

ความผิดเกี่ยวกับเพศ: ศึกษากรณีการหลอกลวงเกี่ยวกับการใช้ถุงยางอนามัย
เพื่อให้ได้มาซึ่งความยินยอม

SEXUAL OFFENSES: A STUDY OF DECIVING ABOUT
THE USE OF CONDOM TO ACQUIRED CONSENT

ณัฐธิดา ไชสิตาภา

Natthida Kositapa

นักศึกษาปริญญาโท หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขากฎหมายอาญา
คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ : natthida.kos@dome.tu.ac.th

Graduate student of Master of Law Program in Criminal Law,
Faculty of Law, Thammasat University: natthida.kos@dome.tu.ac.th

Received : June 15, 2024

Revised : July 3, 2024

Accepted : July 11, 2024

บทคัดย่อ

ในการมีเพศสัมพันธ์ที่ปลอดภัยในปัจจุบัน ถุงยางอนามัยเป็นหนึ่งในมาตรการป้องกันทางเพศอย่างหนึ่งที่บุคคลทั่วไปมักเลือกใช้ เนื่องจากประสิทธิภาพที่สามารถป้องกันผลกระทบบั้นอาจเกิดขึ้นได้อย่างครอบคลุม ทั้งจากการตั้งครรภ์ไม่พึงประสงค์ และจากการติดเชื้อติดต่อทางเพศ อีกทั้งยังเป็นมาตรการที่มีผลกระทบน้อยและสามารถกระทำได้ง่าย การใช้ถุงยางอนามัยจึงเป็นมาตรการป้องกันทางเพศที่ได้รับการยอมรับจากสังคมอย่างกว้างขวาง แม้ว่าถุงยางอนามัยจะมีประโยชน์ในการทำให้การมีเพศสัมพันธ์เป็นไปโดยปลอดภัย แต่ในการมีเพศสัมพันธ์ของบุคคลกลับเกิดการหลอกลวงเกี่ยวกับการใช้ถุงยางอนามัยเพื่อให้ได้มาซึ่งความยินยอมขึ้น ซึ่งการหลอกลวงนี้ส่งผลให้ผู้อื่นตกอยู่ในความเสี่ยงที่จะได้รับอันตรายมากขึ้น และเมื่อในการมีเพศสัมพันธ์คู่กรณีได้ตกลงยินยอมกันไว้ในเงื่อนไขว่าจะต้องกระทำโดยใช้ถุงยางอนามัยเท่านั้น เมื่อคู่กรณีฝ่ายหนึ่งไม่ปฏิบัติตามที่ตกลงกันโดยไม่แจ้งหรือปกปิดข้อมูลเท็จจริงไม่ให้อีกฝ่ายทราบ เพื่อไม่ให้คู่กรณีฝ่ายที่ร้องขอเงื่อนไขการใช้ถุงยางอนามัยได้มีโอกาสปฏิเสธ ย่อมทำให้เกิดข้อถกเถียงว่ากรณีถือว่าการมีเพศสัมพันธ์นั้นกระทำลงโดยได้รับความยินยอมหรือไม่

โดยเมื่อพิจารณาแนวคิดทฤษฎี กฎหมายไทยและกฎหมายต่างประเทศที่เกี่ยวข้อง เห็นว่า ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา และมาตรา 278 ความผิดฐานกระทำอนาจาร ทั้งสองกรณีบัญญัติยอมรับความไม่ยินยอมเพียงสี่กรณีคือ “โดยขู่เชือดด้วยประการใด ๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยบุคคลนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้เข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น” เท่านั้น อันเป็นการยอมรับความยินยอมอย่างจำกัด ทำให้การกระทำที่กระทำลงโดยปราศจากความยินยอมก็อาจไม่เป็นความผิดตามกฎหมายได้ หากไม่ใช่ว่าการกระทำลักษณะในใดลักษณะหนึ่งที่กฎหมายยอมรับ ซึ่งจากการศึกษาการหลอกลวงเกี่ยวกับการใช้ถุงยางอนามัยเพื่อให้ได้มาซึ่งความยินยอมในต่างประเทศพบว่า ในขณะที่บางประเทศมีคำพิพากษาวางแนวทางทางกฎหมายไว้ แต่บางประเทศ เช่นประเทศสิงคโปร์และประเทศออสเตรเลียแก้ไขปัญหามาโดยแก้ไขบทกฎหมายเพิ่มเติมการกระทำโดยหลอกลวงเกี่ยวกับการใช้ถุงยางอนามัยเพื่อให้ได้มาซึ่งความยินยอมว่าเป็นการกระทำที่มีความผิดอันทำให้กฎหมายมีความชัดเจนแน่นอน

ด้วยเหตุนี้ผู้เขียนจึงเสนอให้แก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา ให้ยอมรับการหลอกลวงเกี่ยวกับการใช้ถุงยางอนามัยเพื่อให้ได้มาซึ่งความยินยอมเป็นรูปแบบการกระทำที่ผู้ถูกระทำไม่ยินยอมแก่การกระทำ โดยกำหนดให้เป็นความผิดอีกฐานความผิดหนึ่ง และกำหนดนิยามของถุงยางอนามัย เพื่อให้กฎหมายมีความชัดเจนแน่นอน

คำสำคัญ

ถุงยางอนามัย, ความยินยอม, มาตรการป้องกันทางเพศ, ข่มขืนกระทำชำเรา, อนาจาร, ล่วงละเมิดทางเพศ

ABSTRACT

Nowadays, in having safe sex, Condom is one sexual protective measure which commonly used by people. Due to broadly performance in preventing effect that possibly occur from unwanted pregnancy and sexual transmitted infection (STIs). It's also less effect and convenient measure. There for, using condom is a sexual protective measure which is accepted by society. However, although condoms make sexual intercourse safe but the action of deceiving about the use of condom to acquired consent which put people at more risk occurs. And when having sexual intercourse all parties have agreed under the condition of using condoms only. If the party doesn't comply without informing or conceal information in order to prevent other party from having an opportunity to decline. It's inevitably cause argument weather such sexual intercourse is considered obtained consent.

Considering theory, Thai law and related foreign law found that in Thai Criminal Code section 276, rape, and section 278, indecency, both offenses recognized non-consensual act only in four cases, "by threatening in any way, by doing acts of violence, to person unable to resist state and by causing a person to mistake him for other", which accepted a limited consent. Hence, even the act committed without consent but as long as it's not the case accepted by law the act may not illegal. From studying the deception about the use of condom to acquired consent in foreign countries, found that while some country has court judgment as legal guideline but others, for example Singapore and Australia solve the issue by amending the law, adding the act of deceiving about the use of condom to acquired consent as one offense, which make the law clear.

For this reason, the author recommends to amend Thai Criminal Code, accepting the act of deceiving about the use of condom as another form of non-consensual act, by addressing the action as another offense and set a definition of condom for law' clarity.

Keywords

Condom, Consent, Sexual protective measure, Rape, Indecency, Sexual assault

1. บทนำ

การมีเพศสัมพันธ์เป็นกิจกรรมที่เป็นธรรมชาติของมนุษย์ ซึ่งแนวคิดเกี่ยวกับการมีเพศสัมพันธ์ในแต่ละช่วงเวลาย่อมมีความแตกต่างกันไปตามแต่ค่านิยม ขนบธรรมเนียม ประเพณีวัฒนธรรมในแต่ละยุคสมัย โดยในปัจจุบันซึ่งเป็นยุคสมัยที่เทคโนโลยีมีความก้าวหน้า มนุษย์จึงสร้างวิธีการต่าง ๆ เพื่อป้องกันผลกระทบที่ไม่พึงประสงค์จากการกระทำเหล่านั้น มาตรการป้องกันทางเพศจึงมีขึ้นอย่างหลากหลายเพื่อที่จะป้องกันบุคคลจากผลลัพธ์ของการกระทำ ไม่ว่าจะเป็นจากการตั้งครรภ์ไม่พึงประสงค์หรือจากการติดโรคติดต่อทางเพศ ซึ่งในมาตรการป้องกันที่มีมากมายนั้น การใช้ถุงยางอนามัยเป็นหนึ่งในมาตรการที่เป็นที่นิยมและได้รับการยอมรับโดยทั่วไปจากผู้คนในสังคม เนื่องจากเป็นมาตรการที่ใช้ง่าย ไม่ยุ่งยากซับซ้อน อีกทั้งยังเข้าถึงได้ง่าย ราคาไม่สูง และหากเปรียบเทียบกับมาตรการป้องกันทางเพศอื่นแล้ว การใช้ถุงยางอนามัยยังมีประสิทธิภาพในการป้องกันผลลัพธ์อันไม่พึงประสงค์ของการกระทำที่ครอบคลุมกว่ามาตรการป้องกันทางเพศอื่นที่มักจะสามารถในการป้องกันได้เพียงอย่างเดียวหนึ่งเท่านั้น เช่น การรับประทานยาคุมกำเนิดที่สามารถป้องกันได้เฉพาะแต่การตั้งครรภ์ แต่ไม่สามารถป้องกันการติดโรคติดต่อทางเพศได้ เป็นต้น อย่างไรก็ตาม แม้ว่าจะถุงยางอนามัยจะเป็นมาตรการป้องกันทางเพศที่มีประสิทธิภาพก็ตาม แต่กระนั้นการกระทำโดยหลอกลวงเกี่ยวกับการใช้ถุงยางอนามัยเพื่อให้ได้มาซึ่งความยินยอมของคู่กรณีกลับเป็นการกระทำที่มีขึ้นในสังคม ซึ่งการกระทำดังกล่าวเกิดขึ้นโดยบุคคลลงใจที่จะไม่ใช้ถุงยางอนามัย ไม่ว่าจะเป็นการไม่ใช้ถุงยางอนามัยเลยหรือได้ใช้ถุงยางอนามัยแต่ต่อมาได้หยุดใช้ ทั้งที่ตนได้ตกลงไว้กับคู่กรณีในเรื่องของการกระทำโดยใช้ถุงยางอนามัยแล้ว แต่ปกปิดหรือไม่แจ้งการไม่กระทำของตนให้อีกฝ่ายทราบเพื่อมิให้คู่กรณีมีโอกาสได้ปฏิเสธอย่างชัดเจน อันเป็นการหลอกลวงคู่กรณีของตนเพื่อให้ได้มาซึ่งความยินยอม และทำให้การมีเพศสัมพันธ์ตกอยู่ในความเสี่ยงจากผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นซึ่งบุคคลไม่พึงประสงค์ โดยการหลอกลวงเกี่ยวกับการใช้ถุงยางอนามัยเพื่อให้ได้มาซึ่งความยินยอมในปัจจุบันสามารถพบเจอได้จากสื่อต่าง ๆ รวมไปถึงสื่อออนไลน์ เช่น กรณีรายการพุดทอล์คพุดโทรที่มีผู้โทรมาเล่าถึงประสบการณ์ที่ตนได้ถูกคู่กรณีแอบถอดถุงยางอนามัยระหว่างมีเพศสัมพันธ์ทุกครั้งจนตนตั้งครุฑ ซึ่งคู่กรณีได้ให้เหตุผลของการกระทำว่าเพราะต้องการที่จะมีลูก ทั้งที่หญิงได้แจ้งเจตนาว่าทุกครั้งก่อนมีเพศสัมพันธ์ว่าต้องการให้ใช้ถุงยางอนามัยเนื่องจากหญิงไม่พร้อมที่จะตั้งครุฑหรือมีภาวะอื่นใด¹ เป็นต้น นอกจากนี้บทความในวารสารโรคเอดส์ยังพบว่า ร้อยละยี่สิบห้าของลูกค้าของหญิงบริการได้หลอกลวงเกี่ยวกับการใช้ถุงยางอนามัย ทั้งที่ได้ตกลงกันไว้ก่อนแล้วว่าจะต้องใช้ถุงยางอนามัย² ซึ่งปัญหาดังกล่าวได้ถูกนำไปสร้างเป็นละครซีรีส์เรื่อง I may destroy you ที่นำเสนอบริบทของความยินยอมและการล่วงละเมิดทางเพศในหลายรูปแบบอีกด้วย

ในปัจจุบันหลายประเทศได้เล็งเห็นถึงความร้ายแรงของการหลอกลวงเกี่ยวกับการใช้ถุงยางอนามัยเพื่อให้ได้มาซึ่งความยินยอมและมีแนวคิดให้เป็นการกระทำที่มีความผิดตามกฎหมาย ในขณะที่ประเทศไทย ประมวลกฎหมายอาญาในส่วนความผิดเกี่ยวกับเพศมีแนวคิดสำหรับการกระทำที่บุคคลหนึ่งใช้อวัยวะเพศหรือวัตถุอื่นใดล่วงล้ำอวัยวะเพศของบุคคลอื่นเพียงสองกรณี คือการข่มขืนกระทำชำเรา และการอนาจารโดยล่วงล้ำ ซึ่งทั้งสองฐานความผิดได้ยอมรับลักษณะการกระทำที่ถือว่าผู้ถูกกระทำไม่ยินยอมแก่การกระทำอย่างจำกัดไว้เพียงการขู่เชิญด้วยประการใด ๆ การใช้กำลังประทุษร้าย การกระทำต่อผู้อื่นที่อยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ และการทำให้ผู้อื่นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น เท่านั้น อันทำให้เกิดปัญหาสำหรับกฎหมายไทยว่าไม่อาจนำมาใช้พิจารณาปรับใช้กับการหลอกลวงเกี่ยวกับการใช้ถุงยางอนามัยเพื่อให้ได้มาซึ่งความยินยอมได้

¹ Khaosod, 'เซลล์สาวเพื่อนร่วมงานหลอกถอดถุงยางตั้งท้อง วิวาร์3วัน ผู้หญิงโผล่บ้าน' (khaosod, 24 พฤศจิกายน 2563) <https://www.khaosod.co.th/special-stories/news_5392372> สืบค้นเมื่อ 9 พฤษภาคม 2565.

² นิพนธ์ ดารารุฒิมหาประกรณ์ และคณะ, 'ความสัมพันธ์ระหว่างสถานการณ์เสี่ยงในการใช้ถุงยางอนามัยกับความสนใจใช้ยาต้านไวรัสป้องกันก่อนการสัมผัสเชื้อเอชไอวีในกลุ่มพนักงานบริการหญิง' (2564) 1 วารสารโรคเอดส์ 61 <https://he02.tcithaijo.org/index.php/ThaiAIDS_Journal/article/view/253223/173765> สืบค้นเมื่อ 8 มีนาคม 2565.

2. ลักษณะของการหลอกลวงเกี่ยวกับการใช้ถุงยางอนามัยเพื่อให้ได้มาซึ่งความยินยอม และแนวคิดทฤษฎีที่เกี่ยวข้อง

การใช้ถุงยางอนามัยเป็นมาตรการป้องกันทางเพศอย่างหนึ่งที่มีขึ้นเพื่อลดความเสี่ยงในการที่จะเกิดผลลัพธ์อันไม่พึงประสงค์จากการมีเพศสัมพันธ์ และเมื่อบุคคลถูกหลอกลวงในข้อมูลเกี่ยวกับการใช้ถุงยางอนามัยจนได้ยินยอมเข้าร่วมมีเพศสัมพันธ์ การมีเพศสัมพันธ์ดังกล่าวย่อมเป็นที่น่ากังขาว่าเป็นการกระทำที่ทาลงโดยได้รับความยินยอมของผู้ถูกระงับหรือไม่

2.1 ลักษณะของการหลอกลวงเกี่ยวกับการใช้ถุงยางอนามัยเพื่อให้ได้มาซึ่งความยินยอม

การหลอกลวงเกี่ยวกับการใช้ถุงยางอนามัยเพื่อให้ได้มาซึ่งความยินยอม หรือ Stealthing คือการกระทำที่บุคคลได้ตกลงเข้าร่วมมีเพศสัมพันธ์กัน ซึ่งคู่กรณีฝ่ายหนึ่งได้แสดงเจตนาของตนเองให้คู่กรณีอีกฝ่ายทราบอย่างชัดแจ้งเกี่ยวกับเงื่อนไขการมีเพศสัมพันธ์ว่า ตนเองจะยินยอมมีเพศสัมพันธ์ด้วยเฉพาะแต่ในการกระทำที่อีกฝ่ายใช้ถุงยางอนามัย อันเป็นเงื่อนไขความปลอดภัยของการกระทำเท่านั้น และคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งทราบถึงการแสดงเจตนาแล้วแต่กลับเพิกเฉยไม่ปฏิบัติตาม โดยไม่แจ้งให้อีกฝ่ายทราบหรือปกปิดข้อเท็จจริงที่ตนเพิกเฉยไม่ปฏิบัติตามเพื่อมิให้คู่กรณีฝ่ายที่แสดงเจตนาร้องขอให้ใช้ถุงยางอนามัยได้มีโอกาสปฏิเสธที่จะไม่มีเพศสัมพันธ์ ซึ่งการกระทำมิได้หลายกรณี ไม่ว่าจะเป็นกรณีที่คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมิได้ใช้ถุงยางอนามัยเลยในการมีเพศสัมพันธ์ทั้งที่ได้ตกลงกับคู่กรณีอีกฝ่ายแล้วว่าจะใช้ถุงยางอนามัย กรณีที่คู่กรณีฝ่ายหนึ่งได้ใช้ถุงยางอนามัยตามที่ได้ตกลงกันไว้แต่ต่อมาในภายหลังระหว่างที่ยังคงมีเพศสัมพันธ์กลับได้หยุดใช้ถุงยางอนามัยโดยไม่แจ้งให้คู่กรณีอีกฝ่ายทราบ ทำให้ในบางครั้งคู่กรณีก็ทราบถึงการไม่ใช้ถุงยางอนามัยขณะมีการสอดใส่ แต่ในบางครั้งคู่กรณีก็ไม่วินิจฉัยว่าการไม่ใช้ถุงยางอนามัยจนกระทั่งผู้กระทำจะได้แจ้งให้ตนทราบในชั่ววันถัดมา³ ซึ่งการกระทำดังกล่าวมีข้อกังขาในทางกฎหมายว่า ถือว่าเป็นการกระทำที่ผู้ถูกระงับได้ยินยอมแก่การกระทำหรือไม่ โดยมีความเห็นแบ่งเป็นสองแนวทาง คือแนวทางแรกเห็นว่าการที่บุคคลตกลงยินยอมมีเพศสัมพันธ์แล้ว ความยินยอมนั้นย่อมครอบคลุมการมีเพศสัมพันธ์ในทุกลักษณะไม่ว่าจะเป็นรูปแบบใด มีการใช้มาตรการป้องกันทางเพศใดหรือไม่ ดังนั้นการหลอกลวงเกี่ยวกับการใช้ถุงยางอนามัยเพื่อให้ได้มาซึ่งความยินยอมจึงเป็นการกระทำที่ได้รับความยินยอมจากผู้ถูกระงับแล้ว และอีกแนวทางหนึ่งเห็นว่า การหลอกลวงดังกล่าวเป็นการเปลี่ยนการมีเพศสัมพันธ์โดยมีความยินยอมของคู่กรณี เป็นการมีเพศสัมพันธ์ที่คู่กรณีไม่ได้ให้ความยินยอมทันทีที่ผู้กระทำไม่ใช้ถุงยางอนามัย⁴ จึงไม่อาจถือได้ว่ากรณีมีเพศสัมพันธ์ดังกล่าวได้รับความยินยอมจากผู้ถูกระงับ

2.1.1 ผลกระทบของการกระทำด้านร่างกาย

การหลอกลวงเกี่ยวกับการใช้ถุงยางอนามัยเพื่อให้ได้มาซึ่งความยินยอมเป็นการที่บุคคลหนึ่งกระทำต่อร่างกายของอีกบุคคลหนึ่ง ผลลัพธ์ของการกระทำจึงเกิดต่อเนื้อตัวร่างกายของบุคคล ซึ่งผลกระทบในประการแรกคือการที่บุคคลผู้ถูกระงับอาจตั้งครรภ์ โดยแม้ว่าสำหรับบุคคลที่คาดหวังการมีบุตร การตั้งครรภ์จะมีใช้ผลลัพธ์ที่ไม่พึงประสงค์ก็ตาม แต่ก็มิใช่ทุกกรณีมีเพศสัมพันธ์ที่คู่กรณีคาดหวังมีบุตร หากบุคคลที่ไม่ต้องการที่จะตั้งครรภ์ได้ตั้งครรภ์ การตั้งครรภ์ดังกล่าวย่อมเป็นการตั้งครรภ์ที่ไม่พึงประสงค์และทำให้ร่างกายผู้ถูกระงับต้องแบกรับภาระมากมาย ไม่ว่าจะเป็นการที่รูปร่างร่างกายเปลี่ยนแปลงไปทำให้มีความลำบากในการใช้ชีวิตมากขึ้น เช่น ขยับ

³ Alexandra Brodsky, 'Rape-Adjacent: Imaging Legal Responses to Nonconsensual Condom Removal' (2017) 32 Columbia Journal of Gender and Law 185 <<https://heinonline.org/HOL/PDFsearchable?handle=hein.journals/coljgl32&collection=journals§ion=11&id=&print=section§ioncount=1&ext=.pdf&nocover=&display=0>> สืบค้นเมื่อ 1 มีนาคม 2565.

