกรณีสอดใส่เข้าไปในทวารหนัก หรือที่ช่องปากด้วย โดยการชำเราจะสำเร็จได้จะต้องมีการสอดใส่อวัยวะเพศ “ล้วงล้า” หรือ “สอดใส่” เข้าไปในอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของอีกฝ่าย จึงจะถือเป็นการกระทำชำเราตามมาตรา⁴⁰

³⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 363-364.

³⁹ คณิต ณ นคร, กฎหมายอาญาภาคทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, เมษายน 2560), หน้า 45.

⁴⁰ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิดและลหุโทษ, หน้า 201-202.

(2) ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา

มาตรา 276 บัญญัติว่า “ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นโดยขู่เข็ญด้วยประการใด ๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยผู้อื่นนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้ผู้อื่นนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดหมื่นบาทถึงสี่แสนบาท

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่ง ได้กระทำโดยทำให้ผู้ถูกกระทำเข้าใจว่าผู้กระทำมีอาวุธปืน หรือวัตถุระเบิด ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่เจ็ดปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่หนึ่งแสนสี่หมื่นบาทถึงสี่แสนบาท

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่ง ได้กระทำโดยมีอาวุธปืนหรือวัตถุระเบิด หรือโดยใช้อาวุธ หรือโดยร่วมกระทำความผิดด้วยกันอันมีลักษณะเป็นการโทรมหนี้ยิงหรือกระทำกับชายในลักษณะเดียวกัน ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สิบห้าปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่สามแสนบาทถึงสี่แสนบาท หรือจำคุกตลอดชีวิต

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่ง เป็นการกระทำความผิดระหว่างคู่สมรส และคู่สมรสนั้นยังประสงค์จะอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยา ศาลจะลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้เพียงใดก็ได้ หรือจะกำหนดเงื่อนไขเพื่อคุ้มครองความปลอดภัยแทนการลงโทษก็ได้ ในกรณีที่ศาลมีคำพิพากษาให้ลงโทษจำคุก และคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ประสงค์จะอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยาต่อไป และประสงค์จะหย่า ให้คู่สมรสฝ่ายนั้นแจ้งให้ศาลทราบ และให้ศาลแจ้งพนักงานอัยการให้ดำเนินการฟ้องหย่าให้”

องค์ประกอบภายนอกของมาตรา 276 วรรคหนึ่ง⁴¹

(1) ผู้ใด

(2) ข่มขืนกระทำชำเรา

(ก) โดยขู่เข็ญด้วยประการใด ๆ

(ข) โดยใช้กำลังประทุษร้าย

⁴¹ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, กฎหมายอาญาภาคความผิดเล่ม2, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพมหานคร: กรุงเทพมหานครแพบลิชชิง, เมษายน 2557), หน้า 406-407.

(ค) โดยบุคคลนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถชัดเจนได้

(ง) โดยทำให้บุคคลนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น

(3) ซึ่งชายหรือหญิง

องค์ประกอบภายใน

(1) เจตนาข่มขืนกระทำชำเรา

คุณธรรมทางกฎหมาย (Rechtsgut / Legal Interest) ของความผิดฐานนี้ คือ เสรีภาพในทางเพศ กล่าวคือ เสรีภาพในการที่จะกำหนดความสัมพันธ์ทางเพศด้วยตนเอง⁴²

การกระทำความผิดตามบทบัญญัติในมาตรานี้ได้แก่ การข่มขืนกระทำชำเราโดยขู่โดย ชูเชี่ยวด้วยประการใด ๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยผู้อื่นนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถชัดเจนได้ หรือ โดยทำให้ผู้อื่นนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น โดยการ “ข่มขืน” ตามมาตรานี้ หมายความว่า การฝืนใจหรือบังคับใจซึ่งถ้าหากมีการยินยอมเกิดขึ้นก็จะมีใช้การข่มขืน⁴³

บทบัญญัติในมาตรานี้ไม่ได้จำกัดว่าผู้กระทำหรือผู้ถูกระทำเป็นเพศใดจะเป็นเพศเดียวกันหรือต่างเพศกันก็ได้ หรืออาจจะเป็นคู่สมรสกันก็ได้ หากเข้าองค์ประกอบความผิดตามมาตรานี้แล้วย่อมเป็นความผิด นอกจากนี้ ผู้กระทำจะอายุเท่าใดก็ได้ไม่จำกัด แม้เด็กจะเป็นผู้กระทำความผิดก็ตาม ก็ผิดตามมาตรานี้ได้ เช่น เด็กชายอายุไม่เกิน 15 ปี ข่มขืนกระทำชำเราหญิงอายุ 17 ปี เด็กชายก็มีความผิดตามมาตรา 276 นี้ได้ แต่จะได้รับการยกเว้นโทษตามมาตรา 73 หรือมาตรา 74 แล้วแต่กรณี⁴⁴

⁴² คณิต ณ นคร, กฎหมายอาญาภาคความผิด, พิมพ์ครั้งที่ 11 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, กันยายน 2559) หน้า 522.

⁴³ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิดและลหุโทษ, พิมพ์ครั้งที่ 16 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, สิงหาคม 2561) หน้า 199-200 .

⁴⁴ คณพล จันทน์หอม, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิด เล่ม3 ลักษณะ 1 ถึง ลักษณะ 9, หน้า 559.

มาตรา 277 บัญญัติว่า “ผู้ใดกระทำชำเราเด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปีซึ่งมิใช่ภริยาหรือสามีของตน โดยเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ห้าปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่หนึ่งแสนบาทถึงสี่แสนบาท

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งเป็นการกระทำแก่เด็กอายุยังไม่เกินสิบสามปี ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่เจ็ดปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่หนึ่งแสนสี่หมื่นบาทถึงสี่แสนบาท หรือจำคุกตลอดชีวิต

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งหรือวรรคสอง ได้กระทำโดยทำให้ผู้ถูกระทำเข้าใจว่า ผู้กระทำมีอาวุธปืนหรือวัตถุระเบิด ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สิบปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่สองแสนบาท ถึงสี่แสนบาท หรือจำคุกตลอดชีวิต

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งหรือวรรคสอง ได้กระทำโดยมีอาวุธปืนหรือวัตถุระเบิด หรือโดยใช้อาวุธ หรือโดยร่วมกระทำความผิดด้วยกันอันมีลักษณะเป็นการโหมเด็กหญิงหรือกระทำกับเด็กชายในลักษณะเดียวกัน ต้องระวางโทษจำคุกตลอดชีวิต

ความผิดตามที่บัญญัติไว้ในวรรคหนึ่ง ถ้าเป็นการกระทำโดยบุคคลอายุไม่เกินสิบแปดปี กระทำต่อเด็กซึ่งมีอายุกว่าสิบสามปีแต่ยังไม่เกินสิบห้าปี โดยเด็กนั้นยินยอม ศาลที่มีอำนาจพิจารณา คดีเยาวชนและครอบครัวจะพิจารณาให้มีการคุ้มครองสวัสดิภาพของเด็กผู้ถูกระทำหรือผู้กระทำความผิดตามกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองเด็กแทนการลงโทษก็ได้ ในการพิจารณาของศาล ให้คำนึงถึงอายุ ประวัติ ความประพฤติ สติปัญญา การศึกษาอบรม สุขภาพ ภาวะแห่งจิต นิสัย อาชีพ สิ่งแวดล้อมของผู้กระทำความผิดและเด็กผู้ถูกระทำ ความสัมพันธ์ระหว่างผู้กระทำความผิดกับเด็กผู้ถูกระทำ หรือเหตุอื่นอันควรเพื่อประโยชน์ของเด็กผู้ถูกระทำด้วย

ในกรณีที่ได้มีการดำเนินการคุ้มครองสวัสดิภาพของเด็กผู้ถูกระทำหรือผู้กระทำความผิดตามกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองเด็กแล้ว ผู้กระทำความผิดไม่ต้องรับโทษ แต่ถ้าการคุ้มครองสวัสดิภาพดังกล่าวไม่สำเร็จ ศาลจะลงโทษผู้กระทำความผิดน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นเพียงใดก็ได้ ในการพิจารณาของศาล ให้คำนึงถึงเหตุตามวรรคห้าด้วย”

องค์ประกอบภายนอกของมาตรา 277 วรรคหนึ่ง⁴⁵

- (1) ผู้ใด
- (2) กระทำชำเรา โดยเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม
- (3) เด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปีซึ่งมิใช่ภริยาหรือสามีของตน

องค์ประกอบภายใน

- (1) เจตนากระทำชำเรา

คุณธรรมทางกฎหมาย (Rechtsgut / Legal Interest) ของความผิดฐานนี้ คือ ความบริสุทธิ์ในทางเพศและเสรีภาพในการตัดสินใจของเด็ก⁴⁶

ความผิดตามบทบัญญัติในมาตรานี้ แยกออกได้เป็น 4 กรณี คือ⁴⁷

กรณีที่ 1 กระทำชำเราเด็กอายุยังไม่เกิน 15 ปี ซึ่งมีใช่ภริยาของตน ไม่ว่าเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตามก็เป็นความผิด แต่ถ้าหากเป็นการกระทำชำเราต่อภริยา ผู้กระทำไม่มีความผิด

กรณีที่ 2 การกระทำชำเราแก่เด็กอายุยังไม่เกิน 13 ปี ต้องระวางโทษหนักขึ้นกว่ากรณีที่ 1

กรณีที่ 3 ถ้าการกระทำดังกล่าวได้กระทำโดยทำให้ผู้ถูกกระทำเข้าใจว่า ผู้กระทำมีอาวุธปืนหรือวัตถุระเบิด ผู้กระทำต้องรับโทษหนักขึ้นโดยต้องระวางโทษจำคุกตลอดชีวิต

กรณีที่ 4 ถ้าการกระทำดังกล่าวได้กระทำโดยมีลักษณะเป็นการโหมม และเด็กนั้นไม่ยินยอม หรือได้กระทำโดยมีอาวุธปืน หรือใช้วัตถุระเบิด หรือใช้อาวุธ ผู้กระทำต้องรับโทษหนักขึ้นโดยต้องระวางโทษจำคุกตลอดชีวิต

บทบัญญัติในมาตรานี้กำหนดให้การกระทำชำเราเด็กอายุไม่เกิน 15 ปี ซึ่งมีใช่สามีหรือภริยาของผู้กระทำเป็นความผิดฐานกระทำชำเราเด็ก โดยไม่จำเป็นจะต้องพิจารณาถึงความยินยอม

⁴⁵ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, กฎหมายอาญาภาคความผิดเล่ม2, หน้า 424-425.

⁴⁶ คณิต ฒ นคร, กฎหมายอาญาภาคความผิด, หน้า 532, 540.

⁴⁷ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิดและลหุโทษ, หน้า 204.

ของเด็ก เนื่องจากกฎหมายมองว่าเด็กตามมาตรานี้เป็นบุคคลที่ยังไม่มีความสามารถที่จะให้ความยินยอมได้ โดยมีสภาพร่างกาย ความรู้สึกนึกคิด ตลอดจนอำนาจทางสังคมไม่มากพอที่จะป้องกันตนเองจากการที่มีบุคคลผู้มียุมากกว่ามาแสวงหาประโยชน์ทางเพศในทางที่ผิดจากเด็ก⁴⁸

มาตรานี้มีจุดมุ่งหมายที่จะคุ้มครองเด็กอายุตั้งแต่ 15 ปีลงมา ดังนั้น แม้ว่าเด็กจะเป็นฝ่ายกระตุ้นให้ผู้กระทำเกิดความต้องการทางเพศและยินยอมให้กระทำชำเราก็ตามผู้นั้นก็ไม่อาจอ้างความยินยอมของเด็กหรืออ้างว่าเด็กนั้นเป็นผู้ใช้หรือตัวการตามมาตรา 277 ได้ มาตรานี้ผู้กระทำจะเป็นชายหรือหญิงก็ได้และไม่จำกัดอายุ แม้ผู้กระทำซึ่งเป็นเด็กจะไปกระทำชำเราเด็กคนอื่นหรือผู้ใหญ่คนอื่นก็ตาม ก็เป็นความผิดตามมาตรานี้ได้ หากเป็นกรณีที่เป็นเด็กอายุไม่เกิน 15 ปีทั้งคู่ ร่วมประเวณีกันด้วยความสมัครใจของทั้งสองฝ่าย⁴⁹ เด็กทั้งคู่ต่างคนต่างเป็นผู้กระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเด็กตามมาตรา 277 แต่ไม่ต้องรับโทษโดยสามารถไปใช้เหตุยกเว้นโทษตามมาตรา 73 หรือมาตรา 74 ได้⁵⁰

หากเป็นกรณีที่เด็กเป็นคู่สมรสกันโดยศาลอนุญาตให้ทำการสมรสตาม ประมวลกฎหมายแพ่งมาตรา 1448 การกระทำของผู้กระทำก็จะไม่เป็นความผิดตามมาตรา 277 เว้นแต่เด็กผู้ถูกระทำเป็นคู่สมรสของผู้กระทำ และเด็กผู้ถูกระทำนั้นไม่ยินยอม แม้การกระทำของชายจะไม่เป็นความผิดตามมาตรา 277 แต่ก็ครบองค์ประกอบความผิดตามมาตรา 276 เพราะมาตรา 276 ผู้ถูกระทำอาจเป็นคู่สมรสของผู้กระทำก็ได้ และผู้ถูกระทำจะอายุเท่าใดก็ได้ ดังนั้นผู้กระทำจึงมีความผิดตามมาตรา 276⁵¹

หากมีการข่มขืนกระทำชำเราเด็กหญิงอายุไม่เกิน 15 ปี โดยเข้าใจว่าอายุ 18 ปี กรณีดังกล่าวผู้กระทำจะไม่ผิดตามมาตรา 277 แต่ไปผิดตามมาตรา 276 แทน กล่าวคือ ผู้กระทำรู้เท่าใด ก็มีเจตนาเท่านั้น เมื่อผู้กระทำเข้าใจว่ากำลังข่มขืนกระทำชำเราหญิงอายุ 18 ปี อันเป็นความผิดตามมาตรา 276 วรรคหนึ่ง ผู้กระทำก็ย่อมมีความผิดตามมาตรา 276 วรรคหนึ่ง ทั้งนี้มาตรา 276 มิได้บัญญัติว่า ผู้ถูกระทำต้องอายุกว่า 15 ปี กรณีดังกล่าวจึงสามารถปรับบทลงโทษตามมาตรา 276

⁴⁸ คณพล จันทน์หอม, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิด เล่ม 3 ลักษณะ 1 ถึง ลักษณะ 9, หน้า 583.

⁴⁹ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, กฎหมายอาญาภาคความผิด เล่ม 2, หน้า 448.

⁵⁰ คณพล จันทน์หอม, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิด เล่ม 3 ลักษณะ 1 ถึง ลักษณะ 9, หน้า 583.

⁵¹ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, กฎหมายอาญาภาคความผิด เล่ม 2, หน้า 449.

วรรคหนึ่งได้⁵² อย่างไรก็ตาม หากเป็นกรณีที่กระทำต่อผู้เสียหายที่มีอายุไม่เกิน 13 ปี ห้ามผู้กระทำ อ้าความไม่รู้อายุของเด็กขึ้นเป็นข้อแก้ตัวตามมาตรา 285/1 ซึ่งถือเป็นบทยกเว้นของมาตรา 59 วรรคสาม โดยมาตราดังกล่าวมีเจตนารมณ์เพื่อคุ้มครองเด็กเป็นสำคัญ ผู้กระทำจึงต้องรับผิดชอบ มาตรา⁵³

นอกจากนี้ บทบัญญัติใน มาตรา 277 วรรคห้า และวรรคหก ถือเป็นเหตุลดโทษของความผิดใน กรณีที่ 1 โดยกำหนดเงื่อนไขให้ศาลใช้ดุลพินิจในการกำหนดมาตรการคุ้มครองสวัสดิภาพของเด็กแทนการลงโทษก็ได้ คือ จะต้องเป็นการกระทำความผิดตามมาตรา 277 วรรคหนึ่ง โดยบุคคล ผู้กระทำต้องมีอายุไม่เกิน 18 ปี กระทำต่อเด็กซึ่งมีอายุกว่า 13 ปี แต่ยังไม่เกิน 15 ปี โดยเด็ก ผู้ถูกกระทำนั้นยินยอม ถ้าหากเกิน 15 ปี ไปแล้ว จะไม่เป็นความผิดตามมาตรา 277 จึงไม่จำเป็นต้อง ใช้มาตรการตามวรรคห้า และจะต้องเป็นกรณีที่ผู้ถูกกระทำสมัครใจให้กระทำซ้ำเราเท่านั้น หาก ผู้ถูกกระทำไม่ยินยอม ศาลก็ไม่อาจใช้มาตรการพิเศษตามมาตรา 277 วรรคห้า ได้⁵⁴ ซึ่งภายหลังจากที่ ศาลได้พิจารณามีคำสั่งอย่างไรแล้ว หากการคุ้มครองสวัสดิภาพดังกล่าวไม่สำเร็จ ศาลจะลงโทษ ผู้กระทำความผิดน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นเพียงใดก็ได้

มาตรา 277 ทวิ บัญญัติว่า “ถ้าการกระทำความผิดตามมาตรา 276 วรรคหนึ่ง หรือ มาตรา 277 วรรคหนึ่งหรือวรรคสอง เป็นเหตุให้ผู้ถูกกระทำ

(1) รับอันตรายสาหัส ผู้กระทำต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สิบห้าปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่สามแสนบาทถึงสี่แสนบาท หรือจำคุกตลอดชีวิต

(2) ถึงแก่ความตาย ผู้กระทำต้องระวางโทษประหารชีวิต หรือจำคุกตลอดชีวิต”

บทบัญญัติดังกล่าวเป็นเหตุเพิ่มโทษของมาตรา 276 วรรคหนึ่ง และมาตรา 277 วรรค หนึ่งหรือวรรคสาม หากผู้ถูกกระทำได้รับอันตรายสาหัส หรือถึงแก่ความตาย ผู้กระทำต้องรับโทษ หนักขึ้น

⁵² เรื่องเดียวกัน, หน้า 432-434.

⁵³ คณพล จันทน์หอม, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิด เล่ม 3 ลักษณะ 1 ถึง ลักษณะ 9, หน้า 586.

⁵⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 589-590.

มาตรา 277 ตรี บัญญัติว่า “ถ้าการกระทำความผิดตามมาตรา 276 วรรคสาม หรือมาตรา 277 วรรคสี่ เป็นเหตุให้ผู้ถูกระทำ

- (1) รับอันตรายสาหัส ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษประหารชีวิต หรือจำคุกตลอดชีวิต
- (2) ถึงแก่ความตาย ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษประหารชีวิต”

บทบัญญัติดังกล่าวเป็นเหตุเพิ่มโทษของมาตรา 276 วรรคสาม และมาตรา 277 วรรคสี่ หากผู้ถูกระทำได้รับอันตรายสาหัส หรือถึงแก่ความตาย ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนักขึ้น

- (3) ความผิดฐานกระทำอนาจาร

มาตรา 278 บัญญัติว่า “ผู้ใดกระทำอนาจารแก่บุคคลอายุกว่าสิบห้าปีโดยขู่เชิญด้วยประการใด ๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยบุคคลนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้บุคคลนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบปี หรือปรับไม่เกินสองแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่ง เป็นการกระทำโดยใช้วัตถุหรืออวัยวะอื่นซึ่งมีใช้อวัยวะเพศล่วงล้ำอวัยวะเพศหรือทวารหนักของบุคคลนั้น ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดหมื่นบาทถึงสี่แสนบาท

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคสอง ได้กระทำโดยทำให้ผู้ถูกระทำเข้าใจว่าผู้กระทำความผิดมีอาวุธปืน หรือวัตถุระเบิด ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่เจ็ดปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่หนึ่งแสนสี่หมื่นบาทถึงสี่แสนบาท

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคสอง ได้กระทำโดยมีอาวุธปืนหรือวัตถุระเบิดหรือโดยใช้อาวุธ หรือโดยร่วมกระทำความผิดด้วยกันอันมีลักษณะเป็นการโทรมหนี้ยหรือกระทำกับชายในลักษณะเดียวกัน ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สิบห้าปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่สามแสนบาทถึงสี่แสนบาท หรือจำคุกตลอดชีวิต”

องค์ประกอบภายนอกของมาตรา 278 วรรคหนึ่ง⁵⁵

- (1) ผู้ใด
 - (ก) โดยขู่เชิญด้วยประการใด ๆ
 - (ข) โดยใช้กำลังประทุษร้าย
 - (ค) โดยบุคคลนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้
 - (ง) โดยทำให้บุคคลนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น
- (3) แก่บุคคลอายุกว่าสิบห้าปี

องค์ประกอบภายใน

- (1) เจตนากระทำอนาจาร

คุณธรรมทางกฎหมาย (Rechtsgut / Legal Interest) ของความผิดฐานนี้ คือ เสรีภาพในทางเพศ กล่าวคือ สิทธิที่จะกำหนดเรื่องทางเพศด้วยตนเอง⁵⁶

การกระทำอนาจาร ตามบทบัญญัติในมาตรานี้ หมายความว่าถึง ความประพฤติน้ำอับอาย ลามก น่าบัดสี ทำให้เป็นที่อับอาย เป็นที่น่ารังเกียจแก่ผู้อื่นในทางเพศ เช่น สัมผัสจับต้องอวัยวะเพศหญิง การกอดปล้ำ ฉุดมือหญิง เป็นต้น โดยจะต้องเป็นการกระทำที่ไม่สมควรในทางเพศซึ่งรวมถึงการกระทำอนาจารที่ไม่ถึงขั้นกระทำชำเรา เช่น การถูไถโดยยังไม่ถึงขั้นสอดใส่อวัยวะเพศเข้าไปโดยมิได้มีเจตนาสอดใส่ การกระทำชำเราจึงรวมถึงการกระทำอนาจารอยู่ในตัว⁵⁷ อีกทั้งการกระทำอนาจารยังขยายขอบเขตไปถึงการกระทำโดยใช้วัตถุหรืออวัยวะอื่นซึ่งมิใช่อวัยวะเพศล่วงล้ำอวัยวะเพศหรือทวารหนักของบุคคลนั้นด้วย เช่น นิ้วมือ หรืออวัยวะเพศเทียม เป็นต้น

⁵⁵ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, กฎหมายอาญาภาคความผิดเล่ม2, หน้า 459.

⁵⁶ คณิต ณ นคร, กฎหมายอาญาภาคความผิด, หน้า 543.

⁵⁷ คณพล จันทน์หอม, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิด เล่ม3 ลักษณะ 1 ถึง ลักษณะ 9, หน้า 559.

นอกจากนี้การกระทำอนาจารจะต้องเป็นการกระทำต่อเนื้อตัวร่างกายของบุคคลโดยตรง เช่น ให้อื่นจับอวัยวะเพศของตน ก็เป็นความผิดตามมาตรา⁵⁸ ซึ่งการกระทำอนาจารจำเป็นจะต้องกระทำโดยเจตนา และมีการสัมผัสโดยกระทำต่อเนื้อตัวร่างกายโดยตรง จึงเป็นการกระทำที่ต้องกระทำต่อ “บุคคลอื่น” หากเป็นการขู่เชิญให้อื่นถอดเสื้อผ้าแต่ไม่ได้แตะต้องเนื้อตัวบุคคลนั้น ย่อมไม่มีความผิดฐานนี้⁵⁹ อย่างไรก็ตาม หากเป็นการกล่าวด้วยวาจา เขียนด้วยภาพ จะไม่ถือเป็นการอนาจารตามมาตรา⁵⁸ แต่อาจเป็นสิ่งลามกตามมาตรา 287 แห่งประมวลกฎหมายอาญาได้⁶⁰

ผู้กระทำและผู้ถูกกระทำตามมาตรา⁵⁸จะเป็นเพศใดก็ได้ แต่ผู้ถูกกระทำจะต้องมีอายุกว่า 15 ปีขึ้นไป เช่นชายจับนมหญิง หรือ ชายจับนมชาย เป็นต้น โดยการสัมผัสดังกล่าวจะต้องเกิดจากการ โดยขู่เชิญด้วยประการใด ๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยบุคคลนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้บุคคลนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น⁶¹

มาตรา 279 บัญญัติว่า “ผู้ใดกระทำอนาจารแก่เด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปี โดยเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบปี หรือปรับไม่เกินสองแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่ง เป็นการกระทำแก่เด็กอายุไม่เกินสิบสามปี ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งปีถึงสิบปี หรือปรับตั้งแต่สองหมื่นบาทถึงสองแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งหรือวรรคสอง ผู้กระทำได้กระทำโดยขู่เชิญด้วยประการใด ๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยเด็กนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้เด็กนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งปีถึงสิบห้าปี หรือปรับตั้งแต่สองหมื่นบาทถึงสามแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

⁵⁸ ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิดและลหุโทษ, หน้า 206.

⁵⁹ คณพล จันทน์หอม, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิด เล่ม 3 ลักษณะ 1 ถึง ลักษณะ 9, หน้า 598-599.

⁶⁰ ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิดและลหุโทษ, หน้า 206.

⁶¹ คณพล จันทน์หอม, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิด เล่ม 3 ลักษณะ 1 ถึง ลักษณะ 9, หน้า 598-599.

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งหรือวรรคสาม เป็นการกระทำโดยใช้วัตถุหรืออวัยวะอื่นซึ่งมิใช่อวัยวะเพศลวงล้าอวัยวะเพศหรือทวารหนักของเด็กนั้น ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ห้าปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่หนึ่งแสนบาทถึงสี่แสนบาท

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคสี่ เป็นการกระทำแก่เด็กอายุยังไม่เกินสิบสามปี ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่เจ็ดปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่หนึ่งแสนสี่หมื่นบาทถึงสี่แสนบาท หรือจำคุกตลอดชีวิต

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคสี่หรือวรรคห้า ได้กระทำโดยทำให้ผู้ถูกกระทำเข้าใจว่าผู้กระทำมีอาวุธปืนหรือวัตถุระเบิด ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สิบปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่สองแสนบาทถึงสี่แสนบาท หรือจำคุกตลอดชีวิต

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคสี่หรือวรรคห้า ได้กระทำโดยมีอาวุธปืนหรือวัตถุระเบิด หรือโดยใช้อาวุธ หรือโดยร่วมกระทำความผิดด้วยกันอันมีลักษณะเป็นการโทรมเด็กหญิงหรือกระทำกับเด็กชายในลักษณะเดียวกัน ต้องระวางโทษจำคุกตลอดชีวิต”

องค์ประกอบภายนอกของมาตรา 279 วรรคหนึ่ง⁶²

- (1) ผู้ใด
- (2) กระทำอนาจาร โดยเด็กจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม
- (3) แก่เด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปี

องค์ประกอบภายใน

- (1) เจตนากระทำอนาจาร

คุณธรรมทางกฎหมาย (Rechtsgut / Legal Interest) ของความผิดฐานนี้ คือ ความบริสุทธิ์ในทางเพศ และเสรีภาพในการตัดสินใจของเด็ก⁶³

⁶² เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, กฎหมายอาญาภาคความผิดเล่ม2, หน้า 473.

⁶³ คณิต ณ นคร, กฎหมายอาญาภาคความผิด, หน้า 547, 550.

บทบัญญัติความผิดในมาตรานี้ถือเอาอายุของเด็กเป็นเกณฑ์ โดยจะต้องเป็นการกระทำอนาจารแก่เด็กอายุยังไม่เกิน 15 ปี ไม่ว่าเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม ผู้กระทำความผิดมีความผิดตามมาตรา 279 และหากเป็นการกระทำแก่เด็กอายุไม่เกินสิบสามปี ผู้กระทำต้องรับโทษหนักขึ้น

นอกจากนี้หากผู้กระทำได้กระทำความผิดดังกล่าวโดยขู่เชือดด้วยประการใด ๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยเด็กนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้เด็กนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น ผู้กระทำจะต้องรับโทษหนักขึ้น ทั้งนี้ หากผู้กระทำผิดเพียงแค่อั้วววะเพศของตนเสียดสีดูโลกกับอ้วววะเพศของผู้เสียหายโดยมิได้สอดใส่หรือล่วงล้ำเข้าไปในอ้วววะเพศของผู้เสียหาย ก็จะเป็นเพียงการกระทำอนาจาร มีความผิดตามมาตรา 279 เช่นกัน⁶⁴

มาตรานี้ยังครอบคลุมถึงกรณีกระทำโดยใช้วัตถุหรืออ้วววะอื่นซึ่งมิใช่อ้วววะเพศล่วงล้ำอ้วววะเพศหรือทวารหนักของเด็ก ผู้กระทำต้องรับโทษหนักขึ้น และหากเป็นการกระทำแก่เด็กอายุยังไม่เกินสิบสามปี หรือได้กระทำโดยทำให้ผู้ถูกกระทำเข้าใจว่าผู้กระทำมีอาวุธปืนหรือวัตถุระเบิด ผู้กระทำก็ต้องรับโทษหนักขึ้นเช่นเดียวกัน และถ้าหากได้กระทำโดยมีอาวุธปืนหรือวัตถุระเบิดหรือใช้อาวุธ หรือโดยร่วมกระทำความผิดด้วยกันอันมีลักษณะเป็นการโทรมเด็กหญิงหรือกระทำกับเด็กชายในลักษณะเดียวกัน ผู้กระทำต้องระวางโทษสูงสุดจำคุกตลอดชีวิต

ความผิดในมาตรานี้ ผู้กระทำและผู้ถูกกระทำจะเป็นชายหรือหญิงก็ได้ ถ้าเด็กผู้ถูกกระทำอายุไม่เกิน 15 ปี ผู้กระทำความผิดมีความผิดตามมาตรา 279 แต่ถ้าผู้ถูกกระทำอายุเกินกว่า 15 ปี ผู้กระทำอาจมีความผิดตามมาตรา 278 ได้ โดยมาตรานี้มีเจตนารมณ์คุ้มครองเด็ก ดังนั้นไม่ว่าเด็กจะยินยอมหรือไม่ยินยอมก็ตาม หากเกิดการกระทำอันไม่สมควรทางเพศแก่เด็กแล้ว ย่อมมีความผิดตามมาตรา 279 ทั้งนี้ หากผู้กระทำไม่รู้อายุของเด็กซึ่งเป็นข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบความผิด สามารถยกข้ออ้างดังกล่าวขึ้นเป็นข้อแก้ตัวว่าการกระทำนั้นขาดเจตนาตามมาตรา 59 วรรคสามได้⁶⁵ เว้นแต่เป็นกรณีที่ผู้กระทำได้กระทำต่อเด็กที่มีอายุไม่เกิน 13 ปี มาตรา 285/1 บัญญัติห้าม

⁶⁴ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิดและลหุโทษ, หน้า 207-208.

⁶⁵ คณพล จันทน์หอม, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิด เล่ม 3 ลักษณะ 1 ถึง ลักษณะ 9, หน้า 606-607.

อ้างความไม่รู้อายุของเด็กซึ่งเป็นข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบความผิด มาเป็นข้อแก้ตัวว่าการกระทำนั้นขาดเจตนาตามมาตรา 59 วรรคสาม⁶⁶

อย่างไรก็ตามกรณีที่ผู้กระทำความผิดทำอนาจารแก่เด็กอายุยังไม่เกิน 15 ปี โดยผู้เสียหายไม่ยินยอม แต่ผู้กระทำเข้าใจผิดว่าอายุเกินกว่า 15 ปี ผู้กระทำก็ถูกลงโทษตามมาตรา 278 ได้ มิใช่กรณีตามมาตรา 279 เพราะผู้กระทำไม่รู้อายุของเด็กซึ่งเป็นข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบความผิด การกระทำนั้นจึงขาดเจตนาตามมาตรา 59 วรรคสาม⁶⁷

มาตรา 280 บัญญัติว่า “ถ้าการกระทำความผิดตามมาตรา 278 หรือมาตรา 279 เป็นเหตุให้ผู้ถูกระทำ

(1) รับอันตรายสาหัส ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ห้าปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่หนึ่งแสนบาทถึงสี่แสนบาท หรือจำคุกตลอดชีวิต

(2) ถึงแก่ความตาย ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษประหารชีวิต หรือจำคุกตลอดชีวิต”

บทบัญญัติดังกล่าวเป็นเหตุเพิ่มโทษของมาตรา 278 และมาตรา 279 หากผู้ถูกระทำได้รับอันตรายสาหัส หรือถึงแก่ความตาย ผู้กระทำจะต้องได้รับโทษหนักขึ้น

(4) การเป็นธุระจัดหา ล่อไป หรือพาเด็กไปเพื่อการอนาจาร

มาตรา 282 บัญญัติว่า “ผู้ใดเพื่อสนองความใคร่ของผู้อื่น เป็นธุระจัดหา ล่อไป หรือพาไปเพื่อการอนาจารซึ่งชายหรือหญิง แม้ผู้นั้นจะยินยอมก็ตาม ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งปีถึงสิบปี และปรับตั้งแต่สองหมื่นบาทถึงสองแสนบาท

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งเป็นการกระทำแก่บุคคลอายุเกินสิบห้าปีแต่ยังไม่เกินสิบแปดปี ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สามปีถึงสิบห้าปี และปรับตั้งแต่หกหมื่นบาทถึงสามแสนบาท

⁶⁶ เรื่องเดียวกัน.

⁶⁷ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, กฎหมายอาญาภาคความผิดเล่ม2, หน้า 479.

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งเป็นการกระทำแก่เด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปี ผู้กระทำได้ระวางโทษจำคุกตั้งแต่ห้าปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่หนึ่งแสนบาทถึงสี่แสนบาท

ผู้ใดเพื่อสนองความใคร่ของผู้อื่น รับตัวบุคคลซึ่งมีผู้จัดหา ล่อไป หรือพาไปตามวรรคหนึ่ง วรรคสอง หรือวรรคสาม หรือสนับสนุนในการกระทำความผิดดังกล่าว ต้องระวางโทษตามที่บัญญัติไว้ในวรรคหนึ่ง วรรคสอง หรือวรรคสาม แล้วแต่กรณี”

องค์ประกอบภายนอกของมาตรา 282 วรรคหนึ่ง⁶⁸

- (1) ผู้ใด
- (2) เป็นธุระจัดหา ล่อไป หรือพาไป แม้ผู้ถูกพาไปจะยินยอมก็ตาม
- (3) ซึ่งชายหรือหญิง

องค์ประกอบภายใน

- (1) เจตนา
- (2) เจตนาพิเศษ
 - (ก) เพื่อการอนาจาร และ
 - (ข) เพื่อสนองความใคร่ของผู้อื่น

เหตุฉกรรจ์ตามมาตรา 282 วรรคสอง⁶⁹

การกระทำความผิดตามวรรคหนึ่ง เป็นการกระทำแก่บุคคลอายุเกิน 15 ปี แต่ยังไม่เกิน 18 ปี

เหตุฉกรรจ์ตามมาตรา 282 วรรคสาม⁷⁰

การกระทำความผิดตามวรรคหนึ่ง เป็นการกระทำแก่เด็กอายุยังไม่เกิน 15 ปี

⁶⁸ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, กฎหมายอาญาภาคความผิดเล่ม2, หน้า 486.

⁶⁹ เรื่องเดียวกัน.

⁷⁰ เรื่องเดียวกัน.

คุณธรรมทางกฎหมาย (Rechtsgut / Legal Interest) ของความผิดฐานนี้ คือ การขูดรีดทางเพศ และความบริสุทธิ์ทางเพศ⁷¹

บทบัญญัติในมาตรานี้ ผู้กระทำได้กระทำเพื่อพาบุคคลไปอนาจารเอง แต่กระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้อื่น โดยการเป็นธุระจัดหา ล่อไป หรือพาไป แม้ว่าจะยังไม่มีกรรมร่วมประเวณีหรือกระทำการใดในทางเพศต่อกันก็ถือว่าความผิดสำเร็จแล้ว ถ้าหากผู้หนึ่งยังไม่ไปด้วยผู้กระทำความผิดเพียงพยายาม ผู้กระทำตามมาตรานี้เป็นจะเพศใดหรืออายุเท่าใดก็ได้ ถ้าอายุกว่า 18 ปีขึ้นไป จะเป็นความผิดตามวรรคหนึ่ง ถ้าอายุมากกว่า 15 ปี แต่ยังไม่เกิน 18 ปีจะเป็นเหตุฉกรรจ์ตามวรรคสอง และถ้าอายุไม่เกิน 15 ปี เป็นเหตุฉกรรจ์ที่ต้องรับโทษหนักขึ้นอีกตามวรรคสาม โดยหากมีการรับตัวบุคคลซึ่งมีผู้จัดหา ล่อไป หรือพาไปตามวรรคหนึ่ง วรรคสอง หรือวรรคสามเพื่อสนองความใคร่ของผู้อื่นหรือสนับสนุนในการกระทำความผิดตามสามวรรคดังกล่าว ผู้กระทำต้องระวางโทษเช่นเดียวกับผู้กระทำความผิดตามที่บัญญัติไว้ในวรรคหนึ่ง วรรคสอง หรือวรรคสาม แล้วแต่กรณีด้วย ทั้งนี้ หากผู้ถูกกระทำยินยอมให้ผู้กระทำเป็นธุระจัดหา ล่อไป หรือพาไปเพื่อการอนาจารก็ตาม ผู้กระทำก็ยังมี ความผิดตามมาตรา 282⁷²

อย่างไรก็ตามผู้กระทำต้องรู้ข้อเท็จจริงเรื่องอายุ หากผู้กระทำไม่รู้ข้อเท็จจริงเรื่องอายุ อันเป็นองค์ประกอบของความผิด อาจอ้างว่าขาดเจตนาตามมาตรา 59 วรรคสาม ได้⁷³ ยกเว้นกรณีที่กระทำต่อเด็กอายุไม่เกิน 13 ปี ห้ามอ้างความไม่รู้อายุของเด็กซึ่งเป็นข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบความผิด มาเป็นข้อแก้ตัวว่าการกระทำนั้นขาดเจตนาตามมาตรา 59 วรรคสาม ประกอบมาตรา 285/1

มาตรา 283 บัญญัติว่า “ผู้ใดเพื่อสนองความใคร่ของผู้อื่น เป็นธุระจัดหา ล่อไป หรือพาไปเพื่อการอนาจารซึ่งชายหรือหญิง โดยใช้อุบายหลอกลวง ชูเชิญ ใช้กำลังประทุษร้าย ใช้อำนาจครอบงำผิดคลองธรรม หรือใช้วิธีข่มขืนใจด้วยประการอื่นใด ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ห้าปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่หนึ่งแสนบาทถึงสี่แสนบาท

⁷¹ คณิต ณ นคร, กฎหมายอาญาภาคความผิด, หน้า 552.

⁷² คณพล จันทน์หอม, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิด เล่ม 3 ลักษณะ 1 ถึง ลักษณะ 9, หน้า 621.

⁷³ เรื่องเดียวกัน.

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งเป็นการกระทำแก่บุคคลอายุเกินสิบห้าปีแต่ยังไม่เกินสิบแปดปี ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่เจ็ดปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่หนึ่งแสนสี่หมื่นบาทถึงสี่แสนบาท หรือจำคุกตลอดชีวิต

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งเป็นการกระทำแก่เด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปี ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สิบปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่สองแสนบาทถึงสี่แสนบาท หรือจำคุกตลอดชีวิต หรือประหารชีวิต

ผู้ใดเพื่อสนองความใคร่ของผู้อื่น รั้งตัวบุคคลซึ่งมีผู้จัดหา ล่อไป หรือพาไปตามวรรคหนึ่ง วรรคสอง หรือวรรคสาม หรือสนับสนุนในการกระทำความผิดดังกล่าว ต้องระวางโทษตามที่บัญญัติไว้ในวรรคหนึ่ง วรรคสอง หรือวรรคสาม แล้วแต่กรณี”

องค์ประกอบภายนอกของมาตรา 283 วรรคหนึ่ง⁷⁴

- (1) ผู้ใด
- (2) เป็นธุระจัดหา ล่อไป หรือพาไปโดย
 - (ก) ใช้อุบายหลอกลวง
 - (ข) ชูเชื้อ
 - (ค) ใช้กำลังประทุษร้าย
 - (ง) ใช้อำนาจครอบงำผิดคลองธรรม หรือ
 - (จ) ใช้วิธีข่มขืนใจด้วยประการอื่นใด
- (3) ซึ่งชายหรือหญิง

องค์ประกอบภายใน

- (1) เจตนา

⁷⁴ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, กฎหมายอาญาภาคความผิดเล่ม2, หน้า 495.

(2) เจตนาพิเศษ

(ก) เพื่อการอนาจาร และ

(ข) เพื่อสนองความใคร่ของผู้อื่น

เหตุฉกรรจ์ตามมาตรา 283 วรรคสอง⁷⁵

การกระทำความผิดตามวรรคหนึ่ง เป็นการกระทำแก่บุคคลอายุเกิน 15 ปี แต่ยังไม่เกิน 18 ปี

เหตุฉกรรจ์ตามมาตรา 283 วรรคสาม⁷⁶

การกระทำความผิดตามวรรคหนึ่ง เป็นการกระทำแก่เด็กอายุยังไม่เกิน 15 ปี

คุณธรรมทางกฎหมาย (Rechtsgut / Legal Interest) ของความผิดฐานนี้ คือ การชู้ตริตทางเพศ และเสรีภาพในการตัดสินใจ⁷⁷

ตามบทบัญญัติในมาตรานี้ หากผู้กระทำได้ใช้อำนาจเหนือบุคคลอีกคนหนึ่งโดยมิชอบ โดยการใช้อุบายหลอกลวง ชูเชื้อ ใช้กำลังประทุษร้าย ใช้อำนาจครอบงำผิดคลองธรรม หรือใช้วิธีข่มขืนใจด้วยประการอื่นใด การกระทำดังกล่าวจะผิดตามมาตรา 283 ผู้ถูกกระทำตามมาตรานี้จะเป็นเพศชายหรือเพศหญิงก็ได้ ถ้าอายุเกินกว่า 18 ปีแล้ว จะเป็นความผิดตามวรรคหนึ่ง ถ้าอายุมากกว่า 15 ปี แต่ยังไม่เกิน 18 ปีจะเป็นความผิดตามวรรคสอง และถ้าอายุไม่เกิน 15 ปี เป็นความผิดที่ต้องรับโทษตามวรรคสาม ทั้งนี้ ผู้กระทำต้องรู้ข้อเท็จจริงเรื่องอายุ หากผู้กระทำไม่รู้ข้อเท็จจริงเรื่องอายุอันเป็นองค์ประกอบของความผิด อาจอ้างว่าขาดเจตนาตามมาตรา 59 วรรคสาม เพื่อให้พ้นจากความรับผิดชอบได้ ยกเว้นกรณีที่กระทำต่อเด็กอายุไม่เกิน 13 ปี ห้ามอ้างความไม่รู้อายุของเด็กซึ่งเป็นข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบความผิด มาเป็นข้อแก้ตัวว่าการกระทำนั้นขาดเจตนาตามมาตรา 59 วรรคสาม ประกอบมาตรา 285/1⁷⁸

⁷⁵ เรื่องเดียวกัน.

⁷⁶ เรื่องเดียวกัน.

⁷⁷ คณิต ณ นคร, กฎหมายอาญาภาคความผิด, หน้า 560-561, 566.

⁷⁸ คณพล จันทน์หอม, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิด เล่ม 3 ลักษณะ 1 ถึง ลักษณะ 9, หน้า 625-626.

อย่างไรก็ตาม หากมีการรับตัวบุคคลซึ่งมีผู้จัดหา ล่อไป หรือพาไปตามวรรคหนึ่ง วรรคสอง หรือวรรคสาม หรือสนับสนุนในการกระทำความผิดตามสามวรรคดังกล่าว ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษเช่นเดียวกับผู้กระทำความผิดตามที่บัญญัติไว้ในวรรคหนึ่ง วรรคสอง หรือวรรคสาม แล้วแต่กรณีด้วย⁷⁹

มาตรา 283 ทวิ บัญญัติว่า “ผู้ใดพาบุคคลอายุเกินสิบห้าปีแต่ยังไม่เกินสิบแปดปีไปเพื่อการอนาจาร แม้ผู้นั้นจะยินยอมก็ตาม ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งเป็นการกระทำแก่เด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปี ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินเจ็ดปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนสี่หมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ผู้ใดซ่อนเร้นบุคคลซึ่งถูกพาไปตามวรรคหนึ่งหรือวรรคสอง ต้องระวางโทษตามที่บัญญัติในวรรคหนึ่งหรือวรรคสอง แล้วแต่กรณี

ความผิดตามวรรคหนึ่งและวรรคสามเฉพาะกรณีที่กระทำแก่บุคคลอายุเกินสิบห้าปี เป็นความผิดอันยอมความได้”

องค์ประกอบภายนอกของมาตรา 283 ทวิ วรรคหนึ่ง⁸⁰

(1) ผู้ใด

(2) พาบุคคลอายุเกิน 15 ปี แต่ยังไม่เกิน 18 ปี ไป แม้ผู้นั้นจะยินยอมก็ตาม

องค์ประกอบภายใน

(1) เจตนา

(2) เจตนาพิเศษเพื่อการอนาจาร

เหตุฉกรรจ์ตามมาตรา 283 ทวิ วรรคสอง⁸¹

⁷⁹ เรื่องเดียวกัน.

⁸⁰ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, กฎหมายอาญาภาคความผิดเล่ม2, หน้า 510-511.

⁸¹ เรื่องเดียวกัน.

การกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งเป็นการกระทำแก่เด็กอายุยังไม่เกิน 15 ปี

องค์ประกอบของมาตรา 283 ทวิ วรรคสี่⁸²

ความผิดตามมาตรานี้ย่อมความได้เฉพาะ

(1) ความผิดตามวรรคหนึ่ง หรือ

(2) ความผิดตามวรรคสามเฉพาะกรณีที่กระทำแก่บุคคลอายุเกิน 15 ปี

คุณธรรมทางกฎหมาย (Rechtsgut / Legal Interest) ของความผิดฐานนี้ คือ การขูดรีดทางเพศ⁸³

บทบัญญัติในมาตรานี้มุ่งคุ้มครองผู้มีอายุไม่เกิน 18 ปี มิให้ตกเป็นผู้ถูกกระทำในความผิดฐานพาไปเพื่อการอนาจาร หากมีการพาบุคคลอายุไม่เกิน 18 ปีไปเพื่อการอนาจาร แม้ผู้นั้นจะยินยอมก็ตาม ก็ยังเป็นความผิดตามมาตรานี้ ถ้าหากผู้ถูกกระทำตามมาตรานี้มีอายุกว่า 15 ปี แต่ยังไม่เกิน 18 ปี ผู้กระทำมีความผิดตามมาตรา 283 ทวิ วรรคหนึ่ง และหากผู้ถูกกระทำตามมาตรานี้มีอายุไม่เกิน 15 ปี ผู้กระทำจะต้องรับโทษหนักขึ้นตามมาตรา 283 ทวิ วรรคสอง ซึ่งอายุเด็กเป็นข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบความผิดที่ผู้กระทำต้องรู้ มิฉะนั้นจะขาดเจตนาตามมาตรา 59 วรรคสาม ทั้งนี้หากผู้กระทำกระทำต่อเด็กที่มีอายุไม่เกิน 13 ปี มาตรา 285/1 บัญญัติห้ามอ้างความไม่รู้อายุของเด็กซึ่งเป็นข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบความผิด มาเป็นข้อแก้ตัวว่าการกระทำนั้นขาดเจตนาตามมาตรา 59 วรรคสาม⁸⁴ ความผิดฐานนี้เป็นความผิดอันยอมความได้ตามมาตรา 283 ทวิ วรรคสี่

บทบัญญัติในมาตรานี้บัญญัติขึ้นเพื่ออุดช่องว่างกรณีพรากผู้เยาว์อายุไม่เกิน 18 ปี ที่ไม่มีผู้ปกครองดูแล โดยการ “พาไป” ตามความหมายของมาตรานี้มีความหมายแตกต่างจากคำว่า “พรากไป” ซึ่งการพาไปอาจไม่มีการพรากไปก็ได้ กล่าวคือ อาจพาไปโดยขออนุญาตจากผู้ปกครอง

⁸² เรื่องเดียวกัน.

⁸³ คณิต ณ นคร, *กฎหมายอาญาภาคความผิด*, หน้า 571.

⁸⁴ คณพล จันทน์หอม, *คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิด เล่ม 3 ลักษณะ 1 ถึง ลักษณะ 9*, หน้า 632-633.

หรือพาไปขณะที่ไม่มีผู้ดูแลอยู่เลยก็ได้ การพาไปตามมาตรานี้จะต้องมีเจตนาพิเศษพาไปเพื่อการ
อนาจารด้วย⁸⁵

มาตรา 284 บัญญัติว่า “ผู้ใดพาผู้อื่นไปเพื่อการอนาจาร โดยใช้อุบายหลอกลวงขู่เข็ญ
ใช้กำลังประทุษร้าย ใช้อำนาจครอบงำผิดคลองธรรม หรือใช้วิธีข่มขืนใจด้วยประการอื่นใด ต้องระวาง
โทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งปีถึงสิบปี และปรับตั้งแต่สองหมื่นบาทถึงสองแสนบาท

ผู้ใดซ่อนเร้นบุคคลซึ่งถูกพาไปตามวรรคหนึ่ง ต้องระวางโทษเช่นเดียวกับผู้พานั้น

ความผิดตามมาตรา นี้ เป็นความผิดอันยอมความได้”

ความผิดตามบทบัญญัติในมาตรานี้จะต้องมีการพาไปเพื่อการอนาจาร โดยใช้อุบาย
หลอกลวงขู่เข็ญ ใช้กำลังประทุษร้าย ใช้อำนาจครอบงำผิดคลองธรรม หรือใช้วิธีข่มขืนใจด้วยประการ
อื่นใดก็ได้ และการซ่อนเร้นบุคคลตามวรรคสอง ผู้กระทำจะต้องรู้ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับบุคคลนั้นด้วย
การพาไปตามมาตรา นี้ แตกต่างจากมาตรา 283 กล่าวคือความผิดตามมาตรา นี้เป็นกรณีพาไปเพื่อการ
อนาจารเพื่อตนเองหรือเพื่อบุคคลอื่นก็ได้ ขณะที่มาตรา 283 เป็นกรณีพาไปเพื่อการอนาจารและเพื่อ
สนองความใคร่ของผู้อื่นเท่านั้น และมาตรา 284 ยังจำกัดแค่การพาไป ไม่รวมถึงการเป็นธุระจัดหา
หรือล่อไปด้วย ผู้ถูกระทำตามมาตรานี้จะเป็นใครก็ได้ ไม่จำกัดทั้งเพศและอายุ หากมีการพาไปเพื่อ
การอนาจาร แม้ว่าจะยังไม่ทันกระทำอนาจารก็ตามย่อมเป็นความผิดสำเร็จตามมาตรา นี้แล้ว⁸⁶
อย่างไรก็ตาม ความผิดฐานพาบุคคลไปเพื่อการอนาจารตามมาตรา นี้เป็นความผิดอันยอมความได้⁸⁷

มาตรา 285 บัญญัติว่า “ถ้าการกระทำความผิดตามมาตรา 276 มาตรา 277 มาตรา
277 ทวิ มาตรา 277 ตริ มาตรา 278 มาตรา 279 มาตรา 280 มาตรา 282 หรือมาตรา 283 เป็นการ
กระทำแก่บุพการี ผู้สืบสันดาน พี่น้องร่วมบิดามารดาหรือร่วมแต่บิดาหรือมารดา ญาติสืบสายโลหิต
ศิษย์ซึ่งอยู่ในความดูแล ผู้อยู่ในความควบคุมตามหน้าที่ราชการ ผู้อยู่ในความปกครอง ในความพิทักษ์
หรือในความอนุบาล หรือผู้อยู่ภายใต้อำนาจด้วยประการอื่นใด ผู้กระทำต้องระวางโทษหนักกว่าที่
บัญญัติไว้ในมาตรานี้ ๑ หนึ่งในสาม”

⁸⁵ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิดและลหุโทษ, หน้า 214-215.

⁸⁶ คณพล จันทน์หอม, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิด เล่ม 3 ลักษณะ 1 ถึง ลักษณะ 9, หน้า 628-629.

⁸⁷ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิดและลหุโทษ, หน้า 215-216.

บทบัญญัติในมาตรานี้เป็นการเพิ่มโทษแก่ผู้กระทำความผิดมิใช่บทบัญญัติที่เป็นฐานความผิด โดยเป็นการคุ้มครองผู้เสียหายหรือเหยื่ออาชญากรรมที่ถูกกระทำความผิดทางเพศอันเนื่องมาจากการอยู่ภายใต้การปกครอง โดยจะต้องเป็นการปกครองตามความเป็นจริง ไม่ใช่อำนาจปกครองตามกฎหมาย⁸⁸

มาตรา 285/1 บัญญัติว่า “การกระทำความผิดตามมาตรา 277 มาตรา 279 มาตรา 282 วรรคสาม มาตรา 283 วรรคสาม และมาตรา 283 ทวิ วรรคสอง หากเป็นการกระทำต่อเด็กอายุไม่เกินสิบสามปี ห้ามอ้างความไม่รู้อายุของเด็กเพื่อให้พ้นจากความผิดนั้น”

มาตรานี้เป็นการคุ้มครองเด็กที่มีอายุไม่เกิน 13 ปี โดยจะอ้างความไม่รู้อายุของเด็กซึ่งเป็นข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบความผิดขึ้นเป็นข้อแก้ตัวว่าไม่ได้กระทำโดยเจตนาตามมาตรา 59 วรรคสาม ไม่ได้ กรณีตามมาตรา 285/1 นี้แตกต่างจากการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศกรณีอื่น ๆ ซึ่งปกติแล้วอายุของผู้เสียหายเป็นข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบความผิดที่หากผู้กระทำไม่รู้ก็อ้างว่าไม่มีเจตนาได้⁸⁹

มาตรา 285/2 บัญญัติว่า “ถ้าการกระทำความผิดตามมาตรา 276 มาตรา 277 มาตรา 277 ทวิ มาตรา 277 ตริ มาตรา 278 มาตรา 279 เป็นการกระทำแก่บุคคลซึ่งไม่สามารถปกป้องตนเองอันเนื่องมาจากเป็นผู้ทุพพลภาพ ผู้มีจิตบกพร่อง โรครจิต หรือจิตฟั่นเฟือน คนป่วยเจ็บคนชรา สตรีมีครรภ์ หรือผู้ซึ่งอยู่ในภาวะไม่สามารถรู้ผิดชอบ ผู้กระทำต้องระวางโทษหนักกว่าที่บัญญัติไว้ในมาตรานั้น ๆ หนึ่งในส่วน”

บทบัญญัติในมาตรานี้เป็นการเพิ่มโทษแก่ผู้กระทำความผิดมิใช่บทบัญญัติที่เป็นฐานความผิด โดยเป็นการคุ้มครองผู้เสียหายหรือเหยื่ออาชญากรรมที่ถูกกระทำความผิดทางเพศอันเนื่องมาจากไม่สามารถปกป้องตนเองได้ หรือเป็นผู้ซึ่งอยู่ในภาวะไม่สามารถรู้ผิดชอบ โดยผู้กระทำจะต้องรับโทษหนักขึ้นหนึ่งในสาม

⁸⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 202-203, 216.

⁸⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 217.

3.3 การอ้างความไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจาร

การจะถือว่าผู้กระทำมีเจตนากระทำความผิดในทางอาญาได้นั้น ผู้กระทำต้องรู้สีกตัวในขณะที่กระทำความผิด และผู้กระทำต้องรู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิดด้วย ซึ่งกฎหมายกำหนดให้ผู้กระทำต้องรู้ข้อเท็จจริงเพื่อเป็นการแสดงถึงเจตนาของผู้กระทำ โดยข้อเท็จจริงที่ผู้กระทำต้องรู้ หมายถึง ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิด ซึ่งขึ้นอยู่กับบทบัญญัติของกฎหมายว่าได้กำหนดองค์ประกอบอันเป็นข้อเท็จจริงไว้หรือไม่บ้าง ดังนั้น ผู้ศึกษาจึงได้แบ่งกรณีการอ้างความไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจารเป็น 3 กรณีตามหลักเกณฑ์อายุของผู้เสียหาย ดังต่อไปนี้

3.3.1 กรณีผู้เสียหายอายุมากกว่า 15 ปี

การอ้างความไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจาร กรณีผู้เสียหายมีอายุมากกว่า 15 ปีนั้น กฎหมายมิได้มีการบัญญัติในเรื่องดังกล่าวไว้เป็นการเฉพาะ กล่าวคือ หากผู้กระทำไม่รู้ข้อเท็จจริงเรื่องอายุ ผู้กระทำย่อมอ้างความไม่รู้อายุดังกล่าวขึ้นเป็นข้อต่อสู้ว่า กระทำโดยไม่มีเจตนาเพื่อให้ตนพ้นจากความรับผิดได้ ตามมาตรา 59 วรรคสาม การอ้างความไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิด ตามมาตรา 59 วรรคสามนี้ ผู้กระทำย่อมกล่าวอ้างได้เสมอ แต่ศาลจะเชื่อตามที่กล่าวอ้างหรือไม่นั้นก็เป็นอย่างอื่น⁹⁰ แต่ทั้งนี้ ในกรณีที่มีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจารเกิดแก่ผู้เสียหายที่มีอายุมากกว่า 15 ปี นั้น อายุของผู้เสียหายมิใช่องค์ประกอบของความผิด การอ้างความไม่รู้ข้อเท็จจริงเรื่องอายุดังกล่าวจึงไม่ส่งผลต่อความรับผิดของผู้กระทำ อย่างไรก็ตาม ผู้กระทำความผิดอาจอ้างเรื่องความยินยอมซึ่งเป็นข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิด เพื่อให้ตนพ้นจากความรับผิดได้⁹¹

⁹⁰ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1, หน้า 241.

⁹¹ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิดและลหุโทษ, หน้า 200.

3.3.2 กรณีผู้เสียหายเป็นเด็กอายุเกินกว่า 13 ปี แต่ยังไม่เกิน 15 ปี

การอ้างความไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา และกระทำอนาจาร กรณีผู้เสียหายมีอายุเกินกว่า 13 ปี แต่ยังไม่เกิน 15 ปี นั้น กฎหมายถือว่า กรณีดังกล่าว ผู้กระทำจะต้องรู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิดเสมอ กล่าวคือ ผู้กระทำจะต้องรู้อายุของผู้ถูกกระทำว่าเป็นเด็กอายุเกินกว่า 13 ปี แต่ยังไม่เกิน 15 ปี ถ้าหากผู้กระทำไม่รู้ข้อเท็จจริงเรื่องอายุ ผู้กระทำย่อมอ้างความไม่รู้อายุดังกล่าวขึ้นเป็นข้อต่อสู้ว่า กระทำโดยไม่มีเจตนาเพื่อให้ตนพ้นจากความรับผิดได้ ตามมาตรา 59 วรรคสาม ถือว่าไม่มีเจตนากระทำความผิดตามมาตรา นี้ เช่น เข้าใจผิดว่าผู้เสียหายมีอายุ 17 ปี ทั้ง ๆ ที่อายุไม่เกิน 15 ปี เนื่องจากผู้เสียหายมีรูปร่างสูงใหญ่ เป็นต้น⁹²

การอ้างความไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิด กรณีผู้เสียหายมีอายุเกินกว่า 13 ปี แต่ยังไม่เกิน 15 ปี นี้ แตกต่างจากกรณีที่ผู้เสียหายเป็นเด็กมีอายุไม่เกิน 13 ปี ซึ่งมีกฎหมายบัญญัติไว้โดยเฉพาะว่า หากผู้ถูกกระทำอายุไม่เกิน 13 ปี แม้ผู้กระทำจะไม่รู้ข้อเท็จจริงเรื่องอายุก็ตาม ก็ห้ามผู้กระทำอ้างความไม่รู้ข้อเท็จจริงในอายุของเด็กซึ่งเป็นองค์ประกอบของความผิด เพื่อให้ตนพ้นจากความรับผิด ตามมาตรา 59 วรรคสาม ประกอบมาตรา 285/1⁹³ แม้ว่าผู้กระทำจะสุจริต หรือมีเหตุอันสมควรจะกล่าวอ้างได้ก็ตาม

อย่างไรก็ดีในกรณีที่ผู้เสียหายมีอายุเกินกว่า 13 ปี แต่ยังไม่เกิน 15 ปี แม้ว่าเด็กจะเป็นฝ่ายกระตุ้นให้ผู้กระทำเกิดความต้องการทางเพศ และยินยอมให้กระทำชำเราก็คตาม ผู้นั้นก็ไม่อาจอ้างความยินยอมของเด็กหรืออ้างว่าเด็กนั้นเป็นผู้ใช้หรือตัวการตามมาตรา 277 ได้ หากเป็นกรณีที่ เป็นเด็กอายุไม่เกิน 15 ปีทั้งคู่ ร่วมประเวณีกันด้วยความสมัครใจของทั้งสองฝ่าย⁹⁴ เด็กทั้งคู่ต่างคนต่างเป็นผู้กระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเด็กตามมาตรา 277 แต่ไม่ต้องรับโทษโดยสามารถไปใช้เหตุยกเว้นโทษตามมาตรา 73 หรือ มาตรา 74 ได้⁹⁵

⁹² คณพล จันทน์หอม, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิด เล่ม3 ลักษณะ 1 ถึง ลักษณะ 9, หน้า 585-586.

⁹³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 618-619.

⁹⁴ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, กฎหมายอาญาภาคความผิดเล่ม2, หน้า 448.

⁹⁵ คณพล จันทน์หอม, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิด เล่ม3 ลักษณะ 1 ถึง ลักษณะ 9, หน้า 583.

3.3.3 กรณีผู้เสียหายเป็นเด็กอายุไม่เกิน 13 ปี

มาตรา 285/1 บัญญัติว่า “การกระทำความผิดตามมาตรา 277 มาตรา 279 มาตรา 282 วรรคสาม มาตรา 283 วรรคสาม และมาตรา 283 ทวิ วรรคสอง หากเป็นการกระทำต่อเด็กอายุไม่เกินสิบสามปี ห้ามอ้างความไม่รู้อายุของเด็กเพื่อให้พ้นจากความผิดนั้น”

บทบัญญัติในมาตรานี้กล่าวถึงกรณีที่เด็กผู้ถูกกระทำมีอายุไม่เกิน 13 ปี หากผู้ถูกกระทำอายุไม่เกิน 13 ปี แม้ผู้กระทำจะไม่รู้ข้อเท็จจริงเรื่องอายุก็ตาม ก็ห้ามผู้กระทำอ้างความไม่รู้ข้อเท็จจริงในอายุของเด็กซึ่งเป็นองค์ประกอบความผิดของมาตรา 277 มาตรา 279 มาตรา 282 วรรคสาม มาตรา 283 วรรคสาม และมาตรา 283 ทวิวรรคสอง เพื่อให้พ้นจากความรับผิดตามมาตรา 59 วรรคสาม⁹⁶ โดยการนับอายุเด็กตามมาตรา 285/1 นี้ให้เริ่มนับแต่วันเกิด เป็นไปตามหลักที่ศาลฎีกาได้วางไว้ตาม คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7841/2552

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7841/2552 มาตรา 16 ป.พ.พ. บัญญัติว่า การนับอายุของบุคคลให้เริ่มนับแต่วันเกิด ผู้เสียหายที่ 1 เกิดเมื่อวันที่ 5 มีนาคม 2532 จึงต้องนับอายุตั้งแต่วันเกิดคือนับตั้งแต่วันที่ 5 มีนาคม 2532 เป็นหนึ่งวันเต็ม ผู้เสียหายที่ 1 จึงมีอายุ 15 ปีบริบูรณ์ เมื่อวันที่ 4 มีนาคม 2547 ตามนัย ป.พ.พ. มาตรา 193/5 คดีได้ความว่าเหตุเกิดวันที่ 5 มีนาคม 2547 เวลาประมาณ 2 นาฬิกา ดังนั้น ขณะเกิดเหตุผู้เสียหายที่ 1 จึงมีอายุเกินกว่า 15 ปีบริบูรณ์แล้ว การกระทำของจำเลยที่ 1 และที่ 2 จึงขาดองค์ประกอบความผิดตาม ป.อ. มาตรา 227 จำเลยที่ 1 และที่ 2 ไม่มี ความผิดตามบทบัญญัติมาตรานี้และแม้จะมีบทบัญญัติความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราในมาตรา 276 แต่เมื่อผู้เสียหายที่ 1 ยินยอมการกระทำของจำเลยที่ 1 และที่ 2 ก็ไม่เป็นความผิดตามมาตรา 276 เช่นกัน ส่วนการกระทำของจำเลยที่ 1 และที่ 2 นั้นไม่เป็นความผิดตาม ป.อ. มาตรา 317 แต่ก็เป็น ความผิดฐานพรากผู้เยาว์อายุกว่าสิบห้าปีแต่ไม่เกินสิบแปดปีไปเสียจากบิดามารดา ผู้ปกครองหรือผู้ดูแลเพื่อการอนาจารโดยผู้เยาว์นั้นเต็มใจไปด้วย ตาม ป.อ. มาตรา 319

ดังนั้นจากคำพิพากษาศาลฎีกาข้างต้น หากเด็กเกิดวันที่ 1 มกราคม 2560 เด็กจะมีอายุ 13 ปีบริบูรณ์ ในวันที่ 31 ธันวาคม 2572 หากมีเหตุเกิดขึ้นในวันที่ 1 มกราคม 2573 กรณีดังกล่าวจะไม่เข้าตาม มาตรา 285/1 เนื่องจากเด็กผู้เสียหายมีอายุเกินกว่า 13 ปีบริบูรณ์แล้ว ผู้กระทำจึงสามารถ

⁹⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 618-619.

อ้างความไม่รู้ข้อเท็จจริงในอายุของเด็กซึ่งเป็นองค์ประกอบความผิดของมาตรา 277 มาตรา 279 มาตรา 282 วรรคสาม มาตรา 283 วรรคสาม และมาตรา 283 ทวิวรรคสอง เพื่อให้พ้นจากความรับผิด ตามมาตรา 59 วรรคสามได้

จากบทบัญญัติ มาตรา 285/1 แสดงให้เห็นว่า อายุของเด็กที่ยังไม่เกิน 13 ปีนั้น ไม่เป็นข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิด (Tatbestand / Element of Offence) เมื่อไม่เป็นข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิดแล้ว ข้อเท็จจริงในส่วนนี้จึงเป็นเงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัย (Objektive Strafbarkeitsbedingung / Objective Condition for Punishment)⁹⁷ ซึ่งเป็นข้อเท็จจริงที่อยู่นอกโครงสร้างความรับผิดทางอาญา การลงโทษผู้กระทำความผิดและผู้ร่วมกระทำ ความผิดจึงขึ้นอยู่กับว่า มีเงื่อนไขแห่งการลงโทษในทางภาวะวิสัยหรือไม่ ถ้ามีก็สามารถลงโทษได้ ถ้าไม่มีก็ไม่สามารถลงโทษได้ ดังนั้นเจตนา หรือประมาทจึงไม่มีความสำคัญต่อการพิจารณาเรื่องการลงโทษ⁹⁸ กล่าวคือ เพียงแค่มีการกระทำชำเรา (มาตรา 277) หรือกระทำอนาจาร (มาตรา 279) หรือล่อลวงเด็ก (มาตรา 282 วรรคสาม มาตรา 283 วรรคสาม และมาตรา 283 ทวิ วรรคสอง) เกิดขึ้นแล้ว และผู้เสียหายเป็นเด็กอายุไม่เกิน 13 ปี ผู้กระทำความผิดจะต้องรับผิดทุกกรณีโดยจะอ้างความไม่รู้อายุของเด็กขึ้นต่อสู้เพื่อให้พ้นจากความรับผิดไม่ได้ ซึ่งแตกต่างจากหลักทั่วไปในเรื่องความผิดทางเพศ หากมีการกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจารเกิดขึ้น อายุของผู้เสียหายจะเป็นข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบความผิดที่หากผู้กระทำความผิดไม่รู้ก็ยกขึ้นอ้างเป็นข้อแก้ตัวว่าไม่ได้กระทำโดยเจตนา ตามมาตรา 59 วรรคสามได้⁹⁹

มาตรา 285/1 จึงเป็นหลักการเดียวกับหลักความรับผิดโดยเคร่งครัด (Strict Liability) กล่าวคือ ไม่จำเป็นต้องพิจารณาว่าการกระทำนั้นได้กระทำลงไปโดยเจตนาหรือประมาทหรือไม่ ถ้าหากกฎหมายได้บัญญัติให้การกระทำนั้น ๆ เป็นความผิดแล้ว ต้องรับผิดทุกกรณี¹⁰⁰ การกำหนดบทบัญญัติในมาตรานี้มีขึ้นเพื่อคุ้มครองเด็กที่มีอายุไม่เกิน 13 ปี ซึ่งประเทศไทยได้รับอิทธิพลมาจากหลัก

⁹⁷ คณิต ณ นคร, *กฎหมายอาญาภาคความผิด*, หน้า 539-540.

