

ความผิดทางอาญา: กรณีการคุกคามทางเพศ

สุริศา นิยมรัตน์

ความผิดทางอาญา: กรณีการคุกคามทางเพศ*

Criminal Offenses: The Case Of Sexual Harassment

สุริศา นียมรัตน์**
Surisa Niyomrattana

บทคัดย่อ

เนื่องจากปัญหาเกี่ยวกับการคุกคามทางเพศของสังคมไทยในปัจจุบันถือได้ว่าเป็นความผิดเกี่ยวกับเพศที่เกิดขึ้นง่ายที่สุดในสังคม ทั้งยังเพิ่มจำนวนและทวีความรุนแรงมากขึ้นเรื่อยๆ แต่ความเข้าใจที่คนทั่วไปในสังคมที่มีต่อการคุกคามทางเพศยังคลุมเครือ ไม่ชัดเจนว่าพฤติกรรมใดบ้างที่สามารถเรียกได้ว่าเป็นการคุกคามทางเพศ ตลอดจนการที่กฎหมายปัจจุบันที่ยังไม่ตอบสนองต่อการป้องกันและปราบปรามการคุกคามทางเพศ ปัญหานี้จึงยังไม่ได้รับการแก้ไขอย่างที่ควร ซึ่งการศึกษานี้มีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษาถึงความหมาย รูปแบบ ลักษณะของพฤติกรรมในการคุกคามทางเพศ รวมทั้งผลกระทบของปัญหาที่เกิดขึ้นจากการกระทำดังกล่าว และเพื่อศึกษาวิเคราะห์ถึงสภาพปัญหาของกฎหมายความผิดเกี่ยวกับการคุกคาม มาตรา 397 แห่งพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 22) พ.ศ.2558 และนำมาวิเคราะห์เปรียบเทียบกับกฎหมายที่เกี่ยวข้องของประเทศไทย และต่างประเทศ เพื่อศึกษาถึงความเหมาะสมของการเสนอแนะทางการ

*บทความนี้เรียบเรียงจากวิทยานิพนธ์เรื่อง ความผิดทางอาญา : กรณีการคุกคามทางเพศ ซึ่งได้ผ่านการสอบการป้องกันวิทยานิพนธ์เป็นที่เรียบร้อยแล้ว โดยมีอาจารย์ที่ปรึกษา คือ ผู้ช่วยศาสตราจารย์.ดร.วารภรณ์ วนาพิทักษ์ คณะกรรมการสอบป้องกันวิทยานิพนธ์ คือ อาจารย์สัตยา อรุณธารี และอาจารย์โฉลก ศิริสินธุ์.

The article is a part of thesis "Criminal Offenses: The Case Of Sexual Harassment ". This thesis has been approved by a graduate school as partial fulfillment of the requirements for the Master degree of Law at National Institute of Development Administration. Dr.Varaporn Vanaphitak is an advisor. Sattaya Arunthare and Chaloke Sirisin are examiners.

**นักศึกษาลัทธิสุตตรนิตศาสตร์มหาบัณฑิต สาขาวิชากฎหมายเพื่อวิชาชีพกฎหมาย สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์.

LL.M. student in law for professional lawyer at National Institute of Development Administration.

วันที่รับบทความ (received) 21 กรกฎาคม 2560, วันที่แก้ไขบทความ (revised) ผู้ทรงคุณวุฒิพิจารณาแล้วตีพิมพ์โดยไม่มีการแก้ไข, วันที่ตอบรับบทความ (accepted) 16 สิงหาคม 2560.

ออกกฎหมายการคุกคามทางเพศมาบัญญัติไว้ในความผิดฐานคุกคามทางเพศ ในภาค 2 ความผิด ลักษณะ 9 ความผิดเกี่ยวกับเพศ แห่งประมวลกฎหมายอาญา

จากการศึกษาพบว่าหลักการทางกฎหมายในการคุกคามของประเทศไทยนั้นยังมีปัญหาเกี่ยวกับเรื่องของการบัญญัติการคุกคามทางเพศซึ่งเป็นความผิดเกี่ยวกับเพศ แต่ได้นำมาบัญญัติไว้ในภาค 3 ละหุโทษ (มาตรา 367-398) แห่งประมวลกฎหมายอาญา โดยความผิดในส่วนของการคุกคามตามมาตรา 397 วรรคหนึ่งนี้อาจไม่รวมถึงการคุกคามในทางเพศ (Sexual Harassment) ซึ่งส่งผลให้เกิดปัญหาในการตีความตีความกฎหมายเกี่ยวกับการคุกคามทางเพศ 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

Sexual harassment in modern Thai society is considered to be the most common sexual offense. Such offenses have been occurring more frequently and with greater severity. The people in general, however, have only a vague understanding of the nature of sexual harassment and are unable to clarify which actions are considered to constitute sexual harassment. Furthermore, the current applicable laws have proven to be unable to prevent or suppress sexual harassment. This issue, therefore, has not been properly solved. The goals of this study are: 1) to examine the meaning, the pattern, and the nature of sexual harassment behaviors; 2) to consider the consequences that arise from such actions; and 3) to analyze the problematic condition of the laws related to sexual harassment as found in article 397 of the Act Amending Criminal Code (No, 22), B.E. 2558. The results of the analysis were compared to related Thai and international laws in order to study the suitability of proposing guidelines for legislation regarding sexual harassment laws. Also considered was the enactment of laws to include sexual harassment offenses in the second part, ninth offense category of the Criminal Code, which relates to the issue of sexual offenses.

The findings indicated that the Thai legal principles regarding such harassment are problematic in regulating sexual harassment that is considered a sexual offense. Such offenses have been proscribed in the third part as petty offenses (article 367-398) of the Criminal Code. Sexual harassment offenses according to the first clause of article 397 may not include the sexual harassment issue. This results in a problem in the interpretation of sexual harassment related laws. The problem is in the definition of sexual harassment related laws and in specifying the punishment for sexual harassment offenses.

In order to address the aforementioned issues, the author suggests the following approaches as the solutions: 1) sexual harassment offenses should be regulated as separate provisions, and should be included in the second part, ninth offense category related to the sexual issue of the Criminal Code; 2) there should be explicit definitions of the meaning, the pattern, and the nature of sexual

harassment; 3) there should be an amendment regarding the penalties raising the penalties as may be deemed appropriate; 4) there should be a further classification of the nature of the offenses that would extend the penalties for sexual harassment offenses in accordance with the circumstances and the degree of severity caused by such actions; and 5) the Rights and Liberties Protection Department should be authorized to organize efforts to enlighten the population regarding sexual harassment issues, providing legal advice and a venue for the receipt of petitions, and generally taking the lead regarding sexual harassment offenses. The aim of these suggested solutions would be to make sexual harassment related laws effectively executable according to the spirit of laws in conformity with the context of Thai society.

คำสำคัญ: คุกคามทางเพศ, ความผิดทางอาญา

Keywords: sexual harassment, criminal offenses

1. บทนำ

ปัญหาอันเป็นความผิดทางอาญาในความผิดเกี่ยวกับเพศของสังคมไทยในปัจจุบัน ถือได้ว่าเป็นปัญหาที่อันตรายร้ายแรงต่อสังคม ซึ่งเกี่ยวข้องโดยตรงต่อการดำเนินชีวิตและความเป็นอยู่ของประชาชน และนับวันปัญหานี้ก็ได้เพิ่มจำนวนและทวีความรุนแรงมากขึ้นเรื่อยๆ เนื่องจากบริบททางสังคมได้มีการเปลี่ยนแปลงไปตามแต่ละยุคสมัย ประกอบกับความแตกต่างตามสภาพแวดล้อมซึ่งก็เป็นตัวกำหนดบริบทของสังคมในของแต่ละพื้นที่ อีกทั้งยังมีความหลากหลายทางเพศที่ส่งผลทำให้รูปแบบของปัญหามีความสลับซับซ้อนมากยิ่งขึ้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งคือ “ปัญหาการคุกคามทางเพศ (Sexual Harassment)” ซึ่งเป็นปัจจัยหนึ่งของการสร้างความรุนแรงทางเพศ เพราะอาจถือได้ว่าพฤติกรรมกรรมการคุกคามทางเพศนี้เป็นจุดเริ่มต้นของการกระทำผิดทางเพศอันนำไปสู่ปัญหาข่มขืน กระทำชำเราหรือปัญหาอนาจารและความผิดเกี่ยวกับเพศอื่นๆ ที่ร้ายแรงตามมา

โดยในประเทศไทย “การคุกคามทางเพศ” ยังถือได้ว่าเป็นประเด็นที่ใหม่และเป็นที่วิพากษ์วิจารณ์ในสังคมไทยเมื่อไม่นานมานี้ หรืออาจกล่าวได้ว่าคนในสังคมส่วนใหญ่ยังสับสนและไม่ทราบว่าจะอะไรคือการคุกคามทางเพศ ทั้งที่ความเป็นจริงแล้วพฤติกรรมกรรมการคุกคามทางเพศได้มีปรากฏอยู่ในสังคมไทยมาอย่างยาวนานและยังคงดำรงอยู่อย่างแนบเนียน อีกทั้งการคุกคามทางเพศถือเป็นปัญหาอีกรูปแบบหนึ่งของการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเพศ ซึ่งไม่เพียงแต่เป็นปัญหาภายใต้สิทธิความเป็นธรรมทางเพศเท่านั้น หากแต่ยังเป็นหนึ่งในปัญหาทางด้านสิทธิมนุษยชนที่สามารถเกิดขึ้นได้กับบุคคลทุกเพศ ทุกวัย ในทุกๆ ที่ ทุกเวลาในสังคม และเป็นปัญหาที่ส่งผลกระทบต่อกระทบกระเทือนทั้งทางร่างกายและจิตใจของผู้ถูกรบกวนเป็นอย่างมาก

ซึ่งองค์การสหประชาชาติได้อธิบายเกี่ยวกับการคุกคามทางเพศว่า หมายถึง พฤติกรรมที่ผู้ถูกรบกวนหรือผู้ที่ตกเป็นเหยื่อถือว่าเป็นสิ่งที่ “ไม่พึงปรารถนา” (Unwelcome) และ “ไม่ต้องการ” (Unwanted) โดยการคุกคามดังกล่าวอาจจะเป็นในรูปของการแสดงออกทางวาจา กิริยา ท่าทางการจับต้องร่างกาย และสิ่งแวดล้อม¹

และถึงแม้ว่ามนุษย์จะมีความสามารถในการจำแนกได้ว่าการกระทำทางเพศในลักษณะใดที่เหมาะสมและไม่เหมาะสม แต่ก็ยังปรากฏว่ามีการกระทำที่ไม่เหมาะสมทางเพศเกิดขึ้นเสมอ เมื่อแรงผลักดันทางเพศเป็นไปตามกลไกทางธรรมชาติของมนุษย์ เรื่องรสนิยมและการแสดงออกทางเพศถือเป็นเรื่องเฉพาะตัวส่วนบุคคล เมื่อความต้องการทางเพศถือเป็นแรงจูงใจชนิดหนึ่งในการกระทำ

¹ อรพินท์ สหโชคชัย, “ประเด็นสำคัญและข้อควรรู้เกี่ยวกับการล่วงเกินทางเพศ,” ใน เอกสารประกอบการสัมมนาโครงการเวทีความคิดเพื่อการพัฒนากระบวนการยุติธรรมไทย เรื่อง กระบวนการยุติธรรมกับความรุนแรงที่เกิดขึ้นกับผู้หญิง (กันยายน 2542), หน้า 4.

ความผิดเกี่ยวกับเพศ ซึ่งความต้องการเหล่านี้เป็นความต้องการที่แสดงออกเพื่อที่จะได้รับการตอบสนองในรูปแบบต่างๆ กัน ซึ่งก็มีวิธีการตอบสนองที่หลากหลาย โดยการแสดงออกของพฤติกรรมที่ถือเป็นการคุกคามทางเพศก็จะมีรูปแบบและลักษณะที่แตกต่างกันตามแต่ละกรณี ทั้งทางร่างกาย ทางวาจา ตลอดจนทางกริยาท่าทางอื่นใดอันสื่อถึงความหมายทางเพศโดยได้มีข้อมูลซึ่งอ้างอิงจาก Bureau of National Affairs ว่าส่วนใหญ่การคุกคามทางเพศเริ่มมาจากอะไรมากที่สุด ผลการสำรวจที่ได้คือ²

- | | |
|---|------|
| 1. การคุกคามทางเพศทางวาจา (Verbal Harassment) | 83 % |
| 2. การคุกคามทางเพศทางร่างกาย (Physical Harassment) | 14 % |
| 3. การคุกคามทางเพศทางกริยาท่าทาง (Nonverbal Harassment) | 3 % |

แต่อย่างไรก็ดี ถึงแม้ว่าในกรณีที่ไม่มีความเจตนาในทางเพศ เช่น ในกรณีที่มีความแค้นส่วนตัว หรือต้องการให้อีกฝ่ายได้รับความอับอาย หรือด้วยอารมณ์สนุกนุกก็คือนอง ก็ยังถือว่าเป็นการคุกคามทางเพศได้เช่นกัน

การที่กฎหมายไทยยังมิได้ตระหนักถึงความสำคัญของปัญหาการคุกคามทางเพศอย่างที่เราเห็นได้จากการที่ในประมวลกฎหมายอาญาแห่งราชอาณาจักรไทย ได้บัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศไว้สี่ฐานความผิดหลัก ประกอบด้วยความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ความผิดฐานกระทำความอนาจาร ความผิดฐานค้าบุคคลเพื่อความใคร่ และความผิดฐานค้าสิ่งลามก แต่ก็ยังไม่ปรากฏความผิดฐานคุกคามทางเพศเพื่อคุ้มครองผู้เสียหายจากการกระทำความผิดดังกล่าว ทั้งๆ ที่พฤติกรรมการคุกคามทางเพศเป็นความผิดเกี่ยวกับเพศที่สามารถเกิดขึ้นได้ง่ายที่สุดในสังคม

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

มาตรา 397 “ผู้ใดกระทำความผิดด้วยประการใดๆ ต่อผู้อื่น อันเป็นการรังแก ข่มเหง คุกคาม หรือกระทำให้ได้รับความอับอายหรือเดือดร้อนรำคาญ ต้องระวางโทษปรับไม่เกินห้าพันบาท

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งเป็นการกระทำในที่สาธารณะสถาน หรือต่อหน้าธารกำนัล หรือเป็นการกระทำอันมีลักษณะส่อไปในทางที่จะล่วงเกินทางเพศ ต้องระวางโทษปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท

² I Law ศูนย์ข้อมูลกฎหมายและคดีเสรีภาพ, **ล่วงเกินทางเพศ** [Online], available URL:<http://ilaw.or.th/node/203>, 2016 (March, 24).

