

บทที่ 3

กฎหมายเกี่ยวกับกรณีการคุกคามโดยการเฝ้าติดตาม ของประเทศไทยและต่างประเทศ

การกระทำที่เป็นการคุกคามโดยการเฝ้าติดตามเป็นพฤติกรรมที่เป็นปัญหาอย่างหนึ่งของสังคมไทยและในต่างประเทศ โดยในต่างประเทศมีการศึกษาวิจัยซึ่งดูจากสถิติแล้ว การเฝ้าติดตามบุคคลนั้นมีแนวโน้มอย่างมากที่จะนำไปสู่ความผิดอย่างอื่นตามมา และในหลายๆประเทศได้ให้ความสำคัญแก่ปัญหาดังกล่าว โดยการบัญญัติให้มีกฎหมายเฉพาะ เพื่อให้การกระทำดังกล่าวนี้เป็นความผิดและต้องรับโทษทางอาญาเพื่อปกป้องเหยื่อจากการถูกเฝ้าติดตาม ดังที่ผู้พิพากษาท่านหนึ่งอธิบายไว้ว่า “การตราบทบัญญัติการเฝ้าติดตามและข่มขู่ นั้น มีเจตนาเพื่อที่จะอุดช่องว่างของกฎหมาย โดยให้การกระทำซึ่งยังไม่พอจะเป็นความผิดฐานทำร้ายร่างกายหรือความผิดฐานทำร้ายร่างกายผู้อื่น โดยไม่ถึงกับเป็นเหตุให้เกิดอันตรายแก่กายหรือจิตใจเป็นการกระทำความผิด โดยการรับประกันความปลอดภัยของเหยื่อว่าจะไม่ได้รับบาดเจ็บ หรือถูกขู่เข็ญด้วยความตาย ก่อนการหยุดพฤติกรรม การรบกวนของผู้กระทำผิด”¹ ตัวอย่างเช่น ในสหรัฐอเมริกาเมื่อพิจารณาจากผลสำรวจจาก Stalking Resource Center ในปี ค.ศ. 2015 ที่รวบรวมข้อมูลเกี่ยวกับเหยื่อที่ถูกเฝ้าติดตามพบว่า ระยะเวลา 1 ปี มีผู้คนจำนวนถึง 7.5 ล้านคนถูกเฝ้าติดตาม และส่วนใหญ่ของผู้กระทำผิดมักเป็นคนรู้จักของเหยื่อทั้งสิ้น จากการสำรวจยังเผยอีกว่า ผู้หญิง ร้อยละ 61 และผู้ชาย ร้อยละ 44 ถูกสะกดรอยตามโดยเพื่อนหรือคนใกล้ชิดของเหยื่อเอง ด้วยเหตุนี้จึงทำให้การสะกดรอยตามในประเทศสหรัฐอเมริกาถือเป็นอาชญากรรมภายใต้กฎหมายของ 50 รัฐ

ในประเทศญี่ปุ่นก็ถือเป็นประเทศในลำดับต้น ๆ ที่มีเหตุการณ์ในการก่อพฤติกรรมในลักษณะนี้บ่อยครั้ง เนื่องด้วยหลายปัจจัยทั้งค่านิยมชายเป็นใหญ่และการด้อยค่าเพศหญิงที่ฝังรากลึกอยู่ในสังคม เช่น เมื่อปี ค.ศ. 2011 ชายคนหนึ่งก่อเหตุฆาตกรรมญาติ 2 คนของอดีตแฟนสาว ในจังหวัดนางาซากิ และอีก 2 ปีถัดมาก็เกิดเหตุนักเรียนมัธยมปลายในโตเกียวถูกรุมทำร้ายโดยแฟนเก่าของเธอ รวมทั้งในปี ค.ศ. 2016 ไอศอลหญิงคนหนึ่งก็ถูกแฟนคลับใช้มีดแทง

¹ Wayne R. La Fave. (2003). *Criminal Law* (4th ed). St.Paul, MIN: West,aThomson business. p. 828.

จนเธอได้รับบาดเจ็บสาหัส และเมื่อ 16 มกราคม 2023 ชายคนหนึ่งถูกจับกุมในข้อหาใช้มีดแทงผู้หญิงคนหนึ่งจนเสียชีวิตบนถนนในเมืองฟูกุโอกะ ถึงแม้ว่าก่อนเกิดเหตุผู้ถูกกระทำจะปรึกษากับตำรวจหลายครั้งเกี่ยวกับการถูกรบกวนโดยการเฝ้าติดตาม แต่ในท้ายที่สุดก็เกิดเหตุที่น่าสลดใจขึ้น ซึ่งผู้ก่อเหตุก็คือแฟนเก่าของเธอและเมื่อลองดูสถิติของสำนักงานตำรวจแห่งชาติญี่ปุ่นในปี 2021 มีผู้คนขอรับการปรึกษาเกือบ 20,000 ครั้งเกี่ยวกับการถูกระงับตาม และมีคนมากถึง 2,500 คน ที่ถูกตำรวจสอบสวนหรือควบคุมตัวเพราะก่อเหตุสะกดรอยตามและคุกคามผู้อื่น โดยผู้กระทำความผิดเป็นผู้ชาย ร้อยละ 75 และมากกว่า ร้อยละ 45 ของผู้ถูกกระทำที่ถูกสะกดรอยตามนั้นมักจะเป็นแฟนเก่าหรือคนที่เคยออกเดทด้วย² ด้วยเหตุนี้ประเทศญี่ปุ่นจึงออกพระราชบัญญัติต่อต้านการเฝ้าติดตาม (Anti-Stalking Act) ในปี ค.ศ. 2000 อันเป็นกฎหมายที่สามารถเอาผิดผู้ที่เฝ้าติดตามคนอื่นได้ซึ่งกฎหมายนี้เกิดขึ้นด้วยสาเหตุการเสียชีวิตของผู้หญิงคนหนึ่งที่ถูกแฟนเก่าเฝ้าติดตาม จนนำมาซึ่งการก่อเหตุฆาตกรรม

สำหรับประเทศไทยพบปัญหาพฤติกรรมเฝ้าติดตามเฉกเช่นเดียวกับต่างประเทศ แม้ว่าสิทธิความเป็นส่วนตัวส่วนบุคคลในสังคมนั้นได้รับการคุ้มครองจากรัฐธรรมนูญก็ตาม แต่ปัญหาการคุกคามโดยการเฝ้าติดตามก็ยังคงเกิดขึ้นบ่อยครั้งและมีความรุนแรงขึ้นตามยุคสมัยใหม่ที่มีเทคโนโลยีต่างๆเข้ามาเกี่ยวข้อง ซึ่งในประเทศไทยไม่สามารถคุ้มครองสิทธิดังกล่าวของบุคคลในสังคมได้ และไม่สามารถเอาผิดกับผู้กระทำการคุกคามโดยการเฝ้าติดตามผู้อื่นได้เนื่องจากยังไม่มีกฎหมายเฉพาะมาปรับใช้กับการกระทำดังกล่าวโดยตรงจะนำกฎหมายอาญามาใช้ได้ก็ต้องปล่อยให้การกระทำนั้นรุนแรงขึ้นเพื่อให้เข้าองค์ประกอบความผิดในฐานอื่น เช่น ความผิดฐานทำร้ายร่างกาย หรือความผิดฐานฆ่าผู้อื่นขึ้นก่อน ฉะนั้น ผู้ศึกษาจึงทำการศึกษากฎหมายของต่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับการกระทำการคุกคามโดยการเฝ้าติดตาม โดยเฉพาะในสหรัฐอเมริกา สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี และประเทศญี่ปุ่น เพื่อนำมาศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายประเทศไทย

² Nippon.com. (2021). *Number of Reported Stalking Cases Remains Above 20,000 in Japan Ahead of Tightening of Legislation*. (Online). Available: <https://www.nippon.com/en/japan-data/h91949/>. [2023, July 22].

3.1 กฎหมายเกี่ยวกับการคุกคามโดยการเฝ้าติดตามในต่างประเทศ

3.1.1 สหรัฐอเมริกา

ในสหรัฐอเมริกาคوانينคุกคามโดยการเฝ้าติดตามถือเป็นความผิดฐานหนึ่งตามกฎหมายอาญาโดยเกิดขึ้นครั้งแรกในมลรัฐแคลิฟอร์เนียตามประมวลกฎหมายอาญามลรัฐแคลิฟอร์เนีย (California Penal Code) ซึ่งเป็นกฎหมายที่เกิดขึ้นจากเหตุการณ์เมื่อปี 1989 กรณีนักแสดงชื่อ Rebecca Schaeffer นักแสดงเรื่อง “ My Sister Sam ” ถูกแฟนคลับเฝ้าติดตามมาเป็นเวลานานนานถึง 2 ปี พร้อมกับสืบหาที่อยู่ พยายามติดต่อเธอรวมถึงตามไปถึงบ้านคาราสาวซึ่งในวันเกิดเหตุเมื่อแฟนคลับคนนั้นเดินทางไปพบเธอที่บ้านแต่กลับถูกปฏิเสธไม่ให้สนทนาด้วยผู้กระทำจึงใช้ปืนพกยิงคาราสาวเสียชีวิตลง จากเหตุการณ์นี้จึงทำให้เกิดกฎหมายเกี่ยวกับการคุกคามโดยการเฝ้าติดตามในมลรัฐแคลิฟอร์เนียขึ้น และหลังจากนั้นอีก 3 ปีต่อมาทุกรัฐในสหรัฐอเมริกาได้ออกกฎหมายระดับมลรัฐ (State Laws) รวมถึงกฎหมายในระดับสหพันธรัฐ (Federal Laws) ก็ได้มีการบัญญัติกฎหมายให้การคุกคามโดยการเฝ้าติดตามเป็นความผิดอาญาขึ้นเพื่อให้ความคุ้มครองเหยื่อจากการกระทำดังกล่าวและยับยั้งพฤติกรรมเฝ้าติดตามก่อนที่จะเกิดอาชญากรรมร้ายแรงต่อไป

3.1.1.1 การคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคลในรัฐธรรมนูญ

บทบัญญัติรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกาที่ว่าด้วยเรื่องของการให้ความคุ้มครองสิทธิต่าง ๆ ของบุคคลอยู่ในบทแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญฉบับที่ 1 ถึง 10 (The First Amendment to Tenth Amendment) หรือ Bill of Right ซึ่งในบทแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญฉบับที่ 4 เป็นจุดเริ่มต้นของการคุ้มครองสิทธิความเป็นอยู่ส่วนตัวเป็นการคุ้มครองในบริบททางกายภาพและข้อมูลการสื่อสารต่าง ๆ โดยให้ความคุ้มครองสิทธิของพลเมืองที่จะมีความปลอดภัยในร่างกาย เคหสถาน เอกสาร และทรัพย์สินจากการถูกตรวจค้นหรือยึดโดยไม่มีเหตุอันสมควร จะละเมิดไม่ได้และจะออกหมายเพื่อกระทำการดังกล่าวใดๆไม่ได้ เว้นแต่จะมีเหตุอันเชื่อถือได้ซึ่งจะได้รับการยืนยันด้วยการให้สาบานหรือคำปฏิญาณ และจะต้องระบุสถานที่ที่จะค้นหรือบุคคลที่จะจับหรือสิ่งของที่ยึดไว้ในหมายนั้น³ ซึ่งเป็นการคุ้มครองความเป็นอยู่ส่วนตัวของบุคคลในการที่จะไม่ถูกค้นและจับกุมโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย และมีความปลอดภัยในเนื้อตัวร่างกาย เคหสถาน เอกสาร และทรัพย์สินของตนเอง และเมื่อรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกามุ่งคุ้มครองถึงสิทธิความเป็นส่วนตัวของพลเมืองเป็นสำคัญ (Right of Privacy) จึงไม่จำกัดเฉพาะเคหสถานเท่านั้นที่จะได้รับการคุ้มครอง แต่ยังรวมถึงสิทธิความเป็นส่วนตัวของบุคคลด้วย

