



วารสารนิติศาสตร์
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
THAMMASAT LAW JOURNAL

ชื่อเรื่อง: เกณฑ์ความสามารถในการให้ความยินยอมต่อการกระทำทางเพศ ในกฎหมาย
อาญาไทย

ชื่อผู้แต่ง: สิรินทิพย์ สมใจ

การอ้างอิงที่แนะนำ: สิรินทิพย์ สมใจ, “เกณฑ์ความสามารถในการให้ความยินยอมต่อการ
กระทำทางเพศในกฎหมายอาญาไทย,” วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ปีที่ 49,
ฉบับที่ 1, 84 (2563)

ผู้สนับสนุนหลัก

**SATYAPON
& PARTNERS**
THAILAND Intellectual Property Law Firm

Tax and Legal Counsellors

Seri Manop & Doyle



SAIJO DENKI
ศูนย์เทคโนโลยีความเป็นเลิศทางเทคโนโลยีงาน

ผู้สนับสนุนร่วม



CSBC
LAW OFFICES
www.csbc.law.co.th

โครงการวารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ เลขที่ 2 ถนนพระจันทร์ แขวงพระบรมมหาราชวัง
เขตพระนคร กรุงเทพมหานคร 10200 โทร. 02 613 2169 อีเมล tu.lawjournal@tu.ac.th

เกณฑ์อายุของความสามารถในการให้ ความยินยอมต่อการกระทำทางเพศ ในกฎหมายอาญาไทย The Age of Consent in Thai Criminal Law

สิรินทิพย์ สมใจ

นักวิชาการศึกษา คณะสาธารณสุขศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

Sirintip Somjai

Academic Officer, Faculty of Public Health, Thammasat University

วันที่รับบทความ 16 กันยายน 2562; วันที่แก้ไขบทความ 4 ธันวาคม 2562; วันที่ตอบรับบทความ 3 กุมภาพันธ์ 2563

บทคัดย่อ

การให้ความคุ้มครองในความผิดเกี่ยวกับการกระทำชำเราและการกระทำอนาจารในกฎหมายอาญาแบ่งออกเป็นการให้ความคุ้มครองเด็กจากการกระทำทางเพศ และการให้ความคุ้มครองเสรีภาพทางเพศของบุคคล การให้ความคุ้มครองเด็กจากการกระทำทางเพศกำหนดให้การกระทำทางเพศที่กระทำต่อเด็กที่มีอายุตามเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนดไม่ว่าเด็กจะยินยอมหรือไม่เป็นความผิดอาญา ซึ่งกฎหมายถือว่าเด็กที่มีอายุในช่วงอายุดังกล่าวเป็นผู้ที่ไม่มีความสามารถในการให้ความยินยอมต่อการกระทำทางเพศ การให้ความคุ้มครองเสรีภาพทางเพศของบุคคลในกฎหมายอาญาจะให้ความคุ้มครองบุคคลที่มีความสามารถในการให้ความยินยอมต่อการกระทำทางเพศซึ่งหมายถึงบุคคลที่มีอายุถึงเกณฑ์อายุของเด็กที่ได้รับการคุ้มครองในความผิดเกี่ยวกับเพศของเด็ก ซึ่งเรียกว่าเกณฑ์อายุของความสามารถในการให้ความยินยอมต่อการกระทำทางเพศ เกณฑ์อายุทั้งสองเกณฑ์อายุนี้

มีความสัมพันธ์กัน กล่าวคือ เมื่อใดที่มีการเปลี่ยนแปลงแก้ไขเกณฑ์อายุของเด็กที่ได้รับความคุ้มครองจากการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศ เกณฑ์อายุของความสามารถในการให้ความยินยอมต่อการกระทำทางเพศจะเปลี่ยนแปลงด้วยเช่นกัน ซึ่งเกณฑ์อายุเด็กที่ได้รับความคุ้มครองในกฎหมายอาญาของไทยมีการแก้ไขในหลายครั้ง บทความนี้จึงได้ศึกษาเปรียบเทียบเกณฑ์อายุของความสามารถในการให้ความยินยอมต่อการกระทำทางเพศของกฎหมายอาญาไทยตั้งแต่กฎหมายตราสามดวงจนถึงประมวลกฎหมายอาญาเพื่อให้เห็นความเปลี่ยนแปลงของเกณฑ์อายุดังกล่าวที่มีการปรับเปลี่ยนตามแนวความคิดของแต่ละยุคสมัย และลักษณะของการกำหนดเกณฑ์อายุของความสามารถในการให้ความยินยอมต่อการกระทำทางเพศ

คำสำคัญ: เกณฑ์อายุของความสามารถในการให้ความยินยอมต่อการกระทำชำเรา ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ความสามารถในการให้ความยินยอม ความยินยอมต่อการกระทำทางเพศ

Abstract

Legal safeguard against rape and sexual harassment in criminal law includes protecting children against sexual abuse and protecting sexual autonomy. For the former protection, any sexual harassment of children at certain age is crime, regardless of their consent, since they are not legally capable of giving consent to such wrongdoing. As for the latter, criminal law protects those have such capability as they attain older age. These two age criteria are inter-related: any change in the age criteria for child sexual harassment will lead to the change in that for the capability of consenting to sexual wrongdoings. As the rules regarding the former criteria in Thai criminal law have changed many times, this article comparatively examines the rules relating to the latter criteria in Thai criminal law, from Three Seal Law to the current Penal Code, in order to highlight the change in those criteria and the way in which they are formulated.

Keywords: The age of consent, statutory rape, capacity of consent, sexual consent

บทนำ

กฎหมายอาญา เป็นกฎหมายที่มีบทบาทในการให้ความคุ้มครองบุคคลจากการกระทำทางเพศ โดยแบ่งออกเป็น การให้ความคุ้มครองเสรีภาพทางเพศของบุคคลที่มีความสามารถในการให้ความยินยอมต่อการกระทำทางเพศ¹ และการให้ความคุ้มครองเด็กจากการกระทำทางเพศ การให้ความคุ้มครองทั้งสองลักษณะ แบ่งระหว่าง การให้ความคุ้มครองเด็กที่มีอายุภายในช่วงอายุที่กฎหมายกำหนด โดยกฎหมายถือว่า เด็กในช่วงอายุดังกล่าวยังไม่มีความสามารถในการให้ความยินยอมต่อการกระทำทางเพศได้ด้วยตนเอง เพราะความเยาว์วัย และเพื่อป้องกันเด็กจากการแสวงหาประโยชน์ทางเพศโดยอาศัยความเยาว์วัยดังกล่าว และบุคคลที่กฎหมายถือให้เป็นผู้ที่มีความสามารถในการให้ความยินยอมต่อการกระทำทางเพศได้ด้วยตนเอง และได้รับความคุ้มครองเสรีภาพทางเพศ ซึ่งหมายถึงบุคคลที่มีอายุถัดจากเกณฑ์อายุสูงสุดของเด็กที่ได้รับความคุ้มครองในความผิดเกี่ยวกับเพศของเด็ก เกณฑ์อายุถัดจากเกณฑ์อายุสูงสุดของเด็กนี้ เรียกว่า เกณฑ์อายุของความสามารถในการให้ความยินยอมต่อการกระทำทางเพศ ความสัมพันธ์ของเกณฑ์อายุของเด็กที่ได้รับความคุ้มครองในความผิดเกี่ยวกับเพศของเด็กและเกณฑ์อายุของความสามารถในการให้ความยินยอมต่อการกระทำทางเพศ ทำให้หากมีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงเกณฑ์อายุของเด็กที่ได้รับความคุ้มครองในความผิดเกี่ยวกับเพศ เกณฑ์อายุของความสามารถในการให้ความยินยอมต่อการกระทำทางเพศจะเปลี่ยนแปลงตาม บทความนี้แบ่งการศึกษาออกเป็น การศึกษาลักษณะการกระทำทางเพศและความยินยอมต่อการกระทำทางเพศ เกณฑ์อายุของความสามารถในการให้ความยินยอมต่อการกระทำทางเพศในกฎหมายอาญา และในกฎหมายของเนเธอร์แลนด์และสหราชอาณาจักร ศึกษาเปรียบเทียบเกณฑ์อายุของความสามารถในการให้ความยินยอมต่อการกระทำทางเพศในกฎหมายอาญาของไทย โดยวิเคราะห์การกำหนดเกณฑ์อายุของเด็กที่ได้รับความคุ้มครองในความผิดเกี่ยวกับเพศในกฎหมายตราสามดวงจนถึงประมวลกฎหมายอาญา และการให้ความคุ้มครองเสรีภาพทางเพศและการให้ความคุ้มครองเด็กในความผิดเกี่ยวกับเพศในประมวลกฎหมายอาญาไทย

1. การกระทำทางเพศและการให้ความยินยอมต่อการกระทำทางเพศ

การกระทำทางเพศเป็นการกระทำที่แสดงออกเพื่อบำบัดความต้องการทางเพศของบุคคลที่มีความต้องการดังกล่าว ซึ่งสามารถกระทำได้ด้วยตนเองหรือมีบุคคลอื่นเข้ามาเกี่ยวข้อง การกระทำทางเพศที่เกี่ยวข้องกับบุคคลอื่น แบ่งตามลักษณะการกระทำ ออกเป็น 2 ลักษณะใหญ่ ๆ คือ การกระทำทางเพศที่มีการสัมผัสจับต้องบุคคลอื่น เช่น การจับตัว จูบ หรือกระทำชำเรา เป็นต้น และการกระทำทางเพศที่ไม่ได้สัมผัสจับต้องบุคคลอื่น เช่น การถ่มน้ำลาย พุดจาและโหลม หรือการแอบถ่าย เป็นต้น² การกระทำทางเพศที่เกี่ยวข้องกับบุคคลอื่นและเป็นกระทำที่มีการสัมผัสจับต้องบุคคลนั้น แบ่งระดับการสัมผัส

¹ คณพล จันทน์หอม, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิด เล่ม 3 ลักษณะ 1 ถึงลักษณะ 9, (กรุงเทพ: วิญญูชน, 2561), น.553.

² เพ็งอ้าง.

ออกเป็น 2 ระดับ คือ ระดับการสัมผัสร่างกายภายนอก เช่น กอด จูบ ลูบ คลำ หรือการสัมผัสอวัยวะเพศแต่ไม่ถึงขนาดกระทำชำเรา และระดับของการกระทำชำเรา ตามนิยามของกฎหมายอาญา คือ การใช้อวัยวะเพศล่งล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศ ช่องปาก หรือทวารหนักของผู้ที่เกี่ยวข้อง ซึ่งเป็นการกระทำในลักษณะของการล่งล้ำเข้าไปในส่วนต่าง ๆ ของร่างกายบุคคลอื่น³ การกระทำทางเพศไม่ว่าจะในลักษณะใดก็ตามที่เกี่ยวข้องกับบุคคลอื่น จะกระทำในลักษณะใด ๆ จะต้องได้รับความยินยอมจากผู้ที่เกี่ยวข้องเสมอ

เสรีภาพทางเพศหรือความเป็นอิสระในการกำหนดความสัมพันธ์ทางเพศของบุคคลเป็นเสรีภาพที่ทุกคนมี⁴ ซึ่งเป็นความเป็นอิสระในการตัดสินใจเกี่ยวกับการกระทำทางเพศ (sexual autonomy) หรือกำหนดความสัมพันธ์ทางเพศได้ตามความต้องการของตนเอง⁵ รวมถึงการยอมรับหรือการปฏิเสธในการกระทำทางเพศนั้น ๆ ความเป็นอิสระในการตัดสินใจเกี่ยวกับการกระทำทางเพศนี้เป็นความเป็นอิสระอย่างหนึ่งในแนวคิดเรื่องอัลโตโนมี (autonomy) ซึ่งเป็นแนวคิดของความเป็นอิสระในการตัดสินใจเกี่ยวกับชีวิตตนเอง โดยปราศจากการแทรกแซงของบุคคลอื่น อันเป็นหลักสำคัญของการเคารพต่อตัวบุคคล⁶ ซึ่งหลักการเคารพต่อตัวบุคคลนี้เป็นแนวคิดที่มีมุมมองเรื่องการให้ความเคารพบุคคลอย่างเท่าเทียมกัน โดยมองว่าบุคคลมีความเป็นอิสระในการตัดสินใจ หรือเลือกสิ่งต่าง ๆ ได้ตามความต้องการของตนเอง ซึ่งการเลือกและการตัดสินใจนั้นจะต้องเกิดจากความสามารถในการตัดสินใจของบุคคลในแต่ละเรื่อง ความสามารถในการตัดสินใจดังกล่าวจะต้องพิจารณาถึงความสามารถในการคิด ความเข้าใจ และการวิเคราะห์สิ่งต่าง ๆ ต่อการตัดสินใจในเรื่องนั้น ๆ ของบุคคลนั้น⁷ การเลือกหรือการตัดสินใจของบุคคลที่มีความสามารถในการตัดสินใจจะได้รับความเคารพ การตัดสินใจดังกล่าว และปราศจากการแทรกแซงการตัดสินใจดังกล่าวจากบุคคลอื่น⁸ การให้ความยินยอมต่อการกระทำทางเพศ ผู้ให้ความยินยอมจะต้องมีความสามารถในการให้ความยินยอม เช่นเดียวกับการตัดสินใจเรื่องอื่น ๆ ซึ่งผู้ให้ความยินยอมจะต้องเข้าใจวัตถุประสงค์ของการกระทำ รู้คุณค่าของการกระทำ และยอมรับผลที่จะเกิดจากการกระทำนั้นซึ่งความสามารถในการตัดสินใจดังกล่าวจะต้องมาจากการคิดวิเคราะห์ ความเข้าใจในความต้องการของตนเองตามระดับสติปัญญา ประสบการณ์ และการเรียนรู้ในด้านต่าง ๆ ของผู้ให้ความยินยอม⁹ การให้ความยินยอมหรือการปฏิเสธ

³ ประมวลกฎหมายอาญา, มาตรา 1 (18), แก้ไขโดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ครั้งที่ 8) พ.ศ. 2530, มาตรา 3.

⁴ คณิศ ญ นคร, *กฎหมายอาญา ภาคความผิด*, พิมพ์ครั้งที่ 11, (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2559), น.518.

⁵ คณพล จันทน์หอม, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 1*, น.545.

⁶ "Personal Autonomy," Encyclopedia, accessed 22 July 2019, from <http://www.encyclopedia.com/social-sciences/encyclopedias-almanacs-transcripts-and-maps/personal-autonomy>.

⁷ Jane Dryden, "Autonomy," Internet Encyclopedia of Philosophy, accessed 3 August 2019, from www.iep.utm.edu/autonomy/.

⁸ Robin Dillon, "Respect," Stanford Encyclopedia of Philosophy, (18 February 2018) accessed 15 June 2019, from <https://plato.stanford.edu/entries/respect/#Aca>.

⁹ กมลชัย รัตนสากวาศ์, "ความยินยอมในกฎหมายอาญา," (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2523), น.41.

