

บทที่ 3

กฎหมายการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศต่อผู้ได้บังคับบัญชา

การกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศ มีกฎหมายบัญญัติให้ความคุ้มครองผู้เสียหายไว้ โดยมีวัตถุประสงค์ในการป้องกันไม่ให้เกิดการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศ และปราบปรามผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับเพศให้ลดน้อยลงที่สุดเพื่อความสงบสุขของประชาชน ซึ่งปัจจุบันสังคมมีการพัฒนาเปลี่ยนแปลงอยู่เสมอ ส่งผลต่อปัญหาการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศ มีความสลับซับซ้อนเพิ่มมากขึ้น กฎหมายจึงมีความจำเป็นที่จะต้องแก้ไขเพิ่มเติมให้ทันกับยุคสมัยที่เปลี่ยนแปลงไป เพื่อให้กฎหมายครอบคลุมทุกการกระทำความผิดของมนุษย์ ซึ่งจะส่งผลให้เพิ่มประสิทธิภาพในการบังคับใช้กฎหมาย และการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา ในปีพุทธศักราช 2562 เพื่อให้กฎหมายสอดคล้องกับลักษณะการกระทำชำเราตามธรรมชาติ รวมทั้งเพิ่มความคุ้มครองให้กับบุคคล ซึ่งถูกกระทำทางเพศมากยิ่งขึ้น เช่น เด็ก ผู้อยู่ใต้อำนาจของผู้กระทำ หรือผู้ที่ไม่สามารถปกป้องตนเองได้

ดังนั้น เรื่องการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศมีการเปลี่ยนแปลงจากกฎหมายเดิมค่อนข้างมาก ในบทนี้ผู้ศึกษาจึงมีความจำเป็นที่จะต้องศึกษาถึงความผิดเกี่ยวกับเพศต่อผู้บังคับบัญชาตามกฎหมายไทยที่เกี่ยวข้อง โดยในประการแรกจะต้องศึกษาประมวลกฎหมายอาญาแก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ.2562 ว่ามีคำนิยามใดบ้างที่มีความหมายเปลี่ยนแปลงไป เหมาะสมตามเจตนารมณ์ของกฎหมายที่แท้จริงหรือไม่ และการบัญญัติบทลงโทษตรงตามหลักความได้สัดส่วนหรือไม่ อีกทั้งการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศใดบ้างที่กฎหมายบัญญัติว่าสามารถขอมความกันได้ รวมถึงศึกษาพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ.2551 และกฎ ก.พ. ว่าด้วยการกระทำอันเป็นการล่วงละเมิดหรือคุกคามทางเพศ พ.ศ.2553 ซึ่งจะช่วยให้เห็นถึงการกระทำผิดเกี่ยวกับเพศต่อผู้ได้บังคับบัญชาหรือลูกจ้าง มีกฎหมายพิเศษบัญญัติความผิดไว้อย่างไร สุดท้ายนี้จำเป็นต้องศึกษากฎหมายต่างประเทศด้วยเช่นกัน เพราะความผิดเกี่ยวกับเพศของแต่ละประเทศ มีความแตกต่างกัน ซึ่งแต่ละประเทศต่างบัญญัติกฎหมายให้เหมาะสมกับสภาพปัญหาและครอบคลุมทุกพฤติกรรมการกระทำความผิด และกำหนดบทลงโทษให้มีประสิทธิภาพมากที่สุด โดยจะศึกษาลักษณะการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศและบทลงโทษของประเทศสหรัฐอเมริกา สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี และสาธารณรัฐฝรั่งเศส ว่ามีความเหมือนหรือแตกต่างกับประเทศไทยอย่างไร

3.1 กฎหมายไทย

3.1.1 ประมวลกฎหมายอาญา แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ.2562

การกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศตามประมวลกฎหมายอาญาถูกบัญญัติเป็นความผิดตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบันและมีการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายหลายครั้ง จนกระทั่งปีพุทธศักราช 2562 มีการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา ภาค 2 ความผิดเกี่ยวกับเพศค่อนข้างมาก ไม่ว่าจะเป็นการกำหนดคำนิยามคำว่า “กระทำชำเรา” ใหม่ และการกำหนดบทลงโทษในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ตามมาตรา 276 ให้เท่ากับบทลงโทษในความผิดฐานกระทำอนาจารอันเป็นเหตุฉกรรจ์ ตามมาตรา 278 วรรคสอง นอกจากนี้ยังมีการแก้ไขเรื่องการยอมความในความผิดเกี่ยวกับเพศใหม่ อีกทั้งปัจจุบันยังไม่มีการบัญญัติความหมายคำนิยามของการกระทำอนาจารกับการคุกคามทางเพศไว้เฉพาะ ทำให้การบังคับใช้กฎหมายอาจคาดเคลื่อนไม่ตรงตามเจตนารมณ์ของกฎหมายได้

3.1.1.1 กระทำชำเรา

ก่อนที่จะมีแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2562 กรณีผู้กระทำใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำ “กระทำกับ” อวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น โดยที่ผู้กระทำมีจุดประสงค์เพื่อสนองความใคร่ จะถือว่าเป็นผู้กระทำความผิดฐานกระทำชำเรา และหากเป็นกรณีที่ผู้กระทำใช้สิ่งอื่นใดที่ไม่ใช่อวัยวะเพศ “กระทำกับ” อวัยวะเพศหรือทวารหนักของบุคคลอื่น โดยมีจุดประสงค์เพื่อสนองความใคร่เช่นกัน ก็จะถือว่าเป็นผู้กระทำความผิดฐานกระทำชำเราเช่นกัน¹ แต่เมื่อหลังจากมีการแก้ไขครั้งที่สี่ โดยมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 27) พ.ศ. 2562 ทำให้การกระทำดังกล่าวถือว่าเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราอีกต่อไป แต่เป็นเพียงความผิดฐานกระทำอนาจารเท่านั้น ตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 278 วรรคสอง

ปัจจุบันได้บัญญัติความหมายของคำนิยามคำว่า “กระทำชำเรา” ใหม่ โดยมีการกำหนดความหมายไว้เฉพาะในมาตรา 1(18) โดยให้หมายความว่า “การกระทำใดเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ จะถือว่าเป็นการกระทำชำเราก็คือต่อเมื่อเป็นการกระทำโดยใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำ “ล่วงล้ำ” อวัยวะเพศอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้กระทำเท่านั้น”²

ดังนั้น ทำให้เห็นว่า มีการเปลี่ยนแปลงความหมายของการกระทำชำเรา จากเดิมค่อนข้างมาก จากเดิมผู้กระทำใช้อวัยวะเพศ “กระทำกับ” อวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่นก็เป็นความผิดฐานกระทำชำเราโดยสำเร็จแล้ว และเช่นเดียวกันหากเป็นกรณี

¹ ประมวลกฎหมายอาญาแก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ.2550. มาตรา 276 วรรคสอง.

² ประมวลกฎหมายอาญาแก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ.2562. มาตรา 1 (18).

ที่ผู้กระทำ ใช้สิ่งของอื่นใดที่ไม่ใช่อวัยวะเพศ “กระทำกับ” อวัยวะเพศ หรือทวารหนักผู้อื่นก็ถือว่าเป็นความผิดสำเร็จแล้ว แต่ปัจจุบันไม่เป็นความผิดฐานกระทำชำเราอีกต่อไป เพราะหากจะเป็นความผิดฐานกระทำชำเรา จะต้องเป็นการกระทำตามมาตรา 1(18) เท่านั้น จึงจะถือว่าเป็นความผิดฐานกระทำชำเรา

เมื่อแต่เดิมใช้คำว่า “กระทำกับ” ในความหมายของคำว่ากระทำชำเรา แต่ปัจจุบันมีการแก้ไขเพิ่มเติม โดยเปลี่ยนใช้คำว่า “ล่วงล้ำ” แทน ทำให้ความหมายของการกระทำชำเรามีความหมายที่แคบลง หากการกระทำใดที่ผู้กระทำไม่ได้ใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำ “ล่วงล้ำ” อวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น ก็จะถือว่าเป็นความผิดฐานกระทำชำเราอีกต่อไป คงเป็นเพียงความผิดฐานกระทำอนาจารเท่านั้น

การกระทำชำเรา หมายความว่า การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ โดยใช้อวัยวะเพศชายล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศหญิง³ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่นตามความหมายนี้ต้องใช้อวัยวะเพศเท่านั้น และจะสำเร็จก็ต่อเมื่อมีการล่วงล้ำหรือสอดใส่ (penetration) อวัยวะเพศเข้าไปในอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น⁴ หรืออาจขยายไปถึง การใช้ปากอมอวัยวะเพศชาย เป็นการล่วงล้ำอย่างหนึ่ง⁵ จึงเป็นประเด็นที่ต้องพิจารณาว่าหากเป็นกรณีที่ใช้นิ้วสอดใส่เข้าไปในอวัยวะเพศของผู้เสียหาย⁶ ก็ดี การใช้ลิ้นเลียอวัยวะเพศหญิงก็ดี การกระทำดังกล่าวปัจจุบันคงเป็นความผิดฐานกระทำอนาจารเท่านั้น

การกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามมาตรา 276 จึงสามารถแยกองค์ประกอบความผิด ได้ดังนี้

องค์ประกอบภายนอก คือการข่มขืนผู้หญิงโดยวิธีการอย่างหนึ่งอย่างใด ซึ่ง “ข่มขืน” หมายถึง การใช้กำลังบังคับให้ผู้อื่นกระทำตามที่ผู้กระทำต้องการ โดยที่ฝ่ายผู้ถูกกระทำไม่ได้ยินยอมหรือมีความสมัครใจ ฉะนั้นความยินยอมของผู้ถูกกระทำจึงเป็นสาระสำคัญของความผิดฐานนี้ เพราะถ้าหากผู้กระทำยินยอมก็จะไม่เป็นการข่มขืน แต่หากยินยอมแบบไม่สมัครใจจะไม่ถือว่าอยู่ในฐานะยินยอม ประมวลกฎหมายอาญาไม่มีการบัญญัติความหมายของคำว่า “ยินยอม” แต่พระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี รัตนโกสินทร์ศก 118⁷ มาตรา 3 ได้มีการบัญญัติว่า “ชายจะผิดข่มขืนกระทำชำเราหญิงนั้นต้องมี การข่มขืน โดยใช้กำลังหรืออำนาจบังคับเอาเกิดขึ้น” โดยวิธีดังต่อไปนี้

³ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 878/2491.

⁴ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4164/2555.

⁵ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6323/2557.

⁶ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5828/2558.

⁷ พระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี รัตนโกสินทร์ศก 118. มาตรา 3.

- 1) โดยขู่เชิญด้วยประการ
- 2) โดยใช้กำลังประทุษร้าย
- 3) โดยฝ่ายผู้ถูกระทำอยู่ในภาวะไม่สามารถขัดขืนได้
- 4) โดยทำให้เข้าใจผิดว่าผู้กระทำเป็นบุคคลอื่น

โดยขู่เชิญด้วยประการใดๆ คำว่า “ขู่เชิญ” หมายความว่า ทำให้กลัวว่าจะได้รับอันตรายในอนาคต อาจจะทำต่อบุคคลใดบุคคลหนึ่ง หรือขู่ว่าจะทำให้ทรัพย์สินเสียหาย โดยประมวลกฎหมายหมายอาญาไม่ได้กำหนดความหมายของคำนิยาม คำว่า “ขู่เชิญ” ไว้ และไม่มีการจำกัดวิธีที่กระทำการขู่เชิญ อาจจะทำด้วยวาจา ใช้อาวุธ หรือแสดงกิริยาท่าทาง ประกอบ ทำให้ผู้ถูกระทำเชื่อว่าหากไม่ยินยอมจะเกิดอันตรายกับตนเอง เช่น ฝ่ายชายขอร่วมประเวณีกับฝ่ายหญิง แต่ฝ่ายหญิงไม่ให้ร่วมประเวณี ฝ่ายชายเลยยิงสุนัขที่อยู่ข้างๆตาย แล้วขอร่วมประเวณีกับหญิงอีกครั้ง ท่าทางขึงขังของชายทำให้หญิงต้องคำนึงว่าหากไม่ยอมจะถูกยิงตายเหมือนสุนัข หรืออาจจะเป็นกรณีขู่เชิญจะทำอันตราย กับบุคคลอื่นที่มีความผูกพันกับผู้ถูกระทำ เช่น การขู่เชิญฝ่ายหญิงให้ยอมชำเรากับตน ถ้าไม่ยอมจะฆ่าบิดาของฝ่ายหญิง ฝ่ายหญิงกลัวบิดาตนจะได้รับอันตรายจึงยอม เช่นนี้ถือว่าเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา⁸ แต่ถ้านางสาว ข ยอมให้นาย ข กระทำชำเรา แล้วยอมให้นาย ค กระทำชำเราซ้ำอีก เพื่อให้นาย ค ปิดปากไม่ให้เปิดเผยความลับให้เรื่องอื้อฉาว นาย ข และ นาย ค ไม่มีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา

โดยใช้กำลังประทุษร้าย

ประมวลกฎหมายอาญามีการกำหนดคำนิยาม ไว้ในมาตรา 1(6) ให้ความหมายว่า ทำการประทุษร้ายแก่กายหรือจิตใจของบุคคล ไม่ว่าจะทำด้วยใช้แรงกายภาพหรือด้วยวิธีอื่นใด และให้ความหมายรวมถึงการกระทำใด ซึ่งเป็นเหตุให้บุคคลหนึ่งบุคคลใดอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ไม่ว่าจะโดยการใส่ยาทำให้มึนเมา สะกดจิต หรือใช้วิธีอื่นใดอันคล้ายคลึงกัน กรณีดังกล่าวไม่รวมถึงการกระทำแก่เสรีภาพ ชื่อเสียงหรือทรัพย์สิน⁹

โดยฝ่ายผู้ถูกระทำไม่สามารถขัดขืนได้

ภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หมายถึง สภาพที่ไม่สามารถป้องกันหรือขัดขืนหรือหลีกเลี่ยงได้ อาจเกิดได้หลายกรณี เช่น การให้อยู่ในอิทธิพลของผู้กระทำ เช่น จูดเข้าไปในป่า หรือในที่ที่ไม่มีใครนอกจากผู้กระทำ ทำให้ผู้ถูกระทำไม่มีทางได้รับความช่วยเหลือหรือสามารถขัดขืนได้ จึงต้องยอมผู้กระทำ¹⁰ หรือจะเป็นกรณีที่ถูกระทำมีหลายคน ผู้ถูกระทำจึงไม่สามารถ

⁸ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 638/2536.

⁹ ประมวลกฎหมายอาญา. มาตรา 1 (6).

¹⁰ คำพิพากษาศาลฎีกา 143/2456.

ที่จะขัดขึ้นได้¹¹ หรือเป็นกรณีที่ถูกกระทำ ซ็อก อ่อนเพลีย หมดกำลัง เมาสุรา หมดสติ ถูกมัด และรวมไปถึงกรณีที่ถูกกระทำเป็นคนวิกลจริต ปัญญาอ่อน

โดยทำให้เข้าใจผิดว่าผู้กระทำเป็นบุคคลอื่น

เป็นการทำให้ผู้ถูกกระทำสำคัญผิดในตัวบุคคล เป็นคนละคนกัน ไม่ใช่สำคัญผิดเพียงคุณสมบัติเท่านั้น โดยมากเป็นเรื่องที่ทำให้เข้าใจผิดว่าเป็นสามีหรือภรรยาของตน¹² หรืออาจจะรวมไปถึงการทำให้เข้าใจผิดว่าเป็นคนที่รักหรือชอบ หรือแม้แต่อาจจะทำให้เข้าใจผิดคิดว่าเป็นบุคคลที่เคยร่วมหลับนอน

กรณีผู้ถูกกระทำอายุมากกว่า 15 ปี และรู้ดีว่าการกระทำนั้นเป็นการกระทำชำเรา หากไม่ได้มีการประทุษร้าย หรือทำให้ตกอยู่ในภาวะไม่สามารถขัดขึ้นได้ จะต้องถือว่าผู้ถูกกระทำนั้นยินยอมให้กระทำชำเราแล้ว แม้จะเชื่อว่าการกระทำดังกล่าวจะเป็นการกระทำเพื่อสะเดาะเคราะห์ก็ตาม¹³ นำไปสู่การกระทำที่ยินยอมโดยสมัครใจก็จะทำให้ผู้ข่มขืนกระทำชำเราไม่มีความผิด

หากเป็นกรณีชายกระทำกับชายด้วยกันต้องเป็นการใช้อวัยวะเพศของชาย “ล้วงล้าหรือสอดใส่” เข้าไปในทวารหนักหรือช่องปากของชายผู้ถูกกระทำ และหากเป็นกรณีหญิงกระทำกับชายต้องเป็นการใช้อวัยวะเพศชายผู้ถูกกระทำ “ล้วงล้า” เข้าไปในอวัยวะเพศหญิงที่เป็นผู้กระทำ และการที่จำเลยได้ถอด ปล้า กระทำอนาจาร และกระทำชำเราผู้เสียหายแต่ยังไม่สำเร็จ ความใคร่ จำเลยบังคับให้ผู้เสียหายใช้ปากอมอวัยวะเพศของจำเลยจนสำเร็จความใคร่ การกระทำความผิดดังกล่าวจะเป็นทั้งความผิดฐานกระทำอนาจารและเป็นทั้งการกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา นำไปสู่การกระทำผิดฐานอนาจารเคลื่อนกลับไปกับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา¹⁴

ปัจจุบันหลังจากมีการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญาในปี พ.ศ. 2562 ก็ยังคงยึดองค์ประกอบความผิดเดิม ตามที่กล่าวมาแล้วข้างต้น ทำให้เห็นว่า องค์ประกอบความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบันไม่มีการเปลี่ยนแปลง ต่างกับการกำหนดความหมายของคำนิยามคำว่า “กระทำชำเรา” ที่เปลี่ยนแปลงไป ทำให้ผู้ที่กระทำผิดอาจจะถูกลงโทษในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราน้อยลง เพราะหากการกระทำนั้นไม่เป็นไปตามความหมายของคำว่า “กระทำชำเรา” ในมาตรา 1(18) ก็จะถือว่าไม่ใช่การกระทำชำเรา และไม่มีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ตามมาตรา 276

¹¹ คำพิพากษาฎีกาที่ 271/2475.

¹² คำพิพากษาฎีกาที่ 2382/2522.

¹³ คำพิพากษาฎีกา ที่ 313/2528.

¹⁴ คำพิพากษาฎีกาที่ 4083/2548.

พจนานุกรมราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554 ให้หมายความของคำว่า “ชำเรา” คือ ล้วงเข้าไป, เช่น ชายโฉบ่มขืนภริยาท่านถึงชำเรา ให้ใหม่โดยประณมผิคมเยยทวิคุณ ถ้ำ่มขืนมิได้ถึงชำเรา ให้ใหม่โดยปรณมผิคมเยย (สามดวง พระโอยการลักษณผ้วเมย) หรือ การกระทำ เพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำโดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น หรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น¹⁵ ทำให้เห็นว่าพจนานุกรมราชบัณฑิตยสถานยังไม่มีการแก้ไขความหมายของคำว่า “กระทำชำเรา” ตามประมวลกฎหมายอาญา และมีศาลฎีกาได้เคยวินิจฉัยว่าของลับของจำเลยได้เข้าไปในช่องลับของผู้เสียหาย ราว 1 องคุลี ก็ถือได้ว่าเป็นการกระทำชำเราสำเร็จแล้ว¹⁶ แต่หากเป็นกรณีการใช้อวัยวะสืบพันธุ์ของจำเลยเพียงจรด อยู่บริเวณปากช่องคลอดของผู้เสียหาย ไม่ได้ล้วงล้าเข้าไปในช่องคลอด จำเลยถือว่ามีความผิดฐานพยายามข่มขืนกระทำชำเราเท่านั้น¹⁷ ดังนั้นสิ่งสำคัญของการกระทำชำเราอยู่ที่ว่าอวัยวะเพศชาย “ล้วงล้า” เข้าไปในช่องคลอดของฝ่ายหญิง หรือ เยื่อพรหมจารีของเพศหญิงได้มีการฉีกขาดหรือไม่ โดยไม่ต้องคำนึงถึงน้ำอสุจิออกมา จึงจะต้องพิสูจน์เพียงว่าอวัยวะเพศชายได้ผ่านเข้าไปในอวัยวะเพศหญิง แต่ไม่จำเป็นที่ต้องพิสูจน์ถึงการหลั่งน้ำอสุจิ หากอวัยวะเพศชายล้วงล้าเข้าไปในช่องทวารหนักไม่ได้ “ล้วงล้า” เข้าไปในอวัยวะเพศหญิง ก็ไม่ถือได้ว่าเป็นการกระทำชำเรา¹⁸ แต่ในปัจจุบันหากเป็นการ “ล้วงล้า” เข้าไปในอวัยวะเพศ ช่องทวารหนักหรือช่องปากของผู้เสียหายจึงถือว่าเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ซึ่งในอดีตการข่มขืนกระทำชำเรากรรยาของตนเอง ไม่ใช่การกระทำที่ผิดกฎหมายเพราะกฎหมายห้ามเพียงไม่ให้ข่มขืนกระทำชำเราหญิงที่ไม่ใช่กรรยาของตนเอง แต่ปัจจุบันการข่มขืนกระทำชำเรากรรยาตนเองก็ถือว่าเป็นความผิดฐานกระทำชำเราเช่นเดียวกัน

องค์ประกอบภายใน คือ เจตนา ผู้กระทำจะต้องมีเจตนาในการกระทำ ซึ่งตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59 บัญญัติว่า “บุคคลจะต้องรับผิดชอบในทางอาญาก็ต่อเมื่อได้กระทำโดยเจตนา...” การกระทำผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ไม่สามารถเกิดขึ้นจากการประมาทหรือไม่เจตนาได้ ผู้กระทำต้องการที่จะข่มขืนกระทำชำเราโดยฝ่าฝืนความสมัครใจของอีกฝ่าย (Against her will) การกระทำดังกล่าวจะต้องเป็นการกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำเอง ไม่ใช่กระทำเพื่อความสนุกสนาน หรือกระทำเพื่อเจตนาทำร้ายร่างกาย¹⁹

¹⁵ พจนานุกรมราชบัณฑิตยสถาน. (2554). *ความหมายคำว่าชำเรา*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <http://www.royin.go.th/dictionary/>

¹⁶ คำพิพากษาฎีกาที่ 1133/2509.

¹⁷ คำพิพากษาฎีกาที่ 85/2504.

¹⁸ คำพิพากษาฎีกาที่ 1048/2508.

¹⁹ บุญเพราะ แสงเทียน. (2543). *กฎหมายอาญา 3 ภาคความผิดและภาคกฎหมายแนวประยุกต์*. กรุงเทพฯ: วิทยพัฒน์. หน้า 13-14.

การพยายามข่มขืนกระทำชำเรา ผู้กระทำจะต้องใช้วิยะเพศของตนเอง กระทำในลักษณะใกล้ชิดพร้อมที่จะใช้วิยะเพศสอดใส่กับวิยะเพศของผู้ถูกระทำ การกระทำ เพียงแค่การนอนกอด หรือปลดกระดุมกางเกงและขึ้นคร่อมหน้าอกผู้หญิง ถือว่ายังไม่เป็นความผิดฐานพยายามข่มขืนกระทำชำเรา²⁰ หรือกรณีจับผู้หญิงไว้ไม่ให้ดิ้น นั่งคร่อมตรงท้องน้อยของผู้หญิง แต่ทั้งฝ่ายหญิงและฝ่ายชายยังนั่งกางเกงในอยู่ การกระทำความดังกล่าวก็ยังไม่ถือว่าเป็นความผิดฐานพยายามข่มขืนกระทำชำเรา²¹ หรือเป็นกรณีที่ว่าผู้กระทำใช้แรงกาย บังคับจุดกระชากลากตัว ผู้เสียหายเข้าไปในห้องน้ำ และล็อกประตูห้องน้ำ ถอดกางเกงชั้นนอกและกางเกงในของผู้ถูกระทำออก แล้วจับนมและวิยะเพศของผู้เสียหายซึ่งถือเป็นการกระทำลามลามผู้ถูกระทำแล้ว แต่ผู้กระทำ เพียงแต่ยังไม่ได้อัดกางเกงของตนเองที่สวมใส่ถอด การกระทำความดังกล่าวถือว่ายังไม่ถึงขั้นพยายาม ใช้วิยะเพศของตนเองสอดใส่หรือล่วงล้ำเข้าไปในวิยะเพศของผู้ถูกระทำ จึงถือว่าลักษณะ การกระทำความผิดของผู้กระทำเป็นลักษณะที่ไม่อยู่ในวิสัยที่จะกระทำการข่มขืนกระทำชำเรา ผู้ถูกระทำตามบทบัญญัติกฎหมายดังกล่าวได้ การกระทำความผิดดังกล่าวคงเป็นเพียงความผิดฐานกระทำอนาจารผู้เสียหายเป็นเหตุให้ได้รับอันตรายสาหัส ยังไม่ถือว่าเป็นความผิดฐานพยายามข่มขืนกระทำชำเราผู้เสียหายเป็นเหตุให้ผู้ถูกระทำได้รับอันตรายสาหัส²²

ศาสตราจารย์ ดร.ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ ได้เขียนถึงคำพิพากษาฎีกา ที่ 6816/2554 ว่าศาลฎีกาได้ตีความแคบเกินไปเพราะความผิดฐานนี้เริ่มตั้งแต่บังคับข่มขืนใจแล้ว ทำนองเดียวกับความผิดฐานชิงทรัพย์ซึ่งเมื่อมีการข่มขู่จะเอาทรัพย์ ศาลก็จะถือว่าพยายามชิงทรัพย์ แล้ว ข้อเท็จจริงของคำพิพากษาฎีกาดังกล่าวผู้กระทำก็ได้ใช้กำลังประทุษร้ายเพื่อที่จะกระทำชำเรา ผู้ถูกระทำอยู่แล้ว มีการกระทำความผิดหนึ่งกรรมใดของความผิดฐานนี้แล้ว ข้อเท็จจริงดังกล่าว ศาลจึงควรพิพากษาว่าการกระทำของผู้กระทำเป็นการลงมือกระทำความผิดเป็นพยายาม ข่มขืนกระทำชำเราไม่ใช่เพียงการกระทำความผิดฐานกระทำอนาจาร²³

ถึงกระนั้นศาลฎีกาได้เคยวินิจฉัยถึงหลักเกณฑ์ว่าการกระทำใดบ้างจะถือว่าเป็นการกระทำชำเรา โดยมีหลักเกณฑ์ดังนี้ ประการแรก “ชาย” กระทำต่อ “หญิง” ต้องเป็นการใช้วิยะเพศของชายล่วงล้ำหรือสอดใส่เข้าไปในวิยะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของหญิง หรือประการที่สอง “ชาย” กระทำต่อ “ชาย” ด้วยกัน ต้องเป็นการใช้วิยะเพศของชายผู้กระทำ ล่วงล้ำหรือสอดใส่เข้าไปในทวารหนัก หรือช่องปากของชายผู้ถูกระทำ หรือประการที่สาม “หญิง” กระทำต่อ “ชาย”

²⁰ คำพิพากษาฎีกา 1740/2497.

²¹ คำพิพากษาฎีกาที่ 2268/2529.

²² คำพิพากษาฎีกาที่ 6816/2554.

²³ ศาสตราจารย์ ดร.ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ. (2562). *ประมวลกฎหมายอาญา ฉบับอ้างอิง* (พิมพ์ครั้งที่ 42). หน้า 466.

ต้องเป็นกรณีให้อวัยวะเพศของชายล่วงล้ำหรือสอดใส่เข้าไปในอวัยวะเพศของหญิง²⁴ จะทำให้เห็นว่า จากคำวินิจฉัยของศาลฎีกาที่วางหลักเกณฑ์ของความผิดฐานกระทำชำเราไว้ นำไปสู่การแก้ไข ความหมายคำนิยาม “กระทำชำเรา” จากเดิมเป็น “กระทำกับ” เปลี่ยนเป็น “ล่วงล้ำ” แทน แต่ถึงอย่างไร แล้ว เมื่อวิเคราะห์ดูคำในคำบทกฎหมาย มาตรา 1(18) จะเห็นว่า ความหมายของคำว่ากระทำชำเรานั้น หากเป็นกรณีที่ผู้กระทำเป็นผู้หญิง และผู้ถูกกระทำเป็นผู้ชาย อวัยวะเพศหญิงก็ยังคงไม่สามารถที่จะล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของเพศชายได้อยู่ดี จึงมีเพียงคำพิพากษาศาลฎีกา ที่วางหลักไว้เท่านั้น และเช่นเดียวกันประการที่สี่ “หญิง” กระทำกับ “หญิง” โดยหญิงซึ่งเป็นผู้กระทำ ไม่อาจใช้อวัยวะเพศของตนเอง “ล่วงล้ำ” อวัยวะเพศหญิงซึ่งเป็นผู้ถูกกระทำได้ และประการที่สี่นี้ ยังคงไม่มีคำพิพากษาศาลฎีกาวางหลักไว้เลยว่าผู้กระทำ จะมีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราอย่างไร ย่อมก่อให้เกิดประเด็นปัญหาในเรื่องขอบเขตการกระทำชำเรา เพราะปัจจุบันพบปัญหาของการกระทำชำเราในทุกเพศ ไม่ว่าจะเพศอะไรกฎหมายจะต้องให้สิทธิ และความคุ้มครองเท่าเทียมกัน

3.1.1.2 กระทำอนาจาร

ประมวลกฎหมายอาญาไม่มีการบัญญัติความหมายของคำนิยามคำว่า “กระทำอนาจาร” ไว้โดยเฉพาะ แตกต่างกับคำนิยามคำว่า “กระทำชำเรา” ที่มีการกำหนดความหมายไว้อย่างชัดเจนในมาตรา 1(18) ซึ่งประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 278 บัญญัติเพียงว่าหากผู้ใดกระทำอนาจาร กับบุคคลอายุมากกว่าสิบห้าปีขึ้นไป โดยที่กระทำการขู่เข็ญด้วยวิธีใด ๆ ก็ตามว่าจะใช้กำลังประทุษร้าย โดยผู้ถูกกระทำไม่สามารถขัดขืนได้ หรือทำให้ผู้ถูกกระทำเข้าใจผิดคิดว่าผู้กระทำเป็นบุคคลอื่น เท่านั้น²⁵ นำไปสู่ประเด็นที่ว่า คำนิยามคำว่า “อนาจาร” มีลักษณะหรือขอบเขตการกระทำผิดเป็นอย่างไร เมื่อไม่ได้มีการบัญญัติความหมายไว้เฉพาะอย่างการกระทำชำเราย่อมทำให้เป็นปัญหาในการตีความกฎหมายอาญาจะไม่ตรงตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย และก่อนที่มีการแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2562 กรณีผู้กระทำใช้สิ่งอื่นใด “กระทำกับ” อวัยวะเพศ ทวารหนัก ของผู้อื่น โดยมีเจตนาเพื่อสนองความใคร่ จะถือว่าผู้กระทำมีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา แต่ปัจจุบันหลังจากที่มีการแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ.2562 การกระทำความผิดดังกล่าว จะถือว่าผู้กระทำมีความผิดเพียงกระทำอนาจารตามมาตรา 278 วรรคแรกเท่านั้น และหากเป็นกรณีที่ผู้กระทำใช้วัตถุหรืออวัยวะอื่นซึ่งไม่ใช่อวัยวะเพศ “ล่วงล้ำ” อวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น²⁶ จะถือว่าความผิดฐานกระทำอนาจารที่เป็นเหตุฉกรรจ์ ตามมาตรา 278 วรรคสอง ซึ่งต้องรับโทษหนักขึ้น และจะรับโทษในความผิดฐานใด พิจารณาเพียงว่าการกระทำนั้นได้ล่วงล้ำอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้กระทำแล้วหรือไม่

²⁴ คำพิพากษาศาลฎีกา ที่ 6323/2557

²⁵ ประมวลกฎหมายอาญา, มาตรา 278.

²⁶ ประมวลกฎหมายอาญาแก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ.2562 มาตรา 278 วรรคสอง.

เมื่อดูตามตัวบทกฎหมายของประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 278 ทำให้เห็นว่าหากผู้ถูกระทำยินยอมแล้วผู้กระทำย่อมไม่มีความผิดฐานกระทำอนาจาร เพราะเท่ากับว่าการกระทำอนาจาร เกิดจากความเต็มใจของผู้ถูกระทำไม่ได้เกิดจากความจำยอมเพราะถูกทำให้กลัว หรือใช้กำลังประทุษร้าย หรืออยู่ในภาวะที่ไม่อาจขัดขืนได้²⁷

พจนานุกรมราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554 ให้ความหมายคำว่า “อนาจาร” คือการที่ประพฤติชั่ว นำอับอาย ลามก บัณฑิต เป็นที่น่ารังเกียจแก่ผู้อื่นในด้านความดีงาม²⁸ เท่านั้น จะเห็นว่าการให้ความหมายของการกระทำอนาจาร เป็นการให้ความหมายอย่างกว้าง และไม่มีการกำหนดขอบเขตการกระทำผิดไว้เช่นเดียวกับประมวลกฎหมายอาญา ต่างจากคำว่า “ชำเรา” ตามพจนานุกรมฯ ที่กำหนดขอบเขตการกระทำไว้อย่างชัดเจน คือ จะต้องมีการล่วงเข้าไป และคำว่า “อนาจาร” เป็นชื่อฐานความผิดอาญาฐานหนึ่ง เป็นการกระทำใดอันควรขายหน้าต่อหน้าธารกำนัล โดยเปลือยหรือเปิดเผยร่างกาย หรือกระทำการลามกอย่างอื่น ซึ่งศาสตราจารย์จิติ ดิงศกัทธิย์²⁹ และรองศาสตราจารย์ประสิทธิ์ จงวิจิต³⁰ ได้มีการให้ความหมายของคำว่า “อนาจาร” เอาไว้ในลักษณะเดียวกันว่า การกระทำในทางความใคร่ให้อับอายในทางเพศ ดังนี้จึงจะสรุปได้ว่า “อนาจาร” หมายถึง การกระทำที่ก่อให้เกิดความอับอายขายหน้าหรือการกระทำ ที่ไม่สมควรในทางเพศ หรือทางศีลธรรม อย่างไรก็ดีต้องปรากฏว่าเป็นการกระทำต่อร่างกายโดยตรง ไม่ว่าจะเป็นการกระทำต่อเนื้อตัวของร่างกายผู้ถูกระทำหรือผู้กระทำก็ตาม เช่น ผู้กระทำให้ผู้ที่ถูกกระทำถืออวัยวะเพศของตนเอง การกระทำดังกล่าวก็จะถือว่าเป็นการกระทำอนาจารตามความหมายนี้ได้แล้ว

ศาลฎีกาได้เคยวินิจฉัยและตีความคำว่า “กระทำอนาจาร” ไว้ โดยให้ความหมายว่าเป็น “การกระทำใดที่ไม่สมควรในทางเพศ”³¹ ทั้งนี้ “ต้องเป็นการกระทำต่อเนื้อตัวร่างกายของผู้ถูกระทำ” เท่านั้น หากไม่ได้เป็นการกระทำต่อเนื้อตัวร่างกายของผู้ถูกระทำ เช่น การกล่าวถ้อยคำ³² การเขียนภาพ ก็จะไม่เป็นการกระทำอนาจารแต่อย่างใด อย่างไรก็ดีเมื่อปี พ.ศ. 2558 ศาลฎีกาได้มีคำพิพากษาที่ 12983/2558 โดยได้มีการวินิจฉัยในประเด็นที่ว่า การที่จำเลยได้ใช้กล้องบันทึกภาพแอบถ่ายได้กระโปรงของผู้เสียหายในระยะใกล้ชิด แม้จำเลย

²⁷ บุญเพราะ แสงเทียน. อ่างแล้วเชิงอรุณที่ 19. หน้า 54-55.

²⁸ พจนานุกรมราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ.2554. *ความหมายคำว่าอนาจาร*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <http://www.royin.go.th/dictionary/>

²⁹ จิติ ดิงศกัทธิย์. (2548). *กฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 1* (พิมพ์ครั้งที่ 8). กรุงเทพฯ: เนติบัณฑิตยสภา. หน้า 757.

³⁰ ประสิทธิ์ จงวิจิต. (2546). *กฎหมายอาญา 2*. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง. หน้า 742.

³¹ คำพิพากษาศาลฎีกา ที่ 4024/2534. คำพิพากษาศาลฎีกา ที่ 1627/2539. และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4836/2547.

³² คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2858/2540.

