

การคุกคามทางเพศบนสังคมเครือข่าย*

SEXUAL HARASSMENT ON SOCIAL NETWORK

สมสรณ์ อธิเวสส์**

บทคัดย่อ

บทความนี้เป็นส่วนหนึ่งของวิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขากฎหมายอาญาและอาชญาวิทยา คณะรัฐศาสตร์และนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยบูรพา เพื่อศึกษาถึงปัญหาที่เกิดขึ้นในปัจจุบันที่เกี่ยวข้องกับการใช้อินเทอร์เน็ตแล้วเกิดการกระทำความผิดเกี่ยวกับการคุกคามทางเพศขึ้น ซึ่งต้องยอมรับว่าเกิดเหตุการณ์คุกคามทางเพศขึ้นบนสังคมเครือข่าย เพราะสังคมเครือข่ายเปรียบเสมือนโลกอีกโลกหนึ่ง เป็นสังคมอีกรูปแบบหนึ่ง แต่ว่าในสังคมเครื่อข่ายนั้นแตกต่างจากสังคมจริง ๆ คือ สังคมเครือข่ายไม่สามารถระบุตัวตนที่แท้จริงของบุคคลผู้อยู่ในสังคมเครือข่ายได้ทั้งหมด เมื่อไม่สามารถระบุยืนยันตัวบุคคลได้ จึงเป็นการง่ายที่จะเกิดการกระทำความผิดขึ้น เพราะไม่สามารถติดตามร่องรอยของผู้กระทำความผิดได้ ทำให้เกิดกรณีการทำผิดซ้ำโดยผู้กระทำความผิดได้กระทำกับผู้เสียหายรายเดิมด้วยการเปลี่ยนชื่อในสังคมเครือข่าย หรือกระทำกับผู้เสียหายรายใหม่ต่อไปเรื่อย ๆ และเมื่อกระทำความผิดแล้วไม่มีการดำเนินการใดๆ จึงทำให้เกิดพฤติกรรมเลียนแบบ ต่อให้เกิดเป็นปัญหาในสังคมอินเทอร์เน็ตได้ โดยที่ยังไม่มีตัวบทกฎหมายที่ชัดเจนในการเอาผิดกับผู้กระทำความผิด ทั้งประมวลกฎหมายอาญาและพระราชบัญญัติความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ.2550 โดยเฉพาะพระราชบัญญัติความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ไม่ได้ บัญญัติความผิดเกี่ยวกับการคุกคามทางเพศบนอินเทอร์เน็ตไว้เป็นการเฉพาะเลย อีกทั้งประมวลกฎหมายอาญาที่ไม่มีบทบัญญัติโดยเฉพาะมีแต่บทบัญญัติทั่วไปซึ่งยากแก่การบังคับใช้ในการนำผู้กระทำความผิดมาลงโทษ

Abstract

This article is an excerpt from the Master of Laws thesis in the field of Criminal Law and Criminology, Faculty of Political Science and Law, Burapha University. The purpose of this thesis is to study the emerging problems relating to the use of internet that leads to an offence of cyber sexual harassment which has received a lot of attention in recent year.

It must be recognized that sexual harassment could also occurs in the social networking society since (because) it functions as another world, or new type of society. However, social networking society is quite different to the real world because in social networking society, the identity of a net user can not be absolutely or accurately revealed or found. The difficulties in identifying the net user who committed the sexual harassment and

* บทความนี้เป็นส่วนหนึ่งของวิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะรัฐศาสตร์และนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยบูรพา

** นิสิตหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขากฎหมายอาญาและอาชญาวิทยา คณะรัฐศาสตร์และนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยบูรพา

tracking the traces of the harasser/offender in cyberspace make such cyber sexual harassment easier to occur. This critical situation leads to the repeating of harassing behavior conducted by the same harasser to the same victims by merely changing the username used in the cyberspace. More importantly, the harasser may repeatedly conduct his/her harassing activities to a new victim as well. Further, the difficulties in identifying and taking a legal action against harasser who committed a cyber sexual harassment may serve as a source for the imitating of harassing behavior which could cause serious problems in social networking society. One reason that makes this situation more serious is that there is no specific legislation addressing and dealing with the issues of cyber sexual harassment. Both Thai Penal Code and Computer-Related Crime Act B.E. 2550 have no specific provision explicitly regarded sexual harassment in cyberspace as legal wrong. There are only general provisions that may be relied to help victims to seek redress at the moment. However it seems that general provisions could not be applied effectively to the offences of sexual harassment in the cyberspace.

