

บทที่ 4

วิเคราะห์กฎหมายเกี่ยวกับการล่วงละเมิดทางเพศในประเทศไทย

ดังที่กล่าวมาแล้วในบทที่ 2 ว่าการล่วงละเมิดทางเพศ เป็นการกระทำอันถือได้ว่าเป็นการละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์อย่างหนึ่ง แม้ลักษณะการกระทำบางอย่างที่อาจไม่ถึงขั้นรุนแรงโหดร้าย แต่เป็นการประพฤติปฏิบัติที่มนุษย์ไม่ควรกระทำต่อมนุษย์ด้วยกันเช่นนั้น ไม่ว่าจะเป็นการกระทำทางกายภาพ หรือการกล่าวจาอันเป็นการลบหลู่ ดูหมิ่นผู้อื่นอย่างรุนแรงในเรื่องเพศ หรือการกระทำใดอันแสดงให้เห็นถึงการไม่เคารพนับถือศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของผู้อื่น จึงถือได้ว่าเป็นการละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ที่มนุษย์ทุกคนสมควรปฏิบัติต่อเพื่อนมนุษย์ด้วยกัน

คำว่า การล่วงละเมิดทางเพศ ไม่ใช่คำใหม่สำหรับสังคมไทย เป็น พฤติกรรมที่เกิดขึ้นมานานแล้วในสังคมไทย แต่สังคมไทยยังไม่มีความรู้ความเข้าใจที่แท้จริงเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าว ซึ่งการล่วงละเมิดทางเพศมีความหมายที่ซับซ้อนและไม่ชัดเจน เป็นสิ่งที่เกิดขึ้นเมื่อมีความสัมพันธ์ทางอำนาจที่ไม่เท่าเทียมกัน เมื่ออีกฝ่ายหนึ่งมีอำนาจเหนือกว่าอีกฝ่ายหนึ่ง ก็อาจจะมีการกระทำที่อาศัยโอกาสที่ตนมีอำนาจเช่นนั้นในการแสวงหาผลประโยชน์ในทางเพศเพื่อสนองความต้องการของตนเอง โดยเฉพาะปัญหาดังกล่าวมักจะเกิดขึ้นในสถานที่ทำงาน เนื่องจากความสัมพันธ์ในการทำงานก่อให้เกิดปฏิสัมพันธ์ระหว่างบุคคลในที่ทำงานเสมอ อาจทำให้ผู้ที่ตกเป็นเหยื่อของการล่วงละเมิดทางเพศในที่ทำงานจำต้องยอมรับสภาพดังกล่าวอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ เพราะเหตุว่ากลัวมีผลกระทบที่จะได้รับในการทำงาน กลัวว่าจะมีปัญหากับผู้กระทำอันอาจทำให้ไม่สามารถที่จะทำงานได้ หรือแม้กระทั่งไม่กล้าร้องเรียนเอาผิดเนื่องจากเกรงกลัวอิทธิพลของผู้กระทำความผิดเป็นเหตุให้ผู้ถูกกระทำรู้สึกอึดอัด เสียสุขภาพจิตและสุขภาพกาย รวมทั้งก่อให้เกิดความเสียหายในเชิงเศรษฐกิจทั้งต่อตัวผู้ถูกกระทำหรือหน่วยงาน องค์กรที่เกี่ยวข้อง อันมีผลกระทบในวงกว้างต่อสังคมรวมทั้งความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนด้วย

ดังนั้นจะเห็นได้ว่าปัญหาการล่วงละเมิดทางเพศเป็นปัญหาสำคัญที่มีผลกระทบหลายด้าน ซึ่งในหลายๆ ประเทศได้ให้ความสำคัญและได้ออกกฎหมายกำหนดให้เป็นความผิดและมีบทลงโทษที่ชัดเจนรวมถึงมีมาตรการต่างๆ ที่จะป้องปรามการกระทำดังกล่าว ส่วนในกรณีของประเทศไทยมีกฎหมายที่ใช้บังคับเกี่ยวข้องกับการล่วงละเมิดทางเพศ คือ ตามประมวลกฎหมายอาญา พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 และแก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2551 และ

พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 ซึ่งกฎหมายดังกล่าวมีบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการล่วงละเมิดทางเพศ ทั้งนี้ ผู้เขียนจึงเห็นควรศึกษาเกี่ยวกับความเหมาะสมของกฎหมายและบทลงโทษของกฎหมายต่างๆ ที่มีบังคับใช้อยู่ในปัจจุบันของไทยว่ามีความเหมาะสมกับสภาพปัญหาและสภาพสังคมไทยในปัจจุบันหรือไม่ เพียงใด โดยจะได้นำกฎหมายรวมทั้งแนวทางอื่นๆ ในการควบคุมและคุ้มครองบุคคลผู้ได้รับผลร้ายจากกระทาานั้นของต่างประเทศ มาพิจารณาเปรียบเทียบในการพัฒนา ปรับปรุง แก้ไขกฎหมายเกี่ยวกับการล่วงละเมิดทางเพศของไทยต่อไป

4.1 การล่วงละเมิดทางเพศตามประมวลกฎหมายอาญา

จากการศึกษาการล่วงละเมิดทางเพศในประเทศไทยนั้น เห็นได้ว่ากฎหมายที่เกี่ยวข้องเกี่ยวกับเรื่องการล่วงละเมิดไม่ได้บัญญัติให้คำนิยามหรือคำจำกัดความของคำว่า “การล่วงละเมิดทางเพศ” ไว้ว่ามีความหมายอย่างไร มีเพียงความเห็นจากนักวิชาการและนักกฎหมายหลายท่านได้ให้คำจำกัดความของการล่วงละเมิดทางเพศไว้ ซึ่งพอจะสรุปได้ว่า “การล่วงละเมิดทางเพศ” หมายถึง การกระทำใดๆ ที่แสดงอำนาจหรือทำให้ผู้อื่นหวาดกลัว โดยการแสดงอาการนั้นเป็นการเกินสมควรและล่วงจารีตประเพณีหรือจรรยาบรรณด้วยการลวนลาม ดูหมิ่น หรือหมิ่นประมาทในทางเพศอันเป็นพฤติกรรมที่ผู้ถูกกระทำไม่พึงประสงค์และไม่พึงปรารถนา โดยเฉพาะในกรณีที่เป็นการล่วงละเมิดในที่ทำงานเป็นกรณีลักษณะของการกระทำที่เป็นการแสวงหาผลประโยชน์ในทางเพศ โดยผู้กระทำอาศัยโอกาสที่ตนเองมีสถานะภาพหรือมีอำนาจเหนือผู้ถูกกระทำมากระทำการดังกล่าว ซึ่งพฤติกรรมการล่วงละเมิดทางเพศในที่ทำงานสามารถแยกได้เป็น 2 ประเภทใหญ่ๆ คือ

1. เสนอเงื่อนไขทางการทำงานเพื่อแลกเปลี่ยนกับผลประโยชน์ทางเพศ ซึ่งหากผู้ถูกกระทำไม่ยินยอมตามเงื่อนไขนั้นอาจได้รับผลกระทบต่อนหน้าที่การทำงานที่กระอยู่ เช่น อาจถูกโยกย้ายโดยไม่เป็นธรรม ไม่ได้รับการเลื่อนขั้นหรือไม่ได้รับการสนับสนุนในหน้าที่การทำงาน ซึ่งในกรณีการล่วงละเมิดประเภทนี้ ผู้กระทำความผิดมักจะเป็นผู้ที่มีอำนาจบังคับบัญชาหรือมีอำนาจเหนือหรือสถานภาพเหนือกว่าผู้ถูกกระทำ

2. การกระทำทางกายภาพ กิริยาท่าทางหรือทางวาจา เช่น การถือโอกาสแตะเนื้อต้องตัว พุดจาสองแง่สองง่าม การแสดงความชื่นชมโดยมีนัยในทางเพศ การแสดงสีหน้าท่าทางเจ้าชู้ กรู๋มกริ่ม เป็นต้น โดยผู้กระทำการล่วงละเมิดทางเพศประเภทนี้ อาจเป็นผู้ที่มีอำนาจหรือสถานภาพเหนือกว่า หรืออาจจะมาร่วมงานก็ได้

จากลักษณะพฤติกรรมการล่วงละเมิดทางเพศที่กล่าวมาแล้ว ตามประมวลกฎหมายอาญาบทบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศ ในภาค 2 ลักษณะ 9 ความผิดเกี่ยวกับเพศ มาตรา 276-287

ซึ่งได้กำหนดความผิดไว้แตกต่างกันตามลักษณะความรุนแรงของการกระทำความผิด แต่ไม่ได้บัญญัติความผิดเกี่ยวกับการล่วงละเมิดทางเพศไว้โดยเฉพาะ แต่อย่างไรก็ตามพฤติกรรมการล่วงละเมิดทางเพศบางลักษณะอาจจะเป็นความผิดเกี่ยวกับเพศได้ เช่น ความผิดฐานข่มขืน กระทำชำเรา ความผิดฐานอนาจาร ความผิดฐานกระทำการอันควรขายหน้าต่อหน้าธารกำนัล และการล่วงละเมิดทางเพศอาจจะเป็นการกระทำความผิดเดียวผิดกฎหมายหลายบท เนื่องจากลักษณะของการกระทำการล่วงละเมิดทางเพศอาจก่อให้เกิดความผิดฐานอื่นตามประมวลกฎหมายอาญา ด้วยซึ่งจะได้ศึกษาต่อไป โดยจะกล่าวถึงเฉพาะลักษณะของการกระทำอันเป็นองค์ประกอบ ภายนอกของความผิดแต่ละฐานเพื่อเปรียบเทียบกับลักษณะการล่วงละเมิดทางเพศว่ามีลักษณะการกระทำที่เหมือนหรือแตกต่างกันอย่างไร

(1) ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 วรรคแรก บัญญัติว่า “ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นโดยขู่เข็ญด้วยประการใดๆ โดยใช้กำลังประทุษร้ายโดยผู้อื่นนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้ผู้อื่นนั้นเข้าใจผิดคิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปีและปรับตั้งแต่แปดพันบาทถึงสี่หมื่นบาท”

ในส่วนของผู้กระทำ คำว่า “ผู้ใด” หมายถึง หญิงหรือชายก็ได้ แม้ตามสภาพของการกระทำผู้กระทำจะมีได้แต่ชายเท่านั้นแต่หญิงก็เป็นตัวการร่วมด้วยได้¹ กล่าวคือ แม้ผู้ที่ลงมือข่มขืนกระทำชำเราโดยสภาพความเป็นจริงต้องเป็นชายด้วยเหตุเพราะถูกกระทำนั้นเป็นหญิง ตัวผู้ลงมือกระทำด้วยตนเองจึงเป็นชาย หญิงไม่อาจกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศการข่มขืนกระทำชำเราโดยลำพังได้ แต่ทั้งนี้หญิงอาจร่วมกับชายกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราได้โดยเป็นตัวการร่วมกันตามมาตรา 83 เพราะผู้ที่เป็นตัวการร่วมกันไม่จำเป็นต้องลงมือกระทำชำเราหญิงเอง แต่อาจกระทำความผิดโดยการแบ่งหน้าที่กันทำ เช่น ช่วยจับแขนหรือขาไว้เพื่อให้ชายข่มขืนกระทำชำเรา²

คำว่า “ข่มขืน” หมายถึง เป็นการข่มขืนใจ³ การใช้กำลังหรือใช้อำนาจบังคับหรือกระทำโดยผู้อื่นไม่ยินยอมหรือไม่สมัครใจ ดังนั้นความยินยอมของผู้อื่นจึงเป็นสาระสำคัญของความผิดฐานนี้ เพราะถ้ายินยอมแล้วย่อมไม่เป็นการข่มขืน ทั้งนี้ความยินยอมต้องเกิดจากความสมัครใจของผู้อื่นถ้ายินยอมโดยไม่สมัครใจหรือไม่อยู่ในฐานะที่จะให้ความยินยอมได้ย่อมเป็นการข่มขืน⁴ และความยินยอมนั้นต้องมีในขณะกระทำชำเราด้วย นอกจากนี้หากความยินยอมเป็นไปโดย

¹ ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ. เล่มเดิม. หน้า 402.

² คำพิพากษาฎีกาที่ 250/2510.

³ หยุต แสงอุทัย ข (2553). กฎหมายอาญามาตรา 2-3. หน้า 167.

⁴ ประสิทธิ์ พัฒนอมร. (2527). ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา. หน้า 24.

ไม่สมัครใจ เช่น กลัวถูกฆ่า เกรงกลัวอิทธิพลที่ผู้กระทำผิดบีบบังคับขึ้นใจให้ผู้ถูกกระทำจำต้องยินยอมด้วยเหตุผลบางประการที่ไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ก็ไม่ถือว่าเป็นการยินยอมเช่นกัน

คำว่า “กระทำชำเรา” หมายถึง การร่วมประเวณีธรรมดา ดังนั้นการร่วมประเวณีผิดธรรมดาจึงไม่เป็นการข่มขืนกระทำชำเรา เช่น การสำเร็จความใคร่ด้วยปาก แต่อย่างไรก็ตามได้มีการแก้ไขกฎหมายความผิดเกี่ยวกับเพศ ในปี พ.ศ. 2550 มีการแก้ไขคำว่า กระทำชำเราตามมาตรา 276 ใหม่

มาตรา 276 วรรคสอง บัญญัติว่า “การกระทำชำเราตามวรรคหนึ่ง หมายความว่า การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำโดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำ กระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น หรือการใช้สิ่งกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น” โดยกฎหมายใหม่นี้ได้ขยายความคำว่า “กระทำชำเรา” ไปจากกฎหมายเดิม กล่าวคือในแง่ของผู้กระทำและผู้ถูกกระทำ จะเป็นเพศเดียวกันหรือต่างเพศกันก็ได้และอาจเป็นคู่สมรสกันก็ได้ ส่วนในแง่ของการกระทำ การกระทำไม่จำเป็นต้องมีการล่วงล้ำหรือสอดใส่ก็ได้ เพราะมาตรา 276 วรรคสองใช้คำว่า “กระทำกับ” ดังนั้น การสำเร็จความใคร่โดยใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำ กระทำกับปากของผู้ถูกกระทำ ก็เป็นการกระทำชำเราตามกฎหมายใหม่แล้ว

การข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นตามมาตรานี้สามารถกระทำได้โดยวิธีหนึ่งวิธีใดดังต่อไปนี้

(ก) การขู่เข็ญด้วยประการใดๆ จะกระทำโดยทางวาจาหรือทางร่างกายก็ได้ เป็นการกระทำต่อผู้อื่นโดยตรงหรือต่อบุคคลอื่นซึ่งเกี่ยวข้องกับผู้ถูกกระทำก็ได้ นอกจากนั้นจะเป็นการกระทำต่อทรัพย์ก็ได้ การขู่เข็ญไม่จำเป็นต้องเป็นการกระทำในลักษณะที่ไม่ชอบตามกฎหมายเพราะแม้เป็นการขู่เข็ญให้กระทำการอันชอบด้วยกฎหมาย จนเป็นเหตุให้ผู้อื่นกลัวถึงขนาดยินยอมให้กระทำชำเราโดยไม่สมัครใจ ก็ถือว่าเป็นการขู่เข็ญตามความหมายนี้แล้ว

(ข) ใช้กำลังประทุษร้าย มีความหมายตามคำนิยามในมาตรา 1 (6) คือทำการประทุษร้ายแก่กายหรือจิตใจของบุคคลไม่ว่าจะทำด้วยแรงกายภาพหรือวิธีอื่นใด และให้หมายความรวมถึงการกระทำใดๆ ซึ่งเป็นเหตุให้บุคคลหนึ่งบุคคลใด อยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ ไม่ว่าจะโดยใช่ยาทำให้มีเมามา สะกดจิต หรือใช้วิธีอื่นใดอันคล้ายคลึงกัน การใช้กำลังประทุษร้ายนั้นต้องเป็นการใช้กำลังในทางกายภาพ ดังนั้นหากเป็นการกระทำต่อเสรีภาพ ชื่อเสียง หรือทรัพย์สิน ไม่อยู่ในความหมายของการใช้กำลังประทุษร้าย⁷

⁵ เกียรติจิกร วัจนะสวัสดิ์. (2550, พฤศจิกายน). กฎหมายอาญาภาคความผิด เล่ม 2. หน้า 306.

⁶ สุปิน พูลทรัพย์. (2521). คำอธิบายเรียงมาตราประมวลกฎหมายอาญา ตอน 4. หน้า 40.

⁷ จิตติ ดิงศักดิ์. เล่มเดิม. หน้า 724.

(ค) อยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขึ้นได้ หมายถึง จำยอมโดยไม่สมัครใจ ภาวะที่ไม่สามารถขัดขึ้นได้อาจมีอยู่ก่อนก่อนการกระทำชำเราก็ได้ หรือภาวะนั้นอาจเกิดขึ้นจากการกระทำของผู้กระทำหรืออาจจะเกิดจากตัวผู้ถูกระทำก็ได้ ซึ่งหากเป็นการกระทำที่เกิดจากผู้กระทำ ก็อาจจะเป็นการประทุษร้ายตามตรา 1 (6) ก็ได้ แต่อย่างไรก็ตามผู้เขียนเห็นว่า การกระทำที่ทำให้ผู้ถูกระทำอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขึ้นได้นั้น ลักษณะของการกระทำเน้นภาวะของร่างกายทางกายภาพที่ไม่สามารถขัดขึ้นได้ ไม่น่าจะรวมถึงภาวะทางด้านจิตใจที่อยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขึ้นได้ เช่น ในกรณีที่เป็นการข่มขืนกระทำชำเราในสถานที่ทำงานโดยผู้กระทำเป็นผู้ที่มีอำนาจบังคับบัญชา บังคับฝืนใจผู้ได้บังคับบัญชาให้จำต้องยินยอมทำให้ผู้ถูกระทำอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขึ้นได้ไม่เข้ากรณีนี้ แต่อย่างไรก็ตามการกระทำโดยใช้อำนาจที่เหนือกว่าในลักษณะดังกล่าว ถือได้ว่าเป็นการขู่เข็ญด้วยประการใดๆ เพราะการขู่เข็ญไม่จำเป็นต้องเป็นการกระทำทางร่างกายเท่านั้น

(ง) ทำให้เข้าใจผิดว่าเป็นบุคคลอื่น เป็นการทำให้สำคัญผิดในตัวบุคคลเป็นคนละคนต่างกัน ไม่ใช่คุณสมบัติของบุคคลผู้หนึ่งเอง คือ ทำให้ผู้อื่นเข้าใจว่าเป็นบุคคลที่ยินยอมหรือสมัครใจร่วมประเวณีด้วย ในกรณีเช่นนี้ต้องถือว่าเป็นการข่มขืนกระทำชำเรา ไม่ใช่เป็นการยินยอม⁸

ดังนั้นจะเห็นได้ว่า การข่มขืนกระทำชำเราถือเป็นการล่วงละเมิดทางเพศ ที่แสดงออกให้เห็นทางกายภาพ โดยใช้กำลังอันเป็นการล่วงละเมิดทางเพศถึงขั้นรุนแรงและกฎหมายบัญญัติเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับกับบุคคลทุกคน แต่เนื่องประมวลกฎหมายอาญาของไทยไม่ได้มีการบัญญัติความผิดฐานล่วงละเมิดทางเพศไว้ ดังนั้นหากการกระทำของผู้กระทำความผิดยังไม่ถึงขั้นเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามที่กล่าวมาข้างต้น หากเป็นแต่เพียงการล่วงละเมิดทางเพศที่เป็นการกระทำทางกาย เช่น อาจจะเป็นการถือโอกาสแตะเนื้อต้องตัวเท่านั้น การกระทำในลักษณะนี้ยังไม่ถึงขั้นเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราหรือขึ้นพยายามกระทำความผิด จึงเห็นได้ว่าพฤติกรรมอันเป็นการล่วงละเมิดทางเพศ จึงไม่เป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราแต่อย่างใด ดังนั้น หากเกิดการกระทำความผิดล่วงละเมิดทางเพศขึ้น จึงไม่สามารถเอาผิดกับผู้กระทำผิดได้ทุกกรณี

(2) ความผิดฐานอนาจาร ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 278 บัญญัติว่า “ผู้ใดกระทำอนาจารแก่บุคคลอายุกว่าสิบห้าปี โดยขู่เข็ญด้วยประการใดๆ โดยใช้กำลังประทุษร้ายโดยบุคคลนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขึ้นได้ หรือโดยทำให้บุคคลนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบปี หรือปรับไม่เกินสองหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

⁸ หยุด แสงอุทัย ข เล่มเดิม. หน้า 167.

