

ความรับผิดชอบทางอาญาเกี่ยวกับการคุกคามทางเพศ

ชลธิชา ถีระแก้ว

วิทยานิพนธ์เล่มนี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต
สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ปริทัศน์ พนมยงค์
มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์
พ.ศ. 2564

CRIMINAL LIABILITY RELATED TO SEXUAL HARASSMENT

CHONTHICHA THIRAKAEW



A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements

for the Degree of Master of Laws

Department of Law

Pridi Banomyong Faculty of Law Dhurakij Pundit University

2021



ใบรับรองวิทยานิพนธ์

คณะนิติศาสตร์ปริธี พนมยงค์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์

ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต

หัวข้อวิทยานิพนธ์ ความรับผิดชอบทางอาญาเกี่ยวกับการคุกคามทางเพศ
เสนอโดย นางสาวชลธิชา ธีระแก้ว
สาขาวิชา นิติศาสตร์
หมวดวิชา กฎหมายอาญาและกระบวนการยุติธรรมทางอาญา
อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ รองศาสตราจารย์อัจฉริยา ชูตินันท์

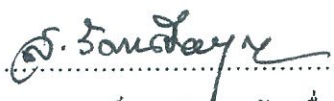
ได้พิจารณาเห็นชอบโดยคณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์แล้ว

 ประธานกรรมการ
(ศาสตราจารย์ ดร.ไพศิษฐ์ พิพัฒน์กุล)

 กรรมการและอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์
(รองศาสตราจารย์อัจฉริยา ชูตินันท์)

 กรรมการ
(รองศาสตราจารย์ ดร.ปกป้อม ศรีสนิธิ)

คณะนิติศาสตร์ปริธี พนมยงค์ รับรองแล้ว

 คณบดีคณะนิติศาสตร์ปริธี พนมยงค์
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.สมชาย รัตน์ชื้อสกุล)
วันที่ 9 เดือน กรกฎาคม พ.ศ. ๒๕๕๕

หัวข้อวิทยานิพนธ์	ความรับผิดชอบทางอาญาเกี่ยวกับการคุกคามทางเพศ
ชื่อผู้เขียน	ชลธิชา ธีระแก้ว
อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์	รองศาสตราจารย์อัจฉริยา ชูตินันท์
สาขาวิชา	นิติศาสตร์
ปีการศึกษา	2563

บทคัดย่อ

งานวิจัยนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษาบทบัญญัติเกี่ยวกับการคุกคามทางเพศของไทย เนื่องจากบทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญาไม่ครอบคลุมถึงพฤติกรรมการคุกคามทางเพศและไม่สอดคล้องกับสภาพสังคมไทยที่เปลี่ยนแปลงไปในปัจจุบัน

เนื่องจากการคุกคามทางเพศ เป็นการล่วงละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ อันเป็นการกระทำที่ขัดต่อหลักรัฐธรรมนูญ เมื่อเปรียบเทียบกับการกระทำความผิดฐานกระทำอนาจารที่เป็นการกระทำอันเป็นการละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เช่นกัน ได้มีบทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญาบัญญัติคุ้มครองไว้โดยเฉพาะ อีกทั้งการคุกคามทางเพศเป็นการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศที่เกิดขึ้นได้ง่ายที่สุดในสังคม ประกอบกับการพัฒนาของเทคโนโลยีสารสนเทศที่ก้าวไกลและไร้พรมแดน เกิดเป็นพฤติกรรมการกระทำความผิดเกี่ยวกับการคุกคามทางเพศในรูปแบบใหม่ แม้การคุกคามทางเพศทั้งทางกายภาพและบนอินเทอร์เน็ตจะไม่มี การคุกคามทางเพศต่ออวัยวะเพศ แต่ส่งผลกระทบต่อผู้ถูกกระทำให้เกิดความวิตกกังวลถึงความปลอดภัยในร่างกายเช่นกัน

เมื่อศึกษาวิเคราะห์ถึงสภาพปัญหาของกฎหมายความผิดเกี่ยวกับการคุกคาม ตามมาตรา 397 และนำมาวิเคราะห์พบว่า มาตรา 397 เป็นประเด็นปัญหาเรื่องการรังแก ข่มเหง คุกคามผู้อื่น หรือการทำให้ผู้อื่นได้รับความอับอาย หรือเดือดร้อน ประกอบกับมาตรา 397 วรรคสอง เป็นการกระทำที่สื่อไปในทางที่จะล่วงเกินทางเพศ ซึ่งเป็นกฎหมายที่มีอัตราโทษจำคุกน้อยกว่าการกระทำความผิดฐานกระทำอนาจารที่มีอัตราโทษสูงกว่ามาก ทั้งที่การคุกคามทางเพศเป็นความผิดเกี่ยวกับเพศเช่นกัน ดังนั้นกฎหมายดังกล่าวจึงไม่อาจตอบสนองต่อการป้องปรามการคุกคามทางเพศได้อย่างแท้จริง

อีกทั้งประมวลกฎหมายอาญาไม่มีการบัญญัติถึงบทนิยามสำหรับการกระทำอันเป็นการคุกคามทางเพศไว้อย่างชัดเจน ทั้งยังไม่มีแนวคำพิพากษาศาลฎีกาที่เกี่ยวข้องกำหนดเป็นบรรทัดฐานในการตีความของการคุกคามว่ารวมถึงพฤติกรรมใดบ้าง ดังนั้นเพื่อเป็นการแก้ไขปัญหาดังกล่าวข้างต้น ผู้วิจัยจึงเสนอแนวทางในการแก้ไข กล่าวคือ ควรเพิ่มเติมบทนิยามของคำว่า “คุกคามทาง

เพศ” ให้ชัดเจน และครอบคลุมถึงพฤติกรรมการคุกคามทางเพศที่ทันต่อสภาวะสังคมในปัจจุบันไว้ในภาค 1 บทบัญญัติทั่วไป ลักษณะ 1 โดยเพิ่มบทนิยามของคำว่า “คุกคามทางเพศ” เป็นมาตรา 1 (19) และแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติกฎหมายความผิดเกี่ยวกับการคุกคามทางเพศไว้ในประมวลกฎหมายอาญาในภาค 2 ความผิด ลักษณะ 9 ความผิดเกี่ยวกับเพศ ซึ่งบัญญัติเพิ่มเติมเป็นมาตรา 278/1 เพื่อเป็นการกำหนดมาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการคุกคามทางเพศให้ตรงตามเจตนารมณ์ของกฎหมายอย่างมีประสิทธิภาพ และสอดคล้องกับบริบทของสังคมไทย



Thesis Title	Criminal Liability related to Sexual Harassment
Author	Chonthicha Thirakaew
Thesis Advisor	Assoc. Professor Achariya Chutinun
Department	Law
Academic Year	2020

ABSTRACT

The objective of this research is to study the Sexual Harassment Act in Thailand for the reason that the provisions of the Criminal Code do not cover sexual harassment behavior and is not in line with the changing of Thai society at present.

Due to the fact that sexual harassment is a violation of human dignity which is contrary to the constitutional principles and is to be compared as an offense of indecent acts that infringes on human dignity, therefore has a specific provision in the Code of Protection. Moreover, sexual harassment is the most common sex offense in society; Technology advancements that is now borderless emerges as a new form of sexual harassment behavior, even if the sexual harassment act both physically or cyber does not penetrate the genitals, it can affect the victim mentally, causing body safety concerns.

When researching and analyzing the problems regarding harassment laws in Section 397, that indicates bullying, threatening others, or humiliating a person to an extent that is troublesome; In Section 397, paragraph two - implies sexual harassment act. Even though sexual harassment is a sexual offence as well, the law regarding this offense has a lower imprisonment rate than of any other higher indecent offense. Hence, the law probably won't respond to the deterrence of sexual harassment.

Moreover, the Criminal Code doesn't have a clear definition for harassment acts and there's no relevant judgment of the Supreme Court that can interpret the law regarding what kind of act implicates harassment. So in order to resolve the mentioned problems above, the researcher has proposed a solution indicating that the definition of "Sexual Harassment" should be made more clear and covers cyber harassment in Book 1. General provisions, Title 1. by adding the word definition "Sexual Harassment" in Article 1(19) and amending the provisions of the Sexual

Harassment Act to the Criminal Code in Book 2. Specific offences, Title 9. Offences relating to sexuality, thus adding the Section 278/1 in order to effectively define legal measures on sexual harassment in accordance with the law, and in line with the context of Thai society.



กิตติกรรมประกาศ

การจัดทำวิทยานิพนธ์เล่มนี้ สำเร็จลุล่วงได้ด้วยการอุปการะจากผู้มีพระคุณหลายท่าน ผู้เขียนขอขอบพระคุณรองศาสตราจารย์อัจฉริยา ชูตินันท์ อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ ที่ได้สละเวลาอันมีค่าในการให้คำปรึกษา ให้คำชี้แนะแหล่งข้อมูลต่าง ๆ ตลอดจนให้แนวทางการศึกษาค้นคว้าและวิเคราะห์ปัญหาต่าง ๆ อันเป็นประโยชน์และมีค่าอย่างยิ่งในการทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้

ผู้เขียนขอขอบพระคุณศาสตราจารย์ ดร.ไพศิษฐ์ พิพัฒน์กุล ที่กรุณาสละเวลารับเป็นประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ ตลอดจนการให้ข้อสังเกตและชี้แนะแนวทางในการปรับแก้วิทยานิพนธ์ให้มีความสมบูรณ์ยิ่งขึ้น

ผู้เขียนขอขอบพระคุณรองศาสตราจารย์ ดร.ปกป้อง ศรีสนิท กรรมการวิทยานิพนธ์ ที่ได้ให้ข้อคิดและคำแนะนำที่เป็นประโยชน์อย่างยิ่งในการปรับปรุงวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ให้ถูกต้องและสมบูรณ์มากยิ่งขึ้น

ผู้เขียนขอขอบพระคุณบิดา มารดา และครอบครัวที่ให้โอกาสและสนับสนุนในการศึกษา ให้คำแนะนำและเป็นกำลังใจให้กับผู้เขียนตลอดเวลา โดยผู้เขียนสามารถทำวิทยานิพนธ์เล่มนี้จนสำเร็จลุล่วงไปได้ด้วยดี รวมทั้งขอขอบคุณเพื่อน ๆ นักศึกษาปริญญาโทนิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์ที่คอยให้ความช่วยเหลือ และให้คำปรึกษาและมอบกำลังใจให้แก่นักด้วยดีเสมอมา

หากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เกิดผลดีต่อการศึกษาวิชานิติศาสตร์ ผู้เขียนขอขอบคุณงามความดีของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ให้แก่อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์เล่มนี้ บิดา มารดา ที่ได้กรุณาเมตตาอบรมสั่งสอนให้ความรู้แก่ผู้เขียน อนึ่งหากวิทยานิพนธ์เล่มนี้เกิดข้อบกพร่องหรือผิดพลาดประการใด ผู้เขียนขอน้อมรับไว้แต่เพียงผู้เดียว

ชลธิชา ถีระแก้ว

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย.....	๗
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	๖
กิตติกรรมประกาศ.....	๗
บทที่	
1. บทนำ.....	1
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา.....	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา.....	3
1.3 สมมติฐานของการศึกษา.....	4
1.4 ขอบเขตของการศึกษา.....	4
1.5 วิธีการดำเนินการศึกษา.....	4
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ.....	5
2. แนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับการคุกคามทางเพศและพฤติกรรมการคุกคามทาง เพศบนอินเทอร์เน็ตเปรียบเทียบความผิดฐานกระทำอนาจาร.....	6
2.1 แนวคิดเกี่ยวกับอาชญากรรมคอมพิวเตอร์.....	6
2.2 แนวคิดเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน.....	10
2.3 แนวคิดและหลักเกณฑ์ในการกำหนดความผิดทางอาญา.....	28
2.4 หลักในการกำหนดโทษทางอาญา.....	33
2.5 แนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับการคุกคามทางเพศและการกรำอนาจาร.....	50
2.6 ความเป็นมาในการบัญญัติกฎหมายอาญาสำหรับความผิดเกี่ยวกับการ คุกคามทางเพศและการกระทำอนาจารในประเทศไทย.....	65
3. มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการคุกคามทางเพศบนอินเทอร์เน็ตตามกฎหมาย ต่างประเทศ.....	76
3.1 ประเทศออสเตรเลีย.....	76
3.2 ประเทศอังกฤษ.....	83
3.3 ประเทศเกาหลีใต้.....	88
3.4 สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี.....	92

สารบัญ (ต่อ)

บทที่	หน้า
4. วิเคราะห์เปรียบเทียบการคุกคามทางเพศตามกฎหมายของประเทศไทยและกฎหมายต่างประเทศและแนวทางการบัญญัติความผิดเกี่ยวกับการคุกคามทางเพศ	99
4.1 วิเคราะห์และเปรียบเทียบการคุกคามทางเพศกับการกระทำอนาจาร.....	99
4.2 วิเคราะห์ปัญหาการคุกคามทางเพศตามกฎหมายอาญาของประเทศไทย....	115
4.3 วิเคราะห์การคุกคามทางเพศตามกฎหมายอื่น ๆ ในประเทศไทย.....	121
4.4 วิเคราะห์เปรียบเทียบการคุกคามทางเพศตามกฎหมายของประเทศไทยกับกฎหมายต่างประเทศ.....	131
4.5 พิจารณาเหตุผล ความจำเป็นและความเหมาะสมการบัญญัติความผิดฐานคุกคามทางเพศในประมวลกฎหมายอาญา.....	135
5. บทสรุปและข้อเสนอแนะ.....	141
5.1 บทสรุป.....	141
5.2 ข้อเสนอแนะ.....	147
บรรณานุกรม.....	148
ประวัติผู้เขียน.....	155

บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

มนุษย์เป็นสัตว์สังคมที่มีเหตุผลและกฎหมายก็มีไว้สำหรับผู้มีเหตุผลด้วย การอยู่ร่วมกันในสังคมย่อมก่อให้เกิดปัญหาข้อขัดแย้งได้¹ จึงต้องมีมาตรการควบคุมพฤติกรรมของบุคคลในสังคมด้วยกฎหมายบอกแนวทางที่จะปฏิบัติ หรือไม่ควรปฏิบัติต่อกัน วิธีการควบคุมในปัจจุบันคือการบังคับใช้กฎหมายอาญา ปัญหาคือพฤติกรรมใดที่จะถูกควบคุมอยู่ภายใต้กฎหมายอาญา ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับวัตถุประสงค์ของกฎหมายอาญา โดยคำนึงถึงพฤติกรรม จิตใจ รวมทั้งคำนึงถึงประโยชน์ร่วมกันด้วย² ซึ่งในบทบัญญัติของความผิดฐานต่าง ๆ และรวบรวมเอาสิ่งที่เป็นพื้นฐานของความผิดเข้าไว้ด้วยกัน กล่าวคือ ผู้กระทำ การกระทำ กรรมของการกระทำ ผลของการกระทำ รวมทั้งคุณธรรมทางกฎหมาย อันเป็นพื้นฐานในทางความคิด³

กฎหมายอาญามุ่งคุ้มครองคุณธรรมทางกฎหมาย โดยการหาทางระงับยับยั้งเจตจำนงของมนุษย์ผู้อยู่ภายใต้กฎหมายทุกคนให้ประพฤติปฏิบัติทำนองเดียวกัน คุณธรรมทางกฎหมายเป็นสิ่งที่เป็ประโยชน์ หรือเป็นสิ่งที่เป็คุณค่าในการอยู่ร่วมกันของมนุษย์ในสังคม ให้การอยู่ร่วมกันของมนุษย์ในสังคมมีความปกติสุข มนุษย์ทุกคนต้องเคารพและไม่ละเมิดประโยชน์หรือคุณค่าของการอยู่ร่วมกัน การละเมิดประโยชน์หรือคุณค่าจึงเป็นการละเมิดคุณธรรมทางกฎหมาย⁴ ดังนั้นการคุกคามทางเพศเป็นการทำให้ปราศจากความปลอดภัยของร่างกาย ซึ่งถือเป็นการคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็ส่วนบุคคล (Individual rechtsgut)⁵

¹ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, กฎหมายอาญา ภาคทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 22 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2564), น.15.

² เพ็ญอ้อ, น.16.

³ คณิต ณ นคร, กฎหมายอาญา ภาคทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 7 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2563), น.158-164.

⁴ เพ็ญอ้อ, น.158-164.

⁵ เพ็ญอ้อ, น.158-164.

การกระทำอนาจารเป็นการกระทำที่ไม่สมควรทางเพศต่าง ๆ ต่อเนื้อตัวร่างกายภายนอกของผู้กระทำ เป็นเรื่องความปลอดภัยของร่างกาย ซึ่งเป็นคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคล โดยมีพฤติกรรมการกอด จูบ ลูบ คลำ บีบ จับของลับหรือของสงวนของผู้อื่น ซึ่งการกระทำนั้นเป็นการกระทำที่ไม่สมควรทางเพศทั้งสิ้น รวมถึงการกระทำทางเพศที่ไม่มีการสัมผัสเนื้อตัวร่างกายอันเป็นการกระทำโดยการเคลื่อนไหวทางกายภาพ การพูด การใช้ท่าทาง ใช้สายตาจ้องมองร่างกาย หรือการวิพากษ์วิจารณ์โดยข้อความเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ โดยมีเจตนาเป็นการคุกคามทางเพศ และเป็นปัญหาในสังคมที่ไม่มีกฎหมายให้การคุ้มครองไว้โดยเฉพาะในประมวลกฎหมายอาญาลักษณะ 9 ความผิดเกี่ยวกับเพศ

การกระทำความผิดฐานกระทำอนาจารมีคุณธรรมทางกฎหมาย เพื่อคุ้มครองเสรีภาพของผู้ถูกระทำ หากแต่การกระทำนั้นเป็นการกระทำที่ไม่สมควรทางเพศต่าง ๆ โดยฝ่าฝืนเสรีภาพหรือความต้องการของผู้ถูกระทำที่ไม่ถึงขนาดเป็นการล่วงละเมิดทางเพศต่ออวัยวะเพศ ช่องปาก หรือทำให้ผู้ถูกระทำได้รับอันตรายทางร่างกายและจิตใจอย่างร้ายแรง และผู้ถูกระทำอนาจารย่อมได้รับความอับอายขายหน้าหรือมีความรู้สึกที่ไม่ดี จึงต้องมีกฎหมายคุ้มครองบุคคลไม่ให้ผู้ถูกล่วงละเมิดทางเพศโดยที่ตนไม่ยินยอมขึ้น⁶

การคุกคามทางเพศ ก็มีพฤติกรรมที่ส่งผลกระทบต่อทั้งด้านร่างกายและจิตใจ เช่นเดียวกับ การกระทำอนาจาร แม้ไม่มีการล่วงละเมิดทางเพศต่ออวัยวะเพศหรือช่องปากก็ตาม ตัวอย่างเช่น เกิดความวิตกกังวล เกิดสภาวะกดดัน เกิดความรู้สึกไม่ปลอดภัยในร่างกาย และเนื่องจากในปัจจุบันเทคโนโลยีได้มีการพัฒนาก้าวหน้าอย่างรวดเร็วพร้อมแดน ซึ่งสังเกตได้จากพฤติกรรมของประชาชนที่ติดต่อสื่อสารกันผ่านระบบอินเทอร์เน็ตได้อย่างง่ายดาย โดยไม่จำเป็นต้องพบหน้ากัน ซึ่งปัญหาความเดือดร้อนต่อผู้ใช้อินเทอร์เน็ตคือ ปัญหาการคุกคามทางเพศบนอินเทอร์เน็ต ปัจจุบันได้ก่อให้เกิดผลเสียและสร้างความเสียหายจากการถูกคุกคามทางเพศเป็นอย่างมาก⁷

ด้วยเหตุนี้การคุกคามทางเพศบนอินเทอร์เน็ตจึงเป็นภัยคุกคามทางเพศรูปแบบใหม่ อันควรจะเป็นความผิดเกี่ยวกับเพศฐานความผิดหนึ่งในประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งในปัจจุบันประเทศต่าง ๆ ได้มีมาตรการทางกฎหมายอาญาที่สามารถนำมาปรับใช้บังคับกับการคุกคามทางเพศในรูปแบบต่าง ๆ แต่กฎหมายอาญาของไทยยังไม่มีเพิ่มเติมบทบัญญัติกฎหมายเพื่อรองรับความผิด

⁶ สุมณัส ตั้งเจริญกิจกุล, “ความผิดเกี่ยวกับเพศ : ศึกษาเปรียบเทียบความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา กับการกระทำอนาจาร,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2552), น.15-16.

⁷ รักษ์ยिता โพธิ์พิทักษ์กุล, “มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการคุกคามทางอินเทอร์เน็ต (Cyberstalking),” (สารนิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยกรุงเทพ, 2550), น.1.

พฤติกรรมการคุกคามทางเพศและครอบคลุมถึงพฤติกรรมการคุกคามทางเพศบนอินเทอร์เน็ต จึงทำให้เกิดเป็นช่องโหว่ของกฎหมายอาญา⁸

ดังนั้นเมื่อเทคโนโลยีมีการพัฒนาไปอย่างรวดเร็ว จึงทำให้เกิดภัยคุกคามทางเพศรูปแบบใหม่ขึ้นบนอินเทอร์เน็ต กฎหมายจึงควรมีการแก้ไขปรับปรุงกฎหมายให้เข้ากับยุคสมัยและสถานการณ์ในสังคมปัจจุบัน และบัญญัติความรับผิดชอบให้ครอบคลุมทั้งในสังคมทางกายภาพและในสังคมบนอินเทอร์เน็ตด้วย

วิทยานิพนธ์เล่มนี้จึงมุ่งศึกษาพฤติกรรมการคุกคามทางเพศบนอินเทอร์เน็ตโดยเปรียบเทียบความแตกต่างกับความผิดฐานกระทำความผิดทางเพศบนอินเทอร์เน็ต โดยศึกษาแนวทางในการกำหนดกรอบพฤติกรรมการคุกคามทางเพศให้ชัดเจน และกำหนดฐานความผิดเกี่ยวกับเพศในประมวลกฎหมายอาญาให้ครอบคลุมถึงพฤติกรรมการคุกคามทางเพศบนอินเทอร์เน็ต รวมทั้งศึกษากฎหมายไทยและกฎหมายต่างประเทศเกี่ยวกับการคุกคามทางเพศ และพฤติกรรมการคุกคามบนอินเทอร์เน็ต เพื่อหาแนวทางและมาตรการอื่นที่เหมาะสม เพื่อนำมากำหนดมาตรการบังคับใช้อันนำไปสู่ข้อเสนอแนะให้ประเทศไทยมีบทบัญญัติกฎหมายที่สามารถใช้บังคับกับการคุกคามทางเพศบนอินเทอร์เน็ตเป็นการเฉพาะ

1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา

1. เพื่อศึกษาแนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับการกระทำความผิดทางเพศบนอินเทอร์เน็ต นิยาม และปัจจัยที่ส่งผลต่อการคุกคามทางเพศบนอินเทอร์เน็ตเปรียบเทียบความผิดฐานกระทำความผิดทางเพศบนอินเทอร์เน็ต
2. เพื่อศึกษาวิเคราะห์สภาพปัญหาจากกฎหมายอาญาเกี่ยวกับการคุกคามทางเพศเปรียบเทียบกับความผิดฐานอนาจาร
3. เพื่อศึกษาวิเคราะห์เปรียบเทียบมาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการคุกคามทางเพศทั่วไปและการคุกคามทางเพศบนอินเทอร์เน็ตตามกฎหมายของประเทศไทยและกฎหมายต่างประเทศ
4. เพื่อเสนอแนะและกำหนดมาตรการในการแก้ไขปัญหาการคุกคามทางเพศบนอินเทอร์เน็ต โดยการกำหนดค่านิยมของการคุกคามทางเพศให้ครอบคลุมถึงพฤติกรรมการคุกคามทางเพศบนอินเทอร์เน็ตให้ชัดเจนและมีประสิทธิภาพ และกำหนดให้การคุกคามทางเพศเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา

⁸ จอมพล พัทธ์สันต์ โยธิน, “การคุกคามทางเพศบนอินเทอร์เน็ตศึกษาเปรียบเทียบมาตรการทางกฎหมายในประเทศไทย อังกฤษ และสาธารณรัฐเกาหลี,” วารสารกฎหมายและนโยบายสาธารณสุข, ฉบับที่ 2, ปีที่ 6, น.367-368 (กรกฎาคม-ธันวาคม, 2563).

1.3 สมมุติฐานของการศึกษา

การคุกคามทางเพศบนอินเทอร์เน็ต เป็นการคุกคามทางเพศรูปแบบใหม่ที่เกิดขึ้นตามยุคสมัย เนื่องจากปัจจุบันเทคโนโลยีพัฒนาไปอย่างรวดเร็ว ซึ่งการคุกคามทางเพศเป็นการกระทำที่แตกต่างจากการกระทำอนาจารโดยสิ้นเชิง เนื่องจากการคุกคามทางเพศเป็นการกระทำที่ไม่สัมผัสเนื้อตัวร่างกาย โดยเป็นการคุกคามทางเพศที่ใช้สายตาจ้องมอง การวิพากษ์วิจารณ์รูปร่าง หรือการนำข้อความเชิงลวนลามผู้อื่นนำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์หรือระบบอิเล็กทรอนิกส์อื่นใด ซึ่งเป็นการกระทำต่อหน้าธารกำนัลเช่นกัน เนื่องจากประชาชนทั่วไปสามารถเข้าถึงได้ เป็นเหตุให้เหยื่อผู้ถูกกระทำอับอาย และเกิดความเสียหาย อีกทั้งรู้สึกถึงความไม่ปลอดภัยในร่างกาย เมื่อกฎหมายอาญาของไทยไม่มีการบัญญัติความผิดเรื่องการคุกคามทางเพศไว้โดยเฉพาะ จึงเกิดเป็นช่องโหว่ของกฎหมายทำให้พฤติกรรมการคุกคามทางเพศบนอินเทอร์เน็ตนั้นไม่เป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา

ดังนั้นจึงเห็นควรให้เสนอแนะและกำหนดมาตรการในการแก้ไขปัญหาการคุกคามทางเพศบนอินเทอร์เน็ต โดยการกำหนดคำนิยามของการคุกคามทางเพศให้ครอบคลุมถึงพฤติกรรมการคุกคามทางเพศบนอินเทอร์เน็ตให้ชัดเจนและมีประสิทธิภาพ และกำหนดให้การคุกคามทางเพศเป็นความผิดในหมวดความผิดเกี่ยวกับเพศตามประมวลกฎหมายอาญา

1.4 ขอบเขตการศึกษา

การศึกษานี้เป็นการศึกษาความหมาย และพฤติกรรมการคุกคามทางเพศบนอินเทอร์เน็ต เปรียบเทียบความผิดฐานกระทำอนาจาร แนวคิดและทฤษฎีที่นำมาอธิบายสนับสนุนการคุกคามทางเพศ และเพื่อนำมาวิเคราะห์หาคำบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญาของไทย และกฎหมายของต่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับพฤติกรรมการคุกคามทางเพศโดยครอบคลุมถึงพฤติกรรมการคุกคามทางเพศบนอินเทอร์เน็ต รวมถึงการกำหนดบทลงโทษที่เหมาะสมต่อผู้กระทำความผิด ตลอดจนศึกษามาตรการอื่น ๆ ตามกฎหมายไทยและกฎหมายต่างประเทศเพื่อหามาตรการที่เหมาะสมในการกำหนดให้การคุกคามทางเพศเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา

1.5 วิธีการดำเนินการของการศึกษา

การดำเนินการศึกษาของวิทยานิพนธ์เล่มนี้ใช้วิธีการศึกษาค้นคว้า รวบรวมข้อมูลและวิเคราะห์จากหนังสือ คำพิพากษาศาลฎีกา บทความทางวิชาการ รายงานการวิจัย และเอกสารทางวิชาการต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับมาตรการทางกฎหมายในพฤติกรรมการคุกคามทางเพศบนอินเทอร์เน็ต

ซึ่งรวบรวมข้อมูลจากเอกสารดังกล่าวมาวิเคราะห์ สรุป ตลอดจนค้นคว้าข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์จากเว็บไซต์ต่าง ๆ เพื่อประกอบการดำเนินการศึกษา

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1. ทำให้ทราบแนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับการกระทำความผิดทางเพศบนอินเทอร์เน็ต นิยาม และปัจจัยที่ส่งผลต่อการคุกคามทางเพศบนอินเทอร์เน็ตเปรียบเทียบความผิดฐานกระทำอนาจาร
2. ทำให้ทราบถึงสภาพบังคับกฎหมายอาญา ในการนำมาบังคับใช้กับความผิดเกี่ยวกับการคุกคามทางเพศเปรียบเทียบกับความผิดฐานอนาจาร
3. ทำให้ทราบถึงมาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการคุกคามทางเพศทั่วไปและการคุกคามทางเพศบนอินเทอร์เน็ตตามกฎหมายของประเทศไทยและกฎหมายต่างประเทศ
4. ทำให้ทราบข้อเสนอแนะและการกำหนดมาตรการในการแก้ไขปัญหาการคุกคามทางเพศบนอินเทอร์เน็ต โดยการกำหนดค่านิยมของการคุกคามทางเพศให้ครอบคลุมถึงพฤติกรรม การคุกคามทางเพศบนอินเทอร์เน็ตให้ชัดเจนและมีประสิทธิภาพ และกำหนดให้การคุกคามทางเพศเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา

บทที่ 2

แนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับการคุกคามทางเพศและพฤติกรรมการคุกคามทางเพศบนอินเทอร์เน็ตเปรียบเทียบความผิดฐานกระทำอนาจาร

การพัฒนาระบบคอมพิวเตอร์ในยุคสมัยนี้ นับว่าเป็นการพัฒนาไปอย่างรวดเร็วเพราะการพัฒนาดังกล่าวสามารถขยายโอกาสในทางบวกและในทางลบในการกระทำความผิด เป็นช่องทางในการก่ออาชญากรรม ประเด็นปัญหาคือการก่ออาชญากรรมทางเพศ ซึ่งเป็นพฤติกรรมความผิดเกี่ยวกับการคุกคามทางเพศอันเป็นพฤติกรรมไม่พึงปรารถนาและเป็นการลดคุณค่าและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์

2.1 แนวคิดเกี่ยวกับอาชญากรรมคอมพิวเตอร์

ความเจริญก้าวหน้าทางเทคโนโลยีสารสนเทศโดยเฉพาะคอมพิวเตอร์ ได้นำประโยชน์มหาศาลสู่สังคมมนุษย์ แต่ขณะเดียวกันก็มีบุคคลที่ใช้คอมพิวเตอร์ไปในทางที่ไม่ถูกต้อง เนื่องจากการกระทำที่กระทำได้ง่าย ไม่ต้องมีการบุกรุกทางกายภาพ สะดวกและรวดเร็ว ดังนั้นการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ เป็นการกระทำความผิดที่มีการกระทำผ่านหรือโดยอาศัยคอมพิวเตอร์ในการกระทำความผิด ซึ่งมีวัตถุประสงค์ต่อระบบคอมพิวเตอร์ ข้อมูลคอมพิวเตอร์ หรือบุคคล เป็นเหยื่อในการถูกระทำความผิดการคุกคามทางเพศ

2.1.1 ความหมายและลักษณะทั่วไปของอาชญากรรมคอมพิวเตอร์

อาชญากรรมคอมพิวเตอร์เป็นความผิดที่กระทำขึ้นต่อปัจเจกบุคคลหรือกลุ่มของปัจเจกบุคคลด้วยเหตุจูงใจทางอาญา ที่เจตนาทำให้เสื่อมเสียชื่อเสียง หรือทำร้ายร่างกายหรือจิตใจของเหยื่อทั้งทางตรงหรือทางอ้อม โดยใช้เครือข่ายโทรคมนาคมสมัยใหม่ อาทิเช่น อินเทอร์เน็ต (ห้องแชท อีเมล กระดานประกาศ และกลุ่มข่าว) และโทรศัพท์เคลื่อนที่ (เอสเอ็มเอส/เอ็มเอ็มเอส)

ปัจจุบันนิยามคำว่า “อาชญากรรมทางคอมพิวเตอร์” ที่ชัดเจน ครอบคลุม เป็นเอกภาพ อันเป็นที่ยอมรับกันในระดับสากลยังไม่ปรากฏ ในขณะที่การกระทำความผิดต่อระบบหรือข้อมูลคอมพิวเตอร์ การกระทำความผิดบนเครือข่ายคอมพิวเตอร์ รวมทั้งการกระทำที่มุ่งหมายกระทำต่อระบบคอมพิวเตอร์แต่อาศัยเครือข่ายอินเทอร์เน็ตเป็นเครื่องมือ ซึ่งอนุสัญญาว่าด้วย

อาชญากรรมไซเบอร์ (Convention on Cybercrime) ของคณะมนตรียุโรปก็มิได้มีการบัญญัตินิยามของอาชญากรรมไซเบอร์เอาไว้ คงมุ่งหมายให้แต่ละประเทศที่ร่วมลงนามกำหนดคำนิยาม หรือขอบเขตของการกำหนดฐานความผิดกันเองโดยอาศัยอนุสัญญาดังกล่าวเป็นแนวทางหรือกรอบกว้าง ๆ เท่านั้น หากพิจารณาจากกฎหมายของแต่ละประเทศแล้วจะพบว่าลักษณะของการกระทำที่บัญญัติให้เป็นความผิด การแบ่งหมวดหมู่ของความผิด กระทั่งชื่อของกฎหมายเองก็มีนัยยะที่สื่อถึงความหมายของอาชญากรรมประเภทนี้ในลักษณะที่แตกต่างกัน ตัวอย่างเช่น กฎหมายของประเทศมาเลเซีย ใช้ชื่อว่า “Computer Crime Act”, ประเทศอังกฤษและสิงคโปร์ ใช้ชื่อว่า “กฎหมายที่ว่าด้วยการใช้คอมพิวเตอร์ไปในทางที่มิชอบ (Computer Misuse Act)”, ประเทศอินเดีย ใช้ชื่อว่า “เทคโนโลยีสารสนเทศ” มาเป็นชื่อกฎหมายคือ “Information Technology Crime Act”¹ เป็นต้น

สำหรับประเทศไทยร่างกฎหมายฉบับแรกที่มีวัตถุประสงค์ในการกำหนดมาตรการทางอาญาเพื่อลงโทษผู้กระทำความผิดต่อระบบการทำงานของคอมพิวเตอร์ ระบบข้อมูล รวมทั้งระบบเครือข่าย ซึ่งถือเป็น 1 ในกฎหมาย 6 ฉบับที่ต้องศึกษาและพัฒนา และบัญญัติให้แล้วเสร็จเพื่อประกาศใช้ให้ได้ตาม “โครงการพัฒนากฎหมายเทคโนโลยีสารสนเทศ” ที่ริเริ่มและดำเนินการโดยกระทรวงวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีสิ่งแวดล้อม ตั้งแต่ปี พ.ศ. 2541 ใช้ชื่อว่า “พระราชบัญญัติว่าด้วยอาชญากรรมทางคอมพิวเตอร์” ก่อนจะถูกเปลี่ยนชื่อในร่างกฎหมายฉบับต่อมาในปี พ.ศ. 2546 “พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์” ด้วยเหตุผลว่าฐานความผิดบางฐานที่กำหนดอยู่ในร่างกฎหมายไม่รุนแรงถึงขั้นเป็นอาชญากรรม เช่น การเผยแพร่สื่อลามกอนาจาร เป็นต้น จึงไม่สามารถสะท้อนเจตนารมณ์และสาระสำคัญของกฎหมายฉบับนี้ได้อย่างแท้จริง

อย่างไรก็ตามไม่ปรากฏว่ากฎหมายฉบับต่าง ๆ ดังกล่าวมาได้ให้คำนิยามของการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ อาชญากรรมคอมพิวเตอร์ หรือการใช้คอมพิวเตอร์ไปในทางที่มิชอบเอาไว้ เหตุผลหนึ่งที่นานาประเทศเลือกที่จะไม่บัญญัติคำนิยามไว้เนื่องจากความรวดเร็วของการพัฒนาทางเทคโนโลยีสารสนเทศ ซึ่งส่งผลต่อลักษณะ วิธีการ เครื่องมือ รูปแบบ รวมถึงเป้าหมายของการกระทำความผิดด้วย อีกทั้งปัจจุบันยังมีพื้นที่ของการกระทำความผิดอาจอยู่ที่เครื่องคอมพิวเตอร์แบบตั้งโต๊ะ เครื่องคอมพิวเตอร์แบบพกพา Tablet หรือ Smartphone หรืออุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์อีกหลากหลายที่สามารถเชื่อมต่อการทำงานเข้ากับระบบหรือเครือข่ายคอมพิวเตอร์ได้ (Internet Things) ปัจจุบันเพียงคำนิยามของคำว่า “ระบบคอมพิวเตอร์” ก็ยังต้องมีการพิจารณา ทบทวนให้ครอบคลุมมากยิ่งขึ้นเช่นกัน²

¹ สาวตรี สุขศรี, “อาชญากรรมคอมพิวเตอร์/ไซเบอร์ กับทฤษฎีอาชญาวิทยา,” วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ฉบับที่ 2, ปีที่ 46, น.418-419 (มิถุนายน, 2560).

² เพิ่งอ้าง, น.419.

ทั้งนี้ยังมีผู้เชี่ยวชาญด้านกฎหมาย ด้านการกระทำความผิดทางคอมพิวเตอร์ รวมทั้งนักวิทยาศาสตร์คอมพิวเตอร์ต่างพยายามให้คำนิยามเพื่ออธิบายความหมายของอาชญากรรมในกลุ่มนี้ไว้ ดังนี้

คู่มืออาชญากรรมคอมพิวเตอร์ของกระทรวงยุติธรรมสหรัฐอเมริกา ให้ความหมายไว้ว่าการกระทำผิดกฎหมายอาญาที่ต้องใช้ความรู้ทางเทคโนโลยีคอมพิวเตอร์ในการก่ออาชญากรรมการสืบสวน จับกุม และดำเนินคดีในชั้นสอบสวนและการพิจารณาคดีในชั้นศาล อัยการผู้เชี่ยวชาญคดีอาชญากรรมคอมพิวเตอร์ชื่อว่า Kenneth S. Rosenblatt ผู้แต่งหนังสือเรื่อง High Technology Crime ได้อธิบายความหมายของอาชญากรรมคอมพิวเตอร์ไว้ว่าอาชญากรรมที่เกิดขึ้นใหม่อันเป็นผลสืบเนื่องมาจากการใช้คอมพิวเตอร์ในสังคมอย่างแพร่หลาย เช่น การบุกรุกเข้าไปในระบบเครือข่ายคอมพิวเตอร์ของบริษัทธุรกิจที่เชื่อมโยงเครือข่ายโทรคมนาคม นอกจากนี้ยังหมายถึงอาชญากรรมแบบดั้งเดิมที่แปรสภาพไป เนื่องจากความก้าวหน้าทางเทคโนโลยีคอมพิวเตอร์ ซึ่งในการสืบสวนคดีประเภทนี้จำเป็นต้องมีความรู้เกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ และคุ้นเคยกับอุตสาหกรรมเทคโนโลยีขั้นสูง เช่น การโจรกรรมอุปกรณ์คอมพิวเตอร์จากหุบเขาซิลิคอน รัฐแคลิฟอร์เนีย สหรัฐอเมริกา และย่านอุตสาหกรรมการผลิตเครื่องอุปกรณ์ไฮเทคต่าง ๆ

Donn Parker ให้คำนิยามไว้ในหนังสือ Fighting Computer Crime (1983) ว่าอาชญากรรมคอมพิวเตอร์ คือ การกระทำความผิดกฎหมายที่ใช้ความรู้ด้านคอมพิวเตอร์ (Knowledge of Computers) เป็นปัจจัยหลักสำคัญในการก่ออาชญากรรมนั้น

ญาณพล ยั่งยืน ได้ให้ความหมายเกี่ยวกับอาชญากรรมคอมพิวเตอร์ไว้ในเอกสารการเสวนาเรื่อง “แฮกเกอร์ : มหันตภัยยุคไอที” (โรงเรียนนายร้อยตำรวจ, คณะกรรมการบริหารโครงการส่งเสริมวิชาการ, 2542) ได้ให้ความหมาย 2 ประการ ดังนี้

1) การกระทำใด ๆ ก็ตาม ที่เกี่ยวกับการใช้คอมพิวเตอร์ อันทำให้เหยื่อได้รับความเสียหายและทำให้ผู้กระทำผิดได้รับผลตอบแทน

2) การกระทำความผิดกฎหมายใด ๆ ซึ่งจะต้องใช้ความรู้เกี่ยวข้องกับคอมพิวเตอร์มาประกอบการกระทำความผิด และต้องใช้ผู้มีความรู้ทางคอมพิวเตอร์ในการสืบสวน ติดตามรวบรวมหลักฐานเพื่อการดำเนินคดี จับกุม³

อาชญากรรมไซเบอร์หรืออาชญากรรมบนอินเทอร์เน็ต ถือเป็นอาชญากรรมรูปแบบหนึ่งเช่นกัน เพียงแต่ผู้กระทำมุ่งหมายกระทำความผิดในพื้นที่ซึ่งถูกสร้างขึ้นโดยเครือข่าย

³ นัยรัตน์ งามแสง, “อาชญากรรมคอมพิวเตอร์ : ศึกษาเฉพาะกรณีปัจจัยที่มีผลต่อการเกิดปัญหาอาชญากรรมบนอินเทอร์เน็ต,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะสังคมสงเคราะห์ศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2547), น.23-25.

คอมพิวเตอร์ (Computer Network) ที่เรียกว่า “Cyberspace” หรือมีเช่นนั้นผู้กระทำความผิดจะอาศัยความสามารถและคุณสมบัติการทำงานที่ไร้พรมแดนของเครือข่ายคอมพิวเตอร์ในการกระทำความผิดต่อระบบหรือข้อมูลคอมพิวเตอร์ของผู้อื่น ทำให้เกิดการพัฒนาเปลี่ยนแปลงทั้งในด้านรูปแบบการกระทำความผิด ความสะดวกรวดเร็วในการกระทำความผิด ขอบเขตความหมายขยายวงกว้าง แต่ทำให้เกิดการติดตามจับกุมผู้กระทำความผิดได้ยากขึ้น โดยคำว่า “เครือข่าย” ในที่นี้ ไม่เฉพาะแต่เครือข่ายอินเทอร์เน็ตเท่านั้น แต่หมายรวมถึงการเชื่อมต่อภายในองค์กรเดียวกัน เช่น ระบบอินเทอร์เน็ต หรือระบบ Lan

2.1.2 ประเภทอาชญากรรมคอมพิวเตอร์

David Carter and Andra Katz ได้จำแนกอาชญากรรมคอมพิวเตอร์ไว้ 6 ประเภทได้แก่

1. การปฏิบัติการต่อคอมพิวเตอร์ซึ่งเป็นเป้าหมายของอาชญากรรมโดยตรง (The computer is the target) เพื่อให้ได้มาซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ หรือเพื่อทำความเสียหายให้กับเครื่องโปรแกรม หรือเพิ่มข้อมูลคอมพิวเตอร์ต่าง ๆ อาทิ การโจรกรรมทรัพย์สินทางปัญญา การโจรกรรมข้อมูลการตลาด การข่มขู่ การทำลายทรัพย์สินทางปัญญา การก่อวินาศกรรมต่อโปรแกรมระบบปฏิบัติการหรือเพิ่มข้อมูลคอมพิวเตอร์ การบุกรุกฐานข้อมูลทะเบียนของราชการ การลักลอบเข้าไปในระบบคอมพิวเตอร์เพื่อความท้าทายหรือความอยากรู้อย่างเป็นการละเมิดต่อการเป็นส่วนตัว
2. อาชญากรรมที่ใช้คอมพิวเตอร์เป็นเครื่องมือในการกระทำผิด The computer is an instrumentality of crime อาทิ การปลอมแปลงบัตรบริการเงินด่วน ATM card และเลขบัญชีการลักลอบโอนเงินจากการปิดเศษตัวเลขในการคำนวณดอกเบี้ยธนาคาร หรือแลกเปลี่ยนสกุลเงิน การปลอมแปลงบัตรเครดิต การฉ้อโกงโดยใช้การทำรายการบนเครื่องคอมพิวเตอร์ การฉ้อโกงเงินค่าโทรศัพท์
3. อาชญากรรมที่เกี่ยวข้องกับคอมพิวเตอร์ The computer is incidental to other crimes อาทิ การฟอกเงิน การลักลอบโอนเงิน การเผยแพร่ภาพลามกอนาจาร
4. อาชญากรรมอันเป็นผลมาจากการใช้คอมพิวเตอร์อย่างแพร่หลายทั่วไป Crime which is associated with the prevalence of computer อาทิ การลอกเลียนหรือปลอมแปลงการค้าอุปโภคและโปรแกรมคอมพิวเตอร์ในตลาดมืด
5. การข่มขู่ผ่านคอมพิวเตอร์ Technological coercion via computer การข่มขู่หรือการหลอกลวงด้วยคอมพิวเตอร์ อาทิ การใช้สิ่งพิมพ์คอมพิวเตอร์เป็นหลักฐาน การข่มขู่ด้วยการบุกรุกเข้าไปในระบบคอมพิวเตอร์ของเหยื่อ

6. การก่ออาชญากรรมหรือการรบกวนบนเครือข่ายคอมพิวเตอร์ Networking malfeasance อาทิ การก่อกวนทางเพศ การหมิ่นประมาทบุคคลหรือองค์กรผ่านทางเครือข่ายคอมพิวเตอร์ การล่อลวงเยาวชนไปเพื่ออนาจาร⁴

อาชญากรรมที่เกิดขึ้นพร้อมกับการพัฒนาสังคมสารสนเทศคือ อาชญากรรมคอมพิวเตอร์ (Computer Crime) บุคคลในโลกอินเทอร์เน็ตอาจจะมีตัวตนหรือไม่มีตัวตนบนโลกความเป็นจริงก็ได้ ด้วยเหตุนี้จึงเกิดการใช้เสรีภาพอย่างเกินส่วน มีการกระทำความผิดกฎหมาย มีการใช้อินเทอร์เน็ตเป็นเครื่องมือในการทำร้ายผู้อื่น เกิดการละเมิดสิทธิมนุษยชน ละเมิดสิทธิส่วนตัวมากมายซึ่งอาจสรุปได้ดังนี้

1. การกระทำนอกอินเทอร์เน็ตแต่เกิดผลในอินเทอร์เน็ต เช่น การแอบถ่ายแล้วนำมาเผยแพร่บนอินเทอร์เน็ต เป็นต้น

2. การกระทำในอินเทอร์เน็ตแต่เกิดผลนอกอินเทอร์เน็ต เช่น การล่อลวง การค้าประเวณี การขายยาเสพติด ขานอนหลับ มีการโฆษณาในอินเทอร์เน็ต แต่จะต้องมีการส่งมอบสินค้าในโลกแห่งความจริง

3. การกระทำในอินเทอร์เน็ตและเกิดผลในอินเทอร์เน็ต เช่น การเล่นเกมพนันออนไลน์ การเจาะระบบ (Hacker) การส่งไวรัส การคุกคามทางเพศ เป็นต้น⁵

อาชญากรรมคอมพิวเตอร์เป็นการก่ออาชญากรรมรูปแบบใหม่ โดยอาศัยเทคโนโลยีอินเทอร์เน็ต ซึ่งมีลักษณะแตกต่างจากการกระทำความผิดแบบเดิมในหลายแง่มุม เช่น เรื่องวัตถุประสงค์ การกระทำความผิดเปลี่ยนแปลงไปเป็นสิ่งที่ไม่สามารถจับต้องได้ซึ่งอยู่ในรูปแบบของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ วิธีการกระทำความผิดไม่ต้องกระทำละเมิดทางกายภาพ นอกจากนี้ยังใช้เวลารวดเร็ว ไร้ขอบเขต ไร้พรมแดน จึงเกิดการละเมิดสิทธิมนุษยชนและสิทธิส่วนบุคคลอย่างมากมาย

2.2 แนวคิดเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน

ประเทศไทยอยู่ภายใต้การปกครองระบอบประชาธิปไตย โดยมีรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 เป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ สิทธิและความคุ้มครองขั้นพื้นฐานตามกฎหมายรัฐธรรมนูญมุ่งการให้ความคุ้มครองสิทธิและหน้าที่อันพึงมีของประชาชนในประเทศ หากแต่ยังมีการละเมิดสิทธิมนุษยชนปรากฏขึ้นอย่างต่อเนื่องในเรื่องการคุกคามทางเพศ

2.2.1 หลักอันเป็นองค์ประกอบของสิทธิมนุษยชน

⁴ นัยรัตน์ งามแสง, อ้างแล้ว *เชิงอรรถที่ 3*, น.26.

⁵ สมสรรค์ อธิเวสส์, “การคุกคามทางเพศบนสังคมเครือข่าย (Sexual Harassment on Social Network),” *วารสารวิชาการฉบับมนุษยศาสตร์ สังคมศาสตร์ และศิลปะ*, ฉบับที่ 3, ปีที่ 7, น.902 (2557).

2.2.1.1 หลักสิทธิมนุษยชน

สิทธิมนุษยชนเป็นสิทธิประจำตัวของมนุษย์ทุกคน เพราะมนุษย์ทุกคนมีศักดิ์ศรี มีเกียรติศักดิ์ประจำตัว สิทธิมนุษยชนไม่สามารถโอนให้แก่กันได้ แต่นักปฏิบัติการสิทธิมนุษยชนให้คำอธิบายว่า เราเรียกสิ่งจำเป็นสำหรับทุกคนที่ต้องได้รับในฐานะเป็นมนุษย์ มีชีวิตอยู่รอดได้อย่างมีความเหมาะสมแก่ความเป็นคนและสามารถมีการพัฒนาตนเองได้ว่า “สิทธิมนุษยชน”⁶

การศึกษาตำราโดยนักวิชาการต่างประเทศและโดยครูบาอาจารย์ทางนิติศาสตร์ของไทยพบว่า สิทธิเป็นแนวคิดทางกฎหมาย แม้จะมีร่องรอยของแนวคิดทางปรัชญาเจือปนอยู่ในสมัยกรีกแต่ค่อนข้างจะเป็นที่ยอมรับว่านักคิดระยะหลัง โดยเฉพาะตั้งแต่สมัยโรมันเป็นต้นมาได้พยายามอธิบายว่าสิทธิมีลักษณะของความสัมพันธ์ทางกฎหมายระหว่างบุคคล และต้องอาศัยความศักดิ์สิทธิ์ของกฎหมายเพื่อให้สามารถบังคับได้ตามอำนาจของสิทธิ

ศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย ซึ่งนับว่าเป็นปรมาจารย์ผู้บุกเบิกการศึกษาทางด้านนิติศาสตร์ท่านหนึ่ง มีความเห็นว่าควรจะอธิบายความหมายของ “สิทธิ” ว่าได้แก่ “*ประโยชน์ที่กฎหมายรับรองและคุ้มครองให้*” ซึ่งหมายความว่า เป็นประโยชน์ที่กฎหมายรับรองว่ามีอยู่ และเป็นประโยชน์ที่กฎหมายคุ้มครอง คือคุ้มครองมิให้มีการละเมิดสิทธิรวมทั้งบังคับให้เป็นไปตามสิทธิในกรณีที่มีการละเมิดด้วย⁷

“พจนานุกรมฉบับบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2525 ได้ให้ความหมายของคำว่า สิทธิ ไว้ว่า “หมายถึงอำนาจอันชอบธรรม”

สารานุกรมไทยฉบับเยาวชน พ.ศ. 2536 ได้ให้คำนิยามคำว่า สิทธิ คือ “อำนาจอันชอบธรรมตามกฎหมาย ซึ่งกฎหมายรับรองและคุ้มครองให้”

คำว่า “สิทธิมนุษยชน (Human Rights)” เป็นที่รู้จักและถูกใช้อย่างแพร่หลายนับตั้งแต่ได้มีการก่อตั้งองค์การสหประชาชาติเป็นต้นมา มีคำอื่นที่มีความหมายใกล้เคียงกับคำว่า สิทธิมนุษยชน ปรากฏแพร่หลายอยู่ด้วยเช่นกัน ได้แก่ สิทธิธรรมชาติ (Natural Rights) สิทธิขั้นพื้นฐาน (Fundamental Rights) และสิทธิความเป็นมนุษย์ (Rights of Man) เป็นต้น ถึงแม้ในกฎบัตรสหประชาชาติจะได้กล่าวถึงสิทธิมนุษยชนไว้ในที่ต่าง ๆ หลายแห่ง แต่ก็มิได้ให้คำจำกัดความของคำว่าสิทธิมนุษยชนไว้แต่อย่างใด

⁶ วิสุรินทร์ มูลละ, “หลักสิทธิมนุษยชน,” วารสารศาลรัฐธรรมนูญ, เล่มที่ 64, ปีที่ 22, น.208 (2563).

⁷ หยุด แสงอุทัย, *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป*, พิมพ์ครั้งที่ 8 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2523), น.187-188. อ้างใน นพนิธิ สุริยะ, *สิทธิมนุษยชน*, พิมพ์ครั้งที่ 8 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2537), น.17.

ศาลฎีกาได้วินิจฉัยความหมายของคำว่า สิทธิ ไว้ว่า “พูดถึงสิทธิหากจะกล่าวโดยย่อและรวบรัดแล้วได้แก่ ประโยชน์อันบุคคลมีอยู่แต่ประโยชน์จะเป็นสิทธิหรือไม่ ถ้าบุคคลอื่นมีหน้าที่ต้องเคารพประโยชน์นั้นก็เป็สิทธิ กล่าวคือ ได้รับการรับรองและคุ้มครองตามกฎหมาย...”⁸

ความหมายของคำว่าสิทธิมนุษยชน (Human Rights) หมายถึง สิทธิของความเป็นมนุษย์ ในอดีตยังไม่เป็นที่แพร่หลาย ภายหลังจากที่ได้มีการก่อตั้งองค์การสหประชาชาติแล้ว คำว่า สิทธิมนุษยชน จึงได้ถูกนำมาใช้อย่างกว้างขวางทั้งในระดับภูมิภาคและในระดับนานาชาติ ในกฎบัตรสหประชาชาติได้กล่าวถึงสิทธิมนุษยชนไว้หลายแห่ง เช่น ในอารัมภบทได้กล่าวถึงความมุ่งหมายของสหประชาชาติไว้ว่า

“เพื่อเป็นการยืนยันความเชื่อในสิทธิขั้นพื้นฐานของความเป็นมนุษย์ในศักดิ์ศรีและคุณค่าของมนุษยชาติ To Reaffirm Faith in Fundamental Human Rights, in the Dignity and Worth of the Human Person...”

ในตัวกฎบัตรสหประชาชาติได้กล่าวถึงสิทธิมนุษยชนไว้ในที่ต่าง ๆ เช่น ในอารัมภบท ข้อ 1⁹ ข้อ 13¹⁰ ข้อ 55¹¹ ข้อ 56¹² ข้อ 62¹³ และข้อ 67¹⁴ แต่มิได้มีการนิยามหรือคำอธิบายความหมาย

⁸ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 124/2487 (deka.in.th).

⁹ กรมองค์การระหว่างประเทศ กระทรวงการต่างประเทศ. กฎบัตรสหประชาชาติ. ข้อ 1 ความมุ่งหมายของสหประชาชาติ คือ

1. เพื่อธำรงไว้ซึ่งสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศ และเพื่อจุดมุ่งหมายปลายทางนั้น จะได้ดำเนินมาตรการร่วมกันอันมีผลจริงจังเพื่อการป้องกันและการขจัดบิดเบือนการคุกคามต่อสันติภาพ และเพื่อปราบปรามการกระทำการรุกรานหรือการละเมิดอื่น ๆ ต่อสันติภาพ และนำมาซึ่งการแก้ไข หรือระงับกรณีพิพาทหรือสถานการณ์ระหว่างประเทศอันอาจนำไปสู่การละเมิดสันติภาพ โดยสันติวิธีและสอดคล้องกับหลักการแห่งความยุติธรรมและกฎหมายระหว่างประเทศ

2. เพื่อพัฒนาความสัมพันธ์ฉันมิตรระหว่างประชาชาติทั้งหลายโดยยึดการเคารพต่อหลักการแห่งสิทธิที่เท่าเทียมกันและการกำหนดเจตจำนงของตนเองแห่งประชาชนทั้งหลายเป็นมูลฐาน และจะดำเนินมาตรการอื่น ๆ อันเหมาะสมเพื่อเป็นกำลังแก่สันติภาพสากล

3. เพื่อให้บรรลุถึงการร่วมมือระหว่างประเทศ ในอันที่จะแก้ปัญหาระหว่างประเทศทางเศรษฐกิจ สังคม วัฒนธรรม หรือมนุษยธรรมในการส่งเสริมและสนับสนุนการเคารพต่อสิทธิมนุษยชน และต่ออิสรภาพอันเป็นหลักมูลสำหรับทุกคน โดยไม่เลือกปฏิบัติในเรื่องเชื้อชาติ เพศ ภาษา หรือศาสนา และ

4. เพื่อเป็นศูนย์กลางสำหรับประสานการดำเนินการของประชาชนทั้งหลายให้กลมกลืนกัน ในอันที่จะบรรลุจุดมุ่งหมายปลายทางร่วมกันเหล่านี้

¹⁰ กรมองค์การระหว่างประเทศ กระทรวงการต่างประเทศ. กฎบัตรสหประชาชาติ. ข้อ 13

1. สมัชชาจะต้องริเริ่มการศึกษาและทำคำแนะนำเพื่อความมุ่งประสงค์ในการ

ก. ส่งเสริมความร่วมมือระหว่างประเทศในด้านการเมือง และสนับสนุนพัฒนาการก้าวหน้าของกฎหมายระหว่างประเทศและการประมวลกฎหมายนี้

ข. ส่งเสริมความร่วมมือระหว่างประเทศทางเศรษฐกิจ สังคม วัฒนธรรม การศึกษาและอนามัย และช่วยเหลือให้ได้รับสิทธิมนุษยชนและอิสรภาพอันเป็นหลักการสำหรับทุกคน โดยไม่เลือกปฏิบัติในเรื่องเชื้อชาติ เพศ ภาษา หรือศาสนา

2. ความรับผิดชอบ หน้าที่ และอำนาจต่อไปของสมัชชาเกี่ยวกับเรื่องที่จะระบุไว้ในวรรค 1 (ข) ข้างต้น ได้กำหนดไว้ในหมวดที่ 9 และ 10.

¹¹ กรมองค์การระหว่างประเทศ กระทรวงการต่างประเทศ. กฎบัตรสหประชาชาติ. ข้อ 55 ด้วยความมุ่งหมายในการสถาปนาภาวะการแห่งเสรีภาพ และความเป็นอยู่ที่ดี ซึ่งจำเป็นสำหรับความสัมพันธ์โดยสันติและโดยฉันมิตรระหว่างประชาชาติทั้งหลาย โดยยึดความเคารพต่อหลักการแห่งสิทธิอันเท่าเทียมกันและกำหนดเจตจำนงของตนเองของประชาชนเป็นมูลฐานสหประชาชาติจะต้องส่งเสริม

ก. มาตรฐานการครองชีพที่สูงขึ้น การมีงานทำโดยทั่วถึง และภาวะการแห่งความก้าวหน้าและพัฒนาการทางเศรษฐกิจและสังคม

ข. การแก้ไขปัญหาระหว่างประเทศทางเศรษฐกิจ สังคม อนามัยและอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง และความร่วมมือระหว่างประเทศทางวัฒนธรรมและการศึกษา และ

ค. การเคารพโดยสากล และการปฏิบัติตามสิทธิมนุษยชนและอิสรภาพอันเป็นหลักการสำหรับทุกคน โดยไม่เลือกปฏิบัติในเรื่องเชื้อชาติ เพศ ภาษา หรือศาสนา

¹² กรมองค์การระหว่างประเทศ กระทรวงการต่างประเทศ. กฎบัตรสหประชาชาติ. ข้อ 56 สมาชิกทั้งปวงให้คำมั่นว่าตนจะดำเนินการร่วมกันและแยกกัน ในการร่วมมือกับองค์การ ฯ เพื่อให้บรรลุความมุ่งประสงค์ที่กำหนดไว้ในข้อ 55.

¹³ กรมองค์การระหว่างประเทศ กระทรวงการต่างประเทศ. กฎบัตรสหประชาชาติ. ข้อ 62

1. คณะมนตรีเศรษฐกิจและสังคม อาจทำหรือริเริ่มการศึกษาและรายงานเกี่ยวกับเรื่องระหว่างประเทศทางเศรษฐกิจ สังคม วัฒนธรรม การศึกษา อนามัยและอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง และอาจทำคำแนะนำเกี่ยวกับเรื่องเช่นว่านั้นเสนอต่อสมัชชา ต่อสมาชิกของสหประชาชาติ และต่อทบวงการชำนัญพิเศษที่เกี่ยวข้อง

2. คณะมนตรีฯ อาจทำคำแนะนำเพื่อความมุ่งประสงค์ที่จะส่งเสริมการเคารพ และการปฏิบัติตามสิทธิมนุษยชนและอิสรภาพอันเป็นหลักการสำหรับทุกคน

3. คณะมนตรีฯ อาจจัดเตรียมร่างอนุสัญญา เพื่อเสนอต่อสมัชชาเกี่ยวกับเรื่องทั้งหลายอยู่ในขอบเขตอำนาจของคณะมนตรีฯ

4. คณะมนตรีฯ อาจเรียกประชุมระหว่างประเทศ ในเรื่องทั้งหลายที่ตกอยู่ในขอบเขตอำนาจของคณะมนตรีฯ ตามข้อบังคับที่สหประชาชาติกำหนดไว้.

¹⁴ กรมองค์การระหว่างประเทศ กระทรวงการต่างประเทศ. กฎบัตรสหประชาชาติ. ข้อ 67

1. สมาชิกแต่ละประเทศของคณะมนตรีเศรษฐกิจและสังคม จะมีคะแนนเสียงหนึ่งคะแนน

ของคำว่าสิทธิมนุษยชนแต่อย่างใด ตามปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนของสหประชาชาติ (Universal Declaration of Human Rights) ซึ่งถือเป็นแม่บทของสิทธิมนุษยชนในปัจจุบัน ได้แต่เพียงจำแนกสิทธิมนุษยชนออกเป็นประเภทต่าง ๆ ไว้เท่านั้น มิได้มีคำอธิบายหรือบทนิยามของคำว่าสิทธิมนุษยชนไว้แต่อย่างใด¹⁵

ในทางวิชาการมักไม่มีการให้คำนิยามความหมายของสิทธิมนุษยชน นอกจากมีการพยายามอธิบายคำปรารภของปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนที่ว่า “โดยที่การยอมรับนับถือเกียรติศักดิ์ประจำตัว และสิทธิเท่าเทียมกันและโอนมิได้ของบรรดาสมาชิกทั้งหลายแห่งครอบครัวมนุษยชนเป็นหลักการพื้นฐานแห่งอิสรภาพความยุติธรรมและสันติภาพโลก” นั้นหมายถึง สิทธิมนุษยชนเป็นสิทธิประจำตัวของมนุษย์ทุกคน เพราะมนุษย์ทุกคนมีศักดิ์ศรีมีเกียรติศักดิ์ประจำตัว สิทธิมนุษยชนไม่สามารถโอนให้แก่กันได้ แต่นักปฏิบัติสิทธิมนุษยชนให้คำอธิบายว่า เราเรียกสิ่งที่จำเป็นสำหรับทุกคนที่ต้องได้รับในฐานะที่เป็นคน ซึ่งทำให้คน ๆ นั้นมีชีวิตอยู่รอดได้อย่างมีความเหมาะสมแก่ความเป็นคนและสามารถมีการพัฒนาตนเองได้ก็คือ “สิทธิมนุษยชน” เมื่อนำคำอธิบายทั้ง 2 ประการมาประกอบกันก็สามารถเข้าใจได้ว่า สิทธิมนุษยชนคือสิ่งที่จำเป็นสำหรับคนทุกคนที่ต้องได้รับในฐานะที่เป็นคน เพื่อทำให้คน ๆ นั้นมีชีวิตอยู่รอดได้และมีการพัฒนาที่ดีขึ้น¹⁶

สิทธิมนุษยชน เป็นสิทธิที่ติดตัวมนุษย์ทุกคนโดยไม่เลือกสัญชาติ สถานที่เกิด เพศ ต้นกำเนิดทางชาติพันธุ์หรือทางชนชาติ สีผิว ศาสนา ภาษา หรือสถานะใด ๆ ก็ตาม เราทุกคนล้วนเท่าเทียมกันและมีสิทธิมนุษยชนโดยปราศจากการเลือกปฏิบัติ สิทธิเหล่านี้ล้วนเกี่ยวพันกันพึ่งพาซึ่งกันและกัน และไม่อาจถูกแบ่งแยกได้

สนธิสัญญาหลักว่าด้วยเรื่องสิทธิมนุษยชนมีทั้งสิ้น 9 ฉบับดังนี้

(1) กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (International Covenant on Civil and Political Rights หรือ ICCPR)

(2) กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม (International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights หรือ ICESCR)

2. คำวินิจฉัยของคณะมนตรีเศรษฐกิจและสังคม จะต้องกระทำโดยเสียงข้างมากของสมาชิกที่มาร่วมประชุมและลงคะแนนเสียง.

¹⁵ อุดมศักดิ์ สินธิพงษ์, สิทธิมนุษยชน, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2561), น.23-24.

¹⁶ จุมพล สำเภาพล, “พันธกรณีระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชนของไทย,” วารสารศาลรัฐธรรมนูญ, เล่มที่ 59, ปีที่ 20, น.15 (พฤษภาคม-สิงหาคม, 2561).

(3) อนุสัญญาว่าด้วยการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบ (Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women หรือ CEDAW)

(4) อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก (Convention on the Rights of the Child หรือ CRC)

(5) อนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติในทุกรูปแบบ (Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination : CERD)

(6) อนุสัญญาว่าด้วยการต่อต้านการทรมาน และการกระทำอื่น ๆ ที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี (Convention Against Torture and other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment : CAT)

(7) อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิคนพิการ (Convention on the Rights of Person with Disabilities : CRPD)

(8) อนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการคุ้มครองบุคคลทุกคนจากการหายสาบสูญโดยถูกบังคับ (International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance : CED)

(9) อนุสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิของแรงงานโยกย้ายถิ่นฐานและสมาชิกในครอบครัว (Convention on the Protection of the Rights of Migrants Workers and Member of their Families : CMW)

ประเทศไทยเข้าเป็นภาคีสันติสัญญาเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนทั้งหมด 7 ฉบับ โดยประเทศไทยยังไม่ได้เป็นภาคี 2 ฉบับ คือ อนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการคุ้มครองบุคคลทุกคนจากการหายสาบสูญโดยถูกบังคับ (ลงนามแล้วแต่ยังไม่ได้ให้สัตยาบัน) และอนุสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิของแรงงานโยกย้ายถิ่นฐานและสมาชิกในครอบครัว สันติสัญญาที่เกี่ยวข้องกับสิทธิมนุษยชนทั้ง 9 ฉบับ มีความเกี่ยวข้องกับกระบวนการยุติธรรมทางอาญาไม่มากนักน้อย และสันติสัญญาเหล่านี้จะรับรองสิทธิมนุษยชนแบบเสริมซึ่งกันและกัน เช่น หากเจ้าพนักงานของรัฐควบคุมตัวผู้ต้องหาในคดีอาญาและทรมานผู้ต้องหาเพื่อให้รับสารภาพ ย่อมเป็นการละเมิดสันติสัญญาสามฉบับพร้อม ๆ กัน คือ กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง อนุสัญญาว่าด้วยการต่อต้านการทรมาน และอนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการคุ้มครองบุคคลทุกคนจากการหายสาบสูญโดยถูกบังคับ¹⁷

2.2.1.2 หลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์

¹⁷ ปกป้อง ศรีสนิท, สิทธิมนุษยชนในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2563), น.13-18.

นับแต่มีการเปลี่ยนแปลงการปกครองจากระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์มาเป็นการปกครองระบอบประชาธิปไตย รัฐธรรมนูญไทยได้ให้ความสำคัญกับการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนอย่างต่อเนื่อง โดยเฉพาะรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยตั้งแต่ฉบับ พ.ศ. 2540 เป็นต้นมา จนถึงรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 ซึ่งเป็นรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน นอกจากนี้ได้มีการวางหลักเกณฑ์สำคัญ ๆ ที่เกี่ยวกับการจัดความสัมพันธ์ระหว่างสถาบันและองค์กรที่ใช้อำนาจอธิปไตยตามหลักการปกครองในระบอบประชาธิปไตย ตลอดจนการรับรองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนที่เป็นหลักประกันขั้นพื้นฐานดังเช่นนานาชาติแล้ว รัฐธรรมนูญที่กล่าวมายังได้รับรองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และเป็นหลักกฎหมายที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญไทยมาเป็นเวลานาน¹⁸

สำหรับความหมายของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ เนื่องจากศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นส่วนหนึ่งของสิทธิที่อยู่ในกรอบของสิทธิมนุษยชน (Human Rights) ซึ่งเป็นที่รู้จักกันอย่างแพร่หลายนับแต่ที่ได้มีการก่อตั้งองค์การสหประชาชาติ ซึ่งมีคำที่มีความหมายใกล้เคียงกันหลายคำ ได้แก่ สิทธิตามธรรมชาติ (Natural Rights) สิทธิขั้นพื้นฐาน (Fundamental Rights) และสิทธิของความเป็นมนุษย์ (Rights of Man¹⁹) เป็นต้น

ในเชิงความหมาย ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นรากฐานที่มาของการกำหนดสิทธิแห่งความเป็นมนุษย์หรือหลักสิทธิมนุษยชน อาจแยกเป็น 2 นัยในเชิงคุณค่า คือ ด้านหนึ่งเป็นเรื่องธรรมชาติของมนุษย์ อีกด้านหนึ่งเป็นเรื่องคุณค่าในเชิงศีลธรรม หากพิจารณาคุณค่าทั้งสองนัยตามพจนานุกรมศัพท์สังคมวิทยาอังกฤษ-ไทย ฉบับราชบัณฑิตยสถาน ให้อธิบายความหมายดังนี้

(1) ธรรมชาติของมนุษย์ ได้แก่ ลักษณะที่แท้จริงของมนุษย์ที่เกี่ยวกับสภาพจิตใจและความต้องการจำเป็น (needs) ที่มุ่งโจมตีการใด ๆ โดยทฤษฎีมนุษย์น่าจะเป็นอย่างเดียวกันไม่ว่าจะอยู่ ณ ที่ใด แต่ในทางปฏิบัติพฤติกรรมของมนุษย์อยู่ภายใต้อิทธิพลของสังคมและวัฒนธรรมด้วย

¹⁸ ทิพวัลย์ ศรีรักษา, “ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับกรณีการคุกคามทางเพศโดยการเฝ้าติดตามก่อให้เกิดความเดือดร้อนรำคาญ ช่มชู้,” (สารนิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยศรีปทุม, 2561), น.30-31.

¹⁹ พนิดา โรจน์รัตน์ชัย, “ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการคุกคามทางเพศในหน่วยงานราชการ,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ปริทัศน์ พนมยงค์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2553), น. 6-8.