ในปัจจุบันเป็นยุคของโลกาภิวัตน์หรือการสื่อสารไร้พรมแดน โดยเฉพาะการเชื่อมโยงของระบบเครือข่ายอินเทอร์เน็ต (Internet Network) ไม่ว่าจะเป็นการเชื่อมโยงแบบผ่านสาย (Internet) หรือการเชื่อมต่อแบบไร้สาย (WIFI) โดยผ่านเครื่องคอมพิวเตอร์หรือโทรศัพท์เคลื่อนที่ ได้เข้ามามีบทบาทในการดำเนินชีวิตของคนในสังคมมากขึ้น เป็นแหล่งข้อมูลข่าวสารขนาดใหญ่ที่สามารถเข้าถึงได้ทั่วโลก เพื่อใช้ในการติดต่อสื่อสารและเพิ่มประสิทธิภาพในการทำงาน เพราะสามารถติดต่อได้สะดวก รวดเร็ว ประหยัดค่าใช้จ่ายและไม่มีขีดจำกัดทางกายภาพเปรียบเสมือนโลกอีกโลกหนึ่ง (มณฑนา สิตสุวรรณ, 2546) ส่งผลให้เกิดการเปลี่ยนแปลงทางสังคมอย่างรวดเร็ว ถึงแม้ว่าอินเทอร์เน็ตจะทำให้เกิดประโยชน์อย่างมากก็ตาม แต่ถ้าหากมีการนำอินเทอร์เน็ตไปใช้ในทางมิชอบก็จะทำให้เกิดความเสียหายต่อผู้อื่นและสังคม สอดคล้องกับงานวิจัยของสายฝน เป้าพะเนา และงานวิจัยของทัศนันท์ พุ่มนุช ที่ทำวิจัยเกี่ยวกับพฤติกรรมการใช้สังคมเครือข่ายพบว่ากลุ่มวัยรุ่นและวัยทำงานได้ใช้เครือข่ายสังคมเป็นจำนวนมาก และเป็นกลุ่มที่ได้รับผลกระทบมากที่สุด ซึ่งประเทศต่าง ๆ ได้ตระหนักถึงปัญหาดังกล่าว และถือว่าการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายเช่นนี้เป็นรูปแบบใหม่ของอาชญากรรมที่เกิดขึ้นพร้อมกับการพัฒนาสังคมสารสนเทศ และได้มีการเรียกการกระทำความผิดเช่นนี้ว่า “อาชญากรรมคอมพิวเตอร์ (Computer Crime)” (นัยนรัตน์ งามแสง, 2547) เนื่องจากไม่อาจทราบได้ว่าใครเป็นใคร บุคคลในโลกอินเทอร์เน็ตอาจจะมีตัวตนหรือไม่มีตัวตนในโลกแห่งความเป็นจริงก็ได้ ด้วยเหตุนี้จึงเกิดการใช้เสรีภาพอย่างเกินส่วน มีการกระทำความผิดกฎหมาย มีการใช้อินเทอร์เน็ตเป็นเครื่องมือในการทำร้ายผู้อื่น เกิดการละเมิดสิทธิมนุษยชน ละเมิดสิทธิส่วนตัวมากมายซึ่งอาจสรุปได้ดังนี้ (มณฑนา สิตสุวรรณ, 2546)

1. การกระทำนอกอินเทอร์เน็ตแต่เกิดผลในอินเทอร์เน็ต เช่น การแอบถ่ายแล้วนำมาเผยแพร่บนอินเทอร์เน็ต เป็นต้น
2. การกระทำในอินเทอร์เน็ตแต่เกิดผลนอกอินเทอร์เน็ต เช่น การล่อลวง การค้าประเวณี การขายยาเสพติด ยานอนหลับ เป็นต้น มีการโฆษณาในอินเทอร์เน็ต แต่จะต้องมีการส่งมอบสินค้าในโลกแห่งความจริง