⁴ Mikaela Shapiro, 'Yes, "Stealthing" is sexual assault..and we need to address it' (2021) 37 Touro Law Review 1643 <https://digitalcommons.tourolaw.edu/cgi/view_content.cgi?article=3346&context=lawreview> สืบค้นเมื่อ 21 มีนาคม 2565.

ร่างกายไม่สะดวก แพ้ท้อง ภาวะครรภ์เป็นพิษ⁵ หรือการที่จำต้องยุติการตั้งครรภ์ นอกจากนี้ยังมีภาระด้านในด้านค่าใช้จ่ายต่าง ๆ ไม่ว่าจะค่าใช้จ่ายจากการดูแลตนเองระหว่างการตั้งครรภ์หรือภาระในการเลี้ยงดูบุตรหากได้คลอดบุตร ส่วนผลกระทบต่อร่างกายประการที่สอง ได้แก่ การติดเชื้อหรือการติดต่อทางเพศจากการสัมผัสของเหลวของร่างกายบุคคลผ่านช่องคลอด ทวารหนัก หรือปาก ซึ่งโรคติดต่อทางเพศที่ติดต่อกันระหว่างบุคคลผ่านการมีเพศสัมพันธ์ที่ไม่ป้องกันมีหลายโรค ไม่ว่าจะเป็น โรคเอดส์ โรคซิฟิลิส⁶ โรคเริม หรือโรคซิทิลิส⁶ เป็นต้น ซึ่งโรคเหล่านี้แม้ว่าบุคคลจะมีได้แสดงอาการของโรคออกมาให้สังเกตเห็นได้ก็ตาม แต่บุคคลที่เป็นโรคนี้อาจยังคงเป็นพาหะที่สามารถแพร่กระจายเชื้อสู่ผู้อื่นได้

2.2.1 ผลกระทบของการกระทำด้านจิตใจ

การมีเพศสัมพันธ์เป็นการกระทำที่บุคคลมีความใกล้ชิดซึ่งกันและกันมากกว่าการสัมผัสเนื้อตัวร่างกายกันตามปกติ เนื่องจากบริเวณที่บุคคลสัมผัสกันเป็นการสัมผัสในอวัยวะเพศอันเป็นบริเวณซึ่งเป็นของลับที่เจ้าของร่างกายสงวน การที่ผู้เป็นเจ้าของร่างกายยินยอมให้บุคคลหนึ่งแตะต้องล่อลวงที่ดังกล่าว บุคคลย่อมคิดไตร่ตรองแล้วจึงได้ยินยอม หากมีการหลอกลวงเกี่ยวกับถุงยางอนามัยเกิดขึ้น การกระทำดังกล่าวย่อมเป็นการเพิกเฉยและฝ่าฝืนความต้องการของบุคคล ซึ่งทำให้เกิดผลกระทบต่อผู้ถูกระทำไม่เพียงแต่ในด้านร่างกายแต่ยังรวมไปถึงด้านจิตใจด้วย โดยอาจเกิดขึ้นได้ในหลายกรณี เช่น ทำให้ผู้ถูกระทำมีบาดแผลทางจิตใจในเรื่องของการเชื่อใจในตัวบุคคล (betrayal trauma) ที่เกิดจากการที่บุคคลมีความฝังใจที่ตนถูกฝ่าฝืนความยินยอมโดยบุคคลที่ตนเชื่อใจ⁷ อันนำไปสู่การหลีกเลี่ยงที่จะเพศสัมพันธ์ หรือการที่บุคคลมีภาวะความมั่นใจในตัวเองต่ำ (low self-esteem)⁸ จากการโทษตัวเองว่าเหตุที่คู่ขนอนอีกฝ่ายไม่ใช่ถุงยางอนามัยเกิดจากตนเองที่ปฏิเสธไม่เพียงพอหรือเกิดจากตนเองที่เลือกเชื่อใจคนผิดไป อีกทั้งยังก่อให้เกิดความเครียดความวิตกกังวลแก่ผู้ถูกระทำ ซึ่งผลกระทบในด้านจิตใจเหล่านี้ล้วนแต่เป็นปฏิกิริยาที่นำไปสู่การเป็นโรควิตกกังวล (anxiety) หรือโรคซึมเศร้า (depression)⁹ หรือโรคเครียดภายหลังเผชิญเหตุการณ์สะเทือนขวัญ (post-traumatic stress disorder) ได้¹⁰

2.2 แนวคิดทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับการหลอกลวงเกี่ยวกับการใช้ถุงยางอนามัยเพื่อให้ได้มาซึ่งความยินยอม

การกระทำโดยหลอกลวงเกี่ยวกับการใช้ถุงยางอนามัยเพื่อให้ได้มาซึ่งความยินยอม เป็นการกระทำที่มีข้อถกเถียงกันว่ามีคามยินยอมหรือไม่ จึงจำเป็นต้องมีการศึกษาหลักความยินยอมเปรียบเทียบกับกระทำ

2.2.1 หลักความยินยอม

หลักความยินยอมแม้จะไม่ใช่อำนาจในทางกฎหมายอาญาแต่ก็เป็นหลักที่กฎหมายอาญายอมรับ โดยในทางอาญาการที่บุคคลกระทำการโดยขัดต่อความยินยอมของผู้เสียหายย่อมเป็นความผิด เว้นแต่บุคคลดังกล่าวได้ให้ความยินยอมแก่การกระทำแล้ว ซึ่งความยินยอมที่บุคคลสามารถนำมาอ้างเพื่อยกเว้นความรับผิดทางอาญาได้จะต้องเกิดขึ้นจากความบริสุทธิ์ใจ ผู้ยินยอมจะต้องมีเสรีภาพและอิสรภาพในการตัดสินใจ ไม่ถูกล่อลวง ชู่เชิญ

⁵ สุระ โฉมแฉล้ม, 'ช่วงตั้งครรภ์ ปัญหาสุขภาพที่คุณแม่พบบ่อย' (Paolohospital, 27 กรกฎาคม 2565) <<https://www.paolohospital.com/th-TH/center/Article/Details/ช่วงตั้งครรภ์-ปัญหาสุขภาพที่คุณแม่พบบ่อย>> สืบค้นเมื่อ 2 เมษายน 2566.

⁶ สมรรถน์ ลิ้มมาศคุณ, 'คุยเฟื่องเรื่อง “ถุงยางอนามัย”' (samitivejhospitals, 06 กุมภาพันธ์ 2563) <<https://www.samitivejhospitals.com/th/article/detail/%E0%B8%96%E0%B8%B8%E0%B8%87%E0%B8%A2%E0%B8%B2%E0%B8%87%E0%B8%AD%E0%B8%99%E0%B8%B2%E0%B8%A1%E0%B8%B1%E0%B8%A2>> สืบค้นเมื่อ 11 พฤษภาคม 2565.

⁷ Joan Cook, 'Stealth is assault, a betrayal with potentially long-lasting consequences' (thehill, 24 May 2017) <<https://thehill.com/blogs/pundits-blog/health-care/334907-stealth-is-assault-a-betrayal-with-potentially-long-lasting/>> สืบค้นเมื่อ 11 พฤษภาคม 2565.

⁸ Sheri Jacobson, 'The Psychological Effect of Stealthing- Yes, It's a Big Deal' (Harley Therapy Counselling Blog, 15 July 2021) <<https://www.harleytherapy.co.uk/counselling/stealthing-assault.htm>> สืบค้นเมื่อ 11 พฤษภาคม 2565.

⁹ Sheri Jacobson (เชิงอรรถ 8).

¹⁰ Kimmy Khanh Nguyen, Cody Weeks and Douglas Stenstrom, 'Investigating the Effect of Stealthing Justification on rape Perceptions' (2021) 791 <<https://journals.sagepub.com/doi/10.1177/1077801220930823>> สืบค้นเมื่อ 5 เมษายน 2566.

ใช้กำลังบังคับหรือทำให้เข้าใจผิดจนมอบความยินยอมให้ การทำให้เข้าใจผิดโดยหลอกลวงจนได้ไปซึ่งความยินยอมจึงไม่ใช่ความยินยอมที่เกิดขึ้นโดยความบริสุทธิ์ใจความยินยอมจึงเสียไป โดยความยินยอมในกรณีถูกหลอกลวงแบ่งออกเป็นสองประเภทคือ¹¹

การหลอกลวงในข้อเท็จจริง (fraud in the fact) การหลอกลวงประเภทนี้เป็นการหลอกลวงในสาระสำคัญของการกระทำโดยทำให้บุคคลที่ให้ความยินยอมเกิดความเข้าใจผิดในตัวบุคคล หรือสภาพอันเป็นสาระสำคัญของการกระทำที่ส่งผลต่อผลลัพธ์ต่อบั้นปลายของการกระทำ ความยินยอมจึงเสียไป อันเป็นการที่ผู้เสียหายยินยอมให้ผู้กระทำกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง แต่การกระทำที่เกิดขึ้นกลับเป็นอีกอย่างหนึ่งที่แตกต่างกัน เช่น กรณีครูสอนร้องเพลงหลอกลวงผู้เสียหายซึ่งเป็นเด็กกว่า การมีเพศสัมพันธ์เป็นการสร้างช่องผ่านอากาศทำให้การหายใจในการร้องเพลงของผู้เสียหายดีขึ้น จนผู้เสียหายเชื่อและยอมมีเพศสัมพันธ์¹² ที่เป็นการหลอกลวงผู้เสียหายว่าเป็นการกระทำที่ไม่ใช่การชำเรา แต่ข้อเท็จจริงกลับเป็นการชำเราผู้เสียหาย เป็นต้น

การหลอกลวงในเหตุจูงใจ (fraud in the inducement) การหลอกลวงนี้ผลของการกระทำว่าความยินยอมเสียไปหรือไม่ขึ้นอยู่กับบทกฎหมายตามแต่กรณี บางกรณีก็มีผลให้ความยินยอมเสียไปแต่บางกรณีความยินยอมก็ไม่ได้เสียไป โดยสำหรับความผิดเกี่ยวกับเพศการหลอกลวงในเหตุจูงใจเพื่อให้ได้มาซึ่งความยินยอมในการกระทำชำเราที่พบได้บ่อยครั้ง ได้แก่ การหลอกลวงว่าตนมีฐานะดี ร่ำรวย ทั้งที่ไม่ใช่ความจริง หรือหลอกว่าจะแต่งงานด้วย เป็นต้น ซึ่งข้อมูลที่หลอกลวงเหล่านี้เป็นข้อมูลที่จูงใจผู้เสียหายให้ยอมแก่ตนเพื่อประโยชน์บางอย่างที่ผู้เสียหายจะได้รับซึ่งไม่เป็นความจริง¹³ อย่างไรก็ตาม การหลอกลวงแม้เป็นการหลอกลวงเพียงในเหตุจูงใจก็ตามแต่หากเหตุจูงใจนั้นมีลักษณะเป็นสภาพอันเป็นสาระสำคัญของการกระทำแล้ว แม้บุคคลจะหลอกลวงเพียงในมูลเหตุความยินยอมก็เสียไป เช่น กรณีที่ชายหลอกลวงหญิงให้เข้าใจผิดว่าตนคือสามีของหญิง หญิงจึงยินยอมมีเพศสัมพันธ์ด้วย อันเห็นได้ว่าการเป็นสามีเป็นมูลเหตุจูงใจหญิงให้ยินยอม ซึ่งแม้บุคคลที่หญิงได้แสดงเจตนายินยอมกับบุคคลที่หญิงมีเพศสัมพันธ์ด้วยจะเป็นคนเดียวกันก็ตาม แต่สำหรับการมีเพศสัมพันธ์แล้วคู่กรณีหรือบุคคลที่กระทำต่อเป็นสภาพของการกระทำอย่างหนึ่งที่บุคคลทั่วไปยึดถือให้มีความสำคัญ การหลอกลวงในเหตุจูงใจดังกล่าวจึงเป็นการหลอกลวงในสภาพของการกระทำอันเป็นสาระสำคัญด้วย ความยินยอมจึงเสียไป

โดยความยินยอมในกรณีถูกหลอกลวงดังที่ได้กล่าวมาในข้างต้นเป็นความยินยอมจากในทางกฎหมายอาญา แต่ในอีกทางหนึ่งสำหรับในทางกฎหมายแพ่ง แม้ว่ากฎหมายแพ่งไม่ได้มีการบัญญัติไว้โดยเฉพาะเกี่ยวกับความยินยอมทางแพ่ง แต่การแสดงเจตนายินยอมก็เป็นการแสดงเจตนาอย่างหนึ่งซึ่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มีหลักการที่คล้ายคลึงและอาจเทียบเคียงกันได้ในเรื่องนิติกรรมและสัญญาในส่วนของ การแสดงเจตนาโดยสำคัญผิดที่ในกรณีของมาตรา 156 การแสดงเจตนาโดยสำคัญผิดในสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญของนิติกรรม และกรณีมาตรา 157 การแสดงเจตนาโดยสำคัญผิดในคุณสมบัติที่ผลของการกระทำมีความแตกต่างกัน ดังนี้

กรณีมาตรา 156 เป็นการแสดงเจตนาโดยสำคัญผิดในสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญของนิติกรรม ซึ่งการแสดงเจตนาในลักษณะนี้ส่งผลให้นิติกรรมมีผลเป็นโมฆะ อันเป็นการที่บุคคลแสดงเจตนากระทำนิติกรรมอย่างหนึ่ง แต่นิติกรรมที่แสดงออกมาจากการกระทำกลับเป็นนิติกรรมอีกอย่างซึ่งแตกต่างกับที่ตั้งใจกระทำ โดยการสำคัญผิดตามมาตรานี้จะต้องเป็นการสำคัญผิดในสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญของนิติกรรมหรือถึงขนาดด้วย ซึ่งได้แก่

1. ความสำคัญผิดในลักษณะของนิติกรรม อันหมายความว่าถึงการที่คู่สัญญาเข้าทำนิติกรรมโดยมีเจตนากระทำนิติกรรมอย่างหนึ่ง แต่ผลของการกระทำแท้จริงแล้วกลับเป็นนิติกรรมอีกอย่าง เช่น จำเลยทำใบมอบอำนาจปลอมให้โจทก์เซ็น โดยจำเลยหลอกว่าใบมอบอำนาจเป็นใบมอบอำนาจเพื่อให้จำเลยเข้ามา แต่แท้จริงแล้ว

¹¹ กมลชัย รัตนสกวาวงศ์, 'ความยินยอมในกฎหมายอาญา' (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2523) 28-29.

¹² *R v Williams* [1923] 1 KB 340.

¹³ คณพล จันทรหอม, *คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิด เล่ม 1* (พิมพ์ครั้งที่ 3, วิญญูชน 2564) 563.

เป็นใบมอบอำนาจให้โจทก์ขายนาให้จำเลย ซึ่งโจทก์ก็ได้ยินยอมแก่การขายนา การแสดงเจตนาของโจทก์จึงเป็นไปโดยสำคัญผิดในลักษณะของนิติกรรม ซึ่งเป็นสาระสำคัญจึงเป็นโมฆะ¹⁴

2. ความสำคัญผิดในบุคคลคู่กรณีแห่งนิติกรรม อันเป็นการที่บุคคลแสดงเจตนาต้องการทำนิติกรรมกับบุคคลใดบุคคลหนึ่ง แต่กลับสำคัญผิดกระทำนิติกรรมกับอีกบุคคลหนึ่งเนื่องจากเข้าใจว่าเป็นบุคคลเดียวกัน โดยการสำคัญผิดในตัวบุคคลที่จะถือว่าเป็นการสำคัญผิดในสาระสำคัญนั้น ตัวบุคคลคู่กรณีจะต้องเป็นสาระสำคัญของนิติกรรมด้วย กล่าวคือจะต้องถึงขนาดว่าถ้าไม่ใช่บุคคลดังกล่าวก็จะไม่เข้าทำนิติกรรมด้วย เช่น การยืม การเช่า เป็นต้น

3. ความสำคัญผิดในทรัพย์สินซึ่งเป็นวัตถุแห่งนิติกรรม เช่น การซื้อขายที่ดินผิดแปลง โดยผู้ขายตั้งใจจะขายที่ดินแปลงหนึ่ง แต่ในขณะที่ทำสัญญากลับทำสัญญาขายที่ดินอีกแปลงซึ่งตนไม่ได้ต้องการขาย เป็นต้น

4. ความสำคัญผิดในกรณีอื่น ๆ ที่นอกเหนือจากความสำคัญผิดที่ได้กล่าวไปในข้างต้นก็อาจเป็นการสำคัญผิดในสาระสำคัญได้เช่นเดียวกัน ซึ่งหากไม่มีการสำคัญผิดการแสดงเจตนาย่อมไม่เกิดขึ้น¹⁵ โดยจะต้องพิจารณานิติกรรมเป็นกรณีไปว่าอะไรคือสาระสำคัญที่เป็นการเฉพาะของนิติกรรมนั้น ๆ เช่น สัญญาเช่าที่มีค่าเช่าและการได้ใช้ประโยชน์จากทรัพย์สินที่เช่าเป็นสำคัญ หากผู้เช่าทำสัญญาเช่าห้องต่อจากสัญญาเดิมโดยเข้าใจว่าค่าเช่าจะราคาเท่าเดิม แต่แท้จริงแล้วค่าเช่ามีการขึ้นราคา การทำสัญญาเช่าห้องต่อจึงเป็นการที่ผู้เช่าสำคัญผิดในค่าเช่า อันเป็นสาระสำคัญของนิติกรรม สัญญาเช่าจึงเป็นโมฆะ

ประการที่สอง กรณีมาตรา 157 ที่เป็นการแสดงเจตนาโดยสำคัญผิดในคุณสมบัติของบุคคลหรือทรัพย์สิน อันมีผลให้นิติกรรมเป็นโมฆียะ โดยกรณีมาตรา 157 แตกต่างกับกรณีมาตรา 156 คือ กรณีมาตรา 157 นั้นบุคคลได้แสดงเจตนาทำนิติกรรมโดยมีความเข้าใจที่ถูกต้องในลักษณะของนิติกรรม บุคคลคู่กรณี และทรัพย์สินที่เป็นวัตถุแห่งนิติกรรมอันเป็นสาระสำคัญของนิติกรรมแล้ว¹⁶ หากแต่บุคคลเข้าใจผิดในคุณสมบัติของบุคคลหรือทรัพย์สิน โดยคุณสมบัติที่บุคคลสำคัญผิดตามมาตรา 157 นั้นมิได้หมายความว่าคุณสมบัติของบุคคลหรือทรัพย์สินโดยทั่วไปเท่านั้น แต่คุณสมบัติที่สำคัญผิดนั้นจะต้องเป็นสาระสำคัญของนิติกรรมด้วย กล่าวคือหากมิได้มีการสำคัญผิดแล้วนิติกรรมอันเป็นโมฆียะนั้นคงจะไม่ได้กระทำขึ้น ดังนี้

ประการที่หนึ่ง ความสำคัญผิดในคุณสมบัติของบุคคลซึ่งตามปกติถือว่าเป็นสาระสำคัญ เช่น การว่าจ้างพ่อครัวที่ความสามารถในการทำอาหารเป็นสิ่งสำคัญเป็นต้น หากนายจ้างจ้างลูกจ้างเป็นพ่อครัวโดยเข้าใจว่าลูกจ้างนั้นทำอาหารเป็น แต่ความเป็นจริงแล้วลูกจ้างนั้นทำอาหารไม่เป็น กรณีเป็นการที่นายจ้างสำคัญผิดในคุณสมบัติของลูกจ้างในความสามารถในการปฏิบัติหน้าที่ ซึ่งความสามารถในการทำอาหารเป็นสาระสำคัญในสัญญาจ้างพ่อครัว กรณีจึงเป็นการที่นายจ้างสำคัญผิดในคุณสมบัติที่เป็นสาระสำคัญของลูกจ้าง นิติกรรมจึงเป็นโมฆียะ

ประการต่อมา ความสำคัญผิดคุณสมบัติของทรัพย์สินซึ่งตามปกติถือว่าเป็นสาระสำคัญ ซึ่งมีได้ในหลายกรณี ไม่ว่าจะเป็นการสำคัญผิดในความแท้หรือความปลอมของทรัพย์สิน เช่น การเข้าใจว่าเป็นทองแท้แต่ความจริงแล้วเป็นทองชุบ หรือการสำคัญผิดในคุณสมบัติของตัวทรัพย์สิน เช่น ซื้อคอนโดมิเนียมโดยเข้าใจว่าห้องที่ซื้อเป็นห้องที่อยู่ชั้นบนสุด แต่เมื่อตึกสร้างเสร็จแล้วห้องที่ซื้อไม่ใช่ชั้นบนสุด เป็นต้น

2.2.2 กฎหมายไทยที่เกี่ยวข้องกับความผิดเกี่ยวกับเพศในกรณีการหลอกลวงเกี่ยวกับการใช้ถุงยางอนามัยเพื่อให้ได้มาซึ่งความยินยอม

สำหรับประเทศไทยประมวลกฎหมายอาญา ลักษณะ 9 ได้วางหลักเกี่ยวกับการกระทำอันเป็นความผิดเกี่ยวกับเพศไว้ในหลายกรณี โดยกรณีที่มีลักษณะของการกระทำเป็นการนำอวัยวะเพศของตนเองหรือวัตถุอื่นใด

¹⁴ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 828/2508.

