

บทที่ 4

วิเคราะห์ความผิดฐานล่วงเกินทางเพศ

ตามที่ได้ศึกษามาแล้วว่า การล่วงเกินทางเพศในที่ทำงานเป็นกรณีลักษณะของการกระทำเป็นการแสวงหาผลประโยชน์ในทางเพศ โดยผู้กระทำอาศัยโอกาสในการที่ตนเองมีสถานภาพหรือมีอำนาจเหนือผู้ถูกระทำมากระทำการดังกล่าว ซึ่งพฤติกรรมการล่วงเกินทางเพศในที่ทำงานสามารถแยกได้เป็น 2 ประเภทใหญ่ ๆ คือ

1. เสนอเงื่อนไขทางการงาน เพื่อแลกเปลี่ยนกับผลประโยชน์ทางเพศ ซึ่งหากผู้ถูกระทำไม่ยินยอมตามเงื่อนไขนั้น อาจได้รับผลกระทบต่อนหน้าที่การงานที่กระทำ เช่น ถูกโยกย้ายโดยไม่เป็นธรรม ไม่ได้รับการเลื่อนขั้นหรือไม่ได้รับการสนับสนุนในหน้าที่การงาน ซึ่งการล่วงเกินทางเพศประเภทนี้ ผู้กระทำมักจะเป็นผู้ที่มีอำนาจหรือสถานภาพเหนือกว่าผู้ถูกระทำ

2. การกระทำทางกายภาพ กิริยาท่าทาง หรือทางวาจา เช่น การถือโอกาสแตะเนื้อต้องตัว พุดจาสองแง่สองง่าม การแสดงความชื่นชมผู้ถูกระทำโดยมีนัยในทางเพศ การแสดงสีหน้าท่าทางเจ้าชู้กรุ่มกริม เป็นต้น โดยผู้กระทำการล่วงเกินทางเพศประเภทนี้ อาจเป็นผู้ที่มีอำนาจหรือสถานภาพเหนือกว่า หรืออาจจะเป็นเพื่อนร่วมงานก็ได้

ทั้งนี้ การล่วงเกินทางเพศในที่ทำงานดังกล่าวสามารถเกิดขึ้นได้ง่าย เนื่องจากความสัมพันธ์ในการทำงานย่อมก่อให้เกิดการปฏิสัมพันธ์ระหว่างบุคคลในที่ทำงานเสมอ อันทำให้ผู้ที่ตกเป็นเหยื่อของการล่วงเกินทางเพศในที่ทำงาน จำต้องยอมรับสภาพดังกล่าวอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ แม้จะไม่ใช่ที่ต้องการหรือเป็นที่ยินดีของผู้ถูกระทำก็ตาม เพราะเหตุว่ากลัวผลกระทบที่จะได้รับในการทำงานกลัวที่จะมีปัญหากับผู้กระทำอันทำให้ไม่สามารถที่จะทำงานได้ เป็นเหตุให้ผู้ถูกระทำรู้สึกอึดอัด สุขภาพจิตและสุขภาพกายเสีย อาจต้องลาออกจากงาน หรือเปลี่ยนงาน ซึ่งก่อให้เกิดความเสียหายในเชิงเศรษฐกิจทั้งต่อตัวผู้ถูกระทำหรือองค์กร อันมีผลกระทบในวงกว้างต่อสังคม รวมทั้งความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนด้วย ดังนั้น ผู้เขียนจึงเห็นควรศึกษากฎหมายที่บังคับใช้อยู่ในปัจจุบันของไทย ไม่ว่าจะเป็นประมวลกฎหมายอาญา ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ รวมทั้งพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 ว่ามีบทบัญญัติที่ครอบคลุมถึงการล่วงเกินทางเพศในที่ทำงานหรือไม่ ทั้งนี้จะได้นำแนวความคิดตามกฎหมายต่างประเทศมาวิเคราะห์เปรียบเทียบเพื่อพิจารณาถึงความเหมาะสมในการบัญญัติฐานความผิดดังกล่าวไว้ในประมวลกฎหมายอาญา รวมทั้งแนวทางอื่น ๆ ในการควบคุมและคุ้มครองผู้ที่ได้รับผลร้ายจากการกระทำนั้นด้วย โดยจะวิเคราะห์

เปรียบเทียบเฉพาะฐานความผิดที่มีลักษณะการกระทำคาบเกี่ยวใกล้เคียงกับการล่วงเกินทางเพศในที่ทำงานเท่านั้น ซึ่งพิจารณาได้ดังนี้

4.1 เปรียบเทียบลักษณะการกระทำของการล่วงเกินทางเพศกับความผิดฐานดูหมิ่นซึ่งหน้า

ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 393 บัญญัติว่า “ผู้ใดดูหมิ่นผู้อื่นซึ่งหน้าหรือด้วยการโฆษณา ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งเดือน หรือปรับไม่เกินหนึ่งพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

ความผิดฐานนี้ แยกองค์ประกอบความผิดได้ คือ

- (1) ดูหมิ่น
- (2) ผู้อื่น
- (3) ซึ่งหน้าหรือด้วยการโฆษณา
- (4) โดยเจตนา

(1) การดูหมิ่น หมายความว่า การดูถูกเหยียดหยาม ทำให้อับอายขายหน้า เป็นการลดคุณค่า ดูถูก เหยียดหยามต่อผู้ถูกดูหมิ่น อาจเป็นคำตำหนายบคายไม่สุภาพ หรือทำด้วยกริยาอย่างอื่น เช่น ยกเท้าให้ ปลื้ยกาย ให้ของลับ¹ หรืออาจดูหมิ่นด้วยการโฆษณาก็ได้ ดังนั้น การดูหมิ่นจึงแตกต่างกับ หมิ่นประมาท ซึ่งเป็นการใส่ความผู้อื่นต่อบุคคลที่ 3 โดยประการที่น่าจะทำให้ผู้อื่นเสียชื่อเสียง ถูกดูหมิ่น หรือถูกเกลียดชัง²

การดูหมิ่นเป็นการประทุษร้ายต่อความรู้สึกของบุคคลนั้นที่มีต่อตัวเอง โดยทำให้บุคคลรู้สึกเจ็บใจ ดังนั้น หากเป็นคำหยาบคาย ไม่สุภาพ คำแดกดัน คำสาปแช่ง หรือคำขู่อาฆาต คำปรารภ ปรับทุกข์ คำโต้เถียง คำกล่าวติชมตามปกติวิสัย จึงไม่เป็นการดูหมิ่น แต่หากคำหยาบคายไม่สุภาพ ดังกล่าว มีกริยาท่าทางประกอบให้เห็นว่าเป็นการเหยียดหยามด้วย ก็กลายเป็นการดูหมิ่นได้ เช่น คำจิกกัดต่อหน้าว่า “ไอ้ห้า ภูให้มึงนั่งอยู่ที่โน่น มึงลุกมาทำไม” ซึ่งตามพจนานุกรมให้ความหมายคำว่า

¹ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, ประมวลกฎหมายอาญาฉบับอ้างอิง พิมพ์ครั้งที่ 7 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2543), หน้า 481.

²ปริญญา จิตรการณที่กิจ, ความผิดฐานหมิ่นประมาท-ดูหมิ่นซึ่งหน้า (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2537), หน้า 41.

“ห้า” ว่าเป็นชื่อผีพวกหนึ่ง ถือกันว่าทำให้เกิดโรคระบาดอย่างร้ายแรง เป็นโรคลงราก ดังนี้ เมื่อนำมาเป็นคำดำจึงไม่ใช่เป็นเพียงการใช้คำไม่สุภาพ ผรุสวาจาหรือคำอุทาน จึงเป็นความผิดฐานดูหมิ่นซึ่งหน้า³

(2) ผู้อื่น หมายความว่า ผู้ถูกดูหมิ่น

(3) ซึ่งหน้า หมายความว่า กระทำต่อหน้าผู้ถูกดูหมิ่น แต่ไม่จำเป็นต้องกระทำต่อหน้าโดยตรง อาจกระทำลับหลัง แต่อยู่ในระยะที่ผู้เสียหายอาจได้ยินได้ ซึ่งเช่นนี้ถือว่าเป็นการกระทำซึ่งหน้าเช่นกัน

ความผิดฐานดูหมิ่น ถ้าเป็นการกล่าวด้วยวาจา ต้องกล่าวซึ่งหน้า เมื่อปรากฏว่าใจทมิได้อยู่ในที่เกิดเหตุ จึงมิใช่กล่าวซึ่งหน้า⁴ หรือเดินผ่านไป 3 วา แล้วจึงดำ ก็เป็นความผิดฐานดูหมิ่นซึ่งหน้า โดยเพียงแต่กล่าวคำดำให้ผู้ถูกดำได้ยินเท่านั้น ก็ผิดแล้วไม่จำเป็นต้องดำโดยหันหน้าหากัน จะดำอยู่ข้างหลังหรือข้างไหนก็ไม่สำคัญ⁵

ส่วนกรณีที่ข้อเท็จจริงปรากฏว่า ต่างฝ่ายต่างสมัครใจกล่าวถ้อยคำดูหมิ่นซึ่งกันและกัน โดยเป็นเรื่องที่ต่างฝ่ายต่างดำโต้ตอบกัน ย่อมไม่เป็นความผิดฐานดูหมิ่นซึ่งหน้า เนื่องจากกฎหมายประสงค์จะลงโทษผู้ที่ดูหมิ่นผู้อื่นซึ่งหน้าแต่ฝ่ายเดียว โดยที่ผู้ถูกดูหมิ่นนั้นมิได้กล่าวถ้อยคำดูหมิ่นโต้ตอบด้วย⁶

ส่วนถ้อยคำที่กำหนดว่า “ด้วยการโฆษณา” นั้น หมายความว่า การทำให้แพร่หลายออกไปไม่ว่าจะกระทำด้วยเอกสาร ภาพวาด ภาพระบายสี ภาพยนตร์ ภาพ หรือตัวอักษร การกระจายเสียง การปาฐกถาด้วยวาจาหรือเครื่องกระจายเสียง ดังนั้น การดูหมิ่นด้วยการโฆษณาแม้จะกระทำลับหลังผู้ถูกดูหมิ่นก็เป็นความผิด เพราะเป็นการดูหมิ่นที่กระทำโดยการแพร่หลาย⁷ และการดูหมิ่นด้วยการโฆษณา ซึ่งจะเป็นความผิดตามมาตรา 393 นี้ จะต้องเป็นการดูหมิ่นในลักษณะการป่าวร้องให้

³คำพิพากษาฎีกาที่ 3800/2527 2527 ฎ.2869 (ต่อไปนี้จะอ้างคำพิพากษาฎีกา เช่น ฎ.2869 หมายความว่า คำพิพากษาฎีกาที่จัดพิมพ์โดยเนติบัณฑิตยสภา หน้า 2869).

⁴คำพิพากษาฎีกาที่ 256/2509 2509 ฎ.1957.

⁵คำพิพากษาฎีกาที่ 856-857/2502 2502 ฎ.1198.

⁶คำพิพากษาฎีกาที่ 1420/2534 3 ฎส.211 (ต่อไปนี้จะอ้างคำพิพากษาฎีกา เช่น 3 ฎส.211 หมายถึงฎีกาที่รวบรวมโดยสำนักงานส่งเสริมงานตุลาการ เล่มที่ 3 หน้า 211).

⁷ปริญญา จิตรกรรณทิกิจ, ความผิดฐานหมิ่นประมาท-ดูหมิ่นซึ่งหน้า, หน้า 46.

รู้กันหลาย ๆ คน หากเป็นการสั่งฝากไปบอกผู้เสียหายในลักษณะตัวต่อตัวโดยไม่ปรากฏว่าจำเลยได้กล่าวต่อบุคคลอื่นอีก⁸ จึงไม่เป็นความผิดฐานดูหมิ่นด้วยการโฆษณา

การดูหมิ่นผู้อื่นซึ่งหน้าหรือด้วยการโฆษณา จะเป็นความผิดก็ต่อเมื่อผู้กระทำได้กระทำโดยมีเจตนาในการดูหมิ่นผู้อื่นนั้น ทั้งนี้ การกล่าวดูหมิ่นซึ่งหน้าอันจะถือว่าเป็นการกระทำโดยเจตนาตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59 ก็ต่อเมื่อ ผู้กล่าวดูหมิ่นผู้อื่นซึ่งหน้านั้น รู้ว่าผู้เสียหายอยู่ในบริเวณที่จะได้ยินคำกล่าวของตน แต่ถ้าผู้กล่าวไม่รู้ว่าผู้เสียหายอยู่ในบริเวณดังกล่าว ถือว่าผู้นั้นไม่มีเจตนา จึงไม่เป็นความผิด เพราะไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิดตามมาตรา 59 วรรค 3

ตัวอย่างคำกล่าวที่เป็นความผิดฐานดูหมิ่นซึ่งหน้ามีดังนี้

(1) จำเลยร้องด่าผู้เสียหายซึ่งเป็นหญิงสาวต่อหน้าคนเดินผ่านไปมาว่า “ออกมาซิ กูจะจับหีมึงให้มึงดู” และว่า “มึงไปเล่าใหม่ซิว่ากูจะจับหีมึง” ซึ่งทำให้ผู้เสียหายได้รับความอับอายขายหน้า⁹

(2) จำเลยเป็นชายพูดต่อหน้าผู้เสียหายซึ่งเป็นภริยาผู้ใหญ่บ้านว่า “เมียผู้ใหญ่บ้านนี้แต่งตัวสวย น่าอยากล้าสักที” ซึ่งหมายความว่า ผู้เสียหายแต่งตัวสวย อยากเย็ดสักทีนั้น คำที่จำเลยกล่าวและวิธีที่จำเลยกล่าว ฟังได้ว่าเป็นการดูหมิ่นผู้เสียหายซึ่งหน้าตามมาตรา 393¹⁰

(3) ด่าเขาว่า “อีร้อยควย อีดอกทอง”¹¹

(4) กล่าววว่า “กูไม่เอามึงให้เสียน้ำ อีหน้าหัวควยพรรคนี้”¹²

(5) ถ่มน้ำลายแล้วด่าว่า “พวกอีดอกดำ” คำว่า “อีดอก” เป็นคำหยาบ ซึ่งสามัญชนเข้าใจชัดเจนว่าผู้ถูกด่าเป็นหญิงไม่ดี¹³

(6) กล่าววว่า “ม่วยหีใหญ่ เย็ดหีอีม่วย”¹⁴

⁸คำพิพากษาฎีกา ที่ 1053/2507 2507 ฎ.1761.

⁹คำพิพากษาฎีกา 439/2515 2515 ฎ.๕.416 (ต่อไปนี้เป็นคำพิพากษาฎีกาซึ่งอ้างคำพิพากษาฎีกา เช่น ฎ.๕.416 หมายความว่า เป็นคำพิพากษาฎีกาที่จัดพิมพ์โดยคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ หน้า 416).

¹⁰คำพิพากษาฎีกาที่ 272-273/2505 (ประชุมใหญ่) 2505 ฎ.261.

¹¹คำพิพากษาฎีกาที่ 1442/2495 2495 ฎ.1070.

¹²คำพิพากษาฎีกาที่ 1989/2506 2506 ฎ.2342.

¹³คำพิพากษาฎีกาที่ 2102/2521 2521 ฎ.1489.

¹⁴คำพิพากษาฎีกาที่ 77/2516 2516 ฎ.๕.13.

จากที่กล่าวมาแล้วข้างต้น จะเห็นได้ว่าหลักเกณฑ์ของกฎหมายและแนวคำพิพากษาฎีกา ตามมาตรา 393 กรณีที่เป็นการดูหมิ่น จะไม่เพียงแต่เป็นคำหยาบคาย ไม่สุภาพ คำประชดประชัน คำก้าวร้าว หรือเป็นเพียงคำพูดที่ไม่สมควรเท่านั้น หากแต่เป็นถ้อยคำที่ทำให้ผู้ถูกกล่าวดูหมิ่น ถูกดูถูกเหยียดหยาม ทำให้อับอายขายหน้าหรือเสื่อมเสียชื่อเสียงด้วย ซึ่งเมื่อเปรียบเทียบกับลักษณะการกระทำที่เป็นการล่วงเกินทางเพศในที่ทำงานนั้น จะพบว่ามึลักษณะที่แตกต่างกัน กล่าวคือ การล่วงเกินทางเพศที่เป็นการกระทำด้วยวาจา หรือแม้จะเป็นการกระทำด้วยวาจาหรือกิริยาประกอบกัน ไม่ได้มีลักษณะเป็นการดูถูก เหยียดหยาม หรือทำให้ผู้ถูกล่วงเกินได้รับความอับอายขายหน้าต่อคนอื่น โดยใช้ถ้อยคำรุนแรงหยาบช้า เช่น คำว่า อีตอกทอง อีหน้าหัวควย แต่อย่างไร หากแต่เป็นเพียงการกล่าวด้วยลักษณะคำพูดธรรมดา ไม่หยาบคาย ไม่หยาบช้า ในบางกรณีอาจเป็นคำชมหรือคำชื่นชมด้วยซ้ำ เช่น “ขาสวยนะ” “สะโพกดินระเบิด” หรือเรียกว่า “ที่รัก, Honey” โดยเมื่อเป็นการกล่าวประกอบกับกิริยาท่าทาง เช่น การแสดงสีหน้ากุ่มกิม การทำท่าทางเจ้าชู้ และกระทำซ้ำ ๆ เสมอ จะทำให้ผู้ถูกกระทำรู้สึกอึดอัดทนไม่ได้ เพียงแต่จำต้องยอม โดยไม่สามารถหลีกเลี่ยงได้ เพราะมีสภาพบังคับว่าอยู่ในที่ทำงานอันต้องมีการปฏิสัมพันธ์กันเสมอ และผู้กระทำอาจเป็นผู้มีอำนาจเหนือกว่า ซึ่งยอมทำให้ผู้ถูกกระทำจำยอม โดยกลัวว่าจะมีผลกระทบต่องาน

อย่างไรก็ดี หากผู้ถูกกระทำไม่รู้สึกอึดอัด หรือยินยอมให้มีการกระทำดังกล่าว ก็ไม่ถือว่าเป็นการล่วงเกินทางเพศในที่ทำงาน เนื่องจากองค์ประกอบที่สำคัญของการกระทำดังกล่าว ต้องมีลักษณะ “ไม่เป็นที่ต้องการหรือไม่เป็นที่ยินดี” ต่อผู้ถูกกระทำ

ดังนั้น สรุปได้ว่า ลักษณะการกระทำของการล่วงเกินทางเพศไม่มีลักษณะที่เป็นการดูหมิ่น ซึ่งหน้าอันจะเป็นความผิดตามมาตรา 393 แต่อย่างไร

4.2 เปรียบเทียบลักษณะการกระทำของการล่วงเกินทางเพศกับความผิดฐานกระทำการรังแกหรือข่มเหงผู้อื่นในที่สาธารณะสถานหรือต่อหน้าธารกำนัล

ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 397 บัญญัติว่า “ผู้ใดในที่สาธารณะสถานหรือต่อหน้าธารกำนัลกระทำด้วยประการใด ๆ อันเป็นการรังแกหรือข่มเหงผู้อื่น หรือกระทำให้อับอายหรือเดือดร้อนรำคาญ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งเดือนหรือปรับไม่เกินหนึ่งพันบาทหรือทั้งจำทั้งปรับ”

แยกองค์ประกอบความผิดได้ ดังนี้¹⁵

(1) กระทำด้วยประการใด ๆ อันเป็นการ

ก. รังแก หรือข่มเหงผู้อื่น หรือ

ข. ทำให้ผู้อื่นได้รับความอับอายหรือเดือดร้อนรำคาญ

(2) ในที่สาธารณะสถานหรือต่อหน้าธารกำนัล

(3) โดยเจตนา

การกระทำซึ่งเป็นความผิดตามมาตรา¹⁵นี้แยกได้เป็น 2 ลักษณะ คือ

1. กระทำด้วยประการใด ๆ อันเป็นการรังแกหรือข่มเหงผู้อื่น หรือ

2. กระทำด้วยประการใด ๆ อันทำให้ผู้อื่นได้รับความอับอายหรือเดือดร้อนรำคาญ

การรังแก หมายความว่า การแกล้งทำความเดือดร้อนให้แก่ผู้อื่น ส่วนคำว่า ข่มเหง คือ การใช้กำลังรังแก¹⁶

กระทำด้วยประการใด ๆ อันเป็นการรังแก หรือข่มเหงผู้อื่น เช่น เห็นคนอื่นเดินผ่านมาก็เข้าไปเอาของที่ถือมาโยนทิ้งเสีย¹⁷ เห็นคนศิโรชะล้านใส่วิกเดินผ่านมาก็หยิบวิกเปิดขึ้น หรือทำตนเป็นนักเลงโตเดินเข้าไปในร้านอาหาร แล้วบอกให้ผู้ที่นั่งอยู่ก่อนย้ายไปนั่งโต๊ะอื่นเพื่อตนจะได้นั่งแทน¹⁸ หรือถนนซอยในที่ดินเอกชนซึ่งแบ่งให้เช่าปลูกบ้าน ประชาชนชอบที่จะเข้าออกติดต่อกันได้เป็นสาธารณะสถาน การเอารถไปจอดขวางกั้น ไม่ยอมอมตอยรถให้รถข้างในออกได้ เป็นการรังแกข่มเหง ตามมาตรา 397¹⁹

กรณีกระทำด้วยประการใด ๆ อันเป็นการทำให้ผู้อื่นได้รับความอับอายหรือเดือดร้อนรำคาญ เช่น เห็นผู้หญิงเดินผ่านมาก็เข้าไปเลิกกระโปรงหญิงนั้น พุดจาล้อเลียนในทางเพศ²⁰ พุดจาทะแะโลม

¹⁵ สุวัฒน์ชัย ใจหาญ, คำอธิบายประมวลกฎหมายหมายอาญา ภาค 3 ความผิดลหุโทษ (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์มิตรสยาม, 2534), หน้า 219.