การกระทำทางเพศ ซึ่งการได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายอาญาในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา และความผิดฐานกระทำอนาจาร ผู้ให้ความยินยอมจะต้องมีความสามารถในการให้ความยินยอมต่อการกระทำทางเพศ ซึ่งบทความนี้จะอธิบายในส่วนต่อไป

2. เกณฑ์อายุของความสามารถในการให้ความยินยอมต่อการกระทำทางเพศในกฎหมายอาญา

ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและความผิดฐานกระทำอนาจาร เป็นบทบัญญัติในกฎหมายอาญาที่ให้ความคุ้มครองเสรีภาพทางเพศของบุคคล โดยกำหนดให้การกระทำชำเราหรือการกระทำอนาจารที่กระทำโดยปราศจากความยินยอมอันแท้จริงของผู้เสียหายเป็นความผิดอาญา ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่เน้นเรื่องเสรีภาพทางเพศของบุคคล การกระทำทางเพศที่เกี่ยวข้องกับบุคคลอื่นไม่ว่าจะกระทำในลักษณะใดก็ตาม จะต้องเกิดขึ้นจากความต้องการของบุคคลนั้น¹⁰ และได้รับความยินยอมด้วยความสมัครใจจากผู้นั้นเสมอ¹¹ ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและความผิดฐานกระทำอนาจารกำหนดให้ความยินยอมของผู้เสียหายเป็นส่วนหนึ่งของข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบความผิด หากการกระทำชำเราหรือการกระทำอนาจารตามนิยามของกฎหมายอาญาได้รับความยินยอมจากผู้ที่เกี่ยวข้องกับการกระทำนั้น การกระทำดังกล่าวจะไม่เป็นการกระทำความผิดอาญา เนื่องจากไม่ครบองค์ประกอบความผิด แต่อย่างไรก็ตามการกระทำทางเพศที่ได้รับความยินยอมจากผู้มีส่วนเกี่ยวข้อง ความยินยอมนั้นจะต้องเป็นความยินยอมที่เกิดขึ้นด้วยความสมัครใจ ไม่ใช่เกิดจากการข่มขู่ บังคับจิตใจ หรือถูกล่อลวงแต่อย่างใด¹² การให้ความยินยอมต่อการกระทำทางเพศที่ได้รับความคุ้มครองในกฎหมายอาญา ผู้ให้ความยินยอมจะต้องมีความสามารถในการให้ความยินยอมต่อการกระทำทางเพศ ซึ่งความสามารถในการให้ความยินยอมต่อการกระทำทางเพศไม่ได้มีการบัญญัติไว้อย่างชัดเจนในกฎหมาย ความสามารถในการให้ความยินยอมต่อการกระทำทางเพศที่ทำให้บุคคลได้รับความคุ้มครองเสรีภาพทางเพศ จะมีความสัมพันธ์กับการกำหนดเกณฑ์อายุของเด็กที่ได้รับความคุ้มครองในความผิดเกี่ยวกับเพศของเด็ก เมื่อพิจารณาบทบัญญัติและคุณธรรมทางกฎหมายของความผิดเกี่ยวกับเพศในกฎหมายอาญา พบว่า สิ่งที่กฎหมายให้ความคุ้มครองในความผิดเกี่ยวกับเพศ แบ่งออกเป็น การให้ความคุ้มครองเด็กจากการกระทำทางเพศที่ไม่เหมาะสม ในความผิดที่ผู้เสียหายเป็นเด็กที่มีอายุตามเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนด และการให้ความคุ้มครองเสรีภาพทางเพศของบุคคลในความผิดที่มีการรุกร้าเสรีภาพทางเพศ หรือความเป็นอิสระในการตัดสินใจต่อการกระทำทางเพศ

¹⁰ คณพล จันทน์หอม, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 1*, น.545.

¹¹ *เพ็งอ้าว*, น.571.

¹² จิตติ ดิงศภัทย์, *คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 1 ตอน 2*, พิมพ์ครั้งที่ 10, (กรุงเทพฯ: เนติบัณฑิตยสภา, 2556), น.831.

การให้ความคุ้มครองเด็กจากการกระทำทางเพศที่ไม่เหมาะสมในกฎหมายอาญา เป็นบทบัญญัติที่มุ่งเน้นการให้ความคุ้มครองเด็กและความบริสุทธิ์ทางเพศของเด็กเป็นสำคัญ¹³ การให้ความคุ้มครองเด็กจากการกระทำทางเพศที่ไม่เหมาะสมนี้ กฎหมายอาญากำหนดช่วงอายุของเด็กที่สมควรได้รับการคุ้มครอง โดยพิจารณาจากความสามารถในการตัดสินใจให้ความยินยอมต่อการกระทำทางเพศ โดยกำหนดให้การกระทำทางเพศใด ๆ หากกระทำต่อเด็กที่มีอายุตามเกณฑ์ดังกล่าวแล้ว ไม่ว่าเด็กจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม ผู้กระทำมีความรับผิดชอบทางอาญา และผู้กระทำความผิดไม่สามารถกล่าวอ้างความยินยอมของเด็กเพื่อยกเว้นความรับผิด หรือเป็นเหตุให้ตนมีอำนาจกระทำได้ ลักษณะการบัญญัติองค์ประกอบความผิดของความผิดเกี่ยวกับเพศของเด็กนี้ ถือว่าเด็กที่มีอายุไม่เกินตามเกณฑ์อายุที่กฎหมายกำหนดเป็นบุคคลที่ยังไม่มีความสามารถในการให้ความยินยอมต่อการกระทำทางเพศ¹⁴ ลักษณะการกระทำในความผิดเกี่ยวกับเพศของเด็ก จึงไม่นำเรื่องความยินยอมของผู้ถูกระทำที่เป็นเด็กมาเป็นข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบภายนอกของความผิด ซึ่งมีความแตกต่างจากบทบัญญัติที่ให้ความคุ้มครองเสรีภาพทางเพศของบุคคล ที่กำหนดให้ความยินยอมของผู้เสียหายเป็นข้อเท็จจริงอันเป็นส่วนหนึ่งขององค์ประกอบความผิด การกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศจึงต้องเป็นการกระทำทางเพศที่ขัดหรือปราศจากความยินยอมของผู้ถูกระทำ คุณธรรมทางกฎหมายที่มีความแตกต่างกัน ระหว่างความผิดเกี่ยวกับเพศของเด็ก และความผิดเกี่ยวกับเพศ ทำให้เกิดเกณฑ์ความสามารถในการให้ความยินยอมต่อการกระทำทางเพศ เพื่อเป็นจุดตัดในการให้ความคุ้มครองเสรีภาพทางเพศของเด็ก และบุคคลที่มีอายุมากกว่าเกณฑ์ที่ได้รับการคุ้มครองในความผิดเกี่ยวกับเพศของเด็ก ซึ่งเป็นบุคคลที่กฎหมายกำหนดให้เป็นผู้มีความสามารถในการให้ความยินยอมต่อการกระทำทางเพศได้ด้วยตนเอง การตัดสินใจของผู้ที่มีความสามารถในการให้ความยินยอมต่อการกระทำทางเพศจะได้รับความคุ้มครองเสรีภาพทางเพศนั้นจากกฎหมายอาญา

การกำหนดเกณฑ์อายุของความสามารถในการให้ความยินยอมต่อการกระทำทางเพศ (The age of consent)¹⁵ จะพิจารณาจากความสามารถในการตัดสินใจ และการคิดวิเคราะห์ของบุคคลแต่ละช่วงวัยที่เหมาะสมกับการให้ความยินยอมต่อการกระทำทางเพศ¹⁶ ตามที่กล่าวมาในข้างต้น เกณฑ์ความสามารถในการให้ความยินยอมต่อการกระทำทางเพศมาจากช่วงอายุที่มากกว่าเกณฑ์อายุของเด็กที่ได้รับการคุ้มครองในความผิดเกี่ยวกับเพศของเด็ก การกำหนดเกณฑ์อายุสูงสุดของเด็กที่ได้รับการคุ้มครองนี้ ผู้ร่างกฎหมายส่วนใหญ่มีแนวคิดที่ว่าช่วงอายุของเด็กที่ต่ำกว่าเกณฑ์อายุประมาณหนึ่ง จะยังไม่มีความสามารถในการตัดสินใจด้วยตนเอง การกำหนดเกณฑ์อายุของเด็กที่ได้รับการคุ้มครองจากการกระทำทางเพศจึงใช้เกณฑ์อายุขั้นต่ำของบุคคลที่สามารถตัดสินใจให้ความยินยอม

¹³ คณิต ฒ นคร, *กฎหมายอาญา ภาคทั่วไป*, พิมพ์ครั้งที่ 6, (กรุงเทพ: วิญญูชน, 2560), น.423.

¹⁴ Dianne Hubbard, "The Age of Consent," Legal Assistance Centre, (1997) accessed 11 August 2019, from <http://www.lac.org.na/projects/grap/Pdf/rapeconsent97>.

¹⁵ "Age of Consent by Country 2019," World Population Review, (2019) accessed 11 August 2019, from <http://worldpopulationreview.com/countries/age-of-consent-by-country/>.

¹⁶ สิริทิพย์ สมใจ, "ความยินยอมของเด็ก: ศึกษากรณีสิทธิการตายโดยสงบของผู้ป่วยเด็ก," (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2562), น.52.

ได้ด้วยตนเอง และใช้เกณฑ์อายุดังกล่าวกำหนดให้เด็กที่มีอายุไม่เกิน หรือน้อยกว่าเกณฑ์อายุนั้นได้รับความคุ้มครองจากการกระทำทางเพศที่ไม่เหมาะสมในความผิดเกี่ยวกับเพศของเด็ก เพื่อให้เด็กที่มีอายุไม่เกินเกณฑ์นั้น ๆ ได้รับความคุ้มครองต่างหากจากหลักทั่วไป¹⁷ การกำหนดเกณฑ์อายุของเด็กที่ได้รับความคุ้มครองโดยส่วนใหญ่ มัก นิยามกำหนดให้ช่วงอายุ 11-18 ปี เป็นช่วงอายุที่บุคคลสามารถให้ความยินยอมต่อการกระทำทางเพศได้ด้วยตนเอง ซึ่งตามหลักการพัฒนาการของบุคคล ช่วงอายุดังกล่าวเป็นช่วงวัยรุ่นที่บุคคลจะสามารถรู้และเข้าใจความต้องการของตนเองได้อย่างดี สามารถวิเคราะห์การกระทำ รู้คุณค่าของการกระทำและยอมรับผลของการกระทำได้¹⁸ ซึ่งเป็นช่วงวัยที่เหมาะสมแก่การกำหนดให้บุคคลมีความสามารถในการให้ความยินยอมต่อการกระทำทางเพศ แต่อย่างไรก็ตามการกำหนดเกณฑ์อายุของเด็กที่ได้รับความคุ้มครองและเกณฑ์ความสามารถในการให้ความยินยอมต่อการกระทำทางเพศของแต่ละประเทศจะมีความแตกต่างกันตามแนวคิดและมุมมองเรื่องความสามารถในการตัดสินใจเกี่ยวกับทางเพศของเด็กในประเทศนั้น ๆ ซึ่งพิจารณาจากสภาพสังคม การเรียนการสอน และปัจจัยอื่น ๆ เมื่อพิจารณาเกณฑ์อายุขั้นสูงสุดของเด็กที่ได้รับความคุ้มครองในความผิดเกี่ยวกับเพศของเด็ก เพื่อให้ได้เกณฑ์อายุของความสามารถในการให้ความยินยอมต่อการกระทำทางเพศพบว่า เกณฑ์อายุของความสามารถในการให้ความยินยอมต่อการกระทำทางเพศที่ต่ำที่สุด ณ ปัจจุบัน คือ เกณฑ์อายุ 11 ปี¹⁹ ซึ่งถูกใช้ในไนจีเรีย²⁰ และเกณฑ์อายุของความสามารถในการให้ความยินยอมต่อการกระทำทางเพศที่มากที่สุด คือ เกณฑ์อายุ 21 ปี ซึ่งถูกใช้ในโปรตุเกสและบาร์เรน²¹ ค่าเฉลี่ยของเกณฑ์อายุของความสามารถในการให้ความยินยอมจากการกระทำทางเพศจะอยู่ในช่วงอายุ 15-18 ปี²² ซึ่งเป็นช่วงอายุของวัยรุ่นตอนปลายที่บุคคลมีความสามารถในการตัดสินใจได้ดีเทียบเท่าผู้ใหญ่

2.1 เกณฑ์อายุของความสามารถในการให้ความยินยอมต่อการกระทำทางเพศในเนเธอร์แลนด์

กฎหมายอาญาเนเธอร์แลนด์แบ่งการให้ความคุ้มครองในความผิดเกี่ยวกับเพศ ออกเป็น การให้ความคุ้มครองเสรีภาพทางเพศของบุคคล และการให้ความคุ้มครองเด็กจากการกระทำถูกกระทำชำเราและกระทำอนาจาร ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา มาตรา 242 เป็นบทบัญญัติที่ให้

¹⁷ คณพล จันทน์หอม, *อ่วงแล้ว เชิงอรรถที่ 1*, น.553.

¹⁸ Helmut Graupner, "Sexual Consent: The Criminal Law in Europe and Overseas", *Archives of Sexual Behavior*, Vol.5, No.29, 415, p.416 (2000).

¹⁹ Joanne Sawyer, "Change the Age of Consent and Child Marriage Law in Nigeria," Petition Site, accessed 12 August 2019, from <https://www.thepetitionsite.com/668/826/312/change-the-age-of-consent-law-in-nigeria>.

²⁰ "Age of Consent in Nigeria," Age of Consent, accessed 12 August 2019, from <https://www.ageofconsent.net/world/nigeria>.

²¹ "Age of Consent by Country 2019," *supra* note 15.