⁹⁸ คณิต ณ นคร, *กฎหมายอาญาภาคทั่วไป*, หน้า 149-156.

⁹⁹ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, *คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิดและลโทษ*, หน้า 217.

¹⁰⁰ Catherine Elliott, and Frances Quinn, *Criminal Law*, 11th Edition (United Kingdom: Pearson, 2016) Page 41-47.

กฎหมายใน Section 5 ของพระราชบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศ ค.ศ. 2003 (Sexual Offences Act 2003 หรือ SOA) ของประเทศอังกฤษโดยเป็นความผิดที่มีลักษณะเป็นความรับผิดโดยเคร่งครัดจะอ้างความไม่รู้เรื่องอายุขึ้นต่อสู้เพื่อให้ตนพ้นจากความรับผิดไม่ได้¹⁰¹

อย่างไรก็ตาม ในอดีตศาลได้วินิจฉัยกรณีการอ้างความไม่รู้ข้อเท็จจริงเรื่องอายุของผู้เสียหาย ซึ่งเป็นหนึ่งในองค์ประกอบของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจารไว้เช่นกัน โดยใช้หลัก ตามมาตรา 62 วรรคแรก ดังเช่นกรณี คำพิพากษาฎีกาที่ 6419/2537

คำพิพากษาฎีกาที่ 6419/2537 การที่เด็กหญิง ข. หลบหนีออกจากบ้านเพียงไปดูภาพยนตร์ซึ่งไม่ห่างไกลจากบ้านที่อยู่ เมื่อภาพยนตร์ เลิกแล้วก็คงกลับบ้านหากไม่ถูกจำเลยพาไปอำนาจในการปกครองดูแลของ จ. หาได้สิ้นสุดลงไม่การที่จำเลยพาเด็กหญิง ข. ไปอยู่ที่อื่นหลายวันถือได้ว่าเป็นการพรากเด็กหญิง ข. ออกจาก จ. โดยปราศจากเหตุอันสมควร ระหว่างที่พาเด็กหญิง ข. ไปพักในที่ต่าง ๆ จำเลยได้กระทำชำเราเด็กหญิง ข. อันเป็นการกระทำอนาจารด้วย แม้ขณะเกิดเหตุเด็กหญิง ข. จะมีอายุ 13 ปี แต่เด็กหญิง ข. มีรูปร่างสมบูรณ์กว่าเด็กปกติทั่วไปจนจำเลยสำคัญผิดว่ามีอายุ 17 ปี จำเลยย่อมได้รับประโยชน์ ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 62 วรรคแรก จำเลยจึงมีความผิดฐานพรากผู้เยาว์ไปเพื่ออนาจารตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 319 วรรคแรก

ต่อมามีคำพิพากษาฎีกาที่ 5176/2538 ความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277 และ 279 ต้องกระทำแก่เด็กอายุไม่เกิน 15 ปี เรื่องอายุของผู้เสียหายเป็นองค์ประกอบความผิดด้วย เมื่อผู้เสียหายอายุ 14 ปี 5 เดือน แต่จำเลยสำคัญผิดว่าอายุ 18 ปี จำเลยย่อมไม่มีความผิดตาม มาตรา 62 วรรคหนึ่ง การที่จำเลยไม่รู้จักผู้เสียหายมาก่อนก็ไม่มีข้อห้ามที่ไม่ให้จำเลยอ้างความสำคัญผิดมาเป็นข้อแก้ตัว

ข้อเท็จจริงตามคำพิพากษาฎีกานี้ เมื่อศาลวินิจฉัยว่าจำเลยขาดเจตนา โดยอาศัยหลัก ตามมาตรา 59 วรรคสามแล้ว การกระทำของจำเลยจึงไม่เป็นความผิด จึงไม่มีกรณีที่จะนำมาตรา 62 มาปรับใช้แต่อย่างใด

¹⁰¹ Ibid, Page 42.

กรณีการอ้างความไม่รู้อายุของผู้เสียหายซึ่งตนได้กระทำทางเพศด้วยนี้ ศาสตราจารย์ จิตติ ติงศภัทย์ และศาสตราจารย์ ดร. หยุด แสงอุทัย ได้อธิบายไว้ตรงกันว่าเป็นเรื่องของ การขาดเจตนา โดยอาศัยหลักในมาตรา 59 วรรคสาม มิใช่กรณีสำคัญผิดในข้อเท็จจริง ตามมาตรา 62 วรรคหนึ่งแต่อย่างใด กล่าวคือ หากข้อเท็จจริงที่ทำให้เป็นความผิดมีอยู่ครบถ้วน แต่ผู้กระทำไม่รู้ข้อเท็จจริงเหล่านั้น ผู้กระทำก็ไม่มีเจตนากระทำผิดตามมาตรา 59 วรรคสาม แต่ถ้าข้อเท็จจริงที่เป็นองค์ประกอบความผิดมีอยู่ครบถ้วน และผู้กระทำก็รับรู้แล้ว กรณีนี้จึงเป็นการครอบงำประกอบภายนอกและภายในของความผิดแล้ว แต่ผู้กระทำเข้าใจผิดว่า มีข้อเท็จจริงอื่นที่ทำให้การกระทำไม่เป็นความผิด กรณีดังกล่าวจึงเป็นกรณีตามมาตรา 62 วรรคหนึ่ง ที่ทำให้ผู้กระทำไม่มีความผิด¹⁰²

ภายหลังมีคำพิพากษาฎีกาที่ 6405/2539 จำเลยสำคัญผิดโดยเข้าใจว่าผู้เสียหายอายุ 17 ปี ย่อมมีผลให้จำเลยไม่รู้ข้อเท็จจริงว่าผู้เสียหายอายุไม่เกิน 15 ปี ซึ่งเป็นข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277 วรรคหนึ่ง เมื่อจำเลยไม่รู้ข้อเท็จจริงดังกล่าวจึงถือว่าจำเลยไม่มีเจตนาทำความผิดฐานนี้ ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59 วรรคสาม ฎีกาดังกล่าวได้ตัดสินว่าเป็นกรณีการขาดเจตนา โดยอาศัยหลักใน มาตรา 59 วรรคสาม นั้นเอง

ดังนั้น ภายหลังจากมีคำพิพากษาฎีกาที่ 6405/2539 ศาลไทยจึงได้ยึดแนวทางการวินิจฉัย กรณีการอ้างความไม่รู้อายุซึ่งเป็นข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจาร โดยอาศัยหลักในมาตรา 59 วรรคสาม ตัวอย่างเช่น คำพิพากษาฎีกาที่ 3881/2542

คำพิพากษาฎีกาที่ 3881/2542 จำเลยได้พาเด็กหญิง ส. ผู้เสียหายไปเพื่อจะกระทำชำเราในขณะที่ผู้เสียหายอายุ 14 ปี 10 เดือนเศษ โดยผู้เสียหายสมัครใจยินยอมไปกับจำเลย และจำเลยกอดจูบกระทำอนาจารแก่ผู้เสียหาย แม้การกระทำของจำเลยอาจเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 279 วรรคหนึ่งก็ตาม แต่การที่ผู้เสียหายมีรูปร่างและลักษณะการพูดจาทำให้จำเลยสำคัญผิดว่าผู้เสียหายอายุ 18 ถึง 19 ปี ซึ่งเป็นการสำคัญผิดในข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบ

¹⁰² เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1, พิมพ์ครั้งที่ 10 (กรุงเทพมหานคร : พลสยามพริ้นติ้ง, พฤษภาคม 2551), หน้า 238.

ของความผิดฐานกระทำอนาจารผู้เสียหายอายุไม่เกิน 15 ปี ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 279 วรรคหนึ่ง การกระทำของจำเลยจึงขาดเจตนากระทำผิดฐานดังกล่าวตามมาตรา 59 วรรคสาม

อย่างไรก็ตาม ศาลฎีกาได้กลับมาใช้หลักความสำคัญผิดในข้อเท็จจริง ตามมาตรา 62 วรรคแรก อีกครั้งในคำพิพากษาฎีกาที่ 6498/2540 และคำพิพากษาฎีกาที่ 1717/2543 ซึ่งศาลฎีกา ได้วินิจฉัยว่า การสำคัญผิดในเรื่องอายุเป็นกรณีของมาตรา 62 วรรคแรก

คำพิพากษาฎีกาที่ 4698/2540 พยานหลักฐานที่โจทก์และจำเลยนำเสนอเชื่อว่า จำเลยไม่ทราบว่าผู้เสียหายอายุไม่เกิน 15 ปี ข้อเท็จจริงจึงไม่พอพียงว่าจำเลยกระทำชำเราผู้เสียหาย โดยรู้อยู่แล้วว่าผู้เสียหายมีอายุไม่เกิน 15 ปี เป็นการสำคัญผิดในข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิด ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277 วรรคหนึ่ง ประกอบมาตรา 62 วรรคหนึ่ง จำเลย ไม่มีความผิดตามบทกฎหมายดังกล่าว

คำพิพากษาฎีกาที่ 1717/2543 จำเลยมีอาชีพรับราชการในตำแหน่งเจ้าหน้าที่ส่งเสริม สหกรณ์ 5 ได้รับการแต่งตั้งให้เป็นคณะกรรมการในโครงการต่าง ๆ ของทางราชการหลายแห่งที่ เกี่ยวข้องกับประชาชน ทั้งนี้เพื่อส่งเสริมอาชีพแก่ชาวบ้าน เด็กและเยาวชน ตลอดจนเป็นวิทยากร อบรมลูกเสือชาวบ้าน จำเลยจึงได้พบปะผู้คนมากมีประสบการณ์ในชีวิตพอสมควร พอจะประมาณ การได้ว่าเด็กหรือเยาวชนนั้นมีอายุประมาณเท่าใด จำเลยรู้จักกับผู้เสียหายมาก่อนเกิดเหตุเป็นเวลาไม่ น้อยกว่า 3 สัปดาห์ เพราะรับสอนผู้เสียหายขับรถยนต์โดยผู้เสียหายไปกับมารดาทุกครั้ง แต่วันเกิด เหตุจำเลยเบิกความยอมรับว่าก่อนเกิดเหตุ 1 วัน จำเลยบอกมารดาของผู้เสียหายว่า ผู้เสียหาย สามารถขับรถทางไกลได้ ฟรุ้งนี้เมื่อมารดาขับรถเสร็จแล้วไม่ต้องรอรับผู้เสียหายกลับบ้านเพราะจะนำ ผู้เสียหายฝึกหัดขับรถทางไกลเป็นเวลา 2 ชั่วโมงนับว่าเป็นเรื่องผิดปกติ วันเกิดเหตุจำเลยก็ให้ ผู้เสียหายขับรถไกลถึงประมาณ 60 กิโลเมตร ก็เป็นพิรุณเพราะกว่าจะไปและกลับคงต้องใช้เวลาาน กว่าที่ฝึกขับรถปกติวันละ 2 ชั่วโมง จำเลยเป็นครูฝึกหัดขับรถแต่ไปสอบถามเรื่องส่วนตัวของผู้เสียหาย ซึ่งเป็นคนละเรื่องกับหน้าที่ของตนเอง หากจำเลยพูดคุยกับผู้เสียหายก็น่าจะพอคาดคิดได้ว่าผู้เสียหาย มีระดับสติปัญญาเป็นเด็กเพียงใด พฤติการณ์ที่จำเลยขับรถพาผู้เสียหายเข้าโรงแรมก็ไม่ปรากฏว่าได้ รักใคร่ชอบพอผู้เสียหายหรือเคยพูดจาแสดงความรักกันมาก่อน เพียงแต่จำเลยเบิกความทำนองคิดว่า ผู้เสียหายมีใจแก่จำเลยเท่านั้น นับว่าเป็นการฉวยโอกาสจากความไร้เดียงสาของผู้เสียหายเพื่อสนอง ตัณหาของตนเท่านั้น ชั้นจับกุมและสอบสวนจำเลยก็มีได้แสดงว่าจำเลยสำคัญผิดในเรื่องอายุของ

ผู้เสียหายอย่างใด กรณีจะเป็นเรื่องสำคัญผิดในข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 62 วรรคแรก จะต้องมิพิดการณ์หรือเหตุชักจูงใจให้สำคัญผิดโดยสุจริต มิใช่คาดคะเนเอาเองดังที่จำเลยเบิกความพิดการณ์ของจำเลยเช่นนี้จึงไม่มีเหตุผลเพียงพอที่จะยกขึ้นกล่าวอ้างเพื่อเป็นข้อแก้ตัวว่าจำเลยสำคัญผิดโดยสุจริต ดังนั้น เมื่อจำเลยกระทำชำเราเด็กหญิงอายุไม่เกิน 15 ปี ซึ่งมีใช้ภริยาของตนโดยเด็กหญิงนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม จำเลยจึงต้องมีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 277 วรรคแรก และการที่จำเลยพาผู้เสียหายไปกระทำชำเราที่ห้องของโรงแรมที่เกิดเหตุ เป็นการล่วงอำนาจปกครองของมารดาผู้เสียหายโดยปราศจากเหตุอันสมควรเพื่อการอนาจาร เป็นความผิดฐานพรากเด็กอายุไม่เกิน 15 ปี ไปเสียจากบิดามารดาตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 317 วรรคสาม

จากตัวอย่างคำพิพากษาศาลฎีกาข้างต้น แสดงให้เห็นว่า ศาลไทยยังคงมีความสับสนในการนำมาตรา 59 วรรคสาม หรือ มาตรา 62 วรรคแรก มาใช้กับกรณีผู้กระทำความผิดอ้างความไม่รู้อายุซึ่งเป็นข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจาร กล่าวคือ มาตรา 59 วรรคสาม และมาตรา 62 วรรคแรก ต่างก็เป็นเรื่อง สำคัญผิด หรือ เข้าใจผิด ซึ่งมีความใกล้เคียงกันอย่างยิ่ง แต่ความสำคัญผิดหรือเข้าใจผิดดังกล่าวแตกต่างกันตรงที่ว่า กรณีตาม มาตรา 59 วรรคสาม เป็นการสำคัญผิดที่ทำให้ผู้กระทำ ขาดเจตนา ส่วน มาตรา 62 วรรคแรก เป็นความสำคัญผิดที่ทำให้ผู้กระทำซึ่งมีเจตนาอยู่แล้ว ไม่มีความผิด ไม่ต้องรับโทษ หรือรับโทษน้อยลง¹⁰³

ต่อมามีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4665/2547 จำเลยสำคัญผิดว่าผู้เสียหายยังไม่พ้นวัยเด็ก ซึ่งผู้เสียหายมีอายุไม่เกิน 15 ปี โดยจำเลยเข้าใจผิดว่าผู้เสียหายอายุ 20 ปีแล้ว จึงเป็นการสำคัญผิดในข้อเท็จจริงเรื่องอายุอันเป็นองค์ประกอบความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277 วรรคแรก และมาตรา 317 วรรคสาม การกระทำของจำเลยจึงขาดเจตนากระทำความผิดดังกล่าว ตามมาตรา 59 วรรคสาม

ศาลฎีกาถือว่ากรณีเช่นนี้เป็นเรื่องของการขาดเจตนา ตามมาตรา 59 วรรคสาม โดยศาลฎีกามีได้ปรับบทตามมาตรา 62 วรรคแรก แต่อย่างไรก็ตามศาลฎีกาได้ใช้ถ้อยคำว่า สำคัญผิดในข้อเท็จจริง แทนที่จะใช้คำว่า ไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิด ซึ่งจะตรงกับถ้อยคำใน

¹⁰³ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1, หน้า 239.

มาตรา 59 วรรคสามมากกว่า และเป็นถ้อยคำที่ตรงกับคำพิพากษาฎีกาที่ 6405/2539 ที่ศาลเคยได้ใช้ในการวินิจฉัยว่าจำเลยขาดเจตนาตนเอง¹⁰⁴

ภายหลังจากมีคำพิพากษาฎีกาที่ 4665/2547 ศาลไทยจึงได้ยึดแนวทางการวินิจฉัยกรณีการอ้างความไม่รู้อายุซึ่งเป็นข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา และกระทำอนาจาร โดยอาศัยหลักในมาตรา 59 วรรคสาม การกระทำของจำเลยจึงไม่เป็นความผิดมิใช่กรณีที่จะนำมาตรา 62 วรรคแรก มาปรับใช้แต่อย่างใด

ดังนั้น หากเป็นกรณีการไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิด ก็เป็นเรื่องการขาดเจตนา ตามมาตรา 59 วรรคสาม ผลคือผู้กระทำไม่มีความผิด แต่ถ้าหากเป็นกรณีที่ผู้กระทำมีเจตนากระทำความผิดแล้ว เนื่องจากไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิด แต่เข้าใจไปว่าการกระทำของตนไม่มีความผิด หรือมีกฎหมายยกเว้นโทษ หรือมีเหตุลดโทษ ก็เป็นเรื่อง สำคัญผิดในข้อเท็จจริง ตามมาตรา 62 วรรคแรก นั้นเอง¹⁰⁵

การไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิด ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59 วรรคสาม หรือการสำคัญผิดในข้อเท็จจริง ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 62 วรรคแรก ผู้กระทำย่อมกล่าวอ้างได้เสมอ แต่ศาลจะเชื่อตามที่กล่าวอ้างหรือไม่นั้นก็เป็นเรื่องหนึ่ง¹⁰⁶ ตามที่คำพิพากษาฎีกาที่ 1717/2543 ได้วางหลักไว้ว่า “...จะต้องมีพฤติการณ์หรือเหตุชักจูงใจให้สำคัญผิดโดยสุจริต มิใช่คาดคะเนเอาเอง...”

การที่ศาลเปิดโอกาสให้ผู้กระทำความผิดกล่าวอ้างความไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจารได้นั้น ทำให้จำเลยมักอ้างข้อต่อสู้ดังกล่าว เมื่อมีกรณีการกระทำความผิดทางเพศต่อเด็กเกิดขึ้น โดยจำเลยมักจะยกเอาข้อต่อสู้เรื่องอายุของเด็กขึ้นมาอ้างเพื่อให้ตนพ้นจากความรับผิด ปัญหาดังกล่าวจึงนำมาสู่การแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา โดยมีการบัญญัติมาตรา 285/1 เพิ่มเติมขึ้นมาเพื่อป้องกันมิให้ผู้กระทำความผิดหลุดพ้นจากความรับผิด¹⁰⁷

¹⁰⁴ เรื่องเดียวกัน.

¹⁰⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 239-240.

¹⁰⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 241.

¹⁰⁷ หมายเหตุท้ายพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 23) พ.ศ. 2558

ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 285/1 ได้บัญญัติว่า “การกระทำความผิดตามมาตรา 277 มาตรา 279 มาตรา 282 วรรคสาม มาตรา 283 วรรคสาม และมาตรา 283 ทวิ วรรคสอง หากเป็นการกระทำต่อเด็กอายุไม่เกินสิบสามปี ห้ามอ้างความไม่รู้อายุของเด็กเพื่อให้พ้นจากความผิดนั้น”

มาตรา 285/1 ดังกล่าวข้างต้น จึงถือเป็นความผิดที่มีลักษณะเป็นความรับผิดโดยเคร่งครัด (Strict Liability) กล่าวคือ ห้ามอ้างความไม่รู้อายุของเด็ก เพื่อให้ตนพ้นจากความรับผิด ดังนั้นแนวคำพิพากษาศาลฎีกาที่เคยวินิจฉัยเกี่ยวกับเรื่องนี้ไว้ย่อมใช้เป็นบรรทัดฐานไม่ได้อีกต่อไป

ภายหลังจากการศึกษาความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจารตามกฎหมายไทยแล้ว พบว่าหลักเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับกรณีการอ้างความไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจาร มีดังต่อไปนี้

ตารางที่ 1 สรุปหลักเกณฑ์เรื่องการอ้างความไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจารตามกฎหมายไทย

ประเทศ	อายุของเด็กที่สามารถให้ความยินยอมทางเพศ	ข้อต่อสู้ที่เกี่ยวกับการอ้างความไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจาร	เหตุผลโทษ เหตุยกเว้นโทษ หรือเหตุยกเว้นความรับผิด
ไทย	16 ปีบริบูรณ์	1. หากมีการกระทำทางเพศเกิดขึ้นกับบุคคลที่มีอายุไม่เกิน 15 ปี ผู้กระทำไม่อาจอ้างความยินยอมของเด็กเพื่อให้ตนหลุดพ้นจากความรับผิดตามมาตรา 277 2. ในกรณีที่ผู้เสียหายมีอายุไม่เกิน 13 ปี ผู้กระทำไม่อาจอ้าง	ถ้าเป็นการกระทำโดยบุคคลอายุไม่เกินสิบแปดปีกระทำต่อเด็กซึ่งมีอายุกว่าสิบสามปี แต่ยังไม่เกินสิบห้าปี โดยเด็กนั้นยินยอม ศาลจะพิจารณาให้มีการคุ้มครองสวัสดิภาพของเด็กผู้ถูกระทำหรือผู้กระทำความผิดแทนการลงโทษก็ได้ และหากได้มี

		ความไม่รู้อายุของเด็กขึ้นต่อสู้อ เพื่อให้ตนพ้นจากความรับผิด ตามมาตรา 285/1	การดำเนินการคุ้มครอง สวัสดิภาพของเด็ก ผู้ถูกระงับหรือผู้กระทำ ความผิดแล้ว ผู้กระทำ ความผิดไม่ต้องรับโทษ แต่ ถ้าการคุ้มครองสวัสดิภาพ ดังกล่าวไม่สำเร็จ ศาลจะ ลงโทษผู้กระทำความผิด น้อยกว่าที่กฎหมายกำหนด ไว้สำหรับความผิดนั้น เพียงใดก็ได้ ตามมาตรา 277 วรรคห้า และวรรคหก
--	--	--	---

บทที่ 4

ความผิดทางเพศตามกฎหมายต่างประเทศ

เนื้อหาในบทนี้จะพูดถึงการศึกษามาตรการและหลักเกณฑ์ในความผิดเกี่ยวกับเพศของประเทศต่าง ๆ โดยเฉพาะเรื่องการอ้างความไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิดซึ่งจะศึกษากฎหมายของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี (German Criminal Code) และสมาพันธรัฐสวิส (Swiss Criminal Code) ซึ่งเป็นระบบประมวลกฎหมาย หรือระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Civil Law) นอกจากนี้จะศึกษากฎหมายของสหราชอาณาจักร (Sexual Offences Act 2003) อันเป็นต้นแบบในการแก้ไขเพิ่มเติมความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจารของประเทศไทย และศึกษากฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาในมลรัฐแคลิฟอร์เนีย (California Penal Code) มลรัฐอิลลินอยส์ (Illinois Criminal Code) มลรัฐแอริโซนา (Arizona Penal Code) และ มลรัฐนิวยอร์ก (New York Penal Code) เพื่อนำไปเปรียบเทียบและแสวงหาแนวทางที่เหมาะสมสำหรับการกำหนดบทบัญญัติในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจารของประเทศไทยต่อไป

4.1 มาตราการและหลักเกณฑ์ในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

4.1.1 มาตราการเกี่ยวกับความผิดทางเพศ

มาตรการในความผิดเกี่ยวกับเพศของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีนั้น ถูกบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน (German Criminal Code) หรือที่เรียกว่า Strafgesetzbuch (Stgb) ซึ่งได้บัญญัติเรื่องความผิดเกี่ยวกับเพศไว้ในมาตรา 174 ถึงมาตรา 184 โดยมีรายละเอียดสำคัญในความผิดเกี่ยวกับเพศ ดังต่อไปนี้

มาตรา 176¹ บัญญัติว่า “ความรุนแรงต่อเด็ก

(1) ผู้ใดกระทำกิจกรรมทางเพศต่อบุคคลอายุต่ำกว่า 14 ปี (เด็ก) หรือยินยอมให้เด็กกระทำกิจกรรมทางเพศต่อตนเอง ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ 6 เดือน ถึง 10 ปี

(2) ผู้ใดชักจูงให้เด็กทำกิจกรรมทางเพศกับบุคคลที่สาม หรือยินยอมให้บุคคลที่สามทำกิจกรรมทางเพศกับเด็ก ต้องระวางโทษเช่นเดียวกับกรณีตามอนุมาตรา (1)

(3) ในกรณีร้ายแรงต้องระวางโทษจำคุกไม่ต่ำกว่า 1 ปี

(4) ผู้ใด

1. กระทำกิจกรรมทางเพศต่อหน้าเด็ก

2. ชักจูงให้เด็กกระทำกิจกรรมทางเพศ นอกเหนือไปจากการกระทำตามที่
ได้บัญญัติไว้ในอนุมาตรา (1) หรืออนุมาตรา (2) ข้างต้น

¹ Section 176 “Child abuse

(1) Whosoever engages in sexual activity with a person under fourteen years of age (child) or allows the child to engage in sexual activity with himself shall be liable to imprisonment from six months to ten years.

(2) Whosoever induces a child to engage in sexual activity with a third person or to allow third persons to engage in sexual activity with the child shall incur the same penalty.

(3) In especially serious cases the penalty shall be imprisonment of not less than one year.

(4) Whosoever

1. engages in sexual activity in the presence of a child;

2. induces the child to engage in sexual activity, unless the act is punishable under subsection (1) or subsection (2) above;

3. presents a child with written materials (section 11(3)) to induce him to engage in sexual activity with or in the presence of the offender or a third person or allow the offender or a third person to engage in sexual activity with him; or

4. presents a child with pornographic illustrations or images, audio recording media with pornographic content or pornographic speech,

shall be liable to imprisonment from three months to five years.

(5) Whosoever supplies or promises to supply a child for an offence under subsections (1) to (4) above or who agrees with another to commit such an offence shall be liable to imprisonment from three months to five years.

(6) The attempt shall be punishable; this shall not apply to offences under subsection (4) Nos 3 and 4 and subsection (5) above.”

3. แสดงให้เด็กเห็นถึงงานเขียน (มาตรา 11(3)) เพื่อชักจูงให้เด็กกระทำการกิจกรรมทางเพศกับตน หรือต่อหน้าผู้กระทำผิด หรือต่อหน้าบุคคลที่สาม หรือยินยอมให้ผู้กระทำผิดหรือบุคคลที่สามกระทำการกิจกรรมทางเพศด้วย หรือ

4. แสดงให้เด็กเห็นถึงภาพวาดหรือรูปลามก บันทึกเสียง สื่อ ที่มีเนื้อหาลามก หรือถ้อยคำลามก

ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ 3 เดือน ถึง 5 ปี

(5) ผู้ใดจัดหาให้ หรือให้สัญญาว่าจะจัดหาให้ซึ่งเด็ก สำหรับความผิดตามอนุมาตรา (1) ถึง (4) ข้างต้น หรือผู้ใดตกลงกันเพื่อกระทำความผิดดังกล่าว ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ 3 เดือน ถึง 5 ปี....”

การกระทำความผิดตามบทบัญญัติในมาตรานี้ มิได้กำหนดว่าผู้กระทำจะต้องมีอายุเท่าใด หากมีการกระทำการกิจกรรมทางเพศต่อเด็กที่มีอายุต่ำกว่า 14 ปี หรือชักจูงให้เด็กที่มีอายุต่ำกว่า 14 ปีทำกิจกรรมทางเพศแล้ว ผู้กระทำต้องรับผิดตามมาตรานี้ การกระทำทางเพศดังกล่าวรวมถึงกรณี que เด็กอายุต่ำกว่า 14 ปีเป็นผู้กระทำการกิจกรรมทางเพศเองด้วย

มาตรา 176a² บัญญัติว่า “เหตุฉกรรจ์ของความรุนแรงต่อเด็ก

² Section 176a “Aggravated child abuse

(1) The sexual abuse of children under section 176(1) and (2) shall entail a sentence of imprisonment of not less than one year if the offender was convicted of such an offence by final judgment within the previous five years.

(2) The sexual abuse of children under section 176(1) and (2) shall entail a sentence of imprisonment of not less than two years if

1. a person over eighteen years of age performs sexual intercourse or similar sexual acts with the child which include a penetration of the body, or allows them to be performed on himself by the child;
2. the offence is committed jointly by more than one person; or
3. the offender by the offence places the child in danger of serious injury or substantial impairment of his physical or emotional development.

(3) Whosoever under section 176(1) to (3), (4) Nos 1 or 2 or section 176(6) acts as a principal or secondary participant with the intent of making the act the object of a pornographic medium (section 11(3))

(1) การกระทำความผิดภายใต้มาตรา 176(1) และมาตรา 176(2) ต้องระวางโทษจำคุกไม่ต่ำกว่า 1 ปี ถ้าผู้กระทำได้กระทำความผิดด้วยข้อหาดังกล่าวภายใน 5 ปี นับแต่ศาลมีคำพิพากษาถึงที่สุดในความผิดครั้งก่อน

(2) การกระทำความผิดภายใต้มาตรา 176(1) และมาตรา 176(2) ต้องระวางโทษจำคุกไม่ต่ำกว่า 2 ปี ถ้า

1. บุคคลอายุเกินกว่า 18 ปี มีเพศสัมพันธ์ หรือการกระทำทางเพศอื่นใดในทำนองเดียวกับการมีเพศสัมพันธ์กับเด็ก ซึ่งรวมถึงการสอดใส่อวัยวะ หรือยินยอมให้เด็กกระทำกับตน

2. กระทำความผิดร่วมกันมากกว่า 1 คน หรือ

3. กระทำความผิดจนเป็นเหตุให้เด็กได้รับอันตรายสาหัส หรือทำให้พัฒนาการทางร่างกายและจิตใจของเด็กแย่งลง

(3) ผู้ใดภายใต้มาตรา 176(1) ถึง มาตรา 176(3), (4) ข้อ 1 หรือ 2 หรือ มาตรา 176(6) กระทำการเป็นตัวการหรือผู้ร่วมกระทำความผิด โดยมีเจตนาเพื่อทำสื่อลามกอนาจาร ตามมาตรา (มาตรา 11(3)) ซึ่งเผยแพร่ในภายหลังตามมาตรา 184b(1) ถึง (3) ต้องระวางโทษจำคุกไม่ต่ำกว่า 2 ปี

which is to be disseminated pursuant to section 184b(1) to (3) shall be liable to imprisonment of not less than two years.

(4) In less serious cases under subsection (1) above the penalty shall be imprisonment from three months to five years, in less serious cases under subsection (2) above imprisonment from one to ten years.

(5) Whosoever under section 176(1) to (3) seriously physically abuses the child or places the child in danger of death shall be liable to imprisonment of not less than five years.

(6) Any period during which the offender was detained in an institution pursuant to an order of a public authority shall not be credited to the term indicated in subsection (1) above. An offence resulting in a conviction abroad shall be equivalent, under subsection (1) above, to an offence resulting in a domestic conviction if under German criminal law it would have been an offence under section 176(1) or (2)."

(4) ในกรณีความผิดไม่รุนแรงตามอนุมาตรา (1) ข้างต้น ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ 3 เดือน ถึง 5 ปี ในกรณีความผิดไม่รุนแรงตามอนุมาตรา (2) ข้างต้น ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ 1 ปี ถึง 10 ปี

(5) ผู้ใดภายใต้มาตรา 176(1) ถึง มาตรา 176(3) ทำร้ายร่างกายเด็กอย่างร้ายแรง หรือทำให้ เด็กได้รับอันตรายถึงแก่ชีวิต ต้องระวางโทษจำคุกไม่ต่ำกว่า 5 ปี.....”

บทบัญญัติในมาตรา 176a เป็นเหตุจรรยาของมาตรา 176 หากผู้กระทำได้กระทำผิดซ้ำภายใน 5 ปี นับแต่ศาลมีคำพิพากษาถึงที่สุดในความผิดครั้งก่อน ผู้กระทำต้องระวางโทษจำคุกไม่ต่ำกว่า 1 ปี หรือกรณีที่ผู้กระทำเป็นบุคคลอายุเกินกว่า 18 ปี มีเพศสัมพันธ์กับเด็ก โดยกระทำ ความผิดร่วมกันมากกว่า 1 คน หรือกระทำความผิดจนเป็นเหตุให้เด็กได้รับอันตรายสาหัส ผู้กระทำ จะต้องระวางโทษจำคุกไม่ต่ำกว่า 2 ปี เป็นต้น

มาตรา 176b³ บัญญัติว่า “ ความรุนแรงต่อเด็กก่อให้เกิดความตาย

ถ้าหากผู้กระทำความผิดภายใต้มาตรา 176 และมาตรา 176a ทำให้เด็กถึงแก่ความตาย อย่างน้อยที่สุดเกิดขึ้นโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง ต้องระวางโทษจำคุกตลอดชีวิตหรือไม่ น้อยกว่าสิบปี”

บทบัญญัติในมาตรา 176b เป็นเหตุเพิ่มโทษของมาตรา 176 และมาตรา 176a หาก ทำให้เด็กถึงแก่ความตาย

มาตรา 180⁴ บัญญัติว่า “การทำให้ผู้เยาว์กระทำกิจกรรมทางเพศ

³ Section 176b “Child abuse causing death

If the offender in cases under section 176 and section 176a causes the death of the child at least by gross negligence the penalty shall be imprisonment for life or not less than ten years.”

⁴ Section 180 “Causing minors to engage in sexual activity

(1) Whosoever encourages a person under sixteen years of age to engage in sexual activity with or in the presence of a third person or whosoever encourages sexual acts of a third person on a person under sixteen years of age

(1) ผู้ใดสนับสนุนให้บุคคลอายุต่ำกว่า 16 ปีกระทำกิจกรรมทางเพศกับตนเอง หรือกระทำกิจกรรมทางเพศต่อหน้าบุคคลที่สาม หรือผู้ใดก็ตามที่สนับสนุนการกระทำทางเพศของบุคคลที่สามกับบุคคลอายุที่มีต่ำกว่า 16 ปี

1. โดยทำหน้าที่เป็นตัวกลาง; หรือ

2. โดยการสร้างโอกาส

ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 3 ปี หรือปรับ

(2) ผู้ใดทำให้บุคคลอายุต่ำกว่า 18 ปี กระทำกิจกรรมทางเพศกับตน หรือกระทำกิจกรรมทางเพศต่อหน้าบุคคลที่สาม หรือทำให้เกิดการกระทำทางเพศโดยบุคคลที่สามเพื่อเงินรางวัล หรือผู้ใดสนับสนุนการกระทำดังกล่าวโดยทำหน้าที่เป็นตัวกลาง ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 5 ปีหรือปรับ

(3) ผู้ใดทำให้บุคคลอายุต่ำกว่า 18 ปี ซึ่งตนได้รับมอบหมายให้ดูแลเรื่องการศึกษา การดูแล หรือเป็นผู้ที่อยู่ใต้บังคับบัญชาเนื่องจากการจ้างงาน หรือความสัมพันธ์ในการทำงาน โดยการใช้อำนาจจากความสัมพันธ์ดังกล่าว ให้กระทำกิจกรรมทางเพศกับตน หรือกระทำกิจกรรมทางเพศต่อ

1. by acting as an intermediary; or

2. by creating an opportunity,

shall be liable to imprisonment not exceeding three years or a fine. The 1st sentence No 2 above shall not apply if the offender is the person responsible for the care of the minor unless the offender, if responsible for the care of the minor, grossly violates his duty of education.

(2) Whosoever induces a person under eighteen years of age to engage in sexual activity with or in the presence of a third person or to suffer sexual acts by a third person for a financial reward, or whosoever encourages such acts by acting as an intermediary, shall be liable to imprisonment not exceeding five years or a fine.

(3) Whosoever induces a person under eighteen years of age who is entrusted to him for upbringing, education or care or who is his subordinate within an employment or a work relationship, by abusing the dependence associated with the upbringing, educational, care, employment or work relationship to engage in sexual activity with or in the presence of a third person or to suffer sexual acts by a third person shall be liable to imprisonment not exceeding five years or a fine.

(4) In cases under subsections (2) and (3) above the attempt shall be punishable.”

หน้าบุคคลที่สาม หรือทำให้เกิดการกระทำทางเพศโดยบุคคลที่สาม ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 5 ปี หรือปรับ...”

บทบัญญัติในมาตรา 180 เป็นการให้ความคุ้มครองแก่ผู้เยาว์ ในกรณีที่ผู้เยาว์ถูกสนับสนุนให้กระทำการกิจกรรมทางเพศ ซึ่งรวมถึงกรณีที่ผู้กระทำให้อำนาจจากความสัมพันธ์ในรูปแบบต่าง ๆ ให้ผู้เยาว์กระทำการกิจกรรมทางเพศกับตนเองด้วย โดยกำหนดความผิดตามมาตรา 180 ไว้เป็นการเฉพาะ เพื่อปกป้องผู้เยาว์จากการถูกล่วงละเมิดทางเพศในทุกรูปแบบ

4.1.2 หลักเกณฑ์เกี่ยวกับการอ้างความไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิดทางเพศ

ประมวลกฎหมายอาญาของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี⁵ ได้กำหนดให้เด็กสามารถให้ความยินยอมทางเพศได้เมื่อมีอายุ 14 ปีบริบูรณ์ ตามมาตรา 176⁶ ดังนั้น หากมีการกระทำทางเพศเกิดขึ้นกับบุคคลที่มีอายุต่ำกว่า 14 ปี การกระทำดังกล่าวย่อมมีความผิดตามกฎหมาย โดยที่ผู้กระทำให้ไม่อาจอ้างความยินยอมของเด็กเพื่อให้ตนหลุดพ้นจากความรับผิดได้ ทั้งนี้ ผู้กระทำสามารถอ้างความสำคัญผิดในอายุของผู้เสียหายขึ้นสู้เพื่อให้ตนพ้นจากความรับผิดได้ ตามมาตรา 16⁷ ซึ่งบัญญัติว่า “ความสำคัญผิดในข้อเท็จจริง (1) ผู้ใดในขณะที่กระทำความผิดไม่ทราบข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิด ผู้นั้นมิได้กระทำโดยเจตนา การลงโทษสำหรับประมาทไม่มีผลกระทบบทระเทือน...”

⁵ Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz, “German Criminal Code,” [Online] Accessed: Nov 20, 2018. Available from: https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stgb/englisch_stgb.html

⁶ Section 176 “Child abuse

(1) Whosoever engages in sexual activity with a person under fourteen years of age (child) or allows the child to engage in sexual activity with himself shall be liable to imprisonment from six months to ten years...”

⁷ Section 16 “Mistake of fact

(1) Whosoever at the time of the commission of the offence is unaware of a fact which is a statutory element of the offence shall be deemed to lack intention. Any liability for negligence remains unaffected.

(2) Whosoever at the time of commission of the offence mistakenly assumes the existence of facts which would satisfy the elements of a more lenient provision, may only be punished for the intentional commission of the offence under the more lenient provision.”

ในกรณีที่เด็กอายุตั้งแต่ 14 ปี ถึง 18 ปี ยินยอมมีเพศสัมพันธ์กับเด็กอายุตั้งแต่ 14 ปี ถึง 18 ปีด้วยกัน กรณีดังกล่าวไม่เป็นความผิดตามกฎหมายอาญาเยอรมัน เนื่องจากทั้งสองฝ่ายมีความสามารถที่จะให้ความยินยอมทางเพศได้ เว้นแต่จะมีการใช้กำลังประทุษร้าย หรือบังคับขู่脅ให้ผู้กระทำได้รับผิดตามกฎหมาย แต่ถ้าหากเด็กชายอายุ 15 ปี กระทำการทางเพศกับเด็กหญิงอายุ 8 ปีด้วยเจตนาทางเพศ แม้ว่าเด็กหญิงนั้นจะเป็นญาติกับเด็กชายก็ตาม กรณีดังกล่าวถือเป็นความรุนแรงทางเพศต่อเด็ก เด็กชายมีความผิดตามมาตรา 176 ฐานกระทำความรุนแรงทางเพศต่อเด็กอายุต่ำกว่า 14 ปี

อย่างไรก็ตาม หากบุคคลที่มีอายุไม่ถึง 14 ปีในขณะที่กระทำความผิด ได้กระทำความผิดฐานใด ๆ จะถือว่าการกระทำของบุคคลนั้นเป็นการกระทำที่ปราศจากความผิด⁸

4.2 มาตรการและหลักเกณฑ์ในสหพันธรัฐสวิส

4.2.1 มาตรการเกี่ยวกับความผิดทางเพศ

มาตรการในความผิดเกี่ยวกับเพศของสหพันธรัฐสวิสนั้นถูกบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญาของสหพันธรัฐสวิส (Swiss Criminal Code)⁹ ซึ่งอยู่ในบรรพที่ 5 ความผิดเกี่ยวกับเพศ (Offences Against Sexual Integrity) มาตรา 187 ถึง มาตรา 200 โดยมีสาระสำคัญในความผิดทางเพศ ดังต่อไปนี้

มาตรา 187¹⁰ บัญญัติว่า “การก่อให้เกิดอันตรายต่อการพัฒนาการของผู้เยาว์ / การกระทำทางเพศกับเด็ก

⁸ Section 19 “Lack of criminal capacity of children

Persons who have not attained the age of fourteen at the time of the commission of the offence shall be deemed to act without guilt.”

⁹ The Federal Council, “Swiss Criminal Code,” [Online] Accessed: Nov 20, 2018. Available from: <https://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/19370083/index.html#id-ni20-ni25>

¹⁰ Art. 187 “Endangering the development of minors / Sexual acts with children

1. Any person who engages in a sexual act with a child under 16 years of age, or, incites a child to commit such an activity, or

(1) บุคคลใดมีการกระทำทางเพศกับเด็กอายุต่ำกว่า 16 ปี หรือยุยงให้เด็กกระทำกิจกรรมทางเพศ หรือมีส่วนร่วมในการกระทำทางเพศ บุคคลนั้นต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 5 ปีหรือปรับ

(2) การกระทำตามมาตรา 187 ไม่เป็นความผิด หากอายุของบุคคลทั้งสองฝ่ายต่างกันไม่เกิน 3 ปี

(3) หากกรณีที่ผู้กระทำความผิดมีอายุต่ำกว่า 20 ปีในขณะที่กระทำความผิด หรือได้กระทำความผิดเป็นครั้งแรก และมีพฤติการณ์พิเศษ (Special Circumstances) หรือกรณีที่เด็กเป็นคู่สมรสหรือจดทะเบียนคู่ชีวิตกับผู้กระทำความผิด หน่วยงานที่รับผิดชอบอาจสั่งฟ้องร้องและดำเนินคดีต่อศาล หรือลงโทษปรับ

(4) หากผู้กระทำความผิดกระทำไปโดยสำคัญผิดว่าเด็กมีอายุตั้งแต่ 16 ปีขึ้นไป โดยความสำคัญผิดดังกล่าวมิได้เกิดจากตัวผู้กระทำ แม้ว่าผู้กระทำได้ใช้ความระมัดระวังแล้ว ก็ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 3 ปีหรือปรับ”

ตามความในบทบัญญัติมาตรา 187 หากมีการกระทำทางเพศกับเด็กอายุต่ำกว่า 16 ปี หรือยุยงให้เด็กกระทำกิจกรรมทางเพศ หรือมีส่วนร่วมในการกระทำทางเพศ ย่อมต้องรับผิดตามกฎหมาย ทั้งนี้ หากเกิดกรณีตามมาตรา 187 และอายุระหว่างผู้กระทำความผิดกับผู้เสียหายอายุห่างกันไม่เกิน 3 ปี การกระทำดังกล่าว ไม่เป็นความผิดตามความในมาตรา 187(2) ซึ่งเป็นไปตามหลักการสากลที่มุ่งคุ้มครองและฟื้นฟูเด็กหรือเยาวชนผู้กระทำความผิดมากกว่าที่จะมุ่งลงโทษ

involves a child in a sexual act,

is liable to a custodial sentence not exceeding five years or to a monetary penalty.

2. No penalty may be imposed if the difference in age between the persons involved is three years or less.

3. If the offender has not reached the age of 20 at the time of the act or the first of the acts, and if there are special circumstances, or if the child is the spouse or registered partner of the offender, the responsible authority may dispense with prosecution, referral to the court or the imposition of a penalty.

4. If the offender acts under the misconception that the child is 16 years of age or older, but he would not have made this error had he exercised due care, the penalty is a custodial sentence not exceeding three years or a monetary penalty.”

มาตรา 187(2) เป็นกรณีที่เด็กหรือเยาวชนยินยอมกระทำความผิดทางเพศระหว่างกันเอง โดยที่ผู้กระทำความผิดต้องมีอายุไม่เกิน 18 ปี และผู้เสียหายต้องมีอายุไม่เกิน 15 ปี จึงจะเข้าตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดไว้ในมาตรา 187(2) อันเป็นข้อยกเว้นความรับผิดตามมาตรา 187(1)

นอกจากนี้หากผู้กระทำความผิดตามมาตรา 187 มีอายุต่ำกว่า 20 ปีในขณะที่กระทำความผิดหรือได้กระทำความผิดเป็นครั้งแรก และมีพฤติการณ์พิเศษ (Special Circumstances) หน่วยงานที่รับผิดชอบอาจสั่งฟ้องและดำเนินคดีต่อศาลหรือลงโทษปรับแทนก็ได้ ตามมาตรา 187(3) ซึ่งเป็นการเปิดโอกาสให้ให้แก่งานอัยการในการใช้ดุลยพินิจเลือกดำเนินคดีกับเยาวชนผู้กระทำความผิด หรือผู้ที่กระทำความผิดเป็นครั้งแรก โดยให้ผู้กระทำความผิดใช้ค่าปรับแทนได้ หรือกรณีที่เด็กเป็นคู่สมรสหรือจดทะเบียนคู่ชีวิตกับผู้กระทำความผิด หน่วยงานที่รับผิดชอบอาจสั่งฟ้องและดำเนินคดีต่อศาล หรือลงโทษปรับก็ได้เช่นกัน

หากผู้กระทำความผิดตามมาตรา 187 กระทำไปโดยสำคัญผิดว่าเด็กมีอายุตั้งแต่ 16 ปีขึ้นไป โดยความสำคัญผิดดังกล่าวมิได้เกิดจากตัวผู้กระทำความผิดเอง แม้ว่าผู้กระทำความผิดได้ใช้ความระมัดระวังแล้ว ผู้กระทำความผิดก็ต้องรับโทษตามที่กฎหมายกำหนด ตามมาตรา 187(4) โดยมาตรานี้มิได้บัญญัติ ห้ามผู้กระทำความผิดอ้างความสำคัญผิดในอายุของผู้เสียหายขึ้นสู้เพื่อให้ตนพ้นจากความรับผิด ผู้กระทำความผิดสามารถอ้างความสำคัญผิดในอายุขึ้นต่อสู้ได้ แต่อย่างไรก็ตามผู้กระทำความผิดก็ต้องรับผิดชอบอยู่ดี โดยไม่จำเป็นต้องพิจารณาว่ามีเหตุอันสมควรเชื่อหรือได้ใช้ความระมัดระวังแล้วหรือไม่

มาตรา 188¹¹ บัญญัติว่า “การก่อให้เกิดอันตรายต่อการพัฒนาการของผู้เยาว์ / การกระทำทางเพศกับผู้ที่อยู่ในความอุปการะ

¹¹ Art. 188 “Endangering the development of minors / Sexual acts with dependent persons

1. Any person who commits a sexual act by exploiting his or her relationship with a minor over the age of 16 who is dependent on him due to a relationship arising from the minor's education, care or employment or another form of dependent relationship,

any person who encourages such a minor to commit a sexual act by exploiting such a relationship, is liable to a custodial sentence not exceeding three years or to a monetary penalty.

2. If the minor is the spouse or registered partner of the offender, the responsible authority may dispense with prosecution, referral to the court or the imposition of a penalty.”

(1) บุคคลใดกระทำการทางเพศโดยอาศัยความสัมพันธ์กับผู้เยาว์ที่มีอายุมากกว่า 16 ปีขึ้นไปซึ่งเป็นผู้ที่พึ่งพาบุคคลดังกล่าว เนื่องจากความสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นจากการศึกษา การดูแลหรือ การจ้างงาน หรือความสัมพันธ์อื่นใดที่ต้องพึ่งพาบุคคลนั้น

บุคคลใดก็ตามที่ส่งเสริมให้ผู้เยาว์กระทำการทางเพศโดยใช้ประโยชน์จากความสัมพันธ์ ดังกล่าว

ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปีหรือปรับ

(2) ถ้าผู้เยาว์เป็นคู่สมรสหรือเป็นผู้ที่จดทะเบียนชีวิตกับผู้กระทำความผิด หน่วยงาน ที่รับผิดชอบอาจสั่งฟ้องและดำเนินคดีต่อศาล หรือให้มีการลงโทษปรับ”

บทบัญญัติในมาตรา 188 เป็นการให้ความคุ้มครองแก่ผู้เยาว์ที่มีอายุมากกว่า 16 ปี ขึ้นไป ไม่ว่าจะเป็นเพศใดก็ตาม ซึ่งยังอยู่ในความดูแลหรืออยู่ในความอุปการะของบุคคลอื่น อันเนื่องมาจากความสัมพันธ์ในรูปแบบต่าง ๆ โดยกำหนดความผิดตามมาตรา 188 ไว้เป็นการเฉพาะ เพื่อปกป้องผู้เยาว์จากการถูกล่วงละเมิดทางเพศในทุกรูปแบบ

4.2.2 หลักเกณฑ์เกี่ยวกับการอ้างความไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิดทางเพศ

ประมวลกฎหมายอาญาของสมาพันธรัฐสวิสได้กำหนดให้เด็กมีความสามารถในการให้ความยินยอมทางเพศได้เมื่อมีอายุ 16 ปีบริบูรณ์ อันเป็นเกณฑ์อายุขั้นต่ำที่กฎหมายกำหนดบังคับและใช้ครอบคลุมถึงความผิดทุกฐานที่อยู่ในบรรพที่ 5 ความผิดเกี่ยวกับเพศ (Offences Against Sexual Integrity) ซึ่งหากมีการกระทำความผิดทางเพศกับเด็กอายุต่ำกว่า 16 ปี โดยการยุยงให้เด็กกระทำการกิจกรรมทางเพศ หรือมีส่วนร่วมในการกระทำทางเพศนั้น ผู้กระทำต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 5 ปี หรือปรับตามที่กฎหมายกำหนดไว้ในมาตรา 187 แห่งประมวลกฎหมายอาญาสมาพันธรัฐสวิส โดยไม่จำเป็นต้องพิจารณาถึงความยินยอมของเด็กแต่อย่างใด

อย่างไรก็ตามหากผู้กระทำความผิดมีอายุต่ำกว่า 20 ปีในขณะที่กระทำความผิดหรือได้กระทำความผิดเป็นครั้งแรก และมีพฤติการณ์พิเศษ (Special Circumstances) หน่วยงานที่รับผิดชอบอาจสั่งฟ้องและดำเนินคดีต่อศาล หรือลงโทษปรับก็ได้ ซึ่งเป็นการเปิดโอกาสให้แก่พนักงาน

อัยการในการใช้ดุลยพินิจเลือกดำเนินคดีกับเยาวชนผู้กระทำความผิด หรือผู้ที่กระทำความผิดเป็นครั้งแรก โดยเปิดโอกาสให้ผู้กระทำความผิดใช้ค่าปรับแทนได้ หากเป็นไปตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดไว้

4.3 มาตรการและหลักเกณฑ์ในสหราชอาณาจักร

รัฐบาลอังกฤษได้ปฏิรูปกฎหมายความผิดเกี่ยวกับเพศครั้งใหญ่ในปี 2003 โดยออกกฎหมายใหม่ที่มีชื่อว่า พระราชบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศ ค.ศ. 2003 (Sexual Offences Act 2003) หรือ SOA¹² เพื่อแก้ไขปัญหาความล่าช้า ไม่ต่อเนื่อง และการเลือกปฏิบัติในกฎหมายฉบับเดิม และเพื่อให้สอดคล้องกับหลักการสากล¹³ โดยหนึ่งในจุดมุ่งหมายที่สำคัญของพระราชบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศ ค.ศ. 2003 (Sexual Offences Act 2003) คือการพัฒนาบทบัญญัติทางกฎหมายเพื่อคุ้มครองเด็กและเยาวชน และเพื่อลงโทษผู้ที่กระทำความรุนแรงทางเพศ (Sexual Abuse) ต่อเด็กและเยาวชน¹⁴

4.3.1 มาตรการเกี่ยวกับความผิดทางเพศ

มาตรการที่สำคัญในความผิดเกี่ยวกับเพศของสหราชอาณาจักรนั้นถูกบัญญัติไว้ใน Section 5 ถึง Section 15 ของ พระราชบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศ ค.ศ. 2003 (Sexual Offences Act 2003) หรือ SOA¹⁵ ซึ่ง Section 5 ถึง Section 8 จะกล่าวถึงการคุ้มครองผู้เสียหายที่เป็นบุคคลอายุต่ำกว่า 13 ปี และ Section 9 ถึง Section 15 จะกล่าวถึงการคุ้มครองผู้เสียหายที่เป็นบุคคลอายุต่ำกว่า 16 ปี และผู้กระทำความผิดมีอายุตั้งแต่ 18 ปีขึ้นไป โดยพระราชบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศ ค.ศ. 2003 มีสาระสำคัญดังต่อไปนี้

¹² The National Archives, "Sexual Offences Act 2003," [Online] Accessed: Nov 20, 2018. Available from: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2003/42/part/1>

¹³ Catherine Elliott and Frances Quinn, *Criminal Law*, 11st Edition (United Kingdom: Pearson, 2016) Page 181.

¹⁴ Jonathan Herring, *Criminal Law*, 8th Edition (United Kingdom: Palgrave Macmillan, 2013) Page 143.

¹⁵ The National Archives, "Sexual Offences Act 2003," [Online] Accessed: Nov 20, 2018.

(1) ความผิดเกี่ยวกับเพศที่กระทำต่อบุคคลที่มีอายุต่ำกว่า 13 ปี

มาตรา 5¹⁶ ของ Sexual Offences Act 2003 (SOA) ได้ให้ความหมายของการกระทำชำเราเด็กอายุต่ำกว่า 13 ปีไว้ว่า “บุคคลใดเจตนาสอดใส่อวัยวะเพศชายของตนเข้าไปในอวัยวะเพศหญิง ทวารหนัก หรือช่องปากของบุคคลอื่น ซึ่งบุคคลนั้นมีอายุต่ำกว่า 13 ปี ย่อมมีความผิดฐานกระทำชำเราเด็กอายุต่ำกว่า 13 ปี และต้องระวางโทษจำคุกตลอดชีวิต”

ความผิดฐานนี้ระบุให้ผู้กระทำเป็นเพศชายเท่านั้น และต้องกระทำโดยใช้อวัยวะเพศชายของตนสอดใส่เข้าไปในอวัยวะเพศหญิง ทวารหนัก หรือช่องปากของเด็กโดยมิได้จำกัดเพศว่าเป็นเด็กหญิงหรือเด็กชาย และเด็กผู้เสียหายนั้นต้องอายุต่ำกว่า 13 ปี โดยเด็กจะให้ความยินยอมหรือไม่ก็ตาม ผู้กระทำก็ย่อมต้องรับผิดฐานกระทำชำเราเด็กอายุต่ำกว่า 13 ปี ซึ่งผู้กระทำความผิดตามมาตรานี้จะต้องรับโทษหนักขึ้นกว่าปกติ

นอกจากนี้หากผู้กระทำได้ใช้ส่วนหนึ่งส่วนใดของร่างกาย หรือสิ่งอื่นใด เช่น อวัยวะเพศเทียม โดยเจตนาสอดใส่เข้าไปในอวัยวะเพศหญิง หรือทวารหนักของเด็กที่มีอายุต่ำกว่า 13 ปี ย่อมมีความผิดฐานกระทำอนาจารเด็กอายุต่ำกว่า 13 ปี ด้วยการสอดใส่ ตามมาตรา 6 (Assault On a Child Under 13 By Penetration)¹⁷ ต้องระวางโทษจำคุกตลอดชีวิตเหมือนความผิดฐานกระทำชำเราเด็กอายุต่ำกว่า 13 ปี ตามมาตรา 5

¹⁶ Section 5 “Rape of a child under 13

(1) A person commits an offence if—

(a) he intentionally penetrates the vagina, anus or mouth of another person with his penis, and

(b) the other person is under 13.

(2) A person guilty of an offence under this section is liable, on conviction on indictment, to imprisonment for life.”

¹⁷ Section 6 “Assault on a child under 13 by penetration

(1) A person commits an offence if—

(a) he intentionally penetrates the vagina or anus of another person with a part of his body or anything else,

(b) the penetration is sexual, and

(c) the other person is under 13.

(2) A person guilty of an offence under this section is liable, on conviction on indictment, to imprisonment for life.”

ในกรณีที่บุคคลใดเจตนาสัมผัสบุคคลอื่น โดยมีเจตนาในทางเพศ ซึ่งได้กระทำต่อบุคคลที่มีอายุต่ำกว่า 13 ปี บุคคลนั้นย่อมมีความผิดฐานกระทำอนาจารเด็กที่มีอายุต่ำกว่า 13 ปี ตามมาตรา 7 (Sexual Assault On a Child Under 13)¹⁸ และบุคคลใดเจตนาก่อให้เกิดหรือยุยงเด็กที่มีอายุต่ำกว่า 13 ปี ทำกิจกรรมทางเพศ บุคคลนั้นย่อมมีความผิดฐานก่อให้เกิดหรือยุยงเด็กที่มีอายุต่ำกว่า 13 ปี ทำกิจกรรมทางเพศ ตามมาตรา 8 (Causing or Inciting a Child Under 13 to Engage In a Sexual Activity)¹⁹

¹⁸ Section 7 “sexual Assault on a child under 13

(1) A person commits an offence if—

- (a) he intentionally touches another person,
- (b) the touching is sexual, and
- (c) the other person is under 13.

(2) A person guilty of an offence under this section is liable—

- (a) on summary conviction, to imprisonment for a term not exceeding 6 months or a fine not exceeding the statutory maximum or both;
- (b) on conviction on indictment, to imprisonment for a term not exceeding 14 years.”

¹⁹ Section 8 “Causing or inciting a child under 13 to engage in a sexual activity

(1) A person commits an offence if—

- (a) he intentionally causes or incites another person (B) to engage in an activity,
- (b) the activity is sexual, and
- (c) B is under 13.

(2) A person guilty of an offence under this section, if the activity caused or incited involved—

- (a) penetration of B’s anus or vagina,
- (b) penetration of B’s mouth with a person’s penis,
- (c) penetration of a person’s anus or vagina with a part of B’s body or by B with anything else, or
- (d) penetration of a person’s mouth with B’s penis,

is liable, on conviction on indictment, to imprisonment for life.

(3) Unless subsection (2) applies, a person guilty of an offence under this section is liable—

- (a) on summary conviction, to imprisonment for a term not exceeding 6 months or to a fine not exceeding the statutory maximum or both;
- (b) on conviction on indictment, to imprisonment for a term not exceeding 14 years.”

(2) ความผิดเกี่ยวกับเพศที่กระทำต่อบุคคลที่มีอายุต่ำกว่า 16 ปี

มาตรา 9²⁰ บัญญัติว่า “ความผิดฐานกระทำความผิดทางเพศกับเด็ก บุคคลใดที่มีอายุตั้งแต่ 18 ปีขึ้นไปเจตนาสัมผัสบุคคลอื่น และการสัมผัสนั้นเป็นการสัมผัสในทางเพศ โดยผู้ถูกระทำมีอายุต่ำกว่า 16 ปี และผู้กระทำไม่มีเหตุอันสมควรที่จะเชื่อได้ว่าผู้ถูกระทำนั้นมีอายุตั้งแต่ 16 ปีขึ้นไป บุคคลผู้กระทำความผิดฐานกระทำความผิดทางเพศกับเด็กอายุต่ำกว่า 16 ปี (Sexual Activity With a Child)”

มาตรา 10²¹ บัญญัติว่า “ความผิดฐานก่อให้เกิดหรือยุยงเด็กทำกิจกรรมทางเพศ บุคคลใดที่มีอายุตั้งแต่ 18 ปีขึ้นไป เจตนาก่อให้เกิดหรือยุยงบุคคลอื่นทำกิจกรรมทางเพศ โดย

²⁰ Section 9 “sexual activity with a child

(1) A person aged 18 or over (A) commits an offence if—

(a) he intentionally touches another person (B),

(b) the touching is sexual, and

(c) either—

(i) B is under 16 and A does not reasonably believe that B is 16 or over, or

(ii) B is under 13.

(2) A person guilty of an offence under this section, if the touching involved—

(a) penetration of B’s anus or vagina with a part of A’s body or anything else,

(b) penetration of B’s mouth with A’s penis,

(c) penetration of A’s anus or vagina with a part of B’s body, or

(d) penetration of A’s mouth with B’s penis,

is liable, on conviction on indictment, to imprisonment for a term not exceeding 14 years.

(3) Unless subsection (2) applies, a person guilty of an offence under this section is liable—

(a) on summary conviction, to imprisonment for a term not exceeding 6 months or to a fine not exceeding the statutory maximum or both;

(b) on conviction on indictment, to imprisonment for a term not exceeding 14 years.”

²¹ Section 10 “Causing or inciting a child to engage in a sexual activity

(1) A person aged 18 or over (A) commits an offence if—

(a) he intentionally causes or incites another person (B) to engage in an activity,

(b) the activity is sexual, and

(c) either—

(i) B is under 16 and A does not reasonably believe that B is 16 or over, or

(ii) B is under 13.

(2) A person guilty of an offence under this section, if the activity caused or incited involved—

(a) penetration of B’s anus or vagina,

ผู้ถูกระทำมีอายุต่ำกว่า 16 ปี และผู้กระทำไม่มีเหตุอันสมควรที่จะเชื่อได้ว่าผู้ถูกระทำนั้นมีอายุตั้งแต่ 16 ปีขึ้นไป บุคคลผู้กระทำย่อมมีความผิดฐานก่อให้เกิดหรือยุยงเด็กที่มีอายุต่ำกว่า 16 ปี ทำกิจกรรมทางเพศ (Causing or Inciting a Child to Engage In a Sexual Activity)”

บทบัญญัติในมาตรา 9 และมาตรา 10 แบ่งการลงโทษออกเป็น 2 กรณี คือ กรณีแรกหากการสัมผัสนั้นได้เกิดการสอดใส่ ผู้กระทำต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 14 ปี กรณีที่สอง นอกเหนือไปจากกรณีสอดใส่แล้ว ผู้กระทำต้องระวางโทษตามที่กฎหมายกำหนดซึ่งเบากว่ากรณีมีการสอดใส่

มาตรา 13²² บัญญัติว่า “ความผิดฐานการกระทำทางเพศต่อเด็กซึ่งได้กระทำโดยเด็กหรือเยาวชน บุคคลใดที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปีกระทำความผิดทางอาญาตามมาตรา 9 ถึงมาตรา 12 ต้องระวางโทษตามที่กฎหมายกำหนดไว้ในมาตรานี้” ซึ่งกรณีที่ผู้กระทำความผิดเป็นเด็กหรือเยาวชนที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปีตามความในมาตรา 13 ดังกล่าว จะได้รับโทษที่เบากว่ากรณีที่ผู้กระทำความผิดมีอายุตั้งแต่ 18 ปีขึ้นไป

(b)penetration of B’s mouth with a person’s penis,

(c)penetration of a person’s anus or vagina with a part of B’s body or by B with anything else, or

(d)penetration of a person’s mouth with B’s penis,

is liable, on conviction on indictment, to imprisonment for a term not exceeding 14 years.

(3) Unless subsection (2) applies, a person guilty of an offence under this section is liable—

(a)on summary conviction, to imprisonment for a term not exceeding 6 months or to a fine not exceeding the statutory maximum or both;

(b)on conviction on indictment, to imprisonment for a term not exceeding 14 years.”

²² Section 13 “Child sex offences committed by children or young person

(1)A person under 18 commits an offence if he does anything which would be an offence under any of sections 9 to 12 if he were aged 18.

(2)A person guilty of an offence under this section is liable—

(a)on summary conviction, to imprisonment for a term not exceeding 6 months or a fine not exceeding the statutory maximum or both;

(b)on conviction on indictment, to imprisonment for a term not exceeding 5 years.”

4.3.2 หลักเกณฑ์เกี่ยวกับการอ้างความไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิดทางเพศ

กรณีความผิดทางเพศที่เกี่ยวข้องกับบุคคลอายุต่ำกว่า 13 ปีซึ่งเป็นเด็กนั้น ไม่จำเป็นต้องพิจารณาในเรื่องเจตนาอันเป็นองค์ประกอบของความรับผิด กล่าวคือ เมื่อมีความเสียหายเกิดขึ้น ผู้กระทำจะต้องรับผิดในผลที่เกิด อันเป็นความรับผิดโดยเคร่งครัด (Strict Liability)²³ โดยไม่จำเป็นต้องพิจารณาว่าการกระทำนั้นเป็นความผิดหรือไม่ แม้ผู้กระทำไม่มีเจตนาและไม่ได้ประมาทอันเป็นส่วนหนึ่งขององค์ประกอบความผิดก็ตาม ผู้กระทำก็ยังคงต้องรับผิด ไม่อาจอ้างความยินยอมของเด็กเพื่อให้ตนหลุดพ้นจากความรับผิดได้ และไม่จำเป็นต้องพิสูจน์ในเรื่องของความยินยอมหรือพิสูจน์ว่ามีเหตุอันควรเชื่อได้ว่าผู้เสียหายได้ให้ความยินยอม เนื่องจากเด็กภายใต้กฎหมายนี้จะถูกสันนิษฐานไว้ก่อนว่าไม่สามารถที่จะให้ความยินยอมเพื่อมีเพศสัมพันธ์ได้²⁴ ทั้งนี้หากผู้กระทำไม่ทราบอายุที่แท้จริงของเด็ก แม้จะมีเหตุอันสมควรเชื่อหรือเชื่อโดยสุจริตก็ตาม ก็ไม่อาจอ้างความสำคัญผิดในอายุเพื่อให้ตนหลุดพ้นจากความรับผิดได้เช่นกัน ผู้กระทำต้องรับผิดโดยเคร่งครัด ซึ่งต่างจากกรณีความผิดทางเพศทั่วไปที่จำเป็นต้องพิสูจน์เจตนาในการกระทำความผิด

ในพระราชบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศ ได้กำหนดให้เด็กสามารถให้ความยินยอมทางเพศได้เมื่อมีอายุ 16 ปีขึ้นไป ดังนั้นในกรณีความผิดทางเพศที่เกี่ยวข้องกับเด็กที่มีอายุต่ำกว่า 16 ปี ผู้กระทำไม่อาจอ้างความยินยอมของเด็กเพื่อให้ตนหลุดพ้นจากความรับผิดได้ และไม่จำเป็นต้องพิสูจน์ในเรื่องของความยินยอมหรือพิสูจน์ว่ามีเหตุอันควรเชื่อได้ว่าผู้เสียหายได้ให้ความยินยอม ทั้งนี้ผู้กระทำสามารถอ้างความสำคัญผิดในอายุของผู้เสียหายขึ้นสู้เพื่อให้ตนพ้นจากความรับผิดได้ หากมีเหตุอันสมควรเชื่อได้ว่าผู้เสียหายมีอายุตั้งแต่ 16 ปีขึ้นไป²⁵ ซึ่งกรณีดังกล่าวจะแตกต่างจากกรณีที่ผู้เสียหายมีอายุต่ำกว่า 13 ปี ที่ผู้กระทำความผิดต้องรับผิดโดยเคร่งครัด (Strict Liability) ไม่อาจอ้างความสำคัญผิดในอายุขึ้นต่อสู้ให้ตนพ้นจากความรับผิดได้

²³ Catherine Elliott and Frances Quinn, *Criminal Law*, Page 196.

²⁴ Ibid.

²⁵ Ibid., Page 198, 213.

