

บทที่ 2

แนวความคิดเรื่องพยานหลักฐานและพยานหลักฐานในคดีข่มขืนกระทำชำเรา

การพิสูจน์ข้อเท็จจริงด้วยพยานหลักฐาน เป็นกระบวนการที่รัฐสร้างขึ้นเพื่อจัดระเบียบของสังคมเมื่อเกิดความขัดแย้งระหว่างประชาชนในรัฐ เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยและปลอดภัยในชีวิตทรัพย์สินของบุคคลอันเป็นหน้าที่ของรัฐ และเพื่อคุ้มครองผู้เสียหายตลอดจนผู้กระทำ ความผิดจากการอ้างแต่กันอย่างไม่เป็นทางการ รัฐได้กำหนดกฎหมายว่าด้วยพยานหลักฐานโดยถือ ว่าเป็นหน้าที่ของเจ้าพนักงานและศาลจะต้องตรวจสอบข้อเท็จจริงในเรื่องที่กล่าวหา พิสูจน์ค้นหา ความจริงด้วยพยานหลักฐาน มิใช่รับฟังพยานหลักฐานทุกอย่างที่คู่ความเสนอมา แต่ต้องเป็นพยาน หลักฐานอันจะพิสูจน์ว่าจำเลยกระทำผิดหรือบริสุทธิ์เท่านั้นจึงจะยอมให้นำสืบได้ ทั้งนี้พยานหลักฐานนั้นต้องได้มาจากการแสวงหาและการนำสืบพยานหลักฐานโดยชอบด้วยกฎหมาย

2.1 แนวความคิดเรื่องพยานหลักฐาน

การศึกษาเรื่องพยานหลักฐานนั้นเป็นเรื่องของวิธีการค้นหาความจริง ซึ่งมีระเบียบแบบแผนหรือกฎหมายที่ผ่านการพิจารณาจากเจ้าพนักงานของรัฐ ผู้มีความรอบรู้กฎหมายอย่างละเอียดถี่ถ้วน รอบคอบ ยุติธรรม โดยอาศัยเหตุผลหรือการวิเคราะห์อย่างมีหลักเกณฑ์อันว่าด้วยความ สอดคล้องและสัมพันธ์สมเหตุสมผล และสามารถพิสูจน์ความจริงได้ตามหลักทางวิทยาศาสตร์

การดำเนินคดีอาญาในประเทศไทยเป็นการดำเนินคดีอาญาโดยรัฐ¹ ในการดำเนินคดีอาญาโดยรัฐนั้นทุกฝ่ายมีหน้าที่ค้นหาความจริง² ซึ่งการค้นหาความจริงในลักษณะนี้เรียกว่า

¹ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 32

² คณิต วนนคร, กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร : พิมพ์ที่สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2537), หน้า 14.

“หลักการค้นหาความจริงในเนื้อหา” และการชี้ขาดข้อเท็จจริงศาลต้องอาศัย “พยานหลักฐาน” เป็นเครื่องคำจุน และต้องมีกฎหมายบังคับถึงพยานหลักฐานในทางคดีความ ซึ่งเป็นกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการพิจารณาคดีในศาลที่ว่าด้วยหลักเกณฑ์การนำเสนอข้อพิพาท อันเป็นข้อเท็จจริงต่อศาล เพื่อให้ศาลวินิจฉัยคดีความได้ถูกต้อง

คดีอาญาใช้หลักการตรวจสอบ¹ ในคดีอาญาจึงต้องพิสูจน์ด้วยพยานหลักฐานเสมอ อย่างไรก็ตาม ตามกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของประเทศเราศาลอาจพิพากษาคดีโดยอาศัยเพียงคำรับสารภาพของจำเลยก็ได้

ในคดีอาญาในเรื่องเกี่ยวกับความผิดต้องมีการพิสูจน์จนสิ้นสงสัย (proof beyond reasonable doubt) คือการแสดงให้เห็นด้วยพยานหลักฐานถึงการมีอยู่ของข้อเท็จจริงโดยปราศจากความสงสัย การพิสูจน์ความจริงนี้ในอดีตนั้นผันแปรไปตามวิธีการในเรื่องโทษซึ่งแบ่งได้เป็น 4 ยุค คือ ยุคฝูงชน ยุคศาสนา ยุคกฎหมาย และยุควิทยาศาสตร์ ในยุคฝูงชนอำนาจการลงโทษอยู่ที่หัวหน้าครอบครัว ในยุคศาสนาการลงโทษกระทำในนามพระเจ้า จึงมีวิธีการให้สองฝ่ายที่พิพาทกันมาพิสูจน์ความบริสุทธิ์ต่อพระเจ้า มีการดำเนิน ลุยเพลิง ใครได้รับอันตรายก็ถือว่าเป็นผู้ผิด โดยเข้าใจว่าพระเจ้าบันดาลให้เป็นเช่นนั้น ต่อมาในยุคกฎหมายมีกฎหมายลักษณะพยานกำหนดว่าพยานชนิดใดที่จะนำสืบได้ ตลอดจนมีวิธีการสืบพยาน หลังจากนั้นจึงมาถึงยุควิทยาศาสตร์ซึ่งมีการพิสูจน์ความจริงโดยอาศัยผู้เชี่ยวชาญช่วยค้นหาตัวผู้กระทำผิดให้รวดเร็วและแน่นอนยิ่งขึ้น²

ดังนั้น พยานหลักฐานสมัยใหม่จะต้องมีใช่เพียงความเชื่อ แต่ต้องพิสูจน์ได้แน่นอนทางวิทยาศาสตร์ ซึ่งประกอบไปด้วยวิทยาศาสตร์ทางสังคมและวิทยาศาสตร์ทางวัตถุ พยานหลักฐาน

³ เรื่องเดียวกัน , หน้า 15.

⁴ คณิต ฌ นคร , กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา , พิมพ์ครั้งที่ 3, หน้า 79.

⁵ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 176

⁶ แอล คูปลาร์ต และ วิจิตร อุตติทานน, กฎหมายลักษณะพยานและจิตวิทยา (คำสอนปริญญาดุษฎี มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ และการเมือง, 2477), หน้า 2 - 4.

ทางวิทยาศาสตร์ทางสังคม (social science) เป็นตรรกวิทยาเกี่ยวกับพยานอันว่าด้วยเหตุผลที่สัมพันธ์สอดคล้องกัน ส่วนพยานหลักฐานเชิงวิทยาศาสตร์ทางวัตถุ (material science) เป็นพยานหลักฐานที่วิเคราะห์เชิงวิทยาศาสตร์โดยแท้ (pure science) เช่น การตรวจพยานวัตถุทางชีววิทยา เคมี หรือฟิสิกส์⁷ พยานเหล่านี้หากเป็นพยานหลักฐานที่ได้มาด้วยกรรมวิธีที่ถูกต้องและตรวจโดยผู้เชี่ยวชาญที่มีความรู้ที่มีความชำนาญ ย่อมเป็นพยานหลักฐานที่พิสูจน์ได้และน่าเชื่อถือ ซึ่งจะเป็นพยานที่นับวันจะมีค่าและทวีความสำคัญขึ้น เพราะเป็นพยานที่มีหรือเป็นอยู่อย่างใดก็มีหรือเป็นอยู่อย่างนั้น ไม่สามารถจะเปลี่ยนแปลงตัวเองได้ กฎหมายได้บัญญัติถึงรูปแบบบังคับการนำพยานหลักฐานเข้าสู่การพิจารณาไว้ เรียกว่า “การจำกัดพยานหลักฐาน”⁸ ซึ่งมี 2 ประการ คือ การจำกัดชนิดของพยานหลักฐาน คือ พยานวัตถุ พยานเอกสาร พยานบุคคล พยานผู้เชี่ยวชาญและการจำกัดหลักเกณฑ์การสืบและการรับฟัง⁹ พยานหลักฐานที่อ้างต้องเป็นพยานชนิดที่มีได้เกิดขึ้นจากการจงใจ มีคำมั่นสัญญา ชูเชิญ หลอกลวง หรือมิชอบโดยประการอื่น ดังนั้นในคดีอาญาหากไม่มีกฎหมายห้ามรับฟังพยานใดแล้ว ศาลย่อมรับฟังพยานหลักฐานนั้น¹⁰

2.1.1 แนวความคิดในการแสวงหาพยานหลักฐาน

การแสวงหาพยานหลักฐานนั้น จะต้องเป็นการได้มาซึ่งพยานหลักฐานที่สามารถพิสูจน์ความจริงได้ กล่าวคือเป็นพยานหลักฐานที่เกี่ยวข้องกับประเด็นแห่งคดี และมีคุณภาพตามหลักในเรื่องพยานหลักฐานที่ดีที่สุด เดิมเชื่อกันว่าประจักษ์พยานเป็นพยานหลักฐานที่ดีที่สุด แต่มาในสมัยปัจจุบันพยานหลักฐานทางวิทยาศาสตร์เป็นที่ยอมรับโดยทั่วไป เพราะเป็นเรื่องของความจริงที่สามารถพิสูจน์ได้ การแสวงหาพยานหลักฐานที่มีคุณภาพจะต้องอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ทางมนุษยธรรม เนื่องจากผู้ถูกกล่าวหาในคดีอาญาจะต้องได้รับหลักประกันสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐาน ตามหลักที่ว่าบุคคลทุกคนถูกสันนิษฐานว่าเป็นผู้บริสุทธิ์จนกว่าจะสามารถพิสูจน์ว่าเขาเป็นผู้กระทำความผิด การแสวงหาพยานหลักฐานจะละเมิดสิทธิเสรีภาพของบุคคลมิได้ แต่สิทธิเสรีภาพ

สถาบันวิทยบริการ

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

⁷ มูธา วัฒนะชีวะกุล , เอกสารนำเสนอชั้นปริญญาโท วิชาพยานเปรียบเทียบ , 2537 (อัคราเนนา)

⁸ คณิต ฉ นคร , กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา , พิมพ์ครั้งที่ 3, หน้า 78.

⁹ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 226

¹⁰ จิตติ เจริญจำ , กฎหมายวิธีสบัญญัติ 3 หน่วยที่ 8 - 15 เรื่องพยานหลักฐานที่ศาลรับฟัง (กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช, 2530), หน้า 147.

ของบุคคลได้รับการยอมรับแตกต่างกันในแต่ละประเทศ ตามรูปแบบของทฤษฎีระบบความยุติธรรมทางอาญา* ที่มีใช้ในประเทศนั้น ๆ

2.1.2 แนวความคิดในเรื่องคุณค่าของพยานหลักฐาน

คุณค่าของพยานหลักฐาน (spirit of evidence) คือ พยานหลักฐานที่แสวงหามาได้นั้น นอกจากเป็นพยานหลักฐานที่มีประสิทธิภาพในการพิสูจน์ข้อเท็จจริงแล้วยังเป็นพยานหลักฐานได้มาโดยชอบตามหลักนิติธรรมและเอื้อต่อกระบวนการยุติธรรม พยานหลักฐานในคดีอาญามีได้ถือตามปริมาณว่ามีพยานจำนวนเท่าใด แต่ถือเอาประสิทธิภาพหรือถือหลักคุณค่าของพยานหลักฐานนั้น คุณค่าของพยานหลักฐานเป็นแนวความคิดในการกลั่นกรองพยานหลักฐานว่า พยานชนิดใดจะมีคุณค่าดีกว่ากันในการที่จะพิสูจน์ความเป็นไปได้หรือเป็นไปไม่ได้ของข้อเท็จจริงหนึ่งข้อเท็จจริงใด พยานหลักฐานนั้นจึงเน้นคุณภาพ นั่นคือเอาพยานหลักฐานที่ดีที่สุดมาสืบพิสูจน์ความจริง¹¹ แนวความคิดที่เชื่อว่าพยานหลักฐานที่ดีจะต้องมีลักษณะต่าง ๆ ดังต่อไปนี้

2.1.2.1 พยานหลักฐานที่ดีต้องสามารถพิสูจน์ความจริงได้ถูกต้องหรือใกล้เคียงที่สุด พยานหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ (science of evidence) หมายถึงพยานหลักฐานที่เกิดขึ้นด้วยการวิเคราะห์หรือวิจัย เช่น ในทางฟิสิกส์ (physics) ทางเคมีศาสตร์ (chemistry) หรือทางชีววิทยา (biology) โดยผ่านกระบวนการทางวิทยาศาสตร์ที่สามารถพิสูจน์ได้ และเป็นที่ยอมรับโดยทั่วไป วิทยาศาสตร์จึงเป็นเรื่องของความจริง (fact) ที่สามารถตรวจสอบได้ ด้วยเหตุนี้พยานหลักฐานทางวิทยาศาสตร์จึงมีน้ำหนักมากและเป็นพยานหลักฐานที่น่าเชื่อถือ (reliability) ในปัจจุบันพยานหลักฐานทางวิทยาศาสตร์สามารถพิสูจน์ตัวเองได้แน่ชัดมากจนถึงกับมีผู้กล่าวกันว่า พยานหลักฐานที่ได้จากการพิสูจน์ด้วยความเห็นของผู้เชี่ยวชาญนั้นอาจรับฟังได้แน่นอนยิ่งไปกว่าพยานที่เห็นด้วยตาหรือได้ยินด้วยหูเสียอีก เพราะเหตุว่าการเห็นด้วยตาหรือได้ยินด้วยหูนั้นเป็นวิสัยของปุถุชนอาจจะฟังพลาดอาจจะคำนวณผิดพลาดดวงนัยน์ตาลวงหูไปได้ แต่ว่าในการพิสูจน์ทางวิทยาศาสตร์

* ทฤษฎีระบบความยุติธรรมทางอาญานั้นแบ่งเป็น 2 ระบบคือ

1. ทฤษฎีการควบคุมอาชญากรรม (Crime Control) ทฤษฎีนี้เน้นด้านประสิทธิภาพของกระบวนการยุติธรรม โดยมุ่งควบคุมปราบปรามอาชญากรรมเป็นหลัก

2. ทฤษฎีกระบวนการนิติธรรม (Due Process) ทฤษฎีนี้มีค่านิยมในเรื่องความเป็นธรรม โดยยึดหลักกฎหมายตามขั้นตอนต่าง ๆ มากกว่าความคิดในเรื่องการควบคุมอาชญากรรม

¹¹ พรเพชร วิชิตชลชัย, คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน, พิมพ์ครั้งที่ 3, หน้า 103.