จะมีได้สัมผัสต่อเนื่องตัวร่างกายของผู้เสียหายโดยตรงถือว่าการกระทำดังกล่าวนั้นเป็นความผิดฐานกระทำอนาจารแล้ว ซึ่งศาลมีแนวคิดว่าการกระทำดังกล่าว ทำให้ผู้เสียหายรู้สึกสะเทือนใจ อับอายขายหน้า เป็นการกระทำที่ถือว่าเป็นการประทุษร้ายแก่จิตใจผู้เสียหายแล้ว³³

ปัจจุบันมีนักนิติศาสตร์ของประเทศไทยที่ได้ตีความคำว่า “กระทำอนาจาร” ออกเป็น 2 แนวความคิด โดยแนวความคิดแรก ตีความคำว่า “กระทำอนาจาร” ว่า การกระทำนั้น จำเป็นต้องกระทำต่อเนื่องตัวร่างกายของผู้ถูกระทำ ส่วนแนวความคิดที่สองตีความคำว่ากระทำอนาจารว่าไม่จำเป็นที่จะต้องกระทำต่อเนื่องตัวร่างกายของผู้ถูกระทำแต่อย่างใด ก็เป็นความผิดฐานกระทำอนาจารได้

เมื่อพิจารณาองค์ประกอบความผิดฐานกระทำอนาจารในปัจจุบัน คือ ผู้ใดกระทำอนาจารโดยขู่เชิญผู้ถูกระทำด้วยประการใด ๆ ก็ตาม โดยใช้กำลังประทุษร้าย ซึ่งผู้ถูกระทำอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนผู้กระทำได้ หรือเป็นกรณีทำให้ผู้ถูกระทำเข้าใจผิดคิดว่าผู้กระทำเป็นบุคคลอื่น องค์ประกอบนี้เป็นองค์ประกอบเดิมตั้งแต่แรก³⁴ ที่เริ่มบัญญัติความผิดฐานการกระทำอนาจาร ซึ่งองค์ประกอบดังกล่าวนี้จะคล้ายกับองค์ประกอบของความผิดฐานกระทำชำเรา ตามที่กล่าวมาแล้วข้างต้น ต่างกันเพียงแค่พฤติกรรมการกระทำความผิดและวัตถุประสงค์ที่ใช้กระทำความผิด ซึ่งมีการกำหนดอายุของผู้ถูกระทำไว้ หากผู้ถูกระทำอายุต่ำกว่า 15 ปี ผู้กระทำก็จะไม่มีความผิดฐานกระทำชำเราตามมาตรา 276 หรือกระทำอนาจารตามมาตรา 278 แต่จะมีความผิดฐานกระทำชำเราเด็กตามมาตรา 277 หรือมีความผิดฐานกระทำอนาจารเด็กตามมาตรา 279 แทน ซึ่งจะต้องรับโทษหนักขึ้น และไม่ต้องพิจารณาว่าผู้ถูกระทำยินยอมหรือไม่

3.1.1.3 การคุกคามทางเพศ

ปัจจุบันความผิดฐานกระทำคุกคามทางเพศผู้อื่น ประมวลกฎหมายอาญา ได้บัญญัติไว้ในภาค 3 ความผิดลหุโทษ ซึ่งมาตรา 397 วรรคแรกเป็นการบัญญัติถึงความผิดฐานคุกคามผู้อื่นทั่วไป กล่าวคือ เป็นกรณีที่ผู้กระทำกระทำการใด ๆ ต่อผู้อื่นอันเป็นการรังแก ข่มเหงคุกคาม หรือกระทำให้ได้รับความอับอายหรือเดือดร้อนรำคาญ ซึ่งวรรคสองมีการบัญญัติความผิดฐานกระทำการคุกคามผู้อื่นอันเป็นเหตุลกรรจจำให้ต้องรับโทษหนักขึ้น ว่าหากกรณีที่ผู้กระทำได้กระทำตามมาตรา 397 วรรคหนึ่ง และการกระทำดังกล่าวได้กระทำในที่สาธารณะสถาน หรือ ต่อหน้าธารกำนัล หรือ เป็นการกระทำอันมีลักษณะส่อไปในทางล่วงเกินทางเพศ และวรรคสามมีการบัญญัติกฎหมายเพื่อคุ้มครองผู้ได้บังคับบัญชา ลูกจ้าง และผู้ที่อยู่ภายใต้อำนาจด้วยประการใด ๆ ไว้โดยเฉพาะ หากได้กระทำความผิดตามมาตรา 397 วรรคหนึ่งและวรรคสอง

³³ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 12983/2558.

³⁴ พระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2549. มาตรา 3.

แล้ว หากการกระทำนั้นอาศัยอำนาจที่ผู้กระทำมีอำนาจเหนือผู้ถูกระทำอันเนื่องมาจากมีความสัมพันธ์กับผู้ถูกระทำในฐานะที่ผู้กระทำเป็นผู้บังคับบัญชา นายจ้าง หรือผู้มีอำนาจเหนือประการอื่น จะต้องรับโทษหนักขึ้นมากกว่าวรรคหนึ่งและวรรคสอง³⁵

เหตุผลที่ทำให้มีการแก้ไขเพิ่มเติม มาตรา 397 ตามพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 22) พ.ศ.2558 เนื่องจากก่อนที่มีการแก้ไขเพิ่มเติม มาตรา 397 บัญญัติความผิดเพียงแก่กรณีการรังแก ข่มเหง หรือกระทำให้ได้รับความอับอายหรือความเดือดร้อนรำคาญในที่สาธารณะหรือต่อหน้าธารกำนัลเท่านั้น ไม่ได้ครอบคลุมถึงการกระทำในที่รโหฐาน การคุกคาม การกระทำอันมีลักษณะส่อไปในทางที่จะล่วงเกินทางเพศ และการกระทำโดยอาศัยเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจเหนือผู้ถูกระทำ ซึ่งปัจจุบันพบปัญหาการกระทำดังกล่าวเพิ่มมากขึ้น จึงควรสมควรกำหนดให้การกระทำดังกล่าวเป็นความผิดเพื่อที่จะคุ้มครองสิทธิของบุคคลไม่ให้ถูกละเมิด ทั้งบทลงโทษ “ปรับ” สำหรับความผิดลหุโทษยังไม่สอดคล้องกับสภาพเศรษฐกิจและสังคมของประเทศจึงสมควรที่จะเปลี่ยนแปลงอัตราโทษให้สอดคล้องกับสภาพการณ์ในปัจจุบันด้วย

ประมวลกฎหมายอาญาไม่มีการกำหนดความหมายของคำนิยามคำว่า “คุกคามทางเพศ” ไว้เฉพาะ พจนานุกรมศัพท์จิตวิทยาฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ.2554 ได้ให้ความหมายของคำว่า “คุกคามทางเพศ” คือ การแสดงอำนาจด้วยกริยาหรือวาจาให้หวาดกลัวในทางเพศ หรือการทำให้ผู้อื่นหวาดกลัวในทางเพศ³⁶ ทำให้เห็นว่า “การคุกคามทางเพศ” ย่อมเป็น ความผิดสำเร็จ เมื่อผู้กระทำได้ทำให้เกิดความหวาดกลัวในทางเพศต่อผู้ถูกระทำไม่ว่าการทำให้เกิดความหวาดกลัวในทางเพศจะเกิดจากการที่ผู้กระทำได้มีการสัมผัส เช่น การจับก้น จับนม หอมแก้ม หรือไม่ได้มีการสัมผัสต่อเนื้อตัวร่างกายของผู้ถูกระทำก็ตาม เช่น แอบมองผู้ถูกระทำในขณะที่เข้าห้องน้ำ การที่ผู้กระทำใช้สายตาลวนลามผู้ถูกระทำ หรือแม้แต่การกระทำสัญลักษณ์ที่สื่อแสดงให้เห็นถึงความโล่งและกามารมณ์ต่อผู้ถูกระทำ

3.1.1.4 การกำหนดโทษ

บทลงโทษความผิดเกี่ยวกับเพศฐานกระทำชำเราผู้อื่น เริ่มต้นมีผลบังคับใช้ครั้งแรกเมื่อวันที่ 1 มกราคม พ.ศ.2500 โดยผู้กระทำความผิดฐานกระทำชำเราผู้อื่นจะต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งปีถึงสิบปี และปรับตั้งแต่สองพันบาทถึงสองหมื่นบาท³⁷ ต่อมามีการแก้ไขเพิ่มเติม

³⁵ ประมวลกฎหมายอาญาแก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ.2558. มาตรา 397.

³⁶ พจนานุกรมศัพท์จิตวิทยาฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ.2554. (2556) (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ: นานมีบุ๊คส์พับลิเคชั่นส์. หน้า 262,847.

³⁷ พระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ.2499. มาตรา 3.

เฉพาะส่วนของความผิดฐานกระทำชำเราหลายครั้ง ส่วนใหญ่เป็นการแก้ไขเล็ก ๆ น้อย ๆ เท่านั้น ซึ่งมีการแก้ไขเพิ่มเติมบทลงโทษอีกครั้ง เมื่อวันที่ 7 สิงหาคม พ.ศ. 2525 บัญญัติให้ผู้กระทำความผิดฐานกระทำชำเราผู้อื่นจะต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดพันบาทถึงสี่หมื่นบาท และหลังจากนั้น ก็ใช้บทลงโทษเดิมตลอดมาจนถึงปัจจุบัน³⁸

บทลงโทษในความผิดเกี่ยวกับเพศฐานกระทำอนาจารผู้อื่น เริ่มต้นมีผลบังคับใช้ครั้งแรก เมื่อวันที่ 1 มกราคม พ.ศ. 2500 โดยผู้กระทำความผิดจะต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ ต่อมาเมื่อวันที่ 22 พฤศจิกายน พ.ศ. 2514 มีการแก้ไขบทลงโทษความผิดฐานกระทำอนาจารให้มีโทษเพิ่มขึ้น ผู้กระทำความผิดจะต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินเจ็ดปีหรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นสี่พันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ มีการแก้ไขอัตราโทษอีกครั้งเมื่อวันที่ 2 กันยายน พ.ศ. 2530 โดยเพิ่มบทลงโทษ จากเดิมจำคุกไม่เกิน “เจ็ดปี” เปลี่ยนเป็น “สิบปี” หรือจากเดิมปรับ “ไม่เกินหนึ่งหมื่นสี่พันบาท” เปลี่ยนเป็น “ไม่เกินสองหมื่นบาท” และเมื่อวันที่ 21 มีนาคม พ.ศ. 2560 ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมบทลงโทษอีกครั้ง จากเดิมบทลงโทษปรับไม่เกินสองหมื่นบาท เปลี่ยนเป็น ปรับไม่เกินสองแสนบาท ซึ่งหลังจากประมวลกฎหมายอาญาแก้ไขครั้งที่สี่ โดยมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 27) พ.ศ. 2562 บทลงโทษของการกระทำอนาจารยังคงเป็นเช่นเดิมจนถึงปัจจุบัน

ก่อนที่มีการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2562 การกระทำ ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา กรณีที่หนึ่งเป็นการใช้สิ่งอื่นใดซึ่งไม่ใช่อวัยวะเพศของผู้กระทำ “กระทำกับ” อวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น จะถือว่าผู้กระทำมีความผิดฐานกระทำชำเรา ตามมาตรา 276 และกรณีที่สองเป็นการใช้สิ่งอื่นใดซึ่งไม่ใช่อวัยวะเพศของผู้กระทำ “ล่วงล้ำ” อวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น ก็จะถือว่าผู้กระทำมีความผิดฐานกระทำชำเราตามมาตรา 276 เช่นเดียวกัน ทั้งสองกรณีผู้กระทำความผิดจะต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดพันบาทถึงสี่หมื่นบาท แต่ปัจจุบันหลังจากที่มีการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2562 กรณีที่หนึ่งจะถือว่าผู้กระทำมีความผิดฐานกระทำอนาจารตามมาตรา 278 วรรคแรกเท่านั้น ซึ่งผู้กระทำต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบปีหรือปรับไม่เกินสองแสนบาท และกรณีที่สองจะถือว่าผู้กระทำมีความผิดฐานกระทำอนาจารอันเป็นเหตุฉกรรจ์ ตามมาตรา 278 วรรคสอง โดยผู้กระทำ จะต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดพันบาทถึงสี่หมื่นบาท นำไปสู่ประเด็นที่ว่าถึงแม้กรณีที่สองตามที่กล่าวไปแล้วข้างต้น หลังจากที่มีการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา การกระทำความผิดดังกล่าวไม่ถือว่าเป็นความผิดฐานกระทำชำเราแต่เป็นความผิดฐานกระทำอนาจารแทน

³⁸ พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2525. มาตรา 3.

แต่กฎหมายยังคงบัญญัติบทลงโทษผู้กระทำความผิดฐานกระทำชำเราตามมาตรา 276 เท่ากับผู้กระทำความผิดฐานกระทำอนาจารตามมาตรา 278 วรรคสอง

บทลงโทษในความผิดเกี่ยวกับเพศฐานคุกคามทางเพศ เริ่มต้นตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม พ.ศ.2500 โดยบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 397 มีข้อความว่า “ผู้ใดในที่สาธารณะสถานหรือต่อหน้าธารกำนัล กระทำด้วยประการใด ๆ อันเป็นการรังแกหรือข่มเหงผู้อื่น หรือกระทำให้อับอายหรือเดือดร้อนรำคาญ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งเดือน หรือปรับไม่เกินหนึ่งพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”³⁹ ซึ่งก็มีการบังคับใช้เรื่อยมา จนกระทั่งวันที่ 14 กุมภาพันธ์ พ.ศ.2558 มีการแก้ไขเพิ่มเติมครั้งล่าสุดเป็นการแก้ไขครั้งใหญ่ โดยมีการบัญญัติการกระทำความผิดตามมาตรา 397 ใหม่ตามที่กล่าวมาแล้วในข้างต้น โดยวรรคแรกมีการเพิ่มเติมทั้งคำว่า “คุกคาม” ในวรรคแรก และแก้ไขบทลงโทษในวรรคแรก จากเดิมต้อง “ระวางโทษไม่เกินหนึ่งเดือน หรือปรับไม่เกินหนึ่งพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ” เปลี่ยนเป็น “ระวางโทษปรับไม่เกินห้าพันบาท” และวรรคสองผู้กระทำความผิดได้กระทำความผิดหนึ่งในที่สาธารณะสถานหรือต่อหน้าผู้อื่น หรือ การกระทำนั้นมีลักษณะไปในทางที่จะล่วงเกินทางเพศ จะต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 1 เดือน หรือ ปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท หรือ ทั้งจำทั้งปรับ และบัญญัติรวมไปถึงการกระทำความผิดหนึ่งและวรรคสองที่ผู้กระทำความผิดที่ผู้กระทำความผิดมีอำนาจเหนือผู้ถูกระทำ อันเนื่องมาจากความสัมพันธ์ในฐานะเป็นผู้บังคับบัญชา นายจ้าง หรือเป็นผู้มีอำนาจเหนือผู้ถูกระทำ ประการอื่น ๆ ตามมาตรา 397 วรรคสาม โดยผู้กระทำจะต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งเดือน ปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท ซึ่งการกระทำทุกอย่างที่กล่าวมาล้วนเป็นความผิดที่ประมวลกฎหมายอาญาบัญญัติให้อยู่ในภาค 3 ความผิดลหุโทษ

ประมวลกฎหมายอาญา ไม่มีการกำหนดความหมายหรือขอบเขตการกระทำความผิดฐาน “กระทำอนาจาร” หรือ “กระทำคุกคามทางเพศ” ไว้เฉพาะ ซึ่งความผิดฐานกระทำอนาจาร และความผิดฐานคุกคามทางเพศ มีบทลงโทษที่แตกต่างกันมาก กล่าวคือ ผู้กระทำอนาจารจะต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบปี หรือปรับไม่เกินสองแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ แต่ผู้กระทำคุกคามทางเพศจะต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งเดือน หรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ นำไปสู่ประเด็นที่ว่าหากตีความกฎหมายไม่ตรงตามเจตนารมณ์ ซึ่งผู้กระทำผิดอาจจะได้รับโทษไม่เหมาะสมกับพฤติกรรมการกระทำผิด

เมื่อประมวลกฎหมายอาญามีการเพิ่มเติมบุคคลที่กฎหมายต้องการที่จะคุ้มครองเป็นพิเศษไว้ในมาตรา 285 โดยก่อนที่มีการแก้ไขครั้งที่สองโดยมาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 27) พ.ศ.2562 ได้มีการบัญญัติ

³⁹ ประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ.2499. มาตรา 397.

คุ้มครองบุคคลเป็นพิเศษเพียงแก่ผู้สืบสันดาน ศิษย์ซึ่งอยู่ในความดูแล ผู้อยู่ในความควบคุม ตามหน้าที่ราชการ หรือผู้อยู่ในความปกครอง ในความพิทักษ์ หรือในความอนุบาลเท่านั้น แต่ปัจจุบันสังคมมีการเปลี่ยนแปลงไปมาก รวมถึงปัญหาการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศนับวัน ยิ่งทวีความรุนแรง และมีการกระทำความผิดที่ซับซ้อนมากขึ้น ทำให้ต้องบัญญัติกฎหมายเพื่อคุ้มครอง บุคคลที่เสี่ยง ต่อการตกเป็นผู้เสียหาย ไม่ว่าจะเป็น เด็ก ผู้อยู่ภายใต้อำนาจของผู้กระทำ และผู้ซึ่ง ไม่สามารถปกป้องตนเองได้จากการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศเพิ่มเติม ซึ่งหลังจากมีการแก้ไขครั้งที่สอง โดยมาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 27) พ.ศ.2562 มีการเพิ่มเติมบุคคลที่ต้องการคุ้มครองเพิ่ม คือ “บุพการี พี่น้องร่วมบิดามารดาหรือร่วมแต่บิดา หรือมารดา ญาติสืบสายโลหิต และผู้อยู่ใต้อำนาจด้วยประการอื่นใดซึ่งอาจรวมถึงผู้ได้บังคับบัญชา” ไว้ในมาตรา 285 ซึ่งทำให้เพิ่มประสิทธิภาพในการบังคับใช้กฎหมาย⁴⁰ และความผิดฐานกระทำชำเรา ตามมาตรา 276 หรือความผิดฐานกระทำอนาจารตามมาตรา 278 ต่อบุคคลตามมาตรา 285 ผู้กระทำจะต้องระวางโทษหนักกว่าที่กฎหมายบัญญัติไว้หนึ่งสาม เพื่อที่จะแก้ไขหรือลดปัญหา ผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับเพศกระทำกับบุคคลตามมาตรา 285 ให้มีปริมาณที่น้อยลง

3.1.1.5 การขอมความ

การกระทำความผิดอาญาโดยทั่วไป หากประมวลกฎหมายอาญา ไม่มีการบัญญัติให้การกระทำความผิดอาญานั้นสามารถขอมความได้ไว้โดยเฉพาะ ก็จะถือว่า ความผิดนั้นเป็นความผิดอาญาแผ่นดินไม่สามารถขอมความกันได้ แต่ก็มีการกระทำความผิด บางประเภทที่ประมวลกฎหมายอาญาบัญญัติไว้เป็นความผิดที่สามารถขอมความกันได้ ซึ่งในปีพุทธศักราช 2562 พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 27) พ.ศ. 2562 มาตรา 11 ได้แก้ไขเรื่องการขอมความในความผิดเกี่ยวกับเพศใหม่ มีการแก้ไข เปลี่ยนแปลงใหม่ค่อนข้างเยอะ ทำให้มีการเปลี่ยนแปลงความผิดบางประเภท ซึ่งเดิมเคยเป็นความผิดที่สามารถขอมความได้เปลี่ยนเป็นความผิดที่ไม่สามารถขอมความได้

ความผิดเกี่ยวกับเพศอันขอมความได้มีบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 281 ก่อนที่มีการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ.2562 การกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศ ไม่ว่าจะเป็นการกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ตามมาตรา 276 และการกระทำความผิด เกี่ยวกับเพศฐานกระทำอนาจาร ตามมาตรา 278 หากการกระทำนั้นไม่ใช่กระทำความผิด ต่อหน้าผู้อื่น หรือไม่เป็นเหตุให้ผู้ที่ถูกกระทำได้รับอันตรายสาหัส หรือถึงแก่ความตาย หรือไม่ใช่กรณีที่ผู้กระทำได้กระทำกับบุคคลที่กฎหมายให้ความคุ้มครองตามที่ระบุไว้ในมาตรา 285 การกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศดังกล่าวจะถือว่าเป็นความผิดส่วนตัวที่สามารถขอมความกันได้

⁴⁰ พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 27) พ.ศ.2562. มาตรา 12.

