

### บทที่ 3

## มาตรการทางกฎหมายตามกฎหมายของต่างประเทศเกี่ยวกับการล่วงเกินทางเพศ

จากการศึกษาในบทที่ 2 ทำให้ทราบถึงความหมายรวมทั้งปัญหาของการล่วงเกินทางเพศที่เกิดขึ้นในที่ทำงานว่ามีความเสียหายต่อผู้ที่ได้รับผลกระทบ ซึ่งสมควรที่จะต้องมีมาตรการในการป้องกันและควบคุมการกระทำดังกล่าวเพื่อเป็นการรักษาไว้ซึ่งความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนในสังคม ดังนั้น ในบทนี้ผู้เขียนจะทำการศึกษากฎหมายของต่างประเทศ ซึ่งมีพัฒนาการในเรื่องดังกล่าวก้าวหน้าไปกว่ากฎหมายของไทยเพื่อศึกษาถึงหลักเกณฑ์ในการให้ความคุ้มครองบุคคลที่ได้รับผลร้ายจากการล่วงเกินทางเพศในที่ทำงานว่ามีอยู่อย่างไรบ้าง ทั้งนี้ เพื่อจะนำมาพิจารณาว่ามีความเหมาะสมหรือไม่ เพียงใด หากจะนำมาพัฒนาและปรับใช้กับกฎหมายของประเทศไทย ดังจะกล่าวต่อไปนี้

### 3.1 ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์

#### 3.1.1. ประเทศสหรัฐอเมริกา

แนวความคิดเกี่ยวกับเรื่องการล่วงเกินทางเพศในประเทศสหรัฐอเมริกานั้น ปรากฏว่าได้มีการศึกษาโดยนักวิจัยอย่างกว้างขวาง โดยเฉพาะ Catharine Mackinnon ศาสตราจารย์แห่งมหาวิทยาลัยมิชิแกน และ Susan Brownmiller นักอนุรักษนิยม ซึ่งได้รับการยอมรับจากประชาชนทั่วไป โดยประเด็นที่ศึกษาเป็นกรณีของเรื่องอำนาจ แทนที่จะเป็นประเด็นในเรื่องเพศ ทั้งนี้ เพราะแต่เดิมการล่วงเกินทางเพศถูกตีความไว้อย่างกว้างว่าเป็นเรื่องการพัวพันกับผู้หญิงในเรื่องทางเพศโดยผู้ชายในที่ทำงานหรือในชั้นเรียน กล่าวคือ เป็นเรื่องความดึงดูดใจของผู้ชายทางร่างกายตามธรรมชาติ และถือเป็นเรื่องปกติ แต่ปัจจุบันนี้พฤติกรรมดังกล่าวไม่ใช่เรื่องธรรมชาติหรือเป็นเรื่องปกติเสียแล้ว แต่กลายเป็นเรื่องการเลือกปฏิบัติต่อเพศหญิง โดยเห็นว่าพฤติกรรมนั้นมีไว้เพื่อรองรับผู้หญิงในสถานที่เหล่านั้น นักวิจัยพบว่าหญิงและชายให้ความหมายของการล่วงเกินทางเพศแตกต่างกัน หญิงจะประณามสถานการณ์ที่เกิดขึ้นในลักษณะเช่นนี้มากกว่าผู้ชาย โดยชายอาจจะรู้สึกภูมิใจจากการได้รับความสนใจทางเพศเช่นนั้นในที่ทำงาน ในขณะที่หญิงกล่าวว่าพฤติกรรมเดียวกันเป็นการก่อกวนความรำคาญ ทั้งนี้ ผู้วิจัยชี้ว่าพลวัตรของอำนาจจะหว่างนายจ้างชายและลูกจ้างหญิงอาจจะกำหนดการตีความที่แตกต่างกัน

การศึกษาเรื่องหนึ่งรายงานถึงหญิงและชายกับเหตุการณ์ที่สมมติขึ้น โดยมีคำถามว่าจะประณามเหตุการณ์นั้นว่าเป็นการล่วงเกินทางเพศได้หรือไม่ ซึ่งมี 2 สถานการณ์ ดังนี้

1. ผู้บังคับบัญชาชายเชิญลูกจ้างหญิงคนใหม่ไปรับประทานอาหารกลางวันเพื่อพูดถึงงานของลูกจ้าง ซึ่งบทสนทนาจะเน้นไปที่ชีวิตส่วนตัวของลูกจ้าง

2. หลังจากดื่มเครื่องดื่มแล้ว เขาพยายามแตะต้องเนื้อตัวของลูกจ้าง

ในการศึกษาดังกล่าวพบว่า ผู้หญิงส่วนใหญ่มีความเห็นว่าการล่วงเกินทางเพศเริ่มที่การรับประทานอาหารเมื่อกลางวันแล้ว ในขณะที่ผู้ชายส่วนใหญ่เห็นว่าการล่วงเกินทางเพศเริ่มเมื่อนายจ้างพยายามแตะต้องสัมผัสลูกจ้าง จึงกล่าวได้ว่าหญิงยังคงคิดว่าการล่วงเกินทางเพศเป็นเรื่องจริงจังมากกว่าชาย โดยมองว่าพฤติกรรมการล่วงเกินทางเพศเป็นการใช้กำลังและข่มขู่ และถือว่าการกระทำการล่วงเกินต้องรับผิดชอบต่อพฤติกรรมของตนเอง

กลุ่มสตรีในหลายอาชีพที่ตกเป็นผู้ถูกระทำการล่วงเกินทางเพศ มีดังนี้

1. สตรีที่เป็นผู้เยาว์ ตกเป็นผู้ถูกระทำเนื่องจากเป็นผู้อ่อนไหวง่ายต่อการล่วงเกินทางเพศ เพราะเหตุว่าไม่มีอำนาจในโรงเรียนหรือในที่ทำงาน

2. สตรีทำงาน ในการสำรวจผู้หญิงทำงานเมื่อปี 1992 พบว่าการล่วงเกินทางเพศมักเกิดกับผู้หญิงอายุระหว่าง 18-24 ปี เนื่องจากโดยทั่วไปผู้หญิงเหล่านี้จะเป็นผู้ดำรงตำแหน่งต่ำที่สุดในองค์กร

3. สตรีในงานที่ไม่เป็นที่นิยม กล่าวคือ เป็นงานที่มีลักษณะซึ่งเริ่มครอบงำโดยชายก่อน และหญิงมีส่วนร่วมในการทำงานเพียง 25% หรือน้อยกว่านั้น งานเช่นนั้นเริ่มจากคนงานก่อสร้างไปจนถึง ศัลยแพทย์ประสาท ชายในวิชาชีพนี้จะกระทำการล่วงเกินทางเพศด้วยวิธีกักขัง (Keeping women "in their place") การล่วงเกินทางเพศนี้มีรูปแบบเฉพาะ เช่น การให้ความเห็นเกี่ยวกับความไม่เหมาะสมของหญิงในสาขาเหล่านี้ การเหน็บแนมทางเพศ และการล่วงเกินทางร่างกาย

4. สตรีในกองทัพ ส่วนใหญ่เกี่ยวข้องกับการล่วงเกินทางเพศในลักษณะของสภาพแวดล้อมที่ไม่เป็นมิตรเสมอ และจากการสำรวจอย่างกว้างของกองทัพเรือในปี 1991 เปิดเผยว่า 44% ของหญิงซึ่งถูกเกณฑ์ทหาร และ 33% ของผู้ตอบรับที่เป็นพนักงานหญิงถูกล่วงเกินทางเพศในช่วงระยะเวลา 1 ปี

5. สตรีที่ประกอบวิชาชีพ มีประสบการณ์การถูกล่วงเกินทางเพศน้อย โดยผู้หญิงเหล่านี้มักจะตกเป็นเหยื่อของการพูด ทั้งนี้ สำนักงานกฎหมายระดับกลางและใหญ่เผยว่า 66% ของนักกฎหมายหญิงรู้สึกที่ต้องเผชิญหน้ากับอคติเรื่องเพศ และ 33% กล่าวว่าเกี่ยวข้องกับการล่วงเกินทางเพศมา

โดยตลอด โดยเฉพาะในสาขาที่มีการแข่งขันสูง ทนายความชายกระทำการล่วงเกินทางเพศกับผู้หญิง เพื่อให้หนีจากการแข่งขัน

6. สตรีอพยพเข้าเมือง หญิงประเภทนี้โดยเฉพาะอย่างยิ่งที่ลักลอบเข้าเมืองโดยผิดกฎหมาย มีภาวะเสี่ยงสูงต่อการถูกล่วงเกินทางเพศ และการใช้ความรุนแรงทางเพศทุกรูปแบบ เพราะเหตุว่าไม่รู้ภาษาอังกฤษ ความรู้เกี่ยวกับสิทธิทางแพ่งและกระบวนการทางกฎหมายมีจำกัด ประกอบกับสภาพทางเศรษฐกิจและสังคมทำให้ง่ายต่อการยอมตนให้กับการล่วงเกินทางเพศ<sup>1</sup>

จากข้อมูลดังกล่าวข้างต้นจะเห็นได้ว่า การล่วงเกินทางเพศในประเทศสหรัฐอเมริกาได้มีอยู่อย่างต่อเนื่องและแพร่หลายไปในทุกวงการอาชีพ อันแสดงให้เห็นว่าจำเป็นจะต้องมีมาตรการหรือกฎหมายที่จะให้ความคุ้มครองกับผู้ที่ตกเป็นเหยื่อและได้รับผลกระทบจากการกระทำดังกล่าว โดยหากเกิดการฉ้อโกงทางเพศขึ้น บทบัญญัติที่จะนำไปปรับใช้ ได้แก่ พระราชบัญญัติสิทธิพลเมือง ค.ศ. 1964 (Civil Rights Act) ลักษณะ 7 (Title VII) ซึ่งบัญญัติไว้ว่า “ห้ามนายจ้างกระทำการเลือกปฏิบัติต่อบุคคลเกี่ยวกับเชื้อชาติ สภาพหรือสิทธิพิเศษแห่งการจ้างงาน เนื่องจากเพศของบุคคลนั้น ๆ”<sup>2</sup>

ทั้งนี้ แต่เดิมแม้กฎหมายว่าด้วยสิทธิพลเมืองดังกล่าวข้างต้นจะกำหนดให้การเลือกปฏิบัติโดยอาศัยเหตุแห่งเพศเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย แต่ก็ไม่ปรากฏว่าการล่วงเกินทางเพศ (Sexual Harassment) เป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายดังกล่าวด้วย ต่อมาเมื่อได้มีการประกาศใช้กฎหมายว่าด้วยความเสมอภาคของโอกาสในการทำงาน (The Equal Employment Opportunity Act) เมื่อปี ค.ศ. 1972 กฎหมายดังกล่าวได้กำหนดให้มีคณะกรรมการว่าด้วยความเสมอภาคของโอกาสในการทำงาน (The Equal Employment Opportunity Commission หรือ EEOC) เพื่อทำหน้าที่บังคับใช้กฎหมายว่าด้วยสิทธิพลเมือง ค.ศ. 1964 กลุ่มสตรีต่าง ๆ ได้มีความพยายามที่จะผลักดันให้ EEOC

---

<sup>1</sup>ข้อมูลจากรายงานของคณะกรรมการวิจัยสตรีแห่งสหรัฐอเมริกา ปี 1994 จาก [http://www.watchtower.org/library/g/1996/5/22/sexual\\_harassment\\_global.htm](http://www.watchtower.org/library/g/1996/5/22/sexual_harassment_global.htm)

<sup>2</sup>Title VII of the Civil Rights Act of 1964 state that “an unlawful employment practice for an employer ... to discriminate against any individual with respect to his (or her) compensation, terms, conditions, or privileges of employment, because of such individual's ... sex.

ออกข้อกำหนด (Regulations) เพื่อให้การล่วงเกินทางเพศถือเป็นรูปแบบหนึ่งของการเลือกปฏิบัติทางเพศ อันผิดกฎหมายว่าด้วยสิทธิพลเมือง<sup>3</sup>

ต่อมาเมื่อปี ค.ศ. 1980 คณะกรรมการว่าด้วยความเสมอภาคของโอกาสในการทำงาน (EEOC) ได้ให้คำนิยามของการล่วงเกินทางเพศไว้ในข้อ 29 แห่ง Code of Federal Regulations 164 0.11(a)<sup>4</sup> ว่า “การล่วงเกินทางเพศอันเป็นการละเมิดต่อกฎหมาย หมายถึง การยื่นข้อเสนอทางเพศ การเรียกร้องให้มีการสงเคราะห์ทางเพศ และการกระทำทางกายหรือทางวาจาที่สื่อถึงเรื่องเพศอันไม่เป็นที่พึงปรารถนา โดยองค์ประกอบของการล่วงเกินทางเพศ ต้องประกอบไปด้วย

1. มีการกระทำการล่วงเกินทางเพศโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยาย ซึ่งมีข้อตกลงหรือเงื่อนไขเกี่ยวกับการจ้างงานของบุคคล

2. การยอมให้หรือการปฏิเสธของบุคคลต่อการกระทำเช่นนั้น จะมีผลต่อการตัดสินใจในการจ้างงาน หรือ

3. การกระทำนั้นมีวัตถุประสงค์หรือมีผลกระทบอันเป็นการแทรกแซงต่อการทำงานของบุคคล โดยก่อให้เกิดการข่มขู่ เป็นปฏิปักษ์ หรือรบกวนสภาพแวดล้อมในการทำงาน

ทั้งนี้ ในปี ค.ศ. 1986 ศาลสูงสหรัฐได้มีคำตัดสินในคดี Meritor Saving Bank v. Vinson, 477 U.S. 57 โดยเป็นคดีแรกที่ตัดสินว่าการล่วงเกินทางเพศเป็นการเลือกปฏิบัติเพราะเหตุแห่งเพศ ซึ่งเป็นความผิดตามลักษณะ 7 แห่งกฎหมายว่าด้วยสิทธิพลเมือง<sup>5</sup>

**ประเภทของการล่วงเกินทางเพศในประเทศสหรัฐอเมริกา แบ่งได้ 2 ประเภท คือ**

1. *quid pro quo* เป็นการล่วงเกินทางเพศโดยตรงที่มีเงื่อนไขแลกเปลี่ยน โดยผู้กระทำจะยื่นข้อเสนอทางเพศเพื่อแลกเปลี่ยนกับผลประโยชน์ในหน้าที่การงาน เช่น การเลื่อนตำแหน่ง การได้รับการว่าจ้าง การโยกย้าย การมอบหมายงาน ทั้งนี้ ผู้ถูกกระทำจะต้องเลือกระหว่างการยินยอมในทาง

<sup>3</sup>William Petrocelli and Barbara Kate Repa, Sexual Harassment on the Job (Berkeley : Nolo Press, 1992), p.9/20.

<sup>4</sup>Ibid., p.1/25.

<sup>5</sup>Maria M. Carrillo, “Hostile Environment Sexual Harassment by a Supervisor Under Title VII : Reassessment of Employer Liability in light of The Civil Rights Act of 1991,” Columbia Human Rights Law Reviews 24 (1992-1993) : 49.

เพศหรือการสูญเสียผลประโยชน์ในด้านการงาน และกรณีเช่นนี้ผู้กระทำการล่วงเกินทางเพศมักจะเป็น ผู้ที่มีอำนาจในการให้คุณให้โทษในการจ้างงานได้ โดยเหยื่อจะเป็นผู้ที่อยู่ในสถานะหรืออำนาจที่ ต่ำกว่าผู้กระทำ ซึ่งได้แก่ ผู้ควบคุมงาน ผู้บังคับบัญชา นายจ้าง หรือครูอาจารย์ ซึ่งพฤติกรรมนี้เป็น กรณีที่ใช้อำนาจในทางที่ไม่ชอบ ไม่ถูกไม่ควร

2. Hostile environment เป็นการล่วงเกินทางเพศโดยการสร้างสภาพแวดล้อมหรือสถาน การณ์ที่ไม่พึงปรารถนาซึ่งทำให้ผู้ถูกกระทำรู้สึกไม่พึงพอใจและอึดอัด รูปแบบพฤติกรรมของการ ล่วงเกินทางเพศประเภทนี้ ได้แก่ การกระทำโดยทางวาจา เช่น การเล่าเรื่องตลกลามก การวิพากษ์ วิจาร์ณเกี่ยวกับรูปร่าง การแต่งกายที่สื่อไปในทางลามกโดยกิริยาท่าทาง เช่น การจ้องมองอย่าง กุ่มกุ่ม ทำท่างเจ้าชู้ การตีตบตีเปลือยตามฝ่าผ่นัง การแสดงสิ่งของอุปกรณ์ที่สื่อในทางเพศหรือ ลามก หรือโดยการสัมผัส เช่น การแตะต้องเนื้อตัว เสื้อผ้า การใกล้ชิดเกินความจำเป็น และใช้บางส่วนของ ร่างกายสัมผัสอย่างจงใจ นอกจากนี้ การล่วงเกินทางเพศประเภทนี้ ผู้กระทำอาจเป็นผู้ร่วมงาน หรือบุคคลนอกสำนักงาน เช่น ลูกค้ำก็ได้ ทั้งนี้ ไม่จำเป็นที่ผู้กระทำจะต้องเป็นผู้ที่มีอำนาจหรือมี สถานะเหนือกว่าผู้ถูกกระทำแต่อย่างใด<sup>6</sup>

การล่วงเกินทางเพศทั้งสองประเภทดังกล่าวข้างต้น ศาลในประเทศสหรัฐอเมริกาถือเป็นการ กระทำที่ขัดต่อกฎหมายว่าด้วยสิทธิพลเมือง ลักษณะ 7 ซึ่งผู้ถูกกระทำสามารถนำคดีขึ้นสู่ศาลได้ อย่างไรก็ดี การล่วงเกินทางเพศประเภท hostile environment ที่จะฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายได้นั้น โจทก์จะต้องแสดงให้เห็นได้ว่า

1. การล่วงเกินทางเพศดังกล่าวนั้น ไม่เป็นที่พึงปรารถนา (Unwelcome)
2. การกระทำนั้นเนื่องมาจากเหตุแห่งเพศ (Based on sex)
3. การกระทำนั้นรุนแรงและแพร่หลาย (Severe and pervasive) ซึ่งก่อให้เกิดสภาพการ ทำงานที่เลวร้ายและเป็นอุปสรรคต่อการทำงาน

---

<sup>6</sup> อรุณรัตน์ สหโชคชัย, "ประเด็นสำคัญและข้อควรรู้เกี่ยวกับการล่วงเกินทางเพศ," ในเอกสาร ประกอบการสัมมนาโครงการเวทีความคิดเพื่อการพัฒนากระบวนการยุติธรรมไทย เรื่อง กระบวนการ ยุติธรรมกับความรุนแรงที่เกิดขึ้นกับผู้หญิง. หน้า 5.

4. นายจ้างได้รู้หรือควรรู้ถึงการล่วงเกินทางเพศนั้น แต่ไม่ได้ดำเนินการแก้ไขแต่อย่างใด ทั้งนี้ไม่ว่าจะรู้โดยผู้ถูกกระทำยื่นข้อร้องเรียน หรือการล่วงเกินทางเพศนั้นได้กระทำโดยเปิดเผยก็ตาม<sup>7</sup>

ผู้เขียนขอยกคดีตัวอย่างที่ศาลตัดสินว่าเป็นการล่วงเกินทางเพศ ดังนี้

1. คดี *Andrews v. City of Philadelphia* ซึ่งมีข้อเท็จจริงในคดีว่า ผู้บริหารตั้งแต่ระดับ The Mayor ไปจนถึง The Sergeant ได้ล่วงเกินทางเพศต่อข้าราชการตำรวจหญิง 2 คน โดยการใช้เวลาส่วนใหญ่อยู่กับโจทก์เพื่อตั้งคำถามเกี่ยวกับชีวิตส่วนตัวของโจทก์ และเรียกชื่อโจทก์อยู่เสมอ รวมทั้งแสดงภาพลามกเพื่อให้โจทก์เห็น<sup>8</sup> ซึ่งกรณีนี้เป็นการล่วงเกินทางเพศที่เกิดขึ้นในวงราชการ

2. คดี *Joseph Oncale v. Sundowner Offshore Services* โดยข้อเท็จจริงในคดีนี้มีว่า โจทก์เป็นลูกจ้างชายของบริษัทเรือขุดเจาะน้ำมันได้ถูกผู้ควบคุมงานหลายคนซึ่งเป็นพวกรักร่วมเพศ (Homosexual) ล่วงเกินทางเพศโดยการสัมผัสเนื้อตัว ล่วงเกินด้วยวาจาเพื่อเชื้อเชิญในทางเพศ และข่มขู่ว่าจะข่มขืนโจทก์ นอกจากนี้ยังแสดงกริยาน่าอัปอายอีกหลายอย่างต่อโจทก์<sup>9</sup> ซึ่งกรณีนี้เป็นการล่วงเกินทางเพศที่กระทำต่อเพศเดียวกัน

อนึ่ง ดังที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้นว่า การล่วงเกินทางเพศในสหรัฐอเมริกา นั้น บทบัญญัติที่จะนำมาปรับใช้กับการล่วงเกินทางเพศ ได้แก่ กฎหมายว่าด้วยสิทธิพลเมือง ลักษณะ 7 ซึ่งได้แก้ไขในปี ค.ศ. 1991 โดยห้ามการเลือกปฏิบัติในสถานที่ทำงานโดยอาศัยเชื้อชาติ สีผิว ศาสนา เพศ หรือชาติกำเนิด แต่กฎหมายดังกล่าวก็ไม่ได้ให้ความชัดเจนว่ากรณีใดบ้างที่นายจ้างจะต้องรับผิดชอบ เนื่องจากสภาองค์กรสไม่ได้นำแนวทางในการตีความกฎหมายไว้ ศาลจึงมีเสรีภาพอย่างเต็มที่ในการยกหลักความรับผิดชอบซึ่งมีอยู่หลายหลักมาปรับใช้

อย่างไรก็ตาม ในปี ค.ศ. 1980 คณะกรรมการว่าด้วยความเสมอภาคของโอกาสในการทำงาน (EEOC) ได้อธิบายแนวทาง (Guideline) เกี่ยวกับความรับผิดชอบของนายจ้างไว้ดังนี้

<sup>7</sup>Delaney J. Kirk and Maria M. Clapham, "Same-Sex Sexual Harassment," *Labor Law Journal* (1996) : 404.

<sup>8</sup>Donald J. Petersen, "Individual Liability of Supervisors For Act of Sexual Harassment," *Labor Law Journal* (1996) : 29.

<sup>9</sup><http://supct.law.cornell.edu/supct/html/96-568.ZO.html>.