3. การกระทำในอินเทอร์เน็ตและเกิดผลในอินเทอร์เน็ต เช่น การเล่นเกมออนไลน์ การเจาะระบบ (Hacker) การส่งไวรัส เป็นต้น

อาชญากรรมคอมพิวเตอร์เป็นการก่ออาชญากรรมรูปแบบใหม่ โดยอาศัยเทคโนโลยีอินเทอร์เน็ต ซึ่งมีลักษณะแตกต่างจากการกระทำผิดแบบเดิมในหลายแง่มุม เช่น เรื่องวัตถุแห่งการทำความผิดที่เปลี่ยนแปลงไปเป็นสิ่งที่ไม่สามารถจับต้องได้ซึ่งอยู่ในรูปข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ วิธีการทำความผิดไม่ต้องกระทำละเมิดทางกายภาพ นอกจากนี้ระยะเวลาที่ใช้การกระทำผิดเกิดขึ้นอย่างรวดเร็ว ไร้ขอบเขต ไร้พรมแดน ทำให้อาชญากรรมลักษณะดังกล่าวมีจำนวนเพิ่มขึ้นอย่างรวดเร็ว

นอกจากนี้การผลิตและการใช้คอมพิวเตอร์ได้เพิ่มจำนวนขึ้นอย่างรวดเร็วพร้อม ๆ กับการวิวัฒนาการของการกระทำผิดอย่างใหม่ที่เรียกกันอยู่ในขณะนี้ว่า “อาชญากรรมคอมพิวเตอร์ (Computer Crime)” (นนทชัย เพียรสนอง, 2556) ทั้งนี้เพราะว่าแม้เทคโนโลยีด้านคอมพิวเตอร์ได้ถูกพัฒนาขึ้นอย่างรวดเร็วก้าวหน้ากว่าเทคโนโลยีด้านอื่น มีประสิทธิภาพ สามารถทำงานสลับซับซ้อนต่าง ๆ ได้มากขึ้น ก้าวหน้าขึ้นเพียงใดก็ตาม แต่เครื่องคอมพิวเตอร์ไม่สามารถยับยั้งผู้ที่ไม่มีสิทธิใช้ หรือผู้แปลกปลอมเข้าใช้ ไม่ให้ใช้เครื่องคอมพิวเตอร์นั้นได้ เนื่องจากมาตรการรักษาความปลอดภัยยังไม่เพียงพอ แต่ส่วนใหญ่แล้วอาชญากรรมคอมพิวเตอร์เกิดขึ้นได้เพราะผู้เป็นเจ้าของเครื่องหรือผู้บริหารไม่ได้ให้ความสนใจในเรื่องเหล่านี้ จึงทำให้เกิดขึ้นได้อย่างง่ายดาย ทำให้เครื่องคอมพิวเตอร์ถูกนำไปใช้เป็นเครื่องมือในการทำความผิดได้อย่างสะดวก เนื่องจากสามารถทำงานได้อย่างแม่นยำและรวดเร็ว จึงถูกนำไปเป็นเครื่องมือในการทำความผิดได้ (นนทชัย เพียรสนอง, 2556) เช่น ลักทรัพย์ ฉ้อโกง ยักยอก หรือความผิดที่เกิดขึ้นใหม่ ๆ ที่กฎหมายยังไม่ได้ระบุชื่อไว้โดยเฉพาะ (นนทชัย เพียรสนอง, 2556) เช่น การขโมยบริการ หรือการแอบใช้บริการ การขโมยข้อมูลข่าวสาร การทำอุบายหลอกลวงให้ผู้ใช้อุปกรณ์หลงผิดในข้อมูลในระบบคอมพิวเตอร์ เป็นต้น