¹⁵ ศนันทกรณ โสทธิพันธุ์, *คำอธิบายนิติกรรม-สัญญา* (พิมพ์ครั้งที่ 22, วิทยุชน 2561) 134.

¹⁶ ณัฐจักร ปัทมสิงห์ ณ อยุธยา, *คำอธิบายวิชานิติกรรม-สัญญา* (พิมพ์ครั้งที่ 1, ธนอรุณการพิมพ์ 2565) 143.

หรืออวัยวะอื่นใดที่มีใช่อวัยวะเพศ สอดใส่อวัยวะเพศของบุคคลอื่นโดยไร้ซึ่งความยินยอม ได้ถูกกำหนดไว้ในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรามาตรา 276 และความผิดฐานกระทำอนาจารมาตรา 278

2.2.2.1 ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา มาตรา 276

ลักษณะของการกระทำที่เป็นการข่มขืนกระทำชำเราตามกฎหมายได้ถูกวางหลักไว้ในมาตรา 276 โดยประกอบไปด้วยองค์ประกอบภายนอก 4 ประการได้แก่

1. ผู้ใด ซึ่งเป็นบุคคลที่มีเพศใดก็ได้ ไม่จำกัดว่าจะต้องเป็นเพศชายหรือเพศหญิงอย่างใดอย่างหนึ่งเท่านั้น และสามารถเป็นผู้กระทำผิดได้ไม่ว่าจะเป็นเพศตรงข้ามกับผู้เสียหายหรือเป็นเพศเดียวกับผู้เสียหายก็ตาม
2. ข่มขืนกระทำชำเรา ในส่วนของการข่มขืนหมายความถึงการบังคับหรือการกระทำโดยฝ่าฝืนจิตใจของบุคคลให้บุคคลจำต้องกระทำการอย่างใดโดยที่บุคคลนั้นมีได้สมัครใจหรือยินยอมในการกระทำนั้น โดยหากบุคคลได้ยินยอมแก่การกระทำและความยินยอมนั้นเป็นความยินยอมที่ชอบด้วยกฎหมาย การกระทำย่อมไม่มีความผิด อย่างไรก็ตามแม้ได้รับความยินยอม แต่หากความยินยอมมิได้เป็นความยินยอมที่ชอบด้วยกฎหมาย เช่น หญิงที่ยินยอมเนื่องจากสำคัญผิดว่าชายเป็นชายสามี ย่อมไม่อาจถือได้ว่าความยินยอมของหญิงเป็นความยินยอมโดยสมัครใจ¹⁷ การกระทำก็ยังคงเป็นความผิด

ในขณะที่ส่วนของการกระทำชำเราประมวลกฎหมายอาญามาตรา 1(18) ได้กำหนดนิยามความหมายของการกระทำอันเป็นการกระทำชำเราไว้ว่า เป็นการกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ โดยการใช่อวัยวะเพศของผู้กระทำล่วงล้ำอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น ทำให้การกระทำที่สามารถเป็นการกระทำชำเราตามความหมายของมาตรา 1(18) จะต้องประกอบไปด้วยเจตนาพิเศษที่เป็นการกระทำเพื่อการสนองความใคร่ของตนเองประการหนึ่ง โดยไม่จำกัดค่านึงว่าผู้กระทำจะได้สำเร็จความใคร่จากการกระทำหรือไม่ เพียงแต่การกระทำนั้นมีขึ้นเพื่อสนองความใคร่เพื่อให้ได้ระบายนรกทางเพศของผู้กระทำก็เพียงพอ และประการที่สองที่ทำให้การกระทำเป็นการกระทำชำเราคือลักษณะของการกระทำที่เป็นการที่ผู้กระทำใช่อวัยวะเพศของตนล่วงล้ำหรือการสอดใส่อวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่นเท่านั้น โดยอวัยวะในการลงมือกระทำชำเราจำกัดอยู่เพียงอวัยวะเพศของผู้กระทำเท่านั้น ไม่รวมถึงการล่วงล้ำหรือสอดใส่ที่เกิดขึ้นโดยอวัยวะอื่นใดหรือวัตถุอื่นใด ซึ่งเมื่อพิจารณาธรรมชาติของร่างกายมนุษย์อวัยวะในการลงมือกระทำชำเราจึงมีเพียงที่อวัยวะเพศชายเท่านั้น ซึ่งการล่วงล้ำหรือสอดใส่ตามมาตรา 1(18) นี้หากมีการล่วงล้ำเกิดขึ้นก็ถือว่าการกระทำได้กระทำสำเร็จแล้ว ไม่สำคัญว่าจะได้ล่วงล้ำมากน้อยเพียงใด อย่างไรก็ตามหากเป็นกรณีผู้กระทำเป็นหญิงกระทำต่อชาย ศาลฎีกาก็ได้มีคำพิพากษาวินิจฉัยไว้ว่าการกระทำชำเราในกรณีดังกล่าวคือการที่อวัยวะเพศชายผู้ถูกกระทำได้ล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศของหญิง¹⁸ ซึ่งอาจกล่าวได้ว่าศาลฎีกาได้ตีความขยายขอบเขตลักษณะการกระทำอันเป็นการข่มขืนกระทำชำเรา โดยให้อวัยวะเพศหญิงสามารถเป็นอวัยวะที่สามารถใช้ในการลงมือกระทำชำเราเช่นเดียวกับกับอวัยวะเพศชาย แม้โดยธรรมชาติแล้วอวัยวะเพศหญิงจะไม่อาจล่วงล้ำหรือสอดใส่อวัยวะเพศชายได้ก็ตาม

3. ผู้อื่น โดยองค์ประกอบนี้หมายความถึงผู้อื่นซึ่งเป็นวัตถุแห่งการกระทำ ซึ่งสามารถเป็นได้ไม่ว่าเพศใดรวมไปถึงผู้ที่ผ่าตัดแปลงเพศมาแล้วและมีภริยาของผู้กระทำ ซึ่งโดยทั่วไปในกรณีที่ชายเป็นผู้ชำเราหากหญิงเป็นผู้ถูกกระทำ หญิงย่อมถูกกระทำได้ทั้งทางอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปาก แต่หากชายเป็นผู้ถูกกระทำชายย่อมถูกกระทำได้เพียงเพียงทางทวารหนัก หรือช่องปากเท่านั้น

4. กระทำโดยวิธีการขู่เข็ญด้วยประการใด ๆ หรือใช้กำลังประทุษร้าย หรือโดยผู้อื่นนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือทำให้ผู้อื่นนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น โดยองค์ประกอบนี้เป็นองค์ประกอบในส่วนของความไม่ยินยอมของผู้เสียหาย แม้ว่ามาตรา 276 จะไม่ได้บัญญัติไว้อย่างแน่ชัดว่าการข่มขืนกระทำชำเราจะต้องประกอบไปด้วยความไม่ยินยอมของผู้เสียหายก็ตาม แต่คำว่าข่มขืนที่เป็นการกระทำโดยฝ่าฝืนจิตใจของบุคคลย่อม

¹⁷ สหรัญ กิติ ศฤการ, *กฎหมายอาญา : หลักและคำพิพากษา* (พิมพ์ครั้งที่ 9, อมรินทร์พริ้นติ้งแอนด์พับลิชชิ่ง 2562) 400.

¹⁸ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6323/2557.

มีความหมายที่ชัดเจนว่าหมายถึงการกระทำที่ผู้เสียหายไม่ยินยอม โดยมาตรา 276 ได้วางหลักลักษณะการกระทำที่ถือได้ว่าผู้เสียหายมิได้ให้ความยินยอมในการกระทำไว้เพียง 4 กรณี คือ

กรณีชู้เชียวด้วยประการใด ๆ ที่หมายความถึงการทำให้ผู้ถูกระงับเกิดความหวาดกลัวว่าจะได้รับอันตราย ไม่ว่าจะเป็อันตรายแก่ชีวิต ร่างกาย เสรีภาพ หรือแก่ทรัพย์สิน โดยความรู้สึกลัวหวาดกลัวต่ออันตรายของผู้ถูกระงับจะต้องเป็นความหวาดกลัวอย่างสมเหตุสมผลภายใต้สถานการณ์นั้น ๆ หรือเป็นความหวาดกลัวทางวิสัยด้วย (subjective fear)¹⁹ กล่าวคือแม้ผู้ถูกชู้เชียวรู้สึกหวาดกลัวก็ตาม แต่หากสำหรับบุคคลทั่วไปแล้วการชู้เชียวเช่นนั้นไม่น่าเกรงกลัว การชู้เชียวที่เกิดขึ้นก็ไม่ถือเป็นการชู้เชียวด้วยประการใด ๆ ตามความในมาตรานี้

ต่อมาคือกรณีใช้กำลังประทุษร้าย ซึ่งเป็นการที่ผู้กระทำให้ใช้กำลังประทุษร้ายผู้ถูกระงับ ไม่ว่าจะผลของการประทุษร้ายจะเกิดแก่กายหรือจิตใจของผู้ถูกระงับก็ตาม ไม่ว่าจะเป็นการใช้กำลังบังคับจับเนื้อตัวร่างกายโดยตรงหรือการใช้กำลังทำร้ายตีให้สลบแล้วลงมือข่มขืนกระทำชำเรา หรือการทำให้ผู้ถูกระงับอยู่ในสภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ เช่น การวางยานอนหลับแล้วลงมือข่มขืนกระทำชำเรา เป็นต้น เหล่านี้ล้วนแต่ถือเป็นการประทุษร้ายเช่นเดียวกัน

ถัดมาคือกรณีกระทำให้ผู้อื่นนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ ซึ่งแตกต่างกับการใช้กำลังประทุษร้ายคือ กรณีนี้แม้ผู้ถูกระงับจะอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนการกระทำได้ก็ตาม แต่ผู้กระทำให้ไม่ได้เป็นผู้ก่อให้เกิดภาวะที่ผู้ถูกระงับไม่สามารถขัดขืนได้ เป็นการที่ผู้กระทำให้ใช้โอกาสที่บุคคลไม่สามารถขัดขืนได้ลงมือกระทำความผิด เช่น การเจอบุคคลที่หมดสติหรือเจอบุคคลที่ร่างกายพิการไม่อาจขัดขืนได้จึงถือโอกาสกระทำชำเราเป็นต้น โดยในสภาวะนี้ได้มีคำพิพากษาศาลฎีกาขยายขอบเขตการกระทำให้โดยผู้อื่นนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ ว่าให้รวมไปถึงกรณีผู้ถูกระงับยินยอมเพราะถูกหลอกลวงด้วย ในกรณีที่จำเลยได้หลอกลวงผู้เสียหายซึ่งอายุ 16 ปีเศษให้ประกอบพิธีกรรมสะเดาะเคราะห์ที่มีลักษณะเป็นการชำเรา โดยเหตุที่ผู้เสียหายยินยอมให้จำเลยกระทำชำเรา ก็เนื่องมาจากผู้เสียหายเชื่อในอุบายของจำเลยว่าเป็นการประกอบพิธีกรรม อันแสดงให้เห็นว่าผู้เสียหายเป็นบุคคลที่อ่อนต่อโลกเบาปัญญา ศาลจึงพิพากษาว่าการที่ผู้เสียหายยินยอมให้จำเลยกระทำชำเราถึงหลายครั้งย่อมไม่ได้เกิดจากความสมัครใจ แต่เป็นการใช้กำลังประทุษร้ายซึ่งทำให้ผู้เสียหายอยู่ในภาวะที่ไม่อาจขัดขืนได้ จำเลยจึงมีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา²⁰

สุดท้ายคือกรณีทำให้ผู้อื่นนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น เช่น การที่ชายหลอกลวงหญิงว่าตนเองคือชายที่เป็นสามีของหญิง จนหญิงยินยอมให้กระทำชำเราเพราะเข้าใจว่ากระทำกับสามี เป็นต้น ซึ่งเป็นการแตกต่างกันในตัวบุคคลที่เป็นสาระสำคัญของการกระทำ

2.2.2.2 ความผิดฐานกระทำอนาจาร มาตรา 278

ความผิดฐานกระทำอนาจารได้ถูกวางหลักไว้ในมาตรา 278 อันเป็นการกระทำอนาจารต่อบุคคลอายุกว่าสิบห้าปี ซึ่งการกระทำอนาจารเป็นการกระทำทางเพศที่มีความใกล้ชิดกับการข่มขืนกระทำชำเรา องค์ประกอบความผิดฐานอนาจารในบางประการจึงมีความคล้ายคลึงกับองค์ประกอบความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา โดยความผิดฐานอนาจารมาตรา 278 ประกอบไปด้วย

1. ผู้ใด โดยองค์ประกอบในส่วนนี้มีความหมายเช่นเดียวกับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ซึ่งหมายความถึงผู้กระทำที่สามารถเป็นบุคคลที่มีเพศใดก็ได้ และอาจเป็นเพศเดียวกันกับผู้เสียหายก็ได้

2. กระทำอนาจาร ในส่วนนี้หมายถึง การกระทำที่ไม่สมควรทางเพศหรือทำให้อับอายขายหน้าในทางเพศ เป็นความประพฤติที่น่าอับอาย ลามก น่าบัดสี ทำให้เป็นที่อับอายเป็นที่น่ารังเกียจแก่ผู้อื่นในทางเพศ²¹ ซึ่งไม่จำเป็นต้องมีเจตนาพิเศษในการสนองความใคร่ของตนเองหรือผู้อื่นดังเช่นการกระทำชำเราที่จะต้องกระทำลงโดยมีเจตนาในการสนองความใคร่ของตนเอง โดยมีลักษณะเป็นการกระทำต่อเนื้อตัวร่างกายรวมไปถึงการให้ผู้อื่น

¹⁹ คนพล จันทรหอม, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิด เล่ม 1 (เชิงอรรถ 13) 553.

²⁰ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 10007/2557.

²¹ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ และธรรณภรณ์ บุญมี, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคความผิดและโทษ (พิมพ์ครั้งที่ 19, วิญญูชน 2565)

กระทำต่อเนื้อตัวร่างกายตนเอง ไม่ว่าจะเป็นการจับหน้าอกหรืออวัยวะเพศผู้อื่นหรือบังคับผู้อื่นให้จับอวัยวะเพศของตน เป็นต้น

3. บุคคลอายุกว่าสิบห้าปี โดยองค์ประกอบในส่วนนี้เป็นองค์ประกอบเกี่ยวกับบุคคลซึ่งเป็นวัตถุแห่งการกระทำเช่นเดียวกันความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา หากแต่มีความแตกต่างกันคือบุคคลซึ่งเป็นวัตถุแห่งการกระทำตามมาตรา 278 จะต้องเป็นบุคคลที่มีอายุกว่าสิบห้าปีขึ้นไปเท่านั้น โดยหากผู้ถูกระทำอายุไม่เกินสิบห้าปี จะต้องนำมาตรา 279 มาพิจารณาต่อไป

4. การขู่ข่มขืนด้วยประการใด ๆ หรือใช้กำลังประทุษร้าย หรือโดยผู้อื่นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือทำให้ผู้อื่นนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น โดยองค์ประกอบนี้มีความหมายเช่นเดียวกันกับในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ซึ่งเป็นองค์ประกอบในส่วนของความไม่ยินยอมของผู้เสียหาย ดังนั้น การกระทำที่จะเป็นความผิดฐานกระทำอนาจารจึงต้องเป็นการกระทำที่มีลักษณะของความไม่ยินยอมของผู้ถูกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งตามรูปแบบที่กฎหมายกำหนดไว้ หากการกระทำมีลักษณะที่นอกเหนือจากที่กฎหมายกำหนด ไม่ว่าจะกระทำโดยได้รับความยินยอมของผู้เสียหายหรือไม่ การกระทำก็ไม่เป็นความผิดฐานกระทำอนาจาร

นอกจากนี้หากบุคคลกระทำอนาจารโดยมีการล่วงล้ำอวัยวะเพศหรือทวารหนักของบุคคลอื่น มาตรา 278 วรรคสองยังได้วางหลักไว้ว่าการกระทำดังกล่าวเป็นเหตุฉกรรจ์ที่ผู้กระทำจะต้องรับโทษหนักขึ้น ซึ่งการกระทำอนาจารโดยการล่วงล้ำคือ การใช้วัตถุหรืออวัยวะอื่นใดซึ่งมิใช่อวัยวะเพศล่วงล้ำอวัยวะเพศหรือทวารหนักของบุคคลอื่น เช่น การใช้นิ้วหรือขูดล่วงล้ำอวัยวะเพศผู้อื่น เป็นต้น

3. กฎหมายต่างประเทศเกี่ยวกับการหลอกลวงเกี่ยวกับการใช้ถุงยางอนามัยเพื่อให้ได้มาซึ่งความยินยอม