“ความรับผิดจำกัดในมาตรา 1604.11 (C) นั้น สอดคล้องกับหลักทั่วไปของความรับผิดของนายจ้างในส่วนที่เกี่ยวข้องกับตัวแทน และลูกจ้างซึ่งเป็นผู้ควบคุมงาน โดยเป็นเช่นเดียวกับที่คณะกรรมการและศาลได้ตัดสินว่านายจ้างต้องรับผิดหากผู้ควบคุมงานหรือตัวแทนกระทำการฝ่าฝืนบทบัญญัติแห่ง Title 7 โดยมีต้องคำนึงถึงการรับรู้ของนายจ้าง”<sup>10</sup>

ทั้งนี้ ผู้เขียนขอยกแนวตัวอย่างคดีที่ศาลตัดสินเกี่ยวกับความรับผิดของนายจ้างดังนี้

1. คดี Meritor Savings Bank v. Vinson, 477 U.S.57 (1986) ซึ่งมีข้อเท็จจริงว่า โจทก์เป็นลูกจ้างธนาคารได้ฟ้องธนาคารและผู้ควบคุมงาน (Supervisor) เป็นจำเลย โดยอ้างว่าขณะทำงานที่ธนาคารได้ถูกล่วงเกินทางเพศโดยผู้ควบคุมงาน อันเป็นการละเมิด Title 7 ของกฎหมายว่าด้วยสิทธิพลเมือง และได้เรียกค่าเสียหาย ซึ่งในการพิจารณาคดี คู่ความให้การขัดแย้งกันในประเด็นที่ว่าโจทก์และผู้ควบคุมงานมีความสัมพันธ์กันที่คู่สวามิภักดิ์มาก่อนหรือไม่

District Court ปฏิเสธการให้ค่าเสียหายแก่โจทก์ โดยเห็นว่าทั้งโจทก์และผู้ควบคุมงานมีความสัมพันธ์กันที่คู่สวามิภักดิ์มาก่อน จึงเป็นการสมควรใจและไม่มีผลต่อการทำงานของโจทก์ที่ธนาคาร ดังนั้นโจทก์จึงไม่ใช่เหยื่อของการล่วงเกินทางเพศ และในเมื่อธนาคารไม่รู้เรื่องดังกล่าว ธนาคารก็ไม่อาจรับผิดชอบต่อการล่วงเกินทางเพศของผู้ควบคุมงาน

ศาลสูงเห็นว่าการละเมิด Title 7 เกิดขึ้นได้ 2 กรณี คือ

- (1) การล่วงเกินทางเพศที่มีเงื่อนไขของผลประโยชน์เรื่องการจ้างงานเข้ามาเกี่ยวข้อง และ
- (2) การล่วงเกินทางเพศที่แม้ไม่กระทบต่อผลประโยชน์ในทางเศรษฐกิจ แต่ก่อให้เกิดสภาพแวดล้อมในการทำงานที่ไม่เป็นมิตรหรือน่ารังเกียจ

ศาลสูงตัดสินว่า คดีนี้เป็นกรณีการล่วงเกินทางเพศที่ก่อให้เกิดสภาพแวดล้อมในการทำงานที่ไม่เป็นมิตรหรือน่ารังเกียจ ซึ่งธนาคารต้องรับผิดชอบต่อกรกระทำของผู้ควบคุมงาน ไม่ว่าธนาคารผู้เป็นนายจ้างจะรู้หรือไม่รู้ถึงเหตุการณ์ดังกล่าวก็ตาม<sup>11</sup>

จากคดีนี้เห็นได้ว่า ศาลตัดสินให้นายจ้างต้องรับผิดแทนการกระทำของลูกจ้าง โดยไม่คำนึงถึงความรับรู้ของนายจ้างแต่อย่างใด ซึ่งเป็นไปตามหลักความรับผิดแทนกัน (Vicarious liability)

<sup>10</sup>Maria M. Carrillo, “Hostile Environment Sexual Harassment by a Supervisor Under Title VII : Reassessment of Employer Liability in light of The Civil Rights Act of 1991,” p.58.

<sup>11</sup><http://supct.law.cornell.edu/supct/html/97-569.ZS.html>.

กล่าวคือ เป็นความรับผิดชอบในการกระทำของบุคคลอื่น โดยบุคคลที่ต้องรับผิดชอบก่อนนั้นไม่ได้กระทำละเมิดด้วยตนเอง

อย่างไรก็ดี ในปี ค.ศ. 1998 ศาลสูงสหรัฐได้มีคำตัดสินที่เป็นมาตรฐานใหม่เกี่ยวกับความรับผิดชอบของนายจ้างใน 2 คดี ได้แก่

1. คดี Faragher v. City of Boca Raton, 118 S.Ct.2275, 2292-93 (1998) ซึ่งมีข้อเท็จจริงว่า ตั้งแต่ปี ค.ศ. 1989-1990 โจทก์เป็นลูกจ้างชั่วคราวทำหน้าที่เป็นผู้ช่วยชีวิต (Lifeguard) ที่ Parks and Recreation Department of the City of Boca Raton ในช่วงเวลาดังกล่าวโจทก์รวมทั้งลูกจ้างหญิงคนอื่นได้ถูกล่วงเกินทางเพศโดย David Silverman ผู้ควบคุมงานที่อยู่เหนือขึ้นไป 1 ชั้น และโดย Bill Terry ผู้ควบคุมงานที่อยู่เหนือ Silverman อีกชั้นหนึ่ง ซึ่งการกระทำดังกล่าวได้แก่ การสร้างบรรยากาศที่ไม่เป็นมิตรในการทำงาน พุดจาหยาบคาย และตะตึงดุด่าอย่างน่ารังเกียจและไม่สมควรต่อมาในปี 1990 โจทก์ได้ลาออก และในปี ค.ศ. 1992 โจทก์ได้ฟ้อง Silverman, Terry และ City of Boca Raton ว่าละเมิดบทบัญญัติ Title 7

District Court เห็นว่า การกระทำของผู้ควบคุมงานเป็นการล่วงเกินทางเพศที่รุนแรงเพียงพอที่จะเปลี่ยนสภาพการจ้างงานของโจทก์และก่อให้เกิด abusing working environment และ City of Boca Raton อาจต้องรับผิดชอบต่อการกระทำของผู้ควบคุมงาน ซึ่งเป็นลูกจ้างของ City of Boca Raton เพราะการล่วงเกินทางเพศดังกล่าวแพร่หลายเพียงพอที่จะทำให้ City of Boca Raton รู้หรือถือว่ารู้ถึงการล่วงเกินทางเพศดังกล่าว โดยกรณีนี้ผู้ควบคุมงานเป็นตัวแทนของ City of Boca Raton ในขณะที่กระทำการล่วงเกินทางเพศ และผู้ควบคุมงานอื่น ๆ ก็รู้ถึงการกระทำดังกล่าว แต่ไม่รายงานต่อเจ้าหน้าที่ของ City of Boca Raton

ศาลอุทธรณ์พิพากษากลับโดยให้เหตุผลว่า ผู้ควบคุมงานไม่ได้กระทำในทางการที่จ้างนอกจากนั้นการเป็นตัวแทนของผู้ควบคุมงานก็ไม่ได้เอื้อต่อการล่วงเกินทางเพศดังกล่าว และถึงแม้การกระทำดังกล่าวจะแพร่หลายจนถือว่า City of Boca Raton รู้ถึงการกระทำดังกล่าว แต่ City of Boca Raton ก็ไม่ต้องรับผิดชอบต่อความประมาทของตนที่ไม่ป้องกันการกระทำดังกล่าว

2. คดี Burlington Industries v. Ellerth, 118 S. CT. 2257, 2270 (1998) ข้อเท็จจริงในคดีนี้มีว่าในช่วงเดือนมีนาคม ค.ศ. 1993 ถึงเดือนพฤษภาคม ค.ศ. 1994 Kimberly Ellerth ทำงานเป็นพนักงานขายที่ Burlington Industries ซึ่งเป็นบริษัทที่มีลูกจ้างกว่า 22,000 คน และโรงงาน 50 แห่งทั้งสหรัฐอเมริกา แต่สำนักงานที่โจทก์ทำงานเป็นสำนักงานเล็ก ๆ ใน Chicago โจทก์ถูกล่วงเกินทาง



เพศด้วยคำพูดและท่าทางที่น่ารังเกียจ โดย Ted Slowik ผู้ควบคุมงานที่อยู่เหนือผู้ควบคุมงานของโจทก์อีกชั้น คือ เป็นผู้จัดการระดับกลางที่ New York นอกจากนี้ มี 3 ครั้งที่ Slowik ได้พูดกับโจทก์ทำนองว่าหากโจทก์ไม่ยินยอมจะมีผลต่องานที่ทำ หลังจากนั้นโจทก์ได้ออกจากงานและได้มาฟ้องคดีในเดือนตุลาคม ค.ศ. 1994

ศาลสูงสหรัฐได้มีคำตัดสินใน 2 คดีดังกล่าว โดยวางมาตรฐานใหม่เกี่ยวกับความรับผิดของนายจ้างต่อการกระทำของผู้ควบคุมงาน ดังนี้

“นายจ้างต้องรับผิดชอบในการกระทำของผู้ควบคุมงาน (Vicarious liability) ต่อเหยื่อในการกระทำที่สร้างสภาพแวดล้อมที่ไม่เป็นมิตรของผู้ควบคุมงานหรือผู้ควบคุมงานเหนือชั้นขึ้นไป ต่อเมื่อได้มีการกระทำที่มีผลต่อการจ้างงานที่เป็นรูปธรรม เช่น ไล่ออก ลดชั้น หรือมอบหมายงานอย่างอื่นที่ไม่เป็นผลดีกับลูกจ้าง แต่อย่างไรก็ดี นายจ้างอาจยกข้อต่อสู้ในเรื่องความรับผิดหรือค่าเสียหายได้โดยใช้หลัก นำสืบให้มีน้ำหนักเหนือกว่าก็พอ (Preponderance of the evidence) ซึ่งข้อต่อสู้ดังกล่าวมีองค์ประกอบ 2 ข้อ ได้แก่

(1) นำสืบว่านายจ้างได้ใช้ความระมัดระวังตามสมควรในการป้องกันและแก้ไขการกระทำดังกล่าวทันที และ

(2) นำสืบว่าโจทก์ละเว้นโดยไม่มีเหตุอันควรที่จะให้โอกาสนายจ้างป้องกันหรือแก้ไขการกระทำนั้น หรือหลีกเลี่ยงอันตรายดังกล่าว

อย่างไรก็ตาม ข้อต่อสู้ดังกล่าวจะหมดไป หากการล่วงเกินทางเพศนั้นก่อให้เกิดผลต่อการจ้างงานที่เป็นรูปธรรมดังที่กล่าวข้างต้น แต่ทั้ง 2 คดีดังกล่าวไม่ได้กำหนดมาตรฐานความรับผิดของนายจ้างกรณีล่วงเกินทางเพศระหว่างเพื่อนร่วมงานด้วยกัน ซึ่งศาลล่างเคยมีคำวินิจฉัยโดยใช้มาตรฐานความรับผิดแทนกันเฉพาะกรณีประมาท (Vicarious liability based on negligence)

โดยสรุปคดี Faragher และคดี Burlington Industries ได้สร้างหลัก 3 ประการ ต่อไปนี้

(1) กรณีการล่วงเกินทางเพศโดยผู้ควบคุมงานที่ก่อให้เกิดผลต่อการจ้างงานที่เป็นรูปธรรม นายจ้างต้องรับผิดชอบในการกระทำของผู้ควบคุมงานแบบเด็ดขาด (Strict vicarious liability) กล่าวคือ นายจ้างจะยกข้อต่อสู้เพื่อไม่ต้องรับผิดชอบต่อผู้ควบคุมงานไม่ได้เลย

(2) กรณีการล่วงเกินทางเพศโดยผู้ควบคุมงานที่ไม่ก่อให้เกิดผลต่อการจ้างงานที่เป็นรูปธรรม นายจ้างต้องรับผิดชอบในการกระทำของผู้ควบคุมงานแบบเด็ดขาด (Strict vicarious liability) แต่สามารถยกข้อต่อสู้ได้ว่าตนไม่ประมาท แต่โจทก์เองต่างหากที่ประมาท

(3) กรณีที่การล่วงเกินทางเพศที่กระทำโดยเพื่อนร่วมงานที่ไม่ได้เป็นผู้ควบคุมงาน นายจ้างต้องรับผิดชอบเฉพาะกรณีประมาท (Vicarious liability based on negligence)

ดังนั้น จะเห็นได้ว่าเหตุที่นายจ้างต้องรับผิดชอบโดยเด็ดขาดเฉพาะกรณีที่ผู้ล่วงเกินทางเพศเป็นผู้ควบคุมงาน เนื่องจากผู้ควบคุมงานมีอำนาจช่วยให้การกระทำบรรลุผลได้ และเหยื่ออยู่ในฐานะที่ปฏิเสธได้ยาก

นอกจากนี้ ในคดี Faragher ศาลสูงก็ได้ชี้หลัก 2 ประการที่เขียนไว้ใน Restatement มาตรา 219 คือ

#### 1. Respondeat Superior Doctrine

ตามหลักนี้ นายจ้างจะต้องรับผิดชอบต่อการกระทำของลูกจ้างต่อเมื่อลูกจ้างได้กระทำในทางการที่จ้าง ซึ่งจะถือเป็นการกระทำในทางการที่จ้าง เมื่อการกระทำนั้นได้ถูกจ้างให้มาทำ และอยู่ในขอบเขตและเวลาที่ลูกจ้างมีอำนาจ ส่วนกรณีที่ลูกจ้างกระทำนอกทางการที่จ้าง นายจ้างจะต้องรับผิดชอบเมื่อ นายจ้างประมาท ซึ่งความประมาทนั้นเกิดจากการที่นายจ้างสามารถคาดหมายได้ว่าการล่วงเกินทางเพศอาจเกิดขึ้น ทั้งนี้ ถือว่าการล่วงเกินทางเพศเป็นค่าใช้จ่ายในการทำธุรกิจของนายจ้าง ซึ่งนายจ้างควรแบกรับภาระนี้มากกว่าที่จะตกเป็นภาระแก่เหยื่อ

#### 2. Aided by the Agency Relation Doctrine

ตามหลักนี้ นายจ้างจะต้องรับผิดชอบเมื่อลูกจ้างกระทำหรือพูดในนามของนายจ้าง โดยมีพฤติการณ์ชัดแจ้งว่าลูกจ้างมีอำนาจดังกล่าว หรือลูกจ้างอาศัยความเป็นตัวแทนเพื่อช่วยเอื้ออำนวยในการกระทำความผิด โดยผู้พิพากษา Barkett กล่าวว่าความเป็นนายจ้างลูกจ้างทำให้ผู้ควบคุมงานสามารถติดต่อหรือไม่ติดต่อกับเหยื่อได้ ดังนั้น นายจ้างต้องรับผิดชอบในการกระทำของผู้ควบคุมงานแบบเด็ดขาด กล่าวคือ จะยกข้อต่อสู้เพื่อไม่ต้องรับผิดชอบไม่ได้ (Strict vicarious liability)<sup>12</sup>

จากหลักความรับผิดชอบข้างต้นจะเห็นได้ว่า หลักความรับผิดชอบในการกระทำของบุคคลอื่นแบบเด็ดขาด ทำให้นายจ้างต้องใช้ความระมัดระวังมากขึ้นและช่วยสร้างมาตรการในการชดเชยให้แก่เหยื่อ โดยการล่วงเกินทางเพศถือเป็นค่าใช้จ่ายในการทำธุรกิจของนายจ้าง เนื่องจากนายจ้างเป็นผู้ตัดสินใจในการจ้าง เป็นผู้วางแผนในการบริหารทั้งสภาพของสำนักงาน ลำดับชั้นการบังคับบัญชา การฝึก

---

<sup>12</sup>Justin P. Smith, "Letting The Master Answer : Employer Liability For Sexual Harassment In The Workplace After Faragher And Burlington Industries," *New York University Law Review* 74 (December 1999) : 1786-1802.

อบรม การให้ความรู้เรื่องการล่วงเกินทางเพศ และการควบคุมดูแลลูกจ้าง ดังนั้น หากให้นายจ้างต้องรับภาระในเรื่องนี้ นายจ้างก็จะดูแลเรื่องการจ้างงานและการดูแลกิจการให้ดีขึ้น ส่วนหลักความรับผิดชอบกรณีประมาทมีข้อดีที่มีความยุติธรรมกว่า เพราะหลักความรับผิดชอบในการกระทำของบุคคลอื่นแบบเด็ดขาดอาจไม่ยุติธรรมที่บังคับให้นายจ้างต้องรับผิดชอบทั้ง ๆ ที่ตนเองไม่มีโอกาสป้องกันเลย

### มาตรการในการชดเชยเยียวยา

เดิมกฎหมายว่าด้วยสิทธิพลเมือง ค.ศ. 1964 อนุญาตให้โจทก์ในคดีการล่วงเกินทางเพศได้รับการเยียวยาในรูปของการจ่ายเงินย้อนหลัง เงินล่วงหน้า มีสิทธิกลับเข้าทำงานดังเดิม รวมทั้งค่าทนายเท่านั้น แต่เมื่อมีการแก้ไขกฎหมายว่าด้วยสิทธิพลเมือง ในปี ค.ศ. 1991 บทบัญญัติที่แก้ไขใหม่ได้กำหนดให้โจทก์ในคดีล่วงเกินทางเพศมีสิทธิได้รับค่าสินไหมทดแทน (Compensatory) และค่าเสียหายในเชิงลงโทษ (Punitive damages) นอกเหนือไปจากสิทธิที่กล่าวมาแล้วข้างต้น โดยกำหนดจำนวนค่าเสียหาย (Damages) ไว้ตั้งแต่ 50,000 – 300,000 เหรียญสหรัฐ ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับจำนวนลูกจ้างดังนี้

- |                    |   |
|--------------------|---|
| (1) 50,000 เหรียญ  | สำหรับกรณีมีลูกจ้างตั้งแต่ 15-100 คน                  |
| (2) 100,000 เหรียญ | สำหรับกรณีมีลูกจ้างตั้งแต่ 101-200 คน                 |
| (3) 200,000 เหรียญ | สำหรับกรณีมีลูกจ้างตั้งแต่ 201-500 คน                 |
| (4) 300,000 เหรียญ | สำหรับกรณีมีลูกจ้างตั้งแต่ 500 คนขึ้นไป <sup>13</sup> |

สำหรับค่าสินไหมทดแทนนั้น รวมถึงค่าเสียหายอันเกิดจากการสูญเสียโอกาสทางการเงินในอนาคต ค่าเสียหายจากการได้รับความทุกข์ทรมานทั้งร่างกายและจิตใจ และการดำรงชีวิต รวมถึงความสูญเสียในรูปแบบอื่น ๆ ที่มีใช้ตัวเงินด้วย<sup>14</sup>

<sup>13</sup>Donald J. Petersen, Individual Liability of Supervisors for Acts of Sexual Harassment. pp.25-26.

<sup>14</sup>William Petrocelli and Barbara Kate Repa, Sexual Harassment on the Job. p.6/7.

### การฟ้องคดีเรียกค่าเสียหายทางละเมิดของกฎหมาย Common law

การล่วงเกินทางเพศนอกจากจะสามารถฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายโดยอาศัยบทบัญญัติของกฎหมายว่าด้วยสิทธิพลเมือง ค.ศ. 1964 ลักษณะ 7 แล้ว หากการล่วงเกินดังกล่าวมีลักษณะเป็นการใช้กำลังทำร้ายร่างกาย (Sexual assault) เจตนาทำให้เหยื่อมีความเศร้าทางอารมณ์ เหยื่อผู้ถูกระทำยังสามารถฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายโดยอาศัยกฎหมายละเมิดของ Common Law ได้<sup>15</sup>

อย่างไรก็ตามการล่วงเกินทางเพศที่จะสามารถฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายทางละเมิดของ Common Law ได้นั้นจะต้องเป็นการกระทำที่มีลักษณะเป็นการใช้กำลังทำร้ายร่างกาย ซึ่งหากเป็นเช่นนั้น บทบัญญัติกฎหมายไทยในเรื่องการทำร้ายร่างกายหรือการกระทำอนาจารได้ครอบคลุมการกระทำดังกล่าวอยู่แล้ว

### หน้าที่ของนายจ้างในการจัดทำนโยบายป้องกันการล่วงเกินทางเพศในที่ทำงาน

สถานที่ทำงานที่น่าอยู่และพัฒนาได้อย่างดีนั้น ขึ้นอยู่กับสภาพแวดล้อมที่ปลอดจากการล่วงเกินทางเพศ ดังนั้น หากนายจ้างต้องการที่จะหลีกเลี่ยงความรับผิดชอบทางละเมิด นายจ้างควรจะต้องกำจัดสิ่งต่าง ๆ ที่เข้าไปแทรกแซงศีลธรรมความเป็นอยู่ที่ดีและประโยชน์ของลูกค้า ซึ่งหมายถึงนายจ้างต้องดำเนินการป้องกันการเกิดการล่วงเกินทางเพศขึ้นในที่ทำงาน รวมทั้งมีมาตรการจัดการในทันทีเมื่อเกิดเหตุการณ์ดังกล่าว ทั้งนี้ นโยบายในการป้องกันที่ดีจะต้องสื่อสารออกมาชัดเจนและประกอบด้วยส่วนต่าง ๆ ดังนี้

#### 1. การเข้ามามีส่วนร่วมของลูกค้า (Employee Involvement)

ในองค์กรควรมีการจัดตั้งกลุ่มงาน (Workgroup) ซึ่งประกอบไปด้วยบุคคลจากหลายฝ่าย ทั้งหญิงและชาย ไม่ว่าจะจากฝ่ายที่เกี่ยวกับการจัดการและไม่เกี่ยวกับการจัดการขององค์กร โดยกลุ่มงานควรต้องมีการตรวจสอบเสมอเพื่อทราบถึงสถานการณ์ของการล่วงเกินทางเพศในที่ทำงาน เช่น ออกแบบสอบถาม

---

<sup>15</sup> Jane Byeff Korn, "The Fungible woman and other MYTHS of Sexual Harassment," *Tulane Law Review* Vol.67 (1993) : 1378.