(2) ศีลธรรม ได้แก่ หลักที่ว่าด้วยความพิศชอบชั่วดีที่สังคมกำหนดในสมาชิกยึดถือ ศีลธรรมสากลไม่มี นอกจากอนุমানเอาจากส่วนที่กำหนดไว้เหมือนกันในความประพฤติบางเรื่อง²⁰

ตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถานได้ให้ความหมายของคำว่า “ศักดิ์ศรี (dignity)” ว่าหมายถึง เกียรติศักดิ์²¹ ส่วนคำว่า “เกียรติ” หมายถึง ชื่อเสียง การยกย่องนับถือ ความมีหน้ามีตา²² และคำว่า “ศักดิ์” หมายถึง อำนาจ ความสามารถ กำลัง ฐานะ²³ ซึ่งความหมายเหล่านี้สอดคล้องกับความหมายของคำว่า “dignity” ในภาษาอังกฤษ ซึ่งมีรากศัพท์มาจากภาษาโรมัน คำว่า “Dignitas”

ในสมัยโรมันคำว่า “ศักดิ์ศรี (dignity)” ความหมายเกี่ยวข้องกับสถานะของบุคคล “ศักดิ์ศรี” จึงหมายถึงระดับชั้นทางการเมืองหรือทางสังคม ที่มาจากการมีตำแหน่งเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐ รวมถึงอาจมาจากการยอมรับของประชาชนในความสำเร็จส่วนบุคคลหรือความมีศีลธรรมที่สูงส่งของบุคคลนั้น การยอมรับสถานะของ “ศักดิ์ศรี” ของบุคคลเช่นนี้จึงก่อให้เกิดหน้าที่ต่อบุคคลอื่นที่จะต้องให้ความเคารพและให้เกียรติบุคคลผู้มีศักดิ์ศรีดังกล่าว หากผู้ใดละเมิดต่อหน้าที่นี้อาจถูกลงโทษในทางใดทางหนึ่ง ไม่ว่าจะทางอาญาหรือทางแพ่งก็ได้ ในแง่นี้จะเห็นได้ว่าศักดิ์ศรีมีลักษณะพื้นฐานที่ไม่ต่างจากสิทธิ ในความหมายปัจจุบันซึ่งเป็นความชอบธรรมที่จะเรียกร้องให้บุคคลอื่นมีหน้าที่อย่างใดอย่างหนึ่งต่อผู้ทรงสิทธิหรือศักดิ์ศรีนั้น²⁴

ในศตวรรษที่ 18 ปรัชญาของคานท์ (Kant) ได้รับการยอมรับอย่างแพร่หลายและมีอิทธิพลอย่างมากต่อการพัฒนาการของแนวความคิดสิทธิมนุษยชน และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ในปัจจุบัน คานท์เห็นว่า ไม่มีมนุษย์คนใดมีสิทธิที่จะใช้มนุษย์ด้วยกันเองให้เป็นดังเครื่องมือชิ้นหนึ่งเท่านั้น เพื่อบรรลุจุดหมายเชิงอัตวิสัยของตัวเอง หากแต่แท้จริงแล้ว มนุษย์แต่ละคนจะต้องปฏิบัติต่อมนุษย์ด้วยกันในฐานะที่เป็นจุดมุ่งหมายในตัวเองเสมอ²⁵

Klaus Stern เห็นว่า “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” หมายถึง คุณค่าอันมีลักษณะเฉพาะและเป็นคุณค่าที่มีความผูกพันอยู่กับความเป็นมนุษย์ ซึ่งบุคคลในฐานะที่เป็นมนุษย์ทุกคนได้รับคุณค่า

²⁰ พจนานุกรมศัพท์สังคมวิทยาอังกฤษ-ไทย ฉบับราชบัณฑิตยสถาน, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์รุ่งศิลป์การพิมพ์, 2554).

²¹ ราชบัณฑิตยสถาน, พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2542, น.1094.

²² ราชบัณฑิตยสถาน, พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2542, น.147.

²³ ราชบัณฑิตยสถาน, พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2542, น.1094.

²⁴ ไชยันต์ กุลนิตติ, “ความเบื้องต้นเกี่ยวกับการคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์โดยศาลรัฐธรรมนูญ,” วารสารศาลรัฐธรรมนูญ, เล่มที่ 52, ปีที่ 18, น.66 (มกราคม-เมษายน 2559).

²⁵ จรัญ โฆษณานันท์, สิทธิมนุษยชนไร้พรมแดน: ปรัชญา กฎหมาย และความเป็นจริงทางสังคม, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2545), น.99.

ดังกล่าวโดยไม่จำกัดคำนี้ถึงเพศ เชื้อชาติ ศาสนา วัย หรือคุณสมบัติอื่น ๆ ของบุคคลใน ความหมายนี้ “ศักดิ์ศรี” จึงหมายถึง ลักษณะบางประการที่สร้างออกมาเป็นคุณค่าเฉพาะตัวของ มนุษย์ อันเป็นสาระสำคัญในการกำหนดความรับผิดชอบของตนเอง และเป็นสาระที่มนุษย์แต่ละ คนได้รับเพื่อเห็นแก่ความเป็นมนุษย์ของบุคคลนั้น²⁶

W. Maihofer และ R.F. Behrendt เห็นว่าศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นการแสดงออกถึง การสร้างปริมณฑลของความเป็นอิสระของปัจเจกบุคคลให้กว้างที่สุดเท่าที่จะทำได้ และใช้ ประโยชน์จากปริมณฑล ดังกล่าวเพื่อการดำรงไว้ซึ่งชีวิตมนุษย์ และเพื่อปรับปรุงชีวิตมนุษย์ให้ดีขึ้น โดยวิธีการพัฒนาขีดความสามารถของมนุษย์ไปสู่เป้าหมายที่กำหนดไว้²⁷ จึงสรุปได้ว่า

1) ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ มีลักษณะเป็นคุณค่าที่ติดตัวมากับความเป็นมนุษย์ และการ คงอยู่ของคุณค่าดังกล่าวไม่ได้ขึ้นอยู่กับปัจจัยอื่นใดเลย ยกเว้นความเป็นมนุษย์เท่านั้น ในแง่นี้มนุษย์ จึงไม่อาจถูกปฏิบัติเยี่ยงวัตถุหรือสัตว์ได้

2) คุณค่าอันเป็นศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ไม่อาจถูกพรากหรือถ่ายโอนระหว่างกันได้เลย ว่าจะกระทำโดยบุคคลนั้นเองหรือบุคคลอื่นใด จึงยอมรับกันว่า หากสิ่งใดถูกถือว่ายู่ในความหมาย ของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์แล้ว สิ่งนั้นย่อมเป็นสิ่งที่ละเมิดไม่ได้โดยเด็ดขาด

3) หลักที่ว่าศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ละเมิดไม่ได้โดยเด็ดขาด ส่งผลให้ความสามารถของ บุคคลที่ต่างกันไม่มีผลต่อการดำรงอยู่ของคุณค่าแห่งศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์

4) ในรัฐเสรีประชาธิปไตยสมัยใหม่ ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์จึงเป็นหลักประกันที่เป็น มูลฐานที่สูงของสังคม ว่ามนุษย์ย่อมเป็นประธานแห่งสิทธิและมีอำนาจในการกำหนดเจตจำนงที่ ชอบธรรมของตนเอง รัฐจึงมีหน้าที่เพียงให้เคารพและคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เท่านั้น

28

จากดังกล่าวข้างต้น แนวคิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์มาจากหลักการของสิทธิมนุษยชน ของการอยู่ร่วมกันของมนุษย์ทุกคนในสังคมโลก เป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่ให้ความสำคัญในความเป็น มนุษย์หรือคุณค่าในความเป็นคนของผู้อื่นซึ่งเป็นสิทธิที่ติดตัวมนุษย์ทุกคนมาแต่กำเนิดโดยไม่

²⁶ Klaus Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band II/2, Allgemeine Lehren, อ้างใน บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญ, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2547), น. 85.

²⁷ Albert Bleckmann, Staatsrecht II—Die Grundrechte, 4. Aufl, 1997. P 543. อ้างใน บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักพื้นฐานของสิทธิ เสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญ, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2547).

²⁸ ไชยันต์ กุลนิตติ, อ้างแล้ว เจริญรศที่ 24, น.68.

แบ่งแยกด้วยเงื่อนไขอย่างใดอย่างหนึ่ง ดังนั้น บุคคลทุกคนในสังคมจะต้องยอมรับและเคารพความเป็นมนุษย์จะกระทำการใดที่เป็นการละเมิดหรือเหยียดหยามในศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของผู้อื่นไม่ได้ ด้วยเหตุผลดังกล่าวจึงเป็นสาเหตุที่กฎหมายระดับสากลหรือกฎหมายระหว่างประเทศ และกฎหมายภายในของแต่ละประเทศได้ให้การรับรองเพื่อคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตั้งแต่เกิดจนถึงแก่ความตาย โดยการรับรองสิทธิมนุษยชนปรากฏทั้งในกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายภายในของไทยด้วย

2.2.2 การรับรองหลักสิทธิมนุษยชน

2.2.2.1 กฎหมายระหว่างประเทศ

กฎหมายระหว่างประเทศ ได้มีการรับรองและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนไว้ในกติกาหรือข้อตกลงระหว่างประเทศ ซึ่งในกฎบัตรสหประชาชาติได้มีการกล่าวถึงสิทธิมนุษยชนในหลายมาตรา รวมทั้งคำปรารภที่ได้กล่าวถึงสิทธิขั้นพื้นฐานของศักดิ์ศรี คุณค่า และสิทธิอันเท่าเทียมกันของชายและหญิงไว้ และต่อมาได้มีการจัดทำปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (UN's Universal Declaration of Human Rights 1948) ซึ่งประกาศใช้เมื่อวันที่ 10 ธันวาคม ค.ศ. 1948 โดยได้กล่าวถึงรายละเอียดของสิทธิมนุษยชนไว้อย่างชัดเจน แต่เนื่องจากปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนไม่ใช่สนธิสัญญาจึงไม่มีผลผูกพันทางกฎหมายและขาดสภาพบังคับในกรณีที่มีการละเมิดสิทธิมนุษยชนเกิดขึ้น แต่เนื้อหาของปฏิญญาสากลถือว่าเป็นมาตรฐานของสิทธิมนุษยชนที่นานาประเทศยอมรับและได้นำหลักการ ไปเป็นต้นแบบในการจัดทำระบบกฎหมายของตน²⁹ และได้มีการจัดทำกติการะหว่างประเทศขึ้น 2 ฉบับ คือ กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางแพ่งและการเมือง และกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม เพื่อให้การคุ้มครองสิทธิมนุษยชนทำให้มีผลบังคับใช้อย่างเป็นรูปธรรมและเป็นแนวทางให้ประชาชนได้เคารพในสิทธิมนุษยชนได้อย่างถูกต้อง ซึ่งปรากฏใน ข้อ 3 ข้อ 12 ดังนี้

ข้อ 3 ของปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ระบุว่า “*คนทุกคนมีสิทธิในการดำรงชีวิต เสรีภาพ และความมั่นคงแห่งตัวตน*” และ

ข้อ 12 ของปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ระบุว่า “*บุคคลย่อมไม่ถูกแทรกแซง โดยพลการในความเป็นอยู่ส่วนตัว ในครอบครัว ในเคหสถานหรือในการสื่อสาร หรือไม่อาจถูกลบหลู่ในเกียรติยศชื่อเสียง บุคคลทุกคนย่อมมีสิทธิที่จะได้รับการปกป้องคุ้มครองโดยกฎหมายต่อการแทรกแซงในสิทธิเช่นว่านั้น*”

²⁹ สุขุมพงษ์ ชานูนวงศ์, *บทวิเคราะห์ข้อมูล สถานการณ์ และเชื่อมโยงเพื่อวางทิศทางแผนสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ฉบับที่ 3 2557-2561*, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์คณะรัฐมนตรีและราชกิจจานุเบกษา, 2556), น.9-10.

และตามกติกาสากลว่าด้วยสิทธิทางแพ่งและการเมืองของสหประชาชาติ (International Convention on Civil and Political Rights 1996) ซึ่งกล่าวไว้ว่า “สิทธิมนุษยชนได้มาจากศักดิ์ศรีอันสืบสายคิดตัวมาของบุคคล...” และในข้อ 17 ของกติกาดังกล่าวได้กำหนดว่า

ข้อ 17 “บุคคลจะถูกแทรกแซงในความเป็นอยู่ส่วนตัว ครอบครัว เคหสถาน หรือการติดต่อสื่อสารโดยพลการหรือโดยมิชอบด้วยกฎหมายหาได้ไม่ และอาจจะถูกลบหลู่เกียรติและชื่อเสียงโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายมิได้ และบุคคลย่อมมีสิทธิที่จะได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายมิได้ให้ถูกแทรกแซงและลบหลู่เช่นว่านั้น”

ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนเป็นเหมือนแม่บทการดำเนินงานด้านสิทธิมนุษยชนเพื่อให้แต่ละประเทศได้ใช้เป็นกรอบแนวทางดำเนินงาน โดยมีเนื้อหาจำนวน 30 ข้อ แบ่งออกเป็น 4 ส่วน ส่วนแรกเป็นคำปรารภ ข้อ 1 และข้อ 2 ส่วนที่กล่าวถึงสิทธิของพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ข้อ 3-21 ส่วนที่ 3 กล่าวถึงสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคมและวัฒนธรรม ข้อ 22-27 และส่วนที่ 4 กล่าวถึงหน้าที่ของบุคคล สังคม และรัฐ ข้อ 28-30 แต่ปฏิญญามีใช้กฎหมายจึงขาดสภาพบังคับ³⁰

โดยวัตถุประสงค์ในการจัดทำปฏิญญาสากลว่าด้วยเรื่องสิทธิมนุษยชน สรุปได้ 3 ประการ³¹ คือ

ประการที่ 1 ว่าด้วยสิทธิในชีวิตถือเป็นสิทธิขั้นพื้นฐาน มนุษย์สามารถมีชีวิตอยู่ได้และได้รับการคุ้มครองให้ปลอดภัยได้รับการตอบสนองตามความต้องการขั้นพื้นฐานของชีวิต ได้แก่ อาหาร เครื่องนุ่งห่ม ยารักษาโรค และที่อยู่อาศัย ทุกชีวิตล้วนมีคุณค่าด้วยกันทั้งสิ้น ไม่ว่าจะเป็นบุคคลที่ต้องการความช่วยเหลือ เพื่อการดำรงชีวิตอยู่เป็นพิเศษจากผู้อื่น เช่น คนพิการ คนชรา ฯลฯ ดังนั้นทุกคนควรปฏิบัติต่อบุคคลด้วยโอกาส ให้ความสำคัญ ให้โอกาสและให้ความช่วยเหลือตามสมควร เพื่อให้ทุกชีวิตมีความเท่าเทียมกันมากที่สุด อันได้แก่ข้อ 1 ข้อ 2 ข้อ 3 ข้อ 4 ข้อ 5 ข้อ 12 ข้อ 13 ข้อ 14 ข้อ 15 ข้อ 16 ข้อ 25

ซึ่งได้กล่าวไว้ชัดเจนในข้อ 1 ระบุไว้ว่า “บุคคลชอบที่จะมีสิทธิและเสรีภาพประดามีที่ระบุไว้ในปฏิญญานี้ ทั้งนี้โดยไม่มี การจำแนกความแตกต่างในเรื่องใด ๆ เช่น เชื้อชาติ สีผิว เพศ ภาษา ศาสนา ความเห็นทางการเมือง หรือทางอื่นใด ชาติหรือสังคมอันเป็นที่มาเดิม ทร์พัยสิน

³⁰ ชัชวาล์ สุขสมจิตร, “เครื่องมือในการส่งเสริม ปกป้อง และคุ้มครองสิทธิมนุษยชน,” วารสารศาลรัฐธรรมนูญ, เล่มที่ 59, ปีที่ 20, น.32 (พฤษภาคม-สิงหาคม 2561).

³¹ สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล และคณะ, กฎหมายด้านการคุ้มครองและสิทธิและเสรีภาพในกระบวนการยุติธรรมที่ไม่สอดคล้องกับหลักพื้นฐานและพันธกรณีระหว่างประเทศรวมทั้งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย, (กรุงเทพมหานคร : กรมคุ้มครองสิทธิเสรีภาพ กระทรวงยุติธรรม, 2547), น.6.

กำเนิด หรือสถานะอื่นใด นอกจากนี้ การจำแนกข้อแตกต่างโดยอาศัยมูลฐานแห่งสถานะทางการเมืองทางตุลาณาหรือทางเรื่องระหว่างประเทศของประเทศ หรือดินแดนซึ่งบุคคลสังกัดจะทำได้ ทั้งนี้ไม่ว่าดินแดนดังกล่าวจะเป็นเอกราชอยู่ในความพิทักษ์ มิได้ปกครองตนเองหรืออยู่ภายใต้การจำกัดแห่งอธิปไตยอื่นใด

ประการที่ 2 ว่าด้วยสิทธิในการดำเนินชีวิตและพัฒนาตนเองตามแนวทางที่ถูกต้อง คนในสังคมต้องให้โอกาสกับคนที่เคยกระทำไม่ถูกต้อง ให้โอกาสคนเหล่านี้ได้รับการอบรมแก้ไขและพัฒนาตนเองใหม่ให้สามารถมีชีวิตที่ดีขึ้น มีคุณภาพชีวิตที่สูงขึ้น อันได้แก่ข้อ 8 ข้อ 9 ข้อ 10 ข้อ 11 ข้อ 17 ข้อ 18 ข้อ 19 ข้อ 20 ข้อ 24 ข้อ 26

ประการที่ 3 ว่าด้วยสิทธิในการยอมรับนับถือ หมายถึง การที่บุคคลพึงปฏิบัติต่อกันด้วยการยอมรับซึ่งกันและกัน ให้ความสำคัญกับศักดิ์ศรีและคุณค่าของชีวิตด้วยความเท่าเทียมกัน อันได้แก่ข้อ 6-ข้อ 7 ข้อ 21 ข้อ 22 ข้อ 23 ข้อ 27 ข้อ 28 ข้อ 29

กล่าวได้ว่าปณิญาสากล่าวด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ ถือเป็นเอกสารทางประวัติศาสตร์ที่ช่วยในการวางรากฐานด้านสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศฉบับแรกของโลก และปัจจุบันประชาคมโลกต่างยอมรับให้ปณิญาสากล่าวด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติอยู่ในฐานะแม่บทของกฎหมายสิทธิมนุษยชนทั้งหมด นอกจากนี้ กฎหมายระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชนในปัจจุบันก็ล้วนมีพื้นฐานและได้รับการพัฒนามาจากปณิญาสากล่าวด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติทั้งสิ้น และกฎหมายระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชนเหล่านั้นก็ได้เป็นพื้นฐานสำหรับการพัฒนากฎหมายภายในของประเทศต่าง ๆ เกือบทั่วโลก เพื่อส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนของประชาชนในประเทศของตน รวมทั้งประเทศไทยด้วย เพราะเมื่อมีการตรากฎหมายหรือจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ก็จะนำหลักการปณิญาสาฯ ดังกล่าวมาวางเป็นฐานความคิดเสมอ³²

ประเทศไทยเป็นหนึ่งในประเทศที่ร่วมลงมติในสมัชชาสหประชาชาติเพื่อให้การรับรองปณิญาสากล่าวด้วยสิทธิมนุษยชน ทำให้ประเทศไทยจึงต้องเคารพต่อหลักการดังกล่าวในฐานะที่เป็นรัฐสมาชิกและนำเอาหลักการตามปณิญาสาฯ มาใช้เป็นแนวทางในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนรวมทั้งศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคลภายในประเทศให้สอดคล้องกับมาตรฐานสากล โดยการเข้าเป็นรัฐภาคีของข้อตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิมนุษยชนที่สหประชาชาติได้จัดทำ

³² สุริสา นิยมรัตน์, “ความผิดอาญา : กรณีการคุกคามทางเพศ,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์, 2560), น.12.

ขึ้น และการนำเอาหลักการมาบัญญัติรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญในฐานะที่เป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ³³

2.2.2.2 กฎหมายในประเทศไทย

กฎหมายของไทย ได้มีการรับรองเพื่อคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ตามหลักการของสิทธิมนุษยชนไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2540 ถือได้ว่าเป็นรัฐธรรมนูญฉบับแรกของไทยและได้มีการบัญญัติคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนไว้มากที่สุด โดยได้บัญญัติรับรองและคุ้มครองทั้งสิทธิ และเสรีภาพ และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ในด้านต่าง ๆ

ดังนั้นทั้งในกรณีศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และกรณีการใช้อำนาจรัฐต้องคำนึงถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ จึงอาจกล่าวได้ว่าศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพซึ่งหมายถึงการมีคุณค่าของมนุษย์ ทั้งการมีคุณค่าในตัวเองและในสถานะความเป็นมนุษย์ของแต่ละคนด้วย การที่ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ไม่อาจลบล้างออกไปจากมนุษย์ในสังคม จึงทำให้ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์กลายเป็นตัวกำหนดความหมายของความเป็นมนุษย์ไปโดยปริยาย โดยไม่คำนึงถึงเพศ สีผิว ศาสนา และสัญชาติ นอกจากนั้นจะต้องไม่คำนึงถึงความมีสติปัญญาของบุคคล ดังนั้นความเป็นมนุษย์เท่านั้นที่เป็นเงื่อนไขของการมีศักดิ์ศรีซึ่งเป็นสิ่งที่ไม่อาจทำให้เสียไปด้วยวิธีการใด ๆ³⁴

ประเทศไทยเป็นประเทศที่ได้ให้การรับรองปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติมาแต่ต้น และได้ร่วมเป็นภาคีในหนังสือสัญญาระหว่างประเทศเพื่อส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนหลายฉบับ อาทิเช่น อนุสัญญาเจนีวา เพื่อให้ผู้บาดเจ็บและป่วยในกองทัพในสนามรบมีภาวะดีขึ้น ค.ศ. 1949 อนุสัญญาเจนีวาว่าด้วยสิทธิทางการเมืองของสตรี ค.ศ. 1952 อนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบ ค.ศ. 1979 เป็นต้น

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน คือรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มิได้ระบุไว้โดยตรงว่า ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นั้นมีฐานะเป็นสิทธิ อย่างไรก็ตามมีบางมาตราซึ่งอ่านรวมกันแล้วมีนัยสำคัญว่าศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ได้รับความคุ้มครองอยู่ด้วยดังนี้

³³ อุดม รัฐอมฤต, นพนิธิ สุริยะ และบรรเจิด สิงคะเนติ, การอ้างศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ หรือใช้สิทธิและเสรีภาพของบุคคลตามมาตรา 28 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2540, (กรุงเทพมหานคร : ห้างหุ้นส่วนจำกัด นานาสิ่งพิมพ์, 2544), น.11-12.

³⁴ บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ, หลักการใช้อำนาจขององค์กรที่ต้องคำนึงถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ, (กรุงเทพมหานคร : สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2549), น.22-23.

มาตรา 4 บัญญัติว่า “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพ และความเสมอภาคของบุคคลย่อมได้รับการคุ้มครอง

ปวงชนชาวไทยย่อมได้รับการคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญเสมอกัน”

มาตรา 28 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “บุคคลย่อมมีสิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกาย”

มาตรา 30 บัญญัติว่า “บุคคลย่อมเสมอภาคกันในกฎหมายและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียม

การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิดเชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ ความพิการ สภาพทางกายภาพ หรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมืองอันไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ จะกระทำมิได้

มาตรการที่รัฐกำหนดขึ้นเพื่อขจัดอุปสรรคหรือส่งเสริมให้บุคคลสามารถใช้สิทธิและเสรีภาพได้เช่นเดียวกับบุคคลอื่น ย่อมไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมตามวรรคสาม” ซึ่งมาตรานี้บัญญัติถึงความเสมอภาคและเท่าเทียมกันระหว่างเพศ ไม่ว่าจะเป็นเพศใดย่อมมีสิทธิเท่าเทียมกัน

มาตรา 32 บัญญัติว่า “บุคคลย่อมมีสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว เกียรติยศ ชื่อเสียงและครอบครัว

การกระทำอันเป็นการละเมิดหรือกระทบต่อสิทธิของบุคคลตามวรรคหนึ่ง หรือการนำข้อมูลส่วนบุคคลไปใช้ประโยชน์ไม่ว่าในทางใด ๆ จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ตราขึ้นเพียงเท่าที่จำเป็นเพื่อประโยชน์สาธารณะ”

นอกจากนี้ มาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ พ.ศ. 2560 ยังได้บัญญัติรับรองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ไว้ในความหมายของสิทธิมนุษยชน ดังความว่า

“สิทธิมนุษยชน” หมายความว่า ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพ และความเสมอภาคของบุคคล บรรดาที่ได้รับการรับรองหรือคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ ตามกฎหมาย หรือตามหนังสือสัญญาที่ประเทศไทยเป็นภาคีและมีพันธกรณีที่จะต้องปฏิบัติตาม

และตามพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. 2558 ได้กำหนดนิยามของคำว่า การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศไว้ ดังนี้

มาตรา 3 บัญญัติว่า “การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมทางเพศ หมายความว่า การกระทำหรือไม่กระทำการอันใดอันเป็นการแบ่งแยก กีดกัน หรือจำกัดสิทธิประโยชน์ใด ๆ ไม่ว่าจะทางตรงหรือทางอ้อมโดยปราศจากความชอบธรรม เพราะเหตุที่บุคคลนั้นเป็นเพศชายหรือเพศหญิง หรือมี

การแสดงออกที่แตกต่างจากเพศโดยกำเนิด” นิยามนี้สะท้อนถึงความมุ่งหมายของสิทธิมนุษยชนที่มุ่งจะคุ้มครองการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างบุคคล นับได้ว่าเป็นความก้าวหน้าของกฎหมายของประเทศไทยที่เริ่มมองเห็นความแตกต่างและความหลากหลายทางเพศ และตระหนักถึงสภาพปัญหาเหล่านี้³⁵

การบัญญัติรับรองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ไว้ในรัฐธรรมนูญได้มีจุดมุ่งหมายกำหนดให้บุคคลสามารถเรียกร้องสิทธิของตนได้เท่านั้น แต่เป็นการกำหนดรูปแบบความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับเอกชนที่แสดงให้เห็นว่าการดำรงอยู่ของรัฐเป็นผลมาจากการสร้างของมนุษย์ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้มนุษย์ที่ดำเนินชีวิตอยู่ภายใต้รัฐอย่างมีศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ จากแนวความคิดทำให้เห็นได้ว่ารัฐจะต้องดำเนินการใด ๆ เพื่อการมีชีวิตของบุคคลในสังคมที่จะดำรงอยู่อย่างมีศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ถือว่าเป็นความผูกพันจากทางศีลธรรมและได้มีการพัฒนามาเป็นหน้าที่ตามกฎหมาย³⁶

ดังนั้นเมื่อพิจารณาเหตุผลของการตราพระราชบัญญัติฉบับนี้ให้เป็นไปตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญประกอบกับเจตนารมณ์โดยรวมของรัฐธรรมนูญทั้งฉบับ ซึ่งมุ่งที่จะคุ้มครองสิทธิเสรีภาพ ตลอดจนความเสมอภาคของประชาชน จึงอนุมานได้ว่า “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” เป็นหลักการที่ได้รับการรับรองและคุ้มครองเช่นเดียวกับสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ และผูกพันการใช้อำนาจในการปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล องค์กรอิสระ และหน่วยงานของรัฐโดยตรง³⁷

2.2.3 วิวัฒนาการด้านสิทธิมนุษยชน

สิทธิมนุษยชน (Human Rights) คือ “สิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน เป็นมาตรฐานขั้นต่ำที่มนุษย์พึงมีเพื่อการดำรงชีวิตที่มีศักดิ์ศรีและมีคุณค่า” ซึ่งสิทธิดังกล่าวเป็นสิทธิตามธรรมชาติที่ครอบคลุมวิถีชีวิตของมนุษย์ตั้งแต่เกิดจนตาย เป็นสิทธิที่ก่อกำเนิดมาจากความกลัว และความต้องการขั้นพื้นฐานของมนุษย์ ทำให้สิทธิตามธรรมชาติดังกล่าวมีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับกฎหมายธรรมชาติซึ่งในอดีตสิทธิธรรมชาติดังกล่าวได้ถูกตีความและถูกนำไปใช้ตามความเชื่อและปรัชญาของแต่ละยุคสมัยของแต่ละสังคม แต่โดยรวมสิทธิธรรมชาติคือสิทธิที่ไร้พรมแดนเป็นสิ่งที่มนุษย์

³⁵ สุริสา นิยมรัตน์, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 32*, น.14-16.

³⁶ ปุณณดา บุญจันทร์, “การรับโทษหนักขึ้น : ศึกษากรณีการล่อลวงละเมิดทางเพศของผู้มีอำนาจบังคับบัญชากระทำต่อผู้ใต้บังคับบัญชา,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ปริทัศน์ พนมยงค์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2556), น.20-21.

³⁷ อุดม รัฐอมฤต, “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์รากฐานของสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ,” *วารสารศาลรัฐธรรมนูญ*, เล่มที่ 59, ปีที่ 20, น.267-268 (พฤษภาคม-สิงหาคม 2561).

ทุกคนมีความเข้าใจตรงกันจากสัญญาประชาคมความเป็นมนุษย์โดยไม่ต้องมีรัฐมารับรอง ซึ่งได้มีการพัฒนาเรื่อยมาจนกระทั่งภายหลังการสิ้นสุดของสงครามโลกครั้งที่ 2 ที่ทำให้แนวคิดเรื่องสิทธิมนุษยชนต่าง ๆ หล่อหลอมมาเป็นแนวคิดเรื่องสิทธิมนุษยชนสมัยใหม่อย่างในปัจจุบัน

การจำแนกสิทธิมนุษยชนได้มีการจำแนกออกเป็น 3 ยุค (Generations) ตามพัฒนาการของแนวคิดเรื่องสิทธิมนุษยชนในแต่ละช่วงเวลา ดังนี้

(1) สิทธิมนุษยชนยุคแรก (First generation human rights) เป็นสิทธิที่เกี่ยวกับเสรีภาพและการมีส่วนร่วมทางการเมืองที่จะป้องกันบุคคลจากการใช้อำนาจอย่างเกินขอบเขตของรัฐ เช่น เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น สิทธิในการได้รับการพิจารณาคดีอย่างเป็นธรรม เสรีภาพในการนับถือศาสนา และสิทธิในการออกเสียงเลือกตั้ง เป็นต้น สิทธิกลุ่มนี้มีที่มาจากพัฒนาการทางการเมืองในยุโรปและมีปรากฏในเอกสารทางประวัติศาสตร์ เช่น ในปฏิญญาว่าด้วยสิทธิของบุคคลและพลเมือง (Declaration on the Rights of Man and of Citizen) ของฝรั่งเศสที่มีการจัดทำขึ้นในคริสต์ศตวรรษที่ 18 ต่อมาสิทธิเหล่านี้ได้รับการยอมรับเป็นการทั่วไปในระดับระหว่างประเทศและพัฒนาไปเป็นกฎหมายระหว่างประเทศ ดังเห็นได้จากกรณีที่สหประชาชาติได้บัญญัติสิทธิดังกล่าวไว้ในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนซึ่งได้การรับรองเมื่อปี พ.ศ. 2491 และในกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองที่ได้มีการจัดทำขึ้นเมื่อปี พ.ศ. 2509

(2) สิทธิมนุษยชนในยุคที่สอง (Second-generation human rights) เป็นสิทธิที่เกี่ยวข้องกับความเท่าเทียมซึ่งเริ่มได้รับการยอมรับจากประเทศต่าง ๆ หลังสงครามโลกครั้งที่ 1 สิทธิมนุษยชนในยุคที่สองนี้มีลักษณะเป็นสิทธิด้านเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม โดยเป็นสิทธิที่ระบุว่าพลเมืองทุกคนและทุกกลุ่มจะได้รับการปฏิบัติอย่างเท่าเทียม เช่น สิทธิในการมีงานทำ สิทธิในที่อยู่อาศัย และบริการด้านสุขภาพ สิทธิในการได้รับสวัสดิการสังคม เป็นต้น สิทธิมนุษยชนในยุคที่สองนี้ได้รับการบัญญัติไว้ในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนของสหประชาชาติเช่นเดียวกับสิทธิมนุษยชนในยุคแรก และได้พัฒนาไปเป็นกฎหมายระหว่างประเทศ หลักจากที่ได้มีการจัดทำกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม ซึ่งได้รับการรับรองโดยสหประชาชาติ เมื่อ พ.ศ. 2509 พัฒนาการของแนวคิดด้านสิทธิมนุษยชนในยุคที่สองนี้ได้กำหนดหน้าที่ของรัฐในเรื่องสิทธิมนุษยชนว่ารัฐมีหน้าที่ในการเคารพ ส่งเสริม และทำให้สิทธิมนุษยชนเกิดผลในทางปฏิบัติ ทั้งนี้ หน้าที่ทรัพยากรของแต่ละรัฐจะเอื้ออำนวย

(3) สิทธิมนุษยชนในยุคที่สาม (Third-generation of human rights) เป็นสิทธิที่นอกเหนือไปจากสิทธิของพลเมืองและสิทธิทางสังคมที่กล่าวถึงในยุคที่สองข้างต้น สิทธิมนุษยชนในยุคที่สามประกอบด้วยสิทธิประเภทต่าง ๆ ที่มีการวางหลักการไว้ในปฏิญญาและเอกสารระหว่างประเทศหลายฉบับ แต่ยังไม่มีความชัดเจนในทางกฎหมายกับรัฐบาลประเทศต่าง ๆ สิทธิมนุษยชน

ในยุคที่สาม เช่น สิทธิในการพัฒนาตามที่ปรากฏในปฏิญญาว่าด้วยสิทธิในเรื่องดังกล่าวที่ได้รับการรับรองโดยสหประชาชาติ เมื่อปี พ.ศ. 2529 ซึ่งกล่าวถึงสิทธิของประชาชนทุกภาคส่วนในการมีส่วนร่วมในกระบวนการพัฒนาและการกระจายผลของการพัฒนาไปยังคนกลุ่มต่าง ๆ อย่างเป็นธรรม นอกจากนี้ยังมีปฏิญญาสตอกโฮล์ม และปฏิญญาริโอ พ.ศ. 2515 และพ.ศ. 2535 ที่เป็นผลของการประชุมสหประชาชาติด้านสิ่งแวดล้อมและการพัฒนาที่กล่าวถึงสิทธิในการมีสิ่งแวดล้อมที่ดีและสิทธิในการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติอย่างยั่งยืนเป็นต้น³⁸

สิทธิมนุษยชน คือสิ่งจำเป็นสำหรับทุกคนที่ต้องได้รับในฐานะที่เป็นคน เพื่อให้คน ๆ นั้น มีชีวิตอยู่รอดได้อย่างเหมาะสมแก่ความเป็นคน และมีความสามารถมีการพัฒนาตนเองได้ โดยสิทธิมนุษยชนมี 2 ระดับ ได้แก่

ระดับแรก คือ สิทธิที่ติดตัวคนทุกคนมาแต่เกิด ไม่สามารถถ่ายโอนได้ อยู่เหนือกฎหมายและอำนาจใด ๆ เช่น สิทธิในร่างกาย ห้ามฆ่าหรือทำร้าย ห้ามทรมาน เป็นต้น

ระดับสอง คือ สิทธิที่ต้องได้รับการรับรองในรูปแบบของกฎหมายหรือต้องได้รับความคุ้มครองโดยรัฐบาล เช่น การได้รับสัญชาติ การมีงานทำ ความเสมอภาคของหญิงชาย เป็นต้น

สำหรับขอบเขตสิทธิมนุษยชนแบ่งออกเป็น 5 ประเภท ได้แก่ สิทธิพลเมือง สิทธิทางการเมือง สิทธิทางเศรษฐกิจ สิทธิทางสังคม สิทธิทางวัฒนธรรม โดยมีหลักการสำคัญของสิทธิมนุษยชน ไม่ว่าจะเป็นสิทธิตามธรรมชาติที่ติดตัวมนุษย์มาแต่เกิด ความเป็นสากลไม่สามารถถ่ายโอนได้ สิทธิมนุษยชนไม่สามารถแยกเป็นส่วน ๆ ว่าสิทธิใดสำคัญกว่าสิทธิใด ความเสมอภาคและห้ามเลือกปฏิบัติ การมีส่วนร่วมและการเป็นส่วนหนึ่งของสิทธินั้น ๆ การตรวจสอบได้และการใช้หลักนิติธรรมที่สำคัญประการหนึ่ง คือ การนำหลักการของศาสนาทุกศาสนามายึดโยงกับสิทธิมนุษยชน เพราะหลักสำคัญของแต่ละศาสนาสอนให้ทุกคนเป็นคนละเว้นความชั่ว และอยู่ร่วมกันอย่างสงบสุข

1) สิทธิพลเมือง (Civil Rights) มีลักษณะเป็นสิทธิตามธรรมชาติที่มีมาแต่เดิม และปรากฏอยู่ในบทบัญญัติข้อที่ 1-21 ของกฎบัตรสหประชาชาติ ซึ่งเป็นสิทธิที่เกี่ยวข้องตามกฎหมายของรัฐสิทธิดังกล่าวประกอบไปด้วย สิทธิในชีวิตและร่างกาย เสรีภาพและความมั่นคงในชีวิต ไม่ถูกทรมานไม่ถูกทำร้ายหรือฆ่า สิทธิในความเสมอภาคต่อหน้ากฎหมาย สิทธิที่จะได้รับสัญชาติ เป็นต้น³⁹

³⁸บรรพชาญ จงเจริญประเสริฐ, “สิทธิมนุษยชนในบริบทของสังคมไทย,” วารสารศาลรัฐธรรมนูญ, เล่มที่ 52, ปีที่ 18, น.131 (มกราคม-เมษายน 2559).

³⁹ อุดมศักดิ์ สินธิพงษ์, สิทธิมนุษยชน, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2552), น.23.

2) สิทธิทางการเมือง (Political Rights) ได้แก่ สิทธิในการมีส่วนร่วมกับรัฐในการดำเนินกิจการที่เป็นประโยชน์สาธารณะ เสรีภาพในการรวมกลุ่มเป็นพรรคการเมือง เสรีภาพในการชุมนุมโดยสงบ สิทธิการเลือกตั้งอย่างเสรี

3) สิทธิทางสังคม (Social Rights) มีลักษณะเป็นสิทธิของประชาชนทางสังคมที่จะได้รับบริการจากสังคม ในฐานะที่เป็นสมาชิกของสังคม ได้แก่ สิทธิการได้รับการศึกษา สิทธิการได้รับหลักประกันด้านสุขภาพ ได้รับการพัฒนาบุคลิกภาพอย่างเต็มที่ ได้รับความมั่นคงทางสังคม มีเสรีภาพในการเลือกคู่ครองและสร้างครอบครัว เป็นต้น

4) สิทธิทางเศรษฐกิจ (Economic Rights) ได้แก่ สิทธิการมีงานทำ ได้เลือกงานอย่างอิสระและได้รับค่าจ้างที่เหมาะสม สิทธิในการเป็นเจ้าของทรัพย์สิน เป็นต้น

5) สิทธิทางวัฒนธรรม (Cultural Rights) ได้แก่ การมีเสรีภาพในการใช้ภาษาหรือสื่อความหมายในภาษาท้องถิ่นของตนเอง มีเสรีภาพในการแต่งกายตามวัฒนธรรม การปฏิบัติตามวัฒนธรรมประเพณีท้องถิ่นของตนเอง การปฏิบัติตามความเชื่อทางศาสนา การพักผ่อนหย่อนใจ ทางศิลปวัฒนธรรมและการบันเทิงได้โดยไม่มีใครมาบีบบังคับ เป็นต้น⁴⁰

2.2.4 สิทธิมนุษยชนกับการใช้มาตรการบังคับในคดีอาญา

รัฐหรือเจ้าพนักงานของรัฐมีอำนาจหน้าที่ให้ไว้บางประการเพื่อทำหน้าที่รักษาความสงบเรียบร้อยและหน้าที่แสวงหาข้อเท็จจริงและรวบรวมพยานหลักฐานพิสูจน์ความจริงในการดำเนินคดีอาญา การใช้อำนาจรัฐดังกล่าวเป็นการกระทบสิทธิเสรีภาพของประชาชนอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ ดังนั้น การใช้อำนาจรัฐในการดำเนินคดีอาญาจึงต้องอยู่บนหลักพื้นฐานแห่งวัตถุประสงค์ที่ชอบด้วยกฎหมาย (Objective) ด้วยความจำเป็น (Necessity) และได้สัดส่วน (Proportionality)

การที่รัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐใช้อำนาจในการดำเนินคดีอาญาอย่างไม่ถูกต้องในบางกรณีจะเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชน โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในกรณีที่มีการใช้อำนาจดำเนินคดีอาญาแล้วไปกระทบสิทธิที่ไม่อาจถูกפקใช้ได้ (non-derogable rights) ย่อมเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชน ตัวอย่าง เจ้าหน้าที่ที่ทรมาณผู้ต้องหาเพื่อให้ได้มาซึ่งคำรับสารภาพ ในมุมมองทางคดีอาญาแล้ว การทรมาณเพื่อให้ได้มาซึ่งคำรับสารภาพถือว่าการใช้อำนาจแสวงหาพยานหลักฐานที่มีชอบด้วยประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 135 อันส่งผลให้คำรับสารภาพรับฟังไม่ได้ตาม มาตรา 226 ในมุมมองความรับผิดชอบของเจ้าพนักงานของรัฐ เจ้าพนักงานที่กระทำการทรมาณจะต้องถูกลงโทษตามกฎหมาย และสุดท้ายในมุมมองสิทธิมนุษยชน การทรมาณโดยเจ้าพนักงานของรัฐ ย่อมเป็นการกระทำที่ละเมิดสิทธิมนุษยชนประเภทหนึ่งซึ่งเป็นการกระทำด้วยการทรมาณ (torture)

⁴⁰ สุริสา นิยมรัตน์, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 32*, น.13-14.

ที่ต้องห้ามตาม ICCPR และอนุสัญญาว่าด้วยการต่อต้านการทรมาน (CAT) ซึ่งเป็นความรับผิดชอบของรัฐที่จะต้องเยียวยาความเสียหายจากการละเมิดสิทธิมนุษยชนดังกล่าว⁴¹

2.3 แนวคิดในการกำหนดความผิดทางอาญา

แนวคิดในการบัญญัติความผิดอาญามีขึ้นเพื่ออธิบายว่าการกระทำใดควรเป็นความผิดทางอาญา ซึ่งเริ่มจากวิวัฒนาการของการกำหนดความผิดอาญา แนวคิดในปัจจุบัน และแนวโน้มการนำหลักนิติเศรษฐศาสตร์มาช่วยกำหนดความผิดทางอาญา

2.3.1 วิวัฒนาการของการกำหนดความผิดอาญา

การกำหนดความผิดอาญามีวิวัฒนาการ 3 ช่วง คือ ช่วงใช้เกณฑ์ทางศีลธรรม ช่วงใช้เกณฑ์ทางสังคม และช่วงใช้เกณฑ์ทางกฎหมาย

ช่วงใช้เกณฑ์ทางศีลธรรม ในสังคมดั้งเดิมการกำหนดว่าพฤติกรรมใดควรเป็นความผิดทางอาญาจะใช้มาตรวัดทางศีลธรรมกำกับ กล่าวคือ การใดเป็นการผิดศีลธรรม การนั้นคือการกระทำที่ผิดกฎหมายอาญาและจะถูกลงโทษ การใช้เกณฑ์ดังกล่าวสามารถใช้ได้ดีกับสังคมพื้นฐานที่ยังไม่มีผู้คนอยู่มากนัก เพราะความจำเป็นในการใช้กฎหมายเทคนิคเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยยังไม่มี ความจำเป็น ดังนั้นในยุคนี้การผิดศีลธรรมกับการผิดกฎหมายอาญาจึงเป็นเรื่องเดียวกัน แต่อย่างไรก็ตาม เมื่อสังคมพัฒนาขึ้น มีผู้คนมากขึ้น ความจำเป็นที่จะต้องออกกฎหมายอาญาเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยในสังคมจึงเกิดขึ้น กฎหมายจึงค่อย ๆ เคลื่อนตัวออกจากศีลธรรม แต่ก็ไม่ได้แยกจากกันเด็ดขาด จนทำให้เกิดสภาวะของกฎหมายกับศีลธรรมมีความสัมพันธ์แบบ intersection กัน กล่าวคือ บางกรณีเป็นทั้งผิดกฎหมายและผิดศีลธรรม เช่น การฆ่าคนบางกรณีผิดศีลธรรมอย่างเดียวไม่ผิดกฎหมาย เช่น การพูดโกหก ที่ไม่ได้ไปซึ่งทรัพย์สิน มิเช่นนั้นจะเป็นความผิดฐานฉ้อโกง และบางกรณีผิดกฎหมายอย่างเดียวไม่ผิดศีลธรรม เช่น การจอดรถในที่ห้ามจอด

ช่วงใช้เกณฑ์ทางสังคม ในช่วงนี้มองว่า การกระทำความผิดคือการกระทำที่กระทบกระเทือนสังคม ซึ่งการพิจารณาว่าอะไรคืออาชญากรรมก็มองจากการกระทำที่ทำให้สังคมเสียหายนั่นเอง Durkheim เห็นว่า “อาชญากรรมคือ การกระทำที่ทำลายสภาพสังคมที่เข้มแข็งของการรับรู้ร่วมกัน” อาชญากรรมจึงเป็นสิ่งที่สังคมรับรู้ร่วมกันว่าการกระทำนั้นคืออาชญากรรม แต่อย่างไรก็ดี แนวคิดนี้ยังสร้างความไม่แน่นอนให้กับกฎหมายอาญา เพราะเวลาเกิดการกระทำใด

⁴¹ ปกป้อง ศรีสนิท, *อ้างแล้ว เจริญรอดที่ 17*, น.117-118.

เกิดขึ้นแล้วยากที่จะหาตัวแทนสังคมมาชี้ว่าการกระทำนั้นเป็นอาชญากรรมและควรถูกลงโทษหรือไม่

ช่วงใช้เกณฑ์ทางกฎหมาย แนวคิดเสรีนิยมประชาธิปไตยมองว่า กฎหมายที่ลงโทษผู้กระทำความผิดต้องออกมาจากรัฐสภาซึ่งเป็นผู้แทนประชาชน ดังนั้น เมื่อรัฐสภาออกกฎหมายที่กำหนดความผิดออกมาแล้ว กฎหมายนั้นจะใช้บังคับได้ตามความประสงค์ของประชาชน แม้ว่ากฎหมายที่กำหนดความผิดฐานใหม่ขึ้นมาจะไม่เกี่ยวข้องกับศีลธรรมเลยก็ตาม การใช้เกณฑ์ทางกฎหมาย โดยยึดถือว่ารัฐสภาเห็นว่าการกระทำใดควรลงโทษ การกระทำนั้นก็เป็นการผิดอาญาอาจทำให้เกิดสถานการณ์ที่เรียกว่ากฎหมายอาญาเพื่อ (over-criminalization) ซึ่งในปัจจุบันฝ่ายนิติบัญญัติจะกำหนดให้พฤติกรรมใดเป็นความผิดอาญาโดยดูจากการกระทำนั้นต้องขัดกับความสงบเรียบร้อยของสังคม⁴²

2.3.2 แนวคิดในการกำหนดความผิดทางอาญาในปัจจุบัน

ในปัจจุบันแนวคิดในการกำหนดความผิดอาญาจะพิจารณาไปที่ความสงบเรียบร้อยของสังคม Bernard Bouloc กล่าวว่า “ปรากฏการณ์อาชญากรรม คือ การกระทำที่ถูกกำหนดและถูกลงโทษโดยกฎหมายอันเนื่องมาจากความเสียหายที่กระทบต่อความสงบเรียบร้อยของสังคม (order social) แนวคิดนี้มีความชัดเจนในตัวเองในเรื่องการยอมรับอำนาจนิติบัญญัติที่ผู้กำหนดฐานความผิดและบทลงโทษ พร้อมกับให้แนวทางว่าจะต้องเป็นการลงโทษการกระทำที่กระทบต่อความสงบเรียบร้อยของสังคม

เมื่อความผิดอาญาถูกกำหนดโดยฝ่ายนิติบัญญัติเพื่อลงโทษการกระทำที่กระทบกระเทือนความสงบเรียบร้อยของสังคม ความผิดอาญาจึงไม่ใช่การกระทำที่เป็นพฤติกรรมเบี่ยงเบนที่ทำการฝ่าฝืนอาชญากรรมทางสังคม หรือการกระทำที่ผิดศีลธรรมที่เป็นบาป ซึ่งมีสภาพบังคับทางศาสนาหรือทางความรู้สึกรวมทั้งบางกรณีก็มีสภาพบังคับทางสังคม หรือการกระทำที่เป็นการละเมิดกฎหมายแพ่ง ซึ่งมีสภาพบังคับตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายแพ่ง⁴³

ทั้งนี้ในการใช้กฎหมายอาญาเพื่อเป็นเครื่องมือในการคุ้มครองการอยู่ร่วมกันของบุคคลในสังคมจะต้องมีขอบเขตที่ชัดเจน ไม่เช่นนั้นสิทธิและเสรีภาพของบุคคลจะถูกกระทบกระเทือนได้⁴⁴ เนื่องจากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2560 ได้บัญญัติ

⁴² ปกป้อง ศรีสนิท, กฎหมายอาญาชั้นสูง, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2563), น.25-27.

⁴³ เพ็ญอ้าง, น.27-28.

⁴⁴ ปารีชาติ มั่นสกุล, “การกำหนดมาตรการทางอาญาเกี่ยวกับการโจมตีค่าเงินบาท,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2546). น.12.

คุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลไว้ในมาตรา 4 ดังกล่าวข้างต้น ว่าศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพ และความเสมอภาคของบุคคลย่อมได้รับการคุ้มครอง ปวงชนชาวไทยย่อมได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญเสมอกัน และยังสามารถบัญญัติคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลในด้านต่าง ๆ ไว้ในหมวด 3 แห่งรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวด้วย ดังนั้นแม้รัฐจะมีอำนาจในการบัญญัติกฎหมายกำหนดความผิดอาญา แต่ก็ต้องคำนึงถึงสิทธิและเสรีภาพของบุคคลภายใต้กรอบรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวด้วย

2.3.3 หลักการว่าด้วยการกำหนดขอบเขต (Limiting Principle)

กล่าวคือ การใช้โทษทางอาญาต้องมีการกำหนดขอบเขตที่ชัดเจนไม่ควรมีการนำกฎหมายอาญามาใช้เพื่อวัตถุประสงค์บางประการ หรือในบางสถานการณ์ที่ไม่เหมาะสม โดยมีสาระสำคัญดังต่อไปนี้⁴⁵

1) กฎหมายอาญาไม่ควรรวมเอาไว้ซึ่งข้อห้ามที่มีจุดประสงค์เพียงเพื่อให้บุคคลเชื่อฟังและผลของการไม่เชื่อฟังก็คือผลร้ายในทางแก้แค้นตอบแทนเท่านั้น แต่ลำพังข้อห้ามนั้นปราศจากอรรถประโยชน์อันเป็นแก่นสาร หรืออรรถประโยชน์นิยม (Utilitarianism) กล่าวคือการลงโทษจะต้องทำอย่างไรจึงจะได้ผลประโยชน์มาจากการลงโทษ ซึ่งการป้องกันอาชญากรรมย่อมดีกว่าการลงโทษผู้กระทำความผิด

2) ไม่ควรที่จะนำกฎหมายอาญามาใช้เพื่อลงโทษพฤติกรรมที่ปราศจากพิษภัย กล่าวคือ ถ้าการกระทำที่เป็นปัญหาได้มีความชั่วร้ายอยู่ในตัว จึงไม่สมควรที่จะใช้กฎหมายอาญาลงโทษการกระทำนั้น

3) ไม่ควรใช้กฎหมายอาญาเพื่อเป็นวิธีการที่นำไปสู่จุดประสงค์ หากสามารถใช้วิธีการอื่นที่ทำให้เกิดความทุกข์เวทนาน้อยกว่าเพื่อนำไปสู่จุดประสงค์เช่นเดียวกันได้ กล่าวคือ ไม่ควรใช้กฎหมายอาญาถ้ามีวิธีการอื่นที่สามารถลดจำนวนครั้งของการกระทำที่เป็นปัญหานั้นลงได้ ใกล้เคียงกับการใช้กฎหมายอาญา แต่ก่อให้เกิดความทุกข์เวทนาน้อยกว่าการใช้กฎหมายอาญา เช่น ใช้วิธีการว่ากล่าวตักเตือนบุคคลไม่ให้กระทำความผิดแทนการใช้วิธีการลงโทษเพื่อขู่ผู้กระทำความผิดให้รู้สึกกลัว

⁴⁵ อภิรัตน์ เพ็ชรศิริ, ทฤษฎีอาญา, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2556), น.51-57.

4) ไม่ควรนำกฎหมายอาญามาใช้เมื่อผลร้ายที่เกิดจากการกระทำผิดนั้นน้อยกว่าผลร้ายที่เกิดจากการลงโทษ กล่าวคือ เมื่อนำผลได้และผลเสียซึ่งน้ำหนัก เห็นว่าการลงโทษตามกฎหมายอาญาเกิดประโยชน์น้อยกว่า

5) ไม่ควรนำกฎหมายอาญามาใช้ เพื่อจุดประสงค์ที่จะบังคับบุคคลให้ประพฤติปฏิบัติ ตามแนวทางที่จะนำไปสู่ผลประโยชน์แก่ผู้ปฏิบัติตนเอง กล่าวคือ อิสรภาพของบุคคลย่อมอยู่เหนือ สิ่งอื่นใด ไม่ว่าการกระทำของบุคคลจะผิดศีลธรรมหรือไม่ แต่หากการกระทำมิได้ก่อให้เกิดความเดือดร้อนหรือเสียหายแก่ผู้อื่น (Harm to Others) นอกเหนือจากตัวผู้กระทำเองรัฐไม่ควรที่จะนำ กฎหมายอาญามาใช้เพื่อเป็นเครื่องมือ ซึ่งเรียกว่าหลักเกณฑ์ความเป็นภัยอันตราย (Harm Principle)

2.3.4 หลักคุณธรรมทางกฎหมาย

การบัญญัติความผิดอาญาต่าง ๆ มีคุณธรรมทางกฎหมายเป็นพื้นฐานในทางความคิด แม้ผู้บัญญัติจะมีได้กำหนดคุณธรรมทางกฎหมายก่อนการบัญญัติความผิดอาญาก็ตาม กล่าวคือ องค์ประกอบของความผิดอาญามาจากปทัสถาน (Norm) และปทัสถานมาจากคุณธรรมทางกฎหมาย (Rechtsgut) ซึ่งคุณธรรมทางกฎหมายไม่ใช่สิ่งที่จับต้องได้ แต่เป็นคุณค่าในทางความคิด ของระเบียบสังคมซึ่งเกี่ยวพันกับความมั่นคง ความอยู่ดี และเกียรติภูมิของความเป็นอยู่ในสังคม คุณธรรมทางกฎหมายเป็นสิ่งที่ประ โยชน์หรือคุณค่าของการอยู่ร่วมกันของบุคคลในสังคม การที่จะให้บุคคลทุกคนอยู่ร่วมกันในสังคมอย่างปกติสุขนั้น ทุกคนจะต้องเคารพและไม่ละเมิดต่อ ประโยชน์หรือคุณค่าของการอยู่ร่วมกันของบุคคลในสังคม การละเมิดต่อประโยชน์หรือคุณค่า การอยู่ร่วมกันจึงเป็นการละเมิดต่อคุณธรรมทางกฎหมาย กฎหมายอาญาคู่ครองคุณธรรมทาง กฎหมายโดยการหาทางระงับยับยั้งเจตจำนงของมนุษย์ผู้อยู่ภายใต้กฎหมาย โดยเรียกร้องให้ทุกคน ประพฤติปฏิบัติตนเป็นไปในทำนองเดียวกัน คือ ไม่ให้ละเมิดกฎหมายอาญา⁴⁶

2.3.5 หลักความสงบเรียบร้อยของประชาชน (Public Order)

ความสงบเรียบร้อยของประชาชนเป็นหลักพื้นฐานที่มีอยู่ในกฎหมายทุกระบบ เนื่องจากเป็นสิ่งที่สำคัญที่ทำให้สังคมดำรงอยู่ได้ และเป็นที่น่าสนใจได้ว่าเป็นเรื่องเกี่ยวกับ ผลประโยชน์โดยทั่วไปของประชาชน โดยส่วนรวม จึงต้องห้ามมิให้มี การฝ่าฝืน ไม่ว่ากฎหมายนั้น จะมีบทบัญญัติเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนกำหนดไว้โดยชัดแจ้งหรือไม่ก็ตาม อีกทั้งความสงบเรียบร้อยมีความเกี่ยวข้องกับศีลธรรมอันดีของประชาชนด้วย เนื่องจากศีลธรรมเป็น

⁴⁶ คณิศ ฅ นคร, พื้นฐานความรู้เกี่ยวกับกฎหมายอาญา, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2553), น.87-97.

สิ่งที่มนุษย์ปฏิบัติเพื่อให้เกิดความสงบสุขในสังคมอันเป็นผลดีต่อส่วนรวมเพราะทำให้เกิดความสงบเรียบร้อยในประเทศ แต่ทั้งนี้ความหมายของความสงบเรียบร้อยของประชาชนนั้น ไม่มีกฎหมายใดได้บัญญัติบทนิยามหรือวิเคราะห์ศัพท์เอาไว้ จึงมีผลให้เกิดความหมายที่ไม่แน่นอน จึงเป็นเรื่องที่นักนิติศาสตร์จะต้องทำความเข้าใจ ค้นหาสรุป และความหมายของถ้อยคำดังกล่าวให้ได้ความหมายที่แน่นอนที่สุดเท่าที่จะทำได้ เพื่อความสะดวกในการใช้กฎหมายให้เกิดความเป็นธรรมมากที่สุด⁴⁷

2.4 ทฤษฎีหลักในการกำหนดโทษทางอาญาและหลักการลงโทษ

การกำหนดโทษตามกฎหมายอาญามีแนวคิดมาจากสำนักต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นสำนักอาชญาวิทยาดั้งเดิม (Classic School of Criminology) ที่มีแนวคิดในการกำหนดโทษทางอาญาในลักษณะเคร่งครัดตามบทบัญญัติของกฎหมาย ผู้กระทำความผิดไม่ว่าจะเป็นเด็ก เยาวชนหรือผู้บรรลุนิติภาวะ ต้องได้รับการลงโทษอย่างเหมาะสมและเท่าเทียมกัน โดยไม่มีการเลือกปฏิบัติในการลงโทษ สำนักอาชญาวิทยาที่ดั้งเดิม (Neo-Classic School of Criminology) ที่มีแนวคิดในการกำหนดโทษสำหรับผู้กระทำความผิดโดยคำนึงถึงความแตกต่างของผู้กระทำความผิดแต่ละคน และตระหนักถึงความสำคัญในการศึกษาสาเหตุของการกระทำความผิดที่อาจมีความแตกต่างกัน ขึ้นอยู่กับลักษณะเฉพาะตัวของผู้กระทำความผิดแต่ละคน

2.4.1 ทฤษฎีในการกำหนดโทษตามกฎหมายอาญา

เมื่อมีการกระทำความผิดเกิดขึ้นในสังคม รัฐต้องหาวิธีในการกำหนดโทษเพื่อนำมาบังคับใช้กับผู้กระทำความผิด ซึ่งการลงโทษผู้กระทำความผิดมีที่มาจากทฤษฎีการกำหนดโทษหลากหลายทฤษฎีด้วยกัน ดังนี้

1) ทฤษฎีการกำหนดโทษเพื่อทดแทนให้สาสมกับความผิด (Retribution Theory) ทฤษฎีนี้เชื่อว่าบุคคลทุกคนมีเจตจำนงอิสระ (free will) ในการตัดสินใจที่จะกระทำการใด ๆ บุคคลนั้นจึงต้องรับผิดชอบต่อการกระทำของตน เมื่อมีการกระทำความผิดเกิดขึ้นก็ต้องรับโทษให้สาสม โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อรักษาความยุติธรรม และไม่ยอมให้มีเหตุผลโทษ เว้นแต่กรณีและผู้กระทำเป็นผู้เยาว์หรือคนวิกลจริตที่ไม่มีเจตจำนงอิสระอย่างเต็มที่ และไม่ลงโทษการกระทำที่ขาดเจตนา เพราะการกระทำดังกล่าวไม่มีการกำหนดเจตจำนง (will) ทฤษฎีดังกล่าวไม่ได้คำนึงถึงประโยชน์ในอนาคตว่าจะเป็นของส่วนรวมหรือของผู้กระทำ และหากเกิดประโยชน์ดังกล่าวขึ้นจริงก็ถือว่า

⁴⁷ เปี่ยมสุข นาคทอง, “ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการกำจัดสิทธิของผู้เคยต้องโทษจำคุกในการรับราชการ : ศึกษากรณีข้าราชการพลเรือนสามัญ,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ปริธี พนมยงค์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2556), น.49.

เป็นเพียงผลพลอยได้จากการลงโทษเท่านั้น และถ้าไม่เกิดประโยชน์ก็ไม่เป็นปัญหาเนื่องจากถือว่าผู้กระทำได้รับโทษจากการทำความผิดของตนแล้ว⁴⁸

การแก้แค้นทดแทน (Retribution) เป็นวัตถุประสงค์ในการลงโทษดั้งเดิมที่เกิดขึ้นในสมัยที่ยังไม่มีระบบรัฐทันสมัย การแก้แค้นส่วนตัว เป็นเรื่องที่ยอมรับได้ในสังคมดั้งเดิม (primitive society) กฎหมาย Lex Talionis หรือ Talion Law ได้จัดระเบียบการแก้แค้นให้ได้สัดส่วน โดยการกำหนดว่า “อาชญากรรมควรได้รับการลงโทษเสมอกับการบาดเจ็บและความเสียหายที่อาชญากรก่อให้เกิดกับผู้เสียหาย” กฎเกณฑ์ดังกล่าวต่อมาถูกเรียกว่าเป็น “กฎตาต่อตา (an eye for an eye principle)” ซึ่งความเข้าใจในปัจจุบันอาจมองว่าเป็นกฎแห่งการตอบโต้ที่รุนแรง แต่แท้จริงกฎเกณฑ์นี้เป็นที่มาแห่งหลักความได้สัดส่วน (proportionality principle) ที่ยังปรากฏอยู่ในหลักกฎหมายในปัจจุบัน และทำให้การแก้แค้นไม่เกินไปกว่าความเสียหายที่ผู้เสียหายได้รับ

โทษประหารชีวิตในคดีฆาตกรรมโดยเจตนา ยังคงสอดคล้องกับวัตถุประสงค์ในการลงโทษข้อนี้ เพราะญาติผู้ตายคงมีความรู้สึกต้องการแก้แค้นฆาตกร แต่โทษประหารชีวิตก็ไม่ได้สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ข้อนี้ทุกกรณี เช่น การประหารชีวิตผู้ค้ายาเสพติด ไม่ได้ตอบวัตถุประสงค์เรื่องการแก้แค้น แต่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์เรื่องการข่มขู่ยับยั้ง

ความรู้สึกแก้แค้น (vengeance) ยังคงมีอยู่ในใจผู้เสียหายทุกสังคมตั้งแต่อดีตสู่ปัจจุบัน ความแตกต่างคือ ในอดีตเปิดให้ผู้เสียหายแก้แค้นผู้กระทำความผิดเอง ในขณะที่สังคมปัจจุบันได้ยอมรับว่า “การแก้แค้นที่ยอมรับได้คือ การแก้แค้นในกระบวนการยุติธรรม” ผู้เสียหายที่ไม่เข้าสู่กระบวนการยุติธรรมและไปแก้แค้นส่วนตัวแบบดั้งเดิมก็จะได้รับการลงโทษทางอาญาเช่นกัน ดังนั้นหากกระบวนการยุติธรรมไม่สามารถที่จะให้ความเป็นธรรมกับผู้เสียหายได้ เพราะความขาดประสิทธิภาพ หรือความไม่เที่ยงธรรม เพราะอำนาจเงิน อิทธิพล พวกพ้อง เมื่อนั้นผู้เสียหายก็จะกลับไปสู่การแก้แค้นส่วนตัว ซึ่งทำให้สังคมวุ่นวายไม่มีที่สิ้นสุด⁴⁹

2) ทฤษฎีการกำหนดโทษเพื่อป้องกันความผิด (Deterrence Theory of Punishment) ทฤษฎีนี้มีแนวคิดมาจากกลุ่มอรรถประโยชน์นิยม (Utilitarianism) ที่มองว่าโทษทางอาญามีไว้เพื่อป้องกันหรือป้องปรามมิให้มีการกระทำความผิดเกิดขึ้น อันส่งผลให้ผู้กระทำความผิดเกิดความหวาดกลัว ไม่กล้ากลับมากระทำความผิดอีกและกลับตนเป็นคนดี ถือว่าเป็นการป้องกันเฉพาะรวมทั้งมีผลต่อบุคคลทั่วไปเพื่อให้ไม่เอาเป็นเยี่ยงอย่าง ถือว่าเป็นการป้องกันทั่วไป จึงต้องมีการลงโทษที่รุนแรงเพื่อให้นักโทษทั่วไปเกิดความเกรงกลัว ซึ่งอาจไม่เป็นการยุติธรรมแก่ผู้ต้องรับโทษ

⁴⁸ ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ, กฎหมายอาญาภาคทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 22 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2564), น.217.

⁴⁹ ปกป้อง ศรีสนิท, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 42, น.203-204.

ดังนั้น การปรับใช้แนวคิดดังกล่าวจึงต้องคำนึงความแตกต่างในลักษณะของความผิดโอกาสที่จะก่อให้เกิดการกระทำความผิด และการบังคับใช้กฎหมายอย่างสม่ำเสมอ⁵⁰

3) ทฤษฎีการกำหนดโทษเพื่อตัดนิสัยผู้กระทำความผิด (Reformation Theory) ทฤษฎีนี้มองว่าการลงโทษทางอาญาแก่บุคคล ไม่ว่าจะ เป็นโทษจำคุก โทษกักขัง โทษปรับ หรือโทษริบทรัพย์สินกเว้นโทษประหารชีวิต เป็นไปได้ว่าในอนาคตผู้ต้องรับโทษจะผ่านหรือพ้นจากโทษนั้น จึงเป็นสิ่งดีที่จะใช้การลงโทษดังกล่าวเพื่อแก้ไขปรับปรุงผู้กระทำความผิดไปด้วยในตัว เพราะการกระทำความผิดของบุคคลอาจเกิดจากนิสัยส่วนตัว ประกอบกับพฤติกรรมภายนอกสภาพแวดล้อม การเลี้ยงดู การศึกษาอบรมและโอกาสในการกระทำความผิด ดังนั้นการปรับปรุงแก้ไขบุคคลให้กลับตนเป็นคนดีได้เมื่อพ้นจากโทษจึงเป็นสิ่งที่ดี แม้ผู้กระทำความผิดแต่ละคนจะมีปัญหาที่แตกต่างกัน ก็ควรหาวิธีที่เหมาะสมที่สุดสำหรับผู้กระทำความผิดนั้น และทฤษฎีดังกล่าวได้พยายามหลีกเลี่ยงโทษจำคุกระยะสั้น และไม่พิจารณาว่าเป็นการลงโทษเพื่อป้องกันทั่วไป ตลอดจนไม่พิจารณาถึงความเสียหายที่ผู้กระทำความผิดได้ก่อให้เกิดขึ้น ทำให้เกิดข้อบกพร่อง คือ การคำนึงถึงเฉพาะการแก้ไขผู้กระทำความผิดนั้น จะเป็นการละเลยผู้ได้รับความเสียหาย อาจกลับกลายเป็นความอยุติธรรม เนื่องจากการที่บุคคลทั่วไปเห็นว่าผู้กระทำความผิดได้รับการดูแลเพื่อให้กลับกลายเป็นคนดี จึงเอาเป็นเยี่ยงอย่างในการกระทำความผิดเช่นนั้น เพื่อที่จะได้รับการดูแลและมีผู้รับฟังปัญหาของตนบ้าง ดังนั้นหากนำทฤษฎีดังกล่าวมาปรับใช้จำเป็นต้องคำนึงถึงการชดเชยให้แก่ผู้ได้รับความเสียหายมิได้กระทำความผิดด้วย⁵¹

4) ทฤษฎีการกำหนดโทษเพื่อตัดผู้กระทำความผิดออกไปจากสังคม (Incapacitation Theory) ทฤษฎีนี้เป็นวิธีการป้องกันสังคมจากผู้กระทำความผิด โดยแยกผู้กระทำความผิดออกไปจากสังคม อาจเป็นการแยกออกไปจากสังคมเป็นการชั่วคราว เช่น การจำคุก การกักขัง หรือการแยกออกไปจากสังคมเป็นการถาวร ได้แก่ การประหารชีวิต เพื่อตัดโอกาสมิให้ผู้กระทำความผิดกลับเข้ามากระทำความผิดในสังคมอีก⁵²

การตัดความสามารถในการกระทำความผิด การจำคุกเป็นการตัดความสามารถมิให้ผู้กระทำความผิดอีกภายในระยะเวลาที่อยู่ในเรือนจำ เช่นเดียวกันกับประหารชีวิตเป็นการตัดความสามารถมิให้ผู้กระทำความผิดตลอดไป การริบทรัพย์สินที่ได้ใช้หรือมิไว้เพื่อใช้ในการกระทำความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 33(1) สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ข้อนี้เช่นเดียวกัน และ

⁵⁰ ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 48*, น.217-218..

⁵¹ ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 48*, น.218.

⁵² ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 48*, น.219.

การนิยามลดความต้องการทางเพศให้กับผู้กระทำความผิดฐานข่มขืนก็เป็นการลงโทษรูปแบบใหม่ที่ใช้ในบางประเทศซึ่งสอดคล้องกับวัตถุประสงค์ข้อนี้⁵³

5) ทฤษฎีการกำหนดโทษเพื่อสร้างจิตสำนึก (Consciousness Theory) ทฤษฎีนี้มองว่าการลงโทษเพื่อเป็นการยับยั้งผู้กระทำความผิด อาจเป็นการสร้างจิตสำนึกของบุคคลทั่วไปให้ปฏิบัติตามกฎหมาย โดยการลงโทษเป็นการเตือนจิตสำนึกของบุคคลทั่วไปเพื่อมิให้มีการละเมิดต่อกฎหมาย เพราะโทษเป็นตัวชี้ให้เห็นว่าการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งเป็นสิ่งที่ถูกต้อง และการกระทำอย่างใดเป็นสิ่งที่ไม่ถูกต้อง ถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของการป้องกัน⁵⁴

2.4.2. หลักการลงโทษทางอาญา

โทษทางอาญาจะถูกกำหนดล่วงหน้าโดยฝ่ายนิติบัญญัติโดยการกำหนดเป็นระวางโทษ เช่น “...ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 10 ปี หรือปรับไม่เกิน 200,000 บาท หรือทั้งจำทั้งปรับ” เป็นต้น และเมื่อฝ่ายตุลาการพิพากษาจำเลยว่าเป็นผู้กระทำความผิดและสมควรต้องรับโทษ ฝ่ายตุลาการจะเป็นผู้กำหนดบทลงโทษที่แน่นอนให้กับผู้กระทำความผิดแต่ละคน ซึ่งจะพิจารณาถึงหลักการลงโทษทางอาญาทั้งหลักการกำหนดโทษทางอาญาของฝ่ายนิติบัญญัติและหลักการลงโทษทางอาญาของฝ่ายตุลาการ

2.4.2.1 จุดประสงค์ในการลงโทษ

กฎหมายอาญาควรพิจารณาว่าการที่กฎหมายอาญาลงโทษผู้กระทำความผิดนั้นมีจุดประสงค์หรือความมุ่งหมายอย่างไร ซึ่งจะกล่าวถึงทฤษฎีสองทฤษฎีกล่าวคือ

1) ทฤษฎีเด็ดขาด (absolute theory) หมายถึงทฤษฎีที่อ้างว่าเป็นทฤษฎีที่ถูกต้อง โดยไม่คำนึงถึงกาลเทศะหรือพฤติการณ์แวดล้อมใด ๆ ทั้งสิ้น กล่าวคือ เป็นทฤษฎีที่ยืนยันตนเองว่าถูกต้องไม่ว่าจะนำไปใช้ในสถานที่ใด เมื่อใด หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งว่า เป็นทฤษฎีที่ใช้ได้เสมอไป และใช้ได้ตลอดไป

ในส่วนที่เกี่ยวกับจุดประสงค์ในการลงโทษนั้น ทฤษฎีเด็ดขาดถือว่าการที่กฎหมายอาญาบัญญัติให้ลงโทษผู้กระทำความผิดนั้นเพราะเหตุที่ได้มีการกระทำความผิดเกิดขึ้นอย่างเดียวกกล่าวคือจะต้องมีการลงโทษเพื่อให้มีการตอบแทนแก่แก่นที่ถูกต้องต่อผู้กระทำความผิด ผู้ที่มีความเห็นเช่นนี้ที่สำคัญมีดังนี้

คันท (Kant) เห็นว่า โทษเป็นสิ่งที่จำเป็นในทางความรู้สึกผิดชอบ โทษเป็นการตอบแทนความยุติธรรมที่ถูกประทุษร้าย คันทได้ยกตัวอย่างว่า ในเกาะ ๆ หนึ่งมีเหตุการณ์เกิดขึ้นซึ่งทำ

⁵³ ปกป้อง ศรีสนิท, *อรรถกถา ประมวลกฎหมายอาญา* 42, น.204-205.

