

บทที่ 4

วิเคราะห์ปัญหาการกระทำผิดเกี่ยวกับเพศต่อผู้ได้บังคับบัญชา

ประเทศไทยและต่างประเทศต่างประสบปัญหาการกระทำผิดเกี่ยวกับเพศด้วยกันทั้งสิ้น ไม่ว่าจะเป็นการกระทำชำเรา อนุจาร คุกคามทางเพศ หรือการกระทำอื่นใดเกี่ยวกับเพศที่กฎหมายบัญญัติไว้เป็นความผิด โดยแต่ละประเทศต่างมีการบัญญัติกฎหมายไว้แตกต่างกันตามระบบกฎหมายจารีตประเพณีหรือระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร เพื่อให้เป็นไปตามความเหมาะสมของสังคมในแต่ละประเทศ โดยปัจจุบันมีปัญหาการกระทำผิดเกี่ยวกับเพศเพิ่มขึ้นเป็นจำนวนมาก และมีความรุนแรงซับซ้อนขึ้นทุกวัน จึงทำให้กฎหมายมีความจำเป็นที่จะต้องมีการแก้ไขให้ทันสมัยเหมาะสม กับสภาพสังคมในปัจจุบันอยู่สม่ำเสมอ ผู้เสียหายที่ถูกกระทำผิดเกี่ยวกับเพศมีมากขึ้น นอกจากเพศหญิงทั่วไปแล้วก็ยังมี เด็ก คนชรา คนพิการ หรือแม้แต่คนที่มีความสัมพันธ์ใกล้ชิด ไม่ว่าจะเป็นบุตร มารดา หรือญาติพี่น้อง หรือแม้แต่การกระทำผิดเกี่ยวกับเพศต่อผู้ได้บังคับบัญชานับวันยิ่งเห็นข่าวบ่อยขึ้นทุกวัน ทำให้เห็นว่าสังคมในปัจจุบัน มีความเสื่อมโทรมลง และในปัจจุบันการกระทำชำเรา การกระทำอนุจาร และการคุกคามหรือล่วงละเมิดทางเพศต่างมีวิธีการต่าง ๆ ที่ผู้กระทำสามารถกระทำ เพื่อที่จะสนองความใคร่ของผู้กระทำผิดได้หลายวิธี อาจเป็นเพราะสภาพสังคมที่เปลี่ยนแปลงไปหรือเทคโนโลยีที่มีการพัฒนาก้าวล้ำมากขึ้น

ตามที่กล่าวมาข้างต้นเป็นเหตุให้ประมวลกฎหมายอาญามีการแก้ไขเพิ่มเติมเรื่องความผิดเกี่ยวกับเพศอยู่บ่อยครั้ง ทำให้ปัจจุบันในปี พ.ศ. 2562 ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมเรื่องความผิดเกี่ยวกับเพศ ซึ่งถือว่าเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมค่อนข้างเยอะ รวมไปถึงการเพิ่มความคุ้มครองบุคคลซึ่งเป็นผู้ได้บังคับบัญชาในเรื่องความผิดเกี่ยวกับเพศ และค่านิยมของการกระทำชำเราที่มีความหมายเปลี่ยนแปลงไป ทำให้การกระทำบางอย่างที่เคยเป็นความผิดฐานกระทำชำเราต่อผู้ได้บังคับบัญชา ปัจจุบันการกระทำดังกล่าวไม่มีความผิดฐานเดิมอีกต่อไป ค่านิยมกระทำอนุจารกับการคุกคามทางเพศต่างก็ไม่มีการบัญญัติความหมายค่านิยมหรือขอบเขตการกระทำผิดดังกล่าวไว้เฉพาะ ซึ่งมีพฤติกรรมการกระทำผิดที่มีลักษณะคาบเกี่ยวกัน นำไปสู่การรับโทษของผู้กระทำผิดอาจจะไม่ตรงตามพฤติกรรมที่ผู้กระทำผิดได้กระทำ รวมทั้งมีการแก้ไขเรื่องการขอมความกันใหม่ ทำให้การกระทำผิดเกี่ยวกับเพศต่อผู้ได้บังคับบัญชา ไม่ว่าจะเป็นการกระทำชำเรา การกระทำอนุจาร หรือการคุกคามทางเพศ จะถือว่าเป็นความผิดอาญาแผ่นดินไม่สามารถขอมความกันได้ จึงเป็นปัญหาที่ต้องพิจารณาดังต่อไปนี้

4.1 ปัญหาค่านิยมการกระทำผิดเกี่ยวกับเพศต่อผู้ได้บังคับบัญชา

ความต้องการทางเพศเป็นเรื่องปกติของมนุษย์ ซึ่งรองศาสตราจารย์ ดร.คณพล จันทร์หอม ได้กล่าวไว้ว่า มนุษย์ต่างมีแรงปรารถนาทางเพศเป็นความต้องการตามธรรมชาติเพื่อดำรงเผ่าพันธุ์ คนแต่ละคนต่างมีวิธีบำบัดความต้องการของตนเองแตกต่างกันไป บางคนใช้วิธีอดกลั้นหรือเก็บกด แต่บางคนก็แสดงออกมาในรูปแบบต่าง ๆ แต่ความต้องการทางเพศไม่ใช่แรงจูงใจเพียงอย่างเดียวที่จะก่อให้เกิดความผิดเกี่ยวกับเพศ ยังคงมีปัจจัยอื่นที่ทำให้เกิดความผิดเกี่ยวกับเพศ เช่น อำนาจการครอบงำ การควบคุม และความโกรธ ซึ่งรัฐจึงจำเป็นต้องเข้ามาควบคุมพฤติกรรม การแสดงออกเพื่อบำบัด ความต้องการทางเพศของบุคคล หากบุคคลใดได้กระทำให้บุคคลอื่นเดือดร้อน หรือกระทำเพื่อสนองความใคร่ของตนเองในสิ่งที่รัฐบัญญัติกฎหมายไว้เป็นความผิด เพื่อที่จะควบคุมพฤติกรรมนั้น ผู้กระทำก็จะต้องได้รับโทษตามกฎหมาย โดยความผิดฐานกระทำชำเรา อนาจาร และคุกคามทางเพศ สามารถแยกความผิดดังกล่าวได้เป็น 2 ประเภทใหญ่

ประเภทแรกคือกลุ่มที่ไม่มีบุคคลอื่นมาเกี่ยวข้อง โดยผู้กระทำความผิดสำเร็จความใคร่ด้วยตัวเอง เช่น การเสกเปลือยลามกอนาจาร ภาพ เสียง หรือแม้แต่กระทำชำเราสัตว์หรือศพ เป็นต้น

ประเภทที่สองคือกลุ่มที่มีบุคคลอื่นมาเกี่ยวข้อง ซึ่งการบำบัดความต้องการทางเพศกับบุคคลอื่นจะกระทำได้จะต้องได้รับความยินยอมหรือความสมัครใจจากผู้ถูกกระทำเสียก่อน แต่บุคคลที่สามารถให้ความยินยอมได้ จะต้องเป็นบุคคลที่กฎหมายบัญญัติให้อำนาจสามารถยินยอมได้ จะแบ่งออกเป็น 3 กรณีด้วยกัน กรณีแรกกลุ่มที่มีบุคคลอื่นมาเกี่ยวข้องแต่ไม่มีการสัมผัสกับบุคคลอื่น (Non-contact) หรือที่เรียกว่าการคุกคามทางเพศที่มีการกระทำโดยกริยาหรือวาจา (Sexual harassment) เช่น การถ่มอง (voyeurism) อัฒภาพหรือเสียงไว้ (Video voyeurism) ส่วนกรณีที่สองกลุ่มที่มีบุคคลอื่นมาเกี่ยวข้องและมีการสัมผัสเนื้อตัวบุคคลอื่น ซึ่งกรณีนี้อาจจะเพียงแต่การสัมผัสเนื้อตัวร่างกาย (Contact) เช่น กอด จูบ ลูบคลำ และกรณีที่สามเป็นกรณีที่ถือว่าความผิดเกี่ยวกับเพศรุนแรงที่สุดคือกลุ่มที่มีบุคคลอื่นมาเกี่ยวข้อง มีการสัมผัสเนื้อตัวบุคคลอื่น และมีการล่วงล้ำเข้าไปในร่างกายของผู้ถูกกระทำ (Penetration) เช่นกรณีที่ผู้กระทำใช้อวัยวะเพศ ล้วงล้ำ อวัยวะเพศ ทวารหนัก ช่องปากผู้ถูกกระทำ หรือกรณีที่ผู้กระทำใช้วัตถุอื่นใดที่ไม่ใช่อวัยวะเพศ ล้วงล้ำ อวัยวะเพศหรือทวารหนักผู้ถูกกระทำ เป็นต้น

ปัจจุบันในปี พ.ศ. 2562 ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญาความผิดเกี่ยวกับเพศ เรื่องความหมายค่านิยมของคำว่า “กระทำชำเรา” ใหม่ โดยบัญญัติความหมายการกระทำชำเรา ไว้ในประมวลกฎหมายอาญา ภาค 1 ลักษณะ 1 หมวด 1 มาตรา 1 (18) เป็นบทนิยามเฉพาะ โดยให้ความหมายว่า การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ โดยใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำ

“ล่วงล้ำ” อวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น ทำให้เห็นว่ากระทำชำเรามีความหมายหรือขอบเขตการกระทำความผิดชัดเจนยิ่งขึ้น แต่ปัจจุบันผู้กระทำจะต้องใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำ “ล่วงล้ำ” อวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่นเท่านั้นจึงจะถือว่าผู้กระทำมีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น ตามมาตรา 276 ซึ่งการกระทำอื่นใดนอกเหนือจากนี้กฎหมายบัญญัติไว้ในมาตรา 1 (18) จะไม่ถือว่าเป็นความผิดฐานกระทำชำเราอีกต่อไป

การที่แก้ไขเพิ่มเติมเรื่องความหมายคำนิยามคำว่า “กระทำชำเรา” ใหม่ ก็เพื่อให้มีความหมายสอดคล้องกับลักษณะการกระทำชำเราตามธรรมชาติที่แท้จริง ส่งผลให้การกระทำชำเราซึ่งเดิมใช้คำว่า “กระทำกับ” ที่มีความหมายไม่ระบุเฉพาะเจาะจง มีขอบเขตการกระทำความผิดฐานกระทำชำเราที่กว้างเกินไป ไม่ว่าจะเป็นการล่วงล้ำ การแตะ การสัมผัส หรือการกระทำใด ๆ ก็ตามที่กับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปาก ก็เป็นความผิดฐานกระทำชำเราแล้วทั้งสิ้น แต่ปัจจุบันได้เปลี่ยนเป็นคำว่า “ล่วงล้ำ” ซึ่งเป็นความหมายที่ระบุเฉพาะเจาะจงและมีขอบเขตการกระทำความผิดที่ชัดเจนถึงอย่างนั้นผู้ศึกษาวิเคราะห์แล้วเห็นว่าการบัญญัติความหมายคำนิยามคำว่ากระทำชำเราตามมาตรา 1 (18) ใหม่ ก็ยังคงมีปัญหา ถึงแม้ว่าจะไม่ได้มีการบัญญัติกำหนดเพศของผู้กระทำไว้โดยเฉพาะ แต่การที่ใช้คำว่า อวัยวะเพศของผู้กระทำ “ล่วงล้ำ” อวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้ถูกกระทำ ซึ่งตามหลักความเป็นจริงการที่บัญญัติความหมายของคำนิยามดังกล่าว ผู้ที่สามารถใช้อวัยวะเพศล่วงล้ำได้ในความผิดฐานกระทำชำเราก็มียังเพศชายเท่านั้น เพราะหากกรณีที่เพศหญิงเป็นผู้กระทำความผิดฐานกระทำชำเราผู้อื่น ซึ่งความเป็นจริงอวัยวะเพศหญิงไม่สามารถล่วงล้ำอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากผู้ถูกกระทำได้ และเมื่อพิจารณาความหมายตามตัวอักษรในบทกฎหมายแล้วจะเห็นว่าเพศหญิง ก็ไม่สามารถเป็นผู้กระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามมาตรา 276 ประกอบมาตรา 1 (18) ได้ ซึ่งในสภาพสังคมปัจจุบันก็ปรากฏข้อเท็จจริงกรณีเพศหญิงเป็นผู้กระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราได้เช่นกัน และปัจจุบันส่งเสริมเรื่องสิทธิเสรีภาพ ไม่ว่าจะเป็นเพศหญิงหรือเพศชายต่างมีสิทธิเสรีภาพที่เท่าเทียมกัน การบัญญัติกฎหมายก็จะต้องบัญญัติให้ความคุ้มครองทั้งเพศหญิงและเพศชายด้วยกันทั้งสิ้น ไม่ใช่เลือกที่จะคุ้มครองเพศใดเพศหนึ่งเนื่องจากปัญหาการกระทำผิดเกี่ยวกับเพศนับวันยิ่งทวีความรุนแรง สังคมยิ่งเสื่อมโทรมลงทุกวัน ผู้ที่ตกเป็นผู้เสียหายจากความผิดเกี่ยวกับเพศมีเพิ่มจำนวนมากขึ้น ไม่ว่าจะเป็นทั้งเพศชายเพศหญิงต่างมีความเสี่ยงที่จะตกเป็นเหยื่อกันทั้งนั้น ถึงแม้ว่าจะมีคำพิพากษาฎีกาที่ 6323/2557 ได้เคยวินิจฉัยถึงหลักเกณฑ์กรณีที่ว่า การกระทำใดบ้างจะถือว่าเป็นความผิดฐานการกระทำชำเราผู้อื่น ซึ่งศาลฎีกาได้วางหลักเกณฑ์รวมถึงกรณีที่ผู้หญิงสามารถจะเป็นผู้กระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้ถูกกระทำที่เป็นเพศชายได้ตามมาตรา 276 แต่ถึงอย่างไรศาลก็ยังไม่มีการวางหลักเกณฑ์กรณีการกระทำระหว่างเพศหญิงกระทำชำเราเพศหญิงด้วยกันเอง โดยหญิงซึ่งเป็นผู้กระทำไม่อาจ

ใช้อวัยวะเพศของตนเอง “ล่วงล้ำ” อวัยวะเพศหญิงซึ่งเป็นผู้ถูกระทำได้ ผู้ศึกษายังคงมองว่าการกระทำชำเราระหว่างเพศหญิงด้วยกันยังคงมีปัญหา เพราะหากมีการกระทำความผิดดังกล่าวเกิดขึ้น ความหมายคำนิยามคำว่า “กระทำชำเรา” ยังมีความหมายไม่ครอบคลุมทุกเพศแล้ว อีกทั้งยังไม่มีคำพิพากษาฎีกาที่วางหลักไว้ว่าการกระทำความผิดดังกล่าวจะถือว่าผู้กระทำที่เป็นเพศหญิงกระทำชำเราเพศหญิงด้วยกัน จะมีความผิดอย่างไร และการกระทำดังกล่าวสมควรเป็นความผิดฐานกระทำชำเราหรือไม่ ทำให้เห็นว่ายังคงมีช่องว่างของกฎหมาย จึงควรที่บัญญัติความหมายคำนิยามคำว่า “กระทำชำเรา” ใหม่ให้มีความชัดเจนครอบคลุมทั้งเพศชายและเพศหญิงมากกว่านี้

อีกทั้งมีการตัดความผิดที่ผู้กระทำได้กระทำความผิดเพื่อสนองความใคร่โดยใช้ “วัตถุอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศ หรือทวารหนัก” ของผู้อื่นออกจากความหมายคำนิยามคำว่า “กระทำชำเรา” แต่กลับนำไปบัญญัติไว้ในมาตรา 278 วรรคสอง เป็นความผิดฐานอนาจารอันเป็นเหตุจรรยา ตามมาตรา 278 วรรคสองแทน และเปลี่ยนคำว่า “กระทำกับ” เปลี่ยนเป็น “ล่วงล้ำ” เช่นเดียวกับความหมายของคำว่า “การกระทำชำเรา” ดังนั้นทำให้เห็นว่าการกระทำโดยใช้วัตถุหรืออวัยวะอื่นใดที่ไม่ใช่อวัยวะเพศ ล่วงล้ำอวัยวะเพศ หรือทวารหนักของผู้อื่น จะไม่ถือว่าเป็นความผิดฐานกระทำชำเราอีกต่อไป คงเป็นเพียงความผิดฐานกระทำอนาจารเท่านั้น

เมื่อพิจารณาตามแนวคิดของรองศาสตราจารย์ ดร.คณพล จันทรหอม ที่มีการแยกประเภทความผิดเกี่ยวกับเพศฐานกระทำชำเรา กระทำอนาจาร และการคุกคามทางเพศไว้ จะเห็นว่าการกระทำผิดโดยใช้วัตถุอื่นใดที่ไม่ใช่อวัยวะเพศของผู้กระทำได้กล่าวมาแล้วข้างต้น เป็นการกระทำความผิดที่อยู่ในกลุ่มมีบุคคลอื่นมาเกี่ยวข้องที่มีการสัมผัสเนื้อตัวบุคคลอื่น โดยมีลักษณะการกระทำล่วงล้ำเข้าไปในร่างกายผู้อื่น (Penetration) แต่ปัจจุบันผู้บัญญัติกฎหมายกลับบัญญัติให้การกระทำดังกล่าวไม่ใช่ความผิดฐานกระทำชำเราอีกต่อไป เพราะมีการแก้ไขความหมายคำนิยามคำว่ากระทำชำเรา โดยบัญญัติไว้ในมาตรา 1(18) หากผู้กระทำจะมีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามมาตรา 276 จะต้องเป็นการกระทำชำเราตามมาตรา 1(18) ซึ่งสิ่งที่ใช้กระทำจะต้องเป็นการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำเท่านั้น แต่การใช้วัตถุอื่นใดที่ไม่ใช่อวัยวะเพศ จะไม่เป็นความผิดฐานกระทำชำเราอีกต่อไป วัตถุหรือสิ่งของที่ใส่กระทำอาจจะมีลักษณะนำมาใช้แทนอวัยวะเพศเพื่อที่จะล่วงล้ำกระทำชำเราผู้อื่น หรืออาจจะเป็นอวัยวะอื่นที่ไม่ใช่อวัยวะเพศ เช่น การใช้ปากอมอวัยวะเพศชาย การใช้นิ้วสอดใส่เข้าไปในอวัยวะเพศ หรือการใช้ลิ้นเลียอวัยวะเพศ ซึ่งผู้ศึกษาเห็นว่าทุกการกระทำดังกล่าวนี้ มีจุดประสงค์อย่างเดียวกันคือทำให้ผู้กระทำได้สนองความใคร่ทางเพศ และพฤติกรรมการกระทำผิดระหว่างการใช้อวัยวะเพศในการกระทำผิดกับการใช้วัตถุอื่นใดที่ไม่ใช่อวัยวะเพศของผู้กระทำในการกระทำผิดเป็นพฤติกรรมการกระทำผิดที่มีลักษณะเช่นเดียวกัน เพียงแต่ต่างกันที่วัตถุที่ใช้กระทำเท่านั้น

