

เรื่อง ปัญหาการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศต่อผู้ใต้บังคับบัญชา

PROBLEMS OF COMMITTING OFFENCES RELATING TO SEXUALITY AGAINST THE SUBORDINATE*

เอกพงษ์ สารน้อย**

อลงกรณ์ มีศรี***

1. บทนำ

ปัญหาการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศมีมาเป็นเวลานาน ทั้งในประเทศไทยและต่างประเทศ โดยความผิดเกี่ยวกับเพศมีหลายประเภท เช่น การกระทำชำเรา การกระทำอนาจาร การคุกคามทางเพศ หรือการกระทำอื่นใดเกี่ยวกับเพศที่กฎหมายบัญญัติไว้เป็นความผิด ซึ่งแต่ละประเทศต่างมีการบัญญัติกฎหมายแตกต่างกันตามระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law) หรือระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Civil Law) ให้เป็นไปตามความเหมาะสมของสภาพสังคมในแต่ละประเทศ โดยปัจจุบันมีปัญหาความผิดเกี่ยวกับเพศเป็นจำนวนมาก และมีความรุนแรงซับซ้อนเพิ่มขึ้นทุกวัน จึงทำให้กฎหมายมีความจำเป็นที่จะต้องมีการแก้ไขให้ทันสมัยเหมาะสมกับสภาพสังคมในปัจจุบันอยู่เสมอ ผู้เสียหายที่ถูกกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศมีมากขึ้น ไม่ว่าจะเป็นเพศหญิงทั่วไป ยังมีผู้เสียหายที่เป็นเด็ก คนชรา คนพิการ หรือแม้แต่คนที่มีความสัมพันธ์ใกล้ชิด ได้แก่ บุตร มารดา หรือญาติพี่น้อง¹ หรือแม้แต่การกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศต่อผู้ใต้บังคับบัญชานั้นวันยังเห็นข่าวอยู่บ่อยครั้ง ทำให้เห็นว่าสังคมในปัจจุบันมีความเสื่อมโทรมลง และในปัจจุบันการกระทำชำเรา การกระทำอนาจาร และการคุกคามทางเพศต่างมีวิธีการต่างๆ ที่ผู้กระทำสามารถกระทำผิดเพื่อที่จะสนองความใคร่ได้หลายวิธี อาจเป็นเพราะสภาพสังคมที่เปลี่ยนแปลงไปหรือเทคโนโลยีที่มีการพัฒนาก้าวล้ำมากขึ้น

* บทความนี้เรียบเรียงจากสารนิพนธ์เรื่อง ปัญหาการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศต่อผู้ใต้บังคับบัญชา ซึ่งได้ผ่านการสอบสารนิพนธ์เรียบร้อยแล้ว

** ที่ปรึกษาสารนิพนธ์

*** นักศึกษาปริญญาโท คณะนิติศาสตร์ สาขากฎหมายอาญาและกระบวนการยุติธรรมทางอาญา มหาวิทยาลัยศรีปทุม

¹ ไทยรัฐออนไลน์. (2563). *ล่วงละเมิดทางเพศ*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก : <https://www.thairath.co.th/tags/ล่วงละเมิดทางเพศ>. [2563, 13 พฤษภาคม].

ดังที่กล่าวมาข้างต้นจึงทำให้ประมวลกฎหมายอาญามีการแก้ไขเพิ่มเติมเรื่องความผิดเกี่ยวกับเพศอยู่บ่อยครั้ง ทำให้ปัจจุบันในปี พ.ศ. 2562 ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญาในความผิดเกี่ยวกับเพศ ซึ่งถือว่าการแก้ไขเพิ่มเติมค่อนข้างมาก รวมไปถึงมีการคุ้มครองบุคคล ซึ่งเป็นผู้ได้บังคับบัญชาเพิ่มขึ้น² โดยคำนิยามของการกระทำชำเราที่มีความหมายเปลี่ยนแปลงไป ทำให้การกระทำบางอย่างที่เคยเป็นความผิดฐานกระทำชำเราต่อผู้ได้บังคับบัญชา³ ปัจจุบันการกระทำดังกล่าวไม่เป็นความผิดฐานเดิมอีกต่อไป คำนิยามกระทำอนาจารกับการคุกคามทางเพศ ต่างก็ไม่มีการบัญญัติความหมายคำนิยามหรือขอบเขตการกระทำความผิดดังกล่าวไว้เฉพาะ และนำไปสู่การรับโทษของผู้กระทำความผิดอาจจะไม่ตรงตามพฤติกรรมที่ผู้กระทำความผิดได้กระทำ รวมทั้งมีการแก้ไขเรื่องการยอมความกันใหม่ ทำให้การกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศต่อผู้ได้บังคับบัญชา ไม่ว่าจะเป็นการกระทำชำเรา การกระทำอนาจาร หรือการคุกคามทางเพศ จะถือว่าเป็นความผิดอาญาแผ่นดินไม่สามารถยอมความกันได้⁴

2. แนวคิด ทฤษฎี หลักการเกี่ยวกับปัญหาการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศต่อผู้ได้บังคับบัญชา

2.1 แนวคิดและทฤษฎีการกำหนดโทษ

เมื่อสังคมปัจจุบันเกิดปัญหาอาชญากรรม รัฐจะต้องนำกฎหมายมาเป็นเครื่องมือในการบังคับใช้ เพื่อให้ประชาชนอยู่อย่างสงบสุขและนำตัวผู้ที่กระทำความผิดมาลงโทษ เพื่อรักษาความเป็นระเบียบเรียบร้อยของสังคม ทั้งนี้การจะกำหนดให้การกระทำใดเป็นความผิดตามกฎหมายอาญาจะต้องศึกษาทฤษฎีการกำหนดโทษทางอาญา เพื่อให้การลงโทษเกิดประสิทธิภาพสูงสุด โดยวัตถุประสงค์ในการลงโทษทางอาญาหากพิจารณาในแง่ที่ขณะสังคมจะมีวัตถุประสงค์หลายประการ⁵ เพื่อให้การลงโทษบรรลุวัตถุประสงค์ในการควบคุมพฤติกรรมของมนุษย์ ที่มีอยู่หลากหลายในสังคม ซึ่งกำหนดถึงหลักเกณฑ์ กำหนดความผิด และกำหนดโทษกรณีต่าง ๆ จะต้องเหมาะสม และเกิดประโยชน์สูงสุดเพื่อให้สังคมมีความเป็นระเบียบเรียบร้อย ซึ่งแนวความคิดเรื่องการลงโทษผู้กระทำความผิดมีมาตั้งแต่ในอดีต การลงโทษจะใช้วิธีใดแตกต่างกันออกไปในแต่ละสังคมแต่ละยุคสมัยสภาพสังคมเปลี่ยนแปลงไป ในปัจจุบันสามารถแยกทฤษฎีการลงโทษผู้กระทำความผิดอาญาได้แก่ ทฤษฎีการลงโทษเพื่อแก้แค้นทดแทน ทฤษฎีการลงโทษเพื่อการยับยั้งหรือป้องกัน ทฤษฎีการลงโทษเพื่อการคุ้มครองสังคม ทฤษฎีการลงโทษ

² ประมวลกฎหมายอาญาแก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ.2562. มาตรา 285.