⁵⁴ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, *อรรถกถา ประมวลกฎหมายอาญา* 48, น.219.

ให้พลเมืองในเกาะนี้ทุกคนจำเป็นต้องสละเกาะนั้น ปัญหาที่ว่าถ้ามีนักโทษที่จะต้องถูกประหารชีวิตอยู่ในเกาะนั้นคนหนึ่ง จะต้องประหารชีวิตนักโทษนั้นก่อนที่ชาวเกาะจะสละทิ้งเกาะนั้นหรือไม่ ความจริงถ้าฝูงชนจะปล่อยให้ให้นักโทษที่จะต้องถูกประหารชีวิตอยู่ในเกาะนั้นต่อไป นักโทษนั้นก็จะเป็นภัยอันตรายต่อชาวเกาะแต่อย่างใด เพราะชาวเกาะจะสละทิ้งเกาะนั้นอยู่แล้ว แต่กระนั้นคันทียังเห็นว่าชาวเกาะจะต้องดำเนินการประหารชีวิตนักโทษที่จะต้องถูกประหารชีวิตนั้นเสียก่อนที่จะออกจากเกาะ ทั้งนี้เพื่อความยุติธรรมคันทียังเห็นว่า ถ้าชาวเกาะจะไม่ประหารชีวิตนักโทษนั้นแล้ว เท่ากับยังไม่ได้ตอบแทนความยุติธรรมที่ถูกประทุษร้ายไปแล้ว

เฮเกิล (Hegel) เห็นว่า การกระทำความผิดอาญาเป็นการปฏิเสธกฎหมาย ฉะนั้นจึงเป็นความจำเป็นจะต้องตอบแทนต่อผู้ปฏิเสธกฎหมายด้วยการลงโทษ

สตาล (Stahl) เป็นผู้นับถือศาสนาอิสลาม โดยเคร่งครัด และโดยเหตุนี้จึงเห็นว่าจุดประสงค์ในการลงโทษก็คือเพื่อปฏิบัติให้เป็นไปตามข้อบังคับของพระเจ้า

2) ทฤษฎีสัมผัส ทฤษฎีนี้ถือว่าทุกสิ่งทุกอย่างในโลกนี้ไม่เค็ดขาด ทฤษฎีนี้ย่อมถูกต้องต่อเมื่อคำนึงถึงกาลเทศะและพฤติกรรมแวดล้อมต่าง ๆ เช่น ถ้าเราอยู่ในที่มีแดดออกมากในห้องที่มีแสงสว่างเราจะรู้สึกสว่าง เพราะเราอยู่ในที่มีแดดมาก่อน แต่ถ้าเราอยู่ในที่กลางแจ้งมาก่อนแล้วเข้าไปอยู่ในห้องที่มีแสงสว่าง ๆ เราก็จะบอกว่าห้องนั้นมีมืด ซึ่งถูกทั้งสองอย่าง เพราะกาลเทศะและพฤติกรรมแวดล้อมทำให้เรารู้สึกไปเช่นนั้น

ในส่วนที่เกี่ยวข้องแก่จุดประสงค์ของการลงโทษ ทฤษฎีสัมผัสนั้นไม่ได้พิจารณาในแง่ของการกระทำความผิด แต่ได้พิจารณาในแง่ที่ว่าควรลงโทษอย่างไรจึงจะเกิดประโยชน์ และโดยเหตุนี้การลงโทษจึงต้องคำนึงถึงตัวผู้กระทำความผิดกับเพื่อนมนุษย์อื่น ๆ โทษนั้นควรจะมีผลเป็นการกระทำให้ผู้กระทำความผิดหวาดกลัว ทำให้ผู้กระทำความผิดกลับตนเป็นคนดี หรือทำให้สังคมปลอดภัยจากการกระทำความผิด ทั้งนี้เพื่อเป็นการป้องกันขัดขวางมิให้มีการกระทำความผิดเกิดขึ้นอีก การที่จะป้องกันขัดขวางมิให้การกระทำความผิดเกิดขึ้นอีกนั้นมิใช่สองประการ กล่าวคือ

2.1) ป้องกันทั่วไป เป็นการลงโทษต้องเป็นการป้องกันมิให้บุคคลทุก ๆ คนกระทำความผิด ทั้งนี้หมายความว่าต้องลงโทษเพื่อให้บุคคลทุก ๆ คนหวาดกลัว ไม่กล้ากระทำความผิดอย่างเดียวกันนั้นขึ้นอีก หรือจะกล่าวอีกอย่างหนึ่งก็คือต้องลงโทษผู้กระทำความผิดเพื่อให้เป็นแบบอย่างซึ่งบังคับจิตใจบุคคลทั่วไปที่จะคิดกระทำความผิดอย่างเดียวกันในห้วงวันความผิดนั้น ๆ ด้วย

2.2) ป้องกันพิเศษ เป็นการลงโทษ ป้องกันผู้กระทำความผิดนั่นเอง ไม่ให้กระทำความผิดซ้ำขึ้นอีก ทั้งนี้เพราะการกระทำความผิดเกิดขึ้นแล้ว เช่น ความผิดฐานฆ่าคนตายผู้ที่ถูกฆ่าได้ตายไปแล้ว จะลงโทษผู้กระทำความผิดอย่างไรที่ตายไปแล้วก็ฟื้นไม่ได้ ฉะนั้นการลงโทษจึงควร

จะป้องกันมิให้ผู้กระทำความผิดนั้นเองกล่าวกระทำความผิดนั้นขึ้นอีก ทฤษฎีที่บอกว่าการลงโทษเป็นการป้องกันพิเศษแยกออกได้เป็นสามทฤษฎีด้วย กล่าวคือ

2.2.1) ทฤษฎีที่ว่า การลงโทษควรจะเป็นการกระทำให้หวาดกลัว เจ้าของทฤษฎีนี้คือ โกรลมัน (Grolmann) ซึ่งมีความเห็นว่า การลงโทษควรจะทำให้ผู้กระทำความผิดนั้นเองหวาดกลัวไม่กล้ากระทำความผิดนั้นอีก

2.2.2) ทฤษฎีที่ว่า การลงโทษควรจะเป็นการกระทำให้ผู้กระทำความผิดกลับตน เจ้าของทฤษฎีนี้คือ เรแดร์ (Raeder) ซึ่งมีความเห็นว่า จะต้องลงโทษเพื่อให้ผู้กระทำความผิดนั้นเองกลับตนเป็นคนดี เพื่อผู้กระทำความผิดจะได้กลับตนเป็นผู้เหมาะสมที่จะเข้าสู่สังคมอย่างเดิม

2.2.3) ทฤษฎีที่ว่า การลงโทษควรจะเป็นการทำให้สังคมปลอดภัย ทั้งนี้หมายความว่า การลงโทษเป็นการทำให้สังคมพ้นจากภัยอันตราย อันจะพึงบังเกิดขึ้นจากการกระทำความผิดของผู้กระทำความผิดซ้ำอีกในเวลาภายหลัง⁵⁵

2.4.2.2 การกำหนดโทษในกฎหมายโดยฝ่ายนิติบัญญัติ

เมื่อผู้ร่างกฎหมายจะกำหนดโทษเพื่อใช้กับฐานความผิดใหม่ ๆ คือ ควรใช้โทษจำคุกหรือโทษปรับเพื่อลงโทษกับการกระทำที่เป็นความผิดรูปแบบใหม่นั้น และโทษจำคุกหรือปรับควรเป็นเท่าใด แนวปฏิบัติจะเทียบกับกฎหมายต่างประเทศในความผิดใกล้เคียงกันและเทียบกับกฎหมายไทยที่พอเทียบเคียงกันได้ อย่างไรก็ดี หลักการกำหนดความผิดและโทษสามารถช่วยกำหนดประเภทและความหนักเบาของโทษได้

ในยุคแรกกฎหมายฝรั่งเศสจะจัดความผิดอาญาและโทษเป็น 2 กลุ่ม โดยพิจารณาจากความรุนแรงของผู้กระทำ คือ อาชญากรใหญ่ (le grand criminel) และ อาชญากรเล็ก (le petit criminel) โดยมีแนวคิดพื้นฐานจากการแบ่งแยกดังกล่าวจากความเสียหายที่อาชญากรก่อขึ้น โดยอาชญากรใหญ่เป็นลักษณะของการกระทำความผิดที่กระทบกระเทือนรัฐ ดังนั้นโทษที่จะลงแก่อาชญากรใหญ่จึงเป็นโทษที่รุนแรง และต้องเป็นการลงโทษที่เป็นตัวอย่างเพื่อข่มขู่มิให้มีการก่ออาชญากรรมเลียนแบบ แนวคิดในการกำหนดโทษกับอาชญากรใหญ่นี้จะสอดคล้องกับแนวคิดการลงโทษแบบข่มขู่ “อาชญากรเล็ก” เป็นอาชญากรที่กระทบกระเทือนผู้เสียหายเป็นหลัก ดังนั้นโทษที่จะลงกับอาชญากรเล็กจึงเป็นโทษที่เน้นไปทางแก้ไขปรับปรุงมากกว่าการข่มขู่ แนวคิดการลงโทษอาชญากรเล็กจึงสอดคล้องกับแนวคิดการลงโทษแบบแก้ไขฟื้นฟู⁵⁶

⁵⁵ หยุต แสงอุทัย, กฎหมายอาญา ภาคทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 11 (กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2516), น.399-402.

⁵⁶ ปกป้อง ศรีสนิท, อ่างแล้ว เจริญรอดที่ 42, น.207-209.

แนวคิดการฟื้นฟูแก้ไขผู้กระทำความผิด คือวัตถุประสงค์ในการลงโทษที่สอดคล้องกับหลักสิทธิมนุษยชนมากที่สุด และหากการฟื้นฟูสำเร็จสังคมจะได้ประโยชน์จากการลงโทษดังกล่าว เพราะผู้กระทำความผิดจะไม่หวนกลับไปกระทำความผิดอีก ฝ่ายที่นิยมในวัตถุประสงค์ข้อนี้มองว่า อาชญากรทุกคนเป็นเสมือนผู้ป่วยที่สามารถฟื้นฟูแก้ไขรักษาได้ และสามารถให้อาชญากรที่แก้ไขแล้วกลับเข้าสู่สังคมได้ แต่อย่างไรก็ตามการฟื้นฟูอย่างเดี๋ยวจาไม่มีผลถึงการยับยั้งอาชญากรรมเลียนแบบ เพราะผู้ที่ไม่เคยทำผิดอาจไม่เกรงกลัวต่อมาตรการการลงโทษที่มีแต่มีผิดของการฟื้นฟูแต่เพียงอย่างเดียว นอกจากนี้การฟื้นฟูในเรือนจำที่ประสบความสำเร็จทำให้ผู้กระทำความผิดกลับตัวกลับใจเป็นคนดีแล้ว แต่เมื่อพ้นโทษเรือนจำก็ปล่อยให้พ้นโทษนั้นออกไปเผชิญสภาพสังคมภายนอกเองโดยไม่มีเตรียมตัว ผู้พ้นโทษก็จะถูกสังคมตีตราไป⁵⁷

นอกจากนี้ในยุคแรกกฎหมายฝรั่งเศสก็กำหนดความผิดอีกประเภทหนึ่งที่เป็น “ความผิดเล็กน้อยต่อตำรวจ” ซึ่งกลุ่มความผิดนี้น่าจะเป็นต้นกำเนิดของความผิดลหุโทษในเวลาต่อมานั่นเอง ซึ่งผู้กระทำความผิดลหุโทษจะไม่เรียกว่าเป็นอาชญากร เพราะเป็นการกระทำความผิดที่ฝ่าฝืนกฎระเบียบของสังคมเท่านั้น

ต่อมาเมื่อประเทศฝรั่งเศสร่างประมวล Brumaire an IV (ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา) ใช้บังคับเมื่อ 25 ตุลาคม ค.ศ. 1795 ประมวลกฎหมายนี้เป็นจุดเริ่มต้นของแนวคิดการแยกโทษเป็น 3 กลุ่มคือ โทษตำรวจ โทษแก้ไข และโทษรุนแรง เมื่อประกาศใช้ประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศส ค.ศ. 1810 ในสัญญาญโปเลียนการแบ่งแยกความผิดและโทษเป็น 3 กลุ่ม ได้รับการยอมรับทั้งในแง่มุมมองของการกำหนดความผิดและการกำหนดโทษ โดยประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศสได้แยกความผิดและโทษเป็น 3 กลุ่มคือ ความผิดโทษรุนแรง ความผิดโทษชั้นกลาง และความผิดลหุโทษ ซึ่งแต่ละกลุ่มก็มีรูปแบบการลงโทษที่แตกต่างกันออกไป

ท้ายที่สุดเมื่อร่างประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศสฉบับปัจจุบันในปี ค.ศ. 1992 แนวคิดการกำหนดความผิดและโทษเป็น 3 กลุ่มก็ยังคงไว้เหมือนเดิม และเรียกชื่อแบบเดียวกันกับประมวลกฎหมายอาญาฉบับก่อน คือ ความผิดโทษรุนแรง ซึ่งจะมีโทษจำคุกตั้งแต่ 10 ปีขึ้นไป ความผิดโทษชั้นกลาง ซึ่งจะมีโทษจำคุกไม่เกิน 10 ปี และความผิดลหุโทษจะมีแค่โทษปรับและจำกัดสิทธิเท่านั้น

58

2.4.2.3 การลงโทษโดยคำพิพากษาของฝ่ายตุลาการ

⁵⁷ ปกป้อง ศรีสนิท, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 42*, น.205.

⁵⁸ ปกป้อง ศรีสนิท, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 42*, น.208.

แม้ฝ่ายนิติบัญญัติจะกำหนดขนาดบทลงโทษอย่างกว้างไว้ในกฎหมาย ฝ่ายตุลาการก็จะต้องมีดุลพินิจที่จะปรับใช้โทษในกฎหมายให้เหมาะสมกับผู้กระทำความผิดแต่ละราย โดยฝ่ายตุลาการจะคำนึงถึงทั้งเหตุภาวะวิสัย (objective cause) เช่น ขนาดความเสียหายของอาชญากรรมที่เกิดขึ้นต่อสังคม และเหตุอัตวิสัย (subjective cause) เช่น ลักษณะส่วนตัวของผู้กระทำความผิดว่ามีลักษณะร้ายแรงมากน้อยเพียงใด

1) การคำนึงถึงเหตุภาวะวิสัยในการลงโทษ

Cesare Beccaria ได้กล่าวว่า “ขนาดที่แท้จริงของอาชญากรรมคือความเสียหายที่เกิดขึ้นต่อสังคม ตามแนวคิดของ Beccaria หากอาชญากรสร้างความเสียหายมาก ก็ควรจะถูกลงโทษหนักตรงกันข้ามหากอาชญากรสร้างความเสียหายไม่มาก ก็ควรถูกลงโทษเบา แนวคิดของ Beccaria ได้รับการยอมรับอย่างกว้างขวางและนำมาอธิบายให้สอดคล้องกับหลักความได้สัดส่วนในการลงโทษแบบคลาสสิก และต่อมาถูกขยายผลเป็นหลักความได้สัดส่วน โดยพิจารณาถึงโอกาสแห่งการเกิดความผิด โดยกลุ่มที่มีแนวคิดทางนิติเศรษฐศาสตร์

1.1) หลักความได้สัดส่วนในการลงโทษแบบคลาสสิก

แนวคิดของ Beccaria สอดคล้องกับหลักความได้สัดส่วนในการลงโทษ (Principle of proportionality) ในสหรัฐอเมริกาศาลฎีกาและศาลมลรัฐใช้การทดสอบที่เรียกว่า “proportionality test” เพื่อนำมาใช้ประกอบดุลพินิจในการลงโทษในความผิดต่าง ๆ ให้สอดคล้องกับหลักความได้สัดส่วน โดยการทดสอบดังกล่าวใช้เกณฑ์ 3 ข้อ อาจกล่าวได้ว่า หลักความได้สัดส่วนในการลงโทษแบบคลาสสิกพิจารณาแต่เหตุภาวะวิสัยแบบแคบ เพราะมุ่งพิจารณาแต่เพียงขนาดความเสียหายที่อาชญากรได้ก่อขึ้นและนำมากำหนดโทษหนักเบาให้ได้สัดส่วนกับความเสียหายที่เกิดขึ้นต่อสังคม

ในประเทศไทยประมวลกฎหมายอาญาได้กำหนดบทลงโทษไว้สอดคล้องกับทฤษฎีของ Beccaria ด้วยเช่นกัน เช่นในความผิดพื้นฐานเกี่ยวกับทรัพย์ในมาตรา 334 มาตรา 336 มาตรา 339 และมาตรา 340 โทษจำคุกจะรุนแรงขึ้นตามลำดับความเสียหายที่ผู้กระทำได้ก่อขึ้น

1.2) หลักความได้สัดส่วนในการลงโทษโดยพิจารณาถึงโอกาสที่เกิดความผิด

แนวคิดของ Beccaria ได้ถูกนำมาต่อยอดโดยแนวคิดใหม่เชิงนิติศาสตร์ แนวคิดนี้เห็นว่าการพิจารณาความเสียหายที่แท้จริง เพื่อประกอบดุลพินิจในการลงโทษจะพิจารณาจากส่วนผสมของขนาดความเสียหายที่อาชญากรรมได้ก่อขึ้น (magnitude of harm) กับโอกาสในการเกิดความเสียหาย (probability of harm) การนำขนาดความเสียหายและโอกาสของความเสียหายมาพิจารณาเพื่อความเสียหายที่แท้จริงก็เป็นการพิจารณาแบบภาวะวิสัยเช่นเดียวกัน แต่เปิดมุมมองให้กว้างขึ้นกว่าแบบคลาสสิก โดยนำปัจจัยเรื่องโอกาสของความเสียหายมาพิจารณาด้วย ซึ่งสะท้อนให้เห็นว่า

ความคิดใดที่เกิดขึ้นบ่อยซึ่งแสดงว่าโอกาสในการเกิดความผิดนั้นมีมาก ย่อมสร้างความเสียหายที่แท้จริงให้กับสังคมมาก จึงควรลงโทษหนักเพื่อยับยั้งอาชญากรรมนั้น เช่นเดียวกันกับความผิดที่เราเรียกว่า “คดีนโยบาย” ซึ่งจะต้องถูกลงโทษหนัก โดยในแต่ละท้องที่และแต่ละช่วงเวลาก็จะมีโอกาสเกิดคดีนโยบายต่างกัน และส่งผลให้ความเสียหายที่แท้จริงต่อสังคมต่างกันเช่นเดียวกัน

2) การคำนึงถึงเหตุอรรถวิสัยในการลงโทษ

การกระทำความคิดที่สร้างความเสียหายกับสังคมเท่ากัน ศาลอาจใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษให้ต่างกัน ได้ เพราะเหตุว่าผู้กระทำความผิดมีลักษณะส่วนตัวที่แตกต่างกัน เช่น ผู้กระทำความผิดคนหนึ่งทำผิดเพราะไม่ยำเกรงต่อกฎหมาย ควรลงโทษหนักกว่าผู้กระทำความผิด เพราะรู้เท่าไม่ถึงการณ์ เป็นต้น หลักการนี้เรียกว่า “หลักการใช้โทษให้เหมาะสมกับผู้กระทำความผิด” ซึ่งหลักการนี้จะคำนึงถึงลักษณะส่วนตัวของผู้กระทำความผิด หรือพิจารณาจากเหตุอรรถวิสัยของผู้กระทำความผิดซึ่งอาจแตกต่างกัน ในฝรั่งเศสศาลจะเป็นผู้มีอำนาจตั้งโดยคำนึงถึงเหตุส่วนตัวของนักโทษว่ามีอันตรายต่อสังคมอยู่หรือไม่และพร้อมที่จะกลับไปใช้ชีวิตในสังคมแล้วหรือไม่ หากเปรียบเทียบกฎหมายและแนวทางปฏิบัติของไทย พบว่าการคำนึงถึงลักษณะส่วนตัวของผู้กระทำความผิดมาประกอบดุลพินิจในการลงโทษยังมีข้อจำกัดอยู่บางประการ กล่าวคือในบทบัญญัติของกฎหมายไทยไม่ได้แสดงหลักการดังกล่าวแบบในประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศส

นอกจากนี้ในทางปฏิบัติการใช้ยี่ตอกเพื่อป้องกันมิให้ผู้พิพากษาแต่ละคนลงโทษผู้กระทำความผิดแบบเดียวกันด้วยโทษที่แตกต่าง กลับเป็นสิ่งที่มาจำกัดการใช้ดุลพินิจของผู้พิพากษาในการใช้โทษให้เหมาะสมกับผู้กระทำความผิดแต่ละราย

การใช้โทษทางอาญาของฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายตุลาการต่างอยู่บนพื้นฐานของหลักเกณฑ์เบื้องหลัง ฝ่ายนิติบัญญัติจะแยกพิจารณาการกระทำความผิดว่าเป็นอาชญากรใหญ่หรืออาชญากรเล็ก เพื่อกำหนดรูปแบบและขนาดการลงโทษให้เหมาะสมกับประเภทอาชญากรดังกล่าว โดยอาชญากรส่วนใหญ่ควรได้รับการลงโทษที่รุนแรง เพื่อยับยั้งไม่ให้เกิดการเลียนแบบ อันจะเป็นการคุ้มครองสังคมให้ปลอดภัยจากความเสียหายที่อาชญากรใหญ่สร้างขึ้น ในขณะที่อาชญากรเล็กจะลงโทษเพื่อการฟื้นฟูแก้ไขผู้กระทำความผิดและให้กลับเข้าสู่สังคมได้ ฝ่ายตุลาการเมื่อจะกำหนดรูปแบบและขนาดบทลงโทษเพื่อใช้กับผู้กระทำความผิดในแต่ละคดี ต้องคำนึงถึงทั้งเหตุทางภาวะวิสัยและเหตุทางอรรถวิสัย ในเรื่องความได้สัดส่วนในการลงโทษ และการปรับใช้โทษให้เหมาะสมกับผู้กระทำความผิดแต่ละคน ซึ่งหากใช้เหตุทางภาวะวิสัยประกอบกับเหตุทางอรรถวิสัยอย่างครบถ้วนในการกำหนดโทษทางอาญา การลงโทษผู้กระทำความผิดจะเกิดประโยชน์ทั้งในการ

รักษาความสงบเรียบร้อยของสังคม พื้นฟูแก้ไขผู้กระทำความผิดให้กลับเข้าไปใช้ชีวิตอย่างปกติสุขในสังคม⁵⁹

2.4.3 หลักการลงโทษให้เหมาะสมกับผู้กระทำความผิด

หลักการลงโทษให้เหมาะสมกับตัวผู้กระทำความผิด (Individualization) คือ จะต้องมีการกำหนดโทษให้เหมาะสมกับตัวผู้กระทำความผิด โดยพิจารณาถึงความจริงว่า มนุษย์แต่ละคนมีความสามารถไม่เท่าเทียมกันในการรับผิดชอบ ทั้งยังมีบุคคลหลายประเภทที่ควรได้รับการลดโทษหรือไม่ต้องรับโทษเลย การลงโทษตามแนวความคิดนี้มุ่งเน้นที่ตัวผู้กระทำความผิดโดยตรงหาได้ต้องการให้มีผลถึงบุคคลอื่นไม่ โดยมุ่งที่จะปรับปรุงแก้ไขอบรมบ่มนิสัยของผู้กระทำความผิดให้สามารถกลับตนเป็นพลเมืองดีและกลับคืนสู่สังคมได้ เพราะการลงโทษโดยการทำให้ผู้กระทำความผิดได้รับความยากลำบากหรือได้รับผลร้าย ในบางกรณีก็ไม่เหมาะสมกับตัวผู้กระทำความผิดและไม่สามารถทำให้ผู้กระทำความผิดประพฤติตัวดีขึ้นได้ การลงโทษให้เหมาะสมกับความผิดมีแนวคิดที่ตั้งอยู่บนพื้นฐานที่ว่า การที่มนุษย์แต่ละคนกระทำผิดนั้น ย่อมมาจากบุคลิก ลักษณะอุปนิสัยของผู้กระทำความผิด และพฤติการณ์ภายนอก

หลักการปรับใช้โทษให้เหมาะสมกับผู้กระทำความผิดนี้ได้รับการรับรองไว้ในข้อ 8 แห่งคำประกาศสิทธิมนุษยชนและสิทธิพลเมืองฝรั่งเศส 1789 โดยตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสให้คำอธิบายว่า “โทษทางอาญาจะถูกนำมาใช้เมื่อบัญญัติไว้โดยชัดแจ้ง โดยคำนึงถึงสถานการณ์ที่เหมาะสมในแต่ละการกระทำ หลักการนี้ห้ามศาลใช้การลงโทษแบบอัตโนมัติ (Peine automatique) ซึ่งแสดงให้เห็นว่าศาลฝรั่งเศสต้องคำนึงถึงเหตุผลอันดีและเหตุภาวะวิสัยก่อนจะกำหนดประเภทและความหนักเบาของโทษทุกกรณี แต่หลักการดังกล่าวมีข้อยกเว้นบางประการ เช่น หากฝ่ายนิติบัญญัติกำหนดในกฎหมายให้ใช้วิธีการเพื่อความปลอดภัยสำหรับการกระทำผิดบางฐานก็สามารถทำได้ไม่ขัดหรือแย้งกับหลักการนี้ เช่น กฎหมายกำหนดให้เพิกถอนใบขับขี่ในกรณีผู้กระทำความผิดบางฐานเกี่ยวกับการจราจร หรือในกรณีที่ฝ่ายนิติบัญญัติกำหนดโทษขั้นต่ำในบางสถานการณ์ เช่น สถานการณ์ที่ผู้กระทำความผิดซ้ำ (Recidive) ซึ่งโดยทั่วไปแล้วกฎหมายอาญาฝรั่งเศสจะไม่กำหนดโทษขั้นต่ำเพราะจะแย้งกับหลักการปรับใช้โทษให้เหมาะสมกับผู้กระทำความผิดแต่ละคน

“การกำหนดโทษให้เหมาะสมสำหรับผู้กระทำความผิดเป็นราย ๆ (Individualization) เป็นทฤษฎีกฎหมายอาญาที่นำมาใช้ 3 ตอน

⁵⁹ ปกป้อง ศรีสนิท, *อ้าวแล้ว เจริญรอดที่ 42*, น.213-215.

ขั้นตอนแรก คือ การกำหนดขนาดของการลงโทษในกฎหมาย ตัวอย่างเช่น การที่กฎหมายกำหนดให้ผู้กระทำความผิดที่เป็นเด็กหรือเยาวชนให้ได้รับการยกเว้นโทษ หรือให้ได้รับการลดโทษกึ่งหนึ่งหรือหนึ่งในสามตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 73 ถึงมาตรา 76

ขั้นตอนสอง คือ การใช้ดุลพินิจกำหนดโทษโดยคำพิพากษา หมายถึง ศาลมีดุลพินิจที่จะกำหนดโทษในคำพิพากษาให้จำเลยแต่ละคน โดยคำนึงถึงพฤติการณ์และคดีและลักษณะส่วนตัวของผู้กระทำความผิดแต่ละคน ซึ่งศาลไทยใช้ขั้นตอนนี้อย่างจำกัดโดยการยึดถือ “ยี่ต็อก” เป็นหลักในการกำหนดโทษ

ขั้นตอนสาม คือ การปรับใช้โทษให้เหมาะสมกับผู้กระทำความผิดแต่ละคน หมายถึง เมื่อผู้กระทำความผิดรับโทษในเรือนจำ ศาลมีอำนาจที่จะปรับใช้โทษให้เหมาะสมกับพฤติกรรมของนักโทษ เช่น การลดวันต้องโทษ การพักการลงโทษแบบมีเงื่อนไข ซึ่งในระบบกฎหมายของไทย ผู้ทำหน้าที่ปรับใช้โทษให้เหมาะสมกับพฤติกรรมของนักโทษคือ กรมราชทัณฑ์ โดยไม่ใช้ระบบศาลแบบในประเทศฝรั่งเศส นอกจากนี้ยังน่าจะนำมาใช้ต่อนักโทษพ้นโทษแล้วผ่านกระบวนการลบหรือปกปิดประวัติอาชญากร สำหรับผู้กระทำความผิดที่กลับตัวได้แล้วอีกด้วย⁶⁰

ดังนั้นแบบแห่งการประพฤตินักโทษย่อมมีลักษณะแตกต่างกันไปด้วยซึ่งอาจเป็นไปได้ในทิศทางที่เข้ากับสังคมหรืออาจเป็นปฏิปักษ์ต่อสังคม นักจิตวิทยาจึงเชื่อว่า ลักษณะของความประพฤติอันเป็นปฏิปักษ์ต่อสังคมมีปรากฏอยู่ในตัวบุคคลทุกคนซึ่งหมายความว่าบุคคลทุกคนมีความเอนเอียงไปในทางประกอบอาชญากรรมด้วยกันทั้งสิ้น

อย่างไรก็ดี สิ่งแวดล้อมก็เป็นอีกปัจจัยหนึ่งที่มีผลต่อการตัดสินใจของบุคคลในการกระทำความผิด โดยสิ่งแวดล้อมจะเป็นตัวกระตุ้นการตัดสินใจของบุคคลให้กระทำความผิด ไม่ว่าจะบุคคลนั้นจะมีความคิดที่จะกระทำความผิดอยู่ก่อนแล้วหรือไม่ โดยหลักความเป็นจริงแล้วมนุษย์ก็ต้องปฏิบัติตามกฎหมายและต้องปฏิบัติตามที่ถูกต้องตามกฎหมาย แต่ในการตัดสินใจของบุคคลเพื่อกระทำการใดนั้นย่อมขึ้นอยู่กับพื้นฐานทางจิตใจของแต่ละบุคคลซึ่งแตกต่างกันไปในแต่ละบุคคล โดยสิ่งแวดล้อมเป็นปัจจัยหนึ่งที่มากระตุ้นให้คนกระทำความผิด ดังนั้นการกระทำความผิดของบุคคลจึงมีสิ่งแวดล้อมเข้ามาเกี่ยวข้องด้วย ตัวอย่างเช่น บุคคลที่พักอาศัยอยู่ในชุมชนแออัดมักพบเห็นการกระทำความผิดฐานวิ่งราวทรัพย์อยู่เป็นประจำจนเกิดความเคยชิน ทำให้เกิดการเลียนแบบอาชญากรขึ้น โดยได้ลงมือกระทำความผิดเช่นนั้นบ้าง เป็นต้น ประกอบกับอิสระและเสรีภาพเป็น

⁶⁰ ปกป้อง ศรีสนิท, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 42*, น.145-147.

สิ่งที่สำคัญและมีอยู่ในการกระทำของบุคคล ฉะนั้นบุคคลจะกระทำความผิดหรือไม่จึงขึ้นอยู่กับ การเลือกตัดสินใจของตนเองเป็นสำคัญ⁶¹

2.4.4 แนวทางในการออกกฎหมาย พัฒนากฎหมายและปรับปรุงแก้ไขกฎหมาย

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 77⁶² สร้างแนวทางในการ ออกกฎหมาย พัฒนากฎหมาย และปรับปรุงแก้ไขกฎหมายเป็นครั้งแรกในระบบกฎหมายไทย ซึ่ง หลักการในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 77 นี้สอดคล้องกับสิ่งที่ Portalis (หนึ่งในสี่ผู้ร่างประมวลกฎหมายแพ่งประเทศฝรั่งเศสที่ใช้มานานกว่า 200 ปี และยังคงใช้ มาถึงปัจจุบัน และเป็นต้นแบบประมวลกฎหมายแพ่งในหลายประเทศด้วย) กล่าวคือ “*ต้องไม่มี กฎหมายที่ไม่จำเป็น เพราะกฎหมายที่ไม่จำเป็นจะทำลายความศักดิ์สิทธิ์ของกฎหมายและฝ่ายนิติ บัญญัติ*” หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือ “*ควรทำให้กฎหมายเป็นเพชรที่มีน้อย มีราคา และบังคับได้จริง คนจะได้สนใจ และไม่ควรออกกฎหมายให้เกลื่อนกลาดแบบเม็ดกรวดทรายที่มีคนไม่สนใจ*”

เนื่องจากที่ผ่านมาประเทศไทยมีกฎหมายอาญาที่ไม่จำเป็นหลายฉบับ สาเหตุประการ หนึ่งอันเนื่องมาจากนักกฎหมายไทยในยุคก่อนไม่ค่อยถนัดกฎหมายมหาชน เวลาต้องการออก กฎหมายเพื่อให้ประชาชนปฏิบัติตามก็ไม่รู้จักสภาพบังคับทางปกครอง รู้จักแต่โทษทางอาญา เช่น จำคุก ปรับ นอกจากนี้โทษทางอาญาเป็นสภาพบังคับที่มีประสิทธิผลมักทำให้คนเกรงกลัว สภาพ

⁶¹ อัจฉริยา ชูตินันท์, อาชญาวิทยาและทัณฑวิทยา, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์ วิญญูชน, 2563), น.234-235.

⁶² รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560, มาตรา 77 บัญญัติว่า รัฐพึงจัดให้มีกฎหมาย เพียงเท่าที่จำเป็น และยกเลิกหรือปรับปรุงกฎหมายที่หมดความจำเป็นหรือไม่สอดคล้องกับสภาพการณ์ หรือที่ เป็นอุปสรรคต่อการดำรงชีวิตหรือการประกอบอาชีพโดยไม่ชักช้าเพื่อไม่ให้เป็นการแก่ประชาชน และ ดำเนินการให้ประชาชนเข้าถึงตัวบทกฎหมายต่าง ๆ ได้โดยสะดวกและสามารถเข้าใจกฎหมายได้ง่ายเพื่อปฏิบัติ ตามกฎหมายได้อย่างถูกต้อง

ก่อนการตรากฎหมายทุกฉบับ รัฐพึงจัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นของผู้เกี่ยวข้อง วิเคราะห์ผลกระทบ ที่อาจเกิดขึ้นจากกฎหมายอย่างรอบด้านและเป็นระบบ รวมทั้งเปิดเผยผลการรับฟังความคิดเห็นและการ วิเคราะห์นั้นต่อประชาชน และนำมาประกอบการพิจารณาในกระบวนการตรากฎหมายทุกขั้นตอน เมื่อกฎหมายมี ผลใช้บังคับแล้ว รัฐพึงจัดให้มีการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมายทุกกรอบระยะเวลาที่กำหนดโดยรับฟังความ คิดเห็นของผู้เกี่ยวข้องประกอบด้วย เพื่อพัฒนากฎหมายทุกฉบับให้สอดคล้องและเหมาะสมกับบริบทต่าง ๆ ที่ เปลี่ยนแปลงไป

รัฐพึงใช้ระบบอนุญาตและระบบคณะกรรมการในกฎหมายเฉพาะกรณีที่เป็น ฟังกำหนด หลักเกณฑ์การใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐและระยะเวลาในการดำเนินการตามขั้นตอนต่าง ๆ ที่บัญญัติไว้ใน กฎหมายให้ชัดเจน และพึงกำหนดโทษอาญาเฉพาะความผิดร้ายแรง.

ดังกล่าวจึงส่งผลให้เกิดสภาพกฎหมายอาญาเพื่อ ความผิดอาญาไม่ได้ปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายอาญาเพียงอย่างเดียว แต่ยังคงจัดกระจายอยู่ตามพระราชบัญญัติที่มีโทษทางอาญาอีกหลายร้อยฉบับ สถานการณ์ดังกล่าวจึงส่งผลเสียหายอยู่หลายประการ เช่น ทำลายความศักดิ์สิทธิ์ของกฎหมายอาญา คดีอาญาล้นระบบ หรือนักโทษล้นเรือนจำ เป็นต้น⁶³

2.4.4.1 เจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

“มาตรา 77 บัญญัติว่า รัฐพึงจัดให้มีกฎหมายเพียงเท่าที่จำเป็น และยกเลิกหรือปรับปรุงกฎหมายที่หมดความจำเป็นหรือไม่สอดคล้องกับสภาพการณ์ หรือที่เป็นอุปสรรคต่อการดำรงชีวิตหรือการประกอบอาชีพโดยไม่ชักช้า เพื่อไม่ให้เป็นการแก่ประชาชน และดำเนินการให้ประชาชนเข้าถึงตัวบทกฎหมายต่าง ๆ ได้โดยสะดวกและสามารถเข้าใจกฎหมายได้ง่ายเพื่อปฏิบัติตามกฎหมายได้อย่างถูกต้อง

ก่อนการตรวจกฎหมายทุกฉบับ รัฐพึงจัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นของผู้เกี่ยวข้อง วิเคราะห์ผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากกฎหมายอย่างรอบด้านและเป็นระบบ รวมทั้งเปิดเผยผลการรับฟังความคิดเห็นและการวิเคราะห์นั้นต่อประชาชน และนำมาประกอบการพิจารณาในกระบวนการตรากฎหมายทุกขั้นตอน เมื่อกฎหมายมีผลใช้บังคับแล้ว รัฐพึงจัดให้มีการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมายทุกกรอบระยะเวลาที่กำหนด โดยรับฟังความคิดเห็นของผู้เกี่ยวข้องประกอบด้วย เพื่อพัฒนากฎหมายทุกฉบับให้สอดคล้องและเหมาะสมกับบริบทต่าง ๆ ที่เปลี่ยนแปลงไป

รัฐพึงใช้ระบบอนุญาตและระบบคณะกรรมการในกฎหมายเฉพาะกรณีที่เป็น พึงกำหนดหลักเกณฑ์การใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐและระยะเวลาในการดำเนินการตามขั้นตอนต่าง ๆ ที่บัญญัติไว้ในกฎหมายให้ชัดเจน และพึงกำหนดโทษอาญาเฉพาะความผิดร้ายแรง”

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 77 ได้สร้างแนวทางในการออกกฎหมาย พัฒนากฎหมาย และปรับปรุงแก้ไขกฎหมายเป็นครั้งแรกในระบบกฎหมายไทย⁶⁴

ซึ่ง มาตรา 77 ของรัฐธรรมนูญ มีความมุ่งหมายเพื่อกำหนดกรอบและหลักการสำคัญในการตรากฎหมายตามแนวคิดที่ว่าไม่ควรมียกเว้นกฎหมายเกินความจำเป็น และเป็นการสร้างหลักประกันให้ประชาชนเข้ามามีส่วนร่วมและรับรู้ถึงกระบวนการจัดทำร่างกฎหมายตั้งแต่เริ่มต้น โดยมาตรา 77 มีหลักการดังนี้

⁶³ ปกป้อง ศรีสนิท, “การแก้ไขปัญหากฎหมายอาญาที่ไม่จำเป็น ด้วยการออกกฎหมายที่ไม่จำเป็น,” *The101.World*, น.1-2 (มิถุนายน 2562).

⁶⁴ ปกป้อง ศรีสนิท, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 63*, น.1.

(1) หลักการประการแรกที่สำคัญที่สุด คือ การกำหนดให้รัฐพึงมีกฎหมายเพียงเท่าที่จำเป็น สิ่งที่สามารถดำเนินการได้โดยไม่ต้องมีกฎหมายก็ควรเลือกใช้วิธีนั้นก่อน

(2) เมื่อกำหนดให้มีการตรากฎหมายใหม่เท่าที่จำเป็นแล้ว รัฐจะต้องย้อนกลับไปพิจารณากฎหมายที่ใช้บังคับอยู่แล้วว่าหมดความจำเป็นหรือไม่สอดคล้องกับสภาพการณ์ หรือเป็นอุปสรรคต่อการดำรงชีวิตหรือการประกอบอาชีพของประชาชนมากน้อยเพียงใด เพื่อจะได้ยกเลิกหรือปรับปรุงแก้ไขกฎหมายเหล่านั้นเสียใหม่ให้สอดคล้องกับสภาพที่เป็นจริงในปัจจุบัน

(3) เมื่อมีกฎหมายแล้ว รัฐจะต้องดำเนินการให้ประชาชนเข้าถึงตัวบทกฎหมายได้โดยสะดวก ซึ่งในยุคที่มีเทคโนโลยีสารสนเทศที่สะดวกและรวดเร็วเช่นปัจจุบันย่อมไม่เป็นการยากที่รัฐจะดำเนินการให้เกิดผลเช่นนั้น อย่างไรก็ตาม สิ่งที่รัฐจะต้องดำเนินการ คือ ต้องดำเนินการให้ประชาชนสามารถเข้าใจกฎหมายนั้นได้อย่างถูกต้อง ซึ่งอาจทำเป็นระบบที่น่ากฎหมายที่เกี่ยวข้องมารวมไว้ในที่เกี่ยวกับหรือจัดทำคำอธิบายสั้น ๆ หรือคู่มือเพื่อที่จะทำให้ประชาชนเข้าใจได้ว่าตนจะต้องปฏิบัติตามกฎหมายในเรื่องใด อย่างไร

(4) เพื่อให้ประชาชนได้รับรู้และมีส่วนร่วมในการแสดงความคิดเห็นหรือผลกระทบที่จะมีต่อประชาชน หรือสามารถเสนอแนะแนวทางใหม่ ๆ ที่หน่วยงานของรัฐอาจนึกไม่ถึงได้ จึงกำหนดให้ต้องมีการรับฟังความคิดเห็นของผู้เกี่ยวข้อง แล้วนำความคิดเห็นนั้นไปใช้ประกอบการจัดทำกฎหมายในทุกขั้นตอน

(5) กำหนดให้มีการวิเคราะห์ผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากกฎหมาย โดยจะต้องพิจารณาในแง่มุมต่าง ๆ เช่น ประโยชน์ที่จะได้รับจากการตรากฎหมายนั้น ภาระที่จะเกิดกับประชาชนรวมทั้งค่าใช้จ่ายที่ประชาชนจะต้องเสียไปในการปฏิบัติตามกฎหมาย เพื่อวิเคราะห์ว่ากฎหมายนั้นมีความคุ้มค่าและมีความจำเป็นอย่างแท้จริง

(6) กำหนดให้มีการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมายตามรอบระยะเวลาที่จะมีกฎหมายกำหนด โดยจะต้องรับฟังความคิดเห็นของผู้เกี่ยวข้อง ทั้งนี้ การประเมินผลสัมฤทธิ์นี้จะเป็นเครื่องบ่งชี้ว่า ผลที่คาดหวังในการตรากฎหมายนั้นได้เกิดขึ้นจริงหรือไม่ มีการบังคับใช้อย่างเข้มงวดเพียงใด และที่สำคัญหน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้องสามารถปฏิบัติตามและบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมายมากน้อยเพียงใด

(7) กำหนดเงื่อนไขในการตรากฎหมาย โดยให้หลีกเลี่ยงการใช้ระบบอนุญาตซึ่งเป็นที่มาของการทุจริตประพฤติมิชอบ และระบบคณะกรรมการซึ่งทำให้เกิดขั้นตอนและหาตัวบุคคลที่จะรับผิดชอบในผลแห่งการกระทำมิได้ นอกจากนี้ ในกรณีที่ให้อำนาจแก่เจ้าหน้าที่ของรัฐในการใช้ดุลพินิจในเรื่องใดจะต้องกำหนดระยะเวลาและขั้นตอนให้ชัดเจน

(8) การกำหนดโทษอาญาในกฎหมาย ให้กำหนดเฉพาะเมื่อเป็นความผิดร้ายแรงเท่านั้น ซึ่งเป็นเรื่องที่จะต้องไปศึกษาและวางแนวทางในการกำหนด “ผลร้าย” แบบใหม่ขึ้นแทนที่โทษทางอาญา เช่น อาจกำหนดเป็นโทษทางปกครอง เป็นต้น⁶⁵

เจตนารมณ์ของมาตรา 77 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มีสาระสำคัญดังนี้

1) มาตรา 77 บัญญัติขึ้นโดยมีเจตนารมณ์ให้เกิดการปฏิรูปด้านกฎหมาย ซึ่งความในหมวด 16 การปฏิรูปประเทศ มาตรา 258 ค ด้านกฎหมายระบุว่า “(1) กำหนดให้รัฐดำเนินการให้มีการปฏิรูปกฎหมายต่าง ๆ ที่มีผลใช้บังคับในปัจจุบัน ให้สอดคล้องกับหลักการตามมาตรา 77 และพัฒนาให้สอดคล้องกับหลักสากล”

2) ความในวรรคหนึ่งของมาตรา 77 มีความประสงค์ไม่ให้รัฐออกกฎหมายมากเกินไป เนื่องจากปัจจุบันมีกฎหมายบางฉบับที่ล้าสมัย บังคับการไม่ได้ หรือไม่สอดคล้องกับสภาพการณ์ในปัจจุบัน รวมทั้งมีกฎหมายจำนวนมากที่เป็นอุปสรรคต่อการดำรงชีวิตหรือประกอบอาชีพของประชาชน รัฐจึงควรยกเลิกหรือปรับปรุงกฎหมายดังกล่าว โดยการออกกฎหมายควรคำนึงถึงภาระของประชาชน และดำเนินการให้ประชาชนเข้าถึงตัวบทกฎหมายได้โดยสะดวกและเข้าใจได้ง่าย เพื่อปฏิบัติตามกฎหมายได้อย่างถูกต้อง

3) ความในวรรคสองของมาตรา 77 บัญญัติขึ้นเนื่องจากปัจจุบันรูปแบบการเสนอร่างกฎหมายของประเทศไทยเป็นไปโดยง่ายและไม่มีกระบวนการที่ประชาชนและสังคมได้รับจากกฎหมายที่ออกมาบังคับใช้ ประกอบกับเมื่อกฎหมายมีผลใช้บังคับแล้วไม่มีการปรับปรุงแก้ไขให้ทันสมัยต่อสถานการณ์ของโลกที่เปลี่ยนแปลงไป ด้วยเหตุนี้ความในวรรคสองจึงกำหนดหลักการสำคัญดังนี้

3.1) กำหนดหลักการมีส่วนร่วมของประชาชนในขั้นตอนก่อนการตรากฎหมายทุกฉบับ ผู้เสนอกฎหมายพึงจัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นของผู้เกี่ยวข้องและวิเคราะห์ผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากกฎหมายเพื่อเป็นการถ่วงรอก่อนการเสนอร่างกฎหมายเบื้องต้น รวมทั้งเปิดเผยผลการรับฟังความคิดเห็นและการวิเคราะห์นั้นต่อประชาชน และนำมาประกอบการพิจารณาในกระบวนการตรากฎหมายทุกขั้นตอน ทั้งนี้ความในมาตรา 77 กำหนดให้รัฐพึงจัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นของผู้เกี่ยวข้องก่อนการตรากฎหมายเพื่อนำไปประกอบการพิจารณาในกระบวนการ

⁶⁵ กองพัฒนากฎหมาย สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, คำอธิบายสาระสำคัญของพระราชบัญญัติหลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมายและการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย พ.ศ. 2562, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กองพัฒนากฎหมาย สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, 2562), น.2-3.

ตรากฎหมายทุกชั้นตอนเท่านั้น แต่ไม่ได้กำหนดให้ต้องมีการรับฟังความคิดเห็นของผู้เกี่ยวข้องในการตรากฎหมายทุกชั้นตอน

3.2) เมื่อกฎหมายมีผลใช้บังคับแล้ว รัฐพึงจัดให้มีการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมายทุกรอบระยะเวลาที่กำหนด โดยรับฟังความคิดเห็นของผู้เกี่ยวข้องประกอบด้วย เพื่อเป็นช่องทางในการพัฒนากฎหมายในอีกทางหนึ่ง

4) ความในวรรคสามของมาตรา 77 มีที่มาจากข้อเสนอการปฏิรูปประเทศด้านกฎหมาย กำหนดให้รัฐพึงใช้ระบบอนุญาตและระบบคณะกรรมการ ในกฎหมายเฉพาะกรณีที่ทำเป็นเพื่อให้เกิดความคล่องตัว

5) การกำหนดให้มีการรับฟังความคิดเห็นของประชาชนในหลายมาตราเป็นการเฉพาะ อาทิ เรื่องที่มีผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม การทำหนังสือสัญญากับนานาประเทศ หรือการกระทำขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่มีผลกระทบต่อชีวิตของประชาชนในท้องถิ่นในสาระสำคัญ เป็นต้น แต่ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 นอกจากจะกำหนดให้มีการรับฟังความคิดเห็นของประชาชนในหลายมาตราเป็นการเฉพาะแล้ว ยังมีบทบัญญัติทั่วไปรองรับหลักการมีส่วนร่วมของประชาชนไว้ในมาตรา 77 ซึ่งอยู่ในหมวด 6 แนวนโยบายแห่งรัฐด้วย

ประเทศไทยได้บัญญัติเรื่องแนวนโยบายพื้นฐานแห่งรัฐไว้เป็นครั้งแรกในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2492 บทบัญญัติในหมวดนี้มีสถานะเป็นแนวทางให้รัฐดำเนินการตรากฎหมายและกำหนดนโยบายในการบริหารราชการแผ่นดินเพื่อช่วยรักษาไว้ซึ่งความต่อเนื่องกันและสม่ำเสมอในการบริหารราชการ ไม่ก่อให้เกิดสิทธิในการฟ้องร้องรัฐ แต่เป็นเรื่องความรับผิดชอบทางการเมือง ทั้งนี้ เพื่อมิให้มีการนำเรื่องดังกล่าวไปฟ้องร้องกลั่นแกล้งทางการเมือง หมวดแนวนโยบายแห่งรัฐมีความแตกต่างกับหมวดหน้าที่ของรัฐ ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่มีสภาพบังคับให้รัฐต้องปฏิบัติ ไม่เช่นนั้นอาจเป็นเหตุฟ้องร้องบังคับให้รัฐปฏิบัติได้

หลักเกณฑ์ในการตรวจสอบความจำเป็นในการตราพระราชบัญญัติ (Checklist) ที่ยาระเบียบว่าด้วยหลักเกณฑ์การรับฟังความคิดเห็นว่าในการยกร่างกฎหมายได้เปิดโอกาสให้ผู้ที่เกี่ยวข้องทุกฝ่ายได้แสดงความคิดเห็นแล้วหรือไม่ และมีข้อคัดค้านของผู้ที่เกี่ยวข้องประการใด แต่ในทางปฏิบัติที่ผ่านมา แม้จะกำหนดให้มีการรับฟังความคิดเห็นของประชาชน สนใจขั้นตอนก่อนยกร่างกฎหมาย แต่ในการพิจารณา ร่างกฎหมายมักจะไม่ได้ นำข้อมูลที่ได้รับการรับฟังความคิดเห็นมาประกอบการพิจารณา ดังนั้น มาตรา 77 วรรคสองของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 จึงกำหนดให้รัฐพึงจัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นของผู้เกี่ยวข้องก่อนการตรากฎหมายเพื่อนำไปประกอบการพิจารณาในกระบวนการตรากฎหมายทุกชั้นตอน แต่ไม่ได้

กำหนดให้ต้องจัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นของผู้เกี่ยวข้องในการตรากฎหมายทุกชั้นตอนแต่อย่างใด⁶⁶

คณะรัฐมนตรีได้มีมติเมื่อวันที่ 4 เมษายน 2560 เห็นชอบกำหนดแนวทางการจัดทำและการเสนอร่างกฎหมายตามบทบัญญัติมาตรา 77 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยตามที่สำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรีและสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาเสนอ เพื่อให้หน่วยงานของรัฐใช้เป็นกรอบหรือแนวทางการดำเนินการในการจัดทำร่างกฎหมายและการเสนอร่างกฎหมายอย่างไรก็ดี เนื่องจากมติคณะรัฐมนตรีได้มีสภาพบังคับเช่นกฎหมายและมีผลบังคับครอบคลุมเฉพาะหน่วยงานของรัฐที่อยู่ในฝ่ายบริหารเพียงเท่านั้น และคณะกรรมการพัฒนากฎหมาย สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ได้พิจารณาแล้ว เห็นว่า เพื่อให้การจัดทำร่างกฎหมายและการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมายมีหลักเกณฑ์และแนวปฏิบัติที่ชัดเจนยิ่งขึ้น รวมทั้งครอบคลุมการดำเนินการของหน่วยงานของรัฐที่มีได้อยู่ในฝ่ายบริหารด้วย จึงจัดทำร่างพระราชบัญญัติหลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมายและการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย พ.ศ. ... เสนอต่อคณะรัฐมนตรีและสภานิติบัญญัติแห่งชาติ ต่อมาสภานิติบัญญัติแห่งชาติได้มีมติผ่านการพิจารณาและเห็นสมควรให้ประกาศใช้เป็นกฎหมายและได้ประกาศในราชกิจจานุเบกษา เมื่อวันที่ 31 พฤษภาคม 2562 ซึ่งจะกล่าวในหัวข้อต่อไป⁶⁷

2.4.4.2 พระราชบัญญัติหลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมายและการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย พ.ศ. 2562

กฎหมายฉบับนี้ใช้บังคับดังนี้

(1) หน่วยงานของรัฐ ทุกประเภทไม่ว่าจะเป็นส่วนราชการ รัฐวิสาหกิจ องค์กรมหาชน หรือในรูปแบบอื่นใด และไม่ว่าจะเป็นองค์กรในฝ่ายบริหาร ฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายตุลาการหรือเป็นองค์กรอิสระ หรือองค์กรอัยการ มีหน้าที่ปฏิบัติตามกฎหมายนี้ในการจัดทำร่างกฎหมายการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย และการดำเนินการเพื่อให้ประชาชนเข้าถึงบทบัญญัติของกฎหมาย

(2) ประชาชน โดยการรับรองสิทธิของประชาชนในการมีส่วนร่วมเกี่ยวกับกระบวนการตรากฎหมายและการบังคับใช้กฎหมาย ซึ่งได้แก่ การร่วมแสดงความคิดเห็นในการรับฟังความคิดเห็นของผู้เกี่ยวข้องและการวิเคราะห์ผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากกฎหมายในชั้นการจัดทำร่างกฎหมาย (หมวด 2) การได้รับทราบถึงแนวทางปฏิบัติในการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของ

⁶⁶ ชีรวัฒน์ วงศาสุวรรณ, “ผลกระทบของมาตรา 77 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560,” (เอกสารวิจัยส่วนบุคคล หลักสูตรวิทยาลัยป้องกันราชอาณาจักร ลักษณวิชา การเมือง, 2560), น.37-39.

⁶⁷ กองพัฒนากฎหมาย สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 65*, น.3.

รัฐ (มาตรา 24) หรือการมีสิทธิเรียกร้องหรือมีข้อเสนอแนะให้หน่วยงานของรัฐดำเนินการเกี่ยวกับการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย (มาตรา 34 (1))

พระราชบัญญัติหลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมายและการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย พ.ศ. 2562 มีสาระสำคัญของกฎหมายดังนี้

1) กำหนดหลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมาย การตรวจสอบความจำเป็นในการตรากฎหมาย การรับฟังความคิดเห็นของผู้เกี่ยวข้องและการวิเคราะห์ผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากกฎหมาย เพื่อประกอบการจัดทำร่างกฎหมายและการเปิดเผยผลการรับฟังความคิดเห็นและการวิเคราะห์นั้นต่อประชาชน

2) กำหนดหลักเกณฑ์การตรวจสอบเนื้อหาของร่างกฎหมาย เกี่ยวกับการอนุญาต ระบบคณะกรรมการ การใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐ ระยะเวลาในการดำเนินการตามขั้นตอนต่าง ๆ และการกำหนดโทษทางอาญา เพื่อให้การตรากฎหมายเป็นไปโดยละเอียดรอบคอบ ไม่สร้างภาระแก่ประชาชนเกินความจำเป็น

3) กำหนดหลักเกณฑ์การประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย ประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมายหลังจากกฎหมายมีผลใช้บังคับแล้ว เพื่อพัฒนากฎหมายให้ทันสมัยและสอดคล้องกับบริบทที่เปลี่ยนแปลงไปในสังคม

4) กำหนดกลไกเกี่ยวกับการเข้าถึงบทบัญญัติของกฎหมาย กำหนดหน้าที่ของหน่วยงานของรัฐในการดำเนินการเพื่อให้ประชาชนสามารถเข้าใจและเข้าถึงบทบัญญัติของกฎหมายได้

5) กำหนดกลไกการโต้แย้งหรือตรวจสอบบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่มีโทษอาญา โทษทางปกครอง หรือสภาพบังคับที่เป็นผลร้ายอื่นแก่ผู้ฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตาม เพื่อให้ศาลนำมาประกอบการพิจารณาพิพากษาคดี

6) กำหนดกลไกเร่งรัดให้หน่วยงานของรัฐต้องออกกฎหมายหรือดำเนินการอื่นใด เพื่อให้ประชาชนสามารถปฏิบัติตามกฎหมายได้โดยเร็ว

โดยกฎหมายฉบับนี้มุ่งเน้นการตรวจสอบเนื้อหาของร่างกฎหมาย ซึ่งกำหนดให้หน่วยงานของรัฐที่เสนอร่างกฎหมายต้องดำเนินการตรวจสอบและพิจารณาจัดทำร่างกฎหมายให้สอดคล้องกับหลักเกณฑ์ 5 ประการ ได้แก่

- (1) ร่างกฎหมายต้องสอดคล้องกับหลักการทั่วไปในการตรากฎหมาย
- (2) ร่างกฎหมายต้องกำหนดให้มีการใช้ระบบอนุญาตเฉพาะกรณีที่ทำเป็น
- (3) ร่างกฎหมายต้องกำหนดให้มีการใช้ระบบคณะกรรมการเฉพาะกรณีที่ทำเป็น
- (4) ร่างกฎหมายต้องกำหนดหลักเกณฑ์การใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐและระยะเวลาในการดำเนินการตามขั้นตอนต่าง ๆ ที่บัญญัติไว้ในร่างกฎหมายนั้นให้ชัดเจน

(5) ร่างกฎหมายต้องสอดคล้องกับหลักเกณฑ์การกำหนดโทษทางอาญา⁶⁸

2.5 แนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับการคุกคามทางเพศและการกระทำอนาจาร

2.5.1 การคุกคามทางเพศ

การคุกคามทางเพศเริ่มต้นขึ้นเมื่อปี ค.ศ. 1976 (พ.ศ. 2519) โดยมีนักวิชาการจากประเทศสหรัฐอเมริกาได้มีการสำรวจไปถึงต้นตอของปัญหา เพื่อสร้างความเข้าใจในเรื่องของการคุกคามทางเพศ ต่อมาสหราชอาณาจักรได้ทำการสำรวจตามมาในปี ค.ศ. 1981-1982 (พ.ศ. 1524-2529) การสำรวจครั้งนี้ได้รับการตอบสนองจากรัฐบาลประเทศสหรัฐอเมริกา เพื่อกำหนดให้การคุกคามทางเพศเป็นนโยบายอย่างเป็นทางการและทันต่อสถานการณ์ในปี ค.ศ. 1980 (พ.ศ. 2523) การคุกคามทางเพศจึงได้ถูกนิยามไว้ในฐานะเป็นรูปแบบที่ผิดกฎหมาย เพื่อคุ้มครองผู้ถูกระทำไม่ว่าจะเป็นการออกนโยบาย ระเบียบและมาตรการคุ้มครองต่าง ๆ

2.5.1.1 ความหมายของการคุกคามทางเพศ

การคุกคามทางเพศ (Sexual Harassment) ได้มีผู้ให้ความหมายไว้มากมาย ซึ่งสามารถแยกออกได้เป็นสองประเด็น คือ การคุกคามทางเพศตามความหมายทั่วไป และการคุกคามทางเพศตามความหมายในเชิงกฎหมาย

1) ความหมายของการคุกคามทางเพศทั่วไป

คำว่า “คุกคามทางเพศ” ถูกนำมาใช้เป็นครั้งแรกในปี ค.ศ. 1976 แต่ยังไม่ได้รับการรับรองเป็นลายลักษณ์อักษร ทั้งนี้ก็มีนักวิชาการ นักวิจัย และองค์การภาครัฐจำนวนไม่น้อยที่ได้ศึกษาถึงการคุกคามทางเพศ และให้ความหมายต่อการคุกคามทางเพศไว้มากมาย และเป็นการให้คำนิยามไว้ดังนี้

Farley Lin เป็นผู้เริ่มนำคำว่า “Sexual Harassment” ขึ้นมาใช้ โดยจัดทำหนังสือชื่อ “Sexual Shakedown: The Sexual Harassment on the Job” ในปี ค.ศ. 2521 และได้นิยามการคุกคามทางเพศว่าเป็นพฤติกรรมของผู้ชายอันไม่ได้รับการเชื่อเชิญ โดยแสดงหรืออ้างสิทธิ์ว่าผู้หญิงมีหน้าที่ทางนอกเหนือไปจากหน้าที่การงานตามปกติ ซึ่งอาจจะแสดงในรูปแบบดังนี้

- 1) การจ้องมอง การวิพากษ์วิจารณ์ การสัมผัสจับต้องร่างกายของผู้หญิง
- 2) การเรียกร้องให้ยอมรับพฤติกรรมทางเพศ (Sexual Behavior)
- 3) การนัดหมายซ้ำซากเพียงฝ่ายเดียว

⁶⁸ กองพัฒนากฎหมาย สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 65*, น.6.

4) การเรียกร้องให้มีเพศสัมพันธ์ด้วย (Sexual Intercourse)

5) การข่มขืน⁶⁹

แคทารีน แมคคินนอน (Catharine A. Mackinnon) ให้คำจำกัดความของการคุกคามทางเพศไว้ว่า การคุกคามทางเพศ เป็นการแสดงออกทางเพศ หรือความใส่ใจในทางเพศ ซึ่งผู้มีอำนาจเหนือกว่าบังคับให้ผู้หญิงต้องยอมรับพฤติกรรมเรื่องเพศที่ผู้หญิงไม่พึงปรารถนา ภายในบริบทของความสัมพันธ์ทางอำนาจที่ไม่เท่าเทียมกัน⁷⁰

จูดิธ แบรินเดนเบิร์ก (Judith B. Brandenburg) ให้ความหมายการคุกคามทางเพศว่า “เป็นพฤติกรรมทางเพศที่แสดงออกซึ่งเป็นที่ไม่ต้องการ (Unwanted Sexual Harassment) ซึ่งพฤติกรรมนั้นไปคุกคามต่อบุคคลอื่น และมีผลกระทบในทางลบต่อบรรยากาศทำงานภายในองค์กร”⁷¹

เอลเลน บราโว่ และเอลเลน แคสเสดี (Ellen Bravo and Ellen Cassedy) นิยามการคุกคามทางเพศว่า หมายถึง “ลักษณะที่ไม่พึงปรารถนาในทางเพศที่สร้างความเดือดร้อนรำคาญหรือระแวกใจแก่อีกฝ่ายหนึ่ง”⁷²

ไดอานา รัสเซลล์ (Diana Russell) .ให้คำจำกัดความการคุกคามทางเพศว่า หมายถึง “พฤติกรรมที่จงใจ และซ้ำซาก ที่ไม่พึงประสงค์ในลักษณะคำพูด กริยาท่าทาง หรือการคุกเนื้อต้องตัวผู้อื่น อันมีเจตนาส่อไปในทางเพศ ซึ่งเป็นสิ่งที่ผู้ถูกระทำไม่ต้องการให้เกิดขึ้น”⁷³

แกรี่ โปเวลล์ (Gary N. Powell) ให้ความหมายของการคุกคามทางเพศในสถานที่ทำงานว่า “เป็นพฤติกรรมทางเพศที่แสดงออกโดยสมาชิกในองค์กรคนหนึ่งคนใด ซึ่งพฤติกรรมนั้นไม่เป็นที่พึงประสงค์ต่อสมาชิกคนอื่น ๆ ในสถานที่ทำงานภายในองค์กร”⁷⁴

⁶⁹ วิมณา ธรรมปรีชา, “การคุกคามทางเพศ,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะสังคมวิทยาและมานุษยวิทยา มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2533), น.42.

⁷⁰ Mackinnon, Catharine A, Sexual harassment of working women: a case of sex discrimination, (New Haven: Yale University Press, 1979), p.1.

⁷¹ Judith B. Brandenburg, Confronting Sexual Harassment: what schools and colleges can do, (New York: Teacher College Press, Columbia University, 1997), p.1.

⁷² Ellen Bravo and Ellen Cassedy, The 9 to 5 Guide to Combating Sexual Harassment, (New York: John Wiley & Sons Inc, 1992), p.17.

⁷³ Diana Kadue, Preventing Sexual Harassment: A Fact Sheet for Employees, In Public Administration (Dushkin: McGraw-Hill, 1999), p.34.

⁷⁴ Gary N' Poell, Women and Men in Management, 2nd Edition, (California : SAGE Publications Inc, 1993), p.123.

ซูซาน บาโรว (Susan A. Basow) ก็ได้นิยามไว้ในหนังสือ “Against Our Will” ซึ่งพิมพ์ขึ้นเมื่อ ค.ศ. 1975 แต่ทั้งนี้คำดังกล่าวมีความหมายแตกต่างกัน โดย Brownmiller กล่าวถึงการล่วงเกินทางเพศที่รวมถึงความประพฤติของผู้ชายในเหตุการณ์ประจำวันทั่วไปในทางที่ส่อไปในทางเรื่องกามารมณ์และความใคร่ และจากที่ Farley และ Brownmiller กล่าวถึงการล่วงเกินทางเพศที่แตกต่างกัน ทำให้การพิจารณาเกี่ยวกับพฤติกรรมทางเพศอันไม่เป็นที่ต้องการ (Unwanted sexual behavior) อันเป็นลักษณะของการล่วงเกินทางเพศจึงมีขอบเขตกว้างขวางและเป็นสิ่งที่สามารถเกิดขึ้นได้ในชีวิตการทำงานของสตรีทุกคน⁷⁵

พจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554 ให้ความหมายของคำว่า “คุกคาม” หมายถึง แสดงอำนาจด้วยกิริยาหรือวาจาให้หวาดกลัว ทำให้หวาดกลัว ตัวอย่างเช่น ภัยคุกคาม ในบทกลอน ใจว่า กู ก็มี เช่น ไปขู่ไปคุก ไปรุกรุกรมตี (สมุทรโฆษ)⁷⁶

พจนานุกรมไทย ได้ให้ความหมายของการคุกคามทางเพศ (Sexual Harassment) หมายถึง “การกระทำ หรือพฤติกรรมทางเพศ ที่ผู้ถูกระทำหรือผู้ที่ตกเป็นเหยื่อถือว่าเป็นสิ่งที่ไม่พึงปรารถนาและไม่ต้องการ โดยการคุกคามทางเพศอาจอยู่ในรูปแบบของการแสดงออกทางวาจา กิริยาท่าทาง หรือการสัมผัสทางร่างกาย อีกทั้งยังเป็นการแสดงออกที่สะท้อนให้เห็นถึงอำนาจ ต่อรองที่มีเหนือกว่าอีกฝ่ายหนึ่ง”⁷⁷

2) ความหมายของการคุกคามทางเพศในเชิงกฎหมาย

Black’s Law Dictionary ให้ความหมายของคำว่า Sexual Harassment ไว้ว่า “การคุกคามทางเพศ หรือการล่วงละเมิดทางเพศ เป็นการเลือกปฏิบัติในการจ้างงานประเภทหนึ่งซึ่งประกอบด้วย การล่วงละเมิดทางวาจาหรือทางกายในลักษณะทางเพศ” ซึ่งการล่วงละเมิดทางเพศที่เรียกว่า quid pro quo เป็นการล่วงละเมิดทางเพศที่ใช้ความพึงพอใจของความต้องการทางเพศเป็นพื้นฐานของการตัดสินใจในการจ้างงาน การล่วงละเมิดประเภทนี้อาจเกิดขึ้นได้⁷⁸

องค์การสหประชาชาติได้อธิบายเกี่ยวกับการคุกคามทางเพศว่า หมายถึง พฤติกรรมที่ผู้ถูกระทำหรือผู้ที่ตกเป็นเหยื่อถือว่าเป็นสิ่งที่ไม่พึงปรารถนาและไม่ต้องการ โดยการคุกคาม

⁷⁵ Susan A. Basow, *Gender stereotypes and roles*, 3rd Edition, (California: Books and Cole Publications Inc, 1992), p.287.

⁷⁶ โปรดดู พจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2544.

⁷⁷ เจนวิทย์ นवलแสง, ภัทราภรณ์ เกษตรสาระ และ อชิรญา ภู่งงศกร, “ความรับผิดชอบทางอาญาและการเยียวยาผู้เสียหายจากการคุกคามทางเพศศึกษากรณี ประเทศไทย สหพันธ์รัฐเยอรมนี และเครือรัฐออสเตรเลีย,” *วารสารการเมือง การบริหาร และกฎหมาย*, ฉบับที่ 2, ปีที่ 8, น.331 (พฤษภาคม-สิงหาคม 2559).

⁷⁸ Garner, Bryan A, *Black’s Law Dictionary*, p.4286 (2004).

ดังกล่าวอาจจะเป็นในรูปของการแสดงออกทางวาจา กิริยา ท่าทาง การจับต้องร่างกาย และ
สิ่งแวดล้อม

The United Kingdom Equal Opportunities Commission (EOC) ได้ให้คำจำกัดความการ
คุกคามทางเพศว่าเป็นการกระทำที่ไม่สามารถจะยอมรับได้ ซึ่งรวมถึงการพิจารณาวิพากษ์วิจารณ์
การจ้างมองการสัมผัสและต้อง หรือเชื้อเชิญเรียกร้องในทางเพศอันไม่เป็นที่ยินดีของผู้ถูกระทำ⁷⁹

The Equal Employment Opportunity Commission (EEOC) คณะกรรมาธิการว่าด้วย
โอกาสการทำงานที่เท่าเทียมกัน นิยามการคุกคามทางเพศในสถานที่ทำงานว่า “เป็นพฤติกรรมใด ๆ
ก็ตามที่ไม่พึงปรารถนาอันเกี่ยวเนื่องกับเรื่องเพศ ไม่ว่าจะเป็นการแสดงออกทางวาจา หรือท่าทาง
ร่างกาย โดยมีผลต่อการปฏิบัติงานในองค์กรเมื่อ

1) พฤติกรรมทางเพศนั้นเป็นการบังคับให้ยอมจำนนไม่ว่าทางตรง หรือทางอ้อม โดย
เกี่ยวข้องกับเงื่อนไขการทำงาน

2) พฤติกรรมทางเพศนั้น ก่อให้เกิดการยอมจำนน หรือปฏิเสธ โดยยกเอาเงื่อนไขการ
ตัดสินใจว่าจ้างมาเป็นเครื่องต่อรองลูกจ้าง

3) พฤติกรรมทางเพศนั้น มีเจตนา หรือก่อให้เกิดผลกระทบต่อการทำงานของลูกจ้างไม่ว่า
ว่าจะเป็นในลักษณะข่มขู่ ไม่เป็นมิตร หรือเป็นผลเสียต่อบรรยากาศการทำงานของลูกจ้าง⁸⁰

Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women 1979:
CEDAW (อนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบ) ได้กล่าวถึงการคุกคาม
ทางเพศว่า “เป็นการละเมิดต่อสิทธิสตรี ซึ่งมีได้จำกัดเพียงการคุกคามทางร่างกายเท่านั้น แต่ยัง
รวมถึงการคุกคามทางเพศในรูปแบบอื่น ๆ และการกระทำที่มีผลกระทบจิตใจ”⁸¹

จากคำจำกัดความดังกล่าวข้างต้น จะเห็นได้ว่า นักวิชาการต่าง ๆ มีความเห็นที่คล้ายกัน
ว่า การคุกคามทางเพศมีลักษณะร่วมกันคือ

- 1) เป็นการแสดงออกที่สื่อไปในเรื่องทางเพศ
- 2) เป็นการแสดงออกที่ไม่พึงปรารถนา หรือไม่เป็นที่ต้องการ
- 3) เป็นการแสดงที่สะท้อนให้เห็นถึงอำนาจต่อรองที่มีเหนือกว่าอีกฝ่ายหนึ่ง

⁷⁹ Hazel Houghton-James, *Sexual Harassment*, (London: Cavendish Publishing, 1995), p.6.