³ U.S. Constitution, Amendment IV

3.1.1.2 กฎหมายต่อต้านการเฝ้าติดตามในระดับมลรัฐต่าง ๆ (State Laws)

ก่อนที่จะมีการบัญญัติให้การกระทำที่เป็นการคุกคามโดยการเฝ้าติดตามเป็นความผิดทางอาญา ได้มีการนำเอาบทบัญญัติความผิดฐานต่าง ๆ มาปรับใช้กับการกระทำดังกล่าวโดยแยกการกระทำว่าส่วนใดมีกฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิดและลงโทษได้หรือไม่ ปรากฏว่าบทบัญญัติต่าง ๆ ที่มีอยู่ไม่เพียงพอและเหมาะสมที่จะนำมาใช้ในการเอาผิดการกระทำดังกล่าว จึงจำเป็นต้องบัญญัติกฎหมายให้การกระทำที่เป็นการคุกคามโดยการเฝ้าติดตามเป็นความผิดฐานหนึ่งแยกต่างหากจากความผิดฐานอื่น และมลรัฐแคลิฟอร์เนียเป็นรัฐแรกที่ได้บัญญัติกฎหมายให้การคุกคามโดยการเฝ้าติดตามเป็นความผิดฐานหนึ่งในกฎหมายอาญา ฉะนั้น การจะให้เป็นความผิดอาญาการกระทำนั้นจะต้องครบองค์ประกอบตามที่กฎหมายกำหนดไว้ ได้แก่ ครบองค์ประกอบภายนอก (Actus Reus) และองค์ประกอบภายใน (Mens rea)

1) องค์ประกอบภายนอก (Actus Reus)

กฎหมายอาญามลรัฐแคลิฟอร์เนีย (California Penal Code 1990) มาตรา 646.9 (a)⁴ บัญญัติว่า “ผู้ใดจงใจโดยเจตนามุ่งร้าย และได้ทำการติดตามต่อเนื่อง หรือจงใจมุ่งร้ายที่จะรบกวนผู้อื่นและทำการข่มขู่ที่น่าเชื่อว่าจะเกิดขึ้นได้ โดยเจตนาที่จะทำให้ผู้อื่นมีเหตุอันสมควรที่จะเกิดความกลัวเกี่ยวกับความปลอดภัยของเขาหรือครอบครัวใกล้ชิดของเขา ผู้นั้นกระทำความผิดทางอาญาฐานคุกคามจากการเฝ้าติดตามต้องระวางโทษจำคุก (County Jail) ไม่เกิน 1 ปี หรือปรับไม่เกิน 1,000 ดอลลาร์สหรัฐฯ หรือทั้งจำทั้งปรับ หรือจำคุกในเรือนจำของมลรัฐ (State Prison)”

กฎหมายอาญามลรัฐอิลลินอยส์ 720 ILC 5/12-7.3 (a-3)⁵ บัญญัติว่า “บุคคลได้กระทำการคุกคามโดยการเฝ้าติดตาม เมื่อเขาหรือเธอรู้และปราศจากเหตุผลโดยชอบด้วยกฎหมาย

⁴ California Code, Penal Code - PEN § 646.9

California Penal Code § 646.9. Stalking. 1990. Amended 2002. (a) Any person who willfully, maliciously, and repeatedly follows or willfully and maliciously harasses another person and who makes a credible threat with the intent to place that person in reasonable fear for his or her safety, or the safety of his or her immediate family is guilty of the crime of stalking, punishable by imprisonment in a county jail for not more than one year, or by a fine of not more than one thousand dollars (,000), or by both that fine and imprisonment, or by imprisonment in the state prison

⁵ Illinois Statutes Chapter 720. Criminal Offenses § 5/12-7.3. Stalking

(a-3) A person commits stalking when he or she, knowingly and without lawful justification, on at least 2 separate occasions follows another person or places the person under surveillance or any combination thereof and:

ติดตามบุคคลอื่นอย่างน้อยที่สุดสองคราว หรือทำให้บุคคลอื่นตกอยู่ภายใต้การเฝ้ามองของตน หรือจากสิ่งที่ได้กล่าวมาแล้วรวมกัน และ

(1) เวลาใดก็ตามได้ส่งการขู่เชิญที่จะทำอันตรายต่อร่างกายในทันทีหรือในอนาคตจะทำร้ายทางเพศ กักขัง หรือหน่วงเหนี่ยว และการขู่เชิญได้กระทำโดยตรงต่อบุคคลนั้น หรือสมาชิกในครอบครัวของบุคคลนั้น หรือ

(2) ทำให้บุคคลนั้นหรือสมาชิกในครอบครัวของบุคคลนั้นตกอยู่ในความกลัวอย่างมีเหตุผลว่าจะได้รับอันตรายต่อร่างกายทันที หรือในอนาคตจะทำร้ายทางเพศ กักขัง หรือหน่วงเหนี่ยว

จากกฎหมายอาญามลรัฐแคลิฟอร์เนียและอิลลินอยส์ อธิบายการกระทำที่ถือว่าเป็นความผิดฐานคุกคามโดยการเฝ้าติดตามซึ่งผู้กระทำต้องมีการกระทำ ดังนี้

(1) การเฝ้าติดตาม ในกฎหมายอาญามลรัฐแคลิฟอร์เนียไม่ได้ให้คำจำกัดความไว้ และมลรัฐอื่นส่วนใหญ่ก็ไม่ได้ให้คำจำกัดความไว้เช่นกัน แต่มลรัฐอิลลินอยส์ได้ให้นิยามคำนี้ไว้ใน 720 ILC 5/12-7.3 (c)(5)⁶

(c) สำหรับวัตถุประสงค์ของมาตรานี้ คือ

(5) การติดตามบุคคลอื่น หมายถึง (i) การเคลื่อนที่ไปใกล้ชิดกับบุคคลนั้นในขณะที่บุคคลนั้นได้เคลื่อนที่จากที่หนึ่งไปยังอีกที่หนึ่ง หรือ (ii) การเข้าไปใกล้ชิดกับบุคคลที่อยู่ประจำที่ หรือการเคลื่อนที่ของเขาจำกัดในพื้นที่เล็ก ๆ การติดตามบุคคลอื่นไม่รวมถึงการติดตามภายในที่อยู่อาศัยของจำเลย

(2) การคุกคาม ในกฎหมายอาญามลรัฐอิลลินอยส์ไม่ได้บัญญัติเรื่องการคุกคามไว้ แต่ในกฎหมายอาญามลรัฐแคลิฟอร์เนีย มาตรา 646.9 (e)⁷ กล่าวไว้ว่า “สำหรับวัตถุประสงค์

(1) at any time transmits a threat of immediate or future bodily harm, sexual assault, confinement or restraint and the threat is directed towards that person or a family member of that person; or

(2) places that person in reasonable apprehension of immediate or future bodily harm, sexual assault, confinement or restraint to or of that person or a family member of that person.

⁶ Illinois Statutes Chapter 720. Criminal Offenses § 5/12-7.3. (c) Definitions. For purposes of this Section:

(5) “Follows another person” means (i) to move in relative proximity to a person as that person moves from place to place or (ii) to remain in relative proximity to a person who is stationary or whose movements are confined to a small area. “Follows another person” does not include a following within the residence of the defendant.

ของมาตรานี้ การคุกคาม (Harassment) หมายถึง การกระทำที่ได้กระทำในช่วงระยะเวลาหนึ่ง โดยรู้และจงใจต่อบุคคลใดโดยเฉพาะเจาะจงจนทำให้บุคคลนั้นตื่นตกใจ รำคาญ ทุกข์ทรมาน หรือทำให้เกิดความกลัวอย่างรุนแรง และการกระทำนั้นได้กระทำลงโดยมีวัตถุประสงค์ที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ตัวอย่างเช่น ในคดี State v. Shields ศาลพิพากษาว่า จำเลยกระทำผิดฐานคุกคาม โดยการเฝ้าติดตามเนื่องจากจำเลยโทรศัพท์ไปหาเหยื่อมากกว่าหนึ่งครั้ง และเมื่อเหยื่อมารับโทรศัพท์จำเลยก็ไม่พูดอะไร ถือว่าเป็นการกระทำที่จำเลยได้รู้และทำให้เกิดความสัมพันธ์ระหว่างเหยื่อกับจำเลย ซึ่งเหยื่อไม่ต้องการและเกิดความหวาดกลัว หรือในคดี Garza v. Indiana ซึ่งศาลพิพากษาว่าจำเลยมีความผิดฐานเฝ้าติดตาม เนื่องจากการกระทำของจำเลยเป็นการส่งดอกไม้ ส่งข้อความ และโทรศัพท์มาหาอย่างซ้ำ ๆ ซึ่งเป็นการกระทำที่แสดงให้เห็นเจตนาในการรบกวน ส่งผลให้เหยื่อมีความรู้สึกถูกคุกคาม ถูกข่มขู่และทำให้ตกใจกลัว⁸

นิยามคำว่าคุกคามที่ต้องทำความเข้าใจคือ “สำหรับวัตถุประสงค์ของมาตรานี้ การกระทำในช่วงระยะเวลาหนึ่ง (Course of Conduct)” เป็นจำนวนครั้งของการกระทำที่จะทำให้เป็นความผิดฐานคุกคาม โดยการเฝ้าติดตาม ซึ่งบัญญัติไว้ในกฎหมายอาญามลรัฐแคลิฟอร์เนีย มาตรา 646.9 (f)⁹ ว่า “การกระทำในช่วงระยะเวลาหนึ่ง หมายถึง การกระทำต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นสองครั้ง หรือมากกว่าในช่วงเวลาที่ต่อเนื่องกัน ถึงแม้ว่าจะเป็นระยะสั้นและมีความชัดเจนของความต่อเนื่องกัน ตามวัตถุประสงค์ในการกระทำกิจกรรมที่ได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญไม่ รวมอยู่ในความหมายของการกระทำในช่วงระยะเวลาหนึ่ง”

(3) ทำการขู่เข็ญที่น่าเชื่อว่าเป็นไปได้ ในกฎหมายอาญามลรัฐแคลิฟอร์เนีย มาตรา 646.9 (g)¹⁰ กล่าวไว้ว่า “การขู่เข็ญโดยวาจาหรือโดยลายลักษณ์อักษร รวมถึงการกระทำโดย

⁷ California Penal Code § 646.9. Stalking. 1990. Amended 2002. (e) For the purposes of this section, “harasses” means engages in a knowing and willful course of conduct directed at a specific person that seriously alarms, annoys, torments, or terrorizes the person, and that serves no legitimate purpose.

⁸ วิจิตรา เลิศศิริอุทกกิจ. (2559). *ความผิดฐานเฝ้าติดตามและข่มขู่*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 26.

⁹ California Penal Code § 646.9. Stalking. 1990. Amended 2002. (f) For the purposes of this section, “course of conduct” means two or more acts occurring over a period of time, however short, evidencing a continuity of purpose. Constitutionally protected activity is not included within the meaning of “course of conduct.”