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคสองเป็นการกระทำโดยอาศัยเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจเหนือผู้ถูกระทำ อันเนื่องจากความสัมพันธ์ในฐานะผู้บังคับบัญชา นายจ้าง หรือผู้มีอำนาจเหนือประการอื่น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งเดือน หรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

จะเห็นได้ว่าบทบัญญัตินี้เป็นการกำหนดไว้อย่างกว้างๆ เท่านั้น แต่ในความหมายและรายละเอียดของตัวบทบัญญัติถือว่ายังขาดความชัดเจนและไม่สามารถนำมาใช้ในทางปฏิบัติอย่างแท้จริง ทำให้ไม่สามารถคุ้มครองประชาชนซึ่งเป็นผู้เสียหายจากการคุกคามทางเพศได้ อีกทั้งเมื่อผู้เสียหายเหล่านี้ประสบภัยแล้ว การจะฟ้องร้องดำเนินคดีเพื่อเรียกค่าเสียหายด้วยตนเองก็เป็นการยาก เพราะผู้เสียหายเล็งเห็นได้ว่าเมื่อฟ้องไปแล้วสิ่งที่ได้กลับมานั้นเล็กน้อยมากหากเทียบกับค่าใช้จ่ายหรือเวลาซึ่งจะต้องเสียไป³

บทความนี้จึงมุ่งถึงการศึกษาวិเคราะห์ถึงความหมาย รูปแบบและลักษณะของพฤติกรรมในการคุกคามทางเพศ รวมทั้งผลกระทบของปัญหาที่เกิดขึ้นจากการกระทำดังกล่าว ตลอดจนการศึกษากฎหมายที่เกี่ยวข้องทั้งกฎหมายไทยและกฎหมายของต่างประเทศและการที่ประเทศไทยเองก็ยังไม่ได้มีการนิยามความหมายถึงการคุกคามทางเพศในรูปแบบต่างๆ ดังนั้นการนำเสนอถึงปัญหาในการบัญญัติกฎหมายเพื่อป้องกันปัญหาการคุกคามทางเพศของไทยในปัจจุบัน โดยมุ่งพิจารณาปัญหาซึ่งเกิดจากการบัญญัติกฎหมายที่ไม่ชัดเจนและครอบคลุมถึงรูปแบบการคุกคามทางเพศที่แท้จริงจะทำให้สามารถสร้างความเข้าใจในพฤติกรรมของการคุกคามทางเพศต่อผู้ที่มีส่วนเกี่ยวข้องและผู้ที่มีส่วนบังคับใช้กฎหมายเพื่อที่จะเสนอแนะแนวทางถึงความเหมาะสมของการออกกฎหมายการคุกคามทางเพศมาบัญญัติไว้ในความผิดฐานคุกคามทางเพศ ตลอดจนมีบทลงโทษที่มีความสอดคล้องกับความร้ายแรงของการกระทำความผิดเพื่อให้สอดคล้องและเหมาะสมกับเจตนารมณ์ในการลงโทษ

2. แนวคิดพื้นฐานเกี่ยวกับการคุกคามทางเพศ

การศึกษาถึงปัญหาการคุกคามทางเพศเริ่มต้นขึ้นเมื่อปี ค.ศ.1976 (พ.ศ.2519) โดยมีนักวิชาการจากประเทศสหรัฐอเมริกาได้มีการสำรวจไปถึงต้นตอของปัญหา เพื่อสร้างความเข้าใจในเรื่องของการคุกคามทางเพศ ต่อมาสหราชอาณาจักรก็ได้ทำการสำรวจตามมาในปี ค.ศ.1981-1982

³ วัฐพงษ์ โปษะบุตร, ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับค่าเสียหายต่อจิตใจและค่าเสียหายเพื่อการลงโทษในคดีละเมิด: ศึกษากรณีการคุกคามทางเพศ, ใน รายงานสืบเนื่องจากการประชุมสัมมนาวิชาการนำเสนองานวิจัยระดับชาติและนานาชาติ (Proceedings), (เครือข่ายบัณฑิตศึกษา มหาวิทยาลัยราชภัฏภาคเหนือ, ครั้งที่ 15), หน้า 167.

(พ.ศ.1524-2529) การสำรวจในครั้งนี้ได้รับการตอบสนองจากรัฐบาลประเทศสหรัฐอเมริกา เพื่อกำหนดให้การคุกคามทางเพศเป็นนโยบายอย่างเป็นทางการและทันต่อสถานการณ์ในปี ค.ศ.1980 (พ.ศ.2523) การคุกคามทางเพศจึงได้ถูกนิยามไว้ในฐานะเป็นรูปแบบที่ผิดกฎหมาย เพื่อคุ้มครองผู้ถูกระทำไม่ว่าจะเป็นการออกนโยบาย ระเบียบและมาตรการคุ้มครองต่าง ๆ

ซึ่งอาจกล่าวได้ว่า Farley Lin ได้เป็นผู้เริ่มนำคำว่า “Sexual harassment” ขึ้นมาใช้โดยได้จัดทำหนังสือ ชื่อ “Sexual Shakedown : The Sexual harassment on the job” ในปี พ.ศ.2521 และได้นิยามการคุกคามทางเพศว่า เป็นพฤติกรรมของผู้ชายอันไม่ได้รับการเชื้อเชิญ โดยแสดงหรืออ้างสิทธิ์ว่าผู้หญิงมีหน้าที่ทางเพศนอกเหนือไปจากหน้าที่การงานตามปกติ ซึ่งอาจจะแสดงในรูปแบบดังต่อไปนี้

- 1) การจ้องมอง การวิพากษ์วิจารณ์ การสัมผัสจับต้องร่างกายของผู้หญิง
- 2) การเรียกร้องให้ยอมรับพฤติกรรมทางเพศ (Sexual behavior)
- 3) การนัดหมาย (Dates) ซ้ำซากแต่เพียงฝ่ายเดียว
- 4) การเรียกร้องให้มีเพศสัมพันธ์ด้วย (Sexual intercourse)
- 5) การข่มขืน⁴

และได้มีองค์กรระหว่างประเทศได้ให้ความหมายของการคุกคามทางเพศในเชิงกฎหมายไว้ดังเช่น องค์การสหประชาชาติได้อธิบายเกี่ยวกับการคุกคามทางเพศว่า หมายถึง พฤติกรรมที่ผู้ถูกระทำหรือผู้ที่ตกเป็นเหยื่อถือว่าเป็นสิ่งที่ “ไม่พึงปรารถนา” (Unwelcome) และ “ไม่ต้องการ” (Unwanted) โดยการคุกคามดังกล่าวอาจจะเป็นในรูปของการแสดงออกทางวาจา กิริยา ท่าทางการจับต้องร่างกาย และสิ่งแวดล้อม⁵

The European Commission Code of Practice ได้บัญญัติถึงการคุกคามทางเพศว่าเป็นการกระทำในลักษณะทางเพศหรือการกระทำอื่นที่มีพื้นฐานมาจากเรื่องเพศที่กระทบต่อเกียรติยศ ศักดิ์ศรีของหญิงและชายในที่ทำงาน โดยรวมถึงการกระทำของหัวหน้างานและเพื่อนร่วมงานด้วย ทั้งนี้ เป็นสิ่งที่ยอมรับไม่ได้หาก

- 1) การกระทำนั้นไม่เป็นที่พึงปรารถนา ไร้เหตุผล และเป็นการละเมิดต่อ ผู้ถูกระทำ
- 2) การปฏิเสธหรือการยอมรับของบุคคลต่อการกระทำเช่นนั้นของหัวหน้า งานหรือเพื่อนร่วมงาน ถูกนำมาใช้เป็นพื้นฐานการตัดสินใจ ไม่ว่าโดยตรงหรือโดยปริยายในการเข้าฝึกงาน การจ้างงาน การจ้างงานอย่างต่อเนื่อง การเลื่อนขั้น เรื่องเงินเดือน หรือการตัดสินใจอื่นอันเกี่ยวกับการจ้างงาน

⁴วิมณา ธรรมปริชา, “การคุกคามทางเพศ,” (วิทยานิพนธ์สังคมวิทยาและมานุษยวิทยา มหาวิทยาลัยมหิดล, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2533), หน้า 42.

⁵อรพินท์ สหโชคชัย, เรื่องเดิม, หน้า 4.

3) การกระทำเช่นนั้นก่อให้เกิดบรรยากาศการทำงานที่มีลักษณะข่มขู่ ไม่เป็นมิตร และมีลักษณะต่ำต้อยของผู้รับ⁶

สำหรับการแสดงออกถึงพฤติกรรมการคุกคามทางเพศนั้นสามารถเกิดขึ้นได้อย่างหลากหลายรูปแบบลักษณะ ในทุกสถานที่ ทุกเวลาในสังคมโดยแบ่งตามคู่กรณีได้ 4 รูปแบบ⁷ ได้แก่

- 1) ชายคุกคามหญิง (Male Harass Female)
- 2) หญิงคุกคามชาย (Female Harass Male)
- 3) พวกต่างเพศคุกคามพวกเดียวกันเพศ (Heterosexual Harass Homosexual)
- 4) พวกเดียวกันเพศคุกคามพวกต่างเพศ (Homosexual Harass Heterosexual)

และแบ่งตามลักษณะพฤติกรรมของการคุกคามทางเพศโดยแบ่งเป็น 3 ลักษณะ⁸ ได้แก่

1) การคุกคามทางเพศทางวาจา (Verbal Harassment) เช่น การวิพากษ์วิจารณ์เกี่ยวกับรูปร่าง การแต่งตัวที่สื่อไปทางลามก การเล่าเรื่องตลกลามก การพูดหรือการถามถึงความสัมพันธ์ทางเพศของบุคคลใดบุคคลหนึ่งในที่สาธารณะ การเปลี่ยนหัวข้อเรื่องงานให้เป็นเรื่องทางเพศ หรือเรื่องลามก ตลอดจนการกระจายข่าวลือ หรือ นินทาเกี่ยวกับเรื่องเพศของบุคคลใดบุคคลหนึ่ง การตามตื้อตามจีบบุคคลใดบุคคลหนึ่ง ทั้งๆ ที่รู้ว่าเขาไม่สนใจ และการกล่าวถึงกลุ่มหญิงหรือชายในทางลามก เป็นต้น

2) การคุกคามทางเพศโดยการสัมผัสร่างกาย (Physical Harassment) เช่น การแตะเนื้อต้องตัว รวมทั้งการจัดเสื้อผ้า ตลอดไปจนถึงการกอด หอมแก้ม หรือการตีก้น สะโพก การยืน เดิน ต้อนเข้ามุมหรือนั่งใกล้ชิดเกินความจำเป็น โดยใช้บางส่วนของร่างกายสัมผัสผู้อื่น อย่างจงใจ

3) การคุกคามทางเพศโดยการแสดงท่าทาง (Nonverbal Harassment) เช่น การจ้องมองอย่างกรุ่มกริม การแสดงสีหน้าอย่างเจ้าชู้ การแสดงท่าทางหรือการเคลื่อนไหวร่างกาย ที่สื่อถึงเจตนา การล่วงเกินทางเพศ การส่งจดหมาย ข้อความภาพ การ์ด หรือคำกลอนที่เน้นในเรื่องเพศ การมองเรื่อร่าอย่างสำรวจตรวจตรา รวมไปถึงการติดภาพโป๊ หรือสิ่งของ อุปกรณ์ที่ลามก

ซึ่งรูปแบบลักษณะของการคุกคามทางเพศยังสามารถจำแนกประเภทได้ 2 กรณี⁹ คือ

1) การคุกคามทางเพศประเภทที่ใช้ผลประโยชน์ข่มขู่ หรือการคุกคามทางเพศแบบแลกเปลี่ยน (quid pro quo harassment) การคุกคามทางเพศในประเภทนี้ใช้เป็นข้อแลกเปลี่ยน

⁶พินิติ นามศรีฐาน, “ความผิดเกี่ยวกับเพศ: ศึกษากรณีการล่วงเกินทางเพศ,” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2543), หน้า 11.