⁸⁰ Equal Employment Opportunity Commission (EEOC) 1980, p.25024 อ้างใน Rebecca A. Thacker. *Human Resource Management* (Chapter 13), 3rd Edition, (New Jersey: Prentice Hall, Inc. 1996), p.461.

⁸¹ เจนวิทย์ นवलแสง, ภัทราภรณ์ เกษตรสาระ, อธิรญา ภู่งศกร, *อ้าวแล้วเชิงอรรถที่ 77*, น.331.

จากคำจำกัดความข้างต้น จะเห็นได้ว่าพฤติกรรมการล่วงเกินทางเพศเป็นการแสวงหาผลประโยชน์ในทางเพศโดยอาศัยตำแหน่งหน้าที่ที่เกิดขึ้นในระหว่างความสัมพันธ์ของการทำงานหรือเกี่ยวกับการจ้างงาน ซึ่งผู้ที่กระทำการคุกคามทางเพศอาจจะเป็นผู้ที่มีอำนาจหรือสถานภาพเหนือกว่าผู้ถูกระทำ และอาศัยการมีอำนาจมากระทำการคุกคามทางเพศ โดยการเรียกร้องหรือเชื้อเชิญอันมีนัยในทางเพศ เช่น ขอมิเพศสัมพันธ์ หรือชวนไปรับประทานอาหาร หรือชวนไปเที่ยว เพื่อความพึงพอใจในทางเพศโดยแลกเปลี่ยนกับผลประโยชน์ทางด้านการงานของผู้ถูกระทำ ทั้งนี้สังคมได้พัฒนาด้วยเทคโนโลยีที่ทันสมัยทำให้การคุกคามทางเพศไม่ได้ขึ้นอยู่กับสถานที่ทำงาน หรือกระทำเฉพาะผู้มีอำนาจเท่านั้น ปัจจุบันได้มีเทคโนโลยีที่ทันสมัยโดยเชื่อมต่อกับระบบอินเทอร์เน็ตทำให้ผู้คนเข้าถึงกันง่ายขึ้น ดังนั้นการคุกคามทางเพศสามารถกระทำได้ง่ายผ่านระบบอินเทอร์เน็ต และไม่จำเป็นต้องมีอำนาจ หรือกระทำเพื่อแลกเปลี่ยนกับผลประโยชน์ทางด้านการงานของผู้ถูกระทำ ซึ่งการคุกคามทางเพศผ่านระบบอินเทอร์เน็ตเป็นการกระทำโดยการวิพากษ์วิจารณ์ผ่านข้อความโพสต์ลงบนอินเทอร์เน็ต เป็นการกระทำซ้ำ ๆ ซาก ๆ ทำให้ผู้ถูกระทำรู้สึกอึดอัด เนื่องจากไม่ต้องการหรือไม่เป็นที่ยินดี

2.5.1.2 แนวคิดเกี่ยวกับการคุกคามทางเพศ

แนวความคิดในการกำหนดความผิดฐานคุกคามทางเพศนั้น รองศาสตราจารย์ ดร.คณพล จันทรหอม ได้กล่าวไว้อย่างน่าสนใจและชัดเจนในหนังสือ สรุปความได้ว่า “แรงปรารถนาทางเพศเป็นความต้องการตามธรรมชาติของมนุษย์เพื่อการดำรงเผ่าพันธุ์ คนแต่ละคนมีวิธีบำบัดแรงปรารถนานั้นแตกต่างกันออกไป บางคนก็ใช้วิธีอดกลั้นหรือเก็บกดแต่บางคนก็แสดงออกมาในรูปแบบที่แตกต่างกัน การแสดงออกเพื่อบำบัดความปรารถนาทางเพศพอจะจำแนกออกเป็น 2 กลุ่ม ขึ้นอยู่กับว่าจะไปเกี่ยวข้องกับบุคคลอื่นหรือไม่

(1) กลุ่มที่ไม่มีบุคคลอื่นมาเกี่ยวข้อง

การบำบัดความต้องการทางเพศกลุ่มนี้ไม่มีความเกี่ยวข้องกับบุคคลอื่นโดยตรง อาจเป็นการกระทำต่อตนเอง ได้แก่ การสำเร็จความใคร่ด้วยตนเอง หรือการเสพลีลามกอนาจาร ทั้งที่เป็นเรื่องราว ภาพ หรือเสียง หรืออาจกระทำต่อสิ่งอื่น ๆ ก็ได้ เช่น การกระทำชำเราสัตว์ (bestiality) หรือแม้กระทั่ง “การกระทำชำเราศพ” ในส่วนนี้คือแนวความคิดในการกำหนดความผิดฐาน “กระทำชำเราศพ” และความผิดฐาน “กระทำอนาจารศพ” ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 366/1 และมาตรา 366/2 แล้วแต่กรณี

(2) กลุ่มที่มีบุคคลอื่นมาเกี่ยวข้อง

การบำบัดความต้องการทางเพศกลุ่มนี้มีความรุนแรงกว่าการกระทำในกลุ่มแรก เนื่องจากมีความเกี่ยวข้องกับบุคคลอื่น โดยหลักสากล ถ้าจะประกอบกิจกรรมเกี่ยวกับเพศซึ่ง

เกี่ยวข้องกับผู้ใด ผู้นั้นต้องยินยอมหรือสมัครใจให้กระทำกรณนั้น หากไม่แล้วจะถือเป็นการใช้ความรุนแรงในทางเพศหรือเป็นการประทุษร้ายทางเพศได้ ซึ่งผู้จะให้ความยินยอมได้ต้องมีความสามารถให้ความยินยอมตามกฎหมายได้ด้วย⁸²

2.5.1.3 ทฤษฎีเกี่ยวกับการคุกคามทางเพศ

ทฤษฎีที่ใช้อธิบายที่เกี่ยวกับสาเหตุของพฤติกรรมการคุกคามทางเพศและวิธีการดำเนินการแก้ไขที่เหมาะสม แบ่งแยกอธิบายได้ดังนี้⁸³

1) ทฤษฎีทางชีววิทยา (Biological theory)

ทฤษฎีนี้อธิบายความแตกต่างทางกายภาพระหว่างเพศ ลักษณะของร่างกาย และฮอร์โมนที่แตกต่างกันทำให้เพศชายก้าวร้าวมากกว่าเพศหญิง โดยกำหนดให้เพศชายเป็นผู้รุกราน และเพศหญิงเป็นผู้ตกเป็นเหยื่อของการคุกคามทางเพศหรือล่วงละเมิดทางเพศ แนวคิดตามทฤษฎีนี้เห็นว่าผู้หญิงมีลักษณะทางชีววิทยาที่อ่อนแอกว่าผู้ชาย จึงเป็นเรื่องของเพศที่ถูกกำหนดขึ้นโดยสภาพทางธรรมชาติด้านสรีระทางร่างกาย โดยผู้ชายย่อมมีความแข็งแรงกว่าผู้หญิง แม้ว่าเพศชายจะได้รับการสั่งสอนให้รู้จักการควบคุมตนเองก็เป็นการยากต่อการเปลี่ยนแปลงสิ่งที่มีอยู่ในตัวเอง ด้วยเหตุดังกล่าว จึงทำให้ผู้หญิงยากที่จะป้องกันตนเองจากสังคมที่มีการต่อสู้กันโดยใช้พลังกำลัง และผู้หญิงยังคงต้องพึ่งพาผู้ชายให้ปกป้องคุ้มครองเพื่อให้ตนสามารถใช้ชีวิตอยู่ในสังคมได้ หลักการป้องกันตามแนวคิดวิธีที่ดีที่สุดคือ การปกป้องและมักจะจำกัดที่ผู้หญิง แม้การลงโทษเพศชายซึ่งเป็นผู้รุกรานจะเป็นประโยชน์กับสังคมโดยรวมแต่อาจไม่มีผลในการเปลี่ยนแปลงพฤติกรรมของบุคคล อย่างไรก็ตามทฤษฎีนี้ได้รับการต่อต้านเนื่องจากพฤติกรรมการคุกคามทางเพศไม่ได้ปรากฏเฉพาะกรณีที่ผู้ชายกระทำต่อผู้หญิงเท่านั้น ยังพบว่าเป็นการคุกคามทางเพศหรือล่วงละเมิดทางเพศที่กระทำต่อเพศชายและมีอัตราเพิ่มสูงขึ้น

2) ทฤษฎีพัฒนาการ (Developmental theory)

หลักการตามทฤษฎีนี้มีการกำหนดให้บุคคลได้เรียนรู้ที่จะสื่อสารความรู้สึกผ่านทางนิคิตัมพันธ์ทางสังคม บุคคลที่มีอายุน้อยกว่ามีความยากลำบากในการแสดงความรู้สึกที่เกี่ยวข้องกับเรื่องเพศ จึงไม่สามารถที่จะแสดงความรู้สึกให้เหมาะสมได้ ทำให้นำไปสู่พฤติกรรมการคุกคามทางเพศหรือล่วงละเมิดทางเพศ หรือการลวนลาม โดยวัยรุ่นหญิงมีทักษะทางสังคมมากกว่าวัยรุ่นชายทำให้วัยรุ่นหญิงมีพฤติกรรมการคุกคามทางเพศหรือลวนลามน้อยกว่า แต่เมื่อมีวุฒิภาวะมากขึ้น

⁸² คณพล จันทรหอม, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิด เล่ม 3 ลักษณะ 1 ถึงลักษณะ 9, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2516), น.553-556.

⁸³ พรวา วิชากรราชย์, “การคุกคามทางเพศต่อสตรีในที่ทำงาน,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยเกษตรศาสตร์, 2554), น.41-43.

พฤติกรรมนี้จะลดลงถึงแม้บางคนจะไม่ได้เรียนรู้พฤติกรรมทางเพศที่เหมาะสมก็ตาม แนวคิดนี้ชี้ให้เห็นถึงความสำคัญของการสร้างความสำนึกรู้ตนเอง ความเข้าใจ และทักษะการสื่อสาร แต่อย่างไรก็ตามการคุกคามทางเพศหรือการล่วงละเมิดทางเพศที่เกิดขึ้นยังคงมีอยู่และดูเหมือนบุคคลที่ได้รับการถ่ายทอดทางสังคมที่ดีกลับมีพฤติกรรมการคุกคามทางเพศหรือการล่วงละเมิดทางเพศได้เช่นกัน

3) ทฤษฎีการใช้อำนาจในทางที่ผิด (Abuse of Power theory)

ทฤษฎีนี้กำหนดแนวคิดไว้ 2 รูปแบบ ในการอธิบายการคุกคามทางเพศที่ผู้ชายใช้การข่มขู่หรือการใช้อำนาจครอบงำผู้หญิง ซึ่งอธิบายไว้ดังนี้

3.1) การคุกคามทางเพศเป็นรูปแบบของการสนิทสนมเป็นพิเศษ (Exclusionary intimidation) โดยผู้กระทำมักจะปฏิบัติต่อผู้อื่นด้วยการแสดงความมีน้ำใจ อาจเป็นการคุกคามโดยเปลี่ยนเงื่อนไขเป็นการข่มขู่หรืออยู่เฉยๆในเรื่องสิทธิพิเศษทางสังคม แรงจูงใจของผู้กระทำไม่ว่าจะรู้ตัวหรือไม่รู้ตัวในการสนิทสนมกับผู้ถูกระทำ โดยการคุกคามทางเพศจะเป็นการลงรักษาผู้หญิงให้สงบ

3.2) การทำร้ายของผู้มีอำนาจทางสังคม (Abuse of Social Power) แนวคิดนี้เห็นว่าสังคมให้สิทธิพิเศษแก่ผู้ชายให้เป็นผู้ที่มีอำนาจเหนือผู้หญิง โดยผู้ชายมักจะเป็นผู้มีพฤติกรรมการคุกคามทางเพศหรือล่วงละเมิดทางเพศ⁸⁴

2.5.1.4 ลักษณะพฤติกรรมและประเภทของพฤติกรรมการคุกคามทางเพศ

(1) ลักษณะพฤติกรรมการคุกคามทางเพศ

(1.1) การล่วงละเมิดด้วยวาจา (Verbal harassment) เช่น

ก. การวิพากษ์วิจารณ์เกี่ยวกับรูปร่าง การแต่งตัวที่ส่งไปในทางลามก

ข. การเล่าเรื่องตลกลามก

ค. การพูดหรือถามถึงความสัมพันธ์ทางเพศของบุคคลใดบุคคลหนึ่งในที่

สาธารณะ

ง. การเปลี่ยนหัวข้อเรื่องงานให้เป็นเรื่องทางเพศหรือลามก

จ. การกระจายข่าวลือหรือนินทาเกี่ยวกับเรื่องเพศสัมพันธ์ของบุคคลใดบุคคล

หนึ่ง

ฉ. การกล่าวถึงกลุ่มหญิงหรือชายในทางลามก

⁸⁴ ทิพวัลย์ ศรีรักษา, “ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับกรณีการคุกคามทางเพศโดยการเฝ้าติดตามก่อนให้เกิดความเดือดร้อนรำคาญ และข่มขู่,” (สารนิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยศรีปทุม, 2561), น.28-29.

ข. การใช้ถ้อยคำพูดเพื่อสร้างสถานการณ์ที่เป็นการล่วงเกินทางเพศนี้ ผู้กระทำมักจะมีเป้าหมาย และบางครั้งกระทำอย่างจงใจ

(1.2) การล่วงเกินโดยการแสดงออกทางกิริยา (Nonverbal harassment) เช่น

ก. การจ้องมองอย่างกรุ่มกริ่ม

ข. การแสดงสีหน้าท่าทางเจ้าชู้

ค. การแสดงท่าทางหรือการเคลื่อนไหวร่างกายที่สื่อถึงเจตนาการล่วงเกินทาง

เพศ

ง. การตีภาพ แสตมป์ของ หรืออุปกรณ์ที่สื่อไปในทางเพศหรือลามก

จ. การส่งจดหมาย ข้อความ ภาพ การ์ด หรือคำกลอนที่สื่อไปในทางเพศหรือ

ลามก

ฉ. การมองอย่างตำรวจตรวจตา (โดยตั้งใจ)

(1.3) การล่วงเกินโดยการสัมผัส (Physical harassment) เช่น

ก. การแตะเนื้อต้องตัว รวมทั้งการจับต้องเสื้อผ้า ร่างกาย ผม และการนวดคอ

แขน

ข. การกอด จูบ หอมแก้ม ตีกัน หรือสะ โปก

ค. การยึน เดิน หรือนั่งชิดใกล้เกินความจำเป็น หรือใช้บางส่วนของร่างกาย

สัมผัสอย่างจงใจ⁸⁵

(2) ประเภทของการคุกคามทางเพศ

ประเภทของพฤติกรรมการคุกคามทางเพศทั่วไป

Till ได้ทำการแบ่งประเภทของพฤติกรรมการคุกคามทางเพศไว้ 5 ประเภทดังนี้

1) คำพูดหรือพฤติกรรมเหยียดเพศ

2) การชักชวนให้เข้าร่วมกิจกรรมทางเพศโดยการให้สัญญาหรือของรางวัล

3) พฤติกรรมที่ไม่เหมาะสมและน่ารังเกียจ เป็นการล่วงละเมิดทางเพศที่ขาดการลงโทษ

4) การบีบบังคับทางเพศโดยการขู่ว่าจะลงโทษ และ

5) อาชญากรรมทางเพศและลหุโทษ

ภายหลังได้มีการเสนอข้อเสนอนี้โดย Fitzgerald และคณะ เพื่อเปลี่ยนการจำแนกประเภทของการคุกคามทางเพศออกเป็น 3 ประเภท ได้แก่

⁸⁵ พินศิริ นามสีฐาน, “ความคิดเกี่ยวกับเพศ : ศึกษากรณีการล่วงเกินทางเพศ,” (วิทยานิพนธ์ มหบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2543), น.12-13.

- 1) การล่วงละเมิดทางเพศ
- 2) การคุกคามทางเพศที่ไม่พึงประสงค์ และ
- 3) การบีบบังคับทางเพศ

รูปแบบของการคุกคามทางเพศบนอินเทอร์เน็ต จากการศึกษาของ Powell และ Henry พบว่าการคุกคามทางเพศบนอินเทอร์เน็ตมีอยู่ 4 ประเภท

1) การส่งข้อความชักชวนทางเพศบนอินเทอร์เน็ต (Sexual Solicitation on the Internet) เป็นการคุกคามทางเพศโดยการส่งข้อความไปยังผู้อื่น (เหยื่อ) โดยที่ผู้ส่งนั้นไม่ได้มีการร้องขอมาก่อน โดยปกติข้อความดังกล่าวจะมีเนื้อหาชักชวนให้คุยเชิงชู้สาว เพื่อนำไปสู่ความสัมพันธ์ใกล้ชิด (Internet Relationship) หรือความสัมพันธ์ทางเพศ

2) การคุกคามทางเพศโดยการส่งภาพผ่านอินเทอร์เน็ต (Image-Based Harassment on the Internet) เป็นการส่งรูปภาพโป๊เปลือย (pornographic or nude images) ภาพลามก (Obscene images) ไปยังผู้อื่น (เหยื่อ) โดยที่ผู้ส่งนั้นไม่ได้มีการร้องขอมาก่อน ภาพดังกล่าวอาจเป็นภาพนิ่งหรือภาพเคลื่อนไหวก็ได้และในบางครั้งอาจเป็นภาพถ่ายอวัยวะเพศ (โดยเฉพาะอย่างยิ่งองคชาติ) ของผู้คุกคามเองก็ได้

3) ประทุษวาจาเหยียดเพศบนอินเทอร์เน็ต (Gender-Based Hate Speech on the Internet) โดยปกติแล้วการคุกคามประเภทนี้มาในรูปแบบของข้อความที่สร้างความขุ่นเคืองใจให้แก่ผู้รับสาร (offensive messages) โดยข้อความเหล่านั้นเป็นการแสดงความเกลียดชัง ลดคุณค่า และทำลายศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของเหยื่อ โดยอิงกับเพศสภาพ (Gender) หรือ รสนิยมทางเพศ (sexual orientation) ในกรณีประทุษวาจาเหยียดเพศต่อผู้หญิงอาจเชื่อมโยงกับบรรทัดฐานทางเพศของสังคม เช่น ผู้หญิงขายตัว หรือสำสอนทางเพศ หรืออาจใช้คำที่ลดคุณค่าของผู้หญิงเป็นเพียงอวัยวะเพศ เช่น คำหยาบที่ใช้เรียกอวัยวะเพศหญิง เป็นต้น

4) การข่มขู่ว่าจะข่มขืนผ่านทางอินเทอร์เน็ต (Online Rape Threats) เป็นการที่ผู้ถูกคุกคามข่มขู่ว่าจะข่มขืนเหยื่อในโลกกายภาพ โดยจะส่งข้อความดังกล่าวผ่านมาช่องทางสื่อสารบนอินเทอร์เน็ต ซึ่งการข่มขู่ว่าจะข่มขืนอาจทำให้เหยื่อเกิดความหวาดวิตกกังวลต่อสวัสดิภาพและความปลอดภัยของตนเองได้ อย่างไรก็ตามการข่มขู่ว่าจะข่มขืนนั้นเป็นการกระทำที่แยกออกต่างหากจากการข่มขืน โดยที่ไม่จำเป็นต้องมีการข่มขืนจริง ๆ เกิดขึ้นตามมาภายหลังก็ได้⁸⁶

⁸⁶ จอมพล พัทธ์กษัตินันต์ โยธิน, “การคุกคามทางเพศบนอินเทอร์เน็ต : ศึกษาเปรียบเทียบมาตรการทางกฎหมายไทยในประเทศไทย อังกฤษ และสาธารณรัฐเกาหลี,” วารสารกฎหมายและนโยบายสาธารณสุข, ฉบับที่ 2, ปีที่ 6, น.369-370 (กรกฎาคม-ธันวาคม, 2563).

การคุกคามทางเพศที่ไม่พึงประสงค์ครอบคลุมไปถึงการถูกสัมผัสโดยไม่ได้รับอนุญาต ก่อให้เกิดความกลัวหรือความทุกข์ การเรียกชื่อทางเพศและการล่วงละเมิดทางเพศเพื่อข่มขืนและการข่มขืน การคุกคามทางเพศที่ไม่พึงประสงค์สามารถเกิดขึ้นได้กับทุกเพศไม่ว่าจะเพศเดียวกันหรือเพศตรงข้าม การบีบบังคับทางเพศเกิดขึ้นได้อย่างต่อเนื่อง ตั้งแต่การบังคับข่มขืน กระทำซ้ำเราไปจนถึงการกดขี่ในรูปแบบที่ไม่ใช่ทางกายภาพที่บีบบังคับให้กระทำตามความประสงค์ของผู้กระทำ การบีบบังคับเป็นสถานการณ์ทำให้ผู้ถูกระทำไม่สามารถหลีกเลี่ยงได้และต้องเผชิญกับผลกระทบต่อร่างกายหรือสังคมที่รุนแรง

การคุกคามทางเพศทั้ง 3 รูปแบบดังกล่าวข้างต้น สามารถเกิดขึ้นได้ทั้งในสังคมทางกายภาพ (ชีวิตจริง) และบนโลกอินเทอร์เน็ต อย่างไรก็ตาม เนื่องจากธรรมชาติของพื้นที่บนอินเทอร์เน็ต การแสดงออกทางการคุกคามทางเพศส่วนใหญ่จึงเกิดขึ้นในรูปแบบของการเหยียดเพศและการคุกคามทางเพศที่ไม่พึงประสงค์

การคุกคามทางเพศมีความแตกต่างอย่างชัดเจนทางออนไลน์มากกว่าออฟไลน์ตรงที่การบังคับสัมผัสนั้นเป็นไปได้ อย่างไรก็ตามความแพร่หลายของการใช้วาจาเป็นการข่มขู่หรือการกดขี่ในรูปแบบอื่น ๆ สามารถรับรู้ได้ถึงความรุนแรงราวกับว่าเป็นบุคคลที่อยู่ต่อหน้าเราจริง ๆ คุณลักษณะเฉพาะของการตอบโต้ทางออนไลน์คือผู้กระทำความผิดอาจมีทักษะทางเทคนิคซึ่งสามารถแฮกเข้าสู่คอมพิวเตอร์⁸⁷

การแสดงออกถึงพฤติกรรมที่เป็นการคุกคามทางเพศเกิดขึ้นได้หลายรูปแบบ โดยบุคคลทั่วไปอาจไม่ทันได้สังเกตหรือรับรู้ว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการคุกคามทางเพศ ซึ่งจากข้อมูลดังกล่าวข้างต้น พบว่า การคุกคามทางเพศสามารถจำแนกเป็นสองลักษณะ

1) การคุกคามทางเพศที่มีเงื่อนไขเป็นข้อแลกเปลี่ยน (Quid Pro Quo) ซึ่งเป็นคำพูดที่มักเรียกกันอย่างคุ้นชินว่า “หมูไปโก๋มา” หรือ “ยื่นหมูยื่นแมว” การคุกคามทางเพศในรูปแบบนี้มีลักษณะเป็นการนำเงื่อนไขในเรื่องของการคุกคามทางเพศในรูปแบบต่าง ๆ หรือส่วนได้เสียซึ่งเป็นสาระสำคัญเกี่ยวกับตัวผู้เสียหายมาเป็นเครื่องมือในการต่อรองหรือข้อแลกเปลี่ยนกับการกระทำที่ไม่เหมาะสมในทางเพศ ซึ่งมักปรากฏในรูปแบบของการจ้างงานที่มีผลกระทบต่อสถานภาพการทำงานของบุคคล โดยผู้ที่กระทำการคุกคามจะใช้การคุกคามทางเพศนั้นเพื่อเป็นเงื่อนไขต่อรองเกี่ยวกับการจ้างงาน การเลื่อนเงินเดือน การเลื่อนตำแหน่ง การพิจารณาความดีความชอบในการทำงาน เพื่อเป็นการตอบแทนแลกกับการตอบสนองความต้องการทางเพศ หรือแม้กระทั่งกรณี

⁸⁷ Mohamed Chawki & Yassin el Shazly, *Online Sexual Harassment: Issue & Solutions*, Bluebook 21st Ed.

อาจารย์เสนอเกรดหรือผลการเรียนให้กับลูกศิษย์เพื่อเป็นเครื่องมือแลกเปลี่ยนกับการมีความสัมพันธ์ทางเพศซึ่งเป็นการคุกคามทางเพศรูปแบบหนึ่ง

2) การคุกคามทางเพศโดยการสร้างสภาพแวดล้อมที่ไม่พึงปรารถนา การคุกคามทางเพศรูปแบบนี้ เป็นการแสดงพฤติกรรมทางเพศในลักษณะของการข่มขู่ร่วมด้วย ซึ่งพฤติกรรมดังกล่าวนี้สร้างปัญหาในการทำงานแก่พนักงาน หรือลูกจ้าง การเล่าเรื่องตลกกลมก การพูดหยาบคายในทางเพศ การใช้สายตาจ้องมองแบบแทะโลม หรือการมองอย่างสำรวจตรวจสอบรูปร่าง⁸⁸ หรือการคุกคามทางเพศผ่านทางข้อความ ตัวอักษร

อย่างไรก็ตามการคุกคามทางเพศสามารถเกิดขึ้นได้ในทุกสถานที่ ไม่ว่าจะเป็นการคุกคามทางเพศในครอบครัว การคุกคามทางเพศในสถานที่ทำงาน การคุกคามทางเพศในสถานศึกษา หรือแม้กระทั่งการคุกคามทางเพศในสถานพยาบาล หรือแม้แต่การคุกคามทางเพศบนอินเทอร์เน็ต (Internet)

สำหรับผลกระทบจากการคุกคามทางเพศ พบว่า การคุกคามทางเพศอาจส่งผลกระทบต่อเหยื่อหรือผู้เสียหายได้หลายลักษณะ ได้แก่ ผลกระทบทางด้านจิตใจ ผลกระทบทางสังคม และผลกระทบทางร่างกาย ทั้งนี้ ผลกระทบส่วนใหญ่มักจะเป็นความเสียหายในแง่ของจิตใจมากกว่าความเสียหายทางร่างกาย เช่น เกิดความรู้สึกโกรธ รู้สึกตกใจ รู้สึกไร้ค่า รู้สึกโดดเดี่ยวเพราะไม่ได้รับการช่วยเหลือจากบุคคลรอบข้าง หวาดวิตก ระวัง และนำไปสู่อาการซึมเศร้า นอกเหนือจากนั้น การคุกคามทางเพศอาจส่งผลกระทบต่อผู้เสียหาย ผู้เสียหายอาจเกิดความอับอายหรือทนอยู่ในสถานที่เดียวกันกับผู้ทำการคุกคามไม่ได้ เป็นเหตุให้ผู้เสียหายไม่อาจทนอยู่ในสังคมได้อีก

2.5.2 การกระทำอนาจาร

2.5.2.1 ความหมายของการกระทำอนาจาร

ในประมวลกฎหมายอาญาปรากฏคำว่า “อนาจาร” อยู่ในหลาย ๆ มาตรา ตัวอย่างเช่น สื่อลามกอนาจารในมาตรา 1(13)⁸⁹ เป็นฐานะจัดหา ล่อไป พาไป เพื่อการอนาจารในมาตรา 282 มาตรา 283 มาตรา 283 ทวิ มาตรา 284 และอนาจารตามมาตรา 278 มาตรา 279

“สื่อลามกอนาจาร” ปรากฏในมาตรา 1(13)⁹⁰ หมายถึง วัตถุหรือสิ่งทีแสดงให้รู้หรือเห็นถึงการกระทำทางเพศของเด็กหรือเด็กซึ่งมีอายุไม่เกินสิบแปดปีโดยรูปเรื่อง หรือลักษณะสามารถสื่อไปในทางลามกอนาจาร ไม่ว่าจะอยู่ในรูปแบบของเอกสาร ภาพเขียน ภาพพิมพ์ ภาพระบายสี

⁸⁸ เจนวิทย์ นवलแสง, กัทธาภรณ์ เกษตรสาระ และอชิรญา ภู่งงศกร, *ฮ้างแล้ว เซิงธรรมที่ 77*, น.333.

⁸⁹ โปรคตุ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 1 (13)

⁹⁰ โปรคตุ พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 24) พ.ศ. 2558.

สิ่งพิมพ์ รูปภาพ ภาพโฆษณา เครื่องหมาย รูปถ่าย ภาพยนตร์ แถบบันทึกเสียง แถบบันทึกภาพ หรือรูปแบบอื่นใดในลักษณะทำนองเดียวกัน และให้หมายความรวมถึงวัตถุหรือสิ่งต่าง ๆ ข้างต้น ที่จัดเก็บในระบบคอมพิวเตอร์ หรือในอุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์อื่นที่สามารถแสดงผลให้เข้าใจความหมายได้ ซึ่งคำว่า “ลามก” มาจากคำภาษาบาลีว่า “ลามก (อ่านว่า ลา-มะ-กะ) แปลว่า ทราม คำ ทราม หยาบเข้า เป็นบาป สิ่งอันลามก คือนำอวัยวะในทางเพศ นำอวัยวะเพศ ซึ่งตรงข้ามกับสิ่งที่ เป็นศิลปะอันแสดงถึงความงามและฝีมือของศิลปิน ตัวอย่างเช่น เป็นภาพลามกไม่ใช่ภาพศิลปะ เช่น ภาพหญิงเปลือยกายกอดชาย ภาพหญิงเปลือยกายเปิดเสื้อให้เห็นหัวนม ล้วงมือเข้าไปในกระโปรง ภาพหญิงเปลือยกายมีแผลลุมตัวมือข้างหนึ่งกุมหน้าอกอีกข้างหนึ่งกุมอวัยวะเพศ เป็นต้น

คำว่า “อนาจาร” พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554⁹¹ ได้ให้ความหมายไว้ว่าหมายถึง ความประพฤติชั่ว ความประพฤติน่าอับอาย ลามก นำบดสี เป็นที่น่ารังเกียจแก่ผู้อื่นในด้านความดีงาม ซึ่งอนาจารเป็นคำที่มาจากภาษาบาลีและสันสกฤตว่า อนาจาร (อ่าน อะ-นา-จา-ระ) แปลว่า มีความประพฤติไม่เหมาะสม ได้แก่ ประพฤติผิดศีลธรรม ประพฤติผิดจารีต และประพฤติผิดกฎหมายของบ้านเมือง หากนำมาใช้ร่วมกับกริยาทำ หรือกระทำ การทำอนาจารหรือกระทำอนาจาร จะหมายถึงการกระทำที่ไม่สมควรทางเพศที่กระทำโดยจงใจสัมผัสหรือเสียดสีอวัยวะเพศของผู้อื่น จับผู้อื่น เปลื้องผ้า ล่อลวงให้ผู้อื่นเปลือยกาย เป็นต้น

เนื่องจากประมวลกฎหมายอาญาไม่ได้มีการให้คำจำกัดความคำว่า “การกระทำอนาจาร” ไว้อย่างชัดเจน แต่หากพิจารณาจากตัวอย่างคำพิพากษาศาลฎีกา สามารถสรุปความหมายของ “การกระทำอนาจาร” ได้ว่าหมายถึง การกระทำที่ไม่สมควรทางเพศ⁹² โดยการกระทำต่อเนื้อตัวบุคคลโดยตรง ซึ่งการกระทำดังกล่าวอาจจะเป็นการกระทำต่อเนื้อตัวร่างกายของผู้เสียหาย หรือให้ผู้เสียหายกระทำต่อเนื้อตัวร่างกายของผู้กระทำก็ได้⁹³

ดังนั้น ถ้อยคำ การเขียน หรือภาพวาด จึงไม่เป็นการกระทำอนาจาร นอกจากนี้การกระทำอนาจารมิได้มีความหมายเฉพาะถึงการประเวณีและความใคร่เท่านั้น ยังหมายความรวมถึงการกระทำให้อับอายขายหน้าในทางเพศด้วย⁹⁴ เช่น การที่จำเลยจับแขนหญิงต่อหน้าคนหลายคนเป็น

⁹¹ พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554 (dictionary.orst.go.th)

⁹² หยุต แสงอุทัย, กฎหมายอาญา ภาค 2-3, พิมพ์ครั้งที่ 11 (กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553), น.188.

⁹³ จิตติ ดิงสภักดิ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 1, พิมพ์ครั้งที่ 8 (กรุงเทพมหานคร : สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2548), น.575.

⁹⁴ เพ็งอึ้ง, น.757.

ความผิดฐานกระทำอนาจาร คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 569/2479⁹⁵ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1143/2579⁹⁶
คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4836/2547⁹⁷

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4836/2547 ได้วินิจฉัยคำว่า “อนาจาร” ว่ามีความหมายว่าเป็น
การกระทำต่อเนื้อตัวบุคคลที่ไม่สมควรทางเพศ ซึ่งมีได้หมายความเฉพาะการประเวณีหรือความ
ใคร่เท่านั้น แต่รวมถึงการกระทำให้อับอายขายหน้าในทางเพศด้วย⁹⁸

ศาสตราจารย์ ดร.คณิต ณ นคร ได้ให้ความหมายของ “การกระทำอนาจาร” ไว้ว่าเป็น
การกระทำที่ในทางภาวะวิสัยเป็นการละเมิดหรือฝ่าฝืนความรู้สึกอับอายในทางเพศโดยทั่วไปอย่าง
ร้ายแรง และเป็นการกระทำที่ในทางอัตวิสัยได้ถูกกระทำลงด้วยความต้องการทางเพศหรือความ
ใคร่⁹⁹

ศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย อธิบายว่า คำว่า “กระทำอนาจาร” มีความหมายถึงการ
กระทำที่ไม่สมควรทางเพศต่อร่างกายของบุคคลอื่น เช่น กอดจูบลูบคลำร่างกายของหญิงหรือชาย
เป็นการแสดงความใคร่ทางเพศ เช่น เอาของลับของคนไปสัมผัสกับอวัยวะของชายด้วยกัน¹⁰⁰

ศาสตราจารย์จิตติ ดิงศภัทย์ อธิบายว่า ความผิดฐานกระทำอนาจารตามมาตรา 278 ก็
เช่นเดียวกับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามมาตรา 276 เป็นความผิดที่เกิดขึ้นโดยการบังคับขู่
เจ็ญ หลอกลวง ความผิดเหล่านี้ถ้าปรากฏว่าผู้เสียหายยินยอมให้กระทำโดยบริสุทธิ์ใจ การกระทำก็
ย่อมไม่เป็นความผิดอยู่¹⁰¹

2.5.2.2 แนวความคิดของการกระทำอนาจาร

ความผิดฐานกระทำอนาจารของประเทศไทย ปรากฏฐานความผิดตั้งแต่สมัย
รัตนโกสินทร์ตอนต้นจนถึงปัจจุบัน ซึ่งบทบัญญัติความผิดฐานกระทำอนาจารมีการแก้ไขเพิ่มเติม
มาตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน เนื่องจากสภาพแวดล้อมทางสังคมเปลี่ยนแปลงตามกาลเวลา ทำให้

⁹⁵ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 569/2479 (deka.in.th)

⁹⁶ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1143/2579 (deka.in.th)

⁹⁷ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4836/2547 (deka.in.th)

⁹⁸ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4836/2547. (deka.in.th)

⁹⁹ คณิต ณ นคร, กฎหมายอาญาภาคความผิด, พิมพ์ครั้งที่ 10 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญู
ชน, 2553), น.433.

¹⁰⁰ หยุด แสงอุทัย, กฎหมายอาญา ภาค 2-3, พิมพ์ครั้งที่ 10 (กรุงเทพมหานคร :
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2548), น.170.

¹⁰¹ จิตติ ดิงศภัทย์, กฎหมายอาญา ภาค 1, น.798. อ้างใน เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, กฎหมายอาญา ภาค
ความผิด เล่ม 2, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์กรุงสยาม พับลิชชิ่ง, 2553), น.463.

องค์ประกอบความผิดและโทษจึงต้องเปลี่ยนแปลงตามไปด้วย การศึกษาแนวคิดของความผิดฐานกระทำอนาจารทำให้สามารถให้เห็นความแตกต่างระหว่างความผิดฐานกระทำอนาจารกับการคุกคามทางเพศ

แนวความคิดในการกำหนดความผิดฐานกระทำอนาจาร รองศาสตราจารย์ ดร.คณพล จันทรหอม ได้กล่าวไว้ว่า “แรงปรารถนาทางเพศเป็นความต้องการตามธรรมชาติของมนุษย์ เพื่อการดำรงเผ่าพันธุ์คนแต่ละคนมีวิธีบำบัดแรงปรารถนานั้นแตกต่างกันออกไป บางคนใช้วิธีการอดกลั้นหรือเก็บกดแต่บางคนก็แสดงออกมาในรูปแบบที่แตกต่างกัน การแสดงออกเพื่อบำบัดความปรารถนาทางเพศพอจะจำแนกออกเป็น 2 กลุ่มใหญ่ ขึ้นอยู่กับว่าจะไปเกี่ยวข้องกับบุคคลอื่นหรือไม่

(1) กลุ่มที่ไม่มีบุคคลอื่นมาเกี่ยวข้อง

การบำบัดความต้องการทางเพศกลุ่มนี้ไม่มีความเกี่ยวข้องกับบุคคลอื่นโดยตรง อาจเป็นกระทำต่อตนเอง ได้แก่ การสำเร็จความใคร่ด้วยตนเอง หรือการเสพสื่อลามกอนาจาร ทั้งที่เป็นเรื่องราว ภาพ หรือเสียง หรืออาจจะกระทำต่อสิ่งอื่นก็ได้ เช่น การกระทำอนาจารศพ ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 366/1 และมาตรา 366/2 เป็นต้น

(2) กลุ่มที่มีบุคคลอื่นมาเกี่ยวข้อง

การบำบัดความต้องการทางเพศกลุ่มนี้มีความรุนแรงกว่าการกระทำในกลุ่มแรก เนื่องจากมีความเกี่ยวข้องกับบุคคลอื่น โดยหลักสากล ถ้าประกอบกิจกรรมซึ่งเกี่ยวกับผู้ใด ผู้นั้นต้องยินยอมและสมัครใจให้กระทำเท่านั้น หากไม่แล้วจะถือเป็นการใช้ความรุนแรงในทางเพศหรือเป็นการประทุษร้ายทางเพศได้ ซึ่งผู้จะให้ความยินยอมต้องมีความสามารถให้ความยินยอมตามกฎหมายได้

การกระทำทางเพศกลุ่มนี้สามารถจำแนกออกเป็น 2 กลุ่มย่อยได้แก่

(2.1) กลุ่มที่ไม่มีการสัมผัสกับบุคคลอื่น (non-contact)

การกระทำในกลุ่มนี้เริ่มต้นตั้งแต่การแสดงออกอันไม่สมควรหรือลามก “การคุกคามทางเพศที่กระทำโดยกิริยาท่าทางหรือโดยวาจา (sexual harassment)” การทำให้อับอายขายหน้าในทางเพศ (sexual humiliation) การถ่มอง (voyeurism) ทั้งที่เป็นการแอบดูด้วยตาหรืออัดภาพหรือเสียงไว้ (video voyeurism) การเฝ้าติดตาม (stalking) และที่ร้ายแรงเป็นพิเศษคือการบังคับให้ผู้อื่นเปิดเผยของสงวน หรือประกอบกิจกรรมทางเพศทั้งต่อตัวเองหรือบุคคลที่สามให้ดูหรือถ่ายภาพเก็บไว้ ในส่วนนี้แนวความคิดในการกำหนดฐานความผิดฐาน “คุกคามทางเพศผู้อื่น” ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 397

(2.2) กลุ่มที่มีการสัมผัสกับบุคคลอื่น

การสัมผัสจับต้องผู้อื่นโดยไม่ยินยอม เป็นการทำลายเสรีภาพทางเพศ (sexual autonomy) ของบุคคลขั้นร้ายแรง และถือว่าเป็นการประทุษร้ายทางเพศ (sexual assault) โดยแท้จริง จำแนกออกเป็น 2 ระดับ ได้แก่

(ก) การสัมผัสจับต้องร่างกาย (Contact)

การสัมผัสจับต้องร่างกาย ไม่ว่าจะส่วนของร่างกายนั้นจะไวต่อความรู้สึกทางเพศหรือไม่ก็ตาม เช่น จับแขน จับขา หอมคอ จับปาก หอมแก้ม เคลื่อนนม จับอวัยวะเพศ ถ้าได้กระทำเพื่อสนองความต้องการทางเพศแล้วย่อมเป็นการประทุษร้ายทางเพศทั้งสิ้น ในส่วนนี้คือแนวคิดในการกำหนดความผิดฐาน “กระทำอนาจารผู้อื่นและเด็ก” ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 278 และมาตรา 279

(ข) การล่วงล้ำเข้าไปในร่างกาย (pemetration)

การล่วงล้ำเข้าไปในร่างกายเป็นการประทุษร้ายทางเพศขั้นรุนแรงที่สุดในความคิดดั้งเดิมหมายความเฉพาะการที่อวัยวะเพศชายล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศหญิง แต่ต่อมาเห็นกันว่าการล่วงล้ำนั้นควรกำหนดให้สอดคล้องกับบริบทของสังคมที่เปลี่ยนแปลงไป ดังนั้นการที่อวัยวะเพศชายล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของอีกฝ่ายหนึ่ง หรือการนำสิ่งอื่นล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศ หรือทวารหนักของอีกฝ่ายหนึ่ง เป็นการล่วงล้ำทั้งสิ้น ทั้งนี้โดยไม่จำกัดว่าผู้กระทำและผู้ถูกกระทำจะเป็นเพศใด ในส่วนนี้คือแนวความคิดในการกำหนดความผิดฐานกระทำชำเราผู้อื่นและเด็ก ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 และมาตรา 277¹⁰²

2.6 ความเป็นมาในการบัญญัติกฎหมายอาญาสำหรับความผิดเกี่ยวกับการคุกคามทางเพศและการกระทำอนาจารในประเทศไทย

นับแต่ประมวลกฎหมายเริ่มมีผลใช้บังคับตั้งแต่ 1 มกราคม พ.ศ. 2500 จนถึงปัจจุบัน ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญาเฉพาะในส่วนของความผิดฐานกระทำอนาจาร และความผิดฐานคุกคามทางเพศ ซึ่งมีรายละเอียดดังนี้

2.6.1 ความเป็นมาของการกระทำอนาจาร

ความผิดฐานกระทำอนาจาร ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมอยู่หลายครั้งตั้งแต่สมัยกฎหมายตราสามดวง กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 จนถึงประมวลกฎหมายอาญาฉบับปัจจุบัน

2.6.1.1 กฎหมายตราสามดวง

¹⁰² วิวรรณ ดำรงค์กุลนันท์, “ขอบเขตการกระทำชำเรา การกระทำอนาจาร และการคุกคามทางเพศ,” วารสารนิติศาสตร์, ปีที่ 48 : 1, น.111-113 (มีนาคม 2562).

กฎหมายตราสามดวงเป็นกฎหมายที่ได้รับการชำระสะสางในสมัยพระบาทสมเด็จพระพุทธยอดฟ้าจุฬาโลกมหาราช (รัชกาลที่ 1) แห่งกรุงรัตนโกสินทร์ในปี พ.ศ. 2347¹⁰³ โดยชำระพระราชกำหนด พระอัยการมีในหอหลวงตั้งแต่พระธรรมศาสตร์ให้ถูกต้องตรงกับต้นฉบับในภาษาบาลีและเนื้อความให้ถูกต้องมิให้ผิดเพี้ยน จัดเป็นหมวดหมู่ ประทับตราพระราชสีห์ พระคชสีห์ และตราบัวแก้ว เก็บไว้ที่ห้องเครื่องฉบับหนึ่ง หอหลวงฉบับหนึ่ง และศาลาหลวงฉบับหนึ่ง และถึงแม้ว่ากฎหมายตราสามดวงจะมีใช้มีลักษณะเป็นประมวลกฎหมายโดยแท้จริง แต่เนื่องจากลักษณะของการรวบรวมชำระสะสางบทกฎหมายที่กระจัดกระจายอยู่ให้มาเป็นหมวดหมู่มากขึ้น ย่อมถือได้ว่าเป็นการประมวลจึงมีผู้เรียกกฎหมายตราสามดวงว่าประมวลกฎหมายรัชกาลที่ 1

สำหรับบทบัญญัติความผิดฐานกระทำอนาจารเป็นบทบัญญัติที่บัญญัติไว้ในพระอัยการลักษณะฝ่าฝืนซึ่งเป็นกฎหมายว่าด้วยความสัมพันธ์ระหว่างสามีภริยา โดยปรากฏหลักฐานว่าได้ประกาศใช้ในสมัยพระรามาธิบดีที่ 1 (อู่ทอง) เมื่อปี พ.ศ. 1904 โดยประกาศพระราชกฤษฎีกาว่าด้วยการผิดเมีย ครั้นต่อมาในปี พ.ศ. 1905 ได้โปรดเกล้าฯ ให้ตราพระราชบัญญัติว่าด้วยการแบ่งปันสินบิณฑกัระหว่างฝ่าฝืนเมื่อจะหย่าขาดกัน ซึ่งเกิดขึ้นเพราะคดีฟ้องหย่าของขุนไกรนารายณ์กับแม่นางเกิด

ต่อมาในปี พ.ศ. 2347 ได้ตราพระราชบัญญัติว่าด้วยวิธีแบ่งสินเดิม สินสมรส และว่าด้วยอำนาจอิสระของบิดามารดาผู้ปกครองหญิงเพิ่มขึ้น และการที่ผู้ร่างกฎหมายได้จัดเอาบทบัญญัติความผิดอาญาเกี่ยวกับเพศลงไว้ในพระอัยการลักษณะฝ่าฝืน ซึ่งเป็นกฎหมายว่าด้วยความสัมพันธ์ระหว่างสามีภริยาเพราะเห็นว่าการล่วงเกินบุตรหญิงของผู้อื่นเป็นการละเมิดอำนาจปกครองหรืออำนาจอิสระของสามีจึงจัดเอาความผิดอาญาเกี่ยวกับเพศลงไว้ในพระอัยการลักษณะฝ่าฝืน ประกอบกับลักษณะของกฎหมายอาญาในสมัยกรุงศรีอยุธยาจะมีลักษณะปะปนอยู่กับกฎหมายแพ่ง จึงทำให้ความผิดอาญาเกี่ยวกับเพศบัญญัติไว้ในพระอัยการลักษณะฝ่าฝืนซึ่งเป็นกฎหมายว่าด้วยความสัมพันธ์ระหว่างสามีภริยา¹⁰⁴

ต่อมาในสมัยรัชกาลที่ 5 เมื่อปี พ.ศ. 2347 ทรงมีพระบรมราชโองการโปรดให้มีการชำระและรวบรวมกฎหมายเก่าตั้งแต่สมัยกรุงศรีอยุธยาที่ถูกพม่าเผาทำลายเสียใหม่ เนื่องจากทรงเห็นว่ามีการตัดสินคดีด้วยความวิปลาสคลาดเคลื่อนจากความยุติธรรม เมื่อมาตรวจชำระกฎหมาย

¹⁰³ ชงทอง จันทรางศุ, *กฎหมายไทยในยุครัตนโกสินทร์ตอนต้น*, (กรุงเทพมหานคร : คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2529), น.5.

¹⁰⁴ ชิดชนก แผ่นสุวรรณ, “ความคิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและอนาจาร : ศึกษาตั้งแต่สมัยกฎหมายตราสามดวงถึงประมวลกฎหมายอาญา,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2548), น.8.

เป็นที่เรียบร้อยแล้ว จึงทรงโปรดให้มีการประทับตราขึ้นเพื่อเป็นประกันความถูกต้องและป้องกันการปลอมแปลง และเรียกกฎหมายฉบับดังกล่าวว่า “กฎหมายตราสามดวง” ต่อมาได้มีการเปิดประเทศค้าขายกับต่างชาติมากขึ้น จึงจำเป็นต้องมีการปรับปรุงกฎหมายให้มีความทันสมัยทัดเทียมกับอารยประเทศ แต่การจัดทำประมวลกฎหมายให้เป็นแบบสมัยใหม่เป็นเรื่องที่ต้องใช้เวลานาน จึงทรงโปรดให้มีการประกาศใช้เป็นการเฉพาะเรื่องขึ้นก่อนเพื่อแก้ปัญหาความบกพร่องของกฎหมายบางลักษณะ กฎหมายที่ทรงโปรดให้มีการประกาศใช้กฎหมายเป็นการเฉพาะฉบับหนึ่งคือ พระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ. 118 ใช้บังคับแทนกฎหมายฉบับเดิมที่มีข้อบกพร่องอยู่หลายประการ ประกอบกับพระองค์ทรงเห็นความสำคัญด้านกฎหมายและเพื่อให้ระบบศาลไทยเป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน ทรงโปรดให้มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงกฎหมายต่าง ๆ ให้มีความสมบูรณ์และเป็นไปในเชิงนิติศาสตร์มากขึ้น จึงมีการจัดทำประมวลกฎหมายและประกาศใช้กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ซึ่งเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรฉบับแรกของประเทศไทย¹⁰⁵

2.6.1.2 กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127

ในสมัยพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว (รัชกาลที่ 5) ประเทศไทยต้องเผชิญกับปัญหาสิทธิสภาพนอกอาณาเขตส่งผลให้มีการปฏิรูประบบการศาลและปฏิรูปกฎหมาย ทำให้มีการร่างประมวลกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ขึ้นถือใช้ เป็นประมวลกฎหมายอาญาฉบับแรกของประเทศไทยประกาศใช้เมื่อปี พ.ศ. 2451 เป็นกฎหมายที่จัดทำขึ้นตามแบบอย่างของประเทศในภาคพื้นยุโรป การร่างกฎหมายลักษณะอาญาในครั้งนั้นกล่าวได้ว่า เป็นการเปลี่ยนแปลงกฎหมายอาญาของไทยที่ใช้มาตั้งแต่เดิมซึ่งกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 มีการบัญญัติถึงการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศไว้ในเรื่องการกระทำอนาจารเกี่ยวแก่สาธารณในมาตรา 240¹⁰⁶ มาตรา 241¹⁰⁷

¹⁰⁵ กฤษดา บุญยสมิต, “กฎหมายตราสามดวง,” สารานุกรมไทยสำหรับเยาวชนโดยพระราชประสงค์ในพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัว, เล่มที่ 30, น.124.

¹⁰⁶ ประมวลกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 มาตรา 240 บัญญัติว่า ผู้ใดเอารูปภาพ หรือสมุด หรือสิ่งใดใดอันมีลักษณะเป็นของลามกอนาจาร ออกขายหรือทอดตลาดก็ดี หรือเอาของลามกอนาจารที่ว่ามานั้นแสดงโดยเปิดเผยแก่สาธารณชนก็ดี ท่านว่ามันมีความผิด ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินสามพันบาท หรือทั้งจำคุกปรับไม่เกินสามปี และปรับไม่เกินสองพันบาท โดยมิต้องคำนึงว่ากรรมทั้งหลายซึ่งประกอบกันเป็นความผิดนั้น ได้กระทำไว้ในประเทศต่างกันหรือไม่

¹⁰⁷ ประมวลกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 มาตรา 241 บัญญัติว่า ผู้ใดเพื่อให้สำเร็จความใคร่ของผู้อื่นบังอาจเป็นธุระจัดหา ล่อไป หรือชักพาไป เพื่ออนาจารซึ่งหญิงหรือเด็กหญิงอายุต่ำกว่าสิบแปดขวบ แม่หญิงหรือเด็กหญิงนั้นยินยอมก็ตาม ท่านว่ามันมีความผิด ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี และปรับไม่เกินสองพันบาท โดยมิต้องคำนึงว่ากรรมทั้งหลายซึ่งประกอบกันเป็นความผิดนั้น ได้กระทำไว้ในประเทศต่างกันหรือไม่

และมาตรา 242¹⁰⁸

ทั้งนี้เนื่องจากกฎหมายลายลักษณ์อักษรเป็นกฎหมายที่มีการรวบรวมไว้เป็นหมวดหมู่ชัดเจน จึงเหมาะสมกับประเทศที่กำลังพัฒนาอย่างประเทศไทยที่จำเป็นต้องอาศัยความแน่นอนชัดเจนของกฎหมาย และเพื่อให้เป็นที่ยอมรับของประเทศยุโรปซึ่งใช้กฎหมายลายลักษณ์อักษรเช่นเดียวกัน กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ได้ใช้บังคับเรื่อยมาจนกระทั่งถึงสมัยรัชกาลที่ 9 จึงได้มีการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายครั้งใหญ่ โดยเรียกประมวลกฎหมายที่มีการแก้ไขขึ้นใหม่นี้ว่า “ประมวลกฎหมายอาญา” ซึ่งใช้บังคับแทนกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127¹⁰⁹

2.6.1.3 ประมวลกฎหมายอาญา

ประมวลกฎหมายอาญาฉบับที่บังคับใช้อยู่ในปัจจุบันได้มีการบังคับใช้เมื่อวันที่ 1 มกราคม 2500 โดยเหตุผลของการประกาศใช้ประมวลกฎหมายอาญา เนื่องจากจากกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ได้มีการใช้บังคับสำหรับการกระทำความผิดมากกว่า 50 ปี อีกทั้งยังได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายในลักษณะที่กระจัดกระจายอยู่หลายแห่ง จึงควรที่จะมีการชำระสะสางและจัดรวบรวมกฎหมายให้อยู่ภายในที่เดียวกันในรูปแบบของประมวลกฎหมายและหลักบางประการ รวมถึงวิธีการลงโทษก็ควรที่ต้องปรับปรุงแก้ไขให้สอดคล้องกับหลักการสากลมากขึ้น จึงได้มีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2499

ประมวลกฎหมายอาญาของไทยได้บัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศไว้ 4 ฐานความผิด ประกอบด้วย ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ความผิดฐานกระทำอนาจาร ความผิดฐานค้าบุคคลเพื่อความไคร่ และความผิดฐานค้าสิ่งลามกอนาจาร

ในส่วนของการกระทำความผิดฐานกระทำอนาจารได้จัดอยู่ในหมวดที่ 9 ว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับเพศ สามารถแบ่งเป็นการกระทำความผิดได้ 2 ประเภท คือ ความผิดฐานกระทำ

ผู้ใดเพื่อให้สำเร็จความไคร่ของผู้อื่น บังอาจโดยใช้อุบายหลอกลวง หรือโดยใช้อำนาจด้วยกำลังกาย โดยขู่เข็ญ โดยใช้อำนาจคุ้มครองผิดทำนองหรือโดยใช้วิธีบังคับอย่างอื่น ๆ เป็นธุระจัดหา ล่อไป หรือชักพาไปเพื่อการอนาจารซึ่งหญิงหรือเด็กหญิง ท่านว่ามันมีความผิด ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปี และปรับไม่เกินสามพันบาท โดยมีต้องคำนึงว่ากรรมทั้งหลายซึ่งประกอบกันเป็นความผิด ได้กระทำไว้ในประเทศต่างกันหรือไม่.

¹⁰⁸ ประมวลกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 มาตรา 242 บัญญัติว่า ผู้ใดทำชำเราผิดมนุษย์ ด้วยชยาก็ดี หญิงก็ดี หรือทำชำเราด้วยสัตว์เดียรัจฉานก็ดี ท่านว่ามันมีความผิด ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สามเดือนขึ้นไปจนถึงสามปี และให้ปรับตั้งแต่ห้าสิบบาทขึ้นไปจนถึงห้าร้อยบาท ด้วยอีกโทษหนึ่ง.

¹⁰⁹ สุวัฒน์ชัย ใจหาญ, คำอธิบายประมวลกฎหมาย ภาค 3 ความผิดลหุโทษ มาตรา 367 ถึง มาตรา 398 พร้อมด้วยตัวอย่างและคำพิพากษาฎีกาประกอบ, (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์มิตรสยาม, 2557), น.220.

อนาจารบุคคลอายุกว่าสิบห้าปี ตามมาตรา 278¹¹⁰ และความผิดฐานกระทำอนาจารเด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปี ตามมาตรา 279¹¹¹

¹¹⁰ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 278 บัญญัติว่า ผู้ใดกระทำการอนาจารแก่บุคคลอายุกว่าสิบสามปี โดยขู่เข็ญด้วยประการใด ๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยบุคคลนั้นอยู่ในภาวะวิที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้บุคคลนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบปี หรือปรับไม่เกินสองแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่ง เป็นการกระทำโดยใช้วัตถุหรืออวัยวะอื่นซึ่งมีชื่ออวัยวะเพศ ล้วงล้าอวัยวะเพศหรือทวารหนักของบุคคลนั้น ผู้กระทำต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดหมื่นบาทถึงสี่แสนบาท

ถ้าการกระทำตามวรรคสอง ได้กระทำโดยทำให้ผู้ถูกกระทำเข้าใจว่าผู้กระทำมีอาวุธปืนหรือวัตถุระเบิด ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่เจ็ดปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่หนึ่งแสนสี่หมื่นบาทถึงสี่แสนบาท

ถ้าการกระทำตามวรรคสอง ได้กระทำโดยมีอาวุธหรือวัตถุระเบิดหรือโดยใช้อาวุธ หรือโดยร่วมกระทำความผิดด้วยกันอันมีลักษณะเป็นการ โทรมหญิงหรือกระทำกับชายในลักษณะเดียวกัน ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สิบห้าปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่สามแสนบาทถึงสี่แสนบาท หรือจำคุกตลอดชีวิต

¹¹¹ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 279 บัญญัติว่า ผู้ใดกระทำอนาจารแก่เด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปี โดยเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบปี หรือปรับไม่เกินสองแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่ง เป็นการกระทำแก่เด็กอายุไม่เกินสิบสามปี ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งปีถึงสิบปี หรือปรับตั้งแต่สองหมื่นบาทถึงสองแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งหรือวรรคสอง ผู้กระทำได้กระทำโดยขู่เข็ญด้วยประการใด ๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยเด็กนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้เด็กนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งปีถึงสิบห้าปี หรือปรับตั้งแต่สองหมื่นบาทถึงสามแสนบาทหรือทั้งจำทั้งปรับ

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งหรือวรรคสาม เป็นการกระทำโดยใช้วัตถุหรืออวัยวะอื่นซึ่งมีชื่ออวัยวะเพศ ล้วงล้าอวัยวะเพศหรือทวารหนักของเด็กนั้น ผู้กระทำต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ห้าปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่หนึ่งแสนบาทถึงสี่แสนบาท

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคสี่ เป็นการกระทำแก่อายุไม่เกินสิบสามปี ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่เจ็ดปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่หนึ่งแสนสี่หมื่นบาทถึงสี่แสนบาท หรือจำคุกตลอดชีวิต

ถ้าการกระทำตามวรรคสี่หรือวรรคห้า ได้กระทำโดยทำให้ผู้ถูกกระทำเข้าใจว่าผู้กระทำมีอาวุธปืนหรือวัตถุระเบิด ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สิบปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่สองแสนบาทถึงสี่แสนบาท หรือจำคุกตลอดชีวิต

บทบัญญัติความผิดฐานกระทำอนาจารตั้งแต่ประกาศใช้ประมวลกฎหมายอาญาจนกระทั่งปัจจุบันได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมอยู่หลายครั้ง

การแก้ไขเพิ่มเติมครั้งแรกมีขึ้นในสมัยจอมพลถนอม กิตติขจร โดยประกาศคณะปฏิวัติฉบับวันที่ 11 ลงวันที่ 21 พฤศจิกายน พ.ศ. 2514 เหตุผลในการแก้ไขเพิ่มเติมในครั้งนี้ เนื่องจากคณะปฏิวัติในขณะนั้นเห็นว่า อัตราโทษที่บัญญัติไว้ในกฎหมายนั้นไม่เพียงพอต่อการป้องกันและปราบปรามการกระทำผิด จึงได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมโทษของความผิดฐานกระทำอนาจารให้เหมาะสมกับสภาพเศรษฐกิจและสังคม และเพื่อให้การป้องกันและปราบปรามการกระทำผิดให้เหมาะสมกับสภาพเศรษฐกิจมากยิ่งขึ้น โดยการแก้ไขเพิ่มโทษสำหรับการกระทำอนาจารตามมาตรา 278 จากเดิมระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ เป็นระวางโทษจำคุกไม่เกินเจ็ดปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นสี่พันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ และแก้ไขเพิ่มเติมสำหรับการกระทำอนาจารเด็กตามมาตรา 279 จากเดิมหากการกระทำอนาจารเด็กอายุไม่เกิน 13 ปี ไม่ว่าจะเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับและหากการกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำโดยขู่เข็ญด้วยประการใด ๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยเด็กนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้เด็กนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ หากการกระทำอนาจารเด็กอายุไม่เกิน 13 ปี ไม่ว่าจะเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินเจ็ดปีหรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นสี่พันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ และหากการกระทำอนาจารเด็กดังกล่าวเกิดขึ้นโดยขู่เข็ญด้วยประการใด ๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยเด็กนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้เด็กนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบห้าปี หรือปรับไม่เกินสามหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ¹¹²

การแก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่สองเกิดขึ้นในสมัยรัฐบาลของพลเอกเปรม ติณสูลานนท์ โดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมาย (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2525 เหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว เนื่องมาจากการกระทำผิดเกี่ยวกับเพศที่เกิดขึ้นในสังคมสมัยนั้นมี

ถ้าการทำความผิดตามวรรคสี่หรือวรรคห้า ได้กระทำโดยมีอาวุธปืนหรือวัตถุระเบิดหรือใช้อาวุธ หรือโดยร่วมทำความผิดด้วยกันอันมีลักษณะเป็นการโทรมเด็กหญิงหรือกระทำกับเด็กชายในลักษณะเดียวกัน ต้องระวางโทษจำคุกตลอดชีวิต.

¹¹² โปรดดู ประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 11 ลงวันที่ 21 พฤศจิกายน พ.ศ. 2514.

ความรุนแรงมากขึ้น แม้อัตราโทษสำหรับความผิดฐานกระทำอนาจารจะได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมมาแล้วครั้งหนึ่งตามดังกล่าวข้างต้น แต่เพื่อเป็นการป้องกันและปราบปรามการกระทำความผิดที่จะเกิดขึ้นในอนาคตจึงได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมอัตราโทษสำหรับความผิดฐานกระทำอนาจาร โดยการแก้ไขเพิ่มเติมโทษสำหรับการกระทำอนาจารตามมาตรา 278 จากเดิมระวางโทษจำคุกไม่เกินเจ็ดปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นสี่พันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ เป็นระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบปี หรือปรับไม่เกินสองหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ และสำหรับการกระทำอนาจารเด็กมาตรา 279 ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมโทษจากเดิม คือ หากการกระทำอนาจารเด็กอายุไม่เกิน 13 ปี ไม่ว่าจะเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินเจ็ดปี หรือไม่ปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นสี่พันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ และหากการกระทำอนาจารเด็กดังกล่าวเกิดขึ้นโดยผู้เสียหายด้วยประการใด ๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยเด็กนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้เด็กนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินเจ็ดปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นสี่พันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ และหากการกระทำอนาจารเด็กอายุไม่เกิน 13 ปี ไม่ว่าจะเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบปี หรือปรับไม่เกินสองหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ¹¹³

การแก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่สาม เกิดขึ้นโดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 8) พ.ศ. 2530 เหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัติฉบับดังกล่าวเนื่องมาจากบทบัญญัติความผิดฐานกระทำอนาจารตามมาตรา 278 และมาตรา 279 กำหนดอายุเด็กที่จะได้รับความคุ้มครองเป็นพิเศษตามกฎหมายไว้ที่สิบสามปี ผู้กระทำความผิดตามมาตราดังกล่าวสามารถอ้างความยินยอมของเด็กอายุกว่าสิบสามปีเพื่อยกเว้นความผิดหรือเพื่อบรรเทาโทษได้ การบัญญัติกฎหมายในลักษณะดังกล่าวจึงเป็นการเปิดโอกาสให้ผู้กระทำความผิดแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบจากเด็กอายุระหว่างสิบสามปีถึงสิบห้าปี ซึ่งส่วนใหญ่เด็กที่มีช่วงอายุดังกล่าวยังไม่มีความเจริญเติบโตและพัฒนาการด้านต่าง ๆ เพียงพอที่จะให้ความยินยอมในการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศได้ จึงมีการแก้ไขอายุผู้ถูกระทำที่กฎหมายให้ความคุ้มครอง ซึ่งจากเดิมอายุของผู้ถูกระทำสำหรับความผิดฐานกระทำอนาจารตามมาตรา 278 คือบุคคลอายุกว่า 13 ปี แก้ไขเพิ่มเติมเป็นบุคคลอายุกว่า 15 ปี และสำหรับความผิดฐานกระทำอนาจารเด็กตามมาตรา 279 เดิมอายุของผู้ถูกระทำคืออายุยังไม่เกิน 13 ปี แก้ไขเพิ่มเติมเป็นเด็กอายุไม่เกิน 15 ปี¹¹⁴

การแก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่สี่ เกิดขึ้นในสมัยรัฐบาลของพลเอกประยุทธ์ จันทร์โอชา โดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 26) พ.ศ. 2560 เหตุผลในการ

¹¹³ โปรดดู พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2525 มาตรา 3.

¹¹⁴ โปรดดู พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 8) พ.ศ. 2530 มาตรา 4.

ประกาศใช้พระราชบัญญัติดังกล่าว เนื่องจากอัตราโทษปรับที่ได้มีการบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญานั้นยังไม่มีผลสอดคล้องกับสภาพสังคมและเศรษฐกิจของประเทศในยุคสมัยนั้น จึงได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมอัตราโทษปรับในความผิดฐานกระทำอนาจาร โดยการแก้ไขเพิ่มเติมโทษสำหรับการกระทำอนาจารตามมาตรา 278 จากเดิมระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบปี หรือปรับไม่เกินสองหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ เป็นระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบปี หรือปรับไม่เกินสองแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ และสำหรับการกระทำอนาจารเด็กตามมาตรา 279 ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมโทษจากเดิมหากการกระทำอนาจารเด็กอายุยังไม่เกิน 15 ปี ไม่ว่าจะเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบปี หรือปรับไม่เกินสองหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ และการกระทำอนาจารเด็กดังกล่าวเกิดขึ้นโดยขู่เข็ญด้วยประการใด ๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยเด็กนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้เด็กนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบห้าปี หรือปรับไม่เกินสามหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ หากการกระทำอนาจารเด็กอายุไม่เกิน 15 ปี ไม่ว่าจะเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบปี หรือปรับไม่เกินสองแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ และหากการกระทำอนาจารเด็กดังกล่าวเกิดขึ้นโดยขู่เข็ญด้วยประการใด ๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยเด็กนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้เด็กนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบห้าปี หรือปรับไม่เกินสามแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ¹¹⁵

การแก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ห้า เกิดขึ้นในสมัยรัฐบาลของพลเอกประยุทธ์ จันทร์โอชา โดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 23) พ.ศ. 2558 โดยให้เพิ่มความในมาตรา 285/1 แห่งประมวลกฎหมายอาญา กล่าวคือ “การกระทำความผิดตามมาตรา 277 มาตรา 278 มาตรา 279 มาตรา 282 วรรคสาม และมาตรา 283 ทวิ วรรคสอง หากเป็นการกระทำต่อเด็กอายุไม่เกินสิบสามปี ห้ามอ้างความไม่รู้อายุของเด็กเพื่อให้พ้นจากความผิดนั้น” ซึ่งมาตราดังกล่าวได้นำมาใช้ประกอบกับมาตรา 278 และมาตรา 279 อันเป็นความผิดฐานกระทำอนาจารด้วยโดยได้กระทำอนาจารต่อเด็กอายุไม่เกินสิบสามปีห้ามอ้างความไม่รู้อายุของเด็กตามมาตรา 289/1 ที่แก้ไขเพิ่มเติมดังกล่าว โดยมีเหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัติฉบับนี้ บทบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศและความผิดต่อเสรีภาพที่กระทำต่อเด็กได้กำหนดอายุของเด็กเป็นองค์ประกอบความผิดทำให้ผู้กระทำความผิดอ้างความสำคัญผิดหรือความไม่รู้ในข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบความผิดเพื่อไม่ต้องรับผิดหรือได้รับยกเว้นโทษ หรือได้รับโทษน้อยลง สมควรกำหนดให้ผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับเพศหรือความผิดต่อเสรีภาพซึ่งได้กระทำต่อเด็กที่มีอายุไม่เกินสิบสามปี ไม่อาจอ้างความไม่

¹¹⁵ โปรดดู พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 26) พ.ศ. 2560 มาตรา 11.

รู้อายุของเด็กเพื่อให้พ้นจากความรับผิดชอบทางอาญา ทั้งนี้เพื่อให้เด็กได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายมากยิ่งขึ้น อีกทั้งสมควรปรับปรุงอัตราโทษให้สอดคล้องกับสภาพการณ์ในปัจจุบัน จึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัตินี้¹¹⁶

และการแก้ไขเพิ่มเติมครั้งล่าสุด เกิดขึ้นในสมัยรัฐบาลของพลเอกประยุทธ์ จันทร์โอชา เช่นกัน โดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 27) พ.ศ. 2562 เหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัติฉบับดังกล่าวเนื่องจากการปรับปรุงกฎหมายในส่วนที่เกี่ยวข้องกับความผิดเกี่ยวกับเพศเพื่อให้บังคับใช้กฎหมายได้อย่างมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น และเพื่อคุ้มครองผู้ซึ่งถูกกระทำทางเพศกลุ่มต่าง ๆ มากยิ่งขึ้น โดยการแก้ไขเพิ่มเติมการกระทำที่จะทำให้ผู้กระทำความผิดต้องได้รับโทษหนักขึ้น เพื่อให้การบังคับใช้กฎหมายนั้นเกิดประโยชน์สูงสุด

โดยการกระทำอนาจารตามมาตรา 278 หากเป็นการกระทำโดยใช้วัตถุหรืออวัยวะอื่น ซึ่งมีใช่อวัยวะเพศล่วงล้ำอวัยวะเพศหรือทวารหนักของบุคคลอื่น ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษมากกว่าการกระทำความผิดฐานกระทำอนาจาร โดยทั่วไป หากการกระทำอนาจารโดยการล่วงล้ำดังกล่าวได้กระทำโดยทำให้ผู้ถูกกระทำเข้าใจว่าผู้กระทำมีอาวุธปืนหรือวัตถุระเบิด ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษมากกว่าการกระทำความผิดฐานกระทำอนาจาร โดยการล่วงล้ำโดยทั่วไป นอกจากนี้หากการกระทำอนาจารโดยการล่วงล้ำดังกล่าว ได้กระทำโดยมีอาวุธปืนหรือวัตถุระเบิดหรือโดยใช้อาวุธหรือโดยร่วมกันกระทำความผิดด้วยอันมีลักษณะเป็นการโทรมหญิงหรือกระทำกับชายในลักษณะเดียวกัน ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษมากกว่าการกระทำความผิดฐานกระทำอนาจาร โดยการล่วงล้ำโดยทั่วไป¹¹⁷

สำหรับความผิดฐานกระทำอนาจารเด็กอายุกว่า 13 ปีแต่ยังไม่เกิน 15 ปีตามมาตรา 279 ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมการกระทำที่ทำให้ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนักขึ้นเช่นเดียวกัน โดยเป็นการกระทำอนาจารเด็กอายุไม่เกิน 13 ปีผู้กระทำความผิดจะได้รับโทษหนักกว่าการกระทำอนาจารเด็กอายุไม่เกิน 15 ปี ถ้าหากการกระทำอนาจารไม่ว่าจะเป็นการกระทำต่อเด็กอายุยังไม่เกิน 13 ปี หรือเด็กอายุไม่เกิน 15 ปี ก็ตาม เกิดขึ้นด้วยการขู่เข็ญด้วยประการใด ๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยเด็กนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้เด็กนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น ผู้กระทำความผิดจะได้รับโทษหนักกว่าการกระทำอนาจารเด็กอายุยังไม่เกิน 15 ปี หรือหากการกระทำอนาจารเด็กอายุกว่า 13 ปี แต่ยังไม่เกิน 15 ปี เป็นการกระทำโดยใช้วัตถุหรืออวัยวะอื่น ซึ่งมีใช่อวัยวะเพศล่วงล้ำอวัยวะเพศหรือทวารหนักของเด็กนั้น ผู้กระทำความผิดจะได้รับโทษหนักกว่าการกระทำอนาจารเด็กอายุกว่า 13 ปี แต่ยังไม่เกิน 15 ปีโดยทั่วไป หรือหากการกระทำอนาจารโดยการล่วงล้ำดังกล่าวเป็นการกระทำต่อเด็กอายุ

¹¹⁶ โปรดดู พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 23) พ.ศ. 2558.