²² *Ibid.*

ความคุ้มครองเสรีภาพทางเพศของบุคคลจากการกระทำชำเราที่เกิดจากการบังคับ หรือกระทำโดยขัดต่อความยินยอมของผู้เสียหาย²³ การให้ความคุ้มครองเด็กจากการถูกระทำชำเรา กำหนดไว้ในมาตรา 245 และ 246 กฎหมายอาญาเนเธอร์แลนด์ แบ่งการให้ความคุ้มครองเด็กจากการถูกระทำชำเราออกเป็น 2 ฐานความผิดโดยแบ่งตามสถานะการสมรสของเด็ก คือ การกระทำชำเราเด็กที่มีอายุไม่เกิน 12 ปี ในมาตรา 245²⁴ และการกระทำชำเราเด็กที่มีอายุตั้งแต่ 12 ปี แต่ไม่ถึง 16 ปี ซึ่งมีใช้คู่สมรสของผู้กระทำ ในมาตรา 246²⁵ ความผิดเกี่ยวกับการถูกระทำชำเราของเด็กในมาตรา 245 และ 246 ไม่ได้กล่าวถึงลักษณะของการให้ความยินยอมของเด็กแต่อย่างใด จึงทำให้การกระทำชำเราเด็ก ไม่ว่าจะเด็กจะยินยอมต่อการกระทำชำเราหรือไม่ก็ตาม การกระทำชำเรานั้นเป็นความผิดอาญาเสมอ²⁶ แต่บทบัญญัติมาตรา 246 มีข้อยกเว้นเกี่ยวกับสถานภาพการสมรสของเด็ก ทำให้หากการกระทำชำเราเด็กที่มีอายุตั้งแต่ 12 ปี แต่ไม่ถึง 16 ปี และเด็กเป็นคู่สมรสของผู้กระทำความผิด เด็กจะไม่ได้ได้รับความคุ้มครองตามบทบัญญัติในมาตรา 246 แต่เด็กที่เป็นคู่สมรสของผู้กระทำความผิดจะได้รับความคุ้มครองเสรีภาพทางเพศตามความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา มาตรา 242 ซึ่งมีเรื่องความยินยอมของผู้เสียหายเป็นส่วนหนึ่งของข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบภายนอกของการกระทำความผิด ฉะนั้น แม้เด็กที่มีอายุตั้งแต่ 12 ปี แต่ไม่ถึง 16 ปี และเป็นคู่สมรสของผู้เสียหาย การกระทำชำเราก็คงจะต้องเกิดจากความยินยอมและความสมัครใจของเด็กเสมอ

ในกรณีที่เป็นการกระทำอนาจารเด็ก ซึ่งเป็นการกระทำทางเพศที่สัมผัสกับตัวเด็ก แต่ไม่ถึงขนาดมีเพศสัมพันธ์ เนเธอร์แลนด์กำหนดความคุ้มครองสำหรับเด็กที่มีอายุไม่เกิน 16 ปี ในความผิดฐานกระทำอนาจารเด็ก ซึ่งความผิดฐานดังกล่าวไม่กำหนดให้ความยินยอมของเด็กเป็นส่วนหนึ่งของข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบภายนอกของฐานความผิดเช่นเดียวกับความผิดฐานกระทำชำเราเด็กในมาตรา 245 และ 246 เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศของเด็กตามกฎหมายของเนเธอร์แลนด์ ช่วงอายุที่ได้รับความคุ้มครองในความผิดเกี่ยวกับเพศของเด็ก เนเธอร์แลนด์ใช้เกณฑ์อายุไม่เกิน 16 ปี เป็นเกณฑ์อายุสูงสุดของเด็กที่ได้รับความคุ้มครองจากการกระทำทางเพศในลักษณะต่าง ๆ ฉะนั้น จุดตัดระหว่างการให้ความคุ้มครองเด็กจากการกระทำทางเพศและการให้ความคุ้มครองเสรีภาพทางเพศ ซึ่งทำให้เกิดเกณฑ์อายุของความสามารถในการให้ความยินยอมต่อการกระทำทางเพศ และทำให้บุคคลได้รับความคุ้มครองเสรีภาพทางเพศจากบทบัญญัติทั่วไป คือ บุคคลที่มีอายุเกิน 16 ปีขึ้นไป จึงกล่าวได้ว่าเกณฑ์อายุของความสามารถในการให้ความยินยอมต่อการกระทำทางเพศของเนเธอร์แลนด์ คือ เกณฑ์อายุเกิน 16 ปีขึ้นไป²⁷ นอกจากนี้

²³ The Penal code of Netherlands, s. 242.

²⁴ The Penal code of Netherlands, s. 245.

²⁵ The Penal code of Netherlands, s. 246.

²⁶ Wineke J. Smid, "Sex Offender Risk Assessment in the Netherlands: Towards a Risk Need Responsivity Oriented Approach," University of Amsterdam, (2014) accessed 2 February 2020, from <https://dare.uva.nl/search?identifier=bdb0a472-7716-4972-85a0-8d40067841d9>.

²⁷ Europol, "Overview of the Legislation on Child Pornography in the Member States," Child Protection Hub for South East Europe, (2005) accessed 20 August 2019, from <https://childhub.org/en/child-protection-online-library/europol-2005-overview-legislation-child-pornography-member-states>.



กฎหมายเนเธอร์แลนด์ยังกำหนดให้ช่วงอายุ 16 ปี เป็นเกณฑ์อายุที่สามารถให้ความยินยอมหรือตัดสินใจเลือกสิ่งต่าง ๆ ได้ด้วยตนเองในเรื่องอื่น ๆ ที่กฎหมายรับรองความสามารถในการให้ความตัดสินใจ²⁸ การกำหนดเกณฑ์อายุของเด็กที่ได้รับความคุ้มครองในความผิดเกี่ยวกับเพศของเนเธอร์แลนด์จะไม่ใช้ช่วงอายุที่ต่ำกว่าช่วงวัยรุ่น เนื่องจากระดับความรู้ ความเข้าใจหรือวิสัยทัศน์ รวมถึงประสบการณ์ของเด็กในช่วงวัยนั้นยังไม่เพียงพอต่อการตัดสินใจให้ความยินยอมต่อการกระทำทางเพศได้ด้วยตนเอง และเด็กยังไม่สามารถเข้าใจความหมายที่แท้จริงของกิจกรรมทางเพศและผลจากการมีเพศสัมพันธ์ รวมถึงสิ่งต่าง ๆ ที่อาจจะเกิดขึ้นภายหลังที่มีการให้ความยินยอมการกระทำชำเรานั้น เช่น การตั้งครรภ์ การทำแท้ง หรือการติดเชื้อจากการมีเพศสัมพันธ์ เป็นต้น จึงทำให้การกำหนดให้เกณฑ์อายุของความสามารถในการให้ความยินยอมต่อการกระทำทางเพศ คือ บุคคลที่สามารถตัดสินใจได้อย่างถึถ้วน โดยพิจารณาผลจากการกระทำนั้นได้ จึงกำหนดให้บุคคลที่มีอายุมากกว่า 16 ปี ขึ้นไปมีความสามารถดังกล่าว²⁹

2.2 เกณฑ์อายุของความสามารถในการให้ความยินยอมต่อการกระทำทางเพศในสหราชอาณาจักร

เกณฑ์อายุของความสามารถในการให้ความยินยอมต่อการกระทำทางเพศของสหราชอาณาจักรใช้เกณฑ์อายุเดียวกับเนเธอร์แลนด์ คือ เกณฑ์อายุตั้งแต่ 16 ปีขึ้นไป โดยกำหนดให้บุคคลสามารถให้ความยินยอมต่อกิจกรรมทางเพศ รวมถึงการกระทำชำเรา หรือเพศสัมพันธ์ได้อย่างอิสระ จะต้องมียายุตั้งแต่ 16 ปีขึ้นไป³⁰ เกณฑ์อายุดังกล่าวมาจากบทบัญญัติที่ให้ความคุ้มครองเด็กที่มีอายุต่ำกว่า 16 ปีจากการกระทำทางเพศ³¹ ในความผิดเกี่ยวกับการกระทำกิจกรรมทางเพศกับเด็ก มาตรา 9 ในส่วนความผิดเกี่ยวกับเพศตาม The Sexual Offences Act 2003 ที่เป็นบทบัญญัติที่ให้ความคุ้มครองเด็กที่มีอายุตามเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนดจากการแสวงหาประโยชน์ทางเพศโดยผู้ใหญ่³² บุคคลที่มีอายุตั้งแต่ 16 ปี ขึ้นไปจะสามารถให้ความยินยอมต่อการกระทำทางเพศได้อย่างอิสระ และได้รับความคุ้มครองเสรีภาพทางเพศจากบทบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศ

²⁸ "Age of Consent in Netherlands," Age of Consent, accessed 3 July 2018, from <https://www.ageofconsent.net/world/netherlands>.

²⁹ Guangxing Zhu and Suzan van der Aa, "Trends of Age of Consent Legislation in Europe: A Comparative Study of 59 Jurisdictions on the European Continent," *New Journal of European Criminal Law*, Vol.8, No.1, 14, p.16 (2017).

³⁰ "Age of Consent," The MIX Essential Support for under 25s, accessed 20 August 2019, from <https://stg.themix.org.uk/crime-and-safety/your-rights/age-of-consent-9106.html>.

³¹ "The Law on Sex," The MIX Essential Support for under 25s, accessed 20 August 2019, from <https://www.fpa.org.uk/factsheets/law-on-sex#age-consent>.

³² "The Law on Sex", *supra* note 35.

จะเห็นได้ว่าการกำหนดอายุของเด็กที่จะได้รับความคุ้มครองจากการกระทำทางเพศในความผิดเกี่ยวกับเพศของเด็ก และเกณฑ์อายุของความสามารถในการให้ความยินยอมต่อการกระทำทางเพศในเนเธอร์แลนด์และสหราชอาณาจักร พิจารณาจากความสามารถในการตัดสินใจอย่างถี่ถ้วนของบุคคล โดยกำหนดให้เกณฑ์อายุไม่เกิน 16 ปี เป็นเกณฑ์อายุของเด็กที่ได้รับความคุ้มครองจากการกระทำทางเพศ และทำให้เกณฑ์อายุตั้งแต่ 16 ปี ขึ้นไปเป็นเกณฑ์อายุของความสามารถในการให้ความยินยอมต่อการกระทำทางเพศ

3. เกณฑ์อายุของความสามารถในการให้ความยินยอมต่อการกระทำทางเพศในกฎหมายไทย

กฎหมายอาญาของไทยมีบทบาทในการให้ความคุ้มครองเสรีภาพทางเพศของบุคคล และการให้ความคุ้มครองเด็กจากการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศ โดยมีบทบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศที่แบ่งออกเป็นลักษณะ คือ ความผิดเกี่ยวกับเพศที่กระทำต่อเสรีภาพทางเพศ ในความผิดฐานข่มขืน กระทำชำเราและความผิดฐานกระทำอนาจาร และความผิดเกี่ยวกับเพศที่กระทำต่อเด็ก ในความผิดฐานกระทำชำเราเด็กและความผิดฐานกระทำอนาจารเด็ก ซึ่งการให้ความคุ้มครองดังกล่าวมีมาตั้งแต่สมัยโบราณในกฎหมายตราสามดวง และได้ถูกแก้ไขปรับปรุงให้มีความทันสมัยมากขึ้นเรื่อย ๆ จนปัจจุบัน จากการศึกษาของผู้เขียนพบว่า การให้ความคุ้มครองเสรีภาพทางเพศของบุคคลและการให้ความคุ้มครองเด็กของไทย ปรากฏตั้งแต่ในพระไอยการลักษณะหัวเมีย ซึ่งเป็นกฎหมายโบราณที่มีตั้งแต่สมัยกรุงศรีอยุธยา และได้รับการปรับปรุง แก้ไข เพิ่มเติม เปลี่ยนแปลง เรื่อยมาจนกระทั่งปัจจุบัน ในประมวลกฎหมายอาญาไทย แต่การกำหนดเกณฑ์อายุของเด็กที่ได้รับความคุ้มครองจากการกระทำทางเพศ ซึ่งทำให้เกิดเกณฑ์อายุของความสามารถในการให้ความยินยอมต่อการกระทำทางเพศของกฎหมายไทย ได้เพิ่งรับการบัญญัติในกฎหมายกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ. 118 ซึ่งเป็นกฎหมายที่ได้รับอิทธิพลจากต่างประเทศ ซึ่งมีรายละเอียดการศึกษา ดังต่อไปนี้

3.1 เกณฑ์อายุของการให้ความยินยอมต่อการกระทำทางเพศในพระไอยการลักษณะหัวเมีย กฎหมายตราสามดวง

กฎหมายตราสามดวงเป็นกฎหมายถูกบัญญัติขึ้นในสมัยกรุงศรีอยุธยา และถูกใช้เรื่อยมาจนถึงสมัยรัตนโกสินทร์ตอนต้น และถูกชำระสะสางใหม่ใน สมัยพระบาทสมเด็จพระพุทธยอดฟ้าจุฬาโลกมหาราช รัชกาลที่ 1 ปี พ.ศ. 2347³³ กฎหมายตราสามดวงมีลักษณะของการรวบรวมกฎหมายเรื่องต่าง ๆ ไว้ จำนวน 28 เรื่อง ตามที่ปรากฏในฉบับพิมพ์ของมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์และการเมือง หนึ่งในนั้นคือ พระไอยการลักษณะหัวเมีย ซึ่งเป็นกฎหมายเกี่ยวกับสิทธิและหน้าที่ของบุคคลใน

³³ ธงทอง จันทราศุ, กฎหมายไทยในยุครัตนโกสินทร์ตอนต้น, (กรุงเทพฯ: คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2529), น.5.



ครอบครัวยุทธศาสตร์และทางอาญา³⁴ และมีการบัญญัติถึงลักษณะการกระทำความผิดในทำนองของการข่มขืนกระทำชำเราและการกระทำอนาจาร การข่มขืนกระทำชำเรา ถูกในพระโอัยการลักษณผัวเมียว่า “การข่มขืนทำชำเรา”³⁵ และการกระทำอนาจาร ถูกเรียกว่า “การทราจาร”

การข่มขืนทำชำเราตามนิยามของพระโอัยการลักษณผัวเมียมีความหมายเช่นเดียวกับการข่มขืนกระทำชำเราในประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งเป็นคำผสมระหว่าง “การข่มขืน” หมายถึงการบังคับด้วยวิธีใดวิธีหนึ่ง และคำว่า “ทำชำเรา” หมายถึง การร่วมประเวณี³⁶ หรือการมีเพศสัมพันธ์ระหว่างชายหญิง การข่มขืนทำชำเรา จึงหมายถึง การใช้กำลังด้วยวิธีใดวิธีหนึ่งเพื่อบังคับหญิงที่มีใช้ภริยาตนให้ร่วมประเวณีด้วย ความผิดฐานข่มขืนทำชำเราในพระโอัยการลักษณผัวเมียจำแนกผู้เสียหายออกเป็นลักษณะต่าง ๆ ตามสถานะการถูกปกครองของหญิง อาทิ หญิงม่าย หญิงทาส หญิงโสเภณีที่มีลักษณะ 7 ประการ หรือหญิงภริยาท่าน ซึ่งเป็นแนวคิดของสมัยก่อนเกี่ยวกับเรื่องอำนาจปกครองของชายที่อยู่เหนือหญิง ในมุมมองที่ว่าบทบาทของผู้หญิงจะถูกจำกัดด้วยวัฒนธรรมและกฎเกณฑ์ของบ้านเมือง และต้องอยู่ภายใต้ความปกครองของบุคคลใดบุคคลหนึ่งเสมอ หากหญิงยังมีได้แต่งงานจะอยู่ภายใต้อำนาจของบิดา แต่เมื่อออกรับแต่งงานแล้วอำนาจปกครองจากบิดาจะโอนไปยังสามีของหญิงผู้นั้น³⁷ การแยกสถานะผู้เสียหายในความผิดฐานดังกล่าวจะมีความสัมพันธ์กับอำนาจการปกครองเหนือหญิงของผู้ปกครองหญิง ซึ่งเป็นสิ่งที่กฎหมายให้ความสำคัญ เนื่องจากการข่มขืนทำชำเราหญิงเป็นการกระทำที่กระทบต่ออำนาจการปกครองหรืออำนาจอิสระของผู้ปกครองหญิง มากกว่าความยินยอมหรือความสมัครใจของหญิง³⁸ แม้บทบัญญัติจะกำหนดให้เป็นลักษณะการกระทำจะต้องเป็นการข่มขืนหญิง ซึ่งเป็นการกระทำที่ขัดต่อความยินยอมและความสมัครใจของหญิงผู้เสียหายแล้ว แต่เมื่อพิจารณาโทษทางอาญาของความผิดแต่ละมาตรา พบว่า โทษทางอาญาจะเปลี่ยนแปลงตามสถานะการถูกปกครองของหญิงผู้เสียหายมากกว่าลักษณะของการกระทำที่กระทำต่อหญิงตัวอย่างเช่น

๑ มาตราหนึ่ง ชายใดข่มขืนภริยาท่านถึงชำเราให้ไหมโดยประณมผิดเมียทวิคุณ ถ้าข่มขืนมิได้ถึงชำเราให้ไหมประณมผิดเมีย

๑๖ มาตราหนึ่ง ชายใดมีเมียแล้วข่มขืนลูกสาวหลานท่านถึงชำเรา ให้ไหมขายนันถึงประณมผิดเมีย ถ้าข่มขืนมิถึงชำเราให้ไหมถึงชำเรา³⁹

๑๗ มาตราหนึ่ง ชายหาเมียมิได้ ข่มขืนลูกสาวหลานท่านถึงชำเรา ให้ไหมขายนันถึงเบียขายมีเมียแล้ว ถ้าข่มขืนมิถึงชำเราให้ไหมถึงชำเรา⁴⁰

³⁴ ชิตชนก แผ่นสุวรรณ, “ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและอนาจาร: ศึกษาตั้งแต่สมัยกฎหมายตราสามดวงถึงประมวลกฎหมายอาญา,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2548), น.8.