ถ้าพิสูจน์ให้เห็นโดยชัดเจนแล้วก็เป็นภาระแน่นอนยิ่งกว่านั้น¹²

พยานหลักฐานที่ดีที่สุด หมายถึงพยานหลักฐานที่ดีที่สุดที่จะหาได้ในแต่ละกรณี เพื่อที่จะพิสูจน์ข้อเท็จจริงได้ชัดเจนหรือมีน้ำหนักน่าเชื่อถือยิ่งกว่าพยานหลักฐานอื่น ๆ¹³ เป็นที่ยอมรับกันว่าประจักษ์พยานเป็นพยานที่ดีที่สุด เพราะรู้เห็นเหตุการณ์ด้วยตัวเอง แต่ประจักษ์พยานเป็นพยานบุคคลซึ่งเป็นเรื่องที่ยุ้งยากและซับซ้อน ผู้ค้นหาความจริงและผู้ซึ่งนำพยานหลักฐานในคดีต้องคำนึงถึงการรับรู้ จดจำ และการบรรยายถ่ายทอดของพยานบุคคล ซึ่งทางหลักวิชาเรียกว่า “จิตวิทยาทำให้การพยานบุคคล” (aussagepsychologie)¹⁴ ในสมัยเดิมนั้นในคดีอาญาต้องสืบพยานที่ดีที่สุด ดังนั้นพนักงานสอบสวนจึงต้องหาพยานหลักฐานที่ดีที่สุดมารวมไว้ในสำนวนและอัยการจะต้องนำพยานที่ดีที่สุดเข้าสืบในศาลเพื่อให้ศาลรับฟัง¹⁵ ต่อมาได้มีความเห็นใหม่ว่าไม่มีกฎหมายห้ามไม่ให้ศาลรับฟังพยานหลักฐานชั้นรอง ซึ่งเป็นพยานหลักฐานที่บ่งชี้ว่าข้อเท็จจริงนั้นได้มีอยู่¹⁶ แต่ไม่สามารถจะใช้พิสูจน์ข้อเท็จจริงให้มีน้ำหนักน่าเชื่อถือได้เท่ากับพยานที่ดีที่สุด¹⁷ ทั้งนี้เพราะพยานหลักฐานที่ดีที่สุดนั้นหายากมาก เนื่องจากอิทธิพลของจำเลยมีมาก มีการนำประจักษ์พยานทั้ง รวมทั้งมีการว่าจ้างพยานให้กลับคำในชั้นศาล ตลอดจนการข่มขู่พยานมีมากขึ้น¹⁸ โดยเฉพาะในคดีข่มขืนกระทำชำเราเพียงหญิงผู้เสียหายรู้เห็นเหตุการณ์ แต่ไม่สามารถให้การเป็นพยานที่ดีที่สุดได้ ไม่ว่าจะเป็นเพราะถูกข่มขู่ หรือจากสภาพจิตใจของผู้เสียหาย

¹² ประมุท สุวรรณศร, “พยานหลักฐานทางวิทยาศาสตร์,” บทบัญญัติ 25 (มกราคม 2511) : 31.

¹³ อนันต์ จันทโรภาส, กฎหมายลักษณะพยาน (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2525), หน้า 2.

¹⁴ คณิศ วนนคร, กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา, พิมพ์ครั้งที่ 3, หน้า 13

¹⁵ จิตติ เจริญญา, พยานในคดีอาญา (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์พิมพ์อักษร, 2538), หน้า 72

¹⁶ ประมุท สุวรรณศร, คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน, (กรุงเทพมหานคร : แสงสุทธิการพิมพ์, 2517), หน้า 12.

¹⁷ อนันต์ จันทโรภาส, กฎหมายลักษณะพยาน, หน้า 2.

¹⁸ จิตติ เจริญญา, พยานในคดีอาญา, หน้า 72.

อันเป็นผลจากเหตุการณ์ที่เกิดขึ้น หรือจากกระบวนการยุติธรรมที่ดูเหมือนกระหน่ำซ้ำเติมทำให้ ผู้เสียหายทุกข์ทรมานมากยิ่งขึ้น นอกจากนั้นอาจมีกรณีผู้เสียหายแก๊งกล่าวหาชาย คังนั้นใน คดีข่มขืนกระทำชำเรา ศาลจึงต้องรับฟังพยานหลักฐานทางกายภาพซึ่งได้มีการตรวจพิสูจน์ทาง วิทยาศาสตร์ที่เชื่อถือได้โดยอาศัยความเห็นของผู้เชี่ยวชาญ พยานหลักฐานดังกล่าวมิใช่เป็นเพียง พยานหลักฐานชั้นรองแต่มีคุณค่าและทวีความสำคัญจนอาจเรียกว่าเป็นพยานหลักฐานที่ดีที่สุดได้

2.1.2.2 พยานหลักฐานที่ดีจะต้องอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ทางมนุษยธรรม (humanity)

กระบวนการแสวงหาพยานหลักฐานเพื่อนำมาพิสูจน์ในชั้นศาลจะต้องยึด- มั่นในบรรทัดฐานการเคารพต่อประชาชนทุกคนและศักดิ์ศรีแห่งความเป็นมนุษย์ภายใต้หลักเกณฑ์ ของมนุษยธรรม (humanity) โดยมีหลักว่า “บุคคลถูกสันนิษฐานว่าเป็นผู้บริสุทธิ์จนกว่าจะสามารถ พิสูจน์ว่าเป็นผู้กระทำความผิด (innocent presumption) และการพิสูจน์ความผิดของจำเลยจะต้อง พิสูจน์จนปราศจากข้อสงสัย (proof of beyond reasonable doubt) หากมีข้อสงสัยต้องยก ประโยชน์แห่งข้อสงสัยให้จำเลย (in dubio pro reo) ในการค้นหาความจริงในคดีอาญานั้นจะ ทำลายค่า 2 ประการ ที่หล่อหลอมอยู่มีได้ นั่นคือ “ค่าของการอยู่ร่วมกัน” และ “ค่าส่วนบุคคล” มิได้”¹⁹ ผู้ถูกกล่าวหาในปัจจุบันไม่เป็นวัตถุแห่งการซักฟอกอีกต่อไปแต่หากเป็น “ประชาชนใน คดี”²⁰ กล่าวคือ มีสิทธิที่จะกระทำการใด ๆ ในคดีทั้งในทางกระทำและทางอยู่เฉย

กฎหมายห้ามรับฟังพยานหลักฐานที่เกิดขึ้นโดยมิชอบ²¹ เช่น พยานหลักฐานที่เกิดจาก การทวงใจ มีคำมั่นสัญญา ขู่เข็ญ หลอกลวง ด้วยวัตถุประสงค์ที่ต้องการยับยั้งไม่ให้เจ้าพนักงาน ปฏิบัติมิชอบด้วยวิธีพิจารณา เพื่อป้องกันสิทธิส่วนบุคคลมิให้ถูกล่วงละเมิดโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐ และเพื่อรักษาความบริสุทธิ์ของศาลที่จะไม่เกี่ยวข้องกับการกระทำอันมิชอบด้วยกฎหมาย²² และยัง

¹⁹ คณิต ฉ นคร, กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา, พิมพ์ครั้งที่ 3, หน้า 81.

²⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 49.

²¹ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 226

²² จิรนิติ หะวานนท์ “หลักการไม่ยอมรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบเปรียบ เทียบระหว่างกฎหมายอเมริกันและกฎหมายเยอรมัน,” *อุทพาท* 31 (พฤษภาคม - มิถุนายน 2527) : 34.

ได้บัญญัติให้พนักงานสอบสวนต้องเตือนให้ผู้ต้องหาทราบว่า ถ้อยคำของผู้ต้องหาเองนั้นอาจใช้เป็นพยานหลักฐานอันใช้ในการพิจารณาได้ ตรงกับหลัก Miranda Warning Rule (Miranda v. Arizona, 384, U.S., 436,865 Ct. 1602.) ของสหรัฐอเมริกา ซึ่งเป็นหลักคุ้มครองสิทธิผู้ต้องหาหรือจำเลยขั้นมูลฐานของความเป็นมนุษย์ที่พนักงานสอบสวนจะต้องปฏิบัติอย่างเคร่งครัด²³

2.1.2.3 พยานหลักฐานที่คิดจะต้องเอื้อประโยชน์ต่อกระบวนการยุติธรรม กล่าวคือ เป็นพยานหลักฐานที่เกี่ยวข้องกับประเด็นของคดี เป็นประโยชน์ต่อกระบวนการพิจารณาทำให้สามารถดำเนินคดีได้อย่างรวดเร็ว

พยานหลักฐานที่เป็นประโยชน์ต่อกระบวนการพิจารณามีโดยตรงข้ามกับ พยานหลักฐานที่ต้องห้ามมิให้นำสืบ หรือพยานที่ไม่เป็นประโยชน์ต่อกระบวนการพิจารณา อาจแบ่งตามคุณลักษณะของพยานได้ดังนี้

(1) พยานหลักฐานที่อื่นโดยฝ่าฝืนกฎหมายหรือทำลายสิทธิในการต่อสู้คดีของอีกฝ่ายหนึ่ง²⁴ เช่น การสืบพยานหลักฐานต้องนำสืบตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาหรือกฎหมายอื่นอันว่าด้วยการสืบพยาน พยานไม่ต้องตอบคำถามซึ่งโดยตรงหรือโดยอ้อมอันอาจทำให้เขาถูกฟ้องคดีอาญา²⁵ การตรวจตัวผู้เสียหายจะกระทำได้เมื่อผู้เสียหายยินยอม²⁶ เป็นต้น

(2) พยานหลักฐานที่คู่ความรับกันในเรื่องเท็จจริง ข้อเท็จจริงดังกล่าวจะต้องไม่เป็นประเด็นโดยตรงว่าจำเลยได้กระทำความผิดตามที่ฟ้องหรือไม่ เพราะตามหลักการดำเนินคดีอาญาโจทก์จะต้องนำสืบให้ชัดว่าจำเลยกระทำความผิดจริง จะฟังข้อเท็จจริงจากการยอมรับของจำเลยในชั้นพิจารณาของศาลไม่ได้²⁷ คำรับในข้อเท็จจริง เช่น ใบตรวจบาดแผลของแพทย์ที่แพทย์

²³ วัชรจักร ปัทมสิงห์ ณ อรุณา “หน้าที่พนักงานสอบสวนในการเตือนผู้ต้องหาในคดีอาญา,” วารสารอัยการ (กุมภาพันธ์ 2524) : 68.

²⁴ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 88 , ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 15.

²⁵ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 234

²⁶ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 132

²⁷ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 806/2528, 3674/2532, 3691/2533

ได้ตรวจบาดแผลของผู้เสียหายว่ามีบาดแผลอันใดบ้าง เพียงแต่เป็นข้อเท็จจริงว่าบาดแผลของผู้เสียหายมีอยู่จริงอย่างไรเท่านั้น เมื่อคู่ความยอมรับกันยอมเป็นข้อเท็จจริงที่โจทก์ไม่ต้องนำแพทย์เข้าสืบข้อเท็จจริงนั้นได้ เพราะไม่ใช่ประเด็นที่จะชี้ว่าจำเลยเป็นผู้กระทำความผิดในคดีนั้น²⁸ การที่โจทก์จำเลยจะทำการอย่างหนึ่งอย่างใดให้ศาลวินิจฉัยไปตามพยานหลักฐานที่ทำการเป็นข้อเท็จจริงนั้น ศาลไม่รับฟังถึงโทษจำเลย แต่ถ้าหากโจทก์ จำเลยตกลงกันให้ถือเอาผลพิสูจน์ลายมือชื่อจำเลยในคดีอื่นมาเป็นผลการตรวจพิสูจน์ลายมือในคดีนี้ เมื่อผลปรากฏว่าไม่ใช่ลายมือชื่อจำเลย ศาลพิพากษายกฟ้องได้ไม่ขัดต่อกฎหมาย (คำพิพากษากฎีกาที่ 1045/2533)

(3) พยานหลักฐานนอกประเด็น ฟุ่มเฟือย หรือประวิงคดี ศาลเป็นผู้มีอำนาจควบคุมกระบวนการพิจารณาในเรื่องการเสนอและการรับฟังพยานหลักฐาน เพื่อให้ได้พยานหลักฐานที่สอดคล้องกฎหมายเท่านั้น จึงจะเสนอต่อศาลและรับฟังเป็นพยานได้ ข้อเท็จจริงนอกประเด็น ฟุ่มเฟือย หรือประวิงคดี ศาลจะใช้ดุลพินิจงดสืบพยานเนื่องจากในระบบการพิจารณาคดีเพื่อรับฟังพยานหลักฐานจะคู่ความ ไม่มีระบบใดในโลกที่จะยอมให้คู่ความนำเสนอพยานหลักฐานต่อศาลโดยไม่จำกัด²⁹

2.1.3 แนวความคิดเกี่ยวกับระบบพยานหลักฐาน

แนวความคิดเกี่ยวกับพยานหลักฐานที่ดี ย่อมต้องเกี่ยวข้องกับระบบพยานหลักฐานที่ดีด้วย กล่าวคือ ระบบพยานหลักฐานที่ดีย่อมทำให้กระบวนการในการแสวงหาพยานหลักฐานเป็นไปโดยโปร่งใส และสามารถตรวจสอบได้ เป็นผลให้พยานหลักฐานที่ได้มีลักษณะน่าเชื่อถือ (reliability) สามารถพิสูจน์ความจริงได้ถูกต้องหรือใกล้เคียงที่สุด ทำให้ระบบการดำเนินคดีอาญาเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพและมีความเป็นธรรม (fairness) ระบบพยานหลักฐานที่ดีโดยทั่วไปควรจะมีลักษณะดังนี้

2.1.3.1 ระบบพยานหลักฐานที่ดีต้องเป็นระบบที่มีประสิทธิภาพในการค้นหาพยานหลักฐาน

ระบบพยานหลักฐานที่ดีต้องมีประสิทธิภาพในการค้นหาพยานหลักฐาน ไม่ว่าจะโดยรัฐหรือเอกชน โดยเปิดโอกาสให้คู่กรณีเสนอพยานหลักฐานได้อย่างกว้างขวาง รวมทั้งการที่

²⁸ จิตติ เจริญจำ , พยานในคดีอาญา , หน้า 40.