อย่างไรก็ตามหากเป็นกรณีที่เด็กหรือเยาวชนที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปี กระทำความผิดทางเพศตามมาตรา 9 ถึงมาตรา 12 ของ Sexual Offences Act 2003 ซึ่งได้คุ้มครองผู้เสียหายที่เป็นเด็กอายุต่ำกว่า 16 ปี ผู้กระทำความผิดที่เป็นเด็กหรือเยาวชนดังกล่าวต้องระวางโทษตามที่กฎหมายกำหนดไว้ในมาตรา 13 ซึ่งเบากว่ากรณีที่ผู้กระทำความผิดมีอายุตั้งแต่ 18 ปีขึ้นไป

แนวคิดเกี่ยวกับการนำหลักความรับผิดชอบโดยเคร่งครัดมาใช้ในความผิดเกี่ยวกับเพศเกิดขึ้นครั้งแรกในคดี R V. Prince (1875)²⁶ คดีนี้ D ถูกจับในข้อหาพาเด็กหญิงอายุต่ำกว่า 16 ปีซึ่งยังมีได้แต่งงานไปจากความดูแลของบิดาของเด็กหญิงนั้น ตาม Section 55 ของ Offences Against the Person Act 1861 โดย D รู้ว่าเด็กหญิงที่เขาพาไปยังอยู่ในความดูแลของบิดา แต่ D สำคัญผิดในอายุของเด็กหญิง เนื่องจากเข้าใจว่าเด็กหญิงมีอายุ 18 ปีแล้ว ศาลในคดีนี้ได้วางหลักไว้ว่า ไม่จำเป็นว่า D จะรู้อายุที่แท้จริงของเด็กหญิงหรือไม่ D ก็ยังคงต้องรับผิดชอบในการกระทำของตน เนื่องจาก D รู้อยู่แล้วว่าเด็กหญิงที่เขาพาไป ยังอยู่ในความดูแลของบิดาของเด็กหญิงนั้น กรณีดังกล่าวไม่อาจยกความสำคัญผิดในอายุขึ้นเป็นข้อแก้ตัวว่าไม่ได้กระทำโดยเจตนาได้ เพราะความผิดนี้เป็นความผิดที่ต้องรับผิดโดยเคร่งครัด (Strict Liability Offences)²⁷

ต่อมาในคดี B (a minor) V. DPP (2000)²⁸ คดีนี้ B เด็กชายอายุ 15 ปี ถูกจับในข้อหาชักจูงเด็กอายุต่ำกว่า 14 ปี ให้กระทำการอนาจาร ตาม Section 1(1) ของ Children Act 1960 ซึ่งในปัจจุบันก็คือ Sexual Offences Act 2003 โดยเด็กชายเข้าใจผิดว่าเด็กหญิงนั้นอายุมากกว่า 14 ปีแล้ว ซึ่งสภาขุนนางอังกฤษ (The House of Lords) ได้วางหลักกฎหมายที่สำคัญในคดีนี้ไว้ว่า ในกรณีที่บุคคลใดบุคคลหนึ่งจะมีความผิดได้ จำเป็นจะต้องพิสูจน์เจตนาในการกระทำความผิดในความผิดฐานต่าง ๆ เสมอ²⁹ ถ้าหากจะทำให้ความผิดนี้เป็นความผิดที่ต้องรับผิดโดยเคร่งครัด สถานิติบัญญัติจะต้องมีเจตนาที่กำหนดให้ชัดเจนว่าความผิดนี้เป็นหนึ่งในความผิดที่ต้องรับผิดโดยเคร่งครัด³⁰

²⁶ R V. Prince (1875) LR 2 CCR 154.

²⁷ Tony Storey, *Unlocking Criminal Law*, 6th Edition (United Kingdom: Routledge, 2017) Page 85-86.

²⁸ B V. DPP (2000) 2 AC 428.

²⁹ Catherine Elliott and Frances Quinn, *Criminal Law*, Page 41-42.

³⁰ Ibid, Page 41.

ซึ่งคดี B (a minor) V. DPP ได้จัดข้อสงสัยในคดี R V. Prince ในปี 1875 ที่ศาลไม่รับฟังข้อต่อสู้ในเรื่องความสำคัญผิดในอายุ³¹

ภายหลังจากคำตัดสินของศาลในคดี B (a minor) V. DPP (2000) ฝ่ายที่สนับสนุนคำตัดสินนี้ได้ให้ความเห็นว่า “ไม่มีข้อตกลงใดที่ระบุว่ามีความจำเป็นในการใช้หลักความรับผิดชอบโดยเคร่งครัดในการบังคับใช้กฎหมาย เพื่อคุ้มครองเด็กจากความผิดทางเพศ ซึ่งในความจริงแล้วร่างของประมวลกฎหมายอาญา (Criminal Code) มีวัตถุประสงค์ตาม the Law Commission 1989 ที่รวมถึงสิทธิในการยกข้อต่อสู้เรื่องความสำคัญผิดในอายุด้วย”³² ทั้งนี้ก็มีฝ่ายที่ไม่เห็นด้วยกับคำตัดสินของศาลดังกล่าวเช่นกัน โดยให้ความเห็นว่า “ผู้กระทำความผิดมักอ้างความสำคัญผิดในอายุดังกล่าวในการกระทำความผิดกับเด็ก”³³

กระทั่งในคดี R V. G (2008)³⁴ ศาลได้กลับหลักในคดี B (a minor) V. DPP (2000) โดยคดีนี้ D เด็กชายอายุ 15 ปี ถูกจับในข้อหากระทำชำเราเด็กอายุต่ำกว่า 13 ปี ตาม Section 5 ของ Sexual Offences Act 2003 (SOA) ซึ่ง D เข้าใจว่าเด็กหญิงมีอายุ 15 ปีแล้ว เนื่องจากเด็กหญิงเป็นคนบอก แต่ความจริงเด็กหญิงมีอายุเพียง 12 ปีเท่านั้น ในคดีนี้ศาลได้ตัดสินยืนยันว่า ไม่อาจอ้างความสำคัญผิดในอายุขึ้นต่อสู้เพื่อให้ตนพ้นจากความรับผิดได้ แม้ว่าจะมีเหตุอันสมควรเชื่อหรือเชื่อโดยสุจริตก็ตาม เนื่องจากเป็นความผิดที่ต้องรับผิดโดยเคร่งครัด ซึ่งขณะที่ร่าง Sexual Offences Act 2003 นั้น สภานิติบัญญัติมีเจตนารมณ์ที่จะให้ความผิดทางเพศที่ได้กระทำต่อเด็กอายุต่ำกว่า 13 ปี เป็นความผิดที่ต้องรับผิดโดยเคร่งครัด³⁵ เพื่อป้องกันเด็กจากการถูกคุกคามทางเพศ³⁶ คดีนี้ Baroness Hale ซึ่งเป็นหนึ่งในคณะผู้พิพากษาได้ให้ความเห็นไว้ว่า “ผู้ชายทุกคนมีทางเลือกกว่าจะสอดใส่อวัยวะเพศของตนเองเข้าไปในอวัยวะเพศหญิงหรือไม่ มันอาจจะยากที่พวกเขาจะยับยั้งชั่งใจเมื่อพวกเขาถูกระตุ้น แต่พวกเขาก็มีทางเลือก เมื่อพวกเขาเลือกที่จะสอดใส่อวัยวะเพศชายของตนเองเข้าไปใน

³¹ Tony Storey, *Unlocking Criminal Law*, Page 101-105.

³² Ibid, Page 102.

³³ Ibid.

³⁴ R V. G (2008) UKHL 37.

³⁵ Catherine Elliott and Frances Quinn, *Criminal Law*, Page 41-42.

³⁶ Tony Storey, *Unlocking Criminal Law*, Page 98.

อวัยวะเพศของเด็กแล้ว แม้ความจริงจะปรากฏภายหลังว่าเด็กนั้นอายุไม่เกิน 13 ปีก็ตาม ถือว่าเขาได้กระทำความผิดแล้ว”³⁷

จำเลยในคดีนี้ได้นำคดีขึ้นสู่ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป (the European Court of Human Rights (ECHR)) โดยจำเลยอ้างว่า Sections 5 ได้ละเมิดสิทธิมนุษยชนที่ได้รับการรับรองตาม Article 6(2) ของ the European Convention on Human Rights ที่ว่า บุคคลจะต้องถูกสันนิษฐานว่าเป็นผู้บริสุทธิ์ จนกว่าจะพิสูจน์ได้ว่าได้กระทำความผิดตามกฎหมาย และจำเลยยังอ้างว่ากระบวนการทางอาญาดังกล่าวได้เข้าไปแทรกแซงสิทธิในชีวิตส่วนตัว (Private Life) อย่างไม่เหมาะสม ตาม Article 8 ของ the European Convention on Human Rights ด้วย ในคดี G v UK ในปี 2011 ศาลมนุษยชนยุโรปได้ปฏิเสธข้ออ้างของจำเลยดังกล่าว โดยให้เหตุผลว่า ไม่ใช่หน้าที่ของศาลตาม Article 6(2) ที่จะเข้าไปจัดการเนื้อหาของกฎหมายอาญาภายในประเทศ รวมไปถึงจัดการว่า ความผิดฐานนั้นจำเป็นจะต้องพิสูจน์ในเรื่องของเจตนาในการกระทำความผิด หรือสามารถยกข้อต่อสู้ขึ้นอ้างได้หรือไม่ โดยศาลกล่าวว่า จุดมุ่งหมายของ Article 6(2) คือ เพื่อคุ้มครองให้ระบบกระบวนการยุติธรรม ให้มีการดำเนินการพิจารณาคดีที่เป็นธรรม (Fair Trial) มิใช่คุ้มครองสาระสำคัญของกฎหมายภายในประเทศ ดังนั้นการใช้หลักความรับผิดโดยเคร่งครัด (Strict Liability) ดังกล่าวจึงไม่ขัด กับ Article 6(2) ของ European Convention on Human Rights³⁸ แต่ทั้งนี้ ศาลก็ยอมรับว่า กระบวนการทางอาญาดังกล่าวได้เข้าไปแทรกแซงชีวิตส่วนตัวของจำเลยจริงแต่เมื่อพิจารณาถึงความเหมาะสมแล้วเห็นว่าสมควรที่จะดำเนินการดังกล่าวต่อไป เพราะรัฐมีอำนาจที่จะกระทำการใด ๆ เพื่อคุ้มครองกลุ่มคนที่อ่อนแอจากการถูกคุกคามทางเพศ³⁹

สภาขุนนางอังกฤษ (The House of Lords) ได้ยืนยันว่าความผิดทางเพศที่ได้กระทำต่อเด็กอายุต่ำกว่า 13 ปีนั้น เป็นความผิดที่ต้องรับผิดเด็ดขาด โดยไม่จำเป็นต้องพิสูจน์เจตนาในการกระทำความผิด (Mens Rea) ดังนั้น จำเลยจึงไม่อาจอ้างข้อต่อสู้ใด ๆ ได้ แม้ว่าจะมีเหตุอันสมควรเชื่อหรือเชื่อโดยสุจริตว่าเด็กมีอายุมากกว่า 13 ปีแล้วก็ตาม ซึ่งคำตัดสินของศาลดังกล่าวได้สร้างบรรทัด

³⁷ Ibid.

³⁸ Jonathan Herring, *Criminal Law*, 8th Edition (United Kingdom: Palgrave Macmillan, 2013), Page 89.

³⁹ Catherine Elliott and Frances Quinn, *Criminal Law*, Page 197.

ฐานให้ความผิดทางเพศที่ได้กระทำต่อเด็กอายุต่ำกว่า 13 ปีนั้น เป็นหนึ่งในความผิดที่ต้องรับผิดโดยเคร่งครัด (Strict Liability) เพื่อปกป้องคุ้มครองเด็ก⁴⁰

อย่างไรก็ตามยังมีนักวิชาการบางส่วนที่ไม่เห็นด้วยกับคำตัดสินดังกล่าว และเห็นว่ามันไม่ยุติธรรม หากจะใช้หลักความรับผิดโดยเคร่งครัด (Strict Liability) ในความผิดทางเพศ กับกรณีที่จำเลยเชื่อโดยบริสุทธิ์ใจว่าผู้เสียหายมีอายุตั้งแต่ 16 ปีขึ้นไป และยินยอมที่จะมีเพศสัมพันธ์ อีกทั้งยังไม่เกิดประโยชน์แก่สาธารณะ (Public Interest) ในการที่จะลงโทษคนเหล่านี้⁴¹

การนำหลักความรับผิดโดยเคร่งครัด (Strict Liability) มาใช้ในทางอาญายังขัดกับหลักที่ว่า “การกระทำไม่ได้ทำให้บุคคลนั้นมีความผิดทางอาญา เว้นแต่ว่าจิตใจของพวกเขานั้นก็มีความผิดด้วย (Actus Non Facit Reum Nisi Mens Sit Rea)” ซึ่งโดยปกติแล้วความรับผิดในทางอาญาจำเป็นที่จะต้องพิสูจน์ทั้งการกระทำความผิด (Actus Reus) และเจตนาในการกระทำความผิด (Mens Rea) การใช้หลักความรับผิดโดยเคร่งครัดซึ่งทำให้ความผิดนั้นไม่จำเป็นจะต้องพิสูจน์เจตนาในการกระทำความผิด จึงขัดกับหลักการดังกล่าวข้างต้น⁴²

นอกจากนี้ยังมีกรณีศาลสูงของเมืองกลาสโกว์ ได้ตัดสินปล่อยตัวนักศึกษาคณะวิศวกรรมศาสตร์ซึ่งสารภาพว่าได้มีเพศสัมพันธ์กับเด็กหญิงอายุ 12 ปี เนื่องจากเขาเข้าใจว่าเด็กหญิงมีอายุ 16 ปีแล้ว ศาลสูงในคดีนี้ได้ให้ความเห็นไว้ว่า คดีนี้เป็นสถานการณ์พิเศษอย่างสมบูรณ์ (Wholly Exceptional Circumstances) เนื่องจากชายหนุ่มซึ่งมีอายุ 19 ปีขณะกระทำความผิด ได้พบกับผู้เสียหายและเพื่อน ๆ ของผู้เสียหายที่ควรแท้กซึ่งภายหลังจากการเที่ยวกลางคืน ชายหนุ่มได้พาพวกเขาไปที่ที่พักเพื่อจัดปาร์ตี้กันอย่างกะทันหัน และได้มีเพศสัมพันธ์กับผู้เสียหายซึ่งผู้เสียหายเต็มใจ (Willing Participated) และไม่มีข้อสงสัยใด ๆ โดยชายหนุ่มเชื่อว่าผู้เสียหายมีอายุ 16 ปีแล้ว และเพื่อนของผู้เสียหายมีอายุ 17 ปี ในคดีนี้ชายหนุ่มต้องรับผิดภายใต้หลักความรับผิดโดยเคร่งครัด (Strict Liability) เนื่องจากผู้เสียหายมีอายุต่ำกว่า 13 ปีซึ่งถือว่าไม่สามารถให้ความยินยอมทางเพศได้

⁴⁰ Nicola Monaghan, *Criminal Law*, 5th Edition, (United Kingdom: Oxford, 2018), Page 88.

⁴¹ Jonathan Herring, *Criminal Law*, Page 92.

⁴² Nicola Monaghan, *Criminal Law*, Page 91.

แต่อย่างไรก็ตามการลงโทษชายหนุ่มตามหลักดังกล่าว ไม่ก่อให้เกิดประโยชน์แก่สาธารณะ (Public Interest) ในการที่จะลงโทษ เนื่องจากมีสถานการณ์พิเศษ (Exceptional Circumstances)⁴³

ผู้พิพากษาในคดีนี้ได้ให้ความเห็นไว้ว่า “แม้ว่าความยินยอมที่เกิดขึ้นจริงนั้นจะไม่ใช้ ส่วนหนึ่งขององค์ประกอบของความผิดก็ตาม แต่ก็ยังเป็นปัจจัยสำคัญในการพิจารณาพิพากษา เนื่องจากผู้เสียหายเต็มใจมีส่วนร่วมในการมีเพศสัมพันธ์และในความเป็นจริงนั้นก็ถือได้ว่าเป็นความยินยอมแล้ว ในคดีนี้จำเลยไม่อาจยกข้อต่อสู้เรื่องความสำคัญผิดในอายุได้ เนื่องจากเป็นความรับผิดชอบที่ต้องรับผิดชอบโดยเคร่งครัด (Strict Liability) แต่ในความเป็นจริง หากผู้เสียหายเพียงแค่มีอายุมากขึ้นอีกไม่กี่เดือนอัน จะทำให้ผู้เสียหายมีอายุ 13 ปี จำเลยก็สามารถยกข้อต่อสู้ดังกล่าวขึ้นอ้างได้ หากมีเหตุผลอันสมควร จำเลยไม่ตกอยู่ภายใต้หลักความรับผิดโดยเคร่งครัด” ซึ่งผู้พิพากษาในคดีนี้เชื่อมั่นไม่เกิดประโยชน์ แก่สาธารณะ (Public Interest) อย่างแท้จริง ในการลงโทษจำเลยภายใต้พระราชบัญญัติความผิด เกี่ยวกับเพศ (Sexual Offences Act 2003) เมื่อพิจารณาปัจจัยทั้งหมดแล้ว เห็นสมควรให้ปล่อยตัว จำเลยไป เพื่อความยุติธรรม⁴⁴

ในปัจจุบัน ประเทศอังกฤษยังคงนำหลักความรับผิดโดยเคร่งครัด (Strict Liability) มาใช้เพื่อคุ้มครองเด็กในความผิดทางเพศ ซึ่งประเทศไทยก็ได้นำแนวคิดดังกล่าวมาปรับใช้ในประมวล กฎหมายอาญา เพื่อคุ้มครองเด็กในความผิดทางเพศเช่นเดียวกัน ดังปรากฏในมาตรา 285/1 ซึ่งเป็น ความผิดที่มีลักษณะเป็นความรับผิดโดยเคร่งครัด โดยจะอ้างความสำคัญผิดเรื่องอายุขึ้นต่อสู้เพื่อให้ ตนพ้นจากความรับผิดไม่ได้

⁴³ The Guardian, “Man who pleaded guilty to raping 12-year-old freed by Glasgow high court,” [Online] Accessed: Nov 20, 2018. Available from: <https://www.theguardian.com/uk-news/2017/mar/17/man-who-pleaded-guilty-of-raping-12-year-old-freed-by-glasgow-high-court>

⁴⁴ Judiciary of Scotland, “HMA v Daniel Cieslak,” [Online] Accessed: Nov 20, 2018. Available from: <http://www.scotland-judiciary.org.uk/8/1754/HMA-v-Daniel-Cieslak>

4.4 มาตรการและหลักเกณฑ์ในประเทศสหรัฐอเมริกา

มาตรการและหลักเกณฑ์ในความผิดเกี่ยวกับเพศของประเทศสหรัฐอเมริกานั้นถูกบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญาแม่แบบ หรือที่เรียกว่า Model Penal Code 1962 (MPC) ซึ่งเป็นประมวลกฎหมายอาญาที่เป็นแม่แบบให้แต่ละมลรัฐนำไปปรับใช้เพื่อความเหมาะสม โดย Model Penal Code ได้บัญญัติเรื่องความผิดเกี่ยวกับเพศไว้ดังนี้⁴⁵

(1) ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา

มาตรา 213.1⁴⁶ บัญญัติว่า “ได้ให้คำจำกัดความของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและความผิดที่เกี่ยวข้องไว้ว่า

(1) ในการข่มขืน หากชายใดกระทำชำเราหญิงอื่นซึ่งมิใช่ภรรยาของตน ย่อมมีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา เมื่อ

(a) โดยใช้กำลังประทุษร้าย หรือขู่เข็ญว่าจะทำอันตรายแก่ชีวิต ทำอันตรายแก่ร่างกาย ให้ได้รับบาดเจ็บสาหัส หรือลักพาตัวผู้หนึ่งผู้ใด หรือ

(b) โดยทำให้ไม่สามารถช่วยตนเองได้ หรือในภาวะที่ไม่อาจขัดขืนได้ หรือโดยใช้ยา สิ่งมีนเมา หรือโดยวิธีการอื่นใดที่ทำให้อยู่ในสภาวะที่ไม่อาจต่อสู้ขัดขืนได้ หรือ

(c) โดยกระทำต่อหญิงซึ่งไม่สามารถควบคุมตนเองได้ หรือ

⁴⁵ American Law Institute, “Model Penal Code 1962,” [Online] Accessed: Nov 20, 2018. Available from: https://archive.org/stream/ModelPenalCode_ALI/MPC%20full%20%28504%20pages%29_djvu.txt

⁴⁶ Section 213.1 “Rape and related offences.

(1) Rape. A male who has sexual intercourse with a female not his wife is guilty of rape if:

(a) he compels her to submit by force or by threat of imminent death, serious bodily injury, extreme pain or kidnapping, to be inflicted on anyone; or

(b) he has substantially impaired her power to appraise or control her conduct by administering or employing without her knowledge drugs, intoxicants or other means for the purpose of preventing resistance; or

(c) the female is unconscious; or

(d) the female is less than 10 years old....”

(d) กระทำต่อเด็กหญิงอายุต่ำกว่า 10 ปี”

(2) ความผิดฐานกระทำอนาจาร

มาตรา 213.4⁴⁷ บัญญัติว่า “บุคคลใดสัมผัสทางเพศต่อผู้อื่นซึ่งมิใช่คู่สมรส หรือกระทำการอื่นใดที่จะนำไปสู่การสัมผัสทางเพศ ย่อมมีความผิดฐานกระทำอนาจารเมื่อ

(1) บุคคลนั้นรู้ว่าการสัมผัสดังกล่าวเป็นการสัมผัสที่ล่วงละเมิดต่อบุคคลอื่น หรือ

(2) บุคคลนั้นรู้ว่บุคคลอื่นต้องทนทุกข์ทรมานจากโรคทางจิต หรือมีข้อบกพร่องที่ทำให้ไม่สามารถประเมินลักษณะการกระทำของตนเองได้ หรือ

(3) บุคคลนั้นรู้ว่บุคคลอื่นไม่ทราบว่มีการกระทำทางเพศเกิดขึ้น หรือ

(4) บุคคลอื่นนั้นมีอายุต่ำกว่า 10 ปี หรือ

⁴⁷ Section 213.4. “Sexual Assault.

A person who has sexual contact with another not his spouse, or causes such other to have sexual contact with him, is guilty of sexual assault, a misdemeanor, if:

(1) he knows that the contact is offensive to the other person; or

(2) he knows that the other person suffers from a mental disease or defect which renders him or her incapable of appraising the nature of his or her conduct; or

(3) he knows that the other person is unaware that a sexual act is being committed; or

(4) the other person is less than 10 years old; or

(5) he has substantially impaired the other person's power to appraise or control his or her conduct, by administering or employing without the other's knowledge drugs, intoxicants or other means for the purpose of preventing resistance; or

(6) the other person is less than [16] years old and the actor is at least [four] years older than the other person; or

(7) the other person is less than 21 years old and the actor is his guardian or otherwise responsible for general supervision of his welfare; or

(8) the other person is in custody of law or detained in a hospital or other institution and the actor has supervisory or disciplinary authority over him.

Sexual contact is any touching of the sexual or other intimate parts of the person for the purpose of arousing or gratifying sexual desire.”

(5) บุคคลนั้นทำให้บุคคลอื่นไม่สามารถช่วยตนเองได้ หรือในภาวะที่ไม่อาจขัดขืนได้ หรือโดยใช้ยา สิ่งมีพิษ หรือโดยวิธีการอื่นใดที่ทำให้อยู่ในสภาวะที่ไม่อาจต่อสู้ขัดขืนได้ หรือ

(6) บุคคลอื่นมีอายุต่ำกว่า 16 ปี และผู้กระทำมีอายุมากกว่าอย่างน้อย 4 ปี หรือ

(7) บุคคลอื่นมีอายุต่ำกว่า 21 ปี และผู้กระทำเป็นผู้ปกครอง หรือมีหน้าที่รับผิดชอบดูแลสวัสดิภาพโดยทั่วไปของบุคคลอื่น หรือ

(8) บุคคลอื่นถูกควบคุมตัวตามกฎหมาย หรือถูกคุมขังในโรงพยาบาล หรือสถานอื่น และผู้กระทำมีอำนาจกำกับดูแลเหนือบุคคลอื่น

การสัมผัสทางเพศคือการสัมผัสทุก ๆ รูปแบบทางเพศ หรือการใกล้ชิดส่วนหนึ่งส่วนใดของบุคคลอื่น เพื่อจุดประสงค์ในการกระตุ้นหรือทำให้เกิดความพึงพอใจทางเพศ”

บทบัญญัติในมาตรา 213.1 ของ Model Penal Code ได้บัญญัติให้เด็กสามารถให้ความยินยอมในการมีเพศสัมพันธ์เมื่อมีอายุตั้งแต่ 10 ปีขึ้นไป ซึ่งสอดคล้องกับความผิดฐานกระทำอนาจารตามมาตรา 213.4 ที่ได้กำหนดให้เด็กสามารถให้ความยินยอมในการสัมผัสทางเพศ (Sexual Contact) ได้เมื่อมีอายุตั้งแต่ 10 ปีขึ้นไปเช่นเดียวกัน

นอกจากนี้ยังมีบทบัญญัติทั่วไปที่นำมาใช้กับมาตรา 213.1 และมาตรา 213.4 ซึ่งถูกบัญญัติไว้ในมาตรา 213.6⁴⁸ บัญญัติว่า “(1) ความสำคัญผิดในอายุ (Mistake As to Age) เมื่อใดก็ตามที่ความผิดทางอาญาภายใต้ Article 213 เกี่ยวข้องกับเด็กที่มีอายุไม่เกิน 10 ปี ผู้กระทำไม่สามารถยกข้อต่อสู้ที่ว่าไม่รู้อายุที่แท้จริงของเด็ก หรือเหตุอันสมควรเชื่อว่าเด็กมีอายุมากกว่า 10 ปีแล้วขึ้นต่อสู้ได้ แต่ถ้าหากความผิดทางอาญาเกี่ยวข้องกับเด็กที่มีอายุมากกว่า 10 ปีแล้ว ผู้กระทำสามารถอ้างเหตุอันสมควรเชื่อเพื่อพิสูจน์ว่าเด็กมีอายุมากกว่าอายุที่กำหนดไว้ได้”

⁴⁸ Section 213.6. “Provisions Generally Applicable to Article 213.

(1) Mistake as to Age. Whenever in this Article the criminality of conduct depends on a child's being below the age of 10, it is no defense that the actor did not know the child's age, or reasonably believed the child to be older than 10. When criminality depends on the child's being below a critical age other than 10, it is a defense for the actor to prove by a preponderance of the evidence that he reasonably believed the child to be above the critical age....”

อย่างไรก็ตามประเทศสหรัฐอเมริกาประกอบไปด้วยมลรัฐจำนวนถึง 50 มลรัฐ ซึ่งแต่ละมลรัฐล้วนแล้วแต่มีประมวลกฎหมายอาญาบังคับใช้ภายในมลรัฐของตนเอง (State Law) โดยมีมาตรการและหลักเกณฑ์ในการบัญญัติเรื่องความผิดทางเพศที่แตกต่างกันออกไป เช่น มาตรการและหลักเกณฑ์ของมลรัฐดังต่อไปนี้

4.4.1 มลรัฐแคลิฟอร์เนีย

4.4.1.1 มาตรการเกี่ยวกับความผิดทางเพศ

มาตรการในความผิดเกี่ยวกับเพศของมลรัฐแคลิฟอร์เนียนั้นถูกบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญาของมลรัฐแคลิฟอร์เนีย (California Penal Code)⁴⁹ ซึ่งอยู่ในบรรพที่ 9 ความผิดเกี่ยวกับบุคคลที่เกี่ยวข้องกับการล่วงละเมิดทางเพศ และความผิดเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของสังคมและศีลธรรมอันดี (Of Crimes Against The Person Involving Sexual Assault, And Crimes Against Public Decency And Good Morals) โดยมีสาระสำคัญในความผิดทางเพศ ดังต่อไปนี้

มาตรา 261.5⁵⁰ บัญญัติว่า “(a) การมีเพศสัมพันธ์โดยมิชอบด้วยกฎหมายเป็นความผิดสำเร็จเมื่อได้กระทำกับบุคคลที่มีใจคู่สมรสของผู้กระทำความผิด ถ้าบุคคลดังกล่าวเป็น

⁴⁹ California Legislative Information, “California Penal Code,” [Online] Accessed: Nov 20, 2018. Available from: [https://leginfo.ca.gov/faces/codes_displayexpandedbranch.xhtml?lawCode=PEN&division.&part=&title=9=1.&chapter=1.&article=&goUp=Y](https://leginfo.ca.gov/faces/codes_displayexpandedbranch.xhtml?lawCode=PEN&division=&part=&title=9=1.&chapter=1.&article=&goUp=Y)

⁵⁰ Section 261.5

“(a) Unlawful sexual intercourse is an act of sexual intercourse accomplished with a person who is not the spouse of the perpetrator, if the person is a minor. For the purposes of this section, a “minor” is a person under the age of 18 years and an “adult” is a person who is at least 18 years of age.

(b) Any person who engages in an act of unlawful sexual intercourse with a minor who is not more than three years older or three years younger than the perpetrator, is guilty of a misdemeanor.

(c) Any person who engages in an act of unlawful sexual intercourse with a minor who is more than three years younger than the perpetrator is guilty of either a misdemeanor or a felony, and shall be punished by imprisonment in a county jail not exceeding one year, or by imprisonment pursuant to subdivision (h) of Section 1170.

(d) Any person 21 years of age or older who engages in an act of unlawful sexual intercourse with a minor who is under 16 years of age is guilty of either a misdemeanor or a felony, and shall be punished by

ผู้เยาว์ สำหรับวัตถุประสงค์ของมาตรานี้ "ผู้เยาว์" หมายความว่า บุคคลที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปี และ "ผู้ใหญ่" หมายความว่า บุคคลที่มีอายุอย่างน้อย 18 ปี

(b) ผู้ใดกระทำการมีเพศสัมพันธ์โดยมิชอบด้วยกฎหมาย กับผู้เยาว์ซึ่งมีอายุมากกว่าหรือน้อยกว่าผู้กระทำความผิดไม่เกินสามปี มีความผิดลหุโทษ

(c) ผู้ใดกระทำการมีเพศสัมพันธ์โดยมิชอบด้วยกฎหมาย กับผู้เยาว์ซึ่งมีอายุห่างจากผู้กระทำ มากกว่าสามปี มีความผิดลหุโทษหรือมีความผิดอุกฉกรรจ์ และจะต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 1 ปีหรือจำคุกตามอนุมาตรา (h) ของมาตรา 1170

(d) ผู้ใดอายุตั้งแต่ 21 ปีขึ้นไป กระทำการมีเพศสัมพันธ์โดยมิชอบด้วยกฎหมาย กับผู้เยาว์ซึ่งมีอายุต่ำกว่า 16 ปี มีความผิดลหุโทษหรือมีความผิดอุกฉกรรจ์ และจะต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 1 ปีหรือจำคุกตามอนุมาตรา (h) ของมาตรา 1170 สำหรับ 2 3 หรือ 4 ปี....”

บทบัญญัติในมาตรานี้มุ่งคุ้มครองผู้เสียหายซึ่งเป็นเด็กและเยาวชนที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปี โดยใช้บังคับทั้งกรณีที่ “ผู้ใหญ่” เป็นผู้กระทำความผิด รวมไปถึงกรณีที่ “ผู้เยาว์” เป็นผู้กระทำความผิดด้วยเช่นกัน ทั้งนี้หากผู้กระทำความผิดมีอายุห่างจาก “ผู้เยาว์” ไม่เกิน 3 ปี จะมีความผิดเพียงลหุโทษ

มาตรา 269⁵¹ บัญญัติว่า “(a) บุคคลใดก็ตามที่กระทำการต่อไปนี้ ต่อเด็กที่มีอายุต่ำกว่า 14 ปี และมีอายุห่างจากผู้กระทำตั้งแต่ 7 ปีขึ้นไป มีความผิดฐานการข่มขืนกระทำชำเรา เต็มอย่างร้ายแรง:

imprisonment in a county jail not exceeding one year, or by imprisonment pursuant to subdivision (h) of Section 1170 for two, three, or four years....”

⁵¹ Section 269

“(a) Any person who commits any of the following acts upon a child who is under 14 years of age and seven or more years younger than the person is guilty of aggravated sexual assault of a child:

- (1) Rape, in violation of paragraph (2) or (6) of subdivision (a) of Section 261.
- (2) Rape or sexual penetration, in concert, in violation of Section 264.1.
- (3) Sodomy, in violation of paragraph (2) or (3) of subdivision (c), or subdivision (d), of Section 286.
- (4) Oral copulation, in violation of paragraph (2) or (3) of subdivision (c), or subdivision (d), of Section 288a.
- (5) Sexual penetration, in violation of subdivision (a) of Section 289.

(1) การข่มขืนโดยฝ่าฝืนวรรค (2) หรือ (6) ของอนุมาตรา (a) ของ มาตรา 261

(2) การข่มขืนหรือการสอดใส่ทางเพศในคอนเสิร์ตโดยเป็นการฝ่าฝืนมาตรา 264.1

(3) การมีเพศสัมพันธ์ที่ผิดธรรมชาติ โดยฝ่าฝืนวรรค (2) หรือ (3) ของอนุมาตรา (c) หรืออนุมาตรา (d) ของมาตรา 286

(4) การมีเพศสัมพันธ์ทางปาก โดยการฝ่าฝืนวรรค (2) หรือ (3) ของอนุมาตรา (c) หรืออนุมาตรา (d) ของมาตรา 288a

(5) การสอดใส่ทางเพศ โดยฝ่าฝืนอนุมาตรา (a) ของมาตรา 289

(b) ผู้ใดฝ่าฝืนมาตรานี้ มีความผิดอุกฉกรรจ์ และจะต้องระวางโทษจำคุกเป็นเวลา 15 ปี...”

บทบัญญัติดังกล่าวเป็นเหตุเพิ่มโทษ หากผู้กระทำความผิดได้กระทำการตามมาตรา 269 แล้ว ผู้กระทำต้องรับโทษหนักขึ้น

มาตรา 288⁵² บัญญัติว่า “(a) ยกเว้นกรณีตามที่ได้ระบุไว้ในอนุมาตรา (i) บุคคลใดก็ตามที่จงใจและมีเจตนาทางเพศ กระทำการลามกอนาจารหรือกระทำการด้วยความใคร่ใดๆ

(b) Any person who violates this section is guilty of a felony and shall be punished by imprisonment in the state prison for 15 years to life....”

⁵² Section 288

“(a) Except as provided in subdivision (i), any person who willfully and lewdly commits any lewd or lascivious act, including any of the acts constituting other crimes provided for in Part 1, upon or with the body, or any part or member thereof, of a child who is under the age of 14 years, with the intent of arousing, appealing to, or gratifying the lust, passions, or sexual desires of that person or the child, is guilty of a felony and shall be punished by imprisonment in the state prison for three, six, or eight years.

(b) (1) Any person who commits an act described in subdivision (a) by use of force, violence, duress, menace, or fear of immediate and unlawful bodily injury on the victim or another person, is guilty of a felony and shall be punished by imprisonment in the state prison for 5, 8, or 10 years.

(2) Any person who is a caretaker and commits an act described in subdivision (a) upon a dependent person by use of force, violence, duress, menace, or fear of immediate and unlawful bodily injury on

ซึ่งรวมถึงการกระทำใด ๆ ที่ก่อให้เกิดอาชญากรรมตามที่ระบุไว้ในส่วนที่ 1 เมื่อได้กระทำกับร่างกาย หรือส่วนหนึ่งส่วนใด ของเด็กที่มีอายุต่ำกว่า 14 ปี โดยมีเจตนาที่จะปลุกเร้า ดึงดูด หรือสนองความต้องการทางเพศของบุคคลหรือเด็กคนนั้น มีความผิดอุกฉกรรจ์ และจะต้องระวางโทษจำคุก 3 ปี 6 ปี หรือ 8 ปี แล้วแต่กรณี

(b)(1) บุคคลใดก็ตามที่ได้กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งตามที่อธิบายไว้ในอนุมาตรา (a) โดยใช้กำลัง ความรุนแรง ช่มชู้ คุกคาม หรือทำให้กลัวว่าจะได้รับบาดเจ็บทางร่างกาย ในทันทีทันใด ต่อผู้เสียหายหรือบุคคลอื่น ถือเป็นความผิดอุกฉกรรจ์ และจะต้องระวางโทษจำคุกเป็นเวลา 5 ปี 8 ปี หรือ 10 ปี แล้วแต่กรณี

(2) บุคคลใดเป็นผู้ดูแล และได้กระทำการตามที่อธิบายไว้ในอนุมาตรา (a) ต่อผู้ที่พึ่งพาอาศัยบุคคลนั้น โดยใช้กำลัง ความรุนแรง ช่มชู้ คุกคาม หรือทำให้กลัวว่าจะได้รับบาดเจ็บทางร่างกายในทันทีทันใด หรือทำให้กลัวว่าจะได้รับบาดเจ็บทางร่างกายในทันทีทันใด กระทำการดังกล่าวโดยเจตนาตามที่อธิบายไว้ในอนุมาตรา (a) ถือเป็นความผิดอุกฉกรรจ์ และจะต้องระวางโทษจำคุกเป็นเวลา 5 ปี 8 ปี หรือ 10 ปี แล้วแต่กรณี

(c)(1) บุคคลใดก็ตามที่ได้กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งตามที่อธิบายไว้ในอนุมาตรา (a) โดยมีเจตนาที่ระบุไว้ในอนุมาตราดังกล่าว และผู้เสียหายเป็นเด็กอายุ 14 ปี หรือ 15 ปี และบุคคลนั้นมีอายุมากกว่าเด็กอย่างน้อย 10 ปี มีความผิดต่อสาธารณชน และจะต้องระวางโทษจำคุกเป็นเวลา 1 ปี 2 ปี หรือ 3 ปี หรือจำคุกในคุกมลรัฐไม่เกิน 1 ปี ในการพิจารณาว่าบุคคลดังกล่าวมีอายุมากกว่าเด็กอย่างน้อย 10 ปีหรือไม่ จะคำนวณช่วงอายุที่แตกต่างกันจากวันเกิดของบุคคลนั้น จนถึงวันเกิดของเด็ก....”

the victim or another person, with the intent described in subdivision (a), is guilty of a felony and shall be punished by imprisonment in the state prison for 5, 8, or 10 years.

(c) (1) Any person who commits an act described in subdivision (a) with the intent described in that subdivision, and the victim is a child of 14 or 15 years, and that person is at least 10 years older than the child, is guilty of a public offense and shall be punished by imprisonment in the state prison for one, two, or three years, or by imprisonment in a county jail for not more than one year. In determining whether the person is at least 10 years older than the child, the difference in age shall be measured from the birth date of the person to the birth date of the child....”

ตามบทบัญญัติในมาตรานี้ หากมีการกระทำทางเพศเกิดขึ้นกับผู้เยาว์ซึ่งมีอายุต่ำกว่า 14 ปี ไม่ว่าผู้กระทำจะมีอายุเท่าใดก็ตาม ย่อมต้องรับผิดตามมาตรา 288 กรณีดังกล่าวรวมถึง การกระทำทางเพศที่ผู้เยาว์มีอายุ 14 ปี หรือ 15 ปี และผู้กระทำมีอายุมากกว่าผู้เยาว์อย่างน้อย 10 ปี ด้วย

มาตรา 288a⁵³ บัญญัติว่า “(a) การมีเพศสัมพันธ์ทางปาก คือการร่วมประเวณีทางปากของบุคคลหนึ่งด้วยอวัยวะเพศ หรือทวารหนัก ของอีกบุคคลหนึ่ง

(b)(1) ยกเว้นกรณีตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 288 บุคคลใดก็ตามที่มีส่วนร่วมในการร่วมประเวณีทางปากกับบุคคลอื่นซึ่งมีอายุต่ำกว่า 18 ปี จะต้องระวางโทษจำคุกในเรือนจำของรัฐ หรือในคุกของมลรัฐเป็นระยะเวลาไม่เกิน 1 ปี

⁵³ Section 288a.

“(a) Oral copulation is the act of copulating the mouth of one person with the sexual organ or anus of another person.

(b) (1) Except as provided in Section 288, any person who participates in an act of oral copulation with another person who is under 18 years of age shall be punished by imprisonment in the state prison, or in a county jail for a period of not more than one year.

(2) Except as provided in Section 288, any person over 21 years of age who participates in an act of oral copulation with another person who is under 16 years of age is guilty of a felony.

(c) (1) Any person who participates in an act of oral copulation with another person who is under 14 years of age and more than 10 years younger than he or she shall be punished by imprisonment in the state prison for three, six, or eight years.

(2) (A) Any person who commits an act of oral copulation when the act is accomplished against the victim’s will by means of force, violence, duress, menace, or fear of immediate and unlawful bodily injury on the victim or another person shall be punished by imprisonment in the state prison for three, six, or eight years.

(B) Any person who commits an act of oral copulation upon a person who is under 14 years of age, when the act is accomplished against the victim’s will by means of force, violence, duress, menace, or fear of immediate and unlawful bodily injury on the victim or another person, shall be punished by imprisonment in the state prison for 8, 10, or 12 years.

(C) Any person who commits an act of oral copulation upon a minor who is 14 years of age or older, when the act is accomplished against the victim’s will by means of force, violence, duress, menace, or fear of immediate and unlawful bodily injury on the victim or another person, shall be punished by imprisonment in the state prison for 6, 8, or 10 years.

(D) This paragraph does not preclude prosecution under Section 269, Section 288.7, or any other provision of law.....”

(2) ยกเว้นกรณีตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 288 บุคคลใดมีอายุมากกว่า 21 ปีมีส่วนร่วมในการร่วมประเวณีทางปากกับบุคคลอื่นซึ่งมีอายุต่ำกว่า 16 ปี มีความผิดอาญาอุกฉกรรจ์

(c)(1) บุคคลใดก็ตามที่มีส่วนร่วมในการร่วมประเวณีทางปากกับบุคคลอื่นซึ่งมีอายุต่ำกว่า 14 ปี และมีอายุห่างจากผู้กระทำ มากกว่า 10 ปี จะต้องระวางโทษจำคุกในคุกของรัฐเป็นเวลา 3 ปี 6 ปี หรือ 8 ปี แล้วแต่กรณี

(2)(A) บุคคลใดก็ตามที่ได้ร่วมประเวณีทางปากกับบุคคลอื่น เมื่อการกระทำนั้นสำเร็จลงตามเจตนาโดยใช้กำลัง ความรุนแรง ช่มชู้ คุกคาม หรือทำให้กลัวว่าจะได้รับบาดเจ็บทางร่างกายในทันทีทันใด ต่อผู้เสียหายหรือบุคคลอื่น ต้องระวางโทษจำคุกในคุกของรัฐเป็นเวลา 3 ปี 6 ปี หรือ 8 ปี แล้วแต่กรณี

(B) บุคคลใดก็ตามที่มีส่วนร่วมในการร่วมประเวณีทางปากกับบุคคลอื่นซึ่งมีอายุต่ำกว่า 14 ปี เมื่อการกระทำนั้นสำเร็จลงตามเจตนาโดยใช้กำลัง ความรุนแรง ช่มชู้ คุกคาม หรือทำให้กลัวว่าจะได้รับบาดเจ็บทางร่างกายในทันทีทันใด ต่อผู้เสียหายหรือบุคคลอื่น ต้องระวางโทษจำคุกในคุกของรัฐเป็นเวลา 8 ปี 10 ปี หรือ 12 ปี แล้วแต่กรณี

(C) บุคคลใดก็ตามที่มีส่วนร่วมในการร่วมประเวณีทางปากกับผู้เยาว์ซึ่งมีอายุตั้งแต่ 14 ปีขึ้นไป เมื่อการกระทำนั้นสำเร็จลงตามเจตนาโดยใช้กำลัง ความรุนแรง ช่มชู้ คุกคาม หรือทำให้กลัวว่าจะได้รับบาดเจ็บทางร่างกายในทันทีทันใด ต่อผู้เสียหายหรือบุคคลอื่น ต้องระวางโทษจำคุกในคุกของรัฐเป็นเวลา 6 ปี 8 ปี หรือ 10 ปี แล้วแต่กรณี

(D) วรรคนี้ไม่ได้เป็นการขัดขวางการฟ้องร้องตามมาตรา 269 มาตรา 288.7 หรือบทบัญญัติอื่นใดของกฎหมาย....”

ตามบทบัญญัติในมาตรานี้หากมีการร่วมประเวณีทางปาก (Oral Copulation) กับผู้เยาว์ซึ่งมีอายุต่ำกว่า 18 ปี ไม่ว่าผู้กระทำจะมีอายุเท่าใดก็ตาม ย่อมต้องรับผิดตามมาตรา 288a(b)(1) หากผู้เสียหายมีอายุต่ำกว่า 16 ปี หรือ ต่ำกว่า 14 ปี ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนักขึ้นตามลำดับ ยิ่งผู้เสียหายมีอายุน้อยเท่าใด โทษก็ยิ่งหนักขึ้นเท่านั้น ทั้งนี้หากมีใช้กำลัง ความ

รุนแรง ข่มขู่ คุกคาม หรือทำให้กลัวว่าจะได้รับบาดเจ็บทางร่างกายในทันทีทันใด ผู้กระทำย่อมต้องรับโทษหนักขึ้นเช่นกัน

มาตรา 289⁵⁴ บัญญัติว่า “(a)(1)(A) บุคคลใดก็ตามที่กระทำการสอดใส่ทางเพศ เมื่อการกระทำนั้นสำเร็จลงตามเจตนาโดยใช้กำลัง ความรุนแรง ข่มขู่ คุกคาม หรือทำให้กลัวว่าจะได้รับบาดเจ็บทางร่างกายในทันทีทันใด ต่อผู้เสียหายหรือบุคคลอื่น ต้องระวางโทษจำคุกในคุกของรัฐเป็นเวลา 3 ปี 6 ปี หรือ 8 ปี แล้วแต่กรณี

(B) บุคคลใดก็ตามที่กระทำการสอดใส่ทางเพศ กับเด็กที่มีอายุต่ำกว่า 14 ปีเมื่อการกระทำนั้นสำเร็จลงตามเจตนาโดยใช้กำลัง ความรุนแรง ข่มขู่ คุกคาม หรือทำให้กลัวว่าจะได้รับบาดเจ็บทางร่างกายในทันทีทันใด ต่อผู้เสียหายหรือบุคคลอื่น ต้องระวางโทษจำคุกในคุกของรัฐเป็นเวลา 8 ปี 10 ปี หรือ 12 ปี แล้วแต่กรณี

⁵⁴ Section 289

“(a)(1)(A) Any person who commits an act of sexual penetration when the act is accomplished against the victim’s will by means of force, violence, duress, menace, or fear of immediate and unlawful bodily injury on the victim or another person shall be punished by imprisonment in the state prison for three, six, or eight years.

(B) Any person who commits an act of sexual penetration upon a child who is under 14 years of age, when the act is accomplished against the victim’s will by means of force, violence, duress, menace, or fear of immediate and unlawful bodily injury on the victim or another person, shall be punished by imprisonment in the state prison for 8, 10, or 12 years.

(C) Any person who commits an act of sexual penetration upon a minor who is 14 years of age or older, when the act is accomplished against the victim’s will by means of force, violence, duress, menace, or fear of immediate and unlawful bodily injury on the victim or another person, shall be punished by imprisonment in the state prison for 6, 8, or 10 years.

(D) This paragraph does not preclude prosecution under Section 269, Section 288.7, or any other provision of law.

(h) Except as provided in Section 288, any person who participates in an act of sexual penetration with another person who is under 18 years of age shall be punished by imprisonment in the state prison or in a county jail for a period of not more than one year.

(i) Except as provided in Section 288, any person over 21 years of age who participates in an act of sexual penetration with another person who is under 16 years of age shall be guilty of a felony.

(j) Any person who participates in an act of sexual penetration with another person who is under 14 years of age and who is more than 10 years younger than he or she shall be punished by imprisonment in the state prison for three, six, or eight years.....”

(C) บุคคลใดก็ตามที่กระทำการสอดใส่ทางเพศ กับผู้เยาว์ซึ่งมีอายุ ตั้งแต่ 14 ปีขึ้นไป เมื่อการกระทำนั้นสำเร็จลงตามเจตนาโดยใช้กำลัง ความรุนแรง ช่มชู้ คุกคาม หรือ ทำให้กลัวว่าจะได้รับบาดเจ็บทางร่างกายในทันทีทันใด ต่อผู้เสียหายหรือบุคคลอื่น ต้องระวางโทษ จำคุกในคุกของรัฐเป็นเวลา 6 ปี 8 ปี หรือ 10 ปี แล้วแต่กรณี

(D) วรคดีนี้ไม่ได้เป็นการขัดขวางการฟ้องร้องตามมาตรา 269 มาตรา 288.7 หรือบทบัญญัติอื่นใดของกฎหมาย

(h) ยกเว้นกรณีตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 288 บุคคลใดก็ตามที่มีส่วนร่วม ในการสอดใส่ทางเพศ กับบุคคลอื่นที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปี ต้องระวางโทษจำคุกในคุกของรัฐ หรือใน เรือนจำมลรัฐ เป็นระยะเวลาไม่เกิน 1 ปี

(i) ยกเว้นกรณีตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 288 บุคคลใดก็ตามที่มีอายุ มากกว่า 21 ปี มีส่วนร่วมในการสอดใส่ทางเพศ กับบุคคลอื่นที่มีอายุต่ำกว่า 16 ปี มีความผิดอาญา อุกฉกรรจ์

(j) บุคคลใดก็ตามที่มีส่วนร่วมในการสอดใส่ทางเพศ กับบุคคลอื่นที่มีอายุต่ำ กว่า 14 ปี และมีอายุห่างจากผู้กระทำ มากกว่า 10 ปี จะต้องระวางโทษจำคุกในคุกของรัฐเป็นเวลา 3 ปี 6 ปี หรือ 8 ปี แล้วแต่กรณี.....”

ตามบทบัญญัติในมาตรานี้ หากมีการสอดใส่ทางเพศ กับผู้เยาว์ซึ่งมีอายุต่ำ กว่า 14 ปี โดยใช้กำลัง ความรุนแรง ช่มชู้ คุกคาม หรือทำให้กลัวว่าจะได้รับบาดเจ็บทางร่างกาย ในทันทีทันใด ย่อมต้องรับผิดตามมาตรา 289 ต้องระวางโทษจำคุกเป็นเวลา 8 ปี 10 ปี หรือ 12 ปี แล้วแต่กรณี ทั้งนี้ หากผู้ถูกกระทำมีอายุตั้งแต่ 14 ปีขึ้นไป ผู้กระทำต้องระวางโทษจำคุกเป็นเวลา 6 ปี 8 ปี หรือ 10 ปี แล้วแต่กรณี ซึ่งกรณีดังกล่าวผู้กระทำจะรับโทษเบากว่ากรณีที่ผู้ถูกกระทำเป็นเด็ก อายุต่ำกว่า 14 ปี

อย่างไรก็ตาม หากมีการสอดใส่ทางเพศกับบุคคลอื่นที่มีอายุต่ำกว่า 14 ปี และมีอายุห่างจากผู้กระทำมากกว่า 10 ปี ผู้กระทำจะต้องระวางโทษจำคุกเป็นเวลา 3 ปี 6 ปี หรือ 8 ปี แล้วแต่กรณี

4.4.1.2 หลักเกณฑ์เกี่ยวกับการอ้างความไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิดทางเพศ

ประมวลกฎหมายอาญาของมลรัฐแคลิฟอร์เนียได้กำหนดให้เด็กมีความสามารถในการให้ความยินยอมทางเพศได้ เมื่อมีอายุ 18 ปีบริบูรณ์ ตามมาตรา 261.5 ซึ่งได้กำหนดให้ “ผู้เยาว์” หมายความว่า บุคคลที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปี และ “ผู้ใหญ่” หมายความว่า บุคคลที่มีอายุอย่างน้อย 18 ปีบริบูรณ์⁵⁵ ดังนั้นหากมีการกระทำทางเพศเกิดขึ้นกับบุคคลที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปี การกระทำดังกล่าวย่อมมีความผิดตามกฎหมาย โดยที่ผู้กระทำไม่อาจอ้างความยินยอมของเด็กเพื่อให้ตนหลุดพ้นจากความรับผิดได้

กรณีที่มีการกระทำลามกอนาจารต่อผู้เสียหายซึ่งมีอายุต่ำกว่า 14 ปี ตามมาตรา 288(a) ผู้กระทำความผิดต้องรับผิดโดยเคร่งครัด (Strict Liability) ไม่อาจอ้างความสำคัญผิดในอายุขึ้นต่อสู้ให้ตนพ้นจากความรับผิดได้ แม้ว่าจะมีเหตุอันสมควรเชื่อ หรือเชื่อโดยสุจริต (Good Faith) ก็ตาม⁵⁶ โดยศาลให้เหตุผลไว้ว่า “เด็กที่มีอายุต่ำกว่า 14 ปีนั้นต้องการความคุ้มครองเป็นพิเศษ เนื่องจาก เด็กที่มีอายุต่ำกว่า 14 ปี ยังไม่สามารถรู้ถึงความผิดพลาดในการกระทำของตนเองได้ ซึ่งความคุ้มครองดังกล่าวจะไม่ให้แก่วัยรุ่นที่มีอายุมาก”⁵⁷ ดังนั้น ในทางกลับกันหากผู้เสียหายมีอายุตั้งแต่ 14 ปีขึ้นไป และยินยอมมีเพศสัมพันธ์ ผู้กระทำความผิดก็สามารถอ้างความสำคัญผิดในอายุขึ้นต่อสู้ให้ตนพ้นจากความรับผิดได้ หากมีเหตุอันสมควรเชื่อ หรือเชื่อโดยสุจริต

ในกรณีที่มีการกระทำลามกอนาจารต่อ ผู้เสียหายซึ่งมีอายุ 14 ปี หรือ 15 ปี โดยที่ผู้กระทำความผิดมีอายุมากกว่าผู้เสียหายอย่างน้อย 10 ปี ตามมาตรา 288(c)(1) ผู้กระทำความผิดต้องรับผิดโดยเคร่งครัด (Strict Liability) เช่นเดียวกัน ไม่อาจอ้างความสำคัญผิดในอายุขึ้น

⁵⁵ California Penal Code, Section 261.5(a) (“... a “minor” is a person under the age of 18 years and an “adult” is a person who is at least 18 years of age.”)

⁵⁶ People v. Olsen, 36 Cal. 3d 638, 685 P.2d 52 (1984)

⁵⁷ “...children under the age of 14 are incapable of knowing the wrongfulness of their actions and, therefore, are incapable of committing a crime. A fortiori, when the child is a victim, rather than an accused, similar “special protection,” not given to older teenagers, should be afforded...”

ต่อสู้ให้ตนพ้นจากความรับผิดได้ แม้ว่าจะมีเหตุอันสมควรเชื่อ หรือเชื่อโดยสุจริต (Good Faith) ก็ตาม ยังคงต้องรับผิดตามมาตรา 288(c)(1)⁵⁸

การใช้หลักความรับผิดโดยเคร่งครัด (Strict Liability) เพื่อคุ้มครองเด็กในความผิดทางเพศกรณีดังกล่าว เป็นการกลับหลักที่ศาลเคยวินิจฉัยไว้แต่เดิมว่า ผู้กระทำสามารถอ้างความสำคัญผิดในอายุของผู้เสียหายขึ้นสู้เพื่อให้ตนพ้นจากความรับผิดได้ หากมีเหตุอันสมควรเชื่อ หรือเชื่อโดยสุจริตว่าผู้เสียหายมีอายุตั้งแต่ 18 ปีขึ้นไป และยินยอมที่จะมีเพศสัมพันธ์กับตน⁵⁹

นอกจากนี้บทลงโทษในความผิดเกี่ยวกับเพศของมลรัฐแคลิฟอร์เนียจะขึ้นอยู่กับอายุของผู้เสียหายและอายุของผู้กระทำความผิด ยิ่งผู้เสียหายมีอายุน้อยเท่าใด ผู้กระทำความผิดก็ต้องรับโทษหนักขึ้นมากเท่านั้น ดังเช่น กรณีผู้เยาว์ซึ่งมีอายุต่ำกว่า 18 ปี มีเพศสัมพันธ์ หรือมีการสอดใส่ทางเพศ กับบุคคลซึ่งมีอายุห่างจากผู้เยาว์ไม่เกิน 3 ปี บุคคลนั้นรับผิดเพียงลหุโทษ แต่ถ้าหากบุคคลดังกล่าวมีอายุห่างจากผู้เยาว์มากกว่า 3 ปี บุคคลนั้นจะต้องรับโทษหนักขึ้น โดยต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 1 ปี ตามมาตรา 261.5 เป็นต้น

4.4.2 มลรัฐอิลลินอยส์

4.4.2.1 มาตรการเกี่ยวกับความผิดทางเพศ

มาตรการในความผิดเกี่ยวกับเพศของมลรัฐอิลลินอยส์นั้นถูกบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญาของมลรัฐอิลลินอยส์ (Illinois Criminal Code)⁶⁰ ซึ่งอยู่ในบทที่ 11 ความผิดเกี่ยวกับเพศ (Sexual Offenses) โดยมีสาระสำคัญในความผิดทางเพศ ดังต่อไปนี้

มาตรา 5/11-1.20⁶¹ บัญญัติว่า “ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา

⁵⁸ People v. Paz, 80 Cal. App. 4th 293, 95 Cal. Rptr. 2d 166 (2000)

⁵⁹ People v. Hernandez, 61 Cal. 2d 529, 393 P.2d 673 (1964)

⁶⁰ Illinois General Assembly, “Illinois Criminal Code,” [Online] Accessed: Nov 20, 2018. Available from: <http://www.ilga.gov/legislation/ilcs/ilcs3.asp?ChapterID=53&ActID=1876>

⁶¹ Section 5/11-1.20. “Criminal Sexual Assault.

(a) A person commits criminal sexual assault if that person commits an act of sexual penetration and:

(1) uses force or threat of force;

(a) บุคคลมีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา หากบุคคลนั้นกระทำการสอดใส่ทางเพศและ:

- (1) ใช้กำลัง หรือข่มขู่ว่าจะใช้กำลัง
- (2) รู้ว่าผู้เสียหายไม่สามารถเข้าใจการกระทำ หรือไม่สามารถให้ความยินยอมได้
- (3) เป็นสมาชิกในครอบครัวของผู้เสียหาย และผู้เสียหายมีอายุต่ำกว่า 18 ปีบริบูรณ์ หรือ
- (4) มีอายุตั้งแต่ 17 ปีขึ้นไป และมีความสัมพันธ์กับผู้เสียหาย โดยอยู่ในฐานะที่ผู้เสียหายให้ความไว้วางใจ มีอำนาจหรือกำกับดูแลผู้เสียหาย และผู้เสียหายมีอายุอย่างน้อย 13 ปีบริบูรณ์ แต่อายุต่ำกว่า 18 ปี...”

ตามบทบัญญัติในมาตรานี้ หากมีการสอดใส่ทางเพศ ต่อบุคคลซึ่งมีอายุอย่างน้อย 13 ปี แต่ไม่เกิน 17 ปี โดยผู้กระทำมีอายุตั้งแต่ 17 ปีขึ้นไปซึ่งอยู่ในสถานะที่ผู้เสียหายให้ความไว้วางใจ มีอำนาจหรือกำกับดูแลผู้เสียหาย ย่อมต้องรับผิดตามมาตรา 5/11-1.20 หรือในกรณีที่ผู้เสียหายเป็นบุคคลอายุต่ำกว่า 18 ปี และผู้กระทำเป็นสมาชิกในครอบครัว ผู้กระทำย่อมต้องรับผิดตามมาตราเช่นนี้เช่นกัน

มาตรา 5/11-1.40⁶² บัญญัติว่า “ความผิดฐานกระทำทางเพศต่อเด็ก

(2) knows that the victim is unable to understand the nature of the act or is unable to give knowing consent;

(3) is a family member of the victim, and the victim is under 18 years of age; or

(4) is 17 years of age or over and holds a position of trust, authority, or supervision in relation to the victim, and the victim is at least 13 years of age but under 18 years of age....”

⁶² Section 5/11-1.40. “Predatory criminal sexual assault of a child.

(a) A person commits predatory criminal sexual assault of a child if that person is 17 years of age or older, and commits an act of contact, however slight, between the sex organ or anus of one person and the part of the body of another for the purpose of sexual gratification or arousal of the victim or the accused, or an act of sexual penetration, and:

(1) the victim is under 13 years of age; or

(2) the victim is under 13 years of age and that person:

(a) บุคคลมีความผิดฐานกระทำทางเพศต่อเด็ก หากบุคคลนั้นมีอายุตั้งแต่ 17 ปีขึ้นไป และกระทำการสัมผัสแม้เพียงเพียงเล็กน้อย ระหว่างอวัยวะเพศ หรือทวารหนักของบุคคลใดบุคคลหนึ่ง กับส่วนหนึ่งส่วนใดของร่างกายของบุคคลอื่น เพื่อความพึงพอใจทางเพศ หรือเพื่อการปลุกเร้าอารมณ์ของผู้เสียหายหรือจำเลย หรือเพื่อการกระทำการสอดใส่ทางเพศและ:

(1) ผู้เสียหายมีอายุต่ำกว่า 13 ปี หรือ

(2) ผู้เสียหายมีอายุต่ำกว่า 13 ปี และบุคคลดังกล่าว:

(A) มีอาวุธปืน;

(B) ใช้อาวุธปืนในระหว่างการกระทำความผิด;

(C) ก่อให้เกิดอันตรายอย่างร้ายแรงต่อผู้เสียหาย ซึ่งทำให้:

(i) ทำให้เกิดความพิการถาวร; หรือ

(ii) เป็นอันตรายถึงแก่ชีวิต; หรือ

(D) การให้ (โดยการฉีด การสูดดม การกลืนกิน การโอน ความครอบครอง หรือวิธีการอื่นใด) สารควบคุมใด ๆ ให้แก่ผู้เสียหาย โดยไม่ได้รับความยินยอมจากผู้เสียหาย หรือโดยการข่มขู่คุกคาม หรือการหลอกลวง เพื่อวัตถุประสงค์อย่างอื่นนอกเหนือจากการแพทย์....”

(A) is armed with a firearm;

(B) personally discharges a firearm during the commission of the offense;

(C) causes great bodily harm to the victim that:

(i) results in permanent disability; or

(ii) is life threatening; or

(D) delivers (by injection, inhalation, ingestion, transfer of possession, or any other means) any controlled substance to the victim without the victim's consent or by threat or deception, for other than medical purposes....”

ตามบทบัญญัติในมาตรานี้ หากมีการกระทำทางเพศต่อเด็ก ซึ่งรวมถึงการสัมผัสทางเพศ หรือการสอดใส่ทางเพศระหว่างบุคคลซึ่งมีอายุตั้งแต่ 17 ปีขึ้นไป กับเด็กซึ่งมีอายุต่ำกว่า 13 ปี ย่อมมีความผิดตามมาตรา 5/11-1.40

มาตรา 5/11-1.50⁶³ บัญญัติว่า “ความผิดฐานล่วงละเมิดทางเพศ

(a) บุคคลมีความผิดฐานล่วงละเมิดทางเพศ หากบุคคลนั้น:

(1) กระทำการล่วงละเมิดทางเพศ โดยการใช้กำลัง หรือข่มขู่ว่าจะใช้กำลัง หรือ

(2) กระทำการล่วงละเมิดทางเพศ โดยรู้ว่าผู้เสียหายไม่สามารถเข้าใจการกระทำ หรือไม่สามารถให้ความยินยอมได้

(b) บุคคลมีความผิดฐานล่วงละเมิดทางเพศ หากบุคคลดังกล่าวมีอายุต่ำกว่า 17 ปี และได้กระทำการสอดใส่ทางเพศ หรือมีพฤติกรรมทางเพศ กับผู้เสียหายซึ่งมีอายุอย่างน้อย 9 ปี แต่มีอายุต่ำกว่า 17 ปี

⁶³ Section 5/11-1.50. “Criminal sexual abuse.

(a) A person commits criminal sexual abuse if that person:

(1) commits an act of sexual conduct by the use of force or threat of force; or

(2) commits an act of sexual conduct and knows that the victim is unable to understand the nature of the act or is unable to give knowing consent.

(b) A person commits criminal sexual abuse if that person is under 17 years of age and commits an act of sexual penetration or sexual conduct with a victim who is at least 9 years of age but under 17 years of age.

(c) A person commits criminal sexual abuse if that person commits an act of sexual penetration or sexual conduct with a victim who is at least 13 years of age but under 17 years of age and the person is less than 5 years older than the victim.

(d) Sentence. Criminal sexual abuse for a violation of subsection (b) or (c) of this Section is a Class A misdemeanor. Criminal sexual abuse for a violation of paragraph (1) or (2) of subsection (a) of this Section is a Class 4 felony. A second or subsequent conviction for a violation of subsection (a) of this Section is a Class 2 felony. For purposes of this Section it is a second or subsequent conviction if the accused has at any time been convicted under this Section or under any similar statute of this State or any other state for any offense involving sexual abuse or sexual assault that is substantially equivalent to or more serious than the sexual abuse prohibited under this Section.”

(c) บุคคลมีความผิดฐานล่วงละเมิดทางเพศ หากบุคคลดังกล่าวได้กระทำการสอดใส่ทางเพศ หรือมีพฤติกรรมทางเพศ กับผู้เสียหายซึ่งมีอายุอย่างน้อย 13 ปี แต่มีอายุต่ำกว่า 17 ปี และบุคคลดังกล่าวนั้นมีอายุมากกว่าผู้เสียหาย น้อยกว่า 5 ปี...”

ในกรณีที่มีการล่วงละเมิดทางเพศ ซึ่งรวมถึงการสอดใส่ทางเพศ หรือมีพฤติกรรมทางเพศ ต่อผู้เสียหายที่มีอายุอย่างน้อย 9 ปี แต่ไม่เกิน 16 ปี และผู้กระทำความผิดมีอายุต่ำกว่า 17 ปี รับผิดเพียงลหุโทษ ตามมาตรา 5/11-1.50(b) หรือในกรณีที่มีการล่วงละเมิดทางเพศ ต่อผู้เสียหายซึ่งมีอายุอย่างน้อย 13 ปี แต่ไม่เกิน 16 ปี และผู้กระทำความผิดนั้นมีอายุมากกว่าผู้เสียหายไม่เกิน 4 ปี ย่อมต้องรับผิดตามมาตรา 5/11-1.50(c) โดยรับผิดเพียงลหุโทษเช่นเดียวกัน

มาตรา 5/11-1.60⁶⁴ บัญญัติว่า “ความผิดฐานล่วงละเมิดทางเพศอย่างร้ายแรง

⁶⁴ Section 5/11-1.60. “Aggravated Criminal Sexual Abuse.

(a) A person commits aggravated criminal sexual abuse if that person commits criminal sexual abuse and any of the following aggravating circumstances exist (i) during the commission of the offense or (ii) for purposes of paragraph (7), as part of the same course of conduct as the commission of the offense:

- (1) the person displays, threatens to use, or uses a dangerous weapon or any other object fashioned or used in a manner that leads the victim, under the circumstances, reasonably to believe that the object is a dangerous weapon;
- (2) the person causes bodily harm to the victim;
- (3) the victim is 60 years of age or older;
- (4) the victim is a person with a physical disability;
- (5) the person acts in a manner that threatens or endangers the life of the victim or any other person;
- (6) the person commits the criminal sexual abuse during the course of committing or attempting to commit any other felony; or
- (7) the person delivers (by injection, inhalation, ingestion, transfer of possession, or any other means) any controlled substance to the victim for other than medical purposes without the victim's consent or by threat or deception.

(b) A person commits aggravated criminal sexual abuse if that person commits an act of sexual conduct with a victim who is under 18 years of age and the person is a family member.

(c) A person commits aggravated criminal sexual abuse if:

- (1) that person is 17 years of age or over and: (i) commits an act of sexual conduct with a victim who is under 13 years of age; or (ii) commits an act of sexual conduct with a victim who is at least 13

(a) บุคคลมีความผิดฐานล่วงละเมิดทางเพศอย่างร้ายแรง หากบุคคลนั้นได้กระทำการล่วงละเมิดทางเพศ และมีสถานการณ์ที่ทำให้มีความรุนแรงขึ้นดังต่อไปนี้: (i) ในระหว่างการกระทำความผิด หรือ (ii) เพื่อวัตถุประสงค์ของวรรค (7) ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของการกระทำเช่นเดียวกับการกระทำความผิด:

(1) บุคคลที่แสดง ชูว่าจะใช้ หรือได้ใช้ อาวุธอันตราย หรือวัตถุอื่นใดที่มีรูปแบบ หรือใช้ในลักษณะที่กระทำต่อผู้เสียหาย ภายใต้สถานการณ์ อย่างมีเหตุผลที่จะเชื่อได้ว่าวัตถุนั้นเป็นอาวุธอันตราย

(2) บุคคลนั้นก่อให้เกิดอันตรายแก่กาย ต่อผู้เสียหาย

(3) ผู้เสียหายมีอายุตั้งแต่ 60 ปีขึ้นไป

(4) ผู้เสียหายเป็นบุคคลที่มีความบกพร่องทางร่างกาย

(5) บุคคลนั้นกระทำการในลักษณะที่คุกคาม หรือทำให้ชีวิตของผู้เสียหายหรือบุคคลอื่นใดตกอยู่ในอันตราย

(6) บุคคลนั้นได้กระทำความผิดฐานล่วงละเมิดทางเพศในระหว่างการกระทำความผิด หรือพยายามที่จะกระทำความผิดอื่น หรือ

(7) บุคคลนั้นให้ (โดยการฉ้อ การสูดม การกลืนกิน การโอนความครอบครอง หรือวิธีการอื่นใด) สารควบคุมใด ๆ ให้แก่ผู้เสียหาย โดยไม่ได้รับความยินยอม

years of age but under 17 years of age and the person uses force or threat of force to commit the act;
or

(2) that person is under 17 years of age and: (i) commits an act of sexual conduct with a victim who is under 9 years of age; or (ii) commits an act of sexual conduct with a victim who is at least 9 years of age but under 17 years of age and the person uses force or threat of force to commit the act.