⁷เอกพงศ์ ปลัดรักษา, “การล่วงละเมิดทางเพศในที่ทำงาน,” วารสารกฎหมาย คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 22, 1 (กรกฎาคม 2546):108.

⁸อรพินท์ สหโชคชัย, เรื่องเดิม, หน้า 5-6.

⁹เรื่องเดียวกัน.

หรือต่างตอบแทน โดยเฉพาะอย่างยิ่งการจ้างงานในลักษณะที่มีผลกระทบต่อสถานภาพในการทำงานของบุคคล ซึ่งผู้กระทำได้แสดงความเป็นอำนาจเหนือโดยการเรียกร้องทางเพศหรือกระทำการที่มิชอบทางเพศ เพื่อแลกเปลี่ยนกับผลประโยชน์ด้านการทำงานของผู้ถูกระทำ เช่น การจ้างงาน การเลื่อนขั้น การโยกย้าย หรือการมอบหมายงานให้ เป็นเครื่องตอบแทนกับความสัมพันธ์ทางเพศ ทั้งนี้ ผู้กระทำมักเป็นนายจ้าง หรือหัวหน้างานที่มีหน้าที่บังคับบัญชา หรือให้คุณให้โทษ

2) การคุกคามทางเพศประเภทคุกคามทางเพศโดยอ้อม (creation of a hostile working environment) เป็นกรณีที่การคุกคามทางเพศเกิดจากสภาพแวดล้อมและบรรยากาศในสถานที่ทำงานเต็มไปด้วยเรื่องเพศ ทำให้ผู้ถูกระทำรู้สึกไม่สบายใจ หากเกิดในสถานที่ทำงาน จะทำให้ประสิทธิภาพการทำงานลดลง และยังเป็นอุปสรรคต่อการทำงาน อาจแบ่งย่อยได้อีกเป็น การคุกคามโดยการสัมผัสคือ การแตะเนื้อต้องตัวโดยไม่จำเป็น หรือทางคำพูด คือการกล่าวคำพูดในทางลามกหรือปล่อยข่าวลือที่ไม่เหมาะสม และทางสายตา เช่น การติดโปสเตอร์รูปโป๊ เป็นต้น ทั้งนี้ผู้กระทำอาจเป็นผู้มีอำนาจเหนือหรือเป็นเพื่อนร่วมงานก็ได้

อย่างไรก็ดี การพิจารณาว่าพฤติกรรมนั้นๆ เป็นการคุกคามทางเพศหรือไม่ ต้องพิจารณาประกอบหลายประการ ดังนี้

- 1) ผู้กระทำมีพฤติกรรมที่ส่อไปในทางเพศอันไม่สมควรต่อผู้อื่น
- 2) ผู้กระทำมีเจตนาที่จะกระทำการอันไม่สมควรนั้น
- 3) ผู้ถูกระทำไม่ยินยอมหรือถูกบังคับ ข่มขู่
- 4) ผู้ถูกระทำเกิดความอับอาย หรือล่วงเกินความเป็นส่วนตัวของผู้ถูกระทำ ซึ่งในประเด็นนี้คงจะมองความรู้สึกของผู้ถูกระทำฝ่ายเดียวไม่ได้ เนื่องจากแต่ละคนมีมาตรฐานไม่เท่ากัน เป็นต้น

และผู้ที่ถูกเป็นเหยื่อจากพฤติกรรมการคุกคามทางเพศนั้น จะได้รับผลกระทบในทางลบโดยตรงแบบ ลูกโซ่เป็นวงกว้าง กล่าวคือได้รับผลกระทบทั้งในระบบการดำเนินชีวิตของตนเอง รวมถึงต่อการทำงาน ต่อ องค์กร ตลอดจนต่อสังคม โดยสามารถแยกได้ดังนี้

- 1) ผลกระทบทางสุขภาพ ผู้ที่ถูกเป็นเหยื่อการคุกคามทางเพศแม้จะไม่มีร่องรอยบาดแผลหรือร่องรอยที่เกิดขึ้นตามร่างกายในกรณีที่ไม่รุนแรงจะเลือนหายไป แต่บาดแผลในจิตใจ นั้นถือว่าไม่อาจลบเลือนไปได้ง่ายๆ และอาจจะเก็บอยู่ในส่วนลึกของจิตใจ ซึ่งผลกระทบนี้จะก่อให้เกิดผลกระทบทางอารมณ์ (Psychological outcomes) ซึ่งกระทบต่อสุขภาพจิตและบุคลิกภาพของผู้ถูกระทำ

ทั้งนี้ มีข้อมูลยืนยันว่า ผู้ที่ถูกกระทำ ความรุนแรงจำนวนมากจะส่งผลให้มีความรู้สึกที่ถูกทำให้มีจิตใจแปรปรวน รู้สึกถูกทำให้ได้รับความอับอาย ถูกเหยียดหยาม สูญเสีย คุณค่าและความ

มั่นใจในตัวเอง จึงก่อให้เกิดความเครียด ความวิตกกังวล ความท้อแท้ ความโกรธ ความกลัว ความกดดัน กลัวสังคมไม่ยอมรับ ทำให้ส่งผลถึงปัญหาในการนอนหลับ การขาดอำนาจ ขาดความเชื่อมั่นในตนเอง ขาดความปลอดภัย อาจส่งผลให้เกิดอาการซึมเศร้า ร้ายแรงที่สุดจนอาจนำไปสู่การฆ่าตัวตายได้

อีกทั้งยังส่งผลกระทบต่อร่างกาย ซึ่งอาการดังกล่าวข้างต้นก็จะส่งผลให้มีอาการเจ็บป่วยทางร่างกาย ซึ่งส่วนหนึ่งเป็นผลมาจากความเครียด ส่งผลให้เกิดอาการคลื่นไส้ อาเจียน ปวดศีรษะ ปักผ่อนไม่เพียงพอ เพื่อบำรุงอาหาร รับประทานอาหารไม่เป็นปกติ ลำไส้ไม่ทำงาน ท้องอืด ระบบขับถ่ายผิดปกติ น้ำหนักเพิ่มหรือลดลงอย่างผิดปกติ อ่อนเพลีย เป็นโรคซึมเศร้า เป็นต้น และอาจมีความเสี่ยงต่อการเป็นโรคอื่นๆ เพราะมีภูมิคุ้มกันต่ำจากความเครียด กดดัน หรือถูกทำร้าย

2) ผลกระทบต่อหน้าที่การงาน (Work-related outcomes) ผู้ที่ตกเป็นเหยื่อของการคุกคามทางเพศจะมีปัญหาที่ส่งผลกระทบมาจากทางด้านสุขภาพ จึงส่งผลโดยตรงต่อการทำงาน ซึ่งจะทำให้มีประสิทธิภาพและผลิตภาพในการทำงานลดลง อาจก่อให้เกิดการขาดงาน เป็นผลให้สูญเสียโอกาส และหมดความก้าวหน้าในการทำงาน

3) ผลกระทบต่อธุรกิจเมื่อผู้ที่ตกเป็นเหยื่อของการคุกคามทางเพศจะเกิดความตึงเครียดในการทำงาน จึงอาจเป็นอุปสรรคต่อการปฏิบัติงานทั้งส่วนตัวหรือการทำงานร่วมกันเป็นทีม ส่งผลให้ความสามารถในการปฏิบัติงานต่ำลง ทำให้เกิดความเสียหายต่อผลผลิตที่ควรจะได้ เนื่องจากการขาดประสิทธิภาพในการทำงาน หรือมีการขาดงานที่บ่อยขึ้น ซึ่งในทางธุรกิจจะก่อให้เกิดความสูญเสีย ผู้ปฏิบัติงานที่มีความรู้ ความสามารถ ส่งผลให้ภาพพจน์องค์กรมีความตกต่ำหากมีการคุกคามทางเพศเกิดขึ้นในองค์กรอย่างต่อเนื่อง

4) ผลกระทบต่อสังคมปัญหาการคุกคามทางเพศถือเป็นการสร้างความรุนแรงทางเพศ ซึ่งเป็นอุปสรรคต่อการบรรลุความเสมอภาคระหว่างเพศ ไม่ว่าจะเป็นเพศใดก็ตาม เป็นวงจรแห่งความรุนแรงที่ไม่สิ้นสุด ซึ่งอาจเกิดผลกระทบจากเด็ก ส่งผลไปยังครอบครัว ส่งผลต่อไปยังหน้าที่การงาน ผลกระทบวนเป็นวงกว้างต่อสังคม จึงส่งผลกระทบต่อความปลอดภัยในชีวิต และความเป็นอยู่ที่ดีของประชาชนในสังคม ดังนั้นจึงถือเป็นพฤติกรรมที่ขัดขวางการสร้างผลผลิตและการพัฒนาสังคม¹⁰

¹⁰ ชูดาปณี จิยาบามา, “ประสบการณ์การถูกคุกคามทางเพศจากการทำงาน: กรณีศึกษาลูกเรือของบริษัทการบินไทย จำกัด (มหาชน),” (วิทยานิพนธ์ศิลปศาสตรมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2548), หน้า 18-19.

3. การคุกคามทางเพศตามกฎหมายของต่างประเทศ

ปัญหาการคุกคามทางเพศถือเป็นปัญหาเกี่ยวกับเพศที่ร้ายแรง นานาประเทศจึงได้ให้ความสนใจและให้ความสำคัญกับปัญหานี้เป็นอย่างมาก เพราะอาจถือได้ว่าพฤติกรรมการคุกคามทางเพศนี้เป็นจุดเริ่มต้นของพฤติกรรมอันนำมาสู่ความรุนแรงทางเพศในที่สุด จึงสมควรที่จะทำการศึกษากฎหมายเกี่ยวกับการคุกคามทางเพศของต่างประเทศ ดังนั้น การศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายเกี่ยวกับการคุกคามทางเพศทั้งในระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law) ซึ่งได้แก่ ประเทศออสเตรเลีย และระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Civil Law) ซึ่งได้แก่ ประเทศฝรั่งเศส และประเทศเยอรมนี เพื่อนำแนวความคิด ตลอดจนมาตรการทางกฎหมายต่างๆ มาใช้พัฒนาและปรับใช้กับกฎหมายของประเทศไทยได้อย่างเหมาะสม ดังจะกล่าวต่อไปนี้

3.1 ประเทศออสเตรเลีย (Australia)

ประเทศออสเตรเลียได้ให้ความสำคัญกับปัญหาการคุกคามทางเพศเป็นอย่างมาก เห็นได้จากกฎหมายระดับสหพันธรัฐออสเตรเลียได้บัญญัติเรื่องการคุกคามทางเพศไว้ในกฎหมายคุ้มครองการเลือกปฏิบัติ (Sex Discrimination Act 1984) ถึงแม้ว่ากฎหมายคุ้มครองการเลือกปฏิบัติจะบัญญัติถึงการคุกคามทางเพศไว้ว่าเป็นความผิดและผู้กระทำต้องรับผิดชอบทางแพ่ง แต่การคุกคามทางเพศบางประเภทนั้นก็มีความผิดอาญาและผู้กระทำจะต้องรับผิดชอบทางอาญาตามประมวลกฎหมายอาญาของออสเตรเลียด้วยเช่นกัน (A Code in Practice) อันได้แก่ การล่วงลามทางกายหรือการล่วงเกินทางกาย การแสดงลามกอนาจาร การล่วงเกินทางเพศหรือการข่มขืน การเฝ้าติดตาม การสื่อสารที่ลามกอนาจาร เช่น การสื่อสารทางโทรศัพท์ จดหมาย หรือสื่ออื่นๆ

โดยการคุกคามทางเพศได้ถูกบัญญัติไว้โดยเฉพาะตามมาตรา 28 A (1) แห่งกฎหมายคุ้มครองการเลือกปฏิบัติ (Sex Discrimination Act 1984) และได้ให้คำนิยามของการคุกคามทางเพศไว้ว่า “การคุกคามทางเพศ คือ การกระทำอันไม่พึงปรารถนาทางเพศ การร้องขอที่ไม่พึงปรารถนาเพื่อความต้องการทางเพศต่อผู้ถูกคุกคาม หรือการกระทำอันไม่พึงปรารถนาอันเกี่ยวข้องกับเรื่องทางเพศที่เกี่ยวข้องกับผู้ถูกคุกคาม ซึ่งในสถานการณ์นั้นๆ บุคคลทั่วไปอาจคาดหมายได้ว่า เป็นการคุกคามผู้ถูกกระทำ ทำให้ผู้ถูกกระทำขายหน้า เสียเกียรติ หรือทำให้ผู้ถูกกระทำกลัว”¹¹

และตามมาตรา 28 A (1 A) (a)¹² ยังได้บัญญัติรับรองว่าการกระทำอันเป็นการคุกคามทางเพศตามบทบัญญัตินี้ “ไม่จำกัด เพศ อายุ รูปร่าง เพศสภาพ สถานะของบุคคลไม่ว่าจะสมรสแล้ว

¹¹Sex Discrimination Act 1984, section 28A Meaning of sexual harassment.