3.1 ประเทศสวิตเซอร์แลนด์

สำหรับการหลอกลวงเกี่ยวกับการใช้ถุงยางอนามัยเพื่อให้ได้มาซึ่งความยินยอมไม่มีการบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญาของประเทศสวิตเซอร์แลนด์ อย่างไรก็ตามคดีศาลของประเทศสวิตเซอร์แลนด์ก็มีคำพิพากษาวินิจฉัยเกี่ยวกับการกระทำความผิดดังกล่าวเป็นแนวทาง จากกรณีที่ชายหญิงที่เจอกันผ่านแอปพลิเคชันหาคู่ตกลงที่จะมีเพศสัมพันธ์กัน โดยในขณะที่เพศสัมพันธ์ฝ่ายชายได้ขโมยเพศสัมพันธ์โดยไม่ป้องกันจากฝ่ายหญิงแต่ฝ่ายหญิงได้ปฏิเสธ และฝ่ายหญิงทราบในภายหลังว่าฝ่ายชายได้ถอดถุงยางอนามัยระหว่างที่ทั้งคู่มีเพศสัมพันธ์²² ซึ่งในกรณีนี้ศาลได้มีคำพิพากษาว่าจำเลยหรือฝ่ายชายมีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา โดยต่อมามาตราอุทธรณ์ได้ลดระดับความผิดของจำเลยลงให้เป็นเพียงการกระทำที่ไม่สมควรทางเพศเท่านั้น (defilement)²³ และในท้ายที่สุดศาลฎีกาของประเทศสวิตเซอร์แลนด์ก็ได้ตัดสินว่า การหลอกลวงเกี่ยวกับการใช้ถุงยางอนามัยเพื่อให้ได้มาซึ่งความยินยอมไม่ถือว่าเป็นความผิดภายใต้มาตรา 191 ที่บัญญัติการกระทำทางเพศต่อบุคคลที่อยู่ในภาวะไม่สามารถตัดสินใจหรือขัดขืนได้ว่า “ผู้ใดมีเพศสัมพันธ์หรือกระทำการทางเพศที่คล้ายคลึงกับการมีเพศสัมพันธ์ หรือการกระทำอื่นทางเพศ ต่อผู้อื่น โดยรู้ว่าผู้อื่นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถตัดสินใจหรือขัดขืนได้ ผู้นั้นมีระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบปี หรือปรับ” โดยการกระทำความผิดดังกล่าวคงเป็นเพียงความผิดฐานล่วงละเมิดทางเพศตามมาตรา 198 ซึ่งบัญญัติว่า “ผู้ใดกระทำละเมิดโดยกระทำการทางเพศต่อผู้อื่นที่ไม่ได้ต้องการการกระทำนั้น ผู้ใดล่วงละเมิดทางเพศผู้อื่นโดยร้ายกายหรือโดยใช้ภาษาที่ไม่เหมาะสม จะต้องรับผิดระวางโทษปรับ” เท่านั้น โดยให้เหตุผลว่าบุคคลจะถือว่าอยู่ในภาวะไม่สามารถตัดสินใจหรือขัดขืนได้ก็ต่อเมื่อบุคคลดังกล่าวไม่สามารถที่จะป้องกันตัวเองจากการสัมผัสทางเพศที่ตนไม่ต้องการได้เพราะบุคคลไม่สามารถที่จะแสดงเจตนาป้องกันตัวเองหรือทำการขัดขืนได้ อัน

²² Reuter Staff, ‘Swiss court upholds sentence in ‘stealth’ condom case’ (reuters, 9 May 2017) <<https://www.reuters.com/article/us-swiss-stealth-idUSKBN1851UN>> สืบค้นเมื่อ 12 กุมภาพันธ์ 2566.

²³ Leila Ettachfini, ‘Man Accused of ‘Stealth’ Will Not Be Convicted of Rape’ (vice, 10 May 2017) <<https://www.vice.com/en/article/7xz89q/man-accused-of-stealth-will-not-be-convicted-of-rape>> สืบค้นเมื่อ 12 กุมภาพันธ์ 2566.

เนื่องมาจากบุคคลมีความอ่อนแอทางความคิด จิตใจ หรือร่างกาย เท่านั้น ซึ่งย่อมไม่รวมถึงการที่บุคคลไม่สามารถแสดงปฏิกิริยาโต้ตอบได้เนื่องจากไม่ทราบข้อเท็จจริงดังเช่นการการหลอกลวงเกี่ยวกับการใช้ถุงยางอนามัย บุคคลที่ถูกหลอกลวงเกี่ยวกับการใช้ถุงยางอนามัยยังคงมีความสามารถในการแสดงปฏิกิริยาโต้ตอบ ดังนั้นจึงไม่อาจลงโทษจำเลยในความผิดฐานการกระทำทางเพศต่อบุคคลที่อยู่ในภาวะไม่สามารถตัดสินใจหรือขัดขืนได้²⁴

อย่างไรก็ดีแม้ศาลฎีกาของประเทศสวิสเซอร์แลนด์จะได้อินิจฉัยเกี่ยวกับการหลอกลวงเกี่ยวกับการใช้ถุงยางอนามัยเพื่อให้ได้มาซึ่งความยินยอมเช่นนั้น แต่รัฐสภาของประเทศสวิสเซอร์แลนด์ก็ได้เริ่มมีแนวคิดในการแก้ไขความผิดเกี่ยวกับเพศว่าไม่ควรจำกัดอยู่เพียงการขัดขืนของเหยื่อนั้น แต่ควรครอบคลุมไปถึงการกระทำที่ได้รับความยินยอมจากเหยื่อซึ่งเป็นไปในทางตรงกันข้ามกับที่เหยื่อได้แสดงเจตนาด้วย

3.2 ประเทศนิวซีแลนด์

สำหรับประเทศนิวซีแลนด์การหลอกลวงเกี่ยวกับการใช้ถุงยางอนามัยเพื่อให้ได้มาซึ่งความยินยอมมิได้มีบทกฎหมายใดกำหนดเกี่ยวกับการกระทำความผิดไว้โดยเฉพาะ อย่างไรก็ตามประเทศนิวซีแลนด์ก็ได้มีคำพิพากษาของศาลวินิจฉัยเป็นแนวทางยอมรับว่าการหลอกลวงเกี่ยวกับการใช้ถุงยางอนามัยเพื่อให้ได้มาซึ่งความยินยอมเป็นการกระทำที่มีความผิดทางอาญาตามพระราชบัญญัติกฎหมายอาญา 1961 โดยศาลได้มีคำพิพากษาในคดีที่นาย Jessie Campos ได้ซื้อบริการจากหญิงบริการ โดยทราบและตกลงในเงื่อนไขของการมีเพศสัมพันธ์ว่าจะต้องใช้ถุงยางอนามัยอยู่ตลอดเวลาที่มีเพศสัมพันธ์ โดยเมื่อทั้งสองมีเพศสัมพันธ์กันครั้งแรกแม้ว่านาย Jessie จะได้ใช้ถุงยางอนามัยก็ตาม แต่ในการมีเพศสัมพันธ์ครั้งหลังเขาก็กลับถอดถุงยางอนามัยและปล่อยน้ำอสุจิในร่างกายของหญิงบริการ²⁵ ซึ่งในคดีนี้ศาลพิพากษาตัดสินจำคุกนาย Jessie จำเลยในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา โดยผู้พิพากษาได้ให้ความเห็นว่าความเป็นเหยื่อของหญิงบริการในกรณีนี้ได้ด้อยไปกว่าความเป็นเหยื่อของผู้รอดชีวิต (survivor) จากการกระทำผิดทางเพศอื่น และปฏิเสธข้ออ้างของจำเลยที่ว่ากระทำความผิดไม่ได้ทำไปโดยไตร่ตรองล่วงหน้ารวมถึงข้ออ้างด้านวัฒนธรรมที่จำเลยอ้างอีกด้วย²⁶

โดยจากคำพิพากษานี้เมื่อพิจารณาพระราชบัญญัติกฎหมายอาญา 1961 จะพบว่าประเทศนิวซีแลนด์แม้จะไม่มีบทกฎหมายบัญญัติเกี่ยวกับการหลอกลวงเกี่ยวกับการใช้ถุงยางอนามัยเพื่อให้ได้มาซึ่งความยินยอมไว้โดยตรง แต่ประเทศนิวซีแลนด์มีบทกฎหมายสามารถนำมาปรับใช้กับการกระทำความผิดดังกล่าวได้ อันได้แก่บทบัญญัติในมาตรา 128(A)(8) ที่วางหลักว่า “การอนุญาตให้มีกิจกรรมทางเพศไม่ถือว่าเป็นการให้ความยินยอมในบางสถานการณ์ ... (8) มาตรานี้มีได้บัญญัติจำกัดสถานการณ์ที่บุคคลไม่ยินยอมให้มีกิจกรรมทางเพศ ” จะเห็นได้ว่ากฎหมายไม่ได้จำกัดว่าสถานการณ์ที่ถือว่าผู้ถูกกระทำไม่ได้ให้ความยินยอมแก่การกระทำทางเพศจะต้องเป็นกรณีที่บทกฎหมายได้บัญญัติไว้เท่านั้น จึงอาจมีกรณีอื่นได้ ซึ่งบทบัญญัติดังกล่าวเปิดช่องให้ศาลของประเทศนิวซีแลนด์สามารถใช้ดุลพินิจตัดสินว่าการหลอกลวงเกี่ยวกับการใช้ถุงยางอนามัยเพื่อให้ได้มาซึ่งความยินยอมเป็นกรณีที่ผู้ให้ความยินยอมไม่ได้ยินยอมแก่การกระทำ อันทำให้การกระทำความผิดดังกล่าวเป็นการข่มขืนกระทำชำเรา

²⁴ Gesley, Jenny, ‘Switzerland: Federal Supreme Court Holds ‘Stealthing’ Not Punishable as Sexual Act with Persons Incapable of Judgement or Resistance’ (loc, 2022) <<https://www.loc.gov/item/global-legal-monitor/2022-07-13/switzerland-federal-supreme-court-holds-stealthing-not-punishable-as-sexual-act-with-persons-incapable-of-judgement-or-resistance/>> สืบค้นเมื่อ 12 กุมภาพันธ์ 2566.

²⁵ Katie Harris, ‘Man sentenced to jail for rape after removing condom without consent’ (nzherald, 22 เมษายน 2564) <<https://www.nzherald.co.nz/nz/man-sentenced-to-jail-for-rape-after-removing-condom-without-consent/NVRGH4GJNZLIEKSENRIUDHZJMI/>> สืบค้นเมื่อ 14 พฤษภาคม 2565.

²⁶ Brianna Chesser, ‘New Zealand’s first successful ‘stealthing’ prosecution leads the way for law changes in Australia and elsewhere’(theconversation, 28 April 2021) <<https://theconversation.com/new-zealands-first-successful-stealthing-prosecution-leads-the-way-for-law-changes-in-australia-and-elsewhere-159323>> สืบค้นเมื่อ 14 พฤษภาคม 2565.

3.3 ประเทศออสเตรเลีย

ประเทศออสเตรเลียเป็นประเทศหนึ่งที่มีกฎหมายเกี่ยวกับการลอบลวงเกี่ยวกับการใช้ถุงยางอนามัย เพื่อให้ได้มาซึ่งความยินยอม โดยถูกกำหนดไว้ในพระราชบัญญัติกฎหมายอาญา (Crime Act 1900) ที่ได้มีการแก้ไขเมื่อวันที่ 5 พฤษภาคม 2565 ซึ่งแม้พระราชบัญญัติกฎหมายอาญาจะไม่ได้กำหนดให้การกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำที่เป็นความผิดฐานหนึ่งอย่างชัดเจน แต่ก็ได้มีการกำหนดให้การลอบลวงเกี่ยวกับการใช้ถุงยางอนามัย เพื่อให้ได้มาซึ่งความยินยอม เป็นการกระทำที่ไม่อาจถือได้ว่าผู้ถูกระทำได้ให้ความยินยอมแก่การกระทำโดยกำหนดไว้ในมาตรา 67(1)(j) ว่า “บุคคลไม่ยินยอมให้กระทำการเมื่อ ... (j) เข้าร่วมในการกระทำเนื่องจากเจตนา นั้นได้ถูกบิดเบือนความจริงโดยบุคคลอื่นเกี่ยวกับการใช้ถุงยางอนามัย” จึงทำให้การมีเพศสัมพันธ์โดยลอบลวงเกี่ยวกับการใช้ถุงยางอนามัยเป็นการมีเพศสัมพันธ์ที่ไม่ได้รับความยินยอม โดยเมื่อมาตรา 54 ได้วางหลักว่า “การมีเพศสัมพันธ์โดยปราศจากความยินยอม (1) ผู้ใดที่มีเพศสัมพันธ์กับบุคคลอื่นโดยไม่ได้รับความยินยอมจากบุคคลนั้น และผู้ใดกระทำโดยประมาทเลินเล่อว่าบุคคลอื่นได้ยินยอมในการมีเพศสัมพันธ์มีความผิด ต้องระวางโทษ...” การกระทำดังกล่าวจึงเป็นการกระทำที่มีความรับผิดชอบทางอาญา

โดยก่อนที่ประเทศออสเตรเลียจะได้มีการแก้ไขพระราชบัญญัติกฎหมายอาญา ประเทศออสเตรเลียก็เป็นประเทศหนึ่งที่มีข้อโต้เถียงว่ากฎหมายที่มีอยู่เดิมสามารถใช้กับการลอบลวงเกี่ยวกับการใช้ถุงยางอนามัยเพื่อให้ได้มาซึ่งความยินยอมได้หรือไม่ มีความจำเป็นที่จะต้องบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับประเด็นดังกล่าวขึ้นใหม่หรือไม่²⁷ ซึ่งนาย Shane Rattenbury อัยการสูงสุดได้ให้ความเห็นว่า ในความผิดเกี่ยวกับเพศการมีกระบวนการทางอาญาที่ชัดเจนและเข้มแข็งเป็นสิ่งสำคัญ โดยไม่เพียงแต่สำคัญสำหรับเหยื่อและผู้รอดชีวิตเท่านั้น แต่ยังรวมไปถึงทั้งชุมชนสังคมนั้นด้วย²⁸

3.4 ประเทศเยอรมนี

สำหรับประเทศเยอรมนีแม้จะเป็นประเทศที่มีการใช้ประมวลกฎหมายอาญาก็ตาม แต่ประมวลกฎหมายอาญาของประเทศเยอรมนีก็มิได้มีการบัญญัติเกี่ยวกับการลอบลวงเกี่ยวกับการใช้ถุงยางอนามัยเพื่อให้ได้มาซึ่งความยินยอมไว้ แต่กระนั้นประเทศเยอรมนีก็ได้มีคำพิพากษาของศาลวินิจฉัยวางหลักเกี่ยวกับการลอบลวงเกี่ยวกับการใช้ถุงยางอนามัยเพื่อให้ได้มาซึ่งความยินยอมว่าเป็นการกระทำความผิดฐานล่วงละเมิดทางเพศ (sexual assault) ในปี ค.ศ.2018 จากกรณีที่ผู้กระทำได้ถอดถุงยางอนามัยระหว่างมีเพศสัมพันธ์โดยไม่ได้รับความยินยอมจากคู่กรณี ทั้งที่คู่กรณีได้ร้องขออย่างชัดเจนกับว่าให้ใช้ถุงยางอนามัยและไม่ยินยอมในการมีเพศสัมพันธ์หากกระทำลงโดยไม่ใช้ถุงยางอนามัย ในกรณีนี้ผู้ถูกระทำทราบถึงการไม่ใช้ถุงยางอนามัยของอีกฝ่ายเมื่ออีกฝ่ายป้อนน้ำเชื้อในช่องคลอดของตน²⁹ ซึ่งฝ่ายผู้กระทำอ้างว่าถุงยางอนามัยได้ขาดอยู่ก่อนทำให้ต้องถอดถุงยางอนามัย โดยกรณีนี้ศาลกรุงเบอร์ลินได้พิพากษาว่าจำเลยมีความผิดในความผิดฐานล่วงละเมิดทางเพศ (sexual assault) แม้จะได้มีการพยายามดำเนินคดีผู้กระทำในข้อหาข่มขืนกระทำชำเราก็ตามนอกจากนี้ในปี ค.ศ. 2022 ประเทศเยอรมนีก็ได้มีคำพิพากษาศาลเกี่ยวกับการลอบลวงเกี่ยวกับการใช้ถุงยางอนามัยเพื่อให้ได้มาซึ่งความยินยอมอีกครั้งว่าเป็นการกระทำความผิดฐานล่วงละเมิดทางเพศ (sexual assault) แม้ว่าข้อเท็จจริงในคดีนี้กลับกันกับข้อเท็จจริงของคดีในปี ค.ศ. 2018 โดยฝ่ายผู้กระทำเป็นหญิงและฝ่ายผู้ถูกระทำเป็นชาย โดยฝ่ายหญิง

²⁷ Brianna Chesser, ‘In an Australian first, stealthing is now illegal in the ACT. Could this set a precedent for the country?’ (theconversation, 2021) <<https://theconversation.com/in-an-australian-first-stealthing-is-now-illegal-in-the-act-could-this-set-a-precedent-for-the-country-169629>> สืบค้นเมื่อ 5 เมษายน 2566.

²⁸ Harry Frost, ‘Bill to criminalise stealthing, removing a condom during sex without consent, to be considered in ACT’ (abc, 2021) <<https://www.abc.net.au/news/2021-04-22/stealthing-bill-criminalise-condom-removal-sex-consent/100085704>> สืบค้นเมื่อ 5 เมษายน 2566.

²⁹ Matthew Robinson, ‘Police officer found guilty of condom ‘stealthing’ in landmark trial’ (cnn, 20 December 2018) <<https://edition.cnn.com/2018/12/20/health/stealthing-germany-sexual-assault-scli-intl/index.html>> สืบค้นเมื่อ 12 กุมภาพันธ์ 2566.

ในคดีนี้ได้ลงมือเจาะถุงยางอนามัยเพื่อที่ตนจะได้ตั้งครรภ์³⁰ ทำให้แม้จะมีการใช้ถุงยางอนามัยในการมีเพศสัมพันธ์ แต่ก็ไม่อาจบรรลุจุดประสงค์ในการใช้ถุงยางอนามัยที่เป็นอุปกรณ์ป้องกันในการมีเพศสัมพันธ์ได้

จากคำพิพากษาทั้งสองกรณีจึงอาจกล่าวได้ว่าศาลประเทศเยอรมนีได้วางหลักแล้วว่า การล่อลวงเกี่ยวกับการใช้ถุงยางอนามัยเพื่อให้ได้มาซึ่งความยินยอมเป็นการกระทำความผิดฐานล่วงละเมิดทางเพศ (sexual assault) ตามบทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญาประเทศเยอรมนีมาตรา 177 ซึ่งวางหลักว่า การล่วงละเมิดทางเพศ ; การบีบบังคับทางเพศ ; การข่มขืนกระทำชำเรา (1) ว่าบุคคลใดกระทำการทางเพศโดยฝ่าฝืนความต้องการอันเห็นได้ชัดของผู้อื่น หรือให้ผู้อื่นกระทำการดังกล่าวต่อตนเอง หรือให้ผู้อื่นนั้นกระทำหรือจ่ายยอมต่อการกระทำทางเพศที่เกิดขึ้นหรือต่อบุคคลที่สามมีระวางโทษ...”