¹⁰ California Penal Code § 646.9. Stalking. 1990. Amended 2002. (g) For the purposes of this section, “credible threat” means a verbal or written threat, including that performed through the use of an electronic communication device, or a threat implied by a pattern of conduct or a combination of verbal, written, or electronically communicated statements and conduct, made with the intent to place the person that is the target

การใช้เครื่องมือติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ หรือการขู่เข็ญโดยนัยหรือการรวมกันของการใช้วาจา ลายลักษณ์อักษรหรือข้อความที่ติดต่อกันทางอิเล็กทรอนิกส์และการกระทำ ซึ่งได้กระทำขึ้นโดยเจตนาที่จะให้ผู้ถูกกระทำเกิดความกลัวอย่างมีเหตุผลเกี่ยวกับความปลอดภัยของผู้ถูกกระทำหรือครอบครัวของผู้ถูกกระทำ” จะเห็นว่าการขู่เข็ญจะใช้วิธีการใดก็ได้ และเป็นการขู่เข็ญโดยตรงหรืออ้อมก็ได้

ส่วนกฎหมายของมลรัฐอิลลินอยส์มิได้บัญญัติเกี่ยวกับการทำการขู่เข็ญ ดังเช่นมลรัฐแคลิฟอร์เนีย แต่ปรากฏคำว่า “Transmits a threat” ในมาตรา 720 ILC 5/12-7.3 (c)(9)¹¹ “ส่งผ่านการขู่เข็ญ หมายถึง การขู่เข็ญด้วยวาจาหรือลายลักษณ์อักษรหรือการขู่เข็ญที่สื่อให้เห็นถึงรูปแบบของการกระทำหรือการรวมกันของข้อความโดยวาจาหรือลายลักษณ์อักษร”

(4) การกระทำนั้นต้องก่อให้เกิดผลกระทบในทางลบต่อผู้ถูกกระทำ ต้องเป็นการส่งผลให้ผู้ถูกกระทำมีเหตุสมควรที่จะกลัวความปลอดภัยเกี่ยวกับตัวเองหรือครอบครัวใกล้ชิด ซึ่งคำว่า “ครอบครัวที่ใกล้ชิด” ตามประมวลกฎหมายอาญาของมลรัฐแคลิฟอร์เนีย (California Penal Code 1990) มาตรา 646.9 (1)¹² ให้ความหมายไว้ว่า “ครอบครัวที่ใกล้ชิด หมายถึง คู่สมรส บิดามารดา บุตร บุคคลอื่นที่เกี่ยวข้องโดยรวมสายโลหิตหรือมีความสัมพันธ์ที่สนิทสนมหรือบุคคลอื่นผู้ซึ่งอยู่อาศัยในครอบครัวเป็นประจำหรือผู้ที่อยู่อาศัยในครอบครัวเป็นประจำมาก่อนหน้าแล้วเป็นเวลาหกเดือน”

ในส่วนของประมวลกฎหมายอาญาของมลรัฐอิลลินอยส์บัญญัติผลการกระทำ ในลักษณะใกล้เคียงกับกฎหมายมลรัฐแคลิฟอร์เนีย แต่ที่มีการเพิ่มเติมแตกต่างกันปรากฏตาม

of the threat in reasonable fear for his or her safety or the safety of his or her family, and made with the apparent ability to carry out the threat so as to cause the person who is the target of the threat to reasonably fear for his or her safety or the safety of his or her family. It is not necessary to prove that the defendant had the intent to actually carry out the threat. The present incarceration of a person making the threat shall not be a bar to prosecution under this section. Constitutionally protected activity is not included within the meaning of “credible threat.”

¹¹ Illinois Statutes Chapter 720. Criminal Offenses § 5/12-7.3. (c) Definitions. For purposes of this Section:

(9) “Transmits a threat” means a verbal or written threat or a threat implied by a pattern of conduct or a combination of verbal or written statements or conduct.

¹² California Penal Code § 646.9. Stalking. 1990. Amended 2002. (1) For purposes of this section, “immediate family” means any spouse, parent, child, any person related by consanguinity or affinity within the second degree, or any other person who regularly resides in the household, or who, within the prior six months, regularly resided in the household.

มาตรา 720 ILC 5/12-7.3 (a-3) (2) บัญญัติว่า (2) ทำให้บุคคลนั้นหรือสมาชิกในครอบครัวของบุคคลนั้นตกอยู่ในความกลัวอย่างมีเหตุผลว่าจะได้รับอันตรายต่อร่างกายทันที หรือในอนาคตจะทำร้ายทางเพศ กักขัง หรือหน่วงเหนี่ยว

2) องค์ประกอบภายใน (Mens rea)

จะเป็นการกระทำความผิดอาชญาฐานคุกคามโดยการเฝ้าติดตามนั้น ผู้กระทำจะต้องกระทำโดยมีเจตนา โดยในกฎหมายอาญามลรัฐแคลิฟอร์เนีย (California Penal Code 1990) มาตรา 646.9 (a) บัญญัติว่า “ผู้ใดจงใจโดยเจตนามุ่งร้าย และได้ทำการติดตามต่อเนื่อง หรือจงใจมุ่งร้ายที่จะรบกวนผู้อื่นและทำการข่มขู่ที่น่าเชื่อว่าจะเกิดขึ้นได้ โดยเจตนาที่จะทำให้อีกฝ่ายหนึ่งมีเหตุอันสมควรที่จะเกิดความกลัวเกี่ยวกับความปลอดภัยของเขาหรือครอบครัวใกล้ชิดของเขา...”

กฎหมายของมลรัฐอิลลินอยส์มาตรา 720 ILC 5/12-7.3 (a-3) บัญญัติว่า “บุคคลได้กระทำการคุกคามโดยการเฝ้าติดตาม เมื่อเขาหรือเธอรู้และปราศจากเหตุผลโดยชอบด้วยกฎหมาย ติดตามบุคคลอื่นอย่างน้อยที่สุดสองคราว หรือทำให้บุคคลอื่นตกอยู่ภายใต้การเฝ้ามองของตน หรือจากสิ่งที่ได้กล่าวมาแล้วรวมกัน...”

องค์ประกอบภายในของความผิดฐานการคุกคามโดยการเฝ้าติดตามนั้นจึงต้องเป็นการกระทำโดยเจตนา จงใจ โดยมุ่งประสงค์ รู้หรือมีเหตุอันควรรู้ซึ่งได้กระทำการในช่วงระยะเวลาใดเวลาหนึ่ง และผู้กระทำต้องมีเจตนาทำให้อีกฝ่ายหนึ่งตกใจ รำคาญ ทุกข์ทรมาน หรือทำให้เกิดความกลัวว่าจะได้รับอันตรายแก่กาย จะมีการทำร้ายทางเพศ หน่วงเหนี่ยว หรือกักขัง

3) เหตุยกเว้นความผิด

(1) เป็นการกระทำหน้าที่เป็นผู้รักษาความปลอดภัยตามกฎหมายมลรัฐแคลิฟอร์เนียได้บัญญัติเหตุยกเว้นความผิดไว้ในมาตรา 646.9 (i)¹³ บัญญัติว่า “มาตรานี้ไม่นำมาใช้กับการกระทำที่เกิดขึ้นในระหว่างการทำหน้าที่เป็นผู้รักษาความปลอดภัย”

(2) เป็นการรักษาความปลอดภัยในสถานที่ทำงานและเกิดการโต้แย้งทางแรงงาน ตามกฎหมายของมลรัฐอิลลินอยส์มาตรา 720 ILC 5/12-7.3 (d)(1)(2)¹⁴ บัญญัติว่า

¹³ California Penal Code § 646.9. Stalking. 1990. Amended 2002. (i) This section shall not apply to conduct that occurs during labor picketing.

¹⁴ Illinois Statutes Chapter 720. Criminal Offenses § 5/12-7.3.

(d) Exemptions.

(1) This Section does not apply to any individual or organization (i) monitoring or attentive to compliance with public or worker safety laws, wage and hour requirements, or other statutory requirements, or (ii) picketing occurring at the workplace that is otherwise lawful and arises out of a bona fide labor dispute,

“ข้อยกเว้น

(1) มาตรฐานนี้ไม่นำไปใช้กับบุคคลใดหรือองค์กรใด (i) การติดตามหรือการปฏิบัติตามกฎหมายสาธารณะหรือกฎหมายความปลอดภัยของพนักงาน ข้อกำหนดด้านค่าจ้างหรือชั่วโมงการทำงานหรือข้อกำหนดทางกฎหมายอื่น หรือ (ii) การรักษาความปลอดภัยในสถานที่ทำงานที่ชอบด้วยกฎหมาย และเกิดขึ้นจากข้อโต้แย้งทางแรงงานเกี่ยวกับค่าจ้าง เงินเดือน ชั่วโมงสภาพการทำงานหรือผลประโยชน์ รวมถึงสุขภาพและสวัสดิการ การลาป่วย การประกันเงินบำนาญหรือการเกษียณอายุ การทำหรือการรักษาข้อตกลงการเจรจาต่อรองร่วม และเงื่อนไขที่จะรวมอยู่ในข้อตกลงเหล่านั้น

(2) มาตรฐานนี้ไม่ใช้กับการกระทำตามสิทธิเกี่ยวกับเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นหรือการชุมนุมโดยชอบด้วยกฎหมาย”

(3) การกระทำภายใต้ใบอนุญาตเพื่อร่วมกับคำสั่งศาลหรือทำตามความมุ่งประสงค์ทางการค้าที่ชอบด้วยกฎหมาย ตามกฎหมายของรัฐมินเนโซต้า มาตรา 609.749 วรรค 1¹⁵ “ข้อยกเว้น การกระทำไม่เป็นความผิดภายใต้มาตรฐานนี้ ถ้าได้กระทำขึ้นภายใต้ใบอนุญาตที่ยังคงมีผลใช้ได้ เพื่อการร่วมมือรับรองกับคำสั่งศาล หรือเพื่อทำตามความมุ่งประสงค์ทางการค้าที่ชอบด้วยกฎหมายโดยเฉพาะหรือหน้าที่ตามที่ถูกจ้าง และได้รับอำนาจหรือมีความจำเป็นตามสัญญาที่ยังมีผลใช้ได้หรือได้รับอำนาจ มีความจำเป็นหรือได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายของมลรัฐหรือกฎหมายของสหพันธรัฐ หรือตามกฎหมายรัฐธรรมนูญของมลรัฐหรือสหพันธรัฐ วรรค 2 (2) ไม่ได้ทำให้สิทธิของปัจเจกชนหรือของกลุ่มบุคคลในการพูดที่ได้รับการคุ้มครองโดยรัฐธรรมนูญของสหพันธรัฐ รัฐธรรมนูญของมลรัฐ หรือกฎหมายของสหพันธรัฐหรือของมลรัฐ

including any controversy concerning wages, salaries, hours, working conditions or benefits, including health and welfare, sick leave, insurance, and pension or retirement provisions, the making or maintaining of collective bargaining agreements, and the terms to be included in those agreements.

(2) This Section does not apply to an exercise of the right to free speech or assembly that is otherwise lawful.

¹⁵ Minnesota Statutes Crimes; Expungement; Victims (Ch. 609-624) § 609.749. Stalking; penalties

Subd. 7. Exception. Conduct is not a crime under this section if it is performed under terms of a valid license, to ensure compliance with a court order, or to carry out a specific lawful commercial purpose or employment duty, is authorized or required by a valid contract, or is authorized, required, or protected by state, federal, or tribal law or the state, federal, or tribal constitutions. Subdivision 2, clause (2), does not impair the right of any individual or group to engage in speech protected by the federal, state, or tribal constitutions, or federal, state, or tribal law, including peaceful and lawful handbilling and picketing.

ลดน้อยลง และรวมไปถึงการแจกใบปลิวหรือการรักษาความปลอดภัยโดยสงบและชอบด้วยกฎหมาย”

(4) การกระทำที่เป็นการบังคับใช้กฎหมายที่ถูกต้อง ตามกฎหมายของรัฐ เดลาแวร์ มาตรา 1312 (j)¹⁶ “มาตรานี้ไม่นำไปใช้กับการกระทำที่เกิดขึ้นในการส่งเสริมกิจกรรมที่ถูกต้องตามกฎหมายของผู้บังคับใช้กฎหมาย นักสืบเอกชน เจ้าหน้าที่รักษาความปลอดภัย หรือนักสืบเอกชน เนื่องจากกิจกรรมเหล่านั้นถูกกำหนดไว้ในบทที่ 13 ของหัวข้อ 24”

จะเห็นได้ว่าในบางมลรัฐจะมีกฎหมายยกเว้นความผิดแม้ว่าเป็นการกระทำครบองค์ประกอบความผิดที่เป็นการคุกคามโดยการเฝ้าติดตาม แต่กฎหมายไม่ถือว่าเป็นความผิด ซึ่งแต่ละรัฐก็มีเหตุในการยกเว้นความผิดแตกต่างกันไป

4) ความผิดฐานคุกคามโดยการเฝ้าติดตามโดยมีเหตุฉุนกรรจ์ (Aggravated Stalking)

ความผิดฐานคุกคามโดยการเฝ้าติดตาม ถ้ามีเหตุฉุนกรรจ์ตามที่กฎหมายกำหนด ผู้กระทำนั้นก็จะต้องได้รับโทษเพิ่มขึ้นมากกว่าการกระทำที่เป็นการคุกคามโดยการเฝ้าติดตามที่เป็นปกติ

(1) การกระทำความผิดฐานคุกคามโดยการเฝ้าติดตามที่เป็นการกระทำซ้ำ

ตามกฎหมายอาญามลรัฐแคลิฟอร์เนีย (California Penal Code 1990) มาตรา 646.9 (c) (2)¹⁷ บัญญัติว่า “บุคคลที่หลังจากถูกตัดสินว่ามีความผิดทางอาญาภายใต้หมวดย่อย (a) ได้กระทำการฝ่าฝืนมาตรานี้ จะต้องระวางโทษจำคุกในเรือนจำของรัฐเป็นเวลาสอง สาม หรือห้าปี”

กฎหมายของมลรัฐอิลลินอยส์มาตรา 720 ILC 5/12-7.3 (a-5)¹⁸ “บุคคลได้กระทำการคุกคามโดยการเฝ้าติดตามเมื่อเขาหรือเธอเคยถูกตัดสินว่ามีความผิดฐานคุกคามโดยการเฝ้าติดตามต่อบุคคลอื่นมาก่อน และรู้และปราศจากเหตุผลอันชอบด้วยกฎหมายในครั้งหนึ่ง

¹⁶ Delaware Code Title 11. Crimes and Criminal Procedure § 1312. Stalking; class G felony F felony C felony

(j) This section shall not apply to conduct which occurs in furtherance of legitimate activities of law-enforcement, private investigators, security officers or private detectives as those activities are defined in Chapter 13 of Title 24.

¹⁷ California Penal Code § 646.9. Stalking. 1990. Amended 2002. (c) (2) Every person who, after having been convicted of a felony under subdivision (a), commits a violation of this section shall be punished by imprisonment in the state prison for two, three, or five years.

¹⁸ Illinois Statutes Chapter 720. Criminal Offenses § 5/12-7.3 (a-5) A person commits stalking when he or she has previously been convicted of stalking another person and knowingly and without lawful justification on one occasion:

(1) follows that same person or places that same person under surveillance; and

(1) ได้ติดตามบุคคลเดียวกันหรือทำให้บุคคลเดียวกันตกอยู่ภายใต้การเฝ้ามอง และ

(2) ส่งผ่านการขู่เชิญว่าจะทำร้ายร่างกาย ล้วงละเมิดทางเพศ กักขัง หรือ หน่วงเหนี่ยวต่อบุคคลนั้นหรือสมาชิกในครอบครัวของบุคคลนั้นในทันทีหรือในอนาคต

(b) การพิพากษา การคุกคามโดยการเฝ้าติดตามเป็นความผิดอาญา อุกฉกรรจ์ประเภท 4 การตัดสินสำหรับความผิดเป็นครั้งที่สองหรือครั้งต่อมาเป็นความผิดอาญา อุกฉกรรจ์ประเภท 3

(2) การกระทำความผิดฐานคุกคามโดยการเฝ้าติดตามในระหว่างศาลมีคำสั่ง ห้ามชั่วคราวตามกฎหมายอาญามลรัฐแคลิฟอร์เนีย (California Penal Code 1990) มาตรา 646.9 (b)¹⁹ “ผู้ใดละเมิดตามข้อ (a) เมื่อมีคำสั่งห้ามชั่วคราว หรือคำสั่งอื่นของศาลที่มีผลบังคับใช้อยู่เป็นการ ห้ามการกระทำที่บรรยายไว้ใน (a) ต่อคู่กรณีเดิม ผู้นั้นจะต้องได้รับโทษจำคุกของมลรัฐสอง สาม หรือสี่ปี”

ตามกฎหมายมลรัฐอิลลินอยส์มาตรา 720 ILC 5/12-7.4²⁰ เหตุฉกรรจ์

(a) ผู้ใดทำการคุกคามโดยการเฝ้าติดตาม โดยมีเหตุฉกรรจ์ เมื่อเขาหรือเธอ กระทำการคุกคามโดยการเฝ้าติดตาม และ

(3) ผ่าฝืนคำสั่งห้ามชั่วคราว คำสั่งคุ้มครอง หรือคำสั่งศาลที่ห้ามพฤติกรรม ที่กำหนดไว้ในมาตรา 214 (b) (1) ของพระราชบัญญัติความรุนแรงในครอบครัวรัฐอิลลินอยส์ปี 1986

(2) transmits a threat of immediate or future bodily harm, sexual assault, confinement or restraint to that person or a family member of that person.

(b) Sentence. Stalking is a Class 4 felony; a second or subsequent conviction is a Class 3 felony.

¹⁹ California Penal Code § 646.9. Stalking. 1990. Amended 2002. (b) Any person who violates subdivision (a) when there is a temporary restraining order, injunction, or any other court order in effect prohibiting the behavior described in subdivision (a) against the same party, shall be punished by imprisonment in the state prison for two, three, or four years

²⁰ Illinois Statutes Chapter 720. Criminal Offenses § 5/12-7.4 Aggravated stalking

(a) A person commits aggravated stalking when he or she commits stalking and:

(1) causes bodily harm to the victim;

(2) confines or restrains the victim; or

(3) violates a temporary restraining order, an order of protection, a stalking no contact order, a civil no contact order, or an injunction prohibiting the behavior described in subsection (b)(1) of Section 214 of the Illinois Domestic Violence Act of 1986

(3) การกระทำความผิดฐานคุกคามโดยการเฝ้าติดตามโดยใช้ความรุนแรง ตามกฎหมายมลรัฐอิลลินอยส์มาตรา 720 ILC 5/12-7.4 บัญญัติว่า

(a) ผู้ใดทำการคุกคามโดยการเฝ้าติดตาม โดยมีเหตุฉกรรจ์ เมื่อเขาหรือเธอ กระทำการคุกคามโดยการเฝ้าติดตาม และ

(1) เป็นเหตุให้ผู้เสียหายได้รับอันตรายแก่กาย

(2) กักขังหรือหน่วงเหนี่ยวผู้เสียหาย

(4) การกระทำความผิดฐานคุกคามโดยการเฝ้าติดตามต่อเด็กอายุต่ำกว่า 18 ปี

กฎหมายมลรัฐมิชิแกน มาตรา 750.411h (1) (d)²¹ การเฝ้าติดตาม หมายถึง การกระทำโดยเจตนาที่เกี่ยวกับการคุกคามบุคคลอื่นซ้ำๆ หรือต่อเนื่อง ซึ่งทำให้ผู้อื่นหวาดกลัว ถูกข่มขู่ คุกคาม รังความ หรือลวนลามและทำให้เหยื่อรู้สึกกลัว”

(2) บุคคลที่กระทำการคุกคามโดยการเฝ้าติดตาม มีความผิดอาญา ดังนี้

(b) ถ้าเหยื่อมีอายุต่ำกว่า 18 ปี ในระหว่างที่บุคคลกระทำการในช่วง ระยะเวลาหนึ่งและบุคคลนั้นมีอายุมากกว่าเหยื่อห้าปีหรือกว่านั้น มีโทษจำคุกไม่เกิน 10 ปีหรือปรับ ไม่เกินหนึ่งหมื่นห้าพันดอลลาร์หรือทั้งจำทั้งปรับ

(5) โทษสำหรับการกระทำความผิดฐานคุกคามโดยการเฝ้าติดตาม

โดยทั่วไปประเทศสหรัฐอเมริกามีการแบ่งแยกลักษณะความผิดออกเป็น ชั้นความผิดอุกฉกรรจ์ (Felony) และความผิดชั้นมัธยโทษ (Misdemeanor Felony) ซึ่งการแบ่งแยก นั้นอาจจะแบ่งจากโทษที่ลงแก่ผู้กระทำผิดเช่น โทษประหารชีวิต หรือให้จำคุกในเรือนจำของรัฐ (State Prison) เป็นความผิดชั้น Felony ส่วนการจำคุกในเรือนจำของ County จะเป็นความผิด ชั้น Misdemeanor Felony หรือแบ่งแยกจากอัตราโทษที่ลงถ้าเป็นโทษหนักเช่น ประหารชีวิต หรือจำคุกตั้งแต่ 1 ปีขึ้นไปเป็นความผิดชั้น Felony หรืออาจจะแบ่งจากการบัญญัติให้ความผิด

²¹ Compiled Laws, Chapter 750. Michigan Penal Code § 750.411h

Sec. 411h. (1) As used in this section:

(d) “Stalking” means a willful course of conduct involving repeated or continuing harassment of another individual that would cause a reasonable person to feel terrorized, frightened, intimidated, threatened, harassed, or molested and that actually causes the victim to feel terrorized, frightened, intimidated, threatened, harassed, or molested.

(2) An individual who engages in stalking is guilty of a crime as follows:

(b) If the victim was less than 18 years of age at any time during the individual's course of conduct and the individual is 5 or more years older than the victim, a felony punishable by imprisonment for not more than 5 years or a fine of not more than \$10,000.00, or both.

ฐานนั้น ๆ เป็นความผิดชั้น Felony หรือความผิดชั้น Misdemeanor Felony โดยไม่มีการระบุโทษที่จะลง

ในความผิดฐานคุกคามโดยการเฝ้าติดตามนั้นมีทั้งโทษปรับ โทษจำคุก หรือทั้งจำทั้งปรับซึ่งในสหรัฐอเมริกาบางรัฐก็กำหนดให้ความผิดดังกล่าวเป็นความผิดอาญาอุกฉกรรจ์ (Felony) เช่น กฎหมายมลรัฐอิลลินอยส์ มาตรา 720 ILC 5/12-7.3 (b) กำหนดอัตราโทษว่าการพิพากษาการคุกคามโดยการเฝ้าติดตามเป็นความผิดอาญาอุกฉกรรจ์ประเภท 4 การตัดสินสำหรับความผิดเป็นครั้งที่สองหรือครั้งต่อมาเป็นความผิดอาญาอุกฉกรรจ์ประเภท 3 แต่บางรัฐก็กำหนดให้เป็นความผิดมัชยโทษ (Misdemeanor Felony) โดยมีโทษปรับที่ต่ำ และโทษจำคุกไม่เกิน 1 ปี เช่น กฎหมายของมลรัฐแคลิฟอร์เนียมาตรา 646.9 (a) กำหนดอัตราโทษไว้หากกระทำความผิดทางอาญาฐานคุกคามจากการเฝ้าติดตามต้องระวางโทษจำคุก (County Jail) ไม่เกิน 1 ปี หรือปรับไม่เกิน 1,000 ดอลลาร์สหรัฐฯ หรือทั้งจำทั้งปรับ หรือจำคุกในเรือนจำของมลรัฐ (State Prison) แต่หากเป็นการกระทำความผิดฐานคุกคามโดยการเฝ้าติดตามเมื่อเป็นการกระทำความผิดเป็นครั้งที่สอง หรือที่มีเหตุฉกรรจ์ดังที่กล่าวมาแล้วข้างต้นจะเป็นความผิดอาญาชั้นอุกฉกรรจ์ทุกรัฐ

3.1.2 สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี มีการปกครองแบบสหพันธ์สาธารณรัฐแบบมีรัฐธรรมนูญ มีรัฐรวมทั้งสิ้น 16 รัฐ จึงมีกฎหมายกลางและกฎหมายของแต่ละรัฐที่ใช้บังคับ ประกอบกับสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีเป็นหนึ่งในสมาชิกผู้ก่อตั้งสหภาพยุโรป (European Union) ซึ่งสหภาพยุโรป มีการสร้างข้อบังคับ (Directive) ที่จะนำมาใช้เป็นเครื่องมือทางกฎหมายเพื่อบังคับใช้ในกลุ่มสหภาพยุโรปซึ่งมีฐานะเป็นกฎหมายลำดับรอง (Secondary Law) ซึ่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีในฐานะสมาชิกจึงต้องนำข้อบังคับดังกล่าวไปบัญญัติเป็นกฎหมายหรือปรับใช้กฎหมายเดิมที่มีอยู่ให้สอดคล้องกับกฎหมายที่บังคับใช้ในกลุ่มประเทศสหภาพยุโรปด้วยกัน²² ฉะนั้น เมื่อสหภาพยุโรปได้ให้ความสำคัญกับการแก้ไขปัญหาคดีการคุกคามโดยมีการสร้างข้อบังคับ EU Directive /2006/54/EC ซึ่งเป็นข้อบังคับที่พัฒนามาจาก EU Directive /2002/73/EC ออกมาเพื่อรับรองความเท่าเทียมระหว่างชายและหญิง สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีจึงนำข้อบังคับดังกล่าวมาสร้างกฎหมายใหม่ที่ชื่อว่า รัฐบัญญัติว่าด้วยการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกัน (General Equal Treatment Act 2006) (Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz: AGG) ซึ่งได้มีการ

²² เจนวิทย์ นวลแสง, ภัทรารักษ์ เกษตรสาระ และ อธิรญา ภู่งงศกร. (2559). ความรับผิดชอบทางอาญาและการเยียวยาผู้เสียหายจากการคุกคามทางเพศศึกษากรณีประเทศไทยสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีและเครือรัฐออสเตรเลีย. *วารสารการเมืองการบริหารและกฎหมาย*, 8 (2), หน้า 341.

ใช้บังคับเมื่อวันที่ 14 สิงหาคม 2549 โดยได้นิยามคำว่า คุกคาม (Harassment)²³ ไว้ในมาตรา 2, 1(c) หมายถึง การกระทำอันไม่พึงปรารถนาซึ่งเกี่ยวกับเพศของบุคคลหนึ่งบุคคลใด อันกระทำขึ้นเพื่อละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์หรือทำให้ผู้ถูกระทำรู้สึกถูกคุกคาม ไม่เป็นมิตร ด้อยค่า เลื่อมเสียดียศ หรือถูกรังเกียจ

ผู้ถูกคุกคามสามารถยื่นคำฟ้องต่อศาลเป็นคดีอาญาได้ในกรณีดังต่อไปนี้

1) การทารุณทางเพศ (Sexual Assault by Use of Force or Threats) หรือการข่มขืนกระทำชำเรา (Rape) เป็นการใช้กำลังหรือข่มขู่ให้ผู้ถูกระทำยินยอมให้มีการละเมิดทางเพศโดยผู้ถูกระทำไม่สมัครใจ เป็นความผิดตามมาตรา 177 แห่งประมวลกฎหมายอาญาสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี (The German Penal Code 1993)

2) การประพฤติดังกล่าวทางเพศ (Sexual Abuse) เป็นกรณีอาศัยความไว้วางใจ หรืออาศัยตำแหน่งหน้าที่การงาน เป็นต้น อันเป็นความผิดตามมาตรา 174-174 c แห่งประมวลกฎหมายอาญาสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี (The German Penal Code 1993)

3) การเฝ้าติดตาม (Stalking) เป็นการติดตามหรือรบกวนเหยื่ออย่างต่อเนื่อง โดยมีเจตนาขู่เท็จจริงสองประการ คือ การกระทำที่เป็นการติดตามหรือรบกวนเหยื่อ (Nachstellung) และความต่อเนื่องของการกระทำ (Beharrlichkeit) ซึ่งได้กำหนดให้พฤติกรรมที่มีลักษณะเป็นการเฝ้าติดตามผู้อื่นเป็นความผิดตามมาตรา 238 แห่งประมวลกฎหมายอาญาสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี (The German Penal Code 1993) โดยมีการแก้ไขให้มีผลบังคับใช้ตั้งแต่เดือนมีนาคม พ.ศ. 2550 ในมาตรา 238²⁴ บัญญัติว่า

²³ General Equal Treatment Act (AGG), Article 2 Definitions 1. For the purposes of this Directive, the following definitions shall apply:

(c) ‘harassment’: where unwanted conduct related to the sex of a person occurs with the purpose or effect of violating the dignity of a person, and of creating an intimidating, hostile, degrading, humiliating or offensive environment;

²⁴ § 238 Stalking

(1) Whosoever unlawfully stalks a person by

1. seeking his proximity,

2. trying to establish contact with him by means of telecommunications or other means of communication or through third person,

3. abusing his personal data for the purpose of ordering goods or services for him or causing third persons to make contact with him,

“การเฝ้าติดตาม

(1) ผู้ใดเฝ้าติดตามผู้อื่น โดยมีขอบด้วยกฎหมายโดย

1. แสวงหาความใกล้ชิด
2. พยายามติดต่อกับผู้อื่น โดยวิธีการ โทรคมนาคมหรือการสื่อสารอื่นหรือโดยบุคคลที่สาม
3. การใช้ข้อมูลส่วนบุคคลของตนในทางที่ผิดเพื่อวัตถุประสงค์ในการสั่งซื้อสินค้าและบริการแก่ตนหรือทำให้บุคคลภายนอกติดต่อกับตน
4. ข่มขู่ผู้อื่นหรือบุคคลใกล้ชิดจนเสียชีวิตหรือสูญเสียอวัยวะ ทำให้เสียหายต่อสุขภาพหรือลิดรอนสิทธิเสรีภาพ
5. กระทำการทำนองเดียวกันจนกระทบวิถีชีวิตผู้อื่นอย่างร้ายแรง ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปีหรือปรับ

(2) ถ้าผู้กระทำความผิดทำให้ผู้เสียหาย ญาติหรือบุคคลอื่นที่ใกล้ชิดกับผู้เสียหายตกอยู่ในอันตรายหรือบาดเจ็บสาหัส ต้องระวางโทษตั้งแต่สามเดือนถึงห้าปี

(3) ถ้าผู้กระทำความผิดทำให้ผู้เสียหาย ญาติหรือบุคคลอื่นที่ใกล้ชิดกับผู้เสียหายถึงแก่ความตาย ต้องระวางโทษตั้งแต่หนึ่งปีถึงสิบปี

(4) คดีภายใต้อนุมาตรา (1) ข้างต้น อาจถูกดำเนินคดีได้เมื่อมีการร้องขอเท่านั้น เว้นแต่หน่วยงานอัยการพิจารณาว่าจำเป็นต้องดำเนินคดีเนื่องจากเพื่อประโยชน์สาธารณะเป็นพิเศษ”

การกระทำที่เป็นการคุกคามโดยการเฝ้าติดตามที่ถูกกำหนดให้เป็นความผิดทางอาญาต้องเป็นการกระทำที่ก่อให้เกิดผลกระทบกับวิถีชีวิตของเหยื่อ เช่น การต้องเปลี่ยนวิถีชีวิตตามปกติ

4. threatening him or a person close to him with loss of life or limb, damage to health or deprivation of freedom, or

5. committing similar acts and thereby seriously influences his lifestyle shall be liable to imprisonment not exceeding three years or a fine.

(2) The penalty shall be three months to five years if the offender places the victim, a relative of or another person close to the victim in danger of death or serious injury.

(3) If the offender causes the death of the victim, a relative of or another person close to the victim the penalty shall be imprisonment from one to ten years.

(4) Cases under subsection (1) above may only be prosecuted upon request unless the prosecuting authority considers proprio motu that prosecution is required because of special public interest.

ของตนทำให้ผู้ถูกเฝ้าติดตามไม่กล้าออกจากบ้าน หลีกเลี่ยงการออกไปสถานที่บางแห่ง หรือ การต้องย้ายหรือเปลี่ยนงานเพื่อหลบหนีจากพฤติกรรมการเฝ้าติดตาม²⁵

องค์ประกอบภายใน (Mens rea) ของความผิดฐานเฝ้าติดตามได้แก่ เจตนา (Eventualvorsatz) คือความตั้งใจของผู้กระทำความผิดที่จะทำลายวิถีชีวิตของเหยื่ออย่างจริงจัง

ในความผิดฐานคุกคามโดยการเฝ้าติดตามในส่วนอัตราโทษที่จะใช้ลงแก่ผู้กระทำความผิด คือโทษจำคุกไม่เกิน 3 ปีหรือปรับ และหากความผิดฐานคุกคามโดยการเฝ้าติดตาม โดยมีเหตุการณ์ที่จะทำให้ผู้กระทำความผิดรับโทษหนักขึ้น ได้แก่ กรณีทำให้ผู้เสียหาย ญาติ หรือบุคคลอื่นที่ใกล้ชิดบาดเจ็บสาหัสในมาตรา 238 (2) ต้องรับโทษจำคุกตั้งแต่สามเดือนถึงห้าปี และกรณีผู้เสียหาย ญาติหรือบุคคลอื่นที่ใกล้ชิดกับผู้เสียหายถึงแก่ความตาย ต้องรับโทษตั้งแต่หนึ่งปีถึงสิบปี มาตรา 238 (3)

เมื่อมีการยื่นฟ้องในทางอาญา ผู้ถูกคุกคามย่อมได้รับความคุ้มครองจาก Civil Legal Protection from Violent Acts and Stalking Offences ซึ่งสามารถยื่นคำร้องต่อศาลให้ดำเนินการใด ๆ เพื่อแยกผู้ถูกคุกคามให้ห่างจากผู้กระทำความผิดได้ โดยไม่จำเป็นต้องรอให้เกิดอาชญากรรมรุนแรงเสียก่อนและในระหว่างศาลพิจารณาคำร้อง ผู้ถูกคุกคามก็มีสิทธิได้รับการคุ้มครองจากเจ้าพนักงานตำรวจเพื่อป้องกันมิให้ผู้กระทำความผิดเข้าถึงตัวเหยื่อได้ และหากต่อมาศาลมีคำสั่งอนุญาตตามคำร้องแล้วต่อมาผู้กระทำความผิดฝ่าฝืนคำสั่งศาล ผู้กระทำความผิดอาจถูกลงโทษทางอาญาได้²⁶

3.1.3 ประเทศญี่ปุ่น

ในประเทศญี่ปุ่นได้มีการบัญญัติให้การกระทำที่เป็นการคุกคามโดยการเฝ้าติดตามเป็นความผิดตามกฎหมาย Anti-stalking Act of Japan 2000 ได้ถูกตราขึ้นและนำมาประกาศใช้ในปี ค.ศ. 2000 และมีการแก้ไขเพิ่มเติมในปี ค.ศ. 2016 การออกกฎหมายฉบับนี้ขึ้นมาเพื่อป้องกันการเกิดอันตรายต่อชีวิต ร่างกาย และเสรีภาพของบุคคลในสังคม และเพื่อสร้างความสงบสุขและปลอดภัยให้กับการดำรงชีวิตของบุคคลในสังคมให้ดำรงชีวิตได้อย่างปกติสุข ซึ่งกฎหมาย Anti-stalking Act of Japan 2000 ได้กำหนดถึงนิยามอำนาจหน้าที่ของเจ้าหน้าที่รัฐที่จะเอาผิดกับผู้กระทำ รวมถึงมาตรการต่าง ๆ ที่จะเป็นการช่วยเหลือและป้องกันเหยื่อที่ถูกคุกคามโดยการเฝ้าติดตาม

²⁵ Anni Ropers, Viola Ebner, Selina Burgard, Julia Zucker and Michael Erber. (2020). *German Anti-Stalking Legislation and Its Recent Changes*. (Online). Available: <https://www.cambridge.org/core/journals/german-law-journal/article/german-antistalking-legislation-and-its-recent-changes/E2C3E52DEBE156865F691981C4D6282A>. [2023, July 22].

²⁶ เจนวิทย์ นवलแสง, ภัทรภรณ์ เกษตรสาระ และ อธิรญา ภู่งงกร. อ่างแล้ว เจริญรอดที่ 22. หน้า 347.

1) พฤติกรรมที่เป็นการคุกคามโดยการเฝ้าติดตามตามนิยามของกฎหมาย Anti-stalking Act of Japan 2000 Article 2 ได้กำหนดไว้ 2 ประการ คือ

(1) การเฝ้าหา คือ พฤติกรรมการกระทำตามความรู้สึกรักใคร่ ชอบพอ หรือโกรธแค้นต่อบุคคลใดบุคคลหนึ่ง คู่สมรส ผู้ที่มีความสัมพันธ์ทางสายเลือดหรือครอบครัว หรือผู้ที่มีความสัมพันธ์อย่างใกล้ชิดในการใช้ชีวิตในสังคม ด้วยวิธีการต่าง ๆ ได้แก่²⁷

(1.1) การติดตาม ชุมดู เฝ้ามอง เฝ้าสังเกตหรือบุกรุกที่พักอาศัย สถานที่ทำงาน โรงเรียน และสถานที่อื่น ๆ โดยไม่มีเหตุอันควร

(1.2) ทำให้บุคคลใดบุคคลหนึ่งโดยเฉพาะตกอยู่ภายใต้การเฝ้ามอง

(1.3) ข่มขู่ให้บุคคลอื่นให้ทำในสิ่งที่บุคคลหนึ่งบุคคลใด โดยเฉพาะไม่ต้องการ เช่น การร้องขอเข้าพบหน้า

(1.4) กระทบการหรือกล่าววาจาในลักษณะรุนแรง

(1.5) การคุกคามบุคคลโดยเฉพาะเจาะจงโดยการโทรศัพท์แล้วไม่พูดอะไร หรือพยายามติดต่อสื่อสารอย่างต่อเนื่อง

²⁷ Anti-stalking Act of Japan 2000. Article 2

This law defines 'harassing activities including tagging along' as stalkers' activities, described in detail below....,

1. to tag along with, to ambush, or to stand in the way of a specific person or to keep tabs on the person at the places, where the person usually is, such as residences, offices and schools (hereinafter referred to as "the Residences" or to intrude the Residences.

2. to insinuate a specific person that the person is under watch or to keep actually the person under watch.

3. to force a specific person to do what th person is not obliged to do, such as meeting or associating with the

4. to behave or say something in an extremely violent manner.

5. to harass a specific person with silent phone calls or with phone calls or with faxes continuously despite the person's refusal.

6. to sent extremely obnoxious matters such as filth and animal carcasses or make the person aware of this situation.

7. to say something derogatory against a specific person or make the person aware of this act

8. to say something harmful against a person's sexual sense of shame or make the person aware of this act or to send something such as books or paintings that are harmful against a person's sexual sense of shame or make the person aware of this act.

(1.6) ส่งของที่นำรังเกียจ โสโครก และซากสัตว์หรือทำให้บุคคลหวาดระแวง ในสถานการณ์เช่นนั้น

(1.7) กล่าวสิ่งๆที่เสื่อมเสียต่อบุคคลใดบุคคลหนึ่งเพื่อทำให้บุคคลอื่นเกิดความหวาดระแวง

(1.8) ใสร้ายบุคคลอื่นให้เกิดความรู้สึกอับอายทางเพศ หรือเพื่อส่งของบางอย่าง เช่น รูปภาพ ภาพวาดที่ทำให้บุคคลอื่นเกิดความรู้สึกอับอายทางเพศเพื่อสร้างความอับอายหรือความกลัว

(2) การกระทำอื่น ๆ ที่เป็นการติดตาม คือ การกระทำซ้ำ ๆ ที่ทำให้ผู้ถูกระทำรู้สึกกว่าตนเองไม่ปลอดภัยหรือถูกคุกคามเสรีภาพ

2) การดำเนินการของเจ้าหน้าที่รัฐที่เกี่ยวข้องกับการกระทำคุกคามโดยการเฝ้าติดตาม

ในกฎหมาย Anti-stalking Act of Japan 2000 Article 4 หากเกิดกรณีเหยื่อร้องเรียนว่ามีผู้กระทำการคุกคามโดยการเฝ้าติดตามขึ้นและต้องการให้เจ้าหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดไว้ทำการตักเตือน หากเจ้าหน้าที่ผู้รับเรื่องร้องเรียนพิจารณาแล้วเห็นว่ามีการกระทำคุกคามโดยการเฝ้าติดตามโดยเป็นไปตามนิยามที่กล่าวไว้ข้างต้น และมีความเสี่ยงที่ผู้กระทำจะกระทำซ้ำต่อไปกับเหยื่อคนเดิม เจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจตักเตือนโดยการออกหนังสือตักเตือนไปยังผู้กระทำมิให้กระทำพฤติกรรมที่เป็นการคุกคามโดยการเฝ้าติดตามอีก และมีหน้าที่รายงานรายละเอียดในการตักเตือนไปยังเหยื่อโดยเร็ว และหากผู้กระทำยังมีพฤติกรรมดังกล่าวซ้ำ ๆ อีก เจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจออกคำสั่งห้ามผู้เฝ้าติดตามกระทำการคุกคามโดยการเฝ้าติดตามได้ ซึ่งเจ้าหน้าที่ผู้มีส่วนเกี่ยวข้องตามที่กฎหมายกำหนด ได้แก่ ผู้บัญชาการตำรวจนครบาล (Superintendent General) หัวหน้าศูนย์บัญชาการตำรวจประจำจังหวัด (Prefectural Police Chief) และอธิบดีกรมตำรวจ (Head of Police Station)

หากพฤติกรรมการคุกคามโดยการเฝ้าติดตามเกิดขึ้นและเป็นอาชญากรรมก็สามารถดำเนินการจับกุมได้ทันทีโดยไม่ต้องกระทำการตักเตือนหรือออกคำสั่งห้ามก่อน แต่หากเป็นเพียงพฤติกรรมธรรมดาไม่ถือเป็นอาชญากรรมก็แยกสถานการณ์เป็นสองกรณี คือกรณีไม่ฉุกเฉินและฉุกเฉิน ซึ่งหากเหยื่อยื่นคำร้องขอความช่วยเหลือเจ้าหน้าที่ตามกฎหมายดังกล่าวต้องให้การช่วยเหลือ และหากเหยื่อต้องการให้ตักเตือนผู้กระทำ หัวหน้าศูนย์บัญชาการต้องพิจารณาว่าเป็นเหตุฉุกเฉินหรือไม่ หากฉุกเฉินต้องรีบรายงานไปยังคณะกรรมการความปลอดภัยสาธารณะ (Prefectural Public Safety Commission) ทันที เพื่อให้คณะกรรมการออกคำสั่งห้ามการกระทำที่เป็นการคุกคามโดยการเฝ้าติดตามทันที แต่หากไม่ฉุกเฉิน ผู้ที่ถูกกล่าวหาว่ากระทำการเฝ้าติดตาม

สามารถยื่นโต้แย้งได้ หากพิจารณาแล้วว่ามีพฤติกรรมดังกล่าวจริงก็ออกคำสั่งห้ามมิให้กระทำการคุกคามโดยการเฝ้าติดตามได้²⁸

3) บทกำหนดโทษ

ในกฎหมาย Anti-stalking Act of Japan 2000 ได้กำหนดโทษกรณีหากฝ่าฝืนคำสั่งห้ามกระทำการอันเป็นการคุกคามโดยการเฝ้าติดตามให้จำคุกไม่เกิน 1 ปี หรือโทษปรับไม่เกินหนึ่งล้านเยน และหากมีการกระทำซ้ำหรือกระทำต่อไปและได้รับคำเตือนจากคณะกรรมการความปลอดภัยสาธารณะ ผู้กระทำต้องรับโทษจำคุกไม่เกิน 2 ปี หรือโทษปรับไม่เกินสองล้านเยน (หรือราวประมาณห้าแสนบาท)

3.2 กฎหมายเกี่ยวกับการคุกคามโดยการเฝ้าติดตามในประเทศไทย

ประเทศไทยถือเป็นประเทศที่มีปัญหาการคุกคามโดยการเฝ้าติดตามรุนแรงประเทศหนึ่งซึ่งจะเห็นได้จากข่าวหรือสื่อต่าง ๆ ตามโทรทัศน์หรือตามโซเชียลมีเดีย ไม่ว่าจะเกิดกับบุคคลสาธารณะ เช่น ดารา นักร้อง เน็ตไอดอล นักการเมือง เป็นต้น รวมถึงบุคคลธรรมดาทั่วไป ปัญหาดังกล่าวก่อให้เกิดผลกระทบต่อสิทธิความเป็นอยู่ส่วนตัว ความหวาดระแวงและความปลอดภัยในชีวิต ร่างกาย สุขภาพจิตและทรัพย์สินของผู้ตกเป็นเหยื่อจากการคุกคามจนทำให้ไม่สามารถใช้ชีวิตประจำวันได้อย่างปกติสุข ซึ่งบทบัญญัติของกฎหมายในประเทศไทยที่เกี่ยวข้องหรือใกล้เคียงซึ่งอาจนำมาใช้บังคับกับการกระทำดังกล่าวได้ ดังต่อไปนี้

3.2.1 ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 309

การกระทำที่เป็นการคุกคามโดยการเฝ้าติดตามนั้นเป็นการกระทำที่เหยื่อถูกละเมิดสิทธิเสรีภาพในการใช้ชีวิตประจำวันอย่างปกติสุข ทำให้เหยื่อไม่อาจใช้ชีวิตได้อย่างอิสระ ซึ่งประมวลกฎหมายอาญามีบทบัญญัติเกี่ยวกับการกระทำความผิดต่อเสรีภาพไว้ คือ มาตรา 309 อันเป็นความผิดฐานทำให้เสื่อมเสียเสรีภาพหรือเรียกว่าความผิดฐานข่มขืนใจผู้อื่น บัญญัติไว้ว่า

มาตรา 309 “ผู้ใดข่มขืนใจผู้อื่นให้กระทำการใดไม่กระทำการใด หรือจำยอมต่อสิ่งใด โดยทำให้กลัวว่าจะเกิดอันตรายต่อชีวิต ร่างกาย เสรีภาพ ชื่อเสียงหรือทรัพย์สินของผู้ถูกข่มขืนใจนั้นเองหรือของผู้อื่น หรือโดยใช้กำลังประทุษร้ายจนผู้ถูกข่มขืนใจต้องกระทำการนั้น ไม่กระทำการนั้นหรือจำยอมต่อสิ่งนั้น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

²⁸ ฅภัทรวัชรวิญญู์ แสงจันทร์. (2562). *ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการเฝ้าติดตามกับความรับผิดชอบทางละเมิด*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ปริธี พนมยงค์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์. หน้า 74.

ถ้าความผิดตามวรรคแรกได้กระทำโดยมีอาวุธ หรือโดยร่วมกระทำความผิดด้วยกัน ตั้งแต่ห้าคนขึ้นไป หรือได้กระทำเพื่อให้ผู้ถูกข่มขืนใจทำ ถอน ทำให้เสียหาย หรือทำลายเอกสาร ทรัพย์สินใดๆ ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท หรือทั้งจำ ทั้งปรับ

ถ้ากระทำโดยอ้างอำนาจอั้งยี่หรือช่องโจร ไม่ว่าจะอั้งยี่หรือช่องโจรนั้นจะมีอยู่หรือไม่ ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งปีถึงเจ็ดปี และปรับตั้งแต่สองหมื่นบาทถึงหนึ่งแสนสี่หมื่นบาท ”

องค์ประกอบภายในของความผิดฐานนี้ คือ เจตนา ส่วนองค์ประกอบภายนอก คือ การข่มขืนใจผู้อื่นให้กระทำการใด ไม่กระทำการใด หรือจำยอมต่อสิ่งใดโดยทำให้กลัวว่าจะ เกิดอันตรายต่อชีวิต ร่างกาย เสรีภาพ ชื่อเสียงหรือทรัพย์สินของผู้ถูกข่มขืนใจนั้นเองหรือของผู้อื่น หรือโดยใช้กำลังประทุษร้ายจนผู้ถูกข่มขืนใจต้องกระทำการนั้น ไม่กระทำการนั้นหรือจำยอม ต่อสิ่งนั้น

การกระทำความผิดฐานข่มขืนใจผู้อื่นตามมาตรา 309 แบ่งเป็น 2 กรณี คือ

1) การข่มขืนใจผู้อื่นให้กระทำการใด ไม่กระทำการใด หรือจำยอมต่อสิ่งใดโดยทำให้ กลัวว่าจะเกิดอันตรายต่อชีวิต ร่างกาย เสรีภาพ ชื่อเสียงหรือทรัพย์สินของผู้ถูกข่มขืนใจนั้นเอง หรือของผู้อื่น ซึ่งการกระทำการใด หมายถึง การบังคับใจให้ผู้อื่นกระทำการใดลงไปในเรื่องที่เขา ไม่อยากทำ เช่น บังคับให้ลงจากรถ บังคับให้คิดบัญชีให้ ฯลฯ การไม่กระทำการใด หมายถึง การบังคับใจให้ผู้อื่นไม่กระทำการใดหรือไม่เคลื่อนไหวร่างกาย เช่น บังคับให้หยุดเดิน บังคับ ให้หยุดทำงาน ส่วนการบังคับใจให้ จำยอมต่อสิ่งใด หมายถึงบังคับใจให้เขายอมรับการกระทำ ของผู้กระทำหรือของผู้อื่น เช่น บังคับใจผู้อื่นให้เราเข้าไปในบ้าน และการทำให้กลัวนั้น จะทำด้วย วิธีการใดก็ได้ ไม่ว่าจะเป็นกิริยาท่าทาง คำพูด เขียนหรือพิมพ์ เช่น การพิมพ์ไปปลิวว่าจะทำร้าย หากไม่ออกไปจากบ้าน

2) การข่มขืนใจโดยใช้กำลังประทุษร้าย เป็นการใช้กำลังประทุษร้ายตามประมวล กฎหมายอาญามาตรา 1(6) คือ การประทุษร้ายแก่กายหรือจิตใจของบุคคลไม่ว่าจะใช้แรงกายภาพ หรือด้วยวิธีอื่นใด และให้หมายความรวมถึงการกระทำใดซึ่งเป็นเหตุให้บุคคลหนึ่งบุคคลใด อยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ไม่ว่าจะกระทำโดยการใช้ยาทำให้มีเมมา สะกดจิต หรือใช้วิธีอื่น ใดคล้ายคลึงกัน ซึ่งการใช้กำลังประทุษร้ายนั้นจะต้องเป็นการกระทำทางกายภาพเท่านั้น เช่น การใช้กำลังทำร้ายผู้อื่นเพื่อมิให้ผู้นั้นยื่นซองประกวดราคาจ้างเหมางาน

เหตุฉกรรจ์ที่จะทำให้ผู้กระทำความผิดรับโทษหนักขึ้นได้บัญญัติไว้ในมาตรา 309 วรรคสอง ถ้าได้กระทำโดยมีอาวุธ หรือโดยร่วมกันกระทำความผิดด้วยกันตั้งแต่ห้าคนขึ้นไป หรือได้กระทำ

เพื่อให้ผู้ถูกข่มขืนใจทำ ถอน ทำให้เสียหาย หรือทำลายเอกสารสิทธิอย่างใด และในวรรคสาม ถ้ากระทำโดยการอ้างอำนาจอัยย์หรือช่องโง่

ในด้านความผิดต่อเสรีภาพตามมาตรา 309 นี้ เมื่อนำมาเปรียบเทียบกับพฤติกรรมการคุกคาม โดยการเฝ้าติดตาม เช่น การตามถ่ายภาพบุคคลอื่น การเฝ้าเดินตามผู้อื่น การจ้องมองโดยไม่พูดอะไรที่มีลักษณะการกระทำเป็นช่วงระยะเวลาต่อเนื่องกันจนทำให้เหยื่อเกิดความกลัว ไม่สามารถใช้ชีวิตได้อย่างปกติสุขได้ เมื่อนำพฤติกรรมดังกล่าวมาพิจารณาตามมาตรา 309 แล้วพบว่า การกระทำความผิดดังกล่าวไม่เข้าองค์ประกอบความผิดของมาตรานี้ ไม่ว่าจะการเฝ้าเดินตาม หรือการเฝ้าถ่ายรูปเหยื่อไม่เป็นการใช้แรงกายภาพจึงไม่เข้าองค์ประกอบความผิดในเรื่องการใช้กำลังประทุษร้ายในกรณีที่ 2 และหากจะพิจารณาว่าเป็นการกระทำที่ทำให้เหยื่อกลัวว่าจะเกิดอันตรายต่อชีวิต ร่างกาย เสรีภาพ ชื่อเสียงหรือทรัพย์สินของผู้ถูกข่มขืนใจในกรณีที่ 1 ก็เห็นได้ว่าผู้กระทำไม่ได้มีเจตนาให้เหยื่อกระทำการ ไม่กระทำการ หรือจำยอมต่อสิ่งใด เพราะจุดประสงค์ของผู้กระทำเพียงแต่ต้องการความพอใจที่จะทราบการใช้ชีวิตประจำวันของเหยื่อเพียงเท่านั้น จึงถือว่าพฤติกรรมบางอย่างที่เป็นการคุกคามโดยการเฝ้าติดตามนั้น ไม่เป็นความผิดฐานข่มขืนใจตามมาตรา 309

3.2.2 ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 388

มาตรา 388 “ผู้ใดกระทำการอันควรขายหน้าต่อหน้าธารกำนัล โดยเปลือยกายหรือเปิดเผยร่างกายหรือกระทำการลามกอย่างอื่น ต้องระวางโทษปรับไม่เกินห้าพันบาท”

องค์ประกอบภายในของความผิดฐานนี้ คือ เจตนา ส่วนองค์ประกอบภายนอก คือ การกระทำอันควรขายหน้าต่อธารกำนัล ซึ่งความหมายของคำว่า “ควรขายหน้า” คือ การกระทำเป็นที่อับอายแก่ผู้พบเห็น โดยถือเอาความรู้สึกของวิญญูชนทั่วไป เช่น การเดินเปลือยกายในที่สาธารณะ ส่วนคำว่า “ต่อหน้าธารกำนัล” หมายถึง กระทำในสถานที่ที่พบเห็นได้ ไม่จำเป็นต้องเป็นที่สาธารณะโดยการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งต่อไปนี้²⁹

1) เปลือยหรือเปิดเผยร่างกาย เป็นการเปลือยการอันมีลักษณะเป็นการลามก

2) กระทำการลามกอย่างอื่น เช่น สามีโกรธภริยาจึงแก้ผ้าภริยากลางถนน กระทำการลามกอย่างอื่นไม่ได้หมายถึงแต่เฉพาะแต่เรื่องทางกาย แต่รวมถึงการกระทำทางวาจาด้วย

พฤติกรรมที่เป็นการคุกคามโดยการเฝ้าติดตาม เช่น การส่งข้อความทางโปรแกรมสนทนา เช่น ไลน์ แมสเซนเจอร์ ที่เป็นข้อความเชิงลามกหรือส่งรูปถ่ายลามกหรืออวัยวะเพศให้แก่เหยื่อเป็นประจำซ้ำ ๆ ติดต่อกัน หรือการโทรศัพท์ไปหาเหยื่อแล้วเล่าเรื่องลามกให้ฟังทุกวัน

²⁹ สหรัฐ กิติ ศุภการ. (2566). *หลักและคำพิพากษากฎหมายอาญา* (พิมพ์ครั้งที่ 13). กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์เดือนตุลา. หน้า 644-645.

หรือถ้ามองในที่ลับตาคน แม้จะถือเป็นการกระทำอันควรขายหน้า แต่ก็ไม่ได้ถือว่าเป็นการกระทำ ต่อหน้าธารกำนัล จึงไม่เป็นความผิดตามมาตรา 388 ฉะนั้นบทบัญญัติของกฎหมายมาตรานี้ จึงไม่สามารถนำมาปรับใช้กับพฤติกรรมที่เป็นการคุกคามโดยการเฝ้าติดตามดังกล่าวได้

3.2.3 ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 392

มาตรา 392 “ผู้ใดทำให้ผู้อื่นเกิดความกลัว หรือความตกใจโดยการขู่เข็ญ ต้องระวางโทษ จำคุกไม่เกินหนึ่งเดือน หรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

องค์ประกอบภายใน คือ ผู้กระทำความผิดต้องมีเจตนาทำให้ผู้อื่นเกิดความกลัว เช่น ตัวอย่าง คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1110/2504 ค่าและขู่อาฆาตว่าจะเอาปืนไปยิงและฆ่าให้ตายโดยไม่รู้ว่ามีผู้ถูกขู่ กำลังแอบฟังอยู่ ถือว่าไม่มีเจตนากระทำผิดตามมาตรา 392

องค์ประกอบภายนอก คือ การกระทำทำให้ผู้อื่นเกิดความกลัว หรือความตกใจโดยการขู่เข็ญ ซึ่งการขู่เข็ญหมายถึง การแสดงว่าจะทำให้เกิดภัยแก่ผู้อื่น จะเป็นภัยที่เกิดขึ้นทันทีหรือภายหลังก็ได้ และการขู่เข็ญอาจกระทำโดยกิริยาวาจาก็ได้ เช่น ตัวอย่างจากคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 337/2517 จำเลย ถือปืนพลาสติกทำท่าจะยิงผู้เสียหาย ผู้เสียหายตกใจหน้าซีดเข้าใจว่าเป็นปืนจริง จำเลยมีความผิดฐานทำให้ผู้อื่นเกิดความกลัวหรือตกใจโดยการขู่เข็ญ

มาตรา 392 นี้ใช้คำว่า “เกิดความกลัวหรือความตกใจ” จึงเป็นความผิดที่ต้องการผล หากผลไม่เกิดการกระทำนั้นย่อมไม่เป็นความผิดตามกฎหมาย เช่น การที่ผู้กระทำความผิดถือมีดเดินตรง เข้ามาจะแทงผู้เสียหาย ผู้เสียหายบอกว่าผมไม่สู้และวิ่งหนี แสดงว่าผู้เสียหายเกิดความกลัวแล้ว

จากความผิดฐานทำให้ผู้อื่นเกิดความกลัวหรือตกใจโดยการขู่เข็ญตามมาตรา 392 จะเห็นว่าผู้กระทำความผิดต้องมีเจตนาขู่เข็ญทำให้ผู้ถูกขู่กลัวหรือตกใจว่าจะเกิดภัยขึ้นแก่ผู้ถูกกระทำจึงจะเป็น ความผิด ซึ่งหากนำพฤติกรรมที่เป็นการคุกคามโดยการเฝ้าติดตามมาพิจารณาบางพฤติกรรม การเฝ้าติดตามที่มีลักษณะเป็นการขู่เข็ญทำให้เหยื่อเกิดความกลัวได้ เช่น การโทรศัพท์ไปขู่เหยื่อว่าจะทำร้ายหรือฆ่า ฯลฯ ทุกวันจนเหยื่อเกิดอาการกลัว หรือการเดินทางพร้อมพกพาอาวุธในลักษณะที่ใช้อาวุธออกมาขู่ แต่หากการกระทำที่เป็นการคุกคามโดยการเฝ้าติดตามไม่มีลักษณะของการขู่เข็ญ เช่น การเดินทางเฉยๆ ไม่ได้แสดงลักษณะท่าทีอย่างใดเพียงแต่ต้องการทราบความเคลื่อนไหวของเหยื่อในแต่ละวัน หรือการตามถ่ายภาพของเหยื่อเท่านั้น เช่นนี้พฤติกรรมดังกล่าวย่อมไม่เป็นความผิดตามมาตรา 392

3.2.4 ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 397

ประมวลกฎหมายอาญา ตามพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 22) พ.ศ. 2558 มาตรา 397 “ผู้ใดกระทำความผิดด้วยประการใด ๆ ต่อผู้อื่น อันเป็นการรังแก

ข่มเหง คุกคามหรือกระทำให้ได้รับความอับอายหรือเดือดร้อนรำคาญ ต้องระวางโทษปรับไม่เกินห้าพันบาท

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งเป็นการกระทำในที่สาธารณะสถานหรือต่อหน้าธารกำนัลหรือเป็นการกระทำอันมีลักษณะส่อไปในทางที่จะล่วงเกินทางเพศ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งเดือนหรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคสองเป็นการกระทำโดยอาศัยเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจเหนือผู้ถูกระทำอันเนื่องมาจากความสัมพันธ์ในฐานะที่เป็นผู้บังคับบัญชา นายจ้างหรือผู้มีอำนาจเหนือประการอื่นต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งเดือน และปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท”

ตามบทบัญญัติมาตรา 397 เดิม บัญญัติว่า “ผู้ใดในที่สาธารณะสถานหรือต่อหน้าธารกำนัลกระทำด้วยประการใดๆอันเป็นการรังแกหรือข่มเหงผู้อื่น หรือกระทำให้ผู้อื่นได้รับความอับอายหรือเดือดร้อนรำคาญ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งเดือนหรือปรับไม่เกินหนึ่งพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ” ซึ่งจากบทบัญญัติตามมาตรา 397 เดิม การกระทำที่เป็นการรังแกหรือข่มเหงผู้อื่น หรือกระทำให้ผู้อื่นได้รับความอับอายหรือเดือดร้อนรำคาญอันจะเป็นความผิดได้นั้นจะต้องกระทำในที่สาธารณะสถานหรือต่อหน้าธารกำนัลเท่านั้น³⁰

ส่วนบทบัญญัติมาตรา 397 มีการแก้ไขใหม่เพิ่มเติมตามพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 22) พ.ศ. 2558 โดยการเพิ่มเติมการกระทำผิดให้ครอบคลุมถึงการกระทำความผิดในที่รโหฐานด้วย ซึ่งเดิมบัญญัติไว้เป็นความผิดเฉพาะในที่สาธารณะสถานหรือต่อหน้าธารกำนัลเท่านั้น ฉะนั้น ในปัจจุบันการกระทำต่อผู้เสียหายในที่รโหฐานเป็นความผิดได้ เช่น พุดจาข่มเหงผู้เสียหายในห้องทำงานส่วนตัว

องค์ประกอบภายนอกของความผิดมาตรา 397 อธิบายได้ ดังนี้

(1) การกระทำด้วยประการใด ๆ ต่อผู้อื่นอันเป็นการรังแก ข่มเหง หมายถึง แกล้งทำความเดือดร้อนให้ผู้อื่นหรือการใช้กำลังรังแกผู้อื่นด้วยความไม่เป็นธรรม เช่น การยกขาขึ้นทางไว้เวลาผู้อื่นเดินผ่าน จอครดในลักษณะขวางกั้นไม่ให้ผู้อื่นถอยออกจากซอย

(2) การกระทำด้วยประการใด ๆ ต่อผู้อื่นได้รับความอับอายหรือเดือดร้อนรำคาญ ซึ่งความหมายของคำว่า “อับอาย” คือ อาย ไม่กล้าสู้หน้า ส่วนคำว่าเดือดร้อนรำคาญ หมายถึง อาการระคายเคือง เช่น การพุดจาหยอกล้อผู้หญิง การด่าผู้อื่นเข้าไปซ้ำมาหลายครั้งบริเวณหน้าบ้านในเวลากลางคืน

³⁰ คณิต ณ นคร. (2559). *กฎหมายอาญาภาคความผิด* (พิมพ์ครั้งที่ 11). กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 193-197.

(3) การกระทำที่ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 397 วรรคหนึ่ง คือ การกระทำที่เป็นการคุกคามซึ่งมิได้มีการกำหนดนิยามเป็นการเฉพาะไว้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 1 จึงต้องพิจารณาความหมายตามพจนานุกรมบัณฑิตยสถาน หมายถึง การแสดงอำนาจด้วยกิริยาหรือวาจาให้หวาดกลัว

เหตุกรรจ์ของความผิดตามมาตรา 397 ปรากฏในวรรคสองและวรรคสาม ซึ่งเหตุกรรจ์ตามวรรคสอง คือ การกระทำในที่สาธารณะหรือต่อหน้าธารกำนัลหรือเป็นการกระทำอันมีลักษณะส่อไปในทางที่จะล่วงเกินทางเพศ ซึ่งคำว่า “สาธารณะสถาน” มีความหมายตามนิยาม มาตรา 1 (3) หมายถึง สถานที่ใดๆ ที่ประชาชนมีความชอบธรรมที่จะเข้าไปได้ เช่น สวนสาธารณะ รถไฟฟ้า บนถนน “ต่อหน้าธารกำนัล” หมายถึง กระทำในลักษณะเปิดเผยมีคนเห็นได้ การกระทำต่อหน้าธารกำนัลอาจเกิดในที่สาธารณะหรือกระทำในที่รโหฐานก็ได้ เช่น กระทำบริเวณสนามหญ้าหน้าบ้านซึ่งคนผ่านไปมาสามารถมองเห็นได้ “การกระทำอันมีลักษณะส่อไปในทางที่จะล่วงเกินทางเพศ” (sexual harassment) หมายถึง การแสดงอาการเกินสมควรต่อผู้อื่นซึ่งต้องส่อไปในทางเพศ เช่น พุดจาถลวนลามผู้หญิงในที่ทำงาน การส่งข้อความหาเพื่อนร่วมงานในลักษณะลามกอนาจาร ซึ่งการกระทำดังกล่าวแม้กระทำในที่รโหฐานก็เป็นความผิดตามมาตราหนึ่ง หรือกรณีที่แพทย์แอบตั้งกล้องถ่ายได้กระโปรงคนไข้ที่ห้องตรวจคนไข้ถือว่าเป็นความผิดฐานอนาจาร และความผิดฐานกระทำด้วยประการใด ๆ อันเป็นการรังแกข่มเหง คุกคามหรือกระทำให้ได้รับความอับอายหรือเดือดร้อนรำคาญในที่สาธารณะตามมาตรา 397 วรรคสอง

เหตุกรรจ์ตามวรรคสาม คือ ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคสองเป็นการกระทำโดยอาศัยเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจเหนือผู้ถูกระทำอันเนื่องจากความสัมพันธ์ในฐานะที่เป็นผู้บังคับบัญชา นายจ้างหรือผู้มีอำนาจเหนือประการอื่น เช่น หัวหน้าแผนกกระทำต่อพนักงานระดับล่าง นายจ้าง ต้องมีความสัมพันธ์กันในขณะที่เป็นนายจ้างลูกจ้างกัน มิใช่ตัวการตัวแทน “มีอำนาจเหนือประการอื่น” เป็นกรณีที่ครอบคลุมที่นอกเหนือความสัมพันธ์ในสองฐานะแรก เช่น ผู้รับเหมากระทำต่อคนงานของตน ผู้คุมกระทำต่อนักโทษ เป็นต้น

องค์ประกอบภายใน คือ ต้องกระทำโดยเจตนา โดยผู้กระทำนั้นรู้ว่าการกระทำของตนเป็นการรังแก ข่มเหง คุกคาม หรือเป็นการกระทำที่ทำให้ผู้อื่นอับอายหรือเดือดร้อนรำคาญ หากไม่รู้ก็ถือว่าไม่มีเจตนา เช่น หัวหน้ารับมอบแฟ้มเสนองานแล้วผลออกไปจับมือลูกจ้าง หรือหากเป็นการกระทำโดยประมาทก็ย่อมไม่มีความผิด เช่น กรณีขี้อวดโชว์ไซค์ด้วยความเร็วอันถือเป็นการกระทำโดยประมาทแล้วไปเฉี่ยวผู้หญิงที่เดินอยู่ข้างถนนทำให้กระโปรงเปิด เป็นเหตุให้หญิงสาวได้รับความอับอายต่อผู้คนที่เดินผ่านไปมา ก็ไม่ถือว่าผิดตามมาตรา 397

จากกรณีข้างต้นจะเห็นได้ว่า การกระทำความผิดตามมาตรา 397 ที่ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมเมื่อพิจารณาถึงองค์ประกอบความผิดสามารถนำมาบังคับใช้กับพฤติกรรมที่เป็นการคุกคามโดยการเฝ้าติดตามได้ แต่อย่างไรก็ตาม การกระทำที่ถือเป็นการคุกคามยังไม่มีกำหนดคำนิยามไว้โดยเฉพาะจึงต้องอาศัยการตีความตามตัวบทกฎหมายจึงอาจก่อให้เกิดปัญหาเกี่ยวกับการบังคับใช้ได้ และอีกประการหนึ่ง คือ ความผิดตามมาตรา 397 เป็นเพียงความผิดลหุโทษ ซึ่งมีอัตราโทษสูงสุดที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดได้เพียงจำคุกไม่เกินหนึ่งเดือน หรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาททำให้อัตราโทษดังกล่าวนี้ไม่เพียงพอที่จะป้องกันและยับยั้งผู้กระทำความผิดให้เกรงกลัวและไม่กล้าที่จะกระทำความผิดได้