³⁵ ราชบัณฑิตยสถาน, กฎหมายตราสามดวง ฉบับราชบัณฑิตยสถาน เล่ม 1, (กรุงเทพฯ: ราชบัณฑิตยสถาน, 2550), น.16.

³⁶ ชิตชนก แผ่นสุวรรณ, อั้งแล้ว เชิงอรรถที่ 34, น.22.

³⁷ บรรยงค์ เกศเทศ, สถานภาพสตรีไทย, (กรุงเทพฯ: โอเดียนสโตร์, 2532) น.84, อ้างใน ชิตชนก แผ่นสุวรรณ, อั้งแล้ว เชิงอรรถที่ 34, น.22.

³⁸ ชิตชนก แผ่นสุวรรณ, เพ็งอั้ง, น.23.

³⁹ ราชบัณฑิตยสถาน, อั้งแล้ว เชิงอรรถที่ 35, น.557.

นอกจากการให้ความคุ้มครองผู้หญิงสถานะต่าง ๆ จากการข่มขืนกระทำชำเราแล้ว พระไอยการลักษณะผัวเมียยังมีบทบัญญัติของการให้ความคุ้มครองเด็กจากการถูกกระทำชำเรา ปรากฏในมาตรา 78 ดังนี้

๑๘๘ มาตราหนึ่ง ชายใดข่มขืนเด็กไม่รู้ตัวเสีย มิถึงชำเราให้ใหม่เถ่าเบี้ยประถมผิดเมีย ถ้าข่มขืนถึงชำเราโลหิตไหล ให้ใหม่เท่าเบี้ยประถมผิดเมียทวีคูณ ถ้าตบตีหญิงทำให้บาดเจ็บด้วย ท่านให้ใหม่ชายนั้นโดยบาดเจ็บอีกโสดหนึ่ง⁴¹

การให้ความคุ้มครองเด็กจากการถูกข่มขืนกระทำชำเราในพระไอยการลักษณะผัวเมียตามบทบัญญัติข้างต้น กำหนดให้ผู้ถูกกระทำ คือ เด็กไม่รู้ตัวเสีย ซึ่งเป็นคำที่ใช้เรียกเด็กที่ยังไม่เข้าวัยหนุ่มสาว การกำหนดในลักษณะดังกล่าวไม่ปรากฏเป็นที่ชัดเจนว่าหมายถึงเด็กในช่วงอายุใด แต่เมื่อพิจารณาประเพณีและวัฒนธรรมของสมัยก่อน ชายหญิงจะเข้าสู่วัยหนุ่มสาวก็ต่อเมื่อผ่านพิธีการโกนจุก ซึ่งประเพณีการไว้จุกของเด็กจะใช้เป็นสัญลักษณ์แสดงความเป็นเด็ก พิธีการโกนจุกจะเกิดขึ้นเมื่อเด็กมีอายุ 11-13 ขวบ ภายหลังพิธีการโกนจุก เด็กผู้ชายจะบวชเรียน ส่วนเด็กผู้หญิงจะเริ่มออกเรือนแต่งงาน⁴² และเปลี่ยนการเรียกจากเด็กชาย-เด็กหญิง เป็นชายและหญิง ซึ่งเป็นพิธีการเปลี่ยนผ่านช่วงวัยของบุคคล จึงทำให้คำว่าเด็กไม่รู้ตัวเสีย หมายถึงเด็กที่ยังไม่ได้การโกนจุกหรือยังไม่ได้เปลี่ยนเข้าสู่วัยหนุ่มสาว ซึ่งเป็นช่วงวัยเด็กที่อายุต่ำกว่า 11-13 ปี และเป็นช่วงอายุที่ยังไม่สามารถคิด วิเคราะห์และตัดสินใจได้ด้วยตนเองเหมือนผู้ใหญ่⁴³ การให้ความคุ้มครองเด็กไม่รู้ตัวเสียตามมานี้ กำหนดให้ลักษณะการกระทำความผิดจะต้องเป็นการบังคับจิตใจเด็ก และแบ่งออกเป็นถึงขนาดชำเรา และมีถึงขนาดชำเรา ซึ่งกำหนดโทษไว้แตกต่างกัน ฉะนั้น ความยินยอมของเด็กต่อการกระทำชำเราตามบทบัญญัติข้างต้น จึงเป็นข้อเท็จจริงอันเป็นส่วนหนึ่งขององค์ประกอบภายนอกความผิด ซึ่งมีความแตกต่างจากการให้ความคุ้มครองเด็กจากการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศในประมวลกฎหมายอาญาปัจจุบัน

ความผิดฐานกระทำอนาจาร หรือความผิดฐานทราจารในพระไอยการลักษณะผัวเมีย การทำทราจารมีความหมายเช่นเดียวกับการกระทำอนาจาร คือ การกระทำที่ไม่สมควรในทางเพศ นำอับอายในทางเพศ ที่กระทำต่อหญิงตามสถานะต่าง ๆ และเป็นการกระทำที่กระทบต่ออำนาจปกครองหญิง เช่นเดียวกับความผิดฐานข่มขืนทำชำเราในข้างต้น⁴⁴ ซึ่งความผิดฐานกระทำอนาจาร หรือทราจารในพระไอยการลักษณะผัวเมียไม่ได้มุ่งเน้นการให้ความคุ้มครองเสรีภาพทางเพศของหญิงที่จะยินยอมให้ชายจับมือถือแขน หยอกเย้า หรือกระทำการอื่นใดในลักษณะของการกระทำทราจาร แต่เป็นการให้ความคุ้มครองอำนาจของผู้ปกครองหญิง โดยถือว่าการกระทำอันไม่สมควรทางเพศนำอับอายทั้งหลายเป็นการกระทำที่ไม่ให้เกียรติต่ออำนาจปกครองหญิงของผู้ปกครองหญิง⁴⁵ บทบัญญัติไม่ได้กล่าวถึงเรื่อง

⁴⁰ เฟิงอ้วง, น.575.

⁴¹ เฟิงอ้วง.

⁴² พระเจ้าลูกยาเธอ พระองค์เจ้ารพีพัฒนศักดิ์, ว่าด้วยกฎหมาย, (พระนคร: โรงพิมพ์บรรหาร, 2507) น.112.

⁴³ ศรีเรือน แก้วกังวาล, จิตวิทยาพัฒนาการชีวิตทุกช่วงวัย วัยรุ่น-วัยสูงอายุ เล่มที่ 2, พิมพ์ครั้งที่ 9, เล่มที่ 1 (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2549), น.445-446.

⁴⁴ ชิตชนก แผ่นสุวรรณ, อ่วงแล้ว เชิงอรรถที่ 34, น.27.

⁴⁵ เฟิงอ้วง, น.27-28.

การบังคับจิตใจของผู้ถูกระทำ ฉะนั้น ถึงแม้หญิงผู้ถูกระทำจะเต็มใจให้กระทำ หรือยินยอมให้มีการกระทำนั้นเกิดขึ้น ผู้กระทำมีความผิดตามที่กฎหมายกำหนด การให้ความคุ้มครองใน ตัวอย่างบทบัญญัติความผิดฐานกระทำอนาจารในพระโอัยการลักษณผัวเมีย

๑ มาตราหนึ่ง ผู้ใดเล้าโลมจับมือถือนมกอดจูบเมียท่านก็ดี ผัวท่านไม่อยู่ไปหาเมียท่านถึงเรือน และในสถานที่ลับ ไม่มีผู้ใดอยู่ด้วยเป็นค่านับ ไปหาเมียท่านถึงที่นอนในห้องอยู่สองต่อสองก็ดี ท่านให้โทษชำนนั้นถึงเบียดประหมผิตเมีย...⁴⁶

๑๕ มาตราหนึ่ง บุรุษผู้ใดจับข้อมือหยอกบุตรีท่านก็ดี ขึ้นไปถึงที่นอนบุตรีท่านก็ดี แลฉุดลากบุตรีท่านไปจูบกอดทำชู้และทำประการใดก็ดี ท่านว่าชำนนั้นผิดให้ลงโทษโดยโทษานุโทษ⁴⁷

แต่อย่างไรก็ตามพระโอัยการลักษณผัวเมียได้กำหนดเรื่องความยินยอมของผู้เสียหายให้เป็นเหตุยกเว้นความผิดไว้อย่างชัดเจน ซึ่งเป็นการให้ความยินยอมต่อการร่วมประเวณีหรือการทำชำเราของหญิง และการกระทำอนาจาร ในมาตราดังต่อไปนี้

๑ อันว่าหญิง อันชำนมิได้ค่านับชู้ขอ แลช่ายกระทำทราจารให้มีโทษนั้นมี 7 ประการ...ถ้าชำนผู้ใดมิได้ค่านับชู้ขอ แลออกอาจีไปกระทำทราจารหญิงก็ดี แลช่ายไปลอบลักทำชู้ แลข่มขืนและชักพาหญิงไปก็ดี ท่านว่าชำนนั้นมิโทษ ถ้าหญิงนั้นไปหาช่ายถึงเคหะสถานบ้านเรือช่าย ยอมให้ช่ายทำชู้ด้วยใช้ แลจะกล่าวโทษแก่ชำนนั้นมิได้เลย⁴⁸

จากบทบัญญัติข้างต้น กำหนดลักษณะของการให้ความยินยอมของหญิงเฉพาะในลักษณะกรณีที่หญิงไปหาช่ายถึงเคหะสถานหรือบ้านช่ายและยอมให้ช่ายทำชู้ จะกล่าวโทษช่ายไม่ได้ ไม่ว่าจะเป็นการกระทำทราจาร (อนาจาร) การข่มขืนทำชำเราหรือการชักพาหญิงไป การยอมให้ช่ายทำชู้หมายถึง การให้ความยินยอมต่อการทำชำเรา หรือยินยอมร่วมประเวณีกับช่าย จากบทบัญญัติความผิดฐานข่มขืนทำชำเรา และความผิดฐานทราจารในพระโอัยการลักษณผัวเมีย แม้บทบัญญัติจะให้ความคุ้มครองทั้งเสรีภาพทางเพศของหญิงและอำนาจปกครองเหนือหญิงของผู้ปกครองหญิง แต่บทบัญญัติเรื่องความยินยอมต่อการทำชำเราและทราจารข้างต้น ก็สะท้อนให้เห็นถึงการยอมรับเรื่องเสรีภาพทางเพศของหญิง แม้ช่ายจะมีความผิดฐานทราจาร ซึ่งเป็นการกระทำที่กระทบต่ออำนาจปกครองหญิงก็ตาม แต่ถ้าหากหญิงให้ความยินยอมต่อการกระทำนั้น โดยมีการกระทำตามที่กฎหมายกำหนด ก็สามารถอ้างความยินยอมดังกล่าวเป็นเหตุยกเว้นความผิดได้ แต่อย่างไรก็ตามเมื่อพิจารณาบทบัญญัติที่ยกเว้นความผิดสำหรับกรณีที่หญิงยินยอมให้ช่ายทำชู้ การกำหนดคำว่าหญิง ให้เป็นผู้ที่มีความสามารถในการให้ความยินยอมต่อการกระทำทางเพศในลักษณะต่าง ๆ คำว่าหญิง หมายถึงผู้หญิงที่พ้นวัยเด็กซึ่งสามารถมีเหย้าเรือนหรือแต่งงานได้เท่านั้น ซึ่งหากจะตีความว่า กฎหมายไม่ได้รับรองการให้ความยินยอมของเด็กต่อการกระทำชำเรา หรือการกระทำอนาจารก็ได้⁴⁹ แม้เด็กจะให้ความยินยอมต่อการกระทำทางเพศไม่ว่าลักษณะใด ๆ ผู้กระทำไม่สามารถอ้างความยินยอมดังกล่าว

⁴⁶ ราชบัณฑิตยสถาน, อ่างแล้ว เจริญธรรมที่ 35, น.554.

⁴⁷ เจริญธรรม, น.575.

⁴⁸ เจริญธรรม.

⁴⁹ ชิตชนก แผ่นสุวรรณ, อ่างแล้ว เจริญธรรมที่ 34, น.26.

เป็นเหตุยกเว้นความรับผิดชอบได้ ซึ่งถือได้ว่าเป็นการให้ความคุ้มครองเด็กจากการกระทำทางเพศ และถือว่าเด็กไม่รู้เรื่องเสียยังเป็นผู้ไม่มีความสามารถในการให้ความยินยอมต่อการกระทำทางเพศ เกณฑ์ความสามารถในการให้ความยินยอมต่อการกระทำทางเพศตามพระโยการลักษณะผิวเมีย จึงใช้เกณฑ์การเข้าช่วงวัยหนุ่มสาวของหญิง ซึ่งใช้คำว่าหญิง อันหมายถึงหญิงที่ผ่านวัยเด็กและสามารถออกเรือนได้เป็นเกณฑ์ดังกล่าว การกำหนดการให้ความคุ้มครองเด็กต่อการกระทำทางเพศในพระโยการลักษณะผิวเมียไม่ได้ใช้เกณฑ์อายุไว้อย่างชัดเจน จึงทำให้ไม่สามารถระบุเกณฑ์อายุของความสามารถในการให้ความยินยอมต่อการกระทำทางเพศได้

3.2 เกณฑ์อายุของการให้ความยินยอมต่อการกระทำทางเพศในพระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ. 118

พระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ. 118 เป็นกฎหมายประกาศใช้ในช่วงที่มีการชำระสะสางกฎหมายไทยในยุคราชกาลที่ 5 การประกาศใช้กฎหมายดังกล่าวมีวัตถุประสงค์เพื่อให้เกิดความชัดเจนและแก้ไขข้อบกพร่องของกฎหมายเดิม⁵⁰ และได้มีบทบัญญัติความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา แต่ไม่ปรากฏความผิดฐานกระทำความอนาจารในกฎหมายดังกล่าว

ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราในพระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ. 118 กำหนดให้ “ชายใดทำชำเราด้วยหญิงในเหตุ 4 ประการ ดังที่จะกล่าวต่อไปนี้ ท่านว่าชายผู้นั้นข่มขืนทำชำเราหญิง

- 1) ขึ้นใจหญิง
- 2) หญิงมิยินยอม
- 3) หญิงยินยอมด้วยชายชู้เชิญจะทำร้ายร่างกายและชีวิตหญิง ๆ มีความกลัวจึงยินยอม และ
- 4) หญิงยินยอมก็ดี งามิยินยอมก็ดี แต่หญิงนั้นมีอายุต่ำกว่า 12 ปีลงมา”⁵¹

ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราหญิงตามกฎหมายนี้แบ่งองค์ประกอบความผิดไว้อย่างชัดเจน และเป็นบทบัญญัติที่ให้ความคุ้มครองเสรีภาพทางเพศของบุคคล และการให้ความคุ้มครองเด็กที่มีอายุต่ำกว่า 12 ปี จากการถูกกระทำชำเราโดยไม่พิจารณาความยินยอมของเด็ก ผู้เสียหายในบทบัญญัตินี้แบ่งออกเป็น

- 1) หญิงที่มีอายุตั้งแต่ 12 ปี การกระทำความผิดตามบทบัญญัตินี้จะต้องเป็นการขึ้นใจหญิง ซึ่งเป็นการกระทำที่ปราศจากความยินยอมจากหญิงผู้เสียหาย หรือกระทำโดยใช้การข่มขู่หรือประทุษร้ายหญิงเพื่อให้หญิงยินยอม ซึ่งไม่ใช่ความยินยอมที่แท้จริงของผู้เสียหาย
- 2) เด็กหญิงที่มีอายุต่ำกว่า 12 ปี กฎหมายกำหนดการให้ความคุ้มครองเด็กจากการกระทำชำเรา โดยไม่นำเรื่องความยินยอมของผู้เสียหายมาเป็นส่วนหนึ่งขององค์ประกอบความผิด

⁵⁰ พระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ. 118, ราชกิจจานุเบกษา (9 เมษายน ร.ศ. 118), น.10.

⁵¹ พระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ. 118, มาตรา 4.



โดยกำหนดให้ไม่ว่าเด็กจะยินยอมหรือไม่ก็เป็นความผิดอาญา ซึ่งเป็นการให้ความคุ้มครองเด็ก เช่นเดียวกับความผิดฐานกระทำความผิดในประมวลกฎหมายอาญาปัจจุบัน

ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราในพระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ. 118 กฎหมายมุ่งเน้นการให้ความคุ้มครองหญิงมากขึ้นจากพระไอยการลักษณะข่มขืน ไม่มีการแบ่งแยกหญิงตามสถานะการถูกปกครอง และเน้นเรื่องการให้ความยินยอมของผู้ถูกกระทำให้เป็นองค์ประกอบความผิดอย่างชัดเจน ซึ่งบัญญัติให้ลักษณะการกระทำความผิดเป็นการขืนใจหญิง และหญิงมิยินยอม คำว่า “ขืนใจ” ตามบทบัญญัตินี้หมายถึง ลักษณะการกระทำที่จะต้องมีการใช้กำลังหรือการหนี้ยเพื่อให้พ้นจากการกระทำนั้น ส่วน “หญิงมิยินยอม” หมายถึง แม้ชายมิได้ใช้กำลังขืนใจ แต่หญิงไม่อาจขัดขืนได้ เช่น หญิงไม่มีสติ ถูกวางยา หรือชายปลอมตัวเป็นสามี เป็นต้น⁵² ซึ่งเป็นลักษณะของการกระทำที่ทำให้การกระทำชำเรานั้นไม่ได้เกิดจากความสมัครใจหรือความยินยอมของหญิงอย่างแท้จริง

การให้ความคุ้มครองเด็กจากการถูกกระทำชำเราในพระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ. 118 กำหนดความคุ้มครองแก่เด็กที่มีอายุไม่เกิน 12 ปี โดยถือว่าเด็กที่มีอายุไม่เกิน 12 ปี เป็นผู้ไม่มีความสามารถในการให้ความยินยอมต่อการกระทำทางเพศ การกระทำชำเราเด็กที่มีอายุไม่เกิน 12 ปี ตามกฎหมายนี้ ไม่ว่าเด็กจะยินยอมหรือไม่ก็เป็นการกระทำความผิดอาญา สำหรับบุคคลที่อายุตั้งแต่ 12 ปี ขึ้นไปจะได้รับความคุ้มครองเสรีภาพทางเพศตาม (1)- (3) กล่าวคือ ในกรณีที่มีการกระทำชำเราบุคคลดังกล่าวจะต้องได้รับความยินยอมโดยสมัครใจของบุคคลนั้น และหากการกระทำชำเราเกิดขึ้นโดยปราศจากความยินยอมหรือขืนใจผู้ถูกกระทำ อันมีลักษณะตามที่กฎหมายกำหนด การกระทำนั้นเป็นการกระทำความผิดอาญา เกณฑ์อายุของความสามารถในการให้ความยินยอมต่อการกระทำชำเราในพระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ. 118 จึงเป็นเกณฑ์อายุตั้งแต่ 12 ปีขึ้นไป ซึ่งเป็นกฎหมายฉบับแรกที่บัญญัติโดยใช้เกณฑ์อายุกำหนดไว้อย่างชัดเจน ในกรณีที่เป็นการกระทำอนาจารจะใช้บทบัญญัติในพระไอยการลักษณะข่มขืนบังคับแทน⁵³

3.3 เกณฑ์อายุของการให้ความยินยอมต่อการกระทำทางเพศในกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127

กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 เป็นประมวลกฎหมายฉบับแรกของไทยที่ถูกประกาศใช้ในปี พ.ศ. 2451 ซึ่งเป็นประมวลกฎหมายสมัยใหม่ (modern law) ฉบับแรกของไทยที่จัดทำขึ้นตามแบบอย่างของกฎหมายในภาคพื้นยุโรป และใช้กฎหมายของประเทศต่าง ๆ เป็นแนวประกอบการร่างกฎหมาย เช่น ประมวลกฎหมายของฝรั่งเศส เยอรมัน อังกฤษ และเนเธอร์แลนด์ เป็นต้น ผสมผสานกับแนวคิดแบบไทย ๆ เพื่อให้ได้กฎหมายเหมาะสมกับสภาพสังคมไทย และเป็นการแก้ไขปรับปรุง

⁵² พระเจ้าลูกยาเธอ กรมหมื่นราชบุรีดิเรกฤทธิ์, พระราชบัญญัติในปัตยุบัน เล่ม 1, (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์กองกษาปณ์, ร.ศ. 120), น.301.

⁵³ ชิตชนก แผ่นสุวรรณ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 34, น.33.

บทบัญญัติลักษณะความผิดต่าง ๆ ที่มีอยู่ให้มีความสมัยใหม่มากขึ้น⁵⁴ ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ถูกบัญญัติไว้ในภาคที่ 2 ว่าด้วยลักษณะความผิด ของส่วนที่ 6 ว่าด้วยความผิดที่กระทำอนาจาร

มาตรา 243 กำหนดให้ “ผู้ใดบังอาจใช้อำนาจด้วยกำลังกาย หรือด้วยวาจาขู่เข็ญกระทำชำเรา ขึ้นใจหญิง ซึ่งมีใช้ภรรยาของตนเอง ท่านว่ามันผู้นั้นข่มขืนทำชำเรา ต้องระวางโทษ...

ผู้ใดใช้อุบายหลอกลวงทำชำเราขึ้นใจหญิงซึ่งมิใช่ภรรยาของตนเอง ท่านว่ามันข่มขืนทำชำเรา มีความผิดต้องระวางโทษ...”⁵⁵

ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ในกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ให้ความคุ้มครอง เสรีภาพทางเพศของหญิง โดยกำหนดให้ลักษณะของการกระทำเป็นการบังคับจิตใจในลักษณะต่าง ๆ คำว่า ขึ้นใจหญิง หมายถึง หญิงไม่ยินยอม⁵⁶ และไม่สมัครใจ⁵⁷ ลักษณะการกระทำความผิดตาม บทบัญญัตินี้แบ่งออกเป็น การใช้อำนาจกำลังกาย มีความหมายเช่นเดียวกับการประทุษร้ายในประมวล กฎหมายอาญาปัจจุบัน⁵⁸ การใช้วาจาขู่เข็ญทำให้หวาดกลัว และการใช้อุบายหลอกลวง หมายถึง การกระทำที่ทำให้หญิงเข้าใจผิดไม่ว่าจะเป็นการทำชำเรา รวมถึงการเข้าใจผิดว่าผู้กระทำเป็นบุคคล อื่น⁵⁹ ซึ่งเป็นลักษณะการกระทำที่ทำให้ไม่ได้รับความยินยอมอันแท้จริงของผู้เสียหาย

มาตรา 246 กำหนดให้ “ผู้ใดกระทำอนาจารแก่บุคคลอายุเกินกว่าสิบสามขวบขึ้นไป โดยมัน ใช้อำนาจด้วยกำลัง หรือด้วยวาจาขู่เข็ญ หรือมันใช้อุบายหลอกลวงด้วยประการใดใดก็ดี ท่านว่ามันมี ความผิด...”

ความผิดฐานกระทำอนาจารในกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 มีความหมายเช่นเดียวกับ ประมวลกฎหมายอาญา คือ หมายถึง การกระทำที่ไม่สมควรในทางเพศ ซึ่งความไม่สมควร ในการกระทำความผิดดังกล่าวจะพิจารณาจากเหตุและสิ่งแวดล้อมประกอบกัน⁶⁰ ลักษณะการกระทำ ความผิดตามมาตรานี้มีลักษณะเช่นเดียวกับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา กล่าวคือ การกระทำ ความผิดฐานกระทำอนาจารจะต้องเกิดโดยปราศจากความยินยอมอันแท้จริงของผู้เสียหาย ซึ่งอาจ กระทำโดยลักษณะการกระทำสามประการ ได้แก่ การใช้กำลังกายหรือการประทุษร้าย การขู่เข็ญ หรือ การใช้อุบายหลอกลวง ตามบทบัญญัติข้างต้น กำหนดให้ความคุ้มครองแก่บุคคลที่มีเกินกว่า 13 ปี ขึ้นไป เป็นผู้มีความสามารถในการให้ความยินยอมต่อการกระทำอนาจาร และได้รับความคุ้มครองเสรีภาพ ทางเพศตามบทบัญญัตินี้⁶¹

⁵⁴ สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล, “บันทึกของนายยอร์ซ ปาดูซ์ (Groeges Padoux) ที่ปรึกษาการร่างกฎหมายของรัฐบาล สยามเกี่ยวกับการร่างกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127,” วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ปีที่ 18, ฉบับที่ 2, 1, น.17.

⁵⁵ กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127, มาตรา 243.

⁵⁶ หยุต แสงอุทัย, คำอธิบายกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127, พิมพ์ครั้งที่ 7, (กรุงเทพ: วิญญูชน, 2561), น.357.

⁵⁷ คำพิพากษาฎีกาที่ 234/2466.

⁵⁸ การกระทำประทุษร้ายในกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 หมายถึง “การใช้กำลังกายกระทำต่อเนื้อตัวของบุคคลใน ลักษณะต่าง ๆ ซึ่งผลของการประทุษร้ายเป็นเช่นไรไม่สำคัญ,” หยุต แสงอุทัย, อรรถกถา เชิงอรรถที่ 56, น.241.

⁵⁹ เพ็งอ้วง, น.358.

⁶⁰ เพ็งอ้วง, น.361.

⁶¹ เพ็งอ้วง, น.362.



การให้ความคุ้มครองเด็กจากการกระทำทางเพศ โดยกำหนดให้การกระทำทางเพศต่อเด็ก ไม่ว่าเด็กยินยอมหรือไม่เป็นความผิดอาญาในกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127⁶² ซึ่งปรากฏในความผิดฐานกระทำชำเราเด็ก มาตรา 244 และความผิดฐานกระทำอนาจารเด็กมาตรา 245

มาตรา 244 กำหนดให้ “การกระทำชำเราเด็กหญิงอายุต่ำกว่าสิบสามขวบ ถึงเด็กนั้นจะยินยอมก็ตาม หรือไม่ยินยอมก็ตาม ท่านว่ามันมีความผิดต้องระวางโทษ...”

มาตรา 245 กำหนดให้ “ผู้ใดบังอาจกระทำการอนาจารแก่เด็กอายุต่ำกว่าสิบสามขวบ ท่านว่ามันมีความผิด...”