3.5 ประเทศสิงคโปร์

ประเทศสิงคโปร์แม้จะเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายจารีตประเพณี แต่ก็ประเทศที่มีบทกฎหมายกำหนดเกี่ยวกับการล่อลวงเกี่ยวกับการใช้ถุงยางอนามัยเพื่อให้ได้มาซึ่งความยินยอมไว้โดยเฉพาะเจาะจง โดยได้ออกพระราชบัญญัติแก้ไขกฎหมายอาญา (Criminal Law Reform Act 2019) เพื่อแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งบทกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการล่อลวงเกี่ยวกับการใช้ถุงยางอนามัยเพื่อให้ได้มาซึ่งความยินยอมได้แก่บทบัญญัติในมาตรา 376H ที่กำหนดหลักของการได้มาซึ่งกิจกรรมทางเพศโดยการล่อลวงหรือการแสดงออกอันเป็นเท็จ โดยการล่อลวงเกี่ยวกับการใช้ถุงยางอนามัยเพื่อให้ได้มาซึ่งความยินยอมแม้จะดูเหมือนว่าเป็นการกระทำที่ได้รับความยินยอมก็ตามแต่ก็เป็นความยินยอมที่ได้มาอย่างฉ้อฉล คือได้มาโดยล่อลวงหรือการแสดงออกอันเป็นเท็จซึ่งมาตรา 376H(1)(d) ได้วางหลักว่า “การล่อลวงหรือแสดงออกอันเป็นเท็จนั้นเกี่ยวข้องกับ (i) การใช้หรือลักษณะการใช้ของมาตรการป้องกันทางเพศใดหรือ (ii) การที่ไม่ว่า A หรือบุคคลใดที่ B ถูกทำให้ต้องสัมผัสเป็นพาหะของโรคติดต่อทางเพศ” และบทกฎหมายดังกล่าวได้กำหนดความหมายของมาตรการป้องกันทางเพศไว้อย่างชัดเจนในมาตรา 376H(3)(c) ว่า “มาตรการป้องกันทางเพศ หมายถึง (i) กรณีที่ B เป็นหญิงให้หมายถึง อุปกรณ์ ยา หรือกระบวนการทางแพทย์ที่ใช้เพื่อป้องกันการตั้งครรภ์หรือโรคติดต่อทางเพศที่เป็นผลจากการมีเพศสัมพันธ์” อันจะเห็นได้ว่าถุงยางอนามัยที่ใช้ในการป้องกันการตั้งครรภ์และโรคติดต่อทางเพศ ย่อมเป็นอุปกรณ์ที่ใช้เพื่อป้องกันการตั้งครรภ์หรือโรคติดต่อทางเพศและถือเป็นมาตรการป้องกันทางเพศตามมาตรา 376H(3)(c) การล่อลวงเกี่ยวกับการใช้ถุงยางอนามัยจึงเป็นการล่อลวงหรือแสดงออกอันเป็นเท็จในการใช้หรือลักษณะการใช้มาตรการป้องกันทางเพศตามมาตรา 376H(1)(d) อันเป็นความผิดอาญา

โดยจะเห็นได้ว่ามาตรา 376H มิได้จำกัดอยู่เพียงการล่อลวงหรือการแสดงออกอันเป็นเท็จในการใช้หรือลักษณะการใช้ถุงยางอนามัยเพียงอย่างเดียวเท่านั้น แต่ยังรวมไปถึงมาตรการป้องกันทางเพศอื่นด้วย และยังรวมไปถึงการล่อลวงที่เกี่ยวข้องกับการเป็นพาหะของโรคติดต่อทางเพศอีกด้วย ซึ่งทั้งหมดนี้ชี้ให้เห็นว่าประเทศสิงคโปร์ให้ความสำคัญกับการที่บุคคลจะต้องได้รับข้อมูลเกี่ยวกับการมีเพศสัมพันธ์อย่างครบถ้วน การกระทำจึงจะถือว่าได้ได้รับความยินยอมอย่างแท้จริง

³⁰ Rebecca Staudenmaier, ‘Germany: Woman sentenced after sabotaging partner’s condoms’ (dw, 5 May 2022) <<https://www.dw.com/en/germany-woman-sentenced-for-poking-holes-in-partners-condoms/a-61689670>> สืบค้นเมื่อ 22 กันยายน 2565.

ดูอย่างอนามัยที่ให้ความรู้สึกสบายใจได้มากกว่า เนื่องจากไม่ว่ามาตรการป้องกันทางเพศที่คู่กรณีฝ่ายที่กล่าวอ้างจะแท้จริง มีประสิทธิภาพ หรือด้อยประสิทธิภาพเพียงใด แต่การใช้ดูอย่างอนามัยเป็นการทำให้แน่ใจอีกครั้งหนึ่งแล้วว่าการมีเพศสัมพันธ์ในครั้งนี้เป็นกรณีที่มีเพศสัมพันธ์ที่ปลอดภัย ความเสี่ยงน้อย และด้วยเป็นวิธีการที่บุคคลผู้เป็นเจ้าของร่างกายได้เลือกเอง ความน่าเชื่อถือจึงมีมากกว่าวิธีการที่บุคคลอื่นกล่าวอ้างว่าได้กระทำมา

โดยการหลอกลวงเกี่ยวกับการใช้ดูอย่างอนามัยเพื่อให้ได้มาซึ่งความยินยอมเป็นการหลอกลวงในความปลอดภัยของการกระทำ การกระทำจึงก่อให้เกิดผลกระทบต่อผู้อื่นในหลายด้านไม่ว่าในด้านร่างกาย หรือในด้านของจิตใจ ซึ่งสำหรับด้านร่างกายก่อให้เกิดปัญหา คือ ปัญหาด้านการตั้งครรภ์ซึ่งมิได้ตั้งแต่การตั้งครรภ์อันไม่พึงประสงค์ตลอดจนการทำแท้ง ที่ก่อให้เกิดภาระต่อร่างกายของบุคคลไม่ว่าจะเป็นรูปร่างร่างกายที่เปลี่ยนแปลงไป อาการแพ้ท้อง หรือภาวะครรภ์เป็นพิษที่เป็นอันตรายต่อร่างกาย ซึ่งแม้ว่าบุคคลจะไม่มีอาการอื่นปรากฏเลยก็ตาม แต่การที่บุคคลที่ไม่สามารถเคลื่อนไหวร่างกายได้อย่างสะดวกเช่นเดิม ก็ย่อมทำให้บุคคลใช้ชีวิตได้ลำบากมากขึ้น ปัญหาประการที่สองคือการติดโรคติดต่อทางเพศที่มีโรคอย่างหลากหลาย แม้ว่าในปัจจุบันจะมีวิทยาการทางการแพทย์ที่ก้าวหน้าทำให้บางโรคสามารถรักษาให้หายได้ก็ตาม แต่หลายโรคก็ยังคงไม่สามารถที่จะรักษาให้หายขาดได้และส่งผลกระทบต่อร่างกายในระยะยาว โรคติดต่อทางเพศจึงยังคงเป็นสิ่งที่บุคคลทั่วไปพยายามหลีกเลี่ยง

นอกจากนี้ การหลอกลวงเกี่ยวกับการใช้ดูอย่างอนามัยเพื่อให้ได้มาซึ่งความยินยอมก็ยังส่งผลกระทบต่อให้เกิดปัญหาในด้านของจิตใจของบุคคลเช่นกัน เพราะการมีเพศสัมพันธ์เป็นการที่บุคคลเปิดโอกาสให้บุคคลอื่นก้าวล่วงเข้ามาสัมผัสเนื้อตัวร่างกายในพื้นที่สงวน อันมีความใกล้ชิดระหว่างคู่กรณีมากกว่าการสัมผัสร่างกายกันตามปกติ เมื่อบุคคลหลอกลวงผู้อื่นเกี่ยวกับการใช้ดูอย่างอนามัย จึงเป็นการที่บุคคลได้เพิกเฉยต่อข้อเรียกร้องที่ได้ตกลงกันไว้ของคู่กรณี อันเป็นการทำลายความไว้วางใจที่อีกฝ่ายได้ให้ไว้ ไม่เคารพต่อสิทธิในเนื้อตัวร่างกาย หรืออำนาจในการปกครองร่างกาย (autonomy) ของผู้อื่น ซึ่งอาจนำไปสู่ปัญหาสุขภาพจิตใจเรื่องการเชื่อใจในตัวบุคคลทำให้บุคคลหลีกเลี่ยงที่จะมีเพศสัมพันธ์ ปัญหาความมั่นใจในตัวเองต่ำ ปัญหาการโทษตัวเองจากรู้สึกผิดต่อตนเองว่าเหตุการณ์ดังกล่าวเกิดขึ้นเพราะตนปฏิเสธอีกฝ่ายไม่เพียงพอ รวมไปถึงความเครียดความวิตกกังวลต่าง ๆ ที่นำไปสู่การเป็นโรควิตกกังวล(anxiety) โรคซึมเศร้า หรือ โรคเครียดภายหลังการเผชิญเหตุการณ์สะเทือนขวัญได้

4.2 ปัญหาของการหลอกลวงเกี่ยวกับการใช้ดูอย่างอนามัยเพื่อให้ได้มาซึ่งความยินยอมกับหลักความยินยอม

การหลอกลวงเกี่ยวกับการใช้ดูอย่างอนามัยเพื่อให้ได้มาซึ่งความยินยอมมีปัญหาที่เป็นข้อถกเถียงทางกฎหมายเกี่ยวกับความยินยอมโดยแบ่งออกเป็นสองแนวคิด ซึ่งแนวคิดที่แตกต่างกันส่งผลทางกฎหมายที่แตกต่างกัน โดยแนวคิดแรกมองว่าการหลอกลวงเกี่ยวกับการใช้ดูอย่างอนามัยเพื่อให้ได้มาซึ่งความยินยอมเป็นการกระทำที่ได้รับความยินยอมจากผู้ถูกระงับแล้ว ในขณะที่แนวคิดที่สองที่มองว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำที่ผู้ถูกระงับไม่ได้ให้ความยินยอมแก่การกระทำ สำหรับแนวคิดแรกที่มองว่าการหลอกลวงเกี่ยวกับการใช้ดูอย่างอนามัยเพื่อให้ได้มาซึ่งความยินยอมเป็นการกระทำที่ได้รับความยินยอมจากผู้ถูกระงับเห็นว่า เมื่อบุคคลยินยอมมีเพศสัมพันธ์ ย่อมหมายความว่าบุคคลนั้นยินยอมมีเพศสัมพันธ์ไม่ว่าการมีเพศสัมพันธ์จะเกิดขึ้นในรูปแบบใด หรือมีการใช้อุปกรณ์ป้องกันในทางเพศหรือไม่ ทำให้แม้มีการหลอกลวงเกี่ยวกับการใช้ดูอย่างอนามัยเกิดขึ้น ก็ยังคงถือว่าการมีเพศสัมพันธ์นั้นกระทำลงได้รับความยินยอมจากผู้ถูกระงับและไม่เสียไป ซึ่งแนวคิดนี้ไม่ยอมรับว่าดูอย่างอนามัยที่เป็นอุปกรณ์ป้องกันทางเพศมีความสำคัญถึงขนาดเป็นสาระสำคัญของการกระทำ จึงไม่ต้อนำมาพิจารณาว่าการกระทำว่ามีผลต่อความยินยอมหรือไม่ เพราะผู้ถูกระงับได้ให้ความยินยอมไว้แล้ว

ในทางกลับกัน แนวคิดที่สองที่มองว่าการหลอกลวงเกี่ยวกับการใช้ดูอย่างอนามัยเพื่อให้ได้มาซึ่งความยินยอมเป็นการกระทำที่ผู้ถูกระงับไม่ได้ให้ความยินยอมแก่การกระทำ เห็นว่าหากมีการตกลงยินยอมกันถึงเงื่อนไขการใช้ดูอย่างอนามัย ถ้าต่อมาคู่กรณีฝ่ายหนึ่งไม่ปฏิบัติตามข้อตกลงยอมเปลี่ยนการมีเพศสัมพันธ์ที่ได้รับความยินยอม เป็นการมีเพศสัมพันธ์ที่ไม่ได้รับความยินยอมทันทีที่ไม่ปฏิบัติตามข้อตกลง ซึ่งเห็นได้ว่าแนวคิดนี้ให้ความสำคัญกับการใช้ดูอย่างอนามัย หากมีการหลอกลวงในประเด็นดังกล่าวเกิดขึ้นความยินยอมจึงเสียไป

โดยเมื่อศึกษาเกี่ยวกับความยินยอมในกรณีถูกลอกลง ทั้งกรณีการลอกลงในข้อเท็จจริงที่เป็นการถูกลอกลงโดยทำให้บุคคลเข้าใจผิดในตัวบุคคลหรือสภาพอันเป็นสาระสำคัญของการกระทำที่ส่งผลต่อผลลัพธ์ในบั้นปลายที่มีผลให้ความยินยอมเสียไปในทุกกรณี และกรณีการลอกลงในเหตุจูงใจที่บางกรณีก็มิผลให้ความยินยอมเสียไปแต่บางกรณีความยินยอมก็ไม่เสียไป โดยในความผิดเกี่ยวกับเพศที่มีความไม่ยินยอมเป็นองค์ประกอบความผิด เช่น การข่มขืนกระทำชำเรา ความยินยอมจะเสียไปก็ต่อเมื่อการลอกลงเพื่อให้ได้มานั้นเป็นการลอกลงในสภาพของการกระทำอันเป็นสาระสำคัญ จึงนำมาสู่การศึกษาว่าการลอกลงเกี่ยวกับการใช้ฉวยางอนามัยเพื่อให้ได้มาซึ่งความยินยอมเป็นการลอกลงในสภาพของการกระทำที่เป็นสาระสำคัญหรือไม่ โดยในประเด็นนี้ผู้เขียนเห็นว่าจะต้องพิจารณาสิ่งที่คู่กรณีได้ตกลงกันว่ามีความเกี่ยวข้องสัมพันธ์อย่างไรกับการกระทำ และด้วยการให้ความยินยอมก็เป็นการแสดงเจตนาอย่างหนึ่ง ผู้เขียนจึงนำหลักทางกฎหมายที่คล้ายคลึงกันอันได้แก่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในเรื่องของนิติกรรมสัญญา ในส่วนที่เกี่ยวกับการแสดงเจตนาโดยสำคัญผิด มาตรา 156 และมาตรา 157 มาเทียบเคียงเพื่อวิเคราะห์ความเป็นสาระสำคัญของการกระทำ อีกทั้งเมื่อการกระทำเป็นการกระทำโดยลอกลงผู้เขียนจึงนำประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 271 ความผิดฐานล่วงชาย และมาตรา 341 ความผิดฐานฉ้อโกง ที่เป็นบทความผิดเกี่ยวกับการลอกลงมาเทียบเคียงประกอบกัน ดังนี้

1. วิเคราะห์เปรียบเทียบการกระทำกับมาตรา 156 และมาตรา 341 โดยมาตรา 156 แม้จะได้วางหลักว่าการแสดงเจตนาโดยสำคัญผิดในสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญของนิติกรรมเป็นโมฆะ และอธิบายเพิ่มเติมว่าสาระสำคัญของนิติกรรม ได้แก่ ความสำคัญผิดในลักษณะของนิติกรรม ความสำคัญผิดในตัวบุคคลซึ่งเป็นคู่กรณีแห่งนิติกรรม และความสำคัญผิดในทรัพย์สินซึ่งเป็นวัตถุแห่งนิติกรรม แต่มาตรา 156 ก็ได้จำกัดว่าการสำคัญผิดในสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญของนิติกรรมมีได้เพียงสามกรณีเท่านั้น ทำให้อาจมีความสำคัญผิดในสาระสำคัญของนิติกรรมได้แม้ในกรณีอื่นที่นอกเหนือจากที่กฎหมายกำหนด อันจะเห็นได้ว่ามาตรา 156 ให้น้ำหนักขององค์ประกอบข้อเท็จจริงที่มีความสำคัญต่อนิติกรรมเป็นสิ่งสำคัญ เพราะความสำคัญผิดในประเด็นดังกล่าวจะทำให้เนื้อหาที่สำคัญของนิติกรรมผิดเพี้ยนไปจากที่คู่กรณีได้แสดงเจตนาเข้าผูกพัน ไม่ว่าจะลักษณะของนิติกรรมที่สำคัญผิดอันทำให้การแสดงเจตนาจะทำนิติกรรมอย่างหนึ่งแต่กลับเป็นมีผลเป็นการทำนิติกรรมอีกอย่างหนึ่ง เช่น การลงชื่อในใบมอบอำนาจโดยเข้าใจว่าเป็นใบมอบอำนาจเพื่อให้จำเลยเช่านา แต่แท้จริงแล้วเป็นใบมอบอำนาจให้โจทก์ขายนาให้จำเลย ที่ทำให้การแสดงเจตนาจะให้จำเลยเช่านา กลับมีผลเป็นการขายนา หรือตัวบุคคลซึ่งเป็นคู่กรณีแห่งนิติกรรมที่สำคัญผิด เนื่องจากในการทำนิติกรรมคู่กรณีก็เป็นปัจจัยหนึ่งที่สำคัญซึ่งบุคคลทั่วไปทำมาพิจารณาว่าจะตกลงยินยอมเข้าผูกพันกันหรือไม่ เช่น การให้กู้ยืมเงินที่แต่ละบุคคลมีความน่าเชื่อถือ มีความสามารถในการชำระเงินคืนที่แตกต่างกัน หากผู้ให้กู้ยืมไม่ทราบว่าคุณสมบัติที่ตนสำคัญผิดให้กู้แท้จริงแล้วเป็นคนละคนกับที่ตนเข้าใจ ผู้ให้กู้ก็ย่อมไม่เข้าทำนิติกรรมด้วยเพราะผู้ให้กู้ไม่ทราบว่าคุณสมบัติดังกล่าวมีความสามารถในการชำระเงินคืนแก่ตนหรือไม่ หรือการสำคัญผิดในทรัพย์สินซึ่งเป็นวัตถุแห่งนิติกรรม เช่น การซื้อขายที่ดิน ที่ดินที่เป็นวัตถุแห่งนิติกรรมย่อมเป็นสาระสำคัญ การที่ดินที่ตกลงซื้อขายเป็นคนละแปลงกับที่ดินที่ซื้อขายจริง ย่อมเป็นการแสดงเจตนาโดยสำคัญผิดทำให้เนื้อหาสำคัญของนิติกรรมผิดเพี้ยนไป

และเมื่อนำความเป็นสาระสำคัญตามมาตรา 156 มาเปรียบเทียบกับกรณีที่มีการกระทำเป็นการถูกลอกลงผู้อื่นตามกฎหมายอาญามาตรา 341 ในความผิดฐานฉ้อโกง จะเห็นว่าการกระทำอันเป็นความผิดตามมาตรา 341 ในส่วนที่เป็นการทุจริตลอกลงผู้อื่นด้วยการแสดงข้อความอันเป็นเท็จหรือปกปิดข้อความจริงซึ่งควรบอกให้แจ้ง เช่นการที่บุคคลขายที่ดินแปลงหนึ่งแต่กลับชี้ที่ดินอีกแปลง กรณีนี้หากนำมาตรา 156 มาปรับใช้จะเป็นการที่วัตถุแห่งนิติกรรมในสัญญาซื้อขายเป็นทรัพย์สินคนละชิ้นกัน เป็นการที่ผู้ซื้อสำคัญผิดในวัตถุแห่งนิติกรรมซึ่งเป็นสาระสำคัญ และส่งผลในทางแพ่งคือทำให้สัญญาเป็นโมฆะ ในขณะที่ในทางอาญา หากการชี้ที่ดินคนละแปลงเป็นการกระทำโดยผู้ขายมีเจตนาทุจริต มิใช่เพียงความผิดพลาด กรณีเป็นการที่ผู้ขายลอกลงผู้ซื้อโดยแสดงข้อความอันเป็นเท็จ และได้ไปซึ่งทรัพย์สินจากผู้ถูกลอกลง ผู้ซื้อจึงเป็นผู้เสียหายจากการฉ้อโกงของผู้ขาย อันเห็นได้ว่าแม้มาตรา 341 และมาตรา 156 จะถูกบัญญัติไว้อย่างแตกต่างกันแต่ทั้งสองมาตราก็ได้วางหลักความ