²⁹ พรเพชร วิชิตชลชัย , ศาสตร์ขยายกฎหมายลักษณะพยาน , หน้า 106.

รัฐจัดองค์กรให้ความช่วยเหลือเกี่ยวกับการนี้ด้วย เช่น การจัดตั้งสถาบันผู้เชี่ยวชาญหรือหน่วย พิสูจน์หลักฐานทางวิทยาศาสตร์ การฝึกอบรมผู้เชี่ยวชาญในการพิสูจน์พยานหลักฐานต่าง ๆ ให้ความรู้ความสามารถ เพื่อให้ได้ข้อเท็จจริงที่ถูกต้องและใกล้เคียงความจริงมากที่สุดนั่นเอง

2.1.3.2 ระบบพยานหลักฐานที่ดีต้องเปิดโอกาสให้คู่ความได้ต่อสู้พิสูจน์พยานหลักฐานอย่างเท่าเทียมกัน

ระบบพยานหลักฐานที่ดีจะต้องโดยเปิดโอกาสให้คู่ความเข้าสู่กระบวนการพิจารณาอย่างเสมอภาคแม้จะมีฐานะแตกต่างกัน ห้ามมิให้ศาลทำการสืบพยานหลักฐานใดโดยมิได้ให้โอกาสเต็มที่แก่คู่ความทุกฝ่ายในอันที่จะมาฟังการพิจารณาและใช้สิทธิเกี่ยวกับกระบวนการพิจารณา เช่นว่านั้น คามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความ ไม่ว่าพยานหลักฐานนั้นคู่ความฝ่ายใดจะเป็นผู้อ้างอิงหรือศาลเป็นผู้สั่งให้สืบ และเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรมศาลมีอำนาจที่จะสืบพยานหลักฐานหรือรับฟังพยานหลักฐานไม่ว่าจะยื่นในเวลาใด นอกจากนั้นยังห้ามโจทก์อ้างจำเลยเป็นพยานตามหลักกฎหมายที่ว่า ไม่มีใครถูกบังคับให้ต้องปรักปรำตนเอง (*meno tenetur prodere scipsceam*) อันเป็นเอกสิทธิ์ของพยานที่จะไม่ต้องตอบคำถาม ซึ่งอาจทำให้ตนต้องถูกกล่าวหาในคดีอาญา (*privilege against selfincrimination*) และต้องเปิดโอกาสให้คู่ความได้ประโยชน์จากการแสวงหาพยานหลักฐาน โดยสถาบันของรัฐหรือโดยผู้เชี่ยวชาญของรัฐอย่างเท่าเทียมกัน

2.1.3.3 ระบบพยานหลักฐานที่ดีต้องเป็นระบบที่มีการกลั่นกรองพยานหลักฐาน

ระบบพยานหลักฐานที่มีกระบวนการกลั่นกรองพยานหลักฐาน กล่าวคือมีการตรวจสอบการดำเนินการรวบรวมพยานหลักฐานในชั้นสืบสวนสอบสวน พยานหลักฐานทางวิทยาศาสตร์จะต้องมีระบบตรวจสอบวิธีการได้มาซึ่งพยานหลักฐานทางชีวภาพ มี *chain of evidence* หรือขั้นตอนการส่งพยานหลักฐานขั้นที่สุด โดยผ่านผู้เกี่ยวข้องที่รับผิดชอบน้อยที่สุด ปลอดภัยการปนเปื้อน และมีกระบวนการควบคุมทางห้องปฏิบัติการที่ดี นอกจากนั้นยังต้องกระทำโดยผู้เชี่ยวชาญที่มีความรู้ความชำนาญอย่างแท้จริงตัวบุคคลผู้เป็นพยานผู้เชี่ยวชาญจะต้องผ่านกระบวนการตรวจสอบและถามค้าน โดยการสืบพยานต่อหน้าศาลและคู่ความฝ่ายตรงข้ามเพื่อพิสูจน์คุณค่าและความแท้จริงแห่งพยานหลักฐานดังกล่าว

2.1.3.4 ระบบพยานหลักฐานที่ดีต้องสามารถตรวจสอบได้

ระบบพยานหลักฐานที่ดีต้องยอมให้มีการพิสูจน์พยาน โดยการซักค้านและยอมให้ผู้เชี่ยวชาญพิสูจน์พยาน โดยเฉพาะพยานหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ตลอดจนยอมให้มีการคัดค้าน ผู้พิพากษาและผู้เชี่ยวชาญนั้นได้

2.2 พยานหลักฐานในคดีข่มขืนกระทำชำเรา

ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเป็นคดีความผิดทางเพศที่รุนแรงที่ฝ่ายชายที่มีพลังกำลังเหนือกว่ากระทำโดยปราศจากความสมัครใจของฝ่ายหญิง อันเป็นการล่วงละเมิดสิทธิเสรีภาพที่จะกำหนดความสัมพันธ์ทางเพศด้วยตนเองของฝ่ายหญิง ลักษณะของการกระทำก่อปรด้วยความทารุณ โหดร้าย ละเมิดสิทธิสตรีและสิทธิของบุคคลอย่างรุนแรง โดยเฉพาะการกระทำผิดอันมีลักษณะเป็นการโทรมหญิงหรือโทรมเด็กหญิง หรือกระทำต่อเด็กหญิงเล็ก ๆ ผู้อ่อนแอไม่มีทางสู้หรือเป็นเหตุให้หญิง หรือเด็กหญิงได้รับอันตรายสาหัส หรือถึงแก่ความตายที่นับเป็นเรื่องสลดใจ และเป็นเหตุหวาดหวั่นพรันพรึงแก่หญิงและพ่อแม่ผู้ปกครองเด็กหญิงโดยทั่วไป ผลของการทำร้ายไม่เพียงทำให้ฝ่ายหญิงได้รับอันตรายแก่กายเท่านั้น ยังส่งผลต่อจิตใจ อารมณ์ สถานะทางสังคมของหญิง ซึ่งมีผลกระทบต่อความยากลำบากในการพิสูจน์ความผิด เพราะโดยสภาพการกระทำ ความผิดมักเกิดในที่มืดซิดลับตาคน มักไม่มีประจักษ์พยานรู้เห็นนอกจากผู้เสียหาย ทำให้ประสบอุปสรรคในการได้มาซึ่งพยานหลักฐานจากพยานบุคคล อย่างไรก็ตาม พุทธการณแห่งคดีข่มขืนย่อมจะต้องปรากฏร่องรอย หรือวัตถุพยานซึ่งสามารถตรวจพิสูจน์ยืนยันด้วยวิธีทางวิทยาศาสตร์ โดยอาศัยความรู้ความสามารถของผู้เชี่ยวชาญและสามารถพิสูจน์ความผิด ทั้งยืนยันตัวผู้กระทำผิดได้อย่างแน่นอน

2.2.1 ความหมายของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา

ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ได้บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 กล่าวคือ “ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราหญิงมิใช่ภริยาของตน โดยขู่เข็ญด้วยประการใด ๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยหญิงอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้หรือโดยทำให้หญิงเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น” มีลักษณะของการกระทำความผิดดังนี้

(1) มีการกระทำชำเรา

กระทำชำเรา หมายความว่า การที่ชายร่วมประเวณีกับหญิง กล่าวคือ ของลับหรืออวัยวะสืบพันธุ์ของชายต้องล่วงล้ำเข้าไปในช่องคลอดหรืออวัยวะสืบพันธุ์ของหญิง ไม่ว่าจะล่วงล้ำเข้าไปมากน้อยเพียงใดก็เป็นความผิดสำเร็จแล้ว ส่วนชายจะสำเร็จความใคร่หรือไม่นั้นไม่สำคัญ การที่อวัยวะเพศชายไม่สามารถล่วงล้ำเข้าไปได้ไม่ว่าด้วยเหตุใดก็จะมีฐานพยานพยายามกระทำชำเรา

การล่วงล้ำต้องเป็นการที่ของลับของชายผ่านเข้าไปในช่องสังวาสของหญิงเท่านั้น หากกระทำแก่ทวารหนักหรือช่องอวัยวะอื่นของหญิง ไม่ใช่ความผิดตามมาตรา นี้ และอวัยวะเพศชายไม่จำเป็นต้องผ่านเข้าไปทั้งหมด แม้ผ่านล่วงล้ำเข้าไปบางส่วนเพียงเล็กน้อยก็เป็น

ความคิดสำเร็จ แม้เมื่อพรหมจารีไม่ขาดหรือน้ำอสุจิไม่เคลื่อน

การนำสืบว่ามี “การล่วงล้ำ” หรืออวัยวะเพศชาย ผู้กระทำผิด “ได้เข้าไป” ในอวัยวะเพศหญิงผู้เสียหายต้องการพยานหลักฐาน ความหมายของการกระทำชำเราที่จะเป็นความคิดสำเร็จนั้นไม่จำเป็นต้องปรากฏว่ามีการฉีกขาดของช่องคลอด ปากมดลูก หรือเมื่อพรหมจารี (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2413/2520) และจะได้อำนาจเข้าไปเพียง 1 องคุลี ก็เป็นความคิดสำเร็จ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1133/2509) จึงเป็นความยากของการนำสืบที่จะต้องสืบให้ได้ความว่ามีการล่วงล้ำเข้าไปหรือไม่ พยานหลักฐานเช่นนี้จำเป็นต้องได้จากปากคำของหญิงผู้เสียหายว่ามีการ “ล่วงล้ำ” เข้าไปหรือไม่เพียงไร ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับคำถามของผู้นำสืบตลอดจนความเข้าใจกายวิภาคของหญิง ของผู้นำสืบ และผู้วินิจฉัยด้วย เคยมีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 874/2491 นายแพทย์ผู้ตรวจเบิกความว่า “มีเย็บที่ปากช่องคลอดของเด็กหญิงผู้เสียหายไม่ขาด ส่วนเมื่อพรหมจารีก็ขาดไปเล็กน้อยเท่านั้น แสดงว่าของลับของชายยังไม่ได้ล่วงล้ำเข้าไปในช่องคลอดของหญิงผู้เสียหาย คงงูโดอยู่ที่ปากช่องคลอดด้านนอกเท่านั้น ตามที่ตรวจแล้วเชื่อว่าเด็กหญิงผู้เสียหายถูกชำเราแต่ของลับของชายไม่เข้าไปภายในเหตุที่ข้าพเจ้าเห็นว่าถูกชำเราก็คงโดยแคมเล็กและแคมใหญ่ของผู้เสียหายชำแดงและมีเชื้อหนองใน” ซึ่งศาลฎีกาได้วินิจฉัยตามคำเบิกความของแพทย์ที่ว่า ของลับของชายยังไม่ได้ล่วงล้ำเข้าไปในช่องคลอดของหญิงจึงลงโทษเพียงพยายามกระทำผิด

ถ้อยคำในคำพิพากษาที่ว่า “ล่วงล้ำเข้าไปในช่องคลอด” นั้นทำให้เกิดความสับสนแก่แพทย์และศาล เพราะอวัยวะเพศหญิงนั้นประกอบด้วยหลายส่วน ตั้งแต่แคมใหญ่ (labia majora) ซึ่งอยู่ด้านนอกสุดไปจนถึงช่องคลอด (vagina) ซึ่งอยู่ส่วนใน การที่อวัยวะเพศผ่านแคมใหญ่ (labia majora) น่าจะเรียกว่า “ล่วงล้ำ” ได้ หากจำเป็นต้องทำให้เมื่อพรหมจารีฉีกขาด หรือต้องล่วงล้ำเข้าไปในช่องคลอดไม่ ซึ่งเป็นไปตามหลักของกฎหมายอังกฤษที่ยอมรับว่าอวัยวะเพศชายผ่านแคมใหญ่ (labia majora) เข้าไปถือเป็นการกระทำชำเราสำเร็จ³⁰ แต่ตามกฎหมายไทยใช้คำว่า ล่วงล้ำเข้าไปในช่องคลอด ซึ่งก่อให้เกิดปัญหาสับสนแก่แพทย์ผู้ตรวจลงความเห็นในการมาเบิกความชั้นศาล และการที่นักกฎหมายตีความคำว่า ล่วงล้ำ หมายถึง ล่วงล้ำเข้าไปในช่องคลอด ทำให้การกระทำของชายที่ใช้อวัยวะเพศของคนตีบแท่งอวัยวะเพศของหญิง แต่ยังมีได้ล่วงล้ำเข้าไปในช่องคลอดเป็นเพียงความผิดฐานพยายาม และกรณีดังกล่าวมักเกิดกับผู้เสียหายที่เป็นเด็ก

³⁰ ทรงฉัตร โคมยานนท์ และ พรพงศ์ สิงห์ประเสริฐ, นิติเวชศาสตร์ (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2519) , หน้า 502.