การให้ความคุ้มครองเด็กจากการกระทำทางเพศทั้งการกระทำอนาจารและการกระทำชำเรา ในบทบัญญัติข้างต้น กำหนดความคุ้มครองแก่เด็กที่มีอายุไม่เกิน 13 ปี จากการกระทำอนาจารและการกระทำชำเรา ไม่ว่าเด็กจะให้ความยินยอมหรือไม่ก็ตาม การกระทำนั้นเป็นความผิดตามที่กฎหมายกำหนด ซึ่งจากบทบัญญัติดังกล่าวถือว่าเด็กที่มีอายุต่ำกว่า 13 ปี เป็นบุคคลที่ไม่มีความสามารถในการให้ความยินยอมต่อการกระทำทางเพศ แต่เดิมการให้ความคุ้มครองเด็กในความผิดเกี่ยวกับเพศของกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 เคยใช้เกณฑ์อายุ 12 ปี ก่อนที่จะมีการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายในปี พ.ศ. 2474 โดยแก้ไขเกณฑ์อายุจาก 12 ปี เป็นอายุ 13 ปี⁶³ ซึ่งการกำหนดความคุ้มครองดังกล่าวฝ่ายนิติบัญญัติให้ความเห็นว่า เด็กในช่วงวัยดังกล่าวยังเป็นช่วงวัยเยาว์ ซึ่งไม่สามารถปกป้องตนเองได้ และด้วยความอ่อนเยาว์ของเด็ก ทำให้เด็กควรได้รับความคุ้มครอง และการป้องกันเด็กจากการถูกระกระทำทางเพศ จึงควรกำหนดความผิดฐานดังกล่าว โดยไม่นำเรื่องความยินยอมของผู้เสียหายเด็กมาเป็นองค์ประกอบความผิด⁶⁴ จึงทำให้การกระทำทางเพศไม่ว่าจะเป็นการกระทำชำเรา หรือการกระทำอนาจารหากกระทำต่อเด็กที่มีอายุไม่เกิน 13 ปี ไม่ว่าเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็เป็นความผิดอาญา จึงทำให้ เกณฑ์อายุของความสามารถในการให้ความยินยอมต่อการกระทำทางเพศในกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 เป็นเกณฑ์อายุเกินกว่า 13 ปีขึ้นไป บุคคลที่มีอายุตั้งแต่ 13 ปีขึ้นไป จะได้รับความคุ้มครองเสรีภาพทางเพศ และเป็นผู้มีความสามารถในการให้ความยินยอมต่อการกระทำทางเพศ ซึ่งเกณฑ์อายุนี้นักบัญญัติไว้อย่างชัดเจนในความผิดฐานกระทำอนาจาร แต่ไม่ปรากฏในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา

3.4 เกณฑ์อายุของความสามารถในการให้ความยินยอมต่อการกระทำทางเพศในประมวลกฎหมายอาญา

ประมวลกฎหมายอาญาประกาศใช้ครั้งแรกในปี พ.ศ. 2500 ซึ่งเป็นประมวลกฎหมายที่เกิดจากการชำระสะสางกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 การให้ความคุ้มครองเสรีภาพทางเพศของบุคคลในประมวลกฎหมายอาญา ปรากฏในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและความผิดฐานกระทำอนาจาร

⁶² เฟื่องอ้าง, น.359.

⁶³ ชิตชนก แผ่นสุวรรณ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 34, น.52-54.

⁶⁴ อำนวยทิพย์ พระอินทปรีชา (เหยียน ลขะวนิช), คำอธิบายกฎหมายลักษณะอาญา ภาค 2 ตอน 2, (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์โสภณพิพรรฒธนากร, 2470), น.1105.

และการให้ความคุ้มครองเด็กจากการกระทำทางเพศ ปรากฏในความผิดฐานกระทำชำเราเด็กและความผิดฐานกระทำอนาจารเด็ก เดิมการให้ความคุ้มครองเด็กจากการกระทำทางเพศในประมวลกฎหมายอาญา อ้างอิงเกณฑ์อายุเด็กจากกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 โดยใช้เกณฑ์อายุเดียว คือ เกณฑ์อายุ 13 ปี และภายหลังได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมเกณฑ์อายุดังกล่าวในพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ครั้งที่ 8) พ.ศ. 2530 โดยขยายการให้ความคุ้มครองเด็กในความผิดเกี่ยวเพศของเด็ก โดยแก้ไขเพิ่มเติมเกณฑ์อายุของเด็กที่ได้รับความคุ้มครอง จากอายุ 13 ปี เป็นอายุ 15 ปี⁶⁵ ซึ่งการแก้ไขเกณฑ์อายุดังกล่าวฝ่ายนิติบัญญัติให้เหตุผลว่า การกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศต่อเด็ก ผู้กระทำความผิดสามารถอ้างความยินยอมของเด็กเพื่อเป็นเหตุยกเว้นความผิดหรือโทษได้ตามที่กฎหมายกำหนด เมื่อพิจารณาการเจริญเติบโตทางร่างกายและพัฒนาของการเด็กในช่วงวัยดังกล่าว ยังไม่เพียงพอต่อการตัดสินใจโดยลำพัง จึงทำให้ควรแก้ไขอายุจาก 13 ปี เป็น 15 ปี⁶⁶ และเด็กในช่วงอายุต่ำกว่า 13 ปี มีอำนาจทางสังคมที่ไม่เพียงพอต่อการปกป้องตนเองจากบุคคลที่มีอายุมากกว่าที่ต้องการแสวงหาประโยชน์ทางเพศในทางที่ผิดกับตนได้⁶⁷ ฉะนั้น จึงได้มีการแก้ไขเกณฑ์อายุเป็น 15 ปี เพื่อให้คุ้มครองเด็กที่มีอายุไม่เกิน 15 ปี จากการถูกกระทำชำเราหรือการแสวงหาผลประโยชน์ทางเพศจากเด็กโดยบุคคลที่มีอายุมากกว่า⁶⁸ ประมวลกฎหมายอาญาปัจจุบันจึงกำหนดให้เด็กที่มีอายุไม่เกิน 15 ปี ถือเป็นผู้ที่ไม่มีความสามารถในการให้ความยินยอมต่อการกระทำทางเพศ เกณฑ์อายุสูงสุดของเด็กที่ได้รับการคุ้มครองจากการกระทำทางเพศในประมวลกฎหมายอาญา จึงเป็นเกณฑ์อายุ 15 ปี และทำให้เกณฑ์อายุของความสามารถในการให้ความยินยอมต่อการกระทำทางเพศได้ในประมวลกฎหมายอาญา ณ ปัจจุบัน จึงเป็นบุคคลที่มีอายุตั้งแต่ 15 ปีขึ้นไป ซึ่งจะได้กล่าวในส่วนถัดไป

4. การให้ความคุ้มครองเสรีภาพทางเพศและการให้ความคุ้มครองเด็กในความผิดเกี่ยวกับเพศในประมวลกฎหมายอาญาไทย

ประมวลกฎหมายอาญาไทย กำหนดความคุ้มครองในความผิดเกี่ยวกับเพศ โดยแบ่งออกเป็น การให้ความคุ้มครองเสรีภาพทางเพศของบุคคลที่มีความสามารถในการให้ความยินยอมต่อการกระทำทางเพศ ในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา มาตรา 276 และความผิดฐานกระทำอนาจาร มาตรา 278 ซึ่งเป็นการให้ความคุ้มครองบุคคลที่มีความสามารถในการให้ความยินยอมต่อการกระทำทางเพศมีสิทธิในการให้ความยินยอมหรือปฏิเสธการกระทำทางเพศได้ตามความต้องการของตนเอง และการให้ความคุ้มครองเด็กจากการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศ โดยกำหนดการกระทำทางเพศที่กระทำต่อเด็ก

⁶⁵ ประมวลกฎหมายอาญา, มาตรา 277, แก้ไขโดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ครั้งที่ 8) พ.ศ. 2530, มาตรา 3.

⁶⁶ หมายเหตุท้ายพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ครั้งที่ 8) พ.ศ. 2530.

⁶⁷ คนพล จันทน์หอม, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1*, น.583.

⁶⁸ David M. Bieri and Kristen M. Budd, "Romeo, Juliet and Statutory Rape," *Sexual Abuse*, Vol.30, No.3, 296, p.2 (2018).

ไม่ว่าเด็กจะให้ความยินยอมหรือไม่ก็ตามเป็นความผิดอาญา ในความผิดฐานกระทำชำเราเด็ก มาตรา 277 และความผิดฐานอนาจารเด็ก มาตรา 279

4.1 การให้ความคุ้มครองเสรีภาพทางเพศของบุคคลในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและความผิดฐานกระทำอนาจาร

การกระทำชำเราเป็นการกระทำทางเพศอย่างหนึ่งที่เกี่ยวข้องกับบุคคลอื่นโดยการสัมผัสจับต้องด้วยวิธีการมีเพศสัมพันธ์ หรือลักษณะกระทำชำเราตามนิยามของกฎหมายอาญา ซึ่งจะต้องได้รับความยินยอมจากผู้ที่เกี่ยวข้องหรือมีส่วนในการกระทำนั้นเสมอ สำหรับการกระทำชำเรา กฎหมายอาญาให้ความคุ้มครองบุคคลจากการถูกกระทำชำเราที่ปราศจากความยินยอมหรือไม่ได้สมัครใจต่อการกระทำนั้น ซึ่งปรากฏในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรามาตรา 276⁶⁹ การข่มขืนกระทำชำเราเป็นคำสมระหว่างคำว่า “ข่มขืน” หมายถึง การบังคับให้บุคคลกระทำตาม โดยผู้นั้นไม่ได้ยินยอมสมัครใจ⁷⁰ และ “กระทำชำเรา” หมายถึง “กระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ โดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำล่วงล้ำอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น”⁷¹ ตามนิยามมาตรา 1 ในประมวลกฎหมายอาญา การข่มขืนกระทำชำเรา จึงหมายถึง การกระทำชำเราที่บังคับให้บุคคลยินยอมหรือการกระทำชำเราที่ปราศจากความสมัครใจ หรือความยินยอมที่แท้จริงของผู้ถูกระทำ⁷² ลักษณะของกระทำของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราจึงจะต้องมีการข่มขืนใจเพื่อกระทำชำเราผู้ถูกระทำ⁷³ ซึ่งเป็นการกระทำที่ปราศจากความยินยอมของผู้เสียหาย

สำหรับความผิดฐานกระทำอนาจารเป็นบทบัญญัติของการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศในลักษณะของการสัมผัสจับต้องบุคคลอื่น แต่ไม่ถึงขนาดของการกระทำชำเรา การกระทำอนาจารหมายถึง ความประพฤติน่าอัปอาย ลามก หรือทำให้เป็นที่อัปอายน่ารังเกียจแก่บุคคลอื่นในทางเพศ เช่น การกอด การจับอวัยวะเพศ การจับมือ หอมแก้ม หรือการจูบ เป็นต้น โดยลักษณะของการกระทำอนาจารจะต้องเป็นการสัมผัสจับต้องบุคคลอื่น หรือให้บุคคลอื่นสัมผัสจับต้องตน⁷⁴ รวมถึงกรณีที่เป็นการกระทำโดยใช้วัตถุหรืออวัยวะอื่นซึ่งไม่ใช่อวัยวะเพศล่วงล้ำอวัยวะเพศหรือทวารหนักของบุคคลอื่นซึ่งเป็นเหตุเพิ่มโทษ⁷⁵ แต่อย่างไรก็ตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 12983/2558 และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1201/2559 ได้วินิจฉัยว่า การกระทำอนาจารไม่จำเป็นต้องมีการสัมผัสจับต้องเนื้อตัวร่างกายของ

⁶⁹ คณิต ณ นคร, *อ่าวแล้ว เชิงอรรถที่ 4*, น.523.

⁷⁰ คณพล จันทน์หอม, *อ่าวแล้ว เชิงอรรถที่ 1*, น.559.

⁷¹ ประมวลกฎหมายอาญา, มาตรา 267, แก้ไขโดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 27) พ.ศ. 2562, มาตรา 3.

⁷² ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ, *มุมมองใหม่ในกฎหมายอาญา*, พิมพ์ครั้งที่ 3, (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2556), น.152-153.

⁷³ ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ, *คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคความผิดและโทษ*, พิมพ์ครั้งที่ 15, (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2561), น.200-201.

⁷⁴ *เฟิงอ่าว*, น.206.

⁷⁵ ประมวลกฎหมายอาญา, มาตรา 278, พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 27) พ.ศ. 2562, มาตรา 8.

ผู้ถูกระงับแต่อย่างใด ซึ่งเป็นอีกมุมมองที่มองว่า การกระทำความผิดอาจเกิดได้โดยไม่ต้องการสัมผัสจับต้องตัวผู้ถูกระงับ แต่ผู้เขียนมีความเห็นว่าในกรณีที่จะเป็นการกระทำความผิดได้ ควรจะต้องเป็นการกระทำทางเพศที่เป็นการสัมผัสจับต้องผู้ถูกระงับ เพื่อให้ลักษณะการกระทำความผิดมีขอบเขตที่ชัดเจน ในกรณีที่การกระทำทางเพศไม่ได้สัมผัสจับต้องผู้เสียหาย เช่น การพุดจาแทะโลม การถ่ายภาพใต้กระโปรง ไม่ถือเป็นการกระทำความผิด⁷⁶ แต่อาจเป็นการกระทำความผิดในความผิดฐานอื่น ๆ การกระทำความผิดจะต้องพิจารณาเจตนาของผู้กระทำเป็นสำคัญว่าไม่ได้มีเจตนาที่กระทำชำเราผู้เสียหาย และเป็นการกระทำความผิดที่มีบุคคลอื่นเป็นวัตถุแห่งการกระทำ โดยเป็นการกระทำต่อเนื่องต่อร่างกายของผู้เสียหายโดยตรง⁷⁷ การกระทำความผิดที่เป็นการกระทำความผิดตามความผิดฐานกระทำความผิด มาตรา 278 จะต้องเป็นการกระทำที่ฝ่าฝืนความยินยอมของผู้ถูกระงับ⁷⁸ ด้วยวิธีการตามลักษณะการกระทำตามที่กฎหมายกำหนด และเป็นการกระทำต่อบุคคลที่มีอายุเกิน 15 ปีเป็นต้นไป ซึ่งหากเป็นการกระทำต่อบุคคลที่มีอายุไม่เกิน 15 ปี จะเป็นการกระทำความผิดฐานอนาจารต่อเด็กซึ่งจะกล่าวในส่วนถัดไป

การให้ความคุ้มครองเสรีภาพทางเพศในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา และความผิดฐานกระทำความผิดของประมวลกฎหมายอาญา กำหนดให้การกระทำทางเพศในลักษณะดังกล่าวหากกระทำโดยการขู่เข็ญด้วยประการใด ๆ โดยผู้ถูกระงับเกิดความกลัวในอันตรายเป็นต้นไปและจำต้องยินยอมให้มีการกระทำทางเพศนั้นเพราะความกลัว กระทำโดยใช้กำลังประทุษร้าย, กระทำในขณะที่ผู้นั้นอยู่ในสถานะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ ซึ่งสภาวะดังกล่าวเกิดจากการกระทำของผู้กระทำโดยตรง⁷⁹ แต่ไม่รวมถึงในกรณีที่ผู้ถูกระงับไม่สามารถขัดขืนได้เหตุเพราะเป็นผู้ทุพพลภาพ จิตบกพร่อง ผู้เจ็บป่วย หรือคนชรา⁸⁰ และทำให้ผู้ถูกระงับเข้าใจว่าผู้กระทำเป็นบุคคลอื่น⁸¹ อย่างหนึ่งอย่างใดในลักษณะกระทำกระทำความผิด ซึ่งเป็นการกระทำที่ทำให้เกิดการกระทำทางเพศที่ปราศจากความยินยอมอันจริงแท้ของผู้ถูกระงับ หรือไม่ได้ได้รับความยินยอมโดยชัดแจ้งของผู้ถูกระงับ แม้การกระทำทางเพศดังกล่าวจะได้รับการยินยอมแต่ความยินยอมเกิดจากการถูกบังคับ การกลัว อันตราย หรือเป็นความยินยอมโดยปริยายอันเกิดจากความไม่รู้หรือถูกทำให้เข้าใจผิด จึงไม่ใช่การให้ความยินยอมที่แท้จริงของผู้ถูกระงับ กฎหมายอาญาจึงกำหนดให้ลักษณะการกระทำความผิดดังกล่าวเป็นองค์ประกอบของความผิดของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและความผิดฐานกระทำความผิดอนาจาร ซึ่งเป็นองค์ประกอบที่แสดงถึงการกระทำที่ขัดต่อความยินยอมของผู้เสียหาย และความยินยอมของผู้เสียหาย

⁷⁶ วิวรรณ ดำรงค์กุลนันท์, “ขอบเขตของการกระทำชำเรา การกระทำความผิด และการคุกคามทางเพศ”, วารสารนิติศาสตร์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ปีที่ 48, เล่มที่ 1, 107, น.107-128 (2562).

