

ปัญหาทางกฎหมายในความรับผิดชอบทางอาญาเกี่ยวกับการกระทำทางเพศ

ศึกษากรณี การคุกคามทางเพศ¹

นิธิวิทย์ วณิชธนศิริ²

จากการศึกษาเกี่ยวกับปัญหาทางกฎหมายในความรับผิดชอบทางอาญาเกี่ยวกับการกระทำทางเพศศึกษากรณี การคุกคามทางเพศ พบว่า ในปัจจุบันอาชญากรรมประเภทหนึ่งที่มีแนวโน้มเพิ่มสูงมากขึ้นอย่างเห็นได้ชัด คือ อาชญากรรมที่เกี่ยวกับความผิดทางเพศซึ่งผลของการอาชญากรรมประเภทนี้ นอกจากตัวเหยื่อจะได้รับผลกระทบแล้ว ยังได้ส่งผลกระทบต่อสังคมอย่างเห็นได้ชัด กล่าวคือ เป็นการสะท้อนถึงสภาพสังคมในปัจจุบันว่าไม่มีความปลอดภัย ดังนั้น จึงส่งผลกระทบต่อคนในสังคมโดยการให้ความสำคัญในปัญหาอาชญากรรมที่เกี่ยวกับความผิดทางเพศมากยิ่งขึ้นและต้องการให้สังคมไทยมีการแก้ไขบทบัญญัติของกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับความผิดเกี่ยวกับเพศ เพื่อป้องกันและข่มขู่อาชญากรรมได้กระทำความผิดอีก

ฉะนั้นจะเห็นได้ว่า อาชญากรรมเกี่ยวกับความผิดทางเพศ ที่ได้รับความสนใจมากในสังคมโลก รวมถึงสังคมไทยปัจจุบันด้วย คือ “ปัญหาการคุกคามทางเพศ” (Sexual Harassment) ซึ่งเป็นจุดเริ่มต้นของการกระทำความผิดทางเพศอันจะนำไปสู่ความผิดทางเพศในฐานข่มขืนกระทำชำเราหรือความผิดฐานอนาจารและความผิดในฐานอื่น ๆ ที่รุนแรงมากขึ้นตามลำดับอีกด้วย โดยการคุกคามทางเพศ สามารถเกิดขึ้นได้ทุกเพศ ทุกเวลา และทุกสถานที่ โดยไม่ได้จำกัดเฉพาะว่าจะเกิดการคุกคามทางเพศขึ้นระหว่างบุคคลในครอบครัว บุคคลในที่ทำงาน หรือ บุคคลในพื้นที่สาธารณะ และการคุกคามทางเพศที่พบได้บ่อย คือ การคุกคามทางเพศซึ่งเกิดขึ้นในสถานที่ทำงาน และการคุกคามทางเพศซึ่งเกิดขึ้นในสถานศึกษา เนื่องจากสภาวะในการเจริญเติบโตของร่างกายรวมทั้งสภาพแวดล้อมและสถานการณ์ที่เอื้ออำนวยต่อการกระทำการคุกคามทางเพศได้ง่ายขึ้น

เมื่อพิจารณาถึงปัญหาการคุกคามทางเพศที่เกิดขึ้นในสถานศึกษาในประเทศไทยแล้ว เห็นว่าสถานศึกษาควรจะเป็นสถานที่ที่มีบรรยากาศสภาพแวดล้อมที่ดีอันส่งเสริมการศึกษาให้มีประสิทธิภาพโดย

¹บทความนี้เรียบเรียงจากการศึกษาอิสระ เรื่อง ปัญหาทางกฎหมายในความรับผิดชอบทางอาญาเกี่ยวกับการกระทำทางเพศ ศึกษากรณี การคุกคามทางเพศ โดยมีอาจารย์ที่ปรึกษา คือ ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. ชรินทร์ เทพสุเมธานนท์ และคณะกรรมการสอบ คือ ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ฐาณู ศิริยุทธวัฒนา และผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.พรพรหม อินทร์ทรัพย์

²นักศึกษาระดับปริญญาโท หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง

สถานศึกษาต้องมีมาตรการในการคุ้มครองป้องกันให้นักเรียน นักศึกษาให้ปราศจากสิ่งอบายมุขรวมถึงการคุกคามในรูปแบบต่าง ๆ โดยเฉพาะการคุกคามทางเพศ ดังจะเห็นได้จากตัวอย่างกรณีข่าวเกี่ยวกับการคุกคามทางเพศที่ปรากฏขึ้นอยู่ให้เห็นอยู่อย่างเนื่อง ๆ

อย่างไรก็ตาม จากการศึกษากฎหมายที่ว่าด้วยการคุกคามทางเพศแล้วผู้ศึกษาพบว่าในปัจจุบันประมวลกฎหมายอาญายังมีความบกพร่องและไม่เพียงพอต่อการแก้ไขปัญหาดังกล่าวได้อย่างมีประสิทธิภาพดังต่อไปนี้

ประเด็นปัญหาเกี่ยวกับการกำหนดความหมายของคำว่า “คุกคามทางเพศ” เนื่องจากการคุกคามทางเพศสามารถเกิดขึ้นได้หลากหลายรูปแบบและวิธี ไม่ว่าจะเป็นการกระทำด้วยวาจา ด้วยอาภักปรีชา หรือกระทำในลักษณะอื่น ๆ และการกระทำดังกล่าวย่อมก่อให้เกิดความรุนแรงแตกต่างกันออกไปจึงทำให้การกระทำแต่ละลักษณะของการกระทำความผิดแตกต่างกันออกไปอีกด้วยเช่นกัน โดยเมื่อพิจารณาความหมายของคำว่า การคุกคามทางเพศ หรือการคุกคามอันมีลักษณะส่อไปในทางที่จะล่วงเกินทางเพศ ตามพจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ.2554 แต่ยังไม่พบว่ามีการให้ความหมายของคำว่า การคุกคามทางเพศไว้โดยตรงจึงต้องอาศัยความหมายด้วยการพิจารณาแต่ละคำ โดยเมื่อพิจารณารวมกันแล้ว จึงจะได้ความหมายของคำว่า “คุกคามทางเพศหรือการคุกคามอันมีลักษณะส่อไปในทางที่จะล่วงเกินทางเพศ” หมายความว่า การกระทำหรือพฤติกรรมอันล่วงเกินในทางเพศโดยการแสดงออกด้วยวาจาหรือกิริยาอันทำให้บุคคลอื่นรู้สึกหวาดกลัว หรือไม่พอใจ

สำหรับลักษณะพฤติกรรมของการกระทำคุกคามทางเพศ มีการบัญญัติไว้ใน กฎ ก.พ.ว่าด้วยการกระทำการอันเป็นการล่วงละเมิดหรือคุกคามทางเพศ พ.ศ. 2553 ข้อ 2 โดยจากการให้แบ่งแยกลักษณะพฤติกรรมของการกระทำคุกคามทางเพศ จะเห็นได้ว่าลักษณะพฤติกรรมของการกระทำคุกคามทางเพศนั้นมิได้ทั้งการกระทำด้วยวาจา การกระทำด้วยอาภักปรีชา การกระทำด้วยการสัมผัสทางกายโดยตรงตลอดจนการกระทำด้วยวิธีการอื่น ๆ ซึ่งมีได้มีการสัมผัสร่างกายโดยตรง อันเป็นการแสดงด้วยการสื่อสาร เช่น ส่งจดหมาย เป็ดรูปภาพหรือวิดีโอ โดยส่อไปทางเพศ เป็นต้น