ซึ่งการใช้วัตถุอื่นใดก็ทำให้ผู้กระทำและผู้ถูกกระทำเกิดความผิดสำเร็จความใคร่ได้เช่นเดียวกัน และผู้ที่ถูกกระทำก็ได้รับความเสียหาย อับอาย เสียชื่อเสียง เสียเกียรติ จิตใจหดหู่ไม่ต่างอะไรกับความผิดที่ใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำ เนื่องจากปัจจุบันสภาพสังคม หรือเทคโนโลยี มีความเปลี่ยนแปลงไปมาก ไม่ใช่เพียงเพศหญิงเท่านั้นที่จะตกเป็นผู้เสียหายจากการกระทำผิดเกี่ยวกับเพศ เพศชายก็สามารถตกเป็นผู้เสียหายได้เช่นกัน ปัจจุบันได้มีนวัตกรรมการศัลยกรรมสามารถทำอวัยวะเพศเทียมขึ้นได้ เพศหญิงที่อยากเป็นเพศชายก็สามารถที่จะทำศัลยกรรมให้มีอวัยวะเพศเทียมเหมือนอวัยวะเพศชายได้ และเช่นเดียวกันกับเพศชายที่อยากเป็นเพศหญิงก็สามารถศัลยกรรมให้มีอวัยวะเพศหญิงที่ทำเทียมขึ้นมาได้เช่นกัน เมื่อการมีเพศสัมพันธ์ของมนุษย์เป็นพฤติกรรมที่มีความซับซ้อนเกินกว่าที่จะมีเพศสัมพันธ์ ตามธรรมชาติเท่านั้น การแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2562 เปลี่ยนแปลงความหมายคำนิยามคำว่า “กระทำชำเรา” ใหม่ จึงยังมีปัญหาไม่เป็นไปตามสภาพสังคมที่แท้จริงในปัจจุบัน อีกทั้งยังส่งผลกระทบไปถึงการกระทำอนาจารอีกด้วย เพราะจากเดิมไม่ได้มีกำหนดความหมายคำนิยาม คำว่า “กระทำอนาจาร” ไว้ แต่ก็ต้องมีคำนิยามไปโดยปริยายเพราะพฤติการณ์ใดที่มีการล่วงล้ำ โดยใช้วัตถุอื่นใดที่ไม่ใช้อวัยวะเพศ ก็จะถือว่าเป็นความผิดฐานอนาจารทั้งสิ้น ซึ่งการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ.2562 ได้มีการเพิ่มเติมบุคคลที่กฎหมายให้ความคุ้มครองในความผิดเกี่ยวกับเพศตามมาตรา 285 มีการบัญญัติเพื่อความคุ้มครองบุคคล “ผู้อยู่ภายใต้อำนาจด้วยประการอื่นใด” แต่คำดังกล่าวเป็นคำที่มีความหมายกว้าง จึงนำไปสู่ประเด็นที่ว่าบุคคลใดบ้างที่เป็นผู้อยู่ภายใต้อำนาจด้วยประการอื่นใด แต่เมื่อพิจารณาตามมาตรา 397 ได้มีการบัญญัติถึง “การกระทำโดยอาศัยเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจเหนือผู้ถูกกระทำอันเนื่องจากความสัมพันธ์ในฐานะที่เป็นผู้บังคับบัญชา นายจ้าง หรือผู้มีอำนาจเหนือประการอื่น” ทำให้มาตรา 285 มีการใช้คำในลักษณะคล้ายคลึงกันกับมาตรา 397 ดังนั้น “ผู้อยู่ภายใต้อำนาจด้วยประการอื่นใด” จึงอาจหมายความรวมถึงผู้ได้บังคับบัญชา หรือลูกจ้างตามมาตรา 397 และหากผู้กระทำได้กระทำชำเรากับบุคคลซึ่งเป็นผู้ได้บังคับบัญชาก็จะต้องเพิ่มโทษหนักกว่าที่กฎหมายบัญญัติไว้หนึ่งในสาม การแก้ไขเพิ่มเติมความหมายคำนิยามดังกล่าวยังคงเป็นกฎหมายที่มีช่องว่าง ทำให้ปัจจุบันนักกฎหมายหรือผู้พิพากษาแต่ละคนที่เป็นผู้ใช้กฎหมายอาจใช้ดุลพินิจตีความกฎหมายที่มีช่องว่างแตกต่างกัน จะส่งผลให้ผู้พิพากษาอาจตัดสินความผิดตามพฤติกรรมที่ผู้กระทำได้กระทำความผิดต่อผู้ได้บังคับบัญชา คลาดเคลื่อนไปจากความผิดที่ผู้กระทำผิดควรจะได้รับเช่นกัน คืออาจจะลงโทษผู้กระทำความผิดที่ได้ใช้วัตถุอื่นใดที่ไม่ใช้อวัยวะเพศ ล่วงล้ำ เข้าไปในอวัยวะเพศ ทวารหนักของผู้ถูกกระทำที่เป็นผู้ได้บังคับบัญชา แต่ผู้กระทำจะถือว่ามีความผิดเพียงฐานกระทำอนาจารเท่านั้น ทั้ง ๆ ที่พฤติกรรมดังกล่าวควรจะต้องถือว่าผู้กระทำมีความผิดฐานกระทำชำเราอีกด้วย

ความผิดฐานกระทำอนาจารต่อผู้ได้บังคับบัญชาตามมาตรา 278 ประกอบมาตรา 285 กับความผิดฐานคุกคามทางเพศต่อผู้ได้บังคับบัญชาตามมาตรา 397 ต่างมีประเด็นปัญหา เพราะการกระทำอนาจารกับการคุกคามทางเพศ ประมวลกฎหมายอาญาไม่มีการกำหนดคำนิยาม ความหมายไว้เฉพาะต่างกับการกระทำชำเรา ที่มีการกำหนดความหมายคำนิยามไว้เฉพาะ ในมาตรา 1(18) ทำให้เมื่อไม่มีการกำหนดความหมายของคำนิยามดังกล่าวไว้ อาจส่งผลให้เกิด ปัญหาการตีความกฎหมายตามพฤติกรรมการกระทำผิดไม่ตรง ตามเจตนารมณ์ของกฎหมายได้ เพราะบุคคลแต่ละคนต่างตีความแตกต่างกันไป นำไปสู่ผลกระทบต่อความยุติธรรมทางสังคม หากพิจารณาตามพจนานุกรมราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554 ให้ความหมายคำว่า “อนาจาร” คือการที่ประพฤติน่าอับอาย ลามก บัดสี เป็นที่น่ารังเกียจแก่ผู้อื่นในด้านความดีงาม และเป็นชื่อฐานความผิดอาญาฐานหนึ่ง เป็นการกระทำใดอันควรขายหน้าต่อหน้าธารกำนัล โดยเปลือยหรือเปิดเผยร่างกาย หรือกระทำการลามกอย่างอื่น เท่านั้น จะเห็นว่าการให้ความหมาย ของการกระทำอนาจาร เป็นการให้ความหมายอย่างกว้าง รวมทั้งสำนักงานราชบัณฑิตยสภา ให้ความหมายของการกระทำอนาจารว่าเป็นล่วงละเมิดทางเพศผู้อื่น โดยจงใจสัมผัสหรือเสียดสี อวัยวะเพศของผู้อื่น จับผู้อื่นเปลื้องผ้า ล่อลวงให้ผู้อื่นเปลือยกาย แอบถ่ายรูปได้กระโปรง เป็นต้น ซึ่งศาสตราจารย์จิติ ดิงศภัทย์ ก็ได้ให้ความหมายของคำว่า “อนาจาร” เอาไว้เช่นกันว่า การกระทำ ในทางความใคร่ให้อับอายในทางเพศ ดังนี้จึงจะสรุปได้ว่า “อนาจาร” หมายถึง การกระทำที่ ก่อให้เกิดความอับอายขายหน้าหรือการกระทำที่ไม่สมควรในทางเพศหรือทางศีลธรรม อย่างไรก็ตาม ใด ก็ดี ต้องปรากฏว่าเป็นการกระทำต่อร่างกายโดยตรง ไม่ว่าจะเป็นการกระทำต่อเนื้อตัวของร่างกาย ผู้ถูกกระทำหรือผู้กระทำก็ตาม เช่น ผู้กระทำทำให้ผู้ที่ถูกกระทำถึงอวัยวะเพศของตนเอง การกระทำ ดังกล่าวก็จะถือว่าเป็นการกระทำอนาจารตามความหมายนี้ได้แล้ว ส่วนการคุกคามทางเพศ การแสดงอำนาจด้วยกริยาหรือวาจาให้หวาดกลัวในทางเพศ หรือการทำให้ผู้อื่นหวาดกลัวในทางเพศ ทำให้เห็นว่ายอมเป็น ความผิดสำเร็จ เมื่อผู้กระทำได้ทำให้เกิดความหวาดกลัวในทางเพศ ต่อผู้ถูกกระทำ ไม่ว่าจะการทำให้เกิดความหวาดกลัวในทางเพศจะเกิดจากการที่ผู้กระทำ ได้มีการสัมผัส เช่น การจับก้น จับนม หอมแก้ม หรือไม่ได้มีการสัมผัสต่อเนื้อตัวร่างกาย ของผู้ถูกกระทำก็ตาม เช่น แอบมองผู้ถูกกระทำในขณะที่เข้าห้องน้ำ การที่ผู้กระทำใช้สายตาลวนลาม ผู้ถูกกระทำ หรือแม้แต่การกระทำสัญลักษณ์ที่สื่อแสดงให้เห็นถึงความใคร่ และกามารมณ์ต่อ ผู้ถูกกระทำ อีกทั้งรองศาสตราจารย์ประสิทธิ์ จงวิจิต ได้ให้ความหมายของการกระทำอนาจารไปใน ลักษณะเดียวกับศาสตราจารย์จิติ ดิงศภัทย์ คือต้องกระทำต่อเนื้อตัวร่างกายของบุคคลโดยตรง หากเป็นการกล่าวถ้อยคำไม่สุภาพ หรือหยาบคาย หรือการเขียนจะไม่เป็นการกระทำอนาจาร แต่จะถือว่าเป็นการล่วงเกินทางเพศดังเช่นกฎหมายแรงงาน ซึ่งศาลฎีกาก็ได้วินิจฉัยและตีความคำว่า

“กระทำอนาจาร” ไว้ โดยให้ความหมายว่าเป็น “การกระทำใดที่ไม่สมควรในทางเพศ” ทั้งนี้ “ต้องเป็นการกระทำต่อเนื้อตัวร่างกายของผู้ถูกระทำ” เท่านั้น หากไม่ได้เป็นกระทำต่อเนื้อตัวร่างกายของผู้ถูกระทำ เช่น การกล่าวถ้อยคำ การเขียนภาพ ก็จะไม่เป็นการกระทำอนาจารแต่อย่างใด

แต่เมื่อปี พ.ศ. 2558 ศาลฎีกาได้มีคำพิพากษา ที่ 12983/2558 โดยได้มีการวินิจฉัยในประเด็นที่ว่า การที่จำเลยได้ใช้กล้องบันทึกภาพแอบถ่ายได้กระ โปรงของผู้เสียหายในระยะใกล้ชิดแม้จำเลยจะมีได้สัมผัสต่อเนื้อตัวร่างกายของผู้เสียหายโดยตรง ถือว่าการกระทำดังกล่าวนั้นเป็นความผิดฐานกระทำอนาจารแล้ว ซึ่งศาลมีแนวคิดว่าการกระทำดังกล่าวทำให้ผู้เสียหายรู้สึกสะเทือนใจอับอายขายหน้า เป็นการกระทำที่ถือว่าเป็นการประทุษร้ายแก่จิตใจผู้เสียหายแล้ว จากนั้นนักนิติศาสตร์จึงมีการแบ่งการกระทำอนาจารออกเป็น 2 แนวคิด คือแนวคิดแรก การกระทำอนาจารจำเป็นที่จะต้องกระทำต่อเนื้อตัวร่างกาย ส่วนแนวคิดที่สอง การกระทำอนาจารไม่จำเป็นต้องสัมผัสเนื้อตัวร่างกาย โดยผู้ศึกษาวิเคราะห์และเห็นว่า การกระทำความผิดไม่ว่าจะเป็น การกระทำอนาจารหรือการคุกคามทางเพศ ต่างมีขอบเขตการกระทำความผิดที่คล้ายกันมาก อีกทั้งไม่มีการกำหนดความหมายคำนิยามดังกล่าวไว้เฉพาะ ทำให้อาจมีปัญหาในการตีความ พฤติกรรมการกระทำความผิดที่มีลักษณะคาบเกี่ยวกับความผิดฐานกระทำอนาจารและความผิดฐาน คุกคามทางเพศ ผู้พิพากษาอาจจะตีความไม่ตรงตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย ทำให้ผู้กระทำความผิดได้รับโทษไม่เหมาะสมกับพฤติกรรมที่ได้กระทำ ดังนั้นจึงควรที่จะหาข้อสรุปของความหมาย หรือขอบเขตการกระทำความผิดฐานอนาจาร และคุกคามทางเพศ ซึ่งอาจจะดูความหมายตามพจนานุกรม หรือสำนักงานราชบัณฑิตยสภา หรือตามแนวคิดของนักนิติศาสตร์ หรือตามแนวคำพิพากษาศาลฎีกา และกำหนดความหมายของคำนิยามดังกล่าวในประมวลกฎหมายอาญาไว้เฉพาะและชัดเจน

เมื่อมีการกระทำความผิดฐานฐานคุกคามทางเพศต่อผู้ได้บังคับบัญชา ก็ถือว่าเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 397 วรรคสาม หากผู้กระทำเป็นข้าราชการถือว่าเป็นนอกจากผู้กระทำ มีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาแล้วผู้กระทำยังคงมีความผิดทางวินัยตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ.2551 มาตรา 83 (8) อีกกระทงหนึ่ง ซึ่งผู้กระทำได้กระทำในสิ่งที่กฎหมายห้ามไม่ให้กระทำ ซึ่งมาตรา 83 (8) ได้บัญญัติถึงการที่ข้าราชการต้องไม่กระทำการอันล่วงละเมิดหรือคุกคามทางเพศตามที่กำหนดในกฎก.พ. นำไปสู่การพิจารณาที่ว่า กฎ ก.พ. ได้บัญญัติการกระทำใดบ้างคือการกระทำที่ข้าราชการต้องห้ามที่จะกระทำ เมื่อผู้ศึกษาพิจารณาถึงกฎ ก.พ. ว่าด้วยการกระทำการอันเป็นการล่วงละเมิดหรือคุกคามทางเพศ พ.ศ.2553 ผู้ศึกษาเห็นว่า มีการกำหนดว่าการกระทำใดบ้างที่ถือว่าเป็นการกระทำอันเป็นการล่วงละเมิดหรือคุกคามทางเพศ โดยได้มีการกำหนดไว้อย่างชัดเจน 5 ประเภท ได้แก่ ประเภทแรกคือการกระทำที่มีการสัมผัสทางกาย

ที่มีลักษณะส่อไปในทางเพศ เช่นการจูบ การโอบกอด การจับอวัยวะส่วนใดส่วนหนึ่ง ประเภทที่สองคือการกระทำด้วยวาจาที่ส่อไปในทางเพศ เช่น วิกฤกษ์วิจารณ์ร่างกาย พุดหยอกล้อ พุดหยาบคาย ประเภทที่สามคือกระทำการด้วยอากัปกิริยาที่ส่อไปในทางเพศ เช่นสายตาลวนลาม การทำสัญญาหรือสัญญาลัทธิใด ๆ ประเภทที่สี่ การแสดงหรือสื่อสารด้วยวิธีการใด ๆ ที่ส่อไปในทางเพศ เช่นแสดงภาพลามกอนาจาร ส่งจดหมาย ข้อความ หรือการสื่อสารรูปแบบอื่นคือ ประเภทที่ห้าเป็นการแสดงพฤติกรรมอื่นใดที่ส่อไปในทางเพศ ซึ่งผู้ถูกกระทำ ไม่พึงประสงค์หรือเดือดร้อนรำคาญ ซึ่งประเภทสุดท้ายเป็นการอุดช่องว่างกฎหมาย เพื่อให้กฎหมายครอบคลุมทุกการกระทำ ความผิดฐานล่วงละเมิดหรือคุกคามทางเพศ อีกทั้งการบัญญัติกฎหมายดังกล่าวทำให้เกิดขอบเขตการกระทำความผิดที่ชัดเจน ทำให้ผู้พิพากษาตัดสินผู้กระทำความผิดได้ตามตัวบทกฎหมายอย่างแท้จริง จึงควรนำการออกกฎหมายในลักษณะดังกล่าวมาปรับใช้กับประมวลกฎหมายอาญาให้มีความชัดเจน เช่นเดียวกับบัญญัติพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ.2551 ประกอบกับ กฎ ก.พ. ว่าด้วยการกระทำการอันเป็นการล่วงละเมิดหรือคุกคามทางเพศ พ.ศ. 2553

ตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 ประกอบกับกฎ ก.พ. ว่าด้วยการกระทำการอันเป็นการล่วงละเมิดหรือคุกคามทางเพศ พ.ศ. 2553 สามารถที่จะกำหนดความหมายหรือขอบเขตการกระทำความผิดฐานคุกคามทางเพศได้อย่างชัดเจน ประมวลกฎหมายอาญาซึ่งถือว่าเป็นกฎหมายหลักที่ใช้ลงโทษกับผู้กระทำความผิดทางอาญาก็สามารถกำหนดความหมายของคำว่า อนาจาร และคุกคามทางเพศได้ ดังเช่นกับกฎ ก.พ. ว่าด้วยการกระทำการอันเป็นการล่วงละเมิดหรือคุกคามทางเพศ พ.ศ. 2553 และการกำหนดความหมายกระทำชำเราตามที่ได้กล่าวไปแล้วในข้างต้น เพื่อให้กฎหมายอาญามีความชัดเจน ซึ่งจะส่งผลให้ผู้พิพากษาตัดสินข้อเท็จจริงได้อย่างถูกต้องและยุติธรรมต่อสังคม ก่อให้เกิดความยุติธรรมกับผู้กระทำความผิดฐานอนาจารหรือคุกคามทางเพศต่อผู้ได้บังคับบัญชาต่อไป

ดังนั้น เมื่อกฎหมายไม่ชัดเจน หรือกำกวม การตีความกฎหมายจึงเป็นสิ่งที่สำคัญมาก การที่ผู้พิพากษาจะตัดสินข้อเท็จจริงใดก็จะต้องใช้บทบัญญัติกฎหมายในการตัดสิน หากบทบัญญัติกฎหมายไม่ชัดเจน ผู้พิพากษาก็จะใช้ดุลยพินิจตีความกฎหมายที่ไม่ชัดเจน ซึ่งบุคคลต่าง ๆ แต่ละประเภท เช่น ประชาชน นักนิติศาสตร์ เจ้าพนักงาน หรือศาล ต่างก็มีความคิดเห็นในการตีความกฎหมายที่แตกต่างกันไป จึงนำไปสู่การบัญญัติกฎหมายเป็นสิ่งที่จำเป็นและมีความสำคัญมาก เพราะมนุษย์ใช้ภาษาในการสื่อสารกันในสังคม แต่ละคนต่างเข้าใจภาษาไม่ตรงกันก่อให้เกิดปัญหาในการใช้ภาษาระหว่างกัน การที่มนุษย์เข้าใจในกฎเกณฑ์ที่สร้างขึ้นมากควบคุมสังคมที่เรียกว่า “กฎหมาย” ไม่ตรงกัน จึงมีความจำเป็นที่จะต้องตีความกฎหมาย (Interpretation of Law) เพื่อให้ประชาชนเข้าใจความหมายตัวบทกฎหมายและเจตนารมณ์ของกฎหมายไปในทางเดียวกัน หากการบัญญัติ

กฎหมายที่ไม่ชัดเจน หรือกำกวม มีช่องว่างทางกฎหมาย อาจทำให้บุคคลเข้าใจกฎหมายผิด หรือแม้แต่จะทำให้บุคคลที่กระทำความผิดใช้ช่องว่างทางกฎหมายต่อสู้เพื่อให้ตัวเองไม่มีความผิด หรือได้รับโทษน้อยกว่าความผิดตามพฤติกรรมการกระทำความผิดที่ผู้กระทำความผิดจะได้รับ จะเห็นว่าปัญหาการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศมีหลายรูปแบบด้วยกัน ซึ่งความผิดเกี่ยวกับเพศ ถือว่าเป็นความผิดทางอาญา โดยมีหลักเกณฑ์พิเศษต่างจากกฎหมายทั่วไป คือ กฎหมายอาญา ต้องตีความโดยเคร่งครัด จะต้องตีความถึงการกระทำหรือการงดเว้นการกระทำเท่านั้น จะตีความอย่างอื่น ไม่ได้ จะต้องตีความตามตัวอักษรเท่านั้น จะลงโทษบุคคลไม่ได้หากไม่มีกฎหมายบัญญัติ ให้การกระทำดังกล่าวเป็นความผิด และไม่สามารถลงโทษเพียงเพราะได้กระทำการอันมีลักษณะ คล้ายคลึงกับที่กฎหมายบัญญัติ หรือจะนำหลักจรรยาบรรณมาเป็นผลร้ายเพื่อที่จะลงโทษผู้กระทำความผิด ไม่ได้รวมทั้งจะนำหลักกฎหมายทั่วไปมาใช้เป็นผลร้ายเพื่อที่จะลงโทษผู้กระทำความผิดไม่ได้เช่นกัน การที่จะนำตัวบุคคลที่กระทำความผิดเกี่ยวกับเพศมาลงโทษตามประมวลกฎหมายอาญา เป็นเรื่องที่ยากลำบาก เพราะหากเกิดข้อสงสัย ศาลก็ต้องตีความเป็นผลดี แก่ผู้กระทำความผิด แต่ศาสตราจารย์ ดร. หยุต แสงอุทัย มีความเห็นว่า ถึงแม้ศาลจะต้องตีความ ตามตัวอักษรโดยเคร่งครัดก็จริง แต่ก็สามารถตีความขยายความตามความมุ่งหมายแห่งกฎหมาย ในบางกรณีได้เช่นกัน เพียงแต่ห้ามไม่ให้ศาลขยายความตามอำเภอใจ ผู้ศึกษาจึงเห็นว่าจะดีกว่า หรือไม่ หากบัญญัติกฎหมายให้มีความชัดเจนครอบคลุมการกระทำความผิดของสภาพสังคม ในปัจจุบันตั้งแต่ต้นไม่ให้มีช่องว่างทางกฎหมายเพื่อให้ผู้กระทำรอดพ้นจากการที่กฎหมายบัญญัติ ไม่ครอบคลุมทำให้ศาลพิจารณาพิพากษาข้อเท็จจริงตามที่กฎหมายบัญญัติไว้เท่านั้น ไม่ต้องใช้ดุลยพินิจ ของศาลให้มีข้อถกเถียงถึงความเป็นธรรม ซึ่งการบัญญัติกฎหมายอาญาที่ดีจะต้องมีการบัญญัติ กฎหมายที่สั้น กระชับ เข้าใจง่าย มีความหมายแน่นอน ไม่ยกย่อน ไม่ขัดต่อเหตุผลธรรมดา และขัดต่อความยุติธรรม ซึ่งจะต้องพยายามไม่ให้มีช่องว่างของกฎหมาย ทำให้เห็นว่าการบัญญัติกฎหมายหรือการให้ความหมายคำนิยามในกฎหมายจึงเป็นสิ่งที่สำคัญที่สุด

กฎหมายต่างประเทศไม่ว่าจะเป็นประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส และประเทศสหรัฐอเมริกา (รัฐมิชิแกน) ต่างก็มีแนวคิดในการบัญญัติ กฎหมายให้มีขอบเขตการกระทำความผิดที่ชัดเจน และยังคงครอบคลุมทุกการกระทำความผิด ตามสภาพสังคมในปัจจุบัน ซึ่งมีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงกฎหมายอยู่เสมอเพื่อให้กฎหมายก้าวทันโลก ที่เปลี่ยนแปลงไปอย่างรวดเร็ว โดยประเทศสหรัฐอเมริกา (มลรัฐมิชิแกน) มีกฎหมายที่มีการจำแนก กฎหมายผู้กระทำความผิดทางเพศออกเป็น 2 ประเภท โดยแบ่งเป็นประเภทแรกที่มีล่วงล้ำ หรือมีการสอดใส่ทางเพศ และประเภทที่สองที่มีเพียงการสัมผัสทางเพศกับผู้อื่นเท่านั้น ไม่มีการล่วงล้ำ หรือสอดใส่เข้าไปในร่างกายแต่อย่างใด ซึ่งการแบ่งประเภทความผิดเกี่ยวกับเพศดังกล่าวก็มีความคล้ายกับ

แนวคิดของรองศาสตราจารย์ ดร.คณพล จันทร์หอม ที่ได้แบ่งความผิดเกี่ยวกับเพศกลุ่มที่มีบุคคลอื่นมาเกี่ยวข้องกับกระทำความผิด โดยแบ่งเป็น 2 ประเภทเช่นเดียวกันกับประเทศสหรัฐอเมริกา (มลรัฐมิชิแกน) รวมทั้งประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส และประเทศสหรัฐอเมริกาต่างมีการบัญญัติกฎหมายให้ความหมายของคำนิยามคำว่า “กระทำชำเรา” ด้วยกันทั้งสิ้น กล่าวคือ นอกจากมีการใช้อวัยวะเพศ “ล้วงล้า” อวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่นแล้วนั้น ยังหมายความรวมถึง การที่ผู้กระทำให้วัตถุอื่นใดหรืออวัยวะที่ไม่ใช่อวัยวะเพศ “ล้วงล้า” เข้าไปในอวัยวะเพศ ทวารหนักของผู้อื่นอีกด้วย ทำให้ผู้ศึกษาเห็นว่าประเทศไทยได้แก้ไขคำว่า “กระทำชำเรา” เปลี่ยนเป็นคำว่า “ล้วงล้า” แทน ในความหมายของ “กระทำชำเรา” เพื่อให้มีความหมายและขอบเขตการกระทำความผิดที่ชัดเจนซึ่งสำหรับประเด็นนี้ผู้ศึกษาเห็นด้วยเป็นอย่างยิ่ง และนอกจากนี้ จากที่ผู้ศึกษาได้ทำการศึกษามาในบทก่อนนั้นทำให้ทราบว่าประเทศไทยได้นำเจตนารมณ์ในการออกกฎหมายอาญาจากประเทศฝรั่งเศสเป็นส่วนใหญ่ ในกรณีนี้พิจารณาได้จากการแก้กฎหมายในเรื่องความผิดเกี่ยวกับเพศในครั้งนี้ที่มีความสอดคล้องกับประเทศฝรั่งเศส แต่เมื่อพิจารณาอีกจะเห็นได้ว่า ประเทศไทยไม่ได้มีการแก้ไขกฎหมายตามประเทศฝรั่งเศสในข้างต้นทุกกรณี เพราะมีการตัดพฤติกรรมการที่ผู้กระทำให้วัตถุอื่นใดหรืออวัยวะที่ไม่ใช่อวัยวะเพศ “ล้วงล้า” เข้าไปในอวัยวะเพศ ทวารหนักของผู้อื่นออกจากความหมายของคำนิยามคำว่า “กระทำชำเรา” แต่กลับนำไปบัญญัติเป็นความผิดฐานกระทำอนาจารตามมาตรา 278 วรรคสองแทน กรณีนี้ผู้ศึกษาไม่เห็นด้วยและเห็นว่าการบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมคำนิยามดังกล่าวถือว่ายังไม่เหมาะสม เพราะพฤติกรรมการกระทำความผิดเช่นเดียวกันแต่ต่างกันเพียงวัตถุที่ใช้กระทำความผิดเท่านั้น ซึ่งเหตุผลที่ต่างประเทศบัญญัติกฎหมายการกระทำชำเราหมายความรวมถึงกรณีที่ใช้วัตถุอื่นใดหรืออวัยวะอื่นที่ไม่ใช่อวัยวะเพศรวมอยู่ในความหมายของคำว่ากระทำชำเราก็คงเพราะมีเหตุผลมาจากแนวคิดของอาชญาวิทยาโดยมีการพิสูจน์แล้วว่ากรณีผู้ที่ถูกกระทำในทางเพศที่มีลักษณะมีการล้วงล้าเข้าไปในร่างกาย ความรู้สึกของผู้ที่ถูกกระทำจะมีความรู้สึกที่แย่มากๆเช่นเดียวกับการที่ผู้ถูกกระทำโดนข่มขืนกระทำชำเรา จึงได้บัญญัติพฤติกรรมดังกล่าวรวมในความผิดฐานกระทำชำเรา ผู้ศึกษาวิเคราะห์แล้วเห็นด้วยกับเหตุผลดังกล่าว ประเทศไทยจึงไม่ควรที่จะบัญญัติพฤติกรรมการใช้วัตถุอื่นใดหรืออวัยวะอื่นที่ไม่ใช่อวัยวะเพศไปอยู่ในความผิดฐานกระทำอนาจาร มาตรา 278 วรรคสอง แต่ควรบัญญัติกฎหมายให้พฤติกรรมการกระทำดังกล่าวเป็นความผิดฐานกระทำชำเรา

นอกจากประเทศฝรั่งเศสแล้วยังมีประเทศสหรัฐอเมริกา (รัฐมิชิแกน) และประเทศเยอรมันที่เล็งเห็นถึงปัญหาการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศต่อผู้ได้บังคับบัญชาด้วยเช่นกัน ซึ่งนับวันยิ่งปรากฏปัญหาดังกล่าวมากขึ้นทุกวัน โดยรัฐบาลทั้ง 3 ประเทศจึงมีการบัญญัติกฎหมายเพื่อคุ้มครอง

บุคคลซึ่งเป็นผู้ได้บังคับบัญชาเป็นพิเศษ คือ หากผู้กระทำอาศัยเหตุที่ตนเองเป็นผู้บังคับบัญชา กระทำความคิดเกี่ยวกับเพศแก่ผู้ที่ถูกกระทำซึ่งเป็นผู้ได้บังคับบัญชา จึงบัญญัติกฎหมายให้การกระทำดังกล่าว ผู้กระทำความผิดจะต้องได้รับโทษหนักขึ้นหรือร้ายแรงกว่าการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศแก่บุคคลโดยทั่วไป โดยผู้ศึกษาเห็นว่าการบัญญัติกฎหมายนั้นเป็นสิ่งที่เหมาะสมอย่างยิ่ง เพราะผู้ได้บังคับบัญชาถือว่าเป็นบุคคลที่มีความเสี่ยงที่จะตกเป็นเหยื่อในความคิดเกี่ยวกับเพศ ทำให้การบัญญัติกฎหมายดังกล่าวส่งผลให้ผู้ที่จะกระทำความผิดได้ตระหนักไม่กล้าที่จะกระทำความผิดรวมทั้งความผิดฐานกระทำอนาจารในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ก็ไม่มีการบัญญัติการกระทำความผิดฐานกระทำอนาจารไว้มีเพียงความผิดฐานคุกคามทางเพศเท่านั้นที่มีความหมายที่มีลักษณะเหมือนกับความผิดฐานกระทำอนาจารในประเทศไทย ส่วนประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสมีความผิดที่เปรียบเทียบกับความผิดฐานกระทำอนาจารในประเทศไทย คือความผิดฐานรุกรานทางเพศซึ่งมีลักษณะเช่นเดียวกัน แต่มีการกำหนดความหมายและขอบเขตการกระทำความผิดไว้ชัดเจน ผู้ศึกษาจึงเห็นว่าควรที่จะมีการบัญญัติความหมายของคำนิยามคำว่าอนาจารหรือขอบเขตการกระทำความผิดดังกล่าวให้มีความชัดเจนเช่นเดียวกับประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส คือ “ต้องประกอบด้วย การกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศ เช่นการสัมผัสหน้าอก ต้นขา สะโพก อวัยวะทางเพศและของสงวนกระทำโดย การประทุษร้าย หรือทำให้ตกอยู่ในภาวะไม่อาจขัดขืนได้ (Constraint) ข่มขู่ (Threat) หรือการวางแผน (Surprise) อย่างหนึ่งอย่างใด” และความผิดฐานคุกคามทางเพศก็มีการบัญญัติความผิดไว้กว้างๆเพื่อให้ครอบคลุมทุกการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศเช่นเดียวกับประเทศไทย และประเทศประเทศสหรัฐอเมริกา (มลรัฐแมสซาชูเซตส์) ถือว่ามีการกำหนดขอบเขตความผิดไว้ชัดเจนเช่นกัน คือ ผู้ที่กระทำความผิดดังกล่าวเมื่อไปเกี่ยวข้องกับหรือสัมผัสส่วนของอวัยวะที่เข้าใจว่าเป็นของสงวน (Commonly Thought Private) เช่นอวัยวะเพศ สะโพก หรือหน้าอกของผู้หญิง ส่วนความผิดฐานคุกคามทางเพศก็บัญญัติลักษณะกว้างๆคล้ายๆกับประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส และประเทศไทย และเน้นการกระทำผิดในที่ทำงานเป็นหลัก ซึ่งเมื่อผู้ศึกษาวิเคราะห์เห็นว่าประเทศไทยควรที่จะบัญญัติความผิดฐานคุกคามทางเพศต่อผู้ได้บังคับบัญชาให้อยู่ในความผิดภาค 2 ลักษณะ 9 ความผิดเกี่ยวกับเพศเช่นเดียวกับความผิดฐานกระทำชำเราและความผิดฐานกระทำอนาจาร

จากที่ผู้ศึกษาได้วิเคราะห์มาทั้งหมดนั้น ในประเด็นนี้ทำให้ทราบได้ว่าการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศมีลักษณะการกระทำความผิดใกล้เคียงและสอดคล้องกัน แต่เมื่อพิจารณาถึงสาระสำคัญในแต่ละฐานความผิดหรือพฤติกรรมการกระทำความผิดน่าจะเข้าใจได้ว่าแม้การกระทำชำเราตามมาตรา 276 กับกระทำอนาจารตามมาตรา 278 วรรคสอง จะมีลักษณะพฤติการณ์การกระทำความผิดคล้ายกัน แต่จากการที่ได้ทำการศึกษาเห็นว่า การกระทำอนาจารของผู้กระทำความผิดเป็นการกระทำที่ปราศจากการสนองความใคร่โดยสิ้นเชิง หากแต่ผู้กระทำ

มีสภาพจิตใจที่วิปริตผิดแผกไปจากวิญญูชนคนทั่วไปเท่านั้น ซึ่งแตกต่างจากการกระทำของเรา ที่กระทำเพื่อสนองความใคร่ทางเพศของตนเอง นอกจากนี้ ยังมีการคุกคามทางเพศที่ผู้ศึกษาเห็นว่า มีความคาบเกี่ยวกับการกระทำอนาจารตามความหมายของพจนานุกรมฯ และนักนิติศาสตร์ยังคงมี ข้อถกเถียงในความผิดดังกล่าวว่ามีคาบเกี่ยวกับกัน เมื่อทำการศึกษาพิจารณาแล้วผู้ศึกษาเห็นว่าความผิดฐานกระทำอนาจารและความผิดฐานคุกคามทางเพศ มีลักษณะคาบเกี่ยวกับกัน เนื่องจากการกระทำ ที่ไม่สมควรทางเพศเช่นเดียวกัน และผู้กระทำความผิดจะถูกเนื้อต้องตัวหรือไม่ถูกเนื้อต้องตัว ผู้เสียหายก็เป็นความผิดเช่นเดียวกัน ทั้งนี้ในส่วนของการกระทำความผิดฐานคุกคามทางเพศ

4.2 ปัญหาบทลงโทษของการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศต่อผู้ได้บังคับบัญชา

ผู้ใดที่กระทำความผิดเกี่ยวกับเพศต่อผู้ได้บังคับบัญชาถือว่าเป็นการกระทำความผิดอาญา ซึ่งโดยปกติบุคคลใดจะต้องรับ โทษก็ต่อเมื่อมีกฎหมายบัญญัติไว้ว่าการกระทำความผิดดังกล่าว นั้นเป็นความผิด และจะต้องมีกฎหมายบัญญัติไว้ด้วยเช่นกันว่าการกระทำความผิดดังกล่าวผู้กระทำ จะต้องได้รับโทษอย่างไร แต่การจะบัญญัติบทลงโทษสำหรับผู้กระทำความผิดไว้ในกฎหมายนั้น จะต้องวิเคราะห์ตามทฤษฎีการลงโทษผู้กระทำความผิดตามที่ได้กล่าวมาแล้วในบทที่ 2 โดยแนวคิดเรื่องการลงโทษผู้กระทำความผิดตั้งแต่ในอดีตจนถึงปัจจุบันมีการเปลี่ยนแปลงไป ตามสภาพสังคม ซึ่งจากเดิมกฎหมายบัญญัติบทลงโทษต่าง ๆ เน้นการลงโทษที่มีความรุนแรง หรือการลงโทษประหารชีวิต โดยก่อนสิ้นชีวิตจะต้องทรมานถึงที่สุด เพื่อให้ผู้กระทำความผิด หลาบจำไม่กระทำความผิดซ้ำอีก หรือเพื่อแก้แค้นให้กับผู้เสียหายที่ถูกกระทำความผิด รวมถึงเป็นการตัดผู้กระทำความผิดให้ออกจากสังคม เพื่อให้ประชาชนสบายใจและใช้ชีวิตอย่างสงบสุข แต่ปัจจุบันแนวความคิดดังกล่าวไม่เป็นที่นิยมทั้งประเทศไทยและต่างประเทศ เพราะถือว่าเป็น แนวความคิดที่ล้าสมัยและไม่ชอบด้วยมนุษยธรรม แต่ก็ยังคงมีแนวความคิดแบบดั้งเดิมยังคงใช้อยู่ เพราะถึงอย่างไรความรู้สึกรังเกียจของคนส่วนใหญ่ ก็ยังต้องการให้ผู้กระทำความผิดได้รับโทษที่ร้ายแรง ให้เหมาะสมความผิดที่ได้กระทำ จึงไม่อาจทิ้งแนวคิดดังกล่าวได้ โดยปัจจุบันเน้นการลงโทษผู้กระทำ ความผิดเพื่อให้ผู้กระทำความผิดได้สำนึกผิดในสิ่งที่ตนเองได้กระทำ และแก้ไขฟื้นฟูพฤติกรรมของผู้กระทำความผิดให้กลับตัวเป็นคนดี การเริ่มเปลี่ยนแนวคิดลงโทษผู้กระทำความผิดดังกล่าว เพราะ ปัจจุบันพบปัญหาอาชญากรรมร้ายแรงซ้ำ เมื่อผู้กระทำความผิดพ้นโทษก็จะกระทำความผิดซ้ำ และก็ กลับมาเข้าเรือนจำรับโทษตามกฎหมาย ถือว่าเป็น วัฏจักรที่ไม่มีที่สิ้นสุด ทำให้เห็นว่า การลงโทษผู้กระทำความผิดด้วยความรุนแรง ไม่ใช่วิธีแก้ปัญหาคriminal ได้ โดยประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 18 โดยมีการบัญญัติรูปแบบการลงโทษทางอาญาไว้ 5 ประเภท และมีการเรียงลำดับความรุนแรงตั้งแต่ระดับความรุนแรงสูงสุดของบทลงโทษไปจนถึง

ความรุนแรงต่ำสุดของบทลงโทษ ได้แก่ ประเภทที่ 1 โทษประหารชีวิต เป็นบทลงโทษที่มีความรุนแรงสูงสุด คือ เดิมเป็นการนำตัวไปยิงด้วยปืนให้ตายแต่ปัจจุบันเป็นการนำตัวไปฉีดยาให้ตาย เพราะคำนึงถึงหลักมนุษยชน ประเภทที่สอง โทษจำคุก คือ การนำตัวไปขังในเรือนจำ ตามกำหนดเวลาที่ศาลมีคำพิพากษา ประเภทที่สาม โทษกักขัง คือ การนำตัวไปกักขังหรือควบคุมไว้ในที่อื่นที่ไม่ใช่เรือนจำ เช่น สถานีตำรวจ ประเภทที่สี่ โทษปรับ คือ การลงโทษด้วยการปรับ โดยให้ผู้กระทำผิดจ่ายเงินให้แก่รัฐ โทษประเภทที่ห้า เป็นโทษที่มีความรุนแรงน้อยที่สุดคือโทษริบทรัพย์สิน กล่าวคือ การริบเอาทรัพย์สินนั้นมาเป็นของรัฐ เช่น ปืนเถื่อน ไม้เถื่อน เหล้าเถื่อน เป็นต้น และกฎหมายก็ให้ความคุ้มครองกับผู้กระทำความผิดที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปี เพราะกฎหมายบัญญัติว่าจะไม่นำโทษประหารชีวิต หรือ จำคุกตลอดชีวิตมาใช้กับผู้กระทำความผิดดังกล่าว และหากจะต้องรับโทษประหารชีวิตหรือจำคุกตลอดชีวิตให้เปลี่ยนเป็น โทษจำคุก 50 ปีแทน แต่ถึงอย่างไรบทลงโทษที่กล่าวมาข้างต้นล้วนเป็นการจำกัดสิทธิ เสรีภาพของบุคคล การบัญญัติบทลงโทษในกฎหมายจะต้องรอบคอบ เพราะเมื่อบัญญัติกฎหมายอะไรก็ตามจะต้องกำหนดวัตถุประสงค์โดยจะต้องได้ประโยชน์กับส่วนรวมเพื่อให้ประชาชนส่วนใหญ่อยู่อย่างสงบสุข และจะต้องเป็นการลดละสิทธิ เสรีภาพของบุคคลให้น้อยที่สุด ไม่ใช่รัฐจะออกกฎหมายตามอำเภอใจยังงี้ได้

การกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศต่อผู้ได้บังคับบัญชา เมื่อผู้ศึกษาพิจารณาตามประมวลกฎหมายอาญาในความผิดเกี่ยวกับเพศปรากฏว่า มีการบัญญัติรูปแบบการลงโทษเพียงแค่ 3 ประเภท คือ โทษประหารชีวิต โทษจำคุก และโทษปรับเท่านั้น ส่วนรูปแบบการลงโทษกักขัง และริบทรัพย์สินไม่มีการบัญญัติการลงโทษดังกล่าวไว้ในความผิดเกี่ยวกับเพศแต่อย่างใด ผู้ศึกษาจึงเห็นว่า การบัญญัติรูปแบบการลงโทษในความผิดเกี่ยวกับเพศยังถือว่าใช้รูปแบบการลงโทษที่ไม่หลากหลาย เมื่อเปรียบเทียบกับรูปแบบการลงโทษทั้งหมดตามประมวลกฎหมายอาญาที่ได้มีการกำหนดไว้ ยังคงใช้ความหลากหลายของรูปแบบการลงโทษไม่เกิดประโยชน์สูงสุด เพราะผู้ศึกษาเห็นว่า การที่ประมวลกฎหมายอาญากำหนดรูปแบบการลงโทษไว้หลายประเภทก็เพื่อที่จะลงโทษผู้กระทำความผิดให้เหมาะสมกับพฤติกรรมที่ได้กระทำว่าความผิดดังกล่าวนั้นสร้างความเสียหายรุนแรงมากขนาดไหน ยังมีรูปแบบการลงโทษมากเท่าไรหรือก็ยังคงส่งผลให้การลงโทษผู้กระทำความผิดจะเหมาะสมมากเท่านั้น

สังคมปัจจุบันมีปัญหาอาชญากรรมเป็นจำนวนมาก หนึ่งในปัญหาอาชญากรรมที่สำคัญคือ การกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศ ซึ่งในปัจจุบันพบว่าผู้ได้บังคับบัญชาตกเป็นเหยื่อบ่อยครั้ง โดยผู้กระทำอาชญากรรมที่เป็นผู้บังคับบัญชาล่วงละเมิดหรือคุกคามทางเพศต่อผู้ได้บังคับบัญชา ผู้ศึกษาจึงมองว่าปัญหาการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศต่อผู้ได้บังคับบัญชาเป็นปัญหาที่สำคัญต่อประเทศไทยจึงควรที่จะศึกษาและหาทางแก้ปัญหาให้ดีที่สุด รวมถึงศึกษาผลกระทบต่างๆให้รอบด้าน

เพื่อรักษาความเป็นระเบียบของสังคม และให้ประชาชนอยู่อย่างสงบสุขและนำตัวผู้ที่กระทำความผิดมารับโทษตามที่กฎหมายกำหนดโดยเร็วที่สุด

ดังนั้น ประมวลกฎหมายอาญา ภาค 2 ลักษณะ 9 ความผิดเกี่ยวกับเพศ จึงต้องมีการบัญญัติกฎหมายให้คุ้มครองบุคคลบางประเภทเป็นพิเศษ ไม่ว่าจะเป็นบุคคลตามมาตรา 285 ได้แก่ บุพการี ผู้สืบสันดาน พี่น้องร่วมบิดามารดาหรือร่วมแต่บิดาหรือมารดา ญาติพี่น้องสืบสายโลหิต ศิษย์ซึ่งอยู่ในความดูแล ผู้อยู่ในความควบคุมตามหน้าที่ราชการ ผู้อยู่ในความปกครอง ในความพิทักษ์หรือในความอนุบาล และผู้ที่อยู่ภายใต้ด้วยอำนาจด้วยประการอื่นใด นอกจากนี้ ก็ยังมีบุคคลตามมาตรา 285/2 ที่กฎหมายให้ความคุ้มครองเป็นพิเศษเช่นกัน ได้แก่ บุคคลที่ไม่สามารถ ปกป้องตนเองได้ ไม่ว่าจะเป็นผู้ทุพพลภาพ มีจิตโงกพร่อง โรคจิต หรือจิตฟั่นเฟือน คนเจ็บป่วย คนชรา สตรีมีครรภ์ หรือผู้ซึ่งอยู่ในภาวะไม่สามารถรู้ผิดชอบ เพราะบุคคลดังกล่าว เป็นบุคคลที่มีความเสี่ยงที่จะตกเป็นเหยื่อในความผิดเกี่ยวกับเพศ และกฎหมายก็มองว่าบุคคลดังกล่าว ไม่ควรที่จะตกเป็นเหยื่อจากความผิดเกี่ยวกับเพศด้วยเช่นกัน รวมทั้งบุคคลบางประเภทก็เป็นบุคคล ที่ไม่สามารถช่วยเหลือตนเองได้ ซึ่งบุคคลเหล่านี้ในปัจจุบันเราพบเห็นเป็นเหยื่อในความผิดเกี่ยวกับเพศ อยู่บ่อยครั้ง และนับวันยิ่งทวีความรุนแรง จึงจำเป็นที่จะต้องบัญญัติกฎหมายคุ้มครองบุคคลดังกล่าว เป็นพิเศษ โดยบัญญัติเพิ่มโทษผู้ที่กระทำความผิดเกี่ยวกับเพศต่อบุคคลตามมาตรา 285 และมาตรา 285/2 ซึ่งผู้กระทำจะต้องระวางโทษหนักกว่าที่กฎหมายบัญญัติไว้หนึ่งในสาม เพื่อให้บุคคลที่จะกระทำความผิดดังกล่าวได้เกิดความตระหนักไม่กล้าที่จะกระทำความผิด และประมวลกฎหมายอาญา มีการกำหนดเพิ่มบทลงโทษสำหรับผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับเพศ ไม่ว่าจะเป็นความผิดฐานกระทำชำเรา ความผิดฐานกระทำอนาจาร หรือความผิดฐานพาคนอื่นไปเพื่อการอนาจาร ไม่ว่าจะบุคคลที่ถูกพาไปจะยินยอมหรือไม่ยินยอมก็ตาม กรณีการบัญญัติเพิ่มเติมโทษผู้กระทำความผิดตามมาตรา 285 ขอศึกษาเฉพาะกรณีความผิดฐานกระทำชำเราตามมาตรา 276 และความผิดฐานกระทำอนาจารตามมาตรา 278 ซึ่งได้กระทำต่อผู้ที่อยู่ภายใต้ด้วยอำนาจด้วยประการอื่นใดเท่านั้น

เมื่อผู้ศึกษาพิจารณาคำว่า “ผู้ที่อยู่ภายใต้ด้วยประการอื่นใด” พบว่ามีบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 285 ซึ่งถือว่าเป็นกฎหมายให้ความคุ้มครองกับบุคคลดังกล่าวเป็นพิเศษ ซึ่งบัญญัติให้มีการเพิ่มโทษกับบุคคลที่กระทำผิดเกี่ยวกับเพศ ไม่ว่าจะเป็นความผิดฐานกระทำชำเราหรือความผิดฐานกระทำอนาจารก็ตาม โดยหากความผิดดังกล่าวได้กระทำต่อผู้ที่อยู่ภายใต้อำนาจด้วยประการอื่นใดของผู้กระทำ ซึ่งผู้กระทำจะต้องระวางโทษหนักกว่าที่กฎหมายบัญญัติไว้อีกหนึ่งในสาม และเช่นเดียวกันพบว่ามีการบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศ กรณีที่ผู้กระทำอาศัยเหตุว่า “มีอำนาจเหนือผู้ที่ถูกระทำ” แต่กลับถูกบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา ภาค 3 ความผิดลหุโทษ มาตรา 397 วรรคสาม และเป็นการบัญญัติเพิ่มบทลงโทษผู้กระทำความผิด

ไว้เช่นเดียวกับมาตรา 285 อีกด้วย ซึ่งมาตรา 397 วรรคสามได้กำหนดว่าบุคคลใดคือผู้กระทำ ที่จะต้องเพิ่มบทลงโทษโดยบัญญัติไว้ก่อนข้างชัดเจน โดยให้หมายความรวมถึงผู้กระทำ ที่เป็นผู้บังคับบัญชาหรือนายจ้าง ดังนั้นผู้ศึกษาจึงเห็นว่าการบัญญัติความผิดฐานคุกคามทางเพศ ต่อผู้ได้บังคับบัญชาที่กฎหมายให้ความคุ้มครองเป็นพิเศษ ตามมาตรา 397 วรรคสาม มีความหมาย เช่นเดียวกับมาตรา 285 โดยการที่กฎหมายบัญญัติคุ้มครอง “ผู้ที่อยู่ภายใต้อำนาจด้วยประการอื่น” อาจหมายความรวมถึงบุคคลที่เป็นผู้กระทำและผู้ถูกกระทำจะต้องมีความสัมพันธ์กันในฐานะ ผู้บังคับบัญชากับผู้ได้บังคับบัญชา หรือนายจ้างกับลูกจ้างตามมาตรา 397 วรรคสามด้วยเช่นกัน เพราะเมื่อพิจารณาเปรียบเทียบจะเห็นว่าคำดังกล่าวมีลักษณะความหมายคล้ายคลึงกัน ซึ่งมาตรา 397 บัญญัติบทลงโทษความผิดฐานคุกคามทางเพศ ต่อผู้ได้บังคับบัญชาที่กฎหมายคุ้มครองเป็นพิเศษ ซึ่งผู้กระทำจะต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งเดือนและปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาทเท่านั้น

ก่อนที่มีการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2562 ความผิดเกี่ยวกับเพศ กรณีความผิดฐานการกระทำชำเรา ให้หมายความถึงการกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ โดยใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำ กระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น และให้รวมถึงการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่นด้วย แต่หลังจากที่มีการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ.2562 มีการตัดคำว่าการใช้สิ่งอื่นใด กระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น ออกจากความหมายของการกระทำชำเรา และมีการบัญญัติการกระทำความผิดดังกล่าวใหม่ โดยการกระทำใดที่ผู้กระทำใช้วัตถุหรืออวัยวะอื่นซึ่งไม่ใช่ อวัยวะเพศล่วงล้ำอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น ถือว่าเป็นความผิดฐานกระทำอนาจาร ตามมาตรา 278 วรรคสอง หากความผิดฐานกระทำชำเราต่อผู้ได้บังคับบัญชา เป็นความผิด ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 ประกอบมาตรา 285 โดยผู้กระทำได้กระทำชำเรา ตามความหมายของมาตรา 1(18) ต่อผู้ได้บังคับบัญชา โดยผู้กระทำก็จะต้องระวางโทษจำคุกสี่ปี ถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดหมื่นถึงสี่แสนบาท และต้องเพิ่มบทลงโทษสำหรับผู้กระทำความผิด อีกหนึ่งในสามของความผิดดังกล่าวตามมาตรา 285

ดังนั้น ถึงแม้จะมีการบัญญัติย้ายการกระทำใดที่ใช้วัตถุหรืออวัยวะอื่นซึ่งไม่ใช่อวัยวะเพศ ล่วงล้ำอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่นเป็นความผิดฐานกระทำอนาจารอันเป็นเหตุจรรยา ตามมาตรา 278 วรรคสองแทนที่จะเป็นความผิดฐานกระทำชำเรา แต่การที่ประมวลกฎหมายอาญา ออกกฎหมายมาในลักษณะนี้ เป็นผลมาจากการสนับสนุนให้คำนิยามของคำว่า “การกระทำชำเรา” เป็นไปดังเช่นการมีเพศสัมพันธ์ตามธรรมชาติ แต่ผู้ออกกฎหมายไม่ได้คำนึงถึงยุคสมัยในปัจจุบัน ที่เปลี่ยนไปพฤติกรรมกระทำความผิดของมนุษย์มีความสลับซับซ้อนเกินกว่าการกระทำร่วมเพศ ตามธรรมชาติเท่านั้น และกฎหมายก็ยังคงบัญญัติบทลงโทษให้ผู้กระทำความผิดตามมาตรา 276