หลังจากที่มีการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ.2562 ส่งผลกระทบต่อกฎหมายความผิดเกี่ยวกับเพศเป็นอย่างมาก หนึ่งในนั้นคือเรื่องความผิดอันยอมความได้ในมาตรา 281 โดยในปัจจุบันความผิดฐานกระทำชำเรา ตามมาตรา 276 และความผิดฐานกระทำอนาจารอันเป็นเหตุฉกรรจ์ ตามมาตรา 278 วรรคสองเป็นความผิดที่ไม่สามารถยอมความกันได้อีกต่อไป ยกเว้นกรณีที่ผู้กระทำและผู้ถูกกระทำเป็นคู่สมรสกัน และไม่ได้กระทำต่อหน้าธารกำนัล หรือไม่เป็นเหตุให้ผู้ถูกกระทำได้รับอันตรายสาหัสหรือถึงแก่ความตาย ซึ่งก่อนที่มีการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ.2562 กรณีผู้กระทำได้กระทำการใช้วัตถุหรืออวัยวะอื่นซึ่งไม่ใช่อวัยวะเพศของผู้กระทำ “ล้วงล้า” อวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น ถือว่าผู้กระทำมีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามมาตรา 276 และการกระทำดังกล่าวเป็นความผิดที่สามารถยอมความได้ แต่หลังจากที่มีการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ.2562 จะถือว่าการกระทำดังกล่าวเป็นความผิดฐานกระทำอนาจารอันเป็นเหตุฉกรรจ์ตามมาตรา 278 เท่านั้น และการกระทำดังกล่าวเปลี่ยนเป็นความผิดที่ไม่สามารถยอมความกันได้อีกด้วย แต่ความผิดฐานกระทำอนาจารตามมาตรา 278 วรรคแรก ยังคงเป็นความผิดที่สามารถยอมความกันได้เหมือนเดิม เมื่อเป็นกรณีที่ผู้กระทำไม่ได้กระทำต่อหน้าธารกำนัล หรือ ไม่เป็นเหตุให้ผู้ถูกกระทำได้รับอันตรายสาหัสหรือถึงแก่ความตาย เช่นเดิม แต่มีการกำหนดเพิ่มเติม คือ กรณีความผิดฐานกระทำอนาจารจะเป็นความผิดที่สามารถยอมความได้จะต้องไม่เป็นการกระทำกับบุคคลตามมาตรา 285 และมาตรา 285/2 ซึ่งกฎหมายบัญญัติให้ความคุ้มครองบุคคลดังกล่าวเป็นพิเศษ

มาตรา 285 มีการเพิ่มเติมบุคคลที่กฎหมายให้ความคุ้มครองเป็นพิเศษ และเช่นเดียวกันมีการบัญญัติกฎหมายใหม่เพื่อคุ้มครองบุคคลที่ไม่สามารถปกป้องตนเองได้ไว้ในมาตรา 285/2 ได้แก่ผู้ทุพพลภาพ ผู้มีจิตบกพร่อง โรคนิ่ว หรือจิตฟั่นเฟือน คนเจ็บป่วย คนชรา สตรีมีครรภ์ หรือผู้ซึ่งอยู่ในภาวะไม่สามารถรู้ผิดชอบ เพื่อต้องการที่จะคุ้มครองบุคคลที่มีโอกาสตกเป็นผู้เสียหายจากการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศให้ครอบคลุมมากยิ่งขึ้น⁴¹

ความผิดฐานคุกคามทางเพศเป็นเพียงความผิดลหุโทษ แต่ประมวลกฎหมายอาญาไม่ได้บัญญัติไว้ว่าความผิดฐานคุกคามทางเพศสามารถยอมความกันได้ ดังนั้น ความผิดฐานคุกคามทางเพศ จึงเป็นความผิดที่ไม่สามารถยอมความได้ เมื่อไม่มีการบัญญัติความหมายและขอบเขตการกระทำความผิดฐานคุกคามทางเพศไว้ในประมวลกฎหมายอาญา และพจนานุกรมราชบัณฑิตยสถานก็มีการให้ความหมายค่อนข้างที่จะกว้าง ทำให้ขอบเขตของการกระทำความผิดระหว่างความผิดฐานกระทำอนาจาร กับความผิดฐานคุกคามทางเพศ ความผิดทั้ง 2 ฐานนี้ มีลักษณะการกระทำความผิดที่คล้ายคลึงกัน ทำให้การตีความกฎหมาย

⁴¹ พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 27) พ.ศ.2562. มาตรา 13.

อาจคาดเคลื่อนจากเจตนารมณ์ของกฎหมายได้ และหากตีความว่าการกระทำดังกล่าวเป็นความผิดฐานกระทำอนาจาร ผู้ถูกกระทำจะสามารถขอความได้ แต่หากตีความว่าการกระทำดังกล่าวเป็นความผิดฐานคุกคามทางเพศ ผู้ถูกกระทำจะสามารถขอความได้ซึ่งถือว่าส่งผลกระทบแตกต่างกันอย่างสิ้นเชิง

3.1.2 พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พุทธศักราช 2541

กรณีที่เป็นการกระทำความผิดต่อลูกจ้างหรือผู้ที่อยู่ใต้บังคับบัญชา จำเป็นที่จะต้องศึกษาพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พุทธศักราช 2541 เพิ่มเติม ควบคู่กับประมวลกฎหมายอาญา หากเป็นเรื่องการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศไม่ว่าจะเป็นการกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามมาตรา 276 หรือความผิดฐานกระทำอนาจารตามมาตรา 278 หรือความผิดฐานคุกคามทางเพศตามมาตรา 397 เมื่อเป็นการกระทำความผิดฐานคุกคามทางเพศต่อผู้ใต้บังคับบัญชาหรือลูกจ้างจะต้องพิจารณา ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน มาตรา 16 โดยแต่เดิมก่อนที่มีการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงานในปี พ.ศ.2551 บัญญัติไว้แต่เพียงว่าห้ามไม่ให้นายจ้างผู้ซึ่งเป็นหัวหน้างาน ผู้ควบคุมงาน หรือผู้ตรวจงานกระทำการล่วงเกินทางเพศต่อลูกจ้างหญิงหรือเด็ก⁴² ซึ่งเป็นการบัญญัติที่คุ้มครองแต่เพศหญิงและเด็กเท่านั้น โดยไม่ได้คุ้มครองเพศชายแต่อย่างใด ต่อมาในปี พ.ศ.2551 ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน มาตรา 16 ใหม่ กล่าวคือ ห้ามไม่ให้นายจ้าง หัวหน้างาน ผู้ควบคุมงาน หรือผู้ตรวจงานกระทำการล่วงเกิน คุกคามหรือก่อความเดือดร้อนรำคาญทางเพศ ต่อลูกจ้าง⁴³ ดังนั้น การแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ.2551 เป็นการขยายขอบเขตการคุ้มครองให้มากกว่าเดิม อีกทั้งยังเพิ่มความคุ้มครองกับเพศชาย ซึ่งสามารถตกเป็นผู้ถูกกระทำจากความผิดดังกล่าวได้เช่นกัน โดยกฎหมายเดิมของมาตรานี้ถือว่าเป็นกฎหมายที่เลือกปฏิบัติทางเพศเพราะคุ้มครองแต่เพศหญิงและเด็กเท่านั้น โดยผู้ที่ต้องห้ามมิให้กระทำการล่วงละเมิดทางเพศตามพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน มีดังต่อไปนี้

(1) นายจ้าง ซึ่งหมายถึง บุคคลทุกคนที่เป็น “นายจ้าง” ตามความหมายใน มาตรา 5 ทั้งนายจ้างตัวจริง นายจ้างตัวแทนนิติบุคคล และนายจ้างผู้ซึ่งได้รับมอบหมายจากผู้มีอำนาจกระทำการแทนนิติบุคคล รวมทั้งนายจ้างซึ่งเป็นผู้ประกอบกิจการตามมาตรา 11/1 ด้วย

(2) หัวหน้างาน หมายถึง ผู้ที่มีตำแหน่งหัวหน้าของงานทุกระดับ รวมทั้งผู้ทำหน้าที่ดังกล่าว

(3) ผู้ควบคุมงาน หมายถึง ผู้ที่มีหน้าที่ควบคุมงานที่ลูกจ้างทำอยู่ไม่ว่าจะเป็นการประจำหรือชั่วคราว และไม่ว่าระดับใด

⁴² พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พุทธศักราช 2541. มาตรา 16.

⁴³ พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงานแก้ไขเพิ่มเติม พุทธศักราช 2551. มาตรา 16.

(4) ผู้ตรวจงาน ซึ่งหมายถึง ผู้ที่มีหน้าที่ตรวจงานที่ลูกจ้างทำ ไม่ว่าจะเป็นการประจำ หรือชั่วคราว และไม่ว่าระดับใด

ส่วนผู้ที่ถูกระงับการทำงาน หมายถึง ลูกจ้างทุกคน ไม่ว่าจะระดับใด ไม่ว่าจะเพศใด ไม่ว่าจะเป็นการประจำ ลูกจ้างชั่วคราว ลูกจ้างรายวัน หรือลูกจ้างทดลองงาน ล้วนแล้วแต่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย

สำหรับการกระทำที่เข้าข่ายเป็นการล่วงเกิน คุกคาม หรือก่อความเดือดร้อนรำคาญ ทางเพศเกิดขึ้น ได้หลายรูปแบบ ไม่ว่าจะเป็นการกระทำด้วยการสัมผัสทางกายที่มีลักษณะส่อไปในทางเพศ เช่น การล้วง การคลึง การโอบกอด การจับอวัยวะส่วนใดส่วนหนึ่ง ฯลฯ การกระทำด้วยวาจาที่ส่อไปในทางเพศ เช่น การวิพากษ์วิจารณ์ร่างกาย การพูดหยอกล้อ พูดหยาบคาย การแตะโลม ฯลฯ การกระทำด้วยอากัปกริยาที่ส่อไปในทางเพศ เช่น การใช้สายตาลวนลาม การทำสัญญาณหรือสัญลักษณ์ใด ๆ การแสดง หรือสื่อสารด้วยวิธีการใด ๆ ที่ส่อไปในทางเพศ เช่น การแสดงรูปลามก อนาจาร ส่งจดหมาย ข้อความ หรือการสื่อสารรูปแบบอื่น ฯลฯ หรือการแสดงพฤติกรรมอื่นใดที่ส่อไปในทางเพศ ซึ่งผู้ถูกระงับไม่พึงประสงค์หรือเดือดร้อนรำคาญ

ประสิทธิ์ จงวิจิต ได้ให้ความหมายของคำว่า “ล่วงเกินทางเพศ” ตามกฎหมายแรงงาน กล่าวคือ การกล่าวถ้อยคำ ไม่สุภาพ หรือหยาบคายหรือการเขียนที่มีความมุ่งหมายในเชิงประเวณีหรือความใคร่ รวมทั้งการทำให้อับอายในทางเพศ⁴⁴

เกษมสันต์ วิจารณ์ ได้นิยามความหมายคำว่า “การล่วงเกินทางเพศ” ว่าหมายถึง การกระทำใด ๆ ที่ไม่สมควรอันเป็นการล่วงจารีตประเพณีหรือจรรยาบรรณเพื่อให้บุคคลใดได้รับการสัมผัสทางกายหรือได้รับการสื่อสารในเรื่องเกี่ยวกับเพศสัมพันธ์ หรือความแตกต่างระหว่างเพศโดยบุคคลผู้กระทำมุ่งหมายที่จะเอาเปรียบ หากำไร หรือสนองกามารมณ์แห่งตน และผู้ถูกระงับจำยอมกระทำไปด้วยความไม่เต็มใจ⁴⁵

คำว่า “ล่วงเกิน” หมายถึง การแสดงอาการเกินสมควรต่อผู้อื่น โดยล่วงจารีตประเพณีหรือจรรยาบรรณ ด้วยการลวนลาม (หมายถึงล่วงเกินในลักษณะผู้สาวด้วยการพูดหรือกระทำเกินสมควร เช่น พูดจาลวนลาม ถู้อโอกาสจับมือถือแขน) คูหมิ่น (หมายถึงแสดงกริยาท่าทางฯ เป็นเชิงดูถูกว่าด้อยกว่าต่ำกว่า) สบประมาท เป็นต้น

คำว่า “คุกคาม” หมายถึง แสดงอำนาจด้วยกริยาหรือวาจาให้หวาดกลัว ทำให้หวาดกลัว

คำว่า “รำคาญ” หมายถึง ระบายเคือง เบื่อ ทำให้เดือดร้อนเบื่อน่า⁴⁶

⁴⁴ ประสิทธิ์ จงวิจิต. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 30. หน้า 742.

⁴⁵ เกษมสันต์ วิจารณ์. (2560). *คำอธิบายกฎหมายแรงงาน* (พิมพ์ครั้งที่ 24). กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 48.

⁴⁶ พจนานุกรมราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554. ความหมายของคำว่า ล่วงเกิน คุกคาม และรำคาญ.

บทบัญญัติในมาตรา 16 แห่ง พ.ร.บ.คุ้มครองแรงงาน ฯ ที่ ห้ามมิให้นายจ้าง หัวหน้างาน ผู้ควบคุมงานหรือผู้ตรวจงาน กระทำการล่วงเกินล่วงเกิน คุณค่า หรือก่อความเดือดร้อนรำคาญทางเพศต่อลูกจ้าง แม้จะยังไม่ได้ถูกเนื้อต้องตัว ก็ถือว่าเป็นการล่วงเกินทางเพศได้ หรือแม้ตัวลูกจ้างจะยินยอม นายจ้างก็มีความผิดตามมาตรานี้ แต่การที่ลูกจ้างยอมมีความสัมพันธ์ทางเพศ เพื่อแลกเปลี่ยนกับเงินที่นายจ้างส่งจ่ายเช็คช่วยชำระหนี้ให้ โดยกรณีนายจ้างไม่ได้บีบบังคับ จะไม่ถือว่าเป็นการล่วงเกินทางเพศ ตามความที่บัญญัติไว้ในมาตรา 16⁴⁷ ซึ่งการกระทำความผิดดังกล่าวต่อลูกจ้างนั้น มีสิทธิที่จะเลิกจ้างผู้ที่กระทำผิดฝ่าฝืน พ.ร.บ.คุ้มครองแรงงานมาตรา 16 ดังกล่าวได้ถือว่าการกระทำดังกล่าวเป็นความผิดอย่างร้ายแรง⁴⁸ และต้องรับโทษปรับอีกด้วย

การกระทำใด ๆ หรือพฤติกรรมที่ส่อไปในทางเพศที่เป็นการบังคับ หรือใช้อำนาจที่ไม่ชอบด้วยวาจา ข้อความ ท่าทาง แสดงด้วยเสียง รูปภาพ เอกสาร ข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์ หรือสิ่งของลามกอนาจารเกี่ยวกับเพศ หรือการกระทำอย่างอื่นในทำนองเดียวกันโดยประการที่น่าจะทำให้ผู้อื่นได้รับความเดือดร้อนรำคาญ ได้รับความอับอาย หรือรู้สึกถูกละเมิดข่มขู่ และให้หมายรวมถึงการติดตามรังควาน หรือการกระทำใด ๆ ที่ก่อให้เกิดบรรยากาศไม่ปลอดภัยทางเพศ โดยเฉพาะการสร้างเงื่อนไข ซึ่งมีผลต่อการจ้างงาน⁴⁹ การสรรหา หรือการแต่งตั้ง หรือผลกระทบอื่นใดต่อผู้เสียหายทั้งในหน่วยงานของรัฐและเอกชน รวมถึงสถาบันการศึกษา หรือแม้แต่กรณีที่ลูกจ้างยินยอมไปเกี่ยวกับผู้กระทำความผิดก็ไม่ได้หมายความว่ายินยอมให้ผู้กระทำความผิดตาม พ.ร.บ.คุ้มครองแรงงาน มาตรา 16 กระทำการล่วงเกินหรือคุกคามทางเพศลูกจ้างเสมอไป เมื่อระหว่างที่ผู้กระทำความผิดได้เกี่ยวกับลูกจ้าง และพยายามล่วงเกินหรือคุกคามทางเพศลูกจ้าง ซึ่งลูกจ้างแสดงปฏิกิริยาไม่ยินยอมและปกป้องตัวเองทุกครั้ง จะถือว่าผู้กระทำความผิดได้ล่วงเกิน คุกคามทางเพศ หรือก่อความเดือดร้อนรำคาญทางเพศต่อลูกจ้างแล้ว⁵⁰

ทั้งนี้ องค์การศาลแรงงานระหว่างประเทศ (International Labour Organization – ILO) มีการแบ่งแยกการคุกคามทางเพศในสถานที่ทำงานออกเป็น 2 ประเภท ได้แก่

ประเภทแรก Quid Pro Quo Harassment หมายถึง การที่นายจ้างหรือผู้ได้รับมอบหมายจากนายจ้าง เช่น ผู้จัดการ ผู้ช่วยผู้จัดการ หัวหน้างาน ที่มีตำแหน่งสูงกว่าลูกจ้าง เรียกร้องหรือยื่นข้อเสนอต่อลูกจ้างเพื่อให้ได้มาซึ่งความสุขหรือความพึงพอใจในเรื่องเพศ เช่น ขอให้มีความสัมพันธ์ การยินยอมให้จับต้องสัมผัสร่างกาย ฯลฯ โดยเสนอผลประโยชน์

⁴⁷ คำพิพากษาฎีกาที่ 12939/2558.

