

แนวทางกำหนดความผิดทางเพศต่อผู้อยู่ภายใต้อำนาจ ตำแหน่งหน้าที่ หรือความสัมพันธ์พิเศษ



นางสาวจุฬารัตน์ ปานทอง

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

CHULALONGKORN UNIVERSITY

บทคัดย่อและแฟ้มข้อมูลฉบับเต็มของวิทยานิพนธ์ตั้งแต่ปีการศึกษา 2554 ที่ให้บริการในคลังปัญญาจุฬาฯ (CUIR)
เป็นแฟ้มข้อมูลของนิสิตเจ้าของวิทยานิพนธ์ ที่ส่งผ่านทางบัณฑิตวิทยาลัย

The abstract and full text of theses from the academic year 2011 in Chulalongkorn University Intellectual Repository (CUIR)
are the thesis authors' files submitted through the University Graduate School.

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญาวิทยาศาสตรมหาบัณฑิต

สาขาวิชานิติศาสตร์

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ปีการศึกษา 2557

ลิขสิทธิ์ของจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

GUIDELINES TO CRIMINALIZE SEXUAL OFFENCES AGAINST PERSONS DOMINATED BY
OTHERS' POWERS, POSITIONS, OR DEPENDENT RELATIONSHIPS



A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements
for the Degree of Master of Laws Program in Laws

Faculty of Law

Chulalongkorn University

Academic Year 2014

Copyright of Chulalongkorn University

หัวข้อวิทยานิพนธ์	แนวทางกำหนดความผิดทางเพศต่อผู้อยู่ภายใต้อำนาจ
	ตำแหน่งหน้าที่ หรือความสัมพันธ์พิเศษ
โดย	นางสาวจุฬารัตน์ ปานทอง
สาขาวิชา	นิติศาสตร์
อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก	ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ชัชพล ไชยพร

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย อนุมัติให้หัวข้อวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เป็นส่วนหนึ่ง
ของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญาโทบริหารธุรกิจ

.....คณบดีคณะนิติศาสตร์
(ศาสตราจารย์ ดร.นันทวัฒน์ บรมานันท์)

คณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์

.....ประธานกรรมการ
(ศาสตราจารย์ วีระพงษ์ บุญโยธิน)

.....อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ชัชพล ไชยพร)

.....กรรมการ
(อาจารย์ ดร.ศุภศิษฏ์ ทวีแจ่มทรัพย์)

.....กรรมการภายนอกมหาวิทยาลัย
(ศาสตราจารย์ ดร.ทวิเกียรติ มีนะกนิษฐ)

จุฬารัตน์ ปานทอง : แนวทางการกำหนดความผิดทางเพศต่อผู้อยู่ภายใต้อำนาจ ตำแหน่งหน้าที่ หรือความสัมพันธ์พิเศษ (GUIDELINES TO CRIMINALIZE SEXUAL OFFENCES AGAINST PERSONS DOMINATED BY OTHERS' POWERS, POSITIONS, OR DEPENDENT RELATIONSHIPS) อ.ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก: ผศ. ดร.ชัชพล ไชยพร, 141 หน้า.

วิทยานิพนธ์เล่มนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษาแนวทางการกำหนดความผิดทางเพศต่อผู้อยู่ภายใต้ อำนาจ ตำแหน่งหน้าที่ หรือความสัมพันธ์พิเศษซึ่งทำให้ผู้กระทำความผิดมีอิทธิพลหรืออำนาจ ครอบงำเหนือผู้ถูกระทำในประเทศไทย เพื่อนำมาวิเคราะห์ถึงปัญหาที่เกิดขึ้นในการบังคับใช้ กฎหมายเกี่ยวกับการกระทำความผิดทางเพศในลักษณะดังกล่าวแล้วจึงศึกษากฎหมายอาญาของ ประเทศต่างๆ เพื่อค้นหาแนวทางการกำหนดความผิดที่เหมาะสมกับประมวลกฎหมายอาญาของไทย ต่อไป

จากการศึกษาพบว่า การกำหนดความผิดทางเพศต่อผู้อยู่ภายใต้อำนาจ ตำแหน่งหน้าที่ หรือ ความสัมพันธ์พิเศษในประมวลกฎหมายอาญาประเทศไทยยังมีปัญหาเกี่ยวกับมาตรา 285 ซึ่งบัญญัติ ถึงกรณีบุคคลที่อยู่ภายใต้อำนาจ ตำแหน่งหน้าที่ หรือความสัมพันธ์พิเศษอยู่บ้าง แต่ลักษณะการ บัญญัติถ้อยคำนั้นสามารถเอาผิดได้เฉพาะรายกรณีที่ถูกกฎหมายบัญญัติ โดยไม่ครอบคลุมถึงการกระทำ ความผิดทางเพศโดยอาศัยอำนาจ ตำแหน่งหน้าที่ หรือความสัมพันธ์พิเศษในกรณีอื่นๆ เช่น กรณี แพทย์กระทำความผิดทางเพศต่อผู้ป่วย กรณีบิดาเลี้ยงกระทำชำเราลูกเลี้ยง ทั้งที่บุคคลเหล่านี้ต่างก็ เป็นบุคคลที่ตกอยู่ใต้อิทธิพลหรืออำนาจครอบงำของผู้กระทำความผิดเช่นเดียวกัน แต่บทบัญญัตินี้ไม่ อาจปรับใช้กับบุคคลเหล่านี้ได้ นับเป็นการบัญญัติที่ไม่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของบทบัญญัตินี้ที่ ต้องการคุ้มครองกรณีบุคคลอยู่ภายใต้อำนาจหรืออิทธิพล

ด้วยเหตุดังกล่าวข้างต้นจึงเสนอแนะให้แก้ไขประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 285 โดย กำหนดถ้อยคำเพิ่มเติมเพื่อให้ครอบคลุมถึงการกระทำความผิดทางเพศที่เกิดขึ้นจากการใช้อำนาจหรือ อิทธิพลครอบงำเหนือตัวผู้ถูกระทำอันเป็นผลทำให้ผู้ถูกระทำต้องพึ่งพาอาศัยผู้กระทำความผิดใน รูปแบบอื่นๆ

สาขาวิชา นิติศาสตร์

ปีการศึกษา 2557

ลายมือชื่อนิสิต

ลายมือชื่อ อ.ที่ปรึกษาหลัก

5685962734 : MAJOR LAWS

KEYWORDS: CRIMINALIZATION / SEXUAL OFFENCES / POSITIONS OF POWER AND AUTHORITY / DEPENDENT RELATIONSHIPS

CHULARATH PANTHONG: GUIDELINES TO CRIMINALIZE SEXUAL OFFENCES AGAINST PERSONS DOMINATED BY OTHERS' POWERS, POSITIONS, OR DEPENDENT RELATIONSHIPS. ADVISOR: ASST. PROF. DR.CHACHAPON JAYAPHORN, 141 pp.

This thesis aims to study sexual offences by people who in positions of power and authority against those in dependent relationships in Thailand and to analysis issues arising from the enforcement of such sexual offence law for further concrete appropriate guideline to criminalize sexual offences in Thai Criminal Code.

Upon the study, it appears that there are some issues arising from the terms prescribed in Article 285 of Criminal Code which makes the enforcement of such provision can cover particular sexual offences committed by people who in positions of power and authority against those in dependent relationships but does not cover overall sexual offences committed by people who in positions of power and authority against those in dependent relationships, for example, sexual offences committed by doctors against patients or rape committed by stepfathers against stepchildren where by the purpose of Article 285 aims to cover to.

According to the aforesaid reasons, this thesis recommends to revise Article 285 of Criminal Code by adding some terms therein in order to extend the enforcement of such provision to cover other forms of sexual offences committed by people who in positions of power and authority against those in dependent relationships.

Field of Study: Laws

Academic Year: 2014

Student's Signature

Advisor's Signature

กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์เล่มนี้สำเร็จลุล่วงได้ด้วยดีเนื่องจากความอนุเคราะห์จากอาจารย์หลายท่าน โดยเฉพาะอย่างยิ่งผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. ชัชพล ไชยพร ที่ได้สละเวลาอันมีค่ารับเป็นที่ปรึกษาในการทำวิทยานิพนธ์นี้ โดยท่านได้ให้คำแนะนำตั้งแต่เริ่มต้นการทำวิทยานิพนธ์ ตลอดจนการตรวจทานแก้ไขข้อบกพร่องในการเขียนวิทยานิพนธ์เล่มนี้ ผู้เขียนจึงขอกราบขอบพระคุณผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. ชัชพล ไชยพรอย่างยิ่งที่ให้ความกรุณาแก่ผู้เขียนตลอดมา

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณศาสตราจารย์วิระพงษ์ บุญโญภาส ที่กรุณาได้รับเป็นประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ ทั้งยังให้คำแนะนำในการเขียน ปรับปรุงแก้ไข เสนอแนะแนวทางในการจัดทำวิทยานิพนธ์ให้สำเร็จลุล่วงไปด้วยดีเสมอมา รวมถึงศาสตราจารย์ ดร. ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ และอาจารย์ ดร. ศุภศิษฏ์ ทวีแจ่มทรัพย์ที่กรุณาได้รับเป็นกรรมการและช่วยตรวจทานแก้ไข รวมถึงเสนอแนะแนวทางการเขียนจนทำให้วิทยานิพนธ์เล่มนี้สมบูรณ์มากยิ่งขึ้น

ผู้เขียนขอขอบพระคุณนายสากล ปานทอง นางเพชรภรณ์ ปานทอง และนางสาวพิณรัตน์ ปานทอง พี่สาวที่ช่วยเป็นที่ปรึกษา ให้คำแนะนำ เป็นกำลังใจ และให้การสนับสนุนในทุกๆ ด้านแก่ผู้เขียนตลอดระยะเวลาการจัดทำวิทยานิพนธ์ นอกจากนี้ผู้เขียนขอขอบคุณพี่ๆ เพื่อนๆ รุ่นน้องทุกคนที่คอยเป็นกำลังใจ ให้คำปรึกษา และอยู่เคียงข้างข้าพเจ้าตลอดมา หากปราศบุคคลเหล่านี้ การจัดทำวิทยานิพนธ์เล่มนี้คงประสบกับอุปสรรคและความยากลำบากอีกหลายประการ และคงไม่อาจสำเร็จลุล่วงไปด้วยดีเช่นนี้

สุดท้ายนี้ผู้เขียนขอขอบคุณเจ้าหน้าที่ห้องบัณฑิตศึกษาทุกท่านที่ให้ความช่วยเหลือ คอยตอบคำถาม และอำนวยความสะดวกตลอดช่วงระยะเวลาที่จัดทำวิทยานิพนธ์เล่มนี้ นอกจากนี้ยังมีผู้ให้ความช่วยเหลือมีหลายท่านที่ไม่อาจนำมากล่าวถึงในกิตติกรรมประกาศนี้ได้ครบถ้วนทุกคน ผู้เขียนขอขอบพระคุณทุกท่านเอาไว้ ณ ที่นี้ด้วย ขอขอบพระคุณค่ะ

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย.....	ง
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	จ
กิตติกรรมประกาศ.....	ฉ
สารบัญ.....	ช
สารบัญตาราง.....	ฅ
บทที่ 1 บทนำ.....	1
1.1 ที่มาและความสำคัญของปัญหา.....	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษาวิจัย.....	5
1.3 สมมติฐาน.....	6
1.4 วิธีดำเนินการศึกษาวิจัย.....	6
1.5 ขอบเขตของการศึกษาวิจัย.....	6
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ.....	7
บทที่ 2 คำนิยามของความผิดทางเพศต่อผู้อยู่ภายใต้อำนาจ ตำแหน่งหน้าที่ หรือความสัมพันธ์พิเศษ.....	8
2.1 ความหมายของความผิดทางเพศ.....	8
2.1.1 ความหมายและลักษณะของการข่มขืนกระทำชำเรา.....	9
2.1.2 ความหมายและลักษณะของการอนาจาร.....	11
2.1.3 ความหมายและลักษณะของการล่วงเกินทางเพศ.....	12
2.1.4 ข้อพิจารณาเปรียบเทียบความหมายและลักษณะการกระทำความผิดทางเพศ.....	14
(1) ข้อพิจารณาเปรียบเทียบการข่มขืนกระทำชำเรากับอนาจาร.....	15
(2) ข้อพิจารณาเปรียบเทียบการข่มขืนกระทำเรากับการล่วงเกินทางเพศ.....	15
(3) ข้อพิจารณาเปรียบเทียบการอนาจารและการล่วงเกินทางเพศ.....	16
2.2 ความหมายของบุคคลที่อยู่ภายใต้อำนาจ ตำแหน่งหน้าที่ หรือความสัมพันธ์พิเศษ.....	17

2.2.1 ความหมายของอำนาจและลักษณะของอำนาจ.....	17
(1) ความหมายและลักษณะของอำนาจตามความเข้าใจทั่วไป.....	18
(2) ความหมายและลักษณะของอำนาจที่ปรากฏอยู่ในกฎหมาย	19
2.2.2 ความหมายและลักษณะของตำแหน่งหน้าที่.....	23
(1) ความหมายและลักษณะของตำแหน่งหน้าที่ตามความเข้าใจทั่วไป	23
(2) ความหมายและลักษณะของตำแหน่งหน้าที่ตามกฎหมาย.....	24
2.2.3 ความหมายและลักษณะของความสัมพันธ์พิเศษ	28
(1) ความสัมพันธ์ในครอบครัวและเครือญาติ	28
(2) ความสัมพันธ์ระหว่างครูอาจารย์กับศิษย์	29
(3) ความสัมพันธ์ระหว่างแพทย์กับผู้ป่วย	31
(4) ความสัมพันธ์ระหว่างนักบวชกับผู้ศรัทธา.....	33
บทที่ 3 บทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับความผิดทางเพศต่อผู้อยู่ภายใต้อำนาจ ตำแหน่งหน้าที่ หรือ ความสัมพันธ์พิเศษ.....	36
3.1 ความผิดทางเพศที่มีองค์ประกอบความผิดเรื่องความยินยอม	36
3.1.1 ความผิดทางเพศที่หากผู้เสียหายยินยอมแล้วไม่เป็นความผิด	41
(1) ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามมาตรา 276.....	41
(2) ความผิดฐานอนาจารตามมาตรา 278.....	43
(3) ความผิดฐานเป็นรัฐระงัดหา ล่อ หรือพาไปเพื่อสนองความใคร่ของผู้อื่นโดยชาย หรือหญิงนั้นไม่ยินยอมตามมาตรา 283.....	43
3.1.2 ความผิดทางเพศที่ผู้เสียหายให้ความยินยอมไม่ได้.....	44
(1) ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามมาตรา 277.....	45
(2) ความผิดฐานอนาจารตามมาตรา 279.....	45
(3) ความผิดฐานเป็นรัฐระงัดหา ล่อ หรือพาไปเพื่อสนองความใคร่ตามมาตรา 282	46
3.2 ความผิดทางเพศที่องค์ประกอบความผิดไม่เกี่ยวกับความยินยอม	47

3.2.1 ความผิดฐานล่องเกินทางเพศ.....	47
(1) ความผิดฐานล่องเกินทางเพศตามมาตรา 397 แห่งประมวลกฎหมายอาญา.....	48
(2) ความผิดฐานล่องเกินทางเพศตามมาตรา 16 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครอง แรงงาน พ.ศ. 2541	51
3.2.2 ความผิดทางวินัยของกรณีการล่องละเมิดทางเพศของข้าราชการพลเรือนตาม มาตรา 83 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551	60
(1) วิวัฒนาการของพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือนที่เกี่ยวข้องกับการ กระทำผิดทางเพศ.....	60
(2) สาระสำคัญของบทบัญญัติในพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน เกี่ยวกับการกระทำทางเพศ	61
บทที่ 4 หลักการของความยินยอมในกฎหมายอาญา.....	66
4.1 หลักการทั่วไปเกี่ยวกับความยินยอมในกฎหมายอาญา	67
4.1.1 ความหมายของความยินยอม.....	67
4.1.2 หลักเกณฑ์ทางกฎหมายเกี่ยวกับความยินยอม	68
(1) หลักการเกี่ยวกับการให้ความยินยอม.....	69
(2) ระยะเวลาของการให้ความยินยอม	72
(3) ความยินยอมอันบริสุทธิ์.....	73
(4) ความยินยอมต้องไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน	75
4.1.3 ความยินยอมในความผิดทางเพศ	77
4.2 แนวความคิดและลักษณะความยินยอมที่เด็ดขาดและไม่เด็ดขาด	79
4.2.1 แนวความคิดและลักษณะความยินยอมที่เด็ดขาด	79
(1) ความยินยอมเด็ดขาดเนื่องด้วยความสามารถของบุคคล	80
(2) ความยินยอมเด็ดขาดเนื่องด้วยกฎหมายกำหนดข้อสันนิษฐานเด็ดขาด	81
4.2.2 แนวความคิดและลักษณะความยินยอมที่ไม่เด็ดขาด	84

บทที่ 5 บทวิเคราะห์แนวทางการกำหนดความผิดทางเพศต่อผู้อยู่ภายใต้อำนาจ ตำแหน่งหน้าที่ หรือความสัมพันธ์พิเศษ	85
5.1 สภาพปัญหาที่ปรากฏในประมวลกฎหมายอาญาของไทยเกี่ยวกับความผิดทางเพศต่อผู้อยู่ภายใต้อำนาจ ตำแหน่งหน้าที่ หรือความสัมพันธ์พิเศษ	86
5.1.1 บทวิเคราะห์ปัญหาการบังคับใช้เหตุฉกรรจ์ในประมวลกฎหมายอาญากับความผิดทางเพศต่อผู้อยู่ภายใต้อำนาจ ตำแหน่งหน้าที่ หรือความสัมพันธ์พิเศษ	86
(1) ปัญหาการบังคับใช้มาตรา 285 ประมวลกฎหมายอาญากับความผิดทางเพศต่อผู้อยู่ภายใต้อำนาจตำแหน่งหน้าที่ หรือความสัมพันธ์พิเศษ.....	87
(2) บทวิเคราะห์การบังคับใช้มาตรา 397 ประมวลกฎหมายอาญากับความผิดทางเพศต่อผู้อยู่ภายใต้อำนาจ ตำแหน่งหน้าที่ หรือความสัมพันธ์พิเศษ	94
5.1.2 ปัญหาเกี่ยวกับความยินยอมของผู้เสียหาย.....	96
5.2 แนวทางการแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นตามแนวคิดและทฤษฎีของกฎหมายต่างประเทศเกี่ยวกับความผิดทางเพศต่อผู้อยู่ภายใต้อำนาจ ตำแหน่งหน้าที่ หรือความสัมพันธ์พิเศษ	99
5.2.1 การบัญญัติถ้อยคำในกฎหมายอาญาของต่างประเทศ	100
(1) แนวทางการกำหนดองค์ประกอบความผิดส่วนผู้กระทำ.....	101
(2) แนวทางการกำหนดองค์ประกอบความผิดส่วนผู้ถูกกระทำ	102
(3) แนวทางการกำหนดองค์ประกอบความผิดส่วนความสัมพันธ์	104
5.2.2 แนวทางการบัญญัติเกี่ยวกับความยินยอมของต่างประเทศ	107
5.3 การประยุกต์แนวคิดและทฤษฎีเพื่อปรับปรุงพัฒนาประมวลกฎหมายอาญาของไทยในเรื่องความผิดทางเพศต่อผู้อยู่ภายใต้อำนาจ ตำแหน่งหน้าที่ หรือความสัมพันธ์พิเศษ.....	114
5.3.1 การแก้ไขถ้อยคำมาตรา 285 ประมวลกฎหมายอาญาที่เหมาะสมสำหรับความผิดทางเพศต่อผู้อยู่ภายใต้อำนาจ ตำแหน่งหน้าที่ หรือความสัมพันธ์พิเศษ	115
5.3.2 ความเหมาะสมในการแก้ไขเรื่องความยินยอมในความผิดทางเพศต่อผู้อยู่ภายใต้อำนาจ ตำแหน่งหน้าที่ หรือความสัมพันธ์พิเศษ	118

5.3.3 ผลกระทบจากการแก้ไขมาตรา 285 ประมวลกฎหมายอาญาต่อการบังคับใช้ พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 และพระราชบัญญัติข้าราชการพล เรือน พ.ศ. 2551	121
(1) ผลกระทบจากการแก้ไขมาตรา 285 ประมวลกฎหมายอาญาต่อการบังคับใช้ พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541	121
(2) ผลกระทบจากการแก้ไขมาตรา 285 ประมวลกฎหมายอาญาต่อการบังคับใช้ พระราชบัญญัติข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551	124
บทที่ 6 บทสรุปและข้อเสนอแนะ	127
รายการอ้างอิง	137
ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์	141



สารบัญตาราง

ตารางที่ 1 องค์ประกอบความผิดทางเพศที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดต่อผู้อยู่ภายใต้อำนาจ ตำแหน่งหน้าที่หรือความสำคัญพิเศษ.....	37
ตารางที่ 2 ลักษณะการบัญญัติองค์ประกอบความผิดทางเพศต่อผู้อยู่ภายใต้อำนาจ ตำแหน่ง หน้าที่ หรือความสัมพันธ์พิเศษของต่างประเทศ.....	105
ตารางที่ 3 การกำหนดองค์ประกอบความผิดทางเพศเกี่ยวกับความยินยอมของผู้เสียหายของ สหรัฐอเมริกา (รัฐเท็กซัสและรัฐมินิโซต้า).....	113



บทที่ 1

บทนำ

1.1 ที่มาและความสำคัญของปัญหา

ความผิดทางเพศไม่ว่าจะเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา อนาจาร การล่วงเกินหรือคุกคามทางเพศต่างก็เป็นความผิดที่กฎหมายกำหนดขึ้นเพื่อคุ้มครองสิทธิทางเพศ (Sexual Rights)¹ ซึ่งเป็นสิทธิที่มนุษย์ทุกคนพึงมีโดยปราศจากการบีบบังคับ การเลือกปฏิบัติ และปราศจากความรุนแรงตามมาตรฐานด้านสุขภาวะทางเพศสูงสุดที่จะสามารถบรรลุได้ ทั้งนี้ ให้ความสำคัญรวมถึงการเข้าถึงบริการด้านสุขภาวะทางเพศ การแสวงหา การได้รับ และการถ่ายทอดข้อมูลเกี่ยวกับเพศสภาวะ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง คือ การมีความชอบธรรมเหนือร่างกายของตน การเลือกคู่ครอง การตัดสินใจที่จะมีเพศสัมพันธ์โดยยินยอมพร้อมใจ และการมีชีวิตทางเพศที่พึงพอใจ ปลอดภัย และน่าอภิรมย์ จึงเป็นสิทธิที่แสดงให้เห็นว่าบุคคลแต่ละคนนั้นมีเสรีภาพในการข้องเกี่ยวกับการกระทำทางเพศต่างๆ โดยปราศจากการบังคับ

อย่างไรก็ดีในสังคมเราพบว่ามีกรกระทำความผิดทางเพศซึ่งเกิดขึ้นโดยอาศัย ซึ่งผู้อื่นมีหน้าที่จะต้องเคารพสิทธิดังกล่าวนี้ด้วย อย่างไรก็ตามในสังคมของเรา กลับพบว่าความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลนั้นมีความเหลื่อมล้ำกันอยู่ ไม่ว่าจะเกิดจากอำนาจ ตำแหน่งหน้าที่ หรืออำนาจ ตำแหน่งหน้าที่ หรือความสัมพันธ์พิเศษซึ่งทำให้ผู้กระทำมีอิทธิพลหรืออำนาจครอบงำเหนือตัวผู้ถูกระทำ อันเป็นการบังคับผู้ถูกระทำในอีกรูปแบบหนึ่งและทำให้บุคคลเหล่านี้ขาดอิสระในการตัดสินใจในการกระทำ ความสัมพันธ์พิเศษอื่นใดที่ทำให้บุคคลบางประเภทมีอิทธิพลเหนือบุคคลอื่นและอาศัยอำนาจ ตำแหน่งหน้าที่ หรือความสัมพันธ์นั้นสร้างผลประโยชน์โดยมิชอบในการกระทำผิดทางเพศ จึงส่งผลกระทบต่อสิทธิมนุษยชนที่สำคัญอีกประการหนึ่ง คือ อัตตาณัติหรือสิทธิกำหนดใจตนเอง (Autonomy)² ซึ่งหมายถึง ความเป็นผู้กำหนดตนเอง จึงมีความจำเป็นที่จะต้องบัญญัติให้การกระทำ

¹ สมาคมวางแผนครอบครัวแห่งประเทศไทยในพระราชูปถัมภ์สมเด็จพระศรีนครินทราบรมราชชนนี, "[ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 24 มีนาคม 2558. แหล่งที่มา: <http://www.ppat.or.th/i/prints/file0090.pdf>

² พุฒวิทย์ บุนนาค, "อัตตาณัติ Autonomy สารานุกรมปรัชญาออนไลน์ฉบับสังเขป" [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 12 พฤศจิกายน 2557 วันที่ 16 เมษายน 2554. แหล่งที่มา: <http://www.philospedia.net/autonomy.html> นอกจากนี้ยังมีผู้ให้ความหมายของอัตตาณัติว่า หมายถึง "การตัดสินใจในเรื่องส่วนบุคคล" ซึ่งการให้ความหมายในรูปแบบนี้จะเป็นการกำหนดความหมาย โดยเน้นไปที่ความสามารถของบุคคลที่จะตัดสินใจเกี่ยวกับชีวิตและกิจการต่างๆของตน เช่น ความเป็นอิสระของ

ในลักษณะดังกล่าวเป็นความผิดเพื่อคุ้มครองผู้อยู่ภายใต้อำนาจ ตำแหน่งหน้าที่ หรือความสัมพันธ์ พิเศษต่างๆ ดังที่ปรากฏอยู่ในกฎหมายดังต่อไปนี้

(1) ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 285 บัญญัติเอาไว้ว่า “ถ้าการกระทำความผิดตามมาตรา 276 มาตรา 277 มาตรา 277 ทวิ มาตรา 277 ตริ มาตรา 278 มาตรา 279 มาตรา 280 มาตรา 282 หรือ มาตรา 283 เป็นการกระทำแก่ผู้สืบสันดาน ศิษย์ซึ่งอยู่ในความดูแล ผู้อยู่ในความควบคุมตามหน้าที่ ราชการ หรือ ผู้อยู่ในความปกครอง ในความพิทักษ์ หรือ ในความอนุบาล ผู้กระทำต้องระวางโทษ หนักกว่าที่บัญญัติไว้ในมาตรานั้นๆหนึ่งในสาม” บทบัญญัตินี้เป็นการกำหนดให้กรณีที่ทำต่อบุคคล เหล่านี้เป็นเหตุลดโทษของการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศในฐานข่มขืน อนาจาร พาไปเพื่อการ อนาจาร

(2) ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 397 บัญญัติเอาไว้ว่า “มาตรา 397 ผู้ใดกระทำด้วย ประการใดๆต่อผู้อื่น อันเป็นการรังแก ข่มเหง คุกคาม หรือกระทำให้ได้รับความอับอายหรือเดือดร้อน รำคาญ ต้องระวางโทษปรับไม่เกินห้าพันบาท

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งเป็นการกระทำในที่สาธารณะหรือต่อหน้าธารกำนัล หรือเป็นการกระทำอันมีลักษณะส่อไปในทางที่จะล่วงเกินทางเพศ ต้องระวางโทษปรับไม่เกินหนึ่ง หมื่นบาท

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคสองเป็นการกระทำโดยอาศัยเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจเหนือ ผู้ถูกกระทำ อันเนื่องมาจากความสัมพันธ์ในฐานะที่เป็นผู้บังคับบัญชา นายจ้าง หรือผู้มีอำนาจเหนือ ประการอื่น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งเดือน หรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ ” บทบัญญัตินี้เป็นการกำหนดให้กรณีการล่วงเกินทางเพศเป็นเหตุลดโทษของการกระทำความผิดข่มเหง รังแก คุกคาม และการทำให้ผู้อื่นได้รับความอับอายหรือเดือดร้อนรำคาญ อีกทั้งยังกำหนดลักษณะ ความสัมพันธ์ในเชิงอำนาจเหนือเพิ่มขึ้นมาเป็นเหตุให้ต้องรับโทษหนักขึ้นไปอีก

(3) พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 มาตรา 16 บัญญัติเอาไว้ว่า “ห้ามมิให้ นายจ้างหรือผู้ซึ่งเป็นหัวหน้างาน ผู้ควบคุมงาน หรือผู้ตรวจงานกระทำการล่วงเกินทางเพศต่อลูกจ้าง” หากฝ่าฝืนยอมได้รับโทษตามมาตรา 147 ซึ่งได้กำหนดโทษปรับไว้ไม่เกินสองหมื่นบาท ดังนี้จึงสังเกต ได้ว่าเห็นได้ว่าความผิดตามพระราชบัญญัติฉบับนี้เป็นกำหนดการกระทำความผิดในส่วนของ การ

ล่วงเกินหรือคุกคามทางเพศ เช่น การแซวกันในที่ทำงานถือเป็นการล่วงเกินทางเพศแล้ว ดังนั้นหากมองในมุมของความผิดการล่วงเกินทางเพศนั้นอาจมองได้ว่าเป็นการกระทำความผิดทางเพศช่วงก่อนที่จะมีการแตะเนื้อต้องตัว³ โดยกำหนดเฉพาะการล่วงเกินหรือคุกคามทางเพศในความสัมพันธ์ทางการทำงาน ซึ่งกฎหมายได้ระบุสถานะของผู้กระทำเอาไว้อย่างชัดเจนแล้ว คือ นายจ้าง หัวหน้างาน ผู้ควบคุมงาน และผู้ตรวจงาน

(4) พระราชบัญญัติข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 มาตรา 83 บัญญัติเอาไว้ว่า “ข้าราชการพลเรือนสามัญต้องไม่กระทำการใดอันเป็นข้อห้าม ดังต่อไปนี้... (8) ต้องไม่กระทำการอันเป็นการล่วงละเมิดหรือคุกคามทางเพศตามที่กำหนดในกฎ ก.พ.” และหากฝ่าฝืนข้อห้ามดังกล่าวย่อมถือเป็นการกระทำผิดวินัยตามมาตรา 84⁴ หรือในบางครั้งหากเข้าลักษณะตามที่ระบุไว้ในมาตรา 85⁵ จะถือเป็นการกระทำผิดวินัยอย่างร้ายแรง

จากบทบัญญัติที่ปรากฏดังกล่าวข้างต้นจะเห็นได้ว่า ประเทศไทยมีแนวความคิดในการคุ้มครองผู้ที่อยู่สถานะที่ต่อยกว่าหรืออยู่ในความสัมพันธ์ที่มีอิทธิพลเหนือผู้ถูกล่วงเกินทางเพศ อันทำให้ผู้ถูกล่วงเกินทางเพศไม่อาจมีสิทธิเหนือร่างกายได้อย่างเต็มที่อยู่บ้าง แต่บทบัญญัติเหล่านี้ยังมีปัญหาอยู่หลายประการ เช่น ในประมวลกฎหมายอาญาแม้จะมีการบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 397 ครอบคลุมการกระทำในลักษณะล่วงเกินหรือคุกคามทางเพศแล้ว จึงทำให้ลักษณะการกระทำความผิดทางเพศที่เกิดจากอำนาจ ตำแหน่งหน้าที่และความสัมพันธ์พิเศษนั้นมีครอบคลุมทั้งกรณีข่มขืน อนาจาร และการล่วงเกินทางเพศแล้ว แต่ปรากฏว่าลักษณะการบัญญัติในมาตรา 285 ยังไม่อาจตีความครอบคลุมถึงการกระทำความผิดทางเพศโดยอาศัยอำนาจ ตำแหน่งหน้าที่ หรือความสัมพันธ์พิเศษในกรณีอื่นๆ เช่น ความสัมพันธ์ของผู้ดูแลในความเป็นจริงกับเด็ก ความสัมพันธ์

³ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, “การล่วงเกินทางเพศ,” รายงานเสวนาเรื่องเอกสิทธิ และการคุ้มครองกันทางการทูต...กับกรณีการละเมิดสิทธิมนุษยชน, โรงแรมดิเอ็มเพรส, กรุงเทพฯ, 20 สิงหาคม 2542. อ้างในทิพยากรณ์ อำนวยสวัสดิ์, “การล่วงเกินทางเพศต่อลูกจ้างโดยนายจ้าง หัวหน้างาน ผู้ควบคุมงาน และผู้ตรวจงาน” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ, สาขาวิชานิติศาสตร์, มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2543), หน้า 39.

⁴ มาตรา 84 “ข้าราชการพลเรือนสามัญผู้ใดไม่ปฏิบัติตามข้อปฏิบัติตามมาตรา 81 และมาตรา 82 หรือฝ่าฝืนข้อห้ามตามมาตรา 83 ผู้นั้นเป็นผู้กระทำผิดวินัย”

⁵ มาตรา 85 “การกระทำผิดวินัยในลักษณะดังต่อไปนี้ เป็นความผิดวินัยอย่างร้ายแรง...

(7) ละเว้นการกระทำหรือกระทำการใด ๆ อันเป็นการไม่ปฏิบัติตามมาตรา 82 หรือฝ่าฝืนข้อห้ามตามมาตรา 83 อันเป็นเหตุให้เสียหายแก่ราชการอย่างร้ายแรง”

ระหว่างนายจ้างลูกจ้าง ความสัมพันธ์ระหว่างเพศกับผู้ป่วย ความสัมพันธ์ระหว่างนักบวชกับผู้ศรัทธา จึงไม่อาจนำบทบัญญัตินี้มาปรับใช้กับกรณีดังกล่าวได้ ในขณะที่เมื่อเปรียบเทียบกับมาตรา 397 พบว่า มาตรา 397 มีลักษณะการบัญญัติถึงการกระทำโดยอาศัยเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจเหนือผู้ถูกระทำ เนื่องจากความสัมพันธ์ในฐานะที่เป็นผู้มีอำนาจเหนือประการอื่นใด ซึ่งสามารถตีความครอบคลุมถึง ข้อเท็จจริงกรณีต่าง ๆ ได้กว้างขวางกว่า

นอกจากนี้ในพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 และพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 แม้จะบัญญัติถึงการล่วงเกินทางเพศหรือการคุกคามทางเพศปรากฏอยู่ แต่เป็นเพียงการกำหนดความผิดในกรณีของความสัมพันธ์ในการทำงานเท่านั้น ในส่วนการล่วงเกินทางเพศที่กระทำโดยอาศัยอำนาจ ตำแหน่งหน้าที่การงาน และความสัมพันธ์ที่ผู้ถูกระทำต้องพึงพาอาศัยเป็นพิเศษในกรณีอื่นดังที่ได้กล่าวมา ซึ่งเป็นลักษณะการกระทำทางเพศที่แสวงหาประโยชน์อันมิชอบและกระทบต่อสิทธิทางเพศและสิทธิกำหนดใจตนเองหรืออัตตาณัติด้วยเช่นกัน แต่ยังคงปราศจากบทบัญญัติที่จะปรับใช้แก่กรณีที่เกิดขึ้นอยู่เช่นเดิม ดังนี้ จึงอาจสรุปปัญหาที่เกิดขึ้นได้ดังต่อไปนี้

(1) ปัญหาด้านการการตีความบทบัญญัติความผิดที่ไม่ครอบคลุมถึงความสัมพันธ์ที่มีลักษณะของการใช้อำนาจ ตำแหน่งหน้าที่ หรือความสัมพันธ์พิเศษเพื่อแสวงหาประโยชน์ในทางเพศโดยมิชอบ ดังจะเห็นได้จากมาตรา 285 ประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งบัญญัติความผิดในลักษณะที่ไม่ครอบคลุมถึงการล่วงเกินทางเพศโดยอาศัยอำนาจตำแหน่งหน้าที่และความสัมพันธ์ในกรณีอื่น ๆ อาจกล่าวได้ว่าการกำหนดถึงผู้กระทำความผิดเฉพาะบางประเภทนั้นเป็นการกำหนดที่แคบเกินไป ทำให้ไม่อาจปรับใช้กับปัญหาการกระทำความผิดทางเพศโดยอาศัยอำนาจ ตำแหน่งหน้าที่ และความสัมพันธ์พิเศษในกรณีอื่นที่เกิดขึ้นจริงได้ เช่น กรณีแพทย์ใช้ความสัมพันธ์หรือตำแหน่งซึ่งได้รับความไว้วางใจกระทำอนาจาร หรือล่วงเกินทางเพศแบบอื่นกับผู้ป่วย กรณีบิดาเลี้ยงกระทำชำเราลูกเลี้ยง (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 928/2502)

(2) ปัญหาความไม่สอดคล้องของบทบัญญัติของประมวลกฎหมายอาญามาตรา 285 และมาตรา 397 กับพระราชบัญญัติต่าง ๆ เนื่องจากทั้งในประมวลกฎหมายอาญา พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน และพระราชบัญญัติข้าราชการพลเรือนต่างมีแนวความคิดในการคุ้มครองและลงโทษผู้กระทำความผิดทางเพศโดยใช้อำนาจ ตำแหน่งหน้าที่ หรือความสัมพันธ์อื่น ๆ ที่ส่งผลกระทบต่อสิทธิในการตัดสินใจของผู้ถูกระทำด้วยเช่นกัน แต่กลับมีความลักลั่นในเรื่องของการกำหนด

ความผิด กล่าวคือ ในมาตรา 397 ประมวลกฎหมายอาญามีถ้อยคำที่กว้างขวางครอบคลุมถึงทุกกรณี แต่มาตรา 285 บัญญัติกำหนดเพียงเป็นรายกรณีซึ่งแคบกว่า ในขณะที่พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 กำหนดเพียงเฉพาะผู้กระทำความผิดเป็นนายจ้าง ผู้ตรวจงาน หัวหน้างาน ผู้ควบคุมงาน เช่นเดียวกับพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 ซึ่งกำหนดเฉพาะกรณีข้าราชการกระทำต่อข้าราชการด้วยกัน

จากปัญหาดังกล่าวข้างต้นจึงต้องพิจารณาแนวทางการบัญญัติความผิดสำหรับกรณีกการกระทำความผิดทางเพศต่อผู้อยู่ภายใต้อำนาจ ตำแหน่งหน้าที่ หรือความสัมพันธ์พิเศษในประเทศต่างๆ เพื่อนำมาแนวทางแก้ไขประมวลกฎหมายอาญาในส่วนการกระทำต่อผู้อยู่ภายใต้อำนาจ ตำแหน่งหน้าที่ หรือความสัมพันธ์พิเศษให้มีความครอบคลุมและสามารถคุ้มครองสิทธิของประชาชนได้ดียิ่งขึ้นต่อไป

1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษาวิจัย

- (1) เพื่อค้นหาแนวทางกำหนดความผิดเกี่ยวกับความผิดทางเพศต่อผู้อยู่ภายใต้อำนาจ ตำแหน่งหน้าที่ หรือความสัมพันธ์พิเศษในกฎหมายต่างประเทศ
- (2) เพื่อค้นหาแนวทางกำหนดความผิดเกี่ยวกับความผิดทางเพศต่อผู้อยู่ภายใต้อำนาจ ตำแหน่งหน้าที่ หรือความสัมพันธ์พิเศษในกฎหมายของประเทศไทย
- (3) เพื่อวิเคราะห์ปัญหาของแนวทางการกำหนดความผิดทางเพศต่อผู้อยู่ภายใต้อำนาจ ตำแหน่งหน้าที่ หรือความสัมพันธ์พิเศษที่มีอยู่ในปัจจุบัน
- (4) เพื่อสรุปและเปรียบเทียบแนวทางกำหนดความผิดเกี่ยวกับความผิดทางเพศต่อผู้อยู่ภายใต้อำนาจ ตำแหน่งหน้าที่ หรือความสัมพันธ์พิเศษของกฎหมายต่างประเทศและกฎหมายของประเทศไทย
- (5) เพื่อนำเสนอแนวทางในการกำหนดหรือแก้ไขความผิดเกี่ยวกับความผิดทางเพศต่อผู้อยู่ภายใต้อำนาจ ตำแหน่งหน้าที่ หรือความสัมพันธ์พิเศษในกฎหมายของประเทศไทย

1.3 สมมติฐาน

แม้ว่าความผิดทางเพศในกฎหมายไทยเกี่ยวกับบุคคลที่อยู่ในอำนาจ ตำแหน่งหน้าที่ หรือความสัมพันธ์พิเศษซึ่งส่งผลกระทบต่อสิทธิทางเพศและสิทธิในการกำหนดใจตนเองที่จะเข้าเกี่ยวข้องกับกิจกรรมทางเพศต่าง ๆ จะปรากฏอยู่บ้างในมาตรา 285 แห่งประมวลกฎหมายอาญา พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 และพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการ พ.ศ. 2551 แต่ยังเป็นบทบัญญัติที่ครอบคลุมเฉพาะเพียงบางลักษณะความสัมพันธ์ และไม่อาจคุ้มครองผู้เสียหายได้อย่างดีเพียงพอ จึงควรแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติในมาตรา 285 โดยกำหนดให้ครอบคลุมไปถึงลักษณะความสัมพันธ์พิเศษที่ผู้กระทำมีอำนาจเหนือ หรือมีความสัมพันธ์ในลักษณะที่ผู้เสียหายต้องพึ่งพาอาศัยผู้กระทำความผิด

1.4 วิธีดำเนินการศึกษาวิจัย

การศึกษาในครั้งนี้ใช้วิธีการวิจัยแบบการวิจัยเอกสาร (Documentary Research) โดยทำการรวบรวมกฎหมายที่เกี่ยวกับความผิดทางเพศต่อผู้อยู่ภายใต้อำนาจ ตำแหน่งหน้าที่ หรือความสัมพันธ์พิเศษในเพื่อมาศึกษา ค้นคว้า และนำมาวิเคราะห์ ทั้งจากตัวบทกฎหมาย คำพิพากษา หนังสือ ตำรา วารสาร บทความทางกฎหมาย รวมถึงวิทยานิพนธ์ และการวิจัยต่าง ๆ ของประเทศไทยและต่างประเทศ เพื่อนำข้อมูลเหล่านี้มาศึกษาวิเคราะห์และนำเสนอแนวทางกำหนดความผิดทางเพศต่อผู้อยู่ภายใต้อำนาจ ตำแหน่งหน้าที่ หรือความสัมพันธ์พิเศษที่เหมาะสมกับประเทศไทยต่อไป

1.5 ขอบเขตของการศึกษาวิจัย

งานวิจัยนี้มุ่งศึกษารูปแบบการกำหนดความผิดทางเพศโดยอาศัยฐานะ ตำแหน่งหน้าที่ อำนาจหรือความสัมพันธ์พิเศษอื่นใดอันส่งผลกระทบต่อสิทธิการตัดสินใจของผู้ถูกระทำ รวมถึงใช้เหตุดังกล่าวเป็นปัจจัยที่เอื้ออำนวยต่อการกระทำความผิดทางเพศของกฎหมายอาญาของไทยและต่างประเทศ ทั้งที่ปรากฏอยู่ในกฎหมายอาญาของทั้งระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ ได้แก่ ประเทศสหรัฐอเมริกา เนื่องจากในรัฐเท็กซัสมีแนวความคิดเกี่ยวกับความยินยอมในกรณีของผู้ที่อยู่ในความสัมพันธ์พิเศษอยู่ในฐานความผิดต่าง ๆ และประเทศแคนาดาจะบัญญัติเป็นทั้งความผิดเฉพาะกรณีป่วยทางจิตหรือทางร่างกาย รวมถึงกำหนดเรื่องของความยินยอมอยู่ในมาตราเดียวกัน รวมทั้ง

ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ ได้แก่ ประเทศเยอรมนีซึ่งบัญญัติหมวดความผิดไว้เป็นกรณีเฉพาะ และ ประเทศสวีเดนซึ่งมีแนวความคิดในการบัญญัติเป็นกลุ่มมาตราความผิดเอาไว้ เช่น ความผิดทางเพศกระทำต่อผู้อยู่ในสถานพยาบาล ผู้ที่ถูกคุมขัง ผู้ที่อยู่ระหว่างการดูแลรักษาหรือต้องได้รับคำปรึกษาทางจิต ทั้งนี้เพื่อเป็นฐานความคิดในการแก้ไขบทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญาของประเทศไทย

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

- (1) ทำให้สามารถอธิบายแนวทางกำหนดความผิดเกี่ยวกับความผิดทางเพศต่อผู้อยู่ภายใต้อำนาจ ตำแหน่งหน้าที่ หรือความสัมพันธ์พิเศษในกฎหมายต่างประเทศ
- (2) ทำให้สามารถอธิบายแนวทางกำหนดความผิดเกี่ยวกับความผิดทางเพศต่อผู้อยู่ภายใต้อำนาจ ตำแหน่งหน้าที่ หรือความสัมพันธ์พิเศษในกฎหมายไทย
- (3) ทำให้ตระหนักถึงปัญหาของแนวทางการกำหนดความผิดทางเพศต่อผู้อยู่ภายใต้อำนาจ ตำแหน่งหน้าที่ หรือความสัมพันธ์พิเศษที่มีอยู่ในปัจจุบัน
- (4) ทำให้สามารถอธิบายถึงความแตกต่างของแนวทางกำหนดความผิดเกี่ยวกับความผิดทางเพศต่อผู้อยู่ภายใต้อำนาจ ตำแหน่งหน้าที่ หรือความสัมพันธ์พิเศษของกฎหมายต่างประเทศและกฎหมายไทย
- (5) ทำให้ต่อยอดพัฒนาแนวทางในการกำหนดหรือแก้ไขความผิดเกี่ยวกับความผิดทางเพศต่อผู้อยู่ภายใต้อำนาจ ตำแหน่งหน้าที่ หรือความสัมพันธ์พิเศษในกฎหมายต่างประเทศ

บทที่ 2

คำนิยามของความผิดทางเพศต่อผู้อยู่ภายใต้อำนาจ ตำแหน่งหน้าที่ หรือความสัมพันธ์พิเศษ

วิทยานิพนธ์เล่มนี้มุ่งเน้นไปที่ความผิดทางเพศเฉพาะกรณีผู้ถูกกระทำอยู่ภายใต้อำนาจ ตำแหน่งหน้าที่ หรือความสัมพันธ์พิเศษบางประการที่มีอิทธิพลและความกดดัน อันเป็นอำนาจเหนือ ตัวผู้ถูกกระทำซึ่งส่งผลกระทบต่อสิทธิทางเพศและทำให้บุคคลนั้นขาดอิสระในการกำหนดการกระทำ ใด ๆ ของตน ดังนั้นในบทที่ 2 นี้จึงจะเริ่มต้นที่การอธิบายถึงความหมายของความผิดทางเพศแต่ละ ประเภทว่าหมายถึงการกระทำใดบ้าง โดยอธิบายเรียงลำดับจากการกระทำที่สังคมมองว่าเป็นการ กระทำที่ร้ายแรงมากจนถึงการกระทำที่ร้ายแรงน้อยลงตามลำดับ โดยอิงจากแนวความคิดในการ กำหนดโทษซึ่งต้องคำนึงถึงผลที่เกิดขึ้นจากการกระทำ จิตใจของผู้กระทำความผิด และภัยอันตรายที่ เกิดขึ้นจากการกระทำความผิดนั้น¹ ผู้เขียนจึงแบ่งอธิบายความหมายของความผิดทางเพศแต่ละ ประเภทโดยเรียงลำดับการอธิบายความหมายของความผิดทางเพศออกเป็นการข่มขืน อนาจาร และ การล่วงเกินทางเพศ นอกจากนี้ในบทนี้ยังกล่าวถึงความหมายของการอยู่ภายใต้อำนาจ ตำแหน่ง หน้าที่ และความสัมพันธ์พิเศษ เพื่อให้เข้าใจถึงสภาพหรือลักษณะของบุคคลที่อยู่ภายใต้อำนาจ ตำแหน่งหน้าที่ หรือความสัมพันธ์พิเศษว่าเป็นอย่างไร พร้อมกับยกตัวอย่างประกอบเป็นลำดับถัดไป

2.1 ความหมายของความผิดทางเพศ

ความผิดทางเพศนั้นเป็นคำเรียกโดยรวมเกี่ยวกับการกระทำความผิดต่อมนุษย์ทุกคนไม่ว่า ชายหรือหญิง อันเป็นการกระทำที่มีความมุ่งหมายในทางเพศ ซึ่งการกระทำดังกล่าวเหล่านี้ประมวล กฎหมายอาญาได้กำหนดเป็นความไว้ในลักษณะ 9 ความผิดเกี่ยวกับเพศเอาไว้โดยเฉพาะ และในที่นี่ จะกล่าวถึงความผิดทางเพศโดยลำดับจากความร้ายแรงของการกระทำความผิดได้ดังต่อไปนี้

¹ นรินทร์ ไทรพิทักษ์, "การรับโทษหนักขึ้นเนื่องจากการเพิ่มโทษกับเหตุฉกรรจ์ในคดีอาญา" (วิทยานิพนธ์ปริญญา มหาบัณฑิต, สาขาวิชานิติศาสตร์, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2529), หน้า 25-26.

2.1.1 ความหมายและลักษณะของการข่มขืนกระทำชำเรา

ในการดำรงอยู่ของสังคมมนุษย์การมีเพศสัมพันธ์เป็นส่วนหนึ่งของชีวิตและการสร้างครอบครัวโดยไม่อาจแยกขาดออกจากกันได้ ดังจะเห็นได้จากความสัมพันธ์ระหว่างสามีภรรยาซึ่งให้ความสำคัญกับเรื่องนี้จนอาจเป็นเหตุหย่าได้หากคู่สมรสอีกฝ่ายมีสภาพร่างกายที่ไม่อาจร่วมประเวณีได้ตลอดไป ทั้งนี้ตามมาตรา 1516 (10)² ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แต่การมีเพศสัมพันธ์ที่ว่าเป็นที่ยอมรับกันว่าจะต้องเกิดขึ้นจากความสมัครใจ ดังจะเห็นได้จากการรับรองสิทธิทางเพศอันเป็นส่วนหนึ่งของสิทธิมนุษยชนอันแสดงให้เห็นว่ามนุษย์ทุกคนมีความชอบธรรมเหนือร่างกายของตนและสามารถตัดสินใจมีเพศสัมพันธ์ด้วยความยินยอมพร้อมใจ³ การข่มขืนกระทำชำเราซึ่งเป็นการกระทำชำเราโดยปราศจากความสมัครใจของอีกฝ่ายจึงเป็นการกระทำที่กระทบโดยตรงต่อสิทธิทางเพศ อีกทั้งยังกระทบต่อเสรีภาพและอัตตาณัติของบุคคล ดังนั้นจึงถือเป็นการกระทำที่ละเมิดสิทธิอย่างร้ายแรงและเป็นเรื่องสำคัญที่กฎหมายจะต้องเข้ามาคุ้มครองบุคคลใน ส่วนนี้ ฉะนั้นในหัวข้อนี้จึงอธิบายถึงความหมายของการข่มขืนกระทำชำเราตามกฎหมายอาญาว่ามีอยู่อย่างไร เพื่อนำไปสู่การพิจารณาถึงความแตกต่างจากการกระทำทางเพศอื่น ๆ เช่น การอนาจาร การล่วงเกินทางเพศต่อไป

สำหรับการพิจารณาความหมายของคำว่าข่มขืนกระทำชำเรานั้นมีความจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องพิจารณาถ้อยคำทางกฎหมายที่สำคัญอยู่ 2 ถ้อยคำประกอบกัน คือ คำว่า “ข่มขืน” และ “ชำเรา” ว่ามีความหมายเช่นไร

“ข่มขืน” หมายถึง การที่ผู้ถูกกระทำมิได้ยินยอมพร้อมใจ กล่าวคือ มีการบังคับใจของผู้ถูกกระทำซึ่งอาจเป็นการบังคับใจด้วยการขู่เข็ญด้วยประการใด ๆ หรือเป็นการบังคับโดยทำให้ผู้ถูกกระทำอยู่ในภาวะที่ไม่อาจขัดขืนได้ หรือทำให้เข้าใจผิดว่าผู้กระทำนั้นเป็นคนอื่น⁴

“ชำเรา” เดิมได้มีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 874/2491 ซึ่งได้วินิจฉัยถึงลักษณะการชำเราสำเร็จโดยจะถือว่าเป็นความผิดสำเร็จฐานข่มขืนกระทำชำเราเมื่อของลับของชายผ่านเข้าช่องสังวาสของหญิง ดังนั้นจึงไม่สำคัญว่าเยื่อพรหมจารียังไม่ขาด หรือยังไม่มึนน้ำอสุจิจอกมาก็เป็นการกระทำชำเราแล้ว ในทางกลับกันหากอวัยวะเพศชายไม่สามารถล่วงล้ำไปได้ ไม่ว่าจะด้วยเหตุใด ๆ ก็ตามย่อมไม่ถึง

² มาตรา 1516 “เหตุฟ้องหย่ามีดังต่อไปนี้...(10) สามีหรือภริยามีสภาพแห่งกายทำให้สามีหรือภริยานั้น ไม่อาจร่วมประเวณีได้ตลอดกาล อีกฝ่ายหนึ่งฟ้องหย่าได้”

³ สมาคมวางแผนครอบครัวแห่งประเทศไทยในพระราชูปถัมภ์สมเด็จพระศรีนครินทราบรมราชชนนี, [ออนไลน์].

⁴ จิตติ ดิงศรัทีย, กฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 1, พิมพ์ครั้งที่ 8 (กรุงเทพมหานคร: จีระการพิมพ์, 2548), หน้า 739.

ขึ้นซ้ำเราสำเร็จ เป็นแต่เพียงการพยายามซ้ำเราเท่านั้น⁵ จากแนวการวินิจฉัยดังกล่าวมีข้อสังเกตว่า บุคคลที่สามารถเป็นผู้ซ้ำเราได้นั้นจะมีได้แต่เพศชายคนหนึ่งเท่านั้น แต่ทั้งนี้อาจมีหญิงเป็นตัวการร่วมด้วยก็ได้ ดังเช่นกรณีตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 250/2510 ซึ่งพิพากษาถึงกรณีที่หญิงใช้กำลังประทุษร้ายหรือขู่เชือดเพื่อให้ชายอีกคนหนึ่งได้กระทำซ้ำเรา ทำนองเดียวกับคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 384/2545 ซึ่งพิพากษาให้หญิงที่ช่วยถอดเสื้อผ้าช่วยจับแขนมีความผิดเป็นตัวการร่วม⁶ ดังนั้นการกระทำตามความหมายของการซ้ำเราที่กล่าวมาข้างต้นจึงไม่รวมถึงการกระทำแก่ทวารหนักหรือช่องปากของผู้อื่น

ปัจจุบันมีการแก้ไขเพิ่มเติมนิยามของการซ้ำเราขึ้นมาใหม่ในวรรคสองของมาตรา 276 และมาตรา 277⁷ โดยมีข้อความดังต่อไปนี้

“การกระทำซ้ำเราตามวรรคหนึ่ง หมายความว่า การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ โดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น หรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น”

จากกรณินิยามข้างต้นส่งผลกระทำต่อความหมายของการกระทำซ้ำเราตามกฎหมายอาญาทำให้ผู้กระทำไม่จำเป็นต้องใช้อวัยวะเพศของตนในการกระทำซ้ำเราอีกต่อไป เช่น อาจจะใช้สิ่งอื่นจำพวกของเทียมแทนโดยกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนักของผู้ถูกระทำ อีกทั้งยังเกิดแนวความเห็นเกี่ยวกับความหมายของการกระทำซ้ำเรานั้น “ไม่จำเป็นต้องเป็นการล่วงล้ำช่องสังวาส” เนื่องจากกฎหมายใช้คำว่าว่า กรณีผู้กระทำความผิดทางเพศใช้อวัยวะเพศ “กระทำกับ” อวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากก็เป็นการกระทำซ้ำเราแล้ว

อย่างไรก็ตามเมื่อมีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1390/2555 ซึ่งวินิจฉัยความหมายของคำว่า การกระทำซ้ำเราในมาตรา 277 วรรคสอง⁸ เอาไว้อย่างชัดเจนว่า การกระทำซ้ำเราไม่ว่าเป็นการกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่นจึงยังคงต้องมีการ “สอดใส่” อวัยวะเพศหรือสิ่งอื่นใด

⁵ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคความผิดและลหุโทษ, พิมพ์ครั้งที่ 11 (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2557), หน้า 196.

⁶ จิตติ ดิงศภัทย์, กฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 1, หน้า 734-735.

⁷ ทั้งสองมาตรากำหนดนิยามการกระทำซ้ำเราเอาไว้ในวรรคสองเช่นเดียวกัน โดยมีข้อความดังต่อไปนี้ “การกระทำซ้ำเราตามวรรคหนึ่ง หมายความว่า การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำโดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำ กระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น หรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น”

⁸ มาตรา 277 วรรคสองมีการแก้ไขนิยามของคำว่า การกระทำซ้ำเราในพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พ.ศ. 2550

ให้ล้วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากด้วย เพราะไม่เช่นนั้นแล้วเพียงการสัมผัสภายนอกกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่นไม่ว่าด้วยอวัยวะส่วนใดหรือด้วยวัตถุสิ่งใดก็จะเป็นการกระทำชำเราไปเสียทั้งหมด ซึ่งจะส่งผลกระทบต่อเนื่องไปถึงผลของความหมายคำว่าอนาจารที่จะได้อธิบายความหมายต่อไป ให้เหลือความหมายแต่เพียงกรณีผู้กระทำใช้อวัยวะของตนหรือสิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะอื่น ๆ ของผู้ถูกระทำที่มีใช้อวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากเท่านั้น

ดังนั้นคำว่ากระทำความชำเราในปัจจุบันนั้นจึงเป็นที่แน่นอนแล้วว่าจะต้องปรากฏว่ามีการล้วงล้ำหรือสอดใส่ (penetration) จึงเป็นการกระทำความผิดสำเร็จฐานข่มขืนกระทำชำเราในมาตรา 276 หรือมาตรา 277 ต่อไปจะเป็นการอธิบายถึงความหมายและลักษณะของการอนาจาร เพื่อนำไปสู่การพิจารณาเปรียบเทียบความแตกต่างของการกระทำความผิดทางเพศในแต่ละรูปแบบในหัวข้อ 2.1.4

2.1.2 ความหมายและลักษณะของการอนาจาร

การกระทำอนาจารตามความหมายของพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ.2554 ได้ให้ความหมายว่า หมายถึง ความประพฤติน่าอับอาย หรือเป็นชื่อความผิดอาญาฐานกระทำการอันควรขายหน้าต่อหน้าธารกำนัลโดยเปลือยหรือเปิดเผยร่างกาย หรือกระทำการลามกอย่างอื่น ส่วนกรณีใช้เป็นคำวิเศษณ์ให้หมายถึงลามก น่าบัดสี ทำให้เป็นที่อับอาย เป็นที่น่ารังเกียจแก่ผู้อื่นในด้านความดีงาม

สำหรับคำว่าอนาจารในทางกฎหมายนั้น ศาสตราจารย์จิตติ ดิงศภัทย์ ได้ให้ความหมายของคำว่าอนาจารเอาไว้ว่า หมายถึง การกระทำในทางความใคร่ให้อับอายในทางเพศ ดังนั้นความประพฤตินอกแบบหรือความประพฤติน่าอับอายไม่สมควรหรือชั่วโดยทั่วไปแล้วยังไม่อาจถือได้ว่าเป็นอนาจารอย่างใดก็ตีการให้ความหมายโดยระบุไว้เฉพาะแต่เพียงการร่วมประเวณีหรือการกระทำในเชิงความใคร่เท่านั้นก็เป็นการตีความหมายที่แคบเกินไป ควรรวมถึงการให้อับอายขายหน้าทางเพศด้วย ซึ่งสอดคล้องตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4836/2547⁹ เนื่องด้วยการพิจารณาว่าอย่างไรเป็นอนาจาร

⁹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4836/2547 คำว่า "อนาจาร" มีความหมายว่าเป็นการกระทำต่อเนื้อตัวบุคคลที่ไม่สมควรทางเพศซึ่งมิได้หมายความเฉพาะการประเวณีหรือความใคร่เท่านั้น แต่รวมถึงการกระทำให้อับอายขายหน้าทางเพศด้วย การที่

หรือไม่นั้นไม่จำเป็นต้องพิจารณาไปถึงมูลเหตุจูงใจของการกระทำนั้น¹⁰ แต่ควรพิจารณาตามที่ปรากฏอยู่ภายนอกโดยยึดถือว่าวิญญูชนทั่วไปเห็นว่าเป็นอนาจารหรือไม่ ซึ่งบางครั้งการกระทำบางอย่างอาจมีความคลุมเครือไม่ชัดเจนว่าเป็นอนาจารหรือไม่ เช่นนี้ศาสตราจารย์จิติ ดิงศภัทย์จึงให้ความเห็นว่าศาลควรต้องพิจารณาว่าการกระทำนั้นก่อให้เกิดความอับอายในทางเพศหรือไม่¹¹

จากคำอธิบายทั้งหมดข้างต้นจึงอาจสรุปได้ว่า อนาจาร หมายถึง การกระทำที่ก่อให้เกิดความอับอายขายหน้าหรือการกระทำที่ไม่สมควรในทางเพศหรือทางศีลธรรม ทั้งนี้ ต้องปรากฏว่ามีการกระทำต่อร่างกายโดยตรง หากเป็นการกล่าวด้วยวาจา เขียน วาดภาพย่อมไม่อาจถือว่าเป็นการอนาจาร¹² ทั้งนี้ ไม่ว่าจะการอนาจารจะเป็นการกระทำต่อเนื้อตัวของผู้ถูกระทำหรือผู้กระทำหรือไม่ เช่น ผู้กระทำให้ผู้อื่นจับอวัยวะเพศของตนก็ถือเป็นการอนาจารตามความหมายนี้ได้ อย่างไรก็ตามก็มีข้อสังเกตประการหนึ่งว่า แม้ในบทบัญญัติของกฎหมาย เช่น มาตรา 278 จะมีได้บัญญัติคำว่า “ข่มขืน” ไว้ดังเช่นกรณีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราก็ตาม แต่ก็ต้องตีความว่าเป็นกรณีที่ผู้ถูกระทำไม่สมัครใจให้มีการกระทำอนาจารขึ้น กล่าวคือ การกระทำอนาจารต้องเป็นผลมาจากการขู่เชือดด้วยประการใด ๆ การทำให้อยู่ในภาวะที่ขัดขืนไม่ได้ หรือการหลอกลวงทำให้เข้าใจผิดว่าผู้กระทำเป็นบุคคลอื่น¹³

2.1.3 ความหมายและลักษณะของการล่วงเกินทางเพศ

“ล่วงเกิน” ตามความหมายในพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554 หมายถึง การแสดงอาการเกินสมควรต่อผู้อื่นโดยล่วงจารีตประเพณีหรือจรรยาบรรณด้วยการลวนลาม ดูหมิ่น สบประมาท

“การกระทำทางเพศ” หมายถึง พฤติกรรมทางเพศอย่างหนึ่งซึ่งแสดงออกอย่างชัดแจ้งเปิดเผย เช่น การถูกเนื้อต้องตัว การวิพากษ์วิจารณ์ในทางเพศ

จำเลยกอดเอวโจทก์ร่วม จับมือและดึงแขนโจทก์ร่วม จึงเป็นการกระทำอนาจารแก่โจทก์ร่วมโดยใช้กำลังประทุษร้ายเป็นความผิดตามมาตรา 287

¹⁰ แม้ผู้กระทำจะกระทำไปเพื่อแก้แค้นผู้เสียหาย การกระทำนั้นก็เป็นอนาจารได้ เพราะการพิจารณาไม่ได้มุ่งไปที่จิตใจหรือมูลเหตุของผู้กระทำ

¹¹ จิติ ดิงศภัทย์, กฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 1, หน้า 756-758.

¹² ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคความผิดและลหุโทษ, หน้า 201.

¹³ จิติ ดิงศภัทย์, กฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 1, หน้า 739.

จากความหมายข้างต้นจึงอาจสรุปความหมายของการล่วงเกินทางเพศได้ว่า หมายถึง การรบกวน คุกคาม ก่อให้เกิดความเดือนร้อนรำคาญในทุก ๆ รูปแบบ ไม่ว่าจะเป็นการวิจารณ์ในเชิงดูหมิ่น หมิ่นประมาทผู้ถูกรกระทำ โดยมีลักษณะที่มีการกระทำทางเพศเป็นพื้นฐาน กล่าวคือ มุ่งใช้เหตุแห่งเพศในการลดคุณค่าความเป็นมนุษย์ของผู้ถูกรกระทำ¹⁴ ดังนั้นจึงเป็นเหตุให้การบัญญัติลักษณะการกระทำความผิดตามพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 ได้กำหนดบทบัญญัติขึ้นเพื่อห้ามการกระทำทั้งหมดทั้งการล่วงเกิน และ “การคุกคาม การก่อความเดือนร้อนรำคาญทางเพศ” แก่ลูกจ้างเอาไว้ในมาตรา 16¹⁵ หากนายจ้าง หัวหน้างาน ผู้ตรวจงาน ผู้ควบคุมงานกระทำการดังกล่าวอันเป็นการละเมิดบทบัญญัตินี้จะต้องระวางโทษปรับไม่เกินสองแสนบาทตามมาตรา 147¹⁶ พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541

ในต่างประเทศเองก็มีแนวความคิดเกี่ยวกับการล่วงเกินทางเพศ (Sexual Harassment) ด้วยเช่นกัน ดังจะเห็นได้จากคำนิยามการล่วงเกินทางเพศของ Equal Employment Opportunity Commission หรือ EEOC ซึ่งได้ให้ความหมายเอาไว้ว่า การล่วงเกินทางเพศเป็นเรื่องผิดกฎหมายที่จะรบกวนคุกคามบุคคลอื่นเนื่องมาจากเหตุแห่งเพศของบุคคลนั้น การรบกวน รวมไปถึงการล่วงเกินในทางเพศ การคุกคามทางเพศอันเป็นสิ่งที่ไม่พึงปรารถนา (Unwelcomed) หรือการเรียกร้องเพื่อความพึงพอใจทางเพศ หรือการรบกวนคุกคามทางคำพูดหรือพฤติกรรมอื่น ๆ ทั้งนี้ จะเป็นการล่วงเกินทางเพศเมื่อปรากฏว่าเป็นสิ่งที่ก่อให้เกิดเงื่อนไขในการจ้างงานของบุคคลไม่ว่าโดยตรงหรือโดยอ้อม หรือถูกนำมาใช้เป็นข้อพิจารณาตัดสินใจจ้างงานบุคคล หรือการพฤติกรรมดังกล่าวมีวัตถุประสงค์หรือส่งผลกระทบต่อการทำงานของบุคคล โดยทำให้เกิดสภาพการทำงานที่ไม่เหมาะสมหรือน่ารังเกียจ¹⁷

ดังนั้นจึงจะเห็นได้ว่าความหมายของการล่วงเกินทางเพศนั้นมีลักษณะกว้างรวมถึงการกระทำหลายรูปแบบ ซึ่งอาจแบ่งออกเป็น 3 รูปแบบ ได้แก่

¹⁴ ปาริฉัตร รัตนกาญจน์, "การล่วงเกิน คุกคาม หรือก่อให้เกิดความเดือนร้อนรำคาญทางเพศต่อสตรีในที่ทำงาน" (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ, สาขาวิชานิติศาสตร์, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551), หน้า 49.