(d) A person commits aggravated criminal sexual abuse if that person commits an act of sexual penetration or sexual conduct with a victim who is at least 13 years of age but under 17 years of age and the person is at least 5 years older than the victim.

(f) A person commits aggravated criminal sexual abuse if that person commits an act of sexual conduct with a victim who is at least 13 years of age but under 18 years of age and the person is 17 years of age or over and holds a position of trust, authority, or supervision in relation to the victim.....”

จากผู้เสียหาย หรือโดยการข่มขู่คุกคาม หรือการหลอกลวง เพื่อวัตถุประสงค์อย่างอื่น นอกเหนือจากทางการแพทย์

(b) บุคคลมีความผิดฐานล่วงละเมิดทางเพศอย่างร้ายแรง หากบุคคลนั้นได้กระทำการทางเพศกับผู้เสียหายซึ่งมีอายุต่ำกว่า 18 ปี และบุคคลดังกล่าวเป็นสมาชิกในครอบครัว

(c) บุคคลมีความผิดฐานล่วงละเมิดทางเพศอย่างร้ายแรง หาก:

(1) บุคคลดังกล่าวมีอายุตั้งแต่ 17 ปีขึ้นไป และ (i) กระทำการทางเพศกับผู้เสียหายซึ่งมีอายุต่ำกว่า 13 ปี หรือ (ii) กระทำการทางเพศกับผู้เสียหายซึ่งมีอายุอย่างน้อย 13 ปี แต่มีอายุต่ำกว่า 17 ปี และบุคคลนั้นได้ใช้กำลัง หรือข่มขู่ว่าจะใช้กำลังในการกระทำความผิด หรือ

(2) บุคคลดังกล่าวมีอายุต่ำกว่า 17 ปี และ (i) กระทำการทางเพศกับผู้เสียหายซึ่งมีอายุต่ำกว่า 9 ปี หรือ (ii) กระทำการทางเพศกับผู้เสียหายซึ่งมีอายุอย่างน้อย 9 ปี แต่มีอายุต่ำกว่า 17 ปี และบุคคลนั้นได้ใช้กำลัง หรือข่มขู่ว่าจะใช้กำลังในการกระทำความผิด

(d) บุคคลมีความผิดฐานล่วงละเมิดทางเพศอย่างร้ายแรง หากบุคคลนั้นได้กระทำการสอดใส่ทางเพศ หรือมีพฤติกรรมทางเพศ กับผู้เสียหายซึ่งมีอายุอย่างน้อย 13 ปี แต่มีอายุต่ำกว่า 17 ปี และบุคคลดังกล่าวมีอายุมากกว่าผู้เสียหายอย่างน้อย 5 ปี

(f) บุคคลมีความผิดฐานล่วงละเมิดทางเพศอย่างร้ายแรง หากบุคคลนั้นได้มีพฤติกรรมทางเพศ กับผู้เสียหายซึ่งมีอายุอย่างน้อย 13 ปี แต่ต่ำกว่า 18 ปี และบุคคลดังกล่าวมีอายุตั้งแต่ 17 ปีขึ้นไป และอยู่ในฐานะที่ผู้เสียหายให้ความไว้วางใจ มีอำนาจหรือความสัมพันธ์ในการดูแลผู้เสียหาย....”

ตามบทบัญญัติในมาตรานี้ หากมีการล่วงละเมิดทางเพศอย่างร้ายแรง ซึ่งรวมถึงการสอดใส่ทางเพศ หรือมีพฤติกรรมทางเพศ กับผู้เสียหายซึ่งเป็นเด็กอายุต่ำกว่า 13 ปี และผู้กระทำมีอายุตั้งแต่ 17 ปีขึ้นไป หรือได้กระทำต่อผู้เสียหายซึ่งเป็นเด็กอายุต่ำกว่า 9 ปี และผู้กระทำมีอายุต่ำกว่า 17 ปี ผู้กระทำย่อมต้องรับผิดตาม มาตรา 5/11-1.60 ทั้งนี้หากมีการล่วงละเมิดทางเพศ

อย่างร้ายแรง ต่อผู้เสียหายซึ่งเป็นเด็กอายุอย่างน้อย 13 ปี แต่ไม่เกิน 16 ปี และผู้กระทำมีอายุมากกว่าผู้เสียหายอย่างน้อย 5 ปี ผู้กระทำย่อมต้องรับผิดชอบตามมาตรานี้เช่นกัน

มาตรา 5/11-1.70⁶⁵ บัญญัติว่า “ข้อต่อสู้เกี่ยวกับความผิดตามที่อธิบายไว้ในมาตรา 5/11-1.20 ถึง 5/11-1.60

(b) จะเป็นข้อต่อสู้ความผิดใด ๆ ภายใต้อนุมาตรา (b) และอนุมาตรา (c) ของมาตรา 5/11-1.50 และอนุมาตรา (d) ของมาตรา 5/11-1.60 แห่งประมวลกฎหมายนี้ได้ หากผู้ถูกกล่าวหาไม่มีเหตุอันสมควรเชื่อว่าบุคคลดังกล่าวมีอายุตั้งแต่ 17 ปีขึ้นไป...”

ตามบทบัญญัติในมาตรานี้ผู้กระทำสามารถอ้างความสำคัญผิดในอายุขึ้นต่อสู้ได้ หากมีเหตุอันสมควรเชื่อ (Reasonably Believe) ว่าผู้เสียหายนั้นมีอายุตั้งแต่ 17 ปีขึ้นไป แม้ว่าความจริงแล้วผู้เสียหายจะมีอายุตั้งแต่ 13 ปี ถึง 16 ปีก็ตาม หรือในกรณีที่ผู้กระทำมีอายุต่ำกว่า 17 ปี และมีเหตุอันสมควรเชื่อว่าผู้เสียหายนั้นมีอายุตั้งแต่ 17 ปีขึ้นไป ก็สามารถอ้างความสำคัญผิดในอายุขึ้นต่อสู้ได้เช่นกัน โดยเป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ในมาตรา 5/11-1.70(b)

4.4.2.2 หลักเกณฑ์เกี่ยวกับการอ้างความไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิดทางเพศ

ประมวลกฎหมายอาญาของมลรัฐอิลลินอยส์ได้กำหนดให้เด็กมีความสามารถในการให้ความยินยอมทางเพศได้ เมื่อมีอายุ 18 ปีบริบูรณ์ ตามมาตรา 5/11-0.1 ประกอบมาตรา 5/11-21 และมาตรา 5/11-9.3 ซึ่งได้กำหนดให้ “ผู้เยาว์” หมายความว่า บุคคลที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปี⁶⁶ และ “ผู้ที่กระทำความผิดทางเพศต่อเด็ก” หมายความว่า บุคคลที่ถูกจับกุมภายใต้กฎหมายของมลรัฐอิลลินอยส์ในความผิดเกี่ยวกับเพศ ซึ่งได้กระทำต่อผู้เสียหายที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปีในขณะที่ความผิดเกิดขึ้น⁶⁷ ดังนั้นหากมีการกระทำทางเพศเกิดขึ้นกับบุคคลที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปี

⁶⁵ Section 5/11-1.70. “Defenses with respect to offenses described in Sections 5/11-1.20 through 5/11-1.60. (b) It shall be a defense under subsection (b) and subsection (c) of Section 5/11-1.50 and subsection (d) of Section 5/11-1.60 of this Code that the accused reasonably believed the person to be 17 years of age or over....”

⁶⁶ Section 5/11-21 ““Minor” means any person under the age of 18.”

⁶⁷ Section 5/11-9.3 “(1) “Child sex offender” means any person who:

การกระทำดังกล่าวย่อมมีความผิดตามกฎหมาย โดยที่ผู้กระทำไม่อาจอ้างความยินยอมของเด็กเพื่อให้ตนหลุดพ้นจากความรับผิดได้

อย่างไรก็ตามผู้กระทำอาจอ้างความสำคัญผิดในอายุขึ้นต่อสู้ได้ หากมีเหตุอันสมควรเชื่อ (Reasonably Believe) ว่าผู้เสียหายนั้นมีอายุตั้งแต่ 17 ปีขึ้นไป และยินยอมมีเพศสัมพันธ์ แม้ว่าความจริงแล้วผู้เสียหายจะมีอายุตั้งแต่ 13 ปี ถึง 16 ปีก็ตาม หรือในกรณีที่ผู้กระทำมีอายุต่ำกว่า 17 ปี และมีเหตุอันสมควรเชื่อว่าผู้เสียหายนั้นมีอายุตั้งแต่ 17 ปีขึ้นไป และยินยอมมีเพศสัมพันธ์ ผู้กระทำก็สามารถอ้างความสำคัญผิดในอายุนั้นขึ้นต่อสู้ได้เช่นกัน โดยเป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ในมาตรา 5/11-1.70(b)

แต่ถ้าหากเป็นกรณีที่ผู้เสียหายเป็นเด็กซึ่งมีอายุต่ำกว่า 13 ปี และผู้กระทำมีอายุตั้งแต่ 17 ปีขึ้นไป ผู้กระทำไม่อาจอ้างความสำคัญผิดในอายุขึ้นต่อสู้ได้⁶⁸ แม้ว่าจะมีเหตุอันสมควรเชื่อ เนื่องจากไม่เข้าตามกรณีที่กฎหมายบัญญัติไว้ในมาตรา 5/11-1.70(b) อีกทั้งอายุของผู้เสียหายไม่ได้ส่งผลต่อสภาพจิตใจของผู้กระทำความผิด จึงไม่อาจยกข้อต่อสู้ดังกล่าวขึ้นเป็นข้อต่อสู้ในความผิดฐานกระทำทางเพศต่อเด็กได้ (“... Illinois case law and the structure of the Criminal Code demonstrate that the legislature clearly intended that the age of the victim not be subject to a mental state and that this rendered the mistake-of-age defense unavailable for the offense of predatory criminal sexual assault of a child...”)⁶⁹ ผู้กระทำต้องรับผิดโดยเคร่งครัด (Strict Liability)⁷⁰

(i) has been charged under Illinois law, or any substantially similar federal law or law of another state, with a sex offense set forth in paragraph (2) of this subsection (d) or the attempt to commit an included sex offense, and the victim is a person under 18 years of age at the time of the offense...”

⁶⁸ People v. Raymond, 404 Ill. App. 3d 1028, 938 N.E.2d 131 (2010)

⁶⁹ People v. Douglas, 381 Ill. App. 3d 1067, 886 N.E.2d 1232 (2008)

⁷⁰ People v. Barfield, 187 Ill. App. 3d 257, 543 N.E.2d 157 (1989)

4.4.3 มลรัฐแอริโซนา

4.4.3.1 มาตรการเกี่ยวกับความผิดทางเพศ

มาตรการในความผิดเกี่ยวกับเพศของมลรัฐแอริโซนา นั้นถูกบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญาของมลรัฐแอริโซนา (Arizona Penal Code)⁷¹ ซึ่งอยู่ในบทที่ 14 ความผิดเกี่ยวกับเพศ (Sexual Offenses) โดยมีสาระสำคัญในความผิดทางเพศ ดังต่อไปนี้

มาตรา 13-1404⁷² บัญญัติว่า “การล่วงละเมิดทางเพศ

A. บุคคลใดกระทำการล่วงละเมิดทางเพศโดยเจตนา หรือ รู้ว่าจะมีการสัมผัสทางเพศกับบุคคลอื่น ซึ่งมีอายุตั้งแต่ 15 ปีขึ้นไปโดยปราศจากความยินยอม หรือได้กระทำต่อบุคคลใด ๆ ที่มีอายุต่ำกว่า 15 ปี หากการสัมผัสทางเพศเกี่ยวข้องกับการสัมผัสหน้าอกของหญิงเท่านั้น

B. ไม่อาจอ้างความยินยอมในการดำเนินคดีสำหรับการฝ่าฝืนบทบัญญัติในมาตรานี้ หากผู้ถูกระทำนั้น มีอายุ 15, 16 หรือ 17 ปีบริบูรณ์ และผู้กระทำอยู่ในฐานะที่เชื่อใจได้”

การกระทำความผิดตามบทบัญญัติในมาตรานี้ มิได้กำหนดว่าผู้กระทำจะต้องมีอายุเท่าใด หากมีการสัมผัสทางเพศ (Sexual Contact) เกิดขึ้นกับผู้เสียหายซึ่งมีอายุตั้งแต่ 15 ปีขึ้นไปโดยปราศจากความยินยอม หรือเพียงแค่อุบัติการสัมผัสทางเพศกับหน้าอกของหญิงโดยที่หญิงนั้นมีอายุต่ำกว่า 15 ปี ผู้กระทำต้องรับผิดตามมาตรา 13-1404(A) ทั้งนี้ หากมีการกระทำทาง

⁷¹ Arizona State Legislature, “Arizona Penal Code,” [Online] Accessed: Nov 20, 2018. Available from: <https://www.azleg.gov/arsDetail/?title=13>

⁷² Section 13-1404 “Sexual abuse; classification

A. A person commits sexual abuse by intentionally or knowingly engaging in sexual contact with any person who is fifteen or more years of age without consent of that person or with any person who is under fifteen years of age if the sexual contact involves only the female breast.

B. It is not a defense to a prosecution for a violation of this section that the other person consented if the other person was fifteen, sixteen or seventeen years of age and the defendant was in a position of trust

C. Sexual abuse is a class 5 felony unless the victim is under fifteen years of age in which case sexual abuse is a class 3 felony punishable pursuant to section 13-705.”

เพศเกิดขึ้นกับผู้เสียหายที่เป็นเด็กอายุต่ำกว่า 15 ปีแล้ว ผู้กระทำต้องรับโทษหนักขึ้น ตามมาตรา 13-1404(C)

มาตรา 13-1405⁷³ บัญญัติว่า “การกระทำทางเพศกับผู้เยาว์

A. บุคคลใดกระทำการทางเพศกับผู้เยาว์โดยเจตนา หรือ รู้ว่าจะมีเพศสัมพันธ์หรือมีการร่วมประเวณีทางปากกับบุคคลอื่น ซึ่งมีอายุต่ำกว่า 18 ปีบริบูรณ์

B. กระทำการทางเพศกับผู้เยาว์ซึ่งมีอายุต่ำกว่า 15 ปีบริบูรณ์ ผู้กระทำต้องรับโทษหนักขึ้น”

การกระทำความผิดตามบทบัญญัติในมาตรานี้ มิได้กำหนดว่าผู้กระทำจะต้องมีอายุเท่าใด หากมีเพศสัมพันธ์หรือมีการร่วมประเวณีทางปากเกิดขึ้นกับผู้เสียหายซึ่งมีอายุต่ำกว่า 18 ปีแล้ว ผู้กระทำต้องรับผิดตามมาตรานี้ แต่อย่างไรก็ตามหากผู้กระทำมีอายุต่ำกว่า 19 ปี แม้ผู้เสียหายจะมีอายุเพียง 15, 16 หรือ 17 ปีก็ตาม ผู้กระทำก็สามารถอ้างความยินยอมขึ้นเป็นข้อต่อสู้เพื่อให้ตนพ้นจากความรับผิดตามมาตรา 13-1407(E) ได้ หากการมีเพศสัมพันธ์หรือการร่วมประเวณีทางปากนั้น เกิดขึ้นโดยความยินยอม

นอกจากนี้ผู้กระทำสามารถอ้างความสำคัญผิดในอายุของผู้เสียหายขึ้นเป็นข้อต่อสู้เพื่อให้ตนพ้นจากความรับผิดได้ หากมีเหตุอันสมควรเชื่อได้ว่าผู้เสียหายมีอายุตั้งแต่ 18 ปีขึ้นไป แม้ว่าความจริงแล้วผู้เสียหายจะมีอายุเพียง 15, 16 หรือ 17 ปีในขณะที่ความผิดเกิดขึ้นก็ตาม ตามมาตรา 13-1407(B)

⁷³ Section 13-1405 “Sexual conduct with a minor; classification

A. A person commits sexual conduct with a minor by intentionally or knowingly engaging in sexual intercourse or oral sexual contact with any person who is under eighteen years of age.

B. Sexual conduct with a minor who is under fifteen years of age is a class 2 felony and is punishable pursuant to section 13-705. Sexual conduct with a minor who is at least fifteen years of age is a class 6 felony. Sexual conduct with a minor who is at least fifteen years of age is a class 2 felony if the person is or was in a position of trust and the convicted person is not eligible for suspension of sentence, probation, pardon or release from confinement on any basis except as specifically authorized by section 31-233, subsection A or B until the sentence imposed has been served or commuted.”

มาตรา 13-1407⁷⁴ บัญญัติว่า “ข้อต่อสู้

B. เป็นข้อต่อสู้ในการดำเนินคดีตามมาตรา 13-1404 และมาตรา 13-1405 ได้ ในกรณีการขาดความยินยอมของผู้เสียหาย อันเนื่องมาจากผู้เสียหายไม่มีความสามารถในการให้ความยินยอม เพราะผู้เสียหายมีอายุเพียง 15, 16 หรือ 17 ปี ในขณะที่จำเลยกระทำความผิด โดยที่จำเลยไม่รู้และไม่มีเหตุอันควรรู้ถึงอายุของผู้เสียหาย

E. เป็นข้อต่อสู้ในการดำเนินคดีตามมาตรา 13-1405 และมาตรา 13-3560 ได้ ถ้าผู้เสียหายมีอายุ 15, 16 หรือ 17 ปี และจำเลยมีอายุต่ำกว่า 19 ปี หรือกำลังเข้าเรียนในโรงเรียนมัธยมและมีอายุมากกว่าผู้เสียหายไม่เกิน 24 เดือน และการกระทำดังกล่าวเกิดขึ้นโดยความยินยอม”

หากผู้กระทำไม่สามารถพิสูจน์ได้ว่ามีเหตุอันควรเชื่อว่าผู้เสียหายมีอายุตั้งแต่ 18 ปีขึ้นไป อันเป็นเกณฑ์อายุที่บุคคลจะสามารถให้ความยินยอมทางเพศได้ ผู้กระทำก็ยังคงต้องรับผิดชอบตามมาตรา 13-1404 และมาตรา 13-1405 ประกอบมาตรา 13-1407(B)

กรณีที่ผู้กระทำมีอายุตั้งแต่ 19 ปีขึ้นไป หรือมีอายุมากกว่าผู้เสียหายเกิน 2 ปี แม้ผู้เสียหายจะมีอายุเพียง 15, 16 หรือ 17 ปี ผู้กระทำก็ไม่สามารถอ้างความยินยอมขึ้นเป็นข้อต่อสู้เพื่อให้ตนพ้นจากความรับผิดชอบตามมาตรา 13-140(E) ได้ ยังคงต้องรับผิดชอบตามมาตรา 13-1405 และมาตรา 13-3560

⁷⁴ Section 13-1407. “Defenses

...B. It is a defense to a prosecution pursuant to sections 13-1404 and 13-1405 in which the victim's lack of consent is based on incapacity to consent because the victim was fifteen, sixteen or seventeen years of age if at the time the defendant engaged in the conduct constituting the offense the defendant did not know and could not reasonably have known the age of the victim.

E. It is a defense to a prosecution pursuant to sections 13-1405 and 13-3560 if the victim is fifteen, sixteen or seventeen years of age, the defendant is under nineteen years of age or attending high school and is no more than twenty-four months older than the victim and the conduct is consensual.”

4.4.3.2 หลักเกณฑ์เกี่ยวกับการอ้างความไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิดทางเพศ

ประมวลกฎหมายอาญาของมลรัฐแอริโซนาได้กำหนดให้เด็กมีความสามารถในการให้ความยินยอมทางเพศได้เมื่อมีอายุ 18 ปีบริบูรณ์ ตามมาตรา 13-1405(A)⁷⁵ ทั้งนี้ หากผู้กระทำมีอายุต่ำกว่า 19 ปี แม้ผู้เสียหายจะมีอายุเพียง 15, 16 หรือ 17 ปีก็ตาม ผู้กระทำก็สามารถอ้างความยินยอมขึ้นเป็นข้อต่อสู้เพื่อให้ตนพ้นจากความรับผิดตามมาตรา 13-1407(E) ได้ หากการมีเพศสัมพันธ์หรือการร่วมประเวณีทางปากนั้น เกิดขึ้นโดยความยินยอม

นอกจากนี้ผู้กระทำสามารถอ้างความสำคัญผิดในอายุของผู้เสียหายขึ้นต่อสู้เพื่อให้ตนพ้นจากความรับผิดได้ หากมีเหตุอันสมควรเชื่อได้ว่าผู้เสียหายมีอายุตั้งแต่ 18 ปีขึ้นไป และมีเพศสัมพันธ์โดยความยินยอม แม้ว่าความจริงแล้วผู้เสียหายจะมีอายุเพียง 15, 16 หรือ 17 ปีในขณะที่ความผิดเกิดขึ้นก็ตาม ผู้กระทำสามารถอ้างความสำคัญผิดดังกล่าวได้ ตามบทบัญญัติในมาตรา 13-1407(B) ทั้งนี้ หากความจริงปรากฏว่าผู้เสียหายมีอายุต่ำกว่า 15 ปี แม้ผู้กระทำจะมีเหตุอันสมควรเชื่อ หรือเชื่อโดยสุจริตว่าผู้เสียหายมีอายุ 18 ปีแล้วก็ตาม ผู้กระทำยังคงต้องรับผิดตามหลักความรับผิดโดยเคร่งครัด (Strict Liability)⁷⁶ ไม่อาจอ้างความสำคัญผิดในอายุขึ้นเป็นข้อต่อสู้ได้

อย่างไรก็ตามหากมีการกระทำทางเพศเกิดขึ้นกับเด็กที่มีอายุต่ำกว่า 15 ปี ผู้กระทำต้องรับโทษหนักขึ้น ตามมาตรา 13-1404(C) และมาตรา 13-1405(B)

⁷⁵ Section 13-1405 “A. A person commits sexual conduct with a minor by intentionally or knowingly engaging in sexual intercourse or oral sexual contact with any person who is under eighteen years of age....”

⁷⁶ State v. Valdez, No. 2 CA-CR 2013-0463, 2015 WL 428358 (Ariz. Ct. App. Jan. 30, 2015)

4.4.4 มลรัฐนิวยอร์ก

4.4.4.1 มาตรการเกี่ยวกับความผิดทางเพศ

มาตรการในความผิดเกี่ยวกับเพศของมลรัฐนิวยอร์กนั้นถูกบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญาของมลรัฐนิวยอร์ก (New York Penal Code)⁷⁷ ซึ่งอยู่ในบทที่ 130 ความผิดเกี่ยวกับเพศ (Sexual Offenses) โดยมีสาระสำคัญในความผิดทางเพศ ดังต่อไปนี้

มาตรา 130.25⁷⁸ บัญญัติว่า “การข่มขืนกระทำชำเราในระดับที่ 3

บุคคลย่อมมีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราระดับ 3 เมื่อ:

1. ผู้นั้นได้กระทำชำเราผู้อื่น ซึ่งไม่สามารถให้ความยินยอมได้ เนื่องจากปัจจัยบางอย่างนอกเหนือจากการมีอายุต่ำกว่า 17 ปี
2. บุคคลใดที่มีอายุตั้งแต่ 21 ปีขึ้นไป ได้กระทำชำเราผู้อื่น ซึ่งมีอายุต่ำกว่า 17 ปี หรือ
3. บุคคลใดกระทำชำเราผู้อื่นโดยปราศจากความยินยอม เนื่องจากปัจจัยบางอย่างนอกเหนือจากการไม่สามารถให้ความยินยอมได้”

หากมีการกระทำชำเรา ผู้เยาว์ซึ่งมีอายุต่ำกว่า 17 ปี และผู้กระทำมีอายุอย่างน้อย 21 ปี ย่อมต้องรับผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราระดับ 3 ตามมาตรา 130.25

⁷⁷ New York State Law, “New York Penal Code,” [Online] Accessed: Nov 20, 2018. Available from: <http://ypdcrime.com/penal.law/article130.htm>

⁷⁸ Section 130.25 “Rape in the third degree.
A person is guilty of rape in the third degree when:
1. He or she engages in sexual intercourse with another person who is incapable of consent by reason of some factor other than being less than seventeen years old;
2. Being twenty-one years old or more, he or she engages in sexual intercourse with another person less than seventeen years old; or
3. He or she engages in sexual intercourse with another person without such person’s consent where such lack of consent is by reason of some factor other than incapacity to consent....”

มาตรา 130.30⁷⁹ บัญญัติว่า “การข่มขืนกระทำชำเราในระดับที่ 2

บุคคลย่อมมีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราระดับ 2 เมื่อ:

1. บุคคลใดที่มีอายุตั้งแต่ 18 ปีขึ้นไป ได้กระทำชำเราผู้อื่น ซึ่งมีอายุต่ำกว่า 15 ปี หรือ

2. บุคคลใดกระทำชำเราผู้อื่นซึ่งไม่สามารถให้ความยินยอมได้ เนื่องจากเป็นบุคคลวิกลจริต หรือเป็นบุคคลไร้ความสามารถ

เป็นข้อต่อสู้เพื่อให้ตนไม่ต้องรับโทษในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ระดับ 2 ตามที่กำหนดไว้ในอนุมาตราหนึ่งของมาตรานี้ได้ หากจำเลยมีอายุมากกว่าผู้เสียหาย ต่ำกว่า 4 ปี ในขณะที่กระทำความผิด”

หากมีการกระทำชำเรา เด็กซึ่งมีอายุต่ำกว่า 15 ปี และผู้กระทำมีอายุอย่างน้อย 18 ปี ย่อมต้องรับผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราระดับ 2 ตามมาตรา 130.30 เว้นแต่ผู้กระทำมีอายุมากกว่าเด็กไม่เกิน 3 ปี สามารถอ้างเหตุดังกล่าวขึ้นเป็นข้อต่อสู้เพื่อให้ตนไม่ต้องรับโทษ (Affirmative Defense) ในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราระดับ 2 ตามที่กำหนดไว้ในอนุมาตราหนึ่งของมาตรานี้ได้

มาตรา 130.35⁸⁰ บัญญัติว่า “การข่มขืนกระทำชำเราในระดับที่ 1

⁷⁹ Section 130.30 “Rape in the second degree.

A person is guilty of rape in the second degree when:

1. being eighteen years old or more, he or she engages in sexual intercourse with another person less than fifteen years old; or

2. he or she engages in sexual intercourse with another person who is incapable of consent by reason of being mentally disabled or mentally incapacitated.

It shall be an affirmative defense to the crime of rape in the second degree as defined in subdivision one of this section that the defendant was less than four years older than the victim at the time of the act....”

⁸⁰ Section 130.35 “Rape in the first degree.

A person is guilty of rape in the first degree when he or she engages in sexual intercourse with another person:

1. By forcible compulsion; or

2. Who is incapable of consent by reason of being physically helpless; or

บุคคลย่อมมีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราระดับ 1 เมื่อบุคคลนั้นได้
กระทำชำเรากับผู้อื่น:

1. โดยการใช้กำลังบังคับ หรือ
2. เป็นผู้ที่ไม่สามารถให้ความยินยอมได้ เนื่องจากเป็นผู้ที่ไม่สามารถ
ช่วยเหลือตนเองได้ หรือ
3. เป็นผู้ที่มีอายุต่ำกว่า 11 ปี หรือ
4. เป็นผู้ที่มีอายุต่ำกว่า 13 ปี และผู้กระทำมีอายุตั้งแต่ 18 ปีขึ้นไป”

หากมีการกระทำชำเรา เด็กซึ่งมีอายุต่ำกว่า 11 ปี ไม่ว่าผู้กระทำจะมีอายุ
เท่าใดก็ตาม ย่อมต้องรับผิดตามมาตรา 130.35 ทั้งนี้หากมีการกระทำชำเรา เด็กซึ่งมีอายุต่ำกว่า 13
ปี และผู้กระทำมีอายุตั้งแต่ 18 ปีขึ้นไป ย่อมต้องรับผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราระดับ 1 ตามมาตรา
130.35 เช่นกัน

มาตรา 130.40⁸¹ บัญญัติว่า “การกระทำความผิดทางเพศในระดับที่ 3

บุคคลย่อมมีความผิดฐานกระทำความผิดทางเพศในระดับที่ 3 เมื่อ:

1. บุคคลใดร่วมประเวณีทางปาก หรือทางทวารหนัก กับผู้อื่น ซึ่งไม่สามารถ
ให้ความยินยอมได้ เนื่องจากปัจจัยบางอย่างนอกเหนือจากการที่มีอายุต่ำกว่า 17 ปี

3. Who is less than eleven years old; or

4. Who is less than thirteen years old and the actor is eighteen years old or more....”

⁸¹ Section 130.40 “Criminal sexual act in the third degree.

A person is guilty of criminal sexual act in the third degree when:

1. He or she engages in oral sexual conduct or anal sexual conduct with a person who is incapable of consent by reason of some factor other than being less than seventeen years old;
2. Being twenty-one years old or more, he or she engages in oral sexual conduct or anal sexual conduct with a person less than seventeen years old; or
3. He or she engages in oral sexual conduct or anal sexual conduct with another person without such person's consent where such lack of consent is by reason of some factor other than incapacity to consent....”

2. บุคคลใดที่มีอายุตั้งแต่ 21 ปีขึ้นไป ได้ร่วมประเวณีทางปาก หรือทางทวารหนัก กับผู้อื่น ซึ่งมีอายุต่ำกว่า 17 ปี หรือ

3. บุคคลใดร่วมประเวณีทางปาก หรือทางทวารหนัก กับผู้อื่นโดยปราศจากความยินยอม เนื่องจากปัจจัยบางอย่างนอกเหนือจากการไม่สามารถให้ความยินยอมได้”

ตามบทบัญญัติในมาตรานี้ หากมีการกระทำทางเพศ ซึ่งรวมถึงกรณีการร่วมประเวณีทางปาก และทางทวารหนัก กับผู้เยาว์ซึ่งมีอายุต่ำกว่า 17 ปี และผู้กระทำความผิดมีอายุอย่างน้อย 21 ปี ย่อมต้องรับผิดฐานกระทำความผิดทางเพศในระดับที่ 3 ตามมาตรา 130.40

มาตรา 130.45⁸² บัญญัติว่า “การกระทำความผิดทางเพศในระดับที่ 2

บุคคลย่อมมีความผิดฐานกระทำความผิดทางเพศในระดับที่ 2 เมื่อ:

1. บุคคลใดที่มีอายุตั้งแต่ 18 ปีขึ้นไป ได้ร่วมประเวณีทางปาก หรือทางทวารหนัก กับผู้อื่นซึ่งมีอายุต่ำกว่า 15 ปี หรือ

2. บุคคลใดร่วมประเวณีทางปาก หรือทางทวารหนัก กับผู้อื่นซึ่งไม่สามารถให้ความยินยอมได้ เนื่องจากเป็นบุคคลวิกลจริต หรือเป็นบุคคลไร้ความสามารถ

เป็นข้อต่อสู้เพื่อให้ตนไม่ต้องรับโทษในความผิดฐานกระทำความผิดทางเพศในระดับที่ 2 ตามที่กำหนดไว้ในอนุมาตราหนึ่งของมาตรานี้ได้ หากจำเลยมีอายุมากกว่าผู้เสียหาย ต่ำกว่า 4 ปี ในขณะที่กระทำความผิด”

⁸² Section 130.45 “Criminal sexual act in the second degree.

A person is guilty of criminal sexual act in the second degree when:

1. being eighteen years old or more, he or she engages in oral sexual conduct or anal sexual conduct with another person less than fifteen years old; or

2. he or he engages in oral sexual conduct or anal sexual conduct with another person who is incapable of consent by reason of being mentally disabled or mentally incapacitated.

It shall be an affirmative defense to the crime of criminal sexual act in the second degree as defined in subdivision one of this section that the defendant was less than four years older than the victim at the time of the act....”

ตามบทบัญญัติในมาตรานี้ หากมีการกระทำทางเพศ ซึ่งรวมถึงกรณีการร่วมประเวณีทางปาก และทางทวารหนัก กับเด็กซึ่งมีอายุต่ำกว่า 15 ปี และผู้กระทำมีอายุอย่างน้อย 18 ปี ย่อมต้องรับผิดฐานกระทำความผิดทางเพศในระดับที่ 2 ตามมาตรา 130.45 เว้นแต่ผู้กระทำมีอายุมากกว่าเด็กไม่เกิน 3 ปี สามารถอ้างเหตุดังกล่าวขึ้นเป็นข้อต่อสู้เพื่อให้ตนไม่ต้องรับโทษ (Affirmative Defense) ในความผิดฐานกระทำความผิดทางเพศในระดับที่ 2 ตามที่กำหนดไว้ในอนุมาตราหนึ่งของมาตรานี้ได้

มาตรา 130.50⁸³ บัญญัติว่า “การกระทำความผิดทางเพศในระดับที่ 1

บุคคลย่อมมีความผิดฐานกระทำความผิดทางเพศในระดับที่ 1 เมื่อบุคคลนั้นได้ร่วมประเวณีทางปาก หรือทางทวารหนัก กับผู้อื่น:

1. โดยการใช้กำลังบังคับ หรือ
2. เป็นผู้ที่ไม่สามารถให้ความยินยอมได้ เนื่องจากเป็นผู้ที่ไม่สามารถช่วยเหลือตนเองได้ หรือ
3. เป็นผู้ที่มีอายุต่ำกว่า 11 ปี หรือ
4. เป็นผู้ที่มีอายุต่ำกว่า 13 ปี และผู้กระทำมีอายุตั้งแต่ 18 ปีขึ้นไป”

หากมีการกระทำทางเพศ ซึ่งรวมถึงกรณีการร่วมประเวณีทางปาก และทางทวารหนัก กับเด็กที่มีอายุต่ำกว่า 11 ปี ไม่ว่าผู้กระทำจะมีอายุเท่าใดก็ตาม ย่อมต้องรับผิดตามมาตรา 130.50 ทั้งนี้ หากมีการกระทำทางเพศ กับเด็กซึ่งมีอายุต่ำกว่า 13 ปี และผู้กระทำมีอายุอย่างน้อย 18 ปี ย่อมต้องรับผิดฐานกระทำความผิดทางเพศในระดับที่ 1 ตามมาตรา 130.50 เช่นกัน

⁸³ Section 130.50 “Criminal sexual act in the first degree.

A person is guilty of criminal sexual act in the first degree when he or she engages in oral sexual conduct or anal sexual conduct with another person:

1. By forcible compulsion; or
2. Who is incapable of consent by reason of being physically helpless; or
3. Who is less than eleven years old; or
4. Who is less than thirteen years old and the actor is eighteen years old or more...”

มาตรา 130.55⁸⁴ บัญญัติว่า “การกระทำอนาจารในระดับที่ 3

บุคคลย่อมมีความผิดฐานกระทำอนาจารในระดับที่ 3 เมื่อ บุคคลนั้นกระทำการสัมผัสทางเพศต่อบุคคลอื่นโดยปราศจากความยินยอม ยกเว้นว่าในการฟ้องคดีตามมาตรา นี้ มีข้อต่อสู้เพื่อให้ตนไม่ต้องรับโทษว่า

(a) การที่บุคคลนั้นขาดความยินยอม เป็นเพราะไม่สามารถให้ความยินยอมได้ เนื่องจากมีอายุต่ำกว่า 17 ปี และ

(b) บุคคลดังกล่าวมีอายุมากกว่า 14 ปี และ

(c) จำเลยมีอายุมากกว่าบุคคลนั้น ต่ำกว่า 5 ปี”

หากมีการกระทำอนาจารซึ่งรวมถึงการสัมผัสทางเพศ ต่อบุคคลอื่นโดยปราศจากความยินยอม ย่อมต้องรับผิดฐานกระทำอนาจารในระดับที่ 3 ตามมาตรา 130.55 เว้นแต่ผู้เยาว์มีอายุ 15 หรือ 16 ปี และผู้กระทำมีอายุมากกว่าผู้เยาว์ไม่เกิน 4 ปี สามารถอ้างเหตุดังกล่าวขึ้นเป็นข้อต่อสู้เพื่อให้ตนไม่ต้องรับโทษ (Affirmative Defense) ตามมาตรานี้ได้

มาตรา 130.60⁸⁵ บัญญัติว่า “การกระทำอนาจารในระดับที่ 2

บุคคลย่อมมีความผิดฐานกระทำอนาจารในระดับที่ 2 เมื่อบุคคลนั้นกระทำการสัมผัสทางเพศต่อบุคคลอื่น และ

⁸⁴ Section 130.55 “Sexual abuse in the third degree.

A person is guilty of sexual abuse in the third degree when he or she subjects another person to sexual contact without the latter’s consent; except that in any prosecution under this section, it is an affirmative defense that

(a) such other person’s lack of consent was due solely to incapacity to consent by reason of being less than seventeen years old, and

(b) such other person was more than fourteen years old, and

(c) the defendant was less than five years older than such other person....”

⁸⁵ Section 130.60 “Sexual abuse in the second degree.

A person is guilty of sexual abuse in the second degree when he or she subjects another person to sexual contact and when such other person is:

1. Incapable of consent by reason of some factor other than being less than seventeen years old; or
2. Less than fourteen years old....”

1. บุคคลอื่นไม่สามารถให้ความยินยอมได้ เนื่องจากเหตุผลบางประการ นอกเหนือจากการมีอายุต่ำกว่า 17 ปี หรือ

2. บุคคลอื่นมีอายุต่ำกว่า 14 ปี”

บทบัญญัติในมาตรานี้ให้ความคุ้มครองเด็กซึ่งมีอายุต่ำกว่า 14 ปี หากมีการกระทำอนาจารซึ่งรวมถึงการสัมผัสทางเพศ กับบุคคลที่มีอายุต่ำกว่า 14 ปี ไม่ว่าผู้กระทำจะมีอายุเท่าใดก็ตาม ย่อมต้องรับผิดตามมาตรา 130.60

มาตรา 130.65⁸⁶ บัญญัติว่า “การกระทำอนาจารในระดับที่ 1

บุคคลย่อมมีความผิดฐานกระทำอนาจารในระดับที่ 1 เมื่อบุคคลนั้นกระทำการสัมผัสทางเพศต่อบุคคลอื่น

1. โดยการใช้อำลับังคับ หรือ

2. บุคคลอื่นนั้นเป็นผู้ที่ไม่สามารถให้ความยินยอมได้ เนื่องจากเป็นผู้ที่ไม่สามารถช่วยเหลือตนเองได้ หรือ

3. บุคคลอื่นนั้นเป็นผู้ที่มีอายุต่ำกว่า 11 ปี หรือ

4. บุคคลอื่นนั้นเป็นผู้ที่มีอายุต่ำกว่า 13 ปี และผู้กระทำมีอายุตั้งแต่ 21 ปี

ขึ้นไป”

ตามบทบัญญัติในมาตรานี้ หากมีการกระทำอนาจารซึ่งรวมถึงการสัมผัสทางเพศ กับเด็กซึ่งมีอายุต่ำกว่า 11 ปี ไม่ว่าผู้กระทำจะมีอายุเท่าใดก็ตาม ย่อมต้องรับผิดตามมาตรา

⁸⁶ Section 130.65 “Sexual abuse in the first degree.

A person is guilty of sexual abuse in the first degree when he or she subjects another person to sexual contact:

1. By forcible compulsion; or

2. When the other person is incapable of consent by reason of being physically helpless; or

3. When the other person is less than eleven years old; or

4. When the other person is less than thirteen years old and the actor is twenty-one years old or

older....”

130.65 ทั้งนี้หากมีการกระทำอนาจาร กับเด็กซึ่งมีอายุต่ำกว่า 13 ปี และผู้กระทำมีอายุอย่างน้อย 21 ปี ย่อมต้องรับผิดฐานกระทำอนาจารในระดับที่ 1 ตามมาตรานี้เช่นกัน

4.4.4.2 หลักเกณฑ์เกี่ยวกับการอ้างความไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิดทางเพศ

ประมวลกฎหมายอาญาของมลรัฐนิวยอร์ก ได้กำหนดให้เด็กมีความสามารถในการให้ความยินยอมทางเพศได้เมื่อมีอายุ 17 ปีบริบูรณ์ ตามมาตรา 130.05⁸⁷ ดังนั้นหากมีการกระทำทางเพศเกิดขึ้นกับบุคคลที่มีอายุต่ำกว่า 17 ปี การกระทำดังกล่าวย่อมมีความผิดตามกฎหมาย โดยที่ผู้กระทำไม่อาจอ้างความยินยอมของเด็กเพื่อให้ตนหลุดพ้นจากความรับผิดได้

ในกรณีที่ผู้เยาว์ซึ่งมีอายุ 15 หรือ 16 ปี ยินยอมมีเพศสัมพันธ์ โดยรวมถึงกรณีการร่วมประเวณีทางปาก หรือทางทวารหนัก กับบุคคลที่มีอายุต่ำกว่า 21 ปี ผู้กระทำไม่ต้องรับผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราหรือกระทำความผิดทางเพศ เนื่องจากไม่เข้าตามกรณีที่ถูกกฎหมายได้บัญญัติไว้ ทั้งนี้ หากมีกรณีที่เด็กซึ่งมีอายุ 11 12 13 หรือ 14 ปี ยินยอมมีเพศสัมพันธ์ โดยรวมถึงกรณีการร่วมประเวณีทางปาก หรือทางทวารหนัก กับบุคคลที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปี ผู้กระทำย่อมไม่ต้องรับผิดเช่นเดียวกัน เนื่องจากไม่เข้าตามกรณีที่ถูกกฎหมายได้บัญญัติไว้ในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราหรือกระทำความผิดทางเพศ

อย่างไรก็ตามหากมีการสัมผัสทางเพศ ต่อเด็กซึ่งมีอายุต่ำกว่า 14 ปี แม้เด็กจะยินยอมก็ตาม ผู้กระทำย่อมต้องรับผิดฐานกระทำการอนาจาร ทั้งนี้หากมีการสัมผัสทางเพศ ต่อเด็กซึ่งมีอายุต่ำกว่า 11 ปี หรือมีการสัมผัสทางเพศ ต่อเด็กซึ่งมีอายุต่ำกว่า 13 ปี และผู้กระทำมีอายุอย่างน้อย 21 ปี แม้เด็กจะยินยอมก็ตาม ผู้กระทำย่อมต้องรับโทษหนักขึ้น

นอกจากนี้ในกรณีที่มีความสำคัญผิดในอายุ ผู้กระทำความผิดไม่สามารถยกข้ออ้างดังกล่าวขึ้นอ้างเป็นข้อต่อสู้ได้เลย แม้ว่าจะมีเหตุอันสมควรเชื่อ หรือเชื่อโดยสุจริตก็ตาม ผู้กระทำยังคงต้องรับผิด โดยอายุของผู้เสียหายไม่ถือเป็นหนึ่งในองค์ประกอบความผิดเกี่ยวกับเพศ

⁸⁷ Section 130.05 “Sex offenses; lack of consent.

3. A person is deemed incapable of consent when he or she is:

(a) less than seventeen years old...”

ภายใต้บทที่ 130 ความผิดเกี่ยวกับเพศของประมวลกฎหมายอาญานี้ (“...These statutes provide, in substance, that whenever a person is charged with a sex offense as defined in Article 130 of the Penal Law, and the victim's age is *not* an element of the offense...”)⁸⁸

ความรุนแรงของบทลงโทษในความผิดเกี่ยวกับเพศของมลรัฐนิวยอร์กจะขึ้นอยู่กับอายุของผู้กระทำความผิดและผู้เสียหาย รวมทั้งพฤติการณ์ต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นด้วย ซึ่งส่วนใหญ่แล้ว ยิ่งผู้เสียหายมีอายุน้อยเท่าใด ผู้กระทำความผิดก็ต้องรับโทษหนักขึ้นมากเท่านั้น

จากการศึกษาหลักกฎหมายเกี่ยวกับความผิดทางเพศของประเทศสหรัฐอเมริกาแล้ว พบว่าหากเป็นกรณีที่เด็กสมัครใจกระทำการทางเพศ และมีอายุใกล้เคียงกัน ในบางมลรัฐจะกำหนดให้เด็กสามารถยกข้อต่อสู้ดังกล่าวขึ้นต่อสู้เพื่อให้ตนไม่ต้องรับโทษ (Affirmative Defense) หรือเป็นเหตุลดหย่อนโทษ หรือเป็นเหตุยกเว้นโทษก็ได้ ซึ่งเรียกหลักนี้ว่า “Romeo and Juliet”⁸⁹

หลักกฎหมาย Romeo and Juliet นี้ จะยกเว้นโทษหรือลดหย่อนโทษในกรณีที่ผู้กระทำความผิดทางเพศและผู้เสียหายมีอายุใกล้เคียงกัน และสมัครใจกระทำการทางเพศโดยมิได้มีการบังคับขืนใจแต่อย่างใด ซึ่งหลักนี้จะกำหนดเกณฑ์อายุของทั้งผู้เสียหายและผู้กระทำความผิด และกำหนดระยะห่างของช่วงอายุไม่เกินจำนวนปีที่กำหนด เช่น ผู้กระทำความผิดและผู้เสียหายมีอายุห่างกันไม่เกินสามปี เป็นต้น

หลักกฎหมาย Romeo and Juliet เป็นหลักที่หลาย ๆ มลรัฐในประเทศสหรัฐอเมริกาให้การยอมรับและนำมาบัญญัติใช้แก่ผู้กระทำความผิดทางเพศที่เป็นเด็กซึ่งมีอายุใกล้เคียงกันกับผู้เสียหาย โดยอยู่ในช่วงอายุไม่เกินจำนวนปีที่กำหนด เป็นการแก้ปัญหาสำหรับกรณีวัยรุ่นสมัครใจกระทำการทางเพศ ทำให้วัยรุ่นนั้นไม่ต้องรับผิดทางอาญา โดยแต่ละมลรัฐได้นำมา

⁸⁸ People v. Walters, 196 Misc. 2d 78, 763 N.Y.S.2d 715 (Sup. Ct. 2003)

⁸⁹ Jordan Franklin. "Where Art Thou, Privacy?: Expanding Privacy Rights of Minors in Regard to Consensual Sex: Statutory Rape Laws and the Need for a "Romeo and Juliet" Exception in Illinois." *John Marshall Law Review* 46, no. 309 (Fall 2012).

บัญญัติใช้เป็นเหตุไม่ต้องรับโทษ เหตุบรรเทาโทษ หรือนำมาใช้เป็นข้อต่อสู้ให้ไม่ต้องรับโทษแตกต่างกันไป ซึ่งขึ้นอยู่กับเจตนารมณ์และความเหมาะสมของแต่ละรัฐนั้น ๆ

ภายหลังจากการศึกษามาตรการและหลักเกณฑ์ของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจารตามกฎหมายต่างประเทศของประเทศต่าง ๆ มาแล้ว พบว่ามาตรการและหลักเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับกรณีการอ้างความไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิดทางเพศ มีดังต่อไปนี้

ตารางที่ 2 สรุปหลักเกณฑ์เรื่องการอ้างความไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจารตามกฎหมายต่างประเทศ

ประเทศ	อายุของเด็กที่สามารถให้ความยินยอมทางเพศ	ข้อต่อสู้ที่เกี่ยวกับการอ้างความไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจาร	เหตุลดโทษ เหตุยกเว้นโทษ หรือเหตุยกเว้นความรับผิดของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจาร
สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี	14 ปีบริบูรณ์	1. หากมีการกระทำทางเพศเกิดขึ้นกับบุคคลที่มีอายุต่ำกว่า 14 ปี ผู้กระทำไม่อาจอ้างความยินยอมของเด็กเพื่อให้ตนหลุดพ้นจากความรับผิด 2. ผู้กระทำสามารถอ้างความสำคัญผิดในอายุของผู้เสียหายขึ้นสู้เพื่อให้ตนพ้นจากความรับผิดได้ ตามมาตรา 16	-

<p>สมาพันธ์รัฐสวิส</p>	<p>16 ปีบริบูรณ์</p>	<p>1. หากมีการกระทำความผิดทางเพศกับเด็กอายุต่ำกว่า 16 ปี ผู้กระทำไม่อาจอ้างความยินยอมของเด็กเพื่อให้ตนหลุดพ้นจากความรับผิด</p> <p>2. หากผู้กระทำความผิดตามมาตรา 187 กระทำไปโดยสำคัญผิดว่าเด็กมีอายุตั้งแต่ 16 ปีขึ้นไป โดยความสำคัญผิดดังกล่าวมิได้เกิดจากตัวผู้กระทำความผิดเอง แม้ว่าผู้กระทำได้ใช้ความระมัดระวังแล้ว ผู้กระทำก็ยังคงต้องรับผิดชอบ ตามมาตรา 187(4)</p>	<p>1. หากเด็กหรือเยาวชนยินยอมกระทำความผิดทางเพศระหว่างกันเอง โดยที่อายุระหว่างผู้กระทำ ความผิดกับผู้เสียหายห่างกันไม่เกิน 3 ปีจะไม่เป็นความผิดตามมาตรา 187(1) เข้าข่ายยกเว้นตามมาตรา 187(2)</p> <p>2. หากผู้กระทำความผิดมีอายุต่ำกว่า 20 ปีในขณะที่กระทำความผิด หรือได้กระทำความผิดเป็นครั้งแรก และมีพฤติการณ์พิเศษ (Special Circumstances) หรือกรณีที่เด็กเป็นคู่สมรสหรือจดทะเบียนคู่ชีวิตกับผู้กระทำความผิด หน่วยงานที่รับผิดชอบอาจสั่งฟ้องและดำเนินคดีต่อศาล หรือลงโทษปรับแทนก็ได้ ตามมาตรา 187(3)</p>
------------------------	----------------------	---	---

<p>สหราชอาณาจักร</p>	<p>16 ปีบริบูรณ์</p>	<p>1. ในกรณีความผิดทางเพศที่เกี่ยวข้องกับเด็กที่มีอายุต่ำกว่า 16 ปี ผู้กระทำไม่อาจอ้างความยินยอมของเด็กเพื่อให้ตนหลุดพ้นจากความรับผิด</p> <p>2. ในกรณีที่ผู้เสียหายมีอายุต่ำกว่า 13 ปี ผู้กระทำต้องรับผิดโดยเคร่งครัด (Strict Liability) ไม่อาจอ้างความไม่รู้อายุของเด็กขึ้นต่อสู้เพื่อให้ตนพ้นจากความรับผิด</p> <p>3. ในกรณีที่ผู้เสียหายมีอายุตั้งแต่ 13 ปีขึ้นไป ผู้กระทำสามารถอ้างความไม่รู้อายุของเด็กขึ้นต่อสู้เพื่อให้ตนพ้นจากความรับผิดได้ หากมีเหตุอันสมควรเชื่อได้ว่าผู้เสียหายมีอายุตั้งแต่ 16 ปีขึ้นไป</p>	<p>-</p>
<p>มลรัฐแคลิฟอร์เนีย (สหรัฐอเมริกา)</p>	<p>18 ปีบริบูรณ์</p>	<p>1. หากมีการกระทำทางเพศเกิดขึ้นกับบุคคลที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปี ผู้กระทำไม่อาจอ้างความยินยอมของเด็กเพื่อให้ตนหลุดพ้นจากความรับผิด</p> <p>2. กรณีที่มีการกระทำลามกอนาจารต่อผู้เสียหายซึ่งมีอายุ</p>	<p>หากผู้กระทำมีอายุห่างจาก “ผู้เยาว์” ไม่เกิน 3 ปี จะมีความผิดเพียงลหุโทษ ตามมาตรา 261.5</p>

		<p>ต่ำกว่า 14 ปี ตามมาตรา 288(a) ผู้กระทำต้องรับผิดชอบโดยเคร่งครัด (Strict Liability) ไม่อาจอ้างความไม่รู้อายุของเด็กขึ้นต่อสู้เพื่อให้ตนพ้นจากความรับผิด</p> <p>3. ในกรณีที่มีการกระทำลามกอนาจารต่อผู้เสียหายซึ่งมีอายุ 14 ปี หรือ 15 ปี โดยที่ผู้กระทำมีอายุมากกว่าผู้เสียหายอย่างน้อย 10 ปี ตามมาตรา 288(c)(1) ผู้กระทำต้องรับผิดชอบโดยเคร่งครัด (Strict Liability) ไม่อาจอ้างความไม่รู้อายุของเด็กขึ้นต่อสู้เพื่อให้ตนพ้นจากความรับผิด</p>	
<p>มลรัฐอิลลินอยส์ (สหรัฐอเมริกา)</p>	<p>18 ปีบริบูรณ์</p>	<p>1. หากมีการกระทำทางเพศเกิดขึ้นกับบุคคลที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปี ไม่อาจอ้างความยินยอมของเด็กเพื่อให้ตนหลุดพ้นจากความรับผิด</p> <p>2. หากมีการกระทำทางเพศเกิดขึ้นกับบุคคลที่มีอายุอย่างน้อย 13 ปี แต่ไม่เกิน 16 ปี ผู้กระทำอาจอ้างความไม่รู้อายุของเด็กขึ้นต่อสู้เพื่อให้ตน</p>	<p>1. ในกรณีที่มีการล่วงละเมิดทางเพศต่อผู้เสียหายที่มีอายุอย่างน้อย 9 ปี แต่ไม่เกิน 16 ปี และผู้กระทำมีอายุต่ำกว่า 17 ปี รับผิดชอบเพียงลหุโทษ ตามมาตรา 5/11-1.50(b)</p>

		<p>พ้นจากความรับผิดชอบ หากมีเหตุอันสมควรเชื่อ (Reasonably Believe) ว่าผู้เสียหายนั้นมีอายุตั้งแต่ 17 ปีขึ้นไปตามมาตรา 5/11-1.70(b), 5/11-1.50(c) และ 5/11-1.60(d)</p> <p>3.กรณีที่ผู้กระทำมีอายุต่ำกว่า 17 ปี และผู้เสียหายมีอายุอย่างน้อย 9 ปี แต่ไม่เกิน 16 ปี หากมีเหตุอันสมควรเชื่อ (Reasonably Believe) ว่าผู้เสียหายนั้นมีอายุตั้งแต่ 17 ปีขึ้นไป ผู้กระทำอาจอ้างความไม่รู้อายุของเด็กขึ้นต่อสู้เพื่อให้ตนพ้นจากความรับผิดชอบ ได้ ตามมาตรา 5/11-1.70(b) และ 5/11-1.50(b)</p> <p>4.หากเป็นกรณีที่ผู้เสียหายเป็นเด็กซึ่งมีอายุต่ำกว่า 13 ปี และผู้กระทำมีอายุตั้งแต่ 17 ปีขึ้นไป ผู้กระทำไม่อาจอ้างความไม่รู้อายุของเด็กขึ้นต่อสู้เพื่อให้ตนพ้นจากความรับผิดชอบ เนื่องจากไม่เข้าตามมาตรา 5/11-1.70(b) ผู้กระทำต้องรับผิดชอบโดยเคร่งครัด (Strict Liability)</p>	<p>2.ในกรณีที่มีการล่วงละเมิดทางเพศ ต่อผู้เสียหายซึ่งมีอายุอย่างน้อย 13 ปี แต่ไม่เกิน 16 ปี และผู้กระทำนั้นมีอายุมากกว่าผู้เสียหายไม่เกิน 4 ปี รับผิดชอบเพียงลหุโทษ ตามมาตรา 5/11-1.50(c)</p>
--	--	--	---

<p>มลรัฐแอริโซนา (สหรัฐอเมริกา)</p>	<p>18 ปีบริบูรณ์</p>	<p>1. หากผู้กระทำมีอายุต่ำกว่า 19 ปี แม่ผู้เสียหายจะมีอายุเพียง 15, 16 หรือ 17 ปี ผู้กระทำก็สามารถอ้างความยินยอมขึ้นเป็นข้อต่อสู้เพื่อให้ตนพ้นจากความรับผิดชอบตามมาตรา 13-1407(E) ได้ หากการมีเพศสัมพันธ์เกิดขึ้นโดยความยินยอม ประกอบมาตรา 13-1405</p> <p>2. ผู้กระทำสามารถอ้างความไม่รู้อายุของเด็กขึ้นต่อสู้เพื่อให้ตนพ้นจากความรับผิดชอบได้ หากมีเหตุอันสมควรเชื่อได้ว่าผู้เสียหายมีอายุตั้งแต่ 18 ปีขึ้นไป และมีเพศสัมพันธ์โดยความยินยอม แม้ว่าความจริงแล้วผู้เสียหายจะมีอายุเพียง 15, 16 หรือ 17 ปีในขณะที่ความผิดเกิดขึ้น ตามมาตรา 13-1407(B), 13-1404 และ 13-1405</p> <p>3. ผู้กระทำไม่อาจอ้างความไม่รู้อายุของเด็กขึ้นต่อสู้เพื่อให้ตนพ้นจากความรับผิดชอบ หากผู้เสียหายมีอายุต่ำกว่า 15 ปี</p>	<p>-</p>
---	----------------------	--	----------

		ผู้กระทำต้องรับผิดโดย เคร่งครัด (Strict Liability)	
มลรัฐนิวยอร์ก (สหรัฐอเมริกา)	17 ปีบริบูรณ์	<p>1. หากมีการกระทำทางเพศเกิดขึ้นกับบุคคลที่มีอายุต่ำกว่า 17 ปี ผู้กระทำไม่อาจอ้างความยินยอมของเด็กเพื่อให้ตนหลุดพ้นจากความรับผิด</p> <p>2. หากมีการกระทำทางเพศเกิดขึ้น ผู้กระทำไม่อาจอ้างความไม่รู้อายุของเด็กขึ้นต่อสู้ได้เลย แม้ว่าจะมีเหตุอันสมควรเชื่อ หรือเชื่อโดยสุจริตก็ตาม</p>	<p>1. หากผู้กระทำมีอายุมากกว่าเด็กไม่เกิน 3 ปี สามารถอ้างเหตุดังกล่าวขึ้นเป็นข้อต่อสู้เพื่อให้ตนไม่ต้องรับโทษ (Affirmative Defense) ตามมาตรา 130.30 หรือมาตรา 130.45</p> <p>2. หากผู้เยาว์มีอายุ 15 หรือ 16 ปี และผู้กระทำมีอายุมากกว่าผู้เยาว์ไม่เกิน 4 ปี ผู้กระทำสามารถอ้างเหตุดังกล่าวขึ้นเป็นข้อต่อสู้เพื่อให้ตนไม่ต้องรับโทษ (Affirmative Defense) ตามมาตรา 130.55</p> <p>3. ในกรณีที่ผู้เยาว์ซึ่งมีอายุ 15 หรือ 16 ปี ยินยอมมีเพศสัมพันธ์ กับบุคคลที่มีอายุต่ำกว่า 21 ปี ผู้กระทำไม่ต้องรับผิด เนื่องจากไม่เข้าตามกรณีที่ถูกกฎหมายได้บัญญัติไว้</p>

			<p>4. กรณีที่เด็กซึ่งมีอายุ 11 12 13 หรือ 14 ปี ยินยอมมี เพศสัมพันธ์ กับบุคคลที่มี อายุต่ำกว่า 18 ปี ผู้กระทำ ย่อมไม่ต้องรับผิด เนื่องจาก ไม่เข้าตามกรณีที่กฎหมาย กำหนด</p>
--	--	--	---

บทที่ 5

วิเคราะห์ปัญหาและเปรียบเทียบการใช้หลักความรับผิดโดยเคร่งครัด (Strict Liability)

ในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจารของประเทศไทยกับต่างประเทศ

การที่ประเทศไทยนำหลักความรับผิดโดยเคร่งครัด (Strict Liability) มาใช้ในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจารนั้น ยังคงมีความไม่เหมาะสม ในบทนี้จึงจะวิเคราะห์ปัญหาของการนำหลักความรับผิดโดยเคร่งครัดมาใช้ในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจาร และมีการวิเคราะห์ความเหมาะสมในการพิจารณาความผิดและการกำหนดบทบัญญัติความผิดรวมทั้งนำมาเปรียบเทียบกับหลักกฎหมายของต่างประเทศ เพื่อให้เห็นถึงความแตกต่าง สุดท้ายนี้จะวิเคราะห์ข้อดีข้อเสียของการนำหลักความรับผิดโดยเคร่งครัดมาใช้ในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจาร เพื่อเปรียบเทียบผลดีผลเสีย ซึ่งจะให้เห็นแนวทางการแก้ไขที่ชัดเจนยิ่งขึ้น

5.1 วิเคราะห์ปัญหาการใช้หลักความรับผิดโดยเคร่งครัด (Strict Liability) ในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจารตามกฎหมายไทย

หลักความรับผิดโดยเคร่งครัด (Strict Liability) เป็นหลักการที่ความรับผิดไม่อยู่บนพื้นฐานของความผิด (Liability Without Fault) เมื่อมีความเสียหายเกิดขึ้น บุคคลนั้นจะต้องรับผิดในผลที่เกิดขึ้นเป็นความรับผิดโดยเคร่งครัด โดยไม่จำเป็นต้องพิจารณาหรือพิสูจน์องค์ประกอบของความผิดนั้น แม้ผู้กระทำไม่มีเจตนาและไม่ได้ประมาทอันเป็นส่วนหนึ่งขององค์ประกอบความผิดก็ตาม ผู้กระทำก็ยังคงต้องรับผิด ซึ่งหลักความรับผิดโดยเคร่งครัดนี้ จะแตกต่างจากหลักความรับผิดโดยทั่วไปในทางอาญาที่ต้องการเจตนาหรือประมาทเป็นส่วนหนึ่งขององค์ประกอบความผิด หลักความรับผิดโดยเคร่งครัดจะพิจารณาในแง่ของการกระทำและผลเท่านั้น ดังนั้น ผู้กระทำจะยกเอาความไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิดขึ้นมาอ้าง เพื่อเป็นคุณแก่ผู้กระทำมิได้ เพราะ

ไม่มีประโยชน์อันใดที่จะอ้างว่าไม่มีเจตนา เนื่องจากความผิดประเภนี้ถึงไม่เจตนาก็เป็นความผิดได้อยู่แล้ว¹ กล่าวคือ ข้อต่อสู้ที่ใช้ปฏิเสธความรับผิดทางอาญา เช่น การอ้างความไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิด หรือความสำคัญผิดในข้อเท็จจริง ก็ไม่อาจนำมาอ้างว่าตนมิได้กระทำโดยเจตนาเพื่อให้หลุดพ้นจากความรับผิดได้ แม้ว่าจะมีเหตุอันสมควรจะอ้างได้ก็ตาม หากการกระทำดังกล่าวเป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติให้เป็นความผิดแล้วต้องรับผิดโดยเคร่งครัด แต่ทั้งนี้ก็มีได้หมายความว่าผู้กระทำจะอ้างข้อต่อสู้อื่น ๆ ไม่ได้ ผู้กระทำยังคงสามารถอ้างข้อต่อสู้อื่น ๆ เพื่อปฏิเสธความรับผิดได้ เช่น การกระทำด้วยความจำเป็นเนื่องจากถูกบังคับและไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ หรือความวิกลจริต (Insanity) เป็นต้น²

หลักความรับผิดโดยเคร่งครัดมักจะนำมาใช้กับการกระทำที่รัฐเห็นว่าเป็นภัยคุกคามต่อสังคม (Social Concern) เช่น คุกคามต่อสาธารณสุข (Public Health) คุกคามต่อความปลอดภัยของสังคม (Public Safety) คุกคามต่อศีลธรรมของคนในสังคม (Public Morals) หรือคุกคามต่อกฎเกณฑ์ของสังคม (Public Order)³ ดังนั้น ความผิดที่เป็นความรับผิดโดยเคร่งครัดส่วนใหญ่จึงถูกบัญญัติขึ้นโดยรัฐ โดยมักจะเกี่ยวข้องกับการสร้างกฎระเบียบในสังคมและการป้องกันสังคม ซึ่งการนำหลักความรับผิดดังกล่าวมาใช้นั้น ทำให้ง่ายต่อการพิสูจน์ความผิด เพราะไม่จำเป็นจะต้องหาหลักฐานมาพิสูจน์เจตนาในการกระทำความผิด การหาหลักฐานเพื่อพิสูจน์ว่าผู้กระทำความผิดรู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบในการกระทำความผิดหรือไม่นั้นเป็นสิ่งที่ทำให้เกิดความซับซ้อนและยุ่งยาก⁴ หลักความรับผิดโดยเคร่งครัดนี้มิได้มีการบัญญัติไว้ในกฎหมายฉบับใดโดยเฉพาะ อันเป็นการขัดแย้งที่จะสามารถอ้างอิงหลักดังกล่าวไปใช้ได้ ศาลจะเป็นผู้วางหลักนี้เองว่าจะใช้กับความผิดประเภทใด โดยพิจารณาเป็นรายคดีไป ซึ่งประเทศส่วนใหญ่ที่นำหลักดังกล่าวมาใช้จะเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ เช่น ประเทศอังกฤษ และประเทศสหรัฐอเมริกา เป็นต้น อาจกล่าวได้ว่า หลักความรับผิดโดยเคร่งครัดถือเป็นหลักประกันอย่างหนึ่งของคนในสังคมไม่ให้อ้างข้อต่อสู้โดยไม่มีผู้ใดรับผิดชอบ

¹ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1, พิมพ์ครั้งที่ 10 (กรุงเทพมหานคร : พลสยามพริ้นติ้ง, พฤษภาคม 2551), หน้า 303.

² Jonathan Herring, Criminal Law: Text, Cases, and Materials, 6th Edition (United Kingdom: Oxford University Press, 2014), Page 221.

³ Jonathan Herring, Criminal Law, 8th Edition (United Kingdom: Palgrave Macmillan, 2013), Page 88.

⁴ Ibid, Page 88-89.

และชดใช้ อีกทั้งยังเป็นการยกระดับมาตรฐานความปลอดภัยให้แก่คนในสังคม นำไปสู่การดูแลสังคมที่มากยิ่งขึ้น⁵

ประเทศไทยได้นำหลักความรับผิดโดยเคร่งครัด (Strict Liability) มาใช้เช่นกัน โดยบัญญัติไว้ในความผิดเกี่ยวกับเพศ มาตรา 285/1 เพื่อแก้ปัญหากรณีจำเลยมักยกเอาข้อต่อสู้เรื่องอายุของเด็กขึ้นมาอ้างเพื่อให้ตนพ้นจากความรับผิด ซึ่งโดยทั่วไปแล้วในบทบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศที่กระทำต่อเด็กได้กำหนดให้อายุของเด็กเป็นองค์ประกอบความผิด ทำให้ผู้กระทำความผิดมักอ้างความสำคัญผิดหรือความไม่รู้ในข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบความผิดเพื่อไม่ต้องรับผิด ได้รับยกเว้นโทษ หรือได้รับโทษน้อยลง ดังนั้น มาตรา 285/1 จึงกำหนดให้ผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับเพศซึ่งได้กระทำต่อเด็กที่มีอายุไม่เกินสิบสามปี ไม่อาจอ้างความไม่รู้อายุของเด็กซึ่งเป็นข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบความผิด เพื่อให้พ้นจากความรับผิดทางอาญาได้ ทั้งนี้ เพื่อให้เด็กได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายมากยิ่งขึ้น⁶

อย่างไรก็ตามการที่ประเทศไทยนำหลักความรับผิดโดยเคร่งครัดมาใช้กับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจารนั้น ขัดกับแนวทางที่คณะกรรมการกฤษฎีกาเคยวินิจฉัยไว้แต่เดิม กล่าวคือ ในตอนพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญาปี 2485 ที่ประชุมคณะกรรมการกฤษฎีกาในขณะนั้นได้วินิจฉัยในประเด็นเรื่องความสำคัญผิดหรือความไม่รู้เรื่องอายุไว้เช่นกัน โดยมีการถกเถียงกันมาอย่างยาวนานว่าผู้กระทำจะต้องรู้หรือควรรู้อายุของเด็กหญิงหรือไม่ ซึ่งฝ่ายที่เห็นด้วยกับการที่ผู้กระทำจะต้องรู้ข้อเท็จจริงในเรื่องอายุของเด็กหญิงจึงจะมีความผิดตามกฎหมาย ได้ให้ความเห็นว่า “จำเลยจะต้องรู้ถึงอายุของเด็กหญิงว่าต่ำกว่าสิบสามปี กล่าวคือ จำเลยจะต้องมีจิตใจชั่วจึงจะมีความผิด ทั้งนี้ อายุสิบสามปีถือเป็นข้อเท็จจริงที่เป็นองค์ประกอบหนึ่งของความผิด ซึ่งจำเลยอาจใช้เรื่องอายุของเด็กหญิงเป็นข้อแก้ตัวของจำเลยว่าเขาไม่รู้จักได้ เรื่องการเข้าใจผิดในข้อเท็จจริงนั้นเป็นหลักอีกหลักหนึ่ง และการใช้ข้อสันนิษฐานเด็ดขาดไม่ใช่หลักในทางกฎหมายอาญา ซึ่งตามปกติศาลย่อมพิจารณาได้เองอยู่แล้วว่าจะมีทางลงโทษหรือไม่ลงโทษจำเลยหรือไม่ ถ้ามีศาลจึงลงโทษ” ในขณะที่ฝ่ายที่ไม่เห็นด้วยกับการที่ผู้กระทำจะต้องรู้ข้อเท็จจริงเรื่องอายุของเด็กหญิง กล่าวคือ แม้ไม่รู้

⁵ จิตรตรา ชันเงิน, รายงานการศึกษาเรื่องละเมิด, (กรุงเทพมหานคร : สำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค, ธันวาคม 2558), หน้า 18.