⁴⁸ คำพิพากษาฎีกาที่ 3560/2556.

⁴⁹ คำพิพากษาฎีกาที่ 1372/2545.

⁵⁰ คำพิพากษาฎีกาที่ 1059/2560.

เป็นการตอบแทน เช่น การขึ้นเงินเดือนเลื่อนตำแหน่ง ได้สิทธิเข้ารับการฝึกอบรม ฯลฯ หากลูกจ้างไม่ยินยอมจะได้รับผลร้ายเช่น ถูกกลงโทษทางวินัย กลั่นแกล้งโยกย้ายหน้าที่ ไม่ให้ทำงานล่วงเวลา ฯลฯ ทำให้ลูกจ้างตกอยู่ในภาวะต้องเลือกระหว่างยอมให้ถูกล่วงเกินทางเพศหรือจะได้รับผลร้ายเกี่ยวกับการทำงาน การล่วงทางเพศแบบนี้อาจเรียกว่า “sexual blackmail” ความรุนแรงของการถูกล่วงเกินอาจแก่การจับต้องสัมผัสร่างกายหรืออาจรุนแรงถึงการถูกข่มขืนกระทำชำเรา

ประเภทที่สอง Hostile Environment Harassment หมายถึงการสร้างสภาพแวดล้อมหรือบรรยากาศในการทำงานที่ไม่เป็นมิตร ก่อให้เกิดความอึดอัด ไม่สบายใจโดยมีพื้นฐานเกี่ยวกับเรื่องเพศ เช่น การติตภาพหญิงในสภาพโป๊เปลือยไว้ในสถานที่ทำงาน การเขียนข้อความในเรื่องเพศไว้ในที่ทำงาน การนำภาพลามกอนาจารไว้ในหน้าจอคอมพิวเตอร์ การพูดคุยวิพากษ์วิจารณ์เกี่ยวกับเรื่องเพศหรือสรีระร่างกายของลูกจ้างหญิง⁵¹

หากพวกนายจ้างหรือผู้บังคับบัญชาได้ฝ่าฝืนพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน มาตรา 16 ก็มีการกำหนดอัตราโทษไว้ในมาตรา 147 โดยบุคคลดังกล่าวนั้นจะต้องระวางโทษปรับไม่เกินสองหมื่นบาท แต่ถือว่าอัตราโทษสำหรับผู้ฝ่าฝืนก่อนข้างเป็นสถานเบา

3.1.3 พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ.2551

การคุกคามทางเพศของข้าราชการพลเรือนสามัญตามพ.ร.บ.ระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ.2471 มีพระราชประสงค์จะทรงวางระเบียบข้าราชการพลเรือนให้เป็นไปในทางเลือกสรรผู้มีความรู้ และความสามารถเข้ารับราชการเป็นอาชีพ ไม่มีกั่วงวลด้วยการแสวงหาประโยชน์ในทางอื่น ส่วนฝ่ายข้าราชการก็ให้ได้รับประโยชน์ยิ่งขึ้นเนื่องจากความสะดวกรวดพร้อมด้วยข้าราชการซึ่งมีความสามารถและรอบรู้ในวิถีและอุบายของราชการ กับทั้งหน้าที่และวินัยอันตนรักษาเป็นนิตยกาล⁵² มีคำนิยามดังนี้

วินัยข้าราชการพลเรือน หมายถึง ระเบียบแบบแผนความประพฤติที่บัญญัติไว้ให้ข้าราชการปฏิบัติและห้ามมิให้ข้าราชการปฏิบัติ เพื่อข้าราชการใช้ควบคุมตนเอง ผู้บังคับบัญชาใช้ควบคุมผู้ใต้บังคับบัญชา เพื่อให้ข้าราชการมีความประพฤติดี ละเว้นความประพฤติมิชอบ

ข้าราชการจะต้องมีวินัย มีจุดประสงค์เพื่อให้ราชการดำเนินไปด้วยดี มีประสิทธิภาพ ให้ประเทศชาติมีความเจริญ มีความสงบเรียบร้อย นำไปสู่ประชาชนมีความสุข และภาพจน์ชื่อเสียงที่ดีของทางราชการของประเทศไทย

⁵¹ ฉัตรมงคล สุขสำราญ. (2562). *การล่วงละเมิดหรือคุกคามทางเพศในการทำงาน*. กลุ่มคุ้มครองและพิทักษ์สิทธิ กองส่งเสริมความเสมอภาคระหว่างเพศ กรมกิจการสตรีและสถาบันครอบครัว. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <http://sexualharassment.makewebeasy.com/> [2563, 13 พฤษภาคม].

⁵² คำปรารภในพ.ร.บ.ระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ.2471.

การมีวินัยตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือนจะต้องมีวินัยต่อประเทศชาติ ต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการ ต่อผู้บังคับบัญชา ต่อผู้ร่วมงาน ต่อประชาชน และต่อตนเอง กรณีที่ เป็นข้อเท็จจริงเกี่ยวกับข้าราชการพลเรือน จะต้องศึกษาพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ.2551 อาทิเช่น การกำหนดถึงการกระทำต่าง ๆ อันเป็นการกระทำที่ต้องห้ามของข้าราชการพลเรือน ตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 83 ซึ่งมาตรา 83 (7) มีการกำหนดว่าข้าราชการพลเรือนจะต้องไม่กระทำการที่เป็นการกลั่นแกล้ง กดขี่ หรือข่มเหงกันในการปฏิบัติราชการ⁵³ มีองค์ประกอบดังนี้

กลั่นแกล้ง หมายถึง หาความไม่ดีใส่ให้ ,หาอุบายให้ร้ายโดยวิธีต่าง ๆ ,แกล้งใส่ความ กดขี่ หมายถึง ข่มให้อยู่ในอำนาจตน , ใช้อำนาจเอา , ทำอำนาจเอา

ข่มเหง หมายถึง ใช้อำนาจรังแกแกล้งทำความเดือดร้อนให้ผู้อื่น⁵⁴

ซึ่งคำนิยามคำว่า “ข้าราชการพลเรือน” ที่บัญญัติไว้ในพ.ร.บ.ระเบียบข้าราชการพลเรือน มีการให้ความหมายของคำนิยามดังกล่าวในมาตรา 4 คือบุคคลที่ได้รับการบรรจุหรือแต่งตั้งตามพระราชบัญญัตินี้ให้รับราชการโดยได้รับเงินเดือนจากเงินงบประมาณในกระทรวง กรมฝ่ายพลเรือน

เมื่อข้าราชการพลเรือนสามัญไม่ปฏิบัติตามมาตรา 81 และมาตรา 82 หรือฝ่าฝืนข้อห้ามตามมาตรา 83 จะถือว่าข้าราชการพลเรือนผู้นั้นกระทำความผิดวินัย ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 84 และมาตรา 88 ได้กำหนดถึงการวิธีการดำเนินการทางวินัยกับข้าราชการผู้ที่กระทำความผิดวินัยแบ่งออกเป็น ๕ สถาน คือ ภาคทัณฑ์ ตัดเงินเดือน ลดเงินเดือน ปลดออก และไล่ออก⁵⁵

กรณีกระทำความผิดวินัยดังกล่าว ประมวลกฎหมายอาญาบัญญัติไว้ว่าเป็นความผิดผู้เสียหายหรือผู้ถูกระทำสามารถที่จะไปร้องทุกข์กล่าวโทษดำเนินคดีอาญากับข้าราชการพลเรือน ซึ่งเป็นผู้กระทำได้ โดยข้าราชการพลเรือนผู้นั้นจะต้องรับโทษทั้งทางวินัยตามพ.ร.บ.ระเบียบข้าราชการพลเรือนฯ และรับโทษทางอาญาตามประมวลกฎหมายอาญาซึ่งมีการกำหนดโทษทางอาญาเป็น 5 สถาน เช่นเดียวกัน คือ ประหารชีวิต จำคุก กักขัง ปรับ และริบทรัพย์⁵⁶

ทั้งนี้หากข้าราชการพลเรือนได้กระทำความผิดที่ห้ามตามที่กำหนดไว้ตาม พ.ร.บ.ระเบียบข้าราชการพลเรือนฯ มาตรา 83(8) และกฎ ก.พ.ว่าด้วยการกระทำความผิดอันเป็นการล่วงละเมิดหรือคุกคามทางเพศ พ.ศ. 2553 ได้กำหนดขอบเขตการกระทำความผิดไว้ชัดเจนว่าการกระทำอย่างไรบ้างจะถือว่าเป็นการล่วงละเมิดหรือคุกคามทางเพศ โดยการกระทำ

⁵³ พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน. มาตรา 83(7).

⁵⁴ พจนานุกรมราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ.2554. ความหมายของคำว่า กลั่นแกล้ง กดขี่ และข่มเหง.

⁵⁵ พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน. มาตรา 88.

⁵⁶ ประมวลกฎหมายอาญา. มาตรา 18.

ตามข้อ 2(1) จะถือว่าเป็นการกระทำความผิดวินัย⁵⁷ ตามมาตรา 84 และจะต้องได้รับโทษทางวินัย ตามมาตรา 88 ซึ่งการกระทำความผิดกล่าวประมวลกฎหมายอาญาบัญญัติว่าเป็นความผิดฐานกระทำความผิด ตามมาตรา 278 และจะต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 10 ปี หรือปรับไม่เกิน 2 แสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ อีกด้วย ประกอบกับการกระทำความผิดกล่าวของข้าราชการพลเรือนซึ่งเป็นกระทำได้กระทำ กับผู้ได้บังคับบัญชาซึ่งประมวลกฎหมายอาญาได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมในปี พ.ศ. 2562 บัญญัติให้ ความคุ้มครอง “ผู้ได้บังคับบัญชา หรือผู้ที่อยู่ภายใต้อำนาจด้วยประการอื่นใด” ทำให้ผู้กระทำ ซึ่งเป็นข้าราชการพลเรือนจะต้องรับโทษหนักขึ้นกว่าที่กำหนดไว้ในกฎหมายอาญา มาตรา 278 อีกหนึ่งในสาม

กรณีข้าราชการพลเรือนได้กระทำตามกฎหมาย ก.พ.ว่าด้วยการกระทำการ อันเป็นการล่วงละเมิดหรือคุกคามทางเพศ ข้อ 2 (2)(3)(4)(5) ซึ่งเป็นการกระทำความผิดวินัยตามมาตรา 84 และจะต้องได้รับโทษทางวินัย ตามมาตรา 88 และประมวลกฎหมายอาญา ภาค 3 ความผิดลหุโทษ มาตรา 397 วรรคสอง บัญญัติว่า การกระทำความผิดดังกล่าวเป็นความผิด ทั้งนี้ข้าราชการพลเรือนผู้กระทำ ก็จะต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 1 เดือน และปรับไม่เกิน 1 หมื่นบาท อีกเช่นกัน ดังนั้นจึงจะต้องศึกษา กฎ ก.พ.ว่าด้วยการกระทำการอันเป็นการล่วงละเมิดหรือคุกคามทางเพศ พ.ศ.2553 ควบคู่กับพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ.2551

3.1.4 กฎ ก.พ.ว่าด้วยการกระทำการอันเป็นการล่วงละเมิดหรือคุกคามทางเพศ พ.ศ.2553

กฎ ก.พ.ว่าด้วยการกระทำการอันเป็นการล่วงละเมิดหรือคุกคามทางเพศ กำหนดว่า ข้าราชการพลเรือนสามัญใดก็ตามหากได้กระทำการใด ๆ ประการหนึ่งตามกำหนดไว้ ต่อข้าราชการพลเรือนด้วยกัน หรือผู้ร่วมปฏิบัติราชการ ไม่ว่าจะเกิดขึ้นในหรือนอกสถานที่ราชการ โดยที่ผู้ถูกระทำไม่ได้ยินยอมให้กระทำการดังกล่าว หรือการกระทำนั้นทำให้ผู้ที่ถูกกระทำ ได้รับความเดือดร้อนรำคาญ ก็จะต้องถือว่ากระทำการนั้นเป็นการกระทำอันเป็นการล่วงละเมิด หรือคุกคามทางเพศ ตามพระราชบัญญัติข้าราชการพลเรือนฯ มาตรา 83(8) แล้ว โดยมีการกำหนดขอบเขต การกระทำความผิดไว้ชัดเจนถึงการกระทำใดบ้างที่จะถือว่าเป็นการกระทำอันเป็นการล่วงละเมิด หรือคุกคามทางเพศ มีดังต่อไปนี้

(1) การกระทำด้วยการสัมผัสทางกายที่มีลักษณะส่อไปในทางเพศ เช่น การจูบ การโอบกอด การจับอวัยวะส่วนใดส่วนหนึ่ง

(2) การกระทำด้วยวาจาที่ส่อไปในทางเพศ เช่น วิพากษ์วิจารณ์ร่างกาย พุดหยอกล้อ พุดหยาบคาย เป็นต้น

⁵⁷ พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ.2551. มาตรา 84.

(3) การกระทำด้วยอาภักกับกิริยาที่สื่อไปในทางเพศ เช่น การใช้สายตาลวนลาม การทำสัญญาณหรือสัญลักษณ์ใด ๆ เป็นต้น

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

(5) การแสดงพฤติกรรมอื่นใดที่สื่อไปในทางเพศ ซึ่งผู้ถูกกระทำ ไม่พึงประสงค์ หรือเดือดร้อนรำคาญ⁵⁸

ดังนั้น การที่ประมวลกฎหมายอาญาไม่ได้มีการกำหนดคำนิยามของคำว่า อนาจาร การคุกคามทางเพศไว้เฉพาะ อาจนำไปสู่ปัญหาการวิเคราะห์ตีความกฎหมายอาจไม่ตรงตามเจตนารมณ์ ซึ่งความผิดฐานอนาจาร และความผิดฐานคุกคามทางเพศ บทลงโทษแตกต่างกันสิ้นเชิง ทำให้ผู้กระทำผิดเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมนั้นอาจจะได้รับโทษไม่เหมาะสมกับการกระทำผิด แต่พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ.2551 ประกอบกับกฎ ก.พ.ว่าด้วยการกระทำการอันเป็นการล่วงละเมิดหรือคุกคามทางเพศ พ.ศ.2553 กำหนดขอบเขตลักษณะของการกระทำใดบ้างที่จะถือว่าเป็นการล่วงละเมิดหรือคุกคามทางเพศได้อย่างชัดเจน และอาจนำบทบัญญัติดังกล่าวเป็นแบบอย่างในการบัญญัติความหมายของคำนิยามต่าง ๆ ในความผิดเกี่ยวกับเพศของประมวลกฎหมายอาญา

3.2 กฎหมายต่างประเทศ

3.2.1 กฎหมายสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

ประมวลกฎหมายอาญาของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี กำหนดความหมายของคำนิยามคำว่า “กระทำชำเรา” ไว้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 177 (The German Criminal Code section 177) หมายความว่า การกระทำความผิดทางเพศใด ๆ ที่ดำเนินการโดยคนเดียว หรืออาจจะหลายคนต่อผู้ถูกกระทำโดยไม่ได้รับความยินยอม เป็นผลมาจากการที่ผู้กระทำขู่เข็ญ หรือการใช้กำลังคุกคาม หรือจากการที่ผู้ถูกกระทำไม่สามารถป้องกันตัวเองได้ และ “Rape” ซึ่งหมายความรวมถึงการล่วงล้ำเข้าไปในทวารของร่างกาย เช่น ปาก ช่องคลอด หรือทวารหนัก โดยบัญญัติไว้ในมาตรา 177 มาตราเดียว แต่ได้บัญญัติกฎหมายให้มีความครอบคลุมกระทำเกี่ยวกับข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นไว้ดังนี้

ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น โดยใช้กำลังหรือโดยขู่เข็ญด้วยประการใด ๆ ที่จะทำให้มีภัยอันตรายที่ใกล้จะถึงกับชีวิต หรือใช้ประโยชน์ (Exploiting) หรือจากข้อเท็จจริงที่เหยื่อไม่สามารถขัดขืนได้ เพื่อสนองความใคร่ของตนเองหรือผู้อื่น

⁵⁸ กฎ ก.พ.ว่าด้วยการกระทำการอันเป็นการล่วงละเมิดหรือคุกคามทางเพศ พ.ศ.2553. ข้อ 2.

ตามประมวลกฎหมายอาญาเยอรมนี มาตรา 177 (The German Criminal Code section 177) บัญญัติถึงการ ใช้กำลังบังคับทางเพศ (sexuelle Nötigung) และการข่มขืนกระทำชำเรา (Vergewaltigung) โดยมีรายละเอียดดังนี้

1) ผู้กระทำบังคับบุคคลอื่น โดยใช้กำลังบังคับ หรือโดยการข่มขู่จะทำให้เกิดอันตรายอันใกล้ถึงชีวิตหรือร่างกาย หรือโดยอาศัยโอกาสผู้ถูกกระทำไม่สามารถต่อสู้ได้ และอยู่ในภาวะจำยอมของผู้กระทำ เพื่อบังคับให้ทนทุกข์ต่อกิจกรรมทางเพศกับผู้กระทำ หรือบุคคลที่สามหรือให้เข้ามีส่วนร่วมในกิจกรรมทางเพศกับผู้กระทำผิดหรือบุคคลที่สาม จะต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งปีขึ้นไป

2) ผู้กระทำได้ล่วงประเวณีผู้เสียหาย (Vergewaltigung) ได้มีการร่วมกระทำ ความผิดโดยมีผู้กระทำผิดตั้งแต่สองคนขึ้นไปในลักษณะโทรมหญิง ต้องระวางโทษจำคุก ตั้งแต่สองปีขึ้นไป

3) ผู้กระทำได้ข่มขืนกระทำชำเราผู้เสียหายโดยมีอาวุธและเครื่องมือที่เป็นอันตราย จะต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สามปีขึ้นไป⁵⁹

เมื่อการกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราของผู้กระทำส่งผลกระทบต่อ ให้ผู้ถูกกระทำถึงแก่ความตาย ผู้กระทำความผิดก็จะต้องได้รับโทษหนักขึ้นตามมาตรา 178⁶⁰

เมื่อปี ค.ศ. 1997 มีการแก้ไขประมวลกฎหมายอาญาสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ในมาตรา 177 มีหลักการสำคัญในการแก้ไขครั้งนี้ 3 เรื่อง ดังต่อไปนี้

1) ฝ่ายนิติบัญญัติตัดคำว่า “นอกสมรส” ออก ทำให้สามีไม่สามารถข่มขืนภรรยาได้ หากภรรยาไม่เต็มใจ ก็จะถือว่ากระทำความผิดของสามีมีความผิดแล้ว ในกรณีเรื่องการลดโทษหรือยกเว้น โทษของการที่สามีข่มขืนภรรยาไม่ได้มีการบัญญัติไว้ในกฎหมายแต่อย่างใด กฎหมายไม่ได้คำนึงถึง ประโยชน์ที่จะรักษาความสัมพันธ์ระหว่างความเป็นสามีและภรรยาต่อกัน

2) ฝ่ายนิติบัญญัติได้มีการแก้ไขโดยกำหนดองค์ประกอบความผิดของการข่มขืน กระทำชำเราตามมาตรา 177 ในส่วนเพศของผู้ที่ถูกกระทำใหม่ ให้มีความเป็นกลางๆ (Geschlechtsneutral) ทำให้กฎหมายก็จะคุ้มครองผู้ถูกกระทำที่เป็นเพศชายเช่นเดียวกับคุ้มครองเพศหญิง

3) ฝ่ายนิติบัญญัติได้ขยายขอบเขตของการกระทำชำเราให้กว้างขึ้น โดยให้ถือว่าการกระทำในทางเพศใดที่มีลักษณะคล้ายคลึงกัน เป็นการกระทำที่ล่วงล้ำเข้าไปในร่างกาย อาทิเช่น การร่วมเพศทางปากหรือทางทวารหนัก รวมทั้งกรณีที่ใช้วัตถุอื่นใด เช่น เทียนไข แดงกวา หรืออวัยวะอื่น ๆ เข้าไปในอวัยวะเพศหญิง หรือทวารหนัก ให้ถือว่าเป็นการกระทำความผิด

⁵⁹ The German Criminal. Code section 177.