¹⁵ มาตรา 16 ห้ามมิให้นายจ้าง หัวหน้างาน ผู้ควบคุมงาน หรือผู้ตรวจงานกระทำการล่วงเกิน คุกคาม หรือก่อความเดือนร้อนรำคาญทางเพศต่อลูกจ้าง

¹⁶ มาตรา 147 ผู้ใดฝ่าฝืนมาตรา 16 ต้องระวางโทษปรับไม่เกินสองหมื่นบาท

¹⁷ U.S. Equal Employment Opportunity Commission, "Sexual Harassment," [Online] Accessed: 15 March 2015. Available from: http://www.eeoc.gov/laws/types/sexual_harassment.cfm

(1) การล่วงเกินทางวาจา เช่น การวิพากษ์วิจารณ์รูปร่างหรือการแต่งกายในเชิงลามก การสร้างหรือกระจายข่าวเกี่ยวกับเพศสัมพันธ์ของผู้อื่น การพูดตามดื้อบุคคลหนึ่ง กรณีนายจ้างหรือข้าราชการชั้นผู้ใหญ่ชักชวนผู้อยู่ใต้บังคับบัญชาของตนให้ไปเที่ยวสถานบันเทิงตอนกลางคืนด้วยกัน หากผู้ถูกกระทำไม่ยินยอมอาจส่งผลกระทบต่อความก้าวหน้าในหน้าที่การงาน อาจไม่ได้รับพิจารณาขึ้นเงินเดือน¹⁸ เป็นต้น

(2) การล่วงเกินทางกิริยา เช่น การใช้มือวาดขึ้นลงในลักษณะของการลูบคลำหน้าอกอันเป็นการแสดงท่าทางที่สื่อไปในทางที่จะล่วงเกินทางเพศ การมองอย่างตั้งใจในลักษณะกั๊กมกั๊ก การส่งข้อความ ภาพ สิ่งของที่สื่อไปในทางลามกอนาจาร เป็นต้น

(3) การล่วงเกินทางการสัมผัส เช่น การแตะเนื้อต้องตัว การกอด การนั่งหรือเดินในระยะใกล้ชิดเกินความจำเป็น¹⁹ เป็นต้น

2.1.4 ข้อพิจารณาเปรียบเทียบความหมายและลักษณะการกระทำความผิดทางเพศ

การกระทำความผิดทางเพศนอกจากการข่มขืนแล้วยังมีความผิดกรณีกระทำอนาจารและการล่วงเกินทางเพศปรากฏอยู่ในกฎหมายอาญาด้วยเช่นกัน ซึ่งล้วนแล้วแต่เป็นความผิดที่กระทบต่อสิทธิและเสรีภาพในทางเพศ จึงมีประเด็นที่ต้องแยกแยะว่าการกระทำใดเป็นขั้นของการข่มขืน การกระทำใดเป็นขั้นของการอนาจาร และการกระทำใดที่เป็นกรณีของการล่วงเกินทางเพศ ดังนั้นในลำดับถัดไปจึงต้องพิจารณาเปรียบเทียบถึงความหมายและลักษณะของการข่มขืนกระทำชำเรา การอนาจารและการล่วงเกินทางเพศ เพื่อสร้างความชัดเจนให้กับแนวความคิดเกี่ยวกับความผิดทางเพศต่อไป

¹⁸ จากตัวอย่างข้างต้นมีข้อสังเกตเพิ่มเติมประการหนึ่งเกี่ยวกับความหมายของการล่วงเกินทางเพศนั้นยังรวมถึงลักษณะของการคุกคาม เช่น กรณีนายจ้างหรือข้าราชการชั้นผู้ใหญ่ชวนผู้อยู่ใต้บังคับบัญชาของตนให้ไปเที่ยวด้วยกัน หากผู้ถูกกระทำไม่ยินยอมอาจส่งผลกระทบต่อความก้าวหน้าในหน้าที่การงาน อาจไม่ได้รับพิจารณาขึ้นเงินเดือน จึงเป็นลักษณะการล่วงเกินโดยการคุกคาม ก่อให้เกิดความอึดอัด ซึ่งเป็นการล่วงเกินทางเพศโดยการสร้างสภาพแวดล้อมและบรรยากาศในที่ทำงาน (Hostile Environment) ที่ไม่พึงปรารถนา (Unwelcome) และเป็นรูปแบบการกระทำอีกประเภทหนึ่งของการล่วงเกินทางเพศ (Sexual Harassment) ด้วยเช่นกัน อ้างจาก ปาริฉัตร รัตนกาญจน์, "การล่วงเกิน คุกคาม หรือก่อให้เกิดความเดือดร้อนรำคาญทางเพศต่อสตรีในที่ทำงาน," หน้า 65-66.

¹⁹ พินศิริ นามสีฐาน, "ความผิดเกี่ยวกับเพศ: ศึกษากรณีการล่วงเกินทางเพศ" (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ, สาขาวิชานิติศาสตร์, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2543), หน้า 12-13.

(1) *ข้อพิจารณาเปรียบเทียบการข่มขืนกระทำชำเรากับอนาจาร*

การพิจารณาความแตกต่างของการกระทำชำเรากับอนาจารว่าการกระทำได้ที่อยู่ในชั้นของการอนาจาร และการกระทำใดอยู่ในชั้นการกระทำชำเรานั้น มีข้อต้องพิจารณาเสียก่อนว่าเรื่อความหมายของการกระทำชำเราแบบใด ดังที่ได้กล่าวมาข้างต้นในหัวข้อความหมายของการกระทำชำเราแล้วว่า การตีความของการกระทำชำเรานั้นมีความเห็นต่างเป็นสองฝ่าย ฝ่ายหนึ่งเห็นว่า การตีความความหมายของการข่มขืนนั้นควรจะตีความตามสภาพสภาพธรรมชาติดของการกระทำชำเราที่แท้จริง ประกอบกับการชำเราในความเข้าใจเป็นการล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศหญิง ดังนั้นในความเห็นฝ่ายนี้จึงมีจุดชี้ชัดอยู่ที่ “การล่วงล้ำ” เป็นหลัก ส่งผลทำให้มีความแตกต่างกับกับกรณีอนาจารอย่างชัดเจน กล่าวคือ หากมิใช่การล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศ ช่องปาก ทวารหนักของผู้เสียหายแล้ว เช่น การสัมผัส เสียดสี จะถือเป็นกรณีของการอนาจาร

ในขณะที่ความหมายของการกระทำชำเราตามประมวลกฎหมายอาญาที่กำหนดขึ้นใหม่ ทำให้การกระทำชำเราไว้ว่า หมายถึง กรณีผู้กระทำใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำอย่างหนึ่งอย่างใดกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือกับช่องปากของผู้อื่น หรือผู้กระทำใช้สิ่งอื่นใดกระทำอย่างหนึ่งอย่างใดกับอวัยวะเพศ หรือทวารหนักของผู้อื่น ทำให้มีแนวความคิดในการตีความความหมายของการกระทำชำเราที่เป็นความผิดว่าไม่จำเป็นต้องมีการล่วงล้ำอีกต่อไป ดังนั้นหากมีการสัมผัสด้านนอกก็ถือเป็นความผิดสำเร็จแล้ว²⁰ ทำให้การกระทำอนาจารที่ไม่เป็นการกระทำชำเราเหลือแต่เพียงกรณีผู้กระทำใช้อวัยวะเพศของตนหรือสิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะอื่น ๆ ของผู้ถูกระทำที่มีใช้อวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากเท่านั้น เพราะตามลายลักษณ์อักษรหรือคำศัพท์แล้วน่าจะหมายถึงการกระทำใด ๆ ก็ได้ไม่ว่าจะเป็นการสอดใส่ ล่วงล้ำ ทิ่มตำ ถูไถ²¹

(2) *ข้อพิจารณาเปรียบเทียบการข่มขืนกระทำชำเรากับการล่วงเกินทางเพศ*

การเปรียบเทียบการข่มขืนกระทำชำเรากับการล่วงเกินทางเพศนั้นนับว่าไม่เป็นการยากเนื่องด้วยระดับความร้ายแรงของการกระทำมีความแตกต่างกันมาก เพราะการข่มขืนกระทำชำเรานั้น

²⁰ ต่างกับความหมายของการกระทำชำเราเดิมที่มีการให้ความหมายเอาไว้ว่า จะต้องปรากฏว่าของลับหรืออวัยวะเพศของชายผู้กระทำความผิดล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะสืบพันธุ์ของหญิงตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1048/2518 การสัมผัสหรือการถูไถแต่เพียงภายนอกเดิมถือเป็นความผิดชั้นพยายามเท่านั้นตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 874/2491 และ 1218/2530

²¹ บุญเพราะ แสงเทียน, กฎหมายอาญา 3 ภาคความผิดและภาคลหุโทษ แนวประยุกต์, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร: วิทญ์พัฒน์, 2551), หน้า 16.

ไม่ว่าจะถือตามความเห็นของนักกฎหมายฝ่ายใด กล่าวคือ แม้ว่าจะมีการกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากอื่นใดในกรณีของการสัมผัสเสียดสีซึ่งในความเห็นของนักกฎหมายส่วนที่ยึดถือตามถ้อยคำในประมวลกฎหมายอาญา การกระทำความดังกล่าวจะเป็นการกระทำชำเรา แต่ในขณะที่การกระทำข้างต้นตามความเห็นของนักกฎหมายที่ถือตามสภาพธรรมชาติของการชำเราที่ต้องมีการล่วงล้ำ การกระทำความดังกล่าวจะเป็นอนาจาร มิใช่ชั้นของการล่วงเกินทางเพศ นอกจากนี้หากเป็นกรณีนี้ แม้ผู้กระทำจะมีเจตนาที่จะกระทำชำเราผู้เสียหาย แต่อยู่ในสถานการณ์ที่ถึงขั้นจะกระทำชำเรา เช่น เพียงพูดจาขอกระทำชำเรา ขอถลกกระโปรงผู้เสียหาย คำพูดเหล่านี้จะเป็นแต่เพียงการล่วงเกินในทางเพศโดยทางวาจามีใช่กระทำชำเรา ดังนั้นเมื่อเปรียบเทียบลักษณะการกระทำในลักษณะต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นจึงอาจสรุปความแตกต่างระหว่างการข่มขืนและการล่วงเกินทางเพศได้ว่า การล่วงเกินทางเพศที่แม้จะเป็นการกระทำทางกาย เช่น การแตะเนื้อต้องตัว หรือการกระทำในทางวาจา เช่น พูดจาขอมิเพศสัมพันธ์กับผู้เสียหายย่อมไม่มีลักษณะเป็นการกระทำถึงขั้นกระทำชำเรา²²

(3) ข้อพิจารณาเปรียบเทียบการอนาจารและการล่วงเกินทางเพศ

การอนาจาร หมายถึง การกระทำที่ก่อให้เกิดความอับอายขายหน้าหรือการกระทำที่ไม่สมควรในทางเพศหรือทางศีลธรรม ซึ่งตามแนวคำพิพากษาศาลฎีกาของไทยได้วางหลักเพิ่มเติมว่า การกระทำที่จะเป็นอนาจารได้นั้นจะต้องมี “การใช้กำลังทางกายภาพ”²³ ด้วย ดังที่ปรากฏอยู่ในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 939/2487 ซึ่งวินิจฉัยให้การใช้กำลังเข้ากอดปล้ำหญิงโดยปราศจากความยินยอมเป็นความผิดฐานอนาจาร และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1279/2506 ซึ่งวินิจฉัยให้กรณีการจับหน้าอกของผู้เสียหายโดยผู้เสียหายมิได้ให้ความยินยอมเป็นความผิดฐานอนาจารโดยใช้กำลังประทุษร้าย เช่นเดียวกับข้อเท็จจริงที่ปรากฏในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 569/2479 ซึ่งเป็นกรณีการจับแขนหญิงดึงในร้านกาแฟโดยหญิงไม่ยินยอม²⁴ ซึ่งเป็นการแสดงถึงลักษณะของอนาจารที่เห็นว่าจะต้องมีการใช้กำลัง ดังนั้นลักษณะของอนาจารจึงมีลักษณะที่รุนแรงกว่าการล่วงเกินทางเพศที่ไม่จำเป็นต้องมีการใช้กำลังทางกายภาพ เพราะแม้จะเป็นเพียงการใช้วาจาล่วงเกินทางเพศ หรือการแสดงกิริยา เช่น การ

²² พินศิริ นามสีฐาน, "ความผิดเกี่ยวกับเพศ: ศึกษากรณีการล่วงเกินทางเพศ," หน้า 103.

²³ การใช้กำลังทางกายภาพนั้นอาจเทียบเคียงได้กับความหมายในมาตรา 1 (6) ประมวลกฎหมายอาญาซึ่งกำหนดถึงค่านियามของคำว่า “ใช้กำลังประทุษร้าย” เอาไว้ว่าหมายถึง การประทุษร้ายแก่กายหรือจิตใจของบุคคล ไม่ว่าจะทำด้วยใช้แรงกายภาพหรือด้วยวิธีอื่นใด และให้หมายความรวมถึงการกระทำใดๆ ซึ่งเป็นเหตุให้บุคคลหนึ่งบุคคลใดอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ ไม่ว่าจะโดยใช้ยาทำให้มึนเมา สกดจิต หรือใช้วิธีอื่นใดอันคล้ายคลึงกัน

²⁴ จิตติ ดิงศภัทย์, กฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 1, หน้า 757.

เข้ามาใกล้ขีดเกินความจำเป็นก็อยู่ในความหมายของการล่วงเกินทางเพศแล้ว ดังนั้นจึงสามารถสรุปได้ว่าการล่วงเกินทางเพศนั้นมีชั้นความรุนแรงที่แตกต่างจากการอนาจารและมีใช้การกระทำเดียวกัน

ลำดับถัดไปจะเป็นการอธิบายถึงความหมายของอำนาจ ตำแหน่งหน้าที่ และความสัมพันธ์พิเศษ เพื่อให้เข้าใจถึงลักษณะของบุคคลที่อยู่ภายใต้อิทธิพลหรือความกดดันที่เกิดจากสิ่งเหล่านี้ทำให้บุคคลไม่มีอิสระในทางเพศและเสียความเป็นอัตตาณัติในตนเอง

2.2 ความหมายของบุคคลที่อยู่ภายใต้อำนาจ ตำแหน่งหน้าที่ หรือความสัมพันธ์พิเศษ

วิทยานิพนธ์เล่มนี้มุ่งเน้นศึกษาการกระทำความผิดทางเพศกรณีผู้กระทำมีอำนาจ ตำแหน่งหน้าที่ หรือความสัมพันธ์พิเศษอื่นใดไม่ว่าจะในเชิงของการมีอำนาจเหนือ หรือการที่ผู้เสียหายจะต้องพึ่งพิงไม่ว่าในทางใด ๆ ดังนั้นในหัวข้อนี้จึงต้องการอธิบายถึงแนวความคิดและความหมายของถ้อยคำต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องอันได้แก่ อำนาจ ตำแหน่ง หน้าที่ และความสัมพันธ์พิเศษเพื่อให้เห็นถึงความคิดพื้นฐานและนำไปสู่การคิดวิเคราะห์ถึงความสัมพันธ์ระหว่างผู้กระทำกับผู้ถูกกระทำในความผิดทางเพศต่าง ๆ ต่อไป

2.2.1 ความหมายของอำนาจและลักษณะของอำนาจ

อำนาจเป็นสิ่งที่ทำให้บุคคลหนึ่ง ๆ มีสิทธิ หรือมีความสามารถบางประการเพิ่มเติมขึ้นมาจากความเป็นบุคคลปกติธรรมดาทั่วไป เช่น มีอำนาจหน้าที่บังคับตามกฎหมายอย่างกรณีของเจ้าหน้าที่ของรัฐ หรือมีอำนาจบังคับบัญชาของนายจ้าง อันเป็นผลทำให้บุคคลนั้นมีความสามารถบังคับให้เป็นไปตามความต้องการของตนได้ และอำนาจเหล่านี้เมื่อนำมาใช้เพื่อประโยชน์ในทางเพศโดยมิชอบย่อมก่อให้เกิดความล้าหลังของความสัมพันธ์ กล่าวคือ ผู้ถูกกระทำที่อยู่ภายใต้อำนาจของบุคคลเหล่านี้ย่อมเกิดความกดดัน ทำให้ขาดอิสระในการตัดสินใจในการข้องเกี่ยวกับการกระทำทางเพศ ดังนั้นในหัวข้อนี้จึงมุ่งอธิบายถึงความหมายและลักษณะของอำนาจ เพื่อให้เข้าใจถึงสภาพของบุคคลที่อยู่ภายใต้อำนาจต่าง ๆ ทั้งนี้ ในหัวข้อนี้จะแบ่งการอธิบายเป็น 3 ส่วน ได้แก่ ส่วนความหมายของอำนาจตามความเข้าใจทั่วไป ส่วนความหมายของอำนาจที่กฎหมายกำหนดถึง เพื่อให้เห็นถึงสภาพของความหมายที่คนทั่วไปเข้าใจกับกรณีอำนาจที่เกิดขึ้นตามกฎหมาย ซึ่งจะกล่าวโดยละเอียดในแต่ละส่วนในลำดับถัดไป

(1) ความหมายและลักษณะของอำนาจตามความเข้าใจทั่วไป

ความหมายของอำนาจตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554 ซึ่งกำหนดให้ “อำนาจ” หมายถึงกรณีดังกล่าวต่อไป

ก. สิทธิ เช่น มอบอำนาจ กล่าวคือ เป็นกรณีที่บุคคลมีสิทธิบางประการและมอบสิทธินั้นให้กับบุคคลอื่น ในกรณีเช่นนี้พบว่ามีการใช้คำว่ามอบอำนาจให้ใช้สิทธิบางประการแทน เช่น คู่ความทำหนังสือมอบอำนาจให้บุคคลใดเป็นผู้แทนในคดี ตามมาตรา 60 ประมวลวิธีพิจารณาความแพ่ง

ข. อิทธิพลที่จะบังคับให้ผู้อื่นต้องยอมทำตาม ไม่ว่าจะด้วยความสมัครใจหรือไม่

ค. ความที่สามารถบันดาลให้เป็นไปตามความประสงค์ เช่น อำนาจบังคับของกฎหมาย อำนาจบังคับบัญชา เช่น กรณีของนายจ้างที่มีอำนาจบังคับบัญชาให้ลูกจ้างทำงานตามที่สั่ง

ง. ความสามารถหรือสิ่งที่สามารถทำหรือบันดาลให้เกิดสิ่งใดสิ่งหนึ่งได้ เช่น อำนาจคุณพระศรีรัตนตรัย อำนาจสิ่งศักดิ์สิทธิ์ กรณีนี้เป็นการให้ความหมายในเชิงของอำนาจที่มีใช้อำนาจของมนุษย์ธรรมดาทั่วไปพึงมีโดยเกิดขึ้นจากความเชื่อและความศรัทธา

จ. กำลังหรือพลัง เช่น อำนาจจิต อำนาจฝ่ายสูง อำนาจฝ่ายต่ำ

ฉ. ความรุนแรง เช่น ชอบใช้อำนาจ ความหมายในส่วนนี้เป็นการใช้ความหมายของอำนาจในการอธิบายถึงความรุนแรงที่เกิดขึ้น

ช. การบังคับบัญชา เช่น อยู่ใต้อำนาจ²⁵ ในความหมายนี้คล้ายกลับกรณี ค. ที่เป็นการให้ความสามารถในการบังคับให้บุคคลอื่นกระทำตามที่ผู้มีอำนาจกำหนด กล่าวอีกนัยหนึ่งคือเป็นการใช้อำนาจทำให้บุคคลอื่นอยู่ใต้การบังคับบัญชานั้นเอง

จากความหมายทั้งหมดข้างต้นจะเห็นได้ว่าคำว่า อำนาจ มีความหมายกว้างขวางมิได้จำกัดเฉพาะแต่เพียงอำนาจที่กฎหมายตั้งขึ้นเท่านั้น และมีการใช้ถ้อยคำในเชิงแสดงถึงความรุนแรงหรือพลังกำลังซึ่งมิใช่สิ่งทวิวิทยานิพนธ์เรื่องนี้มุ่งเน้นถึง เพราะในเรื่องดังกล่าวในทางกฎหมายจะพบว่าใช้ถ้อยคำว่า “การใช้กำลังประทุษร้าย” จะเป็นคำที่ตรงตัวมากกว่า ดังนั้นในลำดับถัดไปจะอธิบายถึงความหมายและลักษณะของอำนาจที่ปรากฏในกฎหมายซึ่งเป็นความหมายของคำว่าอำนาจที่วิทยานิพนธ์ต้องการกล่าวถึง

²⁵ พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554

(2) ความหมายและลักษณะของอำนาจที่ปรากฏอยู่ในกฎหมาย

เมื่อกล่าวถึงอำนาจที่ปรากฏในกฎหมายนั้น ส่วนมากจะถึงอำนาจต่าง ๆ ที่มีขึ้นโดยกฎหมายกำหนดขึ้น หรือก็คือเป็นกรณีที่กฎหมายให้อำนาจบุคคลในการกระทำต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นอำนาจจับค้น อำนาจพิจารณาพิพากษาคดี แต่นอกจากอำนาจในส่วนนี้ยังมีอำนาจที่กฎหมายมิได้กำหนดให้มีขึ้นแต่กฎหมายรับรู้ว่ามีอำนาจดังนี้เกิดขึ้นโดยกล่าวถึงในบทบัญญัติต่าง ๆ ของกฎหมาย เช่น อำนาจครอบงำผิดคลองธรรม ฉะนั้นในส่วนนี้จึงแบ่งการอธิบายเป็น 2 ส่วน คือ ส่วนความหมายและลักษณะของอำนาจที่กฎหมายรับรองให้มีขึ้น กับส่วนของอำนาจที่กฎหมายกำหนดเอาไว้เป็นส่วนหนึ่งของบทบัญญัติโดยมิได้ก่อตั้งอำนาจใด ๆ ให้กับบุคคล

(2.1) ความหมายและลักษณะของอำนาจที่กฎหมายรับรองให้มีขึ้น

ในส่วนนี้จะกล่าวถึงอำนาจตามที่ปรากฏอยู่ในกฎหมายในลักษณะต่าง ๆ โดยผู้เขียนทำการรวบรวมและจัดกลุ่มแยกออกเป็น 2 ประการ คือ อำนาจที่กฎหมายกำหนดให้มีขึ้นตามพฤติการณ์บางประการ และอำนาจที่กฎหมายกำหนดให้มีขึ้นเนื่องด้วยตำแหน่งหน้าที่ของบุคคล ดังจะได้กล่าวโดยละเอียดต่อไป

ก. อำนาจที่กฎหมายกำหนดขึ้นจากพฤติการณ์บางประการ

พฤติการณ์บางอย่างที่เกิดขึ้นในสังคมมีความสำคัญและความจำเป็นอย่างยิ่งที่กฎหมายจะต้องเข้ามากำหนดให้เมื่อเกิดพฤติการณ์ที่จำเป็นต้องให้บุคคลที่อยู่ในพฤติการณ์ดังกล่าวต้องมีอำนาจกระทำการบางอย่างที่ปกติจะเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายหรือละเมิดสิทธิบุคคลอื่นได้ เช่น²⁶

อำนาจป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา 68²⁷ ประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งกำหนดให้ไม่ว่าผู้ใดกล่าวคือ ไม่เกี่ยวกับว่าบุคคลนั้นจะมีตำแหน่งหน้าที่หรือไม่ก็ตาม หากพบว่ามีพฤติการณ์ตามที่ระบุในมาตรานี้ คือ จะต้องปรากฏว่ามีภัยอันตรายซึ่งเกิดจากการประทุษร้ายอัน

²⁶ จิตติ ดิงศภัทย์, กฎหมายอาญา ภาค 1, พิมพ์ครั้งที่ 10 (กรุงเทพมหานคร: จีระวิชาการพิมพ์, 2546), หน้า 785-786.

²⁷ มาตรา 68 “ผู้ใดจำเป็นต้องกระทำการใดเพื่อป้องกันสิทธิของตนหรือของผู้อื่น ให้พ้นภัยอันตรายซึ่งเกิดจากการประทุษร้ายอันละเมิดต่อ กฎหมายและเป็นภัยอันตรายที่ใกล้จะถึง ถ้าได้กระทำพอสมควร แก่เหตุ การกระทำนั้นเป็นการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย ผู้นั้น ไม่มีความผิด”

ละเมิดต่อกฎหมายและภัยอันตรายนั้นใกล้จะถึง ผู้กระทำจำเป็นต้องกระทำเพื่อป้องกันสิทธิของตนเอง หรือของผู้อื่นและการกระทำนั้นต้องกระทำไปพอสมควรแก่เหตุ²⁸

การกระทำของแพทย์ตามมาตรา 305²⁹ ซึ่งเป็นกรณีที่กฎหมายให้อำนาจแพทย์ในการกระทำแต่ได้โดยไม่เป็นความผิดฐานทำแท้ง หากปรากฏพฤติการณ์ตามที่กฎหมายกำหนด คือ จำเป็นต้องกระทำเนื่องจากสุขภาพของหญิงนั้น หรือ หญิงมีครรภ์เนื่องจากการกระทำความผิดอาญา ฐานข่มขืนกระทำเราตามมาตรา 276 มาตรา 277 หรือความผิดฐานเป็นธูระจัดหา ล่อไป หรือพาไป เพื่อการอนาจารมาตรา 282 มาตรา 283 หรือ มาตรา 284

การแสดงความคิดเห็นหรือข้อความโดยสุจริตตามมาตรา 329³⁰ ซึ่งเป็นการที่กฎหมายให้อำนาจแก่บุคคลใด ๆ ก็ตามสามารถแสดงความคิดเห็นหรือข้อความได้โดยไม่มี ความผิดฐานหมิ่นประมาท เมื่อเกิดข้อเท็จจริงใด ๆ ว่าผู้กระทำแสดงความคิดเห็นเพื่อความชอบธรรม ป้องกัน ตนหรือป้องกันส่วนได้เสียเกี่ยวกับตนตามคลองธรรม หรือติชมด้วยความเป็นธรรม ซึ่งบุคคลหรือสิ่งใด อันเป็นวิสัยของประชาชนย่อมกระทำ หรือเป็นกรณีการแจ้งข่าวด้วยความเป็นธรรมเรื่อง การดำเนินการอันเปิดเผยในศาลหรือในการประชุม

ข. อำนาจที่กฎหมายกำหนดขึ้นจากตำแหน่งหน้าที่

อำนาจที่เกิดขึ้นจากกฎหมายกำหนดให้บุคคลที่มีตำแหน่งหน้าที่มีอำนาจบาง ประการ เนื่องจากกฎหมายเห็นว่าตำแหน่งหน้าที่นั้นมีความจำเป็นที่จะต้องให้อำนาจเพื่อกระทำการ ตามหน้าที่หรือตำแหน่งที่บุคคลนั้นมีอยู่ ซึ่งปรากฏอยู่ในกฎหมายหลายฉบับด้วยกัน อาทิ

²⁸ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 15 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2556), หน้า 156-158.

²⁹ มาตรา 305 “ถ้าการกระทำความผิดดังกล่าวใน มาตรา 301 และ มาตรา 302 นั้น เป็นการกระทำของนายแพทย์ และ

(1) จำเป็นต้องกระทำเนื่องจากสุขภาพของหญิงนั้น หรือ

(2) หญิงมีครรภ์เนื่องจากการกระทำความผิดอาญา ตามที่บัญญัติไว้ใน มาตรา 276 มาตรา 277 มาตรา 282 มาตรา 283 หรือ มาตรา 284

ผู้กระทำไม่มีความผิด”

³⁰ มาตรา 329 “ผู้ใดแสดงความคิดเห็นหรือข้อความใดโดยสุจริต

(1) เพื่อความชอบธรรม ป้องกันตนหรือป้องกันส่วนได้เสียเกี่ยวกับตนตามคลองธรรม

(2) ในฐานะเป็นเจ้าพนักงานปฏิบัติกรตามหน้าที่

(3) ติชมด้วยความเป็นธรรม ซึ่งบุคคลหรือสิ่งใดอันเป็นวิสัย ของประชาชนย่อมกระทำ หรือ

(4) ในการแจ้งข่าวด้วยความเป็นธรรม เรื่องการดำเนินการอันเปิดเผยในศาลหรือในการประชุม

ผู้ใดไม่มีความผิดฐานหมิ่นประมาท”

อำนาจตามประมวลวิธีพิจารณาความอาญาพบว่ามีการบัญญัติให้บุคคลที่มีตำแหน่งหน้าที่เป็นตำรวจหรือพนักงานฝ่ายปกครองมีอำนาจบางประการขึ้น เช่น อำนาจค้นในที่รโหฐานของพนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจตามมาตรา 92 ซึ่งกำหนดให้อำนาจค้นในที่รโหฐานได้แม้ไม่มีหมายค้นหรือคำสั่งศาลในกรณีที่มีเสียงร้องให้หรือมีพฤติการณ์แสดงว่ามีเหตุร้ายเกิดขึ้นในรโหฐาน หรือปรากฏความผิดซึ่งหน้ากำลังกระทำลงในที่รโหฐานหรือบุคคลที่กระทำความผิดซึ่งหน้าและถูกไล่จับหนีเข้าไปหรือมีเหตุอันควรสงสัยว่าได้เข้าไปซุกซ่อนตัวในที่รโหฐาน หรือกล่าวถึงอำนาจจับของเจ้าหน้าที่ตำรวจในมาตรา 78 ซึ่งกำหนดให้พนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจสามารถจับได้โดยไม่ต้องมีหมายจับหรือคำสั่งของศาล หากพบว่ามิบุคคลกระทำความผิดซึ่งหน้าตามมาตรา 80 หรือมีพฤติการณ์อันควรสงสัยว่าบุคคลนั้นอาจจะก่ออันตรายแก่บุคคลอื่นหรือทรัพย์สิน เป็นต้น

อำนาจตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เช่น อำนาจปกครองของบิดามารดาตามมาตรา 1567 ซึ่งทำให้บิดามารดามีอำนาจในการทำโทษบุตร อำนาจกำหนดที่อยู่ของบุตร เช่นเดียวกับผู้ปกครองที่กฎหมายกำหนดให้อำนาจตามมาตรา 1567 ด้วยเช่นกัน นอกจากนี้ยังมีอำนาจตามพระราชบัญญัติเฉพาะรายกรณี เช่น อำนาจบังคับบัญชาของนายจ้างตามพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน ซึ่งเป็นหลักการสำคัญในการแยกแยะความแตกต่างระหว่างสัญญาจ้างแรงงานกับสัญญาจ้างทำของ เพราะหากความสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญานั้นมีลักษณะของการทำงานภายใต้คำสั่งหรือคำสั่งบัญชาของอีกฝ่ายแล้วย่อมเป็นสัญญาจ้างแรงงาน เช่น นายจ้างมีอำนาจออกระเบียบข้อบังคับในการทำงาน กำหนดเวลาและสถานที่ทำงาน³¹ เป็นต้น ทั้งนี้พบว่าอำนาจบังคับบัญชานี้ นายจ้างอาจใช้อำนาจผ่านตัวแทนหรือมอบหมายให้กับฝ่ายบริหารของบริษัทเป็นผู้ใช้อำนาจแทนก็ได้โดยไม่ต้องใช้อำนาจนี้ด้วยตนเอง³² หรือในกรณีอำนาจของผู้พิพากษาในการพิพากษาอรรถคดีตามพระธรรมนูญศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543³³

จากตัวอย่างดังกล่าวข้างต้นจะเห็นได้ว่าอำนาจส่วนนี้มาจากตำแหน่งหน้าที่ หรืออาจกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ เนื่องด้วยบุคคลหนึ่งมีตำแหน่งหน้าที่ที่จะกระทำการใด ย่อมมีอำนาจควบคู่กันไปเพื่อการกระทำการนั้นให้ลุล่วง เช่น กรณีของเจ้าหน้าที่ตำรวจที่มีตำแหน่งหน้าที่ที่จะต้องรักษา

³¹ วิจิตรา (ทุ่งลัดดา) วิเชียรชม, คำอธิบายกฎหมายแรงงาน, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอนคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556), หน้า 117-118.

³² เรื่องเดียวกัน, หน้า 48.

³³ จิตติ ดิงศภัทย์, กฎหมายอาญา ภาค 1, หน้า.

ความสงบในสังคม การจับกุมผู้กระทำความผิดก็เป็นหนึ่งในหน้าที่ของตำแหน่งเจ้าหน้าที่ตำรวจ ดังนี้ ในหัวข้อนี้ผู้เขียนจะอธิบายในรายละเอียดในหัวข้อของความหมายและลักษณะของตำแหน่งหน้าที่ต่อไป

(2.2) อำนาจที่กฎหมายกำหนดเป็นส่วนหนึ่งของบทบัญญัติ

นอกจากอำนาจที่กฎหมายกำหนดให้มีขึ้นที่ได้อธิบายมาข้างต้น ไม่ว่าจะเป็นอำนาจที่กำหนดให้มีขึ้นจากพฤติการณ์และความจำเป็น หรืออำนาจที่กฎหมายกำหนดให้มีขึ้นอันเนื่องมาจากตำแหน่งหน้าที่ของบุคคลนั้น ในประมวลกฎหมายอาญายังปรากฏอำนาจอีกลักษณะหนึ่ง ที่แม้กฎหมายจะมีได้รับรองให้มีอำนาจนี้ขึ้น แต่ได้กล่าวถึงเอาไว้ในกฎหมาย โดยอาจกำหนดเป็นส่วนหนึ่งขององค์ประกอบความผิดหรือเป็นอำนาจที่กฎหมายกำหนดฐานความผิดขึ้นมา ดังเช่นกรณีดังต่อไปนี้

อำนาจครอบงำผิดคลองธรรม เป็นอำนาจประการหนึ่งที่กฎหมายกำหนดไว้เป็นองค์ประกอบความผิดบางฐาน เช่น ความผิดตามมาตรา 284³⁴ และมาตรา 313 (2)³⁵ ซึ่งเป็นการกำหนดให้การใช้อำนาจครอบงำผิดคลองธรรมนี้เป็นส่วนหนึ่งของวิธีการกระทำความผิด

อำนาจอัยหรือช่องโง่ เป็นอำนาจที่เกิดขึ้นจากการกระทำความผิดฐานอัยตามมาตรา 209³⁶ และความผิดฐานช่องโง่ตามมาตรา 210³⁷ อีกทั้งยังเป็นส่วนหนึ่งของเหตุที่ทำให้

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

³⁴ มาตรา 284 “ผู้ใดพาผู้อื่นไปเพื่อการอนาจาร โดยใช้อุบายหลอกลวง ชูเชิญ ใช้กำลังประทุษร้ายใช้อำนาจครอบงำผิดคลองธรรม หรือใช้วิธี ช่มชู้ใจด้วยประการอื่นใด ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งปีถึงสิบปี และปรับตั้งแต่สองพันบาทถึงสองหมื่นบาท”

³⁵ มาตรา 313 “ผู้ใดเพื่อให้ได้มาซึ่งค่าไถ่

(1) เอาตัวเด็กอายุไม่เกินสิบห้าปีไป

(2) เอาตัวบุคคลอายุกว่าสิบห้าปีไป โดยใช้อุบายหลอกลวง ชูเชิญ ใช้กำลังประทุษร้าย ใช้อำนาจครอบงำผิดคลองธรรม หรือใช้วิธีช่มชู้ใจ ด้วยประการอื่นใด หรือ

(3) หน่วงเหนี่ยวหรือกักขังบุคคลใด

ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สิบห้าปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่สามหมื่น บาท ถึงสี่หมื่นบาท หรือจำคุกตลอดชีวิต หรือประหารชีวิต”

³⁶ มาตรา 209 “ผู้ใดเป็นสมาชิกของคณะบุคคลซึ่งปกปิดวิธีดำเนินการ และมีความมุ่งหมายเพื่อการอันมิชอบด้วยกฎหมาย ผู้นั้นกระทำความผิดฐานเป็นอัย ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินเจ็ดปี และปรับไม่เกิน หนึ่งหมื่นสี่พันบาท

ถ้าผู้กระทำความผิดเป็นหัวหน้า ผู้จัดการหรือผู้มีตำแหน่งหน้าที่ ในคณะบุคคลนั้น ผู้นั้นต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบปี และปรับไม่เกินสองหมื่นบาท”

ผู้กระทำความผิดฐานทำให้เสื่อมเสียเสรีภาพตามมาตรา 309³⁸ หากพบว่ามีอาการอันน่าอึ้งย้งหรือ
ช่องโหว่ในการกระทำความผิด

ลำดับถัดไปจะเป็นการอธิบายถึงความหมายและลักษณะของตำแหน่งหน้าที่ ซึ่งทำ
ให้เกิดอำนาจบางประการขึ้นจากการที่บุคคลหนึ่งที่มีตำแหน่งหน้าที่นั้น เพื่อให้เข้าใจถึงสภาพคนที่ตก
อยู่ภายใต้อิทธิพลของบุคคลที่มีตำแหน่งหน้าที่ที่มีอำนาจเหนือหรือมีอำนาจครอบงำผู้อื่น

2.2.2 ความหมายและลักษณะของตำแหน่งหน้าที่

ในส่วนนี้จะแบ่งการอธิบายเป็น 2 ส่วน คือ ส่วนความหมายของตำแหน่งหน้าที่ตามความ
เข้าใจทั่วไปและตามกฎหมาย เพื่อให้เห็นถึงความแตกต่างของความหมายทั่วไปกับความหมายที่
วิทยานิพนธ์นี้มุ่งเน้นถึง

(1) ความหมายและลักษณะของตำแหน่งหน้าที่ตามความเข้าใจทั่วไป

ความหมายของตำแหน่งตามความเข้าใจนั้นพบว่ามีการใช้คำนี้ในหลากหลายความหมาย ดัง
จะเห็นได้จากความหมาย “ตำแหน่ง” ตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554 ซึ่งให้
ความหมายว่า

ก. ที่อยู่ เช่น ตำแหน่งของดวงดาว

ข. แห่งที่ หน้าที่การงาน ฐานะ เช่น ตำแหน่งผู้จัดการ

³⁷ มาตรา 210 “ผู้ใดสมคบกันตั้งแต่ห้าคนขึ้นไปเพื่อกระทำความผิด อย่างหนึ่งอย่างใดตามที่บัญญัติไว้ในภาค 2 นี้ และ
ความผิดนั้นมี กำหนดโทษจำคุกอย่างสูงตั้งแต่หนึ่งปีขึ้นไป ผู้นั้นกระทำความผิดฐาน เป็นช่องโหว่ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปี
หรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่น บาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ถ้าเป็นการสมคบเพื่อกระทำความผิดที่มีระวางโทษถึงประหารชีวิต จำคุกตลอดชีวิตหรือจำคุกอย่างสูงตั้งแต่สิบปีขึ้นไป
ผู้กระทำความผิดต้องระวาง โทษจำคุกตั้งแต่สองปีถึงสิบปี และปรับตั้งแต่สี่พันบาทถึงสองหมื่นบาท”

³⁸ มาตรา 309 “ผู้ใดข่มขืนใจผู้อื่นให้กระทำการใด ไม่กระทำการใดหรือ จายอมต่อสิ่งใด โดยทำให้กลัวว่าจะเกิด
อันตรายต่อชีวิตร่างกาย เสรีภาพ ชื่อเสียงหรือทรัพย์สินของผู้ถูกข่มขืนใจนั้นเอง หรือของผู้อื่น หรือโดยใช้ กำลังประทุษร้ายจนผู้
ถูกข่มขืนใจต้องกระทำการนั้น ไม่กระทำการนั้น หรือจายอมต่อสิ่งนั้น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกิน หกพัน
บาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ถ้าความผิดตามวรรคแรกได้กระทำโดยมีอาวุธ หรือโดยร่วมกระทำ ความผิดด้วยกันตั้งแต่ห้าคนขึ้นไป หรือได้กระทำ
เพื่อให้ผู้ถูกข่มขืนใจทำ ถอน ทำให้เสียหาย หรือทำลายเอกสารสิทธิอย่างใดผู้กระทำความผิดต้องระวาง โทษจำคุกไม่เกินห้าปี หรือปรับไม่
เกินหนึ่งหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ถ้ากระทำโดยอ้างอำนาจอึ้งย้งหรือช่องโหว่ ไม่ว่าจะอึ้งย้งหรือช่องโหว่นั้นจะ มีอยู่หรือไม่ ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่
หนึ่งปีถึงเจ็ดปีและปรับ ตั้งแต่สองพันบาทถึงหนึ่งหมื่นสี่พันบาท”

ค. ลักษณะนามเรียกจำนวนตัวเลขหลังจุดทศนิยม ยกเว้นเลขศูนย์ที่ไม่มีตัวเลขอื่นตามหลัง เช่น 5.04 เรียกว่า ทศนิยม 2 ตำแหน่ง 6.108 เรียกว่า ทศนิยม 3 ตำแหน่ง หรือสิ่งที่บ่งระบุระดับความถูกต้องในการแสดงค่าของจำนวนจริงในรูปของทศนิยม เช่น ทศนิยม 3 ตำแหน่ง หมายถึง ระดับความถูกต้องชนิดที่มีความคลาดเคลื่อนไม่เกิน 1 ใน 1,000

จากความหมายข้างต้นจะเห็นได้ว่าการใช้ความหมายของตำแหน่งในส่วนของตัวเลขเชิงคณิตศาสตร์ และใช้คำว่าตำแหน่งในเชิงของการระบุสถานที่ซึ่งไม่เกี่ยวข้องกับประเด็นที่วิทยานิพนธ์เล่มนี้มุ่งเน้นถึง ดังนั้นจึงต้องนำคำว่าตำแหน่งมาพิจารณาประกอบกับคำว่า “หน้าที่” เพื่อให้เกิดความชัดเจนว่าต้องการใช้คำว่าตำแหน่งหน้าที่ในความหมายส่วนใด ซึ่งคำว่า “หน้าที่” ตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554 ให้ความหมายเอาไว้ว่า หมายถึง กิจที่จะต้องทำด้วยความรับผิดชอบ³⁹ ฉะนั้นจึงสรุปความหมายของตำแหน่งหน้าที่ในที่นี้ได้ว่า หมายถึง กรณีบุคคลที่มีหน้าที่การงานหรือความรับผิดชอบในเรื่องใดเรื่องหนึ่ง ซึ่งในลำดับถัดไปจะกล่าวถึงตำแหน่งหน้าที่ที่ปรากฏอยู่ในกฎหมายไทยว่ามีลักษณะและมีตัวอย่างกรณีใดบ้าง

(2) ความหมายและลักษณะของตำแหน่งหน้าที่ตามกฎหมาย

จากคำอธิบายเรื่องอำนาจซึ่งกฎหมายกำหนดให้เนื่องด้วยบุคคลมีตำแหน่งหน้าที่ประกอบกับความหมายของตำแหน่งหน้าที่ได้กล่าวมาข้างต้นทำให้เห็นว่าบุคคลใดที่กฎหมายกำหนดให้มีตำแหน่งหน้าที่ซึ่งจะเกิดอำนาจในการกระทำการด้วยตามมาโดยปริยาย ยิ่งไปกว่านั้นบางกรณีก็กฎหมายกำหนดให้ผู้มีตำแหน่งหน้าที่ต้องกระทำการตามที่ระบุไว้ หากไม่กระทำตามที่นั้นแล้ว ผู้มีตำแหน่งหน้าที่อาจมีความผิดฐานละเลยต่อตำแหน่งหน้าที่ได้ ดังเช่นที่ปรากฏอยู่ในตามมาตรา 157⁴⁰ ซึ่งกำหนดให้เจ้าพนักงานที่ละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบ เพื่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ใดหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยทุจริตมีความผิดต้องระวางโทษตามมาตรานี้

ตัวอย่างผู้มีตำแหน่งหน้าที่ซึ่งมีอำนาจกระทำการต่าง ๆ ตามที่กฎหมายกำหนดนั้นมืออยู่ด้วยกันหลายกรณี มีทั้งในส่วนของกฎหมายอาญาและวิธีพิจารณาความและกฎหมายอื่น ๆ เช่น เจ้าพนักงานมีอำนาจจับ⁴¹ ทั้งนี้ภายใต้เงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด ดังจะเห็นตัวอย่างได้จากคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 699/2502 ซึ่งเป็นกรณีที่จำเลยเป็นพนักงานป่าไม้ บอกให้รถยนต์บรรทุกไม่ผิดกฎหมาย

³⁹ พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554

⁴⁰ จิตติ ดิงศภัทย์, กฎหมายอาญา ภาค 1, หน้า 788.

⁴¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 786.

หยุด แต่โจทก์ไม่หยุดรถ ทำให้จำเลยต้องยิงยางที่ล้อรถเพื่อให้รถหยุดจะได้จับคนและไม่ผิดกฎหมาย จึงเป็นการกระทำตามอำนาจโดยใช้วิธีเท่าที่ เหมาะแก่พฤติการณ์แห่งเรื่องในการจับตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 83 วรรคท้าย ซึ่งให้อำนาจแก่เจ้าพนักงานผู้จับสามารถใช้วิธีการหรือการป้องกันใด ๆ เท่าที่เหมาะสมกับพฤติการณ์ที่เกิดขึ้นในการจับนั้นได้ในกรณีที่ผู้จะถูกจับ ชัดขวางหรือจะขัดขวางการจับ ทำนองเดียวกับคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 775/2502⁴² ซึ่งเป็นกรณีที่ผู้ช่วยพืศดีใช้กำลังจับกุมผู้ต้องขังที่หลบหนี

ในส่วนของกฎหมายแพ่งก็มีการกำหนดถึงตำแหน่งหน้าที่ซึ่งทำให้มีอำนาจบางประการ เช่น อำนาจของบิดามารดาทำโทษบุตรตามมาตรา 1567⁴³ เช่นเดียวอำนาจปกครองของผู้ปกครองตาม 1598/3⁴⁴ และอำนาจของผู้อนุบาลตามมาตรา 1598/18 ซึ่งให้นำมาตรา 1567 มาใช้ เว้นแต่กรณีผู้ อยู่ในความอนุบาลบรรลุนิติภาวะแล้ว ห้ามมิให้ใช้อำนาจในฐานะผู้อนุบาลทำโทษ⁴⁵ ทั้งนี้ อำนาจทำ โทษผู้อยู่ในปกครองนี้ไม่จำกัดเฉพาะแต่ระหว่างผู้ปกครองกับผู้อยู่ในปกครอง ยังรวมไปถึงบุคคลอื่น อยู่ในฐานะเดียวกันด้วย (in loco parentis) เช่น กรณีนำเด็กมาเลี้ยงเป็นสมาชิกในครอบครัวแม้จะ

⁴² คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 775/2502 ข้อเท็จจริงปรากฏว่า ผู้ต้องขังยื่นคำร้องขอประกันตัวโดยยื่นประกันผู้ช่วยพืศดี ร้องขอให้ผู้ตายหยุดยิง ผู้ตายไม่ยอมหยุด จึงยิงปืนเข้าไป 1 นัด ผู้ตายคงวิ่งหนีต่อไป จำเลยจึงยิงอีก 1 นัดถูกที่แขน โดยมีได้เจตนา จะฆ่าผู้ตาย แต่ยิงเพื่อจะจับกุมเท่านั้น ถ้าจำเลยที่ 1 ไม่กระทำเช่นนั้นแล้ว ผู้ตายก็จะหลบหนีไปได้ เนื่องจากจำเลยที่ 1 มีพวก ไปด้วยอีก 2 คนผู้ตายมีสิ่วปลายแหลมอยู่ในมือ เป็นการยากที่จะจับผู้ตายได้โดยละม่อม ผู้ตายไม่ได้ตายเพราะผลที่ถูกยิง แต่ตาย เพราะบาดแผลถูกตีศีรษะ ศาลฎีกาเห็นว่า การกระทำของจำเลยที่ 1 ถือได้ว่าเป็นวิธีป้องกันมิให้ผู้ตายหลบหนีเท่าที่เหมาะสมแก่ พฤติการณ์แห่งการจับกุมผู้ตายซึ่งหลบหนีจากที่คุมขังแล้ว ตาม ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 83 และ พระราชบัญญัติราชทัณฑ์ พ.ศ. 2479 มาตรา 17(2) ประกอบด้วยกฎหมายลักษณะอาญา มาตรา 52 จำเลยยังไม่มีผิด

⁴³ มาตรา 1567 “ผู้ใช้อำนาจการปกครองมีสิทธิ

- (1) กำหนดที่อยู่ของบุตร
- (2) ทำโทษบุตรตามสมควรเพื่อว่ากล่าวสั่งสอน
- (3) ให้บุตรทำงานตามสมควรแก่ความสามารถและฐานะอุปการะ
- (4) เรียกบุตรคืนจากบุคคลอื่นซึ่งกักบุตรไว้โดยมิชอบด้วยกฎหมาย”

⁴⁴ มาตรา 1598/3 “ผู้ปกครองเป็นผู้แทนโดยชอบธรรมของผู้อยู่ใน ปกครอง

ให้นำ มาตรา 1570 มาตรา 1571 มาตรา 1572 มาตรา 1574 มาตรา 1575 มาตรา 1576 และ มาตรา 1577 มาใช้ บังคับแก่ผู้ ปกครองและผู้อยู่ในปกครองโดยอนุโลม”

⁴⁵ มาตรา 1598/18 “ในกรณีที่บิดามารดาเป็นผู้อนุบาลบุตรถ้าบุตรนั้น ยังไม่บรรลุนิติภาวะ ให้นำบทบัญญัติว่าด้วย สิทธิและหน้าที่ของผู้ใช้ อำนาจปกครองมาใช้บังคับโดยอนุโลม แต่ถ้าบุตรนั้นบรรลุนิติภาวะแล้ว ให้นำบทบัญญัติว่าด้วยสิทธิและ หน้าที่ของผู้ปกครองมาใช้บังคับโดย อนุโลม เว้นแต่สิทธิตาม มาตรา 1567 (2) และ (3)

ในกรณีที่บุคคลอื่นซึ่งมิใช่บิดามารดาหรือมิใช่คู่สมรสเป็นผู้อนุบาล ให้นำบทบัญญัติว่าด้วยสิทธิและหน้าที่ของผู้ปกครอง มาใช้บังคับโดย อนุโลม แต่ถ้าผู้อยู่ในความอนุบาลบรรลุนิติภาวะแล้ว จะใช้สิทธิตาม มาตรา 1567 (2) และ (3) ไม่ได้”

มิได้มีความสัมพันธ์เป็นบุตรตามกฎหมายก็ตาม⁴⁶ หลักเรื่องนี้สอดคล้องกับมีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ตีความคล้ายคลึงกันในเรื่องของการพรากเด็กไปจากอำนาจการดูแลตามมาตรา 317 ดังที่ปรากฏอยู่ในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 14795/2555 ซึ่งพิพากษาให้จำเลยมีความผิดฐานพรากผู้เยาว์ไปจากดูแลโดยศาลฎีกาให้เหตุผลว่าการที่จำเลยพาผู้เสียหายที่ 2 เข้าห้องไปกระทำชำเราเป็นการรบกวนล่วงอำนาจผู้ดูแลซึ่งเป็นป้าของผู้เสียหายที่หนึ่งมาพักอาศัยอยู่ด้วยตั้งแต่อายุ 3 ปีเศษ จึงอยู่ในฐานะผู้ดูแลผู้เสียหายที่ โดยได้รับมอบหมายจากบิดามารดาของผู้เสียหายที่ ดังนั้นจึงจะเห็นได้ว่าป้าของผู้เสียหายมีฐานะเป็นผู้ดูแลตามความเป็นจริงจึงมีอำนาจการดูแลที่ได้รับมอบหมายโดยอยู่ในสถานะเช่นเดียวกับบิดามารดา อันแสดงให้เห็นถึงการรับรู้ของกฎหมายถึงตำแหน่งหน้าที่ซึ่งก่อให้เกิดอำนาจตามสภาพความเป็นจริง

นอกจากอำนาจของบิดามารดาแล้วกฎหมายยังรับรองตำแหน่งของครูอาจารย์ที่มีหน้าที่ดูแลศิษย์ ดังจะเห็นได้จากมาตรา 430 ซึ่งกำหนดให้ครูอาจารย์ต้องใช้ความระมัดระวังตามสมควรในการดูแลศิษย์ที่ยังไม่บรรลุนิติภาวะ มิเช่นนั้นแล้วครูอาจารย์จะต้องรับผิดชอบร่วมกับศิษย์นั้น ดังนั้นศาสตราจารย์จิตติ ดิงศภัทย์ ได้กล่าวถึงกรณีดังกล่าวเอาไว้ว่าเมื่อกฎหมายกำหนดหน้าที่ในการดูแลเด็ก กฎหมายย่อมต้องให้อำนาจในการดูแลได้ตามสมควร จึงสอดคล้องกับคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 949/2471 ซึ่งพิพากษาให้ครูที่เขี่ยนเด็กจนมีเลือดซึมไม่มีความผิดและเป็นการทำโทษที่พอสมควรแล้ว

นอกจากนี้ยังปรากฏการกำหนดถึงตำแหน่งหน้าที่อันมีอำนาจตามพระราชบัญญัติเฉพาะในฉบับอื่น ๆ เช่น⁴⁷

ก. กรณีนายทะเบียนรถยนต์มีอำนาจตรวจตรารถยนต์ที่เดินรถบนถนนโดยไม่ได้เสียภาษี และสามารถยึดใบทะเบียนชั่วคราวกับป้ายหมายเลขทะเบียนส่งไปยังอำเภอเพื่อให้ว่กล่าวได้ตามพระราชบัญญัติรถยนต์ พ.ศ. 2473 ทั้งนี้ ตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 261/2472⁴⁸

ข. กรณีผู้อำนวยการท่าเรือแห่งประเทศไทยรอการจ่ายเงินค่าทดแทนเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ที่ดินเป็นกรรมกรอยู่ โดยนำเรื่องเข้าปรึกษาที่ประชุมกรรมการก่อนแล้ว เป็นการทำหน้าที่ตาม

⁴⁶ จิตติ ดิงศภัทย์, กฎหมายอาญา ภาค 1, หน้า 793.

⁴⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 789-791.

⁴⁸ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 261/2472 ศาลฎีกาพิพากษาว่าจำเลยเป็นนายทะเบียนรถยนต์มีหน้าที่ที่จะตรวจตรารถยนต์ที่เดินในถนนหลวงซึ่งยังไม่ได้เสียภาษี เมื่อพบปะก็จับส่งไปอำเภอให้จัดการว่ากล่าวในทันที เช่นนี้จำเลยไม่มีความผิดฐานทำให้เสื่อมเสียอิสรภาพ

พระราชบัญญัติการท่าเรือแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2494 ทั้งนี้ตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2480/2527⁴⁹

ค. กรณีกรรมการอำนาจสั่งให้เรือท่าขนบที่ทำกันน้ำในห้วยสาธารณะ ตามมาตรา 177 พระราชบัญญัติปกครองท้องที่ พ.ศ. 2457 ทั้งนี้ตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 234/2486⁵⁰

จากลักษณะตำแหน่งหน้าที่ที่กล่าวมาทั้งหมดข้างต้นไม่ว่าจะเกิดจากกฎหมายฉบับใดล้วนแต่แสดงให้เห็นว่าตำแหน่งหน้าที่นั้นมีเรื่องของอำนาจควบคุมกันมาด้วยโดยไม่อาจแยกออกจากกันได้เด็ดขาดนัก เนื่องจากบุคคลที่มีตำแหน่งต่าง ๆ ย่อมต้องการอำนาจเพื่อจะกระทำกิจหรือหน้าที่ตามที่ตนมีอยู่ในลู่วงไปได้ด้วยดี ดังนั้นจึงพบบทบัญญัติในกฎหมายหลายฉบับที่กล่าวถึงตำแหน่งอันมีอำนาจในการกระทำการดังกล่าวมากมาย อย่างไรก็ตามก็ตีพบว่านอกจากตำแหน่งหน้าที่แล้วยังมีความสัมพันธ์พิเศษกรณีอื่น ๆ ที่กฎหมายรับรอง และในบางลักษณะความสัมพันธ์ก็ส่งผลในผู้อยู่ในความสัมพันธ์ต้องอยู่ในอิทธิพลหรือความกดดันบางประการซึ่งจะได้กล่าวโดยละเอียดในหัวข้อถัดไป

⁴⁹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2480/2527 ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า การที่จำเลยนำเรื่อง การจ่ายเงินค่าทดแทนการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ตามบันทึกข้อตกลงระหว่างโจทก์กับคณะกรรมการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์เสนอปรึกษาหารือคณะกรรมการท่าเรือแห่งประเทศไทย แล้วรอการจ่ายเงินค่าทดแทนบางส่วนของโจทก์ไว้ก่อนนั้น เป็นการปฏิบัติตามหน้าที่ของจำเลย เพื่อรักษาผลประโยชน์แห่งรัฐไม่เป็นการปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบ และจำเลยมิได้กระทำการทุจริตอันใดในหน้าที่ เห็นว่าพระราชบัญญัติเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ในท้องที่ตำบลทุ่งสุขลา อำเภอศรีราชา และตำบลบางละมุง อำเภอบางละมุงจังหวัดชลบุรี พ.ศ. 2521 มาตรา 3 บัญญัติให้ผู้อำนวยการการท่าเรือแห่งประเทศไทยเป็นเจ้าหน้าที่ที่เวนคืนอสังหาริมทรัพย์มีได้ระบุจำเลยเป็นเจ้าหน้าที่ที่เวนคืนอสังหาริมทรัพย์เป็นการส่วนตัว เจ้าหน้าที่ที่เวนคืนอสังหาริมทรัพย์และผู้อำนวยการการท่าเรือแห่งประเทศไทยมีความสัมพันธ์เกี่ยวเนื่องต่อกันโดยแท้ ดังนั้นผู้อำนวยการการท่าเรือแห่งประเทศไทยจึงต้องกระทำการตามหน้าที่อยู่ภายใต้บังคับของพระราชบัญญัติเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ดังกล่าวและพระราชบัญญัติการท่าเรือแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2494 ควบคู่ไปด้วยกันหาได้ทำหน้าที่แยกออกจากกันเด็ดขาดดังโจทก์ก็กล่าวไม่ ฉะนั้นการที่จำเลยนำเรื่องการจ่ายเงินค่าทดแทนเสนอคณะกรรมการการท่าเรือแห่งประเทศไทยเพื่อพิจารณาและจำเลยได้รับการจ่ายเงินค่าทดแทนบางส่วนของโจทก์ไว้ตามมติของคณะกรรมการการท่าเรือฯ เช่นนี้ จึงเป็นการกระทำตามหน้าที่ภายใต้บังคับของกฎหมายสองฉบับดังกล่าว การกระทำของจำเลยมิได้เป็นการปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบเพื่อให้เกิดความเสียหายแก่โจทก์และไม่เป็นการใช้อำนาจในตำแหน่งหน้าที่โดยทุจริต จำเลยไม่มีความผิดตามฟ้อง

⁵⁰ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 234/2486 ข้อเท็จจริงได้ความว่า โจทก์ทำท่าขนบกันน้ำในห้วยสาธารณะ ห้วยนี้ผ่านนาหลายเจ้าของแล้วจึงมาถึงนาโจทก์ ต่อจากนาของโจทก์ ไปยังมีนาของคนอื่นอีก ในที่สุดไปลงห้วยพะเนียง ทำให้น้ำท่วมข้าวของเขาจำเลยที่ 1 ซึ่งเป็นนายอำเภอได้บอกให้โจทก์หรือท่าขนบ โจทก์ไม่ยอม จำเลยที่ 1 จึงสั่งให้จำเลยที่ 2 ซึ่งเป็นกำนันและจำเลยที่ 3 ถึงที่ 5 ไปรื้อท่าขนบของโจทก์ ในชั้นฎีกาศาลฎีกามีปัญหาข้อกฎหมายว่ากรรมการอำเภอจะมีอำนาจสั่งรื้อถอนสิ่งซึ่งมีผู้กระทำการขัดขวางต่อทางน้ำสาธารณะประโยชน์ตามความใน พ.ร.บ.ลักษณะปกครองท้องที่ 2457 ม.117 หรือไม่ ศาลฎีกาเห็นว่าการกระทำของโจทก์เป็นการทำให้เสียสาธารณะประโยชน์ กรรมการอำเภอมีอำนาจและหน้าที่ที่จะจัดการมิให้เป็นการเสียสาธารณะประโยชน์ได้ การที่กระทำไปนั้นเป็นการชอบด้วยกฎหมายแล้วจึงพิพากษายืน

2.2.3 ความหมายและลักษณะของความสัมพันธ์พิเศษ

นอกจากกรณีที่บุคคลมีอำนาจหรือตำแหน่งหน้าที่ซึ่งทำให้มีอิทธิพลครอบงำผู้อื่น พบว่ายังมี ความสัมพันธ์ในกรณีอื่น ๆ ที่ทำให้บุคคลบางประเภทมีอำนาจหรืออิทธิพลบางประการเหนือผู้อื่น เช่นเดียวกัน เช่น กรณีลูกบ้านน้ำอาที่เป็นผู้ดูแลหลาย กรณีพ่อเลี้ยงที่ดูแลลูกเลี้ยงอยู่ในสภาพตามความ เป็นจริง หรือกรณีผู้ป่วยที่อยู่ภายใต้การดูแลของแพทย์ ดังนั้นในส่วนนี้จึงจะยกตัวอย่างการอธิบาย ความสัมพันธ์พิเศษเหล่านี้ โดยเริ่มต้นจากความสัมพันธ์ในครอบครัวและเครือญาติ และนำไปสู่การ อธิบายความสัมพันธ์อื่น ๆ ในลักษณะของการพ้องกันเช่นเดียวกัน ได้แก่ ความสัมพันธ์ของครูอาจารย์ กับศิษย์ ความสัมพันธ์ระหว่างแพทย์กับผู้ป่วย ความสัมพันธ์ระหว่างนักบวชซึ่งเป็นที่ปรึกษาทางจิตใจ กับผู้ศรัทธา

(1) ความสัมพันธ์ในครอบครัวและเครือญาติ

ความสัมพันธ์ในครอบครัวเป็นความสัมพันธ์แรกที่มีมนุษย์ทุกคนรู้จักและเป็นความสัมพันธ์ พื้นฐานของมนุษย์ เพราะทารกแรกเกิดไม่อาจอยู่รอดได้หากไม่ได้รับการเลี้ยงดูอุปการะ ซึ่งส่วนใหญ่ก็คือบิดามารดาของทารกนั่นเอง หรือในบางครั้งอาจเป็นบุคคลอื่นที่มีสายสัมพันธ์ทางสายเลือดหรือ ทางการสมรสช่วยเหลือเลี้ยงดู ดังนั้นจึงจะให้ได้ว่าเด็กจะเติบโตได้ย่อมต้องอาศัยพึ่งพาการเลี้ยงดูจาก ครอบครัวเป็นหลัก กฎหมายจึงมีการกำหนดถึงลักษณะความสัมพันธ์ภายในครอบครัว ดังจะเห็นได้ จากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้บัญญัติบรรพที่ 5 ว่าด้วยครอบครัวขึ้นเพื่อรับรอง ความสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นในครอบครัวไว้ในกฎหมาย เช่น อำนาจปกครองของบิดามารดาตามมาตรา 1567 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

นอกจากนี้ในประมวลกฎหมายอาญาก็ยังกำหนดถึงลักษณะความสัมพันธ์ทางครอบครัว ทางการสมรส เครือญาติไว้เช่นเดียวกัน เนื่องจากกฎหมายมองว่ากรณีของคู่สมรสหรือญาตินั้นมีความสัมพันธ์เป็นพิเศษต่อกันแตกต่างไปจากความสัมพันธ์อื่นทั่วไป กฎหมายจึงกำหนดผลของการมีความสัมพันธ์ทางการสมรส ครอบครัว หรือเครือญาติให้แตกต่างไปจากกรณีปกติ โดยอาจกำหนดให้เป็นเหตุฉกรรจ์ เช่น ความผิดเกี่ยวกับเพศตามมาตรา 285 หรือความผิดฐานฆ่าบุพการีตามมาตรา 289 หรืออาจกำหนดเป็นเหตุยกเว้นโทษตามมาตรา 71 วรรคแรกสำหรับการกระทำความผิดใน มาตรา 334 ถึงมาตรา 336 วรรคแรก และความผิดในมาตรา 341 ถึงมาตรา 364 ระหว่างคู่สมรส กระทำต่อกัน หรือเป็นเหตุลดโทษหากเป็นการกระทำความผิดระหว่างบุพการีกับผู้สืบสันดาน หรือพี่

น้องร่วมบิดามารดาเดียวกันกระทำความผิดต่อกัน ทั้งนี้มีเหตุผลอันเนื่องมาจากรากฐานทางศีลธรรม ประกอบกับความสัมพันธ์พิเศษที่บุคคลเหล่านี้มีระหว่างกันส่งผลต่อร่างกายดังจะเห็นได้จากกรณีเหตุฉกรรจ์ตามมาตรา 285 และมาตรา 289 และส่งผลต่อทรัพย์สินดังจะเห็นได้จากมาตรา 71 ที่กล่าวมาข้างต้น เพราะโดยสภาพตามความเป็นจริงของความสัมพันธ์ที่แยกออกจากกันได้ยาก กล่าวคือ มีลักษณะรวมกันจนไม่อาจแยกออกทั้งด้านร่างกายและทรัพย์สิน กฎหมายจึงเข้ามารับรองให้ถึงความสัมพันธ์ในลักษณะดังกล่าวว่ามีความแตกต่าง

เมื่อพิจารณาถึงกฎหมายในอดีตเองก็มีการรับรองถึงความสัมพันธ์พิเศษทางครอบครัว การสมรส เครือญาติอยู่เช่นเดียวกัน เช่น พระอัยการลักษณะวิวาท่าตีได้บัญญัติถึงกรณีการทำร้ายร่างกายไม่สาหัสระหว่างพ่อตาแม่ยาย ลูกเขยลูกสะใภ้ เมียหลวงเมียน้อย ปู่ย่าตายาย ลุงป้าหน้าอา หลาน พี่เมียน้องเขย ให้ว่ากล่าวกันตามผิดและชอบ ให้ตบแต่งข้าวตอกดอกไม้ แปลงขวัญกันเพราะเขาเสียกันมิได้ หรือกรณีเรื่องการลักทรัพย์ระหว่างบุคคลดังกล่าวให้คืนแก่กัน โดยไม่อาจลงโทษปรับใหม่ดังเช่นกรณีของผู้อื่น⁵¹ ดังนั้นจากบทบัญญัติในกฎหมายทั้งอดีตถึงปัจจุบันย่อมแสดงให้เห็นว่า บุคคลที่มีความสัมพันธ์ในครอบครัว เครือญาตินั้นมีความพิเศษแตกต่างไปจากกรณีอื่น ๆ จึงสมควรมีการบัญญัติกฎหมายให้แตกต่างออกไปสำหรับกรณีดังกล่าว

(2) ความสัมพันธ์ระหว่างครูอาจารย์กับศิษย์

ในความสัมพันธ์ระหว่างครู อาจารย์กับศิษย์นั้นมิใช่ให้คำอธิบายว่าธรรมชาติของความสัมพันธ์นี้เป็นหน้าที่ของอาจารย์ประการหนึ่งที่จะไม่ทำอันตรายแก่ศิษย์ที่พึ่งพาตน อันเนื่องมาจากครูหรืออาจารย์นั้นเป็นผู้ที่ได้รับความไว้วางใจ ฉะนั้นจึงมีการอธิบายต่อไปถึงกรณีความสัมพันธ์ทางเพศว่า แม้ลูกศิษย์จะให้ความยินยอมแต่ก็เป็นหน้าที่ของอาจารย์ที่จะต้องปฏิเสธ โดยอธิบายความรู้สึกที่ศิษย์มีต่อครู อาจารย์นั้นเกิดขึ้นมาจากสาเหตุ 2 ประการ คือ

(1) แรงจูงใจหรือการถ่ายโอนความรู้สึก (Transference)⁵² โดยปราศจากจิตสำนึก

(2) การถูกกดดัน

⁵¹ จิตติ ดิงศภัทย์, กฎหมายอาญา ภาค 1, หน้า 912-913.

⁵² การถ่ายโอนความรู้สึก (Transference) หมายถึง การเปลี่ยนแปลงความรู้สึกหรือปฏิกิริยาโดยมิได้ตั้งใจของบุคคลหนึ่ง ซึ่งมักเกี่ยวข้องกับบุคคลที่มีความสำคัญต่อชีวิตของบุคคลนั้น เช่น บิดา มารดา พี่น้อง แผลงจาก “unconscious transfer of the [person’s] feelings and reactions originally associated with important person in the [person’s] life, usually father, mother, or siblings, toward [another person in a powerful position]” ใน Blakiston, Blakiston’s Gould Medical Dictionary, 4ed. (Mcgraw-Hill, 1969).