⁶ หมายเหตุท้ายพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 23) พ.ศ. 2558

ข้อเท็จจริงในเรื่องอายุของเด็กหญิงก็มีความผิด ได้ให้ความเห็นว่า “เมื่อตรวจดูกฎหมายของอังกฤษ แล้วพบว่า กฎหมายอังกฤษได้มีการกำหนดให้เป็นข้อสันนิษฐานเด็ดขาด (Absolute Presumption) ที่เดียวว่าจำเลยต้องรู้ โดยที่กฎหมายอังกฤษได้บัญญัติไว้ชัดเจนว่า เหตุผลอันสมควรเชื่อว่ามีอายุมาก ไม่สามารถนำมาเป็นข้อแก้ตัวได้ เพราะถือเป็นหน้าที่ที่จะต้องสืบให้รู้ว่าตนได้กระทำผิดหรือไม่” โดยที่ประชุมคณะกรรมการกฤษฎีกาในขณะนั้นได้ข้อสรุปว่า การกระทำความผิดทางเพศที่ได้กระทำต่อเด็ก นั้น จำเลยต้องรู้ว่าเด็กหญิงอายุต่ำกว่าสิบสามปี แต่ไม่ต้องเขียนไว้ เพราะเป็นหลักทั่ว ๆ ไปที่จำเลยจะมีความผิดต่อเมื่อจำเลยได้รู้ข้อเท็จจริงต่าง ๆ อันเป็นองค์ประกอบแห่งความผิด⁷ ซึ่งข้อสรุปของที่ประชุมคณะกรรมการพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญาปี 2485 ดังกล่าวข้างต้น มิได้มีการนำหลักความรับผิดโดยเคร่งครัดมาใช้กับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจารแต่อย่างใด

การนำหลักความรับผิดโดยเคร่งครัดมาใช้ในประมวลกฎหมายอาญานี้ ประเทศไทยได้รับอิทธิพลมาจากหลักกฎหมายใน Section 5 ของพระราชบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศ ค.ศ. 2003 (Sexual Offences Act 2003 หรือ SOA) ของประเทศอังกฤษซึ่งเป็นความผิดที่มีลักษณะเป็นความรับผิดโดยเคร่งครัด จะอ้างความสำคัญผิดหรือความไม่รู้เรื่องอายุขึ้นต่อสู้เพื่อให้ตนพ้นจากความรับผิดไม่ได้⁸ โดยจุดมุ่งหมายที่สำคัญของพระราชบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศ ค.ศ. 2003 คือ การพัฒนาบทบัญญัติทางกฎหมายเพื่อคุ้มครองเด็กและเยาวชน และเพื่อให้มั่นใจว่าการกระทำความรุนแรงทางเพศกับเด็กนั้นจะเป็นความผิด⁹ การกำหนดบทบัญญัติดังกล่าวนี้มีขึ้นเพื่อปกป้องคุ้มครองคนในสังคม และเพื่อสร้างความสงบเรียบร้อยและความเป็นระเบียบให้แก่สังคม ซึ่งไทยก็ได้นำแนวความคิดเหล่านี้มาปรับใช้ในประมวลกฎหมายอาญา จนนำไปสู่การแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 285/1 ในที่สุด

เมื่อพิจารณาการนำหลักความรับผิดโดยเคร่งครัดมาใช้กับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา และกระทำอนาจารตามมาตรา 285/1 แล้ว ผู้เขียนจึงได้ทำการวิเคราะห์ปัญหาของการใช้หลักความรับผิดโดยเคร่งครัดในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจารไว้ ดังต่อไปนี้

⁷ คณะกรรมการกฤษฎีกา, รายงานการประชุมอนุกรรมการตรวจพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา ครั้งที่ 276/55/2485, (พระนคร: สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, 12 กุมภาพันธ์ 2485), หน้า 3-9.

⁸ Catherine Elliott and Frances Quinn, *Criminal Law*, 11th Edition (United Kingdom: Pearson, 2016), Page 42.

⁹ Jonathan Herring, *Criminal Law*, Page 143.

5.1.1 ความเหมาะสมของการใช้หลักความรับผิดโดยเคร่งครัด (Strict Liability) ในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจาร

ประมวลกฎหมายอาญาของประเทศไทยในเรื่องความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจารนั้น ได้นำหลักความรับผิดโดยเคร่งครัด (Strict Liability) มาใช้ โดยบัญญัติไว้ในความผิดเกี่ยวกับเพศ มาตรา 285/1 ซึ่งบัญญัติว่า “การกระทำความผิดตามมาตรา 277 มาตรา 279 มาตรา 282 วรรคสาม มาตรา 283 วรรคสาม และมาตรา 283 ทวิ วรรคสอง หากเป็นการกระทำต่อเด็กอายุไม่เกินสิบสามปี ห้ามอ้างความไม่รู้อายุของเด็กเพื่อให้พ้นจากความผิดนั้น” บทบัญญัติในมาตรานี้กล่าวถึง กรณีที่เด็กผู้ถูกระทำมีอายุไม่เกินสิบสามปี หากผู้ถูกระทำอายุไม่เกินสิบสามปี แม้ผู้กระทำจะไม่รู้ข้อเท็จจริงเรื่องอายุก็ตาม ก็ห้ามผู้กระทำอ้างความไม่รู้ข้อเท็จจริงในอายุของเด็กซึ่งเป็นองค์ประกอบความผิดของมาตรา 277 มาตรา 279 มาตรา 282 วรรคสาม มาตรา 283 วรรคสาม และมาตรา 283 ทวิวรรคสอง เพื่อให้ตนพ้นจากความรับผิดตามมาตรา 59 วรรคสาม¹⁰ ดังนั้น แสดงว่าอายุของเด็กที่ยังไม่เกินสิบสามปี ไม่เป็นข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิด เมื่อไม่ เป็นข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิดแล้ว ข้อเท็จจริงในส่วนนี้จึงเป็นเพียงเงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัย (Objective Condition for Punishment)¹¹ ซึ่งเป็นข้อเท็จจริงที่อยู่นอกโครงสร้างความรับผิดทางอาญา การลงโทษผู้กระทำความผิดและผู้ร่วมกระทำ ความผิดจึงขึ้นอยู่กับว่า มีเงื่อนไขแห่งการลงโทษในทางภาวะวิสัยหรือไม่ ถ้ามีก็สามารถลงโทษได้ ถ้าไม่มีก็ไม่สามารถลงโทษได้ ดังนั้นเจตนา หรือประมาทจึงไม่มีความสำคัญต่อการพิจารณาเรื่องการลงโทษ¹²

เมื่อพิจารณาจากหลักเกณฑ์ของหลักความรับผิดโดยเคร่งครัดที่กล่าวไว้แล้วในบทที่ 2 เปรียบเทียบกับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจารแล้ว พบว่า การนำหลักดังกล่าว มาใช้กับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจารของไทยนั้น มิได้สอดคล้องกับหลักเกณฑ์ทั้งหมดของหลักความรับผิดโดยเคร่งครัด กล่าวคือ ความผิดที่จะนำหลักความรับผิดโดยเคร่งครัดมา

¹⁰ คณพล จันทน์หอม, คำอธิบายกฎหมายอาญาคความผิด เล่ม 3 ลักษณะ 1 ถึง ลักษณะ 9, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, มิถุนายน 2561), หน้า 618-619.

¹¹ คณิต ฌ นคร, กฎหมายอาญาคความผิด, พิมพ์ครั้งที่ 11 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, กันยายน 2559), หน้า 539-540.

¹² คณิต ฌ นคร, กฎหมายอาญาคทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, เมษายน 2560), หน้า 149-156.

ใช้ได้นั้นสมควรจะต้องเป็นความผิดที่มีโทษไม่รุนแรง เนื่องจากผู้กระทำไม่มีโอกาสพิสูจน์เจตนาในการกระทำผิด หากมีการกระทำที่กฎหมายบัญญัติไว้ว่าต้องรับผิดโดยเคร่งครัดแล้ว ผู้กระทำต้องรับผิดทันทีแม้ไม่เจตนาหรือไม่ประมาท แต่ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจารของไทยนั้นกลับมีบทลงโทษที่รุนแรงถึงขั้นจำคุกตลอดชีวิต การนำหลักดังกล่าวมาใช้จากก่อให้เกิดความไม่ยุติธรรมแก่ผู้กระทำผิด เนื่องจากผู้กระทำไม่สามารถอ้างความไม่รู้ข้อเท็จจริงในอายุของเด็กซึ่งเป็นองค์ประกอบของความผิดขั้นต่อสู้อย่างได้เลย ทำให้ผู้กระทำต้องรับผิดทันที ทั้ง ๆ ที่ความผิดดังกล่าวมีบทลงโทษที่รุนแรงและกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของผู้กระทำ

อย่างไรก็ตามในปัจจุบัน มีการนำหลักความรับผิดโดยเคร่งครัดมาใช้กับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจารในหลายประเทศ แม้ว่าความผิดดังกล่าวจะไม่เข้าตามหลักเกณฑ์ทั้งหมดของหลักความรับผิดโดยเคร่งครัดก็ตาม แต่เพื่อป้องกันให้สังคมปลอดภัยอันเป็นจุดมุ่งหมายสำคัญของหลักความรับผิดโดยเคร่งครัด จึงอาจนำหลักดังกล่าวมาใช้กับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจารได้ โดยการสร้างข้อยกเว้นของหลักความรับผิดโดยเคร่งครัด เพื่อให้การใช้หลักดังกล่าวมีความเหมาะสมกับบริบทของสังคมไทย ซึ่งจะกล่าวต่อไปในหัวข้อ 5.3

นอกจากนี้เมื่อพิจารณาการใช้หลักความรับผิดโดยเคร่งครัดกับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจารตามมาตรา 285/1 แล้ว พบว่ายังไม่เหมาะสม เนื่องจากบทบัญญัติในมาตรา 285/1 มิได้สนใจในเรื่องของเจตนาในการกระทำผิด เมื่อมีการกระทำชำเราเกิดขึ้นกับเด็กอายุไม่เกินสิบสามปีแล้วย่อมเป็นความผิด จะอ้างความไม่รู้อายุของเด็กเป็นข้อแก้ตัวว่าไม่ได้กระทำโดยเจตนาไม่ได้ แม้ว่าจะมีเหตุอันควรเชื่อ (Reasonably Believe) ได้ว่าเด็กนั้นมีอายุมากกว่าสิบสามปีก็ตาม โดยการนำมาตรา 285/1 มาใช้นี้ อาจก่อให้เกิดกรณีจับกุมผู้บริสุทธิ์ได้ซึ่งโดยทั่วไปแล้วหากผู้กระทำไม่มีเจตนาชั่วก็สมควรที่จะได้รับความคุ้มครองภายใต้กฎหมายและไม่สมควรที่จะต้องรับผิด การรับผิดในกรณีดังกล่าวจะทำให้บุคคลนั้นมีความผิดติดตัว ถูกตราหน้าจากสังคมว่าเป็นอาชญากร เสียประวัติ ไม่สามารถลบประวัติความผิดที่เกิดขึ้นได้ บุคคลนั้นอาจถูกเลือกปฏิบัติจากเพื่อนฝูงและสังคม และอาจส่งผลให้กลายเป็นอาชญากรที่แท้จริงในอนาคต

กรณีดังกล่าวยังเป็นการลงโทษบุคคลนั้นทั้ง ๆ ที่การตรวจสอบความจริงยังไม่สมบูรณ์ กล่าวคือ เป็นการลงโทษโดยผู้กระทำความผิดที่ไม่มี ความชั่ว (Schuld) อันเป็นการฝ่าฝืนหลักในทางกฎหมายอาญาที่ว่า “การไม่ลงโทษโดยปราศจากความชั่ว” (Nulla Poena Sine Culpa)¹³ โดยหลักนี้มีความหมายสองประการ คือ จะลงโทษได้ต้องมีความชั่ว (Schuld) และจะลงโทษเกินความชั่ว (Schuld) ไม่ได้¹⁴ ซึ่งหลักการดังกล่าวเป็นหลักการลงโทษให้เหมาะสมกับตัวบุคคล¹⁵ อีกทั้ง การลงโทษผู้บริสุทธิ์นั้นก็มิใช่ประโยชน์ (Public Interest) ให้แก่สังคมหรือชุมชนแต่อย่างใด ดังนั้น บทบัญญัติในมาตรา 285/1 ดังกล่าวจึงไม่เหมาะสมและไม่สามารถอำนวยความสะดวกอย่างแท้จริงให้แก่ประชาชน

การใช้หลักความรับผิดชอบโดยเคร่งครัดในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจารยังทำให้ผู้กระทำไม่สามารถยกข้อต่อสู้ขึ้นอ้างได้ แม้ว่าจะมีเหตุอันสมควรอ้างก็ตาม อันเป็นการละเมิดสิทธิในการต่อสู้คดีของจำเลย (Right to Self Defense) ที่ตกเป็นผู้ต้องหาในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจาร กล่าวคือ โดยทั่วไปแล้วในกรณีที่จำเลยไม่รู้ข้อเท็จจริงเรื่องอายุอันเป็นองค์ประกอบของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจาร จำเลยสมควรที่จะอ้างเป็นข้อแก้ตัวได้ว่าไม่ได้กระทำโดยเจตนาตามมาตรา 59 วรรคสาม จำเลยสมควรที่จะมีโอกาสพิสูจน์เจตนาของตนว่ามีเจตนากระทำความผิดหรือไม่ อย่างไร การที่จำเลยไม่สามารถอ้างข้อต่อสู้ได้นี้ จึงเป็นการละเมิดสิทธิในการต่อสู้คดีของจำเลย ซึ่งเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่จำเลยจะต้องได้รับความคุ้มครอง และยังเป็น การตัดอำนาจศาล ทำให้ศาลไม่มีโอกาสที่จะพิจารณาข้อเท็จจริงเพิ่มเติมในประเด็นดังกล่าวด้วย อีกทั้งการใช้หลักดังกล่าวอาจเป็นการเปิดช่องให้เด็กหรือผู้ปกครองของเด็กใช้เป็นเครื่องมือในการต่อรองหรือแสวงหาผลประโยชน์โดยมิชอบได้ เช่น การเรียกรับเงิน หรือการแสวงหาผลประโยชน์อื่นใด เพื่อแลกกับการที่ผู้กระทำจะไม่ถูกดำเนินคดีอาญา เนื่องจากผู้กระทำนั้นไม่อาจอ้างข้อต่อสู้ได้ ๆ เพื่อให้ตนพ้นจากความรับผิดชอบได้ แม้จะมีเหตุอันควรเชื่อได้ว่าเด็กนั้นจะอายุเกินกว่าสิบสามปีแล้วก็ตาม หากเข้ากรณีตามมาตรา 285/1 แล้ว ผู้กระทำต้องรับผิดชอบที่

¹³ คณิต ณ นคร, กฎหมายอาญาภาคทั่วไป, หน้า 319.

¹⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 511.

¹⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 299.

ดังนั้น การใช้หลักความรับผิดโดยเคร่งครัดในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจารของไทยในปัจจุบันยังมีความไม่เหมาะสม จึงสมควรอย่างยิ่งที่จะมีการแก้ไขปรับปรุงการใช้หลักความรับผิดโดยเคร่งครัดในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจาร โดยการสร้างข้อยกเว้นของหลักความรับผิดโดยเคร่งครัด หรือมีการเพิ่มเติมเงื่อนไขบางประการ เช่น กรณีที่มีพฤติการณ์พิเศษ (Special Circumstances) หรือกรณีที่ผู้กระทำความผิดได้กระทำความผิดเป็นครั้งแรก เป็นต้น เพื่อเปิดช่องให้ศาลสามารถใช้ดุลยพินิจวินิจฉัยว่าพฤติการณ์ดังกล่าวเป็นพฤติการณ์พิเศษหรือไม่ ทำให้ศาลสามารถใช้ดุลยพินิจดำเนินการพิจารณาคดีเพื่อแก้ไขปัญหาได้อย่างยืดหยุ่น มีประสิทธิภาพ และมีความเหมาะสมกับสถานการณ์มากยิ่งขึ้น และเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรม หลีกเลี่ยงความเสียหายร้ายแรงที่อาจตามมาในอนาคต

5.1.2 ผลกระทบในการใช้หลักความรับผิดโดยเคร่งครัด (Strict Liability) ในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจาร

เมื่อบุคคลใดก็ตามได้กระทำความผิดตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ว่าเป็นความผิดแล้ว บุคคลนั้นก็ต้องรับโทษตามที่กฎหมายกำหนด ซึ่งเป็นไปตามหลักที่ว่า “ไม่มีโทษ ถ้าไม่มีกฎหมายกำหนด” (Nulla Poena Sine Lege) ดังนั้น จะมีโทษสำหรับผู้กระทำการอื่นไม่ต้องห้ามตามกฎหมายมิได้ การลงโทษบุคคลในทางอาญาส่วนใหญ่จะมีวัตถุประสงค์ เพื่อเพื่อแก้แค้นทดแทน (Retribution) เพื่อข่มขู่ยับยั้ง (Deterrence) เป็นการข่มขู่ผู้ที่ต้องรับโทษและบุคคลอื่น ๆ ไม่ให้กระทำการ ผิดกฎหมายหรือกระทำการอย่างเดียวกันนั้นอีก เพื่อตัดโอกาสกระทำผิด (Incapacitation) หรือเพื่อแก้ไขฟื้นฟู (Rehabilitation) ให้ผู้ที่ต้องรับโทษกลับตัวเป็นคนดี เป็นต้น นอกจากนี้การลงโทษยังมุ่งคุ้มครองและป้องกันสังคมให้ปลอดภัย เพื่อประโยชน์ส่วนรวมของคนในสังคมด้วย อย่างไรก็ตาม การลงโทษบุคคลในทางอาญามีได้มุ่งเฉพาะที่จะลงโทษเอาแก่ชีวิตและร่างกายของผู้กระทำความผิดเท่านั้น แต่ยังรวมถึงการลงโทษต่อทรัพย์สินของผู้กระทำความผิดด้วย เช่น การลงโทษปรับ หรือการลงโทษริบทรัพย์ ซึ่งศาลจะเป็นผู้ใช้ดุลพินิจว่าจะปรับหรือริบทรัพย์เท่าใด โดยอยู่ภายใต้กรอบที่กฎหมายกำหนดไว้

กฎหมายรัฐธรรมนูญอันเป็นกฎหมายสูงสุดแห่งราชอาณาจักรไทย¹⁶ ได้บัญญัติเกี่ยวกับหลักการรับโทษในทางอาญาไว้เช่นกัน โดยบัญญัติไว้ใน มาตรา 29 วรรคหนึ่ง และวรรคสอง ซึ่งบัญญัติว่า

“บุคคลไม่ต้องรับโทษอาญา เว้นแต่ได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้อยู่ในเวลาที่กระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่บุคคลนั้นจะหนักกว่าโทษที่บัญญัติไว้ในกฎหมายที่ใช้อยู่ในเวลาที่กระทำความผิดมิได้”

ในคดีอาญา ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยไม่มีความผิด และก่อนมีคำพิพากษาอันถึงที่สุดแสดงว่าบุคคลใดได้กระทำความผิดจะปฏิบัติต่อบุคคลนั้นเสมือนเป็นผู้กระทำความผิดมิได้”

ดังนั้น เมื่อพิจารณาตามรัฐธรรมนูญแล้ว ผู้กระทำความผิดสมควรที่จะมีสิทธิพิสูจน์เจตนาในการกระทำของตน สมควรที่จะสามารถนำหลักฐานต่าง ๆ มาสืบพิสูจน์และหักล้างพยานของอีกฝ่ายได้ จนกว่าจะมีคำพิพากษาถึงที่สุดว่าบุคคลนั้นได้กระทำความผิดจริงตามที่ถูกกล่าวหา ต้องถือว่าบุคคลดังกล่าวนั้นยังเป็นผู้บริสุทธิ์

เมื่อพิจารณาหลักความรับผิดโดยเคร่งครัดแล้ว จะเห็นว่า หลักดังกล่าวเป็นหลักการที่ความรับผิดไม่อยู่บนพื้นฐานของความผิด (Liability Without Fault) เมื่อมีความเสียหายเกิดขึ้น บุคคลนั้นจะต้องรับผิดในผลที่เกิด อันเป็นความรับผิดโดยเคร่งครัด¹⁷ โดยไม่จำเป็นต้องพิจารณาหรือพิสูจน์องค์ประกอบของความผิดนั้น¹⁸ ด้วยเหตุนี้ผู้กระทำจะยกเอาความไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิดขึ้นมาอ้าง เพื่อเป็นคุณแก่ผู้กระทำมิได้ เพราะไม่มีประโยชน์อันใดที่จะอ้างว่าไม่มีเจตนา เนื่องจากความผิดประเภทนี้ถึงไม่เจตนาก็เป็นความผิดได้อยู่แล้ว¹⁹ ซึ่งหลักความรับผิดดังกล่าวแตกต่างจากหลักความรับผิดโดยทั่วไปในทางอาญาที่ต้องการเจตนา หรือประมาทเป็นส่วน

¹⁶ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

¹⁷ พิชัย พันภัย, “ทฤษฎีและขอบเขตของกฎหมายความรับผิดในผลิตภัณฑ์เพื่อการคุ้มครองผู้บริโภค”, หน้า 111-112.

¹⁸ Nicola Monaghan, *Criminal Law*, Page 83.

¹⁹ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, *คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1*, หน้า 303.

หนึ่งขององค์ประกอบความผิด หลักความรับผิดโดยเคร่งครัดจะพิจารณาในแง่ของการกระทำและผล
เท่านั้น²⁰

การใช้หลักความรับผิดโดยเคร่งครัดกับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำ
อนาจารนั้น ทำให้ผู้กระทำความผิดไม่มีโอกาสได้พิสูจน์ถึงเจตนาของตนเองว่าได้กระทำการโดยมี
เจตนาชั่วหรือไม่ อย่างไร การใช้หลักดังกล่าวทำให้ผู้กระทำความผิดต้องถูกลงโทษตามกฎหมายทันที
แม้ผู้กระทำไม่มีเจตนาและไม่ได้ประมาท ซึ่งเมื่อพิจารณาจากโทษตามความผิดฐานข่มขืนกระทำ
ชำเราและกระทำอนาจารแล้ว พบว่าความผิดฐานนี้มีทั้งโทษปรับ จำคุก รวมถึงมีโทษสูงสุดให้จำคุก
ตลอดชีวิต ซึ่งเป็นโทษที่มีความรุนแรง และเป็นโทษที่ผู้กระทำจะต้องถูกจำกัดสิทธิและเสรีภาพ
การนำหลักความรับผิดโดยเคร่งครัดมาใช้กับความผิดดังกล่าว จึงสมควรที่จะใช้ด้วยความระมัดระวัง
อย่างสูง เพื่อไม่ให้เกิดกรณีลงโทษผู้บริสุทธิ์

ดังนั้น หากมีการนำหลักความรับผิดโดยเคร่งครัดมาใช้กับความผิดฐานข่มขืนกระทำ
ชำเราและกระทำอนาจารแล้วนั้น จะเกิดผลกระทบต่าง ๆ ดังต่อไปนี้

(1) ผลกระทบต่อสังคม

หลักความรับผิดโดยเคร่งครัด (Strict Liability)²¹ เป็นหลักการที่ความรับผิดไม่อยู่บน
พื้นฐานของความผิด (Liability Without Fault) เมื่อมีความเสียหายเกิดขึ้น บุคคลนั้นจะต้องรับผิด
ในผลที่เกิดขึ้นเป็นความรับผิดโดยเคร่งครัด²² โดยไม่จำเป็นต้องพิจารณาหรือพิสูจน์องค์ประกอบของ
ความผิดนั้น²³ แม้ผู้กระทำไม่มีเจตนาและไม่ได้ประมาทอันเป็นส่วนหนึ่งขององค์ประกอบความผิด
ก็ตาม ผู้กระทำก็ยังคงรับผิด ดังนั้น การนำหลักความรับผิดโดยเคร่งครัดมาใช้กับความผิดฐานข่มขืน
กระทำชำเราและกระทำอนาจาร ย่อมก่อให้เกิดผลกระทบต่าง ๆ ตามมา เนื่องจากผู้กระทำความผิด
ต้องรับผิดทันที หากมีการกระทำที่ละเมิดต่อบัญญัติของกฎหมาย โดยผู้กระทำนั้นไม่อาจอ้างข้อ

²⁰ อานาจ เนตยสุภา, หลักความรับผิดเด็ดขาดของความผิดลหุโทษภายใต้ประมวลกฎหมายอาญา, (กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2549), หน้า 118.

²¹ มานิตย์ วงศ์เสรี และคณะ, ความรับผิดต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้า : รายงานการศึกษาวิจัยฉบับสมบูรณ์, หน้า 7.

²² พิชัย พันภัย, “ทฤษฎีและขอบเขตของกฎหมายความรับผิดในผลิตภัณฑ์เพื่อการคุ้มครองผู้บริโภค”, หน้า 111-112.

²³ Nicola Monaghan, Criminal Law, Page 83.

ต่อสู้เรื่องความไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิด ขึ้นต่อสู้ว่าตนไม่มีเจตนาตามมาตรา 59 วรรคสาม

เมื่อผู้กระทำความผิดต้องรับโทษทันทีตามหลักความรับผิดโดยเคร่งครัดแล้ว ย่อมกระทบต่อสังคมส่วนรวมด้วยเช่นกัน เป็นการสิ้นเปลืองงบประมาณและทรัพยากรในการ ดำเนินการลงโทษผู้กระทำความผิดโดยไม่จำเป็นทั้ง ๆ ที่บุคคลดังกล่าวสมควรจะอ้างความไม่รู้ ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิดขึ้นเป็นข้อต่อสู้ว่าไม่มีเจตนาได้ อีกทั้งไม่ก่อให้เกิด ประโยชน์แก่ส่วนรวม หากมีการลงโทษผู้ที่ไม่เจตนาชั่ว เนื่องจากสังคมก็มิได้รับการแก้ไขหรือความ คุ่มครองเพิ่มเติมหรือได้กำจัดคนชั่วออกไปจากสังคมแต่อย่างใด ตัวอย่างเช่น กรณีที่ศาลสูงของเมือง กลาสโกว์ (Glasgow) ได้ตัดสินปล่อยตัวนักศึกษาคณะวิศวกรรมศาสตร์ซึ่งสารภาพว่าได้มีเพศสัมพันธ์ กับเด็กหญิงอายุ 12 ปี โดยเขาเข้าใจว่าเด็กหญิงมีอายุ 16 ปีแล้ว คดีนี้ศาลตัดสินปล่อยตัวจำเลย เนื่องจากเห็นว่า เป็นสถานการณ์พิเศษอย่างสมบูรณ์ (Wholly Exceptional Circumstances) และ การลงโทษชายหนุ่มตามหลักความรับผิดโดยเคร่งครัดนั้น ไม่ก่อให้เกิดประโยชน์แก่สาธารณะ (Public Interest) อย่างแท้จริง ในการลงโทษจำเลยภายใต้พระราชบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศ (Sexual Offences Act 2003) เมื่อพิจารณาปัจจัยทั้งหมดแล้ว เห็นสมควรให้ปล่อยตัวจำเลยไป เพื่อความ ยุติธรรม²⁴

นอกจากนี้การใช้หลักความรับผิดโดยเคร่งครัดกับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและ กระทำอนาจาร อาจเป็นการเปิดช่องให้เด็กหรือผู้ปกครองของเด็กใช้เป็นเครื่องมือในการต่อรองหรือ แสวงหาผลประโยชน์โดยมิชอบได้ เช่น การเรียกรับเงิน หรือการแสวงหาผลประโยชน์อื่นใด เพื่อแลก กับการที่ผู้กระทำจะไม่ถูกดำเนินคดีอาญา เนื่องจากผู้กระทำนั้นไม่อาจอ้างข้อต่อสู้ใด ๆ เพื่อให้ตนพ้น จากความรับผิดได้ แม้จะมีเหตุอันควรเชื่อได้ว่าเด็กนั้นจะอายุเกินกว่าสิบสามปีแล้วก็ตาม หากเข้า กรณีตามมาตรา 285/1 แล้ว ผู้กระทำต้องรับผิดทันที หากเกิดกรณีดังกล่าวขึ้นย่อมส่งผลต่อความ สงบสุขของคนในสังคม ทำให้คนในสังคมต้องระแวงระวัง กลัวว่าวันใดวันหนึ่งอาจตกเป็นเหยื่อในการ แสวงหาผลประโยชน์ได้

²⁴ Judiciary of Scotland, "HMA v Daniel Cieslak," [Online] Accessed: Nov 20, 2018. Available from: <http://www.scotland-judiciary.org.uk/8/1754/HMA-v-Daniel-Cieslak>

(2) ผลกระทบต่อผู้กระทำความผิด

หากมีการนำหลักความรับผิดชอบโดยเคร่งครัดมาใช้กับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา และกระทำอนาจารแล้ว จะเกิดผลกระทบอย่างมากต่อตัวผู้กระทำความผิด โดยเฉพาะหากผู้ต้องรับโทษนั้นไม่มีเจตนาชั่ว การรับผิดชอบในกรณีดังกล่าวจะทำให้บุคคลนั้นมีความผิดติดตัว เป็นตราบาปในจิตใจ ตกเป็นจำเลยของสังคม ถูกตราหน้าจากสังคมว่าเป็นอาชญากร เสียประวัติและเสื่อมเสียชื่อเสียง ไม่สามารถลบประวัติความผิดที่เกิดขึ้นได้ บุคคลนั้นอาจถูกเลือกปฏิบัติจากเพื่อนฝูงและสังคม และอาจส่งผลให้กลายเป็นอาชญากรที่แท้จริงในอนาคต

ถ้าหากบุคคลดังกล่าวต้องถูกจำคุกทั้ง ๆ ที่สมควรจะอ้างความไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิดขึ้นเป็นข้อต่อสู้ว่าไม่มีเจตนาตามมาตรา 59 วรรคสามได้ อาจทำให้บุคคลนั้นเสื่อมเสียเสรีภาพ กลายเป็นคนขี้คุก เข้าสังคมได้ยาก การเข้าไปอยู่ในคุกอาจทำให้ผู้ต้องรับโทษเข้าไปปะปนกับอาชญากรที่แท้จริง ทำให้สังคมในคุกหล่อหลอมผู้ต้องรับโทษจนเสียคนจริง ๆ หรือกลายเป็นคนที่มีจิตใจหยาบกระด้าง ซึ่งไม่ก่อให้เกิดประโยชน์แก่สังคมส่วนรวมหรือต่อตัวผู้ต้องรับโทษแต่อย่างใด การลงโทษทางอาญาโดยที่ผู้ต้องรับโทษไม่มีเจตนาชั่วนั้น อาจก่อให้เกิดความเสียหาย หรือเกิดผลกระทบต่อตัวบุคคลมากเกินไป บุคคลดังกล่าวมิใช่อาชญากรที่แท้จริง หากจะลงโทษก็สมควรที่จะให้มีการพิสูจน์เจตนาหรือพิสูจน์ความบริสุทธิ์ก่อน เพราะหากใช้หลักความรับผิดชอบโดยเคร่งครัดแล้ว จะทำให้บุคคลนั้นไม่ได้รับความยุติธรรมอย่างแท้จริง

โดยทั่วไปแล้วการลงโทษผู้กระทำความผิดนั้น จะต้องพิจารณาถึงความแตกต่างของบุคคลที่กระทำความผิด ลักษณะของผู้กระทำความผิด ความชั่วร้ายหรือจิตใจของผู้กระทำความผิด เช่น เจตนาหรือประมาท สถานการณ์ในขณะกระทำความผิด ประวัติของผู้กระทำความผิด ตลอดจนระดับความผิดในทางอาญา เพื่อนำไปพิจารณาพิพากษาคดีและนำไปสู่การหาบทลงโทษที่เหมาะสมแก่ผู้กระทำความผิด²⁵ ดังนั้น จึงต้องมีการพิจารณาปัจจัยในการกระทำความผิดเป็นรายบุคคล ทำให้บุคคลที่กระทำความผิดอย่างเดียวกันอาจได้รับโทษที่ต่างกันก็ได้²⁶ นอกจากนี้ยังต้องพิจารณาถึงผลกระทบหรือความเสียหายที่จะเกิดขึ้นด้วยว่า ทำให้บุคคลเสียหายหรือไม่ เพียงใด และยังต้อง

²⁵ สุดสงวน สุธีสร, อาชญาวิทยา, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ตุลาคม 2547), หน้า 46-47.

²⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 51.

พิจารณาถึงประโยชน์สาธารณะหรือประโยชน์ของรัฐด้วยว่า ได้รับผลกระทบเล็กน้อย เพียงใด หรือ หากลงโทษแล้วสังคมหรือรัฐจะได้รับประโยชน์จากการลงโทษนั้นอย่างไรบ้าง

5.2 วิเคราะห์หลักความรับผิดโดยเคร่งครัด (Strict Liability) ในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา และกระทำอนาจารของไทยเปรียบเทียบกับต่างประเทศ

การใช้หลักความรับผิดโดยเคร่งครัดในทางกฎหมายอาญา ปรากฏเป็นครั้งแรกในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์หรือระบบกฎหมายตามคำพิพากษา เช่น อังกฤษ และสหรัฐอเมริกา ซึ่งความผิดที่ต้องรับผิดโดยเคร่งครัดนั้นมักจะปรากฏอยู่ในกฎหมายที่ใช้คุ้มครองความปลอดภัยสุขภาพอนามัยของประชาชน และสวัสดิภาพของประชาชน รวมทั้งเศรษฐกิจและความมั่นคงทางการเงินของรัฐด้วย²⁷

หลักความรับผิดโดยเคร่งครัดมักจะนำมาใช้กับการกระทำที่รัฐเห็นว่าเป็นภัยคุกคามต่อสังคม (Social Concern) เช่น คุกคามต่อสาธารณสุข (Public Health) คุกคามต่อความปลอดภัยของสังคม (Public Safety) คุกคามต่อศีลธรรมของคนในสังคม (Public Morals) หรือคุกคามต่อกฎเกณฑ์ของสังคม (Public Order)²⁸ ดังนั้น ความผิดที่เป็นความรับผิดโดยเคร่งครัดส่วนใหญ่จึงถูกบัญญัติขึ้นโดยรัฐ โดยมักจะเกี่ยวข้องกับการสร้างกฎระเบียบในสังคมและการป้องกันสังคม ซึ่งการนำหลักความรับผิดดังกล่าวมาใช้ นั้น ทำให้ง่ายต่อการพิสูจน์ความผิด เพราะไม่จำเป็นต้องหาหลักฐานมาพิสูจน์เจตนาในการกระทำความผิด การหาหลักฐานเพื่อพิสูจน์ว่าผู้กระทำความผิดรู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบในการกระทำความผิดหรือไม่นั้นเป็นสิ่งที่ทำให้เกิดความซับซ้อนและยุ่งยาก²⁹

หลักความรับผิดโดยเคร่งครัดนี้มิได้มีการบัญญัติไว้ในกฎหมายฉบับใดโดยเฉพาะ อันเป็นการขัดแย้งที่จะสามารถอ้างอิงหลักดังกล่าวไปใช้ได้ ศาลจะเป็นผู้วางหลักนี้เองว่าจะใช้กับความผิดประเภทใด โดยพิจารณาเป็นรายคดีไป อาจกล่าวได้ว่า หลักความรับผิดโดยเคร่งครัดถือเป็น

²⁷ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1, หน้า 304.

²⁸ Jonathan Herring, Criminal Law, Page 88.

²⁹ Jonathan Herring, Criminal Law, Page 88-89.

หลักประกันอย่างหนึ่งของคนในสังคมไม่ให้อำนาจรับภัยโดยไม่มีผู้ได้รับผิดชอบและชดใช้ อีกทั้งยังเป็น การยกระดับมาตรฐานความปลอดภัยให้แก่คนในสังคม นำไปสู่การดูแลสังคมที่มากยิ่งขึ้น³⁰

หลักความรับผิดชอบโดยเคร่งครัด³¹ เป็นหลักการที่ความรับผิดชอบไม่อยู่บนพื้นฐานของความผิด เมื่อมีความเสียหายเกิดขึ้น บุคคลนั้นจะต้องรับผิดชอบในผลที่เกิด อันเป็นความรับผิดชอบโดยเคร่งครัด³² โดยไม่จำเป็นต้องพิจารณาหรือพิสูจน์องค์ประกอบของความผิดนั้น³³ ด้วยเหตุนี้ผู้กระทำจะยกเอา ความไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิดขึ้นมาอ้าง เพื่อเป็นคุณแก่ผู้กระทำมิได้ เพราะไม่มีประโยชน์อันใดที่จะอ้างว่าไม่มีเจตนา เนื่องจากความผิดประเภทนี้ถึงไม่เจตนาก็เป็นความผิด ได้อยู่แล้ว³⁴

ประเทศไทยได้นำหลักความรับผิดชอบโดยเคร่งครัดมาใช้กับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและ กระทำอนาจาร โดยบัญญัติไว้ใน มาตรา 285/1 ซึ่งบัญญัติว่า “การกระทำความผิดตามมาตรา 277 มาตรา 279 มาตรา 282 วรรคสาม มาตรา 283 วรรคสาม และมาตรา 283 ทวิ วรรคสอง หากเป็น การกระทำต่อเด็กอายุไม่เกินสิบสามปี ห้ามอ้างความไม่รู้อายุของเด็กเพื่อให้พ้นจากความผิดนั้น” ประเทศไทยได้นำแนวความคิดการใช้หลักความรับผิดชอบโดยเคร่งครัดดังกล่าว มาจากหลักกฎหมายใน Section 5 ของพระราชบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศ ค.ศ. 2003 (Sexual Offences Act 2003 หรือ SOA) ของประเทศอังกฤษ

จากการศึกษาและวิเคราะห์เปรียบเทียบหลักกฎหมายของต่างประเทศกับหลักกฎหมายของ ประเทศไทยในประเด็นเรื่องการอ้างความไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิดทางเพศ แล้ว ปรากฏส่วนที่น่าสนใจรวมถึงส่วนที่คล้ายคลึงและแตกต่างจากหลักของประเทศไทย ดังต่อไปนี้

³⁰ จิตรตรา ชันเงิน, รายงานการศึกษาเรื่องละเมิด, หน้า 18.

³¹ มานิตย์ วงศ์เสรี และคณะ, ความรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้า : รายงานการศึกษาวิจัยฉบับสมบูรณ์, หน้า 7.

³² พิชัย พันภัย, “ทฤษฎีและขอบเขตของกฎหมายความรับผิดชอบในผลิตภัณฑ์เพื่อการคุ้มครองผู้บริโภค”, หน้า 111-112.

³³ Nicola Monaghan, Criminal Law, Page 83.

³⁴ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1, หน้า 303.

5.2.1 วิเคราะห์เปรียบเทียบกับหลักกฎหมายของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

จากการศึกษาหลักกฎหมายของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีในประเด็นเรื่องการอ้างความไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิดทางเพศแล้ว พบว่า ประมวลกฎหมายอาญาของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี³⁵ ได้กำหนดให้เด็กสามารถให้ความยินยอมทางเพศได้เมื่อมีอายุครบสิบสี่ปีบริบูรณ์ ตามมาตรา 176³⁶ ดังนั้น หากมีการกระทำความผิดทางเพศเกิดขึ้นกับบุคคลที่มีอายุต่ำกว่าสิบสี่ปี ผู้กระทำความผิดไม่อาจอ้างความยินยอมของเด็กขึ้นเป็นข้อแก้ตัว เพื่อให้ตนหลุดพ้นจากความรับผิดทางอาญาได้ ซึ่งแตกต่างจากหลักกฎหมายของประเทศไทยที่ได้กำหนดให้เด็กสามารถให้ความยินยอมทางเพศได้เมื่อมีอายุครบสิบหกปีบริบูรณ์ ตามหลักกฎหมายในมาตรา 277 ซึ่งบัญญัติว่า “ผู้ใดกระทำความผิดกับเด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปีซึ่งมิใช่ภริยาหรือสามีของตน โดยเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ห้าปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่หนึ่งแสนบาทถึงสี่แสนบาท...”

ตัวอย่างเช่น หากเด็กอายุตั้งแต่สิบสี่ปีถึงสิบแปดปี ยินยอมมีเพศสัมพันธ์กับเด็กอายุตั้งแต่สิบสี่ปีถึงสิบแปดปีด้วยกัน กรณีดังกล่าวไม่เป็นความผิดตามกฎหมายอาญาเยอรมัน เนื่องจากทั้งสองฝ่ายมีความสามารถที่จะให้ความยินยอมทางเพศได้ เว้นแต่จะมีการใช้กำลังประทุษร้าย หรือบังคับขู่เข็ญ ผู้กระทำต้องรับผิดตามกฎหมาย แต่ถ้าหากเด็กชายอายุสิบห้าปี กระทำการทางเพศกับเด็กหญิงอายุแปดปี ด้วยเจตนาทางเพศ แม้ว่าเด็กหญิงนั้นจะเป็นญาติกับเด็กชายก็ตาม กรณีดังกล่าวถือเป็นความรุนแรงทางเพศต่อเด็ก เด็กชายมีความผิดตามมาตรา 176 ฐานกระทำความรุนแรงทางเพศต่อเด็กอายุต่ำกว่าสิบสี่ปี

นอกจากนี้ผู้กระทำความผิดสามารถอ้างความสำคัญผิดในอายุของผู้เสียหายขึ้นสู้เพื่อให้ตนพ้นจากความรับผิดได้ ตามมาตรา 16³⁷ ซึ่งบัญญัติว่า “ความสำคัญผิดในข้อเท็จจริง (1) ผู้ใด

³⁵ Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz, “German Criminal Code,” [Online] Accessed: Nov 20, 2018. Available from: https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stgb/englisch_stgb.html

³⁶ Section 176 “Child abuse (1) Whosoever engages in sexual activity with a person under fourteen years of age (child) or allows the child to engage in sexual activity with himself shall be liable to imprisonment from six months to ten years...”

³⁷ Section 16 “Mistake of fact

(1) Whosoever at the time of the commission of the offence is unaware of a fact which is a statutory element of the offence shall be deemed to lack intention. Any liability for negligence remains unaffected...”

ในขณะที่กระทำความผิดไม่ทราบข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิด ผู้นั้นมิได้กระทำโดยเจตนา การลงโทษสำหรับประมาทไม่มีผลกระทบกระเทือน...” กล่าวคือ ประเทศเยอรมนีนั้น มิได้มีการนำหลักความรับผิดโดยเคร่งครัดมาใช้กับความผิดทางเพศ ทำให้ผู้กระทำความผิดสามารถอ้างความไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิด ขึ้นต่อสู้ว่าตนไม่มีเจตนาได้ ซึ่งแตกต่างจากไทยที่นำหลักความรับผิดโดยเคร่งครัดมาใช้กับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจาร ในกรณีผู้เสียหายเป็นเด็กอายุไม่เกิน 13 ปี ทำให้ผู้กระทำมีอาจอ้างข้อต่อสู้เรื่องอายุซึ่งเป็นข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิดขึ้นต่อสู้ เพื่อให้ตนพ้นจากความรับผิดได้ ผู้กระทำจึงต้องรับผิดทันที แม้มิได้มีเจตนาหรือไม่ประมาทก็ตาม

อย่างไรก็ตาม แม้ว่าประเทศเยอรมนีจะมีได้มีการนำหลักความรับผิดโดยเคร่งครัดมาใช้กับความผิดทางเพศก็ตาม แต่ก็มีมีการนำหลักดังกล่าวไปใช้กับความผิดอื่นที่มีได้อยู่ในประมวลกฎหมายอาญา และเป็นความผิดที่ส่งผลกระทบหรือสร้างความเสียหายแก่สังคมส่วนรวม ซึ่งส่วนใหญ่จะเป็นความผิดเกี่ยวกับการป้องกันสังคมให้ปลอดภัย เช่น ความผิดเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อม ความผิดเกี่ยวกับยา กรณีผลิตภัณฑ์ที่ไม่ปลอดภัย เป็นต้น

ดังนั้น จากการวิเคราะห์เปรียบเทียบหลักกฎหมายของเยอรมนีกับหลักกฎหมายของไทยในประเด็นเรื่องการอ้างความไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิดทางเพศแล้ว พบว่าประเทศเยอรมนีมิได้มีการนำหลักความรับผิดโดยเคร่งครัดมาใช้กับความผิดทางเพศ ทำให้ผู้กระทำความผิดสามารถอ้างความไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิด ขึ้นต่อสู้ว่าตนไม่มีเจตนาได้ ซึ่งแตกต่างจากไทยที่นำหลักความรับผิดโดยเคร่งครัดมาใช้กับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจาร ทำให้มีอาจอ้างข้อต่อสู้เรื่องอายุซึ่งเป็นข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิดขึ้นต่อสู้ เพื่อให้ตนพ้นจากความรับผิดได้

5.2.2 วิเคราะห์เปรียบเทียบกับหลักกฎหมายของสมาพันธรัฐสวิส

จากการศึกษาหลักกฎหมายของสมาพันธรัฐสวิสในประเด็นเรื่องการอ้างความไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิดทางเพศแล้ว พบว่า ประมวลกฎหมายอาญาของสมาพันธรัฐสวิส³⁸ ได้กำหนดให้เด็กมีความสามารถในการให้ความยินยอมทางเพศได้เมื่อมีอายุครบสิบหกปีบริบูรณ์ ตามมาตรา 187³⁹ ดังนั้น หากมีการกระทำความผิดทางเพศเกิดขึ้นกับเด็กอายุต่ำกว่าสิบหกปีแล้ว ผู้กระทำความผิดต้องรับผิด โดยไม่อาจอ้างความยินยอมของเด็กขึ้นเป็นข้อแก้ตัว เพื่อให้ตนหลุดพ้นจากความรับผิดทางอาญาได้ ซึ่งหลักดังกล่าวเหมือนกับหลักกฎหมายของประเทศไทยที่กำหนดให้เด็กสามารถให้ความยินยอมทางเพศได้เมื่อมีอายุครบสิบหกปีบริบูรณ์เช่นเดียวกัน

หากมีการกระทำความผิดทางเพศเกิดขึ้นกับเด็กอายุต่ำกว่าสิบหกปี โดยที่ผู้กระทำความผิดกระทำไปโดยสำคัญผิดว่าเด็กมีอายุตั้งแต่สิบหกปีขึ้นไป แม้ว่าการสำคัญผิดดังกล่าวจะมีได้เกิดขึ้นจากตัวผู้กระทำความผิดเอง และผู้กระทำความผิดได้ใช้ความระมัดระวังแล้วก็ตาม ผู้กระทำก็ยังคงต้องรับผิด ตามมาตรา 187(4)⁴⁰ ซึ่งหลักกฎหมายข้อนี้ของสวิสมีความคล้ายคลึงกับหลักกฎหมายของประเทศไทย กล่าวคือ ไทยได้นำหลักความรับผิดโดยเคร่งครัดมาใช้กับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจาร ทำให้ผู้กระทำความผิดมีอาจอ้างข้อต่อสู้เรื่องอายุซึ่งเป็นข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิดขึ้นต่อสู้ เพื่อให้ตนพ้นจากความรับผิดได้ แต่หลักกฎหมายของสวิสนั้นจะมีได้มีการบัญญัติห้ามยกข้อต่อสู้เรื่องอายุไว้อย่างชัดเจน แต่ไม่ว่าจะยกข้อต่อสู้หรือไม่ก็ตาม ผู้กระทำความผิดก็ต้องรับผิดอยู่ดี ซึ่งส่วนนี้จะเหมือนกับหลักกฎหมายของไทยที่ผู้กระทำความผิดต้องรับผิดทันที หากเข้าตามหลักเกณฑ์ที่ต้องรับผิดโดยเคร่งครัด

³⁸ The Federal Council, "Swiss Criminal Code," [Online] Accessed: Nov 20, 2018. Available from: https://www.admin.ch/opc/en/classified_compilation/19370083/index.html#id-ni20-ni25

³⁹ Art. 187 "Endangering the development of minors / Sexual acts with children

1. Any person who engages in a sexual act with a child under 16 years of age, or,
incites a child to commit such an activity, or
involves a child in a sexual act,
is liable to a custodial sentence not exceeding five years or to a monetary penalty..."

⁴⁰ Art. 187 "...4. If the offender acts under the misconception that the child is 16 years of age or older, but he would not have made this error had he exercised due care, the penalty is a custodial sentence not exceeding three years or a monetary penalty."

อย่างไรก็ตาม หลักกฎหมายเกี่ยวกับความผิดทางเพศของสวิสได้กำหนดข้อยกเว้นไว้เช่นกัน หากเป็นกรณีที่ผู้กระทำความผิดและผู้เสียหายอายุห่างกันไม่เกินสามปี และเป็นกรณีที่บุคคลทั้งสองนั้นสมัครใจกระทำการทางเพศ โดยมีได้มีการบังคับฝืนใจแต่อย่างใด กรณีดังกล่าวจะไม่ใช่ความผิดตามมาตรา 187(1) เข้าข้อยกเว้นตามมาตรา 187(2)⁴¹ ซึ่งข้อยกเว้นดังกล่าวนี้ไม่มีในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจารของไทยแต่อย่างใด

นอกจากนี้หากผู้กระทำความผิดมีอายุต่ำกว่ายี่สิบปีในขณะที่กระทำความผิดหรือได้กระทำความผิดเป็นครั้งแรก และมีพฤติการณ์พิเศษ (Special Circumstances) หรือเป็นกรณีที่เด็กเป็นคู่สมรสหรือจดทะเบียนคู่ชีวิตกับผู้กระทำความผิด หน่วยงานที่รับผิดชอบอาจสั่งฟ้องและดำเนินคดีต่อศาล หรือสั่งลงโทษปรับแทนก็ได้ ซึ่งเป็นการเปิดโอกาสให้แก่พนักงานอัยการในการใช้ดุลยพินิจเลือกดำเนินคดีกับเด็กหรือเยาวชนผู้กระทำความผิด หรือผู้ที่กระทำความผิดเป็นครั้งแรก โดยเปิดโอกาสให้ผู้กระทำความผิดใช้ค่าปรับแทนได้ หากเป็นไปตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดไว้ ตามมาตรา 187(3)⁴² ซึ่งข้อยกเว้นดังกล่าวนี้ไม่มีในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจารของไทยเช่นเดียวกัน

ข้อยกเว้นตามมาตรา 187(2) และ 187(3) ของหลักกฎหมายสวิสนี้มีความน่าสนใจและแตกต่างจากหลักกฎหมายของไทย เป็นการสร้างเงื่อนไขเพิ่มเติม เพื่อเปิดช่องให้แก่พนักงานอัยการในการดำเนินคดีอาญา ทำให้พนักงานอัยการทำงานได้อย่างมีประสิทธิภาพและยืดหยุ่นตามสถานการณ์ต่าง ๆ มากยิ่งขึ้น ซึ่งการสร้างเงื่อนไขดังกล่าวนี้อาจนำมาสู่การแก้ไขปัญหาของการใช้หลักความรับผิดชอบโดยเคร่งครัดกับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจารของไทยได้

ดังนั้น จากการวิเคราะห์เปรียบเทียบหลักกฎหมายของสมาพันธรัฐสวิสกับหลักกฎหมายของไทยในประเด็นเรื่องการอ้างความไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิดทางเพศแล้ว พบว่า สมาพันธรัฐสวิสมีกรณีบัญญัติไว้อย่างชัดเจนว่า หากมีการกระทำความผิดทางเพศแล้ว พบว่า สมาพันธรัฐสวิสมีกรณีบัญญัติไว้อย่างชัดเจนว่า หากมีการกระทำความผิดทางเพศเกิด

⁴¹ Art. 187 "... 2. No penalty may be imposed if the difference in age between the persons involved is three years or less..."

⁴² Art. 187 "...3. If the offender has not reached the age of 20 at the time of the act or the first of the acts, and if there are special circumstances, or if the child is the spouse or registered partner of the offender, the responsible authority may dispense with prosecution, referral to the court or the imposition of a penalty..."

ขึ้นกับเด็กอายุต่ำกว่าสิบหกปี โดยที่ผู้กระทำความผิดกระทำไปโดยสำคัญผิดว่าเด็กมีอายุตั้งแต่สิบหกปีขึ้นไป แม้ว่าการสำคัญผิดดังกล่าวจะมีได้เกิดขึ้นจากตัวผู้กระทำความผิดเอง และผู้กระทำความผิดได้ใช้ความระมัดระวังแล้วก็ตาม ผู้กระทำก็ยังคงต้องรับผิดชอบ ตามมาตรา 187(4) ซึ่งจะเหมือนกับหลักกฎหมายของไทยที่ผู้กระทำความผิดต้องรับผิดชอบทันที โดยไม่อาจอ้างความไม่รู้เรื่องอายุซึ่งเป็นข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิด แม้จะมีเหตุอันสมควรเชื่อก็ตาม

อย่างไรก็ตามหลักกฎหมายเกี่ยวกับความผิดทางเพศของสวิสได้กำหนดข้อยกเว้นไว้เช่นกันว่า หากเป็นกรณีที่ผู้กระทำความผิดและผู้เสียหายอายุห่างกันไม่เกินสามปี และเป็นกรณีที่บุคคลทั้งสองนั้นสมัครใจกระทำการทางเพศ โดยมีได้มีการบังคับฝืนใจแต่อย่างใด กรณีดังกล่าวจะไม่ใช่ความผิด เข้าข้อยกเว้นตามมาตรา 187(2) และหากผู้กระทำความผิดมีอายุต่ำกว่ายี่สิบปี ในขณะที่กระทำความผิดหรือได้กระทำความผิดเป็นครั้งแรก และมีพฤติการณ์พิเศษ (Special Circumstances) หรือเป็นกรณีที่เด็กเป็นคู่สมรสหรือจดทะเบียนคู่อภิวัตน์กับผู้กระทำความผิด หน่วยงานที่รับผิดชอบอาจสั่งฟ้องและดำเนินคดีต่อศาล หรือสั่งลงโทษปรับแทนก็ได้ ซึ่งเป็นการเปิดโอกาสให้แก่พนักงานอัยการในการใช้ดุลยพินิจเลือกดำเนินคดีกับเด็กหรือเยาวชนผู้กระทำความผิด หรือผู้ที่กระทำความผิดเป็นครั้งแรก โดยเปิดโอกาสให้ผู้กระทำความผิดใช้ค่าปรับแทนได้ หากเป็นไปตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดไว้ ตามมาตรา 187(3) ซึ่งข้อยกเว้นดังกล่าวนี้ไม่มีในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจารของไทยแต่อย่างใด จึงเป็นที่น่าสนใจว่าข้อยกเว้นนี้อาจนำไปสู่การแก้ไขปัญหาของการใช้หลักความรับผิดชอบโดยเคร่งครัดกับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจารของไทยได้

5.2.3 วิเคราะห์เปรียบเทียบกับหลักกฎหมายของสหราชอาณาจักร

จากการศึกษาหลักกฎหมายของสหราชอาณาจักรในประเด็นเรื่องการอ้างความไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิดทางเพศแล้ว พบว่า บทบัญญัติความผิดทางเพศของสหราชอาณาจักร⁴³ ได้กำหนดให้เด็กสามารถให้ความยินยอมทางเพศได้เมื่อมีอายุครบสิบหกปี ดังนั้น ในกรณีความผิดทางเพศที่เกี่ยวข้องกับเด็กที่มีอายุต่ำกว่าสิบหกปี ผู้กระทำไม่อาจอ้างความยินยอมของเด็กเพื่อให้ตนหลุดพ้นจากความรับผิดได้ และไม่จำเป็นต้องพิสูจน์ในเรื่องของความยินยอมหรือ

⁴³ The National Archives, "Sexual Offences Act 2003," [Online] Accessed: Nov 20. 2018. Available from: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2003/42/part/1>

พิสูจน์ว่ามีเหตุอันควรเชื่อว่าผู้เสียหายได้ให้ความยินยอม ซึ่งหลักดังกล่าวเหมือนกับหลักกฎหมายของประเทศไทยที่กำหนดให้เด็กสามารถให้ความยินยอมทางเพศได้เมื่อมีอายุครบสิบหกปีบริบูรณ์เช่นเดียวกัน

นอกจากนี้สหราชอาณาจักรได้นำหลักความรับผิดชอบโดยเคร่งครัดมาใช้กับกรณีความผิดทางเพศที่เกี่ยวข้องกับบุคคลซึ่งเป็นเด็กอายุต่ำกว่าสิบสามปี โดยไม่จำเป็นต้องพิจารณาในเรื่องเจตนาอันเป็นองค์ประกอบของความรับผิดชอบ เมื่อมีความเสียหายเกิดขึ้น ผู้กระทำจะต้องรับผิดชอบในผลที่เกิดขึ้นเป็นความรับผิดชอบโดยเคร่งครัด โดยไม่จำเป็นต้องพิจารณาว่าการกระทำนั้นเป็นความผิดหรือไม่ แม้ผู้กระทำไม่มีเจตนาและไม่ได้ประมาทอันเป็นส่วนหนึ่งขององค์ประกอบความผิดก็ตาม ผู้กระทำก็ยังคงต้องรับผิดชอบ ไม่อาจอ้างความไม่รู้ข้อเท็จจริงเรื่องอายุอันเป็นองค์ประกอบของความผิดขึ้นต่อสู้เพื่อให้ตนพ้นจากความรับผิดชอบได้⁴⁴ ซึ่งต่างจากกรณีความผิดทางเพศทั่วไปที่จำเป็นต้องพิสูจน์เจตนาในการกระทำความผิดเสมอ หากเป็นกรณีผู้เสียหายมีอายุตั้งแต่สิบสามปีขึ้นไปนั้น ผู้กระทำสามารถอ้างความไม่รู้ข้อเท็จจริงเรื่องอายุอันเป็นองค์ประกอบของความผิดขึ้นต่อสู้ เพื่อให้ตนพ้นจากความรับผิดชอบได้ หากมีเหตุอันสมควรเชื่อได้ว่าผู้เสียหายมีอายุตั้งแต่ 16 ปีขึ้นไป⁴⁵

การนำหลักความรับผิดชอบโดยเคร่งครัดมาใช้ดังกล่าว ทำให้ผู้กระทำความผิดไม่อาจอ้างความไม่รู้เรื่องอายุซึ่งเป็นข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิดเพื่อให้ตนหลุดพ้นจากความรับผิดชอบ แม้ว่าผู้กระทำจะไม่ทราบอายุที่แท้จริงของเด็ก โดยมีเหตุอันสมควรเชื่อหรือเชื่อโดยสุจริตก็ตาม ก็ไม่อาจอ้างความไม่รู้ข้อเท็จจริงเรื่องอายุอันเป็นองค์ประกอบของความผิดขึ้นต่อสู้ เพื่อให้ตนพ้นจากความรับผิดชอบ ผู้กระทำต้องรับผิดชอบโดยเคร่งครัด ซึ่งหลักดังกล่าวนี้เหมือนกับหลักกฎหมายของประเทศไทยที่นำหลักความรับผิดชอบโดยเคร่งครัดมาใช้กับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจาร ทำให้มีอาจอ้างข้อต่อสู้เรื่องอายุซึ่งเป็นข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิดขึ้นต่อสู้ เพื่อให้ตนพ้นจากความรับผิดชอบได้เช่นเดียวกัน แต่จะต่างกันในเรื่องของอายุ ซึ่งหลักความรับผิดชอบโดยเคร่งครัดของประเทศไทยนั้น ได้นำมาใช้กับกรณีผู้เสียหายมีอายุไม่เกินสิบสามปี แต่ของสหราชอาณาจักรจะนำหลักความรับผิดชอบโดยเคร่งครัดมาใช้กับกรณีผู้เสียหายมีอายุต่ำกว่าสิบสามปี

⁴⁴ R v. G (2008) UKHL 37.

⁴⁵ Catherine Elliott and Frances Quinn, *Criminal Law*, Page 198, 213.

ในปัจจุบันสหราชอาณาจักรยังคงนำหลักความรับผิดชอบโดยเคร่งครัดมาใช้เพื่อคุ้มครองเด็กในความผิดทางเพศ ซึ่งประเทศไทยก็ได้นำแนวคิดดังกล่าวมาปรับใช้ในประมวลกฎหมายอาญา เพื่อคุ้มครองเด็กในความผิดทางเพศเช่นเดียวกัน ดังปรากฏในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 285/1 เป็นความผิดที่มีลักษณะเป็นความรับผิดชอบโดยเคร่งครัด โดยไม่อาจอ้างความไม่รู้ข้อเท็จจริงเรื่องอายุอันเป็นองค์ประกอบของความผิดขึ้นต่อสู้ เพื่อให้ตนพ้นจากความรับผิดชอบได้ อย่างไรก็ตาม แม้แต่ในสหราชอาณาจักรซึ่งถือเป็นต้นแบบของประเทศไทยในการนำหลักความรับผิดชอบโดยเคร่งครัดมาใช้กับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจาร ก็ยังคงมีปัญหาในการปรับใช้หลักดังกล่าว ดังปรากฏ กรณีที่ศาลสูงของเมืองกลาสโกว์ (Glasgow) ได้ตัดสินปล่อยตัวนักศึกษาคณะวิศวกรรมศาสตร์ซึ่งสารภาพว่าได้มีเพศสัมพันธ์กับเด็กหญิงอายุสิบสองปี เนื่องจากเขาเข้าใจว่าเด็กหญิงมีอายุสิบหกปีแล้ว

ศาลสูงในคดีนี้ได้ให้ความเห็นว่า คดีนี้เป็นสถานการณ์พิเศษอย่างสมบูรณ์ (Wholly Exceptional Circumstances) เนื่องจากชายหนุ่มซึ่งมีอายุสิบเก้าปี ในขณะที่กระทำความผิด ได้พบกับผู้เสียหายและเพื่อน ๆ ของผู้เสียหายที่ควรถูกแก้ที่ภายหลังจากการเที่ยวกลางคืน ชายหนุ่มได้พาพวกเขาไปที่ที่พักเพื่อจัดปาร์ตี้อย่างกะทันหัน และได้มีเพศสัมพันธ์กับผู้เสียหายซึ่งผู้เสียหายเต็มใจ (Willing Participated) และไม่มีข้อสงสัยใด ๆ โดยชายหนุ่มเชื่อว่าผู้เสียหายมีอายุสิบหกปีแล้ว และเพื่อนของผู้เสียหายมีอายุสิบเจ็ดปี ในคดีนี้ชายหนุ่มต้องรับผิดชอบภายใต้หลักความรับผิดชอบโดยเคร่งครัด เนื่องจากผู้เสียหายมีอายุต่ำกว่าสิบสามปี ซึ่งถือว่าไม่สามารถให้ความยินยอมทางเพศได้ แต่อย่างไรก็ตามการลงโทษชายหนุ่มตามหลักดังกล่าว ไม่ก่อให้เกิดประโยชน์แก่สาธารณะ (Public Interest) อย่างแท้จริง ในการลงโทษจำเลยภายใต้พระราชบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศ (Sexual Offences Act 2003) เมื่อพิจารณาปัจจัยทั้งหมดแล้ว เห็นสมควรให้ปล่อยตัวจำเลยไป เพื่อความยุติธรรม⁴⁶

ดังนั้น จากการวิเคราะห์เปรียบเทียบหลักกฎหมายของสหราชอาณาจักรกับหลักกฎหมายของไทยในประเด็นเรื่องการอ้างความไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิดทางเพศแล้ว พบว่า สหราชอาณาจักรได้นำหลักความรับผิดชอบโดยเคร่งครัดมาใช้กับกรณีความผิดทางเพศที่เกี่ยวข้องกับบุคคลซึ่งเป็นเด็กอายุต่ำกว่าสิบสามปี ทำให้ผู้กระทำความผิดไม่อาจอ้างความไม่รู้เรื่อง

⁴⁶ Judiciary of Scotland, "HMA v Daniel Cieslak," [Online] Accessed: Nov 20, 2018. Available from: <http://www.scotland-judiciary.org.uk/8/1754/HMA-v-Daniel-Cieslak>

อายุซึ่งเป็นข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิดเพื่อให้ตนหลุดพ้นจากความรับผิดได้ แม้ว่าผู้กระทำจะไม่ทราบอายุที่แท้จริงของเด็ก โดยมีเหตุอันสมควรเชื่อหรือเชื่อโดยสุจริตก็ตาม ซึ่งเหมือนกับหลักกฎหมายของประเทศไทยที่นำหลักความรับผิดโดยเคร่งครัดมาใช้กับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจารเช่นกัน ทำให้มีอาจอ้างข้อต่อสู้เรื่องอายุซึ่งเป็นข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิดขึ้นต่อสู้ เพื่อให้ตนพ้นจากความรับผิดได้ แต่ทั้งนี้จะต่างกันในเรื่องของอายุ ซึ่งหลักความรับผิดโดยเคร่งครัดของประเทศไทยนั้น ได้นำมาใช้กับกรณีผู้เสียหายมีอายุไม่เกินสิบสามปี แต่ของสหราชอาณาจักรจะนำหลักความรับผิดโดยเคร่งครัดมาใช้กับกรณีผู้เสียหายมีอายุต่ำกว่าสิบสามปี

5.2.4 วิเคราะห์เปรียบเทียบกับหลักกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา

จากการศึกษาหลักกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาในประเด็นเรื่องการอ้างความไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิดทางเพศแล้ว พบว่า ในบทบัญญัติมาตรา 213.1⁴⁷ ของ Model Penal Code (MPC)⁴⁸ ซึ่งเป็นประมวลกฎหมายอาญาแม่แบบของประเทศสหรัฐอเมริกาที่ให้แต่ละมลรัฐนำไปปรับใช้เพื่อความเหมาะสมนั้น ได้บัญญัติให้เด็กสามารถให้ความยินยอมทางเพศได้เมื่อมีอายุตั้งแต่สิบปีขึ้นไป และในบทบัญญัติมาตรา 213.6⁴⁹ ได้บัญญัติเกี่ยวกับกรณีการอ้างความไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิดทางเพศไว้ว่า ผู้กระทำไม่สามารถยกข้อต่อสู้ที่ว่า ไม่รู้อายุที่แท้จริงของเด็ก หรือเหตุอันสมควรเชื่อว่าเด็กมีอายุตั้งแต่สิบปีแล้วขึ้นต่อสู้ได้ หากการกระทำ ความผิดทางเพศนั้นเกิดขึ้นกับเด็กที่มีอายุน้อยกว่าสิบปี

⁴⁷ Section 213.1 “Rape and related offences.

(1) Rape. A male who has sexual intercourse with a female not his wife is guilty of rape if:
(d) the female is less than 10 years old....”

⁴⁸ American Law Institute, “Model Penal Code 1962,” [Online] Accessed: Nov 20, 2018. Available from: https://archive.org/stream/ModelPenalCode_ALI/MPC%20full%20%28504%20pages%29_djvu.txt

⁴⁹ Section 213.6. “Provisions Generally Applicable to Article 213.

(1) Mistake as to Age. Whenever in this Article the criminality of conduct depends on a child's being below the age of 10, it is no defense that the actor did not know the child's age, or reasonably believed the child to be older than 10. When criminality depends on the child's being below a critical age other than 10, it is a defense for the actor to prove by a preponderance of the evidence that he reasonably believed the child to be above the critical age....”