⁶⁰ The German Criminal. Code section 178.

ฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น แต่หากไม่ใช่เป็นการกระทำต่อส่วนอื่นที่ไม่ใช่ส่วนที่เปิดของร่างกายแล้ว แม้จะมีมูลเหตุจงใจในทางเพศก็ไม่เป็นความผิดตามมาตรา 177 ตัวอย่าง การใช้เข็มแทง การนำวัตถุเข้าไปในปาก หรือนำส่วนอื่นๆของร่างกายเข้าไปในปาก รวมทั้งการจูบปาก ก็จะไม่ถือว่าเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา แนวคำพิพากษาศาลฎีกาเยอรมันที่ถือว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการข่มขืนกระทำชำเราแล้ว เช่น การใช้นิ้วสอดเข้าไปในทวารหนัก (คดี BGH NStZ-RR 1999)⁶¹ หรือการเอานิ้วสอดใส่เข้าไปในอวัยวะเพศหญิงจนมิดนิ้ว (คดี LG Augsburg NStZ 1999)⁶² ซึ่งเหตุผลที่ฝ่ายนิติบัญญัติขยายขอบเขต ของความหมายคำว่า “กระทำชำเรา” ดังกล่าวข้างต้น มีเหตุผลมาจากแนวคิดของอาชญาวิทยาที่พิสูจน์แล้วว่า การที่ผู้ที่ถูกกระทำในทางเพศที่มีลักษณะเกี่ยวข้องกับ การล่วงล้ำเข้าไปในร่างกาย ความรู้สึกของผู้ที่ถูกกระทำจะมีความรู้สึกที่แย่มากๆเช่นเดียวกับการที่ผู้ถูกกระทำโดนข่มขืนกระทำชำเรา⁶³ โดยสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ได้มีการบัญญัติ การกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น หากเป็นกรณีผู้ถูกกระทำอยู่ในสถานะ ไม่สามารถช่วยเหลือตนเองได้ มีการบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญาเยอรมนี มาตรา 179 ดังนี้

1) ผู้ใดที่ล่วงละเมิดผู้อื่น โดยที่ผู้อื่นนั้นเป็นบุคคลที่ไม่สามารถที่จะปกป้องช่วยเหลือตนเองได้ อาทิเช่น เพราะความเจ็บป่วยไม่ว่าจะเป็นทางจิตหรือมีความพิการก็ตาม หรือแม้กระทั่งการติดสารเสพติด หรือเป็นการกระทำข่มขืนชำเราต่อผู้ไร้ความสามารถทางด้านร่างกาย และใช้ประโยชน์จากสิ่งๆที่ผู้ถูกกระทำไม่สามารถที่จะป้องกันช่วยเหลือตนเองเพื่อปฏิบัติกิจกรรมทางเพศ หรือเป็นกรณีที่ช่วยให้มีส่วนร่วมในกิจกรรมทางเพศกับบุคคลที่ขาดความสามารถ จะต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หกเดือนถึงสิบปี

2) ผู้ใดเป็นธุระจัดหาหรือล่อล่อกระทำต่อบุคคลที่ขาดความสามารถตามวรรคแรก เพื่อมีส่วนร่วมในกิจกรรมทางเพศกับบุคคลที่สาม จะต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หกเดือนถึงสิบปี

3) เป็นกรณีที่ถือว่าเป็นการกระทำที่ร้ายแรง จะต้องระวางโทษจำคุกไม่น้อยกว่าหนึ่งปี

4) การกระทำอยู่ในชั้นพยายามของการกระทำความผิดก็ถือว่าเป็นความผิดที่ต้องรับโทษ

การบัญญัติกฎหมายถึงการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศอันเป็นการล่วงละเมิดทางเพศของบุคคลที่ไร้ความสามารถไม่สามารถที่จะป้องกันช่วยเหลือตนเองได้นั้น มีวัตถุประสงค์ในการที่จะคุ้มครองผู้ที่ถูกกระทำซึ่งไม่สามารถช่วยเหลือปกป้องช่วยเหลือตนเองได้ไม่ว่าจะเป็น

⁶¹ คดี BGH NStZ-RR 1999,325 Nr.24.

⁶² คดี LG Augsburg NStZ 1999 , 307

⁶³ สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์. (2540). การตีความตามกฎหมายอาญาเยอรมัน. *วารสารนิติศาสตร์*, 25(2). หน้า 292-303.

กรณีที่เกิดจากความพิการก็ดี หรืออยู่ในภาวะไม่ได้สติทำให้ขาดความสามารถ ในการให้ความยินยอมหรือไม่ยินยอม จึงเป็นการกระทำความผิดอาญาฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น

กฎหมายอาญาของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ได้มีการบัญญัติการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศฐานข่มขืนกระทำชำเราบุคคลอื่น ๆ ที่กฎหมายให้ความคุ้มครอง นอกจากผู้ที่ไม่สามารถปกป้องช่วยเหลือตนเองได้ไว้หลายกรณีดังนี้

- 1) มีเพศสัมพันธ์กับผู้สืบสันดาน มาตรา 173 (1) ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 2 ปี
- 2) ความผิดฐานมีเพศสัมพันธ์กับญาติพี่น้อง มาตรา 173 (2) จะต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 2 ปี
- 3) ความผิดฐานกระทำมิชอบในทางเพศกับผู้ที่อยู่ในความดูแลของตนเอง มาตรา 147 (1) ต้องระวางโทษไม่เกิน 5 ปี
- 4) ความผิดฐานกระทำโดยมิชอบในทางเพศโดยอาศัยตำแหน่งหน้าที่ราชการ มาตรา 174b (1) ระวางโทษจำคุกไม่เกิน 5 ปี
- 5) ความผิดฐานกระทำโดยมิชอบในทางเพศกับเด็กต่ำกว่า 14 ปี มาตรา 176(1) ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ 6 เดือนจนถึง 10 ปี
- 6) การกระทำชำเราเด็กถึงแก่ความตาย จะต้องระวางโทษจำคุกตลอดชีวิต หรือจำคุกไม่น้อยกว่า 10 ปี

คำนิยามคำว่า “อนาจาร”

ไม่ปรากฏคำว่าอนาจารในประมวลกฎหมายอาญาประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี แต่เป็นคำรวมๆ ที่ถูกบัญญัติใช้ในมาตรา 177 กล่าวคือ การกระทำทางเพศ Sexual acts หรือ Sexual activity พัฒนาจากการใช้กำลังบังคับข่มขืนกระทำชำเราและบังคับพาไปเพื่อการอนาจาร ต่อมาได้ขยายความไปถึงทวารหนัก (Sodomy) และกามวิถิตถาร (Unnatural practices) ซึ่งหมายถึง การร่วมเพศเดียวกัน ไม่ว่าจะ เป็นชายกับชายหรือหญิงกับหญิง และรวมไปถึงการมีเพศสัมพันธ์กับ สัตว์ และเพศสัมพันธ์ ที่ต้องห้าม เช่น บุคคลที่ไม่ใช่คู่สมรสของตนเอง ทำให้เห็นว่าเยอรมนี เขียนคำกลางๆ ใช้ได้หลายฐานความผิดไม่มีคำนิยามในกฎหมายโดยตรง และมีการบัญญัติ เรื่องการคุกคามทางเพศในภายหลัง โดยถือว่ามีลักษณะใกล้เคียงกับความผิดฐานอนาจาร ในประเทศไทย⁶⁴

คำนิยามคำว่า “การคุกคามทางเพศ”

เมื่อเดือนมิถุนายน ค.ศ.2016 รัฐบาลเยอรมนี ได้เสนอร่างพระราชบัญญัติ เปลี่ยนแปลงประเด็นสำคัญเพื่อจะควบคุมบังคับการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศให้เข้มงวดขึ้น

⁶⁴ The Penal code or strafgesetzbuch ,section 184i Sexual Harassment.

โดยการเปลี่ยนแปลงนี้ทำให้การคุกคามทางเพศจะต้องถูกลงโทษภายใต้ Sexualstrafrecht บทลงโทษสำหรับพฤติกรรมที่เกี่ยวข้องกับเพศ

กฎหมายจะต้องปฏิบัติอย่างเท่าเทียม (General Equal Treatment Act 2006) ได้นิยามการคุกคามและการคุกคามทางเพศ ดังนี้ ตามมาตรา 2,1(c) “การคุกคาม” หมายถึง การกระทำที่ไม่เป็นที่ปรารถนาเกี่ยวกับเพศของบุคคลหนึ่งบุคคลใด ซึ่งการกระทำนั้นเป็นการกระทำเพื่อละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ หรือทำให้ผู้ถูกระทำรู้สึกถูกรังแก ไม่เป็นมิตร ด้อยค่า เสื่อมเสียเกียรติ หรือถูกรังแก

ตาม มาตรา 2,1(d) “การคุกคามทางเพศ” (Sexual Harassment) หมายถึง การกระทำที่ไม่ปรารถนา ไม่ว่าจะเป็นการพูด การใช้ท่าทาง หรือการเคลื่อนไหวทางกายภาพที่มีลักษณะสื่อเกี่ยวกับเพศ โดยการกระทำดังกล่าวนั้นมีจุดประสงค์เพื่อละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ หรือทำให้ผู้ถูกระทำรู้สึกถูกรังแก ไม่เป็นมิตร ด้อยค่า เสื่อมเสียเกียรติ หรือถูกรังแก

การกระทำความผิดอันเป็นการคุกคามทางเพศตามข้างต้นสามารถยื่นฟ้องคดีอาญาได้ จะต้องเป็นกรณีดังต่อไปนี้

1) การคุกคามทางเพศที่มีลักษณะเป็นการข่มขู่ (Sexual Assault by Use of Force or Threat) อันเป็นการใช้กำลังหรือข่มขู่ให้ผู้ถูกระทำเกิดความหวาดกลัวจนต้องยินยอมให้มีการละเมิดทางเพศโดยไม่สมัครใจ เป็นการกระทำความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน มาตรา 177⁶⁵

2) การคุกคามทางเพศโดยอาศัยความไว้วางใจของผู้ถูกระทำ หรือตำแหน่งหน้าที่ความรับผิดชอบของผู้กระทำในการกระทำความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาเยอรมันมาตรา 174 และมาตรา 174(c)⁶⁶

3) การคุกคามทางเพศโดยการเฝ้าระวังติดตาม (Stalking) เป็นพฤติกรรมคุกคามหรือข่มขู่อย่างต่อเนื่อง เช่น การโทรศัพท์อย่างต่อเนื่อง หรือการดักครอบงำที่อยู่อาศัย

การกระทำความผิดเกี่ยวกับการคุกคามทางเพศ ศาลจะพิพากษาลงโทษผู้กระทำผิด และจะกำหนดให้ผู้กระทำผิดชดเชยค่าสินไหมทดแทนในทางแพ่งให้กับผู้ถูกระทำ เพื่อเป็นการชดเชยให้คุ้มค่ากับความเสียหายที่ได้รับ ตามมาตรา 15 (AGG)⁶⁷ นอกจากนี้ยังมีการกระทำความผิดอันเป็นเหตุเพิ่มบทลงโทษ ในกรณีที่มีการดูถูกหรือเหยียดหยามในทางเพศ ตาม § 185 Strafgesetzbuch⁶⁸ เป็นความผิดที่จะต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 1 ปี และปรับ

⁶⁵ The Penal code or strafgesetzbuch , StGB , section 177 sexual Coercion ; Rape

⁶⁶ The Penal code or strafgesetzbuch , StGB , Chapter Thirteen Crimes Against Sexual Self-determination

⁶⁷ General Equal Treatment Act (AGG),§ 15 Compensation and Damages

⁶⁸ The Penal code or strafgesetzbuch , § 223 StGB Insult

ซึ่งเมื่อกระทำความผิดไปในทางเพศ และทำให้รู้สึกว่าคุณถูกคุกคาม จะต้องระวางโทษไม่เกิน 2 ปี หรือปรับ นอกเสียจากว่าการกระทำนั้นเป็นการกระทำที่มีโทษหนักกว่าตามมาตราอื่น และเมื่อหากการกระทำความผิดดังกล่าวนั้นเป็นความผิดหนักขึ้นหากเป็นกรณีที่มีผู้กระทำความผิดหลายคน ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ 3 เดือนถึง 5 ปี หากผู้กระทำได้กระทำการทารุณหรือทำร้ายผู้ถูกกระทำ ก็จะต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 5 ปี หรือปรับ

3.2.2 กฎหมายสาธารณรัฐฝรั่งเศส

สาธารณรัฐฝรั่งเศสเป็นประเทศที่มีจุดเด่นเรื่องแนวคิดการลงโทษผู้ที่กระทำความผิดเพราะ สาธารณรัฐฝรั่งเศสมีวิวัฒนาการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายให้มีความทันสมัยเหมาะสม อยู่สม่ำเสมอ โดยการลงโทษผู้กระทำความผิดของสาธารณรัฐฝรั่งเศส ได้รับแนวความคิดมาจากแนวคิดของระบบเสรีนิยมและการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนทำให้ส่งผลโดยตรงต่อระบบการลงโทษของสาธารณรัฐฝรั่งเศส โดยหลักการลงโทษจะให้ได้ผลดีก็จะต้องเป็นการลงโทษ ที่ได้รับความสัดส่วน สมเหตุสมผลกับสิ่งที่ผู้กระทำความผิดได้กระทำ จะต้องมีความรวดเร็ว ที่จะนำตัวผู้กระทำความผิดมารับโทษตามกฎหมาย และจะต้องไม่ขัดต่อหลักมนุษยธรรมเป็นสำคัญ ดังนั้นประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสได้แบ่งความร้ายแรงของการกระทำความผิด โดยได้พิจารณา แบ่งประเภทจากผู้กระทำความผิดเป็นสำคัญสามารถแบ่งความร้ายแรงของความผิดได้ 3 ประเภท ดังนี้

1) ความผิดขั้นต้นหรือความผิดลหุโทษ (Contravention) จะเป็นความผิดที่กระทำ โดยฝ่าฝืนคำสั่งของเจ้าพนักงานหรือขัดต่อกฎหมาย ระเบียบหรือคำสั่งต่าง ๆ ของประเทศ ซึ่งจะถือว่าการกระทำความผิดดังกล่าวไม่กระทบกระเทือนต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน

2) ความผิดขั้นกลางหรือความผิดที่กระทำโดยอาชญากรที่ก่อความเสียหายเล็ก ๆ ไม่ได้กระทบกระเทือนต่อประชาชนส่วนใหญ่ (De'lit) ซึ่งการกระทำความผิดประเภทนี้ เป็นความผิดส่วนใหญ่ของประเทศฝรั่งเศส ซึ่งความผิดประเภทนี้จะไม่กระทบกระเทือน ต่อความมั่นคงของประเทศและกระทบกระเทือนต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนเท่าไร เช่น การกระทำความผิดฐานลักทรัพย์ การกระทำความผิดฐานทำร้ายร่างกายทั่วไป เป็นต้น สาธารณรัฐฝรั่งเศสก็จะบัญญัติบทลงโทษไว้ในกฎหมาย โดยผู้กระทำจะต้องระวางจำคุกไม่เกิน 10 ปี

3) ความผิดขั้นสูงหรือความผิดที่กระทำโดยอาชญากรอาชัพ (Crime) การกระทำความผิดประเภทนี้ถือว่าเป็นความผิดที่กระทบกระเทือนต่อความมั่นคงของประเทศ หรือกระทบกระเทือนต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนส่วนใหญ่ สร้างความเสียหายอย่างร้ายแรง เช่น ความผิดฐานฆ่าคนตาย ความผิดฐานก่อการร้าย ความผิดเกี่ยวกับเพศ เป็นต้น สาธารณรัฐฝรั่งเศส ก็จะบัญญัติบทลงโทษไว้ในกฎหมาย โดยผู้กระทำจะต้องระวางจำคุกตั้งแต่ 10 ปีขึ้นไป

สาธารณรัฐฝรั่งเศส ได้มีการแบ่งประเภทของความผิดอาญา ในประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศส ไว้เป็น 3 ประเภท ทำให้สามารถที่จะจัดกลุ่มประเภท การกระทำความผิดที่สร้างความเสียหายร้ายแรงจากการบัญญัติอัตราโทษอย่างเป็นระบบแล้ว ยังมีการสร้างความสัมพันธ์ให้มีความสอดคล้องกับการดำเนินกระบวนการวิธีพิจารณาคดีของเจ้าหน้าที่ ในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา ตั้งแต่ชั้นของเจ้าหน้าที่ตำรวจ พนักงานสอบสวน พนักงานอัยการ และศาล

คำนิยามคำว่า “กระทำชำเรา”

ก่อนปี ค.ศ. 1980 ประมวลกฎหมายอาญาของสาธารณรัฐฝรั่งเศส ได้บัญญัติ การกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา (Le viol) ไม่ได้กำหนดถึงเพศของผู้กระทำและเพศ ของผู้ถูกระทำแต่อย่างใด หมายความว่าผู้กระทำและผู้ถูกระทำสามารถเป็นได้ทั้งเพศชายและเพศหญิง