การคุกคามทางเพศ (Sexual Harassment) เป็นรูปแบบของการแสดงออกด้วยเหตุแห่งเพศที่มีลักษณะการกระทำในหลายรูปแบบและมีระดับความรุนแรงที่แตกต่างกัน ซึ่งมีสาเหตุมาจากระบบสังคมและวัฒนธรรมที่ชายเป็นใหญ่และปัญหาที่ขยายวงกว้างขึ้นในปัจจุบัน การคุกคามทางเพศเป็นพฤติกรรมที่เกิดขึ้นในสังคมมาเป็นเวลานาน ซึ่งที่ผ่านมาไม่ได้รับความสนใจ จึงไม่ได้มีการแก้ไขอย่างจริงจัง ผู้เสียหายไม่ได้รับความคุ้มครองทั้งทางกฎหมายและสังคม (ปาริฉัตร รัตนกาญจน์, 2551)

นับแต่มีการนำคำว่า “Sexual Harassment” มาใช้ในปี ค.ศ.1976 มีการนำเอาประเด็นเรื่องการละเมิดสิทธิสตรีมาถกเถียงกันในระดับนานาชาติ ความคิดดังกล่าวได้เปลี่ยนไปโดยเห็นว่าการคุกคามทางเพศถือเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐานและมีผลกระทบต่อผู้เสียหายและสังคม (ปาริฉัตร รัตนกาญจน์, 2551)

ประเด็นสำคัญคือผู้เสียหายไม่กล้าเปิดเผยให้ผู้อื่นทราบการกระทำที่เกิดขึ้นเพราะความอับอายและความหวาดกลัว โดยผู้เสียหายมักเป็นฝ่ายถูกตำหนิว่าเป็นฝ่ายยั่วเย้าเชื้อเชิญ รวมทั้งการที่สังคมไทยไม่ถือว่าการล่วงเกินทางเพศเป็นเรื่องเสียหายร้ายแรงจึงไม่ได้รับความสนใจเท่าที่ควร เว้นแต่จะเป็นเรื่องร้ายแรง เช่น การข่มขืนกระทำชำเรา การโทรมolest และการกระทำอนาจาร เป็นต้น (ปาริฉัตร รัตนกาญจน์, 2551)

การคุกคามทางเพศในสังคมไทยก็เช่นเดียวกัน ตั้งแต่อดีตสังคมไทยถือว่าเป็นสังคมที่ค่อนข้างปิดโดยเฉพาะอย่างยิ่งเรื่องเกี่ยวกับเพศจะเป็นเรื่องต้องห้าม ไม่มีการนำมาเป็นหัวข้อในการสนทนา โดยเฉพาะสำหรับผู้หญิงเพราะถูกมองว่าไม่เป็นกุลสตรี เรื่องเพศจึงเป็นเรื่องปิดบังซ่อนเร้น ทำให้เป็นประโยชน์สำหรับผู้คุกคาม

โดยเฉพาะอย่างยิ่งเพศชายในการตกตวงผลประโยชน์อย่างเต็มที่จากผู้หญิงซึ่งเป็นผู้ถูกคุกคามในฐานะที่เสียเปรียบ แต่ปัจจุบันนี้ความเจริญก้าวหน้าทางเทคโนโลยีมีมากขึ้นการยอมรับวัฒนธรรมตะวันตกมีมากขึ้นเช่นกัน ดังนั้นการพูดคุยหรือการศึกษาเรื่องเกี่ยวกับเพศจึงมีแนวโน้มที่จะทำได้มากขึ้นกว่าเดิม (วิมณา ธรรมปรีชา, 2533)

การคุกคามทางเพศมีลักษณะพฤติกรรมที่เป็นการแสวงหาผลประโยชน์ในทางเพศซึ่งส่งผลกระทบต่อสิทธิความเป็นส่วนตัวในเรื่องเพศของผู้เสียหายซึ่งเป็นสิทธิในร่างกายที่มีมาแต่กำเนิด ซึ่งผู้ถูกคุกคามส่วนมากจะเป็นเพศหญิง ทำให้การคุกคามทางเพศกลายเป็นประเด็นสำคัญที่นักสิทธิสตรีและนักมนุษยชนในระดับสากลเรียกร้องให้มีการคุ้มครองตามกฎหมายและมีการกำหนดมาตรการป้องกันและการดูแลอย่างจริงจัง (ปาริฉัตร รัตนากาญจน์, 2551)