เมื่อพิจารณาถึงประมวลกฎหมายอาญาในความผิดที่เกี่ยวข้องกับเพศหรือคุกคามทางเพศหรือการคุกคามอันมีลักษณะส่อไปในทางที่จะล่วงเกินทางเพศ ผู้ศึกษาจะยกมาพิจารณา ดังต่อไปนี้

เรื่องความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามบทบัญญัติมาตรา 276 ต้องปรากฏว่ามีการกระทำอันเป็นการข่มขืนกระทำชำเราลักษณะใดลักษณะหนึ่งเกิดขึ้นตามบทนิยามที่ได้มีการบัญญัติไว้ตามมาตรา 1 (18) ดังนั้น จะเห็นได้ว่าการข่มขืนกระทำชำเราที่จะก่อให้เกิดการคุกคามทางเพศมิได้ แต่เฉพาะลักษณะพฤติกรรมการคุกคามทางเพศที่เกิดขึ้นจากการสัมผัสทางกายเท่านั้น แต่ไม่รวมถึงการคุกคามทางเพศที่เกิดขึ้นด้วยวาจาและด้วยอาภักปรีชาของผู้กระทำ

เรื่องความผิดฐานข่มขืนอนาจารตามบทบัญญัติมาตรา 278 เป็นการกระทำที่ไม่เหมาะสมในทางเพศ ประกอบกับการกระทำซึ่งเป็นการกระทำอนาจารตามแนวคำพิพากษาศาลฎีกาอันเป็นที่ยอมรับเห็นว่าเป็น การกระทำที่มีการสัมผัสเนื้อตัวร่างกายโดยตรงหรือกระทำต่อร่างกายของผู้เสียหายโดยผ่านสิ่งปกปิด ร่างกาย เช่น เสื้อผ้า ก็ได้ ซึ่งเป็นประเด็นนี้ที่มีความสำคัญอย่างยิ่ง สำหรับการพิจารณาว่าการกระทำที่เกิดขึ้น เป็นการกระทำอนาจารหรือไม่ด้วย โดยหากการกระทำของผู้กระทำยังไม่ถึงขั้นเป็นการสัมผัสจับต้องเนื้อตัว ร่างกายของผู้เสียหาย เช่น การเปิดเผย อวัยวะเพศของตนต่อหน้าผู้เสียหาย การพุดจา ทะแกล้มหรือ ใช้อวัยวะที่ส่อไปในทางล่วงเกินทางเพศ การใช้สายตาจ้องมองเรือนร่างอย่างสำรวจตรวจตรา การแสดงรูปภาพลามก หรือการตั้งแสดงสิ่งของรวมถึงอุปกรณ์ตามก้นใดตลอดจน การส่งจดหมาย ข้อความ ภาพถ่ายและการกระทำที่อาศัยเครื่องมือหรือเทคโนโลยีมาเป็นเครื่องมือสำหรับการกระทำความดังกล่าว ข่อมไม่เป็นการกระทำถึง ข้นอนาจารตามความผิดฐานนี้ ผู้กระทำจึงไม่มีความผิดและไม่ต้องรับโทษสำหรับการกระทำนั้น

อย่างไรก็ตาม จะเห็นได้ว่าการกระทำคุกคามทางเพศหรือการคุกคามอันมีลักษณะส่อไปในทางที่จะ ล่วงเกินทางเพศที่เป็นการกระทำลักษณะต่อเนื้อตัวร่างกายโดยตรง จึงเป็นความผิดตามบทบัญญัติดังกล่าว ข้างต้น แต่ไม่อาจรวมการกระทำในลักษณะของวาจา อากัปกริยา หรือการกระทำอื่น ๆ เข้ารวมด้วย ทั้งนี้ การคุกคามทางเพศหรือการคุกคามอันมีลักษณะส่อไปในทางที่จะล่วงเกินทางเพศที่เป็นการกระทำใน ลักษณะของวาจา หรือ อากัปกริยา อาจเป็นความผิดตามบทบัญญัติมาตรา 397 ได้

ในบทบัญญัติมาตรา 397 ความว่า “ผู้ใดกระทำความผิดด้วยประการใด ๆ ต่อผู้อื่น อันเป็นการรังแก ข่มเหง คุกคาม หรือกระทำให้ได้รับความอับอายหรือเดือดร้อนรำคาญ ต้องระวางโทษปรับไม่เกินห้าพันบาท

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งเป็นการกระทำในที่สาธารณะหรือต่อหน้าธารกำนัลหรือ เป็นการกระทำอันมีลักษณะส่อไปในทางที่จะล่วงเกินทางเพศ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งเดือนหรือ ปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคสองเป็นการกระทำโดยอาศัยเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจเหนือ ผู้ถูกกระทำอันเนื่องจากความสัมพันธ์ในฐานะที่เป็นผู้บังคับบัญชา นายจ้าง หรือผู้มีอำนาจเหนือประการอื่น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งเดือน และปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท”

จะเห็นได้ว่ามีความไม่ชัดเจนขององค์ประกอบภายนอกในความผิดตามมาตรา 397 วรรคสอง ในส่วนของการกระทำซึ่งบัญญัติว่า “การคุกคามอันมีลักษณะส่อไปในทางที่จะล่วงเกินทางเพศ” กล่าวคือ การบัญญัติถึงองค์ประกอบสำหรับการกระทำความผิดฐานนี้ มีลักษณะเป็นการบัญญัติกฎหมายไว้อย่าง กว้าง ซึ่งไม่สอดคล้องกับลักษณะของกฎหมายอาญาที่จำต้องบัญญัติให้การกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งเป็น ความผิดไว้โดยชัดแจ้งและแน่นอน ทั้งนี้ แม้ว่าในตามความเป็นจริงจะไม่สามารถกำหนดเป็นการ เฉพาะเจาะจงถึงพฤติกรรมอันเป็นการคุกคามหรือล่วงละเมิดทางเพศได้อย่างครบถ้วนก็ตาม แต่การบัญญัติ ถึงองค์ประกอบในส่วนของการกระทำ สำหรับความผิดฐานดังกล่าวก็ยังคงจะต้องมีการบัญญัติ

องค์ประกอบความผิดที่จะทำให้ผู้ที่จะกระทำความผิดฐานดังกล่าวทราบถึงการกระทำของตนเองได้ว่าหากมีการกระทำเช่นนั้นเกิดขึ้นในทางใดแล้ว การกระทำความผิดดังกล่าวย่อมเป็นการกระทำความผิดฐานนี้ได้

ดังนั้น การบัญญัติองค์ประกอบความผิดไว้ไม่ชัดเจนเพียงพอ นั้น อาจทำให้ความผิดฐานดังกล่าวในส่วนการกระทำความผิดคุกคามอันมีลักษณะที่ส่อไปในทางจะล่วงเกินทางเพศขัดต่อหลักความชอบด้วยกฎหมายอาญา ซึ่งได้มีการบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 2 กล่าวคือ บุคคลต้องรับโทษทางอาญาตามความผิดฐานคุกคามทางเพศในมาตรา 397 วรรคสองได้นั้น บทบัญญัติดังกล่าวจะต้องมีการกำหนดไว้อย่างชัดเจนเพียงพอว่าพฤติกรรมการคุกคามทางเพศใดบ้างที่เกิดขึ้นแล้วจะเป็นการกระทำความผิดโดยปราศจากความคลุมเครือหรือข้อสงสัยในการกระทำความผิดฐานดังกล่าว