¹²Sex Discrimination Act 1984, section 28A (1A) For the purposes of subsection (1).

หรือโสด ความเชื่อทางศาสนา เชื้อชาติ สีผิว สัญชาติหรือชาติกำเนิดของผู้ถูกระทำความสัมพันธ์ระหว่างผู้ถูกระทำกับผู้กระทำผิด” หรือหาก ผู้ถูกระทำเป็นผู้พิการก็เป็นผู้ถูกระทำได้

ตามมาตรา 28 A (1 A) (b) ได้กล่าวถึงการคุกคามทางเพศตามการจ้างแรงงานระหว่างนายจ้างกับลูกจ้างหรือบุคคลผู้จะมาเป็นลูกจ้างหรือหุ้นส่วนหรือการคุกคามทางเพศระหว่างลูกจ้างด้วยกันเอง หรือการจ้างงานตามสัญญาจ้างทำของ โดยสถานที่ทำงานนั้นรวมถึงสถานที่ทำงานบนเรือ เครื่องบิน หรือยานพาหนะด้วย หรือตามมาตรา 28 A (1 A) (c) กล่าวถึงการคุกคามทางเพศที่มีความทุพพลภาพ ผู้ที่มีความบกพร่องทางร่างกายหรือจิตใจ หรือตามมาตรา 28 A (1 A) (d) กล่าวถึงความผิดซึ่งเป็นการคุกคามทางเพศในองค์กรที่ได้รับการจดทะเบียน รวมถึงการกระทำของสมาชิกในองค์กรนั้นและบุคคลผู้ที่จะมาเป็นสมาชิกในองค์กรในอนาคตด้วย

การกำหนดโทษสำหรับความผิดเกี่ยวกับการคุกคามทางเพศในคดีอาญานั้น ผู้กระทำความผิดอาจถูกดำเนินคดีได้ถ้าหากจำเลยเป็นผู้กระทำความผิดจริงต้องได้รับโทษปรับหรือจำคุก และในคดีแพ่งผู้เสียหายสามารถฟ้องคดีได้เอง ซึ่งหากผู้เสียหายชนะคดีก็จะได้รับการเยียวยาความเสียหาย แต่อย่างไรก็ดี การพิจารณาคดีทางอาญาจะยากกว่าทางแพ่ง เนื่องจากในขั้นตอนกระบวนการพิจารณานั้นผู้เสียหายจะต้องพิสูจน์ว่าจำเลยเป็นผู้กระทำความผิดโดยปราศจากข้อสงสัยใดๆ แต่หากเป็นคดีแพ่ง ผู้เสียหายพิสูจน์แต่เพียงว่าค่าเสียหายนั้นพอสมควรกับความเสียหายที่ผู้เสียหายควรจะได้รับหรือไม่

นอกจากนั้นประเทศออสเตรเลียยังได้มีการจัดตั้งคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งออสเตรเลีย (Australian Human Rights Commission) ซึ่งเป็นองค์กรที่มีอำนาจหน้าที่สนับสนุนส่งเสริมและป้องกันปัญหาเรื่องเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนเป็นผู้มีหน้าที่ดูแลและจัดการกับปัญหาทางด้านสิทธิมนุษยชน โดยกรณีการคุกคามทางเพศเป็นกรณีที่อยู่ในอำนาจการดูแลขององค์กรดังกล่าวด้วยหน้าที่หลักขององค์กรนี้คือการให้การศึกษาและความรู้แก่ประชาชนเพื่อสร้างความตระหนักถึงสิทธิมนุษยชน พิจารณาคำร้องทุกข์เรื่องการเลือกปฏิบัติทางเพศ หรือคำร้องทุกข์เรื่องการละเมิดสิทธิมนุษยชนภายใต้กฎหมายระดับสหพันธรัฐ พัฒนานโยบายและกฎหมาย ให้ความรู้ด้านสิทธิมนุษยชน¹³ซึ่งจะทำให้ประชาชนสามารถเข้าถึงได้โดยง่ายและสามารถส่งเสริมและป้องกันการถูกคุกคามทางเพศได้อย่างรวดเร็วและมีประสิทธิภาพ

¹³ เจนวิทย์ นวลแสง ภัทราภรณ์ เกษตรสาร และอชิรญา ภู่งงศกร, “ความรับผิดชอบทางอาญาและการเยียวยาผู้เสียหายจากการคุกคามทางเพศ: ศึกษากรณีประเทศไทย สหพันธรัฐเยอรมนี และเครือรัฐออสเตรเลีย,” วารสารการเมือง การบริหาร และกฎหมาย 8, 2 (พฤษภาคม-สิงหาคม 2559): 331.

3.2 ประเทศฝรั่งเศส (France)

ประเทศฝรั่งเศสได้เริ่มต้นบัญญัติความผิดฐานคุกคามทางเพศ (Le Harcèlement Sexuel) ไว้ในประมวลกฎหมายอาญา (Code pénal) เมื่อปี ค.ศ. 1992 ต่อมาสภาฝรั่งเศสได้ประกาศรัฐธรรมนูญใหม่ในวันที่ 6 สิงหาคม ค.ศ. 2012 โดยบัญญัติให้ความผิดฐานคุกคามทางเพศอยู่ในประมวลกฎหมายอาญา (Code pénal) ตอน 3 ว่าด้วยการคุกคามทางเพศ (Le Harcèlement Sexuel) ซึ่งเป็นกระทำความผิดเป็นการข่มเหงหรือรังแกผู้อื่น เพื่อความสุขทางเพศของตน ตามมาตรา 222-33¹⁴ โดยบัญญัติไว้ว่า

1) การคุกคามทางเพศที่เป็นการกระทำความผิดเป็นการรุกรานบุคคลอื่น โดยการใช้คำสั่ง การข่มขู่ หรือการบีบบังคับ เพื่อจูงใจให้ทำตามซึ่งประโยชน์ใดๆ ในทางเพศ

2) การคุกคามทางเพศไม่จำเป็นต้องมีลักษณะรูปแบบเดิมซ้ำๆ กันหลายครั้ง แม้กระทำได้เพียงครั้งเดียวก็ถือเป็นความผิด โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้ได้รับผลประโยชน์ทางเพศของตนหรือบุคคลที่สาม

3) ความผิดตาม I และ II มีโทษถึงจำคุกสองปี และปรับ 30,000 €

บทลงโทษเหล่านี้จะเพิ่มขึ้นเป็นจำคุกสามปีและปรับ 45,000 € เมื่อกระทำการดังนี้

(1) กระทำการคุกคามทางเพศโดยใช้อำนาจในตำแหน่งหน้าที่ที่ตนดำรงอยู่

(2) กระทำการคุกคามทางเพศโดยกระทำกับผู้เยาว์อายุต่ำกว่าสิบห้าปี

(3) กระทำการคุกคามทางเพศโดยกระทำกับบุคคลที่มีความเปราะบาง โดยเฉพาะอย่างยิ่งเนื่องจากอายุ การเจ็บป่วย หูพพลภาพ ความพิการทางร่างกายหรือจิตใจหรือการตั้งครรรค์ ซึ่งผู้กระทำได้รู้หรือควรจะรู้ในการกระทำความผิดนั้นๆ

(4) กระทำการคุกคามทางเพศโดยกระทำกับบุคคลที่มีสถานะเป็นเพื่อนร่วมงานหรือการพึ่งพาอาศัยกันโดยเฉพาะอย่างยิ่งเป็นผลมาจากสถานการณ์ทางเศรษฐกิจหรือสังคม ซึ่งผู้กระทำได้รู้หรือควรจะรู้ในการกระทำความผิดนั้นๆ

(5) กระทำการคุกคามทางเพศโดยบุคคลหลายคน โดยมีลักษณะเป็นการร่วมกันกระทำความผิดหรือสมรู้ร่วมคิด

ซึ่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการคุกคามทางเพศยังครอบคลุมถึงการเลือกปฏิบัติ ตามมาตรา 225-1-1¹⁵ แห่งประมวลกฎหมายอาญาฯ นอกจากนั้นตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการคุกคามทางเพศนี้จะรวมถึงในสถานที่ทำงาน ตามประมวลกฎหมายแรงงาน ซึ่งได้บัญญัติเกี่ยวกับความผิดฐานคุกคามทางเพศไว้ในส่วนที่ 6 ของหมวด 2 บท 2 ของบรรพ 1 แห่งประมวลกฎหมาย

¹⁴Le Code Pénal, Le Harcèlement Sexuel, article 222-33.

¹⁵Le Code Pénal, Le Harcèlement Sexuel, article 225-1-1.

แรงงาน โดยเป็นการบัญญัติคุ้มครองลูกจ้างผู้ถูกกระทำการคุกคามทางเพศ ผู้ที่เป็นพยานหรือเปิดเผยการกระทำดังกล่าว มิให้ถูกลงโทษหรือให้ออกจากงาน ตามมาตรา L. 122-46 ซึ่งการคุ้มครองดังกล่าวมีผลไปถึงบุคคลที่เป็นข้าราชการด้วย¹⁶

3.3 ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี (Federal Republic of Germany)

สหพันธ์รัฐเยอรมนีได้เห็นความสำคัญในการแก้ไขปัญหาการคุกคามทางเพศที่เกิดขึ้นในประเทศ และในฐานะประเทศภายใต้สมาชิกสหภาพยุโรปที่มีกฎบัตรสิทธิขั้นพื้นฐานของสหภาพยุโรป (Charter of Fundamental Rights of European Union) และประกาศข้อบังคับของสหภาพยุโรป EU Directive 2006/54/EC ซึ่งเป็นข้อกำหนด (Directive) เพื่อรับรอง “ความเท่าเทียมกันระหว่างชายและหญิง (Equality between men and women)” ซึ่งใช้เป็นหลักพื้นฐานของกฎหมายในประเทศสมาชิกสหภาพยุโรป และได้มีการพัฒนาสร้างกฎหมายใหม่หรือปรับปรุงแก้ไขกฎหมายเก่าภายในประเทศจึงได้นำ EU Directive 2006/54/EC มาสร้างเป็นกฎหมายใหม่ที่ชื่อว่า กฎหมายการปฏิบัติโดยเท่าเทียมกัน (General Equal Treatment Act 2006 (Gleichbehandlungsgesetz, AGG)) โดยมีเนื้อหาเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติ ซึ่งมีการใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 14 สิงหาคม พ.ศ.2549¹⁷

และในเดือนมิถุนายน ค.ศ.2016 ทางรัฐบาลเยอรมนีได้มีการเสนอร่างพระราชบัญญัติเพื่อเปลี่ยนแปลงประเด็นอันสำคัญเพื่อควบคุมกฎหมายว่าด้วยการกระทำผิดเกี่ยวกับเพศให้เข้มงวดมากขึ้น โดยการเปลี่ยนแปลงนี้การคุกคามทางเพศจะต้องถูกลงโทษภายใต้ Sexualstrafrecht บทลงโทษสำหรับพฤติกรรมที่เกี่ยวข้องกับเรื่องเพศ

ซึ่งกฎหมายการปฏิบัติโดยเท่าเทียมกัน (General Equal Treatment Act 2006) ได้ให้นิยามการคุกคามและการคุกคามทางเพศ ดังนี้ ตามมาตรา 2, 1 (c)¹⁸ “การคุกคาม (Harassment)” หมายถึง การกระทำอันไม่เป็นที่พึงปรารถนาซึ่งเกี่ยวกับเพศของบุคคลหนึ่งบุคคลใด อันกระทำให้ขึ้นเพื่อละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ หรือทำให้ผู้ถูกกระทำรู้สึกถูกคุกคาม ไม่เป็นมิตร ด้อยค่าเสื่อมเสียเกียรติ หรือถูกรังเกียจ

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

¹⁶ พินศิริ นามศรีฐาน, เรื่องเดิม, หน้า. 75.

¹⁷ เจนวิทย์ นวลแสง, ภัทราภรณ์ เกษตรสาร และอชิรญา ภู่งงศกร, เรื่องเดิม, หน้า 341-343.

¹⁸ General Equal Treatment Act (AGG), article 2 Definitions 1.