จากการที่มีการใช้คำในลักษณะเดียวกันที่เกี่ยวข้องหลายรูปแบบที่สื่อถึงคำว่า “การคุกคามทางเพศ” ได้แก่ การรังควานทางเพศ การล่วงละเมิดทางเพศ การล่วงเกินทางเพศ การก่อให้เกิดความเดือดร้อนรำคาญทางเพศ โดยที่ถ้อยคำในพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ.2551 ใช้คำว่า “ล่วงเกิน คุกคาม หรือก่อให้เกิดความเดือดร้อนรำคาญทางเพศ” เป็นการสื่อถึงพฤติกรรมดังกล่าวเพื่อให้ครอบคลุมถึงลักษณะการกระทำในทุกรูปแบบที่เกี่ยวข้อง

คำว่า “ล่วงเกิน” (Harassment) หมายความว่า การรบกวน การก่อกวน การคุกคามทุกชนิด ที่ผู้ถูกระทำเป็นผู้หญิงหรือบางกรณีเป็นชายก็ได้โดยเมื่อพฤติกรรมที่มีการกระทำทางเพศ (Sex – Based and Sexual Behavior) เข้ามาเกี่ยวข้องก็ถือได้ว่าเป็นการล่วงเกินที่มีพื้นฐานทางเพศ (การคุกคามทางเพศ) ทั้งสิ้น (ปาริฉัตร รัตนากาญจน์, 2551)

คำว่า “การคุกคามทางเพศ” หมายความว่า พฤติกรรมการล่วงเกินในทุกรูปแบบทั้งทางกาย วาจา และการสัมผัสที่แสดงออกถึงนัยยะทางเพศซึ่งเป็น “พฤติกรรมอันไม่พึงปรารถนา” ตามมาตรฐานของบุคคลทั่วไป (ปาริฉัตร รัตนากาญจน์, 2551) โดยเป็นพฤติกรรมที่เกี่ยวข้องกับเรื่องทางเพศของบุคคลซึ่งเกิดขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์เป็นการละเมิดศักดิ์ศรีและสิทธิความเป็นส่วนตัวของผู้ถูกระทำโดยเหตุแห่งเพศที่ผู้นั้นมีอยู่ อันเป็นการขัดต่อหลักความเสมอภาคทางเพศและเป็นรูปแบบหนึ่งของการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเพศ เช่น ขอมิเพศสัมพันธ์ หรือชวนไปรับประทานอาหาร หรือชวนไปเที่ยว เพื่อความพึงพอใจในทางเพศ โดยแลกเปลี่ยนกับผลประโยชน์ทางด้านการงานของผู้ถูกระทำ เช่น การเลื่อนขั้นเลื่อนตำแหน่งหรืออาจจะเป็นกรณีที่มีอำนาจเหนือ หรือเพื่อร่วมงานกระทำการอันเป็นการสร้างบรรยากาศที่ไม่เป็นมิตรของการทำงาน เช่น การพูดจาสองแง่สองง่าม การวิพากษ์วิจารณ์รูปร่างการแต่งกายการสัมผัสและต้องร่างกายอันมีนัยในทางเพศที่เป็นการกระทำซ้ำ ๆ ในลักษณะที่ทำให้ผู้ถูกระทำรู้สึกอึดอัด

โดยอนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบ (Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women 1979: CEDAW) ได้กล่าวถึงสภาพปัญหาของการคุกคามทางเพศว่า ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการล่วงละเมิดต่อสิทธิสตรีจะต้องเข้าใจอย่างครอบคลุม โดยมีได้จำกัดเพียงการคุกคามทางร่างกายเท่านั้น โดยยังรวมถึงการคุกคามทางเพศในรูปแบบต่าง ๆ และการกระทำที่มีผลกระทบทางจิตใจ (ปาริฉัตร รัตนากาญจน์, 2551)