หลังจากปี ค.ศ. 1993 ประมวลกฎหมายอาญาสาธารณรัฐฝรั่งเศส ได้มีการแก้ไข เพิ่มเติมอีกครั้งในการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศฐานข่มขืนกระทำชำเรา โดยเพิ่มเนื้อหา ของพฤติกรรมพิเศษอันเป็นเหตุให้รับโทษสูงขึ้นและกำหนดโทษในฐานความผิดนี้สูงขึ้น ซึ่งมีการบัญญัติไว้ในมาตราดังนี้

มาตรา 222-23 บัญญัติว่า “ทุกรูปแบบของการล่วงประเวณีทุกทางตามธรรมชาติ ที่จะเป็นไปได้ซึ่งได้กระทำต่อผู้ถูกระทำต่อบุคคลอื่นโดยใช้ความรุนแรง, การบังคับ, การขู่เข็ญ หรือการทำให้ไม่รู้ตัวเป็นการข่มขืน ผู้กระทำจะต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 15 ปี

มาตรา 222-24 บัญญัติถึงการกระทำใดบ้างที่เป็นเหตุฉกรรจ์ ทำให้ผู้กระทำ ต้องระวางโทษเพิ่มขึ้นเป็นจำคุกไม่เกินยี่สิบปี ดังนี้

- 1) การกระทำต่อผู้ที่ถูกกระทำส่งผลให้ต้องได้รับพิการหรือทิวพพลภาพถาวร จากการกระทำนั้น
- 2) ผู้ถูกระทำยังคงเป็นผู้เยาว์ อายุไม่เกิน 15 ปี
- 3) เป็นการกระทำกับบุคคลดังต่อไปนี้ ผู้ได้รับบาดเจ็บ ผู้สูงอายุ ผู้เจ็บป่วย ผู้ทุพพลภาพ ผู้ไม่สมประกอบไม่ว่าจะเป็นทางร่างกายหรือจิตใจ สตรีมีครรภ์ หรือผู้รู้จักใกล้ชิดผู้กระทำ
- 4) ผู้ถูกระทำเป็นผู้สืบสันดานของผู้กระทำตามกฎหมายไม่ว่าจะเป็นสายโลหิต หรือโดยการรับรองบุตรบุญธรรมหรือเป็นกรณีที่ผู้กระทำเป็นบุคคลที่มีอำนาจเหนือผู้ถูกระทำ เช่น นายจ้าง ลูกจ้าง
- 6) เป็นการร่วมกระทำความผิดตั้งแต่สองคนขึ้นไปไม่ว่าจะเป็นผู้กระทำ หรือผู้สนับสนุน
- 7) เป็นการกระทำโดยใช้เครื่องมือหรืออาวุธเพื่อข่มขู่

8) ผู้ถูกกระทำถูกล่อลวงโดยการหวานลือม, การติดต่อเพื่อนวดหรือการติดต่อทางการสื่อสารเช่นทางอินเทอร์เน็ต

9) การกระทำโดยเหตุที่ผู้ถูกกระทำมีลักษณะพิเศษ เช่น การกระทำเพราะผู้ถูกกระทำเป็นหญิงชาวเอเชียหรือกระทำเพราะผู้ถูกกระทำเป็นพวกกร่วมเพศ

10) การกระทำซึ่งได้รับความช่วยเหลือจากผู้ที่ถูกข่มขืนเพื่อที่จะไปข่มขืนผู้ถูกกระทำคนอื่น ๆ

11) เป็นการกระทำระหว่างคู่รัก (le conjoint), คู่ที่อยู่กินนั้่นสามีภรรยา โดยไม่ได้จดทะเบียนสมรส (le concubine) หรือสามีภรรยาถูกต้องตามกฎหมาย (un pacte civil)

12) ผู้กระทำอยู่ในอาการมีเมามสุราหรือตกอยู่ภายใต้ฤทธิ์ของสารเสพติด⁶⁹

หากการกระทำดังกล่าวข้างต้นได้เป็นเหตุให้ผู้ถูกกระทำถึงแก่ความตาย ผู้กระทำ จะต้องระวางโทษไม่เกิน 30 ปีตามมาตรา 222-25 และให้นำบทกฎหมายว่าด้วยการรับโทษโดยไม่มีการลดหย่อนโทษ (La période de sûreté) ตามมาตรา 132-23 มาบังคับใช้ประกอบกับมาตรา 222-25 วรรคสอง

หากการกระทำดังกล่าวเป็นการทำให้ผู้ถูกกระทำต้องได้รับความทุกข์ทรมานหรือเป็นการกระทำที่ป่าเถื่อน โหดร้าย ผู้กระทำจะต้องระวางโทษจำคุกตลอดชีวิตตามมาตรา 222-26 และให้นำบทกฎหมายว่าด้วยการรับโทษโดยไม่มีการลดหย่อนโทษ (La période de sûreté) ตามมาตรา 132-23 มาบังคับใช้ประกอบกับมาตรา 222-26 วรรคสอง

จะเห็นว่า การกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศของประเทศฝรั่งเศส การกำหนดบทลงโทษไว้ในประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศส มีการแบ่งประเภทความผิดไว้อย่างชัดเจน โดยสังเกตจากการกระทำใด ๆ ที่ส่งผลกระทบต่อร่างกายหรือจิตใจของประชาชนหรือส่งผลกระทบต่อรัฐ บทลงโทษ ที่นำมาบัญญัติใช้จะมีโทษที่ค่อนข้างรุนแรง การบัญญัติบทลงโทษของผู้กระทำความผิดให้มีความร้ายแรงก็เพื่อเป็นตัวอย่างไม่ให้บุคคลอื่นกระทำความผิดเลียนแบบ และยังเป็น การลงโทษผู้กระทำความผิดให้ไม่กล้ากระทำความผิดซ้ำอีก อันเป็นการลงโทษเพื่อข่มขู่ยับยั้ง

องค์ประกอบภายนอกของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา คือ การล่วงล้ำซึ่งเจตนา คือ การประสงค์มุงที่จะมีเพศสัมพันธ์ และการล่วงล้ำ คือ การที่ผู้กระทำใช้อวัยวะเพศชายนี้ว หรือวัตถุอื่นใดล่วงล้ำในลักษณะเพื่อการมีเพศสัมพันธ์ตามธรรมชาติ ส่วนใดส่วนหนึ่งในร่างกายของผู้ถูกกระทำ เช่น อวัยวะเพศหญิง ทวารหนัก ปาก เป็นต้น ส่วนองค์ประกอบภายใน คือ การเจตนา

⁶⁹ Le Code Pénal, article 222-24

คำนิยามคำว่า “อนาจาร”

มาตรา 222-22⁷⁰ การกระทำอนาจารหรือการรุกรานทางเพศ(Sexual Aggression) คือ การกระทำทางเพศที่กระทำโดยประทุษร้าย (Violence) ทำให้ตกอยู่ในภาวะที่ไม่อาจขัดขืนได้ หรือการวางแผนหลอกลวง

การข่มขืน หรือการรุกรานทางเพศกรณีอื่นจะเป็นความผิดได้ต่อเมื่อได้กระทำกับเหยื่อในรูปแบบที่กำหนดไว้โดยบทบัญญัติลักษณะนี้ โดยไม่สนใจความสัมพันธ์ระหว่างผู้กระทำกับเหยื่อแม้ว่าจะผูกพันกันตามสมรส

บทบัญญัติตามประมวลกฎหมายอาญาของประเทศฝรั่งเศสในวรรคแรกมีความหมายดังนี้ การกระทำที่จะเป็นความผิดฐานอนาจารหรือรุกรานทางเพศ ต้องประกอบด้วยการกระทำ ความผิดเกี่ยวกับเพศ เช่นการสัมผัสหน้าอก ต้นขา สะโพก อวัยวะทางเพศและของสงวน กระทำโดยการประทุษร้าย หรือทำให้ตกอยู่ในภาวะที่ไม่อาจขัดขืนได้ (Constraint) ข่มขู่ (Threat) หรือการวางแผน (Surprise) อย่างหนึ่งอย่างใด

หากเข้าอย่างใดอย่างหนึ่งแล้วไม่จำเป็นต้องพิสูจน์ว่าเข้ากรณีอื่นด้วย เช่น เมื่อพิสูจน์ได้แล้วว่าใช้กำลังประทุษร้าย ก็ไม่จำเป็นต้องพิสูจน์ให้เห็นว่าได้ตกอยู่ในภาวะที่ไม่อาจขัดขืนได้จะเป็นความผิดตามมาตรานี้ต้องปราศจากความยินยอม ความผิดฐานรุกรานทางเพศตามประมวลกฎหมายอาญาประเทศฝรั่งเศสถือว่าใกล้เคียงกับความผิดฐานกระทำอนาจารของประเทศไทย⁷¹

การรุกรานทางเพศกรณีอื่นนอกจากการข่มขืนจะต้องระวางโทษไม่เกิน 5 ปี และปรับไม่เกิน 75,000 €⁷²

คำนิยามคำว่า “การคุกคามทางเพศ”

ประเทศฝรั่งเศสเริ่มต้นบัญญัติความผิดฐานคุกคามทางเพศ เมื่อปี ค.ศ.1992 ในประมวลกฎหมายอาญา (Code Pénal) ตอน 3 ว่าด้วยการคุกคามทางเพศ (Le Harcèlement Sexual) เป็นการกระทำอันเป็นการข่มเหงหรือรังแกผู้อื่น เพื่อความสุขทางเพศของตน ตามมาตรา 222-33 บัญญัติไว้ว่า⁷³

1) การคุกคามทางเพศเป็นการกระทำอันเป็นการรุกรานบุคคลอื่น โดยใช้คำสั่งการข่มขู่ หรือการบีบบังคับ เพื่อจูงใจให้ได้มาซึ่งประโยชน์ในทางเพศ

⁷⁰ Le Code Pénal , article 222-22

⁷¹ Yves Mayaud , Alexandra jézéquel,and Carole Gayet,Code Pénal 109 ed. (France : Dalloz,2012). P.603

⁷² Le Code Pénal , article 222-27

⁷³ Le Code Pénal , Le Harcèlement Sexual , article 222-33

2) การคุกคามทางเพศไม่จำเป็นต้องมีรูปแบบเดิมซ้ำ ๆ กันหลายครั้ง แม้กระทำครั้งเดียว ก็ถือว่าเป็นความผิด โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้ได้รับผลประโยชน์ทางเพศของตนเองหรือบุคคลที่สาม
บทลงโทษ การคุกคามทางเพศ

(1) การคุกคามทางเพศ เป็นการรุกรานบุคคลอื่น โดยใช้คำสั่ง การบีบบังคับ เพื่อบุคคลอื่นให้ทำตามซึ่งประโยชน์ทางเพศ ต้องระวางโทษจำคุก 2 ปี และปรับ 30,000 €

(2) การคุกคามทางเพศ โดยใช้อำนาจในตำแหน่งหน้าที่ที่ผู้กระทำดำรงอยู่ หรือกระทำกับเด็กอายุต่ำกว่า 15 ปี หรือกระทำกับบุคคลที่เปราะบางเนื่องจากอายุ การเจ็บป่วย ทูพผลกระทบ ความพิการทางร่างกายหรือจิตใจหรือการตั้งครรภ์ ซึ่งผู้กระทำได้รู้หรือควรรู้ในการ กระทำความผิดนั้น หรือกระทำกับเพื่อนร่วมงานหรือกับบุคคลที่พึ่งพาอาศัยกัน หรือกรณีที่ผู้กระทำ คุกคามทางเพศมีหลายคน โดยมีลักษณะร่วมกระทำความผิดหรือสมรู้ร่วมคิด การกระทำความผิด ดังกล่าวข้างต้นจะต้องระวางโทษจำคุก 3 ปี และปรับ 45,000 € มีดังต่อไปนี้

ซึ่งประมวลกฎหมายอาญาว่าด้วยการคุกคามทางเพศยังครอบคลุมถึงการเลือก ปฏิบัติตามมาตรา 225-1-1 และคุ้มครองรวมไปถึงสถานที่ทำงาน ตามประมวลกฎหมายแรงงาน ซึ่งมีการบัญญัติเกี่ยวกับการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศไว้ ในส่วนที่ 6 หมวด 2 บท 2 ของบรรพ 1 บัญญัติความคุ้มครองลูกจ้างผู้ถูกระทำการคุกคามทางเพศ ผู้ที่เป็นพยานหรือเปิดเผยการกระทำ ความผิดดังกล่าวให้ผู้อื่นได้รับความคุ้มครองจากกฎหมายไม่ให้ถูกลงโทษใด ๆ หรือถูกไล่ออกจากงาน ตามมาตรา L 122-46 ซึ่งการคุ้มครองดังกล่าวให้รวมถึงการคุ้มครองลูกจ้างที่เป็นข้าราชการด้วย

3.2.3 กฎหมายประเทศสหรัฐอเมริกา

การกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นในประเทศสหรัฐอเมริกา มีกฎหมายซึ่งเป็นรากฐานมาจากระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law rape) แบบดั้งเดิม ของประเทศอังกฤษ โดยในสมัยก่อนมีการกำหนดว่าการข่มขืนกระทำชำเราจะเกิดขึ้นได้ ต้องเป็นการกระทำระหว่างชายกับหญิง โดยการข่มขืนใจโดยใช้กำลัง ด้วยอิทธิพลแบบจารีตประเพณีนี้ นำไปสู่การแก้ไขปรับปรุงกฎหมาย เอาผิดผู้ชำเราเด็กอายุไม่เกิน 10 ปี ไม่ว่าเด็กนั้นจะมีความยินยอม หรือไม่ก็ตามก็จะถือว่าเป็นการกระทำความผิด การกระทำนั้นเรียกว่า Statutory Rape ต่อมา ด้วยความเก่าแก่ของระบบจารีตประเพณีแบบประเทศอังกฤษ ที่มีความล้าสมัยเกินไปไม่ทันยุคสมัย ในปัจจุบันทำให้ไม่ยอมรับกฎหมายกัน ประเทศสหรัฐอเมริกา จึงต้องปรับปรุงแนวคิดใหม่ในการข่มขืน กระทำชำเรา เช่น สามิข่มขืนกระทำชำเรากรรยาตนเอง ก็มีความผิด และการกำหนดความผิดการกระทำ ชำเราเด็กอายุไม่เกิน 16 ปี หรือ 17 ปี หรือ 18 ปี ก็เป็นความผิด ด้วยเหตุผลที่วัยของเด็กไม่อาจ

ให้ความยินยอม เพราะยังมีวิญญูติที่ไม่สามารถตัดสินใจเองได้ เพื่อการปกป้องพรหมจรรย์ การป้องกันการตั้งครรภ์ โดยไม่จำเป็น⁷⁴ อีกทั้งการปฏิรูปความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเป็นลายลักษณ์อักษร

ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราในประเทศสหรัฐอเมริกา ไม่ได้บัญญัติเป็นความผิดไว้ในกฎหมายของรัฐบาลกลาง แต่เป็นความผิดตามกฎหมายของแต่ละมลรัฐ ซึ่งแต่ละมลรัฐก็มีกฎหมายที่แตกต่างกันไป ซึ่งการปฏิรูปกฎหมายที่นำมาใช้กับเรื่องกระทำชำเราเป็นเรื่องของแต่ละมลรัฐเป็นผู้บัญญัติ โดยมีสถาบันกฎหมายอเมริกาได้จัดทำประมวลกฎหมายอาญา ชื่อว่า Model Penal Code ขึ้นมาเป็นแบบฉบับของกฎหมายอาญาของมลรัฐต่าง ๆ ภายในประเทศ

คำนิยามการกระทำชำเรา

โดย Model Penal Code 1962 มาตรา 213.0 ให้การจำกัดความของการข่มขืนกระทำชำเราให้หมายความถึงการข่มขืนทางช่องคลอดหรือทางทวารหนัก โดยมีการล่วงล้ำของอวัยวะเพศไม่ว่ามากหรือน้อยเพียงใดก็ตาม ไม่ต้องคำนึงการหลั่งน้ำอสุจิ⁷⁵

กฎหมายอาญามีการบัญญัติความหมายของคำว่า “การข่มขืน” การมีเพศสัมพันธ์กับหญิงอื่นที่ไม่ใช่ภรรยาตน ดังต่อไปนี้

1) หญิงนั้นไม่ได้ให้ความยินยอมไม่ว่าจะเป็นเพราะเป็นบ้าหรือวิกลจริตในลักษณะถาวรหรือชั่วคราว

2) หญิงได้ขจัดขืนชายแล้วแต่ถูกชายใช้กำลังบังคับ

3) หญิงอยู่ในอาการมึนเมาจนไม่สามารถทรงสติไว้ได้

4) หญิงในขณะนั้นไม่มีสติสัมปชัญญะที่จะสามารถรู้ถึงการกระทำของตนเองได้หรือโดนชายหลอกลวงด้วยประการใดๆ จนหญิงเชื่อว่าเป็นสามีของตน⁷⁶

5) การกระทำแก่หญิงอายุต่ำกว่า 10 ปี จะได้รับโทษหนักขึ้นตั้งแต่จำคุกตลอดชีวิตถึงประหารชีวิต

กรณีที่ 1 ถึง 5 นี้ เป็นกรณีการมีเพศสัมพันธ์กับหญิงโดยที่หญิงนั้นไม่ได้ยินยอม

ช่วงระหว่างทศวรรษที่ 1973 และ 1980 การปฏิรูปกฎหมาย Statutory Rape Law ทั้งฝ่ายนิติบัญญัติและศาล โดยเบื้องต้นเกิดจากการต่อต้านจากกลุ่มผู้หญิงที่เป็นผู้เสียหายเผชิญต่อความเจ็บปวดที่เป็นเหยื่อถูกข่มขืน ได้รับการคูห่มั่นเหยียดหยาม และต้องอับอายจากการถูกข่มขืน โดยฝ่ายนิติบัญญัติมุ่งปฏิรูปกฎหมายให้มีลักษณะเป็นกลางในทางเพศ โดยมีการแบ่งความผิดทางเพศออกเป็นลำดับชั้น และบัญญัติกฎหมายห้ามนำพยานหลักฐานเกี่ยวกับพฤติกรรม