ซึ่งการคุกคามและการคุกคามทางเพศข้างต้นยังหมายรวมไปถึงกรณี ดังนี้

1) การได้รับการปฏิบัติที่แย่ลง (Less Favorable Treatment) เนื่องจากการที่ผู้ถูกระทำตอบรับหรือปฏิเสธการคุกคามหรือการคุกคามทางเพศนั้น

2) การออกคำสั่งให้กีดกันหรือแบ่งแยกบุคคลใดอันเนื่องมาจากเพศของบุคคลนั้น

3) การได้รับการปฏิบัติที่แย่ลง เนื่องจากการที่หญิงตั้งครรภ์หรือลาคลอด

นอกจากนี้ ผู้ถูกคุกคามหรือถูกคุกคามทางเพศไม่ว่าในสถานที่อื่นใดก็ตามสามารถยื่นคำฟ้องต่อศาลเป็นคดีอาญาได้ ในกรณีดังต่อไปนี้¹⁹

(1) การคุกคามทางเพศที่มีลักษณะเป็นการข่มขู่ (Sexual Assault by Use of Force or Threat) อันเป็นการใช้กำลังหรือข่มขู่ให้ผู้ถูกระทำเกิดความหวาดกลัวจนต้องยินยอมให้มีการละเมิดทางเพศโดยไม่สมัครใจ ซึ่งเป็นความผิดตาม §177²⁰ แห่งประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน (The Penal code or Strafgesetzbuch, StGB)

(2) การคุกคามทางเพศอันเป็นการอาศัยความไว้วางใจหรือสภาพของผู้ถูกระทำหรือตำแหน่งหน้าที่หรือความรับผิดชอบของผู้กระทำในการประพฤติดังกล่าว (Sexual Abuse) ซึ่งเป็นความผิดตาม §174 ถึง §174c²¹ แห่งประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน (The Penal code or Strafgesetzbuch, StGB)

(3) การคุกคามทางเพศโดยการเฝ้าติดตาม (Stalking) เป็นการมีพฤติกรรมคุกคามหรือข่มขู่อย่างต่อเนื่อง เช่น การโทรศัพท์หาอย่างต่อเนื่อง การส่งอีเมล จดหมายหรือข้อความทางโทรศัพท์จำนวนมาก หรือการดักครอบบริเวณที่อยู่อาศัย เป็นต้น

ซึ่งในทางอาญาผู้ถูกคุกคามหรือถูกคุกคามทางเพศได้รับความคุ้มครองจาก Civil Legal Protection from Violent Acts and Stalking Offences ให้สามารถยื่นคำร้องต่อศาลให้

¹⁹ เจนวิทย์ นวลแสง ภัทราภรณ์ เกษตรสาร และอชิรญา ภู่งศกร, เรื่องเดิม, หน้า 346.

²⁰ The Penal code or Strafgesetzbuch, StGB, section 177 Sexual Coercion; Rape.

²¹ 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.

ดำเนินการใดๆ เพื่อแยกผู้คุกคามหรือคุกคามทางเพศให้อยู่ห่างจากผู้ถูกระทำได้ โดยไม่ต้องรอให้เหตุร้ายแรงเกิดขึ้นเสียก่อน

การกำหนดโทษสำหรับความผิดที่เกี่ยวกับการคุกคามทางเพศศาลจะพิพากษาลงโทษจำเลยและกำหนดค่าสินไหมทดแทนในทางแพ่งที่จำเลยต้องชำระเพื่อชดเชยให้คู่ค้ำกับ ความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่โจทก์ตาม §15 AGG²²

นอกจากนี้ยังมีเหตุเพิ่มโทษในกรณีที่มีการคุกคามหรือเหยียดหยามทางเพศตาม §185 Strafgesetzbuch²³ ซึ่งความผิดนี้ต้องระวางโทษปรับและจำคุกไม่เกินหนึ่งปี และเมื่อความผิดที่มีความรุนแรงต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสองปีหรือปรับและเมื่อมีการกระทำความรุนแรงต่อเนื้อตัวร่างกายเหยื่อผู้ถูกระทำมีสิทธิที่จะป้องกันตัวเองในขณะที่เกิดการคุกคามทางเพศขึ้น และตาม §223 Strafgesetzbuch²⁴ ซึ่งผู้ใดกระทำการทารุณกรรมหรือทำร้ายผู้อื่นจะถูกลงโทษด้วยจำคุกไม่เกินห้าปีหรือปรับ

4. การคุกคามทางเพศตามกฎหมายของประเทศไทย

กระแสต่อต้านการคุกคามทางเพศที่ได้ปรากฏเด่นชัดในประเทศไทย เริ่มต้นจากองค์กรพัฒนาเอกชนด้านสิทธิสตรีและสิทธิมนุษยชนในประเทศไทย ได้มีการเคลื่อนไหวและออกแถลงการณ์ให้สังคมรับรู้ถึงการคุกคามทางเพศและผลกระทบจากการคุกคามทางเพศในปี พ.ศ.2523 จากนั้นก็ได้มีการขับเคลื่อนในเรื่องการคุกคามทางเพศอย่างต่อเนื่อง แต่ประเด็นการคุกคามทางเพศก็ไม่อยู่ในกระแสความสนใจของสังคมไทยในขณะนั้นเท่าที่ควร จนกระทั่งในปี พ.ศ.2531 ได้มีตัวแทนฝ่ายผู้ใช้แรงงานหรือลูกจ้างเข้ามามีส่วนร่วมในการต่อต้านการคุกคามทางเพศชัดเจนยิ่งขึ้น ส่งผลให้มีการตราพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงานฉบับใหม่ขึ้นในปี พ.ศ.2541 แต่กฎหมายดังกล่าวเมื่อมีผลบังคับใช้กลับยังไม่สามารถป้องปรามและทำให้ปัญหาการคุกคามทางเพศลดลงได้อย่างที่ควรจะเป็น

แต่อย่างไรก็ดี ตามประมวลกฎหมายอาญา ภาค 2 ลักษณะ 9 ความผิดเกี่ยวกับเพศได้บัญญัติไว้สี่ฐานความผิดหลัก ตามมาตรา 276-287 ประกอบด้วย ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ความผิดฐานกระทำความอนาจาร ความผิดฐานค้าบุคคลเพื่อความใคร่ และความผิดฐานค้าสิ่งลามกอนาจาร

เมื่อพิจารณาความผิดเกี่ยวกับเพศตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญาทั้งสี่ฐานความผิดที่ยกมากล่าวข้างต้น จะเห็นได้ว่าความผิดเกี่ยวกับเพศที่มีลักษณะรุนแรงได้มีกฎหมาย

²²General Equal Treatment Act (AGG), § 15 Compensation and Damages.

²³The Penal code or Strafgesetzbuch, StGB, § 185 Insult.

²⁴The Penal code or Strafgesetzbuch, StGB, § 223 Physical injury.

คุ้มครองที่ชัดเจนแก่ผู้เสียหายตามลำดับ และนอกจากนั้น การกระทำความผิดกล่าวถือเป็นการคุกคามทางเพศที่ผู้กระทำความผิดกระทำต่อเนื้อตัวร่างกายของผู้เสียหายโดยตรง ดังจะเห็นได้จากกรณีของการกระทำชำเราหรือการกระทำอนาจาร จึงมีข้อสังเกตว่า ลักษณะของการคุกคามทางเพศที่เป็นความผิดตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญาได้มีความหมายแคบกว่าการคุกคามทางเพศในความหมายทั่วไป ส่งผลให้การคุกคามทางเพศที่มีรูปแบบอย่างอื่นที่ไม่เข้าองค์ประกอบความผิดในประมวลกฎหมายอาญา ดังนั้นในกรณีที่ผู้กระทำความผิดนำภาพลามกมาติดไว้ในห้องทำงานของตน หรือผู้กระทำความผิดใช้สายตาลวนลาม หรือพูดจาลามกหรือพูดจาชวนลามผู้เสียหาย พฤติกรรมดังกล่าวถือว่าเป็นการคุกคามทางเพศอย่างหนึ่งแต่ไม่มีความผิดตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา

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

“มาตรา 397 ผู้ใดกระทำความผิดด้วยประการใดๆ ต่อผู้อื่น อันเป็นการรังแก ข่มเหง คุกคามหรือกระทำให้ได้รับความอับอายหรือเดือดร้อนรำคาญ ต้องระวางโทษปรับไม่เกินห้าพันบาท

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งเป็นการกระทำในที่สาธารณะสถานหรือต่อหน้าธารกำนัล หรือเป็นการกระทำอันมีลักษณะส่อไปในทางที่จะล่วงเกินทางเพศ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งเดือน หรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคสองเป็นการกระทำโดยอาศัยเหตุที่ผู้กระทำความผิดมีอำนาจเหนือผู้ถูกกระทำความผิดเนื่องจากความสัมพันธ์ในฐานะที่เป็นผู้บังคับบัญชา นายจ้าง หรือผู้มีอำนาจเหนือประการอื่น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งเดือน และปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท”

จากการพิจารณาจากพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว ในเรื่องความผิดเกี่ยวกับการคุกคามในมาตราดังกล่าว คำว่า “คุกคาม” ในส่วนของวรรค 1 อาจไม่รวมถึงการคุกคามทางเพศ และ “การกระทำอันมีลักษณะส่อไปในทางที่จะล่วงเกินทางเพศ” ในส่วนของวรรค 2 ยังถือว่ามีความคลุมเครือ ไม่มีมาตรฐานที่ชัดเจน ยากแก่การตีความ และยังไม่ครอบคลุมถึงรูปแบบหรือลักษณะของการกระทำผิดรวมถึงบทลงโทษที่ควรสอดคล้องกับพฤติกรรมการกระทำผิดและความร้ายแรงตามแต่ละกรณี

อีกทั้งยังนำเรื่องของการคุกคามทางเพศไปรวมกับ มาตรา 397 ซึ่งเป็นเป็นมาตราที่กฎหมายบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา ภาค 3 ลหุโทษ (มาตรา 367-398) โดยเป็นปัญหาในการรังแก ข่มเหงผู้อื่น หรือ กระทำให้ผู้อื่นได้รับความอับอายหรือเดือดร้อน ซึ่งเป็นบทกฎหมายที่มีระวางโทษจำคุกค่อนข้างต่ำ และศาล มักจะลงโทษปรับมากกว่าโทษจำคุก และการชำระค่าปรับก็มีจำนวนไม่สูงมาก ซึ่งไม่กระทบต่อฐานะหรือความสามารถในการชำระค่าปรับของผู้กระทำความผิด

จึงไม่อาจตอบสนองต่อการป้องปรามการกระทำความผิดในลักษณะดังกล่าวได้อย่างแท้จริง เพราะการคุกคามทางเพศเป็นปัญหาซึ่งเป็นความผิดเกี่ยวกับเพศที่สามารถเกิดขึ้นได้ง่ายที่สุดในสังคม อีกทั้งยังมีผลกระทบต่อผู้กระทำเป็นอย่างมาก จึงไม่สมควรจะนำความผิดในส่วนของการคุกคามทางเพศมาบัญญัติเพื่อนำมาบังคับใช้ไว้ในมาตราเดียวกันดังกล่าว

นอกจากนั้นยังมีกฎหมายที่ได้บัญญัติความผิดอันเกี่ยวกับการคุกคามทางเพศไว้ดังเช่น

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

“ห้ามมิให้นายจ้าง หัวหน้างาน ผู้ควบคุมงาน หรือผู้ตรวจงานกระทำการล่วงเกิน คุกคาม หรือก่อความเดือดร้อนรำคาญทางเพศต่อลูกจ้าง”

และการกำหนดโทษสำหรับความผิดที่ตามมาตรา 16 นั้น ตามมาตรา 147 ผู้ใดฝ่าฝืนมาตรา 16 ต้องระวางโทษปรับไม่เกินสองหมื่นบาท

โดยเจตนารมณ์ของกฎหมายนี้ ก็เพื่อคุ้มครองลูกจ้างซึ่งเป็นเด็ก หญิง และชาย มิให้ถูกล่วงเกิน คุกคาม หรือก่อให้เกิดความเดือดร้อนรำคาญทางเพศจากนายจ้าง หรือผู้ที่มีอำนาจบังคับบัญชาเหนือลูกจ้าง

แต่อย่างไรก็ตาม พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงานยังมีอุปสรรคในการบังคับใช้ เนื่องจากพระราชบัญญัตินี้ไม่ได้บัญญัติให้การกระทำครอบคลุมไปถึงการคุกคามทางเพศที่กระทำโดยเพื่อนร่วมงานซึ่งเป็นลูกจ้าง เหมือนกัน ประกอบกับพระราชบัญญัตินี้มุ่งคุ้มครองลูกจ้างในภาคเอกชนเท่านั้น แต่ไม่ได้ให้การคุ้มครองไปถึงลูกจ้างในหน่วยงานภาครัฐ จึงก่อให้เกิดช่องว่างในการบังคับใช้กฎหมาย (Gap of Law) อีกทั้งสภาพบังคับทางกฎหมาย (Sanction of Law) ในกรณีที่มีการฝ่าฝืนต่อบทบัญญัติดังกล่าวจึงยังไม่เหมาะสมเท่าที่ควร²⁵

หรือตามพระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดบางประการต่อการเดินอากาศ พ.ศ.2558 เพราะเนื่องจากอากาศยานเป็นสถานที่ที่มีพื้นที่จำกัด การที่มีพฤติกรรม หรือความประพฤติที่ไม่เหมาะสม ถือเป็นปัญหาที่มีการขยายตัวอย่างรวดเร็วและมีความรุนแรงสูงขึ้น องค์การการบินพลเรือน (ICAO) ได้ออกข้อมติสมัชชา ICAO ที่ A33-4 ซึ่งได้เร่งรัดให้ประเทศสมาชิกออกกฎหมายและระเบียบข้อบังคับภายในเพื่อดำเนินการเกี่ยวกับปัญหาผู้โดยสารประพฤติตนไม่เหมาะสมบนอากาศยานพลเรือน ตามมาตรา 11 “ผู้อยู่ในอากาศยานในระหว่างการบินผู้ใดกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดดังต่อไปนี้ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนสองหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

(1) กระทำต่อร่างกายผู้อื่นอันเป็นการมุ่งหมายในทางเพศ

²⁵ เจนวิทย์ นวลแสง ภัทราภรณ์ เกษตรสาร และอชิรญา ภู่งงศกร, เรื่องเดิม, หน้า 338.