¹¹⁷ โปรดดู พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 27) พ.ศ. 2560, น.3-4.

ไม่เกิน 13 ปี ผู้กระทำจะรับโทษหนักกว่าการกระทำอนาจารต่อเด็กอายุยังไม่เกิน 13 ปีโดยทั่วไป หากการกระทำอนาจารโดยการล่วงล้ำต่อเด็กอายุไม่เกิน 13 ปี และเด็กอายุไม่เกิน 15 ปี ได้กระทำ โดยทำให้ผู้ถูกกระทำเข้าใจว่าผู้กระทำมีอาวุธปืนหรือวัตถุระเบิด ผู้กระทำจะได้รับโทษหนักกว่า การกระทำอนาจารโดยการล่วงล้ำแก่เด็กอายุไม่เกิน 15 ปีโดยทั่วไป

นอกจากนี้หากการกระทำอนาจารโดยการล่วงล้ำต่อเด็กอายุไม่เกิน 13 ปี และเด็กอายุไม่ เกิน 15 ปี ได้กระทำโดยมีอาวุธปืนหรือวัตถุระเบิด หรือโดยใช้อาวุธหรือโดยร่วมกันกระทำ ความผิดด้วยกันอันมีลักษณะเป็นการโทรมหญิงหรือกระทำกับเด็กชายในลักษณะเดียวกัน ผู้กระทำ จะได้รับโทษหนักกว่าการกระทำอนาจาร โดยการล่วงล้ำแก่เด็กอายุไม่เกิน 15 ปีโดยทั่วไปอีกด้วย¹¹⁸

2.6.2 ความเป็นมาของการคุกคามทางเพศ

การคุกคามทางเพศเป็นการกระทำที่ปรากฏในสังคมไทยมาเป็นเวลาช้านาน ซึ่ง ประวัติศาสตร์กฎหมายไทยจะพบบทบัญญัติความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา และความผิดฐาน กระทำอนาจาร อันเป็นการคุกคามทางเพศที่ร้ายแรงซึ่งได้บัญญัติไว้ในพระอัยการลักษณะผิวเมีย ซึ่งตราขึ้นในสมัยกรุงศรีอยุธยา และตกทอดมาสู่สมัยกรุงรัตนโกสินทร์ตอนต้น จนกระทั่งในสมัย พระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวรัชกาลที่ 4 ประเทศไทยจึงเริ่มมีการติดต่อกับต่างชาติต่างประเทศมาก ขึ้น กฎหมายไทยเดิมที่มีอยู่ไม่เพียงพอที่จะนำมาใช้แก้ไขปัญหาต่าง ๆ จึงมีการนำหลักกฎหมาย ของประเทศอังกฤษเข้ามาใช้เป็นเรื่อง ๆ ในระยะแรก โดยมีการร่างพระราชกำหนดลักษณะข่มขืน ล่วงประเวณี ร.ศ. 118 ขึ้นบังคับใช้ส่งผลให้เกิดการเปลี่ยนแปลงแยกบทบัญญัติต่าง ๆ ออกจากกัน และเป็นหมวดหมู่

ในความผิดฐานคุกคามทางเพศ ไม่มีปรากฏในกฎหมายตราสาม หรือกฎหมายลักษณะ อาญา ร.ศ. 127 คงมีเพียงแก้ไขเพิ่มเติมอยู่เพียงหนึ่งครั้งคือ “แก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 22) พ.ศ. 2558”

(1) วันที่ 1 มกราคม พ.ศ. 2500 ในพระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมาย พ.ศ. 2499

“มาตรา 397 บัญญัติว่า ผู้ใดในที่สาธารณะหรือต่อหน้าธารกำนัล กระทำด้วย ประการใด ๆ อันเป็นการรังแกหรือข่มเหงผู้อื่น หรือกระทำให้ผู้อื่นได้รับความอับอายหรือ เดือดร้อนรำคาญต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งเดือน หรือปรับไม่เกินหนึ่งพันบาท หรือทั้งจำทั้ง ปรับ”¹¹⁹

¹¹⁸ โปรดดู พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 27) พ.ศ. 2560, น.4-5.

¹¹⁹ โปรดดู พระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2499.

(2) วันที่ 14 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2558 แก้ไขเพิ่มเติมครั้งล่าสุดตามมาตราในพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 22) พ.ศ. 2558 ในมาตรา 8 ให้ยกเลิกความในมาตรา 397 แห่งประมวลกฎหมาย และให้ใช้ความต่อไปนี้แทน

“มาตรา 397 ผู้ใดกระทำความผิดด้วยประการใด ๆ ต่อผู้อื่น อันเป็นการรังแก ข่มเหง คุกคาม หรือกระทำให้ได้รับความอับอายหรือเดือดร้อนรำคาญ ต้องระวางโทษปรับไม่เกินห้าพันบาท

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งเป็นการกระทำในที่สาธารณะหรือต่อหน้าธารกำนัลหรือเป็นการกระทำอันมีลักษณะส่อไปในทางที่จะล่วงเกินทางเพศ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งเดือนหรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคสองเป็นการกระทำโดยอาศัยเหตุที่ผู้กระทำความผิดมีอำนาจเหนือผู้ถูกระทำอันเนื่องมาจากความสัมพันธ์ในฐานะที่เป็นผู้บังคับบัญชา นายจ้าง หรือผู้มีอำนาจเหนือประการอื่น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งเดือน และปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท”¹²⁰

แม้กฎหมายจะได้มีการแก้ไขบทบัญญัติมาตรา 397 แห่งประมวลกฎหมายอาญา โดยเพิ่มการคุกคามมาบัญญัติไว้ในมาตรา 397 ก็ตาม แต่ก็ยังไม่ปรากฏนิยามในการตีความของคำว่า “คุกคาม” และการให้ความคุ้มครองการคุกคามนั้นยังไม่ครอบคลุมถึงการกระทำบนสื่ออิเล็กทรอนิกส์ อินเทอร์เน็ต ทั้งยังจัดให้อยู่ในหมวดของความผิดหลุโทษ ซึ่งผู้วิจัยเห็นว่าไม่สมเหตุสมผลและจะวิเคราะห์เปรียบเทียบในบทต่อไป

การคุกคามทางเพศปรากฏอยู่ในสังคมไทยมาอย่างยาวนาน แต่ไม่ได้รับความสำคัญและได้รับการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายเพื่อให้ความคุ้มครองอย่างที่ควร ประกอบสังคมในปัจจุบันที่มีการพัฒนาเทคโนโลยีอย่างรวดเร็ว ทำให้เกิดเป็นพฤติกรรมการคุกคามทางเพศรูปแบบใหม่บนอินเทอร์เน็ต อีกทั้งการคุกคามทางเพศเป็นการละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และส่งผลกระทบต่อสังคมเป็นวงกว้าง บุคคลจึงควรได้รับการคุ้มครองตามสิทธิขั้นพื้นฐานตามหลักสิทธิมนุษยชนและความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน

¹²⁰ โปรดดู พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 22) พ.ศ. 2558.

บทที่ 3

มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการคุกคามทางเพศและการคุกคามทางเพศบน อินเทอร์เน็ตตามกฎหมายต่างประเทศ

การคุกคามทางเพศโดยทั่วไป (Sexual Harassment in the physical space) เป็นปัญหาสังคมต่อผู้คนจำนวนมากทั่วโลก เนื่องจากการคุกคามทางเพศส่งผลกระทบต่อทั้งด้านจิตใจและร่างกายของผู้ตกเป็นเหยื่อ เช่น เกิดความวิตกกังวล เกิดสภาวะกดดัน เกิดความรู้สึกไม่ปลอดภัย เทคโนโลยีอินเทอร์เน็ตได้เปิดพื้นที่ใหม่ให้การคุกคามทางเพศที่แต่เดิมอยู่เฉพาะในพื้นที่ทางกายภาพให้สามารถเกิดขึ้นได้บนพื้นที่ไซเบอร์ (cyberspace) การคุกคามลักษณะนี้เรียกว่า “การคุกคามทางเพศบนอินเทอร์เน็ต (Sexual Harassment on the Internet, Cyber Sexual Harassment หรือ Online Sexual Harassment)

3.1 ประเทศออสเตรเลีย

การคุกคามทางเพศเป็นส่วนหนึ่งของพฤติกรรมการกลั่นแกล้งบนอินเทอร์เน็ต ถึงแม้ว่าการกลั่นแกล้งทางอินเทอร์เน็ตไม่ถือเป็นความผิดที่ชัดเจนภายใต้กฎหมายของออสเตรเลีย แต่โดยทั่วไปการใช้โทรศัพท์มือถือ อีเมล หรือเว็บเครือข่ายสังคมออนไลน์เพื่อคุกคามหรือล่วงละเมิดบุคคลหรือกลุ่มคนบางกลุ่ม สามารถทำให้เกิดเป็นความผิดทางอาญาได้ ซึ่งประเทศออสเตรเลียได้ให้ความสำคัญกับการแก้ปัญหากรณีการคุกคามทางเพศเป็นอย่างมาก

The Australia Human Rights Commission ได้ให้ความหมายว่า การคุกคามทางเพศ คือ พฤติกรรมทางเพศที่ไม่พึงปรารถนาซึ่งทำให้บุคคลอื่นรู้สึกขุ่นเคือง อับอาย และขายหน้า หรือถูกข่มขู่โดยไม่สมควร

การคุกคามทางเพศอาจเกิดขึ้นได้หลายรูปแบบ ดังนี้

- 1) การสัมผัสกอด หรือจูบที่ไม่พึงปรารถนา
- 2) จ้องมอง
- 3) ความคิดเห็นเชิงขี้นำหรือเป็นเรื่องตลก
- 4) รูปภาพที่ไม่เหมาะสมทางเพศ หรือโปสเตอร์

- 5) คำเชิญที่ไม่ต้องการ หรือขอมิเพศสัมพันธ์
- 6) คำถามที่ล่วงล้ำเกี่ยวกับชีวิตส่วนตัวหรือร่างกาย
- 7) คู่มือหรือเยาะเย้ยในเรื่องเพศ
- 8) อีเมล หรือข้อความ ที่ส่งไปในทางที่จะล่วงเกินทางเพศ
- 9) พฤติกรรมที่อาจเป็นความผิดตามกฎหมายอาญา เช่น การแสดงอนาจาร การล่วงเกินทางเพศ การสะกดรอยตาม หรือการสื่อสารที่ลามกอนาจาร

การคุกคามทางเพศถือเป็นรูปแบบการเลือกปฏิบัติในทางเพศรูปแบบหนึ่งที่ไม่ได้รับการยอมรับตามกฎหมาย การคุกคามทางเพศจึงเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายภายใต้พระราชบัญญัติการเลือกปฏิบัติทางเพศของออสเตรเลีย ซึ่งมีการทดสอบการคุกคามทางเพศทางกฎหมายสำหรับการคุกคามทางเพศในพระราชบัญญัติการเลือกปฏิบัติทางเพศของรัฐบาลกลางออสเตรเลียด้วย มีองค์ประกอบสำคัญสามประการดังนี้

- 1) มีลักษณะที่ไม่พึงปรารถนา
- 2) มีเจตนาส่งไปในทางเพศที่เกิดขึ้นตามธรรมชาติ
- 3) เป็นพฤติกรรมที่ไม่เหมาะสม เกิดขึ้นอย่างไม่เหมาะสมในสถานการณ์เช่นนั้น ทำให้บุคคลรู้สึกถูกลั่นแกล้ง โกรธเคือง รู้สึกต่ำต้อย หรือถูกข่มขู่

ซึ่งพฤติกรรมที่ไม่พึงปรารถนานั้นไม่จำเป็นต้องเกิดขึ้นซ้ำหรือเกิดขึ้นอย่างต่อเนื่องเกิดขึ้นเพียงเหตุการณ์เดียวก็สามารถทำให้เกิดการคุกคามทางเพศได้ ซึ่งพฤติกรรมที่ไม่พึงปรารถนานั้นเป็นพฤติกรรมที่ไม่พึงพอใจ ไม่ได้ร้องขอหรือเชิญชวน ถือเป็นการกระทำที่ไม่พึงปรารถนาหรือเป็นการละเมิด¹

3.1.1 หลักเกณฑ์ทางกฎหมายเกี่ยวกับการคุกคามทางเพศ

ประเทศออสเตรเลียให้ความสำคัญกับปัญหากรณีการคุกคามทางเพศเป็นอย่างมาก เมื่อพิจารณาจากคำร้องทุกข์ที่ส่งมายังคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งออสเตรเลีย (The Australia Human Rights Commission) พบว่าจำนวนคำร้องทุกข์ที่ส่งมายังคณะกรรมการดังกล่าวเป็นการร้องทุกข์ในเรื่องเกี่ยวกับการคุกคามทางเพศโดยส่วนใหญ่ และเป็นการคุกคามทางเพศในสถานที่ทำงาน

ประเทศออสเตรเลียยังได้จัดตั้ง Australia Human Rights Commission (คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งออสเตรเลีย) เป็นองค์กรที่มีอำนาจหน้าที่สนับสนุนและส่งเสริม ป้องกันปัญหา

¹ Australian Human Rights Commission, “Sexual Harassment-Code of Practice for Employers,” สืบค้นเมื่อวันที่ 13 พฤศจิกายน 2563, จาก

เรื่องสิทธิมนุษยชนและเป็นผู้มีหน้าที่ดูแลและจัดการปัญหาด้านสิทธิมนุษยชน โดยกรณีการคุกคามทางเพศเป็นกรณีที่อยู่ในอำนาจการดูแลขององค์กรดังกล่าวด้วย เมื่อผู้เสียหายได้รับความเสียหายอันเนื่องมาจากการคุกคามทางเพศ อาจร้องทุกข์ไปยังคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งออสเตรเลียได้ตาม The Sex Discrimination Act 1984 ได้ การร้องทุกข์ไม่เสียค่าใช้จ่ายและมีหลายช่องทางที่ผู้เสียหายจะร้องทุกข์ได้ ไม่ว่าจะเป็นทางโทรศัพท์ อีเมล การอัดเสียง หรือแม้แต่อักษรเบลล์สำหรับผู้พิการทางสายตาด้วย รวมทั้งผู้เห็นเหตุการณ์ก็สามารถร้องทุกข์ได้หรือชี้เบาะแสได้เช่นกัน (Australia Human Rights Commission, 2014a) ผู้เห็นเหตุการณ์มีความสำคัญเป็นส่วนช่วยในการลดความเสียหายของการคุกคามทางเพศ

ซึ่งการคุกคามทางเพศได้รับการบัญญัติไว้ในกฎหมายระดับสหพันธรัฐออสเตรเลีย กล่าวคือ ได้รับการบัญญัติให้อยู่ในกฎหมายคุ้มครองการเลือกปฏิบัติทางเพศ (The Sex Discrimination Act 1984) ซึ่งเป็นกฎหมายระดับสหพันธรัฐ โดยมีผลบังคับใช้กับทุกมลรัฐในประเทศออสเตรเลีย นอกจากนี้แม้ว่ากฎหมายคุ้มครองการเลือกปฏิบัติทางเพศ (The Sex Discrimination Act 1984) จะบัญญัติว่าการคุกคามทางเพศเป็นความผิด และผู้กระทำต้องรับผิดทางแพ่ง แต่การคุกคามทางเพศบางประเภทเป็นความผิดอาญาและผู้กระทำจะต้องรับผิดทางอาญาตามประมวลกฎหมายอาญาของออสเตรเลียด้วยเช่นกัน ในประเด็นนี้ได้รับการยืนยันจากผู้พิพากษาผู้ตัดสินคดี Hall & Ors v A. A. Sheiban Pty Ltd & Ors (1989) ALP 503 at 572² ว่าเป็นประเด็นหลักของการกระทำอันเป็นการคุกคามทางเพศไม่ยกเว้นการกระทำอันเป็นความผิดทางอาญา การคุกคามทางเพศถือเป็นการกระทำที่เกี่ยวกับการกระทำทางอาญาด้วย

ตามประมวลกฎหมายอาญาของออสเตรเลีย การกระทำที่เป็นการคุกคามบางประเภทถือว่าเป็นความผิดอาญา อันได้แก่ การลวนลามทางกายหรือการล่วงเกินทางกาย การสื่อสารที่ลามกอนาจาร เช่น การสื่อสารทางโทรศัพท์ จดหมาย หรือสื่ออื่น ๆ ในประเทศออสเตรเลียได้คุ้มครองสิทธิของผู้เสียหายในคดีส่วนอาญาด้วย กล่าวคือหากผู้ต้องสงสัยว่าการทำความผิดอันเป็นการคุกคามทางเพศเป็นนายจ้าง ผู้เสียหายควรแจ้งความร้องทุกข์กับพนักงานตำรวจและควรได้รับความช่วยเหลือสนับสนุนที่จำเป็น

ในคดีอาญานั้นผู้ทำความผิดอาจถูกดำเนินคดีได้ โดยถ้าหากจำเลยเป็นผู้กระทำ ความผิดจริงต้องได้รับโทษปรับหรือโทษจำคุก ส่วนในกรณีทางคดีแพ่งผู้เสียหายสามารถฟ้องคดีได้เอง ถ้าหากผู้เสียหายชนะคดี ผู้เสียหายก็จะได้รับการเยียวยาความเสียหาย ทั้งนี้การพิจารณา

² เจนวิทย์ นวลแสง, ภัทราภรณ์ เกษตรสาร และอชิรญา ภู่งงกร, “ความรับผิดทางอาญาและการเยียวยาผู้เสียหายจากการคุกคามทางเพศ : ศึกษากรณีประเทศไทย สหพันธรัฐเยอรมนีและเครือรัฐออสเตรเลีย,” วารสารการเมือง การบริหาร และกฎหมาย, ฉบับที่ 2, ปีที่ 8 ฉบับที่ 2, น.352 (พฤษภาคม-สิงหาคม 2559).

คดีอาญาจะยากกว่าการพิจารณาคดีแพ่ง เนื่องจากในกระบวนการพิจารณาผู้เสียหายจะต้องพิสูจน์ว่าจำเลยเป็นผู้กระทำความผิดโดยปราศจากข้อสงสัยใด ๆ แต่หากเป็นคดีแพ่งผู้เสียหายพิสูจน์แต่เพียงว่าค่าเสียหายนั้นพอสมควรกับความเสียหายที่ผู้เสียหายได้รับหรือไม่

ตามมาตรา 28A (1) แห่ง Sex Discrimination Act 1984 บัญญัติการคุกคามทางเพศไว้ โดยเฉพาะและได้ให้คำนิยามของการคุกคามทางเพศไว้ว่า “การคุกคามทางเพศ คือ การกระทำอันไม่พึงปรารถนาทางเพศ การร้องขอที่ไม่พึงปรารถนาเพื่อความต้องการทางเพศต่อผู้ถูกคุกคาม หรือการกระทำอื่นที่ไม่พึงปรารถนาอันเกี่ยวข้องกับเรื่องเพศที่เกี่ยวข้องกับผู้ถูกคุกคาม ซึ่งในสถานการณ์นั้น ๆ บุคคลทั่วไปอาจคาดหมายได้ว่าเป็นการคุกคาม ทำให้ผู้ถูกกระทำขวยหน้า เสียเกียรติ หรือทำให้รู้สึกหวาดกลัว³

ในบทบัญญัติ The Sex Discrimination Act 1984 มาตรา 28A (1A) บัญญัติรับรองการกระทำอันเป็นการคุกคามทางเพศตามบทบัญญัตินี้ “ไม่จำกัดเพศ อายุ รูปร่าง เพศสภาพ และสถานะของบุคคล ไม่ว่าจะสมรสแล้วหรือไม่ก็ตาม รวมทั้งความเชื่อทางศาสนา เชื้อชาติ สัญชาติหรือชาติกำเนิดของผู้ถูกกระทำ หรือแม้แต่สีผิว และผู้พิการก็สามารถถูกระทำได้เช่นกัน⁴

มาตรา 28 A (1A) (b) ได้กล่าวถึงการคุกคามทางเพศตามการจ้างแรงงานระหว่างนายจ้างกับลูกจ้าง หรือบุคคลผู้จะมาเป็นลูกจ้างหรือหุ้นส่วน หรือการคุกคามทางเพศระหว่างลูกจ้าง

³ The Sex Discrimination Act 1984, Section 28A Meaning of sexual harassment

(1) For the purposes of this Division, a person sexually harasses another person (the person harassed) if:

(a) the person makes an unwelcome sexual advance, or an unwelcome request for sexual favors, to the person harassed; or

(b) engages in other unwelcome conduct of a sexual nature in relation to the person harassed; in circumstances in which a reasonable person, having regard to all the circumstances, would have anticipated the possibility that the person harassed would be offended, humiliated or intimidated.

⁴ The Sex Discrimination Act 1984, Section 28A (1A) For the purposes of subsection (1), the circumstances to be taken into account include, but are not limited to, the following:

(a) the sex, age, sexual orientation, gender identity, intersex status, marital or relationship status, religious belief, race, color, or national or ethnic origin, of the person harassed;

(b) the relationship between the person harassed and the person who made the advance or request or who engaged in the conduct;

(c) any disability of the person harassed;

(d) Any other relevant circumstance.

ด้วยตนเอง หรือการจ้างงานตามสัญญาจ้างทำของ โดยสถานที่ทำงานนั้นรวมถึงสถานที่ทำงานบนเรือ เครื่องบิน หรือยานพาหนะด้วย

ตามมาตรา 28A (1A) (c) กล่าวถึงการคุกคามทางเพศที่มีความทุพพลภาพ ผู้ที่มีความบกพร่องทางจิตใจหรือร่างกาย

ตามมาตรา 28A (1A) (d) กล่าวถึงความผิดซึ่งเป็นการคุกคามทางเพศในองค์กรที่ได้รับการจดทะเบียน รวมการกระทำของสมาชิกในองค์กรนั้นและบุคคลที่จะมาเป็นสมาชิกในองค์กรในอนาคตด้วย⁵

การคุกคามทางเพศต้องมีพฤติกรรมทางเพศไม่พึงปรารถนาต้องมืองค์ประกอบที่ชัดเจนหรือมีนัย ตามมาตรา 28A (2)⁶ การกระทำทางเพศที่มีลักษณะเป็นพฤติกรรมทางเพศ เป็นการกระทำต่อสาธารณชนหรือต่อหน้าบุคคลไม่ว่าจะเป็นการกระทำด้วยวาจาหรือลายลักษณ์อักษรก็ตาม

3.1.2 การกำหนดโทษสำหรับความผิดเกี่ยวกับการคุกคามทางเพศ

ในเรื่องของการคุกคามทางเพศบนอินเทอร์เน็ต ออสเตรเลียไม่มีข้อกำหนดเฉพาะในรัฐบาลกลางของออสเตรเลียข้อกำหนดของรัฐ หรือกฎหมายอาณาเขตที่เกี่ยวข้องกับการคุกคามทางเพศบนอินเทอร์เน็ต ในประเทศออสเตรเลียการคุกคามทางเพศบนอินเทอร์เน็ตต่อนักข่าวหญิงได้รับการระบุโดยองค์กรสื่อว่าเป็นปัญหาที่พบการกระทำต่อนักข่าวหญิงอยู่เป็นจำนวนมาก ซึ่งไม่มีบทบัญญัติกฎหมายเฉพาะที่จะมุ่งเพื่อคุ้มครองการคุกคามทางเพศบนอินเทอร์เน็ต แต่อย่างไรก็ตามบทบัญญัติทั่วไปในประมวลกฎหมายอาญาของรัฐบาลกลางสามารถใช้เพื่อดำเนินคดีกับผู้ที่มีส่วนร่วมในการกลั่นแกล้งทางอินเทอร์เน็ตหรือการคุกคามทางเพศบนอินเทอร์เน็ตได้ นอกจากนี้ยังมีบทบัญญัติทางอาญาที่อาจเกี่ยวข้องในระดับรัฐและในอาณาเขตตลอดจนความรับผิดชอบทางแพ่ง เช่น การหมิ่นประมาทและการให้ร้ายในบางรูปแบบ และนอกจากนี้รัฐบางกลางยังได้กำหนดบทบาทของคณะกรรมการสิทธิการความปลอดภัยบนอินเทอร์เน็ต (eSafety Commissioner) รวมถึงกระบวนการเรียนที่เกี่ยวข้องกับโพสต์บนโซเชียลมีเดีย รูปภาพส่วนตัว และกำลังขยายการพิจารณาบทบาทเพิ่มเติมถึงการกลั่นแกล้งบนอินเทอร์เน็ตด้วย (cyber bullying)

การคุ้มครองของกฎหมายอาญาที่มีอยู่ในการจับกุมการกลั่นแกล้งบนอินเทอร์เน็ตได้รับการพิจารณาโดยคณะกรรมการด้านกฎหมายและรัฐธรรมนูญของวุฒิสภาในรายงานที่เผยแพร่ใน

⁵ Sexual Harassment - Code of Practice for Employers (2004).

⁶ The Sex Discrimination Act 1984, Section 28A (2) 28A Meaning of sexual harassment

(2) In this section: conduct of a sexual nature includes making a statement of a sexual nature to a person, or in the presence of a person, whether the statement is made orally or in writing.

เดือนมีนาคม 2561 องค์การทั้งสองเป็นตัวแทนของนักข่าวส่งหนังสือรายงานถึงคณะกรรมการ ระบุข้อโต้แย้งจากผู้ส่งข้อมูลเหล่านี้ว่า “การกลั่นแกล้งบนอินเทอร์เน็ตเป็นปัญหาเฉพาะสำหรับผู้ทำงานในบทบาทสื่อที่เปิดเผยต่อสาธารณะ” หน่วยงานบังคับใช้กฎหมายได้ตรวจสอบและดำเนินคดีกับข้อเรียกร้องการกลั่นแกล้งบนอินเทอร์เน็ตอย่างเหมาะสมภายใต้กฎหมายของรัฐ คณะกรรมการยังเสนอให้รัฐบาลพิจารณาเพิ่มโทษสูงสุดตามมาตรา 474.17⁷ จากโทษจำคุกสามปี เป็นจำคุกห้าปี และมีการพิจารณาเพิ่มเติมพระราชบัญญัติความปลอดภัยออนไลน์ 2015 ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับบทบาทและสร้างแรงกดดันด้านกฎระเบียบบนแพลตฟอร์มโซเชียลมีเดียเพื่อป้องกันและตอบสนองต่อเนื้อหาการกลั่นแกล้งบนอินเทอร์เน็ตอย่างรวดเร็ว และออกกฎหมายเพื่อสร้างหน้าที่ในการดูแลสื่อสังคมออนไลน์บนแพลตฟอร์มเพื่อความปลอดภัยของผู้ใช้

3.1.3 กฎหมายของรัฐบาลกลางที่เกี่ยวข้องการคุกคามทางเพศบนอินเทอร์เน็ต

คณะกรรมการด้านกฎหมายและกิจการรัฐธรรมนูญของวุฒิสภาตั้งข้อสังเกตว่าในขณะที่ที่ประมวลกฎหมาย 1995 ไม่ได้กำหนดถึงการกลั่นแกล้งบนอินเทอร์เน็ต แต่มีความผิดพลาดประการที่อาจเกี่ยวข้องกับการกลั่นแกล้งบนอินเทอร์เน็ต ดังนี้

- 1) การใช้อินเทอร์เน็ตหรืออุปกรณ์ที่เป็นอันตรายคุกคามหรือล่วงละเมิด

มาตรา 474.17 แห่ง The Criminal Code Act 1995 (Commonwealth) กล่าวว่าการใช้โทรศัพท์หรืออินเทอร์เน็ตเพื่อข่มขู่คุกคาม หรือทำให้ผู้อื่นขุ่นเคืองใจร้ายแรง ข้อความหรือโพสต์ดังกล่าวอาจถือเป็นการคุกคามทางเพศได้ หากมีแนวโน้มว่าทำให้เกิดความโกรธ ความอับอายสอสู หรือความรังเกียจอย่างรุนแรง โทษสูงสุดสำหรับความผิดจำคุก 3 ปี⁸

⁷ Criminal Code Act 1995. Section 474.17 Using a carriage service to menace, harass or cause offence (1) A person is guilty of an offence if: (a) the person uses a carriage service; and (b) the person does so in a way (whether by the method of use or the content of a communication, or both) that reasonable persons would regard as being, in all the circumstances, menacing, harassing or offensive.

⁸ The Criminal Code Act 1995} article 474.17 Using a carriage service to menace, harass or cause offence

(1) A person commits an offence if:

(a) the person uses a carriage service; and

(b) The person does so in a way (whether by the method of use or the content of a communication, or both) that reasonable persons would regard as being, in all the circumstances, menacing, harassing or offensive.

Penalty: Imprisonment for 3 years.

2) พฤติกรรมข่มขู่หรือคุกคาม

มาตรา 474.15 แห่ง The Criminal Code Act 1995 (Commonwealth) อาชญากรในการใช้โทรศัพท์ส่งข้อความ หรืออีเมล หรือโพสต์ออนไลน์เพื่อข่มขู่ฆ่าคนโดยเจตนา ความผิดดังกล่าวมีโทษจำคุกสูงสุดสิบปี การใช้โทรศัพท์ ข้อความ หรืออีเมล หรือโพสต์ออนไลน์เป็นความผิดทางอาญาในการใช้โทรศัพท์ ข้อความ อีเมล หรือโพสต์ออนไลน์ เพื่อข่มขู่ว่าจะทำให้ผู้อื่นได้รับอันตรายสาหัส ความผิดดังกล่าวมีโทษสูงสุดจำคุกเจ็ดปี⁹

มาตรา 474.17 ไม่ได้กำหนดว่าการกระทำใดถือเป็นการคุกคาม การกลั่นแกล้ง หรือการกระทำที่น่ารังเกียจ อันเป็นมาตรฐานในการตัดสินใจว่าการกระทำนั้นเป็นการคุกคามหรือล่วงละเมิดหรือไม่ แต่อย่างไรก็ตามมาตรา 474.17 บัญญัติขึ้นเพื่อกำหนดให้ผู้ใช้บริการโทรคมนาคมโดยบุคคลอาจเป็นการข่มขู่ คุกคาม หรือสร้างความไม่พอใจต่อวิญญูชน เนื่องจากวิธีการใช้บริการโทรคมนาคมหรือเนื้อหาของการสื่อสาร หรือทั้งสองอย่าง

พระราชบัญญัติแก้ไขกฎหมายอาชญากรรม (ความผิดเกี่ยวกับ โทรคมนาคมและมาตรการอื่น ๆ ฉบับที่ 2) ได้นำมาตรา 474.17 เข้ามาในประมวลกฎหมายอาญา บันทึกรหัสคดีอาญา อธิบายสำหรับร่างพระราชบัญญัติดังกล่าว ระบุว่า การกระทำความผิดครอบคลุมถึงสถานการณ์ต่าง

(2) Without limiting subsection (1), that subsection applies to menacing, harassing or causing offence to:

- (a) an employee of an NRS provider; or
- (b) an emergency call person; or

⁹ The Criminal Code Act 1995} article 474.15 Using a carriage service to make a threat Threat to kill

(1) A person (the first person) commits an offence if:

(a) the first person uses a carriage service to make to another person (the second person) a threat to kill the second person or a third person; and

(b) The first person intends the second person to fear that the threat will be carried out.

Penalty: Imprisonment for

10 years. Threat to cause serious harm

(2) A person (the first person) commits an offence if:

(a) the first person uses a carriage service to make to another person (the second person) a threat to cause serious harm to the second person or a third person; and

(b) The first person intends the second person to fear that the threat will be carried out.

Penalty: Imprisonment for 7 years

ๆ เช่น การใช้บริการโทรคมนาคมเพื่อทำให้บุคคลหวาดกลัวต่อความปลอดภัยหรือความเป็นอยู่หรือความปลอดภัยในทรัพย์สินเพื่อกระตุ้นหรือยุยงให้เกิดความรุนแรงหรือเพื่อให้ร้ายบุคคลบนพื้นฐานของเชื้อชาติหรือศาสนา

กล่าวโดยสรุปเรื่องการคุกคามทางเพศในประเทศออสเตรเลียได้บัญญัติรองรับการกระทำอันเป็นการคุกคามทางเพศไว้โดยเฉพาะ และคุ้มครองผู้เสียหายไม่จำกัดเฉพาะเพศใดเพศหนึ่ง ดังนั้นทุกคนต่างได้รับความคุ้มครองอย่างเท่าเทียมกัน อีกทั้งกฎหมายเรื่องการคุกคามทางเพศประเทศออสเตรเลียนั้นได้บัญญัติการคุ้มครองไว้อย่างเต็มที่ และยังมีคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งออสเตรเลียเป็นผู้รับคำร้องทุกข์อีกด้วย ในส่วนของการคุกคามทางเพศบนอินเทอร์เน็ตไม่มีบทบัญญัติกฎหมายไว้โดยเฉพาะแต่มีความผิดหลายประการในประมวลกฎหมายอาญาออสเตรเลียที่กล่าวถึงการถูกลั่นแกล้งบนอินเทอร์เน็ต ซึ่งนำมาปรับใช้กับการคุกคามทางเพศบนอินเทอร์เน็ตได้ในบางกรณี

3.2 ประเทศอังกฤษ

ประเทศอังกฤษมีกฎหมายที่เกี่ยวข้องหลายฉบับซึ่งสามารถนำมาปรับใช้กับการส่งข้อความชักชวนทางเพศผ่านอินเทอร์เน็ตได้ ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับลักษณะและพฤติการณ์ของการส่งข้อความดังกล่าวด้วย

3.2.1 กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการคุกคามทางเพศบนอินเทอร์เน็ต

1) มาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการส่งข้อความชักชวนทางเพศบนอินเทอร์เน็ต

1.1) พระราชบัญญัติคุ้มครองการคุกคาม 1997 (The Protection of Harassment Act 1997) โดยมาตรา 1 บัญญัติให้ผู้ใดที่ทำการกระทำในลักษณะเป็นชุดการกระทำ (pursue of a course of conduct) ที่ถือเป็นการคุกคามบุคคลอื่น โดยที่ผู้กระทำได้รู้หรือควรได้ว่าชุดการกระทำของตนนั้นเป็นการคุกคามผู้อื่นเป็นผู้มีความผิดอาญา¹⁰

ทั้งนี้มาตรา 7 (3)(a)¹¹ ได้ให้คำจำกัดความของคำว่าชุดการกระทำ (a course of conduct) ว่าหมายถึงการกระทำตั้งแต่สองครั้งขึ้นไป การส่งข้อความอาจถือได้ว่าเป็นการกระทำที่ถือเป็นการ

¹⁰ Protection from Harassment Act 1997.

¹¹ The Protection from Harassment Act 1997. Section 7(3)A “course of conduct” must involve—

(a) in the case of conduct in relation to a single person (see section 1(1)), conduct on at least two occasions in relation to that person, or

(b) In the case of conduct in relation to two or more persons (see section 1(1A)), conduct on at least one occasion in relation to each of those persons.

คุกคามตามมาตรา นี้ อย่างไรก็ตามการที่จะเป็นการกระทำความผิดตามมาตรา นี้จะต้องมีการส่งข้อความไปยังเหยื่ออย่างน้อยสองครั้งขึ้นไปเพื่อให้เกิดเป็นลักษณะของ “ชุดการกระทำ” ดังนั้นการส่งข้อความเพียงครั้งเดียวอาจไม่เข้าฐานความผิดตามพระราชบัญญัติคุ้มครองการคุกคาม (The Protection of Harassment Act 1997) นี้

1.2) The Malicious Communication Act 1988 ซึ่งมาตรา 1(1)¹² บัญญัติให้การส่งข้อความไปหาผู้อื่นผ่านทางสื่อประเภทต่าง ๆ โดยข้อความนั้นมีลักษณะไม่เหมาะสม หรือมีลักษณะสร้างความขุ่นเคืองใจอย่างมหันต์ ซึ่งมีเจตนาให้ผู้รับข้อความเกิดความทุกข์ใจ ร้อนใจ หรือความกังวลใจ เป็นความผิดอาญา นอกจากนี้มาตรา 1 (2A)(b)¹³ ระบุชัดเจนว่าคำว่า “สื่อ” ในที่นี้รวมถึงสื่ออิเล็กทรอนิกส์ด้วย และประการสำคัญภายใต้ The Malicious Communication Act 1988 นี้ผู้ที่ส่งข้อความเพียงครั้งเดียวก็ถือว่าเป็นกระทำความผิดแล้ว ไม่จำเป็นต้องมีการส่งข้อความสองครั้งขึ้นไปเหมือนในพระราชบัญญัติคุ้มครองการคุกคาม ค.ศ. 1997 การส่งข้อความชักชวนทางเพศผ่านอินเทอร์เน็ตถือได้ว่าเป็นการส่งข้อความที่มีลักษณะไม่เหมาะสม หรือที่มีลักษณะทำให้ผู้รับรู้สึกขุ่นเคืองใจอย่างมากในทางเพศและการกระทำดังกล่าวอาจเป็นเหตุให้เหยื่อเกิดความทุกข์ร้อนใจ หรือกังวลใจ และการส่งข้อความผ่านทางอินเทอร์เน็ตถือเป็นการส่งข้อความผ่านสื่ออิเล็กทรอนิกส์ จึงอาจกล่าวได้ว่ามาตรา 1(1) แห่ง The Malicious Communication Act 1988 สามารถปรับใช้กับกรณีการส่งข้อความชักชวนทางเพศผ่านอินเทอร์เน็ตได้อย่างตรงตัวและสอดคล้องที่สุด

¹² The Malicious Communication Act 1988, Section 1 Offence of sending letters etc. with intent to cause distress or anxiety.

(1) Any person who sends to another person—

(a) a letter, electronic communication or article of any description] which conveys—

(i) a message which is indecent or grossly offensive;

(ii) a threat; or

(iii) information which is false and known or believed to be false by the sender

¹³ The Malicious Communication Act 1988, Section (2A) In this section “ electronic communication ” includes—

(a) any oral or other communication by means of [F6an electronic communications network] (c. 12)); and

(b) Any communication (however sent) that is in electronic form.

1.3) The Communication Act 2003 ก็เป็นกฎหมายของประเทศอังกฤษอีกฉบับหนึ่ง
ที่เกี่ยวข้อง โดยมาตรา 127¹⁴ บัญญัติให้การส่งข้อความที่มีลักษณะสร้างความขุ่นเคืองใจอย่างมหันต์

¹⁴ The Communication Act 2003, Section 127 Improper use of public electronic communications network

(1) A person is guilty of an offence if he—

(a) sends by means of a public electronic communications network a message or other matter that is grossly offensive or of an indecent, obscene or menacing character; or

(b) Causes any such message or matter to be so sent.

(2) A person is guilty of an offence if, for the purpose of causing annoyance, inconvenience or needless anxiety to another, he—

(a) sends by means of a public electronic communications network, a message that he knows to be false,

(b) causes such a message to be sent; or

(c) Persistently makes use of a public electronic communications network.

(3) A person guilty of an offence under this section shall be liable, on summary conviction, to imprisonment for a term not exceeding six months or to a fine not exceeding level 5 on the standard scale, or to both.

(4) Subsections (1) and (2) do not apply to anything done in the course of providing a programmer service (within the meaning of the Broadcasting Act 1990 (c. 42)).

(5) An information or complaint relating to an offence under this section may be tried by a magistrates' court in England and Wales or Northern Ireland if it is laid or made—

(a) before the end of the period of 3 years beginning with the day on which the offence was committed, and

(b) before the end of the period of 6 months beginning with the day on which evidence comes to the knowledge of the prosecutor which the prosecutor considers sufficient to justify proceedings.

(6) Summary proceedings for an offence under this section may be commenced in Scotland

(a) before the end of the period of 3 years beginning with the day on which the offence was committed, and

(b) before the end of the period of 6 months beginning with the day on which evidence comes to the knowledge of the prosecutor which the prosecutor considers sufficient to justify proceedings, and section 136(3) of the Criminal Procedure (Scotland) Act 1995 (date when proceedings deemed to be commenced) applies for the purposes of this subsection as it applies for the purposes of that section.

(grossly offensive) หรือไม่เหมาะสมผ่านทางเครือข่ายสื่อสารอิเล็กทรอนิกส์สาธารณะ ซึ่งรวมถึงอินเทอร์เน็ตด้วย โดยประสงค์จะทำให้ผู้รับเกิดความรำคาญ ความไม่สะดวก หรือความกังวลใจโดยไม่จำเป็นเป็นความผิดอาญา การส่งข้อความชักชวนทางเพศถือได้ว่าเป็นการส่งข้อความที่สร้างความขุ่นเคืองใจอย่างหนักหรือไม่เหมาะสมในทางเพศให้แก่ผู้รับ และการส่งข้อความดังกล่าวผ่านอินเทอร์เน็ตเป็นการส่งข้อความผ่านระบบเครือข่ายสื่อสารอิเล็กทรอนิกส์สาธารณะ ดังนั้น มาตรา 127 ของ The Communication Act 2003 จึงนำมาปรับใช้กับการส่งข้อความชักชวนทางเพศผ่านอินเทอร์เน็ตได้เช่นกัน อย่างไรก็ตามกฎหมายฉบับนี้ก็มีข้อจำกัดที่ไม่สามารถบังคับใช้กับกรณีการส่งข้อความผ่านเครือข่ายสื่อสารอิเล็กทรอนิกส์ที่ไม่ได้มีลักษณะเป็นสาธารณะ เช่น Internet ได้

กฎหมายทั้งสามฉบับของประเทศอังกฤษ อาจกล่าวได้ว่า The Protection of Harassment Act 1997 สามารถปรับใช้ได้กับการกระทำที่เป็นการคุกคามในทุกรูปแบบไม่จำกัดเฉพาะการส่งข้อความ และใช้ได้กับการคุกคามทั้งในพื้นที่ทางกายภาพและบนพื้นที่ไซเบอร์ อย่างไรก็ตามข้อจำกัดของกฎหมายฉบับนี้คือ ต้องมีชุดการกระทำ (a course of conduct) ซึ่งต้องเป็นการกระทำตั้งแต่สองครั้งขึ้นไป ในขณะที่ The Malicious Communication Act 1988 ไม่จำเป็นต้องเป็นการชุดการกระทำ การส่งข้อความเพียงครั้งเดียวสามารถที่จะถูกดำเนินคดีอาญาได้ แต่กฎหมายฉบับนี้จะใช้กับกรณีการส่งข้อความผ่านทางสื่อเท่านั้น จะไม่สามารถใช้กับการคุกคามลักษณะอื่นที่ไม่เกี่ยวข้องกับการใช้สื่อ เช่น การสะกดรอย หรือการถูกเฝ้าติดตาม (ซึ่งจะอยู่ภายใต้บังคับของ The Protection from Harassment Act 1997 แทน) และจะต้องเป็นที่พอใจแก่ศาลว่าเหยื่อผู้ได้รับข้อความจะต้องมีความทุกข์ร้อนหรือความกังวลใจอันเป็นผลมาจากการได้รับข้อความ ซึ่งเมื่อเปรียบเทียบกับ The Communication Act 2003 นั้นเพียงแค่ผู้ส่งข้อความมีประสงค์จะก่อให้เกิดความรำคาญ หรือความไม่สะดวกแก่ผู้รับข้อความก็ถือเป็นการทำความผิดแล้ว ไม่จำเป็นต้องถึงขั้นเกิดความทุกข์ร้อนหรือความกังวลใจซึ่งถือได้ว่าเป็นผลกระทบและความเสียหายทางจิตใจในขั้นร้ายแรงกว่าความรำคาญหรือความไม่สะดวกอย่างไรก็ตาม The Communication Act 2003 มีข้อจำกัดที่สามารถใช้ได้กับการส่งข้อความทางเครือข่ายสื่อสารอิเล็กทรอนิกส์สาธารณะ เช่น อินเทอร์เน็ตเท่านั้น ไม่สามารถบังคับใช้กับการส่งข้อความทางเครือข่ายสื่อสารอิเล็กทรอนิกส์ส่วนตัวอย่างอินเทอร์เน็ตได้ ซึ่ง The Malicious Communication Act 1988 จะไม่คิดเงื่อนไขนี้¹⁵

(7) A certificate of a prosecutor as to the date on which evidence described in subsection (5) (b) or (6) (b) came to his or her knowledge is conclusive evidence of that fact.

¹⁵ จอมพล พัทธ์ชัยสันตโยธิน, “การคุกคามทางเพศอินเทอร์เน็ต : ศึกษาเปรียบเทียบมาตรการทางกฎหมายในประเทศไทย อังกฤษ และสาธารณรัฐเกาหลี,” วารสารกฎหมายและนโยบายสาธารณสุข, ฉบับที่ 2, ปีที่ 6, น.371-373 (กรกฎาคม-ธันวาคม 2563).

2) มาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวกับการคุกคามทางเพศโดยการส่งภาพผ่านอินเทอร์เน็ต

2.1) The Protection from Harassment Act 1997¹⁶ นำไปใช้บังคับกับการคุกคามทางเพศโดยการส่งภาพลามกทางอินเทอร์เน็ต และยังคงเป็นกฎหมายชุดเดียวกันกับที่สามารถนำไปใช้กับกรณีการส่งข้อความชักชวนทางอินเทอร์เน็ต ในทำนองเดียวกันหากการส่งภาพลามกไปยังเหยื่อเกิดขึ้นสองครั้งขึ้นไปเท่ากับเป็นการคุกคามที่มีลักษณะเป็นชุดการกระทำ

2.2) ภาพลามกอาจถือเป็นภาพที่ไม่เหมาะสมหรือทำให้เกิดความขุ่นเคืองใจอย่างมาก ซึ่งอาจทำให้ผู้รับเกิดความทุกข์ร้อนใจ ดังนั้นการส่งภาพลามกดังกล่าวก็อาจอยู่ภายใต้บังคับของมาตรา 1(1) แห่ง The Malicious Communications Act 1988 ได้เช่นกัน

2.3) มาตรา 127 แห่ง The Communications Act 2003 ก็สามารถนำไปปรับใช้ในกรณีได้ เพราะมาตรา 127 นี้บัญญัติให้การส่งภาพลามกผ่านเครือข่ายการสื่อสารอิเล็กทรอนิกส์ สาธารณะที่ทำให้ผู้ได้รับเกิดความรำคาญ ความไม่สะดวก หรือความกังวลโดยไม่จำเป็นเป็นความผิดอาญา¹⁷

3) มาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวกับการคุกคามทางเพศโดยการประทุษวาจาเหยียดเพศบนอินเทอร์เน็ต

กฎหมายที่เกี่ยวกับการประทุษวาจาโดยเฉพาะ คือ The Public Order Act 1986 ทั้งนี้ Part 3A ของกฎหมายฉบับนี้ได้รับการแก้ไขเพิ่มเติมโดยมาตรา 74 แห่ง The Criminal Justice and Immigration Act 2008 ทำให้ขอบเขตของ The Public Order Act 1986 ครอบคลุมถึงการประทุษวาจาด้วย ซึ่งสร้างความเกลียดชังที่อยู่บนพื้นฐานการเหยียดรสนิยมทางเพศไม่ว่าจะต่อบุคคลที่เป็นเพศเดียวกันหรือต่างเพศก็ตาม โดยมาตรา 29B (1)¹⁸ ได้บัญญัติให้การใช้ถ้อยคำหรือแสดงพฤติกรรมที่เป็นการข่มขู่ หรือการแสดงข้อเขียนใด ๆ ที่เป็นการข่มขู่เป็นความผิดอาญาหากผู้กระทำความผิดมีเจตนาที่จะปลุกปั่นให้เกิดความเกลียดชังบนพื้นฐานของรสนิยมทางเพศ และมาตรา 29B (2) ได้บัญญัติว่าความผิดตามมาตรา 29B (1) สามารถเกิดขึ้นได้ทั้งในสาธารณะและในสถานที่

¹⁶ The Protection from Harassment Act 1997, Section 1 Prohibition of harassment.

(1) A person must not pursue a course of conduct—

(a) which amounts to harassment of another, and

(b) which he knows or ought to know amounts to harassment of the other.

¹⁷ จอมพล พัทธ์สันต์โยธิน. *ฮ้างแล้ว เจิงอรรถที่ 15*, น.374.

¹⁸ The Public Order Act 1986, Section 29B Use of words or behavior or display of written material

(1) A person who uses threatening words or behavior, or displays any written material which is threatening, is guilty of an offence if he intends thereby to stir up religious hatred

ส่วนตัว หากมีบุคคลอื่นมาเห็นหรือได้ยินคำพูด พฤติกรรม หรือข้อเขียนเหล่านั้น บทบัญญัตินี้ รวมถึงพื้นที่ไซเบอร์ที่บุคคลจำนวนมากสามารถเห็น ได้ยิน คำพูด หรือข้อความดังกล่าวด้วย ดังนั้น เว็บไซต์ พื้นที่บนสื่อสังคมออนไลน์ หรือห้องสนทนา ที่มีการแสดงเนื้อหาข่มขู่ในลักษณะปลุกปั่น ให้เกิดความเกลียดชังต่อกลุ่มที่มีรสนิยมทางเพศต่าง ๆ ถือว่าเป็นความผิดตามมาตรา 13¹⁹

เมื่อพิจารณาแล้วเนื้อหาของบทบัญญัติกฎหมายคุ้มครองบุคคลจากฐานรสนิยมทางเพศ ไม่ใช่จากเพศสภาพ ดังนั้นคำพูด พฤติกรรม หรือข้อความปลุกปั่นให้เกิดความเกลียดชังต่อผู้หญิงเนื่องจากเพศสภาพจึงอาจไม่อยู่ในขอบเขตของกฎหมายประทุษวาจา¹⁹

กล่าวโดยสรุปกฎหมายของประเทศอังกฤษมีพระราชบัญญัติเกี่ยวกับการคุกคามทางเพศไว้โดยเฉพาะและสามารถปรับใช้กับการคุกคามทางเพศบนอินเทอร์เน็ตได้ การส่งข้อความไปหาผู้อื่นผ่านสื่อประเภทต่าง ๆ ในลักษณะที่สร้างความขุ่นเคืองใจอย่างมหันต์ แม้จะไม่ได้กล่าวถึงการคุกคามทางเพศโดยตรง แต่โดยนัยสำคัญการคุกคามทางเพศย่อมสร้างความขุ่นเคืองใจให้ผู้ถูกกระทำเป็นอย่างแน่ชัด พระราชบัญญัติดังกล่าวจึงครอบคลุมถึงการคุกคามผ่านทางสื่อประเภทต่าง ๆ และยังมีพระราชบัญญัติที่เกี่ยวข้องอื่นอีก 2 พระราชบัญญัติด้วยกันที่ยังให้การคุ้มครองผู้ถูกคุกคามทางเพศบนอินเทอร์เน็ตอีกด้วย

3.3 ประเทศเกาหลีใต้

กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการคุกคามทางเพศบนอินเทอร์เน็ต ประเทศเกาหลีใต้มีกฎหมายเฉพาะเกี่ยวกับอาชญากรรมทางเพศ คือ Act on Social Cases Concerning the Punishment, ETC. of Sexual Crimes ซึ่งได้รับการแก้ไขเพิ่มเติมและมีผลบังคับใช้ในปี 2018 กฎหมายฉบับนี้มีการบัญญัติเกี่ยวกับสื่อสารเนื้อหาทางเพศที่เป็นการคุกคามผ่านสื่อไว้เป็นการเฉพาะ โดยในมาตรา 13²⁰ กำหนดให้การที่ผู้ใดส่งข้อความไปหาผู้อื่นทางคอมพิวเตอร์หรือการสื่อสารรูปแบบอื่นโดยข้อความนั้นเป็นเหตุให้ผู้รับเกิดความรู้ละอายทางเพศ (a sense of sexual shame) ของตนเอง ถือเป็นความผิด

¹⁹ จอมพล พิทักษ์สถันโยธิน, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 15*, น.375-376.

²⁰ ACT ON SPECIAL CASES CONCERNING THE PUNISHMENT, ETC. OF SEXUAL CRIMES Article 13 (Obscene Acts by Using Means of Communication)

A person who sends another person any words, sounds, writings, pictures, images or Other things that may cause a sense of sexual shame or aversion by telephone, mail, computer or other means of communication, with intent to arouse or satisfy his/her own or the other person's sexual urges, shall be punished by imprisonment for not more than two years or by a fine not exceeding five million won.

อาญา เมื่อพิจารณาจากเนื้อหาของมาตรา 13²¹ กล่าวได้ว่ามาตรานี้สามารถไปบังคับใช้กับการส่งข้อความชักชวนทางเพศผ่านอินเทอร์เน็ตได้อย่างตรงตัวและเข้ากับกรณีอย่างชัดเจน กล่าวคือ การส่งข้อความชักชวนทางเพศไปยังผู้รับนั้นเป็นการส่งข้อความที่ทำให้ผู้รับเกิดความรู้สึกอายทางเพศ หรือความรู้สึกรังเกียจในเนื้อความที่มีลักษณะเป็นการรุกรานล่วงละเมิดทางเพศ

นอกจากนี้มาตรา 13 ยังระบุไว้อย่างชัดเจนว่าเป็นการส่งข้อความผ่านโดยคอมพิวเตอร์ ซึ่งหมายความรวมถึงระบบอินเทอร์เน็ตด้วย และประการที่สำคัญคือเจตนาของผู้ส่ง (ผู้กระทำความผิด) ซึ่งในกรณีปกติการส่งข้อความชักชวนทางเพศนั้น ผู้ส่งมักทำไปเพื่อกระตุ้นอารมณ์หรือตอบสนองความพึงพอใจทางเพศของตนเอง ดังนั้นหากการส่งข้อความดังกล่าวเป็นตามองค์ประกอบที่บัญญัติไว้ดังกล่าวจะถือเป็นความผิดตามมาตรา 13 นี้

ในกรณีของการส่งภาพลามกผ่านสื่ออิเล็กทรอนิกส์ มาตรา 13 แห่ง Act on Special Cases Concerning the Punishment, ETC. Of Sexual Crimes มีขอบเขตที่ครอบคลุมถึงการส่งภาพลามกผ่านทางสื่ออิเล็กทรอนิกส์ดังกล่าวด้วย ซึ่งภาพลามกนั้นสามารถทำให้ผู้รับรู้สึกอายทางเพศหรือความรังเกียจได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่ผู้รับไม่ได้ร้องขอภาพดังกล่าว และยังถือว่าเป็นการกระตุ้นเร้าหรือทำให้เกิดความพึงพอใจทางเพศแก่ผู้ที่ถูกคุกคาม ดังนั้นมาตรา 13 จึงสามารถนำมาบังคับใช้กับการคุกคามทางเพศโดยการส่งภาพผ่านอินเทอร์เน็ตได้ตรงไปตรงมาในลักษณะเดียวกันกับที่ใช้บังคับกับการส่งข้อความชักชวนทางเพศทางอินเทอร์เน็ตดังกล่าวข้างต้น

เมื่อพิจารณากฎหมายสาธารณรัฐเกาหลีซึ่งไม่มีกฎหมายที่เป็นการเฉพาะเจาะจงในประเด็นเกี่ยวกับการประทุษวาจาเหยียดเพศโดยทั่วไปและบนพื้นที่ไซเบอร์ (อินเทอร์เน็ต) ดังนั้นอาจต้องนำกฎหมายที่มีอยู่มาปรับใช้กับการประทุษวาจาเหยียดเพศเท่าที่พอจะเป็นไปได้แม้จะไม่ตรงประเด็นมากนักก็ตาม โดยในสาธารณรัฐเกาหลีนำเอามาตรา 44-7:3 แห่ง The Act on Promotion of Information and Communications Network Utilization and Information Protection, ETC ซึ่งเป็นเรื่องของการส่งข้อความก่อให้เกิดความหวาดกลัว หากข้อความประทุษวาจาเหยียดเพศนั้นก่อให้เกิดความกลัว

²¹ ACT ON SPECIAL CASES CONCERNING THE PUNISHMENT, ETC. OF SEXUAL CRIMES} Article 13 (Obscene Acts by Using Means of Communication) A person who sends another person any words, sounds, writings, pictures, images, or other things that may cause a sense of sexual shame or aversion by telephone, mail, computer, or other means of communication, with intent to arouse or satisfy his/her own or the other person's sexual urges, shall be punished by imprisonment for not more than two years or by a fine not exceeding five million won.

ซึ่ง The Act on Promotion of Information and Communications Network Utilization and Information Protection, ETC ได้รับการแก้ไขเพิ่มเติมในปี 2018 และมีผลบังคับใช้ในปี 2019 โดยมาตรา 44-7(3)²² ของกฎหมายฉบับนี้ได้บัญญัติห้ามไม่ให้มีการส่งซ้ำ ๆ ซึ่งข้อมูลที่มีเนื้อหา

²² ACT ON PROMOTION OF INFORMATION AND COMMUNICATIONS NETWORK UTILIZATION AND INFORMATION PROTECTION, ETC., Article 44-7 (Prohibition on Circulation of Unlawful Information)

(1) No one may circulate information falling under any of the following subparagraphs through an information and communications network:

1. Information with an obscene content distributed, sold, rented, or displayed openly in the form of code, words, sound, image, or motion picture;

2. Information with a content that defames other persons by divulging a fact, false fact, openly and purposely to disparage the person's reputation;

3. Information with a content that arouses fear or apprehension by reaching other persons repeatedly in the form of code, words, sound, image, or motion picture;

4. Information with a content that mutilates, destroys, alters, or forges an information and communications system, data, a program, or similar or that interferes with the operation of such system, data, program, or similar without a justifiable ground;

5. Information with a content that falls within an unwholesome medium for juvenile under the Juvenile Protection Act and that is provided for profit without fulfilling the duties and obligations under relevant statutes, including the duty to verify the opposite party's age and the duty of labeling;

6. Information with a content that falls within speculative activities prohibited by statutes; 6-2. Information regarding content of transactions of personal information in violation of this Act or other statutes concerning the protection of personal information;

7. Information with a content that divulges a secret classified by statutes or any other State secret;

8. Information with a content that commits an activity prohibited by the National Security Act;

9. Other information with a content that attempts, aids, or abets to commit a crime.

(2) The Korea Communications Commission may order a provider of information and communications services or a manager or an operator of a message board to reject, suspend, or restrict management of information under paragraph (1) 1 through 6 and 6-2, subject to deliberation by the Communications Standards Commission: Provided, That if the information falls under paragraph (1) 2 or 3, the

ก่อให้เกิดความหวาดกลัว หรือความหวาดหวั่น ในรูปแบบข้อความ เสียง ภาพนิ่ง หรือ ภาพเคลื่อนไหว ผ่านเครือข่ายการสื่อสาร ข้อความข่มขู่ว่าจะข่มขืนถือเป็นข้อมูลที่มีเนื้อหาทำให้ ผู้รับสารเกิดความกลัวหรือความหวาดหวั่น และการส่งผ่านอินเทอร์เน็ตถือได้ว่าเป็นการส่งข้อมูล ผ่านทางเครือข่ายการสื่อสาร ดังนั้นมาตรานี้จึงสามารถนำใช้กับกรณีการส่งข้อความข่มขู่ว่าจะข่มขืน เกิดขึ้นครั้งเดียวอาจนำมาตรา 283 แห่งประมวลกฎหมายอาญาสาธารณรัฐเกาหลีมาปรับใช้ได้ โดย มาตรานี้เป็นตัวบทกฎหมายในความผิดฐานข่มขู่ทั่วไปซึ่งกำหนดโทษทางอาญาในกรณีที่ผู้ใด กระทำการข่มขู่ผู้อื่นไม่ว่าด้วยเรื่องอะไรหรือวิธีการใดทั้งนี้รวมถึงการข่มขู่ว่าจะข่มขืนผ่าน อินเทอร์เน็ตด้วย²³

Commission shall not issue an order to reject, suspend, or restrict such management against the intention specifically manifested by the victim of the relevant information.

(3) The Korea Communications Commission shall order a provider of information and communications services or a manager or an operator of a message board to reject, suspend, or restrict management of information under paragraph (1) 7 through 9, if the information falls under all the following subparagraphs:

1. There was a request from the head of a related central administrative agency;
2. A demand for correction was made pursuant to subparagraph 4 of Article 21 of the Act on the Establishment and Operation of Korea Communications Commission after deliberation by the Communications Standards Commission within seven days from the date on which the request under subparagraph 1 had been received;
3. The provider of information and communications services or the manager or operator of the message board has not complied with the demand for correction.

(4) The Korea Communications Commission shall give an opportunity to the provider of information and communications services or the manager, operator, or relevant user of the message board to whom an order is to be issued pursuant to paragraph (2) or (3) to present his/her opinion in advance: Provided, That the Commission may not give an opportunity to present an opinion, if a case falls under any of the following subparagraphs:

1. If it is necessary to make an urgent disposition for public safety and welfare;
2. If there is a ground specified by Presidential Decree to believe that it is obviously impracticable or evidently unnecessary to hear an opinion;
3. If a person concerned clearly manifests his/her intent to give up the opportunity to present his/her opinion.

²³ จอมพล พิตักย์สันตโยธิน, *ฮ้างแล้ว เจริงอรรถที่ 15*, น.370-375.

สรุปได้ว่ากฎหมายของประเทศเกาหลีนั้นมีกฎหมายเฉพาะเกี่ยวกับอาชญากรรมทางเพศ ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมและมีผลบังคับใช้เมื่อปี 2018 และยังได้บัญญัติเนื้อหาทางเพศที่เป็นการคุกคามทางเพศผ่านสื่อไว้เป็นการเฉพาะอีกด้วย ส่วนในกรณีการประทุษวาจาเหยียดเพศอันเป็นการกระทำการคุกคามทางเพศอย่างหนึ่ง แม้ไม่มีกฎหมายเกี่ยวกับการประทุษวาจาเหยียดเพศบนอินเทอร์เน็ต แต่ก็มักกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งมาปรับใช้ ผู้วิจัยเห็นว่ากฎหมายที่นำมาปรับใช้ไม่ครอบคลุมถึงการประทุษวาจาเหยียดเพศบนอินเทอร์เน็ต เป็นเพียงการประทุษวาจาซึ่งต้องมีเจตนาเป็นการข่มขู่ในทางเพศจึงจะเป็นความผิดตามกฎหมายดังกล่าว อีกทั้งโดยนัยสำคัญของกฎหมายอาชญากรรมทางกฎหมายได้ครอบคลุมไม่ถึงการประทุษวาจาเหยียดเพศบนอินเทอร์เน็ตด้วย

3.4 สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

กฎหมายพื้นฐานของเยอรมันปกป้องเสรีภาพในการแสดงออกและเสรีภาพของสื่อมวลชน เสรีภาพเหล่านี้ถูกจำกัดโดยกฎหมายทั่วไปที่มีเป้าหมายเพื่อปกป้องผลประโยชน์ทางกฎหมายโดยไม่คำนึงถึงความคิดเห็นที่เฉพาะเจาะจง เยอรมันไม่มีกฎหมายเฉพาะที่เกี่ยวข้องกับการคุกคามนักข่าวออนไลน์ แต่อย่างไรก็ตามกฎหมายอาญาและกฎหมายแพ่งทั่วไปเกี่ยวกับการดูหมิ่น การหมิ่นประมาท การสะกดรอยตาม และการพูดเพื่อสร้างความเกลียดชังรวมถึงอื่น ๆ สามารถนำไปใช้ในกรณีเหล่านี้เพื่อจำกัดเสรีภาพในการพูดและเสรีภาพของสื่อมวลชนได้

3.4.1 แนวความคิดของกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการคุกคามทางเพศ

เยอรมนีเป็นประเทศที่ปกครองแบบสหพันธ์สาธารณรัฐแบบมีรัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นการรวมตัวกันของรัฐทั้งหมด 16 รัฐ ทำให้มีกฎหมายทั้งระดับสหพันธ์สาธารณรัฐซึ่งเป็นกฎหมายกลาง และกฎหมายของรัฐแต่ละรัฐใช้บังคับภายในประเทศประกอบด้วยสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีเป็นหนึ่งในสมาชิกผู้ก่อตั้งสหภาพยุโรป (European Union : EU) ซึ่งเป็นกลุ่มประเทศที่มีบทบาทสำคัญอย่างยิ่งในการสร้างกระแสและทิศทางทางการเมือง ความมั่นคง เศรษฐกิจและสังคมในระดับโลก รวมทั้งสร้าง Directive ซึ่งเป็นเครื่องมือทางกฎหมายประเภทหนึ่งที่ใช้บังคับในกลุ่มประเทศสหภาพยุโรปอันมีฐานะเป็นกฎหมายลำดับรอง (Secondary Law) กลุ่มประเทศสหภาพยุโรปได้ออก Directive ขึ้นมาบังคับใช้เพื่อให้สอดคล้องกับนโยบายทางการเมืองและเศรษฐกิจของตนเอง ดังนั้นประเทศเยอรมนีในฐานะสมาชิกของกลุ่มประเทศสหภาพยุโรป จึงต้องนำ Directive ไปสร้างเป็นกฎหมายใหม่หรือเปลี่ยนแปลงเพื่อปรับใช้กับกฎหมายเก่าที่มีอยู่ ทั้งนี้ เพื่อให้ความสอดคล้องของกฎหมายภายในที่บังคับใช้ในกลุ่มประเทศสหภาพยุโรปด้วย

สหภาพยุโรปเห็นความสำคัญกับการแก้ไขปัญหาการคุกคามทางเพศที่เกิดขึ้นโดยได้สร้างกฎบัตรสิทธิขั้นพื้นฐานของสหภาพยุโรป Charter of Fundamental Rights of European

Union²⁴ และประกาศข้อบังคับของสหภาพยุโรป EU Directive 2006/54/EC (พัฒนามาจาก EU Directive 2002/73/EC) เพื่อรับรองความเท่าเทียมกันระหว่างชายและหญิง ซึ่งใช้เป็นหลักพื้นฐานของกฎหมายในประเทศสมาชิกสหภาพยุโรป รวมทั้งเยอรมนีด้วย และดำเนินมาตรการป้องกันการคุกคามและการคุกคามทางเพศที่เกิดขึ้นในสถานที่ทำงานและการฝึกอบรมทางวิชาชีพ ตลอดจนมีมาตรการลงโทษที่เหมาะสมสำหรับการกระทำดังกล่าว²⁵

สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีเห็นความสำคัญปัญหาคุกคามทางเพศที่เกิดขึ้นในประเทศและในฐานะประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปจึงได้นำ EU Directive 2006/54/EC มาสร้างเป็นกฎหมายใหม่ที่มีชื่อว่า General Equal Treatment Act ซึ่งมีการใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 14 สิงหาคม 2549 และในเดือนมิถุนายน ค.ศ. 2016 รัฐบาลเยอรมนีได้มีการเสนอร่างพระราชบัญญัติเพื่อเปลี่ยนแปลงประเด็นสำคัญเพื่อควบคุมกฎหมายว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศให้เข้มงวดมากขึ้น โดยการเปลี่ยนแปลงนี้การคุกคามทางเพศจะต้องถูกลงโทษภายใต้ Sexual strafrecht บทลงโทษสำหรับพฤติกรรมที่เกี่ยวข้องกับเพศ

3.4.2 หลักเกณฑ์ทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการคุกคามทางเพศ

General Equal Treatment Act กฎหมายการปฏิบัติโดยเท่าเทียมได้ให้นิยามของการคุกคามทางเพศไว้ดังนี้

1) ตามมาตรา 2, 1(c) การคุกคาม (harassment) หมายถึง การกระทำอันไม่เป็นที่พึงปรารถนาซึ่งเกี่ยวกับเพศของบุคคลหนึ่งบุคคลใด อันกระทำขึ้นเพื่อละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์หรือทำให้ผู้ถูกกระทำรู้สึกถูกคุกคาม ไม่เป็นมิตร ค้อยค่า เสื่อมเสียเกียรติ หรือถูกรังเกียจ

2) มาตรา 2, 1(d) การคุกคามทางเพศ (sexual harassment) หมายถึง การกระทำที่ไม่พึงปรารถนา ไม่ว่าจะเป็นการพูด การใช้ท่าทาง หรือการเคลื่อนไหวทางกายภาพที่มีลักษณะสื่อไปในทางเพศ อันมีวัตถุประสงค์เพื่อละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์หรือทำให้ผู้ถูกกระทำรู้สึกถูกคุกคาม ไม่เป็นมิตร ค้อยค่า เสื่อมเสียเกียรติ หรือถูกรังเกียจ²⁶

²⁴ กฎบัตรว่าด้วยสิทธิขั้นพื้นฐานของสหภาพยุโรปมีวัตถุประสงค์ในการปกป้องสิทธิทางการเมือง สังคม และเศรษฐกิจของพลเมืองในประเทศสหภาพยุโรปและผู้ที่อาศัยในกลุ่มประเทศดังกล่าว ซึ่งกฎบัตรนี้ใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 7 ธันวาคม พ.ศ. 2543. อ้างใน เจนวิทย์ นवलแสง, กัทธาภรณ์ เกษตรสาระ และอชิรญา ภู่งศกร, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 2*.

²⁵ เจนวิทย์ นवलแสง, กัทธาภรณ์ เกษตรสาระ และอชิรญา ภู่งศกร, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 2*, น.341.