⁷⁷ คณพล จันทน์หอม, อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 1, น.558.

⁷⁸ คณิต ณ นคร, อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 4, น.544.

⁷⁹ คณพล จันทน์หอม, อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 1, น.565.

⁸⁰ ประมวลกฎหมายอาญา, มาตรา 285/2, แก้ไขโดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 27) พ.ศ. 2562, มาตรา 13.

⁸¹ คณพล จันทน์หอม, อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 1, น.566.



เป็นข้อเท็จจริงในส่วนองค์ประกอบภายนอกที่ใช้ในการวินิจฉัยการกระทำของผู้กระทำ⁸² หรือเรียกว่า ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบภายนอกของความผิด⁸³

ในกรณีที่การกระทำชำเราหรือการกระทำอนาจารที่เกิดจากความยินยอมของผู้ที่เกี่ยวข้อง ซึ่งเป็นความยินยอมที่แท้จริงและเกิดขึ้นด้วยความสมัครใจ⁸⁴ โดยผู้ให้ความยินยอมอยู่ในสภาวะที่มีความเป็นอิสระในตัดสินใจในขณะที่ให้ความยินยอม⁸⁵ ปราศจากการข่มขู่ การฉ้อฉล หรือการสำคัญผิด หรือวิธีการใด ๆ ตามที่กฎหมายกำหนดวิธีการ 4 ประการข้างต้น และเป็นผู้มีความสามารถในการให้ความยินยอมตามเกณฑ์อายุของความสามารถในการให้ความยินยอมต่อการกระทำทางเพศ ความยินยอมของผู้ที่เกี่ยวข้องดังกล่าวทำให้การกระทำชำเราไม่มีการข่มขืนใจ และการกระทำอนาจารเกิดขึ้นด้วยความสมัครใจของผู้เสียหาย การกระทำนั้นจึงไม่ครบองค์ประกอบความผิด และไม่ใช่การกระทำผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและความผิดฐานอนาจาร ตัวอย่างคำพิพากษาศาลฎีกาเรื่อง ความยินยอมของผู้เสียหายในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและความผิดฐานอนาจาร ซึ่งแสดงออก ไปถึงความยินยอมอันแท้จริงของผู้เสียหายต่อการกระทำทางเพศนั้น ๆ ซึ่งปรากฏในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 313/2528 คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 302/2559 และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2245/2537

4.2 การให้ความคุ้มครองเด็กในความผิดฐานกระทำชำเราเด็กและความผิดฐานกระทำอนาจารเด็ก

ความผิดฐานกระทำชำเราเด็กและความผิดฐานกระทำอนาจารเด็กเป็นบทบัญญัติที่ให้ ความคุ้มครองเด็กที่มีอายุไม่เกินเกณฑ์ที่กำหนดจากการกระทำทางเพศในลักษณะต่าง ๆ ที่เป็นการแสวงหาผลประโยชน์ทางเพศจากเด็กโดยบุคคลที่มีอายุมากกว่า⁸⁶ ความผิดฐานกระทำชำเราเด็ก มาตรา 277 วรรคหนึ่ง กำหนดให้ การกระทำชำเราเด็กที่มีอายุไม่เกิน 15 ปี ซึ่งไม่ใช่ภริยาหรือสามี ของผู้กระทำ โดยเด็กจะยินยอมหรือไม่เป็นความผิดอาญา⁸⁷ และวรรคสาม เป็นเหตุเพิ่มเติมในกรณีที่ การกระทำชำเรากระทำต่อเด็กที่มีอายุไม่เกิน 13 ปี มาตรา 277 กำหนดให้การกระทำชำเราเด็กที่ ได้รับความคุ้มครองตามที่กฎหมายกำหนด ไม่ว่าเด็กจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม การกระทำนั้นเป็น ความผิดอาญา ซึ่งบทบัญญัตินี้กฎหมายอาญามุ่งคุ้มครองความบริสุทธิ์ทางเพศของเด็กเป็นสำคัญ⁸⁸ ความยินยอมของผู้เสียหายเด็กจึงไม่ถูกนำมาเป็นข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบความผิดที่จะใช้

⁸² จิตติ ดิงศภัทิย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 1 ตอน 2, พิมพ์ครั้งที่ 10, (กรุงเทพ: เนติบัณฑิตยสภา, 2556), น.831.

⁸³ ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ, อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 73, น.201.

⁸⁴ เพ็ญอ้วน, น.264.

⁸⁵ Carol E. Tracy et al, "Rape and Sexual Assault in the Legal System", presented to the International Research Council of the National Academies Panel on Measuring Rape and Sexual Assault in Bureau of Justice Statistics Household Surveys Committee on National Statistics, 5 June 2012, pp.5-6.

⁸⁶ David M. Bieie and Kristen M. Budd, *supra* note 68.

⁸⁷ ประมวลกฎหมายอาญา, มาตรา 277.

⁸⁸ คณิต ณ นคร, อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 4, น.533.

วินิจฉัยการกระทำเหมือนกับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ในมาตรา 276⁸⁹ แต่อย่างไรก็ตามการให้ความคุ้มครองในข้างต้นแบ่งออกเป็น 2 ลักษณะจากสถานการณ์สมรสและเกณฑ์อายุของเด็ก ซึ่งมีลักษณะคล้ายกับบทบัญญัติของเนเธอร์แลนด์ การให้ความคุ้มครองเด็กจากการถูกระทำชำเราในความผิดฐานกระทำชำเรา มาตรา 277 ประมวลกฎหมายอาญานี้ แบ่งออกเป็น

- 1) การให้ความคุ้มครองเด็กที่มีอายุไม่เกิน 13 ปี และ
- 2) การให้ความคุ้มครองเด็กที่มีอายุไม่เกิน 15 ปี ซึ่งไม่ใช่สามีหรือภริยาของผู้กระทำ

ในกรณีที่เด็กมีอายุไม่เกิน 15 ปี และมีสถานะเป็นภริยาหรือสามีของผู้กระทำ ซึ่งสถานะการเป็นภริยาหรือสามีจะต้องเป็นการสมรสโดยชอบด้วยกฎหมายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เด็กจะไม่ได้ได้รับความคุ้มครองจากการกระทำทางเพศตามมาตรานี้ แต่เด็กจะได้รับความคุ้มครองในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา มาตรา 276 ซึ่งเป็นการให้ความคุ้มครองเสรีภาพทางเพศของบุคคล ฉะนั้น การกระทำชำเราเด็กที่มีอายุไม่เกิน 15 ปี และมีสถานะเป็นภริยาหรือสามีของผู้กระทำ จะต้องได้รับความยินยอมจากเด็ก และสามารถกล่าวอ้างความยินยอมของเด็กเพื่อให้การกระทำนั้นไม่ครบองค์ประกอบความผิดได้

ความผิดฐานกระทำอนาจารเด็ก มาตรา 279 กฎหมายอาญากำหนดให้การกระทำอนาจารเด็กอายุไม่เกิน 15 ปี โดยเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่เป็นความผิดอาญา และวรรคสอง เป็นเหตุเพิ่มเติมในกรณีที่กระทำอนาจารเด็กที่มีอายุไม่เกิน 13 ปี ซึ่งเป็นการให้ความคุ้มครองเด็กเช่นเดียวกับบทบัญญัติความผิดฐานกระทำชำเราเด็ก ความผิดฐานกระทำอนาจารเด็ก กำหนดให้ความยินยอมของเด็กไม่เป็นส่วนหนึ่งของข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบความผิด การกระทำอนาจารเด็ก ไม่ว่าเด็กจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม ผู้กระทำมีความรับผิดชอบทางอาญาตามที่กฎหมายกำหนด นอกเหนือการกระทำอนาจารที่เป็นการสัมผัสจับต้องตัวผู้ถูกระทำแล้ว ประมวลกฎหมายอาญายังกำหนดให้ รวมถึงการกระทำอนาจารต่อหน้าเด็ก เช่น การร่วมเพศให้เด็กดู การกระทำอนาจารด้วยร่างกายของเด็ก หรือให้เด็กเป็นผู้กระทำ เช่น ให้เด็กจับอวัยวะเพศเพื่อช่วยสำเร็จความใคร่ตนเอง เป็นต้น⁹⁰ เป็นการกระทำความผิดในมาตราดังกล่าวอีกด้วย เพื่อเป็นการป้องกันเด็กจากการกระทำทางเพศที่ไม่เหมาะสม⁹¹ จากบทบัญญัติข้างต้นได้มีตัวอย่างการปรับใช้กฎหมาย และการกล่าวถึงองค์ประกอบภายนอกของความผิดฐานกระทำชำเราเด็กและความผิดฐานกระทำอนาจารเด็กไว้อย่างน่าสนใจ โดยกล่าวถึง ในกรณีที่แม้ผู้กระทำความผิดจะไม่ได้มีการบังคับหรือเด็กผู้เสียหายให้ความยินยอมในการกระทำดังกล่าวก็ตาม แต่การกระทำดังกล่าวครบองค์ประกอบภายนอกตามที่กฎหมายกำหนด ในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 10328/2546 และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6323/2557

จากการกำหนดความคุ้มครองเด็กจากการกระทำทางเพศ ในความผิดฐานกระทำชำเราเด็ก มาตรา 277 และความผิดฐานกระทำอนาจารเด็กมาตรา 279 ซึ่งกำหนดเกณฑ์อายุไม่เกิน 15 ปี เป็นเกณฑ์อายุขั้นสูงสุดของเด็กที่ได้รับความคุ้มครองดังกล่าว ซึ่งกฎหมายถือว่าเด็กที่มีอายุไม่เกิน 15 ปี

⁸⁹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 536/2528 และ 1717/2543.

⁹⁰ คณิต ณ นคร, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 4*, น.547.

⁹¹ คณพล จันทน์หอม, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 1*, น.606.



ยังไม่ประสีประสาในทางเพศ และควรได้รับความคุ้มครองเป็นพิเศษ⁹² ความเห็นของผู้ร่างกฎหมายกล่าวว่า ช่วงอายุดังกล่าวยังไม่มีความสามารถในการคิดและตัดสินใจให้ความยินยอมในกิจกรรมทางเพศได้ด้วยตนเอง พัฒนาการทางร่างกายและจิตใจยังไม่เพียงพอต่อการตัดสินใจในการกระทำทางเพศที่เกี่ยวข้องกับตนเอง⁹³ และเด็กช่วงอายุนี้อาจทางสังคมที่ยังไม่เพียงพอต่อการปกป้องตนเองจากบุคคลที่มีอายุมากกว่าที่ต้องการแสวงหาประโยชน์ทางเพศในทางที่ผิดกับตนได้⁹⁴ เด็กที่มีอายุไม่เกิน 15 ปี จึงถือเป็นผู้ที่ยังไม่มีความสามารถในการให้ความยินยอมต่อการกระทำทางเพศซึ่งในบทบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศของเด็กที่มีอายุไม่เกิน 15 ปี จะไม่กำหนดความยินยอมของเด็กอันเป็นส่วนหนึ่งของข้อเท็จจริงที่เป็นองค์ประกอบภายนอกของความผิดฐานนั้น ๆ ซึ่งผู้กระทำความผิดไม่สามารถอ้างความยินยอมของผู้เสียหายที่เป็นเด็กซึ่งมีอายุไม่เกิน 15 ปี เป็นเหตุยกเว้นความรับผิดหรือบรรเทาโทษได้⁹⁵ นอกจากนี้ผู้กระทำความผิดยังไม่สามารถอ้างความยินยอมของเด็ก เพื่อให้เด็กผู้เสียหายเป็นผู้ใช้ ตัวการ หรือผู้สนับสนุนในความผิดฐานดังกล่าวได้ เพราะเด็กเป็นสิ่งที่กฎหมายมุ่งเน้นให้ความคุ้มครอง จึงไม่สามารถเป็นตัวการ ผู้ใช้ หรือผู้สนับสนุนในการกระทำความผิดได้⁹⁶

ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบความผิดของความผิดฐานกระทำชำเราเด็ก มาตรา 277 และความผิดฐานกระทำอนาจารเด็ก มาตรา 279 คือเกณฑ์อายุของผู้เสียหายที่ผู้กระทำความผิดจะต้องรู้หรือคาดหมายได้ว่าเด็กมีอายุไม่เกิน 15 ปี⁹⁷ และผู้กระทำมีเจตนากระทำต่อผู้ที่มีอายุไม่เกิน 15 ปีนั้น⁹⁸ ในกรณีที่ผู้กระทำความผิดไม่รู้ หรือไม่สามารถคาดหมายได้ว่าเด็กผู้ถูกกระทำมีอายุไม่เกิน 15 ปี ซึ่งเป็นการไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบความผิด ถือว่าผู้กระทำไม่มีเจตนาตามมาตรา 59 วรรค 3 การกระทำชำเราหรือการกระทำอนาจารเด็กนั้นไม่เป็นการกระทำความผิดตามความผิดฐานกระทำชำเราเด็ก มาตรา 277 และความผิดฐานกระทำอนาจารเด็ก มาตรา 279 แต่อย่างไรก็ตามจะต้องวินิจฉัยการกระทำความผิดนั้นตามบทบัญญัติความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรามาตรา 276 และความผิดฐานกระทำอนาจาร มาตรา 278 ซึ่งเป็นบทหลักและมีความยินยอมของผู้เสียหายเป็นส่วนหนึ่งของข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบความผิด ในกรณีที่ผู้กระทำความผิดไม่รู้หรือไม่สามารถคาดหมายได้ว่าผู้เสียหายเป็นเด็กที่มีอายุไม่เกิน 15 ปี การอ้างความไม่รู้อายุของผู้เสียหายจะไม่สามารถกระทำได้ หากผู้เสียหายมีอายุไม่เกิน 13 ปี แม้ผู้กระทำจะไม่รู้อายุของผู้เสียหายซึ่งเป็นเหตุให้ขาดเจตนาตามมาตรา 59 วรรค 3 ก็ตาม แต่ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 285/1 เป็นบทยกเว้นของมาตรา 59 วรรค 3 ซึ่งกำหนดให้ การกระทำความผิดฐานกระทำชำเราเด็ก ตามมาตรา 277 และความผิดฐานกระทำอนาจารเด็ก มาตรา 279 หากกระทำต่อเด็กที่มีอายุไม่เกิน 13 ปี ห้ามอ้างความไม่รู้อายุของเด็ก

⁹² คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6323/2557.