อย่างไรก็ตามประเทศสหรัฐอเมริกาประกอบไปด้วยมลรัฐจำนวนถึง 50 มลรัฐ ซึ่งแต่ละมลรัฐล้วนแล้วแต่มีประมวลกฎหมายอาญาบังคับใช้ภายในมลรัฐของตนเอง (State Law) โดยมีมาตรการและหลักเกณฑ์ในการบัญญัติเรื่องความผิดทางเพศที่แตกต่างกันออกไป เมื่อได้ศึกษาหลักกฎหมายเกี่ยวกับความผิดทางเพศในประเด็นเรื่องการอ้างความไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิดแล้ว สามารถวิเคราะห์เปรียบเทียบหลักกฎหมายของแต่ละมลรัฐกับหลักกฎหมายของประเทศไทยได้ ดังต่อไปนี้

5.2.4.1 มลรัฐแคลิฟอร์เนีย

จากการศึกษาหลักกฎหมายของมลรัฐแคลิฟอร์เนียในประเด็นเรื่องการอ้างความไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิดทางเพศแล้ว พบว่า ประมวลกฎหมายอาญาของมลรัฐแคลิฟอร์เนีย⁵⁰ ได้กำหนดให้เด็กมีความสามารถในการให้ความยินยอมทางเพศได้ เมื่อมีอายุครบสิบแปดปีบริบูรณ์ ตามมาตรา 261.5 ซึ่งได้ กำหนดให้ “ผู้เยาว์” หมายความว่า บุคคลที่มีอายุต่ำกว่า สิบแปดปี และ “ผู้ใหญ่” หมายความว่า บุคคลที่มีอายุอย่างน้อยสิบแปดปีบริบูรณ์⁵¹ ดังนั้น หากมีการกระทำทางเพศเกิดขึ้นกับบุคคลที่มีอายุต่ำกว่าสิบแปดปี การกระทำดังกล่าวย่อมมีความผิดตามกฎหมาย โดยที่ผู้กระทำไม่อาจอ้างความยินยอมของเด็กเพื่อให้ตนหลุดพ้นจากความรับผิดได้ ซึ่งแตกต่างจากหลักกฎหมายของประเทศไทยที่ได้กำหนดให้เด็กสามารถให้ความยินยอมทางเพศได้เมื่อมีอายุครบสิบหกปีบริบูรณ์ ตามหลักกฎหมายในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277

กรณีที่มีการกระทำลามกอนาจารต่อผู้เสียหายซึ่งมีอายุต่ำกว่าสิบสี่ปี ตามมาตรา 288(a) ผู้กระทำความผิดต้องรับผิดโดยเคร่งครัด (Strict Liability) ไม่อาจอ้างความไม่รู้ข้อเท็จจริงเรื่องอายุอันเป็นองค์ประกอบของความผิดขึ้นต่อสู้ เพื่อให้ตนพ้นจากความรับผิดได้ แม้ว่าจะมีเหตุอันสมควรเชื่อ หรือเชื่อโดยสุจริต (Good Faith) ก็ตาม⁵² และในกรณีที่มีการกระทำลามกอนาจารต่อ ผู้เสียหายซึ่งมีอายุสิบสี่ปี หรือสิบห้าปี โดยที่ผู้กระทำความผิดมีอายุมากกว่าผู้เสียหาย

⁵⁰ California Legislative Information. “California Penal Code.” [Online] Accessed: Nov 20, 2018. Available from: https://leginfo.ca.gov/faces/codes_displayexpandedbranch.xhtml?lawCode=PEN&division=&title=9.&part=1.&chapter=1.&article=&goUp=Y

⁵¹ Section 261.5 (a) “... a “minor” is a person under the age of 18 years and an “adult” is a person who is at least 18 years of age...”

⁵² People v. Olsen, 36 Cal. 3d 638, 685 P.2d 52 (1984)

อย่างน้อยสิบปี ตามมาตรา 288(c)(1) ผู้กระทำความผิดต้องรับผิดโดยเคร่งครัดเช่นเดียวกัน ไม่อาจอ้างความไม่รู้ข้อเท็จจริงเรื่องอายุอันเป็นองค์ประกอบของความผิดขั้นต่อสู้ เพื่อให้ตนพ้นจากความรับผิดได้ แม้ว่าจะมีเหตุอันสมควรเชื่อ หรือเชื่อโดยสุจริตก็ตาม ยังคงต้องรับผิดตามมาตรา 288(c)(1)⁵³ ซึ่งกรณีดังกล่าวนี้จะเหมือนกับหลักกฎหมายของประเทศไทยที่ได้นำหลักความรับผิดโดยเคร่งครัด มาใช้กับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจาร ทำให้ผู้กระทำความผิดทางเพศมีอาจอ้างข้อต่อสู้เรื่องอายุซึ่งเป็นข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิดขั้นต่อสู้ เพื่อให้ตนพ้นจากความรับผิดได้ อย่างไรก็ตามมีข้อแตกต่างกันเล็กน้อยในเรื่องของอายุ โดยประเทศไทยได้นำหลักความรับผิดโดยเคร่งครัดมาใช้เฉพาะกรณีผู้เสียหายมีอายุไม่เกินสิบสามปี แต่ของมลรัฐแคลิฟอร์เนียจะนำหลักความรับผิดโดยเคร่งครัดมาใช้กว้างกว่า โดยใช้กับทั้งกรณีผู้เสียหายมีอายุต่ำกว่าสิบสี่ปี และกรณีผู้เสียหายมีอายุสิบสี่ปี หรือสิบห้าปี โดยที่ผู้กระทำความผิดมีอายุมากกว่าผู้เสียหายอย่างน้อยสิบปี

นอกจากนี้ตามหลักกฎหมายของมลรัฐแคลิฟอร์เนีย หากผู้กระทำความผิดทางเพศมีอายุห่างจากผู้เสียหายซึ่งเป็นผู้เยาว์ไม่เกินสามปี บุคคลผู้นั้นรับผิดเพียงลหุโทษ เป็นไปตามมาตรา 261.5⁵⁴ ซึ่งเงื่อนไขที่ทำให้ผู้กระทำความผิดได้รับโทษน้อยลงนี้ ไม่มีในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจารของไทยแต่อย่างใด

ดังนั้น จากการวิเคราะห์เปรียบเทียบหลักกฎหมายของมลรัฐแคลิฟอร์เนียกับหลักกฎหมายของไทยในประเด็นเรื่องการอ้างความไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิดทางเพศแล้ว พบว่า มลรัฐแคลิฟอร์เนียได้นำหลักความรับผิดโดยเคร่งครัดมาใช้กับความผิดทางเพศเช่นเดียวกับประเทศไทย ทำให้ผู้กระทำความผิดต้องรับผิดโดยเคร่งครัด ไม่อาจอ้างความไม่รู้ข้อเท็จจริงเรื่องอายุอันเป็นองค์ประกอบของความผิด ขั้นต่อสู้เพื่อให้ตนพ้นจากความรับผิดได้ แม้ว่าจะมีเหตุอันสมควรเชื่อ หรือเชื่อโดยสุจริตก็ตาม ทั้งนี้ มลรัฐแคลิฟอร์เนียได้นำหลักดังกล่าวมาใช้กับกรณีผู้เสียหายมีอายุต่ำกว่าสิบสี่ปี และกรณีผู้เสียหายมีอายุสิบสี่ปี หรือสิบห้าปี โดยที่ผู้กระทำความผิดมีอายุมากกว่าผู้เสียหายอย่างน้อยสิบปี ตามที่ศาลของมลรัฐแคลิฟอร์เนียได้วางหลักเอาไว้ ซึ่งจะต่างกับหลักของประเทศไทยที่นำมาใช้เฉพาะกรณีผู้เสียหายมีอายุไม่เกินสิบสามปีเท่านั้น

⁵³ People v. Paz, 80 Cal. App. 4th 293, 95 Cal. Rptr. 2d 166 (2000)

⁵⁴ Section 261.5 (b) “...(b) Any person who engages in an act of unlawful sexual intercourse with a minor who is not more than three years older or three years younger than the perpetrator, is guilty of a misdemeanor...”

5.2.4.2 มลรัฐอิลลินอยส์

จากการศึกษาหลักกฎหมายของมลรัฐอิลลินอยส์ในประเด็นเรื่องการอ้างความไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิดทางเพศแล้ว พบว่า ประมวลกฎหมายอาญาของมลรัฐอิลลินอยส์⁵⁵ ได้กำหนดให้เด็กมีความสามารถในการให้ความยินยอมทางเพศได้ เมื่อมีอายุครบสิบแปดปีบริบูรณ์ ตามมาตรา 5/11-0.1 ประกอบมาตรา 5/11-21 และมาตรา 5/11-9.3 ซึ่งได้กำหนดให้ “ผู้เยาว์” หมายความว่า บุคคลที่มีอายุต่ำกว่าสิบแปดปี⁵⁶ และ “ผู้ที่กระทำความผิดทางเพศต่อเด็ก” หมายความว่า บุคคลที่ถูกจับกุมภายใต้กฎหมายของมลรัฐอิลลินอยส์ในความผิดเกี่ยวกับเพศ ซึ่งได้กระทำต่อผู้เสียหายที่มีอายุต่ำกว่าสิบแปดปี ในขณะที่ความผิดเกิดขึ้น⁵⁷ ดังนั้น หากมีการกระทำทางเพศเกิดขึ้นกับบุคคลที่มีอายุต่ำกว่าสิบแปดปี การกระทำดังกล่าวย่อมมีความผิดตามกฎหมาย โดยที่ผู้กระทำไม่อาจอ้างความยินยอมของเด็กเพื่อให้ตนหลุดพ้นจากความรับผิดได้ ซึ่งแตกต่างจากหลักกฎหมายของประเทศไทยที่ได้กำหนดให้เด็กสามารถให้ความยินยอมทางเพศได้เมื่อมีอายุครบสิบหกปีบริบูรณ์ ตามหลักกฎหมายในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277

นอกจากนี้หลักกฎหมายของมลรัฐอิลลินอยส์นั้น ได้กำหนดไว้อย่างชัดเจนว่า กรณีใดบ้างที่ผู้กระทำความผิดสามารถอ้างความไม่รู้อายุซึ่งเป็นข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิดทางเพศได้ โดยบัญญัติไว้ในมาตรา 5/11-1.70(b)⁵⁸ ประกอบมาตรา 5/11-1.50(b)(c)⁵⁹ และ

⁵⁵ Illinois General Assembly. “Illinois Criminal Code.” [Online] Accessed: Nov 20, 2018. Available from: <http://www.ilga.gov/legislation/ilcs/ilcs3.asp?ChapterID=53&ActID=1876>

⁵⁶ Section 5/11-21 ““Minor” means any person under the age of 18.”

⁵⁷ Section 5/11-9.3 “(1) “Child sex offender” means any person who:

(i) has been charged under Illinois law, or any substantially similar federal law or law of another state, with a sex offense set forth in paragraph (2) of this subsection (d) or the attempt to commit an included sex offense, and the victim is a person under 18 years of age at the time of the offense...”

⁵⁸ Section 5/11-1.70. “Defenses with respect to offenses described in Sections 5/11-1.20 through 5/11-1.60. ... (b) It shall be a defense under subsection (b) and subsection (c) of Section 5/11-1.50 and subsection (d) of Section 5/11-1.60 of this Code that the accused reasonably believed the person to be 17 years of age or over....”

⁵⁹ Section 5/11-1.50. “Criminal sexual abuse.

(b) A person commits criminal sexual abuse if that person is under 17 years of age and commits an act of sexual penetration or sexual conduct with a victim who is at least 9 years of age but under 17 years of age.

มาตรา 5/11-1.60(d)⁶⁰ ว่า ผู้กระทำความผิดอาจอ้างความไม่รู้ข้อเท็จจริงเรื่องอายุอันเป็นองค์ประกอบของความผิดขั้นต่อสูได้ หากมีเหตุอันสมควรเชื่อ (Reasonably Believe) ว่าผู้เสียหายนั้นมีอายุตั้งแต่สิบเจ็ดปีขึ้นไป และยินยอมมีเพศสัมพันธ์ แม้ว่าความจริงแล้วผู้เสียหายจะมีอายุตั้งแต่สิบสามปี ถึงสิบหกปีก็ตาม หรือในกรณีที่ผู้กระทำความผิดมีอายุต่ำกว่าสิบเจ็ดปี และมีเหตุอันสมควรเชื่อว่าผู้เสียหายนั้นมีอายุตั้งแต่สิบเจ็ดปีขึ้นไป และยินยอมมีเพศสัมพันธ์ ผู้กระทำก็สามารถอ้างความไม่รู้ข้อเท็จจริงเรื่องอายุอันเป็นองค์ประกอบของความผิดนั้นขั้นต่อสูได้เช่นกัน ซึ่งแตกต่างจากความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจารของไทยที่ได้มีการบัญญัติไว้อย่างชัดเจนว่า มีกรณีใดบ้างที่สามารถอ้างความไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิดขั้นต่อสูได้

จากการกำหนดกรณีที่ผู้กระทำความผิดสามารถอ้างความไม่รู้อายุซึ่งเป็นข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิดทางเพศไว้อย่างชัดเจนดังกล่าว ทำให้หากมีการกระทำความผิดทางเพศเกิดขึ้นกับผู้เสียหายที่เป็นเด็กซึ่งมีอายุต่ำกว่าสิบสามปี และผู้กระทำมีอายุตั้งแต่สิบเจ็ดปีขึ้นไป ผู้กระทำไม่อาจอ้างความไม่รู้ข้อเท็จจริงเรื่องอายุอันเป็นองค์ประกอบของความผิดขั้นต่อสูได้⁶¹ แม้ว่าจะมีเหตุอันสมควรเชื่อหรือไม่ก็ตาม ผู้กระทำต้องรับผิดชอบโดยเคร่งครัด มีอาจอ้างข้อต่อสู้เรื่องอายุซึ่งเป็นข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิดขั้นต่อสู เพื่อให้ตนพ้นจากความรับผิดชอบได้ โดยเป็นไปตามที่ศาลของมลรัฐอิลลินอยส์ได้วางหลักเอาไว้⁶² และไม่อยู่ในกรณีที่มีมลรัฐอิลลินอยส์ได้บัญญัติให้ผู้กระทำความผิดสามารถอ้างความไม่รู้อายุซึ่งเป็นข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิดทางเพศได้ กรณีของ มลรัฐอิลลินอยส์ดังกล่าวนี้จะเหมือนกับประเทศไทยที่ได้นำหลักความรับผิดโดยเคร่งครัดมาใช้กับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจาร ทำให้มีอาจอ้างข้อต่อสู้เรื่องอายุซึ่งเป็นข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิดขั้นต่อสู เพื่อให้ตนพ้น

(c) A person commits criminal sexual abuse if that person commits an act of sexual penetration or sexual conduct with a victim who is at least 13 years of age but under 17 years of age and the person is less than 5 years older than the victim...”

⁶⁰ Section 5/11-1.60. “Aggravated Criminal Sexual Abuse.

(d) A person commits aggravated criminal sexual abuse if that person commits an act of sexual penetration or sexual conduct with a victim who is at least 13 years of age but under 17 years of age and the person is at least 5 years older than the victim...”

⁶¹ People v. Raymond, 404 Ill. App. 3d 1028, 938 N.E.2d 131 (2010)

⁶² People v. Barfield, 187 Ill. App. 3d 257, 543 N.E.2d 157 (1989)

จากความรับผิดได้ ผู้กระทำความผิดจึงต้องรับผิดชอบทันที แม้มิได้มีเจตนาหรือประมาท แต่ทั้งนี้ มลรัฐอิลลินอยส์ได้กำหนดกรณีที่จะนำหลักความรับผิดโดยเคร่งครัดมาใช้จำเพาะยิ่งกว่าไทย โดยกำหนดถึงอายุของผู้เสียหาย และอายุของผู้กระทำความผิดว่า ผู้เสียหายต้องเป็นเด็กซึ่งมีอายุต่ำกว่าสิบสามปี และผู้กระทำความผิดมีอายุตั้งแต่สิบเจ็ดปีขึ้นไป โดยประเทศไทยได้กำหนดแต่เพียงว่า เป็นกรณีที่ผู้เสียหายมีอายุไม่เกินสิบสามปีเท่านั้น จึงจะนำหลักความรับผิดโดยเคร่งครัดมาใช้

อย่างไรก็ตาม หากมีการกระทำความผิดทางเพศเกิดขึ้นกับผู้เสียหายที่มีอายุอย่างน้อยเก้าปี แต่ไม่เกินสิบหกปี และผู้กระทำความผิดมีอายุต่ำกว่าสิบเจ็ดปี หรือเป็นกรณีที่มีการกระทำความผิดทางเพศเกิดขึ้นกับผู้เสียหายซึ่งมีอายุอย่างน้อยสิบสามปี แต่ไม่เกินสิบหกปี และผู้กระทำความผิดมีอายุมากกว่าผู้เสียหายไม่เกินสี่ปี บุคคลผู้กระทำความผิดนั้นรับผิดชอบเพียงลหุโทษ ตามมาตรา 5/11-1.50(b)(c) ซึ่งเงื่อนไขที่ทำให้ผู้กระทำความผิดได้รับโทษน้อยลงนี้ ไม่มีในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจารของไทยแต่อย่างใด

ดังนั้น จากการวิเคราะห์เปรียบเทียบหลักกฎหมายของมลรัฐอิลลินอยส์กับหลักกฎหมายของไทยในประเด็นเรื่องการอ้างความไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิดทางเพศแล้ว พบว่า มลรัฐอิลลินอยส์ได้นำหลักความรับผิดโดยเคร่งครัดมาใช้กับความผิดทางเพศเช่นเดียวกับประเทศไทยที่ได้นำหลักความรับผิดโดยเคร่งครัดมาใช้กับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจาร ทำให้ผู้กระทำความผิดมีอาจอ้างข้อต่อสู้เรื่องอายุซึ่งเป็นข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิดขึ้นต่อสู้ เพื่อให้ตนพ้นจากความรับผิดได้ ผู้กระทำความผิดจึงต้องรับผิดชอบทันที แม้มิได้มีเจตนาหรือประมาท แต่ทั้งนี้ มลรัฐอิลลินอยส์ได้กำหนดกรณีที่จะนำหลักความรับผิดโดยเคร่งครัดมาใช้จำเพาะยิ่งกว่าไทย โดยกำหนดถึงอายุของผู้เสียหาย และอายุของผู้กระทำความผิดว่า ผู้เสียหายต้องเป็นเด็กซึ่งมีอายุต่ำกว่าสิบสามปี และผู้กระทำความผิดมีอายุตั้งแต่สิบเจ็ดปีขึ้นไป โดยประเทศไทยได้กำหนดแต่เพียงว่า เป็นกรณีที่ผู้เสียหายมีอายุไม่เกินสิบสามปีเท่านั้น ที่จะนำหลักความรับผิดโดยเคร่งครัดมาใช้กับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจารได้

5.2.4.3 มลรัฐแอริโซนา

จากการศึกษาหลักกฎหมายของมลรัฐแอริโซนาในประเด็นเรื่องการอ้างความไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิดทางเพศแล้ว พบว่า ประมวลกฎหมายอาญาของมลรัฐแอริโซนา⁶³ ได้กำหนดให้เด็กมีความสามารถในการให้ความยินยอมทางเพศได้เมื่อมีอายุครบสิบแปดปีบริบูรณ์ ตามมาตรา 13-1405(A)⁶⁴ ดังนั้น หากมีการกระทำทางเพศเกิดขึ้นกับบุคคลที่มีอายุต่ำกว่าสิบแปดปี การกระทำดังกล่าวย่อมมีความผิดตามกฎหมาย โดยที่ผู้กระทำไม่อาจอ้างความยินยอมของเด็กเพื่อให้ตนหลุดพ้นจากความรับผิดได้ แต่ทั้งนี้หากผู้กระทำความผิดทางเพศมีอายุต่ำกว่าสิบเก้าปี แม้ผู้เสียหายจะมีอายุเพียงสิบห้า สิบหก หรือสิบเจ็ดปีก็ตาม ผู้กระทำก็สามารถอ้างความยินยอมขึ้นเป็นข้อต่อสู้เพื่อให้ตนพ้นจากความรับผิดได้ หากการกระทำทางเพศดังกล่าวนั้น เกิดขึ้นโดยความยินยอมของทั้งสองฝ่าย เป็นไปตามกรณียกเว้นที่ผู้กระทำความผิดทางเพศสามารถอ้างความยินยอมขึ้นเป็นข้อต่อสู้ได้ ซึ่งบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญาของมลรัฐแอริโซนา มาตรา 13-1407(E)⁶⁵ หลักกฎหมายของมลรัฐแอริโซนาดังกล่าวนี้ จะแตกต่างจากหลักกฎหมายของประเทศไทยที่ได้กำหนดให้เด็กสามารถให้ความยินยอมทางเพศได้เมื่อมีอายุครบสิบหกปีบริบูรณ์ ตามหลักกฎหมายในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277 อีกทั้งความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจารของประเทศไทยได้มีการบัญญัติถึงกรณียกเว้นที่ผู้กระทำความผิดจะสามารถอ้างความยินยอมขึ้นต่อสู้เพื่อให้ตนพ้นจากความรับผิดได้ เหมือนอย่างกรณีของมลรัฐแอริโซนา

นอกจากนี้ผู้กระทำความผิดสามารถอ้างความไม่รู้ข้อเท็จจริงเรื่องอายุอันเป็นองค์ประกอบของความผิดขึ้นเป็นข้อต่อสู้เพื่อให้ตนพ้นจากความรับผิดได้ หากมีเหตุอันสมควรเชื่อได้ว่าผู้เสียหายมีอายุตั้งแต่สิบแปดปีขึ้นไป และการกระทำทางเพศนั้นเกิดขึ้นโดยความยินยอม แม้ว่าความจริงแล้วผู้เสียหายจะมีอายุเพียงสิบห้า สิบหก หรือสิบเจ็ดปีในขณะที่ความผิดเกิดขึ้นก็ตาม

⁶³ Arizona State Legislature. "Arizona Penal Code." [Online] Accessed: Nov 20, 2018. Available from: <https://www.azleg.gov/arsDetail/?title=13>

⁶⁴ Section 13-1405 "A. A person commits sexual conduct with a minor by intentionally or knowingly engaging in sexual intercourse or oral sexual contact with any person who is under eighteen years of age...."

⁶⁵ Section 13-1407. "Defenses

....E. It is a defense to a prosecution pursuant to sections 13-1405 and 13-3560 if the victim is fifteen, sixteen or seventeen years of age, the defendant is under nineteen years of age or attending high school and is no more than twenty-four months older than the victim and the conduct is consensual."

ผู้กระทำก็สามารถอ้างความไม่รู้ข้อเท็จจริงเรื่องอายุอันเป็นองค์ประกอบของความผิดดังกล่าวได้ เป็นไปตามบทบัญญัติในมาตรา 13-1407(B)⁶⁶ ซึ่งกรณีดังกล่าวนี้จะแตกต่างจากหลักกฎหมายของประเทศไทย กล่าวคือ ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจารของไทยมิได้มีการบัญญัติไว้อย่างชัดเจนว่า มีกรณีใดบ้างที่สามารถอ้างความไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิดขึ้นต่อสู้ได้ เหมือนอย่างกรณีของมลรัฐแอริโซนา

อย่างไรก็ตามหากความจริงปรากฏว่าผู้เสียหายมีอายุต่ำกว่าสิบห้าปี แม้ว่าผู้กระทำจะมีเหตุอันสมควรเชื่อ หรือเชื่อโดยสุจริตว่าผู้เสียหายมีอายุสิบแปดปีแล้วก็ตาม ผู้กระทำยังคงต้องรับผิดชอบตามหลักความรับผิดโดยเคร่งครัด⁶⁷ ไม่อาจอ้างความไม่รู้เรื่องอายุซึ่งเป็นข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิดขึ้นเป็นข้อต่อสู้ได้ เป็นไปตามหลักที่ศาลของมลรัฐแอริโซนาได้วางไว้ ซึ่งกรณีของมลรัฐแอริโซนาดังกล่าวนี้ จะเหมือนกับประเทศไทยที่ได้นำหลักความรับผิดโดยเคร่งครัดมาใช้กับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจาร ทำให้มีอาจอ้างข้อต่อสู้เรื่องอายุซึ่งเป็นข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิดขึ้นต่อสู้ เพื่อให้ตนพ้นจากความรับผิดได้ ผู้กระทำ ความผิดจึงต้องรับผิดชอบที่ แม้มิได้มีเจตนาหรือประมาท แต่ทั้งนี้การนำหลักความรับผิดโดยเคร่งครัดมาใช้กับความผิดทางเพศของมลรัฐแอริโซนาจะต่างกับประเทศไทยในเรื่องของอายุ โดยหลักความรับผิดโดยเคร่งครัดของประเทศไทยนั้น ได้นำมาใช้กับกรณีผู้เสียหายมีอายุไม่เกินสิบสามปี แต่ของมลรัฐแอริโซนาจะนำหลักความรับผิดโดยเคร่งครัดมาใช้กับกรณีผู้เสียหายมีอายุต่ำกว่าสิบห้าปี

ดังนั้น จากการวิเคราะห์เปรียบเทียบหลักกฎหมายของมลรัฐแอริโซนา กับหลักกฎหมายของไทยในประเด็นเรื่องการอ้างความไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิดทางเพศแล้ว พบว่า มลรัฐแอริโซนาได้นำหลักความรับผิดโดยเคร่งครัดมาใช้กับความผิดทางเพศเช่นเดียวกับประเทศไทยที่ได้นำหลักความรับผิดโดยเคร่งครัดมาใช้กับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจาร ทำให้ผู้กระทำความผิดมีอาจอ้างข้อต่อสู้เรื่องอายุซึ่งเป็นข้อเท็จจริงอันเป็น

⁶⁶ Section 13-1407. "Defenses

...B. It is a defense to a prosecution pursuant to sections 13-1404 and 13-1405 in which the victim's lack of consent is based on incapacity to consent because the victim was fifteen, sixteen or seventeen years of age if at the time the defendant engaged in the conduct constituting the offense the defendant did not know and could not reasonably have known the age of the victim..."

⁶⁷ State v. Valdez, No. 2 CA-CR 2013-0463, 2015 WL 428358 (Ariz. Ct. App. Jan. 30, 2015)

องค์ประกอบของความผิดขั้นต่อสู้ เพื่อให้พ้นจากความรับผิดได้ ผู้กระทำความผิดจึงต้องรับผิดทันที แม้มิได้มีเจตนาหรือประมาท แต่ทั้งนี้มลรัฐแอริโซนาจะนำหลักความรับผิดโดยเคร่งครัดมาใช้กับกรณีผู้เสียหายมีอายุต่ำกว่าสิบห้าปี ซึ่งต่างจากไทยที่นำหลักความรับผิดโดยเคร่งครัดมาใช้กับกรณีผู้เสียหายมีอายุไม่เกินสิบสามปี

5.2.4.4 มลรัฐนิวยอร์ก

จากการศึกษาหลักกฎหมายของมลรัฐนิวยอร์กในประเด็นเรื่องการอ้างความไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิดทางเพศแล้ว พบว่า ประมวลกฎหมายอาญาของมลรัฐนิวยอร์ก⁶⁸ ได้กำหนดให้เด็กมีความสามารถในการให้ความยินยอมทางเพศได้เมื่อมีอายุครบสิบเจ็ดปีบริบูรณ์ ตามมาตรา 130.05⁶⁹ ดังนั้น หากมีการกระทำทางเพศเกิดขึ้นกับบุคคลที่มีอายุต่ำกว่าสิบเจ็ดปี การกระทำดังกล่าวย่อมมีความผิดตามกฎหมาย โดยที่ผู้กระทำไม่อาจอ้างความยินยอมของเด็กเพื่อให้ตนหลุดพ้นจากความรับผิดได้ ซึ่งแตกต่างจากหลักกฎหมายของประเทศไทยที่ได้กำหนดให้เด็กสามารถให้ความยินยอมทางเพศได้เมื่อมีอายุครบสิบหกปีบริบูรณ์ ตามหลักกฎหมายในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277

กรณีที่มีการอ้างความไม่รู้ข้อเท็จจริงเรื่องอายุอันเป็นองค์ประกอบของความผิด ผู้กระทำความผิดไม่สามารถยกข้ออ้างดังกล่าวขึ้นอ้างเป็นข้อต่อสู้ได้เลย แม้ว่าจะมีเหตุอันสมควรเชื่อ หรือเชื่อโดยสุจริตก็ตาม ผู้กระทำยังคงต้องรับผิดโดยเคร่งครัด โดยหลักกฎหมายเกี่ยวกับความผิดทางเพศของมลรัฐนิวยอร์กนั้นถือว่าอายุของผู้เสียหายไม่เป็นหนึ่งในองค์ประกอบของความผิดเกี่ยวกับเพศ (“...These statutes provide, in substance, that whenever a person is charged with a sex offense as defined in Article 130 of the Penal Law, and the victim's age is *not* an element of the offense...”)⁷⁰ ซึ่งกรณีดังกล่าวนี้จะแตกต่างจากหลักกฎหมายของประเทศไทย กล่าวคือ ไทยได้นำหลักความรับผิดโดยเคร่งครัดมาใช้กับความผิดฐาน

⁶⁸ New York State Law. “New York Penal Code.” [Online] Accessed: Nov 20, 2018. Available from: <http://ypdcrime.com/penal.law/article130.htm>

⁶⁹ Section 130.05 “Sex offenses; lack of consent.

3. A person is deemed incapable of consent when he or she is:

(a) less than seventeen years old...”

⁷⁰ People v. Walters, 196 Misc. 2d 78, 763 N.Y.S.2d 715 (Sup. Ct. 2003)

ข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจารเฉพาะกรณีที่มีการกระทำความผิดทางเพศเกิดขึ้นกับผู้เสียหาย ที่เป็นเด็กอายุไม่เกินสิบสามปี ต่างจากมลรัฐนิวเจอร์ซีย์ที่นำหลักความรับผิดชอบโดยเคร่งครัดมาใช้กับทุก กรณีที่เป็นความผิดทางเพศ ซึ่งมลรัฐนิวเจอร์ซีย์ได้นำหลักดังกล่าวมาใช้กว้างกว่าของไทย ทำให้ผู้กระทำความผิดมีโอกาสอ้างข้อต่อสู้เรื่องอายุซึ่งเป็นข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิดขึ้นต่อสู้ เพื่อให้ตนพ้นจากความรับผิดได้เลย ผู้กระทำความผิดจึงต้องรับผิดชอบทันที แม้มิได้มีเจตนาหรือประมาท

บทบัญญัติกฎหมายของมลรัฐนิวเจอร์ซีย์ในเรื่องความผิดทางเพศนั้น มิได้มีการบัญญัติถึงกรณีที่ผู้เยาว์ซึ่งมีอายุสิบห้า หรือสิบหกปี ยินยอมมีเพศสัมพันธ์หรือกระทำการทางเพศ กับบุคคลที่มีอายุต่ำกว่าสี่สิบเอ็ดปีไว้แต่อย่างใด ดังนั้น หากมีกรณีดังกล่าวเกิดขึ้น ผู้กระทำความผิดจึงไม่ต้องรับผิดชอบฐานข่มขืนกระทำชำเราหรือกระทำความผิดทางเพศ เนื่องจากไม่เข้าตามกรณีที่กฎหมายได้บัญญัติไว้ และกฎหมายของมลรัฐนิวเจอร์ซีย์ก็ได้การบัญญัติถึงกรณีที่เด็กซึ่งมีอายุสิบเอ็ดปี สิบสองปี สิบสามปี หรือสิบสี่ปี ยินยอมมีเพศสัมพันธ์หรือกระทำการทางเพศกับบุคคลที่มีอายุต่ำกว่าสิบแปดปีไว้เช่นกัน ดังนั้น หากมีกรณีดังกล่าวเกิดขึ้น ผู้กระทำความผิดจึงไม่ต้องรับผิด เนื่องจากไม่เข้าตามกรณีที่กฎหมายได้บัญญัติไว้ในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราหรือกระทำความผิดทางเพศ

อย่างไรก็ตามหากผู้กระทำความผิดมีอายุมากกว่าผู้เสียหายซึ่งเป็นเด็กไม่เกินสามปี สามารถอ้างเหตุดังกล่าวนี้ขึ้นเป็นข้อต่อสู้เพื่อให้ตนไม่ต้องรับโทษ (Affirmative Defense) ตามมาตรา 130.30⁷¹ หรือมาตรา 130.45⁷² ได้ หรือกรณีที่ผู้เสียหายมีอายุสิบห้า หรือสิบหกปี และผู้กระทำความผิดมีอายุมากกว่าผู้เสียหายไม่เกินสี่ปี ก็สามารถอ้างเหตุดังกล่าวนี้ขึ้นเป็นข้อต่อสู้เพื่อให้ตนไม่ต้องรับโทษได้เช่นกัน ตามมาตรา 130.55⁷³ ซึ่งกรณีดังกล่าวนี้จะแตกต่างจากความผิดฐาน

⁷¹ Section 130.30 "Rape in the second degree.

...It shall be an affirmative defense to the crime of rape in the second degree as defined in subdivision one of this section that the defendant was less than four years older than the victim at the time of the act...."

⁷² Section 130.45 "Criminal sexual act in the second degree.

...It shall be an affirmative defense to the crime of criminal sexual act in the second degree as defined in subdivision one of this section that the defendant was less than four years older than the victim at the time of the act...."

⁷³ Section 130.55 "Sexual abuse in the third degree.

A person is guilty of sexual abuse in the third degree when he or she subjects another person to sexual contact without the latter's consent; except that in any prosecution under this section, it is an affirmative defense that

ข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจารของไทยที่มีได้มีการบัญญัติการยกเว้นโทษ กรณีผู้กระทำ ความผิดและผู้เสียหายมีอายุใกล้เคียงกันไว้แต่อย่างใด

ดังนั้น จากการวิเคราะห์เปรียบเทียบหลักกฎหมายของมลรัฐนิวยอร์กกับหลักกฎหมายของไทยในประเด็นเรื่องการอ้างความไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิดทางเพศแล้ว พบว่า มลรัฐนิวยอร์กได้นำหลักความรับผิดชอบโดยเคร่งครัดมาใช้กับความผิดทางเพศ เช่นเดียวกับประเทศไทยที่ได้นำหลักความรับผิดชอบโดยเคร่งครัดมาใช้กับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา และกระทำอนาจาร ทำให้ผู้กระทำ ความผิดมีอาจอ้างข้อต่อสู้เรื่องอายุซึ่งเป็นข้อเท็จจริงอันเป็น องค์ประกอบของความผิดขึ้นต่อสู้ เพื่อให้ตนพ้นจากความรับผิดได้ ผู้กระทำ ความผิดจึงต้องรับผิดทันที แม้มิได้มีเจตนาหรือประมาท แต่ทั้งนี้มลรัฐนิวยอร์กจะนำหลักความรับผิดชอบโดยเคร่งครัดมาใช้กับ ทุกกรณีที่ เป็นความผิดทางเพศ ซึ่งต่างจากไทยที่นำหลักความรับผิดชอบโดยเคร่งครัดมาใช้กับกรณีที่ ผู้เสียหายมีอายุไม่เกินสิบสามปีเท่านั้น

จากการศึกษาและวิเคราะห์เปรียบเทียบหลักกฎหมายของต่างประเทศกับหลักกฎหมายของ ประเทศไทยในประเด็นเรื่องการอ้างความไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิดทางเพศ แล้ว ปรากฏส่วนที่น่าสนใจ ส่วนที่คล้ายคลึง และส่วนที่แตกต่างจากหลักของประเทศไทย ซึ่งสามารถ นำไปเป็นแนวทางในการแก้ไขปรับปรุงความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจารของไทย ให้มีความเหมาะสมมากยิ่งขึ้น โดยสรุปเปรียบเทียบหลักเกณฑ์เรื่องการอ้างความไม่รู้ข้อเท็จจริงอัน เป็นองค์ประกอบของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจารได้ตามตารางดังต่อไปนี้

(a) such other person's lack of consent was due solely to incapacity to consent by reason of being less than seventeen years old, and

(b) such other person was more than fourteen years old, and

(c) the defendant was less than five years older than such other person....”

ตารางที่ 3 เปรียบเทียบหลักเกณฑ์เรื่องการอ้างความไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจาร
ระหว่างกฎหมายไทยกับกฎหมายต่างประเทศ

ประเทศ	ไทย	สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี	สมาพันธรัฐสวิส	สหราชอาณาจักร
อายุของเด็กที่สามารถให้ความยินยอมทางเพศ	16 ปี บริบูรณ์	14 ปี บริบูรณ์	16 ปี บริบูรณ์	16 ปี บริบูรณ์
ข้อต่อสู้ที่เกี่ยวกับการอ้างความไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจาร	1. หากผู้เสียหายมีอายุไม่เกิน 15 ปี ผู้กระทำไม่อาจอ้างความยินยอมของเด็กเพื่อให้ตนหลุดพ้นจากความรับผิด ตามมาตรา 277 2. ในกรณีที่ผู้เสียหายมีอายุไม่เกิน 13 ปี ผู้กระทำไม่อาจอ้างความไม่รู้อายุของเด็กขึ้นต่อสู้เพื่อให้ตนพ้นจากความรับผิด ตามมาตรา 285/1	1. หากผู้เสียหายมีอายุต่ำกว่า 14 ปี ผู้กระทำไม่อาจอ้างความยินยอมของเด็กเพื่อให้ตนหลุดพ้นจากความรับผิด 2. ผู้กระทำสามารถอ้างความสำคัญผิดในอายุของผู้เสียหายขึ้นสู้เพื่อให้ตนพ้นจากความรับผิดได้ ตามมาตรา 16	1. หากผู้เสียหายเป็นเด็กอายุต่ำกว่า 16 ปี ผู้กระทำไม่อาจอ้างความยินยอมของเด็กเพื่อให้ตนหลุดพ้นจากความรับผิด 2. หากผู้กระทำความผิดตามมาตรา 187 กระทำไปโดยสำคัญผิดว่าเด็กมีอายุตั้งแต่ 16 ปีขึ้นไป โดยความสำคัญผิดดังกล่าวมิได้เกิดจากตัวผู้กระทำความผิดเอง แม้ว่าผู้กระทำได้ใช้ความระมัดระวังแล้ว ผู้กระทำก็ยังคงต้องรับผิด ตามมาตรา 187(4)	1. หากผู้เสียหายเป็นเด็กอายุต่ำกว่า 16 ปี ผู้กระทำไม่อาจอ้างความยินยอมของเด็กเพื่อให้ตนหลุดพ้นจากความรับผิด 2. ในกรณีที่ผู้เสียหายมีอายุต่ำกว่า 13 ปี ผู้กระทำต้องรับผิดโดยเคร่งครัด (Strict Liability) ไม่อาจอ้างความไม่รู้อายุของเด็กขึ้นต่อสู้เพื่อให้ตนพ้นจากความรับผิด

ประเทศ	ไทย	สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี	สมาพันธรัฐสวิส	สหราชอาณาจักร
<p>เหตุผลโทษ เหตุยกเว้นโทษ หรือ เหตุยกเว้นความรับผิด ของความผิดฐานข่มขืน กระทำชำเราและ กระทำอนาจาร</p>	<p>ถ้าเป็นการกระทำโดยบุคคลอายุไม่เกิน สิบแปดปีกระทำต่อเด็กซึ่งมีอายุกว่า สิบสามปีแต่ยังไม่เกินสิบห้าปี โดยเด็ก นั้นยินยอม ศาลจะพิจารณาให้มีการ คุ้มครองสวัสดิภาพของเด็กผู้ถูกกระทำ หรือผู้กระทำความผิดแทนการลงโทษ ก็ได้ และหากได้มีการดำเนินการ คุ้มครองสวัสดิภาพของเด็กผู้ถูกกระทำ หรือผู้กระทำความผิดแล้ว ผู้กระทำ ความผิดไม่ต้องรับโทษ แต่ถ้าการ คุ้มครองสวัสดิภาพดังกล่าวไม่สำเร็จ ศาลจะลงโทษผู้กระทำความผิดน้อย กว่าที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับ ความผิดนั้นเพียงใดก็ได้ ตามมาตรา 277 วรรคห้า และวรรคหก</p>	<p>-</p>	<p>1. หากเด็กหรือเยาวชนยินยอมกระทำ ความผิดทางเพศระหว่างกันเอง โดยที่อายุ ระหว่างผู้กระทำความผิดกับผู้เสียหายห่าง กันไม่เกิน 3 ปีจะไม่เป็นความผิดตาม มาตรา 187(1) เข้าข่ายยกเว้นตามมาตรา 187(2)</p> <p>2. หากผู้กระทำความผิดมีอายุต่ำกว่า 20 ปีในขณะที่กระทำความผิด หรือได้กระทำ ความผิดเป็นครั้งแรกและมีพฤติการณ์ พิเศษ (Special Circumstances) หรือ กรณีที่เด็กเป็นคู่สมรสหรือจดทะเบียน คู่ชีวิตกับผู้กระทำความผิด หน่วยงานที่ รับผิดชอบอาจสั่งฟ้องและดำเนินคดีต่อ ศาล หรือลงโทษปรับแทนก็ได้ ตามมาตรา 187(3)</p>	<p>-</p>

ประเทศ	ไทย	มลรัฐแคลิฟอร์เนีย (สหรัฐอเมริกา)	มลรัฐอิลลินอยส์ (สหรัฐอเมริกา)	มลรัฐแอริโซนา (สหรัฐอเมริกา)	มลรัฐนิวยอร์ก (สหรัฐอเมริกา)
อายุของเด็กที่สามารถให้ความยินยอมทางเพศ	16 ปี บริบูรณ์	18 ปี บริบูรณ์	18 ปี บริบูรณ์	18 ปี บริบูรณ์	17 ปี บริบูรณ์
ข้อต่อสู้ที่เกี่ยวกับการอ้างความไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจาร	1. หากผู้เสียหายมีอายุไม่เกิน 15 ปี ผู้กระทำไม่อาจอ้างความยินยอมของเด็กเพื่อให้ตนหลุดพ้นจากความรับผิด ตามมาตรา 277 2. ในกรณีที่ผู้เสียหายมีอายุไม่เกิน 13 ปี ผู้กระทำไม่อาจอ้างความไม่รู้อายุของเด็กขึ้นต่อสู้เพื่อให้ตนพ้นจากความรับผิด ตามมาตรา 285/1	1. หากผู้เสียหายมีอายุต่ำกว่า 18 ปี ผู้กระทำไม่อาจอ้างความยินยอมของเด็กเพื่อให้ตนหลุดพ้นจากความรับผิด 2. กรณีที่มีการกระทำลามกอนาจารต่อผู้เสียหายซึ่งมีอายุต่ำกว่า 14 ปี ตามมาตรา 288(a) ผู้กระทำต้องรับผิดโดยเคร่งครัด (Strict Liability) ไม่อาจอ้างความไม่รู้อายุของเด็กขึ้นต่อสู้เพื่อให้ตนพ้นจากความรับผิด	1. หากผู้เสียหายมีอายุต่ำกว่า 18 ปี ไม่อาจอ้างความยินยอมของเด็กเพื่อให้ตนหลุดพ้นจากความรับผิด 2. หากมีการกระทำทางเพศเกิดขึ้นกับบุคคลที่มีอายุอย่างน้อย 13 ปี แต่ไม่เกิน 16 ปี ผู้กระทำอาจอ้างความไม่รู้อายุของเด็กขึ้นต่อสู้เพื่อให้ตนพ้นจากความรับผิดได้ หากมีเหตุอันสมควรเชื่อ (Reasonably Believe) ว่าผู้เสียหายนั้นมีอายุตั้งแต่ 17 ปีขึ้นไป	1. หากผู้กระทำความผิดมีอายุต่ำกว่า 19 ปี แม้ผู้เสียหายจะมีอายุเพียง 15, 16 หรือ 17 ปี ผู้กระทำก็สามารถอ้างความยินยอมขึ้นเป็นข้อต่อสู้เพื่อให้ตนพ้นจากความรับผิดตามมาตรา 13-1407(E) ได้ หากการมีเพศสัมพันธ์เกิดขึ้นโดยความยินยอม ประกอบมาตรา 13-1405	1. หากผู้เสียหายมีอายุต่ำกว่า 17 ปี ผู้กระทำไม่อาจอ้างความยินยอมของเด็กเพื่อให้ตนหลุดพ้นจากความรับผิด 2. หากมีการกระทำทางเพศเกิดขึ้น ผู้กระทำไม่อาจอ้างความไม่รู้อายุของเด็กขึ้นต่อสู้ได้เลย แม้ว่าจะมีเหตุอันสมควรเชื่อหรือเชื่อโดยสุจริต

ประเทศ	ไทย	มลรัฐแคลิฟอร์เนีย (สหรัฐอเมริกา)	มลรัฐอิลลินอยส์ (สหรัฐอเมริกา)	มลรัฐแอริโซนา (สหรัฐอเมริกา)	มลรัฐนิวยอร์ก (สหรัฐอเมริกา)
ข้อต่อสู้ที่เกี่ยวกับการอ้างความไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจาร (ต่อ)		3.ในกรณีที่มีการกระทำลามกอนาจารต่อผู้เสียหายซึ่งมีอายุ 14 ปี หรือ 15 ปี โดยที่ผู้กระทำมีอายุมากกว่าผู้เสียหายอย่างน้อย 10 ปี ตามมาตรา 288(c)(1) ผู้กระทำต้องรับผิดโดยเคร่งครัด (Strict Liability) ไม่อาจอ้างความไม่รู้อายุของเด็กขึ้นต่อสู้เพื่อให้ตนพ้นจากความรับผิด	ตามมาตรา 5/11-1.70(b), 5/11-1.50(c) และ 5/11-1.60(d) 3.กรณีที่ผู้กระทำมีอายุต่ำกว่า 17 ปี และผู้เสียหายมีอายุอย่างน้อย 9 ปี แต่ไม่เกิน 16 ปี หากมีเหตุอันสมควรเชื่อ (Reasonably Believe) ว่าผู้เสียหายนั้นมีอายุตั้งแต่ 17 ปีขึ้นไป ผู้กระทำอาจอ้างความไม่รู้อายุของเด็กขึ้นต่อสู้เพื่อให้ตนพ้นจากความรับผิดได้ ตามมาตรา 5/11-1.70(b) และ 5/11-1.50(b) 4.หากเป็นกรณีที่ผู้เสียหายเป็นเด็กซึ่งมีอายุต่ำกว่า 13 ปี และผู้กระทำมีอายุตั้งแต่ 17 ปีขึ้นไป ผู้กระทำไม่อาจอ้างความไม่รู้อายุของเด็กขึ้นต่อสู้เพื่อให้ตนพ้นจากความรับผิดเนื่องจากไม่เข้าตามมาตรา 5/11-1.70(b) ผู้กระทำต้องรับผิดโดยเคร่งครัด (Strict Liability)	2. ผู้กระทำสามารถอ้างความไม่รู้อายุของเด็กขึ้นต่อสู้เพื่อให้ตนพ้นจากความรับผิดได้ หากมีเหตุอันสมควรเชื่อได้ว่าผู้เสียหายมีอายุตั้งแต่ 18 ปีขึ้นไป และมีเพศสัมพันธ์โดยความยินยอม แม้ว่าความจริงแล้วผู้เสียหายจะมีอายุเพียง 15, 16 หรือ 17 ปีในขณะที่ความผิดเกิดขึ้น ตามมาตรา 13-1407(B), 13-1404 และ 13-1405 3. ผู้กระทำไม่อาจอ้างความไม่รู้อายุของเด็กขึ้นต่อสู้เพื่อให้ตนพ้นจากความรับผิด หากผู้เสียหายมีอายุต่ำกว่า 15 ปี ผู้กระทำต้องรับผิดโดยเคร่งครัด (Strict Liability)	

ประเทศ	ไทย	มลรัฐ แคลิฟอร์เนีย (สหรัฐอเมริกา)	มลรัฐอิลลินอยส์ (สหรัฐอเมริกา)	มลรัฐ แอริโซนา (สหรัฐอเมริกา)	มลรัฐนิวยอร์ก (สหรัฐอเมริกา)
<p>เหตุลดโทษ เหตุยกเว้นโทษ หรือเหตุยกเว้น ความรับผิด ของความผิด ฐานข่มขืน กระทำชำเรา และกระทำ อนาจาร</p>	<p>ถ้าเป็นการกระทำโดยบุคคลอายุไม่เกิน สิบแปดปีกระทำต่อเด็กซึ่งมีอายุกว่า สิบสามปีแต่ยังไม่เกินสิบห้าปี โดยเด็ก นั้นยินยอม ศาลจะพิจารณาให้มีการ คุ้มครองสวัสดิภาพของเด็กผู้ถูกระทำ หรือผู้กระทำความผิดแทนการลงโทษ ก็ได้ และหากได้มีการดำเนินการ คุ้มครองสวัสดิภาพแล้ว ผู้กระทำ ความผิดไม่ต้องรับโทษ แต่ถ้าการ คุ้มครองสวัสดิภาพดังกล่าวไม่สำเร็จ ศาลจะลงโทษผู้กระทำความผิดน้อยกว่า ที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับ ความผิดนั้นเพียงใดก็ได้ ตามมาตรา 277 วรรคห้า และวรรคหก</p>	<p>หากผู้กระทำมี อายุห่างจาก “ผู้เยาว์” ไม่ เกิน 3 ปี จะมี ความผิดเพียง ลหุโทษ ตาม มาตรา 261.5</p>	<p>1.หากมีการกระทำต่อ ผู้เสียหายที่มีอายุอย่าง น้อย 9 ปี แต่ไม่เกิน 16 ปี และผู้กระทำมี อายุต่ำกว่า 17 ปี รับ ผิดเพียงลหุโทษ ตาม มาตรา 5/11-1.50(b)</p> <p>2.หากมีการกระทำต่อ ผู้เสียหายซึ่งมีอายุ อย่างน้อย 13 ปี แต่ไม่ เกิน 16 ปี และ ผู้กระทำนั้นมีอายุ มากกว่าผู้เสียหายไม่ เกิน 4 ปี รับผิดเพียง ลหุโทษ ตามมาตรา 5/11-1.50(c)</p>	<p>-</p>	<p>1. หากผู้กระทำมีอายุมากกว่าเด็กไม่เกิน 3 ปี สามารถอ้างเหตุดังกล่าวเพื่อให้ตนไม่ต้องรับ โทษ (Affirmative Defense) ได้ ตามมาตรา 130.30 หรือ มาตรา130.45</p> <p>2. หากผู้เยาว์มีอายุ 15 หรือ 16 ปี และ ผู้กระทำมีอายุมากกว่าผู้เยาว์ไม่เกิน 4 ปี ผู้กระทำสามารถอ้างเหตุดังกล่าวเพื่อให้ตนไม่ ต้องรับโทษ (Affirmative Defense) ได้ ตาม มาตรา 130.55</p> <p>3. ในกรณีที่ผู้เยาว์ซึ่งมีอายุ 15 หรือ 16 ปี ยินยอมมีเพศสัมพันธ์ กับบุคคลที่มีอายุต่ำกว่า 21 ปี ผู้กระทำไม่ต้องรับผิด เนื่องจากไม่เข้า ตามกรณีที่กฎหมายได้บัญญัติไว้</p> <p>4. กรณีที่เด็กซึ่งมีอายุ 11 12 13 หรือ 14 ปี ยินยอมมีเพศสัมพันธ์ กับบุคคลที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปี ผู้กระทำย่อมไม่ต้องรับผิด เนื่องจากไม่ เข้าตามกรณีที่กฎหมายกำหนด</p>

5.3 วิเคราะห์ความเหมาะสมในการพิจารณาความผิดและการกำหนดบทบัญญัติความผิดเกี่ยวกับหลักความรับผิดโดยเคร่งครัด (Strict Liability) ในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจาร

ปัจจุบันประเทศไทยได้นำหลักความรับผิดโดยเคร่งครัด (Strict Liability) มาใช้ในประมวลกฎหมายอาญากับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจาร ดังที่ปรากฏอยู่ในมาตรา 285/1 ซึ่งบทบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศมาตรา 285/1 นี้ ไม่จำเป็นต้องพิจารณาว่าการกระทำนั้นได้กระทำลงไปโดยเจตนาหรือประมาทหรือไม่ ถ้าหากกฎหมายได้บัญญัติให้การกระทำนั้น ๆ เป็นความผิดแล้ว ต้องรับผิดทุกกรณี⁴¹⁴ การนำหลักความรับผิดโดยเคร่งครัดมาใช้ในประมวลกฎหมายอาญานี้ ประเทศไทยได้รับอิทธิพลมาจากหลักกฎหมายใน Section 5 ของพระราชบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศ ค.ศ. 2003 (Sexual Offences Act 2003 หรือ SOA) ของประเทศอังกฤษซึ่งเป็นการความผิดที่มีลักษณะเป็นความรับผิดโดยเคร่งครัด จะอ้างความสำคัญผิดหรือความไม่รู้เรื่องอายุขึ้นต่อสู้เพื่อให้ตนพ้นจากความรับผิดไม่ได้⁴¹⁵ โดยประเทศไทยได้นำหลักดังกล่าวมาใช้ในกรณีที่มีการกระทำทางเพศเกิดขึ้นกับผู้เสียหายมีอายุไม่เกินสิบสามปี

เด็กอายุสิบสามปีถือเป็นวัยที่เริ่มเปลี่ยนแปลงจากเด็กเข้าสู่วัยรุ่น เริ่มมีการเปลี่ยนแปลงทางอารมณ์และร่างกาย และมีการเปลี่ยนแปลงทางสรีระอย่างชัดเจน เช่น เด็กเริ่มมีหน้าอก หรือเด็กเริ่มมีขนขึ้นที่บริเวณอวัยวะเพศ เป็นต้น ซึ่งส่วนสำคัญที่บ่งชี้ว่าเด็กเข้าสู่วัยรุ่นแล้วหรือไม่ นั่น คือการที่เด็กหญิงเริ่มมีประจำเดือน และเด็กชายเริ่มมีการหลั่งสารคัดหลั่งหรือหลั่งน้ำอสุจิ โดยอายุเฉลี่ยของเด็กหญิงที่เริ่มมีประจำเดือนครั้งแรก คือ อายุประมาณ 12-13 ปี⁴¹⁶ และอายุเฉลี่ยของเด็กชายที่เริ่มมีการหลั่งสารคัดหลั่งหรือหลั่งน้ำอสุจิ คือ อายุประมาณ 12-13 ปี⁴¹⁷ เช่นเดียวกัน ดังนั้น เด็กที่มีอายุไม่

⁴¹⁴ Catherine Elliott, and Frances Quinn, *Criminal Law*, 11th Edition (United Kingdom: Pearson, 2016), Page 41-47.

⁴¹⁵ Catherine Elliott, and Frances Quinn, *Criminal Law*, Page 42.

⁴¹⁶ Sarah E. Anderson, Gerard E. Dallal, Aviva Must, "Relative Weight and Race Influence Average Age at Menarche: Results from Two Nationally Representative Surveys of Us Girls Studied 25 Years Apart," *Pediatrics* 111, no. 4 (April 2003), Page 844-50.

⁴¹⁷ Tomova A, Lalabonova C, Robeva RN, Kumanov PT, "Timing of Pubertal Maturation According to the Age at First Conscious Ejaculation," *Andrologia* 43, no. 3 (June 2011), Page 163-6.

เกินสิบสามปีจึงถือว่ายังไม่เข้าสู่วัยรุ่น ด้วยเหตุผลข้างต้น จึงทำให้กฎหมายต้องมีการกำหนดอายุของเด็กผู้เสียหายไว้ไม่เกินสิบสามปี เพื่อคุ้มครองกลุ่มบุคคลดังกล่าวนั่นเอง

5.3.1 ความเหมาะสมในด้านการพิจารณาความผิด

จากการวิเคราะห์ปัญหาการใช้หลักความรับผิดโดยเคร่งครัด (Strict Liability) ในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจาร ตามหัวข้อ 5.1 แล้ว พบว่ามีความไม่เหมาะสมหลายประการ เนื่องจากมีการกำหนดแต่เพียงว่า หากมีการกระทำทางเพศเกิดขึ้นกับเด็กซึ่งมีอายุไม่เกินสิบสามปี ผู้กระทำความผิดไม่อาจอ้างความไม่รู้อายุอันเป็นข้อเท็จจริงขององค์ประกอบความผิดขึ้นเป็นข้อต่อสู้ เพื่อให้ตนพ้นจากความรับผิดได้ ทำให้ผู้กระทำความผิดต้องรับผิดโดยเคร่งครัดในทุก ๆ กรณี หากผู้เสียหายมีอายุไม่เกินสิบสามปี โดยไม่พิจารณาเหตุอื่น ๆ ที่มีผลต่อการพิจารณาความผิด ซึ่งอาจทำให้ผู้กระทำความผิดไม่มีความผิด เนื่องจากไม่มีเจตนาอันเป็นองค์ประกอบของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจาร เมื่อมีเหตุดังกล่าวเกิดขึ้น ศาลสมควรที่จะพิจารณาเหตุดังกล่าวประกอบกับองค์ประกอบความผิดอื่นในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจาร เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่กรณี

นอกจากนี้เหตุอื่น ๆ ที่ส่งผลกระทบต่อการศึกษาความผิด อาจเป็นกรณีที่มีสถานการณ์พิเศษ หรือพฤติการณ์พิเศษ (Special Circumstances / Exceptional Circumstances) เกิดขึ้น เช่น กรณีการกระทำความผิดทางเพศเกิดขึ้นโดยผู้เสียหายสมัครใจ โดยมีได้มีการบังคับขืนใจแต่อย่างใด อีกทั้งการกระทำความผิดทางเพศที่เกิดขึ้นนั้น ผู้กระทำความผิดมิได้รู้ข้อเท็จจริงเรื่องอายุอันเป็นองค์ประกอบของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจาร โดยผู้กระทำความผิดมีเหตุอันสมควรเชื่อ (Reasonable Grounds) ได้ว่า ผู้เสียหายอยู่ในช่วงอายุที่สามารถให้ความยินยอมทางเพศได้แล้ว หากมีกรณีดังกล่าวนี้เกิดขึ้น ผู้กระทำความผิดก็สมควรที่จะอ้างความไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิดนี้ขึ้นต่อสู้ เพื่อให้ตนพ้นจากความรับผิดได้ การนำหลักความรับผิดโดยเคร่งครัดมาใช้กับกรณีดังกล่าว ทำให้ผู้กระทำความผิดไม่มีโอกาสในการพิสูจน์เจตนา หรือพิสูจน์ความบริสุทธิ์ของตนเอง ผู้กระทำความผิดต้องรับผิดทันที แม้มิได้มีเจตนาชั่ว ซึ่งก่อให้เกิดความไม่ยุติธรรม และอาจนำไปสู่การจับกุมผู้บริสุทธิ์ได้

ตัวอย่างเหตุอันสมควรเชื่อ (Reasonable Grounds)⁴¹⁸ ที่ศาลสามารถนำมาพิจารณา ประกอบกับองค์ประกอบความผิดของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจาร ได้แก่

(1) พยานทุกคนในคดี ได้ให้ความเห็นเหมือนกันทั้งหมดว่า ผู้เสียหายมีรูปร่างลักษณะ อยู่ในช่วงอายุที่สามารถให้ความยินยอมทางเพศได้แล้ว เช่น กรณีประเทศไทย คือ ผู้เสียหายมีลักษณะ เหมือนบุคคลที่มีอายุสิบหกปีแล้ว เป็นต้น

(2) เจ้าหน้าที่ตำรวจผู้ซึ่งมิได้มีส่วนเกี่ยวข้องหรือรู้จักกับผู้เสียหายมาก่อน ได้ทำการ ประเมินแล้วว่า ผู้เสียหายอยู่ในช่วงอายุที่สามารถให้ความยินยอมทางเพศได้แล้ว โดยการประเมิน ดังกล่าวนั้น เจ้าหน้าที่ตำรวจต้องได้ทำการพูดคุยกับผู้เสียหายในช่วงระยะเวลาหนึ่ง หรือได้ทำการ สอดส่องในช่วงเวลาที่เกิดเหตุแล้วว่าไม่มีวัยรุ่นที่มีลักษณะเด็กเกินไปออกมาอยู่ข้างนอกเพียงลำพัง

(3) มีการประเมินลักษณะภายนอกของผู้เสียหาย ตามที่ปรากฏจากภาพของกล้อง วงจรปิด (CCTV) แล้ว พบว่า ผู้เสียหายมีรูปร่างลักษณะอยู่ในช่วงอายุที่สามารถให้ความยินยอมทาง เพศได้แล้ว

(4) พิจารณาจากบริบทของการพบเจอผู้เสียหาย เช่น ผู้กระทำความผิดพบผู้เสียหาย หน้าสถานที่ที่เที่ยวกกลางคืน ซึ่งโดยปกติแล้วไม่มีทางที่จะพบเด็กอายุไม่เกินสิบสามปีในสถานที่เหล่านี้ได้ หรือผู้กระทำความผิดเจอผู้เสียหายในควิลด์แท็กซีตอนเวลาตี 4 หลังจากที่ผู้เสียหายได้ซื้อและดื่ม เครื่องดื่มแอลกอฮอล์ โดยที่ผู้เสียหายนั้นกำลังพูดคุยกับบุคคลอื่น ๆ ที่มีอายุมากกว่าสิบหกปี กรณี ดังกล่าวนี้อาจทำให้ผู้กระทำความผิดเข้าใจว่าผู้เสียหายอยู่ในช่วงอายุที่สามารถให้ความยินยอมทาง เพศได้แล้ว เนื่องจากมีไซ้กรณีปกติโดยทั่วไป ที่จะพบเจอเด็กอายุไม่เกินสิบสามปี

(5) ผู้เสียหายเป็นผู้บอกผู้กระทำความผิดเองว่า ตนมีอายุอยู่ในช่วงอายุที่สามารถให้ ความยินยอมทางเพศได้แล้ว เช่น กรณีประเทศไทย คือ ผู้เสียหายบอกผู้กระทำความผิดว่า ตนมีอายุ สิบหกปีแล้ว เป็นต้น

⁴¹⁸ Judiciary of Scotland, "HMA v Daniel Cieslak," [Online] Accessed: Nov 20, 2018. Available from: <http://www.scotland-judiciary.org.uk/8/1754/HMA-v-Daniel-Cieslak>

(6) ผู้เสียหายมีความตั้งใจที่จะเข้าร่วมการกระทำกิจกรรมทางเพศนั้นเอง โดยสมัครใจ ซึ่งมีลักษณะเป็นผู้เข้าร่วมกิจกรรม (Active Participant)

(7) ไม่ปรากฏในช่วงเวลาใด ๆ ว่าผู้เสียหายมีความทุกข์หรือมีความวิตกกังวล

กรณีดังกล่าวนี้เป็นเพียงตัวอย่างเบื้องต้นของเหตุอันสมควรเชื่อ ซึ่งศาลสามารถนำมาพิจารณาประกอบกับองค์ประกอบความผิดของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจาร เพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรม

อีกทั้งกรณีที่ผู้กระทำความผิดได้กระทำความผิดเป็นครั้งแรก กรณีดังกล่าวก็ถือเป็นเหตุหนึ่งที่ศาลสามารถนำมาพิจารณาประกอบการวินิจฉัยความผิดได้ หากการกระทำความผิดครั้งแรกดังกล่าวนั้นเกิดขึ้น เนื่องจากมีสถานการณ์พิเศษหรือพฤติการณ์พิเศษ ศาลก็ควรเปิดช่องให้ผู้กระทำความผิดสามารถอ้างความความไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิดขึ้นต่อผู้เพื่อให้ตนพ้นจากความรับผิด การที่ผู้กระทำความผิดต้องรับผิดทันที แม้มิได้มีเจตนาชั่ว ตามหลักความรับผิดโดยเคร่งครัดนั้น อาจก่อให้เกิดความไม่ยุติธรรมแก่ผู้กระทำความผิด

ดังนั้น จะเห็นได้ว่ามีเหตุอื่น ๆ อีกหลายเหตุที่ส่งผลกระทบต่อการศึกษาความผิดซึ่งได้อาศัยหลักความรับผิดโดยเคร่งครัดในการพิจารณา หากมีการนำเหตุดังกล่าวมาใช้ในการพิจารณาความผิดด้วยแล้ว ย่อมส่งผลให้เกิดความเป็นธรรมแก่กรณี เป็นการเปิดโอกาสให้ผู้กระทำความผิดสามารถพิสูจน์เจตนา หรือพิสูจน์ความบริสุทธิ์ของตนเองได้ สอดคล้องกับเจตนารมณ์ที่แท้จริงของหลักความรับผิดโดยเคร่งครัด คือ การปกป้องคุ้มครองสังคม หากบุคคลใดทำให้สังคมเดือดร้อน หรือก่อให้เกิดอันตรายแก่สังคมส่วนรวมแล้ว บุคคลนั้นย่อมต้องรับโทษ แต่หากบุคคลใดมิได้มีเจตนาชั่ว หรือมิได้ก่อให้เกิดอันตรายแก่สังคม การลงโทษบุคคลดังกล่าวนี้ย่อมไม่ก่อให้เกิดประโยชน์แก่สังคมส่วนรวม อย่างไรก็ตามผู้เขียนได้ศึกษาในหัวข้อต่อไปถึงความเหมาะสมในการกำหนดบทบัญญัติความผิด เพื่อพิจารณาถึงแนวทางในการแก้ไขปัญหาต่อไป

5.3.2 ความเหมาะสมในด้านการกำหนดบทบัญญัติความผิด

จากการศึกษาและวิเคราะห์เปรียบเทียบการใช้หลักความรับผิดโดยเคร่งครัด (Strict Liability) ในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจารของไทยกับต่างประเทศ ในหัวข้อที่ 5.2 แล้ว ทำให้เห็นแนวทางในการใช้หลักความรับผิดโดยเคร่งครัดกับความผิดทางเพศของแต่ละประเทศที่แตกต่างกันไป ซึ่งสามารถจำแนกเป็นแนวทางในการกำหนดบทบัญญัติความผิดที่เกี่ยวข้องกับหลักความรับผิดโดยเคร่งครัดได้เป็น 3 กรณี ดังนี้

(1) แนวทางแรก คือ การไม่นำหลักความรับผิดโดยเคร่งครัดมาใช้กับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจารเลย ทำให้ผู้กระทำความผิดสามารถอ้างความไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิด ขึ้นต่อสู้ว่าตนไม่มีเจตนาได้ ดังเช่น บทบัญญัติความผิดทางเพศของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

(2) แนวทางที่สอง คือ มีการนำหลักความรับผิดโดยเคร่งครัดมาใช้กับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจาร โดยมีได้มีการกำหนดเงื่อนไขอื่น ๆ เพิ่มเติม ทำให้ผู้กระทำความผิดไม่สามารถอ้างความไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิดขึ้นต่อสู้ว่าตนไม่มีเจตนาได้เลย ดังเช่น ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจารของไทยและบทบัญญัติความผิดทางเพศของสหราชอาณาจักร

(3) แนวทางที่สาม คือ มีการนำหลักความรับผิดโดยเคร่งครัดมาใช้กับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจาร โดยมีกำหนดเงื่อนไขอื่น ๆ เพิ่มเติม เพื่อยกเว้นความผิดยกเว้นโทษ หรือลดหย่อนโทษ ตัวอย่างเช่น กรณีมีสถานการณ์พิเศษหรือพฤติการณ์พิเศษ ผู้กระทำความผิดมีอายุต่ำกว่ายี่สิบปี ผู้กระทำความผิดได้กระทำความผิดเป็นครั้งแรก หรือผู้กระทำความผิดมีอายุใกล้เคียงกันกับผู้เสียหาย ดังเช่น บทบัญญัติความผิดทางเพศของสมาพันธรัฐสวิสและสหรัฐอเมริกาในมลรัฐแคลิฟอร์เนีย มลรัฐอิลลินอยส์ มลรัฐแอริโซนา และมลรัฐนิวยอร์ก

แนวทางในการกำหนดบทบัญญัติความผิดแต่ละแนวทางนั้นมีข้อดีข้อเสียแตกต่างกันไป โดยแนวทางแรกมีข้อดี คือ ผู้กระทำความผิดสามารถอ้างความไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิดขึ้นต่อสู้ว่าตนไม่มีเจตนาได้ อันเป็นการเปิดโอกาสให้ผู้กระทำความผิดได้พิสูจน์เจตนาในการกระทำของตน และเปิดโอกาสให้ศาลใช้ดุลพินิจพิจารณาข้อเท็จจริงในคดีเพิ่มเติม แต่มีข้อเสีย คือ