ในส่วนของการกระทำซึ่งบัญญัติว่า “การคุกคามอันมีลักษณะส่อไปในทางที่จะล่วงเกินทางเพศ” ที่ไม่มีความชัดเจนและแน่นอนนั้น ย่อมนำมาซึ่งปัญหาการตีความของผู้ใช้กฎหมายที่อาจตีความการกระทำดังกล่าวได้ตามอำเภอใจโดยเฉพาะอย่างยิ่ง การก่อให้เกิดข้อสงสัยว่าการกระทำความผิดดังกล่าวมีขอบเขตและความหมายมากน้อยเพียงใด

เนื่องจากประมวลกฎหมายอาญาไม่ได้มีการบัญญัติถึงบทนิยามสำหรับการกระทำอันเป็นการคุกคามทางเพศที่อาจเกิดขึ้นไว้อย่างชัดเจน อีกทั้งบทบัญญัติดังกล่าวเพียงได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมไม่นานมานักจึงทำให้ยังไม่มีแนวคำพิพากษาของศาลฎีกาที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดขอบเขตที่แน่นอนและชัดเจนว่าการกระทำความผิดดังกล่าวสามารถเกิดขึ้นด้วยวาจา ด้วยอากัปกิริยา ด้วยการสัมผัสกาย และด้วยวิธีการอื่น ๆ ด้วยหรือไม่ จากกรณีปัญหาดังกล่าวข้างต้น

เมื่อเปรียบเทียบกฎหมายต่างประเทศ ไม่ว่าจะเป็นกฎหมายประเทศสหรัฐอเมริกา และ ประเทศฟิลิปปินส์จะพบว่ามีการกำหนดบทนิยามของคำว่า คุกคามทางเพศ โดยได้ให้ความหมายและได้มีการกำหนดลักษณะพฤติกรรมของการกระทำคุกคามทางเพศไว้อย่างชัดเจน

ในประเทศสหรัฐอเมริกาได้ให้คำนิยามของการคุกคามทางเพศไว้ในมาตรา 29 แห่งประมวลกฎหมายว่าด้วยข้อบัญญัติแห่งรัฐบาลกลางสหรัฐ³ การคุกคามทางเพศ หมายถึง พฤติกรรมการ รบเร้า ร้องขอ หรือการกระทำใดๆทางวาจาหรือกระทำทางกายภาพเกี่ยวกับพฤติกรรมทางเพศซึ่งก่อให้เกิดผลกระทบโดยตรงหรือโดยทางอ้อมต่อการจ้างงานหรือการทำงานของผู้อื่น โดยไม่มีเหตุผลอันสมควรหรือเป็นการข่มขู่หรือสร้างภาวะกดดันในการทำงาน จากความหมายดังกล่าว เห็นได้ว่าพฤติกรรมการคุกคาม

³ปรีฉัตร รัตนกาญจน์, “การล่วงเกิน คุกคาม หรือก่อให้เกิดความเดือดร้อนรำคาญทางเพศต่อสตรีในที่ทำงาน: รูปแบบหนึ่งของการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเพศ”. (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ปี2551), หน้า 125-127.

ทางเพศที่เกิดขึ้นในสหรัฐอเมริกาผู้กระทำอาจเป็นเพศชายหรืออาจเป็นเพศหญิงอีกทั้งอาจเป็นหัวหน้าหรือเป็นตัวแทนของหัวหน้างาน เพื่อนร่วมงานหรือบุคคลอื่นก็ได้และผู้ถูกคุกคามอาจเป็นผู้ถูกระทำโดยตรงหรือเป็นผู้ที่ได้รับผลกระทบจากพฤติกรรมการคุกคามทางเพศก็ได้ และในส่วนใหญ่ของพฤติกรรมการคุกคามทางเพศในสหรัฐอเมริกา รูปแบบแรกเป็นลักษณะที่มีเงื่อนไขเป็นข้อแลกเปลี่ยนการคุกคามโดยในลักษณะนี้ผู้กระทำจะมีข้อแลกเปลี่ยนในการทำงานเสนอให้กับผู้ถูกระทำไม่ว่าจะเป็นการเลื่อนเงินเดือนเลื่อนตำแหน่ง หรือมีการให้ได้รับผลประโยชน์ในรูปแบบใดก็ตามโดยเงื่อนไขดังกล่าวนี้จะเป็นการแลกเปลี่ยนกับการมีความสัมพันธ์ทางเพศหรือการกระทำที่ส่อไปในทางเพศ นอกจากนี้ ยังรวมถึงการให้คำมั่นสัญญาแก่ผู้ถูกระทำในเรื่องของผลประโยชน์และการข่มขู่ว่าจะเสียประโยชน์หากปฏิเสธความสัมพันธ์ในทางเพศนั้น และอีกรูปแบบหนึ่งเป็นการคุกคามทางเพศที่สร้างสภาพแวดล้อมที่ไม่พึงปรารถนา เป็นการแสดงพฤติกรรมทางเพศที่ไม่สมควรและเป็นพฤติกรรมที่น่ารังเกียจซึ่งอาจมีพฤติกรรมข่มขู่ร่วมด้วยก็ได้ โดยการทำให้ผู้ถูกระทำเกิดความกลัวและรู้สึกอับอายและอาจเป็นพฤติกรรมหยาบคายและน่ารำคาญ

ในประเทศฟิลิปปินส์ได้ให้คำนิยามของการคุกคามทางเพศไว้ในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการต่อต้านการคุกคามทางเพศ พ.ศ. 2538⁴ การคุกคามทางเพศ หมายความว่า การกระทำของครูอาจารย์ ผู้สอน ผู้ฝึก รวมถึงบุคคลใดซึ่งมีอำนาจอิทธิพลหรืออำนาจทางศีลธรรมเหนือกว่าบุคคลอีกฝ่ายหนึ่งในสถาบันการศึกษาและจะเป็นการคุกคามทางเพศก็ต่อเมื่อได้กระทำการกระทำต่อผู้ที่ถูกควบคุมดูแลหรือผู้ที่ได้รับการศึกษา การสร้างเงื่อนไขโดยการแลกเปลี่ยนผลประโยชน์ในทางเพศ หรือซึ่งส่งผลให้เกิดการข่มขู่หรือการสร้างสภาพแวดล้อมที่ไม่เป็นมิตรหรือน่ากลัว อย่างไรก็ตาม บทนิยามของการคุกคามทางเพศที่เกิดขึ้นในสถาบันการศึกษาของ ประเทศฟิลิปปินส์ในปัจจุบันได้มีการเสนอร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติดังกล่าวให้มีความชัดเจนและครอบคลุมถึงผู้กระทำและพฤติกรรมการคุกคามทางเพศ โดยให้ความหมายว่าเป็นการกระทำหรือการกระทำที่ต่อเนื่อง ซึ่งเกิดขึ้นด้วยทางกาย ด้วยวาจา ด้วยสายตา ด้วยการอาศัยข้อมูลหรือการสื่อสารทางเทคโนโลยี หรือด้วยการอาศัยเทคโนโลยีอื่นใดสำหรับการกระทำดังกล่าว ไม่ว่าการกระทำนั้นจะเกิดขึ้นภายในหรือนอกสถานศึกษาอันส่งผลให้เกิดสภาพแวดล้อมที่ไม่เหมาะสม โดยครู อาจารย์ ผู้สอน ผู้ฝึก หรือบุคคลอื่นใดซึ่งมีอำนาจอิทธิพลหรืออำนาจทางศีลธรรมเหนือกว่าบุคคลอีกฝ่ายหนึ่งในสถาบันการศึกษา ซึ่งได้กระทำหรือก่อให้เกิดการคุกคามทางเพศที่ไม่พึงประสงค์ หรือไม่เหมาะสม หรือการแลกเปลี่ยนผลประโยชน์ในทางเพศ ไม่ว่าคำขอนั้นผู้ถูกคุกคามจะได้ตกลงตามเงื่อนไขด้วยหรือไม่ก็ตาม และในส่วนหนึ่งของลักษณะพฤติกรรมการคุกคามทางเพศสำหรับ

⁴The Anti- Sexual Harassment Act of 1995. Section 3.

