

ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการกระทำความผิดต่อบุคคลที่สมัครใจร่วมประเวณี¹

สุรภา พรหมอินทร์²

มนุษย์มีสิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกายเป็นสิ่งที่ติดตัวมาตั้งแต่กำเนิด การเคารพความเป็นมนุษย์ซึ่งกันและกันจึงเป็นเรื่องปกติวิสัยที่มนุษย์ด้วยกันพึงกระทำระหว่างกัน แต่ด้วยการแสวงหาความสุขทางเพศของมนุษย์ที่มีความเห็นแก่ตัว³ ทำให้เกิดการละเมิดขอบเขตความยินยอมให้ปฏิบัติต่อกันระหว่างบุคคลที่สมัครใจร่วมประเวณี เช่น การที่ชายฝ่ายกระทำชำเราไม่ไต่ถามขออนุญาตตามที่ตกลงกันไว้ การแอบถ่ายสื่อลามกอนาจาร การใช้กำลังทำร้ายร่างกายขณะชำเราซึ่งเกินขอบเขตความยินยอมที่บุคคลที่สมัครใจร่วมประเวณีแสดงการประสัคตกลงกันไว้ตั้งแต่ต้น อันเป็นการละเมิดสิทธิเสรีภาพทางเพศของบุคคลอื่น

การพิจารณาคำว่า “ผู้เสียหาย” นั้น บุคคลนั้นต้องได้รับความเสียหายจากการกระทำความผิดกฎหมาย กล่าวคือ “ตราบใดไม่มีบทบัญญัติความผิดเกิดขึ้น ตราบนั้นยังไม่มีผู้เสียหายในคดีอาญา ความเป็นผู้เสียหายมิได้ต่อเมื่อมีการกระทำความผิดอาญาเกิดขึ้นเท่านั้น”⁴

ด้วยเหตุนี้การมีบทบัญญัติกฎหมายอาญาที่ชัดเจนแน่นอนปราศจากความเคลือบคลุม จึงมีความสำคัญในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา อีกทั้งกฎหมายอาญาที่ชัดเจนแน่นอนเป็นเครื่องมือป้องกันไม่ให้เจ้าหน้าที่ของรัฐเลือกปฏิบัติต่อบุคคลใดบุคคลหนึ่ง เป็นการควบคุมการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ของรัฐให้อยู่ในขอบเขตตามที่กฎหมายกำหนดไว้ ตามหลักนิติรัฐ⁵

แม้ปัจจุบันประเทศไทยจะมีบทบัญญัติกฎหมายรับรองคุ้มครองสิทธิของพลเมืองภายในประเทศ เพื่อป้องกันปราบปรามอาชญากรรมและเสริมสร้างความสงบสุขในสังคม แต่เมื่อพิจารณากฎหมายอาญาและกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ในหลักเกณฑ์ความรับผิดชอบทางอาญา ผู้ศึกษาเห็นว่า การไม่มีบทบัญญัติ

¹ บทความนี้เรียบเรียงจากการค้นคว้าอิสระ เรื่อง ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการกระทำความผิดต่อบุคคลที่สมัครใจร่วมประเวณี โดยมีอาจารย์ที่ปรึกษา คือ ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ธีรนิติ เทพสุเมธานนท์ และคณะกรรมการสอบ คือ รองศาสตราจารย์สุเมธ จานประดับ และ อาจารย์ ดร. พิรพงศ์ จงไพศาลสกุล

² นักศึกษาปริญญาโท หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต (ส่วนภูมิภาค) คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง

³ วรรณ พ่วงพร้อม, พระมหามณเฑียร ปุริสุตโตโม, “ธรรมชาติมนุษย์ของโทมัสฮอบส์ในมุมมองของพุทธปรัชญา,” วารสาร มจร ปรัชญาปริทรรศน์ 4 , 1 (มกราคม – มิถุนายน 2564) : 1.

⁴ ธานีศ เกศวพิทักษ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ภาค 1-2 มาตรา 1-156 เล่ม 1, พิมพ์ครั้งที่ 16 (กรุงเทพมหานคร:สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2564), หน้า 9.

⁵ เกียรติจักร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1 บทบัญญัติทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 10 (กรุงเทพมหานคร:สำนักพิมพ์พลสยาม พรินติ้ง, 2551), หน้า 22.

⁶ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, สังคมกับกฎหมาย, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพมหานคร:สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2563) หน้า 232-238.