ผู้กระทำมักยกเอาข้อต่อสู้เรื่องอายุของเด็กดังกล่าวขึ้นมาอ้างเพื่อให้ตนพ้นจากความรับผิด ซึ่งแนวทางแรกนั้น เป็นแนวทางที่ประเทศไทยเคยใช้แต่เดิมก่อนที่จะเปลี่ยนมาใช้แนวทางที่สองอย่างในปัจจุบัน ในขณะที่แนวทางที่สองนั้น ผู้กระทำความผิดไม่สามารถอ้างความไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิดขึ้นต่อสู้ว่าตนไม่มีเจตนาได้ ซึ่งมีข้อดี คือ ทำให้เด็กได้รับความคุ้มครองมากยิ่งขึ้น⁴¹⁹ แต่มีข้อเสีย คือ อาจก่อให้เกิดกรณีจับกุมผู้บริสุทธิ์ เนื่องจากผู้กระทำต้องรับผิดโดยเคร่งครัด ไม่อาจพิสูจน์เจตนาในการกระทำของตนได้ นอกจากนี้อาจเป็นการเปิดช่องให้เด็กหรือผู้ปกครองของเด็กใช้เป็นเครื่องมือในการต่อรองหรือแสวงหาผลประโยชน์โดยมิชอบ เพื่อแลกกับการที่ผู้กระทำจะไม่ถูกดำเนินคดีอาญา และยังเป็นการตัดอำนาจศาลทำให้ศาลไม่มีโอกาสที่จะพิจารณาข้อเท็จจริงเพิ่มเติมในประเด็นดังกล่าวด้วย ซึ่งแนวทางดังกล่าวเป็นแนวทางที่ประเทศไทยกำลังใช้อยู่ในปัจจุบัน ส่วนแนวทางที่สามแนวทางสุดท้ายนั้น ผู้กระทำความผิดไม่สามารถอ้างความไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิดขึ้นต่อสู้ว่าตนไม่มีเจตนาได้เหมือนกับแนวทางที่สอง แต่มีการกำหนดเงื่อนไขอื่น ๆ เพิ่มเติม เพื่อยกเว้นความผิด ยกเว้นโทษ หรือลดหย่อนโทษ ซึ่งมีข้อดี คือ ทำให้เด็กได้รับความคุ้มครอง และมีการเพิ่มเติมเงื่อนไขอื่น ๆ ทำให้ศาลสามารถใช้ดุลพินิจพิจารณาซึ่งน้ำหนักพยานหลักฐาน และวินิจฉัยคดีได้อย่างยืดหยุ่น มีประสิทธิภาพ และเป็นธรรมยิ่งขึ้น แต่มีข้อเสีย คือ ศาลต้องระมัดระวังในการใช้ดุลพินิจดังกล่าว เพื่อมิให้เป็นผลร้ายแก่ผู้กระทำผิด

ดังนั้นจะเห็นได้ว่า แนวทางแต่ละแนวทางมีข้อดีข้อเสียแตกต่างกันไป ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า หากมีการนำแนวทางการกำหนดบทบัญญัติความผิดที่เกี่ยวกับหลักความรับผิดโดยเคร่งครัดแนวทางที่สามมาใช้ในการพิจารณาความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจารของไทยแล้ว ย่อมเป็นการเปิดโอกาสให้ผู้กระทำผิดสามารถพิสูจน์เจตนาหรือพิสูจน์ความบริสุทธิ์ของตนเอง ซึ่งส่งผลให้เกิดความเป็นธรรมแก่ประชาชน อีกทั้งเหมาะสมกับบริบทของสังคมไทย นอกจากนี้การนำแนวทางดังกล่าวมาใช้จะช่วยแก้ปัญหาความไม่เหมาะสมของการใช้หลักความรับผิดโดยเคร่งครัดที่มีอยู่ในปัจจุบัน

หลักความรับผิดโดยเคร่งครัดในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจารของไทยนั้น ปรากฏอยู่ในมาตรา 285/1 ของประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งกำหนดให้ การกระทำทาง

⁴¹⁹ หมายเหตุท้ายพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 23) พ.ศ. 2558

เพศที่ได้กระทำต่อเด็กอายุไม่เกินสิบสามปี ห้ามอ้างความไม่รู้อายุของเด็กเพื่อให้พ้นจากความผิด ซึ่งการกำหนดบทบัญญัติของไทยดังกล่าวนี้ ยังมีความไม่เหมาะสมในหลายประการ ตามที่ได้วิเคราะห์ ปัญหาของการใช้หลักความรับผิดชอบโดยเคร่งครัดในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจาร ไว้แล้ว ในหัวข้อ 5.1 โดยยังไม่ครอบคลุมถึงเหตุปัจจัยอื่น ๆ ที่อาจส่งผลต่อการพิจารณาคดี เช่น มี สถานการณ์พิเศษหรือพฤติการณ์พิเศษ หรือผู้กระทำความผิดเป็นเด็กหรือเยาวชน เหมือนดังเช่น บทบัญญัติความผิดทางเพศของสมาพันธรัฐสวิส ซึ่งได้มีการกำหนดว่า หากผู้กระทำความผิดมีอายุต่ำกว่า ยี่สิบปีในขณะที่กระทำความผิดหรือได้กระทำความผิดเป็นครั้งแรกและมีพฤติการณ์พิเศษ หรือเป็น กรณีที่เด็กเป็นคู่สมรสหรือจดทะเบียนคู่ชีวิตกับผู้กระทำความผิด หน่วยงานที่รับผิดชอบอาจสั่งฟ้อง และดำเนินคดีต่อศาล หรือสั่งลงโทษปรับแทนก็ได้ รวมทั้งมีการกำหนดกรณีที่ผู้กระทำความผิดและผู้เสียหายอายุห่างกันไม่เกินสามปี และเป็นกรณีที่บุคคลทั้งสองนั้นสมัครใจกระทำการทางเพศ โดย มิได้มีการบังคับขืนใจแต่อย่างใด การกระทำดังกล่าวนี้จะไม่เป็นความผิด ซึ่งถือเป็นแนวทางที่น่าสนใจ และน่าจะนำมาปรับใช้กับการกำหนดบทบัญญัติความผิดที่เกี่ยวข้องกับหลักความรับผิดชอบโดยเคร่งครัดของ ไทยได้

นอกจากนี้บทบัญญัติความผิดทางเพศของประเทศสหรัฐอเมริกาในมลรัฐแคลิฟอร์เนีย มลรัฐอิลลินอยส์ และมลรัฐนิวยอร์ก ได้มีการกำหนดกรณีที่ผู้กระทำความผิดทางเพศและผู้เสียหาย มีอายุใกล้เคียงกันไว้เช่นกัน โดยในมลรัฐแคลิฟอร์เนีย หากผู้กระทำความผิดมีอายุห่างจากผู้เยาว์ ไม่เกินสามปี จะมีความผิดเพียงลหุโทษ หรือในมลรัฐอิลลินอยส์ หากมีการกระทำความผิดทางเพศ เกิดขึ้นกับผู้เสียหายที่มีอายุอย่างน้อยเก้าปี แต่ไม่เกินสิบหกปี และผู้กระทำความผิดมีอายุต่ำกว่า สิบเจ็ดปี หรือเป็นกรณีที่มีการกระทำความผิดทางเพศเกิดขึ้นกับผู้เสียหายซึ่งมีอายุอย่างน้อยสิบสามปี แต่ไม่เกินสิบหกปี และผู้กระทำความผิดมีอายุมากกว่าผู้เสียหายไม่เกินสี่ปี บุคคลผู้กระทำความผิดนั้น รับผิดชอบเพียงลหุโทษ หรือในมลรัฐนิวยอร์ก หากผู้กระทำความผิดมีอายุมากกว่าผู้เสียหายซึ่งเป็นเด็ก ไม่เกินสามปี สามารถอ้างเหตุดังกล่าวนี้ขึ้นเป็นข้อต่อสู้เพื่อให้ตนไม่ต้องรับโทษ หรือกรณีที่ผู้เสียหายมี อายุสิบห้า หรือสิบหกปี และผู้กระทำความผิดมีอายุมากกว่าผู้เสียหายไม่เกินสี่ปี ก็สามารถอ้างเหตุ ดังกล่าวนี้ขึ้นเป็นข้อต่อสู้เพื่อให้ตนไม่ต้องรับโทษได้เช่นกัน ซึ่งถือเป็นแนวทางที่น่าสนใจในการบัญญัติ เหตุยกเว้นโทษ หรือลดหย่อนโทษ ซึ่งอาจช่วยแก้ปัญหาคความไม่เหมาะสมในการใช้หลักความรับผิดชอบ โดยเคร่งครัดกับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจารของไทยได้

ดังนั้นตามที่ได้วิเคราะห์มาแล้วข้างต้น ผู้เขียนเห็นว่ามาตรการที่จะสามารถแก้ไข ปัญหาการใช้หลักความรับผิดโดยเคร่งครัดในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจารได้อย่างมีประสิทธิภาพ คือ การสร้างข้อยกเว้นของหลักความรับผิดโดยเคร่งครัด โดยการกำหนดเงื่อนไขเพิ่มเติมว่ามีกรณีใดบ้างที่ไม่สามารถนำหลักความรับผิดโดยเคร่งครัดมาใช้ได้ กล่าวคือ เพิ่มเติมข้อความในมาตรา 285/1 ซึ่งเดิมบัญญัติไว้ว่า “การกระทำความผิดตามมาตรา 277 มาตรา 279 มาตรา 282 วรรคสาม มาตรา 283 วรรคสาม และมาตรา 283 ทวิ วรรคสอง หากเป็นการกระทำต่อเด็กอายุไม่เกินสิบสามปี ห้ามอ้างความไม่รู้อายุของเด็กเพื่อให้พ้นจากความผิดนั้น” โดยเปลี่ยนใหม่ให้ใช้ข้อความต่อไปนี้แทน “การกระทำความผิดตามมาตรา 277 มาตรา 279 มาตรา 282 วรรคสาม มาตรา 283 วรรคสาม และมาตรา 283 ทวิ วรรคสอง หากเป็นการกระทำต่อเด็กอายุไม่เกินสิบสามปี ห้ามอ้างความไม่รู้อายุของเด็กเพื่อให้พ้นจากความผิดนั้น แต่ถ้าศาลเห็นว่า ตามสภาพและพฤติการณ์แห่งคดี ปรากฏว่าผู้กระทำความผิดได้กระทำความผิดเป็นครั้งแรกและมีพฤติการณ์พิเศษ ศาลอาจอนุญาตให้แสดงพยานหลักฐานต่อศาล และถ้าศาลเชื่อว่าผู้กระทำไม่รู้ อายุของเด็กจริง ผู้กระทำย่อมไม่มีความผิด” เพื่อเปิดช่องให้ศาลสามารถใช้ดุลยพินิจวินิจฉัยว่า พฤติการณ์ดังกล่าวเป็นพฤติการณ์พิเศษหรือไม่ ทำให้ศาลสามารถใช้ดุลยพินิจดำเนินกระบวนการพิจารณาเพื่อแก้ไขปัญหาได้อย่างยืดหยุ่น มีประสิทธิภาพ และมีความเหมาะสมกับสถานการณ์มากยิ่งขึ้น และเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรม หลีกเลี่ยงความเสียหายร้ายแรงที่อาจตามมาในอนาคต จากประเด็นปัญหาความไม่เหมาะสมของการใช้หลักความรับผิดโดยเคร่งครัดในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจาร

ดังนั้น จากการวิเคราะห์ความเหมาะสมในด้านการกำหนดบทบัญญัติความผิดข้างต้น แล้ว จึงเห็นสมควรอย่างยิ่งที่จะต้องมีการแก้ไขปรับปรุงการกำหนดบทบัญญัติความผิดที่เกี่ยวข้องกับการใช้หลักความรับผิดโดยเคร่งครัดในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจาร โดยการสร้างข้อยกเว้นของหลักความรับผิดโดยเคร่งครัด และมีการเพิ่มเติมเงื่อนไขบางประการ เพื่อเปิดช่องให้ศาลสามารถใช้ดุลยพินิจดำเนินกระบวนการพิจารณาแก้ไขปัญหาได้อย่างยืดหยุ่น และมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น

5.4 วิเคราะห์ผลดีผลเสียของการนำหลักความรับผิดโดยเคร่งครัด (Strict Liability) มาใช้ในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจาร

หลักความรับผิดโดยเคร่งครัด เป็นหลักการที่ความรับผิดไม่อยู่บนพื้นฐานของความผิด เมื่อมีความเสียหายเกิดขึ้น บุคคลนั้นจะต้องรับผิดในผลที่เกิด อันเป็นความรับผิดโดยเคร่งครัด⁴²⁰ โดยไม่จำเป็นต้องพิจารณาหรือพิสูจน์องค์ประกอบของความผิดนั้น⁴²¹ ดังนั้น แม้บุคคลดังกล่าวจะไม่มีเจตนาและไม่ประมาท ก็ยังคงต้องรับผิดทันที หากได้กระทำความผิดที่ต้องรับผิดโดยเคร่งครัด ซึ่งประเทศไทยได้นำหลักการดังกล่าวมาใช้ โดยบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา ความผิดเกี่ยวกับเพศ มาตรา 285/1 ซึ่งบัญญัติว่า “การกระทำความผิดตามมาตรา 277 มาตรา 279 มาตรา 282 วรรคสาม มาตรา 283 วรรคสาม และมาตรา 283 ทวิ วรรคสอง หากเป็นการกระทำต่อเด็กอายุไม่เกินสิบสามปี ห้ามอ้างความไม่รู้อายุของเด็กเพื่อให้พ้นจากความผิดนั้น” เพื่อแก้ปัญหากรณีจำเลยมักยกเอาข้อต่อสู้เรื่องอายุของเด็กขึ้นมาอ้างเพื่อให้ตนพ้นจากความรับผิด⁴²²

การแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 285/1 ดังกล่าว ทำให้อายุของเด็กไม่เป็นองค์ประกอบของความผิดอีกต่อไป กล่าวคือ หากมีการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศซึ่งได้กระทำต่อเด็กที่มีอายุไม่เกินสิบสามปีแล้ว ไม่อาจอ้างความไม่รู้อายุของเด็กซึ่งเป็นข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบความผิด เพื่อให้พ้นจากความรับผิดทางอาญาได้

จากการศึกษาและพิจารณาหลักความรับผิดโดยเคร่งครัดซึ่งนำมาใช้ในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจารแล้ว พบว่าปรากฏผลดีและผลเสียของการนำหลักดังกล่าวมาใช้กับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจารหลายประการ ดังต่อไปนี้

⁴²⁰ พิชัย พันถชัย, “ทฤษฎีและขอบเขตของกฎหมายความรับผิดในผลิตภัณฑ์เพื่อการคุ้มครองผู้บริโภค”, หน้า 111-112.

⁴²¹ Nicola Monaghan, *Criminal Law*, Page 83.

⁴²² หมายเหตุท้ายพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 23) พ.ศ. 2558

5.4.1 ผลดีของการนำหลักความรับผิดโดยเคร่งครัด (Strict Liability) มาใช้ในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจาร

เมื่อพิจารณาหลักกฎหมายตามมาตรา 285/1 ซึ่งเป็นการนำหลักความรับผิดโดยเคร่งครัดมาใช้กับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจารแล้ว พบว่าปรากฏผลดีของการนำหลักดังกล่าวมาใช้ ดังต่อไปนี้

(1) ช่วยแก้ปัญหากรณีจำเลยมักยกเอาข้อต่อสู้เรื่องอายุของเด็กขึ้นมาอ้างเพื่อให้ตนพ้นจากความรับผิด ซึ่งโดยทั่วไปแล้วในบทบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศที่กระทำต่อเด็กได้กำหนดให้อายุของเด็กเป็นองค์ประกอบความผิด ทำให้ในหลาย ๆ ครั้ง ผู้กระทำความผิดมักอ้างความสำคัญผิดหรือความไม่รู้ในข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบความผิดเพื่อให้ตนไม่ต้องรับผิด ได้รับยกเว้นโทษ หรือได้รับโทษน้อยลง

(2) ทำให้ง่ายต่อการพิสูจน์ความผิด เพราะไม่จำเป็นจะต้องหาหลักฐานมาพิสูจน์เจตนาในการกระทำความผิด เนื่องจากผู้กระทำความผิดต้องรับผิดทันที แม้ว่าจะมิได้มีเจตนาหรือไม่ประมาท ซึ่งการหาหลักฐานเพื่อพิสูจน์ว่าผู้กระทำความผิดรู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบในการกระทำความผิดหรือไม่ นั้น เป็นสิ่งที่ทำให้เกิดความซับซ้อนและยุ่งยาก

(3) เมื่อใช้หลักความรับผิดโดยเคร่งครัดกับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจาร จะสามารถลงโทษบุคคลที่ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดได้ทันทีโดยง่าย ทำให้ศาลสามารถลงโทษผู้กระทำความผิดได้อย่างสะดวกและรวดเร็วยิ่งขึ้น เพื่อประโยชน์ของสังคมส่วนรวมเป็นการช่วยสังคมจัดบุคคลที่เป็นอันตรายออกไป มิให้บุคคลนั้นก่ออันตรายแก่คนในสังคมได้อีก

(4) การใช้หลักความรับผิดโดยเคร่งครัดกับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจารนั้น เป็นการป้องกันสวัสดิภาพของประชาชน (Public Welfare) อย่างหนึ่ง ซึ่งถือเป็นหน้าที่ของคนในสังคมทุก ๆ คนที่จะต้องป้องกันและสอดส่องมิให้มีอันตรายเกิดขึ้นในสังคม⁴²³

⁴²³ Melanie Fahrback-Staats. "Rape: The Fruit of the Poisonous Tree." *Arizona Summit Law Review* 8, no. 217 (Spring 2015): 1-4.

(5) การกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจารซึ่งได้กระทำต่อเด็ก นั้น เป็นการกระทำที่อาจส่งผลกระทบต่ออนาคตของเด็กได้ เมื่อนำหลักความรับผิดโดยเคร่งครัดมาใช้แล้ว จะช่วยป้องกันมิให้เด็กเสียคน เป็นการขจัดอันตรายออกไปจากสังคม และมีผลเป็นการข่มขู่มิให้มีบุคคลใดกระทำความผิดในลักษณะเดียวกันนี้อีก อีกทั้งยังเป็นการป้องปรามบุคคลอื่น ๆ ในสังคมให้ใช้ความระมัดระวังอย่างสูง มิให้กระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดที่มีผลกระทบต่อสังคมส่วนรวม

(6) การใช้หลักความรับผิดโดยเคร่งครัดกับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจารนั้น เป็นการนำหลักความรับผิดโดยเคร่งครัดมาบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา ทำให้ประชาชนได้ทราบและรู้ว่าหากมีการกระทำอย่างนี้เกิดขึ้น ผู้กระทำจะต้องรับผิดชอบที่ ไม่อาจยกข้อต่อสู้ขึ้นอ้างได้ เมื่อมีการใช้หลักดังกล่าวแล้ว ศาลจะสามารถลงโทษบุคคลได้ทันที หากบุคคลดังกล่าวได้กระทำการอันละเมิดต่อกฎหมายที่ได้บัญญัติไว้ว่าเป็นความผิด

(7) การใช้หลักความรับผิดโดยเคร่งครัดอาจมีผลเป็นการข่มขู่ได้ดีกว่าความผิดธรรมดาทั่ว ๆ ไป เนื่องจากคนในสังคมต้องใช้ความระมัดระวังมากขึ้น เพื่อหลีกเลี่ยงการกระทำที่ต้องรับผิดชอบโดยเคร่งครัด

เมื่อได้ทราบผลดีของการนำหลักความรับผิดโดยเคร่งครัดมาใช้กับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจารแล้ว จึงมีความจำเป็นที่จะต้องศึกษาถึงผลเสียของการนำหลักดังกล่าวมาใช้ด้วยเช่นกัน ซึ่งภายหลังจากการศึกษาแล้ว พบผลเสีย ดังต่อไปนี้

5.4.2 ผลเสียของการนำหลักความรับผิดโดยเคร่งครัด (Strict Liability) มาใช้ในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจาร

หลักความรับผิดโดยเคร่งครัด เป็นหลักการที่ความรับผิดไม่อยู่บนพื้นฐานของความผิด (Liability Without Fault) เมื่อมีความเสียหายเกิดขึ้น บุคคลนั้นจะต้องรับผิดชอบในผลที่เกิดอันเป็นความรับผิดโดยเคร่งครัด⁴²⁴ ซึ่งหลักความรับผิดโดยเคร่งครัดนี้ จะแตกต่างจากหลักความรับผิดโดยทั่วไปในทางอาญาที่ต้องการเจตนาหรือประมาทเป็นส่วนหนึ่งขององค์ประกอบความผิด ตามที่ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59 ได้บัญญัติไว้ แต่ถ้าเป็นหลักความรับผิดโดยเคร่งครัดแล้ว จะ

⁴²⁴ พิชัย พันนภัย, “ทฤษฎีและขอบเขตของกฎหมายความรับผิดในผลิตภัณฑ์เพื่อการคุ้มครองผู้บริโภค”, หน้า 111-112.

พิจารณาในแง่ของการกระทำและผลเท่านั้น⁴²⁵ โดยไม่จำเป็นต้องพิจารณาหรือพิสูจน์องค์ประกอบของความผิด⁴²⁶ แม้ผู้กระทำไม่มีเจตนาและไม่ได้ประมาทอันเป็นส่วนหนึ่งขององค์ประกอบความผิดก็ตาม ผู้กระทำก็ยังคงรับผิด

เมื่อพิจารณาหลักกฎหมายตามมาตรา 285/1 ซึ่งเป็นการนำหลักความรับผิดโดยเคร่งครัดมาใช้กับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจารแล้ว พบว่าปรากฏผลเสียของการนำหลักดังกล่าวมาใช้ ดังต่อไปนี้

(1) การนำหลักความรับผิดโดยเคร่งครัดมาใช้กับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจาร อาจก่อให้เกิดกรณีจับกุมผู้บริสุทธิ์ได้ ซึ่งโดยทั่วไปแล้วหากผู้กระทำไม่มีเจตนาชั่วกัสมควรที่จะได้รับความคุ้มครองภายใต้กฎหมายและไม่สมควรที่จะต้องรับผิด การรับผิดในกรณีดังกล่าวจะทำให้บุคคลนั้นมีความผิดติดตัว ถูกตราหน้าจากสังคมว่าเป็นอาชญากร เสียประวัติ ไม่สามารถลบประวัติความผิดที่เกิดขึ้นได้ บุคคลนั้นอาจถูกเลือกปฏิบัติจากเพื่อนฝูงและสังคม และอาจส่งผลให้กลายเป็นอาชญากรที่แท้จริงในอนาคต แม้ว่าการนำหลักความรับผิดโดยเคร่งครัดมาใช้นั้นจะช่วยลดภาระของศาลในกรณีการหาหลักฐานเพื่อพิสูจน์ว่าผู้กระทำความผิดรู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบในการกระทำความผิด ซึ่งเป็นสิ่งที่ทำให้เกิดความซับซ้อนและยุ่งยากก็ตาม แต่ก็ถือว่าเป็นภาระหน้าที่ของศาล ที่ศาลจะต้องพิสูจน์จนกว่าจะปราศจากข้อสงสัย แม้จะมีความซับซ้อนยุ่งยากเพื่ออำนวยความสะดวกให้แก่ประชาชน มิให้เกิดกรณีการจับกุมผู้บริสุทธิ์ ดังคำกล่าวที่ว่า ปล่อยคนผิดสิบคน ดีกว่าลงโทษผู้บริสุทธิ์เพียงคนเดียว

(2) การนำหลักความรับผิดโดยเคร่งครัดมาใช้ลงโทษผู้กระทำความผิดซึ่งไม่มีเจตนาชั่วนั้น ไม่ก่อประโยชน์ (Public Interest) ให้แก่สังคมหรือชุมชนแต่อย่างใด บุคคลดังกล่าวสมควรที่จะอ้างความไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิดขึ้นต่อสู้ได้ การลงโทษตามหลักความรับผิดโดยเคร่งครัดนั้น จึงไม่เหมาะสมและไม่สามารถอำนวยความสะดวกอย่างแท้จริงให้แก่ประชาชน

(3) การนำหลักความรับผิดโดยเคร่งครัดมาใช้ ทำให้ผู้กระทำไม่สามารถยกข้อต่อสู้ขึ้นอ้างได้ แม้ว่าจะมีเหตุอันสมควรอ้างก็ตาม อันเป็นการละเมิดสิทธิในการต่อสู้คดีของจำเลย (Right to

⁴²⁵ อำนาง เนตยสุภา, หลักความรับผิดเด็ดขาดของความผิดลหุโทษภายใต้ประมวลกฎหมายอาญา, หน้า 118.

⁴²⁶ Nicola Monaghan, *Criminal Law*, Page 83.

Self Defense) ที่ตกเป็นผู้ต้องหาในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจาร กล่าวคือ โดยทั่วไปแล้วในกรณีที่จำเลยไม่รู้ข้อเท็จจริงเรื่องอายุอันเป็นองค์ประกอบของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจาร จำเลยสมควรที่จะอ้างเป็นข้อแก้ตัวได้ว่าไม่ได้กระทำโดยเจตนาตามมาตรา 59 วรรคสาม จำเลยสมควรที่จะมีโอกาสพิสูจน์เจตนาของตนว่ามีเจตนากระทำความผิดหรือไม่ อย่างไร การที่จำเลยไม่สามารถอ้างข้อต่อสู้ได้นี้จึงเป็นการละเมิดสิทธิในการต่อสู้คดีของจำเลย ซึ่งเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่จำเลยจะต้องได้รับความคุ้มครอง และยังเป็น การตัดอำนาจศาล ทำให้ศาลไม่มีโอกาสที่จะพิจารณาข้อเท็จจริงเพิ่มเติมในประเด็นดังกล่าวด้วย

(5) การใช้หลักความรับผิดโดยเคร่งครัดลงโทษบุคคลที่มีใจผู้กระทำความผิดที่มีจิตใจชั่วร้ายนั้น เป็นการขัดต่อวัตถุประสงค์ในการลงโทษตามหลักกฎหมายอาญาที่ต้องลงโทษบุคคลที่ได้กระทำความผิดจริง แล้วทำให้ผู้นั้นเข็ดหลาบไม่กล้ากระทำความผิดอีก เนื่องจากบุคคลที่ได้รับโทษมีใจผู้ที่มีจิตใจชั่วร้าย การลงโทษกรณีดังกล่าวจึงมิได้เป็นการลงโทษเพื่อให้สำนึกผิดหรือทำให้ เข็ดหลาบแต่อย่างใด อีกทั้งยังไม่มีกรณีที่ต้องแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิด เพราะตั้งแต่แรกบุคคลดังกล่าวก็มิได้เป็นผู้ที่มีจิตใจชั่วร้าย การลงโทษกรณีนี้จึงไม่เกิดประโยชน์แก่สังคมและยังเป็นการจำกัดเสรีภาพของบุคคลดังกล่าวด้วย

(6) การใช้หลักความรับผิดโดยเคร่งครัดลงโทษบุคคลที่มีใจผู้กระทำความผิดที่มีจิตใจชั่วร้าย อาจส่งผลกระทบต่อครอบครัวของผู้กระทำความผิด ทำให้ครอบครัวสูญเสียรายได้ และอาจทำให้ครอบครัวแตกแยก ถูกตราหน้าจากสังคมว่ามีอาชญากรเป็นคนในครอบครัวได้

(7) การใช้หลักความรับผิดโดยเคร่งครัดกับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจารนั้น อาจเป็นการเปิดช่องให้เด็กหรือผู้ปกครองของเด็กใช้เป็นเครื่องมือในการต่อรองหรือแสวงหาผลประโยชน์โดยมิชอบได้ เช่น การเรียกรับเงิน หรือการแสวงหาผลประโยชน์อื่นใด เพื่อแลกกับการที่ผู้กระทำจะไม่ถูกดำเนินคดีอาญา เนื่องจากผู้กระทำนั้นไม่อาจอ้างข้อต่อสู้ใด ๆ เพื่อให้ตนพ้นจากความรับผิดได้ แม้จะมีเหตุอันควรเชื่อได้ว่าเด็กนั้นจะอายุเกินกว่าสิบสามปีแล้วก็ตาม หากเข้ากรณีตามหลักเกณฑ์ของความผิดที่ต้องรับผิดโดยเคร่งครัดแล้ว ผู้กระทำต้องรับผิดชอบที่

(8) การใช้หลักความรับผิดโดยเคร่งครัดกับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจาร เป็นการนำหลักดังกล่าวมาใช้กับความผิดที่มีโทษร้ายแรง เมื่อเทียบกับความผิดฐาน

ฆ่าคนตายซึ่งมีโทษร้ายแรงเหมือนกันแล้ว กรณีความผิดดังกล่าวยังเปิดโอกาสให้ผู้กระทำความผิด พิสูจน์เจตนาของตน แต่การใช้หลักความรับผิดโดยเคร่งครัดกับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและ กระทำอนาจารนั้น ทำให้ผู้กระทำผิดไม่มีโอกาสพิสูจน์เจตนาของตน หรืออ้างพยานหลักฐานของตน ขึ้นสู้ได้เลย ซึ่งทำให้ผู้กระทำตกเป็นจำเลยและต้องรับผิดทันที อันก่อให้เกิดความไม่ยุติธรรมแก่บุคคล ผู้นั้น

(9) การใช้หลักความรับผิดโดยเคร่งครัดลงโทษบุคคลที่มีโชผู้กระทำความผิดที่มีจิตใจ ชั่วร้าย เป็นการเพิ่มภาระแก่ระบบกระบวนการยุติธรรม เป็นการสิ้นเปลืองทรัพยากรและงบประมาณ โดยใช่เหตุ เพราะผู้กระทำความผิดที่ต้องรับโทษนั้นมีโชอาชญากรที่แท้จริง ไม่มีประโยชน์ในการ ลงโทษแต่อย่างใด

ดังนั้น เมื่อพิจารณาผลดีและผลเสียของการนำหลักความรับผิดโดยเคร่งครัดมาใช้กับ ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจารแล้ว พบว่าเกิดผลเสียมากกว่าผลดี ดังที่ปรากฏ ช่างต้น จึงเห็นสมควรว่าจะต้องมีการแก้ไขและปรับปรุงหลักดังกล่าว เพื่อให้มีความเหมาะสมและเปิด ช่องให้ศาลสามารถใช้ดุลยพินิจดำเนินกระบวนการพิจารณาแก้ไขปัญหาได้อย่างยืดหยุ่นและมี ประสิทธิภาพ เป็นการอำนวยความสะดวกอย่างแท้จริงให้แก่ประชาชน

บทที่ 6

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

บทสุดท้ายนี้จะนำเสนอการสรุปสาระสำคัญของบทต่าง ๆ ทั้งหมดโดยภาพรวม อันได้แก่ ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหาในบทที่ 1 โดยเฉพาะในประเด็นเรื่องการอ้างความไม่รู้ ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจารนั้นมีประเด็น ปัญหาอย่างไรบ้าง แนวคิดเกี่ยวกับโครงสร้างความรับผิดทางอาญา และหลักความรับผิดโดยเคร่งครัด (Strict Liability) ในกฎหมายอาญาในบทที่ 2 ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจารตามกฎหมายไทยในบทที่ 3 ความผิดทางเพศตามหลักกฎหมายของต่างประเทศในบทที่ 4 โดยเฉพาะในประเด็นเรื่องการอ้างความไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิดทางเพศ และการวิเคราะห์เปรียบเทียบหลักกฎหมายของต่างประเทศกับหลักกฎหมายของไทยในประเด็นเรื่องการอ้างความไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิดทางเพศในบทที่ 5 เพื่อให้เห็นถึงความเป็นมาและความสำคัญของปัญหาที่อาจเกิดขึ้นในอนาคต ทำให้ทราบถึงแนวคิดของหลักความรับผิดโดยเคร่งครัดและความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจาร นำมาซึ่งการพิจารณาและวิเคราะห์เพื่อหามาตรการที่เหมาะสมในการแก้ปัญหาดังกล่าว โดยในบทนี้นอกจากจะกล่าวถึงบทสรุปในหัวข้อ 6.1 แล้ว ยังนำเสนอข้อเสนอแนะในหัวข้อ 6.2 เพื่อเป็นแนวทางในการพัฒนาบทบัญญัติ ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจาร และเพื่อแก้ไขปัญหาการอ้างความไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจารอีกด้วย

6.1 บทสรุป

การพิจารณาว่าบุคคลจะต้องรับผิดในทางอาญาหรือไม่นั้น จะต้องมีการพิจารณาถึง โครงสร้างความรับผิดในทางอาญาเสียก่อน ต้องดูว่าการกระทำของบุคคลนั้นครบองค์ประกอบที่ กฎหมายบัญญัติไว้หรือไม่ หากครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติให้เป็นความผิด (Element of Crime) แล้ว บุคคลนั้นก็ต้องรับผิดในทางอาญา ซึ่งโครงสร้างความรับผิดทางอาญาจะประกอบไป

ด้วย 2 ส่วนสำคัญ คือ การกระทำความผิด (Actus reus) หรือ องค์ประกอบภายนอก และเจตนากระทำความผิด (Mens rea) หรือ องค์ประกอบภายใน โดยองค์ประกอบดังกล่าวเป็นไปตามหลักที่ว่า การกระทำไม่เป็นเหตุให้บุคคลต้องรับผิดเว้นแต่ผู้กระทำมีจิตใจชั่วร้าย (Actus Non Facit Reum, Nisi Mens Sit Rea - An Act Does Not Make a Defendant Guilty Without a Guilty Mind)¹ ดังนั้นจึงจำเป็นจะต้องมีการพิสูจน์การกระทำความผิดและเจตนาในการกระทำความผิดเสมอ ก่อนมีการลงโทษผู้กระทำความผิด หากขาดอย่างใดอย่างหนึ่งไปแล้วก็จะไม่เป็นความผิดอาญา²

อย่างไรก็ตามหากการกระทำดังกล่าวมีกฎหมายยกเว้นความผิดหรือยกเว้นโทษ บุคคลนั้นก็ จะถือว่าไม่มีความผิดหรือไม่ต้องรับโทษ หรือหากการกระทำดังกล่าวมีกฎหมายลดโทษ ศาลก็อาจใช้ดุลยพินิจลดโทษให้เช่นกัน ทั้งนี้ มีความผิดบางประเภทที่กฎหมายกำหนดไว้อย่างชัดเจนว่า ต้องรับผิดแม้ได้กระทำโดยไม่มีเจตนาหรือไม่ประมาท (Liability Without Fault)³ ซึ่งเป็นความผิดที่ต้องรับผิดโดยเคร่งครัด (Strict Liability) ไม่จำเป็นจะต้องพิจารณาส่วนของเจตนาในการกระทำความผิด (Mens Rea) หรือองค์ประกอบภายในแต่อย่างใด⁴ ด้วยเหตุดังกล่าว ผู้กระทำจึงยกเอาความไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิดขึ้นมาอ้าง เพื่อเป็นคุณแก่ผู้กระทำเองมิได้ เพราะไม่มีประโยชน์อันใดที่จะอ้างว่าไม่มีเจตนา เนื่องจากความผิดประเภทนี้ถึงไม่เจตนาก็เป็นความผิดได้อยู่แล้ว⁵ กล่าวคือ ข้อต่อสู้ที่ใช้ปฏิเสธความรับผิดทางอาญา เช่น การอ้างความไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิด หรือความสำคัญผิดในข้อเท็จจริง ก็ไม่อาจนำมาอ้างว่าตนมิได้กระทำโดยเจตนาเพื่อให้หลุดพ้นจากความรับผิดได้ แม้ว่าจะมีเหตุอันสมควรจะอ้างได้ก็ตาม หากการกระทำดังกล่าวเป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติให้เป็นความผิดแล้วต้องรับผิดโดยเคร่งครัด แต่ทั้งนี้ก็ได้หมายความว่าผู้กระทำจะอ้างข้อต่อสู้อื่น ๆ ไม่ได้ ผู้กระทำยังคงสามารถอ้างข้อต่อสู้อื่น ๆ เพื่อปฏิเสธ

¹ Joanne Clough, Adam Jackson and Natalie Wortley, *Criminal Law*, 10th (England: Sweet&Maxwell, 2014), Page 1-2.

² ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 19 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, พฤศจิกายน 2560), หน้า 80.

³ ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ, หลักกฎหมายอาญาภาคทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 14 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, เมษายน 2559), หน้า 52-53.

⁴ Joanne Clough, Adam Jackson and Natalie Wortley, *Criminal Law*, Page 1.

⁵ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1, พิมพ์ครั้งที่ 10 (กรุงเทพมหานคร : พลสยามพริ้นติ้ง, พฤษภาคม 2551), หน้า 303.

ความรับผิดชอบได้ เช่น การกระทำด้วยความจำเป็นเนื่องจากถูกบังคับและไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ หรือความวิกลจริต (Insanity) เป็นต้น⁶

ประเทศไทยได้นำหลักความรับผิดโดยเคร่งครัด (Strict Liability) มาใช้เช่นกัน โดยบัญญัติไว้ในความผิดเกี่ยวกับเพศ มาตรา 285/1 บัญญัติว่า “การกระทำความผิดตามมาตรา 277 มาตรา 279 มาตรา 282 วรรคสาม มาตรา 283 วรรคสาม และมาตรา 283 ทวิ วรรคสอง หากเป็นการกระทำต่อเด็กอายุไม่เกินสิบสามปี ห้ามอ้างความไม่รู้อายุของเด็กเพื่อให้พ้นจากความผิดนั้น” เพื่อแก้ปัญหากรณีจำเลยมักยกเอาข้อต่อสู้เรื่องอายุของเด็กขึ้นมาอ้างเพื่อให้ตนพ้นจากความรับผิด ซึ่งโดยทั่วไปแล้วในบทบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศที่กระทำต่อเด็กได้กำหนดให้อายุของเด็กเป็นองค์ประกอบความผิด ทำให้ผู้กระทำความผิดมักอ้างความสำคัญผิดหรือความไม่รู้ในข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบความผิดเพื่อไม่ต้องรับผิด ได้รับยกเว้นโทษ หรือได้รับโทษน้อยลง⁷

การเพิ่มมาตรา 285/1 ขึ้นมาใหม่นี้ ถือได้ว่าเป็นการนำหลักกฎหมายใหม่เข้ามาใช้เพื่อคุ้มครองเด็กที่มีอายุไม่เกินสิบสามปี ในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจาร กล่าวคือการเพิ่มมาตรา 285/1 ทำให้บุคคลใดก็ตามจะอ้างความไม่รู้อายุของเด็กเพื่อเป็นข้อแก้ตัวให้พ้นจากความรับผิดไม่ได้ บทบัญญัติดังกล่าวมิได้สนใจในเรื่องของเจตนาในการกระทำความผิด เมื่อมีการกระทำชำเราเกิดขึ้นกับเด็กอายุไม่เกินสิบสามปีแล้วย่อมเป็นความผิด จะอ้างความไม่รู้อายุของเด็กเป็นข้อแก้ตัวว่าไม่ได้กระทำโดยเจตนาไม่ได้ แม้ว่าจะมีเหตุอันควรเชื่อได้ว่าเด็กนั้นมีอายุมากกว่าสิบสามปีก็ตาม โดยการนำหลักความรับผิดโดยเคร่งครัดมาใช้นี้ มีความไม่เหมาะสม เนื่องจากอาจก่อให้เกิดกรณีจับกุมผู้บริสุทธิ์ เป็นการตัดโอกาสในการพิสูจน์เจตนาหรือพิสูจน์ความบริสุทธิ์ของผู้กระทำความผิด อาจเป็นการเปิดช่องให้เด็กหรือผู้ปกครองของเด็กใช้เป็นเครื่องมือในการต่อรองหรือแสวงหาผลประโยชน์โดยมิชอบ และยังเป็นการตัดอำนาจศาล ทำให้ศาลไม่มีโอกาสที่จะพิจารณาข้อเท็จจริงเพิ่มเติมในประเด็นดังกล่าวด้วย

⁶ Jonathan Herring, *Criminal Law*, 8th Edition (United Kingdom: Palgrave Macmillan, 2013), Page 221.

⁷ หมายเหตุท้ายพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 23) พ.ศ. 2558

ปัญหาการนำหลักความรับผิดโดยเคร่งครัดมาใช้ในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจารนั้น สามารถสรุปเป็นสมมติฐานตามที่คุณเขียนตั้งไว้ในบทที่ 1 ว่า “การนำหลักความรับผิดโดยเคร่งครัด (Strict Liability) มาใช้ในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจาร ดังที่ปรากฏในประมวลกฎหมายอาญามาตรา 285/1 มีความไม่เหมาะสม เนื่องจากอาจก่อให้เกิดกรณีจับกุมผู้บริสุทธิ์ และอาจเป็นการเปิดช่องให้เด็กหรือผู้ปกครองของเด็กแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบด้วยกฎหมายได้ นอกจากนี้ยังเป็นการละเมิดสิทธิในการต่อสู้คดีของจำเลยซึ่งเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่จำเลยจะต้องได้รับความคุ้มครอง อีกทั้งยังเป็นการตัดอำนาจศาลทำให้ศาลไม่มีโอกาสที่จะพิจารณาข้อเท็จจริงเพิ่มเติมในประเด็นดังกล่าว ถ้าหากมีการแก้ไขบทบัญญัติในมาตรา 285/1 โดยสร้างข้อยกเว้นของหลักความรับผิดโดยเคร่งครัดหรือมีการเพิ่มเติมเงื่อนไขบางประการ เช่น กรณีที่มีพฤติการณ์พิเศษ (Special Circumstances) หรือกรณีที่ผู้กระทำความผิดได้กระทำความผิดเป็นครั้งแรก เพื่อเปิดช่องให้ศาลสามารถใช้ดุลยพินิจวินิจฉัยว่าพฤติการณ์ดังกล่าวเป็นพฤติการณ์พิเศษหรือไม่ จะทำให้ศาลสามารถใช้ดุลยพินิจดำเนินการพิจารณาเพื่อแก้ไขปัญหาได้อย่างยืดหยุ่น มีประสิทธิภาพ และเป็นธรรมยิ่งขึ้น”

จากการศึกษาหลักความรับผิดโดยเคร่งครัดแล้ว พบว่า หลักความรับผิดโดยเคร่งครัดมักจะนำมาใช้กับการกระทำที่รัฐเห็นว่าเป็นภัยคุกคามต่อสังคม (Social Concern) เช่น คุกคามต่อสาธารณสุข (Public Health) คุกคามต่อความปลอดภัยของสังคม (Public Safety) คุกคามต่อศีลธรรมของคนในสังคม (Public Morals) หรือคุกคามต่อกฎเกณฑ์ของสังคม (Public Order)⁸ ดังนั้น ความผิดที่เป็นความรับผิดโดยเคร่งครัดส่วนใหญ่จึงถูกบัญญัติขึ้นโดยรัฐ โดยมักจะเกี่ยวข้องกับการสร้างกฎระเบียบในสังคมและการป้องกันสังคม ซึ่งการนำหลักความรับผิดดังกล่าวมาใช้นั้น ทำให้ง่ายต่อการพิสูจน์ความผิด เพราะไม่จำเป็นจะต้องหาหลักฐานมาพิสูจน์เจตนาในการกระทำความผิด การหาหลักฐานเพื่อพิสูจน์ว่าผู้กระทำความผิดรู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบในการกระทำความผิดหรือไม่นั้นเป็นสิ่งที่ทำให้เกิดความซับซ้อนและยุ่งยาก⁹ หลักความรับผิดโดยเคร่งครัดนี้ได้มีการบัญญัติไว้ในกฎหมายฉบับใดโดยเฉพาะ อันเป็นการชัดเจนที่จะสามารถอ้างอิงหลักดังกล่าวไปใช้ได้ ศาลจะเป็นผู้วางหลักนี้เองว่าจะใช้กับความผิดประเภทใด โดยพิจารณาเป็นรายคดีไป ซึ่งประเทศส่วน

⁸ Jonathan Herring, *Criminal Law*, Page 88.

⁹ *Ibid*, Page 88-89.

ใหญ่ที่นำหลักดังกล่าวมาใช้จะเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ เช่น ประเทศอังกฤษ และประเทศสหรัฐอเมริกา เป็นต้น อาจกล่าวได้ว่า หลักความรับผิดโดยเคร่งครัดถือเป็นหลักประกันอย่างหนึ่งของคนในสังคมไม่ให้อำนาจไม่ต้องรับผิดโดยไม่มีผู้ได้รับผิดชอบและชดเชย อีกทั้งยังเป็นการยกระดับมาตรฐานความปลอดภัยให้แก่คนในสังคม นำไปสู่การดูแลสังคมที่มากยิ่งขึ้น¹⁰

นอกจากนี้เมื่อได้ศึกษาความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจารตามหลักกฎหมายไทย พบว่า ในตอนพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญาปี 2485 ที่ประชุมคณะกรรมการกฤษฎีกาในขณะนั้นได้วินิจฉัยในประเด็นเรื่องความสำคัญผิดหรือความไม่รู้เรื่องอายุไว้เช่นกัน โดยมี การถกเถียงกันมาอย่างยาวนานว่าผู้กระทำจะต้องรู้หรือควรรู้อายุของเด็กหญิงหรือไม่ ซึ่งฝ่ายที่เห็น ด้วยกับการที่ผู้กระทำจะต้องรู้ข้อเท็จจริงในเรื่องอายุของเด็กหญิงจึงจะมีความผิดตามกฎหมาย ได้ให้ ความเห็นว่า “จำเลยจะต้องรู้ถึงอายุของเด็กหญิงว่าต่ำกว่าสิบสามปี กล่าวคือ จำเลยจะต้องมีจิตใจชั่ว จึงจะมีความผิด ทั้งนี้ อายุสิบสามปีถือเป็นข้อเท็จจริงที่เป็นองค์ประกอบหนึ่งของความผิด ซึ่งจำเลย อาจใช้เรื่องอายุของเด็กหญิงเป็นข้อแก้ตัวของจำเลยว่าเขาไม่รู้ก็ได้ เรื่องการเข้าใจผิดในข้อเท็จจริงนั้น เป็นหลักอีกหลักหนึ่ง และการใช้ข้อสันนิษฐานเด็ดขาดไม่ใช่หลักในทางกฎหมายอาญา ซึ่งตามปกติ ศาลย่อมพิจารณาได้เองอยู่แล้วว่าจะมีหลงโทษหรือไม่หลงโทษจำเลยหรือไม่ ถ้ามีศาลจึงลงโทษ”

ในขณะที่ฝ่ายที่ไม่เห็นด้วยกับการที่ผู้กระทำจะต้องรู้ข้อเท็จจริงเรื่องอายุของเด็กหญิง กล่าวคือ แม้ไม่รู้ข้อเท็จจริงในเรื่องอายุของเด็กหญิงก็มีความผิด ได้ให้ความเห็นว่า “เมื่อตรวจดู กฎหมายของอังกฤษแล้วพบว่า กฎหมายอังกฤษได้มีการกำหนดให้เป็นข้อสันนิษฐานเด็ดขาด (Absolute Presumption) ที่เดียวว่าจำเลยต้องรู้ โดยที่กฎหมายอังกฤษได้บัญญัติไว้ชัดเจนว่า เหตุผลอันสมควรเชื่อว่ามีอายุมาก ไม่สามารถนำมาเป็นข้อแก้ตัวได้ เพราะถือเป็นหน้าที่ที่จะต้องสืบให้ รู้ว่าตนได้กระทำผิดหรือไม่ อย่างไรก็ตามอาจมีการกำหนดเงื่อนไข หากเป็นชายอายุต่ำกว่ายี่สิบสามปี หรือได้กระทำความผิดเป็นครั้งแรก ก็ให้ยกเหตุผลอันสมควรเชื่อขึ้นแก้ตัวได้” โดยสุดท้ายในที่ประชุม คณะกรรมการกฤษฎีกาในขณะนั้นได้ข้อสรุปว่า การกระทำความผิดทางเพศที่ได้กระทำต่อเด็กนั้น

¹⁰ จิตรตรา ชันเงิน, รายงานการศึกษาเรื่องละเมิด, (กรุงเทพมหานคร : สำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค, ธันวาคม 2558), หน้า 18.

จำเลยต้องรู้ว่าเด็กหญิงอายุต่ำกว่าสิบสามปี แต่ไม่ต้องเขียนไว้ เพราะเป็นหลักทั่ว ๆ ไปที่จำเลยจะมีความผิดต่อเมื่อจำเลยได้รู้ข้อเท็จจริงต่าง ๆ อันเป็นองค์ประกอบแห่งความผิด¹¹

อย่างไรก็ตามในปัจจุบันประเทศไทยได้นำหลักความรับผิดโดยเคร่งครัดมาใช้ในประมวลกฎหมายอาญา โดยได้รับอิทธิพลมาจากหลักกฎหมายใน Section 5 ของพระราชบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศ ค.ศ. 2003 (Sexual Offences Act 2003 หรือ SOA) ของประเทศอังกฤษซึ่งเป็นการความผิดที่มีลักษณะเป็นความรับผิดโดยเคร่งครัด จะอ้างความสำคัญผิดหรือความไม่รู้เรื่องอายุขึ้นต่อสู้เพื่อให้ตนพ้นจากความรับผิดไม่ได้¹² โดยจุดมุ่งหมายที่สำคัญของพระราชบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศ ค.ศ. 2003 ฉบับนี้ คือ การพัฒนาบทบัญญัติทางกฎหมายเพื่อคุ้มครองเด็กและเยาวชน และเพื่อให้มั่นใจว่าการกระทำความรุนแรงทางเพศกับเด็กนั้นจะเป็นความผิด¹³ การกำหนดบทบัญญัติดังกล่าวนี้มีขึ้นเพื่อปกป้องคุ้มครองคนในสังคม และเพื่อสร้างความสงบเรียบร้อยและความเป็นระเบียบให้แก่สังคม ซึ่งไทยก็ได้นำแนวความคิดเหล่านี้มาปรับใช้ในประมวลกฎหมายอาญา จนนำไปสู่การแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 285/1 ในที่สุด

เมื่อศึกษาหลักกฎหมายของต่างประเทศแล้ว พบว่า มีหลายประเทศที่ได้นำหลักความรับผิดโดยเคร่งครัดมาใช้ในความผิดทางเพศเช่นเดียวกับประเทศไทย ตัวอย่างเช่น สมาพันธรัฐสวิส สหราชอาณาจักร และประเทศสหรัฐอเมริกา ทำให้ผู้กระทำความผิดมีอาจอ้างข้อต่อสู้เรื่องอายุซึ่งเป็นข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิดขึ้นต่อสู้ เพื่อให้ตนพ้นจากความรับผิดได้ ผู้กระทำความผิดจึงต้องรับผิดทันที แม้ไม่ได้มีเจตนาหรือประมาท ทั้งนี้แม้ว่าประเทศดังกล่าวจะนำหลักความรับผิดโดยเคร่งครัดมาใช้ก็ตาม แต่ในสมาพันธรัฐสวิส และประเทศสหรัฐอเมริกาในมลรัฐแคลิฟอร์เนีย มลรัฐอลิโนยส์ และมลรัฐนิวยอร์กก็ได้มีการกำหนดเงื่อนไขเพิ่มเติม เพื่อยกเว้นความผิด ยกเว้นโทษหรือลดหย่อนโทษให้แก่ผู้กระทำความผิด

¹¹ คณะกรรมการกฤษฎีกา, รายงานการประชุมอนุกรรมการตรวจพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา ครั้งที่ 276/55/2485, (พระนคร: สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, 12 กุมภาพันธ์ 2485), หน้า 3-9.

¹² Catherine Elliott and Frances Quinn, *Criminal Law*, 11th Edition (United Kingdom: Pearson, 2016), Page 42.

¹³ Jonathan Herring, *Criminal Law*, Page 143.

จากการศึกษาและวิเคราะห์เปรียบเทียบการใช้หลักความรับผิดโดยเคร่งครัดในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจารของไทยกับต่างประเทศในบทที่ 5 ทำให้เห็นแนวทางในการใช้หลักความรับผิดโดยเคร่งครัดกับความผิดทางเพศของแต่ละประเทศที่แตกต่างกันไป ซึ่งสามารถจำแนกเป็นแนวทางในการกำหนดบทบัญญัติความผิดที่เกี่ยวกับหลักความรับผิดโดยเคร่งครัดได้เป็น 3 กรณี ดังนี้

(1) แนวทางแรก คือ การไม่นำหลักความรับผิดโดยเคร่งครัดมาใช้กับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจารเลย ทำให้ผู้กระทำความผิดสามารถอ้างความไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิด ขึ้นต่อสู้ว่าตนไม่มีเจตนาได้ ดังเช่น บทบัญญัติความผิดทางเพศของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

(2) แนวทางที่สอง คือ มีการนำหลักความรับผิดโดยเคร่งครัดมาใช้กับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจาร โดยมีได้มีการกำหนดเงื่อนไขอื่น ๆ เพิ่มเติม เพื่อยกเว้นความผิด ยกเว้นโทษ หรือลดหย่อนโทษ ดังเช่น ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจารของไทย บทบัญญัติความผิดทางเพศของสหราชอาณาจักร และบทบัญญัติความผิดทางเพศของประเทศสหรัฐอเมริกาในมลรัฐแอริโซนา

(3) แนวทางที่สาม คือ มีการนำหลักความรับผิดโดยเคร่งครัดมาใช้กับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจาร โดยมีการกำหนดเงื่อนไขอื่น ๆ เพิ่มเติม เพื่อยกเว้นความผิด ยกเว้นโทษ หรือลดหย่อนโทษ เช่น มีสถานการณ์พิเศษหรือพฤติการณ์พิเศษ (Special Circumstances) กระทำความผิดมีอายุต่ำกว่ายี่สิบปี หรือผู้กระทำความผิดมีอายุใกล้เคียงกันกับผู้เสียหาย เป็นต้น ดังเช่น บทบัญญัติความผิดทางเพศของสมาพันธรัฐสวิส และบทบัญญัติความผิดทางเพศของประเทศสหรัฐอเมริกาในมลรัฐแคลิฟอร์เนีย มลรัฐอิลลินอยส์ และมลรัฐนิวยอร์ก

การกำหนดบทบัญญัติความผิดตาม มาตรา 285/1 ซึ่งนำหลักความรับผิดโดยเคร่งครัดมาใช้ นั้น ยังไม่ครอบคลุมถึงเหตุปัจจัยอื่น ๆ ที่อาจส่งผลต่อการพิจารณาคดี เช่น มีสถานการณ์พิเศษหรือพฤติการณ์พิเศษ เหมือนดังเช่นบทบัญญัติความผิดทางเพศของสมาพันธรัฐสวิส และบทบัญญัติความผิดทางเพศของประเทศสหรัฐอเมริกาในมลรัฐแคลิฟอร์เนีย มลรัฐอิลลินอยส์ และมลรัฐนิวยอร์ก

ซึ่งถือเป็นแนวทางที่น่าสนใจและน่าจะนำมาปรับใช้กับการกำหนดบทบัญญัติความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจารของไทยได้

ดังนั้น จึงสมควรอย่างยิ่งที่จะมีการแก้ไขปรับปรุงการใช้หลักความรับผิดโดยเคร่งครัดในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจาร โดยการสร้างข้อยกเว้นของหลักความรับผิดโดยเคร่งครัด หรือมีการเพิ่มเติมเงื่อนไขบางประการ เช่น กรณีที่มีพฤติการณ์พิเศษ หรือกรณีที่ผู้กระทำความผิดได้กระทำความผิดเป็นครั้งแรก เป็นต้น เพื่อเปิดช่องให้ศาลสามารถใช้ดุลยพินิจวินิจฉัยว่าพฤติการณ์ดังกล่าวเป็นพฤติการณ์พิเศษหรือไม่ ทำให้ศาลสามารถใช้ดุลยพินิจดำเนินการพิจารณาเพื่อแก้ไขปัญหาได้อย่างยืดหยุ่น มีประสิทธิภาพ และมีความเหมาะสมกับสถานการณ์มากยิ่งขึ้น และเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรม หลีกเลี่ยงความเสียหายร้ายแรงที่อาจตามมาในอนาคตจากประเด็นปัญหาความไม่เหมาะสมของการใช้หลักความรับผิดโดยเคร่งครัดในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจารดังกล่าวข้างต้น

ผลการศึกษาวิจัยเรื่องการอ้างความไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจารก่อให้เกิดประโยชน์มากมายหลายประการ กล่าวคือ ทำให้ทราบถึงแนวคิดเกี่ยวกับโครงสร้างความรับผิดทางอาญา และหลักความรับผิดโดยเคร่งครัดในกฎหมายอาญา ซึ่งเป็นพื้นฐานและแนวทางในการสร้างบทบัญญัติทางกฎหมายเกี่ยวกับหลักความรับผิดโดยเคร่งครัดในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจาร อีกทั้งยังได้มาซึ่งองค์ความรู้เรื่องแนวความคิดเกี่ยวกับการกำหนดความรับผิดและวิวัฒนาการของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจารของไทย และได้ทราบถึงหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการอ้างความไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจารของไทยและต่างประเทศ ซึ่งนำมาสู่การวิเคราะห์ถึงความแตกต่างของมาตรการและหลักเกณฑ์ของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจารตามกฎหมายต่างประเทศกับประเทศไทย เพื่อแสวงหาแนวทางที่เหมาะสมสำหรับการพิจารณาความผิดและการกำหนดบทบัญญัติความผิดเกี่ยวกับหลักความรับผิดโดยเคร่งครัดในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจาร

6.2 ข้อเสนอแนะ

หัวข้อนี้ผู้เขียนจะนำเสนอข้อเสนอแนะ เพื่อแก้ไขปัญหาความไม่เหมาะสมของการใช้หลักความรับผิดชอบโดยเคร่งครัดในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจาร โดยผู้เขียนจะนำเสนอข้อเสนอแนะทั้งหมด 2 ด้าน คือ ข้อเสนอแนะในด้านการพิจารณาความผิด และข้อเสนอแนะในด้านการกำหนดบทบัญญัติความผิด ซึ่งมีสาระสำคัญดังต่อไปนี้

(1) ข้อเสนอแนะในด้านการพิจารณาความผิด

จากการศึกษาและวิเคราะห์ปัญหาการใช้หลักความรับผิดชอบโดยเคร่งครัดในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจาร พบว่า มีความไม่เหมาะสมหลายประการ เนื่องจากการกำหนดแต่เพียงว่า หากมีการกระทำทางเพศเกิดขึ้นกับเด็กซึ่งมีอายุไม่เกินสิบสามปี ผู้กระทำความผิดไม่อาจอ้างความไม่รู้อายุอันเป็นข้อเท็จจริงขององค์ประกอบความผิดขึ้นเป็นข้อต่อสู้ เพื่อให้ตนพ้นจากความรับผิดชอบได้ ทำให้ผู้กระทำความผิดต้องรับผิดชอบโดยเคร่งครัด หากผู้เสียหายมีอายุไม่เกินสิบสามปี โดยไม่พิจารณาเหตุอื่น ๆ ที่มีผลต่อการพิจารณาความผิด ซึ่งอาจทำให้ผู้กระทำความผิดไม่มีความผิดเนื่องจากไม่มีเจตนาอันเป็นองค์ประกอบของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจาร เมื่อมีเหตุดังกล่าวเกิดขึ้น ศาลสมควรที่จะพิจารณาเหตุดังกล่าวประกอบกับองค์ประกอบความผิดอื่นในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจาร เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่กรณี

เหตุอื่น ๆ ที่ส่งผลกระทบต่อการศึกษาความผิดตามที่ผู้เขียนได้ศึกษามานั้น อาจเป็นกรณี que ผู้กระทำความผิดได้กระทำความผิดเป็นครั้งแรก หรือเป็นกรณีที่มีสถานการณ์พิเศษหรือพฤติการณ์พิเศษ (Special Circumstances / Exceptional Circumstances) เกิดขึ้น เช่น กรณีการกระทำ ความผิดทางเพศเกิดขึ้นโดยผู้เสียหายสมัครใจ และมีได้มีการบังคับขู่เข็ญแต่อย่างใด อีกทั้งการกระทำ ความผิดทางเพศที่เกิดขึ้นนั้น ผู้กระทำความผิดมิได้รู้ข้อเท็จจริงเรื่องอายุอันเป็นองค์ประกอบของ ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจาร โดยผู้กระทำความผิดมิได้มีเหตุอันสมควรเชื่อ (Reasonable Grounds) ได้ว่าผู้เสียหายอยู่ในช่วงอายุที่สามารถให้ความยินยอมทางเพศได้แล้ว หากมีกรณีดังกล่าวนี้เกิดขึ้น ผู้กระทำความผิดก็สมควรที่จะอ้างความไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็น องค์ประกอบของความผิดนี้ขึ้นต่อสู้ เพื่อให้ตนพ้นจากความรับผิดชอบได้ การนำหลักความรับผิดชอบโดยเคร่งครัดมาใช้กับกรณีดังกล่าว ทำให้ผู้กระทำความผิดไม่มีโอกาสในการพิสูจน์เจตนา หรือพิสูจน์

ความบริสุทธิ์ของตนเอง ผู้กระทำความผิดต้องรับผิดชอบที่ แม้มิได้มีเจตนาชั่ว ซึ่งก่อให้เกิดความไม่ยุติธรรม และอาจนำไปสู่การจับกุมผู้บริสุทธิ์

ตัวอย่างเหตุอันสมควรเชื่อ (Reasonable Grounds)¹⁴ ที่ศาลสามารถนำมาพิจารณาประกอบกับองค์ประกอบความผิดของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจาร ได้แก่

(1) พยานทุกคนในคดี ได้ให้ความเห็นเหมือนกันทั้งหมดว่า ผู้เสียหายมีรูปร่างลักษณะอยู่ในช่วงอายุที่สามารถให้ความยินยอมทางเพศได้แล้ว เช่น กรณีประเทศไทย คือ ผู้เสียหายมีลักษณะเหมือนบุคคลที่มีอายุสิบหกปีแล้ว เป็นต้น

(2) เจ้าหน้าที่ตำรวจผู้ซึ่งมิได้มีส่วนเกี่ยวข้องหรือรู้จักกับผู้เสียหายมาก่อน ได้ทำการประเมินแล้วว่า ผู้เสียหายอยู่ในช่วงอายุที่สามารถให้ความยินยอมทางเพศได้แล้ว โดยการประเมินดังกล่าวนี้ เจ้าหน้าที่ตำรวจต้องได้ทำการพูดคุยกับผู้เสียหายในช่วงระยะเวลาหนึ่ง หรือได้ทำการสอดส่องในช่วงเวลาที่เกิดเหตุแล้วว่าไม่มีวัยรุ่นที่มีลักษณะเด็กเกินไปออกมาอยู่ข้างนอกเพียงลำพัง

(3) มีการประเมินลักษณะภายนอกของผู้เสียหาย ตามที่ปรากฏจากภาพของกล้องวงจรปิด (CCTV) แล้ว พบว่า ผู้เสียหายมีรูปร่างลักษณะอยู่ในช่วงอายุที่สามารถให้ความยินยอมทางเพศได้แล้ว

(4) พิจารณาจากบริบทของการพบเจอผู้เสียหาย เช่น ผู้กระทำความผิดพบผู้เสียหายหน้าสถานที่ที่เที่ยวกกลางคืน ซึ่งโดยปกติแล้วไม่มีทางที่จะพบเด็กอายุไม่เกินสิบสามปีในสถานที่เหล่านี้ได้ หรือผู้กระทำความผิดเจอผู้เสียหายในควอร์ดแท็กซี่ตอนเวลาตี 4 หลังจากที่ผู้เสียหายได้ซื้อและดื่มเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ โดยที่ผู้เสียหายนั้นกำลังพูดคุยกับบุคคลอื่น ๆ ที่มีอายุมากกว่าสิบหกปี กรณีดังกล่าวนี้ อาจทำให้ผู้กระทำความผิดเข้าใจว่าผู้เสียหายอยู่ในช่วงอายุที่สามารถให้ความยินยอมทางเพศได้แล้ว เนื่องจากมีใช้กรณีปกติโดยทั่วไป ที่จะพบเจอเด็กอายุไม่เกินสิบสามปี

(5) ผู้เสียหายเป็นผู้บอกผู้กระทำความผิดเองว่า ตนมีอายุอยู่ในช่วงอายุที่สามารถให้ความยินยอมทางเพศได้แล้ว เช่น กรณีประเทศไทย คือ ผู้เสียหายบอกผู้กระทำความผิดว่า ตนมีอายุสิบหกปีแล้ว เป็นต้น

¹⁴ Judiciary of Scotland, “HMA v Daniel Cieslak,” [Online] Accessed: Nov 20, 2018. Available from: <http://www.scotland-judiciary.org.uk/8/1754/HMA-v-Daniel-Cieslak>

(6) ผู้เสียหายมีความตั้งใจที่จะเข้าร่วมการกระทำกิจกรรมทางเพศนั้นเอง โดยสมัครใจ ซึ่งมีลักษณะเป็นผู้เข้าร่วมกิจกรรม (Active Participant)

(7) ไม่ปรากฏในช่วงเวลาใด ๆ ว่าผู้เสียหายมีความทุกข์หรือมีความวิตกกังวล

กรณีดังกล่าวนี้เป็นเพียงตัวอย่างเบื้องต้นของเหตุอันสมควรเชื่อ ซึ่งศาลสามารถนำมาพิจารณาประกอบกับองค์ประกอบความผิดของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจาร เพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรม

ดังนั้น จากข้อเสนอนี้ข้างต้นจะเห็นได้ว่ามีเหตุอื่น ๆ อีกหลายเหตุที่ส่งผลกระทบต่อการศึกษาพิจารณาความผิดซึ่งได้อาศัยหลักความรับผิดชอบโดยเคร่งครัดในการพิจารณา หากมีการนำเหตุดังกล่าวมาใช้ในการพิจารณาความผิดด้วยแล้ว ย่อมส่งผลให้เกิดความเป็นธรรมแก่กรณี เป็นการเปิดโอกาสให้ผู้กระทำความผิดสามารถพิสูจน์เจตนา หรือพิสูจน์ความบริสุทธิ์ของตนเองได้

(2) ข้อเสนอแนะในด้านการกำหนดบทบัญญัติความผิด

ตามที่ได้ศึกษาและวิเคราะห์การใช้หลักความรับผิดชอบโดยเคร่งครัดในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจารมาแล้ว ผู้เขียนเห็นว่ามาตรการที่จะสามารถแก้ไขปัญหาการใช้หลักความรับผิดชอบโดยเคร่งครัดในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจารได้อย่างมีประสิทธิภาพ คือ การสร้างข้อยกเว้นของหลักความรับผิดชอบโดยเคร่งครัด โดยการกำหนดเงื่อนไขเพิ่มเติมว่ามีกรณีใดบ้างที่ไม่สามารถนำหลักความรับผิดชอบโดยเคร่งครัดมาใช้ได้ กล่าวคือ เพิ่มเติมข้อความในมาตรา 285/1 ซึ่งเดิมบัญญัติไว้ว่า “การกระทำความผิดตามมาตรา 277 มาตรา 279 มาตรา 282 วรรคสาม มาตรา 283 วรรคสาม และมาตรา 283 ทวิ วรรคสอง หากเป็นการกระทำต่อเด็กอายุไม่เกินสิบสามปี ห้ามอ้างความไม่รู้อายุของเด็กเพื่อให้พ้นจากความผิดนั้น” โดยเปลี่ยนใหม่ให้ข้อความต่อไปนี้แทน “การกระทำความผิดตามมาตรา 277 มาตรา 279 มาตรา 282 วรรคสาม มาตรา 283 วรรคสาม และมาตรา 283 ทวิ วรรคสอง หากเป็นการกระทำต่อเด็กอายุไม่เกินสิบสามปี ห้ามอ้างความไม่รู้อายุของเด็กเพื่อให้พ้นจากความผิดนั้น แต่ถ้าศาลเห็นว่า ตามสภาพและพฤติการณ์แห่งคดี ปรากฏว่าผู้กระทำความผิดได้กระทำความผิดเป็นครั้งแรกและมีพฤติการณ์พิเศษ ศาลอาจอนุญาตให้แสดงพยานหลักฐานต่อศาล และถ้าศาลเชื่อว่าผู้กระทำความไม่รู้อายุของเด็กจริง ผู้กระทำความยอมไม่มีความผิด” เพื่อเปิดช่องให้ศาลสามารถใช้ดุลยพินิจวินิจฉัยว่าพฤติการณ์ดังกล่าวเป็น

พฤติการณ์พิเศษหรือไม่ ทำให้ศาลสามารถใช้ดุลยพินิจดำเนินกระบวนการพิจารณาเพื่อแก้ไขปัญหาได้อย่างยืดหยุ่น มีประสิทธิภาพ และมีความเหมาะสมกับสถานการณ์มากยิ่งขึ้น และเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรม หลีกเลี่ยงความเสียหายร้ายแรงที่อาจตามมาในอนาคตจากประเด็นปัญหาความไม่เหมาะสมของการใช้หลักความรับผิดโดยเคร่งครัดในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจาร

ดังนั้น จากข้อเสนอแนะในด้านการกำหนดบทบัญญัติความผิดข้างต้น ผู้เขียนจึงเห็นสมควรอย่างยิ่งว่า จะต้องมีการแก้ไขปรับปรุงการกำหนดบทบัญญัติความผิดที่เกี่ยวข้องกับการใช้หลักความรับผิดโดยเคร่งครัดในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจาร โดยการสร้างข้อยกเว้นของหลักความรับผิดโดยเคร่งครัด และมีการเพิ่มเติมเงื่อนไขบางประการ เพื่อเปิดช่องให้ศาลสามารถใช้ดุลยพินิจดำเนินกระบวนการพิจารณาแก้ไขปัญหาได้อย่างยืดหยุ่น มีประสิทธิภาพ และเป็นธรรมมากยิ่งขึ้น

บรรณานุกรม

American Law Institute. "Model Penal Code 1962." [Online]. Accessed Nov 20 2018.