⁹ สุวรรณชัย ใจหาญ. (2534). คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 2. หน้า 4.

การกระทำอนาจาร หมายถึง การกระทำแก่เนื้อตัวของบุคคลที่ไม่สมควรในทางเพศ ตามประเพณีนิยมหรือกาลเทศะ แต่ไม่ถึงขั้นเป็นการข่มขืนกระทำชำเรา หรือพยายามข่มขืนกระทำชำเรา¹⁰ โดยเป็นการกระทำที่ในทางภาวะวิสัยเป็นการละเมิดหรือฝ่าฝืนความรู้สึกอับอายในทางเพศ โดยทั่วไปอย่างแรง และเป็นการกระทำในทางอัตวิสัยได้ถูกกระทำลงด้วยความต้องการทางเพศ หรือความใคร่ เป็นต้นว่า มีจุดมุ่งหมายหรือความประสงค์เพื่อก่อหรือระงับความต้องการทางเพศ หรืออารมณ์ทางเพศของตนหรืออารมณ์ทางเพศผู้อื่น เช่น การกอด การจูบ ลูบคลำ ซึ่งการกระทำที่เป็นการอนาจารนั้น ต้องเป็นการกระทำต่อเนื้อตัวของบุคคลแม้จะเป็นการกระทำผ่านเสื้อผ้าก็ตาม¹¹ การกระทำให้อับอายขายหน้าในทางเพศ เช่น จุดแขนหญิงโดยหญิงไม่ยินยอม และต้องเป็นการกระทำโดยเจตนา ซึ่งหากไม่ใช่เป็นการกระทำต่อเนื้อตัว เช่น คำพูด ภาพวาด หรือการเขียน ไม่ถือว่าเป็นการกระทำอนาจาร¹²

การกระทำใดที่จะมีพฤติการณ์หรือลักษณะที่ไม่สมควรในทางเพศนั้นต้องพิจารณาจาก ประเพณีนิยม หรือกาลเทศะ ไม่ได้พิจารณาจากมูลเหตุจูงใจของผู้กระทำ กล่าวคือ หากการกระทำนั้นมีลักษณะที่บุคคลทั่วไปเห็นว่าตามประเพณีนิยมหรือวัฒนธรรมเป็นการกระทำให้อับอายขายหน้าในทางเพศแล้ว ก็เป็นอนาจารได้ แม้ผู้กระทำไม่มีความประสงค์ในเรื่องความใคร่หรือการประเวณีเลย เช่น จับหน้าอกหญิงโดยแรงเพื่อให้หญิงรู้สึกเจ็บ การกระทำได้กล่าวแม้ผู้กระทำประสงค์เพียงทำร้ายหญิงหรือเพื่อการแก้แค้นก็จะเป็นการอนาจารได้ แต่การกระทำเดียวกันถ้าคนทั่วไปเห็นว่าไม่ได้มีลักษณะไม่สมควรในทางเพศหรือไม่มีลักษณะเป็นการกระทำอนาจารก็ไม่เป็นการกระทำอนาจาร เช่น นายแพทย์จับหน้าอกหญิงเพื่อรักษาตามความจำเป็นที่จะต้องสัมผัสตัวผู้ป่วย หรือการกอดจับในเวลาเต้นรำ เช่นนี้ไม่พอถือว่าเป็นการกระทำอนาจาร¹³

นอกจากนี้ ความสมัครหรือไม่สมัครใจของผู้ถูกกระทำเป็นข้อสำคัญประการหนึ่งที่จะทำให้การกระทำนั้นเป็นการอนาจารหรือไม่ เพราะการกระทำผิดตามมาตรานี้ ผู้ที่ได้รับความเสียหายโดยตรงก็คือ ตัวผู้ถูกกระทำนั่นเอง ฉะนั้น หากผู้ถูกกระทำยินยอมสมัครใจให้กระทำก็ย่อมไม่เสียหายและไม่เป็นการล่วงละเมิด ไม่ควรเอาผิดแก่ผู้กระทำ การยินยอมสมัครใจ จึงต้องประกอบด้วยผู้ถูกกระทำว่าจะถูกกระทำทำอนาจาร และยังยินยอมสมัครใจให้กระทำ

¹⁰ ฤทัย หงส์ศิริ และสุจินตนา ชุมวิสูตร. (2539). *เอกสารการสอนชุดวิชากฎหมายอาญา 2 ภาคความผิด (ฉบับปรับปรุง)*. หน้า 194.

¹¹ คณิต ณ นคร ก เล่มเดิม. หน้า 194.

¹² ปรีชญ จิตรกรานที. (2534). *ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและอนาจาร*. หน้า 17.

¹³ แหล่งเดิม. หน้า 17.

ผู้ถูกระทำอนาจารตามมาตรานี้ คือ บุคคลอายุกว่าสิบห้าปี ซึ่งอาจเป็นชายหรือหญิงก็ได้ ดังนั้น การกระทำอนาจารตามมาตรานี้ อาจจะเป็นชายกระทำต่อหญิง หรือหญิงกระทำต่อชายก็ได้ โดยผู้ถูกระทำต้องมีอายุเกิน 15 ปี เพราะถ้าไม่เกิน 15 ปี การกระทำอนาจารต่อบุคคลดังกล่าว ก็จะเป็นความผิดตามมาตรา 279 เนื่องจากกฎหมายได้แยกบัญญัติการกระทำต่อเด็กอายุไม่เกินสิบห้าปี เพื่อให้ความคุ้มครองแก่เด็กเป็นพิเศษ กล่าวคือ แม้การกระทำอนาจารโดยเด็กยินยอม ก็จะเป็นความผิดตามมาตรา 279

นอกจากนี้ การที่จะให้ผู้อื่นกระทำตนเอง ก็ถือว่าเป็นการกระทำอนาจารต่อผู้อื่นนั้นได้ เช่น การบังคับให้บุคคลอื่นจับของลับของตนเอง¹⁴

การกระทำอนาจารตามมาตรานี้ได้กระทำโดยวิธีหนึ่งวิธีใด กล่าวคือ ชูเชืด้วยประการใดๆ ใช้กำลังประทุษร้าย ทำให้บุคคลอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือทำให้เข้าใจผิดคิดว่าเป็นบุคคลอื่น ซึ่งมีลักษณะการกระทำในความหมายอย่างเดียวกันกับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราซึ่งได้อธิบายรายละเอียดไปแล้วในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา

จากที่กล่าวมาแล้วข้างต้น จะเห็นได้ว่าความผิดฐานอนาจารจะต้องเป็นการกระทำแก่เนื้อตัวร่างกายอันมีลักษณะให้เกิดความอับอายในทางเพศหรือไม่สมควรในทางเพศ ซึ่งมีใช้การข่มขืนกระทำชำเราหรือการพยายามข่มขืนกระทำชำเรา และหากเปรียบเทียบกับกรล่วงละเมิดทางเพศในที่ทำงานแล้ว พิจารณาได้ว่าโดยทั่วไปกรณีที่เกิดขึ้นก็ถือว่าเป็นการกระทำอนาจารจะต้องเป็นการใช้กำลังทางกายภาพประทุษร้ายต่อร่างกายตามนัยมาตรา 1 (6) แห่งประมวลกฎหมายอาญา เช่น กอดรัด กอดปล้ำ หากมีพฤติกรรมดังกล่าวเกิดขึ้นก็ถือว่าเป็นความผิดฐานกระทำอนาจารและจะเห็นได้ว่าการกระทำดังกล่าว อยู่ในความหมายของลักษณะการกระทำที่ถือว่าเป็นการล่วงละเมิดทางเพศด้วย แต่ในขณะที่พฤติกรรมการล่วงละเมิดทางเพศในที่ทำงานหากเป็นเพียงคำพูดก็จะไม่ถือว่าเป็นการกระทำอนาจาร เนื่องจากไม่ใช่การกระทำต่อเนื้อตัวร่างกายโดยตรง ส่วนพฤติกรรมที่เป็นการกระทำต่อเนื้อตัวร่างกาย เช่น จับมือ จับสะโพก ถือโอกาสแตะเนื้อต้องตัวเล็กน้อย หรือเข้ามาชิดมาใกล้เกินความจำเป็นนั้น ไม่มีลักษณะเป็นการใช้กำลังทางกายภาพที่รุนแรง อันจะถือว่าเป็นการกระทำความผิดอนาจารได้ ดังนั้นหากการล่วงละเมิดทางเพศที่ยังไม่เข้าลักษณะของความผิดฐานอนาจารแต่เป็นการล่วงละเมิดทางเพศจึงไม่สามารถเอาผิดกับผู้กระทำได้

(3) ความผิดฐานกระทำการอันควรขายหน้าต่อหน้าธารกำนัล ตามมาตรา 388 บัญญัติว่า “ผู้ใดกระทำการอันควรขายหน้าต่อหน้าธารกำนัล โดยเปลือยหรือเปิดเผยร่างกาย หรือกระทำการลามกอย่างอื่น ต้องระวางโทษปรับไม่เกินห้าร้อยบาท”

¹⁴ ทวิเกียรติ มินะกนิษฐ, เล่มเดิม, หน้า 408.

การกระทำต่อหน้าธารกำนัล หมายความว่า การกระทำโดยประการที่ให้บุคคลอื่นได้เห็นหรือสามารถเห็นการกระทำนั้นได้ แม้จะเป็นเพียงคนเดียวก็เป็นต่อหน้าธารกำนัล แต่ไม่รวมถึงการกระทำในที่มืดชิดแม้จะมีคนแอบเห็นก็ไม่ใช่ต่อหน้าธารกำนัล

การกระทำในลักษณะดังกล่าวผู้เขียนเห็นว่า หากพฤติกรรมการล่วงละเมิดทางเพศเข้าลักษณะขององค์ประกอบความผิดคือ เป็นการกระทำต่อหน้าธารกำนัลตามมาตรา 388 แล้ว ถือได้ว่าการล่วงละเมิดทางเพศ เป็นการกระทำผิดตามมาตรา 388 ด้วย แต่หากการกระทำความผิดดังกล่าวไม่เป็นการกระทำต่อหน้าธารกำนัล ก็ไม่ถือว่าการล่วงละเมิดทางเพศในที่ทำงานเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา

จากสภาพปัญหาของสังคมไทยในปัจจุบันที่มีปัญหาการล่วงละเมิดทางเพศในที่ทำงานเกิดมากขึ้นและสังคมเริ่มตระหนักถึงปัญหาดังกล่าวว่าเป็นปัญหาสำคัญ ดังที่ได้ไว้แล้วในบทที่ 1 นั้น ซึ่งมีตัวอย่างกรณีการล่วงละเมิดทางเพศในที่ทำงานที่เกิดขึ้นในประเทศไทย ดังนี้¹⁵

1. กรณีนางสาว ม. ผู้ล่วงละเมิดทางเพศเป็นผู้จัดการแผนก ซึ่งเป็นผู้ที่มีอำนาจเหนือโดยตรง รูปแบบของการล่วงละเมิดทางเพศ คือ การนัดแนะที่ผู้หญิงไม่ต้องการ เมื่อนางสาว ม. ไม่ตอบสนองต่อการกระทำความผิดดังกล่าว ก็ได้รับการถูกประเมินว่า ไม่ผ่านการทดลองงาน ข้อสังเกตในกรณีนี้ คือ นางสาว ม. ซึ่งเป็นผู้ถูกล่วงละเมิดทางเพศไม่มีอำนาจเมื่อเปรียบเทียบกับบุคคลอื่น และเมื่อนางสาว ม. ตามสายการบังคับบัญชาที่องค์กรเปิดโอกาสให้ ก็ไม่ได้รับความสนใจหรือให้ความสำคัญกับปัญหาดังกล่าว เนื่องจากบทบาทและความสำคัญที่ผู้ล่วงละเมิดทางเพศมีสถานภาพสูงกว่า ผลกระทบที่นางสาว ม. ได้รับนั้นมีผลต่อสภาพจิตใจ หน้าที่ตลอดจนโอกาสในความก้าวหน้าและยังเป็นการบั่นทอนต่อประสิทธิภาพในการทำงานอีกด้วย ทั้งนี้ การกระทำของผู้จัดการแผนกมีลักษณะเป็นการกลั่นแกล้ง อันมีสาเหตุมาจากการที่ไม่ได้รับการตอบสนองต่อการกระทำที่เป็นการล่วงละเมิดทางเพศ ทำให้นางสาว ม. ถูกประเมินผลงานว่า “ไม่ผ่านการทดลองงาน”

2. กรณีนางสาว ป. ผู้ล่วงละเมิดทางเพศเป็นผู้บังคับบัญชาโดยรูปแบบในการล่วงละเมิดทางเพศ เป็นการแสดงออกโดยการแตะต้องส่วนหนึ่งส่วนใดของร่างกาย การจับหน้าอกซึ่งการกระทำความผิดดังกล่าวถือได้ว่าเป็นการลบลู่เกียรติและเป็นการหมิ่นศักดิ์ศรีของนางสาว ป. ทำให้นางสาว ป. อับอายซึ่งเป็นการละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ผลที่ นางสาว ป. ได้รับเมื่อไม่สนองตอบต่อการกระทำความผิดคือการประเมินต่อผลงานอย่างไม่ยุติธรรมและมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติ ตลอดจนการบีบบังคับให้ นางสาว ป. ลาออกจากงาน นอกจากนี้ ปัญหายังเกิดจากการที่บุคคลผู้ล่วงละเมิดทางเพศเป็นผู้มีหน้าที่รับผิดชอบเกี่ยวกับการกล่าวโทษร้องทุกข์ ประกอบกับการให้ความสำคัญขององค์กรในแง่ของตัวบุคคลในเชิงเปรียบเทียบถึงผลประโยชน์มากกว่า

¹⁵ อติสร เสมเยี่ยม. (2541). “การล่วงละเมิดทางเพศในที่ทำงาน.” ในสตรีศึกษา. หน้า 116-125.

การมองถึงข้อเท็จจริง ซึ่งทางออกของ นางสาว ป. คือ การลาออกจากการงานเพื่อให้พ้นจากความกดดันที่ได้รับ อันมีผลกระทบในแง่ของภาวะจิตใจ การสูญเสียหน้าที่การงาน ตลอดจนความก้าวหน้า และความสูญเสียทางเศรษฐกิจส่วนบุคคล จากรายได้ที่เคยได้รับการทำงาน

3. กรณีของนางสาว ค. ผู้ล่วงละเมิดทางเพศเป็นผู้บังคับบัญชา รูปแบบของการล่วงละเมิดทางเพศ คือ พยายามบังคับให้ผู้ถูกระทำมีเพศสัมพันธ์โดยไม่ยินยอม ซึ่งเมื่อนางสาว ค. ปรีกษาปัญหาดังกล่าวกับเพื่อนร่วมงานและร้องเรียนต่อผู้บังคับบัญชาตามระเบียบที่องค์กรเปิดโอกาสให้ในการกล่าวโทษร้องทุกข์ กลับไม่ได้รับความสนใจจากผู้บังคับบัญชาในระดับสูง นอกจากนี้ ผลที่ นางสาว ค. ได้รับจากการที่ไม่ตอบสนองในภายหลังคือ การแก้แค้น จากผู้ล่วงละเมิดทางเพศที่เป็นผู้บังคับบัญชาโดยการใช้อำนาจที่ตนมีในการประเมินผลงานของ นางสาว ค. ให้ต่ำกว่าตามความเป็นจริง การไม่พิจารณาใบลา และการไม่มอบหมายงานให้ทำ ผลจากการกระทำดังกล่าวส่งผลกระทบต่อ นางสาว ค. ในแง่สภาวะจิตใจ และโอกาสความก้าวหน้าในหน้าที่การงาน ทั้งยังเป็นการบั่นทอนต่อประสิทธิภาพการทำงาน

จากกรณีสภาพปัญหาตัวอย่างข้างต้น จะเห็นได้ว่าพฤติกรรมที่เป็นการล่วงละเมิดทางเพศเป็นกรณีที่เกิดขึ้นในสถานที่ทำงาน ซึ่งผู้กระทำเป็นผู้บังคับบัญชาที่มีสถานภาพ หรือมีอำนาจที่เหนือกว่า โดยเป็นผู้ที่มีอำนาจให้คุณให้โทษแก่ผู้ถูกระทำ และตามประมวลกฎหมายอาญาของไทยในปัจจุบันไม่ได้มีบทบัญญัติให้การล่วงละเมิดทางเพศในที่ทำงานเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาแต่อย่างใด แต่หากว่าพฤติกรรมการล่วงละเมิดทางเพศในที่ทำงานได้กระทำในลักษณะที่เข้าองค์ประกอบความผิดของความผิดเกี่ยวกับเพศ ไม่ว่าจะเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ความผิดฐานอนาจาร หรือความผิดหลู่โทษฐานกระทำการอันควรขายหน้าต่อหน้าธารกำนัล ซึ่งความผิดต่างๆ ดังกล่าวมีความหมายรวมถึงลักษณะของการกระทำอันเป็นการล่วงละเมิดทางเพศด้วย ผู้กระทำความผิดจึงต้องรับโทษตามกฎหมายในความผิดฐานนั้นๆ แต่อย่างไรก็ตามแม้ว่าการกระทำผิดฐานต่างๆ เป็นการล่วงละเมิดทางเพศไปด้วยในตัว หากแต่พฤติกรรมการล่วงละเมิดทางเพศนั้น ไม่ได้หมายความว่า เป็นการกระทำอันเข้าลักษณะความผิดฐานดังกล่าวเสมอไป เนื่องจากองค์ประกอบของความผิดแต่ละฐานมีลักษณะไม่ครอบคลุมไปถึงลักษณะของการล่วงละเมิดทางเพศ ดังนั้นจึงไม่สามารถเอาผิดกับผู้กระทำล่วงละเมิดทางเพศในที่ทำงานได้ในทุกกรณีเช่นกัน แต่การกระทำดังกล่าวเป็นการละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ฉะนั้น ผู้เขียนเห็นว่าควรที่จะบัญญัติให้การล่วงละเมิดทางเพศในที่ทำงาน ไม่ว่าจะเป็นภาครัฐหรือภาคเอกชน เป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาเพื่อใช้บังคับกับบุคคลทุกคนในสังคม เนื่องจากกฎหมายอาญาในฐานะที่เป็นเครื่องมือในการรักษาความสงบเรียบร้อยและความเป็นระเบียบเรียบร้อยของบ้านเมืองและเมื่อ