เป็นสาระสำคัญไว้อย่างคล้ายคลึงกันเนื่องจากความเข้าใจที่คลาดเคลื่อนเพราะถูกหลอกลวง ทำให้เนื้อหาที่เป็นสาระสำคัญซึ่งได้แก่ที่ดิน ผิดเพี้ยนไปจากที่คู่กรณีได้แสดงเจตนาเข้าผูกพันกัน

โดยเมื่อนำหลักความเป็นสาระสำคัญที่วิเคราะห์ได้ข้างต้นมาวิเคราะห์ประกอบกับการหลอกลวงเกี่ยวกับการใช้ธงยางอนามัยเพื่อให้ได้มาซึ่งความยินยอม การมีเพศสัมพันธ์ที่เป็นการตกลงกันระหว่างบุคคลก็อาจถือได้ว่าเป็นการทำนิติกรรมอย่างหนึ่ง ซึ่งการให้ความยินยอมแก่การกระทำก็เป็นการแสดงเจตนา โดยหากบุคคลไม่ได้นำเอาการใช้ธงยางอนามัยหรือความปลอดภัยของการกระทำมาเป็นปัจจัยในการพิจารณาให้ความยินยอม เช่นกรณีที่คุณคนมีเพศสัมพันธ์กันโดยไม่ได้ตกลงเกี่ยวกับการใช้มาตรการป้องกันทางเพศใด มาตรการเพื่อความปลอดภัยทางเพศก็ย่อมไม่ใช่สาระสำคัญสำหรับการแสดงเจตนายินยอมมีเพศสัมพันธ์ในครั้งนั้น หากแต่ถ้าในการมีเพศสัมพันธ์ครั้งนั้นได้มีการนำเอาการใช้ธงยางอนามัยหรือมาตรการป้องกันทางเพศใดมาเป็นเงื่อนไขพิจารณาให้ความยินยอม เงื่อนไขดังกล่าวย่อมเป็นปัจจัยมีบทบาทสำคัญต่อการตัดสินใจแสดงเจตนา ซึ่งมีความเกี่ยวข้องกับลักษณะของการกระทำว่าเป็นการกระทำที่มีความเสี่ยงที่จะเกิดผลลัพธ์อันไม่พึงประสงค์อย่างน้อยเพียงใด ดังนั้นหากมีการแสดงเจตนาให้ความยินยอมโดยการสำคัญผิดเกิดขึ้นในส่วนนี้ ผู้เขียนเห็นว่ากรณีเป็นการที่ผู้ถูกระทำยินยอมมีเพศสัมพันธ์โดยสำคัญผิดในสาระสำคัญของการกระทำ เนื่องจากสำคัญผิดในข้อเท็จจริงที่ว่าอีกฝ่ายจะใช้ธงยางอนามัยตามที่ได้แสดงเจตนาตกลงกันไว้ แต่แท้จริงแล้วอีกฝ่ายมิได้กระทำตามที่ตกลงกัน และเมื่อพิจารณาควบคู่กับความเป็นสาระสำคัญตามมาตรา 156 แม้ว่าการสำคัญผิดเกี่ยวกับการใช้ธงยางอนามัย จะมีใช้การสำคัญผิดว่าการกระทำมิใช่การมีเพศสัมพันธ์แต่แท้จริงแล้วเป็นการมีเพศสัมพันธ์อันเป็นการเข้าใจผิดในลักษณะของนิติกรรม มิใช่ความสำคัญผิดในตัวบุคคลซึ่งเป็นคู่กรณีแห่งนิติกรรมเนื่องจากบุคคลที่เข้าร่วมมีเพศสัมพันธ์ยังคงเป็นบุคคลเดียวกับที่ยินยอมมีเพศสัมพันธ์ด้วย และการมีเพศสัมพันธ์มิใช่นิติกรรมที่มีธงยางอนามัยเป็นวัตถุประสงค์แห่งนิติกรรมที่การสำคัญผิดเกี่ยวกับการใช้เป็นการสำคัญผิดในทรัพย์สินก็ตาม แต่การหลอกลวงเกี่ยวกับการใช้ธงยางอนามัยก็เป็นการหลอกลวงในสาระสำคัญของการมีเพศสัมพันธ์ได้ ดังเช่นนิติกรรมการเช่าที่สาระสำคัญของนิติกรรมไม่ได้จำกัดอยู่เพียงแต่ลักษณะของนิติกรรม ตัวบุคคลคู่กรณี และทรัพย์สินซึ่งเป็นวัตถุประสงค์แห่งนิติกรรมเท่านั้น แต่รวมไปถึงค่าเช่าและการได้ใช้ประโยชน์จากทรัพย์สินที่เช่าอีกด้วย ซึ่งทำให้สำคัญผิดในค่าเช่าและการได้ใช้ประโยชน์จากทรัพย์สินที่เช่ามีผลเป็นโมฆะเช่นเดียวกัน

ดังนั้นในการมีเพศสัมพันธ์ที่มีความปลอดภัยของการกระทำเช่นการใช้ธงยางอนามัยเป็นเงื่อนไขสำคัญในการให้ความยินยอม สาระสำคัญของการมีเพศสัมพันธ์จึงมิได้จำกัดอยู่เพียงการเติมเต็มความต้องการทางเพศเท่านั้น แต่ยังรวมไปถึงการป้องกันผลลัพธ์ไม่พึงประสงค์ที่อาจเกิดขึ้นอันเป็นความปลอดภัยของการกระทำด้วยความปลอดภัยของการกระทำมีความเกี่ยวข้องกับการกระทำโดยตรง เช่นเดียวกับสัญญาเช่าที่ค่าเช่ามีความสำคัญไม่น้อยไปกว่าวัตถุประสงค์แห่งนิติกรรมที่เป็นทรัพย์สินที่ให้เช่าและบุคคลที่เช่าย่อมให้ความสำคัญกับการที่จะได้ใช้ประโยชน์ในทรัพย์สินที่เช่าเพราะหาไม่แล้วก็ไม่มีเหตุผลให้ต้องทำสัญญาเช่า เพราะในการมีเพศสัมพันธ์ที่ผลของการกระทำไม่แน่นอน เงื่อนไขการใช้ธงยางอนามัยเพื่อป้องกันผลลัพธ์ที่เลวร้ายที่อาจเกิดขึ้นกับตนเป็นเงื่อนไขเกี่ยวกับความปลอดภัยในร่างกายที่มีความสำคัญ การไม่ใช้ธงยางอนามัยที่ทำให้การมีเพศสัมพันธ์ที่สมควรจะปลอดภัยกลับกลายเป็นการมีเพศสัมพันธ์ที่ไม่ปลอดภัย เสี่ยงจะเกิดผลร้ายย่อมทำให้เนื้อหาสำคัญของการกระทำ ซึ่งก็คือการกระทำโดยปลอดภัยที่บุคคลยินยอมผิดเพี้ยนไปจากที่บุคคลต้องการ ซึ่งหากไม่มีการสำคัญผิดในประเด็นนี้ การแสดงเจตนายินยอมย่อมไม่เกิดขึ้น ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการใช้ธงยางอนามัยในกรณีนี้จึงเป็นสาระสำคัญที่มีความสำคัญของการกระทำไม่ยิ่งหย่อนไปกว่า ลักษณะของนิติกรรม ตัวบุคคลคู่กรณี หรือทรัพย์สินซึ่งเป็นวัตถุประสงค์แห่งนิติกรรม

2. วิเคราะห์เปรียบเทียบการกระทำกับมาตรา 157 ที่วางหลักเกี่ยวกับการแสดงเจตนาโดยสำคัญผิดในคุณสมบัติของบุคคลหรือทรัพย์สิน และประมวลกฎหมายอาญามาตรา 271 ที่วางหลักเกี่ยวกับการกระทำความผิดฐานลวงขาย พบว่าทั้งสองมาตรามีจุดที่คล้ายคลึงกันคือ เป็นบทกฎหมายเกี่ยวกับการแสดงเจตนาโดยสำคัญผิดในคุณสมบัติของบุคคลหรือทรัพย์สิน โดยมาตรา 271 มิได้กำหนดว่าการลวงขายในคุณสมบัติของทรัพย์สินเป็นความผิด แต่สิ่งที่มาตรา 271 กำหนดคือการขายของโดยหลอกลวงจะต้องเป็นการหลอกให้ผู้ซื้อหลงเชื่อ

ในแหล่งกำเนิด สภาพ คุณภาพหรือปริมาณแห่งของอันเป็นเท็จ ซึ่งแหล่งกำเนิด สภาพ คุณภาพหรือปริมาณแห่งของเช่น ทูเรียนจากนทบุรี เป็นต้น หากถูกลอกหลวงก็เป็นการที่บุคคลลงขายของว่าของมีลักษณะอย่างใดอย่างหนึ่งแต่แท้จริงแล้วกลับไม่ใช่ลักษณะเช่นนั้น อันชี้ให้เห็นว่ามาตรา 271 เป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับคุณสมบัติของของที่ลงขายซึ่งกฎหมายเห็นว่ามีความสำคัญ ในทางเดียวกันมาตรา 157 ที่วางหลักกว่าการแสดงเจตนาโดยสำคัญผิดในคุณสมบัติของบุคคลหรือทรัพย์สินเป็นโมฆียะ โดยความสำคัญผิดที่จะส่งผลนิติกรรมเป็นโมฆียะจะต้องเป็นการสำคัญผิดในคุณสมบัติซึ่งตามปกติถือว่าเป็นสาระสำคัญซึ่งหากมิได้มีความสำคัญผิดดังกล่าว การอันเป็นโมฆียะนั้นคงมิได้กระทำให้ขึ้น แสดงให้เห็นว่าแม้การสำคัญผิดในคุณสมบัติจะมีมากมาย เช่น สี ขนาด หรือข้อมูลอื่นใดเกี่ยวกับบุคคลหรือทรัพย์สินซึ่งเป็นวัตถุแห่งนิติกรรมก็ตาม แต่มิใช่ทุกคุณสมบัติที่สำคัญผิดจะมีผลให้นิติกรรมเป็นโมฆียะ และการสำคัญผิดในคุณสมบัติมิได้ทำให้ใจความสำคัญของนิติกรรมเปลี่ยนแปลงไป

สำหรับการลอกหลวงให้บุคคลสำคัญผิดในคุณสมบัติของการมีเพศสัมพันธ์ ผู้เขียนเห็นว่าได้แก่กรณีที่มีการลอกหลวงเพื่อให้ได้มาซึ่งความยินยอมโดยลอกกว่าตนมีฐานะดี ร่ำรวย เป็นโสด เป็นต้น เพราะไม่มีการสำคัญผิดในสาระสำคัญของการมีเพศสัมพันธ์ เป็นเพียงความเข้าใจที่ผิดไปในเรื่องฐานะหรือสถานะของบุคคลเท่านั้น มิมีความเกี่ยวข้องกับกรณีมีเพศสัมพันธ์แต่อย่างใด ในทางตรงกันข้ามสำหรับการลอกหลวงเกี่ยวกับการใช้ถุงยางอนามัยเพื่อให้ได้มาซึ่งความยินยอม ผู้เขียนเห็นว่า การลอกหลวงดังกล่าวเป็นการลอกหลวงว่าการกระทำมีความเสี่ยงน้อย ทั้งที่แท้จริงแล้วเป็นการกระทำที่มีความเสี่ยงสูง การสำคัญผิดดังกล่าวทำให้การกระทำที่ปลอดภัยกลับเป็นการกระทำที่ไม่ปลอดภัย และอาจเกิดอันตรายได้ จึงเป็นการลอกหลวงในสาระสำคัญของการกระทำมิใช่เพียงลอกหลวงในคุณสมบัติ โดยสำหรับกรณีการลอกหลวงในประเด็นของถุงยางอนามัยที่เป็นการสำคัญผิดในคุณสมบัตินั้น ผู้เขียนเห็นว่าได้แก่กรณีที่มีการใช้ถุงยางอนามัยตามที่ได้ตกลงยินยอมกัน หากแต่คุณสมบัติของถุงยางอนามัยมีความแตกต่างจากที่ได้ตกลง ซึ่งเป็นความแตกต่างในแหล่งกำเนิด สภาพ คุณภาพหรือปริมาณ ซึ่งเป็นคุณสมบัติของถุงยางอนามัย เช่น การใช้ถุงยางอนามัยคนละยี่ห้อที่ตกลงกันไว้ หรือการใช้ถุงยางอนามัยคนละรสชาติกับที่ตกลงกันไว้ เป็นต้น เนื่องจากข้อเท็จจริงเกี่ยวกับคุณสมบัติของถุงยางอนามัยเหล่านี้ ไม่ได้ทำให้ลักษณะสำคัญของการมีเพศสัมพันธ์เปลี่ยนแปลงไป โดยไม่ได้ทำให้การกระทำที่ปลอดภัยกลับกลายเป็นการกระทำที่ไม่ปลอดภัย อีกทั้งบุคคลแม้จะถูกลอกหลวงจนสำคัญผิดในคุณสมบัติข้อเท็จจริงเหล่านี้ก็ตามแต่ความเข้าใจเกี่ยวกับการมีเพศสัมพันธ์ว่ามีลักษณะใด หรือกับบุคคลใด ก็ยังคงเป็นอย่างเดียวกันกับกรณีที่ไม่ได้ถูกลอกหลวง ดังนั้นจึงอาจกล่าวได้ว่าการลอกหลวงเกี่ยวกับการใช้ถุงยางอนามัยเพื่อให้ได้มาซึ่งความยินยอมมิได้เป็นเพียงการลอกหลวงในคุณสมบัติแต่เป็นการลอกหลวงในสาระสำคัญของการกระทำและทำให้ความยินยอมที่ได้รับมาเสียไป

โดยหากพิจารณาการกระทำประกอบกับลักษณะของความยินยอมแล้วจะพบว่า การลอกหลวงเกี่ยวกับการใช้ถุงยางอนามัยเพื่อให้ได้มาซึ่งความยินยอมเป็นการกระทำที่ขาดลักษณะของความยินยอม กล่าวคือ ขาดลักษณะตามหลักความยินยอมที่แท้จริงเนื่องจากผู้ถูกระทำไม่ทราบว่ามีกระทำการโดยลอกหลวงเกี่ยวกับการใช้ถุงยางอนามัยอันมิใช่การกระทำที่ตรงกับเจตนาที่ได้ยินยอมไว้ จึงไม่ได้ปฏิเสธเพิ่มเติม อันจะถือว่าผู้ถูกระทำยินยอมโดยแท้จริงในการกระทำโดยไม่ใช้ถุงยางอนามัยได้ อีกทั้งยังไม่อาจถือได้ว่าได้รับความยินยอมปริยายด้วย เพราะที่ผู้ถูกระทำมิได้ปฏิเสธชัดขึ้นการกระทำก็เนื่องจากไม่ทราบถึงการกระทำ มิใช่การรับรู้ถึงการกระทำแต่ไม่ชัดขวาง และไม่มีเหตุผลที่จะสันนิษฐานว่าได้รับความยินยอมเพราะผู้กระทำย่อมรู้ดีว่าหากผู้ถูกระทำทราบถึงการกระทำ ผู้ถูกระทำจะไม่ยินยอมอย่างแน่แท้ ประกอบกับการมีเพศสัมพันธ์มิใช่สถานการณ์เร่งด่วนที่จำต้องสันนิษฐานความยินยอม นอกจากนี้ตามลักษณะที่ความยินยอมในสิ่งหนึ่ง ไม่ได้หมายความว่ารวมถึงการยินยอมในสิ่งอื่น ความยินยอมในการมีเพศสัมพันธ์โดยใช้ถุงยางอนามัยเท่านั้น ก็ย่อมไม่รวมถึงการไม่ใช้ถุงยางอนามัยที่นอกเหนือจากที่ได้ยินยอมไว้ และเมื่อความยินยอมที่ได้รับยังคงเป็นความยินยอมที่มีเงื่อนไข หากเงื่อนไขการใช้ถุงยางอนามัยยังมิได้ถูกระทำให้บรรลุ ความยินยอมแก่การกระทำจึงไม่อาจมีขึ้น

4.3 ปัญหาของการหลอกลวงเกี่ยวกับการใช้ธงยางอนามัยเพื่อให้ได้มาซึ่งความยินยอมกับหลักกับกฎหมายไทยที่เกี่ยวข้อง

ประมวลกฎหมายอาญาในส่วนของความผิดเกี่ยวกับเพศที่มีลักษณะการกระทำใกล้เคียงกับการหลอกลวงเกี่ยวกับการใช้ธงยางอนามัยเพื่อให้ได้มาซึ่งความยินยอม ได้แก่ มาตรา 276 ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและมาตรา 278 ความผิดฐานอนาจาร ซึ่งทั้งสองฐานความผิดมีลักษณะการกระทำที่แตกต่างกัน โดยสำหรับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราการกระทำจะต้องเป็นการกระทำชำเราตามบทนิยามในมาตรา 1(18) เท่านั้นซึ่งหมายถึงการกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ โดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำล่วงล้ำอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น แตกต่างกับความผิดฐานอนาจารที่ไม่ได้มีการกำหนดโดยเฉพาะเจาะจงว่า จะต้องเป็นการกระทำเช่นใด เพียงแต่เป็นการกระทำที่ไม่สมควรทางเพศ โดยทั้งสองฐานความผิดแม้มีลักษณะของการกระทำที่แตกต่างกัน แต่ก็มีองค์ประกอบความผิดในส่วนของความไม่ยินยอมของการกระทำเหมือนกัน ได้แก่ การขู่เชิญด้วยประการใด ๆ การใช้กำลังประทุษร้าย การกระทำโดยผู้อื่นอยู่ในภาวะที่ไม่อาจขัดขืนได้ และการทำให้เข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น

โดยสำหรับมาตรา 276 แม้การมีเพศสัมพันธ์โดยถูกหลอกลวงเกี่ยวกับการใช้ธงยางอนามัยจะมีลักษณะการกระทำเป็นการที่บุคคลใช้อวัยวะเพศของตนล่วงล้ำอวัยวะเพศของบุคคลอื่น สอดคล้องกับการกระทำชำเราตามคำนิยามมาตรา 1(18) ก็ตาม แต่การกระทำดังกล่าวก็ไม่อาจเป็นการกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราแม้ว่าความยินยอมที่ผู้กระทำได้รับจะเกิดจากการหลอกลวงซึ่งไม่ถือว่าเป็นความยินยอมที่บริสุทธิ์ แต่ด้วยรูปแบบการกระทำที่กฎหมายยอมรับมีการกำหนดชัดเจนว่าต้องเป็นการกระทำที่มีลักษณะอย่างใดอย่างหนึ่ง ไม่ว่าจะเป็นการขู่เชิญด้วยประการใด ๆ การใช้กำลังประทุษร้าย การที่ผู้อื่นนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือการทำให้ผู้อื่นนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น เท่านั้น การหลอกลวงเกี่ยวกับการใช้ธงยางอนามัยเพื่อให้ได้มาซึ่งความยินยอมจึงไม่สามารถปรับใช้กับรูปแบบการกระทำใดได้ ไม่อาจจะเป็นการขู่เชิญด้วยประการใด ๆ เนื่องจากเป็นการมีเพศสัมพันธ์โดยคู่กรณีตกลงที่จะเข้าร่วมอย่างสมัครใจ มิได้เกิดเพราะจำยอม หรือการใช้กำลังประทุษร้าย เนื่องจากไม่มีการทำร้ายเพียงแต่มีการใช้กลยุทธ์หลอกลวงเท่านั้น หรือการที่ผู้อื่นนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ เนื่องจากผู้ถูกกระทำยังคงอยู่มีสติสัมปชัญญะรับรู้ถึงการมีเพศสัมพันธ์ สามารถขัดขืนหรือโต้ตอบต่อการกระทำของผู้กระทำได้ เพียงแต่ที่ไม่ได้ขัดขืนก็เนื่องมาจากผู้ถูกกระทำไม่ทราบว่าการมีเพศสัมพันธ์เป็นการกระทำที่นอกเหนือจากที่ตกลงกัน และท้ายที่สุดการทำให้ผู้อื่นนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น แม้ว่าความไม่ยินยอมรูปแบบนี้จะเป็นความไม่ยินยอมที่เกิดขึ้นจากการหลอกลวงคู่กรณีจนได้มาซึ่งความยินยอม อันคล้ายคลึงกับความยินยอมที่เกิดขึ้นจากการหลอกลวงเกี่ยวกับการใช้ธงยางอนามัยที่เป็นการใช้อุบายหลอกลวงเช่นเดียวกันก็ตาม แต่ทว่าการหลอกลวงที่กฎหมายไทยยอมรับนั้น คงจำกัดกรณีเพียงการหลอกลวงในข้อเท็จจริงในสภาพอันเป็นสาระสำคัญตัวที่เป็นบุคคลเท่านั้น ไม่รวมไปถึงสาระสำคัญในกรณีอื่น ดังนั้นแม้การหลอกลวงเกี่ยวกับการใช้ธงยางอนามัยเพื่อให้ได้มาซึ่งความยินยอมจะเป็นการหลอกลวงในสาระสำคัญของการกระทำ แต่ก็ไม่อาจนำกฎหมายในปัจจุบันได้มาปรับใช้กับการกระทำได้