ซึ่งมีขนาดอวัยวะเพศแตกต่างจากผู้กระทำผิดที่เป็นผู้ใหญ่ เป็นแค่การกระทำนั้นก่อให้เกิดความเสียหายไม่ยิ่งหย่อนกว่าความผิดสำเร็จ โดยเฉพาะความเสียหายทางด้านจิตใจของเด็กหญิง หรือหญิงที่ถูกกระทำนั้น การตีความดังกล่าวทำให้ความผิดฐานพยายามใกล้ชิดกับความผิดสำเร็จ ทำให้ผู้กระทำผิดได้รับโทษน้อยลง และไม่เป็นกรรมต่อผู้เสียหายอย่างยิ่ง

อย่างไรก็ตาม มีนักนิติศาสตร์บางท่านได้มีความเห็นว่าการที่อวัยวะเพศของชายได้ผ่านเข้าแฉกนอกของอวัยวะเพศหญิงก็ถือเป็นความผิดสำเร็จแล้ว โดยให้ความเห็นว่า “ความจริงเรื่องนี้อวัยวะเพศของหญิงนั้นประกอบด้วยแฉกนอกและแฉกในตามความเห็นแล้ว เพียงแต่อวัยวะเพศของชายได้ผ่านเข้าแฉกนอกของอวัยวะเพศหญิง ก็ถือว่าเป็นการเอาอวัยวะเพศเข้าไปแล้ว ข้อนี้จึงอยู่ที่ความเข้าใจของโจทก์ผู้ฟ้องคดีว่า การเข้าป้อนนั้นเป็นการเข้าไปอย่างไร หากไม่เข้าใจจุดนี้ก็จะสืบพยานถึงข้อเข้าไปไม่ได้ ต้องอาศัยความเห็นของแพทย์ แม้แพทย์เองก็ไม่เห็นเขาทำซ้ำเรากัน ก็คงจะใช้ข้อสันนิษฐานเอจากร่องรอยเป็นสำคัญ ถ้าโจทก์สืบได้ความว่า อวัยวะเพศของชายผ่านแฉกนอกของอวัยวะเพศหญิงแล้วแม้เพียงเล็กน้อยก็ต้องถือว่าเป็นการเอาเข้าไปเป็นความผิดฐานข่มขืนสำเร็จแล้วไม่ใช่พยายาม ข้อนี้นับว่าเป็นข้อยาก ต้องทำความเข้าใจกับผู้เสียหายให้ดี คำเบิกความของผู้เสียหายและความเห็นของแพทย์นับว่าเป็นข้อสำคัญ หากผู้เสียหายยืนยันว่าได้เข้าไปแล้วตามความรู้สึกคือผ่านแฉกนอกเข้าไป ต้องถือว่าความผิดฐานข่มขืนสำเร็จแล้ว ไม่จำเป็นต้องเอาอวัยวะเพศชายเข้าไปทั้งหมดหรือต้องนำอสุจิเคลื่อนแต่อย่างไร”³¹

นอกจากการตีความเรื่องความผิดสำเร็จมีขอบเขตจำกัดแล้วความผิดฐานพยายามข่มขืนกระทำชำเราก็มียุทธศาสตร์ที่แคบและถูกเคลื่อนถอยโดยความผิดฐานกระทำอนาจาร เช่นการที่จำเลยแอบเข้ามาสอดหญิงผู้เสียหายและพูดคุยกับกระทำชำเราผู้เสียหายร้องขึ้น จำเลยเอามือปิดปากผู้เสียหาย กดผู้เสียหายให้นอนลงกับพื้นแล้วขึ้นคร่อมเอาหัวเข้ากดคั่นคอของผู้เสียหายไว้ ขณะนั้นผู้เสียหายซึ่งนั่งกระโถมกนอนหงายอยู่ จำเลยก้มลงกัศที่แก้มของผู้เสียหายแล้วดลค้ำค้ำผู้เสียหายขึ้นอย่างแรงจนหลุดแล้วร้องให้วิ่งหนีลงเรือน ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า ลักษณะการกระทำของจำเลยยังไม่อยู่ในวิสัยที่จะกระทำชำเราผู้เสียหายได้ การกระทำของจำเลยจึงไม่เป็นความผิดฐานพยายามข่มขืนกระทำชำเรา คงเป็นเพียงการกระทำอนาจารผู้เสียหายเท่านั้น (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1685/2516) เมื่อพิจารณาแล้วเห็นได้ว่า การกระทำที่จะเข้าองค์ประกอบความผิดฐานพยายาม

³¹ จิตติ เจริญจำ , บันทึกของทนายฎีกาและชี้ขาดความเห็นแย้ง ในประมวลกฎหมายอาญา เล่ม 2 , (กรุงเทพมหานคร : บริษัท ประชารวมทรัพย์ จำกัด, 2534) , หน้า 901.

ข่มขืนกระทำชำเรากับการกระทำอนาจารมีข้อเท็จจริงที่ใกล้เคียงกันมาก ทั้งที่ความผิดทั้งสองฐาน มีความแตกต่างกันอย่างมากมาย ทั้งแนวความคิดที่กฎหมายประสงค์จะคุ้มครองและอันตรายที่ผู้เสียหายได้รับ การกระทำผิดฐานพยายามข่มขืนกระทำชำเรา มีองค์ประกอบแห่งความรุนแรงและ มักจะมีการกระทำทั้งหลายอันมีบทกฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิดซ่อนอยู่ เช่น ความผิดต่อเสรีภาพ ความผิดฐานทำร้ายร่างกาย เป็นต้น ทั้งยังก่อให้เกิดผลกระทบต่อร่างกาย จิตใจ อารมณ์ และ สถานะทางสังคมอย่างรุนแรง ส่วนการกระทำอนาจารนั้นเป็นเรื่องของการคุ้มครองเนื้อตัวร่างกาย ของบุคคล ผลของการกระทำมิได้ก่อให้เกิดอันตรายแก่ผู้ถูกกระทำเท่าใดนัก เพียงแต่จับมือถือ แขนก็อาจเป็นความผิดฐานนี้ได้ นอกจากนั้นบทลงโทษต่อการกระทำ ความผิดทั้งสองก็แตกต่างกัน อย่างสิ้นเชิง การที่ผู้กระทำผิดคดีผู้เสียหายให้นอนลงกับพื้นขึ้นคร่อมเอาหัวเข้ากอดต้นคอผู้เสียหาย แล้วถอดผ้าถุงของผู้เสียหายขึ้นนั้น นับว่ามีการลงมือกระทำความผิดโดยเจตนาที่จะข่มขืนกระทำ- ชำเราผู้เสียหายแล้ว การที่ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า จำเลยยังไม่อยู่ในวิสัยที่จะกระทำชำเราผู้เสียหายได้ และลงโทษจำเลยเพียงความผิดฐานกระทำอนาจารเท่านั้น ก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมแก่ผู้เสียหาย และมีได้บรรลุดัตตประสงค์แห่งการลงโทษผู้กระทำผิดเท่าที่ควร อาจกล่าวได้ว่าบทลงโทษไม่ สอดคล้องกับเจตนาที่ชั่วร้ายของผู้กระทำความผิด ทั้งการกระทำได้ก่อผลให้เกิดอันตรายแก่หญิงได้ โดยง่ายและยังเป็นการละเมิดต่อสิทธิในการคุ้มครองเนื้อตัวร่างกายของหญิงโดยทั่วไป ซึ่งแตกต่าง จากในประเทศสหรัฐอเมริกาศาลมักตีความองค์ประกอบความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราอย่างกว้าง ขวางเพื่อคุ้มครองผู้เสียหาย เช่น ในคดี *Levis v. The State*³² ซึ่งมตรัฐ Alabama ได้วินิจฉัยว่า เมื่อได้ความว่าจำเลยวิ่งไล่ตามผู้เสียหายเพื่อข่มขืนกระทำชำเรา แม้ยังไม่ประชิดตัวผู้เสียหายนั้นก็ ถือว่าจำเลยพยายามกระทำความผิดแล้ว

พยานหลักฐานแห่งการล่วงล้ำจึงต้องปรากฏจากการจับกุมและการฝึกษาของ อวัยวะเพศของหญิงผู้เสียหาย อย่างไรก็ตามร่องรอยการฝึกษาใดใหม่อาจไม่ปรากฏในหญิงซึ่งเคย ผ่านการร่วมประเวณีมาแล้ว พยานหลักฐานแห่งการกระทำชำเราจึงต้องปรากฏว่ามีครบอสุจิใน ช่องคลอดของหญิงผู้เสียหายหรือไม่ พยานหลักฐานเหล่านี้ส่วนมาจากการตรวจของแพทย์ ซึ่งมี ฐานะเป็นผู้เชี่ยวชาญในคดีข่มขืนกระทำชำเรา มีหน้าที่ตรวจร่างกายและอวัยวะเพศหญิงผู้เสียหาย ภายหลังเกิดเหตุทันทีที่พบตัวผู้เสียหาย แล้วลงความเห็นไว้เป็นลายลักษณ์อักษรเพื่อนำพยานหลักฐาน เหล่านี้มาเป็นแนวทางในการสืบหาพยานหลักฐานอื่น ๆ ในชั้นสอบสวน ตลอดจนใช้ความ เห็นนั้นประกอบพยานหลักฐานอื่นในชั้นศาลต่อไป พยานหลักฐานจากการตรวจของแพทย์จึงเป็น

³² 35 Ala. 380. ub Oliver Wendell Holmes, *The Common Law*. (Boston : Little Brawn Company, 1963) , pp 56.

พยานหลักฐานที่สำคัญเพราะสามารถยืนยันข้อเท็จจริงได้ดีกว่าพยานหลักฐานจากปากคำของบุคคล เช่น พยานหลักฐานจากถ้อยคำของผู้เสียหาย มักจะมีอุปสรรคทั้งในแง่ความสามารถในการให้การเป็นพยาน และความสามารถในการซักถามถ้อยคำพยานของฝ่ายโจทก์ผู้นำสืบ รวมทั้งกาลเวลาที่ล่วงเลยไปนานนับจากเหตุเกิดจนถึงเวลาสืบพยาน อาจทำให้พยานจากปากคำของบุคคลคือ ประสิทธิภาพลงเนื่องจากความลืมเลือนหรือการบิดเบือนข้อเท็จจริง แต่แม้ว่ากาลเวลาจะทำให้พยานหลักฐานต่าง ๆ สูญหายไปพยานหลักฐานที่ได้จากการเก็บรวบรวมข้อมูลข้อเท็จจริงภายหลังเกิดเหตุทันที แล้วบันทึกความเห็นไว้เป็นลายลักษณ์อักษรโดยอาศัยความรู้ความสามารถ ความเชี่ยวชาญของแพทย์ผู้ตรวจร่างกายบุคคลผู้เกี่ยวข้องในคดี ตลอดจนผู้เชี่ยวชาญที่ตรวจวิเคราะห์พยานหลักฐานจากสถานที่เกิดเหตุ ย่อมเป็นพยานหลักฐานที่สามารถยืนยันข้อเท็จจริงได้ดียิ่งกว่าพยานหลักฐานใด

(2) ผู้ถูกกระทำต้องเป็นหญิงซึ่งมิใช่ภรรยาของผู้กระทำ

การกระทำชำเราจะต้องปรากฏว่าของลับหรืออวัยวะสืบพันธุ์ของชายได้ล่วงล้ำเข้าไปในช่องคลอดหรืออวัยวะสืบพันธุ์ของหญิงเท่านั้น ดังนั้นหากเป็นการกระทำระหว่างชายกับชาย หญิงกับหญิง ก็ไม่เป็นความผิดฐานกระทำชำเราตามกฎหมาย ผู้ถูกกระทำต้องเป็นหญิง ตามสภาพที่ถือกำเนิด กล่าวคือเป็นเพศที่ออกลูกได้มิใช่แปลงเพศจากชาย และต้องกระทำต่อหญิงที่มีชีวิตหรือมีสภาพบุคคลอยู่ในขณะที่ถูกกระทำ มิใช่กระทำต่อศพ ดังนั้น กรณีที่หญิงถูกฆ่าตายก่อนลงมือข่มขืนกระทำชำเรา ผู้กระทำจึงไม่มีความผิดฐานนี้เพราะขาดองค์ประกอบความผิด นอกจากนั้นหญิงผู้ถูกกระทำต้องมีภริยาของผู้กระทำ ภริยาหมายถึง ภริยาโดยชอบด้วยกฎหมาย ดังนั้น หากกระทำชำเราหญิงซึ่งเป็นภริยาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายของตน เมื่อหญิงไม่ยินยอมก็จะ เป็นความผิด แต่ผู้กระทำอาจมีข้อแก้ตัวโดยอาศัยความสำคัญผิดว่ามีอำนาจกระทำได้โดยชอบด้วยกฎหมาย ข้อแก้ตัวดังกล่าวต้องการพยานหลักฐานยืนยันว่าหญิงนั้นเป็นบุคคลซึ่งโดยปกติอยู่กินฉันท์สามีภรรยากับผู้กระทำผิด และผู้กระทำเชื่อโดยสุจริตว่าตนมีอำนาจกระทำได้ หรือไม่รู้ว่า การกระทำนั้นเป็นความผิด ในทำนองกลับกันหากกระทำชำเราหญิงซึ่งเป็นภริยาโดยชอบด้วยกฎหมายของตน แม้หญิงนั้นจะไม่ยินยอมผู้กระทำก็ไม่มีความผิด

ผู้กระทำความผิดฐานนี้ตามสภาพต้องเป็นชาย แต่มิได้หมายความว่าชายเท่านั้นที่จะเป็นตัวการในความผิดฐานนี้ หญิงอาจเป็นตัวการร่วมกระทำความผิดฐานนี้ได้ เช่นอาจร่วมในการประทุษร้าย หรือช่วยจับแขนขาหญิงให้ชายกระทำชำเรา (คำพิพากษาฎีกาที่ 250/2510) ในกรณีที่ชายผู้ลงมือกระทำเป็นสามีของหญิง ยินยอมให้หรือร่วมมือในการกระทำกับบุคคล เช่น ให้บุคคลอื่นช่วยจับแขนขา ชายผู้กระทำและบุคคลที่ร่วมกระทำไม่มีความผิดเพราะความผิดของชายผู้กระทำไม่เกิดขึ้น ผู้ร่วมกระทำในลักษณะตัวการก็ไม่มีความผิดไปด้วย แต่ถ้าหากว่าชาย

ผู้ลงมือกระทำไม่ใช่สามีของหญิง แม้สามีจะยินยอมหรือช่วยเหลือร่วมมือในการกระทำเช่น ช่วยจับแขนขา เช่นนี้ทั้งสามีและชายผู้ลงมือกระทำมีความผิดในฐานะตัวการข่มขืนกระทำชำเรา