¹⁶ อรรถิพย์ ดันขประศาสตร์, เอกสารการสอนชุดวิชากฎหมายอาญา 2 : ภาคความผิด (ฉบับปรับปรุง) (นนทบุรี : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช, 2539), หน้า 414.

¹⁷ สุวัฒน์ชัย ใจหาญ, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 3 ความผิดลหุโทษ, หน้า 220.

¹⁸ อรรถิพย์ ดันขประศาสตร์, เอกสารการสอนชุดวิชากฎหมายอาญา 2 : ภาคความผิด (ฉบับปรับปรุง, หน้า 414.

¹⁹ คำพิพากษาฎีกาที่ 1908/2518 2518 ฎ.2614.

²⁰ สุวัฒน์ชัย ใจหาญ, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 3 ความผิดลหุโทษ, หน้า 221.

หญิงที่เดินผ่านหรือพูดจาหยาบคายไม่สุภาพให้คนอื่นเดือดร้อนรำคาญ²¹ กรณีที่จำเลยตะโกนกล่าว วาจาต่อผู้เสียหายซึ่งหน้าและต่อหน้าธารกำนัลในเวลากลางคืนว่า “อ้ายชั้น มีงมีทนายมาหาความกู ทางอาญาหรือ ลูกกะโปกกูไม่หด กูลูกนางจักรว้าย ไม่ใช่ลูกบ้านน้ำเค็ม จะเอาอย่างไรก็เอาชิวะ จะเอา อ้ายแจจะติดคุกก็ได้” เป็นข้อความที่หยาบคายไม่สุภาพ แต่ไม่มีข้อความอันเป็นการดูหมิ่นซึ่งหน้า แต่ถ้อยคำที่จำเลยกล่าวประกอบกับวิธีกล่าวและเวลาที่จำเลยกล่าว ทำให้นายชั้นซึ่งอยู่ในที่นั้นได้รับความเดือดร้อนรำคาญ จึงเป็นความผิดตามมาตรา²² (ขณะเกิดเหตุที่ทำน้ำหน้าบ้านและมีคนมาคุยกับผู้เสียหายด้วย)

การกระทำด้วยประการใด ๆ อันเป็นการรังแกหรือข่มเหง หรือทำให้ผู้อื่นได้รับความอับอาย หรือเดือดร้อนรำคาญดังกล่าวนี้ ต้องกระทำในที่สาธารณะสถานหรือต่อหน้าธารกำนัล จึงจะเป็น ความผิดตามมาตรา²³

“ที่สาธารณะสถาน” หมายความว่า สถานที่ใด ๆ ที่ประชาชนมีความชอบธรรมที่จะเข้าไปได้ ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 1(3) เช่น ถนนหนทาง โรงภาพยนตร์ สวนสาธารณะ

“ต่อหน้าธารกำนัล” หมายความว่า กระทำในประการที่ให้บุคคลอื่นได้เห็น เช่น กระทำต่อหน้า คนที่กำลังมองดูอยู่ แม้จะเพียงคนเดียวก็เป็นธารกำนัล การกระทำโดยประการที่ให้บุคคลอื่นได้เห็น ไม่หมายถึงการกระทำในที่มืดซิด เช่น ในห้องปิดประตูมิดชิด แม้จะมีคนแอบเห็น ก็ไม่เป็นธารกำนัล

การที่มีคนเห็นต้องเป็นการเห็นได้ตามธรรมดาของการกระทำนั้น แม้จะกระทำในห้องที่ไม่มี บานประตู หรือมีแต่ไม่ได้ปิด ซึ่งคนภายนอกอาจเห็นได้ตามธรรมดา ก็เป็นธารกำนัลแต่ต้องมิใช่การ สอดเข้าไปเห็น เช่น กระทำแก้หญิงซึ่งป่วยอยู่ในห้องในโรงกฐี คนข้างนอกเห็นตะเกียงในห้องดับ จึงเข้าไปดูเห็นกำลังนอนทับอยู่ในท่ากระทำชำเรา ไม่เป็นต่อหน้าธารกำนัล²³

การกระทำในที่สาธารณะสถาน ถือเป็นสถานที่เป็นเกณฑ์ ส่วนการกระทำต่อหน้าธารกำนัลนั้น ถือ ตัวบุคคลเป็นเกณฑ์ว่าจะเห็นการกระทำนั้นได้หรือไม่ ไม่ได้ถือสถานที่เป็นเกณฑ์²⁴

²¹ อรรถิพย์ ต้นทประศาสตร์, เอกสารการสอนชุดวิชากฎหมายอาญา 2 : ภาคความผิด (ฉบับปรับปรุง), หน้า 414.

²² คำพิพากษาฎีกาที่ 388/2505 (ที่ประชุมใหญ่) 2505 ฎ.406.

²³ จิตติ ดิงศภัททิย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 2 และภาค 3 พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพมหานคร : สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2539), หน้า 752-753.

²⁴ สุวัฒน์ชัย ใจหาญ, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 3 ความผิดลหุโทษ, หน้า 220.

การกระทำในที่สาธารณะหรือต่อหน้าธารกำนัล จะเป็นความผิดตามมาตรา²⁵ โดยจะกระทำในที่สาธารณะ ไม่ต้องต่อหน้าธารกำนัลหรือกระทำต่อหน้าธารกำนัล แต่ไม่ใช่ในที่สาธารณะก็ได้ คือ กระทำในที่แห่งใดแห่งหนึ่งแต่อย่างเดียวก็นับเป็นความผิด²⁵

แต่ถ้ามิได้กระทำในที่สาธารณะหรือต่อหน้าธารกำนัล แม้จะทำให้เขาเกิดความอับอายหรือเดือดร้อนรำคาญ ก็ไม่เป็นความผิด เช่น แอบดูหญิงแก้ผ้าอาบน้ำในห้องน้ำซึ่งผาห้องติดกัน โดยการเจาะรูผาห้อง หรือตามรอยแตก ผู้ดูอยู่ในบ้านของตนไม่ใช่เป็นที่สาธารณะ ไม่ใช่ต่อหน้าธารกำนัล ไม่เป็นความผิดตามมาตรา²⁵ แต่ถ้าแอบดูที่ผาห้องน้ำด้านนอกแม้จะไม่ติดถนนไม่ใช่ที่สาธารณะ แต่ใกล้ทางเดินหรือมีคนอยู่ในบริเวณนั้นอาจมองเห็นได้ เช่น ในเวลากลางวัน ก็เป็นต่อหน้าธารกำนัล ย่อมเป็นความผิดตามมาตรา²⁵

ความผิดตามมาตรา²⁵ ผู้กระทำต้องมีเจตนา ถ้าไม่มีเจตนาหรือเป็นการกระทำโดยประมาท ก็ย่อมไม่มีความผิด เช่น ขับรถโดยประมาทเฉี่ยวหญิงที่เดินอยู่ข้างถนน ทำให้กระป๋องหลุดลงมา เป็นเหตุให้หญิงนั้นเกิดความอับอายต่อผู้คนที่เดินผ่านไปมา ไม่ผิดตามมาตรา²⁵ เพราะผู้กระทำมิได้มีเจตนา²⁶

จะเห็นได้ว่า การกระทำอันเป็นความผิดฐานข่มเหงรังแกหรือทำให้ผู้อื่นอับอายเดือดร้อนรำคาญนั้น ต้องเป็นกรณีที่ผู้กระทำมีเจตนาจะแกล้งทำความเดือดร้อนให้แก่ผู้อื่น หรือใช้กำลังรังแกผู้อื่นดังที่กล่าวมาข้างต้น อาทิเช่น เข้าไปเอาของที่คนอื่นถือมาไปโยนทิ้งเสีย หรือเห็นคนตีระฆังไล่วิกเดินมา ก็หยิบวิกเปิดขึ้น หรือกรณีที่เป็นกรกระทำด้วยประการใด ๆ ซึ่งทำให้ผู้อื่นเดือดร้อนรำคาญ เช่น พุดจาล้อเลียนในทางเพศ พุดจาทะเลยมหญิงที่เดินผ่านหรือพุดจาหยาบคายไม่สุภาพ ทำให้คนอื่นเดือดร้อนรำคาญ โดยเป็นการกระทำในที่สาธารณะหรือต่อหน้าธารกำนัล ที่ศาลฎีกาได้เคยมีคำพิพากษาว่า การที่จำเลยกล่าวแก่นายชั้นต่อหน้าธารกำนัลในเวลากลางคืนว่า “อ้ายชั้นมีงมีทนายมาหาความกูทางอาญาหรือ ลูกกะไปกูไม่หด กูลูกนายจักรไว้อย ไม่ใช้ลูกบ้านน้ำเค็ม จะเอา ยังไงก็เอาชิวะ จะเอาอ้ายแจะติดคุกกี้ได้” ซึ่งการที่กล่าวเช่นนั้นประกอบกับวิธีและเวลาที่กล่าวขณะเกิดเหตุที่ทำน้ำหน้าบ้านและมีคนมาคุยกับนายชั้นซึ่งเป็นต่อหน้าธารกำนัล เป็นเหตุให้นายชั้นได้รับความเดือดร้อนรำคาญตามมาตรา 397 นั้น

²⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 221.

²⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 222.

หากเปรียบเทียบกับการล่องเินทางเพศในที่ทำงานแล้ว จะเห็นได้ว่าการกระทำตาม มาตรา 397 เป็นการข่มเหง รังแก หรือทำให้ผู้อื่นได้รับความอับอายเดือดร้อนรำคาญ ในขณะที่การ กระทำของการล่องเินทางเพศจะไม่มีลักษณะรุนแรงถึงกับเป็นการข่มเหงรังแก โดยเทียบกับแนว คำพิพากษาฎีกาที่กล่าวมาแล้ว ส่วนที่ว่าจะเป็นการกระทำด้วยประการใด ๆ ให้ได้รับความอับอาย หรือเดือดร้อนรำคาญนั้น เห็นได้ว่ากรณีอาจถือเป็นการทำให้ได้รับความอับอายหรือเดือดร้อนรำคาญ ได้ หากแต่ว่าเนื่องจากการล่องเินทางเพศนี้เกิดในที่ทำงาน ซึ่งเมื่อพิจารณาแล้ว ดูจะมีสภาพบังคับ ที่ผู้ถูกระทำไม่สามารถจะหลีกเลี่ยงได้ จำต้องยอมทนต่อสภาวะดังกล่าว เนื่องจากกลัวว่าจะต้องได้ รับผลกระทบเกี่ยวกับหน้าที่การงานดังเหตุผลที่ได้เคยกล่าวมาแล้ว ในขณะที่หากเป็นการกระทำด้วย ประการใด ๆ ไม่ว่าจะป็นทางกิริยาหรือวาจาอันอาจจะเป็นความผิดตามมาตรา 397 นี้ ผู้ถูกระทำ สามารถหลีกเลี่ยง ไม่ต้องยอมรับยอมทนกับเหตุการณ์ดังกล่าวได้ ซึ่งเป็นข้อสำคัญอันชี้ให้เห็นว่าการ ล่องเินทางเพศในที่ทำงานมีลักษณะแตกต่างกับความผิดตามมาตรา 397 ที่ไม่ควรจะนำ องค์ประกอบความผิดตามมาตราดังกล่าวมาปรับใช้กับการกระทำที่เป็นการล่องเินทางเพศในที่ ทำงาน

นอกจากนี้ หากพิจารณาในเรื่ององค์ประกอบความผิดของการกระทำที่จะต้องกระทำใน ที่สาธารณสถานหรือต่อหน้าธารกำนัลตามมาตรา 397 แล้ว จะเห็นได้ว่า การกระทำที่เป็นการล่องเิน ทางเพศในที่ทำงาน กรณีส่วนใหญ่มักจะเป็นการกระทำในที่มิดชิด ไม่เปิดเผย และเป็นที่ยอมรับกัน ระหว่างผู้กระทำกับผู้ถูกระทำเพียงสองฝ่ายเท่านั้น ซึ่งการล่องเินทางเพศในที่ทำงานไม่น่าจะเข้า องค์ประกอบความผิดในเรื่องดังกล่าวอีกด้วย

ดังนั้น โดยสรุปผู้เขียนเห็นว่าการล่องเินทางเพศในที่ทำงานมีข้อแตกต่างอันไม่เข้า องค์ประกอบความผิดซึ่งทำให้ไม่เป็นความผิดตามมาตรา 397 เช่นกัน

4.3 เปรียบเทียบลักษณะการกระทำของการล่องเินทางเพศกับความผิดฐานหมิ่นประมาท

ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 326 บัญญัติว่า "ผู้ใดใส่ความผู้อื่นต่อบุคคลที่สาม โดย ประการที่น่าจะทำให้ผู้อื่นนั้นเสียชื่อเสียง ถูกดูหมิ่นหรือถูกเกลียดชัง ผู้นั้นกระทำความผิดฐานหมิ่น ประมาท ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือปรับไม่เกินสองหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ"

องค์ประกอบของความผิดมีดังนี้

1. ใสความผู้อื่นโดยประการที่น่าจะทำให้ผู้อื่นนั้นเสียชื่อเสียง ถูกดูหมิ่น หรือถูกเกลียดชัง
2. ต่อบุคคลที่สาม

(1) ใสความผู้อื่นโดยประสงค์ที่จะทำให้ผู้อื่นนั้นเสียชื่อเสียง ถูกดูหมิ่น

“ใสความ” หมายถึง การแสดงพฤติกรรมอันเป็นข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นแล้วหรือกำลังเกิดขึ้นอยู่ที่เกี่ยวข้องกับบุคคลอื่น หรือพาดพิงไปถึงบุคคลอื่นไม่ว่าข้อเท็จจริงที่ว่านี้จะจริงหรือเป็นความจริง²⁷ ซึ่งถ้าได้แสดงข้อเท็จจริงนั้น โดยประการที่น่าจะทำให้ผู้อื่นเสียชื่อเสียง ถูกดูหมิ่น หรือถูกเกลียดชัง ถือเป็นความผิดตามมาตรา 326

ทั้งนี้การใสความเป็นการแสดงข้อเท็จจริงอย่างหนึ่งที่ทำให้ชื่อเสียง คุณค่า หรือฐานะทางสังคมของบุคคลอื่นเสื่อมความเชื่อถือ ส่วนข้อเท็จจริงนั้นจะเป็นความจริงหรือความเท็จก็มีผลเช่นเดียวกัน ดังคำกล่าวที่ว่า “ยิ่งจริง ยิ่งหมิ่นประมาท” เช่นกล่าวว่า เขาเป็นชู้กัน แม้เป็นความจริงก็เป็นหมิ่นประมาทในทางอาญา เพราะก่อให้เกิดความไม่สงบเรียบร้อยในบ้านเมือง แม้จะเป็นการกล่าวตามที่มีผู้ว่าให้ฟังก็ดีหรือกล่าวตามข่าวลือก็ดี หรือกล่าวสงสัยว่าจะเป็นอย่างนั้นอย่างนี้ก็ดี หรือกล่าวว่าตนเองไม่เชื่อตามที่กล่าวก็ดี ก็ยังเป็นหมิ่นประมาทเพราะเป็นการที่ตนเองกล่าวข้อความหมิ่นประมาทออกไปแล้ว และยิ่งกล่าวว่าหรือลือกันก็ยิ่งเป็นหมิ่นประมาทมากขึ้น

ข้อเท็จจริงที่กล่าวยืนยันนั้นต้องเป็นข้อเท็จจริงอันแน่นอน ไม่ใช่ข้อเท็จจริงคลุมเครือเลื่อนลอย เป็นคำขู่ หรือกล่าวด้วยความน้อยใจ ความโกรธ หรือล้อเลียน เช่นกล่าวว่า “ผู้เสียหายเป็นคนนิสัยไม่ดี มีความรู้สึกต่ำ” ดังนี้ เป็นการไม่ยืนยันข้อเท็จจริงในคำพูดและมีลักษณะเลื่อนลอย เพราะจะต้องมีข้อเท็จจริงอื่นประกอบอีกว่า นิสัยไม่ดีอย่างไร มีความรู้สึกต่ำอย่างไร อีกชั้นหนึ่ง

นอกจากนี้ ข้อเท็จจริงที่กล่าวยืนยัน เป็นข้อเท็จจริงที่มีมาแล้วในอดีตหรือกำลังเกิดอยู่ในปัจจุบัน ไม่ใช่ในอนาคต หมายความว่าข้อความหมิ่นประมาทต้องเป็นเรื่องที่เกิดแล้วหรือกำลังเกิดขึ้น ไม่ใช่เรื่องที่ยังไม่เกิดแต่ผู้กล่าวคาดคะเนเอาหรือเป็นเพียงคำทำนายเท่านั้น²⁸

²⁷ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, ประมวลกฎหมายอาญา ฉบับอ้างอิง, หน้า 372.

²⁸ หยุด แสงอุทัย, กฎหมายอาญาภาค 2-3 พิมพ์ครั้งที่ 9 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2542), หน้า 244.

การแสดงข้อเท็จจริงหรือความคิดเห็นที่ยืนยันใส่ความอันเป็นการหมิ่นประมาทนั้นจะต้องไม่ใช่การแสดงข้อเท็จจริงในสิ่งที่เป็นไปไม่ได้ เช่น กล่าวว่า “เป็นผีปอบ²⁹ ผีกะ” ซึ่งตามความเข้าใจของคนทั่วไป เป็นสิ่งที่เป็นไปไม่ได้ แต่คำดำที่แสดงข้อความที่น่าจะทำให้ผู้อื่นเสียชื่อเสียง ถูกดูหมิ่น หรือถูกเกลียดชังก็เป็นหมิ่นประมาทได้ เช่น คำผู้เสียหายว่า “อีดอกทอง” ถือเป็นคำดำด้วยถ้อยคำหยาบคาย ไม่ใช่การใส่ความตามมาตรา 326 แต่หากพูดยืนยันข้อเท็จจริงต่อไปอีกว่า “ผู้เสียหายเป็นหญิงไม่ดีเที่ยวร่วมประเวณีกับคนทั่วไป โดยไม่เลือกสถานที่” เช่นนี้ น่าจะทำให้ผู้เสียหายเสียชื่อเสียง ถูกดูหมิ่น หรือถูกเกลียดชัง จึงเป็นความผิดฐานหมิ่นประมาท

อนึ่ง ข้อเท็จจริงดังกล่าว ไม่จำเป็นจะต้องเป็นคำหยาบคายใส่ร้ายเท่านั้น แม้เป็นถ้อยคำสุภาพ แต่อาจทำให้ผู้อื่นเสียชื่อเสียง ถูกดูหมิ่น หรือถูกเกลียดชัง ก็เป็นการใส่ความหมิ่นประมาทได้ และการกล่าวข้อเท็จจริงนั้น ผู้กล่าวไม่จำเป็นต้องรับรองว่าเป็นความจริง อาจกล่าวเพียงคำถาม คำบอกกล่าว หรือคำกระทบกระทั่งเปรียบเปรยก็ได้

“ผู้อื่น” มีความหมายถึง บุคคลอื่นนอกจากผู้กระทำ ผู้ใส่ความ อาจเป็นบุคคลธรรมดาหรือหรือนิติบุคคล หรือกลุ่มบุคคลก็ได้ ถ้าเป็นบุคคลธรรมดาต้องเจาะจงตัวได้ว่ากล่าวถึงใคร แต่ถ้ากล่าวถึงกลุ่มบุคคลจะต้องเข้าใจได้ว่า หมายถึงทุก ๆ คนในกลุ่มก็จะเป็นความผิดได้³⁰

กรณีการวาดภาพล้อ หรือเขียนภาพล้อ อันทำให้ผู้อ่านส่วนมากเข้าใจว่าภาพหรือถ้อยคำนั้นหมายถึงผู้ใดแล้วก็อาจถือว่าเป็นการใส่ความผู้นั้นได้ ในทำนองเดียวกัน การเขียนนวนิยาย ใช้นามตัวละคร และบรรยายเนื้อเรื่องในลักษณะที่ผู้อ่านส่วนใหญ่เข้าใจได้ว่าหมายถึงผู้ใดแล้ว ก็อาจเป็นการใส่ความผู้นั้นได้³¹

นอกจากนี้คำว่า “ผู้อื่น” หมายความว่าบุคคลอื่นนอกจากผู้ใส่ความที่มีชีวิตอยู่เริ่มแต่เมื่อคลอดแล้วอยู่รอดเป็นทารกจนกระทั่งถึงตาย ฉะนั้นการใส่ความหมิ่นประมาททารกในครรภ์ หรือ

²⁹ คำพิพากษาฎีกาที่ 256/2509 2509 ฎ.1957 และคำพิพากษาฎีกาที่ 200/2511 2511 ฎ.197

³⁰ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, ประมวลกฎหมายอาญา ฉบับอ้างอิง, หน้า 374.

³¹ บัญญัติ สุชีวะ, “หมิ่นประมาท” บทบัญญัติ 27 (2513) : 151.

บุคคลที่ตายสิ้นสภาพบุคคลแล้ว จึงไม่ใช่ผู้อื่นตามความหมายในมาตรานี้ แต่การใส่ความหมิ่นประมาทผู้ตายอาจเป็นความผิดตามมาตรา 327 อีกส่วนหนึ่งต่างหาก³²

“โดยประการที่น่าจะทำให้ผู้อื่นนั้นเสียชื่อเสียง ถูกดูหมิ่นหรือถูกเกลียดชัง” หมายความว่า ความที่ใส่ความซึ่งจะเป็นการหมิ่นประมาทนั้น จะต้องถึงขนาดที่น่าจะทำให้ผู้ถูกใส่ความนั้นเสียชื่อเสียง ถูกดูหมิ่น หรือถูกเกลียดชัง ไม่จำเป็นต้องเกิดการเสียชื่อเสียง หรือถูกดูหมิ่น หรือถูกเกลียดชังจริง ๆ เนื่องจากไม่ใช่ผลของการกระทำ หากแต่เป็นข้อเท็จจริงที่จะวินิจฉัยลักษณะของการกระทำว่า น่าจะทำให้เสียชื่อเสียง ถูกดูหมิ่นหรือถูกเกลียดชังหรือไม่ โดยเป็นการวินิจฉัยตามความเข้าใจของสามัญชนทั่วไปไม่ใช่ตามความเข้าใจของผู้หมิ่นประมาท หรือผู้ถูกหมิ่นประมาท ทั้งนี้ จะพิจารณาถึงความรู้สึกของบุคคลอื่นที่น่าจะดูหมิ่นหรือเกลียดชังต่อผู้ที่ถูกใส่ความ ดังนั้น หากวินิจฉัยว่าไม่น่าจะทำให้เสียชื่อเสียง ถูกดูหมิ่น หรือถูกเกลียดชัง ก็ย่อมไม่เป็นความผิดและไม่ใช้ความผิดฐานพยายาม เช่น ผู้เสียหายยินยอมให้หมิ่นประมาท ก็ย่อมไม่น่าจะทำให้เสียชื่อเสียง จึงไม่เป็นความผิด³³

“ชื่อเสียง” หมายความว่า คุณค่าที่บุคคลมีอยู่ในสังคมหรือราคาที่มีมนุษย์ทุกๆ คนมีอยู่ต่อเพื่อนมนุษย์ด้วยกันในทางด้านจิตใจ³⁴ ด้านศีลธรรม และด้านสังคม โดยการใส่ความนั้น ทำให้ชื่อเสียงหมดไปหรือลดน้อยถอยลงจากปกติธรรมดาของบุคคลแต่ละคน

“สังคม” หมายถึง ชุมชนโดยทั่วไป ไม่ใช่กลุ่มใดกลุ่มหนึ่ง

อนึ่ง ความคิดเห็นของชุมชนอาจแตกต่างกันไปตามกาลเทศะ เช่น กล่าวว่าคุณคนเป็นโรคบางอย่างที่สังคมในสมัยหนึ่งรังเกียจ เพราะรักษาไม่หาย แต่ไม่เป็นการหมิ่นประมาทในสมัยที่โรคนั้นรักษาให้หายได้โดยง่ายเนื่องจากพบวิธีการรักษาแล้ว

(2) ต่อบุคคลที่สาม

การใส่ความอันจะเป็นการหมิ่นประมาทตามมาตรา 326 ไม่ว่าจะกระทำโดยวาจา โดยกิริยา ท่าทางที่แสดงออก หรือโดยทางเอกสาร จะต้องเป็นการกระทำต่อบุคคลที่ 3 กล่าวคือ จะต้องมิบุคคล

³²สุปัน พูลพัฒน์, คำอธิบายเรียงมาตราประมวลกฎหมายอาญา ตอน 4 พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2521), หน้า 463-464.

³³สมชัย ศิริบุตร และสุจินตนา ชุมวิสูตร, เอกสารการสอนชุดวิชากฎหมายอาญา 2 : ภาคความผิด (ฉบับปรับปรุง), หน้า 146.

³⁴สุปัน พูลพัฒน์, คำอธิบายเรียงมาตราประมวลกฎหมายอาญา ตอน 4, หน้า 467.

อีกคนหนึ่งนอกจากผู้ใส่ความและผู้ถูกใส่ความได้ยินได้ฟังได้เห็นหรือได้ทราบข้อความที่ใส่ความหมิ่นประมาทนั้นด้วย แต่หากการใส่ความหมิ่นประมาทนั้นบุคคลที่ 3 ไม่ได้ยิน ได้ฟัง ได้เห็น หรือได้ทราบข้อความนั้นแล้วการใส่ความก็ไม่เป็นการหมิ่นประมาทตามมาตรา 326 เพราะขาดองค์ประกอบความผิด

นอกจากนี้ แม้การกล่าวใส่ความหมิ่นประมาทต่อบุคคลที่ 3 บุคคลผู้ถูกใส่ความจะอยู่ร่วมด้วย ก็ถือว่าเป็นการใส่ความต่อบุคคลที่ 3 เช่นเดียวกัน โดยข้อสำคัญให้มีบุคคลที่ 3 นอกจากผู้ใส่ความอย่างน้อยคนหนึ่งเป็นผู้ได้ยิน ได้ฟัง หรือได้ทราบข้อความที่ใส่ความนั้นก็เป็นการเพียงพอแล้ว

เหตุผลที่กฎหมายบัญญัติให้ความผิดฐานหมิ่นประมาทจะต้องเป็นการใส่ความต่อบุคคลที่ 3 ก็เนื่องมาจากความผิดฐานหมิ่นประมาทเป็นเรื่องเกี่ยวกับเกียรติยศ และชื่อเสียง จึงไม่ประสงค์จะให้การได้ยินได้ฟังถึงเรื่องชื่อเสียงของผู้ถูกใส่ความนั้นไปถึงผู้อื่น ซึ่งอาจทำให้เขาเสียชื่อเสียง ถูกดูหมิ่น หรือถูกเกลียดชังได้ และอาจได้ยินได้ฟังต่อกันไปอีก

อย่างไรก็ดี การจะถือว่าเป็นการใส่ความต่อบุคคลที่ 3 นั้น บุคคลดังกล่าวจะต้องทราบและเข้าใจในข้อความที่ใส่ความด้วย ไม่ว่าจะเป็นการใส่ความโดยวิธีใดก็ตาม ซึ่งหมายความเพียงให้บุคคลที่ 3 นั้น ได้รู้ ได้เห็น ได้ฟัง การใส่ความหมิ่นประมาทดังกล่าวนี้ ก็เป็นการเพียงพอแล้ว แม้ว่าในระหว่างผู้ที่เจตนาจะใส่ความกับบุคคลที่ 3 จะมีกำแพง มีฝักัน หรืออยู่คนละห้องก็ตาม เมื่อบุคคลที่ 3 ได้ยินคำพูดที่ใส่ความสมเจตนาของผู้ใส่ความแล้วก็ย่อมเป็นความผิดตามมาตรา 326 นี้³⁵

วิธีการหมิ่นประมาท อาจแสดงข้อเท็จจริงให้ปรากฏด้วยคำพูด หนังสือ ภาพวาด การ์ตูน รูปปั้น กิริยาท่าทาง ทำเครื่องหมายแขวนคอหูน หรือใช้คำถามก็ได้ในเมื่อคำถามนั่นเอง มีลักษณะเป็นการยืนยันข้อเท็จจริงอยู่ในตัว หรือแม้ในคำถามนั้นจะไม่มีลักษณะเป็นการยืนยันข้อเท็จจริงอยู่ในตัว แต่กิริยาท่าทางที่แสดงออกหรือจากการเน้นถ้อยคำ ทำให้ผู้ฟังเข้าใจได้ว่า ผู้กระทำมุ่งจะยืนยันข้อเท็จจริงก็เป็นความผิด

ความผิดฐานหมิ่นประมาทนี้ ต้องกระทำไปโดยมีเจตนาตามมาตรา 59 กล่าวคือเจตนาใส่ความโดยประการที่น่าจะทำให้ผู้อื่นเสียชื่อเสียง ถูกดูหมิ่นหรือถูกเกลียดชังต่อบุคคลที่สาม เป็นเจตนาธรรมดา ไม่ต้องมีเจตนาพิเศษหรือมีมูลเหตุจูงใจมุ่งทำให้ผู้อื่นเสียชื่อเสียง ถูกดูหมิ่นถูกเกลียดชัง แต่อย่างไรใด

³⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 468-470.

จากหลักเกณฑ์ของความผิดฐานหมิ่นประมาทตามมาตรา 326 นั้น จะเห็นได้ว่ากรณีเป็นการใส่ความซึ่งหมายถึงการแสดงข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นแล้วหรือกำลังเกิดขึ้น พาดพิงไปถึงบุคคลอื่น ไม่ว่าจะข้อเท็จจริงนั้นจะเป็นเท็จหรือเป็นความจริงต่อบุคคลที่ 3 ซึ่งหากแสดงข้อเท็จจริงนั้นโดยประการที่น่าจะทำให้ผู้อื่นเสียชื่อเสียง ถูกดูหมิ่น ถูกเกลียดชัง กล่าวคือ น่าจะทำให้ชื่อเสียง คุณค่า หรือฐานะทางสังคมของบุคคลอื่นนั้นเสื่อมความเชื่อถือหรือลดลง ทั้งนี้ การแสดงข้อเท็จจริงอันจะเป็นความผิดตามมาตรา 326 นี้ หมายความว่าเพียงแค่ว่าบุคคลที่ 3 ซึ่งเป็นบุคคลอื่นนอกจากผู้ใส่ความและผู้ถูกใส่ความได้ยินได้ฟังได้เห็นได้รับทราบข้อความที่ถูกใส่ความก็พอแล้ว โดยบุคคลที่ถูกใส่ความไม่จำเป็นต้องเสื่อมเสียชื่อเสียงจริง ๆ

ตัวอย่างของการใส่ความอันจะเป็นความผิดตามมาตรา 326 เช่น

(1) ญาติข้างใจท์ได้บอกจำเลยว่า ใจท์ได้รักใคร่กับชายในทางชู้สาว นอนกอดจูบกันและได้เสียกัน มีผู้มาถามจำเลย จำเลยก็เล่าข้อความนั้นให้ฟัง ตัดสินว่าจำเลยผิดฐานหมิ่นประมาท³⁶

(2) จำเลยกล่าวถึงผู้เสียหายซึ่งเป็นหญิงว่าเป็นคนสำเพ็ง คนไม่ดี เป็นคน 5 ตัว 6 ตัว แม้กล่าวด้วยความเหิงหวงมิให้สามีคบผู้เสียหายก็เป็นหมิ่นประมาทตามมาตรา 326³⁷

จากหลักเกณฑ์และตัวอย่างคำพิพากษาฎีกาตามมาตรา 326 นั้น หากนำมาเปรียบเทียบกับ การล่วงเกินทางเพศในที่ทำงานจะเห็นได้ว่า มีข้อแตกต่างกันได้แก่ คำกล่าวหรือการแสดงข้อเท็จจริงที่จะเป็นการใส่ความตามมาตรา 326 นั้น จะต้องมึลักษณะที่ทำให้ผู้ที่ได้ยินได้ฟังคำกล่าวนั้นเสื่อมความเชื่อถือ ถูกดูหมิ่นเกลียดชังผู้ที่ถูกใส่ความนั้น เช่น ตามตัวอย่างข้างต้น ผู้ที่ได้ยินได้ฟังการใส่ความอาจจะเห็นว่าผู้ถูกใส่ความเป็นผู้มีความประพฤติเสื่อมเสียในทางประเวณี เป็นคนไม่ดี ไม่มีศีลธรรม และอาจถูก เสื่อมความเชื่อถือต่อผู้ถูกใส่ความได้ ในขณะที่คำกล่าวที่เป็นการล่วงเกินทางเพศนั้น ลักษณะถ้อยคำจะเป็นการพูดตีสตามปกติธรรมดา เช่น อาจวิพากษ์วิจารณ์รูปร่างหรือการแต่งกาย รวมไปถึงการพูดจาสองแง่สองง่าม พูดจาทะลอมเกะเกะ ไม่ได้ถึงขั้นเป็นการพูดที่จะทำให้ผู้ถูกล่วงเกินทางเพศน่าจะเสื่อมความเชื่อถือ ถูกดูหมิ่นเกลียดชังแต่อย่างใด เช่น คำพูดว่า “อืมจำ” “ขาสวยนะ ขาวดี” ซึ่งเห็นได้ว่ากรณีนี้เป็นคำกล่าวที่แสดงความชื่นชม เป็นคำชมต่อผู้ถูกล่วงเกิน

³⁶ คำพิพากษาฎีกา 380/2503 503 ฎ.444.

³⁷ คำพิพากษาฎีกา 621/2518 2518 ฎ.583.

นอกจากนี้ หากพิจารณาในเรื่ององค์ประกอบของความผิดฐานหมิ่นประมาทในเรื่องการใส่ความต้องกระทำต่อบุคคลที่ 3 นั้น จะเห็นได้ว่าพฤติกรรมการล่วงเกินทางเพศในที่ทำงาน ผู้กระทำส่วนใหญ่มักจะกระทำต่อผู้ถูกล่วงเกินทางเพศโดยตรง โดยกระทำในสถานการณ์ที่ไม่เปิดเผย ไม่มีบุคคลที่ 3 รับรู้หรือได้เห็นพฤติกรรมนั้น เนื่องจากผู้กระทำก็ต้องเกรงกลัวว่าบุคคลอื่นจะทราบถึงพฤติกรรมอันไม่เป็นที่พึงปรารถนาต่อบุคคลอื่นของตนเอง อาจต้องกลัวบุคคลอื่นจะเห็นว่าตนเองเป็นคนไม่ดี มีพฤติกรรมที่ไม่เหมาะสม ดังนั้นการล่วงเกินทางเพศในที่ทำงานอาจไม่เข้าองค์ประกอบความผิดฐานหมิ่นประมาทในเรื่องดังกล่าวนี้ด้วย อย่างไรก็ตาม แม้คำกล่าวที่เป็นการล่วงเกินทางเพศนั้นจะมีบุคคลที่สามได้รู้ได้เห็นได้ยินก็ตาม การกระทำนั้นก็ไม่เป็นความผิดฐานหมิ่นประมาทแต่อย่างใด เนื่องจากถึงอย่างไรคำกล่าวนั้นก็ไม่มีลักษณะถึงขนาดที่จะทำให้ผู้ที่ได้ยินคำกล่าวนั้นอาจเสื่อมความเชื่อถือหรือถูกเกลียดชังผู้ที่ถูกล่วงเกินทางเพศแต่อย่างใด

โดยสรุป ผู้เขียนเห็นว่ากรล่วงเกินทางเพศในที่ทำงานจึงไม่ใช่การกระทำที่เป็นความผิดฐานหมิ่นประมาทตามมาตรา 326

4.4 เปรียบเทียบลักษณะการกระทำของการล่วงเกินทางเพศกับความผิดฐานข่มขืน

กระทำชำเรา

ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 วรรคแรก บัญญัติว่า "ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราหญิงซึ่งมิใช่ภริยาของตนโดยขู่เข็ญด้วยประการใด ๆ โดยใช้กำลังประทุษร้ายโดยหญิงอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้หญิงเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปีและปรับตั้งแต่แปดพันบาทถึงสี่หมื่นบาท"

องค์ประกอบความผิดตามมาตรา 276 วรรคแรก มีดังนี้

องค์ประกอบภายนอก

1. ข่มขืน
2. กระทำชำเรา
3. หญิงซึ่งมิใช่ภริยาของตน
4. โดย
 - (1) ขู่เข็ญด้วยประการใด ๆ
 - (2) ใช้กำลังประทุษร้าย

(3) หญิงอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้

(4) ทำให้หญิงเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น

องค์ประกอบภายใน

เจตนา

คุณธรรมทางกฎหมายของความผิดฐานนี้คือ เสรีภาพในทางเพศที่จะกำหนดความสัมพันธ์ทางเพศด้วยตนเอง³⁸

ในส่วนของผู้กระทำ กฎหมายใช้คำว่า "ผู้ใด" แห่งการกระทำ ดังนั้น จึงหมายถึงหญิงหรือชายก็ได้ แม้ตามสภาพของการกระทำผู้กระทำจะมีได้แต่ชายเท่านั้น แต่หญิงก็เป็นตัวการร่วมด้วยได้³⁹ กล่าวคือ แม้ผู้ที่ลงมือข่มขืนกระทำชำเราโดยสภาพความเป็นจริงต้องเป็นชาย ด้วยเหตุเพราะผู้ถูกกระทำนั้นเป็นหญิง ตัวผู้ลงมือกระทำด้วยตนเองจึงเป็นชาย⁴⁰ หญิงไม่อาจกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศฐานข่มขืนกระทำชำเราโดยลำพังได้ แต่ทั้งนี้หญิงอาจร่วมกับชายกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราได้โดยร่วมกันเป็นตัวการตามมาตรา 83 เพราะผู้ที่เป็นตัวการไม่จำเป็นต้องลงมือกระทำชำเราหญิงเอง แต่อาจจะกระทำผิดโดยการแบ่งหน้าที่กันทำ เช่น ช่วยจับแขน หรือขาของหญิงไว้เพื่อให้ชายข่มขืนกระทำชำเราหญิงนั้นก็ได้ ซึ่งหญิงจะมีความผิดฐานเป็นตัวการในการข่มขืนกระทำชำเรา⁴¹

การกระทำในมาตรานี้ คือ การข่มขืนกระทำชำเรา

(1) การข่มขืน เป็นคำกริยา หมายถึง ใช้กำลังข่มขืน⁴² เป็นการข่มขืนใจ⁴³ การที่ชายใช้กำลังบังคับหญิงให้ทำตามใจตนเองโดยหญิงมิได้ยินยอมโดยสมัครใจ⁴⁴ เป็นการใช้อำนาจกระทำโดย

³⁸ คณิศ ณ นคร, กฎหมายอาญาภาคความผิด พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2536), หน้า 190.

³⁹ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, ประมวลกฎหมายอาญา ฉบับอ้างอิง. หน้า 310.

⁴⁰ จิตติ ดิงศภัทย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 1 พิมพ์ครั้งที่ 7 (กรุงเทพมหานคร : สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2543), หน้า 718.

⁴¹ คำพิพากษาฎีกาที่ 250/2510 2510 ฎ.196

⁴² ราชบัณฑิตยสถาน, พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2525 พิมพ์ครั้งที่ 4 (2531), หน้า 128.

⁴³ หยุด แสงอุทัย, กฎหมายอาญาภาค 2-3. หน้า 167.

⁴⁴ จิตติ ดิงศภัทย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 1. หน้า 722.

อีกฝ่ายหนึ่งไม่สมัครใจ⁴⁵ซึ่งหมายถึงการบังคับขืนใจ หรือกระทำโดยผู้ถูกข่มขืนไม่ยินยอม ดังนั้น ความยินยอมของหญิงจึงเป็นสาระสำคัญของความผิดฐานนี้ เพราะถ้าหญิงยินยอมแล้ว ย่อมไม่เป็นการข่มขืน ทั้งนี้ ความยินยอมต้องเกิดจากความสมัครใจของหญิง ถ้ายินยอมโดยไม่สมัครใจหรือไม่อยู่ในฐานะที่จะให้ความยินยอมได้ย่อมเป็นการข่มขืน⁴⁶ และความยินยอมของหญิงนั้น ต้องมีในขณะที่กระทำชำเราด้วย ดังนั้น ถ้าหากว่าหญิงไม่ยินยอมในขณะที่ชายกำลังกระทำชำเราแล้วก็ดี หรือการที่หญิงยินยอมให้ชายร่วมประเวณีด้วยในโอกาสหลัง ย่อมไม่ลบล้างหรือกระทบกระเทือนถึงความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราซึ่งเกิดขึ้นแล้วในขณะที่เมื่อมีการกระทำชำเราโดยหญิงไม่ยินยอม⁴⁷ นอกจากนี้ หากการยินยอมนั้นเป็นไปโดยไม่สมัครใจ เช่น ยินยอมเพราะกลัวถูกฆ่าหรือถูกทำร้าย หรือยินยอมเพราะเป็นอัมพาตไม่สามารถขยับร่างกายหนีไปได้ หรือ หมดสติไปเพราะเมาสุรา⁴⁸ หรือวิกลจริตก็ยังคงถือว่าเป็นการข่มขืนเช่นกัน

อย่างไรก็ดี การยินยอมนั้นต้องเป็นการยินยอมให้กระทำชำเรา ดังนั้น การที่หญิงยอมให้ชายคนรักเล้าโลม หรือลูบคลำเพียงภายนอก แต่เมื่อชายจะร่วมประเวณีกับหญิง หญิงขัดขืน ดังนี้ไม่ถือว่าหญิงยินยอม ถ้าหญิงยินยอมโดยสมัครใจแล้ว การกระทำย่อมไม่มีความผิดตามมาตรานี้ แม้จะยินยอมโดยหลงเชื่อในมูลเหตุให้กระทำ เช่น หญิงยอมให้ร่วมประเวณีเพราะหลอกว่าจะสมรสกับหญิงนั้น⁴⁹

(2) กระทำชำเรา หมายถึง การร่วมประเวณี หรือการสอดเสปย์สังวาสระหว่างชายและหญิงในลักษณะปกติตามธรรมชาติ โดยของลับหรืออวัยวะเพศของชายได้ล่วงล้ำเข้าไปในของลับหรืออวัยวะเพศของหญิงแล้ว ไม่ว่าจะล่วงล้ำเข้าไปมากน้อยเพียงใด ซึ่งตามคำพิพากษาศาลฎีกาได้เคยวินิจฉัยว่า จำเลยได้กระทำชำเราผู้เสียหาย อายุ 9 ปี ของลับของจำเลยได้เข้าไปในของลับของผู้เสียหายราวหนึ่งองคุลี เช่นนี้ ถือได้ว่าเป็นการกระทำชำเราสำเร็จแล้ว การที่ทางพิจารณาไม่ปรากฏว่ามีน้ำอสุจิของ

⁴⁵จิน ดารา, "ข่มขืนกระทำชำเรา," บทบัญญัติ 25,1 (มกราคม 2511) : 66.

⁴⁶ประสิทธิ์ พัฒนอมร, "ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา" (วิทยานิพนธ์นิติศาสตร์ มหาวิทยาลัย, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, พ.ศ. 2527), หน้า 24.

⁴⁷ธานินทร์ กรัยวิเชียร, "ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา," วารสารนิติศาสตร์ (มีนาคม 2514) : 47.

⁴⁸คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 382/2522 2522 ฎ.1914.

⁴⁹จิตติ ดิงศภัทย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน1, หน้า 725.

จำเลยออกมาอยู่ที่ของลับของผู้เสียหาย หรือที่ของลับของจำเลยนั้น เป็นเรื่องสำเร็จความใคร่แล้วหรือไม่ เป็นอีกส่วนหนึ่งไม่เป็นเหตุให้เห็นว่าจำเลยกระทำชำเราไม่สำเร็จหรือเป็นเพียงชั้นพยายาม จำเลยจึงมีความผิด⁵⁰ ถ้าอวัยวะสืบพันธุ์ของจำเลยเพียงแต่จรดอยู่บริเวณปากช่องคลอดของผู้เสียหาย มิได้ล่องล้ำเข้าไปในช่องคลอด จำเลยมีความผิดฐานพยายามข่มขืนกระทำชำเราเท่านั้น⁵¹ ดังนั้น ความสำคัญของการกระทำชำเรา จึงอยู่ที่อวัยวะสืบพันธุ์ของชายได้ล่องล้ำเข้าไปในช่องคลอดของหญิง โดยไม่ต้องคำนึงว่าชายมีน้ำอสุจิออกมาหรือไม่ และเยื่อพรหมจารีของหญิงจะฉีกขาดหรือไม่⁵² มุ่งพิจารณาแต่เพียงว่ามีการล่องล้ำทางประเวณีแล้วหรือไม่ ไม่ได้พิจารณาถึงเรื่องการสืบพันธุ์และชายอาจสำเร็จความใคร่ได้ โดยยังไม่ได้กระทำชำเรา คือ ก่อนที่จะสอดใส่อวัยวะเพศชายเข้าไปในอวัยวะเพศหญิง หรือชายอาจกระทำชำเราแล้วแต่ไม่สำเร็จความใคร่ ก็เป็นความผิดตามมาตรา⁵³

เมื่อการกระทำชำเรา หมายถึง การร่วมประเวณีตามธรรมดา ดังนั้น การร่วมประเวณีโดยผิดธรรมดา จึงไม่เป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา โดยหากชายมิได้เอาอวัยวะเพศล่องล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศของหญิงแต่สำเร็จความใคร่โดยใช้ปากของหญิง หรือโดยใส่ของลับเข้าไปในทวารหนักของหญิง⁵⁴ หรือโดยใช้อวัยวะของชายถูไถที่อวัยวะส่วนอื่นของหญิงซึ่งมิใช่ช่องคลอด เหล่านี้ย่อมไม่เป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา แต่อาจมีความผิดฐานกระทำอนาจารได้

(3) หญิงซึ่งมิใช่ภริยาของตน หมายถึง หญิงอื่นซึ่งมิใช่เป็นภริยาโดยชอบด้วยกฎหมายของผู้กระทำการข่มขืนกระทำชำเรา ดังนั้น ถ้ากระทำชำเราภรรยาของตนเองแม้หญิงจะไม่ยินยอมโดยชายผู้เป็นสามีจะกระทำชำเราโดยการขู่เข็ญหรือใช้กำลังประทุษร้ายหรือแม้จะมีคนอื่นร่วมจับมือจับขาด้วย ผู้อื่นก็ไม่มีความผิดเพราะการกระทำนั้นไม่ผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเสียแล้ว แต่อาจเป็น

⁵⁰คำพิพากษาฎีกาที่ 1133/2509 2509 ฎ.1361.

⁵¹คำพิพากษาฎีกาที่ 85/2504 2504 ฎ.25.

⁵²ประสิทธิ์ พัฒนอมร. ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา. หน้า 29.

⁵³ฤทัย หงส์ศิริ และสุจินตนา ชุมวิสูตร, เอกสารการสอนชุดวิชากฎหมายอาญา 2 : ภาคความผิด (ฉบับปรับปรุง). หน้า 8.

⁵⁴คำพิพากษาฎีกาที่ 1048/2518 2518 ฎ.953.

การกระทำชำเราตามกฎหมายจะต้องปรากฏว่าของลับของชายล่องล้ำเข้าไปในช่องสังวาสหรืออวัยวะสืบพันธุ์ของหญิง การที่จำเลยข่มขืนใจผู้เสียหายโดยใช้ของลับของจำเลยใส่เข้าไปในทวารหนักของผู้เสียหายจึงไม่เป็นการกระทำชำเรา คงมีความผิดฐานกระทำอนาจารเท่านั้น.

ความผิดฐานทำร้ายร่างกายหรือต่อเสรีภาพได้⁵⁵ สามีก็ไม่มีผิดตามมาตรานี้ อย่างไรก็ตาม แม้สามีข่มขืนกระทำชำเราภริยาโดยชอบด้วยกฎหมายของตน จะไม่เป็นความผิดก็ตาม ในทางกลับกัน หากช่วยผู้อื่นโดยผู้อื่นนั้นเป็นผู้ลงมือกระทำชำเรา ส่วนสามีจับแขนและขาของภริยาตน เพื่อให้ผู้อื่นข่มขืนกระทำชำเราภริยาของตน สามีและผู้กระทำชำเรานั้น ย่อมผิดฐานเป็นตัวการร่วมกันข่มขืนกระทำชำเราหญิง ตามมาตรา 276 ประกอบกับมาตรา 83⁵⁶

"ภริยา" หมายถึงภริยาที่ชอบด้วยกฎหมาย คือได้จดทะเบียนสมรสถูกต้อง⁵⁷ เนื่องจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1457 บัญญัติว่า "การสมรสตามประมวลกฎหมายนี้ จะมีได้เฉพาะเมื่อได้จดทะเบียนแล้วเท่านั้น" ปัญหาจึงอาจเกิดขึ้นในกรณีที่ชายและหญิงอยู่กินกันฉันท์สามีภริยาหรือแต่งงานกันตามพิธีทางศาสนาโดยไม่จดทะเบียนสมรส หรือเป็นสามีภริยากันโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายและต่อมาในระหว่างอยู่กินกัน หญิงไม่ยินยอมให้ชายร่วมประเวณี ชายจึงได้ข่มขืนกระทำชำเราหญิงนั้น กรณีนี้น่าถือได้ว่าชายนั้นสำคัญผิดในข้อเท็จจริงตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 62 เนื่องจากเชื่อโดยสุจริตว่าหญิงนั้นเป็นภริยาของตน

นอกจากนี้ หากชายและหญิงขาดจากการสมรสกันแล้ว หรือเคยลักลอบได้เสียกันมาก่อนแล้วต่อมา หญิงขัดขืนไม่ยอมให้ร่วมประเวณีด้วยถ้าชายข่มขืนกระทำชำเราหญิง ก็อาจผิดตามมาตรานี้ได้

"หญิง" ตามมาตรานี้ต้องมีอายุเกินสิบห้าปีแล้ว เพราะหากเป็นการกระทำชำเราเด็กหญิงอายุไม่เกินสิบห้าปี ไม่ผิดตามมาตรานี้ แต่อาจผิดตามมาตรา 277⁵⁸

(4) การข่มขืนกระทำชำเราหญิงตามมาตรานี้ ได้กระทำโดยวิธีหนึ่งวิธีใดดังต่อไปนี้

ก) โดยขู่เข็ญด้วยประการใด ๆ การขู่เข็ญนี้จะกระทำในทางวาจาหรือทางร่างกายก็ได้ และไม่จำกัดเพียงจะทำร้ายร่างกายหญิงเท่านั้น อาจเป็นการขู่เข็ญว่าจะเปิดเผยความลับของหญิงก็ได้ ซึ่ง

⁵⁵ สุวันชัย ใจหาญ, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 2 (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์มิตรสยาม, 2534), หน้า 5.

⁵⁶ ฤทัย หงส์ศิริ และสุจินตนา ชุมวิสูตร, เอกสารการสอนชุดวิชากฎหมายอาญา 2 : ภาคความผิด (ฉบับปรับปรุง), หน้า 9.

⁵⁷ สุวันชัย ใจหาญ, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 2, หน้า 6.

⁵⁸ ฤทัย หงส์ศิริ และสุจินตนา ชุมวิสูตร, เอกสารการสอนชุดวิชากฎหมายอาญา 2 : ภาคความผิด (ฉบับปรับปรุง), หน้า 9.

เป็นการกระทำแก่หญิงนั้นโดยตรงหรือจะกระทำต่อบุคคลอื่นซึ่งเกี่ยวข้องกับหญิงนั้นก็ได้ นอกจากนั้น จะกระทำต่อทรัพย์สินก็ได้⁵⁹ เช่น ชูว่าจะทำร้ายหรือฆ่า บุตร สามี หรือบิดามารดา หรือจะใช้ไฟเผา ทรัพย์สินให้หมด เป็นต้น⁶⁰

อนึ่ง การชู้เชียวไม่จำเป็นว่าต้องเป็นไปในลักษณะที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเพราะแม้จะชู้เชียวว่าจะกระทำการอันชอบด้วยกฎหมาย อันมิใช่เป็นการใช้สิทธิตามปกตินิยม จนเป็นเหตุที่ทำให้หญิงกลัว ถึงขนาดยินยอมให้กระทำชำเราโดยไม่สมัครใจ ก็ถือว่าเป็นการชู้เชียวตามความหมายนี้แล้ว เช่น หญิง ลักทรัพย์ของชาย ชายจับได้ว่าถ้ายอมให้ชำเราก็จะปล่อยตัวไปโดยไม่ส่งตัวให้ตำรวจ เช่นนี้ ชาย ผู้กระทำชำเราย่อมมีความผิดตามมาตรา⁶¹

ข) ใช้กำลังประทุษร้าย มีความหมายตามคำนิยามในมาตรา 1(6) คือ ทำการประทุษร้ายแก่ ภายหรือจิตใจของบุคคลไม่ว่าจะทำด้วยใช้แรงกายภาพหรือด้วยวิธีอื่นใด และให้หมายความรวมถึง การกระทำใด ๆ ซึ่งเป็นเหตุให้บุคคลหนึ่งบุคคลใด อยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ไม่ว่าจะโดยใช้ยา ทำให้มึนเมา สะกดจิต หรือใช้วิธีอื่นใดอันคล้ายคลึงกัน การใช้กำลังประทุษร้ายนั้นต้องเป็นการกระทำ ในทางกายภาพ เช่น ใช้มือตอยท้องและจับขาหญิงแยกออกเพื่อกระทำชำเรา เป็นต้น ดังนั้น การ กระทำต่อเสรีภาพ ชื่อเสียง หรือทรัพย์สิน ไม่อยู่ในความหมายของการใช้กำลังประทุษร้าย⁶²

ค) อยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หมายถึง จำยอมโดยไม่สมัครใจ ภาวะที่ไม่สามารถขัดขืน ได้นั้น อาจมีอยู่ก่อนการกระทำชำเราของชายก็ได้⁶³ เช่น เป็นอัมพาตเคลื่อนไหวไม่ได้ ภาวะที่ไม่ สามารถขัดขืนได้นั้นจะเกิดจากการกระทำของผู้กระทำผิด หรือจะเกิดจากตัวหญิงเองก็ได้ ซึ่ง หากเป็นกรณีที่เกิดจากการกระทำของผู้กระทำผิด ก็อาจจะเป็นการใช้กำลังประทุษร้ายตาม มาตรา 1(6) ได้ การฉุดหญิงเข้าไปในป่า ไม่มีทางจะหนีรอด หรือได้รับความช่วยเหลือจากผู้ใดได้ หญิง จึงต้องจำยอมให้ชำเรามา เช่นนี้ ถือว่าหญิงอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ การใช้ยาทำ

⁵⁹ สุวันชัย ใจหาญ, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 2, หน้า 3.

⁶⁰ สุบัน พูลพัฒน์, คำอธิบายเรียงมาตราประมวลกฎหมายอาญา ตอน 4, หน้า 40.

⁶¹ ฤทัย หงส์สิริ และสุจินตนา ชุมวิสูตร, เอกสารการสอนชุดวิชากฎหมายอาญา 2 : ภาค ความผิด (ฉบับปรับปรุง), หน้า 10.

⁶² จิตติ ดิงศภิตย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 1, หน้า 724.

⁶³ หยุด แสงอุทัย, กฎหมายอาญาภาค 2-3, หน้า 167.

ให้สลบหรือทำให้มีเนมาจนช่วยตัวเองไม่ได้ เช่น ยากล่อมประสาทหรือมอมเหล้าจนเมามายไม่ได้สติ ถือว่าเป็นการทำให้อยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้

ศาสตราจารย์ จิตติ ดิงศภัทย์ เห็นว่าการหลอกลวงให้หญิงเข้าใจผิดในสภาพของการกระทำ เป็นเหตุให้หญิงไม่ขัดขืน ถือเป็นการกระทำโดยหญิงอยู่ในภาวะไม่อาจขัดขืนได้ เช่น แพทย์หลอกหญิงว่าจะผ่าตัดแต่แท้จริงได้กระทำชำเราหญิงโดยหญิงไม่รู้ว่าแพทย์ทำเช่นนั้น หากหญิงรู้ว่าแพทย์กระทำชำเรา แต่แพทย์หลอกในมูลเหตุให้กระทำจนหญิงยินยอม ไม่เป็นความผิดฐานนี้⁶⁴

ง) ทำให้หญิงเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น เป็นการทำให้สำคัญผิดในตัวบุคคลเป็นคนละคนต่างกัน ไม่ใช่คุณสมบัติของบุคคลผู้นั้นเอง คือทำให้หญิงเข้าใจว่าเป็นบุคคลที่หญิงสมัครใจหรือยินยอมให้ร่วมประเวณีด้วย เช่น คิดว่าเป็นสามีหรือคนรัก หญิงจึงไม่ขัดขืน ในกรณีเช่นนี้ต้องถือว่าเป็นการข่มขืนกระทำชำเรา ไม่ใช่เป็นการยินยอม⁶⁵

องค์ประกอบภายในของความผิดฐานนี้ คือ เจตนา โดยผู้กระทำตามมาตรานี้จะต้องมีเจตนาตามมาตรา 59 คือจะต้องมีเจตนาที่จะข่มขืนกระทำชำเราหญิง ถ้ามีเจตนากระทำชำเราแม้ไม่สามารถกระทำได้สำเร็จก็เป็นความผิดในฐานพยายาม ถ้ามีเจตนาเพียงแต่กระทำภายนอกไม่ประสงค์ให้ของลับลงล้าเข้าไปภายในช่องสังวาสของหญิง ไม่เป็นความผิดฐานพยายาม อาจเป็นแต่กระทำอนาจารเท่านั้น⁶⁶

การกระทำความผิดตามมาตรา นี้ ย่อมเป็นความผิดสำเร็จ เมื่ออวัยวะเพศของชายลงล้าเข้าไปในอวัยวะเพศหญิง ไม่ว่าจะเข้าไปมากน้อยเพียงใด ซึ่งการวินิจฉัยว่าอวัยวะเพศของชายได้ลงล้าเข้าไปแล้วหรือไม่ จะต้องพิจารณาจากผลการชันสูตรบาดแผลหรือการตรวจร่างกายของผู้เสียหายหรือการลงความเห็นของแพทย์ เช่น อวัยวะเพศของหญิงมีขนของชายและคราบโลหิต ปากช่องคลอดมีบาดแผล โลหิตซึมหรือพบเชื้ออสุจิ หรือเชื้อหนองในในช่องคลอด แสดงว่ามีกรกระทำชำเราแล้ว

หากผู้กระทำลงมือกระทำแล้วแต่กระทำไม่ตลอดหรือตลอดแล้ว แต่การกระทำไม่บรรลุผล เช่น อวัยวะเพศของชายเพียงงูไถ่อยู่ที่ปากช่องคลอดด้านนอก ยังไม่ได้สอดใส่เข้าไปในอวัยวะเพศหญิง⁶⁷ หรือจรดของลับของหญิงแต่ไม่สามารถลงล้าเข้าไปได้ เนื่องจากอวัยวะเพศของ

⁶⁴จิตติ ดิงศภัทย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 1, หน้า 725.

⁶⁵สุวัฒน์ชัย ใจหาญ, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 2, หน้า 4.

⁶⁶จิตติ ดิงศภัทย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 1, หน้า 726.

⁶⁷คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 874/2491 2491 ฎ.1053.

หญิงมีขนาดเล็ก⁶⁸ หรือชายสำเร็จความใคร่ก่อน จึงไม่ได้ล่วงล้ำเข้าไป⁶⁹ ดังนี้ ผู้กระทำอาจผิดฐานพยายามข่มขืนกระทำชำเรา แต่ถ้การกระทำของชายยังไม่ถึงขั้น “ลงมือกระทำความผิด” ตามมาตรา 80 แห่งประมวลกฎหมายอาญา กล่าวคือ การกระทำของชายยังไม่ถึงลักษณะถึงขั้นอยู่ในวิสัยที่ชายจะกระทำชำเราหญิงได้ เช่น คำพิพากษาฎีกาที่ 1685/2516 จำเลยแอบเข้ามาสอดหญิงผู้เสียหายและพูดขอกระทำชำเรา ผู้เสียหายร้องขึ้น จำเลยเอามือปิดปากผู้เสียหาย กดผู้เสียหายนอนลงที่พื้นเรือนแล้วขึ้นคร่อมเอาหัวเข้ากดต้นขาไว้ ขณะนั้นผู้เสียหายนอนหงายนุ่งกระโจมอกอยู่จำเลยก้มลงกั๊ตที่แก้มและถักผ้าขึ้นขึ้น ผู้เสียหายตื่นอย่างแรงจนหลุดแล้ววิ่งร้องให้ลงเรือนไป ดังนี้ ลักษณะการกระทำของจำเลยดังกล่าว ยังไม่อยู่ในวิสัยที่จำเลยจะกระทำชำเราผู้เสียหายได้ การกระทำของจำเลยจึงไม่เป็นความผิดฐานพยายามข่มขืนกระทำชำเราคงเป็นความผิดฐานกระทำอนาจารเท่านั้น

อย่างไรก็ตาม ด้วยเหตุที่ความผิดนี้ ประกอบด้วยการกระทำ 2 การกระทำ คือ การข่มขืนใจและการกระทำชำเรา ดังนั้น เมื่อผู้กระทำได้กระทำส่วนหนึ่งส่วนใดของความผิดแล้ว เช่น มีการจับแขนจับขา เพื่อชำเราอันเป็นส่วนหนึ่งของการกระทำความผิดแล้ว ก็น่าจะต้องถือว่าลงมือแล้วทำนองเดียวกับความผิดฐานชิงทรัพย์หรือกรรโชก ซึ่งเมื่อผู้กระทำได้ขู่เพื่อเอาทรัพย์แล้ว แม้ยังไม่ได้ทรัพย์ไป ก็ยังถือว่า “ลงมือ” แล้ว โดยไม่ต้องรอว่าอยู่ใน “วิสัย” ที่จะได้ทรัพย์ไปหรือไม่ การพยายามข่มขืนกระทำชำเราจึงไม่น่าจะต้องรอให้ปลดเปลื้องเสื้อผ้าหรือถอดกางเกงในก่อนจึงจะถือว่า “ลงมือ”⁷⁰

จากที่กล่าวมาแล้วข้างต้น หลักเกณฑ์ที่จะเป็นการกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรามีข้อสำคัญ คือ ข้อเท็จจริงจะต้องเป็นกรณีที่อวัยวะสืบพันธุ์ของเพศชายได้ล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะของเพศหญิง ไม่ว่าจะล่วงล้ำเข้าไปมากน้อยเพียงใดก็ตาม โดยไม่คำนึงถึงการสำเร็จความใคร่ของผู้กระทำด้วย ดังนี้หากอวัยวะสืบพันธุ์ของผู้กระทำเพียงแต่จรดอยู่บริเวณปากช่องคลอดของผู้เสียหาย มิได้ล่วงล้ำเข้าไปในช่องคลอด การกระทำเป็นเพียงความผิดฐานพยายามข่มขืนกระทำชำเราเท่านั้น นอกจากนี้ แม้ผู้กระทำจะมีเจตนาข่มขืนกระทำชำเรา แต่หากการกระทำยังไม่อยู่ในวิสัยที่จะกระทำชำเราได้ เช่น แอบเข้ามาสอด พูดจาขอกระทำชำเรา และกดผู้เสียหายให้นอนลงแล้วขึ้นคร่อมถักผ้าขึ้นขึ้น แต่ผู้เสียหายตื่นจนหลุดไป ดังนี้ เป็นความผิดฐานกระทำอนาจาร และเมื่อนำมา

⁶⁸ คำพิพากษาฎีกาที่ 90/1288 ฎ.ร.378. (ฎ.ร. หมายถึง ฎีกาบางเรื่อง)

⁶⁹ คำพิพากษาฎีกาที่ 210/2529 2529 ฎ.69.

⁷⁰ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, ประมวลกฎหมายอาญา ฉบับอ้างอิง. หน้า 312.

เปรียบเทียบกับพฤติกรรมการล่วงเกินทางเพศในที่ทำงานแล้ว จะเห็นได้ว่ามีลักษณะแตกต่างกัน กล่าวคือ การล่วงเกินทางเพศที่เป็นการกระทำทางกายจะเป็นเพียงการถือโอกาสแต่ต้องเนื้อตัวเล็กน้อย เช่น จับสะโพก จับมือถือแขน การเข้ามาชิดใกล้เกินความจำเป็น เท่านั้น ไม่มีลักษณะเป็นการกระทำถึงขั้นอวัยวะเพศชายล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศหญิง ดังนั้น พฤติกรรมอันเป็นการล่วงเกินทางเพศในที่ทำงานจึงไม่มีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราแต่อย่างใด

4.5 เปรียบเทียบลักษณะการกระทำของการล่วงเกินทางเพศกับความผิดฐานกระทำอนาจาร

ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 278 บัญญัติว่า ผู้ใดกระทำอนาจารแก่บุคคลอายุกว่าสิบห้าปีโดยขู่เข็ญด้วยประการใด ๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยบุคคลนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้บุคคลนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบปี หรือปรับไม่เกินสองหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

คุณธรรมทางกฎหมายของความผิดฐานนี้ คือ เสรีภาพในทางเพศหรือสิทธิที่จะกำหนดเรื่องทางเพศด้วยตนเอง

องค์ประกอบของความผิดตามมาตรานี้ มีดังนี้

องค์ประกอบภายนอก

1. กระทำอนาจาร
2. แก่บุคคลอายุกว่าสิบห้าปี
3. โดย
 - (1) ขู่เข็ญด้วยประการใด ๆ
 - (2) ใช้กำลังประทุษร้าย
 - (3) บุคคลนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้
 - (4) ทำให้บุคคลนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น

องค์ประกอบภายใน

เจตนา

ผู้กระทำความผิดฐานนี้จะเป็นใครก็ได้ไม่จำกัดเพศ

ผู้ถูกกระทำ กฎหมายไม่จำกัดว่าเป็นใคร

1. กระทำอนาจาร หมายถึง การกระทำแก่เนื้อตัวของบุคคลที่ไม่สมควรในทางเพศตามประเพณีนิยมหรือตามกาลเทศะ แต่ไม่ถึงขั้นเป็นการข่มขืนกระทำชำเรา หรือพยายามข่มขืนกระทำชำเรา⁷¹ โดยเป็นการกระทำที่ในทางภาวะวิสัยเป็นการละเมิดหรือฝ่าฝืนความรู้สึกอับอายในทางเพศโดยทั่วไปอย่างร้ายแรง และเป็นการกระทำที่ในทางอัตวิสัยได้ถูกกระทำลงด้วยความต้องการทางเพศหรือความใคร่ เป็นต้นว่ามีจุดมุ่งหมายหรือความประสงค์เพื่อก่อหรือระงับความต้องการทางเพศหรืออารมณ์ทางเพศของตนหรือผู้อื่น เช่น การกอด จูบ ลูบคลำ ซึ่งการกระทำที่เป็นการอนาจารนั้น ต้องเป็นการกระทำต่อเนื้อตัวของบุคคล แม้จะเป็นการกระทำผ่านบนเสื้อผ้าก็ตาม⁷² การกระทำให้อับอายขายหน้าในทางเพศ เช่น จุดแขนหญิงโดยหญิงไม่ยินยอมในที่สาธารณะ เปิดกระโปรงของหญิง และต้องเป็นการกระทำโดยเจตนา ซึ่งหากไม่ใช่เป็นการกระทำต่อเนื้อตัว เช่น คำพูด ภาพวาด หรือการเขียน ไม่ถือว่าเป็นการกระทำอนาจาร⁷³

การกระทำใดที่จะมีพฤติการณ์หรือลักษณะที่ไม่สมควรในทางเพศนั้นต้องพิจารณาจากประเพณีนิยม หรือกาลเทศะ ไม่ได้พิจารณาจากมูลเหตุจูงใจของผู้กระทำ กล่าวคือ หากการกระทำนั้นมีลักษณะที่บุคคลทั่วไปเห็นว่าตามประเพณีหรือวัฒนธรรมเป็นการกระทำให้อับอายขายหน้าในทางเพศแล้ว ก็เป็นอนาจารได้ แม้ผู้กระทำจะไม่ได้มีความประสงค์ในเรื่องความใคร่หรือการประเวณีเลย เช่น จับหน้าอกโดยแรงเพื่อให้หญิงเจ็บ การกระทำดังกล่าว แม้ผู้กระทำประสงค์เพียงทำร้ายหญิงหรือเพื่อแก้แค้นก็น่าจะเป็นการอนาจารได้ แต่การกระทำเดียวกัน ถ้าตามประเพณีนิยมคนทั่วไปเห็นว่าไม่ได้มีลักษณะที่ไม่สมควรในทางเพศหรือไม่มีลักษณะเป็นการกระทำอนาจารก็ไม่เป็นการกระทำอนาจาร เช่น นายแพทย์จับหน้าอกหรือของสืบหญิงเพื่อรักษาพยาบาลหญิงตามความจำเป็นจำเป็นจะต้องสัมผัสตัวผู้เจ็บป่วยแม้จะมีการถอดเสื้อผ้า หรือการที่บิดามารดาหรือญาติผู้ใหญ่กอดจูบ

⁷¹ ฤทัย หงส์ศิริ และสุจินตนา ชุมวิสูตร, เอกสารการสอนชุดวิชากฎหมายอาญา 2 : ภาควิชาความผิด (ฉบับปรับปรุง), หน้า 25.

⁷² คณิต ณ นคร, กฎหมายอาญาภาคความผิด, หน้า 194.

⁷³ ปริญญา จิตรการนทีกิจ, ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและอนาจาร (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2534), หน้า 17.

ลูกหลานด้วยความรักความเอ็นดู หรือการจับมือลูบหัวเพื่อหยอกล้อ เนื่องจากความสนิทสนม⁷⁴ หรือ กอดจับในเวลาตื่นรำ เช่นนี้ไม่พอถือเป็นการกระทำอนาจาร⁷⁵

นอกจากนี้ ความสมัครใจหรือไม่สมัครใจของผู้ถูกระทำเป็นข้อสำคัญประการหนึ่งที่จะทำให้ การกระทำนั้นเป็นอนาจารหรือไม่ เพราะการกระทำผิดตามมาตรานี้ ผู้ที่ได้รับความเสียหายโดยตรงก็คือตัวผู้ถูกระทำเอง ฉะนั้นหากผู้ถูกระทำยินยอมสมัครใจให้กระทำก็ย่อมไม่เสียหายและเป็นการ ล่วงเกิน ไม่ควรเอาผิดแก่ผู้กระทำ การยินยอมสมัครใจจึงต้องประกอบด้วยผู้กระทำรู้ตัวว่าจะถูก กระทำอนาจาร และยังยินยอมสมัครใจให้กระทำ⁷⁶

2. แก่บุคคลอายุกว่าสิบห้าปี เนื่องจากคำว่าบุคคลหมายถึงหญิงหรือชายก็ได้ จึงหมายความว่า ทั้งชายและหญิงเป็นผู้ถูกระทำได้เพราะกฎหมายไม่ได้จำกัดไว้เฉพาะหญิงเท่านั้น ดังนั้น การ กระทำอนาจารตามมาตรานี้จะเป็นชายกระทำต่อหญิง หญิงกระทำต่อชาย ชายกระทำต่อชาย หรือ หญิงกระทำต่อหญิงก็ได้ โดยผู้ถูกระทำต้องมีอายุเกิน 15 ปี เพราะถ้าไม่เกิน 15 ปี การกระทำ อนาจารต่อบุคคลดังกล่าวก็จะเป็นความผิดตามมาตรา 279⁷⁷ เนื่องจากกฎหมายได้แยกบัญญัติการ กระทำต่อเด็กอายุไม่เกินสิบห้าปี เพื่อให้ความคุ้มครองแก่เด็กดังกล่าวเป็นพิเศษ กล่าวคือ แม้กระทำ อนาจารโดยเด็กยินยอมก็เป็นความผิดตามมาตรา 279

นอกจากนี้ การที่จะให้ผู้อื่นกระทำตนเอง ก็ถือว่าเป็นการกระทำอนาจารต่อผู้อื่นนั้นได้ เช่น การบังคับให้บุคคลอื่นจับขงเล็บของตนเอง⁷⁸

3. การกระทำอนาจารตามมาตรานี้ ได้กระทำโดยวิธีหนึ่งวิธีใด ดังต่อไปนี้

- 3.1 ชูเช็ดด้วยประการใด ๆ
- 3.2 ใช้กำลังประทุษร้าย
- 3.3 บุคคลนั้น อยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้
- 3.4 ทำให้บุคคลนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น

⁷⁴ ฤทัย หงส์สิริ และสุจินตนา ชุมวิสูตร, เอกสารการสอนชุดวิชากฎหมายอาญา 2 : ภาค ความผิด (ฉบับปรับปรุง). หน้า 25.

⁷⁵ ปริญญา จิตรการนทีกิจ, ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและอนาจาร. หน้า 17.

⁷⁶ จิน ดารา, "อนาจาร", บทบัณฑิตย (25 พฤษภาคม 2511) : 308.

⁷⁷ สุวัฒน์ชัย ใจหาญ, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 2. หน้า 32.

⁷⁸ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, ประมวลกฎหมายอาญา ฉบับอ้างอิง. หน้า 315.

องค์ประกอบข้อนี้มีความหมายเช่นเดียวกับในเรื่องความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ซึ่งได้อธิบายรายละเอียดไปแล้ว จึงไม่อธิบายซ้ำอีกในที่นี้

องค์ประกอบภายใน

องค์ประกอบภายในของความผิดฐานนี้คือเจตนา ตามมาตรา 59 โดยเฉพาะอย่างยิ่งต้องรู้ว่าเป็นบุคคลอายุกว่าสิบห้าปี และไม่ต้องมีเจตนาพิเศษประการใด ถ้าการกระทำนั้นพิจารณาจากที่ปรากฏภายนอกเป็นการอนาจารแล้ว แม้ผู้กระทำจะมีได้กระทำเพื่อความใคร่หรือกามารมณ์ ก็เป็นความผิดตามมาตรานี้ได้ แต่ถ้าการกระทำตามที่ปรากฏภายนอกแสดงให้เห็นว่าผู้กระทำมิได้มีความมุ่งหมายในทางความใคร่หรือกามารมณ์ก็ไม่ใช่การกระทำอนาจาร ดังนั้นการกระทำด้วยความมุ่งหมายอย่างไรที่อาศัยข้อความผิดของผู้กระทำนี้มิใช่อาศัยเจตนาพิเศษของผู้กระทำ แต่อาศัยพฤติการณ์ที่ปรากฏภายนอกของการกระทำเช่นนั้นเป็นเกณฑ์ เพราะแม้ผู้กระทำจะมีเจตนาพิเศษเพื่อความใคร่ แต่การกระทำที่ปรากฏไม่เป็นเช่นนั้นก็ไม่ใช่การกระทำอนาจาร เช่น แพทย์ตรวจร่างกายของหญิงตามธรรมดา แม้แพทย์อาจมีความรู้สึกทางเพศ แต่ไม่มีใครคิดเห็นเช่นนั้น ก็ไม่ใช่การกระทำอนาจาร⁷⁹

ตามแนวคำพิพากษาฎีกา การกระทำที่เป็นความผิดฐานอนาจาร ได้แก่

(1) จับแขนหญิงดึงในร้านกาแฟ เพราะหญิงไม่ยอม โดยเข้าใจว่าหญิงเป็นนครโสเภณี เป็นการใช้อำนาจด้วยกำลังกายกระทำแก่หญิงให้อับอายขายหน้าต่อประชาชน⁸⁰

(2) ใช้กำลังกายเข้ากอดปล้ำหญิงโดยหญิงไม่ยินยอม⁸¹

(3) จับนมผู้เสียหายโดยไม่ปรากฏว่าผู้เสียหายได้อนุญาตยินยอมนั้น เป็นการใช้อำนาจประทุษร้ายตามมาตรา 278⁸²

(4) ใช้กำลังกอดรัดและบีบเค้นของสงวนบริเวณหน้าอกของผู้เสียหายจนระบมฟกช้ำ เป็นการประทุษร้ายต่อร่างกายตามมาตรา 278⁸³

⁷⁹ จิตติ ดิงศภทิพย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญาภาค 2 ตอน 1, หน้า 744-745.

⁸⁰ คำพิพากษาฎีกาที่ 569/2479 20 ธศ. 700. (ธศ. หมายถึง ธรรมสาร)

⁸¹ คำพิพากษาฎีกาที่ 939/2487 2487 ฎ.614.

⁸² คำพิพากษาฎีกาที่ 1279/2506 2506 ฎ.1719.

⁸³ คำพิพากษาฎีกาที่ 2453/2515 2515 ฎ.ธ.1441.

ส่วนกรณีที่ตัดสินว่าไม่เป็นการกระทำอนาจาร เช่น การจุดหญิงที่เป็นคนรักใคร่กันมาก่อน แต่กิริยาที่จุดไม่รุนแรง แสดงให้เห็นว่าเป็นการกระทำเพื่อหยอกเย้า⁸⁴

จากที่กล่าวมาแล้วข้างต้น จะเห็นได้ว่ากรณีจะเป็นความผิดฐานอนาจารจะต้องเป็นการกระทำแก่เนื้อตัวร่างกาย อันมีลักษณะให้เกิดความอับอายในทางเพศหรือไม่สมควรในทางเพศ ซึ่งมีใช้การข่มขืนกระทำชำเราหรือพยายามข่มขืนกระทำชำเรา และหากเปรียบเทียบกับกรณีส่องเห็นทางเพศในที่ทำงานแล้ว พิจารณาได้ว่าโดยทั่วไปกรณีที่เกิดเป็นการกระทำอนาจารจะต้องเป็นการใช้กำลังทางกายภาพประทุษร้ายต่อร่างกายตามนัยมาตรา 1(6) แห่งประมวลกฎหมายอาญา เช่น กอดรัด กอดปล้ำ หรือสัมผัสจับต้องบิบบัดนอวัยวะทางเพศอย่างใดอย่างหนึ่ง เช่น จับนม จับอวัยวะเพศ หรือหากเป็นการจับมือก็จะมีใช้การจับตามธรรมดา แต่จะเป็นการจับโดยใช้แรงดึง เช่น ชื้อเท็จจริงตามคำพิพากษาฎีกาที่ 569/2479 ที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น ในขณะที่พฤติกรรมของการส่องเห็นทางเพศในที่ทำงานหากเป็นเพียงคำพูดก็จะไม่ถือเป็นการกระทำอนาจารอยู่แล้ว เนื่องจากไม่ใช้การกระทำต่อเนื้อตัวร่างกายโดยตรง ส่วนพฤติกรรมที่เป็นการกระทำต่อเนื้อตัวร่างกาย เช่น จับสะโพก จับมือ ถือโอกาสแตะเนื้อต้องตัวเล็กน้อย หรือเข้ามาชิดใกล้เกินความจำเป็น นั้นไม่มีลักษณะเป็นการใช้กำลังทางกายภาพที่รุนแรง อันจะถือเป็นความผิดอนาจารได้ ทั้งนี้โดยเทียบเคียงกับแนวคำพิพากษาฎีกาที่กรณีจะต้องเป็นการกอดรัด กอดปล้ำ หรือจับต้องอวัยวะของสงวนอย่างใดอย่างหนึ่ง และเทียบเคียงคำพิพากษาฎีกาที่ศาลได้เคยตัดสินว่าการจุดหญิงที่เคยรักใคร่กันมาก่อน ซึ่งกิริยาจุดไม่รุนแรง ไม่เป็นการกระทำอนาจาร เป็นการชี้ให้เห็นว่าหากกิริยาที่แสดงออกมามีลักษณะการกระทำไม่รุนแรง ไม่ถือเป็นการกระทำผิดฐานอนาจาร

ดังนั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่าพฤติกรรมการส่องเห็นทางเพศในที่ทำงาน ไม่ถือเป็นความผิดฐานอนาจารตามเหตุผลที่กล่าวมาแล้วข้างต้น

4.6 พิจารณาขอบเขตการส่องเห็นทางเพศเทียบเคียงกับความผิดฐานละเมิด

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 บัญญัติว่า “ผู้ใดจงใจ หรือประมาทเลินเล่อทำต่อบุคคลอื่นโดยผิดกฎหมายให้เขาเสียหายถึงแก่ชีวิตก็ดี แก่ร่างกายก็ดี อนามัยก็ดี เสรีภาพก็ดี ทรัพย์สินหรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดก็ดี ท่านว่าผู้นั้นทำละเมิด จำต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อการนั้น”

⁸⁴ คำพิพากษาฎีกาที่ 602/2460 1 ฐส.311

บทบัญญัติมาตรานี้เป็นแม่บทแห่งกฎหมายว่าด้วยละเมิด เป็นบทบัญญัติว่าด้วยความรับผิดชอบของบุคคลในการกระทำของตนเอง ซึ่งหมายความว่า บุคคลใดที่กระทำการเข้าหลักเกณฑ์ดังบัญญัติไว้ในมาตรานี้ กฎหมายถือว่าทำละเมิด จะต้องรับผิดชอบในการกระทำของตนเองนั้น

ตามมาตรา 420 สามารถแยกหลักเกณฑ์แห่งการทำละเมิด ดังนี้

ส่วนที่ 1 ความหมายของคำว่า “ผู้ใด”

ส่วนที่ 2 การกระทำ

ส่วนที่ 3 โดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ

ส่วนที่ 4 โดยผิดกฎหมาย

ส่วนที่ 5 มีความเสียหายแก่บุคคลอื่น

ส่วนที่ 6 ความเสียหายนั้นเป็นผลจากการกระทำของผู้ทำความเสียหาย⁸⁵

1 ความหมายของคำว่า “ผู้ใด” ในมาตรา 420 หมายถึง บุคคลซึ่งเป็นผู้ทำละเมิดเอง กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ ผู้ซึ่งลงมือกระทำละเมิดนั่นเอง ซึ่งอาจเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลก็ได้⁸⁶

ในกรณีนี้หมายถึงบุคคลธรรมดานั้น รวมถึงบุคคลทุกประเภท ไม่ว่าจะบุคคลที่บรรลุนิติภาวะแล้ว หรือผู้เยาว์ บุคคลวิกลจริต คนไร้ความสามารถ แต่จะเป็นการกระทำละเมิดหรือไม่ต้องพิจารณาว่า รู้สำนึกในการเคลื่อนไหวของตนหรือไม่ ส่วนนิติบุคคลนั้นก็อาจเป็นผู้ทำละเมิดหรือถูกทำละเมิดได้เช่นกัน

นอกจากนี้ คำว่า “ผู้ใด” อาจหมายรวมถึงบุคคลที่ต้องรับผิดชอบในการกระทำของบุคคลอื่น หรือความเสียหายที่เกิดจากทรัพย์สินหรือสิ่งของด้วย ถ้าหากบุคคลที่ต้องรับผิดชอบนั้นมีการกระทำด้วย⁸⁷

2 การกระทำ หมายความว่า การเคลื่อนไหวของร่างกาย โดยรู้สำนึกในการเคลื่อนไหวนั้น เป็นการกระทำของร่างกายที่อยู่ในบังคับของจิตใจ การเคลื่อนไหวในเวลาหลับเวลาละเมอ หรือเวลาไม่รู้สึกรู้ตัวอย่างอื่น เช่น เวลาป่วยไม่มีสติ วิกลจริต เมาสู่ราถึงขนาดไม่รู้ตัว เด็กที่ยังเล็กไม่รู้เดียงสาว่า

⁸⁵ไพจิตร ปุญญพันธุ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะละเมิด พิมพ์ครั้งที่ 7 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2538), หน้า 5-6.

⁸⁶ศักดิ์ สนองชาติ, คำอธิบายโดยย่อประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยละเมิดและความรับผิดชอบทางละเมิด ตามพระราชบัญญัติความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2540), หน้า 7.

⁸⁷ไพจิตร ปุญญพันธุ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะละเมิด, หน้า 6.

ทำอะไรลงไป การสะดุ้งผวาโดยสัญชาตญาณเพราะไร้สติควบคุมไม่เป็นการกระทำตามความหมายของกฎหมาย⁸⁸

การกระทำในทางละเมียดยอมหมายถึงรวมถึงการงดเว้นกระทำอันเป็นผลให้เกิดความเสียหายขึ้นด้วย การงดเว้นกระทำก็คือ การงดเว้นไม่เคลื่อนไหวร่างกายได้บังคับของจิตใจเช่นกัน และการงดเว้นกระทำนั้น หมายความว่าบัญญัติไว้ในมาตรา 59 วรรคห้า แห่งประมวลกฎหมายอาญา กล่าวคือ งดเว้นการที่จักต้องทำเพื่อป้องกันผล⁸⁹

3 โดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ การกระทำที่จะเป็นละเมียดนั้นจะต้องเป็นการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ อย่างไรก็ตามเป็นการกระทำโดยจงใจนั้นหมายความถึงบุคคลนั้นรู้สำนึกถึงผลหรือความเสียหายที่จะเกิดจากการกระทำของตน ถ้ารู้ว่าจะเกิดผลหรือความเสียหายแก่ผู้อื่นแล้ว ก็เป็นจงใจ โดยไม่จำเป็นต้องรู้จักตัวผู้ที่จะได้รับความเสียหาย⁹⁰

กระทำโดยจงใจมีความหมายกว้างกว่ากระทำโดยเจตนาตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59 เพราะกระทำโดยเจตนา ผู้กระทำต้องประสงค์ต่อผลหรือยอมเล็งเห็นผลของการกระทำนั้น เช่น ก. ใช้เท้าถีบ ข. โดยเจตนาทำร้ายร่างกาย ข. ล้มศีรษะขาดพื้นถึงแก่ความตาย ก. มิได้ประสงค์ต่อผลคือความตายของ ข. และมีได้เล็งเห็นผลว่าการกระทำของตนจะทำให้ ข. ถึงแก่ความตาย ก. จึงมีความผิดฐานฆ่าคนตายโดยไม่เจตนาตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 290 แต่เป็นการกระทำละเมียดโดยจงใจอันเป็นเหตุให้ ข. ถึงแก่ความตาย เพราะ ก. กระทำโดยรู้สำนึกถึงผลเสียหายที่จะเกิดจากการกระทำของตน แม้ไม่ทราบว่าจะเกิดความเสียหายมากถึงเพียงนั้นก็ตาม ดังนั้น กระทำโดยเจตนาจึงเป็นการกระทำโดยจงใจ แต่กระทำโดยจงใจอาจไม่ใช่กระทำโดยเจตนาเสมอไป⁹¹

⁸⁸ ศักดิ์ สนองชาติ, คำอธิบายโดยย่อประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยละเมิดและความรับผิดทางละเมิด ตามพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539, หน้า 7.

⁸⁹ สุขุม ศุภนิศย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะละเมิด พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2537), หน้า 14.

⁹⁰ ไพจิตร ปุญญพันธ์, คำอธิบายประมวลประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะละเมิด, หน้า 8.

⁹¹ ศักดิ์ สนองชาติ, คำอธิบายโดยย่อประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยละเมิดและความรับผิดทางละเมิด ตามพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539, หน้า 17.

ส่วนกระทำโดยประมาทเลินเล่อ นั้น หมายความว่า กระทำโดยมิได้ตั้งใจ แต่กระทำโดยปราศจากความระมัดระวัง ซึ่งบุคคลในภาวะเช่นนั้น จักต้องมีตามวิสัยและพฤติการณ์และผู้กระทำ อาจใช้ความระมัดระวังเช่นว่านั้นได้ แต่หาได้ใช้ให้เพียงพอไม่

การวินิจฉัยว่าผู้กระทำได้กระทำไปโดยประมาทหรือไม่ ให้พิจารณาจากการกระทำว่าผู้กระทำ ได้ใช้ความระมัดระวังเพียงพอหรือไม่ในวิสัยและพฤติการณ์เช่นนั้น โดยสมมติบุคคลขึ้นเปรียบเทียบ และบุคคลที่สมมติต้องให้มีสภาพทางร่างกายเช่นเดียวกับผู้กระทำ แต่มีสติปัญญาความสามารถทางจิตใจเป็นปกติสำหรับบุคคลในสภาพทางร่างกายเช่นนั้น บุคคลที่สมมติขึ้นนี้ต้องอยู่ในพฤติการณ์ภายนอกเช่นเดียวกับผู้กระทำด้วย⁹² ถ้าบุคคลที่สมมติขึ้นจะไม่กระทำโดยขาดความระมัดระวังเหมือนเช่นผู้กระทำนั้นกระทำได้ ผู้กระทำก็ได้ชื่อว่ากระทำโดยประมาทเลินเล่อ แต่ถ้าบุคคลที่สมมติขึ้นก็จะกระทำการเช่นเดียวกับผู้กระทำที่นำมาพิจารณาแล้ว แม้ผู้กระทำจะก่อความเสียหายขึ้นก็ไม่ถือว่าผู้กระทำได้กระทำไปโดยประมาทเลินเล่อ⁹³

คำว่า "ทำต่อบุคคลอื่น" ตามมาตรา 420 มิได้หมายความว่าเพียงการกระทำในทางเคลื่อนไหวร่างกายโดยแสดงกิริยาอาการหรือทางวาจาเท่านั้น ยังหมายถึงการงดเว้นไม่กระทำอีกด้วย แต่ต้องเป็นการงดเว้นไม่กระทำการตามที่มีหน้าที่ต้องทำ หน้าที่นี้อาจเกิดจากกฎหมายเกิดจากสัญญา หรือเกิดจากความสัมพันธ์ทางข้อเท็จจริงที่มีอยู่ระหว่างผู้งดเว้นกับผู้เสียหายก็ได้หรือเป็นผลมาจากฐานะทางข้อเท็จจริงซึ่งผู้งดเว้นได้ก่อขึ้น

4 โดยผิดกฎหมาย อันที่จริงแล้ว คำว่า "โดยผิดกฎหมาย" ตามมาตรา 420 นี้ มีความหมายแต่เพียงว่า "มิชอบด้วยกฎหมาย" (Unlawful) ดังเช่นที่บัญญัติไว้ในมาตรา 421 เท่านั้น (ฉบับร่างภาษาอังกฤษของมาตรา 420 นี้ ก็ใช้คำว่า "Unlawful" ตรงกับคำว่า "มิชอบด้วยกฎหมาย" ในมาตรา 421) กล่าวคือ ถ้าได้กระทำโดยไม่มีสิทธิ หรือข้อแก้ตัวหรืออำนาจตามกฎหมายให้ทำได้แล้ว ก็ถือว่าเป็นการกระทำโดยผิดกฎหมาย ถ้ากระทำโดยมีสิทธิหรืออำนาจตามกฎหมาย แม้จะเกิดความเสียหาย

⁹²ไพจิตร บุญญพันธุ์, คำอธิบายประมวลประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะละเมิด, หน้า 10.

⁹³วารี นาสกุล, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยละเมิดจัดการงานนอกสั่ง ลามิควรวัด พิมพ์ครั้งที่ 9 (กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2532), หน้า 37.

แก่บุคคลอื่น ก็ไม่เป็นผิดกฎหมาย⁹⁴ แต่การใช้สิทธินั้นต้องใช้สิทธิภายในขอบเขตหรือตามความมุ่งหมายที่ก่อตั้งสิทธินั้น ถ้าใช้สิทธิเกินขอบเขตหรือแตกต่างไปจากความมุ่งหมายที่ก่อตั้งสิทธิจนเกิดความเสียหายแก่ผู้อื่น ก็ถือเป็นละเมิดได้ ทั้งนี้ ตามมาตรา 421 ที่บัญญัติว่า "การใช้สิทธิซึ่งมีแต่จะให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่นนั้น ท่านว่าเป็นการอันมิชอบด้วยกฎหมาย"

อนึ่ง ความยินยอมไม่ทำให้เป็นละเมิด ถ้าผู้เสียหายยินยอมให้ผู้ใดกระทำซึ่งตามปกติเป็นการอันผิดกฎหมายแก่ตนแล้ว ผู้กระทำก็ย่อมมีอำนาจทำได้ จึงไม่เป็นการผิดกฎหมายไปในตัว⁹⁵ นักกฎหมายบางท่าน⁹⁶ เห็นว่า ความยินยอมไม่ทำให้เป็นละเมิด เพราะเป็นการที่ผู้เสียหายยอมให้กระทำหรือยอมต่อการกระทำ หรือเข้าเสี่ยงรับความเสียหายโดยสมัครใจ จึงถือว่าไม่มีความเสียหายเกิดขึ้นแก่ผู้ที่ยอมเข้ารับความเสียหายนั้นเอง เมื่อไม่ถือว่ามีความเสียหายเกิดขึ้น การกระทำนั้นจึงไม่เป็นละเมิด

ความยินยอมต้องมีอยู่ในขณะทำละเมิดและไม่ใช่นิติกรรม แต่เป็นการแสดงเจตนาฝ่ายเดียวตลอดจนไม่ผูกพันผู้ให้ความยินยอมว่าต้องให้ความยินยอมอยู่เช่นนั้นตลอดไปอาจจะยกเลิกเพิกถอนเสียเมื่อใดก็ได้ เพราะบุคคลที่แสดงเจตนายอมไม่ผูกพันตามที่แสดงเจตนาตลอดไป อาจเปลี่ยนใจบังคับตามสิทธิของตนได้⁹⁷

5 มีความเสียหายแก่บุคคลอื่น

เมื่อมีการกระทำโดยผิดกฎหมายแล้ว จะเป็นละเมิดก็ต่อเมื่อมีความเสียหายเกิดขึ้นเนื่องจากการกระทำนั้น ถ้ายังไม่มีเสียหายเกิดขึ้นแก่บุคคลอื่น ก็ย่อมไม่เป็นละเมิด

การกระทำให้เกิดความเสียหายต่อบุคคลอื่น ตามมาตรา 420 นี้ก็คือ การกระทำอันเป็นการก้าวล่วงสิทธิของบุคคลซึ่งเป็นผู้ทรงสิทธิอันนั้น คำว่า "สิทธิ" หมายความว่า ประโยชน์ที่ได้รับการ

⁹⁴ไพจิตร ปุญญพันธุ์, คำอธิบายประมวลประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะละเมิด, หน้า 15.

⁹⁵เรื่องเดียวกัน, หน้า 21.

⁹⁶ศักดิ์ สนองชาติ, คำอธิบายโดยย่อประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยละเมิดและความรับผิดทางละเมิด ตามพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539, หน้า 50 และ สุขุม ศุภนิธย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะละเมิด, หน้า 42.

⁹⁷ไพจิตร ปุญญพันธุ์, คำอธิบายประมวลประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะละเมิด, หน้า 25.

รับรองและคุ้มครองโดยกฎหมายอันบุคคลใดมีอยู่แล้ว บุคคลอื่นมีหน้าที่ต้องเคารพประโยชน์นั้นก็ เป็น สิทธิ⁹⁸ เช่น ในกฎหมายมีบัญญัติลงโทษการด่าไว้ในกฎหมายอาญา ฉะนั้น จึงต้องถือว่ากฎหมายรับรองว่าบุคคลมีสิทธิที่จะไม่ให้ใครมาด่าและให้ความคุ้มครองไว้สำหรับการนั้น ดังนั้น การที่จำเลยด่า โจทก์จึงเป็นการทำให้เสียหายต่อสิทธิของโจทก์ เป็นการละเมิดสิทธิของโจทก์ตามมาตรา 420

ลักษณะของความเสียหายที่ผู้เสียหายจะพึงเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนได้นั้น จะต้อง มี ลักษณะดังนี้⁹⁹

(1) ต้องเป็นความเสียหายที่แน่นอน อาจเป็นความเสียหายที่เป็นตัวเงิน คือ สามารถคำนวณ เป็นเงินได้ เช่น ค่ารักษาพยาบาล ค่าขาดประโยชน์เพราะไม่ได้ประกอบกิจการหรือความเสียหายที่เกิดแก่ทรัพย์สิน¹⁰⁰ หรืออาจเป็นความเสียหายที่คำนวณเป็นเงินไม่ได้ ได้แก่ ความเสียหายที่เกิดแก่ จิตใจหรือความรู้สึก เช่น ความเจ็บปวด ความเศร้าเสียใจ เป็นต้น

ความเสียหายที่แน่นอน นอกจากเกิดในปัจจุบัน ยังรวมถึงผลที่จะเกิดในอนาคตด้วย ดังที่ มาตรา 447 บัญญัติไว้ แต่ไม่รวมถึงความเสียหายที่ไม่แน่นอน ซึ่งเป็นแต่เพียงคาดหมายว่าจะเกิดหรือไม่เกิดก็ได้ จึงไม่ถือว่าเป็นความเสียหาย¹⁰¹

(2) ต้องเป็นความเสียหายตามกฎหมาย กล่าวคือ เป็นความเสียหายที่กฎหมายยอมรับรอง ถ้าเป็นความเสียหายโดยพฤตินัย เช่น ผู้เสียหายยินยอมให้กระทำ แม้จะเกิดความเสียหายก็ไม่ใช่ ความเสียหายตามกฎหมายอันจะเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนได้ หญิงยินยอมร่วมประเวณีกับชาย โดยถูกชายหลอกลวงว่าจะเลี้ยงดูเป็นภริยานั้น ไม่ถือว่าเป็นการทำละเมิดต่อหญิง หญิงฟ้องเรียก ค่าเสียหายไม่ได้ ที่ว่าเป็นความเสียหายตามกฎหมายนั้น หมายความว่า การละเมิดสิทธิของผู้อื่นเป็น

⁹⁸ไพจิตร ปุญญพันธ์, คำอธิบายประมวลประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะละเมิด, หน้า 30.

⁹⁹ศักดิ์ สมองชาติ, คำอธิบายโดยย่อประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยละเมิดและความรับผิดทางละเมิด ตามพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539, หน้า 58.

¹⁰⁰ประจักษ์ พุทธิสมบัติ, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะละเมิดและจัดการงานนอกสั่ง พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร : ศรีสมบัติการพิมพ์ จำกัด, 2535), หน้า 40.

¹⁰¹จิตติ ดิงศภัทย์, มูลแห่งหนี้, พิมพ์ครั้งที่ 5 (2526), หน้า 192.

ผิดกฎหมายอยู่ในตัวโดยไม่ต้องมีกฎหมายบัญญัติว่า การกระทำเช่นนั้นเป็นความผิดกฎหมาย เว้นแต่ผู้กระทำจะมีอำนาจกระทำเช่นนั้นได้¹⁰²

(3) ต้องเป็นความเสียหายต่อสิทธิของบุคคลอื่น กล่าวคือ เสียหายแก่ชีวิต แก่ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ ทรัพย์สิน หรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด ซึ่งกฎหมายรับรองคุ้มครอง หากไม่มีกฎหมายรับรองก็เรียกค่าสินไหมทดแทนไม่ได้ สำหรับสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว (Right of privacy) เดิมไม่มีกฎหมายรับรอง เพิ่งนำมาบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 มาตรา 47 และต่อมารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 34 ได้บัญญัติรับรองไว้เช่นเดียวกันว่า สิทธิของบุคคลในความเป็นอยู่ส่วนตัว ย่อมได้รับความคุ้มครอง ดังนั้น บุคคลจึงมีสิทธิที่จะมีชีวิตส่วนตัวหรืออยู่อย่างเป็นส่วนตัวโดยสงบสุขปราศจากการรบกวนใด ๆ ใครจะแอบดู แอบฟัง หรือแอบถ่ายภาพ หรือกระทำการใด ๆ อันเป็นการรบกวนโดยไม่ได้รับความยินยอมหาได้ไม่¹⁰³ เช่น กรณีที่แอบดูหญิงแก้ผ้าอาบน้ำในห้องน้ำซึ่งฝาห้องติดกัน โดยการเจาะรูฝาห้องหรือตามรอยแตก โดยผู้ดูอยู่ในบ้านของตนเอง ไม่เป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 397 เพราะมิใช่กระทำในที่สาธารณะหรือต่อหน้าธารกำนัล จึงไม่มีความผิดทางอาญา แต่อาจเป็นความผิดทางแพ่งว่าด้วยละเมิด เพราะเป็นการรบกวนหรือก้ำก้วงสิทธิความเป็นอยู่ส่วนตัวของหญิงนั้น การแอบดูหญิงแก้ผ้าอาบน้ำย่อมทำให้เกิดความเสียหายแก่หญิงนั้นแล้ว การกระทำดังกล่าวจึงเป็นการกระทำละเมิดต่อสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดของบุคคลตามมาตรา 420

การทำให้เสียหายแก่บุคคลอื่นตามมาตรา 420 มีดังนี้¹⁰⁴

- ก. ทำให้เสียหายแก่ชีวิต หมายความว่า การทำให้บุคคลอื่นถึงแก่ความตาย
- ข. ทำให้เสียหายแก่ร่างกาย หมายความว่า การทำให้บุคคลอื่นได้รับความเสียหายเป็นภัยแก่ร่างกาย รวมตลอดถึงประสาทอันเป็นส่วนหนึ่งของร่างกายด้วย

¹⁰² ประจักษ์ พุทธิสมบัติ, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะละเมิดและจัดการงานนอกสั่ง, หน้า 40.

¹⁰³ ศักดิ์ สนองชาติ, คำอธิบายโดยย่อประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยละเมิดและความรับผิดทางละเมิด ตามพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539, หน้า 59.

¹⁰⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 59-60.

ค. ทำให้เสียหายแก่อนามัย หมายความว่า การทำให้บุคคลอื่นเสื่อมเสียสุขภาพหรือทำให้เดือดร้อน เพราะกลิ่น เสียง ควัน น้ำเน่า

ง. ทำให้เสียหายแก่เสรีภาพ หมายความว่า การข่มขืนใจให้บุคคลอื่นกระทำการหรือจำยอมต่อสิ่งใด อันทำให้ขาดเสรีภาพในการเคลื่อนไหว

จ. ทำให้เสียหายแก่ทรัพย์สิน หมายความว่า การเอาทรัพย์สินของบุคคลอื่นไปหรือทำลายทำให้เสื่อมค่า ทำให้ไร้ประโยชน์ รวมตลอดถึงการใช้สิทธิอันเป็นเหตุให้เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ได้รับความเดือดร้อนเสียหาย หรือเดือดร้อนเกินที่ควรคิดหรือคาดหมายตามมาตรา 1337 ด้วย

ฉ. ทำให้เสียหายแก่สิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด หมายความว่า การทำให้บุคคลอื่นเสียหายอย่างหนึ่งอย่างใด นอกเหนือจากสิทธิดังกล่าวข้างต้น และสิทธินั้นมีกฎหมายรับรองคุ้มครอง เช่น สิทธิส่วนตัว สิทธิตามสัญญา หากบุคคลนอกสัญญาทำให้เสียหายย่อมเป็นละเมิด

6. ความเสียหายนั้นเป็นผลจากการกระทำของผู้ทำความเสียหาย

เมื่อมีความเสียหายเกิดขึ้นแล้วก็ต้องพิจารณาต่อไปว่า ความเสียหายนั้นเป็นผลอันเกิดจากการกระทำของผู้ทำละเมิดหรือไม่ ถ้าไม่ใช่ผลอันเกิดจากการกระทำของผู้กระทำแล้ว ถือว่าไม่มีความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำกับผลของการกระทำ ผู้กระทำก็ไม่ต้องรับผิดชอบเพื่อความเสียหายนั้น¹⁰⁵

จากที่กล่าวมาแล้วข้างต้นสรุปได้ว่า ความรับผิดชอบละเมิดตามมาตรา 420 นั้น จะต้องเป็นการกระทำที่ทำให้เกิดความเสียหายต่อบุคคลอื่นโดยเป็นการกระทำอันล่วงสิทธิผิดหน้าที่ กล่าวคือกระทำโดยไม่มีสิทธิหรืออำนาจตามกฎหมายให้ทำได้ ซึ่งทำให้เสียหายต่อสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดของผู้อื่น ทั้งนี้สิทธิหมายความว่าถึงประโยชน์ที่ได้รับการรับรองและคุ้มครองโดยกฎหมายอันบุคคลมีอยู่แล้ว ซึ่งบุคคลอื่นมีหน้าที่ต้องเคารพประโยชน์นั้น เช่น ศาลฎีกาได้เคยวินิจฉัยไว้ว่า “ในกฎหมายมีบัญญัติลงโทษการด่าไว้ในกฎหมายอาญา ฉะนั้นจึงต้องถือว่ากฎหมายรับรองว่าบุคคลมีสิทธิที่จะไม่ให้ใครมาด่าและให้ความคุ้มครองไว้สำหรับการนั้น ฉะนั้นการที่จำเลยด่าโจทก์จึงเป็นการทำให้เสียหายต่อสิทธิของโจทก์ เป็นการละเมิดสิทธิของโจทก์ตามมาตรา 420”¹⁰⁶

นอกจากนี้สิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว (Right of privacy) ซึ่งเดิมไม่มีกฎหมายรับรองนั้น ในปัจจุบันก็ได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยแล้วว่าบุคคลย่อมมีสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว มีชีวิตส่วนตัว โดยสงบสุข ปราศจากการรบกวนใด ๆ และไม่ให้ใครเข้ามายุ่งเกี่ยวเกิน

¹⁰⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 62.

¹⁰⁶ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 124/2487 2487 ฎ.132.



สมควร เกินขอบเขต ดังนั้น ใครจะแอบดู แอบฟัง แอบถ่ายภาพ หรือกระทำการใด ๆ อันเป็นการรบกวนโดยไม่ได้รับความยินยอมจากบุคคลดังกล่าวหาได้ไม่ หากมีการกระทำได้ถือเป็นการเข้าไปยุ่งเกี่ยวเรื่องส่วนตัวอันเป็นสิทธิส่วนตัวของผู้อื่นทำให้ได้รับความเสียหายซึ่งเป็นละเมิดได้ แต่ทั้งนี้จะต้องพิจารณาจากข้อเท็จจริงเป็นเรื่อง ๆ ไป เช่น หากเป็นเรื่องเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนก็น่าจะมีสิทธิทำได้ ซึ่งไม่ทำให้เป็นละเมิด ดังนั้น จะเห็นได้ว่าสิทธินั้นจะเป็นสิทธิอย่างไรก็ได้ ตามที่มีกฎหมายรับรองและคุ้มครองให้ ส่วนที่บัญญัติไว้ในมาตรา 420 ว่าทำต่อบุคคล..... ให้เขาเสียหายแก่ชีวิตก็ดี ร่างกายก็ดี อนามัยก็ดี เสรีภาพก็ดี เป็นเพียงตัวอย่างที่กฎหมายแสดงเอาไว้เท่านั้น อย่างไรก็ตามหากผู้ถูกระบายยอมให้กระทำหรือเสี่ยงเข้ารับการเสียหายเองแล้ว ผู้กระทั่วย่อมมีอำนาจทำได้ จึงไม่เป็นการผิดกฎหมาย อันเป็นความรับผิดชอบละเมิด

จากหลักเกณฑ์ดังกล่าว หากนำมาพิจารณาเปรียบเทียบกับลักษณะพฤติกรรมการล่วงเกินทางเพศในที่ทำงานแล้ว จะเห็นได้ว่าบุคคลที่ถูกล่วงเกินทางเพศย่อมมีสิทธิส่วนตัว สิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว หรือสิทธิเสรีภาพในทางเพศ ที่จะไม่ให้ใครเข้ามายุ่งเกี่ยวเกินสมควร เกินขอบเขต กล่าวคือมีสิทธิเสรีภาพที่จะไปกินข้าว ดูหนังฟังเพลง หรือว่าพูดคุยในเรื่องตลกกลมกกับใครก็ได้ ซึ่งก็ต้องแล้วแต่ความพึงพอใจความสมัครใจส่วนตัวของตน บุคคลอื่นหาสิทธิที่จะบังคับหรือทำให้ผู้ถูกล่วงเกินทางเพศตกอยู่ในสถานการณ์บังคับในทางเพศ ต้องยินยอมในทางเพศ โดยอาศัยการที่มีอำนาจเหนือหรือตำแหน่งหน้าที่ที่มากดดัน ช่มชู้ เพื่อให้ได้รับผลประโยชน์ในทางเพศไม่ ซึ่งหากเป็นการกระทำโดยผู้ถูกระบายไม่ได้ยินยอมพร้อมใจ และไม่สามารถหลีกเลี่ยงได้ ก็จะทำให้เกิดความรู้สึกอึดอัดกดดัน ดังนั้น การล่วงเกินทางเพศในที่ทำงานดังกล่าวย่อมเป็นการกระทำละเมิดตามนัยมาตรา 420 อันผู้ถูกล่วงเกินทางเพศย่อมมีสิทธิเรียกค่าสินไหมทดแทนตามมูลละเมิดได้

ทั้งนี้ ในประเทศญี่ปุ่นก็มีแนวความคิดเกี่ยวกับกรณีการล่วงเกินทางเพศในที่ทำงานว่าเป็นการละเมิดสิทธิเสรีภาพในทางเพศของบุคคลที่จะมีสิทธิกำหนดเรื่องทางเพศด้วยตนเอง รวมทั้งมีสิทธิที่จะได้รับการทำงานในสภาวะแวดล้อมที่เหมาะสมด้วย ซึ่งทำให้ผู้ถูกล่วงเกินทางเพศมีสิทธิเรียกค่าเสียหายจากการกระทำได้ดังกล่าวได้ตามมาตรา 709 ของประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่น ซึ่งเป็นความรับผิดชอบละเมิด

อย่างไรก็ดี เกี่ยวกับเรื่องการล่วงเกินทางเพศในที่ทำงานนี้ ในประเทศไทยยังไม่เคยปรากฏคดีฟ้องร้องการกระทำได้ศาลแต่อย่างใด โดยจากการสัมภาษณ์เจ้าหน้าที่กองแรงงานหญิงและเด็ก กรมสวัสดิการและคุ้มครองแรงงาน พบว่าสาเหตุเนื่องมาจากการดำเนินคดีในกรณีดังกล่าว คดีมักจะจบหรือยุติลงในชั้นพนักงานสอบสวน เพราะเหตุว่าผู้เสียหายไม่กล้าที่จะดำเนินคดีเอาผิดกับ

ผู้กระทำโดยกล่าวว่าจะถูกแก้แค้น นอกจากนี้ไม่มีพยานหลักฐานที่จะสนับสนุนว่ามีเหตุการณ์ดังกล่าวเกิดขึ้นจริง เนื่องจากไม่มีผู้ใดกล้าเป็นพยานให้กับผู้เสียหาย โดยพยานเกรงว่าหากเปิดเผยเหตุการณ์ดังกล่าว จะได้รับผลกระทบเกี่ยวกับหน้าที่การงานของตน อีกทั้งผู้กระทำส่วนใหญ่จะเป็นผู้ที่มีอำนาจเหนือหรือมีสถานภาพทางสังคมสูงกว่าผู้เสียหาย จึงทำให้การดำเนินคดีเอาผิดกับผู้กระทำเป็นไปได้ยาก ดังนั้นกรณีนี้จะต้องรอฟังคำพิพากษาต่อไป

4.7 การล่วงเกินทางเพศตามพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541

4.7.1 ความเป็นมาและสาระสำคัญในการให้ความคุ้มครอง

พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 ซึ่งมีผลบังคับใช้ตั้งแต่วันที่ 19 สิงหาคม 2541 ได้บัญญัติถึงการล่วงเกินทางเพศไว้ดังนี้

มาตรา 16 บัญญัติว่า “ห้ามมิให้นายจ้างหรือผู้ซึ่งเป็นหัวหน้างาน ผู้ควบคุมงาน ผู้ตรวจงาน กระทำการล่วงเกินทางเพศต่อลูกจ้างซึ่งเป็นหญิงและเด็ก”

มาตรา 147 บัญญัติว่า “ผู้ใดฝ่าฝืนมาตรา 16 ต้องระวางโทษปรับไม่เกินสองหมื่นบาท”

ตามมาตรา 16 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงานนั้น มีที่มาจากกรณีที่นางสายสุรี จุติกุล ผู้แปรญัตติในการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. ขอแปรญัตติเพิ่มเติมความเป็นมาตรา 41 ทวิ มีความว่า “ห้ามมิให้นายจ้างกระทำหรือปล่อยให้ลูกจ้างซึ่งเป็นหัวหน้างาน ผู้ควบคุมงาน หรือผู้ตรวจงานกระทำการล่วงเกินทางเพศต่อลูกจ้างซึ่งเป็นหญิงหรือเด็ก ไม่ว่าจะโดยการกระทำทางกายหรือวาจาก็ตาม”

ทั้งนี้ ผู้แปรญัตติดังกล่าวเห็นว่า เพื่อเป็นการดูแลลูกจ้างที่เป็นหญิงและเด็กมิให้นายจ้างกระทำหรือไม่ดูแล ให้หัวหน้างาน ผู้ควบคุมงาน กระทำการล่วงเกินทางเพศแก่ลูกจ้างหญิงหรือเด็ก และเป็นการบังคับให้นายจ้างได้ควบคุมดูแลหัวหน้างาน ผู้ควบคุมงานมิให้กระทำดังกล่าวด้วย

ที่ประชุมคณะกรรมการฯ พิจารณาแล้วเห็นว่า การกระทำตามมาตรา 41 ทวิ เป็นเรื่องเฉพาะตัวของผู้กระทำ และการห้ามมิให้นายจ้างปล่อยให้ลูกจ้างซึ่งเป็นหัวหน้างาน ผู้ควบคุมงาน หรือผู้ตรวจงานกระทำการล่วงเกินทางเพศแก่ลูกจ้างโดยเฉพาะทางวาจา เป็นการเขียนข้อความที่กว้างเกินไป ในทางปฏิบัตินายจ้างไม่สามารถควบคุมได้ และการล่วงเกินด้วยวาจาอาจเกิดปัญหาได้ ที่ประชุมฯ ได้พิจารณาอย่างกว้างขวางแล้วเห็นว่า เพื่อเป็นการป้องปรามมิให้นายจ้างหรือผู้ซึ่งเป็นหัวหน้างาน ผู้ควบคุมงาน หรือผู้ตรวจงานกระทำการล่วงเกินทางเพศต่อลูกจ้างซึ่งเป็นหญิง

และเด็ก จึงเห็นควรให้เขียนกำหนดไว้โดยมีการแก้ไขถ้อยคำให้เหมาะสม เพื่อไม่ให้เกิดปัญหาขึ้นในอนาคต

อย่างไรก็ดี มีกรรมวิธีการบางส่วนไม่เห็นด้วย เนื่องจากเห็นว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำเฉพาะตัวของผู้กระทำ ไม่ควรให้นายจ้างต้องรับผิดชอบในการกระทำของผู้อื่น

ท้ายที่สุด ที่ประชุมพิจารณาแล้วมีมติเห็นด้วยในหลักการโดยมีการแก้ไขเพิ่มเติมบางส่วน ซึ่งผู้แปรญัตติก็พอใจ

ดังนั้น มาตรา 41 ทวิ ที่ได้แก้ไขใหม่เป็นดังนี้

มาตรา 41 ทวิ ห้ามมิให้นายจ้างหรือผู้ซึ่งเป็นหัวหน้างาน ผู้ควบคุมงาน หรือผู้ตรวจงาน กระทำการล่วงเกินทางเพศต่อลูกจ้างซึ่งเป็นหญิงหรือเด็ก

ทั้งนี้ เนื่องจากมาตรา 41 ทวิ เป็นการกระทำเฉพาะตัวของผู้กระทำผิด ที่ประชุมจึงเห็นควรให้กำหนดโทษของผู้กระทำการตามมาตราดังกล่าวในมาตรา 144 ทวิ โดยกำหนดว่า “ผู้ใดฝ่าฝืนมาตรา 41 ทวิ ต้องระวางโทษปรับไม่เกินสองหมื่นบาท”¹⁰⁷

ต่อมาในการพิจารณาทบทวนร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงานฉบับปัจจุบัน¹⁰⁸ ที่ประชุมคณะกรรมการฯ ได้พิจารณามาตรา 41 ทวิ อีกครั้ง โดยมีกรรมวิธีการบางส่วนเห็นว่าการบัญญัติกฎหมายเช่นนั้น อาจมีปัญหาได้ เพราะการกระทำการล่วงเกินทางเพศมีบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญาอยู่แล้ว จึงเป็นการซ้ำซ้อน รวมทั้งอาจมีปัญหาในการตีความคำว่า “การล่วงเกินทางเพศ” ว่ามีลักษณะอย่างไรด้วย

อย่างไรก็ตาม กรรมวิธีการบางส่วนกลับเห็นว่า การบัญญัติห้ามนายจ้างหรือผู้ซึ่งเป็นหัวหน้างานกระทำการดังกล่าวข้างต้น เป็นวิวัฒนาการของกฎหมาย เนื่องจากกรณีดังกล่าวในโรงงานต่าง ๆ เดิมมีปัญหาและมีการร้องเรียนอยู่เสมอ จึงควรได้รับการแก้ไข ดังนั้น ที่ประชุมคณะกรรมการฯ จึงมีมติให้คงตามร่างที่คณะกรรมการฯ ได้เพิ่มขึ้นใหม่

และเนื่องจากคณะกรรมการวิสามัญฯ ได้พิจารณาแล้วเห็นว่า มาตรา 41 ทวิ เป็นกรณีที่เกี่ยวข้องกับทั้งลูกจ้างหญิงและเด็ก จึงควรย้ายมาตรา 41 ทวิ ในหมวด 3 การใช้แรงงานหญิงมาเป็น

¹⁰⁷ บันทึกการประชุมคณะกรรมการแรงงานและสวัสดิการสังคม วุฒิสภา ครั้งที่ 62 วันอังคาร ที่ 4 พฤศจิกายน 2540.

¹⁰⁸ บันทึกการประชุมคณะกรรมการแรงงานและสวัสดิการสังคม วุฒิสภา ครั้งที่ 64 วันอังคาร ที่ 25 พฤศจิกายน 2540.

มาตรา 14 ตรี ในหมวด 1 ซึ่งเป็นบททั่วไป รวมทั้งได้แก้ไขความในมาตรา 144 ทวิ เพื่อให้สอดคล้องกับที่ได้ย้ายมาตรา 41 ทวิ เป็นมาตรา 14 ตรี ดังนี้

มาตรา 144 ทวิ ผู้ใดฝ่าฝืนมาตรา 14 ตรี ต้องระวางโทษปรับไม่เกินสองหมื่นบาท¹⁰⁹

อย่างไรก็ดี ต่อมาทั้งมาตรา 14 ตรี และมาตรา 144 ทวิ แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน ก็ได้มาปรากฏอยู่ในมาตรา 16 และมาตรา 147 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 ดังกล่าวข้างต้น

4.7.2 ข้อดีข้อเสียของการคุ้มครอง

(1) บทบัญญัติการล่วงเกินทางเพศในมาตรา 16 ดังกล่าวข้างต้น กฎหมายมุ่งคุ้มครองเพียงลูกจ้างซึ่งเป็นหญิงและเด็กเท่านั้น ข้อเท็จจริง ผู้ถูกกระทำอาจไม่อยู่ในฐานะลูกจ้าง โดยอาจเป็นผู้ที่อยู่ในระบบราชการก็ได้ ซึ่งหากมีการล่วงเกินทางเพศเกิดขึ้น ผู้เสียหายก็จะไม่ได้รับความคุ้มครองจากการกระทำดังกล่าวเลย นอกจากนี้ ผู้ถูกกระทำอาจเป็นชายก็ได้ ซึ่งก็จะไม่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายนี้เช่นกัน

(2) กฎหมายกำหนดไว้ว่า ห้ามมิให้นายจ้าง หัวหน้างาน ผู้ควบคุมงาน ผู้ตรวจงาน เป็นผู้กระทำการล่วงเกินทางเพศเท่านั้น ข้อเท็จจริง ผู้กระทำอาจเป็นเพื่อนร่วมงานหรือเป็นผู้บังคับบัญชาในระบบราชการ ซึ่งผู้กระทำก็จะไม่ได้รับผลกระทบหรือมีโทษจากการกระทำของตนแต่อย่างใด

(3) กฎหมายกำหนดไว้เพียงกว้าง ๆ โดยที่ประเทศไทยเองไม่คุ้นเคยกับกรณีดังกล่าว เนื่องจากเป็นเรื่องใหม่ อีกทั้งความเข้าใจในรูปแบบและการกระทำยังไม่ปรากฏชัด ซึ่งจะทำให้เกิดปัญหาในการตีความและการปรับใช้กฎหมายดังกล่าว

4.8 แนวทางในการบังคับใช้ความผิดฐานล่วงเกินทางเพศในที่ทำงาน วิเคราะห์เปรียบเทียบ กับแนวความคิดตามกฎหมายไทยและต่างประเทศ

ตามที่ได้ศึกษาวิเคราะห์มาแล้วในตอนต้นว่า ฐานความผิดในประมวลกฎหมายอาญาที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบัน ไม่ว่าจะเป็นความผิดฐานดูหมิ่นซึ่งหน้า (มาตรา 393) ความผิดฐานข่มเหงรังแก หรือกระทำด้วยประการใด ๆ ให้ผู้อื่นอับอายหรือเดือดร้อนรำคาญ (มาตรา 397) ความผิดฐาน

¹⁰⁹บันทึกการประชุมคณะกรรมการแรงงานและสวัสดิการสังคม วุฒิสภา ครั้งที่ 65 วันพฤหัสบดี ที่ 11 ธันวาคม 2540.

หมิ่นประมาท (มาตรา 326) ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา (มาตรา 276) และความผิดฐานกระทำอนาจาร (มาตรา 278) มีลักษณะและองค์ประกอบของความผิดไม่ครอบคลุมไปถึงลักษณะการกระทำของการล่วงเกินทางเพศในที่ทำงาน ส่วนการล่วงเกินทางเพศตามพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 ก็มีข้อบกพร่องที่ไม่ได้อธิบายว่าการกระทำอย่างไรถือเป็นการล่วงเกินทางเพศอันจะเป็นความผิด และยังคงคุ้มครองผู้ถูกระทำที่มีฐานะเป็นลูกจ้างที่เป็นหญิงและเด็ก ซึ่งข้อเท็จจริงผู้ถูกระทำอาจไม่ได้มีฐานะเป็นลูกจ้างตามกฎหมายแรงงาน เช่น เป็นข้าราชการ หรืออาจเป็นชายก็ได้ นอกจากนี้ ผู้กระทำอาจมิได้มีฐานะเป็นนายจ้าง หรือผู้ควบคุมงานเท่านั้น แต่อาจเป็นเพียงเพื่อนร่วมงานหรือผู้บังคับบัญชาตามระบบราชการก็ได้ ซึ่งไม่สอดคล้องกับเหตุการณ์และสภาพสังคมในปัจจุบัน ดังนั้น ผู้เขียนจะได้วิเคราะห์แนวความคิดตามกฎหมายไทยโดยนำกฎหมายต่างประเทศมาเป็นแนวทางในการปรับปรุงแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา รวมทั้งมาตรการเสริมอื่น ๆ ในการป้องกันและควบคุมการกระทำความผิดดังกล่าว ซึ่งพิจารณาได้ดังนี้

4.8.1 แนวทางในการบัญญัติความผิดฐานล่วงเกินทางเพศในที่ทำงานวิเคราะห์เปรียบเทียบกับประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 285

จากที่ผู้เขียนได้กล่าวในตอนต้นแล้วว่า การล่วงเกินทางเพศในที่ทำงานเป็นการกระทำที่มีลักษณะสำคัญ คือ เป็นการกระทำโดยอาศัยโอกาสที่ผู้กระทำมีอำนาจเหนือจากการดำรงตำแหน่งหน้าที่ หรืออาจจะไม่มีอำนาจเหนือ แต่อาศัยโอกาสที่มีตำแหน่งหน้าที่ที่จะต้องทำงานร่วมกับผู้ถูกระทำ มาแสวงหาผลประโยชน์ทางเพศเพื่อความพึงพอใจส่วนตัว โดยแสดงออกมาในรูปแบบพฤติกรรมต่าง ๆ เช่น ตะแคงเนื้อต้องตัว เข้ามาชิดใกล้เกินความจำเป็น หรือวิพากษ์วิจารณ์รูปร่างการแต่งกาย หรือพูดจาเชยชวนมีนัยในทางเพศ ทั้งนี้ พฤติกรรมการกระทำความผิดดังกล่าวไม่เข้าองค์ประกอบความผิดที่บังคับใช้อยู่ในประมวลกฎหมายอาญาฉบับปัจจุบัน แต่ได้ก่อให้เกิดผลเสียหายต่อผู้ถูกระทำ ไม่ว่าจะเป็นสภาวะจิตใจ สภาพร่างกาย รวมไปถึงผลกระทบต่อนหน้าที่การงานทั้งต่อตัวผู้ถูกระทำเอง และความเสียหายในเชิงเศรษฐกิจ หากผู้ถูกระทำต้องสูญเสียงานหรือลาออกจากราชการ ก็ต้องสูญเสียรายได้ที่จะใช้ในการดำรงชีพ หรือในแง่ที่องค์กรหน่วยงานนั้นต้องมีค่าใช้จ่ายในการฝึกอบรมบุคคลที่จะเข้าเริ่มงานใหม่ทดแทนผู้ที่ลาออกไป

ทั้งนี้ สาเหตุที่น่าจะต้องมีมาตรการมาควบคุมการกระทำความผิดดังกล่าวก็เนื่องมาจากเมื่อมีการล่วงเกินทางเพศในที่ทำงานเกิดขึ้น ผู้ถูกระทำไม่สามารถจะหลีกเลี่ยงได้ ต้องตกอยู่ในภาวะจำยอม

และสถานการณ์ที่ไม่พึงปรารถนา อัดอึด กดดัน เพราะเหตุที่ผู้กระทำมักจะเป็นผู้ที่มีอำนาจเหนือหรือมีอิทธิพลครอบงำผู้ถูกระทำ ซึ่งในการกระทำความผิดกรณีที่ผู้กระทำมีอำนาจเหนือหรือมีอิทธิพลครอบงำผู้ถูกระทำนั้น ได้มีบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 285 ซึ่งนำมาวิเคราะห์เปรียบเทียบได้ดังนี้

มาตรา 285 บัญญัติว่า ถ้าการกระทำความผิดตามมาตรา 276 มาตรา 277 มาตรา 277 ทวิ มาตรา 277 ตรี มาตรา 278 มาตรา 279 มาตรา 280 มาตรา 282 หรือมาตรา 283 เป็นการกระทำแก่ผู้สืบสันดาน ศิษย์ซึ่งอยู่ในความดูแล ผู้อยู่ในความควบคุมตามหน้าที่ราชการ หรือผู้อยู่ในความปกครอง ในความพิทักษ์หรือในความอนุบาล ผู้กระทำต้องระวางโทษหนักกว่าที่บัญญัติไว้ในมาตรานั้น ๆ หนึ่งในสาม

จากบทบัญญัติดังกล่าว พฤติการณ์ที่ทำให้ผู้กระทำต้องรับโทษหนักขึ้นตามมาตรานี้ ต้องเป็นการกระทำแก่

1. "ผู้สืบสันดาน" หมายถึง ผู้สืบสันดานตามความเป็นจริงอันได้แก่ บุตร หลาน หลานสาว และผู้สืบสันดานต่อ ๆ ไป ลงไปจนตลอดสาย ดังนั้น บุตรเลี้ยงหรือบุตรบุญธรรมจึงไม่อยู่ในความหมายของผู้สืบสันดานตามมาตรา 285 กล่าวคือ เฉพาะผู้สืบสันดานที่ชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น หากเป็นบุตรนอกกฎหมายน่าจะไม่ใช่ผู้สืบสันดานตามมาตรา 285 โดยพิเคราะห์ประกอบข้อความตอนที่ว่าด้วยความปกครอง ความพิทักษ์ ความอนุบาล ก็น่าจะเข้าใจเอาแต่เฉพาะผู้ที่มีสัมพันธ์กันตามกฎหมายเท่านั้น¹¹⁰

2. "ศิษย์ซึ่งอยู่ในความดูแล" มิได้หมายถึงเฉพาะผู้ที่มีความสัมพันธ์ในฐานะครูหรืออาจารย์ ซึ่งมีหน้าที่สอนหรือเคยสอนศิษย์เท่านั้น แต่ครูหรืออาจารย์นั้นต้องมีหน้าที่ควบคุมดูแลปกป้องรักษาตัวศิษย์และกระทำตามกฏหมายบัญญัติต่อศิษย์ในระหว่างมีหน้าที่ดังกล่าวด้วย¹¹¹ โดยศิษย์ต้องอยู่ในความดูแลของครูบาอาจารย์เป็นปกติธุระ ไม่ใช่ชั่วคราว ในลักษณะที่ครูบาอาจารย์นั้นมีอิทธิพลหรืออำนาจครอบงำเหนือศิษย์ดังกล่าว เช่น จำเลยเป็นครูสอนวิชาคณิตศาสตร์ในชั้นเรียนให้แก่ผู้เสียหาย ในขณะที่เกิดเหตุผู้เสียหายเป็นศิษย์อยู่ในความดูแลของจำเลย ทั้งต้องเชื่อฟังจำเลย

¹¹⁰จิตติ ดิงศภักดิ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 1, หน้า 772-773.

¹¹¹ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, ประมวลกฎหมายอาญา ฉบับอ้างอิง, หน้า 322.

ด้วย เมื่อจำเลยข่มขืนกระทำชำเราผู้เสียหายในขณะนั้น จำเลยจึงต้องมีความผิดตามมาตรา 277 ประกอบกับมาตรา 285¹¹²

3. “ผู้อยู่ในความควบคุมตามหน้าที่ราชการ” คำว่า “ควบคุม” มีความหมายกว้างกว่าที่บัญญัติในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 2 (21) และประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 1 (12) ดังนั้น จึงมีความหมายกว้างไม่ใช่เฉพาะบุคคลผู้ถูกจับกุม คุมตัว คุมขัง ระหว่างอยู่ในความควบคุมของเจ้าพนักงานชั้นจับกุม ชั้นสอบสวนหรือชั้นจำคุกโดยหมายศาล แต่ยังรวมถึงการควบคุมตามหน้าที่ราชการในกรณีอื่นด้วย เช่น ควบคุมในฐานะอันธพาลก็ได้ แต่ไม่หมายความถึงผู้ใหญ่บ้านกับลูกบ้านซึ่งมีหน้าที่รักษาความสงบเรียบร้อยของราษฎร มิใช่รักษาตัวบุคคลใดโดยตรง¹¹³ และไม่หมายถึงอธิบดีกับหัวหน้าแผนกซึ่งเป็นข้าราชการผู้น้อยได้บังคับบัญชา¹¹⁴

4. “ผู้อยู่ในความปกครอง ในความพิทักษ์ หรือในความอนุบาล” ได้แก่ ผู้ที่ยังไม่บรรลุนิติภาวะที่ไม่มีบิดา มารดา หรือบิดามารดาถูกถอนอำนาจปกครอง และถูกจัดให้มีผู้ปกครองระหว่างเป็นผู้เยาว์ตาม ปพพ. มาตรา 1585 หรือบุคคลวิกลจริตที่ศาลสั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถ และอยู่ในความอนุบาลของผู้อนุบาลตาม ปพพ. มาตรา 28 หรือคนเสมือนไร้ความสามารถที่ถูกจัดอยู่ในความพิทักษ์ตาม ปพพ. มาตรา 32 แล้วแต่กรณี ซึ่งต้องชอบด้วยกฎหมาย¹¹⁵

ตามมาตรา 285 นี้ เป็นบทบัญญัติให้ผู้กระทำต้องรับโทษหนักขึ้นในความผิดเกี่ยวกับการข่มขืนกระทำชำเราหรือกระทำอนาจาร เนื่องจากฐานะของผู้ถูกระทำหรือความสัมพันธ์ระหว่างผู้กระทำกับหญิงผู้ถูกระทำในลักษณะที่ผู้กระทำมีอิทธิพลหรืออำนาจเหนือหญิงผู้ถูกระทำ เช่น เป็นบุพการี ครูอาจารย์ หรือผู้พิทักษ์ เป็นต้น อันแสดงว่ากฎหมายประสงค์จะลงโทษผู้กระทำผิดที่อาศัยโอกาสที่ตนมีความสัมพันธ์กับผู้ถูกระทำในลักษณะที่มีอำนาจเหนือหรือมีอิทธิพลครอบงำผู้ถูกระทำ เพื่อให้การกระทำความผิดเป็นไปได้ง่ายและสะดวกขึ้น เนื่องจากในสถานการณ์ดังกล่าวผู้ถูกระทำจำต้องยอมอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ โดยอาจจะต้องเกรงกลัวว่าจะเกิดผลกระทบต่อนตนเอง อีกทั้งสังคมไทยก็ปลูกฝังมาตลอดว่าบุตรต้องเคารพเชื่อฟังบิดามารดา ศิษย์ต้องเคารพเชื่อฟังครูอาจารย์ ตัวอย่างเช่น พ่อกระทำอนาจารต่อลูกโดยข่มขู่ว่าหากไม่ยินยอมให้กระทำจะไม่เลี้ยงดูหรือ

¹¹² คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1189/2531 6 ก.ค.34.

¹¹³ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 987/2487 2487 ก.ค.66.

¹¹⁴ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2453/2515 2515 ก.ค.1141.

¹¹⁵ คณิต ณ นคร, กฎหมายอาญา ภาคความผิด. หน้า 192.

จะไล่ออกจากบ้าน ซึ่งในสถานการณ์เช่นนั้นลูกก็จะต้องยินยอมให้กระทำ ดังนั้น กฎหมายจึงบัญญัติไว้เป็นการป้องปรามและป้องกันมิให้เกิดการกระทำความผิดโดยอาศัยอำนาจเหนือหรืออิทธิพลครอบงำ จึงบัญญัติเพิ่มโทษไว้ในกรณีดังกล่าว

ทั้งนี้ หากจะนำมาเปรียบเทียบกับการล่วงเกินทางเพศในที่ทำงานแล้วจะเห็นได้ว่าผู้กระทำก็อาศัยโอกาสที่ตนมีตำแหน่งหน้าที่ มีอิทธิพล หรืออำนาจเหนือผู้ถูกระทำ มากระทำเพื่อให้ตนได้รับความพึงพอใจในทางเพศได้ง่ายและสะดวกขึ้นเช่นกัน ซึ่งชี้ให้เห็นว่าน่าจะต้องมีมาตรการในการเอาผิดและลงโทษผู้กระทำการล่วงเกินทางเพศในที่ทำงานด้วย โดยในการบัญญัติให้การล่วงเกินทางเพศในที่ทำงานเป็นความผิดก็ควรจะขยายลักษณะพิเศษในการมีอำนาจเหนือของผู้กระทำให้ชัดเจนด้วย

4.8.2 แนวทางในการบัญญัติความผิดฐานล่วงเกินทางเพศในที่ทำงานวิเคราะห์เปรียบเทียบกับหลักความรับผิดในการกระทำของบุคคลอื่นแบบเด็ดขาด

หากพิจารณาหลักเกณฑ์ในเรื่องความรับผิดในการกระทำของบุคคลอื่นแบบเด็ดขาด (Strict vicarious liability) ซึ่งในประเทศสหรัฐอเมริกาได้นำหลักนี้มาใช้สำหรับความรับผิดของนายจ้างในการล่วงเกินทางเพศของผู้ควบคุมงาน หรือลูกจ้าง ต่อลูกจ้างคนอื่น โดยนายจ้างจะต้องรับผิด หากการล่วงเกินทางเพศมีผลต่อการจ้างงานที่เป็นรูปธรรม เช่น ไล่ออก ลดขั้น หรือมอบหมายงานอื่น ซึ่งเป็นความรับผิดเด็ดขาด กล่าวคือ นายจ้างต้องรับผิดแม้จะไม่ได้ตั้งใจหรือประมาทเลินเล่อก็ตาม จะอ้างว่าไม่รู้ไม่เห็นหรือได้ใช้ความระมัดระวังตามสมควรในการป้องกันแล้วไม่ได้

จากหลักเกณฑ์ดังกล่าวชี้ให้เห็นว่า การล่วงเกินทางเพศในที่ทำงานถือเป็นการกระทำที่มีความรุนแรงพอสมควร อันน่าจะต้องมีมาตรการมาควบคุมการกระทำดังกล่าว เพราะเหตุว่าแม้ นายจ้างจะมีได้เป็นผู้ที่กระทำการล่วงเกินทางเพศด้วยตนเอง แต่ก็ยังต้องรับผิดในการล่วงเกินทางเพศของผู้ที่อยู่ในความควบคุมบังคับบัญชาที่ก่อให้เกิดผลร้ายแก่ผู้อื่น

ผู้เขียนเห็นว่าหลักความรับผิดในการกระทำของผู้อื่นแบบเด็ดขาดนี้ ไม่สมควรจะนำมาใช้เพื่อกำหนดความรับผิดกรณีมีการล่วงเกินทางเพศในที่ทำงานให้แก่ นายจ้างหรือผู้บังคับบัญชาในประเทศไทยแต่อย่างใด เนื่องจากการล่วงเกินทางเพศนี้เป็นการกระทำเฉพาะตัวของผู้กระทำ ซึ่งกระทำไปเพื่อประโยชน์คือความพึงพอใจในทางเพศของตนเอง และในทางปฏิบัติ นายจ้างหรือผู้บังคับบัญชาคงไม่สามารถจะควบคุมดูแลป้องกันการกระทำดังกล่าวได้อย่างทั่วถึง หากให้นายจ้าง

หรือผู้บังคับบัญชาต้องรับผิดชอบผู้อื่นในกรณีนี้ จะเป็นการไม่ยุติธรรมสำหรับนายจ้างหรือผู้บังคับบัญชา แต่อย่างไรก็ดี หลักในเรื่องความรับผิดชอบในการกระทำของบุคคลอื่นนี้ สามารถนำมาปรับใช้ได้ กล่าวคือ หากมีการบัญญัติฐานความผิดอาญาในกรณีการล่วงเกินทางเพศในที่ทำงาน ก็ไม่จำเป็นที่จะต้องพิสูจน์ให้ได้ถึงขนาดว่าผู้กระทำมีเจตนาในการล่วงเกินทางเพศ ซึ่งเป็นกรณีที่หาข้อเท็จจริงและพิสูจน์ได้ยาก โดยผู้กระทำอาจกล่าวอ้างว่ามีเจตนาเพียงจะหยอกเย้า ไม่ได้ต้องการความพึงพอใจหรือผลประโยชน์ในทางเพศก็ได้ ดังนั้น หากนำหลักเกณฑ์ในการรับผิดชอบแม้จะไม่ได้ตั้งใจหรือประมาทเลินเล่อมาปรับใช้ในกรณีดังกล่าว จะเป็นการสมควรและเหมาะสมอย่างยิ่ง โดยผู้กระทำการล่วงเกินทางเพศก็ต้องรับผิดชอบ แม้จะพิสูจน์ไม่ได้ว่ามีเจตนาในการกระทำหรือไม่ก็ตาม

โดยสรุป ผู้เขียนจึงเห็นควรที่จะบัญญัติความผิดฐานล่วงเกินทางเพศในที่ทำงานไว้ในประมวลกฎหมายอาญา เพื่อเอาผิดกับผู้กระทำและคุ้มครองผู้ที่ได้รับผลร้ายจากการกระทำดังกล่าว โดยหากพิจารณาเปรียบเทียบกับความผิดฐานล่วงเกินทางเพศตามประมวลกฎหมายอาญาของประเทศฝรั่งเศสแล้วจะเห็นได้ว่า ตามมาตรา 222-33 กำหนดให้การล่วงเกินทางเพศเป็นการกระทำใด ๆ ที่เป็นการรุกรานบุคคลอื่นโดยการใช้คำสั่ง การข่มขู่ หรือการบีบบังคับเพื่อให้ได้มาซึ่งประโยชน์ใด ๆ ในทางเพศ โดยการที่ผู้กระทำใช้อำนาจในตำแหน่งหน้าที่ที่ตนดำรงอยู่ ต้องระวางโทษจำคุก 1 ปี และปรับ 100,000 ฟรังก์ ซึ่งเป็นกรณีที่กฎหมายกำหนดให้บุคคลที่กระทำการใด ๆ โดยอาศัยอำนาจในตำแหน่งหน้าที่ที่ตนดำรงอยู่เพื่อให้ได้รับผลประโยชน์อันเป็นการล่วงเกินทางเพศจะต้องได้รับโทษจำคุกและปรับสำหรับการกระทำนั้น โดยหากประเทศไทยบัญญัติให้ผู้ใดก็ตามที่ล่วงเกินทางเพศจะต้องได้รับโทษตามประมวลกฎหมายอาญา ก็จะเป็นการขยายขอบเขตการควบคุมบุคคลทั่วไปมิให้กระทำการใด ๆ อันเป็นการล่วงเกินทางเพศบุคคลอื่น โดยไม่จำกัดอยู่เฉพาะผู้ที่คือนายจ้าง หัวหน้างาน หรือผู้ควบคุมงานตามกฎหมายแรงงานเท่านั้น นอกจากนี้ ก็จะเป็นการขยายขอบเขตความคุ้มครองบุคคลจากการถูกล่วงเกินทางเพศให้มีผลเป็นการทั่วไปเช่นกัน กล่าวคือ ไม่จำกัดอยู่เฉพาะผู้ที่มีฐานะเป็นลูกจ้าง ซึ่งเป็นผู้หญิงและเด็กเท่านั้น ซึ่งโทษที่ผู้กระทำผิดสมควรจะได้รับควรจะมีอัตราโทษใกล้เคียงกับโทษในการกระทำผิดฐานอนาจาร เนื่องจากพฤติกรรมการล่วงเกินทางเพศมีลักษณะใกล้เคียงกับการกระทำอนาจาร เพื่อให้สอดคล้องกับข้อเท็จจริงและสภาพสังคมในปัจจุบัน รวมทั้งเป็นการคุ้มครองป้องกันมิให้มีการกระทำความผิดดังกล่าวอันเป็นการรักษาไว้ซึ่งความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน

4.8.3 มาตรการเสริมในการควบคุมและป้องกันการล่วงเกินทางเพศในที่ทำงาน

จากการศึกษากฎหมายต่างประเทศกรณีการล่วงเกินทางเพศในที่ทำงาน พบว่าในแต่ละประเทศ ไม่ว่าจะเป็นสหรัฐอเมริกา ญี่ปุ่น และฝรั่งเศส ต่างก็มีมาตรการที่องค์กรหน่วยงานจะต้องดำเนินการในการป้องกันและควบคุม รวมไปถึงคุ้มครองผู้ที่ตกเป็นเหยื่อของการล่วงเกินทางเพศ ดังนี้

(1) การจัดทำนโยบายป้องกันการล่วงเกินทางเพศ โดยการอธิบายเกี่ยวกับพฤติกรรม การล่วงเกินทางเพศ และวิธีจัดการหรือดำเนินการเมื่อมีกรณีการล่วงเกินทางเพศเกิดขึ้น ซึ่งได้แก่การจัดทำคู่มือลูกจ้างหรือการจัดอบรมสัมมนา

(2) การมีกระบวนการภายในสำหรับการร้องทุกข์และให้คำปรึกษาเมื่อมีการล่วงเกินทางเพศเกิดขึ้น ซึ่งระบบในการร้องทุกข์จะต้องเป็นกลางและมีความยุติธรรม โดยจัดหาผู้ที่เหมาะสมจะเป็นผู้รับคำร้องเรียน และมุ่งจะช่วยเหลือเหยื่อผู้เสียหายและกำจัดการล่วงเกินทางเพศในที่ทำงาน

(3) การดำเนินการตอบสนองต่อการล่วงเกินทางเพศทันทีและเหมาะสมเมื่อมีการร้องทุกข์เกี่ยวกับกรณีดังกล่าว เช่น ในฝรั่งเศสและญี่ปุ่น ต่างก็มีบทลงโทษทางวินัยแก่ผู้กระทำด้วย

(4) จัดให้มีการป้องกันการแก้แค้นผู้เสียหายที่ร้องเรียนเกี่ยวกับการล่วงเกินทางเพศ เช่น ห้ามมิให้ไล่ออกหรือลงโทษทางวินัยแก่ผู้ที่ร้องเรียน เพื่อจูงใจให้ผู้ตกเป็นเหยื่อกล้าที่จะเปิดเผยเหตุการณ์ดังกล่าว

ทั้งนี้ หากประเทศไทยนำมาตรการดังกล่าวข้างต้นมาเป็นมาตรการเสริมในการบังคับใช้เกี่ยวกับการล่วงเกินทางเพศในที่ทำงาน ก็จะทำให้การควบคุมและป้องกันการล่วงเกินทางเพศเป็นไปได้และมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น นอกไปจากที่กำหนดเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาแต่อย่างไรก็ดี ข้อสำคัญที่จะทำให้เกิดกรณีการล่วงเกินทางเพศในที่ทำงานลดน้อยลงหรือไม่เกิดเลยก็น่าจะเป็นการปลูกฝังให้ผู้ชายซึ่งเป็นผู้ที่มีบทบาทและสถานภาพเหนือกว่าผู้หญิง เนื่องมาจากค่านิยมในสังคมไทย ซึ่งผู้ชายเป็นใหญ่นั้น รู้จักให้เกียรติผู้หญิง ไม่มองผู้หญิงเป็นเพียงวัตถุทางเพศที่สามารถกดขี่ทางเพศได้ โดยสร้างจิตสำนึกว่าไม่ว่าหญิงหรือชายก็มีศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์เท่าเทียมกัน อันเป็นการแก้ไขปัญหาคาสาเหตุโดยตรง