เหตุผลเรื่องการถูกกดดันนี้เองที่ทำให้ความสัมพันธ์ระหว่างอาจารย์กับศิษย์แตกต่างไปจากกรณีของบิดามารดากับบุตร เนื่องจากการกดดันแบบนี้ยากที่จะเกิดขึ้นกับความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดากับบุตร นอกจากนี้ Phyllis Coleman อธิบายเพิ่มเติมอีกว่าในระยะเริ่มต้นของการศึกษา อาจารย์ทำหน้าที่เหมือนบิดามารดา (loco parentis) และด้วยลักษณะความเป็นบิดามารดานี้ยังเพิ่มความเป็นไปได้ที่ศิษย์จะพัฒนาความรู้สึกให้เปลี่ยนแปลงไป ประกอบกับเมื่ออาจารย์เป็นผู้มีความรู้เกี่ยวกับวิชาความรู้เฉพาะทางและวิถีชีวิตทั่วไป ทำให้ศิษย์ที่ได้ความรู้ใหม่ ๆ มากขึ้น ความเป็นไปได้ที่ความรู้สึกจะเปลี่ยนเป็นความรู้สึกที่คล้ายกับความรัก อีกทั้งปัจจัยในเรื่องของคะแนนและอนาคตของลูกศิษย์ขึ้นอยู่กับภาระของอาจารย์ทำให้อาจารย์มีอำนาจเหนือศิษย์⁵³ จากคำอธิบายดังกล่าวแสดงให้เห็นถึงความสัมพันธ์ระหว่างครู อาจารย์กับศิษย์ซึ่งมีลักษณะของการใช้อำนาจเหนือประกอบอยู่ด้วย ไม่ได้มีเพียงแค่ความรู้สึกพัฒนาว่าครู อาจารย์นั้นเป็นบุคคลสำคัญต่อชีวิตเพียงเท่านั้น ดังนั้นในเรื่องการกระทำระหว่างครูอาจารย์กับศิษย์จึงอาจมองได้ว่าเป็นเรื่องของตำแหน่งหน้าที่ที่ก่อให้เกิดอำนาจได้ด้วย ดังจะเห็นได้จากคำอธิบายของศาสตราจารย์จิตติ ดิงศภัทย์ที่กล่าวว่าเมื่อกฎหมายกำหนดหน้าที่ในการดูแลเด็กที่เป็นศิษย์ กฎหมายจำต้องให้อำนาจในการดูแลเด็กนั้นตามสมควรด้วย⁵⁴

ในกฎหมายอาญาของประเทศอื่น ๆ เองก็มีแนวความคิดเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างครู อาจารย์กับศิษย์อย่างไรในประมวลกฎหมายประเทศสวีเดน มาตรา 188⁵⁵ ซึ่งกำหนดความผิดของบุคคลกระทำการทางเพศโดยอาศัยความสัมพันธ์ที่ตนมีต่อผู้เยาว์อายุเกิน 16 ปีซึ่งต้องพึงพาอาศัยตน อันเนื่องมาจากความสัมพันธ์ทางการศึกษา การดูแลโดยมิชอบเอาไว้แยกต่างหากเป็นพิเศษ ในขณะที่ประเทศไทยก็ปรากฏบทบัญญัติเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างครูกับศิษย์ โดยกล่าวถึง

⁵³ ชาตรี ศรีนวลสนัด และวันชัย ศรีนวลสนัด, *ความยินยอมในคดีอาญา ความผิดอันยอมความได้*, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร: สี่พระยาทนายความและการบัญชี, 2528), หน้า 119-121.

⁵⁴ จิตติ ดิงศภัทย์, *กฎหมายอาญา ภาค 1*, หน้า 794.

⁵⁵ Art. 188 Any person who commits a sexual act by exploiting his or her relationship with a minor over the age of 16 who is dependent on him due to a relationship arising from the minor's education, care or employment or another form of dependent relationship, any person who encourages such a minor to commit a sexual act by exploiting such a relationship, is liable to a custodial sentence not exceeding three years or to a monetary penalty.

If the minor is the spouse or registered partner of the offender, the responsible authority may dispense with prosecution, referral to the court or the imposition of a penalty.

หน้าที่ของครูอาจารย์ในการดูแลศิษย์ที่ยังไม่บรรลุนิติภาวะ⁵⁶ โดยจะต้องใช้ความระมัดระวังตามสมควร มิเช่นนั้นครูอาจารย์จะต้องรับผิดชอบในการที่ศิษย์ทำละเมิดตามมาตรา 430 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

(3) ความสัมพันธ์ระหว่างแพทย์กับผู้ป่วย

ในเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างแพทย์กับผู้ป่วยมีผู้อธิบายความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลทั้งสองโดยเปรียบเทียบกับความสัมพันธ์ของเด็กที่มีต่อบิดามารดาหรือผู้ดูแล โดยให้เหตุผลเพิ่มเติมว่า ผู้ป่วยนั้นเปรียบเสมือนเด็ก (Childlike) เนื่องจากผู้ป่วยมีความเสี่ยงเมื่อเข้ารับการรักษา โดยเฉพาะเมื่อต้องต่อสู้กับปัญหาส่วนตัว ผู้ป่วยหลายคนตกอยู่ในภาวะไม่อาจช่วยเหลือตนเองได้ ซึ่งเปรียบได้กับสภาวะของเด็ก ในขณะที่แพทย์เป็นเหมือนผู้ดูแล หรือบิดามารดา ทำให้แพทย์มีอำนาจเหนือผู้ป่วยในรูปแบบเดียวกันกับอำนาจของบิดามารดาที่มีต่อบุตร⁵⁷ นอกจากนี้แพทย์ยังเป็นผู้ให้การรักษาดูแล จึงทำให้ผู้ป่วยมีความไว้วางใจในการกระทำของแพทย์และยอมให้แพทย์กระทำการอย่างใด ๆ กับตนโดยเชื่อว่าแพทย์จะเป็นผู้ที่ทำให้นั้นหายดี แพทย์จึงสามารถใช้สิทธิพลจากความสัมพันธ์ที่มีต่อผู้ป่วย หรืออ้างว่าเป็นการรักษา ทำให้ลักษณะความสัมพันธ์ระหว่างแพทย์กับผู้ป่วยนั้นมีลักษณะพิเศษแตกต่างจากความสัมพันธ์อื่น ๆ

ในกรณีของผู้ป่วยทางจิต ยังมีผู้ให้ความเห็นเพิ่มอีกว่าผู้ป่วยที่อยู่ระหว่างการบำบัดทางจิตนั้นได้กลับไปเป็นเด็กที่ไม่อาจช่วยเหลือตนเองได้ กล่าวคือ ไม่สามารถรับมือกับสิ่งต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นกับตน และรู้สึกเหมือนกับถูกริบความสามารถที่จะเลือกกระทำการใด ทำให้รู้สึกว่ามันอ่อนแอ ขาดความสามารถที่จะปกป้องตัวเองได้⁵⁸ เช่นเดียวกับ Phyllis Coleman อาจารย์ในมหาวิทยาลัยโนว และมหาวิทยาลัยฟลอริดา ยังได้แสดงความเห็นเกี่ยวกับความสัมพันธ์ทางเพศระหว่างผู้ป่วยกับนักจิตบำบัด โดยใช้เหตุผลคล้ายกับแนวความที่ข้างต้น ซึ่งมองว่าการมีเพศสัมพันธ์ในรูปแบบดังกล่าวเป็นการมีเพศสัมพันธ์ระหว่างเครือญาติใกล้ชิด (Incestuous) รูปแบบหนึ่ง เพราะสำหรับผู้ป่วยแล้วนักจิตบำบัดเป็นเหมือนบุพการีหรือบุคคลที่มีความสำคัญในชีวิต เนื่องจากระหว่างการบำบัดทางจิต บุคคล

⁵⁶ จิตติ ดิงศกัทธิย์, กฎหมายอาญา ภาค 1, หน้า 795.

⁵⁷ Linda Jorgenson & Rebecca M. Randles, *Time Out: The Statute of Limitations and Fiduciary Theory in Psychotherapist Sexual Misconduct Cases*, อ้างใน Sherry Young, "Getting to Yes: The Case against Banning Consensual Relationships in Higher Education," *American University Journal of Gender & the Law* (1996): 283.

⁵⁸ Ibid.

เหล่านี้จะต้องเปิดเผยข้อมูลลับส่วนตัว บ่อยครั้งข้อมูลดังกล่าวเป็นข้อมูลที่สามารถทำลายตัวผู้ป่วยได้ ทำให้พวกเขาต้องพัฒนาความรู้สึกไว้นั่นคือจิตใจที่มีต่อนักจิตบำบัดให้มากขึ้นก่อนที่จะเปิดเผยข้อมูลดังกล่าว ผลที่ตามมา คือ ผู้ป่วยรู้สึกเหมือนตกหลุมรักกับนักจิตบำบัดของตนเองและจินตนาการไปว่านักจิตบำบัดคนนี้จะช่วยให้พวกเขาหายดี การจินตนาการเช่นนี้เป็นจุดคล้ายกับความเชื่อมั่นของบุตรที่มีต่อบุพการีของตนว่าจะสามารถแก้ไขได้ทุกอย่าง ทำให้ผู้ป่วยเปลี่ยนความตั้งใจเกี่ยวกับความสัมพันธ์ด้านการรักษาไปเป็นความสัมพันธ์ทางเพศ อาจเปรียบได้กับกรณีลูกสาวที่แสดงความรักกับบิดา แต่ทางด้านนักจิตบำบัดก็มีหน้าที่แฉเช่นบิดาที่ต้องช่วยพัฒนาเรื่องทางเพศ โดยไม่ตอบรับพฤติกรรมการแสดงออกอย่างเปิดเผยของลูกสาว กล่าวคือ ต้องปฏิเสธความพึงพอใจของผู้ป่วยในเรื่องทางเพศในขณะที่ช่วยจัดการให้ผู้ป่วยมีพื้นที่ปลอดภัยสำหรับตรวจสอบธรรมชาติทางเพศของผู้ป่วยนั้น⁵⁹

ในส่วนของคุณสัมพันธ์ทางเพศระหว่างแพทย์กับผู้ป่วยนอกจากเหตุผลที่ Phyllis Coleman อธิบายเอาไว้ข้างต้นแล้ว ยังสามารถพิจารณาได้ว่าการมีความสัมพันธ์ทางเพศนั้นยังจะละเมิดต่อจริยธรรมทางแพทย์ ดังจะเห็นได้จากคำสาบานตนของฮิปโปเครติสอันเป็นบรรทัดฐานของจริยธรรมทางการแพทย์ในเวลาต่อมาว่า “บ้านหลังใดที่เข้าไปเยี่ยมเยียน ข้าจะทำเพื่อประโยชน์ของผู้ป่วยไข้โดยปราศจากความตั้งใจที่อยู่ติธรรมและประสงคร้าย โดยเฉพาะในแง่ความสัมพันธ์ทางเพศทั้งต่อบุรุษหรือสตรี”⁶⁰ ทั้งนี้จะเห็นได้ว่าแนวความคิดดังกล่าวได้ปรากฏอยู่ในกฎหมายอาญาของหลายประเทศ เช่น ประมวลกฎหมายอาญาของประเทศสวีเดนแลนด์มาตรา 192⁶¹ ซึ่งเป็นบทบัญญัติว่าด้วยความผิดซึ่งกระทำต่อผู้ที่อยู่ในสถานพยาบาลหรือสถานกักกัน หรือเป็นนักโทษ ผู้ถูกกักขังหรือถูกคุมขังระหว่างพิจารณาคดี ทั้งนี้โดยอาศัยความสัมพันธ์ที่ตนเป็นที่พึ่งพาอาศัยของบุคคลดังกล่าว ซึ่งมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

⁵⁹ ชาตรี ศรีนวลสนัด และวันชัย ศรีนวลสนัด, *ความยินยอมในคดีอาญา ความผิดอันยอมความได้*, หน้า 103-104.

⁶⁰ แปลจาก “whatever houses I may visit I will come for benefit of the sick, remaining free of all intentional injustice, of all mischief and in particular of sexual relations with both female and male person”

⁶¹ Art. 192 Any person who, by abusing a dependent relationship with a person in institutional care, an inmate of an institution, a prisoner, a detainee or a person on remand, induces the dependent person to commit or submit to a sexual act, is liable to a custodial sentence not exceeding three years or to a monetary penalty.

If the person harmed is the spouse or registered partner of the offender, the responsible authority may dispense with prosecution, referral to the court or the imposition of a penalty.

“บุคคลใดอาศัยความสัมพันธ์ที่ต้องพึ่งพาอาศัยของผู้อยู่ในสถานพยาบาลหรือสถานกักกัน นักโทษ ผู้ถูกกักขัง หรือบุคคลที่ถูกคุมขังระหว่างพิจารณาคดีโดยมิชอบ ชักนำให้บุคคลที่ต้องพึ่งพาอาศัยนั้นกระทำหรือยอมกระทำการทางเพศ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 3 ปี หรือต้องโทษปรับ”

จากบทบัญญัติที่ยกมาข้างต้นทำให้เห็นถึงความสำคัญของความสัมพันธ์ระหว่างแพทย์กับผู้ป่วยซึ่งมีลักษณะพิเศษ กล่าวคือ มีลักษณะที่ต้องพึ่งพิงกันทำให้กฎหมายต้องบัญญัติความผิดแยกขึ้นมาเป็นพิเศษ เพื่อคุ้มครองผู้ป่วยที่เข้ารับการรักษาด้วย

(4) ความสัมพันธ์ระหว่างนักบวชกับผู้ศรัทธา

ในเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างนักบวชกับผู้ศรัทธานั้น บางครั้งกลุ่มคนที่เป็นนักบวช (Clergyman) เช่น พระ บาทหลวง นักสอนศาสนา อาจมีความสัมพันธ์ในลักษณะที่มีอิทธิพลเหนือผู้เลื่อมใสศรัทธาในลักษณะคล้ายกับอิทธิพลของนักจิตบำบัดที่มีต่อผู้ป่วยทางจิตของตน เพราะบางครั้งผู้ศรัทธานั้นต้องเข้าไปพึ่งพิงในการรับคำปรึกษา กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ นักบวชนั้นเป็นที่พึ่งพิงทางจิตใจของผู้ศรัทธานั้นเอง ในกรณีนี้เคยปรากฏการร้องเรียนและการฟ้องคดีเกี่ยวกับการแสวงหาประโยชน์ทางเพศโดยการให้คำปรึกษาแก่ผู้ศรัทธาของกลุ่มนักบวชในศาสนา ดังเช่นที่ปรากฏในคดี *Milla v. Tamayo* ซึ่งเป็นกรณีที่โจทก์ฟ้องว่าเมื่อตนอายุ 16 ปี บาทหลวง 7 คนชักนำให้ตนมีเพศสัมพันธ์กับพวกเขาโดยกล่าวว่า การกระทำทำนั้นชอบด้วยศาสนาและจริยธรรม หลังจากนั้นจึงพบว่าโจทก์ตั้งครรภ์ นักบวชเหล่านั้นจึงส่งโจทก์ไปยังประเทศฟิลิปปินส์และบอกกับบิดามารดาของโจทก์ว่า โจทก์ต้องเดินทางไปที่นั่นเพื่อศึกษาการแพทย์ หลังจากที่เด็กเกิดมามากกว่า 1 ปี บิดชอบกลับกล่าวกับโจทก์ว่าเขาไม่สามารถทำอะไรเพื่อโจทก์ได้ ทำให้โจทก์รู้สึกสิ้นศรัทธาในศาสนจักรโรมันคาทอลิกและเริ่มต้นฟ้องคดี ในคดีนี้ศาลอุทธรณ์ของรัฐแคลิฟอร์เนียตัดสินว่าคดีขาดอายุความ เนื่องจากอายุความ 1 ปีในการเรียกค่าสินไหมทดแทนสำหรับการกระทำทางเพศซึ่งเป็นผลมาจากความกดดันทางจิตใจหรือการทำร้ายร่างกายเริ่มนับขึ้นเมื่อโจทก์รู้ว่าสามารถเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนได้ จึงเริ่มนับอย่างช้าสุดเมื่อบุตรของโจทก์นั้นเกิด คือ ประมาณ 16 เดือนก่อนฟ้องคดี⁶² คดีนี้เป็นตัวอย่างที่แสดงให้เห็นถึงพลังของความศรัทธาที่ทำให้ผู้ศรัทธาในศาสนายินยอมที่จะมีเพศสัมพันธ์กับนักบวช ซึ่งเป็นผู้ที่มีอิทธิพลทางด้านจิตวิญญาณของผู้ศรัทธาและอาศัยความสัมพันธ์ที่ตนมีอิทธิพลเหนือตนโดยมิชอบ

⁶² ชาตรี ศรีนวลสนัด และวันชัย ศรีนวลสนัด, ความยินยอมในคดีอาญา ความผิดอันยอมความได้, หน้า 114-117.

ความสัมพันธ์ในรูปแบบนี้พบว่าในต่างประเทศ เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกาได้มีการนำแนวความคิดเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างนักบวชและผู้ศรัทธาเป็นฐานความคิดในการบัญญัติกฎหมายอาญาในส่วนของการกระทำความผิดทางเพศในลักษณะของข้อสันนิษฐานเด็ดขาด (Irrebuttable Presumption) องค์ประกอบความผิดเรื่องความยินยอมของผู้เสียหายเอาไว้ ดังจะเห็นได้จาก ในประมวลกฎหมายอาญาของรัฐเท็กซัสที่นอกจากจะกำหนดองค์ประกอบการกระทำที่เป็นความผิดฐานประทุษร้ายทางเพศ (Sexual Assault) เอาไว้ ยังได้กำหนดข้อสันนิษฐานเด็ดขาดเกี่ยวกับเรื่องความยินยอมของผู้เสียหายเอาไว้โดยเฉพาะสำหรับกรณีผู้กระทำความผิดฐานประทุษร้ายทางเพศตามไว้ใน มาตรา 22.011 ประมวลกฎหมายอาญา (Penal Code) ของรัฐเท็กซัส โดยใน (b) (10)⁶³ ได้บัญญัติเอาไว้ว่าหากมีข้อเท็จจริงปรากฏว่า ผู้กระทำเป็นนักบวชซึ่งทำให้บุคคลอื่นนั้นยอมกระทำหรือร่วมกระทำการโดยอาศัยประโยชน์จากการพึ่งพาทางด้านจิตใจที่มีต่ออาชีพนักบวชในการเป็นที่ปรึกษาทางด้านอารมณ์และจิตวิญญาณให้เป็นกรณีที่ไม่มีความยินยอมของผู้ถูกระทำ

อย่างไรก็ตามนอกจากความสัมพันธ์ที่ได้กล่าวมาข้างต้นทั้งหมด ไม่ว่าจะเป็นความสัมพันธ์ในครอบครัว ครูอูญาติ ครูอาจารย์กับศิษย์ แพทย์กับผู้ป่วย หรือนักบวชกับผู้ศรัทธา พบว่าในสังคมของเรายังมีความสัมพันธ์อื่น ๆ ที่มีลักษณะของการพึ่งพิงจากฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง ทำให้ความสัมพันธ์เหล่านั้นมีลักษณะพิเศษแตกต่างไปจากความสัมพันธ์ทั่วไป เนื่องจากเป็นกรณีที่ฝ่ายหนึ่งของความสัมพันธ์มีอิทธิพลเหนืออีกฝ่ายนั่นเอง เช่น กรณีของผู้ดูแลตามความเป็นจริง ดังจะเห็นได้จากบทบัญญัติในกฎหมายไทยเองก็ยอมรับความมีอยู่ของลักษณะความสัมพันธ์ดังกล่าวโดยกำหนดเป็นถ้อยคำกว้าง ๆ ดังเช่น มาตรา 292⁶⁴ ประมวลกฎหมายอาญาซึ่งกำหนดถึงกรณีการกระทำความผิดต่อผู้ที่ต้องพึ่งพาผู้กระทำในการดำรงชีวิตหรือในการอื่นใด เช่น กรณีลูกจ้างในโรงงานที่พักอาศัยอยู่ด้วยกันกับผู้กระทำความผิด ฉะนั้นองค์ประกอบในส่วนของคุณสมบัติระหว่างผู้กระทำกับผู้ถูกระทำจึงมีความสำคัญ

⁶³ (b) A sexual assault under Subsection (a)(1) is without the consent of the other person if... (10) the actor is a clergyman who causes the other person to submit or participate by exploiting the other person's emotional dependency on the clergyman in the clergyman's professional character as spiritual adviser; or

⁶⁴ มาตรา 292 ผู้ใดกระทำความผิดด้วยการปฏิบัติอันทารุณ หรือด้วยปัจจัย คล้ายคลึงกันแก่บุคคลซึ่งต้องพึ่งตน ในการดำรงชีพ หรือในการอื่นใด เพื่อให้บุคคลฆ่าตนเอง ถ้าการฆ่าตนเองนั้นได้เกิดขึ้นหรือได้มีการ พยายามฆ่าตนเอง ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน เจ็ดปี และปรับไม่เกิน หนึ่งหมื่นสี่พันบาท

อย่างยิ่งในการพิจารณาความผิดนี้ ทั้งนี้ จะสังเกตได้ว่าการกำหนดถ้อยคำดังกล่าวมีลักษณะที่กว้างขวางต้องอาศัยพฤติการณ์ในแต่ละกรณีไป⁶⁵ เช่นเดียวกับบทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญาของประเทศสวีเดน มาตรา 193⁶⁶ ซึ่งกำหนดถึงความผิดทางเพศซึ่งกระทำผู้ที่ต้องพึ่งพาอาศัยผู้กระทำความผิด เนื่องด้วยตำแหน่งหน้าที่อันเป็นที่ต้องการ (Position of Need) หรือความสัมพันธ์ที่มีลักษณะของการพึ่งพิง (Dependent Relationship) ก็มีลักษณะคล้ายคลึงกับลักษณะการบัญญัติในมาตรา 292 ประมวลกฎหมายอาญาของไทย อันแสดงให้เห็นว่าในกฎหมายมีการยอมรับถึงความสัมพันธ์พึ่งพิงตามความเป็นจริงในลักษณะอื่น ๆ ปรากฏอยู่ด้วย



⁶⁵ ไกรฤกษ์ เกษมสันต์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 288-366, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2552), หน้า 62-63.

⁶⁶ Art. 193 Any person who induces another to commit or submit to a sexual act by exploiting a position of need or a dependent relationship based on employment or another dependent relationship is liable to a custodial sentence not exceeding three years or to a monetary penalty.

If the person harmed is the spouse or registered partner of the offender, the responsible authority may dispense with prosecution, referral to the court or the imposition of a penalty.

บทที่ 3

บทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับความผิดทางเพศต่อผู้อยู่ภายใต้อำนาจ ตำแหน่งหน้าที่ หรือความสัมพันธ์พิเศษ

ในบทนี้จะอธิบายถึงรายละเอียดบทบัญญัติเกี่ยวกับความผิดทางเพศต่าง ๆ ที่อยู่ในประมวลกฎหมายอาญา พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 และพระราชบัญญัติข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 โดยจัดเรียงลำดับการอธิบายตามเรื่องของความยินยอม เพื่อให้สอดคล้องกับประเด็นที่วิทยานิพนธ์เล่มนี้ศึกษาอยู่ เนื่องด้วยภายหลังในจะมีการวิเคราะห์ในเรื่องของการแก้ไขเกี่ยวกับความเหมาะสมของความยินยอมที่มีอยู่ในกฎหมายอาญาของไทย ดังนั้นในบทนี้จึงสามารถแบ่งหัวข้อการอธิบายเป็น 2 ส่วน ได้แก่

ส่วนที่หนึ่ง คือ ส่วนความผิดทางเพศที่มีองค์ประกอบความผิดเรื่องความยินยอม ซึ่งมีบทบัญญัติหลักที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับการกระทำความผิดทางเพศต่อผู้อยู่ภายใต้อำนาจ ตำแหน่งหน้าที่ หรือความสัมพันธ์พิเศษ คือ มาตรา 285 เนื่องจากมาตรานี้เป็นบทบัญญัติที่กำหนดถึงเหตุฉกรรจ์สำหรับการกระทำความผิดทางเพศในมาตราต่าง ๆ ซึ่งสามารถแบ่งกลุ่มความผิดตามลักษณะเรื่องความยินยอมของผู้เสียหายได้เป็นสองกลุ่ม คือ กลุ่มที่หากผู้เสียหายให้ความยินยอมแล้วไม่มีความผิดกับกลุ่มที่ผู้เสียหายให้ความยินยอมไม่ได้ ซึ่งจะได้กล่าวในรายละเอียดในหัวข้อที่ 3.1 ต่อไป

ส่วนที่สอง คือ ส่วนความผิดทางเพศที่มีได้เกี่ยวข้องกับความยินยอม เช่น มาตรา 397 ประมวลกฎหมายอาญา กล่าวคือ เป็นบทบัญญัติที่มีได้กำหนดให้ความยินยอมเป็นส่วนหนึ่งขององค์ประกอบความผิดที่ต้องพิจารณา ต่อไปจะเป็นการอธิบายรายละเอียดของแต่ละบทบัญญัติไม่ว่าจะเป็นองค์ประกอบความผิด และคำอธิบายพร้อมยกตัวอย่างคำพิพากษาในแต่ละเรื่อง เพื่อให้สามารถเข้าใจถึงลักษณะการกระทำความผิดในแต่ละฐานว่ามีอยู่อย่างไรอันเป็นรากฐานไปสู่การวิเคราะห์ความเหมาะสมแนวทางกำหนดความผิดทางเพศต่อไป

3.1 ความผิดทางเพศที่มีองค์ประกอบความผิดเรื่องความยินยอม

เนื้อหาในส่วนนี้จะเริ่มต้นอธิบายจากมาตรา 285 เนื่องจากเป็นบทบัญญัติหลักที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดทางเพศต่อผู้อยู่ภายใต้อำนาจ ตำแหน่งหน้าที่ หรือความสัมพันธ์พิเศษโดยตรง

เพราะมีการนำเอาเหตุที่ผู้ถูกระทำอยู่ภายใต้อำนาจ ตำแหน่งหน้าที่ หรือความสัมพันธ์พิเศษในกรณีต่าง ๆ เช่น กรณีกระทำความผิดแก่ผู้สืบสันดาน ศิษย์ซึ่งอยู่ในความดูแล ผู้อยู่ในความควบคุมตามหน้าที่ราชการ ผู้อยู่ในความปกครอง ในความพิทักษ์หรือในความอนุบาล มาบัญญัติเป็นเหตุที่ทำให้ผู้กระทำความผิดทางเพศต้องรับโทษหนักขึ้น ซึ่งสามารถสรุปเนื้อหาในส่วนนี้ได้ดังต่อไปนี้

ตารางที่ 1 องค์ประกอบความผิดทางเพศที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดต่อผู้อยู่ภายใต้อำนาจ ตำแหน่งหน้าที่หรือความสัมพันธ์พิเศษ

เหตุที่ทำให้ผู้กระทำความผิดรับโทษหนักขึ้นตามมาตรา 285				
ประเภทความผิด	องค์ประกอบภายนอก			
		มาตรา 276	มาตรา 278	มาตรา 283
ความผิดทางเพศที่ผู้เสียหายยินยอมแล้วไม่มีความผิด	(1) ผู้กระทำ	ผู้ใด ¹ ไม่ว่าจะเป็นเพศชายหรือเพศหญิง หรืออาจเป็นคู่สมรสเป็นผู้กระทำความผิดฐานนี้ก็ได้ ²		
	(2) การกระทำ	การข่มขืนกระทำชำเราโดยขู่เช็ก ใช้กำลังประทุษร้าย หรือผู้อื่นอยู่ในภาวะที่ไม่อาจขัดขืนได้ หรือเข้าใจผิดว่าผู้กระทำเป็นบุคคลอื่น ³	การกระทำอนาจารโดยขู่เช็ก ใช้กำลังประทุษร้าย หรือผู้อื่นอยู่ในภาวะที่ไม่อาจขัดขืนได้ โดยทำให้บุคคลนั้นเข้าใจผิดว่าผู้กระทำเป็นบุคคลอื่น ⁴	การเป็นธุระจัดหา ล่อไป หรือพาไป โดยใช้อุบายหลอกลวง ขู่เช็ก ใช้กำลังประทุษร้าย ใช้อำนาจครอบงำผิดคลองธรรม ใช้วิธีข่มขืนใจด้วยประการอื่นใด

¹ “ผู้ใด” จึงอาจเป็นบุคคลใดก็ได้ ไม่ว่าจะเป็นเพศชายหรือเพศหญิง หรืออาจเป็นคู่สมรสเป็นผู้กระทำความผิดฐานนี้

² เดิมมาตรา 276 ก่อนประกาศใช้พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พ.ศ. 2550 บัญญัติเอาไว้ว่า “ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราหญิง” แสดงให้เห็นว่าผู้ลงมือจะต้องเป็นชาย แต่อาจมีผู้ร่วมกระทำผิดเป็นชายหรือหญิงก็ได้ ดู เกียรติขจร วังนะสวัสดิ์, กฎหมายอาญาภาคความผิด เล่ม 2, หน้า 292.

³ บุญเพราะ แสงเทียน, กฎหมายอาญา 3 ภาคความผิดและภาคโทษ แนวประยุกต์, หน้า 13-14.

⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 54-55.

เหตุที่ทำให้ผู้กระทำความผิดรับโทษหนักขึ้นตามมาตรา 285				
	องค์ประกอบภายนอก			
		มาตรา 276	มาตรา 278	มาตรา 283
	(3) ผู้ถูกกระทำ	ผู้อื่น ⁵ จึงอาจเป็นบุคคลใดก็ได้ ไม่ว่าจะอยู่ในเพศใด ⁶		
	องค์ประกอบภายใน			
	เจตนาธรรมดาและมูลเหตุซึ่งใจเพื่อสนองความใคร่ของผู้อื่น ⁷			
ความผิดทางเพศที่ผู้เสียหายยินยอมไม่ได้	องค์ประกอบภายนอก			
		มาตรา 277	มาตรา 279	มาตรา 282
	(1) ผู้กระทำ	ผู้อื่น กล่าวคือ จะเป็นบุคคลใดก็ได้		
	(2) การกระทำ	การกระทำชำเรา แม้ว่าเด็ก ผู้ถูกกระทำจะยินยอมก็ไม่ทำให้ผู้กระทำพ้นความผิด ⁸	การกระทำอนาจาร แม้เด็กจะยินยอมผู้กระทำก็มีความผิด ⁹	การเป็นธุระจัดหา ล่อไป หรือพาไป แม้ผู้ถูกกระทำจะยินยอมก็ตาม
	(3) ผู้กระทำ	เด็กอายุไม่เกิน 15 ปี	เด็ก อายุยังไม่เกิน 15 ปี	บุคคลใดก็ได้ ¹⁰

⁵ การกระทำตามมาตรานี้แม้จะเป็นการกระทำระหว่างหญิงต่อหญิง หรือชายต่อชายก็สามารถเป็นความผิดนี้ได้ โดยไม่จำกัดว่าจะต้องมีใช้เป็นคู่สมรส และต้องเป็นการกระทำความผิดโดยที่ผู้ถูกกระทำนั้นไม่ยินยอม เพราะหากยินยอมย่อมมิใช่การกระทำที่เรียกได้ว่าเป็นการข่มขืน

⁶ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, กฎหมายอาญา ภาคความผิด เล่ม 2, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพมหานคร: จีระการพิมพ์, 2550), หน้า 306-310.

⁷ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคความผิดและลหุโทษ, หน้า 196-205.

⁸ บุญเพราะ แสงเทียน, กฎหมายอาญา 3 ภาคความผิดและภาคลหุโทษ แนวประยุกต์, หน้า 35-36.

⁹ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคความผิดและลหุโทษ, หน้า 202.

¹⁰ บุญเพราะ แสงเทียน, กฎหมายอาญา 3 ภาคความผิดและภาคลหุโทษ แนวประยุกต์, หน้า 66-67.

เหตุที่ทำให้ผู้กระทำความผิดรับโทษหนักขึ้นตามมาตรา 285			
	องค์ประกอบภายใน		
	มาตรา 277	มาตรา 279	มาตรา 282
	เจตนาธรรมดาและมูลเหตุชักจูงใจเพื่อการอนาจารและเพื่อสนองความใคร่ของผู้อื่น ¹¹		

จากตารางข้างต้นจะเห็นได้ว่า มาตรา 285 เป็นบทกำหนดให้ผู้กระทำความผิดตามมาตรา 276 มาตรา 277 มาตรา 277ทวิ มาตรา 277ตรี มาตรา 278 มาตรา 279 มาตรา 280 มาตรา 282 หรือ มาตรา 283 ต้องรับโทษหนักขึ้นกว่าที่บัญญัติไว้ในมาตรานั้น ๆ หนึ่งในสาม หากกระทำความผิดต่อบุคคลต่าง ๆ ดังต่อไปนี้

(1) ผู้สืบสันดานมีผู้ให้ความหมายแตกต่างกันออกไป ความเห็นหนึ่งมองว่าหมายถึงบุตร หลาน หลาน ลื้อ และผู้สืบสายโลหิตโดยตรงลงไปที่ชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น โดยให้เหตุผลว่าหากตีความตามแนวความเห็นที่สองซึ่งให้หมายความรวมถึง บุตร หลาน หลาน ลื้อตามความเป็นจริงด้วยตามที่ปรากฏอยู่ในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 303/2497 ซึ่งศาลตีความมาตรา 5 (2) แห่งประมวลวิธีพิจารณาความอาญาให้รวมถึงบุตรนอกกฎหมายด้วย อย่างไรก็ตามในลักษณะดังกล่าวมีข้อโต้แย้งประการหนึ่ง คือ จะทำให้เป็นการตีความที่ให้ผลร้ายแก่จำเลยมากยิ่งขึ้น ซึ่งขัดกับหลักการตีความในกฎหมายอาญา¹²

(2) ศิษย์ซึ่งอยู่ในความดูแล กล่าวคือ ต้องเป็นผู้ที่ได้รับการอบรมสั่งสอนจากครูอาจารย์ อีกทั้งยังได้รับความดูแลเกี่ยวกับความเป็นอยู่อีกด้วย หากเป็นเพียงศิษย์ที่ได้รับการสั่งสอนยอมไม่อยู่ในความหมายนี้ตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1637/2500 ตัดสินให้ครูที่มีหน้าที่เพียงสอนวิชาแต่ไม่ได้รับดูแลนักเรียนไม่ใช่ครูอาจารย์ตามมาตรา 247 แห่งกฎหมายลักษณะอาญาซึ่งตรงกับมาตรา 285 แห่งประมวลกฎหมายอาญาในปัจจุบัน และต้องกระทำความผิดในระหว่างที่ครูอาจารย์นั้นมีหน้าที่ดูแลด้วยตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 421/2546¹³

¹¹ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคความผิดและโทษ, หน้า 203.

¹² จิตติ ดิงศภัทย์, กฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 1, หน้า 791.

¹³ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 421/2546 วินิจฉัยความหมายของคำว่า ศิษย์ซึ่งอยู่ในความดูแล เอาไว้ว่ามีได้หมายถึงเฉพาะผู้มีความสัมพันธ์ในฐานะครูหรืออาจารย์ซึ่งมีหน้าที่สอนศิษย์เท่านั้น แต่ครูหรืออาจารย์นั้นต้องมีหน้าที่ควบคุมดูแลปกป้องรักษาตัวศิษย์ และกระทำความผิดตามที่กฎหมายบัญญัติในระหว่างมีหน้าที่ดังกล่าวด้วย เมื่อจำเลยเป็นเพียงครูหรืออาจารย์ในการสอนกวดวิชาซึ่งผู้สมัครเรียนชำระค่าสมัครแล้วจะไปเรียนหรือไม่ก็ได้ขึ้นอยู่กับความสนใจที่จะไฝหาคำความรู้ อีกทั้งไม่ได้ความว่าสถาบัน

(3) ผู้อยู่ในความควบคุมตามหน้าที่ราชการ คือ บุคคลที่ถูกเจ้าพนักงานผู้มีอำนาจควบคุมตัวเอาไว้ ซึ่งมีความหมายกว้างกว่ามาตรา 2 (21) แห่งประมวลวิธีพิจารณาความอาญา และกว้างกว่าความหมายของคุมขังในมาตรา 1 (12)¹⁴ อย่างไรก็ตามการควบคุมนั้นต้องมีลักษณะเด็ดขาด กล่าวคือผู้กระทำความผิดที่ควบคุมและผู้ถูกกระทำอยู่ในการควบคุม เช่น นักโทษกับพัดตี ตำรวจกับผู้ต้องขัง สถานีตำรวจ มิได้หมายความไปถึงกรณีข้าราชการที่อยู่ได้บังคับบัญชาของข้าราชการชั้นผู้ใหญ่ในการปฏิบัติงานราชการ

(4) ผู้อยู่ในความปกครอง ตามแนวคำพิพากษาศาลฎีกาตีความให้หมายถึงเฉพาะ ผู้อยู่ในความปกครองตามกฎหมายเท่านั้น เช่น ผู้ปกครองที่ศาลตั้งให้เป็นผู้ดูแลผู้เยาว์ตามกฎหมาย ดังนั้นหากเป็นการปกครองในความเป็นจริงย่อมไม่อยู่ในความหมายนี้ตามนัยของคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 928/2502¹⁵ และไม่รวมถึงผู้ปกครองทรัพย์สินตามมาตรา 1585 วรรค 2 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์และผู้มีอำนาจเช่นผู้ปกครองตามมาตรา 74 (4) แห่งประมวลกฎหมายอาญา¹⁶

ในขณะที่ยังมีความเห็นทางวิชาที่แตกต่างออกไป คือ ควรต้องถือตามความเป็นจริงว่าผู้ถูกกระทำอยู่ในปกครองของผู้ใด เพราะมองว่าการตีความตามความหมายของอำนาจปกครองในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้นไม่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ตามบทบัญญัตินี้ ซึ่งต้องการคุ้มครองเด็กซึ่งอยู่ในอิทธิพล ไม่มีทางหลีกเลี่ยงได้ อีกทั้งกรณีนี้ยังเป็นการกระทำความผิดต่อเนื่องตัวร่างกายโดยตรง มิได้เป็นแต่เพียงการกระทำที่กระทบต่อสิทธิทางแพ่ง ดังนั้น หากถือตามความเห็นนี้กรณีพ่อเลี้ยงข่มขืนกระทำชำเราลูกเลี้ยงย่อมต้องระวางโทษหนักขึ้นตามมาตรา 285 นี้¹⁷

(5) ผู้อยู่ในความพิทักษ์ หมายถึง บุคคลที่ศาลสั่งให้เป็นคนเสมือนไร้ความสามารถซึ่งอยู่ในความดูแลของผู้พิทักษ์ตามกฎหมาย

(6) ผู้อยู่ในความอนุบาล หมายถึง บุคคลที่ศาลสั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถซึ่งอยู่ในความดูแลของผู้อนุบาลตามกฎหมาย¹⁸

กวดวิชาของจำเลยมีระเบียบหรือข้อเคร่งครัดแต่อย่างไร แสดงว่าจำเลยไม่มีหน้าที่รับผิดชอบควบคุมดูแลปกป้องรักษาตัวศิษย์ตลอดระยะเวลาที่ทำการสอน ดังนั้นแม้จำเลยจะข่มขืนกระทำชำเราโจทก์ร่วมที่ 2 ก็มีใช้การกระทำต่อศิษย์ซึ่งอยู่ในความดูแลของจำเลยอันจะทำให้ต้องรับโทษหนักขึ้นตามมาตรา 285

¹⁴ จิตติ ดิงศภัทย์, กฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 1, หน้า 793.

¹⁵ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 928/2502 บิดาเลี้ยงข่มขืนกระทำชำเราบุตรเลี้ยงไม่เป็นความผิดตามมาตรา 285

¹⁶ จิตติ ดิงศภัทย์, กฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 1, หน้า 794.

¹⁷ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคความผิดและโทษ, หน้า 206-207.

¹⁸ บุญเพราะ แสงเทียน, กฎหมายอาญา 3 ภาคความผิดและภาคโทษ แนวประยุกต์, หน้า 81-83.

ดังที่ได้กล่าวมาก่อนหน้านี้ว่าความผิดที่มาตรา 285 กำหนดนั้นสามารถแบ่งได้ออกเป็น 2 กลุ่มตามหลักเรื่องของความยินยอม ได้แก่ ความผิดทางเพศที่หากผู้เสียหายยินยอมแล้วไม่เป็นความผิด และความผิดที่ผู้เสียหายให้ความยินยอมไม่ได้ซึ่งจะได้อธิบายต่อไป

3.1.1 ความผิดทางเพศที่หากผู้เสียหายยินยอมแล้วไม่เป็นความผิด

ในส่วนนี้จะอธิบายถึงความผิดแต่ละฐานที่อยู่ในกลุ่มที่หากผู้เสียหายให้ความยินยอมแก่ผู้กระทำการกระทำนั้น ๆ แล้ว ผู้กระทำจะไม่มี ความผิด แม้ว่าในบทบัญญัติจะมีได้บัญญัติองค์ประกอบเรื่องของความยินยอมเอาไว้อย่างชัดเจนก็ตาม เนื่องจากการกระทำในส่วนนี้เป็นเรื่องของเอกชนจึงเกี่ยวข้องกับเรื่องของความยินยอมพร้อมใจของคู่กรณีโดยตรงทำให้กฎหมายไม่ได้บัญญัติคำว่าโดยปราศจากความยินยอมเอาไว้¹⁹ ได้แก่

(1) ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามมาตรา 276²⁰ ซึ่งได้กำหนดองค์ประกอบภายนอกส่วนการกระทำความผิดเอาไว้ว่า การข่มขืนกระทำชำเราโดยขู่เข็ญด้วยประการใด ๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยผู้อื่นนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ โดยทำให้ผู้อื่นนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น ซึ่งในส่วนของการกระทำความผิดนี้ อาจแบ่งการอธิบายความหมายของการกระทำได้ดังต่อไปนี้

“ข่มขืน” มีความหมายว่าผู้ถูกกระทำมิได้สมัครใจให้มีการกระทำความผิดดังกล่าว ไม่ว่าจะเกิดขึ้นจากการขู่เข็ญ ใช้กำลังประทุษร้าย หรืออยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้

“ขู่เข็ญ” เป็นการแสดงให้ผู้ถูกกระทำเกิดความกลัวว่าจะมีอันตราย ไม่ว่าจะเป็อันตรายต่อชีวิต ทรัพย์สิน ชื่อเสียง สิทธิ หรือฐานะทางสังคม และไม่จำเป็นต้องเกิดขึ้นกับตัวผู้ถูกขู่เข็ญ อาจจะเป็นการขู่เข็ญว่าจะกระทำต่อบุคคลอื่นก็ยิ่งถือว่าอยู่ในความหมายนี้

“ใช้กำลังประทุษร้าย” มีบทนิยามอยู่ในมาตรา 1 (6) ของประมวลกฎหมายอาญา หมายความว่า การประทุษร้าย ไม่ว่าจะใช้ร่างกายหรือด้วยวิธีอื่นใด แก่ร่างกายหรือจิตใจของผู้อื่น และให้รวมถึงการทำให้บุคคลอื่นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้อีกด้วย ซึ่งหมายถึงกรณีที่

¹⁹ กมลชัย รัตนสกววงศ์, "ความยินยอมในกฎหมายอาญา" (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทนิติศาสตร์, สาขาวิชานิติศาสตร์, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2523), หน้า 57.

²⁰ มาตรา 276 วรรคแรก “ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นโดยขู่เข็ญด้วยประการใด ๆ โดยใช้กำลังประทุษร้ายโดยผู้อื่นนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้ผู้อื่นนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่นต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดพันบาทถึงสี่หมื่นบาท”

ผู้ถูกระงับจำต้องยอมให้กระทำการทางเพศ โดยมิได้สมัครใจ เช่น หญิงที่ถูกฉุดคร่าต้องตกอยู่ใต้ อำนาจหรืออิทธิพลของผู้กระทำ หรือกรณีที่หญิงถูกระงับชำเราขณะหมดสติเพราะฤทธิ์สุรา ถือว่า อยู่ในภาวะที่ไม่อาจขัดขืนได้ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 382/2522)²¹

จากความหมายทั้งสามกรณีแสดงให้เห็นอย่างชัดเจนว่าการข่มขืนกระทำชำเราตามมาตรา 276 นี้ผู้ถูกระงับไม่สมัครใจเท่านั้น หากมีความสมัครใจหรือยินยอมให้มีการชำเราแล้วย่อมไม่มี ลักษณะเป็นการ “ข่มขืน” ย่อมไม่มีความผิดตามมาตรา 276 นี้ อีกทั้งหากปรากฏว่ามีการใช้กำลัง ประทุษร้าย ชูเชี่ยวให้กลัวว่าจะเกิดอันตรายแต่ผู้เสียหายหรือบุคคลอื่นยอมทำให้ไม่มีความยินยอมของผู้เสียหายในกรณีนี้ ดังนั้นจึงสรุปได้ว่าความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามมาตรา 276 นี้จัดอยู่ใน กลุ่มความผิดทางเพศที่หากผู้เสียหายยินยอมแล้วการกระทำนั้นไม่เป็นความผิด

ทั้งนี้ มีข้อสังเกตเพิ่มเติมถึงลักษณะการกระทำความผิดตามมาตรา 276 ว่ากฎหมายได้ บัญญัติถึงความหมายของการกระทำชำเราไว้ในวรรคสองของมาตรา 276²² ทำให้สามารถสรุป สาระสำคัญของ การข่มขืนกระทำชำเราได้ดังต่อไปนี้

(1.1) ต้องเป็นกรณีผู้กระทำใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำอย่างหนึ่งอย่างใดกับอวัยวะ เพศ ทวารหนัก หรือกับช่องปากของผู้อื่น หรือผู้กระทำใช้สิ่งอื่นใดกระทำอย่างหนึ่งอย่างใดกับอวัยวะ เพศ หรือทวารหนักของผู้อื่น ฉะนั้นการกระทำที่เป็นความผิดจึงไม่จำเป็นต้องมีการล่วงล้ำอีกต่อไป เพียง แค่มีการสัมผัสด้านนอกก็ถือเป็นความผิดสำเร็จแล้ว²³ และส่งผลต่อการกระทำความผิดฐานอนาจารที่ ไม่เป็นการกระทำชำเราจึงเหลือเพียงแต่กรณีผู้กระทำใช้อวัยวะเพศของตนหรือสิ่งอื่นใดกระทำกับ อวัยวะอื่น ๆ ของผู้ถูกระงับที่มีอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปาก อย่างไรก็ตามในส่วนนี้ยัง ความเห็นที่แตกต่างออกไป กล่าวคือ เห็นว่าการตีความคำว่าชำเรานั้นต้องปรากฏว่ามีการสอดใส่หรือ ล่วงล้ำเข้าไป (penetration)²⁴ ด้วยจึงจะอยู่ในความหมายของการกระทำชำเราดังที่ได้อธิบายมาแล้ว ในบทที่ 2 ในหัวข้อความหมายของการข่มขืนกระทำชำเรา

²¹ จิตติ ดิงศภัทย์, กฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 1, หน้า 740.

²² มาตรา 276 วรรคสอง “การกระทำชำเราตามวรรคหนึ่ง หมายความว่า การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ โดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น หรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะ เพศหรือทวารหนักของผู้อื่น”

²³ ต่างกับความหมายของการกระทำชำเราเดิมที่มีการให้ความหมายเอาไว้ว่า จะต้องปรากฏว่าของลับหรืออวัยวะเพศ ของชายผู้กระทำความผิดล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะสืบพันธุ์ของหญิงตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1048/2518 การสัมผัสหรือการถูไถ แต่เพียงภายนอกเดิมถือเป็นความผิดชั้นพยายามเท่านั้นตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 874/2491 และ 1218/2530

²⁴ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคความผิดและสหโทษ, หน้า 196-197.

“การเป็นธุระจัดหา” หมายถึง นำตัวหญิงหรือชายใดไปให้ผู้อื่น ไม่ว่าจะโดยเกลี้ยกล่อม เป็นแม่สื่อ นายหน้า หรือตั้งสำนักขึ้นเพื่อรวบรวมให้หญิงหรือชายมาเพื่อสนองความใคร่ของผู้อื่น หรือก็คือ การทำเพื่อให้เกิดความพึงพอใจทางเพศแก่ผู้อื่น จึงไม่จำเป็นต้องถึงขั้นร่วมประเวณี²⁹

“การล่อไป” หมายถึง การลอกหรือใช้กลอุบายใด ๆ ให้ชายหรือหญิงไปพบผู้อื่น

“การพาไป” หมายถึง นำไป ชวนไป หรือแนะนำให้ชายหรือหญิงไปพบผู้อื่น

ทั้งนี้ไม่ว่าจะเป็นการกระทำความผิดแบบใดต้องปรากฏข้อเท็จจริงด้วยว่าผู้กระทำความผิดได้กระทำการนั้นลงโดยใช้อุบายลอกกลวง ชูเชิญ ใช้กำลังประทุษร้าย ใช้อำนาจครอบงำผิดคลองธรรม หรือใช้วิธีข่มขืนใจด้วยประการอื่นใด ฉะนั้นหากมีลักษณะการกระทำดังกล่าวตามที่กฎหมายกำหนดไว้ในองค์ประกอบข้อนี้ย่อมเป็นกรณีที่ผู้เสียหายไม่ยินยอม เพราะหากผู้เสียหายให้ความยินยอมอย่างบริสุทธิ์แท้จริงแล้ว กล่าวคือ เป็นความยินยอมที่ปราศจากการลอกกลวง ช่มชู้ หรือสำคัญผิด³⁰ ย่อมไม่มีความผิดฐานนี้ ทำให้ความผิดฐานเป็นธุระจัดหา ล่อ หรือพาไปเพื่อสนองความใคร่ตามมาตรา 283 นี้จัดอยู่ในกลุ่มความผิดทางเพศที่หากผู้เสียหายยินยอมแล้วการกระทำนั้นย่อมไม่มีความผิด

3.1.2 ความผิดทางเพศที่ผู้เสียหายให้ความยินยอมไม่ได้

ความผิดทางเพศที่แม้ผู้เสียหายจะให้ความยินยอมการกระทำนั้น ๆ ก็ยังเป็นการกระทำความผิดอยู่ กล่าวคือ เป็นบทบัญญัติที่กฎหมายกำหนดเอาไว้ชัดเจนว่าไม่ว่าผู้เสียหายจะให้ความยินยอมหรือไม่ หากการกระทำนั้นครบองค์ประกอบความผิดตามที่กฎหมายบัญญัติ การกระทำนั้นย่อมเป็นความผิด เช่น ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเด็กอายุไม่เกิน 15 ปีตามมาตรา 277 ความผิดฐานอนาจารเด็กอายุไม่เกิน 15 ปีตามมาตรา 279 และต่อไปจะเป็นการอธิบายถึงรายละเอียดของแต่ละบทบัญญัติโดยจัดลำดับตามที่ได้กล่าวมาข้างต้นต่อไป ทั้งนี้จะเน้นอธิบายถึง

ถ้าการกระทำความผิดตาม วรรคแรกเป็นการกระทำแก่บุคคลอายุเกินสิบห้าปีแต่ยังไม่เกินสิบแปดปีผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษจำคุก ตั้งแต่เจ็ดปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่หนึ่งหมื่นสี่พันบาทถึงสี่หมื่นบาท หรือจำคุกตลอดชีวิต

ถ้าการกระทำความผิดตาม วรรคแรกเป็นการกระทำแก่เด็กอายุไม่เกินสิบห้าปี ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สิบปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่สองหมื่นบาทถึงสี่หมื่นบาท หรือจำคุกตลอดชีวิต หรือประหารชีวิต

ผู้ใดเพื่อสนองความใคร่ของผู้อื่น รับตัวบุคคลซึ่งมีผู้จัดหา ล่อไป หรือพาไปตามวรรคแรก วรรคสองหรือวรรคสาม หรือสนับสนุนใน การกระทำความผิดดังกล่าว ต้องระวางโทษตามที่บัญญัติไว้ใน วรรคแรกวรรคสอง หรือวรรคสาม แล้วแต่กรณี

²⁹ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคความผิดและสหโทษ, หน้า 204.

³⁰ จิตติ ดิงศรัทย์, กฎหมายอาญา ภาค 1, หน้า 805.

องค์ประกอบเฉพาะส่วนที่เกี่ยวข้องกับความยินยอม เพื่อให้เห็นความแตกต่างชัดเจนระหว่าง บทบัญญัติที่จัดอยู่ในกลุ่มความผิดทางเพศที่หากผู้เสียหายยินยอมแล้วไม่เป็นความผิดตามที่ได้อธิบาย ในหัวข้อก่อน

(1) *ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามมาตรา 277³¹* เป็นความผิดฐานการกระทำชำเราเด็ก อายุยังไม่เกิน 15 ปี เหตุที่กำหนดอายุของผู้ถูกกระทำไว้ที่ 15 ปี นั้นสืบเนื่องมาจากอายุของเด็กที่สามารถสมรสได้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เดิม คือ อายุ 15 ปี จึงถือว่าเด็กในช่วงอายุดังกล่าวสามารถให้ความยินยอมทางเพศได้แล้ว³² กฎหมายจึงจำเป็นต้องกำหนดบทบัญญัติความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราสำหรับเด็กเอาไว้เป็นพิเศษว่าหากผู้ถูกกระทำ คือ เด็กอายุไม่เกิน 15 ปี ซึ่งมีใช้ ภิรยาหรือสามีของตน แม้เด็กผู้ถูกกระทำจะยินยอม ก็ไม่ทำให้ผู้กระทำพ้นความผิด³³

(2) *ความผิดฐานอนาจารตามมาตรา 279³⁴* เป็นบทบัญญัติว่าด้วยการกระทำอนาจารแก่เด็ก อายุไม่เกิน 15 ปี ทั้งนี้ไม่ว่าเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบปี หรือปรับไม่เกิน

³¹ มาตรา 277 “ผู้ใดกระทำชำเราเด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปีซึ่งมิใช่ภิรยาหรือสามีของตน โดยเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดหมื่นบาทถึงสี่แสนบาท

การกระทำชำเราตามวรรคหนึ่ง หมายความว่า การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำโดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น หรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น ถ้าการกระทำผิดตามวรรคหนึ่งเป็นการกระทำแก่เด็กอายุยังไม่เกินสิบสามปี ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่เจ็ดปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่หนึ่งแสนสี่หมื่นบาทถึงสี่แสนบาท หรือจำคุกตลอดชีวิต

ถ้าการกระทำผิดตามวรรคหนึ่งหรือวรรคสามได้กระทำโดยร่วมกระทำผิดด้วยกันอันมีลักษณะเป็นการโทรม เด็กหญิงหรือกระทำกับเด็กชายในลักษณะเดียวกันหรือได้กระทำโดยมีอาวุธปืนหรือวัตถุระเบิด หรือโดยใช้อาวุธ ต้องระวางโทษจำคุกตลอดชีวิต

ความผิดตามที่บัญญัติไว้ในวรรคหนึ่ง ถ้าเป็นการกระทำโดยบุคคลอายุไม่เกินสิบแปดปีกระทำต่อเด็กซึ่งมีอายุกว่าสิบสามปีแต่ยังไม่เกินสิบห้าปี โดยเด็กผู้ถูกกระทำนั้นยินยอม ศาลที่มีอำนาจพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัวจะพิจารณาให้มีการคุ้มครองสวัสดิภาพของเด็กผู้ถูกกระทำหรือผู้กระทำความผิดตามกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองเด็ก หรือจะอนุญาตให้ทั้งสองฝ่ายสมรสกันโดยกำหนดเงื่อนไขให้ต้องดำเนินการภายหลังการสมรสก็ได้ และเมื่อศาลได้พิจารณามีคำสั่งอย่างใดแล้ว ศาลจะลงโทษผู้กระทำความผิดน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นเพียงใดก็ได้ ในการพิจารณาของศาลให้คำนึงถึงอายุ ประวัติ ความประพฤติ สติปัญญา การศึกษาอบรม สุขภาพ ภาวะแห่งจิต นิสัย อาชีพ สิ่งแวดล้อมของผู้กระทำความผิดและเด็กผู้ถูกกระทำ ความสัมพันธ์ระหว่างผู้กระทำความผิดกับเด็กผู้ถูกกระทำ หรือเหตุอื่นอันควรเพื่อประโยชน์ของเด็กผู้ถูกกระทำด้วย”

³² ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, *คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคความผิดและลหุโทษ*, หน้า 199.

³³ บุญเพราะ แสงเทียน, *กฎหมายอาญา 3 ภาคความผิดและภาคลหุโทษ แนวประยุกต์*, หน้า 35-36.

³⁴ มาตรา 279 “ผู้ใดกระทำอนาจารแก่เด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปี โดยเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบปี หรือปรับไม่เกินสองหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

สองหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ ตามมาตรา 279 วรรคหนึ่งซึ่งมีองค์ประกอบคล้ายกันกับมาตรา 278 ซึ่งได้กล่าวมาข้างต้น แต่มีความแตกต่างกันในเรื่องของความยินยอม กล่าวคือ แม้เด็กจะยินยอม แต่ถ้าการกระทำเข้าลักษณะเป็นอนาจาร ผู้กระทำก็มีความผิด โดยไม่อาจอ้างความยินยอมของเด็กขึ้นมาได้ เช่น เด็กอายุ 8 ปีนอนหลับอยู่ จำเลยจึงถอดกางเกงแล้วใช้ของลับของตนทิ่มแทงอวัยวะสืบพันธุ์ของเด็กนั้น เมื่อเด็กร้องให้จำเลยจึงกลับไป เป็นการกระทำอนาจาร (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2439/2521)³⁵ นอกจากนี้ในมาตรานี้ยังกำหนดให้การกระทำอนาจารแก่เด็กอายุไม่เกิน 15 ปี โดยผู้เสียหายด้วยประการใด ๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยเด็กนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้เด็กนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น ต้องระวางโทษหนักขึ้น คือ จำคุกไม่เกิน 15 ปี หรือปรับไม่เกิน 30,000 บาท หรือทั้งจำทั้งปรับตามมาตรา 279 วรรคสอง

ดังนั้นจึงเห็นได้ว่าความผิดทางเพศในประมวลกฎหมายอาญาของไทยในปัจจุบันยึดถือที่อายุของผู้เสียหายเป็นเกณฑ์การชี้วัดถึงความสามารถให้ความยินยอมในการกระทำความผิดฐานข่มขืน กระทำชำเราและการอนาจาร โดยกฎหมายบัญญัติเอาไว้อย่างชัดเจนแล้วว่าผู้กระทำความผิดไม่อาจอ้างได้ว่าเด็กนั้นยินยอมทำให้การกระทำของตนไม่เป็นความผิดได้อย่างความผิดในมาตรา 276 และมาตรา 278 ผลคือเมื่อการกระทำครบองค์ประกอบข้ออื่น ผู้กระทำความผิดมีความผิด จึงสามารถจัดให้การกระทำตามบทบัญญัตินี้อยู่ในกลุ่มความผิดทางเพศที่ผู้เสียหายยินยอมไม่ได้

(3) ความผิดฐานเป็นธุระจัดหา ล่อ หรือพาไปเพื่อสนองความใคร่ตามมาตรา 282³⁶ การกระทำความผิด คือ การเป็นธุระจัดหา ล่อไป หรือพาไป ซึ่งมีรูปแบบการกระทำความผิดเหมือนกันกับการกระทำที่บัญญัติอยู่ในมาตรา 283 โดยผู้ถูกกระทำจะเป็นชายหรือหญิงก็ได้ และแม้ผู้ถูกกระทำ

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคแรก ผู้กระทำได้กระทำโดย ผู้เสียหายด้วยประการใดๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยเด็กนั้นอยู่ใน ภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้เด็กนั้นเข้าใจผิดว่าตน เป็นบุคคลอื่น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบห้าปี หรือปรับไม่เกิน สามหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

³⁵ ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคความผิดและลหุโทษ, หน้า 202.

³⁶ มาตรา 282 “ผู้ใดเพื่อสนองความใคร่ของผู้อื่น เป็นธุระจัดหา ล่อไป หรือพาไปเพื่อการอนาจารซึ่งชายหรือหญิง แม้ผู้นั้นจะยินยอมก็ตาม ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งปีถึงสิบปี และปรับตั้งแต่ สองพันบาทถึงสองหมื่นบาท

ถ้าการกระทำความผิดตาม วรรคแรกเป็นการกระทำแก่บุคคล อายุเกินสิบห้าปีแต่ยังไม่เกินสิบแปดปีผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษจำคุก ตั้งแต่สามปีถึงสิบห้าปี และปรับตั้งแต่หกพันบาทถึงสามหมื่นบาท

ถ้าการกระทำความผิดตาม วรรคแรกเป็นการกระทำแก่บุคคล อายุไม่เกินสิบห้าปีผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ห้าปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่หนึ่งหมื่นบาทถึงสี่หมื่นบาท

ผู้ใดเพื่อสนองความใคร่ของผู้อื่น รับตัวบุคคลซึ่งมีผู้จัดหา ล่อไป หรือพาไปตามวรรคแรก วรรคสองหรือวรรคสาม หรือสนับสนุนใน การกระทำความผิดดังกล่าว ต้องระวางโทษตามที่บัญญัติไว้ใน วรรคแรกวรรคสอง หรือวรรคสาม แล้วแต่กรณี”

จะยินยอมก็ตาม หากผู้กระทำความผิดกระทำครบองค์ประกอบความผิดในข้ออื่น ๆ แล้วย่อมมีความผิด ดังนั้นจึงมีข้อสังเกตประการหนึ่งว่ากฎหมายมิได้กำหนดอายุของผู้ถูกระทำดังเช่นมาตรา 277 และมาตรา 279 แต่ก็เป็นบทบัญญัติที่จัดอยู่ในกลุ่มความผิดทางเพศที่ผู้เสียหายยินยอมไม่ได้ แม้ยินยอมกฎหมายก็กำหนดให้ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษอยู่นั่นเอง

3.2 ความผิดทางเพศที่องค์ประกอบความผิดไม่เกี่ยวกับความยินยอม

ความผิดทางเพศที่อยู่ในหัวข้อนี้จะเป็นความผิดที่กำหนดขึ้นโดยมิได้ประเด็นการพิจารณาความยินยอมในเชิงองค์ประกอบความผิดดังเช่นที่ได้กล่าวมาในหัวข้อ 3.1 ที่ผ่านมา เช่น ความผิดฐานล่วงเกินทางเพศในมาตรา 397 ประมวลกฎหมายอาญา และมาตรา 16 พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 นอกจากนี้ในบทนี้ยังกล่าวถึงกรณีความผิดทางวินัยเพิ่มเติมขึ้นมาในมาตรา 83 พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน เพื่อให้เห็นถึงผลของการกระทำความผิดทางเพศให้ครบถ้วน ซึ่งจะได้อธิบายในแต่ละบทบัญญัติในรายละเอียดต่อไป

3.2.1 ความผิดฐานล่วงเกินทางเพศ

ในระบบกฎหมายของไทยนั้นก่อนการแก้ไขมาตรา 397 ตามพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 22) พ.ศ. 2558 พบว่ามีการบัญญัติความผิดกรณีล่วงเกินทางเพศไว้เฉพาะความสัมพันธ์ในการทำงาน กล่าวคือ กรณีนายจ้างล่วงเกินทางเพศลูกจ้างตามมาตรา 16 พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 และกรณีข้าราชการล่วงละเมิดทางเพศข้าราชการด้วยกันตามมาตรา 83 พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 ต่อมาได้มีการแก้ไขประมวลกฎหมายอาญาในมาตรา 397 เพิ่มเติมให้การกระทำความผิดในมาตรานี้ครอบคลุมไปถึงการรังแก ข่มเหง คุกคาม หรือกระทำให้ได้รับความอับอายหรือเดือดร้อนรำคาญ ซึ่งมีลักษณะส่อไปในทางที่จะล่วงเกินทางเพศ และกำหนดให้การกระทำดังกล่าวที่เกิดขึ้นโดยอาศัยอำนาจบังคับบัญชาและอำนาจเหนืออื่น ๆ เป็นเหตุที่ทำให้ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนักขึ้น ซึ่งจะได้กล่าวถึง

บทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการล่วงเกินหรือคุกคามทางเพศของประเทศไทยโดยละเอียดในแต่ละมาตรา เป็นลำดับถัดไป³⁷

(1) ความผิดฐานล่วงเกินทางเพศตามมาตรา 397 แห่งประมวลกฎหมายอาญา

ตามระเบียบวาระการประชุมสภานิติบัญญัติแห่งชาติครั้งที่ 21/2557 (สมัย) วันพฤหัสบดีที่ 6 พฤศจิกายน พ.ศ. 2557 ได้มีการพิจารณาแก้ไขร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 22) พ.ศ. 2558 ขึ้นซึ่งมีการพิจารณาแก้ไขความผิดที่เกี่ยวข้องกับความผิดทางเพศต่อผู้ อยู่ภายใต้อำนาจ ตำแหน่งหน้าที่ หรือความสัมพันธ์พิเศษ โดยมีการเสนอให้แก้ไขบทบัญญัติเกี่ยวกับการคุกคามและการล่วงเกินทางเพศโดยอาศัยอำนาจเหนือผู้เสียหายเพิ่มเติมเข้าไปในมาตรา 397 ทั้งนี้ ตามมาตรา 8 ซึ่งกำหนดให้ยกเลิกความในมาตรา 397 เดิมและให้ใช้ความดังต่อไปนี้แทน

“มาตรา 397 ผู้ใดกระทำความผิดด้วยประการใด ๆ ต่อผู้อื่น อันเป็นการรังแก ข่มเหง คุกคาม หรือ กระทำให้ได้รับความอับอายหรือเดือดร้อนรำคาญ ต้องระวางโทษปรับไม่เกินห้าพันบาท

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งเป็นการกระทำในที่สาธารณะหรือต่อหน้าธารกำนัล หรือเป็นการกระทำอันมีลักษณะส่อไปในทางที่จะล่วงเกินทางเพศ ต้องระวางโทษปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคสองเป็นการกระทำโดยอาศัยเหตุที่ผู้กระทำความผิดมีอำนาจเหนือ ผู้ถูกกระทำ อันเนื่องมาจากความสัมพันธ์ในฐานะที่เป็นผู้บังคับบัญชา นายจ้าง หรือผู้มีอำนาจเหนือ ประการอื่น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งเดือน หรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

(1.1) เหตุผลและแนวความคิดเกี่ยวกับการแก้ไขมาตรา 397

เหตุผลที่ทำให้มีการแก้ไขมาตรา 397 เช่นนี้ อันเนื่องมาจากเดิมมาตรา 397 กำหนด ความผิดเฉพาะกรณีการรังแก ข่มเหง หรือกระทำการให้ได้รับความอับอายหรือเดือดร้อนรำคาญในที่ สาธารณสถานหรือต่อหน้าธารกำนัลเท่านั้น มิได้ครอบคลุมถึงการกระทำในที่รโหฐาน การคุกคามและ การกระทำอันมีลักษณะส่อไปในทางที่จะล่วงเกินทางเพศ อีกทั้งยังมีได้กำหนดไปถึงการกระทำ ความผิดนั้นเกิดขึ้นจากผู้กระทำความผิดอาศัยเหตุที่ตนมีความสัมพันธ์หรือมีอำนาจเหนือผู้ถูกกระทำ

³⁷ International Labour Office, "Sexual Harassment at Work," [Online] Accessed: 25 April 2015.

จึงมีความเห็นว่าควรเสนอให้กำหนดความผิดถึงกรณีเหล่านี้ด้วย³⁸ ทั้งนี้จะเห็นได้ว่าการกำหนดลักษณะการกระทำในมาตรานี้มีการนำแนวความคิดเกี่ยวกับเรื่องการล่วงเกินหรือคุกคามทางเพศเข้ามาบัญญัติเพิ่มเติมเป็นส่วนหนึ่งของการกระทำในบทบัญญัติดังกล่าว แต่ไม่ได้หมายความว่า การกระทำในมาตรานี้จะมีแต่เพียงการล่วงเกินหรือคุกคามทางเพศเท่านั้น เพราะลักษณะการกำหนดความผิดยังครอบคลุมไปถึงการคุกคามและก่อความเดือนร้อนรำคาญประการอื่น ๆ อันจะเห็นได้จากเอกสารประกอบการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้ที่ระบุถึงแนวความคิดการคุกคามจากการเฝ้าติดตามอย่างต่อเนื่องหรือการรบกวนความเป็นอยู่ส่วนตัวของผู้อื่นซ้ำ ๆ (Stalking) เป็นส่วนหนึ่งของเหตุผลในการแก้ไขบทบัญญัติฉบับนี้อันจะได้กล่าวโดยละเอียดต่อไป

ก. การคุกคามทางเพศ (Sexual Harassment)

แนวความคิดเกี่ยวกับการคุกคามทางเพศนั้นปรากฏอยู่ในกฎหมายหลายประเทศ เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกาซึ่งกำหนดเอาไว้ใน Civil Rights Act 1964 ให้การคุกคามทางเพศเป็นรูปแบบหนึ่งของการเลือกปฏิบัติทางเพศ และถือเป็นการปฏิบัติในการทำงานที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย (Unlawful Employment Practices) ทำให้ผู้ถูกเลือกปฏิบัติทางเพศสามารถร้องเรียนไปยังคณะกรรมการซึ่งจัดตั้งขึ้นตามกฎหมายนี้ได้ และยังมีสิทธิฟ้องคดีทางละเมิดเพื่อเรียกค่าเสียหายได้อีกทางหนึ่งด้วย ในขณะที่ประเทศอังกฤษได้ตรากฎหมายเกี่ยวกับการการคุกคามทางเพศไว้โดยเฉพาะว่าด้วยการเลือกปฏิบัติทางเพศ (Sex Discrimination Act) แต่ในส่วนของประเทศฝรั่งเศสจะบัญญัติเรื่องการคุกคามทางเพศเอาไว้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 222-33 โดยกำหนดให้การคุกคามบุคคลอื่นโดยมีวัตถุประสงค์ในการแสวงหาประโยชน์อันมีลักษณะทางเพศต้องระวางโทษจำคุก 2 ปี และปรับ 30,000 ยูโร และอาจำโทษจำคุกถึง 3 ปีและปรับ 45,000 ยูโร หากพบการกระทำที่มีลักษณะรุนแรง เช่น กระทำต่อบุคคลอายุต่ำกว่า 15 ปี หรือเป็นผู้อ่อนแออันเนื่องมาจากอายุ ความเจ็บป่วยทั้งทางกายภาพหรือทางจิตใจ สตรีมีครรภ์ เป็นต้น³⁹ นอกจากนี้ในมาตรา 222-33-2 ยังได้บัญญัติเกี่ยวกับความผิดฐานคุกคามศีลธรรม (Moral Harassment) เอาไว้ด้วย โดยกำหนดให้การรบกวนบุคคลในลักษณะกระทำซ้ำ ๆ ให้เสื่อมเสียศักดิ์ศรีการทำงาน ซึ่งกระทบต่อสิทธิของบุคคล โดย

³⁸ สภานิติบัญญัติแห่งชาติ, "ร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ ...) พ.ศ. (กำหนดนิยามคำว่า "เจ้าพนักงาน" คณะรัฐมนตรีเป็นผู้เสนอ" [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 24 พฤศจิกายน 2557. แหล่งที่มา:

http://library.senate.go.th/document/mSubject/Ext33/33843_0001.PDF

³⁹ Véronique Vincent, "France Adopts a New Law on Sexual Harassment," Labor & Employment (Emilie ducrops-prouvoust entreprise & carrières, 2012), p. 1.