(2) กระทำการอันควรขายหน้าต่อหน้าธารกำนัลโดยเปลือยหรือเปิดเผยส่วนของร่างกาย หรือ

(3) ใช้วาจาลามลามหรือแสดงกิริยาท่าทางอันเป็นการลามกอย่างอื่น

และทางสายการบินสามารถฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายในทางแพ่ง สำหรับค่าใช้จ่ายในกรณีที่ทำให้สายการบินเกิดความเสียหาย อีกทั้งยังอาจติดแบล็คลิสต์ไม่ให้ขึ้นบินกับสายการบินอีกด้วย ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับนโยบายของแต่ละสายการบิน

5. ประเด็นปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการคุกคามทางเพศ

จากการศึกษาพบว่า มีประเด็นปัญหาและข้อบกพร่องบางประการในพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 22) พ.ศ.2558 ความผิดเกี่ยวกับการคุกคาม แก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 397 โดยมีรายละเอียดในแต่ละประเด็นดังต่อไปนี้

5.1 ปัญหาในการตีความตัวบทกฎหมายเกี่ยวกับการคุกคามทางเพศ

จากการพิจารณาพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 22) พ.ศ.2558 ความผิดเกี่ยวกับการคุกคาม แก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 397 ทั้งสามวรรคประกอบกันทั้งมาตรา อาจเกิดปัญหาที่สามารถแยกได้เป็น 2 ประการ กล่าวคือ

ประการแรก อ้างอิงจากข้อสังเกตและความเห็นของสำนักงานศาลยุติธรรม ซึ่งพิจารณาแล้วเห็นว่าความผิดในส่วนของการคุกคามตามร่างมาตรา 397 วรรคหนึ่ง อาจไม่รวมถึงการคุกคามในทางเพศ (Sexual Harassment) และการรังแก ข่มเหง คุกคาม หรือทำให้อับอายหรือเดือดร้อนรำคาญในทางเพศ ควรกำหนดเป็นบทบัญญัติต่างหาก เนื่องจากในมาตราเดียวกันควรบัญญัติคุ้มครองสิ่งเดียวกัน มิฉะนั้นอาจเกิดปัญหาการตีความ²⁶

ประการที่สอง หากพิจารณาตามหลักเกณฑ์การตีความในมาตรา 397 ซึ่งเมื่อดูตามเจตนารมณ์ที่ได้กำหนดขึ้นเพื่อมุ่งการคุ้มครองบุคคลจากการถูกรบกวนรำคาญไม่ว่าจะเป็นการคุกคามในรูปแบบใด ซึ่งอาจหมายความรวมถึงการคุกคามทางเพศได้ แต่อย่างไรก็ตามก็อาจเกิดปัญหาในการตีความในการนำมาตรา 397 มาใช้กับการคุกคามที่มีเรื่องความผิดเกี่ยวกับเพศเข้ามาเกี่ยวข้อง การมีถ้อยคำที่มีความหมายไม่ชัดเจน สามารถมองได้หลายมุมมอง อีกทั้งยังไม่ครอบคลุม

²⁶ สภานิติบัญญัติแห่งชาติ, “เอกสารประกอบการพิจารณา ร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่...) พ.ศ. (กำหนดนิยามคำว่า “เจ้าพนักงาน” กำหนดความผิดเกี่ยวกับศพและความผิดเกี่ยวกับการคุกคาม และแก้ไขอัตราโทษสำหรับความผิดลหุโทษ),” ครั้งที่ 19/2557, 30 ตุลาคม 2557.

ถึงรูปแบบลักษณะของพฤติกรรมต่างๆ ที่เกิดขึ้นในสังคมได้อย่างแท้จริง ทำให้เมื่อนำมาบังคับใช้แล้ว กฎหมายอาจไม่มีประสิทธิภาพอย่างแท้จริง

เมื่อวิเคราะห์แล้วเห็นว่าเป็นการรังแก ช่มเหิง คุกคามต่อผู้อื่นนั้นสำหรับความหมายของ คำธรรมดาที่ใช้ในกฎหมายนั้น ศาลฎีกาให้ถือตามความหมายที่ปรากฏในพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน²⁷ ดังนั้นคำว่า คุกคาม หมายความว่า แสดงอำนาจด้วยกิริยาหรือวาจาให้หวาดกลัว ทำให้หวาดกลัว ส่วนคำว่า รังแก หมายความว่า แกล้งทำความเดือดร้อนให้ผู้อื่น (มักใช้แก่ผู้มีอำนาจมากกว่า) ช่มเหิง หมายความว่า การใช้กำลังรังแกแกล้งทำความเดือดร้อนให้ผู้อื่น²⁸

ซึ่งถือเป็นความผิดอันละเมิดต่อสิทธิของบุคคลในความเป็นอยู่ส่วนตัวตามที่มาตรา 35 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยบัญญัติรับรองไว้ และเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา ภาค 3 ลหุโทษ ซึ่งถือเป็นโทษสถานเบาหรือโทษที่ไม่ร้ายแรง

ในส่วนของการตีความเรื่องการกระทำอันมีลักษณะส่อไปในทางที่จะล่วงเกินทางเพศ คำว่า “ส่อไปในทางที่จะ” เป็นเพียงพฤติกรรมของบุคคลที่อาจก่อให้เกิดความผิดโดยการละเมิดสิทธิของบุคคลอื่นในเรื่องเพศตามลักษณะต่างๆ ซึ่งก็ยิ่งถือว่าอาจจะก่อให้เกิดความผิดนี้เกิดขึ้นหรืออาจจะไม่ก่อให้เกิดความผิดขึ้นเลยเสียก็ได้ ส่งผลให้เกิดปัญหาในการตีความเพราะสามารถมองได้หลายมุมมอง อาจส่งผลทำให้บุคคลทั่วไปอาจเกิดความสับสนในการนำมาปรับใช้ เพราะในถ้อยคำไม่แสดงให้เห็นถึงพฤติกรรมหรือรูปแบบลักษณะของการคุกคามทางเพศที่ชัดเจน ถือได้ว่าเป็นคำที่มีความหมายคลุมเครือ มีถ้อยคำไม่ชัดเจนแน่นอน กำกวมหรือมีความหมายได้หลายทาง เห็นควรว่าไม่ควรใช้คำนี้ในบทบัญญัติเพราะเป็นการยากแก่การตีความและการบังคับใช้ได้

อีกทั้งการกระทำอันมีลักษณะส่อไปในทางที่จะล่วงเกินทางเพศนั้น เป็นการกระทำ ความผิดที่มีเรื่องเพศเข้ามาเกี่ยวข้อง และเป็นพฤติกรรมที่เกิดขึ้นได้ง่ายในสังคม ซึ่งถือว่าการ คุกคามที่มีความร้ายแรงและมีผลกระทบต่อผู้กระทำเป็นอย่างมาก จึงไม่ควรบัญญัติการคุกคามทาง เพศไว้เป็นความผิดในภาค 3 ลหุโทษ ตามประมวลกฎหมายอาญา โดยควรเป็นบทบัญญัติความผิด เกี่ยวกับการคุกคามทางเพศในหมวดความเกี่ยวกับเพศ และควรต้องกำหนดเป็นบทบัญญัติต่างหาก จากพฤติกรรมการรังแก ช่มเหิง คุกคาม เนื่องจากในมาตราเดียวกันควรบัญญัติเพื่อคุ้มครองสิ่ง เดียวกัน ซึ่งอ้างอิงตามข้อสังเกตและความเห็นของสำนักงานศาลยุติธรรม

²⁷ อานินทร์ กรียวิเชียร และอภิชน จันทรเสน, คำแนะนำนักศึกษากฎหมาย, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2550), หน้า 176.

²⁸ ราชบัณฑิตยสถาน, พจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ.2554 [Online], available URL: <http://www.royin.go.th/dictionary/index.php>, 2016 (April, 22).

ดังนั้น ควรที่จะบัญญัติความผิดเกี่ยวกับการคุกคามทางเพศ โดยบัญญัติเป็นบทบัญญัติมาตราต่างหากและควรอยู่ในภาค 2 ความผิดลักษณะ 9 ความผิดเกี่ยวกับเพศแห่งประมวลกฎหมายอาญา ทั้งนี้ การที่รับรู้และเข้าใจถึงรูปแบบหรือลักษณะในการคุกคามทางเพศจะส่งผลทำให้ง่ายแก่การตีความ และควรให้มีบทลงโทษตามความร้ายแรงในแต่ละกรณี ซึ่งจะเป็นการแก้ปัญหาได้อย่างตรงประเด็น และสามารถนำมาบังคับใช้ได้เป็นการทั่วไปอย่างมีประสิทธิภาพ

5.2 ปัญหาในการกำหนดบทนิยามของกฎหมายเกี่ยวกับคุกคามทางเพศ

การบัญญัติการคุกคามทางเพศเป็นความผิดตามกฎหมายนั้น ควรมีการพิจารณาเพื่อปรับกรอบความคิดจากพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา ความผิดเกี่ยวกับการคุกคาม มาตรา 397 โดยนำข้อมูลที่ได้จากการศึกษามาวิเคราะห์ถึงความหมายของการคุกคามทางเพศ รูปแบบปัญหาของการคุกคามทางเพศ ตลอดจนพิจารณาถึงผลกระทบที่เกิดขึ้นจากการคุกคามทางเพศในรูปแบบดังกล่าวนี้ เพื่อที่จะนำมาสร้างบทนิยามและรายละเอียดแห่งกฎหมาย ในการบัญญัติบทนิยามเป็นความผิดตามกฎหมายอาญาในหมวดความผิดเกี่ยวกับเพศ

โดย “บทนิยาม” หมายถึง บทกำหนดหรือจำกัดความหมายที่แน่นอนของคำต่างๆ ที่ใช้ในบทบัญญัติของกฎหมายนั้นว่ามีความหมายแน่นอนตามที่บัญญัติไว้ในบทนิยามของกฎหมายนั้น

ซึ่งจากการศึกษาถึงความหมายของการคุกคามทางเพศเห็นได้ว่าองค์กรระหว่างประเทศและในต่างประเทศทั้งประเทศออสเตรเลีย ประเทศฝรั่งเศสและประเทศเยอรมนีได้มีการกำหนดถ้อยคำที่ชัดเจนไว้ในบทบัญญัติมาตรา ส่งผลให้ถ้อยคำของกฎหมายเป็นถ้อยคำที่สอดคล้องกับพฤติกรรม เข้าใจง่ายและสามารถตีความได้อย่างถูกต้อง และเมื่อกฎหมายมีผลบังคับใช้แล้ว ทำให้สามารถใช้บังคับตามเจตนารมณ์ของกฎหมายอย่างมีประสิทธิภาพ ซึ่งต่างจากพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา ความผิดเกี่ยวกับการคุกคาม มาตรา 397 ซึ่งยังขาดความชัดเจนในถ้อยคำและความหมาย อีกทั้งยังไม่ครอบคลุมถึงรูปแบบของการกระทำความผิด จึงทำให้ยากแก่การตีความและมีผลต่อการบังคับใช้กฎหมายอย่างมีประสิทธิภาพและในประเทศไทยเองยังไม่ปรากฏความหมายของการคุกคามทางเพศในพจนานุกรมอย่างแน่ชัด การให้คำนิยามความหมายของการคุกคามทางเพศนั้นจึงต้องมีความชัดเจน แน่นนอน เพื่อให้มีความเข้าใจอย่างเดียวกันและสามารถบังคับใช้ได้เป็นการทั่วไป เมื่อวิเคราะห์แล้วจึงเห็นว่าควรนิยามความหมายของการคุกคามทางเพศดังนี้คือ

“คุกคามทางเพศ หมายความว่า การกระทำหรือพฤติกรรมทางเพศที่ผู้ถูกกระทำหรือผู้ที่ตกเป็นเหยื่อถือว่าเป็นสิ่งที่ “ไม่พึงปรารถนา” และ “ไม่ต้องการ” โดยการคุกคามทางเพศอาจอยู่ในรูปของการแสดงออกทางวาจา กริยาท่าทาง หรือการสัมผัสทางร่างกาย อันมีวัตถุประสงค์เพื่อ

ละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ หรือทำให้ผู้ถูกกระทำรู้สึกถูกคุกคาม หวาดกลัว ด้วยคำเสื่อมเสียเกียรติหรือดูหมิ่นเหยียดหยาม”