ในประเทศไทยสาธารณชนทั่วไปไม่ให้ความสนใจในเรื่องนี้เท่าที่ควร ทั้ง ๆ ที่ในความเป็นจริง ผู้หญิงบางคนถูกคุกคามทางเพศแต่ตนเองยังไม่รู้หรือคาดไม่ถึงว่าพฤติกรรมที่เกิดขึ้นเป็นการคุกคามทางเพศหรือเป็นกรณีที่รู้ว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการคุกคามทางเพศแล้วแต่เห็นว่าไม่ใช่เรื่องร้ายแรงและกลัวว่าจะมีปัญหาตามมาในภายหลัง ผู้ถูกคุกคามทางเพศส่วนใหญ่จะไม่ถือสาและคิดว่าผู้คุกคามทางเพศจะเลิกการกระทำดังกล่าวไปเอง จนกระทั่งผู้ถูกคุกคามทางเพศไม่สามารถยอมรับการล่วงเกินทางเพศที่เกิดขึ้นต่อไปได้จึงจะดำเนินคดีกับการกระทำที่เกิดขึ้น ดังนั้นการตระหนักถึงความสำคัญของการคุกคามทางเพศเป็นเรื่องที่มีส่วนเกี่ยวข้องในการบังคับใช้กฎหมาย เนื่องจากการห้ามการคุกคามทางเพศเป็นเรื่องที่มีความละเอียดอ่อนซึ่งยังไม่มีแนวทางการตีความหรือคำอธิบายที่ชัดเจนในการบังคับใช้กฎหมายกับพฤติกรรมที่เข้าข่ายเป็นการคุกคามทางเพศ ในปัจจุบันจึงเป็นเรื่องจำเป็นที่ทุกฝ่ายต้องให้ความสำคัญกับปัญหาและร่วมกันดำเนินมาตรการทางกฎหมายที่เหมาะสมต่อไป (ปาริฉัตร รัตนกาญจน์, 2551)

หากพิจารณาถึงกระบวนการในการจัดการปัญหาจะเห็นได้ว่า ในปัจจุบันสังคมไทยยังไม่มีกระบวนการจัดการปัญหาที่มีประสิทธิภาพ เนื่องมาจากหลายสาเหตุคือ (มณฑนา สิตสุวรรณ, 2546)

1. ผลกระทบจากการกระทำบนอินเทอร์เน็ตที่มองไม่เห็นได้อย่างเป็นรูปธรรม
2. หน่วยงานที่เกี่ยวข้องมิได้ให้ความสำคัญในการจัดการปัญหาดังกล่าว
3. ด้วยลักษณะของอินเทอร์เน็ตเองที่ทำให้การควบคุม การตามหาตัวผู้กระทำผิดเป็นไปได้ยาก
4. ขาดเครื่องมือที่ทันสมัยและบุคลากรที่มีความรู้ความสามารถทางด้านเทคนิค
5. ความไม่เป็นเอกภาพของแนวคิดในการจัดการ เนื่องจากยังมีความหลากหลายของแนวคิดในการจัดการ กล่าวคือ (มณฑนา สิตสุวรรณ, 2546)

5.1 แนวคิดที่เชื่อในการใช้กฎหมายเพื่อป้องกันและปราบปรามการกระทำที่เป็นภัยบนอินเทอร์เน็ต

5.2 แนวคิดที่อาจจะยอมให้ใช้กฎหมายเพื่อป้องกันและปราบปราม หากกฎหมายจะไม่ไปมีผลจำกัดเสรีภาพในการสื่อสารประการอื่น

5.3 แนวคิดที่ไม่เชื่อในการนำกฎหมายควบคุมสังคมบนอินเทอร์เน็ต โดยยอมรับว่าการกระทำดังกล่าวเป็นภัยแต่ไม่ต้องถึงขนาดที่จะต้องควบคุม เมื่อเวลาผ่านไปก็จะสามารถเยียวยาได้เอง

ร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ.2554 และร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ.2556 กับแนวทางแก้ไขปัญหา

ร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ.2554

ร่างกฎหมายนี้ เขียนขึ้นเพื่อให้ยกเลิกพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 ทั้งฉบับ และให้ใช้ร่างฉบับใหม่นี้แทน อย่างไรก็ตามโครงสร้างของเนื้อหากฎหมายมีลักษณะคล้ายคลึงฉบับเดิม โดยมีสาระสำคัญที่เกี่ยวกับการคุกคามทางเพศ ดังนี้ (กระทรวงเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสาร, 2554)

1. มีไฟล์ลามกเกี่ยวกับเด็กมีความผิด

ในมาตรา 25 “ผู้ใดครอบครองข้อมูลคอมพิวเตอร์ซึ่งมีลักษณะอันลามกที่เกี่ยวข้องกับเด็กหรือเยาวชน ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหกปี หรือปรับไม่เกินสองแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