## 2. นโยบายที่เป็นลายลักษณ์อักษร (Written Policy)

นโยบายที่เป็นลายลักษณ์อักษรนี้ ควรปรากฏอยู่ในคู่มือของลูกค้าและคู่มือในการปฐมนิเทศ ทั้งนี้ นโยบายต้องบ่งชี้ว่าอย่างไรเป็นการล่วงเกินทางเพศ รวมทั้งอธิบายวิธีการจัดการกับเหตุการณ์ดังกล่าว ไม่ว่าจะเป็นการร้องเรียนภายในองค์กรหรือการฟ้องร้องดำเนินคดี

อย่างไรก็ตาม วัตถุประสงค์ของนโยบายก็คือ กำหนดความประพฤติที่ก้าวร้าวและไม่พึงปรารถนา ซึ่งหากเข้มงวดเกินไปลูกค้าอาจไม่ปฏิบัติตามก็ได้

## 3. การประชาสัมพันธ์ (Publicity)

การประชาสัมพันธ์นโยบายจะทำให้สื่อสารได้ถึงเป้าหมายของนโยบาย เช่น การจัดทำคู่มือลูกค้า

## 4. การสนับสนุนจากผู้บริหารระดับสูง (Support from the Top)

การสนับสนุนที่เป็นรูปธรรมจากฝ่ายบริหารระดับสูงเป็นสิ่งสำคัญมาก เนื่องจากการล่วงเกินทางเพศไม่เพียงแต่เป็นเรื่องของสิ่งที่ถูกกฎหมายและผิดกฎหมายเท่านั้น หากแต่เป็นเรื่องของความถูกต้องและไม่ถูกต้อง ซึ่งนายจ้างจะต้องรับผิดชอบต่อสภาพแวดล้อมที่ลูกค้าอาศัยอยู่

## 5. การป้องกัน (Prevention)

นโยบายที่จะประสบผลสำเร็จขึ้นอยู่กับการศึกษาของลูกค้าทั้งหมด โดยควรมีการฝึกอบรมที่มุ่งจะช่วยให้ลูกค้าเข้าใจประเด็นและความจริงจังของปัญหา รวมถึงสิทธิของตนเมื่อถูกล่วงเกินทางเพศ การฝึกอบรมที่ดีจะต้องส่งเสริมการแลกเปลี่ยนความคิดเห็นอย่างเป็นอิสระ ผู้ทำกรอบรมควรสื่อสารได้กับทั้งลูกค้าและนายจ้าง ในกรณีที่มีการล่วงเกินทางเพศเกิดขึ้น ผู้อบรมจำเป็นต้องพบปะพูดคุยกับลูกค้าที่ถูกล่วงเกินล่วงหน้าก่อน เพื่อร่วมกันแก้ปัญหา

6. นิยามวิธีปฏิบัติที่เป็นการปกป้องผู้กล่าวหาและผู้ถูกกล่าวหา (Clearly Defined Procedures that Protect the Complainant and the Accused)

นโยบายจะต้องบ่งบอกถึงวิธีปฏิบัติในการร้องทุกข์ รวมถึงสถานที่แจ้งปัญหา ขั้นตอน ตารางเวลา วิธีสอบสวน และติดตามผล โดยไม่ควรกำหนดให้ผู้เสียหายรายงานปัญหาต่อผู้บังคับบัญชา เนื่องจากผู้บังคับบัญชาอาจเป็นผู้กระทำเอง หากเป็นไปได้ควรกำหนดบุคคลที่ให้คำปรึกษาแก่ผู้เสียหายได้โดยเฉพาะ

### 7. การไกล่เกลี่ย (Mediation)

ในบางกรณี ถ้าการล่วงเกินทางเพศไม่ได้เป็นปัญหาที่ยืดเยื้อ และผู้กระทำมีแนวโน้มที่จะยอมรับการวิพากษ์วิจารณ์ หากผู้เสียหายเลือกวิธีการไกล่เกลี่ย ผู้ที่เป็นสื่อกลางสามารถนำคู่กรณีมาพบกันและแก้ไขข้อขัดแย้งโดยปราศจากการสอบสวนแบบเต็มรูปแบบก็ได้

### 8. การสอบสวนโดยทันที (Prompt Investigation)

ฝ่ายจัดการควรกำหนดให้มีลูกจ้างที่ได้รับการอบรมเป็นพิเศษเข้ามารับผิดชอบการสอบสวน โดยขั้นตอนการสอบสวนจะถูกรักษาเป็นความลับ ซึ่งผู้เข้าร่วมการสอบสวนจะต้องไม่เปิดเผยเหตุการณ์ดังกล่าว ทั้งนี้ แนวทางในการสอบสวนจะต้องมีดังนี้

ก. การสอบสวนผู้เสียหาย คำถามในการสอบสวนจะต้องชี้เฉพาะและได้มาซึ่งคำตอบที่ชัดเจน ประเด็น โดยไม่ทำให้ผู้เสียหายรู้สึกอึดอัด

ข. การสอบสวนผู้ถูกกล่าวหา ไม่ควรตัดสินก่อนที่จะได้สอบสวนผู้ถูกกล่าวหา ผู้สอบสวนควรมีข้อมูลเกี่ยวกับลักษณะงานของคู่กรณีทั้งสองฝ่าย และควรแจ้งข้อกล่าวหาให้ผู้ถูกกล่าวหาทราบ

ค. การสอบสวนพยาน ผู้ที่เป็นพยานควรจะได้รับ ความมั่นใจว่าจะไม่มีมาตรการการแก้แค้นเกิดขึ้น

เมื่อการสอบสวนเสร็จสิ้น ผู้สอบสวนต้องพิจารณาหลักฐานว่าการล่วงเกินทางเพศได้เกิดขึ้นหรือไม่ และหากเกิดขึ้นจริง มาตรการใดที่เหมาะสมในการจัดการ ซึ่งผู้สอบสวนจะจัดทำคำแนะนำไปยังฝ่ายจัดการระดับสูง

### 9. กฎระเบียบ (Discipline)

กฎระเบียบที่ใช้บังคับกับการล่วงเกินทางเพศในที่ทำงานมีได้ตั้งแต่ในรูปของการตักเตือนทางวาจาและการตักเตือนที่เป็นลายลักษณ์อักษร ได้แก่ การตำหนิ การพักงานชั่วคราว การย้าย การทดลองความประพฤติ การลดตำแหน่ง หรือการไล่ออก โดยขึ้นอยู่กับลักษณะของการกระทำและตำแหน่งหน้าที่ของผู้กระทำ

การลงโทษควรจะเหมาะสมกับการกระทำผิด จึงจำเป็นอย่างยิ่งที่ฝ่ายจัดการจะต้องติดตามผล เพื่อให้แน่ใจว่าความประพฤตินั้นจะไม่เกิดขึ้นอีก

### 10. การให้ความช่วยเหลือแก่ผู้เสียหาย (Support for the Victim)

ผู้เสียหายควรได้รับการชี้แนะแผนการช่วยเหลือ เช่น อาจเข้ารับการปรึกษาจากแหล่งช่วยเหลือภายนอก ได้แก่ กลุ่มสนับสนุนผู้ถูกล่วงเกินทางเพศ ศูนย์ผู้ประสบภัยข่มขืน ศูนย์บำบัดผู้ถูกทำร้ายทางเพศ ศูนย์บริการให้คำปรึกษาทางครอบครัว ฯลฯ

### 11. การตรวจสอบ (Monitoring)

นายจ้างควรตรวจสอบเพื่อให้แน่ใจว่าผู้สอบสวนมีความยุติธรรม และจะไม่มีการแก้แค้นต่อผู้เสียหาย การแก้แค้นไม่ใช่เฉพาะการไล่ออกเท่านั้น หากรวมถึงการถูกแยกให้อยู่โดดเดี่ยว การวิจารณ์ที่เลวร้าย การเปลี่ยนแปลงในการมอบหมายงาน

ทั้งนี้ นายจ้างมีหน้าที่ในการป้องกันการล่วงเกินทางเพศภายในพื้นที่ความรับผิดชอบของงานของตน

#### ประเด็นสำคัญของนโยบายเกี่ยวกับการล่วงเกินทางเพศ

- ลูกจ้างมีส่วนร่วม
- ได้รับการสนับสนุนจากฝ่ายจัดการระดับสูง
- เน้นการป้องกันผ่านการศึกษาศึกษา
- นิยามวิธีปฏิบัติการณ์ที่จะปกป้องผู้เสียหายและผู้ถูกกล่าวหาอย่างชัดเจน
- ให้ทางเลือกหลายทางในการรายงาน รวมถึงช่องทางในการรายงานที่ไม่เป็นทางการ
- สอบสวนทันที โดยใช้ทีมงานสอบสวนที่ยุติธรรมในการสัมภาษณ์ผู้กล่าวหา ผู้ถูกกล่าวหา และพยาน
- จัดทำกฎระเบียบที่เหมาะสม รวมถึงการให้คำปรึกษา

**หน่วยงานที่ทำหน้าที่ช่วยเหลือสนับสนุนผู้ถูกล่วงเกินทางเพศในการคดีใช้เยียวความเสียหาย**

เมื่อผู้ถูกล่วงเกินทางเพศได้พยายามแจ้งปัญหาหรือดำเนินการร้องเรียนต่อฝ่ายบริหารภายในบริษัทแล้ว แต่ไม่ได้รับการตอบสนองในทันทีหรืออย่างมีประสิทธิภาพ จะมีหน่วยงานที่จะเป็นผู้ดำเนินการแทนเพื่อให้ผู้ถูกล่วงเกินทางเพศได้รับการเยียวยาความเสียหาย ซึ่งหน่วยงานดังกล่าวได้แก่ คณะกรรมการว่าด้วยโอกาสในการจ้างงานที่เท่าเทียมกัน (EEOC)

ทั้งนี้ บุคคลที่จะมีสิทธิในการยื่นข้อกล่าวหาต่อ EEOC ก็คือ บุคคลที่เป็นลูกจ้างในบริษัทซึ่งมีลูกจ้างอย่างน้อย 15 คนขึ้นไป ส่วนบุคคลที่เป็นลูกจ้างในบริษัทที่มีลูกจ้างน้อยกว่า 15 คน จะต้องยื่นข้อกล่าวหาต่อหน่วยงานต่อต้านการล่วงเกินทางเพศของท้องถิ่นหรือของรัฐ (หากมี) โดยการยื่นข้อกล่าวหาต่อ EEOC ต้องกระทำภายใน 180 วันนับแต่เกิดเหตุการณ์ล่วงเกินทางเพศ

### กระบวนการดำเนินงานของ EEOC

(1) เมื่อเจ้าหน้าที่ของ EEOC ได้รับทราบการร้องเรียนข้อกล่าวหาแล้ว ก็จะตรวจสอบว่าข้อกล่าวหาที่ยื่นอยู่ในเขตอำนาจของ EEOC หรือไม่

(2) หากข้อกล่าวหาที่ยื่นอยู่ในเขตอำนาจแล้ว EEOC จะแจ้งข้อกล่าวหาดังกล่าวไปยังนายจ้างภายใน 10 วัน และเรียกให้นายจ้างต้องจัดทำคำแก้ข้อกล่าวหาภายใน 30 วัน โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อรวบรวมพยานหลักฐานซึ่งอาจเป็นการปฏิเสธหรือสนับสนุนข้อกล่าวหาก็ได้

(3) เมื่อได้พยานหลักฐานครบถ้วนแล้ว จะมีการประชุมสรุปข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น ซึ่งในบางกรณีอาจมีการทำความเข้าใจกันระหว่างคู่กรณีในระหว่างการประชุมดังกล่าวได้ โดยขั้นตอนในการประชุมได้แก่

- ผู้ไต่สวนอ่านข้อกล่าวหา
- ผู้กล่าวหาอธิบายข้อกล่าวหา
- ตัวแทนของบริษัท (ผู้ถูกกล่าวหา) ตอบข้อกล่าวหา

(4) หากคู่กรณีไม่สามารถตกลงกันในระหว่างการประชุมเพื่อสรุปข้อเท็จจริง EEOC จะทำการสืบสวนพยานหลักฐานของคู่กรณีทั้งสองฝ่าย ซึ่งอาจรวมถึงการเข้าตรวจสอบสถานประกอบการเพื่อรวบรวมข้อมูลด้วย

(5) ในกรณีเร่งด่วน เมื่อเจ้าหน้าที่ของ EEOC เชื่อว่าอาจเกิดความเสียหายที่ไม่สามารถแก้ไขได้ วิธีการที่เรียกว่า กระบวนการเร่ง สามารถช่วยให้การดำเนินกระบวนการเป็นไปอย่างรวดเร็วขึ้น ในบางกรณี หน่วยงานของรัฐอาจให้นายเข้าร่วมในกระบวนการด้วย หน่วยงานและผู้สืบสวนจะจัดทำตารางการพิจารณาและออกแบบสอบถามเพื่อส่งให้แก่ฝ่ายบริหารของบริษัทภายในระยะเวลาอันสั้น ทั้งนี้ เพื่อให้การตัดสินใจเป็นไปอย่างรวดเร็วและสามารถนำคดีขึ้นสู่ศาลได้

(6) หลังจากการสืบสวนเสร็จสิ้นลงแล้ว EEOC จะทำการตัดสินว่ามี "เหตุอันสมควร" หรือ "ไม่มีเหตุอันสมควร" ที่จะเชื่อว่าการล่วงเกินทางเพศได้เกิดขึ้น หากพบว่า "ไม่มีเหตุอันสมควร" ผู้สืบสวนจะแจ้งให้ผู้กล่าวหาและนายจ้างทราบ ผู้กล่าวหาอาจร้องขอให้มีการทบทวนคำตัดสินโดยกรรมการเขตหรือกรรมการสภา เจ้าหน้าที่จะออกหนังสือ "สิทธิในการฟ้อง" ให้แก่ผู้กล่าวหา ซึ่งจะช่วยให้ผู้กล่าวหาสามารถนำคดีขึ้นสู่ศาลได้ ผู้กล่าวหาจะต้องยื่นข้อกล่าวหาต่อศาลภายใน 90 วัน นับแต่วันออกหนังสือ "สิทธิในการฟ้อง"



ผู้กล่าวหาอาจขอให้ออกหนังสือ "สิทธิในการฟ้อง" เมื่อครบกำหนด 180 วัน นับแต่กระบวนการของ EEOC ได้เริ่มต้นขึ้น ไม่ว่า EEOC จะกำลังดำเนินกระบวนการอยู่ในขั้นตอนใด และ ไม่ว่า EEOC จะมีคำตัดสินแล้วหรือไม่ก็ตาม

(7) หาก EEOC เห็นว่ามีเหตุอันสมควร EEOC จะดำเนินการประนีประนอมเพื่อให้นายจ้างยินยอมกำจัดเหตุการณ์การล่วงเกินทางเพศและชดใช้ค่าเสียหายตามสมควร

อย่างไรก็ตาม EEOC ไม่สามารถบังคับให้คู่กรณีทั้งสองฝ่ายประนีประนอมกันได้ หากนายจ้างและผู้กล่าวหาไม่สามารถตกลงกันในเรื่องค่าเสียหาย และเมื่อเจ้าหน้าที่ของ EEOC เห็นว่ามีเหตุการณ์การล่วงเกินทางเพศเกิดขึ้นจริง EEOC จะให้ทนายความของ EEOC ดำเนินการต่อผู้คดีในศาล

ทั้งนี้ ศาลจะวิเคราะห์ประเด็นทั้งหลาย ผู้พิพากษาอาจจะยอมรับหรือไม่ยอมรับเอาคำตัดสินของ EEOC ก็ได้ คำตัดสินของ EEOC ที่เห็นว่าไม่มีเหตุอันสมควร ไม่ได้หมายความว่าผู้กล่าวหาจะแพ้คดีในศาล ผู้กล่าวหาไม่จำเป็นต้องนำสืบจนปราศจากข้อสงสัยว่าการกระทำความผิดได้เกิดขึ้นจริง ผู้กล่าวหาเพียงแต่ต้องแสดงพยานหลักฐานเพื่อชี้ให้เห็นว่าการกระทำความผิดมีโอกาสเกิดขึ้นจริงมากกว่าที่จะไม่เกิดขึ้น ซึ่งทนายความบางคนใช้กฎหมายว่าด้วยละเมิดเพื่อเรียกร้องค่าเสียหายในคดีการล่วงเกินทางเพศด้วย

นอกจากนี้ อาจมีกลุ่มผู้ให้การสนับสนุน เช่น องค์กรเกี่ยวกับสตรี และศูนย์วิกฤตการณ์ข่มขืนกระทำชำเรา ซึ่งมีบทบาทสำคัญในการให้การสนับสนุนดังต่อไปนี้

- ผู้ให้การสนับสนุนสามารถอ้างถึงแพทย์ การบริการให้คำปรึกษาปัญหาครอบครัว และจัดหาทนายความ

- หากผู้เสียหายสามารถจัดหาทนายความด้วยตนเองได้ ผู้ให้การสนับสนุนสามารถหารือกรณีของผู้กระทำกับผู้เสียหาย และให้ข้อมูลเกี่ยวกับการยื่นข้อกล่าวหาแก่ผู้เสียหาย

- ในบางเมือง กลุ่มผู้ให้การสนับสนุนการต่อต้านการล่วงเกินทางเพศสามารถจัดหา "เพื่อน" ซึ่งจะทำหน้าที่ให้การสนับสนุนผู้เสียหายในระหว่างการดำเนินกระบวนการเกี่ยวกับข้อกล่าวหา

- ผู้ให้การสนับสนุนสามารถช่วยให้ผู้เสียหายในกรณีการล่วงเกินทางเพศสามารถเจรจากับเจ้าหน้าที่ของ EEOC หากผู้ให้การสนับสนุนเชื่อว่ากรณีการดำเนินการเกี่ยวกับกรณีของผู้เสียหายเป็นไปอย่างไม่เหมาะสม

- หากผู้ให้การสนับสนุนรับทราบปัญหาไปพร้อม ๆ กับ EEOC ในท้องถิ่นหรือหน่วยงานของรัฐ ผู้ให้การสนับสนุนสามารถทำให้ผู้ที่อยู่ในระดับสูงกว่ารับทราบปัญหาที่เกิดขึ้นหรือแจ้งปัญหาดังกล่าวแก่สื่อต่าง ๆ ได้

ทั้งนี้ การดำเนินการเกี่ยวกับข้อกล่าวหาของหน่วยงานของรัฐถือเป็นการให้ความปลอดภัยเพื่อรักษาสิทธิของผู้เสียหายและเพื่อให้กฎหมายมีผลบังคับใช้อย่างเต็มที่<sup>16</sup>

### 3.1.2 ประเทศสหราชอาณาจักร

แต่เดิมการล่วงเกินทางเพศไม่เคยปรากฏต่อศาลในสหราชอาณาจักร ทำให้การล่วงเกินทางเพศไม่มีคำอธิบายความหมายทั้งในบทบัญญัติและคดีตัวอย่าง ซึ่งองค์กรต่าง ๆ ได้แก่ สหภาพการค้า (Trade Union) คณะกรรมการส่งเสริมความเสมอภาคของโอกาส (The Equal Opportunities Commission) สภาที่ปรึกษาแห่งชาติเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพ (The National Council for Civil Liberties) หรือกลุ่มสตรีต่อต้านการล่วงเกินทางเพศ (Women Against Sexual Harassment) ได้มีความพยายามที่จะให้สาธารณชนได้รับรู้ถึงปรากฏการณ์นี้

ต่อมาเมื่อประเทศสหราชอาณาจักรได้เข้าร่วมเป็นสมาชิกของประชาคมยุโรป (European Community) กฎหมายประชาคมยุโรป (Community law) ได้เข้ามามีบทบาทในเขตอำนาจศาลสหราชอาณาจักร และในบางกรณีบทบัญญัติทางกฎหมายของประชาคมยุโรปก็มีผลบังคับใช้ในประเทศสหราชอาณาจักรโดยไม่ต้องผ่านการรับรองโดยรัฐสภา

ตามบทบัญญัติที่ 119 ของประชาคมเศรษฐกิจยุโรป (European Economic Community) ได้กล่าวถึงสิทธิในการรับเงินค่าจ้างที่เท่าเทียมกันระหว่างหญิงกับชาย และตามข้อบังคับที่ 76/207 ซึ่งตีความขยายบทบัญญัติที่ 119 ให้ครอบคลุมถึงสิทธิในการได้รับการปฏิบัติที่เท่าเทียมกันโดยปราศจากการกีดกันทางเพศ ซึ่งทำให้เกิดข้อโต้แย้งว่าเป็นการเพียงพอที่จะครอบคลุมไปถึงการล่วงเกินทางเพศด้วยหรือไม่ อย่างไรก็ตาม รัฐสภายุโรป (The European Parliament) ได้เพียงแนะนำ

---

<sup>16</sup>Ellen Bravo, *The 9 to 5 Guide to Combating Sexual Harassment* (New York : John Wiley & Sons, 1992), pp. 98-121.

ให้คณะกรรมการสิทธิการแห่งยุโรป (The European Commission) จัดทำร่างประมวลหลักปฏิบัติที่เกี่ยวข้องกับประเด็นเรื่องการล่วงเกินทางเพศเท่านั้น<sup>17</sup>

ในที่สุดการล่วงเกินทางเพศก็ได้ถูกนำมาปรับใช้โดยพระราชบัญญัติว่าด้วยการกีดกันทางเพศ ค.ศ. 1975 (The Sex Discrimination Act) ซึ่งมีวัตถุประสงค์ในการสร้างหลักประกันในการทำงานให้กับสตรี<sup>18</sup> และกำหนดความรับผิดชอบของนายจ้างในการกระทำของตนเองและสำหรับการกระทำที่เกิดจากบรรดาลูกจ้างของตน ในกรณีที่สตรีได้รับการปฏิบัติอย่างไม่เป็นธรรมทางเพศ

ทั้งนี้ การล่วงเกินทางเพศถือเป็นการเลือกปฏิบัติโดยตรง (Direct discrimination) ตามมาตรา 1(1)(a) แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการกีดกันทางเพศ ค.ศ. 1975<sup>19</sup> โดยบัญญัติว่า

1(1) บุคคลเลือกปฏิบัติต่อสตรีในพฤติการณ์อันเกี่ยวข้องกับวัตถุประสงค์แห่งบทบัญญัติของกฎหมายนี้เมื่อ

(a) ด้วยเหตุแห่งเพศของสตรี บุคคลนั้นปฏิบัติต่อสตรีในทางที่ด้อยกว่าที่ได้ปฏิบัติต่อบุรุษหรือพึงจะปฏิบัติต่อบุรุษ<sup>20</sup>

---

<sup>17</sup> Vivienne Gay, "Sexual Harassment : Legal Issues, Past and Future Development," in *Vulnerable Workers : Psychosocial and Legal Issues*, eds. M.J. Davidson and J. Earnshaw ( London : John Wiley & Son, 1991), pp. 203-205.

<sup>18</sup> Hazel Houghton-James, *Sexual Harassment*. (London : Cavendish Publishing, 1995), p.108.