และมาตรา 278 วรรคสอง มีบทลงโทษที่เท่ากัน กล่าวคือ ผู้กระทำจะต้องระวางโทษจำคุกสี่ปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดหมื่นถึงสี่แสนบาท นำไปสู่ความผิดฐานอนาจารอันเป็นเหตุฉกรรจ์ต่อผู้ได้บังคับบัญชา ต้องเพิ่มโทษผู้กระทำความผิดอีกหนึ่งในสามของความผิดดังกล่าวตามมาตรา 285 อีกเช่นกัน ทำให้ความผิดฐานกระทำชำเราตามมาตรา 276 และความผิดฐานอนาจารอันเป็นเหตุฉกรรจ์ตามมาตรา 278 วรรคสอง ซึ่งผู้ถูกกระทำเป็นผู้ได้บังคับบัญชาเช่นเดียวกันมีบทลงโทษเท่ากัน ผู้ศึกษาจึงเห็นว่ากฎหมายยังคงมองว่าการกระทำความผิดฐานกระทำชำเราตามมาตรา 276 และความผิดฐานกระทำอนาจารตามมาตรา 278 วรรคสอง เป็นความผิดที่ส่งผลกระทบต่อและสร้างความเสียหายให้กับผู้ถูกกระทำเท่ากัน และเห็นว่าบทลงโทษในความผิดดังกล่าวถือว่าร้ายแรงเมื่อกฎหมายกำหนดบทลงโทษความผิดเกี่ยวกับเพศ กรณีความผิดฐานกระทำชำเราตามมาตรา 276 กับความผิดฐานกระทำอนาจารอันเป็นเหตุฉกรรจ์มาตรา 278 วรรคสอง โดยกำหนดบทลงโทษไว้เท่ากัน แต่ความเสียหายจากพฤติกรรมกระทำที่แตกต่างกัน อาจเปรียบเทียบได้กลับกรณีที่ผู้กระทำข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นปกติ หากกฎหมายบัญญัติบทลงโทษที่เท่ากันกับบทลงโทษในความผิดที่ผู้กระทำข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นจนเป็นเหตุทำให้ผู้อื่นถึงแก่ความตาย การบัญญัติกฎหมายแบบนี้จะส่งผลให้ผู้กระทำเมื่อได้ข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นเสร็จ และคงต้องการเพื่อปกปิดความผิดดังกล่าวเพื่อไม่ให้ต้องรับโทษตามกฎหมาย ก็คงไม่มีเหตุผลอะไรที่ผู้กระทำจะไม่ฆ่าผู้ถูกกระทำชำเรา เพราะหากการกระทำดังกล่าวส่งผลให้เกิดความเสียหายร้ายแรงแตกต่างกันแต่กฎหมายกลับบัญญัติบทลงโทษไว้เท่ากัน จะเหมือนเป็นการส่งเสริมให้กระทำในสิ่งที่เป็นความเสียหายร้ายแรงที่สุด แต่กฎหมายนั้นก็ควรบัญญัติบทลงโทษให้มีความแตกต่างกันตามพฤติกรรมกระทำให้ได้หลักสัดส่วนที่เหมาะสม เพราะผู้ศึกษาเห็นว่าถึงแม้พฤติกรรมกระทำทำความผิดดังกล่าวจะมีลักษณะคล้ายคลึงกัน และต่างกันเพียงสิ่งที่ใช้ในการกระทำความผิดเท่านั้น แต่ผลกระทบจากความผิดดังกล่าวสร้างความเสียหายให้กับผู้ถูกกระทำไม่เท่ากัน เพราะผู้ถูกกระทำในความผิดฐานกระทำชำเราตามมาตรา 276 ได้รับผลกระทบและความเสียหายจากการทำความผิดดังกล่าวมากกว่าความผิดฐานกระทำอนาจารอันเป็นเหตุฉกรรจ์ ตามมาตรา 278 วรรคสอง เนื่องจากผู้ถูกกระทำในความผิดฐานกระทำชำเราตามมาตรา 276 จะมีความเสี่ยงที่จะได้รับโรคติดต่อทางเพศสัมพันธ์หรืออาจจะเกิดการตั้งครรภ์กับผู้ถูกกระทำก็เป็นได้ โดยอาจจะบัญญัติความผิดฐานกระทำชำเราตามมาตรา 276 ให้มีบทลงโทษมากกว่าความผิดฐานกระทำอนาจารอันเป็นเหตุฉกรรจ์ ตามมาตรา 278 วรรคสอง ผู้ศึกษาจึงไม่เห็นด้วยที่บัญญัติบทลงโทษผู้กระทำความผิดฐานกระทำชำเราตามมาตรา 276 เท่ากับบทลงโทษผู้กระทำความผิดฐานกระทำอนาจารอันเป็นเหตุฉกรรจ์ ตามมาตรา 278 วรรคสอง

ในส่วนของการคิดเกี่ยวกับเพศตามประมวลกฎหมายอาญา ภาค 2 ลักษณะ 9 การคิดเกี่ยวกับเพศ ยังคงมีความคิดเกี่ยวกับเพศหลายฐานความผิด ซึ่งผู้ศึกษาได้กล่าวไปแล้วบางส่วนในข้างต้น แต่เหลืออีกหนึ่งฐานความผิดที่ผู้ศึกษาจะขอวิเคราะห์ กล่าวคือ ในส่วนของความผิดฐานกระทำอนาจารทั่วไป ตามมาตรา 278 วรรคแรก ซึ่งความผิดดังกล่าวหากผู้กระทำได้กระทำกับผู้ได้บังคับบัญชา โดยมาตรา 285 ก็ให้ความคุ้มครองกับผู้ได้บังคับบัญชากรณีที่เป็นผู้เสียหายจากความผิดฐานการกระทำอนาจารตามมาตรา 278 วรรคแรกด้วยเช่นกัน ซึ่งจะถือว่าผู้กระทำมีความผิดตามมาตรา 278 วรรคแรก อันเป็นความผิดฐานกระทำอนาจารทั่วไป โดยผู้กระทำจะต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบปีหรือปรับไม่เกินสองแสนบาทหรือทั้งจำทั้งปรับ อีกทั้งผู้กระทำจะต้องถูกเพิ่มบทลงโทษจากเดิมที่จะต้องได้รับอีกหนึ่งในสามจากความผิดดังกล่าวตามมาตรา 285 และไม่ว่าจะเป็นกรณีความผิดฐานกระทำชำเราตามมาตรา 276 หรือความผิดฐานกระทำอนาจารตามมาตรา 278 วรรคแรก หรือความผิดฐานกระทำอนาจารอันเป็นเหตุฉกรรจ์ตามมาตรา 278 วรรคสอง กรณีที่ผู้ถูกกระทำในความผิดดังกล่าวข้างต้นเป็นผู้ได้บังคับบัญชาของผู้กระทำ จะเห็นว่าการเพิ่มโทษในความผิดแต่ละฐานความผิดตามที่กล่าวมาแล้วในข้างต้น ต่างมีบทลงโทษที่ร้ายแรงอาจเป็นเพราะกฎหมายให้ความสำคัญกับการกระทำความคิดเกี่ยวกับเพศ และอาจมองว่าการกระทำความคิดดังกล่าวเป็นเรื่องที่มีความร้ายแรงสำหรับประเทศไทย ไม่ว่าจะเป็นการนำรูปแบบโทษจำคุก และปรับมาลงโทษผู้กระทำความคิด ซึ่งกฎหมายมีการบัญญัติบทลงโทษในความผิดฐานกระทำอนาจาร ตามมาตรา 278 วรรคแรก น้อยกว่าอัตราโทษในความผิดฐานกระทำชำเราตามมาตรา 276 และความผิดฐานกระทำอนาจารอันเป็นเหตุฉกรรจ์ตามมาตรา 278 วรรคสอง ซึ่งผู้ศึกษาเห็นว่าการบัญญัติกฎหมายดังกล่าวเป็นเพราะความผิดฐานกระทำอนาจารตามมาตรา 278 วรรคแรก เป็นความผิดที่ส่งผลกระทบและสร้างความเสียหายต่อผู้ถูกทำน้อยกว่าความผิดฐานกระทำชำเราตามมาตรา 276 และความผิดฐานกระทำอนาจารอันเป็นเหตุฉกรรจ์ตามมาตรา 278 วรรคสองก็เป็นได้ จึงได้บัญญัติบทลงโทษไว้ต่างกัน และจะเห็นว่าความผิดดังกล่าวข้างต้นกฎหมายบัญญัติบทลงโทษในแต่ละฐานความผิดมีบทลงโทษที่รุนแรง เพราะประเทศไทยถือว่าการกระทำความคิดเกี่ยวกับเพศยังคงเป็นเรื่องที่มีความร้ายแรง แต่ถึงอย่างไรกฎหมายก็ยังคงต้องการสร้างความแตกต่างในการบัญญัติบทลงโทษของแต่ละฐานความผิดที่สร้างความเสียหายแตกต่างกัน กรณีดังกล่าวผู้ศึกษาก็เห็นด้วย

กรณีที่กฎหมายบัญญัติบทลงโทษของความผิดฐานคุกคามทางเพศตามมาตรา 397 ตามที่กล่าวมาแล้วในข้างต้น ปรากฏว่ามีบทลงโทษที่น้อยมาก เมื่อเปรียบเทียบกับบทลงโทษของความผิดฐานกระทำชำเราหรือกระทำอนาจารซึ่งเป็นความคิดเกี่ยวกับเพศเช่นกัน แต่บทลงโทษต่างกันสิ้นเชิง และเมื่อเปรียบเทียบความผิดฐานกระทำอนาจารกับความผิดฐานคุกคามทางเพศ

ประมวลกฎหมายอาญาไม่มีการกำหนดคำนิยามหรือขอบเขตการกระทำความผิดดังกล่าวไว้เฉพาะ เช่นเดียวกับการกระทำชำเรา จึงส่งผลให้การตีความถึงพฤติกรรมการกระทำความผิดดังกล่าว ที่มีลักษณะคาบเกี่ยวกันยังคงเป็นปัญหา รวมทั้งความผิดดังกล่าวสร้างความเสียหายกับผู้ที่ถูกกระทำ ไม่ได้แตกต่างกัน จึงนำไปสู่บทลงโทษของความผิดฐานคุกคามทางเพศต่อผู้ได้บังคับบัญชา ที่มีการเพิ่มบทลงโทษสำหรับผู้กระทำผิดไว้ในมาตรา 397 วรรคสาม แต่ปรากฏว่าบทลงโทษ ไม่ได้แตกต่างกับความผิดฐานคุกคามทางเพศทั่วไป ตามมาตรา 397 วรรคสอง และยังถือว่าเป็นบทลงโทษ ที่น้อยมาก เมื่อเปรียบเทียบกับกรกระทำผิดฐานกระทำชำเราหรือการกระทำอนาจารต่อ ผู้ได้บังคับบัญชา โดยถือว่ากรบัญญัติบทลงโทษตามมาตรา 397 วรรคสามยังคงไม่เป็นไปตามหลัก ความได้สัดส่วนที่เหมาะสม และสอดคล้องกับแนวคิดของสถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย (ทีดีอาร์ไอ) ได้มีแนวคิดสนับสนุนการปฏิรูปกระบวนการยุติธรรมทางอาญาของไทย ให้ปรับเปลี่ยนเพื่อให้ทันต่อยุคสมัยและเป็นไปตามหลักนิติเศรษฐศาสตร์ โดยเน้นโทษปรับ ทางอาญามากกว่าโทษจำคุก และมีความเห็นควรเพิ่มโทษปรับสูงสุดตามกฎหมาย และวางกลไก ในการเพิ่มโทษอัตโนมัติตามเงินเพื่อหรืออาจจะเป็น โทษปรับตามรายได้ อีกทั้งปัจจุบันยังคงเป็น ข้อสงสัยและถกเถียงกันอยู่ว่าการกระทำใดบ้างเป็นความผิดฐานกระทำอนาจาร หรือการกระทำใดบ้าง เป็นความผิดฐานคุกคามทางเพศ จึงนำไปสู่ประเด็นที่ว่าเมื่อไม่มีกฎหมายบัญญัติความหมายคำนิยาม และขอบเขตการกระทำผิดดังกล่าวไว้เฉพาะ จึงส่งผลถึงการนำตัวผู้กระทำผิดมารับโทษ อาจทำให้ผู้กระทำผิดไม่ได้รับโทษตามที่เหมาะสมกับพฤติกรรมการกระทำผิดดังกล่าว หรือไม่ตรงตามเจตนารมณ์ของกฎหมายก็เป็นได้

ประมวลกฎหมายอาญาถือว่าเป็นกฎหมายหลักในการบังคับใช้กฎหมายเพื่อจะลงโทษ ผู้กระทำผิดทางอาญา และไม่ว่าจะเป็นความผิดฐานกระทำชำเราหรือกระทำอนาจาร ต่อผู้ได้บังคับบัญชา หรือความผิดฐานคุกคามทางเพศต่อผู้ได้บังคับบัญชา ก็ถือว่าเป็นความผิด ทางอาญาด้วยกันทั้งสิ้น โดยผู้กระทำผิดจะต้องรับโทษตามที่ประมวลกฎหมายอาญาบัญญัติไว้ ซึ่งในกรณีที่ถูกกระทำเป็นผู้ได้บังคับบัญชาโดยผู้กระทำได้อาศัยอำนาจที่ตนเองเป็นผู้บังคับบัญชา กระทำผิดเกี่ยวกับเพศดังกล่าวต่อผู้ได้บังคับบัญชา หากปรากฏว่าความสัมพันธ์ระหว่างผู้กระทำ และผู้ถูกกระทำมีฐานะเป็นนายจ้างกับลูกจ้างในส่วนของเอกชน ก็จะต้องพิจารณาถึงพ.ร.บ. คู่ครองแรงงานอีกด้วย เพราะเมื่อเกิดการกระทำผิดเกี่ยวกับเพศต่อผู้ได้บังคับบัญชา อันเป็น ความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาแล้ว ผู้กระทำยังมีความผิดตามพ.ร.บ. คู่ครองแรงงาน มาตรา 16 อีกด้วย กล่าวคือ “ห้ามมิให้นายจ้าง หัวหน้างาน ผู้ควบคุมงาน หรือผู้ตรวจงาน กระทำการล่วงเกิน คุกคาม หรือก่อความเดือดร้อนรำคาญทางเพศต่อลูกจ้าง” ซึ่งพ.ร.บ. คู่ครองแรงงาน ก็ได้พยายามบัญญัติกฎหมายให้ครอบคลุมถึงผู้กระทำที่เป็นผู้ที่มีอำนาจเหนือลูกจ้างทั้งหมด

เพื่อที่จะคุ้มครองไม่ให้ลูกจ้างหรือผู้ได้บังคับบัญชาตกเป็นเหยื่อจากการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศในที่ทำงานซึ่งผู้ถูกระทำไม่อาจหลีกเลี่ยงที่จะต้องทำงานร่วมกันได้ รวมถึงในปัจจุบัน พ.ร.บ.คุ้มครองแรงงาน มาตรา 16 ใช้คำว่า “ล่วงเกิน คุกคาม หรือก่อความเดือดร้อนรำคาญทางเพศต่อลูกจ้าง” คล้ายคลึงกับคำที่บัญญัติในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 397 วรรคสอง ทำให้เห็นว่าการบัญญัติคำในต้วบทกฎหมายมีความสอดคล้องกัน ซึ่งทำให้เห็นว่ากฎหมายมีจุดประสงค์เพื่อคุ้มครองลูกจ้างหรือผู้ได้บังคับบัญชาให้ไม่ตกเป็นเหยื่อจากความผิดดังกล่าว และหากผู้กระทำได้กระทำความผิดเกี่ยวกับเพศต่อผู้ได้บังคับบัญชา จะถือว่าผู้กระทำความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา และยังถือว่าผู้กระทำได้ฝ่าฝืนพ.ร.บ.คุ้มครองแรงงาน มาตรา 16 ยังคงต้องรับโทษตาม พ.ร.บ.ดังกล่าวด้วย กล่าวคือผู้กระทำจะต้องระวางโทษปรับไม่เกินสองหมื่นบาทตามมาตรา 147 เมื่อเปรียบเทียบกับประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 397 ซึ่งเป็นกฎหมายหลักในการบังคับใช้กฎหมายในความผิดทางอาญา แต่ปรากฏว่าได้บัญญัติบทลงโทษของความผิดดังกล่าวไว้เพียงแค่จำคุกไม่เกินหนึ่งเดือนและปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาทเท่านั้น โดยถือว่ามีบทลงโทษค่อนข้างน้อย และเมื่อเปรียบเทียบกับโทษปรับตาม พ.ร.บ.ฯ ยังคงบัญญัติโทษปรับมากกว่าประมวลกฎหมายอาญา ผู้ศึกษาจึงเห็นว่าประมวลกฎหมายอาญาเป็นกฎหมายหลักในการบังคับใช้ ควรที่จะมีบทลงโทษที่มีความร้ายแรงมากกว่า พ.ร.บ.ฯ ซึ่งเป็นเพียงกฎหมายรองที่ใช้ในการเพิ่มบทลงโทษผู้กระทำความผิดเท่านั้น โดยควรจะบัญญัติบทลงโทษของประมวลกฎหมายอาญาในความผิดฐานคุกคามทางเพศต่อผู้ได้บังคับบัญชาตามมาตรา 397 วรรคสามให้มีบทลงโทษที่สูงกว่านี้ และให้มีบทลงโทษที่เหมาะสมกับพฤติกรรมการกระทำความผิดมากกว่านี้ ซึ่งความผิดตามมาตรา 397 วรรคสามส่งผลกระทบต่อสร้างความเสียหายร้ายแรงต่อผู้ถูกระทำ ไม่ค่อยต่างกับความผิดฐานกระทำอนาจาร เพราะหากพิจารณาพฤติกรรม การกระทำความผิดฐานคุกคามทางเพศเปรียบเทียบกับพฤติกรรมการกระทำอนาจาร ความผิดดังกล่าวถือว่ามีพฤติกรรมการกระทำความผิดที่มีลักษณะคล้ายคลึง แต่เมื่อดูบทลงโทษเปรียบเทียบกันแล้ว ปรากฏว่ามีบทลงโทษแตกต่างกันอย่างสิ้นเชิง และหากจะเพิ่มเติมบทลงโทษในความผิดฐานคุกคามทางเพศต่อผู้ได้บังคับบัญชาตามมาตรา 397 วรรคสาม ก็คงจะต้องย้ายความผิดดังกล่าวไปบัญญัติในความผิดภาคอื่นที่ไม่ใช่ภาค 3 ความผิดลหุโทษ โดยผู้ศึกษาเห็นว่าหากจะย้ายไปอยู่ภาคความผิดอื่น ก็อาจจะย้ายไปอยู่ในประมวลกฎหมายอาญา ภาค 2 ลักษณะ 9 ความผิดเกี่ยวกับเพศ แทนตามเหตุผลที่กล่าวมาแล้วในประเด็นปัญหาที่ 1

กรณีเกิดการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศต่อผู้ได้บังคับบัญชา นอกจากผู้กระทำและผู้ถูกระทำจะมีความสัมพันธ์กันในฐานะผู้บังคับบัญชากับผู้ได้บังคับบัญชาด้วยแล้ว หากเป็นการทำงานในส่วนของเอกชนก็จะต้องพิจารณาตามประมวลกฎหมายอาญา และพ.ร.บ.คุ้มครองแรงงาน แต่ยังคงมีความผิดเกี่ยวกับเพศในการทำงานของส่วนราชการด้วยเช่นกัน

ที่ผู้กระทำและผู้ถูกระทำมีความสัมพันธ์ในฐานะเป็นผู้บังคับบัญชากับผู้ใต้บังคับบัญชา ซึ่งจะต้องพิจารณาความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาซึ่งเป็นพื้นฐานอยู่แล้ว และยังก็ต้องพิจารณาตามพ.ร.บ.ระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 อันเป็นความผิดทางวินัยอีกด้วย เพราะนอกจากผู้กระทำจะต้องรับโทษตามประมวลกฎหมายอาญาแล้ว อาจจะต้องรับโทษทางวินัยตาม พ.ร.บ.ระเบียบข้าราชการพลเรือนด้วยเช่นกัน หากเป็นการกระทำที่เป็นการล่วงละเมิดหรือคุกคามทางเพศก็จะถือว่าผู้กระทำได้ฝ่าฝืนข้อห้าม ตามมาตรา 83 (8) ซึ่งมีกำหนดไว้ชัดเจนในกฎ ก.พ. ว่าด้วยการกระทำอันเป็นการล่วงละเมิดหรือคุกคามทางเพศ พ.ศ.2553 และหากผู้กระทำได้ก่อกวนเกลียดชัง หรือข่มเหงผู้ใต้บังคับบัญชาในการปฏิบัติราชการด้วยแล้ว ก็จะเป็นการฝ่าฝืนข้อห้ามตามมาตรา 83 (7) อีกด้วย และเมื่อข้าราชการพลเรือนผู้ใดได้ฝ่าฝืนข้อห้ามตามมาตรา 83 จะถือว่าผู้นั้นเป็นผู้กระทำผิดวินัย ทำให้ผู้ศึกษาเห็นว่ากฎหมายพยายามที่จะบัญญัติการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศให้มีความคุ้มครองครอบคลุมทั้งส่วนของเอกชนและในส่วนของราชการ โดยบุคคลดังกล่าว จะต้องมีความสัมพันธ์ระหว่างการทำงานและอาจเกิดปัญหาความผิดเกี่ยวกับเพศได้ จึงได้บัญญัติการกระทำความผิดดังกล่าวไว้ใน พ.ร.บ.ต่าง ๆ เป็นการเฉพาะ เพื่อเป็นการเพิ่มบทลงโทษให้กับผู้กระทำความผิด ทำให้ผู้กระทำกลัวและตระหนักไม่กล้าที่จะกระทำความผิด และเพื่อจะเพิ่มบทลงโทษให้ผู้กระทำต้องรับโทษหนักยิ่งขึ้นให้มีความเหมาะสมกับความผิดเกี่ยวกับเพศต่อผู้ใต้บังคับบัญชาที่ถือว่าเป็นความผิดที่ค่อนข้างร้ายแรง ทำให้ผู้กระทำตระหนักไม่กล้าที่จะกระทำความผิดดังกล่าว ซึ่งโทษทางวินัยสำหรับผู้กระทำความผิดตามพ.ร.บ.ระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 มีอยู่ 5 รูปแบบด้วยกัน คือ ภาคทัณฑ์ ตัดเงินเดือน ลดเงินเดือน ปลดออก ไล่ออก โดยเรียงลำดับโทษที่มีความร้ายแรงน้อยไปจนถึงโทษที่มีความร้ายแรงที่สุดก็คือโทษไล่ออก ซึ่งผู้กระทำที่จะต้องรับโทษทางวินัยไล่ออกก็ต้องเป็นความผิดที่สร้างความเสียหายอย่างร้ายแรงที่ผู้กระทำไม่ควรที่จะได้มีโอกาสได้กลับตัวแก้ไขความผิดในสิ่งที่ได้กระทำ เช่นเดียวกับการลงโทษผู้กระทำความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาก็มีอยู่ 5 รูปแบบเช่นกัน บทลงโทษทางอาญาที่มีความร้ายแรงที่สุดคือ ประหารชีวิต ซึ่งเป็นบทลงโทษสำหรับความผิด ที่สร้างความเสียหายอย่างร้ายแรง และกฎหมายอาจมองว่าผู้กระทำนั้นเป็นอาชญากรที่กระทำผิดซ้ำ ๆ จึงบัญญัติบทลงโทษที่ผู้กระทำไม่มีสิทธิที่จะแก้ไขในสิ่งที่ทำผิด ผู้ศึกษาเห็นว่า พ.ร.บ.ระเบียบข้าราชการพลเรือนมีการกำหนดรูปแบบการลงโทษไว้หลายประเภทเช่นเดียวกับประมวลกฎหมายอาญา คงเป็นเพราะการลงโทษบุคคลใดก็ตามจะต้องเลือกรูปแบบการลงโทษให้เหมาะสมกับหลักความได้สัดส่วนกับพฤติกรรมกระทำ ความผิดนั้น และการจะออกคำสั่งลงโทษจะต้องแสดงให้เห็นชัดเจนว่าผู้ถูกลงโทษกระทำผิดวินัยในกรณีใด และมาตราไหน จะเห็นว่า การจะลงโทษบุคคลในความผิดทางวินัย มีขั้นตอนที่ชัดเจนเช่นเดียวกับการลงโทษทางอาญา เพราะกฎหมายอาญาถือว่ามิบทลงโทษที่ค่อนข้างร้ายแรงจึงให้สันนิษฐาน

ไว้ก่อนว่าบุคคลดังกล่าวเป็นผู้บริสุทธิ์ การจะลงโทษทางอาญากับบุคคลใดจะต้องมีพยานหลักฐานที่ชัดเจน ไม่ใช่ผู้ที่มีอำนาจจะลงโทษหรือกลั่นแกล้งผู้ได้บังคับบัญชาอย่างไรก็ได้ การพิจารณาจะต้องมีการกำหนดเป็นขั้นตอนที่ชัดเจน เช่นเดียวกับ พ.ร.บ.ระเบียบข้าราชการพลเรือน เพื่อที่จะไม่ให้มีข้อถกเถียงว่าการลงโทษบุคคลที่กระทำความผิดดังกล่าวไม่ยุติธรรม

เมื่อพิจารณาตามกฎหมายต่างประเทศ ทั้งกฎหมายประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส ซึ่งการบัญญัติบทลงโทษในความผิดเกี่ยวกับเพศ แต่ละประเทศต่างมีการบัญญัติบทลงโทษไว้แตกต่างกัน เพราะแต่ละประเทศต่างพิจารณาถึงสภาพปัญหาการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศในประเทศของตนเอง เป็นความผิดที่สร้างความเสียหายร้ายแรงมากน้อยแตกต่างกัน ดังนั้นการที่ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีกับประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสต่างบัญญัติอัตราโทษฐานข่มขืนกระทำชำเราไว้น้อยกว่าประเทศไทย อาจเป็นเพราะประเทศดังกล่าวมองว่าความผิดเกี่ยวกับเพศไม่ใช่เรื่องร้ายแรงมาก และปัญหาการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศในประเทศดังกล่าวคงพบได้ไม่มากนัก ซึ่งเมื่อเปรียบเทียบกับประเทศไทยปัญหาการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศพบเห็นได้แทบทุกวัน และถือนับวันยิ่งทวีความรุนแรงยิ่งขึ้น จึงอาจถือว่าเป็นความผิดที่ร้ายแรง ผู้ศึกษาจึงเห็นด้วยที่ว่าประเทศไทยบัญญัติบทลงโทษในความผิดฐานกระทำชำเรา และความผิดฐานกระทำอนาจารต่อผู้ได้บังคับบัญชามีบทลงโทษที่ร้ายแรงกว่าประเทศดังกล่าว แต่ประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส มีการบัญญัติความผิดที่มีลักษณะคล้ายคลึงกับความผิดฐานคุกคามทางเพศ โดยบัญญัติความผิดความหมายและขอบเขตการกระทำความผิดเช่นเดียวกับประเทศไทย ซึ่งบัญญัติคุ้มครองถึงบุคคลที่อยู่ในฐานะผู้ได้บังคับบัญชาเช่นเดียวกันกับประเทศไทยด้วยเช่นกัน แต่บทลงโทษของกฎหมายประเทศฝรั่งเศสถือว่าผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนักกว่าประเทศไทย

ดังนั้น สำหรับความผิดฐานคุกคามทางเพศต่อผู้ได้บังคับบัญชา ผู้ศึกษาวิเคราะห์แล้ว จึงเห็นว่าปัจจุบันประเทศไทยมีปัญหาเรื่องการคุกคามทางเพศต่อผู้ได้บังคับบัญชาเป็นจำนวนมาก แต่กลับยังคงกำหนดบทลงโทษผู้กระทำความผิดไว้เพียงจำคุกไม่เกินหนึ่งเดือน และปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาทเท่านั้น ซึ่งการที่ประมวลกฎหมายอาญาได้บัญญัติบทลงโทษในความผิดฐานคุกคามทางเพศต่อผู้ได้บังคับบัญชาถือว่าไม่เหมาะสมกับสภาพปัญหาของสังคมและสภาพเศรษฐกิจในปัจจุบัน จึงควรเพิ่มบทลงโทษในความผิดดังกล่าวให้มีโทษมากกว่านี้ ทั้งโทษจำคุกและโทษปรับ แต่การบัญญัติบทลงโทษดังกล่าวคงเป็นเพราะประมวลกฎหมายได้บัญญัติความผิดคุกคามทางเพศต่อผู้ได้บังคับบัญชาไว้ในความผิดภาค 3 ซึ่งถือว่าเป็นความผิดที่มีโทษเล็กน้อยเท่านั้น จึงอาจจะต้องย้ายความผิดดังกล่าวไปอยู่ในประมวลกฎหมายอาญาความผิดภาค 2 ลักษณะ 9 ความผิดเกี่ยวกับเพศ เช่นเดียวกันกับความผิดฐานกระทำชำเราและความผิดฐานกระทำอนาจาร ตามที่ได้กล่าวมาแล้ว

4.3 ปัญหาอันเกิดจากการยอมความในความผิดเกี่ยวกับเพศต่อผู้ได้บังคับบัญชา

ปัจจุบันปัญหาอาชญากรรมมีอยู่หลายประเภท หนึ่งในปัญหาดังกล่าว คือ ปัญหาการกระทำ ความผิดเกี่ยวกับเพศ ซึ่งจะถือว่าเป็นความผิดอาญา โดยหน่วยงานของรัฐมีหน้าที่รักษาความสงบเรียบร้อย ในสังคม จึงมีความจำเป็นที่จะต้องออกกฎหมายในการบังคับใช้ และควบคุมพฤติกรรมของประชาชน รวมถึงการออกกฎหมายที่จะบังคับใช้กับประชาชนจะต้องบัญญัติให้ชัดเจนว่าการกระทำใดบ้าง ที่เป็นความผิดรวมทั้งจะต้องบัญญัติบทลงโทษสำหรับผู้ฝ่าฝืนกระทำในสิ่งที่กฎหมายห้ามไว้ ถึงแม้ว่าการบัญญัติกฎหมายจะกระทบสิทธิ เสรีภาพของประชาชนไปบ้าง แต่เพื่อให้สังคมมีความปลอดภัย ประชาชนอยู่อย่างสงบเรียบร้อย และไม่ต้องหวาดระแวงกับปัญหาอาชญากรรมดังกล่าว เมื่อบัญญัติกฎหมาย บังคับใช้กับประชาชนจะต้องคำนึงถึงวัตถุประสงค์ของกฎหมายจะเป็นการแก้ไขปัญหาที่ตรงจุดหรือไม่

การกระทำ ความผิดอาญา สามารถแยกความผิดได้เป็น 2 ประเภท คือ ประเภทแรก ความผิดนั้นเป็นความผิดอาญาต่อแผ่นดิน และประเภทที่สองเป็นความผิดอาญาต่อส่วนตัว โดยทั่วไปแล้วการกระทำ ความผิดอาญา กฎหมายให้ถือว่าเป็นความผิดอาญาแผ่นดินเสมอ โดยกฎหมายไม่ได้ให้อำนาจกับผู้เสียหายที่จะสามารถยอมความได้ ซึ่งถึงแม้ว่าผู้เสียหายจะไม่คิดใจ ที่จะดำเนินคดีกับผู้กระทำ ความผิดก็ตาม แต่กฎหมายยังคงให้อำนาจกับพนักงานสอบสวน และพนักงานอัยการ สามารถนำตัวผู้กระทำ ความผิดมารับ โทษตามกฎหมายได้เช่นเดิม เพราะเจ้าพนักงานดังกล่าวมีหน้าที่อำนวยความยุติธรรมในความผิดอาญา รักษาผลประโยชน์ของรัฐ คู่ครองประ โยชน์สาธารณะ แต่มีข้อยกเว้นหากการกระทำ ความผิดอาญาใดผู้เสียหายจะสามารถ ยอมความ ได้ จะต้องมีการบัญญัติไว้เป็นความผิดเฉพาะที่ผู้เสียหายสามารถยอมความกัน ได้ การที่กฎหมายให้อำนาจกับผู้เสียหายกรณีที่ไม่คิดใจจะดำเนินคดีกับผู้กระทำ ความผิดก็สามารถ ยอมความกัน ได้ อาจเป็นเพราะความผิดอาญาดังกล่าวถือว่าเป็นความผิดต่อส่วนตัว เป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องหรือมีผลกระทบต่อเอกชนหรือเป็นเรื่องส่วนตัวของผู้เสียหายเท่านั้น รัฐหรือประชาชนคนอื่นไม่ได้รับความเสียหายด้วยแต่อย่างใด

การดำเนินคดีอาญาในประเทศไทยได้มีการเปลี่ยนแปลงไปตามสภาพสังคมตลอดเวลา โดยในอดีตมีแนวคิดการลงโทษผู้กระทำ ความผิดโดยแก้แค้นทดแทนให้กับผู้เสียหาย โดยเน้นการลงโทษ ทรมาณผู้กระทำ ความผิดซึ่งเป็นที่นิยมมาก แต่ต่อมาเริ่มไม่เป็นที่นิยม เพราะเริ่มมีนักกฎหมายเห็นว่า แนวคิดดังกล่าวไม่เป็นการแก้ไขปัญหาอาชญากรรมหรือทำให้จำนวนอาชญากรรมลดลง เนื่องจาก ในปัจจุบันประเทศไทยกำลังประสบปัญหาหนักกรณีนักโทษล้นเรือนจำ ซึ่งการลงโทษแบบดั้งเดิม คงไม่ใช่คำตอบที่จะแก้ไขปัญหาอาชญากรรมได้ เป็นเพียงการให้ผู้กระทำ ความผิดได้รับความทุกข์ ทรมาณเท่านั้น เมื่อบุคคลดังกล่าวพ้นโทษออกจากเรือนจำ ก็จะกระทำ ความผิดซ้ำ และกลับเข้ามารับโทษ

ในเรือนจำเช่นเดิม รวมถึงการเน้นแต่ลงโทษบุคคลดังกล่าว ไม่ได้ทำให้ผู้กระทำความผิดกลับตัวเป็นคนดี หรืออาจเป็นเพียงป้องกันสังคมจากการปัญหาอาชญากรรมเพียงชั่วคราวในระหว่างผู้กระทำความผิดอยู่ในเรือนจำเท่านั้น แต่เมื่อบุคคลดังกล่าวพ้นโทษออกจากเรือนจำก็ยังคงสร้างปัญหาให้กับสังคมเช่นเดิม ซึ่งผู้กระทำความผิดที่ต้องรับโทษเข้าไปในเรือนจำ ไม่ได้เป็นผู้ที่มีจิตใจไม่ดีทุกคน แต่บางคนอาจเป็นผู้กระทำความผิดที่มีจิตใจดีแต่กระทำความผิดเพราะเหตุผลบางประการ หรืออาจเป็นเพียงการตัดสินใจกระทำความผิดด้วยอารมณ์ชั่ววูบเท่านั้น ดังนั้น จึงมีการเริ่มนำแนวคิดลงโทษเพื่อแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิดมาบังคับใช้กับผู้กระทำความผิดมากกว่าการลงโทษผู้กระทำความผิดเพียงอย่างเดียว อาจเป็นการแบ่งแยกประเภทนักโทษ แต่ความเป็นจริงประเทศไทยทำการแบ่งแยกนักโทษได้ไม่มีประสิทธิภาพดีเท่าที่ควร เพราะจำนวนนักโทษเยอะกว่าพื้นที่ของเรือนจำมาก จึงไม่สามารถแบ่งแยกประเภทอาชญากรได้อย่างเหมาะสม เช่น ผู้กระทำความผิดบางคนอาจไม่ได้มีจิตใจที่เลวร้าย แต่เมื่อเข้าไปรับโทษในเรือนจำ กลับถูกสภาพสังคมในเรือนจำทำให้กลายเป็นคนที่ไม่ดี และสุดท้ายเมื่อผู้กระทำความผิดดังกล่าวพ้นโทษออกจากเรือนจำก็จะสร้างปัญหาให้กับสังคมเช่นเดิม จึงมีคำพูดที่ว่า เรือนจำเป็นเสมือนโรงเรียนสอนอาชญากร หรือเป็นการสร้างเครือข่ายในการกระทำความผิดอาชญากรรม ดังนั้น การนำผู้กระทำความผิดรับโทษจำคุกในเรือนจำ อาจจะไม่ใช่คำตอบที่ดีที่สุดในการแก้ไขปัญหาอาชญากรรมอีกต่อไป