²⁶ General Equal Treatment Act (AGG), Article 2 Definitions 1. For the purposes of this Directive, the following definitions shall apply:

ซึ่งการคุกคามทางเพศดังกล่าวข้างต้นยังหมายรวมถึง

(1) การได้รับการปฏิบัติที่แย่ลง (Less Favorable Treatment) เนื่องจากการที่ผู้ถูกระทำตอบรับหรือปฏิเสธการคุกคามหรือการคุกคามทางเพศนั้น

(2) การออกคำสั่งให้กีดกันหรือแบ่งแยกบุคคลใดอันเนื่องมาจากเพศของบุคคลนั้น

(3) การได้รับการปฏิบัติที่แย่ลง เนื่องจากการที่หญิงตั้งครรภ์หรือลาคลอด²⁷

ในเยอรมนี การคุกคามทางเพศเกิดขึ้นได้ในสถานที่ดังต่อไปนี้²⁸

1) การคุกคามทางเพศในสถานที่ทำงาน ตามมาตรา 9 แห่ง EU Directive 2006/54/EC เช่น การกำหนดให้ผู้มีลักษณะใดบ้างที่มีสิทธิได้รับประโยชน์ด้านประกันสังคมจากนายจ้าง การกำหนดเงื่อนไขในการได้รับผลประโยชน์จากนายจ้างให้บุคคลหนึ่งบุคคลใดหรือเพศหนึ่งเพศใด โดยเฉพาะการกำหนดเวลาเกษียณอายุการทำงานที่แตกต่างกัน การระงับสิทธิลาคลอดหรือสิทธิลาเพื่อครอบครัว ซึ่งมีกฎหมายรับรองไว้ การกำหนดภาระงานที่แตกต่างกัน การกำหนดมาตรฐานการทำงานที่ใช้กับลูกจ้างเพียงเพศใดเพศหนึ่งเท่านั้น เป็นต้น

2) การคุกคามทางเพศในสถานที่อื่น เช่น การพูดจาลามก การพูดจาประชดประชัน เสียดสีในทางเพศการข่มขืน การทารุณทางเพศ การสะกดรอยตาม ซึ่งเกิดขึ้นระหว่างนักศึกษาด้วยกันหรือระหว่างอาจารย์กับนักศึกษา ทั้งในสถานศึกษา (ในมหาวิทยาลัย และในโรงเรียน) และนอกสถานศึกษา

กฎหมายได้กำหนดการคุกคามทางเพศในสถานที่ทำงานซึ่งกระทำโดยนายจ้างหรือลูกจ้าง ถือเป็น การฝ่าฝืนสัญญาจ้างและเป็นความผิดทางกฎหมาย § 3 AGG²⁹ และลูกจ้างจะได้ค่าสินไหมทดแทนชดเชยตามความเสียหายที่เกิดขึ้น

(c) 'harassment': where unwanted conduct related to the sex of a person occurs with the purpose or effect of violating the dignity of a person, and of creating an intimidating, hostile, degrading, humiliating or offensive environment;

(d) 'sexual harassment': where any form of unwanted verbal, non-verbal or physical conduct of a sexual nature occurs, with the purpose or effect of violating the dignity of a person, in particular when creating an intimidating, hostile, degrading, humiliating or offensive environment

²⁷ เจนวิทย์ นवलแสง, ภัทราภรณ์ เกษตรสาระ และอชิรญา ภู่งงศกร, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 2*, น.341-343.

²⁸ General Equal Treatment Act (AGG), Article 9 Examples of discrimination 1, Provision country to the principle of equal treatment shall include those based on sex, either directly or indirectly, for:

²⁹ General Equal Treatment Act (AGG), § 3 Definitions, Article 1 General Act
On Equal Treatment Part I General Provisions.

นอกจากนี้ผู้ถูกคุกคามทางเพศไม่ว่าสถานที่อื่นใดก็ตาม สามารถยื่นคำฟ้องต่อศาลเป็นคดีอาญาได้ในกรณีดังนี้

(1) การคุกคามทางเพศมีลักษณะเป็นการข่มขู่ อันเป็นการใช้กำลังหรือข่มขู่ให้ผู้ถูกกระทำเกิดความหวาดกลัวจนต้องยินยอมให้มีการละเมิดทางเพศโดยไม่สมัครใจ ซึ่งเป็นความผิดตาม มาตรา 177 แห่งประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน³⁰

³⁰ The Penal Code or Strafgesetzbuch, StGB, Section 177

Sexual assault; sexual coercion; rape

(1) Whoever, against a person's discernible will, performs sexual acts on that person or has that person perform sexual acts on them, or causes that person to perform or acquiesce to sexual acts being performed on or by a third person incurs a penalty of imprisonment for a term of between six months and five years.

(2) Whoever performs sexual acts on another person or has that person perform sexual acts, or causes that person to perform or acquiesce to sexual acts being performed on or by a third person incurs the same penalty if

1. the offender exploits the fact that the person is not able to form or express a contrary will,
2. the offender exploits the fact that the person is significantly impaired in respect of the ability to form or express a will due to said person's physical or mental condition, unless the offender has obtained the consent of that person,
3. the offender exploits an element of surprise,
4. the offender exploits a situation in which the victim is threatened with serious harm in case of offering resistance or
5. The offender has coerced the person to perform or acquiesce to the sexual acts by threatening serious harm.

(3) The attempt is punishable.

(4) The penalty is imprisonment for a term of at least one year if the inability to form or express a will is due to the victim's illness or disability.

(5) The penalty is imprisonment for a term of at least one year if the offender

1. uses force against the victim,
2. threatens the victim with a present danger to life or limb or
3. exploits a situation in which the victim is unprotected and at the mercy of the offender's influence.

(2) การคุกคามทางเพศอันเป็นการอาศัยความไว้วางใจหรือสภาพของผู้ถูกระทำหรือตำแหน่งหน้าที่หรือความรับผิดชอบของผู้กระทำในการประพฤติผิดทางเพศ ซึ่งเป็นความผิดตามมาตรา 174 ถึง 174c แห่งประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน³¹

(6) In especially serious cases, the penalty is imprisonment for a term of at least two years. An especially serious case typically occurs where

1. the offender has sexual intercourse with the victim or has the victim have sexual intercourse or commits such similar sexual acts on the victim or has the victim commit them on them which are particularly degrading for the victim, especially if they involve penetration of the body (rape), or

2. the offence is committed jointly by more than one person.

(7) The penalty is imprisonment for a term of at least three years if the offender

1. carries a weapon or other dangerous implement,

2. otherwise carries an instrument or other means for the purpose of preventing or overcoming the resistance of another person by force or threat of force or

3. places the victim at risk of serious damage to health.

(8) The penalty is imprisonment for a term of at least five years if

1. the offender uses a weapon or other dangerous implement during the commission of the offence or

2. the offender

a) seriously physically abuses the victim during the offence or

b) by committing the offence places the victim in danger of death.

(9) In less serious cases under subsections (1) and (2), the penalty is imprisonment for a term of between three months and three years, in less serious cases under subsections (4) and (5) imprisonment for a term of between six months and 10 years, and in less serious cases under subsections (7) and (8) imprisonment for a term of between one year and 10 years.

table of contents

³¹ The Penal Code or Strafgesetzbuch, StGB, Chapter Thirteen Crimes Against Sexual Self-determination

Section 174 Sexual Abuse of Wards.

Section 174a Sexual Abuse of Prisoners, Persons in the Custody of a Public Authority, and Persons in Institutions Who are Ill or in need of Assistance.

Section 174b Sexual Abuse By Exploiting a Position in a Public Office.

Section 174c Sexual Abuse by Exploiting a Counseling, Treatment or Care Relationship.

(3) การคุกคามทางเพศโดยการเฝ้าติดตาม เป็นการมีพฤติกรรมคุกคามหรือข่มขู่อย่างต่อเนื่อง เช่น การโทรศัพท์หาอย่างต่อเนื่อง การส่งอีเมล จดหมายหรือข้อความทางโทรศัพท์จำนวนมากหรือการดักครอบบริเวณที่อยู่อาศัย เป็นต้น

ซึ่งในทางอาญาผู้ถูกคุกคามหรือถูกคุกคามทางเพศได้รับความคุ้มครองจาก Civil Legal Protection from Violent Acts and Stalking Offences ให้สามารถยื่นคำร้องต่อศาลให้ดำเนินการใด ๆ เพื่อแยกผู้ถูกคุกคามหรือคุกคามทางเพศให้อยู่ห่างจากผู้ถูกกระทำได้ โดยไม่ต้องรอให้เหตุร้ายแรงเกิดขึ้นเสียก่อน การกำหนดโทษสำหรับความผิดเกี่ยวกับการคุกคามทางเพศ ศาลจะพิจารณาลงโทษจำเลยและกำหนดค่าสินไหมทดแทนในทางแพ่งที่จำเลยต้องชำระเพื่อชดเชยให้คุ้มค่ากับเหตุร้ายที่เกิดขึ้น นอกจากนี้ยังมีเหตุเพิ่มโทษในกรณีที่มีการดูถูกหรือเหยียดหยามทางเพศ ตามมาตรา 185 Strafgesetzbuch³² ต้องระวางโทษปรับและจำคุกไม่เกินหนึ่งปี และเมื่อความผิดที่มีความรุนแรงต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสองปีหรือปรับ และเมื่อการกระทำนั้นรุนแรงต่อเนื้อตัวร่างกายเหยื่อผู้ถูกกระทำมีสิทธิที่จะป้องกันตัวเองในขณะที่เกิดการคุกคามทางเพศขึ้น และตามมาตรา 223 Strafgesetzbuch ผู้ใดกระทำการทารุณกรรมหรือทำร้ายผู้อื่นจะถูกลงโทษจำคุกไม่เกินห้าปีหรือปรับ³³

อย่างไรก็ดียังมีเหตุเพิ่มโทษในกรณีที่มีการดูถูกหรือเหยียดเพศ ตามมาตรา 185 Strafgesetzbuch³⁴ ซึ่งความผิดนี้ต้องระวางโทษปรับและจำคุกไม่เกินหนึ่งปี และเมื่อความผิดที่มีความรุนแรงต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสองปีหรือปรับ

โดยสรุปแล้ว การคุกคามทางเพศในเยอรมนี ผู้เสียหายจะได้รับความคุ้มครองและเยียวยาผู้เสียหายตามกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นกฎหมายอาญา กฎหมายคุ้มครองแรงงาน และ General Equal Treatment Act แต่ในเรื่องของการคุกคามทางเพศบนอินเทอร์เน็ตยังไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้โดยเฉพาะ แต่ก็นำกฎหมายทั่วไปมาปรับใช้เพื่อเป็นการป้องกันการคุกคามทางเพศได้ ซึ่งรวมถึงบทบัญญัติกฎหมายทางแพ่งและทางอาญาที่นำมาปรับใช้ด้วย³⁵

จากการศึกษากฎหมายต่างประเทศดังกล่าวข้างต้น ผู้ศึกษาเห็นว่ากฎหมายเกี่ยวกับการคุกคามทางเพศในแต่ละประเทศดังกล่าวข้างต้นมีการบัญญัติถึงการคุกคามทางเพศทางกายภาพ ไม่มีบัญญัติกฎหมายที่ชัดเจนสำหรับการกระทำการคุกคามทางเพศบนอินเทอร์เน็ตไว้โดยเฉพาะ แต่

³² The Penal code or Strafgesetzbuch, StGB, article 185 Insult.

³³ The Penal code of Strafgesetzbuch, StGB, article 223 Physical injury.

³⁴ The Penal code or Strafgesetzbuch, StGB , § 185 Insult

³⁵ Gasley Jenny, "Germany: Law Protecting Journalists from Online Harassment," International Law, p.71-77 (September 2019).

ประเทศออสเตรเลีย อังกฤษ เกาหลีใต้ และเยอรมัน ก็ได้มีการปรับใช้โดยการนำกฎหมายที่ใกล้เคียงมาปรับใช้และลงโทษผู้กระทำความผิด กฎหมายที่ลงโทษผู้กระทำความผิดบนอินเทอร์เน็ตของแต่ละประเทศนั้น แม้จะเป็นประเทศที่พัฒนาด้านเทคโนโลยีแล้วก็ตามแต่มาตรการในการลงโทษผู้กระทำความผิดบนอินเทอร์เน็ตนั้นยังครอบคลุมไม่ถึงทุกการกระทำความผิดซึ่งถือเป็นช่องโหว่ของกฎหมายได้ โดยเฉพาะความผิดเกี่ยวกับเพศที่เกิดรูปแบบการคุกคามใหม่ขึ้นบนอินเทอร์เน็ต แม้ว่าจะเป็นการผิดเพียงเล็กน้อยแต่นำไปสู่การกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศที่รุนแรงขึ้นได้ แม้กฎหมายจะบัญญัติเกี่ยวกับการคุกคามทางเพศแต่การคุ้มครองการคุกคามทางเพศบนอินเทอร์เน็ตยังไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นพิเศษหรือมีการแก้ไขเพิ่มเติมให้เข้ากับสภาวะการณ์ในสังคมปัจจุบัน



บทที่ 4

วิเคราะห์เปรียบเทียบการคุกคามทางเพศตามกฎหมายของประเทศไทย และกฎหมายต่างประเทศ และแนวทางการบัญญัติความผิด เกี่ยวกับการคุกคามทางเพศ

ปัญหาทางกฎหมายในความรับผิดชอบทางอาญาเกี่ยวกับการกระทำทางเพศ กรณีการคุกคามทางเพศ ในปัจจุบันพบว่า เป็นอาชญากรรมรูปแบบหนึ่ง ซึ่งส่งผลให้เหยื่อได้รับผลกระทบและยังส่งผลกระทบต่อสังคมอย่างเห็นได้ชัด เป็นการสะท้อนถึงสภาพสังคมในปัจจุบันว่าไม่มีความปลอดภัยทั้งในสังคมทางกายภาพและในสังคมอินเทอร์เน็ต เนื่องจากสังคมในปัจจุบันมีการพัฒนาอย่างรวดเร็ว โดยเฉพาะเทคโนโลยีและระบบอินเทอร์เน็ต จึงทำให้เกิดพฤติกรรมการคุกคามทางเพศรูปแบบใหม่ ด้วยเหตุนี้จึงจะทำการศึกษาว่าในปัจจุบันกฎหมายต่างประเทศมีมาตรการทางกฎหมายอาญาที่สามารถนำมาปรับใช้กับการคุกคามทางรูปแบบต่าง ๆ อย่างไร โดยมุ่งศึกษาและวิเคราะห์ถึงมาตรการทางกฎหมายอาญาหรือกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้องดังต่อไปนี้

4.1 วิเคราะห์และเปรียบเทียบการคุกคามทางเพศกับการกระทำอนาจาร

4.1.1 การกระทำอนาจาร

4.1.1.1 คุณธรรมทางกฎหมาย

ความผิดฐานกระทำอนาจารมีคุณธรรมทางกฎหมายดังนี้

1) การกระทำที่ไม่สมควรทางเพศ

การกระทำอนาจารเป็นการกระทำที่ไม่สมควรทางเพศต่าง ๆ ต่อเนื้อตัวร่างกายของผู้ถูกกระทำ ไม่ว่าจะเป็นการกอด จูบ ลูบ คลำ บีบ จับ ของลับหรือของสงวนของผู้อื่น เป็นต้น และไม่ว่าจะเป็นการกระทำต่อเพศชายหรือหญิง หรือกระทำต่อเด็ก ผู้เยาว์ หรือผู้ที่บรรลุนิติภาวะแล้วก็ตาม การกระทำดังกล่าวก็เป็นการกระทำที่ไม่สมควรทางเพศทั้งสิ้น

ในกฎหมายของทุกประเทศมีบทลงโทษผู้ที่กระทำความผิดฐานกระทำอนาจารในลักษณะต่างๆ ไม่ว่าจะเป็นการใช้กำลังทำร้ายหรือกระทำเพื่อความใคร่ หรือเป็นการกระทำอันควร

อับอายขายหน้า ซึ่งเป็นความรู้สึกของมนุษย์ทุกคน โดยเฉพาะอย่างยิ่งผู้หญิงและเด็ก¹ เพื่อคุ้มครองมิให้ผู้ถูกระทำอนาจารได้รับความอับอาย นอกจากนี้ยังเป็นการรักษาขนบธรรมเนียมประเพณีอันงดงามของประเทศ เนื่องจากสังคมไทยยังคงยึดถือปฏิบัติเรื่องการกระทำกิจกรรมทางเพศเป็นการกระทำที่สมควรกระทำในที่มิดชิด และเป็นการกระทำต่อคู่สมรสหรือผู้ที่จะเป็นคู่สมรสของตนเท่านั้น

2) เสรีภาพทางเพศ²

การกระทำความผิดฐานกระทำอนาจารมีคุณธรรมทางกฎหมาย เพื่อคุ้มครองเสรีภาพทางเพศของผู้ถูกระทำ หากแต่การกระทำนั้นเป็นเพียงการกระทำที่ไม่สมควรทางเพศต่าง ๆ โดยฝ่าฝืนต่อเสรีภาพหรือความต้องการของผู้ถูกระทำที่ไม่ถึงขนาดล่วงละเมิดทางเพศต่ออวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปาก หรือไม่ทำให้ผู้ถูกระทำได้รับอันตรายทางร่างกายและจิตใจอย่างร้ายแรง เทียบเท่ากับการข่มขืนกระทำชำเรา กฎหมายจึงกำหนดบทลงโทษความผิดฐานกระทำอนาจารเบา กว่าความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา อย่างไรก็ตามการที่บุคคลใดถูกระทำอนาจาร บุคคลนั้นย่อมได้รับความอับอายขายหน้าหรือมีความรู้สึกที่ไม่ดี กฎหมายจึงมุ่งคุ้มครองบุคคลไม่ให้ถูกผู้อื่น คุกคามทางเพศโดยที่ตนไม่ยินยอม

4.1.1.2 องค์ประกอบความผิดฐานกระทำอนาจาร

การกระทำอนาจารบัญญัติอยู่ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 278 มาตรา 279 และ มาตรา 366/2

ซึ่งผู้วิจัยมุ่งศึกษาประเด็นสำคัญของการกระทำอนาจารเป็นหลัก ซึ่งมาตรา 278 นี้เป็น ความผิดฐานกระทำอนาจารที่มุ่งคุ้มครองบุคคลทั่วไปที่มีอายุกว่า 15 ปีขึ้นไป เมื่อพิจารณามาตรา 278 แล้วสามารถจำแนกองค์ประกอบของความผิดฐานกระทำอนาจารได้ดังนี้

มาตรา 278 บัญญัติว่า “ผู้ใดกระทำอนาจารแก่บุคคลอายุกว่าสิบห้าปี โดยขู่เข็ญด้วย ประการใด ๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยบุคคลนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้บุคคลนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น ต้องระวางโทษคุกไม่เกินสิบปี หรือปรับไม่เกินสองแสน บาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

¹ เอกุต์ และเสริม วินิจชัยกุล, คำบรรยายกฎหมายอาชญา มหาวิทยาลัยวิชาธรรมศาสตร์และการเมือง พ.ศ. 2477, (กรุงเทพมหานคร : ร้านกาญจนพิมพ์ดีด, 2477), น.806.

² คณิต ฒ นคร, กฎหมายอาญาภาคความผิด, พิมพ์ครั้งที่ 11 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2559), น.543.

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่ง เป็นการกระทำโดยใช้วัตถุหรืออวัยวะอื่นซึ่งมิใช่ อวัยวะเพศล่ออวัยวะเพศหรือทวารหนักของบุคคลนั้น ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึง ยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดหมื่นบาทถึงสี่แสนบาท

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคสอง ได้กระทำโดยทำให้ผู้ถูกระทำความผิดเข้าใจว่าผู้กระทำความผิด มีอาวุธปืนหรือวัตถุระเบิด ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่เจ็ดปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่หนึ่งแสนสี่หมื่น บาทถึงสี่แสนบาท

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคสอง ได้กระทำโดยมีอาวุธปืนหรือวัตถุระเบิดหรือโดย ใช้อาวุธ หรือโดยร่วมกระทำความผิดด้วยกันอันมีลักษณะเป็นการโทรมหนุงหรือกระทำกับชายใน ลักษณะเดียวกัน ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สิบห้าปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่สามแสนบาทถึงสี่แสน บาทหรือจำคุกตลอดชีวิต³

³ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 278 บัญญัติว่า ผู้ใดกระทำอนาจารแก่บุคคลอายุกว่าสิบห้าปีโดยขู่ ภัยด้วยประการใด ๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยบุคคลนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขจัดจีนได้ หรือโดยทำให้ บุคคลนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบปี หรือปรับไม่เกินสองแสนบาท หรือทั้งจำ ทั้งปรับ

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่ง เป็นการกระทำโดยใช้วัตถุหรืออวัยวะอื่นซึ่งมิใช่ อวัยวะเพศ ล่ออวัยวะเพศหรือทวารหนักของบุคคลนั้น ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่ แปดหมื่นบาทถึงสี่แสนบาท

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคสอง ได้กระทำโดยมีอาวุธปืนหรือวัตถุระเบิดหรือโดยใช้อาวุธ หรือ โดยร่วมกระทำความผิดด้วยกันอันมีลักษณะเป็นการโทรมหนุงหรือกระทำกับชายในลักษณะเดียวกัน ต้องระวาง โทษจำคุกตั้งแต่สิบห้าปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่สามแสนบาทถึงสี่แสนบาทหรือจำคุกตลอดชีวิต

มาตรา 278 (ความผิดฐานกระทำอนาจารผู้อื่น)**องค์ประกอบภายนอก**

- (1) ผู้ใด
- (2) กระทำอนาจาร
 - (ก) โดยขู่เช็ดด้วยประการใด ๆ
 - (ข) โดยใช้กำลังประทุษร้าย
 - (ค) โดยบุคคลนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือ
 - (ง) โดยทำให้บุคคลนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น
- (3) แก่บุคคลอายุกว่าสิบห้าปี

องค์ประกอบภายใน

เจตนา

1) องค์ประกอบภายนอก

องค์ประกอบภายนอก คือ การกระทำและสิ่งต่าง ๆ ที่กฎหมายอาญาบัญญัติไว้ว่าเป็นความผิด ซึ่งองค์ประกอบภายนอกของความผิดฐานกระทำอนาจารนี้ คือ การที่บุคคลกระทำอนาจารแก่บุคคลอายุกว่าสิบห้าปี โดยขู่เช็ดด้วยประการใด ๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยบุคคลนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้บุคคลนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น

ผู้กระทำ คือมนุษย์ซึ่งกฎหมายไม่จำกัดว่าจะเป็นใคร

ผู้ถูกระทำ คือบุคคลอายุกว่าสิบห้าปี ซึ่งอาจเป็นหญิงหรือชายก็ได้ ฉะนั้นผู้ถูกระทำจึงเป็นเพศเดียวกันกับผู้กระทำก็ได้

การกระทำ คือ การกระทำอนาจารแก่บุคคลอายุกว่าสิบห้าปีโดยฝ่าฝืนความสมัครใจของเขา

การกระทำอนาจาร คือ การกระทำที่ในทางภาวะวิสัยเป็นการละเมิดหรือฝ่าฝืนความรู้สึกทำให้อับอายในทางเพศโดยทั่วไปอย่างร้ายแรง และเป็นการกระทำที่ในทางอัตตะวิสัยได้ถูกระทำลงด้วยความต้องการทางเพศหรือความใคร่⁴

ดังนั้นสามารถแยกองค์ประกอบภายนอกของความผิดฐานกระทำอนาจารบุคคลอายุต่ำกว่า 15 ปีขึ้นไปได้ดังนี้

⁴ คณิต ณ นคร, *อรรถกถา* *เชิงอรรถที่ 2*, น.544.

1.1) ผู้ใด

จากบทบัญญัติของกฎหมายมาตรา 278 เห็นได้ว่าในส่วนของผู้กระทำความผิดฐานกระทำอนาจารนั้น กฎหมายใช้คำว่า “ผู้ใด” ซึ่งหมายความว่าผู้กระทำความผิดฐานกระทำอนาจารนั้นสามารถเป็นใครก็ได้ โดยไม่มีการจำกัดเพศ ไม่ว่าเพศชายหรือเพศหญิงก็สามารถเป็นผู้กระทำความผิดตามมาตรานี้ได้

1.2) การกระทำ

การกระทำอนาจารที่จะเป็นความผิดตามมาตรา 278 วรรคหนึ่งได้นั้น จะต้องเป็นการกระทำความผิดที่ไม่สมควรทางเพศ ที่เป็นการกระทำต่อเนื้อตัวร่างกายของบุคคล และจะต้องเป็นการกระทำที่เกิดขึ้นโดยวิธีการใดการหนึ่ง ดังต่อไปนี้

(ก) โดยขู่เข็ญด้วยประการใด ๆ

โดยขู่เข็ญด้วยประการใด ๆ หมายถึง การกระทำใด ๆ ที่แสดงให้เห็นว่าผู้ถูกขู่เข็ญนั้นจะได้รับอันตราย ซึ่งการขู่เข็ญตามมาตรา 278 ไม่จำกัดว่าจะต้องเป็นการขู่ว่าจะใช้กำลังประทุษร้ายเพียงอย่างเดียวเท่านั้น เพียงแต่ผู้ขู่ทำให้ผู้ถูกขู่เกิดความกลัวว่าตนจะได้รับอันตราย ไม่ว่าจะป็นอันตรายต่อชีวิต ร่างกาย เสรีภาพ ทรัพย์สิน หรือชื่อเสียงก็ตาม และไม่จำกัดว่าผู้ที่จะได้รับอันตรายจากการขู่จะต้องเป็นตัวผู้ถูกขู่เท่านั้น แต่อาจจะเป็นบุคคลในครอบครัวของผู้ถูกขู่ หรือเป็นบุคคลใกล้ชิดของผู้ถูกขู่ก็ได้ และให้หมายความรวมถึงการกระทำที่มีลักษณะที่ทำให้กลัวว่าจะเกิดอันตราย ไม่ว่าจะป็นอันตรายต่อผู้เสียหายเอง หรือเป็นอันตรายแก่บุคคลที่เกี่ยวข้องกับผู้เสียหายก็ตาม หากผู้เสียหายยินยอมให้ผู้กระทำความผิดกระทำอนาจาร เพราะกลัวว่าจะเกิดอันตรายดังกล่าวขึ้น การกระทำของผู้กระทำความผิดก็เป็นการกระทำอนาจาร โดยขู่เข็ญด้วยประการใด ๆ แล้ว

ขู่เข็ญ ในลักษณะที่เป็นการใช้วาจาเป็นหลัก พูดออกมาในเชิงขู่ บังคับ เข้มขู่ แต่ถ้ามองมือด้วยกายจะเป็นการใช้กำลังประทุษร้ายซึ่งจะกล่าวต่อไป

ตัวอย่างเช่น บังคับผู้เสียหายถอดเสื้อผ้าออกมิจะนั้นจะใช้ไฟฟ้าช็อต และใช้อวัยวะเพศมาถูที่อวัยวะเพศของผู้เสียหายทั้งสองจนสำเร็จความใคร่ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 44/2536) ใช้มีดขู่เข็ญว่าจะแทง ผู้เสียหายจึงยินยอมถอดกระดุมเสื้อออก (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4460/2540) จากคำพิพากษาดังกล่าวจะเห็นได้ว่าการกระทำของจำเลยเป็นการกระทำอนาจารผู้เสียหาย เนื่องจากการกระทำความผิดดังกล่าวเป็นการกระทำที่ไม่สมควรทางเพศที่ผู้กระทำความผิดได้กระทำต่อเนื้อตัวร่างกายของ

⁵ จิตติ ดิงศักดิ์, ถ้อยอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 1, พิมพ์ครั้งที่ 8 (กรุงเทพมหานคร : สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2548), น.739.

ผู้เสียหาย โดยการกระทำนั้นเป็นการขู่เข็ญว่าจะทำร้ายร่างกายของผู้เสียหาย ทำให้ผู้เสียหายเกิดความกลัวว่าจะเกิดอันตรายขึ้นแก่ตัวเอง จึงได้ยินยอมให้ผู้กระทำความผิดกระทำการที่ไม่สมควรทางเพศดังกล่าวแก่ตัวผู้เสียหาย

(ข) โดยใช้กำลังประทุษร้าย

โดยใช้กำลังประทุษร้าย เป็นการกระทำที่ได้มีการบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 1(6) บัญญัติว่า “ใช้กำลังประทุษร้าย” หมายความว่า “การประทุษร้ายแก่ร่างกายหรือจิตใจของบุคคล ไม่ว่าจะทำด้วยแรงกายภาพ หรือวิธีอื่นใด และให้หมายความรวมถึงการกระทำใด ๆ ซึ่งเป็นเหตุให้บุคคลหนึ่งบุคคลใดตกอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ ไม่ว่าจะโดยใช้ยาทำให้มีเมาสะกดจิต หรือใช้วิธีอื่นใดที่คล้ายคลึงกัน”⁶ :

การกระทำโดยบุคคลนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ จะต้องเป็นการกระทำที่เกิดขึ้นในขณะที่ผู้เสียหายไม่สามารถขัดขืนได้ เพราะตกอยู่ในฤทธิ์ยา ของมีนเมา หรือสิ่งอื่นใด แต่การกระทำที่เป็นการแอบถ่ายนั้น พฤติการณ์การกระทำที่มีลักษณะเป็นการแอบถ่ายนั้นมักจะเป็นการกระทำความผิดที่เกิดขึ้นในขณะที่ผู้เสียหายไม่รู้ตัวหรือเกิดในขณะที่ผู้เสียหายไม่ได้มีการระมัดระวังตัว

การกระทำที่เป็นการกระทำอนาจาร โดยใช้กำลังประทุษร้าย เช่น จับแขนหญิงดึงเพื่อให้ไปกับจำเลย (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 569/2479) จับถือและกอดเด็กหญิง (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 501/2503) ใช้กำลังกอดรัดและบีบเค้นนมของผู้เสียหายจนฟกช้ำ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2453/2515) แอบเข้ามากอดหญิงผู้เสียหายและพูดขอกระทำชำเรา (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1685/2526) ถอดกางเกงนอกและกางเกงในของผู้เสียหายแล้วจับอวัยวะเพศของผู้เสียหายโดยผู้เสียหายพยายามต่อสู้ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1620/2536) บุกรุกขึ้นไปบนบ้านของผู้เสียหายและกระทำอนาจารแก่ผู้เสียหาย โดยจำเลยใช้มือถลกผ้าถุงของผู้เสียหายขึ้นไปถึงสะโพกโดยผู้เสียหายมิได้ยินยอม (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2909/2536) บุกรุกเข้าไปจับแขน ขา หน้าอก และกอดจูบผู้เสียหายซึ่งนอนอยู่ในมุ้งภายในบ้าน (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3501/2536) เข้ากอดผู้เสียหายจากทางด้านหลังแล้วเหนี่ยวรั้งตัวผู้เสียหายจนผู้เสียหายล้มนอนหงายกับพื้น (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3078/2537) กอดคอผู้เสียหายและจับแขนผู้เสียหายลากเพื่อจะพาเข้าห้องพักในโรงแรม (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3953/2539) โอบไหล่ผู้เสียหายทั้งที่ไม่รู้จักกันมาก่อน (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5694/2541) ชกท้องผู้เสียหายหนึ่งทีแล้วลุดเข้าไปในป่า กอดปล้ำ จูบชอกคอ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1357/2545) เปลือยกายถือมิดเข้าไปหาผู้เสียหายที่ 1 ซึ่งนอนอยู่บนเตียงในห้องนอนในเวลา

⁶ จิตติ ดิงศกัณฑ์, อ้างแล้ว *เชิงอรรถที่ 5*, น.740.

กลางคืน ผู้เสียหายที่ 1 รู้สึกตัวล้มตาศึ้นมาแล้วร้องสุดเสียง จำเลยจึงชกปากและเอามือซ้ายยันเข้าไปในปากของผู้เสียหายที่ 1 (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4066/2545) กอดเอว โจมตีกร่วม จับมือและดึงแขน โจมตีกร่วมมิได้ยินยอมและคืนรนขัดขืนทั้งยังกระทำต่อหน้าบุคคลอื่น (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 9408/2555) ใช้กำลังประทุษร้ายกระทำอนาจาร โจมตีกร่วม ใช้มือดึงเสื้อและเสื้อชั้นในของ โจมตีกร่วม ขึ้นแล้วจับหน้าอกของ โจมตีกร่วม (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 19715/2555) ปลูกปล้ำ กอดจูบ ถอดเสื้อผ้า และกระทำชำเราผู้เสียหายที่ 2 (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 12665/2556) จากคำพิพากษาข้างต้น จะเห็นได้ว่าการกระทำที่เป็นความผิดฐานกระทำอนาจารนั้น จะเป็นการกระทำในลักษณะที่เป็น การกระทำที่ไม่สมควรทางเพศ ที่จำเลยได้ใช้แรงทางกายภาพกระทำลงต่อเนื้อตัวร่างกายของ ผู้เสียหาย

(ค) โดยบุคคลนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้

โดยบุคคลนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หมายถึง กรณีที่ผู้ถูกระทำจำยอมให้ การกระทำความผิดเกิดขึ้น โดยไม่ได้มีความสมัครใจ และภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้นั้นอาจจะ เป็นภาวะที่ผู้เสียหายมีอยู่ก่อนการกระทำ⁷ ซึ่งจะเกิดขึ้นเอง เช่น ผู้เสียหายมีโรคประจำตัวหรือเกิด จากการกระทำของผู้ใดก็ได้แต่อย่างไรก็ตามหากภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้นั้นเกิดจากการกระทำ ของผู้กระทำความผิด ก็อาจจะเป็นการกระทำโดยใช้กำลังประทุษร้ายได้ ตัวอย่างเช่น การที่จำเลย อาศัยความเป็นพระภิกษุที่ผู้เสียหายให้ความเคารพนับถือ ฉวยโอกาสขณะที่รดน้ำมนต์ลูบไล้ ไบหน้าและหน้าอกของผู้เสียหาย โดยที่ผู้เสียหายไม่ได้ทราบล่วงหน้ามาก่อนจึงไม่สามารถป้องกัน ตนเองจากการกระทำดังกล่าวได้ทัน (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 421/2554) เป็นการกระทำที่ไม่สมควร ทางเพศที่ผู้กระทำได้อาศัยโอกาสที่ผู้เสียหายไม่ทันตั้งตัว ทำการลูบไล้ไบหน้าและหน้าอกของ ผู้เสียหายอันเป็นการสัมผัสเนื้อตัวร่างกายของผู้เสียหาย การกระทำในลักษณะฉวยโอกาสดังกล่าว ย่อมทำให้ผู้เสียหายอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ เพราะหากผู้เสียหายสามารถตั้งตัวได้ ผู้เสียหายจะไม่ให้ความยินยอมในการกระทำที่ไม่สมควรทางเพศที่ได้กระทำลงต่อเนื้อตัวร่างกาย ของผู้เสียหายนั้นได้

(ง) โดยทำให้บุคคลนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น

โดยทำให้บุคคลนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น หมายถึง กรณีที่เป็นการทำให้ผู้ที่ถูก กระทำนั้นสำคัญผิดในตัวบุคคล ว่าผู้กระทำความผิดเป็นบุคคลอื่น⁸ จะต้องเป็นการกระทำความผิด โดยผู้กระทำนั้นทำให้ผู้เสียหายเข้าใจว่าผู้กระทำนั้นเป็นบุคคลที่ผู้เสียหายยินยอมที่จะให้มี การ

⁷ หยุด แสงอุทัย, กฎหมายอาญา ภาค 2-3, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553), น.193.

⁸ จิตติ ดิงศกัทธิย์, อ้าวแล้ว เซิงอรรถที่ 5, น.742.

ล้มผัสเนื้อตัวร่างกายเกิดขึ้น เช่น คนรัก สามิ หรือภรรยาของผู้เสียหาย เป็นต้น โดยการสำคัญผิด จะต้องเป็นการสำคัญผิดในตัวบุคคล กล่าวคือ ผู้เสียหายจะต้องเข้าใจว่าเป็นคนละคนกันกับตัวผู้กระทำความผิด ไม่ใช่เพียงแค่สำคัญผิดในคุณสมบัติของผู้กระทำความผิดเท่านั้น สำคัญผิดว่าผู้กระทำรวบ หรือจะแต่งงานด้วยในภายหลัง ตัวอย่างคำพิพากษาเช่น บังคับจับมือเด็กหญิงให้จับของลับจำเลยและจับมือให้รู้ดไปมาจนน้ำอสุจิของจำเลยไหล (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2693-2695/2516) จะเห็นได้ว่าการกระทำของจำเลยดังกล่าวแม้จะไม่ได้เป็นการกระทำที่ไม่สมควรทางเพศที่ผู้กระทำความผิดได้กระทำต่อเนื้อตัวร่างกายของผู้เสียหายก็ตาม แต่การที่จำเลยบังคับโดยการจับมือเด็กหญิงให้จับของลับของจำเลยและจับมือให้รู้ดไปมาจนน้ำอสุจิของจำเลยไหล เห็นได้ว่าตัวเด็กหญิงได้เข้าเกี่ยวข้องในการกระทำอนาจารนั้นด้วย จึงถือได้ว่าจำเลยได้กระทำอนาจารแก่เด็กหญิงนั้น

นอกจากนี้การกระทำความผิดได้กระทำลงโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อระงับความต้องการทางเพศของผู้กระทำความผิดแม้ว่าการกระทำดังกล่าวจะเป็นการกระทำผ่านเสื้อผ้าก็สามารถเป็นความผิดฐานกระทำอนาจารได้

ทั้งนี้จากการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมาย ตามพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 27) พ.ศ. 2562 ยังเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมเหตุฉกรรจ์ที่ทำให้ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนักขึ้นด้วย โดยการกระทำอนาจารที่กระทำโดยใช้วัตถุหรืออวัยวะอื่นซึ่งมิใช่อวัยวะเพศล่วงล้ำอวัยวะเพศหรือทวารหนักของบุคคลนั้น ผู้กระทำจะต้องระวางโทษหนักกว่าการกระทำอนาจารโดยทั่วไปตามมาตรา 278 วรรคหนึ่ง หากการกระทำอนาจารโดยล่วงล้ำดังกล่าวเกิดขึ้นโดยที่ผู้กระทำความผิดทำให้ผู้ถูกระทำเข้าใจว่าผู้กระทำความผิดมีอาวุธ ผู้กระทำนั้นก็ต้องได้รับโทษหนักขึ้นด้วยและนอกจากนี้ในบทบัญญัติมาตรา 278 วรรคสอง ผู้กระทำได้กระทำลงโดยมีอาวุธปืนหรือวัตถุระเบิดหรือโดยใช้อาวุธหรือโดยร่วมกระทำความผิดด้วยกันอันมีลักษณะเป็นการโทรมหญิงหรือกระทำกับชาย ก็ต้องระวางโทษหนักขึ้นสำหรับการกระทำความผิดนั้นด้วย

1.3) ผู้ถูกระทำ

ผู้ถูกระทำตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 278 คือบุคคลที่มีอายุ 15 ปีขึ้นไป จะเห็นได้ว่ากฎหมายบัญญัติโดยใช้คำว่า “บุคคล” ไม่ได้ใช้คำว่า ชายหรือหญิง ดังนั้นการกระทำในความผิดฐานกระทำอนาจารตามมาตรา 278 นั้นสามารถเป็นได้ทั้งเพศชายและเพศหญิง ที่มีอายุตั้งแต่ 15 ปีขึ้นไป

ดังนั้นการกระทำความผิดตามมาตรา 278 นี้จึงสามารถเป็นการกระทำของชายต่อหญิง หญิงต่อชาย ชายต่อชาย หรือหญิงต่อหญิงก็ได้

2) องค์ประกอบภายใน

องค์ประกอบภายในสำหรับความผิดฐานกระทำอนาจารอายุกว่าสิบห้าปี คือกระทำโดยมีเจตนาที่จะกระทำอนาจารแก่บุคคลอายุกว่าสิบห้าปี

การกระทำโดยเจตนา หมายถึง การกระทำโดยรู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิด และในขณะเดียวกันผู้กระทำประสงค์ต่อผลหรือยอมเล็งเห็นผลของการกระทำนั้น “กระทำโดยเจตนา” จึงประกอบด้วยส่วนประกอบสองส่วนคือ “ส่วนรู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบความผิด” หรือ “อาจเรียกสั้น ๆ ว่า “ส่วนรู้” กับ “ส่วนประสงค์ต่อผลหรือยอมเล็งเห็นผล” หรืออาจเรียกสั้น ๆ ว่า “ส่วนต้องการ”⁹

เจตนาเป็นส่วนประกอบหลักที่สำคัญอย่างยิ่งสำหรับความผิดทางอาญา หากเจตนาความผิดอาจเปลี่ยนไป

ดังนั้นการกระทำโดยเจตนากระทำอนาจารแก่บุคคลอายุกว่าสิบห้าปี คือ การที่ผู้กระทำรู้ว่าผู้ถูกกระทำเป็นบุคคลอายุกว่าสิบห้าปี และผู้กระทำต้องการกระทำอนาจาร โดยฝ่าฝืนความสมัครใจของผู้นั้น¹⁰

ในเรื่องของความหมายของคำว่า “กระทำอนาจาร” เป็นคำที่ปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายอาญา แต่คำนี้ยังไม่ได้รับการบัญญัติความหมายไว้แต่อย่างใด แตกต่างไปจากคำว่า “กระทำชำเรา” ที่ได้รับการบัญญัติความหมายไว้อย่างชัดเจนในมาตรา 1 (18) แห่งประมวลกฎหมายอาญา

มาตรา 1 บัญญัติว่า “ในประมวลกฎหมายนี้

(18) “กระทำชำเรา” หมายความว่า กระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำโดยใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำล่วงล้ำอวัยวะเพศ หรือช่องปากของผู้อื่น”

ซึ่งแต่เดิมคำว่า “กระทำอนาจาร” ศาลฎีกาได้เคยตีความไว้ว่า “กระทำอนาจาร เป็นการกระทำที่ไม่สมควรในทางเพศ”¹¹ ทั้งนี้ต้องเป็นการกระทำต่อเนื้อตัวร่างกายของผู้ถูกกระทำเท่านั้น หากไม่ได้กระทำต่อเนื้อตัวร่างกายของผู้ถูกกระทำ เช่น การกล่าวถ้อยคำ การเขียนภาพ ก็ไม่เป็นการกระทำอนาจารแต่อย่างใด เพราะมิใช่การกระทำต่อเนื้อตัวร่างกายของผู้ถูกกระทำ

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4836/2546¹² ได้อธิบายความหมายของคำว่า “อนาจาร” มีความหมายว่า เป็นการกระทำต่อเนื้อตัวบุคคลที่ไม่สมควรทางเพศซึ่งมิได้หมายความเฉพาะการ

⁹ คณิต ฅ นคร, *อรรถกถา เจงอรรถที่ 2*, น.545.

¹⁰ คณิต ฅ นคร, *อรรถกถา เจงอรรถที่ 2*, น.545.

¹¹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4024/2534, คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1627/2539 และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4836/2547 (deka.in.th)

¹² คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4836/2546 (deka.in.th)

ประเวณีหรือความใคร่เท่านั้น แต่รวมถึงการกระทำให้อับอายขายหน้าในทางเพศด้วย การที่จำเลย กอดเอวโจทก์ร่วม จับมือ และดึงแขน โจทก์ร่วมเช่นนั้นจึงเป็นการกระทำอนาจารแก่โจทก์ร่วม โดย ใช้กำลังประทุษร้ายเป็นความผิดตามมาตรา 278

อย่างไรก็ดี คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 12983/2558 ศาลฎีกาในคดีนี้ก็วินิจฉัยว่า การที่จำเลย ใช้กล้องบันทึกภาพแอบถ่ายได้กระโปรงของผู้เสียหายในระยะใกล้ชิด แม้จำเลยจะมีได้สัมผัสเนื้อ ตัวร่างกายของผู้เสียหายโดยตรง ก็ถือว่าเป็นการกระทำอนาจารผู้เสียหายแล้ว แม้มิได้มีการสัมผัส เนื้อตัวร่างกายของผู้เสียหายก็ตาม นอกจากนี้ยังมีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1201/2559 โดยศาลฎีกาใน คดีนี้ได้วินิจฉัยไว้สอดคล้องกับคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 12983/2558 ว่าแม้จำเลยยังไม่ได้แตะเนื้อต้อง ตัวร่างกายของผู้เสียหายที่ 1 เมื่อการกระทำของจำเลยเป็นการกระทำที่ไม่สมควรในทางเพศ จำเลยมีความผิดฐานกระทำอนาจารผู้เสียหายที่ 1 แล้ว¹³ ทั้งนี้ในกรณีที่ผู้กระทำมิได้มีเจตนาในทางเพศ เช่น มีคนจะทำร้ายหญิงจำเลยจึงกอดหญิงไว้มิให้ถูกทำร้าย ไม่เป็นอนาจาร (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 970/2477)¹⁴ จับข้อมือหญิงกระชากเพื่อจะทำร้าย ไม่เป็นอนาจาร (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1931/2494)¹⁵ ครูชายแก่ผ้าศิษย์ซึ่งเป็นเด็กชายอายุสิบสี่ปีและเมียเพราะเด็กทำผิด ไม่เป็นการกระทำอนาจาร (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 512/2473)¹⁶

ตัวอย่างคำพิพากษาไม่ต้องมีการกระทำต่อเนื้อตัวร่างกายก็ถือเป็นการกระทำอนาจาร

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 12983/2558¹⁷ พิพากษาว่าการที่จำเลยแอบติดตั้งกล้องบันทึกภาพไว้ที่ได้โต๊ะทำงานของโจทก์ร่วม และบันทึกภาพสรีระร่างกายของโจทก์ร่วมตั้งแต่ช่วงลั้นปีจนถึง อวัยวะเพศช่วงขามองเห็นกระโปรงที่โจทก์ร่วมสวมใส่ ขาท่อนล่างและขาท่อนบนของโจทก์ร่วม โดยที่กล้องบันทึกภาพมีแสงไฟสำหรับเพิ่มความสว่างเพื่อให้มองเห็นภาพบริเวณใต้กระโปรงของ โจทก์ร่วมให้ชัดเจนยิ่งขึ้น การกระทำของจำเลยต่อแสดงให้เห็นถึงความใคร่และกามารมณ์ โดย โจทก์ร่วมมิได้รู้เห็นหรือยินยอม อันเป็นการกระทำที่ไม่สมควรทางเพศต่อโจทก์ร่วม โดยโจทก์ ร่วมตกอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ แม้จำเลยจะมีได้สัมผัสต่อเนื้อตัวร่างกายของโจทก์ร่วม โดยตรง แต่การที่จำเลยใช้กล้องบันทึกภาพได้กระโปรงโจทก์ร่วมในระยะใกล้ชิด โดยโจทก์ร่วมไม่ รู้ตัวย่อมรับฟังได้ว่า จำเลยได้กระทำโดยประสงค์ต่อผลอันไม่สมควรทางเพศต่อโจทก์ร่วม โดยใช้ กำลังประทุษร้ายตามมาตรา 1(6) แห่งประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งการใช้กำลังประทุษร้ายอันเป็น

¹³ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1201/2559 (deka.in.th)

¹⁴ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 970/2477 (deka.in.th)

¹⁵ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1931/2494 (deka.in.th)

¹⁶ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 512/2473 (deka.in.th)

¹⁷ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 12983/2558 (deka.in.th)

องค์ประกอบความผิดตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 278 นอกจากหมายความว่า ทำการประทุษร้ายแก่ร่างกายแล้ว ยังหมายความว่าทำการประทุษร้ายแก่จิตใจด้วย ไม่ว่าจะทำด้วยใช้แรงกายภาพหรือด้วยวิธีอื่นใด และให้หมายความรวมถึงการกระทำใด ๆ ซึ่งเป็นเหตุให้บุคคลหนึ่งบุคคลใดอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ การกระทำของจำเลยดังกล่าว ทำให้โจทก์ร่วมต้องรู้สึกสะเทือนใจอับอายขายหน้า จึงถือว่าเป็นการประทุษร้ายแก่จิตใจขอโจทก์ร่วมแล้ว การกระทำของจำเลยจึงถือเป็นการกระทำอนาจาร โจทก์ร่วม ครบองค์ประกอบความผิดตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 278

ในเรื่องของการกระทำอนาจารตามมาตรา 278 นี้ เป็นข้อยกเว้นหลักทั่วไปที่จะต้องพิจารณาว่าการกระทำเข้าองค์ประกอบภายนอกหรือไม่โดยไม่ต้องพิจารณาจิตใจ ต่อเมื่อเข้าองค์ประกอบภายนอกแล้วจึงดูองค์ประกอบภายใน คือผู้กระทำได้กระทำไปโดยเจตนาหรือประมาทหรือไม่ ปัญหาว่าการกระทำเป็นอนาจารหรือไม่จิตใจของผู้กระทำจึงเป็นข้อสำคัญ

ผู้กระทำความผิดฐานกระทำอนาจารสามารถเป็นผู้กระทำได้ทั้งชาย หญิง เด็กชาย หรือเด็กหญิง เนื่องจากมาตรา 278 บัญญัติว่า “ผู้ใด” ดังนั้นบุคคลทุกเพศทุกวัยจึงสามารถเป็นผู้กระทำความผิดเหล่านี้ได้ เช่นเดียวกันผู้ถูกกระทำอนาจารสามารถเป็นบุคคลทุกเพศทุกวัยได้เช่นเดียวกัน

4.1.1.3 หลักเกณฑ์ในการวินิจฉัยความผิด

ประมวลกฎหมายอาญาไม่มีการบัญญัติถึงคำนิยามของการกระทำอนาจารว่ามีความหมายอย่างไร แต่ศาลฎีกาได้วางหลักเกณฑ์ในการวินิจฉัยความผิดไว้ว่า การกระทำที่เป็นการกระทำอนาจาร คือ การกระทำที่ไม่สมควรทางเพศต่อเนื้อตัวร่างกายของผู้อื่น โดยความผิดที่ไม่เข้าลักษณะของการกระทำชำเราจึงเป็นการกระทำอนาจาร

ในอดีตศาลฎีกาได้กำหนดแนวทางในการพิจารณาการกระทำอนาจารไว้ว่า “การกระทำอนาจาร คือ การไม่สมควรทางเพศต่อเนื้อตัวร่างกาย” เมื่อนิยามของการกระทำชำเราได้รวมถึงการกระทำในอดีตบางลักษณะไว้ การเพิ่มเติมนิยามของการกระทำชำเราจึงให้ขอบเขตของลักษณะการกระทำอนาจารในปัจจุบันแคบลง ดังนั้นการกระทำอนาจารจึงเป็นเพียงการกระทำที่ไม่สมควรทางเพศในลักษณะอื่นนอกจากการใช้วัยวะเพศกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนักหรือช่องปากของผู้อื่น หรือใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น

ซึ่งรองศาสตราจารย์อัษฎริยา ชูตินันท์ มีความเห็นว่าการกระทำที่จะถือว่าเป็นอนาจารหรือไม่ นั้น ไม่ได้จำกัดเฉพาะเพื่อความต้องการทางเพศตามความประสงค์ของผู้กระทำเท่านั้น แต่ต้องพิจารณาตามพฤติการณ์ที่ผู้กระทำ กระทำให้ปรากฏออกมาภายนอกด้วย การกระทำเช่นนั้น

กระทำให้เกิดความอับอายขายหน้าในทางเพศหรือไม่ ถ้าการกระทำตามที่ปรากฏเป็นการกระทำให้เกิดความอับอายขายหน้าในทางเพศแล้ว แม้กระทำเพราะโทสะก็เป็นการกระทำอนาจาร¹⁸

4.1.1.4 หลักการในการลงโทษกำหนดโทษ

หลักในการลงโทษผู้กระทำความผิดฐานกระทำอนาจารยึดหลักการลงโทษเพื่อทดแทนความผิด (Retributive Theory)¹⁹ โดยหลักดังกล่าวเป็นการลงโทษผู้กระทำความผิดให้สาสมกับความผิดที่ได้กระทำ ความผิดฐานกระทำอนาจารกฎหมายบัญญัติเหตุเพิ่มโทษไว้เฉพาะการกระทำอนาจารแก่เด็กอายุไม่เกินสิบห้าปีโดยขู่เชือดด้วยประการใด ๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยเด็กนั้นยังอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถจัดขึ้นได้ หรือโดยทำให้เด็กนั้นเข้าใจว่าตนเป็นบุคคลอื่นเท่านั้น

4.1.1.5 การกระทำที่มีลักษณะเป็นการกระทำอนาจาร

การกระทำที่ไม่สมควรทางเพศที่มีลักษณะเป็นการกระทำอนาจาร เช่น

- การจับมือ หรือดึงแขนผู้เสียหาย (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 494/2550²⁰, คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4836/2547²¹)
- การจับหน้าอกผู้เสียหาย (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1045/2482²², คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 19715/2555²³, คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4977/2556²⁴)
- การกอดจูบหรือกอดปล้ำผู้เสียหาย (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1314/2526²⁵, คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 262/2530²⁶, คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1357/2545²⁷, คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1904/2546²⁸, คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3915/2551²⁹)

¹⁸ อัจฉริยา ชุตินันท์, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิด, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2556), น.347.

¹⁹ พรชิตา เอี่ยมศิลา, “ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับผู้กระทำความผิดเพื่อประกอบการดำเนินคดีอาญา,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2549), น.8.

²⁰ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 494/2550 (deka.in.th)

²¹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4836/2547 (deka.in.th)

²² คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1045/2482(deka.in.th)

²³ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 19715/2555 (deka.in.th)

²⁴ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4977/2556 (deka.in.th)

²⁵ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1314/2526 (deka.in.th)

²⁶ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 262/2530 (deka.in.th)

²⁷ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1357/2545 (deka.in.th)

²⁸ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1904/2546 (deka.in.th)

²⁹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3915/2551 (deka.in.th)

- การกอดคอ และจับแขนผู้เสียหาย (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3593/2539³⁰)
- การลอบคล้ำอวัยวะเพศ และการดูอวัยวะเพศของผู้กระทำความผิด กับอวัยวะเพศของผู้เสียหาย (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 117/2534³¹, คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2673/2546³², คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3577/2551³³, คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 15832/2555³⁴)

4.1.1.6 ขอบเขตของการสัมผัสที่เป็นความผิดฐานกระทำอนาจาร

คำว่า “อนาจาร” เป็นถ้อยคำที่ปรากฏอยู่ในบทบัญญัติของประมวลกฎหมายอาญาในหลาย ๆ มาตรา เช่น สื่อลามกอนาจารเด็ก ที่บัญญัติไว้ในมาตรา 1(13) ซึ่งหมายความถึง วัตถุหรือสิ่งทีแสดงให้รู้หรือเห็นถึงการกระทำทางเพศของเด็กหรือกับเด็กซึ่งมีอายุไม่เกินสิบแปดปี โดยรูปเรื่องหรือลักษณะสามารถสื่อไปในทางลามกอนาจาร ไม่ว่าจะอยู่ในรูปแบบของเอกสาร ภาพเขียน ภาพพิมพ์ ภาพระบายสี สิ่งพิมพ์ รูปภาพ ภาพโฆษณา เครื่องหมาย รูปถ่าย ภาพยนตร์ แถบบันทึกเสียง แถบจัดเก็บในระบบคอมพิวเตอร์ หรือในอุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์อื่นที่สามารถแสดงผลให้เข้าใจความหมายได้ซึ่งคำว่า “ลามก” มาจากภาษาบาลี ลามก (อ่านว่า ลา-มะ-กะ) แปลว่า ทรมาน ตำทรม หยาบช้า เป็นบาป สิ่งอันลามก คือน่าอับอายในทางเพศ นำอุจาดบัดสี ซึ่งตรงข้ามกับสิ่งที่เป็นศิลปะอันแสดงถึงความงามและฝีมือของศิลปิน³⁵ การกระทำอนาจารที่จะเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 278 ไม่ปรากฏนิยามไว้ในประมวลกฎหมายอาญาของประเทศไทย ดังที่กล่าวไปข้างต้นแล้วนั้น ซึ่งในการตัดสินใจว่าการกระทำใดที่จะเป็นการกระทำที่ครอบงำประกอบความผิดฐานกระทำอนาจารหรือไม่นั้นต้องพิจารณาจากข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นจากการกระทำความผิดของผู้กระทำเป็นกรณี ๆ ไป

ซึ่งจากการศึกษาเบื้องต้นจากตำราและบทบัญญัติของกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดฐานกระทำอนาจาร การกระทำความผิดตามที่บัญญัติไว้ในกฎหมายจะต้องเป็นการสัมผัสเนื้อตัวร่างกายของผู้ถูกระทำด้วย

ในการพิจารณาการกระทำที่ไม่สมควรในทางเพศอันเป็นการกระทำอนาจารนั้น ให้พิจารณาจากที่ปรากฏออกมาภายนอก หากคนทั่วไปเห็นว่าไม่สมควรในทางเพศ ก็เป็นอนาจาร แม้

³⁰ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3593/2539 (deka.in.th)

³¹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 117/2534 (deka.in.th)

³² คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2673/2546 (deka.in.th)

³³ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3577/2551 (deka.in.th)

³⁴ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 15832/2555 (deka.in.th)

³⁵ จิตติ ดิงสภักดิ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 1, พิมพ์ครั้งที่ 8 (กรุงเทพมหานคร : สำนักอบรมศึกษานิติบัณฑิตยสภา, 2548), น.803.

ผู้กระทำจะมีได้กระทำเพื่อความใคร่ หรือการมรรณแต่กระทำไปด้วยเหตุอื่น ๆ เช่น เพื่อการแก้แค้น หรือ โกรธแค้นก็ตาม เช่น ฎีกาที่ 1314/2526 วินิจฉัยว่า จำเลยกับผู้เสียหายอยู่กินด้วยกัน โดยไม่ได้จดทะเบียนสมรสเพียงสองเดือนก็เลิกกัน ต่อมาจำเลยฟ้องเรียกเอาค่าสินสอดคืนจากฝ่ายผู้เสียหาย ศาลพิพากษายกฟ้อง แสดงว่าจำเลยได้แสดงเจตนาเลิกกับผู้เสียหายโดยเด็ดขาดแล้ว ผู้เสียหายมีความสัมพันธ์นั้นสามีกิริยากับจำเลยอีกต่อไป ผู้เสียหายจึงร้องเรียนขอขานขันธ์มีคณนั้งช้อนท้ายมาด้วย จำเลยเข้ามาวางกระซวกแขนผู้เสียหายลงจากรถ เข้ากอดปล้ำและพยายามจูบให้ไปกับจำเลย จำเลยจึงมีความผิดฐานกระทำอนาจารตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 278

ดังนั้นแม้กฎหมายจะมีได้มีบัญญัติไว้อย่างชัดเจนว่าการกระทำผิดฐานกระทำอนาจารต้องมีขอบเขตอย่างไร แต่จากคำพิพากษาศาลฎีกาที่ได้ตีความไว้ดังกล่าวข้างต้นซึ่งถือเป็นตัวอย่างของการตีความกฎหมายเพื่อปรับใช้กับการตัดสินคดีพบว่า คำพิพากษาศาลฎีกาส่วนใหญ่ที่ตัดสินเกี่ยวกับความผิดฐานกระทำอนาจารตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 278 การกระทำอนาจารมีขอบเขตของการกระทำคือ จะต้องเป็นการกระทำที่ไม่สมควรทางเพศที่ได้กระทำลงต่อเนื้อตัวร่างกายของบุคคล โดยที่การกระทำผิดฐานกระทำอนาจาร ผู้กระทำความผิดสามารถเป็นเพศใดก็ได้ และหากมีการกระทำที่ไม่สมควรทางเพศที่มีการสัมผัสเนื้อตัวร่างกาย หรือมีการสัมผัสผ่านเสื้อผ้าของผู้ถูกระทำที่ไม่จำกัดเพศ และไม่ว่าจะอายุเท่าใดก็ตาม สามารถเป็นผู้เสียหายในความผิดฐานนี้ได้เช่นกัน

โดยการสัมผัสดังกล่าวจะต้องเป็นการฝ่าฝืนความยินยอมของผู้ถูกระทำด้วย เพราะถ้าหากผู้ถูกระทำให้ความยินยอมสำหรับการสัมผัสนั้น เช่น หญิงยินยอมให้ชายกอด จูบ การกระทำชายดังกล่าวแม้จะเป็นการกระทำที่ไม่สมควรทางเพศ แต่เกิดขึ้น โดยความยินยอมของหญิงนั้น การกระทำของชายนั้นก็ไม่ใช่ความผิดฐานกระทำอนาจารนั้น

4.1.2 ความแตกต่างของการคุกคามทางเพศและการกระทำอนาจาร

อาจกล่าวได้ว่าการกระทำอนาจารนั้นถือเป็นส่วนหนึ่งของการคุกคามทางเพศ เพราะการคุกคามทางเพศหมายรวมถึงการสัมผัสเนื้อตัว ร่างกายอยู่ในความหมายด้วย แต่ผู้วิจัยมีความเห็นแตกต่าง ซึ่งผู้วิจัยมองว่าการกระทำอนาจารหากมิได้มีการสัมผัสเนื้อตัวร่างกายย่อมไม่ถือว่าเป็นการกระทำอนาจาร แต่เป็นการกระทำคุกคามทางเพศ เมื่อวิเคราะห์ถึงพฤติกรรมการของการกระทำและการตีความของนักกฎหมายไทยหลายท่าน มีการตีความไว้อย่างชัดเจนว่าการกระทำอนาจารต้องมีการสัมผัสเนื้อตัวร่างกายอาจมีข้อยกเว้นตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 12983/2558 จำเลยติดตั้งกล้องบันทึกภาพไว้ใต้โต๊ะทำงานแม้จำเลยจะมีได้สัมผัสต่อเนื้อตัวร่างกายของโจทก์ร่วมโดยตรง แต่การที่จำเลยใช้กล้องบันทึกภาพได้กระ โปรงโจทก์ร่วมในระยะใกล้ชิด โดยโจทก์ร่วมไม่รู้ตัวยอมรับฟังได้ว่า จำเลยได้กระทำโดยประสงค์ต่อผลอันไม่สมควรในทางเพศการกระทำของ

จำเลยจึงเป็นการกระทำอนาจาร แต่พฤติการณ์โดยรวมกฎหมายไม่ได้บัญญัติครอบคลุมถึงการคุกคามทางเพศ ดังนี้ผู้วิจัยจึงได้เปรียบเทียบให้เห็นถึงความแตกต่างระหว่างการกระทำอนาจารและการคุกคามทางเพศ รวมถึงเปรียบเทียบถึงการได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายอาญา ดังนี้

การกระทำอนาจารตามมาตรา 278 แห่งประมวลกฎหมายอาญา มีนักกฎหมายไทยให้ความหมายไว้หลายท่าน

ศาสตราจารย์ ดร.คณิต ณ นคร ได้ให้ความหมายของคำว่า “อนาจาร” มีความหมายถึงการกระทำที่ไม่ควรทางเพศต่อร่างกายของบุคคลอื่น เช่น การกอด จูบ ลูบคลำร่างกายของหญิงหรือชาย เป็นแสดงความใคร่ในทางเพศ

ศาสตราจารย์จัตติ ตังศภัทย์ อธิบายคำว่า “อนาจาร” เป็นการกระทำในทางภาวะวิสัยเป็นการละเมิดหรือฝ่าฝืนความรู้สึกอับอายในทางเพศโดยทั่วไปอย่างร้ายแรง และเป็นการกระทำในทางอัตวิสัยได้ถูกกระทำลงด้วยความต้องการทางเพศหรือความใคร่ทางเพศ

และศาสตราจารย์ ดร. หยุต แสงอุทัย อธิบายถึงความผิดฐานกระทำอนาจารว่า เช่นเดียวกับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา เป็นความที่เกิดขึ้น โดยการบังคับขู่เข็ญ หลอกลวง ความผิดเหล่านี้ถ้าปรากฏว่าผู้เสียหายยินยอมให้กระทำโดยบริสุทธิ์ใจ การกระทำก็ย่อมไม่มีความผิดอยู่นั่นเอง

ส่วนการคุกคามทางเพศยังไม่มีนักกฎหมายให้คำจำกัดความไว้แต่ก็ได้มีความหมายของการคุกคามทางเพศจากองค์การสหประชาชาติ ซึ่งได้อธิบายเกี่ยวกับการคุกคามทางเพศไว้ว่า หมายถึงพฤติกรรมที่ผู้ถูกกระทำหรือผู้ที่ตกเป็นเหยื่อถือว่าเป็นสิ่งที่ไม่พึงปรารถนาและไม่ต้องการ โดยการคุกคามดังกล่าวอาจจะเป็นในรูปแบบของการแสดงออกทางวาจา กิริยาท่าทาง การจับต้องร่างกายและสิ่งแวดล้อม

The United Kingdom Equal Opportunities Commission (EOC) ก็ได้ให้คำจำกัดความไว้ว่า การคุกคามทางเพศเป็นการกระทำที่ไม่สามารถจะยอมรับได้ ซึ่งรวมถึงการวิพากษ์วิจารณ์ การจ้องมอง การสัมผัสแต่ละต้อง หรือเชื้อเชิญเรียกร้องในทางเพศอันไม่เป็นที่ยินดีของผู้ถูกกระทำ

ดังนั้นจะกล่าวได้ว่าการคุกคามทางเพศนั้นจากความหมายดังกล่าวรวมการสัมผัสแต่ละต้องเนื้อตัวร่างกายให้เป็นหนึ่งในพฤติกรรมของการคุกคามทางเพศด้วย ซึ่งการกระทำอนาจารก็เป็นส่วนหนึ่งของการคุกคามทางเพศ เพราะการกระทำอนาจารเป็นการกระทำโดยการสัมผัสเนื้อตัวร่างกาย ไม่ว่าจะเป็นการกอด จูบ ลูบ คลำ แต่ผู้วิจัยมีความเห็นแตกต่างจากคำว่า “คุกคามทางเพศ” ดังกล่าวข้างต้น เนื่องจากผู้วิจัยมีความเห็นว่า การคุกคามทางเพศนั้นไม่ควรรวมพฤติกรรมของการกระทำที่มีการสัมผัสเนื้อตัวร่างกาย เพราะจะทำให้การตีความหมายของคำว่า “อนาจาร” และ “การคุกคามทางเพศ” นั้นมีความหมายทับซ้อนกัน หากทั้งการกระทำอนาจารและการคุกคามทางเพศ

ตีความหมายของพฤติกรรมว่ามีการสัมผัสเนื้อตัวร่างกายทั้งสองความผิด ดังนั้นพฤติกรรมที่เป็น การคุกคามทางเพศย่อมเป็นความผิดฐานกระทำอนาจารด้วย แต่กฎหมายในปัจจุบัน การกระทำที่ ไม่มีการสัมผัสเนื้อตัวร่างกายที่ไม่ถึงการกระทำอนาจารย่อมไม่เป็นความผิดตามมาตรา 278 แห่ง ประมวลกฎหมายอาญาของไทย

ดังนั้นผู้วิจัยจึงมีความเห็นว่า การคุกคามทางเพศไม่ควรรวมพฤติกรรมการกระทำที่มีการสัมผัสเนื้อตัวร่างกาย เห็นว่าการคุกคามทางเพศ ควรเป็นพฤติกรรมที่เป็นการล่วงละเมิดในทาง เพศ ที่ผู้ถูกระทำไม่พึงปรารถนาและไม่สมควรในทางเพศ โดยการ จ้องมอง วิพากษ์วิจารณ์ในทาง เพศหรือเหยียดเพศ หรือการแสดงออกโดยวิธีการอื่นใดในทางเพศ เพื่อแสดงถึงความใคร่ในทาง เพศของตน

รูปแบบของการคุกคามทางเพศบนอินเทอร์เน็ตเกิดขึ้นหลากหลายรูปแบบไม่ว่าจะเป็น การส่งข้อความชักชวน การส่งภาพ ประชวรจากเหยียดเพศ การข่มขู่ว่าจะข่มขืนผ่านระบบ อินเทอร์เน็ต หรือแม้แต่การคอมเมนต์ถึงรูปร่างของอีกฝ่ายในทางเพศ เป็นต้น ซึ่งพฤติกรรมการ คุกคามรูปแบบดังกล่าวพบเจอได้บ่อยขึ้น เนื่องจากเทคโนโลยีในปัจจุบันพัฒนาอย่างรวดเร็ว ทำให้ เข้าถึงกันได้ง่ายและไร้พรมแดน เมื่อเปรียบเทียบกับกระทำอนาจารจะพบเพียงการเผยแพร่สื่อ ลามกอนาจารเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ ทั้งยังมีประมวลกฎหมายอาญาบัญญัติคุ้มครองถึงการกระทำ ดังกล่าวในมาตรา 287 มาตรา 287/1 และมาตรา 287/2 และพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำ ความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ มาตรา 14 อีกด้วย จากที่ผู้วิจัยได้ศึกษาค้นคว้าเกี่ยวกับการคุกคามทาง เพศ พบว่ายังไม่มีกฎหมายใดบัญญัติให้การคุ้มครองการคุกคามทางเพศไว้โดยเฉพาะ ดังนั้นเมื่อ เกิดความผิดเกี่ยวกับการคุกคามทางเพศขึ้น เป็นเพียงการนำกฎหมายใกล้เคียงอย่างอื่นมาปรับใช้ เท่านั้น หากเป็นการกระทำการคุกคามทางเพศบนอินเทอร์เน็ต เป็นการนำกฎหมายเรื่องหมิ่น ประมาทมาปรับใช้ ซึ่งผู้วิจัยเห็นว่ายังไม่ตรงกับฐานความผิดที่เกิดขึ้นมากนัก แม้การคุกคามทางเพศ ที่เกิดขึ้นบนอินเทอร์เน็ตจะเป็นการนำข้อความเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ ที่มีลักษณะอันลามกและ ข้อมูลคอมพิวเตอร์นั้นประชาชนทั่วไปเข้าถึงได้ก็ตาม

อย่างไรก็ตามการกระทำอนาจารต้องเป็นการกระทำโดยมีการสัมผัสเนื้อตัว ร่างกายของ ผู้เสียหายโดยการฝ่าฝืนความยินยอมของผู้ถูกระทำจึงจะเป็นความผิดฐานกระทำอนาจารจึงไม่ สามารถเกิดความผิดฐานนี้บนอินเทอร์เน็ต เพราะระบบอินเทอร์เน็ตไม่สามารถสัมผัสเนื้อตัว ร่างกาย กัน ได้ ดังนั้นการกระทำความผิดการคุกคามทางเพศหรือการล่วงเกินทางเพศที่เกิดบน อินเทอร์เน็ตนั้น จึงไม่มีกฎหมายบัญญัติคุ้มครองได้

ทั้งนี้การคุกคามทางบนอินเทอร์เน็ตเป็นรูปแบบการกระทำความผิดรูปแบบใหม่ ที่พัฒนาไปตามยุคสมัยของสังคมโลก จะเห็นได้ว่ากฎหมายไม่สามารถคุ้มครองถึงการกระทำความผิดรูปแบบใหม่ดังกล่าวได้ ผู้วิจัยจึงวิเคราะห์การคุกคามทางเพศที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายอื่น ๆ ว่าให้การคุ้มครองไว้เพียงพอ เพื่อนำปรับใช้กับการทำวิจัยเล่มนี้ต่อไป

4.2 วิเคราะห์ปัญหาการคุกคามทางเพศตามกฎหมายอาญาของประเทศไทย

การคุกคามทางเพศที่กฎหมายไทยได้บัญญัติรับรองไว้ปรากฏอยู่ในมาตรา 397 แห่งประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งผู้วิจัยจะวิเคราะห์มาตรา 397 ถึงขอบเขตในการคุ้มครองของมาตราดังกล่าวนี้ดังนี้

หลักเกณฑ์ทางกฎหมายที่เกี่ยวกับการคุกคามทางเพศ

เนื่องจากสภานิติบัญญัติแห่งชาติได้มีการประกาศบังคับใช้กฎหมายอาญา (ฉบับแก้ไข) ประกาศราชกิจจานุเบกษา เมื่อวันที่ 13 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2558 ให้มีผลบังคับใช้ 14 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2558 ทว่าราชอาณาจักร โดยให้ยกเลิกความในมาตรา 397 (หมวดความผิดลหุโทษ) แห่งประมวลกฎหมายอาญา ดังที่กล่าวไปข้างต้นในบทที่ 2 หัวข้อที่ 2.6.2

ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 397 บัญญัติว่า “ผู้ใดกระทำความผิดประการใด ๆ ต่อผู้อื่น อันเป็นการรังแก ข่มเหง คุกคาม หรือกระทำให้ได้รับความอับอายหรือเดือดร้อนรำคาญ ต้องระวางโทษปรับไม่เกินห้าพันบาท

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งเป็นการกระทำในที่สาธารณะสถานหรือต่อหน้าธารกำนัลหรือเป็นการกระทำอันมีลักษณะเป็นสื่อไปในทางที่จะล่วงเกินทางเพศ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งเดือนหรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคสองเป็นการกระทำโดยอาศัยเหตุที่ผู้กระทำความผิดมีอำนาจเหนือผู้ถูกกระทำอันเนื่องจากความสัมพันธ์ในฐานะที่เป็นผู้บังคับบัญชา นายจ้าง หรือผู้มีอำนาจเหนือประการอื่น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งเดือน และปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท”

คุณธรรมทางกฎหมายของความผิดนี้ไม่ใช่ “ความปลอดภัยของร่างกาย” โดยตรงแต่เป็นสิ่งที่เกี่ยวข้องโดยตรงต่อร่างกาย ซึ่งอาจเรียกว่า “ความไม่สะดวกใจ” ของบุคคล³⁶

องค์ประกอบความผิดของการกระทำความผิดตามมาตรา 397

ความตามวรรคแรก ผู้ใดกระทำความผิดประการใด ๆ ต่อผู้อื่น อันเป็นการรังแก ข่มเหง คุกคามหรือกระทำให้ได้รับความอับอายหรือเดือดร้อนรำคาญ ต้องระวางโทษ....