กฎหมายที่ชัดเจนแน่นอนนั้น ย่อมเป็นอุปสรรคต่อการดำเนินชีวิต ส่งผลกระทบต่อความสงบสุขและสิทธิเสรีภาพของประชาชน และเป็นอุปสรรคในการได้รับความคุ้มครองจากกระบวนการยุติธรรมของรัฐ ดังปัญหาต่อไปนี้

1. ปัญหาการไม่มีกฎหมายบัญญัติความผิด กรณีบุคคลที่สมัครใจร่วมประเวณีตกลงไต่ถ่วงขานามัยขณะชำเรา แต่ฝ่ายชายผู้กระทำชำเรากลับกระทำการผิดจากข้อตกลงโดยไม่ใช้ถ่วงขานามัยหรือแอบถอดถ่วงขานามัย

ตามประกาศกระทรวงสาธารณสุข เรื่องชื่อและอาการสำคัญของโรคติดต่อที่ต้องเฝ้าระวัง พ.ศ.2562 ภายใต้อำนาจพระราชบัญญัติโรคติดต่อ พ.ศ. 2558⁷ กำหนดให้โรคเอดส์และโรคติดต่อทางเพศสัมพันธ์อีก 7 โรค เป็นโรคติดต่อที่ต้องเฝ้าระวัง ได้แก่ ซิฟิลิส หนองใน หนองในเทียม แผลริมอ่อน กามโรคของต่อมและท่อน้ำเหลือง เริม อวัยวะสืบพันธุ์ และทวารหนัก และหูดอวัยวะเพศและทวารหนัก กองโรคเอดส์และโรคติดต่อทางเพศสัมพันธ์ภายใต้การบังคับบัญชาของกรมควบคุมโรค กระทรวงสาธารณสุข มีแนวนโยบายเร่งรัดส่งเสริมให้มีการใช้ถ่วงขานามัยด้วยการส่งเสริมความรู้ ความเข้าใจ และสร้างทัศนคติเชิงบวกเรื่องโรคติดต่อทางเพศสัมพันธ์ โรคเอดส์ ถ่วงขานามัยและการป้องกันโรคติดต่อทางเพศสัมพันธ์ให้กับประชาชน⁸

ผู้ศึกษาเห็นว่ามาตรการทางกฎหมายตามพระราชบัญญัติโรคติดต่อ พ.ศ.2558 ไม่ปรากฏมาตรการบังคับทางอาญ่าบังคับให้ฝ่ายชายต้องไต่ถ่วงขานามัยขณะชำเราบุคคลที่สมัครใจร่วมประเวณี เพื่อลงโทษฝ่ายชายในกรณีตกลงให้ไต่ถ่วงขานามัยขณะชำเราแต่ฝ่ายชายผู้กระทำชำเรากลับไม่ปฏิบัติตามข้อตกลง ย่อมเกินขอบเขตความยินยอมของบุคคลที่สมัครใจร่วมประเวณีที่ถูกกระทำชำเราแสดงเจตนาไว้แต่แรก

เมื่อพิจารณากฎหมายที่เกี่ยวข้องกับเรื่องดังกล่าวแล้วพบว่ายังไม่มีกฎหมายบัญญัติความผิด กรณีบุคคลที่สมัครใจร่วมประเวณีตกลงไต่ถ่วงขานามัยขณะชำเรา แต่ฝ่ายชายกลับกระทำการผิดจากข้อตกลงโดยไม่ใช้ถ่วงขานามัยหรือแอบถอดถ่วงขานามัย เมื่อพิจารณาเทียบเคียงกับกับพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ค้าประเวณี ของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี มาตรา 6 พบว่า หากผู้ให้บริการฝ่าฝืนไม่สวมถ่วงขานามัยกระทำชำเราผู้ค้าประเวณี ต้องใช้ค่าปรับไม่เกิน ห้าหมื่นยูโร⁹ อันเป็นการลงโทษเพื่อยุ้่มงูปราบปรามการกระทำผิดนั้น (Deterrence) ผู้ศึกษาจึงเห็นควรศึกษาว่าควรมีบทบัญญัติกฎหมายบัญญัติว่าเป็นการกระทำผิดและกำหนดโทษทางอาญ่าให้ชัดเจน

⁷ กระทรวงสาธารณสุข, “ประกาศกระทรวงสาธารณสุข เรื่องชื่อและอาการสำคัญของโรคติดต่อที่ต้องเฝ้าระวัง พ.ศ.2562”, ค้นเมื่อ 1 เมษายน 2567, <https://ddc.moph.go.th/dla/news.php?news=11543&deptcode=dla>.

⁸ กรมควบคุมโรค, “นโยบาย มาตรการและแนวทางปฏิบัติด้านการป้องกันและควบคุมโรคติดต่อทางเพศสัมพันธ์”, ค้นเมื่อ 1 เมษายน 2567, https://ddc.moph.go.th/das/journal_detail.php?publish=15328.

⁹ Bundesrecht, “มาตรา 6 พระราชบัญญัติคุ้มครองโสเภณี (ProstSchG)”, ค้นเมื่อ 2 เมษายน 2567, <https://www-buzer-de.translate.google.com/gesetz>.