การบัญญัติกฎหมายว่าความผิดใดบ้างที่ควรเป็นความผิดอาญาต่อแผ่นดินที่ผู้เสียหายไม่สามารถขอมความได้ หรือความผิดใดบ้างที่ควรเป็นความผิดอาญาต่อส่วนตัวที่ผู้เสียหายสามารถขอมความได้เป็นสิ่งที่สำคัญเป็นอย่างมาก เพราะการบัญญัติกฎหมายดังกล่าวจะส่งผลกระทบต่อสังคมได้หลายประการ ซึ่งอาจพิจารณาจากความผิดอาญานั้นเป็นอาชญากรรมที่สูงหรือไม่ หากเป็นอาชญากรรมค่อนข้างน้อย ก็อาจจะกำหนดให้เป็นความผิดอันขอมความได้ หรือความผิดอาญานั้นมีสิ่งที่จะต้องวินิจฉัยกระทบต่อชีวิตส่วนตัวของบุคคลมากน้อยเพียงใด ถ้ากระทบชีวิตส่วนตัวของบุคคลมากจนไม่สมควรให้มีการดำเนินคดี ก็อาจจะกำหนดเป็นความผิดอันขอมความได้ หรือความผิดอาญานั้นเป็นสิ่งที่ต้องวินิจฉัยเรียกร้องการคุ้มครองเหยื่อจากอาชญากรรมเพียงใด ถ้าการเรียกร้องและการดำเนินคดีจะเป็นการซ้ำเติมผู้เสียหาย ก็อาจจะกำหนดให้เป็นความผิดอันขอมความได้ ซึ่งความผิดทางอาญามีกฎหมายบัญญัติไว้ว่าเป็นความผิดที่สามารถขอมความกันได้ หากผู้เสียหายตกลงระงับข้อพิพาทกับผู้กระทำความผิด และไม่คิดว่ากล่าวหาความกันอีกต่อไป จะทำให้คดีอาญาที่กฎหมายบัญญัติเป็นความผิดขอมเป็นอันระงับไป

กระทำความผิดต่อผู้ได้บังคับบัญชา ทั้งการกระทำซ้ำเรา การกระทำอนาจาร และการคุกคามทางเพศ ถือว่าเป็นความผิดเกี่ยวกับเพศด้วยกันทั้งสิ้น และประมวลกฎหมายอาญาได้มีการบัญญัติว่าความผิดเกี่ยวกับเพศใดบ้างเป็นความผิดที่สามารถขอมความกันได้ โดยกำหนดไว้

ในมาตรา 281 ก่อนที่มีการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมาย คำว่า “ผู้อยู่ภายใต้อำนาจด้วยประการอื่นใด” ยังไม่ได้บัญญัติคุ้มครองบุคคลดังกล่าวไว้เป็นพิเศษในมาตรา 285 ซึ่งการกระทำชำเราตามมาตรา 276 และการกระทำอนาจารอันเป็นเหตุฉกรรจ์ตามมาตรา 278 วรรคสอง ถ้าไม่เป็นการกระทำต่อหน้าธารกำนัล หรือไม่เป็นเหตุทำให้ผู้ถูกระทำได้รับอันตรายสาหัสหรือถึงแก่ความตาย หรือไม่ได้เป็นการกระทำต่อบุคคล ที่กฎหมายคุ้มครองไว้เป็นพิเศษในมาตรา 285 ก็จะถือว่าเป็นความผิดที่กฎหมายให้อำนาจผู้เสียหายที่จะสามารถขอมความได้ แต่หลังจากที่มีการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญาในปี พ.ศ. 2562 ก็มีการบัญญัติคำว่า “ผู้อยู่ภายใต้อำนาจด้วยประการอื่นใด” หรืออาจหมายถึงผู้ได้บังคับบัญชา ตามเหตุผลที่กล่าวมาแล้วในประเด็นปัญหาที่ 1 ไว้ในมาตรา 285 เพื่อที่จะคุ้มครองบุคคลดังกล่าวเป็นพิเศษเนื่องจากในปัจจุบันพบปัญหาการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศต่อผู้ได้บังคับบัญชาอยู่บ่อยครั้ง กฎหมายจึงอาจมองว่าผู้ได้บังคับบัญชาเป็นบุคคลที่เสี่ยงจะตกเป็นเหยื่อจากความผิดเกี่ยวกับเพศ จึงมีการแก้ไขเพิ่มเติมเรื่องการขอมความในความผิดเกี่ยวกับเพศตามมาตรา 281 ใหม่อีกด้วย กล่าวคือ ปัจจุบันการกระทำชำเราตามมาตรา 276 และการกระทำอนาจารอันเป็นเหตุฉกรรจ์ตามมาตรา 278 วรรคสอง ซึ่งได้กระทำต่อผู้ได้บังคับบัญชา จะถือว่าเป็นความผิดที่ไม่สามารถขอมความกันได้อีกต่อไป โดยปัจจุบันมีการบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศที่สามารถขอมความกันได้เฉพาะกรณีที่เป็นความผิดฐานกระทำชำเราตามมาตรา 276 และความผิดฐานกระทำอนาจารอันเป็นเหตุฉกรรจ์ตามมาตรา 278 วรรคสอง โดยเป็นการกระทำระหว่างคู่สมรสด้วยกันเท่านั้น ผู้เสียหายถึงมีอำนาจที่จะสามารถขอมความได้ และจะต้องไม่เป็นการกระทำต่อหน้าธารกำนัล หรือไม่เป็นเหตุให้ผู้ถูกระทำได้รับอันตรายสาหัสหรือถึงแก่ความตายอีกด้วย ซึ่งการขอมความในความผิดตามมาตรา 276 และมาตรา 278 วรรคสอง ผู้กระทำและผู้ถูกระทำจะต้องมีความสัมพันธ์เป็นคู่สมรสกันนั้นถึงจะขอมความได้กัน ซึ่งคำว่า “คู่สมรส” อาจหมายถึงความถึงการจดทะเบียนสมรสถูกต้องตามกฎหมาย ทำให้เห็นว่ากฎหมายให้อำนาจเฉพาะคู่กรณีที่เป็นสามีและภรรยาที่ถูกต้องตามกฎหมายด้วยกันเท่านั้น ดังนั้น หากเป็นการกระทำความผิดกับบุคคลอื่นนอกเหนือจากที่กล่าวมาในข้างต้น ก็จะไม่เป็นความผิดที่ผู้เสียหายสามารถขอมความได้

ตามที่ได้กล่าวมาแล้วในข้างต้น ผู้ศึกษาเห็นว่าความผิดเกี่ยวกับเพศเป็นความผิดอาญาต่อส่วนตัวเป็นเรื่องของเอกชนที่ได้รับความเสียหายเฉพาะ รัฐไม่ได้มีส่วนได้เสียในความผิดเกี่ยวกับเพศดังกล่าว การที่รัฐได้เข้ามาแทรกแซงอำนาจการขอมความของผู้เสียหายในความผิดเกี่ยวกับเพศดังกล่าว นั้น เป็นเสมือนการลิดรอน สิทธิและ เสรีภาพของประชาชนโดยใช้เหตุ ดังนั้น การที่รัฐแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญาเรื่องการขอมความในความผิดเกี่ยวกับเพศใหม่ ผู้ศึกษาเห็นว่าไม่ใช่แนวทางในการแก้ไขปัญหาความผิดเกี่ยวกับเพศในประเทศไทยที่เหมาะสม กฎหมายควรบัญญัติให้อำนาจผู้เสียหายสามารถขอมความได้เช่นเดิม เพราะถึงแม้ว่าจะเกิดข้อพิพาท

ระหว่างผู้กระทำความผิดกับผู้เสียหายในความผิดเกี่ยวกับเพศ แต่ผู้ศึกษาเชื่อว่า เมื่อคู่กรณีทั้งสองสามารถที่จะเจรจาต่อรองกันเพื่อให้ทราบถึงความต้องการของผู้เสียหาย หรือมีโอกาสที่ผู้กระทำผิดจะใช้ในสิ่งที่ได้กระทำ เช่น ชดใช้ค่าสินไหมทดแทน หรือแสดงความรับผิดชอบด้วยการแต่งงาน จดทะเบียนสมรสกับผู้เสียหาย หรือการทำสาธารณประโยชน์อื่น ๆ เป็นต้น ข้อพิพาทดังกล่าวก็จะสามารถยุติหรือระงับลงได้ หรือหากข้อพิพาทระหว่างผู้กระทำความผิดและผู้เสียหายจะตกลงกันไม่ได้ ผู้เสียหายยังคิดใจจะดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิด ผู้เสียหายก็สามารถดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดให้ถึงที่สุดได้เช่นกัน ถึงแม้ว่าผู้เสียหายจะมีอำนาจที่จะสามารถขอมความได้ก็ตาม ซึ่งภายหลังที่มีการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา เรื่องการขอมความของความผิดเกี่ยวกับเพศ ทำให้ความผิดเกี่ยวกับเพศผู้เสียหายไม่มีอำนาจที่จะสามารถขอมความได้อีกต่อไป จึงส่งผลกระทบต่อผู้กระทำความผิดไม่สามารถที่จะเจรจาต่อรองเพื่อจะระงับข้อพิพาทกับผู้เสียหายได้ เพราะถึงแม้ว่าผู้เสียหายไม่ตั้งใจที่จะประสงค์ดำเนินคดีอาญากับผู้กระทำความผิดแล้ว แต่ผู้เสียหายก็ไม่สามารถขอมความได้ ซึ่งผู้กระทำความผิดจะต้องถูกดำเนินคดีและรับโทษตามกฎหมายเท่านั้น นำไปสู่การกระทำซ้ำเราตามมาตรา 276 และการกระทำอนาจารอันเป็นเหตุฉกรรจ์ตามมาตรา 278 วรรคสองซึ่งกระทำต่อผู้ได้บังคับบัญชาจะเป็นความผิดไม่สามารถขอมความกันได้ด้วยเช่นกัน

ความผิดเกี่ยวกับเพศอีกประเภทที่เป็นความผิดที่ผู้เสียหายสามารถขอมความได้ คือความผิดฐานกระทำอนาจารทั่วไป ตามมาตรา 278 วรรคแรก ซึ่งหลังจากที่มีการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมเรื่องการขอมความในส่วนของกระทำอนาจารตามมาตรา 278 เพียงเล็กน้อย แต่ถึงอย่างไรก็ถือว่าปัจจุบันการกระทำอนาจารทั่วไปตามมาตรา 278 วรรคแรก ก็ยังคงเป็นความผิดที่กฎหมายให้อำนาจกับผู้เสียหายที่จะสามารถขอมความได้ และในส่วนการแก้ไขเพิ่มเติมเพียงเล็กน้อย กล่าวคือ มีการเพิ่มบุคคลที่กฎหมายให้ความคุ้มครองเป็นพิเศษ ในมาตรา 285 และมาตรา 285/2 และอาจหมายความรวมถึงผู้ได้บังคับบัญชา ซึ่งเป็นบุคคลที่กฎหมายให้ความคุ้มครองพิเศษในมาตรา 285 ดังนั้นหากเป็นความผิดฐานกระทำอนาจารต่อผู้ได้บังคับบัญชา หรือต่อบุคคลที่บัญญัติไว้ในมาตราดังกล่าว ก็จะเป็นความผิดที่ไม่สามารถขอมความกันได้ เช่นเดียวกับความผิดเกี่ยวกับเพศอื่น ๆ ที่ได้กระทำต่อผู้ได้บังคับบัญชา โดยผู้ศึกษาเห็นว่าการบัญญัติแก้ไขเรื่องการขอมความในความผิดเกี่ยวกับเพศที่กระทำต่อผู้ได้บังคับบัญชา เพราะเพื่อต้องการคุ้มครองผู้ได้บังคับบัญชา ซึ่งเป็นบุคคลที่มีความเสี่ยงที่จะตกเป็นเหยื่อจากความผิดเกี่ยวกับเพศ จึงเปลี่ยนแปลงบัญญัติเรื่องการขอมความในความผิดเกี่ยวกับเพศ ให้ความผิดดังกล่าวเป็นความผิดที่ผู้เสียหายไม่สามารถขอมความได้ เพื่อที่ผู้กระทำผิดจะได้ถูกดำเนินคดีและรับโทษตามกฎหมายเพียงอย่างเดียว และเพื่อให้ผู้กระทำความผิดตระหนักและกลัวไม่กล้าที่จะกระทำความผิด รวมถึงเพื่อให้กฎหมายมีความรุนแรงมากยิ่งขึ้น

ด้วยเหตุผลที่กล่าวมาแล้ว การแก้ไขเพิ่มเติมเรื่องการขอมความในความผิดเกี่ยวกับเพศตามมาตรา 281 จะเป็นการแก้ไขปัญหาการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศได้จริงหรือไม่ และมีความคุ้มค่ากับความเสียหายหรือผลกระทบที่ได้รับจากแก้ไขเพิ่มเติมเรื่องดังกล่าวหรือไม่

ปัญหาความผิดเกี่ยวกับเพศประเภทสุดท้ายที่ผู้ศึกษาจะกล่าวถึง คือ ความผิดฐานคุกคามทางเพศต่อผู้ได้บังคับบัญชา ซึ่งเดิมไม่มีการบัญญัติถึงการกระทำความผิดฐานคุกคามทางเพศ มีเพียงการบัญญัติความผิดฐานคุกคามบุคคลอื่นทั่วไปในมาตรา 397 ต่อมาในปี พ.ศ. 2558 มีการแก้ไขเพิ่มเติมในความผิดฐานคุกคามทั่วไป โดยเพิ่มพฤติกรรมการกระทำอันมีลักษณะต่อไปในทางที่จะล่วงเกินทางเพศด้วยในวรรคสอง และเพิ่มบุคคลที่กฎหมายต้องการจะคุ้มครองเป็นพิเศษ ซึ่งหมายความรวมถึงผู้ได้บังคับบัญชา หากผู้กระทำความผิดฐานคุกคามทางเพศต่อผู้ได้บังคับบัญชาก็จะต้องรับโทษหนักขึ้น แต่ถึงอย่างไรแล้วไม่ว่าจะเป็นความผิดฐานคุกคามทางเพศทั่วไป หรือความผิดฐานคุกคามทางเพศที่กระทำกับผู้ได้บังคับบัญชาก็เป็นความผิดที่ไม่สามารถขอมความกันได้ทั้งสิ้น แต่ความผิดฐานคุกคามทางเพศต่อผู้ได้บังคับบัญชาบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา ภาค 3 ความผิดลหุโทษ ถือว่าเป็นความผิดที่มีบทลงโทษสถานเบา เป็นความผิดเล็ก ๆ น้อย ๆ ซึ่งผู้กระทำจะต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งเดือน และปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท ซึ่งการบัญญัติบทลงโทษแบบนี้ผู้ศึกษาก็ไม่เห็นด้วยตามที่ได้กล่าวมาแล้ว

ในประเด็นปัญหาที่ 2 ผู้ศึกษาเห็นว่า เมื่อการกระทำความผิดมีบทลงโทษเล็กน้อย ถือว่าเป็นความผิดที่สร้างความเสียหายเล็กน้อย แต่กฎหมายกลับบัญญัติให้การกระทำความผิดดังกล่าวผู้เสียหายไม่สามารถขอมความได้ และเพื่อที่จะให้ผู้กระทำความผิดมีโอกาสได้ปรับปรุงแก้ไขในสิ่งที่ตนเองได้กระทำ มีโอกาสกลับตัวกลับใจเป็นคนดี ไม่ต้องรับโทษจำคุกเข้าไปอยู่ในเรือนจำซึ่งมีผู้กระทำความผิดเป็นอาชญากรหลายประเภท ผู้กระทำความผิดอาจจะเป็นบุคคลที่กระทำความผิดไปเพราะอารมณ์ชั่ววูบ หรือเพราะประมาท หรือเพราะเหตุผลอื่นใด ซึ่งบุคคลแต่ละคนมีการควบคุมตัวเองได้แตกต่างกัน โดยผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับเพศเป็นเพียงบุคคลที่ป่วยขาดความยับยั้งชั่งใจต่อความต้องการทางเพศซึ่งเป็นความต้องการพื้นฐานของมนุษย์ โดยไม่ใช่บุคคลที่มีจิตใจเลวร้ายแต่อย่างใด

เมื่อบุคคลดังกล่าวเข้าไปในเรือนจำ ซึ่งมีอาชญากรหลายประเภท อาจจะส่งผลให้ผู้นั้นกลายเป็นบุคคลที่มีจิตใจเลวร้ายก็เป็นได้ เพราะอาจจะถูกหล่อหลอมจากสังคมภายในเรือนจำ ซึ่งตามทฤษฎีแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิด จะไม่นำผู้ที่กระทำความผิดเล็กน้อยไปรวมกับผู้ที่กระทำความผิดร้ายแรง เพราะอาจเป็นการส่งเสริมให้ผู้กระทำความผิดเล็กน้อยนั้น กลายเป็นบุคคลที่มีจิตใจที่ไม่ดี เมื่อพ้นโทษออกจากเรือนจำก็จะกระทำผิดซ้ำและสร้างความเดือดร้อนให้กับสังคมมากกว่าเดิม

การแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา ในปี พ.ศ. 2562 เรื่องการขอมความในความผิดเกี่ยวกับเพศ ผู้ศึกษาเห็นว่า การบัญญัติแก้ไขกฎหมายการขอมความดังกล่าวคงเป็นเพราะปัจจุบัน

ประเทศไทยประสบกับปัญหาการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศเป็นจำนวนมาก และนับวันปัญหาดังกล่าวยิ่งทวีความรุนแรงเพิ่มมากขึ้น จึงอาจเห็นว่าการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศเป็นการกระทำที่ร้ายแรงกับสังคม ซึ่งผู้กระทำความผิดสมควรที่จะได้รับบทลงโทษที่รุนแรงเหมาะสมกับพฤติกรรมการกระทำนั้น ทำให้ผู้กระทำความผิดทุกข์ทรมาน โดยการบัญญัติกฎหมายดังกล่าวให้มีความร้ายแรงสำหรับผู้กระทำความผิด เพื่อเป็นการข่มขู่ยับยั้งบุคคลอื่นใดที่คิดจะกระทำความผิดเกิดความตระหนัก กลัวกฎหมาย ไม่กล้าที่จะกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศ ตามทฤษฎีการลงโทษผู้กระทำความผิดเพื่อแก้แค้นทดแทนให้ผู้เสียหาย และทฤษฎีที่ต้องการลงโทษผู้กระทำความผิดเพื่อข่มขู่ยับยั้งไม่ให้บุคคลอื่นกระทำความผิดลอกเลียนแบบ จึงพยายามบัญญัติกฎหมายให้มีความร้ายแรงจึงนำไปสู่การบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศให้ไม่สามารถขอมความได้อีกต่อไป

ดังที่กล่าวมาแล้วข้างต้น การบัญญัติแก้ไขประมวลกฎหมายอาญาในปี พ.ศ.2562 เรื่องการขอมความในความผิดเกี่ยวกับเพศ อาจไม่เหมาะสม และมีผลกระทบต่าง ๆ มากมาย เพราะปัจจุบันประเทศไทยเริ่มที่จะมีการใช้แนวความคิดการแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิดมากกว่าการลงโทษผู้กระทำความผิดเพื่อแก้แค้นทดแทน หรือเพื่อข่มขู่ยับยั้งไม่ให้มีการกระทำความผิดดังกล่าวขึ้น ซึ่งเมื่อวิเคราะห์ตามหลักนิติเศรษฐศาสตร์ เป็นการนำหลักกฎหมายซึ่งเป็นหลักที่มีความยุติธรรมรวมกับหลักเศรษฐศาสตร์ซึ่งเป็นหลักที่มีการจัดสรรทรัพยากรต่าง ๆ ให้เกิดประโยชน์สูงสุด เมื่อรวมกันจึงเป็นการประเมินคุณค่ากฎหมาย การออกแบบกฎหมาย และผลกระทบของกฎหมายต่อพฤติกรรมของบุคคลในสังคม เพื่อเป็นเครื่องมือเปลี่ยนแปลงพฤติกรรมของบุคคลในสังคมไปสู่แนวทางที่สังคมต้องการ และยับยั้งพฤติกรรมของบุคคลที่สังคมไม่ต้องการผ่านการบัญญัติกฎหมาย แต่การบัญญัติบทลงโทษในความผิดต่าง ๆ จะต้องพิจารณาให้มีความเหมาะสมด้วยเช่นกัน ถึงแม้ว่าโทษจำคุกจะเป็นการลงโทษที่มีประสิทธิภาพในการข่มขู่และป้องปรามผู้กระทำความผิด แต่บทลงโทษดังกล่าวก็มีต้นทุนค่าใช้จ่ายอื่น ๆ จำนวนมากไม่ว่าจะเป็นการสร้างเรือนจำ ซึ่งปัจจุบันหากบัญญัติผู้กระทำความผิดให้รับโทษจำคุกเพียงอย่างเดียวสร้างเรือนจำเท่าไรก็คงจะไม่เพียงพอกับจำนวนนักโทษ เพราะนักโทษมีเพิ่มจำนวนขึ้นทุกวัน รวมถึงจะต้องมีจ้างบุคลากร การบริหารจัดการ การรักษาความปลอดภัย และการอบรมวิชาชีพ ดังกล่าวในเรือนจำ จะเห็นได้ว่าเสถียรภาพประมาณของประเทศไปเป็นจำนวนมาก เพื่อที่จะลงโทษผู้กระทำความผิดเท่านั้น ซึ่งไม่ได้ทำให้เกิดประโยชน์กับประเทศชาติแต่อย่างใด และนำงบประมาณที่ไม่ควรจะเสียนำไปพัฒนาบริหารประเทศในด้านอื่น ๆ รวมทั้งค่าอาหารสิ่งของเครื่องใช้และยารักษาโรคต่าง ๆ สำหรับผู้กระทำความผิดในแต่ละคนก็ใช้งบประมาณของประเทศที่ไม่น้อยเช่นกัน รัฐจะต้องเสถียรภาพประมาณกับค่าใช้จ่ายดังกล่าวทุกวัน โดยผู้กระทำความผิดบางคน อาจจะอยากที่จะกระทำความผิดเพื่อจะได้รับการโทษจำคุกเข้าไปอยู่ในเรือนจำ

เพราะผู้กระทำความผิดได้ทั้งที่อยู่อาศัย อาหาร สิ่งของเครื่องใช้รวมถึงยารักษาโรคต่าง ๆ ซึ่งอาจจะมีชีวิตในเรือนจำดีกว่าชีวิตที่อยู่นอกเรือนจำก็ได้ ซึ่งปัจจุบันชีวิตความเป็นอยู่ของนักโทษในเรือนจำก็ถือว่าไม่ได้มีคุณภาพชีวิตที่ดีเท่าที่ควรเมื่อเปรียบเทียบกับชีวิตของนักโทษในเรือนจำต่างประเทศด้วยแล้ว หรือการที่ผู้กระทำความผิดมารับโทษในเรือนจำ จะทำให้ขาดรายได้ และหากผู้นั้นเป็นหัวหน้าครอบครัว ซึ่งเป็นคนหาเลี้ยงครอบครัวด้วย ก็จะส่งผลกระทบต่อถึงครอบครัวผู้กระทำความผิดจะต้องได้รับความเดือดร้อนลำบาก ซึ่งบุคคลเหล่านั้นก็ไม่ได้มีส่วนร่วมในความผิดดังกล่าวแต่อย่างใด แต่เหมือนถูกรับโทษโดยอ้อม โดยในต่างประเทศผู้กระทำความผิดเพียงถูกกักบริเวณ และมีการติดตามพฤติกรรมอยู่ตลอดเวลา โดยผู้กระทำความผิดสามารถที่จะทำงานหาเงินเลี้ยงตัวเองและครอบครัวได้ตามปกติ โดยที่รัฐไม่ต้องแบกรับค่าใช้จ่ายต่าง ๆ และเปิดโอกาสให้ผู้กระทำความผิดได้กลับตัวเป็นคนดีแก้ไขความผิดที่ได้กระทำ โดยการทำดีบำเพ็ญประโยชน์ในที่สาธารณะ เพื่อจะได้มีโอกาสขอใช้ในสิ่งที่ได้กระทำผิดและกลับตัวเป็นคนดีต่อไป

ซึ่งกระบวนการยุติธรรมในสมัยปัจจุบันเริ่มมีการพัฒนาโดยจัดให้มีกระบวนการระงับข้อพิพาทระหว่างโจทก์กับจำเลยเสียก่อนที่จะนำคดีขึ้นสู่ศาล เพื่อเป็นการลดจำนวนคดีความที่อยู่ระหว่างการพิจารณาของศาล เมื่อคดีความในชั้นศาลลดน้อยลง จะทำให้ศาลดำเนินกระบวนการพิจารณาในแต่ละคดีความได้มีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น และมีความรวดเร็วในการพิจารณาคดีอีกด้วย ซึ่งปัจจุบันจะเห็นว่า คดีความที่อยู่ระหว่างการพิจารณาของศาลมีเป็นจำนวนมาก และระยะเวลาในการดำเนินกระบวนการพิจารณากว่าที่จะเสร็จสิ้นในแต่ละคดีต้องใช้เวลานาน เมื่อกฎหมายบัญญัติแก้ไขเรื่องการขอมความในความผิดเกี่ยวกับเพศให้เป็นความผิดที่ไม่สามารถขอมความกันได้ด้วยแล้ว เสมือนเป็นการเพิ่มภาระหน้าที่ให้กับศาล โดยเป็นการเพิ่มจำนวนคดีความในชั้นศาล และทำให้กระบวนการพิจารณาคดีในชั้นศาลมีประสิทธิภาพลดน้อยลง เพราะเมื่อมีจำนวนคดีมากนำไปสู่การเหนื่อยล้าของผู้พิพากษาที่จะต้องอ่านสำนวนในแต่ละคดี ซึ่งทำให้ใช้ระยะเวลาในแต่ละคดีนานยิ่งขึ้น และเมื่อพิจารณาคตามทฤษฎีนิติเศรษฐศาสตร์จะเห็นว่าไม่มีความคุ้มค่าที่จะลงโทษผู้กระทำความผิดเช่นนั้น มีแต่เสียประโยชน์ หากลงโทษผู้กระทำความผิดเพียงเพื่อต้องการแก้แค้นทดแทนผู้เสียหายเท่านั้น จะส่งผลให้เมื่อผู้กระทำความผิดพ้นโทษก็จะกระทำความผิดซ้ำและกลับเข้าไปรับโทษในเรือนจำ ทำให้เห็นว่าการบัญญัติเรื่องการขอมความในความผิดเกี่ยวกับเพศที่กระทำต่อผู้ได้บังคับบัญชาไม่ได้เป็นการแก้ปัญหาปัญหาการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศได้ และการบัญญัติกฎหมายนั้นอาจไม่เหมาะสมเมื่อเปรียบเทียบกับผลกระทบที่ได้รับ

ตามที่กล่าวมาแล้วข้างต้นจะสอดคล้องกับแนวคิดของสถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย (ทีดีอาร์ไอ) โดยได้มีแนวคิดสนับสนุนการปฏิรูปกระบวนการยุติธรรมทางอาญาของไทยให้ปรับเปลี่ยนเพื่อให้ทันต่อยุคสมัยและเป็นไปตามหลักนิติเศรษฐศาสตร์ โดยทบทวน

ว่าการกระทำความผิดใดที่เป็นลักษณะเป็นความผิดต่อบุคคลและไม่เข้าข่ายการกระทำความผิดต่อแผ่นดิน และมีการแบ่งกลุ่มประเภทความผิด โดยปรากฏว่าความผิดเกี่ยวกับเพศทั้งการกระทำชำเรา และความผิดฐานอนาจารอยู่ในกลุ่มความผิดที่เอกชนเป็นผู้เสียหาย และเป็นความผิดต่อส่วนตัว

การแก้ไขเรื่องการยอมความในความผิดเกี่ยวกับเพศ อาจเป็นเพราะให้สอดคล้องกับสภาพสังคม กฎหมายอาจจะพิจารณาจากความผิดฐานลักทรัพย์ หากเป็นการลักทรัพย์ราคาเพียง 5-10 บาท ก็เป็นความผิดอาญาแผ่นดินไม่สามารถยอมความกันได้ และคงเห็นว่ากฎหมายประเทศไทยคุ้มครองทรัพย์มากกว่าตัวบุคคล โดยมองว่าประเทศไทยยึดแนวคิดและปรัชญาทางกฎหมายไทยดั้งเดิมโบราณ คือ เพศชายมีสามีได้หลายคน เพศหญิงแต่งงานก็จะเป็นเหมือนสมบัติของสามี เพศหญิงไม่ค่อยมีค่ามีราคา อีกทั้งต่างประเทศก็มีการบัญญัติให้ความผิดเกี่ยวกับเพศเป็นความผิดที่ไม่สามารถยอมความได้ จึงทำให้ประเทศไทยแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายเรื่องการยอมความในความผิดเกี่ยวกับเพศต่อผู้ได้บังคับบัญชาให้เป็นเช่นนี้ แต่ผู้ศึกษาเห็นว่าสภาพสังคม และสภาพเศรษฐกิจในแต่ละประเทศมีความแตกต่างกัน ประเทศไทยจึงไม่จำเป็นที่จะต้องแก้ไขกฎหมายให้เหมือนเช่นเดียวกับต่างประเทศ งบประมาณของประเทศก็มีอยู่อย่างจำกัด วิถีชีวิต หรือสุขอนามัยนักโทษในเรือนจำของต่างประเทศก็ดีกว่าประเทศไทยมากระนั้นการแก้ไขกฎหมายดังกล่าวจึงส่งผลกระทบต่อประเทศไทยอย่างมาก เมื่อพิจารณาตามแนวคิดการจัดประเภทความผิดอาญาแผ่นดินกับความผิดอันยอมความได้ จะเห็นว่าหลักปัจเจกชนนิยม (Individualism) ให้อำนาจกับประชาชนมีสิทธิเสรีภาพมาก ซึ่งความผิดเกี่ยวกับ ชีวิตร่างกาย ทรัพย์สิน จะถือว่าเป็นความผิดต่อส่วนตัว กฎหมายจะให้อำนาจผู้เสียหายหรือเครือญาติของผู้เสียหายเท่านั้นที่จะสามารถดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดได้ ดังนั้น ความผิดเกี่ยวกับเพศเห็นได้ชัดเจนว่าผู้เสียหายหรือผู้ที่ถูกกระทำ ได้รับความอับอาย เสียชื่อเสียง เสียเกียรติส่งผลกระทบต่อทั้งจิตใจและร่างกายผู้ที่ถูกกระทำ และเรื่องการมีเพศสัมพันธ์นั้นเป็นสิทธิส่วนตัวของแต่ละบุคคล กฎหมายจึงควรให้อำนาจกับผู้เสียหายเป็นคนตัดสินใจที่จะดำเนินคดีหรือไม่ก็ได้ การที่รัฐบัญญัติแก้ไขกฎหมายดังกล่าวเสมือนเป็นการที่รัฐเข้ามาแทรกแซงอำนาจที่ควรจะเป็นของประชาชนซึ่งเป็นผู้เสียหายที่แท้จริง เมื่อกฎหมายมีความเคร่งครัดมีข้อดี กล่าวคือมีความเสมอภาค เจ้าพนักงานไม่สามารถใช้ดุลยพินิจได้ตามอำเภอใจ และเป็นเกราะคุ้มกันเจ้าพนักงานไม่ถูกใช้อำนาจบังคับให้ไม่เอาโทษกับผู้กระทำความผิดทั้งที่คดีมีมูล แต่ข้อเสียคือกฎหมายจะมีความแข็งกระด้างในการบังคับใช้กฎหมาย และเป็นเสมือนการแก้แค้นทดแทนกับผู้กระทำความผิด โดยไม่คำนึงว่าผู้กระทำความผิดควรจะได้รับโทษทางอาญาหรือไม่ ดังเช่นกรณีที่เจ้าหน้าที่ตำรวจเห็นบุคคลกระทำความผิดก็มีหน้าที่ต้องจับ และดำเนินคดีเท่านั้น หากไม่ดำเนินการดังกล่าวก็ถือว่าเจ้าหน้าที่ตำรวจมีความผิด ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 157

แต่เมื่อดำเนินคดีอาญาตามดุลพินิจก็มีข้อดีคือ เจ้าพนักงานสามารถใช้ดุลพินิจยืดหยุ่นตามความเหมาะสมได้เพื่อปรับให้เข้ากับสภาพสังคมที่มีความเปลี่ยนแปลงและลดความแข็งแกร่งในการใช้กฎหมายส่วนข้อเสียคือ เจ้าพนักงานอาจเลือกปฏิบัติได้และอาจทำให้เกิดความไม่เสมอภาคในสังคมซึ่งหากมีมาตรการควบคุมดูแลให้ดีน่าจะทำให้ประชาชนอยู่อย่างสงบสุขมากกว่า แต่มาตรการอะไรถึงจะถือว่าเป็นการควบคุมดูแลดีจะต้องพิจารณาต่อไป ซึ่งความผิดเกี่ยวกับเพศมีเพียงผู้กระทำความผิดกับผู้เสียหายเท่านั้นที่รู้ ถ้าหากมีการดำเนินคดีก็จำเป็นที่จะต้องเปิดเผยข้อเท็จจริง ซึ่งอาจทำให้ผู้เสียหายได้รับความเสียหายมากขึ้น หากกฎหมายบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศสามารถยอมความกันได้ เสมือนเป็นการให้อำนาจกับผู้เสียหาย เมื่อผู้เสียหายไม่พอใจดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิด ตำรวจก็ไม่สามารถสอบสวนได้ เมื่อพิจารณาตามหลักคุณธรรมทางกฎหมายความผิดเกี่ยวกับเพศ ก็ถือว่าเป็นความผิดส่วนบุคคล (Individualrechtsgut) ส่วนคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนรวม จะเป็นเรื่องความปลอดภัยในการจราจร ความมั่นคงในเขตแดน ความน่าเชื่อถือ การชำระหนี้เงินตราต่าง ๆ เป็นต้น ซึ่งผู้ศึกษาเห็นด้วยว่าความผิดดังกล่าวควรเป็นความผิดส่วนรวมที่รัฐจะต้องเข้ามาดำเนินคดีตามกฎหมายเพื่อให้เกิดความยุติธรรม การบัญญัติความผิดใดเป็นความผิดที่สามารถยอมความได้หรือไม่ อาจจะต้องมีการชั่งน้ำหนักผลกระทบต่อรัฐ หรือต่อผู้เสียหายมากกว่ากัน และด้วยเหตุผลที่กล่าวมาแล้วข้างต้น กฎหมายจึงไม่ควรบัญญัติให้ความผิดเกี่ยวกับเพศต่อผู้ได้บังคับบัญชาเป็นความผิดที่ไม่สามารถยอมความได้