ประเทศรัฐฟิลิปปินส์ไม่ได้มีกฎหมายฉบับใดได้กำหนดถึงการจำแนกลักษณะของพฤติกรรมการคุกคามทางเพศไว้อย่างชัดเจนแต่มีร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมการต่อต้านการคุกคามทางเพศซึ่งถูกเสนอขึ้นโดยสมาชิกวุฒิสภาของประเทศรัฐฟิลิปปินส์ พบว่า ได้มีการเสนอให้มีการกำหนดถึงตัวอย่างของลักษณะพฤติกรรมอันเป็นการคุกคามทางเพศไว้อย่างชัดเจนมากขึ้น โดยแบ่งตามประเภทของการเกิดขึ้นของการคุกคามทางเพศ

จากการให้ความหมายของลักษณะพฤติกรรมของการกระทำคุกคามทางเพศตามกฎหมายต่างประเทศดังกล่าว จะเห็นได้ว่าลักษณะพฤติกรรมของการกระทำคุกคามทางเพศนั้น มิได้ทั้งการกระทำด้วยวาจา การกระทำด้วยอาชญากรรมและการกระทำลักษณะอันเป็นการเสนอเงื่อนไขเพื่อแลกเปลี่ยนผลประโยชน์กับความต้องการในทางเพศ

เมื่อเปรียบเทียบลักษณะพฤติกรรมของการกระทำคุกคามทางเพศตามกฎหมายของประเทศไทยและกฎหมายประเทศฟิลิปปินส์และประเทศสหรัฐอเมริกาแล้ว เพื่อให้คำจำกัดความหรือบทนิยามของการคุกคามทางเพศครอบคลุมและชัดเจนยิ่งขึ้น จึงควรที่จะกำหนดลักษณะพฤติกรรมของการกระทำคุกคามทางเพศทั้งการกระทำด้วยวาจา การกระทำด้วยอาชญากรรม การกระทำด้วยวิธีการอื่น ๆ ซึ่งมีได้มีการสัมผัสร่างกายโดยตรงรวมถึงลักษณะของการกระทำอันเป็นการเสนอเงื่อนไขเพื่อแลกเปลี่ยนผลประโยชน์กับความต้องการในทางเพศ เป็นการกระทำคุกคามทางเพศเช่นเดียวกับคำจำกัดความหรือบทนิยามของการคุกคามทางเพศตามกฎหมายต่างประเทศดังกล่าวด้วย จะแสดงให้เห็นถึงความสำคัญในการกระทำอันใช้วาจาหรือแสดงอาชญากรรมทาง การกระทำด้วยวิธีการอื่น ๆ ซึ่งมีได้มีการสัมผัสร่างกายโดยตรงและการกระทำอันเป็นการเสนอเงื่อนไขเพื่อแลกเปลี่ยนผลประโยชน์กับความต้องการในทางเพศว่า การกระทำเช่นนั้นให้ถือว่าเป็นการคุกคามทางเพศต่อบุคคลอื่นแล้ว

ดังนั้น การกำหนดบทนิยามสำหรับ “การคุกคามทางเพศหรือการคุกคามอันมีลักษณะส่อไปในทางที่จะล่วงเกินทางเพศ” ขึ้นไว้เป็นการเฉพาะเจาะจงย่อมจะส่งผลทำให้เกิดการกำหนดขอบเขตของลักษณะพฤติกรรมอันเป็นการคุกคามทางเพศที่อาจเกิดขึ้นในอนาคตได้อย่างชัดเจนและแน่นอนว่าลักษณะพฤติกรรมกรรมดังกล่าวควรครอบคลุมถึงการกระทำใดบ้าง และเพื่อให้ผู้บังคับใช้กฎหมายที่เกี่ยวข้องสามารถนำเอาความผิดฐานต่าง ๆ มาปรับใช้ได้ตรงกับการกระทำความผิดที่เกิดขึ้นจริงโดยไม่จำเป็นต้องตีความการกระทำดังกล่าวให้เกิดความสับสน และที่สำคัญ คือ เพื่อชี้ให้เห็นถึงความแตกต่างระหว่างการกระทำอันเป็นการคุกคามทางเพศกับความผิดที่เกี่ยวกับเพศฐานอื่นๆ เช่น ความผิดฐานกระทำความผิดหรือความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราว่ามีความแตกต่างกันอย่างไรได้อย่างเป็นรูปธรรมมากยิ่งขึ้นอีกด้วย จากการศึกษาพบว่าการคุกคามทางเพศนั้น มีการใช้ถ้อยคำที่แตกต่างกันออกไปส่วนแล้วแต่มีความหมายที่ไม่แตกต่างกัน เช่น การล่วงเกินทางเพศ การล่วงละเมิดทางเพศ หรือการคุกคามอันมีลักษณะส่อไปในทางที่จะล่วงเกินทางเพศ โดยในประมวลกฎหมายอาญายังมิได้มีการกำหนดความหมายของคำว่า “คุกคามทาง

เพศหรือการคุกคามอันมีลักษณะต่อไปในทางที่จะล่วงเกินทางเพศ” ว่ามีความหมายและการกระทำได้กล่าว
นั้นควรเป็นการกระทำที่อยู่ในลักษณะเช่นไร โดยผู้ศึกษาเห็นว่า การจำกัดความหรือบทนิยามของคำ
ดังกล่าวได้นั้น ต้องพิจารณาทั้งความหมายและลักษณะพฤติกรรมของการกระทำนั้นด้วย จึงจะทำให้เกิด
ความชัดเจนมากขึ้น

ประเด็นที่สองเป็นปัญหาเกี่ยวกับการบังคับใช้กฎหมายในกรณีที่ต้องรับโทษหนักขึ้นจากการ
กระทำการคุกคามทางเพศโดยแยกพิจารณาเป็น 2 ปัญหา คือ ปัญหาเกี่ยวกับการกำหนดความรับผิดอัน
เป็นเหตุที่ต้องรับโทษหนักขึ้นของการกระทำคุกคามทางเพศ หรือที่เรียกว่า “เหตุฉกรรจ์” และปัญหา
เกี่ยวกับการกำหนดความรับผิดในผลที่ต้องรับโทษหนักขึ้นของการกระทำคุกคามทางเพศหรือที่เรียกว่า
“ผลฉกรรจ์”

ในส่วนของปัญหาเกี่ยวกับการกำหนดความรับผิดอันเป็นเหตุที่ต้องรับโทษหนักขึ้นของการกระทำ
คุกคามทางเพศ หรือที่เรียกว่า “เหตุฉกรรจ์”⁵ กล่าวคือ เหตุฉกรรจ์ เป็นเหตุที่ทำให้ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนัก
ขึ้นโดยอาศัยข้อเท็จจริงที่ผู้กระทำความผิดรู้จึงจะมีความรับผิด กล่าวคือ ข้อเท็จจริงที่เป็นองค์ประกอบของเหตุ
ฉกรรจ์ให้ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนักขึ้นในประมวลกฎหมายอาญาได้กล่าวไว้ในมาตรา 62 วรรคสาม

การกระทำความผิดเกี่ยวกับการคุกคามทางเพศ หรือ การคุกคามอันมีลักษณะต่อไปในทางที่จะ
ล่วงเกินทางเพศเป็นความผิดตามมาตรา 397 โดยวรรคสองและวรรคสามเป็นเหตุฉกรรจ์ทำให้ผู้กระทำความผิด
ต้องรับโทษหนักขึ้นกว่าเดิม ดังนั้น เมื่อพิจารณาบทบัญญัติมาตรา 397 แล้วพบว่ามีเจตนารมณ์หรือคุณธรรม
ทางกฎหมายเพื่อบังคับให้ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนักขึ้นโดยทั่วไปของผู้เสียหายเป็นสำคัญเท่านั้น
โดยพิจารณาได้จากมาตรา 397(เดิม) ก่อนที่จะมีการแก้ไขจะเห็นได้ว่าการกำหนดลักษณะของการกระทำ
ความผิดนั้น ให้เห็นว่าผู้กระทำความผิดมีเจตนารมณ์รังแก ข่มเหง หรือทำให้ผู้เสียหายเกิดความอับอายหรือเดือดร้อน
รำคาญเท่านั้น จะเห็นได้ว่ามีวัตถุประสงค์เพื่อแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติดังกล่าวให้ครอบคลุมถึงการกระทำ
อันเป็นการคุกคามทั่วไปซึ่งเป็นการกระทำที่ผู้กระทำความผิดไม่จำเป็นต้องกระทำการใดในทางเพศหรือ
ในทางลามกก็ได้ และเมื่อพิจารณาถึงการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติมาตรา 397 วรรคสอง พบว่าเป็นการ
กำหนดให้การคุกคามอันเป็นการกระทำในลักษณะที่ต่อไปในทางที่จะล่วงเกินทางเพศเป็นความผิดไว้ด้วยนั้น
หากพิจารณาไปถึงเจตนารมณ์ของการกำหนดให้ความผิดฐานนี้ครอบคลุมถึงการคุกคามทางเพศด้วยแล้ว
ย่อมเห็นได้ว่า การคุกคามทางเพศ เป็นการกระทำหรือพฤติกรรมที่ผู้กระทำความผิดไม่ได้มีแต่เพียงเจตนาที่

⁵เกียรติจักร วัจนะสวัสดิ์, กฎหมายอาญาภาคความผิด เล่ม 1, พิมพ์ครั้งที่ 6, (กรุงเทพมหานคร: พลสยามพริ้นติ้ง,
2553), หน้า 27.

จะรังแก ข่มเหง ทำให้เกิดความอับอาย หรือทำให้เดือดร้อนแก่ผู้เสียหายอย่างเดียวกัน แต่การกระทำดังกล่าวเกิดขึ้นมาจากการที่ผู้กระทำความผิดมีเจตนาที่จะล่วงเกินในทางเพศ เช่น การพุดจาตะโลม การพุดจาสองแง่สองง่าม การวิพากษ์วิจารณ์เรื่อในร่างกาย การใช้สายตาจ้องมองเรื่อร่างกาย หรือการขอให้ช่วยสำเร็จความใคร่หรือการขอให้สัมผัสสัมพันธ์

การกระทำคุกคามทางเพศ หรือการคุกคามอันมีลักษณะส่อไปในทางที่จะล่วงเกินทางเพศนั้น เป็นบทบัญญัติอันเพื่อบังคับคุ้มครองสิทธิความเป็นส่วนตัวโดยทั่วไปอันเกิดขึ้นในสถานที่ต่าง ๆ เพียงเท่านั้น ซึ่งในความเป็นจริงแล้ว ยังมีสถานที่หรือบุคคลที่สมควรได้รับมาตรการคุ้มครองเป็นพิเศษ หรือเฉพาะ เพื่อจะมีให้เกิดอาชญากรรม ดังจะเห็นได้ว่ามีบทกฎหมายที่เป็นการกำหนดให้มีการคุ้มครองสถานที่ต่าง ๆ เป็นพิเศษหรือเฉพาะมากกว่าสถานที่ทั่วไป เช่น การลักทรัพย์ในเคหสถานหรือสถานที่ราชการ เป็นต้น โดยผู้กระทำความผิดจะต้องได้รับโทษหนักขึ้นกว่าการกระทำผิดทั่วไปซึ่งจากการกำหนดโทษดังกล่าวสะท้อนให้เห็นว่ากฎหมายมีเจตนารมณ์เพื่อคุ้มครองความเป็นอยู่หรือสถานที่ที่ควรที่จะได้คุ้มครองมากกว่าลักษณะทั่วไป ดังนั้น สถานที่หรือบุคคลที่สมควรได้รับมาตรการคุ้มครองเป็นพิเศษหรือเฉพาะ คือ สถานศึกษา เพราะ สถานศึกษาเปรียบเทียบกับบ้านอีกหลังหนึ่งซึ่งโดยหลักทั่วไปแล้ว วิญญาณทั่วไปที่อาศัยอยู่ที่บ้านจะมีความรู้สึกปลอดภัยทั้งทางกายและทางจิตใจมากกว่าสถานที่อื่น

หากเปรียบเทียบกับประเทศฟิลิปปินส์ ได้มีตรากฎหมายหรือได้มีการบัญญัติบทกฎหมายอันเกี่ยวกับการคุกคามทางเพศหรือการคุกคามอันมีลักษณะส่อไปในทางที่จะล่วงเกินทางเพศ ที่เกิดขึ้นในสถานศึกษาไว้โดยเฉพาะ โดยปรากฏในกฎหมาย พระราชบัญญัติว่าด้วยการต่อต้านการคุกคามทางเพศ พ.ศ. 2538 ในมาตรา 3 ได้กำหนดคำจำกัดความหรือบทนิยาม ในการให้ความหมายและการกำหนดลักษณะพฤติกรรมเกี่ยวกับการคุกคามทางเพศหรือการคุกคามอันมีลักษณะส่อไปในทางที่จะล่วงเกินทางเพศที่เกิดขึ้นในสถานศึกษา และในมาตรา 7 ได้กำหนดความรับผิดชอบทางอาญาหากได้มีการคุกคามทางเพศหรือการคุกคามอันมีลักษณะส่อไปในทางที่จะล่วงเกินทางเพศที่เกิดขึ้นในสถานศึกษาจะต้องได้รับโทษทางอาญาไว้ โดยเฉพาะ ดังนั้น จึงเห็นได้ว่า ประเทศฟิลิปปินส์ได้ให้ความสำคัญในเรื่องการคุกคามทางเพศหรือการคุกคามอันมีลักษณะส่อไปในทางที่จะล่วงเกินทางเพศที่เกิดขึ้นในสถานศึกษาเห็นได้จากการบัญญัติกฎหมายให้ความคุ้มครองและป้องกันการกระทำความผิดดังกล่าวเพื่อบังคับให้เกิดขึ้นในสถานศึกษาไว้โดยเฉพาะ ทั้งนี้ ในปัจจุบันได้มีร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมการต่อต้านการคุกคามทางเพศ โดยได้มีการเสนอให้แก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายเกี่ยวกับการคุกคามทางเพศที่เกิดขึ้นในสถานศึกษามีความชัดเจนและทันสมัยให้เข้ากับยุคสมัยมากยิ่งขึ้น ไม่ว่าจะเป็นเรื่อง บทนิยาม ลักษณะพฤติกรรมของการกระทำอัตราโทษที่สูงขึ้น รวมถึงแนวทางแก้ไขป้องกัน เป็นต้น

ฉะนั้น การบัญญัติให้มีเหตุการณ์จรรยาในการลงโทษหนักขึ้น เป็นการลงโทษที่ยึดหลักการลงโทษแบบตาต่อตาฟันต่อฟันที่มุ่งเน้นในเรื่องของการตอบแทนความร้ายแรงของการกระทำความผิดตามแนวความคิด

ของสำนักอาชญาวิทยาแบบดั้งเดิมซึ่งถือว่าความหนักเบาของการลงโทษนั้นจะต้องกำหนดตามความร้ายแรงของอันตรายที่เกิดขึ้นจากการกระทำความผิดของผู้กระทำโดยกฎหมายที่จะพื้งนำมาใช้เพื่อป้องกันการกระทำความผิดนั้นจะต้องมีความรุนแรงตามระดับของจีตจำกััดที่การกระทำนั้นได้ส่งผลกระทบต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน โดยการรับโทษหนักขึ้นตามเหตุกรรจันนั้นเป็นการลงโทษเพื่อประโยชน์ของสังคมที่ยึดมั่นในหลักของความยุติธรรม ดังนั้น แนวคิดทฤษฎีในเรื่องของเหตุกรรจที่ทำให้ผู้กระทำความผิดได้รับโทษหนักขึ้นนั้นถือเป็นการลงโทษตามวัตถุประสงค์ในการลงโทษแบบแก้แค้น ทั้งนี้ หากพิจารณาถึงในเรื่องของการกระทำผิดดังกล่าวที่เกิดขึ้นในสถานศึกษาอันเป็นการกระทำบุคคลที่มีความอ่อนแอทางสภาพร่างกายและอายุถือเป็นการกระทำความผิดอย่างหนึ่งที่มีความโหดร้ายและรุนแรงเป็นอย่างมาก แต่กลับมิได้มีการกำหนดให้การกระทำความผิดในลักษณะดังกล่าวเป็นเหตุกรรจที่ผู้กระทำจะต้องได้รับโทษหนักขึ้น โดยเฉพาะ ซึ่งจะเห็นได้ว่าการกำหนดเหตุกรรจที่แม้จะมีการนำเอาลักษณะของสถานที่มาเป็นองค์ประกอบในการกำหนดโทษให้หนักขึ้นนั้นแต่การกำหนดเหตุกรรจดังกล่าวยังไม่ครอบคลุมและมีประสิทธิภาพเพียงพอที่จะคุ้มครองและป้องกันสิทธิของผู้ถูกระทำอันเกิดขึ้นในสถานศึกษา

ในส่วนของปัญหาเกี่ยวกับการกำหนดความรับผิดชอบในผลที่ต้องรับโทษหนักขึ้นของการกระทำคุกคามทางเพศหรือที่เรียกว่า “ผลกรรจ”⁶ กล่าวคือ ผลกรรจ เป็นผลของการกระทำความผิดที่ทำให้ผู้กระทำต้องรับโทษหนักขึ้น โดยผลนั้นต้องเป็นผลธรรมดา กล่าวคือ ผลที่เกิดขึ้นจากการกระทำความผิดนั้นต้องเป็นผลที่บุคคลทั่ว ๆ ไปสามารถคาดเห็นได้ ในประมวลกฎหมายอาญาได้กล่าวไว้ในมาตรา 63

การคุกคามทางเพศ หรือ การคุกคามอันมีลักษณะส่อไปในทางที่จะล่วงเกินทางเพศ เป็นการกระทำที่มีกฎหมายบัญญัติให้เป็นความผิดและมีบทลงโทษตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 397 บทบัญญัติไว้

เมื่อพิจารณาแล้วเห็นว่าบทบัญญัติมาตรา 397 เป็นเพียงบทบัญญัติที่รองรับการกระทำในการคุกคามทางเพศ หรือ การคุกคามอันมีลักษณะส่อไปในทางที่จะล่วงเกินทางเพศให้มีความผิดและต้องได้รับโทษ และมีการกำหนดให้มีบทกรรจโดยการอาศัยเหตุที่ต้องรับโทษหนักขึ้นเพียงเท่านั้น ดังนั้น เมื่อมีการคุกคามทางเพศ หรือ การคุกคามอันมีลักษณะส่อไปในทางที่จะล่วงเกินทางเพศเกิดขึ้นย่อมมีผลกระทบต่อผู้ถูกคุกคามในแต่ละรายแตกต่างกันออกไปตามการเกิดขึ้นของพฤติกรรมในแต่ละประเภทนั้น ๆ ด้วย แต่อย่างไรก็ตาม ย่อมก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ถูกคุกคามในหลายด้าน ไม่ว่าจะเป็นด้านสภาพร่างกาย ผลกระทบด้านสังคมของผู้ถูกคุกคามได้อีกด้วย และที่สำคัญคือผลกระทบด้านสภาพจิตใจ หากกระทำการ

⁶เกียรติขจร วจนะสวัสดิ์, กฎหมายอาญาภาคความผิด เล่ม 2, พิมพ์ครั้งที่ 6, (กรุงเทพมหานคร: กรุงสยามพับลิซซิง, 2557), หน้า 452.

คุกคามทางเพศ หรือ การคุกคามอันมีลักษณะส่อไปในทางที่จะล่วงเกินทางเพศ เป็นเหตุให้ผู้ถูกละเมิดพยายามฆ่าตัวตายเพื่อให้ตนพ้นจากการเป็นทุกข์จากการถูกละเมิดการคุกคามทางเพศจนเป็นเหตุให้ผู้ถูกละเมิดคุกคามถึงแก่ความตายหรือได้รับอันตรายสาหัสก็ตาม บทบัญญัติตามมาตรา 397 ยังมิได้มีการบัญญัติถึงผลแห่งการกระทำไว้เลย

หากเปรียบเทียบกับซึ่งความผิดเกี่ยวกับเพศในประมวลกฎหมายอาญา ไม่ว่าจะเป็นเรื่องการทำชำเราหรือการกระทำความผิดอื่นใด ได้มีการกล่าวหรือมีบทบัญญัติในเรื่องของผลการกระทำที่ต้องรับโทษหนักขึ้น ตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277 ทวิ และมาตรา 280 จะเห็นได้ว่าสองมาตรานี้เป็นเรื่องของ“ผลกรรจ์” โดยการได้รับอันตรายสาหัสหรือความตายนั้นต้องเป็น “ผล” มาจากการกระทำความผิดตามมาตรา 276 วรรคหนึ่ง หรือมาตรา 277 วรรคหนึ่งหรือวรรคสองและตามมาตรา 278 หรือมาตรา 279 อันต้องรับโทษหนักขึ้นตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 63 โดยผลนั้นจะต้องเป็น“ผลธรรมดา” นอกเหนือจาก “ผลโดยตรง” กล่าวคือ ต้องเป็นผลที่เกิดขึ้นจากการกระทำและเป็นผลที่วิญญูชนทั่วไปสามารถคาดหมายได้ว่า หากได้มีการกระทำเช่นนั้นเกิดขึ้นแล้วย่อมอาจจะมีผลเช่นนั้นตามมาได้ ดังนั้น หากมีการคุกคามทางเพศ หรือ การคุกคามอันมีลักษณะส่อไปในทางที่จะล่วงเกินทางเพศ ส่งผลให้ผู้ถูกละเมิดได้รับผลกระทบจนเป็นเหตุให้ผู้ถูกละเมิดได้รับอันตรายสาหัส หรือถึงแก่ความตาย ก็ไม่อาจนำบทบัญญัติในเรื่องผลกรรจ์ตามมาตรา 277 ทวิและมาตรา 280 มาใช้บังคับได้ เนื่องจากการกระทำความผิดทางเพศ หรือ การคุกคามอันมีลักษณะส่อไปในทางที่จะล่วงเกินทางเพศนั้น ในลักษณะพฤติกรรมที่กระทำด้วยวาจา หรือ กระทำด้วยอภัยปรีชา ไม่อาจเป็นความผิดกระทำความผิดหรือการกระทำชำเราได้ เนื่องจากการกระทำผิดดังกล่าวต้องเป็นการสัมผัสเนื้อตัวร่างกายของผู้ถูกละเมิด อีกทั้ง บทบัญญัติมาตรา 397 มิได้มีการกำหนดหรือมีบทบัญญัติให้ต้องรับโทษหนักขึ้นในผลแห่งการกระทำความผิดทางเพศ หรือ การคุกคามอันมีลักษณะส่อไปในทางที่จะล่วงเกินทางเพศ จึงเห็นได้ว่าบทบัญญัตินี้ดังกล่าวที่มีอยู่นั้นไม่เหมาะสม กล่าวคือ หากมีการกระทำความผิดเกี่ยวกับการคุกคามทางเพศ แต่ผลของการกระทำดังกล่าวเป็นเหตุให้ผู้ถูกละเมิดได้รับอันตรายสาหัส หรือถึงแก่ความตาย ผู้กระทำความผิดก็ได้รับการลงโทษเพียงแก่การกระทำคุกคามทางเพศทั่วไปเท่านั้น เมื่อได้เปรียบเทียบกับการกระทำความผิดเกี่ยวกับการชำเราหรือการกระทำความผิดอื่นใดได้มีการบัญญัติถึงเรื่องผลของการกระทำไว้ด้วย แต่ในความผิดเกี่ยวกับการคุกคามทางเพศกลับไม่มีการบัญญัติรองรับไว้เลย หากต้องการให้ผู้กระทำความผิดรับผิดชอบในผลของการกระทำ

⁷ เกียรติจิตร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1, พิมพ์ครั้งที่ 10, (กรุงเทพมหานคร: พลสยามพริ้นติ้ง, 2551), หน้า 310-315.

ดังกล่าว ต้องพิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำกับผลตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 63 โดยการได้รับอันตรายสาหัสหรือการตายนั้นจะต้องเป็นผลธรรมดาที่ย่อมเกิดได้จากการกระทำด้วย

ประเด็นที่สามเป็นปัญหาว่าด้วยการยอมความในความผิดเกี่ยวกับการคุกคามทางเพศ จากการศึกษาจะเห็นได้ว่า ความผิดอันสามารถยอมความได้นั้นเป็นความผิดอาญาที่มีการประทุษร้ายต่อคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคล โดยปัจจัยในเรื่องความเป็นอาชญากรรมมากหรือน้อยจึงต้องพิจารณาที่คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคลก่อนเป็นอันดับแรกว่ามีคุณค่าที่ยึดถือกันในสังคมเป็นอย่างไร หากคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคลนั้นเป็นส่วนตัวอย่างแท้จริงที่ย่อมกำหนดให้เป็นความผิดอันสามารถยอมความได้ โดย ลักษณะแตกต่างกันในความผิดอาญาแผ่นดินหรือความผิดไม่สามารถยอมความได้ กับความผิดส่วนตัวหรือความผิดที่สามารถยอมความได้ มีดังนี้

ในเรื่องของอายุความในการดำเนินคดี โดยความผิดอาญาแผ่นดินหรือความผิดไม่สามารถยอมความได้ มีกำหนดอายุความตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 95 แต่ในส่วนความผิดส่วนตัวหรือความผิดที่สามารถยอมความได้ มีกำหนดอายุความตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 96 และ

ในเรื่องของการเริ่มต้นในการดำเนินคดีอาญา โดยความผิดอาญาแผ่นดินหรือความผิดไม่สามารถยอมความได้นั้น พนักงานสอบสวนเริ่มต้นทำการสอบสวนดำเนินคดีได้เมื่อได้รับรู้ถึงการกระทำความผิดที่เกิดขึ้นโดยไม่ต้องมีการร้องทุกข์กล่าวโทษแต่อย่างใด แต่ในส่วนความผิดส่วนตัวหรือความผิดที่สามารถยอมความได้ การจะเริ่มต้นดำเนินคดีอาญาโดยพนักงานสอบสวนนั้น จะต้องรับคำร้องทุกข์จากผู้เสียหายหรือผู้ถูกกระทำก่อน อันเสมือนเป็นแสดงความประสงค์และยินยอมให้พนักงานสอบสวนทำการสอบสวนดำเนินคดีแก่ผู้ต้องหาได้ ดังนั้น เมื่อผู้เสียหายยังมิได้มีการร้องทุกข์ต่อพนักงานสอบสวน แม้พนักงานสอบสวนจะทราบเหตุแห่งการกระทำความผิด แต่พนักงานสอบสวนย่อมไม่มีอำนาจในการดำเนินการสอบสวนได้โดยลำพัง เมื่อไม่มีการสอบสวนหรือมีการสอบสวนที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย พนักงานอัยการย่อมไม่มีอำนาจยื่นฟ้องคดีต่อศาลได้ อันเป็นไปตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 121 วรรคสอง และมาตรา 120

การคุกคามทางเพศ หรือการคุกคามอันมีลักษณะส่อไปในทางที่จะล่วงเกินทางเพศเป็นการกระทำที่กฎหมายได้กำหนดให้เป็นความผิดและมีโทษตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 397 วรรคสอง โดยความผิดการคุกคามทางเพศ หรือการคุกคามอันมีลักษณะส่อไปในทางที่จะล่วงเกินทางเพศนั้น ได้บัญญัติให้เป็นความผิดลหุโทษจึงเป็นความผิดประเภทอาญาแผ่นดิน ไม่สามารถยอมความได้ หากพนักงานสอบสวนพบการกระทำความผิดเกิดขึ้น พนักงานสอบสวนย่อมมีอำนาจในการสอบสวนดำเนินคดีได้โดยไม่ต้องมีการร้องทุกข์กล่าวหาแต่อย่างใด แต่ในลักษณะความผิดลหุโทษนั้น มีวิธีการดำเนินการให้สิทธินำคดีอาญามาฟ้องระงับได้ คือ วิธีการเปรียบเทียบ ต้องเป็นกรณีที่พนักงานสอบสวนหรือพนักงานอัยการแล้วแต่กรณี

เห็นสมควรว่าควรทำการเปรียบเทียบ โดยการเปรียบเทียบสำเร็จย่อมส่งผลให้สิทธิในการดำเนินคดีอาญา
ระงับตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 39 (3)

หากเปรียบเทียบกับในส่วนของคดีที่สามารถยอมความได้นั้น ไม่ต้องอาศัยความเห็นสมควรจาก
พนักงานสอบสวนหรือพนักงานอัยการแต่อย่างใด หากแต่มีการแสดงความรับผิดชอบจากฝ่ายผู้ต้องหาอัน
เป็นที่พึงพอใจแก่ฝ่ายผู้เสียหายแล้ว ย่อมถือว่าเป็นการยอมความ โดยจะส่งผลให้สิทธิในการดำเนินคดีอาญา
ระงับตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 39 (2)

จะเห็นได้ว่าทั้งสองกรณีในการทำให้สิทธิดำเนินคดีอาญาระงับดังกล่าวนี้ถือได้เป็นวิธีการเบี่ยงตัว
ผู้กระทำความผิดออกจากระบวนยุติธรรมทางอาญาอันสอดคล้องกับทฤษฎีการเบี่ยงเบนคดีหรือการหันเห
คดีเป็นมาตรการที่มีความประสงค์ที่จะไม่นำตัวผู้กระทำความผิดเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมทางศาลโดยการ
ยอมความก่อให้เกิดประโยชน์ต่อสังคมได้มากกว่าการเปรียบเทียบ เพราะเป็นการอาศัยความสมัครใจของทั้ง
สองฝ่ายโดยแท้ ด้วยเหตุที่แนวคิดในการมองปัญหาอาชญากรรมได้เปลี่ยนแปลงไปจากการมองว่าการ
กระทำความผิดเป็นการกระทำต่อรัฐ รัฐเท่านั้นเป็นผู้เสียหายได้เปลี่ยนมาเป็นการกระทำความผิดเป็นการกระทำที่
เกี่ยวกับความสัมพันธ์ของบุคคลเป็นผู้ได้รับความเสียหายจึงมีสิทธิที่จะดำเนินคดี หรือระงับคดีโดยยอมสละ
สิทธิของตนเองได้ โดยรัฐไม่มีอำนาจก้าวเข้าไปในสิทธิของผู้เสียหาย

ทั้งนี้ หากได้พิจารณาเปรียบเทียบเกี่ยวกับการกระทำความผิดเกี่ยวเพศ ไม่ว่าจะเป็นการข่มขืนกระทำ
ชำเราหรือการกระทำอนาจาร ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 หรือ มาตรา 278 แล้วแต่กรณี
ได้มีการกำหนดให้การกระทำความผิดดังกล่าวนี้ มีความผิดที่สามารถยอมความได้ หรือ ความผิดอาญา
ส่วนตัว ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 281

จะเห็นได้ว่าลักษณะการกระทำความผิดเกี่ยวกับการคุกคามทางเพศ หรือ การคุกคามอันมีลักษณะส่อไป
ในทางที่จะล่วงเกินทางเพศ กับลักษณะการกระทำความผิดเกี่ยวกับการกระทำชำเราหรือการกระทำอนาจาร
มีลักษณะการกระทำที่แตกต่างกันอย่างเห็นได้ชัด กล่าวคือ ลักษณะการกระทำความผิดเกี่ยวกับการกระทำชำเรา
หรือการกระทำอนาจารต้องเป็นการกระทำต่อเนื่องตัวร่างกายโดยตรงเท่านั้น เพียงแต่การกระทำโดยวาจา
หรืออากัปกิริยา ยังไม่เพียงพอจะเป็นความผิดได้ แต่ลักษณะการกระทำความผิดเกี่ยวกับการคุกคามทางเพศ หรือ
การคุกคามอันมีลักษณะส่อไปในทางที่จะล่วงเกินทางเพศไม่จำเป็นต้องกระทำต่อเนื่องตัวร่างกายโดยตรง
เพียงแต่กระทำทางวาจา หรือแสดงออกมาซึ่งอากัปกิริยา ก็ถือว่าเป็นความผิดแล้ว จึงยอมสะท้อนให้เห็นว่า
การกระทำการคุกคามทางเพศ หรือ การคุกคามอันมีลักษณะส่อไปในทางที่จะล่วงเกินทางเพศนั้น
มีมาตรการทางกฎหมายที่เข้มงวดกว่าการกระทำชำเราหรือการกระทำ

จากการศึกษาค้นคว้ามาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางอาญาเกี่ยวกับการคุกคามทาง
เพศ ผู้ศึกษาพบว่า มี ข้อเสนอแนะ คือ

1. ปัญหาเกี่ยวกับการกำหนดความหมายของคำว่า “คุกคามทางเพศ”

ผู้ศึกษาขอเสนอแนะ ให้มีการบัญญัติบทนิยามของ การกระทำความคุกคามทางเพศ หรือ การคุกคามอันมีลักษณะส่อไปในทางที่จะล่วงเกินทางเพศ ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 1 (19) ความว่า “การคุกคามอันมีลักษณะส่อไปในทางที่จะล่วงเกินทางเพศ” หมายความว่า การกระทำหรือพฤติกรรมในทางเพศ ซึ่งเกิดจากการใช้ถ้อยคำวาจา การแสดงอาการกิริยา ท่าทาง ภาพ เอกสาร ข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์ หรือสิ่งของในลักษณะลามก หรือกระทำการอย่างอื่นในทำนองเดียวกัน รวมถึงการเสนอเงื่อนไขในทางเพศเพื่อแลกเปลี่ยนกับผลประโยชน์ และการกระทำเหล่านั้นเป็นการกระทำที่ไม่พึงประสงค์ ไม่เหมาะสม หรือไม่น่ายินดี ตลอดจนเป็นการกระทำที่ก่อให้เกิดสภาพแวดล้อมที่ไม่น่าเป็นมิตร การข่มขู่ การลดทอนศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ การเหยียดหยามเพศ การก่อให้เกิดผลกระทบทั้งทางด้านร่างกายหรือจิตใจก็ตาม”

2. ปัญหาเกี่ยวกับการบังคับใช้กฎหมายในกรณีที่ต้องรับโทษหนักขึ้นจากการกระทำความคุกคามทางเพศ

2.1 ในปัญหาเกี่ยวกับการกำหนดความรับผิดอันเป็นเหตุที่ต้องรับโทษหนักขึ้นของการกระทำความคุกคามทางเพศ หรือ “เหตุฉกรรจ์”

ผู้ศึกษาขอเสนอแนะ ให้แก้ไขบทบัญญัติมาตรา 397วรรคสอง จากความเดิมว่า “ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งเป็นการกระทำในที่สาธารณะสถานหรือต่อหน้าธารกำนัลหรือเป็นการกระทำอันมีลักษณะส่อไปในทางที่จะล่วงเกินทางเพศ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งเดือนหรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

แก้ไขเป็น “ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งเป็นการกระทำในที่สาธารณะสถานหรือต่อหน้าธารกำนัล ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งเดือนหรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

และ ให้บัญญัติ “มาตรา 281/1 วรรคหนึ่งความว่า ผู้ใดกระทำความคุกคามอันมีลักษณะส่อไปในทางที่จะล่วงเกินทางเพศ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปีหรือปรับไม่เกินสองหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

(วรรคสอง) ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งเป็นการกระทำในสถานศึกษา ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปีหรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

2.2 ปัญหาเกี่ยวกับการกำหนดความรับผิดอันในผลที่ต้องรับโทษหนักขึ้นของการกระทำความคุกคามทางเพศ หรือ “ผลฉกรรจ์”

ผู้ศึกษาขอเสนอแนะ ให้บัญญัติเป็นบทบัญญัติ “มาตรา 281/1 วรรคสาม ความว่า ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งเป็นเหตุให้ผู้ถูกกระทำได้รับอันตรายสาหัส ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษ...

(วรรคสี่) ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งเป็นเหตุให้ผู้ถูกระทำถึงแก่ความตาย ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษ...”

3. ปัญหาว่าด้วยการขอมความในความผิดเกี่ยวกับการคุกคามทางเพศ

ผู้ศึกษาขอเสนอแนะ ให้บัญญัติเป็นบทบัญญัติ “มาตรา 281/1 วรรคห้า ความว่า การกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งและวรรคสอง เป็นความผิดอันขอมความได้”