และในกรณีที่คำว่าการคุกคามทางเพศมีที่ใช้เพียงแห่งเดียวหรือมาตราเดียว จึงควรเขียนให้ชัดเจนในมาตรานั้นๆ โดยตรง ซึ่งจะช่วยให้ง่ายต่อการเข้าใจและเกิดความสะดวกในการใช้กฎหมายอีกทั้งการที่ประเทศไทยอยู่ภายใต้การปกครองระบอบประชาธิปไตย โดยมีรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ ตามมาตรา 30 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 บัญญัติว่า “บุคคลย่อมเสมอกันในกฎหมายและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิดเชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ สภาพทางกาย หรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมืองอันไม่ขัดต่อบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญจะกระทำมิได้” ดังนั้นความผิดในเรื่องการคุกคามทางเพศนี้ ถือว่ากฎหมายได้ให้การคุ้มครองแก่บุคคลทุกคน ซึ่งหมายความว่าบุคคลใดก็ได้ ไม่จำกัดเพศสภาพ ไม่ว่าเพศหญิงหรือเพศชาย เนื่องจากการคุกคามทางเพศไม่ได้หมายถึงการคุกคามทางเพศที่ชายกระทำต่อหญิงเท่านั้น แต่ทั้งที่จริงแล้วการคุกคามทางเพศยังรวมถึงการกระทำที่ชายกระทำต่อชาย หรือหญิงกระทำต่อชาย²⁹ หรือหญิงกระทำต่อหญิงได้ด้วยเช่นกัน

ทั้งนี้เนื่องจากการคุกคามทางเพศมีได้มีลักษณะแต่เพียงแต่การล่วงละเมิดทางเพศตามที่ประมวลกฎหมายอาญาบัญญัติไว้ในหมวดความผิดเกี่ยวกับเพศอนาจาร หากแต่การคุกคามทางเพศมีรูปแบบลักษณะที่หลากหลาย ซึ่งจากการศึกษาบริบทของพฤติกรรมกรรมการคุกคามทางเพศในลักษณะต่างๆ และได้พิจารณาถึงลักษณะของการคุกคามทางเพศที่ควรนำมาบัญญัติเป็นความผิดทางอาญา เป็นการกระทำที่หลากหลาย และเพื่อให้ครอบคลุมทุกมิติของการกระทำคุกคามทางเพศ อันอาจสรุปได้ดังต่อไปนี้ดังต่อไปนี้

1) การคุกคามทางเพศทางวาจา (Verbal Harassment) เช่น การวิพากษ์วิจารณ์เกี่ยวกับรูปร่าง การแต่งตัวที่สื่อไปทางลามก การเล่าเรื่องตลกลามก การพูดหรือการถามถึงความสัมพันธ์ทางเพศของบุคคลใดบุคคลหนึ่งในที่สาธารณะ การเปลี่ยนหัวข้อเรื่องงานให้เป็นเรื่องทางเพศ หรือเรื่องลามก ตลอดจนการกระจายข่าวลือ หรือ นินทาเกี่ยวกับเรื่องเพศของบุคคลใดบุคคลหนึ่ง การตามตื้อตามจีบบุคคลใดบุคคลหนึ่ง ทั้งๆ ที่รู้ว่าเขาไม่สนใจ และการกล่าวถึงกลุ่มหญิงหรือชายในทางลามก เป็นต้น

²⁹ ภาณุวัฒน์ ศรีคร่ำ, “การล่วงเกินทางเพศแรงงานชาย,” (สารนิพนธ์สังคมสงเคราะห์มหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2550), หน้า 4-5.

2) การคุกคามทางเพศโดยการสัมผัสร่างกาย (Physical Harassment) เช่น การแตะเนื้อต้องตัว รวมทั้งการจัดเสื้อผ้า ตลอดไปจนถึงการสัมผัสกัน สะโปก หรือการยืน เดิน ต้อนเข้ามุง การนั่งใกล้ชิดเกินความจำเป็น โดยใช้บางส่วนของร่างกายสัมผัสผู้อื่นอย่างจงใจ

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

นอกจากนี้ควรต้องพิจารณาด้วยว่าการกระทำดังกล่าวจะถือว่าเป็นการคุกคามทางเพศได้ ผู้เสียหายนั้นต้องมีได้ยินยอมหรือมีอารมณ์ร่วมไปกับการกระทำนั้น เนื่องจากรูปแบบของการคุกคามทางเพศ เป็นพฤติกรรมที่ไม่เหมาะสมและขัดต่อศีลธรรมอันดี หากผู้ถูกกระทำยินยอมพร้อมใจหรือมีความบันเทิงร่วมกับการคุกคามดังกล่าว ก็ไม่ถือว่าเป็นเหตุหรือเป็นผู้เสียหายจากการคุกคามทางเพศ แต่หากผู้ถูกกระทำมิได้ยินยอมพร้อมใจหรือมิได้มีความบันเทิงร่วมกับการกระทำดังกล่าวและมีความรู้สึกว่กำลังถูกละเมิดความเป็นส่วนตัวในทางเพศ หรือทำให้เกิดความรู้สึกอึดอัดใจหรือได้รับความอับอายในทางเพศ กรณีนี้ก็อาจถือได้ว่าเป็นการละเมิดสิทธิทางเพศในลักษณะเป็นการคุกคามทางเพศต่อเหยื่อหรือผู้เสียหายได้³⁰

5.3 ปัญหาในการกำหนดบทลงโทษของการคุกคามทางเพศ

จากการศึกษาถึงผลกระทบจากพฤติกรรมการคุกคามทางเพศ ผู้ที่ตกเป็นเหยื่อจากพฤติกรรมการคุกคามทางเพศนั้นจะได้รับผลกระทบในทางลบโดยตรงแบบลูกโซ่เป็นวงกว้างกล่าวคือได้รับผลกระทบทั้งในระบบการดำเนินชีวิตของตนเองทั้งผลกระทบทางสุขภาพ ทางด้านจิตใจและร่างกาย ตลอดจนผลกระทบต่อหน้าที่การงาน ผลกระทบต่อธุรกิจ และผลกระทบต่อสังคมซึ่งเมื่อบุคคลตกเป็นผู้ถูกกระทำในการกระทำผิดอาญาหรือตกเป็นผู้เสียหายในคดีอาญานั้นย่อมเป็นการกระทำที่กระทบกระเทือนต่อสิ่งที่กฎหมายประสงค์จะคุ้มครองหรือประโยชน์ของบุคคลซึ่งได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายเมื่อถูกกระทบกระเทือนแล้ว ดังนั้นการกำหนดบทลงโทษจึงต้องมีความสอดคล้องกับความร้ายแรงของผลร้ายที่เกิดขึ้นด้วย

แต่การที่ประเทศไทยยังมิได้มีการตระหนักถึงผลกระทบจากพฤติกรรมการคุกคามทางเพศอย่างที่เราเห็นได้จากพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญาในความผิดเกี่ยวกับการคุกคาม มาตรา 397 ที่มีการกำหนดโทษสำหรับความผิดในฐานละเมิดสิทธิทางเพศซึ่งกรณีตามวรรคแรกมี

³⁰ เจนวิทย์ นวลแสง ภัทราภรณ์ เกษตรสาร และอชิรญา ภู่งงกร, เรื่องเดิม, หน้า 331.

ระวางโทษไม่เกินห้าพันบาท กรณีในวรรคสองและวรรคสามถือเป็นการระวางโทษที่หนักขึ้น มีระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งเดือน หรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาทหรือทั้งจำทั้งปรับ ซึ่งเป็นเหตุให้ยังมีปัญหาถึงความเหมาะสมของอัตราโทษปรับซึ่งยังถือว่าน้อยเกินไป ซึ่งการลงโทษฐานลหุโทษนั้นในทางปฏิบัติส่วนใหญ่จะเป็นเพียงโทษปรับและศาลมักจะไม่พิพากษาลงโทษจำคุก จึงส่งผลให้มีการกระทำความผิดเกิดขึ้นอย่างต่อเนื่องหรือมีการกระทำความผิดซ้ำ เพราะผู้กระทำความผิดไม่เกรงกลัวหรือยำเกรงต่อกฎหมาย จึงสมควรที่จะต้องปรับปรุงอัตราโทษปรับโดยการเพิ่มอัตราโทษให้มีความเหมาะสม โดยพิจารณาเปรียบเทียบกับความผิดเกี่ยวกับเพศฐานอื่นในภาพรวม และต้องคำนึงถึงความสอดคล้องกับ สภาพเศรษฐกิจและสังคมที่เปลี่ยนแปลงไป อีกทั้งควรคำนึงถึงผู้ต้องหาที่มีเงินสามารถจ่ายค่าปรับได้และยังคงกระทำความผิดซ้ำอย่างไม่เกรงกลัวต่อกฎหมาย ตลอดจนความเหมาะสมทั้งผลดีและผลเสียที่อาจเกิดจากการเพิ่มอำนาจให้เจ้าหน้าที่ของรัฐเปรียบเทียบปรับได้ตามกฎหมาย

จากการวิเคราะห์แล้วเห็นว่า ในความผิดที่ผู้ใดกระทำความผิดด้วยประการใดๆ ต่อผู้อื่นอันเป็นการคุกคามทางเพศ ที่มีลักษณะเป็นการแสดงออกทางวาจา ทางกริยาท่าทาง และการสัมผัสทางร่างกาย ซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์หรือทำให้รู้สึกไม่พึงปรารถนาและไม่ต้องการ ด้อยค่าเสื่อมเสียเกียรติหรืออูกรังเกียจ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 3 เดือน และปรับไม่เกิน 1 หมื่นบาท

และควรมีมาตรการในการแบ่งแยกระดับของลักษณะการกระทำความผิดเพื่อกำหนดเหตุเพิ่มโทษตามพฤติการณ์และความร้ายแรงของการกระทำความผิด ดังเช่น ในกฎหมายของประเทศเยอรมนีและประเทศฝรั่งเศส เพราะในบทบัญญัติมาตรา 397 ตามรายละเอียดของทั้งสามวรรคประกอบกัน ยังไม่สะท้อนให้เห็นถึงลำดับความรุนแรงตามพฤติกรรมหรือรูปแบบของการคุกคามทางเพศอย่างครอบคลุมเพียงพอ โดยต้องมีการกำหนดถ้อยคำและรายละเอียดเกี่ยวกับพฤติกรรม ตลอดจนมีการกำหนดโทษตามพฤติการณ์และระดับความร้ายแรงของการกระทำความผิดอย่างเหมาะสมไว้ในบทบัญญัติของกฎหมายอย่างชัดเจนกล่าวคือ หากเป็นการกระทำความผิดเกี่ยวกับการคุกคามทางเพศ ในกรณีดังต่อไปนี้

- (1) กระทำการคุกคามทางเพศโดยการเฝ้าติดตาม
- (2) กระทำการคุกคามทางเพศโดยกระทำกับผู้เยาว์อายุต่ำกว่าสิบห้าปี
- (3) กระทำการคุกคามทางเพศโดยการอาศัยความไว้วางใจหรือสภาพของผู้ถูกกระทำหรือตำแหน่งหน้าที่ หรือความรับผิดชอบของผู้กระทำในการประพฤติดังทางเพศ ซึ่งผู้กระทำได้รู้หรือควรจะรู้ในการกระทำความผิดนั้นๆ
- (4) กระทำการคุกคามทางเพศโดยกระทำกับบุคคลที่มีความเปราะบาง โดยเฉพาะอย่างยิ่งเนื่องจากอายุ การเจ็บป่วย ทูพพลภาพ ความพิการทางร่างกายหรือจิตใจหรือการตั้งครรรค์ ซึ่งผู้กระทำได้รู้หรือควรจะรู้ในการกระทำความผิดนั้นๆ

(5) กระทำการคุกคามทางเพศโดยบุคคลหลายคน โดยมีลักษณะเป็นการร่วมกันกระทำผิด หรือสมรู้ร่วมคิด

ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 1 ปี และปรับไม่เกิน 3 หมื่นบาทหรือทั้งจำทั้งปรับ

ซึ่งนอกจากมาตรการดังกล่าวข้างต้น ในทางอาญาเมื่อมีการกระทำความผิดเกิดขึ้นจะมี มาตรการทางกฎหมายเกิดขึ้นทั้งในด้านการปราบปรามและในด้านการป้องกัน ในด้านการปราบปราม คือ การลงโทษผู้กระทำผิด โดยควรต้องมีการกำหนดโทษจำคุกกระยะสั้นซึ่งการลงโทษ หนักเบาย่อมเป็นไปตามความร้ายแรงของความผิด เพื่อเป็นการลงโทษขั้นร้ายแรงให้ผู้กระทำ ความผิดมีความเกรงกลัวหรือยำเกรงต่อกฎหมาย แต่อย่างไรก็ดี การลงโทษจำคุกกระยะสั้นนี้เป็น มาตรการหนึ่งที่ใช้ในการปราบปรามอาชญากรรมหลังจากที่มีการกระทำความผิดเกิดขึ้นแล้ว จึงสมควรที่ จะต้องมีการป้องกันเพื่อไม่ให้เกิดการกระทำความผิดเกี่ยวกับการคุกคามทางเพศอีก ซึ่งในด้านการ ป้องกัน คือ ควรมีการบังคับใช้วิธีการเพื่อความปลอดภัยมาใช้บังคับ ทั้งนี้ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อเป็น มาตรการทางกฎหมายที่จะป้องกันไม่ให้เกิดการกระทำความผิดในอนาคต กล่าวคือ เป็นมาตรการที่ นำมาใช้ก่อนที่จะมีการกระทำความผิดหรือมีการกระทำความผิดแล้วไม่ให้เกิดกลับมากระทำผิดอีก หรือ ในกรณีกระทำความผิดไปแล้วจึงมีความจำเป็นต้องปรับปรุงให้ผู้กระทำความผิดนั้นกลับตัวกลับใจ แก้ไขการกระทำผิดที่เคยเกิดขึ้นและสามารถกลับเข้าสู่สังคมอย่างเดิม