³⁶ คณิต ฌ นคร, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 2*, น.193.

มาตรา 379 (ความผิดฐานรังแก คุกคาม หรือทำให้เดือดร้อนรำคาญ)

องค์ประกอบภายนอก

(1) ผู้ใด

(2) กระทำด้วยประการใด ๆ อันเป็นการ

(ก) อันเป็นการรังแก ข่มเหง คุกคาม กระทำให้ได้รับความอับอายหรือเดือดร้อนรำคาญ

(ข) การกระทำตาม (ก) เป็นกระทำในที่สาธารณะ หรือต่อหน้าธารกำนัล

(ค) การล่วงเกินทางเพศตาม (ข) เป็นการกระทำโดยอาศัยเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจเหนือผู้ถูกระทำอันเนื่องมาจากความสัมพันธ์ในฐานะที่เป็นผู้บังคับบัญชา นายจ้าง หรือผู้มีอำนาจประการอื่น

องค์ประกอบภายใน

เจตนาธรรมดา

โดยอธิบายได้ดังนี้

คำว่า “รังแก” หมายความว่า แกล้งทำความเดือดร้อนให้ผู้อื่น³⁷

คำว่า “ข่มเหง” หมายความว่า การใช้กำลังแกล้งทำความเดือดร้อนให้ผู้อื่น³⁸

ศาสตราจารย์คณิต ณ นคร ให้ความหมายของคำว่า “การรังแกหรือข่มเหง” เป็นการแกล้งทำความเดือดร้อนให้ผู้อื่น³⁹

คำว่า “คุกคาม” หมายความว่า แสดงอำนาจด้วยกิริยาหรือวาจาให้หวาดกลัว ทำให้หวาดกลัว⁴⁰

(ก) การกระทำด้วยประการใด ๆ ต่อผู้อื่น อันเป็นการรังแก ข่มเหง คุกคาม หรือกระทำให้ได้รับความอับอาย หรือเดือดร้อนรำคาญ

³⁷ พจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554 (dictionary.orst.go.th).

³⁸ พจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554 (dictionary.orst.go.th).

³⁹ คณิต ณ นคร, *อ้าวแล้ว เจริญรอกที่ 2*, น.194.

⁴⁰ พจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554 (dictionary.orst.go.th).

ตามมาตรา 397 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่าผู้ใดกระทำการใด ๆ ต่อผู้อื่น อันเป็นการรังแก ข่มเหง คุกคาม หรือทำให้ได้รับความอับอาย หรือเดือดร้อนรำคาญ เป็นความผิด ซึ่งกรณีทำด้วยประการใด ๆ ต่อผู้อื่นนั้น เช่น เห็นคนอื่นเดินผ่านมาก็เข้าไปเอาของที่ถือมาโยนทิ้งเสีย⁴¹ เห็นศีรษะล้านใส่วิกเดินผ่านมาก็หยิบวิกเปิดขึ้นหรือทำตนเป็นนักแสดงโตเดินเข้าไปในโรงอาหาร แล้วบอกให้ผู้อื่นที่นั่งอยู่ก่อนย้ายไปเพื่อตนจะได้นั่งแทน หรือถนนในซอยที่ดินเอกชนซึ่งแบ่งให้เช่าปลูกบ้านประชาชนชอบที่จะเข้าออกติดต่อกันได้เป็นสาธารณสถาน การเอารถไปจอดขวางกั้น ไม่ยอมถอยรถให้ข้างในออกได้ เป็นการรังแก ข่มเหงตามมาตรา 397⁴² แอบดูเขาอาบน้ำ (ถ้ามอง) แม้อยู่ในที่ส่วนตัวก็ตามเพราะเขาต้องการปกปิด เป็นการทำให้เขาอับอายเดือดร้อนรำคาญ เป็นความผิดได้ แต่หากเขาเปิดเผยตัวเองเดินอยู่ในบ้าน หรือสนามหน้าบ้านที่เห็นได้โดยง่าย แล้วผู้กระทำแอบดูหรือส่องกล้องทางไกลดู ไม่ผิดตามมาตรา⁴³

ซึ่งความผิดตามวรรคหนึ่งในมาตรา 397 นี้เมื่อได้กระทำด้วยประการใด ๆ ต่อผู้อื่น อันเป็นการรังแก ข่มเหง คุกคาม หรือทำให้ได้รับความอับอายหรือเดือดร้อนรำคาญ ไม่ว่า ณ ที่ใด ก็ถือว่าเป็นความผิดในวรรคนี้ทั้งสิ้น ไม่จำเป็นต้องเกิดในที่สาธารณสถานหรือต่อหน้าธารกำนัล และมาตรา 397 มีเหตุเพิ่มโทษแก่ผู้กระทำความผิดตามความในวรรคสองและวรรคสามซึ่งจะกล่าวต่อไป

(ข) การกระทำตาม (ก) เป็นกระทำในที่สาธารณะ หรือต่อหน้าธารกำนัล

การกระทำตาม (ก) เป็นกระทำในที่สาธารณะ หรือต่อหน้าธารกำนัล เป็นเหตุเพิ่มโทษของมาตรา 397 วรรคหนึ่ง การกระทำในที่สาธารณะ คำว่า “สาธารณะ” ตามพจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554 หมายความว่า (สาธารณะ) เพื่อประชาชนทั่วไป เช่น สวนสาธารณะ โทรศัพท์สาธารณะ บ่อน้ำสาธารณะ เป็นต้น⁴⁴

คำว่า “ที่สาธารณะ” มีความหมายว่า สถานที่ใด ๆ ที่ประชาชนมีความชอบธรรมที่จะเข้าไปได้ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 1(3) เช่น ถนนหนทาง โรงภาพยนตร์ สวนสาธารณะ ส่วน

⁴¹ สุวัณชัย ใจหาญ, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 3 ความผิดลหุโทษ มาตรา 367-398 พร้อมตัวอย่างและคำพิพากษาฎีกาประกอบ, (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์มิตรสยาม, 2527), น.220.

⁴² คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1980/2518. น.2614) อ้างใน คณิต ฅ นคร, กฎหมายอาญาภาคความผิด, พิมพ์ครั้งที่ 11 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2559), น.194.

⁴³ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคความผิดและลหุโทษ, พิมพ์ครั้งที่ 14 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2560), น.432.

⁴⁴ พจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554 (dictionary.orst.go.th)

คำว่า “ต่อหน้าธารกำนัล” หมายความว่า ที่ชุมชน คนจำนวนมาก⁴⁵ กระทำในประการที่บุคคลอื่นได้เห็น เช่น กระทำต่อหน้าคนที่กำลังมองดูอยู่ แม้จะเป็นเพียงคนเดียวก็เป็นธารกำนัล การกระทำโดยประการที่ให้บุคคลอื่นมองเห็น ไม่หมายถึงการกระทำในที่มืดซิด เช่นในห้องปิดประตูมิดชิด แม้จะมีคนแอบเห็นก็ไม่ใช่ธารกำนัล การที่มีคนเห็นต้องเป็นการเห็นได้ตามธรรมดาของการกระทำนั้น แม้กระทำในห้องที่ไม่มีบานประตูหรือมีแต่ไม่ปิดซึ่งคนภายนอกสามารถเห็น โดยธรรมดาก็ถือว่าเป็นการกระทำต่อหน้าธารกำนัล

การกระทำในที่สาธารณะสถาน ถือเป็นสถานที่เป็นเกณฑ์ ส่วนการกระทำต่อหน้าธารกำนัล ถือตัวบุคคลเป็นเกณฑ์ว่าจะเห็นการกระทำนั้นหรือไม่ และจะกระทำในที่สาธารณะสถานหรือต่อหน้าธารกำนัลแห่งหนึ่งแห่งใดแต่เพียงแห่งเดียวก็ถือเป็นความผิด

ตัวอย่างการกระทำในที่สาธารณะหรือต่อหน้าธารกำนัล เช่น ยื้อยุดลุดกระโปรงหญิงที่เดินผ่านไปมา ถ้าถึงขั้นจับเนื้อตัวร่างกาย อาจเป็นการอนาจารหรือประทุษร้ายได้ แอบดูคนที่เข้าห้องน้ำ หรือมีการคุกคาม (stalking) ติดตาม ตะโกน เดินวนไปมา ค่าเขาเข้าไปมาที่หน้าประตูบ้าน รบกวนการทำงาน ส่งเสียงเวลาตีกันเป็นเวลาหลับนอน เป็นการทำให้เดือดร้อนรำคาญ⁴⁶ จับภริยาแก้ผ้ากลางถนนให้คนอื่นดู เป็นการอนาจารและทำให้ผู้อื่นได้รับความอับอายตามมาตรา 397 ด้วย

การกระทำในที่สาธารณะสถานถือเป็นเกณฑ์ ส่วนการกระทำต่อหน้าธารกำนัลถือตัวบุคคลเป็นเกณฑ์ว่าจะเห็นการกระทำนั้นหรือไม่ และจะกระทำในที่สาธารณะสถานหรือต่อหน้าธารกำนัลแห่งหนึ่งแห่งใดแต่เพียงแห่งเดียวก็ถือเป็นความผิดตามมาตรา

ในกรณีของการกระทำอันมีลักษณะส่อไปในทางที่จะล่วงเกินทางเพศ ซึ่งการล่วงเกินทางเพศ หมายความว่า แสดงอาการเกินสมควรต่อผู้อื่น โดยการล่วงจารีตประเพณีหรือจรรยา มารยาทด้วยการลวนลาม ดูหมิ่น สบประมาท⁴⁷

การกระทำอันมีลักษณะส่อไปในทางที่จะล่วงเกินทางเพศ (harassment) หมายถึง การรบกวน คุกคาม ก่อให้เกิดความเดือดร้อนรำคาญ ไม่ว่าจะเป็นการใช้คำพูด กิริยาท่าทาง หรือวิจารณ์ในเชิงดูหมิ่นล่วงเกินโดยใช้เหตุทางเพศ โดยอีกฝ่ายไม่ได้พึงประสงค์หรือรังเกียจ หรือการแต่งกายในเชิงลามกหรือการจ้องมองอย่างตั้งใจด้วยสายตาที่มุ่งในทางเพศ นั่งหรือเดินใกล้ชิดเกินความจำเป็น⁴⁸

⁴⁵ พจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554 (dictionary.orst.go.th)

⁴⁶ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1398/2506 (deka.in.th).

⁴⁷ จิตติ ดิงศภัทย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 2 และภาค 3, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพมหานคร : สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2539), น.752-753.

⁴⁸ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 43, น.433.

ความหมายตามพจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน กรณีกระทำอันมีลักษณะส่อไปในทางที่จะล่วงเกินทางเพศ ซึ่งการล่วงเกิน หมายความว่าถึง แสดงอาการเกินสมควรต่อผู้อื่น โดยการล่วงจารีตประเพณีหรือจรรยาบรรณด้วยการลวนลาม คู่มิ่น สบประมาท⁴⁹ โดยการกระทำอันมีลักษณะส่อไปในทางที่จะล่วงเกินทางเพศซึ่งเป็นพฤติกรรมของบุคคลที่อาจละเมิดสิทธิของบุคคลอื่นในเรื่องเพศลักษณะต่าง ๆ เป็นการกระทำอย่างหนึ่งอย่างใดที่ทำให้อีกฝ่ายหนึ่งรู้สึกขัดกับความปรารถนาของตน ซึ่งเกี่ยวข้องกับเพศที่ทำให้บุคคลอื่นต้องสูญเสียศักดิ์ศรีหรือทำให้บุคคลอื่นเกิดความหวาดกลัว รู้สึกว่าเป็นศัตรูอันส่งผลกระทบต่อร่างกายจิตใจอารมณ์สังคม และการดำรงชีวิตอย่างปกติสุข

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1908/2518 จำเลยจอดขวางรถกั้นไม่ให้โจทก์ถอยรถออกไปจากซอยที่เกิดเหตุ เป็นเพียงขจัดขวางไม่ให้โจทก์นำรถออกไปได้เท่านั้น ส่วนตัวโจทก์มีอิสระที่จะออกไปจากซอยได้ การกระทำของจำเลยยังไม่เป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 310 แต่เป็นการรังแกข่มเหงทำให้โจทก์ได้รับความเดือดร้อนรำคาญ แม้ซอยนั้นจะอยู่ในที่ดินของผู้มีชื่อซึ่งแบ่งให้ผู้อื่นเช่าปลูกบ้าน แต่ประชาชนชอบที่จะเข้าออกไปติดต่อกับผู้ที่อยู่ในซอยนั้นได้ ถือได้ว่าจำเลยได้กระทำในที่สาธารณะ จึงมีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 397

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1398/2506 พนักงานสอบสวนจับจำเลยมาโดยอัยการผู้ช่วยแจ้งความว่าจำเลยค่าต่อมาจำเลยไปค่าพนักงานสอบสวนด้วยถ้อยคำหยาบคายและมีความหมายว่าพนักงานสอบสวนนั้นเป็นจี๊ข้าหรือลูกน้องอัยการ ทำงานอยู่ใต้อำนาจของอัยการ ดังนี้เป็นความผิดฐานคู่มิ่นเจ้าพนักงานเพราะได้กระทำการตามหน้าที่ตามมาตรา 136 และเมื่อเป็นการคู่มิ่นเจ้าพนักงานอยู่เช่นนี้แล้วก็ไม่เข้าบทที่จะลงโทษจำเลยฐานคู่มิ่นบุคคลธรรมดาตามมาตรา 393 อีกและการที่จำเลยค่าเข้าไปเข้ามาหลายครั้งที่หน้าประตูบ้านผู้เสียหาย ในเวลากลางดึกอันเป็นเวลาหลับนอนของผู้เสียหายซึ่งอยู่ในบ้าน ถือได้ว่าเป็นการทำให้ผู้เสียหายได้รับความเดือดร้อน รำคาญ การกระทำเช่นนี้จึงผิดมาตรา 397

(ค) การล่วงเกินทางเพศตาม (ข) เป็นการกระทำโดยอาศัยเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจเหนือผู้ถูกระทำอันเนื่องมาจากความสัมพันธ์ในฐานะที่เป็นผู้บังคับบัญชา นายจ้าง หรือผู้มีอำนาจประการอื่น

การล่วงเกินทางเพศตาม (ข) เป็นการกระทำโดยอาศัยเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจเหนือผู้ถูกระทำอันเนื่องมาจากความสัมพันธ์ในฐานะที่เป็นผู้บังคับบัญชา นายจ้าง หรือผู้มีอำนาจประการอื่น เป็นเหตุเพิ่มโทษของมาตรา 397 วรรคหนึ่ง คำว่า “อำนาจเหนือ” อาจมาจากความเป็น

⁴⁹ พจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554 (dictionary.orst.go.th).

นายจ้าง ลูกจ้าง อำนาจตามกฎหมาย เช่น นายกับลูกน้อง อธิบดีกับเลขาหน้าห้อง อำนาจปกครอง หากลูกน้องหรือลูกจ้างไม่ยอมให้ลวนลามล่วงเกินก็จะลงโทษทางวินัย ไล่ออก ไม่ขึ้นเงินเดือนให้ เป็นต้น ซึ่งการกระทำยังไม่ถึงขั้นอนาจารก็เป็นความผิดฐานนี้⁵⁰ ซึ่งผู้ที่มีอำนาจเหนือผู้ถูกระทำ อันเนื่องมาจากความสัมพันธ์ในฐานะที่เป็นผู้บังคับบัญชา นายจ้าง หรือผู้ที่มีอำนาจเหนือประการอื่น ผู้มีอำนาจเหนือเป็นบุคคลที่อยู่ในฐานะที่มีความได้เปรียบในสถานะความสัมพันธ์หรือในบริบทนั้น ๆ เช่น หัวหน้ามักชวนให้มีเพศสัมพันธ์อย่างเปิดเผยโดยขู่ถึงการสูญเสียงานหรือการเลื่อนตำแหน่ง เป็นต้น

สาระสำคัญของลักษณะการกระทำที่เป็นการล่วงเกินทางเพศได้แก่

1) มีการกระทำที่มีพฤติกรรมโดยทางกายและ/หรือวาจา ซึ่งเกิดโดยผู้ถูกระทำไม่ยินยอมหรือจำต้องยอมโดยไม่สมัครใจ ซึ่งอาจไม่ใช่เป็นกรณีที่ผู้กระทำมีเจตนาและแกล้งทำความเดือดร้อนให้แก่ผู้อื่น หรือใช้กำลังรังแกผู้อื่นซึ่งเป็นสาระสำคัญของความผิดฐานข่มเหงรังแกคุกคาม หรือทำให้ผู้อื่นอับอายเดือดร้อนรำคาญก็ได้ เพราะการล่วงเกินทางเพศเป็นการกระทำที่ต้องกระแสวงหาประโยชน์ในทางเพศเป็นสำคัญเท่านั้น

2) การล่วงเกินทางเพศเป็นพฤติกรรมที่เป็นเรื่องเกี่ยวกับเพศและพฤติกรรมตอบสนองทางเพศของผู้ถูกล่วงเกินทางเพศในขณะที่ความผิดฐานข่มเหงรังแกคุกคาม หรือทำให้ผู้อื่นได้รับความอับอายเดือดร้อนรำคาญ ต้องครบองค์ประกอบในการกระทำอันเป็นการข่มเหง รังแก คุกคาม หรือทำให้ผู้อื่นได้รับความเดือดร้อนรำคาญ โดยมีได้มุ่งต่อเนื้อตัวร่างกายโดยมีนัยยะทางเพศ

ความผิดตามมาตรา 397 นี้ผู้กระทำต้องมีเจตนา ถ้าไม่มีเจตนาหรือเป็นการกระทำโดยประมาทก็ย่อมไม่มีความผิดตามมาตรา 397 นี้ ตัวอย่างเช่น ขับรถโดยประมาทเฉี่ยวผู้หญิงที่เดินอยู่ข้างถนน ทำให้กระโปรงหลุดลงมา เป็นเหตุให้หญิงสาวได้รับความอับอายต่อผู้คนที่เดินผ่านไปมา ไม่ผิดตามมาตรา 397 นี้ เพราะผู้กระทำมิได้มีเจตนา

จากการวิเคราะห์ความผิดที่เกี่ยวข้องกับการคุกคามนั้น กฎหมายได้บัญญัติให้การคุ้มครองในกรณีที่มีการคุกคามอันมีลักษณะต่อไปในทางที่จะล่วงเกินทางเพศ โดยคุ้มครองผู้ที่ถูกระทำโดยผู้ที่มีอำนาจเหนือตน หรืออยู่ใต้บังคับบัญชา หรือผู้ที่มีอำนาจเหนือประการอื่น ซึ่งกรณีจะเกี่ยวข้องกับพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน ซึ่งจะได้อธิบายต่อไป แต่สำหรับมาตรา 397 แห่งประมวลกฎหมายอาญานี้ยังไม่มีคำนิยามที่บัญญัติความหมายไว้อย่างชัดเจนและไม่ครอบคลุมถึงการกระทำบนสื่ออิเล็กทรอนิกส์ที่จะคุ้มครองผู้เสียหายจากการคุกคามอันมีลักษณะต่อไปใน

⁵⁰ พจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554 (dictionary.orst.go.th)

ทางการล่วงเกินทางเพศได้ จึงเห็นได้ว่ากฎหมายมีช่องโหว่ในการลงโทษตามประมวลกฎหมายที่ไม่ครอบคลุมและไม่พัฒนาปรับปรุงให้ทันตามยุคสมัยของเทคโนโลยี

การกำหนดโทษสำหรับความผิดที่เกี่ยวกับการคุกคามทางเพศตามวรรคแรกต้องเป็นการกระทำที่มีเจตนาจะแกล้ง ทำความเดือดร้อนให้แก่ผู้อื่น หรือใช้กำลังรังแกผู้อื่น การแสดงอำนาจด้วยกิริยา หรือวาจาให้หวาดกลัวซึ่งทำให้ผู้อื่นได้รับความเดือดร้อน ต้องระวางโทษไม่เกินห้าพันบาท

ในกรณีวรรคสองของมาตรา 397 ถือเป็นกระวางโทษหนักขึ้น การกระทำในวรรคสองเป็นการกระทำในที่สาธารณะสถาน หรือต่อหน้าธารกำนัล หรือเป็นการกระทำอันมีลักษณะต่อไปในทางที่จะล่วงเกินทางเพศ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งเดือน หรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ส่วนวรรคสามนั้นเป็นการกระทำที่กระทำโดยอาศัยอำนาจเหนือผู้ถูกระทำซึ่งสอดคล้องกับมาตรา 16 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2551 (ซึ่งจะวิเคราะห์ในหัวข้อต่อไป) ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งเดือน และปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท

4.3 วิเคราะห์การคุกคามทางเพศตามกฎหมายอื่น ๆ ในประเทศไทย

การคุกคามทางเพศเป็นการกระทำที่ปรากฏอยู่ในประเทศไทยมาอย่างยาวนานแต่ก็ไม่อยู่ในกระแสสังคมที่บัญญัติกฎหมายเพื่อเอาผิดผู้กระทำได้ จนกระทั่งในปี พ.ศ. 2531 มีตัวแทนของผู้ใช้แรงงานได้เข้ามามีส่วนร่วมในการต่อต้านการคุกคามทางเพศ จึงส่งผลให้มีการตราพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 ซึ่งเป็นฉบับใหม่ โดยมีเนื้อหาเกี่ยวกับการคุกคามทางเพศเข้ามาเกี่ยวข้องในบทบัญญัติด้วย และได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมต่อมาในปี พ.ศ. 2551 จากนั้นมีพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 ความผิดฐานล่วงละเมิด หรือคุกคามทางเพศ และพระราชบัญญัติการเดินอากาศ พ.ศ. 2558 ความผิดเกี่ยวกับการคุกคามทางเพศบัญญัติอยู่ในพระราชบัญญัตินี้ด้วย ดังนี้

4.3.1 พิจารณาตามพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2551

นอกจากพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 จะคำนึงถึงสภาพการจ้างการทำงานที่เท่าเทียมกันแล้ว ในกฎหมายฉบับนี้ยังมีบทบัญญัติที่ให้ความคุ้มครองการกดขี่ทางเพศไว้ด้วย⁵¹ โดยบทบัญญัติในกฎหมายแรงงานถูกนำมาใช้บังคับกับการล่วงเกินทางเพศระหว่างนายจ้าง

⁵¹ สุดาศิริ วดวงศ์, คำอธิบายกฎหมายคุ้มครองแรงงาน, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติบรรณาการ, 2543), น.86.

และลูกจ้าง ซึ่งสอดคล้องกับประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 397 วรรคสาม ดังที่กล่าวไปแล้วข้างต้น ในหลายประเทศได้นำบทบัญญัติที่เฉพาะเจาะจงในเรื่องนี้รวมเข้าไว้ในกฎหมายแรงงาน โดยกำหนดบทบัญญัติที่กล่าวถึงการล่วงเกินทางเพศไว้ในบริบทของการทำงานเป็นการเฉพาะอันจะนำไปสู่กระบวนการตามที่กฎหมายกำหนดไว้เป็นมาตรการตามกฎหมายแรงงานต่อไป

ประเทศไทยได้มีการบัญญัติกฎหมายที่เกี่ยวกับการล่วงเกินทางเพศไว้ ปรากฏในพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน มาตรา 16 บัญญัติว่า “ห้ามมิให้นายจ้าง หัวหน้างาน ผู้ควบคุมงาน หรือผู้ตรวจงานกระทำการล่วงเกิน คุกคาม หรือก่อความเดือดร้อนรำคาญทางเพศต่อลูกจ้าง”⁵²

แต่เดิมกฎหมายคุ้มครองแรงงานฉบับปี พ.ศ. 2541 บัญญัติเรื่องการคุกคามทางเพศไว้ในมาตรา 16 เช่นกัน บัญญัติว่า “ห้ามมิให้นายจ้าง ผู้ซึ่งเป็นหัวหน้างาน ผู้ควบคุมงานหรือผู้ตรวจงานกระทำการล่วงเกินทางเพศต่อลูกจ้างหญิงหรือเด็ก” ซึ่งเดิมมีที่มาจากที่ผู้แปรญัตติในการพิจารณา ร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. ... ขอบัญญัติเพิ่มเติมความในมาตรา 41 ทวิ(เดิม) ซึ่งมีความว่า “ห้ามมิให้นายจ้างกระทำหรือปล่อยปะละเลยให้ลูกจ้างซึ่งเป็นหัวหน้างาน ผู้ควบคุมงาน หรือผู้ตรวจงานกระทำการล่วงเกินทางเพศต่อลูกจ้างซึ่งเป็นหญิงหรือเด็กไม่ว่าจะโดยการกระทำทางกายหรือวาจาก็ตาม”

ความผิดเกี่ยวกับการล่วงเกินทางเพศมีการกล่าวถึงและกำหนดให้เป็นความผิดและให้ความคุ้มครองเป็นครั้งแรกในประเทศไทยในพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 ซึ่งมีผลบังคับใช้ตั้งแต่วันที่ 19 สิงหาคม 2541 ในมาตรา 16 และต่อมาได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงานในปี พ.ศ. 2551 ซึ่งเป็นฉบับปัจจุบัน ได้บัญญัติถึงการล่วงเกินทางเพศไว้ดังนี้

มาตรา 16 บัญญัติว่า “ห้ามมิให้นายจ้าง หัวหน้างาน ผู้ควบคุมงาน หรือผู้ตรวจงานกระทำการล่วงเกิน คุกคาม หรือก่อให้เกิดความเดือดร้อนรำคาญทางเพศต่อลูกจ้าง”

ซึ่งการบัญญัติมาตรานี้มีวัตถุประสงค์เพื่อที่จะคุ้มครองลูกจ้างมิให้ถูกล่วงเกิน คุกคาม หรือก่อให้เกิดความเดือดร้อนรำคาญทางเพศ ซึ่งเป็นการดำเนินมาตรการป้องกันมิให้ผู้ที่มีฐานะเป็นนายจ้าง หัวหน้างาน ผู้ควบคุม ผู้ตรวจงาน ซึ่งอยู่ในฐานะที่มีอำนาจหน้าที่ในตำแหน่งงานที่สูงกว่า อาจใช้อำนาจหน้าที่ดังกล่าวในทางที่ผิด กระทำล่วงเกิน คุกคาม หรือก่อให้เกิดความเดือดร้อนรำคาญทางเพศต่อลูกจ้าง⁵³

⁵² สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541.

⁵³ เกษมสันต์ วิลาวรรณ, คำอธิบายกฎหมายแรงงาน, พิมพ์ครั้งที่ 12 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2551), น.52.

พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2551 ได้ให้คำจำกัดความของถ้อยคำตามบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการล่วงเกินทางเพศไว้ดังนี้

นายจ้าง หมายความว่า ผู้ที่ตกลงรับลูกจ้างเข้าทำงานโดยจ่ายค่าจ้างให้รวมทั้งบุคคลทุกคนที่เป็น “นายจ้าง” ตามความหมายในมาตรา 5 และหมายความรวมถึง

(1) ผู้ซึ่งได้รับมอบหมายให้ทำงานแทนนายจ้าง

(2) ในกรณีที่นายจ้างเป็นนิติบุคคลให้หมายความรวมถึง ผู้มีอำนาจกระทำการแทนนิติบุคคล และผู้ซึ่งได้รับมอบหมายจากผู้มีอำนาจกระทำการแทนนิติบุคคลให้ทำการแทนด้วย

หัวหน้างาน คำจำกัดความของคำว่า “หัวหน้างาน” ไม่มีบทบัญญัติเป็นการเฉพาะเจาะจงว่าหมายความว่าอย่างไร ในพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 โดยความหมายโดยทั่วไปตามพจนานุกรมแห่งราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2525 แล้วหมายความว่า ผู้เป็นใหญ่ในงานที่ทำในหมู่หนึ่ง ๆ ถึงแม้ว่าหัวหน้างานจะไม่ใช่เจ้าของกิจการก็ตามแต่ ก็เป็นชื่อตำแหน่งในงานที่ทำนั้น⁵⁴

4.3.1.1 แนวความคิดของกฎหมายคุ้มครองการล่วงเกินทางเพศ (sex harassment)

แนวความคิดเรื่องการคุ้มครองห้ามล่วงเกินทางเพศ มีเหตุผลพื้นฐานมาจาก นายจ้างและผู้ได้รับมอบหมายจากนายจ้าง เช่น ผู้จัดการ หัวหน้างาน ผู้ควบคุมงาน ฯลฯ มีอำนาจบังคับบัญชาเหนือลูกจ้าง ลูกจ้างต้องเชื่อฟังและปฏิบัติตามคำสั่งของบุคคลเหล่านี้ นายจ้างหรือผู้บังคับบัญชาที่ไม่ดีอาจใช้อำนาจบังคับบัญชาแสวงหาความสุข ความพึงพอใจทางเพศจากผู้บังคับบัญชา ทำให้ลูกจ้างต้องถูกล่วงเกินทางเพศ จนเกิดความไม่สบายใจ อึดอัดใจ มีผลเสียต่อการทำงานและผลประกอบการของนายจ้าง

เกษมสันต์ วัลลาวรรณ ให้ความหมายของคำว่า “หัวหน้างาน” ว่าหมายถึง ผู้ที่มีตำแหน่งเป็นหัวหน้างานของหน่วยงานของทุกระดับ รวมทั้งผู้ที่ทำหน้าที่ดังกล่าว โดยที่ เป็นผู้ใหญ่ในการทำหน้าที่ในหมวดหมู่หนึ่ง ๆ และอาจเป็นเจ้าของกิจการด้วยหรือไม่ก็ตาม เช่น หัวหน้าแผนกในโรงงานซึ่งมีหน้าที่ดูแลลูกจ้างที่อยู่ในบังคับบัญชาลงมา⁵⁵

ผู้ตรวจงาน ไม่มีบทบัญญัติเป็นการเฉพาะว่าหมายความว่าอย่างไรในพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 เช่นกัน โดยความหมายโดยทั่วไปตามพจนานุกรมแห่งราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2525 หมายความว่า ผู้ซึ่งมีหน้าที่พิจารณาความเรียบร้อยของงาน

⁵⁴ เกשמสันต์ วัลลาวรรณ, *ฮ้างแล้ว เจริญรอดที่ 53*, น.5353.

⁵⁵ เกשמสันต์ วัลลาวรรณ, *ฮ้างแล้ว เจริญรอดที่ 53*, น.53.

เกษมสันต์ วัลลววรรณ ให้ความหมายคำว่า “ผู้ตรวจงาน” ไว้ว่า หมายถึง ผู้ที่มีหน้าที่ตรวจพิจารณาความเรียบร้อยของงานที่ลูกจ้างทำอยู่ไม่ว่าเป็นการประจำหรือชั่วคราว และไม่ว่าระดับใด⁵⁶ ลูกจ้าง หมายความว่า ผู้ซึ่งตกลงทำงานให้นายจ้างโดยรับค่าจ้างไม่ว่าจะเรียกชื่ออย่างไร

57

หากนายจ้าง หัวหน้างาน ผู้ควบคุมงาน หรือผู้ตรวจงานซึ่งมีอำนาจในการควบคุมบังคับบัญชาหรือในการให้คุณให้โทษกระทำต่อตนถือเป็นความผิดตามมาตรา 16 นี้ทั้งสิ้นในส่วนที่เกี่ยวกับการกระทำที่ต้องห้ามพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2551 ได้แก่

การล่วงเกิน หมายความว่า แสดงอาการเกินสมควรต่อผู้อื่นโดยล่วงจารีตประเพณีหรือจรรยา มารยาทด้วยการล่วงลาม คูห่มั่น สมประมาท

การคุกคาม หมายความว่า แสดงอำนาจด้วยกิริยาหรือวาจาให้หวาดกลัวหรือทำให้หวาดกลัว

การก่อความเดือดร้อนรำคาญ หมายความว่า ทำให้เป็นทุกข์ กังวลไม่เป็นสุข ระคายเคือง ไม่สบายใจ

ดังนั้นการล่วงเกิน การคุกคาม หรือการก่อความเดือดร้อนรำคาญ ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2551 มาตรา 16 จึงหมายความรวมถึง การกระทำใด ๆ ในทางเพศต่อผู้อื่นอันเป็นการกระทำที่ไม่ถูกต้องตามจารีตประเพณีหรือจรรยา มารยาทโดยที่ลักษณะของการกระทำเป็นการแสวงหาผลประโยชน์ที่มีควรได้ในทางเพศโดยที่ผู้นั้นไม่ยินยอมไม่ต้องการหรือเป็นการกระทำที่มีลักษณะเป็นการรบกวนความรู้สึก หรือทำให้ผู้อื่นเกิดความเดือดร้อน รำคาญ ทำให้สภาพแวดล้อมในการทำงานเกิดความขุ่นข้องหมองใจกัน ซึ่งเป็นลักษณะของการกระทำในทางเพศที่ยังไม่ถึงขั้นข่มขืน หรืออนาจาร ในกรณีดังกล่าวอาจเป็นการล่วงเกินทางเพศโดยตรงที่มีเจตนาในการแลกเปลี่ยนต่างตอบแทนกันหรือล่วงเกินทางเพศโดยอ้อมที่มีลักษณะเป็นการสร้างสภาพแวดล้อมในการทำงานให้เกิดความตึงเครียดในการทำงาน ทั้งนี้อาจเป็นการแสดงออกทางกิริยา การแสดงออกทางวาจา หรือการแสดงออกโดยการสัมผัสหรือการแสดงออกซึ่งสัญลักษณ์ใดและไม่ว่าผู้ถูกกระทำจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม

การล่วงเกินทางเพศเป็นหลักการใหม่ที่กำหนดให้นายจ้างคำนึงถึงศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ การทำงานของลูกจ้างหญิงหรือเด็กหญิงเป็นการทำงานเพื่อประโยชน์แก่กิจการของนายจ้าง ดังนั้นควรปฏิบัติต่อลูกจ้างหญิงหรือเด็กเฉพาะในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับหน้าที่การงาน ไม่ควรมีการก

⁵⁶ เกשמสันต์ วัลลววรรณ, อ้างแล้ว *เชิงอรรถที่ 53*, น.53.

⁵⁷ โปรดดู พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 มาตรา 5

กระทำที่เป็นการล่วงเกินทางเพศด้วยการปฏิบัตินอกเหนือจากหน้าที่การงานปกติ สำหรับประเด็นกรณีอย่างเป็นทางการกระทำที่เป็นการล่วงเกินทางเพศนั้น จะต้องพิจารณาเป็นกรณีไป ทั้งนี้ต้องดูเจตนาของนายจ้างซึ่งปฏิบัติต่อลูกจ้างหญิงหรือเด็ก หากบางกรณีนายจ้างได้กระทำการล่วงเกินทางเพศซึ่งเข้าลักษณะการกระทำความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา เช่น ข่มขืนกระทำชำเรา ย่อมเป็นกรณีที่นายจ้างมีความผิดตามกฎหมายอาญาอีกทางหนึ่งด้วย⁵⁸

ตัวอย่างคดีเกี่ยวกับการคุกคามทางเพศ

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1372/2545 ลูกจ้างอาศัยอำนาจหน้าที่ชักชวนพนักงานหญิงที่อยู่ได้บังคับบัญชาออกไปเที่ยวเตร่ในเวลากลางคืนนอกเวลาทำงาน หากพนักงานหญิงผู้นั้นไม่ไปก็จะกลั่นแกล้ง เสนอความเห็นไม่ยอมให้พนักงานผู้นั้นผ่านการทดลองงาน เห็นได้ว่าลูกจ้างมีความประสงค์จะกระทำการล่วงเกินทางเพศต่อพนักงานหญิงผู้ได้บังคับบัญชา

4.3.1.2 การกำหนดโทษสำหรับความผิดเกี่ยวกับการคุกคามทางเพศ

บทลงโทษสำหรับผู้ฝ่าฝืนมาตรา 16 ได้บัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 ความว่า

มาตรา 147 บัญญัติว่า “ผู้ใดฝ่าฝืนมาตรา 16 ต้องระวางโทษปรับไม่เกินสองหมื่นบาท”

และลูกจ้างที่ถูกกระทำยังอาจฟ้องเรียกค่าเสียหายจากผู้กระทำความผิดนั้น ได้ด้วย ในกรณีที่ผู้กระทำเป็นหัวหน้างาน ผู้ตรวจงาน หรือผู้ควบคุมงานและมีข้อเท็จจริงว่านายจ้างไม่สนใจที่จะป้องกันมิให้เกิดการกระทำความผิดกล่าวขึ้น ไม่กำชับ ไม่ห้ามปรามหรือไม่ดำเนินการทางวินัยแก่ผู้กระทำนายจ้างจะต้องร่วมรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายแก่ลูกจ้างผู้ถูกละเมิดด้วย⁵⁹

เมื่อพิจารณาตามพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2551 มาตรา 16 ยังพบอุปสรรคในการบังคับใช้กฎหมาย เนื่องจากพระราชบัญญัติคุ้มครองเฉพาะลูกจ้างซึ่งเป็นชายหรือหญิง รวมทั้งเด็กจากการคุกคามทางเพศของนายจ้างหรือผู้มีอำนาจบังคับเหนือลูกจ้าง โดยพฤติกรรมที่มีการคุกคามทางเพศในลักษณะตัวต่อตัวในสถานที่ทำงาน หรือตามสถานที่ต่าง ๆ แต่ยังไม่มีการคุ้มครองการกระทำการล่วงเกินหรือคุกคามทางเพศสำหรับพฤติกรรมที่มีการใช้ข้อความตัวอักษรบนอินเทอร์เน็ต อันมีเจตนาหรือแปลความหมายได้ว่าเป็นการกระทำการล่วงเกินหรือคุกคามทางเพศ และยังถือว่าเป็นการกระทำต่อหน้าธารกำนัล เนื่องจากอินเทอร์เน็ตเป็นพื้นที่สาธารณะที่บุคคลทั่วโลกสามารถเข้าถึงกันได้ง่าย แม้จะพระราชบัญญัติฉบับนี้จะมุ่งคุ้มครองเฉพาะกลุ่มบุคคลก็ตาม แต่การกระทำการล่วงเกินหรือคุกคามทางเพศบนอินเทอร์เน็ตสามารถเกิดขึ้นในระหว่างนายจ้างและลูกจ้างได้เช่นกัน

⁵⁸ เอกพร รักความสุข, เจตนารมณ์ของกฎหมายคุ้มครองแรงงานฉบับใหม่, พิมพ์ครั้งที่ 2 (คณะกรรมการกิจการสังคม พรรคความหวังใหม่, 2541), น.16.

⁵⁹ เกษมสันต์ วิลาวรรณ, “กฎหมายใหม่,” วารสารข่าว, น.9 (กุมภาพันธ์ 2551).

4.3.2 พิจารณาตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551

การล่วงละเมิดหรือคุกคามทางเพศเป็นการละเมิดสิทธิ เสรีภาพ และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ปัญหาเรื่องการล่วงละเมิดหรือการคุกคามทางเพศในหน่วยงานราชการที่นับวันจะมีแต่เพิ่มมากขึ้น ซึ่งเห็นได้จาก สำนักงาน ก.พ. รับเรื่องร้องเรียนเกี่ยวกับการล่วงละเมิดหรือคุกคามทางเพศเป็นจำนวนมาก ดังนั้นภาครัฐจึงควรหามาตรการที่จะป้องกันการกระทำอันเป็นการล่วงละเมิดหรือคุกคามทางเพศมิให้เกิดขึ้นในส่วนราชการ โดยแต่ละส่วนราชการอาจกำหนดแนวทางการปฏิบัติของข้าราชการเพื่อไม่ให้นำไปสู่การกระทำผิดวินัยตามมาตรา 83 (8) แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551

4.3.2.1 หลักเกณฑ์ทางกฎหมายเกี่ยวกับการคุกคามทางเพศ

บทบัญญัติในมาตรา 83 หมวด 6 ว่าด้วยวินัยและการรักษาวินัยตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 จากเดิมที่กฎหมายที่เกี่ยวกับการล่วงละเมิดทางเพศจำกัดความคุ้มครองอยู่ที่ความสัมพันธ์ระหว่างนายจ้างและลูกจ้างเท่านั้น โดยเป็นบทบัญญัติตามกฎหมายคุ้มครองแรงงานที่ใช้บังคับในความสัมพันธ์ระหว่างนายจ้างและลูกจ้างในภาคเอกชนเท่านั้น แต่โดยสภาพปัญหาในลักษณะเดียวกันนี้สามารถเกิดขึ้นได้โดยทั่วไปและหากเป็นการกระทำที่เกิดขึ้นในวงราชการแล้วย่อมกระทบต่อส่วนรวมเป็นอย่างมาก จึงได้มีการดำเนินการตราบทบัญญัติในลักษณะเดียวกันกับมาตรา 16 พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงานขึ้นในมาตรา 83 หมวด 6 วินัยและการรักษาวินัยตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551

มาตรา 83 (8) แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว บัญญัติว่า “ข้าราชการพลเรือนสามัญต้องไม่กระทำการอันเป็นการล่วงละเมิดหรือคุกคามทางเพศตามที่กำหนดในกฎ ก.พ.” ซึ่งเป็นความผิดวินัยไม่ร้ายแรง แต่ถ้าวินัยดังกล่าวเป็นเหตุให้เสียหายแก่ราชการอย่างร้ายแรง ถือเป็นความผิดวินัยอย่างร้ายแรงตามมาตรา 85 (7) แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551

ดังนั้นสำนักงาน ก.พ. จึงต้องกำหนดรายละเอียดว่า การกระทำเช่นใดจะถือว่าเป็นการล่วงละเมิดหรือคุกคามทางเพศ ซึ่งขณะนี้สำนักงาน ก.พ. ว่าด้วยการกระทำอันเป็นการล่วงละเมิดหรือคุกคามทางเพศ พ.ศ. 2553 ได้กำหนดรูปแบบการกระทำที่ถือว่าเป็นการล่วงละเมิดหรือคุกคามทางเพศไว้ใน กฎ ก.พ. ดังกล่าว⁶⁰

กฎ ก.พ. ว่าด้วยการกระทำการอันเป็นการล่วงละเมิดหรือคุกคามทางเพศ พ.ศ. 2553 อาศัยอำนาจตามความในมาตรา 8 (5) และมาตรา 83 (8) แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพล

⁶⁰ พนิดา โรจนรัตน์ชัย, “อย่างไรจึงเป็นการล่วงละเมิดหรือคุกคามทางเพศตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551,” สำนักงานมาตรฐานวินัย สำนักงาน ก.พ., น.1.

เรือน พ.ศ. 2551 อันเป็นกฎหมายที่มีบทบัญญัติบางประการเกี่ยวกับการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคล ซึ่งมาตรา 29 ประกอบกับมาตรา 31 มาตรา 33 มาตรา 43 และมาตรา 64 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย บัญญัติให้การกระทำใดโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ก.พ. โดยอนุมติคณะรัฐมนตรีจึงออกกฎ ก.พ. ไว้ดังนี้

ข้อ 2 ข้าราชการพลเรือนสามัญผู้กระทำการประการใดประการหนึ่งดังต่อไปนี้ต่อข้าราชการด้วยกัน หรือผู้ร่วมปฏิบัติราชการ ไม่ว่าจะเกิดขึ้นในหรือนอกสถานที่ราชการ โดยผู้ถูกระทำมิได้ยินยอมต่อการกระทำนั้น หรือทำให้ผู้ถูกระทำเดือดร้อนรำคาญ ถือว่าเป็นการกระทำอันเป็นการล่วงละเมิดหรือคุกคามทางเพศ ตามมาตรา 83 (8)

(1) การกระทำด้วยการสัมผัสทางกายภาพที่มีลักษณะต่อไปนี้ในทางเพศ เช่น การจูบ การโอบกอด การจับอวัยวะส่วนใดส่วนหนึ่ง เป็นต้น

(2) การกระทำด้วยวาจาที่ต่อไปนี้ในทางเพศ เช่น วิพากษ์วิจารณ์ร่างกาย พุดหยอกล้อ พุดหยาบคาย เป็นต้น

(3) การกระทำด้วยอาชญากรรมที่ต่อไปนี้ในทางเพศ เช่น การใช้สายตาลวนลาม การทำสัญญา หรือสัญลักษณ์ใด ๆ เป็นต้น

(4) การแสดงหรือสื่อสารด้วยวิธีการใด ๆ ที่ต่อไปนี้ในทางเพศ เช่น แสดงรูปลามก อนาจาร ส่งจดหมาย ข้อความ หรือการสื่อสารรูปแบบอื่น เป็นต้น

(5) การแสดงพฤติกรรมอื่นใดที่ต่อไปนี้ในทางเพศ ซึ่งผู้ถูกระทำไม่พึงประสงค์หรือเดือดร้อนรำคาญ

เหตุผลในการประกาศใช้กฎ ก.พ. ฉบับนี้ คือ มาตรา 83 (8) แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 บัญญัติว่าข้าราชการพลเรือนสามัญต้องไม่กระทำการใดอันเป็นการล่วงละเมิดหรือคุกคามทางเพศตามที่กำหนดในกฎ ก.พ. สมควรกำหนดหลักเกณฑ์การกระทำอันเป็นการล่วงละเมิดหรือคุกคามทางเพศ จึงจำเป็นต้องออกกฎ ก.พ. นี้⁶¹

4.3.2.2 ผู้ถูกล่วงละเมิดหรือคุกคามทางเพศตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน

ข้าราชการพลเรือนสามัญที่เป็นผู้ทำการล่วงละเมิดหรือคุกคามทางเพศ จะต้องกระทำการหนึ่งประการใดใน 5 ประการดังกล่าวตามกฎ ก.พ. ว่าด้วยการกระทำอันเป็นการล่วงละเมิดหรือคุกคามทางเพศ พ.ศ. 2553 โดยต้องกระทำต่อข้าราชการด้วยกันหรือผู้ร่วมปฏิบัติงานเท่านั้น หากทำกับประชาชนทั่วไปหรือผู้มารับบริการแล้ว จะไม่เป็นความผิดวินัยฐานกระทำการอันเป็น

⁶¹ โปรดดู กฎ ก.พ. ว่าด้วยการกระทำอันเป็นการล่วงละเมิดหรือคุกคามทางเพศ พ.ศ. 2553.

การล่วงละเมิดหรือคุกคามทางเพศ แต่จะเป็นความผิดวินัยฐานไม่รักษาชื่อเสียงของตนและรักษาเกียรติศักดิ์ของตำแหน่งหน้าที่ราชการของตนมิให้เสื่อมเสีย ตามมาตรา 82 (10) หรือฐานประพฤติชั่วร้ายแรงตามมาตรา 85 (4) แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 สำหรับผู้ที่ถูกระงับการกระทำอันเป็นการล่วงละเมิดหรือคุกคามทางเพศมีดังนี้

1) กระทบต่อข้าราชการ ไม่ว่าจะเป็ข้าราชการประเภทใด เช่น เป็นข้าราชการครู ข้าราชการพลเรือนสามัญ ข้าราชการพลเรือนในมหาวิทยาลัย ข้าราชการองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่กฎหมายบัญญัติให้เป็นข้าราชการ เช่น กรุงเทพมหานคร องค์การบริหารส่วนจังหวัด

2) กระทบต่อผู้ปฏิบัติงาน เช่น พนักงานราชการ ลูกจ้างประจำ ลูกจ้างชั่วคราว ที่ร่วมทำงาน หรือนักศึกษาที่มาฝึกงาน เป็นต้น⁶²

4.3.2.3 สถานที่ที่ถูกระงับการล่วงละเมิดทางเพศหรือคุกคามทางเพศตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน

ข้าราชการพลเรือนสามัญที่ทำการล่วงละเมิดหรือคุกคามทางเพศใน 5 ลักษณะดังกล่าว ถ้าได้กระทบต่อข้าราชการหรือผู้ร่วมปฏิบัติงาน โดยการกระทำนั้นไม่ว่าจะเกิดขึ้นที่ใดทั้งในหรือนอกสถานที่ราชการ และผู้ที่ถูกระงับได้ยื่นขอต่อการกระทำหรือทำให้ผู้ถูกระงับเดือดร้อนรำคาญ ซึ่งได้กระทำผิดขึ้นตั้งแต่วันที่ 29 กันยายน 2553 เป็นต้นไป ถือว่าเป็นการกระทำอันเป็นการล่วงละเมิดหรือคุกคามทางเพศ ตามมาตรา 83 (8) จากกฎ ก.พ. ในเรื่องนี้

เห็นได้ว่าการล่วงละเมิดทางเพศหรือคุกคามทางเพศ ถ้าผู้ถูกระงับยินยอมให้ทำหรือไม่ได้เดือดร้อนรำคาญไม่ถือว่าเป็นความผิดวินัย ฐานกระทำอันเป็นการล่วงละเมิดหรือคุกคามทางเพศ แต่ถ้าไม่ยินยอมหรือได้รับความเดือดร้อนรำคาญถือว่ามีความผิดวินัยอย่างร้ายแรง ตามมาตรา 83 (8) หรือผิดวินัยอย่างร้ายแรงตามมาตรา 85 (7) แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551⁶³

4.3.2.4 ตัวอย่างกรณีการล่วงละเมิดหรือคุกคามทางเพศ

นายเอก ตำแหน่งนักวิเคราะห์นโยบายและแผนปฏิบัติการ ได้รู้จักกับนางสาวหญิง ตำแหน่งเจ้าพนักงานธุรการปฏิบัติงาน เพราะเข้าอบรมหลักสูตรข้าราชการบรรจุใหม่ด้วยกัน โดยทั้งคู่ได้มีการติดต่อกันทางโทรศัพท์เป็นระยะ ๆ และได้นัดกันไปรับประทานอาหารที่ร้านอาหารแห่งหนึ่ง ซึ่งทั้งคู่นั่งรถไปด้วยกัน ระหว่างทางนายเอกได้จ่อครถริมถนน ขณะที่อยู่บนรถยนต์ นาย

⁶² บัญญัติ ทำของดี, “การกระทำอันเป็นการล่วงละเมิดหรือคุกคามทางเพศ,” วารสารหมออนามัย, น.1-2 (มกราคม-กุมภาพันธ์, 2554).

⁶³ กลุ่มเสริมสร้างวินัยและระบบคุณธรรม สำนักบริหารกลาง สำนักงานปลัดกระทรวงสาธารณสุข, “การล่วงละเมิดหรือคุกคามทางเพศ,” จุดสารข่าววินัยและคุณธรรม, ฉบับที่ 1, น.2-3 (2554).

เอกได้กระชากตัวของนางสาวหญิงที่นั่งอยู่ข้างตนเข้าไปเพื่อโอบกอด เพราะคิดว่านางสาวหญิงมีใจให้ แต่นางสาวหญิงกลับดิ้นรนป้องกันตัวพร้อมผลักออกแรงผลักโดยใช้หัวเข้าถีบตัวออก พฤติการณ์ของนายเอกดังกล่าว เป็นความผิดวินัยฐานกระทำความผิดอันเป็นการล่วงละเมิดหรือคุกคามทางเพศ ตามมาตรา 83 (8) ประกอบกับมาตรา 84 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551

จากกรณีดังกล่าวการกระทำความผิดวินัยดังกล่าว จะเห็นว่าผู้ที่ถูกล่วงละเมิดหรือคุกคามทางเพศส่วนใหญ่มักจะเป็นเพศหญิง แต่กฎ ก.พ. ฉบับดังกล่าว ไม่ได้กำหนดว่าผู้ถูกระทำความผิดต้องเป็นเพศใด ดังนั้น หากข้าราชการพลเรือนหญิงกระทำต่อข้าราชการพลเรือนชาย หรือข้าราชการพลเรือนชาย (แต่อาจมีจิตใจเป็นหญิง) กระทำต่อข้าราชการชายด้วยกัน หรือข้าราชการพลเรือนหญิงกระทำต่อข้าราชการพลเรือนหญิงด้วยกัน ซึ่งมีลักษณะเป็นการกระทำความผิดอันเป็นการล่วงละเมิดหรือคุกคามทางเพศ ก็มีความผิดตามกฎหมายดังกล่าว และกรณีนี้อาจเป็นความผิดวินัยอย่างไม่ร้ายแรงฐานไม่รักษาชื่อเสียงของตนและรักษาเกียรติศักดิ์ของตำแหน่งหน้าที่ข้าราชการของตนมิให้เสื่อมเสีย ตามมาตรา 82 (10) หรือฐานประพฤติชั่วอย่างร้ายแรง ตามมาตรา 85 (4) แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 อีกด้วย⁶⁴

4.3.3 พิจารณาตามพระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดบางประการต่อการเดินอากาศ พ.ศ. 2558

เนื่องจากอากาศยานเป็นสถานที่ที่มีพื้นที่จำกัด การที่มีพฤติกรรม หรือความประพฤติที่ไม่เหมาะสมถือเป็นปัญหาที่มีการขยายตัวอย่างรวดเร็วและมีความรุนแรงสูงขึ้น ซึ่งบริษัทการบินไทย จำกัด (มหาชน) ได้เคยจัดทำรายงานผลกรณีผู้โดยสารประพฤติชั่วไม่เหมาะสมของปี พ.ศ. 2544

พนักงานแอร์โฮสเตสถูกคุกคามทางเพศจากการทำงาน ซึ่งสามารถแบ่งได้ 3 พฤติกรรม ดังนี้

- 1) คุกคามทางวาจา เช่น การพูดจาสื่อในเรื่องเพศ ใช้คำพูดหยาบคาย
- 2) คุกคามโดยแสดงท่าทาง เช่น ทำตาหวาน จ้องมองหน้าอก รูปร่างหน้าตา มีผู้โดยสารชายนำกระดาษมาวาดรูปอวัยวะเพศชายแล้วชี้ให้พนักงานดู หรือการวาดรูปหญิงชายกำลังมีเพศสัมพันธ์กัน รวมไปถึงการที่ผู้โดยสารชายใช้วิธีรุคซิปกางเกงและโชว์อวัยวะเพศ ซึ่งมักทำกับแอร์โฮสเตสสาว ๆ เพราะจะไม่กล้าโวยวาย เพียงแต่ร้องให้กับหัวหน้างาน หรือกัปตันแล้วก็เงียบลักษณะเหมือนพวกโรคจิต

⁶⁴ บัญญัติ ทำของดี, *อ้าวแล้วเชิงอรรถที่ 62*, น.1-2.

3) คุกคามทางร่างกาย เช่น จับมือ ลวนลาม จับขั้วท้าย ใช้นิ้วกลางจับ หรือลูบไล้มือ แอร์โฮสเตรสขณะเสิร์ฟอาหาร เป็นต้น⁶⁵

4.3.3.1 แนวความคิดของกฎหมายที่เกี่ยวกับการคุกคามทางเพศ

กระทรวงคมนาคมชี้แจงว่า องค์การการบินพลเรือน (ICAO) ได้ออกข้อมติสมัชชา ICAO ที่ A33-4 ซึ่งได้เร่งรัดให้ประเทศสมาชิกออกกฎหมายและระเบียบข้อบังคับภายในเพื่อดำเนินการเกี่ยวกับปัญหาผู้โดยสารประพฤติไม่เหมาะสมบนอากาศยานพลเรือน องค์การจึงได้จัดทำเอกสาร ICAO Circular 288-LE/1: Guidance Material on the Legal Aspects of Unruly/Disruptive Passengers, 2001 และกฎหมายต้นแบบว่าด้วยการกระทำความผิดบางประการ บนอากาศยานพลเรือน แจกเวียนให้ประเทศสมาชิกเพื่อใช้ประกอบการพิจารณาในการออกกฎหมายภายในเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าวให้เป็นไปในแนวทางเดียวกัน กรมการขนส่งทางอากาศพิจารณาในการออกกฎหมายภายในเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าวให้เป็นไปในแนวทางเดียวกัน กรมการขนส่งทางอากาศ จึงได้ปรับปรุงแก้ไขพระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดบางประการต่อการเดินอากาศ พ.ศ. 2521 เพื่อดำเนินการให้เป็นไปตามข้อมติสมัชชาขององค์การการบินพลเรือนระหว่างประเทศดังกล่าว ประกอบกับมีบทบัญญัติเดิมที่บัญญัติไว้โดยไม่สอดคล้องกับอนุสัญญาที่เกี่ยวกับการกระทำความผิดบางประการต่อการเดินอากาศที่ประเทศไทยเป็นภาคี จึงได้เสนอร่างพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวมาเพื่อดำเนินการ และราชกิจจานุเบกษาได้ประกาศบังคับใช้ พ.ร.บ.ว่าด้วยความผิดบางประการต่อการเดินอากาศ พ.ศ. 2558 ตั้งแต่วันที่ 14 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2558 เป็นต้นมา⁶⁶

4.3.3.2 หลักเกณฑ์ทางกฎหมายที่เกี่ยวกับการคุกคามทางเพศ

พระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดบางประการต่อการเดินอากาศ พ.ศ. 2558 ได้บัญญัติเรื่องความผิดเกี่ยวกับการคุกคามทางเพศไว้ในมาตรา 11 ดังนี้

มาตรา 11 บัญญัติ “ผู้อยู่ในอากาศยานในระหว่างการบินผู้ใดกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดดังต่อไปนี้ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนสองหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

(1) กระทำต่อร่างกายผู้อื่นอันเป็นการมุ่งหมายในทางเพศ

⁶⁵ ชูดาปณี ชีบาขาม่า, “ประสบการณ์การถูกคุกคามทางเพศจากการทำงาน : กรณีศึกษาลูกเรือของบริษัท การบินไทย จำกัด (มหาชน),” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะศิลปศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2548), น.95. อ้างใน สุริสา นิยมรัตน์, “ความผิดทางอาญา : กรณีการคุกคามทางเพศ,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์, 2560).

⁶⁶ สุริสา นิยมรัตน์, “ความผิดทางอาญา : กรณีการคุกคามทางเพศ,” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์, 2560), น.72-73.

(2) กระทบการอันควรขายหน้าต่อหน้าธารกำนัลโดยเปลือยหรือเปิดเผยส่วนของร่างกาย หรือ

(3) ใช้วาจาลามลามหรือแสดงกิริยาทำทางอันเป็นการลามกอย่างอื่น⁶⁷

4.3.3.3 การกำหนดโทษสำหรับความผิดที่เกี่ยวกับการคุกคามทางเพศ

จากพระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดบางประการต่อการเดินอากาศ พ.ศ. 2558 มาตรา 11 ได้กำหนดโทษสำหรับความผิดแก่ผู้อยู่ในอากาศยานในระหว่างการบิน ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนสองหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ และทางสายการบินสามารถฟ้องเรียกค่าเสียหายในทางแพ่ง สำหรับค่าใช้จ่ายในกรณีที่ทำให้สายการบินเกิดความเสียหาย อีกทั้งยังอาจติดแบล็กลิสต์ไม่ให้ขึ้นสายการบินอีก ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับนโยบายของแต่ละสายการบิน⁶⁸

4.3.3.4 ตัวอย่างการคุกคามทางเพศ

ตัวอย่างที่ คุณจอย (ชื่อสมมติ)

ต้นทางจากกรุงเทพฯ ไปประเทศสหรัฐอเมริกาที่เมืองลอสแอนเจลิส หลังจากสัญญาณไฟรถเขียวขัดดับ ลูกเรือเริ่มเสิร์ฟอาหาร แต่ผู้โดยสารชาวอเมริกันซึ่งซื้อตั๋วชั้นธุรกิจก็ควักนุหรือออกมาสูบ คุณจอยและเพื่อนร่วมงานก็ห้ามเป็นระยะ ๆ ผู้โดยสารก็ส่งวิสกี้ออนเดอะร็อกและเสิร์ฟตามปกติเพราะเป็นผู้โดยสารชั้นธุรกิจ ถึงแม้ว่าตัวผู้โดยสารจะไม่แสดงอาการมีเมมาแต่ลักษณะที่แสดงออกมาก็คือ เกร และดิ่งดันที่จะสูบบุหรี่และสั่งเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ตลอด สักระยะหนึ่งลูกเรือก็จะเปลี่ยนกันพัก ปรากฏว่าพนักงานที่เข้าไปดูแลถูกจับมือและพูกว่า “ขอหอมหน่อย” ผู้โดยสารสนุกกับการทำท่ายโดยการเอาหูหิ้วขึ้นมาสูบเป็นระยะ เมื่อห้ามกันหลายครั้งผู้จัดการเที่ยวบินเลยตัดสินใจยึดหูหิ้วมา แล้วของคบริการเครื่องดื่มแอลกอฮอล์กับผู้โดยสารคนดังกล่าว และสิ่งที่ประสบคือ ผู้โดยสารดังกล่าวแอบไปสูบบุหรี่ในห้องน้ำ เมื่อพนักงานไปเจอและตักเตือนผู้โดยสารก็โผล่เข้ามาเหมือนจะกอด จึงได้มีการแจ้งหัวหน้าผู้จัดการเที่ยวบินและกับต้นทราบ และได้ดำเนินคดีตามกฎหมายเมื่อเครื่องลงสู่พื้นดิน

4.4 วิเคราะห์เปรียบเทียบการคุกคามทางเพศตามกฎหมายของประเทศไทยและกฎหมายต่างประเทศ

ประเทศไทย สำหรับความผิดการกระทำการคุกคามทางเพศ ประเทศไทยมีกฎหมายอาญาบัญญัติรองรับการกระทำความผิดรูปแบบนี้ไว้ในมาตรา 397 แห่งประมวลกฎหมายอาญา ซึ่ง

⁶⁷ โปรดคู พระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดบางประการต่อการเดินอากาศ พ.ศ. 2558.

⁶⁸ สุริสา นิยมรัตน์, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 66*, น.75-74.