และเมื่อมาตรา 278 ได้กำหนดองค์ประกอบความไม่ยินยอมเป็นอย่างเดียวกันกับมาตรา 276 จึงเห็นได้ว่ากฎหมายไทยในปัจจุบันยอมรับความไม่ยินยอมของการกระทำเพียงสี่รูปแบบเท่านั้น ดังนั้น แม้มีการกระทำโดยไม่ได้รับความยินยอมเกิดขึ้น หากแต่เป็นความไม่ยินยอมในรูปแบบลักษณะอื่นนอกเหนือจากที่กฎหมายกำหนดไว้ไม่ว่าการกระทำชำเราหรือการกระทำอนาจารก็ล้วนแต่ไม่เป็นความผิด ทำให้การหลอกลวงเกี่ยวกับการใช้ธงยางอนามัยเพื่อให้ได้มาซึ่งความยินยอม ไม่อาจเป็นการกระทำความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาไทยได้ ไม่ว่าจะในความผิดฐานใดก็ตาม

อย่างไรก็ดีการหลอกลวงเกี่ยวกับการใช้ธงยางอนามัยเพื่อให้ได้มาซึ่งความยินยอมหากเป็นกรณีที่ผู้เสียหายเป็นเด็ก ความผิดฐานกระทำชำเราเด็กในมาตรา 277 และความผิดฐานกระทำอนาจารเด็กในมาตรา 279 ที่วางหลักให้ผู้กระทำต้องรับโทษหนักขึ้น ได้วางหลักในประเด็นความยินยอมของผู้เสียหายอย่างแตกต่างกับการข่มขืนกระทำชำเรามาตรา 276 และการกระทำอนาจารมาตรา 278 กล่าวคือการกระทำชำเราหรือการ

กระทำอนาจารต่อเด็กเป็นความผิดไม่ว่าจะกระทำโดยเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม โดยสังเกตได้จากมาตรา 277 ที่ไม่มีการบัญญัติคำว่า “ข่มขืน” ที่เป็นการบังคับหรือการกระทำโดยฝ่าฝืนจิตใจของบุคคล และมาตรา 279 ก็ได้วางหลักไว้ชัดเจนว่าเป็นการกระทำโดยเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม อันแสดงให้เห็นว่าการกระทำที่ทำต่อเด็กอายุไม่เกินสิบห้าปีซึ่งเป็นช่วงอายุที่กฎหมายมองว่าไม่มีความสามารถในการตัดสินใจให้ความยินยอมด้วยตนเองได้และความรู้สึกนึกคิดของเด็กยังคงไม่สมบูรณ์ ความยินยอมของเด็กไม่ใช่สาระสำคัญของการกระทำ

ดังนั้นการหลอกลวงเกี่ยวกับการใช้ถุงยางอนามัยเพื่อให้ได้มาซึ่งความยินยอมต่อเด็กอายุไม่เกินสิบห้าปีไม่ว่าเด็กจะให้ความยินยอมแก่การกระทำหรือไม่ ไม่ว่าจะเป็นการหลอกลวงในข้อเท็จจริงหรือหลอกลวงในเหตุจูงใจ ไม่ว่าจะเป็นการหลอกลวงในสภาพอันเป็นสาระสำคัญของการกระทำที่ทำให้ความยินยอมเสียไปหรือไม่ การกระทำก็ล้วนแต่เป็นการกระทำที่มีความผิด เนื่องจากสำหรับเด็กแล้วกฎหมายยอมรับกรณีและผู้เสียหายไม่ยินยอมอย่างกว้างขวางมากกว่า

4.4 แนวทางทางกฎหมายที่ตีความกฎหมายที่มีอยู่รองรับว่าการหลอกลวงเกี่ยวกับการใช้ถุงยางอนามัยเพื่อให้ได้มาซึ่งความยินยอมเป็นการกระทำที่มีความผิด

สำหรับกลุ่มประเทศที่มีแนวทางกฎหมายโดยตีความกฎหมายที่มีอยู่รองรับว่าการหลอกลวงเกี่ยวกับการใช้ถุงยางอนามัยเพื่อให้ได้มาซึ่งความยินยอมเป็นการกระทำที่เป็นความผิด คือกลุ่มประเทศที่มีได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายเพื่อให้กฎหมายสามารถรองรับปรับใช้กับการกระทำได้ แต่นักกฎหมายที่มีอยู่เดิมโดยเฉพาะบทกฎหมายในความผิดเกี่ยวกับเพศมาตีความปรับใช้เพื่อตัดสินว่าการกระทำดังกล่าวเป็นกรกระทำที่ผิดกฎหมายหรือไม่ ซึ่งจากการศึกษาประเทศที่มีแนวทางกฎหมายเช่นนี้ ได้แก่ ประเทศนิวซีแลนด์และประเทศเยอรมนี โดยเป็นการตีความในส่วนความไม่ยินยอมเช่นเดียวกัน

ประเทศนิวซีแลนด์ได้มีการวางหลักเกี่ยวกับความไม่ยินยอมของการกระทำไว้ในพระราชบัญญัติกฎหมายอาญามาตรา 128(A) ซึ่งวางหลักถึงสถานการณ์ที่กฎหมายไม่ถือว่าเป็นการให้ความยินยอมไว้ในหลายสถานการณ์ แต่อย่างไรก็ดีบทกฎหมายดังกล่าวก็ได้กำหนดสถานการณ์ที่ถือว่าบุคคลไม่ยินยอมให้มีกิจกรรมทางเพศอย่างจำกัด เนื่องจาก (8) ของมาตรา 128(A) ได้ทำให้หากมีสถานการณ์ที่นอกเหนือจากที่มาตรา 128(A) ได้กำหนดไว้ เช่น การหลอกลวงเกี่ยวกับการใช้ถุงยางอนามัยเพื่อให้ได้มาซึ่งความยินยอมเกิดขึ้น แม้เพียงผิวเผินอาจดูเหมือนเป็นการกระทำที่ได้รับความยินยอมก็ตามแต่ก็อาจเป็นการกระทำที่ไม่ถือว่าเป็นการให้ความยินยอมจากผู้ถูกกระทำได้ ขึ้นอยู่กับการตีความของศาลว่าตีความกฎหมายให้ครอบคลุมกับสถานการณ์ดังกล่าวหรือไม่ โดยในคดีของนาย Jessi Campos ที่ตกลงกับหญิงบริการว่าจะใช้ถุงยางอนามัยแต่กลับถอดถุงยางอนามัยในภายหลัง ก็ได้แสดงให้เห็นแล้วว่า ศาลของประเทศนิวซีแลนด์ได้ตีความว่าการกระทำดังกล่าวเป็นไม่ถือว่าเป็นการให้ความยินยอม จึงมีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ซึ่งผู้พิพากษาก็ได้ให้ความเห็นว่าความเป็นเหยื่อของหญิงบริการในกรณีนี้มีได้ด้อยไปกว่าความเป็นเหยื่อของผู้รอดชีวิต (survivor) จากการกระทำผิดทางเพศอื่น

ในส่วนมาตรา 177 ของประเทศเยอรมนี ความไม่ยินยอมปรากฏในส่วนของการฝ่าฝืนความต้องการอันเห็นได้ชัดของผู้อื่น ที่ยอมหมายรวมถึงการกระทำที่ไม่กระทำตามที่ผู้อื่นประสงค์หรือปรารถนาให้เกิดขึ้น โดยผู้อื่นได้แสดงออกให้ทราบถึงความต้องการของตนอย่างชัดเจนเห็นได้ชัดแล้ว ซึ่งในส่วนนี้ผู้เขียนเห็นว่ามีความหมายเดียวกันกับการกระทำโดยไม่ได้รับความยินยอมเพราะการที่บุคคลไม่ได้ให้ความยินยอมแก่การกระทำแต่กลับมีการกระทำเกิดขึ้น การกระทำดังกล่าวย่อมเป็นการกระทำที่เกิดขึ้นโดยฝ่าฝืนความยินยอมของผู้อื่น เพียงความไม่ยินยอมตามมาตรา 177(1) จำต้องเป็นความไม่ยินยอมที่สามารถเห็นได้ชัดเท่านั้น แต่กระนั้นกฎหมายก็ไม่ได้กำหนดลักษณะที่เป็นการฝ่าฝืนเจตจำนงอันเห็นได้ชัดของผู้อื่นว่าหมายถึงการกระทำเช่นใดบ้าง ซึ่งศาลของประเทศเยอรมนีได้มีมุมมองเกี่ยวกับการหลอกลวงเกี่ยวกับการมีเพศสัมพันธ์ที่มีการหลอกลวงเกี่ยวกับการใช้ถุงยางอนามัยว่า การมีเพศสัมพันธ์โดยป้องกันและการมีเพศสัมพันธ์ที่ไม่ป้องกันเป็นการกระทำที่แตกต่างกัน การหลอกลวงเกี่ยวกับการใช้ถุงยางอนามัยเพื่อให้ได้มาซึ่งความยินยอมจึงถือเป็นความผิดฐานล่วงละเมิดทางเพศ (sexual assault) อันจะเห็นได้ว่าศาลของประเทศเยอรมนีให้ความสำคัญกับความปลอดภัยอันเป็นคุณภาพของการกระทำเป็นอย่างมาก ทำให้แม้เป็นการกระทำลักษณะอื่นเช่นมีการใช้ถุงยางอนามัยตามที่ตั้งใจกันแต่ถุงยาง

อนามัยที่ใช้ถูกทำให้สิ้นสภาพหรือสิ้นประโยชน์ในการเป็นอุปกรณ์ป้องกันทางเพศ เช่นถูกเจาะ การกระทำดังกล่าวก็เป็นความผิดเช่นเดียวกัน ตามที่ได้มีพิพากษาในปีค.ศ.2022

โดนสำหรับแนวทางทางกฎหมายที่ดีความกฎหมายที่มีอยู่รองรับว่าการหลอกลวงเกี่ยวกับการใช้ถุงยางอนามัยเพื่อให้ได้มาซึ่งความยินยอมเป็นการกระทำที่มีความผิดนี้ มีข้อดีคือทำให้ศาลมีดุลพินิจ สามารถตีความถึงการกระทำที่ไม่ได้รับความยินยอมได้อย่างกว้างขวาง กฎหมายที่มีอยู่เดิมจึงสามารถรองรับปรับใช้กับการกระทำได้อย่างหลากหลาย จึงไม่จำเป็นต้องมีการแก้ไขบทบัญญัติแห่งกฎหมายทุกๆครั้งที่มีการกระทำใหม่ๆ เกิดขึ้น หากในอนาคตมีสถานการณ์อื่นที่สังคมเห็นว่าเป็นการกระทำที่ไม่ได้รับความยินยอมจากผู้ถูกระทำ แม้ไม่เกี่ยวข้องกับ การใช้ถุงยางอนามัยก็ตาม แต่เพียงคำพิพากษาก็สามารถรองรับได้ว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำที่ขาดความยินยอมและมีความผิด

อย่างไรก็ดีแนวทางดังกล่าวก็มิได้มีข้อดีเพียงเสียทีเดียว ในทางตรงกันข้ามการที่กฎหมายซึ่งเป็นกฎระเบียบของสังคมสามารถเปลี่ยนไปตามแต่ดุลพินิจของศาลว่าจะตีความกว้างหรือแคบเพียงใด ย่อมทำให้กฎหมายขาดซึ่งความชัดเจนและไม่มีความแน่นอน เนื่องจากเป็นการยากที่ประชาชนทั่วไปจะทราบว่า การกระทำเช่นใดเป็นการกระทำที่เป็นความผิด โดยเฉพาะหากการกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำใหม่ที่ยังไม่มีคำพิพากษาของศาลวางหลักเป็นแนวทางรองรับไว้ก่อน เช่น การหลอกลวงเกี่ยวกับการใช้ถุงยางอนามัยเพื่อให้ได้มาซึ่งความยินยอมก่อนที่จะมีคำพิพากษาของศาลวางหลักไว้ เป็นต้น ทำให้เป็นการยากที่บุคคลทั่วไปจะหลีกเลี่ยงไม่กระทำการที่กฎหมายไม่ต้องการให้เพิ่มขึ้น เพราะบุคคลทั่วไปไม่ทราบว่า การกระทำเช่นใดจะเป็นการกระทำที่ไม่ถือว่าได้รับความยินยอม การกระทำใดทำแล้วมีความผิดซึ่งอาจทำให้ต้องรับโทษทางอาญา

4.5 แนวทางทางกฎหมายที่แก้ไขกฎหมายเพื่อรองรับว่าการหลอกลวงเกี่ยวกับการใช้ถุงยางอนามัย เพื่อให้ได้มาซึ่งความยินยอมเป็นการกระทำที่มีความผิด

กลุ่มประเทศที่ใช้แนวทางนี้คือกลุ่มประเทศที่ได้แก้ไขบทบัญญัติแห่งกฎหมายของตนโดยเฉพาะเจาะจง เพื่อให้มีกฎหมายที่สามารถใช้กับการหลอกลวงเกี่ยวกับการใช้ถุงยางอนามัยเพื่อให้ได้มาซึ่งความยินยอมได้ เนื่องจากบทกฎหมายเดิมที่มีอยู่ไม่อาจหมายความว่าไปถึงการกระทำโดยหลอกลวงเกี่ยวกับการใช้ถุงยางอนามัย เพื่อให้ได้มาซึ่งความยินยอม โดยจากการศึกษาของกลุ่มประเทศที่มีแนวทางทางกฎหมายในลักษณะนี้ ได้แก่ ประเทศออสเตรเลีย ประเทศสิงคโปร์ และยังมีไปถึงประเทศสวีเดนและแลนด์ที่แม้จะยังมีได้มีการแก้ไขกฎหมายก็ตาม

สำหรับประเทศออสเตรเลียและประเทศสิงคโปร์ จากการศึกษาพบว่าทั้งสองประเทศมีแนวทางการแก้ไขกฎหมายไปในทางเดียวกัน คือการแก้ไขโดยเพิ่มเติมลักษณะการกระทำให้รวมถึงการหลอกลวงเกี่ยวกับการใช้ถุงยางอนามัยเพื่อให้ได้มาซึ่งความยินยอมขึ้นในบทกฎหมายอย่างเฉพาะเจาะจง มิใช่การแก้ไขกฎหมายเดิมอย่างกว้าง ๆ เพื่อให้ศาลใช้ดุลพินิจตีความซึ่งในกรณีของประเทศออสเตรเลีย พระราชบัญญัติกฎหมายอาญามาตรา 67(1)(j) ที่ถูกแก้ไขเพิ่มเติมได้กำหนดความรับผิดทางอาญาที่เกี่ยวข้องกับการหลอกลวงเกี่ยวกับการใช้ถุงยางอนามัย เพื่อให้ได้มาซึ่งความยินยอมไว้ ซึ่งตามมาตรา 67(1)(j) การที่บุคคลถูกหลอกลวงยอมเป็นการที่เจตนาของบุคคลได้ถูกบิดเบือนความจริงอย่างหนึ่ง เมื่อสิ่งที่ถูกบิดเบือนเกี่ยวข้องกับการใช้ถุงยางอนามัย เช่น ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการใช้ถุงยางอนามัย จึงถือว่าในการมีเพศสัมพันธ์บุคคลไม่ได้ให้ความยินยอมแก่การกระทำ และเมื่อบุคคลไม่ได้รับความยินยอมในการมีเพศสัมพันธ์ การกระทำจึงมีความผิดฐานมีเพศสัมพันธ์โดยปราศจากความยินยอมตามมาตรา 54 ซึ่งจะสังเกตได้ว่าการแก้ไขกฎหมายของประเทศออสเตรเลียเป็นการแก้ไขในความหมายของลักษณะการกระทำที่ถือว่าบุคคลไม่ยินยอมให้กระทำเท่านั้น

ในขณะที่ประเทศสิงคโปร์ได้มีการแก้ไขกฎหมายโดยเฉพาะในมาตรา 376H บทกฎหมายดังกล่าววางหลักให้ในกิจกรรมทางเพศ สำหรับการได้รับความยินยอมจากผู้ถูกระทำ หากได้รับมาอย่างฉ้อฉลโดยการหลอกลวงหรือโดยแสดงออกอันเป็นเท็จ ที่เกี่ยวข้องกับการใช้หรือลักษณะการใช้ของมาตรการป้องกันทางเพศหรือเกี่ยวข้องกับการเป็นพาหะของโรคติดต่อทางเพศ หากรู้หรือมีเหตุที่เชื่อได้ว่าความยินยอมถูกมอบให้โดยมีลักษณะของการหลอกลวงหรือการแสดงออกอันเป็นเท็จ การกระทำดังกล่าวย่อมมีความผิด ซึ่งจะเห็นว่าบทกฎหมายของประเทศสิงคโปร์ไม่เพียงแต่จะกำหนดไว้อย่างละเอียดแต่ยังเป็นการกำหนดเพิ่มเติมฐานความผิดใหม่

แยกต่างหากจากความผิดเกี่ยวกับเพศเดิมที่มีอยู่ อีกทั้งยังกำหนดให้ขอบเขตของกฎหมายมีความกว้างขวางมากกว่ากฎหมายของประเทศออสเตรเลีย กล่าวคือ สำหรับประเทศออสเตรเลียกฎหมายนำมาใช้กับการหลอกลวงเกี่ยวกับการใช้ฉวยงอนามัยเพื่อให้ได้มาซึ่งความยินยอมได้เฉพาะแต่กรณีที่มีการหลอกลวงนั้นเกี่ยวข้องกับการใช้ฉวยงอนามัยเท่านั้น แต่ประเทศสิงคโปร์กฎหมายมิได้จำกัดอยู่เพียงแต่กรณีที่เกี่ยวข้องกับการใช้ฉวยงอนามัยเท่านั้น แต่ยังรวมถึงการใช้หรือลักษณะการใช้มาตรการป้องกันทางเพศ หรือการเป็นพาหะของโรคติดต่อทางเพศอีกด้วย อันมีผลให้การกระทำโดยหลอกลวงหรือการแสดงออกอันเป็นเท็จที่เกี่ยวข้องกับการใช้มาตรการทางเพศอื่น เช่น การหลอกลวงเกี่ยวกับการใช้ห่วงคุมกำเนิด หรือการหลอกลวงเกี่ยวกับการรับประทานยาคุมกำเนิด ก็ล้วนแต่เป็นความผิดฐานได้มาซึ่งกิจกรรมทางเพศโดยการหลอกลวงหรือการแสดงออกอันเป็นเท็จเช่นเดียวกัน