อาจเกี่ยวข้องกับการทำร้ายร่างกาย จิตใจ หรืออาชืพก็ได้ นอกจากนี้ประเทศฝรั่งเศสยังกำหนดความผิดกรณีล่วงเกินหรือคุกคามทางเพศเอาไว้ในประมวลกฎหมายแรงงาน (Code du Travail) โดยนิยามความหมายของการกระทำความผิดฐานล่วงเกินหรือคุกคามเอาไว้ในมาตรา 1153-1⁴⁰ ถึงมาตรา 1153-6⁴¹ และกำหนดโทษสำหรับการกระทำความผิดฐานล่วงเกินหรือคุกคามทางเพศเอาไว้ในมาตรา 1155-2⁴²

ในประเทศไทยก็ปรากฏแนวความคิดเช่นนี้ในพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2551 กำหนดห้ามมิให้นายจ้าง หัวหน้างาน ผู้ควบคุมงาน หรือผู้ตรวจงานกระทำการล่วงเกิน คุกคาม หรือก่อความเดือดร้อนรำคาญทางเพศต่อลูกจ้าง จากแนวทางการบัญญัติกฎหมายทั้งในและต่างประเทศ ทำให้สามารถสรุปลักษณะการบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับการคุกคามทางเพศออกเป็น 3 รูปแบบด้วยกัน ได้แก่ 1) การกำหนดไว้ในกฎหมายเฉพาะ เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศอังกฤษ 2) การกำหนดไว้ในกฎหมายแรงงาน เช่น ประเทศไทย และประเทศอุตสาหกรรมส่วนใหญ่ 3) การกำหนดไว้ในกฎหมายละเมิดเกี่ยวกับการคุกคามทางเพศ เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศญี่ปุ่น⁴³

ข. การคุกคามจากการเฝ้าติดตามอย่างต่อเนื่องหรือการรบกวนความเป็นอยู่ส่วนตัวของผู้อื่นซ้ำ ๆ (Stalking)

การคุกคามจากการเฝ้าติดตามอย่างต่อเนื่อง หมายถึง การติดตามและการคุกคามซ้ำ ๆ โดยจงใจและมุ่งร้ายแก่บุคคลอื่น อันเป็นการคุกคามต่อความปลอดภัยของบุคคลนั้น จึงจะเห็นได้ว่าการกระทำที่จะเข้าเป็นความผิดลักษณะนี้ได้ จะต้องประกอบไปด้วยลักษณะ 3 ประการ คือ

- มีพฤติกรรมการคุกคามหรือการติดตามที่กระทำซ้ำ ๆ อย่างต่อเนื่อง
- มีสิ่งซึ่งผู้ถูกกระทำปรารถนา

⁴⁰ แปลจาก Acts of harassment by all persons with the goal of obtaining sexual favors for one's benefit or the benefit of a third party are prohibited ใน Camille Hébert, "Divorcing Sexual Harassment from Sex: Lessons from the French," *Duke journal of gender law & policy* 21:1(2013): 8.

⁴¹ Ibid., 11.

⁴² ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษจำคุก 1 ปี และปรับ 3,750 ยูโร ทั้งนี้ยังใช้กับกรณีการกระทำความผิดฐานคุกคามทางศีลธรรม (Harcèlement Moral) อีกด้วย

⁴³ สภานิติบัญญัติแห่งชาติ, "ร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ ..) พ.ศ. (กำหนดนิยามคำว่า "เจ้าพนักงาน") คณะรัฐมนตรีเป็นผู้เสนอ" [ออนไลน์].

- ก่อผลกระทบในทางลบ⁴⁴ จากปัญหาที่เกิดขึ้นจากการคุกคามโดยเฝ้าติดตามอย่างต่อเนื่องทำให้ในการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้ได้ปรับปรุงมาตรา 397 ให้กว้างขึ้นครอบคลุมถึงกรณีดังกล่าว โดยนำแนวความคิดเรื่องการรบกวนความเป็นอยู่ส่วนตัวของผู้อื่นซ้ำ ๆ เช่น การเฝ้าติดตาม หรือการโทรศัพท์ไปหาผู้อื่นหลายครั้งเป็นเวลานานมาเป็นเหตุผลประกอบการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้ด้วย

ในลำดับถัดไปจะเป็นการอธิบายถึงบทบัญญัติความผิดในลักษณะของล่วงเกินทางเพศ เช่นเดียวกันกับมาตรา 397 นี้แต่เป็นบทบัญญัติเฉพาะที่อยู่ในพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 ซึ่งกำหนดถึงเฉพาะกรณีผู้กระทำ คือ นายจ้าง หัวหน้างาน ผู้ตรวจงาน หรือผู้ควบคุมงาน กระทำต่อลูกจ้าง อันเป็นความสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นในทางการจ้างแรงงานโดยเฉพาะ

(2) ความผิดฐานล่วงเกินทางเพศตามมาตรา 16 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541

ความผิดฐานล่วงเกินทางเพศนอกจากที่บัญญัติอยู่ในมาตรา 397 ประมวลกฎหมายอาญา พบว่ามีการบัญญัติความผิดในลักษณะนี้เอาไว้โดยเฉพาะไว้ในกฎหมายแรงงานของไทย ดังที่ปรากฏอยู่ในมาตรา 16 พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 ฉะนั้นในเบื้องต้นจะกล่าวถึงข้อความคิดทั่วไปเกี่ยวกับการล่วงเกินทางเพศในที่ทำงานอันเป็นพื้นฐานสำคัญในการกำหนดความผิดของการล่วงเกินหรือคุกคามทางเพศพิเศษขึ้นมาในบริบทของความสัมพันธ์ทางแรงงาน แล้วจึงกล่าวถึงวิวัฒนาการของบทบัญญัติเกี่ยวกับการล่วงเกินหรือคุกคามทางเพศในพระราชบัญญัติฉบับนี้ จนปรากฏเป็นข้อห้ามในมาตรา 16 และกำหนดให้การกระทำในลักษณะดังกล่าวมีโทษทางอาญาในมาตรา 147 ซึ่งจะได้อธิบายต่อไปในรายละเอียดแต่ละมาตราที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดทางเพศทั้งหมดในพระราชบัญญัติฉบับนี้ต่อไป

(2.1) ข้อความคิดทั่วไปเกี่ยวกับการล่วงเกินทางเพศในการทำงาน

องค์การแรงงานระหว่างประเทศ (International Labour Office) ได้ให้ความหมายของการล่วงเกินหรือการคุกคามทางเพศ (Sexual Harassment) ว่าเป็นพฤติกรรมทางเพศอย่างหนึ่งซึ่งน่ารังเกียจและเป็นการละเมิดต่อผู้ถูกกระทำ ซึ่งประเด็นสำคัญของเรื่องการล่วงเกินทางเพศนี้ไม่ได้

⁴⁴ อรณิชา สวัสดิ์ชัย, "มาตรการเพื่อคุ้มครองผู้ถูกคุกคามจากการเฝ้าติดตามอย่างต่อเนื่อง" (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ, สาขาวิชานิติศาสตร์, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2550), หน้า 7-8.

อยู่ที่เจตนาของผู้กระทำว่ามีเจตนากระทำ แต่อยู่ที่ว่าการกระทำนั้นส่งผลอย่างไรกับผู้ถูกระทำ⁴⁵
โดยมีรูปแบบของการกระทำอยู่ด้วยกัน 2 รูปแบบ คือ

ก. การแลกเปลี่ยนโยชนกัน กล่าวคือมีการให้ผลประโยชน์เรื่องงาน เช่น การขึ้น
ค่าตอบแทน การเลื่อนตำแหน่งขึ้น หรือแม้แต่การจ้างงานต่อไป ถ้ายอมมีพฤติกรรมทางเพศบางอย่าง
ตามที่ผู้เรียกร้องต้องการ หรือ

ข. การสร้างสภาพการทำงานที่ไม่เป็นมิตรซึ่งทำให้เกิดเหตุที่คุกคามเหยื่อหรือทำให้
เหยื่ออับอาย ในช่วงทศวรรษที่แล้วการแพร่ขยายและผลเสียของการคุกคามทางเพศซึ่งเป็นการเลือก
ปฏิบัติทางเพศ

การล่วงเกินหรือคุกคามทางเพศที่กล่าวมาข้างต้นนี้มีแรงจูงใจเกิดขึ้นมาจากเรื่องของ
อำนาจและการครอบงำ (Power and Dominance) และมีได้เกี่ยวข้องกับแรงจูงใจทางเพศแต่อย่าง
ใด ซึ่งการล่วงเกินทางเพศเหล่านี้มีจุดประสงค์ที่จะทำให้ผู้ถูกระทำอยู่ในสถานะที่ด้อยกว่าและเพื่อ
ป้องกันมิให้ผู้ถูกระทำก้าวหน้าในหน้าที่การงาน⁴⁶

ปัญหาการล่วงเกินหรือคุกคามทางเพศซึ่งเป็นการเลือกปฏิบัติทางเพศรูปแบบหนึ่ง
นั้นทวีความรุนแรงขึ้นและกลายเป็นปัญหาที่กำลังลุกลามทั้งในระดับชาติและนานาชาติ ดังจะเห็นได้
จากผลการสำรวจซึ่งพิมพ์เผยแพร่ในฮ่องกงเมื่อเดือนกุมภาพันธ์ พ.ศ. 2550 ทำให้ทราบว่าผู้ทำงานที่
ถูกสัมภาษณ์เกือบร้อยละ 25 เคยถูกคุกคามทางเพศ โดย 1 ใน 3 ของบุคคลเหล่านี้เป็นผู้ชาย ลูกจ้าง
ที่เป็นผู้ชายรายงานความคับข้องใจของตนเพียงร้อยละ 6.6 เท่านั้น (ขณะที่ผู้หญิงรายงานร้อยละ 20)
นอกจากนี้ตามรายงานปี 2547 ที่อิตาลีระบุว่า ผู้หญิงที่มีอายุตั้งแต่ 14 ถึง 59 ปีร้อยละ 55.4 ระบุว่า
เคยตกเป็นเหยื่อของการคุกคามทางเพศ ลูกจ้างผู้หญิง 1 ใน 3 ต้องยอมถูกคุกคามทางเพศเพื่อแลก
กับความก้าวหน้าทางอาชีพ ร้อยละ 65 ถูกผู้คุกคามคนเดิมซึ่งมักเป็นเพื่อนร่วมงานหรือเจ้านายข่มขู่
ให้ทำตามที่ต้องการทุกสัปดาห์ นอกจากนี้ผู้หญิงที่ถูกคุกคามทางเพศร้อยละ 55.6 ต้องลาออกจาก
งาน ส่วนในสหภาพยุโรปพบว่าผู้หญิงร้อยละ 40-50 แจ้งว่าถูกคุกคามทางเพศในบางลักษณะในที่
ทำงาน

⁴⁵ Federal Office for Gender Equality, "Sexual Harassment in the Workplace: A Guide for Employees,"
ed. Elisabeth Ryter(BBL, Ventreib Bundespublikationen), p. 4.

⁴⁶ Ibid.

ผลสำรวจดังกล่าวแสดงให้เห็นถึงความสำคัญของปัญหาการคุกคามทางเพศที่เกิดขึ้น ในความสัมพันธ์ทางการจ้างแรงงานอันเป็นปัญหาที่เกิดขึ้นในหลายประเทศ และก่อให้เกิดผลกระทบ ด้วยกันหลายด้าน ได้แก่

ก. ผลกระทบต่อผู้ถูกคุกคามทางเพศ มีความทุกข์ใจ เช่น รู้สึกอับอาย เสียกำลังใจ และขาดความเชื่อมั่นในตนเอง เปลี่ยนพฤติกรรม แยกตัวออกจากสังคม ความสัมพันธ์กับผู้อื่นเสื่อมลง เป็นโรคทางกายและใจที่เกิดจากความเครียด ไม่สนใจโอกาสทางอาชีพออกจากงาน หรือฆ่าตัวตาย

ข. ผลกระทบต่อนายจ้าง เช่น องค์กรเสียความสามารถในการผลิตเนื่องจากความร่วมมือลดลง ลูกจ้างขาดแรงใจ มีการขาดงาน ไม่มีใครสมัครทำงานในตำแหน่งที่ว่างเพราะกลัวการ คุกคามทางเพศในสถานที่ทำงาน เกิดอุปสรรคต่อความก้าวหน้าและความคิดสร้างสรรค์ในองค์กร เพราะขาดบรรยากาศแห่งความไว้วางใจและความร่วมมือกันทำงาน

ค. ผลกระทบต่อสังคม เช่น เสียค่าใช้จ่ายเพื่อการฟื้นฟูในระยะยาวเพื่อช่วยให้ผู้ถูก คุกคามทางเพศสามารถกลับเข้าสู่สังคมได้อีกครั้ง จ่ายเงินสงเคราะห์ผู้ตกงานและต้องจัดการฝึกงาน ใหม่ จ่ายเงินสงเคราะห์แก่ผู้สูญเสียความสามารถในการทำงาน เสียค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดีซึ่ง รวมถึงคดีอาญา

เมื่อพบว่าการล่วงเกินทางเพศนั้นเป็นปัญหาสำคัญที่ก่อให้เกิดผลเสียหลายประการ จึงเกิดแนวความคิดในการค้นหาทางแก้ปัญหาคือการคุกคามทางเพศในที่ทำงาน ซึ่งมีผู้เสนอแนวทางการ แก้ปัญหาที่ได้ผลนั้นต้องใช้กรอบกฎหมายหลายอย่างตลอดจนการบังคับใช้กฎหมายอย่างเคร่งครัดขึ้น ในหลายประเทศจึงกำหนดบทบัญญัติเกี่ยวกับการล่วงเกินหรือคุกคามทางเพศเพื่อแก้ปัญหาการ คุกคามทางเพศในที่ทำงาน ซึ่งมีอยู่ด้วยกันหลายรูปแบบ ได้แก่

- ก. กำหนดความผิดในกฎหมายอาญา เช่น ประเทศอินเดีย แทนซาเนีย
- ข. กำหนดความผิดเอาไว้ในกฎหมายแรงงาน เช่น ประเทศชิลี
- ค. กำหนดกฎหมายเกี่ยวกับการคุกคามทางเพศขึ้นมาบังคับใช้โดยเฉพาะ เช่น ประเทศบราซิล เบลีซ ฟิลิปปินส์ อิสราเอล
- ค. กำหนดบทบัญญัติไว้ในกฎหมายเกี่ยวกับความเท่าเทียมกันและการเลือกปฏิบัติ ทางเพศ เช่น ประเทศญี่ปุ่น แอฟริกาใต้
- ง. กำหนดบทบัญญัติไว้ในกฎหมายสิทธิมนุษยชนของประเทศ เช่น ประเทศแคนาดา ฟีจี นิวซีแลนด์

จ. กำหนดบทบัญญัติไว้ในกฎหมายเกี่ยวกับสภาพการทำงานที่ปลอดภัย เนเธอร์แลนด์

สำหรับในประเทศไทยนั้นพบบทบัญญัติเกี่ยวกับการล่วงเกินหรือคุกคามทางเพศ บัญญัติเอาไว้โดยตรงในมาตรา 16 พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2551 ซึ่งเป็นบทบัญญัติ ห้ามมิให้นายจ้าง รวมถึงหัวหน้างาน ผู้ตรวจงาน และผู้ควบคุมงานล่วงเกินทางเพศลูกจ้าง ทั้งนี้หาก พบว่ามีการละเมิดบทบัญญัติดังกล่าว พระราชบัญญัตินี้ได้กำหนดให้ผู้กระทำความผิดอาญาด้วยตาม มาตรา 147

ต่อไปจึงเป็นการอธิบายถึงวิวัฒนาการบัญญัติเพื่อคุ้มครองแรงงานมิให้ถูกล่วงเกิน ทางเพศในประเทศไทย แล้วจึงอธิบายรายละเอียดของแต่ละบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการกระทำ ความผิดอันได้แก่ มาตรา 16 มาตรา 139 มาตรา 147 และมาตรา 159 เป็นลำดับถัดไป

(2.2) วิวัฒนาการของพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงานที่เกี่ยวข้องกับการกระทำผิด ทางเพศ

การกำหนดกฎหมายเพื่อคุ้มครองลูกจ้างมิให้ถูกล่วงเกินทางเพศในการทำงานใน กฎหมายแรงงานพบว่ามีอยู่ด้วยกัน 2 ลักษณะ คือ

ก. กำหนดเป็นบทบัญญัติเฉพาะขึ้นมาในกฎหมายแรงงาน

ข. ตีความบทบัญญัติในกฎหมายแรงงานให้ครอบคลุมไปถึงการล่วงเกินทางเพศที่ เกิดขึ้นในระหว่างการจ้างแรงงาน โดยอาจตีความให้การเลิกจ้างที่เกิดขึ้นจากการที่ลูกจ้างปฏิเสธที่จะ มีความสัมพันธ์ทางเพศกับนายจ้างเป็นการเลิกจ้างที่ไม่เป็นธรรม ทำให้ลูกจ้างผู้เสียหายสามารถ ร้องเรียนหรือฟ้องคดีต่อไปได้ หรือตีความในมุมของสิทธิหน้าที่ตามสัญญาจ้างแรงงาน เช่น การผิด สัญญาในเรื่องสิทธิที่จะมีสภาพแวดล้อมที่ปลอดภัยในการทำงาน หรือตีความว่าการล่วงเกินทางเพศ ทำงานนั้นขัดกับกฎหมายคุ้มครองเรื่องสุขภาพและความปลอดภัยในการทำงาน⁴⁷ ก็สามารถกระทำ ได้ อย่างไม่กี่ในส่วนของประเทศไทยนั้นปรากฏการกำหนดบทบัญญัติเพื่อคุ้มครองลูกจ้างมิให้ถูก ล่วงเกินทางเพศในรูปแบบ ก. กล่าวคือ กำหนดเป็นบทบัญญัติเฉพาะดังที่ปรากฏอยู่ในมาตรา 16 ของ พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541

⁴⁷ ปารีฉัตร รัตนกาญจน์, "การล่วงเกิน คุกคาม หรือก่อให้เกิดความเดือดร้อนรำคาญทางเพศต่อสตรีในที่ทำงาน," หน้า 188-189.

ความเป็นมาของมาตรา 16 นั้นเริ่มขึ้นมาจากการเสนอให้เพิ่มเติมความในมาตรา 41 ทวิระหว่างการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. โดยให้มีข้อความดังต่อไปนี้

“มาตรา 41 ทวิ ห้ามมิให้นายจ้างกระทำหรือปล่อยปละละเลยให้ลูกจ้างซึ่งเป็นหัวหน้างาน ผู้ควบคุมงาน หรือผู้ตรวจงานกระทำการล่วงเกินทางเพศต่อลูกจ้างซึ่งเป็นหญิงหรือเด็กไม่ว่าจะโดยกระทำทางกายหรือวาจาก็ตาม”

การบัญญัติในลักษณะดังกล่าวเป็นการกำหนดความผิดของนายจ้างที่แม้จะมีได้กระทำการล่วงเกินทางเพศด้วยตนเอง แต่ปล่อยปละละเลยให้เกิดการกระทำความผิดดังกล่าวขึ้นนั้น มีผู้โต้แย้งว่าเป็นการบัญญัติที่ขัดกับสภาพในการทำงาน โดยมองว่านายจ้างไม่อาจควบคุมกรณีดังกล่าวได้ ทำให้ต้องประชุมคณะกรรมการแรงงานและสวัสดิการสังคมในวันที่ 4 พฤศจิกายน พ.ศ. 2540 เกี่ยวกับความเหมาะสมของบทบัญญัติดังกล่าว และลงความเห็นให้กำหนดความผิดกรณีล่วงเกินทางเพศเฉพาะกรณีความผิดเฉพาะตัวผู้กระทำความผิด ซึ่งมีข้อความดังต่อไปนี้

“มาตรา 41 ทวิ ห้ามมิให้นายจ้างหรือผู้ซึ่งเป็นหัวหน้างาน ผู้ควบคุมงาน หรือผู้ตรวจงานกระทำการล่วงเกินทางเพศต่อลูกจ้างซึ่งเป็นหญิงหรือเด็ก” หากฝ่าฝืนบทบัญญัติดังกล่าวผู้กระทำความผิดตามมาตรา 144 ทวิ ซึ่งกำหนดเอาไว้ว่า “ผู้ใดฝ่าฝืนมาตรา 41 ทวิต้องระวางโทษปรับไม่เกิน 20,000 บาท”⁴⁸

ต่อมามีการประชุมคณะกรรมการร่างพระราชบัญญัติอีกครั้ง⁴⁹ และลงความเห็นให้ย้ายบทบัญญัติดังกล่าวจากมาตรา 41 ทวิ ซึ่งอยู่ในหมวดที่ 3 การใช้แรงงานหญิงมาอยู่ในมาตรา 144 ตรี ซึ่งอยู่ในหมวดที่ 1 บททั่วไป เนื่องจากบทบัญญัติดังกล่าวเป็นกรณีการกระทำความผิดที่กระทำต่อทั้งหญิงและเด็ก มิได้เกี่ยวข้องกับเฉพาะกับแรงงานหญิงเท่านั้น จึงเห็นควรให้บัญญัติอยู่ในบททั่วไปมากกว่า พร้อมทั้งจึงได้บัญญัติแก้ไขบทลงโทษในมาตรา 144 ทวิให้สอดคล้องกันกับที่มีมติให้แก้ไขดังกล่าว จนในที่สุดบทบัญญัติเกี่ยวกับการล่วงเกินทางเพศนี้ได้ปรากฏเป็นครั้งแรกในมาตรา 16 พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 โดยมีข้อความเช่นเดียวกันกับมาตรา 144 ตรีตามมติของคณะกรรมการร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน และคงใช้บทบัญญัติดังกล่าวเรื่อยมาจนกระทั่งมีการประกาศใช้พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2551 เมื่อวันที่ 27 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2551 ซึ่งมีผลบังคับใช้ตั้งแต่วันที่ 27 พฤษภาคม พ.ศ. 2551 โดยแก้ไขบทบัญญัติในมาตรา 16

⁴⁸ บันทึกการประชุมคณะกรรมการแรงงานและสวัสดิการสังคม ครั้งที่ 62 วันที่ 4 พฤศจิกายน พ.ศ. 2540

⁴⁹ บันทึกการประชุมคณะกรรมการแรงงานและสวัสดิการสังคม ครั้งที่ 65 วันที่ 11 ธันวาคม พ.ศ. 2540

ให้มีข้อความดังต่อไปนี้แทน “มาตรา 16 ห้ามมิให้นายจ้าง หัวหน้างาน ผู้ควบคุมงาน หรือผู้ตรวจงาน กระทำการล่วงเกิน คุกคาม หรือก่อความเดือดร้อนรำคาญทางเพศต่อลูกจ้าง” โดยมีเจตนารมณ์เพื่อคุ้มครองลูกจ้าง ทั้งที่เป็นเด็ก ผู้หญิง และ “ผู้ชาย” มิให้ถูกล่วงเกินทางเพศจากนายจ้าง หรือผู้มีอำนาจบังคับบัญชาเหนือลูกจ้าง⁵⁰ จึงต้องตัดคำว่า “ซึ่งเป็นหญิงหรือเด็กออก” เหลือแต่เพียงสถานะของผู้ถูกระทำที่เป็นลูกจ้าง เพื่อให้การตีความสามารถครอบคลุมลูกจ้างทุกประเภท

(2.3) สาระสำคัญของบทบัญญัติในพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงานเกี่ยวกับการกระทำทางเพศ

ก. มาตรา 16 เป็นบทบัญญัติที่กำหนดขึ้นเพื่อคุ้มครองลูกจ้างมิให้ถูกล่วงเกินทางเพศจากนายจ้าง หัวหน้างาน ผู้ควบคุมงาน หรือผู้ตรวจงานที่อาจใช้อำนาจหน้าที่ซึ่งเหนือกว่าในทางที่มีขอบเพื่อกระทำการล่วงเกินทางเพศ จึงอาจแบ่งการพิจารณาถึงความหมายของถ้อยคำในบทบัญญัติ ออกได้เป็น 3 ส่วน คือ

ส่วนแรก คือ ส่วนผู้กระทำ กฎหมายบัญญัติถึงบุคคล 4 ประเภท ซึ่งจะเป็นบุคคลใดบุคคลหนึ่งดังต่อไปนี้ก็ได้

“นายจ้าง” หมายถึง ผู้ซึ่งตกลงรับลูกจ้างเข้าทำงานโดยจ่ายค่าจ้างให้ และหมายความรวมถึง ผู้ซึ่งได้รับมอบหมายให้ทำงานแทนนายจ้าง นอกจากนี้ในกรณีที่นายจ้างเป็นนิติบุคคลให้หมายความรวมถึงผู้มีอำนาจกระทำการแทนนิติบุคคลและผู้ซึ่งได้รับมอบหมายจากผู้มีอำนาจกระทำการแทนนิติบุคคลให้ทำการแทนด้วย ทั้งนี้ ตามนิยามที่กำหนดไว้มาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 (แก้ไขปรับปรุง พ.ศ. 2553)

นอกจากความหมายของนายจ้างตามมาตราดังกล่าวแล้ว ในมาตรา 11/1⁵¹ ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2551 กำหนดให้กรณีผู้ประกอบการหรือผู้จ้างเหมาซึ่งมอบหมายให้บุคคลอื่นเป็นผู้จัดหาคนมาทำงานให้กับตนโดยบุคคลนั้นมิใช่ผู้ประกอบการธุรกิจจัดหางาน และการทำงานนั้นเป็นส่วนหนึ่งของกระบวนการผลิตหรือธุรกิจในความ

⁵⁰ กรมสวัสดิการและคุ้มครองแรงงาน, "คำชี้แจงพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2551."

⁵¹ มาตรา 11/1 ในกรณีที่ผู้ประกอบการมอบหมายให้บุคคลหนึ่งบุคคลใดเป็นผู้จัดหาคนมาทำงานอันมิใช่การประกอบธุรกิจจัดหางาน โดยการทำงานนั้นเป็นส่วนหนึ่งส่วนใดในกระบวนการผลิต หรือธุรกิจในความรับผิดชอบของผู้ประกอบการ และโดยบุคคลนั้นจะเป็นผู้ควบคุมดูแลการทำงานหรือรับผิดชอบในการจ่ายค่าจ้างให้แก่คนที่มาทำงานนั้นหรือไม่ก็ตาม ให้ถือว่าผู้ประกอบการเป็นนายจ้างของคนที่มาทำงานดังกล่าว

รับผิดชอบของผู้ประกอบกิจการ ทั้งนี้ไม่ว่าผู้ประกอบกิจการจะเป็นควบคุมดูแลหรือจ่ายค่าจ้างหรือไม่ ถือเป็น “นายจ้าง”

มาตรา 11/1 นี้มีขึ้นอันเนื่องมาจากการเรียกร้องของแรงงานที่แม้จะทำงานในลักษณะเดียวกับลูกจ้างโดยตรงแต่กลับไม่ได้รับการคุ้มครองทางกฎหมายเช่นเดียวกันกับลูกจ้าง กล่าวคือ ลูกจ้างผู้รับเหมาค่าแรงคงเหลือแต่เพียงสิทธิที่มีตามมาตรฐานขั้นต่ำตามพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงานเท่านั้น จึงเป็นเหตุผลที่แสดงให้เห็นว่าพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 ไม่อาจคุ้มครองบุคคลเหล่านี้ได้อย่างมีประสิทธิภาพ⁵² ดังนั้นความหมายของคำว่านายจ้างจึงรวมไปถึงผู้ประกอบกิจการตามมาตรานี้ด้วย

“หัวหน้างาน” หมายถึง ผู้มีตำแหน่งเป็นหัวหน้าของหน่วยงานทุกระดับ รวมถึงผู้เป็นใหญ่ในการทำหน้าที่ในหมวดหมู่หนึ่ง ๆ โดยอาจเป็นเจ้าของกิจการด้วยหรือไม่ก็ได้⁵³

“ผู้ควบคุมงาน” หมายถึง ผู้ที่มีหน้าที่ควบคุมงานที่ลูกจ้างทำอยู่ไม่ว่าจะเป็นงานประจำหรือชั่วคราว ไม่ว่าจะอยู่ในระดับใด เพื่อความเรียบร้อยของงานและลูกจ้างในแผนกที่รับผิดชอบ⁵⁴

“ผู้ตรวจงาน” หมายถึง ผู้มีหน้าที่ตรวจพิจารณาความเรียบร้อยของงานที่ลูกจ้างทำไม่ว่าเป็นงานประจำหรือชั่วคราว และไม่ว่าระดับใด

ส่วนที่สอง คือ ส่วนของการกระทำ มีอยู่ด้วยกัน 3 รูปแบบซึ่งหากมีการกระทำที่เข้าลักษณะใดลักษณะหนึ่งที่ต้องห้ามตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ดังต่อไปนี้ย่อมมีความผิดตามมาตรานี้

“การล่วงเกิน” หมายถึง การแสดงอาการกิริยาเกินสมควร โดยล่วงจารีตประเพณีหรือจรรยาบรรณด้วยการลวนลาม⁵⁵ ดูหมิ่น⁵⁶ สบประมาท เป็นต้น

“การคุกคาม” หมายถึง การแสดงอำนาจด้วยกิริยาหรือวาจาให้ผู้ถูกกระทำหวาดกลัว

⁵² สุรัสวดี เจียมสุวรรณ, "บทบัญญัติคุ้มครองลูกจ้างรับเหมาค่าแรงจากการเลือกปฏิบัติ" [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 19 มิถุนายน 2558. แหล่งที่มา:

http://www.labour.go.th/th/webimage/images/law/doc/DispatchedWorkersAnti_Th.pdf

⁵³ เกษมสันต์ วิลาวรรณ, คำอธิบายกฎหมายแรงงาน, พิมพ์ครั้งที่ 12 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2551), หน้า 53.

⁵⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 53.

⁵⁵ หมายถึง การล่วงเกินในลักษณะชู้สาวด้วยคำพูดหรือการกระทำเกินสมควร

⁵⁶ หมายถึง การแสดงกิริยาท่าทาง พุดจา หรือเขียนเป็นลายลักษณ์อักษรเชิงดูถูกว่ามีฐานะต่ำต้อย หรือไม่ ไม่เก่งจริง

“การก่อความเดือดร้อนรำคาญ” หมายถึง การทำให้ระคายเคือง ทำให้เดือดร้อน เบื่อหน่าย

อย่างไรก็ตาม การกระทำดังกล่าวข้างต้นต้องปรากฏว่าเป็นการกระทำทางเพศด้วย ไม่ว่าจะกระทำต่อร่างกายโดยตรง หรือกระทำการใด ๆ อันส่งผลกระทบต่อทางด้านจิตใจ ดังนั้นการกระทำทางเพศบางอย่างที่แม้ไม่เป็นความผิดฐานข่มขืน หรืออนาจารก็อาจเข้าความหมายเป็นการล่วงเกิน คุกคาม หรือก่อความเดือดร้อนรำคาญได้ ดังที่ปรากฏตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1372/2545 ซึ่งวินิจฉัยให้การที่ผู้บังคับบัญชาอาศัยอำนาจหน้าที่ของตนชักชวนให้พนักงานหญิงที่อยู่ใต้บังคับบัญชาออกไปเที่ยวกลางคืนนอกเวลาราชการ หากพนักงานหญิงผู้นั้นไม่ยอมไป ผู้บังคับบัญชาจะกลั่นแกล้งทำความเห็นไม่ผ่านการทดลองงาน ถือเป็นการล่วงเกินทางเพศต่อพนักงานแล้ว⁵⁷

ข. มาตรา 139⁵⁸ บัญญัติเกี่ยวกับมาตรการทางปกครองเพื่อคุ้มครองลูกจ้างที่ถูกล่วงเกินทางเพศ โดยกำหนดให้พนักงานตรวจแรงงานมีอำนาจเข้าไปตรวจสอบสถานประกอบกิจการ หรือสถานที่ทำงานถึงความปลอดภัยและค้นหาข้อเท็จจริงเพื่อปฏิบัติการตามพระราชบัญญัติฉบับนี้ และยังมีหนังสือสอบถามหรือเรียกตัวนายจ้าง ลูกจ้าง บุคคลที่เกี่ยวข้องให้มาชี้แจงข้อเท็จจริงหรือให้ส่งเอกสารที่เกี่ยวข้องมาให้กับพนักงานตรวจแรงงานได้ นอกจากนี้หากพบการกระทำที่ไม่เป็นไปตามพระราชบัญญัติ พนักงานตรวจแรงงานมีอำนาจทำหนังสือให้บุคคลที่เกี่ยวข้องปฏิบัติตามกฎหมายได้

ค. มาตรา 147⁵⁹ เป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับบทลงโทษกรณีฝ่าฝืนข้อห้ามตามมาตรา 16 ต้องระวางโทษปรับไม่เกิน 20,000 บาท

⁵⁷ กรมสวัสดิการและคุ้มครองแรงงาน, "คำชี้แจงพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2551."

⁵⁸ มาตรา 139 ในการปฏิบัติการตามหน้าที่ ให้พนักงานตรวจแรงงานมีอำนาจดังต่อไปนี้

(1) เข้าไปในสถานประกอบกิจการหรือสำนักงานของนายจ้าง และสถานที่ทำงานของลูกจ้างในเวลาทำการ เพื่อตรวจสอบสภาพการทำงานของลูกจ้างและสภาพการจ้าง สอบถามข้อเท็จจริง ถ่ายภาพ ถ่ายสำเนาเอกสารที่เกี่ยวข้องกับการจ้าง การจ่ายค่าจ้าง ค่าล่วงเวลา ค่าทำงานในวันหยุด ค่าล่วงเวลาในวันหยุด และทะเบียนลูกจ้าง เก็บตัวอย่างวัสดุหรือผลิตภัณฑ์เพื่อวิเคราะห์เกี่ยวกับความปลอดภัยในการทำงาน และกระทำการอย่างอื่นเพื่อให้ได้ข้อเท็จจริงในอันที่จะปฏิบัติการให้เป็นไปตามพระราชบัญญัตินี้

(2) มีหนังสือสอบถามหรือเรียกนายจ้าง ลูกจ้าง หรือบุคคลที่เกี่ยวข้องมาชี้แจงข้อเท็จจริงหรือให้ส่งสิ่งของหรือเอกสารที่เกี่ยวข้องเพื่อประกอบการพิจารณา

(3) มีคำสั่งเป็นหนังสือให้นายจ้างหรือลูกจ้างปฏิบัติให้ถูกต้องตามพระราชบัญญัตินี้

⁵⁹ มาตรา 147 ผู้ใดฝ่าฝืนมาตรา 16 ต้องระวางโทษปรับไม่เกินสองหมื่นบาท

ง. มาตรา 159⁶⁰ เป็นบทบัญญัติที่ให้อำนาจเปรียบเทียบให้แก่อธิบดีหรือบุคคลที่อธิบดีมอบหมายและผู้ว่าราชการจังหวัดหรือบุคคลที่ผู้ว่าราชการจังหวัดมอบหมาย กรณีที่เห็นว่าผู้ล่วงเกินทางเพศไม่ควรถูกฟ้องร้อง เมื่อผู้กระทำยินยอมให้มีการเปรียบเทียบ ชำระค่าปรับตามจำนวนที่เจ้าพนักงานดังกล่าวเปรียบเทียบแล้วให้ถือว่าคดีเลิกกัน แต่หากผู้กระทำไม่ยินยอมหรือไม่ชำระค่าปรับภายใน 30 วันให้ดำเนินคดีต่อไป ฉะนั้นหากผู้กระทำความผิดตามพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 และเสียค่าปรับตามที่เจ้าพนักงานตามบทบัญญัติที่เปรียบเทียบ ย่อมทำให้คดีเลิกกันตามมาตรา 159 นี้และถือว่าเลิกกันตามมาตรา 37 (4) ประมวลวิธีพิจารณาความอาญาด้วยเช่นกัน ส่งผลทำให้สิทธิการฟ้องคดีอาญากระงับตามมาตรา 39 (3) ประมวลวิธีพิจารณาความอาญา⁶¹

การเปรียบเทียบปรับตามมาตรานี้เป็นดุลพินิจของเจ้าพนักงาน กล่าวคือ บทบัญญัติในมาตรานี้มิได้เป็นบทบังคับให้เจ้าพนักงานดังที่ระบุไว้ต้องเปรียบเทียบปรับทุกกรณี หากเจ้าพนักงานเห็นว่าผู้กระทำความผิดควรถูกดำเนินคดี ย่อมสามารถใช้ดุลพินิจไม่เปรียบเทียบปรับและให้พนักงานอัยการสั่งฟ้องตามขั้นตอนต่อไป⁶²

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

⁶⁰ มาตรา 159 บรรดาความผิดตามพระราชบัญญัตินี้ เว้นแต่ความผิดตามมาตรา 157 ถ้าเจ้าพนักงานดังต่อไปนี้เห็นว่าผู้กระทำผิดไม่ควรได้รับโทษจำคุกหรือไม่ควรถูกฟ้องร้อง ให้มีอำนาจเปรียบเทียบดังนี้

(1) อธิบดีหรือผู้ซึ่งอธิบดีมอบหมาย สำหรับความผิดที่เกิดขึ้นในกรุงเทพมหานคร

(2) ผู้ว่าราชการจังหวัดหรือผู้ซึ่งผู้ว่าราชการจังหวัดมอบหมาย สำหรับความผิดที่เกิดขึ้นในจังหวัดอื่น

ในกรณีที่มีการสอบสวน ถ้าพนักงานสอบสวนพบว่าบุคคลใดกระทำความผิดตามพระราชบัญญัตินี้ และบุคคลนั้นยินยอมให้เปรียบเทียบ ให้พนักงานสอบสวนส่งเรื่องให้อธิบดี หรือผู้ว่าราชการจังหวัด แล้วแต่กรณี ภายในเจ็ดวันนับแต่วันที่บุคคลนั้นแสดงความยินยอมให้เปรียบเทียบ

เมื่อผู้กระทำผิดได้ชำระเงินค่าปรับตามจำนวนที่เปรียบเทียบภายในสามสิบวันแล้วให้ถือว่าคดีเลิกกันตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

ถ้าผู้กระทำผิดไม่ยินยอมให้เปรียบเทียบ หรือเมื่อยินยอมแล้วไม่ชำระเงินค่าปรับภายในกำหนดเวลาตามวรรคสาม ให้ดำเนินคดีต่อไป

⁶¹ เกียรติขจร วิชนะสวัสดิ์, คำอธิบายหลักกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาว่าด้วยการดำเนินคดีในขั้นตอนก่อนการพิจารณา, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพมหานคร: จีรรัชการพิมพ์, 2549), หน้า 147.

⁶² เรื่องเดียวกัน, หน้า 151.

3.2.2 ความผิดทางวินัยของกรณีการล่วงละเมิดทางเพศของข้าราชการพลเรือนตาม มาตรา 83 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551

นอกจากการกำหนดให้การกระทำความผิดในลักษณะของการล่วงเกินหรือคุกคามทางเพศเป็นความผิดอาญาดังที่ปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายอาญาและพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 แล้วในกรณีที่การกระทำดังกล่าวเกิดขึ้นระหว่างข้าราชการด้วยกัน พระราชบัญญัติข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 ยังกำหนดความผิดทางวินัยเพิ่มเติมสำหรับคุ้มครองตัวข้าราชการอีกด้วย ฉะนั้นในส่วนนี้จะอธิบายถึงวิวัฒนาการในการบัญญัติความผิดลักษณะนี้เข้ามาให้พระราชบัญญัติฉบับนี้ แล้วจึงกล่าวถึงรายละเอียดของบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องต่อไป

(1) วิวัฒนาการของพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือนที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดทางเพศ

ก่อนประกาศใช้พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 ฉบับปัจจุบันมีพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการที่ใช้อยู่ก่อนหน้านั้น คือ พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2535 ซึ่งมีได้กำหนดความผิดวินัยข้าราชการเกี่ยวกับการกระทำทางเพศเอาไว้ โดยเฉพาะดังที่ปรากฏอยู่ในปัจจุบัน แต่มีการกำหนดมาตรา 98⁶³ ว่าด้วยการประพฤติชั่วธรรมดาและการประพฤติชั่วอย่างร้ายแรงเอาไว้ ซึ่งอาจน่าบังคับใช้กับกรณีที่เกิดการล่วงเกิน คุกคามทางเพศระหว่างข้าราชการพลเรือน โดยพิจารณาตามข้อเท็จจริงกรณีการกระทำทางเพศที่เกิดขึ้นว่าเป็นการประพฤติชั่วหรือไม่ หรือเป็นการทำให้เสื่อมเสียชื่อเสียงและเกียรติศักดิ์ของตำแหน่งหน้าที่ทางราชการอย่างไร เช่น หัวหน้าแผนกในส่วนราชการจับต้องของสงวนของข้าราชการได้บังคับบัญชาหลายครั้งถือเป็นผู้ประพฤติชั่วตามมาตรา 98 วรรคแรกแห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2535 อีกทั้งยังเป็นการกระทำความผิดฐานอนาจารตามประมวลกฎหมายอาญา และหากถูกลงโทษให้จำคุกย่อมถือเป็นผู้ประพฤติชั่วและผิดวินัยอย่างร้ายแรง⁶⁴ นอกจากนี้ตามมาตรา 80 แห่ง

⁶³ มาตรา 98 ข้าราชการพลเรือนสามัญต้องรักษาชื่อเสียงของตน และรักษา เกียรติศักดิ์ของตำแหน่งหน้าที่ราชการของตนมิให้เสื่อมเสีย โดยไม่กระทำการใด ๆ อันได้ชื่อว่า เป็นผู้ประพฤติชั่ว

การกระทำความผิดอาญาจนได้รับโทษจำคุก หรือโทษที่หนักกว่าจำคุกโดย คำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุก หรือให้รับโทษที่หนักกว่าจำคุก เว้นแต่เป็นโทษสำหรับความผิดที่ได้ กระทำโดยประมาท หรือความผิดลหุโทษ หรือกระทำการอื่นใดอันได้ชื่อว่าเป็นผู้ประพฤติชั่วอย่างร้ายแรง เป็นความผิดวินัยอย่างร้ายแรง

⁶⁴ พนิดา โรจนรัตน์ชัย, "ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการคุกคามทางเพศในหน่วยงานราชการ" (วิทยานิพนธ์ปริญญา มหาบัณฑิต, สาขาวิชานิติศาสตร์, มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์, 2553), หน้า 70-72.

พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2535 ยังวางหลักเกณฑ์ให้ข้าราชการพลเรือนสามัญต้องรักษาวินัยตามที่บัญญัติเป็นข้อห้ามและข้อปฏิบัติไว้ในหมวดนี้โดยเคร่งครัดอยู่เสมออีกด้วย

ต่อมาได้ประกาศใช้พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 ซึ่งได้กำหนดหลักเกณฑ์การปฏิบัติตนของข้าราชการพลเรือนมิให้กระทำการอันเป็นการล่วงละเมิดหรือคุกคามทางเพศเอาไว้โดยตรงในมาตรา 83 จึงไม่จำเป็นต้องมีการตีความว่าข้อเท็จจริงใดจึงจะถือว่าเป็นการทำให้เสื่อมเสียชื่อเสียงเกียรติคุณหรือเป็นการประพฤติน่าตำหนิต่อไป

(2) *สาระสำคัญของบทบัญญัติในพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือนเกี่ยวกับการกระทำทางเพศ*

(2.1) มาตรา 83⁶⁵ เป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับข้อห้ามเกี่ยวกับการปฏิบัติตัวของข้าราชการพลเรือน ใน (8) ของมาตรานี้กำหนดให้ข้าราชการพลเรือนต้องไม่กระทำการที่เป็นการล่วงละเมิดทางเพศ หรือคุกคามทางเพศตามที่กำหนดไว้ในกฎ ก.พ.

กฎ ก.พ. ว่าด้วยการกระทำการอันเป็นการล่วงละเมิดหรือคุกคามทางเพศ พ.ศ. 2553 ประกาศในราชกิจจานุเบกษาเมื่อวันที่ 28 กันยายน พ.ศ. 2553 และให้มีผลใช้บังคับในวันถัดจากวันประกาศ คือ วันที่ 29 กันยายน พ.ศ. 2553 ดังนั้นการกระทำใดที่เป็นการล่วงละเมิดทางเพศอันเป็นการผิดวินัยตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน มาตรา 83 (8) จึงต้องยึดตามหลักเกณฑ์ที่ปรากฏอยู่ในข้อ 2 ของกฎ ก.พ. ซึ่งสามารถสรุปสาระสำคัญได้ดังต่อไปนี้

⁶⁵ มาตรา 83 ข้าราชการพลเรือนสามัญต้องไม่กระทำการใดอันเป็นข้อห้าม ดังต่อไปนี้

- (1) ต้องไม่รายงานเท็จต่อผู้บังคับบัญชา การรายงานโดยปกปิดข้อความซึ่งควรต้องแจ้งถือว่าเป็นการรายงานเท็จด้วย
- (2) ต้องไม่ปฏิบัติราชการอันเป็นการกระทำการข้ามผู้บังคับบัญชาเหนือตน เว้นแต่ผู้บังคับบัญชาเหนือตนขึ้นไปเป็นผู้สั่งให้กระทำ หรือได้รับอนุญาตเป็นพิเศษชั่วคราว
- (3) ต้องไม่อาศัยหรือยอมให้ผู้อื่นอาศัยตำแหน่งหน้าที่ราชการของตนหาประโยชน์ให้แก่ตนเองหรือผู้อื่น
- (4) ต้องไม่ประมาทเลินเล่อในหน้าที่ราชการ
- (5) ต้องไม่กระทำการหรือยอมให้ผู้อื่นกระทำการหาผลประโยชน์อันอาจทำให้เสียความเที่ยงธรรมหรือเสื่อมเสียเกียรติศักดิ์ของตำแหน่งหน้าที่ราชการของตน
- (6) ต้องไม่เป็นการจัดการ หรือผู้จัดการ หรือดำรงตำแหน่งอื่นใดที่มีลักษณะงานคล้ายคลึงกันนั้นในห้างหุ้นส่วนหรือบริษัท
- (7) ต้องไม่กระทำการอย่างใดที่เป็นการก่อกวน กัดขี หรือข่มเหงกันในการปฏิบัติราชการ
- (8) ต้องไม่กระทำการอันเป็นการล่วงละเมิดหรือคุกคามทางเพศตามที่กำหนดในกฎ ก.พ.
- (9) ต้องไม่ดูหมิ่น เหยียดหยาม กัดขี หรือข่มเหงประชาชนผู้ติดต่อราชการ
- (10) ไม่กระทำการอื่นใดตามที่กำหนดในกฎ ก.พ.

ก. ความสัมพันธ์ระหว่างผู้กระทำความผิดกับผู้ถูกระทำความผิด ต้องเป็นการกระทำต่อข้าราชการด้วยกัน หรือข้าราชการกระทำต่อผู้ร่วมปฏิบัติราชการ ฉะนั้นแม้มิใช่ข้าราชการ แต่เป็นบุคคลที่ร่วมปฏิบัติงานด้วย ไม่ว่าจะเป็นผู้จ้าง พนักงานราชการก็อาจเป็นการกระทำผิดวินัย ตามมาตรา 83 ได้ ทั้งนี้ ไม่จำเป็นต้องปฏิบัติงานอยู่ในหน่วยงานเดียวกันกับผู้กระทำความผิดก็ได้⁶⁶

ข. รูปแบบของการล่วงละเมิดทางเพศซึ่งอาจแบ่งได้เป็นหลายลักษณะ ได้แก่ รูปแบบที่หนึ่ง คือ การทำการด้วยการสัมผัสร่างกายซึ่งมีลักษณะส่อไปในทางเพศ เช่น การจูบ การโอบกอด การจับอวัยวะส่วนใดส่วนหนึ่ง

รูปแบบที่สอง คือ การทำการด้วยวาจาที่ส่อไปในทางเพศ เช่น วิพากษ์วิจารณ์ร่างกาย พุดหยอกล้อ ล้อเลียน หรือพุดหยาบคาย

รูปแบบที่สาม คือ การทำการด้วยอาการกับกิริยาต่าง ๆ ซึ่งมีลักษณะส่อไปในทางเพศ เช่น การใช้สายตาลวนลาม การทำสัญญาณ หรือสัญญาลักษณะใด ๆ เป็นต้น

รูปแบบที่สี่ คือ การแสดงหรือสื่อสารด้วยวิธีการใด ๆ ที่ส่อไปในทางเพศ เช่น แสดงรูปลามกอนาจาร ส่งจดหมาย ข้อความ เป็นต้น

รูปแบบที่ห้า คือ การแสดงพฤติกรรมอื่นใดที่ส่อไปในทางเพศ ซึ่งผู้ถูกระทำไม่พึงประสงค์หรือก่อให้เกิดความเดือดร้อนรำคาญ

ค. สถานที่กระทำความผิดตามกฎหมาย. ฉบับนี้กำหนดไว้อย่างชัดเจนว่าการล่วงละเมิดทางเพศไม่จำเป็นต้องเกิดในสถานที่ทำงานเท่านั้น ดังนั้นหากการกระทำในรูปแบบดังกล่าวข้างต้น และผู้ถูกระทำไม่สมัครใจหรือก่อให้เกิดความเดือดร้อนรำคาญด้วยประการใด ๆ ย่อมถือเป็นการผิดวินัยทั้งสิ้น

(2.2) มาตรา 84⁶⁷ เป็นบทบัญญัติที่กำหนดให้การฝ่าฝืนข้อห้ามดังที่ระบุไว้ในมาตรา 83 ซึ่งรวมถึงการล่วงละเมิดทางเพศให้เป็นการกระทำผิดวินัย

(2.3) มาตรา 85⁶⁸ เป็นบทบัญญัติว่าด้วยการกระทำผิดวินัยอย่างร้ายแรง คล้ายกับลักษณะการกำหนดเหตุจรรยาในการกระทำความผิดอาญา ฉะนั้น หากมีการล่วงละเมิดทางเพศที่มี

⁶⁶ พนิดา โจนรัตน์ชัย, "อย่างไรจึงเป็นการล่วงละเมิดหรือคุกคามทางเพศตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551" [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 2 ธันวาคม 2557 วันที่ 12 กันยายน 2557. แหล่งที่มา: <http://www.ocsc.go.th/ocsc/th/files/Disipline/sexualvol1.pdf>

⁶⁷ มาตรา 84 ข้าราชการพลเรือนสามัญผู้ใดไม่ปฏิบัติตามข้อปฏิบัติตามมาตรา 81 และมาตรา 82 หรือฝ่าฝืนข้อห้ามตามมาตรา 83 ผู้นั้นเป็นผู้กระทำผิดวินัย

ลักษณะของการประพฤติชั่วอย่างร้ายแรงตามมาตรา 85 (4) ย่อมถือว่าเป็นการผิดวินัยอย่างแรงตามมาตรานี้ อย่างไรก็ตามก็ดี ลักษณะการกระทำแบบใดจึงจะถือเป็นการประพฤติชั่วอย่างร้ายแรงนั้น กฎหมายมิได้กำหนดไว้ จึงต้องพิจารณาหาแนวทางการพิจารณาลักษณะการประพฤติชั่วอย่างร้ายแรงในกรณีนี้สามารถอ้างอิงจากแนวทางการพิจารณาของก.พ. เกี่ยวกับการวางหลักการพิจารณากรณีความผิดวินัยของข้าราชการประพฤติชั่วอย่างร้ายแรงตาม พ.ร.บ. ระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2535 มาตรา 98 ซึ่งกำหนดหลักเกี่ยวกับการประพฤติชั่วอย่างร้ายแรงอันเป็นการทำผิดวินัยร้ายแรงเอาไว้ในวรรคสองของบทบัญญัตินี้ ทั้งนี้สามารถแบ่งลักษณะการกระทำชั่วอย่างร้ายแรงออกได้เป็น 2 ลักษณะ ได้แก่

ลักษณะที่หนึ่ง คือ กรณีกระทำความผิดอาญาจนมีคำพิพากษาถึงที่สุดให้ได้รับโทษหรือผู้กระทำความผิดได้รับโทษจำคุก หรือโทษที่หนักกว่าโทษจำคุกขึ้นไป เว้นแต่เป็นการกระทำความผิดโดยประมาทหรือเป็นความผิดลหุโทษ⁶⁹ เช่น กรณีเจ้าพนักงานสาธารณสุขสุขชุมชน 3 กระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราอันมีลักษณะร่วมกระทำเป็นการโทรมหญิง ศาลมีคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุก 20 ปี (คำพิพากษาศาลปกครองที่ 11/2544)⁷⁰

ลักษณะที่สอง คือ กรณีกระทำหรือยินยอมให้มีการกระทำการใด ๆ ซึ่งเป็นการประพฤติชั่วอย่างร้ายแรง ซึ่งมีแนวทางการพิจารณา ดังนี้

⁶⁸ มาตรา 85 การกระทำความผิดวินัยในลักษณะดังต่อไปนี้ เป็นความผิดวินัยอย่างร้ายแรง

(1) ปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่ราชการโดยมิชอบเพื่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงแก่ผู้หนึ่งผู้ใด หรือปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่ราชการโดยทุจริต

(2) ละทิ้งหรือทอดทิ้งหน้าที่ราชการโดยไม่มีเหตุผลอันสมควรเป็นเหตุให้เสียหายแก่ราชการอย่างร้ายแรง

(3) ละทิ้งหน้าที่ราชการติดต่อในคราวเดียวกันเป็นเวลาเกินสิบห้าวันโดยไม่มีเหตุอันสมควรหรือโดยมีพฤติการณ์อันแสดงถึงความจงใจไม่ปฏิบัติตามระเบียบของทางราชการ

(4) กระทำการอันได้ชื่อว่าเป็นผู้ประพฤติชั่วอย่างร้ายแรง

(5) ดุหมั่น เหยียดหยาม กดขี่ ข่มเหง หรือทำร้ายประชาชนผู้ติดต่อราชการอย่างร้ายแรง

(6) กระทำความผิดอาญาจนได้รับโทษจำคุกหรือโทษที่หนักกว่าโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุกหรือให้รับโทษที่หนักกว่าโทษจำคุก เว้นแต่เป็นโทษสำหรับความผิดที่ได้กระทำโดยประมาทหรือความผิดลหุโทษ

(7) ละเว้นการกระทำหรือกระทำการใด ๆ อันเป็นการไม่ปฏิบัติตามมาตรา 82 หรือฝ่าฝืนข้อห้ามตามมาตรา 83 อันเป็นเหตุให้เสียหายแก่ราชการอย่างร้ายแรง

(8) ละเว้นการกระทำหรือกระทำการใด ๆ อันเป็นการไม่ปฏิบัติตามมาตรา 80 วรรคสองและมาตรา 82 (11) หรือฝ่าฝืนข้อห้ามตามมาตรา 83 (10) ที่มีกฎ ก.พ. กำหนดให้เป็นความผิดวินัยอย่างร้ายแรง

⁶⁹ สำนักมาตรฐานวินัย สำนักงานก.พ., แนวทางการลงโทษข้าราชการพลเรือนตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2535, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กลุ่มโรงพิมพ์สำนักบริหารกลาง สำนักงานก.พ., 2552), หน้า 185.

⁷⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 237

ก. เกียรติของข้าราชการ ซึ่งต้องพิจารณาจากตำแหน่งหน้าที่ทางราชการของผู้กระทำผิดวินัย ควบคู่ไปกับพฤติการณ์ที่เกิดขึ้นเกี่ยวกับการกระทำของข้าราชการว่าเป็นการกระทำที่ผิดธรรมเนียมอันดีงามของข้าราชการหรือไม่ โดยคำนึงถึงฐานะและตำแหน่งของผู้กระทำผิดวินัย ควรประพฤติอย่างไรและเป็นการกระทำที่อาจทำให้เสื่อมเสียเกียรติศักดิ์ของตำแหน่งหน้าที่ราชการหรือไม่

ข. ความรู้สึกของสังคมต่อการกระทำของข้าราชการผู้กระทำผิดวินัยว่าบุคคลทั่วไปมีความรู้สึกถึงเกียรติของการกระทำนั้น โดยรู้สึกว่าเป็นการประพฤติชั่วอย่างร้ายแรงหรือไม่

ค. เจตนา คล้ายกับหลักการพิจารณาของเจตนากระทำความผิดทางอาญา ซึ่งต้องคำนึงว่าข้าราชการผู้กระทำผิดวินัยรู้สำนึกในการกระทำ(มีจิตสำนึกในการกระทำ) และประสงค์ต่อผลหรือยอมเล็งเห็นผลของการกระทำนั้นหรือไม่

นอกจากหลักการดังกล่าวตามที่กพ. กำหนดยังปรากฏแนวทางการพิจารณาของศาลปกครองซึ่งวินิจฉัยถึงความหมายและลักษณะการประพฤติชั่วอย่างร้ายแรง ดังจะเห็นได้จากตัวอย่างคำพิพากษาศาลปกครองต่อไปนี้

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ 63/2549 วินิจฉัยไว้ว่า การกระทำที่มีลักษณะเป็นการประพฤติชั่วอย่างร้ายแรง เป็นลักษณะการบัญญัติคำไว้อย่างกว้าง ๆ โดยกฎหมายมิได้กำหนดนิยามความหมายไว้อย่างชัดเจน จึงต้องพิจารณาจากความรู้สึกของวิญญูชนโดยทั่วไป หรือความรู้สึกถึงเกียรติของการกระทำนั้น ๆ ว่าเป็นการประพฤติชั่วอย่างร้ายแรงหรือไม่ ทั้งนี้ พิจารณาประกอบกับตำแหน่งหน้าที่ราชการ หน้าที่ความรับผิดชอบและความรู้สึกหรือเจตนาของผู้กระทำการด้วยว่าได้กระทำการนั้นโดยประสงค์ต่อผลหรือยอมเล็งเห็นผลของการกระทำหรือไม่

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ 340/2549 วินิจฉัยไว้ว่า การพิจารณาว่าการกระทำอันได้ชื่อว่าเป็นผู้ประพฤติชั่วอย่างร้ายแรงตามมาตรา 98 วรรคสอง จะต้องพิจารณาถึงเกียรติของข้าราชการผู้กระทำ ประกอบกับความรู้สึกของสังคมต่อการกระทำดังกล่าวนั้น ควบคู่ไปกับการพิจารณาไปถึงเจตนาของข้าราชการ โดยต้องคำนึงไปว่าการกระทำที่เกิดขึ้นก่อผลเสียหายต่อภาพพจน์และชื่อเสียงในความเป็นข้าราชการหรือไม่

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ 332/2549 วินิจฉัยไว้ว่า ข้าราชการที่กระทำการใด ๆ อันได้ชื่อว่าเป็นผู้ประพฤติชั่ว ย่อมจะนำมาซึ่งความเสื่อมเสียต่อเกียรติศักดิ์และชื่อเสียงของตำแหน่งหน้าที่ราชการทั้งสิ้น ไม่ว่าจะในฐานะส่วนตัวหรือในตำแหน่งราชการก็ตาม⁷¹

ดังนั้นจะเห็นได้ว่าคำพิพากษาดังกล่าวที่กล่าวมาทั้งหมดข้างต้นนั้นเป็นการวางหลักการวินิจฉัยที่สอดคล้องกับแนวทางของกฎพ. ที่ได้กล่าวมาก่อนหน้านี้ ยิ่งไปกว่านั้นศาลปกครองยังมีการวินิจฉัยกรณีตัวอย่างของการประพฤติชั่วอย่างร้ายแรงในลักษณะที่สองของมาตรา 98 วรรคสองอีกด้วย ดังจะเห็นได้จากตัวอย่างคำพิพากษาศาลปกครองดังต่อไปนี้ ทั้งนี้ผู้เขียนจะยกมาแต่เพียงตัวอย่างที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดทางเพศ เช่น

คำพิพากษาศาลปกครองที่ 12/2542 ซึ่งวินิจฉัยถึงกรณีที่ข้าราชการในตำแหน่งธุรการมีความสัมพันธ์ทางเพศกับนายส. ในห้องของโรงแรม ทั้งที่ต่างฝ่ายต่างมีสามีและภริยาตามกฎหมายแล้ว หลังจากนั้นยังคงติดต่อและมีความสัมพันธ์ทางเพศเรื่อยมา จึงเป็นการประพฤติชั่วอย่างร้ายแรงและเป็นการผิดวินัยร้ายแรงตามมาตรา 98 วรรคสอง และโดนลงโทษทางวินัย คือ ปลดออก

คำพิพากษาศาลปกครองที่ 12/2543 ซึ่งวินิจฉัยถึงกรณีข้าราชการในตำแหน่งสาธารณสุขชุมชนพยายามข่มขืนกระทำชำเราข้าราชการสาธารณสุขซึ่งมิใช่ภริยาตน ผู้ถูกกระทำมีรอยชำหลายแห่ง ทำให้เกิดความอับอาย อีกทั้งยังการยังได้ส่งฟ้องคดีต่อศาลแล้ว จึงเป็นการประพฤติชั่วร้ายแรงและเป็นการผิดวินัยร้ายแรงตามมาตรา 98 วรรคสอง และโดนลงโทษทางวินัย คือ ปลดออก

ดังที่ได้กล่าวมาทั้งหมดในบทนี้เป็นการกล่าวถึงบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดทางเพศต่อผู้อยู่ภายใต้อำนาจ ตำแหน่งหน้าที่ หรือความสัมพันธ์พิเศษที่มีอยู่ในกฎหมายของไทย โดยจัดเรียงลำดับตามเรื่องความยินยอม ดังนี้บทถัดไปจึงเป็นการกล่าวถึงหลักการของความยินยอมในกฎหมายอาญา เพื่อเป็นพื้นฐานในการทำความเข้าใจถึงบทบัญญัติต่าง ๆ และสามารถนำไปวิเคราะห์ต่อยอดในบทที่ 5 บทวิเคราะห์ได้ต่อไป

⁷¹ ส่วนราชการสง.ก.ตร., "หลักเกณฑ์ว่าด้วยการกระทำผิดอย่างไรใดเป็นความผิดวินัยอย่างร้ายแรงฐานประพฤติชั่วอย่างร้ายแรง," ใน บันทึกข้อความที่ 0012.31/1224 (สำนักงานคณะกรรมการข้าราชการตำรวจ, 2553).

บทที่ 4

หลักการของความยินยอมในกฎหมายอาญา

แม้จะมีหลักสุภาษิตโรมันที่ว่า “volenti non fit injuria” หรือ “ความยินยอมทำให้ไม่เสียหาย” แต่ในแง่ของกฎหมายอาญานั้นถือว่ากระทำความผิดนั้นมีผลกระทบต่อสังคมโดยรวม จึงมีหลักอยู่ว่า บุคคลใดบุคคลหนึ่งไม่อาจให้ความยินยอมได้ แต่มีข้อยกเว้นในความผิดบางประการซึ่งความยินยอมอาจทำให้การกระทำนั้นไม่เป็นความผิด เช่น ความผิดต่อเพศในมาตรา 276 มาตรา 278 มาตรา 283 มาตรา 284 ความผิดต่อเสรีภาพในมาตรา 309 มาตรา 313 (2) มาตรา 320 ความผิดเกี่ยวกับทรัพย์ ยิ่งไปกว่านั้นในความผิดบางประเภท การยินยอมแม้จะได้มาภายหลังกระทำความผิดก็มีผลทำให้การกระทำนั้นไม่มีความผิดเช่นเดียวกัน เช่น มาตรา 272 ในมาตรา 348 มาตรา 351 มาตรา 356 มาตรา 361 มาตรา 366¹ เนื่องจากมาตราเหล่านี้เป็นบทบัญญัติที่กำหนดให้ความผิดตามที่ระบุไว้ในกฎหมายเป็นความผิดอันยอมความได้

สำหรับความผิดทางเพศนั้นเรื่องความยินยอมถือเป็นส่วนประกอบสำคัญในการพิจารณา ดังจะเห็นได้จากบทบัญญัติเกี่ยวกับความผิดทางเพศบางมาตราที่ความผิดจะเกิดขึ้นได้ต้องปรากฏว่าผู้เสียหายไม่ยินยอม เช่น มาตรา 276 หรือบางความผิดทางเพศที่กำหนดในลักษณะเด็ดขาดว่าไม่ว่าผู้เสียหายจะยินยอมหรือไม่ การกระทำที่ครบองค์ประกอบอื่น ๆ ย่อมมีความผิดทันที เช่น มาตรา 277 มาตรา 279 เป็นต้น ฉะนั้นในการพิจารณาแนวทางการกำหนดความผิดทางเพศต่อผู้อยู่ภายใต้อำนาจ ตำแหน่งหน้าที่ หรือความสัมพันธ์พิเศษจึงจำเป็นต้องอย่างยิ่งที่จะกล่าวถึงหลักเกณฑ์ทั่วไปเกี่ยวกับเรื่องความยินยอม เพื่อเป็นรากฐานความคิดที่สำคัญในการวิเคราะห์และแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นในประมวลกฎหมายอาญาเกี่ยวกับความผิดทางเพศต่อผู้อยู่ภายใต้อำนาจ ตำแหน่งหน้าที่ หรือความสัมพันธ์พิเศษต่อไป

เนื้อหาในส่วนนี้จะแบ่งการอธิบายเป็น 2 ส่วน คือ ส่วนหลักการทั่วไปเกี่ยวกับความยินยอมในกฎหมายอาญา และส่วนของความยินยอมที่เด็ดขาดและไม่เด็ดขาดซึ่งเป็นการพิจารณาโดยเน้นไปที่สภาพของการให้ความยินยอมว่าสามารถให้ความยินยอมได้หรือไม่ เช่น ในกรณีของเด็กที่อายุต่ำกว่า 15 ปี ความยินยอมของเด็กนั้นโดยสภาพมีลักษณะเป็นความยินยอมที่เด็ดขาดเพราะว่าเด็กที่อายุ

¹ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคทั่วไป, หน้า 161.

ดังนั้นตามประมวลกฎหมายอาญาของไทยถือว่าไม่ว่าเด็กนั้นจะให้ความยินยอมหรือไม่ ผู้กระทำความผิดมีความผิดในการกระทำความผิดทางเพศตามมาตรา 277 และมาตรา 279 จึงเป็นการเด็ดขาดว่าความยินยอมนั้นไม่มีผลในเรื่องนี้

4.1 หลักการทั่วไปเกี่ยวกับความยินยอมในกฎหมายอาญา

เนื้อหาในส่วนนี้จะกล่าวถึงหลักทั่วไปเกี่ยวกับความยินยอมในกฎหมายอาญา โดยจะเริ่มการอธิบายที่ความหมายของความยินยอมเสียก่อนว่าความยินยอมตามกฎหมายนั้นมีอยู่อย่างไร แล้วจึงอธิบายถึงหลักเกณฑ์ในการที่บุคคลหนึ่งจะให้ความยินยอมซึ่งมีหลักการย่อยลงไปอีกหลายประเด็น เช่น วิธีการให้ความยินยอม ความสามารถของผู้ให้ความยินยอม ระยะเวลาในการให้ความยินยอม ความยินยอมอันบริสุทธิ์ เป็นต้น ซึ่งในลำดับถัดไปจะได้อธิบายในรายละเอียดของแต่ละหัวข้อ เพื่อให้เข้าใจภาพรวมของความยินยอมอันเป็นพื้นฐานสำคัญในการวิเคราะห์ประเด็นเรื่องความยินยอมของผู้เสียหายในความผิดทางเพศต่อไป

4.1.1 ความหมายของความยินยอม

อาจารย์พจน์ บุชปาคม ได้อธิบายความหมายของคำว่า “ยินยอม” เอาไว้ว่าเป็นการแสดงออกถึงความสมัครใจที่จะได้รับการประทุษร้ายอย่างใดอย่างหนึ่ง โดยอาจแสดงอย่างชัดเจนหรือปริยายได้ เพียงแต่การแสดงออกนั้นต้องประกอบด้วยสาระสำคัญ 2 ประการ คือ

- (1) มีการให้ยินยอมต่อการประทุษร้ายนั้น
- (2) โดยบุคคลที่มีความสามารถให้ความยินยอม และความยินยอมนั้นมีได้เกิดขึ้นเพราะถูก

ข่มขู่ หรือการเข้าใจผิดว่าเป็นการกระทำของเจ้าพนักงานซึ่งปฏิบัติงานตามหน้าที่²

นอกจากนี้ในเรื่องของความหมายของความยินยอมตามกฎหมายนั้นพบว่า มีข้อพิจารณาประการหนึ่งถึงความแตกต่างของความยินยอมตามกฎหมายตามความเข้าใจทั่วไป เนื่องจากในบางกรณีที่เกิดขึ้นในความเป็นจริง เช่น การนิ่งไม่ขัดขวางอาจทำให้เกิดความเข้าใจได้ว่ามีความยินยอมแล้ว ดังนั้น เมื่อพิจารณาจากความหมายความยินยอมทั่วไปที่ศาสตราจารย์จิตติ ดิงศภัทย์ ได้อธิบายเอาไว้ว่า อาจหมายรวมไปถึงการจงใจปล่อยให้เหตุการณ์ใด ๆ เกิดขึ้นโดยมิได้ขัดขวาง ทั้ง ๆ ที่บุคคลนั้นสามารถกระทำได้ อย่างไรก็ตามความยินยอมในกรณีดังกล่าวไม่ถือเป็นความยินยอมตาม

² พจน์ บุชปาคม, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิด, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2525), หน้า 55-56.

กฎหมาย เพราะโดยหลักการให้ความยินยอมตามกฎหมายจะต้องปรากฏว่าเป็นการแสดงความประสงค์ออกมาไม่ว่าจะโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยาย และต้องเป็นการแสดงความประสงค์ให้ผู้กระทำสามารถเข้าใจได้ว่าผู้ถูกกระทำอนุญาตให้กระทำการนั้น ๆ ได้³ ทั้งนี้จะต้องเป็นการแสดงความประสงค์โดยตรงมิใช่แต่เพียงเป็นการเปิดโอกาสให้ลัทธิทรัพย์ เช่น มีการหยิบทรัพย์ให้ผู้กระทำเอาทรัพย์นั้นไปเอง จึงจะถือเป็นการยินยอมได้และผู้กระทำไม่มีความผิดฐานลักทรัพย์ อย่างไรก็ตามก็มีข้อยกเว้นในกรณีพิเศษอย่างยิ่งที่การนิ่งโดยไม่ขัดขวางสามารถถือเป็นความยินยอมได้ เช่น กรณีอนุญาตให้ภริยาของผู้อื่นมาอาศัยเป็นการอนุญาตโดยปริยายให้สามีเข้ามาหาภริยาของตนได้ ไม่ผิดฐานบุกรุก (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 299/2485) เนื่องจากเป็นที่เข้าใจกันโดยปกติทั่วไปว่าการนิ่งในพฤติการณ์เช่นว่านี้เป็นกรการให้ความยินยอม⁴

ต่อไปจะเป็นการอธิบายถึงหลักเกณฑ์เกี่ยวกับความยินยอม โดยจะกล่าวถึงหลักการให้ความยินยอม ความยินยอมอันบริสุทธิ์ และความยินยอมที่ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อย เพื่อแสดงให้เห็นถึงความความยินยอมในลักษณะใดบ้างที่กฎหมายยอมรับ ซึ่งการจะพิจารณาได้นั้นจะต้องผ่านหลักเกณฑ์ทางกฎหมายเหล่านี้เสียก่อน

4.1.2 หลักเกณฑ์ทางกฎหมายเกี่ยวกับความยินยอม

ความยินยอมที่จะมีผลทางกฎหมายทำให้ผู้กระทำสามารถอ้างขึ้นเพื่อมิให้การกระทำของตนนั้นเป็นความผิดจะต้องได้มาโดยเสรี จริ่งใจ และโดยชัดแจ้ง⁵ ทั้งนี้ตามหลักคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1403/2508 ซึ่งวางหลักวินิจฉัยเกี่ยวกับหลักเกณฑ์เกี่ยวกับความยินยอมเอาไว้ว่า ความยินยอมที่จะอ้างได้นั้นต้องเป็นความยินยอมที่บริสุทธิ์ให้ผู้ใดกระทำการที่กฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิด และความยินยอมนั้นต้องไม่ขัดต่อความสำนึกในศีลธรรมอันดีและมีอยู่จนถึงขณะกระทำความผิด ฉะนั้นเนื้อหาในส่วนนี้จะมุ่งอธิบายถึงหลักต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับความยินยอมที่มีผลทางกฎหมาย ว่ามีหลักเกณฑ์พิจารณาในเรื่องใดบ้าง และแบ่งการอธิบายออกเป็นหัวข้อต่าง ๆ ดังนี้

- (1) หลักการให้ความยินยอม
- (2) ระยะเวลาของการให้ความยินยอม

³ จิตติ ดิงศภัทย์, กฎหมายอาญา ภาค 1, หน้า 801.

⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 835-836.

⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 839.

(3) ความยินยอมอันบริสุทธิ์

(4) ความยินยอมต้องไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อย

ทั้งนี้ จะเห็นได้ว่าความยินยอมนั้นจะมีผลใช้ได้ ในทางกฎหมายนั้นต้องพิจารณาถึงหลักการเหล่านี้เสียก่อน มิเช่นนั้นแม้ผู้เสียหายจะให้ความยินยอมใดแต่ไม่เข้าตามหลักการพิจารณาทั้งหมดที่จะได้อธิบายในรายละเอียดต่อไปนี้จะยอมทำให้ความยินยอมนั้นไม่อาจอ้างได้ในทางกฎหมายอาญา

(1) หลักการเกี่ยวกับการให้ความยินยอม

ในเรื่องของการให้ความยินยอมนั้นมีความจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องพิจารณาถึงรูปแบบของการให้ความยินยอมว่ามีรูปแบบใดบ้าง สามารถมีการให้ความยินยอมโดยปริยายได้หรือไม่ และบุคคลใดที่สามารถให้ความยินยอมได้ จากนั้นจึงพิจารณาว่าความยินยอมที่ให้นั้นมีขอบเขตถึงเรื่องใดบ้าง เป็นลำดับถัดไป

(1.1) รูปแบบการให้ความยินยอม การให้ความยินยอมนั้นสามารถแบ่งรูปแบบการให้ความยินยอมออกได้เป็น 2 รูปแบบได้แก่

ก. การให้ความยินยอมโดยชัดแจ้ง เป็นวิธีการอย่างหนึ่งของการให้ความยินยอม โดยอาจกล่าวทางวาจา หรือแสดงกิริยาใด ๆ ให้เห็นถึงความพร้อมใจให้ผู้กระทำเข้าใจประทุษร้ายล่วงเกินต่อสิทธิหรือประโยชน์ของผู้ให้ความยินยอม ทั้งนี้ ต้องปรากฏว่าผู้ถูกกระทำเข้าใจถึงลักษณะการกระทำดังกล่าวด้วย⁶

ในหนังสือบทสรุปกฎหมายละเมิดของ Sir Arther Underhill ตัวอย่างการให้ความยินยอมโดยชัดแจ้งเอาไว้หลายประการ เช่น การอนุญาตให้บุคคลอื่นเข้ามาในที่ดินของตน การยินยอมให้ผู้อื่นสัมผัสเนื้อตัวร่างกาย หรือการให้ความยินยอมกรณีการเล่นกีฬา การรักษา เป็นต้น⁷ กล่าวโดยสรุป การให้ความยินยอมโดยชัดแจ้ง คือ กรณีที่ผู้ถูกกระทำมีเจตนาที่จะให้ความยินยอมต่อการกระทำนั้น ๆ ด้วยการแสดงออกมาด้วยวิธีการอย่างใดอย่างหนึ่ง ไม่ว่าจะแสดงออกด้วยตนเอง

⁶ พจนี ปุชปาคม, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิด, หน้า 55.

⁷ Sir Arther Underhill, Ralpher Sutton, Barry Sheen, A Summary of the law of Tort (Or Wrong Independent Contract) Sixteenth Edition, London, Butterworth&Co.(Publisher)Ltd., 1949, p. 27. อ้างใน ประทีป ปรัชญาภรณ์, "ความยินยอมของผู้เสียหายในการกระทำความผิดอาญา" (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารคดี, สาขาวิชานิติศาสตร์, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2522), หน้า 12.

หรือให้บุคคลอื่นแสดงออกถึงความยินยอมก็ได้ และการแสดงออกถึงความยินยอมนั้นทำให้ผู้กระทำสามารถเข้าใจได้ว่าตนได้รับการอนุญาตให้กระทำการนั้น⁸

ข. การให้ความยินยอมโดยปริยาย หมายถึง การกล่าวทางวาจาหรือแสดงกริยาที่ไม่ได้แสดงชัดแจ้งว่าตนสมัครใจให้กระทำการนั้น ๆ ต่อตน แต่บุคคลทั่วไปและตัวผู้กระทำสามารถเข้าใจได้เองว่ามีความยินยอมเกิดขึ้นแล้ว⁹

ศาสตราจารย์จิติ ดิงศภัทย์ ได้ยกตัวอย่างกรณีการให้ความยินยอมโดยปริยายเอาไว้หลายประการ เช่น การเข้าไปในบ้านโดยพลการระหว่างที่เจ้าของไม่อยู่เพื่อซ่อมท่อน้ำที่รั่ว การเล่นเกมกีฬาซึ่งมีลักษณะจะต้องเกิดอันตรายต่อร่างกายอยู่แล้ว หรือการถูกเนื้อต้องตัวตามปกติในชีวิตประจำวัน¹⁰

นอกจากนี้ยังมีคำพิพากษาซึ่งแสดงถึงการนำเอารูปแบบการให้ความยินยอมโดยปริยายมาใช้ประกอบการพิจารณาคดี เช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 787/2483 กรณีที่จำเลยหยอกล้อผู้เสียหายและผลักผู้เสียหายซึ่งชักผ้าอยู่ริมแม่น้ำจนตกลงไปในแม่น้ำ โดยปรากฏข้อเท็จจริงว่าจำเลยกับผู้ตายรู้จักกันและเคยหยอกล้อเล่นกันมาก่อน ศาลฎีกาจึงตัดสินโดยกล่าวถึงความยินยอมโดยปริยายเอาไว้ว่า “แม้โดยปกติบุคคลย่อมไม่มีอำนาจจะต้องร่างกายผู้อื่น แต่ด้วยธรรมเนียมประเพณีหรือความยินยอมโดยปริยาย เช่น ในงานแห่เรือที่มีบุคคลจำนวนมากด้วยกันไปดูงาน ย่อมต้องเบียดเสียดถูกเนื้อต้องตัวกันบ้างเป็นเรื่องธรรมดาและโดยธรรมเนียมประเพณีไม่ถือกัน ฉะนั้น การหยอกล้อเล่นกันในกรณีนี้จึงไม่ถือว่ามีเจตนาจะทำร้ายร่างกาย แต่เมื่อข้อเท็จจริงในคดีปรากฏว่าจำเลยหยอกล้อผู้ตายโดยปราศจากความระมัดระวังเป็นเหตุให้เกิดความตายขึ้น จำเลยอาจมีความผิดทำให้คนตายโดยประมาท” ต่อมาในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3407/2519 ได้ตัดสินถึงกรณีลักทรัพย์ในเคหสถานเอาไว้ว่า ผู้เสียหายกับจำเลยรู้จักกันมาก่อนและเข้าบ้านหลังเดียวกัน อีกทั้งยังปรากฏข้อเท็จจริงว่าแม้จะอยู่คนละห้องและมีบันไดขึ้นคนละทาง แต่จำเลยก็ขึ้นไปห้องรับแขกของผู้เสียหายอยู่เสมอ โดยผู้เสียหายไม่เคยห้ามปราม ถือว่าจำเลยเข้าไปในเคหสถานของผู้เสียหายโดย

⁸ กมลชัย รัตนสากวรงค์, "ความยินยอมในกฎหมายอาญา," หน้า 25.

⁹ พจนี ปุชปาคม, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิด, หน้า 56.

¹⁰ จิติ ดิงศภัทย์, กฎหมายอาญา ภาค 1, หน้า 805.

ได้รับอนุญาต จึงไม่มีความผิดฐานลักทรัพย์ในเคสสถาน คงมีแต่เพียงความผิดฐานลักทรัพย์ตามมาตรา 334 เท่านั้น¹¹

การให้ความยินยอมโดยปริยายนั้นประกอบด้วยองค์ประกอบทั้งหมด 3 ประการ ได้แก่¹²

ประการที่หนึ่ง คือ ต้องเป็นการให้ความยินยอมในสถานการณ์ที่พึงสันนิษฐานได้ ซึ่งมีเงื่อนไข 2 ประการ คือ ต้องเป็นกรณีไม่สามารถขอความยินยอมจากผู้เสียหายได้ เช่น กรณีผู้ป่วยอาการสาหัสสลบอยู่และไม่สามารถติดต่อญาติผู้ป่วยได้ แพทย์สามารถผ่าตัดเพื่อช่วยชีวิตได้ และเป็นกรณีที่พึงสันนิษฐานได้ว่าผู้เสียหายจะต้องให้ความยินยอม ซึ่งเป็นเรื่องยากที่จะวางหลักเกณฑ์การพิจารณาทั่วไปเอาไว้ จึงต้องพิจารณาตามข้อเท็จจริงเป็นรายกรณีไป

ประการที่สอง คือ การกระทำที่พึงสันนิษฐานได้จะต้องเป็นการกระทำที่อยู่ในความประสงค์ของผู้เสียหาย หรืออาจกล่าวได้ว่าเป็นการกระทำที่สมประโยชน์สมประสงค์ของผู้เสียหายเท่าที่พึงสันนิษฐานได้จากเหตุการณ์ที่เกิดขึ้น จึงต้องพิจารณาตามข้อเท็จจริงเป็นรายกรณีไป เช่นเดียวกัน

ประการที่สาม คือ ความตระหนักรู้ถึงเรื่องเกี่ยวกับสถานการณ์ที่พึงสันนิษฐานได้ กล่าวคือ ผู้กระทำจะต้องรู้เหตุหรือความจำเป็นของสถานการณ์ และรู้ว่าไม่อาจขอความยินยอมจากผู้เสียหายในขณะนั้นได้ ทั้งยังต้องรู้ว่าการกระทำของตนต้องตรงตามความประสงค์ของผู้เสียหาย ดังนั้นหากไม่ครบองค์ประกอบที่ได้กล่าวมาข้างต้นแล้ว การกระทำของผู้กระทำย่อมผิดกฎหมาย โดยไม่อาจอ้างความยินยอมโดยปริยายได้

(1.2) ความสามารถให้ความยินยอม

ในเรื่องของการให้ความยินยอมมีหลักอยู่ประการหนึ่งว่า ผู้ให้ความยินยอมจะต้องเข้าใจถึงการกระทำนั้น กล่าวคือ เข้าใจถึงธรรมชาติ คุณค่าของการกระทำว่าเป็นอย่างไร ดีหรือไม่ รวมถึงเข้าใจถึงผลที่ตามมาจากการกระทำนั้น ๆ ความเข้าใจดังกล่าวนี้มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดอย่างยิ่งกับความสามารถในการให้ความยินยอม เนื่องจากบุคคลบางประเภทที่ด้อยด้วยวุฒิภาวะ ไม่ว่าจะด้วยอายุ หรือภาวะทางจิตอาจขาดความเข้าใจในเรื่องราวต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นกับตน ส่งผลกระทบต่อความสามารถของบุคคลเหล่านี้ในการให้ความยินยอม จึงมีความจำเป็นจะต้องพิจารณาถึงลักษณะ

¹¹ ประทีป ปรัชญาภรณ์, "ความยินยอมของผู้เสียหายในการกระทำความผิดอาญา," หน้า 12-13.

¹² คณิต ณ นคร, กฎหมายอาญาภาคทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2556), หน้า 273.

บุคคลเหล่านี้ เช่น กรณีของผู้เยาว์ที่ยังไม่บรรลุนิติภาวะนั้นสามารถให้ความยินยอมได้ หากผู้เยาว์มีความรู้ความเข้าใจถึงการกระทำที่เกิดขึ้นกับตน กล่าวคือ ไม่ถึงกับเป็นเด็กไร้เดียงสา ดังจะเห็นได้จากตัวอย่างที่ปรากฏในคำพิพากษาฎีกาที่ 828/2486 ซึ่งเป็นกรณีผู้เยาว์อายุ 16 ปีที่ยังอยู่ในความปกครองของบิดามารดาสามารถให้ความยินยอมในการกระทำความผิดทางเพศได้ เช่นเดียวกับคำพิพากษาฎีกาที่ 743/2464 ซึ่งเป็นกรณีความผิดฐานหมิ่นประมาท แม้จะเป็นผู้เยาว์ก็สามารถให้ความยินยอมได้¹³ นอกจากนี้กรณีบุคคลวิกลจริตให้ความยินยอมนั้นก็ยังมีหลักการเช่นเดียวกับกรณีผู้เยาว์ กล่าวคือ ต้องพิจารณาว่าบุคคลนั้นจรตวิกลถึงขนาดไม่สามารถเข้าใจขอบเขตและคุณค่าของการกระทำที่เกิดขึ้นกับตนหรือไม่¹⁴

(1.3) ขอบเขตของความยินยอม หมายถึงกรณีที่ผู้เสียหายได้ให้ความยินยอมไว้ ไม่ว่าจะโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายว่ามีขอบเขตเท่าใด ผู้กระทำความผิดสามารถกระทำได้เพียงเท่านั้น หากเกินเลยขอบเขตดังกล่าวแล้วย่อมถือไม่ได้ว่ามีความยินยอม เช่น กรณีนักมวยซึ่งให้ยินยอมต่อการกระทำซึ่งอยู่ภายใต้ของกฎเกณฑ์ของการชกมวยเท่านั้น หากมีการใช้ความรุนแรงที่มากเกินไปกว่านั้นย่อมมีความผิดฐานทำร้ายร่างกาย¹⁵

การเกินเลยไปจากขอบเขตความยินยอมนั้นรวมถึงกรณีของความไม่รู้ด้วยเช่นกัน หากผู้เสียหายไม่รู้ถึงข้อเท็จจริงโดยย่อไม่อาจถือได้ว่าอยู่ในความยินยอมที่ผู้เสียหายได้ให้ไว้ก่อนนั้น เช่น กรณีของหญิงที่ร่วมประเวณี ไม่ถือว่ายินยอมรับโรคติดต่อจากชาย หากหญิงนั้นมิได้ทราบมาก่อน¹⁶ ดังนี้ จึงอาจสรุปได้ว่าความยินยอมที่ผู้เสียหายได้ให้ไว้สำหรับกรณีใดกรณีหนึ่งนั้นมิได้หมายรวมไปถึงกรณีอื่นที่แตกต่างหรือเพิ่มเติมขึ้นมานอกเหนือความยินยอมนั้น

(2) ระยะเวลาของการให้ความยินยอม อาจแบ่งได้เป็น 2 ช่วงเวลา ได้แก่

(2.1) การให้ความยินยอมก่อนหรือขณะกระทำการ

โดยหลักทั่วไป ความยินยอมจะต้องมีอยู่ก่อนหรืออย่างน้อยต้องมีขณะกระทำการนั้น อีกทั้งความยินยอมดังกล่าวจะต้องมีอยู่ตลอดจนกระทำการดังกล่าวเสร็จสิ้น โดยไม่ปรากฏว่ามี การถอนความยินยอมนั้นเสียก่อน ทั้งนี้ หากมีการถอนความยินยอมแล้ว ย่อมถือว่าไม่มี ความยินยอมมา

¹³ กมลชัย รัตนสากวรงค์, "ความยินยอมในกฎหมายอาญา," หน้า 41-42.

¹⁴ ประพิน ประชญาภรณ์, "ความยินยอมของผู้เสียหายในการกระทำความผิดอาญา," หน้า 17-19.

¹⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 26.

¹⁶ จิตติ ดิงศภัทย์, กฎหมายอาญา ภาค 1, หน้า 809.

แต่ต้น เช่น ก. ทำ ข. ชกมวยต่อสู้กัน ข.ตกลงยินยอมเข้าต่อสู้ แต่ต่อมา ข. เปลี่ยนใจบอกถอนความยินยอม เช่นนี้หาก ก. ยังคงทำร้าย ข. ก.จะอ้างเอาความยินยอมที่ได้มีการบอกถอนไปแล้วไม่ได้

(2.2) การให้ความยินยอมหลังการกระทำ

ความยินยอมภายหลังกระทำนั้นไม่มีผลในทางอาญา เพราะในสายตาของกฎหมายอาญา กรณีที่มีการกระทำความผิดเกิดขึ้นนั้นเป็นเรื่องทางมหาชนซึ่งเกี่ยวข้องกับประโยชน์ของรัฐ ฉะนั้นการที่เอกชนคนใดให้อภัยหรือยกโทษให้จึงไม่ใช่ข้ออ้างให้พ้นความผิดทางอาญา¹⁷ นอกจากนี้ในเรื่องของการให้ความยินยอมหลังการกระทำนี้ มีข้อพิจารณาสำคัญประการหนึ่งถึงความแตกต่างระหว่างความยินยอมและการยอมความในกรณีที่เป็นความผิดที่ส่งผลกระทบต่อเอกชนมากกว่ามหาชน หรือที่เรียกกันว่า “ความผิดอันยอมความได้” ว่ามีความแตกต่างกันตรงที่ ความยินยอมเป็นเรื่องที่ผู้เสียหายให้ไว้ก่อนหรือขณะกระทำความผิด แต่การยอมความเป็นการตกลงกันระหว่างผู้เสียหายกับผู้กระทำภายหลังที่ความผิดนั้นเกิดขึ้นแล้ว¹⁸

(3) ความยินยอมอันบริสุทธิ์ หมายถึง ความยินยอมที่ปราศจากการหลอกลวง หรือสำคัญผิดหรือข่มขู่ด้วยประการใด ๆ¹⁹ สอดคล้องกับหลักของความยินยอมที่ว่า “ผู้กระทำจะต้องได้รับความยินยอมจากผู้เสียหายโดยสมัครใจ” ความสมัครใจที่ว่านี้จะต้องไม่ได้มาด้วยการหลอกลวง ข่มขู่สำคัญผิด หรือได้มาด้วยวิธีการอันไม่ชอบอื่น ๆ เช่น คำพิพากษาฎีกาที่ 1403/2508 ซึ่งได้วางหลักเรื่องความยินยอมเอาไว้ว่า ความยินยอมต้องได้มาโดยเสรีและจริงใจ

(3.1) การหลอกลวง

โดยหลักทั่วไปในเรื่องความยินยอมนั้นเห็นว่า ความยินยอมที่ได้มาจากการหลอกลวงนั้นทำให้ความยินยอมเสียไป²⁰ อย่างไรก็ดี ในประเด็นนี้ยังต้องพิจารณาแยกเป็นประเภทของการหลอกลวงเสียก่อนว่าเป็นความยินยอมใดใน 2 ประการนี้ จึงจะสามารถสรุปถึงผลการเสียไปซึ่งความยินยอมได้

ก. การหลอกลวงในสาระสำคัญของการกระทำ หมายถึง การทำให้เข้าใจผิดในสภาพของการกระทำ หรือเข้าใจผิดในตัวบุคคล เช่น แพทย์หลอกลวงผู้ป่วยหญิงให้เชื่อว่าการกระทำของเรา

¹⁷ กมลชัย รัตนสกววงศ์, "ความยินยอมในกฎหมายอาญา," หน้า 48-49.

¹⁸ ประพิน ประชญาภรณ์, "ความยินยอมของผู้เสียหายในการกระทำความผิดอาญา," หน้า 29.

¹⁹ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1 บทบัญญัติทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 10 (พลสยาม พรินต์ติ้ง, 2551), หน้า 432.

²⁰ กมลชัย รัตนสกววงศ์, "ความยินยอมในกฎหมายอาญา," หน้า 28.

เป็นส่วนหนึ่งของการรักษาพยาบาล ถ้อยคำที่ว่าแพทย์นั้นได้รับความยินยอมจากผู้เสียหาย เพราะเป็นการหลอกลวงถึงสภาพของการกระทำและผู้ป่วยไม่เข้าใจว่าเป็นการกระทำซ้ำเรา การหลอกลวงในลักษณะดังกล่าวมีผลทำให้ความยินยอมนั้นเสียไป

ข. การหลอกลวงในมูลเหตุของการกระทำนั้น ต้องแบ่งการพิจารณาเป็นหลายกรณี ซึ่งให้ผลที่ต่างกันออกไป เช่น กรณีมาตรา 271 มาตรา 341 มาตรา 344 ซึ่งเป็นความผิดที่มีองค์ประกอบความผิดเรื่องของการหลอกลวง ฉะนั้นแม้จะหลอกลวงในมูลเหตุยอมทำให้เป็นการกระทำความผิดอยู่²¹ ส่วนกรณีความผิดที่ไม่มีเรื่องของการหลอกลวงเป็นองค์ประกอบความผิด เช่น ความผิดฐานทำร้ายร่างกาย จะมีความยินยอมหรือไม่ยอมไม่ส่งผลกระทบต่อองค์ประกอบความผิด แต่อาจยกเอาความยินยอมขึ้นอ้างเป็นข้อยกเว้นความผิดได้ แม้ว่าความยินยอมจะได้อาจมาจากการหลอกลวงในมูลเหตุก็ตาม²² ในขณะเดียวกันความผิดทางเพศ เช่น ความผิดฐานข่มขืนตามมาตรา 276 ซึ่งต้องปรากฏว่ามีการข่มขืน จึงต้องมีการพิสูจน์เสียก่อนว่าผู้เสียหายให้ความยินยอมหรือไม่ สำหรับกรณีการให้ความยินยอมอันเนื่องมาจากผู้เสียหายถูกหลอกลวงในมูลเหตุของการกระทำ กล่าวคือ ตัวผู้เสียหายรู้ว่าการกระทำที่เกิดกับตนเป็นการกระทำซ้ำเราแต่ยอมให้ทำเพราะหลงเชื่อในมูลเหตุต่าง ๆ เช่น คิดว่าเป็นการซ้ำเราเพื่อให้หายจากโรค เช่นนี้ อาจารย์จิตติ ดิงศภัทย์ ให้ความเห็นว่าไม่อาจถือว่าผู้เสียหายไม่ยินยอม เว้นเสียแต่ว่าจะเป็นการหลอกลวงจนผู้เสียหายไม่รู้ว่าเป็นการซ้ำเรา แต่เป็นการกระทำอย่างอื่น กล่าวคือ เป็นการหลอกลวงในสภาพของการกระทำ เช่น เข้าใจว่าจะตรวจกายโดยใช้เครื่องมือ²³

(3.2) การสำคัญผิด

ความยินยอมที่เกิดขึ้นมาจากการสำคัญผิดนั้นมีหลักการเช่นเดียวกันกับกรณีของการหลอกลวง ต่างกันตรงที่ว่าความยินยอมในกรณีไม่ปรากฏว่ามีการหลอกลวง แต่เป็นความไม่รู้ในพฤติการณ์ว่ามีอยู่อย่างไร จึงไม่อาจถือว่าเป็นความยินยอมที่ชอบด้วยกฎหมาย²⁴ ดังนี้ ผู้เขียนจึงมีข้อสังเกตประการหนึ่งว่าในเรื่องของการสำคัญผิดนั้น หากเป็นกรณีที่ความสำคัญผิดของผู้เสียหายเกิดขึ้นมาจากผู้กระทำความผิดหลอกลวง ไม่ว่าจะเป็นการหลอกลวงเพื่อให้สำคัญผิดในตัวบุคคล เช่น

²¹ จิตติ ดิงศภัทย์, กฎหมายอาญา ภาค 1, หน้า 806.

²² กมลชัย รัตนสากววงศ์, "ความยินยอมในกฎหมายอาญา," หน้า 29-31.

²³ จิตติ ดิงศภัทย์, กฎหมายอาญา ภาค 1, หน้า 807.

²⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 807.

ผู้กระทำความผิดปลอมตัวเป็นสามีของผู้เสียหายทำให้ผู้เสียหายยินยอมที่จะร่วมประเวณีด้วย หรือเป็นการหลอกลวงให้สำคัญผิดในคุณสมบัติของตัวบุคคล เช่น กรณีผู้กระทำความผิดหลอกว่าตนเป็นผู้มีฐานะร่ำรวยจนผู้เสียหายหลงเชื่อและยินยอมที่จะร่วมประเวณี²⁵ จะต้องไปพิจารณาในประเด็นของความเสียหายของความยินยอมที่เกิดขึ้นจากการหลอกลวง มิใช่ประเด็นของเรื่องการสำคัญผิดซึ่งเกิดจากความไม่รู้ในข้อเท็จจริงว่าแท้จริงแล้วมีอยู่เช่นไร

(3.3) การข่มขู่

ในเรื่องของการข่มขู่ ศาสตราจารย์จิตติ ดิงศภทิพย์ ให้ความหมายเอาไว้ว่า การข่มขู่จะต้องเป็นที่เห็นได้ชัดว่ามีการใช้กำลังประทุษร้าย ขู่เข็ญ ใช้อำนาจผิดคลองธรรม หรือทำให้กลัวว่าจะเกิดอันตรายต่อชีวิต ร่างกาย เสรีภาพ ชื่อเสียง หรือทรัพย์สิน ทั้งนี้ไม่ว่าจะเป็นการข่มขู่ว่าจะกระทำโดยตรงต่อตัวผู้เสียหายเอง หรือกระทำต่อบุคคลอื่นก็ได้²⁶ เช่น ผู้กระทำความผิดเอาไม้จ่อคอผู้เสียหายให้ยินยอมร่วมประเวณีกับผู้กระทำความผิด²⁷ ถือว่าความยินยอมของผู้เสียหายในกรณีเกิดขึ้นมาจากการข่มขู่ว่าจะใช้กำลังประทุษร้ายเป็นอันตรายแก่กายและชีวิต นอกจากนี้การข่มขู่ขึ้นจะต้องปรากฏว่าถึงขนาดที่ทำให้ผู้เสียหายกลัวจึงให้ความยินยอม จึงเป็นประเด็นต้องพิจารณาถึงความร้ายแรงของของการข่มขู่ว่าต้องถึงขนาดใดนั้น เห็นว่าต้องตีความตามมาตรา 164 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งวางหลักให้การข่มขู่ที่จะทำให้นิติกรรมเป็นโมฆียะจะต้องปรากฏว่าร้ายแรงถึงขนาดจูงใจให้มีมูลต้องกลัว ถ้าไม่ข่มขู่จะไม่กระทำการนั้น

(4) ความยินยอมต้องไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

ในส่วนนี้ก่อนอื่นต้องพิจารณาก่อนว่าเรื่องความยินยอมนั้นเป็นสิ่งที่กฎหมายระบุไว้ในบทบัญญัติชัดเจนหรือโดยสภาพความผิดความยินยอมของผู้เสียหายทำให้การกระทำนั้น ๆ ไม่เป็นความผิดหรือไม่ เพราะถ้าหากเป็นกรณีดังกล่าวย่อมไม่มีประเด็นต้องพิจารณาถึงความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดี อย่างไรก็ตามก็ตีสำหรับความผิดที่กฎหมายไม่ได้บัญญัติองค์ประกอบเกี่ยวกับความยินยอมเอาไว้ การจะอ้างความยินยอมเป็นข้อยกเว้นความผิดนั้นจะต้องพิจารณาด้วยว่า ความยินยอม

²⁵ ในเรื่องนี้ยังมีข้อถกเถียงเกี่ยวกับผลของความยินยอมที่เกิดขึ้นจากการหลอกลวงให้สำคัญผิดในคุณสมบัติของบุคคล จะทำให้ความยินยอมนั้นเสียไปหรือไม่ ความเห็นหนึ่งมองว่าการหลอกลวงที่จะทำให้เสียไปนั้นต้องเป็นการหลอกลวงในตัวบุคคลเท่านั้น แต่อีกความเห็นหนึ่งยึดหลักว่าการหลอกลวงทำให้ทุกสิ่งทุกอย่างเสียไป (fraus Omnia vitiate)

²⁶ จิตติ ดิงศภทิพย์, กฎหมายอาญา ภาค 1, หน้า 805-806.

²⁷ กมลชัย รัตนสากววงศ์, "ความยินยอมในกฎหมายอาญา," หน้า 35.

นั้นไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1408/2508) ซึ่งจะต้องพิจารณาจากความรู้สึกรู้สึกของบุคคลหรือสังคมในสถานที่และเวลาที่เกิดการกระทำนั้นขึ้น²⁸

ประเด็นหลักของเนื้อหาในส่วนนี้จะมุ่งเน้นอธิบายถึงหลักการพิจารณาถึงความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ซึ่งมีอยู่ด้วยกันหลายประการดังต่อไปนี้

(4.1) พิจารณาจากจารีตประเพณีว่าอนุญาตให้กระทำการดังกล่าวหรือไม่ หากมีจารีตประเพณีเช่นว่านั้นแล้วย่อมทำให้การกระทำดังกล่าวไม่เป็นความผิดอาญา เช่น กรณีบุคคลจำนวนมากไปดูแลหรือช่วยกันต้องมีการเบียดเสียดถูกเนื้อต้องตัวกันเป็นธรรมดาโดยประเพณีแล้วไม่ถือกัน หรือกรณีแพทย์สัมผัสเนื้อตัวของผู้ป่วยโดยอยู่ในขอบเขตของการรักษา ตามประเพณีอนุญาตให้กระทำได้จึงไม่มีความผิดฐานอนาจาร²⁹

(4.2) พิจารณาจากคุณธรรมทางกฎหมายที่ความผิดนั้น ๆ มุ่งคุ้มครอง กล่าวคือ หากเป็นความผิดที่มุ่งคุ้มครองคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนรวม (Universalrechtsgut)³⁰ ย่อมไม่อาจอ้างความยินยอมในการกระทำความผิดประเภทดังกล่าวนั้นได้ แต่หากเป็นกรณีคุณธรรมทางกฎหมายของเอกชน (Individualrechtsgut) เช่น ความผิดเกี่ยวกับเสรีภาพ ชื่อเสียง เป็นต้น ผู้กระทำความผิดอาจยกเอาความยินยอมของผู้เสียหายขึ้นอ้างเป็นข้อยกเว้นความผิดได้³¹

(4.3) พิจารณาหลักศีลธรรม เนื่องจากบางฐานความผิดแม้จะมุ่งคุ้มครองคุณธรรมที่เป็นเอกชน เช่น ความเชื่ออย่างงมงายว่าอยู่ยงคงกระพันแม้ยินยอมให้ทำร้ายร่างกายก็ถือว่าขัดต่อศีลธรรม

(4.4) พิจารณาจากมติของมหาชน กล่าวคือ แม้เป็นการกระทำที่ละเมิดศีลธรรม แต่หากเป็นที่ยอมรับของมติมหาชน การกระทำนั้นก็ไม่ใช่ความผิดตามกฎหมายอาญา เช่น การชกมวยตามกฎหมายที่แม้จะมีการยอมให้ทำร้ายร่างกายซึ่งโดยหลักการทำร้ายเป็นการละเมิดต่อศีลธรรม แต่ด้วยมติมหาชนที่ยอมรับการกระทำดังกล่าวทำให้ความยินยอมในกรณีนี้เป็นความยินยอมที่ชอบด้วยกฎหมาย

²⁸ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1 บทบัญญัติทั่วไป, หน้า 432.

²⁹ จิตติ ดิงศภัทย์, กฎหมายอาญา ภาค 1, หน้า 851-852.

³⁰ คือ บทบัญญัติที่มุ่งคุ้มครองสังคมให้เกิดความสงบเรียบร้อย ความเป็นระเบียบ และความยุติธรรม เช่น ความปลอดภัยบนท้องถนน ความมั่นคงของเงินตรา ความลับทางทหาร

³¹ ชาตรี ศรีนวลสนัด และวันชัย ศรีนวลสนัด, ความยินยอมในคดีอาญา ความผิดอันยอมความได้, หน้า 12-13.

(4.4) พิจารณาจากประโยชน์ของสังคมโดยรวม กล่าวคือ หากเป็นไปได้เพื่อประโยชน์ของสังคมแล้ว เช่น การผ่าตัดแม่เป็นการทำร้ายร่างกายอย่างหนึ่ง แต่เพื่อประโยชน์ในการรักษาความยินยอมนั้นย่อมไม่ขัดกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน³²

ทั้งหมดนี้เป็นการอธิบายหลักการพิจารณาเกี่ยวกับความยินยอมที่ชอบด้วยกฎหมายต่อไปเป็นการอธิบายถึงความยินยอมกับบทบัญญัติความผิดทางเพศที่มีความเกี่ยวข้องเช่นไรสามารถแบ่งเป็นประเภทได้บ้าง

4.1.3 ความยินยอมในความผิดทางเพศ

ความยินยอมในความผิดเกี่ยวกับเพศนั้นสามารถแยกการพิจารณาออกเป็น 2 ส่วน คือ

(1) กรณีที่แม่ผู้เสียหายจะยินยอมก็ยังคงเป็นการกระทำความผิด ได้แก่ มาตรา 277³³ มาตรา 279³⁴ มาตรา 282³⁵ จึงเป็นความผิดที่ไม่คำนึงถึงความยินยอมของผู้เสียหาย ทำให้ผู้กระทำ

³² กมลชัย รัตนสกาวงศ์, "ความยินยอมในกฎหมายอาญา," หน้า 51-56.

³³ มาตรา 277 ผู้ใดกระทำชำเราเด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปีซึ่งมิใช่ภริยาหรือสามีของตน โดยเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดพันบาทถึงสี่หมื่นบาท

การกระทำชำเราตามวรรคหนึ่ง หมายความว่ากระทำให้สอดองความใคร่ของผู้กระทำ โดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น หรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งเป็นการกระทำแก่เด็กอายุยังไม่เกินสิบสามปี ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่เจ็ดปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่หนึ่งหมื่นสี่พันบาทถึงสี่หมื่นบาท หรือจำคุกตลอดชีวิต

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งหรือวรรคสามได้กระทำโดยร่วมกระทำความผิดด้วยกัน อันมีลักษณะเป็นการ โทรมเด็กหญิงหรือกระทำกับเด็กชายในลักษณะเดียวกันและเด็กนั้นไม่ยินยอม หรือได้กระทำโดยมีอาวุธปืนหรือวัตถุระเบิด หรือใช้อาวุธ ต้องระวางโทษจำคุกตลอดชีวิต

ความผิดตามที่บัญญัติไว้ในวรรคหนึ่ง ถ้าเป็นการกระทำโดยบุคคลอายุไม่เกินสิบแปดปีกระทำ ต่อเด็กซึ่งมีอายุกว่าสิบสามปี แต่ยังไม่เกินสิบห้าปี โดยเด็กนั้นยินยอม และภายหลังศาลอนุญาตให้ทั้งสองฝ่ายสมรสกัน ผู้กระทำผิดไม่ต้องรับโทษ ถ้าศาลอนุญาตให้สมรสในระหว่างที่ผู้กระทำผิดกำลังรับโทษในความผิดนั้นอยู่ ให้ศาลปล่อยผู้กระทำความผิดนั้นไป

³⁴ มาตรา 279 ผู้ใดกระทำอนาจารแก่เด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปี โดยเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบปี หรือปรับไม่เกินสองหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคแรก ผู้กระทำได้กระทำโดย ชูเชี่ยวด้วยประการใดๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยเด็กนั้นอยู่ใน ภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้เด็กนั้นเข้าใจผิดว่าตน เป็นบุคคลอื่น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบห้าปี หรือปรับไม่เกิน สามหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

³⁵ มาตรา 282 ผู้ใดเพื่อสอดองความใคร่ของผู้อื่น เป็นธุระจัดหา ล่อไป หรือพาไปเพื่อการอนาจารซึ่งชายหรือหญิง แม่ผู้ นั้นจะยินยอมก็ตาม ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งปีถึงสิบปี และปรับตั้งแต่ สองพันบาทถึงสองหมื่นบาท

ถ้าการกระทำความผิดตาม วรรคแรกเป็นการกระทำแก่บุคคล อายุเกินสิบห้าปีแต่ยังไม่เกินสิบแปดปีผู้กระทำความผิด ต้องระวางโทษจำคุก ตั้งแต่สามปีถึงสิบห้าปี และปรับตั้งแต่หกพันบาทถึงสามหมื่นบาท

ความผิดไม่อาจอ้างว่าผู้เสียหายยินยอมทำให้ตนไม่มีความผิด แตกต่างกับกรณีใน (2) ซึ่งหากผู้เสียหายให้ความยินยอมแล้วย่อมไม่เป็นการกระทำความผิด อันจะได้อธิบายในรายละเอียดในลำดับถัดไป

(2) กรณีที่หากมีความยินยอมของผู้เสียหาย การกระทำจะไม่เป็นความผิด เช่น มาตรา 276³⁶ มาตรา 278³⁷

อย่างไรก็ดี มีข้อสังเกตประการหนึ่งเกี่ยวกับการพิจารณาเรื่องความยินยอมในความผิดเกี่ยวกับเพศว่า แม้ผู้เสียหายจะมีการให้ความยินยอม ไม่ว่าจะเป็นการให้ความยินยอมโดยตรงหรือปริยาย แต่หากความยินยอมนั้นไม่บริสุทธิ์ กล่าวคือ เสียไปเพราะได้ความยินยอมมาจากการหลอกลวง สำคัญผิด ช่มชู้ ผู้กระทำยังมีความผิดอยู่ เทียบเคียงได้จากคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 232/2462 กรณีชายปลอมตัวเป็นสามีของหญิงเข้านอนกอดกายเปลื้องผ้าของหญิงนั้น การกระทำดังกล่าวเป็นความผิดฐานอนาจาร ฉะนั้น หากเป็นมีการร่วมประเวณีกับหญิงแล้ว โดยหลักเดียวกัน

ถ้าการกระทำความผิดตาม วรรคแรกเป็นการกระทำแก่บุคคล อายุไม่เกินสิบห้าปีผู้กระทำได้ระวางโทษจำคุกตั้งแต่ห้าปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่หนึ่งหมื่นบาทถึงสี่หมื่นบาท

ผู้ใดเพื่อสนองความใคร่ของผู้อื่น รับตัวบุคคลซึ่งมีผู้จัดหา ล่อไป หรือพาไปตามวรรคแรก วรรคสองหรือวรรคสาม หรือสนับสนุนใน การกระทำความผิดดังกล่าว ต้องระวางโทษตามที่บัญญัติไว้ใน วรรคแรกวรรคสอง หรือวรรคสาม แล้วแต่กรณี

³⁶ มาตรา 276 ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นโดยขู่เข็ญด้วยประการใด ๆ โดยใช้กำลังประทุษร้ายโดยผู้อื่นนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้ผู้อื่นนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่นต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดพันบาทถึงสี่หมื่นบาท

การกระทำชำเราตามวรรคหนึ่ง หมายความว่า การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำโดย การใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น หรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งได้กระทำโดยมีหรือใช้อาวุธปืนหรือวัตถุระเบิด หรือโดยร่วมกระทำความผิดด้วยกันอันมีลักษณะเป็นการโหมโรง หรือกระทำกับชายในลักษณะเดียวกันต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สิบห้าปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่สามหมื่นบาทถึงสี่หมื่นบาท หรือจำคุกตลอดชีวิต

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งเป็นการกระทำความผิดระหว่างคู่สมรสและคู่สมรสนั้น ยังประสงค์จะอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยา ศาลจะลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้เพียงใดก็ได้ หรือจะกำหนดเงื่อนไขเพื่อคุมความประพฤติแทน การลงโทษก็ได้ ในกรณีที่ศาลมีคำพิพากษาให้ลงโทษจำคุก และคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ประสงค์จะอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยาต่อไป และประสงค์จะหย่า ให้คู่สมรสฝ่ายนั้นแจ้งให้ศาลทราบ และให้ศาลแจ้งพนักงานอัยการให้ดำเนินการฟ้องหย่าให้

³⁷ มาตรา 278 ผู้ใดกระทำอนาจารแก่บุคคลอายุกว่าสิบห้าปีโดย ขู่เข็ญด้วยประการใด ๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยบุคคลนั้นอยู่ใน ภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้บุคคลนั้นเข้าใจผิดว่า ตนเป็นบุคคลอื่น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบปี หรือปรับไม่เกิน สองหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

น่าจะถือว่าชายมีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา เพราะความยินยอมของหญิงในการร่วมประเวณีนั้น ไม่ใช่ความยินยอมที่แท้จริง แต่เกิดจากการหลอกลวง³⁸

ต่อไปจะเป็นการอธิบายถึงลักษณะความยินยอมที่เด็ดขาดและไม่เด็ดขาดนั้นหมายถึงกรณีใดบ้าง ซึ่งเป็นการแยกแยะรูปแบบของความยินยอมอีกประการหนึ่ง เพราะในบางกรณีกฎหมายกำหนดให้ความยินยอมของผู้เสียหายไม่มีผลทางกฎหมายอย่างเด็ดขาดซึ่งจะได้กล่าวโดยรายละเอียดในหัวข้อถัดไปนี้

4.2 แนวความคิดและลักษณะความยินยอมที่เด็ดขาดและไม่เด็ดขาด

ความยินยอมที่ปรากฏอยู่ในระบบกฎหมายนั้นพบว่าสามารถแบ่งแยกประเภทความยินยอมได้เป็น 2 ประเภท คือ ความยินยอมเด็ดขาดและความยินยอมไม่เด็ดขาด เนื่องจากบุคคลบางประเภทไม่ว่าจะโดยสภาพหรือโดยกฎหมายกำหนดไม่อาจให้ความยินยอมได้ จึงจัดอยู่ในลักษณะของความยินยอมที่เด็ดขาดว่าความยินยอมของผู้เสียหายนั้นไม่มีผลในทางกฎหมาย ผู้กระทำความผิดทางเพศไม่อาจอ้างความยินยอมประเภทนี้ได้ ฉะนั้นเนื้อหาในส่วนนี้จะกล่าวถึงลักษณะความยินยอมที่เด็ดขาดและไม่เด็ดขาดพร้อมกับตัวอย่างของทั้งสองกรณี เพื่อเป็นฐานความคิดในการวิเคราะห์แนวทางการกำหนดความผิดทางเพศต่อผู้อยู่ภายใต้อำนาจ ตำแหน่งหน้าที่ และความสัมพันธ์พิเศษต่อไป เนื่องจากพบว่าในกฎหมายต่างประเทศนั้นได้กำหนดถึงกรณีที่ไม่ว่าจะถือได้ว่ามีความยินยอมของบุคคลบางประเภทโดยเด็ดขาดอันจะนำมาวิเคราะห์ถึงความเหมาะสมในการปรับใช้กับประมวลกฎหมายอาญาของไทยต่อไป

4.2.1 แนวความคิดและลักษณะความยินยอมที่เด็ดขาด

ความยินยอมที่เด็ดขาด หมายถึง กรณีที่บุคคลหนึ่งแม้ให้ความยินยอมแต่กฎหมายกำหนดเป็นการเด็ดขาดว่าแม้บุคคลดังกล่าวจะให้ความยินยอมแต่ผู้กระทำก็ยังคงมีความผิดอยู่ ไม่ว่าจะเป็นเพราะบุคคลนั้นเป็นผู้ที่ขาดความสามารถที่จะเข้าใจถึงสภาพการกระทำได้อย่างในกรณีเด็กอายุต่ำกว่า 15 ปีในการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศ หรือกรณีที่กฎหมายก็สันนิษฐานเด็ดขาดให้ถือว่าไม่มีความยินยอมของบุคคลบางประเภทที่อยู่ภายใต้อำนาจหรืออิทธิพลบางประการอันทำให้ไม่อาจ

³⁸ กมลชัย รัตนสกววงศ์, "ความยินยอมในกฎหมายอาญา," หน้า 57-58.

ตัดสินใจได้อย่างอิสระเต็มที่ ดังนี้ ผู้เขียนจึงแบ่งการอธิบายเนื้อหาในส่วนนี้จึงแบ่งการอธิบายเป็น 2 ส่วน คือ ส่วนความยินยอมที่เด็ดขาดเนื่องด้วยจากสภาพตามธรรมชาติของบุคคลนั้นไม่สามารถที่จะให้ความยินยอมได้ กับส่วนความยินยอมที่เด็ดขาดเนื่องด้วยกฎหมายกำหนดข้อสันนิษฐานให้บุคคลบางประเภทที่แม้จะให้ความยินยอม แต่กฎหมายให้ถือว่าไม่มีความยินยอมในกรณีดังกล่าว ซึ่งจะได้ อธิบายโดยรายละเอียดในลำดับถัดไป

(1) ความยินยอมเด็ดขาดเนื่องด้วยความสามารถของบุคคล

สภาพของบุคคลบางประเภทเนื่องด้วยความด้อยในความสามารถที่จะคิดและตัดสินใจในการ ให้ความยินยอมได้ ทำให้กฎหมายไม่ยอมรับว่าความยินยอมของบุคคลเหล่านี้เป็นความยินยอมที่ชอบ ด้วยกฎหมาย ดังนี้หากเป็นกรณีกระทำความผิดทางเพศผู้กระทำย่อมไม่อาจอ้างได้ว่าผู้เสียหาย ยินยอมทำให้การกระทำของตนนั้นไม่เป็นความผิดได้ ฉะนั้นในส่วนนี้จึงต้องอธิบายรายละเอียดถึง บุคคลดังกล่าว คือ กรณีของผู้เยาว์ให้ความยินยอมในการกระทำความผิดทางเพศ

ความสามารถในการให้ความยินยอมของผู้เยาว์ในทางอาญาแตกต่างกับความสามารถในกา ทำนิติกรรมของผู้เยาว์ในทางแพ่ง กล่าวคือ ในกฎหมายอาญาไม่ได้กำหนดว่าผู้ให้ความยินยอมจะต้อง เป็นผู้บรรลุนิติภาวะเหมือนอย่างกรณีกฎหมายแพ่งซึ่งกำหนดให้การทำนิติกรรมใด ๆ ของผู้ที่ยังไม่ บรรลุนิติภาวะเป็นโมฆียะตามผลของมาตรา 21 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ดังนั้น ในมุมมอง ของกฎหมายอาญา ผู้เยาว์ที่ยังไม่บรรลุนิติภาวะนั้นสามารถให้ความยินยอมได้ หากผู้เยาว์มีความรู้ ความเข้าใจถึงการกระทำที่เกิดขึ้นกับตน กล่าวคือ ไม่ถึงกับเป็นเด็กไร้เดียงสา ดังจะเห็นได้จาก ตัวอย่างที่ปรากฏในคำพิพากษาฎีกาที่ 828/2486 ซึ่งเป็นกรณีผู้เยาว์อายุ 16 ปีที่ยังอยู่ในความ ปกครองของบิดามารดาสามารถให้ความยินยอมในการกระทำความผิดทางเพศได้ เช่นเดียวกับคำ พิพากษาฎีกาที่ 743/2464 ซึ่งเป็นกรณีความผิดฐานหมิ่นประมาท แม้จะเป็นผู้เยาว์ก็สามารถให้ความ ยินยอมได้³⁹

หลักเรื่องความสามารถในการให้ความยินยอมดังกล่าวสอดคล้องกับบทบัญญัติในประมวล กฎหมายอาญามีบทบัญญัติที่เกี่ยวกับการกำหนดอายุของผู้เสียหายซึ่งเป็นผู้เยาว์เอาไว้โดยเฉพาะ เช่น มาตรา 277 มาตรา 279 มาตรา 313 มาตรา 317 ได้ระบุอายุไว้ไม่เกิน 15 ปี ทำให้บุคคลในช่วงอายุ ดังกล่าวแม้จะให้ความยินยอมสำหรับการกระทำตามที่กฎหมายระบุ แต่ผู้กระทำยังมีความผิดในฐาน

³⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 41-42.

นั้น ๆ อยู่ จึงทำให้ความยินยอมกรณีเหล่านี้จัดอยู่ในประเภทความยินยอมที่ทางกฎหมายกำหนดไว้ว่า บุคคลเหล่านี้ไม่สามารถให้ความยินยอมและเป็นความยินยอมที่ไม่มีผลอย่างเด็ดขาด

ดังนั้นจึงแสดงให้เห็นถึงความสำคัญของอายุของผู้เสียหายในระบบกฎหมายอาญา โดยเฉพาะอย่างยิ่งในการกระทำความผิดทางเพศ เช่น ความผิดฐานข่มขืนในมาตรา 277 ความผิดฐานอนาจารในมาตรา 279 ผู้เยาว์ที่อายุไม่เกิน 15 ปีไม่สามารถให้ความยินยอมได้ ทั้งนี้เหตุที่กำหนดอายุของผู้ถูกระทำไว้ที่ 15 ปีนั้นสืบเนื่องมาจากอายุของเด็กที่สามารถสมรสได้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เดิม คือ อายุ 15 ปี จึงถือว่าเด็กในช่วงอายุดังกล่าวสามารถให้ความยินยอมทางเพศได้แล้ว⁴⁰ และทำให้ความยินยอมของผู้เยาว์ที่อายุต่ำกว่า 15 ปีจัดอยู่ในกลุ่มของความยินยอมที่เด็ดขาด ผู้กระทำความผิดไม่อาจอ้างความยินยอมของผู้เสียหายได้เลย เพราะสภาพธรรมชาติของเด็กนั่นเองที่กฎหมายมองว่าไม่อาจเข้าใจสภาพของการกระทำได้ดีเพียงพอที่จะให้ความยินยอมได้ ฉะนั้นบทบัญญัติเหล่านี้จึงระบุเอาไว้อย่างชัดเจนว่าไม่ว่าเด็กซึ่งเป็นผู้เสียหายจะยินยอมหรือไม่ก็ยังคงเป็นการกระทำความผิด อันเป็นลักษณะการบัญญัติเรื่องความยินยอมที่เด็ดขาดเอาไว้ของประมวลกฎหมายอาญาของไทย

อย่างไรก็ตามนอกจากกรณีความยินยอมที่เด็ดขาดเนื่องด้วยความสามารถของบุคคลซึ่งกฎหมายกำหนดเอาไว้อย่างชัดเจนที่อายุ 15 ปีในกรณีการกระทำความผิดตามมาตรา 277 และมาตรา 279 พบว่ายังมีแนวความคิดที่คล้ายคลึงกันอีกประการหนึ่ง คือ กรณีที่กฎหมายกำหนดข้อสันนิษฐานเด็ดขาดในเรื่องความยินยอมสำหรับบุคคลบางประเภท ดังจะได้อธิบายในหัวข้อต่อไป

(2) ความยินยอมเด็ดขาดเนื่องด้วยกฎหมายกำหนดข้อสันนิษฐานเด็ดขาด

บุคคลบางคนมิได้บกพร่องในเรื่องความสามารถจนเป็นที่เด็ดขาดว่าความสามารถนั้นมิอาจใช้ได้ กล่าวคือ ความยินยอมนั้นไม่มีผลเป็นความยินยอมโดยชอบด้วยกฎหมายดังเช่นกรณีปกติ อันเนื่องมาจากสภาพของบุคคลนั้นที่ไม่เข้าใจการกระทำที่เกิดขึ้นกับตนดังเช่นกรณีผู้เยาว์หรือบุคคลวิกลจริตดังที่ได้อธิบายมาแล้วในหัวข้อก่อน แต่ยังมีบุคคลอื่น ๆ อีกหลายประเภทที่แม้จะให้ความยินยอมกฎหมายก็กำหนดข้อสันนิษฐานเด็ดขาดให้ถือว่าไม่มีความยินยอมในกรณีดังกล่าว จึงให้ผลเช่นเดียวกับกรณีบุคคลที่ไม่อาจให้ความยินยอมได้เด็ดขาดโดยสภาพธรรมชาติ กล่าวคือ ผู้กระทำความผิดไม่อาจอ้างความยินยอมของผู้เสียหายเพื่อให้ตนไม่มีความผิดได้ สาเหตุที่กฎหมายต้อง

⁴⁰ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคความผิดและสหโทษ, หน้า 199.

กำหนดข้อสันนิษฐานเด็ดขาดสำหรับบุคคลเหล่านี้ขึ้นมาเนื่องด้วยกฎหมายเล็งเห็นว่าแม้ปกติบุคคลเหล่านี้มีความสามารถในการให้ความยินยอมได้ แต่เมื่ออยู่สถานะหรือความสัมพันธ์บางประการทำให้บุคคลนั้นขาดอิสระในการตัดสินใจได้อย่างเต็มที่ กล่าวคือ บุคคลนั้นอยู่ภายใต้อิทธิพลหรือความกดดันของบุคคลอื่นจนส่งผลกระทบต่อความสามารถในการตัดสินใจให้ความยินยอมนั่นเอง

แนวความคิดดังกล่าวปรากฏให้เห็นอยู่ในบทบัญญัติของประมวลกฎหมายอาญา (Penal Code) ของรัฐเท็กซัส ประเทศสหรัฐอเมริกา ได้บัญญัติถึงความผิดฐานประทุษร้ายทางเพศ (Sexual Assault) เอาไว้ในมาตรา 22.011⁴¹ ซึ่งใน (a) (1) กำหนดถึงการประทุษร้ายทางเพศต่อผู้ใหญ่ตาม (a) ซึ่งมีรายละเอียดในส่วนองค์ประกอบความผิดดังต่อไปนี้

“(1) ผู้ใดกระทำการดังต่อไปนี้ โดยมีเจตนาหรือควรรู้ว่าการกระทำของตนเป็นการกระทำความผิดดังต่อไปนี้มีความผิด

ก. ล้วงล้ำอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น ไม่ว่าจะด้วยวิธีการใด ๆ โดยปราศจากความยินยอม

ข. ล้วงล้ำเข้าไปในปากของผู้อื่น โดยใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำ โดยปราศจากความยินยอม

ค. ทำให้อวัยวะเพศของผู้อื่น(หมายถึงผู้ถูกระทำ)สัมผัสหรือล้วงล้ำเข้าไปในปาก ทวารหนัก หรืออวัยวะเพศของบุคคลที่สามหรือผู้กระทำด้วย”

⁴¹ Sec. 22.011. SEXUAL ASSAULT. (a) A person commits an offense if the person:

(1) intentionally or knowingly:

(A) causes the penetration of the anus or sexual organ of another person by any means, without that person's consent;

(B) causes the penetration of the mouth of another person by the sexual organ of the actor, without that person's consent; or

(C) causes the sexual organ of another person, without that person's consent, to contact or penetrate the mouth, anus, or sexual organ of another person, including the actor; or

(2) intentionally or knowingly:

(A) causes the penetration of the anus or sexual organ of a child by any means;

(B) causes the penetration of the mouth of a child by the sexual organ of the actor;

(C) causes the sexual organ of a child to contact or penetrate the mouth, anus, or sexual organ of another person, including the actor;

(D) causes the anus of a child to contact the mouth, anus, or sexual organ of another person, including the actor; or

(E) causes the mouth of a child to contact the anus or sexual organ of another person, including the actor.

จากบทบัญญัติข้างต้นมีข้อสังเกตประการหนึ่งว่า ประมวลกฎหมายอาญาของรัฐเท็กซัสมีการบัญญัติองค์ประกอบชัดเจนว่าจะต้องเป็นกรณีที่ผู้เสียหายไม่ให้ความยินยอม เช่นเดียวกับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราของไทยที่บัญญัติให้การกระทำความผิดต้องมีการข่มขืนกระทำชำเรา ซึ่งคำว่าข่มขืนนั้นก็มีความหมายอยู่ในตัวแล้วว่าผู้เสียหายต้องไม่สมัครใจให้มีการกระทำชำเรานั้นเกิดขึ้น นอกจากนี้ในส่วนองค์ประกอบเรื่องความยินยอมนั้นใน (b) ยังได้กำหนดเพิ่มเติมอีกว่า หากมีข้อเท็จจริงปรากฏตามที่กฎหมายกำหนด ให้ถือว่าไม่มีความยินยอมของผู้ถูกระทำ⁴² กล่าวคือ เป็นกรณีที่กฎหมายกำหนดข้อสันนิษฐานเด็ดขาด (Presumed Fact) เอาไว้หากผู้เสียหายสามารถพิสูจน์เงื่อนไข (Basic Fact) ได้⁴³ ทั้งนี้พบว่าประมวลกฎหมายอาญาของรัฐเท็กซัสกำหนดถึงไว้อยู่หลายกรณี ได้แก่

- ก. ผู้กระทำเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งบังคับให้บุคคลอื่นยอมกระทำตามหรือร่วมกระทำการ
- ข. ผู้กระทำเป็นผู้ให้บริการดูแลรักษาสุขภาพกายและสุขภาพจิตที่ทำให้บุคคลอื่นซึ่งเป็นผู้ป่วยหรือผู้ป่วยเดิมของผู้กระทำมาก่อนนั้นยอมกระทำหรือร่วมกระทำ โดยอาศัยประโยชน์จากการพึ่งพาทางด้านจิตใจ
- ค. ผู้กระทำเป็นนักบวชซึ่งทำให้บุคคลอื่นนั้นยอมกระทำหรือร่วมกระทำการโดยอาศัยประโยชน์จากการพึ่งพาทางด้านจิตใจที่มีต่ออาชีพนักบวชในการเป็นที่ปรึกษาทางด้านอารมณ์และจิตวิญญาณ

ผลของการที่กฎหมายกำหนดข้อสันนิษฐานเด็ดขาดกำหนดเอาไว้ในกฎหมายทำให้ข้อเท็จจริงใด ๆ ก็ตามที่กฎหมายกำหนดต้องถือว่าเป็นที่ยุติตามนั้น ทั้งคู่ความและศาลไม่สามารถโต้แย้งเป็นอย่างอื่นได้ จึงมีผลทำให้คู่ความไม่อาจนำสืบพยานหลักฐานเพื่อพิสูจน์ข้อเท็จจริงหักล้างกับข้อเท็จจริงจากบทสันนิษฐาน หากมีการสืบพยานหลักฐานเข้ามา ศาลต้องไม่ใช้พยานหลักฐานนั้นมา

⁴² (b) A sexual assault under Subsection (a)(1) is without the consent of the other person if:...

(8) the actor is a public servant who coerces the other person to submit or participate;

(9) the actor is a mental health services provider or a health care services provider who causes the other person, who is a patient or former patient of the actor, to submit or participate by exploiting the other person's emotional dependency on the actor;

(10) the actor is a clergyman who causes the other person to submit or participate by exploiting the other person's emotional dependency on the clergyman in the clergyman's professional character as spiritual adviser; or

⁴³ ไสภณ รัตนกร, คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน, พิมพ์ครั้งที่ 11 (กรุงเทพฯ: นิติบรรณาการ, 2557), หน้า 144.

พิจารณา กล่าวคือ ศาลจำต้องวินิจฉัยไปตามที่กฎหมายกำหนดเท่านั้น⁴⁴ ดังนั้นกรณีที่ถูกกฎหมายกำหนดข้อสันนิษฐานเกี่ยวกับความยินยอมของผู้เสียหายเอาไว้ หากมีการพิสูจน์ตามเงื่อนไขได้แล้วผลคือความยินยอมนั้นจะมีลักษณะเป็นการเด็ดขาดไม่มีผลเหมือนความยินยอมที่สมบูรณ์ทั่วไป ซึ่งจะแตกต่างกับลักษณะของความยินยอมที่ไม่เด็ดขาดอันเป็นกรณีที่ความยินยอมนั้นอาจสมบูรณ์ใช้ได้ตามกฎหมายหรือไม่ก็ได้ ดังจะได้อธิบายโดยรายละเอียดในหัวข้อถัดไป

4.2.2 แนวความคิดและลักษณะความยินยอมที่ไม่เด็ดขาด

ดังที่ได้กล่าวมาในหัวข้อ 4.2.1 มาแล้วว่าความยินยอมนั้นสามารถแบ่งเป็นความยินยอมที่เด็ดขาด กล่าวคือ บุคคลบางประเภทนั้นไม่สามารถยินยอมได้อย่างในกรณีเด็กอายุต่ำกว่า 15 ปี ซึ่งตามประมวลกฎหมายอาญาของประเทศไทย มาตรา 277 และมาตรา 279 ต่างก็กำหนดเป็นการเด็ดขาดว่าผู้กระทำความผิดมีความผิด

ในทางตรงกันข้ามหากเป็นกรณีผู้เสียหายอายุเกินกว่า 15 ปีแล้วตามประมวลกฎหมายอาญาของไทยมิได้กำหนดเป็นการเด็ดขาดว่าความยินยอมนั้นไม่มีผลและผู้กระทำต้องรับผิด กล่าวคือ หากมีการกระทำความผิดทางเพศไม่ว่าจะเป็นการข่มขืนกระทำชำเราตามมาตรา 276 หรืออนาจารตามมาตรา 278 ความยินยอมนั้นไม่เด็ดขาดว่าไม่เป็นผล แต่ยังคงต้องพิจารณาไปตามหลักการเกี่ยวกับความยินยอมทั่วไป เช่น ความยินยอมนั้นต้องบริสุทธิ์ ปราศจากการหลอกลวง สำคัญผิด หรือการข่มขู่ ซึ่งในความหมายของการข่มขู่นั้นรวมไปถึงลักษณะการกระทำหลายรูปแบบด้วยกัน ไม่ว่าจะเป็นการใช้กำลังประทุษร้าย ขู่เชิญ ทำให้กลัวว่าจะก่อให้เกิดอันตรายในทางใด ๆ แก่ผู้เสียหายหรือคนอื่นหรือไม่ หรืออาจเป็นการข่มขู่โดยการใช้อำนาจครอบงำผิดคลองธรรม การพิจารณาถึงผลของความยินยอมนี้จึงต้องอาศัยพฤติการณ์ที่เกิดขึ้นเป็นรายกรณีไป จึงจัดให้ความยินยอมของบุคคลที่เกินกว่า 15 ปีนั้นเป็นความยินยอมที่ไม่เด็ดขาด

ต่อไปจะนำเอาบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องมาวิเคราะห์ปัญหาที่เกิดขึ้นและสรุปถึงแนวทางการแก้ไขปัญหากับการกำหนดความผิดทางเพศต่อผู้อยู่ภายใต้อำนาจ ตำแหน่งหน้าที่ หรือความสัมพันธ์พิเศษของต่างประเทศ เพื่อนำมาสรุปแนวทางการแก้ไขบทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญาไว้ในบทที่ 5

⁴⁴ พรเพชร วิชิตชลชัย, คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2555), หน้า 42.

บทที่ 5

บทวิเคราะห์แนวทางการกำหนดความผิดทางเพศต่อผู้อยู่ภายใต้อำนาจ ตำแหน่งหน้าที่ หรือความสัมพันธ์พิเศษ

การวิเคราะห์ถึงแนวทางที่เหมาะสมเพื่อใช้ในการกำหนดความผิดทางเพศต่อผู้อยู่ภายใต้อำนาจ ตำแหน่งหน้าที่ หรือความสัมพันธ์พิเศษนั้นจำเป็นต้องวิเคราะห์ถึงบทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญาที่มีอยู่ว่ามีปัญหาในเรื่องใด และมีช่องว่างอันเป็นข้อบกพร่องของบทบัญญัติที่มีอยู่ในปัจจุบันอย่างไร จากการศึกษาพบปัญหาในการกำหนดถ้อยคำในมาตรา 285 ประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่กำหนดถึงเหตุที่ทำให้ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนักขึ้นจากการที่ตนมีอิทธิพลหรืออำนาจเหนือบางประการต่อผู้ถูกกระทำนั้น มีปัญหาที่ลักษณะการบัญญัติและการให้ความหมายที่แท้จริงของถ้อยคำที่อยู่ในมาตรานี้ของนักกฎหมายที่ไม่อาจใช้ครอบคลุมถึงการกระทำความผิดทางเพศที่เกิดขึ้นจากการอาศัยประโยชน์จากอิทธิพลหรืออำนาจเหนือโดยมิชอบได้อย่างครบถ้วน

ในหัวข้อ 5.1.1 จะกล่าวถึงปัญหาที่เกิดขึ้นจากบทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญาของไทย โดยแบ่งแยกการอธิบายเป็นสองส่วนตามบทบัญญัติที่มีอยู่ในประมวลกฎหมายอาญา เพื่อแสดงให้เห็นถึงปัญหาการบังคับใช้มาตรา 285 และผลการบังคับใช้มาตรา 397 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมในพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 22) พ.ศ. 2558 นอกจากนี้จะกล่าวถึงหลักการตีความเกี่ยวกับความยินยอมที่บริสุทธิ์แท้จริงต่อการกระทำความผิดทางเพศต่อผู้อยู่ภายใต้อิทธิพลหรืออำนาจเหนือประการอื่นใดว่าสามารถตีความเพื่อคุ้มครองบุคคลดังกล่าวประกอบได้อย่างไรบ้างในหัวข้อ 5.1.2

เมื่อวิเคราะห์ถึงปัญหาจากการบังคับใช้บทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญาของประเทศไทยแล้ว ต่อไปนี้หัวข้อ 5.2 จะเป็นการสรุปแนวทางการกำหนดความผิดทางเพศที่กระทำต่อผู้อยู่ภายใต้อำนาจ ตำแหน่งหน้าที่ หรือความสัมพันธ์พิเศษของต่างประเทศว่ามีการบัญญัติกฎหมายอาญาในลักษณะใดบ้าง ซึ่งเนื้อหาในส่วนนี้จะแบ่งการอธิบายตามประเด็นปัญหาที่ได้อธิบายไว้ในหัวข้อ 5.1 ได้แก่

(1) ลักษณะบัญญัติถ้อยคำในบทบัญญัติของต่างประเทศซึ่งครอบคลุมถึงการกระทำความผิดที่อาศัยอิทธิพลหรืออำนาจเหนือผู้ถูกกระทำได้

(2) แนวความคิดและการบัญญัติกฎหมายของต่างประเทศเกี่ยวกับความยินยอมเพื่อคุ้มครองผู้เสียหายที่อยู่ภายใต้อำนาจ ตำแหน่งหน้าที่ หรือความสัมพันธ์พิเศษ และนำไปวิเคราะห์แนวทางการแก้ไขบทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญาของไทยที่เหมาะสมต่อไปทั้งเรื่องการกำหนดถ้อยคำและเรื่องของความยินยอมต่อไปในหัวข้อ 5.3

5.1 สภาพปัญหาที่ปรากฏในประมวลกฎหมายอาญาของไทยเกี่ยวกับความผิดทางเพศต่อผู้ที่อยู่ภายใต้อำนาจ ตำแหน่งหน้าที่ หรือความสัมพันธ์พิเศษ

บทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญาของไทยที่เกี่ยวข้องกับความผิดทางเพศต่อผู้ที่อยู่ภายใต้อำนาจ ตำแหน่งหน้าที่ หรือความสัมพันธ์พิเศษโดยตรงมีอยู่ด้วยกันสองมาตรา คือ มาตรา 285 และมาตรา 397 ประมวลกฎหมายอาญาซึ่งล้นแล้วแต่เป็นบทบัญญัติที่มีขึ้นเพื่อคุ้มครองผู้ที่ตกอยู่ภายใต้อิทธิพลหรืออำนาจเหนือบางประการ ทำให้กฎหมายต้องกำหนดให้เป็นเหตุที่ทำให้ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนักขึ้นเพื่อเป็นการข่มขู่ป้องกันอาชญากรรมที่อาศัยประโยชน์จากสิ่งเหล่านี้ในการกระทำความผิดทางเพศ อย่างไรก็ตามถ้าลักษณะของการบัญญัติของทั้งสองมาตรามีความแตกต่างกันอยู่ กล่าวคือ มาตรา 285 เป็นบทบัญญัติที่กำหนดเหตุฉกรรจ์จากฐานะของผู้ถูกระทำเป็นรายกรณีไป โดยมีได้บัญญัติต้องประกอบในเรื่องของอำนาจหรืออิทธิพลที่ผู้กระทำมีเหนือผู้ถูกระทำดังเช่นที่บัญญัติในมาตรา 397 ซึ่งก่อให้เกิดปัญหาจากการอธิบายความหมายของถ้อยคำที่ไม่สอดคล้องกับความมุ่งหมายของบทบัญญัติและเกิดปัญหาต่อการปรับใช้ข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นให้ครอบคลุมข้อเท็จจริงซึ่งมีลักษณะการกระทำความผิดโดยอาศัยอำนาจ ตำแหน่งหน้าที่ ความสัมพันธ์เช่นเดียวกัน แต่บทบัญญัตินี้ไม่สามารถปรับใช้กับกรณีดังกล่าวได้ ฉะนั้นเนื้อหาในส่วนนี้จึงแบ่งแยกการอธิบายเกี่ยวกับการบังคับใช้บทบัญญัติทั้งสองออกจากกันเพื่อแสดงให้เห็นถึงปัญหาที่เกิดขึ้นจากการบัญญัติมาตรา 285 และผลจากการมีมาตรา 397 บังคับใช้ในลักษณะดังกล่าว

5.1.1 บทวิเคราะห์ปัญหาการบังคับใช้เหตุฉกรรจ์ในประมวลกฎหมายอาญากับความผิดทางเพศต่อผู้ที่อยู่ภายใต้อำนาจ ตำแหน่งหน้าที่ หรือความสัมพันธ์พิเศษ

ประมวลกฎหมายอาญาของไทยมีบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับความผิดทางเพศต่อผู้ที่อยู่ภายใต้อำนาจ ตำแหน่งหน้าที่ หรือความสัมพันธ์พิเศษโดยกำหนดเป็นเหตุที่ทำให้ผู้กระทำความผิดต้องรับ

โทษหนักขึ้นตามที่ปรากฏอยู่ในมาตรา 285 และมาตรา 397 ประมวลกฎหมายอาญาซึ่งต่างก็มีฐานความคิดมาจากการคุ้มครองผู้เสียหายจากอิทธิพลและอำนาจเหนือผู้กระทำความผิด ดังนั้นในหัวข้อนี้จึงจะแบ่งการอธิบายออกเป็นสองส่วนในแต่ละมาตราเพื่อวิเคราะห์ในรายละเอียดของถ้อยคำที่ปรากฏในบทบัญญัติ

(1) ปัญหาการบังคับใช้มาตรา 285 ประมวลกฎหมายอาญากับความผิดทางเพศต่อผู้อยู่ภายใต้อำนาจตำแหน่งหน้าที่ หรือความสัมพันธ์พิเศษ

การวิเคราะห์ถึงการบังคับใช้มาตรา 285 ซึ่งกำหนดถึงเหตุที่ทำให้ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนักขึ้นมีความจำเป็นอย่างไรที่จะต้องพิจารณาถึงความมุ่งหมายของบทบัญญัติว่ากฎหมายต้องการคุ้มครองสิ่งใดเสียก่อน เพื่อนำมาเป็นหลักในการวิเคราะห์การอธิบายความหมายของถ้อยคำเพื่อนำมาปรับใช้แก่ข้อเท็จจริงในปัจจุบันนั้นสอดคล้องกับความมุ่งหมายของบทบัญญัติหรือไม่ เพื่อการนี้จึงต้องนำรูปแบบการกำหนดเหตุที่ทำให้ผู้กระทำความผิดในทุกกรณีที่ถูกกฎหมายบัญญัติไว้ในมาตรานี้มาวิเคราะห์ว่าแท้จริงแล้วบทบัญญัตินี้ต้องการคุ้มครองสิ่งใด เพราะหากพิจารณาถึงถ้อยคำที่ว่า “ผู้สืบสันดาน” แต่เพียงถ้อยคำเดียวอาจทำให้เข้าใจได้ว่าบทบัญญัติในมาตรานี้ต้องการคุ้มครองเรื่องของชาติพันธุ์ แต่เมื่อนำคำว่าผู้สืบสันดานมาพิจารณาประกอบกับกรณีผู้ถูกควบคุมตามหน้าที่ราชการ ผู้อยู่ในความปกครอง ความพิทักษ์ ความอนุบาลแล้วจะพบว่าบุคคลเหล่านี้ไม่จำเป็นต้องมีความสัมพันธ์ทางสายโลหิตหรือมีความสัมพันธ์ในลักษณะของครอบครัวกับผู้กระทำความผิดดังเช่นกรณีของผู้สืบสันดาน จึงสามารถสรุปได้ว่ามาตรา 285 นี้มิได้มุ่งคุ้มครองในเรื่องของชาติพันธุ์ แต่มุ่งคุ้มครองถึงการใช้อิทธิพลครอบงำบางประการ ไม่ว่าจะเกิดขึ้นจากอำนาจปกครองดูแลในฐานะเป็นบุพการี ผู้ปกครอง ผู้พิทักษ์ ผู้อนุบาล หรืออำนาจการควบคุมของเจ้าพนักงานรัฐ เช่น กรณีพิศิตกับนักโทษในเรือนจำ เพราะผู้กระทำสามารถใช้ประโยชน์จากอำนาจเหล่านี้ในการกระทำความผิดทางเพศได้

นอกจากนี้การกระทำความผิดในลักษณะดังกล่าวยังเป็นการกระทำที่ผิดศีลธรรมอีกด้วย เช่น กรณีของครูอาจารย์กระทำชำเราศิษย์ที่อยู่ในความดูแลย่อมเป็นการกระทำที่ละเมิดต่อจรรยาบรรณของความเป็นครูซึ่งมีหน้าที่อบรมสั่งสอนศิษย์ มิใช่ฉกฉวยโอกาสที่ตนมีหน้าที่และความรับผิดชอบต่อเด็กมากระทำความผิดทางเพศ ดังนั้นจึงเห็นว่าในเรื่องของการอธิบายความหมายถ้อยคำในบทบัญญัตินี้ควรสอดคล้องกับความมุ่งหมายของกฎหมายด้วย แต่กลับพบปัญหาเกี่ยวกับความหมายที่แท้จริงของ

ถ้อยคำที่ไม่ต้องตรงกับความมุ่งหมายของบทบัญญัติ อีกทั้งลักษณะการบัญญัติเหตุที่ทำให้ต้องรับโทษหนักขึ้นยังมีลักษณะเป็นการกำหนดฐานะของผู้ถูกระทำเป็นรายกรณี ซึ่งสามารถสรุปรูปแบบความสัมพันธ์ได้ดังต่อไปนี้

ก. ความสัมพันธ์ในเชิงครอบครัว ได้แก่ กรณีผู้สืบสันดาน ผู้อยู่ในความปกครอง ความอนุบาล และความพิทักษ์

ข. ความสัมพันธ์ในด้านการศึกษา ได้แก่ กรณีศิษย์ซึ่งอยู่ในความดูแลของครูอาจารย์

ค. ความสัมพันธ์ที่เกิดจากอำนาจควบคุมของเจ้าหน้าที่ ได้แก่ กรณีบุคคลที่อยู่ในความควบคุมตามหน้าที่ทางราชการ เช่น นักโทษกับพัสติ ผู้ถูกคุมขังในสถานีดำรวจ

ดังนั้นจะเห็นได้ว่ามาตรา 285 มีการกำหนดถึงความสัมพันธ์ที่มีลักษณะของการใช้อิทธิพลหรืออำนาจเหนือในรูปแบบต่าง ๆ อยู่บ้างแล้วตามที่ได้กล่าวมาข้างต้น แต่ลักษณะการกำหนดถ้อยคำในมาตรา 285 กลับยังมีปัญหาอยู่ทั้งในด้านของการอธิบายความหมายที่แท้จริงที่ไม่สอดคล้องกับความมุ่งหมายของบทบัญญัติ และการกำหนดถ้อยคำที่ครอบคลุมเฉพาะบางกรณีเท่านั้น ทำให้ไม่สามารถเอาผิดกับผู้กระทำที่อาศัยอำนาจหรืออิทธิพลเหนือผู้ถูกระทำในรูปแบบอื่น ๆ ได้ ฉะนั้นเนื้อหาในส่วนนี้จะเป็นการอธิบายถึงถ้อยคำในบทบัญญัติโดยนำมาวิเคราะห์เกี่ยวกับการตีความว่า สามารถครอบคลุมถึงกรณีใดได้บ้าง เพื่อชี้ให้เห็นถึงปัญหาที่เกิดขึ้นของมาตรา 285

(1.1) การบังคับใช้มาตรา 285 ประมวลกฎหมายอาญากับความผิดทางเพศต่อผู้อยู่ภายใต้อำนาจในครอบครัว

ในส่วนของอำนาจในครอบครัวนี้ผู้เขียนจะแบ่งการอธิบายถึงปัญหาเกี่ยวกับความหมายที่แท้จริงออกเป็น 2 ส่วน ได้แก่ ส่วนการกระทำความผิดต่อผู้สืบสันดานและส่วนการกระทำความผิดต่อผู้อยู่ในความพิทักษ์ ความอนุบาลและความปกครอง โดยจะอธิบายถึงแนวทางการอธิบายความหมายที่ปรากฏอยู่ในปัจจุบันเพื่อวิเคราะห์ว่าเป็นการให้ความหมายที่สอดคล้องความมุ่งหมายของบทบัญญัติหรือไม่ และความหมายที่ปรากฏอยู่ในปัจจุบันนี้ก่อให้เกิดปัญหาที่ทำให้ไม่อาจบังคับใช้กับข้อเท็จจริงใดได้บ้าง

ก. กรณีกระทำความผิดทางเพศต่อผู้สืบสันดาน

การอธิบายความหมายของคำว่า “ผู้สืบสันดาน” ตามมาตรา 285 พบว่ามีความเห็นแตกต่างกันเป็น 2 แนวทาง ได้แก่ แนวทางที่หนึ่งเห็นว่า ผู้สืบสันดานนั้นจะต้องเป็นผู้สืบสันดานที่ชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น อันเป็นการให้ความหมายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยให้เหตุผล

ว่าไม่ควรตีความขยายไปถึงกรณีผู้สืบสันดานตามความเป็นจริงหรือตามสายโลหิต เช่น กรณีบุตรนอกกฎหมาย เพราะจะเป็นการตีความในทางที่เป็นผลร้ายแก่จำเลย ในขณะที่แนวทางที่สองเห็นว่าต้องเป็นไปตามสายโลหิตที่แท้จริง ทำให้คำว่าผู้สืบสันดานรวมถึงบุตรนอกกฎหมายด้วย¹ ดังนั้นจึงต้องนำความเห็นทั้งสองประการมาพิจารณาตามหลักเกณฑ์ในการตีความกฎหมายอาญาซึ่งมีอยู่ว่าจะต้องพิเคราะห์ถึงถ้อยคำในบทบัญญัติของกฎหมาย² ในที่นี้ คือ คำว่าผู้สืบสันดานว่ามีไว้ว่าอย่างไร ควบคู่ไปกับการพิเคราะห์ถึงความมุ่งหมายของกฎหมายโดยต้องให้ความสำคัญกับหลักการทั้งสองประการเท่า ๆ กัน³

จุดประสงค์ของการกำหนดเหตุฉกรรจ์ในกรณีนี้กำหนดขึ้นมาจากปัจจัยทางด้านความสัมพันธ์ระหว่างผู้กระทำกับผู้ถูกกระทำ ความผิด ทำให้ลักษณะการกระทำความผิดนั้นมีลักษณะร้ายแรงกว่าการกระทำโดยทั่วไปที่มีได้กระทำต่อผู้สืบสันดานของตน กฎหมายจึงต้องกำหนดให้ผู้กระทำผิดต้องรับโทษหนักขึ้นเพื่อให้สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของการลงโทษ คือ การข่มขู่ป้องกันอาชญากรรมเพื่อมิให้ผู้กระทำผิดใช้อำนาจหรือฐานะที่ตนมีอิทธิพลเหนือผู้เสียหายเป็นประโยชน์ในการกระทำผิดทางเพศ ดังนี้ เมื่อนำความเห็นเกี่ยวกับความหมายที่แท้จริงของคำว่าผู้สืบสันดานทั้งสองประการข้างต้นมาพิจารณาควบคู่กับความมุ่งหมายของบทบัญญัตินี้ที่มุ่งคุ้มครองผู้ที่อยู่ภายใต้อำนาจหรืออิทธิพลของผู้กระทำ จึงพบว่าการให้ความหมายทั้งสองความเห็นต่างก็มีข้อโต้แย้งที่ไม่สอดคล้องกับความมุ่งหมายของบทบัญญัตินี้ กล่าวคือ หากให้ความหมายคำว่าผู้สืบสันดานหมายถึง ผู้สืบสันดานตามกฎหมายเท่านั้น การให้ความหมายในแนวทางนี้จึงไม่สอดคล้องกับความมุ่งหมายที่ต้องการให้คุ้มครองผู้ที่ตกอยู่ภายใต้อำนาจหรืออิทธิพลที่เกิดขึ้นจากอำนาจปกครองดูแลในเชิงความสัมพันธ์ในครอบครัว ดังจะเห็นได้จากกรณีผู้ถูกกระทำเป็นบุตรนอกกฎหมายซึ่งต้องพึ่งพาอาศัยการเลี้ยงดูจากบิดาเช่นเดียวกัน ซึ่งมีได้มีลักษณะที่แตกต่างจากบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายที่บิดามีหน้าที่ต้องปกครองดูแล แต่กลับมิได้รับการคุ้มครองในลักษณะเดียวกันกับบุตรที่ชอบด้วยกฎหมาย

¹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 303/2497 วินิจฉัยถึงความหมายของคำว่า ผู้สืบสันดานตามมาตรา 5 (2) โดยให้รวมถึงบุตรนอกกฎหมายด้วย

² ถ้อยคำในบทบัญญัติของกฎหมายอาญาแม้จะมีความชัดเจนพอสมควร แต่หากพิเคราะห์ให้ลึกซึ้งจะพบว่าแต่ละถ้อยคำก็มีความหมายกว้างแคบในหลายระดับ ได้แก่ แก่นความ ความหมายตามธรรมดา ความหมายอย่างกว้าง และเนื้อความโดยอนุโลม

³ แสงว บัญเฉลิมวิภาส, *หลักกฎหมายอาญา*, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2551), หน้า 27-28.

ในขณะที่ความเห็นที่สองซึ่งให้คำว่าคุณผู้สืบสันดานหมายความว่าไปถึงการสืบสันดานตามสายโลหิต จึงรวมถึงกรณีบิดากระทำความผิดต่อบุตรนอกกฎหมายของตนด้วย อันเป็นลักษณะการตีความที่กว้างขวางไปกว่าความเห็นแบบแรกและทำให้เกิดข้อโต้แย้งว่าเป็นการตีความขยายที่เป็นผลร้ายกับจำเลย อย่างไรก็ตามในกรณีนี้ข้อโต้แย้งที่ว่าเป็นการตีความโดยมิได้ยึดถือหลักความมุ่งหมายของบทบัญญัติซึ่งต้องการคุ้มครองถึงกรณีผู้กระทำมีอิทธิพลเหนือผู้ถูกระทำ แต่เป็นการตีความที่มุ่งหมายไปในทางของการคุ้มครองชาติพันธุ์สายเลือดที่แท้จริงซึ่งไม่ต้องตรงกับความมุ่งหมายที่แท้จริงของบทบัญญัติ เพราะเมื่อพิจารณาประกอบกับการบัญญัติบุคคลผู้ถูกระทำในกรณีอื่น ๆ ที่บทบัญญัตินี้กำหนดให้เป็นเหตุที่ทำให้ต้องรับโทษหนักขึ้นด้วยเช่นกัน ไม่ว่าจะเป็นผู้อยู่ในความควบคุมตามหน้าที่ราชการ ผู้อยู่ในความปกครอง ศิษย์ที่อยู่ในความดูแล ต่างก็เป็นผู้ที่อยู่ภายใต้อิทธิพลหรืออำนาจบางประการ ดังนั้นจึงเห็นว่าการให้ความหมายโดยเน้นเรื่องสายโลหิตจึงไม่สอดคล้องกับความมุ่งหมายของบทบัญญัตินี้

อนึ่ง หากข้อเท็จจริงปรากฏว่าบุตรนอกกฎหมายนั้นยังอยู่ภายใต้การดูแลหรือการปกครองของบิดาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายแล้วก็อาจเป็นการตีความที่ต้องตรงกับความมุ่งหมายของกฎหมายก็เป็นได้ ดังนี้ไม่ว่าจะเป็นการตีความไม่ว่าจะตามความเห็นแบบใดก็มีข้อพิจารณาสามารถโต้แย้งถึงประเด็นความสอดคล้องของการตีความเพื่อบังคับใช้แก่ข้อเท็จจริงกับความมุ่งหมายที่แท้จริงของมาตรา 285

ข. กรณีกระทำความผิดทางเพศต่อผู้อยู่ในความปกครอง ความพิทักษ์ ความอนุบาล
 ถ้อยคำที่ปรากฏอยู่ในบทบัญญัติในมาตรา 285 มีลักษณะการบัญญัติโดยกำหนดที่ตัวผู้ถูกระทำโดยใช้ถ้อยคำจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาบัญญัติ ดังจะเห็นได้จากความปกครอง ความพิทักษ์ ความอนุบาลซึ่งเป็นลักษณะของอำนาจที่เกิดขึ้นจากกรณีผู้ไร้ความสามารถ ไม่ว่าจะเป็นกรณีของผู้เยาว์ที่กฎหมายตั้งผู้ปกครองให้ กรณีผู้ไร้ความสามารถ หรือผู้เสมือนไร้ความสามารถ ทำให้มีแนวทางการอธิบายถ้อยคำว่า “ผู้อยู่ภายใต้อำนาจปกครอง” ให้หมายถึงเฉพาะความปกครองตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เท่านั้น จึงเกิดปัญหาว่านอกจากบุคคลดังกล่าวซึ่งมีหน้าที่ดูแลผู้ไร้ความสามารถแล้วยังมีผู้ปกครองดูแลตามความเป็นจริงในกรณีอื่น ๆ เช่น กรณีของพ่อเลี้ยงซึ่งดูแลลูกเลี้ยง⁴ กรณีลุงป้าที่รับหลานมาดูแลอันเป็นการรับมอบอำนาจปกครองมาจาก

⁴ คำพิพากษาฎีกาที่ 928/2502 ได้ตัดสินถึงกรณีจำเลยข่มขืนภรรยาทำชำเราเด็กหญิงอายุ 12 ปี ซึ่งเป็นบุตรติดนางม. ภายหลังมารดาของเด็กสมรสกับจำเลย จำเลยข่มขืนกระทำชำเราเด็กหญิง จำเลยย่อมมีความผิดเพียงตามประมวลกฎหมายอาญา

บิดามารดาของเด็กและทำหน้าที่เสมือนบิดามารดาของเด็กนั้น (loco in parentis) กรณีบุคคลหรือองค์กรที่ศาลกำหนดให้มีหน้าที่ดูแลเด็กที่อายุกว่า 10 ปีแต่ยังไม่เกิน 15 ปีซึ่งได้กระทำความผิดอาญาทำให้บุคคลตามมาตรา 74 (4) แห่งประมวลกฎหมายอาญา⁵

การให้ความหมายในลักษณะดังกล่าวทำให้บุคคลที่มีอำนาจปกครองไม่ว่าจะเกิดขึ้นตามกฎหมายหรือความเป็นจริงกรณีอื่นนอกจากในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ยกตัวอย่างมาข้างต้นและได้กระทำความผิดตามที่ระบุไว้ในมาตรา 285 ไม่ต้องรับโทษหนักขึ้นตามมาตรา 285 และแสดงให้เห็นถึงปัญหาการอธิบายความหมายที่แท้จริงของถ้อยคำของคำว่าผู้ปกครองทำให้ไม่อาจครอบคลุมถึงผู้กระทำความผิดที่มีอำนาจปกครองในรูปแบบอื่น ๆ นอกจากที่ปรากฏในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ อีกทั้งยังเป็นการอธิบายความหมายที่แท้จริงที่ไม่สอดคล้องกับความมุ่งหมายของกฎหมายที่ต้องการคุ้มครองผู้ที่ตกอยู่ภายใต้อิทธิพลและอำนาจเหนือ ส่งผลทำให้เหตุการณ์ในมาตรานี้ไม่อาจบรรลุผลตามวัตถุประสงค์ของการลงโทษเพื่อข่มขู่ป้องกันการกระทำผิดทางเพศโดยอาศัยอำนาจและอิทธิพลของผู้กระทำความผิดได้อย่างเต็มที่

(1.2) ปัญหาการบังคับใช้มาตรา 285 ประมวลกฎหมายอาญากับความผิดทางเพศต่อศิษย์ที่อยู่ในความดูแล

เหตุที่ทำให้ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนักขึ้นในกรณีนี้เกิดขึ้นมาจากอำนาจในการควบคุมดูแลศิษย์ที่ครูอาจารย์มีเหนือลูกศิษย์ กฎหมายจึงกำหนดสถานะของผู้ถูกระทำเอาไว้ในมาตรา 285 ว่า “ศิษย์ซึ่งอยู่ในความดูแล” เดิมมีการอธิบายความหมายของคำว่า “ศิษย์ที่อยู่ในความดูแล” ว่า ผู้กระทำในกรณีนี้มีได้หมายความถึงเฉพาะแค่ตัวบุคคลนั้นมีตำแหน่งเป็นครูหรืออาจารย์เท่านั้น แต่ต้องมีหน้าที่ควบคุมดูแลปกป้องศิษย์โดยการกระทำความผิดตามที่กฎหมายบัญญัตินั้นจะต้องเกิดขึ้นในระหว่างที่มีหน้าที่ด้วย ทั้งนี้ตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 421/2546 ทำให้การอธิบายความหมายของคำนี้มุ่งเน้นไปที่ “ช่วงระยะเวลาในการทำหน้าที่ดูแลศิษย์” ทำให้เกิดปัญหาเมื่อเกิดข้อเท็จจริงกรณีนี้แม้จะเป็นครูอาจารย์ซึ่งมีหน้าที่ดูแลศิษย์อยู่ แต่เวลาที่ก่อความผิดขึ้นเกิดนอกเวลาเรียน เกิดนอกสถานที่การเรียนการสอน กลับถือว่าไม่อยู่ในระหว่างที่มีหน้าที่จึงไม่เป็นเหตุที่ทำให้

มาตรา 277 เท่านั้น กรณียังไม่ต้องด้วย มาตรา 285 อันเป็นบทบัญญัติที่ให้อำนาจโทษหนักกว่าที่บัญญัติไว้ในมาตรานั้นๆหนึ่งในสาม เพราะอำนาจปกครองเด็กหญิงตกอยู่แก่นางมารดาตาม ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1540 เด็กหญิงเชื่อว่ามีได้อยู่ในความปกครองของจำเลย

⁵ จิตติ ดิงศรัทธี, กฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 1, หน้า 794.

ผู้กระทำได้รับโทษหนักขึ้นตามมาตรา 285⁶ ทำให้การอธิบายความหมายในลักษณะดังกล่าวไม่สอดคล้องกับความมุ่งหมายของบทบัญญัตินี้ที่ต้องการคุ้มครองศิษย์ที่อยู่ภายใต้อำนาจการควบคุมดูแลของครูอาจารย์ซึ่งทำให้ศิษย์มีความเคารพยำเกรงผู้ที่ทำหน้าที่สั่งสอนตน อีกทั้งยังมีอิทธิพลในเรื่องของคะแนนและการประเมินผลการเรียนอันเป็นความกดดันศิษย์ในอีกรูปแบบหนึ่ง จึงไม่จำเป็นว่าอำนาจนั้นจะสิ้นสุดลงทันทีเมื่อชั่วโมงการเรียนการสอนจบลง หรือสิ้นสุดทันทีเมื่อศิษย์อย่างทำออกจากโรงเรียนหรือสถานที่ทำการสอนต่าง ๆ ฉะนั้นการอธิบายความหมายคำว่าศิษย์ในความดูแลที่มุ่งเน้นเฉพาะช่วงเวลาที่ครูอาจารย์ทำหน้าที่ดูแลศิษย์อยู่จึงไม่ถูกต้องตามความประสงค์ของกฎหมาย เพราะอำนาจหรืออิทธิพลของครูมิได้จำเพาะเจาะจงที่ช่วงเวลาสอน

ต่อมามีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2425/2554 กลับหลักดังกล่าวโดยตัดสินว่าแม้จะกระทำความผิดทางเพศต่อศิษย์นอกเวลาเรียน ผู้กระทำได้รับโทษหนักขึ้นตามมาตรา 285⁷ ทำให้ปัญหาการตีความคำว่าศิษย์ในการดูแลตามคำพิพากษาศาลฎีกาเดิมนั้นหมดไป เพราะมิได้จำกัดว่า จะต้องอยู่ในช่วงระยะเวลาการเรียนการสอนที่ครูอาจารย์มีหน้าที่เท่านั้น และเป็นการตีความที่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมาย

(1.3) ปัญหาการบังคับใช้มาตรา 285 ประมวลกฎหมายอาญากับความผิดทางเพศต่อผู้ที่อยู่ภายใต้อำนาจบังคับบัญชา

การข่มขืนกระทำชำเรา การอนาจาร การเป็นธุระจัดหา หรือพาไปเพื่อสนองความใคร่ของผู้อื่นอันเป็นความผิดทางเพศตามที่บัญญัติในมาตรา 285 หากเป็นการกระทำต่อผู้ที่อยู่ภายใต้อำนาจบังคับบัญชาของนายจ้างพบว่าในมาตรา 285 นี้มิได้กำหนดถึงกรณีดังกล่าวนี้เลย แต่เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับลักษณะการกระทำความผิดทางเพศอีกรูปแบบหนึ่ง คือ การล่วงเกินทางเพศ

⁶ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7986/2540 ได้วางหลักการวินิจฉัยถึงความหมายของข้อความที่ว่า ศิษย์ ซึ่งอยู่ในความดูแลตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 285 นั้น มิได้หมายถึงเฉพาะผู้ที่มีความสัมพันธ์ในฐานะครูหรืออาจารย์ซึ่งมีหน้าที่ สอนหรือเคยสอนศิษย์ เท่านั้น แต่ครูหรืออาจารย์นั้นต้องมีหน้าที่ควบคุมดูแลปกป้องรักษาตัวศิษย์ และกระทำความผิดตามที่กฎหมายบัญญัติต่อศิษย์ ในระหว่างมีหน้าที่ดังกล่าวด้วย เมื่อปรากฏว่าจำเลยไม่มีหน้าที่ดังกล่าวในขณะที่เกิดเหตุ เพราะเหตุเกิดที่บ้านพ.และอยู่นอกเวลาควบคุมดูแลของจำเลย การกระทำของจำเลยก็มิใช่กระทำต่อศิษย์ ซึ่งอยู่ในความดูแล ที่โจทก์ฎีกาอ้างว่า ผู้เสียหายเป็นผู้อยู่ในความควบคุมของจำเลยตามหน้าที่ราชการ เมื่อเป็นข้อที่ไม่ได้กล่าวในฟ้องจึงเป็นเรื่องนอกฟ้อง ถือว่าเป็นข้อที่ไม่ได้ยกขึ้นมาว่ากันมาแล้วแต่ในศาลชั้นต้นและศาลอุทธรณ์ ศาลฎีกาไม่รับวินิจฉัยให้

⁷ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2425/2554 ตัดสินให้จำเลยซึ่งเป็นครูประจำชั้นที่แม้จะจูงมือผู้เสียหายอายุไม่เกิน 15 ปีไปต่อหน้าบิดาของผู้เสียหายและคนอื่นๆก็เป็นการใช้อำนาจของครูต่อผู้เสียหายซึ่งเป็นศิษย์ และแม้จะกระทำนอกเวลาเรียนก็ถือว่าศิษย์นั้นอยู่ในความดูแล ฉะนั้นการกระทำอนาจารและการข่มขืนกระทำชำเราผู้เสียหาย จำเลยจึงมีความผิดตามมาตรา 277 วรรค 2 และมาตรา 279 วรรค 2 ประกอบมาตรา 285

ซึ่งปรากฏในมาตรา 397 ประมวลกฎหมายอาญาซึ่งกำหนดให้การกระทำความผิดโดยอาศัยฐานะเป็นผู้บังคับบัญชาหรือนายจ้างเป็นเหตุให้ต้องรับโทษหนักขึ้น และยังปรากฏอยู่ในมาตรา 147 ประกอบมาตรา 16 พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 ซึ่งกำหนดโทษปรับกรณีนายจ้างหัวหน้างาน ผู้ตรวจงาน ผู้ควบคุมงานล่วงเกิน ลูกคามาต่อ

เมื่อนำมาเปรียบเทียบกับมาตรา 285 ประมวลกฎหมายอาญาจะเห็นได้ว่ามาตรา 285 ยังไม่มีถ้อยคำใดในบทบัญญัติที่จะปรับใช้กับกระทำความผิดทางเพศกรณีข่มขืนกระทำชำเรา อนาจาร เป็นเหตุระงับหรือพาไปเพื่อสนองความใคร่ของผู้อื่นกรณีผู้กระทำความผิดมีอำนาจบังคับบัญชาเหนือลูกจ้างซึ่งเกิดจากความสัมพันธ์ในการทำงาน

(1.4) ปัญหาการบังคับใช้มาตรา 285 ประมวลกฎหมายอาญากับความผิดทางเพศต่อผู้อยู่ภายใต้ความสัมพันธ์พิเศษอื่น ๆ

นอกจากความสัมพันธ์ในเชิงของครอบครัว ไม่ว่าจะเป็นกรณีการใช้อำนาจปกครองดูแลต่อผู้สืบสันดาน ผู้อยู่ในความพิทักษ์ ความอนุบาลหรือความปกครอง และความสัมพันธ์ในลักษณะของการควบคุมตัวของเจ้าหน้าที่ และความสัมพันธ์ในเชิงของการจ้างงาน พบว่ายังมีความสัมพันธ์พิเศษกรณีอื่น ๆ ซึ่งทำให้ผู้กระทำความผิดมีอำนาจหรืออิทธิพลบางประการเหนือผู้ถูกระทำ เช่น กรณีผู้ป่วยที่อยู่ภายใต้การดูแลของแพทย์หรือนักจิตบำบัด ซึ่งมีผู้อธิบายลักษณะความสัมพันธ์ในกรณีนี้โดยเปรียบว่าผู้ป่วยนั้นเปรียบเสมือนเด็กและแพทย์ก็มีหน้าที่เฝ้ายามเช่นบิดา อันแสดงให้เห็นว่าความสัมพันธ์ระหว่างแพทย์กับผู้ป่วยอาจมีลักษณะเช่นเดียวกับกรณีบุพการีมีต่อผู้สืบสันดาน ในลักษณะที่ว่าที่ผู้ป่วยตกเป็นผู้อ่อนแออยู่ภายใต้อิทธิพลการดูแลของแพทย์ เพราะมีความไว้วางใจและเชื่อว่าแพทย์นั้นจะทำให้ตนหายดี เช่นเดียวกับกรณีกับวชกับผู้ศรัทธาในฐานะที่เป็นที่ปรึกษาทางด้านจิตวิญญาณทำให้ผู้ศรัทธามีลักษณะคล้ายกับความสัมพันธ์ของแพทย์หรือนักจิตบำบัดกับผู้ป่วยทางจิตซึ่งต้องเข้ารับคำแนะนำปรึกษา ดังนั้นจะเห็นได้ว่าแม้ตามความเป็นจริงของสังคมจะเกิดความสัมพันธ์ลักษณะพิเศษที่เป็นเหตุให้ผู้กระทำเป็นผู้มีอิทธิพลหรืออำนาจเหนือผู้กระทำความผิด แต่ผู้กระทำกลับไม่ต้องรับโทษหนักขึ้นเช่นเดียวกับบุคคลที่มาตรา 285 ระบุไว้ ทำให้เกิดปัญหาว่าบทบัญญัตินี้ที่ไม่สามารถปรับใช้กับความสัมพันธ์ในลักษณะดังกล่าวได้อย่างครอบคลุมเพียงพอ และเป็นปัญหาอีกประการหนึ่งของการบังคับใช้เหตุฉกรรจ์ในมาตรา 285 ประมวลกฎหมายอาญา

นอกจากมาตรา 285 ประมวลกฎหมายอาญาซึ่งกำหนดถึงเหตุที่ทำให้ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนักขึ้นอันเนื่องมาจากผู้กระทำความผิดมีอิทธิพลหรืออำนาจเหนือผู้ถูกระทำสำหรับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา อนาจาร เป็นรัฐระจัดหา หรือพาไปเพื่อการอนาจารแล้ว พบว่าในยังมีบทบัญญัติอีกมาตราหนึ่งซึ่งกำหนดเหตุฉกรรจ์โดยอาศัยพื้นฐานความคิดเดียวกัน คือ มาตรา 397 ซึ่งเพิ่งแก้ไขใหม่ตามพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 22) พ.ศ. 2558 จึงต้องนำบทบัญญัติดังกล่าวมาวิเคราะห์ถึงแนวทางการบังคับใช้ประกอบกับผลที่เกิดขึ้นจากการบัญญัติมาตรา 397 ต่อบทบัญญัติเกี่ยวกับความผิดทางอาญาในพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 ในหัวข้อถัดไป

(2) บทวิเคราะห์การบังคับใช้มาตรา 397 ประมวลกฎหมายอาญากับความผิดทางเพศต่อผู้
อยู่ภายใต้อำนาจ ตำแหน่งหน้าที่ หรือความสัมพันธ์พิเศษ

มาตรา 397 เป็นบทบัญญัติที่กล่าวถึงการกระทำความผิดอยู่หลายลักษณะโดยกำหนดให้การรังแกข่มเหง คุกคามหรือกระทำการให้ได้รับความอับอายหรือเดือดร้อนรำคาญ อันมีลักษณะส่อไปในทางที่จะล่วงเกินทางเพศเป็นการกระทำผิดที่ต้องรับโทษหนักกว่ากรณีการรังแกข่มเหง คุกคามหรือกระทำให้ได้รับความอับอายหรือเดือดร้อนรำคาญทั่วไป นอกจากนี้หากเป็นการกระทำโดยอาศัยเหตุผู้กระทำความผิดมีอำนาจเหนือ ไม่ว่าจะเกิดจากการที่ผู้กระทำเป็นผู้บังคับบัญชา นายจ้าง หรือเป็นอำนาจเหนือประการอื่น ๆ จะต้องระวางโทษหนักขึ้นกว่าจากเดิมที่มีระวางโทษสูงสุดเพียงแค่ปรับหนึ่งหมื่นบาทเป็นอาจได้รับโทษจำคุกหนึ่งเดือนหรือปรับไม่เกินหมื่นบาทหรือทั้งจำทั้งปรับ จึงเป็นการกำหนดเหตุที่ทำให้ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษโดยมีความมุ่งหมายเดียวกันกับมาตรา 285 กล่าวคือ ต้องการคุ้มครองผู้ที่อยู่ภายใต้อิทธิพลหรืออำนาจเหนือต่าง ๆ ทั้งนี้สังเกตได้ว่ามาตรา 397 มีการบัญญัติถ้อยคำที่มีความหมายกว้าง ทำให้ครอบคลุมถึงข้อเท็จจริงทุกกรณีที่เกิดขึ้นจากอิทธิพลอำนาจเหนือจึงเป็นการบัญญัติที่สอดคล้องกับความมุ่งหมายของกฎหมายโดยตรงแตกต่างจากถ้อยคำที่ปรากฏอยู่ในมาตรา 285 ที่แม้จะมีความมุ่งหมายเดียวกันแต่กลับกำหนดเป็นรายกรณี โดยไม่มีถ้อยคำใดที่ทำให้สามารถใช้ครอบคลุมถึงข้อเท็จจริงกรณีอื่น ๆ ที่อยู่ภายใต้ความมุ่งหมายของบทบัญญัติเดียวกัน

อย่างไรก็ดีในส่วนของคุณลักษณะการล่วงเกินทางเพศนี้นอกจากที่กำหนดในมาตรา 397 ประมวลกฎหมายอาญานี้ ยังปรากฏลักษณะการกระทำเดียวกันอยู่ในมาตรา 16 พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 ซึ่งกำหนดห้ามมิให้นายจ้าง หัวหน้างาน ผู้ตรวจงาน ล่วงเกิน คุกคาม

หรือก่อความเดือดร้อนรำคาญต่อลูกจ้าง จึงเป็นบทบัญญัติที่อาจก่อให้เกิดกรณีข้อเท็จจริงอย่างเดียว ผิดกฎหมายสองบทได้ ดังนั้นในส่วนนี้จะทำการอธิบายโดยยกข้อแตกต่างของการบังคับใช้ของทั้งสอง บทบัญญัตินี้ แล้วจึงยกกรณีที่อาจทำให้เป็นการกระทำเดียวผิดกฎหมายสองบทในลำดับต่อไป

การกำหนดความผิดในมาตรา 16 พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงานพ.ศ. 2541 มีขึ้นเพื่อ คุ้มครองลูกจ้างมิให้ถูกนายจ้างหรือผู้มีอำนาจบังคับบัญชาเหนือลูกจ้างโดยเฉพาะ จึงกำหนด รายละเอียดที่สถานะของผู้กระทำความผิดเอาไว้ มิได้กำหนดโดยยึดถือข้อเท็จจริงที่มีการใช้อำนาจ เหนือซึ่งเป็นถ้อยคำที่ทำให้มิได้เจาะจงที่สถานะใดสถานะหนึ่งเอาไว้โดยเฉพาะดังในมาตรา 397 ประมวลกฎหมายอาญา ส่งผลทำให้การพิสูจน์องค์ประกอบความผิดระหว่างสองบทบัญญัตินี้มีความ แตกต่างกัน กล่าวคือ หากเป็นการพิสูจน์ตามมาตรา 16 พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 จะต้องพิสูจน์ถึงสถานะตามที่กฎหมายกำหนด ในส่วนนี้จะเห็นได้ว่าเป็นการกำหนดที่สถานะเป็นราย กรณีสคล้ายกับการบัญญัติในมาตรา 285 ที่เป็นการกำหนดที่สถานะของผู้กระทำความผิด โดยมี ต้องพิสูจน์ถึงข้อเท็จจริงในส่วนของอำนาจเหนือตัวผู้ถูกกระทำ

อย่างไรก็ดีในส่วนของนายจ้างซึ่งเป็นคู่สัญญาที่ตกลงรับลูกจ้างเข้าทำงานนั้นย่อมต้องมี อำนาจบังคับบัญชาปรากฏอยู่ในความสัมพันธ์ทางการจ้างแรงงานอย่างไม่อาจแยกออกจากกันได้ เด็ดขาด เพราะอำนาจบังคับบัญชานั้นเป็นส่วนสำคัญอย่างยิ่งในการพิจารณาถึงความเป็นสัญญาจ้าง แรงงาน ทำให้เห็นข้อแตกต่างจากสัญญาจ้างทำของ เนื่องจากสัญญาจ้างแรงงานนั้นต้องปรากฏว่า ลูกจ้างต้องทำงานภายใต้อำนาจบังคับบัญชาของนายจ้าง⁸ ดังนั้นการพิสูจน์ถึงความเป็นนายจ้างนั้น ย่อมต้องพิจารณาเรื่องของอำนาจบังคับบัญชาประกอบเข้าไปด้วย ทำให้สถานะของนายจ้างมีลักษณะ ของการมีอำนาจบังคับบัญชาเหนือลูกจ้างไปด้วยโดยปริยาย ส่งผลทำให้ส่วนของนายจ้างตามมาตรา 16 นี้เป็นการกระทำเดียวผิดกฎหมายหลายบท เพราะเข้าองค์ประกอบของมาตรา 397 ประมวล กฎหมายอาญาไปด้วยในตัว

หลักของกฎหมายอาญานั้นมีอยู่ว่าเมื่อมีการกระทำใดผิดกฎหมายอาญาหลายบท ศาล จะต้องลงโทษตามบทหนัก ซึ่งการพิจารณาว่าโทษใดหนักกว่านั้นก่อนอื่นต้องดูว่ากฎหมายกำหนดให้ ลงโทษประเภทใด เช่นในกรณีนี้มาตรา 147 ประกอบมาตรา 16 พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 กำหนดไว้เฉพาะโทษปรับ ในขณะที่ระวางโทษในมาตรา 397 วรรคสามกำหนดโทษจำคุก

⁸ วิจิตรา (ฟุ้งลัดดา) วิเชียรชม, คำอธิบายกฎหมายแรงงาน, หน้า 117.

ไว้ด้วย ดังนี้มาตรา 397 จึงเป็นบทหนักสำหรับกรณีนายจ้างล่วงเกินทางเพศลูกจ้าง และด้วยผลแห่ง มาตรา 90 ประมวลกฎหมายอาญาศาลจะต้องลงโทษบทหนักที่สุดซึ่งเรียงลำดับตามมาตรา 18 ประมวลกฎหมายอาญา ทำให้โทษจำคุกในมาตรา 397 ย่อมเป็นโทษที่หนักกว่าโทษจำคุกในมาตรา 147 ประกอบมาตรา 16 พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 โดยไม่ต้องพิจารณาถึงอัตรา โทษปรับระหว่างสองบทบัญญัตินี้ว่าอัตราโทษใดสูงกว่ากันอีกต่อไป

อย่างไรก็ตามมิได้หมายความว่าเมื่อมาตรา 397 แล้วบทบัญญัติในพระราชบัญญัติคุ้มครอง แรงงาน พ.ศ. 2541 จะไม่มีที่เข้าไปเสียทั้งหมด ดังที่ได้กล่าวมาก่อนหน้านี้ว่ามาตรา 16 พระราชบัญญัติ คุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 นั้นกำหนดถึงสถานะหรือตำแหน่งของผู้กระทำความผิดเอาไว้หลายกรณี มิได้มีเพียงแต่กรณีของนายจ้างที่มีอำนาจบังคับบัญชาเท่านั้น เพราะยังปรากฏกรณีของหัวหน้างาน ผู้ตรวจงาน ผู้ควบคุมงานอีกด้วย ดังนี้แม้ว่าจะไม่ปรากฏข้อเท็จจริงชัดเจนว่าบุคคลดังกล่าวมีอำนาจ เหนือประการอื่น หากผู้กระทำความผิดมีตำแหน่งในการทำงานดังที่มาตรา 16 ระบุไว้และกระทำการล่วงเกิน คุกคาม ก่อความเดือดร้อนรำคาญแก่ลูกจ้างย่อมมีความผิดตามมาตรา 147 ประกอบมาตรา 16 พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงานโดยอาจไม่เข้ากรณีตามมาตรา 397 ประมวลกฎหมายอาญาก็เป็นได้

นอกจากปัญหาที่เกิดจากการตีความถ้อยคำที่ได้กล่าวมาทั้งหมดข้างต้นพบว่ายังมี ข้อพิจารณาอีกประการหนึ่งที่น่าสนใจเกี่ยวกับเรื่องของความยินยอมของผู้เสียหาย เพราะโดยส่วน ใหญ่แล้วความผิดทางเพศไม่ว่าจะเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ความผิดฐานอนาจาร หรือเป็น ฐานะจัดหา หรือพาไปเพื่อสนองความใคร่ของผู้อื่นซึ่งมิใช่การกระทำต่อเด็กอายุต่ำกว่า 15 ปีย่อมเป็น ความผิดทางเพศที่ผู้เสียหายไม่ยินยอมจึงเป็นการกระทำความผิด เช่น หากผู้เสียหายยินยอมให้มีการ กระทำชำเราแล้วย่อมไม่อาจถือได้ว่ามีข่มขืน เพราะการกระทำจะเป็นการข่มขืนได้จะต้องปรากฏ ว่าผู้เสียหายไม่สมัครใจให้กระทำการดังกล่าว อย่างไรก็ตามประเด็นเรื่องของความยินยอมนี้มีประเด็น ต้องพิจารณาถึงความเสียไปของความยินยอมนั้นหากผู้ถูกกระทำตกอยู่ภายใต้อำนาจ ตำแหน่งหน้าที่ หรือความสัมพันธ์พิเศษบางประการ อันจะได้กล่าวถึงโดยรายละเอียดในหัวข้อถัดไป

5.1.2 ปัญหาเกี่ยวกับความยินยอมของผู้เสียหาย

ความผิดทางเพศที่มีองค์ประกอบความผิดเกี่ยวกับความยินยอม เช่น ความผิดฐานข่มขืน กระทำชำเรา ความผิดฐานอนาจาร มีหลักอยู่ว่าหากผู้เสียหายให้ความยินยอมแล้ว การกระทำนั้นไม่

เป็นความผิด ฉะนั้นเรื่องของความยินยอมจึงเป็นองค์ประกอบสำคัญในการพิจารณาความผิดทางเพศ และมีความจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องพิจารณาเกี่ยวกับการตีความว่ากรณีใดมีความยินยอมของผู้เสียหาย กรณีใดที่ไม่มีความยินยอมของผู้เสียหาย หรือความยินยอมนั้นเสียไปเพราะเหตุใด

ในเบื้องต้นจึงต้องแยกหลักการพิจารณาเกี่ยวกับการให้ความยินยอมเสียก่อนว่า ผู้เสียหายให้ความยินยอมในการกระทำดังกล่าวหรือไม่ ทั้งนี้การให้ความยินยอมอาจเป็นการให้ความยินยอมชัดแจ้ง หรือเป็นการให้ความยินยอมโดยปริยายก็ได้ เช่น กรณีหนึ่งไม่ชัดเจนยอมให้ชายคนรักกู่ลบลำหรือมีเพศสัมพันธ์ถือเป็นกรณีให้ความยินยอม อย่างไรก็ตามหากข้อเท็จจริงปรากฏชัดว่าผู้เสียหายชัดเจนต่อสู้ปฏิเสธ ย่อมเป็นกรณีให้เห็นได้ชัดเจนว่า ผู้เสียหายไม่ให้ความยินยอม ซึ่งในส่วนหนึ่งของกรณีที่ผู้เสียหายไม่ให้ความยินยอมอย่างชัดแจ้งนี้มีใช้ประเด็นปัญหาที่วิทยานิพนธ์เล่มนี้มุ่งหมายถึง เพราะปัญหาการตีความเกี่ยวกับความยินยอมของผู้เสียหายที่ตกอยู่ภายใต้อำนาจ ตำแหน่งหน้าที่ หรือความสัมพันธ์พิเศษนั้นจะเกิดขึ้นในกรณีที่บุคคลเหล่านี้ให้ความยินยอมไม่ว่าจะโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยาย เช่น ปล่อยให้ผู้มีอิทธิพลหรืออำนาจมีเพศสัมพันธ์หรือกระทำอนาจารกับตน เนื่องด้วยถูกครอบงำด้วยอำนาจหรืออิทธิพลบางประการ ทำให้ต้องพิจารณาถึงหลักความยินยอมอันบริสุทธิ์ต่อไปว่า การใช้อิทธิพลหรืออำนาจเหื่อนั้นทำให้ความยินยอมนั้นเสียไปหรือไม่ เพราะการปฏิเสธที่จะให้ความยินยอมในการกระทำทางเพศนั้นแม้จะมีความหมายตรงตัวว่าเป็นการปฏิเสธ แต่หากเป็นการให้ตกลงให้ความยินยอมกลับไม่ได้ให้ผลอย่างเดียวกัน กล่าวคือ การตกลงยินยอมอาจไม่ให้เกิดผลสมบูรณ์เป็นการยินยอมพร้อมใจอย่างแท้จริง แม้ว่าโดยปกติแล้วการตกลงใจของผู้บรรลุนิติภาวะในการข้องเกี่ยวกับความสัมพันธ์ทางเพศกับบุคคลอื่นซึ่งปกติถือเป็นเรื่องส่วนตัวและมีใช้ข้อพิจารณาทางกฎหมาย แต่เมื่อใดก็ตามที่ความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลนั้นอยู่ภายใต้ข้อสันนิษฐานว่ามีการใช้อำนาจเหนือ (Dependency Power) โดยมีขอบ เช่น ความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดากับบุตร นักจิตบำบัดกับผู้ป่วยจิตเวช แพทย์กับผู้ป่วย นักสอนศาสนากับผู้ศรัทธา ครูอาจารย์กับลูกศิษย์ นายจ้างกับลูกจ้าง ความยินยอมที่เกิดจากการอยู่ภายใต้ความสัมพันธ์ดังกล่าวไม่ควรจะมีผลทางกฎหมาย หรือโดยธรรมชาติของความยินยอมในลักษณะดังกล่าวให้ถือว่ามิใช่ข้อสงสัยอย่างยิ่ง

แนวความคิดนี้เกิดขึ้นจากการมองความสัมพันธ์ที่มีอำนาจเหนือ หรือความสัมพันธ์ที่ผู้ถูกกระทำต้องพึ่งพาอาศัยนั้น เป็นกรณีของบุคคลตกอยู่ภายใต้อิทธิพลบางประการทำให้เกิดข้อโต้แย้งขึ้นมาว่าสังคมต้องกำหนดหน้าที่ให้กับบุคคลที่ทรงอิทธิพลหรือมีอำนาจเหนือในการงดเว้นหาประโยชน์จากความสัมพันธ์ที่เกิดขึ้น ซึ่งรวมไปถึงการหาประโยชน์ในทางเพศด้วย ดังนั้นการกระทำ

ทางเพศใด ๆ ที่เกิดขึ้นหลังจากการก่อตัวของความสัมพันธ์ในลักษณะดังกล่าว แต่เกิดขึ้นก่อนที่ความสัมพันธ์นั้นจะสิ้นสุดลงนั้นเป็นการกระทำที่เป็นความผิด⁹

เมื่อนำแนวความคิดดังกล่าวมาพิจารณากับหลักความยินยอมอันบริสุทธิ์ที่มีอยู่ในปัจจุบันของประเทศไทยซึ่งมีหลักอยู่ว่า ความยินยอมนั้นต้องมีได้มาจากเหตุบกพร่องต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นการยินยอมเพราะผู้เสียหายสำคัญผิด ถูกหลอกลวง หรือถูกข่มขู่ เพราะหากความยินยอมเกิดขึ้นมาจากเหตุดังกล่าวข้างต้นแล้ว ความยินยอมนั้นย่อมไม่ใช่ความยินยอมที่แท้จริงที่จะทำให้การกระทำนั้น ๆ ไม่เป็นความผิด จึงมีประเด็นต้องพิจารณาว่าความผิดทางเพศที่กระทำต่อผู้ที่อยู่ภายใต้อำนาจ ตำแหน่งหน้าที่ หรือความสัมพันธ์พิเศษนั้นถือว่าผู้ถูกกระทำที่อยู่ภายใต้อำนาจและอิทธิพลครอบงำจากผู้กระทำความผิดซึ่งเป็นความกดดันในรูปแบบหนึ่งที่ทำให้ขาดอิสระในการตัดสินใจ และสามารถตีความให้อยู่ในความหมายของการข่มขู่หรือไม่

ความหมายของการข่มขู่ที่มีอยู่ว่าต้องปรากฏว่ามีการใช้กำลังประทุษร้าย ขู่เข็ญ ใช้อำนาจครอบงำผิดคลองธรรม หรือทำให้กลัวว่าจะเกิดอันตรายต่อชีวิต ร่างกาย เสรีภาพ ชื่อเสียง หรือทรัพย์สิน ดังนั้นจึงอาจแบ่งลักษณะการข่มขู่ออกได้เป็น 3 ลักษณะ คือ

- (1) กรณีมีการใช้กำลังประทุษร้าย อันเป็นการใช้กำลังทางกายภาพหรือด้วยวิธีอื่นใด รวมถึงกรณีทำให้ผู้เสียหายตกอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ เช่น กรณีถูกวางยานอนหลับ
- (2) การทำให้เกิดความกลัวว่าจะเกิดอันตรายต่อผู้เสียหายหรือบุคคลอื่นใด จึงไม่จำเป็นต้องมีการขู่เข็ญว่าอันตรายนั้นจะเกิดกับผู้เสียหายเองก็ยังคงอยู่ในความหมายของคำว่าข่มขู่
- (3) การใช้อำนาจครอบงำผิดคลองธรรม

อย่างไรก็ดีไม่ว่าจะกระทำด้วยวิธีการใดในสามกรณีนี้จะต้องเป็นเหตุที่ร้ายแรงถึงขนาดจูงใจให้ต้องให้ความยินยอม จึงสรุปได้ว่าการที่ผู้กระทำความผิดมีอิทธิพลหรืออำนาจเหนือไม่ว่าจะเกิดจากสถานะ ตำแหน่งหน้าที่ หรือความสัมพันธ์พิเศษอื่นใดซึ่งแม้ไม่ได้ปรากฏชัดเจนถึงกับว่าเป็นการใช้กำลังประทุษร้าย หรือขู่ว่าจะก่อให้เกิดอันตรายแก่ตัวผู้เสียหายหรือบุคคลอื่น แต่ก็เป็นการใช้อิทธิพลหรืออำนาจเหนือครอบงำ ทำให้ผู้กระทำทำให้ไม่ขัดขืนหรือยินยอมให้กระทำการใด ๆ ในทางเพศกับตน ความยินยอมนี้จึงไม่ได้เกิดขึ้นมาเพราะความกลัวภัย แต่เกิดเพราะผู้เสียหายรู้สึกว่ามีทางเลือก ไม่มีทางเลือกอย่างเต็มที่ กล่าวคือ อยู่ภายใต้การครอบงำจากการใช้อำนาจหรืออิทธิพลของผู้กระทำ

⁹ Phyllis Coleman, "Sex in Power Dependency Relationships: Taking Unfair Advantage of the "Fair" Sex," *Albany Law Review* (1988-1989): 95-96.

ความผิดโดยมิชอบ จึงเป็นการใช้อำนาจ ตำแหน่งหน้าที่ หรือความสัมพันธ์พิเศษที่ตนมีอยู่เพื่อแสวงหาประโยชน์ทางเพศโดยมิชอบ และอยู่ในความหมายของการข่มขู่รูปแบบหนึ่ง จึงส่งผลทำให้ความยินยอมของผู้เสียหายไม่ใช่ความยินยอมที่บริสุทธิ์แท้จริง และไม่อาจถือได้ว่ามีความยินยอมที่จะทำให้ผู้กระทำไม่มีความผิด

ดังนั้นจึงสรุปได้ว่าแนวความคิดเรื่องการข่มขู่ทำให้ความยินยอมของผู้เสียหายในการกระทำความผิดทางเพศมิใช่ความยินยอมที่บริสุทธิ์แท้จริงสามารถนำมาใช้กับอำนาจ ตำแหน่งหน้าที่ ความสัมพันธ์พิเศษที่ทำให้ผู้กระทำมีอำนาจหรืออิทธิพลเหนือผู้ถูกกระทำเป็นกรณีการใช้อำนาจครอบงำผิดคลองธรรม ซึ่งเป็นลักษณะหนึ่งของการข่มขู่ที่ทำให้ความยินยอมของผู้เสียหายไม่ว่าโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายนั้นเสียไป

ต่อไปจะเป็นการอธิบายถึงแนวทางการบัญญัติกฎหมายในต่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับความผิดทางเพศต่อผู้อยู่ภายใต้อำนาจ ตำแหน่งหน้าที่ หรือความสัมพันธ์พิเศษ เพื่อนำไปสู่การวิเคราะห์แนวทางการแก้ไขประมวลกฎหมายอาญาของประเทศไทยที่เหมาะสมในหัวข้อ 5.3

5.2 แนวทางการแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นตามแนวคิดและทฤษฎีของกฎหมายต่างประเทศเกี่ยวกับความผิดทางเพศต่อผู้อยู่ภายใต้อำนาจ ตำแหน่งหน้าที่ หรือความสัมพันธ์พิเศษ

ในต่างประเทศพบว่ามีแนวความคิดในการบัญญัติกฎหมายเพื่อคุ้มครองผู้อยู่ภายใต้อำนาจหรืออิทธิพลของบุคคลอื่น และป้องกันมิให้ผู้มีอำนาจหรืออิทธิพลเหนือแสวงหาประโยชน์จากอำนาจ ตำแหน่งหน้าที่หรือความสัมพันธ์พิเศษที่ตนมีต่ออีกบุคคลหนึ่งโดยมิชอบในการกระทำความผิดทางเพศ ซึ่งการบัญญัติกฎหมายมีอยู่ด้วยกันหลายรูปแบบ ไม่ว่าจะเป็นการคุ้มครองในรูปแบบของการบัญญัติกฎหมายเพื่อสันนิษฐานให้ถือว่าไม่มีความยินยอมของผู้เสียหายหรือปิดปากมิให้ผู้กระทำความผิดกล่าวอ้างความยินยอมของผู้เสียหายได้ ดังจะเห็นได้จากประมวลกฎหมายอาญาของรัฐเท็กซัส และพระราชบัญญัติรัฐมินนิโซต้า ในสหรัฐอเมริกา และการตราบทบัญญัติเฉพาะเพื่อกำหนดความผิดทางเพศซึ่งกระทำโดยผู้มีตำแหน่งหน้าที่ หรืออำนาจเหนือเอาไว้แยกต่างหากเป็นพิเศษจากการกระทำความผิดทางเพศอื่น ๆ ทั่วไป เช่น ในประเทศเยอรมนีได้กำหนดหมวดความผิดต่อสิทธิกำหนดใจตนเองเอาไว้โดยเฉพาะ ในประเทศสวิตเซอร์แลนด์ได้กำหนดบทบัญญัติกลุ่มหนึ่งขึ้นมา

ได้แก่ มาตรา 192 และมาตรา 193 เพื่อใช้กับการกระทำความผิดในลักษณะนี้ ฉะนั้นจะเห็นได้ว่าในต่างประเทศมีแนวทางการกำหนดความผิดที่อาจจำแนกแนวทางการบัญญัติของเป็น 2 รูปแบบ คือ

(1) การบัญญัติฐานความผิดเฉพาะขึ้นมาใช้สำหรับการกระทำความผิดต่อผู้อยู่ภายใต้อำนาจ ตำแหน่งหน้าที่ หรือความสัมพันธ์พิเศษ ซึ่งจะได้กล่าวโดยรายละเอียดในหัวข้อ 5.2.1 เพื่อศึกษา ถ้อยคำที่อยู่ในกฎหมายอาญาของต่างประเทศและนำมาเป็นแนวทางแก้ไขประมวลกฎหมายอาญาของประเทศไทย

(2) การบัญญัติเกี่ยวกับความยินยอมของผู้เสียหายที่อยู่ภายใต้อำนาจ ตำแหน่งหน้าที่ หรือความสัมพันธ์พิเศษ ซึ่งจะได้กล่าวโดยรายละเอียดต่อไปในหัวข้อ 5.2.2

5.2.1 การบัญญัติถ้อยคำในกฎหมายอาญาของต่างประเทศ

ในต่างประเทศไม่ว่าจะเป็นประเทศในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์หรือระบบซีวิลลอว์ พบว่ามีการบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับความผิดทางเพศที่กระทำขึ้นโดยอาศัยอำนาจ ตำแหน่งหน้าที่ หรือความสัมพันธ์พิเศษอื่นใดที่มีลักษณะของอิทธิพลหรืออำนาจเหนือตัวผู้ถูกกระทำเอาไว้โดยเฉพาะแยกต่างหาก เช่น ประเทศแคนาดา ประเทศเยอรมนี ประเทศสวีตเซอร์แลนด์

เมื่อนำลักษณะการบัญญัติความผิดของต่างประเทศมาเปรียบเทียบกับประมวลกฎหมายอาญาของไทยพบว่า ประมวลกฎหมายอาญาของไทยไม่ได้มีการกำหนดฐานความผิดสำหรับแต่ละกรณีเอาไว้ต่างหาก แต่มีการกำหนดให้เป็นเหตุที่ทำให้ผู้กระทำความผิดหนักขึ้นดังที่ปรากฏอยู่ในมาตรา 285 และมาตรา 397 ประมวลกฎหมายอาญา อย่างไรก็ตามการบัญญัติถ้อยคำของประเทศไทยนั้นพบว่ามีข้อบกพร่องหลายประการ ทั้งในด้านการตีความและความไม่ครอบคลุมของถ้อยคำ ซึ่งล้วนแล้วแต่เป็นปัญหาที่ไม่สอดคล้องวัตถุประสงค์ที่กฎหมายมุ่งหมาย ทำให้ต้องพิจารณาถ้อยคำที่บัญญัติอยู่กฎหมายอาญาของต่างประเทศว่ามีการกำหนดในลักษณะใด ซึ่งอาจนำไปเป็นตัวอย่างปรับปรุงแก้ไขถ้อยคำในมาตรา 285 ประมวลกฎหมายอาญาของประเทศไทย เพื่อให้สามารถบังคับใช้กฎหมายได้ต้องตรงกับความมุ่งหมายของบทบัญญัติ จึงต้องศึกษาลักษณะการบัญญัติกฎหมายอาญาของต่างประเทศเฉพาะส่วนที่เกี่ยวกับความผิดทางเพศต่อผู้อยู่ภายใต้อำนาจ ตำแหน่งหน้าที่ หรือความสัมพันธ์พิเศษและนำมาสรุปรูปแบบการบัญญัติได้ดังต่อไปนี้

(1) แนวทางการกำหนดองค์ประกอบความผิดส่วนผู้กระทำ

ประเทศแคนาดามีบทบัญญัติความผิดทางเพศโดยกำหนดองค์ประกอบความผิดที่ตัวผู้กระทำ ความผิดอยู่ในมาตรา 153.1 แห่งประมวลกฎหมายอาญา¹⁰ ซึ่งมีข้อความว่า “บุคคลผู้อยู่ในตำแหน่ง อันเป็นที่ได้รับความไว้วางใจหรือมีอำนาจเหนือผู้พิการทางร่างกายหรือจิตใจ หรือบุคคลผู้มีความสัมพันธ์กับผู้พิการทางร่างกายหรือจิตใจต้องพึงพาอาศัย ให้คำปรึกษาหรือชักนำให้ผู้พิการดังกล่าวสัมผัสร่างกายของตนเอง ร่างกายของผู้ให้ปรึกษาหรือชักนำ หรือร่างกายของบุคคลอื่นใด (บุคคลที่สาม) ไม่ว่าจะโดยตรงหรือทางอ้อมกับส่วนใดส่วนหนึ่งของร่างกายหรือสิ่งของ ทั้งนี้ โดยมีวัตถุประสงค์ทางเพศ ให้ถือว่ามีความผิด ดังนี้

ก. ความผิดอุกฉกรรจ์¹¹ และต้องระวางโทษจำคุกเป็นระยะเวลาไม่เกิน 5 ปี

ข. ความผิดซึ่งลงโทษโดยคำพิพากษาขั้นต้น(ความผิดสามัญ) และต้องระวางโทษจำคุกเป็นระยะเวลาไม่เกิน 18 เดือน” ดังนี้ จะสังเกตได้ว่าประเทศแคนาดามีแนวทางการกำหนดความผิดโดยใช้สถานะของผู้กระทำความผิดซึ่งอยู่ในตำแหน่งอันเป็นที่ได้รับความไว้วางใจ มีอำนาจเหนือ และเป็นบุคคลที่ถูกกระทำต้องพึงพาอาศัยในการให้คำปรึกษาเป็นองค์ประกอบความผิดส่วนผู้กระทำ

ในขณะที่ประเทศเยอรมนีก็มีการกำหนดความผิดทางเพศกรณีผู้กระทำอยู่ภายใต้อำนาจ ตำแหน่งหน้าที่ หรือความสัมพันธ์พิเศษด้วยเช่นกัน โดยมีการกำหนดองค์ประกอบความผิดในส่วนตัวผู้กระทำความผิดด้วยในมาตรา 174b¹² ซึ่งมีข้อความดังต่อไปนี้

¹⁰ 153.1 (1) Every person who is in a position of trust or authority towards a person with a mental or physical disability or who is a person with whom a person with a mental or physical disability is in a relationship of dependency and who, for a sexual purpose, counsels or incites that person to touch, without that person’s consent, his or her own body, the body of the person who so counsels or incites, or the body of any other person, directly or indirectly, with a part of the body or with an object, is guilty of

(a) an indictable offence and liable to imprisonment for a term not exceeding five years; or

(b) an offence punishable on summary conviction and liable to imprisonment for a term not exceeding eighteen months.

¹¹ ประเทศแคนาดาแบ่งประเภทความผิดออกเป็น 2 ประเภท คือ

(1) ความผิดอุกฉกรรจ์ (Indictable Offence) คือ ความผิดที่มีโทษจำคุกตั้งแต่ 2 ปีขึ้นไป เช่น ฆ่าคนตาย ทำร้ายร่างกาย การกระทำความผิดทางเพศ จำเลยจะต้องถูกดำเนินคดีในศาลอาญา โดยมีคณะลูกขุน เว้นแต่จำเลยและอัยการไม่ต้องการ หรือบางข้อหาที่ร้ายแรง

(2) ความผิดสามัญ (Summary Offence) เป็นความผิดที่มีความรุนแรงน้อย คือ มีโทษจำคุกไม่ถึง 2 ปี

¹² Section 174b: Abuse of official position

“ผู้ใดเป็นเจ้าของหน้าที่ผู้มีอำนาจตั้งข้อกล่าวหาในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา หรือกระบวนการที่มีจุดมุ่งหมายในการกักขังหรือจำกัดความสามารถ และเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจนั้นอาศัยความพึงพาที่เกิดขึ้นจากกระบวนการดังกล่าวในการเข้าเกี่ยวข้องกับกรกระทำทางเพศใด ๆ ต่อผู้ที่ถูกดำเนินกระบวนการดังที่ได้กล่าวมาข้างต้นนั้นโดยตรง หรือยินยอมให้บุคคลเหล่านี้เข้าเกี่ยวข้องในการกระทำทางเพศโดยตรงกับตน ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ 3 เดือนถึง 5 ปี”

ดังนั้นจะเห็นได้ว่ามาตรานี้กำหนดองค์ประกอบความผิดส่วนผู้กระทำความผิดโดยใช้ตำแหน่งหน้าที่ของผู้กระทำความผิดเอาไว้โดยเฉพาะ คือ จะต้องผู้มีอำนาจในฐานะเจ้าหน้าที่รัฐที่สามารถตั้งข้อกล่าวหาในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาหรือกระบวนการที่มีวัตถุประสงค์ในการกำหนดมาตรการควบคุม การตัดผู้กระทำความผิดออกจากสังคม หรือการฟื้นฟู หรือการกักขังที่กำหนดโดยเจ้าหน้าที่รัฐ

(2) แนวทางการกำหนดองค์ประกอบความผิดส่วนผู้ถูกระทำ

ในประเทศแคนาดามีการกำหนดความผิดทางเพศที่ผู้กระทำความผิดมีตำแหน่งอันเป็นที่ได้รับความไว้วางใจ มีอำนาจเหนือ หรือมีความสัมพันธ์กับผู้ถูกระทำต้องพึงพาไว้ในมาตรา 153.1 ดังที่ได้ยกบทบัญญัติขึ้นมาอธิบายแล้วในหัวข้อ (1) ปรากฏว่าในมาตราเดียวกันนี้ปรากฏการบัญญัติองค์ประกอบความผิดส่วนผู้ถูกระทำเอาไว้โดยเฉพาะ คือ กำหนดไว้ว่าผู้ถูกระทำต้องเป็นผู้พิการ หรือผู้ป่วยทางร่างกายหรือจิตใจ (Mental or Physical Disability)

ในขณะที่ประเทศเยอรมนีก็มีการกำหนดองค์ประกอบความผิดโดยใช้สถานะของผู้ถูกระทำไว้ใน มาตรา 174a¹³ ซึ่งมีข้อความดังต่อไปนี้

(1) Whosoever in his capacity as a public official charged with participation in criminal proceedings or proceedings with the aim of imposing a custodial measure of rehabilitation and incapacitation or detention imposed by a public authority, by abusing the dependency caused by the proceedings, engages in sexual activity with the person against whom the proceedings are directed or allows them to engage in sexual activity with himself shall be liable to imprisonment from three months to five years.

(2) The attempt shall be punishable.

¹³ Section 174a: Sexual abuse of prisoners, patients and institutionalised persons

(1) Whosoever engages in sexual activity with a prisoner or a person detained by order of a public authority, who is entrusted to him for upbringing, education, supervision or care, by abusing his position, or allows them to engage in sexual activity with himself shall be liable to imprisonment from three months to five years.

“(1) บุคคลผู้ได้รับความไว้วางใจในการอบรม ให้การศึกษา ให้คำปรึกษา หรือในการดูแล เข้าเกี่ยวข้องกับการกระทำทางเพศกับนักโทษหรือผู้ถูกกักขังตามคำสั่งของเจ้าหน้าที่ของรัฐ โดยใช้ ตำแหน่งหน้าที่โดยมิชอบ หรือยินยอมให้บุคคลดังกล่าวเข้าเกี่ยวข้องกับการกระทำทางเพศกับตน ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ 3 เดือนถึง 5 ปี

(2) ผู้ใดอาศัยการที่ผู้อื่นต้องเข้ารับการดูแลในสถาบันสำหรับบุคคลซึ่งป่วยหรือต้องการความช่วยเหลือและบุคคลนั้นให้ความไว้วางใจสำหรับการปรึกษาหรือดูแล โดยเข้าเกี่ยวข้องกับการกระทำทางเพศกับบุคคลนั้นโดยแสวงหาประโยชน์จากความเจ็บป่วยหรือการช่วยเหลือโดยมิชอบ หรือยินยอมให้บุคคลเช่นนั้นเข้าเกี่ยวข้องกับการกระทำทางเพศต้องรับโทษเช่นเดียวกัน” ดังนั้นจะเห็นได้ว่าทั้งใน (1) และ (2) ต่างก็มีองค์ประกอบในส่วนผู้ถูกระทำเอาไว้โดยเฉพาะอยู่ 2 กรณี คือ นักโทษ หรือถูกกักขังตามคำสั่งของเจ้าหน้าที่รัฐ และบุคคลที่เข้ารับการรักษาในสถาบันดูแลผู้ป่วยหรือต้องการความช่วยเหลือ

นอกจากนี้ในมาตรา 174c (1)¹⁴ ประมวลกฎหมายอาญาของประเทศเยอรมนีบัญญัติว่า “ผู้ใดเข้าเกี่ยวข้องในการกระทำทางเพศกับผู้อื่นซึ่งให้ความไว้วางใจในการให้คำปรึกษา การรักษา หรือการดูแล อันเนื่องมาจากความพิการหรือความเจ็บป่วยทางด้านจิตใจ รวมถึงกรณีการติดยาเสพติด หรืออันเนื่องมาจากความพิการหรือความเจ็บป่วยทางด้านร่างกาย โดยอาศัยความสัมพันธ์จากการให้คำปรึกษา การรักษา หรือการดูแลไปในทางที่มิชอบ หรือยินยอมให้บุคคลดังกล่าวเข้าเกี่ยวข้องกับการกระทำทางเพศกับตน ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ 3 เดือนถึง 5 ปี” แสดงให้เห็นว่าผู้ถูกระทำต้องเป็นผู้เจ็บป่วยหรือพิการทางจิตใจ (Mental Illness or Disability) รวมถึงการติดยา หรือความเจ็บป่วยหรือพิการทางร่างกาย (Physical Illness or Disability)

(2) Whosoever abuses a person who has been admitted to an institution for persons who are ill or in need of assistance and are entrusted to him for supervision or care, by engaging in sexual activity with the person by exploiting the person's illness or need of assistance, or allows them to engage in sexual activity with himself shall incur the same penalty.

(3) The attempt shall be punishable.

¹⁴ Section 174c: Abuse of a relationship of counselling, treatment or care

(1) Whosoever engages in sexual activity with a person entrusted to him for counselling, treatment or care because of a mental illness or disability including an addiction, or because of a physical illness or disability, and abuses the counselling, treatment or care relationship, or allows the person to engage in sexual activity with himself shall be liable to imprisonment from three months to five years.

ส่วนประเทศสวีเดนและแลนด์ก็มีการบัญญัติความผิดโดยใช้สถานะของผู้ถูกระทำด้วยเช่นกัน ดังที่ปรากฏอยู่ในมาตรา 192¹⁵ ซึ่งมีข้อความดังนี้

“บุคคลใดอาศัยความสัมพันธ์ที่ต้องพึ่งพาอาศัยของผู้ที่อยู่ในสถานพยาบาลหรือสถานกักกัน นักโทษ ผู้ถูกกักขัง หรือบุคคลที่ถูกคุมขังระหว่างพิจารณาคดีโดยมิชอบ ชักนำให้บุคคลที่ต้องพึ่งพาอาศัยนั้นกระทำหรือยอมกระทำการทางเพศ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 3 ปี หรือต้องโทษปรับ”
 ดังนี้จะสังเกตเห็นได้ว่าบทบัญญัตินี้มีการกำหนดองค์ประกอบความผิดที่สถานะผู้ถูกระทำ คือ เป็นผู้ที่อยู่ในสถานพยาบาลหรือสถานกักกัน เป็นนักโทษ ผู้ถูกกักขังหรือถูกคุมขังระหว่างพิจารณา อันเป็นผู้ที่ต้องพึ่งพาอาศัยผู้กระทำความผิดนั่นเอง

(3) แนวทางการกำหนดองค์ประกอบความผิดส่วนความสัมพันธ์

ประเทศเยอรมนีมีบทบัญญัติสำหรับความผิดทางเพศที่ผู้กระทำมีอิทธิพลหรืออำนาจเหนือผู้ถูกระทำ ดังจะเห็นได้จากข้อความในมาตรา 174 a ซึ่งกำหนดว่าจะต้องมีความไว้เนื้อเชื่อใจผู้กระทำซึ่งเกิดขึ้นจากการอบรม ให้การศึกษา ให้คำแนะนำ ดูแล และใช้ตำแหน่งหน้าที่โดยมิชอบ ตามมาตรา 174a (1) หรือมีความไว้เนื้อเชื่อใจในการให้คำแนะนำหรือดูแล และมีการใช้ความเจ็บป่วยหรือความต้องการการช่วยเหลือตามที่ปรากฏอยู่ในมาตรา 174a (2) จึงเป็นกรณีที่ผู้กระทำมีอิทธิพลเหนือผู้ถูกระทำเพราะตนมีสถานะพิเศษที่ได้รับความไว้วางใจหรือเป็นที่ต้องการทำให้กฎหมายต้องกำหนดความผิดแยกเอาไว้โดยเฉพาะ

นอกจากนี้ในมาตรา 174c ก็มีการกำหนดความสัมพันธ์ในลักษณะของความไว้เนื้อเชื่อใจเช่นเดียวกัน ดังจะเห็นได้จากใน (1) ที่ต้องปรากฏว่าผู้ถูกระทำมีความไว้วางใจผู้กระทำในการปรึกษา รักษา ดูแล และมีการใช้ความสัมพันธ์ในการดูแลรักษาโดยมิชอบ ส่วนใน (2) จะบัญญัติถึงความสัมพันธ์ที่มีความไว้วางใจจากการรักษาหรือบำบัดทางจิต และมีการใช้ความสัมพันธ์จากการรักษา นั้นโดยมิชอบ ในขณะที่มาตรา 174 b กำหนดว่าต้องมีการใช้การพึ่งพาอาศัยซึ่งเกิดจากระบวนการยุติธรรมทางอาญาหรือกระบวนการที่มีวัตถุประสงค์ในการกำหนดมาตรการควบคุม การตัดผู้กระทำ

¹⁵ Art. 192 Any person who, by abusing a dependent relationship with a person in institutional care, an inmate of an institution, a prisoner, a detainee or a person on remand, induces the dependent person to commit or submit to a sexual act, is liable to a custodial sentence not exceeding three years or to a monetary penalty.

If the person harmed is the spouse or registered partner of the offender, the responsible authority may dispense with prosecution, referral to the court or the imposition of a penalty.

ความผิดออกจากสังคม การฟื้นฟู การกักขังที่กำหนดโดยเจ้าหน้าที่รัฐโดยมิชอบจึงจะครบองค์ประกอบความผิดตามมาตรา

ส่วนประเทศสวิตเซอร์แลนด์ก็ปรากฏการกำหนดองค์ประกอบความผิดโดยนำเรื่องความสัมพันธ์มาพิจารณาประกอบ ดังที่ปรากฏอยู่ในมาตรา 193¹⁶ ซึ่งมีข้อความดังต่อไปนี้

“บุคคลใดชักนำให้ผู้อื่นกระทำหรือยอมกระทำการทางเพศ โดยอาศัยตำแหน่งอันเป็นที่ต้องการของผู้ถูกระทำความผิด หรือความสัมพันธ์ที่ต้องพึ่งพาอาศัยจากการทำงาน หรือความสัมพันธ์อื่นใด ต้องระวางโทษไม่เกิน 3 ปี หรือต้องโทษปรับ

ถ้าผู้เยาว์เป็นคู่สมรส หรือคู่ชีวิต (Partner) ที่จดทะเบียนแล้วของผู้กระทำความผิด เจ้าพนักงานผู้มีอำนาจอาจงดการดำเนินคดีของตนและส่งต่อไปยังศาลเพื่อกำหนดบทลงโทษ” ดังนั้นจะเห็นได้ว่าการใช้ตำแหน่งอันเป็นที่ต้องการหรือใช้ความสัมพันธ์ที่ต้องพึ่งพาอาศัยจากการทำงานหรือความสัมพันธ์ที่ต้องพึ่งพาอาศัยอื่นใดในการกำหนดความผิด

จากแนวทางการบัญญัติความผิดทางเพศกรณีผู้กระทำมีอำนาจหรืออิทธิพลเหนือผู้ถูกระทำของต่างประเทศที่ได้กล่าวมาทั้งหมดข้างต้นนั้นสามารถสรุปถ้อยคำที่ในแต่ละประเทศใช้โดยแยกเป็น 3 ส่วน คือ การบัญญัติความผิดที่ผู้กระทำ ผู้ถูกระทำ และความสัมพันธ์ในตารางด้านล่างนี้ เพื่อให้ง่ายต่อการนำไปวิเคราะห์ถ้อยคำที่เหมาะสมกับประมวลกฎหมายอาญาของประเทศไทยต่อไป

ตารางที่ 2 ลักษณะการบัญญัติองค์ประกอบความผิดทางเพศต่อผู้อยู่ภายใต้อำนาจ ตำแหน่งหน้าที่ หรือความสัมพันธ์พิเศษของต่างประเทศ

การบัญญัติความผิด	ประเทศแคนาดา	ประเทศเยอรมนี	ประเทศสวิตเซอร์แลนด์
1. กำหนดที่ผู้กระทำ	1. ผู้มีตำแหน่งอันเป็นที่ได้รับความไว้วางใจหรือมีอำนาจเหนือ	1. ผู้มีอำนาจในฐานะเจ้าหน้าที่รัฐที่สามารถตั้งข้อกล่าวหาในกระบวนยุติธรรม	-

¹⁶ Art. 193 Any person who induces another to commit or submit to a sexual act by exploiting a position of need or a dependent relationship based on employment or another dependent relationship is liable to a custodial sentence not exceeding three years or to a monetary penalty.

If the person harmed is the spouse or registered partner of the offender, the responsible authority may dispense with prosecution, referral to the court or the imposition of a penalty.

การบัญญัติ ความผิด	ประเทศแคนาดา	ประเทศเยอรมนี	ประเทศ สวิตเซอร์แลนด์
	2. ผู้มีความสัมพันธ์ที่ ผู้ถูกระทำต้องพึ่งพา อาศัย (มาตรา 153.1)	ทางอาญาหรือกระบวนการที่ มีวัตถุประสงค์ในการกำหนด มาตรการควบคุม การตัด ผู้กระทำความผิดออกจาก สังคม หรือการฟื้นฟู หรือการ กักขังที่กำหนดโดยเจ้าหน้าที่ รัฐ (มาตรา 174b)	
2. กำหนดที่ ผู้ถูกระทำ	ผู้พิการหรือผู้ป่วยทาง ร่างกายหรือจิตใจ	1. นักโทษหรือถูกกักขังตาม คำสั่งของเจ้าหน้าที่รัฐ (มาตรา 174a (1)) 2. บุคคลที่เข้ารับการรักษาใน สถาบันดูแลผู้ป่วยหรือ ต้องการความช่วยเหลือ (มาตรา 174a (2)) 3. ผู้เจ็บป่วยหรือพิการทาง จิตใจ รวมถึงการติดยา หรือ ความเจ็บป่วยหรือพิการทาง ร่างกาย (มาตรา 174c (1))	บุคคลที่ต้องพึ่งพา อาศัย (มาตรา 192)
3. กำหนดที่ ความสัมพันธ์		1. มีความเชื่อถือผู้กระทำใน การอบรม ให้การศึกษา ให้ คำแนะนำ ดูแล และใช้ ตำแหน่งหน้าที่โดยมิชอบ (มาตรา 174a (1)) 2. มีความไว้วางใจในการให้ คำแนะนำหรือดูแล และมีการ ใช้ความเจ็บป่วยหรือความ ต้องการความช่วยเหลือ (มาตรา 174a (2))	1. ความสัมพันธ์ที่ต้อง พึ่งพาอาศัยของบุคคล ที่อยู่ในสถานพยาบาล หรือสถานกักกัน นักโทษ ผู้ถูกกักขัง หรือถูกคุมขังระหว่าง พิจารณาคดี (มาตรา 192) 2. มีการใช้ตำแหน่ง อันเป็นที่ต้องการหรือ

การบัญญัติ ความผิด	ประเทศแคนาดา	ประเทศเยอรมนี	ประเทศ สวิตเซอร์แลนด์
		<p>3. มีการใช้การพึ่งพาอาศัยซึ่งกันและกันที่เกิดจากกระบวนการยุติธรรมทางอาญาหรือกระบวนการที่มีวัตถุประสงค์ในการกำหนดมาตรการควบคุม การตัดผู้กระทำความผิดออกจากสังคม การฟื้นฟู การกักขังที่กำหนดโดยเจ้าหน้าที่รัฐโดยมิชอบ (มาตรา 174b)</p> <p>4. ผู้ถูกกระทำมีความไวใจผู้กระทำในการปรึกษา รักษา ดูแล และใช้ความสัมพันธ์ในการดูแลรักษาโดยมิชอบ (มาตรา 174c (1))</p> <p>5. ผู้ถูกกระทำมีความไว้วางใจผู้กระทำในการรักษาหรือบำบัดทางจิต และมีการใช้ความสัมพันธ์จากการรักษา นั้นโดยมิชอบ (มาตรา 174c (2))</p>	ใช้ความสัมพันธ์ที่ต้องพึ่งพาอาศัยจากการทำ งาน หรือ ความสัมพันธ์ที่ต้องพึ่งพาอาศัยอื่นใดในการกระทำความผิด (มาตรา 193)

5.2.2 แนวทางการบัญญัติเกี่ยวกับความยินยอมของต่างประเทศ

แนวความคิดเรื่องความยินยอมในส่วนที่เกี่ยวข้องกับประเด็นการกระทำความผิดทางเพศต่อผู้อยู่ภายใต้อำนาจ ตำแหน่งหน้าที่ หรือความสัมพันธ์พิเศษนั้นมีประเด็นต้องพิจารณาเสียก่อนว่า หากผู้กระทำความผิดมีอำนาจหรืออิทธิพลเหนือผู้ถูกกระทำนั้นถือว่าความยินยอมของผู้เสียหายนั้นได้มาเพราะการบีบบังคับหรือการขู่เข็ญ (Coercion) หรือไม่ เดิมเคยมีคำพิพากษาคดี State v. Thompson วินิจฉัยกรณีจำเลยเป็นครูใหญ่โรงเรียนมัธยมขู่ให้นักเรียนยินยอมมีเพศสัมพันธ์กับตน มิเช่นนั้นจะ

ไม่ให้จบการศึกษาว่ามีใช้การกระทำชำเราโดยปราศจากความยินยอม โดยให้เหตุผลว่าการปราศจากความยินยอมนั้นเกี่ยวข้องกับกรกระทำโดยใช้กำลังข่มขู่ (By Force) และการใช้กำลังนั้นต้องเป็นการใช้กำลังประทุษร้ายอย่างแท้จริงหรือเป็นการขู่ให้กลัวว่าจะมีการประทุษร้ายต่อร่างกาย ดังนั้น ความหมายของการใช้กำลังจึงไม่อาจรวมถึงการคุกคามขู่เข็ญ การทำให้หวาดกลัว ต่อมา มีแนวความคิดเกี่ยวกับการข่มขืนกระทำชำเราและความผิดอื่นที่เกี่ยวข้องกับการใช้กำลังข่มขู่ว่าควรจะมีการขยายขอบเขตให้กว้างขวางขึ้นโดยไม่จำเป็นต้องเป็นการใช้กำลังประทุษร้ายเพียงอย่างเดียว ดังจะเห็นได้จากคำพิพากษาคดี Commonwealth v. Caracciola ซึ่งปรากฏข้อเท็จจริงว่า จำเลยขู่ว่าเป็นเจ้าหน้าที่ตำรวจและจะจับกุมผู้เสียหายหากผู้เสียหายไม่ยินยอมมีเพศสัมพันธ์ด้วย และตามบทบัญญัตินั้นปรากฏว่าการข่มขืนกระทำชำเราจะต้องมีการใช้กำลัง ซึ่งศาลวินิจฉัยว่าการใช้กำลังนั้นมิได้จำกัดแต่เพียงการใช้กำลังทางร่างกายเท่านั้น เช่นเดียวกับกับคำพิพากษาคดี State v. Etheridge ซึ่งวินิจฉัยว่า การใช้กำลังนั้นอาจรวมถึงทั้งการใช้กำลังทางร่างกาย และการใช้กำลังโดยปริยายในรูปแบบของการทำให้กลัว หรือการบีบบังคับหรือขู่เข็ญ¹⁷

จากแนวความคิดกรณีปราศจากความยินยอมที่ต้องการขยายขอบเขตของการบังคับขู่เข็ญ จากเดิมที่หมายความเฉพาะถึงการใช้กำลังประทุษร้ายหรือขู่ว่าจะใช้กำลังประทุษร้ายต่อร่างกาย ทำให้บางรัฐในสหรัฐอเมริกากำหนดบทบัญญัติเกี่ยวกับความยินยอมในความผิดฐานข่มขืนซึ่งเกิดขึ้นระหว่างผู้เสียหายกับบุคคลที่มีตำแหน่งอันเป็นที่ได้รับความไว้วางใจ หรือมีตำแหน่งที่มีอำนาจเอาไว้ โดยเฉพาะเป็นพิเศษ ดังที่ปรากฏอยู่ในมาตรา 22.011 (b)¹⁸ ประมวลกฎหมายอาญา (Penal Code) ของรัฐเท็กซัส สหรัฐอเมริกา ซึ่งเป็นบทบัญญัติว่าด้วยความผิดฐานประทุษร้ายทางเพศ (Sexual

¹⁷ Wayne R. La feve, *Criminal Law*, 5 ed. (St. Paul, Minnesota: West Thomson Reuters, 2010), pp. 909-910.

¹⁸ (b) A sexual assault under Subsection (a)(1) is without the consent of the other person if:...

(8) the actor is a public servant who coerces the other person to submit or participate;

(9) the actor is a mental health services provider or a health care services provider who causes the other person, who is a patient or former patient of the actor, to submit or participate by exploiting the other person's emotional dependency on the actor;

(10) the actor is a clergyman who causes the other person to submit or participate by exploiting the other person's emotional dependency on the clergyman in the clergyman's professional character as spiritual adviser.

Assault) โดยมีการกำหนดบทสันนิษฐานเด็ดขาดให้ถือว่าไม่มีความยินยอมของผู้เสียหายหากสามารถพิสูจน์ข้อเท็จจริงดังต่อไปนี้ได้

- (1) ผู้กระทำเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งบังคับให้บุคคลอื่นยอมกระทำตามหรือร่วมกระทำการ
- (2) ผู้กระทำเป็นผู้ให้บริการดูแลรักษาสุขภาพกายและสุขภาพจิตที่ทำให้บุคคลอื่นซึ่งเป็นผู้ป่วยหรือผู้ป่วยเดิมของผู้กระทำมาก่อนนั้นยอมกระทำหรือร่วมกระทำ โดยอาศัยประโยชน์จากการพึ่งพาทางด้านจิตใจ
- (3) ผู้กระทำเป็นนักบวชซึ่งทำให้บุคคลอื่นนั้นยอมกระทำหรือร่วมกระทำการโดยอาศัยประโยชน์จากการพึ่งพาทางด้านจิตใจที่มีต่ออาชีพนักบวชในการเป็นที่ปรึกษาทางด้านอารมณ์และจิตวิญญาณ

นอกจากนี้ยังพบว่ามีแนวทางการบัญญัติความผิดทางเพศในเรื่องความยินยอมในอีกรูปแบบหนึ่ง คือ การกำหนดในลักษณะของกฎหมายปิดปากมิให้ผู้กระทำความผิดอ้างความยินยอมของผู้เสียหายได้อย่างในรัฐมินนิโซต้า ดังที่ปรากฏอยู่ในทั้งความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราในมาตรา 609.344¹⁹ ซึ่งกำหนดให้กระทำความผิดทางเพศระดับที่ 3 และมาตรา 609.345 พระราชบัญญัติมิน

¹⁹ 609.344 CRIMINAL SEXUAL CONDUCT IN THE THIRD DEGREE.

Subdivision 1.Crime defined.

A person who engages in sexual penetration with another person is guilty of criminal sexual conduct in the third degree if any of the following circumstances exists:...

(h) the actor is a psychotherapist and the complainant is a patient of the psychotherapist and the sexual penetration occurred:

- (i) during the psychotherapy session; or
- (ii) outside the psychotherapy session if an ongoing psychotherapist-patient relationship exists.

Consent by the complainant is not a defense;

- (i) the actor is a psychotherapist and the complainant is a former patient of the psychotherapist and the former patient is emotionally dependent upon the psychotherapist;
- (j) the actor is a psychotherapist and the complainant is a patient or former patient and the sexual penetration occurred by means of therapeutic deception. Consent by the complainant is not a defense;
- (k) the actor accomplishes the sexual penetration by means of deception or false representation that the penetration is for a bona fide medical purpose. Consent by the complainant is not a defense;
- (l) the actor is or purports to be a member of the clergy, the complainant is not married to the actor, and:

มิโซต้า (Minnesota Statute 2014) ซึ่งกำหนดความผิดทางเพศกรณีสัมผัสร่างกายของบุคคลอื่นในทางเพศให้เป็นการกระทำความผิดในระดับที่ 4 โดยทั้งสองมาตรานี้ต่างก็มีการกำหนดข้อเท็จจริงที่หากพิสูจน์ได้ตามที่กฎหมายกำหนดแล้วย่อมทำให้ผู้กระทำความผิดไม่อาจอ้างความยินยอมได้ในกรณีดังต่อไปนี้

(1) ผู้กระทำเป็นนักจิตบำบัด (Psychotherapist²⁰) และโจทก์ (Complainant²¹) เป็นผู้ป่วย (Patient²²) ของนักจิตบำบัด โดยการกระทำชำเรานั้นเกิดขึ้นระหว่างการบำบัดรักษา หรือนอกระยะเวลาบำบัดรักษาแต่ยังคงมีความสัมพันธ์ระหว่างผู้ป่วยกับนักจิตบำบัดดำเนินต่อไปอยู่ ทั้งนี้กฎหมายได้กำหนดให้ความยินยอมของโจทก์ในกรณีดังกล่าวนี้ไม่ถือเป็นข้อต่อสู้

(i) the sexual penetration occurred during the course of a meeting in which the complainant sought or received religious or spiritual advice, aid, or comfort from the actor in private; or

(ii) the sexual penetration occurred during a period of time in which the complainant was meeting on an ongoing basis with the actor to seek or receive religious or spiritual advice, aid, or comfort in private. Consent by the complainant is not a defense;

(m) the actor is an employee, independent contractor, or volunteer of a state, county, city, or privately operated adult or juvenile correctional system, or secure treatment facility, or treatment facility providing services to clients civilly committed as mentally ill and dangerous, sexually dangerous persons, or sexual psychopathic personalities, including, but not limited to, jails, prisons, detention centers, or work release facilities, and the complainant is a resident of a facility or under supervision of the correctional system. Consent by the complainant is not a defense;

(n) the actor provides or is an agent of an entity that provides special transportation service, the complainant used the special transportation service, and the sexual penetration occurred during or immediately before or after the actor transported the complainant. Consent by the complainant is not a defense; or

(o) the actor performs massage or other bodywork for hire, the complainant was a user of one of those services, and nonconsensual sexual penetration occurred during or immediately before or after the actor performed or was hired to perform one of those services for the complainant.

²⁰ นักจิตบำบัด (Psychotherapist) ตามนิยามในมาตรา 609.341 ข้อ 17 “หมายถึง บุคคลซึ่งเป็นหรืออ้างว่าเป็น แพทย์ จิตแพทย์ พยาบาล ที่ปรึกษากรณีติดยาเสพติด นักสังคมสงเคราะห์ ที่ปรึกษาชีวิตคู่และครอบครัว ที่ปรึกษาอาชีพ หรือผู้ให้บริการรักษาสุขภาพจิต หรือบุคคลอื่นใดซึ่งทำการรักษาหรืออ้างว่าทำการรักษา ไม่ว่าบุคคลนั้นจะมีใบอนุญาตจากรัฐหรือไม่

²¹ โจทก์ (Complainant) ตามนิยามในมาตรา 609.341 ข้อ 13 “หมายถึง บุคคลที่ฟ้องว่ามีการกระทำความผิดทางเพศ แต่ไม่จำเป็นต้องเป็นบุคคลที่ลงลายมือชื่อในคำร้องทุกข์”

²² ผู้ป่วย (Patient) ตามนิยามในมาตรา 609.341 ข้อ 16 “หมายถึง บุคคลซึ่งมองหาหรือได้รับการบำบัดรักษาทางจิต”

(2) ผู้กระทำเป็นนักจิตบำบัดและโจทก์เป็นผู้ป่วยหรืออดีตผู้ป่วย โดยการกระทำซ้ำเรานั้นเกิดขึ้นจากการหลงกลว่าเป็นการรักษา ในกรณีนี้ให้ถือว่าความยินยอมของโจทก์นั้นไม่อาจยกเป็นข้อต่อสู้ได้

(3) ผู้กระทำสามารถกระทำซ้ำเราได้โดยใช้วิธีการหลอกลวงหรือการนำเสนว่าการซ้ำเรานั้นเป็นการกระทำโดยสุจริตเพื่อทำการรักษา ทั้งนี้ ให้ความยินยอมของโจทก์ไม่อาจถือเป็นข้อต่อสู้ได้

(4) ผู้กระทำเป็นหรืออ้างว่าเป็นสมาชิกของนักบวช และโจทก์มิได้เป็นคู่สมรสของผู้กระทำ ความผิด โดยปรากฏว่าการกระทำซ้ำเรานั้นเกิดขึ้นระหว่างช่วงระยะเวลาที่โจทก์ดำเนินการปรึกษาหารือส่วนตัวกับผู้กระทำเพื่อค้นหาหรือได้รับคำแนะนำ ความช่วยเหลือ หรือการสนับสนุนในทางศาสนา หรือทางจิตวิญญาณ ในกรณีให้ความยินยอมของโจทก์ไม่อาจเป็นข้อต่อสู้

(5) ผู้กระทำเป็นลูกจ้าง ผู้รับจ้างอิสระ อาสาสมัครของรัฐ มณฑล เมือง หรือในการบำบัดรักษาผู้ติดยาเสพติดในระบบต้องโทษ (Correctional System²³) แบบส่วนตัวซึ่งจัดให้ผู้เยาว์หรือผู้ใหญ่ หรือในสถานที่ให้บริการรักษาอย่างปลอดภัย (Secure Treatment Facility²⁴) หรือสถานที่ให้บริการรักษา (Treatment Facility²⁵) ซึ่งจัดให้กับผู้ใช้บริการที่กระทำความผิดเพราะป่วยทางจิต หรือเพราะเป็นบุคคลอันตรายในทางเพศ (Sexually Dangerous Person²⁶) หรือเป็นบุคคลที่มีบุคลิกภาพผิดปกติทางจิตเกี่ยวกับเพศ และให้รวมถึง เรือนจำ ศูนย์กักกัน สถานที่ทำงานนอกเรือนจำ (Work Release) และโจทก์เป็นผู้อาศัยในสถานที่นั้นหรืออยู่ภายใต้การดูแลของระบบต้องโทษ ทั้งนี้ ให้ถือว่าความยินยอมของโจทก์ในกรณีดังกล่าวนี้ไม่เป็นข้อต่อสู้

²³ ระบบการบำบัดรักษาผู้ติดยาเสพติด (Drug Treatment System) ของประเทศไทย มีอยู่ด้วยกัน 3 ระบบ ได้แก่ 1)ระบบสมัครใจ (Voluntary System) 2)ระบบต้องโทษ (Correctional System) และ 3)ระบบบังคับ (Compulsory System) อ้างอิงจาก ชาตรี ศรีนวลสนัด และวันชัย ศรีนวลสนัด, ความยินยอมในคดีอาญา ความผิดอันยอมความไม่ได้, หน้า.

²⁴ สถานที่ให้บริการรักษาอย่างปลอดภัย (Secure Treatment Facility) ตามคำนิยามในมาตรา 253B.02 ข้อ 18a “หมายถึงโรงพยาบาลมินเนโซตา แต่ไม่รวมถึงการบริการหรือโปรแกรมซึ่งโรงพยาบาลมินเนโซตาเป็นผู้ควบคุมดูแลนอกพื้นที่ที่มั่นคงปลอดภัย”

²⁵ สถานที่ให้บริการรักษา (Treatment Facility) ตามคำนิยามในมาตรา 253B.02 ข้อ 19 “หมายถึง โรงพยาบาล ศูนย์บริการสุขภาพทางจิตใจ หรือผู้ให้บริการรักษาอื่นๆซึ่งสามารถจัดการดูแลหรือให้การรักษาสำหรับบุคคลที่มีอาการป่วยทางจิต ผู้มีพัฒนาการช้า ผู้เสพติดยาหรือสารเคมี”

²⁶ การเป็นอันตรายทางเพศ (Sexually Dangerous) หมายถึง กลุ่มของพฤติกรรมทางเพศหรือเคยกระทำความผิดทางเพศมาก่อน เช่น การข่มขืน การร่วมเพศทางเวจมรรค ของบุคคลซึ่งอาจกระทำความผิดซ้ำหรืออาจก่อให้เกิดการบาดเจ็บอย่างร้ายแรง

(6) ผู้กระทำเป็นผู้ให้บริการหรือเป็นเจ้าของหน้าที่ของหน่วยงานซึ่งให้บริการทางคมนาคมพิเศษ และโจทก์เป็นผู้ใช้บริการ โดยการกระทำชำเราเกิดขึ้นก่อน หลัง หรือระหว่างที่ผู้กระทำขนส่งโจทก์ ทั้งนี้ ให้ถือว่าความยินยอมของโจทก์ไม่เป็นข้อต่อสู้

ทั้งนี้ไม่ว่าจะเป็นการกำหนดในรูปแบบข้อสันนิษฐานหรือกฎหมายปิดปากต่างก็เป็นข้อเท็จจริงที่ไม่อาจโต้แย้งได้อันเป็นกรณีที่มีกฎหมายกำหนดข้อเท็จจริงใดข้อเท็จจริงหนึ่งเอาไว้เป็นการเด็ดขาด ซึ่งอาจเป็นการกำหนดในลักษณะของข้อสันนิษฐานเด็ดขาด หรือในลักษณะกฎหมายปิดปากก็ได้ เพราะทั้งสองลักษณะนี้ให้ผลในทางการสืบพยานเหมือนกัน คือ คู่ความจะนำสืบพยานลักษณะเป็นประการอื่นมิได้ อีกทั้งยังมีผลผูกพันให้ศาลวินิจฉัยแตกต่างไปจากที่กฎหมายกำหนดไว้มิได้ด้วยเช่นเดียวกัน²⁷ อย่างไรก็ตามในส่วนของกฎหมายปิดปากนั้นมีข้อสังเกตประการหนึ่งเกี่ยวกับสถานะทางกฎหมายของกฎหมายปิดปากว่าควรจะจัดอยู่ในเรื่องใด เนื่องจากมีนักกฎหมายอีกกลุ่มหนึ่งได้ให้ความเห็นต่างออกไป โดยมิได้รวมเรียกกฎหมายปิดปากไว้ในส่วนของข้อเท็จจริงที่ไม่อาจโต้แย้งได้ แต่เป็นเรื่องของข้อยกเว้นที่ทำให้คู่ความไม่ต้องนำสืบพยานหลักฐานและเป็นกรณีต้องห้ามรับฟังพยานหลักฐานกรณีหนึ่ง และให้ผลทำนองเดียวกันกับข้อเท็จจริงที่ไม่อาจโต้แย้งได้²⁸ ทั้งนี้ ไม่ว่าจะมองว่ากฎหมายปิดปากเป็นเรื่องของกฎหมายห้ามรับฟังพยานหลักฐานชนิดหนึ่ง (Exclusionary Rule) ตามความเห็นที่สอง หรือจะมองว่าเป็นส่วนหนึ่งของข้อเท็จจริงที่ไม่อาจโต้แย้งได้ตามความเห็นแรก ต่างก็ส่งผลต่อคู่ความและศาลในทิศทางเดียวกัน คือ ห้ามมิให้นำสืบพยานหลักฐานโต้แย้งข้อเท็จจริงเป็นประการอื่น

ต่อไปจะเป็นการสรุปรายการตำแหน่งหน้าที่อันเป็นที่ได้รับความไว้วางใจหรือมีอำนาจเหนือผู้ถูกกระทำความผิดที่กฎหมายทั้งรัฐเท็กซัสและรัฐมินนิโซต้านำมาบัญญัติให้ไม่อาจนำสืบพยานหลักฐานโต้แย้งได้ว่ามีความยินยอมที่เกิดขึ้นจากกรณีดังกล่าว

²⁷ ธานี สิงหนาท, คำอธิบายพยานหลักฐานคดีแพ่งและคดีอาญา, พิมพ์ครั้งที่ 12 (กรุงเทพมหานคร: กรุงเทพมหานคร พับลิชชิง, 2557), หน้า 354.

²⁸ ไสภณ รัตนากร, คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน, หน้า 223.

ตารางที่ 3 การกำหนดองค์ประกอบความผิดทางเพศเกี่ยวกับความยินยอมของผู้เสียหายของ
สหรัฐอเมริกา (รัฐเท็กซัสและรัฐมินนิโซตา)

องค์ประกอบ ความผิด	รัฐเท็กซัส (Penal Code)	รัฐมินนิโซตา (Minnesota Statute 2014)
1. ตำแหน่งที่มี อำนาจ (Position of Authority)	ผู้กระทำเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่ง บังคับให้ผู้ยินยอมให้ประทุษร้าย ทางเพศ	1. ผู้กระทำเป็นลูกจ้าง ผู้รับจ้างอิสระ อาสาสมัครของรัฐ มณฑล เมือง หรือใน การบำบัดรักษาผู้ติดยาเสพติดในระบบ ต้องโทษแบบส่วนตัวซึ่งจัดให้ผู้เยาว์หรือ ผู้ใหญ่ หรือในสถานที่ให้บริการรักษาอย่าง ปลอดภัย หรือสถานที่ให้บริการรักษาซึ่ง จัดให้กับผู้ใช้บริการที่กระทำความผิด เพราะป่วยทางจิต หรือเพราะเป็นบุคคล อันตรายในทางเพศหรือเป็นบุคคลที่มี บุคลิกภาพผิดปกติทางจิตเกี่ยวกับเพศ และให้รวมถึง เรือนจำ ศูนย์กักกัน สถานที่ทำงานนอกเรือนจำ และโจทก์เป็น ผู้อาศัยในสถานที่นั้นหรืออยู่ภายใต้การ ดูแลของระบบต้องโทษ
2. ตำแหน่งที่ ได้รับความ ไว้วางใจ (Position of Trust)	1. ผู้ให้บริการดูแลรักษาสุขภาพ การสุขภาพจิตกระทำความผิดโดย อาศัยการพึ่งพาทางจิตใจ	2. ผู้กระทำเป็นเจ้าหน้าที่ของหน่วยงาน หรือเป็นผู้ให้บริการทางคมนาคมพิเศษ และโจทก์เป็นผู้ใช้บริการ โดยการกระทำ ซ้ำเราเกิดขึ้นก่อน หลัง หรือระหว่างที่ ผู้กระทำขนส่งโจทก์
	2. นักบวชกระทำความผิดโดย อาศัยการพึ่งพาทางจิตใจ	1. นักจิตบำบัด กระทำความผิดระหว่าง การบำบัดรักษาหรือระหว่างที่ยังคงมี ความสัมพันธ์ผู้ป่วยกับนักจิตบำบัดอยู่
		2. สมาชิกของนักบวช กระทำความผิด ระหว่างการปรึกษาหารือส่วนตัวซึ่ง

องค์ประกอบ ความผิด	รัฐเท็กซัส (Penal Code)	รัฐมินนิโซต้า (Minnesota Statute 2014)
		ผู้ถูกระงับการดำเนินการคำแนะนำ ความช่วยเหลือ หรือการสนับสนุนในทางศาสนา หรือจิตวิญญาณ หรือกระทำในช่วงระยะเวลาที่โจทก์ปรึกษาหารือส่วนตัว

5.3 การประยุกต์แนวคิดและทฤษฎีเพื่อปรับปรุงพัฒนาประมวลกฎหมายอาญาของไทยในเรื่องความผิดทางเพศต่อผู้อยู่ภายใต้อำนาจ ตำแหน่งหน้าที่ หรือความสัมพันธ์พิเศษ

เมื่อวิเคราะห์ถึงบทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญาของไทยเกี่ยวกับความผิดทางเพศต่อผู้อยู่ภายใต้อำนาจ ตำแหน่งหน้าที่ หรือความสัมพันธ์พิเศษพบว่ามาตรา 285 ประมวลกฎหมายอาญามีปัญหาเกี่ยวกับการตีความที่ไม่สอดคล้องกับความมุ่งหมายของบทบัญญัติที่มุ่งคุ้มครองเรื่องของการใช้อำนาจหรืออิทธิพลครอบงำเหนือผู้ถูกระงับเพื่อประโยชน์ในการกระทำความผิดทางเพศต่าง ๆ โดยมีขอบ ทำให้กฎหมายต้องกำหนดโทษของผู้กระทำความผิดหนักขึ้น อีกทั้งยังเป็นการบัญญัติเฉพาะรายบุคคลโดยไม่อาจปรับใช้กับบุคคลที่ใช้อำนาจหรืออิทธิพลในรูปแบบอื่นได้อย่างครอบคลุม ในส่วนนี้จึงต้องวิเคราะห์หาถ้อยคำที่เหมาะสมเพื่อเพิ่มเติมหรือแก้ไขบทบัญญัติในมาตรานี้ให้สอดคล้องกับความมุ่งหมายของบทบัญญัติซึ่งจะได้กล่าวโดยรายละเอียดในหัวข้อ 5.3.1

นอกจากนี้ในหัวข้อนี้ยังกล่าวถึงความเหมาะสมในการแก้ไขเรื่องความยินยอมของผู้เสียหายที่ตกอยู่ภายใต้อำนาจ ตำแหน่งหน้าที่ หรือความสัมพันธ์พิเศษของประเทศไทยนั้นควรเป็นเช่นไร แนวทางการบัญญัติเกี่ยวกับความยินยอมในความผิดทางเพศของต่างประเทศที่ได้กล่าวมาในหัวข้อ 5.2.2 นั้นมีความเหมาะสมหรือไม่ไว้ในหัวข้อที่ 5.3.2 และท้ายที่สุดจะเป็นการวิเคราะห์ถึงผลกระทบในการแก้ไขบทบัญญัติทางเพศต่อพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 และพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 ต่อไปในหัวข้อ 5.3.3

5.3.1 การแก้ไขถ้อยคำมาตรา 285 ประมวลกฎหมายอาญาที่เหมาะสมสำหรับความผิดทางเพศต่อผู้อยู่ภายใต้อำนาจ ตำแหน่งหน้าที่ หรือความสัมพันธ์พิเศษ

เมื่อพิจารณาถึงบทบัญญัติเกี่ยวกับความผิดทางเพศต่อผู้อยู่ภายใต้อำนาจ ตำแหน่งหน้าที่ หรือความสัมพันธ์พิเศษของต่างประเทศจะเห็นได้ว่าส่วนใหญ่แล้วมีการบัญญัติฐานความผิดแยกเอาไว้ โดยเฉพาะ แตกต่างกับการบัญญัติของประเทศไทยที่กำหนดเป็นเรื่องของเหตุฉกรรจ์เอาไว้ในมาตรา 285 และมาตรา 397 วรรคสาม เมื่อพิจารณาการตีความถ้อยคำในบทบัญญัติมาตรา 285 พบว่ามีปัญหาการตีความที่ไม่สอดคล้องกับความมุ่งหมายของบทบัญญัติ อีกทั้งยังไม่สามารถปรับใช้กับการกระทำความผิดทางเพศได้อย่างครอบคลุมเพียงพอ ดังที่ได้กล่าวมาในหัวข้อ 5.1 ดังนั้นในหัวข้อนี้จึงมุ่งพิจารณาถ้อยคำในฐานความผิดของต่างประเทศเพื่อค้นหาแนวทางการแก้ไขถ้อยคำเพื่อแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้น

ความผิดแต่ละบทบัญญัติของต่างประเทศพบว่าสามารถแบ่งแนวทางการบัญญัติได้เป็น 3 รูปแบบ คือ การบัญญัติองค์ประกอบความผิดส่วนผู้กระทำความผิด ผู้ถูกกระทำความผิด และความสัมพันธ์ระหว่างผู้กระทำกับผู้ถูกกระทำความผิด ซึ่งในมาตรา 285 ประมวลกฎหมายอาญาของประเทศไทยกำหนดเหตุที่ทำให้ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนักขึ้นที่สถานะของผู้ถูกกระทำ ดังนั้นการแก้ไขบทบัญญัตินี้จึงเห็นควรให้สอดคล้องกับรูปแบบเดิม กล่าวคือ ควรกำหนดสถานะของผู้ถูกกระทำให้ครอบคลุมขึ้น เนื่องจากปัญหาการบังคับใช้มาตรานี้เกิดขึ้นเพราะมีลักษณะการกำหนดที่แคบเกินไปไม่สอดคล้องกับความมุ่งหมายของกฎหมายที่ต้องการคุ้มครองผู้อยู่ภายใต้อำนาจหรืออิทธิพลของบุคคลอื่น

จากการศึกษาพบว่าในประเทศสวีเดนและแลนด์แก้ไขปัญหาดังกล่าวโดยบัญญัติถ้อยคำที่สามารถตีความได้อย่างครอบคลุมไว้ในมาตรา 192 คือ “บุคคลที่ต้องพึ่งพาอาศัย (Dependent Person)” อันอาจเทียบเคียงกับถ้อยคำในประมวลกฎหมายอาญาของไทยที่มีอยู่แล้วดังที่ปรากฏในมาตรา 292²⁹ ซึ่งกำหนดเอาไว้ว่าต้องเป็นการกระทำความผิดต่อ “บุคคลซึ่งต้องพึ่งตนในการดำรงชีพ

²⁹ มาตรา 292 “ผู้ใดกระทำความผิดด้วยการปฏิบัติอันทารุณ หรือด้วยปัจจัยคล้ายคลึงกันแก่บุคคลซึ่งต้องพึ่งตน ในการดำรงชีพหรือในการอื่นใด เพื่อให้บุคคลนั้นฆ่าตนเอง ถ้าการฆ่าตนเองนั้นได้เกิดขึ้นหรือได้มีการพยายามฆ่าตนเอง ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินเจ็ดปี และปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นสี่พันบาท”

หรือในการอื่นใด” เช่น ผู้ถูกกระทำเป็นลูกจ้างในโรงงานซึ่งพักอาศัยอยู่ร่วมกับนายจ้างผู้กระทำ ความผิด จึงเป็นกรณีของการพึ่งพาในการดำรงชีพ³⁰

ผู้เขียนมีความเห็นว่าสมควรให้นำแนวทางการบัญญัติถ้อยคำในลักษณะนี้มาแก้ไขเพิ่มเติม มาตรา 285 ประมวลกฎหมายอาญาของประเทศไทย เพื่อให้ครอบคลุมถึงบุตรนอกกฎหมายหรือเด็ก ที่อยู่ในความดูแลตามความเป็นจริงของบิดานอกกฎหมาย หลานที่อยู่ในความดูแลของลุงป้า น้าอา หรืออาจจะเป็นบุคคลอื่น ๆ ที่มีได้มีความสัมพันธ์ในลักษณะของครอบครัวหรือสายโลหิตกับเด็ก แต่ ผู้ถูกกระทำอยู่ในสถานะของการพึ่งพิงและอยู่ภายใต้อำนาจหรืออิทธิพลของผู้กระทำ ความผิด เช่น เด็กทำงานเป็นลูกจ้างพักอาศัยและอยู่ในความดูแลของนายจ้าง

อนึ่ง คำว่าผู้ต้องพึ่งพาผู้กระทำ ความผิด (Dependent Person) นั้นพบว่ามิผู้ให้ความหมาย เอาไว้ว่า หมายถึง บุคคลที่พึ่งพาอาศัยบุคคลอื่นโดยตรงเพื่อการดำรงอยู่ในสาระสำคัญ เนื่องด้วย เหตุผลทางเศรษฐกิจและรวมถึงการพึ่งพาอาศัยทางด้านจิตใจ (Emotional Dependency) ในการ ตัดสินใจ และควรสันนิษฐานว่าเด็กที่อายุต่ำกว่า 18 ปี และต้องพึ่งพาอาศัยการสนับสนุนทางด้าน การเงินจากบุคคลอื่น และควรรวมถึงผู้ไร้ความสามารถในการดูแล ทั้งนี้ ในการพิจารณาลักษณะของ การพึ่งพาในลักษณะของครอบครัวว่า การพึ่งพาในครอบครัวมิได้มีแต่เฉพาะครอบครัวเดี่ยวซึ่ง ประกอบไปด้วยบิดา มารดา บุตรผู้เยาว์ แต่บ่อยครั้งที่ปรากฏความสัมพันธ์ทางครอบครัวในลักษณะ ที่กว้างกว่าสายโลหิตโดยตรง ดังจะเห็นตัวอย่างได้จากในประเทศไทยเองสมาชิกในครอบครัวยังขยาย ไปถึงบิดามารดา พี่น้อง บุตรที่บรรลุนิติภาวะแล้ว ปู่ย่าตายาย ลุงป้า น้าอา หลาน เป็นต้น ทำให้สมาชิก ในครอบครัวเหล่านี้ต้องผูกพันทางการเงินและทางด้านจิตใจกับผู้เป็นหัวหน้าครอบครัวด้วย³¹

นอกจากนี้เพื่อความชัดเจนมากยิ่งขึ้นในการตีความบทบัญญัติในมาตรานี้ ยังสามารถกำหนด ข้อเท็จจริงส่วนความสัมพันธ์ระหว่างผู้กระทำกับผู้ถูกกระทำเพิ่มเติมเข้าไปในองค์ประกอบของ บทบัญญัติ ดังจะเห็นได้จากแนวทางของต่างประเทศที่มีการกำหนดองค์ประกอบทั้งส่วนผู้กระทำหรือ ผู้ถูกกระทำประกอบกับลักษณะความสัมพันธ์ เช่น ประมวลกฎหมายอาญาของประเทศเยอรมัน มาตรา 174c (1) ซึ่งกำหนดทั้งรายละเอียดผู้ถูกกระทำว่าต้องเป็นผู้เจ็บป่วยหรือพิการทางจิตใจ ดิตยา หรือเจ็บป่วยหรือพิการทางร่างกาย ซึ่งบุคคลเหล่านี้มีความไวใจและใช้ความสัมพันธ์ในการดูแลรักษา

³⁰ ไกรฤกษ์ เกษมสันต์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 288-366, หน้า 72.

³¹ United Nations High Commissioner for Refugee, "Family Reunification in the Context of Resettlement and Integration," ใน *The principle of dependency*(Geneva 2001).

โดยมิชอบ เช่นเดียวกับประมวลกฎหมายอาญาของประเทศสวีเดนแลนด์ ซึ่งกำหนดทั้งฐานะผู้ถูกระทำว่าเป็นบุคคลที่ต้องพึ่งพาอาศัยและมีการใช้ความสัมพันธ์จากการให้คำปรึกษา การรักษา หรือดูแล ดังนั้นจึงอาจนำแนวทางการบัญญัติในลักษณะนี้มาปรับใช้ได้ โดยเพิ่มถ้อยคำเกี่ยวกับลักษณะความสัมพันธ์ประกอบเข้าไป ดังนั้นจึงเสนอให้แก้ไขโดยนำเอาถ้อยคำของความสัมพันธ์ระหว่างผู้กระทำกับผู้ถูกระทำในประมวลกฎหมายอาญาของประเทศสวีเดนแลนด์ มาตรา 193 ซึ่งบัญญัติว่า “ความสัมพันธ์ที่ต้องพึ่งพาอาศัยจากการทำงาน (Dependent Relationship Based on Employment) หรือการอื่นใด (Another Dependent Relationship)” มาประกอบเป็นตัวอย่างการแก้ไข โดยบัญญัติตัวผู้ถูกระทำเพิ่มเติมโดยประกอบกับถ้อยคำในส่วนนี้เข้าไปในมาตรา 285

อย่างไรก็ตามมีข้อสังเกตประการหนึ่งว่าการบัญญัติในรูปแบบนี้มีใช้การบัญญัติในรูปแบบใหม่ที่ไม่เคยมีใช้มาก่อนในประมวลกฎหมายอาญา เพราะเมื่อนำมาเปรียบเทียบกับถ้อยคำในมาตรา 292 จะพบว่าบทบัญญัตินี้ก็มีกรบัญญัติรายละเอียดผู้ถูกระทำโดยนำเรื่องความสัมพันธ์ที่ต้องพึ่งพาในการดำรงชีพหรือในการอื่นใดเสริมความหมายเข้าไปเพื่อความชัดเจนด้วยเช่นเดียวกัน

นอกจากการแก้ไขเพิ่มเติมลักษณะผู้ถูกระทำดังที่กล่าวมาข้างต้น พบว่าเพื่อแก้ไขปัญหาการตีความความหมายของคำว่าในความปกครองให้ต้องตรงกับความมุ่งหมายของบทบัญญัติโดยไม่มีข้อโต้แย้งว่าต้องตีความตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เพียงอย่างเดียว จึงควรบัญญัติคำว่า “ความดูแล” เพิ่มเติมในลักษณะเดียวกับมาตรา 317³² ซึ่งกำหนดกำหนดความผิดกรณีพรากเด็กไปจากผู้ปกครองและผู้ดูแล ซึ่งทำให้ความผิดฐานนี้สามารถปรับใช้กับความดูแลตามความเป็นจริง อีกทั้งยังช่วยให้เกิดความชัดเจนในการปรับใช้เพื่อให้ถูกต้องตามเจตนารมณ์ของบทบัญญัตินี้ดังกล่าว

ต่อไปจะเป็นการวิเคราะห์ความเหมาะสมในการแก้ไขบทบัญญัติเกี่ยวกับความผิดทางเพศในส่วนของความยินยอมของผู้เสียหายตามแนวทางของสหรัฐอเมริกาว่ามีข้อดีหรือข้อได้เปรียบประการใด เพื่อนำไปสู่ผลสรุปถึงความเหมาะสมว่าควรนำมาปรับใช้กับประเทศไทยหรือไม่

³² มาตรา 317 “ผู้ใดโดยปราศจากเหตุอันสมควร พรากเด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปีไปเสียจากบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแล ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สามปีถึงสิบห้าปี และปรับตั้งแต่หกพันถึงสามหมื่นบาท”

5.3.2 ความเหมาะสมในการแก้ไขเรื่องความยินยอมในความผิดทางเพศต่อผู้อยู่ภายใต้ อำนาจ ตำแหน่งหน้าที่ หรือความสัมพันธ์พิเศษ

ความผิดทางเพศที่เกิดขึ้นจากการใช้ประโยชน์จากอำนาจ ตำแหน่งหน้าที่ หรือความสัมพันธ์พิเศษที่ผู้กระทำมีเหนือผู้ถูกระงับและทำให้บุคคลนั้น ๆ ต้องยินยอมให้กระทำการทางเพศนั้น มีประเด็นต้องพิจารณาถึงความเหมาะสมของการแก้ไขบทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญาเกี่ยวกับความยินยอมของผู้เสียหาย เนื่องจากในสหรัฐอเมริกา รัฐเท็กซัสและรัฐมินนิโซต้ามีแก้ไขปัญหาดังกล่าวโดยนำเรื่องข้อสันนิษฐานเด็ดขาดและกฎหมายปิดปากมาบัญญัติเอาไว้ในบทบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศ เป็นผลทำให้ผู้กระทำความผิดไม่อาจพิสูจน์พยานหลักฐานให้แตกต่างจากที่กฎหมายกำหนดไว้ ดังที่ได้อธิบายแล้วในหัวข้อ 5.2.2 ซึ่งการกำหนดในลักษณะดังกล่าวพบว่าข้อดีอยู่หลายประการ ได้แก่

(1) ช่วยอำนวยความสะดวกแก่คดี เนื่องจากบางกรณีคู่ความฝ่ายหนึ่งมีความได้เปรียบอย่างมากในการต่อสู้คดี³³ และในกรณีของการกระทำความผิดทางเพศที่มีการใช้อำนาจ ตำแหน่งหน้าที่ หรือความสัมพันธ์พิเศษนั้นพบว่าผู้กระทำความผิดมีความได้เปรียบด้านการต่อสู้คดีในประเด็นเกี่ยวกับความยินยอม เพราะลักษณะความสัมพันธ์ที่มีเรื่องอิทธิพลหรืออำนาจเหนือตัวผู้ถูกระงับเข้ามาเกี่ยวข้องทำให้บุคคลนั้นไม่อาจต่อสู้ขัดขืนและต้องจำยอมให้กระทำการใด ๆ ในทางเพศกับตน การหาพยานหลักฐานเพื่อพิสูจน์ถึงร่องรอยการขัดขืนทางร่างกาย การข่มขู่ว่าจะใช้กำลังประทุษร้าย หรือการอยู่ในภาวะที่ไม่อาจขัดขืนจึงเป็นไปได้ยาก การบัญญัติกฎหมายในลักษณะนี้จึงช่วยลดความได้เปรียบของผู้กระทำและเกิดความยุติธรรมแก่คดี

(2) ช่วยแก้ไขปัญหาการพิสูจน์ข้อเท็จจริงที่พิสูจน์ได้ยากลำบาก³⁴ จะเห็นได้ว่าประโยชน์ในข้อนี้สืบเนื่องมาจากประโยชน์ในข้อแรกที่กำหนดข้อสันนิษฐานเด็ดขาดและกฎหมายปิดปากนั้น ช่วยอำนวยความสะดวกเพราะผู้กระทำความผิดได้เปรียบได้การพิสูจน์ เนื่องจากการขัดขืนไม่ยินยอมในกรณีที่ผู้กระทำอยู่ภายใต้อำนาจ ตำแหน่งหน้าที่ หรือความสัมพันธ์พิสูจน์ได้ยากลำบาก ทำ

³³ เข็มชัย ชูติวงศ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน, พิมพ์ครั้งที่ 9 (กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2557), หน้า 54.

³⁴ ปวีณี ไพรทอง, "ปัญหาการนำบทสันนิษฐานเด็ดขาดมาใช้ในพระราชบัญญัติยาเสพติดให้โทษ พ.ศ. 2522" (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารคดี, สาขานิติศาสตร์, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2551), หน้า 16.

ให้หากมีการกำหนดข้อสันนิษฐานเด็ดขาดและกฎหมายปิดปากจะช่วยลดภาระการพิสูจน์และแก้ไข ปัญหาในส่วนนี้ได้

(3) ช่วยอำนวยความสะดวกในการพิจารณาคดี เนื่องจากหลักการของกฎหมายลักษณะ พยานมิได้ต้องการให้มีการสืบพยานจนไม่มีที่สิ้นสุด แม้ว่าจุดประสงค์หลักของกฎหมายลักษณะพยาน คือ การค้นหาข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นให้ปรากฏในการพิจารณาคดี แต่ศาลมีทรัพยากรและเวลาอยู่จำกัด ทำให้ไม่อาจให้มีการสืบสวนอย่างไร้ข้อจำกัด การกำหนดบทสันนิษฐานเด็ดขาดและกฎหมายปิดปาก ในลักษณะนี้จึงสามารถช่วยแก้ปัญหาและทำให้เกิดความคล่องตัวในการพิจารณาคดีมากขึ้น เพราะ การกำหนดบทสันนิษฐานเด็ดขาดนั้นมักจะสอดคล้องกับธรรมชาติของข้อเท็จจริงที่น่าจะเป็นไปได้ หากมีข้อเท็จจริงอย่างใดอย่างหนึ่งเกิดขึ้นแล้ว อีกทั้งยังสอดคล้องกับหลักความเป็นธรรมและความ ถูกต้อง เนื่องจากหากผู้กระทำความผิดมีอำนาจ ตำแหน่งหน้าที่ หรือความสัมพันธ์พิเศษเหนือตัว ผู้ถูกกระทำ โดยธรรมชาติแล้วผู้ถูกกระทำย่อมรู้สึกกดดัน ขาดอิสระในการเลือกที่จะปฏิเสธมีความ กังวลถึงผลกระทบที่ผู้กระทำอาจก่อให้เกิดผลเสียกับตน แม้ไม่ใช่การชู้ให้กลัวว่าจะมีการประทุษร้าย ต่อร่างกาย ทรัพย์สิน ชื่อเสียงโดยตรง แต่อำนาจที่ครอบงำเหนือผู้ถูกกระทำนี้ทำให้ไม่มีความยินยอม ที่แท้จริงในกรณีดังกล่าว

อย่างไรก็ตามแม้การกำหนดบทบัญญัติเกี่ยวกับความผิดทางเพศในลักษณะของข้อสันนิษฐาน เด็ดขาดและกฎหมายปิดปาก ซึ่งมีผลทำให้ข้อเท็จจริงที่กฎหมายกำหนดนั้นเป็นข้อเท็จจริงที่ผู้กระทำความ ผิดหรือจำเลยไม่อาจโต้แย้งได้จะมีข้อดีดังที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น แต่พบว่าการกำหนด บทบัญญัติในลักษณะดังกล่าวยังมีข้อโต้แย้งถึงความเหมาะสมในการนำมาบัญญัติไว้ในประมวล กฎหมาย เพราะโดยธรรมชาติของการกระทำความผิดทางเพศส่วนใหญ่ไม่ได้มีการกระทำอย่างชัดเจน หรือในที่ที่พบเห็นได้ง่ายและกระทำในที่รโหฐานที่ไม่มีผู้พบเห็นมากนัก ทำให้เรื่องของการพิสูจน์ พยานเกี่ยวกับความยินยอมเป็นเรื่องยากที่จะบอกว่าไม่มีความยินยอมจริงตามที่กฎหมายกำหนด หรือไม่ แม้ส่วนใหญ่โดยสภาพแล้วจะพึงคาดหมายได้ว่าบุคคลที่อยู่ในอำนาจหรืออิทธิพลจำไม่ยินยอม ก็ตาม แต่มิได้หมายความว่าข้อเท็จจริงย่อมเป็นเช่นนั้นเสมอไป เพราะบางครั้งผู้ถูกกระทำก็มีการ เสนอหรือเต็มใจให้มีการกระทำการในทางเพศกับตนเพื่อแลกกับผลประโยชน์ที่ผู้มีอำนาจหรืออิทธิพล เหนือจะเอื้ออำนวยแก่ตนได้ ไม่ว่าจะเป็นการก้าวหน้าในหน้าที่การงาน ความสะดวกในชีวิตและ ทรัพย์สิน จึงเป็นการตัดสินใจยินยอมโดยมิได้อยู่ภายใต้อำนาจหรืออิทธิพลทำให้จำต้องยอมให้กระทำ ความผิดกับตน การสันนิษฐานเด็ดขาดหรือกำหนดเป็นกฎหมายปิดปากในลักษณะดังกล่าวจึงเป็น

ผลร้ายกับผู้กระทำความผิดอย่างยิ่ง อีกทั้งการบัญญัติกฎหมายไม่ควรคำนึงแต่ประโยชน์ของฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจนกระทบสิทธิของอีกฝ่ายมากเกินไป เพราะเพียงแค่ผู้ถูกกระทำมีตำแหน่ง อำนาจ หรือความสัมพันธ์พิเศษที่มีอิทธิพลเหนือผู้ถูกกระทำในด้านใดด้านหนึ่งย่อมไม่เพียงพอที่จะสรุปได้ว่าผู้ถูกกระทำจะต้องจำยอมเพราะอำนาจครอบงำนั้นเสมอไป ในทางกลับกันด้วยตำแหน่ง อำนาจ หรือความสัมพันธ์พิเศษเหล่านี้อาจกลายเป็นแรงจูงใจให้ผู้ถูกกระทำเต็มใจเข้ามาเกี่ยวข้องการกระทำทางเพศก็เป็นได้

กล่าวโดยสรุป ผู้เขียนมีความเห็นว่าในส่วนของข้อกำหนดเพิ่มเติมในบทบัญญัติความผิดทางเพศโดยนำเอาข้อสันนิษฐานเด็ดขาดหรือกฎหมายปิดปากตามประมวลกฎหมายอาญาของรัฐเท็กซัสหรือพระราชบัญญัติของรัฐมินนิโซต้าไม่ควรนำมาปรับใช้กับประเทศไทย เพราะการบัญญัติข้อสันนิษฐานหรือกฎหมายปิดปากทำให้ผู้กระทำความผิดไม่อาจสืบพยานให้แตกต่างไปได้ว่าผู้เสียหายให้ความยินยอมนั้นกระทบต่อหลักการพื้นฐานทางอาญาหลายประการดังที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น อีกทั้งยังอาจก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมกับผู้กระทำที่มีอำนาจหรืออิทธิพลเหนือกว่าผู้ถูกกระทำ และกลายเป็นช่องทางทำให้ผู้ที่มีสถานะด้อยกว่าใช้ประโยชน์จากบทบัญญัติในการเรียกร้องประโยชน์ อันจะก่อปัญหาทางสังคมเพิ่มเติมมากกว่าจะเป็นประโยชน์ ทั้งนี้ ในด้านการคุ้มครองผู้เสียหายในลักษณะดังกล่าวพบว่า ในประมวลกฎหมายอาญามีการตราบทบัญญัติให้หากมีการกระทำครอบงำประกอบความผิดทางเพศตามที่ระบุในมาตรา 285 ซึ่งกำหนดให้ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนักขึ้นเพื่อประโยชน์ในการข่มขู่ป้องกันอาชญากรรมได้อยู่แล้ว

นอกจากนี้ตามหลักทั่วไปเรื่องความยินยอมนั้นพบว่าหากความยินยอมเกิดขึ้นจากการข่มขู่ยอมทำให้ความยินยอมนั้นเป็นความยินยอมที่ไม่บริสุทธิ์ ทำให้ผู้กระทำความผิดจึงไม่อาจอ้างความยินยอมของผู้เสียหายที่เกิดขึ้นจากกรณีนี้ทำให้ไม่มีความผิดได้ ซึ่งความหมายของการข่มขู่ นั้น รวมถึงกรณีการใช้อำนาจครอบงำผิดคลองธรรมที่แม้จะไม่มี การแสดงออกทางกายภาพชัดเจนดังเช่นกรณีของการใช้กำลังประทุษร้ายหรือก่อให้เกิดความหวาดกลัวว่าจะเกิดอันตรายต่อผู้เสียหายหรือบุคคลอื่น ฉะนั้นเมื่อปรากฏข้อเท็จจริงในการพิจารณาถือว่าผู้เสียหายตกอยู่ภายใต้หรืออำนาจครอบงำของผู้กระทำความผิด และผู้กระทำความผิดใช้อำนาจหรืออิทธิพลนั้นโดยไม่ชอบเพื่อทำให้ผู้เสียหายยินยอมให้กระทำความผิดทางเพศต่าง ๆ ย่อมทำให้ความยินยอมของผู้เสียหายนั้นไม่บริสุทธิ์และถือว่าไม่มีความยินยอมในกรณีดังกล่าวอยู่ในตัวเอง ดังนั้นหลักความยินยอมทั่วไปจึงสามารถนำมาปรับใช้

กับข้อเท็จจริงในลักษณะนี้ได้ และเป็นการไม่สมควรที่จะนำแนวทางการบัญญัติตามแนวทางของกฎหมายอาญาในรัฐเท็กซัสและรัฐมินนิโซต้าที่กล่าวมาข้างต้นปรับใช้กับประเทศไทยแต่อย่างใด

5.3.3 ผลกระทบจากการแก้ไขมาตรา 285 ประมวลกฎหมายอาญาต่อการบังคับใช้

พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 และพระราชบัญญัติข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551

ความผิดทางเพศต่อผู้อยู่ภายใต้อำนาจ ตำแหน่งหน้าที่ หรือความสัมพันธ์พิเศษนั้นมิได้มีเฉพาะแต่ที่ปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายอาญา ยังมีกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดทางเพศกรณีการล่วงเกินหรือคุกคามทางเพศ ได้แก่ พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 และพระราชบัญญัติข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 ดังนั้นเมื่อต้องแก้ไขมาตรา 285 ตามที่ได้วิเคราะห์มาแล้วในหัวข้อ 5.3.1 จึงมีความจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องพิจารณาต่อไปถึงผลกระทบต่อการบังคับใช้พระราชบัญญัติทั้งสอง ฉะนั้นเนื้อหาในส่วนนี้จึงแบ่งการอธิบายถึงผลกระทบดังกล่าวออกเป็น 2 ส่วน ตามกฎหมายแต่ละฉบับ ดังต่อไปนี้

(1) ผลกระทบจากการแก้ไขมาตรา 285 ประมวลกฎหมายอาญาต่อการบังคับใช้

พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541

หากมีการแก้ไขถ้อยคำเพิ่มเติมต่อท้ายมาตรา 285 ประมวลกฎหมายอาญาว่า “ผู้ซึ่งต้องพึ่งตนในความสัมพันธ์จากการทำงานหรือการอื่นใด” พบว่าไม่มีผลกระทบโดยตรงต่อการบังคับใช้ในส่วนของมาตรา 16 พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงานซึ่งกำหนดห้ามมิให้นายจ้าง หัวหน้างาน ผู้ตรวจงาน หรือผู้ควบคุมงานล่วงเกินหรือคุกคามทางเพศต่อลูกจ้าง เนื่องด้วยการกระทำที่เป็นความผิดในมาตรา 16 พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 เป็นการกระทำในลักษณะของการล่วงเกินหรือคุกคามทางเพศ ในขณะที่การกระทำที่เป็นความผิดในมาตรา 285 คือ การข่มขืนกระทำชำเรา การอนาจาร การเป็นธุระจัดหา ล่อ หรือพาไปเพื่อสนองความใคร่ผู้อื่น ดังนั้นจะเห็นได้ว่าเป็นการกระทำในคนละรูปแบบการกระทำความผิด โดยเฉพาะในการกระทำชำเราและอนาจารที่มีชั้นความรุนแรงของการกระทำที่แตกต่างจากล่วงเกินคุกคามทางเพศ จึงทำให้การแก้ไขถ้อยคำในมาตรา 285 มิได้ส่งผลกระทบต่อการใช้มาตรา 16 พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 ที่มีอยู่แต่เดิมแม้แต่น้อย กล่าวคือ บทบัญญัตินี้ยังคงบังคับใช้ได้โดยปกติหากยังเป็นการกระทำในชั้นของการล่วงเกินหรือคุกคามทางเพศ

อย่างไรก็ดีหากการกระทำนั้นเข้าองค์ประกอบความผิดฐานการข่มขืนกระทำชำเราตาม มาตรา 276 และมาตรา 277 ความผิดฐานอนาจารตามมาตรา 278 และมาตรา 279 หรือความผิด ฐานเป็นธูระจัดหา ล่อ หรือพาไปเพื่อสนองความใคร่ของผู้อื่นตามมาตรา 282 และมาตรา 283 และ ผู้กระทำเป็นผู้ที่ถูกจ้างต้องพึงพาในความสัมพันธ์จากการทำงาน เช่น กรณีของนายจ้างกระทำ ความผิดต่อลูกจ้างย่อมต้องระวางโทษหนักขึ้นหนึ่งในสามจากความผิดฐานนั้น ๆ ทั้งนี้เป็นหน้าที่ของ ลูกจ้างผู้กล่าวหาในการพิสูจน์องค์ประกอบให้เข้าเงื่อนไขในลักษณะดังกล่าว หากเป็นแต่เพียงในฐานะ ผู้ร่วมงานทั่วไปแม้มีความสัมพันธ์ในการทำงานก็ยังไม่ครบองค์ประกอบที่กฎหมายกำหนด ดังนั้นใน กรณีจึงต้องพิจารณาตามข้อเท็จจริงเป็นรายกรณีไปว่าลูกจ้างหรือผู้ที่อยู่ในความสัมพันธ์ทางการ ทำงานเป็นผู้ซึ่งต้องพึงพาผู้กระทำความผิดหรือไม่

นอกจากผลกระทบต่อการบังคับใช้บทบัญญัติที่ได้กล่าวมาข้างต้นยังมีข้อพิจารณาต่อไปอีก ประการหนึ่งว่าหากมีการแก้ไขถ้อยคำในมาตรา 285 ให้ครอบคลุมที่ปัญหาและสอดคล้องกับความมุ่ง หมายของบทบัญญัติมากขึ้นโดยเพิ่มเติมถ้อยคำว่าผู้ซึ่งต้องพึงพาในความสัมพันธ์ทางการทำงานหรือ การอื่นใดเข้ามานั้นจะกระทบต่อการลงทุนหรือไม่ เนื่องจากกฎหมายแรงงานเป็นกฎหมายสำคัญที่ ผู้ประกอบการหรือผู้ลงทุนทั้งหลายต้องปฏิบัติตามบทบัญญัติในกฎหมายฉบับนี้ ข้อพิจารณาจำต้อง ย้อนไปดูถึงประเทศซึ่งเป็นตัวอย่างในการนำถ้อยคำในลักษณะดังกล่าวมาใช้ คือ ประเทศ สวิตเซอร์แลนด์ว่าการมีบทบัญญัติดังกล่าวส่งผลเสียต่อการลงทุนของประเทศสวิตเซอร์แลนด์หรือไม่

จากการศึกษาพบว่าแม้ประเทศสวิตเซอร์แลนด์จะมีบทบัญญัติเกี่ยวกับความผิดทางอาญา กรณีผู้กระทำเป็นผู้ซึ่งต้องพึงพาผู้กระทำความผิดในการทำงานหรือในการอื่นใดเอาไว้ในมาตรา 193 อย่างชัดเจนแต่อัตราการเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจของประเทศสวิตเซอร์แลนด์ยังอยู่ในเกณฑ์ที่ดี พบว่าเศรษฐกิจของประเทศสวิตเซอร์แลนด์นั้นมีอัตราการว่างงานน้อย มีการบังคับใช้กฎหมาย แรงงานอย่างมีประสิทธิภาพ และรายได้เฉลี่ยของประชากรต่อปีสูง³⁵ โดยในค.ศ. 2014 ซึ่งเป็นปีที่ ประมวลกฎหมายอาญาของประเทศสวิตเซอร์แลนด์ฉบับที่อ้างอิงในวิทยานิพนธ์เล่มนี้บังคับใช้³⁶ การ เจริญเติบโตทางเศรษฐกิจทั้งปีเพิ่มขึ้นร้อยละ 2.0 ในขณะที่ปีก่อนหน้าการเจริญเติบโตเพิ่มขึ้นร้อยละ

³⁵ "Switzerland Gdp Growth Rate," [Online] Accessed: 28 April 2015. Updated: 28 April 2015.

Available from: <http://www.tradingeconomics.com/switzerland/gdp-growth>

³⁶ ประมวลกฎหมายอาญาของประเทศสวิตเซอร์แลนด์เริ่มใช้มาตั้งแต่ 21 ธันวาคม ค.ศ. 1937 โดยฉบับที่อ้างอิงใน วิทยานิพนธ์เล่มนี้เริ่มบังคับใช้เมื่อ 1 กรกฎาคม ค.ศ. 2014

1.9³⁷ ดังนี้แม้ว่าปัจจัยที่ทำให้การเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจจะมีได้มาจากตัวกฎหมายแรงงานแต่เพียงอย่างเดียว แต่การมีบทบัญญัติกฎหมายแรงงานที่มีประสิทธิภาพ รวมถึงบทบัญญัติเพื่อคุ้มครองลูกจ้างไม่ให้ถูกล่วงเกินในทางเพศย่อมช่วยส่งเสริมให้เศรษฐกิจโดยรวมของประเทศและการลงทุนเป็นไปด้วยดี เพราะทางด้านผู้ลงทุนหรือผู้ประกอบการย่อมมุ่งหวังผลกำไรจากการประกอบธุรกิจหรือการลงทุน ซึ่งการทำให้การประกอบการดำเนินไปได้อย่างราบรื่นนั้นการบัญญัติความผิดทางอาญาขึ้นเพื่อป้องกันมิให้เกิดการคุกคามลูกจ้างนั้นช่วยลดผลกระทบโดยตรงต่อทั้งบรรยากาศการทำงาน ความเชื่อใจและความร่วมมือในการทำงานระหว่างลูกจ้าง ทั้งยังทำให้ลูกจ้างผู้ถูกล่วงละเมิดในทางเพศต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นการคุกคาม อนาคต หรือกระทำชำเราตั้งใจในการทำงาน และในบางครั้งยังช่วยลดความสูญเสียบุคลากรที่มีคุณภาพไปจากบริษัท³⁸ ส่งผลทำให้การทำงานในบริษัทดียิ่งขึ้น

นอกจากนี้ยังปรากฏผลการวิจัยของคณะกรรมการพิทักษ์ระบบคุณธรรมของสหรัฐอเมริกา (Merit System Protection Board) ซึ่งเป็นองค์กรอิสระกึ่งตุลาการมีหน้าที่ในการรักษาให้การบริหารงานบุคคลในภาครัฐปลอดจากพฤติกรรมที่มิชอบ³⁹ ได้ประเมินรายงานของรัฐกลางที่เกิดขึ้นจากการล่วงเกินหรือคุกคามทางเพศในช่วงระยะเวลากว่าสองปีมีมูลค่าเท่ากับ 189 ล้านเหรียญสหรัฐ โดยรายงานสูงสุดเกิดขึ้นจากการสูญเสียผลผลิตของกลุ่มหรือรายบุคคลซึ่งได้รับรายงานมาจากผู้ถูกล่วงเกินทางเพศ⁴⁰ จากผลการศึกษานี้จึงแสดงให้เห็นถึงการกระทำทางเพศเฉพาะในส่วนของการล่วงเกินหรือคุกคามทางเพศในหน่วยงานรัฐยังก่อให้เกิดการสูญเสียทรัพยากรที่ไม่จำเป็นในปริมาณมาก ดังนั้นการกระทำผิดทางเพศอื่น ๆ เช่น การข่มขืนกระทำชำเรา การอนาจารเองย่อมก่อให้เกิดการสูญเสียค่าใช้จ่ายเหล่านี้ด้วยเช่น ฉะนั้นการกำหนดบทบัญญัติในลักษณะนี้จึงส่งผลดีต่อเศรษฐกิจ การลงทุน และผลประโยชน์โดยรวมมากกว่า เนื่องจากบทบัญญัติที่กำหนดขึ้นเพื่อป้องกันการกระทำผิดดังกล่าวนั้นนอกจากจะช่วยเพิ่มประสิทธิภาพในการทำงานในองค์กรธุรกิจ

³⁷ Rida Husna, "Swiss Gdp Growth Better Than Expected in Q4," [Online] Accessed: 28 April 2015.

Updated: 3 March 2015. Available from: <http://www.tradingeconomics.com/switzerland/gdp-growth>

³⁸ Equality, F. O. f. G., "Sexual Harassment in the Workplace: A Guide for Employees," 5.

³⁹ วิสูตร ประสิทธิ์ศิริวงศ์, "คณะกรรมการพิทักษ์ระบบคุณธรรมของสหรัฐอเมริกา" [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 28 เมษายน 2558. แหล่งที่มา:

⁴⁰ Diana E.H. Russell, *Sexual Exploitation*, 1 ed. (California, United states of America: SAGE Publication, 1984).

ยังลดการสูญเสียทรัพยากรและค่าใช้จ่ายที่อาจเกิดขึ้นเมื่อมีการกระทำความผิดทางเพศต่อลูกจ้างอีกด้วย

ต่อไปจะเป็นการวิเคราะห์ถึงผลกระทบจากการแก้ไขถ้อยคำในมาตรา 285 ต่อความผิดทางวินัยของข้าราชการตามที่บัญญัติเอาไว้ในพระราชบัญญัติข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551

(2) ผลกระทบจากการแก้ไขมาตรา 285 ประมวลกฎหมายอาญาต่อการบังคับใช้

พระราชบัญญัติข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551

ในพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 มีบทบัญญัติว่าด้วยข้อห้ามและความผิดทางวินัยเกี่ยวกับการล่วงเกินหรือคุกคามทางเพศอยู่ในมาตรา 83 และมาตรา 84 ซึ่งการกระทำในลักษณะดังกล่าวเป็นการกระทำความผิดทางเพศในรูปแบบหนึ่ง อย่างไรก็ตามการกระทำความผิดในลักษณะของการข่มขืนกระทำชำเรา อนาจาร หรือเป็นรัฐประหาร ล่อ หรือพาไปเพื่อสนองความใคร่ของผู้อื่นซึ่งเป็นรูปแบบการกระทำความผิดที่บัญญัติในมาตรา 285 ประมวลกฎหมายอาญานั้นมิได้มีการบัญญัติให้เป็นการกระทำที่ผิดวินัยโดยตรงดังเช่นที่ปรากฏอยู่ในสองมาตราดังกล่าว แต่การกระทำความผิดทางเพศ เช่น การข่มขืนกระทำชำเรา พบว่าเคยมีคำวินิจฉัยของศาลปกครองถึงกรณีข้าราชการสาธารณสุขชุมชนพยายามข่มขืนข้าราชการอีกคนหนึ่งและถูกฟ้องเป็นคดีอาญาโดยพนักงานอัยการแล้ว ให้เป็นการกระทำที่การผิดวินัยอย่างร้ายแรงและลงโทษให้ปลดออก ดังนั้นจะเห็นได้ว่าการกระทำความผิดทางเพศในกรณีอื่นก็มีความสัมพันธ์กับการลงโทษทางวินัยเช่นเดียวกัน มิใช่แต่เฉพาะในส่วนของการล่วงเกินหรือการคุกคามทางเพศเท่านั้นที่จะทำให้ข้าราชการผู้กระทำความผิดมีความผิดวินัยตามพระราชบัญญัติฉบับนี้ ฉะนั้นหากมีการแก้ไขถ้อยคำเกี่ยวกับเหตุการณ์ในมาตรา 285 ดังที่ได้เสนอไปก่อนหน้านี้ จึงมีประเด็นจะต้องวิเคราะห์ถึงผลกระทบต่อการผิดวินัยของข้าราชการต่อไปด้วย

ดังนั้นจะเห็นได้ว่าการกระทำความผิดระบุไว้ในมาตรา 285 นี้ซึ่งกระทำโดยข้าราชการที่มีตำแหน่งสูงซึ่งมีอำนาจบังคับบัญชาเหนือข้าราชการที่อยู่ในความดูแล อันเป็นผลทำให้ข้าราชการนั้นอยู่ในสถานะผู้ต้องพึ่งพาผู้กระทำความผิดในความสัมพันธ์ทางการทำงาน และทำให้ผู้กระทำต้องระวางโทษหนักขึ้นหนึ่งในสามจากฐานความผิดที่กระทำ ทั้งนี้ไม่ว่าจะเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราอนาจาร หรือเป็นรัฐประหาร ล่อ หรือพาไปเพื่อสนองความใคร่ของผู้อื่นต่างก็มีระวางโทษขั้นต่ำเป็นโทษจำคุกด้วยกันทั้งสิ้น ฉะนั้นหากศาลมีคำพิพากษาถึงที่สุดให้ข้าราชการผู้นั้นได้รับโทษจำคุก

ยอมทำให้การกระทำนั้นของข้าราชการเป็นความผิดวินัยร้ายแรงตามมาตรา 85 (6) ซึ่งกำหนดให้การกระทำความผิดอาญาจนได้รับโทษจำคุกหรือโทษที่หนักกว่าโทษจำคุก โดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุกหรือให้รับโทษที่หนักกว่าโทษจำคุกโดยอัตโนมัติทันที

อย่างไรก็ดีระวางโทษของความผิดทั้ง 3 ลักษณะที่บัญญัติอยู่ในมาตรา 285 นั้นพบว่ามีได้มีแต่โทษจำคุกเท่านั้น ศาลมีดุลพินิจในการลงโทษปรับอย่างเดียวได้เช่นเดียวกัน ดังนี้หากศาลลงแต่เพียงโทษปรับ การกระทำความผิดตามมาตรา 285 นี้ย่อมไม่เข้าองค์ประกอบความผิดทางวินัยร้ายแรงมาตรา 85 (6) แต่อาจมีความผิดวินัยร้ายแรงได้หากมีลักษณะเป็นการประพฤติชั่วอย่างร้ายแรงตามมาตรา 85 (4) ซึ่งขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงเป็นรายกรณีไป ทั้งนี้ศาลปกครองสูงสุดได้มีคำวินิจฉัยวางหลักการพิจารณาเอาไว้ซึ่งสอดคล้องกับแนวทางของการพิจารณาการประพฤติชั่วอย่างร้ายแรงในพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน ฉบับปีพ.ศ. 2535 มาตรา 98 ซึ่งสามารถสรุปออกได้เป็น 3 หลักเกณฑ์ ดังนี้

ก. พิจารณาจากความรู้สึกของวิญญูชนหรือของสังคมว่ามีความรู้สึกรังเกียจต่อการกระทำนั้นว่าเป็นการประพฤติชั่วอย่างร้ายแรงหรือไม่

ข. พิจารณาที่เกียรติของข้าราชการ ตำแหน่งหน้าที่ราชการ หน้าที่ความรับผิดชอบของผู้กระทำความผิดวินัยว่าการกระทำนั้นกระทบต่อภาพลักษณ์หรือชื่อเสียงของข้าราชการตำแหน่งนั้น ๆ หรือไม่

ค. พิจารณาที่เจตนาของของผู้กระทำความผิดว่าผู้กระทำความผิดรู้สึกนึกโดยประสงค์ต่อผลหรือเล็งเห็นผลหรือไม่

กล่าวโดยสรุป คือ หากข้อเท็จจริงปรากฏว่าผู้กระทำความผิดตั้งที่ระบุไว้ในมาตรา 285 ประมวลกฎหมายอาญานั้นได้กระทำการต่อข้าราชการอีกผู้หนึ่งซึ่งอยู่ในฐานะที่ต้องพึ่งพาในความสัมพันธ์ในการทำงาน เช่น ข้าราชการชั้นผู้ใหญ่ที่มีอำนาจบังคับบัญชาเหนือข้าราชการในบังคับของตน แล้วศาลมีคำพิพากษาถึงที่สุดให้ผู้กระทำรับโทษจำคุกและได้รับโทษจำคุกตามคำพิพากษานั้น ย่อมส่งผลทำให้ข้าราชการนั้นมีความผิดทางวินัย และสามารถปลดออกจากตำแหน่งได้ อย่างไรก็ตามหากโทษในคำพิพากษาเบากว่าโทษจำคุก เนื่องจากศาลมีดุลพินิจสามารถลงโทษปรับแต่เพียงอย่างเดียวได้ จำต้องพิจารณาต่อไปว่าการกระทำนั้นมีลักษณะการประพฤติชั่วอย่างร้ายแรงหรือไม่

เมื่อพิจารณาตามหลักการกำหนดเหตุจรรยาของกฎหมายอาญาที่มีขึ้นข่มขู่ป้องกันอาชญากรรมและเพื่อให้การลงโทษได้สัดส่วนกับการกระทำผิดที่มีลักษณะร้ายแรงกว่าการ

กระทำปกติทั่วไป เพราะผู้กระทำมีบทบาทหน้าที่ที่จะเอื้อประโยชน์ต่อการกระทำความผิดทางเพศ
ย่อมแสดงอยู่ในตัวเองว่าการกระทำโดยอาศัยอำนาจอิทธิพลเนื่องจากตำแหน่งหน้าที่ของตนนั้นเป็น
การกระทำชั่วอย่างร้ายแรง ประกอบกับคำวินิจฉัยของศาลปกครองที่ 12/2543 ซึ่งวินิจฉัยให้
ข้าราชการที่ข่มขืนข้าราชการอีกผู้หนึ่งเป็นการกระทำร้ายแรง กล่าวคือ ขนาดการข่มขืนชำเราทั่วไป
โดยไม่ได้มีลักษณะของเหตุฉกรรจ์ยังถือเป็นการประพฤติชั่วร้ายแรงและมีความผิดวินัยร้ายแรง
ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่าการกระทำความผิดทางเพศตามมาตรา 285 ย่อมมีลักษณะของการประพฤติ
ชั่วอย่างร้ายแรงอยู่ในตัวและเป็นความผิดวินัยอย่างร้ายแรงตามมาตรา 85 (4) พระราชบัญญัติ
ระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551



บทที่ 6

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

ความผิดทางเพศเป็นความผิดที่กำหนดขึ้นเพื่อคุ้มครองสิทธิทางเพศ (Sexual Rights) ซึ่งเป็นสิทธิสำคัญประการหนึ่งของสิทธิมนุษยชนอันเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่มนุษย์ทุกคนพึงมีตามหลักกฎหมายธรรมชาติ นอกจากนี้หากการกระทำความผิดทางเพศเกิดขึ้นโดยปรากฏว่ามีการใช้อำนาจ ตำแหน่งหน้าที่ หรือความสัมพันธ์พิเศษซึ่งทำให้ผู้กระทำมีอิทธิพลครอบงำเหนือผู้เสียหาย ทำให้ผู้เสียหายขาดอิสระในการตัดสินใจในการกระทำการทางเพศของตนอย่างเสรียอมเป็นการกระทำที่กระทบต่ออัตตา ณ์หรือความเป็นผู้กำหนดตนเอง (Autonomy)¹ ด้วยโดยตรง อัตตาณัตินี้เป็นสิทธิมนุษยชนที่ผู้อื่นมีหน้าที่จะต้องเคารพสิทธิดังกล่าวนี้ด้วยเช่นเดียวกับสิทธิทางเพศ และเพื่อคุ้มครองสิทธิทั้งสองประการและเป็นการคุ้มครองผู้อยู่ภายใต้อำนาจ ตำแหน่งหน้าที่ หรือความสัมพันธ์พิเศษเหล่านี้ กฎหมายจึงต้องกำหนดบทบัญญัติให้บุคคลที่อาศัยอำนาจหรืออิทธิพลที่ตนมีเหนือในการกระทำในทางเพศอย่างใด ๆ เป็นเหตุที่ทำให้ผู้กระทำต้องรับโทษหนักขึ้น ดังที่ปรากฏอยู่ทั้งในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 285 และมาตรา 397 อีกทั้งยังปรากฏความผิดเฉพาะอยู่ในพระราชบัญญัติต่าง ๆ ได้แก่ พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 มาตรา 147 ประกอบมาตรา 16 และพระราชบัญญัติข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 มาตรา 83

อย่างไรก็ตามแม้ว่าจะมีบทบัญญัติเกี่ยวกับการกระทำผิดในลักษณะนี้บ้างแล้ว แต่กลับพบปัญหาในการบังคับใช้กฎหมายดังกล่าวบางประการ ทำให้ต้องค้นหาแนวทางที่เหมาะสมในการแก้ไขบทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญาของประเทศไทย ซึ่งจะได้สรุปถึงภาพรวมของวิธานิพนธ์รวมถึงนำเสนอแนวทางการแก้ไขในหัวข้อที่ 6.1 และ 6.2 ตามลำดับ

6.1 บทสรุป

จากการศึกษาพบว่า การกำหนดความผิดทางเพศต่อผู้อยู่ภายใต้อำนาจ ตำแหน่งหน้าที่ หรือความสัมพันธ์พิเศษของประมวลกฎหมายอาญาประเทศไทยยังมีปัญหาอยู่หลายประการ ดังที่ได้วิเคราะห์มาแล้วในบทที่ 5 หัวข้อ 5.1.1 ไม่ว่าจะเป็นปัญหาในส่วนของมาตรา 285 ซึ่งบัญญัติถึงบุคคล

¹ พุฒวิทย์ บุนนาค, "อัตตาณัติ Autonomy สารานุกรมปรัชญาออนไลน์ฉบับสังเขป" [ออนไลน์].

ที่อยู่ภายใต้อำนาจ ตำแหน่งหน้าที่ หรือความสัมพันธ์พิเศษอยู่บ้าง แต่ลักษณะการบัญญัติถ้อยคำนั้น
 ปรับใช้ได้เพียงบางกรณี จึงเป็นการกำหนดบทบัญญัติที่แคบและทำให้ยังไม่ครอบคลุมการกระทำ
 ความผิดทางเพศโดยอาศัยอำนาจ ตำแหน่งหน้าที่ หรือความสัมพันธ์พิเศษในกรณีอื่น ๆ เช่น กรณี
 แพทย์ใช้ความสัมพันธ์หรือตำแหน่งซึ่งได้รับความไว้วางใจกระทำอนาจาร กรณีบิดาเลี้ยงกระทำชำเรา
 ลูกเลี้ยง ทั้ง ๆ ที่กรณีเหล่านี้ต่างก็เป็นบุคคลที่ตกอยู่ใต้อิทธิพลหรืออำนาจครอบงำของผู้กระทำ
 ความผิดเช่นเดียวกัน แต่มาตรา 285 ไม่อาจเอาผิดกับบุคคลเหล่านี้ได้ จึงเป็นการบัญญัติที่ไม่
 สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของบทบัญญัตินี้ที่ต้องการคุ้มครองกรณีบุคคลที่อยู่ภายใต้อำนาจหรืออิทธิพล
 นอกจากนี้มีข้อสังเกตประการหนึ่งว่าลักษณะถ้อยคำที่บัญญัติของประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 285
 ไม่สอดคล้องกับมาตรา 397 ทั้ง ๆ ที่บทบัญญัติทั้งสองต่างก็มีแนวความคิดในการคุ้มครองและลงโทษ
 ผู้กระทำความผิดทางเพศโดยใช้อำนาจ ตำแหน่งหน้าที่ หรือความสัมพันธ์อื่น ๆ ที่ส่งผลกระทบต่อ
 สิทธิในการตัดสินใจของผู้ถูกระทำด้วยเช่นกัน แต่กลับมีความแตกต่างในการกำหนดความผิด
 กล่าวคือ ในมาตรา 397 ประมวลกฎหมายอาญามีถ้อยคำที่กว้างขวางครอบคลุมถึงหลายกรณี
 ในขณะที่มาตรา 285 บัญญัติกำหนดเพียงเป็นรายกรณีโดยเฉพาะเจาะจง

เพื่อแก้ไขปัญหาดังกล่าววิทยานิพนธ์เล่มนี้จึงมุ่งศึกษาแนวทางการบัญญัติความผิดทางเพศ
 ต่อผู้ที่อยู่ภายใต้อำนาจ ตำแหน่งหน้าที่ หรือความสัมพันธ์พิเศษในประมวลกฎหมายอาญาทั้งของ
 ประเทศไทยและต่างประเทศว่ามีแนวทางการบัญญัติเกี่ยวกับความผิดนี้ไว้อย่างไร จากนั้นจึงนำมา
 วิเคราะห์ต่อไปว่ามีแนวทางกำหนดความผิดของประเทศต่างประเทศใดที่สามารถนำมาเป็นต้นแบบใน
 การพัฒนาปรับปรุงบทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญาของไทย และแนวทางใดที่ไม่เหมาะสมในการ
 นำมาปรับใช้ เช่น กรณีการบัญญัติในลักษณะของข้อสันนิษฐานเด็ดขาดมิให้ถือว่ามีความยินยอมของ
 ผู้เสียหายหากพบข้อเท็จจริงที่ผู้กระทำมีอำนาจ ตำแหน่ง หรืออิทธิพลเหนือผู้ถูกระทำซึ่งกฎหมาย
 อาญาของรัฐเท็กซัส สหรัฐอเมริกาได้ระบุเป็นองค์ประกอบเอาไว้หลายกรณี ทั้งนี้ผู้เขียนได้
 ทำการศึกษาและวิเคราะห์ข้อมูลที่เกี่ยวข้องทั้งหมดโดยใช้วิธีการวิจัยแบบการวิจัยเอกสาร
 (Documentary Research) เพื่อนำข้อมูลทั้งหมดมาศึกษาวิเคราะห์และนำเสนอแนวทางกำหนด
 ความผิดทางเพศต่อผู้ที่อยู่ภายใต้อำนาจ ตำแหน่งหน้าที่ หรือความสัมพันธ์พิเศษของประเทศไทยต่อไป
 ในเบื้องต้นผู้เขียนได้ตั้งสมมติฐานของวิทยานิพนธ์เล่มนี้เอาไว้ว่า

“แม้ว่าความผิดทางเพศในกฎหมายไทยเกี่ยวกับบุคคลที่อยู่ในอำนาจ ตำแหน่งหน้าที่ หรือ
 ความสัมพันธ์พิเศษซึ่งส่งผลกระทบต่อสิทธิทางเพศและสิทธิในการกำหนดใจตนเองที่จะเข้าเกี่ยวข้อง

ในกิจกรรมทางเพศต่าง ๆ จะปรากฏอยู่บ้างในมาตรา 285 แห่งประมวลกฎหมายอาญา พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 และพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการ พ.ศ. 2551 แต่ยังเป็นบทบัญญัติที่ครอบคลุมเฉพาะเพียงบางลักษณะความสัมพันธ์ และไม่อาจคุ้มครองผู้เสียหายได้อย่างดีเพียงพอ จึงควรแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติในมาตรา 285 โดยกำหนดให้ครอบคลุมไปถึงลักษณะความสัมพันธ์พิเศษที่ผู้กระทำมีอำนาจเหนือ หรือมีความสัมพันธ์ในลักษณะที่ผู้เสียหายต้องพึ่งพาอาศัยผู้กระทำความผิด”

เมื่อได้ทำการศึกษาและวิเคราะห์ปัญหาในการบังคับใช้บทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญา พบว่าสมมติฐานในส่วนของ การแก้ไขเพิ่มเติมถ้อยคำในมาตรา 285 ให้ครอบคลุมถึงความสัมพันธ์ในลักษณะที่ผู้กระทำมีอำนาจหรืออิทธิพลเหนือ นั้นถูกต้องแล้ว นอกจากนี้ยังมีข้อสังเกตประการหนึ่งเพิ่มเติมเกี่ยวกับแนวทางการบัญญัติกฎหมายอาญาเกี่ยวกับประเด็นเรื่องความยินยอมของผู้เสียหาย ซึ่งพบว่าในสหรัฐอเมริกา มีการบัญญัติกฎหมายทั้งในลักษณะของกฎหมายปิดปากและข้อสันนิษฐานเด็ดขาด เพื่อให้ผู้กระทำความผิดไม่อาจโต้แย้งข้อเท็จจริงเป็นประการอื่นแตกต่างไปจากที่กฎหมายบัญญัติ กล่าวคือ ไม่อาจโต้แย้งได้ว่าผู้เสียหายให้ความยินยอมในการกระทำความผิดนั้น ผู้เขียนเห็นว่าไม่ควรนำแนวทางการบัญญัติในลักษณะดังกล่าวมาใช้บังคับในประเทศไทยตามที่ได้อธิบายไว้ในบทที่ 5 หัวข้อ 5.3.2

ผลการวิจัยในเรื่องนี้ก่อให้เกิดประโยชน์หลายประการ กล่าวคือ ทำให้สามารถอธิบายแนวทางกำหนดความผิดเกี่ยวกับความผิดทางเพศต่อผู้อยู่ภายใต้อำนาจ ตำแหน่งหน้าที่ หรือความสัมพันธ์พิเศษในกฎหมายต่างประเทศและในกฎหมายไทย และยังก่อให้เกิดการตระหนักถึงความสำคัญของปัญหาที่เกิดขึ้นในประมวลกฎหมายอาญาของไทยที่มีอยู่ในปัจจุบันสำหรับกรณีกำหนดความผิดทางเพศต่อผู้อยู่ภายใต้อำนาจ ตำแหน่งหน้าที่ หรือความสัมพันธ์พิเศษ และสามารถนำแนวทางการบัญญัติของกฎหมายอาญาของต่างประเทศมาศึกษาเปรียบเทียบกับถ้อยคำในประมวลกฎหมายอาญาของประเทศไทย เพื่อนำเสนอแนวทางการแก้ไขดังที่ได้เสนอแนะต่อไป

6.2 ข้อเสนอแนะ

จากการศึกษาปัญหาที่ปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายอาญาของประเทศไทยเกี่ยวกับความผิดทางเพศต่อผู้อยู่ภายใต้อำนาจ ตำแหน่งหน้าที่ หรือความสัมพันธ์พิเศษ ดังที่ปรากฏในบทที่ 5 หัวข้อ 5.1

ประกอบกับแนวทางการกำหนดความผิดในเรื่องนี้ของต่างประเทศซึ่งได้อธิบายมาแล้วในหัวข้อ 5.2 ทำให้สามารถสรุปข้อเสนอแนะเพื่อปรับปรุงแก้ไขกฎหมายเกี่ยวกับความผิดทางเพศที่มีลักษณะของการใช้อำนาจหรืออิทธิพลเหนือตัวผู้ถูกระงับไม่ว่าจะเกิดจากอำนาจ ตำแหน่งหน้าที่ หรือความสัมพันธ์พิเศษอย่างใด ๆ ได้หลายประการ ได้แก่

ข้อเสนอแนะประการที่ 1 การบัญญัติเพิ่มเติมถ้อยคำในมาตรา 285 ประมวลกฎหมายอาญา

ข้อเสนอแนะในข้อนี้มีขึ้นเพื่อทำให้บทบัญญัตินี้สามารถบังคับใช้ได้ตรงกับความมุ่งหมายของบทบัญญัติที่ต้องการคุ้มครองผู้อยู่ภายใต้อำนาจหรืออิทธิพลอย่างครบถ้วน จึงเสนอให้มีการเพิ่มเติมถ้อยคำในส่วนลักษณะของผู้ถูกระงับโดยอ้างอิงทั้งจากแนวทางการบัญญัติของกฎหมายอาญาของประเทศสวิตเซอร์แลนด์และถ้อยคำที่มีอยู่เดิมในประมวลกฎหมายอาญาของประเทศไทย ซึ่งการบัญญัติถ้อยคำนี้สามารถแบ่งการแก้ไขออกเป็นสองส่วน ได้แก่

(1) การแก้ไขคำว่าผู้อยู่ภายใต้ความปกครอง

จากปัญหาการตีความคำว่าความปกครองซึ่งมีผู้ให้ความเห็นว่าต้องตีความตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ทำให้ผู้กระทำความผิดทางเพศตามที่ระบุในมาตรา 285 ประมวลกฎหมายอาญาต้องเป็นผู้ปกครองที่ถูกตั้งขึ้นตามมาตรา 1585 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และไม่อาจตีความให้หมายถึงผู้ปกครองดูแลในความเป็นจริง เช่น กรณีผู้เยาว์ที่เข้ามาอยู่ในความดูแลของลุงป้า น้าอาที่มีอิทธิพลเช่นเดียวกับบิดามารดาและผู้ปกครองซึ่งกฎหมายกำหนดให้บุคคลเหล่านี้ต้องรับโทษหนักขึ้นเมื่อกระทำความผิดตามที่ระบุไว้ในมาตรา 285 จึงเป็นปัญหาว่าถ้อยคำในบทบัญญัตินี้ไม่อาจตอบสนองความมุ่งหมายของบทบัญญัตินี้ที่ต้องการคุ้มครองมิให้บุคคลที่อยู่ภายใต้อำนาจการดูแลในลักษณะของครอบครัวถูกล่วงละเมิดทางเพศ

ผู้เขียนจึงเสนอแนวทางการแก้ไขปัญหาดังกล่าว โดยนำแนวทางการบัญญัติที่มีอยู่แล้วในประมวลกฎหมายอาญามาตราอื่นมาปรับใช้เพื่อให้การบังคับใช้บทบัญญัติถูกต้องตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย ดังจะเห็นได้จากมาตรา 317 ซึ่งกำหนดความผิดฐานพรากเด็กไปจากบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแล ดังนี้จึงแสดงให้เห็นว่าในกฎหมายอาญาของไทยยอมรับความสัมพันธ์ที่เกิดจากการดูแลในความเป็นจริงและสามารถนำคำว่าดูแลมาบัญญัติเพิ่มเติมเพื่อให้เกิดความชัดเจนต่อแนวทางการปรับใช้บทบัญญัตินี้อย่างมีประสิทธิภาพ ฉะนั้นข้อความในมาตรา 285 ประมวลกฎหมายอาญาซึ่งบัญญัติ

เอาไว้ว่า “ถ้าการกระทำความผิดตามมาตรา 276 มาตรา 277 มาตรา 277 ทวิ มาตรา 277 ตริ มาตรา 278 มาตรา 279 มาตรา 280 มาตรา 282 หรือมาตรา 283 เป็นการกระทำต่อผู้สืบสันดาน ศิษย์ซึ่งอยู่ในความดูแล ผู้อยู่ในความควบคุมตามหน้าที่ราชการ หรือผู้อยู่ในความปกครอง ในความ พิทักษ์ หรือในความอนุบาล ผู้กระทำความผิดระวางโทษหนักกว่าที่บัญญัติไว้ในมาตรานั้น ๆ หนึ่งในสาม” จึงควรแก้ไขเพิ่มเติมคำว่า “ความดูแล” เข้าไปได้ในบทบัญญัติ ดังนี้

“ถ้าการกระทำความผิดตามมาตรา 276 มาตรา 277 มาตรา 277 ทวิ มาตรา 277 ตริ มาตรา 278 มาตรา 279 มาตรา 280 มาตรา 282 หรือมาตรา 283 เป็นการกระทำต่อผู้สืบสันดาน ศิษย์ซึ่งอยู่ในความดูแล ผู้อยู่ในความควบคุมตามหน้าที่ราชการ หรือผู้อยู่ในความปกครอง **ในความดูแล** ในความพิทักษ์ หรือในความอนุบาล ผู้กระทำความผิดระวางโทษหนักกว่าที่บัญญัติไว้ในมาตรานั้น ๆ หนึ่งในสาม”

อย่างไรก็ตามแม้ว่าจะมีการแก้ไขบทบัญญัติในลักษณะดังกล่าวข้างต้นแล้ว พบว่ายังมีปัญหาเกี่ยวกับถ้อยคำในมาตรา 285 ที่ไม่อาจตีความครอบคลุมถึงข้อเท็จจริงกรณีอื่น ๆ ที่มีลักษณะของการใช้อำนาจหรืออิทธิพลเหนือในการกระทำความผิดทางเพศเช่นเดียวกัน เช่น กรณีผู้ป่วยที่อยู่ในการบำบัดรักษาของแพทย์ หรือผู้ที่เข้ารับการศึกษาจากนักบวชซึ่งต่างก็เป็นลักษณะความสัมพันธ์ที่อาจก่อให้เกิดความพึงพิงทางร่างกายและทางจิตใจ ส่งผลทำให้ผู้เป็นนักบวชที่รับปรึกษา แพทย์มีอิทธิพลครอบงำเหนือผู้ถูกระทำเช่นเดียวกันแต่บทบัญญัตินี้ไม่อาจคุ้มครองบุคคลดังกล่าวได้ จึงต้องมีการแก้ไขถ้อยคำที่สามารถตีความได้กว้างขวางขึ้นดังจะได้โดยละเอียดต่อไป

(2) การกำหนดถ้อยคำที่ครอบคลุมถึงข้อเท็จจริงประการอื่นในลักษณะกว้าง

ปัจจุบันถ้อยคำบทบัญญัติที่มีอยู่ในมาตรา 285 ประมวลกฎหมายอาญาทำให้เกิดปัญหาการกำหนดถ้อยคำที่เป็นรายการโดยไม่มีถ้อยคำใดสามารถตีความไปถึงข้อเท็จจริงอื่น ๆ ที่เกิดขึ้นจากการกระทำความผิดโดยใช้อำนาจหรืออิทธิพลเหนือในลักษณะเดียวกัน เช่น แพทย์หรือจิตแพทย์ที่กระทำความผิดต่อผู้ป่วยที่อยู่ในการดูแลของตน ผู้ป่วยอยู่ในสถานะที่ต้องพึ่งพิงและให้ความไว้วางใจผู้กระทำ โดยคิดว่าบุคคลดังกล่าวจะเป็นผู้ช่วยให้ตนหายดี อีกทั้งแพทย์ยังมีสถานะคล้ายกับบิดามารดา ทำให้เกิดความไม่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ที่บทบัญญัตินี้ต้องการคุ้มครอง

เมื่อนำแนวทางการบัญญัติของประเทศสวีเดนในมาตรา 192 และมาตรา 193 ซึ่งได้ศึกษามาแล้วในหัวข้อ 5.2.1 มาพิจารณาแล้วพบว่าบทบัญญัตินี้ในมาตรา 192 ประมวลกฎหมายอาญาของประเทศสวีเดนได้บัญญัติถ้อยคำว่าผู้ซึ่งต้องพึ่งพาอาศัย (Dependent Person) ไว้ใน

ฐานความผิด ซึ่งอาจเทียบเคียงถ้อยคำในประมวลกฎหมายอาญาไทยที่มีอยู่เดิม คือ มาตรา 292 ซึ่งกำหนดความผิดฐานทำให้ผู้อื่นฆ่าตัวตาย โดยกำหนดองค์ประกอบความผิดส่วนผู้ถูกระทำเอาไว้ว่า จะต้องเป็น “ผู้ซึ่งต้องพึ่งตนในการดำรงชีพหรือในการอื่นใด” แสดงให้เห็นว่าในประมวลกฎหมายอาญาของเรามีการยอมรับความสัมพันธ์พิเศษที่เกิดจากการพึ่งพาอาศัยเป็นตัวกำหนดความผิดด้วยเช่นกัน ดังนั้นจึงเห็นควรให้มีการแก้ไขมาตรา 285 โดยเพิ่มเติมถ้อยคำต่อท้ายบทบัญญัตินี้ให้รวมถึง “ผู้ซึ่งต้องพึ่งตน” และเพื่อความชัดเจนในการปรับใช้จึงควรเติมลักษณะความสัมพันธ์ระหว่างผู้กระทำและผู้ถูกระทำเพื่อเป็นความชัดเจนมากยิ่งขึ้นตามที่ปรากฏในมาตรา 193 ประมวลกฎหมายอาญาของประเทศสวิตเซอร์แลนด์ซึ่งกำหนดถึงการใช้ความสัมพันธ์ที่ต้องพึ่งพาอาศัยจากการทำงานหรือการอื่นใด ทั้งนี้มีสังเกตเพิ่มเติมในมาตรา 292 ประมวลกฎหมายอาญาของไทยเองก็มีการกำหนดความสัมพันธ์ว่าต้องเป็นการดำรงชีพหรือการอื่นใดด้วยเช่นกัน กล่าวโดยสรุปผู้เขียนเห็นควรเพิ่มเติมถ้อยคำว่า “ผู้ซึ่งต้องพึ่งตนในความสัมพันธ์ที่ต้องพึ่งพาอาศัยจากการทำงานหรือการอื่นใด” ต่อท้ายบทบัญญัติมาตรา 285 ที่มีอยู่เดิม

การแก้ไขตามแนวทางดังกล่าวนี้ทำให้สามารถตีความครอบคลุมข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในสังคมที่อาจมีลักษณะความสัมพันธ์ในลักษณะนี้ในรูปแบบอื่น ๆ ในอนาคตต่อไปได้ ดังนั้นหากนำบทบัญญัติตามที่แก้ไขแล้วในหัวข้อ (1) มาแก้ไขเพิ่มเติมในส่วนนี้ต่อท้ายจะทำให้ได้ความในมาตรา 285 ดังต่อไปนี้

“ถ้าการกระทำความผิดตามมาตรา 276 มาตรา 277 มาตรา 277 ทวิ มาตรา 277 ตริ มาตรา 278 มาตรา 279 มาตรา 280 มาตรา 282 หรือมาตรา 283 เป็นการกระทำต่อผู้สืบสันดาน ศิษย์ซึ่งอยู่ในความดูแล ผู้อยู่ในความควบคุมตามหน้าที่ราชการ ผู้อยู่ในความปกครอง ในความดูแล ในความพิทักษ์ หรือในความอนุบาล **หรือผู้ซึ่งต้องพึ่งตนในความสัมพันธ์ทางการทำงานหรือการอื่นใด** ผู้กระทำต้องระวางโทษหนักกว่าที่บัญญัติไว้ในมาตรานั้น ๆ หนึ่งในสาม” ดังนั้นหากปรากฏข้อเท็จจริงว่าผู้ถูกระทำต้องพึ่งพาอาศัยผู้กระทำความผิดไม่ว่าจากการทำงานหรือการอื่นในสาระสำคัญย่อมต้องรับโทษหนักขึ้นตามบทบัญญัติมาตรานี้ที่

นอกจากประเด็นการเสนอการแก้ไขกฎหมายแล้วยังมีประเด็นสำคัญเกี่ยวกับความยินยอมของผู้เสียหายที่จะทำให้การบังคับใช้กฎหมายอาญาเกี่ยวกับการกระทำความผิดทางเพศต่อผู้อยู่ภายใต้อำนาจ ตำแหน่งหน้าที่ หรือความสัมพันธ์พิเศษสามารถคุ้มครองผู้เสียหายได้ดียิ่งขึ้น ซึ่งจะเสนอแนะประการที่ 2 ต่อไป

ข้อเสนอแนะประการที่ 2 ความยินยอมที่ได้มาจากการข่มขู่

จากทฤษฎีความยินยอมของผู้เสียหายที่ได้กล่าวมาแล้วในบทที่ 4 พบว่าความยินยอมที่จะทำให้การกระทำทางเพศ ไม่ว่าจะเป็นการกระทำชำเราหรือการอนาจารไม่เป็นความผิดนั้นจะต้องปรากฏว่าความยินยอมของผู้เสียหายเป็นความยินยอมที่บริสุทธิ์แท้จริง กล่าวคือ ความยินยอมไม่ว่าจะโดยชัดแจ้งหรือปริยายต้องไม่ได้มาจากการการหลอกลวง สำคัญผิด หรือการข่มขู่ ทำให้เกิดข้อพิจารณาเกี่ยวกับความหมายของการข่มขู่ที่สามารถตีความให้ครอบคลุมไปถึงกรณีการใช้อำนาจ ตำแหน่งหน้าที่ หรือความสัมพันธ์พิเศษครอบงำเหนือตัวผู้ถูกระทำความผิดทางเพศหรือไม่อย่างไร

ลักษณะของการข่มขู่ที่มีอยู่ด้วยกันหลายประการ ไม่ว่าจะเป็นการใช้กำลังประทุษร้าย การขู่ว่าจะทำอันตรายต่อผู้เสียหายหรือบุคคลอื่น หรือใช้อำนาจครอบงำผิดคลองธรรม ดังนี้หากข้อเท็จจริงปรากฏว่าแม้จะปรากฏว่าผู้ถูกระทำให้ความยินยอมแต่เนื่องด้วยบุคคลดังกล่าวอยู่ในอำนาจหรืออิทธิพล ไม่ว่าจะด้วยเพราะผู้กระทำมีตำแหน่งหน้าที่ หรือความสัมพันธ์พิเศษประการใด หากพิสูจน์ได้ว่าการใช้สิ่งเหล่านี้ครอบงำผู้ถูกระทำให้อยู่ในขณะกระทำความผิด ย่อมทำให้ความยินยอมของผู้ถูกระทำให้เสียไปเพราะเป็นการใช้อำนาจครอบงำผิดคลองธรรมและทำให้ความยินยอมนั้นเป็นความยินยอมที่ไม่บริสุทธิ์ ผู้กระทำความผิดจึงไม่อาจอ้างได้ว่าผู้ถูกระทำให้ความยินยอมในกรณีดังกล่าวได้

ทั้งนี้ มีข้อสังเกตเพิ่มเติมประการหนึ่งว่า ในสหรัฐอเมริกา มีแนวความคิดที่จะคุ้มครองผู้เสียหายโดยบัญญัติกฎหมายที่ลดภาระสืบพยานหลักฐานเกี่ยวกับความยินยอมให้กับผู้เสียหาย ดังที่ปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายอาญาของรัฐเท็กซัสที่กำหนดข้อสันนิษฐานเด็ดขาดเกี่ยวกับความยินยอมของผู้เสียหายไว้ในความผิดฐานประทุษร้ายทางเพศไว้ในตามที่ได้ศึกษามาแล้วบทที่ 5 หัวข้อ 5.2.2 จึงเป็นการบัญญัติกฎหมายที่ส่งผลกระทบต่อภาระพิสูจน์องค์ประกอบความผิดเกี่ยวกับความยินยอมของผู้เสียหาย โดยกำหนดให้ถือว่าไม่มีความยินยอมของผู้เสียหาย หากผู้เสียหายสามารถพิสูจน์ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับสถานะของผู้กระทำและผู้ถูกระทำให้มีความสัมพันธ์ในลักษณะของอำนาจหรืออิทธิพลเหนือตามที่กฎหมายระบุเอาไว้ได้ ในขณะที่รัฐมินนิโซตาได้กำหนดเรื่องของความยินยอมของผู้เสียหายนี้ในลักษณะของกฎหมายปิดปากว่าผู้กระทำไม่อาจยกความยินยอมของผู้เสียหายขึ้นต่อสู้ได้ ซึ่งการกำหนดทั้งสองรูปแบบต่างก็ทำให้ผู้กระทำความผิดไม่อาจนำสืบหลักฐานให้แตกต่างกันไป

จากกฎหมายกำหนด โดยผู้เสียหายที่เป็นโจทก์มีหน้าที่แต่เพียงนำสืบข้อเท็จจริงอันเป็นเงื่อนไขของข้อสันนิษฐานเด็ดขาดหรือกฎหมายปิดปาก และศาลก็ไม่อาจรับฟังพยานหลักฐานเป็นอื่นได้

อย่างไรก็ตามจากการวิเคราะห์ผลของการบัญญัติกฎหมายในลักษณะดังกล่าว พบว่ามีข้อโต้แย้งทั้งในเรื่องของการขัดกับหลักการของกฎหมายอาญา เช่น หลักไม่มีโทษถ้าไม่มีกฎหมายกำหนด หลักสิทธิขั้นพื้นฐานของจำเลยในการดำเนินคดีอาญา อีกทั้งยังมีข้อโต้แย้งในเรื่องของสภาพความผิดทางเพศที่ผู้ถูกระทำแม้จะอยู่ในสถานะที่ด้อยกว่าผู้กระทำแต่มิได้หมายความว่าความผิดทางเพศนั้นจะเกิดขึ้นโดยปราศจากความยินยอมในทุกกรณี การกำหนดในลักษณะของข้อสันนิษฐานและกฎหมายปิดปากอย่างเด็ดขาดนั้นจึงอาจส่งผลร้ายต่อจำเลยมากเกินไปจนสมควรและก่อให้เกิดปัญหาตามมามากกว่าจะแก้ปัญหา เพราะการกำหนดกฎหมายไม่ควรมองแต่มุมมองที่ต้องการคุ้มครองแต่ควรต้องพิจารณาถึงผู้ได้รับผลร้ายจากบทบัญญัติดังกล่าวควบคู่กันไปด้วย ฉะนั้นจึงไม่จำเป็นต้องนำแนวทางการบัญญัติความผิดทางเพศในลักษณะของข้อสันนิษฐานเด็ดขาดโดยถือว่าไม่มีความยินยอมของผู้เสียหายหรือปิดปากมิให้ผู้กระทำความผิดที่มีอำนาจ ตำแหน่งหน้าที่ หรือความสัมพันธ์พิเศษยกความยินยอมของผู้เสียหายขึ้นต่อผู้แต่ตามแบบกฎหมายอาญาของรัฐเท็กซัสหรือรัฐมินนิโซต้า สหรัฐอเมริกากับประมวลกฎหมายอาญาของไทยมาปรับใช้แต่อย่างใด

ข้อเสนอแนะประการที่ 3 การอธิบายความหมายที่แท้จริงของถ้อยคำในบทบัญญัติ สอดคล้องกับเจตนารมณ์กฎหมาย

จากกรวิเคราะห์ปัญหาในมาตรา 285 ประมวลกฎหมายอาญาพบว่าการอธิบายความหมายของถ้อยคำในบทบัญญัติบางครั้งไม่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมาย เช่น คำว่าผู้สืบสันดานที่ไม่จะเป็นการอธิบายความหมายตามความเห็นแรกที่ผู้ถูกระทำจะต้องเป็นผู้สืบสันดานตามกฎหมาย หรือในความเห็นที่สองที่อธิบายว่าผู้สืบสันดานต้องเป็นไปตามสายโลหิต อันเป็นการให้ความหมายโดยมุ่งไปที่การคุ้มครองชาติพันธุ์ ทั้ง ๆ ที่ความมุ่งหมายของบทบัญญัตินี้ต้องการคุ้มครองในบุคคลที่อยู่ภายใต้อำนาจหรืออิทธิพลเสียมากกว่า ดังนั้นแม้จะมีการเสนอแนะให้แก้ไขถ้อยคำในบทบัญญัติดังกล่าวที่ปรากฏในข้อเสนอแนะประการที่ 1 แต่อย่างไรเสียการปรับใช้ย่อมไม่อาจหลีกเลี่ยงที่จะพิจารณาถึงความหมายที่แท้จริงของถ้อยคำนั้น ๆ ว่าควรมีความหมายว่าอย่างไร ดังนั้นผู้เขียนจึงมีข้อเสนอเสริมในการใช้ถ้อยคำของบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดทางเพศต่อผู้ที่อยู่ภายใต้อำนาจ ตำแหน่ง

หน้าที่ หรือความสัมพันธ์พิเศษจะต้องพิจารณาถึงเจตนารมณ์ของกฎหมาย ฉะนั้นถ้อยคำบางประการ เช่น

ศิษย์ผู้อยู่ในความดูแลนั้นควรพิจารณาถึงเจตนารมณ์ของมาตรา 285 ร่วมด้วย ดังจะเห็นได้จากปัญหาจากการให้ความหมายเรื่องศิษย์ในความดูแลที่เน้นไปที่ช่วงระยะเวลาที่ครูอาจารย์ทำหน้าที่ดูแลศิษย์² ดังนี้เมื่อการกระทำความผิดเกิดขึ้นนอกสถานที่หรือนอกเวลาการเรียนการสอน ครูอาจารย์กลับไม่ต้องรับโทษหนักขึ้นตามมาตรา 285 ประมวลกฎหมายอาญา ทั้ง ๆ ที่ในความเป็นจริงแล้วอำนาจหรืออิทธิพลที่เกิดขึ้นจากความสัมพันธ์นี้ได้สิ้นสุดตามระยะเวลาการเรียนการสอนหรือจำกัดอยู่ในเขตโรงเรียนเท่านั้น ฉะนั้นคำว่าศิษย์ผู้อยู่ในความดูแลควรอิงตามเจตนารมณ์ของกฎหมายมากกว่า ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่าคำว่าศิษย์ที่อยู่ในความดูแลจึงไม่ควรจำกัดเพียงในช่วงระยะเวลาการเรียนการสอน ซึ่งตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2425/2554 นั้นก็ให้ความหมายคำว่าศิษย์ของผู้ที่อยู่ในความดูแลนี้ในลักษณะเดียวกัน

นอกจากนี้ในคำว่า ผู้ซึ่งต้องพึ่งตนในความสัมพันธ์ทางการทำงานหรือการอื่นใด ผู้เขียนเห็นว่าความหมายที่แท้จริงของการอื่นใดนั้นมิใช่สามารถนำไปเอาผิดแก่บุคคลอย่างกว้างขวางไม่มีขอบเขต ความหมายของถ้อยคำนี้จึงขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงว่าต้องปรากฏลักษณะการพึ่งพาในสาระสำคัญของการดำรงชีวิตไม่ว่าด้านใด ๆ ไม่จำกัดว่าจะต้องเป็นการพึ่งพิงทางการดูแล ทางการเงิน อาจเป็นการพึ่งพาทางจิตใจ³ ดังเช่นกรณีผู้ที่เข้ารับการบำบัดทางจิต หรือเข้ารับการศึกษาจากนักบวชในศาสนา โดยปรากฏว่ามีลักษณะที่ผู้กระทำสามารถใช้สถานะที่มีอำนาจเหนือหรืออิทธิพลเหนือตัวผู้ถูกระทำได้ด้วยจึงเป็นผลทำให้ผู้กระทำต้องรับโทษหนักขึ้นตามมาตรา

นอกจากข้อเสนอแนะซึ่งเกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดทางเพศต่อผู้อยู่ภายใต้อำนาจตำแหน่งหน้าที่ หรือความสัมพันธ์พิเศษซึ่งได้สรุปไว้ข้างต้น พบว่ายังมีประเด็นเกี่ยวข้องที่น่าสนใจเกี่ยวกับความเหมาะสมในการกำหนดอายุผู้เสียหายในการกระทำความผิดฐานข่มขืนตามมาตรา 277 และความผิดฐานอนาจารตามมาตรา 279 ซึ่งกำหนดอายุของผู้เสียหายเอาไว้ที่ 15 ปี เนื่องจากอายุของเด็กที่สามารถสมรสได้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เดิม คือ อายุ 15 ปี จึงถือว่าเด็ก

² คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7986/2540

³ United Nations High Commissioner for Refugee, "Family Reunification in the Context of Resettlement and Integration."

ในช่วงอายุดังกล่าวสามารถให้ความยินยอมทางเพศได้แล้ว⁴ แต่ในปัจจุบันอายุของผู้ที่สามารถทำการสมรสได้บริบูรณ์ตามมาตรา 1448⁵ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์กำหนดไว้ที่ 17 ปี จึงเป็นประเด็นที่ควรศึกษาต่อไปถึงอายุที่เหมาะสมที่จะถือว่าผู้เยาว์นั้นมีความสามารถในการให้ความยินยอมในการกระทำทางเพศนั้นควรเริ่มต้นที่อายุเท่าใด

กล่าวโดยสรุป จากการศึกษาวิเคราะห์ปัญหาและแนวทางการกำหนดความผิดของต่างประเทศจนนำมาสู่แนวทางการแก้ไขมาตรา 285 ประมวลกฎหมายอาญาของประเทศไทยโดยกำหนดตัวผู้กระทำความผิดเพิ่มเติมเพื่อให้ครอบคลุมถึงข้อเท็จจริงที่อยู่ในความมุ่งหมายของบทบัญญัติต้องการคุ้มครอง รวมถึงการศึกษาเกี่ยวกับประเด็นเรื่องความยินยอมที่ได้กล่าวมาทั้งหมดข้างต้นก่อให้เกิดประโยชน์หลายประการ กล่าวคือ ทำให้สามารถอธิบายแนวทางกำหนดความผิดเกี่ยวกับความผิดทางเพศต่อผู้อยู่ภายใต้อำนาจ ตำแหน่งหน้าที่ หรือความสัมพันธ์พิเศษในกฎหมายต่างประเทศและในกฎหมายไทย และทำให้เกิดความตระหนักถึงความสำคัญของปัญหาที่เกิดขึ้นในประมวลกฎหมายอาญาของไทยที่มีอยู่ในปัจจุบันสำหรับกรณีการกำหนดความผิดทางเพศต่อผู้อยู่ภายใต้อำนาจ ตำแหน่งหน้าที่ หรือความสัมพันธ์พิเศษ และสามารถนำแนวทางการบัญญัติของกฎหมายอาญาของต่างประเทศมาศึกษาเปรียบเทียบกับถ้อยคำในประมวลกฎหมายอาญาของประเทศไทย ทำให้สามารถสรุปข้อเสนอแนะในการพัฒนาแนวทางในการกำหนดหรือแก้ไขความผิดเกี่ยวกับความผิดทางเพศต่อผู้อยู่ภายใต้อำนาจ ตำแหน่งหน้าที่ หรือความสัมพันธ์พิเศษในกฎหมายไทยได้อย่างเหมาะสมและสอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมาย

⁴ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคความผิดและลหุโทษ, หน้า 199.

⁵ มาตรา 1448 การสมรสจะทำได้ต่อเมื่อชายและหญิงมีอายุสิบเจ็ดปี บริบูรณ์แล้ว แต่ในกรณีที่มีเหตุอันสมควร ศาลอาจอนุญาตให้ทำการสมรส ก่อนนั้นได้

รายการอ้างอิง

- Blakiston. Blakiston's Gould Medical Dictionary 4 ed.: Mcgraw-Hill, 1969.
- Coleman, P. Sex in Power Dependency Relationships: Taking Unfair Advantage of the "Fair" Sex. Albany Law Review (1988-1989): 48.
- Equality, F. O. f. G. "Sexual Harassment in the Workplace: A Guide for Employees." edited by Ryter, E.: BBL, Ventreib Bundespublikationen.
- Hébert, C. Divorcing Sexual Harassment from Sex: Lessons from the French. Duke journal of gender law & policy 21:1 (2013): 44.
- Husna, R. Swiss Gdp Growth Better Than Expected in Q4 [Online]. 2015. Available from: <http://www.tradingeconomics.com/switzerland/gdp-growth> [28 April 2015. 3 March 2015]
- International Labour Office. Sexual Harassment at Work [Online]. Available from: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---declaration/documents/publication/wcms_decl_fs_96_en.pdf [25 April 2015.
- La feve, W. R. Criminal Law. 5 ed. St. Paul, Minnesota: West Thomson Reuters, 2010.
- Russell, D. E. H. Sexual Exploitation. 1 ed. California, United states of America: SAGE Publication, 1984.
- Switzerland Gdp Growth Rate. [Online]. 2015. Available from: <http://www.tradingeconomics.com/switzerland/gdp-growth> [28 April 2015. 28 April 2015]
- U.S. Equal Employment Opportunity Commission. Sexual Harassment [Online]. Available from: http://www.eeoc.gov/laws/types/sexual_harassment.cfm [15 March 2015.
- United Nations High Commissioner for Refugee. "Family Reunification in the Context of Resettlement and Integration." In The principle of dependency, 12. Geneva, 2001.
- Vincent, V. "France Adopts a New Law on Sexual Harassment." *Emilie ducrops-prouvoust entreprise & carrières*, 2012.

- Young, S. Getting to Yes: The Case against Banning Consensual Relationships in Higher Education. *American University Journal of Gender & the Law* (1996).
- กมลชัย รัตนสกาวงศ์. ความยินยอมในกฎหมายอาญา. *วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต, สาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์*. 2523.
- กรมสวัสดิการและคุ้มครองแรงงาน. "คำชี้แจงพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2551."
- เกษมสันต์ วิศววรรณ. คำอธิบายกฎหมายแรงงาน. พิมพ์ครั้งที่ 12. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2551.
- เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. กฎหมายอาญา ภาคความผิด เล่ม 2. พิมพ์ครั้งที่ 5. กรุงเทพมหานคร: จีรรัชการพิมพ์, 2550.
- . คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1 บทบัญญัติทั่วไป. พิมพ์ครั้งที่ 10. พลสยาม พรินต์ติ้ง, 2551.
- . คำอธิบายหลักกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาว่าด้วยการดำเนินคดีในชั้นตอนก่อนการพิจารณา. พิมพ์ครั้งที่ 5. กรุงเทพมหานคร: จีรรัชการพิมพ์, 2549.
- ไกรฤกษ์ เกษมสันต์. คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 288-366. พิมพ์ครั้งที่ 5. กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2552.
- เข็มชัย ชูติวงศ์. คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน. พิมพ์ครั้งที่ 9. กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2557.
- คณิต ณ นคร. กฎหมายอาญาภาคทั่วไป. พิมพ์ครั้งที่ 5. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2556.
- จิตติ ดิงศภัทย์. กฎหมายอาญา ภาค 1. พิมพ์ครั้งที่ 10. กรุงเทพมหานคร: จีรรัชการพิมพ์, 2546.
- . กฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 1. พิมพ์ครั้งที่ 8. กรุงเทพมหานคร: จีรรัชการพิมพ์, 2548.
- ชาตรี ศรีนวลสนัด และวันชัย ศรีนวลสนัด. ความยินยอมในคดีอาญา ความผิดอันยอมความได้. พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพมหานคร: สี่พระยาทนายความและการบัญชี, 2528.
- ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ. คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคความผิดและลหุโทษ. พิมพ์ครั้งที่ 11. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2557.
- . คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคทั่วไป. พิมพ์ครั้งที่ 15. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2556.
- ทิพาภรณ์ อำนวยสวัสดิ์. การล่องเกินทางเพศต่อลูกจ้างโดยนายจ้าง หัวหน้างาน ผู้ควบคุมงาน และผู้ตรวจงาน. *วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต, สาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง*. 2543.

- ธานี สิงหนาท. คำอธิบายพยานหลักฐานคดีแพ่งและคดีอาญา. พิมพ์ครั้งที่ 12. กรุงเทพมหานคร: กรุงเทพมหานคร พับลิชชิ่ง, 2557.
- นรินทร์ ไทรพิภ. การรับโทษหนักขึ้นเนื่องจากการเพิ่มโทษกับเหตุกรรจ์ในคดีอาญา. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารคดี, สาขาวิชานิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. 2529.
- บุญเพราะ แสงเทียน. กฎหมายอาญา 3 ภาคความผิดและภาคโทษ แนวประยุกต์. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพมหานคร: วิทญ์พัฒน์, 2551.
- ประพิณ ปรัชญาภรณ์. ความยินยอมของผู้เสียหายในการกระทำความผิดอาญา. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารคดี, สาขาวิชานิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. 2522.
- ปวีณี ไพรทอง. ปัญหาการนำบทสันนิษฐานเด็ดขาดมาใช้ในพระราชบัญญัติยาเสพติดให้โทษ พ.ศ. 2522. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารคดี, สาขาวิชานิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. 2551.
- ปาริฉัตร รัตนากาญจน์. การล่วงเกิน คุกคาม หรือก่อให้เกิดความเดือดร้อนรำคาญทางเพศต่อสตรีในที่ทำงาน. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารคดี, สาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 2551.
- พจน์ ปุષปะาคม. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิด. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพมหานคร: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2525.
- สำนักมาตรฐานวินัย สำนักงานคณะกรรมการข้าราชการพลเรือน. พนิดา โรจน์รัตนชัย. อย่างไรจึงเป็นการล่วงละเมิดหรือคุกคามทางเพศตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: <http://www.ocsc.go.th/ocsc/th/files/Disipline/sexualvol1.pdf> [เข้าถึงเมื่อ 2 ธันวาคม 2557 วันที่ 12 กันยายน 2557]
- . ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการคุกคามทางเพศในหน่วยงานราชการ. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารคดี, สาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต. 2553.
- พรเพชร วิชิตชลชัย. คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน. พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2555.
- พินศิริ นามสีฐาน. ความผิดเกี่ยวกับเพศ: ศึกษากรณีการล่วงเกินทางเพศ. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารคดี, สาขาวิชานิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. 2543.
- พุทธวิทย์ บุณนาค. อัตตาณัติ Autonomy สารานุกรมปรัชญาออนไลน์ฉบับสังเขป [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: <http://www.philospedia.net/autonomy.html> [เข้าถึงเมื่อ 12 พฤศจิกายน 2557 วันที่ 16 เมษายน 2554]

- วิจิตรา (ฟุ้งลัดดา) วิเชียรชม. คำอธิบายกฎหมายแรงงาน. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอนคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556.
- วิสูตร ประสิทธิ์ศิริวงศ์. คณะกรรมการพิทักษ์ระบบคุณธรรมของสหรัฐอเมริกา [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: [เข้าถึงเมื่อ 28 เมษายน 2558]
- สภานิติบัญญัติแห่งชาติ. ร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ ...) พ.ศ. (กำหนดนิยามคำว่า "เจ้าพนักงาน") คณะรัฐมนตรีเป็นผู้เสนอ [ออนไลน์]. 2557. แหล่งที่มา: http://library.senate.go.th/document/mSubject/Ext33/33843_0001.PDF [เข้าถึงเมื่อ 24 พฤศจิกายน 2557]
- สมาคมวางแผนครอบครัวแห่งประเทศไทยในพระราชูปถัมภ์สมเด็จพระศรีนครินทราบรมราชชนนี. [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: <http://www.ppat.or.th/i/prints/file0090.pdf> [เข้าถึงเมื่อ 24 มีนาคม 2558]
- ส่วนราชการสง.ก.ตร. "หลักเกณฑ์ว่าด้วยการกระทำผิดอย่างไรใดเป็นความผิดวินัยอย่างร้ายแรงฐานประพฤติชั่วอย่างร้ายแรง." In บันทึกข้อความที่ 0012.31/1224 สำนักงานคณะกรรมการข้าราชการตำรวจ, 2553.
- สำนักมาตรฐานวินัย สำนักงานก.พ. แนวทางการลงโทษข้าราชการพลเรือนตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2535. พิมพ์ครั้งที่ 2. กลุ่มโรงพิมพ์สำนักบริหารกลาง สำนักงานก.พ., 2552.
- กรมสวัสดิการและคุ้มครองแรงงาน. สุรัสวดี เจียมสุวรรณ. บทบัญญัติคุ้มครองลูกจ้างรับเหมาค่าแรงจากการเลือกปฏิบัติ [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: http://www.labour.go.th/th/webimage/images/law/doc/DispatchedWorkersAnti_Th.pdf [เข้าถึงเมื่อ 19 มิถุนายน 2558]
- แสวง บุญเฉลิมวิภาส. หลักกฎหมายอาญา. พิมพ์ครั้งที่ 5. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2551.
- โสภณ รัตนการ. คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน. พิมพ์ครั้งที่ 11. กรุงเทพฯ: นิติบรรณาการ, 2557.
- อรณิชา สวัสดิชัย. มาตรการเพื่อคุ้มครองผู้ถูกคุกคามจากการเฝ้าติดตามอย่างต่อเนื่อง. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารบัณฑิต, สาขาวิชานิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. 2550.

ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์

นางสาวจุฬารัตน์ ปานทอง เกิดเมื่อวันที่ 9 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2533 ที่จังหวัด กรุงเทพมหานคร สำเร็จการศึกษาชั้นประถมศึกษาและมัธยมศึกษาจากโรงเรียนราชินี และปริญญาตรีนิติศาสตรบัณฑิต จากคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ในปีพ.ศ. 2555 นอกจากนี้ยังสอบผ่านหลักสูตรวิชาว่าความของสำนักฝึกอบรมวิชาว่าความ สภานายความแห่งประเทศไทย รุ่นที่ 38 ปัจจุบันกำลังศึกษาอยู่ในชั้นปริญญาโทมหาบัณฑิต หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