<sup>19</sup> The Sex Discrimination Act 1975

Section 1(1) A person discriminates against a woman in any circumstances relevant for the purposes of any provision of this Act if

(a) on the ground of her sex he treats her less favourably than he treats or would treat a man...

<sup>20</sup> Hazel Houghton-James, *Sexual Harassment*. p.111.

และมาตรา 6<sup>21</sup> กำหนดห้ามมิให้นายจ้างกีดกันเพศหญิงในทางต่าง ๆ อันเกี่ยวกับการจ้างงาน โดยกำหนดไว้ดังนี้

(1) เป็นการผิดกฎหมาย หากชายเลือกปฏิบัติต่อหญิงในการใด ๆ ที่เกี่ยวกับการจ้างงาน ดังนี้

- (a) การเสนองานให้ทำ
- (b) เงื่อนไขที่นายจ้างเสนอให้ลูกจ้าง
- (c) ปฏิเสธที่จะเสนองานให้ทำ

(2) เป็นการผิดกฎหมาย หากชายเลือกปฏิบัติกับหญิงในกรณีต่าง ๆ ดังนี้

- (a) การให้โอกาสหรือปฏิเสธให้ได้รับการเลื่อนขั้น โยกย้าย การอบรม หรือประโยชน์

อื่นใด

- (b) การปลดออก หรือการไล่ออก

จากบทบัญญัติดังกล่าวข้างต้น จะเห็นได้ว่าการล่วงเกินทางเพศตามกฎหมายของประเทศสหราชอาณาจักรเป็นกรณีที่เกิดในสถานที่ทำงานอันเกี่ยวกับการจ้างงาน และการทำงาน ซึ่งผู้ที่ถูกล่วงเกินทางเพศจะได้รับการปฏิบัติในทางที่ดีน้อยกว่าด้วยสาเหตุแห่งเพศ และจากบทบัญญัติ

---

<sup>21</sup> The Sex Discrimination Act 1975

Section 6 (1) It is unlawful for a person, in relation to employment by him at an establishment in Great Britain, to discriminate against a woman -

(a) in the arrangements he makes for the purpose of determining who should be offered that employment, or

(b) in the terms on which he offers her that employment, or

(c) by refusing to offer her that employment.

(2) It is unlawful for a person, in the case of a woman employed by him at an establishment in Great Britain, to discriminate against her -

(a) in the way he affords her access to opportunities for promotion, transfer or training, or to any other benefits, facilities or services, or by refusing or deliberately omitting to afford her access to them, or

(b) by dismissing her, or subjecting her to any other detriment. . .

ดังกล่าวจะเห็นได้ว่าเป็นการบัญญัติไว้อย่างกว้าง ๆ โดยกรณีใดจะถือเป็นการล่วงเกินทางเพศอันขัดต่อกฎหมายว่าด้วยการกีดกันทางเพศนั้น ศาลจะเป็นผู้ที่มีบทบาทในการตีความและพิจารณาว่าการกระทำนั้นมีลักษณะเป็นการล่วงเกินทางเพศหรือไม่ โดยคำฟ้องในกรณีการล่วงเกินทางเพศจะได้รับการเสนอต่อศาลอุตสาหกรรม (Industrial Tribunal) ตามมาตรา 63 แห่งกฎหมายว่าด้วยการกีดกันทางเพศ<sup>22</sup> ซึ่งศาลเองได้นำประมวลหลักปฏิบัติของคณะกรรมการยุโรปมาช่วยในการพิจารณาประกอบการตัดสินคดี เห็นได้จากในคดี *Wadman v. Carpenter Farrer Partnership* (1993) IRLR 374 ที่ศาลอุทธรณ์แรงงาน (Employment Appeals Tribunal) ได้อ้างคำนิยามจากประมวลหลักปฏิบัติของคณะกรรมการยุโรปที่บัญญัติว่า การล่วงเกินทางเพศ หมายถึง การกระทำที่มีลักษณะเกี่ยวกับเรื่องเพศซึ่งไม่เป็นที่ต้องการ หรือการกระทำอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องกับเรื่องเพศอันมีผลกระทบต่อศักดิ์ศรีของสตรีและบุรุษในการทำงานมาใช้ในการพิจารณาคดี<sup>23</sup> และในบางกรณีศาลเองก็ได้นำคำจำกัดความที่คณะกรรมการว่าด้วยโอกาสที่เท่าเทียมกันแห่งสหราชอาณาจักร (The United Kingdom Equal Opportunities Commission) หรือ EOC ได้ให้ความหมายว่า การล่วงเกินทางเพศ หมายถึง การกระทำซึ่งไม่เป็นที่ยอมรับของผู้ที่ถูกกระทำและอาจหมายรวมถึงการวิพากษ์วิจารณ์ การมอง การสัมผัสร่างกาย หรือ การชักชวนขอร้องให้มีเพศสัมพันธ์ด้วย ซึ่งไม่เป็นที่พึงปรารถนาของผู้ถูกกระทำ<sup>24</sup> มาใช้ในการตัดสินคดีด้วยเช่นกัน

ทั้งนี้ ผู้เขียนขอยกตัวอย่างคดีที่ศาลได้มีคำตัดสินถึงลักษณะของการล่วงเกินทางเพศดังนี้

คดี *Porcelli v. Strathclyde Regional Council* (1985) ICR 177 ซึ่งมีข้อเท็จจริงว่าโจทก์ทำงานเป็นพนักงานในห้องทดลอง ในปลายปี 1982 พนักงานชายสองคนได้ถูกแต่งตั้งให้ทำงานร่วมกับโจทก์และชายสองคนนั้นได้กระทำการที่จะกำจัดโจทก์ให้ออกไปจากงานที่ทำ โดยกระทำการทำลาย ขนย้ายสิ่งของเครื่องใช้ของโจทก์ นอกจากนี้นายโคล (Coles) ได้หยิบตะปูควงขึ้นมา และถามโจทก์ว่าอยากจะได้สักอันหรือไม่ และเมื่อเขาหยิบคีมคีบหลอดทดลองซึ่งมีรูปร่างคล้ายกับอวัยวะเพศ

<sup>22</sup>Vivienne Gay, "Sexual Harassment : Legal Issues, Past and Future Development," in *Vulnerable Workers : Psychosocial and Legal Issues*, p.206.

<sup>23</sup>Janet Dine and Bob Watt, "Sexual harassment : hardening the safe law," *European Law Review* 19 (February 1994) : 106.

<sup>24</sup>Hazel Houghton – James, *Sexual Harassment*, p.6.

ชาย เขาได้ถามโจทก์ว่ามีใช้บ้างหรือไม่ อีกทั้งในหลาย ๆ ครั้ง เขาตัดหนังสือพิมพ์ "Daily Record" หน้า 3 และให้ความเห็นเกี่ยวกับรูปร่างของเธอเพื่อเปรียบเทียบกับภาพหญิงเปลือยในหนังสือพิมพ์ ศาลอุทธรณ์ตัดสินว่าชายสองคนดังกล่าวนั้นปฏิบัติต่อเธอเพราะเหตุที่ไม่ชอบเธออย่างรุนแรง ซึ่งอาจจะปฏิบัติต่อผู้ชายที่ไม่ชอบในรูปแบบนั้นเช่นกัน จึงไม่เป็นการล่วงเกินทางเพศ

อย่างไรก็ดี ศาลอุทธรณ์แรงงาน (The Employment Appeal Tribunal) ตัดสินว่าศาลอุทธรณ์ตัดสินผิดโดยเห็นว่า การกระทำของชายสองคนที่มีความเห็นทางเพศต่อเธอเช่นนั้นเป็นการกระทำที่เห็นได้ชัดว่าเป็นการเลือกปฏิบัติ โดยหากโจทก์เป็นผู้ชายจะไม่ได้รับการปฏิบัติที่รุนแรงเช่นนั้น อันมีผลทำให้โจทก์รู้สึกว่าจะต้องขอย้ายไปทำงานที่อื่น และแม้ว่าโจทก์จะได้ทำการขอย้ายด้วยตนเองแต่ก็ไม่ใช่ด้วยความสมัครใจ โดยเห็นได้ชัดว่าโจทก์ถูกบังคับให้ทำเช่นนั้น กรณีจึงเป็นการล่วงเกินทางเพศ

ศาลอุทธรณ์ของสก๊อตแลนด์ (The Scottish Court of Session (Court of Appeal)) (1986) ICR 564 พิจารณาขึ้นตามความเห็นของศาลอุทธรณ์แรงงาน โดยกล่าวว่าหากมีการกระทำใด ๆ ของการเลือกปฏิบัติซึ่งรวมถึงองค์ประกอบสำคัญในเรื่องทางเพศ โดยผู้ชายจะไม่ได้รับผลกระทบและการกระทำนั้นได้กระทำต่อเพศหญิง การปฏิบัติต่อโจทก์ถือเป็นการล่วงเกินทางเพศที่อยู่ในความหมายของกฎหมายว่าด้วยการกีดกันทางเพศนี้ โดยพิจารณาจากเพศของผู้เสียหายนั่นเอง

อนึ่ง คำพิพากษาในคดีข้างต้นนี้ แม้ไม่ได้ถูกนำมาบังคับใช้อย่างเข้มงวดในศาลประเทศสหราชอาณาจักร แต่ก็ถือว่าเป็นคำพิพากษาที่นำมาอ้างได้ในทุกลำดับชั้นศาล รวมทั้งศาลอุทธรณ์ด้วย<sup>25</sup>

คดี Walsh v. William Rutter (คดีที่ไม่ได้ถูกรายงาน ที่ 38432/82)<sup>26</sup>

โจทก์ถูกไล่ออกจากงาน หลังจากโจทก์เทเปียร์ราดศิริชะพนังงานบัญชี ซึ่งเป็นเพื่อนกับผู้จัดการ เพราะเหตุที่ถูกบุคคลดังกล่าวพูดจาขมขื่นรวมทั้งได้จับแขนและคอของโจทก์ในงานเลี้ยงอำลาเพื่อนร่วมงาน

<sup>25</sup>Vivienne Gay, "Sexual Harassment : Legal Issues, Past and Future Development," in *Vulnerable Workers : Psychosocial and Legal Issues*, pp.207–208.

<sup>26</sup>ibid.

คดี Fall v. Lothian CRC คดีที่ S/107/86 (คดีที่ไม่ได้รายงาน)<sup>27</sup> โจทก์เป็นเจ้าหน้าที่ฝ่ายบริหารระดับล่าง ได้ออดทนกับการถูกล่วงเกินทางเพศด้วยวาจา เป็นระยะเวลากว่า 2 ปี 6 เดือน ซึ่งศาลเห็นว่าเนื่องจากโจทก์รู้สึกอยู่ตลอดเวลาว่าตกอยู่ในสถานการณ์อันตราย จนกระทั่งได้พบว่าเพื่อนร่วมงานคนอื่นของโจทก์ก็ถูกกระทำเช่นเดียวกันในระยะเวลาดังกล่าว ถือได้ว่าเป็นการที่โจทก์ถูกเลือกปฏิบัติทางเพศมาอย่างต่อเนื่อง<sup>28</sup>

ในเดือนมีนาคม ปี ค.ศ. 1990 ศาลอุตสาหกรรมในสก๊อตแลนด์ (Industrial Tribunal in Scotland) ได้ตัดสินในคดี Johnstone v. Fenton Barnes (Scotland) Ltd, คดีที่ไม่ได้รายงานที่ S/1688/89 ว่า กริยามากในรูปของบทสนทนาหรือเพลงระหว่างแรงงานชายในโรงงานนั้น ก่อให้เกิด "การเลือกปฏิบัติ" ต่อเพศหญิงที่อยู่ในระยะของการได้ยิน แต่นายจ้างได้ยกข้อต่อสู้ขึ้นว่า การกระทำดังกล่าวไม่ได้เกิดขึ้นโดยตรงต่อเพศหญิง และเนื่องจากเกิดในบริเวณโรงงานคำพูดเหล่านั้น จึงไม่ได้แปลกแต่อย่างใด

ศาลปฏิเสธข้อโต้แย้งทั้งสองประการดังกล่าว และตัดสินว่าเป็นการล่วงเกินทางเพศอันเป็นการเลือกปฏิบัติ ซึ่งการที่จะพิจารณาว่าเป็นการกระทำที่ถือว่า "เลือกปฏิบัติ" หรือไม่นั้น ก็โดยเปรียบเทียบกับเพศชาย เช่นในคดี Porcelli ที่ผู้ชายจะไม่ได้รับการปฏิบัติเช่นนั้น<sup>29</sup>

ในคดี Wileman v. Minilec Engineering Ltd (1988) ICR 318 โจทก์ก็ได้ถูกล่วงเกินทางเพศโดยกรรมการของบริษัท ในลักษณะพูดจาข่มขู่และขี้ตัวโจทก์ขณะที่โจทก์กำลังทำงาน ชักชวนให้โจทก์ออกไปข้างนอก รวมทั้งพูดคุยเกี่ยวกับชีวิตโหลวมก ซึ่งศาลอุทธรณ์แรงงาน (The Employment Appeal Tribunal) ตัดสินว่าโจทก์ได้รับอันตรายทางจิตใจในการทำงานตามมาตรา 6 แห่งกฎหมายว่าด้วยการกีดกันทางเพศ

ส่วนในคดี Bracebridge Engineering Limited v. Darby (1990) IRLR 3. Mrs. Darby ได้ออกจากสถานที่ทำงานเพื่อไปล้างมือก่อนเลิกงาน ซึ่งโจทก์ได้รับอนุญาตให้ทำได้ในเวลา 10 นาทีก่อนที่จะเลิกงาน ผู้บังคับบัญชาของโจทก์และผู้จัดการได้เห็นโจทก์กำลังเดินออกไป จึงกล่าวแก่โจทก์ว่ายังเร็วเกินไปและอุ้มโจทก์กลับเข้าไปยังที่ทำงานรวมทั้งพูดจาข่มขู่ นอกจากนี้โจทก์ก็ได้ถูกทำร้ายโดยการเอาขาของโจทก์พันรอบตัวของหนึ่งในพวกดังกล่าว และได้ถูกปล่อยตัว หลังจากนั้น เมื่อโจทก์พบ

<sup>27</sup> Ibid.

<sup>28</sup> Ibid.

<sup>29</sup> Ibid., pp.209-210.

เพื่อนร่วมงานผู้หญิง 2 คน โจทก์ได้เล่าเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นให้ฟัง และในวันต่อมาโจทก์ได้ยื่นหนังสือลาออกโดยรู้สึกที่ไม่พร้อมที่จะอยู่ในสภาวะแวดล้อมเช่นนั้น

ศาลอุทธรณ์เห็นว่าโจทก์ได้รับความทุกข์ทรมานกับการล่วงเกินทางเพศ รวมทั้งการถูกเลือกปฏิบัติ ซึ่งนายจ้างควรจะได้รับผิดชอบ

ในชั้นอุทธรณ์ ของคดีข้างต้นนี้ มีข้อโต้แย้ง 2 ประการ คือ

1. กรณีที่มีการล่วงเกินทางเพศเกิดขึ้นเพียงครั้งเดียวนั้น ไม่อาจเป็นการล่วงเกินทางเพศได้ เพราะคำกริยาว่า "ทำการล่วงเกิน" (To harass) มีความหมายโดยนัยว่าต้องเป็นการกระทำต่อเนืองกัน (Implies a concept of repeated actions) ซึ่งศาลอุทธรณ์แรงงานยกข้อโต้แย้งนี้ เนื่องจากสาระสำคัญของการล่วงเกินทางเพศอยู่ที่การได้รับการปฏิบัติในทางที่ต่ำกว่าก็เพียงพอแล้ว

2. ในเวลาที่มีการกระทำความผิดดังกล่าวขึ้นนั้น บุคคลพวกดังกล่าวไม่ได้กระทำในทางการที่จ้าง แต่เป็นการกระทำความผิดด้วยตนเอง ซึ่งศาลอุทธรณ์แรงงานได้ยกข้อโต้แย้งนี้ เนื่องจากบุคคลทั้งสองได้กระทำการดังกล่าวในสถานที่ทำงาน และบุคคลนั้นเองก็ได้รับมอบหมายจากบริษัทที่จะกระทำการตักเตือนบุคคลอื่นให้อยู่ในระเบียบ แต่ได้อาศัยอำนาจหน้าที่ที่ได้รับมอบหมายนั้นมากระทำการล่วงเกินทางเพศเสียเอง<sup>30</sup>

สำหรับกรณีที่มีข้อเท็จจริงว่า ผู้หญิงพอใจที่จะมีความสัมพันธ์กับใครหรือเคยพูดคุยกับใครในเรื่องทะเลาะลามกมาก่อน ไม่สามารถพิสูจน์หรือนำมาตัดสินได้ว่าเธอไม่ได้รับความทุกข์ทรมานจากการถูกล่วงเกินทางเพศอันเธอไม่ได้สมัครใจหรือยินยอมนั้น ก็ได้รับการยอมรับในสหราชอาณาจักรจากคำตัดสินในคดี *Wileman v. Minilec Engineering Ltd* (1998) ICR 318.<sup>31</sup>

### มาตรการเยียวยา

สำหรับมาตรการในการเยียวยาให้แก่ผู้ที่ได้รับผลกระทบจากการล่วงเกินทางเพศได้บัญญัติไว้ในมาตรา 65 โดยกำหนดถึงสิทธิของคู่ความในการที่จะได้รับการกำหนดค่าเสียหายและข้อเสนอแนะให้นายจ้างกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งภายในเวลาที่กำหนดเพื่อหลีกเลี่ยง หรือลดผลกระทบต่อผู้ร้องเรียน ทั้งนี้ ค่าเสียหายจะถูกประเมินโดยวิธีการทางละเมิด ซึ่งตามมาตรา 75 แห่งพระราช

<sup>30</sup>Ibid, pp.215-216.

<sup>31</sup>Ibid., p.219.



บัญญัติคุ้มครองแรงงาน ค.ศ. 1978 (The Employment Protection (Consolidation) Act) กำหนดค่าเสียหายไว้ไม่เกิน 8,925 ปอนด์ โดยอาจรวมถึงค่าเสียหายทางจิตใจด้วย<sup>32</sup>

การให้ค่าเสียหาย (Compensation) ซึ่งเป็นผลมาจากการได้รับความเสียหายทางจิตใจ และการให้ค่าทดแทนในกรณีต้องขาดเงิน เช่น ค่าจ้าง (Repayment of financial losses such as wages) ในกรณีที่ผู้เสียหายได้รับความทุกข์ทรมานทางจิตใจนั้น ศาลเคยตัดสินให้ค่าเสียหายตั้งแต่ขั้นต่ำคือ 50 ปอนด์ แก่ Ms. Wileman ส่วนศาล Scottish ตัดสินให้ค่าเสียหาย 3,000 ปอนด์ แก่ Mrs. Fall ซึ่งได้รับความทุกข์ทรมานจากการล่วงเกินทางเพศเป็นเวลากว่า 2 ปี 6 เดือน และล่าสุดในคดี Whittington v. Morris and Greenwich Health Authority (คดีที่ไม่ได้รายงาน, คดีที่ 17846/89/LS) ศาลได้ตัดสินให้ค่าเสียหายทางจิตใจแก่ Mrs. Whittington เป็นเงิน 6,235 ปอนด์ เนื่องจากได้รับความทรมานทางจิตใจเป็นเวลา 14 เดือน จากการถูกล่วงเกินทางเพศและต้องพบเห็นผู้กระทำเป็นประจำในที่ทำงาน

อนึ่ง ในการที่จะได้รับค่าทดแทนในจำนวนที่สูงขึ้นนั้น รายงานทางการแพทย์และรายงานของผู้เชี่ยวชาญด้านจิตวิทยาเป็นสิ่งสำคัญที่ศาลจะนำมาพิจารณาประกอบด้วย

นอกจากนี้ ค่าพิพากษาของศาลในบางกรณี ศาลยังได้กำหนดค่าเสียหายเพื่อให้เป็นตัวอย่าง (Exemplary damages) หรือค่าเสียหายในเชิงลงโทษให้แก่โจทก์ เพื่อเป็นการลงโทษจำเลยสำหรับการที่จำเลยกระทำการตามอำเภอใจและใช้อำนาจในทางที่ผิด ดังเช่นในคดี Alexander v. The Home office (1988) ICR 685. โดยค่าเสียหายในเชิงตัวอย่างของคดีนี้มีจำนวน 2,000 ปอนด์ ส่วนในคดี City of Bradford Metropolitan Council v. Arora (1989) IRLR 442. ศาลอุทธรณ์ได้ตัดสินให้ค่าเสียหายเพื่อให้เป็นตัวอย่างสำหรับกรณีการกีดกันทางเพศและเชื้อชาติแก่โจทก์เป็นจำนวน 1,000 ปอนด์ อย่างไรก็ตาม ค่าตัดสินในส่วนนี้ได้ถูกกลับในชั้นอุทธรณ์ เนื่องจากข้อเท็จจริงปรากฏว่าไม่ได้เป็นการใช้อำนาจตามอำเภอใจ หรือเป็นการกระทำที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ<sup>33</sup>

ต่อมาใน ค.ศ. 1993 ประเทศสหราชอาณาจักรได้ยกเลิกการจำกัดจำนวนค่าเสียหายในคดีล่วงเกินทางเพศตามมาตรา 65 แห่งกฎหมายว่าด้วยการกีดกันทางเพศ ซึ่งทำให้ผู้เสียหายสามารถเรียกร้องค่าเสียหายได้โดยไม่จำกัดจำนวนเงิน ศาลจึงสามารถกำหนดจำนวนเงินค่าเสียหายได้ใน

<sup>32</sup> Ibid., p.206.

<sup>33</sup> Ibid., pp.219-220.

อัตราที่สูงขึ้นกว่าเดิม โดยล่าสุดศาลอุทธรณ์แห่งกรุงลอนดอนได้ตัดสินให้โจทก์ได้รับค่าเสียหายเป็นจำนวนถึง 34,160 ปอนด์<sup>34</sup>

### ความรับผิดของนายจ้าง

พระราชบัญญัติว่าด้วยการกีดกันทางเพศ ได้กำหนดความรับผิดของนายจ้างเกี่ยวกับการล่วงเกินทางเพศไว้ดังนี้

มาตรา 41(1)<sup>35</sup> การกระทำที่ได้กระทำโดยบุคคลใด ๆ ในทางการที่จ้าง ให้ถือว่ากระทำโดยนายจ้าง ไม่ว่านายจ้างจะรู้หรือยอมรับถึงการกระทำนั้นหรือไม่ก็ตาม

มาตรา 41(3) ได้กำหนดถึงข้อต่อสู้ที่นายจ้างสามารถยกเพื่อที่จะพิสูจน์ความรับผิดได้ โดยการพิสูจน์ว่าตนได้ใช้มาตรการที่เหมาะสมเพื่อคุ้มครองและป้องกันลูกจ้างแล้วตามสมควรแก่กรณี

ทั้งนี้ จากคำตัดสินของศาลในประเด็นที่ว่า การล่วงเกินทางเพศได้กระทำในระหว่างการจ้างงานอันนายจ้างจะต้องรับผิดหรือไม่นั้น ผู้เขียนขอยกแนวตัวอย่างของคดีที่ศาลได้ตัดสินในคดีที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับการเลือกปฏิบัติทางเพศและการล่วงเกินทางเพศ ดังต่อไปนี้

---

<sup>34</sup>Joseph M. Kelly and Bob Watt, "Damages in Sex Harassment Cases : A Comparative Study of American, Canadian, and British Law," New York Law School Journal of International And Comparative Law 16 (1996) : 127.

<sup>35</sup>The Sex Discrimination Act 1975

Section 41 (1) Anything done by a person in the course of his employment shall be treated for the purposes of this Act as done by his employer as well as by him, whether or not it was done with the employer's knowledge or approval.

Section 41 (3) In proceedings brought under this Act against any person in respect of an act alleged to have been done by an employee of his, it shall be a defence for that person to prove that he took such steps as were reasonably practicable to prevent the employee from doing that act, or from doing in the course of his employment acts of that description.

คดี Irving v. The Post Office (1987) IRLR 289.

มีข้อเท็จจริงว่า Mr. และ Mrs. Irving เป็นคนผิวดำที่มาจากจาไมก้า และอาศัยอยู่ข้าง ๆ กับ Mr. Edwards โดยทั้งสองฝ่ายมีความสัมพันธ์ที่ไม่ค่อยจะดีต่อกันนัก Mr. Edwards เป็นบุรุษไปรษณีย์ มีหน้าที่คัดเลือกจดหมาย ขณะที่ Mr. Edwards กำลังคัดเลือกจดหมาย เขาได้พบซองจดหมายที่จำหน่ายถึงครอบครัว Irvings เขาจึงเขียนข้อความด้านหลังของซองจดหมายว่า "กลับไปยังจาไมก้า แซมโบ" (Go back to Jamaica Sambo) พร้อมกับวาดรูปการ์ตูนหน้าคนยิ้มลงไป เมื่อจดหมายถูกส่งไปยังครอบครัว Irvings ปรากฏว่าพวกเขาได้โกรธแค้นต่อการกระทำดังกล่าวของ Mr. Edwards มาก จึงได้ฟ้องการไปรษณีย์เป็นโจทก์

ในชั้นอุทธรณ์ของคดีดังกล่าว ปรากฏประเด็นว่าการไปรษณีย์จะต้องรับผิดชอบต่อการกระทำของ Mr. Edwards หรือไม่ ซึ่งศาลอุทธรณ์ได้ทบทวนที่ศาลจังหวัดตัดสินว่า Mr. Edwards ไม่ได้รับมอบอำนาจในการกระทำความดังกล่าว และ Mr. Edwards ก็ทราบอยู่แล้วว่าสิ่งที่กระทำเป็นสิ่งที่ผิด โดยในคำตัดสินของศาลจังหวัด ผู้พิพากษา Fox กล่าวว่า "เมื่อ Mr. Edwards เกี่ยวข้องกับการกระทำอันไม่ได้รับมอบหมายจากนายจ้าง ก็จะต้องพิจารณาว่าสิ่งที่กระทำนั้นเพียงแต่ไม่ได้รับมอบอำนาจหรืออยู่นอกขอบเขตของการว่าจ้าง ซึ่งนายจ้างไม่ต้องรับผิดชอบ"

ครอบครัว Irvings ได้โต้แย้งว่า การที่ Mr. Edwards เขียนข้อความลงบนจดหมายในขณะทำงานในความรับผิดชอบนั้น อยู่ในขอบเขตของการว่าจ้างงาน แต่ศาลอุทธรณ์ได้ปฏิเสธข้อโต้แย้งดังกล่าว โดยผู้พิพากษา Sheldon กล่าวว่า "หากยอมให้รับฟังเช่นที่ครอบครัว Irvings โต้แย้ง ก็จะก่อให้เกิดหลักที่ผิดที่ว่าเพียงแต่การว่าจ้างให้โอกาสแก่ผู้รับจ้างกระทำ ก็จะถือว่าอยู่ในทางการที่จ้างไม่ได้"

ต่อมาหลังจากที่ศาลอุทธรณ์ได้มีคำตัดสินในคดี Irvings แล้ว ศาลอุทธรณ์แรงงานได้มีคำตัดสินในคดี Bracebridge Engineering Limited v. Darby (1990) IRLR 3. ซึ่งผู้เขียนได้กล่าวถึงข้อเท็จจริงไปแล้วข้างต้น โดยในคดีนี้ศาลอุทธรณ์แรงงานได้ตัดสินเกี่ยวกับความรับผิดชอบของนายจ้างว่า เนื่องจากผู้ที่กระทำการล่วงเกินทางเพศได้กระทำการดังกล่าวในสถานที่ทำงาน และผู้กระทำได้รับมอบหมายที่จะกระทำการตักเตือนบุคคลอื่นให้อยู่ในระเบียบของบริษัท<sup>36</sup> แต่กลับใช้อำนาจหน้าที่ที่ตนมีอยู่ไปในทางที่ผิด ซึ่งเกี่ยวข้องกับบทบาทของการเป็นผู้บังคับบัญชา จึงถือเป็นการปฏิบัติหน้าที่ที่

---

<sup>36</sup>Vivienne Gay, "Sexual Harassment : Legal Issues, Past and Future Development," in *Vulnerable Workers : Psychosocial and Legal Issues*, pp.214-216.

เกี่ยวข้องกับตำแหน่งดังกล่าว<sup>37</sup> ดังนั้น การกระทำของบุคคลทั้งสองดังกล่าวจึงเป็นการกระทำในทาง การที่จ้าง อันนายจ้างจะต้องรับผิดชอบตามมาตรา 41(1) แห่งกฎหมายว่าด้วยการกีดกันทางเพศ ค.ศ. 1975 โดยเป็นการรับผิดชอบแทนการกระทำของบุคคลทั้งสองดังกล่าว ไม่ว่านายจ้างจะรู้หรือไม่รู้ถึงการ ล่วงเกินทางเพศนั้นก็ตาม

อย่างไรก็ตาม นายจ้างอาจได้รับการยกเว้นความรับผิดชอบแทนการกระทำของผู้อื่นได้ หาก นายจ้างสามารถพิสูจน์ให้ศาลเห็นได้ว่า ตนได้ใช้มาตรการที่เหมาะสมเพื่อคุ้มครองและป้องกัน ลูกจ้างจากการล่วงเกินทางเพศแล้ว โดยกำหนดไว้ในมาตรา 41(3) แห่งกฎหมายว่าด้วยการกีดกัน ทางเพศ ค.ศ. 1975 ที่ได้กล่าวในข้างต้นแล้ว ดังจะเห็นได้จากคดี *Balgobin and Francis v. London Borough of Tower Hamlets* (1987) ICR 829 ซึ่งมีข้อเท็จจริงว่าโจทก์กับพวกซึ่งทำงานในโรงงาน อาหารได้ถูกล่วงเกินทางเพศ เมื่อโจทก์กับพวกได้ร้องเรียนต่อผู้บังคับบัญชาซึ่งเป็นผู้หญิง ก็ได้รับการ บอกกล่าวว่ามีแต่เธอก็เป็นผู้ถูกกระทำการล่วงเกินทางเพศเช่นเดียวกัน ดังนั้น โจทก์กับพวกจึงได้นำ คดีมาสู่ศาลอุตสาหกรรมว่าได้รับความทุกข์ทรมานจากการทำงานในสภาพที่ไม่น่าอภิรมย์ ซึ่งศาล อุตสาหกรรมเห็นว่าจากคำร้องเรียนนั้นมีการล่วงเกินทางเพศเกิดขึ้นจริง แต่อย่างไรก็ดี ศาล อุตสาหกรรมได้ตัดสินว่า ทางบริษัทฯ ได้ประกอบกิจการโรงแรมโดยมีการบังคับบัญชาที่ถูกต้อง เหมาะสม และพนักงานต่างก็เข้าใจและรับทราบถึงนโยบายการปฏิบัติที่เท่าเทียมกัน ซึ่งศาลเห็นว่า คงจะไม่มีวิธีการใดที่นายจ้างจะทำได้ในการคาดการณ์หรือป้องกันการล่วงเกินทางเพศที่ถูกร้องเรียน นั้นได้ นายจ้างจึงไม่ต้องรับผิดชอบ

ต่อมาในชั้นอุทธรณ์ ศาลอุทธรณ์แรงงานได้ตัดสินโดยเสียงข้างมากยืนตามที่ศาลอุตสาหกรรม ตัดสิน ทั้งนี้ ศาลอุทธรณ์แรงงานเห็นว่าเป็นการยากที่จะคาดการณ์ได้ในทางปฏิบัติว่านายจ้างจะ สามารถระทำการใดเพื่อป้องกันการล่วงเกินทางเพศได้<sup>38</sup>

จากสองคดีดังกล่าวข้างต้น สรุปได้ว่านายจ้างจะต้องรับผิดชอบแทนในการล่วงเกินทางเพศใน ที่ทำงานของลูกจ้างต่อลูกจ้างคนอื่น หากผู้กระทำการล่วงเกินทางเพศได้รับมอบหมายหรือรับมอบ อำนาจที่จะควบคุมบังคับบัญชาแทนนายจ้าง แต่กลับใช้อำนาจที่มีอยู่ไปในทางที่ผิด ไม่ว่านายจ้างจะ รู้หรือไม่รู้ถึงการล่วงเกินทางเพศนั้นก็ตาม อย่างไรก็ตาม อย่างไรก็ดี หากนายจ้างสามารถพิสูจน์ว่าได้ดำเนินการ

<sup>37</sup> Hazel Houghton-James, *Sexual Harassment*. p.137.

<sup>38</sup> Vivienne Gay, "Sexual Harassment : Legal Issues, Past and Future Development," in *Vulnerable Workers : Psychosocial and Legal Issues*. p.217.

ป้องกันโดยมีระบบการบังคับบัญชาและนโยบายที่เหมาะสมเกี่ยวกับการล่วงเกินทางเพศ ซึ่งบุคคลในองค์กรต่างรับทราบถึงนโยบายดังกล่าวอันเป็นการระมัดระวังตามสมควรแล้ว นายจ้างก็สามารถยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้เพื่อยกเว้นความรับผิดชอบได้

## 3.2 ระบบกฎหมายซีวิลลอว์

### 3.2.1 ประเทศญี่ปุ่น

ในประเทศญี่ปุ่น เริ่มมีการกล่าวถึงการล่วงเกินทางเพศ (Sexual harassment) เมื่อประมาณ 10 ปีมาแล้ว ซึ่งภาษาญี่ปุ่นที่ใช้เรียกการล่วงเกินทางเพศ นั้นเรียกว่า "Sekuhara" (เซกุฮาร่า)

ปรากฏการณ์การล่วงเกินทางเพศในประเทศญี่ปุ่น เริ่มปรากฏขึ้นเมื่อ ค.ศ. 1989 ในคดีฟ้องร้องการล่วงเกินทางเพศของศาล Fukuoka District Court ซึ่งข้อเท็จจริงในคดีนี้มีว่า โจทก์ทำงานในตำแหน่งบรรณาธิการของสำนักพิมพ์แห่งหนึ่ง บทบาทของโจทก์ในตำแหน่งบรรณาธิการได้ทวีความสำคัญขึ้นเรื่อย ๆ เนื่องจากหัวหน้าบรรณาธิการของบริษัทมุ่งเน้นไปที่กิจกรรมอื่น ๆ ที่ไม่เกี่ยวกับการขาย โจทก์ได้พิจารณานโยบายบรรณาธิการบ่อยครั้งและมีหน้าที่รับผิดชอบเพิ่มมากขึ้น ในขณะที่บทบาทของหัวหน้าบรรณาธิการเกี่ยวกับนโยบายบรรณาธิการลดลง ต่อมาหัวหน้าบรรณาธิการได้ให้ความเห็นต่อลูกจ้างคนอื่น ๆ และลูกค้าของบริษัทเกี่ยวกับชีวิตส่วนตัวของโจทก์ รวมไปถึงกล่าวหาโจทก์ว่าล่าช้าในการร่วมประเวณี เป็นแบบอย่างที่ไม่เหมาะสมของผู้หญิงทำงาน แต่เหมาะสมสำหรับการ "ทำงานกลางคืน" นอกจากนี้ หัวหน้าบรรณาธิการยังกล่าวต่อกรรมการผู้จัดการของบริษัทอีกด้วยความสัมพันธ์ระหว่างโจทก์กับผู้ช่วย ก่อให้เกิดความวุ่นวายในการดำเนินธุรกิจของบริษัท และให้ความเห็นว่านิยายที่โจทก์เขียนเป็นเรื่องลามกและเป็นประสบการณ์จริงของ ตัวโจทก์เอง ต่อมา หัวหน้าบรรณาธิการได้เรียกร้องให้โจทก์ลาออก เนื่องจากความสัมพันธ์ของทั้งสองฝ่ายกระทบกระเทือนต่อการดำเนินธุรกิจ ซึ่งภายหลังจากที่กรรมการผู้จัดการได้หารือกับโจทก์เกี่ยวกับความเป็นไปได้ในการประนีประนอมยอมความกับหัวหน้าบรรณาธิการ กรรมการผู้จัดการได้ตัดสินใจให้ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งออกจากบริษัท แต่โจทก์ได้ปฏิเสธและเรียกร้องให้หัวหน้าบรรณาธิการขอโทษต่อเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นนั้น ในที่สุดกรรมการผู้จัดการได้ให้โจทก์ลาออก โจทก์จึงได้ลาออก ในขณะที่หัวหน้าบรรณาธิการได้รับคำสั่งพักงานเพียง 3 วัน และลดเงินโบนัสเท่านั้น

โจทก์ฟ้องร้องหัวหน้าบรรณาธิการโดยอ้างว่าการกระทำดังกล่าวเป็นละเมิดและได้ฟ้องร้องบริษัทโดยอ้างว่าบริษัทต้องรับผิดชอบต่อการกระทำของหัวหน้าบรรณาธิการและกรรมการผู้จัดการ

โดยสำหรับการกระทำของกรรมการผู้จัดการนั้น โจทก์ได้กล่าวหาว่ากรรมการผู้จัดการไม่ได้ดำเนินมาตรการที่เหมาะสม เมื่อทราบว่าโจทก์ถูกล่วงเกินทางเพศ

ศาลเขตฟูคูโอกะได้พิพากษาให้โจทก์เป็นฝ่ายชนะคดี โดยให้เหตุผลว่าการที่หัวหน้าบรรณาธิการได้กล่าวถึงเรื่องเพศสัมพันธ์ซึ่งเป็นเรื่องส่วนตัวของโจทก์กับลูกจ้างคนอื่น ๆ ในสถานประกอบการหรือสถานที่อื่นที่เกี่ยวข้องกับธุรกิจของบริษัท ทำให้การทำงานของโจทก์เป็นไปด้วยความยากลำบาก ก่อให้เกิดความรำคาญตามมาตรา 709 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่น<sup>39</sup> ที่กำหนดว่า "บุคคลใดโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อละเมิดสิทธิของบุคคลอื่น ต้องชดใช้ค่าเสียหายอันเกิดแต่การกระทำนั้น"<sup>40</sup>

ศาลเห็นว่าการกระทำของหัวหน้าบรรณาธิการเป็นการล่วงละเมิดเกียรติยศและส่วนได้เสียของโจทก์ใน "การทำงานในสถานประกอบการ" การกระทำของหัวหน้าบรรณาธิการจึงเป็นการละเมิดสิทธิส่วนบุคคลของโจทก์ และเนื่องจากหัวหน้าบรรณาธิการกระทำการดังกล่าวในอำนาจหน้าที่ บริษัทจำต้องรับผิดชอบต่อการกระทำดังกล่าวของหัวหน้าบรรณาธิการภายใต้มาตรา 715 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่น<sup>41</sup> ซึ่งกำหนดว่า "บุคคลซึ่งจ้างบุคคลอื่นทำงานต้องจ่ายค่าเสียหายที่เกิดจากการที่ลูกจ้างทำละเมิดต่อบุคคลที่สามในทางการที่จ้าง แต่บทบัญญัติแห่งมาตรานี้จะไม่ใช้บังคับในกรณีที่นายจ้างได้ใช้ความระมัดระวังในการแต่งตั้งลูกจ้างและควบคุมดูแลการทำงานของลูกจ้างแล้ว หรือในกรณีที่ถึงอย่างไรความเสียหายก็ต้องเกิดขึ้นแม้จะได้ใช้ความระมัดระวังแล้วก็ตาม นอกจากนี้ บุคคลซึ่งทำหน้าที่แทนนายจ้างก็ให้ความรับผิดชอบเช่นเดียวกันด้วย"<sup>42</sup>

หนึ่งในคดีดังกล่าว ศาลเขตฟูคูโอกะ ได้วางหลักเกี่ยวกับความรับผิดฐานล่วงเกินทางเพศไว้ดังนี้

<sup>39</sup> Ryuichi Yamakawa, "We're Only Just Begun : The Law of Sexual Harassment in Japan," *Hastings International and Comparative Law Review* 22,3 (Spr.1999) : 533-534.

<sup>40</sup> Yukiko Tsunoda ; <http://www.tuj.ac.jp/law/tusnoda.html>.

<sup>41</sup> Ryuichi Yamakawa, "We're Only Just Begun : The Law of Sexual Harassment in Japan," : 534.

<sup>42</sup> Yukiko Tsunoda ; <http://www.tuj.ac.jp/law/tusnoda.html>.

(1) นายจ้างมีหน้าที่ป้องกันความสัมพันธ์ในการจ้างแรงงานจากการล่วงละเมิดเกียรติยศของลูกจ้าง ซึ่งทำให้ความสามารถในการปฏิบัติงานของลูกจ้างลดลง รวมทั้งมีหน้าที่ดำเนินการตามสมควรเพื่อให้สถานประกอบการมีความเหมาะสมสำหรับการทำงาน และหากผู้จัดการของสถานประกอบการไม่ปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าว ผู้จัดการต้องรับผิดชอบตามมาตรา 709 และนายจ้างจะต้องรับผิดชอบต่อการดเว้นการกระทำของผู้จัดการตามมาตรา 715 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่น ซึ่งในคดีนี้ศาลได้กล่าวไว้ว่า จากการวินิจฉัยข้อเท็จจริงในคดีนี้ แม้ว่ากรรมการผู้จัดการและประธานของบริษัทจะได้คำนึงถึงปัญหาระหว่างโจทก์และหัวหน้าบรรณาธิการ แต่กรรมการผู้จัดการและประธานของบริษัทก็ไม่ได้ดำเนินการมาตรการที่เหมาะสมในการแก้ไขสภาพการทำงานของโจทก์หรือพยายามดำเนินการเพื่อหลีกเลี่ยงเหตุการณ์ที่ไม่ดี คือ การที่คูร์ณีฝ่ายหนึ่งต้องลาออก ศาลจึงได้พิพากษาให้บริษัทต้องรับผิดชอบต่อการกระทำที่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติของกรรมการผู้จัดการซึ่งได้ก่อให้เกิดสภาพการทำงานที่ไม่เหมาะสมแก่โจทก์ และการเลือกปฏิบัติในกรณีนี้ได้แก่ การที่กรรมการผู้จัดการตัดสินใจให้โจทก์ลาออก

(2) ลักษณะเด่นของคำพิพากษาในคดี ฟูกุโอกะ เซกุฮาร่า คือ ศาลได้วางหลัก “ส่วนได้เสียในการทำงานในสภาวะแวดล้อมที่นำไปสู่การทำงาน” (The Interest in Working in an Environment Conducive to Working) ซึ่งได้รับความคุ้มครองภายใต้กฎหมายว่าด้วยละเมิด โดยการล่วงเกินอาจเกิดขึ้นเมื่อลูกจ้างรู้สึกไม่สบายใจในสภาวะแวดล้อมของการทำงาน และถือว่าลูกจ้างมีส่วนได้เสียในการทำงานในสภาวะแวดล้อมที่ปราศจากความทุกข์ในเรื่องทางเพศ ซึ่งในส่วนของชีวิตส่วนตัวเกี่ยวกับเรื่องทางเพศก็ควรปล่อยให้เป็นการพิจารณาด้วยความสมัครใจของแต่ละบุคคลนั้น

ทั้งนี้ ศาลได้อธิบายว่า การล่วงเกินทางเพศ หมายถึง การกระทำซึ่งละเมิดส่วนได้เสียซึ่งได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย เช่น การให้ความเห็นในทางเพศที่เกี่ยวกับเรื่องส่วนตัวของโจทก์ หรือการปิดประกาศข่มขู่ในทางเพศในสถานประกอบการ โดยกรณีอาจเป็นการละเมิดได้ เมื่อศาลยึดหลัก “ส่วนได้เสียในการทำงานในสภาวะแวดล้อมที่นำไปสู่การทำงาน”

อย่างไรก็ตาม คดีเกี่ยวกับการล่วงเกินทางเพศในหลาย ๆ คดีไม่ได้ใช้หลัก “ส่วนได้เสียในการทำงานในสภาวะแวดล้อมที่นำไปสู่การทำงาน” เห็นได้จากคำพิพากษาหลังจากคดี ฟูกุโอกะ เซกุฮาร่า ไม่ได้มีกล่าวถึงหลักดังกล่าวอีกเลย

ทั้งนี้ ขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงในแต่ละคดีไป เนื่องจากคดีต่าง ๆ ที่อ้างว่าเป็นพฤติกรรมที่เป็นการล่วงเกินทางเพศ มักจะเป็นการสัมผัสทางกายภาพที่เป็นการบังคับหรือแม้กระทั่งการข่มขืนหรือพยายามข่มขืน ในบางคดีผู้จัดการเป็นผู้สั่งให้โจทก์บำบัดความใคร่ของผู้จัดการ ซึ่งกรณีดังกล่าวศาล

มักจะตัดสินว่า พฤติกรรมดังกล่าวละเมิดสิทธิส่วนบุคคลของโจทก์ โดยสิทธิส่วนบุคคลในกรณีเช่นนี้ หมายถึง สิทธิในการตัดสินใจเกี่ยวกับเพศ เกียรติยศ หรือเสรีภาพเกี่ยวกับเพศ

ในทางกลับกันคดีฟูโกะ เซกุฮาร่า ไม่ได้มีข้อเท็จจริงถึงความต้องการทางเพศของหัวหน้าบรรณาธิการ เพียงแต่หัวหน้าบรรณาธิการต้องการที่จะกำจัดโจทก์ให้ออกไปจากสถานประกอบการเท่านั้น ดังนั้น คดีนี้ได้ก่อให้เกิดหลักใหม่ขึ้นโดยถือว่า "ส่วนได้เสียในการทำงานในสภาวะแวดล้อมที่นำไปสู่การทำงาน" เป็นส่วนหนึ่งของ "สิทธิส่วนบุคคล" อันได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายแพ่ง<sup>43</sup>

### กฎหมายที่บังคับใช้เกี่ยวกับการล่วงเกินทางเพศ

การล่วงเกินทางเพศภายใต้ประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นแบ่งได้เป็น 2 ประเภท ดังนี้

1. *quid pro quo* เป็นการล่วงเกินทางเพศแบบต่างตอบแทน โดยเป็นการใช้อำนาจที่เหนือกว่าของนายจ้างต่อลูกจ้าง

2. Hostile Working Environment เป็นการล่วงเกินทางเพศที่เกิดจากสภาพการทำงานที่ไม่เหมาะสม โดยเกิดจากการกระทำของผู้จัดการหรือผู้ร่วมงานซึ่งอยู่ระหว่างการดำเนินงานตามหน้าที่

#### 1. การล่วงเกินทางเพศแบบต่างตอบแทน (*quid pro quo*)

ประเทศญี่ปุ่นได้วางหลักการใช้เยียวยาทางกฎหมายสำหรับกรณิดังกล่าว โดยมาตรา 90 แห่งประมวลกฎหมายแพ่ง<sup>44</sup> กำหนดว่า "การกระทำตามกฎหมายที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ตกเป็นโมฆะและไม่มีผลบังคับใช้"

กรณีศึกษาได้วางหลักเกี่ยวกับการล่วงเกินทางเพศแบบนี้ว่าเป็นการกระทำตามกฎหมาย อาทิ การเลิกจ้างหรือการโอน อาจเป็นโมฆะและไม่มีผลบังคับใช้ เนื่องจากเป็นการขัดต่อ "ความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน" โดยการกระทำนั้นได้ทำลงบนพื้นฐานของเพศของลูกจ้าง

<sup>43</sup>Ryuichi Yamakawa. "We're Only Just Begun : The Law of Sexual Harassment in Japan," : 534-537.

<sup>44</sup>Civil Code of Japan

Article 90 : A juristic act which has for its object such matters as are contrary to public policy or good morals is null and void.



ทั้งนี้ ศาลจะพิพากษาให้ชดใช้ค่าชดเชยตามสัญญาสำหรับการสูญเสียรายได้ซึ่งเกิดจากการกระทำดังกล่าว

อย่างไรก็ตาม การล่องเินทางเพศในแบบต่างตอบแทน หรือการดำเนินการใด ๆ เช่นที่กรณีศึกษาได้วางหลักไว้ว่าเป็นการกระทำที่ปราศจากเหตุอันสมควร โดยนายจ้างใช้สิทธิเลิกจ้างโดยไม่ชอบ ตกเป็นโมฆะและไม่มีผลบังคับใช้ โดยไม่จำเป็นต้องพิจารณามาตรา 90 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเลย

อนึ่ง การล่องเินทางเพศแบบต่างตอบแทน ไม่รวมถึงการกระทำตามกฎหมาย เช่น การปฏิเสธการจ้างงานหรือปฏิเสธที่จะสนับสนุน หากเพียงแต่เป็นการไม่กระทำการ ซึ่งไม่จำเป็นต้องพิจารณาถึงเหตุแห่งโมฆะกรรม และการไม่มีผลบังคับใช้ภายใต้มาตรา 90 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งด้วยเช่นกัน

## 2. การล่องเินทางเพศในรูปแบบของสภาพการทำงานที่ไม่เหมาะสม (Hostile Working Environment)

การล่องเินทางเพศในรูปแบบดังกล่าวนี้มีการชดใช้เยียวยา 2 ประเภท ดังนี้

- 2.1 การชดใช้ค่าสินไหมทดแทนภายใต้กฎหมายว่าด้วยละเมิด (Tort Law)
- 2.2 การชดใช้เยียวยาภายใต้กฎหมายว่าด้วยสัญญา (Contract Law)

### 2.1 การชดใช้ค่าสินไหมทดแทนภายใต้กฎหมายว่าด้วยละเมิด

มาตรา 709 แห่งประมวลกฎหมายแพ่ง บัญญัติว่า “บุคคลผู้ซึ่งลวงละเมิดสิทธิของผู้อื่นโดยเจตนา หรือประมาทเลินเล่อจะต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายอันเกิดจากการกระทำดังกล่าว”<sup>45</sup>

กรณีศึกษาของญี่ปุ่นนั้น คำว่า “สิทธิ” ตามมาตรา 709 ไม่จำเป็นต้องระบุไว้ชัดแจ้งโดยพระราชบัญญัติ แต่อาจเป็นการตีความตามกฎหมายให้เป็น “ส่วนได้เสียที่ได้รับการคุ้มครองตามกฎหมาย” หรือ “ส่วนได้เสียที่จำเป็นจะต้องได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายละเมิด”

<sup>45</sup>Civil Code of Japan

Article 709 : A person who violates intentionally or negligently the right of another is bound to make compensation for damage arising therefrom.

อย่างไรก็ดี การล่องเินทางเพศไม่จำเป็นจะต้องประกอบไปด้วยการหมิ่นประมาทบุกรุกทรัพย์สินส่วนบุคคลและอื่น ๆ กรณีศึกษาที่เห็นได้ชัดว่าส่วนได้เสียที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายในกรณีการล่องเินทางเพศ หมายถึง การที่โจทก์ได้ถูกระทำให้อยู่ในสภาพการทำงานที่ไม่เหมาะสมอันโจทก์จะต้องได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย ดังเช่นคดี ฟูกุโอะกะ เซกุกุฮาร่า ที่ศาลได้วางหลัก "ส่วนได้เสียในการทำงานในสภาวะแวดล้อมที่นำไปสู่การทำงาน" ที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น

ภายใต้กฎหมายละเมิด ความรับผิดชอบของผู้กระทำละเมิด จะต้องพิจารณาจาก

- (1) ลักษณะของส่วนได้เสียตามกฎหมายที่ถูกละเมิด และ
- (2) พฤติกรรมที่เป็นการละเมิดส่วนได้เสียดังกล่าว

พฤติกรรมที่เป็นการล่องละเมิดสิทธิ อาทิ สิทธิมนุษยชน สิทธิในทรัพย์สิน หรือสิทธิส่วนบุคคล ก่อให้เกิดละเมิด ไม่ว่าพฤติกรรมดังกล่าวจะเป็นไปในรูปแบบใดตรงเท่าที่ผู้กระทำความผิดประมาทในทางกลับกัน หากส่วนได้เสียยังไม่เกิดขึ้น แต่กำลังจะเกิดขึ้น ก็ต้องพิจารณาความร้ายแรงหรือความรุนแรงของพฤติกรรมด้วย ซึ่งเห็นได้ว่า "ส่วนได้เสียในสภาวะการทำงานที่นำไปสู่การทำงาน" ยังไม่ถือเป็นสิทธิที่เกิดขึ้น ดังนั้น ในการพิจารณาความผิดฐานละเมิดสำหรับการล่องเินทางเพศจึงอยู่บนพื้นฐานของสภาพการทำงานที่ไม่เหมาะสม

ในปี ค.ศ. 1996 ศาลสูงนาโกย่า สาขาคานาซาวา ได้วางบรรทัดฐานเกี่ยวกับพฤติกรรมที่เป็นการละเมิดส่วนได้เสียในสภาวะการทำงานที่นำไปสู่การทำงานว่า ผลประโยชน์ที่ผู้จัดการชายได้รับจากการดำรงตำแหน่งผู้จัดการ โดยเข้าไปเกี่ยวข้องกับพฤติกรรมทางเพศซึ่งขัดต่อความรู้สึกของลูกจ้างหญิงนั้น ตามความเห็นของศาล พฤติกรรมดังกล่าวขัดต่อกฎหมาย เนื่องจากเป็นการล่องละเมิดสิทธิส่วนบุคคลซึ่งหมายถึงความถึงเสรีภาพในทางเพศหรือสิทธิในการตัดสินใจเกี่ยวกับเรื่องเพศ หากพฤติกรรมดังกล่าวไม่เหมาะสม "ตามความเห็นของสังคม" โดยปัจจัยที่จะนำมาพิจารณารวมไปถึงลักษณะของพฤติกรรม อายุของผู้จัดการและลูกจ้าง ประวัติการแต่งงานของลูกจ้าง ความสัมพันธ์ระหว่างผู้จัดการและลูกจ้าง สถานที่เกิดพฤติกรรม ความถี่ของการเกิดพฤติกรรม และการสนองตอบของลูกจ้างและคนอื่น ๆ

อนึ่ง ในคดี ฟูกุโอะกะ เซกุกุฮาร่า ศาลสูงโตเกียวได้กล่าวเช่นเดียวกันว่า แม้ว่าพฤติกรรมทางกายภาพที่ไม่เหมาะสมของผู้จัดการชายจะไม่ถือเป็นการล่องละเมิดเสรีภาพในทางเพศหรือสิทธิส่วนบุคคลของลูกจ้างหญิงเสมอไปก็ตาม แต่พฤติกรรมของผู้จัดการชายอาจขัดต่อกฎหมายได้หากพฤติกรรมดังกล่าวมีลักษณะส่อไปในทางเพศและไม่เป็นที่ยอมรับภายใต้ "ความคิดเห็นทั่วไปของสังคม" เมื่อพิจารณาถึงพฤติกรรมโดยรวม ศาลสูงโตเกียวพิจารณาจากอวัยวะของร่างกายที่ถูกสัมผัส วิธีการและ

ระดับของการสัมผัส (รวมถึงความถี่และความต่อเนื่อง) วัตถุประสงค์ของผู้กระทำความผิด ความไม่พึงพอใจของเหยื่อ เวลาและสถานที่ที่เกิดพฤติกรรม (รวมทั้งพิจารณาว่ามีบุคคลที่สามอยู่ด้วยหรือไม่) การกระทำเกิดขึ้นในระหว่างเวลางานหรือไม่ สถานภาพของผู้จัดการและความสัมพันธ์ระหว่างผู้จัดการและเหยื่อ

อย่างไรก็ดี ปัจจัยสำคัญที่ศาลญี่ปุ่นใช้ในการพิจารณาความรับผิดชอบละเมิดในการล่วงเกินทางเพศ ได้แก่ ลักษณะของพฤติกรรมของผู้กระทำความผิด และความถี่หรือความต่อเนื่องของพฤติกรรม

## 2.2 การชดเชยเยียวยาภายใต้กฎหมายว่าด้วยสัญญา

เมื่อไม่นานมานี้ ศาลล่างได้มีคำพิพากษาในสองคดีให้มีการชดเชยเยียวยาโดยอยู่บนพื้นฐานของสัญญาจ้างแรงงาน เมื่อลูกจ้างถูกล่วงเกินทางเพศซึ่งก่อให้เกิดสภาพการทำงานที่ไม่เหมาะสม โดยคำพิพากษาดังกล่าวตัดสินว่า นายจ้างมีหน้าที่จะต้องกระทำการภายใต้สัญญาจ้างแรงงานในการปรับปรุงสภาพการทำงาน ทั้งนี้ หน้าที่ดังกล่าวมาจากคดี ฟูกุโอะกะ เซกุฮาระว่า ซึ่งศาลได้กล่าวไว้ว่า นายจ้างมีหน้าที่ดูแลให้สภาวะแวดล้อมในการทำงานเหมาะสมสำหรับการทำงานภายใต้กฎหมายว่าด้วยละเมิด

ในคดี ไมเอะ เซกุฮาระว่า (Mie Sekuhara) ศาลได้ตัดสินว่านายจ้างมีหน้าที่ตามสัญญาในการทำให้สถานประกอบการมีความเหมาะสมสำหรับการทำงานของลูกจ้าง

ภายใต้ประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่น การชดเชยตามสัญญาเป็นประโยชน์สำหรับโจทก์โดยพิจารณาจากอายุความของความรับผิดจะมีระยะเวลา 10 ปี หากสิทธิที่จะได้รับค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายเป็นไปตามสัญญา ในขณะที่อายุความของความรับผิดจะมีระยะเวลา 3 ปี หากสิทธิดังกล่าวเป็นเหตุจากละเมิด

ส่วนคดี เคียวโตะ เซกุฮาระว่า (Kyoto Sekuhara) ศาลได้ตัดสินว่านายจ้างมีหน้าที่ในการปรับปรุงสภาพการทำงานเพื่อให้ความเป็นส่วนตัวของลูกจ้างไม่ถูกรบกวน ศาลได้ตัดสินด้วยว่า นายจ้างมีหน้าที่ในการปรับปรุงสภาวะแวดล้อมในการทำงานเพื่อจะได้ส่งผลให้ลูกจ้างไม่อยากลาออกจากงาน ดังนั้น เมื่อใดก็ตามที่ลูกจ้างลาออกจากงานโดยไม่เต็มใจ นายจ้างมีความรับผิดตามสัญญาเนื่องมาจากการไม่ปฏิบัติตามหน้าที่ดังกล่าว

อย่างไรก็ดี เนื่องจากมีเพียงคำพิพากษาในสองคดีนี้เท่านั้นที่ใช้หลักทฤษฎีหน้าที่ตามสัญญา จึงไม่เป็นที่แน่นอนว่าทฤษฎีดังกล่าวนี้จะได้รับความนิยมนอกจากศาลญี่ปุ่นหรือไม่ นอกจากนี้ขอบเขต

หน้าที่ของนายจ้างตามทฤษฎีว่าด้วยสัญญาที่ยังไม่มีความชัดเจน เนื่องจากหน้าที่ดังกล่าวมีวัตถุประสงค์เพื่อสร้างส่วนได้เสียในการทำงานในสภาวะแวดล้อมที่เหมาะสมสำหรับการทำงานซึ่งก็มีการกล่าวถึงในกฎหมายว่าด้วยละเมิดแล้ว ดังนั้น ขอบเขตของหน้าที่ดังกล่าวจึงอาจจะไม่แตกต่างจากขอบเขตของหน้าที่ที่มีอยู่ในกฎหมายว่าด้วยละเมิด<sup>46</sup>

### ความรับผิดของนายจ้างภายใต้กฎหมายญี่ปุ่น อธิบายได้ดังนี้

ก. ความรับผิดเนื่องจากอยู่ในฐานะที่เหนือกว่า

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่าความรับผิดฐานละเมิดของบุคคลที่เกี่ยวข้องกับการล่วงเกินทางเพศอยู่บนพื้นฐานของหลัก "สิทธิส่วนบุคคล" แต่ความรับผิดของนายจ้างต่อพฤติกรรมของลูกจ้างเกี่ยวกับการล่วงเกินทางเพศ เปรียบเทียบได้กับ "หลักผู้รับผิดที่อยู่ในฐานะที่เหนือกว่าหรือความรับผิดแทนกัน" ภายใต้กฎหมายจารีตประเพณี แองโกล – อเมริกา ตามมาตรา 715<sup>47</sup> แห่งประมวลกฎหมายแพ่งที่กำหนดว่า "นายจ้างต้องรับผิดต่อบุคคลภายนอกในความเสียหายที่เกิดจากลูกจ้างซึ่งกระทำการตามหน้าที่ แต่นายจ้างไม่ต้องรับผิดฐานละเมิดซึ่งกระทำโดยลูกจ้าง หากนายจ้างได้ใช้ความระมัดระวังตามสมควรในการมอบหมายงานให้แก่ลูกจ้างและในการดูแลการปฏิบัติงานของลูกจ้าง"

ศาลญี่ปุ่นได้ตีความคำว่า "หน้าที่" ไว้ดังนี้

(1) หากลูกจ้างได้กระทำการตามหน้าที่ นายจ้างต้องรับผิดต่อพฤติกรรมดังกล่าวของลูกจ้าง

(2) นายจ้างจะต้องรับผิดหากพฤติกรรมที่ไม่เหมาะสมของลูกจ้างเกี่ยวข้องกับการปฏิบัติงานตามหน้าที่ เช่น ศาลสูงของประเทศญี่ปุ่นได้ตัดสินว่าบริษัทก่อสร้างต้องรับผิดชดเชยความเสียหายที่

<sup>46</sup>Ryuichi Yamakawa. "We're Only Just Begun : The Law of Sexual Harassment in Japan," : 531-541.

<sup>47</sup>Civil Code of Japan

Article 715 : A person who employs another to carry out an undertaking is bound to make compensation for damage done to a third person by the employee in the course of the execution of the undertaking ; however, this shall not apply, if the employer has exercised due care in the appointment of the employee and in the supervision of the undertaking or if the damage would have ensued even if due care had been exercised.

เกิดจากลูกจ้างคนหนึ่งกระทำต่อลูกจ้างอีกคนหนึ่งของบริษัท ซึ่งเป็นผลมาจากการทะเลาะวิวาทในข้อพิพาทเกี่ยวกับการทำงาน

ทั้งนี้ บทบัญญัติดังกล่าวก็ได้กำหนดข้อต่อผู้ความรับผิดชอบของนายจ้างไว้เช่นกัน หากนายจ้างพิสูจน์ได้ว่าได้ใช้ความระมัดระวังตามสมควรในการมอบหมายงานและดูแลการปฏิบัติงานของลูกจ้างอย่างไรก็ตาม บทบัญญัติดังกล่าวได้รับการตีความอย่างแคบ ซึ่งสะท้อนให้เห็นว่าความรับผิดชอบภายใต้มาตรา 715 อยู่บนหลักการที่ว่านายจ้างควรยอมรับความเสี่ยงในการดำเนินธุรกิจของตนเอง เนื่องจากนายจ้างเป็นผู้ก่อให้เกิดความเสี่ยงและเป็นผู้ได้รับผลประโยชน์จากลูกจ้างของตนเอง ซึ่งตั้งแต่ภายหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 ไม่มีคดีใดที่ตัดสินให้นายจ้างได้รับความคุ้มครองตามมาตรา

ข. ความรับผิดชอบของนายจ้างเกี่ยวกับการล่วงเกินทางเพศแยกได้เป็น 2 กรณี กล่าวคือ

1. ความรับผิดชอบของนายจ้างต่อพฤติกรรมของผู้กระทำผิด (Vicarious Liability for the Conduct of the offender)

2. ความรับผิดชอบของนายจ้างสำหรับความผิดพลาดในการปรับปรุงสภาพการทำงาน Employer Liability for Failure to Adjust the Working Environment)

1. ความรับผิดชอบของนายจ้างต่อพฤติกรรมของผู้กระทำผิด

โดยทั่วไป พฤติกรรมที่ถือเป็นความผิดในกรณีการล่วงเกินทางเพศมี 2 ประเภท ดังที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น คือ

ประเภทที่ 1 *quid pro quo* เป็นการล่วงเกินทางเพศแบบต่างตอบแทน เป็นการใช้อำนาจที่เหนือกว่าของนายจ้างต่อลูกจ้าง โดยการกระทำของผู้จัดการอาจก่อให้เกิดละเมิดและเป็นการขัดต่อสัญญาจ้างแรงงานหรือฝ่าฝืนกฎหมายแรงงาน

ประเภทที่ 2 Hostile Working Environment เป็นการล่วงเกินทางเพศในกรณีสภาพการทำงานไม่เหมาะสม ซึ่งความรับผิดชอบฐานละเมิดอาจพบได้ในพฤติกรรมของผู้จัดการ (Supervisor) หรือผู้ร่วมงาน (Co-worker) ที่อยู่ระหว่างการดำเนินงานตามหน้าที่

เกี่ยวกับความรับผิดชอบของนายจ้างนั้น คำพิพากษาในหลายคดีตัดสินว่าพฤติกรรมของผู้กระทำผิดเป็นการปฏิบัติงานในหน้าที่ เช่น ในคดีฟูโกอะ เซกูฮารา หัวหน้าบรรณาธิการในฐานะผู้จัดการโดยตรงของโจทก์ได้ตักตวงผลประโยชน์จากตำแหน่งของตนเอง ทำความเห็นในทางที่ไม่ดี และกระจายข่าวลือเกี่ยวกับโจทก์ไปยังผู้จัดการและคนงานอื่น ๆ ในสถานประกอบการและลูกค้าทางธุรกิจ ศาลจึงตัดสินว่า หัวหน้าบรรณาธิการเกี่ยวข้องกับการล่วงเกินทางเพศในการ

ปฏิบัติหน้าที่ของตนเอง ดังนั้น นายจ้างจึงต้องมีความรับผิดชอบต่อการกระทำดังกล่าว เช่นเดียวกับ ในคดี โยโกฮาม่า เซกุฮาร่า (Yokohama Sekuhara) ศาลสูงโตเกียวได้ตัดสินให้นายจ้างมีความ รับผิดชอบต่อการกระทำทางกายภาพที่เป็นการบังคับและไม่เหมาะสมของผู้จัดการต่อคนงานคนหนึ่ง ในสถานประกอบการ โดยศาลเห็นว่าพฤติกรรมที่ไม่เหมาะสมของผู้จัดการเกิดขึ้นและเกี่ยวข้องกับการ ปฏิบัติงานในหน้าที่ของผู้จัดการ

ทั้งนี้ ในการตัดสินให้นายจ้างต้องรับผิดชอบนั้น ศาลล่างได้ยึดหลักความรับผิดชอบ ซึ่งปัจจัยที่ ศาลนำมาพิจารณาได้แก่ เวลาและสถานที่ที่เกิดพฤติกรรม ลักษณะของพฤติกรรม ตำแหน่งในการ ทำงานของผู้กระทำผิดและผู้เสียหาย ไม่ว่าผู้กระทำผิดจะได้ใช้ประโยชน์จากสถานะของตนเองใน ฐานะผู้จัดการของผู้เสียหายหรือไม่ก็ตาม รวมถึงความต่อเนื่องของการล่วงเกินทางเพศในกรณีที่การ กระทำส่วนหนึ่งเกิดขึ้นนอกชั่วโมงการทำงานหรือนอกสถานประกอบการ

อย่างไรก็ตาม ในคดี ไมเอะ เซกุฮาร่า (Mie Sekuhara) ศาลได้ปฏิเสธที่จะพิจารณาความ รับผิดชอบในพฤติกรรมซึ่งถูกกล่าวหาว่าก่อให้เกิดสภาพการทำงานที่ไม่เหมาะสม โดยข้อเท็จจริงใน คดีนี้ นางพยาบาลเป็นผู้เสียหายจากการสัมผัสทางกายที่ไม่เหมาะสมจากผู้จัดการของตนเองในขณะที่ ทำงานกะกลางคืนโดยเหตุการณ์เกิดขึ้นเมื่อนางพยาบาลและผู้จัดการอยู่ด้วยกันตามลำพังในห้องพัก ของลูกจ้าง และนางพยาบาลกำลังนอนพักอยู่ ศาลได้ตัดสินว่าเนื่องจากผู้จัดการไม่ได้เจตนาที่จะปลุก หรือเรียกนางพยาบาล พฤติกรรมของผู้จัดการจึงเป็นเพียงพฤติกรรมส่วนบุคคลและไม่มีความเกี่ยวพัน กันอย่างใกล้ชิดกับหน้าที่ในฐานะผู้จัดการของนางพยาบาล นายจ้างจึงไม่ต้องรับผิดชอบตามมาตรา 715 เนื่องจากไม่ใช่กรณีที่ลูกจ้างกระทำการตามหน้าที่ อย่างไรก็ตาม ศาลได้ตัดสินให้นายจ้างต้องรับผิด สำหรับความผิดพลาดในการปรับปรุงดูแลสภาพการทำงาน โดยการกำหนดความรับผิดชอบในคดีนี้อยู่บน พื้นฐานของทฤษฎีที่ว่านายจ้างมีหน้าที่ตามสัญญาในการรักษาสภาพการทำงานให้เหมาะสมต่อการ ทำงาน

## 2. ความรับผิดชอบของนายจ้างสำหรับความผิดพลาดในการปรับปรุงสภาพการทำงาน

ความรับผิดชอบของนายจ้างสำหรับการล่วงเกินทางเพศวางอยู่บนพื้นฐานของความผิดพลาดของ ผู้จัดการของสถานประกอบการที่ไม่มีการปรับปรุงสภาพการทำงานให้ไม่เกิดการล่วงเกินทางเพศ ขึ้นอีก ภายหลังจากมีการกระทำดังกล่าวโดยบุคคลอื่น หากผู้จัดการของสถานประกอบการมีอำนาจ จัดการสถานประกอบการที่ผู้เสียหายทำงานอยู่ เนื่องจากผู้จัดการของสถานประกอบการจำเป็นจะ ต้องปฏิบัติหน้าที่ในการใช้อำนาจบริหารบุคคล ซึ่งหากเกิดความผิดพลาดในการปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าว จะนำไปสู่ความรับผิดชอบของนายจ้างภายใต้มาตรา 715 แห่งประมวลกฎหมายแพ่ง

ศาลฎีกาได้ยึดหลักเกี่ยวกับการชดเชยค่าเสียหายว่าหากผู้จัดการของสถานประกอบการซึ่งถูกกล่าวหาว่าต้องรับผิดชอบต่อความปลอดภัยที่อาจคาดหมายได้ในสถานประกอบการได้ประมาทเลินเล่อในการปฏิบัติหน้าที่ ผู้จัดการของสถานประกอบการมีความรับผิดชอบเป็นส่วนตัวภายใต้กฎหมายว่าด้วยละเมิด และนายจ้างมีความรับผิดชอบแทนต่อความประมาทเลินเล่อของผู้จัดการของสถานประกอบการ นอกจากนี้คำตัดสินของศาลล่างบางศาลได้วางหลักไว้ว่าหน้าที่ในการปรับปรุงสภาพการทำงานเป็นหน้าที่ตามสัญญา ซึ่งนายจ้างเป็นผู้มีหน้าที่ในฐานะคู่สัญญาตามสัญญาจ้างแรงงาน ไม่ใช่ผู้จัดการของสถานประกอบการ อย่างไรก็ตาม ไม่ว่าจะอยู่บนพื้นฐานของสัญญาหรือละเมิด นายจ้างก็ยังคงมีความรับผิดชอบอยู่เสมอ

หลักความรับผิดชอบของนายจ้างสำหรับความผิดพลาดในการปรับปรุงสภาพการทำงานนี้สามารถนำมาใช้เมื่อศาลไม่สามารถพิจารณาความรับผิดชอบแทนต่อพฤติกรรมของผู้กระทำความผิดในการปฏิบัติตามหน้าที่ เช่น เมื่อสภาพการทำงานที่ไม่เหมาะสมถูกทำให้เกิดขึ้นต่อผู้เสียหายโดยเพื่อนร่วมงานซึ่งไม่มีอำนาจในการจัดการ ซึ่งเป็นการยากที่จะพิจารณาว่าพฤติกรรมนั้นเกิดขึ้นในระหว่างการปฏิบัติหน้าที่หรือไม่ และเป็นการยากด้วยเช่นกันในการระบุตัวผู้กระทำความผิดที่เกี่ยวข้องกับการล่วงเกินทางเพศ นอกจากนั้น ในกรณีของการล่วงเกินทางเพศโดยลูกจ้างหรือลูกจ้างทางธุรกิจ หลักความรับผิดชอบซึ่งอยู่บนพื้นฐานของพฤติกรรมของลูกจ้างในการปฏิบัติงานตามหน้าที่ของลูกจ้างจะไม่ถูกปรับใช้เช่นกัน ดังนั้น จึงต้องนำหลักความรับผิดชอบของนายจ้างต่อความผิดพลาดในการปรับปรุงสภาพการทำงานมาใช้เพื่อพิจารณาความรับผิดชอบแทน

ในคดี ไมอิ เชกูฮารา นายจ้างได้ถูกตัดสินให้ต้องรับผิดชอบต่อการสัมผัสทางกายภาพที่ไม่เหมาะสมของผู้จัดการ เนื่องจากนายจ้างได้ทำการสอบสวนเมื่อเวลาผ่านไปหกสัปดาห์หลังจากการร้องเรียนครั้งแรกของโจทก์ แม้ต่อมาจะได้ดำเนินการทางวินัยต่อผู้จัดการรวมทั้งกล่าวขอโทษโจทก์ก็ตาม ศาลตัดสินว่าความล่าช้าและข้อเท็จจริงที่ว่าผู้จัดการได้เกี่ยวข้องกับพฤติกรรมลามกอนาจารอยู่เสมอก่อนที่จะมีการร้องเรียนครั้งแรกนั้น การตอบสนองของนายจ้างไม่เป็นไปอย่างทันท่วงทีเนื่องจากมีความล่าช้าอยู่ถึงหกสัปดาห์ก่อนที่จะดำเนินการ ดังนั้น ในกรณีดังกล่าวความล่าช้าในการตอบสนองของนายจ้างจึงทำให้นายจ้างมีความผิด

อย่างไรก็ดี แม้ว่าจะมีคำพิพากษาเพียงจำนวนน้อยเท่านั้นที่ยึดหลักหน้าที่ในการปรับปรุงสภาพการทำงาน แต่คดีเหล่านี้ได้ชี้ให้เห็นว่าหน้าที่ของนายจ้างหรือผู้จัดการของสถานประกอบการจำเป็นที่จะต้องสืบสวนปัญหาการล่วงเกินทางเพศโดยทันท่วงทีและยุติธรรม ดังเช่นในคดี ฟูกูโอกะ และไมอิ เชกูฮารา ทั้งนี้ พื้นฐานของหลักดังกล่าวอยู่ที่ความผิดพลาดของนายจ้างในการดำเนินการ

ตามสมควรในการจัดการล่วงเกินทางเพศ แม้ว่านายจ้างจะได้ใช้ความระมัดระวัง หรือควรจะได้รู้เกี่ยวกับพฤติกรรมดังกล่าวแล้วก็ตาม

จากที่กล่าวมาแล้วข้างต้น จะเห็นได้ว่าประเทศญี่ปุ่นได้นำประมวลกฎหมายแพ่งมาใช้บังคับกับกรณีการล่วงเกินทางเพศมาโดยตลอด จนกระทั่งเมื่อวันที่ 11 มิถุนายน 2540 ฝ่ายนิติบัญญัติได้แก้ไขกฎหมายว่าด้วยโอกาสการจ้างแรงงานที่เท่าเทียมกัน (Equal Employment Opportunity Law) ซึ่งมีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ 1 เมษายน 2542 โดยกฎหมายว่าด้วยโอกาสการจ้างแรงงานที่เท่าเทียมกันฉบับแก้ไขดังกล่าว ได้ก่อให้เกิดบทบัญญัติใหม่ซึ่งเน้นถึงกรณีการล่วงเกินทางเพศ โดยมาตรา 21 (1) กำหนดว่านายจ้างมีหน้าที่ดูแลและจัดการการจ้างแรงงานเพื่อให้ลูกจ้างสตรีได้รับการปฏิบัติที่เหมาะสมเกี่ยวกับการล่วงเกินทางเพศ และเพื่อให้สภาพการทำงานของลูกจ้างสตรีไม่ถูกรบกวนจากพฤติกรรมดังกล่าว ซึ่งต่อมาเมื่อวันที่ 13 มีนาคม 2541 รัฐมนตรีว่าการกระทรวงแรงงานได้ออกแนวทางการจัดการสำหรับมาตรการในการดูแลลูกจ้างซึ่งนายจ้างควรปฏิบัติ โดยภายใต้กฎหมายว่าด้วยโอกาสในการจ้างแรงงานที่เท่าเทียมกัน นายจ้างมีหน้าที่ป้องกันการล่วงเกินทางเพศในสถานประกอบการ ไม่ว่าจะเป็นการล่วงเกินทางเพศแบบต่างตอบแทน หรือในแบบสภาวะการทำงานที่ไม่เหมาะสม

ทั้งนี้ แนวทางดังกล่าวประกอบไปด้วยส่วนต่าง ๆ ดังนี้

ส่วนที่ 1 คำนียามของการล่วงเกินทางเพศ

ภายใต้มาตรา 21 แห่งกฎหมายว่าด้วยโอกาสการจ้างแรงงานที่เท่าเทียมกัน ฉบับแก้ไข ค.ศ. 1997 การล่วงเกินทางเพศ หมายถึง

(1) การปฏิบัติที่เป็นปฏิปักษ์ต่อลูกจ้างหญิง เนื่องจากการตอบสนองของลูกจ้างหญิงต่อพฤติกรรมทางเพศในสถานประกอบการ หรือ *quid pro quo*

(2) การก่อให้เกิดสภาพการทำงานที่ไม่เหมาะสมเนื่องจากพฤติกรรมทางเพศ หรือ Hostile working environment<sup>48</sup>

<sup>48</sup> Article 21 Sexual Harassment is defined as

(1) an adverse treatment of female workers because of her persons to sexual conduct in the workplace.

(2) creation of a hostile working environment through such sexual conduct.



นอกจากนี้ แนวทางดังกล่าวได้ให้คำนิยามการล่วงเกินทางเพศ โดยอยู่บนพื้นฐานของสภาพการทำงานที่ไม่เหมาะสมว่าเป็นพฤติกรรมทางเพศที่ไม่เหมาะสม ซึ่งทำให้สภาพการทำงานของผู้จ้างหญิงเป็นไปโดยไม่ราบรื่น และทำให้เกิดอุปสรรคสำคัญในการทำงาน ซึ่งส่งผลกระทบต่อการทำงานของผู้หญิง โดยขอบเขตของการล่วงเกินทางเพศถูกนิยามผ่านการใช้คำว่า “อุปสรรคสำคัญ” (Substantial impediment) และ “ผลกระทบอย่างร้ายแรง” (Serious adverse effects)

ทั้งนี้ ความคล้ายคลึงกันระหว่างแนวทางดังกล่าวกับกรณีศึกษาที่ผ่านมาในญี่ปุ่น คือคำว่า “อุปสรรคสำคัญและผลกระทบอย่างร้ายแรง” ที่มุ่งจะจำกัดขอบเขตของการล่วงเกินทางเพศอันผิดกฎหมายในกรณีที่พฤติกรรมนั้นมีลักษณะรุนแรง

ส่วนที่ 2 มาตรการของนายจ้างในการดูแลลูกจ้างภายใต้มาตรา 21 แห่งกฎหมายว่าด้วยโอกาสการจ้างงานที่เท่าเทียมกัน ฉบับแก้ไข ค.ศ. 1997 จะต้องประกอบไปด้วยปัจจัยดังต่อไปนี้

(1) การอธิบายและการปรับใช้นโยบายของนายจ้างกับการล่วงเกินทางเพศ ซึ่งกระทำได้โดยการจัดทำคู่มือลูกจ้างและการสัมมนา

(2) การใช้ระบบที่เป็นกลางสำหรับการร้องทุกข์และการให้คำปรึกษา

(3) การดำเนินการจัดการตอบสนองอย่างทันที่และเหมาะสม เมื่อมีการร้องทุกข์เกี่ยวกับการล่วงเกินทางเพศ รวมไปถึงการสืบสวนและดำเนินการทางวินัย<sup>49</sup>

อย่างไรก็ดีตามบทบัญญัติใหม่นี้ มุ่งคุ้มครองการล่วงเกินทางเพศต่อสตรีเท่านั้น เนื่องจากถ้อยคำในกฎหมายว่าด้วยโอกาสในการจ้างงานที่เท่าเทียมกันบัญญัติห้ามเฉพาะการล่วงเกินทางเพศที่เกิดแก่สตรีเท่านั้น ไม่รวมถึงบุรุษด้วย<sup>50</sup>

<sup>49</sup>The measures of care that employers should take under Article 21

(a) clarification and dissemination of an employer's policy against sexual harassment and education of employees through measures such as employee handbooks and seminars

(b) establishment of neutral systems for processing grievances and counseling

(c) prompt and appropriate responses, when a complaint is filed regarding sexual harassment, including investigation and disciplinary action.

<sup>50</sup>Ryuichi Yamakawa. "We're Only Just Begun : The Law of Sexual Harassment in Japan," : 549-553.

อนึ่ง แม้ว่ากฎหมายว่าด้วยโอกาสการจ้างแรงงานที่เท่าเทียมกัน ฉบับแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติว่าด้วยการล่วงเกินทางเพศขึ้นมา แต่กฎหมายเพียงวางหลักการจัดการเป็นกลไกในการบังคับใช้เท่านั้น โดยไม่ได้อธิบายไว้โดยตรงและโดยอ้อมเกี่ยวกับการนำกฎหมายดังกล่าวไปใช้กับสัญญาจ้างแรงงาน แต่จากการที่มาตรา 21 ได้กำหนดให้นายจ้างต้องมีหน้าที่ดูแลลูกจ้างตามที่ได้กล่าวมาข้างต้นแล้ว ความรับผิดชอบในกรณีการล่วงเกินทางเพศของนายจ้างตามสัญญาจ้างแรงงานจึงมีน้ำหนักมากกว่าความรับผิดชอบละเมิดเช่นที่ผ่านมา แต่อย่างไรก็ดีเกี่ยวกับการล่วงเกินทางเพศในประเทศญี่ปุ่น กฎหมายที่จะนำมาใช้ปรับความรับผิดชอบต่าง ๆ ก็ยังสามารถใช้ได้ทั้งกฎหมายว่าด้วยละเมิด หรือกฎหมายว่าด้วยสัญญา รวมทั้งบทบัญญัติใหม่เกี่ยวกับกฎหมายว่าด้วยโอกาสการจ้างแรงงานที่เท่าเทียมกันด้วย ซึ่งผู้ที่มีบทบาทในการปรับใช้กฎหมายดังกล่าวก็ได้แก่ศาลนั่นเอง ทั้งนี้แม้ว่าจะมีการชดเชยค่าสินไหมทดแทนในคดีการล่วงเกินทางเพศซึ่งเรียกว่า อิซา-ราโย (isha-ryo) หรือเงินรวม แต่ก็เป็นเพียงจำนวนเล็กน้อยเท่านั้น โดยในปัจจุบันจำนวนเงินสูงสุดของ อิซา-ราโย คือ 3,000,000 เยน หรือประมาณ 25,000 เหรียญสหรัฐเท่านั้น<sup>51</sup>

### 3.2.2 ประเทศฝรั่งเศส

ปรากฏการณ์การล่วงเกินทางเพศ (Du Harcèlement Sexuel) ในประเทศฝรั่งเศส หมายถึง การใช้อำนาจหน้าที่โดยมิชอบในทางเพศ ซึ่งมี 2 รูปแบบดังนี้

1. การเชิญชวนในทางเพศโดยให้คำมั่นว่าจะให้สิทธิประโยชน์ในรูปแบบต่าง ๆ ไม่ว่าจะโดยทางตรงหรือแอบแฝง

2. การข่มขู่ บังคับ กีดกันทางจิตใจในรูปแบบต่าง ๆ หากผู้ถูกระงับไม่ยินยอมให้ในทางเพศ ทั้งนี้ การล่วงเกินทางเพศอาจก่อให้เกิดผลที่ร้ายแรงต่อเหยื่อผู้ถูกระงับไม่ว่าจะเป็นผลต่อการทำงาน อารมณ์ สุขภาพกายและจิตใจ ซึ่งกรณีดังกล่าวนี้ เหยื่อผู้ถูกระงับอาจเป็นได้ทั้งผู้หญิงและผู้ชาย ในทางกลับกันผู้กระทำผิดก็มีทั้งผู้หญิงและผู้ชายด้วย แต่ในแง่ของสถิติ ผู้หญิงจะเป็นฝ่ายถูกระงับมากกว่าผู้ชาย

อย่างไรก็ดี ในประเทศฝรั่งเศสถือว่าการกระทำความผิดฐานล่วงเกินทางเพศไม่จำเป็นต้องเป็นการกระทำในลักษณะซ้ำ ๆ กันหลายครั้ง แม้กระทำความเพียงครั้งเดียวก็เป็นความผิด นอกจากนี้แล้ว กรณีส่วนใหญ่ของการล่วงเกินทางเพศมักจะเกิดขึ้นในระหว่างความสัมพันธ์ของการทำงาน ไม่ว่าจะ

<sup>51</sup> Ibid. : 545.

การกระทำโดยนายจ้าง ผู้บริหาร พนักงานระดับบริหารที่มีหน้าที่รับผิดชอบเกี่ยวกับนโยบายการสรรหาบุคคล หรือที่ปรึกษาภายในขององค์กรหรือแม้แต่ลูกค้าของบริษัทที่กระทำต่อพนักงานในการเจรจาเพื่อทำธุรกิจหรือเพื่อทำสัญญา โดยเมื่อมีการกระทำ ความผิดฐานล่วงเกินทางเพศเกิดขึ้นกับพนักงาน ผู้กระทำความผิดจะต้องถูกนายจ้างสั่งลงโทษทางวินัย<sup>52</sup>

ประมวลกฎหมายอาญาของประเทศฝรั่งเศสได้มีการบัญญัติถึงการล่วงเกินทางเพศไว้ใน Du Harcèlement Sexuel ตอน 3 ว่าด้วยการรุกรานทางเพศ โดยบัญญัติไว้ดังนี้

มาตรา 222-33 การล่วงเกินทางเพศเป็นการกระทำอันเป็นการรุกรานบุคคลอื่น โดยการใช้อำนาจ คำสั่ง การข่มขู่ หรือการบีบบังคับ เพื่อจุดมุ่งหมายให้ได้มาซึ่งประโยชน์ใด ๆ ในทางเพศ โดยการที่ผู้กระทำใช้อำนาจในตำแหน่งหน้าที่ที่ตนดำรงอยู่ ต้องระวางโทษจำคุก 1 ปี และปรับ 100,000 ฟรังก์

ทั้งนี้ หนังสือเวียนลงวันที่ 14 พฤษภาคม 1993 เพื่ออธิบายประมวลกฎหมายอาญาดับใหม่ (16 ธันวาคม 1992 ) ได้อธิบายเรื่องการล่วงเกินทางเพศไว้ว่า

#### ตอน 3 ว่าด้วยการล่วงเกินทางเพศ

การล่วงเกินทางเพศซึ่งเป็นความผิดตามมาตรา 222-33 นั้น เป็นฐานความผิดใหม่ที่เพิ่มขึ้น โดยการเสนอของรัฐสภาเพื่อเพิ่มเติมไว้ในหมวดว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับเพศที่มีอยู่เดิม

การเพิ่มฐานความผิดนี้ขึ้น เปิดโอกาสให้ลงโทษบุคคลที่ใช้อำนาจอันเกิดจากตำแหน่งหน้าที่ในการกดดันบุคคลผู้อยู่ใต้การปกครองบังคับบัญชาเพื่อให้ได้ประโยชน์ในทางเพศซึ่งโทษในความผิดฐานนี้มีโทษจำคุก 1 ปี ปรับ 100,000 ฟรังก์<sup>53</sup>

นอกจากนี้ ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการล่วงเกินทางเพศในสถานที่ทำงาน ค.ศ. 1992 ลงวันที่ 2 พฤศจิกายน 1992 แก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแรงงานและประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ได้บัญญัติเกี่ยวกับความผิดฐานล่วงเกินทางเพศไว้ มีสาระสำคัญ ดังนี้<sup>54</sup>

มาตรา 1 ให้เพิ่มความใน 3 มาตราต่อไปนี้ในส่วนที่ 6 ของหมวด 2 บท 2 ของบรรพ 1 แห่งประมวลกฎหมายแรงงาน

<sup>52</sup>[http://www.sosfemmes.com/harcèlement/harcèlement\\_2.htm](http://www.sosfemmes.com/harcèlement/harcèlement_2.htm).

<sup>53</sup>Article 222-33 de Code Penal Français. (มาตรา 222-33 ของประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศส).

<sup>54</sup>Commercial Laws of Europe 17, 7 (July 1994) : F 237-F 239.

มาตรา L. 122-46 ลูกจ้างคนหนึ่งคนใด ไม่อาจถูกกลงโทษหรือไล่ออกจากงานเพราะเหตุที่เป็นผู้ถูกระทำ หรือปฏิเสธที่จะกระทำการตามคำข่มขู่ทางเพศของนายจ้าง หรือตัวแทนของนายจ้าง หรือบุคคลอื่นใด ซึ่งใช้อำนาจหน้าที่ของตนในทางที่มีชอบ โดยการออกคำสั่ง ข่มขู่ บังคับ หรือสร้างความกดดันด้วยวิธีการใด ๆ แก่ลูกจ้าง โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้ได้รับผลประโยชน์ทางเพศของตนเองหรือบุคคลที่สาม

ลูกจ้างคนหนึ่งคนใด ไม่อาจถูกกลงโทษหรือให้ออกจากงาน เพราะเหตุที่ได้เป็นพยานหรือเป็นผู้เปิดเผยการกระทำตามวรรคก่อน

บทบัญญัติหรือการกระทำใดที่ขัดต่อมาตรานี้เป็นโมฆะ

มาตรา L. 122-47 ลูกจ้างอาจถูกกลงโทษทางวินัยได้ หากเป็นผู้กระทำการตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา L. 122-46

มาตรา L. 122-48 หัวหน้าองค์กรมีหน้าที่จะต้องกำหนดมาตรการที่จำเป็นทุกอย่างเพื่อที่จะแจ้งเตือนการกระทำตามสองมาตราก่อน

มาตรา 2 ให้เพิ่มความต่อไปนี้เป็นอีกวรรคหนึ่งของมาตรา L. 123-1 แห่งประมวลกฎหมายแรงงาน

“ห้ามมิให้นำข้อเท็จจริงที่บุคคลหนึ่งบุคคลใดเกี่ยวข้องกับการถูกระทำหรือปฏิเสธที่จะกระทำการตามคำข่มขู่ทางเพศ ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา L. 122-46 หรือเป็นพยานหรือเปิดเผยการกระทำดังกล่าว มาพิจารณาเพื่อตัดสินใจในการรับเข้าทำงาน กำหนดเงินเดือน กำหนดตำแหน่ง แต่งตั้ง แยกประเภท เลื่อนระดับ โยกย้าย ยกเลิกสัญญา ต่อสัญญา หรือลงโทษทางวินัยได้”

มาตรา 3 ให้เพิ่มความต่อไปนี้เป็นอีกวรรคหนึ่งของมาตรา L. 123-6 แห่งประมวลกฎหมายแรงงาน

“องค์กรสหภาพแรงงานต่าง ๆ จะต้องทำข้อตกลงเป็นลายลักษณ์อักษรกับบุคคลที่เกี่ยวข้องในการดำเนินการตามมาตรา L. 123-1 วรรคท้าย”

มาตรา 6 ให้เพิ่มความสี่วรรคดังต่อไปนี้ในมาตรา 6 แห่งรัฐบัญญัติเลขที่ 83-634 ลงวันที่ 13 กรกฎาคม ค.ศ. 1983 ว่าด้วยสิทธิและหน้าที่ของข้าราชการ

“ห้ามมิให้นำกรณีดังต่อไปนี้มาเป็นข้อพิจารณาในการคัดเลือก บรรจุ แต่งตั้ง ประเมิน หรือโยกย้ายข้าราชการ

1. ข้อเท็จจริงที่ข้าราชการบุคคลนั้นถูกระทำ หรือปฏิเสธที่จะกระทำการตามคำข่มขู่ของผู้บังคับบัญชา หรือบุคคลอื่นใดที่กระทำการโดยมิชอบตามอำนาจหน้าที่ ด้วยการมีคำสั่ง ข่มขู่ บังคับ หรือ

สร้างความกดดันด้วยวิธีการใด ๆ ต่อผู้ได้บังคับบัญชาโดยมีวัตถุประสงค์ เพื่อให้ได้รับผลประโยชน์ทางเพศของตนเองหรือบุคคลที่สาม หรือ

2. ข้อเท็จจริงที่ข้าราชการบุคคลนั้น เป็นพยานหรือเปิดเผยการกระทำดังกล่าว ซึ่งเจ้าหน้าที่อาจถูกลงโทษทางวินัย หากกระทำการดังกล่าวข้างต้น”

นอกจากนี้ ในกฎหมายว่าด้วยการล่วงเกินทางเพศในสถานที่ทำงาน ค.ศ. 1992 ยังได้กำหนดให้นำบทบัญญัติในเรื่องความผิดฐานล่วงเกินทางเพศ มาใช้บังคับกับทหารเรือด้วย

ทั้งนี้ตามมาตรา 152-1 แห่งประมวลกฎหมายแรงงาน ได้กำหนดให้มีการลงโทษกรณีที่ผู้ใดนำเอาการที่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเคยเป็นผู้เสียหายในกรณีการล่วงเกินทางเพศหรือเคยเป็นพยาน หรือเปิดเผยถึงการกระทำดังกล่าว มาประกอบการพิจารณาในทางที่เป็นผลร้ายแก่เขาในการรับสมัครงาน หรือการบริหารงานบุคคลตามความในมาตรา L. 123-1 ผู้กระทำผิดนั้นต้องระวางโทษจำคุก 1 ปี ปรับ 20,000 ฟรังก์

จากการที่บทบัญญัติในมาตรา 122-48 แห่งประมวลกฎหมายแรงงานกำหนดให้นายจ้าง (หัวหน้าองค์กร) มีหน้าที่ที่จะต้องกำหนดมาตรการที่จำเป็นทุกอย่างเพื่อที่จะแจ้งเตือนถึงการล่วงเกินทางเพศนั้น จากการศึกษาพบว่าหน้าที่ของนายจ้างในประเทศฝรั่งเศสมีดังนี้<sup>55</sup>

### หน้าที่ของนายจ้าง

นายจ้างต้องจัดให้มีการป้องกันการใช้อำนาจในทางที่ผิดเกี่ยวกับเพศ การจัดให้มีมาตรการป้องกันจะเป็นประโยชน์ต่อการทำงานร่วมกันของหญิงและชาย และความเท่าเทียมกันในการประกอบอาชีพ

นายจ้างมีทางเลือกหลายทางเพื่อป้องกัน ซึ่งมีดังต่อไปนี้

1. จัดให้มีกิจกรรมประชาสัมพันธ์และการกระตุ้นให้พนักงานได้ทราบถึงบทบัญญัติของกฎหมายลงวันที่ 2 พฤศจิกายน 1992 และทราบถึงการใช้อำนาจในทางที่ผิดเกี่ยวกับเพศในรูปแบบต่าง ๆ

2. กำหนดมาตรการภายในที่จะเป็นหลักประกันให้กับการร้องเรียนของผู้ถูกระทำความผิดฐานนี้ เช่น การแต่งตั้งบุคคลที่มีความเหมาะสมที่จะรับคำร้องเรียนจากผู้ที่มีส่วนได้เสีย มีความตั้งใจที่จะแก้ไขปัญหาในกรณีจำเป็นร่วมกับผู้บริหาร ทั้งนี้ ในบริษัทหรือหน่วยงานที่มีพนักงาน 20 คน หรือ

<sup>55</sup>[http://www.sosfemmes.com/harcèlement/harcèlement\\_2.htm](http://www.sosfemmes.com/harcèlement/harcèlement_2.htm).

เกินกว่านั้นจะต้องมีการกำหนดเรื่องการใช้อำนาจในทางที่ผิดทางเพศไว้ในข้อบังคับภายในขององค์กรนั้นด้วย

ข้อบังคับดังกล่าวรวมทั้งบทบัญญัติในส่วนที่เกี่ยวกับความเท่าเทียมกันในการประกอบอาชีพของหญิงและชายจะต้องปิดประกาศไว้ ณ สถานที่ทำงานรวมทั้งสถานที่ที่มีการรับสมัครงานด้วย

ทั้งนี้ คณะกรรมการสาธารณสุข ความปลอดภัย และเงื่อนไขในการทำงานอาจเสนอให้นายจ้างกำหนดมาตรการป้องกันด้วยการปรับปรุงเงื่อนไขในการทำงานได้

จากที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น จะเห็นได้ว่าประเทศฝรั่งเศสได้กำหนดมาตรการต่าง ๆ เพื่อใช้บังคับกับผู้กระทำผิดฐานล่วงเกินทางเพศหรือที่ในฝรั่งเศสเรียกความผิดฐานนี้ว่า ใช้อำนาจหน้าที่โดยมิชอบในทางเพศ เพื่อเป็นการป้องปรามมิให้มีการกระทำความผิดเกิดขึ้นนั้น มาตรการดังกล่าวได้แก่

1. โทษทางอาญา โดยกำหนดว่าผู้ใดที่กระทำความผิดฐานล่วงเกินทางเพศ อาจถูกฟ้องเป็นคดีอาญาได้ ซึ่งอัตราโทษในคดีดังกล่าวได้แก่จำคุกไม่เกิน 1 ปี และปรับไม่เกิน 100,000 ฟรังก์ โดยศาลอาจสั่งให้ผู้กระทำผิดชดใช้ค่าสินไหมทดแทน (ค่าเสียหาย) ด้วยจำนวนที่เหมาะสมกับความเสียหาย

2. โทษทางวินัย โดยพนักงานที่เป็นผู้กระทำผิดฐานดังกล่าวข้างต้น อาจถูกดำเนินการทางวินัย ซึ่งที่ร้ายแรงที่สุดได้แก่การไล่ออก เนื่องจากการกระทำดังกล่าวถือว่าเป็นการขัดขวางการดำเนินการด้วยดีขององค์กร

3. มาตรการป้องกันอื่น โดยกำหนดไว้ในประมวลกฎหมายแรงงานว่า พนักงานหรือผู้ที่จะสมัครเป็นพนักงาน จะได้รับความคุ้มครองตั้งแต่ในขณะเริ่มสมัครงานตลอดจนถึงอายุสัญญาการทำงาน ซึ่งมาตรการป้องกันนี้ครอบคลุมทั้งพนักงานที่ตกเป็นผู้เสียหายและรวมทั้งผู้ที่เป็นพยานหรือเปิดเผยถึงการกระทำผิดฐานล่วงเกินทางเพศด้วย ทั้งนี้ มาตรการป้องกันอื่นได้แก่

(1) ถือว่าการไล่ออกหรือการลงโทษผู้เสียหายหรือพยานตกเป็นโมฆะ

(2) ห้ามการกระทำทุกประเภทที่เป็นการเลือกปฏิบัติ ไม่ว่าจะในชั้นการสมัครเข้าทำงาน ระหว่างทำงาน หรือเมื่อเลิกจ้าง

จากการศึกษาบทบัญญัติเกี่ยวกับการล่วงเกินทางเพศของต่างประเทศพบว่า การล่วงเกินทางเพศเป็นกรณีการยื่นข้อเสนอนิทางเพศ เรียกร้องในทางเพศ เพื่อแลกเปลี่ยนกับผลประโยชน์ทางด้านการงาน หรือการกระทำทางกายหรือวาจาอันมีนัยในทางเพศ ซึ่งการยอมรับหรือปฏิเสธการกระทำเช่นนั้นจะมีผลกระทบต่อการทำงานหรือรบกวนการทำงาน โดยก่อให้เกิดสภาพการทำงานที่ไม่เป็นมิตร

ทั้งนี้ ในสหรัฐอเมริกาและสหราชอาณาจักรซึ่งเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Common Law ได้กำหนดให้การล่วงเกินทางเพศถือเป็นรูปแบบหนึ่งของการเลือกปฏิบัติทางเพศอันขัดต่อกฎหมายที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติเฉพาะ ส่วนกรณีใดจะถือเป็นการล่วงเกินทางเพศนั้น ศาลเป็นผู้มีบทบาทในการตีความและปรับใช้ โดยในประเทศสหรัฐอเมริกา การล่วงเกินทางเพศถูกตีความให้เป็น การเลือกปฏิบัติทางเพศอันขัดต่อกฎหมายว่าด้วยสิทธิพลเมือง ค.ศ. 1964 (The Civil Right Act) ส่วนในสหราชอาณาจักรถือว่าการล่วงเกินทางเพศเป็นการกระทำที่ขัดต่อกฎหมายว่าด้วยการกีดกันทางเพศ ค.ศ. 1975 (The Sex Discrimination Act)

สำหรับความรับผิดหากเกิดการล่วงเกินทางเพศขึ้นนั้น ทั้งสหรัฐอเมริกาและสหราชอาณาจักร กำหนดให้นายจ้างต้องรับผิดชอบต่อการล่วงเกินทางเพศ หากเป็นการกระทำในทางการที่จ้างโดยเป็น ความรับผิดในการกระทำของผู้อื่น (Vicarious liability) กล่าวคือ นายจ้างจะต้องรับผิดชอบในการกระทำ ของผู้ที่กระทำการล่วงเกินทางเพศ โดยไม่คำนึงว่านายจ้างจะจงใจหรือประมาทเลินเล่อในการควบคุม ดูแลลูกจ้าง และไม่ว่านายจ้างจะรู้หรือไม่รู้ถึงการกระทำดังกล่าวนั้นก็ตาม แต่นายจ้างสามารถยก ข้อต่อสู้เพื่อไม่ต้องรับผิดได้ว่าได้ใช้ความระมัดระวังตามสมควรในการคุ้มครองและป้องกันการกระทำ ดังกล่าวแล้ว แต่หากการล่วงเกินทางเพศนั้นได้ก่อให้เกิดผลกระทบต่อหน้าที่การงานของผู้ถูกรกระทำ อย่างเป็นรูปธรรม เช่น ถูกไล่ออก ลดขั้น หรือได้รับมอบหมายงานอื่น นายจ้างจะต้องรับผิดชอบในการ ล่วงเกินทางเพศ โดยจะอ้างเหตุว่าตนได้ใช้ความระมัดระวังตามสมควรมาเป็นข้อต่อสู้เพื่อไม่ต้องรับผิด ไม่ได้ (Strict vicarious liability) ส่วนการเยียวยาผู้ที่ตกเป็นเหยื่อของการล่วงเกินทางเพศ ประเทศ สหรัฐอเมริกาและสหราชอาณาจักรได้กำหนดให้โจทก์ในคดีล่วงเกินทางเพศได้รับการเยียวยาในรูปแบบ ค่าสินไหมทดแทน (Compensatory) ซึ่งรวมถึงค่าเสียหายจากการสูญเสียโอกาสทางการเงิน ทั้งใน รูปเงินย้อนหลังและเงินในอนาคต ค่าเสียหายจากการได้รับความทุกข์ทรมานทางร่างกายและ จิตใจ นอกจากนี้ ศาลยังอาจกำหนดให้โจทก์ได้รับค่าเสียหายในเชิงลงโทษ (Punitive damages) ใน บางกรณีที่ศาลเห็นว่าโจทก์สมควรจะได้รับค่าเสียหายในส่วนนี้ เนื่องจากจำเลยกระทำการตาม อำนาจและใช้อำนาจในทางที่ผิด

นอกจากนี้ ในสหรัฐอเมริกายังได้กำหนดให้นายจ้างมีหน้าที่ต้องจัดทำนโยบายป้องกันการ ล่วงเกินทางเพศในที่ทำงาน ไม่ว่าจะเป็นการเผยแพร่เป็นลายลักษณ์อักษรหรือคู่มือลูกจ้าง เกี่ยวกับการล่วงเกินทางเพศ วิธีการในการจัดการเมื่อมีการล่วงเกินทางเพศเกิดขึ้น รวมถึงกระบวนการ ในการร้องเรียนต่อผู้มีอำนาจจัดการ และเมื่อมีการร้องเรียนนายจ้างจะต้องมีมาตรการตอบสนองต่อ เหตุการณ์นั้นอย่างทันทีและรวดเร็วในการสอบสวนและให้ความเป็นธรรมแก่ทุกฝ่าย เช่น ลงโทษผู้ที่

กระทำการล่วงเกินทางเพศทางวินัย หรืออาจเป็นเพียงการตักเตือนด้วยวาจา ทั้งนี้ นายจ้างจะต้องกำหนดมาตรการที่จะป้องกันมิให้เกิดการแค้นต่อผู้ที่ร้องเรียนเหตุการณ์ดังกล่าวขึ้นด้วย เพื่อจูงใจให้บุคคลผู้เสียหายกล้าที่จะร้องเรียนหรือเปิดเผยการกระทำดังกล่าว

สำหรับประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Civil Law เช่นเดียวกับประเทศไทย ได้แก่ ประเทศญี่ปุ่น และฝรั่งเศสนั้น การล่วงเกินทางเพศในประเทศญี่ปุ่นถือเป็นการกระทำอันเป็นการละเมิดสิทธิส่วนบุคคลตามประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่น อันผู้กระทำการดังกล่าวต้องรับผิดชอบและต้องชดเชยค่าเสียหายอันเกิดแต่การนั้น ส่วนนายจ้างจะต้องรับผิดชอบในการกระทำของลูกจ้างที่กระทำการล่วงเกินทางเพศต่อผู้เสียหาย โดยการจ่ายค่าเสียหายหากลูกจ้างกระทำการดังกล่าวในทางการที่จ้างแต่อย่างไรก็ดี นายจ้างได้รับการยกเว้นความรับผิด หากนายจ้างพิสูจน์ได้ว่าได้ใช้ความระมัดระวังในการแต่งตั้งลูกจ้างและควบคุมดูแลการทำงานของลูกจ้างแล้ว ซึ่งถึงอย่างไรความเสียหายก็ต้องเกิดขึ้น แม้จะได้ใช้ความระมัดระวังแล้วก็ตาม ซึ่งหลักนี้เป็นไปเช่นเดียวกับที่สหรัฐอเมริกาและสหราชอาณาจักรกำหนดให้นายจ้างต้องรับผิดชอบในการกระทำของบุคคลอื่น

นอกจากนั้น ภายใต้กฎหมายว่าด้วยโอกาสการจ้างแรงงานที่เท่าเทียมกัน ฉบับแก้ไข ค.ศ. 1997 ได้กำหนดให้นายจ้างมีหน้าที่จะต้องดูแลและป้องกันมิให้เกิดการล่วงเกินทางเพศขึ้น โดยจัดทำคู่มือลูกจ้างและอธิบายเกี่ยวกับการป้องกันการล่วงเกินทางเพศ การมีมาตรการตอบสนองอย่างทัน่วงทีและเหมาะสมเมื่อมีการร้องทุกข์ในเรื่องดังกล่าว อันทำให้นายจ้างอาจต้องมีความรับผิดชอบตามสัญญาจ้างแรงงานเพิ่มอีกทางด้วย ซึ่งทำให้มาตรการในการควบคุมและคุ้มครองมิให้มีผู้เสียหายจากการล่วงเกินทางเพศเป็นไปได้ดียิ่งขึ้น นอกไปจากความคุ้มครองตามกฎหมายแพ่ง ทั้งนี้ โจทก์ในคดีล่วงเกินทางเพศจะได้รับการเยียวยาในรูปแบบของค่าสินไหมทดแทน ซึ่งเรียกว่า "อีซา-ราโย" (เงินรวม) อย่างไรก็ตามกฎหมายว่าด้วยโอกาสการจ้างแรงงานที่เท่าเทียมกันให้ความคุ้มครองเฉพาะลูกจ้างสตรีเท่านั้น ไม่คุ้มครองไปถึงบุรุษด้วย

ส่วนในประเทศฝรั่งเศส การล่วงเกินทางเพศถือเป็นความผิดทางอาญา ซึ่งกำหนดให้ผู้ใดก็ตามที่กระทำการดังกล่าวต้องได้รับโทษจำคุก 1 ปี และปรับ 100,000 ฟรังก์ และจากการที่กฎหมายกำหนด คำว่า "ผู้ใด" ดังนั้น ผู้ที่กระทำความผิดจึงเป็นชายหรือหญิงก็ได้ และการล่วงเกินทางเพศในฝรั่งเศสแม้เป็นการกระทำเพียงครั้งเดียวก็เป็นความผิดอันมีโทษตามกฎหมายแล้ว

นอกจากนี้ ตามประมวลกฎหมายแรงงานยังได้บัญญัติคุ้มครองลูกจ้างผู้ถูกกระทำการล่วงเกินทางเพศ ผู้ที่เป็นพยานหรือเปิดเผยการกระทำดังกล่าว มิให้ถูกลงโทษหรือให้ออกจากงาน โดย



ให้ถือว่า การถูกลงโทษหรือให้ออกจากงานนั้นตกเป็นโมฆะ ซึ่งการคุ้มครองดังกล่าวให้มีผลไปถึงบุคคลที่เป็นข้าราชการด้วย

ทั้งนี้ กฎหมายแรงงานยังได้ห้ามมิให้นำข้อเท็จจริงที่บุคคลหนึ่งบุคคลใดถูกกระทำการล่วงเกินทางเพศ หรือเป็นพยาน หรือเปิดเผยการกระทำดังกล่าว มาพิจารณาในการรับสมัครงานหรือในด้านบริหารงานบุคคล เช่น แต่งตั้งโยกย้าย เลื่อนระดับ โดยผู้ที่กระทำการดังกล่าวต้องระวางโทษจำคุก 1 ปี ปรับ 20,000 ฟรังก์ และนอกจากนี้ผู้กระทำการล่วงเกินทางเพศจะได้รับโทษทางอาญาแล้ว อาจต้องถูกลงโทษทางวินัยด้วย

สำหรับในส่วนของนายจ้างนั้น กฎหมายกำหนดให้มีหน้าที่ต้องจัดทำมาตรการทุกอย่างที่จำเป็นสำหรับการป้องกันมิให้มีการล่วงเกินทางเพศเกิดขึ้น โดยประชาสัมพันธ์และกระตุ้นให้พนักงานได้รับทราบถึงการกระทำอันเป็นการล่วงเกินทางเพศและกฎหมายที่จะใช้บังคับกับการกระทำดังกล่าว รวมทั้งกำหนดมาตรการภายในที่เหมาะสมเกี่ยวกับการร้องเรียนในความผิดฐานนี้ โดยบริษัทหรือหน่วยงานที่มีพนักงานตั้งแต่ 20 คนขึ้นไป ต้องจัดให้มีข้อบังคับเกี่ยวกับการล่วงเกินทางเพศไว้ด้วย ซึ่งข้อบังคับดังกล่าวจะต้องปิดประกาศไว้ ณ สถานที่ทำงาน

อย่างไรก็ดี ทั้งประเทศญี่ปุ่นและฝรั่งเศส ซึ่งใช้ระบบกฎหมาย Civil Law ไม่ได้มีการกำหนดเกี่ยวกับค่าเสียหายในเชิงลงโทษ (Punitive damages) ซึ่งเป็นค่าเสียหายที่มีในระบบกฎหมาย Common Law แต่อย่างใด

จากที่กล่าวมาแล้วข้างต้น จะเห็นได้ว่ากฎหมายของทั้งสองประเทศต่างก็มีมาตรการในการควบคุมและป้องปรามการกระทำอันเป็นการล่วงเกินทางเพศในที่ทำงาน รวมทั้งคุ้มครองผู้ที่ได้รับผลร้ายจากการกระทำดังกล่าวแล้ว ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าสมควรที่จะนำเอามาตรการต่าง ๆ นั้นมาบังคับใช้ให้สอดคล้องกับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในสังคม ทั้งนี้ โดยการศึกษาวิเคราะห์เปรียบเทียบกับกฎหมายไทยที่บังคับใช้ในปัจจุบัน ไม่ว่าจะ เป็นกฎหมายอาญาหรือกฎหมายแพ่ง รวมทั้งการล่วงเกินทางเพศตามพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 ซึ่งจะได้กล่าวถึงในบทต่อไป