³ ประมวลกฎหมายอาญาแก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ.2562. มาตรา 1(18).

⁴ ประมวลกฎหมายอาญาแก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ.2562. มาตรา 281.

⁵ ประธาน วัฒนาวณิชย์. (2541). การปฏิรูประบบการลงโทษแนวทางสหวิทยาการ โดยเน้นทางด้านอาชญาวิทยา.

เพื่อเป็นการปรับปรุงแก้ไข โดยปัจจุบันนิยมนำแนวคิดการลงโทษเพื่อเป็นการปรับปรุงแก้ไข ที่ตัวบุคคลเพื่อให้กลับตัวเป็นคนดี และเพื่อป้องกันสังคมให้ปลอดภัยจากอาชญากรรม

2.2 หลักความได้สัดส่วน (Principle of Proportionality)

หลักความได้สัดส่วนกับกระบวนการยุติธรรมทางอาญาในคดีการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศนั้น ควรคำนึงถึงหลักความได้สัดส่วนตั้งแต่กระบวนการบัญญัติกฎหมายให้การกระทำความผิดเป็นการกระทำผิดเกี่ยวกับเพศบ้าง และเมื่อการกระทำความผิดนั้นได้กระทำแล้ว ควรที่จะกำหนดบทลงโทษอย่างไรจึงจะเหมาะสม ซึ่งฝ่ายนิติบัญญัติผู้มิบทบาทในการบัญญัติกฎหมายจะต้องกำหนดบทลงโทษทางอาญาให้สอดคล้องกับความร้ายแรงของพฤติกรรมการกระทำความผิด รวมถึงจะต้องพิจารณาถึงความเสียหายที่ได้รับจากพฤติกรรมการกระทำความผิดว่าส่งผลกระทบต่อบุคคลหรือต่อสังคมมากน้อยเพียงไร และการกระทำผิดแต่ละประเภท หากพฤติกรรมการกระทำความผิดสร้างความเสียหายต่างกันการกำหนดโทษก็ควรที่จะแตกต่างกันด้วย⁶ โดยการบัญญัติกฎหมายก็เพื่อให้การบรรลุวัตถุประสงค์ที่ต้องการ และถูกต้องตามกฎหมาย โดยมาตรการต่าง ๆ จะต้องมีทางเลือกหลายๆทาง ซึ่งควรใช้ทางเลือกที่ล่วงล้ำสิทธิพื้นฐานของบุคคลน้อยที่สุดในการแก้ไขปัญหา

2.3 แนวความคิดการแบ่งประเภทการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศ

รองศาสตราจารย์ ดร.คณพล จันทร์หอม ได้กล่าวไว้น่าสนใจและชัดเจน คือ “...แรงปรารถนาทางเพศเป็นความต้องการตามธรรมชาติของมนุษย์เพื่อการดำรงเผ่าพันธุ์ คนแต่ละคนมีวิธีบำบัดแรงปรารถนานั้นแตกต่างกันออกไป บางคนก็ใช้วิธีอดกลั้นหรือเก็บกด แต่บางคนก็แสดงออกในรูปแบบที่แตกต่างกัน” สามารถแยกประเภทได้ดังนี้

1) กลุ่มที่ไม่มีบุคคลอื่นมาเกี่ยวข้อง ได้แก่ การสำเร็จความใคร่ด้วยตนเอง หรือการเสพสื่อลามกอนาจาร กระทำชำเราสัตว์ (bestiality) หรือกระทำชำเราศพ

2) กลุ่มที่มีบุคคลอื่นมาเกี่ยวข้อง โดยแบ่งออกเป็น 2 กลุ่มย่อย ได้แก่ กลุ่มไม่มีการสัมผัสกับบุคคลอื่น ตั้งแต่การแสดงออกอันไม่สมควรหรือลามก การคุกคามทางเพศที่กระทำโดยกริยาท่าทางหรือด้วยวาจา การแอบดูด้วยตาหรืออวัยวะ หรือเสียงไว้ การเฝ้าติดตาม เป็นต้น และกลุ่มมีการสัมผัสเนื้อตัวกับบุคคลอื่น ซึ่งแบ่งออกเป็น 2 ระดับเช่นกัน คือ การสัมผัสเนื้อตัวร่างกาย และการล่วงล้ำเข้าไปในร่างกาย ซึ่งการล่วงล้ำเข้าไปในร่างกายเป็นการประทุษร้ายทางเพศที่รุนแรงที่สุด⁷

⁶ พิทยา จินาวัฒน์. (2557). *สรุปเนื้อหาบทความที่เกี่ยวกับหลักการลงโทษที่ได้สัดส่วน*. กรุงเทพฯ: สำนักกิจการในพระราชดำริ พระเจ้าหลานเธอ พระองค์เจ้าพัชรกิติยาภา. หน้า 20.

⁷ คณพล จันทร์หอม. (2561). *คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิด เล่ม 3 ลักษณะ 1 ถึงลักษณะ 9* (พิมพ์ครั้งที่ 1). กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 553-556.

2.4 แนวคิดในการจัดประเภทความผิดอาญาแผ่นดินกับความผิดอันยอมความได้

1) พิจารณาตามหลักการดำเนินคดีอาญา โดยจะแบ่งเป็น 3 หลัก โดยหลักแรกคือการดำเนินคดีโดยผู้เสียหาย ซึ่งเมื่อมีการกระทำผิดเกิดขึ้นทำให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลใดไม่ว่าจะเป็นชีวิต ร่างกาย ชื่อเสียง ทรัพย์สิน ก็เป็นหน้าที่ของบุคคลที่ได้รับความเสียหายที่จะต้องหาพยานหลักฐานมาฟ้องศาลเอง⁸ หลักการที่สองเป็นการดำเนินคดีอาญาโดยประชาชน การกระทำผิดที่ส่งผลกระทบต่อความสงบเรียบร้อยอันดีของประชาชนส่วนรวม ซึ่งประชาชนทุกคนสามารถฟ้องร้องเพื่อจะให้ผู้กระทำผิดได้รับโทษได้ โดยไม่จำเป็นต้องเป็นผู้ได้รับผลร้ายโดยตรงจากการกระทำผิดนั้น⁹ และหลักการที่สามเป็นการดำเนินคดีอาญาโดยรัฐ ซึ่งสามารถมองได้ 2 แนวคิด โดยแนวคิดแรกอรรถประโยชน์ การกระทำใดที่มีผลกระทบต่อประชาชนส่วนรวม รัฐซึ่งเป็นผู้มีหน้าที่รักษาความสงบเรียบร้อยจึงต้องเข้าไปดำเนินการป้องกันการกระทำนั้น แนวคิดที่สองปัจเจกชนนิยม เป็นการให้ประชาชนมีสิทธิเสรีภาพในเรื่องดังกล่าวมา การดำเนินคดีอาญาโดยรัฐไม่ได้หมายความว่ารัฐจะผูกขาดอำนาจในการที่จะดำเนินคดีอาญาไว้ผู้เดียว¹⁰

2) หลักคุณธรรมในกฎหมาย แบ่งแยกออกเป็น 2 ประเภท กล่าวคือ ประเภทแรกคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคล เช่น เกียรติ ชีวิต ความปลอดภัยในร่างกาย เป็นกรรมสิทธิ์เน้นการคุ้มครองเอกชน ซึ่งจะต้องพิจารณาต่อไปว่าผลของการกระทำผิดก่อให้เกิดความเสียหายแก่เอกชนหรือสังคมส่วนรวมมากกว่ากัน ซึ่งความผิดดังกล่าวจะถูกแบ่งเป็นความผิดที่สามารถยอมความได้¹¹ และประเภทที่สองคุณธรรมที่เป็นส่วนรวม เช่น ความปลอดภัยในการจราจร ความมั่นคงเชื่อถือและการชำระหนี้ได้เงินตรา หรือความมั่นคงในเขตดินแดนหรือความเป็นเอกภาพของดินแดน ต้องถือว่าสังคมส่วนรวมเสียหายจากการกระทำผิดดังนั้นการกระทำผิดดังกล่าวจึงเป็นความผิดที่ไม่สามารถยอมความได้¹²

⁸ อรรถพล ใหญ่สว่าง. (2524). *ผู้เสียหายในคดีอาญา*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขานิติศาสตร์, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 5.

⁹ อุดม รัฐอมฤต. (2535). การฟ้องคดีอาญา. *วารสารนิติศาสตร์*, 22(2). หน้า 243.

¹⁰ คณิต ณ นคร. (2540). *รวมบทความด้านวิชาการของศาสตราจารย์ ดร.คณิต ณ นคร*. กรุงเทพฯ: พิมพ์อักษร. หน้า 31-32.

¹¹ คณิต ณ นคร. (2547). *กฎหมายอาญาภาคทั่วไป* (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 132.

¹² กมลชัย รัตนสกาววงศ์. (2532). *ความยินยอมในกฎหมายอาญา*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขานิติศาสตร์, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 51.

3.กฎหมายการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศต่อผู้ได้บังคับบัญชา

3.1 กฎหมายไทย

1) ประมวลกฎหมายอาญา แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2562

ในส่วนของการนิยาม กระทำชำเราที่มีการแก้ไขความหมาย และความหมายไว้เฉพาะในมาตรา 1(18) โดยให้หมายความ “การกระทำใด เพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ จะถือว่าเป็นการกระทำชำเรา ก็ต่อเมื่อเป็นการกระทำโดยใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำ “ล่วงล้ำ” อวัยวะเพศ อวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้ถูกกระทำเท่านั้น การแก้ไขความหมายการนิยาม “กระทำชำเรา” จากเดิมเป็น “กระทำกับ” เปลี่ยนเป็น “ล่วงล้ำ” แทน แต่ถึงอย่างไรแล้ว เมื่อวิเคราะห์ดูคำในตัวของกฎหมาย มาตรา 1(18) จะเห็นว่า ความหมายของคำว่ากระทำชำเรานั้น ความเป็นจริงหากเป็นกรณีที่ผู้กระทำเป็นผู้หญิง และผู้ถูกกระทำเป็นผู้ชาย อวัยวะเพศหญิงก็ยังคงไม่สามารถที่จะล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของเพศชายที่ถูกกระทำได้ จึงมีเพียงคำพิพากษาฎีกาที่วางหลักไว้เท่านั้น¹³ ย่อมก่อให้เกิดประเด็นปัญหาในเรื่องขอบเขตการกระทำชำเรา เพราะปัจจุบันพบปัญหาของการกระทำชำเราในทุกเพศไม่ว่าจะเพศอะไรกฎหมายจะต้องให้สิทธิ และความคุ้มครองเท่าเทียมกัน

กระทำอนาจาร ไม่มีการบัญญัติความหมายของการนิยามดังกล่าวไว้โดยเฉพาะ แตกต่างกับการนิยามคำว่า “กระทำชำเรา” ที่มีการกำหนดความหมายไว้อย่างชัดเจนในมาตรา 1(18) อาจทำให้เป็นปัญหาในการตีความกฎหมายอาจจะไม่ตรงตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย กรณีผู้กระทำใช้สิ่งอื่นใด “กระทำกับ” อวัยวะเพศ ทวารหนัก ของผู้อื่น โดยมีเจตนาเพื่อสนองความใคร่ จะถือว่าเป็นผู้กระทำมีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา แต่ปัจจุบันหลังจากที่มีการแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ.2562 การกระทำความผิดดังกล่าว จะถือว่าผู้กระทำมีความผิดเพียงกระทำอนาจารตามมาตรา 278 วรรคแรกเท่านั้น และหากเป็นกรณีที่ผู้กระทำใช้วัตถุหรืออวัยวะอื่นซึ่งไม่ใช่อวัยวะเพศ “ล่วงล้ำ” อวัยวะเพศ หรือทวารหนักของผู้อื่น¹⁴ จะถือว่าความผิดฐานกระทำอนาจารที่เป็นเหตุจูงใจ ตามมาตรา 278 วรรคสอง

ปัจจุบันในปีพุทธศักราช 2562 ไม่น่าจะเป็นการกระทำชำเรา และการกระทำอนาจาร กฎหมายบัญญัติคุ้มครองครอบคลุมถึงการกระทำตามข้างต้นที่ได้กระทำกับผู้ได้บังคับบัญชา โดยผู้กระทำจะต้องรับโทษหนักขึ้น เพื่อให้ผู้กระทำได้ตระหนักไม่กล้าที่จะกระทำความผิด

การคุกคามทางเพศไม่มีการกำหนดการนิยามไว้เฉพาะเช่นเดียวกับการกระทำชำเรา เช่นเดียวกับการกระทำอนาจาร แต่การคุกคามทางเพศมีกฎหมายบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา ภาค 3 ความผิดหลุโทษ ซึ่งมาตรา 397 ซึ่งมาตรา 397 วรรคแรกเป็นการบัญญัติถึงความผิด

¹³ คำพิพากษาฎีกาที่ 6323/2557.

¹⁴ ประมวลกฎหมายอาญาแก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ.2562. มาตรา 278 วรรคสอง.

ฐานคุกคามผู้อื่นทั่วไป กล่าวคือ เป็นกรณีที่ผู้กระทำความกระทำการใด ๆ ต่อผู้อื่นอันเป็นการรังแก ข่มเหงคุกคาม หรือกระทำให้ได้รับความอับอายหรือเดือดร้อนรำคาญ ซึ่งวรรคสองมีการบัญญัติ ความผิดฐานกระทำความคุกคามผู้อื่นอันเป็นเหตุจรรยาให้ต้องรับโทษหนักขึ้น เมื่อผู้กระทำ ได้กระทำตามมาตรา 397 วรรคหนึ่ง และได้กระทำในที่สาธารณะสถาน หรือ ต่อหน้าธารกำนัล หรือ เป็นการกระทำอันมีลักษณะต่อไปในทางล่วงเกินทางเพศ และวรรคสามมีการบัญญัติกฎหมาย เพื่อคุ้มครองผู้ได้บังคับบัญชา ลูกจ้าง และผู้ที่อยู่ภายใต้อำนาจด้วยประการใด ๆ ไว้โดยเฉพาะ

รวมถึงการกำหนดบทลงโทษ กฎหมายบัญญัติการกระทำชำเราต่อผู้ได้บังคับบัญชา ตามมาตรา 276 ประกอบมาตรา 285 และมาตรา 1(18) และการกระทำอนาจารต่อผู้ได้บังคับบัญชา ตามมาตรา 278 วรรคสอง ประกอบมาตรา 285 ให้มีบทลงโทษเท่ากัน และการบัญญัติกฎหมาย ในความผิดฐานคุกคามทางเพศต่อผู้ได้บังคับบัญชาให้มีบทลงโทษน้อยมากเมื่อเทียบกับบทลงโทษ ฐานกระทำชำเราต่อผู้ได้บังคับบัญชา และการกระทำอนาจารต่อผู้ได้บังคับบัญชาซึ่งเป็นความผิด เกี่ยวกับเพศเช่นกัน

การขอมความในปัจจุบันความผิดฐานกระทำชำเรา ตามมาตรา 276 และความผิด ฐานกระทำอนาจารอันเป็นเหตุจรรยา ตามมาตรา 278 วรรคสองเป็นความผิดที่ไม่สามารถ ขอมความกันได้อีกต่อไปยกเว้นกรณีที่ผู้กระทำและผู้ถูกระทำเป็นคู่สมรสกัน และไม่ได้อำนาจ ต่อหน้าธารกำนัล หรือไม่เป็นเหตุให้ผู้ถูกระทำได้รับอันตรายสาหัสหรือถึงแก่ความตาย เท่านั้น และการคุกคามทางเพศต่อผู้ได้บังคับบัญชาก็เป็นความผิดที่ไม่สามารถขอมความกันได้ด้วยเช่นกัน

เมื่อผู้กระทำได้รับโทษตามประมวลกฎหมายอาญาแล้วยังคงต้องพิจารณา ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน การแก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ.2551 มาตรา 16 บัญญัติไว้ว่า ห้ามไม่ให้นายจ้าง หัวหน้างาน ผู้ควบคุมงาน หรือผู้ตรวจงานกระทำการล่วงเกิน คุกคาม หรือก่อความเดือดร้อนรำคาญทางเพศ ต่อลูกจ้าง¹⁵ ซึ่งแต่เดิมก่อนแก้ไขคุ้มครองเพียงแค่เด็ก และเพศหญิงเท่านั้น ถือว่าปัจจุบันได้มีการขยายความคุ้มครองให้ครอบคลุมถึงเพศชายด้วยเช่นกัน เป็นกฎหมายที่ให้ความคุ้มครองลูกจ้างที่เป็นเอกชน

อีกทั้งยังต้องพิจารณาตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ.2551 มาตรา 83(8) เป็นกฎหมายให้ความคุ้มครองผู้ได้บังคับบัญชาหรือลูกจ้างที่เป็นราชการ ในเรื่องการคุกคามหรือล่วงเกินทางเพศ โดยได้มีการกำหนดโทษทางวินัยเพื่อที่จะให้ผู้กระทำ ความผิดได้รับโทษอีกทางหนึ่ง ประกอบกับกฎ ก.พ. ว่าด้วยการกระทำอันเป็นการล่วงละเมิด หรือคุกคามทางเพศ พ.ศ.2553 ได้มีการกำหนดถึงการกระทำใดที่ถือว่าเป็นการคุกคามหรือล่วงเกินทางเพศ ที่ทำให้ผู้กระทำมีความผิดทางวินัย

¹⁵ พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงานแก้ไขเพิ่มเติม พุทธศักราช 2551. มาตรา 16.

3.2 กฎหมายต่างประเทศ

1) กฎหมายสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

บัญญัติกฎหมายให้มีความครอบคลุมกระทำเกี่ยวกับข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น และคุ้มครองทุกเพศ ไม่ได้กำหนดความคุ้มครองเพศใดเพศหนึ่งไว้เฉพาะ การกระทำที่ล่วงล้ำเข้าไปในร่างกาย อาทิเช่น การร่วมเพศทางปากหรือทางทวารหนัก รวมทั้งกรณีที่ใช้วัตถุอื่นใด เช่น เทียนไข แดงกวา หรืออวัยวะอื่นๆเข้าไปในอวัยวะเพศหญิง หรือทวารหนัก ให้ถือว่าเป็นการกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา¹⁶ ผู้อื่นต่างกับประเทศไทย ที่การใช้วัตถุอื่นใดที่ไม่ใช่อวัยวะเพศของผู้กระทำ ล่วงล้ำอวัยวะเพศของผู้ถูกระทำเป็นเพียงความผิดฐานกระทำอนาจารเท่านั้น แต่ถึงอย่างไรหากไม่ใช่เป็นการกระทำต่อส่วนอื่นที่ไม่ใช่ส่วนที่เปิดของร่างกายแล้ว แม้จะมีมูลเหตุจูงใจ ในทางเพศก็ไม่ใช่ความผิด เช่น การใช้เข็มแทง การนำวัตถุเข้าไปในปาก หรือนำส่วนอื่นๆของร่างกายเข้าไปในปาก รวมทั้งการจูบปาก ก็จะไม่ถือว่าเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา โดยการบัญญัติดังกล่าวมีเหตุผลมาจากแนวคิดของอาชญาวิทยาที่พิสูจน์แล้วว่า การที่ผู้ที่ถูกกระทำในทางเพศที่มีลักษณะเกี่ยวข้องกับการล่วงล้ำเข้าไปในร่างกาย ความรู้สึกของผู้ที่ถูกกระทำจะมีความรู้สึกที่แย่มากๆเช่นเดียวกับการที่ผู้ถูกระทำโดนข่มขืนกระทำชำเรา ส่วนการอนาจารไม่มีการกำหนดคำนิยามไว้เฉพาะเช่นเดียวกับประเทศไทย และในส่วนการคุกคามทางเพศ (Sexual Harassment) หมายถึง การกระทำที่ไม่ปรารถนา ไม่ว่าจะเป็นการพูด การใช้ท่าทาง หรือการเคลื่อนไหวทางกายภาพที่มีลักษณะสื่อเกี่ยวกับเพศ โดยการกระทำดังกล่าวนี้มีจุดประสงค์เพื่อละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ หรือทำให้ผู้ถูกระทำรู้สึกถูกคุกคาม ไม่เป็นมิตร ค้อยค่า เสื่อมเสียเกียรติ หรือถูกรังเกียจ¹⁷ ทำให้เห็นว่าเป็นเพียงการกำหนดความหมายกว้างๆเช่นเดียวกันกับประเทศไทย และมีการให้ความคุ้มครองเรื่องการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศโดยอาศัยตำแหน่งงานที่ได้กระทำด้วย

2) กฎหมายสาธารณรัฐฝรั่งเศส

มีวิวัฒนาการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมาย ให้มีความทันสมัยเหมาะสมอยู่สม่ำเสมอ โดยในส่วนของกรกระทำชำเราไม่ได้กำหนดถึงเพศของผู้กระทำและเพศของผู้ถูกระทำแต่อย่างใด หมายรวมถึงผู้กระทำและผู้ถูกระทำสามารถเป็นได้ทั้งเพศชายและเพศหญิง องค์ประกอบภายนอกของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา คือ การล่วงล้ำ ซึ่งเจตนา คือ การประสงค์มุ่งที่จะมีเพศสัมพันธ์ และการล่วงล้ำ คือ การที่ผู้กระทำใช้อวัยวะเพศชาย นิ้ว หรือวัตถุอื่นใดล่วงล้ำในลักษณะเพื่อการมีเพศสัมพันธ์ตามธรรมชาติ ส่วนใดส่วนหนึ่งในร่างกายของผู้ถูกระทำ¹⁸ เช่น อวัยวะเพศ

¹⁶ The German Criminal. Code section 177.

¹⁷ The Penal code or strafgesetzbuch ,section 184i Sexual Harassment.

¹⁸ Le Code Pénal, article 222-23

หญิง ทวารหนัก ปาก เป็นต้น ส่วนองค์ประกอบภายใน คือการเจตนา ซึ่งก็ถือว่าต่างกับประเทศไทย ส่วนของการกระทำอนาจาร ใช้คำว่ากรรุกรานทางเพศหรือ Sexual Aggression ต้องประกอบด้วย การกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศ เช่นการสัมผัสหน้าอก ดันขา สะโพก อวัยวะทางเพศ และของสงวน กระทำโดยการประทุษร้าย หรือทำให้ตกอยู่ในภาวะไม่อาจขัดขืนได้ (Constraint) ข่มขู่ (Threat) หรือการวางแผน (Surprise) อย่างหนึ่งอย่างใด¹⁹ และในส่วนของ การคุกคามทางเพศ เป็นการกระทำอันเป็นการข่มเหงหรือรังแกผู้อื่น เพื่อความสุขทางเพศของตน²⁰ โดยมีการบัญญัติคุ้มครองครอบคลุมถึงสถานที่ทำงาน ในการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศต่อผู้บังคับบัญชา เช่นเดียวกับประเทศไทย

3) กฎหมายประเทศสหรัฐอเมริกา

การบัญญัติกฎหมายความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นในประเทศสหรัฐอเมริกา มีรากฐานมาจากระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law rape) แบบดั้งเดิมของประเทศอังกฤษ ต่อมาด้วยความเก่าแก่ของระบบจารีตประเพณีแบบประเทศอังกฤษ ที่มีความล้าสมัยเกินไปไม่ทันยุคสมัย ในปัจจุบันทำให้ไม่ยอมรับกฎหมายกัน ประเทศสหรัฐอเมริกา จึงต้องปรับปรุงแนวคิดใหม่ ในการข่มขืนกระทำชำเรา เช่น สามีข่มขืนกระทำชำเราภรรยาตนเองก็มีความผิด และมลรัฐมิชิแกน ประเทศสหรัฐอเมริกาให้การจำกัดความของการข่มขืนกระทำชำเรา หมายรวมถึงการร่วมเพศ โดยการใช้ปากกับอวัยวะเพศหญิง การใช้ปากกับอวัยวะเพศชายหรือการร่วมเพศทางทวารหนัก หรือการล้วงล้าเข้าไปในร่างกายไม่ว่าจะเล็กน้อยเพียงใดก็ตาม หรือการใช้วัตถุใด ๆ ล้วงล้าเข้าไป การกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศไม่ได้มีการแยกเพศของผู้กระทำและเพศของผู้ถูกระทำ²¹ ในส่วนของ การกระทำอนาจาร มลรัฐแมสซาชูเซตส์ ต้องกระทำการขู่ข่มขืนว่าประทุษร้าย (Assault) หรือใช้กำลังทำร้าย (Battery) ต่อเหยื่อ และต้องมีการสัมผัสกับตัวเหยื่อโดยปราศจากมูลเหตุ โดยชอบด้วยกฎหมาย อาจจะเป็นอนาจารได้ต่อเมื่อไปเกี่ยวข้องกับหรือสัมผัสส่วนของอวัยวะที่เข้าใจว่าเป็นของสงวน (Commonly Thought Private) เช่น อวัยวะเพศ สะโพก หรือหน้าอกของผู้หญิง²² ในส่วนของ การคุกคามทางเพศ ผู้คุกคามหรือผู้ถูกคุกคามอาจเป็นชายหรือหญิงก็ได้ และผู้คุกคามอาจเป็นหัวหน้าโดยตรงหรือไม่ก็ได้ตัวแทนของหัวหน้างานเพื่อนร่วมงานหรือบุคคลใด ๆ

¹⁹ Le Code Pénal , article 222-22

²⁰ Le Code Pénal , Le Harcèlement Sexual , article 222-33

²¹ The Michigan Penal Code Section 520a(r) sexual Penetration

²² 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].

4. วิเคราะห์ปัญหาการกระทำผิดเกี่ยวกับเพศต่อผู้ได้บังคับบัญชา

4.1 ปัญหาค่านิยมการกระทำผิดเกี่ยวกับเพศต่อผู้ได้บังคับบัญชา

ปัจจุบันในปี พ.ศ. 2562 ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญาความผิดเกี่ยวกับเพศ เรื่องการเพิ่มความคุ้มครองให้กับผู้ที่อยู่ภายใต้อำนาจด้วยประการอื่นใด หรือผู้ได้บังคับบัญชา ในมาตรา 285 และยังคงแก้ไขความหมายค่านิยมของคำว่า “กระทำชำเรา” ใหม่ โดยบัญญัติความหมายไว้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 1 (18) เป็นบทนิยามเฉพาะ แต่ก็ยังคงมีปัญหาถึงแม้ว่าจะไม่ได้มีการบัญญัติกำหนดเพศของผู้กระทำไว้โดยเฉพาะ แต่การที่กฎหมายใช้คำว่า อวัยวะเพศของผู้กระทำ “ด่วงล้า” อวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้ถูกระทำ ซึ่งตามหลักความเป็นจริงการที่บัญญัติความหมายของค่านิยมดังกล่าว ผู้ที่สามารถใช้อวัยวะเพศด่วงล้าได้ในความผิดฐานกระทำชำเราก็น่าจะมีเพียงเพศชายเท่านั้น ซึ่งความเป็นจริงอวัยวะเพศหญิงไม่สามารถด่วงล้าอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากผู้ถูกระทำได้ และเมื่อพิจารณาความหมายตามตัวอักษรในบทกฎหมายแล้วจะเห็นว่าเพศหญิง ก็ไม่สามารถเป็นผู้กระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามมาตรา 276 ประกอบมาตรา 1 (18) ได้ ซึ่งในสภาพสังคมปัจจุบันก็ปรากฏข้อเท็จจริงกรณีเพศหญิงเป็นผู้กระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราได้เช่นกัน อีกทั้งมีการตัดความผิดที่ผู้กระทำได้กระทำความผิดเพื่อสนองความใคร่โดยใช้ “วัตถุอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศ หรือทวารหนัก” ของผู้อื่นออกจากความหมายค่านิยมคำว่า “กระทำชำเรา” และเป็นความผิดฐานกระทำอนาจารเท่านั้น ซึ่งการใช้ปากอมอวัยวะเพศชาย การใช้นิ้วสอดใส่เข้าไปในอวัยวะเพศ หรือการใช้ลิ้นเลียอวัยวะเพศ ก็ทำให้ผู้กระทำสำเร็จความใคร่ทางเพศได้เช่นกัน และพฤติกรรมการกระทำความผิดระหว่างการใช้อวัยวะเพศในการกระทำความผิดกับการใช้วัตถุอื่นใดที่ไม่ใช่อวัยวะเพศของผู้กระทำในการกระทำความผิด เป็นพฤติกรรมการกระทำความผิดที่มีลักษณะเช่นเดียวกัน เพียงแต่ต่างกันที่วัตถุที่ใช้กระทำเท่านั้น ที่ถูกระทำก็ได้รับความเสียหาย อับอาย เสียชื่อเสียง เสียเกียรติ จิตใจหดหู่ไม่ต่างอะไรกับความผิดที่ใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำ ซึ่งปัจจุบันได้มีนวัตกรรมการศัลยกรรมสามารถทำอวัยวะเพศเทียมขึ้นได้ เพศหญิงที่อยากเป็นเพศชาย ก็สามารถที่จะทำศัลยกรรมให้มีอวัยวะเพศเทียมเหมือนอวัยวะเพศชายได้ และเช่นเดียวกันกับเพศชายที่อยากเป็นเพศหญิงก็สามารถศัลยกรรมให้มีอวัยวะเพศหญิงที่ทำเทียมขึ้นมาได้เช่นกัน เมื่อการมีเพศสัมพันธ์ของมนุษย์เป็นพฤติกรรมที่มีความซับซ้อนเกินกว่าที่จะมีเพศสัมพันธ์ตามธรรมชาติเท่านั้น การแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2562 เปลี่ยนแปลงความหมายค่านิยมคำว่า “กระทำชำเรา” ใหม่จึงยังมีปัญหาไม่เป็นที่ไปตามสภาพสังคมที่แท้จริงในปัจจุบัน และในประเทศสหรัฐอเมริกา (รัฐมิชิแกน) ประเทศเยอรมัน และประเทศฝรั่งเศส ต่างมีการบัญญัติความหมายของคำว่ากระทำชำเรา กล่าวคือ การมีเพศสัมพันธ์ตามธรรมชาติและหมายความรวมถึงการใช้วัตถุอื่นใดที่ไม่ใช่

อวัยวะเพศล้วงล้ำ อวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากอีกด้วย ดังนั้นการที่ประเทศไทยกำหนด คำนียามดังกล่าวจึงยังคงเป็นปัญหา

การกระทำอนาจารกับการคุกคามทางเพศ ประมวลกฎหมายอาญาไม่มีการกำหนด คำนียามความหมายไว้เฉพาะต่างกับการกระทำชำเราทำให้เมื่อไม่มีการกำหนดความหมาย ของคำนียามดังกล่าวไว้อาจส่งผลให้เกิดปัญหาการตีความกฎหมายตามพฤติกรรมการกระทำผิด ไม่ตรงตามเจตนารมณ์ของกฎหมายได้ เพราะบุคคลแต่ละคนต่างตีความแตกต่างกันไป แต่เมื่อปี พ.ศ. 2558 ศาลฎีกาได้มีคำพิพากษา ที่ 12983/2558 โดยได้มีการวินิจฉัยในประเด็นที่ว่า การที่จำเลย ได้ใช้กล้องบันทึกภาพแอบถ่ายได้กระโปรงของผู้เสียหายในระยะใกล้ชิดแม้จำเลยจะมีได้สัมผัส ต่อเนื้อตัวร่างกายของผู้เสียหายโดยตรง ถือว่าการกระทำดังกล่าวนี้เป็นความผิดฐานกระทำ อนาจารแล้ว ทำให้นักนิติศาสตร์มีการแบ่งการกระทำอนาจารออกเป็น 2 แนวคิด คือแนวคิดแรก การกระทำอนาจารจำเป็นที่จะต้องกระทำต่อเนื้อตัวร่างกาย ส่วนแนวคิดที่สอง การกระทำอนาจาร ไม่จำเป็นต้องสัมผัสเนื้อตัวร่างกาย ซึ่งการกระทำอนาจารหรือการคุกคามทางเพศ ต่างมีมีขอบเขต การกระทำความผิดที่คล้ายกันมาก และกฎ ก.พ. ว่าด้วยการกระทำการอันเป็นการล้วงละเมิดหรือ คุกคามทางเพศ พ.ศ.2553 ได้มีการกำหนดขอบเขตความผิดที่ถือว่าเป็นการคุกคามหรือล้วงเกินทางเพศ ผู้ได้บังคับบัญชาได้อย่างชัดเจน ดังนั้น การบัญญัติกฎหมายอาญาที่ดีจะต้องมีการบัญญัติกฎหมาย ที่สั้น กระทัดรัด เข้าใจง่าย มีความหมายแน่นอน ไม่ยกย่อน ไม่ขัดต่อเหตุผลธรรมดา และขัดต่อความยุติธรรม ซึ่งจะต้องพยายามไม่ให้มีช่องว่างของกฎหมาย จะทำให้เห็นว่า เมื่อคำนียามในคามผิดเกี่ยวกับเพศมีปัญหาจะส่งผลกระทบต่อการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศ ต่อผู้ได้บังคับบัญชาด้วยเช่นกัน เพราะอาจจะทำให้ผู้ที่กระทำผิดไม่ได้รับโทษ ตามความเหมาะสม และทำให้เกิดปัญหาต่อความยุติธรรมทางอาญาได้

4.2 ปัญหาบทลงโทษของการกระทำผิดเกี่ยวกับเพศต่อผู้ได้บังคับบัญชา

เนื่องจากกฎหมายบัญญัติความผิดฐานกระทำชำเรา ตามมาตรา 276 และความผิด ฐานกระทำอนาจาร ตามมาตรา 278 วรรคสอง ให้มีบทลงโทษที่เท่ากัน โดยผู้กระทำก็จะต้องระวางโทษ จำคุกสี่ปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดหมื่นถึงสี่แสนบาท และเมื่อได้กระทำต่อผู้ได้บังคับบัญชา ก็ต้องเพิ่มบทลงโทษสำหรับผู้กระทำผิด อีกหนึ่งในสามของความผิดดังกล่าวตามมาตรา 285 บทลงโทษของความผิดทั้งสองก็ยังคงเท่ากันเช่นเดิม ซึ่งเมื่อกำหนดบทลงโทษไว้เท่ากัน แต่ความเสียหาย จากพฤติกรรมการกระทำที่แตกต่างกัน อาจเปรียบเทียบได้กลับกรณีที่ผู้กระทำ ช่มชู้นกระทำชำเราผู้อื่นปกติ หากกฎหมายบัญญัติบทลงโทษที่เท่ากันกับบทลงโทษในความผิด ที่ผู้กระทำช่มชู้นกระทำชำเราผู้อื่นจนเป็นเหตุทำให้ผู้อื่นถึงแก่ความตาย การบัญญัติกฎหมายแบบนี้ จะส่งผลให้ผู้กระทำ เมื่อได้ช่มชู้นกระทำชำเราผู้อื่นเสร็จ และคงต้องการเพื่อปกปิดความผิดดังกล่าว

เพื่อไม่ให้ต้องรับโทษตามกฎหมาย ก็คงไม่มีเหตุผลอะไรที่ผู้กระทำจะไม่มาผู้ถูกกระทำชำระ เพราะหากการกระทำดังกล่าวส่งผลให้เกิดความเสียหายร้ายแรงแตกต่างกันแต่กฎหมายกลับบัญญัติ บทลงโทษไว้เท่ากัน จะเหมือนเป็นการส่งเสริมให้กระทำในสิ่งที่เป็นความเสียหายร้ายแรงที่สุด แต่กฎหมายนั้นก็ควรบัญญัติบทลงโทษให้มีความแตกต่างกันตามพฤติกรรมการกระทำ ให้ได้หลักสัดส่วนที่เหมาะสม

ความผิดฐานคุกคามทางเพศตามมาตรา 397 วรรคสอง ผู้กระทำจะต้องระวางโทษจำคุก ไม่เกินหนึ่งเดือนหรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท และหากเป็นการคุกคามทางเพศ ต่อผู้ได้บังคับบัญชาตามมาตรา 397 วรรคสาม ผู้กระทำจะต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งเดือน และปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาทเท่านั้น ปรากฏว่าบทลงโทษไม่ค่อยแตกต่างกับความผิดฐานคุกคาม ทางเพศทั่วไป และยังถือว่าเป็นบทลงโทษที่น้อยมาก เมื่อเปรียบเทียบกับกรกระทำความคิดฐาน กระทำชำระหรือการกระทำอนาจารต่อผู้ได้บังคับบัญชา ไม่เป็นไปตามหลักความได้สัดส่วน ที่เหมาะสม และสอดคล้องกับแนวคิดของสถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย (ทีดีอาร์ไอ) ได้มีแนวคิดสนับสนุนการปฏิรูปกระบวนการยุติธรรมทางอาญาของไทย ให้ปรับเปลี่ยนเพื่อให้ทัน ต่อยุคสมัยและเป็นไปตามหลักนิติเศรษฐศาสตร์ และวางกลไก ในการเพิ่มโทษอัตราโทษตามเงินเพื่อ หรืออาจจะปรับตามรายได้ และพ.ร.บ.คุ้มครองแรงงาน มาตรา 16 ประกอบมาตรา 147 บัญญัติให้ผู้กระทำล่วงเกินหรือคุกคามทางเพศผู้ได้บังคับบัญชาต้องระวางโทษปรับไม่เกินสองหมื่นบาท จะเห็นว่ากฎหมายอาญาเป็นกฎหมายหลักก็ควรที่จะบัญญัติบทลงโทษให้มีความรุนแรง และเหมาะสมกับพฤติกรรมการกระทำผิดมากกว่านี้ อีกทั้งในประเทศฝรั่งเศส ในความผิดดังกล่าว มีบทลงโทษที่รุนแรงมากกว่าประเทศไทยอีกด้วย ดังนั้นการบัญญัติบทลงโทษในความผิดเกี่ยวกับเพศ ดังกล่าวจึงยังไม่เหมาะสม

4.3 ปัญหาอันเกิดจากการยอมความในความผิดเกี่ยวกับเพศต่อผู้ได้บังคับบัญชา

ปัจจุบันในปี พ.ศ.2562 กระทำความคิดต่อผู้ได้บังคับบัญชา ทั้งการกระทำชำระ การกระทำอนาจาร และการคุกคามทางเพศ ถือว่าเป็นความผิดเกี่ยวกับเพศด้วยกันทั้งสิ้น และประมวลกฎหมายอาญาได้มีการบัญญัติว่าความผิดเกี่ยวกับเพศใดบ้างเป็นความผิดที่สามารถ ยอมความกันได้ โดยกำหนดไว้ในมาตรา 281 เมื่อมีการคุ้มครองผู้ได้บังคับบัญชาไว้เฉพาะ ในความผิดดังกล่าว การกระทำความคิดเกี่ยวกับเพศต่อผู้ได้บังคับบัญชาก็จะเป็นความผิด ที่ผู้เสียหายไม่สามารถยอมความได้ รัฐไม่ได้มีส่วนได้เสียในความผิดเกี่ยวกับเพศดังกล่าว การที่รัฐได้เข้ามาแทรกแซงอำนาจการยอมความของผู้เสียหายในความผิดเกี่ยวกับเพศดังกล่าว นั้น เป็นเสมือนการลิดรอน สิทธิและ เสรีภาพของประชาชนโดยใช่เหตุ และไม่เปิดโอกาสให้ผู้กระทำ ความผิดได้กลับตัวจิตใจหรือแก้ไขในสิ่งที่ได้กระทำความผิด และในส่วนของการคุกคามทางเพศ

ที่กฎหมายถือว่าเป็นการกระทำความผิดเล็กน้อย แต่กลับไม่เปิดโอกาสให้ผู้กระทำและผู้เสียหายได้ ประนีประนอมยอมความ นำไปสู่ปัญหาต่างๆตามมามากมาย อาทิเช่น ปัญหาหนี้โทษสิ้นเรือนจำ สำหรับประเทศไทยถือว่าเป็นปัญหาใหญ่และสำคัญมาก รัฐจะต้องเสียบงบประมาณอย่างมหาศาล แทนที่จะนำไปพัฒนาประเทศในด้านอื่นๆ และหากผู้กระทำความผิดเป็น คนหาเลี้ยงครอบครัว ด้วย ก็จะส่งผลกระทบต่อครอบครัวผู้กระทำความผิดจะต้องได้รับความเดือดร้อนลำบาก ซึ่งบุคคล เหล่านั้นก็ไม่ได้ มีส่วนรวมในความผิดดังกล่าวแต่อย่างใด แต่เหมือนถูกรับโทษโดยอ้อม โดยในต่างประเทศผู้กระทำความผิดเพียงถูกกักบริเวณ และมีการติดตามพฤติกรรมอยู่ตลอดเวลา โดยผู้กระทำความผิดสามารถที่จะทำงานหาเงินเลี้ยงตัวเองและครอบครัวได้ตามปกติ โดยที่รัฐ ไม่ต้องแบกรับค่าใช้จ่ายต่าง ๆ และเปิดโอกาสให้ผู้กระทำความผิดได้กลับตัวเป็นคนดี แก้ไขความผิดที่ได้กระทำ โดยการทำความดีบำเพ็ญประโยชน์ในที่สาธารณะ เพื่อจะได้มีโอกาส ชดใช้ในเรื่องที่ได้กระทำผิดและกลับตัวเป็นคนดีต่อไป รวมถึงปัจจุบันกระบวนการยุติธรรม เริ่มมีการพัฒนาโดยจัดให้มีกระบวนการระงับข้อพิพาทระหว่างโจทก์กับจำเลยเสียก่อนที่จะนำคดี ขึ้นสู่ศาล เมื่อกฎหมายบัญญัติแก้ไขเรื่องการยอมความในความผิดเกี่ยวกับเพศให้เป็นความผิด ที่ไม่สามารถยอมความกันได้ด้วยแล้วเสมือนเป็นการเพิ่มภาระหน้าที่ให้กับศาล โดยเป็นการเพิ่มจำนวน คดีความในชั้นศาล และทำให้กระบวนการพิจารณาคดีในชั้นศาลมีประสิทธิภาพลดน้อยลง เพราะเมื่อมีจำนวนคดีมาก นำไปสู่การเหนื่อยล้าของผู้พิพากษาที่จะต้องอ่านสำนวนในแต่ละคดี ซึ่งทำให้ใช้ระยะเวลาในแต่ละคดีนานยิ่งขึ้น และเมื่อพิจารณาตามทฤษฎีนิติเศรษฐศาสตร์จะเห็นว่า ไม่มีความคุ้มค่าที่จะลงโทษผู้กระทำความผิดเช่นนั้น มีแต่เสียประโยชน์ ซึ่งสถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนา ประเทศไทย (ทีดีอาร์ไอ) มีการแบ่งกลุ่มประเภทความผิดโดยปรากฏว่าความผิดเกี่ยวกับเพศ ทั้งการกระทำชำเรา และความผิดฐานอนาจารอยู่ในกลุ่มความผิดที่เอกชนเป็นผู้เสียหาย และเป็นความผิดต่อส่วนตัว เช่นเดียวกับแนวคิดในการจัดประเภทความผิดอาญาแผ่นดินกับความผิดอันยอมความได้ ต้องมีการชั่งน้ำหนักผลกระทบต่อรัฐ หรือต่อผู้เสียหายมากกว่ากัน และเมื่อพิจารณาตามหลักคุณธรรมทางกฎหมายความผิดเกี่ยวกับเพศ ก็ถือว่าเป็นความผิดส่วนบุคคล (Individualrechtsgut) กฎหมายจึงไม่ควรบัญญัติให้ความผิดเกี่ยวกับเพศต่อผู้ได้บังคับบัญชา เป็นความผิดที่ไม่สามารถยอมความได้

5. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

5.1 บทสรุป

การแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญาในปีพ.ศ. 2562 ได้แก้ไขมาตรา 285 โดยเพิ่มบุคคลบางประเภทให้ได้รับความคุ้มครองเป็นพิเศษ โดยบัญญัติคุ้มครองบุคคล ซึ่งเป็นผู้ได้บังคับบัญชาไว้เฉพาะ จากการกระทำชำเรา ตามมาตรา 276 และการกระทำอนาจาร

ตามมาตรา 278 รวมถึงในปี พ.ศ. 2558 การคุกคามทางเพศ ก็มีการบัญญัติกฎหมายคุ้มครองผู้ได้บังคับบัญชาไว้เฉพาะเช่นกันในมาตรา 397 วรรคสาม

ดังนั้น ปัญหาการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศต่อผู้ได้บังคับบัญชา ประมวลกฎหมายอาญาในประเทศไทยยังไม่กำหนดความหมายของคำนิยามในความผิดเกี่ยวกับเพศไว้อย่างเหมาะสม และยังมีขอบเขตการกระทำความผิดที่ยังไม่ชัดเจน ซึ่งนำไปสู่บทลงโทษในความผิดดังกล่าวไม่สอดคล้องกับพฤติกรรมการกระทำความผิด และไม่สอดคล้องต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นกับการกระทำความผิดดังกล่าว อีกทั้งเมื่อกำหนดให้การกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศเป็นความผิดอาญาแผ่นดินที่ไม่สามารถยอมความกันได้ จึงส่งผลกระทบต่อต่าง ๆ มากมาย โดยการบัญญัติกฎหมายดังกล่าว ไม่ใช่วิธีแก้ไขปัญหาการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศต่อผู้ได้บังคับบัญชาที่เหมาะสม ซึ่งทำให้เสียประโยชน์มากกว่าได้ประโยชน์

5.2 ข้อเสนอแนะ

1) แก้ไขเพิ่มเติมคำว่ากระทำชำเราใหม่ เพื่อเพิ่มพฤติกรรมที่เพศหญิงสามารถเป็นผู้กระทำในความผิดฐานกระทำชำเราได้เช่นเดียวกับเพศชาย โดยสร้างความเท่าเทียมระหว่างเพศชายและเพศหญิง

2) เพิ่มคำนิยามคำว่า อนาจาร ไว้เฉพาะ ในมาตรา 1 (19) ให้หมายความถึง การสัมผัสร่างกายของผู้ถูกระทำในทางที่ไม่สมควรในทางเพศ และเพิ่มคำนิยามคำว่า คุกคามทางเพศ ให้หมายความถึง การกระทำหรือพฤติกรรมทางเพศที่ผู้ถูกระทำถือว่าเป็นสิ่งที่ไม่ต้องการ โดยการคุกคามทางเพศอาจอยู่ในรูปของการแสดงออกทางวาจา กริยาท่าทาง หรือการสัมผัสร่างกาย อันมีวัตถุประสงค์เพื่อละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ หรือทำให้ผู้ถูกระทำรู้สึกถูกคุกคาม หวาดกลัว ด้อยค่า เสื่อมเสียเกียรติ ถูกรังเกียจ หรืออับอายในทางเพศ

3) ย้ายการกระทำโดยใช้วัตถุหรืออวัยวะอื่นซึ่งไม่ใช่อวัยวะเพศล่วงล้ำอวัยวะเพศหรือทวารหนักของบุคคลอื่น ตามมาตรา 278 วรรคสอง เป็นความผิดตามมาตรา 276 เช่นเดียวกับความผิดฐานกระทำชำเราแต่กำหนดบทลงโทษน้อยกว่าความผิดข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นตาม มาตรา 1(18)

4) ย้ายการกระทำความผิดฐานคุกคามทางเพศตามมาตรา 397 วรรคสอง ซึ่งเดิมบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญาภาค 3 ความผิดลหุโทษ เปลี่ยนเป็นความผิดที่อยู่ในประมวลกฎหมายอาญาภาค 2 ลักษณะ 9 ความผิดเกี่ยวกับเพศ เพราะเป็นความผิดเกี่ยวกับเพศเช่นเดียวกันก็ต้องบัญญัติอยู่ในภาคความผิดเดียวกัน และตัดมาตรา 397 วรรคสามออก และเพิ่มความคุ้มครองในการกระทำความผิดฐานคุกคามทางเพศซึ่งกระทำกับบุคคลที่กฎหมายคุ้มครองพิเศษ ในมาตรา 285 ให้ต้องรับโทษหนักยิ่งขึ้น

5) เพิ่มบทลงโทษในความผิดฐานคุกคามทางเพศให้ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนักขึ้น เพื่อให้ไม่มีความแตกต่างของบทลงโทษในความผิดเกี่ยวกับเพศ

6) แก้ไขเพิ่มเติม มาตรา 281 เรื่องการขอมความในความผิดเกี่ยวกับเพศใหม่ ดังนี้

(1) มาตรา 276 วรรคหนึ่ง และมาตรา 278 วรรคสองความผิดตามมาตราดังต่อไปนี้ เป็นความผิดอันยอมความได้ถ้ามิได้เกิดต่อหน้าธารกำนัล หรือไม่เป็นเหตุให้ผู้ถูกระทำรับอันตรายสาหัสหรือถึงแก่ความตาย

(2) มาตรา 278 วรรคหนึ่ง และมาตรา 397 วรรคสอง ถ้ามิได้เกิดต่อหน้าธารกำนัล ไม่เป็นเหตุให้ผู้ถูกระทำรับอันตรายสาหัสหรือถึงแก่ความตาย หรือมิได้เป็นการกระทำแก่บุคคล ดังระบุไว้ใน มาตรา 285/2