มีการกระทำความผิดอย่างใดเกิดขึ้นก็จะต้องใช้กฎหมายอาญาในการปราบปรามการกระทำ ความผิดที่เกิดขึ้นและยังเป็นการป้องกันมิให้การกระทำผิดนั้นเกิดขึ้นอีกในอนาคตด้วย

4.1.1 การรับโทษตามกฎหมายอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องกับการล่วงละเมิดทางเพศ

4.1.1.1 พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541

การล่วงละเมิดทางเพศในที่ทำงานเป็นปัญหาสำคัญและเกิดขึ้นบ่อยครั้ง ซึ่งบางครั้งกฎหมายที่มีอยู่อาจจะมีข้อจำกัดทำให้ไม่สามารถป้องกันแก้ปัญหาได้ ดังนั้น ในบางประเทศจึงได้มีการออกกฎหมายเกี่ยวกับการล่วงละเมิดทางเพศในที่ทำงาน โดยตรงหรืออาจบัญญัติรวมกับกฎหมาย การส่งเสริมการจ้างงานที่เท่าเทียมกันระหว่างชายหญิง ซึ่งการมีกฎหมายบัญญัติไว้โดยตรงจะทำให้กฎหมายมีประสิทธิภาพในการบังคับใช้ เพราะกฎหมายจะมีทั้งมาตรการป้องกัน การแก้ปัญหาและ บทลงโทษ มาตรการเยียวยาผู้เสียหายเอาไว้ชัดเจน ขณะที่บางประเทศนำมาบัญญัติไว้ในกฎหมาย คุ้มครองแรงงาน หรือกฎหมายแรงงาน เช่น กรณีของประเทศไทย¹⁶

ประเทศไทยในฐานะเป็นสมาชิกขององค์การสหประชาชาติ ได้นำเอาสาระสำคัญใน ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน มาประยุกต์ใช้ในกฎหมายรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 เพื่อรองรับศักดิ์ความเป็นมนุษย์ มีสิทธิและเสรีภาพของบุคคลเท่าเทียมกัน โดยไม่จำกัด เพศว่าเป็นชายหรือหญิง และการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความ แตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคมความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมือง อันไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญจะกระทำมิได้ จากบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญดังกล่าว จึงทำให้ประเทศไทยมีการบัญญัติกฎหมาย หรือแก้ไขกฎหมายภายในต่างๆ ให้มีความสอดคล้อง กับบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ รวมทั้งให้มีความเหมาะสมกับสภาพสังคมและเศรษฐกิจในปัจจุบัน หนึ่งในกฎหมายหลายๆ ฉบับที่ได้จัดทำขึ้นก็คือ พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 เพื่อให้ มีการใช้แรงงานที่เหมาะสมและยกระดับมาตรฐานคุณภาพชีวิตของผู้ใช้แรงงานให้สูงขึ้น ตลอดจน กำหนดมาตรการต่างๆ เพื่อป้องกันปัญหาที่จะเกิดขึ้น โดยได้กำหนดข้อจำกัดในการจ้างงาน เกี่ยวกับการล่วงละเมิดทางเพศไว้ด้วย เพราะถือว่าการล่วงละเมิดทางเพศในระหว่างการทำงานเป็น ลักษณะของการเลือกปฏิบัติอย่างหนึ่ง ซึ่งเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนด้วย

ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 นับเป็นครั้งแรกของกฎหมายไทย ที่ได้ มีการบัญญัติข้อห้ามเกี่ยวกับการล่วงละเมิดทางเพศ โดยบัญญัติเป็นข้อห้ามของการล่วงละเมิด

¹⁶ ณรงค์ฤทธิ์ วรรณโส. (2548, กุมภาพันธ์- มีนาคม). “ข้อพิจารณาบางประการเกี่ยวกับการคุ้มครอง ลูกจ้างที่ถูกล่วงละเมิดทางเพศในที่ทำงานตามพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541: ศึกษาจาก คำพิพากษาศาลฎีกา.” วารสารแรงงานสัมพันธ์ ฉบับมาตรฐานแรงงานสัมพันธ์, 48 (3). หน้า 38-39.

ทางเพศ แต่ไม่ได้บัญญัติขึ้นมาเป็นกฎหมายที่เกี่ยวกับการล่วงละเมิดทางเพศไว้โดยเฉพาะ เป็นเพียงข้อจำกัดที่เป็นข้อห้ามในการจ้างงานข้อหนึ่งเท่านั้น โดยบัญญัติไว้ในมาตรา 16 ซึ่งเริ่มแรกของการบัญญัติไว้ในมาตรานี้ บัญญัติโดยให้ความคุ้มครองลูกจ้างหญิงหรือลูกจ้างเด็กเท่านั้น มิให้ถูกผู้ที่มีอำนาจบังคับบัญชาในการทำงาน กระทำการล่วงละเมิดทางเพศ แต่ต่อมาได้มีการแก้ไขให้มีความคุ้มครองที่ครอบคลุมมากขึ้น เนื่องจากสภาพสังคมได้เปลี่ยนแปลงไปมาก เพศหญิงมีความสามารถทัดเทียมเพศชาย และผู้หญิงจำนวนมากเป็นผู้นำในองค์กร แนวโน้มจึงมีความเป็นไปได้ว่าผู้หญิงที่เป็นผู้บังคับบัญชาและมีอำนาจเหนือกว่าจะเป็นผู้กระทำความผิดล่วงละเมิดทางเพศเสียเอง ดังนั้นปัญหาการล่วงละเมิดในที่ทำงานมิได้เกิดขึ้นเฉพาะกับลูกจ้างซึ่งเป็นหญิงหรือเด็กเท่านั้น แต่เกิดขึ้นได้ทั้งกับหญิง เด็ก รวมถึงชายด้วย หากเป็นบทบัญญัติตามกฎหมายที่มีอยู่เดิมไม่ได้ให้ความคุ้มครองลูกจ้างชาย จึงทำให้เกิดความเลื่อมล้ำและมีการเลือกปฏิบัติทางเพศ จึงได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2551

มาตรา 16 บัญญัติว่า “ห้ามมิให้นายจ้าง หัวหน้างาน ผู้ควบคุมงาน หรือผู้ตรวจงาน กระทำการล่วงละเมิดทางเพศ ลูกความ หรือก่อความเดือดร้อนรำคาญทางเพศต่อลูกจ้าง” โดยกฎหมายประสงค์ให้ความคุ้มครองลูกจ้างที่อำนาจด้อยกว่ามิให้ถูกผู้มีอำนาจเหนือกว่าใช้อำนาจดังกล่าวในทางที่ผิดล่วงละเมิดทางเพศต่อลูกจ้าง แต่ถ้าหากเป็นลูกจ้างระดับเดียวกันกระทำต่อกันหรือกรณีผู้บังคับบัญชาถูกล่วงละเมิดทางเพศโดยผู้ใต้บังคับบัญชา กรณีเช่นนี้ไม่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายแรงงาน แต่อาจมีความผิดทางอาญาซึ่งมีโทษมากกว่า และไม่จำเป็นต้องเป็นผู้บังคับบัญชาโดยตรงแต่ผู้ใดตำแหน่ง นอกจากนั้น การล่วงละเมิดทางเพศไม่จำเป็นต้องทำในสถานที่ทำงานในเวลางานงานเท่านั้นอาจเกิดการล่วงละเมิดทางเพศขึ้นนอกเวลางานหรือเกิดขึ้นในสถานที่อื่นก็ได้

ส่วนบทลงโทษผู้กระทำความผิดตามมาตรา 147 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 บัญญัติว่า “ผู้ใดฝ่าฝืนมาตรา 16 ต้องระวางโทษปรับไม่เกินสองหมื่นบาท” นอกจากนั้นผู้กระทำอาจมีความผิดอาญฐานอื่นๆ ได้หากการกระทำเข้าองค์ประกอบความผิดฐานนั้นๆ ซึ่งเป็นกรรมเดียวผิดกฎหมายหลายบท¹⁷ และอีกมาตราหนึ่งที่บัญญัติถึงวิธีการในการลงโทษ โดยวิธีการเปรียบเทียบซึ่งนำมาใช้กับความผิดกรณีการล่วงละเมิดทางเพศ คือ มาตรา 159 บัญญัติว่า “บรรดาความผิดตามพระราชบัญญัตินี้ เว้นแต่ความผิดตามมาตรา 157 ถ้าเจ้าพนักงานดังต่อไปนี้เห็นว่าผู้กระทำผิดไม่ควรได้รับโทษถึงจำคุกหรือไม่ควรถูกฟ้องร้อง ให้มีอำนาจเปรียบเทียบดังนี้.....” เนื่องจากการล่วงละเมิดทางเพศได้กำหนดให้มีการเปรียบเทียบตามมาตรานี้ หากมีการล่วงละเมิดทางเพศเกิดขึ้นและมีการร้องเรียนคดีมักจะมีการตกลงกันได้ในชั้นนี้ เพราะเจ้าพนักงานผู้มี

¹⁷ รุ่งโรจน์ รื่นเรืองวงศ์. (2545, มกราคม - มิถุนายน). “ล่วงละเมิดทางเพศ.” *วารสารกฎหมายธุรกิจบัณฑิต*, 2 (1). หน้า 97-98.

อำนาจเปรียบเทียบและบรรดานายจ้าง อาจพยายามให้มีการประนีประนอมยอมความกันและขอให้รับค่าทำขวัญไป เพราะจะมองว่าเป็นเรื่องเล็กน้อยและไม่สำคัญ ส่วนลูกจ้างก็ต้องยอมเพราะลูกจ้างไม่กล้าที่จะฟ้องร้องหรือเรียกร้องค่าเสียหายด้วยตนเอง รวมทั้งกลัวตกงานเนื่องจากภาวะเศรษฐกิจไม่เอื้ออำนวยให้กระทำการต่อสู้เพื่อป้องกันตนจากการล่วงละเมิดทางเพศได้ การปฏิบัติเช่นนี้ทำให้ผู้ล่วงละเมิดทางเพศสามารถหลีกเลี่ยงบทลงโทษตามกฎหมายได้

ตามบทบัญญัติมาตรา 16 มิได้จำกัดความของคำว่า “ล่วงเกินทางเพศหรือล่วงละเมิดทางเพศ” ไว้ว่ามีความหมายอย่างไร และลักษณะรูปแบบพฤติกรรมอย่างไรที่ถือว่าเป็นการล่วงละเมิดทางเพศ ดังนั้นการพิจารณาว่าการกระทำใดเป็นการล่วงละเมิดทางเพศหรือไม่ ก็อาจจะเป็นการยากพอสมควรสำหรับผู้ที่เกี่ยวข้องในการปรับใช้กฎหมายดังกล่าว ซึ่งการพิจารณาว่าพฤติกรรมใดเป็นการล่วงละเมิดทางเพศหรือไม่ จะต้องพิจารณาเป็นกรณีๆ ไป โดยดูเจตนาของนายจ้างซึ่งปฏิบัติต่อลูกจ้าง วัฒนธรรมหรือประเพณีนิยมประกอบกับความรู้สึกละอายของผู้ถูกระทำเป็นสำคัญ ทั้งนี้มีความเห็นของนักกฎหมายหรือนักวิชาการได้ให้คำจำกัดความของการล่วงละเมิดทางเพศไว้เพื่อเป็นแนวทางในการปรับใช้ได้บ้าง

ในคดีแรงงาน เคยมีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ตัดสินไว้ ซึ่งน่าจะถือว่าเป็นพฤติการณ์การล่วงละเมิดทางเพศตามพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 มาตรา โดยผู้เขียนจะยกมาให้เห็นถึงการปรับใช้กฎหมายดังกล่าวว่ามีความเหมาะสมหรือไม่ พร้อมทั้งเสนอแนวทางการแก้ไขมีตัวอย่างดังนี้

1. คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 9021/2544 คดีนี้เป็นกรณีที่นายจ้างเป็นโจทก์ซึ่งเป็นนิติบุคคลยื่นฟ้องลูกจ้าง เรียกค่าเสียหายฐานผิดสัญญาจ้างและลูกจ้างไม่มาทำงานโดยไม่บอกกล่าวล่วงหน้า นายจ้างต้องหาพนักงานใหม่ เรียกค่าเสียหาย จำเลยซึ่งเป็นลูกจ้างให้การและฟ้องแย้งหลายประเด็น แต่ประเด็นที่เกี่ยวกับการล่วงละเมิดทางเพศก็คือ จำเลยอ้างว่าไม่ผิดสัญญาจ้าง เหตุที่ลาออกจากงานโดยไม่บอกกล่าวล่วงหน้า เพราะจำเลยและพนักงานหญิงคนอื่นถูกรังแกจากการผู้จัดการโจทก์กระทำอนาจารอยู่เสมอ จำเลยจึงไปแจ้งความร้องทุกข์จนย้ายการยื่นฟ้องกรรมการผู้จัดการ โจทก์ในข้อหาอนาจารต่อศาล การกระทำดังกล่าวทำให้จำเลยไม่อาจทนปฏิบัติหน้าที่โดยปกติสุขต่อไปได้ ถือว่าโจทก์จงใจผิดสัญญาจ้างอันเป็นการเลิกจ้างจำเลยโดยปริยายถือเป็นการเลิกจ้างที่ไม่เป็นธรรม ขอให้ยกฟ้องและให้โจทก์จ่ายค่าสินจ้างแทนการบอกกล่าวล่วงหน้า ค่าชดเชยและค่าเสียหาย ศาลแรงงานพิจารณาแล้วเห็นว่า แม้คดีฟังได้ว่ากรรมการผู้จัดการโจทก์กระทำอนาจารจำเลยจริง ก็เป็นเพียงการกระทำผิดในทางอาญาและกระทำในทางส่วนตัว ไม่ใช่กระทำในหน้าที่การงานแทนโจทก์ไม่เกี่ยวกับสัญญาจ้างแรงงาน และฟังว่าจำเลยผิดสัญญาจ้างแรงงานและโจทก์มิได้บอกเลิกจ้าง

จำเลยจึงไม่มีสิทธิเรียกเงินตามฟ้องแย้ง และโจทก์มิได้รับความเสียหาย พิพากษายกฟ้องโจทก์และยกฟ้องแย้งจำเลย ศาลฎีกาพิพากษายืน

ข้อพิจารณาจากคดีดังกล่าว หากพิจารณาตามพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 มาตรา 16 แล้วเห็นว่า กรรมการผู้จัดการ โจทก์เป็นนายจ้าง เมื่อได้ทำการล่วงละเมิดทางเพศต่อลูกจ้าง ถือว่าเป็นการล่วงละเมิดทางเพศโดยการสร้างโอกาสแวดล้อมที่ไม่พึงปรารถนาในสถานที่ทำงาน (Hostile Work Environment) ซึ่งเป็นความผิดตามมาตรา 16 แต่เนื่องจากการกระทำผิดดังกล่าวเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งเป็นการกระทำความผิดธรรมดาผิดกฎหมายหลายบท และลูกจ้างได้ไปแจ้งความร้องทุกข์และอัยการได้ยื่นฟ้องต่อศาลอาญาแล้ว เนื่องจากศาลแรงงานไม่มีอำนาจพิจารณากรณีดังกล่าว กรณีนี้จึงไม่ได้มีการพิจารณาว่าเป็นการกระทำความผิดตามมาตรา 16 หรือไม่ แต่อย่างไรก็ตามแม้การกระทำดังกล่าวจะถือว่าเป็นการล่วงละเมิดทางเพศตามมาตรา 16 ก็ตาม แต่ตามกฎหมายคุ้มครองแรงงานถ้าหากลูกจ้างลาออกเพราะเหตุนายจ้างล่วงละเมิดทางเพศ ไม่ถือว่าเป็นการเลิกจ้างของนายจ้าง ลูกจ้างจึงไม่มีสิทธิได้รับค่าชดเชยและไม่ต้องพิจารณาค่าเสียหายจากการเลิกจ้างไม่เป็นธรรม เพราะมิใช่เป็นกรณีที่นายจ้างได้เลิกจ้างลูกจ้าง และกฎหมายไม่ได้ให้สิทธิลูกจ้างในการเลิกจ้างด้วยเหตุดังกล่าวโดยมีสิทธิได้รับค่าชดเชยหรือค่าเสียหาย เช่น กรณีนายจ้างย้ายสถานประกอบการกิจการตามมาตรา 120 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541

ดังนั้น เมื่อเทียบกับการล่วงละเมิดทางเพศของนายจ้างแล้ว น่าจะมีการเพิ่มเติมกฎหมายกรณีที่นายจ้างได้กระทำการล่วงละเมิดทางเพศแก่ลูกจ้าง น่าจะให้ลูกจ้างมีสิทธิบอกเลิกสัญญาจ้างได้เพราะเหตุดังกล่าว โดยมีสิทธิได้รับค่าชดเชยหรือค่าเสียหายเช่นเดียวกับกรณีนายจ้างย้ายสถานประกอบการ เพราะในปัจจุบันการเรียกค่าเสียหายในกรณีดังกล่าวยังมีข้อจำกัด กล่าวคือ หากลูกจ้างต้องการเรียกค่าเสียหายในทางแพ่งต้องไปฟ้องเป็นคดีแพ่งต่างหาก ซึ่งจะทำให้เสียเวลาและค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดี แต่ถ้าลูกจ้างตั้งเรื่องฟ้องนายจ้างเพราะการล่วงละเมิดทางเพศต้องฟ้องที่ศาลแรงงาน ลูกจ้างจะไปยื่นคำร้องตามมาตรา 123 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 ให้พนักงานตรวจสอบแรงงานสอบสวนเพื่อมีคำสั่งตามมาตรา 124 ให้นายจ้างจ่ายค่าเสียหายไม่ได้ เพราะค่าเสียหายไม่ใช่เงินตามพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 ที่นายจ้างมีหน้าที่ต้องจ่ายแก่ลูกจ้าง แต่อาจแจ้งพนักงานตรวจสอบแรงงานให้ดำเนินคดีอาญานายจ้างตามมาตรา 16 ได้ ซึ่งในทางปฏิบัติพนักงานตรวจสอบแรงงานจะดำเนินคดีอาญานายจ้างโดยรวมกับข้อหาอื่นๆ ที่ลูกจ้างได้ร้องทุกข์ต่อพนักงานสอบสวนไว้แล้ว เพราะเป็นความผิดธรรมดาผิดกฎหมายหลายบท เว้นแต่นายจ้างผู้กระทำความผิดรับสารภาพและยินยอมให้ผู้มีอำนาจเปรียบเทียบตามมาตรา 159 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 ทำการเปรียบเทียบ¹⁸

¹⁸ แหล่งเดิม, หน้า 41-42.

มีข้อพิจารณาอีกประการหนึ่งว่าความรับผิดชอบในทางแพ่งต่อลูกจ้างที่นายจ้างหรือหัวหน้างานได้กระทำการล่วงละเมิดทางเพศลูกจ้างนั้น ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 ไม่ได้บัญญัติให้นายจ้างซึ่งเป็นนิติบุคคลต้องร่วมรับผิดชอบกับผู้ที่มีอำนาจจัดการแทนนายจ้างหรือผู้แทนของนายจ้างต่อลูกจ้างผู้ถูกทำละเมิดทางเพศอย่างเช่น กรณีความรับผิดชอบในทางอาญากรณีนายจ้างเป็นนิติบุคคลได้กระทำความผิดตามพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 ซึ่งมาตรา 158 บัญญัติให้กรรมการผู้ที่มีอำนาจหรือผู้แทนของนายจ้างต้องรับผิดชอบเป็นการส่วนตัวร่วมกับนายจ้าง ถ้าหากการกระทำการหรือไม่กระทำการอันเป็นความผิดนั้น เกิดจากการกระทำหรือไม่กระทำการของผู้ที่มีอำนาจหรือผู้แทนนิติบุคคล ดังนั้น หากลูกจ้างที่ถูกล่วงละเมิดทางเพศจะฟ้องให้นายจ้างซึ่งเป็นนิติบุคคลให้ร่วมรับผิดชอบกับหัวหน้างานหรือผู้ควบคุมงานที่กระทำการล่วงละเมิดทางเพศจะฟ้องตามพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 นี้ไม่ได้ หากจะฟ้องก็จะต้องให้รับผิดชอบตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 และมาตรา 425 ซึ่งก็อาจจะมีความปัญหาว่าการล่วงละเมิดทางเพศดังกล่าวของหัวหน้างานหรือผู้ควบคุมงานนั้น จะถือว่าเป็นกรณีที่ลูกจ้างได้กระทำให้ไปในการที่จ้างหรือไม่ หากไม่เป็นนายจ้างก็ไม่จำเป็นต้องร่วมรับผิดชอบ ซึ่งในกรณีดังกล่าวยังไม่เคยมีคำพิพากษาของศาลตัดสินไว้

2. คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1372/2545 คดีนี้เป็นการวินิจฉัยพฤติการณ์ของหัวหน้างานที่ล่วงละเมิดทางเพศลูกจ้าง นายจ้างจึงเลิกจ้างหัวหน้างาน หัวหน้างานที่ถูกนายจ้างเลิกจ้างจึงนำคดีไปฟ้องศาลแรงงานเพื่อเรียกค่าชดเชยและเงินอื่น โดยศาลวินิจฉัยในตอนหนึ่งว่า โจทก์ดำรงตำแหน่งผู้ช่วยผู้จัดการแผนกสินเชื่อและเก็บเงิน โจทก์อาศัยอำนาจในฐานะผู้บังคับบัญชาให้พนักงานหญิงหรือพนักงานชาย ทาบทามพนักงานหญิงผู้ได้บังคับบัญชาที่โจทก์หมายปองให้ไปดูภาพยนตร์รับประทานอาหารและฟังเพลงกับโจทก์นอกเวลางานและยามค่ำคืน โดยบางครั้งโจทก์เสนอให้ประโยชน์แก่ผู้ติดต่อทาบทาม บางครั้งโจทก์ก็เกี่ยวพาราสีหญิงที่โจทก์หมายปองเอง ในการสัมภาษณ์หญิงผู้สมัครเข้าทำงานกับจำเลย โจทก์สัมภาษณ์ถึงเรื่องครอบครัวและเรื่องส่วนตัวเกินขอบเขต จากนั้นก็ติดต่อให้ผู้สมัครหญิงไปฟังเพลง รับประทานอาหารกับโจทก์ พนักงานหญิงบางคนที่ไม่ยอมไปกับโจทก์ตามที่ถูกรบกวนหรือไม่ติดต่อทาบทามตามที่โจทก์หมายปองให้ก็ดี โจทก์ก็ไม่ผ่านงานประจำให้ เช่น ไม่ลงชื่ออนุมัติงานล่วงเวลาหรือไม่ยอมให้ผ่านการทดลองงาน เห็นว่าพฤติกรรมโจทก์ที่อาศัยอำนาจหน้าที่ดังกล่าวมีความประสงค์จะกระทำการล่วงละเมิดทางเพศต่อพนักงานหญิงผู้ได้บังคับบัญชาหรือผู้สมัครงาน หาใช่ว่าโจทก์จะกระทำไปตามวิสัยเจ้าชู้เท่านั้น การกระทำของโจทก์นอกจากประพฤติผิดศีลธรรมหรือจารีตประเพณีอันดีงามของสังคมอันเป็นการฝ่าฝืนข้อบังคับเกี่ยวกับการทำงานของจำเลย (นายจ้าง) แล้ว ยังกระทบต่อการบริหารงานบุคคลของจำเลย โดยทำให้พนักงานภายใต้บังคับบัญชาโจทก์ที่ไม่ยอมทำตามความประสงค์โจทก์ถูก

กลั่นแกล้งและขาดขวัญกำลังใจในการทำงาน ซึ่งย่อมมีผลกระทบต่อความเจริญของกิจการของ
จำเลย จำเลยจึงเลิกจ้างได้โดยไม่ต้องจำค่าชดเชยตามมาตรา 119 (4) แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครอง
แรงงาน พ.ศ. 2541

ข้อควรพิจารณาจากคดีนี้ ศาลได้วินิจฉัยตรงตามมาตรา 16 แห่งพระราชบัญญัติ
คุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 ถึงพฤติกรรมการล่วงละเมิดทางเพศของหัวหน้างานต่อลูกจ้าง เป็นการ
ล่วงละเมิดทางเพศที่มีเงื่อนไข เป็นข้อแลกเปลี่ยนเกี่ยวกับผลประโยชน์ในหน้าที่ หรือในลักษณะขึ้น
หมูล้มเหลว (Quid Pro Quo) ปัญหาในคดีที่เกิดขึ้นนี้ ถ้าปรากฏว่านายจ้างมิได้เลิกจ้างหัวหน้างาน
ที่เป็นผู้ล่วงละเมิดทางเพศดังกล่าวอย่างในคดีนี้ มีข้อน่าคิดต่อไปว่า ลูกจ้างที่ถูกล่วงละเมิดทางเพศ
จะมีสิทธิเปลี่ยนงานหรือย้ายการทำงานไปทำหน้าที่ในตำแหน่งอื่นได้หรือไม่ กรณีหากพิจารณา
ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 กฎหมายไม่ได้บัญญัติรับรองให้สิทธิไว้ อย่างเช่น
กรณีลูกจ้างซึ่งเป็นหญิงมีครรภ์ มาตรา 42 ซึ่งกำหนดให้ลูกจ้างนั้นมีสิทธิขอให้นายจ้างเปลี่ยนงาน
ในหน้าที่เดิมเป็นการชั่วคราวก่อนหรือหลังคลอดได้ ซึ่งในกรณีการล่วงละเมิดทางเพศนี้หากลูกจ้าง
ไม่ลาออก ลูกจ้างก็ไม่มีสิทธิขอเปลี่ยนงานหรือย้ายงานได้เหมือนอย่างกรณีตั้งครรภ์ ลูกจ้างก็ต้อง
ทนทุกข์ทรมานทำงานต่อไปอย่างไม่มีทางเลือก หรือหากในกรณีที่ลูกจ้างใช้สิทธิร้องทุกข์ต่อ
ผู้บริหารนายจ้างตามข้อบังคับเกี่ยวกับการทำงาน (มาตรา 108 และ 109) แห่งพระราชบัญญัติ
คุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 ก็ไม่ได้บัญญัติขอบเขตวิธีการ ขั้นตอนการสอบสวน กระบวนการยุติคำ
ร้องทุกข์ การคุ้มครองลูกจ้างที่ถูกล่วงละเมิดทางเพศและผู้ที่เกี่ยวข้องไว้อย่างชัดเจนเพียงพอ
รวมทั้งกฎหมายให้อำนาจแก่นายจ้างที่จะกำหนดรายละเอียดเอง ซึ่งอาจทำให้การคุ้มครองลูกจ้างใน
กรณีการล่วงละเมิดทางเพศทำได้ไม่เต็มที่ และหากนายจ้างมีลูกจ้างไม่ถึง 10 คน กฎหมายก็ไม่ได้
บังคับให้นายจ้างต้องมีข้อบังคับเกี่ยวกับการทำงานในกรณีดังกล่าวอีกด้วย แหล่งเดิม.¹⁹

จากคำพิพากษาศาลฎีกาที่ยกตัวอย่างมาดังกล่าว เห็นได้ว่า แม้ว่าปัญหาการล่วงละเมิดทาง
เพศภายใต้พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 จะได้รับการเยียวยาในบางประเด็นแล้วก็ตาม
แต่บทบัญญัติเกี่ยวกับการล่วงละเมิดทางเพศมีเพียงมาตรา 16 เพียงมาตราเดียวที่บัญญัติไว้ในกรณี
การล่วงละเมิดทางเพศ ทำให้การคุ้มครองลูกจ้างมีข้อจำกัดหลายประการ ทำให้เกิดปัญหาในการ
บังคับใช้กับปัญหาที่เกิดขึ้นดังที่ได้กล่าวมาแล้ว และยังมีช่องว่างของกฎหมายอีกหลายประการ
เช่น ไม่มีมาตรการบังคับหรือกำหนดหน้าที่ของนายจ้าง หัวหน้างาน ผู้ควบคุมงาน ให้มีหน้าที่
หามาตรการป้องกันปัญหาการล่วงละเมิดทางเพศเอาไว้ และกฎหมายก็ไม่ได้บัญญัติครอบคลุม
ให้นายจ้างต้องร่วมรับผิดชอบ ทั้งที่นายจ้างควรมีมาตรการในการคุ้มครองลูกจ้างเกี่ยวกับ
การทำงาน ทำให้นายจ้างลอยตัวไม่ต้องรับผิดชอบกรณีที่มีการล่วงละเมิดทางเพศเกิดขึ้นใน

¹⁹ แหล่งเดิม. หน้า 43.

ที่ทำงาน ซึ่งดูเหมือนว่านายจ้างจะมุ่งเอาแต่ผลประโยชน์ในทางธุรกิจเป็นหลัก โดยไม่คำนึงถึงสวัสดิการและการคุ้มครองความปลอดภัยในการทำงานของลูกจ้าง ทั้งบทลงโทษที่กำหนดไว้ก็เป็นเพียงโทษปรับไม่เกินสองหมื่นบาทซึ่งถือว่าเป็นจำนวนน้อยเกินไป ทั้งมาตรการเยียวยาความเสียหายในทางแพ่งต่อลูกจ้างซึ่งถูกล่วงละเมิดก็ไม่มีกำหนดไว้ ทำให้ลูกจ้างต้องไปฟ้องเรียกค่าเสียหายต่อศาลแพ่งหรือศาลแรงงานเอง ทำให้เสียเวลาและค่าใช้จ่ายในการดำเนินการ และตามกฎหมายก็ไม่มีบทบัญญัติคุ้มครองลูกจ้างในกรณีมีข้อพิพาทกับนายจ้างในเรื่องดังกล่าว เช่น ลูกจ้างมีสิทธิขอเปลี่ยนงานหรือหน้าที่ไปทำหน้าที่ในตำแหน่งอื่นได้ในระหว่างที่มีข้อพิพาทดังกล่าว หรือให้นายจ้างเลิกจ้างลูกจ้างในขณะที่มีข้อพิพาทกัน เป็นต้น

ข้อจำกัดที่สำคัญอีกประการหนึ่งของการบังคับใช้พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 คือ มาตรา 4 กำหนดมิให้ใช้พระราชบัญญัตินี้บังคับแก่ราชการส่วนกลาง ราชการส่วนภูมิภาค ราชการส่วนท้องถิ่นและรัฐวิสาหกิจตามกฎหมายว่าด้วยแรงงานรัฐวิสาหกิจสัมพันธ์ ดังนั้น พระราชบัญญัตินี้จึงใช้บังคับเฉพาะการจ้างแรงงานเอกชนเท่านั้น²⁰ เห็นได้จากข้อจำกัดดังกล่าวนี้ทำให้ปัญหาการล่วงละเมิดทางเพศในที่ทำงานไม่ได้รับการแก้ไขอย่างครอบคลุม เนื่องจากการล่วงละเมิดทางเพศในที่ทำงานเกิดขึ้นในทุกหน่วยงานหรือทุกองค์กร

4.1.1.2 พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551

การล่วงละเมิดทางเพศในหน่วยงานราชการยังคงเป็นปัญหาที่นับวันจะมีแต่เพิ่มมากขึ้น โดยข้าราชการผู้ได้บังคับบัญชาที่ต้องถูกล่วงละเมิดทางเพศ จากการกระทำของผู้มีอำนาจบังคับบัญชา โดยใช้อำนาจหน้าที่อิทธิพลบีบบังคับ ข่มเหง รังแก ขึ้นใจด้วยประการต่างๆ หรือใช้วิธีเสนอความก้าวหน้าในตำแหน่งหน้าที่การงาน เงินตรา ของกำนัล และทรัพย์สินอื่นๆ เป็นเครื่องล่อใจ ซึ่งก็มีผู้ได้บังคับบัญชาไม่น้อยที่รักความสบายไม่เคารพตัวเองยินยอมพร้อมใจไปกับสิ่งที่ได้รับการเสนอให้ แต่ก็มีจำนวนไม่น้อยที่เชื่อมั่นในความรู้ ความสามารถและเคารพในศักดิ์ศรีของตนเองที่จะไม่รับสิ่งดังกล่าวที่เสนอให้ แต่ผู้ได้บังคับบัญชาเหล่านี้มักจะได้รับผลกระทบจากการที่ตนปฏิเสธหรือไม่ยินยอม ไม่ว่าจะเป็นการบีบบังคับโดยใช้อำนาจในตำแหน่งหน้าที่ที่มีอยู่เหนือกว่าหรือวิธีการกลั่นแกล้งต่างๆ ซึ่งส่งผลกระทบต่อประสิทธิภาพในการทำงานและส่งผลกระทบต่อภาพพจน์ของหน่วยงานอีกด้วย ทั้งนี้ในระบบราชการข้าราชการพลเรือน ตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2535 ยังไม่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการล่วงละเมิดทางเพศไว้โดยเฉพาะ ดังนั้นเมื่อเกิดกรณีการล่วงละเมิดทางเพศขึ้น จึงต้องนำบทบัญญัติที่มีอยู่และใกล้เคียงกับเรื่องดังกล่าวมาปรับใช้เพื่อให้เกิดผลดีต่อรัฐและผู้ถูกล่วงละเมิดทางเพศ ไม่ว่าจะเป็นพิจารณาการล่วงละเมิด

²⁰ เอกพงศ์ ปลัดรักษา. (2546, กรกฎาคม). “การล่วงละเมิดทางเพศในที่ทำงาน.” วารสารกฎหมายคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 22 (1). หน้า 103-104.

ทางเพศกับการกระทำผิดวินัยหรือจรรยาบรรณของข้าราชการ หรือว่าจะเป็นความผิดฐานประพฤติก้าว มาปรับใช้กับกรณีการล่วงละเมิดทางเพศ โดยตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2535 มาตรา 98 ได้บัญญัติเกี่ยวกับการประพฤติปฏิบัติของข้าราชการมิให้เสื่อมเสีย หากข้าราชการมีพฤติกรรมที่ทำให้เสื่อมเสียต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการ เช่น เล่นการพนัน ดื่มสุรา เป็นอาชญา กระทำการล่วงละเมิดทางเพศ ข้าราชการผู้นั้นอาจได้รับการพิจารณาว่า เป็นผู้มีความประพฤติไม่เหมาะสมอันอาจเป็นความผิดตามมาตราดังกล่าวได้

อย่างไรก็ดีในปัจจุบันพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 ได้ประกาศในราชกิจจานุเบกษาแล้ว เมื่อวันที่ 25 มกราคม 2551 และในพระราชบัญญัตินี้ได้เพิ่มเติมบทบัญญัติในเรื่องการล่วงละเมิดทางเพศไว้โดยเฉพาะ ย่อมแสดงให้เห็นว่าภาครัฐให้ความสำคัญกับปัญหาที่เกิดขึ้นเรื่องการล่วงละเมิดทางเพศและต้องการให้ข้าราชการตระหนักว่าการกระทำดังกล่าวเป็นความผิดวินัย ดังนั้นในปัจจุบันหากเกิดการล่วงละเมิดทางเพศจึงต้องเป็นไปตามบทบัญญัติที่ได้บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัตินี้ บทบัญญัตินี้ดังกล่าว มีดังนี้

มาตรา 83 (8) ข้าราชการพลเรือนสามัญต้องไม่กระทำการอันเป็นการล่วงละเมิดหรือคุกคามตามที่กำหนดใน กฎ ก.พ.

จากบทบัญญัติมาตรานี้การกระทำการล่วงละเมิดทางเพศหรือการคุกคามทางเพศตามที่กำหนดไว้ตามกฎหมาย ก.พ. นั้น จึงได้อาศัยอำนาจตามความในมาตรา 8 (5) และมาตรา 83 (8) แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 อันเป็นกฎหมายที่มีบทบัญญัติบางประการเกี่ยวกับการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคล ซึ่งมาตรา 29 ประกอบกับมาตรา 31 มาตรา 33 มาตรา 43 และมาตรา 64 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยบัญญัติให้กระทำได้ โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ก.พ. โดยอนุมติคณะรัฐมนตรี จึงออกกฎ ก.พ. ว่าด้วยการกระทำอันเป็นการล่วงละเมิดทางเพศหรือคุกคามทางเพศ พ.ศ. 2553 ไว้ ดังต่อไปนี้

ข้อ 2 ข้าราชการพลเรือนสามัญผู้ใดกระทำการประการใดประการหนึ่งดังต่อไปนี้ ต่อข้าราชการด้วยกันหรือผู้ร่วมปฏิบัติราชการ ไม่ว่าจะเกิดขึ้นในหรือนอกสถานที่ราชการโดยผู้ถูกระทำมิได้ยินยอมต่อการกระทำนั้น หรือทำให้ผู้ถูกระทำเดือดร้อนรำคาญ ถือว่าเป็นการกระทำอันเป็นการล่วงละเมิดหรือคุกคามทางเพศ ตามมาตรา 83 (8)

(1) กระทำการด้วยการสัมผัสทางกายที่มีลักษณะส่อไปในทางเพศ เช่น การจูบ การโอบกอด การจับอวัยวะส่วนใดส่วนหนึ่ง เป็นต้น

(2) กระทำการด้วยวาจาที่ส่อไปในทางเพศ เช่น วิพากษ์วิจารณ์ร่างกาย พุดหยอกล้อ พุดหยาบคาย เป็นต้น

(3) กระทำการด้วยอาภักปิริยาที่ส่อไปในทางเพศ เช่น การใช้สายตาลวนลาม การทำสัญญาหรือสัญลักษณ์ใดๆ เป็นต้น

(4) การแสดงหรือสื่อสารด้วยวิธีการใดๆ ที่ส่อไปในทางเพศ เช่น แสดงรูปลามก อนาจาร ส่งจดหมาย ข้อความ หรือการสื่อสารรูปแบบอื่น เป็นต้น

(5) การแสดงพฤติกรรมอื่นใดที่ส่อไปในทางเพศ ซึ่งผู้ถูกระทำ ไม่พึงประสงค์หรือเดือดร้อนรำคาญ

จากข้อกำหนดดังกล่าวเห็นได้ว่า กฎ ก.พ. กำหนดรายละเอียดว่าพฤติกรรมอย่างไรจึงจะเป็นการล่วงละเมิดหรือคุกคามทางเพศ ซึ่งเมื่อพิจารณาในทางปฏิบัติแล้วหากไม่กำหนดขอบเขตของการกระทำดังกล่าวไว้ อาจทำให้เกิดปัญหาในการตีความได้ และตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 ได้กำหนดบทลงโทษไว้หากข้าราชการพลเรือนผู้ใดฝ่าฝืนการกระทำดังกล่าว โดยได้บัญญัติไว้ใน

มาตรา 84 ข้าราชการพลเรือนสามัญผู้ใดไม่ปฏิบัติตามข้อปฏิบัติตามมาตรา 81 และมาตรา 82 หรือฝ่าฝืนข้อห้ามมาตรา 83 นั้นเป็นผู้กระทำผิดวินัย

มาตรา 85 การกระทำผิดวินัยในลักษณะดังต่อไปนี้ เป็นความผิดวินัยอย่างร้ายแรง

(1) ปฏิบัติหรือละเว้นปฏิบัติหน้าที่ราชการโดยมิชอบเพื่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงแก่ผู้หนึ่งผู้ใด หรือปฏิบัติหรือละเว้นปฏิบัติหน้าที่ราชการโดยทุจริต

(2) ละทิ้งหรือทอดทิ้งหน้าที่ราชการโดยไม่มีเหตุผลอันสมควรเป็นเหตุให้เสียหายแก่ราชการอย่างร้ายแรง

(3) ละทิ้งราชการติดต่อในคราวเดียวกันเป็นเวลาเกินสิบห้าวันโดยไม่มีเหตุอันสมควร หรือโดยมีพฤติการณ์อันแสดงถึงความจงใจไม่ปฏิบัติตามระเบียบของทางราชการ

(4) กระทำการอันได้ชื่อว่าเป็นการประพฤติด้อยอย่างร้ายแรง

(5) ดุหมั่น เหยียดหยาม กดขี่ ข่มเหง หรือทำร้ายประชาชนผู้ติดต่อราชการอย่างร้ายแรง

(6) กระทำความผิดอาญาจนได้รับโทษจำคุกหรือโทษที่หนักกว่าโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุกหรือได้รับโทษที่หนักกว่าโทษจำคุก เว้นแต่ เป็นโทษสำหรับความผิดที่ได้กระทำโดยประมาทหรือความผิดลหุโทษ

(7) ละเว้นการกระทำหรือกระทำการใดๆ อันเป็นการไม่ปฏิบัติตามมาตรา 82 หรือฝ่าฝืนข้อห้ามตามมาตรา 83 อันเป็นเหตุให้เสียหายแก่ราชการอย่างร้ายแรง

(8) ละเว้นการกระทำหรือกระทำการใดๆ อันเป็นการไม่ปฏิบัติตามมาตรา 80 วรรคสอง และมาตรา 82 (11) หรือฝ่าฝืนข้อห้ามตามมาตรา 83 (10) ที่มีกฎ ก.พ. กำหนดให้เป็นความผิดวินัยอย่างร้ายแรง

เมื่อได้พิจารณาบทบัญญัติมาตรา 84 แล้ว จะเห็นได้ว่า กฎหมายกำหนดให้การกระทำผิดฐานล่วงละเมิดทางเพศหรือคุกคามทางเพศเป็นการกระทำผิดวินัยไม่ร้ายแรง และพิจารณาตาม มาตรา 85 ซึ่งบัญญัติลักษณะความผิดวินัยที่เป็นความผิดวินัยร้ายแรงแล้ว ปรากฏว่าไม่มีความผิดฐานเกี่ยวกับการล่วงละเมิดทางเพศหรือการคุกคามทางเพศ ทำให้มีข้อสังเกตว่า เพราะเหตุใดจึงไม่มี บทบัญญัติฐานความผิดการล่วงละเมิดทางเพศหรือการคุกคามทางเพศที่เป็นความผิดวินัยอย่าง ร้ายแรงในพระราชบัญญัติฉบับนี้

อย่างไรก็ตาม หากพิจารณาบทบัญญัติมาตรา 85 (4) ซึ่งเป็นความผิดฐานกระทำการอัน ได้ชื่อว่าประพฤตชั่วตามมาตรา 98 พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2535 ซึ่งเป็น ความประพฤตส่วนตัวของข้าราชการพลเรือนเข้ามาเป็นข้อกำหนดวินัยด้วย เนื่องจากข้าราชการ พลเรือนเป็นผู้มีความสัมพันธ์ปฏิบัติงานใกล้ชิดกับประชาชนย่อมต้องประพฤติตนให้เหมาะสมกับ การเป็นข้าราชการที่ดี ซึ่งมีแนวทางพิจารณาคือ

1. เป็นการกระทำที่ทำให้เสื่อมเสียเกียรติศักดิ์ของตำแหน่งหน้าที่ราชการ
2. เป็นการกระทำที่ส่งผลกระทบต่อเกียรติหรือเป็นที่รังเกียจของสังคม
3. เป็นการกระทำโดยมีเจตนาชั่ว

ดังนั้น หากปรากฏว่าการกระทำของข้าราชการพลเรือนรายใดเข้าข่ายเป็นการล่วง ละเมิดทางเพศหรือคุกคามทางเพศอันมีลักษณะเป็นการกระทำที่ทำให้เสื่อมเสียเกียรติศักดิ์ของ ตำแหน่งหน้าที่ราชการ ส่งผลกระทบต่อเกียรติหรือเป็นที่รังเกียจของสังคม และเป็นการกระทำโดยมี เจตนาชั่วโดยพฤติกรรมนั้นมีลักษณะร้ายแรง ก็อาจเป็นความผิดวินัยอย่างร้ายแรงตามมาตรา 85 (4) ได้ เนื่องจากทำให้ประชาชนเสื่อมศรัทธาข้าราชการก็จะพลอยเสื่อมเสียหรือเสื่อมความเชื่อถือ ทางราชการหรือรัฐบาลด้วย ซึ่งจะส่งผลกระทบต่อการบริหารประเทศ

ผู้เขียนเห็นว่า เมื่อพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 ได้เพิ่มเติม บทบัญญัติการกระทำความผิดฐานเป็นการล่วงละเมิดทางเพศหรือการคุกคามทางเพศไว้โดยเฉพาะแล้ว รวมทั้งได้กำหนดกฎ ก.พ. ว่าด้วยการกระทำความผิดฐานเป็นการล่วงละเมิดทางเพศหรือคุกคามทางเพศ พ.ศ. 2553 โดยเป็นการกำหนดลักษณะการกระทำว่าพฤติกรรมอย่างไรที่จะถือว่าเป็นการล่วงละเมิด ทางเพศหรือคุกคามทางเพศ และหากมีการฝ่าฝืนบทบัญญัตินี้ดังกล่าวก็จะมีมาตรการลงโทษทางวินัย ย่อมแสดงให้เห็นว่าภาครัฐให้ความสำคัญกับปัญหาการล่วงละเมิดทางเพศที่เกิดขึ้นในหน่วยงาน ราชการ และต้องการให้ข้าราชการพลเรือนตระหนักว่า การกระทำความผิดดังกล่าวเป็นการผิดวินัย แต่อย่างไรก็ตามบทบัญญัตินี้เป็นกฎหมายที่บัญญัติขึ้นมาใหม่ ปรากฏว่ามีปัญหาในการที่ จะบังคับใช้อย่างเป็นรูปธรรมและตรงตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย โดยกฎหมายฉบับนี้บังคับ ครอบคลุมการล่วงละเมิดทางเพศหรือคุกคามทางเพศที่เป็นการกระทำของข้าราชการพลเรือน

สามัญทุกคน ไม่เฉพาะแต่ผู้บังคับบัญชากระทำต่อผู้ใต้บังคับบัญชาเท่านั้น ซึ่งนับว่าเป็นเรื่องที่ดี แต่อย่างไรก็ตามดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่า การล่วงละเมิดทางเพศในที่ทำงานนั้นไม่ว่าจะเป็นภาครัฐ หรือภาคเอกชน ผู้กระทำการล่วงละเมิดทางเพศหรือคุกคามทางเพศมักเป็นผู้ที่มีอำนาจบังคับบัญชา หรือมีสถานภาพที่เหนือกว่าโดยอาศัยอำนาจดังกล่าวแสวงผลประโยชน์ในทางเพศจาก ผู้ใต้บังคับบัญชา โดยเฉพาะหากกรณีดังกล่าวนี้เกิดขึ้นในหน่วยงานราชการแล้ว หากผู้เสียหาย ต้องการที่จะหลีกเลี่ยงจากพฤติกรรมดังกล่าวโดยการลาออกจากราชการ ย่อมมีผลกระทบมากกว่า ผู้เสียหายที่ทำงานเอกชน เพราะหากผู้เสียหายลาออกจากราชการเพื่อไปรับราชการที่อื่นก็ย่อม มีผลเสียในเรื่องระยะเวลาในการรับราชการที่จะถูกตัดออกไป หรือหากผู้เสียหายใช้วิธีการ โอนไป รับราชการยังหน่วยงานอื่นของรัฐ แม้การนับระยะเวลาราชการไม่ถูกระทบ แต่จะรู้ได้อย่างไรว่า ผู้เสียหายจะไม่ถูกกลั่นแกล้งจากผู้กระทำความผิดที่เป็นผู้บังคับบัญชาหรือมีอำนาจเหนือกว่าตนใน หน่วยงาน เพราะการโอนไปรับราชการยังหน่วยงานอื่นนั้น จะต้องได้รับความยินยอมจาก ผู้บังคับบัญชาในหน่วยงานที่จะ โอนและผู้บังคับบัญชาหน่วยงานที่จะรับโอนด้วย ซึ่งหาก ผู้บังคับบัญชาของผู้เสียหายไม่ยินยอม ผู้เสียหายก็ย่อมต้องทนรับราชการอยู่ต่อไปในขณะที่ ผู้กระทำความผิดก็ยังลอยนวลและไม่ได้รับโทษจากการกระทำนั้นๆ แต่อย่างใด และโดยที่ปัญหา การล่วงละเมิดทางเพศหรือคุกคามทางเพศที่เกิดขึ้นส่วนใหญ่ ผู้เสียหายมักไม่กล้าร้องเรียนเนื่องจาก เกรงกลัวผลกระทบต่างๆ ที่จะตามมา ทำให้ผู้เสียหายมักจะทนทุกข์เกี่ยวกับปัญหาดังกล่าวและทำ ให้ผู้กระทำความผิดเกิดความข่มขู่ว่าไม่มีใครกล้าที่จะเอาผิดกับตน และทำให้เกิดการกระทำผิด ซ้ำๆ อีกไม่มีที่สิ้นสุด

ดังนั้นเมื่อได้พิจารณาจากสภาพปัญหาที่กล่าวมากับกฎหมายการล่วงละเมิดทางเพศ หรือคุกคามทางเพศของข้าราชการนั้น จึงควรกำหนดขั้นตอนการร้องเรียนร้องทุกข์ และ กระบวนการในการดำเนินการให้เป็นขั้นตอนที่ชัดเจน รวดเร็วและเป็นธรรมมากที่สุด เช่น

1. กระบวนการสอบสวนในเรื่องดังกล่าวจำเป็นต้องกำหนดระยะเวลาให้แล้วเสร็จ โดยเร็วและได้ผลที่เป็นธรรม เนื่องจากเรื่องนี้เป็นกรกระทำที่มีผลกระทบกับผู้เสียหายในด้าน จิตใจ หรือการปฏิบัติหน้าที่ที่ยังคงต้องเผชิญหน้ากับผู้ล่วงละเมิด หากการดำเนินการทางวินัยใช้ เวลานาน ก็จะทำให้ผู้เสียหายเกิดความรู้สึกอึดอัดกับการปฏิบัติงานและอาจกระทบถึงการปฏิบัติ หน้าที่ด้วย

2. กำหนดมาตรการภายในหน่วยงานที่ผู้บังคับบัญชาควรส่งเสริมเพื่อให้มีการป้องกัน และปราบปรามการล่วงละเมิดทางเพศหรือคุกคามทางเพศ โดยกำหนดเป็นนโยบายของหน่วยงาน ทั้งนี้มาตรการภายในหน่วยงานที่ผู้บังคับบัญชาควรส่งเสริมจะทำให้ผู้ใต้บังคับบัญชามีความอุ่นใจ ว่า หากมีการล่วงละเมิดทางเพศเกิดขึ้นผู้บังคับบัญชาจะให้ความสำคัญกับทุกเรื่องที่เกิดขึ้นใน

ทุกกรณี โดยไม่กระทำความผิดดังกล่าวเสียเอง ซึ่งส่วนราชการจะต้องเข้ามามีบทบาทในการกำหนดมาตรการในการป้องกันการกระทำผิดฐานนี้

3. มีการจัดทำคู่มืออธิบายเรื่องการล่วงละเมิดทางเพศหรือคุกคามทางเพศตามกฎหมายใหม่ เพื่อให้ข้าราชการเข้าใจลักษณะพฤติกรรมว่าการกระทำอย่างไรที่จะถือเป็นการล่วงละเมิดทางเพศหรือคุกคามทางเพศ และขั้นตอนการดำเนินการหากมีปัญหาดังกล่าวเกิดขึ้น

4. ควรกำหนดให้การล่วงละเมิดทางเพศหรือการคุกคามทางเพศมีระดับความรุนแรงต่างกันตามลักษณะการกระทำและผลที่เกิดขึ้นตั้งแต่ไม่ร้ายแรง เช่น การพูดจาทะเลาะวิวาท จนถึงขั้นล่วงละเมิดทางเพศอย่างร้ายแรง เช่น การปลุกปล้ำ การทำอนาจารหรือการข่มขืนกระทำชำเราซึ่งมีโทษทางอาญาด้วย ผู้บังคับบัญชามีหน้าที่ต้องดำเนินการทางวินัยและลงโทษตามความร้ายแรงของการกระทำ ตั้งแต่การลงบันทึกในสมุดทะเบียนประวัติ การโยกย้าย การไม่เสนอชื่อเลื่อนขั้นหรือตำแหน่ง การภาคทัณฑ์ ตัดเงินเดือน ลดเงินเดือน ปลดออก จนถึงการใช้สิทธิออกจากราชการ²¹

5. ควรกำหนดว่าหากเป็นการล่วงละเมิดทางเพศหรือคุกคามทางเพศที่ผู้กระทำเป็นผู้บังคับบัญชาหรือมีอำนาจเหนือกระทำต่อผู้ใต้บังคับบัญชาโดยอาศัยอำนาจดังกล่าวกระทำความผิด ควรที่จะกำหนดให้กรณีดังกล่าวต้องถูกลงโทษมากกว่ากรณีที่เป็นการกระทำของข้าราชการทั่วไปด้วยกัน เนื่องจากว่าผู้บังคับบัญชามีอำนาจที่จะให้ทุนให้โทษต่อผู้ใต้บังคับบัญชาได้ อาจจะอาศัยอำนาจดังกล่าวในการที่จะกระทำความผิด และผู้บังคับบัญชาควรที่จะปฏิบัติตนให้เป็นอย่างที่ดีแก่ผู้ใต้บังคับบัญชาโดยไม่กระทำการดังกล่าวเสียเอง ดังนั้นจึงควรรับโทษหนักขึ้นกว่ากรณีทั่วไปอีกด้วย

4.2 วิเคราะห์กฎหมายของไทยเปรียบเทียบกับกฎหมายของต่างประเทศ

จากที่ได้มีการศึกษามาแล้วดังกล่าวข้างต้นว่า ประเทศไทยแม้จะมีกฎหมายที่บัญญัติความผิดเรื่องเพศไว้ คือ ตามประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งได้กำหนดความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและอนาจารก็ตาม แต่หากการล่วงละเมิดทางเพศนั้นๆ ไม่ถึงขั้นเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาที่บัญญัติไว้ แต่พฤติกรรมที่แสดงออกมามีความไม่เหมาะสมในเรื่องเพศอย่างยิ่งซึ่งเป็นการฝ่าฝืนต่อจารีตประเพณีและศีลธรรมอันดีของประชาชน จะมีกฎหมายฉบับใดสามารถเอาผิดกับผู้กระทำความผิดได้หรือไม่ หากพิจารณากฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการล่วงละเมิดทางเพศในที่ทำงานของไทยที่มีบังคับใช้ในปัจจุบันนั้น คือ พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 ที่บัญญัติเรื่องการล่วงละเมิดทางเพศไว้ในมาตรา 16 โดยห้ามมิให้นายจ้าง หัวหน้างาน ผู้ควบคุมงาน หรือผู้ตรวจ

²¹ เอกพงศ์ ปลัดรักษา. เล่มเดิม. หน้า 114-115.

งานกระทำการล่วงเกินทางเพศ คฤกคาม หรือก่อความเดือดร้อนรำคาญทางเพศต่อลูกจ้าง อย่างไรก็ตาม แม้รัฐจะให้ความสำคัญกับปัญหาการล่วงละเมิดในที่ทำงานที่เกิดขึ้น โดยมีบทบัญญัติในเรื่องนี้ ขึ้นมาก็ตามแต่ในทางปฏิบัติมีปัญหาเกิดขึ้นมากมาย ไม่ว่าจะเป็นการตีความว่าพฤติกรรมแค่ไหนจึง จะถือว่าเป็นการล่วงละเมิดทางเพศ หรือขอบเขตการคุ้มครองผู้ถูกระทำ และแม้แต่การลงโทษ ผู้กระทำความผิดและการเยียวยาผู้ถูกระทำ จึงเห็นได้ว่าปัญหาที่สังคมไทยเผชิญเกี่ยวกับการล่วง ละเมิดทางเพศในที่ทำงานนั้น นอกจากจะเป็นเรื่องที่ทำให้สังคมเสื่อมลงแล้ว ยังพบว่ามีปัญหาทาง กฎหมายที่ไม่ได้บัญญัติเรื่องนี้ไว้อย่างชัดเจนและผู้มีส่วนเกี่ยวข้องกับการบังคับใช้กฎหมายยังไม่มี ความรู้ความเข้าใจในปัญหาดังกล่าว ทำให้ไม่สามารถบังคับใช้กฎหมายได้อย่างถูกต้องตรงตาม เจตนารมณ์ของกฎหมายอย่างแท้จริง

นอกจากนั้น ในส่วนของหน่วยงานภาครัฐแม้ว่าในปัจจุบันจะมีพระราชบัญญัติระเบียบ ข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 ได้เพิ่มเติมบทบัญญัติการกระทำอันเป็นการล่วงละเมิดทางเพศหรือ การคุกคามทางเพศไว้โดยเฉพาะแล้ว รวมทั้งได้กำหนดกฎ ก.พ. ว่าด้วยการกระทำอันเป็นการ ล่วงละเมิดทางเพศหรือคุกคามทางเพศ พ.ศ. 2553 โดยเป็นการกำหนดลักษณะการกระทำว่า พฤติกรรมอย่างไรที่จะถือว่าเป็นการล่วงละเมิดทางเพศหรือคุกคามทางเพศ และหากมีการฝ่าฝืน บทบัญญัติดังกล่าวก็มีมาตรการลงโทษทางวินัยไว้ก็ตาม แต่กฎหมายดังกล่าวเป็นกฎหมายใหม่ที่ ผู้มีส่วนเกี่ยวข้องยังไม่มีความรู้ความเข้าใจในกฎหมายดังกล่าวอย่างเพียงพอทำให้เกิดปัญหาในการ บังคับใช้อย่างมีประสิทธิภาพ ทั้งพระราชบัญญัตินี้ยังบังคับใช้กับข้าราชการพลเรือนเท่านั้นมิได้ บังคับกับข้าราชการทุกหมู่เหล่า ทำให้เกิดความเลื่อมล้ำและไม่ครอบคลุมกับปัญหาที่เกิดขึ้น