(3) ปรากฏจากความยินยอม

การกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา นั้นจะต้องปรากฏว่ากระทำโดยปราศจากความยินยอมหรือฝ่าฝืนความสมัครใจของหญิง ทั้งนี้เนื่องจากคุณธรรมทางกฎหมายในความผิดฐานนี้คือ เสรีภาพทางเพศ กล่าวคือเสรีภาพที่จะกำหนดความสัมพันธ์ทางเพศของตนเอง คุณธรรมทางกฎหมายนี้สอดคล้องกับแนวความคิดของต่างประเทศ โดยเฉพาะประเทศสหรัฐอเมริกา เป็นผู้ดำเนินการเปลี่ยนแนวคิดเกี่ยวกับความผิดเรื่องการข่มขืนกระทำชำเรา ซึ่งมองไปในเรื่องสิทธิเสรีภาพทางเพศเป็นสำคัญ จึงมีผลในการคุ้มครองประชาชนได้กว้างขวางกว่ากฎหมายไทย กล่าวคือ การกระทำความผิดคลุมถึงการล่วงล้ำทุกรูปแบบไม่ว่าจะล่วงล้ำทางทวารหนักหรือทางปากของทั้งชายและหญิง โดยอวัยวะเพศชายหรือวัตถุอื่นด้วย นอกจากนั้นแนวคิดในต่างประเทศยังได้ยืนยันหลักในเรื่องความยินยอมของผู้เสียหายไว้ว่า แม้ผู้เสียหายยินยอมไปด้วยกับผู้ต้องหา แต่ความยินยอมนั้นมิได้หมายความว่าความยินยอมให้ข่มขืนกระทำชำเรา ตัวอย่างเช่นในคดีของ ไมค์ โทสัน นักมวยชื่อดังกับแฟนสาว ซึ่งตกเป็นข่าวเกรียวกราวเมื่อหลายปีก่อน และเป็นผลให้นักมวยดังกล่าวต้องถูกศาลพิพากษาตัดสินจำคุกในที่สุด

เสรีภาพในทางเพศที่จะกำหนดความสัมพันธ์ทางเพศของตนเอง จึงเกี่ยวเนื่องกับการกระทำปราศจากความยินยอมของหญิง (against her will) แม้ในบทบัญญัติของกฎหมายจะมีได้กล่าวไว้โดยตรง แต่อาจแปลความได้จากถ้อยคำที่ว่า “โดยขู่เข็ญด้วยประการใด ๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยหญิงอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ โดยทำให้หญิงเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น” หมายถึง การปราศจากความยินยอม กฎหมายไทยได้นำเอาหลักเรื่องความยินยอม (consent) ของผู้เสียหายมาใช้ในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราด้วย โดยนำมาใช้เป็นองค์ประกอบอันหนึ่งของความผิด ทำให้ “ความยินยอม (consent)” มีบทบาทสำคัญมากในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา

ตามหลักของกฎหมายอาญาความยินยอมของผู้เสียหาย ไม่มีความสำคัญที่จะมีผลให้การกระทำนั้นเป็นความผิดหรือไม่ต้องได้รับโทษ มีความผิดบางประการที่กฎหมายถือว่าผู้กระทำผิดจะมีความผิดก็ต่อเมื่อเป็นการกระทำโดยปราศจากความยินยอมของผู้เสียหาย ซึ่งจัดว่าเป็นข้อยกเว้นของหลักดังกล่าว นอกจากนั้นบทบัญญัติของกฎหมายก็มิได้ให้คำจำกัดความหรือวิเคราะห์ศัพท์ของคำว่า “ความยินยอมในคดีอาญา หรือ ความยินยอมของผู้เสียหาย” ไว้ว่ามีความหมายอย่างไร และก็ไม่มีบทบัญญัติมาตราใดที่กล่าวไว้โดยชัดแจ้งว่าความยินยอมของผู้เสียหายทำให้ไม่เป็นความผิด แต่เมื่อศึกษาแนวคำพิพากษาของศาลไทยและความเห็นของนักนิติศาสตร์พบว่า ยอมรับหลักเรื่องความยินยอมของผู้เสียหายมาเป็นข้อยกเว้นมิให้การกระทำนั้นเป็นความผิดอาญา

หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งว่าใช้เป็นหลักยกเว้นความผิดอาญาได้³³ ในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 นั้น ความยินยอมของผู้เสียหายนั้นมีผลเป็นการปฏิเสธองค์ประกอบของความผิด หรือเป็นเหตุให้ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้โดยชอบ³⁴ เนื่องจากหลักปรัชญากฎหมายที่ว่าด้วยความผิดเหล่านั้นเป็นเรื่องที่คุ้มครองเอกชนโดยตรง ดังนั้นเมื่อผู้ถูกกระทำให้ความยินยอมเสียแล้วก็เท่ากับเป็นการสละคุณธรรมที่กฎหมายประสงค์จะคุ้มครอง นอกจากนี้ความยินยอมต้องมีอยู่ก่อนหรือขณะกระทำความผิด ความยินยอมเป็นสาระสำคัญที่จะทำให้การกระทำอันควรเป็นความผิดกฎหมายกลายเป็นการกระทำที่ไม่ผิดกฎหมาย ซึ่งเรียกว่า ความยินยอม (consent) ทำให้ความผิดขาดองค์ประกอบ ผู้กระทำจึงไม่มีความผิดและจะต้องให้ความยินยอมโดยบุคคลที่สามารถให้ความยินยอมตามกฎหมายได้ คนปัญญาอ่อนหรือเด็กอายุต่ำกว่าที่กฎหมายกำหนดแม้ให้ความยินยอมก็ไม่ถือว่าเป็นความยินยอมตามกฎหมาย ผู้กระทำผิดไม่อาจอ้างความยินยอมมาเป็นเหตุยกเว้นความผิดได้

บทบัญญัติแห่งกฎหมายได้คุ้มครองเด็กหญิง ในกรณีที่ผู้ถูกกระทำเป็นเด็กหญิงอายุไม่เกินสิบห้าปี ตามที่ได้บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277 เพื่อให้ผู้กระทำผิดไม่อาจอ้างความยินยอมเป็นเหตุให้การกระทำไม่เป็นความผิด เนื่องจากเด็กยังมีความเจริญเติบโตและพัฒนาการทางร่างกาย จิตใจ สติปัญญา การศึกษาอบรม และประสบการณ์ไม่เพียงพอ ดังนั้นแม้ผู้กระทำผิดกระทำด้วยความยินยอมของเด็กหญิงก็มีความผิด แต่อาจเป็นเหตุยกเว้นโทษหากเป็นการกระทำที่ชายทำกับเด็กหญิงอายุกว่าสิบสามปีแต่ยังไม่เกินสิบห้าปีโดยเด็กหญิงนั้นยินยอม และภายหลังศาลอาญานุญาตให้ชายและเด็กหญิงนั้นสมรสกัน และถ้าศาลอนุญาตให้สมรสในระหว่างผู้กระทำผิดกำลังรับโทษในความผิดนั้นอยู่ ให้ศาลปล่อยผู้กระทำผิดนั้นไป ตามที่ได้บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277 วรรคท้าย

การกระทำชำเราเด็กหญิงอายุกว่าสิบสามปีแต่ยังไม่เกินสิบห้าปีโดยเด็กหญิงนั้นยินยอม หากปรากฏว่าเด็กหญิงนั้นยินยอมร่วมประเวณีกับชาย โดยหลอกว่ามีอายุเกินสิบห้าปี

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

³³ ชาตรี ศรีนวนนัค และ วันชัย ศรีนวนนัค, คำอธิบายกฎหมายเรื่องความยินยอมในคดีอาญาวความผิดอันยอมความได้, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร : บริษัทประชุมช่างจำกัด, 2528), หน้า 8.

³⁴ ประสิทธิ์ พัฒนามร, “ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา,” (วิทยานิพนธ์มหาวิทยาลัยมหาวิทาลัยธรรมศาสตร์, 2522), หน้า 57.

หรือเด็กหญิงมีสภาพร่างกายเป็นสาวเกินกว่าเด็กหญิงอายุไม่เกินสิบห้าปี เมื่อชายไม่รู้ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับอายุอันเป็นองค์ประกอบความผิดเช่นนี้ จะถือว่าเป็นการกระทำโดยเจตนาไม่ได้ แต่ต้องเป็นข้อไม่รู้ที่เป็นไปได้ และการพิสูจน์ข้อไม่รู้นี้เป็นหน้าที่ของชายผู้กระทำที่จะนำสืบว่าไม่รู้ว่าเป็นเด็กหญิงนั้นอายุเกินสิบห้าปี

การที่กฎหมายมิได้กำหนดไว้อย่างชัดเจนว่า การกระทำแค่นั้นเพียงไรเป็นความยินยอมหรือไม่ยินยอม จึงยากที่จะกำหนดว่าการต่อสู้ขัดขืนของหญิงแค่นั้นเพียงไรเป็นการไม่ยินยอม และต้องการพยานหลักฐานแห่งการไม่ยินยอมดังกล่าวนั้น ซึ่งแตกต่างกันอย่างมากมาช ในสภาพอย่างหนึ่งอย่างใดผู้เสียหายอาจจะไม่อยู่ในสภาพที่สามารถต่อสู้ขัดขืนได้ ซึ่งศาลจะต้องพิเคราะห์เป็นราย ๆ ตามพฤติการณ์แวดล้อมในขณะที่เกิดเหตุด้วย

อย่างไรก็ตาม การปราศจากความยินยอมนั้นจะต้องปรากฏพยานหลักฐานว่าผู้กระทำผิดได้กระทำด้วยวิธีใดวิธีหนึ่งดังนี้

- ก. โดยขู่เชิญด้วยประการใด ๆ
- ข. โดยใช้กำลังประทุษร้าย
- ค. โดยหญิงอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือ
- ง. โดยทำให้หญิงเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น

ขู่เชิญด้วยประการใด ๆ หมายความว่า การขู่เชิญให้เกิดความกลัวว่าจะถูกกระทำให้เป็นอันตรายต่อชีวิต ร่างกาย เสรีภาพ ชื่อเสียง ทรัพย์สิน สิทธิหรือให้เกิดความกลัวอย่างอื่น ๆ ก็ได้ และไม่จำกัดว่าการขู่เชิญจะให้เป็นอันตรายนั้นต้องเกิดแก่หญิงผู้ที่ถูกขู่เท่านั้น ดังนั้นการขู่เชิญเพื่อให้เป็นอันตรายแก่บุคคลอื่นก็เป็นความผิดเช่นเดียวกัน

ใช้กำลังประทุษร้าย หมายความว่า ทำการประทุษร้ายแก่กายหรือใจของบุคคล ไม่ว่าจะทำด้วยใช้แรงกายภาพหรือด้วยวิธีอื่นใด และให้หมายความรวมถึงการกระทำใด ๆ ซึ่งเป็นเหตุให้บุคคลหนึ่งบุคคลใดอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ไม่ว่าจะโดยใช้ยาทำให้มีเมมา สะกดจิต หรือใช้วิธีอื่นใดอันคล้ายคลึงกันตามความหมายที่นิยามไว้ในมาตรา 1 (๕) แห่งประมวลกฎหมายอาญา

โดยหญิงอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หมายความว่า หญิงอยู่ในภาวะจำยอมโดยไม่สมัครใจ เป็นสภาพที่ไม่สามารถคืนรนต่อสู้ได้หรือขัดขืนได้ เช่นหญิงไม่รู้สึกตัว มีเมมา วิกลจริต ซึ่งภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้นั้นจะเกิดขึ้นเองหรือผู้ใดกระทำไม่สำคัญ และแม้ผู้กระทำจะมีได้พูดหรือมีอาวุธขู่เชิญผู้เสียหาย ถ้าตามพฤติการณ์ผู้เสียหายกลัวจำเลยตกอยู่ในอำนาจบังคับของจำเลย หรืออยู่ในภาวะจำต้องยอม ไม่กล้าขัดขืน จะถือว่าผู้เสียหายยินยอมไม่ได้ กล่าวคือไม่เพียงหญิงนั้นปราศจากเจตจำนงโดยสิ้นเชิง แต่ยังรวมถึงกรณีหญิงนี้ไม่สามารถแสดงเจตจำนงออกมาได้ด้วย

ทำให้หญิงเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น หมายความว่า ทำให้หญิงเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลที่หญิงเต็มใจร่วมประเวณีด้วย เป็นการสำคัญผิดในตัวบุคคล เช่น ทำให้หญิงเข้าใจผิดว่าเป็นสามีของตนจึงร่วมประเวณีด้วย เช่นนี้จะถือว่าหญิงยินยอมโดยสมัครใจไม่ได้ เพราะเป็นการเข้าใจผิดในตัวบุคคลที่ตนได้กระทำขึ้น แต่ถ้าเป็นการสำคัญผิดในคุณสมบัติของบุคคล เช่น หญิงยอมรับร่วมประเวณีกับชายโดยสำคัญผิดจากการที่ชายหลอกว่าได้ทำการสมรสโดยถูกต้องตามกฎหมายแล้ว เช่นนี้ไม่เป็นความผิด

การกระทำด้วยวิธีดังกล่าวมา มีความหมายเดียวกับคำว่า “ข่มขืน” กล่าวคือหญิงมิได้ยินยอมหรือไม่สมัครใจ พยานหลักฐานที่ได้จากข้อเท็จจริงว่าหญิงไม่ยินยอมหรือไม่สมัครใจ จึงเป็นพยานหลักฐานที่มีความสำคัญอันจะชี้ให้เห็นว่า การกระทำเป็นความผิดหรือไม่

พยานหลักฐานที่ได้จากการตรวจร่างกายหญิงและผู้กระทำความผิด อาจพบร่องรอยการต่อสู้ ขีดข่วนด้วยรอยเล็บ รอยฟันทัด ร่องรอยเขียวช้ำ หรือบวมเจ็บ ร่องรอยการฉีกขาดของเสื้อผ้า ตลอดจนร่องรอยการต่อสู้ที่ปรากฏในสถานที่เกิดเหตุ หรือพยานหลักฐานที่ปรากฏว่าผู้เสียหายอยู่ในสภาพที่จำต้องยอม ไม่สามารถแสดงเจตจำนงหรือไม่สามารถที่จะยืนยันเจตจำนงด้วย เช่น พูดไม้ได้ ถูกผูกมัด ถูกบังคับขู่เข็ญ ถูกทำให้กลัวด้วยประการใด ๆ อ่อนค้อด้วยสติปัญญาหรือสติสัมปชัญญะ เช่น ถูกสะกดจิตหรือใช้ยาทำให้มีเมมา ดังนั้นการตรวจร่างกายผู้เสียหายภายหลังกระทำผิดจึงจำเป็นต้องตรวจผู้เสียหาย ทั้งสภาพลักษณะภายนอก เช่น ร่องรอยขูดขีดฉีกขาดของเสื้อผ้าเครื่องแต่งกาย ลักษณะบวมเขียวของเส้นผม รอยฟันทัด รอยเล็บ รอยเขียวช้ำตามร่างกาย การเจริญเติบโตสมอายุ สภาพจิตใจ สติปัญญา ตรวจลมหายใจ ตรวจปัสสาวะหรือตรวจเลือดทางเคมี เพื่อวัดสารหรือสิ่งมีเมมาที่ทำให้มีความบกพร่องทางสติสัมปชัญญะ ตรวจวัดความตื่นตัวตกใจทันทีภายหลังเกิดเหตุ หรือตรวจประเมินสภาพจิตใจของผู้เสียหายว่าได้รับผลกระทบทางจิตใจมากน้อยเพียงไร นอกเหนือจากตรวจอวัยวะเพศของผู้เสียหาย เพื่อพบร่องรอยแห่งการ “ไม่ยินยอม”