⁹³ หมายเหตุท้ายพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ครั้งที่ 8) พ.ศ. 2530.

⁹⁴ คณพล จันทน์หอม, *อ่วงแล้ว เชิงอรรถที่ 1*, น.583.

⁹⁵ คณิต ณ นคร, *อ่วงแล้ว เชิงอรรถที่ 4*.

⁹⁶ เกียรติขจร วังนะสวัสดิ์, *กฎหมายอาญา ภาคความผิด เล่ม 2*, พิมพ์ครั้งที่ 6, (กรุงเทพฯ: กรุงเทพมหานคร, 2557), น.426.

⁹⁷ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1717/2543.

⁹⁸ คณิต ณ นคร, *อ่วงแล้ว เชิงอรรถที่ 4*, น.533.

เพื่อให้พ้นความผิด⁹⁹ ตัวอย่างคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1717/2543 ที่กล่าวถึงเรื่องความรู้หรือไม่รู้อายุ หรือ การสำคัญผิดในอายุของผู้เสียหายเด็ก ซึ่งจะต้องพิจารณาความสามารถในการคาดหมายของผู้กระทำ จากปัจจัยต่าง ๆ ซึ่งตัวจำเลยมีความสามารถมากพอที่จะคาดคะเนอายุของเด็ก การกระทำของจำเลย จึงไม่สามารถอ้างความสำคัญผิดในอายุของผู้เสียหายเด็กได้

จึงกล่าวได้ว่า ประมวลกฎหมายอาญาของไทย กำหนดเกณฑ์อายุของเด็กที่ได้รับความคุ้มครอง จากการกระทำทางเพศของเด็กในความผิดฐานกระทำชำเราเด็ก มาตรา 277 และความผิดฐานกระทำ อนาจารเด็ก มาตรา 279 ของประมวลกฎหมายอาญาไว้ คือ เด็กที่มีอายุไม่เกิน 15 ปี ซึ่งเป็นเกณฑ์ อายุสูงสุดที่จะได้รับความคุ้มครอง ไม่รวมถึงกรณีที่เด็กมีสถานะการสมรสกับผู้กระทำความผิด จึงทำให้ เกณฑ์อายุของความสามารถในการให้ความยินยอมต่อการกระทำทางเพศของบุคคลเป็นเกณฑ์อายุ ถัดจากเกณฑ์ที่ได้รับความคุ้มครอง คือ เกณฑ์อายุเกิน 15 ปีขึ้นไป บุคคลที่มีอายุเกิน 15 ปีขึ้นไป จะถือเป็นบุคคลที่มีความสามารถในการให้ความยินยอมต่อการกระทำทางเพศ ซึ่งมีความเป็นอิสระใน การตัดสินใจเกี่ยวกับการกระทำทางเพศได้ตามความต้องการของตนเอง และได้รับความคุ้มครอง เสรีภาพทางเพศตามบทบัญญัติความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา มาตรา 276 และความผิดฐานกระทำ อนาจาร มาตรา 278

5. บทสรุป

การให้ความคุ้มครองในความผิดเกี่ยวกับเพศในกฎหมายอาญา แบ่งออกเป็น การให้ความ คุ้มครองเสรีภาพทางเพศของบุคคลในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและความผิดฐานกระทำอนาจาร โดยกำหนดการกระทำชำเราหรือการกระทำอนาจารที่เกิดขึ้นโดยปราศจากความยินยอมอันแท้จริงของ ผู้เสียหายเป็นการกระทำความผิดอาญา องค์ประกอบความผิดจะมีเรื่องความยินยอมของผู้เสียหาย เป็นข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของสองฐานความผิด และการให้ความคุ้มครองเด็กจากการกระทำ ทางเพศ ในความผิดฐานกระทำชำเราเด็กและความผิดฐานกระทำอนาจารเด็ก การกำหนดให้การให้ ความคุ้มครองเด็กต่างหากนี้ เนื่องจากเด็กเป็นกลุ่มเปราะบางที่สมควรได้รับการคุ้มครองเป็นพิเศษ เพราะวัยเด็กเป็นวัยที่พัฒนาการทางร่างกายและสติปัญญายังไม่เพียงพอต่อการตัดสินใจ และให้ ความยินยอมในสิ่งสำคัญ ๆ โดยเฉพาะการให้ความยินยอมต่อการกระทำทางเพศ ซึ่งเป็นการกระทำต่อ ตัวเด็กโดยตรง บทบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศของเด็กจึงจะมีความแตกต่างจากบทบัญญัติความผิด เกี่ยวกับเพศที่ให้ความคุ้มครองเสรีภาพทางเพศของบุคคล โดยกำหนดให้ การกระทำทางเพศใด ๆ หากกระทำต่อเด็กที่มีอายุตามเกณฑ์อายุที่กฎหมายกำหนด ไม่ว่าเด็กจะยินยอมหรือไม่เป็น ความผิดอาญา ซึ่งไม่กำหนดให้ความยินยอมของผู้เสียหายเป็นข้อเท็จจริงขององค์ประกอบภายนอก ของความผิดเหมือนบทบัญญัติที่ให้ความคุ้มครองเสรีภาพทางเพศของบุคคล และจะกำหนดเกณฑ์ อายุของเด็กที่ได้รับความคุ้มครองจากการกระทำทางเพศไว้อย่างชัดเจน

⁹⁹ คณพล จันทน์หอม, *อ่วงแล้ว เชิงอรรถ* ที่ 1, น.586.



การให้ความคุ้มครองเสรีภาพทางเพศของบุคคลในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและความผิดฐานกระทำอนาจาร บุคคลที่จะได้รับความคุ้มครองดังกล่าวจะต้องเป็นผู้มีความสามารถในการให้ความยินยอมต่อการกระทำทางเพศ เกณฑ์ความสามารถในการให้ความยินยอมต่อการกระทำทางเพศจะเป็นเกณฑ์อายุที่ถัดจากเกณฑ์อายุสูงสุดของเด็กที่ได้รับความคุ้มครองจากความผิดเกี่ยวกับเพศของเด็ก กล่าวคือ กฎหมายอาญากำหนดให้เด็กที่มีอายุไม่เกินเกณฑ์อายุตามที่กฎหมายกำหนด ถือเป็นผู้ไม่มีความสามารถในการให้ความยินยอมต่อการกระทำทางเพศ และได้รับความคุ้มครองตามบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศของเด็ก ฉะนั้น บุคคลที่มีเกินเกณฑ์อายุที่ได้รับความคุ้มครองดังกล่าวจะถือเป็นผู้ที่มีความสามารถในการให้ความยินยอมต่อการกระทำทางเพศ และได้รับความคุ้มครองเสรีภาพทางเพศในความผิดเกี่ยวกับเพศ

เกณฑ์อายุของความสามารถในการให้ความยินยอมต่อการกระทำทางเพศ จะมีความสัมพันธ์กับการกำหนดเกณฑ์อายุชั้นสูงสุดของเด็กที่ควรได้รับความคุ้มครองจากกฎหมายอาญา การพิจารณากำหนดเกณฑ์อายุของเด็กที่ควรได้รับความคุ้มครองในความผิดเกี่ยวกับเพศของเด็กจะพิจารณาจากช่วงอายุของบุคคลที่มีความสามารถในการตัดสินใจ การคิด และวิเคราะห์ของบุคคลให้สามารถตัดสินใจให้ความยินยอมเกี่ยวกับการกระทำทางเพศได้ด้วยตนเอง ได้อย่างเหมาะสม และแนวคิดของสภาพสังคมของแต่ละประเทศที่มีต่อบุคคลในแต่ละช่วงวัย โดยกำหนดให้อายุที่ต่ำกว่าเกณฑ์ที่พิจารณาว่าสามารถตัดสินใจให้ความยินยอมต่อการกระทำทางเพศได้ด้วยตนเอง ทำให้เกณฑ์อายุที่ถัดจากเกณฑ์อายุชั้นสูงสุดของเด็กที่ได้รับความคุ้มครองจากความผิดเกี่ยวกับเพศของเด็ก เป็นเกณฑ์อายุของบุคคลที่มีความสามารถในการให้ความยินยอม ซึ่งเกณฑ์อายุทั้งสองเกณฑ์นี้มีความสัมพันธ์กัน และหากมีการเปลี่ยนแปลงเกณฑ์อายุของเด็กที่ได้รับความยินยอมต่อการกระทำทางเพศ เกณฑ์อายุของความสามารถในการให้ความยินยอมต่อการกระทำทางเพศก็จะเปลี่ยนแปลงด้วยเช่นกัน โดยส่วนใหญ่ นิยมกำหนดให้ช่วงวัยรุ่น คืออายุ 12-18 ปี เป็นเกณฑ์อายุของความสามารถในการให้ความยินยอมต่อการกระทำทางเพศ เนื่องจากช่วงวัยรุ่นเป็นช่วงที่สามารถคิด วิเคราะห์ เข้าใจและรับรู้ได้ถึงความต้องการของตนเอง ซึ่งผู้ที่ให้ ความยินยอมต่อการกระทำทางเพศจะต้องเข้าใจลักษณะของการกระทำทางเพศ และยอมรับผลที่อาจเกิดจากการให้ความยินยอมนั้นได้ การให้ความคุ้มครองเด็กจากการกระทำทางเพศในกฎหมายอาญา จึงกำหนดเกณฑ์อายุของเด็กที่ได้รับความคุ้มครองดังกล่าวไม่เกินช่วงวัยรุ่น โดยเฉลี่ยเกณฑ์อายุของความสามารถในการให้ความยินยอมต่อการกระทำทางเพศอยู่ที่ช่วงอายุประมาณ 15-18 ปี

จากการศึกษาเกณฑ์อายุของความสามารถในการให้ความยินยอมต่อการกระทำทางเพศ ในกฎหมายไทย ตั้งแต่อดีตจนปัจจุบัน พบว่า การให้ความคุ้มครองเด็กจากการกระทำทางเพศ และการให้ความคุ้มครองเสรีภาพทางเพศของบุคคล ปรากฏตั้งแต่กฎหมายตราสามดวงในพระไอยการลักษณะผิดเมีย ซึ่งเป็นกฎหมายโบราณของไทย การแบ่งระหว่างการให้ความคุ้มครองเด็กและการให้ความคุ้มครองเสรีภาพทางเพศของบุคคลในพระไอยการลักษณะผิดเมีย จะใช้คำว่า เด็กไม่รู้เพียงสาและหญิง ซึ่งหมายถึง ผู้หญิงที่สามารถออกเรือนแต่งงานได้ เป็นเกณฑ์แบ่งความสามารถในการให้ความยินยอมต่อการกระทำทางเพศ ซึ่งเป็นลักษณะของการกำหนดสถานะของเด็กโดยใช้จารีตประเพณี

จากขนบธรรมเนียมพิธีการที่ทำให้เด็กเปลี่ยนจากเด็กไม่รู้เดียงสาเป็นวัยออกเรือน เมื่อเด็กก้าวเข้าสู่วัยออกเรือนได้ พระโอยการลักษณผิวเมื่อยจะถือว่าเป็นผู้มีความสามารถในการให้ความยินยอมต่อการกระทำทางเพศได้ด้วยตนเอง และได้รับความคุ้มครองเสรีภาพทางเพศในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและความผิดฐานกระทำอนาจาร

การกำหนดเกณฑ์อายุของเด็กที่ได้รับความคุ้มครองจากการกระทำทางเพศที่ไม่เหมาะสมของกฎหมายไทย ปรากฏครั้งแรกในพระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ. 118 อนุ 4 ของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา กำหนดให้ความคุ้มครองหญิงที่มีอายุต่ำกว่า 12 ปีลงมา ได้รับความคุ้มครองจากการกระทำทางเพศโดยไม่พิจารณาเรื่องความยินยอมของหญิง ซึ่งเป็นการให้ความคุ้มครองแก่เด็กที่อายุไม่เกิน 12 ปี ในความผิดเกี่ยวกับเพศของเด็ก ทำให้เกณฑ์อายุของความสามารถในการให้ความยินยอมต่อการกระทำทางเพศในพระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ. 118 คือเกณฑ์อายุตั้งแต่ 12 ปีขึ้นไป เมื่อมีการประกาศใช้กฎหมายลักษณะอาญาร.ศ. 127 เกณฑ์อายุ 12 ปี ของการให้ความคุ้มครองเด็กจากการกระทำทางเพศยังถูกนำมาบัญญัติไว้ในระยะหนึ่ง และถูกแก้ไขเป็นเกณฑ์อายุ 13 ปี ในพ.ศ. 2474 โดยกำหนดให้ การกระทำชำเราหรือการกระทำอนาจารเด็กที่มีอายุต่ำกว่า 13 ปี เป็นความผิดอาญา เมื่อมีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายอาญา ในช่วงแรกประมวลกฎหมายอาญากำหนดให้ความคุ้มครองเด็กที่มีอายุไม่เกิน 13 ปี จากการกระทำทางเพศในความผิดฐานกระทำชำเราและความผิดฐานกระทำอนาจารเด็ก ซึ่งทำให้เกณฑ์อายุของความสามารถในการให้ความยินยอมต่อการกระทำทางเพศเป็นเกณฑ์อายุ 13 ปีขึ้นไป และเมื่อได้มีการแก้ไขกฎหมายเมื่อ พ.ศ. 2530 โดยแก้ไขอายุของเด็กที่ได้รับความคุ้มครองจากการกระทำทางเพศ โดยเปลี่ยนจากเกณฑ์อายุ 13 ปี มาเป็นเกณฑ์อายุ 15 ปี ความผิดฐานกระทำชำเราเด็กและความผิดฐานกระทำอนาจารเด็กที่ได้รับการแก้ไขเพิ่มเติม กำหนดให้ การกระทำชำเราหรือการกระทำอนาจารเด็กที่มีอายุไม่เกิน 15 ปี ไม่ว่าเด็กจะยินยอมหรือไม่เป็นความผิดอาญา เมื่อมีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงเกณฑ์อายุของเด็กที่ได้รับความคุ้มครองในความผิดเกี่ยวกับเพศของเด็ก ทำให้เกณฑ์อายุของความสามารถในการให้ความยินยอมต่อการกระทำทางเพศปรับเปลี่ยนไปเช่นกัน ดังนั้น ในประมวลกฎหมายอาญาไทย ณ ปัจจุบัน ซึ่งกำหนดความคุ้มครองเด็กจากการกระทำทางเพศในความผิดเกี่ยวกับเพศของเด็กที่ใช้เป็นเกณฑ์อายุไม่เกิน 15 ปี เกณฑ์อายุของความสามารถในการให้ความยินยอมต่อการกระทำทางเพศของบุคคลจึงเป็นเกณฑ์อายุเกิน 15 ปีขึ้นไป ซึ่งถือเป็นผู้มีความสามารถในการให้ความยินยอมต่อการกระทำทางเพศและได้รับความคุ้มครองเสรีภาพทางเพศตามความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและความผิดฐานกระทำอนาจาร