

บทที่ 4

วิเคราะห์ปัญหากฎหมายอาญาเกี่ยวกับการกระทำที่เป็นการคุกคาม ในลักษณะการเฝ้าติดตาม

เนื่องด้วยปัญหาการคุกคามโดยการเฝ้าติดตามเป็นปัญหาที่สำคัญของประเทศไทย เพราะถือเป็นการละเมิดต่อสิทธิและเสรีภาพความเป็นอยู่ส่วนตัวของปัจเจกชนอันบุคคลทุกคนควรได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ ซึ่งแม้ประเทศไทยจะมีบทบัญญัติคุ้มครองรับรองสิทธิความเป็นส่วนตัวของบุคคลไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ก็ตาม แต่การปรับใช้กฎหมายเพื่อคุ้มครองสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวของผู้ที่ถูกคุกคามโดยการเฝ้าติดตามนั้นพบว่ายังไม่มีกฎหมายโดยเฉพาะที่สามารถนำมาปรับใช้ได้โดยตรง ซึ่งเมื่อเกิดปัญหาเกี่ยวกับการคุกคามโดยการเฝ้าติดตามขึ้นก็ต้องนำประมวลกฎหมายอาญามาใช้ในการพิจารณา แต่เมื่อพิจารณาถึงบทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญากลับยังไม่มีบทบัญญัติให้พฤติกรรมที่เป็นการคุกคามโดยการเฝ้าติดตามเป็นความผิดขึ้นมาโดยเฉพาะจึงต้องนำมาตราใกล้เคียงที่สามารถยกขึ้นนำมาวินิจฉัยปรับกับพฤติกรรมที่เป็นการคุกคามโดยการเฝ้าติดตาม ได้แก่ มาตรา 278 มาตรา 388 มาตรา 309 มาตรา 392 และมาตรา 397 ซึ่งมาตราเหล่านี้ บางกรณี ยังไม่สามารถเอาผิดกับการกระทำที่เป็นการคุกคามโดยการเฝ้าติดตามได้เนื่องจากพฤติกรรม บางกรณีไม่เข้าองค์ประกอบความผิดตามที่กฎหมายกำหนดไว้ในมาตราดังกล่าว และแม้ว่าจะมีการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญาในมาตรา 397 ตามพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 22) เพื่อให้ครอบคลุมพฤติกรรมที่เป็นการคุกคามในหลายรูปแบบ

แต่อย่างไรก็ตามในมาตราดังกล่าวยังไม่มีข้อกำหนดนิยามคำศัพท์คำว่า “คุกคาม” ในทางกฎหมายให้มีความชัดเจนซึ่งทำให้การบังคับใช้กฎหมายไม่ครอบคลุมกับพฤติกรรมที่เป็นการคุกคามต้องอาศัยการตีความตามตัวบทกฎหมาย ซึ่งอาจทำให้เกิดปัญหาสำหรับผู้บังคับใช้กฎหมายและมาตราดังกล่าวเป็นเพียงความผิดลหุโทษซึ่งอัตราโทษดังกล่าวยังไม่เพียงพอและเหมาะสมที่จะนำมาบังคับใช้ในการยับยั้งพฤติกรรมการเฝ้าติดตามให้ผู้กระทำผิดเกิดความเกรงกลัวที่จะไม่กระทำผิดต่อไป เป็นเหตุให้ไม่สามารถแก้ไขปัญหที่เกิดจากการการคุกคามโดยการเฝ้าติดตามได้ จึงนำไปสู่การวิเคราะห์ปัญหาทางกฎหมาย ดังนี้

4.1 ปัญหาไม่มีการกำหนดนิยามความหมายเกี่ยวกับการคุกคามโดยการเฝ้าติดตามในทางกฎหมายให้มีความหมายชัดเจน

ปัญหาเกี่ยวกับการคุกคามจากการคุกคามโดยเฝ้าติดตามที่กระทบต่อสิทธิส่วนบุคคล ซึ่งพฤติกรรมดังกล่าวเป็นการกระทำที่ส่งผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพโดยตรง เป็นการแทรกแซงสิทธิส่วนบุคคลในการดำเนินชีวิตของผู้อื่นซึ่งได้รับการรับรองและคุ้มครองโดยรัฐธรรมนูญ ซึ่งบุคคลมีสิทธิที่จะดำเนินชีวิตของตน โดยอิสระปราศจากการแทรกแซงจากบุคคลอื่น หากมีการแทรกแซงโดยการคุกคามจากการเฝ้าติดตามเกิดขึ้น ความเป็นอิสระในการดำเนินชีวิตของบุคคลย่อมได้รับความกระทบกระเทือนและทำให้การดำรงชีวิตบางอย่างของผู้ถูกระทำต้องเปลี่ยนแปลงไปและปราศจากเสรีภาพที่จะดำรงชีวิตโดยปกติสุข

จากการศึกษาพบว่า สิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวเป็นแขนงหนึ่งของสิทธิมนุษยชน เป็นสิทธิที่ทุกคนมีอยู่ในฐานะมนุษย์ และสิทธิดังกล่าวเป็นเขตแดนเฉพาะของปัจเจกชน ซึ่งไม่ต้องการให้ผู้อื่นเข้ามาเกี่ยวข้อง รวมถึงการมีสิทธิเสรีภาพที่ประสงค์จะอยู่โดยลำพัง ปราศจากการรบกวนจากบุคคลใด ๆ และสิทธิดังกล่าวนี้ได้รับการรับรองว่าเป็นสิทธิมนุษยชนในระดับสากลที่นานาประเทศให้การรับรอง โดยเฉพาะกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมือง และสิทธิทางการเมือง (ICCPR) ซึ่งประเทศไทยเป็นสมาชิกหนึ่งในภาคีได้บัญญัติรับรองไว้ในข้อ 17 โดยมีสาระสำคัญว่า บุคคลจะถูกแทรกแซงในความเป็นส่วนตัว ครอบครัว เคหสถาน หรือการติดต่อสื่อสารโดยพลการหรือมิชอบด้วยกฎหมายมิได้ ซึ่งทุกคนมีสิทธิจะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายไม่ให้ถูกแทรกแซง และในกฎหมายต่างประเทศ เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกาให้การรับรองคุ้มครองถึงสิทธิดังกล่าวไว้ในรัฐธรรมนูญ โดยให้คำจำกัดความไว้ว่า สิทธิที่ปลอดจากการเข้าถึงหรือแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบในเรื่องส่วนตัวของผู้หนึ่งผู้ใด ปลอดจากการเผยแพร่ถึงกิจกรรมส่วนตัวของบุคคลหนึ่งบุคคลใดซึ่งสาธารณชนไม่มีความเกี่ยวข้องในเรื่องดังกล่าว หรือปลอดจากการล่วงละเมิดอันมิชอบต่อกิจกรรมส่วนตัวของบุคคลซึ่งเป็นการทำลายหรือเป็นมูลเหตุให้ได้รับความอับอายตามความรู้สึกรวมของคนทั่วไป และยังหมายความรวมถึงสิทธิที่จะอยู่โดยลำพังอีกด้วย ส่วนประเทศญี่ปุ่นนั้นแม้จะไม่ได้บัญญัติเรื่องสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวไว้ในรัฐธรรมนูญโดยตรง แต่ในรัฐธรรมนูญให้ความคุ้มครองสิทธิมนุษยชนเป็นสิ่งที่ล่วงละเมิดไม่ได้ อันมีความหมายว่าสิทธิของบุคคลที่เป็นแขนงหนึ่งของสิทธิมนุษยชนนั้นถูกคุ้มครองโดยรัฐธรรมนูญ ผู้ใดจะล่วงละเมิดสิทธิดังกล่าวมิได้ เช่นเดียวกัน ส่วนประเทศไทยได้ให้ความคุ้มครองสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวไว้ในรัฐธรรมนูญเกือบจะทุกฉบับ โดยเฉพาะฉบับพุทธศักราช 2560 ได้กล่าวรับรองและคุ้มครองสิทธิในความ

เป็นอยู่ส่วนตัวไว้ในมาตรา 32 ว่าการกระทำอันเป็นการละเมิดหรือกระทบต่อสิทธิของบุคคล จะกระทำไม่ได้เว้นแต่กฎหมายจะให้อำนาจกระทำเพียงเท่าที่จำเป็นและเพื่อประโยชน์สาธารณะ เท่านั้น

พฤติกรรมการเฝ้าติดตามจึงเป็นการกระทำที่มีลักษณะรบกวนความสงบสุข ในความเป็นส่วนตัวของบุคคลอื่นอันขัดกับหลักความคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคลตามหลักสากล และหลักการคุ้มครองสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวตามรัฐธรรมนูญของไทย เป็นการกระทำที่ล่วงล้ำเข้าไปในเขตแดนแห่งสิทธิของบุคคลอื่น และบางกรณี เป็นการเตือนถึงความรุนแรงในอนาคต เป็นการกระทำรูปแบบหนึ่งที่เป็นอันตราย ซึ่งลักษณะของการเฝ้าติดตามทุกประเภท จะเข้าไปแทรกแซงและรบกวนชีวิตประจำวันของผู้อื่นทำให้ผู้นั้นเกิดความรู้สึกในการถูกละเมิด ในความเป็นอยู่ส่วนตัว เกิดความทุกข์ ความรำคาญ ความวิตกกังวลในความปลอดภัยจนก่อให้เกิด ความกลัว และพบว่ามีรูปแบบที่เป็นการกระทำซ้ำ ๆ โดยลักษณะการกระทำที่พบมากที่สุด ได้แก่ การโทรศัพท์ที่ไม่พึงประสงค์ การเดินเตร่ในบริเวณใกล้เคียง การส่งจดหมายหรือจดหมาย อิเล็กทรอนิกส์ที่ไม่พึงประสงค์ การเฝ้าติดตาม หรือการเข้าหาผ่านบุคคลที่สามหรือแม้แต่ การกระทำด้วยวาจา การเขียนข้อความผ่านอุปกรณ์การสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ โทรศัพท์มือถือ อีเมลล์ แม้แต่การพบเจอโดยบังเอิญซ้ำ ๆ ก็จัดว่าเป็นการเฝ้าติดตามเช่นเดียวกัน ซึ่งในทางจิตเวชศาสตร์ กล่าวว่า การเฝ้าติดตามเป็นกลุ่มของพฤติกรรมใด ๆ ก็ตามที่บุคคลหนึ่ง ใช้เพื่อสร้างความเดือดร้อนรำคาญ หรือก่อให้เกิดความเสียหายกับกับบุคคลที่เป็นเป้าหมาย โดยมีลักษณะเกิดขึ้นซ้ำ ๆ บ่อย ๆ และดำเนินไปอย่างซ้ำ ๆ ค่อยเป็นค่อยไป เพื่อประสงค์ ที่จะให้เหยื่อนั้นเกิดความหวาดกลัว และการคุกคาม โดยการเฝ้าติดตามนั้นอาจจะ เกิดจากการถูกเฝ้าโดยบุคคลธรรมดาทั่วไป หรือเกิดจากเจ้าหน้าที่ของรัฐ โดยเกิดจากการปฏิบัติการของเจ้าหน้าที่ในกรณีการเฝ้าติดตามเพื่อสืบสวนหรือป้องกัน โดยวิธีการเฝ้าติดตามบุคคลใดบุคคลหนึ่งเพื่อให้ได้ข้อมูลโดยอาจซุ่มระวังถ่ายภาพ สังเกตพฤติกรรมของบุคคลในเคหสถานของบุคคลซึ่งเป็นผู้ต้องสงสัยหรือผู้ต้องหาเพื่อนำไปใช้เป็น พยานหลักฐานในการดำเนินคดีต่อไป เมื่อพิจารณาจากองค์ประกอบของการคุกคาม กรณีนี้ ถือว่ามีการกระทำ ที่จะเฝ้าติดตามแล้ว แม้จะมีมูลเหตุมาจากการสืบสวนหรือป้องกันเหตุร้าย และหากพฤติกรรมดังกล่าวส่งผลกระทบต่อผู้ถูกระทำ ย่อมถือว่าเป็นการคุกคาม จากการเฝ้าติดตามที่กระทบต่อสิทธิส่วนบุคคลของผู้ถูกระทำแล้ว

จากที่กล่าวมาจะเห็นได้ว่า ปัญหาเกี่ยวกับพฤติกรรมที่เป็นการคุกคามโดยการเฝ้าติดตามนั้นก่อให้เกิดปัญหาในสังคมไทยตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบันและมีแนวโน้มที่จะมีความรุนแรงขึ้นเรื่อย ๆ และเป็นการกระทำที่กระทบต่อสิทธิ เสรีภาพในการดำเนินชีวิตโดยปกติสุข

ของผู้คนในสังคมทำ รัฐจึงต้องให้ความสำคัญกับปัญหาที่เกิดขึ้น โดยใช้กฎหมายอาญาเป็นเครื่องมือเพื่อคุ้มครองสมาชิกในสังคม ดังนั้น รัฐจึงควรบัญญัติกฎหมายห้ามการกระทำดังกล่าวที่มีความเป็นอันตรายต่อชีวิตมนุษย์ไว้ให้ชัดเจนเพื่อคุ้มครองสมาชิกในสังคมของรัฐ และสมควรที่จะต้องบัญญัติกฎหมายว่าพฤติกรรมใดบ้างที่จะเป็นความผิดโดยการกำหนดความหมายของการคุกคามโดยการเฝ้าติดตามให้ชัดเจนเป็นมาตรการทางกฎหมายที่จะช่วยป้องกันอาชญากรรมที่จะก่อให้เกิดความเสียหายในอนาคตได้

สำหรับความหมายของการคุกคามตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554 คุกคาม หมายถึง แสดงอำนาจด้วยกิริยาหรือวาจาให้หวาดกลัว ทำให้หวาดกลัว ซึ่งเมื่อมาพิจารณาในส่วนของกฎหมายอาญาของประเทศไทยตามมาตรา 397 นั้น มีการแก้ไขเพิ่มเติมตามพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 22) พ.ศ. 2558 เป็นการแก้ไขเพิ่มเติม โดยมีเจตนารมณ์เพื่อให้ครอบคลุมพฤติกรรมที่เป็นการคุกคามทางเพศ (Sexual Harassment) รวมถึงการคุกคามโดยการเฝ้าติดตาม (Stalking) ดังเช่นกฎหมายของต่างประเทศที่ได้กำหนดความผิดเกี่ยวกับการคุกคามทางเพศและความผิดเกี่ยวกับการเฝ้าติดตามไว้เป็นการเฉพาะ และมีการกำหนดนิยามความหมายของการคุกคามโดยการเฝ้าติดตามในทางกฎหมายไว้อย่างชัดเจน แต่ประเทศไทยกลับไม่มีการนิยามความหมายของคำว่าคุกคามโดยการเฝ้าติดตามไว้ดังเช่นกฎหมายต่างประเทศ หากมีการกระทำที่เป็นการคุกคามต้องนำพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554 มาใช้ในการตีความหมายซึ่งอาจทำให้ไม่สามารถเอาผิดกับพฤติกรรมที่เป็นการคุกคามโดยการเฝ้าติดตามได้อย่างครอบคลุมทุกพฤติกรรม

ในต่างประเทศเรียกการกระทำที่เป็นการคุกคามโดยการเฝ้าติดตามเช่นนี้ว่า “Stalking” ซึ่งตามพจนานุกรมของ Cambridge ตามพจนานุกรม Black’s Law Dictionary และในหนังสือ The Psychology of Stalking Clinical and Forensic Perspectives เมื่อนำมาพิจารณาความหมายการเฝ้าติดตามผู้กระทำต้องมีเจตนาที่จะเฝ้าติดตามเหยื่อและต้องเป็นการกระทำต่อเนื่องกัน ในช่วงระยะเวลาหนึ่งจนทำให้เหยื่อเกิดความกลัวว่าจะเกิดอันตรายและส่งผลกระทบต่อดำเนินชีวิตโดยปกติสุขมิใช่เพียงแต่เหยื่อจะเกิดความรู้สึกรำคาญใจเท่านั้นและจะต้องเป็นการกระทำต่อเหยื่อหรือบุคคลที่ใกล้ชิด เช่นครอบครัวของเหยื่อก็ได้

ในสหรัฐอเมริกาความผิดฐานคุกคามโดยการเฝ้าติดตามถือเป็นความผิดฐานหนึ่งตามกฎหมายอาญาโดยการบัญญัติกฎหมายให้การกระทำที่เป็นการคุกคามโดยการเฝ้าติดตามเป็นความผิดฐานหนึ่งแยกต่างหากจากความผิดฐานอื่นซึ่งในมลรัฐแคลิฟอร์เนียเป็นรัฐแรกที่ได้บัญญัติกฎหมายให้การคุกคามโดยการเฝ้าติดตามเป็นความผิดฐานหนึ่งในกฎหมายอาญา

และได้ให้นิยามของคำว่าคุกคามไว้ในมาตรา 646.9 (e) มลรัฐอิลลินอยส์ได้ให้นิยามของคำเฝ้าติดตามไว้ใน 720 ILC 5/12-7.3 (c)(5)

สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีก็ได้ให้ความสำคัญของการแก้ไขปัญหาการคุกคาม โดยการเฝ้าติดตามที่เกิดขึ้นในประเทศเช่นกันและในฐานะที่เป็นประเทศสมาชิกสหภาพยุโรป ซึ่งสหภาพยุโรปมีการสร้างข้อบังคับ EU Directive /2006/54/EC ที่จะนำมาใช้เป็นเครื่องมือทางกฎหมายเพื่อบังคับใช้ในกลุ่มสหภาพยุโรปโดยออกมาเพื่อรับรองความเท่าเทียมระหว่างชายและหญิง สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีจึงนำข้อบังคับดังกล่าวมาสร้างกฎหมายใหม่ที่ชื่อว่า รัฐบัญญัติว่าด้วยการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกัน (General Equal Treatment Act 2006) (Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz: AGG) โดยได้นิยามคำว่า คุกคาม (Harassment) ไว้ในมาตรา 2,1(c) หมายถึง การกระทำอันไม่พึงปรารถนาซึ่งเกี่ยวกับเพศของบุคคลหนึ่งบุคคลใด อันกระทำขึ้นเพื่อละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์หรือทำให้ผู้ถูกระทำรู้สึกถูกคุกคามไม่เป็นมิตร ค้อยค่าเสื่อมเสียเกียรติ หรือถูกรังเกียจ และบุคคลผู้ถูกคุกคามสามารถยื่นคำฟ้องต่อศาลเป็นคดีอาญาหากมีการเฝ้าติดตาม (Stalking) เป็นการติดตามหรือรบกวนเหยื่ออย่างต่อเนื่อง โดยมีเงื่อนไขข้อเท็จจริงสองประการ คือ การกระทำที่เป็นการติดตามหรือรบกวนเหยื่อ (Nachstellung) และความต่อเนื่องของการกระทำ (Beharrlichkeit)

จากการศึกษาในการให้ความหมายตามแนวคิดและในต่างประเทศที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้นนั้นนอกจากมีการกำหนดให้พฤติกรรมที่เป็นการคุกคามโดยการเฝ้าติดตามเป็นความผิดตามกฎหมายอาญาโดยเฉพาะแล้วยังมีการกำหนดนิยามความหมายของการคุกคามโดยการเฝ้าติดตามไว้ชัดเจนว่าการกระทำใดเป็นการกระทำที่เป็นการคุกคามโดยการเฝ้าติดตามสามารถสรุปได้ว่า การกระทำที่เป็นการคุกคามโดยการเฝ้าติดตาม คือ การกระทำต่าง ๆ ที่ผู้กระทำประสงค์หรือมีเจตนาที่จะติดตาม รบกวน หรือติดต่อ ไม่ว่าจะด้วยการเฝ้าดู ติดตาม จ้องดู สะกดรอยตามความเคลื่อนไหวโดยกระทำอย่างต่อเนื่องเป็นช่วงระยะเวลาหนึ่งเพื่อรบกวนหรือคุกคามผู้อื่นโดยผู้ถูกระทำไม่ต้องการหรือยินยอมให้เกิดขึ้น จนทำให้ผู้นั้นอึดอัด รำคาญใจ หรือเกิดความหวาดกลัวว่าจะเกิดอันตรายต่อชีวิตหรือร่างกาย หรือส่งผลกระทบต่อการใช้ชีวิตในสังคมของผู้ถูกระทำไม่ปกติสุขซึ่งสามารถนำมาเป็นแนวทางการเพิ่มเติมในกฎหมายอาญาของไทยได้โดยการกำหนดค่านิยามของการกระทำที่เป็นการคุกคามโดยการเฝ้าติดตามเข้าไปให้ชัดเจน

ดังนั้น หากมีการกำหนดนิยามความหมายของการคุกคามโดยการเฝ้าติดตามไว้เจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องในการใช้กฎหมายจะสามารถนำมาใช้เป็นหลักในการตีความถึงพฤติกรรม

ในลักษณะใดบ้างที่จะเป็นความผิดเพื่อจะช่วยให้เจ้าหน้าที่สามารถบังคับใช้กฎหมายได้โดยง่าย และมีประสิทธิภาพมากขึ้น

4.2 ปัญหาเกี่ยวกับการไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายมาปรับใช้เกี่ยวกับการคุกคาม โดยการเฝ้าติดตามให้เป็นความผิดเฉพาะ

ตามที่ได้กล่าวมาแล้วว่าการกระทำที่มีลักษณะเป็นการรบกวน สร้างความรำคาญ ความหวาดกลัวหรือก่อให้เกิดผลกระทบด้านอื่น คือการคุกคามโดยการเฝ้าติดตามผู้อื่น ในต่างประเทศเรียกพฤติกรรมนี้ว่า “Stalking” ซึ่งต่างประเทศกำหนดให้เป็นความผิด ในทางอาญาในรูปแบบการกระทำที่เป็นการคุกคามโดยการเฝ้าติดตามอันก่อให้เกิดผล ในทางลบไม่ว่า จะเป็นทางด้านร่างกายหรือจิตใจ รวมทั้งมีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพ และความเป็นอยู่ส่วนตัวของผู้ถูกรกระทำด้วยอันเป็นการแทรกแซงสิทธิเสรีภาพในการดำเนิน ชีวิตส่วนตัวและอาจก่อให้เกิดผลกระทบต่อความปลอดภัยของเหยื่อและบุคคลใกล้ชิด อีกทั้งอาจก่อให้เกิดความเสียหายจากความรุนแรงอื่น ๆ ขึ้นในอนาคตจึงถือว่าพฤติกรรมเช่นนี้ เป็นการกระทำที่แสดงให้เห็นถึงความเป็นอันตรายของบุคคลซึ่งเป็นไปตามทฤษฎี ความเป็นอันตรายของบุคคลและจากการศึกษาโดยนำแนวคิดและทฤษฎีในการกำหนดโทษ โดยการนำหลัก Harm Principal และหลัก Offense Principle ซึ่งทั้งสองหลักมีความสอดคล้องกัน คือ เป็นหลักการที่สนับสนุนการใช้กฎหมายจำกัดเสรีภาพของการกระทำหากเป็นไปได้เพื่อป้องกัน อันตรายที่จะเกิดกับผู้อื่นและพฤติกรรมบางอย่างแม้โดยสภาพไม่เกิดผลร้ายกับผู้อื่น แต่หากมีลักษณะการล่วงเกินความรู้สึกของบุคคลทั่วไปก็ย่อมมีเหตุผลเพียงพอที่จะนำกฎหมาย อาญามาบังคับใช้ได้

ดังนั้น เมื่อปัญหาการเฝ้าติดตามที่เกิดขึ้นในประเทศไทยเป็นปัญหาที่เกิดขึ้นมา อย่างยาวนานและรุนแรงมากขึ้นแต่เนื่องจากประเทศไทยไม่มีกฎหมายเฉพาะที่ควบคุม พฤติกรรมเฝ้าติดตามเช่นสหรัฐอเมริกา ประเทศญี่ปุ่น และเยอรมนี แม้ว่าประเทศไทยจะมี รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 คู่คุ้มครองสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวไว้ ในมาตรา 32 แต่รัฐธรรมนูญมาตราดังกล่าวกลับไม่สามารถบังคับใช้ได้อย่างมีประสิทธิภาพ เนื่องจากไม่ได้มีบทลงโทษใด ๆ ทำให้ปัญหาการเฝ้าติดตามจึงเกิดขึ้นต่อเนื่องเรื่อยมา หากผู้เสียหายจากการเฝ้าติดตามจะดำเนินการฟ้องร้องผู้กระทำความผิด จะต้องดำเนินการฟ้อง ตามกฎหมายที่ใกล้เคียง คือ ประมวลกฎหมายอาญาโดยการกระทำดังกล่าวอาจเข้าลักษณะ ของการกระทำความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา ดังต่อไปนี้

4.2.1 กรณีการคุกคามโดยการเฝ้าติดตามที่ส่งผลกระทบต่อเสรีภาพของบุคคลอื่น

การคุกคามโดยการเฝ้าติดตามเป็นพฤติกรรมที่ทำให้เหยื่อถูกละเมิดสิทธิเสรีภาพในการใช้ชีวิตประจำวันอย่างปกติสุข ทำให้เหยื่อไม่อาจใช้ชีวิตได้อย่างอิสระและทำให้การใช้ชีวิตของบุคคลอื่นต้องเปลี่ยนแปลงไป เช่น กรณีของนักร้อง นักแสดง หรือเน็ตไอดอล ถูกเฝ้าติดตามถ่ายรูปในช่วงระยะเวลาหนึ่งอย่างต่อเนื่อง หรือการส่งข้อความที่ไม่พึงประสงค์ทางโทรศัพท์หรือโปรแกรมสนทนาทางโซเชียลมีเดียต่าง ๆ หรือการโทรศัพท์ที่ไม่พึงประสงค์ไปหาเหยื่อซ้ำ ๆ หลายครั้ง ซึ่งตัวอย่างของพฤติกรรมดังกล่าวทำให้ผู้ถูกรบกวนไม่สามารถใช้ชีวิตประจำวันของตัวเองได้อย่างปกติสุข เกิดความเดือดร้อนรำคาญ ได้รับความอับอาย เสื่อมเสียชื่อเสียง

หากพฤติกรรมดังกล่าวมีการข่มขู่เหยื่อร่วมด้วยอันเป็นการส่งผลกระทบต่อเสรีภาพของผู้ถูกรบกวน บทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญาที่จะนำมาพิจารณาคือ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 309 อันเป็นความผิดฐานทำให้เสื่อมเสียเสรีภาพหรือเรียกว่าความผิดฐานข่มขืนใจผู้อื่น ซึ่งองค์ประกอบภายในของความผิดฐานนี้ คือ เจตนา ส่วนองค์ประกอบภายนอกมี 2 กรณี คือ (1) การข่มขืนใจผู้อื่นให้กระทำการใดไม่กระทำการใด หรือจำยอมต่อสิ่งใดโดยทำให้กลัวว่าจะเกิดอันตรายต่อชีวิต ร่างกาย เสรีภาพ ชื่อเสียงหรือทรัพย์สินของผู้ถูกข่มขืนใจนั้นเอง หรือของผู้อื่น เช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1447/2513 จำเลยกับพวกมีอาวุธปืนติดตัวเข้าไปพุดจาให้โจทก์ร่วมคิดบัญชีการเงินที่จำเลยกับโจทก์ร่วมเข้าหุ้นกันทำการก่อสร้าง โดยขู่ว่าถ้าไม่คิดจะเกิดเรื่อง ถือว่าจำเลยมีเจตนาทำให้โจทก์ร่วมกลัวว่าจะเกิดอันตรายต่อชีวิตจนยอมคิดบัญชีให้ กรณี (2) โดยใช้กำลังประทุษร้ายจนผู้ถูกข่มขืนใจต้องกระทำการนั้น ไม่กระทำการนั้นหรือจำยอมต่อสิ่งนั้น ตัวอย่างเช่น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5053/2555 จำเลยที่ 2 ร่วมกับพวกกรุมทำร้ายผู้เสียหายเพื่อข่มขู่มิให้ผู้เสียหายยื่นซองสอบราคาจ้างเหมางานที่จำเลยที่ 1 ซึ่งเป็นพี่ชายของจำเลยที่สอง ขอไม่ให้ผู้เสียหายยื่น จำเลยที่ 2 จึงมีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 295, 309 วรรคแรก ประกอบมาตรา 83

เมื่อนำบทบัญญัติมาตรา 309 มาเปรียบเทียบกับกรณการคุกคามโดยการเฝ้าติดตามที่ส่งผลกระทบต่อเสรีภาพ เช่น การตามถ่ายภาพบุคคลอื่น การเฝ้าเดินตามผู้อื่น การจ้องมองโดยไม่พูดอะไร ที่มีลักษณะการกระทำเป็นช่วงระยะเวลาต่อเนื่องกันจนทำให้เหยื่อเกิดความกลัวไม่สามารถใช้ชีวิตได้อย่างปกติสุขได้ พบว่า การกระทำดังกล่าวไม่เข้าองค์ประกอบความผิดของมาตรานี้ ไม่ว่าจะการเฝ้าเดินตามหรือการเฝ้าถ่ายรูปเหยื่อไม่เป็นการใช้แรงกายภาพจึงไม่เข้าองค์ประกอบความผิดในเรื่องการการใช้กำลังประทุษร้ายในกรณีที่ 2 และหากจะพิจารณาว่าเป็นการกระทำ

ที่ทำให้เหยื่อกลัวว่าจะเกิดอันตรายต่อชีวิต ร่างกาย เสรีภาพ ชื่อเสียงหรือทรัพย์สินของผู้ถูกข่มขืนใจในกรณีที่ 1 ก็เห็นได้ว่าผู้กระทำไม่ได้มีเจตนาให้เหยื่อกระทำการ ไม่กระทำการ หรือจำยอมต่อสิ่งใด เพราะจุดประสงค์ของผู้กระทำเพียงแค่อต้องการความพอใจที่จะทราบการใช้ชีวิตประจำวันของเหยื่อเพียงเท่านั้น จึงถือว่าพฤติกรรมบางอย่างที่เป็นการคุกคาม โดยการเฝ้าติดตามนั้น ไม่เป็นความผิดฐานข่มขืนใจตามมาตรา 309

4.2.2 กรณีการคุกคามโดยการเฝ้าติดตามที่เป็นการกระทำการอันควรขายหน้า

การคุกคามโดยการเฝ้าติดตามที่ผู้กระทำกระทำการอันควรขายหน้า เช่น การส่งข้อความทางโปรแกรมสนทนา เช่น ไลน์ แมสเซนเจอร์ ที่เป็นข้อความเชิงลามกหรือส่งรูปถ่ายลามกหรืออวัยวะเพศให้แก่เหยื่อเป็นประจำซ้ำ ๆ ติดต่อกัน หรือการโทรศัพท์ไปหาเหยื่อแล้วเล่าเรื่องลามกให้ฟังทุกวัน หรือถ้ามองในที่ลับตาคน พฤติกรรมดังกล่าวมาถือเป็นการกระทำลามกอันควรขายหน้าทั้งสิ้น

เมื่อนำประมวลกฎหมายอาญา มาพิจารณาเพื่อปรับใช้ในกรณีพฤติกรรมดังกล่าว คือ บทบัญญัติในมาตรา 388 บัญญัติว่า “ผู้ใดกระทำการอันควรขายหน้าต่อหน้าธารกำนัล โดยเปลือยกาย หรือเปิดเผยร่างกายหรือกระทำการลามกอย่างอื่น ต้องระวางโทษปรับไม่เกินห้าพันบาท” ซึ่งความหมายของคำว่า “ควรขายหน้า” คือ กระทำการเป็นที่อับอายแก่ผู้พบเห็น โดยถือเอาความรู้สึกของวิญญูชนทั่วไป เช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1069/2506 คำว่าลามกอย่างอื่น ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 388 นั้น ไม่ได้หมายความว่าเฉพาะแต่เรื่องเกี่ยวกับร่างกายเท่านั้น ย่อมหมายถึงวาจาด้วย จำเลยกล่าวคำว่า “เย็ดโคตรแม่มึง” ต่อหน้าธารกำนัล จึงเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 388 และกระทำการที่เป็นการกระทำอันควรขายหน้า โดยเปลือยกายหรือเปิดเผยร่างกายหรือกระทำการลามกอย่างอื่น ต้องกระทำต่อหน้าธารกำนัล หมายถึง กระทำในสถานที่ที่มีผู้พบเห็นได้ไม่จำเป็นต้องเป็นที่สาธารณะ ซึ่งการกระทำในที่สาธารณะเป็นการกระทำต่อหน้าธารกำนัลอยู่แล้ว เช่น ทำลามกบนรถไฟฟ้า โดยสาธารณะ กลางสวนสาธารณะ

จะเห็นได้ว่าพฤติกรรมที่เป็นการคุกคาม โดยการเฝ้าติดตามที่กล่าวมาข้างต้น ล้วนเป็นการกระทำอันควรขายหน้าทั้งสิ้น เพราะเป็นการกระทำลามก แต่หากพฤติกรรมที่เกิดขึ้นไม่ได้กระทำต่อหน้าธารกำนัล เช่น การโทรศัพท์ไปหาหรือการใช้โปรแกรมสนทนา อีเล็กทรอนิกส์ หรือการถ้ามองในที่ลับตาคน ไม่ถือว่าเป็นการกระทำต่อหน้าธารกำนัลจึงไม่เข้าองค์ประกอบความผิดตามมาตรา 388 ฉะนั้นบทบัญญัติของกฎหมายมาตรานี้จึงไม่สามารถนำมาปรับใช้กับพฤติกรรมที่เป็นการคุกคาม โดยการเฝ้าติดตามที่เป็นการกระทำอันควรขายหน้าได้ครอบคลุมทุกกรณี

4.2.3 กรณีการคุกคามโดยการเฝ้าติดตามที่ส่งผลให้ผู้อื่นเกิดความตกใจหรือกลัว

พฤติกรรมที่เป็นการคุกคามโดยการเฝ้าติดตามบางกรณี เช่น การโทรศัพท์ไปขู่เหยื่อว่าจะทำร้ายหรือฆ่าซ้ำ ๆ ทุกวันจนเหยื่อเกิดอาการกลัว หรือการที่ผู้กระทำความผิดเฝ้าติดตามดูพฤติกรรมการใช้ชีวิตของเหยื่อเป็นระยะเวลาหนึ่งเป็นประจำ โดยผู้กระทำความผิดมักจะทำทางและวางข่มขู่ว่าจะทำอันตรายเหยื่อทำให้เหยื่อเกิดความกลัวว่าจะมีอันตรายจนไม่กล้าที่จะออกจากบ้าน ถือเป็นกรกระทำที่ทำให้เหยื่อเกิดความกลัวว่าจะมีอันตรายแก่ชีวิต ร่างกาย หรือทรัพย์สินของตน ซึ่งเป็นการกระทำในลักษณะของการเฝ้าติดตามที่มีพฤติกรรมข่มขู่ร่วมด้วยเช่นนี้สามารถนำประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 392 มาเอาผิดกับกรณีนี้ได้ ซึ่งเป็นความผิดฐานทำให้ผู้อื่นเกิดความตกใจหรือกลัวโดยการขู่เข็ญ เพราะผู้กระทำความผิดที่เป็นการขู่เข็ญ ซึ่งการขู่เข็ญ หมายถึง การแสดงว่าจะทำให้เกิดภัยแก่ผู้อื่น จะเป็นภัยที่เกิดขึ้นทันทีหรือภายหลังก็ได้ และการขู่เข็ญอาจกระทำโดยกิริยาวาจาก็ได้ เช่น ตัวอย่างจากคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 337/2517 จำเลยถือปืนพลาสติกทำท่าจะยิงผู้เสียหาย ผู้เสียหายตกใจหน้าซีดเข้าใจว่าเป็นปืนจริง จำเลยมีความผิดฐานทำให้ผู้อื่นเกิดความกลัวหรือตกใจโดยการขู่เข็ญ จึงถือได้ว่าผู้กระทำความผิดฐานทำให้ผู้อื่นเกิดความตกใจหรือกลัวตามมาตรา 392 แล้ว

แต่อย่างไรก็ตาม หากพฤติกรรมที่เป็นการคุกคามโดยการเฝ้าติดตามไม่มีลักษณะของการขู่เข็ญ การเดินตามเฉย ๆ ไม่ได้แสดงลักษณะทำที่อย่างใดเพียงแต่ต้องการทราบความเคลื่อนไหวของเหยื่อในแต่ละวัน หรือการตามถ่ายภาพของเหยื่อเท่านั้น เช่นนี้พฤติกรรมดังกล่าวย่อมไม่เป็นความผิดตามมาตรานี้เพราะไม่ครบองค์ประกอบความผิด ฉะนั้นมาตรา 392 แห่งประมวลกฎหมายอาญานี้ยังไม่ครอบคลุมพฤติกรรมที่เป็นการคุกคามโดยการเฝ้าติดตามที่มีการกระทำเป็นขู่เข็ญจนทำให้ผู้อื่นเกิดความกลัวหรือตกใจ

4.2.4 กรณีการคุกคามโดยการเฝ้าติดตามที่ส่งผลให้ผู้อื่นได้รับความอับอายหรือเดือดร้อนรำคาญ

พฤติกรรมที่เป็นการคุกคามโดยการเฝ้าติดตามที่ทำให้ผู้อื่นได้รับความอับอายหรือเดือดร้อนรำคาญ เช่น การเฝ้ามองหรือถ่มองผู้ที่ตนหลงรักเป็นประจำโดยทำมาเป็นระยะเวลานาน เมื่อผู้ถูกระทำรู้ตัวว่าถูกคุกคามโดยการถ่มองทำให้เกิดความรู้สึกอับอายเป็นอย่างมาก ซึ่งการกระทำดังกล่าวประมวลกฎหมายอาญาที่จะนำมาปรับใช้ในกรณีนี้คือ มาตรา 397 อันเป็นความผิดฐานกระทำการที่เป็นการรังแก คุกคาม หรือทำให้เดือดร้อนรำคาญซึ่งบทบัญญัติมาตรา 397 มีการแก้ไขใหม่เพิ่มเติมตามพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 22) พ.ศ. 2558 เพื่อให้ครอบคลุมถึงการกระทำที่เป็นความผิดให้กว้างยิ่งขึ้น โดยการกำหนดให้การกระทำที่มีลักษณะของการคุกคามเป็นความผิดและเพิ่มเติมให้ครอบคลุมถึงการกระทำ

ความผิดในทীরโหลวนด้วย ซึ่งเดิมบัญญัติไว้เป็นความผิดเฉพาะในที่สาธารณะสถานหรือต่อหน้าธารกำนัลเท่านั้น ฉะนั้น ในปัจจุบันการกระทำต่อผู้เสียหายในทীরโหลวนเป็นความผิดได้ ซึ่งหากเป็นการกระทำในที่สาธารณะสถานหรือต่อหน้าธารกำนัลหรือเป็นการกระทำอันมีลักษณะส่อไปในทางที่จะล่วงเกินทางเพศ ก็เป็นเหตุที่จะทำให้ผู้กระทำผิดจะต้องรับโทษหนักขึ้นตามมาตรา 397 วรรคสอง

เมื่อนำพฤติกรรมการเป็นการคุกคามโดยการเฝ้าติดตามมาพิจารณากับมาตรา 397 ที่ได้แก้ไขเพิ่มเติมจะเห็นว่าหากพฤติกรรมดังกล่าวมีวัตถุประสงค์เกี่ยวกับเรื่องทางเพศยอมเข้าลักษณะความผิด เช่น พุดจาฉนวนลามผู้หญิงในที่ทำงาน การส่งข้อความหาเพื่อนร่วมงานในลักษณะลามกอนาจาร หรือกรณีแพทย์แอบตั้งกล้องถ่ายได้กระโปรงคนไข้ที่ห้องตรวจคนไข้ ตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 12983/2558 จำเลยแอบติดตั้งกล้องไว้ใต้โต๊ะทำงานของโจทก์แล้วบันทึกภาพสรีระร่างกายของโจทก์ตั้งแต่ช่วงลั้นปีจนถึงอวัยวะช่วงขาทำให้เห็นกระโปรงที่โจทก์สวมใส่ ขาท่อนล่างและท่อนบนของโจทก์ การกระทำของจำเลยแสดงให้เห็นถึงความใคร่และกามารมณ์โดยที่โจทก์มิได้ยินยอมอันเป็นการกระทำที่ไม่สมควรในทางเพศโดยโจทก์ตกอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ แม้จำเลยจะมีได้สัมผัสต่อเนื้อตัวร่างกายของโจทก์โดยตรงแต่การที่จำเลยใช้กล้องบันทึกภาพได้กระโปรงโจทก์ในระยะใกล้โดยโจทก์ไม่รู้ตัวถือว่าจำเลยกระทำโดยประสงค์ต่อผลอันไม่สมควรในทางเพศต่อโจทก์โดยใช้กำลังประทุษร้ายตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 1 (6) ซึ่งการใช้กำลังประทุษร้ายอันเป็นองค์ประกอบความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 278 นอกจากหมายความว่าการประทุษร้ายแก่กายแล้วยังรวมถึงทำการประทุษร้ายแก่จิตใจด้วย ไม่ว่าจะทำด้วยใช้แรงกายภาพหรือด้วยวิธีอื่นใดและหมายความรวมถึงการกระทำใด ๆ อันเป็นเหตุให้บุคคลหนึ่งบุคคลใดอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ การกระทำของจำเลยทำให้โจทก์ต้องรู้สึกสะเทือนใจอับอายขายหน้า จึงถือว่าเป็นการประทุษร้ายแก่จิตใจโจทก์แล้ว การกระทำของจำเลยจึงเป็นการกระทำอนาจารโจทก์ครบองค์ประกอบความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 278

ห้องตรวจคนไข้ที่เกิดเหตุ เป็นส่วนหนึ่งของ โรงพยาบาลซึ่งเป็นสถานที่ราชการ อันป็นสาธารณสถานที่ประชาชนมีความชอบธรรมจะเข้าไปได้ แม้ประชาชนที่ไปใช้บริการในห้องตรวจคนไข้ที่เกิดเหตุจะต้องได้รับอนุญาต และผ่านการคัดกรองจากพยาบาลหน้าห้องตรวจ แต่ก็ยังเป็นเพียงขั้นตอนและวิธีปฏิบัติในการใช้บริการของโรงพยาบาลเท่านั้น หากทำให้ห้องตรวจคนไข้ซึ่งเป็นสาธารณสถานกลับกลายเป็นทীরโหลวนไม่ ห้องตรวจคนไข้ที่เกิดเหตุจึงยังคงเป็นสาธารณสถาน ดังนั้น การกระทำของจำเลยจึงครบองค์ประกอบความผิดฐานกระทำด้วยประการใด

อันเป็นการรังแก หรือข่มเหงผู้อื่น หรือกระทำให้อันได้รับความอับอาย หรือเดือดร้อนรำคาญ ในที่สาธารณะตาม ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 397

ฉะนั้น ความผิดตามมาตรา 397 ที่ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมจึงนำมาใช้กับพฤติกรรม ที่เป็นการคุกคามทางเพศได้แต่ในคำพิพากษาศาลฎีกาดังกล่าวยังไม่ได้มีการวินิจฉัยถึง พฤติกรรมการกระทำดังกล่าวเป็นการคุกคามโดยการเฝ้าติดตาม ซึ่งเจตนารมณ์ของมาตรา 397 เพื่อคุ้มครองไม่ให้ผู้อื่นได้รับความเดือดร้อนรำคาญ แต่พฤติกรรมการเฝ้าติดตามนั้นไม่เพียงแต่ ทำให้เหยื่อเดือดร้อนรำคาญเท่านั้นแต่ยังส่งผลกระทบต่อการใช้ชีวิตในทุกด้านไม่ว่าจะเป็นการ ดำเนินชีวิตประจำวันที่ไม่อาจใช้ชีวิตได้อย่างปกติ สุขภาพจิตที่หวาดกลัว และยังกระทบต่อสภาพ เศรษฐกิจ เช่น เหยื่อบางรายต้องย้ายที่อยู่ทำให้กระทบต่อการประกอบอาชีพและการหารายได้

จากกรณีการคุกคามโดยการเฝ้าติดตามที่ส่งผลต่างๆตามที่ได้อ้างมาแล้วข้างต้น เมื่อนำความผิดทางอาญามาปรับใช้จะเห็นได้ว่าพฤติกรรมการเฝ้าติดตามในบางกรณีความผิด ฐานต่างๆที่บัญญัติในประมวลกฎหมายอาญายังไม่ครอบคลุมและเหมาะสมที่จะคุ้มครองเหยื่อ และป้องกันไม่ให้เกิดอาชญากรรมร้ายแรงอื่น ๆ ที่จะตามมาได้เมื่อเปรียบเทียบกับกฎหมาย ของต่างประเทศไม่ว่าจะเป็นสหรัฐอเมริกา สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี และประเทศญี่ปุ่นล้วนมี กฎหมายบัญญัติให้พฤติกรรมที่เป็นการคุกคามโดยการเฝ้าติดตามเป็นความผิดอาญฐานหนึ่ง โดยเฉพาะและแยกจากความผิดฐานอื่น

เมื่อศึกษาถึงพฤติกรรมการเฝ้าติดตามของต่างประเทศพบว่าสหรัฐอเมริกา ซึ่งเป็น ประเทศที่มีมาตรการในการควบคุมและป้องกันพฤติกรรมการเฝ้าติดตาม รัฐเกือบทุกรัฐ ในสหรัฐอเมริกต่างก็มีกฎหมายต่อต้านการเฝ้าติดตาม กฎหมายของมลรัฐบางแห่งกำหนดว่า ผู้กระทำความผิดต้องมีลักษณะเป็นการลวนลาม หรือเป็นภัยคุกคามที่รุนแรงต่อเหยื่อ ผู้เคราะห์ร้าย ซึ่งก่อนที่จะมีการตรากฎหมายต่อต้านการเฝ้าติดตาม (Stalking Law) หลาย ๆ มลรัฐ ได้นำกฎหมายที่มีอยู่แล้วมาบังคับใช้กับพฤติกรรมการเฝ้าติดตามและข่มขู่ เช่น กฎหมายการขู่เข็ญ (Menacing Law) กฎหมายการก่อการร้าย (Terroristic Law) กฎหมายการคุกคาม (Harassment Law) แต่อย่างไรก็ตาม โดยลักษณะของกฎหมายดังกล่าวบางครั้งไม่อาจนำมาบังคับใช้กับพฤติกรรม การเฝ้าติดตามได้ อีกทั้งโดยลักษณะของกฎหมายเหล่านั้นเองก็ไม่ได้ถูกออกแบบมาสำหรับใช้ บังคับกับการกระทำความผิดที่มีลักษณะเป็นการกระทำที่มีรูปแบบที่หลากหลายและมีการกระทำ ซ้ำ ๆ อย่างต่อเนื่อง

กฎหมายต่อต้านการเฝ้าติดตามของมลรัฐแคลิฟอร์เนียนั้นได้ถูกกำหนดขึ้น เพื่อใช้บังคับกับพฤติกรรมการเฝ้าติดตาม ซึ่งไม่จำเป็นต้องให้เกิดการทำร้ายร่างกายหรือฆ่าเหยื่อ ก่อนเพียงแต่พฤติกรรมการเฝ้าติดตามนั้นมีโอกาสที่จะขยายเพิ่มความรู้แรงมากขึ้นจนถึงขั้น

มีการทำร้ายร่างกายหรือฆ่าเหยื่อ เมื่อพิจารณาแล้วการเฝ้าติดตามนั้นไม่ได้แสดงถึงพฤติกรรมที่เป็นการพยายามทำร้ายร่างกาย แต่ไม่อาจปฏิเสธได้ว่าการพยายามทำร้ายร่างกายหรือพยายามฆ่าผู้อื่นก็อาจจะมีผลกระทบที่มีลักษณะเป็นการเฝ้าติดตามมาก่อนที่จะมีการลงมือทำร้ายร่างกายหรือฆ่าผู้อื่นก็ย่อมเป็นไปได้ ซึ่งจากการศึกษาพบว่าวัตถุประสงค์ของการบัญญัติกฎหมายให้พฤติกรรมเฝ้าติดตามเป็นความผิดนั้น เพื่อให้ความคุ้มครองผู้ถูกกระทำและให้ผู้กระทำหยุดพฤติกรรมคุกคามโดยการเฝ้าติดตามไม่ให้ดำเนินต่อไปจนเป็นอันตรายร้ายแรงต่อผู้ถูกกระทำ มลรัฐแคลิฟอร์เนียจึงออกกฎหมายอาญามลรัฐแคลิฟอร์เนีย (California Penal Code 1990) มาตรา 646.9 (a) บัญญัติว่า ผู้ใดจงใจโดยเจตนามุ่งร้าย และได้ทำการติดตามต่อเนื่อง หรือจงใจมุ่งร้ายที่จะรบกวนผู้อื่นและทำการข่มขู่ที่น่าเชื่อว่าจะเกิดขึ้นได้ โดยเจตนาที่จะทำให้ผู้อื่นมีเหตุอันสมควรที่จะเกิดความกลัวเกี่ยวกับความปลอดภัยของเขาหรือครอบครัวใกล้ชิดของเขา ผู้นั้นกระทำความผิดทางอาญารฐานคุกคามจากการเฝ้าติดตาม เพื่อนำมาใช้บังคับกับพฤติกรรมคุกคามโดยการเฝ้าติดตามโดยเฉพาะ

นอกจากมลรัฐแคลิฟอร์เนียกำหนดกฎหมายเอาผิดกับพฤติกรรมคุกคามโดยการเฝ้าติดตาม มลรัฐอิลลินอยส์ของสหรัฐอเมริกา ก็ได้กำหนดให้พฤติกรรมดังกล่าวเป็นความผิดอาญาเช่นกัน ซึ่งได้บัญญัติไว้ในกฎหมายอาญามลรัฐอิลลินอยส์ 720 ILC 5/12-7.3 (a-3) บัญญัติว่าบุคคลได้กระทำการคุกคามโดยการเฝ้าติดตาม เมื่อเขาหรือเธอรู้และปราศจากเหตุผลโดยชอบด้วยกฎหมาย ติดตามบุคคลอื่นอย่างน้อยที่สุดสองคราว หรือทำให้บุคคลอื่นตกอยู่ภายใต้การเฝ้ามองของตน หรือจากสิ่งที่ได้กล่าวมาแล้วรวมกัน และ

1) เวลาใดก็ตามได้ส่งการขู่เชิญที่จะทำอันตรายต่อร่างกายในทันทีหรือในอนาคต จะทำร้ายทางเพศ กักขัง หรือหน่วงเหนี่ยว และการขู่เชิญได้กระทำโดยตรงต่อบุคคลนั้นหรือสมาชิกในครอบครัวของบุคคลนั้น หรือ

2) ทำให้บุคคลนั้นหรือสมาชิกในครอบครัวของบุคคลนั้นตกอยู่ในความกลัวอย่างมีเหตุผลว่าจะได้รับอันตรายต่อร่างกายทันที หรือในอนาคตจะทำร้ายทางเพศ กักขัง หรือหน่วงเหนี่ยว

สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีก็ได้กำหนดให้พฤติกรรมที่มีลักษณะเป็นการเฝ้าติดตามผู้อื่นเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี (The German Penal Code 1993) ในมาตรา 238 บัญญัติว่าผู้ใดเฝ้าติดตามผู้อื่นโดยมิชอบด้วยกฎหมายโดย

- 1) แสวงหาความใกล้ชิด
- 2) พยายามติดต่อกับผู้อื่น โดยวิธีการโทรคมนาคมหรือการสื่อสารอื่นหรือโดยบุคคลที่สาม

3) การใช้ข้อมูลส่วนบุคคลของตนในทางที่ผิดเพื่อวัตถุประสงค์ในการสั่งซื้อสินค้าและบริการแก่ตนหรือทำให้บุคคลภายนอกติดต่อกับตน

4) ข่มขู่ผู้อื่นหรือบุคคลใกล้ชิดจนเสียชีวิตหรือสูญเสียอวัยวะ ทำให้เสียหายต่อสุขภาพ หรือลดรอนสิทธิเสรีภาพ

5) กระทำการทำนองเดียวกันจนกระทบวิถีชีวิตผู้อื่นอย่างร้ายแรง

สำหรับกรณีกฎหมายเกี่ยวกับการเฝ้าติดตามของประเทศญี่ปุ่นนั้น จากการศึกษาพบว่า ประเทศญี่ปุ่นได้ตรากฎหมายต่อต้านพฤติกรรมเฝ้าติดตาม Anti-stalking Act of Japan 2000 ขึ้นและนำมาประกาศใช้ในปี ค.ศ. 2000 และมีการแก้ไขเพิ่มเติมในปี ค.ศ. 2016 การออกกฎหมายฉบับนี้ขึ้นมาเพื่อป้องกันการเกิดอันตรายต่อชีวิต ร่างกาย และเสรีภาพของบุคคลในสังคมจากการคุกคามโดยการเฝ้าติดตามเช่นเดียวกับในสหรัฐอเมริกาและสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

จากการศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายต่างประเทศดังกล่าวมาแล้วนั้น ได้กำหนดให้การกระทำที่เป็นการคุกคามโดยการเฝ้าติดตามเป็นความผิดอาญาโดยเฉพาะเพื่อใช้ในการเอาผิดกับผู้กระทำและป้องกันเหยื่อมิให้ถูกเฝ้าติดตาม ประเทศไทยจึงควรให้ความสำคัญกับปัญหาการคุกคามโดยการเฝ้าติดตามที่เกิดขึ้นโดยใช้กฎหมายอาญาเป็นเครื่องมือเพื่อคุ้มครองสมาชิกในสังคม

ดังนั้น จึงควรบัญญัติกฎหมายห้ามการกระทำความผิดดังกล่าวที่มีความเป็นอันตรายต่อชีวิตมนุษย์ไว้ให้ชัดเจนเพื่อคุ้มครองสมาชิกในสังคมโดยการกำหนดให้การกระทำความผิดฐานคุกคามโดยการเฝ้าติดตามเป็นความผิดอาญาและให้กำหนดเป็นความผิดแยกออกจากความผิดฐานอื่นโดยเฉพาะเช่นเดียวกับประมวลกฎหมายอาญาของต่างประเทศ

4.3 ปัญหาอัตราโทษไม่เหมาะสมในการนำมาใช้กับการกระทำที่เป็นการคุกคามโดยการเฝ้าติดตาม

สำหรับพฤติกรรมคุกคามโดยการเฝ้าติดตาม ที่ได้กล่าวมาแล้วว่าเป็นพฤติกรรมที่มีลักษณะของการกระทำหลายรูปแบบประกอบกัน ทั้งการกระทำที่ยังไม่มีความผิดตามกฎหมายและการกระทำที่ครบองค์ประกอบเป็นความผิดตามกฎหมายแล้ว เช่น ผู้กระทำซึ่งมีความชื่นชอบผู้ถูกระทำจึงสะกดรอยและเฝ้าติดตามผู้ถูกระทำเป็นประจำ มีการพยายามติดต่อไปหา ส่งของไปให้พยายามจะทำความรู้จักและเข้าใกล้ชิดกับผู้ถูกระทำอันเข้าลักษณะเป็นพฤติกรรมคุกคามโดยการเฝ้าติดตามก่อให้เกิดความเดือดร้อนรำคาญแก่ผู้ถูกระทำแล้ว หากผู้กระทำถูกปฏิเสธความสัมพันธ์หรือไม่ได้รับความสนใจจากผู้ถูกระทำจึงทำให้

ผู้ถูกระทำ เพิ่มความพยายามมากขึ้นและการแสดงความรู้สึกตัดพ้อเพื่อเรียกร้องความสนใจ เช่น พูดด้วยถ้อยคำในลักษณะตัดพ้อ ต่อว่า หรือพูดด้วยถ้อยคำ ในทำนองว่าจะไปหาหรือ จะขอไปพบถ้าผู้ถูกระทำไม่ยอมคุยด้วย จากกรณีดังกล่าว จะเห็นว่าไม่มีการข่มขู่หรือขู่เชิญว่า จะทำอันตราย ลักษณะดังกล่าวถือว่าไม่ครบองค์ประกอบความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 309 ซึ่งเป็นความผิดเกี่ยวกับเสรีภาพเนื่องจากการกระทำไม่เข้าลักษณะของการใช้ แรงกายภาพต่อเหยื่อจึงไม่ใช่การใช้กำลังประทุษร้าย แต่หากบางกรณีมีพฤติกรรมการข่มขู่ ร่วมด้วย ผู้กระทำก็ไม่มีเจตนาให้เหยื่อกระทำการ ไม่กระทำการ หรือจ่ายอมต่อสิ่งใด จึงไม่เป็น ความผิดตามมาตรา 309 นี้จึงไม่อาญาโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกหมื่นบาท หรือ ทั้งจำทั้งปรับมาใช้บังคับได้

อย่างไรก็ตาม หากพิจารณาตามความรู้สึกของบุคคลทั่วไปที่หากต้องเผชิญเหตุการณ์ ในลักษณะเช่นนี้จากบุคคลที่ไม่เคยรู้จักหรือไม่เคยมีความสัมพันธ์ใด ๆ กันมาก่อน หรือเป็น บุคคลที่เคยรู้จักกันแต่ไม่มีความสนิทสนมใด ๆ ต่อกันเห็นได้ว่า เป็นการกระทำที่ทำให้ ผู้ถูกระทำเกิดความตกใจหรือหวาดกลัวว่า จะเป็นอันตรายต่อตนเองแล้วหรือกรณีผู้กระทำได้ ไปพบหรือ ไปปรากฏตัวให้ผู้ถูกระทำเห็นตามสถานที่ที่เหยื่อไปเป็นประจำและอาจเพิ่มระดับ ความรุนแรงมากยิ่งขึ้นไปจนถึงการมีพฤติกรรมข่มขู่หรือขู่เชิญว่า จะทำให้เกิดอันตรายแก่เหยื่อ หรือบุคคลที่มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับเหยื่อจึงอาจเป็นความผิดฐานทำให้ผู้อื่นเกิดความกลัวหรือ ตกใจโดยการขู่เชิญตามมาตรา 392 แต่ความผิดดังกล่าวเป็นเพียงความผิดลหุโทษซึ่งมีอัตราโทษ จำคุกไม่เกิน 1 เดือน หรือปรับไม่เกิน 10,000 บาท หรือทั้งจำทั้งปรับเท่านั้น เมื่อเทียบกับ พฤติกรรมความผิดและสภาพความเป็นอันตรายจากการกระทำความผิดดังกล่าวกลับเป็นเพียงความผิด ลหุโทษซึ่งอัตราโทษไม่มีความเหมาะสมและไม่สามารถป้องกันมิให้พฤติกรรมเกี่ยวกับการเฝ้าติดตามเกิดขึ้นอีกได้

หากการกระทำที่เป็นการคุกคามโดยการเฝ้าติดตามไม่มีลักษณะของการขู่เชิญ เช่น การเดินตามเฉย ๆ ไม่ได้แสดงลักษณะทำที่อย่างใดเพียงแต่ต้องการทราบความเคลื่อนไหว ของเหยื่อในแต่ละวัน หรือการตามถ่ายภาพของเหยื่อเท่านั้น เช่นนี้พฤติกรรมดังกล่าวย่อม ไม่เป็นความผิดตามมาตรา 392 แต่หากการกระทำดังกล่าวทำให้เหยื่อรู้สึกอับอายหรือเดือดร้อน รำคาญอย่างมากก็เป็นความผิดฐานกระทำการที่เป็นการรังแก คุกคาม หรือทำให้เดือดร้อน รำคาญตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 397 ที่มีการแก้ไขใหม่เพิ่มเติมตามพระราชบัญญัติ แก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 22) พ.ศ. 2558 ซึ่งครอบคลุมถึงการกระทำ ที่มีลักษณะของการคุกคามเป็นความผิดไม่ว่าจะเป็นการคุกคามทางเพศหรือการเฝ้าติดตาม และ เพิ่มเติมให้ครอบคลุมถึงการกระทำความผิดในที่โหลฐานด้วยดังที่กล่าวมาแล้วในหัวข้อที่ 4.2.4

ซึ่งหากเป็นการกระทำต่อผู้เสียหายในที่รโหฐานเป็นความผิดตามมาตรา 397 วรรคแรก อัตราโทษมีเพียงโทษปรับไม่เกินห้าพันบาทเท่านั้น แต่ถ้าได้กระทำต่อผู้เสียหายในที่สาธารณะหรือต่อหน้าธารกำนัลหรือเป็นการกระทำอันมีลักษณะต่อไปในทางที่จะล่วงเกินทางเพศ ก็เป็นเหตุที่จะทำให้ผู้กระทำผิดจะต้องรับโทษหนักขึ้นตามมาตรา 397 วรรคสอง หรือกรณีการกระทำโดยอาศัยเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจเหนือผู้ถูกกระทำอันเนื่องจากความสัมพันธ์ในฐานะที่เป็นผู้บังคับบัญชา นายจ้างหรือผู้มีอำนาจเหนือประการอื่นก็ต้องรับโทษหนักขึ้นตามมาตรา 397 วรรคสาม แต่ทั้งวรรคสองและวรรคสามก็มีอัตราโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งเดือนหรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ อันเป็นเพียงความผิดลหุโทษเท่านั้น

จากการศึกษาเกี่ยวกับแนวคิดการลงโทษทางอาญาโดยการนำทฤษฎีอรรถประโยชน์มาใช้เป็นหลักในการวิเคราะห์ซึ่งเป็นแนวคิดทฤษฎีที่มุ่งเน้นวิธีการป้องกันไม่ให้เกิดการกระทำ ความผิดขึ้นมาในอนาคตซึ่งการกำหนดโทษทางอาญาต้องสอดคล้องกับความร้ายแรงของความผิดอาญาแต่ละฐานและผลความเสียหายที่เกิดขึ้นต่อสังคม ฉะนั้น การลงโทษ พฤติกรรมการกระทำที่เป็นการคุกคามโดยการเฝ้าติดตามต้องเป็นไปตามวัตถุประสงค์เพื่อข่มขู่หรือยับยั้งไม่ให้ผู้กระทำผิดลงมือกระทำความผิดฐานเดียวกันอีกและเกิดการกลัวโทษนั้น จนไม่กล้ากระทำความผิดอีกจึงต้องนำโทษจำคุกมาใช้บังคับกับการกระทำที่เป็นการคุกคาม โดยการเฝ้าติดตามโดยการกำหนดอัตราโทษให้สูงกว่าอัตราโทษที่เป็นความผิดลหุโทษ เนื่องจากการกำหนดระดับความรุนแรงของโทษต้องสอดคล้องกับความร้ายแรงของความผิด และความน่าตำหนิซึ่งดูจากการที่ผู้กระทำมีจิตใจที่มุ่งประสงค์ในการก่อเหตุแต่หากเป็นความผิดลหุโทษถือว่าเป็นการลงโทษไม่ได้สัดส่วนกับสภาพความเป็นอันตรายจากการกระทำความผิด

เมื่อนำกฎหมายต่างประเทศมาพิจารณาเปรียบเทียบถึงโทษที่นำมาใช้บังคับกับการกระทำที่เป็นการคุกคามโดยการเฝ้าติดตาม โดยศึกษาจากสหรัฐอเมริกาในมลรัฐแคลิฟอร์เนียตามกฎหมายอาญามลรัฐแคลิฟอร์เนีย (California Penal Code 1990) มาตรา 646.9 (a) กำหนดอัตราโทษความผิดอาญาฐานคุกคามจากการเฝ้าติดตามต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 1 ปี หรือปรับไม่เกิน 1,000 ดอลลาร์สหรัฐ หรือทั้งจำทั้งปรับ อันถือเป็นความผิดมิชยโทษ (misdemeanor felony) และหากมีการกระทำความผิดฐานคุกคามโดยการเฝ้าติดตามที่เป็นการกระทำซ้ำกฎหมายอาญามลรัฐแคลิฟอร์เนีย (California Penal Code 1990) มาตรา 646.9 (c) (2) บัญญัติว่า “บุคคลที่หลังจากถูกตัดสินว่ามีความผิดทางอาญาภายใต้หมวดย่อย (a) ได้กระทำการฝ่าฝืนมาตรานี้ จะต้องระวางโทษจำคุกในเรือนจำของรัฐเป็นเวลาสอง สาม หรือห้าปี” อันเป็นความผิดอาญาอุกฉกรรจ์ (felony)

ในมลรัฐอิลลินอยส์ที่ได้กำหนดให้พฤติกรรมดังกล่าวเป็นความผิดอาญาเช่นกัน ซึ่งได้บัญญัติไว้ในกฎหมายอาญามลรัฐอิลลินอยส์ 720 ILC 5/12-7.3 (a-3) โดยกำหนดโทษไว้ในมาตรา 720 ILC 5/12-7.3 (b) กำหนดอัตราโทษว่า การพิพากษาการคุกคามโดยการเฝ้าติดตามที่เป็นการกระทำครั้งแรกเป็นความผิดอาญาอุกฉกรรจ์ประเภท 4 ซึ่งมีโทษปรับไม่เกิน 15,000 ดอลลาร์สหรัฐ และโทษจำคุกตั้งแต่ 1 ปีขึ้นไปแต่ไม่เกิน 3 ปี และหากการตัดสินสำหรับความผิดเป็นครั้งที่สองหรือครั้งต่อมารวมถึงมีเหตุฉกรรจ์อย่างอื่น เช่น ผู้ถูกกระทำได้รับความเป็นอันตรายแก่กายก็เป็นความผิดอาญาอุกฉกรรจ์ประเภท 3

กฎหมายสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีก็ได้กำหนดให้พฤติกรรมที่มีลักษณะเป็นการเฝ้าติดตามผู้อื่นเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี (The German Penal Code 1993) ในมาตรา 238 ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปีหรือปรับ และหากความผิดฐานคุกคามโดยการเฝ้าติดตามโดยมีเหตุฉกรรจ์ที่จะทำให้ผู้กระทำความผิดรับโทษหนักขึ้นได้แก่ กรณีทำให้ผู้เสียหาย ญาติ หรือบุคคลอื่นที่ใกล้ชิดบาดเจ็บสาหัส

ในมาตรา 238 (2) ต้องรับโทษจำคุกตั้งแต่สามเดือนถึงห้าปี และกรณีผู้เสียหาย ญาติ หรือบุคคลอื่นที่ใกล้ชิดกับผู้เสียหายถึงแก่ความตาย ต้องรับโทษตั้งแต่หนึ่งปีถึงสิบปี มาตรา 238 (3)

ในประเทศญี่ปุ่นได้มีการบัญญัติให้การกระทำที่เป็นการคุกคามโดยการเฝ้าติดตามเป็นความผิดตามกฎหมาย Anti-stalking Act of Japan 2000 ได้ถูกตราขึ้นและนำมาประกาศใช้ในปี ค.ศ. 2000 และมีการแก้ไขเพิ่มเติมในปี ค.ศ. 2016 การออกกฎหมายฉบับนี้ขึ้นมาเพื่อป้องกันการเกิดอันตรายต่อชีวิต ร่างกาย และเสรีภาพของบุคคลในสังคม และเพื่อสร้างความสงบสุขและปลอดภัยให้กับการดำรงชีวิตของบุคคลในสังคมให้ดำรงชีวิตได้อย่างปกติสุข โดยการกำหนดบทลงโทษกรณีหากฝ่าฝืนคำสั่งห้ามกระทำการอันเป็นการคุกคามโดยการเฝ้าติดตามให้จำคุกไม่เกิน 1 ปี หรือโทษปรับไม่เกินหนึ่งล้านเยน และหากมีการกระทำซ้ำหรือกระทำต่อไปและได้รับคำเตือนจากคณะกรรมการความปลอดภัยสาธารณะ ผู้กระทำต้องรับโทษจำคุกไม่เกิน 2 ปี หรือโทษปรับไม่เกินสองล้านเยน

ฉะนั้น เมื่อนำกฎหมายในสหรัฐอเมริกา สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี และประเทศญี่ปุ่น ได้กำหนดอัตราโทษให้จำคุกไม่เกิน 3 ปี และมีอัตราโทษปรับกำหนดไว้เป็นจำนวนสูงทั้งสิ้น เมื่อนำมาเปรียบเทียบกับกฎหมายไทยที่จะนำมาใช้ลงโทษผู้กระทำการคุกคามโดยการเฝ้าติดตาม ในมาตรา 392 หรือ 397 ที่เป็นเพียงความผิดโทษมีอัตราโทษเพียงเล็กน้อยไม่สามารถที่จะข่มขู่ไม่ให้ผู้กระทำผิดก่อเหตุขึ้นได้และไม่สามารถป้องกันไม่ให้ผู้กระทำผิดเกรงกลัวโทษที่จะไม่กลับไปกระทำผิดซ้ำอีก

ดังนั้น หากประเทศไทยมีการกำหนดอัตราโทษที่สูงกว่าอัตราโทษที่เป็นความผิดลหุโทษ โดยให้ลงโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ เพื่อให้การลงโทษผู้กระทำความผิดซึ่งถือว่าเป็นอัตราโทษสูงเช่นในต่างประเทศเพื่อให้ได้สัดส่วนการกระทำความผิดและเพื่อป้องกันไม่ให้พฤติกรรมที่เป็นการเฝ้าติดตามเกิดขึ้นอีกในอนาคต

4.4 ปัญหาเกี่ยวกับการกำหนดเหตุจูงใจของความผิดเกี่ยวกับการคุกคามโดยการเฝ้าติดตาม

ในการกำหนดโทษให้ผู้กระทำความผิดรับโทษหนักขึ้นเนื่องจากเหตุจูงใจ ซึ่งเหตุจูงใจคือเหตุที่ทำให้ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนักขึ้นจากการกระทำความผิดที่มีความร้ายแรงและสร้างความเสียหายแก่สังคมอย่างมาก โดยมีพฤติการณ์หรือลักษณะการกระทำที่ร้ายแรง รวมถึงมีเจตนาร้ายแรงเป็นพิเศษซึ่งผลของการกระทำย่อมก่อให้เกิดอันตรายร้ายแรงเป็นพิเศษต่อสังคมหรือชุมชน

ปัจจัยที่ใช้ในการพิจารณากำหนดเหตุจูงใจ เช่น ผลของการกระทำ จิตใจผู้กระทำ ลักษณะของการกระทำ ตัวผู้ถูกกระทำ ซึ่งในกรณีของการกำหนดเหตุจูงใจในการกระทำที่เป็นการคุกคามโดยการเฝ้าติดตามจะพิจารณาในแง่ตัวผู้ถูกกระทำ เป็นการกำหนดโทษโดยคำนึงถึงตัวผู้ถูกกระทำที่กฎหมายให้การคุ้มครองเป็นพิเศษ เช่น ผู้ถูกกระทำมีความอ่อนแอทางกายภาพ จิตใจ หรือทางวุฒิภาวะย่อมเป็นฝ่ายเสียเปรียบและตกเป็นเป้าหมายผู้กระทำความผิดได้ง่ายกว่าบุคคลทั่วไป เช่น เด็ก ผู้พิการ ผู้สูงอายุ เป็นต้น

ปัญหาการคุกคามโดยการเฝ้าติดตามที่เกิดขึ้นในประเทศไทยเหยื่อที่มักถูกเฝ้าติดตามส่วนมากมักจะเกิดกับบุคคลสาธารณะ บุคคลที่เคยใกล้ชิดกับผู้กระทำ เช่น คนรักเก่า ผู้หญิงและเด็ก ซึ่งในกรณีของผู้ถูกกระทำเป็นเด็กจะมีความอ่อนวัย การด้อยประสบการณ์ รวมถึงความอ่อนแอทางกายภาพ จึงอาจทำให้เด็กและเยาวชนอาจถูกล่วงละเมิดได้ง่าย กฎหมายจึงต้องเข้ามาเป็นตัวช่วยในการปกป้องคุ้มครองสิทธิของเด็กและเยาวชนเพื่อไม่ให้ถูกล่วงละเมิดซึ่งจากการศึกษาแนวคิดและทฤษฎีรวมถึงหลักกฎหมายสากล จะเห็นได้ว่าเด็กและเยาวชนถือเป็นบุคคลที่ได้รับความคุ้มครองตามหลักสิทธิมนุษยชนและในอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ. 1989 ให้ความคุ้มครองเด็กในฐานะเป็น “สิทธิเด็ดขาด” ไม่สามารถกระทำการใดเป็นการละเมิดสิทธิของเด็กได้ และต้องพิจารณาถึง “ประโยชน์สูงสุดของเด็ก” เพื่อเป็นหลักประกันขั้นพื้นฐานให้แก่เด็ก ซึ่งมีหลักการสำคัญ 2 ประการ คือ 1. สิทธิของเด็กเป็นสิทธิติดตัว (inherent right) ซึ่งสิทธินี้ไม่ใช่เรื่องของรัฐหรือใครให้กับเด็ก แต่เป็นสิทธิที่เด็กมีติดตัวมาตั้งแต่เกิด ฉะนั้นเด็กจึงถือว่าเป็นผู้มีสิทธิที่ไม่มีผู้ใดสามารถมาจำกัดการใช้สิทธิอันชอบธรรมหรือละเมิดได้

2. ในการดำเนินการต่าง ๆ เกี่ยวกับเด็ก จะต้องคำนึงถึงสิทธิของเด็กและยึดถือประโยชน์สูงสุดของเด็ก (the best interest of the child) เป็นข้อพิจารณาในการดำเนินการ และอนุสัญญาดังกล่าวยังได้กำหนดพันธกรณีให้ประเทศภาคีสมาชิกต้องคุ้มครองสิทธิของเด็กโดยแบ่งออก ได้ 4 ประการ คือ 1. สิทธิในการมีชีวิตและอยู่รอด 2. สิทธิในการได้รับการปกป้องคุ้มครอง 3. สิทธิในการพัฒนา 4. สิทธิในการมีส่วนร่วม ซึ่งสิทธิเหล่านี้เป็นการปกป้องคุ้มครองเด็กเพื่อสนองความต้องการของเด็กเป็นสำคัญ เพื่อความเป็นอยู่ที่ดีของเด็กโดยจะมุ่งเน้นในเรื่องสิทธิในการได้รับการปกป้องคุ้มครองจากการกระทำอันตรายต่อเด็กในทุกรูปแบบไม่ว่าจะเป็นการทำร้ายร่างกายจิตใจ และทางเพศ รวมถึงการแสวงหาผลประโยชน์ในรูปแบบต่าง ๆ จากเด็กซึ่งแนวคิดดังกล่าวนี้ในหลาย ๆ ประเทศให้การยอมรับ โดยการบัญญัติรับรองไว้ในกฎหมายระหว่างประเทศหลายฉบับ รวมถึงประเทศไทยก็ได้บัญญัติรับรองหลักการดังกล่าวไว้ด้วยเช่นกัน

เมื่อพิจารณากฎหมายต่างประเทศในกรณีถ้ามีเหตุการณ์ตามที่กฎหมายกำหนดผู้กระทำนั้นก็ต้องได้รับโทษเพิ่มขึ้นมากกว่าการกระทำที่เป็นการคุกคามโดยการเฝ้าติดตามที่เป็นปกตินั้นจะเห็นได้ว่าในสหรัฐอเมริกาละรัฐมิชิแกนได้กำหนดให้การกระทำผิดที่เป็นการคุกคามโดยการเฝ้าติดตามต่อเด็กอายุต่ำกว่า 18 ปีเป็นเหตุการณ์ที่จะทำให้ผู้กระทำผิดต้องรับโทษหนักขึ้นตามกฎหมายมลรัฐมิชิแกน มาตรา 750.411h (1) (d) การเฝ้าติดตามหมายถึง การกระทำโดยเจตนาที่เกี่ยวกับการคุกคามบุคคลอื่นซ้ำ ๆ หรือต่อเนื่อง ซึ่งทำให้ผู้อื่นหวาดกลัว คุกคาม คุกคาม รั้งความ หรือลวนลามและทำให้เหยื่อรู้สึกกลัว

(2) บุคคลที่กระทำการคุกคามโดยการเฝ้าติดตาม มีความผิดอาญา ดังนี้

(b) ถ้าเหยื่อมีอายุต่ำกว่า 18 ปี ในระหว่างที่บุคคลกระทำการในช่วงระยะเวลาหนึ่ง และบุคคลนั้นมีอายุมากกว่าเหยื่อห้าปีหรือว่านั้น มีโทษจำคุกไม่เกิน 10 ปีหรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นห้าพันดอลลาร์หรือทั้งจำทั้งปรับ

จะเห็นได้ว่า กฎหมายมลรัฐมิชิแกนมีการกำหนดโทษสำหรับผู้กระทำความผิดต่อเด็กเป็นพิเศษแยกต่างหากเนื่องจากการกระทำดังกล่าวก่อให้เกิดอันตรายต่อตัวเด็กแล้วและเป็น การกระทำที่ไม่คำนึงถึงผลประโยชน์สูงสุดของเด็ก และการกำหนดบทลงโทษในเหตุการณ์นี้ ยังสอดคล้องกับหลักการคุ้มครองเด็กตามอนุสัญญาว่าสิทธิเด็กที่เด็กจะต้องได้รับการปกป้องคุ้มครองและบทลงโทษดังกล่าวยังเป็นไปตามหลักการลงโทษเพื่อข่มขู่และยับยั้งป้องกันการกระทำ ความผิดเพื่อให้ผู้กระทำความผิดกลัวและไม่กล้ากระทำความผิดต่อเด็กอีก และเมื่อพิจารณาภัยอันตรายที่จะเกิดกับเด็กและเด็กอยู่ในฐานะที่กฎหมายประสงค์จะให้ความคุ้มครองเป็นพิเศษ

ดังนั้น เมื่อประมวลกฎหมายอาญายังไม่มีการบัญญัติบทลงโทษเกี่ยวกับเหตุการณ์ ในเรื่องดังกล่าว หากมีการบัญญัติบทลงโทษในกรณีการกระทำความผิดที่เป็นการคุกคามโดย

การเฝ้าติดตามกรณีกระทำผิดต่อเด็กอายุไม่เกิน 18 ปี ไว้เป็นเหตุจรรยาที่จะกำหนดโทษให้สูงขึ้นกว่ากรณีการเฝ้าติดตามที่เป็นความผิดทั่วไปเพื่อให้สอดคล้องกับแนวคิดในการคุ้มครองสิทธิของเด็กซึ่งเป็นแนวคิดที่ได้รับการยอมรับอย่างเป็นสากล