2.2.2 ประเภทของพยานหลักฐานในคดีข่มขืนกระทำชำเรา

พยานบุคคล

ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราถือว่าเป็นความผิดเกี่ยวกับเพศที่รุนแรงที่สุดที่ชายกระทำต่อหญิง เป็นการใช้ความรุนแรงประทุษร้ายต่อร่างกาย และเสรีภาพในการควบคุมเนื้อตัวของหญิงผู้ถูกข่มขืน การข่มขืนมีลักษณะเป็นการทำลายความเป็นคนและตำแหน่งความเป็นมนุษย์

(depersonalization and dehumanizing) ทำให้หญิงผู้เสียหายเสื่อมเสียต่อชื่อเสียงเกียรติคุณ ความเสียหายที่ได้รับนอกจากจะมีผลกระทบถึงสิทธิเสรีภาพในชีวิตร่างกาย สุขภาพอนามัยของหญิงแล้ว ยังมีผลเสียหายต่อจิตใจและอารมณ์ของหญิงผู้เสียหายอย่างรุนแรงด้วย เป็นเหตุการณ์ที่ก่อให้เกิดภาวะวิกฤตในช่วงชีวิตของผู้ตกเป็นเหยื่อของการข่มขืนกระทำชำเรา ไม่ว่าจะเป็นความเจ็บปวด ความหวาดกลัว หรือความตาย วิกฤตการณ์จากการถูกข่มขืนกระทำชำเราจะสร้างภาวะความวุ่นวายทางอารมณ์ทางจิตใจ ผลการศึกษาในสหรัฐอเมริกาพบว่า การข่มขืนทำให้หญิงตกอยู่ในสภาวะวิกฤติ ระยะที่มีผลกระทบร้ายแรงได้แก่ระยะ 6 สัปดาห์ ถึง 3 เดือน ผู้เสียหายมักมีอาการทางจิต รู้สึกสับสนหวาดกลัว กลัวถูกข่มขืนอีก กลัวการอยู่คนเดียว กลัวผู้ชายทุกคน นอนไม่หลับเรียกว่า rape trauma syndrome หรือกลุ่มอาการที่ได้รับบาดเจ็บจากการถูกข่มขืน³⁵ ซึ่งมีผลต่อการตัดสินใจของผู้เสียหายในการร้องทุกข์และการแสวงหาพยานหลักฐานของเจ้าหน้าที่ตำรวจ ขั้นตอนในการแสวงหาพยานหลักฐานในกระบวนการยุติธรรม ทำให้ผู้เสียหายหรือเหยื่อได้รับเคราะห์กรรมซ้ำสอง (the victims are victimized by the criminal justice system) ซึ่งถึงกับมีผู้กล่าวกันว่ากระบวนการยุติธรรมเสมือนทำให้ผู้เสียหายถูกข่มขืนอีกครั้งหนึ่ง ผู้เสียหายหลายรายได้รับประสบการณ์ที่เจ็บปวดจากกระบวนการยุติธรรม (traumatic experience) ดังนั้นผู้แสวงหาพยานหลักฐานจึงต้องตระหนักถึงเรื่องสภาพจิตใจของผู้เสียหาย การให้คำปรึกษาและการฟื้นฟูทางจิตใจแก่ผู้เสียหายเป็นสิ่งสำคัญในขั้นตอนการแสวงหาพยานหลักฐาน หากขาดความเข้าใจในเรื่องสภาพจิตใจของผู้เสียหายแล้วย่อมทำให้เป็นอุปสรรคต่อการแสวงหาพยานหลักฐานที่มีประสิทธิภาพ

คดีข่มขืนกระทำชำเรามักเกิดในสถานที่มิดชิดลับตาคน ไม่มีประจักษ์พยานรู้เห็นมีเพียงผู้เสียหายเป็นประจักษ์พยานซึ่งไม่อาจรับรองได้ว่าจะเป็นพยานที่ลึที่สุด เพราะการนำสืบผู้เสียหายข่มขืนกระทำชำเราประสบอุปสรรคมากมาย เนื่องจากสภาพจิตใจของผู้เสียหายและกระบวนการยุติธรรมที่มีได้คำนึงถึงสภาพของผู้เสียหาย ไม่ว่าจะเป็นขั้นตอนการสอบสวนหรือการถามค้านในศาลที่ทารุณ ซึ่งอาจทำให้ผู้เสียหายไม่ประสงค์จะดำเนินคดีต่อไป ที่เป็นเช่นนั้นเพราะเกิดความอับอายกลัวเสียชื่อเสียง และระบบการบริหารงานยุติธรรมก็เป็นอุปสรรคต่อการชักจูงให้ผู้เสียหายเข้าแจ้งความ หรือดำเนินคดีกับผู้กระทำผิดผู้เสียหายมักถูกมองด้วยความสงสัย ตั้งแต่แรกที่มาพบพนักงานสอบสวน³⁶ นอกจากนั้น การที่ผู้กระทำความผิดเป็นชายมีอำนาจพลละกำลังเหนือฝ่ายผู้ถูกระทำ

³⁵ จิรนิติ หะวานนท์, "การแก้แค้นอาชญากรทางเพศ," *วารสารนิติศาสตร์* 13 (2526) :

³⁶ Wright, *Rape and Physical Violence*, (Newyork:Sage Publications, 1984), pp. 128.

เมื่อเหยื่อต่อสู้กับผู้กระทำความผิดจึงใช้วิธีการที่รุนแรง และการที่ไม่มีผู้ใดรู้เห็นเหตุการณ์ก็เป็นสาเหตุหนึ่งที่ผู้กระทำความผิดจึงมักฆ่าปิดปากเหยื่อผู้อ่อนแอ ดังเช่นในคดีฆาตกรรมหีนกามฆ่าข่มขืนเด็กหญิงอายุ 4 ขวบ ในห้องน้ำโรงเรียนอย่างทารุณโหดร้าย เมื่อวันที่ 5 กรกฎาคม 2539 ที่ผ่านมานับเป็นตัวอย่างคดีที่ชี้ให้เห็นถึงอุปสรรคในการได้มาซึ่งพยานหลักฐานจากบุคคล โดยเฉพาะผู้เสียหายที่เป็นประจักษ์พยาน

อุปสรรคในการได้มาซึ่งพยานหลักฐานจากพยานบุคคลมีมากมายด้วยประการทั้งปวงแล้ว ยังปรากฏอยู่เสมอว่าพยานหลักฐานที่ได้มานั้นไม่น่าเชื่อถือเนื่องจากไม่สัมพันธ์กับพยานหลักฐานอื่น ๆ หรือไม่น่าเชื่อถือด้วยเหตุเพราะตัวพยานบุคคลนั่นเอง แม้พยานบุคคลนั้นจะได้รับความเชื่อถือแต่อาจเป็นพยานหลักฐานที่ปราศจากความแน่นอน หรือไม่แน่ว่าจะเป็นความจริงหรือไม่ ดังเช่นในประเทศสหรัฐอเมริกา มีข่าวที่ได้รับการวิพากษ์วิจารณ์มากที่สุด ในเรื่องความน่าเชื่อถือของพยานบุคคล กล่าวคือในคืนวันที่ 9 กรกฎาคม ค.ศ. 1977 ในนครชิคาโก มลรัฐอิลลินอยส์ นางสาวแคทเธอริน คราวเวิร์ด เวนน์ ซึ่งขณะนั้นอายุ 16 ปี ให้การต่อเจ้าหน้าที่ตำรวจว่าเธอถูกทำร้ายด้วยขลุ่ยเบียร์แตกและถูกข่มขืนโดย นายแกรี คอทสัน อายุ 21 ปี ในที่สุดนายคอทสันถูกศาลพิพากษาจำคุก 25 - 50 ปี ในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา แคลปีต่อมาในเดือนมีนาคม ค.ศ. 1985 (พ.ศ. 2528) นางสาวเวบบ์ ซึ่งมีอายุ 23 ปีเต็ม และอ้างว่าเธอเป็น “คริสเตียนที่เกิดใหม่” แข็งข้อต่อเจ้าหน้าที่มลรัฐอิลลินอยส์ว่าข้อกล่าวหาข่มขืนกระทำชำเราเมื่อแคลปีที่แล้วเธอได้ถูกข่มขืนเอง ความจริงนายคอทสันมิได้ข่มขืนเธอแต่ประการใด เธอได้สร้างเรื่องดังกล่าวขึ้นเพราะขณะนั้นเธอดังกรรภกับเพื่อนชายคนหนึ่งและเกิดความกลัว ประชาชน 70,000 คน ในมลรัฐอิลลินอยส์ได้เข้าชื่อร่วมกันร้องขอต่อผู้การมลรัฐอิลลินอยส์ให้ปล่อยตัวนายคอทสัน ซึ่งมีอายุ 28 ปี ผู้ว่าการ เจมส์ ทอมป์สัน ได้นำเรื่องนี้ขึ้นพิจารณาใหม่ในฐานะฝ่ายบริหาร และประกาศให้อภัยโทษแก่นายคอทสัน จำเลย โดยเห็นว่าตัวเขาเองเชื่อว่านายคอทสันได้กระทำความผิดในคดีนี้จริง และศาลได้พิพากษาไปโดยถูกต้องแล้ว แต่เหตุที่ตนประกาศให้อภัยโทษเนื่องจากเห็นว่าจำเลยได้รับโทษมาสาสมแก่ความผิดแล้ว แต่ถ้าไม่ให้อภัยโทษแก่จำเลยในคดีนี้ เหตุการณ์นี้ก็จะเป็นเสมือน “หมอกที่มบดบังระบบการบริหารความยุติธรรมของมลรัฐอิลลินอยส์ต่อไป”

จากเรื่องที่เกิดมาเป็นที่เห็นได้ชัดว่าแม้ในประเทศสหรัฐอเมริกาจะมีกระบวนการสืบพยานและกระบวนการตามคำ ซึ่งมิใช่ความสามารถในการตรวจสอบพยานบุคคลทั้งในแง่การรับรู้ การจดจำ และบรรยายถ่ายทอด ตลอดจนนอกคติของพยานตามหลักการพิจารณาโดยเปิดเผยต่อหน้าจำเลยก็ตาม บางครั้งกระบวนการพิจารณาก็มีอาจตรวจสอบไปถึงจิตใจของพยานบุคคลได้สมกับคำกล่าวที่ว่า “จิตมนุษย์นั้นไซร้ยากแท้หยั่งถึง” ในหลายประเทศต่างก็จะถกถั่นกรอง

พยานหลักฐาน โดยเฉพาะพยานผู้เสียหายในคดีข่มขืนกระทำชำเราเป็นการนำเทคโนโลยีต่าง ๆ เช่น การเบิกความโดยใช้โทรศัพท์วงจรปิดหรือวิดีโอเทป รวมถึงการนำผู้เชี่ยวชาญมาใช้ในการถ่วงถ่วงพยานหลักฐานมากขึ้น เช่นผู้เชี่ยวชาญทางด้านจิตวิทยาที่ประเมินสภาพจิตใจของผู้เสียหาย ได้แก่ จิตแพทย์ นักจิตวิทยา ตลอดจนดำเนินคดีโดยเจ้าหน้าที่ในกระบวนการยุติธรรมที่เป็นผู้เชี่ยวชาญ ซึ่งเป็นที่ยินดีว่าปัจจุบันกรมตำรวจได้แต่งตั้งพนักงานสอบสวนหญิงประจำสถานีตำรวจบางแห่งในเขตกรุงเทพมหานคร เพื่อเป็นพนักงานสอบสวนผู้รับผิดชอบในคดีเรื่องนี้โดยเฉพาะด้วยเหตุผลที่ว่าหญิงมักจะเข้าใจความรู้สึกของหญิงด้วยกันเองมากกว่าชาย ทั้งนี้ไม่ได้หมายความว่า พนักงานสอบสวนชายจะปฏิบัติหน้าที่ด้านนี้มีประสิทธิภาพดีน้อยกว่าพนักงานสอบสวนหญิง หากพนักงานสอบสวนทุกคนที่รับผิดชอบในเรื่องนี้ให้ความสำคัญในเรื่องพยานหลักฐานไม่ว่าจะเป็นพยานหลักฐานจากถ้อยคำพยานบุคคล หรือพยานวัตถุอันเป็นพยานหลักฐานที่ปรากฏในที่เกิดเหตุตลอดจนตามเนื้อตัวร่างกายของทั้งฝ่ายผู้เสียหายและผู้ต้องหา พยานหลักฐานนั้น ๆ ย่อมเป็นพยานที่ดีที่สุดเพราะสามารถพิสูจน์ข้อเท็จจริงในคดีได้