⁷⁴ Criminal Law and Procedure (pp. 156-158) , Scheb,J.M., 2010

⁷⁵Model Penal Code 1962 Section 213.0

⁷⁶ R.Bryce Young.(1972.).Criminal Law : Codes and Cases. P.224

ทางเพศของเพศหญิงกับบุคคลอื่นก่อนมีการกระทำความผิดเข้าสืบและมีการเรียกชื่อความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา เป็นการทำร้ายทางเพศ โดยให้ความผิดดังกล่าวสามารถเกิดขึ้นได้ทั้งเพศชายและเพศหญิง ไม่ได้จำกัดเพียงว่าการข่มขืนกระทำชำเราจะต้องกระทำกับเพศหญิงอย่างเดียวเท่านั้น ผู้กระทำความผิดสามารถเป็นได้ทั้งเพศชายและเพศหญิง โดยสามีอาจถูกกล่าวหาว่ากระทำข่มขืนกระทำชำเรากริยาตัวเองได้ด้วย และบัญญัติถึงคำว่า “ชำเรา” คือการกระทำแก่ทวารหนัก ปาก หรืออวัยวะเพศของชาย หรือวัตถุอื่น ๆ เว้นแต่กรณีการกระทำโดยสุจริตทางการแพทย์และในบางสถานการณ์

การปฏิรูปกฎหมายนี้ ได้พยายามแบ่งความผิดฐานทำร้ายทางเพศออกเป็นประเภทต่าง ๆ เพื่อให้มีการลงโทษแตกต่างกันไปตามประเภทของพฤติกรรมการกระทำทางเพศหรือการสัมผัส อีกฝ่ายหนึ่งลักษณะและขนาดของการใช้กำลัง อายุ และความอ่อนแอของผู้เสียหายหรือการกระทำกับบุคคลที่ช่วยเหลือตนเองไม่ได้ หรือการฉวยโอกาสความเป็นผู้ที่มีความสัมพันธ์คุ้นเคยระหว่างผู้กระทำ กับผู้ถูกระทำ หรือการกระทำเพราะตนเองเป็นผู้มีอำนาจบังคับบัญชากรณีต่าง ๆ เหล่านี้มีการบัญญัติบทลงโทษไว้เป็นพิเศษ เพื่อให้เกิดการลงโทษผู้ที่กระทำความผิดเกิดความยุติธรรมมากขึ้น

กฎหมายการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศของมลรัฐมิชิแกน ประเทศสหรัฐอเมริกา มีกฎหมายที่มีการจำแนกกฎหมายผู้กระทำความผิดทางเพศออกเป็นหลายระดับ ขึ้นอยู่กับการสอดใส่ทางเพศ หรือ การสัมผัสทางเพศกับผู้อื่น และองค์ประกอบอื่น ๆ ได้มีการกำหนดคำนิยามของคำว่า “การสอดใส่ทางเพศ” คือ การร่วมเพศโดยการใช้ปากกับอวัยวะเพศหญิง การใช้ปากกับอวัยวะเพศชายหรือการร่วมเพศทางทวารหนักหรือการล่วงล้ำเข้าไปในร่างกายไม่ว่าจะเล็กน้อยเพียงใดก็ตาม หรือการใช้วัตถุใด ๆ ล่วงล้ำเข้าไปในช่องอวัยวะเพศหรือช่องทวารหนักของผู้อื่น โดยที่ไม่จำเป็นต้องมีการหลั่งอสุจิ⁷⁷ และก็มีการบัญญัติความหมายของคำว่า “การสัมผัสทางเพศ” การจงใจสัมผัสของลับของผู้ถูกระทำหรือจะสัมผัสบริเวณเสื้อผ้าที่ปกคลุมบริเวณใกล้ชิดกับของลับของผู้ถูกระทำ ถ้าการที่สัมผัสนั้นเป็นการจงใจนั้นสามารถเข้าใจได้ว่าเป็นการกระทำเพื่อปลุกเร้าความรู้สึกทางเพศหรือความสุขทางเพศ การกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศไม่ได้มีการแยกเพศของผู้กระทำและเพศของผู้ถูกระทำ คือใช้คำเป็นกลางทางเพศ ซึ่งมีการบัญญัติความหมายของคำว่า “สอดใส่ทางเพศ” และ “การสัมผัสทางเพศ” อย่างกว้าง และมีการแยกความผิดทางเพศเป็นระดับ โดยคำนึงจากการกระทำของผู้กระทำความผิดเป็นสำคัญและคุ้มครองผู้ที่จะถูกเป็นเหยื่อได้ง่าย ดังนั้น จึงมีการรวบรวมกฎหมายการข่มขืนกระทำชำเราหลายประการเข้าไว้ด้วยกัน

⁷⁷ The Michigan Penal Code Section 520a(r) sexual Penetration

มาตรา 720, 520 (b) เป็นบทบัญญัติที่เกี่ยวกับการกระทำความผิดทางเพศระดับหนึ่งได้บัญญัติว่า

1) บุคคลย่อมมีความผิดฐานกระทำความผิดทางเพศในระดับหนึ่งถ้าเขาหรือเธอมีการสอดใส่ทางเพศกับผู้อื่นและมีสถานการณ์อย่างใดอย่างหนึ่งดังต่อไปนี้

(1) บุคคลอื่นนั้นมีอายุต่ำกว่าสิบสามปี

(2) บุคคลอื่นนั้นมีอายุอย่างสิบสามปีและน้อยกว่าสิบหกปีและมีลักษณะอย่างหนึ่งอย่างใดดังต่อไปนี้

(a) ผู้กระทำเป็นสมาชิกในครัวเรือนเดียวกับผู้เสียหาย

(b) ผู้กระทำมีความสัมพันธ์ทางสายโลหิตกับผู้เสียหายหรือทางสมรสใน 4 ชั้น

(c) ผู้กระทำอยู่ในตำแหน่งมีอำนาจเหนือผู้เสียหาย และใช้อำนาจเช่นนี้บังคับ

ให้ผู้เสียหายให้จำยอม

(3) การล่วงล้ำทางเพศเกิดขึ้นขณะกระทำความผิดขั้นเฟโลนี (felony)

(4) ผู้กระทำได้รับการช่วยเหลือหรือสนับสนุนโดยบุคคลเพียงหนึ่งคนหรือมากกว่าหนึ่งคนและมีพฤติการณ์อย่างหนึ่งอย่างใดดังต่อไปนี้

(a) ผู้กระทำรู้หรือมีเหตุที่จะรู้ว่าผู้เสียหายมีจิตบกพร่องหรือช่วยตนเองไม่ได้

(b) ผู้กระทำใช้กำลังหรือขู่เข็ญให้การสอดใส่ทางเพศสำเร็จ

(5) ผู้กระทำทำให้เกิดการบาดเจ็บแก่ผู้เสียหาย และมีการใช้กำลัง ขู่เข็ญเพื่อให้เกิดการสอดใส่ทางเพศสำเร็จการใช้กำลังและการขู่เข็ญไม่จำกัดเฉพาะกรณีหนึ่งกรณีใดดังต่อไปนี้

(a) เมื่อผู้กระทำสามารถข่มขืนผู้เสียหายได้ด้วยการใช้กำลังกายหรือความรุนแรงทางกาย

(b) เมื่อผู้กระทำบังคับให้ผู้เสียหายจำยอมด้วยการขู่ว่าจะใช้กำลังหรือความรุนแรงกับผู้เสียหายและผู้เสียหายเชื่อว่าผู้กระทำมีความสามารถที่จะทำตามการข่มขืน

(c) เมื่อผู้กระทำขู่เข็ญให้ผู้เสียหายจำยอมโดยขู่ว่าจะตอบโต้แก่คนผู้เสียหายในอนาคตหรือบุคคลอื่นและผู้เสียหายเชื่อว่าผู้กระทำมีความสามารถที่จะกระทำตามขู่คำว่า “ตอบโต้” หมายความว่า การขู่ว่าจะลงโทษทางกายลักพาตัวและกรรโชก

(d) ผู้กระทำการรักษาพยาบาลหรือตรวจร่างกายผู้เสียหายโดยวิธีหรือเพื่อวัตถุประสงค์ซึ่งในทางการแพทย์ถือว่าขาดจริยธรรมหรือไม่เป็นที่ยอมรับกัน

(e) เมื่อผู้กระทำสามารถทำให้ผู้เสียหายจำยอมด้วยการปกปิดหรือโดยวิธีการที่คาดไม่ถึง

(6) เมื่อผู้กระทำทำให้ผู้เสียหายบาดเจ็บและผู้กระทำรู้หรือมีเหตุที่จะรู้ว่าผู้เสียหายมีข้อบกพร่องหรือไม่มีความสามารถทางจิตหรือเป็นบุคคลที่ช่วยเหลือตนเองไม่ได้

(7) เมื่อบุคคลอื่นมีจิตบกพร่องไม่มีความสามารถทางจิตหรือเป็นบุคคลที่ช่วยเหลือตนเองไม่ได้และมีพฤติการณ์แวดล้อมดังนี้

(a) ผู้กระทำมีความสัมพันธ์ทางสายโลหิตและทางสมรสกับผู้เสียหาย

(b) ผู้กระทำอยู่ในฐานะมีอำนาจเหนือผู้เสียหาย และใช้อำนาจนั้นบังคับให้ผู้เสียหายจำยอม

2) การกระทำความผิดทางเพศในลำดับที่ 1 เป็นความผิดขั้นเฟโลนีลำดับที่ 1

การกระทำความผิดทางเพศในลำดับที่ 2 จะมีลักษณะคล้ายคลึงกับมาตราก่อนแต่ต่างกันตรงแทนที่จะเป็นการสอดใส่จะมีแต่เพียงการสัมผัสทางเพศกับผู้เสียหายโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น การละเมิดเป็นความผิดเฟโลนีขั้นที่ 2

การกระทำความผิดทางเพศขั้นที่ 3 รวมเอาองค์ประกอบ 2 อย่างในความผิดขั้นที่ 1 คือการสอดใส่และการใช้กำลังหรือขู่เข็ญแต่ไม่รวมถึงองค์ประกอบที่ว่าผู้กระทำได้รับการช่วยเหลือในการกระทำโดยบุคคลหนึ่งคนหรือหลายคน

การกระทำความผิดทางเพศขั้นที่ 4 เป็นการสัมผัสผู้อื่นทางเพศโดยการใช้กำลังหรือขู่เข็ญหรือในกรณีที่ผู้กระทำรู้หรือมีเหตุที่จะรู้ว่าผู้เสียหายจิตบกพร่องหรือผู้เสียหายอยู่

กำนิยาม อนาจาร ตามมลรัฐแมสซาชูเซตส์

การจะเป็นอนาจารตามกฎหมายทั่วไปของรัฐแมสซาชูเซตส์ นั้นจะต้องพิสูจน์ข้อเท็จจริง 4 ข้อ ดังนี้

ข้อแรก ต้องพิสูจน์ว่าผู้ถูกกระทำอายุกว่า 14 ปีหรือไม่ เพื่อจะได้วิเคราะห์ต่อไปว่าจะมีความผิดตามมาตราใด

ข้อสองต้องพิสูจน์ว่าจำเลยกระทำการ ขู่เข็ญว่าจะประทุษร้าย (Assault) หรือใช้กำลังทำร้าย (Battery) ต่อเหยื่อ และต้องมีการสัมผัสกับตัวเหยื่อโดยปราศจากมูลเหตุโดยชอบด้วยกฎหมาย

ข้อสามต้องพิสูจน์ให้ไว้ข้อสงสัยว่าการขู่เข็ญจะประทุษร้ายหรือการใช้กำลังประทุษร้ายนั้นเป็นการอนาจารในความหมายโดยทั่วไป โดยวัดจากความเข้าใจ และทางปฏิบัติของบุคคลทั่วไป

การอนาจารนี้เป็นความผิดพื้นฐานที่เป็นการประพฤติกฎที่ถูกละเมิดของคลองธรรมโดยพื้นฐาน ซึ่งโดยปกติ การข่มขู่ว่าจะประทุษร้าย หรือการใช้กำลังนั้น อาจจะเป็นอนาจาร

ได้ต่อเมื่อไปเกี่ยวข้องกับสัมผัสส่วนของอวัยวะที่เข้าใจว่าเป็นของสงวน (Commonly Thought Private) เช่น อวัยวะเพศ สะโพก หรือหน้าอกของผู้หญิง

ข้อที่ต้องพิสูจน์โดยไม่มีข้อสงสัยกรณีที่ยกไม่ได้ให้ความยินยอม⁷⁸

คำนิยาม การคุกคามทางเพศ

The civil rights Act of 1964 บัญญัติห้ามไม่ให้มีการเลือกปฏิบัติ (Discrimination) ทางเชื้อชาติ สีผิว เพศ ศาสนา ซึ่งนายจ้างจะต้อง ไม่เลือกปฏิบัติต่อบุคคลอื่น เช่นการได้เชื้อชาติจากการ แต่งงาน ซึ่งกฎหมายของสหรัฐอเมริกาถือว่าการคุกคามทางเพศกรณีที่เลือกปฏิบัติทางเพศอย่างหนึ่ง

การคุกคามทางเพศ หมายถึง พฤติกรรมการรบกวน รังแก การกระทำอื่นใด ไม่ว่าจะผ่านทางวาจาหรือการกระทำทางกายเกี่ยวกับพฤติกรรมทางเพศ ซึ่งก่อให้เกิดผลโดยตรง หรือโดยอ้อมต่อการจ้างงานหรือการทำงานของบุคคลอื่นโดยไม่มีเหตุอันสมควร หรือเป็นการข่มขู่ หรือสร้างภาวะกดดันในการทำงาน

การคุกคามทางเพศในสหรัฐอเมริกาอาจมีลักษณะดังต่อไปนี้

- 1) ผู้คุกคามหรือผู้ถูกคุกคามอาจเป็นชายหรือหญิงก็ได้
- 2) ผู้คุกคามอาจเป็นหัวหน้าโดยตรงหรือไม่ก็ได้ตัวแทนของหัวหน้างานเพื่อนร่วมงานหรือบุคคลใด ๆ
- 3) ผู้ถูกคุกคามอาจไม่ใช่ตัวผู้ถูกระทำโดยตรงแต่หมายความรวมถึงผู้ที่ได้รับผลกระทบจากพฤติกรรมกรคุกคามทางเพศด้วย
- 4) การคุกคามไม่จำเป็นต้องมีผลกระทบเฉพาะต่อค่าจ้างเงินเดือน หรือการถูกให้ออกจากงาน
- 5) เป็นพฤติกรรมฝ่ายเดียวผู้ถูกคุกคามไม่ได้ยินยอมพร้อมใจ

ลักษณะของการคุกคามทางเพศในประเทศสหรัฐอเมริกา แบ่งออกเป็น 2 รูปแบบ

(1) การยื่นหมิ่นแฉ (Quid Pro Quo)

เป็นการคุกคามในลักษณะที่มีเงื่อนไขแลกเปลี่ยนกัน เช่น ผู้กระทำเสนอข้อแลกเปลี่ยนในการทำงานให้กับผู้ถูกระทำ อาทิ การขึ้นเงินเดือน การเลื่อนตำแหน่ง หรือผลประโยชน์อื่น ๆ แลกเปลี่ยนกับการมีเพศสัมพันธ์ทางเพศหรือการกระทำที่ส่อไปในทางเพศ โดยผู้กระทำส่วนใหญ่จะดำรงตำแหน่งสูงกว่ามีอำนาจต่อรองมากกว่าผู้ถูกระทำ หรือจะเป็นกรณีที่ข่มขู่ว่าจะเสียประโยชน์หากผู้ถูกระทำไม่ยินยอม เช่นอาจจะถูกออกจากงาน

⁷⁸ Massachusetts Courts. (2016). *Indecent Assault and battery*. (Online). Available: <http://www.mass.gov/courts/docs/courts-and-judges/courts/district-court/jury-instructions-criminal/6000-9999/6500-indecnt-assault-and-battery.pdf>. [2016, Oct 16]

หากไม่ให้ความยินยอมในทางเพศ เช่นคดี Barnes v Douglas M. Costle, Administrator of Environment protection Agency

(2) การคุกคามทางเพศที่สร้างสภาพแวดล้อมที่ไม่พึงปรารถนา (Hostile Environment)

การคุกคามทางเพศที่มีเจตนาไขว่คว้าจะนำมาสู่สภาพแวดล้อมที่ไม่พึงปรารถนาหรือไม่เป็นมิตรกับผู้ถูกระทำ เป็นการกระทำให้ผู้ถูกระทำรู้สึกกลัวหรืออับอายในสิ่งที่เกิดขึ้น ซึ่งพฤติกรรมที่เข้าขั้นหยาบคายและน่ารำคาญ ไม่มีกฎหมายกำหนดไว้ชัดเจน มีเพียงคำพิพากษาของศาลสูงในคดี Vinson ว่าการกระทำที่พุดจาเตะโลม เล่าเรื่องตลกกลมก การล้อเล่นแบบหยิกแกมหยอก หรือการสัมผัสร่างกายโดยเจตนา เป็นลักษณะของการสร้างสภาพแวดล้อมในที่ทำงานที่ไม่พึงปรารถนาหรือไม่เป็นมิตร⁷⁹ ศาลสหรัฐอเมริกาได้วางหลักว่าการกระทำใดจะเป็นการคุกคามทางเพศ คือ วิทยุชนธรรมดา (Reasonable person) พึงจะเห็นว่าการกระทำนั้นเป็นการคุกคามแล้วไม่แบ่งเพศจะเป็นผู้หญิงหรือผู้ชายก็ได้ ซึ่งผู้ถูกระทำจะต้องรู้ตัวตนเองเสียก่อนว่าถูกคุกคาม

กฎหมายต่างประเทศต่างมีแนวคิดวินิจฉัยกรณีการกระทำใดที่จะถือว่าเป็นการกระทำชำเรา โดยกฎหมายสหรัฐอเมริกา กฎหมายเยอรมัน และกฎหมายฝรั่งเศส ได้กำหนดในลักษณะที่คล้ายคลึงกัน กล่าวคือ การที่ผู้กระทำได้ใช้วิยะเพศของตนเองล่วงล้ำวิยะเพศทวารหนัก หรือช่องปากของผู้ถูกระทำ จะถือว่าเป็นการกระทำชำเรา และให้หมายความรวมถึงการที่ผู้กระทำใช้วัตถุหรือวิยะอื่นใดแทนวิยะเพศของผู้กระทำล่วงล้ำเข้าไปในวิยะเพศทวารหนักของผู้ถูกระทำ ก็ถือว่าเป็นการกระทำชำเราด้วยเช่นกัน รวมทั้งมีการบัญญัติคุ้มครองบุคคลที่เป็นผู้ได้บังคับบัญชาเป็นพิเศษ คือหากเป็นกรณีที่ผู้กระทำอาศัยเหตุที่ว่าเป็นผู้บังคับบัญชาได้กระทำความผิดเกี่ยวกับเพศต่อผู้ได้บังคับบัญชา จะต้องได้รับบทลงโทษหนักหรือร้ายแรงกว่าการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศแบบทั่วไป

⁷⁹ อร์ดี พันธุม โภท. (2550). การคุกคามทางเพศในที่ทำงาน. *วารสารข้าราชการ*, 52(2). หน้า 63-38.