และนอกจากนั้น เพื่อเป็นหูเป็นตาในการป้องกันการคุกคามทางเพศที่เกิดขึ้นในสังคมจึง ควรมีหน่วยงานรับเรื่องร้องทุกข์เมื่อเกิดปัญหาการคุกคามทางเพศเกิดขึ้น ดังเช่นในประเทศ ออสเตรเลียที่เมื่อผู้เสียหายได้รับความเสียหายอันเนื่องมาจากการคุกคามทางเพศ ผู้เสียหายอาจ ร้องทุกข์ไปยังคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งออสเตรเลีย (Australian Human Right) ซึ่งประเทศ ไทยสามารถนำกระบวนการดังกล่าวมาปรับใช้ให้เป็นประโยชน์ ซึ่งเห็นควรว่าควรให้อำนาจองค์กร อิสระเพื่อที่จะเป็นช่องทางที่ง่ายแก่การเข้าถึงของประชาชนในการช่วยกันเป็นหูเป็นตาเพื่อป้องกัน การเกิดพฤติกรรมกรรมการคุกคามทางเพศ

กล่าวคือให้อำนาจผ่านกรมคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ กระทรวงยุติธรรม ทั้งนี้ โดยปรับ ให้เข้ากับคดีความผิดเกี่ยวกับการคุกคามทางเพศ โดยอาจวางเป็นระบบตั้งแต่ขั้นความรู้พื้นฐานโดย เป็นการให้ข้อมูลความรู้เกี่ยวกับการคุกคามทางเพศ ให้คำปรึกษาทางด้านกฎหมาย การยื่นเรื่องร้องทุกข์ หรือชี้เบาะแสในคดีเกี่ยวกับการคุกคามทางเพศ ซึ่งควรมีช่องทางที่หลากหลายที่ผู้เสียหายจะ สามารถร้องทุกข์ได้ เช่น ทางโทรศัพท์ อีเมล การอัดเสียง ตลอดจนมีอักษรเบรลล์สำหรับผู้พิการทาง สายตา และได้ไม่เพียงแต่ผู้เสียหายเท่านั้นที่สามารถร้องทุกข์ได้ ผู้ที่เห็นเหตุการณ์การคุกคามทาง เพศก็สามารถร้องทุกข์หรือชี้เบาะแสได้เช่นกัน เพื่อให้ประชาชนได้รับการคุ้มครองดูแลทำให้สังคมมี ความปลอดภัย หรือได้รับการชดเชยและเยียวยาความเสียหายให้แก่บุคคลผู้เสียหายจากการคุกคาม

ทางเพศจากรัฐอย่างทั่วถึงอย่างเท่าเทียมกัน และรักษาสวัสดิภาพของบุคคลผู้อาจถูกคุกคามทางเพศซ้ำ เพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานตามหลักสิทธิมนุษยชน ตลอดจนการที่เมื่อกฎหมายมีผลบังคับใช้แล้วนั้นจะสามารถใช้บังคับตามเจตนารมณ์ของกฎหมายอย่างมีประสิทธิภาพ

6. ข้อเสนอแนะ

1) ควรที่จะบัญญัติความผิดเกี่ยวกับการคุกคามทางเพศ โดยบัญญัติเป็นบทบัญญัติมาตราต่างหาก และควรอยู่ในภาค 2 ความผิด ลักษณะ 9 ความผิดเกี่ยวกับเพศ แห่งประมวลกฎหมายอาญา

2) ควรจะกำหนดนิยามความหมาย รูปแบบลักษณะของปัญหาการคุกคามทางเพศให้ชัดเจน กล่าวคือ “คุกคามทางเพศ” หมายความว่า การกระทำหรือพฤติกรรมทางเพศที่ผู้ถูกระทำหรือผู้ที่ตกเป็นเหยื่อถือว่าเป็นสิ่งที่ “ไม่พึงปรารถนา” และ “ไม่ต้องการ” โดยการคุกคามทางเพศอาจอยู่ในรูปของการแสดงออกทางวาจา กริยาท่าทาง หรือการสัมผัสทางร่างกาย อันมีวัตถุประสงค์เพื่อละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ หรือทำให้ผู้ถูกระทำรู้สึกถูกคุกคาม หวาดกลัว ด้อยค่าเสื่อมเสียเกียรติหรือถูกรังเกียจ โดยรูปแบบลักษณะของการคุกคามทางเพศ มีดังต่อไปนี้

(1) การคุกคามทางเพศทางวาจา (Verbal Harassment) เช่น การวิพากษ์วิจารณ์เกี่ยวกับรูปร่าง การแต่งตัวที่สื่อไปทางลามก การเล่าเรื่องตลกลามก การพูดหรือการถามถึงความสัมพันธ์ทางเพศของบุคคลใดบุคคลหนึ่งในที่สาธารณะ การเปลี่ยนหัวข้อเรื่องงานให้เป็นเรื่องทางเพศ หรือเรื่องลามก ตลอดจนการกระจายข่าวลือ หรือ นินทาเกี่ยวกับเรื่องเพศของบุคคลใดบุคคลหนึ่ง การตามตื้อตามจีบบุคคลใดบุคคลหนึ่ง ทั้งๆ ที่รู้ว่าเขาไม่สนใจ และการกล่าวถึงกลุ่มหญิงหรือชายในทางลามก เป็นต้น

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

(3) การคุกคามทางเพศทางกริยาท่าทาง (Non-verbal/Gestural Harassment) เช่น การจ้องมองอย่างกรุ่มกริม การแสดงสีหน้าอย่างเจ้าชู้ การแสดงท่าทางหรือการเคลื่อนไหวร่างกายที่สื่อถึงเจตนาการล่วงเกินทางเพศ การส่งจดหมาย ข้อความภาพ การ์ด หรือคำกลอนที่เน้นในเรื่องเพศ การมองเรือนร่างอย่างสำรวจตรวจตรา รวมไปถึงการติดภาพโป๊ หรือสิ่งของอุปกรณ์ที่ลามก

3) ควรปรับปรุงอัตราโทษปรับโดยการเพิ่มอัตราโทษให้มีความเหมาะสม กล่าวคือในความผิดที่ผู้ใดกระทำความผิดด้วยประการใดๆ ต่อผู้อื่น อันเป็นการคุกคามทางเพศ โดยเป็นการแสดงออกทางวาจา ทางกริยาท่าทาง และการสัมผัสทางร่างกาย ซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อละเมิดศักดิ์ศรีความเป็น

มนุษย์ หรือทำให้รู้สึกไม่พึงปรารถนา และไม่ต้องการ ด้วยค่าเสื่อมเสียเกียรติหรือถูกรังเกียจ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 3 เดือน และปรับไม่เกิน 1 หมื่นบาท

4) ควรที่จะมีการแบ่งแยกระดับของลักษณะการกระทำความผิดเพื่อกำหนดเหตุเพิ่มโทษในการคุกคามทางเพศตามพฤติการณ์และระดับความร้ายแรงของการกระทำ กล่าวคือ ถ้าเป็นการกระทำการคุกคามทางเพศในกรณี

(1) กระทำการคุกคามทางเพศโดยการเฝ้าติดตาม

(2) กระทำการคุกคามทางเพศโดยกระทำกับผู้เยาว์อายุต่ำกว่าสิบห้าปี

(3) กระทำการคุกคามทางเพศโดยการอาศัยความไว้วางใจหรือสภาพของผู้ถูกระกระทำหรือตำแหน่งหน้าที่ หรือความรับผิดชอบของผู้กระทำในการประพฤติดังกล่าว ซึ่งผู้กระทำได้รู้หรือควรจะรู้ในการกระทำความผิดนั้นๆ

(4) กระทำการคุกคามทางเพศโดยกระทำกับบุคคลที่มีความเปราะบาง โดยเฉพาะอย่างยิ่งเนื่องจากอายุ การเจ็บป่วย ทพพลภาพ ความพิการทางร่างกายหรือจิตใจหรือการตั้งครภ์ ซึ่งผู้กระทำได้รู้หรือควรจะรู้ในการกระทำความผิดนั้นๆ

(5) กระทำการคุกคามทางเพศโดยบุคคลหลายคน โดยมีลักษณะเป็นการร่วมกันกระทำความผิดหรือสมรู้ร่วมคิด

ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 1 ปี และปรับไม่เกิน 3 หมื่นบาทหรือทั้งจำทั้งปรับ อีกทั้งยังควรนำการบังคับใช้วิธีการเพื่อความปลอดภัยมาใช้บังคับ

5) ควรให้อำนาจผ่านกรมคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ ในการวางระบบเพื่อเป็นการให้ข้อมูลความรู้เกี่ยวกับการคุกคามทางเพศ ให้คำปรึกษาทางด้านกฎหมาย การยื่นเรื่องร้องทุกข์หรือชี้เบาะแสในคดีเกี่ยวกับการคุกคามทางเพศ

บรรณานุกรม

- เจนวิทย์ นวลแสง ภัทราภรณ์ เกษตรสาร และอชิรญา ภู่งงศกร. “ความรับผิดชอบทางอาญาและการเยียวยาผู้เสียหายจากการคุกคามทางเพศศึกษากรณี ประเทศไทย สหพันธรัฐเยอรมนี และเครือรัฐออสเตรเลีย.” *วารสารการเมือง การบริหาร และกฎหมาย* 8, 2 (พฤษภาคม-สิงหาคม 2559): 331.
- ชุดาปณี ชีบายามา. “ประสบการณ์การถูกคุกคามทางเพศจากการทำงาน: กรณีศึกษาลูกเรือของบริษัท การบินไทย จำกัด (มหาชน).” *วิทยานิพนธ์ศิลปศาสตรมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์*, 2548.
- ณัฐพงษ์ โปษะบุตร. “ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับค่าเสียหายต่อจิตใจและค่าเสียหายเพื่อการลงโทษในคดีละเมิด: ศึกษากรณีการคุกคามทางเพศ.” ใน *รายงานสืบเนื่องจากการประชุมสัมมนาวิชาการนำเสนอ งานวิจัย ระดับชาติและนานาชาติ (Proceedings)*, หน้า. 167. มหาวิทยาลัยราชภัฏภาคเหนือ (ครั้งที่ 15).
- ธานินทร์ กรัยวิเชียร และอภิชน จันทรเสน. *คำแนะนำนักศึกษากฎหมาย*. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2550.
- พินศิริ นามศรีฐาน. “ความผิดเกี่ยวกับเพศ: ศึกษากรณีการล่วงเกินทางเพศ.” *วิทยานิพนธ์นิติศาสตร์-มหาบัณฑิต, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย*, 2543.
- ภาณุวัฒน์ ศรีคร่ำ. “การล่วงเกินทางเพศแรงงานชาย.” *สารนิพนธ์สังคมสงเคราะห์มหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์*, 2550.
- ราชบัณฑิตยสถาน. *พจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ.2554* [Online]. Available URL: <http://www.royin.go.th/dictionary/index.php>, 2016 (April, 22).
- วิมมา ธรรมปรีชา. “การคุกคามทางเพศ.” *วิทยานิพนธ์สังคมวิทยาและมานุษยวิทยามหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์*, 2533.
- สภานิติบัญญัติแห่งชาติ. “เอกสารประกอบการพิจารณา ร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่...) พ.ศ. (กำหนดนิยามคำว่า “เจ้าพนักงาน” กำหนดความผิดเกี่ยวกับศพและความผิดเกี่ยวกับการคุกคาม และแก้ไขอัตราโทษสำหรับความผิดลหุโทษ), ครั้งที่ 19/2557.” 30 ตุลาคม 2557.
- อรพินท์ สหโชคชัย. “ประเด็นสำคัญและข้อควรรู้เกี่ยวกับการล่วงเกินทางเพศ.” ใน *เอกสารประกอบการสัมมนาโครงการเวทีความคิดเพื่อการพัฒนากระบวนการยุติธรรมไทย เรื่อง กระบวนการยุติธรรมกับความรุนแรงที่เกิดขึ้นกับผู้หญิง*, กันยายน 2542, หน้า 4.

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

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560.

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

พระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดบางประการต่อการเดินอากาศ พ.ศ.2558.

ประมวลกฎหมายอาญา.

I Law ศูนย์ข้อมูลกฎหมายและคดีเสรีภาพ. **ล่วงเกินทางเพศ** [Online]. Available URL: <http://ilaw.or.th/node/203,2016> (March, 24).

General Equal Treatment Act 2006.

Le Code Pénal.

Sex Discrimination Act 1984.

The Penal code or Strafgesetzbuch (StGB).