โดยสำหรับการแก้ไขกฎหมายเพื่อรองรับว่าการหลอกลวงเกี่ยวกับการใช้ฉวยงอนามัยเพื่อให้ได้มาซึ่งความยินยอมเป็นการกระทำที่มีความผิด ผู้เขียนเห็นว่าแนวทางนี้ทำให้กฎหมายมีความชัดเจนว่าการกระทำใดเป็นการกระทำที่สังคมไม่ต้องการให้คนในสังคมกระทำ สอดคล้องกับหลักกฎหมายอาญาที่จะต้องมีความชัดเจนแน่นอนเพราะเป็นกฎหมายที่มีบทลงโทษกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพในร่างกาย หรือทรัพย์สินของบุคคล อีกทั้งยังสอดคล้องกับแนวทางทางกฎหมายของประเทศสวิตเซอร์แลนด์ที่แม้จะมีได้มีการแก้ไขกฎหมายรองรับว่าการหลอกลวงเกี่ยวกับการใช้ฉวยงอนามัยเพื่อให้ได้มาซึ่งความยินยอมเป็นการกระทำที่มีความผิดก็ตาม แต่จากการมีคำพิพากษาวางแนวทางยอมรับว่าการกระทำไม่มีความผิดฐานกระทำทางเพศต่อบุคคลที่อยู่ในภาวะไม่สามารถตัดสินใจหรือขัดขืนได้ มาตรา 191 กฎหมายที่มีอยู่ไม่สามารถปรับใช้กับการกระทำได้ รัฐสภาของประเทศสวิตเซอร์แลนด์ก็มีความเห็นว่าการแก้ไขกฎหมายให้ความครอบคลุมมากขึ้น

นอกจากนี้ แนวทางนี้ยังมีข้อดีอีกประการหนึ่งคือทำให้กฎหมายสามารถกำหนดได้ถึงรายละเอียดของการกระทำที่กฎหมายต้องการให้เป็นความผิด ไม่ว่าจะนิยามต่าง ๆ ลักษณะของการกระทำ หรือ ข้อยกเว้น ซึ่งสามารถเห็นได้ชัดแจ้งโดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีประเทศสิงคโปร์มาตรา 376H ที่มีการกำหนดอธิบายว่ากรณีใดที่ถือว่าเป็นการหลอกลวงหรือการแสดงออกอันเป็นเท็จ ความหมายของมาตรการป้องกันทางเพศ เป็นต้นซึ่งรายละเอียดนี้เหล่านี้อยู่เป็นปัจจัยหนึ่งที่ทำให้กฎหมายสามารถบังคับใช้ได้โดยมีประสิทธิภาพ

ในทางตรงกันข้าม การแก้ไขกฎหมายเพื่อรองรับการกระทำใดการกระทำหนึ่งโดยเฉพาะก็อาจทำให้กฎหมายมีความแคบหรือจำกัดจนเกินไป กล่าวคือ หากมีการกระทำที่นอกเหนือจากที่กฎหมายได้กำหนด แม้จะคล้ายคลึงกับการกระทำเดิม แต่หากมีความแตกต่างกันแม้เพียงเล็กน้อย กฎหมายก็อาจไม่สามารถใช้กับการกระทำดังกล่าวได้ ทำให้เมื่อมีการกระทำใหม่เกิดขึ้นก็จำเป็นต้องมีการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายขึ้นใหม่อยู่เสมอ กฎหมายเกี่ยวกับการหลอกลวงเกี่ยวกับการใช้ฉวยงอนามัยเพื่อให้ได้มาซึ่งความยินยอมก็เช่นเดียวกัน หากในอนาคตมาตรการป้องกันทางเพศอื่นได้รับการยอมรับจากสังคมเทียบเท่าการใช้ฉวยงอนามัย กฎหมายที่มีอยู่ก็ย่อมล้าสมัย จำต้องแก้ไขต่อไป แต่กระนั้นผู้เขียนเห็นว่า ความแคบหรือกว้างของกฎหมายขึ้นอยู่กับว่าผู้ร่างกฎหมายต้องการมุ่งปกป้องสังคมจากการกระทำใด หากกฎหมายให้คุณค่ากับมาตรการป้องกันทางเพศโดยไม่จำกัดเพียงฉวยงอนามัย การแก้ไขกฎหมายก็สามารถทำได้ในอย่างกว้างดังเช่นประเทศสิงคโปร์ แต่หากผู้ร่างกฎหมายมองว่ามาตรการป้องกันทางเพศที่สำคัญมีเพียงฉวยงอนามัยเท่านั้น กฎหมายที่กำหนดเฉพาะแต่ที่เกี่ยวข้องกับการใช้ฉวยงอนามัยก็บรรลุวัตถุประสงค์ในการบัญญัติกฎหมายได้อย่างเหมาะสมแล้ว

โดยสำหรับประเทศไทยผู้เขียนเห็นว่า เมื่อชั่งน้ำหนักผลกระทบของของแนวทางต่าง ๆ แนวทางในการแก้ไขกฎหมายแม้จะทำให้กฎหมายใช้ได้อย่างจำกัดก็ตาม แต่การพยายามตีความกฎหมายเพื่อให้ใช้กับการกระทำทำให้ขอบเขตของกฎหมายขยายไปมากขึ้น ไม่มีความชัดเจนย่อมเป็นการผลร้ายกับสังคมมากกว่า ในขณะที่การแก้ไขกฎหมายที่ทำให้กฎหมายไม่ถูกใช้อย่างบิดเบือนและทำให้สิ่งที่ผู้ร่างกฎหมายต้องการสื่อสารกับสังคมไม่ความคลาดเคลื่อนมีผลร้ายกับผู้คนน้อยกว่า อีกทั้งการแก้ไขกฎหมายก็สามารถทำให้ยึดหยุ่นครอบคลุมหลายการกระทำได้ เช่น การกรณีของประเทศสิงคโปร์ที่วางแนวทางว่า มาตรการทางเพศที่กฎหมายมุ่งปกป้องนั้นไม่ได้จำกัดอยู่เพียงการใช้ฉวยงอนามัย แต่รวมถึงการใช้หรือวิธีการทางการแพทย์อื่นที่มีโดยจุดประสงค์ป้องกันการ

ตั้งครุฑและการติดโรคเช่นเดียวกันด้วย และท้ายที่สุดแนวทางการแก้ไขกฎหมายยังยอมรับระดับน้ำหนักความร้ายแรงการกระทำได้มากกว่าความร้ายแรงของการหลอกลวงเกี่ยวกับการใช้ถุงยางอนามัยเพื่อให้ได้มาซึ่งความยินยอมไม่ถูกจำกัดว่าถ้าจำเป็นต้องเทียบเท่ากับความผิดเดิมที่มีอยู่เท่านั้น

5. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

บทกฎหมายไทยในปัจจุบันไม่สามารถใช้บังคับกับการหลอกลวงเกี่ยวกับการใช้ถุงยางอนามัยเพื่อให้ได้มาซึ่งความยินยอมได้ จึงควรที่จะแก้ไขปรับปรุงกฎหมายเพื่อรองรับการกระทำดังกล่าว ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าเงื่อนไขการใช้ถุงยางอนามัยมีขึ้นเพื่อความปลอดภัย ข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับมาตรการป้องกันทางเพศในส่วนนี้จึงเป็นข้อมูลที่สำคัญอันเป็นสาระสำคัญของการกระทำ เพราะการสำคัญผิดในข้อมูลดังกล่าวทำให้การกระทำที่ปลอดภัยกลายเป็นการกระทำที่ไม่ปลอดภัย อย่างไรก็ตามน้ำหนักความร้ายแรงของการหลอกลวงเกี่ยวกับการใช้ถุงยางอนามัยเพื่อให้ได้มาซึ่งความยินยอมก็อาจไม่เทียบเท่ากับการข่มขืนกระทำชำเรา เพราะถุงยางอนามัยเป็นอุปกรณ์ที่ถูกใช้โดยมีจุดประสงค์ในการป้องกันการติดต่อทางเพศ การตั้งครุฑไม่พึงประสงค์ และเพื่อความสบายใจของผู้ใช้เท่านั้น โดยเมื่อพิจารณาลักษณะของการกระทำที่เกิดขึ้นเมื่อบุคคลมีเพศสัมพันธ์กัน การกระทำดังกล่าวย่อมมีลักษณะเป็นการกระทำชำเราตามนิยามของมาตรา 1(18)

ดังนั้นเพื่อความชัดเจนแน่นอนของกฎหมาย ผู้เขียนจึงขอเสนอแนะให้มีการแก้ไขปรับปรุงบทกฎหมายไทยในประมวลกฎหมายอาญา ให้การหลอกลวงเกี่ยวกับการใช้ถุงยางอนามัยเพื่อให้ได้มาซึ่งความยินยอมเป็นการกระทำที่มีความผิดอีกฐานความผิดหนึ่ง โดยเพิ่มเติมจากมาตรา 276 เดิมเป็นมาตรา 276/1 ว่า “ผู้ใดกระทำชำเราผู้อื่น โดยหลอกลวงว่าจะใช้ถุงยางอนามัย ใช้ถุงยางอนามัยที่มีสภาพไม่สมบูรณ์ หรือถอดถุงยางอนามัยออกในระหว่างกระทำชำเรา โดยไม่ได้รับความยินยอม ต้องระวางโทษ... ถุงยางอนามัยตามมาตรา นี้ หมายความว่า อุปกรณ์ที่ทำจากยางมีลักษณะเป็นปลอกใช้สวมครอบอวัยวะเพศชายขณะมีเพศสัมพันธ์ เพื่อคุมกำเนิดหรือป้องกันการติดต่อทางเพศ”

อย่างไรก็ดี การหลอกลวงเกี่ยวกับการใช้ถุงยางอนามัยก็เป็นการหลอกลวงในมาตรการป้องกันทางเพศอย่างหนึ่งซึ่งเป็นข้อมูลเกี่ยวกับสุขภาพหรือการเจริญพันธุ์ ในทางกลับกันการหลอกลวงในมาตรการป้องกันทางเพศอื่น เช่น หลอกลวงเกี่ยวกับการรับประทานยาคุมกำเนิดเพื่อให้คู่กรณีอีกฝ่ายยินยอมมีเพศสัมพันธ์ก็อาจมีกรณีที่ฝ่ายชายเป็นผู้ถูกกระทำเช่นเดียวกัน ซึ่งเพื่อความเท่าเทียมกันในทางเพศและไม่เกิดการเลือกปฏิบัติแล้ว ผู้เขียนเห็นว่าฝ่ายชายก็ควรที่จะได้รับความคุ้มครองจากกฎหมายเช่นเดียวกับกรณีการหลอกลวงเกี่ยวกับการใช้ถุงยางอนามัยเพื่อให้ได้มาซึ่งความยินยอมของฝ่ายหญิง ดังเช่นกรณีของประเทศสิงคโปร์ที่กฎหมายครอบคลุมมาตรการป้องกันทางเพศหรือข้อมูลการเป็นพาหะของโรคติดต่อทางเพศในหลายรูปแบบ ไม่จำกัดเพียงการใช้ถุงยางอนามัย เพราะการแจ้งข้อมูลเกี่ยวกับสุขภาพทางเพศไม่ว่าในกรณีใดก็ล้วนแต่มีเพื่อให้คู่กรณีได้ประเมินความเสี่ยงและตัดสินใจว่าตนควรยินยอมมีเพศสัมพันธ์หรือไม่ทั้งสิ้น

บรรณานุกรม

หนังสือ

ภาษาไทย

คณพล จันทร์หอม, *คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิด เล่ม 1* (พิมพ์ครั้งที่ 3, วิญญูชน 2564).

ณัฐจักร ปัทมสิงห์ ณ อยุธยา, *คำอธิบายวิชานิติกรรม-สัญญา* (พิมพ์ครั้งที่ 1, ธนอรุณการพิมพ์ 2565).

ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ และระณกรณ์ บุญมี, *คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคความผิดและลหุโทษ โทษ* (พิมพ์ครั้งที่ 19, วิญญูชน 2565).

ศนันท์กรณ โสทธิพันธ์, *คำอธิบายนิติกรรม-สัญญา* (พิมพ์ครั้งที่ 22, วิญญูชน 2561).

สทรรัฐ กิติ ศุภการ, *กฎหมายอาญา : หลักและคำพิพากษา* (พิมพ์ครั้งที่ 9, อมรินทร์พริ้นติ้งแอนด์พับลิชชิ่ง 2562).

วิทยานิพนธ์

ภาษาไทย

กมลชัย รัตนสกาวงศ์, ‘ความยินยอมในกฎหมายอาญา’ (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2523).

คำพิพากษา

ภาษาไทย

คำพิพากษาฎีกาที่ 828/2508.

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6323/2557.

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 10007/2557.

ภาษาอังกฤษ

R v Williams [1923] 1 KB 340.

บทความ

ภาษาไทย

นิพนธ์ ดาราวุฒิมาประภรณ์ และคณะ, ‘ความสัมพันธ์ระหว่างสถานการณ์เสี่ยงในการใช้ถุงยางอนามัยกับความสนใจใช้ยาต้านไวรัสป้องกันก่อนการสัมผัสเชื้อเอชไอวีในกลุ่มพนักงานบริการหญิง’ (2564) 1 วารสารโรคเอดส์ < <https://he02.tci-thaijo.org/index.php/ThaiAIDSJournal/article/view/253223/173765> > สืบค้นเมื่อ 8 มีนาคม 2565.

ภาษาต่างประเทศ

Alexandra Brodsky, ‘Rape- Adjacent: Imaging Legal Responses to Nonconsensual Condom Removal’ (2017) 32 Columbia Journal of Gender and Law <<https://heinonline.org/HOL/PDFsearchable?handle=hein.journals/coljgl32&collection=journals§ion=11&id=&print=section§ioncount=1&ext=.pdf&nocover=&display=0>> สืบค้นเมื่อ 1 มีนาคม 2565.

Kimmy Khanh Nguyen, Cody Weeks and Douglas Stenstrom, ‘Investigating the Effect of Stealthing Justification on rape Perceptions’ (2021) <<https://journals.sagepub.com/doi/10.1177/1077801220930823>> สืบค้นเมื่อ 5 เมษายน 2566.

Mikaela Shapiro, ‘Yes, “Stealthing” is sexual assault..and we need to address it’ (2021) 37 Touro Law Review 1643 <<https://digitalcommons.tourolaw.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3346&context=lawreview>> สืบค้นเมื่อ 21 มีนาคม 2565.

อื่นๆ

ภาษาไทย

Khaosod, ‘เชลล์สาวเพื่อนร่วมงานลอกถอดถุงยางตั้งท้อง วิวาร์ห์3วัน ผู้หญิงโผล่บ้าน’ (khaosod, 24 พฤศจิกายน 2563) <https://www.khaosod.co.th/special-stories/news_5392372> สืบค้นเมื่อ 9 พฤษภาคม 2565.

สมรรถน์ ลิ้มมหาคุณ, ‘คุยเฟื่องเรื่อง “ถุงยางอนามัย”’(samitivejhospitals, 06 กุมภาพันธ์ 2563) <<https://www.samitivejhospitals.com/th/article/detail/%E0%B8%96%E0%B8%B8%E0%B8%87%E0%B8%A2%E0%B8%B2%E0%B8%87%E0%B8%AD%E0%B8%99%E0%B8%B2%E0%B8%A1%E0%B8%B1%E0%B8%A2>> สืบค้นเมื่อ 11 พฤษภาคม 2565.

สุระ โฉมแฉล้ม, ‘ช่วงตั้งครรภ์ ปัญหาสุขภาพที่คุณแม่พบบ่อย’ (Paolohospital, 27 กรกฎาคม 2565) <<https://www.paolohospital.com/th-TH/center/Article/Details/ช่วงตั้งครรภ์-ปัญหาสุขภาพที่คุณแม่พบบ่อย>> สืบค้นเมื่อ 2 เมษายน 2566.

ภาษาต่างประเทศ

Brianna Chesser, ‘In an Australian first, stealthing is now illegal in the ACT. Could this set a precedent for the country?’ (theconversation, 2021) <<https://theconversation.com/in-an-australian-first-stealthing-is-now-illegal-in-the-act-could-this-set-a-precedent-for-the-country-169629>> สืบค้นเมื่อ 5 เมษายน 2566.

Brianna Chesser, ‘New Zealand’s first successful ‘stealthing’ prosecution leads the way for law changes in Australia and elsewhere’ (theconversation, 28 April 2021) <<https://theconversation.com/new-zealands-first-successful-stealthing-prosecution-leads-the-way-for-law-changes-in-australia-and-elsewhere-159323>> สืบค้นเมื่อ 14 พฤษภาคม 2565.

Gesley,Jenny, ‘Switzerland: Federal Supreme Court Holds ‘Stealthing’ Not Punishable as Sexual Act with Persons Incapable of Judgement or Resistance’ (loc, 2022) <<https://www.loc.gov/item/global-legal-monitor/2022-07-13/switzerland-federal-supreme-court-holds-stealthing-not-punishable-as-sexual-act-with-persons-incapable-of-judgement-or-resistance/>> สืบค้นเมื่อ 12 กุมภาพันธ์ 2566.

Harry Frost, ‘Bill to criminalise stealthing, removing a condom during sex without consent, to be considered in ACT’ (abc, 2021) <<https://www.abc.net.au/news/2021-04-22/stealthing-bill-criminalise-condom-removal-sex-consent/100085704>> สืบค้นเมื่อ 5 เมษายน 2566.

- Joan Cook, 'Stealthing is assault, a betrayal with potentially long-lasting consequences' (thehill, 24 May 2017) <[https://thehill.com/blogs/pundits-blog/health care/334907-stealthing-is-assault-a-betrayal-with-potentially-long-lasting/](https://thehill.com/blogs/pundits-blog/health-care/334907-stealthing-is-assault-a-betrayal-with-potentially-long-lasting/)> สืบค้นเมื่อ 11 พฤษภาคม 2565.
- Katie Harris, 'Man sentenced to jail for rape after removing condom without consent' (nzherald, 22 เมษายน 2564) <<https://www.nzherald.co.nz/nz/man-sentenced-to-jail-for-rape-after-removing-condom-without-consent/NVRGH4GJNZLIEKSENRID UHZ JMI/>> สืบค้นเมื่อ 14 พฤษภาคม 2565.
- Leila Ettachfani, 'Man Accused of 'Stealthing' Will Not Be Convicted of Rape' (vice, 10 May 2017) <<https://www.vice.com/en/article/7xz89q/man-accused-of-stealthing-will-not-be-convicted-of-rape>> สืบค้นเมื่อ 12 กุมภาพันธ์ 2566.
- Matthew Robinson, 'Police officer found guilty of condom 'stealthing' in landmark trial' (cnn, 20 December 2018) <<https://edition.cnn.com/2018/12/20/health/stealthing-germany-sexual-assault-scli-intl/index.html>> สืบค้นเมื่อ 12 กุมภาพันธ์ 2566.
- Rebecca Staudenmaier, 'Germany: Woman sentenced after sabotaging partner's condoms' (dw, 5 May 2022) <<https://www.dw.com/en/germany-woman-sentenced-for-poking-holes-in-partners-condoms/a-61689670>> สืบค้นเมื่อ 22 กันยายน 2565.
- Reuter Staff, 'Swiss court upholds sentence in 'stealthing' condom case' (reuters, 9 May 2017) <<https://www.reuters.com/article/us-swiss-stealthing-idUSKBN1851UN>> สืบค้นเมื่อ 12 กุมภาพันธ์ 2566.
- Sheri Jacobson, 'The Psychological Effect of Stealthing- Yes, It's a Big Deal' (Harley Therapy Counselling Blog, 15 July 2021) <<https://www.harleytherapy.co.uk/counselling/stealthing-assault.htm>> สืบค้นเมื่อ 11 พฤษภาคม 2565.