วัตถุพยาน

การข่มขืนกระทำชำเราเกิดขึ้นจากความไม่ยินยอมของฝ่ายหญิง แต่เป็นความต้องการของฝ่ายชายที่มักจะกระทำทุกวิถีทางให้ฝ่ายหญิงยอมสงบราบคาบ พฤติการณ์จึงมักเกิดการใช้กำลังปะทะกันอย่างรุนแรงก่อนลงมือข่มขืนกระทำชำเรา และย่อมปรากฏร่องรอยของพยานหลักฐานที่เกี่ยวกับการข่มขืนที่สามารถอาจพบในที่เกิดเหตุที่ตัวผู้ข่มขืนและผู้เสียหาย เช่น ร่องรอยการต่อสู้ขัดขืน รอยเขียวช้ำจากการทำร้ายร่างกาย รอยขีดข่วนจากเล็บมือหรือจากหนามในพวงหูกำที่เกิดเหตุ เศษเนื้อที่ติดกับเล็บผู้เสียหาย คราบโลหิตที่เสื้อผ้าเนื้อตัวร่างกาย เส้นผมที่ตกติดอยู่ที่มือของผู้เสียหาย สภาพของผู้เสียหายที่ได้รับยาหรือสิ่งมีนเมา เป็นต้น ส่วนร่องรอยของพยานหลักฐานที่เกี่ยวกับการกระทำชำเรา เช่น บาดแผลฉีกขาดของอวัยวะสืบพันธุ์ คราบเลือด คราบอสุจิ เส้นขนอวัยวะเพศ ซึ่งสามารถบ่งชี้ได้ว่าคดีนี้เป็นคดีข่มขืนกระทำชำเราหรือไม่

ตามข้อเท็จจริงของคดีข่มขืนมีลักษณะเฉพาะ เพราะต้องปรากฏหลักฐานของการเกี่ยวข้องระหว่างผู้เสียหายกับผู้กระทำผิด โดยอาศัยหลักของโลคาร์ด ที่ว่าเมื่อวัตถุสองอย่างมาสัมผัสกันจะแลกเปลี่ยนเนื้อวัตถุซึ่งกันและกัน ดังนั้นเมื่อมีการข่มขืนกระทำชำเราก็มักมีเส้นใยของเสื้อผ้าไปติดที่เสื้อผ้าของอีกฝ่ายหนึ่ง มีเส้นผม เส้นขน เลือดไปติดติดอยู่กับอีกฝ่ายหนึ่ง หรือพบน้ำอสุจิ

อยู่ที่ร่างกายหรืออวัยวะเพศหญิงหรือพบเยื่อหรือของคลอดของหญิงติดมาที่อวัยวะสืบพันธุ์ชาย³⁷

วัตถุพยานในคดีฆาตกรรมกระทำชำเราจึงอาจหมายถึง วัตถุพยานที่ได้มาจากสิ่งมีชีวิตหรือเป็นส่วนของสิ่งที่มีชีวิตมาก่อน (biological origin) ซึ่งแบ่งออกเป็น คราบชีววัตถุ (biological stains) เช่น คราบโลหิต คราบอสุจิ และชิ้นส่วนของชีววัตถุ (biological products and human remains) เช่น เส้นผม เส้นขน และยังมีหมายถึงวัตถุพยานที่ได้มาจากสิ่งไม่มีชีวิต (now biological in origin) ซึ่งเป็นวัตถุพยานที่ติดกับตัวผู้เสียหาย เช่น ไฟเบอร์ หรือชิ้นส่วนของเสื้อผ้า เครื่องแต่งกาย³⁸ วัตถุพยานเหล่านี้อาจเรียกว่าเป็นพยานหลักฐานที่แท้จริง (real evidence) เพราะเป็นพยานหลักฐานที่ได้มาจากวัตถุสิ่งของที่มีความชัดเจนในตัวมันเองเพียงแต่ขอให้รู้ว่ามันคืออะไรเท่านั้น³⁹

วัตถุพยานเหล่านี้ล้วนมีความสำคัญอย่างยิ่ง ในอันที่จะสืบสวนคดีพิสูจน์ความผิดและตัวผู้กระทำผิด การเก็บรักษาวัตถุพยานต้องทำด้วยความระมัดระวัง รอบคอบ แยกภาชนะบรรจุให้ชัดเจน ป้องกันการปนเปื้อน ต้องรักษาสภาพของวัตถุพยานให้อยู่ในสภาพเดิม และคุณสมบัติเดิมให้มากที่สุด การรับผิดชอบส่งมอบวัตถุพยานต้องกระทำด้วยความระมัดระวังและรัดกุม โดยจัดให้มีทะเบียนรับส่งและผู้รับผิดชอบน้อยที่สุด ป้องกันการสูญหายหรือปลอมแปลง และต้องคำนึงว่าการค้นหาเพื่อให้ได้มาซึ่งวัตถุพยาน ยิ่งกระทำโดยละเอียดมากเท่าใด โอกาสที่จะได้พยานหลักฐานอันมีค่าสำหรับคดีก็มีมากเท่านั้น⁴⁰

แหล่งที่มาของวัตถุพยานได้มาจากการตรวจสถานที่เกิดเหตุ จากการตรวจร่างกายผู้เสียหายหรือเหยื่อและจากการตรวจร่างกายผู้ต้องหา ซึ่งพยานหลักฐานเหล่านี้เป็นวัตถุพยานที่เป็นพยานหลักฐานทางวิทยาศาสตร์เนื่องจากต้องใช้วิธีทางวิทยาศาสตร์ช่วยในการค้นหาความจริง⁴¹

³⁷ ทรงฉัตร โคมยานนท์ และ ณรงค์ สิงห์ประเสริฐ, นิติเวชศาสตร์, หน้า 536.

³⁸ นันทนา อังสุมาลิน, เอกสารการสอนชุดวิชากฎหมายสาธารณสุขและนิติเวชศาสตร์ หน่วยที่ 14 การตรวจทางห้องปฏิบัติการ, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, 2531), หน้า 212 - 221.

³⁹ พงศกรณ ชูวช, การพิสูจน์หลักฐาน (กรุงเทพมหานคร : เจริญวิทย์การพิมพ์, 2531), หน้า 37.

⁴⁰ เรื่องเดียวกัน , หน้า 38.

⁴¹ Thomas J. Gardner. Criminal Evidence : Principles, Cases and Readings ,pp.

พยานหลักฐานดังกล่าวต้องอาศัยผู้เชี่ยวชาญทางนิติเวชศาสตร์ และทางการแพทย์ตรวจพิสูจน์ร่องรอยวัตถุพยานซึ่งเป็นพยานหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ ในปัจจุบันนี้การตรวจพิสูจน์หลักฐานโดยผู้เชี่ยวชาญหรือผู้ชำนาญการพิเศษ และการวิเคราะห์ทางนิติเวชวิทยาได้รับการรับรองจากวงการทั่วไปรวมทั้งวงการกระบวนการยุติธรรม ด้วยผลการตรวจพิสูจน์เป็นผลที่ถูกต้องแท้จริงและศาลอาจพิพากษาลงโทษจำเลยได้ โดยไม่มีพยานบุคคลเป็นประจักษ์พยานเลย⁴² นอกจากนี้พยานทางวิทยาศาสตร์เป็นวัตถุพยานที่มีอยู่อย่างไร ก็มีและเป็นอยู่อย่างนั้นไม่สามารถเปลี่ยนแปลงตัวเองได้ ซึ่งเป็นไปตามหลักสิ่งนั้นมันย่อมแสดงเอง หรือ The thing say itself คำวินิจฉัยของศาลฎีกาที่ 4437/2531 ผู้ตายซึ่งรถจักรยานยนต์สองล้อ ไปเก็บผักนึ่งบริเวณท้องนา ต่อมาพบผู้ตายถูกข่มขืนกระทำชำเราใกล้กับสถานทดลองข้าวซึ่งจำเลยทำงานอยู่ พบเส้นผมประมาณ 20 - 30 เส้นกับขนอวัยวะเพศ 1 เส้นตกอยู่ที่กองเลือดในที่เกิดเหตุ พนักงานสอบสวนได้นำตัวอย่างเส้นผมและขนจากอวัยวะเพศของจำเลยและของคณงานสถานีทดลองข้าวดังกล่าว รวม 8 คน ไปตรวจพิสูจน์เปรียบเทียบกับเส้นผมและขนจากอวัยวะเพศของกลาง ผลการตรวจลักษณะภายนอกและการตรวจน้ำเหลืองทางวิทยา เชื่อว่าเส้นผมบางเส้นและขนจากอวัยวะเพศของกลางเป็นของจำเลยโดยมีแพทย์ผู้ตรวจพิสูจน์มาเบิกความรับรองว่า วิธีการตรวจพิสูจน์ดังกล่าวสามารถยืนยันได้เกือบร้อยเปอร์เซ็นต์ และยังพบร่องรอยบาดแผลฉีกข่วนที่ร่างกายของจำเลยอีกหลายแห่งอันเกิดจากการค้ำจุนต่อสู้ของผู้ตาย ดังนั้นพยานหลักฐานโจทก์มีน้ำหนักฟังลงโทษจำเลยฐานข่มขืนกระทำชำเราและฆ่าผู้อื่นเพื่อปกปิดความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277 วรรคแรก, 289 (7) ได้

วิทยาศาสตร์เป็นวิชาที่ว่าด้วยความจริงซึ่งเป็นที่ประจักษ์คืออยู่แล้ว ความจริงที่เกิดขึ้นเมื่อเราได้ประมวลเหตุการณ์ตามธรรมชาติที่เกิดขึ้นจดจำและบันทึกไว้ เพื่อนำมารวบรวมเข้าก็เกิดเป็นความจริงขึ้นแล้วกลายเป็นหลักที่เชื่อถือได้ จึงใช้ถือปฏิบัติสืบเนื่องติดต่อกันมาทุกวันนี้ วิชาที่ว่าด้วยความจริงทั้งหลายนี้ก็คือ วิชาวิทยาศาสตร์นั่นเอง เช่น วิชาเคมี ฟิสิกส์ ชีววิทยา และการแพทย์กับศาสตร์อื่น ๆ ที่ว่าด้วยหลักความจริงทางวิทยาศาสตร์ทั้งหมดด้วย และเมื่อนำเอาผลการทดลองกับการปฏิบัติในห้องปฏิบัติการทางวิทยาศาสตร์หลาย ๆ ครั้งมาประมวลให้เกิดประโยชน์ในทางกฎหมาย เพื่อแสดงเหตุผลอย่างชัดแจ้งถึงการกระทำของผู้ถูกกล่าวหาได้ จึงเป็นวิทยาศาสตร์

⁴² แวว ยอดหญิง, กฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน (ธนบุรี : สำนักงานนิติปริทรรศน์ โรงพิมพ์สุทธินิสารการพิมพ์, 2509), หน้า 103.

ประยุกต์อย่างหนึ่งว่า “นิติวิทยาศาสตร์” อันเป็นวิชาที่มีความสัมพันธ์เชื่อมโยงระหว่างกฎหมายกับวิทยาศาสตร์” เพื่อพิสูจน์ความจริงจากวัตถุพยานใช้ประกอบเป็นหลักฐานในการดำเนินคดี โดยตระหนักถึงความจริงที่ว่าเมื่อการกระทำความคิดเกิดขึ้นคนร้ายย่อมทิ้งร่องรอยและวัตถุไว้ตามธรรมชาติ ณ สถานที่เกิดเหตุ และตามสภาพวัตถุพยานที่ว่า “สิ่งนั้นมันย่อมแสดงเอง”⁴⁴ ศาสตราจารย์ ประมูล สุวรรณศร ได้กล่าวไว้ว่า “บัคมีนิติวิทยาศาสตร์สามารถพิสูจน์ตัวเองได้แน่ชัดดีมาก จนถึงกับมีผู้กล่าวกันว่าพยานหลักฐานที่ได้จากการพิสูจน์ทางวิทยาศาสตร์ด้วยความเห็นของผู้เชี่ยวชาญนั้น อาจจะฟังได้แน่นอนยิ่งไปเสียกว่าพยานที่เห็นด้วยตาหรือได้ยินด้วยหูเสียอีก เพราะเหตุว่าการเห็นด้วยตาหรือได้ยินด้วยหูนั้นเป็นวิสัยของปุถุชน อาจจะพลั้งพลาด ไม่ได้ยิน คำนวณ ผิดพลาด ถวงนับย่นตา ถวงหูไปได้ แต่ว่าการพิสูจน์ทางวิทยาศาสตร์ถ้าพิสูจน์ให้เห็นโดยชัดเจนแล้วก็เป็นการแน่นอนยิ่ง” ดังนั้น ความถูกต้องของพยานวัตถุถ้าสามารถพิสูจน์และอธิบายได้ย่อมมีน้ำหนักยิ่งกว่าพยานบุคคล จึงเห็นว่าการพิสูจน์พยานหลักฐานทางวิทยาศาสตร์นับเป็นหัวใจของวิทยาการตำรวจสากลเกี่ยวกับการสืบสวนสอบสวน แสวงหาพยานหลักฐาน เพราะเป็นเครื่องมือที่ดีที่สุดในการค้นหาความจริงและให้ความยุติธรรมแก่ผู้เกี่ยวข้องทุกฝ่าย⁴⁵

คดีข่มขืนกระทำชำเราเป็นคดีที่มีพฤติการณ์กระทบกระทั่งกันอย่างรุนแรง เพราะความต้องการของผู้ข่มขืนและความไม่ยินยอมของฝ่ายหญิงผู้เสียหาย การกระทบกระทั่งหรือปะทะกันย่อมมีแนวโน้มที่จะมีร่องรอยการต่อสู้ทำร้าย รอยกัด รอยเล็บ เส้นผม เส้นขน เศษชิ้นเนื้อที่ติดที่เล็บของผู้เสียหาย หรือถึงแม้ฝ่ายหญิงผู้เสียหายจะไม่มี การต่อสู้ด้วยแรงกาย เพราะความกลัวจากการขู่ขู่หรือได้รับยาหรือสารที่ทำให้ไม่อาจต่อสู้ข่มขืน การกระทำชำเราจะต้องมีการสัมผัสซึ่งทำให้เนื้อวัตถุแลกเปลี่ยนกัน ตามหลักของ โดคาร์ค จึงอาจพบเส้นผม เส้นขน เส้นใยของเสื้อผ้า นอกจากนั้น ชายผู้ข่มขืนกระทำชำเรามักจะหลั่งน้ำอสุจิหรือเรียกว่า น้ำกาม อันประกอบด้วยตัวอสุจิและน้ำอสุจิ ซึ่งมีลักษณะเฉพาะสามารถตรวจสอบได้โดยวิธีทางวิทยาศาสตร์ ดังนั้นหากพบตัวอสุจิหรือคราบอสุจิในช่องคลอดของฝ่ายหญิง หรือพบร่องรอยบาดแผลของอวัยวะสืบพันธุ์และคราบโลหิต หรือจับตัวผู้ต้องหาได้ทันทีและส่งตัวไปตรวจพิสูจน์อาจพบเยื่อช่องคลอดที่

⁴³ พงศกรณ์ ชูเวช , การพิสูจน์หลักฐาน , หน้า 1.