Available from:

https://archive.org/stream/ModelPenalCode_ALI/MPC%20full%20%28504%20pages%29_djvu.txt.

Arizona State Legislature. "Arizona Penal Code." [Online]. Accessed Nov 20 2018.

Available from: <https://www.azleg.gov/arsDetail/?title=13>.

Brief of Juvenile Center and Children's Law Center. "Commonwealth of Kentucky Supreme Court No.2013-Sc-000254." [Online]. Accessed May 10 2019. Available

from: <http://apps.courts.ky.gov/Supreme/briefs/13SC254-DG-AC.pdf>.

Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz. "German Criminal Code." [Online]. Accessed Nov 20 2018. Available from: https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stgb/englisch_stgb.html.

California Legislative Information. "California Penal Code." [Online]. Accessed Nov 20 2018. Available from:

https://leginfo.legislature.ca.gov/faces/codes_displayexpandedbranch.xhtml?lawCode=PEN&division=&title=9.&part=1.&chapter=1.&article=&goUp=Y.

Catherine Elliott and Frances Quinn. *Criminal Law*. 11th Edition. United Kingdom: Pearson, 2016.

Colin Campbell. "Mistake or Lack of Information as to Victim's Age as Defense to Statutory Rape." *American Law Reports* 46 A.L.R.5th 499 (Originally published in 1997).

H. L. A. Hart. *Negligence, Mens Rea, and Criminal Responsibility*. Punishment and Responsibility: Essays in the Philosophy of Law 2nd Edition United Kingdom: Oxford University Press, 2008.

Human rights watch. "No Easy Answers Sex Offender Laws in the Us." *HUMAN RIGHTS WATCH* 19, no. 4 (G) (September 2007).

Illinois General Assembly. "Illinois Criminal Code." [Online]. Accessed Nov 20 2018.

Available from:

<http://www.ilga.gov/legislation/ilcs/ilcs3.asp?ChapterID=53&ActID=1876>.

Joanne Clough. Adam Jackson and Natalie Wortley. *Criminal Law*. 10th Edition. United Kingdom: SweetandMaxwell, 2014.

Jonathan Herring. *Criminal Law*. 8th Edition. United Kingdom: Palgrave Macmillan, 2013.

———. *Criminal Law: Text, Cases, and Materials*. 6th Edition. United Kingdom: Oxford University Press, 2014.

Jordan Franklin. "Where Art Thou, Privacy?: Expanding Privacy Rights of Minors in Regard to Consensual Sex: Statutory Rape Laws and the Need for a "Romeo and Juliet" Exception in Illinois." *John Marshall Law Review* 46, no. 309 (Fall 2012).

Judiciary of Scotland. "Hma V Daniel Cieslak." [Online]. Accessed Nov 20 2018. Available from: <http://www.scotland-judiciary.org.uk/8/1754/HMA-v-Daniel-Cieslak>.

Melanie Fahrback-Staats. "Rape: The Fruit of the Poisonous Tree." *Arizona Summit Law Review* 8, no. 217 (Spring 2015): 1-4.

New York State Law. "New York Penal Code." [Online]. Accessed Nov 20 2018. Available from: <http://ypdcrime.com/penal.law/article130.html>.

Nicola Monaghan. *Criminal Law*. 5th Edition. United Kingdom: Oxford, 2018.

Sarah E. Anderson, Gerard E. Dallal, Aviva Must. "Relative Weight and Race Influence Average Age at Menarche: Results from Two Nationally Representative Surveys of Us Girls Studied 25 Years Apart." *Pediatrics* 111, no. 4 (April 2003).

The Federal Council. "Swiss Criminal Code." [Online]. Accessed Nov 20 2018. Available from: <https://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/19370083/index.html#id-ni20-ni25>.

- The Guardian. "Man Who Pleaded Guilty to Raping 12-Year-Old Freed by Glasgow High Court." [Online]. Accessed Nov 20 2018. Available from: <https://www.theguardian.com/uk-news/2017/mar/17/man-who-pleaded-guilty-of-raping-12-year-old-freed-by-glasgow-high-court>.
- The National Archives. "Sexual Offences Act 2003." [Online]. Accessed Nov 20 2018. Available from: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2003/42/part/1>.
- Tomova A, Lalabonova C, Robeva RN, Kumanov PT. "Timing of Pubertal Maturation According to the Age at First Conscious Ejaculation." *Andrologia* 43, no. 3 (June 2011).
- Tony Storey. *Unlocking Criminal Law*. 6th Edition. United Kingdom: Routledge, 2017.
- Yale Law Journal. "Applying Estoppel Principles in Criminal Cases." *Yale Law Journal* 78, no. 6 (1969): 1046-73.
- กฤษฎา บุญยสมิต. กฎหมายตราสามดวง: แว่นส่องสังคมไทย. พิมพ์ครั้งที่ 1 กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์เฟื่องฟ้า, 2547.
- เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. กฎหมายอาญาภาคความผิดเล่ม 2. พิมพ์ครั้งที่ 6 กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์กรุงสยามพับลิชชิ่ง, เมษายน 2557.
- . คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1. พิมพ์ครั้งที่ 10 กรุงเทพมหานคร: พลสยามพริ้นติ้ง, พฤษภาคม 2551.
- คณพล จันทน์หอม. คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิด เล่ม 3 ลักษณะ 1 ถึง ลักษณะ 9. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, มิถุนายน 2561.
- คณะกรรมการกฤษฎีกา. รายงานการประชุมอนุกรรมการตรวจพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา ครั้งที่ 276/55/2485. พระนคร: สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, 12 กุมภาพันธ์ 2485.
- คณิต ฒ นคร. กฎหมายอาญาภาคความผิด. พิมพ์ครั้งที่ 11. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, กันยายน 2559.
- . กฎหมายอาญาภาคทั่วไป. พิมพ์ครั้งที่ 6. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, เมษายน 2560.

- จิตรตรา ชันเงิน. รายงานการศึกษาเรื่องละเมิด. กรุงเทพมหานคร: สำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค, ธันวาคม 2558.
- ชัชพล ไชยพร. ประวัติศาสตร์กฎหมายไทยภาคก่อนปฏิรูป. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2561.
- ชาคริต อนันทรารวัน. ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2556.
- ชิดชนก แผ่นสุวรรณ. "ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและอนาจาร: ศึกษาตั้งแต่สมัยกฎหมายตราสามดวงถึงประมวลกฎหมายอาญา." วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2548.
- ณัฏฐ์ สีสอมพันธ์. "ปัญหาการดำเนินคดีความผิดเกี่ยวกับเพศ กรณีการมีเพศสัมพันธ์โดยความยินยอมระหว่างเด็ก." วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2558.
- ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ. คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิดและลหุโทษ. พิมพ์ครั้งที่ 16. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, สิงหาคม 2561.
- . คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคทั่วไป. พิมพ์ครั้งที่ 19. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, พฤศจิกายน 2560.
- . หลักกฎหมายอาญาภาคทั่วไป. พิมพ์ครั้งที่ 14. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, เมษายน 2559.
- นิตติ เมทินีวงศ์. "แนวความคิดเกี่ยวกับผู้กระทำความผิดและผู้เสียหายในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา." วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2551.
- ปาริชาติ สังขมาศ. "หลักความรับผิดชอบเด็ดขาดตามประมวลกฎหมายอาญา." วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์, มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2549.
- เพชร ศรีแสงทอง. การลงโทษและการแก้ไขผู้กระทำความผิด. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, เมษายน 2555.
- พิชัย พันภัย. "ทฤษฎีและขอบเขตของกฎหมายความรับผิดชอบในผลิตภัณฑ์เพื่อการคุ้มครองผู้บริโภค." วารสารศาลยุติธรรมปริทัศน์ (2560).

- ไพจิตร บุญญพันธ์. "หลักกฎหมายปิดปากกับการสืบพยานบุคคลเปลี่ยนแปลงแก้ไขข้อความในเอกสาร." ดุลพาท กันยายน-ธันวาคม (2551).
- มานิตย์ วงศ์เสรี และคณะ. ความรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้า : รายงานการศึกษาวิจัยฉบับสมบูรณ์. กรุงเทพมหานคร: สำนักงานคณะกรรมการวิจัยแห่งชาติ, 2544.
- ศูนย์วิทยบริการศาลยุติธรรม สำนักงานศาลยุติธรรม. อิทธิพลของกฎหมายตราสามดวงต่อวงการศาลและสังคมไทย. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพมหานคร: ศูนย์การพิมพ์เพชรรุ่ง, 2555.
- สถาบันปรีดี พนมยงค์. กฎหมายตราสามดวง เล่มที่ 2 ฉบับพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์และการเมือง. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์สุภาพใจ, มิถุนายน 2548.
- สมศักดิ์ ตันตลิล. "ความไม่รู้กฎหมายกับความรับผิดชอบทางอาญา." วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารนิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2530.
- สหะโรจน์ กิตติมหาเจริญ. "ความเป็นชายที่เปลี่ยนไป สังคมไทยที่เปลี่ยนแปลง." การประชุมวิชาการนานาชาติ วรรณคดีเปรียบเทียบ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2553.
- สิริพันธ์ พลรบ. "เหยื่ออาชญากรรมและผู้บริสุทธิ์ในคดีอาญา." กฎหมายอาญาและอาชญาวิทยาชั้นสูง, 2554.
- สุชากร วณิชยสิริกุล. "ความผิดลหุโทษตามประมวลกฎหมายอาญา: ศึกษาความผิดที่ผู้กระทำความผิดต้องไม่เจตนา." วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารนิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ปรีดี พนมยงค์, มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2555.
- สุดสงวน สุธีสร. อาชญาวิทยา. พิมพ์ครั้งที่ 2 กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ตุลาคม 2547.
- แสวง บุญเฉลิมวิภาส. ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย. พิมพ์ครั้งที่ 16. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2560.
- หยุด แสงอุทัย. คำอธิบายกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127. พิมพ์ครั้งที่ 7. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, มีนาคม 2561.
- อำนาจ เนตยสุภา. "หลักความรับผิดชอบเด็ดขาดของความผิดลหุโทษภายใต้ประมวลกฎหมายอาญา." (2549).

ภาคผนวก

๒๒๖/๕๕

๒๒๖

คณะกรรมการกฤษฎีกา
รายงานการประชุมอนุกรรมการตรวจพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา
ครั้งที่ ๒๒๖/๕๕/๒๕๕๕
วันพฤหัสบดีที่ ๑๒ กุมภาพันธ์ ๒๕๕๕

ผู้ที่มาประชุม คือ

(๑) หลวงจ่ารัฐเนติศาสตร์	กรรมการ
(๒) หลวงประสาธศุภนิติ	กรรมการ
(๓) นายวิชาญ มุลยง	กรรมการ
(๔) พระยาสิทธิธรรมประคัลภ์	กรรมการ
(๕) พระยาเสวตฉัตรธรรมวิทักษ์	กรรมการ
(๖) หม่อมเจ้าสกลวรรณภากร วรวรณ	กรรมการ
(๗) พระยาอรุณกรมมุนต์	กรรมการ
(๘) พระยาอรุณการวินิพนธ์	กรรมการ
นายสายหยุด แสงอุทัย	ผู้จกรายงาน
นายวิเชียร มุมนนท	ผู้จกรายงาน
นายนาวาเอก ถวัลย์ ชำรงนาวาสวัสดิ์ ร.น.	ศึกษาราชการที่อื่น
นายอุทัย แสงมณี	ศึกษาราชการที่อื่น
นายเกื้อน มุมนนท	ศึกษาราชการที่อื่น
นายเสริม วินิจฉัยกุล	ศึกษาราชการที่อื่น

เปิดประชุมเวลา ๑๔.๐๐ น.

โดยที่ประธานอนุกรรมการกับรองประธานอนุกรรมการศึกษาราชการที่อื่น ที่ประชุมจึงลงมติให้พระยาสิทธิธรรมประคัลภ์หนึ่ง เป็นประธานแทน

ประธาน ฯ กล่าวเปิดประชุมและขอให้ที่ประชุมพิจารณาร่างมาตรา ๒๕๕ ซึ่งมีความว่า "ผู้ใดกระทำความผิดที่ถึงแก่ความตายหรือถึงแก่ความพิการอย่างใดอย่างหนึ่ง หรือถึงแก่ความเสียหายอย่างอื่นอันถึงแก่ความตายหรือถึงแก่ความพิการอย่างใดอย่างหนึ่ง หรือถึงแก่ความเสียหายอย่างอื่นอันถึงแก่ความตายหรือถึงแก่ความพิการอย่างใดอย่างหนึ่ง และปรับตั้งแต่ห้าพันบาทถึงห้าหมื่นบาท

"ถ้าเกิดหญิงที่ถูกฆ่าเรามีมากเจ็บสาหัส ผู้กระทำความผิดของระวางโทษจำคุกตั้งแต่สามปีถึงสิบห้าปี และปรับตั้งแต่ห้าพันบาทถึงหนึ่งหมื่นบาท

"ถ้าเด็กหญิงนั้นถึงตาย ก็กระทำของระวางโทษจำคุกตลอดชีวิต หรือจำคุก
ถึงแต่สิบห้าปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่หนึ่งร้อยบาทถึงสองพันบาท"

หลวงจ่ารัฐ ๗ - คำว่า "เด็กหญิงนั้นยินยอมหรือไม่ก็ตาม" ควรตัดออก
เพราะมาตรา ๒๔๓ ใช้คำว่า "ข่มขืน"

ประชาชน ๗ - เห็นจะต้องใส่ไว้

หลวงจ่ารัฐ ๗ - ไม่ต้องใส่ไว้ เพราะมาตรา ๒๔๔ โกรท่าว่าเราเด็ก
หญิงก็มีผิด ส่วนมาตรา ๒๔๓ ใช้คำว่า "หญิง" ซึ่งหมายความถึงหญิงทั่ว ๆ ไป แต่มาตรา
๒๔๔ เป็นเรื่อง "เด็กหญิง"

ประชาชน ๗ - มาตรา ๒๔๔ เรื่องทำอนาจารแก่เด็กหญิงก็เป็นหลักเดียวกัน
กัน แต่ก็ไม่ได้อยู่ถึงความยินยอมเหมือนกัน

นายพิชาต ๗ - ไม่จำเป็นต้องบัญญัติว่าหญิงยินยอมหรือไม่

ที่ประชุมให้ตัดคำว่า "ถ้าหญิงนั้นยินยอมหรือไม่ยินยอมก็ตาม" ออก

ม.จ.สกล ๗ - "ชำเรา" เป็น transitive verb หรือไม่ พระยา
บริรักษ์ ๗ แปลว่า "ชำเราควบ" ซึ่งตรงกับภาษาอังกฤษว่า copulate with
พระยาอรุณกรม ๗ - "ชำเรา" ใช้เป็น verb ก็มี เช่นวรรค ๒ ใช้
คำว่า "ถ้าเด็กหญิงที่ถูกชำเรานั้น"

หลวงจ่ารัฐ ๗ - ถ้าเป็น intransitive verb จะคงพูดว่า "ถ้า
หญิงที่ถูกชำเรานั้น..."

ประชาชน ๗ - "ชำเรา" ตามพจนานุกรม ถ้าใช้เป็นกริยาแปลว่า ลัก ลับ
หนีไปได้

ที่ประชุมเห็นว่าใช้คำว่า "ชำเราเด็กหญิง" ได้

ม.จ.สกล ๗ - ทำไมจึงยกอายุเด็กหญิงในสูงกว่าเดิม

นายพิชาต ๗ - เป็นหลักเกณฑ์ซึ่งโลกตกลงกันในสันนิบาตชาติ

ม.จ.สกล ๗ - ถ้าเป็นเด็กหญิงฝรั่งควรเอา ๑๓ ปี แต่เด็กหญิงไทยอายุ
ไม่ต้องถึง ๑๓ ปีก็ได้

นายพิชาต ๗ - ข้าพเจ้าก็เห็นอย่างนั้นเหมือนกัน ในประเทศหนาวอายุ
เด็กหญิงควรจะสูง เช่นกฎหมายเยอรมันกำหนดอายุ ๑๖ ปี กฎหมายโปแลนด์กำหนดอายุ
๑๕ ปี ส่วนประเทศอินเดียกำหนดอายุ ๑๑ ปี แล้วยกมาเป็น ๑๒ และ ๑๔ ปี กฎหมาย
ไทยมากได้กำหนดอายุ ๑๓ ปี

ประชาชน ๗ - ในเรื่องอายุข้าพเจ้าเห็นว่าไม่มีเหตุผลพอที่จะเปลี่ยนแปลง

ที่ประชุมเห็นว่ากำหนดอายุ ๑๓ ปีถูกต้องแล้ว
 หลวงประสาธ ๗ - บังของใจคำว่า "เด็กหญิง" มาตรา ๒๔๑ ใช้คำว่า
 "หญิงหรือเด็กหญิงอายุต่ำกว่าสิบแปดขวบ" จะถือเป็นเกณฑ์ใดอย่างไร
 ม.จ.สกล ๗ - ควรถือเอา "ถึงชาย" เป็นเกณฑ์
 หลวงจรัญ ๗ - อายุเท่าใดเป็นเด็กหญิง สมเด็จพระมงกุฎเกล้า ๗ กำหนด
 ไว้ ๑๕ ปี แต่จะใช้คำว่า "หญิง" เฉย ๆ ก็ได้
 พระยาอรุณกรรณ ๗ - ตามมาตรา ๒๔๑ หมายความว่า หญิงอายุต่ำกว่า
 ๑๕ ปีอาจเป็นโตทั้งหญิงหรือเด็กหญิง
 ม.จ.สกล ๗ - ถ้าเช่นนั้นในเรื่องนางหรือนางสาวก็เหมือนกัน เราอาจ
 บอกได้ว่า "นางสาว" ก็คือ "นาง" นั่นเอง
 พระยาอรุณกรรณ ๗ - เอาไว้อย่างนี้ก็พอไปได้
 หลวงประสาธ ๗ - พอไปถึงมาตรา ๒๔๑ จะยาก
 พระยาอรุณกรรณ ๗ - ไม่น่า ก็อย่างพระยาอรุณกรรณ ๗ ว่า อาจทำ
 เด็กหญิงหรือเด็กหญิงก็ได้
 หลวงประสาธ ๗ - บางคนแปลว่า "หญิง" พวกหนึ่ง และ "เด็กหญิง" อายุต่ำกว่า
 ๑๕ ปี อีกพวกหนึ่ง
 พระยาอรุณกรรณ ๗ - เอาคำว่า "เด็กหญิง" มาอยู่หน้า ใช้คำว่า "เด็ก
 หญิงหรือหญิงอายุต่ำกว่า ๑๕ ปี" ก็ไม่มีทางเข้าใจผิด
 หลวงจรัญ ๗ - ควรใช้คำว่า "รูหรือควรรูว่าเด็กหญิงนั้นอายุต่ำกว่า ๑๓
 ปี"
 หลวงประสาธ ๗ - มาตรานี้เป็นข้อยกเว้นซึ่งความที่ศาลเห็นอยู่เวลานี้ถือ
 ว่าไม่ต้องรูก็ได้
 พระยาอรุณกรรณ ๗ - เอาดีกว่า คือผู้กระทำต้องมีใจชั่วจึงควรเอาไป
 หลวงประสาธ ๗ - ถ้าใส่คำว่า "รู" ไว้ โจทก์ก็นำสืบแน่
 พระยาอรุณกรรณ ๗ - ถ้าว่า "ควร" ไม่ดี เพราะเป็นเรื่องวิธีพิจารณา
 หลวงจรัญ ๗ - ถ้าเช่นนั้นใช้คำว่า "น่าจะรู"
 พระยาอรุณกรรณ ๗ - เขียนอย่างนี้ก็คง "รู" อยู่แล้ว
 หลวงประสาธ ๗ - ความจริงก็ควรต้องรู แต่ศาลเห็นมาอีกอย่างหนึ่ง
 นายพิชาติ ๗ - ในเรื่องอายุนั้น เราได้ออกกฎหมายคุ้มครองหญิงและเด็ก
 หญิงตามที่สันนิบาตชาติขอรองให้คุ้มครอง โดยแก้เรื่องชกชวณหญิงเพื่อสำเร็จในทางใด

236

๒๓๖

กรรมการจึงได้เสวยมาแก้อายุในมาทราณีด้วย บัญชาเรื่องนี้ได้ไปถึงสมเด็จพระประชาธิบดี และได้ประชุมปรึกษาเห็นว่าควรมีอายุ ๓๓ ปี

หลวงประสาธ ๗ - ถ้าเขียนอย่างนี้ ที่ถูกศาลฎีกาควรแปลว่าต้องรู้ และ จำเลยควรสืบแก้ตัวว่าเขาไม่รู้

หลวงจ่ารัฐ ๗ - ข้าพเจ้าเห็นว่าศาลฎีกาแปลถูก เพราะคำว่า "อายุต่ำกว่า ๓๓ ขวบ" เป็นข้อเท็จจริง (fact) เท่านั้นเอง

ประธาน ๗ - หมายความว่า ถ้าเด็กหญิงอายุต่ำกว่าสิบสามขวบ ใครไป ทำว่าเราเขาก็เป็นผิด

พระยาอรุณการีย์ ๗ - อายุ ๓๓ ขวบเป็น ingredient ของความผิด หลวงจ่ารัฐ ๗ - อย่างในเรื่องเปิดความเท็จในข้อสำคัญ ข้อความที่เบิก นั้นจะสำคัญหรือไม่ จำเลยไม่ทอกรู

หลวงประสาธ ๗ - ร่างอย่างนี้จำเลยสืบความสำคัญผิดในข้อเท็จจริง (mistake of fact) จำเลยแก้ตัวได้ คือโจทก์สืบว่าอายุต่ำกว่า ๓๓ ขวบ จำเลย

สืบว่าเขาสำคัญผิดในข้อเท็จจริง (mistake of fact) พระยาอรุณการีย์ ๗ - ในเรื่องเปิดความเท็จ เราได้แก้ยกข้อเท็จ เพื่อ

แสดงว่าจำเลยไม่ทอกรูว่าข้อความที่เบิกความนั้นเป็นข้อสำคัญ โดยใช้คำว่า "ถ้าข้อความ นั้นเป็นข้อสำคัญในคดี" จำเลยจึงไม่ทอกรูว่าข้อความนั้นสำคัญในคดีหรือไม่

หลวงจ่ารัฐ ๗ - มาทราณีเราจะเอาอย่างไร ถ้าตกลงแล้วก็ต้องแก้ให้ เหมือนกัน

พระยาอรุณการีย์ ๗ - เพราะเราเห็นว่าจำเลยต้องรู้ว่าอายุต่ำกว่า ๓๓ ขวบ จึงไม่ทอกรูแก้มาทราณี

หลวงประสาธ ๗ - ข้าพเจ้าเห็นว่าปัญหานี้เกี่ยวกับเรื่องลักทรัพย์ ในราชการ จำเลยสืบได้ว่าเขาไม่รู้ว่าลักทรัพย์ในราชการก็ไม่ควร เอาผิดฐานลักทรัพย์

ในราชการ อย่างลักหนทว ๕ โบบที่อยู่ในรฎธรรมนูญ โศความว่าเป็นหนทวที่เขาส่งมา ให้ทางราชการ เพื่อเป็นคัวอย่าง จำเลยไม่รู้ควซว่าไปว่าเป็นรฎของธรรมนูญ ต้องลงโทษฐานลักทรัพย์ธรรมดา

นายพิซาณ ๗ - ในบันทึกของสันนิบาตชาติ ปรากฏว่าตามกฎหมายเกาะดังกานัน ให้ถือว่าเป็นข้อต่อสู้ที่เพียงพอในเมื่อจำเลยสืบได้ว่าเขามีเหตุขสที่เชื่อว่าหญิง มีอายุสูงกว่านั้น

หลวงประสาธ ๗ - กฎหมายอังกฤษกำหนดเป็นข้อสันนิษฐานแก้ชก

-absolute-

๕ ๒๓๗

๒๓๗

(absolute presumption) ที่ถือว่าจำเลยต้องรู้ พระบารมธการีย์ ฯ - ถ้าเขียนอย่างนี้ ถ้าข้าพเจ้าเป็นศาล จำเลยยอมแก้ตัวได้ว่าเขาไม่รู้ เพราะอายุต่ำกว่าสิบสามขวบ เป็นองค์แห่งความผิด หากจะไปลงโทษคนที่ไม่รู้ถือว่ากระทำผิดความผิดไม่ได้

หลวงจำรูญ ฯ - เราเห็นเป็นเอกฉันท์ว่าถ้าจำเลยไม่รู้ไม่ควรลงโทษ ปัญหาที่ว่าตอบคำจะเขียนอย่างไร ก็ถ้าเราเขียนอย่างที่เราวางมานี้ ศาลฎีกาก็คงจะยังเห็นเช่นนั้น

พระบารมธการีย์ ฯ - ในเรื่องสักทรีพี เราก็ไม่คงเขียนว่าสักทรีพี โดยรู้ว่าเป็นทรัพย์สินของผู้อื่น

หลวงจำรูญ ฯ - แต่กรณีนี้เป็นเรื่องสำคัญ

พระบารมธการีย์ ฯ - ควรเอาหลักมาพูด ส่วนการแปลนั้นเป็นอีกเรื่องหนึ่ง

หลวงประสพ ฯ - ถ้าจะร่างอย่างหลวงจำรูญ ฯ ก็ใช้คำว่า "ถ้าจำเลยสืบได้ว่ามีเหตุสมควร เชื่อว่าเด็กหญิงนั้นมีอายุ ๑๓ ปีขึ้นไป ก็ไม่ให้ลงโทษ"

หลวงจำรูญ ฯ - ถ้าถือว่าตัวหมั้นปัจจุบันศาลมีความเห็นว่าจะต้องรู้ ก็ต้องเขียนให้ชัด

หลวงประสพ ฯ - ข้าพเจ้าเห็นว่าตามที่ร่างมานี้ชัดแล้ว

พระบารมธการีย์ ฯ - สำหรับข้าพเจ้า ถ้าสำนวนปรากฏว่าจำเลยไม่รู้ว่าเด็กหญิงอายุต่ำกว่าสิบสามปี ข้าพเจ้าก็ไม่ฟ้อง

ประธาน ฯ - ตามคำร่างกฎหมายอื่นเก็บ จะต้องพิสูจน์ว่าเด็กหญิงอายุต่ำกว่า ๑๔ ปี แต่จำเลยจะแก้ตัวได้อย่างไรบ้างไม่มีบอกไว้

หลวงจำรูญ ฯ - ถ้าถือว่าเป็นองค์ความผิด โจทก์ต้องสืบให้ศาล draw conclusion ได้ว่าจำเลยต้องรู้ แต่อาจสืบไปในทางที่ว่าเด็กหญิงนั้นตัวเล็ก ไทร ฯ ก็ต้องรู้ได้ก็ได้อีก

หลวงประสพ ฯ - คิดว่าไม่ใช่ปัญหาว่าจำเลยรู้หรือไม่ แต่เป็นปัญหาเรื่องแก้ตัว

พระยาเสวณพิชิต ฯ - เป็นข้อแก้ตัวของจำเลยว่าเขาไม่รู้

หลวงจำรูญ ฯ - ข้าพเจ้าอยากถามนายพิชิต ฯ ว่า ตามตัวหมั้นปัจจุบัน นายพิชิต ฯ เห็นว่าจำเลยต้องรู้หรือไม่

นายพิชิต ฯ - อ้างฎีกาทั้งสองทาง แต่ข้าพเจ้าเห็นว่านายปทุมคงจะเอา

233

๒๓๓

มาจากกฎหมายฝรั่งเศส ตามกฎหมายฝรั่งเศสอายุเป็น automatic คือถ้าต่ำกว่า ๑๓
 ธรน แม้อายุไม่ถึง ๑๓ ก็มีควมผิด
 หลวงจรัญญู ฯ - ข้าพเจ้าเห็นว่าหลักเดิมที่ว่าไม่จำเป็นต้องรู้เรื่องอายุก็
 บัญญัติว่ามีว่าเราจะเอาอย่างไร ถ้าจะเอาตามหลักเดิมก็ขอเขียนอย่างเก่า แต่
 จะเอาว่าจำเลยต้องรู้ก็ขอเขียนให้แน่นอน
 ประธาน ฯ - ถ้ามีความคิดใหม่เห็นว่าจะบุคศิขรรมก็ดีกว่าหลักเก่า ก็ให้
 ขนานมาทุกกัน
 ม.จ.สกล ฯ - บุคศิขรรมมีอย่างไร อย่างอายุ ๑๓ ปีกับอายุ ๑๓ ปีขอม
 ไป ๑ นาที
 นายวิชาญ ฯ - กฎหมายญี่ปุ่นมีถ้อยคำอย่างเกี่ยวกับตัวพระองค์เรา แต่มี
 คำพิพากษาศาลสูงว่าจำเลยต้องรู้เรื่องอายุ
 หลวงประสาธ ฯ - ควรปลอมให้เป็นหน้าที่ของศาลที่จะอธิบายบ้าง
 หลวงจรัญญู ฯ - เวลานี้ทางศาลเองก็ยังไม่เป็นปัญหา เมื่อเห็นว่าควร
 เอาอย่างไร ก็ควรบัญญัติให้ชัด
 พระยาอรชรกรม ฯ - ถ้อยคำอย่างเดียวกัน แต่มีสำนักกฎหมายสองสำนัก
 ซึ่งมีความเห็นแตกต่างกัน
 ประธาน ฯ - ควรพิจารณาว่าจำเลยต้องรู้หรือไม่
 พระยาอรชรกรวีย์ ฯ - ข้าพเจ้าเห็นว่าจำเลยต้องรู้ แต่เขียนอย่างนี้ก็
 หมดแล้ว
 หลวงประสาธ ฯ - ข้าพเจ้าไม่ถึงกับว่าจำเลยต้องรู้ แต่ว่าจำเลยแก้
 คุกได้ ก็ไม่ใช่โจทก์ต้องสืบว่าจำเลยต้องรู้
 พระยาอรชรกรวีย์ ฯ - เมื่อกฎหมายว่าจำเลยต้องรู้ โจทก์ต้องสืบ แต่ใน
 บางกรณีโจทก์อาจไม่ต้องสืบก็ได้ เช่นจำเลยเขาไม่ทออยู่ในเรื่องอายุ
 ประธาน ฯ - โดยปกติจำเลยก็ไม่เอาใจใส่ในกฎหมายห้ามการชำเรา
 หนักหน่วงอายุต่ำกว่าสิบสามขวบหรือไม่ จำเลยกำหนดขึ้นมากทำชำเรา
 หลวงจรัญญู ฯ - จะไปคิดในแง่ที่ว่าจำเลยไม่รู้กฎหมายไม่ได้ แต่จะเขียน
 อย่างไม่เป็นหลักเกณฑ์สำหรับปัญหาบางอย่าง
 ประธาน ฯ - เกรงว่าถ้าสืบว่าจำเลยต้องรู้จะลงโทษจำเลยได้ยาก
 หลักเดิมหลักก็เป็นเช่นนั้น
 ม.จ.สกล ฯ - puberty นั้นหญิงบางคนเริ่มเมื่ออายุ ๑๑ ปี บางคนเมื่อ

-บ้าน-

อายุ ๑๓ ปี คนที่มีชื่อเสียงของอังกฤษ คือ Nelson แต่งงานกับหญิงอายุ ๑๑ ปีเท่านั้น
หลวงจำรูญ ฯ - ถ้าจะเอาหลัก puberty จำเลยจะรู้ได้อย่างไรว่า
เด็กหญิงถึงซึก puberty หรือไม่

ม.จ.สกล ฯ - เด็กหญิงมีระดูเมื่อใด ก็มี puberty เมื่อนั้น
หลวงจำรูญ ฯ - เด็กหญิงบางคนรูปร่างใหญ่โต แต่ไม่มี puberty ก็มี
ประชาชน ฯ - ขอให้พิจารณาว่าจะใส่คำว่า "โคบุตร" อย่างที่หลวงจำรูญ ฯ
เสนอหรือไม่

นายพิชาญ ฯ - กฎหมายสหภาพไซเวียตใช้คำว่า naturely
ประชาชน ฯ - จะใช้คำว่า maturely หรือกำหนดอายุ ๑๓ ปี ผลักเท่ากับ
พระบารมรตกรม ฯ - กฎหมายสหภาพไซเวียตหมายถึง maturely ของ
บุคคลเป็นคุณ ฯ ไป

ม.จ.สกล ฯ - ตรงความหลักวิทยาศาสตร์มากกว่า
หลวงประสัท ฯ - อย่างเดียวกับประมวลกฎหมายแพ่งกำหนดอายุ ๑๕ ปี
สำหรับการบรรลุนิติภาวะ เกิดอายุ ๑๖ ปีอาจต่ำกว่าคนอายุ ๑๕ ปีก็ได้ ท้องเอาละไร
ไหน และคงกำหนดเรื่องอายุไว้

ประชาชน ฯ - ที่ศาลแปลมาแล้วว่าจำเลยไม่ต้องรู้ หลวงจำรูญ ฯ เห็นว่า
ไม่ถูกหรือ

หลวงจำรูญ ฯ - ไม่ใช่เห็นว่าไม่ถูก แต่เห็นว่ายังมีปัญหาซึ่งเราควรตกลง
กันก่อนว่าจะเอาทางไหน และ เมื่อตกลงแน่นอนก็เขียนลงไปให้ชัดว่าจะเอาทางไหน

พระบารมรตกรม ฯ - ในเรื่องอื่นไม่มีข้อขัดแย้งกันว่าจำเลยต้องรู้หรือไม่
แต่ตามมาตรานี้มีสองสำนักกฎหมายขึ้นแล้ว

หลวงจำรูญ ฯ - อย่างลักทรัพย์ไม่มีสองสำนักกฎหมาย จึงไม่ต้องเขียนไว้
ม.จ.สกล ฯ - ต้องเขียนอีกวรรคหนึ่งแสดงให้เห็นชัด

พระบารมรตกรรีย ฯ - ถ้าเราเขียนให้ชัดในที่หนึ่ง และที่อื่นไม่เขียนให้ชัด
จะเกิดการขัดแย้งขึ้นเหมือนกัน

หลวงจำรูญ ฯ - อย่างลักทรัพย์ของผู้อื่นไม่มีปัญหาอะไร
พระบารมรตกรรีย ฯ - ที่ไม่มีปัญหา เพราะมาตรานี้เราไม่ได้เขียนไว้ชัด

ว่าต้องรู้ แต่ถ้าเราเขียนให้ชัดไว้ อาจเป็นปัญหาขึ้นได้

หลวงจำรูญ ฯ - ลักทรัพย์นั้น ถ้าทรัพย์ไม่ใช่ของเรา ก็เป็นของผู้อื่น
พระบารมรตกรรีย ฯ - ถ้าทรัพย์เป็นของเรา เราคิดว่าไม่ใช่ของเรา

๒๓๖

หลวงจ่ารัฐ ๗ - อย่างลัทธิพหุที่เชื่อว่าเป็นของเรา ผู้กระทำไม่มีเจตนา

พหุคูณ

พระยาอรธการีย์ ๗ - ถ้าเขียนเป็นวรรคสองว่าถ้าจำเลยสืบได้ว่าจำเลย

พหุคูณ เชื่อว่าเด็กหญิงอายุต่ำกว่าสิบสามขวบก็เท่ากับเขียนความเป็นอยู่ในมาตรานี้เอง

ประจวบ ๗ - ข้าพเจ้าก็เห็นอย่างพระยาอรธการีย์ ๗ อย่างฆ่าเจ้าพนักงาน

หลวงจ่ารัฐ ๗ - อย่างตำรวจ เปลี่ยนเครื่องแบบใหม่ คนบ้านนอกไม่รู้

ไปทำร้ายเขาจะลงโทษฐานทำร้ายเจ้าพนักงานหรือไม่

ประจวบ ๗ - ถ้าคุณธรรมกาเขาว่าเป็นตำรวจ ทัวไม่รู้ ก็ต้องเอาโทษ

หลวงจ่ารัฐ ๗ - ถ้าเขาพิสูจน์ว่าเขาไม่รู้ ก็ลงโทษเขาฐานทำร้ายเจ้า

พนักงานไม่ได้

ประจวบ ๗ - ถ้าเห็นว่าจำเลยต้องรู้ ก็ต้องเขียนอย่าให้ปะปนกันได้

หลวงจ่ารัฐ ๗ - คำว่า "โดยรู้..." เราเคยเขียนไว้ คือที่ไต่สวน

มาเห็นว่าคนธรรมดาโดยปกติไม่รู้ เราก้เขียนว่า "โดยรู้....."

หลวงประสพ ๗ - เมื่อตรวจกฎหมายอังกฤษอีกที ข้าพเจ้าคิดว่าหา

หาเอามาจากกฎหมายอังกฤษ แตกกฎหมายอังกฤษเขามันดูดีไว้ซัก เกิมที่เกี่ยวข้อง

อังกฤษไม่ไ้บอกไว้ซักว่ารู้หรือไม่รู้ แต่ภายหลังมีพระราชบัญญัติออกมาซักเจนน่า เทศมณฑล

อันสมควร เชื่อว่ามีอายุมาก ไม่เป็นขอแก้ตัวได้

พระยาอรธการีย์ ๗ - เพราะกฎหมายอังกฤษของกรม เช่นนั้น จึงได้

เขียนไว้

หลวงประสพ ๗ - นอกจากนี้กฎหมายอังกฤษยังมีบัญญัติยกเว้นไว้ซักอีกว่า

ถ้าเป็นชายอายุต่ำกว่า ๒๓ และกระทำเป็นกรณีแรก ก็โทษกเทศมณฑลอันสมควร เขียนไว้แก้

ตัวได้

พระยาอรธการีย์ ๗ - กฎหมายอังกฤษเขาค้นการอีกอย่างหนึ่ง คือเขา

ไม่ต้องการให้จำเลยรู้ เขาจึงเขียนไว้

หลวงจ่ารัฐ ๗ - ตามที่หลวงประสพ ๗ ว่า แสดงว่าในอังกฤษเขามี

การเดียวกัน เขาจึงไ้ยกกฎหมายไว้ให้ซัก

หลวงประสพ ๗ - เกิมกฎหมายอังกฤษเขาเขียนอย่างของเรา แต่กาล

ไปแปลว่าจำเลยแก้ตัวได้แล้ว เขาจึงออกกฎหมายอีกฉบับหนึ่งไม่ยอมให้แก้ตัวได้ ฉะนั้น

๗๗๖

๒๔๑

แม้เราจะเขียนไว้บางอย่างนี้ก็แก้ตัวได้

พระยาอรรณการีย์ ฯ - ถ้าเขียนว่าจำเลยรู้ ในฟ้องของโจทก์ก็ถือว่าจำเลยรู้ และโจทก์ของสืบให้โทษความซื่อว่าจำเลยรู้ ถ้าสืบไม่ได้ ศาลจะยกฟ้องแพ่ง

พระยาเสวติช ฯ - ในเรื่องเข้าใจผิดในข้อเท็จจริงนั้นเป็นหลักอีกหลักหนึ่ง ถ้าบกมำใส่ไว้ในมาตรานี้จะเสียหลักไป

หลวงประสาธ ฯ - เหตุผลที่กฎหมายอังกฤษเขาถือว่า เป็นข้อสันนิษฐานเด็ดขาด (absolute presumption) นั้น เพราะถือว่าเป็นหน้าที่ที่จะต้องสืบให้รู้ว่าคนใดกระทำผิดหรือไม่ อย่างผู้ขายอาหารก็มีหน้าที่ดูอาหารทุกวันที่ยกหน้าหรือไม่

พระยาน ฯ - ที่อย่างนั้นทำไมถือว่าเป็นข้อสันนิษฐานเด็ดขาด ทำไมในเรื่องที่เราเราจึงให้แก้ตัวได้

พระยาอรรณการีย์ ฯ - การทำอาหารกินเป็นการกระทำเป็นปกติธรรมดา แต่การกระทำเราเป็นการกระทำเป็นครั้งคราว มีเหตุพิเศษมีสมมุติว่าจำเลยไม่คงรู้เหมือนกัน แต่เหตุพิเศษเขาไม่เห็นควบบ คือการกระทำเราก็คือเป็นเรื่องสวัสดิภาพของประชาชน (public welfare) ถ้าไปชำระเราก็คือเรื่อง ๆ ก็เสียคน จึงเป็นหน้าที่ของทุกคนก่อนชำระที่จะต้องสืบว่าเด็กหญิงมีอายุเท่าใด

พระยาเสวติช ฯ - ไม่ใช่ในหลักในกฎหมายอาญา

พระยาน ฯ - ตามปกติศาลยอมถือว่าจะมีทางไม่ลงโทษแล้วศาลจึงลงโทษเขียนอย่างนี้ ศาลอาจเห็นว่าจำเลยต้องรู้ก็ได้

ที่ประชุมเห็นว่าควรกระทำผิดตามมาตรานี้จำเลยต้องรู้ว่าเด็กหญิงนั้นอายุต่ำกว่า ๑๑ ขวบ แต่ไม่คงเขียนไว้ เพราะเป็นหลักทั่ว ๆ ไปที่จำเลยจะมีผิดต่อเมื่อจำเลยใครขอเท็จจริงต่าง ๆ ซึ่งเป็นองค์แห่งความผิด

พระยาอรรณการีย์ ฯ - มาตรานี้จะเป็นการข่มขืนชำระเด็กหญิงก็ได้ ไม่ข่มขืนก็ได้ มีโทษจำคุกตั้งแต่สองปีถึงสิบปี แต่โทษขั้นสูงไปเท่ากับมาตรา ๒๔๓ โทษขั้นสูงควรจะมากกว่า ขาพเจ้าเห็นว่าควรบัญญัติโทษไว้สองระยะ ถ้าเด็กหญิงยินยอมเอาโทษเท่ากับมาตรา ๒๔๓ แต่ถ้าเด็กหญิงไม่ยินยอมควรเอาโทษหนักกว่ามาตรา ๒๔๓

พระยาเสวติช ฯ - การที่เขากำหนดอายุสิบสามขวบ เขาคำนี้ถึงอนามัยของเด็ก ความยินยอมของเด็กไม่เป็นข้อสำคัญ

หลวงจำรุง ฯ - อย่างเด็กหญิงอายุ ๔ ขวบ ใครไปให้สวาทก็เข้าก็ยอม

พระยาอรรณการีย์ ฯ - เด็กยอมกับเด็กคินรน ความเป็นผลต่างกัน

หลวงจำรุง ฯ - ความร้ายแรงไม่ต่างกัน

พระยาอรรดการีย์ ๑ - เพราะไปคิดถึงเด็กอายุน้อย ถ้าเด็กหญิงอายุ
๑๐ ปี เด็กอายุขอมก็โตโตไม่ขอมก็โต
ประชาชน ๑ - ถ้าบุญคุณที่ว่า "ยินยอม" รู้สึกว่าเด็กของเราเต็มที
หลวงประสาธ ๑ - ข้าพเจ้าเห็นเหตุสออย่างเดียวกับพระยาอรรดการีย์
ไม่เห็นว่ามีโทษ ๒ ระยะเวลา ควรขยับโทษชั้นสูงของมาตรา ๒๔๔ ให้สูงขึ้น
หลวงจำรูญ ๑ - โทษควรเท่ากับมาตรา ๒๔๓ วรรค ๒ เพราะการ
ฆ่าเราเด็กหญิงก็คงจะมีปากเจ็บบ้าง จึงควรเอาโทษเท่ากับฆ่าเราหญิงมีปากเจ็บสำหรับ
พระยาอรรดการีย์ ๑ - อย่างลงแขกผู้ใหญ่โทษจำคุก ๑๐ ปีพอ แต่ลงแขก
เด็กโทษจำคุก ๑๐ ปีไม่พอ
ประชาชน ๑ - ลงแขกเด็กไม่เคยปรากฏว่ามีตัวอย่าง
พระยาเสวณวิษ ๑ - สำหรับเด็กไม่ควรดูความยินยอม ควรให้เป็นคุณ-
คุณของศาลที่จะกำหนดโทษ
หลวงประสาธ ๑ - โทษจำคุก ๒ ปีถึง ๑๐ ปีพอหรือยังสำหรับคุณพิณิจ
พระยาอรรดการีย์ ๑ - โทษควรมากกว่า ๑๐ ปี
พระยาเสวณวิษ ๑ - เขาเพิ่มโทษขึ้นต่ำไว้แล้ว โทษตามมาตรา ๒๔๓
จำคุกตั้งแต่ ๑ ปีถึง ๑๐ ปี
ที่ประชุมตกลงให้มีโทษจำคุกตั้งแต่สองปีถึงสิบสองปี
หลวงจำรูญ ๑ - มาตรา ๒๔๔ วรรคแรก ควรใช้คำว่า "ผู้ใดฆ่าเราเด็ก
หญิงอายุต่ำกว่าสิบสามปี มีความผิดต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สองปีถึงสิบสองปี และปรับ
ตั้งแต่ห้าสิบบาทถึงห้าร้อยบาท"
ที่ประชุมเห็นชอบด้วย
พระยาอรรดการีย์ ๑ - เราเอาการฆ่าเราเด็กธรรมดาตามนุษย์ออก อย่าง
ฆ่าเราเด็กหญิงอีกทางหนึ่ง จะมีผิดหรือไม่
พระยาอรรดการีย์ ๑ - มีผิดฐานกระทำอนาจาร
หลวงจำรูญ ๑ - ข้าพเจ้าเห็นว่าการกระทำอย่างนั้นร้ายแรงกว่าการ
กระทำตามมาตรา ๒๔๔ เสียอีก
นายพิชาฯ ๑ - ไม่ร้ายแรงกว่า เพราะเด็กหญิงนั้นไม่ได้เสียความบริสุทธิ์
ที่ประชุมเห็นว่า การกระทำเช่นนั้น เป็นผิดฐานกระทำอนาจารซึ่งมีการลง
โทษที่เหมาะสมอยู่แล้ว
หลวงประสาธ ๑ - จะเอาอายุต่ำกว่าสิบสามปี หรือจะเอาอายุไม่เกิน

สิบสามปีจึง เป็นการไขข้ออย่าง เกี่ยวข้อง เรื่อง เด็กกระทำผิด

ประธาน ฯ - คำว่า "ไม่เกิน" รวมถึงสิบสามด้วย แต่ต่ำกว่าสิบสามไม่
รวมถึงสิบสาม ในเรื่องความรับผิดชอบของเด็กเป็นกนดะอย่าง

ที่ประชุมเห็นว่าที่ไขคำว่า "ต่ำกว่าสิบสามปี" ก็แล้ว

หลวงจ่ารัฐ ฯ - วรรกสองและวรรกสามควรไขคำว่า "ถ้าการกระทำ
ผิดตามวรรกก่อน เป็นเหตุให้เด็กหญิงนั้นยาก เจ็บสาหัส ผู้กระทำต้องระวางโทษจำคุกถึง
แต่สามปีถึงสิบห้าปี และปรับตั้งแต่ห้าสิบบาทถึงหนึ่งพันบาท

"ถ้า เป็นเหตุให้เด็กหญิงนั้นถึงแก่ความตาย ผู้กระทำต้องระวางโทษจำคุก
ถึงแต่สิบห้าปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่หนึ่งร้อยบาทถึงสองพันบาท"

ที่ประชุมเห็นชอบด้วย

ประธาน ฯ ขอให้พิจารณา ร่างมาตรา ๒๕๕ ซึ่งมีความว่า "ผู้ใดกระทำ
อนาจารแก่เด็กอายุต่ำกว่าสิบสามปี มีความผิดต้องระวางโทษจำคุกถึงหนึ่งถึงสาม
ปี และปรับตั้งแต่ห้าสิบบาทถึงหกร้อยบาท

"ถ้าในการกระทำอนาจารนั้นได้ใช้กำลังกาย หรือมีการขู่เข็ญ ผู้กระทำต้อง
ระวางโทษจำคุกถึงแต่สามถึงห้าปี และปรับตั้งแต่ห้าสิบบาทถึงหนึ่งพันบาท"

ประธาน ฯ - ในเรื่อง "อนาจาร" พระองค์เจ้าวรรณ ฯ ทรงประทาน
คำว่า "กามอนาจาร"

หลวงประสพ ฯ - มีข้อที่นำพิจารณา คือในเรื่องชำเรา เราเอาผู้ทำ
มาก่อน เด็กหญิงมาทีหลัง แต่ในเรื่องอนาจารควร เอาเด็กหญิงก่อนแล้วผู้ใหญ่ทีหลัง

หลวงจ่ารัฐ ฯ - ข้าพเจ้าเห็นว่าควรเอาเรื่องผู้ใหญ่โทรมกก่อน คือชำเรา
แล้วอนาจาร

ที่ประชุมให้ผ่านร่างมาตรา ๒๕๕ ไปก่อน เพราะควรบัญญัติ เรื่องการทำ
อนาจารแก่ผู้ใหญ่ เสียก่อน

ประธาน ฯ ขอให้พิจารณา ร่างมาตรา ๒๕๖ ซึ่งมีความว่า "ผู้ใดกระทำ
อนาจารแก่บุคคลอายุตั้งแต่สิบสามปีขึ้นไป โดยได้ใช้กำลังบังคับขู่เข็ญหรือใช้ยาหรือของ
อย่างใด มีความผิดต้องระวางโทษจำคุกถึงหนึ่งถึงสามปี และปรับตั้งแต่ห้าสิบบาท
ถึงหกร้อยบาท"

หลวงจ่ารัฐ ฯ - ขอเสนอให้เขียนอย่างมาตรา ๒๕๓ วรรก ๑

หลวงประสพ ฯ - คำว่า "อนาจาร" แปลแต่โทษ

พระยาอรุณการีย์ ฯ - อนาจาร จะไขคำว่า "ข่มขืน" ไม่ได้ และจะหา

๑๒ (๗๕๕)

ถ้าใช้ให้ดีกว่า "อนาจาร" ไม่ได้

หลวงจ่ารัฐ ๑ - จับผู้หญิงแก่ๆในบ้านของผู้หญิง เป็นอนาจาร แต่ถ้าจับ ภรรยาแก่ๆ เป็นนิกรานอนาจารหรือไม่

หลวงประสาธ ๑ - อนาจาร เป็นเรื่องทำให้ชายหน้า

พระยาอรรถการีย์ ๑ - "อนาจาร" ตามมาตรา ๒๔๖ และมาตรา ๒๔๕ เป็นการกระทำในทางเพศ อย่างเอาเด็กหญิงมานั่งดูนมเล่น ไม่ได้เป็นการขายหน้าเลย แต่ก็เป็นการอนาจาร

หลวงประสาธ ๑ - หญิงนั้นเองขายหน้า

หลวงจ่ารัฐ ๑ - ต้องมีคำว่า "ซึ่งมีโชภริยาของตน"

พระยาอรรถการีย์ ๑ - ถ้าเป็นภรรยาการกระทำเช่นนั้นไม่ใช่ "อนาจาร"

ประธาน ๑ - ถ้าหญิงขอมก็ไม่เป็นอนาจาร

หลวงจ่ารัฐ ๑ - ถ้าภรรยาไม่ขอมจะเป็นความผิดหรือไม่

พระยาอรรถการีย์ ๑ - คำว่า "อนาจาร" มีความหมายลึกซึ้งมากกว่า

คำว่า "ชั่วเรา" คือต้องแสดงว่าไม่มีอำนาจทำ

หลวงจ่ารัฐ ๑ - ที่ว่าต้องไม่มีอำนาจทำนั้น เอมมาจากไหน

พระยาอรรถการีย์ ๑ - เอมมาจากคำว่า "อนาจาร"

หลวงจ่ารัฐ ๑ - เป็นเรื่องทำให้ชายหน้า อย่างแต่งงานคลุมถุงชนโดยไม่รู้จักกันเลย พอสองตัวสามีก็ปล้ำแก่ๆภรรยา หญิงไม่ขอมจะเป็นอนาจารหรือไม่

พระยาอรรถการีย์ ๑ - คำว่า "ขายหน้า" หลวงจ่ารัฐ ๑ กับเขาเจ้า

แปลคนละอย่าง ถ้าพูดอย่างหลวงจ่ารัฐ ๑ ก็เท่ากับขอมรับว่าทำอนาจารกับภรรยาได้ แต่ถ้าจริงการกระทำกับภรณานั้นไม่ใช่ "อนาจาร" คำว่า "ชั่วเรา" ไม่มีความลึกซึ้งอย่าง "อนาจาร" จึงต้องมีคำว่า "ซึ่งมีโชภริยาของตน" การที่สามีกระทำกับภรรยา นั้นเป็นของธรรมดา จึงไม่ใช่อนาจาร

หลวงประสาธ ๑ - ภริยาไม่ขายหน้า

พระยาอรรถการีย์ ๑ - คนชั่วรถจักรยานก็ขายหน้าเหมือนกัน

หลวงประสาธ ๑ - หมายถึงการขายหน้าในทางเพศ

หลวงจ่ารัฐ ๑ - มีคำว่า "ซึ่งมีโชภริยาของตน" ก็มีด้วยกัน ถ้าเอา

ออกก็เอาออกด้วยกัน

นายพิชาญ ๑ - ถ้าเอามาตรา ๒๔๖ ไปอยู่ท้ายมาตรา ๒๔๓ จะว่าอย่างไร คือใช้คำว่า ถ้าไม่ถึงกับชั่วเราให้เอาโทษเท่านั้น ๑

๓๓ ๖๖๖ ๖๒๕

หลวงประสาธ ๖ - เราใช้คำว่า rape ในมาตรา ๒๔๓ วรรคแรก
เสียแล้ว จะเป็นว่าถ้า rape ไม่ถึงกับ rape โทเอาโทษน้อยลงจะไม่เข้าใจ และ
นอกจากนั้นยังมีการพยายามข่มขืนซ้ำเราอีก

หลวงจำรูญ ๖ - อย่างชายแก่ๆของตนให้ตั้งอยู่ในบ้าน เป็นอนาจาร
หรือไม่

พระบารมธการีย์ ๖ - ไม่เป็นอนาจาร เพราะไม่ใช่เป็นการกระทำ
อนาจาร "แก่" คน ๆ นั้น

หมกเวลาประชุม นักประชุมคราวหน้าวันศุกร์ที่ ๓๓ กุมภาพันธ์ ๑๙๕๕ เวลา
๑๐.๐๐ น.

ปิดประชุมเวลา ๑๖.๐๐ น.

๖ - ๖๐ (๖๖๖)

ผู้กรรมางาน.

สิทธิ พิมพ์
๖๖๖ ทาน

14/10

246

มติของที่ประชุมอนุกรรมการตรวจพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา
 ครั้งที่ ๒๓๖/๕๕/๒๕๕๕
 วันพฤหัสบดีที่ ๑๒ กุมภาพันธ์ ๒๕๕๕

ประเด็นที่พิจารณา

มติ

มาตรา ๒๔๔

(๑) หลวงจ่ารัฐ ฯ เสนอว่าคำว่า "เด็ก
 ๒๔๔ ไม่นับยอมหรือไม่ก็ตาม" ควรตัดออก เพราะ
 ๒๔๔ โกรท่าซ่าเราเด็กหญิงก็มีผิด ส่วน
 ๒๔๓ มีคำว่า "ข่มขืน" และใช้คำว่า
 "ซึ่งหมายความว่าหญิงทั่ว ๆ ไป แต่มাত্রา
 เป็นเรื่อง "เด็กหญิง"

ที่ประชุมเห็นชอบด้วย

(๒) ม.จ. สกต ฯ เสนอว่า "ซ่าเรา"
 transitive verb หรือไม่ พระยา
 แปลว่า "ทำซ่าเราด้วย" ซึ่งตรงกับภาษา
 copulate with

ที่ประชุมเห็นว่าใช้คำว่า "ซ่าเราเด็กหญิง"

(๓) ม.จ. สกต ฯ เสนอว่าทำไมจึงยกอายุ
 สูงกว่าเดิม ถ้าเป็นเด็กหญิงฝรั่งเศส
 ปี แก่เด็กหญิงไทยไม่ท้องถึง ๑๓ ปีก็
 (๔) นายพิชาญ ฯ เสนอว่าชาวพม่าเห็น
 เหมือนกัน ในประเทศหนาวอายุเด็กหญิง

(ที่ประชุมให้พิจารณา (๓) (๔) และ (๕) รวมกันไป)

ที่ประชุมเห็นว่ากำหนดอายุ ๑๓ ปีถูกต้องแล้ว

(๕) พระยาสิทธิ ฯ เสนอว่าในเรื่อง
 เขาเห็นว่าไม่มีเหตุผลพอที่จะ เปลี่ยน

(๖) หลวงประสาท ฯ เสนอว่ายังข้องใจ
 "เด็กหญิง" มาตรา ๒๔๑ ใช้คำว่า "หญิง
 อายุต่ำกว่าสิบแปดขวบ" จะถือเป็น
 ใดอย่างใด บางคนแปลว่า "หญิง" พวก
 "เด็กหญิง" อายุต่ำกว่า ๑๔ ปีอีกพวก

(ที่ประชุมให้พิจารณา (๖) และ (๗) รวมกันไป)

ที่ประชุมเห็นว่าร่างมาตรานี้ใช้คำว่า "เด็กหญิง" ก็แล้ว

(๗) พระยาอรุณกรม ฯ เสนอว่าเอาคำ
 "เด็กหญิง" มาอยู่หน้า ใช้คำว่า "เด็กหญิง
 อายุต่ำกว่า ๑๔ ปี" ก็ไม่มีทางเข้าใจผิด

๒๕๖๗

๒ ๗๖๖

(๘) หลวงจ่าบุญ ฯ เสนอว่าควรใช้คำว่า "หลวงจะรู้ว่าเด็กหญิงนั้นอายุต่ำกว่า ๑๓ ปี"

(๙) หลวงประสาธ ฯ เสนอว่ามาตรา ๑๖๖ แห่งประมวลกฎหมายอาญาว่า "เด็กหญิงซึ่งตามทีศาลเห็นอยู่เวลานี้ถือว่าไม่โต"

(๑๐) พระยาอรุณการีย์ ฯ เสนอว่าเอา "เด็ก" มาใช้แทน "เด็กหญิง" ก็คือกระทำของมีใจชั่วจึงควรเอาอีก คำว่า "เด็ก" ไม่ใช่ เพราะเป็นเรื่องวิधिพิจารณา อย่างที่ร่างมานี้ก็ของรู้อยู่แล้ว เพราะ

๑๓ ขวมเป็น ingredient ของความผิด (๑๑) หลวงประสาธ ฯ เสนอว่าถ้าเขียน "เด็ก" แทน "เด็กหญิง" ก็คือของผิดที่ควรแปลว่าของรู และจำเลยไม่คิดว่าเขาไม่รู้ คือของผิดว่าเขาสำคัญ ข้อเท็จจริง (mistake of fact)

(๑๒) หลวงจ่าบุญ ฯ เสนอว่า ข่าพเจ้าศาลฎีกาแปลถูก เพราะคำว่า "อายุต่ำกว่า ๑๓ ขวม" เป็นข้อเท็จจริง (fact) เท่านั้น อย่างไรในเรื่องเปิดความเท็จ ข้อความที่ความนั้นจะเป็นข้อสำคัญหรือไม่จำเลยไม่ของ

(๑๓) พระยาอรุณการีย์ ฯ เสนอว่าเรา ขออภัยคำเพื่อแสดงว่าจำเลยไม่ของรูว่าข้อความนั้นสำคัญ โดยใช้คำว่า "ถ้าข้อความนั้นเป็นสำคัญในคดี"

(๑๔) นายพิศาล ฯ เสนอว่าในบันทึกของศาลฎีกา ปรากฏว่าตามกฎหมายเกาะลังกา เป็นข้อต่อสู้ที่เพียงพอในเมื่อจำเลยสืบไต่ถามในศาลก็เชื่อว่าหญิงมีอายุสูงกว่านั้น แต่เห็นว่านายปากุชองจะ เอามาจากกฎหมาย ๑๓ ขวม ความกฎหมายฝรั่ง เพศอายุเป็น outcome- ถ้าต่ำกว่า ๑๓ ขวม แม้จำเลยไม่รู้ก็มี ความหมายอยู่ในข้อต่อสู้ อย่าง เกี่ยวกับตัวบท กฎหมาย เกาะลังกา ศาลฎีกา ศาลสูงว่าจำเลยของรู อายุ

(ที่ประชุมให้พิจารณา (๘) (๙) (๑๐) (๑๑) (๑๒) (๑๓) (๑๔) (๑๕) (๑๖) (๑๗) (๑๘) และ (๑๙) รวมกันไป)

ที่ประชุมเห็นว่าการกระทำผิดตามมาตรา ๑๖๖ ของประมวลกฎหมายอาญาว่า "เด็กหญิงนั้นอายุต่ำกว่า ๑๓ ขวม" ไม่ได้ต้องเขียนไว้ เพราะเป็นหลักทั่วไป ที่จำเลยจะมีผิดต่อเมื่อจำเลยใคร่ขอเท็จจริงต่าง ๆ ที่เป็นองค์แห่งความผิด

อายุ

(๑๕) พระบาทศัพดี ฯ เสนอว่า ถ้าสืบว่า
โดยของรู จะตงโทษจำเลยไคบาก แต่เคิมหลัก
นั้น

(๑๖) พระบารดรกรม ฯ เสนอว่าใน
ของไม่-ข้อชกแบ่งกันว่าจำเลยของรูหรือไม่
มากหรามีมีสองสำนักขึ้นแล้ว

(๑๗) หลวงจ่ารัฐ ฯ เสนอว่า คำว่า "โค
..." เราเคยเขียนไว้ คือที่ไคซึ่งเราเห็น
พระกรมศาโคยปกติไม่รู เราก็เขียนว่า "โค
รู"

(๑๘) หลวงประสาท ฯ เสนอว่า เมื่อคราว
ของของกฤชอีกที ข้าพเจ้าคิดว่าศาฎีกาเอามา
ของของกฤช แต่กฤชของของกฤชเขามิ
อีก เคิมทีเคียวกฤชของของกฤชไมโคบออกไวชก
หรือไมรู แต่ภายหลังมีพระราชบัญญัติออกมาชก
ว่า เทุณสถันสมควร เชื่อว่ามีอายุมาก ไม่เป็น
ตัวไค

(๑๙) พระบารดรการวิ ฯ เสนอว่ากฎหมาย
ของของกฤชอีกอย่างหนึ่ง คือเขาไมต้องการ
ทำเลยรู เขาจึงเขียนไว้

(๒๐) พระบารดรการวิ ฯ เสนอว่ามาตรา
เป็นกรมขึ้นชาเราเค็กหญิงกโก ไมชมขึ้นก
โทษจากทุกทั้งแต่สองปีถึงสิบปี แต่โทษชั้นสูง
กับมาตรา ๒๔๓ โทษชั้นสูงควรจะมีมากกว่า
เราเห็นว่าควรบัญญัติเป็นสองระยะ ถ้าเค็ก
กับยอมเอาโทษเท่ากับมาตรา ๒๔๓ ถ้าเค็ก
กับยอมควร เอาโทษหนักกว่ามาตรา ๒๔๓

(๒๑) หลวงจ่ารัฐ ฯ เสนอว่าอย่างเค็ก
ชบาย ๔ ขวบ ไครไปให้ตางคเจ้าก็ยอม ความ
ตรงไมทางกัน

(๒๒) หลวงประสาท ฯ เสนอว่าข้าพเจ้า
ก็พูดอย่าง เคียวกับพระบารดรการวิ ฯ
เห็นว่าไมควรมิโทษ ๒ ระยะ ควรขยับโทษชั้น
กับมาตรา ๒๔๔ ให้สูงขึ้น

(๒๓) หลวงจ่ารัฐ ฯ เสนอว่าวรรคแรก

(ที่ประชุมให้พิจารณา (๒๐) (๒๑) และ
(๒๒) รวมกันไป)

ที่ประชุมเห็นว่าไมควรแบกก่าหนดโทษเป็น
สองระยะ ควรจะเพิ่มโทษชั้นสูงให้สูงขึ้น จึงตกลง
ใหม่โทษจากทุกทั้งแต่สองปีถึงสิบสองปี

ที่ประชุมเห็นชอบด้วย

๒๒๓

กล่าว "ผู้โศกเศร้าเด็กหญิงอายุต่ำกว่าสิบ
ปี มีความผิดของระวางโทษจำคุกทั้งแต่สองปี
ถึงสี่ปี และปรับทั้งแทนหาสิบบาทถึงหกร้อยบาท"
(๒๔) พระบารมีรอดการวิชัยฯ เสนอว่าเรา
จะนำเราผิดกรรมความนั้นออก อย่างช้าเรา
จะเลิกทางหนึ่งจะผิดหรือไม่

(ที่ประชุมให้พิจารณา (๒๔) (๒๕) (๒๖)
และ (๒๗) รวมกันไป)

(๒๕) พระบารมีรอดการวิชัยฯ เสนอว่ามีผิด
การ
(๒๖) หลวงจรัญฯ เสนอว่าข้าพเจ้าเห็น
การกระทำอย่างนั้นร้ายแรงกว่าการกระทำตาม
ที่ ๒๕๔ เสียอีก

ที่ประชุมเห็นว่าการกระทำเช่นนั้นเป็นผิดฐาน
กระทำอนาจาร ซึ่งมีการลงโทษที่เหมาะสมอยู่แล้ว

(๒๗) นายพิชิตฯ เสนอว่าไม่ร้ายแรง
เพราะเด็กหญิงนั้นไม่ได้เสียความบริสุทธิ์
(๒๘) หลวงประสาธฯ เสนอว่าจะเอา
คำกล่าวสืบสามปีหรือจะเอาอายุไม่เกินสิบสาม
ปีเป็นการใช้ข้อบางเดียวกับเรื่องเด็กกระทำ
ผิด

(ที่ประชุมให้พิจารณา (๒๔) และ (๒๕)
รวมกันไป)

(๒๙) พระบาทสมเด็จพระวิชัยฯ เสนอว่าคำว่า
"สืบ" รวมถึง "สืบสาม" ด้วย แต่ "คำกล่าว
สืบ" ไม่รวมถึงสืบสาม ในเรื่องความรับผิดชอบ
ของเด็กเป็นคนละอย่าง

ที่ประชุมเห็นว่าที่ใช้คำว่า "คำกล่าวสืบสามปี"
ก็แล้ว

(๓๐) หลวงจรัญฯ เสนอว่าวรรคสอง
วรรคสามควรใช้คำว่า "ถ้าการกระทำผิด
วรรคก่อนเป็นเหตุให้เกิดหญิงนั้นมากเจ็ด
ปี ผู้กระทำของระวางโทษจำคุกตั้งแต่สามปี
ถึงห้าปี และปรับทั้งแทนหาสิบบาทถึงหนึ่งพันบาท
"ถ้าเป็นเหตุให้เกิดหญิงนั้นถึงแก่ความตาย
ผู้กระทำของระวางโทษจำคุกตั้งแต่สิบห้าปีถึงยี่สิบ
ปี และปรับทั้งแทนหนึ่งร้อยบาทถึงสองพันบาท"

ที่ประชุมเห็นชอบด้วย ฉะนั้นร่างมาตรา ๒๕๔
จึงมีข้อความดังนี้ "ผู้โศกเศร้าเด็กหญิงอายุต่ำกว่าสิบ
สามปี มีความผิดของระวางโทษจำคุกตั้งแต่สองปี
ถึงสี่ปี และปรับทั้งแทนหาสิบบาทถึงหกร้อยบาท
"ถ้าการกระทำผิดตามวรรคก่อนเป็นเหตุให้
เกิดหญิงนั้นมากเจ็ดปี ผู้กระทำของระวางโทษ
จำคุกตั้งแต่สามปีถึงสิบห้าปี และปรับทั้งแทนหาสิบบาท
ถึงหนึ่งพันบาท

"ถ้าเป็นเหตุให้เกิดหญิงนั้นถึงแก่ความตาย
ผู้กระทำของระวางโทษจำคุกตั้งแต่สิบห้าปีถึงยี่สิบ
ปี และปรับทั้งแทนหนึ่งร้อยบาทถึงสองพันบาท"

ประวัติผู้เขียน

ชื่อ-สกุล	ฐิติพร เหล่าอิสริยกุล
วัน เดือน ปี เกิด	07 พฤศจิกายน 2536
สถานที่เกิด	สงขลา
วุฒิการศึกษา	2559 : นิติศาสตรบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 2559 : หลักสูตรวิชาว่าความ รุ่น 45 สำนักฝึกอบรมวิชาว่าความแห่ง สภาทนายความ 2560 : เนติบัณฑิตไทย สมัยที่ 69 สำนักอบรมกฎหมายแห่ง เนติบัณฑิตยสภา 2562 : นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ หมวดวิชากฎหมาย อาญาและกระบวนการยุติธรรมทางอาญา จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย