

ความผิดทางอาญา: กรณีการคุกคามทางเพศ

สุริศา นิยมรัตน์

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตร

นิติศาสตรมหาบัณฑิต

คณะนิติศาสตร์

สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์

2560

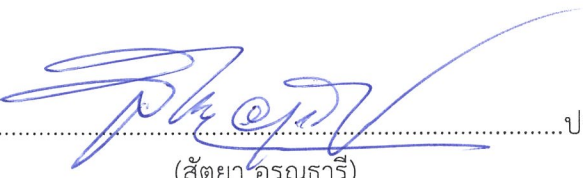
ความผิดทางอาญา: กรณีการคุกคามทางเพศ

สุริศา นิยมรัตน์

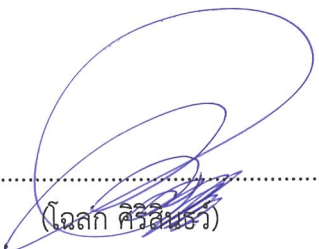
คณะนิติศาสตร์

ผู้ช่วยศาสตราจารย์..........อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก
(ดร.วราภรณ์ วนาพิทักษ์)

คณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ ได้พิจารณาแล้วเห็นสมควรอนุมัติให้เป็นส่วนหนึ่งของ
การศึกษาตามหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต

.....ประธานกรรมการ
(สัตยา อรุณচারี)

ผู้ช่วยศาสตราจารย์..........กรรมการ
(ดร.วราภรณ์ วนาพิทักษ์)

.....กรรมการ
(โณลก ศิริสินธว์)

รองศาสตราจารย์..........คณบดี
(นเรศร์ เกษะประกร)
กันยายน 2560

บทคัดย่อ

ชื่อวิทยานิพนธ์ ความผิดทางอาญา: กรณีการคุกคามทางเพศ
ชื่อผู้เขียน นางสาวสุริศา นิยมรัตน์
ชื่อปริญญา นิติศาสตรมหาบัณฑิต
ปีการศึกษา 2560

เนื่องจากปัญหาเกี่ยวกับการคุกคามทางเพศของสังคมไทยในปัจจุบันถือได้ว่าเป็นความผิดเกี่ยวกับเพศที่เกิดขึ้นง่ายที่สุดในสังคม ทั้งยังเพิ่มจำนวนและทวีความรุนแรงมากขึ้นเรื่อย ๆ แต่ความเข้าใจที่คนทั่วไปในสังคมมีต่อการคุกคามทางเพศยังคงคลุมเครือ ไม่ชัดเจนว่าพฤติกรรมใดบ้างที่สามารถเรียกได้ว่าเป็นการคุกคามทางเพศ ตลอดจนการที่กฎหมายปัจจุบันที่ยังไม่ตอบสนองต่อการป้องกันและปราบปรามการคุกคามทางเพศ ปัญหานี้จึงยังไม่ได้รับการแก้ไขอย่างสมควร ซึ่งการศึกษานี้มีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษาถึงความหมาย รูปแบบ ลักษณะของพฤติกรรมในการคุกคามทางเพศ รวมทั้งผลกระทบของปัญหาที่เกิดขึ้นจากการกระทำดังกล่าว และเพื่อศึกษาวิเคราะห์ถึงสภาพปัญหาของกฎหมายความผิดเกี่ยวกับการคุกคาม มาตรา 397 แห่งพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 22) พ.ศ.2558 และนำมาวิเคราะห์เปรียบเทียบกับกฎหมายที่เกี่ยวข้องของประเทศไทยและต่างประเทศ เพื่อศึกษาถึงความเหมาะสมของการเสนอแนวทางการออกกฎหมายการคุกคามทางเพศ มาบัญญัติไว้ในความผิดฐานคุกคามทางเพศ ในภาค 2 ความผิด ลักษณะ 9 ความผิดเกี่ยวกับเพศ แห่งประมวลกฎหมายอาญา

จากการศึกษาพบว่า หลักการทางกฎหมายในการคุกคามของประเทศไทยนั้นยังมีปัญหาเกี่ยวกับเรื่องของการบัญญัติการคุกคามทางเพศซึ่งเป็นความผิดเกี่ยวกับเพศ แต่ได้นำมาบัญญัติไว้ในภาค 3 หลัโทษ (มาตรา 367-398) แห่งประมวลกฎหมายอาญา โดยความผิดในส่วนของการคุกคามตามมาตรา 397 วรรคหนึ่งนี้อาจไม่รวมถึงการคุกคามในทางเพศ (Sexual Harassment) ซึ่งส่งผลให้เกิดปัญหาในการตีความตัวบทกฎหมายเกี่ยวกับการคุกคามทางเพศ ปัญหาในการกำหนดบทนิยามของกฎหมายเกี่ยวกับคุกคามทางเพศ และปัญหาในการกำหนดบทลงโทษของการคุกคามทางเพศ

เพื่อเป็นการแก้ไขปัญหาดังกล่าวข้างต้น ผู้วิจัยจึงขอเสนอแนวทางในการแก้ไข กล่าวคือ 1. ควรที่จะบัญญัติความผิดเกี่ยวกับการคุกคามทางเพศ โดยบัญญัติเป็นบทบัญญัติมาตราต่างหาก และควรอยู่ในภาค 2 ความผิด ลักษณะ 9 ความผิดเกี่ยวกับเพศ แห่งประมวลกฎหมายอาญา 2. ควรจะกำหนดนิยามความหมาย รูปแบบ ลักษณะของปัญหาการคุกคามทางเพศให้ชัดเจน 3. ควรปรับปรุงอัตราโทษปรับโดยการเพิ่มอัตราโทษให้มีความเหมาะสม 4. ควรที่จะมีการแบ่งแยกระดับของลักษณะการกระทำความผิดเพื่อกำหนดเหตุเพิ่มโทษในการคุกคามทางเพศตามพฤติการณ์และระดับความร้ายแรงของการกระทำ 5. ควรให้อำนาจผ่านกรมคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ ในการวางระบบเพื่อเป็นการให้ข้อมูลความรู้เกี่ยวกับการคุกคามทางเพศ ให้คำปรึกษาทางด้านกฎหมาย การยื่นเรื่องร้องทุกข์หรือชี้เบาะแสในคดีเกี่ยวกับการคุกคามทางเพศ ทั้งนี้ เพื่อเสนอแนะแนวทางในการบัญญัติกฎหมายเพื่อให้กฎหมายเกี่ยวกับการคุกคามทางเพศนั้นสามารถใช้บังคับตามเจตนารมณ์ของกฎหมายอย่างมีประสิทธิภาพ โดยสอดคล้องและเหมาะสมกับบริบทของสังคมไทย

ABSTRACT

Title of Thesis	Criminal Offenses: The Case of Sexual Harassment
Author	Miss Surisa Niyomrattana
Degree	Master of Laws
Year	2017

The issue of sexual harassment in the modern Thai society is considered to be the most frequent sexual offenses. Such offenses are kept increasing with more severity. The general people, however, have the vague understanding of the sexual harassment and unable to clarify which actions are considered as the sexual harassment. Furthermore, the current applicable laws are not able to prevent and suppress the sexual harassment. This issue, therefore, has not been properly solved. This study aims to examine the meaning, pattern and the nature of sexual harassment behaviors in the addition to the consequences arose from such actions as well as analyzing the problematic condition of the sexual harassment offense related laws from the article 397 of Act Amending Criminal Code (No, 22), B.E. 2558. The results of the analysis were compared to the associated Thai and international laws in order to study the suitability of proposing the guidelines for legislation of sexual harassment laws and enacted as the sexual harassment offense in the second part, ninth offense category related to the sexual issue of the Criminal Code.

The findings indicated that the Thai legal principles regarding the harassment are problematic in regulating the sexual harassment which considered as the sexual offense, such offense, however, has been prescribed in the third part as petty offense (article 367-398) of the Criminal Code. The sexual harassment offense according to the first clause of article 397 may not include the sexual harassment issue. This resulted in the interpretation problem of sexual harassment related laws, the problem of prescribing the definition of sexual harassment related laws and the problem of specifying the punishment for sexual harassment offenses.

In order to solve the aforementioned issues, the author suggested following approaches as the solutions: 1. The sexual harassment offenses should be regulated as the separated provision and should be included in the second part, ninth offense category related to the sexual issue of the Criminal Code, 2. There should be the explicit definition of meaning, pattern and the nature of sexual harassment, 3. There should be the amendment on the rate of penalty by raising the rate as deemed

appropriate, 4. There should be the classification of the offense natures to extend the penalty for the sexual harassment offense in accordance with the circumstances and the degree of severity caused by such actions, 5. The Rights and Liberties Protection Department should be authorized to organize the enlightenment regarding the sexual harassment issue, providing the legal advice, petition receipt or providing the lead regarding the sexual harassment offenses. These solutions aim to make the sexual harassment related laws effectively executable according to the spirit of laws in conformity with the context of Thai society.

กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ เรื่อง ความผิดทางอาญา: กรณีการคุกคามทางเพศ สามารถสำเร็จลุล่วงได้ด้วยดี เนื่องจากความเมตตากรุณาอย่างดียิ่งของรองศาสตราจารย์ ปิยนุช โปตะวณิช ผู้ซึ่งกรุณาให้ความรู้ คำแนะนำ คำปรึกษา และดูแลอย่างใกล้ชิดในทุกขั้นตอนการทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้อย่างต่อเนื่อง ตลอดระยะเวลาที่ผ่านมา ผู้เขียนได้รู้สึกซาบซึ้งในความเป็น “ครู” ที่รักและเมตตาต่อศิษย์อย่างแท้จริงของท่านอย่างยิ่ง และขอขอบพระคุณ ผศ.ดร.วราภรณ์ วนาพิทักษ์ ที่ให้ความกรุณารับเป็นอาจารย์ที่ปรึกษา และได้ให้คำปรึกษาและคำแนะนำต่าง ๆ ที่เป็นประโยชน์อย่างยิ่ง

พร้อมกันนี้ ผู้เขียนใคร่ขอกราบขอบพระคุณเป็นอย่างสูงต่อท่านอาจารย์สัตยา อรุณธารี และท่านอาจารย์โณลก ศิริสินธุ์ ที่ได้กรุณารับเป็นกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ และได้สละเวลาอันมีค่าในการทำการศึกษาพิจารณาวิทยานิพนธ์ ทั้งยังให้ข้อคิดเห็นและข้อเสนอแนะที่เป็นประโยชน์ยิ่ง ในการปรับปรุงแก้ไขวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ให้ถูกต้องและมีความสมบูรณ์ยิ่งขึ้น

นอกจากนี้ ผู้เขียนขอโน้มรำลึกถึงพระคุณของครอบครัวทั้งคุณพ่อพลตรีสมชาย นิยมรัตน์ คุณแม่แม่ลย์ นิยมรัตน์ ผู้ซึ่งอยู่เบื้องหลังเป็นแรงใจแรงผลักดัน คอยให้คำปรึกษาและให้การสนับสนุน ลูกคนนี้อย่างดีในทุก ๆ ด้านตลอดมา และขอบพระคุณความสำเร็จทั้งหมดจากการทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้แด่ครอบครัวของผู้เขียน ขอขอบคุณคุณคุณน้ำภาวนา ละออง ผู้ซึ่งคอยให้การสนับสนุนเป็นอย่างดีเสมอมา ขอขอบคุณ คุณธีรินทร์ มะระกานนท์ ผู้ซึ่งเป็นกำลังใจสำคัญ คอยช่วยเหลือกันในทุก ๆ เรื่อง และอยู่เคียงข้างกันเสมอมา

ขอขอบคุณสำหรับกำลังใจและความช่วยเหลือจากคนรอบข้าง เพื่อน ๆ พี่ ๆ น้อง ๆ ทุกท่าน ที่มีให้กับผู้เขียนในการจัดทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ซึ่งแม้ผู้เขียนอาจจะไม่ได้กล่าวนามได้ทั้งหมด แต่ผู้เขียนก็ระลึกถึงความเมตตาและความปรารถนาดีของท่านอยู่เสมอ ตลอดจนขอขอบคุณเจ้าหน้าที่ประจำคณะนิติศาสตร์ทุกท่านที่ได้ให้ความช่วยเหลือในเรื่องต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องในการศึกษาครั้งนี้เป็นอย่างดี

ท้ายที่สุดนี้ ผู้เขียนหวังเป็นอย่างยิ่งว่าวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จักเป็นประโยชน์และมีคุณค่าต่อผู้ที่สนใจ เพื่อการศึกษาค้นคว้าและพัฒนากฎหมายเกี่ยวกับการคุกคามทางเพศสืบต่อไป และหากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีข้อผิดพลาดประการใด ผู้เขียนขอน้อมรับไว้และขออภัยเป็นอย่างสูงไว้ ณ ที่นี้

สุริศา นิยมรัตน์

พฤษภาคม 2560

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อ	(3)
ABSTARCT	(4)
กิตติกรรมประกาศ	(6)
สารบัญ	(7)
บทที่ 1 บทนำ	1
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษาวิจัย	6
1.3 ขอบเขตของการศึกษาวิจัย	7
1.4 สมมุติฐานของการศึกษาวิจัย	7
1.5 วิธีการศึกษาวิจัย	7
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับการจากการศึกษาวิจัย	7
บทที่ 2 ข้อความคิดทั่วไปเกี่ยวกับการคุกคามทางเพศ	9
2.1 แนวคิดพื้นฐานเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิ	9
2.1.1 แนวคิดพื้นฐานของสิทธิมนุษยชน	10
2.1.2 ความหมายของหลักสิทธิมนุษยชน	13
2.1.3 หลักอันเป็นองค์ประกอบของสิทธิมนุษยชน	16
2.1.3.1 หลักสิทธิ (Rights) และเสรีภาพ (Freedom)	16
2.1.3.2 หลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ (Human Dignity)	21
2.1.3.3 หลักแห่งความเสมอภาคและการเลือกปฏิบัติ (Equality and Discrimination)	23
2.2 แนวคิดเกี่ยวกับสิทธิของผู้เสียหายในคดีอาญา	25
2.2.1 ความหมายของผู้เสียหายในคดีอาญา	25
2.2.2 สิทธิขั้นพื้นฐานของผู้เสียหายในคดีอาญา	27
2.2.3 มาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองผู้เสียหายในคดีอาญา	29
2.3 แนวคิดพื้นฐานเกี่ยวกับการคุกคามทางเพศ	32
2.3.1 แนวคิดทฤษฎีและความหมายเกี่ยวกับการคุกคามทางเพศ	32
2.3.1.1 ความหมายของการคุกคามทางเพศทั่วไป	32
2.3.1.2 ความหมายของการคุกคามทางเพศในเชิงกฎหมาย	33

2.3.2	ลักษณะทั่วไปเกี่ยวกับการคุกคามทางเพศ	35
2.3.2.1	รูปแบบของการคุกคามทางเพศ	35
2.3.2.2	ลักษณะพฤติกรรมของการคุกคามทางเพศ	35
2.3.2.3	ประเภทของการคุกคามทางเพศ	36
2.3.2.4	ผลกระทบจากพฤติกรรมการคุกคามทางเพศ	37
บทที่ 3	การศึกษาเกี่ยวกับการคุกคามทางเพศตามกฎหมายของต่างประเทศ	39
3.1	พิจารณาตามระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law)	40
3.1.1	ประเทศออสเตรเลีย (Australia)	40
3.1.1.1	แนวความคิดของกฎหมายที่เกี่ยวกับการคุกคามทางเพศ	40
3.1.1.2	หลักเกณฑ์ทางกฎหมายที่เกี่ยวกับการคุกคามทางเพศ	42
3.1.1.3	การกำหนดโทษสำหรับความผิดที่เกี่ยวกับการคุกคามทางเพศ	45
3.2	พิจารณาตามระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Civil Law)	46
3.2.1	ประเทศฝรั่งเศส (France)	46
3.2.1.1	แนวความคิดของกฎหมายคุกคามทางเพศ	46
3.2.1.2	หลักเกณฑ์ทางกฎหมายที่เกี่ยวกับการคุกคามทางเพศ	47
3.2.1.3	การกำหนดโทษสำหรับความผิดที่เกี่ยวกับการคุกคามทางเพศ	49
3.2.2	ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี (Federal Republic of Germany)	51
3.2.2.1	แนวความคิดของกฎหมายที่เกี่ยวกับการคุกคามทางเพศ	51
3.2.2.2	หลักเกณฑ์ทางกฎหมายที่เกี่ยวกับการคุกคามทางเพศ	52
3.2.2.3	การกำหนดโทษสำหรับความผิดที่เกี่ยวกับการคุกคามทางเพศ	56
บทที่ 4	การศึกษาเกี่ยวกับการคุกคามทางเพศตามกฎหมายของประเทศไทย	59
4.1	ความเป็นมาของกฎหมายเกี่ยวกับการคุกคามทางเพศในประเทศไทย	59
4.2	พิจารณาตามประมวลกฎหมายอาญา	61
4.2.1	พิจารณาตามพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 22) พ.ศ.2558 ความผิดที่เกี่ยวกับการคุกคาม มาตรา 397	63
4.2.1.1	แนวความคิดของกฎหมายที่เกี่ยวกับการคุกคามทางเพศ	63
4.2.1.2	หลักเกณฑ์ทางกฎหมายที่เกี่ยวกับการคุกคามทางเพศ	64
4.2.1.3	การกำหนดโทษสำหรับความผิดที่เกี่ยวกับการคุกคามทางเพศ	67
4.3	พิจารณาตามกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้องกับการคุกคามทางเพศ	67
4.3.1	พิจารณาตามพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ.2541 แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ.2551	68
4.3.1.1	แนวความคิดของกฎหมายที่เกี่ยวกับการคุกคามทางเพศ	68
4.3.1.2	หลักเกณฑ์ทางกฎหมายที่เกี่ยวกับการคุกคามทางเพศ	69
4.3.1.3	การกำหนดโทษสำหรับความผิดที่เกี่ยวกับการคุกคามทางเพศ	71

4.3.2	พิจารณาตามพระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดบางประการต่อการเดิน อากาศ พ.ศ.2558	72
4.3.2.1	แนวความคิดของกฎหมายที่เกี่ยวกับการคุกคามทางเพศ	72
4.3.2.2	หลักเกณฑ์ทางกฎหมายที่เกี่ยวกับการคุกคามทางเพศ	73
4.3.2.3	การกำหนดโทษสำหรับความผิดที่เกี่ยวกับการคุกคามทางเพศ	73
บทที่ 5	บทวิเคราะห์ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการคุกคามทางเพศ	75
5.1	ปัญหาในการกำหนดบทนิยามของกฎหมายเกี่ยวกับคุกคามทางเพศ	76
5.2	ปัญหาในการตีความตัวบทกฎหมายเกี่ยวกับการคุกคามทางเพศ	83
5.3	ปัญหาในการกำหนดบทลงโทษของการคุกคามทางเพศ	87
บทที่ 6	บทสรุปและข้อเสนอแนะ	93
6.1	บทสรุป	93
6.2	ข้อเสนอแนะ	97
	บรรณานุกรม	99
	ประวัติผู้เขียน	107

บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

ปัญหาอันเป็นความผิดทางอาญาในความผิดเกี่ยวกับเพศของสังคมไทยในปัจจุบัน ถือได้ว่าเป็นปัญหาที่อันตรายร้ายแรงต่อสังคม ซึ่งเกี่ยวข้องโดยตรงต่อการดำเนินชีวิตและความเป็นอยู่ของประชาชน และนับวันปัญหานั้นก็ได้เพิ่มจำนวนและทวีความรุนแรงมากขึ้นเรื่อย ๆ เนื่องจากบริบททางสังคมได้มีการเปลี่ยนแปลงไปตามแต่ละยุคสมัย ประกอบกับความแตกต่างตามสภาพแวดล้อมซึ่งก็เป็นตัวกำหนดบริบทของสังคมในของแต่ละพื้นที่ อีกทั้ง ยังมีความหลากหลายทางเพศที่ส่งผลทำให้รูปแบบของปัญหามีความสลับซับซ้อนมากยิ่งขึ้น โดยเฉพาะอย่างยิ่ง คือ “ปัญหาการคุกคามทางเพศ (Sexual Harassment)” ซึ่งเป็นปัจจัยหนึ่งของการสร้างความรุนแรงทางเพศ เพราะอาจถือได้ว่าพฤติกรรมกรรมการคุกคามทางเพศนี้เป็นจุดเริ่มต้นของการกระทำผิดทางเพศอันนำไปสู่ปัญหาข่มขืน กระทำชำเราหรือปัญหาอนาจารและความผิดเกี่ยวกับเพศอื่น ๆ ที่ร้ายแรงตามมา

โดยในประเทศไทย “การคุกคามทางเพศ” ยังถือได้ว่าเป็นประเด็นที่ใหม่และเป็นที่วิพากษ์วิจารณ์ในสังคมไทยเมื่อไม่นานมานี้ หรืออาจกล่าวได้ว่าคนในสังคมส่วนใหญ่ยังสับสนและไม่ทราบว่าอะไรคือการคุกคามทางเพศ ทั้งที่ความเป็นจริงแล้วพฤติกรรมกรรมการคุกคามทางเพศได้มีปรากฏอยู่ในสังคมไทยมาอย่างยาวนานและยังคงดำรงอยู่อย่างแนบเนียน แต่ปัญหานี้กลับไม่ได้รับความสำคัญและได้รับการแก้ไขอย่างที่ควร อีกทั้ง การคุกคามทางเพศถือเป็นปัญหาอีกรูปแบบหนึ่งของการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเพศ ซึ่งไม่เพียงแต่เป็นปัญหาภายใต้สิทธิความเป็นธรรมทางเพศเท่านั้น หากแต่ยังเป็นหนึ่งในปัญหาทางด้านสิทธิมนุษยชนที่สามารถเกิดขึ้นได้กับบุคคลทุกเพศ ทุกวัย ในทุก ๆ ที่ ทุกเวลาในสังคม และเป็นปัญหาที่ส่งผลกระทบกระเทือนทั้งทางร่างกายและจิตใจของผู้ถูกระทำเป็นอย่างมาก

ซึ่งคำว่า “คุกคาม” ตามพจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน หมายถึง แสดงอำนาจด้วยกิริยาหรือวาจาให้หวาดกลัว, ทำให้หวาดกลัว¹

และองค์การสหประชาชาติได้อธิบายเกี่ยวกับการคุกคามทางเพศว่า หมายถึง พฤติกรรมที่ผู้ถูกระทำหรือผู้ที่ตกเป็นเหยื่อถือว่าเป็นสิ่งที่ “ไม่พึงปรารถนา” (Unwelcome) และ “ไม่ต้องการ”

¹ ราชบัณฑิตยสถาน, พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ.2554 (กรุงเทพมหานคร: อักษรเจริญทัศน์ อวท, 2542).

(Unwanted) โดยการคุกคามดังกล่าวอาจจะเป็นในรูปของการแสดงออกทางวาจา กิริยา ท่าทาง การจับต้องร่างกาย และสิ่งแวดล้อม²

แม้ถึงว่ามนุษย์จะมีความสามารถในการจำแนกได้ว่าการกระทำทางเพศในลักษณะใดที่เหมาะสมและไม่เหมาะสม แต่ก็ยังปรากฏว่ามีการกระทำที่ไม่เหมาะสมทางเพศเกิดขึ้นเสมอเมื่อแรงผลักดันทางเพศเป็นไปตามกลไกทางธรรมชาติของมนุษย์ เรื่องรสนิยมและการแสดงออกทางเพศถือเป็นเรื่องเฉพาะตัวส่วนบุคคล เมื่อความต้องการทางเพศถือเป็นแรงจูงใจชนิดหนึ่งในการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศ ซึ่งความต้องการเหล่านี้เป็นความต้องการที่แสดงออกเพื่อที่จะได้รับการตอบสนองในรูปแบบต่าง ๆ กัน ซึ่งก็มีวิธีการตอบสนองที่หลากหลาย โดยการแสดงออกของพฤติกรรมที่ถือเป็นการคุกคามทางเพศก็จะมีรูปแบบและลักษณะที่แตกต่างกันตามแต่ละกรณี ทั้งทางร่างกาย ทางวาจา ตลอดจนทางกิริยาท่าทางอื่นได้อันสื่อถึงความหมายทางเพศ

ซึ่งการคุกคามทางเพศโดยการสัมผัสร่างกาย (Physical Harassment) เช่น การแตะเนื้อต้องตัว รวมทั้งการจัดเสื้อผ้าว ตลอดไปจนถึงการกอด หอมแก้ม หรือการตีกัน สะบัก การยืน เดิน ต้อนเข้ามุมหรือนั่งใกล้ชิดเกินความจำเป็น โดยใช้บางส่วนของร่างกายสัมผัสผู้อื่นอย่างจงใจ

การคุกคามทางเพศทางวาจา (Verbal Harassment) เช่น การวิพากษ์วิจารณ์เกี่ยวกับรูปร่าง การแต่งตัวที่สื่อไปทางลามก การเล่าเรื่องตลกลามก การพูดหรือการถามถึงความสัมพันธ์ทางเพศของบุคคลใดบุคคลหนึ่งในที่สาธารณะ การเปลี่ยนหัวข้อเรื่องงานให้เป็นเรื่องทางเพศ หรือเรื่องลามก ตลอดจนการกระจายข่าวลือ หรือนินทาเกี่ยวกับเรื่องเพศของบุคคลใดบุคคลหนึ่ง การตามตื้อตามจิบบุคคลใดบุคคลหนึ่ง ทั้ง ๆ ที่รู้ว่าเขาไม่สนใจ และการกล่าวถึงกลุ่มหญิงหรือชายในทางลามก เป็นต้น

พฤติกรรมการคุกคามทางเพศทางกิริยาท่าทาง (Non-Verbal/Gestural Harassment) เช่น การจ้องมองอย่างกรุ่มกริม การแสดงสีหน้าอย่างเจ้าชู้ การแสดงท่าทางหรือการเคลื่อนไหวร่างกาย ที่สื่อถึงเจตนาการล่วงเกินทางเพศ การส่งจดหมาย ข้อความภาพ การ์ด หรือคำกลอนที่เน้นในเรื่องเพศ การมองเรือนร่างอย่างสำรวจตรวจตรา รวมไปถึงการติดภาพโป๊ หรือสิ่งของ อุปกรณ์ที่ลามก

แต่อย่างไรก็ดี แม้ถึงว่าในกรณีที่ไม่มีความเจตนาในทางเพศ เช่น ในกรณีที่มีความแค้นส่วนตัว หรือต้องการให้อีกฝ่ายได้รับความอับอาย หรือด้วยอารมณ์สนุกนุกคึกคะนอง ก็ยังถือว่าเป็นการคุกคามทางเพศได้เช่นกัน

โดยได้มีข้อมูลซึ่งอ้างอิงจาก Bureau of National Affairs ว่าส่วนใหญ่การคุกคามทางเพศเริ่มมาจากอะไรมาที่สุด ผลการสำรวจที่ได้คือ³

- | | |
|--|------|
| 1. การคุกคามทางเพศทางวาจา (Verbal Harassment) | 83 % |
| 2. การคุกคามทางเพศทางร่างกาย (Physical Harassment) | 14 % |
| 3. การคุกคามทางเพศทางกิริยาท่าทาง (Non-verbal/Gestural Harassment) | 3 % |

² อรพินท์ สหโชคชัย, ประเด็นสำคัญและข้อควรรู้เกี่ยวกับการล่วงละเมิดทางเพศ, ใน เอกสารประกอบการสัมมนาโครงการเวทีความคิดเพื่อการพัฒนากระบวนการยุติธรรมไทย เรื่อง กระบวน การยุติธรรมกับความรุนแรงที่เกิดขึ้นกับผู้หญิง, 17 กันยายน 2542, ณ โรงแรมเดอะแกรนด์, หน้า 4.

³ ล่วงเกินทางเพศ, ค้นวันที่ 16 สิงหาคม 2559 จาก <https://ilaw.or.th/node/203>

ซึ่งผลของการแสดงออกของพฤติกรรมการคุกคามทางเพศที่เกิดแก่ผู้ถูกระทำถูกระทำจะ
ได้รับผลกระทบในทางลบโดยตรง ซึ่งจะมีผลต่อสุขภาพและอารมณ์ ก่อให้เกิดความเครียด วิตกกังวล
มีอาการปวดศีรษะ คลื่นไส้ อาเจียน รู้สึกว่าถูกดูถูกเหยียดหยาม อีกทั้งยังทำให้เกิดความรู้สึกที่สูญเสีย
ศักดิ์ศรีความภาคภูมิใจในตนเอง ก่อให้เกิดอุปสรรคต่อสังคมในการบรรลุความเสมอภาคระหว่างเพศ⁴
กล่าวคือ ได้รับผลกระทบทั้งในระบบการดำเนินชีวิตของตนเอง รวมถึงต่อการทำงาน ต่อองค์กร
ตลอดจนต่อสังคมอีกด้วย

สำหรับกรณีของสังคมไทยแต่เดิมได้มีอิทธิพลทางด้านวัฒนธรรมและขนบธรรมเนียมอันดีงาม
ที่ส่งผลต่อการจำกัดและควบคุมในเรื่องทางเพศ จึงได้มีสมมติฐานความเชื่อรวมถึงค่านิยมที่ไม่ควร
เปิดเผยเรื่องส่วนตัวในที่สาธารณะ ฉะนั้นเรื่องเพศสำหรับสังคมไทยไม่ว่าจะอยู่ในสังคมใดจึงถือเป็น
เรื่องลับและถือเป็นเรื่องเฉพาะตัว สมควรเป็นเรื่องที่จะปิดบังซ่อนเร้น การกล่าวถึงเรื่องเพศในที่
สาธารณะถือว่าเป็นเรื่องที่ไม่สมควรเป็นอย่างยิ่ง เป็นเรื่องที่อาจก่อให้เกิดความเสียหายและน่าอับอาย
ได้ ในการแสดงความเป็นเพศหญิงและเพศชายต่างก็มีบทบาทในเรื่องสภาพทางเพศที่แตกต่างกัน
ออกไป ประกอบกับอิทธิพลการก่อรูปร่างทางสังคม (Social Construction)⁵ ที่ให้อำนาจแก่
เพศชายเป็นใหญ่ในการควบคุมเพศหญิง ดังนั้น เพศชายจึงมีแนวโน้มที่จะมองว่าการแสดงออกต่อ
ผู้หญิงในทางเพศนั้นเป็นเรื่องธรรมชาติ ความเชื่อดังกล่าวข้างต้นจึงเป็นเสมือนช่องทางที่ก่อให้เกิด
การเอาเปรียบในทางเพศ

โดยในอดีตสังคมไทยมองการคุกคามทางเพศว่าเป็นปัญหาที่เกิดขึ้นเป็นเรื่องเฉพาะตัวหรือ
เป็นปัญหาเรื่องส่วนบุคคลมากกว่าที่จะเป็นปัญหาของสังคม จึงมิได้มีการตระหนักถึงปัญหาทำให้มิได้
มีการดำเนินการแก้ไขอย่างที่ถูกที่ควร ผู้ที่ถูกกระทำจึงไม่ได้รับความคุ้มครองและไม่ได้รับความเป็น
ธรรมทั้งทางด้านกฎหมายและด้านสังคม เพราะสังคมเห็นว่าการคุกคามทางเพศนั้นถูกมองว่าไม่ถือเป็น
เรื่องที่ร้ายแรงและเป็นเรื่องส่วนบุคคลมากกว่า แต่ในปัจจุบันซึ่งถือเป็นยุคโลกาภิวัตน์
(Globalization) สังคมได้มีความเปลี่ยนแปลงเกิดขึ้นอย่างต่อเนื่องส่งผลให้บริบทของสังคมได้มี
ความแตกต่างและมีความหลากหลายทางเพศมากยิ่งขึ้นไปด้วย จากเดิมที่มองว่าเพศชายเป็นใหญ่ได้มีการ
เปลี่ยนแปลงทำให้เพศหญิงมีบทบาทมากขึ้น ซึ่งถือเป็นความเสมอภาคทางเพศ แต่ก็ได้นำไปสู่
พฤติกรรมการแสดงออกทางเพศที่แตกต่างกันด้วย การแสดงออกทางเพศนั้นจึงเป็นไปตามกลไกของ
สังคมทำให้เกิดการเรียนรู้พื้นฐานทางสังคมที่แตกต่างกัน พฤติกรรมทางเพศที่แสดงออกมาจึงเป็น
ผลมาจากบริบทของสังคมโดยตรง และนำไปสู่ปัญหาต่าง ๆ อันเป็นความผิดเกี่ยวกับเพศซึ่งในเวลา
ต่อมาอาจก่อให้เกิดความรุนแรงในที่สุด

แม้ในปัจจุบันจะมีข่าวที่เป็นความผิดเกี่ยวกับเพศปรากฏออกตามสื่อต่าง ๆ ให้เห็นอยู่
มากมาย ทั้งการข่มขืนกระทำชำเรา การอนาจาร การค้ามนุษย์ ตลอดจนถึงการคุกคามทางเพศ โดย

⁴ ชูดาปณี ชิบายามา, ประสบการณ์การถูกคุกคามทางเพศจากการทำงาน: กรณีศึกษา
ลูกเรือของบริษัท การบินไทย จำกัด (มหาชน) (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ สาขาบริหาร
บัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2548), หน้า 15.

⁵ อรพินท์ ชูชม, การรับรู้การล่วงละเมิดทางเพศของนิสิตมหาวิทยาลัยในประเทศไทย
(กรุงเทพมหานคร: สถาบันวิจัยพฤติกรรมศาสตร์ มหาวิทยาลัยศรีนครินทรวิโรฒ, 2546), หน้า 10.

ได้มีข้อมูล ของสำนักงานตำรวจแห่งชาติ ปี พ.ศ.2555 มีคดีเกี่ยวกับเพศถึง 3,572 ราย โดยจับกุมได้ 2,371 ราย พบว่ามีคดีซ้ำซ้อนขึ้น 3 ราย ในปี พ.ศ.2556 คดีเกี่ยวกับเพศ 3,276 ราย ซึ่งจับกุมได้ 2,030 ราย พบคดีซ้ำซ้อนกระทำชำเราและฆ่า 4 ราย และจากข้อมูลการถูกล่วงละเมิดทางเพศของมูลนิธิเพื่อนหญิงได้รวบรวมไว้ตั้งแต่ปี พ.ศ.2556-2558 พบสถิติข้อมูลความรุนแรงในครอบครัว 3,143 คดี ซึ่งเป็นคดีการละเมิดทางเพศถึง 979 ราย ปัญหาท้องไม่พร้อม 373 ราย คดีค้ามนุษย์ 15 ราย เงินสงเคราะห์ลูกเงิน 1,496 ราย รวมทั้งสิ้น 6,254 ราย โดยพบว่าในทุกๆ 1 ชั่วโมงจะมีผู้หญิง 3 คน มาขอคำปรึกษาเกี่ยวกับการถูกคุกคามทางเพศ และพบว่าร้อยละ 70 เป็นคนใกล้ชิดเพื่อนบ้าน คนรู้จัก แฟน อดีตสามี สามี สมาชิกในครอบครัว เจ้านาย และเพื่อนร่วมงาน⁶ และถ้าจะกล่าวกันอย่างตรงไปตรงมาก็ยังมีกรณีความผิดเกี่ยวกับเพศอีกเป็นจำนวนมาก แต่ส่วนใหญ่กว่าความผิดเหล่านี้จะปรากฏออกมาให้สาธารณชนรับทราบก็ต่อเมื่อบุชชานั้นได้เกิดขึ้นแล้ว ซึ่งก็ถือเป็นปัญหาที่ร้ายแรงและยากที่จะแก้ไขได้อย่างทันท่วงที

จากข้อมูลข้างต้นจะเห็นได้ว่า ความผิดเกี่ยวกับเพศที่มีลักษณะรุนแรงได้มีกฎหมายคุ้มครองที่ชัดเจนแก่ผู้เสียหายตามลำดับ ดังที่ปรากฏในประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งได้บัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศ⁷ ไว้สี่ฐานความผิดหลัก ประกอบด้วย ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ความผิดฐานกระทำอนาจาร ความผิดฐานค้าบุคคลเพื่อความใคร่ และความผิดฐานค้าสิ่งลามก แต่ก็ยังไม่ปรากฏความผิดฐานคุกคามทางเพศเพื่อคุ้มครองผู้เสียหายจากการกระทำความผิดดังกล่าว ทั้ง ๆ ที่มีความผิดเกี่ยวกับเพศที่สามารถเกิดขึ้นได้ง่ายที่สุดในสังคม

เมื่อปัญหาพฤติกรรมคุกคามทางเพศได้มีปรากฏอย่างต่อเนื่องในประเทศไทย ก็ได้มีกฎหมายเกี่ยวกับการคุกคามขึ้น โดยเมื่อในวันที่ 9 กุมภาพันธ์ พ.ศ.2558 ได้มีประกาศในราชกิจจานุเบกษาบังคับใช้ พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 22) พ.ศ.2558 ความผิดเกี่ยวกับการคุกคาม แก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 397 แห่งประมวลกฎหมายอาญา ดังนี้

มาตรา 397 ผู้ใดกระทำความผิดด้วยประการใด ๆ ต่อผู้อื่น อันเป็นการรังแก ข่มเหง คุกคาม หรือกระทำให้ได้รับความอับอายหรือเดือดร้อนรำคาญ ต้องระวางโทษปรับไม่เกินห้าพันบาท

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งเป็นการกระทำในที่สาธารณะสถาน หรือต่อหน้าธารกำนัล หรือเป็นการกระทำอันมีลักษณะส่อไปในทางที่จะล่วงเกินทางเพศ ต้องระวางโทษปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคสองเป็นการกระทำโดยอาศัยเหตุที่ผู้กระทำความผิดมีอำนาจเหนือผู้ถูกระทำ อันเนื่องจากความสัมพันธ์ในฐานะผู้บังคับบัญชา นายจ้าง หรือผู้มีอำนาจเหนือประการอื่น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งเดือน หรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

⁶ บัณฑิต แป้นวิเศษ, เธอเสียงร้องที่ไม่ได้ยิน, คำนวนที่ 16 สิงหาคม 2559 จาก <http://voicelabour.org/?p=24636>

⁷ มาตรา 276-287 แห่งประมวลกฎหมายอาญา ภาค 2 ลักษณะ 9 ความผิดเกี่ยวกับเพศ

ซึ่งจากพระราชบัญญัติมาตราข้างต้น ได้มีข้อสังเกตและความเห็นของสำนักงานศาลยุติธรรม ซึ่งพิจารณาแล้วเห็นว่า ความผิดในส่วนของการคุกคามตามร่างมาตรา 397 วรรคหนึ่ง อาจไม่รวมถึง การคุกคามในทางเพศ (Sexual Harassment) และการรังแก ช่มเหง คุกคาม หรือทำให้อับอายหรือ เดือดร้อน รำคาญในทางเพศ ควรกำหนดเป็นบทบัญญัติต่างหาก เนื่องจากในมาตราเดียวกันควร บัญญัติคุ้มครองสิ่งเดียวกัน มิฉะนั้นอาจเกิดปัญหาการตีความ⁸

ซึ่งจะเห็นได้ว่าบทบัญญัตินี้เป็นการกำหนดไว้อย่างกว้าง ๆ เท่านั้น แต่ในรายละเอียดของตัว บทบัญญัติถือว่ายังขาดความชัดเจนและมีได้นำมาใช้ในทางปฏิบัติอย่างแท้จริง ทำให้ไม่สามารถ คุ้มครองประชาชนซึ่งเป็นผู้เสียหายจากการถูกคุกคามทางเพศได้ อีกทั้ง เมื่อผู้เสียหายเหล่านี้ประสบ ภัยแล้ว การจะฟ้องร้องดำเนินคดีเพื่อเรียกค่าเสียหายด้วยตนเองก็เป็นการยาก เพราะผู้เสียหาย เล็งเห็นได้ว่าเมื่อฟ้องไปแล้วสิ่งที่ได้กลับมานั้นเล็กน้อยมากหากเทียบกับค่าใช้จ่ายหรือเวลาซึ่งจะต้อง เสียไป⁹ และจากการพิจารณาจากพระราชบัญญัติดังกล่าว ผู้เขียนได้มีความคิดเห็นว่า ความผิด เกี่ยวกับการคุกคามในมาตราดังกล่าว คำว่า “คุกคาม” ในส่วนของวรรคแรก และ “การกระทำอันมี ลักษณะส่อไปในทางที่จะล่วงเกินทางเพศ” ในส่วนของวรรคสอง ยังมีความคลุมเครือ ไม่มีมาตรฐานที่ ชัดเจน ยากแก่การตีความ และยังไม่ครอบคลุมถึงรูปแบบหรือลักษณะของการกระทำผิด รวมถึง บทลงโทษที่ควรสอดคล้องกับพฤติกรรมการกระทำผิดและความร้ายแรงตามแต่ละกรณี

อีกทั้ง ยังนำเรื่องของการคุกคามทางเพศไปรวมกับ มาตรา 397 ซึ่งเป็นเป็นมาตราที่กฎหมาย บัญญัติไว้ ในประมวลกฎหมายอาญา ภาค 3 ลหุโทษ (มาตรา 367-398) โดยเป็นปัญหาในการรังแก ช่มเหงผู้อื่น หรือกระทำให้อับอายหรือเดือดร้อน ซึ่งเป็นบทกฎหมายที่มีระวางโทษ จำคุกก่อนข้างต่ำ และศาลมักจะลงโทษปรับมากกว่าโทษจำคุก และการชำระค่าปรับก็มีจำนวน ไม่สูงมาก ซึ่งไม่กระทบต่อฐานะหรือความสามารถในการชำระค่าปรับของผู้กระทำความผิด จึงไม่อาจ ตอบสนองต่อการป้องปรามการกระทำความผิดในลักษณะดังกล่าวได้อย่างแท้จริง เพราะการคุกคาม ทางเพศเป็นปัญหาซึ่งเป็นความผิดเกี่ยวกับเพศที่สามารถเกิดขึ้นได้ง่ายที่สุดในสังคม อีกทั้ง ยังมี ผลกระทบต่อผู้กระทำเป็นอย่างมาก จึงไม่สมควรจะนำความผิดในส่วนของการคุกคามทางเพศมา บัญญัติเพื่อนำมาบังคับใช้ไว้ในมาตราเดียวกันดังกล่าว

⁸ สภานิติบัญญัติแห่งชาติ, เอกสารประกอบการพิจารณา ร่างพระราชบัญญัติแก้ไข เพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่) พ.ศ. (กำหนดนิยามคำว่า “เจ้าพนักงาน” กำหนดความผิดเกี่ยวกับศพและความผิดเกี่ยวกับการคุกคาม และแก้ไขอัตราโทษสำหรับความผิด ลหุโทษ) (กรุงเทพมหานคร: สำนักกฎหมาย สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา, 2557), หน้า 15.

⁹ ภิมุข หลินไพศาล, ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับค่าเสียหายต่อจิตใจและค่าเสียหายเพื่อการ ลงโทษในคดีละเมิด: ศึกษากรณีการคุกคามทางเพศ, ใน รายงานสืบเนื่องจากการประชุมสัมมนา วิชาการนำเสนองานวิจัยระดับชาติและนานาชาติ (Proceedings) เครือข่ายบัณฑิตศึกษา มหาวิทยาลัยราชภัฏภาคเหนือ ครั้งที่ 15, วันที่ 23 กรกฎาคม 2558, ณ มหาวิทยาลัยราชภัฏ นครสวรรค์, หน้า 167, ค้นวันที่ 1 ตุลาคม 2559 จาก <http://gs.nsr.ac.th/files/2/14ภิมุข-หลินไพศาล.pdf>

อย่างไรก็ตาม การคุกคามทางเพศเริ่มปรากฏและเป็นที่วิพากษ์วิจารณ์ในสังคมไทยเมื่อไม่นานมานี้ ดังนั้น จึงอาจเกิดปัญหาในการให้ความหมายหรือการกำหนดรูปแบบของการคุกคามทางเพศของไทยซึ่งขาดความชัดเจน ส่งผลให้การบัญญัติความผิดเกี่ยวกับการคุกคามทางเพศในปัจจุบันไม่ครอบคลุมถึงรูปแบบการคุกคามทางเพศที่เกิดขึ้นจริงในสังคม ประเด็นดังกล่าวจึงเป็นปัญหาที่ผู้เขียนต้องการศึกษาและนำเสนอถึงปัญหาในการบัญญัติกฎหมายเพื่อป้องกันปัญหาการคุกคามทางเพศของไทยในปัจจุบัน โดยมุ่งพิจารณาปัญหาซึ่งเกิดจากการบัญญัติกฎหมายที่ไม่ชัดเจนและครอบคลุมถึงรูปแบบการคุกคามทางเพศที่แท้จริง

กล่าวโดยสรุป คือ การศึกษาวิเคราะห์ถึงความหมาย รูปแบบ และลักษณะของพฤติกรรมในการคุกคามทางเพศ รวมทั้งผลกระทบของปัญหาที่เกิดขึ้นจากการกระทำดังกล่าว ตลอดจนการศึกษากฎหมายที่เกี่ยวข้องทั้งกฎหมายไทยและกฎหมายของต่างประเทศจะสามารถสร้างความเข้าใจในพฤติกรรมของการคุกคามทางเพศต่อผู้ที่มีส่วนเกี่ยวข้องและผู้ที่มีส่วนบังคับใช้กฎหมาย รวมถึงการที่ประเทศไทยเองก็ยังไม่ได้มีการนิยามความหมายถึงการคุกคามทางเพศในรูปแบบต่าง ๆ และยังมีได้มีบทลงโทษที่มีความสอดคล้องกับความร้ายแรงของการกระทำความผิด เพื่อให้สอดคล้องและเหมาะสมกับเจตนารมณ์ในการลงโทษมากขึ้น ดังนั้น ความผิดเกี่ยวกับการคุกคามทางเพศ จึงควรบัญญัติเป็นบทบัญญัติมาตราต่างหาก และควรอยู่ในภาค 2 ความผิด ลักษณะ 9 ความผิดเกี่ยวกับเพศ แห่งประมวลกฎหมายอาญา โดยควรที่จะกำหนดนิยามความหมาย รูปแบบ ลักษณะของปัญหาการคุกคามทางเพศให้ชัดเจน และควรมีบทลงโทษที่สอดคล้องกับความร้ายแรงของการกระทำความผิด ซึ่งจะเป็นการแก้ปัญหาได้อย่างตรงประเด็น โดยการที่รับรู้และเข้าใจถึงรูปแบบหรือลักษณะในการถูกคุกคามจะส่งผลทำให้ง่ายแก่การตีความ และสามารถนำมาบังคับใช้ได้เป็นการทั่วไปอย่างมีประสิทธิภาพ ทั้งนี้ โดยคำนึงถึงการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานตามหลักสิทธิมนุษยชน และความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน

1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษาวิจัย

1. เพื่อศึกษาถึงความหมาย รูปแบบ ลักษณะของพฤติกรรมในการคุกคามทางเพศ รวมทั้งผลกระทบของปัญหาที่เกิดขึ้นจากการกระทำดังกล่าว และตลอดจนแนวคิดทฤษฎีที่เกี่ยวข้อง
2. เพื่อศึกษาถึงแนวความคิด หลักเกณฑ์ทางกฎหมาย การกำหนดโทษสำหรับความผิดของการคุกคามทางเพศในต่างประเทศ และนำมาวิเคราะห์เปรียบเทียบกับกฎหมายที่เกี่ยวข้องของประเทศไทย
3. เพื่อศึกษาและวิเคราะห์ถึงสภาพปัญหาของกฎหมายความผิดเกี่ยวกับการคุกคาม มาตรา 397 แห่งพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 22) พ.ศ.2558 และนำมาวิเคราะห์เปรียบเทียบกับกฎหมายที่เกี่ยวข้องของประเทศไทยและต่างประเทศ
4. เพื่อศึกษาถึงความเหมาะสมของการเสนอแนวทางการออกกฎหมายการคุกคามทางเพศ มาบัญญัติไว้ในความผิดฐานคุกคามทางเพศ ในภาค 2 ความผิด ลักษณะ 9 ความผิดเกี่ยวกับเพศ แห่งประมวลกฎหมายอาญา รวมถึงมาตรการอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง

1.3 ขอบเขตของการศึกษาวิจัย

การศึกษานี้เป็นศึกษาและวิเคราะห์ถึงความหมาย รูปแบบ ลักษณะของพฤติกรรมในการคุกคามทางเพศที่เกิดขึ้น รวมถึงผลกระทบของปัญหาที่เกิดขึ้นจากการกระทำดังกล่าว ตลอดจนศึกษาถึงแนวความคิดและหลักเกณฑ์ทางกฎหมาย โดยมุ่งพิจารณาปัญหาซึ่งเกิดจากการบัญญัติกฎหมายที่ไม่ชัดเจนและครอบคลุมถึงรูปแบบการคุกคามทางเพศที่แท้จริง เพื่อนำมาวิเคราะห์และหาข้อสรุปในการออกกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการคุกคามทางเพศไว้ในความผิดฐานคุกคามทางเพศ หมดความผิดเกี่ยวกับเพศ แห่งประมวลกฎหมายอาญา โดยเปรียบเทียบกับกฎหมายทั้งในประเทศและต่างประเทศ ทั้งในระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law) และระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Civil Law) ซึ่งได้แก่ ประเทศออสเตรเลีย ประเทศฝรั่งเศส และประเทศเยอรมนี

1.4 สมมุติฐานของการศึกษาวิจัย

การที่ประเทศไทยได้มีพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 22) พ.ศ. 2558 มาตรา 397 ในความผิดเกี่ยวกับการคุกคาม ซึ่งการคุกคามทางเพศตามพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวอยู่ในภาค 3 ลหุโทษ (มาตรา 367-398) ซึ่งถือได้ว่ายังคลุมเครือ ไม่ชัดเจน ยากแก่การตีความและรับรู้ถึงรูปแบบหรือลักษณะในการถูกคุกคามทางเพศ จึงเป็นการไม่เพียงพอที่จะบังคับใช้กฎหมายได้อย่างมีประสิทธิภาพ ดังนั้น การกำหนดนิยามความหมาย รูปแบบ และลักษณะที่ชัดเจนแน่นอนของการคุกคามทางเพศจึงเป็นสิ่งจำเป็นและสำคัญอย่างยิ่ง เพื่อที่จะสามารถออกบทบัญญัติทางกฎหมายรวมถึงบทลงโทษที่เกี่ยวกับการคุกคามทางเพศมาบังคับใช้เป็นการเฉพาะในความผิดฐานคุกคามทางเพศ ไว้ในภาค 2 ความผิด ลักษณะ 9 ความผิดเกี่ยวกับเพศ เพื่อให้มีความเหมาะสมชัดเจนทั้งในเชิงกฎหมายและการปฏิบัติ สามารถนำมาบังคับใช้ได้อย่างมีประสิทธิภาพ ทั้งนี้โดยเป็นไปตามหลักความยุติธรรม และความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน

1.5 วิธีการศึกษาวิจัย

เป็นการศึกษาและค้นคว้าในรูปแบบวิจัยเชิงเอกสาร (Documentary Research) โดยค้นคว้าจากแหล่งข้อมูลเอกสารต่าง ๆ ทั้งที่เป็นเอกสารของประเทศไทยและของต่างประเทศ ตำราทางวิชาการ หนังสือ สิ่งพิมพ์ บทความทางกฎหมาย ตั๋วบทกฎหมาย งานวิจัยและวิทยานิพนธ์ รวมถึงบทความและเอกสารที่เกี่ยวข้อง เพื่อนำมาใช้วิเคราะห์และเปรียบเทียบปัญหา อันนำไปสู่แนวทางในการแก้ไขปัญหาดังกล่าว

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับจากการศึกษาวิจัย

1. เพื่อให้ทราบและเข้าใจถึงการให้ความหมายเกี่ยวกับการคุกคามทางเพศ รวมทั้งรูปแบบและลักษณะของพฤติกรรมในการคุกคามทางเพศ ตลอดจนผลกระทบของปัญหาที่เกิดขึ้น

2. เพื่อให้ทราบถึงมาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวกับการคุกคามทางเพศของทั้งในประเทศและต่างประเทศ

3. เพื่อให้ทราบถึงสภาพปัญหาของกฎหมายในความผิดการคุกคามตามมาตรา 397 แห่งพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 22) พ.ศ.2558 ซึ่งเป็นประโยชน์ในการนำมาวิเคราะห์กับกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับความผิดอันเกี่ยวกับการคุกคามทางเพศของประเทศไทยที่มีอยู่ในปัจจุบัน และแก้ไขปัญหาดังต่อไปนี้

4. เพื่อให้ทราบถึงแนวทางที่เหมาะสมในการนำกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการคุกคามทางเพศมาบัญญัติไว้เป็นการเฉพาะในความผิดฐานคุกคามทางเพศ ในภาค 2 ความผิด ลักษณะ 9 ความผิดเกี่ยวกับเพศ แห่งประมวลกฎหมายอาญา รวมถึงมาตรการเสริมอื่น ๆ ในการใช้บังคับเกี่ยวกับการคุกคามทางเพศให้สามารถป้องกันและปราบปรามได้อย่างมีประสิทธิภาพ โดยสอดคล้องและเหมาะสมกับบริบทของสังคมไทย

บทที่ 2

ข้อความคิดทั่วไปเกี่ยวกับการคุกคามทางเพศ

พฤติกรรมอันเป็นความผิดเกี่ยวกับการคุกคามทางเพศนั้นถือเป็นพฤติกรรมอัน “ไม่พึงปรารถนา” ซึ่งถือเป็นอุปสรรคสำคัญอันขัดต่อหลักสิทธิมนุษยชน หลักแห่งความเสมอภาค และความคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐาน อีกทั้ง ยังลดคุณค่าและศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ ซึ่งพฤติกรรมการคุกคามทางเพศนี้ได้เกิดขึ้นในสังคมไทยมาเป็นระยะเวลาอันยาวนานแล้ว แต่ความเข้าใจที่คนทั่วไปในสังคมมีต่อการคุกคามทางเพศยังคงคลุมเครือ ไม่ชัดเจนว่าพฤติกรรมใดบ้างที่สามารถเรียกได้ว่าเป็นการคุกคามทางเพศ เนื่องจากบริบทของสังคมในปัจจุบันมีการเปลี่ยนแปลงเกิดขึ้นอย่างรวดเร็ว และเชื่อมโยงกันอย่างทั่วถึง ไม่ว่าเพราะด้วยเทคโนโลยีที่มีความเจริญก้าวหน้า ผสมกับความคิดหรือความเชื่อที่เปลี่ยนแปลงไปตามยุคสมัย ส่งผลให้การคุกคามทางเพศมีรูปแบบของปัญหาที่หลากหลาย ทั้งยังมีความสลับซับซ้อนมากยิ่งขึ้น ซึ่งส่งผลโดยตรงต่อการดำเนินชีวิตของประชาชนและความเป็นอยู่ของคนในสังคม

ดังนั้น การศึกษาถึงแนวคิดพื้นฐานเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิโดยเชื่อมโยงไปถึงแนวคิดเกี่ยวกับสิทธิของผู้เสียหายในคดีอาญาเพื่อเป็นการคุ้มครองผู้เสียหายเมื่อเกิดปัญหาการคุกคามทางเพศขึ้น และศึกษาแนวคิดพื้นฐานเกี่ยวกับการคุกคามทางเพศเพื่อสร้างความรู้ความเข้าใจอันจะนำไปสู่การแก้ไขปัญหาการคุกคามทางเพศได้อย่างมีประสิทธิภาพ โดยมีแนวความคิด ดังต่อไปนี้

2.1 แนวคิดพื้นฐานเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิ

การที่มนุษย์ต้องอยู่ภายใต้ความจำเป็นที่ต้องรวมกลุ่มนั้นได้ก็สร้างสมวัฒนธรรมมากมายและหลากหลาย สำหรับการเลือกสรรวิธีการดำเนินชีวิตทำให้มนุษย์ในแต่ละกลุ่มแต่ละสังคมมีความแตกต่างกันทั้งทางด้านค่านิยม ทัศนคติ และพฤติกรรมซึ่งเป็นลักษณะที่มีความสอดคล้องและเป็นเอกลักษณ์เฉพาะตัว ในแง่นี้วัฒนธรรมจึงเป็นความพยายามของมนุษย์ในการแก้ไขปัญหาต่าง ๆ ที่ประสบพบเจอ ซึ่งก็ย่อมมีความแตกต่างกันไปในแต่ละสังคม โดยลักษณะนี้พฤติกรรมจะได้รับการเลือกสรรและพัฒนาต่อไปเรื่อย ๆ จนกลายมาเป็นแบบแผน ซึ่งมนุษย์ส่วนในสังคมยอมรับและได้ถือปฏิบัติสืบต่อกันมา และการรวมตัวของแบบแผนต่าง ๆ เหล่านี้ ทำให้เกิดแบบแผนใหญ่ซึ่งครอบงำและควบคุมแบบแผนอื่น ภายใต้หลักการเดียวกันนี้พัฒนาการของหลักการคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิและเสรีภาพในแง่ของวัฒนธรรมจึงมีลักษณะประการเดียวกัน

สำหรับประเทศไทยอยู่ภายใต้การปกครองระบอบประชาธิปไตย โดยมีรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 เป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ ในส่วนเรื่องของสิทธิและความคุ้มครองขั้นพื้นฐานตามกฎหมายรัฐธรรมนูญนั้น ได้มุ่งถึงการให้ความคุ้มครองสิทธิและหน้าที่อันพึงมีพึงได้ของประชาชนในประเทศ โดยไม่มีการแบ่งแยกชนชั้น เชื้อชาติ หรือศาสนา ซึ่งใน

สังคมไทยแม้เป็นสังคมที่ต่างเชื้อชาติ ศาสนา เผ่าพันธุ์ ก็สามารถดำรงชีวิตอยู่ร่วมกันอย่างสันติอย่างกลมกลืนเป็นหนึ่งเดียวในความเป็นไทยโดยไม่มีการแตกแยก การยอมรับความหลากหลาย มีจิตใจเอื้อเฟื้อเกื้อกูลกัน หากแต่ยังมีการละเมิดสิทธิมนุษยชนปรากฏขึ้นอย่างต่อเนื่องดังเช่นในเรื่อง “การคุกคามทางเพศ”

ดังนั้น ในฐานะพลเมืองจึงย่อมที่จะเสมอกันในกฎหมายและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกันไม่ว่าจะเป็นเพศใดย่อมมีสิทธิเท่าเทียมกัน การเลือกปฏิบัติต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ สภาพทางกาย หรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมืองอันขัดต่อบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยนี้จะกระทำมิได้

2.1.1 แนวคิดพื้นฐานของหลักสิทธิมนุษยชน

มนุษยชาติได้มีการดิ้นรนต่อสู้เพื่อสิทธิมนุษยชนตลอดมา และได้รับความสำเร็จมากขึ้นโดยลำดับ ซึ่งสามารถแบ่งช่วงเวลาซึ่งถือเป็นวิวัฒนาการของสิทธิมนุษยชนได้เป็น 3 ยุค คือ¹⁰

ยุคที่ 1 สิทธิพลเมือง และสิทธิทางการเมือง เป็นการต่อสู้ของพลเมืองในการต่อต้านระบบศักดินาตามแนวคิดเสรีนิยม ซึ่งการต่อสู้ที่เกิดขึ้นในยุโรปในช่วงศตวรรษที่ 16 เป็นต้นมา โดยส่วนใหญ่เป็นผลสืบเนื่องมาจากการถูกกดขี่ข่มเหงอย่างไม่เป็นธรรม ทุกหนแห่งมีแต่ความไม่เสมอภาคกัน มนุษย์ได้ถูกแบ่งเป็นชนชั้น โดยชนชั้นล่างจะถูกเอารัดเอาเปรียบและถูกปฏิบัติเฉกเช่นเดียวกับสัตว์หรือสิ่งของ สิทธิต่าง ๆ ได้ถูกสงวนไว้สำหรับขุนนางซึ่งเป็นชนชั้นสูงเท่านั้น เช่น การปฏิบัติของชนชั้นกระฎุมพีในอังกฤษที่นำโดย ครอม เวลล์ และการปฏิวัติใหญ่ฝรั่งเศสในศตวรรษที่ 17 เป็นต้น

ยุคที่ 2 สิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม เป็นการต่อสู้ของชนชั้นกรรมาชีพ และชาวนา ตามแนวคิดสังคมนิยมที่เน้นความเสมอภาคและเป็นธรรมทางสังคม โดยถือว่าพลเมืองทุกคนควรมีสิทธิที่เท่าเทียมกันในทรัพยากรของชาติ และควรมีส่วนร่วมในการตัดสินใจในการจัดสรรทรัพยากรดังกล่าว โดยมีการประณามการผูกขาดสิทธิในทรัพย์สินของเอกชนบางกลุ่ม ดังที่มีการปฏิวัติในรัสเซียในปี ค.ศ.1917 เป็นต้น

ยุคที่ 3 สิทธิในการพัฒนา เป็นการต่อสู้ของประชาชนในประเทศที่กำลังพัฒนา และชุมชนเพื่อสิทธิในการพัฒนา และจัดระเบียบทางเศรษฐกิจและการเมืองของโลกเสียใหม่ เพื่อความยุติธรรมในสังคม โดยเริ่มจากการที่ประชาชนในประเทศในเอเชีย และกึ่งเมืองขึ้น ได้ดำเนินการเรียกร้องเอกราชและการปลดปล่อยประชาชนชาติจากประเทศเจ้าอาณานิคมซึ่งปรากฏการณ์ดังกล่าวเกิดขึ้นเกือบพร้อม ๆ กันทั่วโลกโดยเฉพาะประเทศในแถบทวีปแอฟริกา อเมริกาใต้ และเอเชีย

สำหรับสิทธิมนุษยชนในยุคสมัยปัจจุบัน นับจากสงครามโลกครั้งที่ 2 นั้นถือว่าเป็นโศกนาฏกรรมที่ร้ายแรงที่สุดในประวัติศาสตร์ของมนุษยชาติ โดยมีการคาดคะเนว่ามีผู้เสียชีวิตจากการถูกเข่นฆ่า ทรมาณเป็นจำนวนกว่า 60 ล้านคน โดยเป็นทหารประมาณ 20 ล้านคน และเป็นประชาชนกว่า 40 ล้านคน ที่เสียชีวิตอันเนื่องมาจากการขาดอาหาร สังหารหมู่ การถูกระเบิด หรือ

¹⁰ จิราพรรณ บุตตะไมล์, การพัฒนาหลักสิทธิมนุษยชน, ค้นวันที่ 1 ตุลาคม 2559 จาก <https://sites.google.com/site/chirapan601/3-kar-phathna-hlak-siththi-mnusus-chn>

แม้กระทั่งจากการตกเป็นเหยื่อของการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ ดังเช่นที่โดยส่วนใหญ่เป็นผลมาจากความทารุณโหดร้ายของฝ่ายอักษะซึ่งนำโดยอดอล์ฟ ฮิตเลอร์ (Adolf Hitler) ผู้นำประเทศเยอรมนี และ เบนิตो มุสโสลินี (Benito Amilcare Andrea Mussolini) ผู้นำประเทศอิตาลี จนทำให้ประเทศต่าง ๆ ทั่วโลกหวั่นเกรงเหตุการณ์ในลักษณะดังกล่าวจะเกิดขึ้นในอนาคต และมนุษย์ทุกคนต่างก็ได้รับผลกระทบจากสงครามไม่มากนัก¹¹ ดังนั้น เมื่อสงครามโลกครั้งที่สองสิ้นสุดลงก็ได้มีการก่อตั้งองค์การสหประชาชาติขึ้น ในวันที่ 24 ตุลาคม ค.ศ.1945 ซึ่งเป็นข้อตกลงที่บรรดาประเทศผู้ก่อตั้งและร่วมเป็นสมาชิกองค์การสหประชาชาติได้ให้สัตยาบันเข้าผูกพัน โดยมีเนื้อหาเกี่ยวกับหลักการตลอดจนกระบวนการดำเนินงานและบริหารงานต่าง ๆ โดยมีวัตถุประสงค์ปรากฏตามกฎบัตรสหประชาชาติในข้อ 1 คือ

เพื่อทำความร่วมมือระหว่างประเทศ ในอันที่จะแก้ปัญหาระหว่างประเทศ
ในทางเศรษฐกิจสังคมวัฒนธรรม สิทธิมนุษยชน และส่งเสริมการเคารพสิทธิ
มนุษยชนและอิสรภาพอันเป็นหลักมูลฐานสำหรับทุกคนโดยปราศจากความแตกต่าง
ในเรื่องเชื้อชาติ เพศ หรือ ศาสนา

ซึ่งถือเป็นกฎหมายระหว่างประเทศและเป็นตราสารก่อตั้งที่สถาปนาองค์การให้เกิดขึ้นอย่างเป็นทางการ

และต่อมาได้มีการจัดทำ “ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Universal Declaration of Human Rights: UDHR)” ขึ้นโดยสมัชชาสหประชาชาติได้มีมติรับรองเมื่อวันที่ 10 ธันวาคม ค.ศ. 1948 โดยถือว่าวันดังกล่าวเป็นวันสิทธิมนุษยชนของสหประชาชาติ และประเทศไทยได้เข้าร่วมด้วยในปฏิญญาสากลประกอบด้วย คำปรารภ และเนื้อความอีก 30 ข้อ กล่าวถึง สิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐานสำหรับหญิงและชาย ปฏิญญาวาดด้วยสิทธิมนุษยชนนี้ถือเป็นมาตรฐานร่วมกันแห่งความสำเร็จ สำหรับประชาชนทั้งหลายและประชาชาติทั้งปวง ด้วยจุดประสงค์ที่จะให้ปัจเจกบุคคลทุกผู้ทุกนามและองค์กรของสังคมทุกหน่วย โดยการรำลึกเสมอถึงปฏิญญานี้ พยายามสั่งสอนและให้การศึกษาเพื่อส่งเสริม การเคารพต่อสิทธิและเสรีภาพเหล่านั้นด้วยมาตรการที่เจริญก้าวหน้าทั้งในและระหว่างประเทศ เพื่อให้ได้มาซึ่งการยอมรับและถือปฏิบัติต่อสิทธิเหล่านั้น อย่างเป็นสากลและได้ผลทั้งในหมู่ประชาชนของรัฐสมาชิกเอง และในหมู่ของประชาชนแห่งดินแดน ที่อยู่ภายใต้ดูแลอาณัติของรัฐสมาชิก

โดยวัตถุประสงค์ในการจัดทำปฏิญญาสากลว่าด้วยเรื่อง สิทธิมนุษยชน สรุปได้ 3 ประการ¹² คือ

¹¹ เรื่องเดียวกัน.

¹² สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล และคณะ, กฎหมายด้านการคุ้มครองและสิทธิและเสรีภาพในกระบวนการยุติธรรมที่ไม่สอดคล้องกับหลักสิทธิพื้นฐานและพันธกรณีระหว่างประเทศรวมทั้งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (กรุงเทพมหานคร: กรมคุ้มครองสิทธิเสรีภาพ กระทรวงยุติธรรม, 2547), หน้า 6.

ประการที่ 1 ว่าด้วย สิทธิในชีวิตถือเป็นสิทธิขั้นพื้นฐาน มนุษย์สามารถมีชีวิตอยู่ได้และได้รับการคุ้มครองให้ปลอดภัยได้รับการตอบสนองตามความต้องการขั้นพื้นฐานของชีวิต ได้แก่ อาหาร เครื่องนุ่งห่ม ยารักษาโรค และที่อยู่อาศัย ทุกชีวิตล้วนมีคุณค่าด้วยกันทั้งสิ้น ไม่ว่าจะเป็นบุคคลที่ต้องการความช่วยเหลือ เพื่อการดำรงชีวิตอยู่เป็นพิเศษจากผู้อื่น เช่น คนพิการ คนชรา ฯลฯ ดังนั้น ทุกคนควรปฏิบัติต่อบุคคลด้อย โอกาส ให้ความสำคัญ ให้โอกาสและให้ความช่วยเหลือตามสมควร เพื่อให้ทุกชีวิตมีความเท่าเทียมกันมากที่สุด อันได้แก่ข้อ 1, 2, 3, 4, 5, 12, 13, 14, 15, 16, 25 ซึ่งได้กล่าวไว้ชัดเจนในข้อ 1 ที่ระบุไว้ว่า

บุคคลชอบที่จะมีสิทธิและเสรีภาพประดามีที่ระบุไว้ในปฏิญานนี้ ทั้งนี้ โดยไม่มีการจำแนกความแตกต่างในเรื่องใด ๆ เช่น เชื้อชาติ สีผิว เพศ ภาษา ศาสนา ความเห็นทางการเมือง หรือทางอื่นใด ชาติหรือสังคมอันเป็นที่มาเดิม ทรัพย์สิน กำเนิด หรือสถานะอื่นใด นอกจากนี้ การจำแนกข้อแตกต่างโดยอาศัยมูลฐานแห่งสถานะทางการเมืองทางตุลาณาหรือทางเรื่องระหว่างประเทศของประเทศ หรือดินแดนซึ่งบุคคลสังกัดจะทำมิได้ ทั้งนี้ ไม่ว่าดินแดนดังกล่าวจะเป็นเอกราชอยู่ในความพิพาท มิได้ปกครองตนเองหรืออยู่ภายใต้การจำกัดแห่งอธิปไตยอื่นใด

ประการที่ 2 ว่าด้วยสิทธิในการดำเนินชีวิตและพัฒนาตนเองตามแนวทางที่ถูกต้อง คนในสังคมต้องให้โอกาสกับคนที่เคยกระทำไม่ถูกต้อง ให้โอกาสคนเหล่านี้ได้รับการอบรมแก้ไขและพัฒนาตนเองใหม่ ให้สามารถมีชีวิตที่ดีขึ้น มีคุณภาพชีวิตที่สูงขึ้น อันได้แก่ ข้อ 8, 9, 10, 11, 17, 18, 19, 20, 24, 26

ประการที่ 3 ว่าด้วยสิทธิในการยอมรับนับถือ หมายถึง การที่บุคคลพึงปฏิบัติต่อกันด้วยการยอมรับซึ่งกันและกัน ให้ความสำคัญกับศักดิ์ศรีและคุณค่าของชีวิตด้วยความเท่าเทียมกัน อันได้แก่ ข้อ 6, 7, 21, 22, 23, 27, 28, 29

กล่าวได้ว่าปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ ถือเป็นเอกสารทางประวัติศาสตร์ที่ช่วยในการวางรากฐานด้านสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศฉบับแรกของโลก และปัจจุบันประชาคมโลกต่างยอมรับให้ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติอยู่ในฐานะแม่บทของกฎหมายสิทธิมนุษยชนทั้งหมด นอกจากนี้ กฎหมายระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชนในปัจจุบันก็ล้วนมีพื้นฐานและได้รับการพัฒนามาจากปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติฉบับนี้ทั้งสิ้น และกฎหมายระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชนเหล่านั้นก็ได้เป็นพื้นฐานสำหรับการพัฒนากฎหมายภายในของประเทศต่าง ๆ เกือบทั่วโลก เพื่อส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนของประชาชนในประเทศของตน รวมทั้งประเทศไทยด้วย เพราะเมื่อมีการตรากฎหมายหรือจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ก็จะนำหลักการของปฏิญญาสากลฯ ดังกล่าวมาวางเป็นฐานความคิดเสมอ

ในปัจจุบันประเทศไทยเป็นภาคีสถิติสัญญา ในด้านสิทธิมนุษยชนซึ่งสหประชาชาติถือเป็นสนธิสัญญาหลัก จำนวน 6 ฉบับ ได้แก่¹³

1. อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก
2. อนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบ
3. กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง
4. กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม
5. อนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติในทุกรูปแบบ
6. อนุสัญญาว่าด้วยการต่อต้านการทรมานและการทารุณกรรม ตลอดจนการปฏิบัติหรือ

การลงโทษที่ลดทอนคุณค่าความเป็นมนุษย์

ในสภาวะโลกปัจจุบันเรื่องของสิทธิมนุษยชนก็ไม่ใช่ว่าเรื่องของคนใดคนหนึ่งหรือประเทศใดประเทศหนึ่งเท่านั้น หากแต่เป็นเรื่องที่สังคมทั่วโลกต้องให้ความสำคัญเพราะสิทธิมนุษยชนมีความสำคัญทั้งในด้านสังคมโลกตลอดจนการถึงสร้างประชาธิปไตยในสังคมไทยอีกด้วย

2.1.2 ความหมายของหลักสิทธิมนุษยชน

สิทธิมนุษยชน (Human Rights) หมายถึง สิทธิขั้นพื้นฐานของมนุษย์ซึ่งเป็นสิทธิที่ติดตัวมาแต่กำเนิด คือ สิทธิในชีวิตร่างกายโดยมาพร้อมกับความเท่าเทียมกันในแง่ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และสิทธิ เพื่อดำรงชีวิตอย่างมีศักดิ์ศรี โดยไม่คำนึงถึงความแตกต่างในเรื่องเชื้อชาติ สีผิว เพศ อายุ ภาษา ศาสนา และสถานภาพทางกายและสุขภาพรวมทั้งความเชื่อทางการเมือง หรือความเชื่ออื่นๆที่ขึ้นกับพื้นฐานทางสังคม สิทธิมนุษยชนเป็นสิ่งที่ไม่สามารถถ่ายทอดหรือโอนให้แก่ผู้อื่นได้¹⁴ ซึ่งสิทธิมนุษยชนนี้ได้เป็นที่รู้จักและถูกใช้อย่างแพร่หลายทั้งในระดับภูมิภาคและในระดับนานาชาตินับตั้งแต่ได้มีการก่อตั้งองค์การสหประชาชาติเป็นต้นมา

ประเภทของสิทธิมนุษยชน แบ่งได้ 5 ประเภท ทั้งนี้ เป็นไปตาม Universal Declaration of Human Rights ได้แก่¹⁵

1. สิทธิพลเมือง (Civil Rights) มีลักษณะเป็นสิทธิตามธรรมชาติที่มีมาแต่เดิม และปรากฏอยู่ในบทบัญญัติข้อที่ 1-21 ของกฎบัตรสหประชาชาติ¹⁶ ซึ่งเป็นสิทธิที่เกี่ยวข้องตามกฎหมายของรัฐ สิทธิดังกล่าวประกอบไปด้วย สิทธิในชีวิตและร่างกาย เสรีภาพและความมั่นคงในชีวิต ไม่ถูกทรมาน ไม่ถูกทำร้ายหรือฆ่า สิทธิในความเสมอภาคต่อหน้ากฎหมาย สิทธิที่จะได้รับสัญชาติ เป็นต้น

¹³ สิทธิมนุษยชน (Human Right), ค้นวันที่ 1 ตุลาคม 2559 จาก <https://kittayaporn28.wordpress.com>

¹⁴ ชะวัชชัย ภาคินธุ์, กระบวนการเรียนรู้และปฏิบัติการสิทธิมนุษยชน (กรุงเทพมหานคร: โอเดียนสโตร์, 2548), หน้า 29.

¹⁵ สุภาภรณ์ หาญสำเภา, ประเภทของสิทธิมนุษยชน, ค้นวันที่ 1 ตุลาคม 2559 จาก <http://learners.in.th/blog/right/257357>

¹⁶ อุดมศักดิ์ สินธิพงษ์, สิทธิมนุษยชน, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2552), หน้า 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 ได้เลือกงานอย่างอิสระ และได้รับค่าจ้างที่เหมาะสม สิทธิในการเป็นเจ้าของทรัพย์สิน เป็นต้น

5. สิทธิทางวัฒนธรรม (Cultural Rights) ได้แก่ การมีเสรีภาพในการใช้ภาษาหรือสื่อความหมายในภาษาท้องถิ่นของตน มีเสรีภาพในการแต่งกายตามวัฒนธรรม การปฏิบัติตามวัฒนธรรม ประเพณีท้องถิ่นของตน การปฏิบัติตามความเชื่อทางศาสนา การพักผ่อนหย่อนใจทางศิลปวัฒนธรรม และการบันเทิงได้โดยไม่มีใครมาบีบบังคับ เป็นต้น

สำหรับประเทศไทยในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ได้มีสาระสำคัญประการหนึ่งในการตรารัฐธรรมนูญฉบับนี้ คือ การคุ้มครอง ส่งเสริมการขยายสิทธิและเสรีภาพ ของประชาชนอย่างเต็มที่ ดังนั้น รัฐธรรมนูญจะต้องเป็นรัฐธรรมนูญของประชาชน ที่ให้ประชาชนมีพื้นที่ และมีส่วนร่วมในการกำหนดชีวิตของตนเองได้ โดยได้บัญญัติที่เกี่ยวข้องกับสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ดังนี้

มาตรา 4 “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพ และความเสมอภาคของบุคคล ย่อมได้รับความคุ้มครอง”

ซึ่งมาตรานี้ได้บัญญัติถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพ และความเสมอภาคของประชาชนที่จะได้รับความคุ้มครองภายใต้รัฐธรรมนูญฉบับนี้

มาตรา 28

บุคคลย่อมอ้างศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์หรือใช้สิทธิและเสรีภาพของตนได้เท่าที่ไม่ละเมิดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอื่น ไม่เป็นปฏิปักษ์ต่อรัฐธรรมนูญ หรือไม่ขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน

บุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญนี้รับรองไว้ สามารถยกบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้เพื่อใช้สิทธิทางศาลหรือยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้คดีในศาลได้

บุคคลย่อมสามารถใช้สิทธิทางศาลเพื่อบังคับให้รัฐต้องปฏิบัติตามบทบัญญัติในหมวดนี้ได้โดยตรง หากการใช้สิทธิและเสรีภาพในเรื่องใดมีกฎหมายบัญญัติรายละเอียดแห่งการใช้สิทธิและเสรีภาพตามที่รัฐธรรมนูญนี้รับรองไว้แล้ว ให้การใช้สิทธิและเสรีภาพในเรื่องนั้นเป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ

บุคคลย่อมมีสิทธิได้รับการส่งเสริม สนับสนุน และช่วยเหลือจากรัฐ ในการใช้สิทธิตามความในหมวดนี้

ซึ่งมาตรานี้ได้บัญญัติถึงการอ้างศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ การใช้สิทธิและเสรีภาพของประชาชน ทั้งนี้ ก็ต่อเมื่อไม่ละเมิดต่อสิทธิและเสรีภาพของผู้อื่น ตลอดจนศีลธรรมอันดีของประชาชน และไม่ขัดต่อบทบัญญัติของกฎหมายภายใต้รัฐธรรมนูญ

มาตรา 30

บุคคลย่อมเสมอกันในกฎหมายและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน

การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ ความพิการ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมืองอันไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ จะกระทำมิได้

มาตรการที่รัฐกำหนดขึ้นเพื่อขจัดอุปสรรคหรือส่งเสริมให้บุคคลสามารถใช้สิทธิและเสรีภาพได้เช่นเดียวกับบุคคลอื่น ย่อมไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมตามวรรคสาม

ซึ่งมาตรานี้ได้บัญญัติถึงความเสมอภาคและเท่าเทียมระหว่างเพศ ไม่ว่าจะเป็นเพศใดก็ตาม ย่อมมีสิทธิเท่าเทียมกัน ความแตกต่างของแต่ละบุคคลก็ย่อมที่จะเสมอเท่าเทียมกันภายใต้รัฐธรรมนูญ

มาตรา 32 บัญญัติถึงสิทธิและเสรีภาพส่วนบุคคล

บุคคลย่อมมีสิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกาย

การทรมาน ทารุณกรรม หรือการลงโทษด้วยวิธีการโหดร้ายหรือไร้มนุษยธรรม จะกระทำมิได้ แต่การลงโทษตามคำพิพากษาของศาลหรือตามที่กฎหมายบัญญัติไม่ถือว่าเป็นการลงโทษด้วยวิธีการโหดร้ายหรือไร้มนุษยธรรมตามความในวรรคนี้

การจับและการคุมขังบุคคล จะกระทำมิได้ เว้นแต่มีคำสั่งหรือหมายของศาลหรือมี เหตุอย่างอื่นตามที่กฎหมายบัญญัติ

การค้นตัวบุคคลหรือการกระทำใดอันกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพตามวรรคหนึ่ง จะกระทำมิได้ เว้นแต่มีเหตุตามที่กฎหมายบัญญัติ

ในกรณีที่มีการกระทำซึ่งกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพตามวรรคหนึ่ง ผู้เสียหาย พนักงานอัยการ หรือบุคคลอื่นใดเพื่อประโยชน์ของผู้เสียหาย มีสิทธิร้องต่อศาลเพื่อให้สั่งระงับหรือเพิกถอน การกระทำเช่นนั้น รวมทั้งจะกำหนดวิธีการตามสมควรหรือการเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นด้วยก็ได้

และตามพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ.2558 ได้กำหนดนิยามของคำว่า การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศไว้ ดังนี้

มาตรา 3

การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศ หมายความว่า การกระทำ หรือ ไม่กระทำการใดอันเป็นการแบ่งแยก กีดกัน หรือจำกัดสิทธิประโยชน์ใด ๆ ไม่ ว่าทางตรงหรือทางอ้อมโดยปราศจากความชอบธรรม เพราะเหตุที่บุคคลนั้นเป็น เพศชายหรือเพศหญิง หรือมีการแสดงออกที่แตกต่างจากเพศโดยกำเนิด

ซึ่งนิยามนี้ได้สะท้อนถึงความมุ่งหมายของสิทธิมนุษยชนที่มุ่งจะคุ้มครองการเลือก ปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างบุคคล นับได้ว่าเป็นความก้าวหน้าของกฎหมายของประเทศ ไทยที่เริ่มที่จะมองเห็นในความแตกต่างและหลากหลายทางเพศ และตระหนักถึงสภาพ ปัญหาการถูกเลือกปฏิบัติของคนเหล่านี้

สิทธิมนุษยชนจึงมีความสำคัญในฐานะที่เป็นอารยธรรมโลก (World Civilization) โดย มนุษย์มีความพยายามวางระบบความคิดเพื่อให้คนทั่วโลกเกิดความระลึกรู้ คำนึงถึงคุณค่าของความ เป็นมนุษย์ ตั้งแต่ยอมรับความเป็นมนุษย์ ศักดิ์ศรี ชาตินำเนิด สิทธิต่าง ๆ ที่มีพื้นฐานมาจากความชอบ ธรรม ซึ่งตั้งอยู่บนพื้นฐาน แห่งสิทธิตั้งแต่กำเนิด โดยให้ความสำคัญกับคำว่าชีวิต (Life) นอกจากนี้ แล้วสิทธิมนุษยชนยังมีความสำคัญในแง่ของการเป็นหลักประกันของความเป็นมนุษย์สิทธิและ เสรีภาพ¹⁷

2.1.3 หลักอันเป็นองค์ประกอบของสิทธิมนุษยชน

โดยหลักทั่วไปของหลักสิทธิมนุษยชนมิได้เป็นการที่รัฐบัญญัติกฎหมายให้สิทธิแก่บุคคล หากแต่เป็นสิทธิที่กฎหมายของรัฐได้รับรองสิทธิที่ติดตัวมนุษย์ไว้โดยบทบัญญัติของกฎหมาย ซึ่งการจะ เข้าใจความหมายของสิทธิมนุษยชนนั้น จำเป็นต้องเข้าใจหลักการต่าง ๆ ที่ถือเป็นองค์รวมของสิทธิ มนุษยชนด้วยโดยสิทธิดังกล่าว ได้แก่ 1. สิทธิ (Rights) 2. เสรีภาพ (Freedom) 3. ศักดิ์ศรีความเป็น มนุษย์ (Human Dignity) 4. ความเสมอภาคและการเลือกปฏิบัติ (Equality and Discrimination) กล่าวคือ

2.1.3.1 หลักสิทธิ (Rights) และเสรีภาพ (Freedom)

“สิทธิ” หมายถึง อำนาจอันชอบธรรม อำนาจที่จะกระทำการใด ๆ ได้อย่างอิสระ โดยได้รับการรับรองจากกฎหมาย¹⁸

ซึ่งได้มีคำอธิบายคำว่า สิทธิ ตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน หมายถึง ความสำเร็จ หรืออำนาจอันชอบธรรม แต่ในทางนิติศาสตร์มีความหมายได้สองอย่าง คือ สิทธิตาม ธรรมชาติ และสิทธิตามกฎหมาย

¹⁷ ชะวิชัย ภาติณฐ์, *เรื่องเดิม*, หน้า 3.

¹⁸ ราชบัณฑิตยสถาน, *เรื่องเดิม*, หน้า 1193.

ศาลฎีกาได้วินิจฉัยความหมายคำว่า สิทธิ ไว้ว่า “พูดถึงสิทธิ หากจะกล่าวโดยย่อและรวบรัดแล้วก็ได้แก่ ประโยชน์อันบุคคลมีอยู่ แต่ประโยชน์จะเป็นสิทธิหรือไม่ ถ้าบุคคลอื่นมีหน้าที่ ต้องเคารพ ประโยชน์นั้นก็เป็นสิทธิ กล่าวคือ ได้รับการรับรองและคุ้มครองตามกฎหมาย. . .”¹⁹

และมีผู้ได้ให้ความหมายของสิทธิไว้หลายท่าน อาทิเช่น

ศาสตราจารย์ ดร.วิชฌุ เครืองาม ได้ให้ความหมายของคำว่า “สิทธิ” ว่าประโยชน์ที่กฎหมายรับรองและคุ้มครองให้²⁰

รองศาสตราจารย์ ดร.วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ ได้ให้ความหมายของคำว่า “สิทธิ” นั้นหมายถึง อำนาจที่กฎหมายรับรองและให้ความคุ้มครองแก่บุคคลในอันที่จะเรียกร้องให้บุคคลอื่นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง สิทธิจึงก่อให้เกิดหน้าที่แก่บุคคลอื่นด้วย²¹

ดร.ปรีดี เกษมทรัพย์ ได้ให้ความหมายของคำว่า “สิทธิ” คือ ความชอบธรรมที่บุคคลอาจใช้ยันกับ บุคคลอื่นเพื่อคุ้มครองหรือรักษาผลประโยชน์อันเป็นส่วนที่พึงได้ของบุคคลอื่น²²

ศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย ได้ให้ความหมายของคำว่าสิทธิว่า “สิทธิเป็นการก่อให้เกิดหน้าที่ แก่บุคคลอื่นในอันที่จะต้องปฏิบัติการให้เป็นไปตามประโยชน์กฎหมายรับรองและคุ้มครองให้รวมถึงมีหน้าที่ที่จะไม่รบกวนต่อสิทธิหรือหน้าที่ที่จะกระทำการหรืองดเว้นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งให้ เป็นไปตามสิทธิ ทั้งนี้แล้วแต่ประเภทของสิทธินั้น ๆ ด้วย”²³

อาจกล่าวได้ว่า สิทธิ คือ อำนาจซึ่งผู้ทรงสิทธิสามารถที่จะเลือกใช้สิทธิอันมีอยู่หรือไม่ก็ได้ โดยหากใช้สิทธิเช่นนี้กฎหมายก็จะรับรองและคุ้มครองให้

การพิจารณาในแง่ของการบังคับใช้ อาจแบ่งสิทธิได้เป็น 2 ประเภท ได้แก่

1) สิทธิตามกฎหมาย (Legal Rights) หมายถึง สิทธิที่สามารถบังคับให้เป็นไปตามสิทธิได้จริง โดยทั่วไปเกิดจากการที่กฎหมายระบุให้การรับรองและคุ้มครองไว้อย่างชัดเจน²⁴ คือ กฎหมายรองรับความหมายแห่งสิทธินั้นด้วย

ลักษณะของสิทธิตามกฎหมาย จะมีความชอบธรรม และมีความถูกต้องหรือชอบธรรมเป็นพื้นฐานและเป็นที่ยอมรับของคนอื่นหรือคนในสังคม มีผู้ถือสิทธิหรือเจ้าของสิทธิหรือที่เรียกว่า ผู้ทรงสิทธิ ซึ่งอาจเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลก็ได้ โดยต้องเป็นเนื้อหาแห่งสิทธิที่สามารถใช้ยันผู้อื่นได้ คือ ข้อความที่สามารถยืนยันได้ว่าสามารถกระทำการใด ๆ หรือไม่กระทำการใดได้ตามที่ต้องการ และส่งผลให้บุคคลอื่นมี ภาระต้องยอมให้ถูกกระทำ หรือรับรู้การกระทำที่เรียกว่า “หน้าที่” การก่อให้เกิดหน้าที่แก่ผู้รับรู้การใช้สิทธินั้น ซึ่งจะเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลก็ได้

¹⁹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 124/2487

²⁰ สุรรัตน์ ประจวบจันทน์, สิทธิ เสรีภาพ: หลักทั่วไป, ค้นวันที่ 26 ตุลาคม 2559 จาก <http://law.stou.ac.th/dynfiles/ex.41711-5.pdf>

²¹ เรื่องเดียวกัน.

²² เรื่องเดียวกัน.

²³ หยุด แสงอุทัย, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป (กรุงเทพมหานคร: ประกายพริก, 2535), หน้า 224.

²⁴ อุดมศักดิ์ สินธิพงษ์, เรื่องเดิม, หน้า 21.

เมื่อกล่าวถึงสิทธิตามกฎหมายในปัจจุบัน แบ่งออกได้เป็น 2 ประเภท คือ สิทธิตามกฎหมายมหาชน และสิทธิตามกฎหมายเอกชน ฉะนั้นคำว่า “สิทธิตามรัฐธรรมนูญ” ถือได้ว่าเป็น “สิทธิตามกฎหมายมหาชน” หมายถึง อำนาจตามรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายสูงสุดได้บัญญัติให้การรับรองคุ้มครองแก่ปัจเจกบุคคล ในอันที่จะกระทำการใด หรือไม่กระทำการใด การให้อำนาจแก่ปัจเจกบุคคลดังกล่าวได้ก่อให้เกิดสิทธิเรียกร้องที่จะไม่ให้บุคคลใดแทรกแซงในขอบเขตสิทธิของตน²⁵

ดังนั้น สิทธิตามรัฐธรรมนูญจึงเป็นความสัมพันธ์ระหว่างปัจเจกบุคคลต่อรัฐ และผูกพัน องค์การผู้ใช้อำนาจรัฐทั้งหลายที่จะต้องให้ความเคารพปกป้อง และคุ้มครองสิทธิตามรัฐธรรมนูญเพื่อให้มีผลในทางปฏิบัติ²⁶

2) สิทธิทางจริยธรรม (Moral Rights) หมายถึง สิทธิในอุดมคติ เป็นอำนาจอันชอบธรรมที่มนุษย์จะพึงมี โดยเกิดขึ้นพร้อมกับความเป็นมนุษย์ตั้งแต่เกิดจนตาย เป็นสิ่งที่ขาดสภาพบังคับตามกฎหมายในการบังคับให้เป็นไปตามสิทธิ เช่น สิทธิในการแสดงความคิดเห็น สิทธิในการรับรู้ข้อมูลข่าวสาร สิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวตลอดจนสิทธิในการเลือกนับถือศาสนา²⁷ เป็นต้น

“เสรีภาพ” (Freedom) หมายถึง ความสามารถที่จะกระทำการใด ๆ ได้ตามที่ตนปรารถนาโดยไม่มีอุปสรรคขัดขวาง²⁸ ซึ่งเป็นคำที่มักพบว่าถูกใช้เคียงคู่กับคำว่า “สิทธิ” เสมอ ดังเช่น “สิทธิเสรีภาพ” จนหลายคนเข้าใจว่ามีความหมายอย่างเดียวกัน

กล่าวอีกนัยหนึ่ง คือ เป็นอำนาจตัดสินใจด้วยตนเองของมนุษย์ที่จะเลือกดำเนินพฤติกรรมของตนเอง โดยไม่มีบุคคลอื่นใดอ้างหรือใช้อำนาจสอดแทรกเข้ามาเกี่ยวข้องการตัดสินใจนั้น ซึ่งก็เป็นความหมายของเสรีภาพในทางปรัชญาเท่านั้น แต่แท้จริงแล้วการที่มนุษย์ดำรงชีวิตอยู่ในสังคมแล้วแต่ละคนจะตัดสินใจกระทำการหรือไม่กระทำการสิ่งใด ย่อมต้องคำนึงถึงกฎเกณฑ์ต่าง ๆ ของสังคม โดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎเกณฑ์ของสังคมที่เป็นกฎหมายอีกด้วย

ดังนั้น “เสรีภาพ” ตามความหมายในทางกฎหมาย จึงหมายความว่าถึงอำนาจของคนเราที่จะตัดสินใจด้วยตนเองที่จะกระทำการหรือไม่กระทำการสิ่งหนึ่งสิ่งใดอันไม่เป็นการฝ่าฝืนต่อกฎหมาย

ความแตกต่างระหว่างสิทธิและเสรีภาพ คือ สิทธิเป็นอำนาจที่บุคคลมีเพื่อเรียกร้องให้ผู้อื่นกระทำการหรือละเว้นการกระทำอันใดอันหนึ่ง ในขณะที่เสรีภาพเป็นอำนาจที่บุคคลนั้นมีอยู่เหนือตนเองในการตัดสินใจที่จะกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง หรือไม่กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งโดยปราศจากการแทรกแซงหรือครอบงำจากบุคคลอื่น²⁹

²⁵ สุรรัตน์ ประจันปัจฉิม, *เรื่องเดิม*.

²⁶ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, *สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ*, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2538), หน้า 21.

²⁷ อุดมศักดิ์ สนิธิพงษ์, *เรื่องเดิม*, หน้า 21.

²⁸ ราชบัณฑิตยสถาน, *เรื่องเดิม*, หน้า 1217.

²⁹ อธิศ อินทุภูติ, “กฎหมายรัฐธรรมนูญ,” ใน *รวมคำบรรยาย เล่มที่ 9* (กรุงเทพมหานคร: ม.ป.พ., 2550), หน้า 209-233.

แต่ที่อาจทำให้เกิดความสับสน คือ กรณีของสิทธิในเสรีภาพ กล่าวคือ โดยลำพังของเสรีภาพนั้นไม่ก่อให้เกิดหน้าที่แก่บุคคลอื่น เช่น เสรีภาพในการนับถือศาสนาซึ่งบุคคลย่อมมีเสรีภาพในการที่จะนับถือศาสนาใดก็ได้หรือไม่นับศาสนาใดก็ได้ ในแง่นี้จะเห็นว่าเสรีภาพนี้ไม่ก่อให้เกิดหน้าที่แก่บุคคลใด แต่หากเป็นสิทธิในเสรีภาพนั้น ย่อมหมายความว่า บุคคลนั้นย่อมมีสิทธิที่จะใช้เสรีภาพตามที่รัฐธรรมนูญรับรองในความหมายนี้ ย่อมก่อให้เกิดความผูกพันต่อบุคคลอื่น กล่าวคือ บุคคลย่อมมีหน้าที่จะไม่ไปละเมิดการใช้เสรีภาพตามรัฐธรรมนูญของบุคคลนั้น³⁰

ทั้งนี้ สิทธิและเสรีภาพสามารถจำแนกเป็นประเภทต่าง ๆ ได้ โดยหลักเกณฑ์ที่มีความแตกต่างกัน ดังเช่น³¹

(1) สิทธิเสรีภาพ โดยการจำแนกตามเนื้อหา ซึ่งอาศัยวัตถุประสงค์แห่งสิทธิและเสรีภาพเป็นเกณฑ์ในการจำแนกประเภทของสิทธิและเสรีภาพ จำแนกได้เป็น 6 ประเภท คือ

- (1.1) สิทธิและเสรีภาพส่วนบุคคล
- (1.2) สิทธิและเสรีภาพในทางความคิดและการแสดงออกซึ่งความคิด
- (1.3) สิทธิและเสรีภาพทางสังคมและเศรษฐกิจ
- (1.4) สิทธิและเสรีภาพในการรวมกลุ่ม
- (1.5) สิทธิและเสรีภาพในทางการเมือง
- (1.6) สิทธิในอันที่จะได้รับการปฏิบัติจากรัฐอย่างเท่าเทียมกัน

(2) สิทธิเสรีภาพ โดยการจำแนกตามการกำเนิดได้เป็น 2 ประเภท คือ

(2.1) สิทธิมนุษยชน (Human Rights) ซึ่งได้แก่ บรรดาสิทธิเสรีภาพที่ถือติดตัวมนุษย์ทุกคนแต่กำเนิดและไม่อาจถูกพรากไปจากราชรัฐได้ เช่น สิทธิในชีวิต ร่างกาย เสรีภาพในเคหสถาน เสรีภาพในการเดินทาง เสรีภาพในการติดต่อสื่อสารต่อกัน เป็นต้น

(2.2) สิทธิพลเมือง (Citizen's Rights) คือ สิทธิในอันที่จะเข้าไปมีส่วนร่วมในกระบวนการ สร้างเจตนารมณ์ของรัฐหรืออีกนัยหนึ่งคือสิทธิเสรีภาพทางการเมืองนั่นเอง เช่น เสรีภาพในการรวมตัวเป็นพรรคการเมือง สิทธิเลือกตั้งและสมัครรับเลือกตั้ง เสรีภาพในการชุมนุมโดยสงบและปราศจากอาวุธ สิทธิในการสมัครเข้ารับราชการ เป็นต้น

(3) สิทธิ เสรีภาพ โดยการจำแนกตามอาการใช้สิทธิและเสรีภาพ สิทธิเสรีภาพซึ่งอาจจำแนกตามอาการที่ใช้แล้ว จำแนกได้เป็น 2 ประเภท คือ

(3.1) สิทธิเสรีภาพในมโนธรรมหรือสิทธิเสรีภาพในทางความคิด (Liberty of Conscience) เช่น เสรีภาพในการนับถือศาสนา หรือเสรีภาพที่จะไม่นับถือศาสนาใด ๆ เสรีภาพในการศึกษาอบรม เป็นต้น

(3.2) สิทธิเสรีภาพในการกระทำ (Liberty of Action) คือ สิทธิเสรีภาพในอันที่จะเคลื่อนไหวต่าง ๆ ของร่างกายตามที่ได้คิดและตกลงใจ

(4) สิทธิเสรีภาพ โดยการจำแนกที่พิจารณาจากเงื่อนไขในการจำกัด สิทธิเสรีภาพหรือการแยกประเภทของสิทธิเสรีภาพ โดยพิจารณาจากเงื่อนไขของการจำกัดสิทธิ

³⁰ สุรวิรัตน์ ประจันปัจจนิก, *เรื่องเดิม*.

³¹ *เรื่องเดียวกัน*.

เสรีภาพเป็นการพิจารณาว่าสิทธิเสรีภาพนั้นเป็นสิทธิที่อยู่ภายใต้เงื่อนไขของกฎหมายหรือไม่ หรือหากอยู่ภายใต้เงื่อนไข กฎหมายในการจำกัดสิทธิเสรีภาพนั้นอยู่ในเงื่อนไขประเภทใด ซึ่งแยกได้เป็น 3 ประเภท ดังนี้

(4.1) สิทธิในการป้องกันตนเอง (Status Negatives) ซึ่งหมายถึง การใช้สิทธิ ของปัจเจกชนที่จะต้องปราศจากการเข้ามาละเมิดใด ๆ ของรัฐ ในการใช้สิทธิประเภทนี้ เป็นเรื่องปัจเจกชนที่สามารถดำเนินการได้เองโดยรัฐไม่ต้องเข้ามาดำเนินการใด ๆ สิทธิประเภทนี้ ปรากฏออกมาในรูปของสิทธิในการป้องกัน ไม่ให้รัฐใช้อำนาจกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง ในกรณีที่มีการละเมิดหรือจะมีการละเมิดจากรัฐจึงอาจใช้สิทธิเรียกร้องให้รัฐละเว้นจากการกระทำความผิดได้ เช่น เสรีภาพในการนับถือศาสนา เสรีภาพในเคหสถาน เสรีภาพ ในการสื่อสาร เป็นต้น

(4.2) สิทธิในการเรียกร้องให้รัฐดำเนินการ (Status Positives) หมายถึง สภาพการณ์ที่ใช้ สิทธิของปัจเจกบุคคลอาจบรรลุจุดมุ่งหมายได้ หากปราศจากการเข้า ดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่งของฝ่ายรัฐ สิทธิประเภทนี้ปรากฏมาในรูปของสิทธิประเภทเรียกร้อง ให้รัฐกระทำการเพื่อให้ราษฎรได้รับประโยชน์ทางใดทางหนึ่ง เช่น สิทธิในการได้รับการศึกษา ขั้นพื้นฐาน สิทธิในการได้รับบริการสาธารณสุข เป็นต้น

(4.3) สิทธิในการมีส่วนร่วม (Status Actives) หมายถึง สภาพการณ์ ที่ปัจเจกบุคคลใช้สิทธิของตนในการเข้าไปมีส่วนร่วมในการสร้างเขตอำนาจทางการเมือง หรือเข้าไปมี ส่วนร่วมสร้างเขต อำนาจกับองค์กรของรัฐ เช่น สิทธิของรัฐเลือกตั้ง สิทธิในการลงสมัครรับเลือกตั้ง สิทธิในการสมัครเข้ารับราชการ สิทธิในการจัดตั้งพรรคการเมือง เป็นต้น

(5) สิทธิเสรีภาพ โดยการจำแนกจากการพิจารณาจากเงื่อนไข ในการจำกัดสิทธิ เสรีภาพ ซึ่งแบ่งได้ 3 ประเภท คือ

(5.1) สิทธิเสรีภาพ ภายใต้เงื่อนไขกฎหมายทั่วไป สิทธิเสรีภาพ ประเภทนี้ อาจถูกจำกัดสิทธิเสรีภาพได้โดยกฎหมาย ซึ่งรัฐธรรมนูญไม่ได้กำหนดเงื่อนไขของกฎหมาย ไว้เป็นพิเศษว่า การจำกัดสิทธิเสรีภาพนี้จะต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขใดบ้าง

(5.2) สิทธิเสรีภาพ ภายใต้เงื่อนไขของกฎหมายพิเศษ รัฐธรรมนูญได้กำหนดให้การจำกัดสิทธิเสรีภาพประเภทนี้ จะกระทำได้เฉพาะตามเงื่อนไขที่ รัฐธรรมนูญได้กำหนดไว้เท่านั้น

(5.3) สิทธิเสรีภาพ ที่ไม่อยู่ภายใต้เงื่อนไขกฎหมาย หมายความว่า รัฐธรรมนูญได้ให้ความคุ้มครองยังสิทธิเสรีภาพประเภทนี้อย่างสมบูรณ์ โดยฝ่ายนิติบัญญัติไม่อาจออก กฎหมายมาจำกัดสิทธิเสรีภาพนี้ได้ ตัวอย่างเช่น เสรีภาพในการนับถือศาสนา เป็นต้น

(6) สิทธิเสรีภาพ โดยการจำแนกจากการที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้มี ขนาดแตกต่างกัน ซึ่งแบ่งได้เป็น 3 ระบบคือ

(6.1) รับรองสิทธิเสรีภาพไว้เด็ดขาด คือ การที่ไม่ยอมให้ออก กฎหมายจำกัดสิทธิเสรีภาพเลย เช่น เสรีภาพในการนับถือศาสนา

(6.2) รับรองสิทธิเสรีภาพไว้อย่างกลาง คือ การที่ยอมให้ตัดสิทธิ เสรีภาพโดยการออกกฎหมายเฉพาะบางประเภทหรือเฉพาะกรณี เช่น กฎหมายที่ออกใช้ในกรณีที่มีฉุกเฉิน

(6.3) รับรองสิทธิเสรีภาพไว้ภายใต้บังคับแห่งกฎหมาย

(7) สิทธิเสรีภาพ ซึ่งแบ่งตามหมวดหมู่ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ซึ่งแบ่งได้ดังนี้

- (7.1) สิทธิเสรีภาพส่วนบุคคล
- (7.2) สิทธิในกระบวนการยุติธรรม
- (7.3) สิทธิในทรัพย์สิน
- (7.4) สิทธิเสรีภาพในการประกอบวิชาชีพ
- (7.5) เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของบุคคลและสื่อมวลชน
- (7.6) สิทธิเสรีภาพในการศึกษา
- (7.7) สิทธิในการได้รับบริการสาธารณสุขและสวัสดิการจากรัฐ
- (7.8) สิทธิในข้อมูลข่าวสารและการร้องเรียน
- (7.9) เสรีภาพในการชุมนุมและการสมาคม
- (7.10) สิทธิชุมชน
- (7.11) สิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญ

อย่างไรก็ตามรัฐธรรมนูญของประเทศเสรีประชาธิปไตยมักมีการบัญญัติรับรองสิทธิเสรีภาพไว้ 2 ลักษณะ คือ รับรองไว้อย่างสมบูรณ์ (Absolute) คือ เป็นการรับรองไว้โดยไม่มีเงื่อนไข อีกลักษณะ คือ รับรองไว้อย่างสัมพัทธ์ (Relative) คือ รัฐสงวนไว้ซึ่งอำนาจในอันที่จะจำกัดการใช้สิทธิหรือเสรีภาพนั้นในภายหลังได้

โดยหลักแล้วเฉพาะสิทธิ เสรีภาพในมโนธรรมหรือในทางความคิดเท่านั้นที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้อย่างสมบูรณ์ ส่วนสิทธิ เสรีภาพในการกระทำรัฐธรรมนูญจะไม่รับรองอย่างสมบูรณ์อย่างใดก็ตามการจำกัดสิทธิ เสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองนั้นรับรองไว้จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญนี้กำหนดไว้และเท่าที่จำเป็น และจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งสิทธิ เสรีภาพนั้นมิได้

2.1.3.2 หลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ (Human Dignity)

“ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” ได้ถูกกล่าวไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

มาตรา 4 “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพ และความเสมอภาคของบุคคลย่อมได้รับความคุ้มครอง”

ศักดิ์ศรี คือ การยอมรับของบุคคลในสังคม แม้ว่าพฤติกรรมที่บุคคลกระทำนั้น หรือต้องการกระทำนั้น ๆ อาจจะกำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญหรือไม่ก็ได้ ถือว่าเป็นเรื่องดีงาม สมควรยกย่อง และต้องถือปฏิบัติ จะเป็นองค์กร มติขององค์กร การยอมรับขององค์กรต่าง ๆ นั้นด้วยก็ได้ สิทธิ เสรีภาพ หรือ อำนาจและหน้าที่ก็ถือเป็นศักดิ์ศรีด้วยเช่นกัน³²

³² พรนภา คำสาสินธ์, สิทธิและศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์, ค้นวันที่ 1 ตุลาคม 2559 จาก http://pornnapa101.blogspot.com/2012/07/blog-post_08.html

มนุษย์ คือ บุคคลทั่วไปไม่เลือกว่าจะเป็นชนชาติใด เผ่า ศาสนา ผิวสี เพศ ภาษา และอื่นใดที่มีสภาพเป็นที่ยอมรับว่าเป็นส่วนของสังคม ตลอดจนองค์กรหรือองค์การที่อาศัยมติเป็นข้อปฏิบัติไป ตามประสงค์ขององค์กรหรือองค์การก็ให้ถือเป็นมนุษย์ด้วยเช่นกัน³³

ดังนั้น คำว่า สิทธิและเสรีภาพของบุคคลในรัฐธรรมนูญ ก็ให้ถือว่าศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ด้วยเช่นกัน

ซึ่ง “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” เป็นคำที่อธิบายความหมายของสิทธิมนุษยชน ในแง่ของการให้คุณค่าแก่ความเป็นคนว่า คนทุกคนมีคุณค่าเท่าเทียมกัน ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์จึงถือเป็นหลักการ สำคัญของสิทธิมนุษยชนที่กำหนดสิทธิที่ติดตัวมาตั้งแต่เกิด ผู้ใดจะละเมิดไม่ได้ ไม่สามารถถ่ายทอดให้แก่กันได้ สิทธินี้ คือ สิทธิในการมีชีวิตและมีความมั่นคงในการมีชีวิตอยู่ เพราะฉะนั้น คนทุกคนที่เกิดมาบนโลกแล้วแต่ มีศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ด้วยกันทั้งสิ้น

ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นั้นถือว่าเป็นคุณค่าสูงสุดของรัฐธรรมนูญ หรือจากที่กล่าวกันว่าศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นั้นเป็นหลักสูงสุดของรัฐธรรมนูญ ดังนั้น การกระทำของรัฐทั้งหลายจึงต้องดำเนินการให้สอดคล้องกับอำนาจสูงสุดของรัฐธรรมนูญดังกล่าว เพราะมนุษย์นั้นเป็นเป้าหมายการดำเนินการของรัฐ มนุษย์มิใช่เป็นเพียงเครื่องมือในการดำเนินการของรัฐ และการดำรงอยู่ของรัฐนั้นก็ดำรงอยู่เพื่อมนุษย์ มิใช่ มนุษย์ดำรงอยู่เพื่อรัฐ ด้วยเหตุนี้ ศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์จึงถือว่าเป็นพื้นฐานสำหรับการวางรากฐานของหลักเสรีภาพของบุคคลและหลักความเสมอภาค ดังที่ทราบกันโดยทั่วไปว่าสิทธิและเสรีภาพนั้นเป็นสิทธิที่ไม่อาจจำหน่ายโอนได้ และเป็นสิทธิที่ไม่อาจล่วงละเมิดได้³⁴ ทั้งนี้ เพื่อให้ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ที่ได้มีบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญมีผลเป็นจริงในทางปฏิบัติ นั้น ก็ย่อมหมายความว่า สิทธิและเสรีภาพทั้งหลายที่บัญญัติไว้โดยสาระสำคัญนั้น เป็นสิ่งที่แสดงถึงการมีพื้นฐานมาจากศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์

จากข้างต้นได้ก่อให้เกิดผลสำคัญ 2 ประการ คือ ประการแรก การตีความเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพทั้งหลายนั้นจะต้องถือว่าเนื้อหาของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นพื้นฐานที่จะต้องนำมาใช้ประกอบในการตีความสิทธิและเสรีภาพอื่น ๆ ด้วย และประการที่สอง อาจกล่าวได้ว่า เนื้อหาในทางหลักการทั่วไปเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพทั้งหลาย รวมทั้ง ความหมายของการแทรกแซงในขอบเขตที่ได้รับการคุ้มครองของสิทธิและเสรีภาพทุกประเภทนั้นได้รับการพัฒนามาจากศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์³⁵

สำหรับกรณีของประเทศไทยตามที่ได้บัญญัติถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ไว้ในมาตรา 4 มาตรา 26 และมาตรา 28 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 เช่น มาตรา 4 บัญญัติว่า “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ และเสรีภาพของบุคคลย่อมได้รับความคุ้มครอง” ในกรณีนี้ย่อมเห็นได้ชัดเจนว่ารัฐธรรมนูญของไทยได้ให้ความรับรองการคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์อย่างชัดเจนโดยแยกออกจากสิทธิและเสรีภาพ ในกรณีเช่นนี้ ในแง่ของสถานะของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญของไทยนั้น ย่อมถือว่าศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นคุณค่าหรือวัตถุประสงค์ในทาง

³³ เรืองเดียวกัน.

³⁴ ชะวิชัย ภาติณรุ, เรืองเดิม, หน้า 44.

³⁵ เรืองเดียวกัน, หน้า 45.

กฎหมายอย่างหนึ่งที่ได้รับรองคุ้มครองแยกต่างหากจากสิทธิและเสรีภาพแล้ว ศักดิ์ศรีความเป็นตามรัฐธรรมนูญของไทยนอกจากจะเป็นสิ่งที่กฎหมายให้ความคุ้มครองแล้วยังต้องถือว่าศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นรากฐานของสิทธิและเสรีภาพทั้งปวงด้วย เพราะโดยสภาพพื้นฐานแล้วสิทธิและเสรีภาพต่าง ๆ นั้นเป็นเพียงผล ของการรับรองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์

ดังนั้น การปฏิบัติต่อกันของผู้คนในสังคมจึงจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องเคารพในความเป็นมนุษย์ ห้ามทำร้ายร่างกาย ทรมาณอย่างโหดร้าย หรือกระทำการใด ๆ ที่ถือเป็นการเหยียดหยามในความเป็นมนุษย์ ทั้งนี้ ก็รวมถึงการกระทำการคุกคามทางเพศด้วย โดยศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นี้ได้รับการรับรองไว้ในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน กติการะหว่างประเทศ อนุสัญญาและปฏิญญาระหว่างประเทศหลายฉบับ

2.1.3.3 หลักแห่งความเสมอภาคและการเลือกปฏิบัติ (Equality and Discrimination)

“เสมอภาค” หมายถึง มีส่วนเท่ากัน เท่าเทียมกัน³⁶

ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 30 วรรคหนึ่งบัญญัติว่า “บุคคลย่อมเสมอกันในกฎหมายและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน”

ซึ่งหลักความเสมอภาคนี้ถือว่าเป็นหลักพื้นฐานของศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ กล่าวคือ มนุษย์ทุกคนย่อมได้รับการรับรองและคุ้มครองจากกฎหมายอย่างเท่าเทียมกันในฐานะที่เป็นมนุษย์โดยมิต้องคำนึงถึงคุณสมบัติอื่น ๆ อาทิ เชื้อชาติ เพศ ศาสนา ภาษา หรือถิ่นกำเนิด เป็นต้น

หลักความเสมอนั้นจึงมีความสัมพันธ์อย่างใกล้ชิดกับหลักเสรีภาพ เนื่องจากเป็นหลักการที่จะทำให้การใช้เสรีภาพเป็นไปอย่างเสมอภาคกันทุกผู้ทุกคน แต่หากเสรีภาพสามารถใช้ได้เพียงบุคคลบางคนเท่านั้นในขณะที่คนบางกลุ่มบางคนเข้าถึงไม่ได้ ในกรณีดังกล่าวก็ไม่ถือว่ามีเสรีภาพแต่ประการใด³⁷

ความเสมอภาคจึงเป็นฐานของเสรีภาพและเป็นหลักประกันในการทำให้เสรีภาพสามารถเกิดขึ้นได้จริง ดังนั้น หลักความเสมอภาคได้กฎหมายจึงเป็นหลักการที่ทำให้มีการปฏิบัติต่อบุคคลที่เกี่ยวข้องกับเรื่องนั้น ๆ อย่างเท่าเทียมกันและไม่มีการเลือกปฏิบัติ (Non-Discrimination) ทั้งนี้ การปฏิบัติตามหลักความเสมอนั้นจะต้องปฏิบัติต่อสิ่งที่มีสาระสำคัญเหมือนกันอย่างเท่าเทียมกัน และจะต้องปฏิบัติต่อสิ่งที่มีสาระสำคัญแตกต่างกันให้มีความแตกต่างกันไปตามลักษณะของเรื่องนั้น ๆ จึงจะทำให้เกิดความยุติธรรมภายใต้หลักความเสมอภาคขึ้นได้

เกณฑ์การวัดว่าสังคมหนึ่งสังคมใดจะมีการละเมิดหรือเคารพสิทธิมนุษยชนนั้นก็คือการดูว่าสังคมนั้น ๆ ได้มีการเคารพศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์หรือไม่ ตัวชี้วัดของการเคารพศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ก็คือ ความเสมอภาค หรือการปฏิบัติต่อกันทุกคนอย่างเท่าเทียมกัน หากมีการปฏิบัติต่อมนุษย์โดยไม่เท่าเทียมกันจะเรียกว่า การเลือกปฏิบัติ

³⁶ ราชบัณฑิตยสถาน, *เรื่องเดิม*, หน้า 1215.

³⁷ Claude-Albert COLLIARD, *Libertes Publiques*, 6th ed. (Paris: Dalloz, 1982), p. 215 อ้างถึงใน สมคิด เลิศไพฑูรย์, “หลักความเสมอภาค,” *วารสารนิติศาสตร์* 30, 2 (มิถุนายน 2543): 165.

หลักความเสมอภาคเมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติแห่งกฎหมายสามารถแยกประเภทของหลักความเสมอภาคได้ 2 ประเภทดังนี้

1. หลักความเสมอภาคทั่วไป หลักความเสมอภาคทั่วไปเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลทุกคนที่อาจกล่าวอ้างกับการกระทำใด ๆ ของรัฐได้ หากเรื่องนั้นมีได้มีการกำหนดไว้ในหลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่อง แต่หากเรื่องใดมีหลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่องกำหนดไว้แล้วก็ให้พิจารณาไปตามหลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่องนั้น ๆ³⁸

2. หลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่อง หลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่อง คือ หลักความเสมอภาคที่ใช้เฉพาะภายในขอบเขตเรื่องใดเรื่องหนึ่งเป็นการเฉพาะ เช่น หลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่องเกี่ยวกับชายและหญิง เป็นต้น³⁹

ความสัมพันธ์ระหว่างหลักความเสมอภาคทั่วไปกับหลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่องนั้น ถือได้ว่าหลักความเสมอภาคทั่วไปเป็นพื้นฐานของหลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่อง แต่หลักความเสมอภาคทั่วไปนั้น สามารถนำไปใช้ได้กับทุก ๆ เรื่องโดยไม่จำกัดขอบเขตเรื่องใดเรื่องหนึ่งและบุคคลทุก ๆ คนย่อมอ้างหลักความเสมอภาคทั่วไปได้ ส่วนหลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่องอาจถูกจำกัดโดยใช้เฉพาะเรื่องหรือเฉพาะกลุ่มบุคคลที่รัฐธรรมนูญคุ้มครองเท่านั้น โดยหลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่องนั้นยังถือเป็นหลักกฎหมายพิเศษซึ่งย่อมมาก่อนหลักความเสมอภาคทั่วไป ถ้ากฎหมายใดได้รับการพิจารณาหลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่องก่อน ให้ถือว่าไม่จำเป็นต้องนำมาพิจารณาตามหลักความเสมอภาคทั่วไปอีก

ถึงแม้มนุษย์จะมีสิทธิในชีวิตและร่างกายของตนก็ตาม แต่หากขาดหลักประกันในเรื่องหลักความเสมอภาคแล้ว บุคคลนั้นก็อาจได้รับการปฏิบัติอย่างไม่เท่าเทียมกับบุคคลอื่น ๆ ในสังคมหรืออาจถูกเลือกปฏิบัติจากผู้ใช้อำนาจรัฐ ด้วยเหตุนี้ เพื่อให้มนุษย์สามารถดำรงตนอยู่ได้อย่างมีศักดิ์ศรีโดยแท้จริง นอกจากปัจเจกบุคคลจะมีสิทธิในชีวิตและร่างกายแล้ว ปัจเจกบุคคลยังจะต้องมีหลักประกันในเรื่องหลักความเสมอภาคด้วย หลักความเสมอภาคจึงเป็นรากฐานที่สำคัญอีกประการหนึ่งของ “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” หลักแห่งความเสมอภาคจึงถือเป็นหลักเกณฑ์ที่มุ่งปฏิบัติแก่บุคคลทุกคนอย่างเท่าเทียมกัน ทั้งนี้ เพื่อให้เกิดความยุติธรรมอย่างสูงสุดต่อทุกคนตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่าแนวคิดพื้นฐานในการคุ้มครองสิทธิว่าด้วยเรื่องของสิทธิมนุษยชน อันว่าด้วยเรื่องของสิทธิและเสรีภาพของประชาชน เป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการคุกคามทางเพศ กล่าวคือ การที่จะมีการปฏิบัติต่อกันของผู้คนในสังคมนั้น ต้องมีความเคารพในศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ และมนุษย์ทุกคนย่อมที่จะมีความเท่าเทียมกันตามหลักแห่งความเสมอภาค ซึ่งถือเป็นเรื่องที่สำคัญมากเพราะหากไม่มีระบบคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน สิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนที่รับรองไว้ในรัฐธรรมนูญย่อมถูกละเมิดโดยง่าย ซึ่งย่อมเท่ากับประชาชนไม่มีสิทธิและเสรีภาพที่แท้จริง

³⁸ บรรเจิด สิงคะเนติ, “เรื่องหลักความเสมอภาค,” ใน สารานุกรมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์คุรุสภา, 2543), หน้า 7-12.

³⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 7-12.

2.2 แนวคิดพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิของผู้เสียหายในคดีอาญา

เมื่อบุคคลตกเป็นผู้ถูกระงับการกระทำความผิดอาญาหรือตกเป็นผู้เสียหายในคดีอาญา โดยเฉพาะความผิดตามประมวลกฎหมายอาญานั้น ย่อมเป็นการกระทำที่กระทบกระเทือนต่อสิ่งที่กฎหมายประสงค์จะคุ้มครอง เช่น ชีวิต ร่างกาย และทรัพย์สิน เป็นต้น ซึ่งในทางกฎหมายสิ่งที่กฎหมายประสงค์จะคุ้มครอง หรือประโยชน์ของบุคคลซึ่งได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายเมื่อถูกกระทบกระเทือนแล้ว โดยในหลักการบุคคลผู้เป็นเจ้าของสิทธิย่อมเป็นผู้เสียหาย เพราะเป็นบุคคลผู้เป็นประธานแห่งสิทธิในสิ่งที่กฎหมายประสงค์จะคุ้มครองประการนั้น เว้นเสียแต่ว่ากฎหมายจะได้บัญญัติไว้เป็นประการอื่น⁴⁰

2.2.1 ความหมายของผู้เสียหายในคดีอาญา

ในการดำเนินคดีอาญานั้น “ผู้เสียหาย” นั้นนับว่าเป็นบุคคลที่มีความสำคัญที่สุด เพราะเป็นผู้ที่กฎหมายกำหนดให้มีอำนาจให้สิทธิดำเนินกระบวนการพิจารณาแทบทุกขั้นตอน ตามการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนหรืออาจเรียกได้ว่าเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานซึ่งได้ถูกบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 เริ่มตั้งแต่การริเริ่มดำเนินการร้องทุกข์ (มาตรา 2(7) ประกอบมาตรา 123 และมาตรา 124) การเป็นโจทก์ฟ้องคดี มาตรา 28(2) การเข้าเป็นโจทก์ร่วมกับพนักงานอัยการ (มาตรา 30) ตลอดจนกระทำการใช้สิทธิที่จะระงับคดีด้วยการ ถอนคำร้องทุกข์ (มาตรา 126) ถอนฟ้อง (มาตรา 35) ยอมความ (มาตรา 39(2)) ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เป็นต้น⁴¹

ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 2 (4) ได้ให้ความหมายของผู้เสียหายไว้ว่า “ผู้เสียหาย” หมายความว่า บุคคลผู้ได้รับความเสียหาย เนื่องจากการกระทำความผิดฐานหนึ่ง รวมทั้งบุคคลอื่นที่มีอำนาจจัดการแทนได้ ดังบัญญัติไว้ในมาตรา 4 มาตรา 5 และมาตรา 6

ผู้เสียหายตามมาตรา 2(4) ดังกล่าวได้กำหนดผู้เสียหายในคดีอาญาไว้ 2 ประเภท คือ ผู้เสียหายโดยตรง และผู้ที่มีอำนาจจัดการแทนผู้เสียหาย

หลักเกณฑ์ของการเป็นผู้เสียหายโดยตรง⁴²

1. ต้องมีการกระทำความผิดอาญาฐานใดฐานหนึ่งเกิดขึ้น กล่าวคือ ในส่วนขั้นตอนการกระทำความผิดอาญานั้น ได้เริ่มมีขึ้นตั้งแต่ขั้นที่มีความคิดที่จะกระทำการ มีการตกลงใจที่จะกระทำการ และมีการลงมือกระทำการ สำหรับในความผิดอาญาทั่วไป ความผิดอาญาได้เกิดเมื่อลงมือ

⁴⁰ วีระศักดิ์ แสงสารพันธ์, ผู้เสียหายในคดีอาญา: การศึกษาสิทธิและการคุ้มครองสิทธิของผู้เสียหาย ในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาของไทย (กรุงเทพมหานคร: สำนักหอสมุดมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2543), หน้า 25.

⁴¹ ธาณิษ เกศวพิทักษ์, คำอธิบายกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา, พิมพ์ครั้งที่ 8 (กรุงเทพมหานคร: พลสยาม พรินติ้ง, 2544), หน้า 42.

⁴² จุลสิงห์ วสันตสิงห์, คำอธิบายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ภาค 1 (มาตรา 1-119) พร้อมตัวอย่างคำถาม-คำตอบ จนถึงปี พ.ศ.2553 (กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2553), หน้า 87.

กล่าวคือ หากลงมือกระทำความผิดแล้วและหากกระทำไปไม่ตลอด หรือกระทำไปตลอดแล้ว แต่ความผิดไม่สำเร็จ ก็จะเป็นความผิดฐานพยายาม เป็นต้น

2. ผู้เสียหายต้องเป็นบุคคล กล่าวคือ บุคคลที่จะเป็นผู้เสียหายในคดีอาญานั้นอาจเป็น บุคคลธรรมดาหรือเป็นนิติบุคคลก็ได้ สำหรับบุคคลธรรมดานั้น ต้องมีสภาพบุคคลอยู่ในขณะที่มีการกระทำความผิดอาญา ซึ่งการเริ่มสภาพบุคคลและสิ้นสุดสภาพบุคคลก็ต้องพิจารณาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 15 ส่วนนิติบุคคลอาจเกิดขึ้นได้ตามมาตรา 65

3. บุคคลนั้นต้องได้รับความเสียหายจากการกระทำความผิดอาญานั้น กล่าวคือ ในการกระทำความผิดอาญานั้นการที่จะเป็นผู้เสียหายจะต้องได้รับความเสียหายจากการกระทำความผิดอาญานั้น ๆ เท่านั้น จะเกิดจากความผิดอาญานั้นไม่ได้

4. บุคคลนั้นต้องเป็นผู้เสียหายโดยนิตินัย โดยหลักกฎหมายทั่วไปนั้นผู้ที่มาขอพึ่งบารมีแห่งความยุติธรรมต้องมาด้วยมืออันบริสุทธิ์ ดังนั้น ผู้เสียหายโดยนิตินัย คือ ต้องเป็นบุคคลที่สะอาด บริสุทธิ์ด้วยจึงจะมาขอความยุติธรรมจากศาลได้ ด้วยเหตุนี้ แม้บุคคลใดจะต้องด้วยหลักเกณฑ์ 1-3 ดังกล่าวข้างต้นแล้ว หากบุคคลนั้นไม่ใช่ผู้เสียหายโดยนิตินัย ก็ไม่ถือว่าบุคคลนั้นเป็นผู้เสียหายเลย

ดังนั้น สิทธิของผู้เสียหายในคดีอาญาจึงมีลักษณะเป็นการวางตัวบุคคลผู้เสียหายในฐานะ ผู้ทรงสิทธิหรือประธานแห่งสิทธิ จะอยู่ในตำแหน่งที่ได้รับการปกป้องคุ้มครองจากการถูกละเมิดสิทธิของบุคคลหนึ่งบุคคลใดอันรวมถึงรัฐด้วย ซึ่งเมื่อบุคคลใดตกอยู่ในสถานะผู้เสียหายในคดีอาญาแล้วหากว่ามีการละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานที่กฎหมายรัฐธรรมนูญได้รับรองไว้ ผู้เสียหายย่อมมีสิทธิที่จะได้รับการเยียวยาอย่างได้ผลโดยศาล⁴³

สำหรับที่มาและความสำคัญของสิทธิขั้นพื้นฐานของผู้เสียหายในคดีอาญา คือ สืบเนื่องมาจากการยอมรับเรื่องสิทธิตามธรรมชาติของมนุษย์ตามแนวคิดเชิงอุดมคติของปรัชญาสำนักกฎหมายธรรมชาติ ซึ่งปรากฏในคำปรารภปณิญาสากลขององค์การสหประชาชาติว่าด้วยสิทธิมนุษยชนที่ว่า “โดยที่การยอมรับนับถือศักดิ์ศรีประจำตัวและสิทธิซึ่งเท่าเทียมกันและไม่อาจโอนให้กันได้ (Inalienable Rights) ของบรรดาสมาชิกทั้งปวงแห่งครอบครัวมนุษย์ เป็นหลักมูลเหตุแห่งอิสรภาพ ความยุติธรรม และสันติภาพของโลก” กล่าวอีกนัยหนึ่ง คือ สิทธิอันมิอาจโอนให้แก่กันได้ หรือเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่มนุษย์มีอยู่ตามธรรมชาติและล่วงละเมิดมิได้แม้แต่จากการแทรกแซงโดยอำนาจรัฐหรือโดยกฎหมาย⁴⁴

ซึ่งในทางกฎหมายการศึกษาว่าใครเป็นผู้เสียหายนั้นมีความสำคัญมาก เพราะบุคคลใดจะมีสิทธิต่าง ๆ เพื่อดำเนินการเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นได้นั้น โดยหลักแล้วบุคคลนั้นจะต้องเป็นผู้เสียหาย กล่าวคือ เป็นบุคคลที่กฎหมายมุ่งประสงค์คุ้มครองในคดีประเภทต่าง ๆ และได้รับผลร้ายจากการกระทำที่ละเมิดบทบัญญัติแห่งกฎหมายประเภทนั้น ๆ และเมื่อบุคคลใดเป็นผู้เสียหายแล้วย่อมอยู่ในสถานะที่เป็นโจทก์หรือเป็นคู่ความในคดี

โดยเหตุนี้ในปี ค.ศ.1985 องค์การสหประชาชาติโดยมติของที่ประชุมสมัชชาใหญ่ที่ 40/34 ได้ประกาศ “ปฏิญญาว่าด้วยหลักความยุติธรรมขั้นพื้นฐานสำหรับเหยื่ออาชญากรรม และการใช้

⁴³ วีระศักดิ์ แสงสารพันธ์, *เรื่องเดิม*, หน้า 37

⁴⁴ *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 30.

อำนาจโดยมิชอบ” (Declaration of Basic Principle of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power) โดยคำนึงถึงเหตุผลในทางสังคมในความต้องการของเหยื่อและเพื่อกำหนดเป็นมาตรฐานในการปฏิบัติต่อผู้เสียหาย ซึ่งระบบกฎหมายต่าง ๆ จะต้องนำไปพิจารณาร่วมกับโครงสร้างในทางเศรษฐกิจ และระดับของการพัฒนาการทางเศรษฐกิจในแต่ละประเทศซึ่งเป็นสมาชิกขององค์การสหประชาชาติ นับเป็นครั้งแรกในระดับประเทศที่มีการยอมรับสิทธิของผู้เสียหายในกระบวนการยุติธรรม ซึ่งรวมไปถึงสิทธิที่จะได้รับการเยียวยา โดยสามารถที่จะแบ่งออกเป็น 4 ส่วนสำคัญ คือ⁴⁵

1. การเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมและการได้รับการปฏิบัติอย่างเป็นธรรม
2. การได้รับการชดเชยความเสียหายโดยผู้กระทำผิด
3. การได้รับการชดเชยความเสียหายโดยรัฐ
4. การให้ความร่วมมือแก่เหยื่อ

ภายหลังจากได้มีการประกาศปฏิญญาว่าด้วยสิทธิของเหยื่อผู้เสียหายในคดีอาญาประเทศต่างๆ ได้บัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิของผู้เสียหาย หรือเรียกว่า “กฎบัตรแห่งสิทธิของเหยื่อ” (Victims’ Bill of Rights or Victims’ Charter of Rights)⁴⁶

กล่าวโดยรวมแล้ว สิทธิของผู้เสียหายในคดีอาญาในปัจจุบันนี้ มีที่มาจากปฏิญญาสากลว่าด้วยความยุติธรรมขั้นพื้นฐานสำหรับเหยื่ออาชญากรรมและการใช้อำนาจโดยมิชอบขององค์การสหประชาชาติ ซึ่งถือว่าเป็นก้าวประวัติศาสตร์อันสำคัญที่สุดในการแก้ไขความทุกข์ยากของเหยื่อที่ถูกละเลยมาเป็นเวลานาน และในนามของมนุษยธรรม กระบวนการยุติธรรมทางอาญาในฐานะเป็นเครื่องมือในการอำนวยความยุติธรรม สมควรที่จะต้องทำหน้าที่ในการบำบัดและรักษาทุกขเวทนาที่เหยื่ออาชญากรรมสมควรที่จะต้องแก้ไขและป้องกันอันตรายต่าง ๆ ที่จะบังเกิด หรือกระทำต่อเหยื่ออาชญากรรมตลอดจนหาทางป้องกันไม่ให้ผู้ที่ตกเป็นผู้เสียหายในคดีอาญาจะต้องตกเป็นเหยื่อของกระบวนการยุติธรรม หรือตกเป็นเหยื่อซ้ำแล้วซ้ำอีก สิ่งต่าง ๆ ที่กล่าวมานี้ได้กลายมาเป็นปรัชญาแนวใหม่ของกระบวนการยุติธรรมทางอาญา ซึ่งมีเหยื่ออาชญากรรมเป็นศูนย์กลางของการดำเนินกระบวนการยุติธรรม

จึงกล่าวได้ว่า สิทธิของผู้เสียหายในคดีอาญาซึ่งมีการรับรองและบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญเป็นสิทธิที่มีแนวความคิดที่มีการยึดโยงระหว่างปฏิญญาสากลขององค์การสหประชาชาติว่าด้วยความยุติธรรมสำหรับเหยื่ออาชญากรรมและการใช้อำนาจโดยมิชอบกับปฏิญญาสากลขององค์การสหประชาชาติว่าด้วยสิทธิมนุษยชน โดยมีรัฐธรรมนูญเป็นตัวเชื่อม

2.2.2 สิทธิขั้นพื้นฐานของผู้เสียหายในคดีอาญา

สำหรับสิทธิของผู้เสียหายในคดีอาญาในที่นี้จึงเป็นหลักประกันสิทธิขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวกับคดีอาญา หรือกล่าวได้ว่าเป็นสิทธิในกระบวนการยุติธรรมของบุคคลที่อยู่ในสถานะเป็นผู้เสียหายในคดีอาญา และเป็นสิทธิที่รัฐธรรมนูญได้บัญญัติรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญแห่ง

⁴⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 35.

⁴⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 35.

ราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ซึ่งมีสาระสำคัญของการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนชาวไทย มีดังนี้⁴⁷

หมวด 3 สิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทย ส่วนที่ 1 บททั่วไป มาตรา 26 การใช้อำนาจโดยองค์กรของรัฐทุกองค์กร ต้องคำนึงถึงสิทธิ เสรีภาพ และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้

นอกจากนี้ ในส่วนที่ 4 สิทธิในกระบวนการยุติธรรม มาตรา 40 บุคคลย่อมมีสิทธิในกระบวนการยุติธรรม ดังต่อไปนี้

- (1) สิทธิเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมได้โดยง่าย สะดวก รวดเร็ว และทั่วถึง
- (2) สิทธิพื้นฐานในกระบวนการพิจารณา ซึ่งอย่างน้อยต้องมีหลักประกันขั้นพื้นฐานเรื่องการได้รับการพิจารณาโดยเปิดเผย การได้รับทราบข้อเท็จจริงและตรวจเอกสารอย่างเพียงพอ การเสนอข้อเท็จจริง ข้อโต้แย้ง และพยานหลักฐานของตน การคัดค้านผู้พิพากษาหรือตุลาการ การได้รับการพิจารณาโดยผู้พิพากษาหรือตุลาการที่นั่งพิจารณาคดีครบองค์คณะ และการได้รับทราบเหตุผลประกอบคำวินิจฉัย คำพิพากษา หรือคำสั่ง
- (3) บุคคลย่อมมีสิทธิที่จะให้คดีของตนได้รับการพิจารณาอย่างถูกต้อง รวดเร็ว และเป็นธรรม
- (4) ผู้เสียหาย ผู้ต้องหา โจทก์ จำเลย คู่กรณี ผู้มีส่วนได้ส่วนเสีย หรือพยานในคดี มีสิทธิได้รับการปฏิบัติที่เหมาะสมในการดำเนินการตามกระบวนการยุติธรรม รวมทั้งสิทธิในการได้รับการสอบสวนอย่างถูกต้อง รวดเร็ว เป็นธรรม และการไม่ให้ถ้อยคำเป็นปฏิปักษ์กับตนเอง
- (5) ผู้เสียหาย ผู้ต้องหา จำเลย และพยานในคดีอาญา มีสิทธิได้รับความคุ้มครอง และความช่วยเหลือที่จำเป็นและเหมาะสมจากรัฐ ส่วนค่าตอบแทนค่าทดแทน และค่าใช้จ่ายที่จำเป็น ให้เป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ
- (6) เด็ก เยาวชน สตรี ผู้สูงอายุ หรือผู้พิการหรือทุพพลภาพ ย่อมมีสิทธิได้รับความคุ้มครองในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีอย่างเหมาะสม และย่อมมีสิทธิได้รับการปฏิบัติที่เหมาะสมในคดีที่เกี่ยวข้องกับความรุนแรงทางเพศ
- (7) ในคดีอาญา ผู้ต้องหาหรือจำเลยมีสิทธิได้รับการสอบสวนหรือการพิจารณาคดีที่ถูกต้อง รวดเร็วและเป็นธรรม โอกาสในการต่อสู้คดีอย่างเพียงพอ การตรวจสอบหรือได้รับทราบ พยานหลักฐานตามสมควรการได้รับความช่วยเหลือในทางคดีจากทนายความ และการได้รับการปล่อยตัวชั่วคราว

⁴⁷ รมณ วิริยะประกอบ, การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของผู้เสียหายในคดีอาญา: กรณีศึกษาการล่วงละเมิดทางเพศ จังหวัดชลบุรี (งานนิพนธ์ปริญญาโทบริหารคดี คณะรัฐศาสตร์ และนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยบูรพา, 2554), หน้า 10-11.

(8) ในคดีแพ่ง บุคคลมีสิทธิได้รับความช่วยเหลือทางกฎหมายอย่างเหมาะสมจากรัฐ

สำหรับสิทธิของผู้เสียหายในคดีอาญาในคดีอันเป็นความผิดเกี่ยวกับเพศ ผู้เสียหายที่เป็นหญิงก็ย่อมมีสิทธิที่จะได้รับการสอบสวนโดยพนักงานสอบสวนที่เป็นหญิง และผู้เสียหายมีสิทธิที่จะไม่ถูกถามด้วยคำถามอันเกี่ยวกับพฤติกรรมทางเพศของผู้เสียหายกับบุคคลอื่นนอกจากจำเลยอีกด้วย⁴⁸ ทั้งนี้ เพื่อเป็นการเคารพสิทธิ เสรีภาพ และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์อันเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

2.2.3 มาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองผู้เสียหายในคดีอาญา

ในทางกฎหมายแล้วสิทธิย่อมเกิดขึ้นด้วยอำนาจกฎหมาย คือ กฎหมายยอมรับหรือกฎหมายให้อำนาจ ดังนั้น ประเภทของสิทธิตามกฎหมายอาจแบ่งได้เป็น 2 ประเภท ตามกฎหมายที่มาแห่งสิทธิ คือ สิทธิอันเกิดจากกฎหมายมหาชนและสิทธิเอกชนอันเกิดจากกฎหมายเอกชน สำหรับสิทธิของผู้เสียหายในคดีอาญาเป็นสิทธิที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับกฎหมายรัฐธรรมนูญและกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาซึ่งเป็นกฎหมายมหาชนจึงเป็นสิทธิมหาชน เช่น สิทธิที่จะได้รับการคุ้มครองการปฏิบัติที่เหมาะสม และค่าตอบแทนที่จำเป็นและสมควรจากรัฐ สิทธิในการฟ้องร้องคดีอาญา สิทธิในการยอมความ เป็นต้น⁴⁹

จากปฏิญญาว่าด้วยหลักความยุติธรรมขั้นพื้นฐานสำหรับผู้เสียหายในคดีอาญาและการใช้อำนาจโดยมิชอบ ค.ศ.1985 (Declaration of Basic Principle of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power 1985) องค์การสหประชาชาติได้ประกาศรับรองสิทธิของผู้เสียหาย ในคดีอาญา โดยได้ประกาศ “ปฏิญญาว่าด้วยหลักความยุติธรรมขั้นพื้นฐานสำหรับผู้เสียหายในคดีอาญาและการใช้อำนาจโดยมิชอบ ค.ศ.1985” เพื่อกำหนดหลักการที่เจ้าหน้าที่พึงปฏิบัติต่อผู้เสียหายในคดีอาญานับแต่เรื่องดำเนินคดีจนถึงขั้นตอนการปฏิบัติต่อผู้เสียหายที่ต้องได้รับการคุ้มครอง ประกอบด้วย⁵⁰

การเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมและการปฏิบัติอย่างเป็นธรรม (Access to Justice and Fair Treatment) กล่าวคือ

1. ผู้เสียหายควรได้รับการปฏิบัติด้วยความเมตตาและเคารพถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ มีสิทธิเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมและได้รับการเยียวยาความเสียหายที่ได้รับโดยบัญญัติแห่งกฎหมาย
2. ต้องมีกลไกตุลาการและกลไกการบริหารในการส่งเสริมและสนับสนุน เพื่อให้เหยื่อสามารถได้รับการเยียวยาผ่านการดำเนินการที่เป็นทางการและไม่เป็นทางการด้วยความรวดเร็ว เป็น

⁴⁸ ประทีป พรหมสอน, สิทธิขั้นพื้นฐานของผู้เสียหาย, คำนวณที่ 10 ตุลาคม 2559 จาก <https://www.l3nr.org/posts/513465>

⁴⁹ อลงกรณ์ กลิ่นหอม, สิทธิการฟ้องคดีอาญาของเอกชน (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2541), หน้า 11.

⁵⁰ รณณ วิริยะประกอบ, เรื่องเดิม, หน้า 31-32.

ธรรม ไม่เสียค่าใช้จ่ายมาก และสามารถเข้าถึงได้ อีกทั้ง เหยื่อควรได้รับการแจ้งให้ทราบถึงสิทธิที่จะได้รับการเยียวยาผ่านกลไกเหล่านั้น

3. กระบวนการยุติธรรมทางอาญาดึงสนองต่อความต้องการของผู้เสียหาย และควรอำนวยความสะดวกแก่ผู้เสียหาย โดยแจ้งให้ผู้เสียหายทราบถึงบทบาทและสิทธิของตน กำหนดเวลาและความคืบหน้าของการดำเนินการพิจารณาและการพิพากษาคดี โดยเฉพาะอย่างยิ่งคดีร้ายแรง และเหยื่อได้ขอทราบข้อมูลข่าวสารนั้น

ซึ่งในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีต้องยอมรับฟังและพิจารณาเกี่ยวกับทัศนคติและความกังวลใจของผู้เสียหาย โดยเฉพาะที่กระทบต่อผลประโยชน์ส่วนบุคคลของผู้เสียหายโดยปราศจากอคติต่อสิทธิของผู้ต้องหาหรือจำเลย และจัดให้มีการช่วยเหลือที่เหมาะสมตั้งแต่ต้นจนจบกระบวนการ โดยสอดคล้องกับกระบวนการทางกฎหมาย

โดยมีการกำหนดมาตรการที่จำเป็นเพื่อลดความไม่สะดวกแก่เหยื่อ เพื่อปกป้องสิทธิส่วนบุคคล และให้หลักประกันในความปลอดภัยจากการข่มขู่และการล้าแค้นแก่ผู้เสียหาย ในคดีอาญา ครอบครัวของเหยื่อ และพยานที่เกี่ยวข้อง ซึ่งจะหลีกเลี่ยงความล่าช้าโดยไม่จำเป็น โดยพิจารณาคดีและการบังคับตามคำสั่งและคำพิพากษาของศาลในการจ่ายค่าตอบแทนผู้เสียหาย

4. ควรมีกลไกการระงับข้อพิพาทอย่างไม่เป็นทางการ รวมถึงการไกล่เกลี่ยอนุญาโตตุลาการ และความยุติธรรมตามจารีตประเพณีท้องถิ่น ควรใช้ให้เป็นประโยชน์อย่างเหมาะสมเพื่อสนับสนุนการอยู่ร่วมกันอย่างสมานฉันท์และเยียวยาแก่ผู้เสียหายในคดีอาญา

สำหรับในประเทศไทยได้มีมาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองผู้เสียหายในคดีอาญา⁵¹ ได้แก่

1. การชดเชยหรือทดแทนความเสียหาย มาตรการที่ใช้คุ้มครองสิทธิของผู้เสียหายในคดีอาญา สำหรับผู้เสียหายในทางแพ่งหรือผู้เสียหายในคดีอาญาสามารถใช้สิทธิในฐานะเป็นผู้เสียหายฟ้องร้องให้ผู้กระทำความผิดหรือจำเลยในคดีอาญานั้น ให้ชดใช้ความเสียหายเป็นค่าทดแทนในมูลละเมิดได้ด้วยตนเองจากหลักกฎหมายในปัจจุบัน จะเห็นว่าพนักงานอัยการในฐานะเจ้าพนักงานของรัฐมีสิทธิที่จะให้ศาลสั่งให้จำเลยใช้คืนหรือใช้ราคาทรัพย์สินที่ผู้เสียหายในคดีอาญาสูญเสียไปคืนแก่ผู้เสียหายในคดีอาญาหรือผู้เสียหายในคดีอาญาในคดีนั้น เฉพาะความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สินที่บัญญัติเอาไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตรา 43 เท่านั้น (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 392/2506)

ซึ่งปัจจุบันรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ได้บัญญัติรับรองสิทธิในการได้รับความช่วยเหลือที่จำเป็นและเหมาะสมจากรัฐ ซึ่งได้ค่าตอบแทน ค่าทดแทนและค่าใช้จ่ายที่จำเป็นนั้นให้เป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ

นอกจากนี้ พระราชบัญญัติค่าตอบแทนผู้เสียหายและค่าทดแทนและค่าใช้จ่ายแก่จำเลยในคดีอาญา พ.ศ.2559 ได้กำหนดฐานความผิดที่ผู้เสียหายอาจขอรับค่าตอบแทนได้ดังนี้ คือ ความผิดเกี่ยวกับเพศ ชีวิตและร่างกาย ความผิดฐานทำให้แท้งลูก และความผิดฐานทอดทิ้งเด็กคนป่วยเจ็บหรือคนชรา ซึ่งค่าตอบแทนที่ผู้เสียหายอาจได้รับนั้น ได้แก่ ค่าใช้จ่ายที่จำเป็นในการรักษาพยาบาล รวมทั้งค่าฟื้นฟูสมรรถภาพทางร่างกายและจิตใจ ค่าตอบแทนในกรณีที่ผู้เสียหายถึงแก่ความตาย

⁵¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 30-33.

ค่าขาดประโยชน์ทำมาหาได้ในระหว่างที่ไม่สามารถประกอบการทำงานได้ตามปกติ และค่าตอบแทนความเสียหายอื่นตามที่คณะกรรมการเห็นสมควร โดยพิจารณาค่าเสียหายจากพฤติการณ์และความร้ายแรงของการกระทำความผิดและสภาพความเสียหายที่ผู้เสียหายได้รับ รวมทั้งโอกาสที่ผู้เสียหายจะได้รับการบรรเทาความเสียหายโดยทางอื่นด้วย

2. การได้รับการชดเชยความเสียหายโดยผู้กระทำความผิด (Restitution) การชดเชยความเสียหายให้แก่ผู้เสียหายในคดีอาญาโดยผู้กระทำความผิด เป็นหนทางที่ผู้เสียหายจะได้รับการเยียวยาความเสียหายที่เกิดจากการกระทำความผิด และเป็นหนทางที่สร้างสรรคในการควบคุมผู้กระทำความผิดให้ต้องรับผิดชอบต่อการกระทำของตน ในขณะเดียวกันนั้นก็เป็นโอกาสที่ผู้กระทำความผิดและผู้เสียหายจะได้รับการฟื้นฟู

3. การได้รับการชดเชยความเสียหายโดยรัฐ (Compensation) ในคดีอาญาโดยทั่วไปแล้ว การได้รับการชดเชยความเสียหายเป็นตัวแทน เป็นมาตรการที่มีความสำคัญอันดับต้น ๆ ของความช่วยเหลือภายหลังการตกเป็นผู้เสียหายในคดีอาญา

ข้อแตกต่างประการสำคัญระหว่างการชดเชยและชดเชยค่าเสียหายในคดีอาญา ก็คือ การชดเชยความเสียหายไม่จำเป็นว่าจะต้องมีการจับกุมตัวผู้กระทำความผิดได้ หรือต้องมีการลงโทษผู้กระทำความผิด ให้ชดเชยค่าเสียหายแก่ผู้เสียหายในคดีอาญาแต่อย่างใด

ซึ่งหลักเกณฑ์มาตรฐานที่องค์การสหประชาชาติกำหนดไว้ คือ หากผู้เสียหายไม่สามารถได้รับค่าชดเชยจากผู้กระทำความผิดหรือโดยวิธีทางอื่นเต็มจำนวน รัฐต้องพยายามจัดให้มีการจ่ายค่าชดเชยแก่ผู้เสียหาย ในกรณีที่ปรากฏว่า

1) เป็นผู้เสียหายที่ได้รับอันตรายแก่ร่างกาย หรือได้รับความเสียหายแก่ร่างกายหรือจิตใจ อันเป็นผลมาจากการกระทำความผิดอาญาร้ายแรง

2) ครอบครัวของผู้เสียหาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งผู้ที่ต้องพึ่งพาผู้เสียหายที่ได้เสียชีวิต หรือต้องตกเป็นผู้ไร้ความสามารถอันเนื่องมาจากการตกเป็นผู้เสียหายในคดีอาญา และเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์หลักในการชดเชยแก่ผู้เสียหายดังที่กล่าวมานั้น รัฐต้องสนับสนุนให้มีกองทุนสำหรับชดเชยความเสียหายในคดีอาญาระดับชาติ

4. การให้ความช่วยเหลือแก่เหยื่อ (Assistance) การให้ความช่วยเหลือผู้เสียหายในคดีอาญามีเป้าหมายสำคัญ คือ การช่วยเหลือทางด้านจิตใจ อารมณ์ ความรู้สึกของผู้เสียหาย การให้ผู้เสียหายมีส่วนร่วมในคดีอาญา การได้รับการชดเชยความเสียหาย และการช่วยเหลือปัญหาอื่นที่เกี่ยวข้องเนื่องจากการตกเป็นผู้เสียหายในคดีอาญา มาตรฐานการให้ความช่วยเหลือแก่ผู้เสียหายในคดีอาญา กล่าวคือ ผู้เสียหายในคดีอาญาต้องได้รับการช่วยเหลือด้านการรักษาพยาบาล การช่วยเหลือทางด้านสุขภาพจิต หรือสิ่งของจำเป็นประการอื่นจากรัฐ ท้องถิ่น ชุมชน และที่สำคัญที่สุด คือ ผู้เสียหายที่จะต้องรับรู้ว่าการตนมีสิทธิได้รับการช่วยเหลือต่าง ๆ

ดังนั้น สิทธิของเหยื่ออาชญากรรมหรือผู้เสียหายในคดีอาญาเป็นสิทธิของบุคคลในฐานะที่เป็นผู้เสียหายอันเป็นสิทธิที่ผู้เสียหายมีมาแต่อดีต และในปัจจุบันนี้มีที่มาจากปณิธานสากลขององค์การสหประชาชาติว่าด้วยความยุติธรรมขั้นพื้นฐานสำหรับเหยื่ออาชญากรรมและการใช้อำนาจโดยมิชอบ ซึ่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยก็นำหลักการนี้มารับรองและบัญญัติไว้ และการบัญญัติไว้นี้เป็นการยอมรับว่าสิทธิของผู้เสียหายในคดีอาญาเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่บุคคลที่ต้องตกเป็นผู้เสียหายในคดีอาญามีสิทธิซึ่งรัฐธรรมนูญกำหนด นอกจากนี้ ยังเท่ากับเป็นการให้หลักประกันว่าบุคคลผู้เป็น

ประธานแห่งสิทธิจะได้รับการคุ้มครองจากการละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานทั้งจากตัวบทกฎหมายและองค์กรที่ปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมาย ซึ่งถ้าหากมีการละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานอันเป็นหลักประกันที่รัฐธรรมนูญได้รับรองไว้เท่ากับเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนของผู้ทรงสิทธิตามปณิญาสาเกล้าด้วยสิทธิมนุษยชนขององค์การสหประชาชาติข้อ 8 และการละเมิดสิทธิมนุษยชนหรือสิทธิขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญนี้ ทำให้ผู้ทรงสิทธินั้นสามารถยกเป็นข้อต่อสู้ในชั้นศาลได้ ซึ่งสิทธิทางศาลประการนี้รัฐธรรมนูญก็ได้รับรองไว้เช่นเดียวกัน⁵²

2.3 แนวคิดพื้นฐานเกี่ยวกับการคุกคามทางเพศ

การศึกษาถึงปัญหาการคุกคามทางเพศเริ่มต้นขึ้นเมื่อปี ค.ศ.1976 (พ.ศ.2519) โดยมีนักวิชาการจากประเทศสหรัฐอเมริกาได้มีการสำรวจไปถึงต้นตอของปัญหา เพื่อสร้างความเข้าใจในเรื่องของการคุกคามทางเพศ ต่อมาสหราชอาณาจักรก็ได้ทำการสำรวจตามมาในปี ค.ศ.1981-1982 (พ.ศ.1524-1529) การสำรวจในครั้งนี้ได้รับการตอบสนองจากรัฐบาลประเทศสหรัฐอเมริกา เพื่อกำหนดให้การคุกคามทางเพศเป็นนโยบายอย่างเป็นทางการและทันต่อสถานการณ์ในปี ค.ศ.1980 (พ.ศ.2523) การคุกคามทางเพศจึงได้ถูกนิยามไว้ในฐานะเป็นรูปแบบที่ผิดกฎหมาย เพื่อคุ้มครองผู้ถูกระงับไม่ว่าจะเป็นการออกนโยบาย ระเบียบและมาตรการคุ้มครองต่าง ๆ⁵³ โดยมีแนวคิดพื้นฐานดังกล่าวต่อไปนี้

2.3.1 แนวคิดทฤษฎีและความหมายเกี่ยวกับการคุกคามทางเพศ

มีนักวิชาการหลายท่านได้ให้ความหมายของการคุกคามทางเพศไว้อย่างมากมาย ซึ่งสามารถแบ่งได้เป็น 2 ประเภท คือ การคุกคามทางเพศตามความหมายโดยทั่วไป และการคุกคามทางเพศตามความหมายในเชิงกฎหมาย

2.3.1.1 ความหมายของการคุกคามทางเพศทั่วไป

อาจกล่าวได้ว่า Farley Lin⁵⁴ ได้เป็นผู้เริ่มนำ คำว่า “Sexual Harassment” ขึ้นมาใช้โดยได้จัดทำหนังสือ ชื่อ “Sexual Shakedown: The Sexual Harassment on the Job” ในปี พ.ศ. 2521 และได้นิยามการคุกคามทางเพศว่าเป็นพฤติกรรมของผู้ชายอันไม่ได้รับการเชื้อเชิญ โดยแสดงหรืออ้างสิทธิว่าผู้หญิงมีหน้าที่ทางเพศนอกเหนือไปจากหน้าที่การงานตามปกติ ซึ่งอาจจะแสดงในรูปแบบ ดังต่อไปนี้

⁵² วีระศักดิ์ แสงสารพันธ์, *เรื่องเดิม*, หน้า 30.

⁵³ วิมณา ธรรมปรีชา, *การคุกคามทางเพศ* (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบัณฑิต คณะสังคมวิทยาและมานุษยวิทยา มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2533), หน้า 42.

⁵⁴ *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 43.

- 1) การจ้องมอง การวิพากษ์วิจารณ์ การสัมผัสจับต้องร่างกายของผู้หญิง
- 2) การเรียกร้องให้ยอมรับพฤติกรรมทางเพศ (Sexual Behavior)
- 3) การนัดหมาย (Dates) ซ้ำซากแต่เพียงฝ่ายเดียว
- 4) การเรียกร้องให้มีเพศสัมพันธ์ด้วย (Sexual Intercourse)
- 5) การข่มขืน

และได้นักวิชาการได้ให้ความหมายถึงการคุกคามทางเพศไว้อย่างมากมายดังต่อไปนี้

Catharine A. Mackinnon⁵⁵ ได้ให้คำจำกัดความของการคุกคามทางเพศว่า “เป็นการแสดงออกทางเพศ หรือความใส่ใจในทางเพศ ซึ่งผู้มีอำนาจเหนือกว่าบังคับให้ผู้หญิงต้องยอมรับพฤติกรรมเรื่องเพศที่ผู้หญิงไม่พึงปรารถนา ภายในบริบทของความสัมพันธ์ทางอำนาจที่ไม่เท่าเทียมกัน”

Ellen Bravo and Ellen Cassedy⁵⁶ นิยามการคุกคามทางเพศว่า หมายถึง “ลักษณะที่ไม่พึงปรารถนาในทางเพศที่สร้างความรำคาญหรือกระอักกระอ่วนใจแก่อีกฝ่ายหนึ่ง”

Diana Russell⁵⁷ ให้คำจำกัดความการคุกคามทางเพศว่า หมายถึง “พฤติกรรมที่จงใจ และซ้ำซาก ที่ไม่พึงประสงค์ในลักษณะคำพูด กิริยาท่าทาง หรือการถูกเนื้อต้องตัวผู้อื่น อันมีเจตนาส่อไปในเรื่องเพศ ซึ่งเป็นสิ่งที่ผู้กระทำไม่ต้องการให้เกิดขึ้น”

Judith B. Brandenburg⁵⁸ ให้ความหมายการคุกคามทางเพศว่า “เป็นพฤติกรรมทางเพศที่แสดงออกซึ่งเป็นที่ไม่ต้องการ ซึ่งพฤติกรรมนั้นไปคุกคามต่อบุคคลอื่น”

Rubenstein⁵⁹ กล่าวว่า การคุกคามทางเพศ คือ การกระทำที่มีลักษณะทางเพศหรือนัยในทางเพศอันไม่เป็นที่ยินดีของผู้ถูกระทำ ซึ่งองค์ประกอบสำคัญ ได้แก่ คำว่า “ไม่เป็นที่ต้องการ” (Unwanted) และ “ไม่ได้รับการตอบสนอง” (Unreciprocated)

2.3.1.2 ความหมายของการคุกคามทางเพศในเชิงกฎหมาย

องค์การสหประชาชาติได้อธิบายเกี่ยวกับการคุกคามทางเพศว่า หมายถึง พฤติกรรมที่ผู้ถูกระทำหรือผู้ที่ตกเป็นเหยื่อถือว่าเป็นสิ่งที่ “ไม่พึงปรารถนา” (Unwelcome) และ “ไม่ต้องการ”

⁵⁵ พิชัย มณีธรรมวงศ์, อนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบและความรุนแรงต่อ สตรี: กรณีศึกษาการล่วงละเมิดทางเพศ (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2542), หน้า 31.

⁵⁶ วิมนา ธรรมปรีชา, เรื่องเดิม, หน้า 15.

⁵⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 15.

⁵⁸ ทิพากรณ์ อำนวยสวัสดิ์, การล่วงเกินทางเพศต่อลูกจ้าง โดยนายจ้าง หัวหน้างาน ผู้ควบคุมงานและผู้ตรวจงาน (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารนิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2543), หน้า 49.

⁵⁹ พินศิริ นามศรีฐาน, ความผิดเกี่ยวกับเพศ: ศึกษากรณีการล่วงเกินทางเพศ (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2543), หน้า 10.

(Unwanted) โดยการคุกคามดังกล่าวอาจจะเป็นในรูปของการแสดงออกทางวาจา กิริยา ท่าทาง การจับต้องร่างกาย และสิ่งแวดล้อม⁶⁰

The European Commission Code of Practice ได้บัญญัติถึงการคุกคามทางเพศว่า เป็นการกระทำในลักษณะทางเพศหรือการกระทำอื่นที่มีพื้นฐานมาจากเรื่องเพศที่กระทบต่อเกียรติยศ ศักดิ์ศรีของหญิงและชายในที่ทำงาน โดยรวมถึงการกระทำของหัวหน้างานและเพื่อนร่วมงานด้วย ทั้งนี้ เป็นสิ่งที่ยอมรับไม่ได้หาก

1. การกระทำนั้นไม่เป็นที่พึงปรารถนา ไร้เหตุผล และเป็นการละเมิดต่อผู้ถูกระทำ
2. การปฏิเสธหรือการยอมรับของบุคคลต่อการกระทำเช่นนั้นของหัวหน้างานหรือเพื่อนร่วมงาน ถูกนำมาใช้เป็นพื้นฐานการตัดสินใจ ไม่ว่าโดยตรงหรือโดยปริยายในการเข้าฝึกงาน การจ้างงาน การจ้างงานอย่างต่อเนื่อง การเลื่อนขั้น เรื่องเงินเดือน หรือการตัดสินใจอื่นอันเกี่ยวกับการจ้างงาน

3. การกระทำเช่นนั้นก่อให้เกิดบรรยากาศการทำงานที่มีลักษณะข่มขู่ ไม่เป็นมิตร และมีลักษณะต่ำต้อยของผู้รับ⁶¹

Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women 1979: CEDAW (อนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบ) ได้กล่าวถึงการคุกคามทางเพศว่า “เป็นการละเมิดต่อสิทธิสตรี ซึ่งมิได้จำกัดเพียงการคุกคามทางร่างกายเท่านั้น แต่ยังรวมถึงการคุกคามทางเพศในรูปแบบอื่น ๆ และการกระทำที่มีผลกระทบทางจิตใจ”

The Equal Employment Opportunity Commission (EEOC) (คณะกรรมการว่าด้วยความเสมอภาคของโอกาสในการทำงานของสหรัฐอเมริกา) ให้นิยามความหมายของการคุกคามทางเพศว่า “การคุกคามทางเพศเป็นการกระทำละเมิดต่อกฎหมาย หมายถึง การยื่นข้อเสนอทางเพศ เรียกร้องให้มีการให้ผลประโยชน์ในทางเพศ (Sexual Favors) และการกระทำทางกายหรือทางวาจาที่สื่อถึงเรื่องเพศอันไม่เป็นที่ปรารถนา⁶²

และจากการสรุปลักษณะขององค์ประกอบการคุกคามทางเพศ โดยได้พิจารณาจากกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา แคนาดา มาเลเซีย พบว่า⁶³

1. เป็นการกระทำที่มีลักษณะในทางเพศ
2. เป็นการกระทำที่ไม่พึงประสงค์หรือไม่เป็นที่ต้องการ โดยที่ผู้กระทำไม่ยินยอม
3. ผู้กระทำอาจกระทำโดยการแสดงท่าทาง หรือด้วยวาจา หรือด้วยวิธีการอื่น ๆ เช่น การแสดงภาพลามกอนาจาร

⁶⁰ อรพินท์ สหโชคชัย, *เรื่องเดิม*, หน้า 4.

⁶¹ พินิติร นามศรีฐาน, *ความผิดเกี่ยวกับเพศ: ศึกษากรณีการล่วงเกินทางเพศ* (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารนิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2543), หน้า 11.

⁶² *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 12.

⁶³ เอกพงศ์ ปลัดรักษา, “การล่วงละเมิดทางเพศในที่ทำงาน,” *วารสารกฎหมาย* 22, 1 (กรกฎาคม 2546): 108.

4. การคุกคามทางเพศในที่ทำงาน อาจเกิดขึ้นนอกสถานที่ทำงานก็ได้ แต่เป็นการกระทำที่เกี่ยวข้องกันหรือมีความสัมพันธ์กับการทำงาน เช่น ระหว่างการประชุมสัมมนา หรือฝึกอบรมนอกสถานที่ หรือเป็นการพุดจาทางโทรศัพท์ไปยังบ้านของผู้ถูกรกระทำ

5. การกระทำอาจเป็น 2 ลักษณะ คือ

1) เป็นการข่มขู่ทางเพศ โดยมีผลต่อหน้าที่การงานของผู้ถูกรกระทำ เช่น ผู้บังคับบัญชาขู่ว่าจะไม่ให้เลื่อนตำแหน่ง หรือทำให้ผู้ถูกรกระทำรู้สึกว่าจะต้องยอมตาม มิฉะนั้นจะมีผลกระทบต่อนหน้าที่ การงานของตน หรือ

2) เป็นการก่อกวนทางเพศ ซึ่งทำให้ผู้ถูกรกระทำรู้สึกละอาย รังเกียจ ถูกดูหมิ่น

2.3.2 ลักษณะทั่วไปเกี่ยวกับการคุกคามทางเพศ

2.3.2.1 รูปแบบของการคุกคามทางเพศ แบ่งตามคู่กรณีได้ 4 รูปแบบ⁶⁴ ได้แก่

- 1) ชายคุกคามหญิง (Male Harass Female)
- 2) หญิงคุกคามชาย (Female Harass Male)
- 3) พวกรักต่างเพศคุกคามพวกรักร่วมเพศ (Heterosexual Harass Homosexual)
- 4) พวกรักร่วมเพศคุกคามพวกรักต่างเพศ (Homosexual Harass Heterosexual)

2.3.2.2 ลักษณะพฤติกรรมของการคุกคามทางเพศ

Catharine A. Mackinnon ได้แบ่งพฤติกรรมการคุกคามทางเพศเป็น 4 ลักษณะ⁶⁵

คือ

1. การใช้วาจา เช่น การพุดจาล้อเลียนเรื่องเพศ การขอนัด และการพุด ยกยอที่ปราศจากความหมาย

2. การสัมผัสทางกาย เช่น การแตะ การลูบหลัง การกอดรัด

3. การนัดหมายอันไม่เป็นที่ต้องการ

4. การร่วมประเวณี หรือการข่มขืนในขณะที่ทำงาน

Working Women United Institute (WWUI) ได้เสนอลักษณะของพฤติกรรมของการคุกคามทางเพศเป็น 6 ลักษณะ⁶⁶ คือ

1. การยั่วยุหยาบคาย และการขำเลียงมองดูรูปร่างของผู้หญิงอย่างไม่รู้จักหยุด

2. การพยายามสัมผัสตัวของฝ่ายหญิงอยู่เสมอ

3. การขู่หญิงให้ยอมจำนนต่อการคาดคะเนหรือการเหินแสม

4. การจับตัวผู้หญิงซึ่งอยู่กันตามลำพังเพื่อความใกล้ชิดทางเพศ ซึ่งเป็นการฝืนใจ

ของฝ่ายหญิง

5. การชักชวนให้มีเพศสัมพันธ์อย่างเปิดเผย โดยมักจะขู่ถึงการออกจากงานหรือการเลื่อนตำแหน่ง

⁶⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 108.

⁶⁵ วิมนา ธรรมปรีชา, เรื่องเดิม, หน้า 16.

⁶⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 16.

6. การมีความสัมพันธ์ทางเพศโดยการฉ้อฉลฝ่ายหญิง

อรพินท์ สฟโซคชัย ได้รวบรวมแนวทางของพฤติกรรมการคุกคามทางเพศโดยแบ่งเป็น 3 ลักษณะ⁶⁷ ดังนี้

1. การคุกคามทางเพศทางวาจา (Verbal Harassment) เช่น การวิพากษ์วิจารณ์เกี่ยวกับรูปร่าง การแต่งตัวที่สื่อไปทางลามก การเล่าเรื่องตลกลามก การพูดหรือการถามถึงความสัมพันธ์ทางเพศของบุคคลใดบุคคลหนึ่งในที่สาธารณะ การเปลี่ยนหัวข้อเรื่องงานให้เป็นเรื่องทางเพศหรือเรื่องลามก ตลอดจนการกระจายข่าวลือ หรือนินทาเกี่ยวกับเรื่องเพศของบุคคลใดบุคคลหนึ่ง การตามตื้อตามจีบบุคคลใดบุคคลหนึ่ง ทั้ง ๆ ที่รู้ว่าเขาไม่สนใจ และการกล่าวถึงกลุ่มหญิงหรือชายในทางลามก เป็นต้น

2. การคุกคามทางเพศโดยการสัมผัสร่างกาย (Physical Harassment) เช่น การแตะเนื้อต้องตัว รวมทั้งการจัดเสื้อผ้า ตลอดจนไปถึงการกอดจูบ หอมแก้ม หรือการตีกัน สะโพก การยืน เดิน ต้อนเข้ามุมหรือนั่งใกล้ชิดเกินความจำเป็น โดยใช้บางส่วนของร่างกายสัมผัสผู้อื่น อย่างจงใจ

3. การคุกคามทางเพศโดยการแสดงท่าทาง (Nonverbal Harassment) เช่น การจ้องมองอย่างกรุ่มกริม การแสดงสีหน้าอย่างเจ้าชู้ การแสดงท่าทางหรือการเคลื่อนไหวร่างกาย ที่สื่อถึงเจตนาการล่วงเกินทางเพศ การส่งจดหมาย ข้อความภาพ การ์ด หรือคำกลอนที่เน้นในเรื่องเพศ การมองเรือนร่างอย่างสำรวจตรวจตรา รวมไปถึงการติดภาพโป๊ หรือสิ่งของ อุปกรณ์ที่ลามก

2.3.2.3 ประเภทของการคุกคามทางเพศ⁶⁸

1) การคุกคามทางเพศประเภทที่ใช้ผลประโยชน์ข่มขู่ หรือการคุกคามทางเพศแบบแลกเปลี่ยน (quid pro quo harassment) การคุกคามทางเพศในประเภทนี้ใช้เป็นข้อแลกเปลี่ยนหรือต่างตอบแทน โดยเฉพาะอย่างยิ่งการจ้างงานในลักษณะที่มีผลกระทบต่อสภาพในการทำงานของบุคคล ซึ่งผู้กระทำได้แสดงว่ามีอำนาจเหนือโดยการเรียกร้องทางเพศ หรือกระทำการที่มีนัยทางเพศ เพื่อแลกเปลี่ยนกับผลประโยชน์ด้านการทำงานของผู้อยู่ถูกกระทำ เช่น การจ้างงาน การเลื่อนขั้น การโยกย้าย หรือการมอบหมายงานให้ เป็นเครื่องตอบแทนกับความมีสัมพันธ์ทางเพศ ทั้งนี้ ผู้กระทำมักเป็นนายจ้าง หรือหัวหน้างานที่มีหน้าที่บังคับบัญชา หรือให้คุณให้โทษ

2) การคุกคามทางเพศประเภทคุกคามทางเพศโดยอ้อม (Creation of a Hostile Working Environment) เป็นกรณีที่การคุกคามทางเพศเกิดจากสภาพแวดล้อมและบรรยากาศในสถานที่ทำงานเต็มไปด้วยเรื่องเพศ ทำให้ผู้อยู่ถูกกระทำรู้สึกไม่สบายใจ หากเกิดในสถานที่ทำงาน จะทำให้ประสิทธิภาพการทำงานลดลง และยังเป็นอุปสรรคต่อการทำงาน อาจแบ่งย่อยได้อีกเป็นการคุกคามโดยการสัมผัส คือ การแตะเนื้อต้องตัวโดยไม่จำเป็น หรือทางคำพูด คือ การกล่าวคำพูดในทางลามก หรือปล่อยข่าวลือที่ไม่เหมาะสม และทางสายตา เช่น การติดโปสเตอร์รูปโป๊ เป็นต้น ทั้งนี้ ผู้กระทำอาจเป็นผู้มีอำนาจเหนือหรือเป็นเพื่อนร่วมงานก็ได้

⁶⁷ อรพินท์ สฟโซคชัย, การล่วงละเมิดทางเพศในที่ทำงาน, ใน เอกสารประกอบการสัมมนา โครงการเวทีความคิดเพื่อการพัฒนากระบวนการยุติธรรมไทย เรื่อง กระบวนการยุติธรรมกับความรุนแรงที่เกิดขึ้นกับผู้หญิง, 17 กันยายน 2542, ณ โรงแรมเดอะแกรนด์, หน้า 5-6.

⁶⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 5-6.

อนึ่ง การพิจารณาว่าพฤติกรรมนั้น ๆ เป็นการคุกคามทางเพศหรือไม่ ต้องพิจารณาประกอบหลายประการ ดังนี้

- 1) ผู้กระทำความผิดที่ส่อไปในทางเพศอันไม่สมควรต่อผู้อื่น
- 2) ผู้กระทำความผิดที่กระทำการอันไม่สมควรนั้น
- 3) ผู้ถูกระทำไม่ยินยอมหรือถูกบังคับข่มขู่
- 4) ผู้ถูกระทำเกิดความอับอาย หรือล่วงเกินความเป็นส่วนตัวของ

ผู้ถูกระทำ ซึ่งในประเด็นนี้คงจะมองความรู้สึกของผู้ถูกระทำฝ่ายเดียวไม่ได้ เนื่องจากแต่ละคนมีมาตรฐานไม่เท่ากัน เป็นต้น

2.3.2.4 ผลกระทบจากพฤติกรรมการคุกคามทางเพศ

ผู้ที่ตกเป็นเหยื่อจากพฤติกรรมการคุกคามทางเพศนั้น จะได้รับผลกระทบในทางลบโดยตรงแบบ ลูกโซ่เป็นวงกว้าง กล่าวคือ ได้รับผลกระทบทั้งในระบบการดำเนินชีวิตของตนเอง รวมถึงต่อการทำงาน ต่อองค์กร ตลอดจนต่อสังคม โดยสามารถแยกได้ดังนี้⁶⁹

1) ผลกระทบทางสุขภาพ

สำหรับผลกระทบต่อสุขภาพจิต ผู้ที่ตกเป็นเหยื่อการคุกคามทางเพศแม้จะไม่มีร่องรอยบาดแผล หรือร่องรอยที่เกิดขึ้นตามร่างกายในกรณีที่ไม่รุนแรงจะเลือนหายไป แต่บาดแผลในจิตใจนั้น ถือว่าไม่อาจลบเลือนไปได้ง่าย ๆ และอาจจะเก็บอยู่ในส่วนลึกของจิตใจ ซึ่งผลกระทบนี้จะก่อให้เกิด ผลกระทบทางอารมณ์ (Psychological Outcomes) และบุคลิกภาพของผู้ถูกระทำ

ทั้งนี้ มีข้อมูลยืนยันว่า ผู้ที่ถูกระทำความรุนแรงจำนวนมากจะส่งผลให้มีความรู้สึกที่ถูกทำให้มีจิตใจแปรปรวน รู้สึกถูกทำให้ได้รับความอับอาย ถูกเหยียดหยาม สูญเสียคุณค่าและความมั่นใจในตัวเอง จึงก่อให้เกิดเกิดความเครียด ความวิตกกังวล ความท้อแท้ ความโกรธ ความกลัว ความกดดัน กลัวสังคมไม่ยอมรับ ทำให้ส่งผลถึงปัญหาในการนอนหลับ การขาดอำนาจ ขาดความเชื่อมั่นในตนเอง ขาดความปลอดภัย อาจส่งผลให้เกิดอาการซึมเศร้า ร้ายแรงที่สุดจนอาจนำไปสู่การฆ่าตัวตายได้

ผลกระทบต่อร่างกาย ซึ่งอาการดังกล่าวก็จะส่งผลให้มีอาการเจ็บป่วยทางร่างกาย ซึ่งส่วนหนึ่งเป็นผลมาจากความเครียด ส่งผลให้เกิดอาการคลื่นไส้ อาเจียน ปวดศีรษะ ปักผ่อนไม่เพียงพอ เบื่ออาหาร รับประทานอาหารไม่เป็นปกติ ลำไส้ไม่ทำงาน ท้องอืด ระบบขับถ่ายผิดปกติ น้ำหนักเพิ่มหรือลดลงอย่างผิดปกติ อ่อนเพลีย เป็นโรคซึมเศร้า เป็นต้น และอาจมีความเสี่ยงต่อการเป็นโรคอื่น ๆ เพราะมีภูมิคุ้มกันต่ำจากความเครียด กดดัน หรือถูกทำร้าย

2) ผลกระทบต่อหน้าที่การงาน (Work-Related Outcomes)

ผู้ที่ตกเป็นเหยื่อของการคุกคามทางเพศจะมีปัญหาที่ส่งผลกระทบมาจากรทางด้านสุขภาพ จึงส่งผลโดยตรงต่อการทำงาน ซึ่งจะทำให้มีประสิทธิภาพและผลิตภาพในการทำงานลดลง อาจก่อให้เกิดการขาดงาน เป็นผลให้สูญเสียโอกาส และหมดความก้าวหน้าในการทำงาน

⁶⁹ ชูดาปณี ชิยาฆ่ามา, *เรื่องเดิม*, หน้า 18-19.

3) ผลกระทบต่อธุรกิจ

เมื่อผู้ที่ตกเป็นเหยื่อของการคุกคามทางเพศจะเกิดความตึงเครียดในการทำงาน จึงอาจเป็นอุปสรรคต่อการปฏิบัติงานทั้งส่วนตัวหรือการทำงานร่วมกันเป็นทีม ส่งผลให้ความสามารถในการปฏิบัติงานต่ำลง ทำให้เกิดความเสียหายต่อผลผลิตที่ควรจะได้ เนื่องจากการขาดประสิทธิภาพในการทำงาน หรือมีการขาดงานที่บ่อยขึ้น ซึ่งในทางธุรกิจจะก่อให้เกิดความสูญเสีย ผู้ปฏิบัติงานที่มีความรู้ ความสามารถ ส่งผลให้ภาพพจน์องค์กรมีความตกต่ำหากมีการคุกคามทางเพศเกิดขึ้นในองค์กรอย่างต่อเนื่อง

4) ผลกระทบต่อสังคม

ปัญหาการคุกคามทางเพศถือเป็นการสร้างความรุนแรงทางเพศ ซึ่งเป็นอุปสรรคต่อการบรรลุความเสมอภาคระหว่างเพศ ไม่ว่าจะเป็นเพศใดก็ตาม เป็นวงจรแห่งความรุนแรงที่ไม่สิ้นสุด ซึ่งอาจเกิดผลกระทบจากเด็ก ส่งผลไปยังครอบครัว ส่งผลต่อไปยังหน้าที่การงาน ผลกระทบเป็นวงกว้างต่อสังคม จึงส่งผลกระทบต่อความปลอดภัยในชีวิต และความเป็นอยู่ที่ดีของประชาชนในสังคม ดังนั้น จึงถือเป็นพฤติกรรมที่ขัดขวางการสร้างผลผลิตและการพัฒนาสังคม

จากที่กล่าวมาในข้างต้น เห็นได้ว่าการทราบถึงที่มาและความหมายเกี่ยวกับการคุกคามทางเพศ รวมทั้งรูปแบบ ลักษณะ ประเภทของพฤติกรรมการคุกคามทางเพศจากต้นตอของปัญหา ตลอดจนถึงผลกระทบที่เกิดขึ้นจากพฤติกรรมดังกล่าว ทำให้เข้าใจสภาพปัญหาเมื่อเกิดพฤติกรรมการคุกคามทางเพศ และไม่ว่าปัญหานี้จะเกิด ณ ที่แห่งใด ก็ได้สร้างผลกระทบที่ก่อให้เกิดความเสียหายอย่างมากมาย ซึ่งนอกจากจะกระทบต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนแล้ว พฤติกรรมดังกล่าวยังจัดเป็นอุปสรรคสำคัญต่อความเสมอภาค ความมั่นคง สิทธิและเสรีภาพของมวลมนุษยชาติ ลดคุณค่าและละเมิดซึ่งศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ นอกจากนี้ ยังเป็นพฤติกรรมที่อันตรายและน่ารังเกียจ ทำให้เกิดความรู้สึกที่ไม่มั่นคงต่อร่างกายและจิตใจ เป็นผลต่อการดำเนินชีวิต ตลอดจนนำมาซึ่งเป็นหาของสังคมต่อไป จึงสมควรที่จะต้องมีการมาตรการทางอาญาเพื่อคุ้มครองผู้เสียหายจากคดีดังกล่าวตามกฎหมาย ทั้งนี้ เพื่อที่จะใช้ป้องกันหรือควบคุมดูแลมิให้มีการกระทำดังกล่าวอย่างแพร่หลาย อันส่งผลที่ก่อให้เกิดผลกระทบต่อไปในวงกว้าง

บทที่ 3

การศึกษาเกี่ยวกับการคุกคามทางเพศตามกฎหมายของต่างประเทศ

ปัญหาการคุกคามทางเพศถือเป็นปัญหาเกี่ยวกับเพศที่ร้ายแรง นานาประเทศจึงได้ให้ความสนใจและให้ความสำคัญกับปัญหานี้เป็นอย่างมาก เพราะอาจถือได้ว่าพฤติกรรมการคุกคามทางเพศนี้เป็นจุดเริ่มต้นของพฤติกรรมอันนำมาสู่ความรุนแรงทางเพศในที่สุด ดังนั้น จึงสมควรที่จะทำการศึกษากฎหมายเกี่ยวกับการคุกคามทางเพศของต่างประเทศ ทั้งนี้ ในองค์การระดับนานาชาติได้เห็นความสำคัญของการคุกคามทางเพศโดยได้ให้นิยามความหมายในเชิงกฎหมายไว้ ดังเช่น

ในองค์การสหประชาชาติได้อธิบายเกี่ยวกับการคุกคามทางเพศว่า หมายถึง พฤติกรรมที่ผู้ถูกระทำหรือผู้ที่ตกเป็นเหยื่อถือว่าเป็นสิ่งที่ “ไม่พึงปรารถนา” (Unwelcome) และ “ไม่ต้องการ” (Unwanted) โดยการคุกคามดังกล่าวอาจจะเป็นในรูปของการแสดงออกทางวาจา กิริยา ท่าทางการจับต้องร่างกาย และสิ่งแวดล้อม⁷⁰

ใน The European Commission Code of Practice ได้บัญญัติถึงการคุกคามทางเพศว่าเป็นการกระทำในลักษณะทางเพศหรือการกระทำอื่นที่มีพื้นฐานมาจากเรื่องเพศที่กระทบต่อเกียรติยศศักดิ์ศรีของหญิงและชายในที่ทำงาน โดยรวมถึงการกระทำของหัวหน้างานและเพื่อนร่วมงานด้วย ทั้งนี้ เป็นสิ่งที่ยอมรับไม่ได้หาก

1. การกระทำนั้นไม่เป็นที่พึงปรารถนา ไร้เหตุผล และเป็นการละเมิดต่อผู้ถูกระทำ
2. การปฏิเสธหรือการยอมรับของบุคคลต่อการกระทำเช่นนั้นของหัวหน้างานหรือเพื่อนร่วมงาน ถูกนำมาใช้เป็นพื้นฐานการตัดสินใจ ไม่ว่าโดยตรงหรือโดยปริยายในการเข้าฝึกงาน การจ้างงาน การจ้างงานอย่างต่อเนื่อง การเลื่อนขั้น เรื่องเงินเดือน หรือการตัดสินใจอื่นอันเกี่ยวกับการจ้างงาน
3. การกระทำเช่นนั้นก่อให้เกิดบรรยากาศการทำงานที่มีลักษณะข่มขู่ ไม่เป็นมิตร และมีลักษณะต่ำต้อยของผู้รับ⁷¹

คณะกรรมการว่าด้วยโอกาสที่เท่าเทียมกันแห่งสหภาพยุโรป (The Equal Opportunities Commission: EOC) ให้ความหมายว่า “คุกคามทางเพศ” หมายถึง พฤติกรรมที่ไม่พึงประสงค์ที่ส่อนัยทางเพศ หรือพฤติกรรมอื่น ซึ่งมีพื้นฐานเรื่องเพศที่ส่งผลกระทบต่อศักดิ์ศรีของหญิงและชายในการทำงาน ซึ่งรวมทั้งพฤติกรรมอันไม่พึงปรารถนาทั้งในทางกาย วาจา หรือท่าทาง⁷²

⁷⁰ อรพินท์ สหโชคชัย, ประเด็นสำคัญและข้อควรรู้เกี่ยวกับการล่วงละเมิดทางเพศ, ในเอกสารประกอบการสัมมนาโครงการเวทีความคิดเพื่อการพัฒนากระบวนการยุติธรรมไทย เรื่องกระบวนการยุติธรรมกับความรุนแรงที่เกิดขึ้นกับผู้หญิง, หน้า 4.

⁷¹ พินศิริ นามศรีฐาน, *เรื่องเดิม*, หน้า 11.

⁷² *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 11.

ในอนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบ Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women 1979: CEDAW ได้กล่าวถึงการคุกคามทางเพศว่า “เป็นการละเมิดต่อสิทธิสตรี ซึ่งมีได้จำกัดเพียงการคุกคามทางร่างกายเท่านั้น แต่ยังรวมถึงการคุกคามทางเพศในรูปแบบอื่น ๆ และการกระทำที่มีผลกระทบทางจิตใจ”⁷³

ดังนั้น การศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายเกี่ยวกับการคุกคามทางเพศทั้งในระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law) ซึ่งได้แก่ ประเทศออสเตรเลีย และระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Civil Law) ซึ่งได้แก่ ประเทศฝรั่งเศส และประเทศเยอรมนี เพื่อนำแนวความคิดทางกฎหมายต่าง ๆ มาใช้พัฒนาและปรับใช้กับกฎหมายของประเทศไทยได้อย่างเหมาะสม ดังจะกล่าวต่อไปนี้

3.1 พิจารณาตามระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law)

“ระบบกฎหมายจารีตประเพณี” เป็นระบบกฎหมายซึ่งให้น้ำหนักในการปฏิบัติตามคำพิพากษาที่มีมาก่อนเป็นอย่างมากบนแนวคิดซึ่งเชื่อว่าจะเป็นการยุติธรรมหากตัดสินดำเนินคดีต่อข้อเท็จจริงที่คล้ายคลึงกันในโอกาสที่ต่างกัน ทำให้การตัดสินคดีตามจารีตประเพณีจะผูกมัดการตัดสินคดีในอนาคตตามไปด้วย ในกรณีซึ่งมีกลุ่มผู้ไม่เห็นด้วยกับกฎหมายดังกล่าว ศาลที่เหมาะสมที่สุดจะตรวจสอบการตัดสินคดีที่ผ่านมาของศาลที่มีลักษณะใกล้เคียงกัน หากข้อพิพาทที่คล้ายคลึงกันได้รับการแก้ไขแล้วในอดีต ศาลจะถูกผูกมัดให้ตัดสินคดีตามการให้เหตุผลซึ่งใช้ในการตัดสินคดีครั้งก่อน ๆ อย่างไรก็ตาม หากศาลพบว่าข้อพิพาทในปัจจุบันมีความแตกต่างอย่างชัดเจนกับการตัดสินคดีในอดีตทั้งหมด ผู้พิพากษาจะมีอำนาจและหน้าที่ที่จะสร้างกฎหมายโดยการริเริ่มเป็นแบบอย่าง ภายหลังจากนั้น การตัดสินคดีครั้งนี้นี้จะเป็นตัวอย่างแก่การตัดสินคดีครั้งต่อไป ซึ่งศาลในอนาคตจะต้องยึดมั่นอย่างไว้คดีย การศึกษาแนวทางในการบัญญัติกฎหมายตามระบบกฎหมายจารีตประเพณีที่กำหนดให้การคุกคามทางเพศเป็นความผิดทางอาญาและหาแนวทางในการกำหนดบทลงโทษที่เหมาะสม ตลอดจนมาตรการต่างๆ ในการคุ้มครองผู้เสียหายที่ได้รับผลกระทบจากการคุกคามทางเพศ ดังนี้

3.1.1 ประเทศออสเตรเลีย (Australia)

3.1.1.1 แนวความคิดของกฎหมายที่เกี่ยวกับการคุกคามทางเพศ

ประเทศออสเตรเลียได้ให้ความสำคัญกับปัญหากรณีการคุกคามทางเพศเป็นอย่างมาก เนื่องจากมีผู้เสียหายจำนวนมากโดยมีผู้เสียหายเป็นทั้งเพศหญิงและเพศชาย เมื่อพิจารณาจากคำร้องทุกข์ที่ส่งมายังคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งออสเตรเลีย (The Australian Human Rights Commission) พบว่าจำนวนคำร้องทุกข์เกือบ 1 ใน 5 ที่ส่งมายังคณะกรรมการดังกล่าวเป็นการร้องทุกข์ในเรื่องเกี่ยวกับการคุกคามทางเพศ โดยส่วนใหญ่แล้วเป็นเรื่องการคุกคามทางเพศที่เกิดขึ้น ในสถานที่ทำงาน

⁷³ เจนวิทย์ นวลแสง, ภัทราภรณ์ เกษตรสาร และอชิรญา ภู่งศกร, “ความรับผิดชอบทางอาญาและการเยียวยาผู้เสียหายจากการคุกคามทางเพศศึกษากรณี ประเทศไทย สหพันธ์รัฐเยอรมนีและเครือรัฐออสเตรเลีย,” วารสารการเมือง การบริหาร และกฎหมาย 8, 2 (พฤษภาคม-สิงหาคม 2559): 331.

นอกจากนี้ จากสถิติจะพบว่าจำนวน 1 ใน 5 ของผู้เสียหายหรือคิดเป็นจำนวน ร้อยละ 21 เป็นผู้เสียหายจากการคุกคามทางเพศที่เกิดในสถานที่ทำงาน โดยผู้กระทำความผิดเป็นเพศชาย คิดเป็นจำนวนถึงร้อยละ 79 หรือจำนวน 4 ใน 5 ของจำนวนผู้กระทำความผิด แม้ว่าส่วนใหญ่เพศหญิงจะเป็นผู้เสียหายจากการคุกคามทางเพศแต่จำนวนผู้เสียหายเพศชายก็เพิ่มจำนวนขึ้นอย่างมากจนจำนวนเพิ่มขึ้นไปถึงจำนวน 1 ใน 4 หรือคิดเป็นร้อยละ 23 ของจำนวนผู้เสียหายทั้งหมด⁷⁴

การคุกคามทางเพศได้รับการบัญญัติไว้ในกฎหมายระดับสหพันธรัฐออสเตรเลีย กล่าวคือ ได้รับการบัญญัติให้อยู่ในกฎหมายคุ้มครองการเลือกปฏิบัติ (Sex Discrimination Act 1984) ซึ่งเป็นกฎหมายระดับสหพันธรัฐโดยมีผลบังคับใช้กับทุกมลรัฐในประเทศออสเตรเลีย นอกจากนี้ แม้ว่ากฎหมายคุ้มครองการเลือกปฏิบัติ (Sex Discrimination Act 1984) จะบัญญัติว่าการคุกคามทางเพศเป็นความผิด และผู้กระทำความผิดต้องรับผิดชอบทางแพ่ง แต่การคุกคามทางเพศบางประเภทนั้นก็เป็นความผิดอาญาและผู้กระทำความผิดต้องรับผิดชอบทางอาญาตามประมวลกฎหมายอาญาของออสเตรเลียด้วยเช่นกัน ในประเด็นนี้ ได้รับการยืนยันจากผู้พิพากษาผู้ตัดสินคดี Hall & Ors v A. A. Sheiban Pty Ltd & Ors (1989) ALR 503 at 572⁷⁵ ว่าประเด็นหลักของการกระทำอันเป็นการคุกคามทางเพศนั้นไม่ยกเว้นการกระทำอันเป็นความผิดทางอาญา การคุกคามทางเพศถือเป็นการกระทำที่เกี่ยวกับการกระทำทางอาญาด้วย

นอกจากนั้น ประเทศออสเตรเลียยังได้มีการจัดตั้งคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งออสเตรเลีย (Australian Human Rights Commission) ซึ่งเป็นองค์กรที่มีอำนาจหน้าที่สนับสนุน ส่งเสริมและป้องกันปัญหาเรื่องเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนเป็นผู้มีหน้าที่ดูแลและจัดการกับปัญหาทางด้านสิทธิมนุษยชน โดยกรณีการคุกคามทางเพศเป็นกรณีที่อยู่ในอำนาจการดูแลขององค์กรดังกล่าวด้วย โดยคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งออสเตรเลียได้จัดตั้งขึ้นมาเพื่อส่งเสริมและป้องกันสิทธิมนุษยชนในประเทศ เสริมสร้างให้ประชาชนทุกคนเข้าใจสิทธิมนุษยชน รวมทั้งรักษาความน่าเชื่อถือของรัฐบาลให้เป็นไปตามหลักสิทธิมนุษยชนทั้งในระดับชาติและระดับระหว่างประเทศ หน้าที่หลักขององค์กรนี้ คือ การให้การศึกษาและความรู้แก่ประชาชนเพื่อสร้างความตระหนักถึงสิทธิมนุษยชน พิจารณาคำร้องทุกข์เรื่องการเลือกปฏิบัติทางเพศ หรือคำร้องทุกข์เรื่องการละเมิดสิทธิมนุษยชน ภายใต้กฎหมายระดับสหพันธรัฐ พัฒนานโยบายและกฎหมาย ให้ความรู้ด้านสิทธิมนุษยชนแก่โรงเรียน สถานที่ทำงาน และชุมชนให้คำปรึกษาด้านกฎหมายเพื่อประกอบการพิจารณาตัดสินคดีของศาลในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับหลักสิทธิมนุษยชน รวมทั้ง การทำวิจัยเรื่องสิทธิมนุษยชนและการเลือกปฏิบัติ⁷⁶ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งออสเตรเลียจึงสามารถเป็นสื่อกลางที่จะทำให้ประชาชนสามารถเข้าถึงได้โดยง่ายและสามารถส่งเสริมและป้องกันการถูกคุกคามทางเพศได้อย่างรวดเร็วและมีประสิทธิภาพ

⁷⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 350.

⁷⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 352.

⁷⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 357.

3.1.1.2 หลักเกณฑ์ทางกฎหมายที่เกี่ยวกับการคุกคามทางเพศ

จากบทบัญญัติแห่งกฎหมายคุ้มครองการเลือกปฏิบัติ (Sex Discrimination Act 1984) มาตรา 28A(1)⁷⁷ ได้บัญญัติการคุกคามทางเพศไว้โดยเฉพาะ และได้ให้คำนิยามของการคุกคามทางเพศไว้ว่า “การคุกคามทางเพศ คือ การกระทำอันไม่พึงปรารถนาทางเพศ การร้องขอที่ไม่พึงปรารถนาเพื่อความต้องการทางเพศต่อผู้ถูกคุกคาม หรือการกระทำอื่นที่ไม่พึงปรารถนาอันเกี่ยวกับเรื่องทางเพศที่เกี่ยวข้องกับผู้ถูกคุกคาม ซึ่งในสถานการณ์นั้นๆ บุคคลทั่วไปอาจคาดหมายได้ว่าเป็นการคุกคามผู้ถูกกระทำทำให้ผู้ถูกกระทำขายหน้าเสียเกียรติ หรือทำให้ผู้ถูกกระทำกลัว”⁷⁸

ยกตัวอย่างเช่น การสัมผัสที่ไม่น่าพึงใจ การกอด การจูบ การจ้องมองหรือชายตามองอย่างเสนาหา การวิจารณ์หรือเรื่องขบขันที่เป็นเรื่องอนาจาร การแสดงรูปภาพ รูปภาพใน Screen Savers หรือรูปโปสเตอร์ที่อนาจารทางเพศ หรือของขวัญที่เกี่ยวข้องกับเรื่องทางเพศอย่างชัดเจน การสัมผัสทางกายที่ไม่เหมาะสม การเชื้อเชิญให้ไปเที่ยวด้วยหรือการชวนออกเดทที่ผู้ถูกคุกคามไม่ต้องการจะไปด้วย การข่มขืนเพศสัมพันธ์ คำถามที่ไปก้าวล่วงเรื่องส่วนตัวหรือรูปร่างของผู้ถูกคุกคาม ความสนทนารบกวนใจเป็นประจำ การดูถูก หรือการใช้วาจาหยาบคายทางเพศ การส่งข้อความ SMS อีเมล หรือการส่งข้อความทาง Social Network เกี่ยวกับเรื่องที่ไม่เหมาะสมทางเพศ รวมทั้งการเฝ้าติดตาม การพยายามข่มขืนกระทำชำเราหรือการล่วงเกินทางเพศ เป็นต้น

และในบทบัญญัติแห่งกฎหมายคุ้มครองการเลือกปฏิบัติ (Sex Discrimination Act 1984) มาตรา 28A (1A)(a)⁷⁹ ยังได้บัญญัติรับรองว่าการกระทำอันเป็นการคุกคามทางเพศตาม

⁷⁷ 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 favours, 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.

⁷⁸ เจนวิทย์ นวลแสง ภัทราภรณ์ เกษตรสารและอชิรญา ภู่งงกร, *เรื่องเดิม*, หน้า 352.

⁷⁹ 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;

บทบัญญัตินี้ “ไม่จำกัด เพศ อายุ รูปร่าง เพศสภาพ สถานะของบุคคลไม่ว่าจะสมรสแล้วหรือโสด ความเชื่อทางศาสนา เชื้อชาติ สีผิว สัญชาติหรือชาติกำเนิดของผู้ถูกระทำความสัมพันธ์ระหว่างผู้ถูกระทำกับผู้กระทำผิด” หรือหากผู้ถูกระทำเป็นผู้พิการก็เป็นผู้ถูกระทำได้”⁸⁰ ดังนั้น บุคคลทุกคนย่อมได้รับความคุ้มครองอย่างเท่าเทียมกันตามกฎหมายว่าด้วยการคุกคามทางเพศ ที่อาจเกิดขึ้น ณ สถานที่ใดก็ได้ไม่ว่าจะเป็นในสถานที่ทำงาน สถานศึกษา ร้านอาหาร หรือสถานที่อื่นใด

กฎหมายคุ้มครองการเลือกปฏิบัติ (Sex Discrimination Act 1984) ยังได้บัญญัติประเภทของการคุกคามทางเพศที่อาจเกิดขึ้นในสถานที่ต่าง ๆ ว่าเป็นความผิดตามกฎหมาย ตามมาตรา 28A(1A)(b) แห่งบทบัญญัตินี้ดังกล่าวได้กล่าวถึงการคุกคามทางเพศตามการจ้างแรงงานระหว่างนายจ้างกับลูกจ้างหรือบุคคลผู้จะมาเป็นลูกจ้างหรือหุ้นส่วนหรือการคุกคามทางเพศระหว่างลูกจ้างด้วยกันเอง หรือการจ้างงานตามสัญญาจ้างทำของ โดยสถานที่ทำงานนั้นรวมถึงสถานที่ทำงานบนเรือ เครื่องบิน หรือยานพาหนะด้วย หรือตามมาตรา 28A(1A)(c) กล่าวถึงการคุกคามทางเพศที่มีความทุพพลภาพ ผู้ที่มีความบกพร่องทางร่างกายหรือจิตใจ หรือตามมาตรา 28A(1A)(d) กล่าวถึงความผิดซึ่งเป็นการคุกคามทางเพศในองค์กรที่ได้รับการจดทะเบียน รวมถึงการกระทำของสมาชิกในองค์กรนั้นและบุคคลผู้ที่จะมาเป็นสมาชิกในองค์กรในอนาคตด้วย⁸¹ ซึ่งการบัญญัติรายละเอียดของประเภทของการคุกคามทางเพศที่อาจเกิดขึ้น ณ สถานที่ใดนี้ทำให้กฎหมายมีความครอบคลุมและง่ายต่อการตีความอีกด้วย

ยกตัวอย่างกรณีศึกษาที่น่าสนใจ คือ คดี Horne v. Press Clough Joint Venture (1994) EOC 92-556 ผู้เสียหายเป็นผู้หญิงสองคนที่ต้องทำงานในสถานที่ทำงานเดียวกันกับพนักงานผู้ชายจำนวนมากถึง 600 คน ผู้เสียหายมีหน้าที่ทำความสะอาดที่ทำงานและห้องทำงานซึ่งมีรูปภาพโปสเตอร์เป็นภาพหญิงเปลือยกายแสดงอยู่ ซึ่งแม้ว่าผู้เสียหายจะไม่ต้องการให้มีรูปดังกล่าวอยู่ในที่ทำงานแต่ผู้เสียหายก็ต้องทนกับสภาพนั้น วันหนึ่งขณะผู้เสียหายทั้งสองกำลังทำความสะอาดอยู่ ผู้เสียหายก็พบว่ามีการนำภาพนางแบบโป้เปลือยกายติดไว้ในที่ที่เห็นได้ชัดเจน ผู้เสียหายจึงได้ร้องเรียนแต่หลังจากนั้นผู้เสียหายกลับถูกคุกคามมากยิ่งขึ้นโดยภาพโป้เปลือยอนาจารมีให้เห็นเด่นชัดมากขึ้นเป็นภาพที่อนาจารมากขึ้นและติดไว้เต็มทั้งห้อง ผู้เสียหายไม่ได้รับการช่วยเหลือจากสหภาพแรงงานของบริษัท แต่ยังคงถูกคุกคามมากยิ่งขึ้นและได้รับคำเตือนว่าห้ามทำตัวเป็นคนสร้างปัญหา นอกจากนี้ผู้เสียหายต้องป้องกันตัวเองจากการถูกคุกคาม โดยต้องขังตัวเองอยู่ในห้องเก็บของเพื่อความปลอดภัยด้วย ผู้เสียหายจึงลาออกและฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากบริษัท ท้ายที่สุดผู้เสียหายชนะคดี นายจ้างและสหภาพแรงงานต้องชำระเงินค่าเสียหายทั้งสิ้น 92,000 เหรียญออสเตรเลีย⁸²

กรณีคดีเรื่องการคุกคามทางเพศที่ผู้เสียหายเป็นเพศชาย คดี Lulham v. Shanahan, Watkins Steel and Ors (2003) ผู้เสียหายเป็นพนักงานฝึกงานเพศชายกล่าวอ้างว่า ได้รับการ

(c) Any disability of the person harassed;

(d) Any other relevant circumstance.

⁸⁰ เจนวิทย์ นวลแสง, ภัทราภรณ์ เกษตรสาร และอชิรญา ภูพงศกร, *เรื่องเดิม*, หน้า 353.

⁸¹ *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 353.

⁸² *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 354-355.

คุกคามทางเพศจากเพื่อนพนักงานเพศชายด้วยกัน โดยเพื่อนพนักงานได้สอบถามผู้เสียหายถึงความรสนิยมทางเพศของผู้เสียหาย และอ้างว่าผู้เสียหายชอบร่วมเพศกับเด็ก อีกทั้ง ยังได้นำเรื่องนี้ไปบอกให้พนักงานคนอื่นว่าผู้เสียหายมีเพศสัมพันธ์กับเด็กผู้ชายเป็นประจำและมักไปบาร์เกย์เป็นประจำ ผู้เสียหายยังอ้างว่าเพื่อนพนักงานเคยจับผู้เสียหายนอนคว่ำและกระทำทางในลักษณะการร่วมเพศ คดีนี้ศาลตัดสินให้ผู้เสียหายชนะคดีเนื่องจากการกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำที่ก่อให้เกิดการคุกคามทางเพศและศาลมีคำสั่งให้นายจ้างชำระเงินเป็นค่าสินไหมทดแทนความเสียหายจำนวน 26,000 เหรียญออสเตรเลีย⁸³

แม้ผู้กระทำความผิดจะเป็นผู้หญิงและผู้เสียหายเป็นผู้ชายก็เป็นการคุกคามทางเพศได้ ดังเช่น กรณีที่ผู้เสียหายเป็นพนักงานชายถูกคุกคามทางเพศโดยพนักงานหญิง ซึ่งเป็นผู้ส่งข้อความและอีเมลลามกอนาจารให้แก่ผู้เสียหายผู้เสียหายกล่าวว่า หลังจากที่เขาร้องเรียนเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นนี้เพื่อนๆ พนักงานต่างปลื้มหัวออกห่างจากผู้เสียหายและผู้เสียหายถูกเลิกจ้าง คดีนี้สิ้นสุดที่คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งออสเตรเลีย (Australian Human Rights Commission) โดยนายจ้างได้ทำข้อตกลงกับผู้เสียหาย ยอมทำคำขอโทษเป็นลายลักษณ์อักษรและชำระค่าสินไหมทดแทนเป็นจำนวน 8,500 เหรียญออสเตรเลีย⁸⁴

จะเห็นได้ว่าไม่ใช่เพียงผู้ชายเท่านั้นที่เป็นผู้กระทำการคุกคามทางเพศ ผู้หญิงก็เป็นผู้กระทำความผิดได้ และผู้เสียหายก็เช่นเดียวกัน ดังนั้น การคุกคามทางเพศสามารถเกิดขึ้นได้กับบุคคลทุกเพศ

นอกจากนั้น เมื่อผู้เสียหายได้รับความเสียหายอันเนื่องมาจากการคุกคามทางเพศ ผู้เสียหายอาจร้องทุกข์ไปยังคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งออสเตรเลีย (Australian Human Rights Commission) ได้ตามกฎหมายคุ้มครองการเลือกปฏิบัติ (Sex Discrimination Act 1984) การร้องทุกข์นั้นไม่ต้องเสียค่าใช้จ่ายใด ๆ และยังมีหลายช่องทางที่ผู้เสียหายจะสามารถร้องทุกข์ได้ เช่น ทางโทรศัพท์ อีเมล การอัดเสียง ตลอดจนมีอักษรเบลล์สำหรับผู้พิการทางสายตา ซึ่งคำร้องทุกข์อาจเขียนเป็นภาษาใดก็ได้ไม่เพียงแต่ผู้เสียหายเท่านั้นที่สามารถร้องทุกข์ได้ ผู้เห็นเหตุการณ์สามารถร้องทุกข์หรือชี้เบาะแสดได้ด้วย ในออสเตรเลียผู้เห็นเหตุการณ์มีความสำคัญ คือ เป็นส่วนช่วยลดความเสียหายจากการคุกคามทางเพศและทำให้มั่นใจได้ว่าผู้เสียหายอาจจะต้องทนกับการคุกคามทางเพศ

ในส่วนของขั้นตอนการดำเนินคดีเรื่องการคุกคามทางเพศนั้น เมื่อคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งออสเตรเลียได้รับคำร้องทุกข์แล้ว คณะกรรมการดังกล่าวจะพิจารณาคำร้องทุกข์และดำเนินการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท เนื่องจากคณะกรรมการ ไม่ใช่ศาลจึงไม่สามารถตัดสินคดีได้ แต่คณะกรรมการ จะเรียกคู่กรณีทั้งสองฝ่ายมาเจรจาไกล่เกลี่ยกันเพื่อหาข้อยุติ โดยคณะกรรมการ จะส่งสำเนาคำร้องทุกข์ให้แก่ผู้ถูกกล่าวหาเพื่อให้ความยุติธรรมแก่คู่กรณีทั้งสองฝ่าย ซึ่งในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทนี้ทางคณะกรรมการ อาจเรียกผู้เสียหายและผู้ถูกกล่าวหาเข้าร่วมในกระบวนการไกล่เกลี่ยก็ได้ ในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทผู้เสียหายและผู้ถูกกล่าวหาไม่จำเป็นต้องมีทนายความเป็นผู้จัดทำ

⁸³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 355.

⁸⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 356.

คำร้องทุกข์หรือคำให้การแก้คำร้องทุกข์ส่วนใหญ่คดีเรื่องการคุกคามทางเพศจะเริ่มต้นที่การไล่เลี่ยข้อพิพาทก่อน ซึ่งการกระบวนการนี้จะมีผู้ไล่เลี่ยข้อพิพาทเป็นคนกลาง ผู้ไล่เลี่ยข้อพิพาทจะให้ข้อมูลทางด้านข้อกฎหมายและการตีความกฎหมาย แต่ไม่ได้ตัดสินว่าฝ่ายใดผิดหรือฝ่ายใดถูก ผู้ไล่เลี่ยข้อพิพาทจะช่วยให้การไล่เลี่ยเป็นไปด้วยความยุติธรรมและคู่กรณีสามารถตกลงเจรจากันได้อย่างเป็นธรรมการไล่เลี่ยนี้เป็นความลับ ในกรณีที่คดีไม่อาจยุติที่ชั้นของคณะกรรมการ ฯ หากมีการฟ้องคดีต่อศาลคณะกรรมการฯจะไม่สามารถนำเอกสารหรือข้อมูลที่ใช้ในการไล่เลี่ยข้อพิพาทไปใช้ในชั้นศาลได้⁸⁵

ในส่วนความผิดทางอาญานั้นตามประมวลกฎหมายอาญาของออสเตรเลีย การกระทำที่เป็นการคุกคามบางประเภทถือว่าเป็นความผิดอาญา (Sexual Harassment a Code in Practice) อันได้แก่ การล่วงลามทางกายหรือการล่วงเกินทางกาย การแสดงลามกอนาจาร การล่วงเกินทางเพศหรือการข่มขืน การเฝ้าติดตาม การสื่อสารที่ลามกอนาจาร เช่น การสื่อสารทางโทรศัพท์ จดหมายหรือสื่ออื่น ๆ ในประเทศออสเตรเลียได้คุ้มครองสิทธิของผู้เสียหายในคดีส่วนอาญาด้วย กล่าวคือหากผู้ต้องสงสัยว่ากระทำความผิดอันเป็นการคุกคามทางเพศ เป็นนายจ้างผู้เสียหายควรจะต้องแจ้งความร้องทุกข์กับพนักงานตำรวจและควรได้รับความช่วยเหลือสนับสนุนที่จำเป็น

3.1.1.3 การกำหนดโทษสำหรับความผิดเกี่ยวกับการคุกคามทางเพศ

ในคดีอาญานั้น ผู้กระทำความผิดอาจถูกดำเนินคดีได้ถ้าหากจำเลยเป็นผู้กระทำความผิดจริงต้องได้รับโทษปรับหรือจำคุก และในคดีแพ่งผู้เสียหายสามารถฟ้องคดีได้เอง ซึ่งหากผู้เสียหายชนะคดีก็จะได้รับการเยียวยาความเสียหาย แต่อย่างไรก็ดี การพิจารณาคดีทางอาญาจะยากกว่าทางแพ่ง เนื่องจากในขั้นตอนกระบวนการพิจารณานั้นผู้เสียหายจะต้องพิสูจน์ว่าจำเลยเป็นผู้กระทำความผิดโดยปราศจากข้อสงสัยใด ๆ แต่หากเป็นคดีแพ่ง ผู้เสียหายพิสูจน์แต่เพียงว่าค่าเสียหายนั้นพอสมควรกับความเสียหายที่ผู้เสียหายควรจะได้รับหรือไม่

ในส่วนค่าสินไหมทดแทนสำหรับความเสียหายเมื่อเกิดการกระทำคุกคามทางเพศขึ้นนั้นกฎหมายคุ้มครองการเลือกปฏิบัติ Sex Discrimination Act 1984 ได้กำหนดให้ผู้เสียหายสามารถเรียกค่าเสียหายได้เป็นตัวเงิน ซึ่งจำนวนเงินนี้อาจมีการตกลงกันระหว่างผู้เสียหายกับผู้ถูกกล่าวหาเป็นจำนวนเงินสุดท้ายที่ผู้เสียหายจะได้รับก็ได้ หากคู่กรณีทั้งสองสามารถเจรจาระงับข้อพิพาทได้และผู้ถูกกล่าวหายินยอมชำระเงินค่าสินไหมทดแทนตามจำนวนที่ตกลงกัน คดีก็ถือเป็นอันยุติ

อย่างไรก็ตาม หากกรณีที่ยื่นเรื่องไปยังคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งออสเตรเลีย (Australian Human Rights Commission) แต่ไม่สามารถไล่เลี่ยกันได้และคณะกรรมการฯได้พิจารณาแล้วเห็นว่าไม่สามารถยุติข้อพิพาทได้ คำร้องทุกข์ก็ถือเป็นอันสิ้นสุด ผู้เสียหายมีทางเลือกที่จะฟ้องคดีต่อศาล ระดับสหพันธรัฐออสเตรเลียเพื่อให้ศาลพิจารณาคดีก็ได้ แต่ผู้เสียหายควรฟ้องคดีต่อศาลภายใน 60 วันนับแต่วันที่คำร้องทุกข์นั้นสิ้นสุด⁸⁶

กล่าวโดยสรุปเรื่องการคุกคามทางเพศในประเทศออสเตรเลียเป็นกรณีที่ผู้กระทำความผิดสามารถเป็นได้ทั้งเพศหญิงและเพศชาย ส่วนผู้เสียหายก็สามารถเป็นเพศใดก็ได้เช่นกัน

⁸⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 357.

⁸⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 357.

นอกจากนี้ การคุกคามทางเพศเป็นสิ่งที่อาจเกิดขึ้นได้ในทุก ๆ สถานที่ ทั้งในสถานที่ทำงาน สถานศึกษา องค์กรของรัฐ ร้านอาหาร หรือร้านขายสินค้า ฯลฯ โดยกฎหมายของประเทศออสเตรเลีย ก็ได้บัญญัติคุ้มครองผู้เสียหายไว้อย่างไม่จำกัดเพศ เชื้อชาติ อายุ หรือแม้แต่ความพิการของผู้เสียหาย บุคคลทุกคนต่างได้รับความคุ้มครองอย่างเท่าเทียมกัน อีกทั้ง กฎหมายที่บัญญัติเรื่องการคุกคามทางเพศก็เป็นกฎหมายระดับสหพันธรัฐทั้งสิ้น จึงมั่นใจได้ว่าผู้เสียหายนั้นได้รับความคุ้มครองอย่างเต็มที่ ยิ่งไปกว่านั้น ยังมีคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งออสเตรเลียเป็นผู้รับคำร้องทุกข์ และเป็นผู้ไกล่เกลี่ยเพื่อให้คดีเสร็จโดยยุติธรรมและผู้เสียหายได้รับการแก้ไขปัญหาและเยียวยาได้อย่างทันท่วงที

3.2 พิจารณาตามระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Civil Law)

ระบบกฎหมายกฎหมายที่บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร ในลักษณะระบบประมวลกฎหมาย และไม่ได้ดัดสันตามแนวคำพิพากษาของศาล ระบบกฎหมายดังกล่าวจึงได้ยึดถือฝ่ายนิติบัญญัติเป็น บ่อเกิดหลักของกฎหมาย และระบบศาลมักจะใช้วิธีพิจารณาโดยระบบไต่สวน และศาลจะไม่ผูกพันตามคำพิพากษาในคดีก่อน ๆ ซึ่งประเทศไทยเป็นประเทศที่ใช้กฎหมายระบบลายลักษณ์อักษร ดังนั้น จึงสมควรที่จะศึกษาแนวทางในการบัญญัติกฎหมายตามระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษรของต่างประเทศที่กำหนดให้การคุกคามทางเพศเป็นความผิดทางอาญาและหาแนวทางในการกำหนด บทลงโทษที่เหมาะสม ตลอดจนมาตรการต่าง ๆ ในการคุ้มครองผู้เสียหายที่ได้รับผลกระทบจากการคุกคามทางเพศ ดังนี้

3.2.1 ประเทศฝรั่งเศส

3.2.1.1 แนวความคิดของกฎหมายคุกคามทางเพศ

ประเทศฝรั่งเศสได้เริ่มต้นบัญญัติความผิดฐานคุกคามทางเพศ (Le Harcèlement Sexuel) ไว้ในประมวลกฎหมายอาญา (Code pénal) เมื่อปี ค.ศ.1992 ต่อมาสหภาพฝรั่งเศสได้ประกาศ รัฐธรรมนูญใหม่ในวันที่ 6 สิงหาคม ค.ศ.2012 โดยบัญญัติให้ความผิดฐานคุกคามทางเพศอยู่ใน มาตรา 222-33 แห่งประมวลกฎหมายอาญา⁸⁷ โดยถือว่าการคุกคามทางเพศเป็นการก่ออาชญากรรม ต่อบุคคล และเป็นการละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์

⁸⁷ Penal Code, article 222-33

I. - Sexual harassment is imposing on a person, repeatedly, words or behavior with sexual connotations that either violate their dignity because of their degrading or humiliating character, or create a situation against him intimidating, hostile or offensive.

II. - Is likened to sexual harassment does, not even repeated use of any form of serious pressure in the real or apparent purpose of obtaining an act of a sexual nature, that it is sought the benefit of the author of facts or benefit of a third party.

ซึ่งปัญหาการคุกคามทางเพศในประเทศฝรั่งเศส หมายถึง การใช้อำนาจหน้าที่โดยมิชอบในทางเพศ โดยแบ่งได้ 2 รูปแบบ คือ⁸⁸

1) การเชิญชวนในทางเพศโดยให้คำมั่นว่าจะให้สิทธิประโยชน์ในรูปแบบต่าง ๆ ไม่ว่าจะโดยทางตรงหรือมีนัยแอบแฝง

2) การข่มขู่ บังคับ กีดกันทางจิตใจในรูปแบบต่าง ๆ หากผู้ถูกระทำไม่ยินยอมให้ในทางเพศ ซึ่งการคุกคามทางเพศอาจก่อให้เกิดผลที่ร้ายแรงต่อเหยื่อผู้ถูกระทำ ไม่ว่าจะเป็นผลกระทบต่ออาชีพ หน้าที่การงาน เจ็บป่วยในการทำงาน ตลอดจนสุขภาพกายและจิตใจ ซึ่งกรณีการคุกคามทางเพศนี้เหยื่อผู้ถูกระทำอาจเป็นเพศใดก็ได้ ไม่ว่าจะเป็นเพศหญิงหรือเพศชาย แต่ในแง่ของสถิติพบว่าปัญหาดังกล่าว ผู้หญิงจะเป็นฝ่ายผู้ถูกระทำมากกว่าผู้ชาย

3.2.1.2 หลักเกณฑ์ทางกฎหมายที่เกี่ยวกับการคุกคามทางเพศ

ความผิดเกี่ยวกับการคุกคามทางเพศของประเทศฝรั่งเศสได้บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา (Code pénal) ตอน 3 ว่าด้วยการคุกคามทางเพศ (Le Harcèlement Sexuel) ซึ่ง

III. - The particulars I and II are punishable by two year imprisonment and € 30,000 fine.

These penalties are increased to three years imprisonment and a € 45,000 fine when the acts are committed:

- 1 For a person abusing the authority conferred by his functions;
- 2 ° against a minor under fifteen years;
- 3 ° against a person whose particular vulnerability, due to age, illness, infirmity, to a physical or mental disability or to pregnancy, is apparent or known to the perpetrator;
- 4 ° against a person whose particular vulnerability or dependency due to its precarious economic or social situation is apparent or known to the perpetrator;
5. For more persons acting as perpetrators or accomplices.

⁸⁸ พินศิริ นามสีฐาน, *เรื่องเดิม*, หน้า 73.

เป็นการกระทำอันเป็นการข่มเหงหรือรังแกผู้อื่น เพื่อความสุขทางเพศของตน ตามมาตรา 222-33⁸⁹ โดยบัญญัติไว้ว่า⁹⁰

I. - การคุกคามทางเพศที่เป็นการกระทำอันเป็นการรุกรานบุคคลอื่น โดยการใช้คำสั้ การข่มขู่ หรือการบีบบังคับ เพื่อจูงใจให้เข้ามาซึ่งประโยชน์ใด ๆ ในทางเพศ

II. - การคุกคามทางเพศไม่จำเป็นต้องมีลักษณะรูปแบบเดิมซ้ำ ๆ กันหลายครั้ง แม้กระทำเพียงครั้งเดียว ก็ถือเป็นความผิด โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้ได้รับผลประโยชน์ทางเพศของตนหรือบุคคลที่สาม

ซึ่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการคุกคามทางเพศยังครอบคลุมถึงการเลือกปฏิบัติ ตามมาตรา 225-1-1⁹¹ แห่งประมวลกฎหมายอาญา นอกจากนั้นตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการคุกคามทางเพศนี้จะรวมถึงในสถานที่ทำงาน ตามประมวลกฎหมายแรงงาน ซึ่งได้บัญญัติเกี่ยวกับความผิดฐานคุกคามทางเพศไว้ในส่วนที่ 6 ของหมวด 2 บท 2 ของบรรพ 1 แห่งประมวลกฎหมายแรงงาน โดยเป็นการบัญญัติคุ้มครองลูกจ้างผู้ถูกระทำการคุกคามทางเพศ ผู้ที่เป็นพยานหรือเปิดเผยการกระทำดังกล่าว มิให้ถูกลงโทษหรือให้ออกจากงาน ตามมาตรา L. 122-46 ซึ่งการคุ้มครองดังกล่าวมีผลไปถึงบุคคลที่เป็นข้าราชการด้วย⁹²

⁸⁹ Le Code Pénal, article 222-33,

I. - Sexual harassment is imposing on a person, repeatedly, words or behavior with sexual connotations that either violate their dignity because of their degrading or humiliating character, or create a situation against him intimidating, hostile or offensive.

II. - Is likened to sexual harassment does, not even repeated use of any form of serious pressure in the real or apparent purpose of obtaining an act of a sexual nature, that it is sought the benefit of the author of facts or benefit of a third party.

⁹⁰ พินศิริ นามสีฐาน, *เรื่องเดิม*, หน้า 74.

⁹¹ Article 225-1-1 of the Penal Code states: "Discrimination comprises any distinction between people because they have suffered or refused to submit to acts of sexual harassment as defined in Article 222-33 or testified such facts, including, in the case I mentioned in the same article, if the words or behavior were not repeated.

⁹² พินศิริ นามสีฐาน, *เรื่องเดิม*, หน้า 75.

3.2.1.3 การกำหนดโทษสำหรับความผิดเกี่ยวกับการคุกคามทางเพศ

อัตราโทษที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศสนั้น มีความสัมพันธ์กับการแบ่งประเภทความผิดอย่างชัดเจน ประเทศฝรั่งเศสเป็นประเทศที่มีการแบ่งประเภทความผิดอาญาไว้อย่างมีลักษณะและเป็นระบบ เรียกว่า การแบ่งประเภทความผิดแบบไตรภาค (Tripartite Classification) โดยแบ่งประเภทความผิดออกเป็นกลุ่ม 3 กลุ่มใหญ่ด้วยกัน ต่างกับระบบการแบ่งประเภทความผิดของประเทศส่วนใหญ่ที่แบ่งประเภทความผิดแบบทวิภาค (Bipartite Classification)

ประเภทความผิดที่ประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศสแบ่งออกเป็นไตรภาค มีดังนี้⁹³

1) ความผิดอาญาโทษ (Les crimes) ซึ่งถือเป็นโทษขั้นสูงสุดในประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศส กล่าวคือ เป็นโทษจำคุกตลอดชีวิตหรือกักขังตลอดชีวิต

2) ความผิดมิชฌิมโทษ (Les délits) เป็นโทษที่สะท้อนถึงการผสมผสานและความหลากหลายของแนวคิดและทฤษฎีการลงโทษ ทั้งทฤษฎีข่มขู่ หรือยับยั้งการกระทำความผิด (Deterrence) การฟื้นฟูแก้ไข (Rehabilitation) และการกลับคืนเข้าสู่สังคม (Reintegration) ของผู้กระทำความผิด กล่าวคือ โทษจำคุก โทษปรับ โทษปรับรายวัน โทษการทำงานบริการสาธารณะ โทษห้ามหรือจำกัดสิทธิ

3) ความผิดลหุโทษ (Les contraventions) เป็นโทษที่กำหนดขึ้นมาโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อรักษาความมีวินัยของส่วนรวม หรือเพื่อสนับสนุนการปราบปรามที่รวดเร็วที่สุด และรักษาความมั่นคงของการบริหารราชการที่ดีของประเทศ หากผู้ใดฝ่าฝืนจะถูกลงโทษในสถานเบา

คุณลักษณะของการแบ่งประเภทความผิดอาญาในประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศส นอกจากจะทำให้จัดกลุ่มประเภทความผิดตามความร้ายแรงของโทษอย่างเป็นระบบแล้วยังมีความสัมพันธ์อย่างสอดคล้องกับการดำเนินวิธีพิจารณาคดีของเจ้าหน้าที่ในกระบวนการยุติธรรมอาญา ตั้งแต่ชั้นเจ้าหน้าที่ ตำรวจ พนักงานสอบสวน พนักงานอัยการและศาล⁹⁴

ประเทศฝรั่งเศสได้มีการกำหนดมาตรการต่าง ๆ เพื่อใช้บังคับกับผู้กระทำความผิดฐานคุกคามทางเพศ ทั้งนี้ ก็เพื่อเป็นการป้องปรามมิให้เกิดความผิดนั้นเกิดขึ้นซึ่งมาตรการดังกล่าวได้แก่⁹⁵

โทษทางอาญา โดยกำหนดว่าผู้ใดกระทำความผิดฐานคุกคามทางเพศ อาจถูกฟ้องเป็นคดีอาญาได้ตาม มาตรา 222-33⁹⁶ แห่งประมวลกฎหมายอาญาของประเทศฝรั่งเศส Le Harcèlement Sexuel บัญญัติไว้ว่า

⁹³ อุทัย อาทิวะช, โทษในกฎหมายอาญาฝรั่งเศส, คำนวณวันที่ 26 สิงหาคม 2559 จาก http://www.humanrights.go.th/files/penalty_criminal_law_in_France.pdf

⁹⁴ เรื่องเดียวกัน.

⁹⁵ พินิติ นามสีฐาน, เรื่องเดิม, หน้า 77.

⁹⁶ Le Harcèlement Sexuel, Article 222-33 III. - The particulars I and II are punishable by two year imprisonment and € 30,000 fine.

These penalties are increased to three years imprisonment and a € 45,000 fine when the acts are committed:

III. – ความผิดตาม I และ II มีโทษถึงจำคุกสองปี และปรับ 30,000 €

บทลงโทษเหล่านี้จะเพิ่มขึ้นเป็นจำคุกสามปีและปรับ 45,000 € เมื่อการกระทำ ดังนี้

- 1) กระทำการคุกคามทางเพศโดยใช้อำนาจในตำแหน่งหน้าที่ที่ตนดำรงอยู่
- 2) กระทำการคุกคามทางเพศโดยกระทำกับผู้เยาว์อายุต่ำกว่าสิบห้าปี
- 3) กระทำการคุกคามทางเพศโดยกระทำกับบุคคลที่มีความเปราะบาง โดยเฉพาะอย่างยิ่งเนื่องจากอายุการเจ็บป่วย ทุพพลภาพ ความพิการทางร่างกายหรือจิตใจหรือการตั้งครรรภ์ ซึ่งผู้กระทำได้รู้หรือควรจะรู้ในการกระทำความผิดนั้น ๆ
- 4) กระทำการคุกคามทางเพศโดยกระทำกับบุคคลที่มีสถานะเป็นเพื่อน ร่วมงาน หรือการพึ่งพาอาศัยกันโดยเฉพาะอย่างยิ่งเป็นผลมาจากสถานการณ์ทางเศรษฐกิจหรือสังคม ซึ่งผู้กระทำได้รู้หรือควรจะรู้ในการกระทำความผิดนั้น ๆ
- 5) กระทำการคุกคามทางเพศโดยบุคคลหลายคน โดยมีลักษณะเป็นการร่วมกันกระทำความผิดหรือสมรู้ร่วมคิด

กล่าวคือ การคุกคามทางเพศในประเทศฝรั่งเศสนั้นถือว่าเป็นความผิดมีขมิ้มโทษ (L'échelle de l'amende) ทั้งนี้ เพื่อสนองความหลากหลายของวัตถุประสงค์ในการลงโทษและให้สอดคล้องและได้สัดส่วนกับพฤติกรรมของผู้กระทำความผิดซึ่งมีภูมิหลังแตกต่างกัน

กล่าวโดยสรุปคือการกระทำการคุกคามทางเพศในประเทศฝรั่งเศสนั้นถือเป็นความผิดทางอาญา ซึ่งเป็นกระทำความผิดอันเป็นการรบกวนหรือรังแกผู้อื่น เพื่อความสุขทางเพศของตน โดยถือว่าการคุกคามทางเพศเป็นการก่ออาชญากรรมต่อบุคคล และเป็นการละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ อีกทั้ง ยังได้มีการกำหนดบทลงโทษทั้งจำและปรับตามความเหมาะสมร้ายแรงของกรณีอีกด้วย

-
- 1 For a person abusing the authority conferred by his functions;
 - 2 ° against a minor under fifteen years;
 - 3 ° against a person whose particular vulnerability, due to age, illness, infirmity, to a physical or mental disability or to pregnancy, is apparent or known to the perpetrator;
 - 4 ° against a person whose particular vulnerability or dependency due to its precarious economic or social situation is apparent or known to the perpetrator;
 5. For more persons acting as perpetrators or accomplices.,

3.2.2 ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี (Federal Republic of Germany)

3.2.2.1 แนวความคิดของกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการคุกคามทางเพศ⁹⁷

สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี (Federal Republic of Germany) เป็นประเทศที่มีการปกครองแบบสหพันธ์สาธารณรัฐแบบมีรัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นการรวมตัวกันของรัฐทั้งหมด 16 รัฐ ทำให้มีกฎหมายทั้งระดับสหพันธ์สาธารณรัฐซึ่งเป็นกฎหมายกลางและกฎหมายของรัฐแต่ละรัฐใช้บังคับภายในประเทศประกอบกับสหพันธ์รัฐเยอรมนีเป็นหนึ่งในสมาชิกผู้ก่อตั้งสหภาพยุโรป (European Union: EU) ซึ่งเป็นกลุ่มประเทศที่มีบทบาทสำคัญอย่างยิ่งในการสร้างกระแสและทิศทางการเมือง ความมั่นคง เศรษฐกิจและสังคมในระดับโลก รวมทั้งสร้างคำสั่งอย่างเป็นทางการ (Directive) ซึ่งเป็นเครื่องมือทางกฎหมายประเภทหนึ่งที่ใช้บังคับในกลุ่มประเทศสหภาพยุโรป อันมีฐานะเป็นกฎหมายลำดับรอง (Secondary Law) กลุ่มประเทศสหภาพยุโรปได้ออกข้อกำหนด (Directive) ขึ้นมาบังคับใช้เพื่อให้สอดคล้องกับนโยบายทางการเมืองและเศรษฐกิจของตนเอง ดังนั้นสหพันธ์รัฐเยอรมนีในฐานะสมาชิกของกลุ่มประเทศสหภาพยุโรปจึงต้องนำข้อกำหนด (Directive) ดังกล่าวไปสร้างเป็นกฎหมายใหม่หรือเปลี่ยนแปลงเพื่อปรับใช้กับกฎหมายเก่าที่มีอยู่⁹⁸ ทั้งนี้ เพื่อให้เกิดความสอดคล้องของกฎหมายภายในที่บังคับใช้ในกลุ่มประเทศสหภาพยุโรปด้วยกัน

สหภาพยุโรปได้ให้ความสำคัญกับการแก้ไขปัญหาการคุกคามทางเพศที่เกิดขึ้น โดยได้สร้างกฎบัตรสิทธิขั้นพื้นฐานของสหภาพยุโรป (Charter of Fundamental Rights of European Union)⁹⁹ และประกาศข้อบังคับของสหภาพยุโรป EU Directive 2006/54/EC ซึ่งเป็นข้อกำหนด (Directive) ที่พัฒนามาจาก EU Directive 2002/73/EC เพื่อรับรอง “ความเท่าเทียมกันระหว่างชายและหญิง (Equality between Men and Women)” ซึ่งใช้เป็นหลักพื้นฐานของกฎหมายในประเทศสมาชิกสหภาพยุโรป รวมทั้งสหพันธ์รัฐเยอรมนีด้วย จากกฎบัตรสิทธิขั้นพื้นฐานของสหภาพยุโรปและข้อกำหนดดังกล่าวข้างต้น ประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปจะต้องสร้างกฎหมายใหม่หรือปรับปรุงแก้ไขกฎหมายเก่าภายในประเทศ โดยมีวัตถุประสงค์ในการยับยั้งการกีดกันหรือการแบ่งแยกทางเพศ (Prohibition of Discrimination) และปกป้องสิทธิของชายและหญิงในทุกด้านเพื่อให้ได้รับการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกัน (Equal Treatment) นอกจากนี้ ประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปจะต้องดำเนินมาตรการป้องกันการคุกคาม (Harassment) และการคุกคามทางเพศ (Sexual Harassment) ที่เกิดขึ้นในสถานที่ทำงานและการฝึกอบรมทางวิชาชีพ ตลอดจนมีมาตรการลงโทษที่เหมาะสมสำหรับการกระทำในลักษณะดังกล่าว¹⁰⁰

สหพันธ์รัฐเยอรมนีได้เห็นความสำคัญในการแก้ไขปัญหาการคุกคามทางเพศที่เกิดขึ้นในประเทศ และในฐานะประเทศสมาชิกสหภาพยุโรป จึงได้นำ EU Directive 2006/54/EC มาสร้าง

⁹⁷ เจนวิทย์ นวลแสง, ภัทราภรณ์ เกษตรสาร และอชิรญา ภู่งงศกร, *เรื่องเดิม*, หน้า 341-343.

⁹⁸ *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 342.

⁹⁹ กฎบัตรว่าด้วยสิทธิขั้นพื้นฐานของสหภาพยุโรปมีวัตถุประสงค์ในการปกป้องสิทธิทางการเมือง สังคม และ เศรษฐกิจของพลเมืองในประเทศสหภาพยุโรปและผู้ที่อาศัยในกลุ่มประเทศดังกล่าว ซึ่งกฎบัตรนี้ใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 7 ธันวาคม พ.ศ.2543

¹⁰⁰ เจนวิทย์ นวลแสง ภัทราภรณ์ เกษตรสาร และอชิรญา ภู่งงศกร, *เรื่องเดิม*, หน้า 342.

เป็นกฎหมายใหม่ที่ชื่อว่า General Equal Treatment Act 2006 (Gleichbehandlungsgesetz, AGG) โดยมีเนื้อหาเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติ ซึ่งมีการใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 14 สิงหาคม พ.ศ.2549

จากการศึกษาพบว่า สถานการณ์การคุกคามทางเพศในสหพันธ์รัฐเยอรมนีมักมีผู้คุกคามหรือผู้คุกคามทางเพศเป็นเพศชาย ในขณะที่ผู้ถูกระทำมักเป็นเพศหญิง ซึ่งอาจถูกคุกคามโดยการจ้องมอง การกอด การพูดจาลามกการล่อลวงวัยอื่น ๆ หรือการสัมผัสมือหรือแขน โดยผู้ชายเหล่านั้น มักเป็นผู้ที่มีอำนาจเหนือกว่าฝ่ายหญิงที่ถูกกระทำ ไม่ว่าด้วยหน้าที่การงานหรืออายุ และมีทัศนคติว่าผู้หญิงเป็นเพศที่ด้อยกว่า การคุกคามในลักษณะดังกล่าวได้เกิดขึ้นในองค์กรทุกประเภทในสหพันธ์รัฐเยอรมนี

ทั้งนี้ ได้มีเหตุการณ์การคุกคามทางเพศเกิดขึ้นในสหพันธ์รัฐเยอรมนีในช่วงเดือนมกราคม ค.ศ.2016 ที่เมืองโคโลญจน์และเมืองใหญ่อื่น ๆ เช่น สตัทการ์ต ดุสเซลดอร์ฟ เป็นต้น โดยมีการเพิ่มขึ้นอย่างรวดเร็วจาก 379 คดี เป็น 516 คดี โดยในจำนวนนี้ 40% เกี่ยวข้องกับการคุกคามทางเพศ มีผู้เสียหายเป็นผู้หญิงมากกว่า 200 คนเป็นเหยื่อของการข่มขืนและการคุกคามทางเพศในรูปแบบอื่น ๆ เช่น การกอด จูบ ล่อลวงวัยต่าง ๆ โดยกลุ่มผู้ขอลี้ภัยเป็นผู้ชายชาวต่างชาติจากประเทศในแถบแอฟริกันและตะวันออกกลางประมาณ 20-30 คน ซึ่งเป็นการคุกคามทางเพศรูปแบบใหม่ที่เกิดขึ้นในสหพันธ์รัฐเยอรมนี (New Departure for the Country) ที่รัฐบาลเยอรมันกำลังพยายามหาตัวผู้กระทำความผิดและแก้ไขปัญหที่เกิดขึ้นอย่างเร่งด่วน

และในเดือนมิถุนายน ค.ศ.2016 ทางรัฐบาลเยอรมนีได้มีการเสนอร่างพระราชบัญญัติเพื่อเปลี่ยนแปลงประเด็นอันสำคัญเพื่อควบคุมกฎหมายว่าด้วยการกระทำผิดเกี่ยวกับเพศให้เข้มงวดมากขึ้น โดยการเปลี่ยนแปลงนี้การคุกคามทางทางเพศจะต้องถูกลงโทษภายใต้ Sexualstrafrecht¹⁰¹ บทลงโทษสำหรับพฤติกรรมที่เกี่ยวข้องกับเรื่องเพศ

3.2.2.2 หลักเกณฑ์ทางกฎหมายที่เกี่ยวกับการคุกคามทางเพศ

กฎหมายการปฏิบัติโดยเท่าเทียมกัน (General Equal Treatment Act 2006) ได้ให้นิยามการคุกคามและการคุกคามทางเพศ ดังนี้¹⁰²

¹⁰¹ **Nein heißt Nein-Koalition reformiert Sexualstrafrecht.** Retrieved June 16, 2016 from <http://www.dw.com/de/nein-hei%C3%9Ft-nein-koalition-reformiert-sexualstrafrecht/a-19336217>

¹⁰² General Equal Treatment Act (AGG), Article 2 Definitions 1. For the purposes of this Directive, the following definitions shall apply:

(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;

ตามมาตรา 2, 1(c) “การคุกคาม (Harassment)” หมายถึง การกระทำอันไม่เป็นที่พึงปรารถนาซึ่งเกี่ยวกับเพศของบุคคลหนึ่งบุคคลใด อันกระทำให้ขึ้นเพื่อละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ หรือทำให้ผู้ถูกระทำรู้สึกถูกคุกคาม ไม่เป็นมิตร ด้อยค่าเสื่อมเสียเกียรติ หรือถูกรังเกียจ

และตามมาตรา 2, 1(d) “การคุกคามทางเพศ (Sexual Harassment)” หมายถึง การกระทำอันไม่เป็นที่พึงปรารถนา ไม่ว่าจะเป็นการพูด การใช้ท่าทาง หรือการเคลื่อนไหวทางกายภาพที่มีลักษณะสื่อเกี่ยวกับเพศ อันมีวัตถุประสงค์เพื่อละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ หรือทำให้ผู้ถูกระทำรู้สึกถูกคุกคาม ไม่เป็นมิตร ด้อยค่าเสื่อมเสียเกียรติ หรือถูกรังเกียจ

ซึ่งการคุกคามและการคุกคามทางเพศข้างต้นยังหมายรวมไปถึงกรณี ดังนี้¹⁰³

1. การได้รับการปฏิบัติที่แย่ลง (Less Favorable Treatment) เนื่องจากการที่ผู้ถูกระทำตอบรับหรือปฏิเสธการคุกคามหรือการคุกคามทางเพศนั้น

2. การออกคำสั่งให้กีดกันหรือแบ่งแยกบุคคลใดอันเนื่องมาจากเพศของบุคคลนั้น

3. การได้รับการปฏิบัติที่แย่ลง เนื่องจากการที่หญิงตั้งครรภ์หรือลาคลอด

ในสหพันธรัฐเยอรมนี การคุกคามและการคุกคามทางเพศเกิดขึ้นได้ในสถานที่ดังต่อไปนี้¹⁰⁴

1. การคุกคามหรือการคุกคามทางเพศในที่ทำงาน¹⁰⁵ ตามมาตรา 9 แห่ง EU Directive 2006/54/EC เช่น การกำหนดให้ผู้มีลักษณะใดบ้างที่มีสิทธิได้รับประโยชน์ด้านประกันสังคมจากนายจ้าง การกำหนดเงื่อนไขในการได้รับผลประโยชน์จากนายจ้างให้บุคคลหนึ่งบุคคลใดหรือเพศหนึ่งเพศใด โดยเฉพาะการกำหนดเวลาเกษียณอายุการทำงานที่แตกต่างกัน การระงับสิทธิลาคลอดหรือสิทธิลาเพื่อครอบครัวซึ่งมีกฎหมายรับรองไว้ การกำหนดภาระงานที่แตกต่างกันการกำหนดมาตรฐานการทำงานที่ใช้กับลูกจ้างเพียงเพศใดเพศหนึ่งเท่านั้น เป็นต้น

2. การคุกคามหรือการคุกคามทางเพศในสถานที่อื่น เช่น การพูดจาลามก การพูดจาประชดประชันเสียดสีในทางเพศการข่มขืน การทารุณทางเพศ การสะกดรอยตาม ซึ่งเกิดขึ้นระหว่างนักศึกษาด้วยกันหรือระหว่างอาจารย์กับนักศึกษา ทั้งในสถานศึกษา (ในมหาวิทยาลัยและในโรงเรียน) และนอกสถานศึกษา

¹⁰³ General Equal Treatment Act (AGG), Article 2 Definitions 2. For the purposes of this Directive, discrimination includes:

(a) harassment and sexual harassment, as well as any less favourable treatment based on a person's rejection of or submission to such conduct;

(b) instruction to discriminate against persons on grounds of sex;

(c) any less favourable treatment of a woman related to pregnancy or maternity leave within the meaning of Directive 92/85/EEC.

¹⁰⁴ เจนวิทย์ นवलแสง ภัทรารณณ์ เกษตรสารและอชิรญา ภู่งศกร, *เรื่องเดิม*, หน้า 343.

¹⁰⁵ General Equal Treatment Act (AGG), Article 9 Examples of discrimination 1, Provisions contrary to the principle of equal treatment shall include those based on sex, either directly or indirectly, for:

เพื่อแก้ไขปัญหาการคุกคามทางเพศที่เกิดขึ้นในประเทศ โดยเฉพาะที่เกิดขึ้นในสถานที่ทำงาน กฎหมายการปฏิบัติโดยเท่าเทียมกัน General Equal Treatment Act (AGG) และ Work Constitution Act (Betriebsverfassungsgesetz: BetrVG)¹⁰⁶ และได้กำหนดการคุกคามและการคุกคามทางเพศในสถานที่ทำงานซึ่งกระทำโดยนายจ้างหรือลูกจ้างด้วยกันถือเป็นการฝ่าฝืนสัญญาจ้างและเป็นความผิดทางกฎหมาย (§ 3 AGG)¹⁰⁷ ไม่ว่าจะเป็นการกระทำในทางเพศใด ๆ ก็ตาม เช่น การจับหรือสัมผัสร่างกาย การวิจารณ์หรือแสดงความคิดเห็นเนื่องมาจากการที่บุคคลมีเพศนั้น ๆ หรือการแสดงภาพลามกให้ผู้อื่นหรือสาธารณชน เป็นต้น

ในกรณีที่ถูกรบกวนหรือถูกรบกวนทางเพศลูกจ้างซึ่งเป็นผู้ถูกรบกวนหรือถูกรบกวนทางเพศมีสิทธิยื่นคำร้อง (Complaint) ต่อหน่วยงานหรือส่วนงานที่รับผิดชอบของนายจ้าง บริษัท หรือต่อสหภาพแรงงาน ตาม § 13 AGG¹⁰⁸ โดยนายจ้างและสหภาพแรงงานจะต้องตรวจสอบคำร้องนั้น และดำเนินมาตรการที่เหมาะสมเพื่อระงับหรือยับยั้งการกระทำในลักษณะดังกล่าว ซึ่งมาตรการเช่นว่านั้นได้มีการกำหนดไว้ใน § 12 AGG¹⁰⁹ ได้แก่ การออกประกาศเตือนแก่ผู้กระทำความผิด การลงโทษทางวินัยแก่ผู้กระทำความผิด การให้ผู้กระทำความผิดย้ายสาขาหรือสถานที่ทำงาน การกำหนดตำแหน่งหน้าที่การทำงานในองค์กรใหม่ หรือการไล่ผู้กระทำความผิดออก นอกจากนี้ ผู้ถูกรบกวนมีสิทธิได้ค่าสินไหมทดแทนชดเชยความเสียหายที่เกิดขึ้นตาม § 15 AGG¹¹⁰ จากนายจ้างหรือผู้กระทำความผิด ซึ่งถือเป็นผู้ฝ่าฝืนสัญญาจ้าง และผู้ถูกรบกวนมีสิทธิลาโดยได้รับเงินเดือนจากนายจ้างจนกว่าการคุกคามหรือการคุกคามทางเพศที่เกิดขึ้นนั้นจะหมดไปตาม § 14 AGG¹¹¹ และหากลูกจ้างไม่ได้รับการเยียวยาจากการถูกรบกวนหรือถูกรบกวนทางเพศอันเนื่องมาการทำงาน ลูกจ้างสามารถยื่นฟ้องต่อศาลแรงงานในรัฐที่เกิดเหตุดังกล่าวได้ (The State Labour Court)¹¹²

¹⁰⁶ BetrVG เป็นกฎหมายที่เปิดโอกาสให้ลูกจ้างเข้ามามีส่วนร่วมในการดำเนินงานของบริษัทหรือองค์กรที่ตนเองทำงานอยู่ และรับรองสิทธิของสหภาพแรงงานและลูกจ้างอันเนื่องมาการทำงาน เพื่อให้เกิดสภาวะการทำงานที่เป็นธรรมและเหมาะสมแก่ลูกจ้าง

¹⁰⁷ General Equal Treatment Act (AGG), § 3 Definitions, Article 1 General Act on Equal Treatment Part 1 General Provisions.

¹⁰⁸ General Equal Treatment Act (AGG), § 13 Right of Appeal

¹⁰⁹ General Equal Treatment Act (AGG), § 12 Employer Action and Duties

¹¹⁰ General Equal Treatment Act (AGG), Chapter 3 Employee Rights § 15 Compensation and Damages

¹¹¹ General Equal Treatment Act (AGG), § 14 Right to Refuse Performance

Where the employer takes no or takes obviously unsuitable measures to stop the harassment or sexual harassment in the workplace, the affected employees shall have the right to refuse performance without loss of pay insofar as this is necessary for their protection. Section 273 of the German Civil Code (Bürgerliches Gesetzbuch) shall remain unaffected.

¹¹² เจนวิทย์ นวลแสง, ภัทราภรณ์ เกษตรสาร และอชิรญา ภู่งศกร, *เรื่องเดิม*, หน้า 345-346.

นอกจากนี้ ผู้ถูกคุกคามหรือถูกคุกคามทางเพศไม่ว่าใน สถานที่อื่นใดก็ตามสามารถยื่นคำฟ้องต่อศาลเป็นคดีอาญาได้ในกรณีดังต่อไปนี้¹¹³

1. การคุกคามทางเพศที่มีลักษณะเป็นการข่มขู่ (Sexual Assault by Use of Force or Threat) อันเป็นการใช้กำลังหรือข่มขู่ให้ผู้ถูกระงับความหวาดกลัวจนต้องยินยอมให้มีการละเมิดทางเพศโดยไม่สมัครใจ ซึ่งเป็นความผิดตาม §177 แห่งประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน¹¹⁴ (The Penal Code or Strafgesetzbuch, StGB)

2. การคุกคามทางเพศอันเป็นการอาศัยความไว้วางใจหรือสภาพของผู้ถูกระงับหรือตำแหน่งหน้าที่หรือความรับผิดชอบของผู้กระทำในการประพฤติดังกล่าว (Sexual Abuse) ซึ่งเป็นความผิดตาม §174 ถึง §174c แห่งประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน (The Penal Code or Strafgesetzbuch, StGB)¹¹⁵

3. การคุกคามทางเพศโดยการเฝ้าติดตาม (Stalking) เป็นการมีพฤติกรรมคุกคามหรือข่มขู่อย่างต่อเนื่อง เช่น การโทรศัพท์หาอย่างต่อเนื่อง การส่งอีเมลล์ จดหมาย หรือข้อความทางโทรศัพท์จำนวนมาก หรือการดักครอบบริเวณที่อยู่อาศัย เป็นต้น

ซึ่งในทางอาญา ผู้ถูกคุกคามหรือถูกคุกคามทางเพศได้รับความคุ้มครองจาก Civil Legal Protection from Violent Acts and Stalking Offences ให้สามารถยื่นคำร้องต่อศาลให้ดำเนินการใด ๆ เพื่อแยกผู้คุกคามหรือคุกคามทางเพศให้อยู่ห่างจากผู้ถูกระงับได้ โดยไม่ต้องรอให้เหตุร้ายแรงเกิดขึ้นเสียก่อน ซึ่งในระหว่างที่ศาลกำลังพิจารณาคำร้องนั้น พนักงานตำรวจจะไปคุ้มครองผู้ถูกระงับที่บ้านเพื่อกันมิให้ผู้กระทำเข้าถึงตัวผู้ถูกระงับได้ และหากต่อมาศาลมีคำสั่งอนุญาตตามคำร้อง และผู้กระทำฝ่าฝืนคำสั่งศาล ผู้กระทำจะถูกลงโทษทางอาญา โดยผู้กระทำมีความผิดอาญาถูกระงับโทษจำคุก หรือปรับหรือทั้งจำทั้งปรับ ดังนั้น หากผู้คุกคามหรือผู้คุกคามทางเพศเป็นอาจารย์หรือนักศึกษาในสถานศึกษา ก็อาจถูกกำหนดไม่ให้เข้าไปในสถานศึกษาหรือเข้ามาได้ภายใต้เงื่อนไข หรืออาจถูกไล่ออกก็ได้¹¹⁶

มาตรการป้องกันการคุกคามและการคุกคามทางเพศในสหพันธ์รัฐเยอรมนี นั้น นอกจากได้มีการกำหนดไว้ในกฎหมายดังกล่าวข้างต้นแล้ว องค์กรภาครัฐและสถานศึกษาต่าง ๆ ได้

¹¹³ *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 346.

¹¹⁴ The Penal code or Strafgesetzbuch, StGB, Section 177 Sexual Coercion; Rape

¹¹⁵ 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

¹¹⁶ เจนวิทย์ นวลแสง, ภัทราภรณ์ เกษตรสาร และอชิรญา ภู่งงศกร, *เรื่องเดิม*, หน้า 347.

กำหนดจรรยาบรรณ (Code of Conduct) และแนวทางปฏิบัติ (Guideline) เพื่อป้องกันและจัดการคุกคามและการคุกคามทางเพศที่เกิดขึ้นในสถานที่ดังกล่าว โดย Equal Opportunity Commissioners เป็นองค์กรภาครัฐที่มีบทบาทสำคัญในการกำหนดและดำเนินมาตรการป้องกันการคุกคามที่เกี่ยวข้องกับเพศและการคุกคามทางเพศที่เกิดขึ้นในองค์กรภาครัฐและสถานศึกษา

ในขณะที่องค์กรภาคเอกชนได้มีการทำข้อตกลงของสภาการจ้างงาน (Work Council) ขององค์กรแต่ละแห่ง เพื่อจัดการเลือกปฏิบัติในที่สถานที่ทำงาน และการสร้างความร่วมมือระหว่างองค์กรที่เกี่ยวข้องรวมทั้งการกำหนดกรอบจรรยาบรรณเพื่อป้องกันและจัดการคุกคามและการคุกคามทางเพศ โดยมี Federal Association of German Employers (BDA) และ Federation of German Trade Unions (DGB) เป็นองค์กรภาครัฐที่กำกับดูแลการปฏิบัติตามข้อตกลง ความร่วมมือ และจรรยาบรรณดังกล่าว แต่อย่างไรก็ตาม Equal Opportunity Commissioners Federal Association of German Employers และ Federation of German Trade Unions ไม่มีอำนาจในการฟ้องร้องคดีแทนผู้เสียหาย เป็นแต่เพียงองค์กรที่กำกับดูแลให้เกิดการปฏิบัติตามกฎหมาย แนวทางปฏิบัติและจรรยาบรรณที่เกี่ยวข้องเท่านั้น ดังนั้น หากผู้เสียหายต้องการฟ้องคดีจะต้องดำเนินการตามที่กฎหมายกำหนดไว้ตามลักษณะของคดีที่เกิดขึ้นเอง

โดยได้มีคดีเกี่ยวกับการคุกคามทางเพศที่น่าสนใจในสหพันธ์รัฐเยอรมนีเกิดขึ้นที่รัฐชเลสวิก-โฮลสไตน์ ซึ่งศาลแรงงาน (The State Labour Court of Schleswig-Holstein) ได้พิพากษาให้จำเลยที่เป็นบุรุษพยาบาล ซึ่งทำงานในโรงพยาบาลมานานถึง 18 ปี ถูกไล่ออกทันทีโดยนายจ้างไม่ต้องบอกกล่าวล่วงหน้า ภายหลังจำเลยได้แสดงภาพเปลือยของหญิงสาวให้กับเพื่อนร่วมงานหญิงหลายคนและพูดถึงจินตนาการที่ตนมีเพศสัมพันธ์กับเพื่อนร่วมงานเหล่านั้น ทั้งนี้ ศาลได้คำนึงถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ อิสรภาพ ทางเพศ สิทธิในการทำงานโดยปราศจากการพุดจากระตุ้นทางเพศของเพื่อนร่วมงานหญิงดังกล่าว การใช้ ภาษาที่กระตุ้นทางเพศของจำเลย และหน้าที่ของนายจ้างในการปกป้องลูกจ้างหญิงซึ่งเป็นกำลังสำคัญในการดำเนินกิจการของโรงพยาบาล การที่ศาลได้วางหลักสำคัญว่าการคุกคามทางเพศในลักษณะดังกล่าว ซึ่งแม้ไม่ได้มีการสัมผัสร่างกายของฝ่ายผู้เสียหายก็ตาม ก็เพียงพอแล้วที่นายจ้างจะไล่ออกคนนั้นออกโดยไม่ต้องบอกกล่าวล่วงหน้าได้ คำพิพากษาดังกล่าวเป็นปรากฏการณ์ทางกฎหมายที่สำคัญ ซึ่งทำให้เกิดความตื่นตัวด้านการคุกคามทางเพศในสหพันธ์รัฐเยอรมนี¹¹⁷

3.2.2.3 การกำหนดโทษสำหรับความผิดที่เกี่ยวข้องกับการคุกคามทางเพศ

ในกรณีที่มีการยื่นฟ้องผู้คุกคามหรือคุกคามทางเพศต่อศาล ภาระการพิสูจน์ (Burden of Proof) จะตกแก่ผู้ถูกกล่าวหาหรือจำเลยในการนำพยานหลักฐานต่าง ๆ มาพิสูจน์ให้ศาลเห็นว่าตนไม่ได้กระทำความผิดเช่นนั้น เช่น ไม่มีเจตนาหรือกระทำโดยประมาท เป็นต้น ทั้งนี้ เฉพาะในกรณีที่โจทก์นำพยานหลักฐานมาให้ศาลพอรับฟังในเบื้องต้นได้ว่ามี การคุกคามหรือการคุกคามทางเพศเกิดขึ้น (Prima Facie Case) ตาม § 22 AGG¹¹⁸

¹¹⁷ *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 348-349.

¹¹⁸ General Equal Treatment Act (AGG), § 22 Burden of Proof

โดยในการพิจารณาคดีศาลจะคำนึงถึงระดับของความเสียหายและผลเสียด้านอื่น ๆ ที่เกิดขึ้น ความเป็นไปได้ในการเกิดเหตุการณ์คุกคามหรือคุกคามทางเพศซ้ำขึ้นอีก อายุและระยะเวลาการทำงานของผู้ถูกคุกคามหรือถูกคุกคามทางเพศ ตลอดจนการที่ผู้ถูกคุกคามหรือถูกคุกคามทางเพศ อาจมีส่วนผิดในการก่อให้เกิดการกระทำดังกล่าวและเมื่อศาลพิจารณาแล้วเห็นว่าจำเลยกระทำการคุกคามหรือคุกคามทางเพศโจทก์ตามฟ้องจริง ศาลจะพิพากษาลงโทษจำเลยและกำหนดค่าสินไหมทดแทนในทางแพ่งที่จำเลยต้องชำระ เพื่อชดเชยให้คู่มีค่ากับความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่โจทก์ตาม § 15 AGG¹¹⁹

อย่างไรก็ดียังมีเหตุเพิ่มโทษในกรณีที่มีการดูถูกหรือเหยียดหยามทางเพศ ตาม §185 Strafgesetzbuch¹²⁰ ซึ่งความผิดนี้ต้องระวางโทษปรับและจำคุกไม่เกินหนึ่งปี และเมื่อความผิดที่มีความรุนแรงต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสองปีหรือปรับ

และเมื่อมีการกระทำรุนแรงต่อเนื่องต่อตัวร่างกาย เหยื่อผู้ถูกกระทำมีสิทธิที่จะป้องกันตัวเองในขณะที่เกิดการคุกคามทางเพศขึ้น และตาม § 223 Strafgesetzbuch¹²¹ ซึ่งผู้ใดกระทำการทารุณกรรมหรือทำร้ายผู้อื่นจะถูกลงโทษด้วยจำคุกไม่เกินห้าปีหรือปรับ

กล่าวโดยสรุปแล้ว การคุกคามและการคุกคามทางเพศในสหพันธรัฐเยอรมนีเกิดขึ้นได้กับทุกเพศ ทุกวัย ทุกสถานภาพ และในทุกสถานที่ ซึ่งผู้เสียหายจะได้รับความคุ้มครองและการเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นตามกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นกฎหมายอาญา กฎหมายคุ้มครองแรงงาน และ General Equal Treatment Act ซึ่งพัฒนามาจากกฎหมายของกลุ่มประเทศสหภาพยุโรปประกอบกับการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลจะเป็นไปในลักษณะที่เป็นคุณแก่ผู้เสียหายเป็นสำคัญ โดยเฉพาะการให้ภาระการพิสูจน์ตกแก่ผู้ถูกกล่าวหาว่าคุกคามหรือคุกคามทางเพศ อันทำให้การป้องกันและการแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นการคุกคามและการคุกคามทางเพศในสหพันธรัฐเยอรมนีเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ

จากการศึกษาเกี่ยวกับการคุกคามทางเพศตามกฎหมายของต่างประเทศ เห็นได้ว่าเมื่อพิจารณาตามระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law) ทั้งในประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศออสเตรเลียกำหนดให้การคุกคามทางเพศถือเป็นรูปแบบหนึ่งของการเลือกปฏิบัติอันขัดต่อกฎหมายที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติเฉพาะ โดยศาลเป็นผู้มีบทบาทในการตีความและปรับใช้

ในประเทศออสเตรเลีย ค่าสินไหมทดแทนสำหรับความเสียหายเมื่อเกิดการกระทำคุกคามทางเพศขึ้นนั้นตามกฎหมายคุ้มครองการเลือกปฏิบัติ Sex Discrimination Act 1984 ได้กำหนดให้ผู้เสียหายสามารถเรียกค่าเสียหายได้เป็นตัวเงิน และผู้เสียหายสามารถมีทางเลือกที่จะฟ้องคดีต่อศาล ระดับสหพันธรัฐออสเตรเลียเพื่อให้ศาลพิจารณาคดีก็ได้ แต่ผู้เสียหายควรฟ้องคดีต่อศาลภายใน 60 วันนับแต่วันที่คำร้องทุกข์นั้นสิ้นสุด และยิ่งไปกว่านั้นยังมีคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งออสเตรเลียเป็นผู้รับคำร้องทุกข์ และเป็นผู้ไกล่เกลี่ยเพื่อให้คดีเสร็จโดยยุติธรรมและผู้เสียหายได้รับการเยียวยาอย่างทันท่วงทีอีกด้วย

¹¹⁹ General Equal Treatment Act (AGG), § 15 Compensation and Damages

¹²⁰ The Penal code or Strafgesetzbuch, StGB, § 185 Insult

¹²¹ The Penal code or Strafgesetzbuch, StGB, § 223 Physical injury

สำหรับการพิจารณาตามระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Civil Law) ทั้งในประเทศฝรั่งเศสและประเทศเยอรมนีนั้น เห็นได้ว่า ประเทศฝรั่งเศสได้บัญญัติความผิดฐานคุกคามทางเพศไว้ในประมวลกฎหมายอาญาว่าด้วยการคุกคามทางเพศ และถือว่าการกระทำความผิดฐานคุกคามทางเพศไม่จำเป็นต้องมีลักษณะซ้ำ ๆ เหมือนกันหลายครั้ง แม้กระทำได้เพียงครั้งเดียวก็ถือเป็นความผิด โดยกรณีส่วนใหญ่ของการคุกคามทางเพศมักจะเกิดในระหว่างความสัมพันธ์ของการทำงาน ซึ่งตามประมวลกฎหมายแรงงาน ได้มีการบัญญัติคุ้มครองลูกจ้างผู้ถูกระทำการคุกคามทางเพศ ผู้ที่เป็นพยานหรือเปิดเผยการกระทำดังกล่าว มิให้ถูกลงโทษหรือให้ออกจากงาน ซึ่งการคุ้มครองดังกล่าวมีผลไปถึงบุคคลที่เป็นข้าราชการด้วย

ส่วนในประเทศสหพันธ์รัฐเยอรมนีได้เห็นความสำคัญในการแก้ไขปัญหาคู่ความทางเพศที่เกิดขึ้น ในประเทศโดยมีกฎหมายที่ชื่อว่ากฎหมายการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกัน General Equal Treatment Act 2006 (Gleichbehandlungsgesetz, AGG) โดยมีเนื้อหาเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติ และเพื่อแก้ไขปัญหาคู่ความทางเพศที่เกิดขึ้นในประเทศในสถานที่ทำงาน General Equal Treatment Act (AGG) และ Work Constitution Act (Betriebsverfassungsgesetz: BetrVG) และกฎหมายคุ้มครองแรงงานได้ให้ความคุ้มครองลูกจ้าง นายจ้าง ผู้ฝึกงาน ผู้ที่มีลักษณะของลูกจ้างหรือนายจ้างในองค์กรใด ๆ ไม่ว่าจะมีเพศใดก็ตาม และผู้ถูกละเมิดทางเพศยังสามารถยื่นคำฟ้องต่อศาลเป็นคดีอาญาได้อีกด้วย

ในการกำหนดโทษสำหรับความผิดเกี่ยวกับการคุกคามทางเพศของประเทศฝรั่งเศส ประกอบไปด้วย โทษอาญาที่มีโทษถึงจำคุกสองปี และปรับ 30,000€ และในบทหนักจะจำคุกสามปี และปรับ 45,000 € โทษทางวินัย โดยอาจถูกดำเนินการทางวินัย ซึ่งที่ร้ายแรงที่สุด คือ การไล่ออก

ส่วนในประเทศสหพันธ์รัฐเยอรมนีกำหนดไว้ตาม General Equal Treatment Act (AGG) ศาลจะพิพากษาลงโทษจำเลยและกำหนดค่าสินไหมทดแทนในทางแพ่งที่จำเลยต้องชำระเพื่อชดเชยให้คู่ความกับความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่โจทก์ สำหรับโทษทางอาญานั้น ผู้กระทำความผิดอาจถูกระวางโทษจำคุก หรือปรับหรือทั้งจำทั้งปรับ และตามกฎหมายคุ้มครองแรงงานก็อาจถูกกำหนดไม่ให้เข้าไปในสถานศึกษา หรือเข้ามาได้ภายใต้เงื่อนไข หรืออาจถูกไล่ออกก็ได้

จากการศึกษาพิจารณากฎหมายเกี่ยวกับการคุกคามทางเพศของทั้งสามประเทศข้างต้น เห็นได้ว่าในแต่ละประเทศต่างก็มีบทบัญญัติของกฎหมายที่ชัดเจน ครอบคลุม อีกทั้ง ยังมีมาตรการทางกฎหมายที่จะควบคุม ป้องกัน และปราบปรามการกระทำการคุกคามทางเพศ ตลอดจนจนถึงการคุ้มครองผู้ที่ได้รับผลร้ายจากการกระทำดังกล่าว ทั้งนี้ ก็เพื่อนำมาเป็นแนวทางในการพัฒนากฎหมายของไทย โดยคำนึงถึงความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดี การคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของความเป็นมนุษย์ การคุ้มครองความปลอดภัยขั้นพื้นฐานในการป้องกันการเกิดปัญหาคู่ความทางเพศ และผลกระทบต่อร่างกายรวมถึงจิตใจอีกด้วย

บทที่ 4

การศึกษาเกี่ยวกับการคุกคามทางเพศตามกฎหมายของประเทศไทย

พฤติกรรมอันเป็นความผิดเกี่ยวกับการคุกคามทางเพศ เป็นปัญหาที่สามารถเกิดได้แทบทุกหนทุกแห่ง ทุกที่ทุกเวลาในสังคม โดยมีรูปแบบและลักษณะที่แตกต่างกันไปตามแต่ละสภาพแวดล้อมของสังคมในแต่ละพื้นที่ ซึ่งในสังคมก็ได้มีกลไกในการบังคับใช้กฎหมายในอันที่จะลงโทษผู้ที่ฝ่าฝืนบทบัญญัติของกฎหมายในความผิดทางอาญา โดยต้องมีความสอดคล้องกับสภาพของสังคมที่เปลี่ยนแปลงอยู่เสมอ ทั้งนี้ เพื่อให้กระบวนการยุติธรรมดำเนินไปอย่างมีประสิทธิภาพเพียงพอในการป้องกันและปราบปรามอาชญากรรม

ปัญหาในเรื่องบทบัญญัติของกฎหมายอันเกี่ยวกับการคุกคามทางเพศ เป็นสิ่งที่ควรได้รับการศึกษาอย่างละเอียด โดยมุ่งพิจารณาปัญหาซึ่งเกิดจากการบัญญัติกฎหมายที่ไม่ชัดเจนและครอบคลุมถึงรูปแบบการคุกคามทางเพศที่แท้จริง ทั้งนี้ก็เพื่อให้มีความเหมาะสมชัดเจนทั้งในเชิงกฎหมายและการปฏิบัติ และสามารถนำมาบังคับใช้ได้อย่างมีประสิทธิภาพ ผู้เขียนจึงเห็นควรศึกษาบทบัญญัติของกฎหมายไทยที่เกี่ยวกับการคุกคามทางเพศที่มีในขณะนี้เปรียบเทียบกับกฎหมายในประเทศที่มีบทบัญญัติในเรื่องดังกล่าว เพื่อประโยชน์ในการนำมาพัฒนาและปรับใช้กฎหมายของประเทศไทยต่อไป

4.1 ความเป็นมาของกฎหมายเกี่ยวกับการคุกคามทางเพศในประเทศไทย

นับตั้งแต่สมัยรัชกาลที่ 1 เมื่อปี พ.ศ.2347 ทรงมีพระราชโองการโปรดให้มีการชำระและรวบรวมกฎหมายเก่าตั้งแต่สมัยกรุงศรีอยุธยาที่ถูกพม่าเผาทำลายเสียใหม่ เนื่องการทรงเห็นว่ามีการตัดสินคดีด้วยความวิปัสสนาคลาดเคลื่อนจากความยุติธรรม เมื่อมีการตรวจชำระกฎหมายเป็นที่เรียบร้อยแล้ว จึงทรงโปรดให้มีการประทับตราขึ้นเพื่อเป็นประกันความถูกต้องและป้องกันการปลอมแปลง และเรียกกฎหมายฉบับดังกล่าวว่า “กฎหมายตราสามดวง”

ต่อมาในสมัยรัชกาลที่ 5 เมื่อมีการเปิดประเทศค้าขายกับต่างชาติมากขึ้น จึงจำเป็นต้องมีการปรับปรุงกฎหมายให้มีความทันสมัยทัดเทียมกับอารยประเทศ แต่การจัดทำประมวลกฎหมายให้เป็นแบบสมัยใหม่เป็นเรื่องที่ต้องใช้เวลานาน จึงทรงโปรดให้มีการประกาศใช้เป็นการเฉพาะเรื่องขึ้นก่อน เพื่อแก้ปัญหาความบกพร่องของกฎหมายบางลักษณะ กฎหมายที่ทรงโปรดให้มีการประกาศใช้กฎหมายเป็นการเฉพาะเฉพาะฉบับหนึ่ง ก็คือ พระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ.118 ใช้บังคับแทนกฎหมายฉบับเดิมที่มีข้อบกพร่องอยู่หลายประการ ประกอบกับพระองค์ทรงเห็นความสำคัญด้านกฎหมายและเพื่อให้ระบบศาลไทยเป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน ทรงโปรดให้มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงกฎหมายต่าง ๆ ให้มีความสมบูรณ์และเป็นไปในเชิงนิติศาสตร์มากขึ้น จึงมีการจัดทำประมวลกฎหมายและประกาศใช้กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 ซึ่งเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษร

ฉบับแรกของประเทศ ทั้งนี้ เนื่องจากกฎหมายลายลักษณ์อักษรเป็นกฎหมายที่มีการรวบรวมไว้เป็นหมวดหมู่ชัดเจน จึงเหมาะสมกับประเทศที่กำลังพัฒนาอย่างประเทศไทยที่จำเป็นต้องอาศัยความแน่นอนชัดเจนของกฎหมาย และเพื่อให้เป็นที่ยอมรับของประเทศในยุโรปซึ่งใช้กฎหมายลายลักษณ์อักษรเช่นเดียวกัน

กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 ได้ใช้บังคับเรื่อยมาจนกระทั่งถึงสมัยรัชกาลที่ 9 จึงได้มีการปรับปรุง แก้ไขกฎหมายครั้งใหญ่ขึ้นอีกครั้ง โดยเรียกประมวลกฎหมายที่มีการแก้ไขขึ้นใหม่ว่าประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งใช้บังคับแทนกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 ที่ใช้บังคับมานานและไม่ทันต่อยุคสมัยที่ได้เปลี่ยนแปลงไป¹²² เมื่อมีการประกาศใช้กฎหมายตามแต่ละยุคสมัย ในส่วนความผิดเกี่ยวกับเพศก็ได้มีการเปลี่ยนแปลงตามไปด้วย แต่ก็ยังไม่มีปรากฏความผิดเกี่ยวกับการคุกคามทางเพศขึ้น ทั้งนี้ ในปัจจุบันประมวลกฎหมายอาญาแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ได้บัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศไว้ฐานความผิดหลัก ประกอบด้วย ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ความผิดฐานกระทำความผิดฐานค้าบุคคลเพื่อความใคร่ และความผิดฐานค้าสิ่งลามก

ในเรื่องของ “การคุกคามทางเพศ (Sexual Harassment)” สำหรับประเทศไทยแล้วถือว่าเป็นประเด็นที่เกิดขึ้นใหม่ในสังคม ทั้งที่ความเป็นจริงการคุกคามทางเพศมีอยู่ในสังคมไทยมายาวนานและดำรงอยู่อย่างแนบเนียน แต่กลับไม่ได้เห็นความสำคัญถึงปัญหานี้อย่างที่ควร ทั้งนี้ กระแสต่อต้านการคุกคามทางเพศที่ได้ปรากฏเด่นชัดในประเทศไทย เริ่มต้นจากองค์กรพัฒนาเอกชนด้านสิทธิสตรีและสิทธิมนุษยชนในประเทศไทย ได้มีการเคลื่อนไหวและออกแถลงการณ์ให้สังคมรับรู้ถึงการคุกคามทางเพศและผลกระทบจากการคุกคามทางเพศในปี พ.ศ.2523 และได้มีการขับเคลื่อนในเรื่องดังกล่าวอย่างต่อเนื่อง แต่ประเด็นการคุกคามทางเพศก็ไม่อยู่ในกระแสความสนใจของสังคมไทยในขณะนั้นเท่าที่ควร จนกระทั่งในปี พ.ศ.2531 ได้มีตัวแทนฝ่ายผู้ใช้แรงงานหรือลูกจ้างเข้ามามีส่วนร่วมในการต่อต้านการคุกคามทางเพศชัดเจนยิ่งขึ้น ส่งผลให้มีการตราพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงานฉบับใหม่ขึ้นในปี พ.ศ.2541 แต่กฎหมายดังกล่าวเมื่อมีผลบังคับใช้กลับยังไม่สามารถป้องปรามและทำให้ปัญหาการคุกคามทางเพศลดลงได้อย่างที่ควรจะเป็น¹²³

และเมื่อในวันที่ 9 กุมภาพันธ์ พ.ศ.2558 ประเทศไทยก็ได้มีกฎหมายเกี่ยวกับการคุกคาม (Harassment) โดยได้มีประกาศในราชกิจจานุเบกษาบังคับใช้ พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 22) พ.ศ.2558 ความผิดเกี่ยวกับการคุกคาม แก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 397 แห่งประมวลกฎหมายอาญา

¹²² ภฤชญา บุญยสมิต, “บทบัญญัติต่าง ๆ ในกฎหมายตราสามดวง,” ใน สารานุกรมไทยสำหรับเยาวชนโดยพระราชประสงค์ในพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัว เล่มที่ 30, หน้า 114, ค้นวันที่ 12 ธันวาคม 2559 จาก <http://saranukromthai.or.th/sub/book/book.php?book=30&chap=4&page=t30-4-infodetail05.html>

¹²³ เจนวิทย์ นวลแสง, ภัทราภรณ์ เกษตรสาร และอชิรญา ภู่งงศกร, *เรื่องเดิม*, หน้า 327.

4.2 พิจารณาตามประมวลกฎหมายอาญา

ประมวลกฎหมายอาญาของไทยได้บัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศไว้สี่ฐานความผิดหลัก ประกอบด้วย ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ความผิดฐานกระทำอนาจาร ความผิดฐานค้าบุคคล เพื่อความใคร่ และความผิดฐานค้าสิ่งลามกอนาจาร

สำหรับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ตามมาตรา 276 “ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น โดยขู่เข็ญด้วยประการใด ๆ โดยใช้กำลังประทุษร้ายโดยผู้อื่นนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้ผู้อื่นนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่นต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดพันบาทถึงสี่หมื่นบาท”

การกระทำที่เป็นความผิดฐานนี้ คือ การชำเราผู้อื่นโดยที่ผู้เสียหายไม่ยินยอม ผู้กระทำจึงข่มขืนใจโดยขู่เข็ญด้วยประการใด ๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย หรือโดยการทำให้ผู้เสียหายตกอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้ผู้เสียหายเข้าใจผิดว่าผู้กระทำเป็นบุคคลอื่น โดยการกระทำดังกล่าวนี้มีมูลเหตุจูงใจเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ โดยผู้กระทำใช้อวัยวะเพศของตนกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น หรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น¹²⁴

สำหรับความผิดฐานกระทำอนาจาร ตามมาตรา 278 “ผู้ใดกระทำอนาจารแก่ ‘บุคคล’ อายุกว่าสิบห้าปี โดยขู่เข็ญด้วยประการใด ๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยบุคคลนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้บุคคลนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบปี หรือปรับไม่เกินสองหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

การกระทำที่เป็นความผิดฐานนี้ คือ การกระทำอนาจารโดย ผู้เสียหายไม่ยินยอม ผู้กระทำจึงต้องขู่เข็ญด้วยประการใด ๆ หรือใช้กำลังประทุษร้าย หรือทำให้ผู้เสียหายตกอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือทำให้ผู้เสียหายเข้าใจผิดว่าผู้กระทำเป็นบุคคลอื่น ทั้งนี้ การกระทำอนาจาร หมายถึง ความประพฤติน่าอัปอาย ลามก น่าบัดสี ทำให้เป็นที่อัปอายเป็นที่น่ารังเกียจแก่ผู้อื่นในทางเพศ เช่น การสัมผัสจับต้องอวัยวะเพศหญิง การกอดปล้ำ การนุดมือหญิง ซึ่งเป็นการกระทำต่อเนื้อตัวร่างกายของบุคคลโดยตรงแม้จะให้ผู้อื่นกระทำต่อเนื้อตัวร่างกายของตัวผู้กระทำผิดเองก็ถือว่าเป็นการอนาจารเช่นกัน เช่น บังคับให้ผู้อื่นมาจับอวัยวะเพศของตนก็เป็นการกระทำอนาจารต่อผู้อื่น แต่ถ้าเป็นการกล่าววาจาลามกส่อเสียดไปในทางเพศ หรือการแสดงภาพลามกอนาจารให้ดู ไม่ถือว่าเป็นการกระทำอนาจาร¹²⁵

สำหรับความผิดฐานค้าบุคคลเพื่อความใคร่ ตามมาตรา 282 “ผู้ใดเพื่อสนองความใคร่ของผู้อื่นเป็นธุระจัดหา ล่อไป หรือพาไปเพื่อการอนาจารซึ่งชายหรือหญิง แม้ผู้นั้นจะ ‘ยินยอมก็ตาม’ ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งปีถึงสิบปี และปรับตั้งแต่สองพันบาทถึงสองหมื่นบาท”

¹²⁴ *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 334.

¹²⁵ ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ, *มุมมองใหม่ในกฎหมายอาญา*, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2550).

การกระทำที่เป็นความผิดฐานนี้ คือ การเป็นธุระ จัดหา ล่อไป หรือชักพาไปซึ่งบุคคล เพื่อการอนาจารหรือเพื่อสนองความใคร่ของบุคคลอื่น โดยบุคคลนั้นจะยินยอมหรือไม่ยินยอมหรือไม่ก็ตามย่อมเป็นความผิด

โดยคำว่า “ความใคร่” หมายความว่า ความพอใจในทางเพศ ไม่จำกัดถึงกับร่วมประเวณี เพียงแต่ก่อจูงจูงคล้าก็เป็นความใคร่

สำหรับความผิดฐานการค้าสิ่งลามกอนาจาร ตามมาตรา 287

ผู้ใด

(1) เพื่อความประสงค์แห่งการค้า หรือโดยการค้า เพื่อการแจกจ่าย หรือเพื่อการแสดงอวดแก่ประชาชน ทำ ผลิต มีไว้ นำเข้า หรือยังให้นำเข้าในราชอาณาจักร ส่งออก หรือยังให้ส่งออกไปนอกราชอาณาจักร พาไปหรือยังให้พาไป หรือทำให้แพร่หลายโดยประการใด ๆ ซึ่งเอกสาร ภาพ เขียน ภาพพิมพ์ การระบาย สี สิ่งพิมพ์ รูปภาพ ภาพโฆษณา เครื่องหมาย รูปถ่าย ภาพยนตร์ แถบบันทึกเสียง แถบบันทึกภาพหรือสิ่งอื่นใดอันลามก

(2) ประกอบการค้า หรือมีส่วน หรือเข้าเกี่ยวข้องในการค้าเกี่ยวกับวัตถุ หรือสิ่งของลามกดังกล่าวแล้ว แจกจ่าย หรือแสดงอวดแก่ประชาชน หรือให้เข้าวัตถุ หรือสิ่งของเช่นนั้น

(3) เพื่อจะช่วยให้แพร่หลาย หรือการค้าวัตถุหรือสิ่งของลามกดังกล่าวแล้ว โฆษณาหรือ ไขข่าวโดยประการใด ๆ ว่ามีบุคคลกระทำการอันเป็นความผิดตามมาตรานี้ หรือโฆษณาหรือไขข่าวว่าวัตถุ หรือสิ่งของลามกดังกล่าวแล้วจะหาได้จากบุคคลใด หรือโดยวิธีใด

ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกพันบาท หรือทั้งจำ ทั้งปรับ

โดยคำว่า “สิ่งลามก” หมายถึง สิ่งที่ผู้พบเห็นมีความรู้สึกอูจาด บัดสี หยาบช้า น้อมนำไปสู่ความชั่วหรือความใคร่ทางกามารมณ์ ได้แก่ ภาพเปลือยของมนุษย์ ภาพอวัยวะเพศของชายหรือหญิง ภาพการร่วมเพศ หรือข้อความต่าง ๆ ที่บรรยายถึงการร่วมเพศหรือบรรยายให้เกิดจินตนาการทางเพศเพื่อยั่วให้เกิดความใคร่ทางกามารมณ์¹²⁶

นอกจากความผิดทั้งสี่ฐานความผิดที่กล่าวมามาก่อนหน้านี้ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 388 ยังได้บัญญัติความผิดเกี่ยวกับการกระทำความผิดอันควรขายหน้าต่อธารกำนัล ความว่า ผู้ใดกระทำการอันควรขายหน้าต่อธารกำนัลโดยเปลือยหรือเปิดเผยร่างกาย หรือกระทำการลามกอย่างอื่น

เมื่อพิจารณาความผิดเกี่ยวกับเพศตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญาทั้งสี่ฐานความผิดที่ยกมาข้างต้น จะเห็นได้ว่า การกระทำความผิดดังกล่าวถือเป็นการคุกคามทางเพศที่ผู้กระทำความผิดกระทำต่อเนื้อตัวร่างกายของผู้เสียหายโดยตรง ดังจะเห็นได้จากกรณีของการกระทำชำเราหรือการ

¹²⁶ เรื่องเดียวกัน.

กระทำอนาจาร จึงมีข้อสังเกตว่าหากการกระทำนั้นเป็นการคุกคามทางเพศที่ไม่ได้กระทำต่อเนื้อตัวร่างกายของผู้เสียหาย การคุกคามดังกล่าวย่อมไม่เป็นความผิดตามประมวลอาญา เนื่องจากไม่เข้าองค์ประกอบที่กฎหมายกำหนด ดังนั้น ลักษณะของการคุกคามทางเพศที่เป็นความผิดตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญาจึงมีความหมายแคบกว่าการคุกคามทางเพศในความหมายทั่วไป ส่งผลให้การคุกคามทางเพศที่มีรูปแบบอย่างอื่นที่ไม่เข้าองค์ประกอบความผิดในประมวลกฎหมายอาญาไม่เป็นความผิดตามประมวลกฎหมายนี้ ดังนั้น ในกรณีที่ผู้กระทำความผิดมาติดไว้ในห้องทำงานของตน หรือผู้กระทำให้สายตาลวนลาม หรือพูดจาลามก หรือพูดจาชวนลาม ผู้เสียหาย พุทธิการณ์ดังกล่าวถือว่าเป็นการคุกคามทางเพศอย่างหนึ่งแต่ไม่เป็นความผิดฐานกระทำอนาจารตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา

4.2.1 พิจารณาตามพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 22) พ.ศ.2558 ความผิดเกี่ยวกับการคุกคาม มาตรา 397

4.2.1.1 แนวความคิดของกฎหมายที่เกี่ยวกับการคุกคามทางเพศ

ด้วยคณะกรรมการพิจารณาปรับปรุงประมวลกฎหมายอาญา สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ซึ่งเป็นคณะกรรมการซึ่งได้รับการแต่งตั้งโดยมติของคณะรัฐมนตรี มีอำนาจหน้าที่ในการพิจารณาปรับปรุงประมวลกฎหมายอาญาในประเด็นต่าง ๆ โดยในการประชุมของคณะกรรมการฯ มีการพิจารณาประเด็นปัญหาและข้อบกพร่องของการใช้บังคับประมวลกฎหมายอาญาในบางประการ โดยเฉพาะอย่างยิ่งประเด็นความสอดคล้องและการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ซึ่งคณะกรรมการฯ เห็นว่า ความผิดฐานกระทำการอันเป็นการรังแก ข่มเหง หรือกระทำให้ได้รับความอับอายหรือเดือดร้อนรำคาญในที่สาธารณะสถานหรือต่อหน้าธารกำนัลตามมาตร 397 แห่งประมวลกฎหมายอาญา ยังไม่ครอบคลุมการกระทำในที่รโหฐาน การคุกคาม การกระทำอันมีลักษณะส่อไปในทางที่จะล่วงเกินทางเพศ และการกระทำโดยอาศัยเหตุที่ผู้กระทำความผิดมีอำนาจเหนือผู้ถูกระทำ อันเนื่องจากความสัมพันธ์ในฐานะที่เป็นผู้บังคับบัญชา นายจ้าง หรือผู้มีอำนาจเหนือประการอื่น ส่งผลให้สิทธิของบุคคลในความเป็นอยู่ส่วนตัวตามมาตรา 35 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยไม่ได้รับการคุ้มครองอย่างเต็มที่ด้วยเช่นกัน นอกจากนี้ อัตราโทษปรับสำหรับความผิดหลุโทษมีการใช้มาเป็นเวลานาน ซึ่งไม่สอดคล้องกับสภาพเศรษฐกิจและสังคมของประเทศในปัจจุบัน ซึ่งมีการปรับเปลี่ยนค่าเงินไปมากแล้ว ทำให้สภาพบังคับของโทษทางอาญาไม่เกิดประสิทธิภาพเต็มที่

ด้วยเหตุผลดังกล่าวข้างต้น คณะกรรมการฯ จึงเห็นควรแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญาเพื่อกำหนดความผิดเกี่ยวกับการคุกคามและการรบกวนความเป็นอยู่ส่วนตัวของบุคคล (Harassment และ Stalking) โดยกำหนดให้การกระทำอันเป็นการรังแก ข่มเหง หรือกระทำให้ได้รับความอับอายหรือเดือดร้อนรำคาญ ทั้งในที่สาธารณะสถานหรือต่อหน้าธารกำนัล หรือในที่รโหฐาน เป็นความผิดทางอาญา และหากการกระทำดังกล่าวมีลักษณะส่อไปในทางที่จะล่วงเกินทางเพศ หรือกระทำโดยอาศัยเหตุที่ผู้กระทำความผิดมีอำนาจเหนือผู้ถูกระทำอันเนื่องจากความสัมพันธ์ในฐานะผู้บังคับบัญชา นายจ้าง หรือผู้มีอำนาจเหนือประการอื่น ผู้กระทำความผิดต้องได้รับโทษหนักขึ้น

และต่อมาได้มีประกาศในราชกิจจานุเบกษาบังคับใช้ พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 22) พ.ศ.2558 ความผิดเกี่ยวกับการคุกคาม แก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 397 แห่งประมวลกฎหมายอาญา¹²⁷

4.2.1.2 หลักเกณฑ์ทางกฎหมายที่เกี่ยวกับการคุกคามทางเพศ

เนื่องจากสภานิติบัญญัติแห่งชาติ ได้มีประกาศบังคับใช้ประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับแก้ไข) ประกาศราชกิจจานุเบกษา เมื่อวันที่ 13 กุมภาพันธ์ พ.ศ.2558 ให้มีผลบังคับใช้ 14 กุมภาพันธ์ พ.ศ.2558 ทว่าราชอาณาจักร โดยให้ยกเลิกความในมาตรา 397 (หมวดความผิดลหุโทษ) แห่งประมวลกฎหมายอาญา และให้ใช้ความต่อไปนี้แทน

มาตรา 397 ผู้ใดกระทำความผิดด้วยประการใด ๆ ต่อผู้อื่น อันเป็นการรังแก ข่มเหง คุกคามหรือกระทำให้ได้รับความอับอายหรือเดือดร้อนรำคาญ ต้องระวางโทษปรับไม่เกินห้าพันบาท

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งเป็นการกระทำให้ในที่สาธารณะสถานหรือต่อหน้าธารกำนัล หรือเป็นการกระทำความอันมีลักษณะส่อไปในทางที่จะล่วงเกินทางเพศ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งเดือน หรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคสองเป็นการกระทำความโดยอาศัยเหตุที่ผู้กระทำความมีอำนาจเหนือผู้ถูกระทำความอันเนื่องจากความสัมพันธ์ในฐานะที่เป็นผู้บังคับบัญชา นายจ้าง หรือผู้มีอำนาจเหนือประการอื่น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งเดือน และปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท

โดยองค์ประกอบที่ใช้พิจารณาความผิดมี ดังนี้

ความตามวรรคแรก ผู้ใดกระทำความผิดด้วยประการใด ๆ ต่อผู้อื่น อันเป็นการรังแก ข่มเหง คุกคามหรือกระทำให้ได้รับความอับอายหรือเดือดร้อนรำคาญ ต้องระวางโทษปรับไม่เกินห้าพันบาท องค์ประกอบ คือ

1. ผู้ใด
2. กระทำความผิดด้วยประการใด ๆ อันเป็นการ
 - 1) อันเป็นการรังแก ข่มเหง คุกคาม
 - 2) กระทำให้ได้รับความอับอายหรือเดือดร้อนรำคาญ
3. โดยเจตนา

ความตามวรรคสอง ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งเป็นการกระทำให้ในที่สาธารณะสถานหรือต่อหน้าธารกำนัล หรือเป็นการกระทำความอันมีลักษณะส่อไปในทางที่จะล่วงเกินทางเพศ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งเดือน หรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

¹²⁷ สภานิติบัญญัติแห่งชาติ, *เรื่องเดิม*, หน้า 1-5.

องค์ประกอบ คือ

1. ในที่สาธารณะหรือต่อหน้าธารกำนัล
2. กระทำอันมีลักษณะส่อไปในทางที่จะล่วงเกินทางเพศ

ความตามวรรคสาม ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคสองเป็นการกระทำโดยอาศัยเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจเหนือผู้ถูกระทำอันเนื่องจากความสัมพันธ์ในฐานะที่เป็นผู้บังคับบัญชา นายจ้าง หรือผู้มีอำนาจเหนือประการอื่น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งเดือน และปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท

1. ผู้กระทำมีอำนาจเหนือการกระทำซึ่งเป็นความผิดตามมาตรา 347 ได้เป็น 3 ลักษณะ คือ

- 1) กระทำด้วยประการใด ๆ ต่อผู้อื่น อันเป็นการรังแก ข่มเหง คุกคาม
- 2) กระทำให้ได้รับความอับอายหรือเดือดร้อนรำคาญ
- 3) กระทำอันมีลักษณะส่อไปในทางที่จะล่วงเกินทางเพศ

โดยสามารถอธิบายได้ ดังนี้¹²⁸

รังแก หมายความว่า แกล้งทำความเดือดร้อนให้ผู้อื่น (มักใช้แก่ผู้มีอำนาจมากกว่า)

ข่มเหง หมายความว่า การใช้กำลังรังแกแกล้งทำความเดือดร้อนให้ผู้อื่น

คุกคาม หมายความว่า แสดงอำนาจด้วยกิริยาหรือวาทะให้หวาดกลัว, ทำให้หวาดกลัว

ตามมาตรา 397 วรรคแรก ซึ่งบัญญัติว่าผู้ใดกระทำการใด ๆ ต่อผู้อื่น อันเป็นการรังแก ข่มเหง คุกคาม หรือทำให้ได้รับความอับอาย หรือได้รับความเดือดร้อนรำคาญเป็นความผิด ซึ่งกรณีการกระทำด้วยประการใด ๆ ต่อผู้อื่น อันเป็นการรังแก ข่มเหง คุกคาม เช่น เห็นคนอื่นเดินผ่านมาก็เข้าไปเอาของที่เขาถือมาโยนทิ้งเสีย¹²⁹ เห็นคนศีรษะล้านใส่วิกเดินผ่านมาก็หยิบวิกเปิดขึ้นหรือทำตนเป็นนักแสดงโตเดินเข้าไปในร้านอาหาร แล้วบอกให้ผู้อื่นที่นั่งอยู่ก่อนย้ายไปเพื่อตนจะได้นั่งแทน หรือถนนในซอยที่ดินเอกชนซึ่งแบ่งให้เช่าปลูกบ้าน ประชาชนชอบที่จะเข้าออกติดต่อกันได้เป็นสาธารณะสถาน การเอารถไปจอดขวางกั้น ไม่ยอมถอยรถให้รถข้างในออกได้ เป็นการรังแก ข่มเหงตามมาตรา 397¹³⁰

กรณีการกระทำด้วยประการใด ๆ อันเป็นการทำให้ผู้อื่นได้รับความอับอายหรือเดือดร้อนรำคาญ เช่น การพูดจาหยาบคายไม่สุภาพทำให้ผู้อื่นเดือดร้อนรำคาญ หรือถ้อยคำที่จำเลยร้องตะโกนกล่าววาจาแก่ผู้เสียหายซึ่งหน้าและต่อหน้าธารกำนัลในเวลากลางคืนว่า “อ้ายชั้นมีมึงหนายมาหาทางอาญาหรือ ลูกกะโปกกูไม่หัด กูลูกนางจักรวีย์ ไม่ใช่ลูกบ้านน้ำเค็มจะเอาอย่างไรกะเอาลีวะ จะเอาอ้ายแจะติดคุกกี้ได้” นั้นเป็นข้อความที่หยาบคายไม่สุภาพ แต่ถ้อยคำที่จำเลยกล่าว

¹²⁸ ราชบัณฑิตยสถาน, *เรื่องเดิม*.

¹²⁹ สุวัณชัย ใจหาญ, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 3 ความผิดลหุโทษ มาตรา 367 ถึง 398 พร้อมด้วยตัวอย่างและคำพิพากษาฎีกาประกอบ (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มิตรสยาม, 2527), หน้า 220.

¹³⁰ คำพิพากษาฎีกาที่ 1980/2518, 2518 ถ. 2614.

ประกอบกับวิธีกล่าวและเวลาที่จำเลยกล่าว ย่อมทำให้นายชั้นผู้เสียหายได้รับความเดือดร้อนรำคาญ จึงเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 397¹³¹

ความผิดตามวรรคหนึ่งในมาตรานี้ เมื่อได้กระทำความผิดด้วยประการใด ๆ ต่อผู้อื่น อันเป็นการรังแก ข่มเหง คุกคาม หรือกระทำให้ได้รับความอับอายหรือเดือดร้อนรำคาญ ไม่ว่า ณ ที่ใดก็ถือเป็นความผิดในวรรคนี้ทั้งสิ้น ไม่จำเป็นต้องเป็นว่าต้องเกิดในที่สาธารณะหรือต่อหน้าธารกำนัล

และมีเหตุเพิ่มโทษแก่ผู้กระทำความผิดตามความในวรรคสองและวรรคสาม หากการกระทำตามความในวรรคแรกได้กระทำในที่สาธารณะหรือต่อหน้าธารกำนัล หรือเป็นการกระทำอันมีลักษณะส่อไปในทางที่จะล่วงเกินทางเพศ ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนักขึ้น และหากเป็นการกระทำโดยอาศัยเหตุที่ผู้กระทำความผิดมีอำนาจเหนือผู้ถูกระทำอันเนื่องจากความสัมพันธ์ในฐานะที่เป็นผู้บังคับบัญชา นายจ้าง หรือผู้มีอำนาจเหนือประการอื่น ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษหนักยิ่งขึ้น

ซึ่งกรณีตามวรรคสองการกระทำในที่สาธารณะหรือต่อหน้าธารกำนัลนั้น “ที่ สาธารณสถาน” หมายความว่า สถานที่ใด ๆ ที่ประชาชนมีความชอบธรรมที่จะเข้าไปได้ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 1(3) เช่น ถนนหนทาง โรงภาพยนตร์ สวนสาธารณะ

“ต่อหน้าธารกำนัล” หมายความว่า ที่ชุมนุมชน, คนจำนวนมาก,¹³² กระทำในประการที่บุคคลอื่นได้เห็น เช่น กระทำต่อหน้าคนที่กำลังมองดูอยู่ แม้จะเป็นเพียงคนเดียวก็เป็นธารกำนัล การกระทำโดยประการที่ให้บุคคลอื่นได้เห็น ไม่หมายถึงการกระทำในที่มืดชิด เช่น ในห้องปิดประตูมืดชิด แม้จะมีคนแอบเห็น ก็ไม่เป็นธารกำนัล การที่มีคนเห็นต้องเป็นการเห็นได้ตามธรรมดาของ การกระทำนั้น แม้กระทำในห้องที่ไม่มีบานประตู หรือมีแต่ไม่ได้ปิด ซึ่งคนภายนอกเห็นได้ตามธรรมดา ก็เป็นธารกำนัล แต่ไม่ใช่การสอดเข้าไปเห็น เช่น กระทำแก้หญิงซึ่งป่วยอยู่ในโรงกุลี คนข้างนอกเห็นตะเกียงดับจึงเข้าไปดูเห็นกำลังนอนทับกันอยู่ในท่ากระทำชำเรา ไม่เป็นต่อหน้าธารกำนัล¹³³

การกระทำในที่สาธารณะ ถือสถานที่ที่เป็นเกณฑ์ ส่วนการกระทำต่อหน้าธารกำนัล ถือตัวบุคคลเป็นเกณฑ์ว่าจะเห็นการกระทำนั้นหรือไม่ และจะกระทำในที่สาธารณะ หรือต่อหน้าธารกำนัลแห่งหนึ่งแห่งใดแต่เพียงแห่งเดียวก็ถือเป็นความผิด

กรณีกระทำความผิดมีลักษณะส่อไปในทางที่จะล่วงเกินทางเพศซึ่งการการล่วงเกิน หมายความว่า แสดงอาการเกินสมควรต่อผู้อื่น โดยการล่วงจารีตประเพณีหรือจรรยาบรรณด้วยการ ลวนลาม ดูหมิ่น สบประมาท¹³⁴ โดยการกระทำความผิดมีลักษณะส่อไปในทางที่จะล่วงเกินทางเพศ ซึ่งหมายถึงพฤติกรรมของบุคคลที่อาจละเมิดสิทธิของบุคคลอื่นในเรื่องเพศลักษณะต่าง ๆ เป็นการกระทำอย่างหนึ่งอย่างใด ที่ทำให้อีกฝ่ายมีความรู้สึกว่าขัดกับความปรารถนาของตน ซึ่งเกี่ยวข้องกับ

¹³¹ คำพิพากษาฎีกาที่ 388/2505, ประชุมใหญ่ ครั้งที่ 9/2505, ฎ. 4096

¹³² ราชบัณฑิตยสถาน, *เรื่องเดิม*.

¹³³ จิตติ ดิงศภัทย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 2 และภาค 3, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2539), หน้า 752-753.

¹³⁴ ราชบัณฑิตยสถาน, *เรื่องเดิม*.

“เพศ” ที่ทำให้บุคคลอื่น ต้องสูญเสียศักดิ์ศรีหรือทำให้บุคคลอื่นเกิดความหวาดกลัว รู้สึกว่าเป็นศัตรู อันส่งผลกระทบต่อร่างกายจิตใจอารมณ์สังคม และการดำรงชีวิตอย่างปกติสุข¹³⁵

กรณีวรรคสาม ที่ผู้กระทำมีอำนาจเหนือผู้ถูกระทำอันเนื่องจากความสัมพันธ์ในฐานะที่เป็นผู้บังคับบัญชา นายจ้าง หรือผู้มีอำนาจเหนือประการอื่น ผู้มีอำนาจเหนือ คือ บุคคลที่อยู่ในฐานะที่มีความได้เปรียบกว่าในสถานะความสัมพันธ์หรือในบริบทนั้น ๆ เช่น หัวหน้ามักชักชวนให้มิเพศสัมพันธ์อย่างเปิดเผยโดยจะขู่ถึงการสูญเสียงานหรือการเลื่อนตำแหน่ง เป็นต้น

ความผิดตามมาตรา 16 ผู้กระทำต้องมีเจตนา ถ้าไม่มีเจตนาหรือเป็นการกระทำโดยประมาทก็ย่อมไม่มีความผิด เช่น ขับรถโดยประมาทเฉี่ยวผู้หญิงที่เดินอยู่ข้างถนน ทำให้กระโปรงหลุดลงมา เป็นเหตุให้หญิงสาวได้รับความอับอายต่อผู้คนที่เดินผ่านไปมา ไม่ผิดตามมาตรา 16 เพราะผู้กระทำมิได้มีเจตนา¹³⁶

4.2.1.3 การกำหนดโทษสำหรับความผิดที่เกี่ยวกับการคุกคามทางเพศ

กรณีตามวรรคแรกจะต้องเป็นกรณีที่เป็นกรกระทำที่มีเจตนาจะเกลียดชังทำความเดือดร้อนให้แก่ผู้อื่น หรือใช้กำลังรังแกผู้อื่นการแสดงอำนาจด้วยกิริยาหรือวาจาให้หวาดกลัวซึ่งทำให้ผู้อื่นได้รับความเดือดร้อน

ต้องระวางโทษ: ไม่เกินห้าพันบาท

สำหรับกรณีในวรรคสองถือเป็นการระวางโทษที่หนักขึ้น สำหรับการกระทำในที่สาธารณะสถาน หรือต่อหน้าธารกำนัล หรือเป็นการกระทำอันมีลักษณะส่อไปในทางที่จะล่วงเกินทางเพศ

ต้องระวางโทษ: จำคุกไม่เกินหนึ่งเดือน หรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ส่วนวรรคสามเป็นการกระทำโดยอาศัยเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจเหนือผู้ถูกระทำซึ่งสอดคล้องกับมาตรา 16 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน (ฉบับที่ 2) พ.ศ.2551

ต้องระวางโทษ: จำคุกไม่เกินหนึ่งเดือน และปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท

4.3 พิจารณาตามกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้องกับการคุกคามทางเพศ

จากกระแสต่อต้านการคุกคามทางเพศที่ปรากฏเด่นชัดในประเทศไทย ได้เริ่มต้นมาจากองค์กรพัฒนาเอกชนด้านสิทธิสตรีและสิทธิมนุษยชนซึ่งได้มีการเคลื่อนไหวและออกบรรณารักษ์ให้สังคมรับรู้ถึงการคุกคามทางเพศและผลกระทบจากการคุกคามทางเพศในปี พ.ศ.2523 และมีการขับเคลื่อนในเรื่องดังกล่าวอย่างต่อเนื่อง แต่ประเด็นการคุกคามทางเพศก็ไม่อยู่ในกระแสความสนใจของสังคมไทยในขณะนั้นเท่าที่ควร จวบจนกระทั่ง ในปี พ.ศ.2531 ได้มีตัวแทนฝ่ายผู้ใช้แรงงานหรือลูกจ้างเข้ามามีส่วนร่วมในการต่อต้านการคุกคามทางเพศชัดเจนยิ่งขึ้น ส่งผลให้มีการตราพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงานฉบับใหม่ขึ้นในปี พ.ศ.2541 โดยมีเนื้อหาเกี่ยวกับการคุกคามทางเพศตามมาตรา 16 และได้มี

¹³⁵ China, National Immigration Agency, **Ministry of the Interior**, ค้นวันที่ 20 กรกฎาคม 2558 จาก <http://www.immigration.gov.tw/ct.asp?xItem=1090594&ctNode=30167&mp=se03>

¹³⁶ สุวัฒน์ชัย ใจหาญ, *เรื่องเดิม*, หน้า 222.

การแก้ไขเพิ่มเติมในปี พ.ศ.2551 จากนั้นก็ได้มีพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ.2551 ความผิดฐานล่วงละเมิด หรือคุกคามทางเพศ มาตรา 83(8) และพระราชบัญญัติการเดินอากาศ พ.ศ.2558 ความผิดเกี่ยวกับการคุกคาม ทางเพศ มาตรา 11 ดังนี้

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

4.3.1.1 แนวความคิดของกฎหมายที่เกี่ยวกับการคุกคามทางเพศ

แนวความคิดเรื่องการคุ้มครองห้ามคุกคามทางเพศ มีเหตุผลพื้นฐานมาจากนายจ้างและผู้ได้รับมอบหมายจากนายจ้าง เช่น ผู้จัดการ หัวหน้างาน ผู้ควบคุมงาน ฯลฯ มีอำนาจบังคับบัญชาเหนือลูกจ้าง ลูกจ้างต้องเชื่อฟังและปฏิบัติตามคำสั่งของบุคคลเหล่านี้ นายจ้างหรือผู้บังคับบัญชาที่ไม่ดีอาจใช้อำนาจบังคับบัญชาแสวงหาความสุข ความพึงพอใจทางเพศจากผู้ใต้บังคับบัญชา ทำให้ลูกจ้างต้องถูกล่วงเกินทางเพศ เกิดความไม่สบายใจ อึดอัดใจ มีผลเสียต่อการทำงานและผลประกอบการของนายจ้าง

แต่เดิมกฎหมายคุ้มครองแรงงานฉบับปี 2541 มีบทบัญญัติในเรื่องการคุกคามทางเพศ ในมาตรา 16 บัญญัติว่า “ห้ามมิให้นายจ้าง ผู้ซึ่งเป็นหัวหน้างาน ผู้ควบคุมงานหรือผู้ตรวจงาน กระทำการล่วงเกินทางเพศต่อลูกจ้างหญิงหรือเด็ก” ซึ่งบทบัญญัตินี้ดังกล่าวมีข้อจำกัด อย่างน้อยสองประการ¹³⁷

ประการแรก คือ เรื่องขอบเขตของการคุ้มครอง กำหนดไว้ค่อนข้างแคบ เนื่องจากกฎหมายใช้คำว่า “กระทำการล่วงเกินทางเพศ” ในทางสากลอาจแบ่งการล่วงเกินทางเพศในสถานที่ทำงาน ออกได้เป็น 2 ประเภท ได้แก่¹³⁸

1. การคุกคามทางเพศประเภทที่ใช้ผลประโยชน์ข่มขู่ หรือการคุกคามทางเพศแบบแลกเปลี่ยนที่มีผลกระทบต่อสถานภาพในการทำงาน (Quid Pro Quo Harassment) หมายถึง การที่นายจ้างหรือผู้ได้รับมอบหมายจากนายจ้าง เช่น ผู้จัดการ ผู้ช่วยผู้จัดการ หัวหน้างาน ที่มีตำแหน่งสูงกว่าลูกจ้าง เรียกร้องหรือยื่นข้อเสนอต่อลูกจ้างเพื่อให้ได้มาซึ่งความสุขหรือความพึงพอใจในเรื่องเพศ เช่น ขอให้มีความสัมพันธ์ การยินยอมให้จับต้องสัมผัสร่างกาย ฯลฯ โดยเสนอผลประโยชน์เป็นการตอบแทน เช่น การขึ้นเงินเดือน เลื่อนตำแหน่ง ได้สิทธิเข้ารับการฝึกอบรม ฯลฯ หากลูกจ้างไม่ยินยอมจะได้รับผลร้าย เช่น ถูกลงโทษทางวินัย กลั่นแกล้งโยกย้ายหน้าที่ ไม่ให้ทำงานล่วงเวลา ฯลฯ ทำให้ลูกจ้างตกอยู่ในภาวะต้องเลือกระหว่างยอมให้ถูกล่วงเกินทางเพศหรือจะได้รับผลร้ายเกี่ยวกับการทำงาน การล่วงทางเพศแบบนี้อาจเรียกว่า “Sexual Black Mail” ความรุนแรงของการถูกล่วงเกิน อาจแค่การจับต้องสัมผัสร่างกายหรืออาจรุนแรงถึงการถูกข่มขืนกระทำชำเรา

¹³⁷ กองบรรณาธิการ Jobdst, การคุ้มครองห้ามล่วงเกินทางเพศตาม พ.ร.บ.คุ้มครองแรงงานฉบับใหม่, ค้นวันที่ 14 พฤศจิกายน 2559 จาก http://www.jobdst.com/index.php?option=com_content&view=article&id=36&Itemid

¹³⁸ อรรถพันธ์ สฟโชคชัย, ประเด็นสำคัญและข้อควรรู้เกี่ยวกับการล่วงละเมิดทางเพศ, ใน เอกสารประกอบการสัมมนาโครงการเวทีความคิดเพื่อการพัฒนากระบวนการยุติธรรมไทย เรื่อง กระบวนการยุติธรรมกับความรุนแรงที่เกิดขึ้นกับผู้หญิง, หน้า 5-6.

2. การคุกคามทางเพศประเภทคุกคามทางเพศโดยอ้อม หรือเป็นการสร้างสภาพการทำงานที่เป็นปฏิปักษ์ (Creation of a Hostile Working Environment) หมายถึง การสร้างสภาพแวดล้อมหรือบรรยากาศในการทำงานที่ไม่เป็นมิตร ก่อให้เกิดความอึดอัด ไม่สบายใจโดยมีพื้นฐานเกี่ยวกับเรื่องเพศ เช่น การติตภาพหญิงในสภาพโป้เปลือยไว้ในสถานที่ทำงาน การเขียนข้อความในเรื่องเพศไว้ในที่ทำงาน การนำภาพลามกอนาจารไว้ในหน้าจอคอมพิวเตอร์ การพูดคุยวิพากษ์วิจารณ์เกี่ยวกับเรื่องเพศหรือสรีระร่างกายของลูกจ้างหญิง ฯลฯ

ประการที่สอง เรื่องเหยื่อที่ได้รับความคุ้มครอง พ.ร.บ.คุ้มครองแรงงาน ปี พ.ศ.2541 คุ้มครองเฉพาะลูกจ้างหญิงและลูกจ้างเด็ก ลูกจ้างหญิง หมายถึง ลูกจ้างเพศหญิงทั้งหมด ส่วน “ลูกจ้างเด็ก” (Young Workers) หมายถึง ลูกจ้างชายและลูกจ้างหญิงที่มีอายุระหว่าง 15 ปี แต่ไม่ถึง 18 ปี ดังนั้น ลูกจ้างชายที่มีอายุเกิน 18 ปี จะไม่ได้รับความคุ้มครองตามบทบัญญัตินี้ หรืออาจกล่าวได้ว่า หากผู้จัดการหญิงล่วงเกินทาง เพศต่อลูกน้องชายที่มีอายุเกินกว่า 18 ปี ผู้จัดการหญิงจะไม่มี ความผิดตามมาตรา 16 นี้ ราวกับว่ากฎหมายมาตรานี้เป็นการเลือกปฏิบัติทางเพศเสียเอง

ซึ่งพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน ปี พ.ศ.2551 มาตรา 16 ได้มีการแก้ไขข้อบกพร่องเดิม โดยบัญญัติใหม่ว่า “ห้ามมิให้นายจ้าง หัวหน้างาน ผู้ควบคุมงานหรือผู้ตรวจงาน กระทำการล่วงเกิน คุกคาม หรือก่อความเดือดร้อนรำคาญทางเพศต่อลูกจ้าง” ซึ่งในมาตรา 16 เดิมได้ทำการบัญญัติไว้เพื่อคุ้มครองการคุกคามทางเพศแก่ลูกจ้างเด็กและลูกจ้างที่เป็นหญิงเท่านั้น แต่เนื่องจากสภาพสังคมที่เปลี่ยนแปลงไป จึงได้มีการแก้ไขให้การคุ้มครองดังกล่าวครอบคลุมไปถึงลูกจ้างทั้งหมด ซึ่งรวมถึงลูกจ้างชายด้วย¹³⁹

4.3.1.2 หลักเกณฑ์ทางกฎหมายที่เกี่ยวกับการคุกคามทางเพศ

พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ.2541 แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ.2551 มาตรา 16 บัญญัติว่า

“ห้ามมิให้นายจ้าง หัวหน้างาน ผู้ควบคุมงาน หรือผู้ตรวจงานกระทำการล่วงเกิน คุกคาม หรือก่อความเดือดร้อนรำคาญทางเพศต่อลูกจ้าง”

โดยเจตนารมณ์ของกฎหมายนี้ ก็เพื่อคุ้มครองลูกจ้างซึ่งเป็นเด็ก หญิง และชาย มิให้ถูกล่วงเกิน คุกคาม หรือก่อให้เกิดความเดือดร้อนรำคาญทางเพศจากนายจ้าง หรือผู้ที่มีอำนาจบังคับบัญชาเหนือลูกจ้าง

จะเห็นได้ว่า กฎหมายคุ้มครองแรงงานฉบับใหม่สามารถแก้ปัญหาประการแรก คือ ขอบเขตการกระทำที่ได้รับความคุ้มครอง กฎหมายใหม่ใช้คำว่า “ล่วงเกิน” “คุกคาม” หรือ “ก่อความเดือดร้อนรำคาญ” ทางเพศ อันเป็นการขยายขอบเขตการคุ้มครองให้มากขึ้นกว่าเดิม อย่างไรก็ตาม อย่างไรก็ดี ถ้อยคำตามกฎหมายยังเป็นปัญหาในการแปลความ

¹³⁹ พงศ์พิชญ์ พิมพิไสย, สารสำคัญของพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงานที่แก้ไขเพิ่มเติม (2551), ค้นวันที่ 16 สิงหาคม 2559 จาก http://www.lawcommunityonline.org/2008/06/blog-post_30.html

ซึ่งถ้าหากพิจารณาตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ.2542

“ล่วงเกิน” หมายถึง แสดงอาการเกินสมควรต่อผู้อื่นโดยล่วงจารีตประเพณีหรือจรรยาบรรณ ด้วยการล่วงลาม (หมายถึง ล่วงเกินในลักษณะชู้สาวด้วยการพูดหรือกระทำเกินสมควร เช่น พูดจาล่วงลาม ถีอโอกาสจับมือถีอแขน) ดูหมิ่น (หมายถึง แสดงกิริยาท่าทางฯ เป็นเชิงดูถูกว่าด้อยกว่าต่ำกว่า) สบประมาท เป็นต้น

“คุกคาม” หมายถึง แสดงอำนาจด้วยกิริยาหรือวาจาให้หวาดกลัว ทำให้หวาดกลัว

“การก่อความเดือดร้อนรำคาญ” หมายความว่า ทำให้เป็นทุกข์ กังวลไม่เป็นสุข ระคายเคือง ไม่สบายใจ

ซึ่งการกระทำดังกล่าวก่อให้เกิดสภาพแวดล้อมในการทำงานที่เกิดความขุ่นข้องหมองใจกัน ในกรณีดังกล่าวอาจเป็นการล่วงเกินทางเพศโดยตรงที่มีเจตนาในการแลกเปลี่ยนต่างตอบแทนกัน หรือการล่วงเกินทางเพศโดยอ้อม ที่มีลักษณะการสร้างสภาพแวดล้อมในการทำงานให้เกิดความตึงเครียดในการทำงาน ทั้งนี้ อาจเป็นการแสดงออกทางกิริยา วาจา การสัมผัสหรือสัญลักษณ์ใด และไม่ว่าผู้ถูกระทำจะยินยอม (จำยอม) หรือไม่ก็ตาม

ประการที่สอง กฎหมายคุ้มครองแรงงานฉบับใหม่ คุ้มครองลูกจ้าง คำว่า “ลูกจ้าง” ครอบคลุมถึงลูกจ้างทุกเพศทุกวัยไม่ว่าชายและหญิงล้วนแต่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายฉบับนี้ หากมีการล่วงเกินทางเพศ จะต้องถือว่าเป็นการกระทำผิดฝ่าฝืนข้อบังคับเกี่ยวกับการทำงานกรณีร้ายแรง

โดยทั่วไปการคุกคามทางเพศจะต้องมีองค์ประกอบสำคัญ 2 ประการ¹⁴⁰

ประการแรก จะต้องเป็นกรณีที่นายจ้างกระทำต่อลูกจ้าง คำว่า “นายจ้าง” หมายถึง นายจ้างที่แท้จริง รวมทั้งผู้ได้รับมอบหมายจากนายจ้างด้วย เช่น ผู้จัดการ หัวหน้างาน ผู้ควบคุมงาน ฯลฯ ดังนั้น การที่ผู้จัดการล่วงเกินทางเพศต่อหัวหน้า หัวหน้างานล่วงเกินทางเพศลูกน้อง หรือผู้จัดการล่วงเกินทางเพศลูกน้อง ถือว่าเข้าองค์ประกอบข้อนี้ เพราะเป็นกรณีนายจ้างล่วงเกินลูกจ้าง แต่ถ้าลูกน้องล่วงเกินทางเพศหัวหน้างาน หรือหัวหน้างานล่วงเกินทางเพศต่อผู้จัดการ แม้เป็นเรื่องการฝ่าฝืนข้อบังคับเกี่ยวกับการทำงาน แต่ไม่ถือเป็นการล่วงเกินทางเพศในความหมายนี้ นอกจากนี้ พนักงานที่มีตำแหน่งเท่าเทียมกันล่วงเกินทางเพศซึ่งกันและกันก็ไม่ใช่เรื่องการล่วงเกินทางเพศตามมาตรานี้

ประการที่สอง การที่นายจ้างกระทำต่อลูกจ้างนั้นต้องมีพื้นฐานเกี่ยวกับเรื่องเพศ เช่น การจับหน้าอก จับกันผู้ได้บังคับบัญชาเพื่อตอบสนองความสุขหรือความต้องการทางเพศ ถือเป็นการล่วงเกินทางเพศ แต่ถ้าเป็นผู้จัดการชาวต่างประเทศสัมผัสกับลูกจ้างหญิงที่เข้าทำงานใหม่เพื่อเป็นการทักทายตามธรรมเนียมตะวันตก โดยไม่มีความคิดพื้นฐานมาจากเรื่องเพศ ก็ไม่ถือว่าเป็นการล่วงเกินทางเพศตามความหมายนี้

ตัวอย่างคดีเกี่ยวกับการคุกคามทางเพศ ลูกจ้างเป็นผู้บังคับบัญชาอาศัยอำนาจหน้าที่ของตนชักชวนลูกจ้างหญิงซึ่งอยู่ภายใต้บังคับบัญชาออกไปเที่ยวเตร่ด้วยกันในเวลาว่างนอกเวลางาน หากลูกจ้างหญิงไม่ไปจะกลั่นแกล้งเสนอความเห็นไม่ให้ลูกจ้างหญิงผู้นั้นผ่านการทดลองงาน

¹⁴⁰ กองบรรณาธิการ Jobdst, *เรื่องเดิม*.

การกระทำความผิดมุ่งประสงค์เพื่อการล่วงเกินทางเพศลูกจ้างหญิงซึ่งอยู่ภายใต้บังคับบัญชาของตน ถือเป็นการล่วงเกินทางเพศ ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า การกระทำของลูกจ้างที่เป็นผู้บังคับบัญชา นอกจากจะเป็นการประพฤติผิดศีลธรรมหรือจารีตประเพณีอันดีงามของสังคม อันเป็นการฝ่าฝืนข้อบังคับเกี่ยวกับการทำงานของนายจ้างแล้ว ยังมีผลกระทบต่อการบริหารงานบุคคลของนายจ้าง ทำให้พนักงานขาดขวัญและกำลังใจในการทำงาน การฝ่าฝืนของลูกจ้างถือเป็นการร้ายแรง นายจ้างเลิกจ้างได้โดยไม่ต้องบอกกล่าวล่วงหน้า ไม่ต้องจ่ายค่าชดเชยและไม่ถือว่าเป็นการเลิกจ้างที่ไม่เป็นธรรม (เทียบคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1372/2545)

4.3.1.3 การกำหนดโทษสำหรับความผิดที่เกี่ยวกับการคุกคามทางเพศ

บทลงโทษสำหรับผู้ฝ่าฝืนมาตรา 16 นั้นได้บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ.2541 ความว่า

มาตรา 147 ผู้ใดฝ่าฝืนมาตรา 16 ต้องระวางโทษปรับไม่เกินสองหมื่นบาท

ซึ่งเมื่อพิจารณาจากความรุนแรงของพฤติกรรม และผลกระทบที่ได้รับจากการถูกกระทำการคุกคามทางเพศนั้น อาจพูดได้ว่าบทกำหนดโทษนั้นยังถือว่าน้อยเกินไป การกำหนดบทลงโทษนั้นควรเป็นไปตามความร้ายแรงในแต่ละกรณี ซึ่งส่งผลให้พระราชบัญญัติฉบับนี้ยังขาดมาตรการที่ชัดเจนในการให้ความคุ้มครอง การป้องกัน และการเยียวยาความเสียหาย ทั้งทางจิตใจและทางร่างกายให้แก่เหยื่อที่ถูกคุกคามทางเพศ

เมื่อพิจารณาทบบัญญัติของกฎหมายเรื่องการคุกคามทางเพศตามพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ.2541 แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ.2551 มาตรา 16 เห็นได้ว่า สมควรที่จะได้รับการพิจารณาถึงความไม่ชัดเจนของความหมายคำว่า “การล่วงเกิน คุกคาม หรือก่อให้เกิดความเดือดร้อนรำคาญทางเพศในที่ทำงาน” โดยควรมีคำจำกัดความไว้ว่า ต้องมีลักษณะ รูปแบบอย่างไร เพื่อทำให้เกิดปัญหาในการตีความ

และจากบทบัญญัติดังกล่าว แสดงให้เห็นถึงเจตนารมณ์ของกฎหมายว่ามุ่งประสงค์ที่จะคุ้มครองลูกจ้างที่เป็นเด็ก หญิง และชาย ไม่ให้ถูกล่วงเกิน คุกคาม หรือได้รับความเดือดร้อนรำคาญทางเพศจากนายจ้าง หรือผู้ที่มีอำนาจบังคับบัญชาเหนือลูกจ้าง แต่อย่างไรก็ตาม พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงานยังมีอุปสรรคในการบังคับใช้ เนื่องจากพระราชบัญญัตินี้ไม่ได้บัญญัติให้การกระทำความผิดครอบคลุมไปถึงการคุกคามทางเพศที่กระทำโดยเพื่อนร่วมงานซึ่งเป็นลูกจ้างเหมือนกัน ประกอบกับพระราชบัญญัตินี้มุ่งคุ้มครองลูกจ้างในภาคเอกชนเท่านั้น แต่ไม่กินความไปให้ความคุ้มครองลูกจ้างในหน่วยงานภาครัฐ จึงก่อให้เกิดช่องว่างในการบังคับใช้กฎหมาย (Gap of Law) อีกทั้ง สภาพบังคับทางกฎหมาย (Sanction of Law) ในกรณีที่มีการฝ่าฝืนต่อบทบัญญัติดังกล่าวก็ยังไม่เหมาะสมเท่าที่ควร

อีกทั้ง การกำหนดบทลงโทษให้เหมาะสมแก่ความร้ายแรง เพราะระวางโทษปรับไม่เกินสองหมื่นบาท ซึ่งถือว่าเป็นจำนวนเงินค่าปรับที่ค่อนข้างต่ำ จึงไม่ส่งผลในการป้องปรามการกระทำความผิดเท่าใดนัก จึงควรที่จะต้องศึกษาหาความหมาย ขอบเขต แนวความคิด หลักเกณฑ์ เพื่อแก้ไขข้อบกพร่องต่าง ๆ ให้เกิดความชัดเจน และสามารถบังคับใช้ได้อย่างมีประสิทธิภาพ

4.3.2 พิจารณาตามพระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดบางประการต่อการเดินอากาศ พ.ศ.2558

เนื่องจากอากาศยานเป็นสถานที่ที่มีพื้นที่จำกัด การที่มีพฤติกรรม หรือความประพฤติที่ไม่เหมาะสมถือเป็นปัญหาที่มีการขยายตัวอย่างรวดเร็วและมีความรุนแรงสูงขึ้น ซึ่งบริษัทการบินไทย จำกัด (มหาชน) ได้เคยจัดทำรายงานผลกรณีผู้โดยสารประพฤติตัวไม่เหมาะสมของปี พ.ศ.2544 โดยรายงานว่ามีผู้โดยสารก่อให้เกิดความไม่สงบบนเครื่องบินกว่า 200 ราย ในช่วง 3 เดือนแรกของปี พ.ศ.2544 มีจำนวน 81 รายโดยมีการคุกคามทางเพศในห้องโดยสารชั้น Economy Class มากที่สุด เช่น ลักษณะการสัมผัสร่างกายแบบต่าง ๆ ส่วนห้องโดยสารชั้น First Class และ Business Class ส่วนใหญ่เป็นการลวนลามทางวาจา เช่น การขอแอโรโฮสเตรสสาว ๆ มาใช้บริการ ซึ่งผู้โดยสารที่กระทำการคุกคามมีทั้งคนทั่วไป คนใหญ่คนโต นักธุรกิจ รวมทั้งนักการเมือง

จากการสำรวจข้อมูลโดยสัมภาษณ์เชิงลึกพนักงานแอโรโฮสเตรสของบริษัทการบินไทยเมื่อปี พ.ศ.2548 จำนวน 50 คนถึงการถูกคุกคามทางเพศจากการทำงาน สามารถแบ่งได้เป็น 3 พฤติกรรม คือ

1. คุกคามทางวาจา เช่น การพูดจาสื่อในเรื่องเพศ ใช้คำพูดหยาบคาย โดยหากเป็นแอโรโฮสเตรสที่มีอายุ จะถูกกลูกค้าใช้ถ้อยคำหยาบคาย เช่น “อีแอร์แก” หรือหากเป็นแอโรโฮสเตรสสาว จะถูกแตะโลม เช่น ขวนไปกินข้าว ขอหมายเลขโทรศัพท์ เป็นต้น
2. คุกคามโดยแสดงท่าทาง เช่น ทำตาหวาน จ้องมองหน้าอก รูปร่างหน้าตา มีผู้โดยสารขายนำกระดามาวาดรูปอวัยวะเพศชายแล้วชี้ให้พนักงานดู หรือการวาดรูปหญิงชายกำลังมีเพศสัมพันธ์กัน รวมไปถึงการที่ผู้โดยสารชายใช้วิธีดุซิปกางเกงและโชว์อวัยวะเพศ ซึ่งมักทำกับแอโรโฮสเตรสสาว ๆ เพราะจะไม่กล้าไว้วางใจ เพียงแต่ร้องให้กับหัวหน้างาน หรือกัปตันแล้วก็เงียบ ลักษณะเหมือนพวกโรคจิต
3. คุกคามทางร่างกาย เช่น จับมือ ลวนลาม จับขั้วขี้ต่าย ใช้นิ้วกลางจับ หรือลูบไล้มือ แอโรโฮสเตรสขณะเสิร์ฟอาหาร เป็นต้น¹⁴¹

4.3.2.1 แนวความคิดของกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการคุกคามทางเพศ

กระทรวงคมนาคมชี้แจงว่า องค์การการบินพลเรือน (ICAO) ได้ออกข้อมติสมัชชา ICAO ที่ A33-4 ซึ่งได้เร่งรัดให้ประเทศสมาชิกออกกฎหมายและระเบียบข้อบังคับภายในเพื่อดำเนินการเกี่ยวกับปัญหาผู้โดยสารประพฤติตนไม่เหมาะสมบนอากาศยานพลเรือน องค์การฯ จึงได้จัดทำเอกสาร ICAO Circular 288-LE/1: Guidance Material on the Legal Aspects of Unruly/Disruptive Passengers, 2001 และกฎหมายต้นแบบว่าด้วยการกระทำความผิดบางประการ บนอากาศยานพลเรือน (Model Legislation on Certain Offences Committed on Board Civil Aircrafts) แจกเวียนให้ประเทศสมาชิกเพื่อใช้ประกอบการพิจารณาในการออกกฎหมายภายในเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าวให้เป็นไปในแนวทางเดียวกัน กรมการขนส่งทางอากาศจึงได้ปรับปรุงแก้ไขพระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดบางประการต่อการเดินอากาศ พ.ศ.2521 เพื่อดำเนินการให้เป็นไปตามข้อมติสมัชชาขององค์การการบินพลเรือนระหว่างประเทศดังกล่าว ประกอบกับมีบทบัญญัติเดิมที่บัญญัติไว้โดยไม่สอดคล้องกับอนุสัญญาที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดบางประการต่อการเดินอากาศที่

¹⁴¹ ชูตาปณี ชีบายามา, เรื่องเดิม, หน้า 95.

ประเทศไทยเป็นภาคี จึงได้เสนอร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวมาเพื่อดำเนินการ และราชกิจจานุเบกษา ได้ประกาศบังคับใช้ “พ.ร.บ. ว่าด้วยความผิดบางประการต่อการเดินอากาศ พ.ศ.2558” ตั้งแต่วันที่ 14 กุมภาพันธ์ พ.ศ.2558 เป็นต้นมา

4.3.2.2 หลักเกณฑ์ทางกฎหมายที่เกี่ยวกับการคุกคามทางเพศ

จากพระราชบัญญัติ ว่าด้วยความผิดบางประการต่อการเดินอากาศ พ.ศ.2558

มาตรา 11 ผู้ที่อยู่ในอากาศยานในระหว่างการบินผู้ใดกระทำการ อย่างหนึ่งอย่างใดดังต่อไปนี้ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนสองหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

- (1) กระทำต่อร่างกายผู้อื่นอันเป็นการมุ่งหมายในทางเพศ
- (2) กระทำการอันควรขายหน้าต่อหน้าธารกำนัลโดยเปลือยหรือเปิดเผยส่วนของร่างกาย หรือ
- (3) ใช้วาจาลามลามหรือแสดงกิริยาท่าทางอันเป็นการลามกอย่างอื่น

ด้าน พ.ต.ท.ศุภกฤต เตือนแจ้รัมย์ ผู้ชำนาญการด้านกฎหมาย อธิบายว่า เมื่อมีการกระทำความผิดอาญาในสนามบิน หรือบนเครื่องบิน ผู้มีอำนาจในการสอบสวนคือ ตำรวจท้องที่ตามที่ถูกเสียหายแจ้งความ ซึ่งอาจเป็นตำรวจท้องที่ ตำรวจท่องเที่ยวหรือตำรวจกองปราบปรามก็ได้แล้วแต่กรณี หรือลงจากเครื่องก็แจ้งที่ตำรวจประจำสนามบินก็ได้ โดยทั้งสนามบิน สุวรรณภูมิและสนามบินดอนเมือง มีสถานีตำรวจย่อยอยู่ในนั้น พนักงานสอบสวนจะใช้ดุลพินิจตรวจสอบว่า ความผิดที่แจ้งเป็นคดีอาญาหรือไม่ หรือเป็นความผิด พ.ร.บ.การเดินอากาศ ส่วนเรื่องเมาสุรา โวยวาย ก่อความรำคาญ บนเครื่องบินความผิดลหุโทษ ไม่เข้าข่ายอาญามีโทษเพียงปรับเท่านั้น แต่หากกรณีครองสติไม่ได้ ขว้างปาข้าวของเสียหาย หรือทำร้ายร่างกายผู้อื่นทำให้บาดเจ็บ ถือเป็นความผิดอาญายอมความไม่ได้¹⁴²

4.3.2.3 การกำหนดโทษสำหรับความผิดที่เกี่ยวกับการคุกคามทางเพศ

จากพระราชบัญญัติ ว่าด้วยความผิดบางประการต่อการเดินอากาศ พ.ศ.2558

มาตรา 11 ได้กำหนดโทษสำหรับความผิดแก่ผู้ที่อยู่ในอากาศยานในระหว่างการบิน ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนสองหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

¹⁴² ปฏิญญา เอี่ยมตาล, “พ.ร.บ.การเดินอากาศ พ.ศ.2558 !!? ที่ประชาชนต้องรู้!!,” คม ชัด ลึก (18 พฤศจิกายน 2558). ค้นวันที่ 14 พฤศจิกายน 2559 จาก <http://www.komchadluek.net/news/politic/217083>

และทางสายการบินสามารถฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายในทางแพ่ง สำหรับค่าใช้จ่ายในกรณีที่ทำให้สายการบินเกิดความเสียหาย อีกทั้ง ยังอาจติดแบล็คลิสต์ไม่ให้ขึ้นบินกับสายการบินอีกด้วย ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับนโยบายของแต่ละสายการบิน

หลังจากบังคับใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดบางประการต่อการเดินอากาศ พ.ศ.2558 ดังกล่าว มีการชี้แจงจากพนักงานสอบสวน สภ.สุวรรณภูมิ ว่ามีเพียงการแจ้งความข้อหาลักทรัพย์มากที่สุด รองลงมา คือ ปลอมแปลงหนังสือเดินทาง เรื่องผู้โดยสารเมาสุราสร้างความเดือดร้อนรำคาญบนเครื่องบิน มีน้อยมากใน 1 ปี จะมีเพียง 4-5 รายเท่านั้น ส่วนใหญ่เป็นชาวต่างชาติ คนไทยไม่ปรากฏ¹⁴³

จากการศึกษาเกี่ยวกับการคุกคามทางเพศตามกฎหมายของประเทศไทยข้างต้น ยังพบปัญหาบางประการซึ่งส่งผลต่อการบังคับใช้กฎหมาย ดังนี้

การพิจารณาตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 397 นั้นยังมีข้อจำกัดในเรื่องของการกระทำที่เป็นการคุกคามคุกคามในทางเพศ (Sexual Harassment) และการรังแก ข่มเหง คุกคาม หรือทำให้อับอาย หรือเดือดร้อนรำคาญในทางเพศ ควรกำหนดเป็นบทบัญญัติต่างหาก เนื่องจากในมาตราเดียวกันควรบัญญัติคุ้มครองสิ่งเดียวกัน มิฉะนั้นอาจเกิดปัญหาการตีความ โดยการคุกคามทางเพศตามที่บัญญัติเป็นความผิดในประมวลกฎหมายอาญามาตรา 397 จะมีความหมายแคบกว่าการคุกคามทางเพศในความหมายโดยทั่วไป การไม่ทราบถึงนิยาม รูปแบบ หรือลักษณะของพฤติกรรมทำให้ประมวลกฎหมายอาญาไม่มีผลไปบังคับและลงโทษผู้ที่กระทำการคุกคามทางเพศซึ่งอยู่นอกเหนือจากฐานความผิดที่ประมวลกฎหมายอาญาบัญญัติไว้

การพิจารณาตามพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ.2541 แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ.2551 มาตรา 16 นั้นยังพบอุปสรรคในการบังคับใช้กฎหมาย เนื่องจากพระราชบัญญัตินี้มุ่งคุ้มครอง เฉพาะลูกจ้างซึ่งเป็นชายหรือหญิง รวมทั้งเด็กจากการคุกคามทางเพศของนายจ้างหรือผู้ที่มีอำนาจบังคับบัญชาเหนือลูกจ้าง แต่กลับไม่ได้คุ้มครองไปถึงการคุกคามทางเพศที่เกิดขึ้นระหว่างลูกจ้างด้วยกันเอง อีกทั้ง ยังไม่ครอบคลุมไปถึงกรณีลูกจ้างในหน่วยงานของรัฐ บทบัญญัติตามมาตรา 16 แห่งพระราชบัญญัตินี้จึงไม่มี ลักษณะเป็นการคุ้มครองโดยทั่วไป เสมือนเป็นการคุ้มครองเฉพาะกลุ่มบุคคล

การพิจารณาตามพระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดบางประการต่อการเดินอากาศ พ.ศ.2558 เห็นว่ามีความหมายของพฤติกรรมแคบกว่าการคุกคามทางเพศในความหมายโดยทั่วไป จึงต้องมีการทำความเข้าใจว่าการกระทำลักษณะใด เข้าข่ายความผิดบ้าง รวมถึงการปฏิบัติตัวที่ถูกต้องขณะอยู่ในท่าอากาศยาน และบนเครื่องบินเพื่อการปฏิบัติตัวที่ถูกต้อง เพราะส่วนใหญ่บางพฤติกรรมอาจเกิดจากการที่รู้เท่าไม่ถึงการณ์ หรือไม่ได้ตั้งใจ

ทั้งนี้ เพื่อประโยชน์ในการนำมาศึกษาเปรียบเทียบ พัฒนาและนำเสนอแนวทางในการบัญญัติกฎหมายที่เหมาะสมต่อไปกับกฎหมายของประเทศไทยต่อไป

¹⁴³ เรื่องเดียวกัน.

บทที่ 5

บทวิเคราะห์ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการคุกคามทางเพศ

ปัญหาการคุกคามทางเพศได้ปรากฏขึ้นอย่างต่อเนื่องในประเทศไทย คณะกรรมการพิจารณาปรับปรุงประมวลกฎหมายอาญา สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ซึ่งเป็นคณะกรรมการซึ่งได้รับการแต่งตั้งโดยมติของคณะรัฐมนตรี จึงได้มีการพิจารณาปรับปรุงประมวลกฎหมายอาญา เพื่อกำหนดความผิดเกี่ยวกับการคุกคามและการรบกวนความเป็นอยู่ส่วนตัวของบุคคล (Harassment และ Stalking) โดยเมื่อในวันที่ 9 กุมภาพันธ์ พ.ศ.2558 ได้มีประกาศในราชกิจจานุเบกษาบังคับใช้พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 22) พ.ศ.2558 ความผิดเกี่ยวกับการคุกคาม แก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 397 แห่งประมวลกฎหมายอาญา ดังนี้

“มาตรา 397 ผู้ใดกระทำความผิดด้วยประการใดๆ ต่อผู้อื่น อันเป็นการรังแก ข่มเหง คุกคาม หรือกระทำให้ได้รับความอับอายหรือเดือดร้อนรำคาญ ต้องระวางโทษปรับไม่เกินห้าพันบาท

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งเป็นการกระทำให้ในที่สาธารณะสถาน หรือต่อหน้าธารกำนัล หรือ เป็นการกระทำความผิดอันมีลักษณะส่อไปในทางที่จะล่วงเกินทางเพศ ต้องระวางโทษปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคสองเป็นการกระทำโดยอาศัยเหตุที่ผู้กระทำความผิดมีอำนาจเหนือผู้ถูกระทำ อันเนื่องจากความสัมพันธ์ในฐานะผู้บังคับบัญชา นายจ้าง หรือผู้มีอำนาจเหนือประการอื่น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งเดือน หรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

โดยมีเหตุผลในการตรากฎหมายว่า มาตรา 397 (เดิม) แห่งประมวลกฎหมายอาญาบัญญัติเฉพาะกรณีกระทำการอันเป็นการรังแก ข่มเหง หรือกระทำให้ได้รับความอับอายหรือเดือดร้อนรำคาญในที่สาธารณะสถานหรือต่อหน้าธารกำนัล กรณีดังกล่าวยังไม่ครอบคลุมการกระทำในที่สาธารณะ การคุกคาม การกระทำความผิดอันมีลักษณะส่อไปในทางที่จะล่วงเกินทางเพศ และการกระทำโดยอาศัยเหตุที่ผู้กระทำความผิดมีอำนาจเหนือผู้ถูกระทำ อันเนื่องจากความสัมพันธ์ในฐานะที่เป็นผู้บังคับบัญชา นายจ้าง หรือผู้มีอำนาจเหนือประการอื่น สมควรกำหนดให้การกระทำความผิดดังกล่าวเป็นความผิด เพื่อคุ้มครองสิทธิของบุคคลในความเป็นอยู่ส่วนตัวตามที่ มาตรา 35 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยบัญญัติรับรองไว้¹⁴⁴

แต่อย่างไรก็ดี จากการศึกษาพบว่ามีประเด็นปัญหาและข้อบกพร่องบางประการในพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 22) พ.ศ.2558 ความผิดเกี่ยวกับการคุกคาม แก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 397 ซึ่งอาจส่งผลต่อการตีความตลอดจนการบังคับใช้กฎหมายได้อย่างมีประสิทธิภาพ โดยมีรายละเอียดในแต่ละประเด็น ดังต่อไปนี้

¹⁴⁴ สภานิติบัญญัติแห่งชาติ, *เรื่องเดิม*, หน้า 5.

5.1 ปัญหาในการกำหนดบทนิยามของกฎหมายเกี่ยวกับคุกคามทางเพศ

การบัญญัติการคุกคามทางเพศเป็นความผิดตามกฎหมายนั้น ควรมีการพิจารณาเพื่อปรับกรอบความคิดจากพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา ความผิดเกี่ยวกับการคุกคามมาตรา 397 โดยนำข้อมูลที่ได้จากการศึกษามาวิเคราะห์ถึงความหมายของการคุกคามทางเพศ รูปแบบปัญหาของการคุกคามทางเพศ ตลอดจนพิจารณาถึงผลกระทบที่เกิดขึ้นจากการคุกคามทางเพศในรูปแบบดังกล่าวนี้ เพื่อที่จะนำมาสร้างบทนิยามและรายละเอียดแห่งกฎหมาย ในการบัญญัติบทนิยามเป็นความผิดตามกฎหมายอาญาในหมวดความผิดเกี่ยวกับเพศ

ซึ่งคำว่า “นิยาม” หมายถึง การกำหนด หรือจำกัดความหมายที่แน่นอน¹⁴⁵

ดังนั้น “บทนิยาม” จึงหมายถึง บทกำหนดหรือจำกัดความหมายที่แน่นอนของคำต่าง ๆ ที่ใช้อยู่ในบทบัญญัติของกฎหมายนั้นว่ามีความหมายแน่นอนตามที่บัญญัติไว้ในบทนิยามของกฎหมายนั้น

ในทฤษฎีของการร่างกฎหมาย “กฎหมาย” คือ เอกสารชนิดหนึ่งที่สร้างกฎหรือกำหนดกติกาอันจะนำมาใช้ควบคุมพฤติกรรมของสังคมและสมาชิกแห่งสังคมในอนาคต โดยมีพื้นฐานมาจากสิ่งที่เกิดขึ้นในอดีตหรือคาดว่าจะเกิดขึ้นในอนาคต และสิ่งที่เกิดขึ้นนั้นผู้มีอำนาจหรือสังคมเองไม่ประสงค์จะให้เกิดขึ้น หรือประสงค์จะให้เกิดขึ้นในรูปแบบหรือแนวทางหรือภายในกรอบอันเดียวกัน เพื่อความสงบสุข ความเป็นระเบียบเรียบร้อยหรือจัดความได้เปรียบเสียเปรียบซึ่งกันและกัน วัตถุประสงค์หลักของผู้ร่างกฎหมายจึงมุ่งเพื่อบรรลุเป้าหมาย 2 ประการ คือ

1. สร้างกฎและกำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ และรายละเอียดแห่งกฎหมาย
2. สื่อความหมายของกฎหมายนั้นไปยังสังคม

กฎหมายทั้งหลายที่ได้จัดตั้งและกำหนดขึ้นแล้วนั้นย่อมจะมีผลกระทบต่อสมาชิกในสังคมทุกคนไม่ว่าทางใดก็ทางหนึ่งเสมอ โดยอาจกระทบถึงเสรีภาพ สถานะของบุคคล กิจกรรม ทรัพย์สิน หรือแม้แต่วิตของบุคคลได้ ด้วยเหตุนี้ การสื่อความหมายไปยังสมาชิกในสังคมจึงเป็นเป้าหมายสำคัญที่ผู้ร่างกฎหมายจะต้องตระหนักอยู่เสมอและจะต้องบรรลุถึงให้ได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งจะต้องสื่อความหมายไปถึงบุคคล 3 กลุ่มดังต่อไปนี้ เพื่อให้เกิดความเข้าใจตรงกันกับสิ่งที่ผู้ร่างกฎหมายมุ่งประสงค์ กล่าวคือ

1. บุคคลซึ่งจะได้รับผลกระทบจากกฎหมายไม่ว่าโดยตรงหรือโดยอ้อม
2. บุคคลซึ่งจะเป็นผู้แนะนำ ให้คำปรึกษา หรือช่วยเหลือบุคคลที่จะได้รับผลกระทบจากกฎหมาย เช่น ที่ปรึกษากฎหมาย ทนายความ เป็นต้น
3. บุคคลซึ่งกฎหมายกำหนดให้เป็นผู้กำกับ ดูแล หรือบังคับให้เป็นไปตามกฎหมาย หรือผู้ซึ่งจะต้องวินิจฉัยเมื่อเกิดกรณีพิพาทขึ้น ซึ่งได้แก่ เจ้าหน้าที่ของรัฐ หรือ ผู้พิพากษาตุลาการ

กล่าวอีกนัยหนึ่ง ผู้ร่างกฎหมายจะต้องเขียนบทบัญญัติแห่งกฎหมายให้ผู้อื่นเข้าใจได้และตรงตามสิ่งที่ตนต้องการ ไม่ใช่เขียนให้เข้าใจกันได้เฉพาะในหมู่นักร่างกฎหมายหรือนักกฎหมายเท่านั้น แต่จะต้องเขียนให้บุคคลทั่วไปสามารถเข้าใจได้ด้วย และความเข้าใจนั้นจะต้องเป็นความเข้าใจที่ตรงกัน แต่แม้กระนั้นก็ตาม ร่างกฎหมายย่อมมีลีลาและกฎเกณฑ์แห่งการใช้ภาษาอยู่เป็นการเฉพาะ

¹⁴⁵ ราชบัณฑิตยสถาน, *เรื่องเดิม*.

ซึ่งแตกต่างไปจากการเขียน คำอธิบายหรือวรรณคดีที่ต้องการความสละสลวย ผู้ที่ประสงค์จะเข้าใจ ต้องอ่านด้วยความตั้งใจและพินิจ พิจารณา การอ่านในลักษณะเพียงให้ผ่านต่าย่อมไม่สามารถเข้าใจ ซึ่งถึงความหมายที่แท้จริงหรือเจตนารมณ์ของกฎหมายได้¹⁴⁶

ซึ่งหากพิจารณาตามแนวคิดเรื่องความผิดทางอาญาในแง่ของกฎหมายที่ว่า หากการกระทำใด ๆ ที่มีลักษณะเป็นความผิดในตัวเอง (Mala in Se) โดยความหมายตามตัวอักษรหมายถึง “สิ่งที่เป็นความชั่วร้ายในตัวเอง” (Evil in Itself) ซึ่งการกระทำดังกล่าวมีลักษณะเป็นการละเมิดต่อศีลธรรมอย่างร้ายแรง การกระทำนั้นย่อมบัญญัติให้เป็นความผิดทางอาญาได้ ซึ่งหากนำแนวคิดนี้มาพิจารณากับรูปแบบของการคุกคามทางเพศ ก็พบว่า การคุกคามทางเพศในบางรูปแบบถือความผิดทางอาญาได้เช่นกัน

ซึ่งจากการศึกษาถึงความหมายและรูปแบบของการคุกคามทางเพศโดยองค์กรระหว่างประเทศได้ให้ความหมายของการคุกคามทางเพศไว้ ดังเช่น

องค์การสหประชาชาติได้อธิบายเกี่ยวกับการคุกคามทางเพศว่า หมายถึง พฤติกรรมที่ผู้ถูกระทำหรือผู้ที่ตกเป็นเหยื่อถือว่าเป็นสิ่งที่ “ไม่พึงปรารถนา” (Unwelcome) และ “ไม่ต้องการ” (Unwanted) โดยการคุกคามดังกล่าวอาจจะเป็นในรูปของการแสดงออกทางวาจา กิริยา ท่าทาง การจับต้องร่างกาย และสิ่งแวตล้อม¹⁴⁷

Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women 1979: CEDAW (อนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบ) ได้กล่าวถึงการคุกคามทางเพศว่า “เป็นการละเมิดต่อสิทธิสตรี ซึ่งมีได้จำกัดเพียงการคุกคามทางร่างกายเท่านั้น แต่รวมถึงการคุกคามทางเพศในรูปแบบอื่น ๆ และการกระทำที่มีผลกระทบทางจิตใจ”

คณะกรรมการว่าด้วยโอกาสที่เท่าเทียมกันแห่งสหภาพยุโรป (The Equal Opportunities Commission: EOC) ได้มีมติว่าด้วยการคุ้มครองศักดิ์ศรีของหญิงและชายในการทำงาน พ.ศ.2533 โดยให้ความหมายว่า “คุกคามทางเพศ” หมายถึง พฤติกรรมที่ไม่พึงประสงค์ที่ส่อนัยทางเพศ หรือพฤติกรรมอื่น ซึ่งมีพื้นฐานเรื่องเพศที่ส่งผลกระทบต่อศักดิ์ศรีของหญิงและชายในการทำงาน ซึ่งรวมทั้งพฤติกรรมอันไม่พึงปรารถนาทั้งในทางกาย วาจา หรือท่าทาง

และในประเทศออสเตรเลียได้บัญญัติการคุกคามทางเพศไว้โดยเฉพาะ ตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายคุ้มครองการเลือกปฏิบัติ (Sex Discrimination Act 1984) ในมาตรา 28A (1) ซึ่งได้ให้นิยามของการ คุกคามทางเพศไว้ว่า “การคุกคามทางเพศ คือ การกระทำอันไม่พึงปรารถนาทางเพศ การร้องขอที่ไม่พึงปรารถนาเพื่อความต้องการทางเพศต่อผู้ถูกคุกคาม หรือการกระทำอันที่ไม่พึงปรารถนาอันเกี่ยวกับเรื่องทางเพศที่เกี่ยวข้องกับผู้ถูกคุกคาม ซึ่งในสถานการณ์นั้น ๆ บุคคลทั่วไปอาจ

¹⁴⁶ มีชัย ฤชุพันธุ์, หลักการเขียนคำนิยามศัพท์ในการร่างกฎหมาย, หน้า 1-2, คำนวนที่ 4 กุมภาพันธ์ 2560 จาก <http://www.op.mahidol.ac.th/orla/data/content01.pdf>

¹⁴⁷ อรพินท์ สหโชคชัย, ประเด็นสำคัญและข้อควรรู้เกี่ยวกับการล่วงละเมิดทางเพศ, ใน เอกสารประกอบการสัมมนาโครงการเวทีความคิดเพื่อการพัฒนากระบวนการยุติธรรมไทย เรื่อง กระบวนการยุติธรรมกับความรุนแรงที่เกิดขึ้นกับผู้หญิง, หน้า 4.

คาดหมายได้ว่าเป็นการคุกคาม ผู้ถูกระงับทำให้ผู้ถูกระงับขายหน้าเสียเกียรติ หรือทำให้ผู้ถูกระงับกลัว”¹⁴⁸

ประเทศฝรั่งเศสถือว่าการคุกคามทางเพศเป็นการเลือกปฏิบัติ และได้บัญญัติความผิดเกี่ยวกับการคุกคามทางเพศไว้ในประมวลกฎหมายอาญา (Code pénal) ตอน 3 ว่าด้วยการคุกคามทางเพศ (Le Harcèlement Sexuel) ซึ่งเป็นกระทำความผิดเป็นการข่มเหงหรือรังแกผู้อื่น เพื่อความสุขทางเพศของตน ตามมาตรา 222-33 โดยบัญญัติไว้ว่า

I. - การคุกคามทางเพศที่เป็นการกระทำความผิดอันเป็นการรุกรานบุคคลอื่น โดยการใช้คำสั่ง การ ข่มขู่ หรือการบีบบังคับ เพื่อจุดมุ่งหมายให้ได้มาซึ่งประโยชน์ใด ๆ ในทางเพศ

II. - การคุกคามทางเพศไม่จำเป็นต้องมีลักษณะรูปแบบเดิมซ้ำ ๆ กันหลายครั้ง แม้กระทำได้เพียงครั้งเดียวก็ถือเป็นความผิด โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้ได้รับผลประโยชน์ทางเพศของตนหรือบุคคลที่สาม¹⁴⁹

และประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ตามกฎหมายการปฏิบัติโดยเท่าเทียมกัน (General Equal Treatment Act 2006) ได้ให้นิยามการคุกคามทางเพศ ตามมาตรา 2, 1 (d) “การคุกคามทางเพศ (Sexual Harassment)” หมายถึง การกระทำความผิดไม่เป็นที่ยอมรับปรารถนา ไม่ว่าจะเป็นการพูด การใช้ท่าทาง หรือการเคลื่อนไหวทางกายภาพที่มีลักษณะสื่อเกี่ยวกับเพศ อันมีวัตถุประสงค์เพื่อละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ หรือทำให้ผู้ถูกระงับรู้สึกถูกรังแกคุกคาม ไม่เป็นมิตร ด้อยค่าเสื่อมเสียเกียรติ หรือถูกรังแก

จากการศึกษาถึงความหมายของการคุกคามทางเพศ เมื่อวิเคราะห์แล้วเห็นได้ว่าองค์กรระหว่างประเทศและในประเทศต่าง ๆ ข้างต้น การที่กฎหมายได้กำหนดถ้อยคำที่ชัดเจนไว้ในบทบัญญัติมาตรา ส่งผลให้ถ้อยคำของกฎหมายเป็นถ้อยคำที่สอดคล้องกับพฤติกรรม เข้าใจง่ายและสามารถตีความได้อย่างถูกต้อง และเมื่อกฎหมายมีผลบังคับใช้แล้ว ทำให้สามารถใช้บังคับตามเจตนารมณ์ของกฎหมายอย่างมีประสิทธิภาพ ซึ่งต่างจากพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา ความผิดเกี่ยวกับการคุกคาม มาตรา 397 ซึ่งยังขาดความชัดเจนในถ้อยคำและความหมาย อีกทั้ง ยังไม่ครอบคลุมถึงรูปแบบของการกระทำความผิด จึงทำให้ยากแก่การตีความและมีผลต่อการบังคับใช้กฎหมายอย่างมีประสิทธิภาพ

โดยในส่วนของการให้คำนิยามศัพท์การคุกคามทางเพศนั้น ควรพิจารณาถึงหลักเกณฑ์ในการเขียนและใช้คำนิยามศัพท์สำหรับการร่างกฎหมาย เพื่อนำมาประกอบการวิเคราะห์ ดังต่อไปนี้

หลักประการที่ 1 การที่จะเขียนคำนิยามศัพท์ใด ผู้ร่างต้องมีวัตถุประสงค์เพื่อให้เกิดความชัดเจน แน่นนอน หรือเพื่อย่อคำให้สั้น

¹⁴⁸ เจนวิทย์ นวลแสง ภัทราภรณ์ เกษตรสารและอชิรญา ภู่งงศกร, *เรื่องเดิม*, หน้า 352.

¹⁴⁹ พินศิริ นามสีฐาน, *เรื่องเดิม*, หน้า 74.

หลักประการที่ 2 เมื่อนิยามศัพท์คำใดแล้ว ต้องใช้นั้นคำตามความหมายที่ได้นิยามไว้ในทุกมาตราของกฎหมายฉบับเดียวกัน

หลักประการที่ 3 การเขียนนิยามศัพท์ควรจะทำแต่เฉพาะกับคำหรือวลีที่มีความหมายไม่ชัดเจนหรือไม่ตรงตามความประสงค์เท่านั้น คำหรือวลีใดที่มีความหมายชัดเจนอยู่ในตัวและตั้งใจจะใช้ในความหมายนั้นอยู่แล้วก็ไม่ควรเขียนคำนิยามศัพท์ขึ้นใหม่

หลักประการที่ 4 ไม่ควรนำคำใดที่มีความหมายเป็นที่ทราบกันดีอยู่แล้วในความหมายหนึ่งมาใช้และนิยามในอีกความหมายหนึ่ง เพราะนอกจากจะทำให้ผู้อ่านเกิดการสับสนในเวลาอ่านแล้ว ผู้ร่างยังอาจหลงลืมหรือสับสนในการใช้คำนั้นด้วย หรือในบางกรณีเมื่อจำเป็นต้องใช้คำ ๆ นั้นในความหมายปกติธรรมดา ก็จะเกิดปัญหาขึ้นได้

หลักประการที่ 5 การนิยามคำหรือวลีใด ๆ ไม่ควรให้มีความหมายถึงสิ่งที่โดยปกติจะมีความหมายไปไม่ถึงหรือใกล้เคียงกับคำนั้น

หลักประการที่ 6 ในกรณีที่คำ ๆ ใดมีที่ใช้เพียงแห่งเดียวหรือมาตราเดียว ไม่ควรเขียนเป็นนิยามศัพท์ หากแต่ควรเขียนให้ชัดเจนในมาตรานั้น ๆ โดยตรง ซึ่งจะทำให้เกิดความสะดวกในการใช้กฎหมาย และง่ายต่อการเข้าใจ

หลักประการที่ 7 เมื่อมีการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติในภายหลัง ผู้ร่างต้องระมัดระวังว่า บทบัญญัติที่เพิ่มเติมเข้ามาใหม่ได้ใช้ถ้อยคำที่ได้มีคำนิยามศัพท์ไว้ และในกรณีที่คำที่ได้ให้คำนิยามศัพท์ไว้ไม่มีที่ใช้อีกต่อไปเนื่องจากการแก้ไขเพิ่มเติมนั้น ควรยกเลิกนิยามศัพท์คำนั้นเสียด้วย

หลักประการที่ 8 ในการเขียนคำนิยามศัพท์ คำหรือวลีที่บ่งบอกถึงขอบเขตแห่งความหมายมีอยู่หลายลักษณะ แต่ละลักษณะจะบอกถึงขอบเขตแห่งความหมายที่แตกต่างกัน ได้แก่ ความที่ “หมายความว่า” “ให้ความหมายรวมถึง” “ได้แก่” “เช่น” “... เป็นต้น”

แต่อย่างไรก็ตาม ในการให้คำนิยามศัพท์ในลักษณะที่จะให้ “หมายความว่ารวมถึง” นั้น คำหรือวลีที่จะเป็นหลักนั้นจะต้องมีความหมายชัดเจนและถูกต้องตรงตามที่ต้องการอยู่ในตัว หรือได้มีการให้ความหมายไว้อย่างชัดเจนแล้ว และหากมีสิ่งหนึ่งสิ่งใดเข้าองค์ประกอบของคำอธิบายไม่ครบถ้วนแต่ประสงค์จะให้รวมถึงสิ่งนั้นด้วย จึงนำมาผนวกให้รวมอยู่ในความหมายของคำหลักด้วย

หลักประการที่ 9 โดยที่กฎหมายจะครอบคลุมถึงสาขาวิชาต่าง ๆ ที่อุบัติขึ้นในโลกหรือกิจกรรมต่าง ๆ ของมนุษย์ จึงมีถ้อยคำเป็นจำนวนมากที่รู้จักกันอยู่แต่เฉพาะในหมู่นักวิชาการสาขานั้น ๆ หรือผู้ที่เกี่ยวข้องกับกิจกรรมนั้น ๆ และเป็นการยากที่คนทั่วไปจะเข้าใจได้ ก่อนที่ผู้ร่างจะลงมือเขียนกฎหมาย โดยเฉพาะคำนิยามศัพท์ได้ ผู้ร่างจะต้องทำความเข้าใจความหมายของศัพท์เฉพาะต่าง ๆ เหล่านั้นให้ถ่องแท้เสียก่อน โดยจะต้องซักไซ้เอาความจริงจากผู้รู้ในสาขาวิชานั้น ๆ หรือเชี่ยวชาญในกิจกรรมนั้นอย่างละเอียดถี่ถ้วน พร้อมทั้งยกตัวอย่างต่าง ๆ เพื่อให้ผู้รู้อธิบายว่าสิ่งที่ยกตัวอย่างนั้นอยู่ในความหมายของคำ ๆ นั้นหรือไม่ โดยมีเงื่อนไขอย่างไร และเมื่อแน่ใจว่าเข้าใจดีแล้ว จึงนำความเข้าใจนั้นมาเขียนเป็นภาษาธรรมดาที่คนทั่วไปจะสามารถเข้าใจได้ด้วย และทำให้เกิดความชัดเจนแน่นอนในความหมายของถ้อยคำนั้น ๆ ในขณะเดียวกันก็ต้องระมัดระวังมิให้ความหมายที่ให้นั้นมีความแคบหรือกว้างเกินไปจากความหมายที่ใช้กันอยู่ในทางวิชาการหรือในกิจกรรมนั้น ๆ

หลักประการที่ 10 ในการเขียนคำนิยามศัพท์ ต้องระลึกรู้เสมอว่าวัตถุประสงค์มีเพียงเพื่อการกำหนดความชัดเจน หรือความหมายที่พึงประสงค์ หรือเพื่อประโยชน์ในการนำไปใช้ในมาตราต่าง ๆ

โดยไม่ให้เกิดความเยิ่นเย้อเท่านั้น ดังนั้น ผู้ร่างที่ดีจึงต้องไม่เขียนคำนิยามศัพท์ในลักษณะที่เป็นการสร้างอำนาจ กำหนดเงื่อนไข หรือนำสาระสำคัญแห่งกฎหมายมาบัญญัติไว้ในคำนิยามศัพท์ เพราะนอกจากจะทำให้คนธรรมดาทั่วไปไม่อยู่ในฐานะที่จะเข้าใจความหมายที่แท้จริงของคำหรือวลีนั้น ๆ ได้แล้ว ยังจะเกิดความยุ่งยากในเมื่อจำเป็นจะต้องอ้างอิงในภายหลัง เพราะโดยปกติคำนิยามศัพท์จะไม่มีตัวเลขมาตรา หรืออนุมาตรากำกับไว้ให้ ทั้งยังเป็นการยากที่จะเขียนสาระสำคัญหรือเงื่อนไขเหล่านั้นให้สมบูรณ์ในตัวคำนิยามศัพท์นั่นเอง จึงอาจจะก่อให้เกิดช่องโหว่ของกฎหมายได้

หลักประการที่ 11 คำบางคำแม้จะได้ให้ความหมายไว้ชัดเจนแล้ว แต่อาจจะยังครอบคลุมไม่ถึงสิ่งที่จะเกิดหรือมีขึ้นในอนาคต หรือบางกรณีมีความหมายกว้างขวางมากจนยากแก่การที่จะนำมาบัญญัติไว้ให้สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของผู้กำหนดนโยบาย ในขณะที่ตรากฎหมายหรือร่างกฎหมายได้ หรือแม้จะสามารถกำหนดไว้ให้สอดคล้องได้ แต่ผู้ร่างก็ไม่อยู่ในฐานะที่จะแน่ใจได้ว่าในอนาคตนโยบายในการควบคุมดูแลหรือใช้บังคับกฎหมายนั้น จะไม่ขยายไปยังสิ่งอื่นใดที่อยู่ในความหมายของคำนิยามศัพท์นั้นแต่ยังมีได้ระบุไว้ ในกรณีเช่นนั้น อาจเขียนคำนิยามศัพท์โดยเปิดช่องทางให้มีการขยายหรือจำกัดหรือระบุให้ชัดเจนว่า สิ่งใดจะอยู่ในความหมายของคำนิยามศัพท์นั้นก็ได้ โดยมอบให้ผู้มีอำนาจกำหนดให้ชัดเจนขึ้นในภายหลัง

หลักประการที่ 12 โดยที่วัตถุประสงค์ของการมีคำนิยามศัพท์ ก็เพื่อให้เกิดความกะทัดรัด และชัดเจนในความหมายของคำที่จะใช้ ดังนั้น ผู้ร่างที่ดีจึงต้องเขียนคำอธิบายของคำที่จะนิยามในลักษณะที่ไม่ฟุ่มเฟือย ไม่ทำให้เกิดข้อสงสัย และที่สำคัญต้องไม่เปิดโอกาสให้มีการแปลความกว้างกว่าที่ผู้ร่างประสงค์

หลักประการที่ 13 คำอธิบายความหมายของคำต้องไม่มีลักษณะเป็นการรวน หรืออ้างกลับไปกลับมาจนไม่สามารถทราบความหมายที่แท้จริงได้

หลักประการที่ 14 การเขียนคำนิยามศัพท์โดยอ้างอิงคำนิยามศัพท์ของกฎหมายอื่น อาจทำได้ 2 วิธี คือ

1. อ้างอิงถึงคำนิยามศัพท์ของกฎหมายอื่นโดยไม่มีคำอธิบาย ในกรณีเช่นนี้ ผู้ร่างจะต้องแน่ใจว่าตนมีความประสงค์ที่จะให้คำนั้นมีความหมายตรงตามที่ปรากฏในคำนิยามศัพท์ของกฎหมายนั้น ๆ และไม่ว่าต่อไปในภายภาคหน้ากฎหมายดังกล่าวจะมีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงอย่างไร ก็จะไม่ยึดถือความหมายตามกฎหมายที่อ้างอิงได้โดยไม่จำเป็นต้องเปลี่ยนแปลง

2. ลอกคำอธิบายของกฎหมายอื่นมาใส่ไว้ทั้งหมด ในกรณีเช่นนี้จะใช้ก็ต่อเมื่อผู้ร่างพอใจในความหมายของคำนั้นเพียงเท่าที่ปรากฏอยู่ตามกฎหมายดังกล่าวในวันที่มีการร่าง หากต่อไปภายภาคหน้ามีการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายที่ลอกมาเป็นอย่างอื่น ผู้ร่างก็ไม่ประสงค์จะให้ความหมายของคำนั้นต้องถูกเปลี่ยนแปลงตามไปด้วย การเขียนนิยามศัพท์โดยวิธีนี้จะมีผลเหมือนกับการเขียนคำอธิบายขึ้นใหม่ (เพียงแต่ใช้คำอธิบายเดียวกับกฎหมายอื่น) ดังนั้น จึงไม่จำเป็นต้องอ้างว่าคำอธิบายนั้นมาจากกฎหมายใด¹⁵⁰

อย่างไรก็ดี ภาษาที่ใช้ในการร่างกฎหมายนั้น ต้องเป็นภาษาที่เรียบง่าย ไม่ฟุ่มเฟือย กล่าวคือ ไม่ใช้ถ้อยคำที่ไม่จำเป็น โดยใช้ภาษาธรรมดาที่ใช้กันอยู่ทั่ว ๆ ไป ในเมื่อคำนั้นมีความหมายตรงตามที่

¹⁵⁰ มีชัย ฤชุพันธุ์, *เรื่องเดิม*, หน้า 7-26.

ต้องการอยู่แล้ว และมีการใช้คำให้ถูกหลักไวยากรณ์ อีกทั้ง ยังไม่ใช้คำที่มีความหมายอย่างเดียวกันในที่ต่าง ๆ ให้ผิดแผกกัน

เมื่อวิเคราะห์จากหลักเกณฑ์ในการเขียนและใช้คำนิยามศัพท์ในการร่างกฎหมายประกอบกับการพิจารณาตามนิยามความหมายขององค์กรระหว่างประเทศต่าง ๆ และในกฎหมายต่างประเทศทั้งประเทศออสเตรเลีย ประเทศฝรั่งเศส และประเทศเยอรมนีแล้ว เห็นได้ว่าในประเทศไทยเองยังไม่ปรากฏความหมายของการคุกคามทางเพศในพจนานุกรมอย่างแน่ชัด การให้คำนิยามความหมายของการคุกคามทางเพศนั้นจึงต้องมีความชัดเจน แน่นนอน เพื่อให้มีความเข้าใจอย่างเดียวกันและสามารถบังคับใช้ได้เป็นการทั่วไป จึงเห็นว่าควรนิยามความหมายของการคุกคามทางเพศ ดังนี้คือ

“คุกคามทางเพศ หมายความว่า การกระทำหรือพฤติกรรมทางเพศที่ผู้ถูกระทำหรือผู้ที่ตกเป็นเหยื่อถือว่าเป็นสิ่งที่ “ไม่พึงปรารถนา” และ “ไม่ต้องการ” โดยการคุกคามทางเพศอาจอยู่ในรูปของการแสดงออกทางวาจา กิริยาท่าทาง หรือการสัมผัสทางร่างกาย อันมีวัตถุประสงค์เพื่อละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ หรือทำให้ผู้ถูกระทำรู้สึกถูกคุกคาม หวาดกลัว ด้อยค่า เสื่อมเสียเกียรติหรือถูกรังเกียจ”

และในกรณีที่คำว่า การคุกคามทางเพศมีที่ใช้เพียงแห่งเดียวหรือมาตราเดียว จึงควรเขียนให้ชัดเจนในมาตรานั้น ๆ โดยตรง ซึ่งจะช่วยให้ง่ายต่อการเข้าใจและเกิดความสะดวกในการใช้กฎหมาย

จากการศึกษาจากกฎหมายคุ้มครองการเลือกปฏิบัติ (Sex Discrimination Act 1984) ของประเทศออสเตรเลียได้บัญญัติไว้ในมาตรา 28A (1A) ความว่า “การคุกคามทางเพศตามบทบัญญัตินี้ ไม่จำกัดเพศ อายุ รูปร่าง เพศสภาพ สถานะของบุคคลไม่ว่าจะสมรสแล้วหรือโสดความเชื่อทางศาสนา เชื้อชาติ สีผิว สัญชาติหรือชาติกำเนิดของผู้ถูกระทำความสัมพันธ์ระหว่างผู้ถูกระทำกับผู้กระทำผิด”

ทั้งนี้เนื่องจากการคุกคามทางเพศมิได้มีลักษณะแต่เพียงแค่การล่วงละเมิดทางเพศตามที่ประมวลกฎหมายอาญาบัญญัติไว้ในหมวดความผิดเกี่ยวกับเพศ ดังเช่นในความผิดฐานการข่มขืน กระทำชำเราหรือความผิดฐานกระทำอนาจาร หากแต่การคุกคามทางเพศมีรูปแบบลักษณะที่หลากหลาย ซึ่งจากการศึกษาบริบทของพฤติกรรมการคุกคามทางเพศในลักษณะต่าง ๆ และได้พิจารณาถึงลักษณะของการคุกคามทางเพศที่ควรนำมาบัญญัติเป็นความผิดทางอาญาเป็นการกระทำที่หลากหลาย และเพื่อให้ครอบคลุมทุกมิติของการกระทำคุกคามทางเพศ อันอาจสรุปได้ ดังต่อไปนี้

1. การคุกคามทางเพศทางวาจา (Verbal Harassment) เช่น การวิพากษ์วิจารณ์เกี่ยวกับรูปร่าง การแต่งตัวที่ส่อไปทางลามก การเล่าเรื่องตลกลามก การพูดหรือการถามถึงความสัมพันธ์ทางเพศของบุคคลใดบุคคลหนึ่งในที่สาธารณะ การเปลี่ยนหัวข้อเรื่องงานให้เป็นเรื่องทางเพศ หรือเรื่องลามก ตลอดจนการกระจายข่าวลือ หรือนินทาเกี่ยวกับเรื่องเพศของบุคคลใดบุคคลหนึ่ง การตามตื้อตามจีบบุคคลใดบุคคลหนึ่ง ทั้ง ๆ ที่รู้ว่าเขาไม่สนใจ และการกล่าวถึงกลุ่มหญิงหรือชายในทางลามก เป็นต้น

2. การคุกคามทางเพศโดยการสัมผัสร่างกาย (Physical Harassment) เช่น การแตะเนื้อต้องตัว รวมทั้งการจัดเสื้อผ้า ตลอดไปจนถึงการสัมผัสกัน สะโพก หรือการยืน เดิน ต้อนเข้ามุม การนั่งใกล้ชิดเกินความจำเป็น โดยใช้บางส่วนของร่างกายสัมผัสผู้อื่นอย่างจงใจ

3. การคุกคามทางเพศทางกิริยาท่าทาง (Non-Verbal/Gestural Harassment) เช่น การจ้องมองอย่างกรุ่มกริ่ม การแสดงสีหน้าอย่างเจ้าชู้ การแสดงท่าทางหรือการเคลื่อนไหวร่างกาย ที่ส่อ

ถึงเจตนาการ ล้วงเกินทางเพศ การส่งจดหมาย ข้อความภาพ การ์ด หรือคำกลอนที่เน้นในเรื่องเพศ การมองเรือนร่าง อย่างสำรวจตรวจตรา รวมไปถึงการติดภาพโป๊ หรือสิ่งของอุปกรณ์ที่ลามก

นอกจากนี้ ควรต้องพิจารณาด้วยว่าการกระทำดังกล่าวจะถือว่าเป็นการคุกคามทางเพศได้ ผู้เสียหายนั้นต้องมีได้ยินยอมหรือมีอารมณ์ร่วมไปกับการกระทำนั้น เนื่องจากรูปแบบของการคุกคามทางเพศ เป็นพฤติกรรมที่ไม่เหมาะสมและขัดต่อศีลธรรมอันดี หากผู้ถูกกระทำยินยอมพร้อมใจหรือมีความบันเทิงร่วมกับการคุกคามดังกล่าว ก็ไม่ถือว่าบุคคลนั้นเป็นเหยื่อหรือเป็นผู้เสียหายจากการคุกคามทางเพศ แต่หากผู้ถูกกระทำมิได้ยินยอมพร้อมใจหรือมิได้มีความบันเทิงร่วมกับการกระทำดังกล่าว แต่กลับมีความรู้สึกว่าการล่วงละเมิดความเป็นส่วนตัวในทางเพศ หรือทำให้เกิดความรู้สึกอึดอัดใจหรือได้รับความอับอายในทางเพศ กรณีนี้ก็อาจถือได้ว่าเป็นการละเมิดสิทธิทางเพศ ในลักษณะเป็นการคุกคามทางเพศต่อเหยื่อหรือผู้เสียหายได้¹⁵¹

ซึ่งประเทศไทยอยู่ภายใต้การปกครองระบอบประชาธิปไตย โดยมีรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ ตามมาตรา 30 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 บัญญัติว่า “บุคคลย่อมเสมอกันในกฎหมายและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ สภาพทางกาย หรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจ หรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมือง อันไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญจะกระทำมิได้” ดังนั้น ความผิดในเรื่องการคุกคามทางเพศนี้ถือว่ากฎหมายได้ให้การคุ้มครองแก่บุคคลทุกคน ซึ่งหมายถึงความถึงบุคคลใดก็ได้ ไม่จำกัดเพศสภาพ ไม่ว่าเพศหญิงหรือเพศชาย เนื่องจากการคุกคามทางเพศไม่ได้หมายถึงการคุกคามทางเพศที่ชายกระทำต่อหญิงเท่านั้น แต่แม้ที่จริงแล้วการคุกคามทางเพศยังรวมถึงการกระทำที่ชายกระทำต่อชาย หรือหญิงกระทำต่อชาย¹⁵² หรือหญิงกระทำต่อหญิงได้ด้วยเช่นกัน

กล่าวโดยสรุป คือ พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 22) พ.ศ. 2558 ความผิดเกี่ยวกับการคุกคาม แก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 397 ยังขาดความชัดเจนในถ้อยคำและความหมาย อีกทั้งยังไม่ครอบคลุมถึงรูปแบบของการกระทำ ความผิด จึงควรให้คำนิยาม คำว่า “คุกคามทางเพศ” หมายความว่า การกระทำหรือพฤติกรรมทางเพศที่ผู้ถูกกระทำหรือผู้ที่ตกเป็นเหยื่อถือว่าเป็นสิ่งที่ “ไม่พึงปรารถนา” และ “ไม่ต้องการ” โดยการคุกคามทางเพศอาจอยู่ในรูปของการแสดงออกทางวาจา กิริยาท่าทาง หรือการสัมผัสทางร่างกาย อันมีวัตถุประสงค์เพื่อละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ หรือทำให้ผู้ถูกกระทำรู้สึกถูกคุกคาม หวาดกลัว ด้อยค่า เสื่อมเสียเกียรติหรือถูกรังเกียจ กรณีที่คำว่า การคุกคามทางเพศมีที่ใช้เพียงแห่งเดียวหรือมาตราเดียว จึงควรเขียนให้ชัดเจนในมาตรานั้น ๆ โดยตรง โดยต้องหมายถึงความถึงบุคคลทุกคน เพื่อให้มีความต้องมีความชัดเจน แน่นอน มีความเข้าใจอย่างเดียวกัน ซึ่งจะช่วยให้ง่ายต่อการตีความ และเกิดความสะดวกในการใช้กฎหมายได้อย่างมีประสิทธิภาพ

¹⁵¹ เจนวิทย์ นवलแสง, ภัทราภรณ์ เกษตรสาร และอชิรญา ภู่งงศกร, *เรื่องเดิม*, หน้า 331.

¹⁵² ภาณุวัฒน์ ศรีคร่ำ, *การล่วงเกินทางเพศแรงงานชาย* (สารนิพนธ์ปริญญาโทบริหารการศึกษาระดับปริญญาโท มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2550), หน้า 4-5.

5.2 ปัญหาในการตีความตัวบทกฎหมายเกี่ยวกับการคุกคามทางเพศ

จากการพิจารณาพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 22) พ.ศ.2558 ความผิดเกี่ยวกับการคุกคาม แก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 397 ได้พบว่ามีข้อสังเกตและความเห็นของสำนักงานศาลยุติธรรมซึ่งพิจารณาแล้วเห็นว่า ความผิดในส่วนของการคุกคามตามร่างมาตรา 397 วรรคหนึ่ง อาจไม่รวมถึงการคุกคามในทางเพศ (Sexual Harassment) และการรังแก ช่มเหง คุกคาม หรือทำให้อับอายหรือเดือดร้อนรำคาญในทางเพศ ควรกำหนดเป็นบทบัญญัติต่างหาก เนื่องจากในมาตราเดียวกันควรบัญญัติคุ้มครองสิ่งเดียวกัน มิฉะนั้นอาจเกิดปัญหาการตีความ¹⁵³

โดยการตีความกฎหมาย (Interpretation of Law) หมายถึง การค้นหาความหมายของกฎหมายที่มีถ้อยคำไม่ชัดเจนแน่นอน กล่าวคือ กำถามหรือมีความหมายได้หลายทาง เพื่อหยั่งทราบ ว่าถ้อยคำในบทบัญญัติของกฎหมายมีความหมายอย่างไร¹⁵⁴ ซึ่งถือได้ว่าการตีความกฎหมายเป็นเรื่องสำคัญที่สุดเรื่องหนึ่งในการดำเนินวิชาชีพกฎหมายไม่ว่าสาขาใด เพราะในกรณีที่ตัวบทกฎหมายมีความขัดแย้งการใช้กฎหมายนั้นปรับเข้ากับข้อเท็จจริงย่อมไม่มีปัญหาย่างยาก แต่ถ้าตัวบทกฎหมายคลุมเครือหรือมีกรณีสงสัยว่ากฎหมายนั้นมีความหมายอย่างไร จึงจำเป็นต้องอาศัยการตีความกฎหมายเป็นเครื่องมือช่วย

ซึ่งการตีความกฎหมายต้องพิเคราะห์ตัวอักษรให้ได้ความหมายของตัวอักษร และการจะรู้ความหมายของตัวอักษรได้ต้องพิเคราะห์เหตุผลหรือความมุ่งหมายของกฎหมายประกอบด้วยการตีความ กฎหมายจึงต้องพิจารณาประกอบกันไปถึง 2 ด้าน กล่าวคือ การตีความตามตัวอักษรเพื่อพิเคราะห์ตัวอักษร และการตีความตามเจตนารมณ์ของกฎหมายเพื่อพิเคราะห์ความมุ่งหมายของกฎหมายไปด้วยกัน ซึ่งประมวลกฎหมายอาญามีความมุ่งหมายจะกำหนดความผิดและโทษ จึงถือว่าความชั่วของบุคคลเป็นข้อสำคัญ โดยสรุปในการตีความนั้นต้องใช้ทั้งตีความตามตัวอักษรประกอบกับการตีความตามเจตนารมณ์ การตีความกฎหมายอาญามีหลักเช่นเดียวกับการตีความในกฎหมายอื่น ๆ กล่าวคือ จะต้องตีความตามตัวอักษรและตามเจตนารมณ์ของกฎหมายนั้น ๆ แต่กฎหมายอาญามีหลักการตีความหมายพิเศษเพิ่มขึ้นมาอีก นั่นคือ กฎหมายอาญาต้องตีความโดยเคร่งครัดเพื่อเป็นหลักประกันประชาชนผู้อยู่ภายใต้การใช้บังคับกฎหมายจะได้รับความเป็นธรรม¹⁵⁵ ซึ่งมีหลักเกณฑ์พิเศษ ดังต่อไปนี้

1. กฎหมายอาญาต้องตีความโดยเคร่งครัด ประมวลกฎหมายอาญาเป็นกฎหมายที่กำหนดความผิดและโทษ ฉะนั้นจึงต้องตีความโดยเคร่งครัด กล่าวคือถ้าบัญญัติว่าการกระทำความผิดหรือกระทำความผิดใดเป็นความผิด ก็ต้องตีความว่าเฉพาะการกระทำความผิดหรือความผิดเท่านั้น ที่ซึ่งกฎหมายมุ่งหมายจะให้เป็นการความผิด การกระทำความผิดอื่นนอกจากนั้นหาเป็นความผิดไม่ หลักการตีความโดยเคร่งครัด หมายความว่า

¹⁵³ สภานิติบัญญัติแห่งชาติ, *เรื่องเดิม*, หน้า 15.

¹⁵⁴ หยุด แสงอุทัย, *เรื่องเดิม*, หน้า 128-129.

¹⁵⁵ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, เอกสารการสอนชุดวิชากฎหมายอาญา 1: ภาค บทบัญญัติทั่วไป (นนทบุรี: มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, 2525), หน้า 103.

- 1) จะนำบทกฎหมายใกล้เคียง (Analogy) มาใช้เป็นผลร้ายมิได้
- 2) จะนำจารีตประเพณี มาใช้เป็นผลร้ายมิได้
- 3) จะนำหลักกฎหมายทั่วไปมาใช้เป็นผลร้ายมิได้¹⁵⁶

2. จะตีความกฎหมายอาญาในทางขยายความให้เป็นการลงโทษ หรือเพิ่มโทษผู้กระทำให้หนักขึ้นไม่ได้¹⁵⁷ ตัวอย่างเช่น ในกรณีที่มีกฎหมายสองฉบับหรือกว่านั้นขึ้นไปจะนำมาใช้ปรับแก้คดีให้ถือหลักว่า กฎหมายฉบับใดที่เป็นคุณแก่จำเลย ย่อมต้องใช้กฎหมายฉบับนั้น เว้นแต่กฎหมายจะบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น หรือในกรณีที่กฎหมายใหม่ยกเลิกกฎหมายเก่าให้ใช้กฎหมายในส่วนที่เป็นคุณแก่ผู้กระทำความผิดไม่ว่าในทางใด

3. ตัวบทกฎหมายอาญาข้อใดที่มีข้อความเคลือบคลุมสงสัย ต้องยกประโยชน์แห่งความสงสัย ให้แก่จำเลย ทั้งนี้เทียบเคียงจากหลักในการพิจารณาคดีอาญา ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 227 บัญญัติว่า “ให้ศาลใช้ดุลพินิจวินิจฉัยซึ่งน้ำหนักพยานหลักฐานทั้งปวง อย่าพิพากษา ลงโทษจนกว่าจะแน่ใจว่ามีการกระทำความผิดจริง และจำเลยเป็นผู้กระทำความผิดนั้น เมื่อมีความสงสัยตามสมควรว่าจำเลยได้กระทำความผิดหรือไม่ ให้ยกประโยชน์แห่งความสงสัยนั้นให้จำเลย” ซึ่งจากการพิจารณาตามมาตรา 397 ทั้งสามวรรคประกอบกันทั้งมาตราตามหลักการตีความกฎหมายข้างต้น อาจเกิดปัญหาที่สามารถแยกได้เป็น 2 ประการ กล่าวคือ

ประการแรก อ้างอิงจากข้อสังเกตและความเห็นของสำนักงานศาลยุติธรรม ซึ่งในกรณีดังกล่าวอาจไม่รวมถึงการคุกคามในทางเพศ (Sexual Harassment) และควรกำหนดเป็นบทบัญญัติต่างหาก เนื่องจากในมาตราเดียวกันควรบัญญัติคุ้มครองสิ่งเดียวกัน มิฉะนั้นอาจเกิดปัญหาการตีความ

ประการที่สอง หากพิจารณาตามหลักเกณฑ์การตีความว่ามาตรา 397 ซึ่งเมื่อดูตามเจตนารมณ์ที่ได้กำหนดขึ้นเพื่อมุ่งการคุ้มครองบุคคลจากการถูกบุคคลอื่นคุกคามไม่ว่าจะเป็นการคุกคามในรูปแบบใด ซึ่งอาจหมายถึงความรวมถึงการคุกคามทางเพศได้ แต่อย่างไรก็ตามก็ยังคงอาจเกิดปัญหาในการตีความที่ในการนำมาตรา 397 มาใช้กับการคุกคามที่มีเรื่องความผิดเกี่ยวกับเพศเข้ามาเกี่ยวข้อง มีถ้อยคำที่มีความหมายไม่ชัดเจน สามารถมองได้หลายมุมมอง อีกทั้ง ยังไม่ครอบคลุมถึงรูปแบบลักษณะของพฤติกรรมต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นในสังคมได้อย่างแท้จริง ทำให้เมื่อนำมาบังคับใช้แล้ว กฎหมายอาจไม่มีประสิทธิภาพอย่างแท้จริง เพราะการคุกคามทางเพศเป็นปัญหาซึ่งเป็นเรื่องความผิดเกี่ยวกับเพศที่สามารถเกิดขึ้นได้ง่ายที่สุดในสังคมและมีลักษณะพฤติกรรมหลากหลายรูปแบบ แม้ถึงว่าจะไม่ร้ายแรงถึงขนาดการข่มขืนกระทำชำเรา หรือการอนาจาร แต่ก็อาจนำไปสู่ปัญหาการกระทำทางเพศอื่น ๆ และเป็นการกระทบต่อจิตใจและความรู้สึกของผู้เสียหาย ทั้งเป็นการลดทอนเกียรติและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์

โดยอธิบายได้ดังนี้ เมื่อพิจารณาถึงความหมายของถ้อยคำในส่วนของการคุกคาม ตาม “มาตรา 397 วรรคหนึ่ง ผู้ใดกระทำความผิดใด ๆ ต่อผู้อื่น อันเป็นการรังแก ข่มเหง คุกคาม หรือกระทำให้ได้รับความอับอายหรือเดือดร้อนรำคาญ ต้องระวางโทษปรับไม่เกินห้าพันบาท”

¹⁵⁶ นัยนา เกิดวิชัย, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป (กรุงเทพมหานคร: นิติเนย์, 2549), หน้า 136-140.

¹⁵⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 136-140.

ซึ่งตามสำหรับความหมายของคำธรรมดาที่ใช้ในกฎหมายนั้น ศาลฎีกาให้ถือตามความหมายที่ปรากฏในพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน¹⁵⁸ ดังนั้น คำว่า คุณคาม หมายถึงความว่า แสดงอำนาจด้วยกิริยาหรือวาจาให้หวาดกลัว, ทำให้หวาดกลัว¹⁵⁹

ส่วนคำว่า รังแก หมายถึงความว่า แกล้งทำความเดือดร้อนให้ผู้อื่น (มักใช้แก่ผู้มีอำนาจมากกว่า)¹⁶⁰

ข่มเหง หมายถึงความว่า การใช้กำลังรังแกแกล้งทำความเดือดร้อนให้ผู้อื่น¹⁶¹

ประกอบกับคำอธิบายองค์ประกอบที่ใช้พิจารณาความผิดตามความในบทที่ 4 การศึกษาเกี่ยวกับการคุกคามทางเพศตามกฎหมายของประเทศไทยที่ว่าตามมาตรา 397 วรรคแรก ซึ่งบัญญัติว่าผู้ใดกระทำการใด ๆ ต่อผู้อื่น อันเป็นการรังแก ข่มเหง คุกคาม หรือทำให้ได้รับความอับอายหรือได้รับความเดือดร้อนรำคาญเป็นความผิด ซึ่งกรณีการกระทำด้วยประการใด ๆ ต่อผู้อื่น อันเป็นการรังแก ข่มเหง คุกคาม ตัวอย่างเช่น เห็นคนอื่นเดินผ่าน มาก่เข้าไปเอาของที่เขากำลังถือมาโยนทิ้งเสีย¹⁶² เห็นคนสี่ระยะล้านโล่วิกเดินผ่านมาก่หยิบวิกเปิดขึ้น หรือทำตนเป็นนักเลงโตเดินเข้าไปในร้านอาหาร แล้วบอกให้ผู้อื่นที่นั่งอยู่ก่อนย้ายไปเพื่อตนจะได้นั่งแทน หรือถนนในซอยที่ดิน เอกชนซึ่งแบ่งให้เช่าปลูกบ้าน ประชาชนชอบที่จะเข้าออกติดต่อกันได้เป็นสาธารณสถาน การเอารถไปจอดขวางกั้นไม่ยอมถอยรถให้รถข้างในออกได้ เป็นการรังแกข่มเหง ตามมาตรา 397¹⁶³ และกรณีการกระทำด้วยประการใด ๆ อันเป็นการทำให้ผู้อื่นได้รับความอับอายหรือเดือดร้อนรำคาญ เช่น การพูดจาหยาบคายไม่สุภาพทำให้ผู้อื่นเดือดร้อนรำคาญ เป็นต้น

ความผิดตามวรรคหนึ่งในมาตรานี้ เมื่อได้กระทำความผิดด้วยประการใด ๆ ต่อผู้อื่น อันเป็นการรังแก ข่มเหง คุกคาม หรือกระทำให้ได้รับความอับอายหรือเดือดร้อนรำคาญ ไม่ว่า ณ ที่ใดก็ถือเป็นความผิดในวรรคนี้ทั้งสิ้น ไม่จำเป็นต้องเป็นว่าต้องเกิดในที่สาธารณะหรือต่อหน้าธารกำนัล

และกรณีอันมีเหตุเพิ่มโทษแก่ผู้กระทำความผิดตาม “มาตรา 397 วรรคสอง ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งเป็นการกระทำในที่สาธารณะ หรือต่อหน้าธารกำนัล หรือเป็นการกระทำอันมีลักษณะส่อไปในทางที่จะล่วงเกินทางเพศ ต้องระวางโทษปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท”

คำว่า “ที่สาธารณะ” หมายถึงความว่า สถานที่ใด ๆ ที่ประชาชนมีความชอบธรรมที่จะเข้าไปได้ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 1(3) เช่น ถนนหนทาง โรงภาพยนตร์ สวนสาธารณะ

“ต่อหน้าธารกำนัล” หมายถึงความว่า ที่ชุมนุมชน, คนจำนวนมาก¹⁶⁴

¹⁵⁸ ธานินทร์ กรัยวิเชียร และอภิชน จันทรเสน, คำแนะนำนักศึกษากฎหมาย, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2550), หน้า 176.

¹⁵⁹ ราชบัณฑิตยสถาน, *เรื่องเดิม*.

¹⁶⁰ *เรื่องเดียวกัน*.

¹⁶¹ *เรื่องเดียวกัน*.

¹⁶² สุวัณชัย ใจหาญ, *เรื่องเดิม*, หน้า 220.

¹⁶³ คำพินิจฎีกาที่ 1980/2518, 2518 ก. 2614

¹⁶⁴ ราชบัณฑิตยสถาน, *เรื่องเดิม*.

การกระทำในที่สาธารณะสถาน ถือสถานที่ที่เป็นเกณฑ์ ส่วนการกระทำต่อหน้าธารกำนัล ถือตัวบุคคลเป็นเกณฑ์ว่าจะเห็นการกระทำนั้นหรือไม่ และจะกระทำในที่สาธารณะสถาน หรือต่อหน้าธารกำนัลแห่งหนึ่งแห่งใดแต่เพียงแห่งเดียวก็ถือเป็นความผิด

กรณีกระทำความผิดอันมีลักษณะส่อไปในทางที่จะล่วงเกินทางเพศ คำว่าล่วงเกิน หมายความว่าแสดงอาการเกินสมควรต่อผู้อื่น โดยการล่วงจารีตประเพณีหรือจรรยา มารยาทด้วยการลวนลาม ดูหมิ่น สบประมาท¹⁶⁵ โดยการกระทำความผิดอันมีลักษณะส่อไปในทางที่จะล่วงเกินทางเพศ หมายถึงพฤติกรรมของบุคคลที่อาจละเมิดสิทธิของบุคคลอื่นในเรื่องเพศลักษณะต่าง ๆ เป็นการกระทำอย่างหนึ่งอย่างใด ที่ทำให้อีกฝ่ายมีความรู้สึกขัดกับความปรารถนาของตน ซึ่งเกี่ยวข้องกับ “เพศ” ที่ทำให้บุคคลอื่น ต้องสูญเสียศักดิ์ศรีหรือทำให้บุคคลอื่นเกิดความหวาดกลัว รู้สึกว่าเป็นศัตรู อันส่งผลกระทบต่อร่างกายจิตใจอารมณ์สังคม และการดำรงชีวิตอย่างปกติสุข¹⁶⁶

ประกอบบรรดสามที่ว่า “ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคสองเป็นการกระทำความผิดโดยอาศัยเหตุที่ผู้กระทำความผิดมีอำนาจเหนือผู้ถูกระทำความผิด อันเนื่องมาจากความสัมพันธ์ในฐานะผู้บังคับบัญชา นายจ้าง หรือผู้มีอำนาจเหนือประการอื่น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งเดือน หรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

ซึ่งเป็นกรณีที่ผู้กระทำความผิดมีอำนาจเหนือผู้ถูกระทำความผิดอันเนื่องมาจากความสัมพันธ์ในฐานะที่เป็นผู้บังคับบัญชา นายจ้าง หรือผู้มีอำนาจเหนือประการอื่น ผู้มีอำนาจเหนือ คือ บุคคลที่อยู่ในฐานะที่มีความได้เปรียบกว่าในสถานะความสัมพันธ์หรือในบริบทนั้น ๆ เช่น หัวหน้ามักชักชวนให้มีเพศสัมพันธ์อย่างเปิดเผยโดยจะขู่ถึงการสูญเสียงานหรือการเลื่อนตำแหน่ง เป็นต้น

โดยเจตนารมณ์ของกฎหมายนี้เพื่อบังคับคุ้มครองบุคคลจากการถูกบุคคลอื่นคุกคาม (Harassment) ไม่ว่าจะเป็นการคุกคามรูปแบบใด¹⁶⁷ ทั้งเพื่อให้ครอบคลุมถึงการกระทำในที่สาธารณะ การกระทำความผิดอันมีลักษณะส่อไปในทางที่จะล่วงเกินทางเพศ และการกระทำความผิดโดยอาศัยเหตุที่ผู้กระทำความผิดมีอำนาจเหนือผู้ถูกระทำความผิด อันเนื่องมาจากความสัมพันธ์ในฐานะที่เป็นผู้บังคับบัญชา นายจ้าง หรือผู้มีอำนาจเหนือประการอื่น เพื่อบังคับคุ้มครองสิทธิของบุคคลในความเป็นอยู่ส่วนตัวตามที่มาตรา 35 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยบัญญัติรับรองไว้

เมื่อวิเคราะห์แล้วเห็นว่าเป็นการรังแก ข่มเหง คุกคามต่อผู้อื่นนั้น เป็นการแสดงออกซึ่งการกระทำความผิดอันมีลักษณะที่กล้ำทับทำร้ายจิตใจผู้อื่น การใช้กำลังรังแกกล้ำทับทำร้ายจิตใจผู้อื่น ตลอดจนการแสดงอำนาจด้วยกิริยาหรือวาจาให้หวาดกลัว ซึ่งถือเป็นความผิดอันละเมิดต่อสิทธิของบุคคลในความเป็นอยู่ส่วนตัวตามที่มาตรา 35 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยบัญญัติรับรองไว้ และเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา ภาค 3 ลหุโทษ ซึ่งถือเป็นโทษสถานเบาหรือโทษที่ไม่ร้ายแรง

ในส่วนของการตีความเรื่องการกระทำความผิดอันมีลักษณะส่อไปในทางที่จะล่วงเกินทางเพศ คำว่า “ส่อไปในทางที่จะ” เป็นเพียงพฤติกรรมของบุคคลที่อาจก่อให้เกิดความผิดโดยการละเมิดสิทธิของ

¹⁶⁵ *เรื่องเดียวกัน.*

¹⁶⁶ China, National Immigration Agency, *op.cit.*

¹⁶⁷ สภานิติบัญญัติแห่งชาติ, *เรื่องเดิม*, หน้า 15.

บุคคลอื่นในเรื่องเพศตามลักษณะต่าง ๆ ซึ่งก็ยังถือว่าอาจจะก่อให้เกิดความผิดนี้เกิดขึ้นหรืออาจจะไม่ก่อให้เกิดความผิดขึ้นเลยเสียก็ได้ ส่งผลให้เกิดปัญหาในการตีความเพราะสามารถมองได้หลายมุมมอง อาจส่งผลทำให้บุคคลทั่วไปอาจเกิดความสับสนในการนำมาปรับใช้ เพราะในถ้อยคำไม่แสดงให้เห็นถึง พฤติกรรมหรือรูปแบบลักษณะของการคุกคามทางเพศที่ชัดเจน ถือได้ว่าเป็นคำที่มีความหมายคลุมเครือ มีถ้อยคำไม่ชัดเจนแน่นอน กำกวมหรือมีความหมายได้หลายทาง เห็นควรว่าไม่ควรใช้คำนี้ในบทบัญญัติ เพราะเป็นการยากแก่การตีความและการบังคับใช้ได้

อีกทั้ง การกระทำอันมีลักษณะส่อไปในทางที่จะล่วงเกินทางเพศนั้น เป็นการกระทำความคิดที่มีเรื่องเพศเข้ามาเกี่ยวข้องและเป็นพฤติกรรมที่เกิดขึ้นได้ง่ายในสังคม ซึ่งถือได้ว่าเป็นการคุกคามที่มีความร้ายแรงและมีผลกระทบต่อผู้กระทำเป็นอย่างมาก จึงไม่ควรบัญญัติการคุกคามทางเพศไว้เป็นความผิดในภาค 3 ละหุโทษ ตามประมวลกฎหมายอาญา โดยควรเป็นบทบัญญัติความผิดเกี่ยวกับการคุกคามทางเพศในหมวดความเกี่ยวข้องกับเพศ และควรต้องกำหนดเป็นบทบัญญัติต่างหากจากพฤติกรรมการรังแก ข่มเหง คุกคาม เนื่องจากในมาตราเดียวกันควรบัญญัติเพื่อคุ้มครองสิ่งเดียวกัน ซึ่งอ้างอิงตามข้อสังเกตและความเห็นของสำนักงานศาลยุติธรรม

ในส่วนของความตามวรรคสามเป็นนั้นถือเป็นการขยายความตามวรรคสอง เห็นได้ว่าเป็นการกระทำโดยอาศัยเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจเหนือผู้ถูกระทำ ซึ่งตามพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ.2541 แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ.2551 มาตรา 16 บัญญัติว่า “ห้ามมิให้นายจ้าง หัวหน้างาน ผู้ควบคุมงาน หรือผู้ตรวจงานกระทำการล่วงเกิน คุกคาม หรือก่อความเดือดร้อนรำคาญทางเพศต่อลูกจ้าง” โดยเจตนารมณ์ของกฎหมายนี้ ก็เพื่อคุ้มครองลูกจ้างซึ่งเป็นเด็ก หญิง และชาย มิให้ถูกล่วงเกิน คุกคาม หรือก่อให้เกิดความเดือดร้อนรำคาญทางเพศจากนายจ้าง หรือผู้ที่มีอำนาจบังคับบัญชาเหนือลูกจ้าง ซึ่งลักษณะถ้อยคำตามตัวบทถือได้ว่ามีองค์ประกอบในการคุกคามทางเพศอยู่ ความตามวรรคนี้จึงอาจเป็นการบังคับใช้กฎหมายที่ซ้ำซ้อนเพราะตามกฎหมายแรงงานได้บัญญัติคุ้มครองไว้อยู่แล้วแต่อย่างไรก็ดี เป็นผลให้สามารถใช้เป็นการบังคับใช้ได้เป็นการทั่วไป

จากการวิเคราะห์ดังกล่าวข้างต้นสามารถสรุปได้ว่า พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 22) พ.ศ.2558 ความผิดเกี่ยวกับการคุกคาม แก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 397 ฉบับนี้ยังไม่ตอบสนองต่อการป้องปรามการคุกคามทางเพศ ดังนั้น ควรที่จะบัญญัติความผิดเกี่ยวกับการคุกคามทางเพศ โดยบัญญัติเป็นบทบัญญัติมาตราต่างหาก และควรอยู่ในภาค 2 ความผิดลักษณะ 9 ความผิดเกี่ยวกับเพศ แห่งประมวลกฎหมายอาญา ทั้งนี้ ควรให้มีบทลงโทษตามความร้ายแรงในแต่ละกรณี ซึ่งจะเป็นการแก้ปัญหาได้อย่าง ตรงประเด็น โดยการที่รับรู้และเข้าใจถึงรูปแบบหรือลักษณะในการถูกคุกคามทางเพศจะส่งผลทำให้ง่ายแก่การตีความ และสามารถนำมาบังคับใช้ได้เป็นการทั่วไปอย่างมีประสิทธิภาพ

5.3 ปัญหาในการกำหนดบทลงโทษของการคุกคามทางเพศ

จากการศึกษาถึงผลกระทบจากพฤติกรรมการคุกคามทางเพศ ผู้ที่ตกเป็นเหยื่อจากพฤติกรรมการคุกคามทางเพศนั้น จะได้รับผลกระทบในทางลบโดยตรงแบบลูกโซ่เป็นวงกว้าง กล่าวคือ ได้รับผลกระทบทั้งในระบบการดำเนินชีวิตของตนเอง ทั้งผลกระทบทางสุขภาพ ทั้งด้านจิตใจและร่างกาย

ผลกระทบต่อหน้าที่การงาน ผลกระทบต่อธุรกิจ และผลกระทบต่อสังคม ซึ่งเมื่อบุคคลตกเป็น ผู้ถูกระงับการกระทำความผิดอาญาหรือตกเป็นผู้เสียหายในคดีอาญา โดยเฉพาะความผิดตามประมวล กฎหมายอาญานั้นย่อมเป็นการกระทำที่กระทบกระเทือนต่อสิ่งที่กฎหมายประสงค์จะคุ้มครอง เช่น ชีวิต ร่างกาย และทรัพย์สิน เป็นต้น ซึ่งในทางกฎหมายสิ่งที่กฎหมายประสงค์จะคุ้มครอง หรือ ประโยชน์ของบุคคลซึ่งได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายเมื่อถูกระงับการกระทำความผิดแล้ว ดังนั้น การ กำหนดบทลงโทษจึงต้องมีความสอดคล้องกับความร้ายแรงของผลร้ายที่เกิดขึ้นด้วย ซึ่งจาก พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา ในความผิดเกี่ยวกับการคุกคาม มาตรา 397 มี การกำหนดโทษสำหรับความผิดลหุโทษ ซึ่งกรณีตามวรรคแรกมีระวางโทษไม่เกินห้าพันบาท กรณีใน วรรคสองและวรรคสามถือเป็นการระวางโทษที่หนักขึ้น มีระวางโทษ จำคุกไม่เกินหนึ่งเดือน หรือปรับ ไม่เกินหนึ่งหมื่นบาทหรือทั้งจำทั้งปรับ ซึ่งถือว่ายังเป็นอัตราโทษที่ต่ำ ไม่สอดคล้องกับความร้ายแรงใน การกระทำความผิดและไม่สอดคล้องกับสภาพเศรษฐกิจและสังคมที่เปลี่ยนแปลงไป

ซึ่งจากการศึกษาในคดีความผิดเกี่ยวกับการคุกคามทางเพศในต่างประเทศยังพบว่า มีมาตรการทางกฎหมายซึ่งผู้ถูกคุกคามทางเพศสามารถฟ้องร้องต่อศาลเป็นคดีอาญาได้ โดยใน ประเทศเยอรมนีที่ผู้ถูกคุกคามหรือถูกคุกคามทางเพศไม่ว่าในสถานที่อื่นใดก็ตามสามารถยื่นคำฟ้องต่อ ศาลเป็นคดีอาญา และในทางอาญายังได้รับความคุ้มครองจาก Civil Legal Protection from Violent Acts and Stalking Offences ให้สามารถยื่นคำร้องต่อศาลให้ดำเนินการใด ๆ เพื่อแยกผู้คุกคามหรือ คุกคามทางเพศให้อยู่ห่างจากผู้ถูกระงับการกระทำความผิด โดยไม่ต้องรอให้เหตุร้ายแรงเกิดขึ้นเสียก่อน ในกรณี ดังต่อไปนี้

1. การคุกคามทางเพศที่มีลักษณะเป็นการข่มขู่ (Sexual Assault by Use of Force or Threat) อันเป็นการใช้กำลังหรือข่มขู่ให้ผู้ถูกระงับการกระทำความผิดกลัวจนต้องยินยอมให้มีการละเมิด ทางเพศโดยไม่สมัครใจ ซึ่งเป็นความผิดตาม §177 แห่งประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน (The Penal Code or Strafgesetzbuch, StGB)

2. การคุกคามทางเพศอันเป็นการอาศัยความไว้วางใจหรือสภาพของผู้ถูกระงับการกระทำความผิด หรือ ตำแหน่งหน้าที่ หรือความรับผิดชอบของผู้กระทำความผิดในการประพฤติดังกล่าวทางเพศ (Sexual Abuse) ซึ่ง เป็นความผิดตาม §174 ถึง §174c แห่งประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน (The Penal Code or Strafgesetzbuch, StGB)

3. การคุกคามทางเพศโดยการสะกดรอยตาม (Stalking) ตาม § 238 แห่งประมวลกฎหมาย อาญาเยอรมัน (The Penal Code or Strafgesetzbuch, StGB) ซึ่งเป็นการมีพฤติกรรมคุกคามหรือ ข่มขู่อย่างต่อเนื่อง เช่น การโทรศัพท์หาอย่างต่อเนื่อง การส่งอีเมลล์ จดหมายหรือข้อความทาง โทรศัพท์จำนวนมาก หรือการดักครอบบริเวณที่อยู่อาศัย เป็นต้น

เห็นได้ว่าการกำหนดให้ผู้ถูกคุกคามทางเพศสามารถฟ้องร้องต่อศาลเป็นคดีอาญาได้ในกรณีที่เป็น พฤติกรรมในรูปแบบดังกล่าวข้างต้น โดยมีการกำหนดอัตราโทษและรายละเอียดเกี่ยวกับพฤติกรรม ไว้ในบทบัญญัติของกฎหมายอย่างชัดเจน ซึ่งเป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมายที่มุ่งจะควบคุม การกระทำความผิดและลงโทษผู้กระทำความผิด

และยังพบว่าในประเทศฝรั่งเศส ได้มีการกำหนดโทษและเหตุเพิ่มโทษเป็นกรณีอย่างชัดเจน ตามมาตรา 222-33 แห่งประมวลกฎหมายอาญาของประเทศฝรั่งเศส (Le Harcèlement Sexuel) กล่าวไว้ว่า

III. – ความผิดตาม I และ II มีโทษถึงจำคุกสองปี และปรับ 30,000 €
บทลงโทษเหล่านี้จะเพิ่มขึ้นเป็นจำคุกสามปีและปรับ 45,000 € เมื่อการกระทำ ดังนี้

- 1) กระทำการคุกคามทางเพศโดยใช้อำนาจในตำแหน่งหน้าที่ที่ตนดำรงอยู่
- 2) กระทำการคุกคามทางเพศโดยกระทำกับผู้เยาว์อายุต่ำกว่าสิบห้าปี
- 3) กระทำการคุกคามทางเพศโดยกระทำกับบุคคลที่มีความเปราะบาง โดยเฉพาะอย่างยิ่งเนื่องจาก อายุการเจ็บป่วย, ทูพพลภาพ, ความพิการทางร่างกายหรือจิตใจหรือการตั้งครรรค์ ซึ่งผู้กระทำได้รู้หรือควรจะรู้ในการกระทำ ความผิดนั้นๆ
- 4) กระทำการคุกคามทางเพศโดยกระทำกับบุคคลที่มีสถานะเป็นเพื่อน ร่วมงาน หรือการพึ่งพาอาศัยกันโดยเฉพาะอย่างยิ่งเป็นผลมาจากสถานการณ์ทางเศรษฐกิจหรือสังคม ซึ่งผู้กระทำได้รู้หรือควรจะรู้ในการกระทำ ความผิดนั้น ๆ
- 5) กระทำการคุกคามทางเพศโดยบุคคลหลายคน โดยมีลักษณะเป็นการร่วมกันกระทำผิดหรือสมรู้ร่วมคิด¹⁶⁸

ซึ่งการกำหนดบทลงโทษในความผิดเกี่ยวกับการคุกคามทางเพศของประเทศไทยจึงควรกำหนดให้มีเหตุเพิ่มโทษขึ้นดังเช่นประเทศเยอรมนีและประเทศฝรั่งเศส โดยให้มีความสอดคล้องกับความร้ายแรงของการกระทำความผิด เพื่อให้สอดคล้องและเหมาะสมกับเจตนารมณ์ในการลงโทษมากขึ้น

จากการวิเคราะห์พิจารณาข้างต้นเห็นได้ว่า การที่ประเทศไทยยังมิได้มีการตระหนักถึงผลกระทบจากพฤติกรรมการคุกคามทางเพศอย่างสมควร เห็นได้จากการบัญญัติการคุกคามทางเพศตามมาตรา 397 ไว้ในหมวดลหุโทษนั้น เป็นเหตุให้ยังมีปัญหาถึงความเหมาะสมของอัตราโทษปรับซึ่งยังถือว่าน้อยเกินไป ซึ่งการลงโทษฐานลหุโทษนั้นในทางปฏิบัติส่วนใหญ่จะเป็นเพียงโทษปรับ และศาลมักจะไม่นำพินิจพิจารณาลหุโทษจำคุก จึงส่งผลให้มีการกระทำความผิดเกิดขึ้นอย่างต่อเนื่องหรือมีการกระทำความผิดซ้ำ เพราะผู้กระทำความผิดไม่เกรงกลัวหรือยำเกรงต่อกฎหมาย จึงสมควรที่จะต้องปรับปรุงอัตราโทษปรับโดยการเพิ่มอัตราโทษให้มีความเหมาะสม โดยพิจารณาเปรียบเทียบกับความผิดเกี่ยวกับเพศฐานอื่นในภาพรวม และต้องคำนึงถึงความสอดคล้องกับ สภาพเศรษฐกิจและสังคมที่เปลี่ยนแปลงไป อีกทั้ง ควรคำนึงถึงผู้ต้องหาที่มีเงินสามารถจ่ายค่าปรับได้และยังคงกระทำผิดซ้ำอย่างไม่เกรงกลัวต่อกฎหมาย ตลอดจนความเหมาะสมทั้งผลดีและผลเสียที่อาจเกิดจากการเพิ่มอำนาจให้เจ้าหน้าที่ของรัฐเปรียบเทียบปรับได้ตามกฎหมาย

¹⁶⁸ พินิติ นามสีฐาน, *เรื่องเดิม*, หน้า 77.

โดยในความผิดที่ผู้ใดกระทำได้ด้วยประการใด ๆ ต่อผู้อื่น อันเป็นการคุกคามทางเพศ ที่มีลักษณะเป็นการแสดงออกทางวาจา ทางกิริยาท่าทาง และการสัมผัสทางร่างกาย ซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ หรือทำให้รู้สึกไม่พึงปรารถนา และไม่ต้องการ ด้อยค่าเสื่อมเสียเกียรติหรือถูกรังเกียจ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 3 เดือน และปรับไม่เกิน 1 หมื่นบาท

และควรมีมาตรการในการการแบ่งแยกระดับของลักษณะการกระทำความผิดเพื่อกำหนดเหตุเพิ่มโทษตามพฤติการณ์และความร้ายแรงของการกระทำความผิด เพราะในบทบัญญัติมาตรา 397 ตามรายละเอียดของทั้งสามวรรคประกอบกัน ยังไม่สะท้อนให้เห็นถึงลำดับความรุนแรงตามพฤติกรรมหรือรูปแบบของการคุกคามทางเพศอย่างครอบคลุมเพียงพอ โดยต้องมีการกำหนดถ้อยคำและรายละเอียดเกี่ยวกับพฤติกรรม ตลอดจนมีการกำหนดโทษตามพฤติการณ์และระดับความร้ายแรงของการกระทำความผิดอย่างเหมาะสมไว้ในบทบัญญัติของกฎหมายอย่างชัดเจน

กล่าวคือ หากเป็นการกระทำความผิดเกี่ยวกับการคุกคามทางเพศ ในกรณีดังต่อไปนี้

1. กระทำการคุกคามทางเพศโดยการเฝ้าติดตาม
2. กระทำการคุกคามทางเพศโดยกระทำกับผู้เยาว์อายุต่ำกว่าสิบห้าปี
3. กระทำการคุกคามทางเพศโดยการอาศัยความไว้วางใจหรือสภาพของผู้ถูกระทำ หรือตำแหน่งหน้าที่ หรือความรับผิดชอบของผู้กระทำในการประพฤติดังกล่าวทางเพศ ซึ่งผู้กระทำได้รู้หรือควรจะรู้ในการกระทำความผิดนั้น ๆ
4. กระทำการคุกคามทางเพศโดยกระทำกับบุคคลที่มีความเปราะบาง โดยเฉพาะอย่างยิ่งเนื่องจากอายุ, การเจ็บป่วย, พุพพลภาพ, ความพิการทางร่างกายหรือจิตใจหรือการตั้งครรรค์ ซึ่งผู้กระทำได้รู้หรือควรจะรู้ในการกระทำความผิดนั้น ๆ
5. กระทำการคุกคามทางเพศโดยบุคคลหลายคน โดยมีลักษณะเป็นการร่วมกันกระทำความผิดหรือสมรู้ร่วมคิด

ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 1 ปี และปรับไม่เกิน 3 หมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ซึ่งนอกจากมาตรการดังกล่าวข้างต้น ในทางอาญาเมื่อมีการกระทำความผิดเกิดขึ้นจะมีมาตรการทางกฎหมายเกิดขึ้นทั้งในด้านการปราบปรามและในด้านการป้องกัน ในด้านการปราบปราม คือ การลงโทษผู้กระทำความผิด โดยควรต้องมีการกำหนดโทษจำคุกกระยะสั้นซึ่งการลงโทษหนักเบาขึ้นอยู่กับความร้ายแรงของความผิด เพื่อเป็นการลงโทษขั้นร้ายแรงให้ผู้กระทำความผิดมีความเกรงกลัวหรือยำเกรงต่อกฎหมาย แต่อย่างไรก็ดี การลงโทษจำคุกกระยะสั้นนี้เป็นมาตรการหนึ่งที่ใช้ในการปราบปรามอาชญากรรมหลังจากที่มีการกระทำความผิดเกิดขึ้นแล้ว จึงสมควรที่จะต้องมีการป้องกันเพื่อไม่ให้เกิดการกระทำความผิดเกี่ยวกับการคุกคามทางเพศอีก ซึ่งในด้านการป้องกัน คือ ควรนำการบังคับใช้วิธีการเพื่อความปลอดภัยมาใช้บังคับ ทั้งนี้ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อเป็นมาตรการทางกฎหมายที่จะป้องกันไม่ให้เกิดการกระทำความผิดในอนาคต กล่าวคือ เป็นมาตรการที่นำมาใช้ก่อนที่จะมีการกระทำความผิดหรือมีการกระทำความผิดแล้วไม่ให้เกิดการกระทำผิดอีก หรือในกรณีกระทำความผิดไปแล้วโทษมีความจำเป็นเพื่อปรับปรุงให้ผู้กระทำความผิดนั้นกลับตัวกลับใจแก้ไขการกระทำผิดที่เคยเกิดขึ้นและสามารถกลับเข้าสู่สังคมอย่างเดิม

และนอกจากนั้นในการวิเคราะห์กรณีความผิดเกี่ยวกับการคุกคามทางเพศนั้นถือได้ว่าเป็นคดีความผิดเกี่ยวกับเพศที่เกิดขึ้นได้ง่ายที่สุดในสังคม ผู้เสียหายส่วนใหญ่มักมีความอับอายหรือเห็นว่าเป็น

เรื่องที่ยุ่งยากและได้ไม่คุ้มเสียหากมีการดำเนินคดีตามขั้นตอนทางกฎหมาย และเมื่อปัญหาเกิดขึ้นส่วนใหญ่ผู้คนมักคิดเป็นเรื่องเฉพาะตัวหรือเป็นปัญหาเรื่องส่วนบุคคลมากกว่าเป็นปัญหาของสังคม และเพื่อเป็นเหตุเป็นตาในการป้องกันการคุกคามทางเพศที่เกิดขึ้นในสังคมจึงควรมีหน่วยงานรับเรื่อง การร้องทุกข์เมื่อเกิดปัญหาการคุกคามทางเพศเกิดขึ้น ดังเช่นในประเทศออสเตรเลียที่เมื่อผู้เสียหายได้รับความเสียหายอันเนื่องมาจากการคุกคามทางเพศ ผู้เสียหายอาจร้องทุกข์ไปยังคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งออสเตรเลีย (Australian Human Right) ได้ตามกฎหมายคุ้มครองการเลือกปฏิบัติ (Sex Discrimination Act 1984) โดยเป็นองค์กรที่ทำหน้าที่รับเรื่องร้องทุกข์และการไกล่เกลี่ย ซึ่งการร้องทุกข์นั้นไม่ต้องเสียค่าใช้จ่ายใด ๆ และยังมีหลายช่องทางที่ผู้เสียหายจะสามารถร้องทุกข์ได้ เช่น ทางโทรศัพท์ อีเมลล์ การอัดเสียง ตลอดจนมีอักษรเบลล์สำหรับผู้พิการทางสายตา โดยคำร้องทุกข์อาจเขียนเป็นภาษาใดก็ได้ไม่เพียงแต่ผู้เสียหายเท่านั้นที่สามารถร้องทุกข์ได้ ผู้เห็นเหตุการณ์สามารถร้องทุกข์หรือชี้เบาะแสได้อีกด้วย

โดยประเทศไทยสามารถนำกระบวนการดังกล่าวมาปรับใช้ให้เป็นประโยชน์ ซึ่งเห็นควรว่าควรให้อำนาจองค์กรอิสระ เพื่อที่จะเป็นช่องทางที่ง่ายแก่การเข้าถึงของประชาชนในการช่วยกันเป็นเหตุเป็นตาเพื่อป้องกันการเกิดพฤติกรรมคุกคามทางเพศ กล่าวคือ ให้อำนาจผ่านกรมคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ กระทรวงยุติธรรม อาศัยอำนาจตามความในมาตรา 8 ณ แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน (ฉบับที่ 4) พ.ศ.2543 รัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมออกกฎกระทรวงไว้ดังต่อไปนี้ “ให้กรมคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ มีภารกิจเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพที่ประชาชนพึงได้รับตามกฎหมาย โดยการจัดวางระบบและส่งเสริมให้ประชาชนมีความรู้เกี่ยวกับกรมคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพตลอดจนการดำเนินการให้พยาน ผู้เสียหาย และจำเลยในคดีอาญา ได้รับการคุ้มครองช่วยเหลือ เยียวยาในเบื้องต้น เพื่อให้ประชาชนได้รับการคุ้มครองและดูแลจากรัฐอย่างทั่วถึงและเท่าเทียมกัน โดยให้มีอำนาจหน้าที่ดังต่อไปนี้

1. จัดระบบการบริหารจัดการด้านคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน
2. ส่งเสริมและพัฒนาการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน
3. ส่งเสริมและพัฒนากลไกการระงับข้อพิพาทในสังคม
4. ประสานงานด้านคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพกับภาครัฐและเอกชน ทั้งในและต่างประเทศ
5. พัฒนาระบบ มาตรการ และดำเนินการช่วยเหลือประชาชนที่ตกเป็นเหยื่ออาชญากรรม รวมทั้งจำเลยที่ถูกดำเนินคดีอาญาโดยมิได้เป็นผู้กระทำความผิดตามกฎหมายว่าด้วยค่าตอบแทนผู้เสียหายและค่าทดแทนและค่าใช้จ่ายแก่จำเลยในคดีอาญา
6. ติดตามและประเมินผลการดำเนินการด้านการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ
7. ดำเนินการคุ้มครองพยานตามกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองพยานในคดีอาญา
8. ปฏิบัติการอื่นใดตามที่กฎหมายกำหนดให้เป็นอำนาจหน้าที่ของกรม หรือตามที่กระทรวงหรือคณะรัฐมนตรีมอบหมาย

ทั้งนี้ โดยปรับให้เข้ากับคดีความผิดเกี่ยวกับการคุกคามทางเพศ โดยอาจวางเป็นระบบตั้งแต่ขั้นความรู้พื้นฐานโดยเป็นการให้ข้อมูลความรู้เกี่ยวกับการคุกคามทางเพศ ให้คำปรึกษาทางด้านกฎหมาย การยื่นเรื่องร้องทุกข์หรือชี้เบาะแสดังกล่าวเกี่ยวกับการคุกคามทางเพศ ซึ่งควรมีช่องทางที่หลากหลายที่ผู้เสียหายจะสามารถร้องทุกข์ได้ เช่น ทางโทรศัพท์ อีเมลล์ การอัดเสียง ตลอดจนมี

อักษรเบลล์สำหรับผู้พิการทางสายตา และได้ไม่เพียงแต่ผู้เสียหายเท่านั้นที่สามารถร้องทุกข์ได้ ผู้ที่เห็นเหตุการณ์การคุกคามทางเพศก็สามารถร้องทุกข์หรือชี้เบาะแสได้เช่นกัน เพื่อให้ประชาชนได้รับการคุ้มครองดูแลทำให้สังคมมีความปลอดภัย หรือได้รับการชดเชยและเยียวยาความเสียหายให้แก่บุคคลผู้เสียหายจากการคุกคามทางเพศจากรัฐอย่างทั่วถึงอย่างเท่าเทียมกัน และรักษาสวัสดิภาพของบุคคลผู้อาจถูกคุกคามทางเพศซ้ำ เพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานตามหลักสิทธิมนุษยชน ตลอดจนการที่เมื่อกฎหมายมีผลบังคับใช้แล้วนั้นจะสามารถใช้บังคับตามเจตนารมณ์ของกฎหมายอย่างมีประสิทธิภาพ

บทที่ 6

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

6.1 บทสรุป

“การคุกคามทางเพศ” สำหรับคนในสังคมไทยส่วนใหญ่ยังสับสนและไม่ทราบถึงลักษณะ พฤติกรรมการคุกคามทางเพศ ทั้งที่ความเป็นจริงแล้วพฤติกรรมการคุกคามทางเพศได้มีปรากฏอยู่ในสังคมไทยอย่างยาวนาน แต่ในกฎหมายไทยยังมิได้ตระหนักถึงความสำคัญของปัญหาการคุกคามทางเพศอย่างที่ควร เห็นได้จากการที่ในประมวลกฎหมายอาญาแห่งราชอาณาจักรไทย ได้บัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศไว้สี่ฐานความผิดหลัก ประกอบด้วย ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ความผิดฐานกระทำความอนาจาร ความผิดฐานค้าบุคคลเพื่อความใคร่ และความผิดฐานค้าสิ่งลามก แต่ก็ยังไม่ปรากฏความผิดฐานคุกคามทางเพศเพื่อคุ้มครองผู้เสียหายจากการกระทำความผิดดังกล่าว ทั้ง ๆ ที่พฤติกรรมการคุกคามทางเพศเป็นความผิดเกี่ยวกับเพศที่สามารถเกิดขึ้นได้ง่ายที่สุดในสังคม เพราะอาจถือได้ว่าพฤติกรรมการคุกคามทางเพศนี้เป็นจุดเริ่มต้นของการกระทำความผิดทางเพศอันนำไปสู่ปัญหาอันเป็นความผิดเกี่ยวกับเพศอื่น ๆ ที่ร้ายแรงตามมา ดังเช่น การข่มขืนกระทำชำเราและการอนาจาร เป็นต้น

แต่อย่างไรก็ดี เมื่อปัญหาการคุกคามทางเพศได้ปรากฏมีขึ้นอย่างต่อเนื่องจึงได้มีการพิจารณาปรับปรุงประมวลกฎหมายอาญา เพื่อกำหนดความผิดเกี่ยวกับการคุกคามและการรบกวนความเป็นอยู่ส่วนตัวของบุคคล (Harassment และ Stalking) ตามพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 22) พ.ศ.2558 ความผิดเกี่ยวกับการคุกคาม แก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 397 แห่งประมวลกฎหมายอาญา ดังนี้

“มาตรา 397 ผู้ใดกระทำด้วยประการใด ๆ ต่อผู้อื่น อันเป็นการรังแก ข่มเหง คุกคาม หรือกระทำให้ได้รับความอับอายหรือเดือดร้อนรำคาญ ต้องระวางโทษปรับไม่เกินห้าพันบาท

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งเป็นการกระทำในที่สาธารณะสถาน หรือต่อหน้าธารกำนัล หรือเป็นการกระทำความผิดอันมีลักษณะส่อไปในทางที่จะล่วงเกินทางเพศ ต้องระวางโทษปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคสองเป็นการกระทำโดยอาศัยเหตุที่ผู้กระทำความผิดมีอำนาจเหนือผู้ถูกกระทำ อันเนื่องจากความสัมพันธ์ในฐานะผู้บังคับบัญชา นายจ้าง หรือผู้มีอำนาจเหนือประการอื่น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งเดือน หรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

แต่ทั้งนี้ ได้มีข้อสังเกตและความเห็นของสำนักงานศาลยุติธรรมและจากหลักการตีความกฎหมายซึ่งพิจารณาแล้วเห็นว่า ความผิดในส่วนของการคุกคามตามร่างมาตรา 397 วรรคหนึ่ง อาจไม่รวมถึงการคุกคามในทางเพศ (Sexual Harassment) และการรังแก ข่มเหง คุกคาม หรือทำให้อับอายหรือเดือดร้อนรำคาญในทางเพศ ในทุก ๆ มิติของการคุกคามทางเพศ และอาจเกิดปัญหาใน

การตีความที่แตกต่างกัน ความไม่ครอบคลุมในบางประการ ซึ่งควรกำหนดเป็นบทบัญญัติต่างหาก เนื่องจากมีรายละเอียดมากกว่าที่จะบัญญัติปะปนในเรื่องอื่น ๆ ที่ซับซ้อนและมีรายละเอียดน้อยกว่า

และจากการพิจารณาตามมาตรา 397 ในส่วนของความผิดเกี่ยวกับการคุกคาม ทั้งสามวรรค ประกอบกันทั้งมาตรา ได้พบประเด็นปัญหาสามารถแยกได้เป็น 3 ประการ กล่าวคือ

1. ปัญหาในการกำหนดบทนิยามของกฎหมายเกี่ยวกับคุกคามทางเพศ
2. ปัญหาในการตีความตัวบทกฎหมายเกี่ยวกับการคุกคามทางเพศ
3. ปัญหาในการกำหนดบทลงโทษของการคุกคามทางเพศ

ซึ่งจากการศึกษาวิเคราะห์ตามกฎหมายของในต่างประเทศ คือ ประเทศออสเตรเลีย ประเทศเยอรมนี และประเทศฝรั่งเศส เห็นว่าการที่กำหนดถ้อยคำที่ชัดเจนไว้ในบทบัญญัติมาตรา ส่งผลให้ถ้อยคำของกฎหมายเป็นถ้อยคำที่สอดคล้องกับพฤติกรรม ทำให้เข้าใจง่ายและสามารถตีความได้อย่างถูกต้อง และเมื่อกฎหมายมีผลบังคับใช้แล้ว ทำให้สามารถใช้บังคับตามเจตนารมณ์ของกฎหมายอย่างมีประสิทธิภาพ ซึ่งต่างจากพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา ความผิดเกี่ยวกับการคุกคาม มาตรา 397 ยังขาดความชัดเจนในถ้อยคำ นิยามและความหมาย อีกทั้งยังไม่ครอบคลุมถึงรูปแบบลักษณะของการกระทำความผิด จึงทำให้ยากแก่การตีความและมีผลต่อการบังคับใช้กฎหมายอย่างมีประสิทธิภาพ

ข้างต้นสามารถสรุปได้ว่า ในกรณีที่คำว่าคุกคามทางเพศมีที่ใช้เพียงแห่งเดียวหรือมาตราเดียว จึงควรเขียนให้ชัดเจนในมาตรานั้น ๆ โดยตรง ซึ่งจะช่วยให้ง่ายต่อการเข้าใจและเกิดความสะดวกในการใช้กฎหมาย ส่วนเรื่องการให้คำนิยามความหมายของการคุกคามทางเพศต้องมีความชัดเจนแน่นอน เพื่อให้มีความเข้าใจอย่างเดียวกันและสามารถบังคับใช้ได้เป็นการทั่วไป คือ “คุกคามทางเพศหมายความว่า การกระทำหรือพฤติกรรมทางเพศที่ผู้ถูกกระทำหรือผู้ที่ตกเป็นเหยื่อถือว่าเป็นสิ่งที่ “ไม่พึงปรารถนา” และ “ไม่ต้องการ” โดยการคุกคามทางเพศอาจอยู่ในรูปของการแสดงออกทางวาจา กิริยาท่าทาง หรือการสัมผัสทางร่างกาย อันมีวัตถุประสงค์เพื่อละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์หรือทำให้ผู้ถูกกระทำรู้สึกถูกคุกคาม หวาดกลัว ด้อยค่าเสื่อมเสียเกียรติหรือถูกรังเกียจ”

และได้พิจารณาถึงรูปแบบลักษณะของการคุกคามทางเพศที่ควรนำมาบัญญัติเป็นความผิดทางอาญาโดยอาจนิยามให้หมายรวมถึงลักษณะของการคุกคามทางเพศดังต่อไปนี้ด้วย ทั้งนี้เพื่อให้เกิดความสมบูรณ์และชัดเจน ดังนี้

1. การคุกคามทางเพศทางวาจา (Verbal Harassment) เช่น การวิพากษ์วิจารณ์เกี่ยวกับรูปร่าง การแต่งตัวที่สื่อไปทางลามก การเล่าเรื่องตลกลามก การพูดหรือการถามถึงความสัมพันธ์ทางเพศของบุคคลใดบุคคลหนึ่งในที่สาธารณะ การเปลี่ยนหัวข้อเรื่องงานให้เป็นเรื่องทางเพศ หรือเรื่องลามก ตลอดจนการกระจายข่าวลือ หรือนินทาเกี่ยวกับเรื่องเพศของบุคคลใดบุคคลหนึ่ง การตามตื้อตามจีบบุคคลใดบุคคลหนึ่ง ทั้ง ๆ ที่รู้ว่าเขาไม่สนใจ และการกล่าวถึงกลุ่มหญิงหรือชายในทางลามก เป็นต้น

2. การคุกคามทางเพศโดยการสัมผัสร่างกาย (Physical Harassment) เช่น การแตะเนื้อต้องตัว รวมทั้งการจัดเสื้อผ้า ตลอดไปจนถึงการสัมผัสก้น สะโพก หรือการยืน เดิน ต้อนเข้ามุม การนั่งใกล้ชิดเกินความจำเป็น โดยใช้บางส่วนของร่างกายสัมผัสผู้อื่นอย่างจงใจ

3. การคุกคามทางเพศทางกิริยาท่าทาง (Non-verbal/Gestural Harassment) เช่น การจ้องมองอย่างก่อกวน การแสดงสีหน้าอย่างเจ้าชู้ การแสดงท่าทางหรือการเคลื่อนไหวร่างกาย ที่สื่อถึงเจตนาการล่วงเกินทางเพศ การส่งจดหมาย ข้อความภาพ การ์ด หรือคำกลอนที่เน้นในเรื่องเพศ การมองเรือนร่างอย่างสำรวจตรวจตรา รวมไปถึงการติดภาพโป๊ หรือสิ่งของ อุปกรณ์ที่ลามก

อีกทั้ง ความผิดในเรื่องการคุกคามทางเพศนี้ถือว่ากฎหมายได้ให้การคุ้มครองแก่บุคคลทุกคน ซึ่งหมายความว่าบุคคลใดก็ได้ ไม่จำกัดเพศสภาพ ไม่ว่าเพศหญิงหรือเพศชาย เนื่องจากการคุกคามทางเพศไม่ได้หมายถึงการคุกคามทางเพศที่ชายกระทำต่อหญิงเท่านั้น แต่ทั้งที่จริงแล้วการคุกคามทางเพศยังรวมถึงการกระทำที่ชายกระทำต่อชาย หรือหญิงกระทำต่อชาย หรือหญิงกระทำต่อหญิงได้ด้วยเช่นกัน

ในส่วนของการวิเคราะห์พิจารณาตามหลักเกณฑ์การตีความในมาตรา 397 ซึ่งเมื่อดูตามเจตนารมณ์ที่ได้กำหนดขึ้นเพื่อมุ่งการคุ้มครองบุคคลจากการถูกบุคคลอื่นคุกคามไม่ว่าจะเป็นการคุกคามในรูปแบบใด ซึ่งอาจหมายถึงความรวมถึงการคุกคามทางเพศได้ แต่อย่างไรก็ตามก็ยังคงเกิดปัญหาในการตีความที่ในการนำมาตรา 397 มาใช้กับการคุกคามที่มีเรื่องความผิดเกี่ยวกับเพศเข้ามาเกี่ยวข้องตามถ้อยคำในวรรคสองที่ว่า “การกระทำอันมีลักษณะส่อไปในทางที่จะล่วงเกินทางเพศ” กล่าวคือ เกิดปัญหาในส่วนของการตีความคำที่มีความหมายไม่ชัดเจน คลุมเครือ สามารถมองได้หลายมุมมอง อีกทั้ง ยังไม่ครอบคลุมถึงรูปแบบลักษณะของพฤติกรรมต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นในสังคมได้อย่างแท้จริง ทำให้เมื่อนำมาบังคับใช้แล้วกฎหมายอาจไม่มีประสิทธิภาพอย่างแท้จริงดังนั้นควรที่จะบัญญัติความผิดเกี่ยวกับการคุกคามทางเพศ โดยบัญญัติเป็นบทบัญญัติมาตราต่างหาก และควรอยู่ในภาค 2 ความผิด ลักษณะ 9 ความผิดเกี่ยวกับเพศ แห่งประมวลกฎหมายอาญา

ซึ่งปัญหาการคุกคามทางเพศถือเป็นปัญหาอีกรูปแบบหนึ่งของการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเพศที่มีความรุนแรงประเภทหนึ่ง สามารถเกิดขึ้นได้หลายรูปแบบกับบุคคลทุกเพศ ทุกวัย ในทุก ๆ ที่ ทุกเวลาในสังคม และเป็นปัญหาที่ส่งผลกระทบทั้งต่อทางร่างกายและต่อจิตใจของผู้ถูกรกระทำเป็นอย่างมาก โดยผู้ถูกรกระทำจะได้รับผลกระทบในทางลบโดยตรงแบบลูกโซ่เป็นวงกว้าง กล่าวคือ จะมีผลต่อสุขภาพซึ่งส่งผลให้มีอาการเจ็บป่วยทางร่างกายซึ่งส่วนหนึ่งเป็นผลมาจากความเครียด สำหรับผลกระทบต่อสุขภาพจิตนั้นแม้ถึงว่าจะไม่มีร่องรอยบาดแผลหรือร่องรอยที่เกิดขึ้นตามร่างกายในกรณีที่ไม่รุนแรงจะเลือนหายไป แต่บาดแผลในจิตใจนั้นถือว่าไม่อาจลบเลือนไปและอาจจะเก็บอยู่ในส่วนลึกของจิตใจซึ่งผลกระทบนี้จะก่อให้เกิดผลกระทบทางอารมณ์ (Psychological Outcomes) และบุคลิกภาพของผู้ถูกรกระทำ อีกทั้ง ยังทำให้เกิดความรู้สึกที่สูญเสียศักดิ์ศรีความภาคภูมิใจในตนเอง อาจส่งผลให้เกิดอาการซึมเศร้า ร้ายแรงที่สุดจนอาจนำไปสู่การฆ่าตัวตายได้ ซึ่งปัญหาที่ส่งผลกระทบมาจากทางด้านสุขภาพได้ส่งผลโดยตรงต่อการทำงาน กล่าวคือ จะทำให้มีประสิทธิภาพและผลิตภาพในการทำงานลดลงซึ่งจะก่อให้เกิดความสูญเสียในทางธุรกิจอีกด้วย ทั้งก่อให้เกิดอุปสรรคต่อสังคมในการบรรลุความเสมอภาคระหว่างชายหญิง ซึ่งอาจกล่าวได้ว่าปัญหาการคุกคามทางเพศนี้ถือเป็นการสร้างความรุนแรงทางเพศเป็นวงจรแห่งความรุนแรงที่ไม่สิ้นสุด ซึ่งอาจเกิดผลกระทบจากเด็ก ส่งผลไปยังครอบครัว ส่งผลต่อไปยังหน้าที่การงาน ผลกระทบเป็นวงกว้างต่อสังคม จึงส่งผลกระทบต่อความปลอดภัยในชีวิต และความเป็นอยู่ที่ดีของประชาชนในสังคม ดังนั้น จึงถือเป็นพฤติกรรมที่ขัดขวางการสร้างผลิตผลและการพัฒนาสังคม กล่าวคือ ได้รับผลกระทบทั้งในระบบการดำเนินชีวิตของตนเอง

รวมถึงต่อการทำงาน ต่อองค์กร ตลอดจนต่อสังคมอีกด้วย การกำหนดบทลงโทษจึงต้องมีความสอดคล้องกับความร้ายแรงของผลร้ายเกิดขึ้นด้วย

ซึ่งจากพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา ในความผิดเกี่ยวกับการคุกคาม มาตรา 397 มีการกำหนดโทษสำหรับความผิดเพียงฐานลหุโทษ ซึ่งกรณีตามวรรคแรกมีระวางโทษไม่เกินห้าพันบาท กรณีในวรรคสองและวรรคสามถือเป็นการระวางโทษที่หนักขึ้น มีระวางโทษ จำคุกไม่เกินหนึ่งเดือน หรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ เห็นได้ว่า การที่ประเทศไทยยังมีได้มีการตระหนักถึงผลกระทบจากพฤติกรรมการคุกคามทางเพศอย่างที่ควร เพราะถือว่ายังเป็นอัตราโทษที่ต่ำ ไม่สอดคล้องกับความร้ายแรงในการกระทำความผิด และไม่สอดคล้องกับสภาพเศรษฐกิจและสังคมที่เปลี่ยนแปลงไป จึงควรปรับปรุงอัตราโทษปรับโดยการเพิ่มอัตราโทษให้มีความเหมาะสม โดยพิจารณาเปรียบเทียบกับความผิดเกี่ยวกับเพศฐานอื่นในภาพรวม และต้องคำนึงถึงความสอดคล้องกับสภาพเศรษฐกิจและสังคม อีกทั้งควรคำนึงถึงผู้ต้องหาที่มีเงินสามารถจ่ายค่าปรับได้และยังคงกระทำความผิดซ้ำอย่างไม่เกรงกลัวต่อกฎหมาย ตลอดจนความเหมาะสมทั้งผลดีและผลเสียที่อาจเกิดจากการเพิ่มอำนาจให้เจ้าหน้าที่ของรัฐเปรียบเทียบปรับได้ตามกฎหมาย

นอกจากนั้น ยังสมควรที่จะมีการแบ่งแยกระดับของลักษณะการกระทำความผิดเพื่อกำหนดเหตุเพิ่มโทษในการคุกคามทางเพศตามพฤติการณ์และระดับความร้ายแรงของการกระทำ ดังเช่นในคดีความผิดเกี่ยวกับการคุกคามทางเพศในประเทศฝรั่งเศสที่ได้มีการกำหนดโทษและเหตุเพิ่มโทษเป็นกรณีอย่างชัดเจน ตามมาตรา 222-33 แห่งประมวลกฎหมายอาญาของประเทศฝรั่งเศส (Le Harcèlement Sexuel) และในประเทศเยอรมนียังมีมาตรการทางกฎหมายซึ่งผู้ถูกคุกคามทางเพศสามารถฟ้องร้องต่อศาลเป็นคดีอาญาได้ในกรณีที่เป็นการคุกคามทางเพศที่มีลักษณะเป็นการข่มขู่ (Sexual Assault by Use of Force or Threat) การคุกคามทางเพศอันเป็นการอาศัยความไว้วางใจ หรือสภาพของผู้ถูกระทำ (Sexual Abuse) และการคุกคามทางเพศโดยการสะกดรอยตาม (Stalking) ทั้งนี้ เพื่อมาปรับใช้กับการกำหนดบทโทษในความผิดเกี่ยวกับการคุกคามทางเพศของประเทศไทย

และนอกจากมาตรการดังกล่าวข้างต้น ควรนำการบังคับใช้วิธีการเพื่อความปลอดภัยมาใช้บังคับ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อเป็นการป้องปรามไม่ให้เกิดการกระทำความผิดดังกล่าวเกิดขึ้นซ้ำอีก หรือในกรณีกระทำความผิดไปแล้วโทษมีความจำเป็นเพื่อปรับปรุงให้ผู้กระทำความผิดนั้นกลับตัวกลับใจ แก้ไขการกระทำผิดที่เคยเกิดขึ้นและสามารถกลับเข้าสู่สังคมอย่างเดิม

อย่างไรก็ดี ถือได้ว่าเป็นคดีความผิดเกี่ยวกับเพศที่เกิดขึ้นได้ง่ายที่สุดในสังคม ผู้เสียหายส่วนใหญ่มักมีความอับอายหรือเห็นว่าเป็นเรื่องยุ่งยากหากมีการดำเนินคดี เพื่อเป็นเหตุเป็นตาในการป้องกันการคุกคามทางเพศที่เกิดขึ้นในสังคม จึงควรมีหน่วยงานรับเรื่องการร้องทุกข์เมื่อเกิดปัญหาการคุกคามทางเพศเกิดขึ้น จึงเห็นควรว่าควรให้อำนาจองค์กรอิสระเพื่อจะเป็นช่องทางที่ง่ายแก่การเข้าถึงของประชาชน โดยควรให้อำนาจหน้าที่ผ่านกรมคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ ในการวางระบบเพื่อเป็นการให้ข้อมูลความรู้ ให้คำปรึกษาด้านกฎหมาย การยื่นเรื่องร้องทุกข์หรือชี้เบาะแสในคดีเกี่ยวกับการคุกคามทางเพศ อย่างเช่น ในการดำเนินการของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งออสเตรเลีย (Australian Human Right)

กล่าวโดยสรุป คือ พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 22) พ.ศ.2558 ความผิดเกี่ยวกับการคุกคาม แก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 397 ฉบับนี้ยังไม่ตอบสนองต่อการป้องปราม การคุกคามทางเพศ ดังนั้น ควรที่จะบัญญัติความผิดเกี่ยวกับการคุกคามทางเพศ โดยบัญญัติเป็น บทบัญญัติมาตรากฎหมาย และควรอยู่ในภาค 2 ความผิด ลักษณะ 9 ความผิดเกี่ยวกับเพศ แห่งประมวลกฎหมายอาญา โดยควรที่จะกำหนดนิยามความหมาย รูปแบบลักษณะของปัญหาการคุกคามทางเพศให้ชัดเจน เพื่อให้มีบทลงโทษตามความร้ายแรงในแต่ละกรณี ซึ่งจะเป็นการแก้ปัญหาได้อย่างตรงประเด็น โดยการที่รับรู้และเข้าใจถึงรูปแบบหรือลักษณะในการถูกคุกคามจะส่งผลทำให้ง่ายแก่การตีความ และสามารถนำมาบังคับใช้ได้ เป็นการทั่วไปอย่างมีประสิทธิภาพ

6.2 ข้อเสนอแนะ

1. ควรที่จะบัญญัติความผิดเกี่ยวกับการคุกคามทางเพศ โดยบัญญัติเป็นบทบัญญัติมาตรากฎหมาย และควรอยู่ในภาค 2 ความผิด ลักษณะ 9 ความผิดเกี่ยวกับเพศ แห่งประมวลกฎหมายอาญา

2. ควรที่จะกำหนดนิยามความหมาย รูปแบบลักษณะของปัญหาการคุกคามทางเพศให้ชัดเจน กล่าวคือ “คุกคามทางเพศ” หมายความว่า การกระทำหรือพฤติกรรมทางเพศที่ถูกกระทำหรือผู้ที่ตกเป็นเหยื่อถือว่าเป็นสิ่งที่ “ไม่พึงปรารถนา” และ “ไม่ต้องการ” โดยการคุกคามทางเพศอาจอยู่ในรูปของการแสดงออกทางวาจา กิริยาท่าทาง หรือการสัมผัสทางร่างกาย อันมีวัตถุประสงค์เพื่อละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ หรือทำให้ผู้ถูกกระทำรู้สึกถูกคุกคาม หวาดกลัว ด้วยค่าเสื่อมเสียเกียรติหรือถูกรังเกียจ โดยรูปแบบลักษณะของการคุกคามทางเพศ มีดังต่อไปนี้

- 1) การคุกคามทางเพศทางวาจา (Verbal Harassment) เช่น การวิพากษ์วิจารณ์เกี่ยวกับรูปร่าง การแต่งตัวที่สื่อไปทางลามก การเล่าเรื่องตลกลามก การพูดหรือการถามถึงความสัมพันธ์ทางเพศของบุคคลใดบุคคลหนึ่งในที่สาธารณะ การเปลี่ยนหัวข้อเรื่องงานให้เป็นเรื่องทางเพศ หรือเรื่องลามก ตลอดจนการกระจายข่าวลือ หรือนินทาเกี่ยวกับเรื่องเพศของบุคคลใดบุคคลหนึ่ง การตามตื้อตามจีบบุคคลใดบุคคลหนึ่ง ทั้ง ๆ ที่รู้ว่าเขาไม่สนใจ และการกล่าวถึงกลุ่มหญิงหรือชายในทางลามก เป็นต้น

- 2) การคุกคามทางเพศโดยการสัมผัสร่างกาย (Physical Harassment) เช่น การแตะเนื้อต้องตัว รวมทั้งการจัดเสื้อผ้า ตลอดไปจนถึงการสัมผัสก้น สะโพก หรือการยืน เดิน ต้อนเข้ามุม การนั่งใกล้ชิดเกินความจำเป็น โดยใช้บางส่วนของร่างกายสัมผัสผู้อื่นอย่างจงใจ

- 3) การคุกคามทางเพศทางกิริยาท่าทาง (Non-verbal/Gestural Harassment) เช่น การจ้องมองอย่างกรุ่มกริม การแสดงสีหน้าอย่างเจ้าชู้ การแสดงท่าทางหรือการเคลื่อนไหวร่างกายที่สื่อถึงเจตนาการล่วงเกินทางเพศ การส่งจดหมาย ข้อความภาพ การ์ด หรือคำกลอนที่เน้นในเรื่องเพศ การมองเรือนร่างอย่างสำรวจตรวจตรา รวมไปถึงการติดภาพโป๊ หรือสิ่งของ อุปกรณ์ที่ลามก

3. ควรปรับปรุงอัตราโทษปรับโดยการเพิ่มอัตราโทษให้มีความเหมาะสม กล่าวคือ ในความผิดที่ผู้ใดกระทำด้วยประการใด ๆ ต่อผู้อื่น อันเป็นการคุกคามทางเพศ โดยเป็นการแสดงออกทางวาจา ทางกิริยาท่าทาง และการสัมผัสทางร่างกาย ซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อละเมิดศักดิ์ศรีความเป็น

มนุษย์ หรือทำให้รู้สึกไม่พึงปรารถนา และไม่ต้องการ ด้อยค่าเสื่อมเสียเกียรติหรือถูกรังเกียจ ต้อง ระวังโทษจำคุกไม่เกิน 3 เดือน และปรับไม่เกิน 1 หมื่นบาท

4. ควรที่จะมีการแบ่งแยกระดับของลักษณะการกระทำความผิดเพื่อกำหนดเหตุเพิ่มโทษใน การคุกคามทางเพศตามพฤติการณ์และระดับความร้ายแรงของการกระทำ กล่าวคือ ถ้าเป็นการ กระทำการคุกคามทางเพศในกรณี

- 1) กระทำการคุกคามทางเพศโดยการเฝ้าติดตาม
- 2) กระทำการคุกคามทางเพศโดยกระทำกับผู้เยาว์อายุต่ำกว่าสิบห้าปี
- 3) กระทำการคุกคามทางเพศโดยการอาศัยความไว้วางใจหรือสภาพของผู้ถูกกระทำ หรือตำแหน่งหน้าที่ หรือความรับผิดชอบของผู้กระทำในการประพฤติดังกล่าว ซึ่งผู้กระทำได้รู้หรือ ควรจะรู้ในการกระทำความผิดนั้น ๆ

4) กระทำการคุกคามทางเพศโดยกระทำกับบุคคลที่มีความเปราะบาง โดยเฉพาะอย่างยิ่ง เนื่องจากอายุ การเจ็บป่วย ทพพลภาพ ความพิการทางร่างกายหรือจิตใจหรือการตั้งครรรค์ ซึ่ง ผู้กระทำได้รู้หรือควรจะรู้ในการกระทำความผิดนั้น ๆ

5) กระทำการคุกคามทางเพศโดยบุคคลหลายคน โดยมีลักษณะเป็นการร่วมกันกระทำผิด หรือสมรู้ร่วมคิดหรือสมรู้ร่วมคิด ต้องระวังโทษจำคุกไม่เกิน 1 ปี และปรับไม่เกิน 3 หมื่นบาท หรือ ทั้งจำทั้งปรับ อีกทั้ง ยังควรนำการบังคับใช้วิธีการเพื่อความปลอดภัยมาใช้บังคับ

5. ควรให้อำนาจผ่านกรมคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ ในการวางระบบเพื่อเป็นการให้ข้อมูล ความรู้เกี่ยวกับการคุกคามทางเพศ ให้คำปรึกษาทางด้านกฎหมาย การยื่นเรื่องร้องทุกข์หรือชี้เบาะแส ในคดีเกี่ยวกับการคุกคามทางเพศ

บรรณานุกรม

- กนกวรรณ ธรารวรรณ. บทบาทของรัฐ เอกชน และองค์กรชุมชนต่อการแก้ไขปัญหาความรุนแรงต่อผู้หญิงในสังคมไทย. ใน เอกสารประกอบการประชุมวิชาการสังคมกับสุขภาพ ครั้งที่ 2 เรื่อง “จากพรมแดน ความรู้สู่การแก้ปัญหา: กรณีความรุนแรงในสังคมไทย”. วันศุกร์ที่ 10 พฤศจิกายน 2543. สถาบันวิจัยระบบสาธารณสุข ณ ห้องภาณุรังษี โรงแรมรอยัลริเวอร์.
- กฤตยา อาชวนิจกุล และกนกวรรณ ธรารวรรณ. ขบวนการทางสังคมบนมิติการเมืองเรื่องเพศและร่างกายผู้หญิงในวิถีชีวิตวิถีสุขขบวนการประชาชนร่วมสมัย. เชียงใหม่: ตรีสวิน (ซิลค์เวอร์ม บุคส์), 2545.
- กฤษฏา บุญยสมิต. บทบัญญัติต่าง ๆ ในกฎหมายตราสามดวง. ใน สารานุกรมไทยสำหรับเยาวชน โดยพระราชประสงค์ในพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัว เล่มที่ 30. ค้นวันที่ 12 ธันวาคม 2559 จาก <http://saranukromthai.or.th/sub/book/book.php?book=30&chap=4&page=t30-4-infodetail05.html>
- กองบรรณาธิการ Jobdst. การคุ้มครองห้ามล่วงเกินทางเพศตาม พ.ร.บ.คุ้มครองแรงงานฉบับใหม่. ค้นวันที่ 14 พฤศจิกายน 2559 จาก http://www.jobdst.com/index.php?option=com_content&view=article&id=36&Itemid
- กุลพล พลวัน. สิทธิมนุษยชนในสังคมโลก. กรุงเทพมหานคร: นิติธรรม, 2547.
- คณิต ณ นคร. ฐานะของผู้ถูกกล่าวหาในคดีอาญา. กรุงเทพมหานคร: พิมพ์อักษร, 2540.
- จรรยา พุคยาภรณ์. การรุมทำร้ายจิตใจในสถานที่ทำงาน. วารสารสาธารณสุขศาสตร์. 37, 3 (2550): 155-167.
- จันทกร บุญเลิศกุล. การพาดหัวข่าวหน้าหนึ่งของหนังสือพิมพ์กับการคุกคามทางเพศที่เกิดขึ้นกับสตรี: กรณีศึกษาเฉพาะหนังสือพิมพ์ไทยรัฐ เดลินิวส์ คม ชัด ลึก ในปี พ.ศ.2548. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารบัณฑิต สำนักบัณฑิตอาสาสมัคร มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2549.
- จันทนา มะโนวัฒนา. ความรุนแรงในสถานที่ทำงานในโรงพยาบาลของรัฐ จังหวัดราชบุรี. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารบัณฑิต คณะพยาบาลศาสตร์ มหาวิทยาลัยมหิดล, 2552.
- จิตติ ดิงศภัทัย. คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 2 และภาค 3. พิมพ์ครั้งที่ 5. กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2539.
- จิราพรณ บุตตะไมล์. การพัฒนาหลักสิทธิมนุษยชน. ค้นวันที่ 1 ตุลาคม 2559 จาก <https://sites.google.com/site/chirapan601/3-kar-phathna-hlak-siththi-mnusy-chn>
- จุฑานันท์ ก้อนแก้ว. การจัดการเรียนรู้ทักษะชีวิตในการป้องกันการถูกคุกคามทางเพศสำหรับนักเรียนช่วงชั้นที่ 3 โรงเรียนบ้านร่องน้ำ อำเภอสันป่าตอง จังหวัดเชียงใหม่. การค้นคว้าอิสระปริญญาโทบริหารบัณฑิต บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยเชียงใหม่, 2550.

- จุลสิงห์ วสันตสิงห์. คำอธิบายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ภาค 1 (มาตรา 1-119) พร้อมตัวอย่างคำถาม-คำตอบ จนถึงปี พ.ศ.2553. กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2553.
- เจนวิทย์ นวลแสง, ภัทราภรณ์ เกษตรสาร และอชิรญา ภู่งศกร. ความรับผิดชอบทางอาญาและการเยียวยาผู้เสียหายจากการคุกคามทางเพศศึกษากรณี ประเทศไทย สหพันธ์รัฐเยอรมนีและเครือรัฐออสเตรเลีย. วารสารการเมือง การบริหาร และกฎหมาย. 8, 2 (พฤษภาคม-สิงหาคม 2559): 325-368.
- เฉลิมรัฐ คำชูชาติ, วีระศักดิ์ จงสู่วิวัฒน์วงศ์ และสุภาณี อ่อนชื่นจิตร. ความรุนแรงที่บุคลากรทางการแพทย์ต้องเผชิญในโรงพยาบาลแห่งหนึ่ง. สงขลา: กลุ่มงานเวชกรรมสังคม โรงพยาบาลวชิระภูเก็ต และหน่วยระบาดวิทยา คณะแพทยศาสตร์ มหาวิทยาลัยสงขลานครินทร์, 2549.
- ชะวักชัย ภาติณธ. กระบวนการเรียนรู้และปฏิบัติการสิทธิมนุษยชน. กรุงเทพมหานคร: โอเดียนสโตร์, 2548.
- ชุตานันท์ ชีบาเยมา. ประสบการณ์การถูกคุกคามทางเพศจากการทำงาน: กรณีศึกษาลูกเรือของบริษัท การบินไทย จำกัด (มหาชน). วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารบัณฑิต สำนักบัณฑิตอาสาสมัคร มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2548.
- ณัฐกานต์ จูตามาศย์. ปัจจัยที่มีอิทธิพลต่อการแสดงความรุนแรงต่อสตรีในครอบครัวและในสถานที่ทำงาน. กรุงเทพมหานคร: คณะรัฐประศาสนศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์, 2548.
- ณัฐชากร ศรีจันทรามาส. การคุกคามทางเพศในสถานที่ทำงาน. ภาคนิพนธ์ปริญญาโทบริหารบัณฑิต โครงการบัณฑิตศึกษาการพัฒนาทรัพยากรมนุษย์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์, 2545.
- ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ. มุมมองใหม่ในกฎหมายอาญา. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2550.
- ทิพย์วรรณ แซ่ป้ง. พฤติกรรมการคุกคามทางเพศในสถานที่ทำงาน: กรณีศึกษาพยาบาลโรงพยาบาลสุราษฎร์ธานี. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารบัณฑิต คณะศิลปศาสตร์ มหาวิทยาลัยสงขลานครินทร์, 2552.
- ทิพาภรณ์ อำนวยสวัสดิ์. การล่วงเกินทางเพศต่อลูกจ้าง โดยนายจ้าง หัวหน้างาน ผู้ควบคุมงานและผู้ตรวจงาน. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2543.
- ธานีช เกศวพิทักษ์. คำอธิบายกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา. พิมพ์ครั้งที่ 8. กรุงเทพมหานคร: พลสยามพริ้นติ้ง, 2544.
- ธานินทร์ กรัยวิเชียร และอภิชน จันทระเสน. คำแนะนำนักศึกษากฎหมาย. พิมพ์ครั้งที่ 5. กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2550.
- ธาวิต สุขพานิช. 108 เรื่องที่หญิงไทยควรรู้แต่ไม่เคยรู้เพราะหลงนึกว่ารู้ดีกันอยู่แล้ว. กรุงเทพมหานคร: ป๊อบบุ๊คส์ พับบริค, 2544.

นวลจันทร์ ทศนชัยกุล. การศึกษาความผิดเกี่ยวกับเพศ กรณี+ชมชื่นกระทำชำเรา.

กรุงเทพมหานคร: นิติบรรณการ, 2525.

นัยนา เกิดวิชัย. ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป. กรุงเทพมหานคร: นิติชัย, 2549.

บรรเจิด สิงคะเนติ. เรื่องหลักความเสมอภาค. ใน สารานุกรมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย.

กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์คุรุสภา, 2543.

บัณฑิต แป้นวิเศษ. เธอเสียงร้องที่ไม่ได้ยิน. ค้นวันที่ 16 สิงหาคม 2559 จาก <http://voicelabour.org/?p=24636>

โบว์วาร์, ซีโมน เดอ. แนวคิดเรื่องสภาพความเป็นหญิงและสภาพความเป็นชาย. กรุงเทพมหานคร: เจนเดอร์เพรส, 2543.

ปริญญญา เอี่ยมตาล. พ.ร.บ.การเดินอากาศ พ.ศ.2558 ?! ที่ประชาชนต้องรู้!! คม ชัด ลึก.

(18 พฤศจิกายน 2558). ค้นวันที่ 14 พฤศจิกายน 2559 จาก <http://www.komchadluek.net/news/politic/217083>

ปราณี วงษ์เทศ. เพศและวัฒนธรรม. กรุงเทพมหานคร: ศิลปวัฒนธรรม, 2544.

ปาริฉัตร รัตนากาญจน์. การล่วงเกิน คุณคาม หรือก่อให้เกิดความเดือดร้อนรำคาญทางเพศต่อสตรีในที่ทำงาน: รูปแบบหนึ่งของการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเพศ. วิทยานิพนธ์ปริญญา มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2525.

ประทีป พรหมสอน. สิทธิขั้นพื้นฐานของผู้เสียหาย. ค้นวันที่ 10 ตุลาคม 2559 จาก <https://www.l3nr.org/posts/513465>

พงศ์พิชญ์ พิมพ์ไสย. สารสำคัญของพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงานที่แก้ไขเพิ่มเติม (2551).

ค้นวันที่ 16 สิงหาคม 2559 จาก http://www.lawcommunityonline.org/2008/06/blog-post_30.html

พนิดา โรจน์รัตนชัย. อย่างไรจึงเป็นการล่วงละเมิดหรือคุกคามทางเพศตามพระราชบัญญัติ

ระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ.2551. ค้นวันที่ 14 พฤศจิกายน 2559 จาก

<http://www.ocsc.go.th/sites/default/files/attachment/page/sexualvol1>

พรนภา คำสาสินธุ์. สิทธิและศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์. ค้นวันที่ 1 ตุลาคม 2559 จาก http://pornapa101.blogspot.com/2012/07/blog-post_08.html

พรวิภา วิกานรกาย. การคุกคามทางเพศต่อสตรีในที่ทำงาน. การศึกษาค้นคว้าอิสระปริญญา

มหาบัณฑิต บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยเกษตรศาสตร์, 2554.

พัชรีย์ มณีธรรมวงศ์. อนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบและความ

รุนแรงต่อ สตรี: กรณีศึกษาการล่วงละเมิดทางเพศ. วิทยานิพนธ์ปริญญา มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2542.

พิชัย นิลทองคำ. ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 1-6 อาญา ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม.

กรุงเทพมหานคร: อทตยา มิเลนเนียม, 2552.

พินศิริ นามศรีฐาน. ความผิดเกี่ยวกับเพศ: ศึกษากรณีการล่วงเกินทางเพศ. วิทยานิพนธ์ปริญญา

มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2543.

- ภาณุวัฒน์ ศรีคร่ำ. **การล่องเส้นทางเพศแรงงานชาย**. สารนิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะสังคมสงเคราะห์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2550.
- ภิมุข หลินไพศาล. ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับค่าเสียหายต่อจิตใจและค่าเสียหายเพื่อการลงโทษในคดีละเมิด: ศึกษากรณีการคุกคามทางเพศ. ใน **รายงานสืบเนื่องจากการประชุมสัมมนาวิชาการนำเสนองานวิจัยระดับชาติและนานาชาติ (Proceedings) เครือข่ายบัณฑิตศึกษา มหาวิทยาลัยราชภัฏภาคเหนือ ครั้งที่ 15**. วันที่ 23 กรกฎาคม 2558. ณ มหาวิทยาลัยราชภัฏนครสวรรค์. ค้นวันที่ 1 ตุลาคม 2559 จาก <http://gs.nsr.ac.th/files/2/14ภิมุข-หลินไพศาล.pdf>
- มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช. **เอกสารการสอนชุดวิชากฎหมายอาญา 1: ภาคบัญญัติทั่วไป**. นนทบุรี: มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช, 2525.
- มีชัย ฤชุพันธุ์. **หลักการเขียนคำนิยามศัพท์ในการร่างกฎหมาย**. ค้นวันที่ 4 กุมภาพันธ์ 2560 จาก <http://www.op.mahidol.ac.th/orla/data/content01.pdf>
- มูลนิธิเพื่อนหญิง. **ผลกระทบของสุราในฐานะเป็นปัจจัยร่วมการเกิดปัญหาความรุนแรงในครอบครัว**. กรุงเทพมหานคร: มูลนิธิเพื่อนหญิง, 2546.
- รณณ วิริยะประกอบ. **การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของผู้เสียหายในคดีอาญา: กรณีศึกษาการล่องละเมิดทางเพศ จังหวัดชลบุรี**. งานนิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะรัฐศาสตร์และนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยบูรพา, 2554.
- ราชบัณฑิตยสถาน. **พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ.2542**. กรุงเทพมหานคร: อักษรเจริญทัศน์ อวท, 2542.
- ล่องเส้นทางเพศ**. ค้นวันที่ 16 สิงหาคม 2559 จาก <https://ilaw.or.th/node/203>
- วณิ บางประกาย อดิประเสริฐ. **การคุกคามทางเพศในที่ทำงาน**. กรุงเทพมหานคร: มูลนิธิเพื่อนแรงงานหญิง, 2547.
- วณิ บางประกาย และสุนันท์ พลอยจิ้ว. **สถานการณ์และแนวทางการฝึกอบรมเกี่ยวกับการคุกคามทางเพศ ในที่ทำงานต่อผู้หญิง**. กรุงเทพมหานคร: สำนักงานกองทุนสนับสนุนการสร้างเสริมสุขภาพ, 2547.
- วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. **สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ**. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2538.
- วิมณา ธรรมปรีชา. **การคุกคามทางเพศ**. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะสังคมวิทยาและมานุษยวิทยา มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2533.
- วิลาสินี พนานครทรัพย์. **ความรุนแรงในครอบครัว: เสี่ยงหวัดร้องของผู้หญิงในชีวิตคู่และผลกระทบที่ต้องเผชิญ**. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะสังคมวิทยาและมานุษยวิทยา มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2546.
- วิชญ์ เครืองาม. **สิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ**. ใน **รวมบทความสู่สิทธิมนุษยชน**. กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2535.

- วีระศักดิ์ แสงสารพันธ์. ผู้เสียหายในคดีอาญา: การศึกษาสิทธิและการคุ้มครองสิทธิของผู้เสียหาย
ในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาของไทย. กรุงเทพมหานคร: สำนักหอสมุด
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2543.
- ศรีทัย สิริพิชัย. การคุกคามทางเพศต่อพยาบาล โรงพยาบาลมหาราชนครเชียงใหม่. วิทยานิพนธ์
ปริญญามหาบัณฑิต บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยเชียงใหม่, 2541.
- สนิท สนิทศิลป์. การเตรียมข้อเท็จจริง ภาระการพิสูจน์ และหน้าที่นำสืบ มาตรฐานการพิสูจน์และ
การชั่งน้ำหนักพยานหลักฐาน. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร: สุตรไพศาล, 2545.
- สภานิติบัญญัติแห่งชาติ. เอกสารประกอบการพิจารณา ร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวล
กฎหมายอาญา (ฉบับที่) พ.ศ. (กำหนดนิยามคำว่า “เจ้าพนักงาน” กำหนด
ความผิดเกี่ยวกับศพและความผิดเกี่ยวกับการคุกคาม และแก้ไขอัตราโทษสำหรับ
ความผิดลหุโทษ). กรุงเทพมหานคร: สำนักกฎหมาย สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา,
2557.
- สมคิด เลิศไพฑูรย์. หลักความเสมอภาค. วารสารนิติศาสตร์. 30, 2 (มิถุนายน 2543): 161-183.
- สรרך ศรีเพ็ญ. การแต่งงานและการครองความเป็นโสด. กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์ธรรมศาสตร์,
2521.
- สำนักงานคณะกรรมการส่งเสริมและประสานงานสตรีแห่งชาติ (กสส.). จากที่เคยเจียบัง: การต่อสู้
กับความรุนแรงที่กระทำต่อสตรีในประเทศไทย. กรุงเทพมหานคร: สำนักงานปลัด
สำนักนายกรัฐมนตรี, 2543.
- สิทธิมนุษยชน (Human Right). ค้นวันที่ 1 ตุลาคม 2559 จาก <https://kittayaporn28.wordpress.com>
- สุชาดา ทวีสิทธิ์. การคุกคามทางเพศ (Sexual Harassment) ในประเทศไทย: สถานการณ์ทาง
กฎหมายและนโยบาย. ใน เอกสารประกอบการประชุมระดมความคิดเห็นเรื่อง
ขับเคลื่อนกฎหมายการคุกคามทางเพศ. วันจันทร์ที่ 21 ธันวาคม 2552. โรงแรมเอเชีย
ราชเทวี กรุงเทพฯ.
- สุชีลา ตันชัยนันท์. ข่มขืน: ปัญหาความรุนแรงทางเพศ. วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต คณะ
สังคมสงเคราะห์ศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2535.
- สุพัตรา เดชาตีวงศ์. จิตวิทยาของสตรี. กรุงเทพมหานคร: บรรณกิจ, 2526.
- สุพัตรา สุภาพ. ปัญหาสังคม. กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์ไทยวัฒนาพานิช, 2512.
- สุภาภรณ์ หาญสำเนา. ประเภทของสิทธิมนุษยชน. ค้นวันที่ 1 ตุลาคม 2559 จาก <http://learners.in.th/blog/right/257357>
- สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล และคณะ. กฎหมายด้านการคุ้มครองและสิทธิและเสรีภาพในกระบวนการ
ยุติธรรมที่ไม่สอดคล้องกับหลักสิทธิพื้นฐานและพันธกรณีระหว่างประเทศรวมทั้ง
รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย. กรุงเทพมหานคร: กรมคุ้มครองสิทธิเสรีภาพ
กระทรวงยุติธรรม, 2547.
- สุรรัตน์ ประจันปัจฉนิก. สิทธิ เสรีภาพ: หลักทั่วไป. ค้นวันที่ 26 ตุลาคม 2559 จาก <http://law.stou.ac.th/dynfiles/ex.41711-5.pdf>

- สุวัฒน์ ใจหาญ. คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 3 ความผิดลหุโทษ มาตรา 367 ถึง 398 พร้อมด้วยตัวอย่างและคำพิพากษาฎีกาประกอบ. กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มิตรสยาม, 2527.
- เสฐียรโกเศศ. การศึกษาเรื่องประเพณีไทย. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร: ราชบัณฑิตยสถาน, 2514.
- เสมอ กาฬภักดี. การกระทำอันเป็นการรบกวนละเมิดหรือคุกคามทางเพศ. วารสารหมอนามัย. (มกราคม-กุมภาพันธ์ 2554).
- หยุด แสงอุทัย. ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป. กรุงเทพมหานคร: ประกายพริก, 2535.
- อดิศร เสมแย้ม. โครงการสตรีและเยาวชนศึกษา มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์: การลวนลามทางเพศ. กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์ธรรมศาสตร์, 2540.
- อริศ ทินทุติ. กฎหมายรัฐธรรมนูญ. ใน รวมคำบรรยาย เล่มที่ 9. กรุงเทพมหานคร: ม.ป.พ., 2550.
- อนรรฆนงค์ เรียบร้อยเจริญ. ปัจจัยเชิงเหตุแบบบูรณาการระหว่าง บ้าน โรงเรียน และจิตลักษณะที่เกี่ยวข้องกับพฤติกรรมป้องกันการคุกคามทางเพศของนักเรียนหญิงชั้นมัธยมศึกษาในโครงการก้าวอย่างอย่างเข้าใจ. ภาคนิพนธ์ปริญญาโทบัณฑิต คณะพัฒนาสังคมและสิ่งแวดล้อม สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์, 2549.
- อรพินท์ สฟโชคชัย. การล่วงละเมิดทางเพศในที่ทำงาน. ใน เอกสารประกอบการสัมมนาโครงการเวทีความคิดเพื่อการพัฒนากระบวนการยุติธรรมไทย เรื่อง กระบวนการยุติธรรมกับความรุนแรงที่เกิดขึ้นกับผู้หญิง. 17 กันยายน 2542. ณ โรงแรมเดอะแกรนด์. หน้า 5-6.
- อรพินท์ สฟโชคชัย. ประเด็นสำคัญและข้อควรรู้เกี่ยวกับการล่วงละเมิดทางเพศ. ใน เอกสารประกอบการสัมมนาโครงการเวทีความคิดเพื่อการพัฒนากระบวนการยุติธรรมไทย เรื่อง กระบวนการยุติธรรมกับความรุนแรงที่เกิดขึ้นกับผู้หญิง. 17 กันยายน 2542. ณ โรงแรมเดอะแกรนด์. หน้า 1-14.
- อรพินท์ ชูชม. การรับรู้การลวนลามทางเพศของนิสิตมหาวิทยาลัยในประเทศไทย. กรุงเทพมหานคร: สถาบันวิจัยพฤติกรรมศาสตร์ มหาวิทยาลัยศรีนครินทรวิโรฒ, 2546.
- อลงกรณ์ กลิ่นหอม. สิทธิการฟ้องคดีอาญาของเอกชน. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2541.
- อาทร พงษ์ธรรมสาร. จุดยืนของสตรีญี่ปุ่น. วารสารสังคมศาสตร์มนุษยศาสตร์. 8, 3 (ตุลาคม-พฤศจิกายน 2521): 72-77.
- อินอร บัวผัน. ภัยล่วงละเมิดทางเพศ ลวนลาม คุกคามทางเพศ. ใน หนังสือเตือนภัยผู้หญิง. ค้นวันที่ 12 ธันวาคม 2559 จาก <https://www.gotoknow.org/posts/509421>
- อุดมศักดิ์ สินธิพงษ์. สิทธิมนุษยชน. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2552.
- อุทัย อาภิเวช. โทษในกฎหมายอาญาฝรั่งเศส. ค้นวันที่ 26 สิงหาคม 2559 จาก http://www.humanrights.go.th/files/penalty_criminal_law_in_France.pdf
- เอกพงศ์ ปลัดรักษา. การล่วงละเมิดทางเพศในที่ทำงาน. วารสารกฎหมาย. 22, 1 (กรกฎาคม 2546).

- Aquino, Karl and Thau, Stefan. Workplace Victimization: Aggression from the Target's Perspective. **Annual Review of Psychology**. (2009): 717-741. Retrieved December 12, 2016 from https://www.researchgate.net/publication/23499644_Workplace_Victimization_Aggression_from_the_Target's_Perspective
- Barling, Julian; Dupre, Kathryn E. and Kelloway, Kevin E. Predicting Workplace Aggression and Violence. **Annual Review of Psychology**. 60 (2009): 671-692. Retrieved December 12, 2016 from <http://www.annualreviews.org/doi/abs/10.1146/annurev.psych.60.110707.163629>
- Basow, Susan A. **Gender Stereotypes and Roles**. 3rd ed. California: Brooks and Cole, 1992.
- Beauvais, Kathleen. Workshop to Control Sexual Harassment: A Case Study of Changing Attitudes. **Signs**. 12, 1 (Autumn 1986): 130-145.
- Bravo, Ellen and Cassedy, Ellen. **The 9 to 5 Guide to Combating Sexual Harassment**. New York: John Wiley & Sons, 1992.
- Charney, D. A. An Overview of Sexual Harassment. **Am J Psychiatry**. 151, 1 (January, February/March 1994).
- China, National Immigration Agency. **Ministry of the Interior**. Retrieved July 2015, 20 from <http://www.immigration.gov.tw/ct.asp?xItem=1090594&ctNode=30167&mp=se03>
- COLLIARD, Claude-Albert. **Libertes Publiques**. 6th ed. Paris: Dalloz, 1982 อ้างถึงใน สมคิด เลิศไพฑูรย์. หลักความเสมอภาค. **วารสารนิติศาสตร์**. 30, 2 (มิถุนายน 2543): 161-183.
- Englander, Jeffrey P. Handling Sexual Harassment in the Workplace. **The CPA Journal**. (February 1992). Retrieved November 13, 2016 from <http://archives.cpajournal.com/old/12106205.htm>
- Grey, David. Sexual Harassment in the Workplace. **Grey Law**. Retrieved November 13, 2013 from <http://www.greylaw.com/sexual-harassment-prevention/>
- Guerin, Lisa. **The Essential Guide to Workplace Investigations: How to Handle Employee Complaints and Problems**. Berkeley, California: Nolo, 2013.
- Kadue, David. Preventing Sexual Harassment: A Fact Sheet for Employees. In **Public Administration**. Dushkin: McGraw-Hill, 1999.
- Lee, Valerie E.; Croninger, R. G.; Linn, E. and Chen, Xianglei. The Culture of Sexual Harassment in Secondary Schools. **American Educational Research Journal**. 33, 2 (1996).
- Lengnick-Hall, Mark. L. Sexual Harassment Research: A Methodological Critique. **Personnel Psychology**. 48, 4 (December 1995): 841-864.

- Lenhart, Sharyn A. **Clinical Aspects of Sexual Harassment and Gender Discrimination: Psychological Consequences and Treatment Interventions.** New York: Brunner-Routledge, 2004.
- Lightie, J. and Douet, E. H. **Sexual Harassment in the Workplace.** California: Crisp, 1992.
- MacKinnon and Catharine A. **Sexual Harassment of Working Women.** New Havens: Yale University Press, 1979.
- Mead, Margarette. **Male and Female a Study of the Sex in a Changing World.** New York: Harrow, 1949.
- Mrkwicaq, L. Sexual Harassment is no Laughing Matter. **Internal Nursing Review.** 41, 4 (1994): 123-126.
- Nein heißt Nein-Koalition Reformiert Sexualstrafrecht.** Retrieved June 16, 2016 from <http://www.dw.com/de/nein-hei%C3%9Ft-nein-koalition-reformiert-sexualstrafrecht/a-19336217>
- Powell, Gary N. **Women and Men in Management.** 2nd ed. California: SAGE, 1993.
- Richman, J. A. and other. Perceived Organizational Tolerance for Workplace Harassment and Distress and Drinking Over Time. **Women and Health.** 40, 2 (2004): 1-23.
- Richman, J. A. and other. Workplace Harassment, Active Coping, and Alcohol-Related Outcomes. **Journal of Substance Abuse.** 63, 4 (July 2002): 412-419.
- Russell, Diana E. H. **Sexual Exploitation: Rape, Child Sexual Abuse, and Workplace Harassment.** Beverly Hills, California: Sage, 1984.
- Russell, Diana E. H. **Sexual Exploitation.** California: SAGE, 1984.

ประวัติผู้เขียน

ชื่อ ชื่อสกุล

สุริศา นิยมรัตน์

ประวัติการศึกษา

นิติศาสตรบัณฑิต

มหาวิทยาลัยรังสิต

ปีที่สำเร็จการศึกษา พ.ศ.2556