คุ้มครองการถูกรังแก ข่มเหง คุกคาม หรือกระทำให้ได้รับความอับอายหรือเดือดร้อนรำคาญ เมื่อตีความกฎหมายแล้ว จะเห็นได้ว่ามีความไม่ชัดเจนขององค์ประกอบภายนอกในความคิดตามมาตรา 397 และเมื่อพิจารณาต่อไปที่มาตรา 397 วรรคสอง “ถ้าการกระทำตามวรรคหนึ่งเป็นการกระทำในที่สาธารณะหรือต่อหน้าธารกำนัลหรือเป็นการกระทำอันมีลักษณะต่อไปในทางเพศที่จะล่วงเกินทางเพศ...” เห็นว่าการบัญญัติถึงองค์ประกอบสำหรับการกระทำความผิดฐานนี้มีลักษณะเป็นการบัญญัติกฎหมายไว้อย่างกว้าง ซึ่งไม่สอดคล้องกับลักษณะของกฎหมายอาญาที่จำต้องบัญญัติให้การกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งเป็นความผิดไว้โดยชัดแจ้งและแน่นอน

ดังนั้นการบัญญัติถึงองค์ประกอบความผิดไว้ไม่ชัดเจนเพียงพอ อาจทำให้ความผิดฐานดังกล่าวในส่วนของกากระทำการคุกคามอันมีลักษณะที่ต่อไปในทางที่จะล่วงเกินทางเพศขัดต่อหลักความชอบด้วยกฎหมายอาญา ซึ่งปรากฏหลักนี้ในมาตรา 2 กล่าวคือ บุคคลต้องรับโทษทางอาญาตามความผิดฐานคุกคามทางเพศในมาตรา 397 วรรคสองได้นั้น บทบัญญัติดังกล่าวจะต้องมีการกำหนดไว้อย่างชัดเจนเพียงพอว่าพฤติกรรมการคุกคามทางเพศใดบ้างที่เกิดขึ้นแล้วจะเป็นการกระทำความผิดโดยปราศจากความคลุมเครือหรือข้อสงสัยในการกระทำความผิดฐานดังกล่าว

ในส่วนของกรกระทำซึ่งบัญญัติว่า “การคุกคามอันมีลักษณะต่อไปในทางที่จะล่วงเกินทางเพศที่มีความไม่ชัดเจนและแน่นอน นำมาซึ่งปัญหาของการตีความของผู้ใช้กฎหมาย อาจเกิดการตีความตามอำเภอใจและก่อให้เกิดข้อสงสัยว่าการกระทำดังกล่าวมีขอบเขตและความหมายเพียงใด

เนื่องจากประมวลกฎหมายไม่ได้มีการบัญญัติถึงบทนิยามสำหรับการกระทำอันเป็นการคุกคามทางเพศที่อาจเกิดขึ้นไว้อย่างชัดเจน อีกทั้งบทบัญญัติดังกล่าวเพิ่งได้รับการแก้ไขเพิ่มเติมเมื่อไม่นาน จึงยังไม่มีแนวคำพิพากษาศาลฎีกาที่แน่นอนและชัดเจนว่าการกระทำดังกล่าวสามารถเกิดขึ้นด้วยวาจา อากัปกิริยา หรือด้วยวิธีอื่นใด โดยเฉพาะอย่างยิ่งการคุกคามทางเพศที่เกิดขึ้นบนอินเทอร์เน็ต กฎหมายอาญาของประเทศไทยก็ยังไม่บัญญัติไว้โดยเฉพาะ หรือบัญญัติครอบคลุมถึงการกระทำอันเป็นการคุกคามทางเพศในรูปแบบนี้ ซึ่งเกิดพฤติกรรมจากการพิมพ์ข้อความลงบนอินเทอร์เน็ต อันเป็นการคุกคามทางเพศ ที่พัฒนาไปตามยุคตามสมัยอันถือเป็นอาชญากรรมทางคอมพิวเตอร์รูปแบบหนึ่ง และอยู่ในรูปแบบของการCyberbullying ที่กฎหมายยังต้องมีการแก้ไขเพิ่มเติม ปรับปรุง และพัฒนากฎหมายให้ทันต่อสถานการณ์ในสังคมปัจจุบัน

เมื่อเปรียบเทียบกฎหมายต่างประเทศ ไม่ว่าจะเป็นกฎหมายประเทศออสเตรเลีย ประเทศอังกฤษ เกาหลีใต้ และสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี พบว่ามีสองประเทศที่มีการบัญญัติกฎหมายคุ้มครองการกระทำอันเป็นการคุกคามทางเพศบนอินเทอร์เน็ต คือประเทศอังกฤษ และเกาหลีใต้

ประเทศอังกฤษ ได้บัญญัติกฎหมายออกมาในรูปแบบของพระราชบัญญัติ สำหรับประเทศอังกฤษ บัญญัติกฎหมายคุ้มครองการคุกคามทางเพศบนอินเทอร์เน็ตทั้งหมด 3 พระราชบัญญัติด้วยกันได้แก่ The Protection of Harassment Act 1997, The Malicious Communication Act 1988 และ The Communication Act 2003 ซึ่งกฎหมายทั้งสามฉบับนี้นำมาปรับใช้กับการคุกคามได้ในทุกรูปแบบไม่จำกัดเฉพาะการส่งข้อความ และใช้ได้กับทุกพื้นที่ทางกายภาพและไซเบอร์ ซึ่งข้อจำกัดของกฎหมายทั้งสามฉบับแม้จะไม่ได้กล่าวถึงนิยามของการคุกคามไว้โดยตรง แต่นัยสำคัญของกฎหมายรวมถึงการกระทำอันเป็นคุกคามทางเพศด้วย การส่งข้อความอันเป็นการคุกคามตั้งแต่สองครั้งขึ้นไปจะได้รับการคุ้มครองตาม The Protection of Harassment Act 1997 แต่ The Malicious Communication Act 1988 ไม่จำเป็นต้องเกิดการกระทำนั้นสองครั้งขึ้นไป เพียงแค่เกิดการกระทำขึ้นเพียงครั้งเดียวก็สามารถถูกดำเนินคดีอาญาได้แต่กฎหมายฉบับนี้จะใช้บังคับกับการส่งข้อความผ่านสื่อเท่านั้น ไม่สามารถใช้กับการคุกคามในลักษณะอื่นได้ ส่วน The Communication Act 2003 เพียงแค่ผู้ส่งข้อความมีความประสงค์จะก่อให้เกิดความเดือดร้อนรำคาญหรือความไม่สะดวกแก่ผู้รับข้อความ ก็ถือว่าเป็นการกระทำความผิดแล้ว ไม่จำเป็นต้องถึงขั้นเกิดความทุกข์ร้อนรำคาญหรือความไม่สะดวก แต่กฎหมายฉบับนี้มีข้อจำกัดคือ สามารถใช้ได้กับการส่งข้อความทางเครือข่ายสื่อสารอิเล็กทรอนิกส์เท่านั้น

ประเทศเกาหลี มีกฎหมายเฉพาะเกี่ยวกับอาชญากรรมทางเพศเช่นกัน Act on Social Cases Concerning the Punishment, ETC. of Sexual Crimes :ซึ่งได้รับการแก้ไขเพิ่มเติมและมีผลบังคับเมื่อไม่นาน และบัญญัติคุ้มครองการคุกคามทางเพศบนอินเทอร์เน็ตในรูปแบบของการส่งข้อความไปหาผู้อื่นทางคอมพิวเตอร์หรือการสื่อสารรูปแบบอื่น โดยข้อความนั้นเป็นเหตุให้ผู้ได้รับเกิดความละอายทางเพศ ถือเป็นความผิดอาญา ซึ่งมาตราดังกล่าวระบุไว้ชัดเจนว่าเป็นการส่งข้อความผ่านคอมพิวเตอร์ หมายรวมถึงระบบอินเทอร์เน็ตด้วย และประการที่สำคัญ เจตนาของผู้ส่งเป็นการชักชวนทางเพศ เพื่อกระตุ้นอารมณ์ของตนเองหรือตอบสนองความพึงพอใจทางเพศของตนเอง อันเป็นการกระการคุกคามทางเพศด้วย แต่ในประเด็นของประประทุษวาจาเหยียดเพศบนอินเทอร์เน็ต ยังไม่มีบัญญัติไว้โดยเฉพาะ จึงต้องนำกฎหมายที่มีอยู่มาปรับใช้กับการประทุษวาจาเหยียดเพศเท่าที่พอจะเป็นไปได้แม้จะไม่ตรงประเด็นมากนักก็ตาม

เมื่อเปรียบเทียบกับประเทศไทยกับประเทศเกาหลี ในกรณีของการประทุษวาจาเหยียดเพศบนอินเทอร์เน็ต ยังไม่มีกฎหมายใดที่บัญญัติเป็นการเฉพาะเจาะจงสำหรับความผิดทั้งในสังคมทางกายภาพและบนสังคมอินเทอร์เน็ต ประเทศไทยปรับใช้โดยการนำมาตรา 397 วรรคหนึ่งแห่งประมวลกฎหมายอาญาในฐานะที่ข้อความต่าง ๆ มีลักษณะเป็นการเหยียดเพศเป็นข้อความข่มเหง

หรือคุกคาม หรือมาตรา 392 ในเรื่องความผิดฐานทำให้ผู้อื่นหวาดกลัว ซึ่งปรับใช้ไม่สมบูรณ์เพราะเป็นบทบัญญัติที่ไม่ค่อยตรงประเด็นนัก

สำหรับประเทศออสเตรเลีย และประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี มีกฎหมายคุ้มครองการคุกคามทางเพศทางกายภาพ แต่ยังไม่มียกเว้นบทบัญญัติเป็นพิเศษเรื่องการคุกคามทางเพศบนอินเทอร์เน็ต

ประเทศออสเตรเลีย การคุกคามทางเพศได้รับการบัญญัติไว้ในกฎหมายระดับสหพันธ์รัฐออสเตรเลีย อยู่ในกฎหมายคุ้มครองการเลือกปฏิบัติทางเพศ The Sex Discrimination Act 1984 ซึ่งมีผลบังคับใช้กับทุกมลรัฐ กฎหมายฉบับนี้ได้ให้นิยามความหมายของการคุกคามทางเพศไว้ว่าเป็นการกระทำที่ไม่พึงปรารถนาในทางเพศ และได้กระทำต่อสาธารณชนหรือต่อบุคคล ไม่ว่าจะเป็นการกระทำด้วยวาจาหรือลายลักษณ์อักษรก็ตาม

แต่ตามกฎหมายของประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายบัญญัติให้คำนิยามไว้เป็นการเฉพาะมีเพียงแต่คำนิยามความหมายที่นักวิชาด้านกฎหมายได้ให้ไว้ว่า การคุกคามทางเพศ หมายถึง พฤติกรรมที่เป็นการล่วงเกินทางเพศ อันเป็นการแสวงหาผลประโยชน์ในทางเพศผู้กระทำถูกกระทำถือว่าเป็นสิ่งที่ไม่พึงปรารถนาและไม่ต้องการ อยู่ในรูปแบบของการแสดงออกทางวาจา กิริยาท่าทาง หรือการสัมผัสร่างกาย อีกทั้งยังเป็นอำนาจต่อรองที่มีเหนือกว่าอีกฝ่ายหนึ่งด้วย

ออสเตรเลียคุ้มครองการคุกคามทางเพศจากการจ้างแรงงานระหว่างนายจ้างกับลูกจ้างหรือบุคคลผู้จะเป็นนายจ้างหรือหุ้นส่วน หรือระหว่างลูกจ้างด้วยกันเอง หรือการจ้างตามสัญญาจ้างทำของ และรวมถึงการกระทำบนเรือ เครื่องบิน หรือยานพาหนะด้วย เมื่อเทียบกับกฎหมายไทย เห็นว่ากฎหมายของประเทศไทยมีการคุ้มครองการคุกคามทางเพศจากการจ้างงานเช่นกัน ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน ซึ่งกฎหมายฉบับนี้ให้การคุ้มครองการคุกคามทางเพศไว้ด้วย โดยกฎหมายฉบับนี้ถูกนำมาใช้บังคับกับการล่วงเกินทางเพศระหว่างนายจ้างและลูกจ้าง ห้ามมิให้นายจ้าง หัวหน้างาน ผู้ควบคุมหรือผู้ตรวจงานกระทำการล่วงเกิน คุกคามหรือก่อความเดือดร้อนรำคาญทางเพศต่อลูกจ้าง เช่นเดียวกับกฎหมายของประเทศออสเตรเลีย ในเรื่องการคุ้มครองลูกจ้างที่ทำงานบนเครื่องบิน ประเทศไทยมีพระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดบางประการต่อการเดินอากาศ พ.ศ. 2258 บัญญัติคุ้มครองไว้ต่างหาก อันเนื่องจากอากาศยานเป็นพื้นที่ที่มีจำกัดการมีพฤติกรรมหรือความประพฤติที่ไม่เหมาะสมหรือเป็นปัญหาได้ขยายตัวอย่างรวดเร็ว ประเด็นปัญหาเกิดจากพนักงานแอร์โฮสเตสถูกคุกคามทางเพศจากการทำงาน จึงได้มีการเสนอร่างพระราชบัญญัตินี้ขึ้นเพื่อคุ้มครองการทำงานของลูกจ้างบนเครื่องบิน และให้เป็นไปตามข้อมติสมัชชาองค์กรการบินพลเรือนระหว่างประเทศ ประกอบกับให้สอดคล้องกับอนุสัญญาที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดบางประการต่อการเดินอากาศที่ประเทศไทยเป็นภาคี

กรณีของการคุกคามทางเพศบนอินเทอร์เน็ตประเทศไทยและประเทศออสเตรเลียนี้ยังไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้โดยเฉพาะ แต่สำหรับในประเทศออสเตรเลียนำ The Sex Discrimination Act มาปรับใช้ได้และถือว่าเป็นการปรับใช้ที่ตรงประเด็นปัญหา เนื่องจากการคุกคามทางเพศบนอินเทอร์เน็ตนี้มักเกิดจากการกระทำด้วยลายลักษณ์อักษร อีกทั้งยังมีการพิจารณาแก้ไขปรับปรุงโดยคณะกรรมการด้านกฎหมายและรัฐธรรมนูญของวุฒิสภาและได้เสนอให้รัฐบาลพิจารณาเพิ่มโทษในประมวลกฎหมาย และมีการพิจารณาเพิ่มเติมพระราชบัญญัติความปลอดภัยออนไลน์ 2015 ในส่วนที่เกี่ยวกับบทบาทและการสร้างแรงกดดันด้านระเบียบของโซเชี่ยลมีเดียเพื่อป้องกันและตอบสนองต่อการกลั่นแกล้งบนอินเทอร์เน็ต และออกกฎหมายเพื่อสร้างหน้าที่ในการดูแลสื่อสังคมออนไลน์เพื่อความปลอดภัยของผู้ใช้เป็นการเฉพาะอีกด้วย

สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ได้นำ EU Directive Act 2006/54/EC มาสร้างเป็นกฎหมายใหม่ชื่อว่า General Equal Treatment Act ซึ่งได้ให้คำนิยามทางเพศไว้ว่า หมายถึง การกระทำอันไม่เป็นที่พึงปรารถนาซึ่งเกี่ยวกับเพศไม่ว่าจะเป็นการพูด การใช้ท่าทาง หรือการเคลื่อนไหวทางกายภาพที่มีลักษณะสื่อไปในทางเพศ อันมีวัตถุประสงค์เพื่อละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ หรือทำให้ผู้ถูกกระทำรู้สึกถูกคุกคาม ไม่เป็นมิตร ค้อยค่าเสื่อมเสียเกียรติ หรือถูกรังเกียจ และยังคงคุ้มครองการคุกคามทางเพศในสถานที่ทำงาน หรือในสถานที่อื่นอีกด้วย กรณีลูกจ้างถูกคุกคามทางเพศโดยนางจ้างเป็นผู้กระทำ กฎหมายเยอรมัน ได้บัญญัติคุ้มครองในกรณีไว้โดยเฉพาะ เช่นเดียวกับประเทศไทยซึ่งบัญญัติคุ้มครองกรณีลูกจ้างถูกล่วงเกินทางเพศในสถานที่ทำงานไว้ในพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงานเช่นกัน ในกรณีที่ถูกรังเกียจในที่อื่น ๆ ของเยอรมันสามารถดำเนินการฟ้องต่อศาลเป็นคดีอาญาโดยไม่ต้องรอให้เกิดเหตุร้ายแรงขึ้นเสียก่อน โดยได้รับความคุ้มครองตามประมวลกฎหมายของเยอรมัน อีกทั้งยังมีเหตุเพิ่มโทษในกรณีที่การดูถูกหรือเหยียดเพศ หรือมีการกระทำที่รุนแรงเกิดขึ้นต่อเนื้อตัวร่างกาย หรือมีการกระทำการทารุณกรรมหรือทำร้ายเกิดขึ้นอีกด้วย

แต่สำหรับการกระทำการคุกคามทางเพศบนอินเทอร์เน็ตของเยอรมัน ยังไม่มีการคุ้มครองบัญญัติไว้เป็นพิเศษ แต่สามารถนำกฎหมายที่ใกล้เคียงมาปรับใช้เพื่อเป็นการป้องกันการล่วงละเมิดทางเพศได้ซึ่งรวมทั้งกฎหมายแพ่งและกฎหมายอาญาด้วย สำหรับประเทศไทยแม้จะมีกฎหมายเกี่ยวกับการคุกคามบัญญัติไว้แต่เป็นเพียงความผิดลหุโทษซึ่งมีอัตราโทษที่เบาเกินไปสำหรับการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศ อีกทั้งการตีความของมาตรา 397 แห่งประมวลกฎหมายอาญานั้นยังกว้างมากเกินไปในการนำมาบังคับใช้ในประมวลกฎหมายอาญา เพราะไม่มีความชัดเจนของกฎหมาย ทำให้เกิดปัญหาการตีความของกฎหมายสำหรับผู้ใช้กฎหมาย และจะกล่าวถึงเหตุผลและความเหมาะสมในการบัญญัติความผิดฐานคุกคามทางเพศโดยละเอียดในหัวข้อต่อไป

4.5 พิจารณาเหตุผล ความจำเป็นและความเหมาะสมการบัญญัติความผิดฐานคุกคามทางเพศในประมวลกฎหมายอาญา

ตามที่ได้กล่าวมาแล้ว ประมวลกฎหมายอาญาของไทยไม่มีหลักเรื่องการคุกคามทางเพศบัญญัติไว้โดยเฉพาะ ไม่ว่าจะเป็นการคุกคามทางกายภาพหรือการคุกคามทางเพศบนอินเทอร์เน็ต ซึ่งในมาตรา 397 กำหนดเกี่ยวกับการคุกคามและการรบกวนความเป็นอยู่ส่วนตัวของบุคคล ตามพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 22) พ.ศ. 2558 ความผิดเกี่ยวกับการคุกคาม แก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 397 แห่งประมวลกฎหมาย ซึ่งเป็นการกำหนดไว้อย่างกว้างเท่านั้น ในความหมายและรายละเอียดของตัวบทบัญญัติยังขาดความชัดเจนและไม่สามารถนำมาใช้ในทางปฏิบัติได้ ทำให้ไม่สามารถคุ้มครองประชาชนจากการถูกคุกคามทางเพศได้ การฟ้องร้องดำเนินคดีในการเรียกค่าเสียหายหรือบดทอนโทษเป็นการยาก เพราะเมื่อฟ้องแล้วสิ่งที่ได้เล็กน้อยมากหากเทียบกับค่าใช้จ่าย เวลา และความอับอายที่ผู้เสียหายได้รับ อีกทั้งยังนำเรื่องการคุกคามทางเพศรวมอยู่ในมาตรา 397 ซึ่งเป็นมาตราที่กฎหมายบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา ภาค 3 ลหุโทษ โดยเป็นประเด็นปัญหาเรื่องการรังแก ข่มเหงผู้อื่น หรือการทำให้ผู้อื่นได้รับความอับอาย หรือเดือดร้อน ซึ่งเป็นกฎหมายที่มีระวางโทษจำคุกค่อนข้างต่ำ กว่าการกระทำความผิดฐานกระทำอนาจารที่มีอัตราโทษที่สูงกว่า และเมื่อเปรียบเทียบกับความหมายของการกระทำอนาจาร และการคุกคามทางเพศนั้นมีความแตกต่างกันไม่มากนัก ดังนั้นจึงไม่อาจตอบสนองต่อการป้องปรามการกระทำความผิดในลักษณะดังกล่าวได้อย่างแท้จริง เพราะปัญหาของการกระทำการคุกคามทางเพศมีผลกระทบที่เกิดขึ้นได้ง่ายในสังคมและส่งผลกระทบต่อผู้ถูกระทำเป็นอย่างมาก

ประเทศไทยได้ให้การรับรองปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ และได้ร่วมเป็นภาคีในหนังสือสัญญาระหว่างประเทศเพื่อส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนหลายฉบับ อาทิเช่น อนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบ ค.ศ. 1979 เป็นต้น องค์การสหประชาชาติได้อธิบายเกี่ยวกับการคุกคามทางเพศว่าเป็นพฤติกรรมที่ไม่พึงปรารถนา และไม่ต้องการ โดยการคุกคามทางเพศอาจอยู่ในรูปแบบของการแสดงออกทางวาจา กิริยาท่าทาง สิ่งแวดล้อม และการจับต้องร่างกาย และแม้ว่ามนุษย์จะสามารถจำแนกการกระทำทางเพศในลักษณะใดที่เหมาะสมและไม่เหมาะสม ก็ยังปรากฏการกระทำที่ไม่เหมาะสมทางเพศเกิดขึ้นอยู่เสมอ และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มิได้ระบุไว้โดยตรงถึงหลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ แต่ก็ยังมีปรากฏเป็นนัยสำคัญให้เห็นว่าศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ได้รับความคุ้มครองอยู่ในบางมาตรา เช่น มาตรา 4 มาตรา 28 และมาตรา 30

ทั้งนี้ เนื่องจากการคุกคามทางเพศนั้นเป็นคดีอาญา และคดีอาญาเป็นคดีที่ก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงต่อสังคมและส่งผลกระทบต่อความสงบสุขโดยตรงของประชาชนโดยรวม และความผิดดังกล่าวเป็นการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศซึ่งส่งผลกระทบต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน เพราะการกระทำความผิดทางเพศกระทำได้ง่าย และเปรียบเทียบกับปัจจุบันที่เทคโนโลยีพัฒนาไปอย่างรวดเร็ว ทำให้เกิดเป็นการกระทำในรูปแบบปรากฏบนอินเทอร์เน็ต ที่สามารถเข้าถึงกันได้โดยง่ายและรวดเร็วกว่าในอดีต ทำให้การกระทำความผิดทางเพศกระทำได้โดยไม่จำเป็นต้องพบหน้าตา หรือสัมผัสเนื้อตัวร่างกาย ซึ่งมีความแตกต่างอย่างชัดเจนเมื่อเปรียบเทียบกับความผิดฐานกระทำอนาจาร การกระทำความผิดทางเพศบนอินเทอร์เน็ตแม้จะไม่มีสัมผัสเนื้อตัวร่างกายเช่นการกระทำอนาจาร ก็บ่งบอกถึงลักษณะของการกระทำที่ส่อไปในทางที่ละถ่วงละเมิดทางเพศแล้ว เป็นพฤติกรรมที่ก่อให้เกิดการละเมิดสิทธิของบุคคลอื่นในเรื่องเพศตามลักษณะต่าง ๆ เมื่อไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นพิเศษย่อมส่งผลให้เกิดปัญหาในการตีความเพราะสามารถตีความได้หลายมุมมองอาจส่งผลให้เกิดความสับสนในการนำมาปรับใช้ อีกทั้งการกระทำในลักษณะนี้เป็นอาชญากรรมทางคอมพิวเตอร์ (Cybercrime) ซึ่งประเทศไทยมี พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ แต่ยังไม่กำหนดความผิดไม่ครอบคลุมถึงการคุกคามทางเพศบนอินเทอร์เน็ตนี้

ฉะนั้นจึงอาจกล่าวได้ว่าประเทศไทยยังมิได้ตระหนักถึงผลกระทบจากพฤติกรรมการคุกคามทางเพศอย่างที่ควรเห็นได้จากพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญาในความผิดเกี่ยวกับการคุกคามมาตรา 397 เป็นเหตุความเหมาะสมของอัตราโทษซึ่งน้อยเกินไป ส่งผลให้เกิดการกระทำความผิดเกิดขึ้นอย่างต่อเนื่องหรือมีการกระทำความผิดซ้ำอีก เพราะผู้กระทำความผิดมิได้เกรงกลัวหรือยำเกรงต่อกฎหมาย จึงสมควรปรับอัตราโทษให้เหมาะสมโดยพิจารณาเทียบกับความผิดฐานกระทำอนาจาร เนื่องจากเป็นความผิดที่มีลักษณะของการกระทำที่ใกล้เคียงและต้องคำนึงถึงความสอดคล้องกับสภาพเศรษฐกิจและสังคมที่เปลี่ยนแปลงด้วย

ผู้วิจัยจึงมีแนวคิด หากการคุกคามทางเพศมีกฎหมายบัญญัติไว้โดยเฉพาะและมีบทลงโทษที่เหมาะสม ในประมวลกฎหมาย ภาค 2 ลักษณะ 9 หมวดความผิดเกี่ยวกับเพศโดยบัญญัติเป็นมาตราต่างหากจากความผิดฐานกระทำอนาจาร ทั้งจะเป็นการยับยั้งการกระทำความผิดและก่อให้เกิดความสงบเรียบร้อยในสังคมได้ และทำให้เข้าใจถึงรูปแบบหรือลักษณะในการคุกคามทางเพศที่จะส่งผลให้ง่ายต่อการตีความกฎหมาย อันเป็นการแก้ปัญหาที่ตรงประเด็นและสามารถนำมาบังคับใช้ได้โดยมีประสิทธิภาพ รวมถึงการกำหนดบทนิยามความหมายของคำว่า “คุกคามทางเพศ” ไว้ในหมวด 1 มาตรา 1 เพื่อกำหนดกรอบในการตีความให้ชัดเจนสำหรับการกระทำความผิดกระทำความผิดทางเพศ อันจะเป็นประโยชน์แก่ผู้ใช้กฎหมายให้เกิดความยุติธรรมและ

สอดคล้องกับหลักความชอบด้วยกฎหมายอาญา อีกทั้งสอดคล้องกับลักษณะของกฎหมายอาญาที่
จำต้องบัญญัติให้การกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งเป็นความผิดไว้โดยชัดแจ้งและแน่นอน

4.5.1 วิเคราะห์ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 77

ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 77⁶⁹ เมื่อวิเคราะห์ถึง
ความเหมาะสมในการบัญญัติกฎหมายสำหรับความผิดเกี่ยวกับการคุกคามทางเพศ เนื่องจากการ
คุกคามทางเพศเป็นพฤติกรรมที่ปรากฏอยู่ในสังคมมาอย่างยาวนาน ในอดีตการกระทำการคุกคาม
ทางเพศจะปรากฏพฤติกรรมของการกระทำในสถานที่ทำงานหรือสถานศึกษา ซึ่งกฎหมายได้มีการ
แก้ไขเพิ่มเติมเพื่อคุ้มครองลูกจ้างหรือนักเรียนในสถานศึกษาดังกล่าวแล้ว แต่ทั้งนี้เป็นการ
บัญญัติคุ้มครองสิทธิของลูกจ้างที่จะไม่ถูกคุกคามทางเพศในสถานที่ทำงานเท่านั้น อีกทั้งการทำการ
คุกคามทางเพศต่อบุคคลทั่วไปกฎหมายยังมิได้มีการบัญญัติให้ความคุ้มครองไว้โดยเฉพาะ แม้ใน
ปัจจุบันกฎหมายอาญาได้มีการบัญญัติมาตรา 397 ซึ่งครอบคลุมถึงการคุกคามดังกล่าวแล้ว แต่
กฎหมายฉบับดังกล่าวไม่มีความชัดเจนและแน่นอนว่าครอบคลุมถึงพฤติกรรมการกระทำใดบ้าง
เนื่องจากยังไม่มีกำหนดบทนิยามของคำว่าคุกคามทางเพศไว้โดยเฉพาะ จึงส่งผลให้ให้เกิดการ
ตีความกฎหมายที่กว้างและเป็นการตีความตามอำเภอใจ ประกอบกับคำพิพากษาศาลฎีกายังไม่มีการ
วินิจฉัยสำหรับการคุกคามไว้เป็นบรรทัดฐาน จึงเห็นควรว่าการกระทำความผิดเกี่ยวกับการคุกคาม
ทางเพศนั้นมีความจำเป็นอย่างยิ่ง การบัญญัติกฎหมายเพิ่มเติมเพื่อให้สอดคล้องกับสถานการณ์
สังคมในปัจจุบัน ซึ่งประชาชนได้รับผลกระทบและได้รับความเสียหายเป็นอย่างมาก ทั้งยังกระทบ
ต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน และมีผลกระทบต่อส่วนรวมในวงกว้างด้านสังคม

4.5.2 วิเคราะห์ตามพระราชบัญญัติหลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมายการประเมินผลสัมฤทธิ์ ของกฎหมาย พ.ศ. 2562

⁶⁹ สำนักงานรัฐธรรมนูญ, รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560, พิมพ์ครั้งที่ 1
(กรุงเทพมหานคร : บริษัท พี เพลส จำกัด, 2561), น.20.

วิเคราะห์ สำหรับมาตรา 278⁷⁰ แห่งประมวลกฎหมายอาญา เป็นความผิดฐานกระทำอนาจารที่กระทำต่อบุคคลอายุกว่า 15 ปี ซึ่งคำว่า “อนาจาร” หมายถึงการกระทำต่อเนื้อตัวร่างกายที่ไม่สมควรในทางเพศ แต่ไม่ถึงขั้นข่มขืนกระทำชำเรา หรือพยายามข่มขืนกระทำชำเรา กระทำลงด้วยความต้องการทางเพศหรือความใคร่ทางเพศ เช่น กอด จูบ ลูบ คลำ ซึ่งการกระทำที่เป็นอนาจารนั้นต้องมีการสัมผัสเนื้อตัวร่างกาย แม้จะเป็นการกระทำผ่านเสื้อผ้าก็ตาม⁷¹ ซึ่งแต่เดิมศาลฎีกาได้เคยตีความคำว่าอนาจารไว้ว่าต้องกระทำต่อเนื้อตัวร่างกายของผู้ถูกระทำเท่านั้น หากไม่ได้กระทำต่อเนื้อตัวร่างกายของผู้ถูกระทำ เช่น การกล่าวถ้อยคำ การเขียนภาพ⁷² ก็ไม่ถือเป็นการกระทำอนาจารแต่อย่างใด เพราะมิใช่การกระทำต่อเนื้อตัวร่างกายของผู้ถูกระทำ ซึ่งความผิดสำเร็จของการกระทำอนาจารเมื่อตีความว่าการกระทำอนาจารสำเร็จต่อเมื่อมีการสัมผัสเนื้อตัวร่างกายหรือแตะต้องเนื้อตัวร่างกายของผู้ถูกระทำในทางไม่สมควรก็เป็นความผิดสำเร็จแล้ว⁷³ ทั้งนี้มาตรา 278 มีข้อจำกัดในเรื่องของอายุผู้ถูกระทำ ซึ่งต้องกระทำแก่บุคคลอายุกว่า 15 ปี ถ้าอายุไม่เกิน 15 ปี การกระทำอนาจารต่อบุคคลดังกล่าวจะเป็นความผิดตามมาตรา 279 เนื่องจากกฎหมายได้บัญญัติแยกต่างหากจากกันหากเป็นการกระทำต่อเด็ก แม้เด็กนั้นจะยินยอมให้กระทำก็เป็นความผิดตามมาตรา 279 และแม้จะเป็นการให้ผู้อื่นกระทำต่อตนเองก็ถือเป็นการกระทำอนาจารผู้นั้นได้เช่นกัน ดังนั้นเมื่อ

⁷⁰ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 278 บัญญัติว่า “ผู้ใดกระทำอนาจารแก่บุคคลอายุกว่าสิบห้าปีโดยขู่เจ็ญด้วยประการใด ๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยบุคคลนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขจัดขืนได้ หรือโดยทำให้บุคคลนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบปี หรือปรับไม่เกินสองแสนบาทหรือทั้งจำทั้งปรับ

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่ง เป็นการกระทำโดยใช้วัตถุหรืออวัยวะอื่นซึ่งมิใช่อวัยวะเพศล่วงล้ำอวัยวะเพศหรือทวารหนักของบุคคลนั้น ผู้กระทำต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดหมื่นบาทถึงสี่แสนบาท

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคสอง ได้กระทำโดยทำให้ผู้ถูกระทำเข้าใจว่าผู้กระทำมีอาวุธปืนหรือวัตถุระเบิด ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่เจ็ดปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่หนึ่งแสนสี่หมื่นบาทถึงสี่แสนบาท

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคสอง ได้กระทำโดยมีอาวุธหรือวัตถุระเบิดหรือโดยใช้อาวุธ หรือโดยร่วมกันกระทำความผิดด้วยกันอันมีลักษณะเป็นการโทรมหนุยหรือกระทำกับชายในลักษณะเดียวกัน ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สิบห้าปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่สามแสนบาทถึงสี่แสนบาท หรือจำคุกตลอดชีวิต.

⁷¹ หยุต แสงอุทัย, กฎหมายอาญา ภาค 2-3, พิมพ์ครั้งที่ 10 (กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2548), น.170.

⁷² คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4024/2534 คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1627/2539; คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4836/2547 (deka.in.th).

⁷³ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4024/2534 (deka.in.th).

เปรียบเทียบสาระสำคัญของ การกระทำอนาจารกับการคุกคามทางเพศแล้วพบว่า มีลักษณะที่แตกต่างกัน การคุกคามทางเพศเป็นลักษณะของพฤติกรรมการแสดงออกโดยทางกายและวาจาโดยไม่ได้รับความยินยอม ในขณะที่การกระทำอนาจารเป็นการกระทำต่อเนื้อตัวร่างกายที่มีลักษณะให้เกิดความอับอายทางเพศ ดังนั้นหากจะนำมาตรา 278 หรือ มาตรา 279 มาปรับใช้กับการกระทำ ความผิดการคุกคามทางเพศย่อมเป็นการใช้กฎหมายที่ผิดเจตนารมณ์ของกฎหมายและไม่ถือเป็นกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งที่สามารถปรับใช้กับความผิดเกี่ยวกับการคุกคามทางเพศ เนื่องจากการตีความของคำว่าอนาจาร มีคำพิพากษาศาลฎีกาวินิจฉัยไว้เป็นบรรทัดฐานอย่างชัดเจน ประกอบกับองค์ประกอบของกฎหมายมาตรา 278 และมาตรา 279 แล้วพฤติกรรมของการกระทำต้องมีการสัมผัสเนื้อตัวร่างกาย ดังนั้นหากไม่มีการสัมผัสเนื้อตัวร่างกายย่อมไม่ครบองค์ประกอบของมาตรา 278 และมาตรา 279 จึงไม่สามารถนำมาปรับใช้กับการกระทำการคุกคามทางเพศได้ และแม้จะมีมาตรา 397 แห่งประมวลกฎหมายอาญาบัญญัติครอบคลุมถึงการคุกคามทางเพศไว้ แต่เนื่องจากกฎหมายอาญามาตรา 397 ที่มีอยู่นั้นไม่เพียงพอที่จะลงโทษผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับการคุกคามทางเพศ อีกทั้งยังมีความไม่แน่ชัดของตัวบทกฎหมายในเรื่องการตีความของคำว่าคุกคามว่าครอบคลุมถึงพฤติกรรมใดบ้างและตัวบทกฎหมายนั้นไม่ทันต่อยุคสมัยในสังคมปัจจุบันที่เป็นยุคของเทคโนโลยี ส่งผลให้เกิดพฤติกรรมการคุกคามทางเพศรูปแบบขึ้น ทำให้มาตรา 397 ดังกล่าวไม่สอดคล้องต่อสถานการณ์ในสังคมในปัจจุบันและไม่สอดคล้องหลักประกันของกฎหมายอาญาที่การบัญญัติกฎหมายอาญาต้องบัญญัติให้ชัดเจนแน่นอน (nullum crimen sine lege certa) ซึ่งเป็นไปตามหลักความชัดเจนแน่นอน

วิเคราะห์แล้วเห็นควรบัญญัติกฎหมายความผิดเกี่ยวกับการคุกคามทางเพศ โดยไม่ขัดหรือแย้งต่อหลักของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 77 และยึดหลักประกันของกฎหมายอาญาที่ต้องชัดเจนแน่นอนและหลักความได้สัดส่วนในการลงโทษผู้กระทำความผิดเป็นส่วนประกอบในการบัญญัติเพื่อคุ้มครองสิทธิของผู้ต้องหาหรือจำเลย และการบัญญัติกฎหมายดังกล่าวต้องไม่เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคล โดยไม่กำหนดคุ้มครองเฉพาะเพศใดเพศหนึ่ง อีกทั้งการบัญญัติกฎหมายความผิดเกี่ยวกับการคุกคามทางเพศนี้เป็นการบัญญัติให้ครอบคลุมถึงการกระทำรูปแบบใหม่อันเป็นการกระทำที่เกิดขึ้นในระบบอิเล็กทรอนิกส์ หรือผ่านระบบคอมพิวเตอร์ ที่ทันต่อสถานการณ์ในสังคมปัจจุบัน อันเป็นการคุ้มครองผู้ถูกระทำทั้งในทางกายภาพและในระบบอิเล็กทรอนิกส์ ดังนั้นจึงมีความจำเป็นอย่างยิ่งที่จะบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับการคุกคามทางเพศนี้ไว้ในประมวลกฎหมายอาญา

บทที่ 5

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

5.1 บทสรุป

กฎหมายอาญามุ่งคุ้มครองคุณธรรมทางกฎหมายโดยการหาทางระงับยับยั้งเจตจำนงของมนุษย์ให้อยู่ภายใต้กฎหมายทุกคนและให้ประพฤติปฏิบัติไปในทำนองเดียวกัน ซึ่งการละเมิดประโยชน์หรือคุณค่า จึงเป็นการละเมิดคุณธรรมทางกฎหมาย การคุกคามทางเพศจึงเป็นการละเมิดประโยชน์หรือคุณค่า เป็นการปราศจากความปลอดภัยของร่างกายถือเป็นคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคล

การกระทำอนาจารเป็นการกระทำที่ไม่สมควรทางเพศอันกระทำต่อเนื้อตัวร่างกายภายนอกของผู้กระทำ ซึ่งเป็นคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคล โดยมีพฤติกรรมการกระทำที่ไม่เหมาะสม และเป็นการกระทำที่ไม่สมควรทางเพศทั้งสิ้น รวมถึงการกระทำทางเพศที่ไม่มีการสัมผัสเนื้อตัวร่างกายที่เป็นการกระทำที่ไม่สมควรทางเพศด้วย เรียกว่า “การคุกคามทางเพศ” ส่งผลต่อพฤติกรรมที่ส่งผลกระทบต่อทั้งด้านร่างกายและจิตใจเช่นเดียวกับการกระทำอนาจาร แม้ไม่มีการล่วงละเมิดทางเพศต่ออวัยวะทางเพศหรือช่องปากก็ตาม

ทั้งนี้ในปัจจุบันเทคโนโลยีมีการพัฒนาไปอย่างรวดเร็ว ทำให้การเข้าถึงกันของบุคคลต่อบุคคลมีความสะดวกสบายและรวดเร็วมากยิ่งขึ้น ซึ่งปัญหาความเดือดร้อนต่อผู้ใช้อินเทอร์เน็ตทำให้เกิดปัญหาการคุกคามทางเพศบนอินเทอร์เน็ต อันเป็นการคุกคามทางเพศรูปแบบใหม่นอกเหนือจากการคุกคามทางเพศโดยทั่วไป ซึ่งควรกำหนดให้เป็นความผิดเกี่ยวกับพหุฐานความผิดหนึ่งในประมวลกฎหมายอาญา

การคุกคามทางเพศบนอินเทอร์เน็ตอาจกล่าวได้ว่าเป็นอาชญากรรมคอมพิวเตอร์ ซึ่งอาชญากรรมคอมพิวเตอร์เป็นความผิดที่กระทำขึ้นต่อปัจเจกบุคคลหรือกลุ่มของปัจเจกบุคคลด้วยเหตุจงใจทางอาญา มีเจตนาทำให้เสื่อมเสียชื่อเสียง หรือทำร้ายร่างกายหรือจิตใจของเหยื่อทั้งทางตรงและทางอ้อม โดยใช้เครือข่ายคมนาคมสมัยใหม่ที่เรียกว่า “อินเทอร์เน็ต” รวมทั้งโทรศัพท์เคลื่อนที่ ซึ่งปัจจุบันนิยามคำว่า “อาชญากรรมทางคอมพิวเตอร์” เป็นการกระทำความผิดบนเครือข่ายอินเทอร์เน็ตโดยใช้เครือข่ายอินเทอร์เน็ตเป็นเครื่องมือในการกระทำความผิด หรือผู้กระทำอาจอาศัยความสามารถและคุณสมบัติทางการทำงานที่ไร้พรมแดนของเครือข่าย

คอมพิวเตอร์ในการกระทำความผิดต่อระบบข้อมูลหรือข้อมูลคอมพิวเตอร์ ซึ่งการคุกคามทางเพชบนอินเทอร์เน็ตสามารถปรับเข้ากับประเภทของอาชญากรรมในรูปแบบของการก่ออาชญากรรมหรือรบกวนบนเครือข่ายคอมพิวเตอร์ และเป็นการกระทำที่กระทำบนอินเทอร์เน็ตและเกิดผลในอินเทอร์เน็ต เป็นผลให้การคุกคามทางเพชบนอินเทอร์เน็ตต้องได้รับความคุ้มครองตามหลักสิทธิมนุษยชน

ประเทศไทยอยู่ภายใต้การปกครองระบอบประชาธิปไตย อันมีรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 เป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ สิทธิและความคุ้มครองขั้นพื้นฐานตามกฎหมายรัฐธรรมนูญมุ่งการให้ความคุ้มครองสิทธิและหน้าที่อันพึงมีของประชาชนในประเทศ ซึ่งสิทธิมนุษยชนนี้เป็นประสิทธิประจำตัวของมนุษย์ทุกคนที่จะต้องได้รับในฐานะเป็นมนุษย์ สิทธิมนุษยชนถูกใช้อย่างแพร่หลายนับตั้งแต่ได้มีการก่อตั้งองค์การสหประชาชาติเป็นต้นมา ความมุ่งหมายของสิทธิมนุษยชนในอารัมภบทของกฎบัตรสหประชาชาติกล่าวไว้ว่า “เพื่อเป็นการยืนยันความเชื่อในสิทธิขั้นพื้นฐานของความเป็นมนุษย์ในศักดิ์ศรีและคุณค่าของมนุษยชาติ” ในกฎบัตรสหประชาชาติได้กล่าวถึงสิทธิมนุษยชนในที่ต่าง ๆ เช่น ข้อ 1 ข้อ 13 ข้อ 55 ข้อ 56 ข้อ 62 และข้อ 67 แต่มิได้มีคำนิยามหรือคำอธิบายความหมายของคำว่าสิทธิมนุษยชนไว้ ซึ่งในทางวิชาการมักไม่มีการให้คำนิยามความหมายของสิทธิมนุษยชน นอกจากจะมีการพยายามอธิบายคำปรารภของปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนที่ว่า “โดยการที่ยอมรับนับถือเกียรติศักดิ์ประจำตัว และสิทธิเท่าเทียมกัน มนุษยชนเป็นหลักพื้นฐานแห่งอิสรภาพความยุติธรรมและสันติโลก และสิ่งที่มนุษย์ทุกคนต้องมีอีกคือ เกียรติศักดิ์ประจำตัวหรือศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์”

หลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นส่วนหนึ่งของสิทธิที่อยู่ในกรอบของสิทธิมนุษยชน ในเชิงความหมายศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นรากฐานที่มาของการกำหนดสิทธิแห่งความเป็นมนุษย์หรือหลักสิทธิมนุษยชน แยกเป็นสองคุณค่า ด้านหนึ่งเป็นเรื่องของมนุษย์ และอีกด้านหนึ่งเป็นเรื่องคุณค่าในเชิงศีลธรรม ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่ให้ความสำคัญในความเป็นมนุษย์หรือคุณค่าในความเป็นคนของผู้อื่น ซึ่งเป็นสิทธิที่ติดตัวมนุษย์ทุกคนมาแต่กำเนิด โดยไม่แบ่งแยกด้วยเงื่อนไขอย่างใดอย่างหนึ่ง ดังนั้นบุคคลทุกคนในสังคมจะต้องยอมรับและเคารพความเป็นมนุษย์จะกระทำการใดอันเป็นการละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของผู้อื่นไม่ได้ จึงเป็นสาเหตุที่กฎหมายระดับสากลหรือกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายภายในประเทศของแต่ละประเทศได้ให้การรับรองเพื่อคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตั้งแต่เกิดจนถึงแก่ความตาย

ซึ่งกฎหมายระหว่างประเทศได้มีการรับรองและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนไว้ในกติกาหรือข้อตกลงระหว่างประเทศ และในกฎบัตรสหประชาชาติก็ได้มีการกล่าวถึงสิทธิมนุษยชนรวมถึงได้อภิปรายถึงสิทธิขั้นพื้นฐานของศักดิ์ศรี คุณค่า และสิทธิอันเท่าเทียมกันของชายและหญิงไว้ด้วย

และต่อมาก็ได้มีการจัดทำปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน โดยมีรายละเอียดของสิทธิมนุษยชนไว้อย่างชัดเจน และเป็นเนื้อหาที่นานาประเทศยอมรับและนำหลักการมาเป็นต้นแบบในการจัดทำระบบกฎหมายของตนเองภายในประเทศ ซึ่งประเทศไทยเป็นประเทศหนึ่งที่มีส่วนร่วมลงมติในสมัชชาสหประชาชาติเพื่อให้การรับรองการปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ทำให้ประเทศไทยต้องเคารพต่อการหลักการดังกล่าวในฐานะเป็นรัฐสมาชิกและนำเอาหลักการตามปฏิญญาสากลมาใช้เป็นแนวทางในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนรวมทั้งสิทธิศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ให้สอดคล้องกับหลักสากล

กฎหมายไทยได้รับรองหลักการคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามหลักการของสิทธิมนุษยชนไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2540 ถือเป็นรัฐธรรมนูญฉบับแรกของไทย โดยได้บัญญัติรับรองทั้งสิทธิ เสรีภาพ และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2560 มิได้ระบุไว้โดยตรงแต่มีบางมาตราที่มีนัยสำคัญว่าศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ได้รับความคุ้มครองอยู่ซึ่งปรากฏในมาตรา 4 มาตรา 28 และมาตรา 30

เมื่อการคุกคามทางเพศบนอินเทอร์เน็ตเป็นการกระทำผิดกฎหมายจึงต้องมีการกำหนดให้เป็นความผิดทางอาญา ซึ่งแนวคิดในการบัญญัติความผิดอาญามีขึ้นเพื่ออธิบายการกระทำว่าการกระทำใดควรเป็นความผิดทางอาญา อันมีวิวัฒนาการมา 3 ช่วงด้วยกัน ช่วงแรกเป็นช่วงใช้เกณฑ์ทางศีลธรรมในยุคนี้การผิดศีลธรรมและการกระทำผิดทางอาญาจึงเป็นเรื่องเดียวกัน แต่เมื่อสังคมพัฒนาขึ้น จึงมีความจำเป็นต้องออกกฎหมายอาญาเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยในสังคมขึ้น กฎหมายจึงค่อยเปลี่ยนจากศีลธรรมเป็นกฎหมาย แต่ทั้งศีลธรรมและความผิดทางอาญาก็มิได้แยกจากกันเด็ดขาด บางกรณียังเป็นความผิดทั้งกฎหมายและศีลธรรมเช่นกัน ช่วงที่สองเป็นช่วงใช้เกณฑ์ทางสังคม เป็นการกระทำที่กระทบกระเทือนสังคม เป็นการพิจารณาว่าอาชญากรรมคืออะไร พิจารณาว่าอาชญากรรมเป็นการกระทำที่ทำให้สังคมเสียหาย เป็นสิ่งที่สังคมรับรู้ร่วมกันว่าการกระทำนั้นคืออาชญากรรม แต่อย่างไรก็ดีแนวคิดนี้สร้างความไม่แน่นอนให้กับกฎหมายอาญา เพราะเมื่อเกิดการกระทำใดขึ้นจะหาตัวแทนสังคมมาชี้ว่าการกระทำนั้นเป็นอาชญากรรมและควรถูกลงโทษหรือไม่ และช่วงสุดท้ายเป็นช่วงใช้เกณฑ์ทางกฎหมาย เป็นแนวคิดเสรีนิยมประชาธิปไตยมองว่ากฎหมายที่ลงโทษผู้กระทำความผิดต้องออกมาจากรัฐสภาซึ่งเป็นผู้แทนประชาชน เมื่อรัฐสภาออกกฎหมายที่กำหนดความผิดใดออกมาแล้ว กฎหมายนั้นจะใช้บังคับได้ตามความประสงค์ของประชาชน แม้ว่ากฎหมายที่กำหนดความผิดฐานใหม่จะไม่ได้เกี่ยวข้องกับศีลธรรมเลยก็ตาม

สำหรับการกำหนดความผิดทางอาญาในปัจจุบันจะพิจารณาไปถึงความสงบเรียบร้อยของสังคมเป็นสำคัญ แนวคิดนี้จึงมีความชัดเจนในเรื่องการยอมรับอำนาจนิติบัญญัติที่เป็นผู้กำหนด

ฐานความผิดและบทลงโทษ พร้อมกับแนวทางว่าจะต้องเป็นการลงโทษการกระทำที่กระทบต่อความสงบเรียบร้อยของสังคม ทั้งนี้การใช้กฎหมายอาญาเพื่อเป็นเครื่องมือในการคุ้มครองการอยู่ร่วมกันของบุคคลในสังคมต้องมีขอบเขตที่ชัดเจน มิเช่นนั้นสิทธิและเสรีภาพของบุคคลจะถูกกระทบกระเทือนได้ เนื่องจากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยได้บัญญัติคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลไว้ในมาตรา 4 ดังนั้นแม้รัฐจะมีอำนาจในการบัญญัติกฎหมาย แต่ยังคงคำนึงถึงสิทธิและเสรีภาพของบุคคลภายใต้รัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวด้วย

การบัญญัติความผิดทางอาญาต่าง ๆ มีคุณธรรมทางกฎหมายเป็นพื้นฐานในทางความผิด แม้ผู้บัญญัติจะมีได้กำหนดไว้ก่อนการบัญญัติก็ตาม ซึ่งคุณธรรมทางกฎหมายไม่ใช่สิ่งที่จับต้องได้แต่เป็นคุณค่าในทางความคิดของระเบียบสังคมซึ่งเกี่ยวข้องกับความมั่นคง ความอยู่ดี และเกียรติภูมิของความเป็นอยู่ในสังคม กฎหมายอาญาคือการคุ้มครองคุณธรรมทางกฎหมายโดยการหาทางระงับยับยั้งเจตจำนงของมนุษย์ผู้อยู่ภายใต้กฎหมาย โดยเรียกร้องให้ทุกคนประพฤติปฏิบัติตนเป็นไปในทำนองเดียวกัน คือ ไม่ให้ละเมิดกฎหมายอาญาเพื่อให้เกิดความสงบเรียบร้อยของประชาชน อันเป็นหลักพื้นฐานที่มีอยู่ในกฎหมายทุกระบบ และเกี่ยวกับผลประโยชน์โดยทั่วไปของประชาชนส่วนรวม จึงต้องห้ามมิให้มีการฝ่าฝืน ไม่ว่าจะกฎหมายนั้นจะมีบทบัญญัติเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนกำหนดไว้โดยชัดแจ้งหรือไม่ก็ตาม

เมื่อเกิดความผิดขึ้นในสังคมแล้วรัฐต้องหาวิธีในการกำหนดโทษมาบังคับใช้กับผู้กระทำความผิด ซึ่งการกำหนดโทษก็มีที่มาจากหลากหลายทฤษฎีด้วยกัน ไม่ว่าจะเป็น ทฤษฎีการกำหนดโทษเพื่อทดแทนให้สาสมกับความผิด ทฤษฎีการกำหนดโทษเพื่อป้องกันความผิด ทฤษฎีการกำหนดโทษเพื่อตัดนิสัยผู้กระทำความผิด ทฤษฎีการกำหนดโทษเพื่อตัดผู้กระทำความผิดออกไปจากสังคม และทฤษฎีการกำหนดโทษเพื่อสร้างจิตสำนึก การลงโทษในทางอาญามีจุดประสงค์เพื่อป้องกันมิให้ผู้กระทำความผิดนั้นไม่ให้กระทำความผิดซ้ำอีก และการลงโทษต้องเป็นการลงโทษเพื่อให้เกิดความหวาดกลัว แต่การลงโทษต้องเป็นการลงโทษให้ได้สัดส่วนกับการกระทำความผิด เป็นการกำหนดโทษหนักเบาให้ได้สัดส่วนกับความเสียหายที่เกิดขึ้นต่อสังคมซึ่งหลักนี้สอดคล้องกับทฤษฎีของ Beccaria และการกำหนดโทษให้เหมาะสมกับผู้กระทำความผิด โดยพิจารณาถึงความจริงว่ามนุษย์แต่ละคนมีความสามารถไม่เท่าเทียมกันในการรับผิดชอบ จากบุคคล ลักษณะอุปนิสัย และรวมถึงพฤติการณ์ภายนอกด้วย

การกระทำความผิดอันเป็นการคุกคามทางเพศ มีผู้ให้ความหมายของคำว่า “คุกคามทางเพศ” ไว้ สรุปได้ว่า “คุกคามทางเพศ” หมายถึง การกระทำที่ไม่พึงปรารถนาในทางเพศ เป็นการสร้างความเดือดร้อนรำคาญ หรือกระอักกระอวลใจให้แก่อีกฝ่ายหนึ่ง โดยรูปแบบของการกระทำอยู่ในรูปแบบของการใช้วาจา กิริยาท่าทาง หรือการใช้ข้อความโจมตี โดยมีเจตนาล่วงเกินทางเพศต่อผู้อื่น

ซึ่งการคุกคามทางเพศนี้จะนำทฤษฎีทางชีววิทยามาอธิบายถึงความแตกต่างทางกายภาพระหว่างเพศเข้ามาประกอบ ซึ่งทฤษฎีนี้ชี้ให้เห็นให้ว่าความแตกต่างทางกายภาพได้กำหนดให้เพศชายเป็นผู้รุกราน และเพศหญิงเป็นฝ่ายที่ตกเป็นเหยื่อของการถูกคุกคามทางเพศหรือล่วงละเมิดทางเพศ ดังนั้นรูปแบบของการคุกคามทางเพศในปัจจุบันมีหลากหลายประกอบกับปัจจุบันเป็นยุคของเทคโนโลยี โดยมีอินเทอร์เน็ตเป็นตัวเชื่อมความสัมพันธ์ของมนุษย์บนโลกได้อย่างรวดเร็วและง่ายดาย การคุกคามทางเพศจึงเป็นวิธีที่แปลกใหม่กว่าการคุกคามทางเพศในสมัยก่อน เช่น การส่งข้อความชักชวนทางเพศบนอินเทอร์เน็ต การคุกคามโดยการส่งภาพให้ ประทุษวาจาเหยียดเพศบนอินเทอร์เน็ตในรูปแบบข้อความ หรือการข่มขู่ผ่านทางอินเทอร์เน็ต เป็นต้น ซึ่งการคุกคามทางเพศนี้มีความแตกต่างจากการกระทำอนาจารอย่างชัดเจน ประเด็นสำคัญคือการกระทำอนาจารต้องมีการสัมผัสต่อเนื้อตัวร่างกาย แต่การคุกคามทางเพศไม่จำเป็นต้องมีการสัมผัสเนื้อตัวร่างกาย และขอบเขตของรูปแบบในการกระทำนั้นกว้างกว่าการกระทำอนาจาร

ตามกฎหมายของประเทศไทยการกระทำอนาจารมีกฎหมายบัญญัติไว้โดยเฉพาะตั้งแต่สมัยที่ยังเป็นกฎหมายตราสามดวงเรื่อยมาจนถึงปัจจุบัน คือ ประมวลกฎหมายอาญา แต่สำหรับการคุกคามทางเพศไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้โดยชัดแจ้ง มีเพียงบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 397 ในฉบับปัจจุบันและเป็นเพียงความผิดลหุโทษซึ่งมีอัตราโทษเพียงจำคุกไม่เกินหนึ่งเดือนหรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท ซึ่งมีการแก้ไขเพิ่มเติมเรื่องการคุกคามทางเพศในมาตรา 397 และประกาศลงในราชกิจจานุเบกษา เมื่อไม่นานมานี้เอง

เมื่อศึกษาถึงมาตรการทางกฎหมายของต่างประเทศเกี่ยวกับการกระทำการคุกคามทางเพศทั้ง 4 ประเทศพบว่าอังกฤษและสาธารณรัฐเกาหลีมีบทบัญญัติคุ้มครองถึงการกระทำการคุกคามทางเพศบนอินเทอร์เน็ตไว้โดยเฉพาะ ซึ่งครอบคลุมการกระทำการคุกคามทางเพศโดยการส่งข้อความบนอินเทอร์เน็ตและสื่อทุกรูปแบบ โดยจุดเด่นของผู้กระทำว่าเป็นเจตนาที่จะล่วงเกินทางเพศหรือเป็นการกระทำที่สื่อไปในทางเพศหรือไม่ แต่สำหรับการประทุษวาจาเหยียดเพศบนอินเทอร์เน็ตในสาธารณรัฐเกาหลียังไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้สำหรับการกระทำความผิดนี้มีเพียงการนำกฎหมายใกล้เคียงมาปรับใช้เท่านั้น และในส่วนของประเทศออสเตรเลียและสหพันธรัฐเยอรมนีมีกฎหมายคุ้มครองการกระทำการคุ้มครองทางเพศไว้โดยเฉพาะทั้งในกฎหมายอื่น และในประมวลกฎหมายอาญา อีกทั้งยังคุ้มครองการคุกคามทางเพศในสถานที่ทำงาน อันเกิดจากการถูกหัวหน้างาน หรือนายจ้าง หรือผู้มีอำนาจเหนือคนในตำแหน่งอื่น ๆ คุกคามทางเพศ แต่สำหรับการคุกคามทางเพศบนอินเทอร์เน็ตสำหรับสองประเทศนี้ยังไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นพิเศษ มีเพียงการนำกฎหมายใกล้เคียงมาปรับใช้เท่านั้น

เมื่อวิเคราะห์เปรียบเทียบระหว่างการกระทำอนาจารและการคุกคามทางเพศแล้วเห็นความแตกต่างของทั้งสองการกระทำอย่างชัดเจน จุดที่แตกต่างอย่างเห็นได้ชัดที่สุดคือการสัมผัสเนื้อตัวร่างกายสำหรับการกระทำผิดฐานอนาจาร แต่สำหรับการคุกคามทางเพศนั้นไม่จำเป็นต้องมีการสัมผัสเนื้อตัวร่างกาย แต่เกิดจากวิพากษ์วิจารณ์ การใช้สายตา หรืออยู่ในรูปแบบของการแสดงออกทางกายหรือวาจา อันเป็นการล่วงเกินทางเพศเช่นกัน ซึ่งกฎหมายสำหรับการกระทำอนาจารมีบัญญัติคุ้มครองไว้โดยเฉพาะครอบคลุมและชัดเจน และมีอัตราโทษที่เหมาะสมสำหรับการกระทำผิดเกี่ยวกับเพศ แต่สำหรับการกระทำอันเป็นการคุกคามทางเพศแม้จะมีมาตรา 397 บัญญัติกล่าวถึงการคุกคามไว้แต่ไม่แน่ชัดว่าการคุกคามนั้นครอบคลุมถึงการคุกคามในรูปแบบใดบ้าง อีกทั้งไม่มีบทนิยามให้ความหมายไว้โดยเฉพาะและเนื่องจากกฎหมายเพิ่งได้รับการแก้ไขเพิ่มเติมได้ไม่นานนักจึงยังไม่มีแนวคำพิพากษาศาลฎีกาเกี่ยวกับการคุกคามเป็นบรรทัดฐานประกอบกับระบบกฎหมายของประเทศไทยแม้จะเป็นระบบกฎหมายCivil Law แต่ก็ยังยึดแนวคำพิพากษาศาลฎีกาเป็นหลักในการตีความกฎหมายในความผิดทางอาญา แต่ก็พบกฎหมายอื่นในประเทศไทยที่คุ้มครองถึงการคุกคามทางเพศไว้แต่ก็ยังครอบคลุมไม่ถึงการกระทำบนอินเทอร์เน็ตเช่นกัน คือ พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน และพระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดบางประการต่อการเดินอากาศ กล่าวโดยรวมได้ว่าพระราชบัญญัติทั้งสามฉบับนี้เป็นการคุ้มครองลูกจ้างจากพฤติกรรมล่วงเกินทางเพศของนายจ้างหรือผู้มีอำนาจเหนือตนในการทำงานทุกรูปแบบไม่ว่าจะเป็นข้าราชการพลเรือน การทำงานในรูปแบบของเอกชนหรือการทำงานในรูปแบบอื่นอย่างบนอากาศยาน ซึ่งสอดคล้องกับกฎหมายต่างประเทศที่กล่าวมาข้างต้นคือประเทศออสเตรเลีย และสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

ดังนั้นจึงมีเหตุผล ความจำเป็นและความเหมาะสมในการบัญญัติความผิดฐานคุกคามทางเพศในประมวลกฎหมาย เพราะกฎหมายอาญาต้องมีความชัดเจนแน่นอน ดังนั้นมาตรา 397 มีการบัญญัติถึงองค์ประกอบสำหรับการกระทำผิดฐานนี้นั้นมีลักษณะการตีความกฎหมายเป็นอย่างกว้างจึงไม่ สอดคล้องกับหลักความชอบด้วยกฎหมายอาญาตามมาตรา 2 บุคคลต้องรับโทษทางอาญาตามความผิดฐานคุกคามทางเพศในมาตรา 397 วรรคสองได้นั้นต้องมีการกำหนดไว้อย่างชัดเจนเพียงพอว่าพฤติกรรมทางเพศใดบ้างที่เกิดขึ้นและเป็นการกระทำผิดโดยปราศจากความคลุมเครือหรือข้อสงสัยในการกระทำผิดฐานดังกล่าว อีกทั้งทำให้เกิดปัญหาการตีความของกฎหมายสำหรับผู้ใช้กฎหมาย เนื่องจากไม่มีการกำหนดบทนิยามความหมายของการคุกคามในมาตรา 397 ไว้โดยเฉพาะ และเนื่องจากบทบัญญัตินี้เพิ่งได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมได้ไม่นานจึงยังไม่มีแนวคำพิพากษาศาลฎีกากำหนดขอบเขตและชัดเจนไว้เป็นบรรทัดฐาน จึงเห็นสมควรที่จะมีการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา โดยการกำหนดบทนิยามของการคุกคามทางเพศไว้

โดยเฉพาะในหมวด 1 มาตรา 1 เพื่อกำหนดขอบเขตที่ชัดเจนและแน่นอน เป็นขอบเขตสำหรับการตีความกฎหมายเป็นบรรทัดฐาน และเพิ่มเติมความผิดฐานคุกคามทางเพศโดยการบัญญัติมาตราขึ้นใหม่ทั้งนี้โดยเพิ่มเติมไว้ในภาค 2 ลักษณะ 9 หมวดความผิดเกี่ยวกับเพศโดยเฉพาะ เนื่องจากการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศนั้นส่งผลกระทบต่อสังคมเป็นอย่างมาก อีกทั้งยังเป็นการบัญญัติกฎหมายที่ครบองค์ประกอบความผิดชัดเจน และทันต่อสภาวะการณ์ในสังคมปัจจุบันอีกด้วย

5.2 ข้อเสนอแนะ

1. ควรเพิ่มเติมบทนิยาม ความหมายของการ “คุกคามทางเพศ” ให้ชัดเจน และครอบคลุมถึงพฤติกรรมการคุกคามทางเพศบนอินเทอร์เน็ตไว้ในภาค 1 บทบัญญัติทั่วไป ลักษณะ 1 โดยให้เพิ่มบทนิยามของคำว่า “ล่วงละเมิดทางเพศ” เป็นมาตรา 1 (19) โดยให้เพิ่มความต่อไปนี้

มาตรา 1 (19) “คุกคามทางเพศ” หมายความว่า การละเมิดทางเพศหรือพฤติกรรมใด ๆ ที่ไม่พึงปรารถนาอันเกี่ยวกับเพศ ไม่ว่าจะเป็นการแสดงออกทางวาจา กิริยา ท่าทาง รวมถึงการวิพากษ์วิจารณ์ การจ้องมอง อันเป็นการแสดงออกที่ส่งออกไปในทางเพศ”

2. ควรจะบัญญัติความผิดฐานคุกคามทางเพศอยู่ในภาค 2 ความผิด ลักษณะ 9 ความผิดเกี่ยวกับเพศ โดยเพิ่มความต่อไปนี้เป็นมาตรา 278/1 แห่งประมวลกฎหมายอาญา

มาตรา 278/1 ผู้ใดกระทำความผิดประการใด ๆ อันเป็นการคุกคามทางเพศผู้อื่น โดยกระทำความผิดตั้งแต่สองครั้งขึ้นไป อันควรขายหน้าต่อหน้าธารกำนัลหรือต่อสาธารณสถาน โดยประการที่น่าจะเกิดความเสียหายแก่ผู้อื่น ให้ได้รับความเดือดร้อนรำคาญและอับอายในทางเพศ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ถ้าการกระทำตามวรรคหนึ่งเป็นการกระทำในระบบคอมพิวเตอร์หรือในอุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์ อันมีลักษณะส่งออกไปในทางที่จะล่วงเกินทางเพศ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินเจ็ดปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนสี่หมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

หมายเหตุ :- เหตุผลในการบัญญัติมาตรา 278/1 การบัญญัติความผิดฐานคุกคามทางเพศเนื่องจากการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศและเป็นพฤติกรรมที่เกิดในที่สาธารณสถานจึงส่งผลกระทบต่อความสงบเรียบร้อยของสังคม และเพื่อให้สอดคล้องกับพฤติกรรมกระทำการคุกคามทางเพศในปัจจุบัน อีกทั้งเป็นการเพิ่มประสิทธิภาพในการบังคับใช้กฎหมายเพื่อคุ้มครองผู้ถูกระทำทางเพศ และกำหนดมาตรการลงโทษให้เหมาะสมกับการกระทำความผิดอีกด้วย



บรรณานุกรม

บรรณานุกรม

ภาษาไทย

กฤษดา บุญยสมิต. “กฎหมายตราสามดวง.” สารานุกรมไทยสำหรับเยาวชนโดยพระราชประสงค์ในพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัว เล่มที่ 30 : 124.

กลุ่มเสริมสร้างวินัยและระบบคุณธรรม สำนักบริหารกลาง สำนักงานปลัดกระทรวงสาธารณสุข. “การล่วงละเมิดหรือคุกคามทางเพศ.” จุดสารข่าววินัยและคุณธรรม. ฉบับที่ 1 (2554) : 2-3.

กองพัฒนากฎหมาย สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. “คำอธิบายสาระสำคัญของพระราชบัญญัติหลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมายและการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย พ.ศ. 2562.” พิมพ์ครั้งที่ 1, กองพัฒนากฎหมาย สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา (2562) : 2-6.

เกษมสันต์ วิลาวรรณ. “กฎหมายใหม่.” วารสารข่าว (กุมภาพันธ์, 2551) : 9.

เกษมสันต์ วิลาวรรณ. คำอธิบายกฎหมายแรงงาน. พิมพ์ครั้งที่ 12. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2551.

คณพล จันทร์หอม. คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิด เล่ม 3 ลักษณะ 1 ถึงลักษณะ 9. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2516.

คณิต ฒ นคร. กฎหมายอาญา ภาคทั่วไป. พิมพ์ครั้งที่ 7. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2563.

คณิต ฒ นคร. กฎหมายอาญาภาคความผิด. พิมพ์ครั้งที่ 11. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2559.

คณิต ฒ นคร. พื้นฐานความรู้เกี่ยวกับกฎหมายอาญา. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2553.

จรัญ โฆษณานันท์. สิทธิมนุษยชนไร้พรมแดน: ปรัชญา กฎหมาย และความเป็นจริงทางสังคม. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2545.

จอมพล พิทักษ์สันตโยชิน. “การคุกคามทางเพศบนอินเทอร์เน็ต : ศึกษาเปรียบเทียบมาตรการทางกฎหมายไทยในประเทศไทย อังกฤษ และสาธารณรัฐเกาหลี.” วารสารกฎหมายและนโยบายสาธารณสุข. ฉบับที่ 2. ปีที่ 6 (กรกฎาคม-ธันวาคม, 2563) : 367-376.

จิตติ ดิงศภัทย์. คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 1. พิมพ์ครั้งที่ 8. กรุงเทพมหานคร : สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2548.

จิตติ ดิงศภัทย์. คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 2 และภาค 3. พิมพ์ครั้งที่ 5. กรุงเทพมหานคร : สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2539.

- จุมพล ลำภาพล. “พันธกรณีระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชนของไทย.” วารสารศาลรัฐธรรมนูญ เล่มที่ 59. ปีที่ 20 (พฤษภาคม-สิงหาคม, 2561) : 15.
- เจนวิทย์ นวลแสง, ภัทรภรณ์ เกษตรสาระ และ อชิรญา ภู่งงศกร. “ความรับผิดชอบทางอาญาและการเยียวยาผู้เสียหายจากการคุกคามทางเพศศึกษากรณี ประเทศไทย สหพันธ์รัฐเยอรมนี และเครือรัฐออสเตรเลีย.” วารสารการเมือง การบริหาร และกฎหมาย. ฉบับที่ 2. ปีที่ 8 (พฤษภาคม-สิงหาคม 2559) : 331-352.
- ชัชวาล์ สุขสมจิตร. “เครื่องมือในการส่งเสริม ปกป้อง และคุ้มครองสิทธิมนุษยชน.” วารสารศาลรัฐธรรมนูญ. เล่มที่ 59. ปีที่ 20 (พฤษภาคม-สิงหาคม 2561) : 32.
- ชิดชนก แผ่นสุวรรณ. “ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและอนาจาร : ศึกษาตั้งแต่สมัยกฎหมายตราสามดวงถึงประมวลกฎหมายอาญา.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2548.
- ไชยันต์ กุลนิตติ. “ความเบื้องต้นเกี่ยวกับการคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์โดยศาลรัฐธรรมนูญ.” วารสารศาลรัฐธรรมนูญ. เล่มที่ 52. ปีที่ 18 (มกราคม-เมษายน, 2559) : 66-68.
- ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ. กฎหมายอาญา ภาคทั่วไป. พิมพ์ครั้งที่ 22. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2564.
- ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ. คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคความผิดและละหุโทษ. พิมพ์ครั้งที่ 14. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2560.
- ทิพวัลย์ ศรีรักษา. “ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับกรณีการคุกคามทางเพศโดยการเฝ้าติดตามก่อให้เกิดความเดือดร้อนรำคาญ ข่มขู่.” สารนิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยศรีปทุม, 2561.
- ทิพวัลย์ ศรีรักษา. “ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับกรณีการคุกคามทางเพศโดยการเฝ้าติดตามก่อให้เกิดความเดือดร้อนรำคาญ และข่มขู่.” สารนิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยศรีปทุม, 2561.
- ธงทอง จันทรางศุ. กฎหมายไทยในยุครัตนโกสินทร์ตอนต้น. กรุงเทพมหานคร : คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2529.
- ธีรวัฒน์ วงศาสุวรรณ. “ผลกระทบของมาตรา 77 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560.” เอกสารวิจัยส่วนบุคคล หลักสูตรวิทยาลัยป้องกันราชอาณาจักรลักษณะวิชา การเมือง, 2560.

นัยรัตน์ งามแสง. “อาชญากรรมคอมพิวเตอร์ : ศึกษาเพาะกรณีปัจจัยที่มีผลต่อการเกิดปัญหาอาชญากรรมบนอินเทอร์เน็ต.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะสังคมสงเคราะห์ศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2547.

บรรหาญ จงเจริญประเสริฐ. “สิทธิมนุษยชนในบริบทของสังคมไทย.” วารสารศาลรัฐธรรมนูญ. เล่มที่ 52. ปีที่ 18 (มกราคม-เมษายน 2559) : 131.

บัญญัติ ทำของดี. “การกระทำอันเป็นการล่วงละเมิดหรือคุกคามทางเพศ.” วารสารหมออนามัย (มกราคม-กุมภาพันธ์ 2554) : 1-2.

บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ. หลักการใช้อำนาจขององค์กรที่ต้องคำนึงถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ. กรุงเทพมหานคร : สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2549.

ปกป้อง ศรีสนิท. “การแก้ไขปัญหากฎหมายอาญาที่ไม่จำเป็น ด้วยการออกกฎหมายที่ไม่จำเป็น.” The101.World (มิถุนายน 2562) : 1-2.

ปกป้อง ศรีสนิท. กฎหมายอาญาชั้นสูง. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2564.

ปกป้อง ศรีสนิท. สิทธิมนุษยชนในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2563.

ปาริชาติ มั่นสกุล. “การกำหนดมาตรการทางอาญาเกี่ยวกับการโจมตีค่าเงินบาท.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2546.

ปยุตดา บุญจันทร์. “การรับโทษหนักขึ้น : ศึกษากรณีการล่วงละเมิดทางเพศของผู้มีอำนาจบังคับบัญชากระทำต่อผู้ใต้บังคับบัญชา.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2556.

เปี่ยมสุข นาคทอง. “ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการกำจัดสิทธิของผู้เคยต้องโทษจำคุกในการรับราชการ : ศึกษากรณีข้าราชการพลเรือนสามัญ.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ปริทัศน์ พนมยงค์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2556.

พจนานุกรมศัพท์สังคมวิทยาอังกฤษ-ไทย ฉบับราชบัณฑิตยสถาน. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์รุ่งศิลป์การพิมพ์, 2554.

พนิดา ไรจน์รัตนชัย. “ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการคุกคามทางเพศในหน่วยงานราชการ.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ปริทัศน์ พนมยงค์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2553.

พนิดา ไรจน์รัตนชัย. “อย่างไรจึงเป็นการล่วงละเมิดหรือคุกคามทางเพศตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551.” สำนักงานมาตรฐานวินัย สำนักงาน ก.พ. : 1.

- พรธิดา เอี่ยมศิลา. “ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับผู้กระทำความผิดเพื่อประกอบการดำเนินคดีอาญา.”
วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์, 2549.
- พรวา วิกานราษฎร์. “การคุกคามทางเพศต่อสตรีในที่ทำงาน.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต
คณะสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยเกษตรศาสตร์, 2554.
- พินศิริ นามสีฐาน. “ความผิดเกี่ยวกับเพศ : ศึกษากรณีการล่วงเกินทางเพศ.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต
คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2543.
- รักรัชมิตา โพธิ์พิทักษ์กุล. “มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการคุกคามทางอินเทอร์เน็ต
(Cyberstalking).” สารนิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยกรุงเทพ, 2550.
- วิมนา ธรรมปรีชา. “การคุกคามทางเพศ.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะสังคมวิทยาและมนุษยวิทยา
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2533.
- วิวรรณ คำรงค์กุลนันท์. “ขอบเขตการกระทำชำเรา การกระทำอนาจาร และการคุกคามทางเพศ.”
วารสารนิติศาสตร์ ปีที่ 48 : 1 (มีนาคม 2562) : 111-113.
- วิสุรินทร์ มูลละ. “หลักสิทธิมนุษยชน.” วารสารศาลรัฐธรรมนูญ. เล่มที่ 64. ปีที่ 22 (มกราคม-
เมษายน 2563) : 208.
- สมสรรค์ อธิเวสส์. “การคุกคามทางเพศบนสังคมเครือข่าย (Sexual Harassment on Social
Network).” วารสารวิชาการฉบับมนุษยศาสตร์ สังคมศาสตร์ และศิลปะ. ฉบับที่ 3.
ปีที่ 7 (กันยายน-ธันวาคม 2557) : 902.
- สาวตรี สุขศรี. “อาชญากรรมคอมพิวเตอร์/ไซเบอร์ กับทฤษฎีอาชญาวิทยา.” วารสารนิติศาสตร์
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ฉบับที่ 2. ปีที่ 46 (มิถุนายน 2560) : 418-419.
- สำนักงานรัฐธรรมนูญ. รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560. พิมพ์ครั้งที่ 1.
กรุงเทพมหานคร : บริษัท พี เพลส จำกัด, 2561.
- สุกมพงษ์ ชานวงค์. บทวิเคราะห์ข้อมูล สถานการณ์ และเชื่อมโยงเพื่อวางทิศทางแผนสิทธิมนุษยชน
แห่งชาติ. (ฉบับที่ 3, 2557-2561). กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์คณะรัฐมนตรีและ
ราชกิจจานุเบกษา, 2556.
- สุดาสิริ วศวงศ์. คำอธิบายกฎหมายคุ้มครองแรงงาน. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติบรรณาการ,
2543.
- สุนันต์ ตั้งเจริญกิจกุล. “ความผิดเกี่ยวกับเพศ : ศึกษาเปรียบเทียบความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา
กับการกระทำอนาจาร.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2552.

สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล และคณะ. กฎหมายด้านการคุ้มครองและสิทธิและเสรีภาพในกระบวนการยุติธรรมที่ไม่สอดคล้องกับหลักพื้นฐานและพันธกรณีระหว่างประเทศรวมทั้งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย. กรุงเทพมหานคร : กรมคุ้มครองสิทธิเสรีภาพ กระทรวงยุติธรรม, 2547.

สุริสา นิยมรัตน์. “ความผิดอาญา : กรณีการคุกคามทางเพศ.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์, 2560.

สุวัณชัย ใจหาญ. คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 3 ความผิดลหุโทษ มาตรา 367-398 พร้อมตัวอย่างและคำพิพากษาฎีกาประกอบ. กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์มิตรสยาม, 2527.

หยุด แสงอุทัย. กฎหมายอาญา ภาค 2-3. พิมพ์ครั้งที่ 11. กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553.

หยุด แสงอุทัย. กฎหมายอาญา ภาคทั่วไป. พิมพ์ครั้งที่ 11. กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2516.

อภิรัตน์ เพ็ชรศิริ. ทฤษฎีอาญา. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2556.

อัจฉริยา ชูตินันท์. คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิด. พิมพ์ครั้งที่ 5. กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2556.

อัจฉริยา ชูตินันท์. อาชญาวิทยาและทัณฑวิทยา. พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2563.

อุดม รัฐอมฤต, นพนธิ สุริยะ และบรรเจิด สิงคะเนติ. การอ้างศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ หรือใช้สิทธิและเสรีภาพของบุคคลตามมาตรา 28 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540. กรุงเทพมหานคร : ห้างหุ้นส่วนจำกัด นานาสิ่งพิมพ์, 2544.

อุดม รัฐอมฤต. “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์รากฐานของสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ.” วารสารศาลรัฐธรรมนูญ. เล่มที่ 59. ปีที่ 20. (พฤษภาคม-สิงหาคม 2561) : 267-268.

อุดมศักดิ์ สินธิพงษ์. สิทธิมนุษยชน. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2552

อุดมศักดิ์ สินธิพงษ์. สิทธิมนุษยชน. พิมพ์ครั้งที่ 6. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2561.

เอกพร รักความสุข. เจตนารมณ์ของกฎหมายคุ้มครองแรงงานฉบับใหม่. พิมพ์ครั้งที่ 2. คณะกรรมการกิจการสังคม พรรคความหวังใหม่, 2541.

เอดูร์ และเสริม วินิจฉัยกุล. คำบรรยายกฎหมายอาชญา มหาวิทยาลัยวิชาธรรมศาสตร์และการเมือง พ.ศ. 2477. กรุงเทพมหานคร : ร้านกาญจนพิมพ์ดีด, 2477.

ภาษาต่างประเทศ

- Australian Human Rights Commission. "Sexual Harassment-Code of Practice for Employers."
<https://humanrights.gov.au/our-work/sex-discrimination/publications/sexual-harassment-code-practice-employers-2004>, 13 November 2020.
- Diana Kadue. Preventing Sexual Harassment: A Fact Sheet for Employees. In Public Administration (Dushkin: McGraw-Hill.
- Ellen Bravo and Ellen Cassidy. The 9 to 5 Guide to Combating Sexual Harassment. New York: John Wiley & Sons Inc, 1992.
- Garner, Bryan A. Black's Law Dictionary, 2004.
- Gary N' Poell. Women and Men in Management, 2nd Edition. California; SAGE Publications Inc, 1993.
- Gasley Jenny. Germany: Law Protecting Journalists from Online Harassment. International Law September, 2019.
- Hazel Houghton-James, Sexual Harassment. London: Cavendish Publishing, 1995.
- Judith B. Brandenburg. Confronting Sexual Harassment: what schools and colleges can do. New York: Teacher College Press, Columbia University, 1997.
- Mackinnon, Catharine A. Sexual harassment of working women: a case of sex discrimination. New Haven: Yale University Press, 1979.
- Mohamed Chawki & Yassin el Shazly. Online Sexual Harassment: Issue & Solutions. Bluebook 21st Ed.
- Susan A. Basow. Gender stereotypes and roles, 3rd Edition. California: Books and Cole Publications Inc, 1992.

ประวัติผู้เขียน

ชื่อ นามสกุล

ชลธิชา ธีระแก้ว

ประวัติการศึกษา

พ.ศ. 2558 นิติศาสตรบัณฑิต มหาวิทยาลัย

บูรพา

พ.ศ. 2560 ประกาศนียบัตรวิชาว่าความ รุ่น 48

สำนักฝึกอบรมวิชาว่าความแห่งสภานายความ

ตำแหน่งและสถานที่ทำงานปัจจุบัน

ทนายความ