2. ปัญหาการไม่มีกฎหมายบัญญัติความผิดเป็นบทเฉพาะในกรณีทำร้ายร่างกายทำให้เกิดแผลบริเวณอวัยวะเพศขณะทำกิจกรรมทางเพศ ด้วยการแสดงออกกระสันนิยมทางเพศของคนในสังคมมีความหลากหลายแตกต่างกัน บางคนนิยมใช้ความรุนแรงในการทำกิจกรรมทางเพศ ดังที่เรียกกันทั่วไปว่า “พฤติกรรมชาดิสม” ใช้ความก้าวร้าวทางกาย หรืออาจ¹⁰ทำให้บุคคลที่สมัครใจร่วมประเวณีอีกฝ่ายได้รับความเจ็บปวดแก่กายหรือจิตใจ ตัวอย่างเช่น การเผาจนเพชร ใช้น้ำดาเทียมหยดลงบริเวณเนินหัวหน่าวของอวัยวะเพศ การเจตนาทำให้คลิตอริสของอีกฝ่ายให้เป็นแผลด้วยการกัด จิก ข่วน อันก่อให้เกิดการบาดเจ็บ เกิดความเสียหายแก่เนื้อเยื่อบริเวณผิวหนังภายนอกอวัยวะเพศ ผลกระทบด้านลบต่อร่างกายและจิตใจ

แม้ประเทศไทยจะมีประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 295 และมาตรา 391 บัญญัติถึงความผิดฐานทำร้ายร่างกาย แต่ความเสียหายที่เกิดขึ้นต่ออวัยวะเพศอันเป็นส่วนที่เปราะบางต่อความรู้สึกของผู้เสียหายย่อมส่งผลกระทบต่อจิตใจของผู้เสียหายอย่างฝังลึก อีกทั้งแม้ประเทศไทยมีบทบัญญัติมาตรา 297 บัญญัติถึงผลจรรยาบรรณ แต่การเกิดบาดแผลบริเวณอวัยวะเพศที่ขจัดอย่างมาดังกล่าวนั้น ไม่เป็นผลจรรยาบรรณตามมาตรา 297 (2) เนื่องจากมาตรา 297 (2) ผลจรรยาบรรณต้องเป็นกรณีที่ผู้เสียหายไม่สามารถใช้อวัยวะเพศร่วมประเวณีได้¹¹ หรือสูญเสียความสามารถในการสืบพันธุ์ เช่น หญิงถูกตัดรังไข่หรือมดลูก ชายไม่สามารถผลิตสperm ได้ถึงขั้นเป็นหมัน¹² เป็นต้น ซึ่งปัญหาที่กล่าวมาข้างต้นนั้น ไม่ได้เป็นความเสียหายอันเป็นผลจรรยาบรรณตามมาตรา 297 (2)

ปัจจุบันประเทศไทยบทบัญญัติกฎหมายอาญามาตรา 295 และมาตรา 391 เป็นบททั่วไปไม่ใช่บทเฉพาะที่ใช้ลงโทษผู้กระทำความผิดฐานทำร้ายร่างกายให้เกิดบาดแผลบริเวณอวัยวะเพศ เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกฎหมายอาญาเยอรมันมีมาตรา 226a¹³ เป็นบทเฉพาะในกรณีทำร้ายร่างกายบริเวณอวัยวะเพศหญิง จึงควรศึกษาว่าควรมีการกำหนดความผิดกรณีนี้ไว้เป็นบทเฉพาะ

3. ปัญหาไม่มีกฎหมายบัญญัติความผิด กรณีแอบถ่ายสื่อลามกอนาจาร และครอบครองสื่อลามกอนาจารขณะกระทำชำเราบุคคลที่สมัครใจร่วมประเวณีอายุกว่า 18 ปีโดยไม่นำไปเผยแพร่ ปัจจุบันบทบัญญัติกฎหมายอาญามาตรา 280/1 มาตรา 287 มาตรา 287/1 มาตรา 287/2 มาตรา 278 มาตรา 397 และมี

¹⁰ ศิลปวัฒนธรรม, “ชาดิสม-มาโซคิสม มาจากไหน? ถกสมมติฐานเหตุผลที่คนเป็นชาดิสม,” ค้นเมื่อ 22 สิงหาคม 2567, https://www.silpa-mag.com/history/article_4361.

¹¹ เดือนเด่น นาคสีหราช นัตรทริกา นภานาพงศ์, **สรุปกฎหมายอาญา ภาคความผิด (ลักษณะ 9 – 12) ฉบับพร้อมสอบ**, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2565), หน้า 70.

¹² ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ ธรรมกร บุญมี, **คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิดและลหุโทษ**, พิมพ์ครั้งที่ 19 (กรุงเทพมหานคร:สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2565), หน้า 258 – 259.

¹³ Federal Ministry of Justice Federal Office of Justice, “German Criminal Code (Strafgesetzbuch – StGB) Section 226a Female genital mutilation,” ค้นเมื่อ 18 สิงหาคม 2567, https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stgb/englisch_stgb.html.

คำพิพากษาฎีกาที่ 12983/2558¹⁴ วางบรรทัดฐานว่าการกระทำลักษณะนี้ไว้เป็นความผิดตามมาตรา 278 นั้น ไม่ครอบคลุมถึงกรณีดังกล่าวได้อย่างแน่ชัด เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน ที่บัญญัติการสร้างบันทึกภาพสื่อลามกอนาจารการถ่ายภาพในที่สาธารณะโดยบุคคลอื่นไม่ยินยอมและต้องการปกปิดความเป็นส่วนตัว ไว้ในหมวดที่ 13 ความผิดต่อการคัดลั่นใจทางเพศ มาตรา 184 k (4)¹⁵ เป็นการละเมิดส่วนซ่อนเร้นของร่างกายบุคคลอื่น ด้วยการถ่ายภาพหรือการบันทึกภาพด้วยวิธีอื่นหรือส่งภาพโดยบุคคลอื่นไม่ยินยอม และหมวดที่ 15 การละเมิดความเป็นส่วนตัวในขอบเขตส่วนบุคคลและส่วนตัว มาตรา 201a¹⁶ การละเมิดความเป็นส่วนตัวบุคคลอื่น โดยการถ่ายภาพหรือบันทึกภาพด้วยวิธีอื่นหรือส่งภาพ โดยไม่ได้ความยินยอมให้บันทึกภาพในที่สาธารณะหรือในที่ที่ปกปิดความเป็นส่วนตัวนั้น เป็นการบัญญัติกฎหมายเป็นบทเฉพาะที่ชัดเจนแน่นอน จึงควรศึกษาว่าควรมีการกำหนดความผิดกรณีนี้ไว้เป็นบทเฉพาะ

ตามที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 กำหนดหลักความชอบด้วยกฎหมาย (Legality Principle in Criminal Law) กล่าวคือ “บุคคลจะต้องรับผิดทางอาญาต่อเมื่อมีกฎหมายบัญญัติอยู่ในขณะกระทำความผิดกำหนดโทษไว้” โดยหลักการนี้บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 29 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “บุคคลไม่ต้องรับโทษทางอาญา เว้นแต่ได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้อยู่ในเวลาที่กระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่บุคคลนั้นจะหนักกว่าโทษที่บัญญัติไว้ในกฎหมายที่ใช้อยู่ขณะกระทำมิได้”¹⁷ และมาตรา 2 ประมวลกฎหมายอาญา “บุคคลจักต้องรับโทษทางอาญาต่อเมื่อได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้อยู่ในขณะกระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดนั้น ต้องเป็นโทษที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย”¹⁸

รัฐจึงมีหน้าที่จัดให้มีกฎหมายเท่าที่จำเป็น โดยคำนึงถึงสิทธิเสรีภาพ ความปลอดภัยของประชาชนเป็นหลัก กฎหมายใดที่เป็นอุปสรรคในการดำรงชีวิตหรือประกอบอาชีพของประชาชน รัฐก็ควรมีการปรับปรุงแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายนั้นให้สอดคล้องกับสภาพสังคม และความรุนแรงของอาชญากรรมที่สร้างความเสียหายต่อคนในสังคมโดยตรง รัฐจึงควรจัดให้มีการประเมินผลสัมฤทธิ์ของการใช้กฎหมายต่อ

¹⁴ สุพิศ ประณีตพลกรัง, ความผิดเกี่ยวกับเพศข่มขืนกระทำชำเรา อนาจาร แก้ไขตามพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 27) พ.ศ. 2562, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2562), หน้า 55-57.

¹⁵ Federal Ministry of Justice Federal Office of Justice, “German Criminal Code Section 184k Violation of intimate parts of body by taking photographs or other images,” ค้นเมื่อ 2 เมษายน 2567, https://www-gesetze-im-internet-de.translate.google.de/englisch_stgb/englisch_stgb.

¹⁶ Federal Ministry of Justice Federal Office of Justice, “German Criminal Code Section 201a Violation of intimate privacy and of rights of personality by taking photographs or other images,” ค้นเมื่อ 2 เมษายน 2567, https://www-gesetze-im-internet-de.translate.google.de/englisch_stgb/englisch_stgb.

¹⁷ คนพล จันทน์หอม, **หลักพื้นฐานกฎหมายอาญา เล่ม 1**, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2563), หน้า 34-35.

¹⁸ คณิศ ณ นคร, **กฎหมายอาญาภาคทั่วไป**, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2551), หน้า 64.

ประชาชน ตามมาตรา 77 วรรคสอง รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 เพื่อจัดให้มีบทบัญญัติกฎหมายอาญาที่ชัดเจนแน่นอนปราศจากความคลุมเครือ (Nullum Crimen Sine Lege Certa) อันเป็นองค์ประกอบหนึ่งของหลักความชอบด้วยกฎหมาย (Legality Principle in Criminal Law) ตามแนวคิดของ อันเซล์ม ฟอน ฟอยเออร์บัค (Anselm von Feuerbach)¹⁹ ใช้ในการคุ้มครองความปลอดภัยของประชาชน และเป็นหลักประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชนอย่างมีประสิทธิภาพ ดังนั้น จากปัญหาที่ได้กล่าวมาข้างต้นนั้น ผู้ศึกษามีข้อเสนอแนะสำหรับแก้ไขปัญหาดังนี้

1. ปัญหาเกี่ยวกับการไม่มีกฎหมายบัญญัติความผิด กรณีบุคคลที่สมัครใจร่วมประเวณีตกลงไต่ถ่วงอย่างอนามยขณะชำเรา แต่ฝ่ายชายผู้กระทำชำเรากลับกระทำการผิดจากข้อตกลงโดยไม่ใช้ถ่วงอย่างอนามยหรือแอบถอดถ่วงอย่างอนามย

เมื่อพิจารณาผลกระทบที่ส่งผลให้เกิดโรคติดต่อทางเพศสัมพันธ์กระทบต่ออนามย ชีวิต ร่างกาย และระบบสาธารณสุขของรัฐ ความเสียหายที่เกิดขึ้นปรากฏการณ์ทางสังคมที่คนในสังคมส่วนรวมรับรู้กันอยู่ทั่วไปว่าเป็นอาชญากรรมตามแนวคิดกำหนดความผิดกฎหมายอาญาของเอมิล ดูร์ไคม์ (Emile Durkheim)²⁰

ดังนั้น เพื่อให้บรรลุผลในการป้องกัน ควบคุม โรคระบาดอย่างสมบูรณ์ตามกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม (International Convention on Economic, Social and Cultural Rights – ICESCR) ที่ไทยเป็นภาคีข้อ 12 (2)²¹ ที่ว่า “รัฐภาคีแห่งกติกานี้รับรองสิทธิของทุกคนที่จะมีสุขภาพกายและสุขภาพจิตตามมาตรฐานสูงสุดเท่าที่เป็นได้ (ค) การป้องกัน รักษาและควบคุมโรคระบาด โรคประจำถิ่น โรคจากการประกอบอาชีพและโรคอื่น ๆ” และให้สอดคล้องกับปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ข้อ 2 และข้อ 4 ที่มนุษย์มีสิทธิแสวงหาความสุขทางเพศได้อย่างปลอดภัยและมีสุขอนามัยทางเพศที่ดี²² และแนวคิดกำหนดความผิดทางอาญาของ Herbert L. Packer ว่า “การกระทำใดควรกำหนดเป็นความผิดอาญา การกระทำนั้นเป็นที่เห็นได้ชัดในคนหมู่มากว่ากระทบกระเทือนต่อสังคมและคนหมู่มาก

¹⁹ ฌ็อง-ฌัก ลูคัส, หลักพื้นฐานกฎหมายอาญา เล่ม 1, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2563), หน้า 57.

²⁰ ปกป้อง ศรีสนิท, กฎหมายอาญาชั้นสูง, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2563), หน้า 27.

²¹ สิทธิมนุษยชน, ตราสารระหว่างประเทศ ด้านสิทธิมนุษยชน, “กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม (International Convention Economic, Social and Cultural Rights – ICESCR)”, ค้นเมื่อ 2 เมษายน 2567, <https://humanrights.mfa.go.th/upload/pdf/icescrt.pdf>.

²² สุจิตรา เชื้อมโนไพร, “การค้าประเวณีโดยชอบด้วยกฎหมาย” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2560), หน้า 57-58.

ไม่ให้ภัยการกระทำเช่นนั้น”²³ สนับสนุนด้วยแนวคิดในการกำหนดความผิดกฎหมายอาญามีหน้าที่ของกฎหมายอาญาในการปกป้อง(Fontion Protectrice)และหน้าที่ในการลงโทษ (Fontion Repassive)²⁴ นั้น

ประเทศไทยจึงควรมีบทบัญญัติกฎหมายอาญาเป็นบทเฉพาะลงโทษชายผู้กระทำชำเราที่ฝ่าฝืนข้อตกลงสวมถุงยางอนามัย เพื่อให้สอดคล้องกับทฤษฎีการลงโทษเพื่อข่มขู่ปราบปราม (Deference)²⁵ โดยมุ่งหวังให้ชายผู้กระทำชำเราไตร่ตรองก่อนกระทำการมีเพศสัมพันธ์โดยไม่สวมถุงยางอนามัย อันเป็นการฝ่าฝืนข้อตกลงเป็นการขัดต่อหลักความยินยอมและขัดต่อหลักเสรีภาพทางเพศของบุคคลที่ยินยอมค้าประเวณี

จากเดิมประมวลกฎหมายอาญาไม่มีบทบัญญัติลงโทษชายที่ฝ่าฝืนข้อตกลงสวมถุงยางอนามัย ผู้ศึกษาเห็นควรบัญญัติกฎหมายเป็นบทเฉพาะ ในประมวลกฎหมายอาญา ลักษณะ 9 ความผิดเกี่ยวกับเพศ “มาตรา 276/1 กรณีบุคคลยินยอมให้กระทำชำเราโดยตกลงให้ชายสวมถุงยางอนามัยที่อวัยวะเพศชายขณะชำเรา หากชายผู้กระทำชำเรานั้นฝ่าฝืนข้อตกลงดังกล่าวโดยการไม่สวมถุงยางอนามัยขณะกระทำชำเราผู้อื่น ชายผู้กระทำชำเรานั้นมีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ระวังโทษเช่นเดียวกับมาตรา 276 วรรคหนึ่ง”

“มาตรา 276/1 วรรคสอง คำว่า “ชาย” ตามประมวลกฎหมายนี้ ให้หมายถึงบุคคลที่มีอวัยวะเพศชายรวมทั้งบุคคลที่มีอวัยวะเพศจากการศัลยกรรมแปลงเพศด้วย”

2. ปัญหาเกี่ยวกับการไม่มีกฎหมายบัญญัติความผิดเป็นบทเฉพาะในกรณีทำร้ายร่างกายทำให้เกิดแผลบริเวณอวัยวะเพศขณะทำกิจกรรมทางเพศ

เนื่องด้วยอวัยวะเพศเป็นอวัยวะที่เปราะบางของร่างกาย และหากถูกทำร้ายบริเวณนั้นย่อมเปราะบางต่อความรู้สึกของเจ้าของร่างกาย ผู้ศึกษาเห็นควรให้บัญญัติกฎหมายเป็นบทเฉพาะ

“มาตรา 295/1 ผู้ใดใช้กำลังทำร้ายร่างกาย จนเป็นเหตุให้เกิดอันตรายแก่กายบริเวณอวัยวะเพศ ต้องระวังโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งเดือนไม่เกินสองปี ปรับไม่เกินสองหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

3. ปัญหาเกี่ยวกับการไม่มีกฎหมายบัญญัติความผิด กรณีการแอบถ่ายสื่อลามกอนาจาร และครอบครองสื่อลามกอนาจารขณะกระทำชำเราบุคคลที่สมัครใจร่วมประเวณีอายุกว่า 18 ปีโดยไม่นำไปเผยแพร่

ตามประมวลอาญาของไทยปัจจุบันบทบัญญัติกฎหมายอาญามาตรา 280/1 มาตรา 287 มาตรา 287/1 มาตรา 287/2 มาตรา 278 และมาตรา 397 ไม่ครอบคลุมถึงกรณีปัญหาประการที่ 3 ได้อย่างแน่ชัด แม้ปัจจุบันมีคำพิพากษาฎีกา 12983/2558 แต่หน้าที่การอุดช่องว่างของกฎหมายเป็นหน้าที่ของฝ่ายนิติบัญญัติ ตาม

²³ ปราโมทย์ เสริมศีลธรรม, รายงานการวิจัย เรื่อง หลักเกณฑ์ในการกำหนดโทษทางอาญา ภายใต้โครงการสนับสนุนสารสนเทศ เพื่อการทำงานของสมาชิกรัฐสภา, (กรุงเทพมหานคร : สถาบันพระปกเกล้า, 2564), หน้า 22-23.

²⁴ ปกป้อง ศรีสนิท, กฎหมายอาญาชั้นสูง, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร:สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2563), หน้า 31-33.

²⁵ เกียรติจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1 บทบัญญัติทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 10 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์ พลสยาม พรินต์, 2551), หน้า 846.

หลักการแบ่งแยกอำนาจ²⁶ รัฐมีหน้าที่จัดให้มีกฎหมายตามความจำเป็น และต้องบัญญัติกฎหมายอาญาให้ชัดเจนแน่นอนปราศจากความคลุมเครือ (Nullum Crimen Sine Lege Certa)²⁷ เนื่องจากกฎหมายอาญามีโทษที่รุนแรงกระทบต่อชีวิต ร่างกาย ทรัพย์สินของบุคคล²⁸ การบัญญัติกฎหมายอาญาที่ชัดเจนแน่นอนและการใช้หลักการตีความกฎหมายอาญาอย่างเคร่งครัด ย่อมเป็นหลักประกันสิทธิเสรีภาพของบุคคล

ตามแนวคิดของศาสตราจารย์ไนเจล วอล์กเกอร์ (Nigel Walker)²⁹ ได้อธิบายว่า เนื้อหาของกฎหมายอาญา ที่นักนิติบัญญัติต้องคำนึงถึง คือ กฎหมายอาญามีหน้าที่ป้องกันไม่ให้บุคคลถูกล่วงละเมิดด้วยการปฏิบัติทางเพศอย่างหยาบคาย เพื่อให้กฎหมายอาญาคู่ครองเสรีภาพทางเพศของบุคคลอายุกว่า 18 ปี ตามหน้าที่ของกฎหมายอาญาในการปกป้อง (Fontion Protectrice) และหน้าที่ในการลงโทษ (Fontion Repressive)³⁰ ผู้ศึกษาเห็นควรเพิ่มเติม “ประมวลกฎหมายอาญา ลักษณะ 1 หมวด 1 บทนิยาม มาตรา 1 (19) สือลามกอนาจาร หมายความว่า วัตถุหรือสิ่งแสดงให้รับรู้และเห็นประจักษ์ถึงการกระทำทางเพศของบุคคลที่มีอายุกว่า 18 ปี โดยรูป เรื่อง ลักษณะสามารถสื่อไปในทางกิจกรรมทางเพศลามกอนาจาร ทั้งในรูปแบบของเอกสาร ภาพ สิ่งพิมพ์ รูปภาพ ภาพโฆษณา เครื่องหมาย รูปถ่าย ภาพยนตร์ แถบบันทึกเสียง แถบบันทึกภาพ หรือรูปแบบอื่นใดในลักษณะทำนองเดียวกัน และให้หมายรวมถึงวัตถุหรือสิ่งของต่างๆ ข้างต้นที่จัดเก็บในระบบคอมพิวเตอร์ หรือในอุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์อื่นที่สามารถแสดงผลให้เข้าใจความหมายกิจกรรมทางเพศของบุคคลได้”

จากเดิมประมวลกฎหมายอาญา ภาค 2 ความผิด ลักษณะ 9 ความผิดเกี่ยวกับเพศ มาตรา 287 อนุมาตรา(1) ถึง อนุมาตรา(3) แก้ไขเพิ่มเติมเป็น “ลักษณะ 9/1 ความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจาร มาตรา 287 (4) ผู้ใดถ่ายหรือบันทึกสื่อลามกอนาจารหรือครอบครองสื่อลามกอนาจารที่ปรากฏให้เห็นผู้อื่นโดยไม่ได้รับความยินยอมในสื่อลามกอนาจาร ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สามปีถึงห้าปี และปรับตั้งแต่สามหมื่นบาทถึงสามแสนบาท”

บทบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมที่ผู้ศึกษาเสนอแนะ มีการระวางโทษทางอาญาที่สูง เพื่อให้ได้สัดส่วนที่เหมาะสมกับโอกาสที่จะเกิดความเสียหาย จากการที่ผู้กระทำความผิดนำสื่อลามกอนาจารนี้ไปใช้ในการข่มขู่ ครอบครองทรัพย์สินหรือริดเอาทรัพย์สิน หรือแสวงหาประโยชน์ทางเพศจากบุคคลที่สมัครใจร่วมประเวณีที่มีอายุ

²⁶ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, *หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชนว่าด้วยรัฐ รัฐธรรมนูญและกฎหมาย*, พิมพ์ครั้งที่ 11 (กรุงเทพมหานคร:สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2564), หน้า 268-295.

²⁷ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, *คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1 บทบัญญัติทั่วไป*, พิมพ์ครั้งที่ 10 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์ พลสยาม พรินต์, 2551), หน้า 22.

²⁸ คณิศ ณ นคร, *กฎหมายอาญา ภาคทั่วไป*, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2551), หน้า 70.

²⁹ ปราโมทย์ เสริมศิลปธรรม, *รายงานการวิจัย เรื่อง หลักเกณฑ์ในการกำหนดโทษทางอาญา ภายใต้โครงการสนับสนุนสารสนเทศ เพื่อการทำงานของสมาชิกรัฐสภา*, (กรุงเทพมหานคร : สถาบันพระปกเกล้า, 2564), หน้า 24-25.

³⁰ ปกป้อง ศรีสนิท, *กฎหมายอาญาขั้นสูง*, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร:สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2563), หน้า 31-

กว่า 18 ปี อันเป็นการต่อ ยอดอาชญากรรมที่รุนแรงขึ้นจึงเห็นควรระวางโทษอย่างสูง เพื่อตัดโอกาสการกระทำความผิดเพื่อให้สอดคล้องทฤษฎีการลงโทษเพื่อตัดโอกาสการกระทำความผิด (Incapacitation) และสอดคล้องกับแนวคิดของเซซาร์ เบคคาเรีย (Cesare Beccaria) ที่ว่า “ขนาดที่แท้จริงของอาชญากรรมคือความเสียหายที่เกิดขึ้นต่อสังคม” (The true measure of crimes is ...the harm done to society) “หากอาชญากรสร้างความเสียหายมากก็ควรลงโทษหนัก”³¹

เอกสารอ้างอิง

กรมควบคุมโรค. นโยบาย มาตรการและแนวทางปฏิบัติด้านการป้องกันและควบคุมโรคติดต่อทาง

เพศสัมพันธ์. [Online]. Available URL :

https://ddc.moph.go.th/das/journal_detail.php?publish=15328,2567 (เมษายน 1).

กระทรวงสาธารณสุข. ประกาศกระทรวงสาธารณสุข เรื่องชื่อและอาการสำคัญของโรคติดต่อที่ต้องเฝ้าระวัง

พ.ศ.2562. [Online]. Available URL :

<https://ddc.moph.go.th/dla/news.php?news=11543&deptcode=dla,2567> (เมษายน 1).

เกรียงไกร เจริญนาวัฒน์. หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชนว่าด้วยรัฐ รัฐธรรมนูญและกฎหมาย.

กรุงเทพมหานคร:สำนักพิมพ์วิญญูชน,2564.

เกียรติจักร วัจนะสวัสดิ์. คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1 บทบัญญัติทั่วไปกรุงเทพมหานคร:สำนักพิมพ์พลสยาม พรินติ้ง. 2551

คณพล จันทน์หอม. คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิด 1. กรุงเทพมหานคร:สำนักพิมพ์วิญญูชน. 2564

คณพล จันทน์หอม. หลักพื้นฐานกฎหมายอาญา เล่ม 1. กรุงเทพมหานคร:สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2563.

คณิต ณ นคร. กฎหมายอาญา ภาคทั่วไป. กรุงเทพมหานคร:สำนักพิมพ์วิญญูชน. 2551

ชาคร ขาวสabay. “ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการฟื้นฟูสมรรถภาพผู้ติดยาเสพติด.” วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยศรีปทุม, 2563.

เดือนเด่น นาคสีหราช และฉัตรทริกา นภานาพงศ์. สรุปกฎหมายอาญา ภาคความผิด (ลักษณะ 9 – 12)

ฉบับพร้อมสอบ.กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม. 2565

ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ และธณกร บุญมี. คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิดและลหุโทษ.

กรุงเทพมหานคร:สำนักพิมพ์วิญญูชน. 2565

ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ. สังคมกับกฎหมาย. กรุงเทพมหานคร:สำนักพิมพ์วิญญูชน. 2563

³¹ ปกป้อง ศรีสนิท, กฎหมายอาญาชั้นสูง, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร:สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2563), หน้า 210-213.

ธานีศ เกศวพิทักษ์. คำอธิบายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ภาค 1-2 มาตรา 1-156 เล่ม 1.

กรุงเทพมหานคร:สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา. 2564

ปกป้อง ศรีสนิท. กฎหมายอาญาชั้นสูง. กรุงเทพมหานคร:สำนักพิมพ์วิญญูชน. 2563.

ปราโมทย์ เสริมศีลธรรม. รายงานการวิจัย เรื่อง หลักเกณฑ์ในการกำหนดโทษทางอาญา ภายใต้โครงการ
สนับสนุนสารสนเทศ เพื่อการทำงานของสมาชิกรัฐสภา. กรุงเทพมหานคร : สถาบันพระปกเกล้า,
2564.

วรรณา พ่วงพร้อม, พระมหามณเฑียร ปรีสุตโตโม. “ธรรมชาติมนุษย์ของโทมัสฮอบส์ในมุมมองของพุทธ
ปรัชญา.” วารสาร มจร ปรัชญาปริทรรศน์ 4 ,1(มกราคม – มิถุนายน 2564) : 1.

ศิลปวัฒนธรรม. ชาดิสต์-มาโซคิสต์ มาจากไหน? ถกสมมติฐานเหตุผลที่คนเป็นชาดิสต์. [Online].

Available URL :https://www.silpa-mag.com/history/article_4361, 2567 (สิงหาคม 22).

สทรัฐ กิติ สุกการ. กฎหมายอาญาหลักและคำพิพากษา. กรุงเทพมหานคร: อมรินทร์พริ้นติ้งแอนด์พับลิชชิ่ง.
2562

สิทธิมนุษยชน. ตราสารระหว่างประเทศ ด้านสิทธิมนุษยชน. ICESCR กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิ
ทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม. [Online]. Available URL :

<https://humanrights.mfa.go.th/th/humanrights/obligation/international-human-rights-mechanism/ICESCR.php>, 2567 (เมษายน 2).

สุจิตรา เชื้อมไพบูลย์. “การค้าประเวณีโดยชอบด้วยกฎหมาย.” วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต,
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2560

สุพิศ ประณีตพลกรัง. ความผิดเกี่ยวกับเพศข่มขืนกระทำชำเรา อนาจาร แก้ไขตามพระราชบัญญัติแก้ไข
เพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 27) พ.ศ. 2562. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม.
2562

Bundesrecht. มาตรา 6 พระราชบัญญัติคุ้มครองโสเภณี (ProstSchG). [Online]. Available URL :

<https://www-buzer-de.translate.google/gesetz/12217/b29100.htm>, 2567 (เมษายน 1).

Federal Ministry of Justice Federal Office of Justice. **German Criminal Code(Strafgesetzbuch – StGB)**

Section 226 Grievous bodily harm. [Online]. Available URL : https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stgb/englisch_stgb.html, 2567 (สิงหาคม 18).

Federal Ministry of Justice Federal Office of Justice. **German Criminal Code(Strafgesetzbuch – StGB)**

Section 226a Female genital mutilation. [Online]. Available URL : https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stgb/englisch_stgb.html, 2567(สิงหาคม 18).

Federal Ministry of Justice Federal Office of Justice. **German Criminal Code Section 184k Violation of**

intimate parts of body by taking photographs or other images. [Online]. Available URL :

https://www-gesetze--im--internet-de.translate.goog/englisch_stgb/englisch_stgb.html, 2567
(เมษายน 2).

Federal Ministry of Justice Federal Office of Justice. **German Criminal Code Section 177 Sexual assault by use of force or threats rape.** [Online]. Available URL : https://www-gesetze--im--internet-de.translate.goog/englisch_stgb/englisch_stgb.html, 2567 (เมษายน 2)