จากการที่ได้ศึกษากฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการล่วงละเมิดทางเพศในที่ทำงานของ ต่างประเทศแล้ว เห็นได้ว่ากฎหมายของต่างประเทศในเรื่องการล่วงละเมิดทางเพศในที่ทำงานได้มี การบัญญัติไว้แตกต่างกันออกไป บางประเทศได้บัญญัติไว้เป็นกฎหมายเฉพาะในเรื่องดังกล่าว หรือ ในบางประเทศได้บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา โดยจะได้นำมาศึกษาเปรียบเทียบกับ กฎหมายของไทยที่มีบัญญัติไว้ว่ามีความเหมือนหรือแตกต่างอย่างไรกับของต่างประเทศ และ จะสามารถนำมาเป็นแนวทางในการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายของไทยได้เพียงใด

การล่วงละเมิดทางเพศของต่างประเทศจากการที่ได้ศึกษาพบว่า การล่วงละเมิดทางเพศ เป็นกรณีการยื่นข้อเสนอนิทางเพศ เรียกร้องในทางเพศเพื่อแลกเปลี่ยนกับผลประโยชน์ทางด้าน การงาน หรือการกระทำทางกายหรือวาจาอันมีนัยในทางเพศ ซึ่งการยอมรับหรือปฏิเสธการกระทำ เช่นนั้นมีผลกระทบต่อการจ้างงานหรือรบกวนการทำงาน โดยก่อให้เกิดสภาพการทำงานที่ไม่เป็นมิตร

ในประเทศสหรัฐอเมริกา ได้กำหนดให้การล่วงละเมิดทางเพศถือเป็นรูปแบบหนึ่งของการเลือกปฏิบัติทางเพศอันขัดต่อกฎหมายที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติเฉพาะ คือ พระราชบัญญัติ

ว่าด้วยสิทธิพลเมือง ค.ศ. 1964 (Civil Right Act) ส่วนกรณีใดจะถือเป็นการล่วงละเมิดทางเพศนั้น ศาลเป็นผู้มีบทบาทในการตีความและปรับใช้ สำหรับความรับผิดชอบหากเกิดการล่วงละเมิดทางเพศขึ้นนั้น ประเทศสหรัฐอเมริกาได้กำหนดให้นายจ้างต้องรับผิดชอบต่อการล่วงละเมิดทางเพศ หากเป็นการกระทำในทางที่จ้างโดยเป็นความรับผิดชอบในการกระทำของผู้อื่น (Vicarious liability) กล่าวคือนายจ้างจะต้องรับผิดชอบในการกระทำของผู้ที่กระทำการล่วงละเมิดทางเพศโดยไม่คำนึงว่านายจ้างจะจงใจหรือประมาทเลินเล่อในการควบคุมดูแลลูกจ้าง และไม่ว่านายจ้างจะรู้หรือไม่รู้ถึงการกระทำดังกล่าวนั้นก็ตาม แต่นายจ้างสามารถยกข้อต่อสู้เพื่อไม่ต้องรับผิดชอบได้ว่า ได้ใช้ความระมัดระวังตามสมควรในการคุ้มครองและป้องกันการกระทำความผิดดังกล่าวแล้ว แต่หากการล่วงละเมิดทางเพศนั้นได้ก่อให้เกิดผลกระทบต่อหน้าที่การงานของผู้ถูกระทำอย่างเป็นรูปธรรม เช่น ถูกไล่ออก ลดขั้น หรือได้รับมอบหมายงานอื่น นายจ้างจะต้องรับผิดชอบในการกระทำการล่วงละเมิดทางเพศโดยจะอ้างเหตุว่าตนได้ใช้ความระมัดระวังตามสมควรมาเป็นข้อต่อสู้เพื่อไม่ต้องรับผิดชอบไม่ได้ (Strict vicarious liability) จากหลักเกณฑ์ความรับผิดชอบดังกล่าวนี้ชี้ให้เห็นว่า การล่วงละเมิดทางเพศในที่ทำงานถือเป็นการกระทำที่มีความรุนแรงพอสมควร อันน่าจะต้องมีมาตรการควบคุมการกระทำความผิดดังกล่าว เพราะเหตุว่าแม้ว่านายจ้างจะมีได้เป็นผู้กระทำการล่วงละเมิดทางเพศด้วยตนเอง แต่ก็ยังคงต้องรับผิดชอบในการล่วงละเมิดทางเพศของผู้ที่อยู่ในความควบคุมบังคับบัญชาของตนที่ก่อให้เกิดผลร้ายแก่บุคคลอื่น

เมื่อได้พิจารณาจากหลักการรับผิดชอบดังกล่าวมาของประเทศไทยเปรียบเทียบกับกฎหมายของไทย เห็นว่า กฎหมายของประเทศไทยฉบับดังกล่าวไม่ได้กำหนดให้ผู้กระทำความผิดการล่วงละเมิดทางเพศต้องรับผิดชอบด้วยตนเองตามกฎหมายฉบับนี้ แต่กำหนดให้เป็นความรับผิดชอบของนายจ้างที่จะต้องรับผิดชอบหากเกิดการล่วงละเมิดทางเพศที่กระทำโดยผู้ที่อยู่ในความควบคุมดูแลของตน แต่อย่างไรก็ตามหากการกระทำการล่วงละเมิดทางเพศดังกล่าวผิดต่อกฎหมายอื่นด้วย ผู้กระทำความผิดก็ต้องรับโทษตามกฎหมายนั้นๆ เปรียบเทียบกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการล่วงละเมิดทางเพศของไทยนั้น ไม่ได้มีการบัญญัติให้นายจ้างต้องร่วมรับผิดชอบด้วยหากเกิดการล่วงละเมิดทางเพศ แต่เป็นความรับผิดชอบเฉพาะตัวของผู้กระทำความผิด ผู้เขียนเห็นว่า การที่ให้นายจ้างต้องรับผิดชอบในการล่วงละเมิดทางเพศในที่ทำงานของลูกจ้างของตนด้วยนั้น แม้ว่าจะเป็นเรื่องที่ดีที่นายจ้างซึ่งเป็นผู้มีอำนาจในที่ทำงานนั้น จะมีหน้าที่ในการดูแลคุ้มครองการล่วงละเมิดทางเพศต่อผู้ถูกระทำ เป็นการให้หลักประกันว่าจะมีผู้ต้องรับผิดชอบจากการกระทำความผิดดังกล่าวแน่นอน แต่อย่างไรก็ตามในเรื่องหลักความรับผิดชอบในการกระทำของบุคคลอื่นแบบเด็ดขาด (Strict vicarious liability) นั้น ไม่สมควรจะนำมาใช้เพื่อกำหนดความรับผิดชอบกรณีการล่วงละเมิดทางเพศในที่ทำงานของไทยที่จะต้องให้นายจ้างหรือผู้บังคับบัญชาต้องรับผิดชอบอย่างเด็ดขาดจากผลของการกระทำของผู้ที่อยู่ในความควบคุมของตน เนื่องจากการล่วงละเมิดทางเพศนี้ เป็นการกระทำเฉพาะตัวของผู้กระทำซึ่ง

กระทำไปเพื่อประโยชน์ คือ ความพึงพอใจในทางเพศของตนเอง และในทางปฏิบัติ นายจ้างหรือผู้บังคับบัญชาไม่สามารถจะควบคุมดูแลป้องกันการกระทำความผิดดังกล่าวได้อย่างทั่วถึง หากนายจ้างหรือผู้บังคับบัญชาต้องรับผิดชอบผู้อื่นในกรณีนี้ จะเป็นการไม่ยุติธรรมสำหรับนายจ้างหรือผู้บังคับบัญชา แต่อย่างไรก็ดีหลักในเรื่องความรับผิดชอบในการกระทำของบุคคลอื่นนี้ สามารถนำมาปรับใช้ได้ กล่าวคือ หากมีการบัญญัติฐานความผิดอาญาในกรณีการล่วงละเมิดทางเพศในที่ทำงาน ก็ไม่จำเป็นที่จะต้องพิสูจน์ให้ได้ถึงขนาดว่าผู้กระทำความผิดมีเจตนาในการล่วงละเมิดทางเพศ ซึ่งเป็นกรณีที่หาข้อเท็จจริงและข้อพิสูจน์ได้ยาก โดยผู้กระทำความผิดอาจอ้างว่า มีเจตนาเพียงจะหยอกเย้าไม่ได้ ต้องการความพึงพอใจหรือผลประโยชน์ในทางเพศก็ได้ ดังนั้นหากนำหลักเกณฑ์ในการรับผิดชอบที่ว่า แม้จะไม่ได้ตั้งใจหรือประมาทเลินเล่อมาปรับใช้ในกรณีดังกล่าว จะเป็นการสมควรและเหมาะสมอย่างยิ่ง โดยผู้กระทำการล่วงละเมิดทางเพศก็ต้องรับผิดชอบแม้จะพิสูจน์ไม่ได้ว่ามีเจตนาในการกระทำหรือไม่ก็ตาม

ส่วนในกรณีของเรื่องการเยียวยาผู้เสียหายจากการล่วงละเมิดทางเพศนั้น ประเทศสหรัฐอเมริกาได้กำหนดให้โจทก์ในคดีล่วงละเมิดทางเพศได้รับการเยียวยาในรูปค่าสินไหมทดแทน (Compensatory) ซึ่งรวมถึงค่าเสียหายจากการสูญเสียโอกาสทางการเงิน ทั้งในรูปเงินย้อนหลังและเงินในอนาคต ค่าเสียหายจากการได้รับความทุกข์ทรมานทางร่างกายและจิตใจ นอกจากนี้ ศาลยังอาจกำหนดให้โจทก์ได้รับค่าเสียหายในเชิงลงโทษ (Punitive damages) ในบางกรณีที่ศาลเห็นว่าโจทก์สมควรที่จะได้รับความเสียหายในส่วนนี้ เนื่องจากจำเลยกระทำความผิดอย่างจงใจและใช้อำนาจในทางที่ผิด เห็นได้ว่าการเยียวยาของอเมริกาได้รับการเยียวยาในหลายด้านเปรียบเทียบกับของไทยซึ่งมีการเยียวยาที่น้อยมาก ซึ่งในพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงานของไทย พ.ศ. 2541 ได้กำหนดไว้ในมาตรา 147 ว่าผู้ใดฝ่าฝืนมาตรา 16 ต้องระวางโทษปรับไม่เกินสองหมื่นบาท เท่านั้น หรือหากจะฟ้องเรียกค่าเสียหายในส่วนอื่นๆ ต้องไปฟ้องที่ศาลแพ่งเรียกร้องค่าเสียหายอีกทางหนึ่ง ซึ่งจะทำให้เสียเวลาและค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดี

นอกจากนี้ ในสหรัฐอเมริกายังได้กำหนดให้นายจ้างมีหน้าที่ต้องจัดทำนโยบายป้องกันการล่วงละเมิดทางเพศในที่ทำงาน ไม่ว่าจะเป็นการเผยแพร่นโยบายที่เป็นลายลักษณ์อักษรหรือคู่มือลูกจ้างเกี่ยวกับการล่วงละเมิดทางเพศ วิธีการในการจัดการหากเกิดการล่วงละเมิดทางเพศ รวมถึงกระบวนการในการร้องเรียนต่อผู้มีอำนาจจัดการ และเมื่อมีการร้องเรียนนายจ้างจะต้องมีมาตรการตอบสนองต่อเหตุการณ์อย่างทันท่วงทีและรวดเร็วในการตรวจสอบ ให้ความเป็นธรรมแก่ทุกฝ่าย ตลอดจนนายจ้างจะต้องกำหนดมาตรการที่จะป้องกันมิให้มีการแก้แค้นต่อผู้ที่ร้องเรียนเหตุการณ์ดังกล่าวด้วย เพื่อจูงใจให้บุคคลผู้เสียหายกล้าที่จะร้องเรียนหรือเปิดเผยการกระทำความผิดให้เห็นได้ว่ามาตรการเหล่านี้เป็นมาตรการที่เหมาะสมและจำเป็นจะต้องเพื่อป้องกันปราบปรามการ

ล่วงละเมิดทางเพศในที่ทำงาน ได้อย่างมีประสิทธิภาพ ซึ่งประเทศไทยควรที่จะนำมาเป็นแบบอย่างในการพัฒนาปรับปรุงกฎหมายเกี่ยวกับการล่วงละเมิดในที่ทำงานให้มีความเหมาะสมและเกิดความเป็นธรรมกับทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้องต่อไป

ประเทศญี่ปุ่น การล่วงละเมิดทางเพศในประเทศญี่ปุ่นถือเป็นการกระทำอันเป็นการละเมิดสิทธิส่วนบุคคลตามประมวลกฎหมายแพ่งของญี่ปุ่น อันผู้กระทำการดังกล่าวต้องรับผิดชอบละเมิดและต้องชดเชยค่าเสียหายอันเกิดแต่การนั้น ซึ่งในประเทศญี่ปุ่นมีแนวความคิดเกี่ยวกับการล่วงละเมิดทางเพศในที่ทำงานว่า เป็นการละเมิดสิทธิเสรีภาพในทางเพศของบุคคลที่จะมีสิทธิกำหนดเรื่องเพศด้วยตนเอง รวมทั้งมีสิทธิที่จะได้รับการการทำงานในสภาวะแวดล้อมที่เหมาะสมด้วย ซึ่งทำให้ผู้ถูกล่วงละเมิดทางเพศมีสิทธิเรียกค่าเสียหายจากการกระทำดังกล่าวตามมาตรา 709 ของประมวลกฎหมายแพ่งของญี่ปุ่น ซึ่งเป็นความรับผิดชอบละเมิด ซึ่งหากได้เปรียบเทียบความผิดฐานละเมิดของไทย ตามมาตรา 420 บัญญัติว่า “ผู้ใดจงใจ หรือประมาทเลินเล่อทำต่อบุคคลอื่นโดยผิดกฎหมาย ให้เขาเสียหายถึงแก่ชีวิตก็ดี แก่ร่างกายก็ดี อนามัยก็ดี เสรีภาพก็ดี ทรัพย์สินหรือสิทธิอย่างใดอย่างหนึ่งก็ดี ท่านว่าผู้นั้นทำละเมิด จำต้องชดเชยค่าสินไหมทดแทนเพื่อการนั้น” ซึ่งเป็นบทบัญญัติด้วยความรับผิดชอบของบุคคลในการกระทำของตนเอง ซึ่งหมายความว่า บุคคลใดที่กระทำการเข้าหลักเกณฑ์ดังบัญญัติไว้ในมาตรานี้ กฎหมายถือว่าทำละเมิด จะต้องรับผิดชอบในการกระทำของตนเอง นั้น ซึ่งหลักเกณฑ์สำคัญประการหนึ่งของความรับผิดชอบละเมิดคือ ต้องเป็นความเสียหายต่อสิทธิของบุคคลอื่น กล่าวคือ เสียหายต่อชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ ทรัพย์สิน หรือสิทธิอย่างใดอย่างหนึ่ง ซึ่งกฎหมายรับรองคุ้มครอง ถ้าไม่มีกฎหมายรับรองก็เรียกค่าสินไหมทดแทนไม่ได้ หากนำมาพิจารณาในการกระทำที่เป็นการล่วงละเมิดทางเพศแล้ว จะเห็นได้ว่าการกระทำล่วงละเมิดทางเพศทำให้ สิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว (Right of privacy) ได้รับความเสียหายซึ่งสิทธิดังกล่าวได้รับการรับรองคุ้มครองไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 35 ได้บัญญัติรับรองไว้ว่า สิทธิของบุคคลในความเป็นอยู่ส่วนตัว ย่อมได้รับความคุ้มครอง ดังนั้นบุคคลจึงมีสิทธิที่จะมีชีวิตร่วมตัวหรืออยู่อย่างเป็นส่วนตัวโดยสงบสุขปราศจากการรบกวนใดๆ ใครจะแอบดู แอบฟัง หรือแอบถ่าย หรือการกระทำการใดๆ อันเป็นการรบกวนโดยไม่ได้รับความยินยอมหาได้ไม่²² หากมีการกระทำการล่วงละเมิดทางเพศ จะเห็นได้ว่าบุคคลผู้ถูกล่วงละเมิดทางเพศย่อมมีสิทธิส่วนตัว สิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว หรือสิทธิเสรีภาพในทางเพศที่จะไม่ให้ใครเข้ายุ่งเกี่ยวเกินสมควร เกินขอบเขต บุคคลอื่นหาสิทธิที่จะบังคับหรือทำให้ผู้ถูกล่วงละเมิดทางเพศต้องตกอยู่ในสถานการณ์ที่จำต้องจำยอม โดยอาศัยการที่มีอำนาจเหนือหรือ

²² สักดิ์ สนองชาติ. (2540). คำอธิบายโดยย่อประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยละเมิดความรับผิดชอบทางละเมิด ตามพระราชบัญญัติความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539. หน้า 59.