⁴⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 2.

⁴⁵ ประมูล สุวรรณศร , ตำราอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน, หน้า 140.

ปลายอวัยวะเพศชายของผู้ต้องการก็จะพบพยานหลักฐานอันเป็นร่องรอยแห่งการข่มขืนกระทำชำเรา พยานหลักฐานต่าง ๆ ที่พบในคดีข่มขืนล้วนเป็นเครื่องช่วยพิสูจน์และยืนยันว่ามีการข่มขืนกระทำชำเราหรือไม่ นอกจากนั้นยังสามารถพิสูจน์ว่าผู้ต้องหาเป็นผู้กระทำความผิดหรือบริสุทธิ์ โดยนำพยานหลักฐานที่ได้รับจากการแสวงหาจากร่างกายผู้ต้องหาเปรียบเทียบกับพยานหลักฐานที่เก็บมาจากสถานที่เกิดเหตุ หรือที่พบจากร่างกายของผู้เสียหาย โดยนำเอาวัตถุพยานเหล่านั้นมาแปรผลด้วยวิธีทางวิทยาศาสตร์

พยานผู้เชี่ยวชาญ

คงได้กล่าวแล้วว่าในคดีข่มขืนกระทำชำเรานั้นมักไม่มีประจักษ์พยาน แต่พฤติการณ์แห่งคดีมักปรากฏร่องรอยแห่งการข่มขืนกระทำชำเรา ซึ่งปรากฏในรูปวัตถุพยานที่สามารถบอกเหตุการณ์หรือเป็นเครื่องพิสูจน์การกระทำได้ในตัวของมันเอง แต่วัตถุพยานส่วนใหญ่ที่ตรวจพบไม่สามารถนำมาเป็นประโยชน์ในการพิจารณาคดีได้ทันที จำต้องใช้ผู้มีความรู้ความชำนาญตรวจพิสูจน์วัตถุพยานเหล่านั้นด้วยกรรมวิธีทางวิทยาศาสตร์ ซึ่งเรียกว่าวัตถุพยานที่ทำการตรวจพิสูจน์ทางวิทยาศาสตร์ว่าพยานหลักฐานทางวิทยาศาสตร์

ในการพิจารณาคดีอาญา ศาลต้องค้นหาความจริงจากข้อเท็จจริงที่ปรากฏในคดีโดยอาศัยพยานหลักฐานต่าง ๆ พิจารณาถ่มถั่งกรองซึ่งนำพยานนั้น พยานบางชนิดหรือพฤติการณ์แห่งคดีบางอย่างเป็นเรื่องนอกเหนือความรู้ความเข้าใจของบุคคลธรรมดา หรือศาลไม่อาจเข้าใจได้ เพราะไม่มีความรู้ที่จะพิสูจน์ความหมายที่แฝงเร้นในวัตถุพยานจึงจำเป็นต้องอาศัยบุคคลผู้ซึ่งได้รับการฝึกฝนและมีประสบการณ์สูงเป็นพิเศษเฉพาะด้าน ในการที่จะช่วยเหลือพิสูจน์ถึงความจริงนั้น บุคคลดังกล่าวเรียกว่า ผู้เชี่ยวชาญ หรือ ผู้ชำนาญการพิเศษ (expert) บทบาทของพยานผู้เชี่ยวชาญในการช่วยเหลือศาลในการพิจารณาคดีนั้น ได้รับการยอมรับอย่างกว้างขวาง โดยเฉพาะทางด้านที่เกี่ยวข้องกับวิทยาศาสตร์และแพทยศาสตร์ บทบาทของพยานผู้เชี่ยวชาญจึงกำลังจะทวีความสำคัญขึ้นทุกวัน

ในคดีข่มขืนกระทำชำเรามักปรากฏวัตถุพยานหรือพยานหลักฐานทางกายภาพที่พบในที่เกิดเหตุหรือพบที่ร่างกายของผู้เสียหายหรือผู้ต้องหา ซึ่งต้องอาศัยกรรมวิธีทางวิทยาศาสตร์ตรวจพิสูจน์ความหมายที่แฝงเร้นในวัตถุพยานโดยอาศัยความรู้ความชำนาญของพยานผู้เชี่ยวชาญซึ่งเป็นบุคคลที่มีความรอบรู้ในเรื่องราวเฉพาะเป็นการพิเศษ โดยความรอบรู้เช่นว่านั้นได้จากการศึกษาหรือจากประสบการณ์เฉพาะตน การกำหนดตัวผู้เชียวชาญนั้นเป็นเรื่องของพนักงานสอบสวน

อัยการ หรือศาล โดยไม่ผูกมัดกับคำขอของผู้เกี่ยวข้องในคดี⁴⁶

โดยหลักวิชาการสำรวจถือว่า ผู้ที่จะทำหน้าที่เป็นผู้เชี่ยวชาญในการตรวจพิสูจน์วัตถุพยานนั้น จะต้องมีความรู้ในวิชากรนั้น ๆ โดยตรงและสอบได้ได้ประกาศนียบัตร หรือมีปริญญารับรองว่าได้ผ่านการศึกษาระดับปริญญาโทหรือปริญญาตรีมาแล้ว กล่าวคือมีการรับรองวิทยฐานะเป็นหลักฐานเชื่อถือได้ (qualification) แต่ถึงแม้จะมีความรู้เป็นอย่างดีก็ยังไม่อาจเป็นผู้เชี่ยวชาญได้ จึงต้องอาศัยความชำนาญในการปฏิบัติงานนานพอสมควร จึงจะถือว่าเป็นผู้ชำนาญการพิเศษหรือผู้เชี่ยวชาญ (expert) ตามความหมายที่แท้จริง

หน้าที่ของพยานผู้เชี่ยวชาญไม่เหมือนกับหน้าที่ของพยานบุคคล ศาลจะบังคับบุคคลให้เป็นผู้เชี่ยวชาญไม่ได้ เว้นแต่บุคคลนั้นได้ขอมลงชื่อเป็นผู้เชี่ยวชาญไว้ในทะเบียนผู้เชี่ยวชาญของศาลและอาจถูกคัดค้านได้⁴⁷ แต่ผู้เชี่ยวชาญเป็นพยานบุคคลประเภทหนึ่ง จึงมีหน้าที่ต้องไปเบิกความในศาล โดยเปิดเผยต่อหน้าศาลต้องผ่านกระบวนการกลั่นกรองพยานหลักฐาน คือการพิสูจน์ซักค้านเช่นเดียวกับพยานบุคคลทั่วไป

การรับฟังความเห็นของผู้เชี่ยวชาญนั้น ไม่ใช่ศาลจะต้องเชื่อและรับฟังตามนั้นเสมอไป แต่ยังเป็นเรื่องที่ศาลจะใช้ดุลพินิจซึ่งนำพยานหลักฐานทั้งปวง และวินิจฉัยชี้ขาดคดีคดีไป ศาลจะไม่รับฟังความเห็นของผู้เชี่ยวชาญที่เป็นความเห็นทางวิชาการที่ศาลรู้เอง หรือเป็นข้อเท็จจริงที่รู้จักกันอยู่ทั่วไป (judicial notice) แต่ในความเห็นของพยานผู้เชี่ยวชาญซึ่งทำการตรวจพิสูจน์ทางวิทยาศาสตร์ย่อมมีน้ำหนักมาก หากไม่มีการนำสืบพิสูจน์หักล้างให้เป็นอย่างอื่น เช่น ความเห็นของผู้เชี่ยวชาญทางวิทยาศาสตร์เคยมีการตรวจพิสูจน์สารต่าง ๆ ศาลย่อมรับฟังความเห็นของผู้เชี่ยวชาญดังกล่าวเป็นข้อยุติได้⁴⁸

พยานผู้เชี่ยวชาญในคดีข่มขืนมีความสำคัญและจำเป็นอย่างยิ่ง พนักงานสอบสวนจะต้องส่งตัวผู้เสียหายไปให้แพทย์ผู้เชี่ยวชาญตรวจร่างกายทุกราย และในกรณีที่พบตัวผู้ต้องหาจะต้องส่งตัวผู้ต้องหาไปให้แพทย์ตรวจร่างกาย เพื่อหาร่องรอยการกระทำผิดด้วย ผู้เชี่ยวชาญจะต้องมายังสถานที่เกิดเหตุเพื่อหาร่องรอยการข่มขืนกระทำชำเราแล้วนำไปตรวจพิสูจน์หรือตรวจเปรียบเทียบกับตัวอย่างส่งตรวจจากผู้ต้องสงสัย รวมทั้งพนักงานสอบสวนจะต้องส่งวัตถุพยาน เช่น

⁴⁶ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 99 และ คณิต ณ นคร , กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา , พิมพ์ครั้งที่ 3, หน้า 96.

⁴⁷ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 129 (2)

⁴⁸ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1978/2514, 2573/2519

เสื้อผ้า เส้นผม เส้นขน คราบเลือด คราบอสุจิ ที่ติดตามวัตถุ ตลอดจนร่องรอยที่พบในตัวผู้เสียหาย และผู้ต้องหา ไปให้ผู้เชี่ยวชาญตรวจพิสูจน์ร่องรอยแห่งพยานหลักฐานและลงความเห็น ผู้เชี่ยวชาญดังกล่าวจะลงความเห็นไว้เป็นหนังสือ ความเห็นเหล่านั้นจะถูกพิจารณาประกอบในสำนวน เพื่อพิจารณาตั้งฟ้องหรือไม่ฟ้องผู้ต้องหา และหากผู้ต้องหาถูกฟ้อง ผู้เชี่ยวชาญจะต้องไปเบิกความ ที่ศาลเพื่อยืนยันและอธิบายความเห็นดังกล่าวต่อหน้าศาลและจำเลย โดยผ่านการตรวจสอบความ น่าเชื่อถือของผู้เชี่ยวชาญในฐานะพยานอย่างหนึ่งตามหลักการพิจารณาสืบพยานต่อหน้าคู่ความฝ่าย ตรงข้าม หรือหลัก Confrontation* ความเห็นของผู้เชี่ยวชาญในคดีข่มขืนกระทำชำเรา มีน้ำหนัก ความน่าเชื่อถือแตกต่างกันตามลักษณะของวัตถุพยานที่ผู้เชี่ยวชาญตรวจพิสูจน์ เช่น ผู้เชี่ยวชาญ ตรวจพิสูจน์ว่า ตรวจร่างกายผู้เสียหาย แล้วยืนยันว่าผู้เสียหายผ่านการร่วมประเวณีมา แต่ไม่อาจ ยืนยันได้ว่าผู้ใดเป็นผู้ร่วมประเวณีหรือข่มขืนผู้เสียหาย จึงต้องอาศัยพยานอื่นประกอบ หากผู้เชี่ยวชาญ ให้การด้วยว่าผลการตรวจพิสูจน์เส้นขนที่พบในที่เกิดเหตุคล้ายกับเส้นขนอวัยวะของ จำเลย เช่นนี้พยานหลักฐานนั้นย่อมมีน้ำหนักเพียงพอลงโทษจำเลยได้ หากผู้เชี่ยวชาญให้การ อีกว่า ผลการตรวจพิสูจน์ลายพิมพ์ดีเอ็นเอจากคราบอสุจิที่พบในช่องคลอดผู้เสียหาย เหมือนกับ ลายพิมพ์ดีเอ็นเอจากคราบอสุจิของจำเลย คดีนี้ย่อมสามารถยืนยันได้ว่าจำเลยเป็นผู้กระทำผิด ทั้งนี้ เพราะลายพิมพ์ดีเอ็นเอของบุคคลมีความแตกต่างกันสามารถบ่งหรือชี้เฉพาะตัวบุคคลได้ พยาน- หลักฐานดังกล่าวจึงเป็นพยานยืนยันว่า มีการกระทำชำเรา หากพยานผู้เชี่ยวชาญยืนยันอีกว่า การ ตรวจร่างกายผู้เสียหายและจำเลย พบร่องรอยการต่อสู้ขัดขืนหรือพบสารที่ทำให้ผู้เสียหายไม่ สามารถต่อสู้ขัดขืนได้ ย่อมเป็นพยานหลักฐานที่มีน้ำหนักสามารถยืนยันได้ว่ามีการกระทำผิดและ จำเลยเป็นผู้กระทำผิด ดังนั้น จึงเห็นได้ว่าความเห็นพยานผู้เชี่ยวชาญสามารถพิสูจน์ความผิดอย่าง สิ้นสงสัยเพื่อลงโทษผู้กระทำผิดที่แท้จริงได้ ตามหลักที่ว่าให้ศาลใช้ดุลยพินิจวินิจฉัยชี้ชั่งน้ำหนัก พยานหลักฐานทั้งปวง อย่าพิพากษาลงโทษจนกว่าจะแน่ใจว่ามีการกระทำผิดจริง และจำเลยเป็น ผู้กระทำความผิดนั้น หรือ proof beyond reasonable doubt ผู้เชี่ยวชาญจึงมีบทบาทในการพิสูจน์ คดีข่มขืนกระทำชำเราเป็นอย่างยิ่ง

* Confrontation เป็นสิทธิของจำเลยในอันที่จะร่วมอยู่ในการดำเนินคดีของศาล คือ สิทธิของจำเลยในการเผชิญหน้ากับพยาน (right to confront witness) ซึ่งเป็นหลักประกันความ ยุติธรรมของผู้ตกเป็นจำเลยในคดี เพื่อให้การพิจารณาตัดสินคดีของศาลเป็นไปโดยบริสุทธิ์ยุติธรรม ตาม ที่ได้บัญญัติไว้ในกฎหมายรัฐธรรมนูญ The Sixth Amendment ของประเทศสหรัฐอเมริกา และ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 172 ของประเทศไทย