ตำแหน่งหน้าที่มากดดัน ช่มชู้ เพื่อที่จะให้ได้รับผลประโยชน์ในทางเพศหาได้ไม่ ซึ่งหากเป็นการกระทำที่ผู้ถูกระทำไม่ยินยอมพร้อมใจ และไม่สามารถหลีกเลี่ยงได้ ก็จะทำให้เกิดความรู้สึกกดดัน ดังนั้นการล่วงละเมิดทางเพศในที่ทำงาน ย่อมเป็นการทำละเมิดตามมาตรา 420 ทำให้ผู้ที่ถูกล่วงละเมิดทางเพศได้รับความเสียหายและย่อมมีสิทธิเรียกค่าสินไหมทดแทนได้

ส่วนกรณีที่นายจ้างจะต้องรับผิดชอบในการที่ลูกจ้างของตนได้กระทำการล่วงละเมิดทางเพศด้วยหรือไม่นั้น ตามมาตรา 425 ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ นั้นได้กำหนดว่านายจ้างต้องร่วมรับผิดชอบกับลูกจ้างในผลแห่งละเมิดซึ่งลูกจ้างได้กระทำไปในทางการที่จ้างนั้น จากบทบัญญัติดังกล่าวเห็นว่า การที่ลูกจ้างได้กระทำการล่วงละเมิดทางเพศเป็นการกระทำโดยส่วนตัวไม่ใช่เป็นการกระทำไปในทางการที่จ้าง ดังนั้น จึงจะฟ้องให้นายจ้างร่วมรับผิดชอบฐานละเมิดในกรณีการล่วงละเมิดทางเพศด้วยไม่ได้

อย่างไรก็ดี การฟ้องร้องในทางแพ่งเรียกค่าเสียหายเกี่ยวกับการล่วงละเมิดทางเพศในที่ทำงานนั้น ในประเทศไทยยังไม่เคยปรากฏว่ามีการฟ้องร้องเนื่องจากการกระทำความผิดต่อศาลแต่อย่างใด อาจจะเนื่องจากปัญหาการล่วงละเมิดทางเพศดังกล่าวคดีมักจะจบหรือยุติลงในระดับสอบสวน เพราะเหตุว่าผู้เสียหายไม่กล้าที่จะดำเนินคดีเอาผิดกับผู้กระทำที่มีอำนาจหรือสถานะที่เหนือกว่า กลัวว่าจะมีผลกระทบต่ตำแหน่งหน้าที่การทำงาน นอกจากนี้พยานหลักฐานที่จะสนับสนุนว่ามีเหตุการณ์ดังกล่าวเกิดขึ้นจริงหาได้ยาก ซึ่งกรณีดังกล่าวนี้หากมีคดีขึ้นสู่ศาลคงต้องดูคำพิพากษาต่อไป

ส่วนนายจ้างจะต้องรับผิดชอบในการกระทำของลูกจ้างที่กระทำการล่วงละเมิดทางเพศต่อผู้เสียหาย โดยการจ่ายค่าเสียหายหากลูกจ้างกระทำการดังกล่าวในทางการที่จ้าง แต่อย่างไรก็ดี นายจ้างได้รับการยกเว้นความผิดหากนายจ้างพิสูจน์ได้ว่าได้ใช้ความระมัดระวังในการแต่งตั้งลูกจ้างและควบคุมดูแลการทำงานของลูกจ้างแล้ว ซึ่งถึงอย่างไรความเสียหายก็ต้องเกิดขึ้นแม้ได้ใช้ความระมัดระวังแล้วก็ตาม ซึ่งหลักเกณฑ์เป็นเช่นเดียวกับประเทศสหรัฐอเมริกาในการที่กำหนดให้นายจ้างต้องรับผิดชอบในการกระทำของบุคคลอื่น

นอกจากนั้นภายใต้กฎหมายว่าด้วยโอกาสการจ้างแรงงานที่เทียบกัน ฉบับแก้ไข ค.ศ. 1997 ได้กำหนดให้นายจ้างมีหน้าที่จะต้องดูแลและป้องกันมิให้เกิดการล่วงละเมิดทางเพศขึ้น โดยจัดทำคู่มือลูกจ้างและอธิบายเกี่ยวกับการป้องกันการล่วงละเมิดทางเพศ การมีมาตรการตอบสนองอย่างทันทั่วถึงและเหมาะสมเมื่อมีการร้องทุกข์ในเรื่องดังกล่าว อันทำให้นายจ้างอาจต้องมีความรับผิดชอบตามสัญญาจ้างแรงงานเพิ่มอีกทางด้วย ซึ่งทำให้มาตรการในการควบคุมและคุ้มครองมิให้ผู้เสียหายจากการล่วงละเมิดทางเพศเป็นไปได้ดียิ่งขึ้น นอกไปจากความคุ้มครองตามกฎหมายแพ่ง ทั้งนี้ ใจทักในคดีล่วงละเมิดทางเพศจะได้รับการเยียวยาในรูปของค่าสินไหมทดแทน ซึ่งเรียกว่า

“อิชา-ราโย” แต่อย่างไรก็ตามกฎหมายนี้ให้ความคุ้มครองเฉพาะลูกจ้างหญิงเท่านั้น จึงอาจทำให้เกิดความเหลื่อมล้ำและไม่เป็นธรรมได้

ประเทศฝรั่งเศสเป็นประเทศเดียวที่ได้กำหนดให้การล่วงละเมิดทางเพศเป็นความผิดตามกฎหมายอาญา ซึ่งตามประมวลกฎหมายอาญาของฝรั่งเศส มาตรา 222-33 กำหนดให้การล่วงละเมิดทางเพศเป็นการกระทำใดๆ ที่เป็นการรุกรานบุคคลอื่นโดยการใช้คำสั่ง การข่มขู่ หรือการบีบบังคับเพื่อให้ได้มาซึ่งประโยชน์ใดๆ ในทางเพศ โดยคนที่ผู้กระทำใช้อำนาจในตำแหน่งหน้าที่ที่ตนดำรงอยู่ ต้องระวางโทษจำคุก 1 และปรับ 100,000 ยูโร ซึ่งเป็นกรณีที่กฎหมายกำหนดให้บุคคลที่กระทำการใดๆ โดยอาศัยอำนาจในตำแหน่งหน้าที่ที่ตนดำรงอยู่เพื่อให้ได้รับผลประโยชน์อันเป็นการล่วงละเมิดทางเพศจะต้องได้รับโทษจำคุกและปรับสำหรับการกระทำนั้นและการที่กฎหมายกำหนดคำว่า “ผู้ใด” ดังนั้น ผู้กระทำความผิดจึงเป็นหรือหญิงก็ได้ และการล่วงละเมิดทางเพศในฝรั่งเศสแม้จะเป็นการกระทำเพียงครั้งเดียวก็เป็นความผิดอันมีโทษตามกฎหมายอาญาแล้ว ซึ่งหากเปรียบเทียบกับกฎหมายของไทย ตามประมวลกฎหมายอาญาได้มีบทบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศไว้ในภาค 2 ลักษณะ 9 ความผิดเกี่ยวกับเพศ แต่ไม่มีการบัญญัติความผิดฐานล่วงละเมิดทางเพศไว้แต่อย่างใด ดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่าการล่วงละเมิดทางนั้น อาจถึงขั้นเป็นความผิดฐานใดฐานหนึ่งตามประมวลกฎหมายอาญาที่บัญญัติไว้ก็ได้ หากการกระทำครบองค์ประกอบของความผิดฐานนั้นๆ แต่อย่างไรก็ตามการล่วงละเมิดทางเพศอาจจะไม่ถึงขั้นเป็นความผิดกฎหมายอาญาตามที่บัญญัติเป็นความผิดไว้ก็ได้ แต่หากการกระทำล่วงละเมิดทางเพศนั้นเป็นการฝ่าฝืนจารีตประเพณีและศีลธรรมอันดีของประชาชน และผู้คนในสังคมเห็นว่าเป็นเรื่องไม่สมควรในทางเพศแล้วการกระทำความผิดดังกล่าวก็จะไม่ได้รับการลงโทษเนื่องจากไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ จึงทำให้ไม่สามารถเอาผิดกับผู้กระทำความผิดดังกล่าวได้ โดยหากประเทศไทยบัญญัติให้ผู้ใดก็ตามที่ล่วงละเมิดทางเพศเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาและจะต้องได้รับโทษตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ ก็จะเป็นขยายขอบเขตการควบคุมบุคคลทั่วไปมิให้กระทำการใดๆ อันเป็นการล่วงละเมิดทางเพศบุคคลอื่น เนื่องจากปัญหาการล่วงละเมิดทางเพศนั้นสามารถเกิดขึ้นได้ในทุกสถานที่และกับทุกคน ไม่เฉพาะแต่ในที่ทำงานเท่านั้น หากได้บัญญัติให้การล่วงละเมิดทางเพศเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญานั้น จะทำให้สามารถใช้บังคับได้กับทุกคน จะทำให้เกิดความเป็นธรรมในสังคมและช่วยป้องกันและป้องปรามการกระทำความผิดได้อย่างครอบคลุมมากยิ่งขึ้น และถ้าหากเป็นกรณีการล่วงละเมิดทางเพศเป็นการกระทำใดๆ ที่เป็นการรุกรานบุคคลอื่นโดยการใช้คำสั่ง การข่มขู่ หรือการบีบบังคับเพื่อให้ได้มาซึ่งประโยชน์ใดๆ ในทางเพศ โดยคนที่ผู้กระทำใช้อำนาจในตำแหน่งหน้าที่ที่ตนดำรงอยู่นั้น ก็ควรที่บัญญัติไว้เหมือน

ในกฎหมายของฝรั่งเศสแต่ให้ถือว่าเป็นกรณีที่ทำให้ต้องรับโทษหนักขึ้นกว่าการล่วงละเมิดทางเพศของบุคคลทั่วไป

นอกจากการที่ประเทศฝรั่งเศสได้บัญญัติให้การล่วงละเมิดทางเพศเป็นความผิดตามกฎหมายอาญาแล้วนั้น ยังได้บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแรงงานคุ้มครองลูกจ้างผู้ถูกระทำการล่วงละเมิดทางเพศ ผู้ที่จะเป็นพยานหรือเปิดเผยการกระทำดังกล่าว มิให้ถูกลงโทษหรือให้ออกจากงานโดยให้ถือว่าการถูกลงโทษหรือให้ออกจากงานนั้นตกเป็นโมฆะ ซึ่งการคุ้มครองดังกล่าวให้มีผลไปถึงบุคคลที่เป็นข้าราชการด้วย ทั้งนี้กฎหมายแรงงานยังได้ห้ามมิให้นำข้อเท็จจริงที่บุคคลหนึ่งบุคคลใดถูกระทำการล่วงละเมิดทางเพศ หรือเป็นพยาน หรือเปิดเผยการกระทำดังกล่าว มาพิจารณาในการรับสมัครงานหรือในด้านการบริหารงานบุคคล เช่น การแต่งตั้งโยกย้าย เลื่อนระดับ โดยผู้ที่กระทำการดังกล่าวต้องระวางโทษจำคุก 1 ปี ปรับ 20,000 ยูโร และนอกจากการที่ผู้กระทำการล่วงละเมิดทางเพศจะได้รับโทษทางอาญาแล้ว อาจต้องถูกลงโทษทางวินัยด้วย ในกรณีนี้หากเปรียบกับกฎหมายของไทยที่ได้บัญญัติเกี่ยวกับการล่วงละเมิดทางเพศไว้ นั่นคือในภาคเอกชนตามพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 และในภาครัฐ ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 แล้วนั้นเห็นได้ว่า กฎหมายทั้งสองฉบับของไทยนั้น ไม่ได้บัญญัติคุ้มครองไปถึงบุคคลอื่นที่ไม่ใช่ผู้ถูกระทำการล่วงละเมิดทางเพศด้วย ดังที่กฎหมายของฝรั่งเศสให้ความคุ้มครองครอบคลุมไปถึง พยานและผู้ที่ถูกเปิดเผยเรื่องราวด้วย ซึ่งถือว่าเป็นเรื่องที่ดีที่ช่วยสนับสนุนให้มีการออกมาเปิดเผยพฤติกรรมการกระทำความผิดมากยิ่งขึ้น โดยไม่ต้องเกรงกลัวผลกระทบต่างๆ รวมทั้งในกรณีที่กฎหมายของฝรั่งเศสบัญญัติห้ามมิให้นำข้อเท็จจริงที่บุคคลหนึ่งบุคคลใดถูกระทำการล่วงละเมิดทางเพศ หรือเป็นพยาน หรือเปิดเผยการกระทำดังกล่าว มาพิจารณาในการรับสมัครงานหรือในด้านการบริหารงานบุคคล เช่น การแต่งตั้งโยกย้าย เลื่อนระดับ เป็นต้น ถือว่าเป็นบทบัญญัติคุ้มครองที่ดีมากที่กฎหมายของไทยควรจะนำมาพัฒนาปรับปรุง เพราะการล่วงละเมิดทางเพศในที่ทำงานนั้น มักจะเป็นการกระทำของผู้มีอำนาจเหนือกว่าหรือมีสถานะที่สูงกว่า ซึ่งสามารถที่จะให้คุณให้โทษแก่ผู้ถูกระทำได้ โดยอาศัยอำนาจดังกล่าวในการแสวงหาผลประโยชน์ในทางเพศ หากมีบทบัญญัติดังกล่าว จะทำให้ผู้ถูกระทำได้รับความเป็นธรรมมากยิ่งขึ้น และหากเกิดการล่วงละเมิดทางเพศขึ้นก็จะไม่เกรงกลัวที่จะฟ้องร้องเอาผิดผู้บังคับบัญชาของตนเพราะว่าจะไม่มีผลกระทบกับตำแหน่งหน้าที่การงานในฐานะที่ผู้กระทำมีอำนาจที่จะให้คุณให้โทษแก่ตนได้ ซึ่งหากมีการฝ่าฝืนบทบัญญัตินี้ดังกล่าวก็ได้กำหนดโทษไว้อย่างชัดเจน

สำหรับในส่วนกรณีของนายจ้างนั้น กฎหมายของฝรั่งเศสกำหนดให้นายจ้างมีหน้าที่ต้องจัดทำมาตรการทุกอย่างที่จำเป็นสำหรับการป้องกันมิให้มีการล่วงละเมิดทางเพศเกิดขึ้น

โดยประชาสัมพันธ์และกระตุ้นให้พนักงานได้รับทราบถึงการกระทำอันเป็นการล่วงละเมิดทางเพศ และกฎหมายที่จะใช้บังคับการกระทำดังกล่าว รวมทั้งกำหนดมาตรการภายในที่เหมาะสมเกี่ยวกับการร้องเรียนในความผิดฐานนี้ โดยบริษัทหรือหน่วยงานที่มีพนักงานตั้งแต่ 20 ขึ้นไป ต้องจัดให้มีข้อบังคับเกี่ยวกับการล่วงละเมิดทางเพศไว้ด้วย ซึ่งข้อบังคับดังกล่าวจะต้องปิดไว้ ณ สถานที่ทำงาน อีกด้วย

ดังนั้นจึงอาจสรุปได้ว่า การล่วงละเมิดทางเพศในที่ทำงานนั้นเป็นปัญหาสำคัญปัญหาหนึ่งที่ประเทศต่างๆ ได้ให้ความสำคัญและออกกฎหมายเพื่อมาใช้ปกป้องและป้องปรามการล่วงละเมิดทางในที่ทำงาน โดยมีทั้งที่บัญญัติไว้เป็นกฎหมายเฉพาะและบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญาที่ได้กล่าวมาแล้วนั้น ซึ่งรวมถึงประเทศไทยก็ได้เล็งเห็นถึงความสำคัญของปัญหาดังกล่าว และได้มีการออกกฎหมายและปรับปรุงกฎหมายที่มีอยู่ที่เกี่ยวข้องกับการล่วงละเมิดทางเพศเพื่อให้มีความยุติธรรมและเป็นธรรมกับทุกฝ่าย ดังนั้นแนวทางของกฎหมายต่างประเทศที่บัญญัติไว้ในเรื่องดังกล่าว ประเทศไทยจึงควรที่จะนำมาเป็นแบบอย่างในการพัฒนาปรับปรุงกฎหมายของไทยให้เหมาะสมกับสภาพบริบทของสังคมต่อไป เพื่อให้สอดคล้องกับข้อเท็จจริงและสภาพสังคมในปัจจุบัน รวมทั้งเป็นการคุ้มครองป้องกันมิให้มีการกระทำการล่วงละเมิดทางเพศอันเป็นการละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ และรักษาไว้ซึ่งความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน

4.3 การรับโทษหนักขึ้นในกรณีการล่วงละเมิดทางเพศ

4.3.1 เหตุเฉพาะตัวผู้กระทำความผิด

การลงโทษผู้กระทำความผิดสำหรับความผิดเกี่ยวเพศให้หนักขึ้นเพราะกรณีมีเหตุแห่งการลงโทษเฉพาะตัวนั้น ในทางนิติบัญญัติกระทำได้สองทาง คือ โดยการบัญญัติให้การกระทำนั้นเป็นฐานความผิดเป็นการเฉพาะ หรือมิฉะนั้นก็กระทำโดยการบัญญัติ เหตุเพิ่มโทษเฉพาะตัวไว้ในกฎหมายการลงโทษผู้กระทำความผิดสำหรับความผิดเกี่ยวเพศให้หนักขึ้นเพราะกรณีมีเหตุแห่งการลงโทษเฉพาะตัว เกี่ยวกับการลงโทษผู้กระทำความผิดสำหรับความผิดเกี่ยวกับเพศให้หนักขึ้นเพราะกรณีมี เหตุแห่งเพิ่มโทษเฉพาะตัว สำหรับประเทศไทยกระทำโดยการบัญญัติเป็นเหตุเพิ่มโทษเฉพาะตัว โดยได้บัญญัติไว้ในมาตรา 285 เหตุตามบทบัญญัติแห่งมาตรา นี้เป็นเหตุเพิ่มโทษ เฉพาะตัว และข้อเท็จจริงในมาตรา 285 นี้ ก็คือ เนื้อหาของบทบัญญัติมาตรา 89 ตอนต้นที่ว่า “จะนำเหตุนั้นไปใช้แก่ผู้กระทำความผิดคนอื่นในการกระทำความผิดนั้นด้วยไม่ได้” นั่นเอง

ผู้เขียนเห็นว่า เมื่อได้พิจารณาบทบัญญัติมาตรา 89 แล้วกฎหมายได้บัญญัติกรณีมีเหตุส่วนตัว หรือเหตุเฉพาะตัว และ เหตุในลักษณะคดี อันจะมีผลเป็นการยกเว้นโทษ ลดโทษหรือเพิ่มโทษ สำหรับผู้กระทำความผิดที่ต้องตามที่กฎหมายบัญญัติเหตุนั้นๆ ไว้ก็จะต้องได้รับโทษ ลดโทษ

หรือเพิ่มโทษ เนื่องจากเหตุดังกล่าวด้วย ซึ่งในกรณีความผิดทางเพศ กฎหมายได้บัญญัติให้เป็นเหตุเพิ่มโทษเฉพาะตัวไว้ในมาตรา 285 ก็คือ มีผลเฉพาะตัวผู้กระทำความผิด ซึ่งเกิดจากคุณสมบัติเฉพาะตัว อันเป็นโทษแก่ผู้กระทำความผิดเท่านั้นที่จะต้องรับโทษหนักขึ้นเนื่องจากการกระทำความผิดตามที่กฎหมายกำหนดไม่มีผลถึงผู้ร่วมกระทำความผิดคนอื่นด้วย ดังนั้น ในกรณีที่ผู้มีอำนาจบังคับบัญชากระทำความผิดทางเพศต่อผู้ใต้บังคับบัญชานั้นจึงถือได้ว่าเป็นผู้บังคับบัญชานั้น เป็นข้อเท็จจริงซึ่งถือได้ว่าเป็นเหตุเฉพาะตัวของผู้บังคับบัญชาดังกล่าว อันจะเป็นเหตุให้ต้องรับโทษหนักขึ้นในกรณีการกระทำความผิดทางเพศตามบทบัญญัติมาตรา 285

4.3.2 ความสัมพันธ์ระหว่างบุคคล

เมื่อได้พิจารณาถึงความสัมพันธ์ระหว่างผู้มีอำนาจบังคับบัญชากับผู้ใต้บังคับบัญชาทั้งการปฏิบัติงานภาครัฐและภาคเอกชนแล้วเห็นว่า ความสัมพันธ์ในฐานะดังกล่าวมีความเป็นมาตั้งแต่ในอดีต ซึ่งมีทัศนคติและค่านิยมบางประการที่ปฏิเสธไม่ได้ว่าฝังลึกอยู่ในจิตใจของคนไทย เช่นในเรื่องระบบอุปถัมภ์ เป็นผู้น้อยต้องเคารพผู้ใหญ่ หรือแม้แต่ชายเป็นใหญ่กว่าหญิง ส่งผลให้รูปแบบความสัมพันธ์ในสังคมการทำงานเป็นไปในลักษณะที่ผู้เป็นนายจ้าง หัวหน้าหรือผู้บังคับบัญชา มีอำนาจเหนือกว่าลูกจ้างหรือผู้ใต้บังคับบัญชา ทั้งในด้านสิทธิในการจัดการเหนือทรัพย์สินอันเนื่องจากการประกอบกิจการนั้น รวมทั้งสิทธิในทางจัดการเหนือบุคคลซึ่งเป็นผู้ใต้บังคับบัญชา ซึ่งก็หมายถึงอำนาจบังคับบัญชานั้นเอง โดยผู้มีอำนาจบังคับบัญชาได้อาศัยอำนาจบังคับบัญชาดังกล่าวแสวงหาผลประโยชน์ในทางเพศจากการที่ตนดำรงตำแหน่งหน้าที่ที่มีอำนาจเหนือผู้ถูกกระทำหรือมีอิทธิพลครอบงำผู้ถูกกระทำ เพื่อกะทำการดังกล่าวซึ่งผู้ถูกกระทำไม่ได้ยินยอมพร้อมใจ แต่ไม่สามารถหลีกเลี่ยงได้เนื่องจากกลัวผลกระทบต่างๆ ทั้งในตำแหน่งหน้าที่การงานและในการดำรงชีวิตหากปฏิเสธหรือไม่ยอมตอบสนอง เนื่องจากผู้กระทำมีอำนาจให้คุณให้โทษแก่ผู้ถูกกระทำ จึงทำให้ผู้ถูกกระทำเกิดความรู้สึกรังเกียจ กัดดัน ต้องเสียสุขภาพจิต สุขภาพกาย ทำให้เกิดความเสียหายในเชิงเศรษฐกิจทั้งต่อตัวผู้ถูกกระทำและองค์กรหน่วยงานรวมทั้งสังคมโดยรวมอีกด้วย และกระทบต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน

ดังนั้น พฤติกรรมการล่วงละเมิดทางเพศของผู้มีอำนาจบังคับบัญชาหรือผู้ที่มิอำนาจเหนือกว่ากระทำต่อผู้ใต้บังคับบัญชาหรือผู้ที่มิอำนาจน้อยกว่า ทั้งในระบบการปฏิบัติงานภาคเอกชนและในระบบการปฏิบัติงานภาครัฐ โดยผู้กระทำอาศัยโอกาสจากการที่มีอำนาจให้คุณให้โทษ อาศัยความนับถือเคารพยำเกรง ความไวเนื้อเชื่อใจ ที่ผู้ถูกกระทำมิได้ ทำการล่วงละเมิดทางเพศ จึงเป็นการกระทำที่น่าตำหนิและสมควรที่จะต้องมีการมาตรการในการที่จะป้องกันดูแลควบคุมมิให้มีการกระทำความผิดดังกล่าว รวมทั้งให้ผู้กระทำต้องรับโทษให้เหมาะสมกับความผิดที่ได้

กระทำ เพื่อจะเป็นการคุ้มครองผู้ถูกระทำให้ได้รับความยุติธรรมมากที่สุด และเพื่อป้องกันผู้กระทำความผิดให้เกิดความเกรงกลัวที่จะกระทำความผิดอีกด้วย

4.3.3 เหตุการณ์ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 285

ตามประมวลกฎหมายอาญาของไทยได้บัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศไว้ในบทบัญญัติภาค 2 ลักษณะ 9 ความผิดเกี่ยวกับเพศ มาตรา 276-287 ซึ่งได้กำหนดความผิดไว้แตกต่างกันตามลักษณะความรุนแรงและผลของการกระทำความผิด การจัดแยกแยะประเภทของความผิดตามลักษณะความรุนแรงโดยกำหนดอัตราโทษลดหลั่นแตกต่างกันออกไปตามวัตถุประสงค์ของการลงโทษข้อหนึ่งคือ การทดแทนความผิดหรือการแก้แค้น กล่าวคือ ผู้กระทำความผิดสมควรได้รับโทษเพราะเขาได้กระทำความผิดและต้องรับผิดชอบกับการกระทำของตน ทั้งนี้โทษต้องเหมาะสมกับความผิด ความผิดจะมากหรือน้อยย่อมขึ้นอยู่กับผลร้ายของการกระทำนั้นๆ และความผิดเกี่ยวกับเพศได้บัญญัติให้ต้องรับโทษหนักขึ้นเนื่องจากมีเหตุการณ์ไว้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 285

ความผิดตามที่ระบุไว้ในมาตรา 285 จะเห็นได้ว่า บางฐานความผิดนั้นมีลักษณะเป็นความผิดที่ประกอบด้วยเหตุที่ต้องรับโทษหนักขึ้นอยู่แล้ว เช่น ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตาม มาตรา 276 วรรคสาม ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา 277 ตี เป็นต้น ความผิดในฐานความผิดเหล่านี้ถ้าเป็นการกระทำต่อบุคคลตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 285 ผู้กระทำก็ต้องรับโทษหนักขึ้นกว่าโทษที่บัญญัติไว้ในมาตรานั้นๆ อีก หนึ่งในสาม แสดงให้เห็นว่า กฎหมายมุ่งที่จะลงโทษผู้กระทำให้สาสมกับความผิด และเพื่อให้มีผลต่อการป้องปรามผู้กระทำความผิดและบุคคลอื่นๆ

หากได้พิจารณาบทบัญญัติตามประมวลกฎหมายอาญาที่เป็นเหตุเพิ่มโทษเฉพาะตัวในความผิดเกี่ยวกับเพศโดยได้บัญญัติไว้ในมาตรา 285

บัญญัติว่า “ถ้าการกระทำความผิดตามมาตรา 276 มาตรา 277 มาตรา 277 ทวิ มาตรา 277 ตี มาตรา 278 มาตรา 279 มาตรา 280 มาตรา 282 หรือมาตรา 283 เป็นการกระทำแก่ผู้สืบสันดาน ศิษย์ซึ่งอยู่ในความดูแล ผู้อยู่ในความควบคุมตามหน้าที่ราชการหรือผู้อยู่ในความปกครอง ในความพิทักษ์หรือในความอนุบาล ผู้กระทำต้องระวางโทษหนักกว่าที่บัญญัติไว้ในมาตรานั้นๆ หนึ่งในสาม ”

จากบทบัญญัตินี้ดังกล่าว ได้กำหนดเหตุเพิ่มโทษเฉพาะตัว ที่ทำให้ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนักขึ้นตามมาตรานี้ ต้องเป็นการกระทำแก่

1) ผู้สืบสันดาน หมายถึง ผู้สืบสันดานตามความเป็นจริง อันได้แก่ บุตร หลาน เหลน ลื้อและผู้สืบสันดานต่อๆลงไปจนตลอดสาย

2) ศิษย์ซึ่งอยู่ในความดูแล มิได้หมายถึงเฉพาะผู้ที่มีความสัมพันธ์ในฐานะครูหรืออาจารย์ซึ่งมีหน้าที่สอนหรือเคสสอนศิษย์เท่านั้น แต่ครูหรืออาจารย์นั้นต้องมีหน้าที่ควบคุมดูแลปกป้องรักษาตัวศิษย์ และกระทำการติดตามที่กฎหมายบัญญัติต่อศิษย์ในระหว่างมีหน้าที่ด้วย

3) ผู้ที่อยู่ในความควบคุมตามหน้าที่ราชการ คำว่า “ควบคุม” มีความหมายกว้างกว่าที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 2 (21) และประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 1 (12) ดังนั้น จึงมีความหมายกว้างไม่ใช่เฉพาะบุคคลผู้ถูกจับกุม คุมตัว คุมขัง ระหว่างอยู่ในความควบคุมของเจ้าพนักงานชั้นจับกุม ชั้นสอบสวนหรือขังหรือจำคุกโดยศาล แต่ยังรวมถึงกรณีการควบคุมตามหน้าที่ราชการกรณีอื่นด้วย แต่ไม่หมายความรวมถึงอธิบดีกับหัวหน้าแผนกซึ่งเป็นข้าราชการผู้น้อยได้บังคับบัญชา

4) ผู้อยู่ในความปกครอง ในความพิทักษ์ หรือในความอนุบาล ซึ่งเป็นไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

การรับโทษหนักขึ้นเนื่องจากมีเหตุกรรจ์ตามมาตรา 285 ได้กำหนดลักษณะของบุคคลผู้ถูกประทุษร้าย โดยกำหนดให้การกระทำความผิดทางเพศที่ได้กระทำแก่ผู้สืบสันดาน ศิษย์ซึ่งอยู่ในความดูแล ผู้ที่อยู่ในความควบคุมตามหน้าที่ราชการ ผู้อยู่ในความปกครอง ในความพิทักษ์ หรือในความอนุบาล นั้นผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนักกว่าที่บัญญัติไว้ในมาตรานั้นๆ จะเห็นได้ว่ากรณีที่เป็นการกระทำโดยผู้บังคับบัญชาตามสายงานของข้าราชการนั้น ไม่อยู่ในบังคับของมาตรา 285 โดยมีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2453/2515 ตัดสินไว้ว่า “ผู้ที่อยู่ในความควบคุมตามหน้าที่ราชการตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 285 นั้น หมายถึงผู้กระทำความผิดมีหน้าที่ควบคุมตามหน้าที่ราชการและผู้อยู่กระทำความผิดอยู่ในความควบคุมด้วย การที่ข้าราชการผู้น้อยยังอยู่ในความบังคับบัญชาของอธิบดีในการปฏิบัติหน้าที่ราชการนั้น หาใช่อยู่ในความควบคุมตามหน้าที่ราชการตามความหมายแห่งมาตรา 285 ไม่”

จากคำพิพากษาศาลฎีกาดังกล่าวแสดงให้เห็นว่าการกระทำความผิดทางเพศที่เกิดขึ้นจากการกระทำของผู้บังคับบัญชาที่กระทำต่อผู้ได้บังคับบัญชานั้น ไม่เป็นเหตุให้ต้องรับโทษหนักขึ้น แม้ว่าหากพิจารณาจากข้อเท็จจริงของความสัมพันธ์ระหว่างผู้กระทำกับผู้ถูกกระทำตามมาตรา 285 จะเห็นได้ว่าผู้กระทำล้วนเป็นบุคคลใกล้ชิดและได้รับความไว้วางใจจากเหยื่อผู้ถูกกระทำ และหากพิจารณาผู้กระทำความผิดตามคำพิพากษาศาลฎีกาดังกล่าวเทียบเคียงกับบุคคลต่างๆ ที่กฎหมายกำหนดให้ต้องรับโทษหนักขึ้น ซึ่งเป็นเหตุเพิ่มโทษเฉพาะตัวนั้น ผู้เขียนเห็นว่ากฎหมายได้พิจารณาให้ความคุ้มครองบุคคลผู้ถูกกระทำจากข้อเท็จจริง ดังนี้คือ

1. พิจารณาจากบุคคลตามความสัมพันธ์ทางสายโลหิต กล่าวคือ การกำหนดเหตุเพิ่มโทษเฉพาะตัวซึ่งเป็นเหตุให้ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนักขึ้น โดยพิจารณาจากความสัมพันธ์ทางสายโลหิต ระหว่างผู้กระทำกับผู้ถูกระทำ ในกรณี ผู้สืบสันดาน ซึ่งหมายถึงผู้สืบสายโลหิตโดยตรงลงมาตามความเป็นจริง ได้แก่ ลูก หลาน เหลน ลื้อ ดังนั้นผู้กระทำความผิดดังกล่าวย่อมหมายถึง บุพการี ซึ่งหมายถึงผู้ที่ทำการอุปการะกันมาก่อน ได้แก่ บิดา มารดา ปู่ ย่า ตา ยาย ทวด

2. พิจารณาจากบุคคลที่รัฐให้ความคุ้มครอง กล่าวคือ เหตุเพิ่มโทษเฉพาะตัวที่เป็นเหตุให้ต้องรับโทษหนักขึ้นกว่ากรณีการกระทำความผิดของบุคคลทั่วไป ก็เพื่อให้บุคคลนั้นได้รับโทษสมควรแก่ความผิดของตนหากเป็นการกระทำของบุคคลที่กฎหมายกำหนดไว้ เพราะรัฐต้องการให้ความคุ้มครองแก่ผู้ถูกระทำไว้เป็นกรณีเฉพาะตัว ซึ่งได้แก่กรณี ศิษย์ซึ่งอยู่ในความดูแล ผู้อยู่ในความควบคุมตามหน้าที่ราชการ ผู้อยู่ในความปกครอง ในความพิทักษ์ หรือในความอนุบาล

เห็นได้ว่าลักษณะเหตุที่เกี่ยวกับตัวผู้กระทำที่เป็นข้อเท็จจริงให้เป็นเหตุเพิ่มโทษ ทั้งในกรณีที่พิจารณาจากบุคคลตามความสัมพันธ์ทางสายโลหิต และพิจารณาจากบุคคลที่รัฐให้ความคุ้มครอง มีความเหมือนกันในแง่ของความสัมพันธ์ในเชิงอำนาจในลักษณะของความมีอำนาจเหนือกว่า โดยอาศัยโอกาสลักษณะความสัมพันธ์ดังกล่าวมากระทำความผิด หรือเพื่อสะดวกแก่การกระทำความผิด กฎหมายจึงบัญญัติรับรองคุ้มครองไว้

ตามมาตรา 285 เป็นบทบัญญัติที่ให้ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนักขึ้นในความผิดเกี่ยวกับการข่มขืนกระทำชำเราหรือกระทำอนาจาร ซึ่งถือว่าเป็นเหตุเพิ่มโทษเฉพาะตัว โดยอาศัยคุณสมบัติเฉพาะตัวเป็นสำคัญ โดยกฎหมายเห็นว่าผลที่เกิดขึ้นเนื่องจากกระทำความผิดต่อบุคคลตามที่กฎหมายกำหนดไว้เป็นผลร้ายแรง เนื่องจากฐานะของผู้ถูกระทำหรือความสัมพันธ์ของผู้กระทำกับผู้ถูกระทำ ในลักษณะที่ผู้กระทำมีอิทธิพลหรือมีอำนาจเหนือหรือมีอิทธิพลครอบงำผู้ถูกระทำ แสดงให้เห็นว่ากฎหมายประสงค์จะลงโทษผู้กระทำความผิดที่อาศัยโอกาสที่ตนมีความสัมพันธ์กับผู้ถูกระทำในลักษณะที่มีอำนาจหรือมีอิทธิพลครอบงำผู้ถูกระทำ เพื่อทำให้การกระทำความผิดเป็นไปได้ง่ายหรือสะดวกขึ้น เนื่องจากในสถานการณ์ดังกล่าวผู้ถูกระทำถูกบังคับขืนใจ หรือจำต้องยอมอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ ดังนั้นกฎหมายจึงบัญญัติไว้เป็นการทดแทนความผิดที่ได้กระทำ รวมทั้งเป็นการป้องปรามและป้องกันมิให้เกิดการกระทำความผิดโดยอาศัยโอกาสที่ตนมีอำนาจเหนือ หรือมีอิทธิพลครอบงำ จึงได้บัญญัติไว้ให้รับโทษหนักขึ้นกว่าในกรณีการกระทำความผิดของบุคคลทั่วไป

กรณีการล่วงละเมิดทางเพศในที่ทำงานทั้งในระบบการปฏิบัติงานภาครัฐและภาคเอกชน ที่เป็นการกระทำความผิดของผู้ที่มีอำนาจบังคับบัญชากระทำต่อผู้ใต้บังคับบัญชา ที่เข้าลักษณะความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา หรืออนาจารตามกฎหมาย แม้ว่าผู้ถูกระทำจะสามารถฟ้องร้องเอาผิดได้

ตามกฎหมายในความคิดฐานดังกล่าวอยู่แล้ว แต่อย่างไรก็ตามกฎหมายไม่ได้บัญญัติให้เป็นเหตุเพิ่มโทษเฉพาะตัว ที่ต้องรับโทษหนักขึ้น ตามมาตรา 285 ด้วย หากพิจารณาจากข้อเท็จจริงของความสัมพันธ์ระหว่างผู้กระทำความผิดกับผู้ถูกระทำ กรณีการกระทำผิดเกี่ยวกับเพศที่เกิดขึ้นจากผู้มีอำนาจบังคับบัญชา โดยอาศัยอำนาจที่ตนมีอำนาจเหนือหรือมีสถานะภาพเหนือกว่า กระทำต่อผู้ใต้บังคับบัญชา เห็นได้ว่าผลของการกระทำเป็นผลร้ายแรงทั้งต่อผู้ถูกระทำและต่อสังคม เนื่องจากผู้กระทำความผิดก็อาศัยโอกาสที่ตนมีตำแหน่งหน้าที่ มีอำนาจเหนือหรือมีอิทธิพล หรือสถานะภาพที่เหนือกว่าผู้ถูกระทำ แสวงหาผลประโยชน์ในทางเพศเพื่อให้ตนได้รับความพึงพอใจในทางเพศได้ง่ายและสะดวกยิ่งขึ้นเช่นกัน ซึ่งผู้กระทำความผิดได้อาศัยโอกาสที่ผู้ถูกระทำให้ความเคารพนับถือในฐานะผู้บังคับบัญชา ความไว้วางใจ เชื่อใจ แสวงหาผลประโยชน์ในทางเพศอย่างไม่เป็นธรรม และหากเกิดการล่วงละเมิดทางเพศในที่ทำงานขึ้นแล้ว ผู้ถูกระทำมักจะไม่สามารถที่จะฟ้องร้องกล่าวโทษผู้กระทำผิด เพราะเกรงกลัวอิทธิพล กลัวการถูกกลั่นแกล้ง กลัวผลกระทบกับตำแหน่งหน้าที่การงานของตน ทำให้ได้รับความอับอาย เสียชื่อเสียง และเป็นการยากที่จะแสวงหาพยานหลักฐานที่จะสามารถพิสูจน์ได้ว่าการกระทำผิดเกิดขึ้นจริง เนื่องจากผู้กระทำความผิดเป็นผู้ที่มีอำนาจให้คุณให้โทษแก่ตนได้ ประกอบกับมนุษย์ทุกคนควรจะต้องได้รับการยอมรับนับถือในเกียรติศักดิ์ของแต่ละบุคคล บุคคลใดจะกระทำการอันใดซึ่งไม่สมควรจะกระทำต่อมนุษย์ด้วยกัน อันเป็นการลบหลู่เหยียดหยามในศักดิ์ของผู้อื่นย่อมไม่อาจกระทำได้ และมนุษย์ทุกคนมีสิทธิเสรีภาพในชีวิตและร่างกายของตนเอง ซึ่งผู้หนึ่งผู้ใดจะละเมิดมิได้ สิทธิดังกล่าวยังรวมถึงการได้รับความคุ้มครองในการประกอบวิชาชีพ กล่าวคือ การทำงานที่มีความปลอดภัยทั้งทางร่างกายและจิตใจ บุคคลควรจะได้รับ ความคุ้มครองเมื่ออยู่ในสถานที่ทำงานหรือคุ้มครองเกี่ยวกับการทำงานนั้นๆ เนื่องจากบางครั้งบุคคลเหล่านั้นถูกบังคับจิตใจให้กระทำการใด โดยที่ตนเองไม่ยินยอม หรือไม่อาจหลีกเลี่ยงสภาวะการณ์ที่เกิดขึ้นเช่นนั้นได้ อันส่งผลกระทบถึงความมั่นคงในการทำงานหรือกระทบถึงสภาพจิตใจของผู้ถูกระทำนั้นๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการล่วงละเมิดทางเพศหรือการล่วงเกินทางเพศซึ่งถือได้ว่าเป็นการละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์

ดังนั้นเมื่อได้พิจารณาจากขีดแห่งความร้ายแรงของการกระทำความผิดและผลแห่งความเสียหายที่เกิดขึ้น ทั้งต่อตัวบุคคล องค์กรและต่อสังคมโดยรวมแล้ว ควรจะต้องมีมาตรการในการเอาผิดและลงโทษผู้กระทำความผิด ในกรณีที่เป็นการล่วงละเมิดทางเพศในที่ทำงานที่เป็นการกระทำของผู้ที่มีอำนาจบังคับบัญชาโดยใช้อำนาจที่ตนมีฐานะเช่นนั้นกระทำต่อผู้ใต้บังคับบัญชา ซึ่งหากการล่วงละเมิดทางเพศดังกล่าวเป็นการกระทำถึงขั้นเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา หรือความผิดฐานอนาจารแล้วนั้น ให้ต้องรับโทษหนักขึ้นกว่ากรณีการกระทำผิดของบุคคลทั่วไป ด้วยตามมาตรา 285 แห่งประมวลกฎหมายอาญา