เป็นครั้งแรกที่มีการระบุขอบเขตเรื่องลามกเด็กหรือเยาวชนโดยเฉพาะขึ้น แต่อย่างไรก็ดี ยังมีความคลุมเครือว่าลักษณะอันลามกที่เกี่ยวข้องกับเด็กและเยาวชนนั้นหมายความว่าอย่างไร นอกจากนี้ มาตราดังกล่าวยังเป็นการเอาผิดที่ผู้บริโภค ซึ่งมีความน่ากังวลว่าการชี้วัดที่ “การครอบครอง” อาจทำให้เกิดการเอาผิดที่ไม่เป็นธรรม เพราะธรรมชาติการเข้าเว็บทั่วไป ผู้ใช้ย่อมไม่อาจรู้ได้ว่าการเข้าชมแต่ละครั้งดาวน์โหลดไฟล์ใดมาโดยอัตโนมัติบ้าง และหากแม้คอมพิวเตอร์ถูกตรวจแล้วพบว่ามีไฟล์โป๊เด็ก ก็ไม่อาจหมายความว่าผู้นั้นเป็นเจ้าของหรือเป็นผู้ดูผู้ชม (กระทรวงเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสาร, 2554)

2. ดูหมิ่นผิดพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์

“มาตรา 26 ผู้ใดนำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ที่ประชาชนทั่วไปอาจเข้าถึงได้ ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่ปรากฏเป็นภาพ ข้อมูลส่วนบุคคลของผู้อื่นหรือข้อมูลอื่นใด โดยประการที่น่าจะทำให้บุคคลอื่นเสียหาย เสียชื่อเสียง ถูกดูหมิ่น ถูกเกลียดชัง หรือได้รับความอับอาย หรือเพื่อให้ผู้หนึ่งผู้ใดหลงเชื่อว่าเป็นข้อมูลที่แท้จริง ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

ที่ผ่านมามีความพยายามฟ้องคดีหมิ่นประมาทซึ่งกันและกันโดยใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์จำนวนมาก แต่การกำหนดข้อหาฯ ยังไม่มีมาตราใดในพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ.2550 ที่จะใช้ได้อย่างตรงประเด็น มีเพียงมาตรา 14 (1) ที่ระบุเรื่องข้อมูลอันเป็นเท็จดังที่กล่าวมาแล้ว และมาตรา 16 ว่าด้วยภาพตัดต่อ ในร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ฉบับใหม่ได้สร้างความสะดวกให้เจ้าหน้าที่ใช้ตั้งข้อหาการดูหมิ่นต่อกันได้ง่ายขึ้นข้อสังเกตคือ ความผิดตามร่างฉบับใหม่นี้กำหนดให้การดูหมิ่น หรือหมิ่นประมาทมีโทษจำคุกสามปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท ทั้งที่การหมิ่นประมาทในกรณีปกติ ตามประมวลกฎหมายอาญามีโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี ปรับไม่เกินสองหมื่นบาท (กระทรวงเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสาร, 2554)

ร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ.2556

เมื่อวันที่ 3 เมษายน พ.ศ.2556 สำนักงานพัฒนาธุรกรรมอิเล็กทรอนิกส์ (องค์การมหาชน) (สพธอ.) จัดงานเผยแพร่ร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ ฉบับใหม่ โดยมีกำหนดรับฟังความคิดเห็นต่อร่างดังกล่าวผ่านทางเว็บไซต์จนถึงวันที่ 15 เมษายน พ.ศ.2556 สพธอ.กล่าวถึงเจตนารมณ์ในการแก้ไขร่างกฎหมายฉบับนี้ว่า เนื่องจากพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ.2550 ที่ใช้อยู่ในปัจจุบัน ยังไม่ครอบคลุมความผิดหลายอย่าง เช่น ปัญหาเรื่องอีเมลสแปม และมีการบังคับใช้ที่ผิด เช่น การนำพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ไปใช้ฟ้องคดีหมิ่นประมาทบุคคล เป็นต้น เมื่อพิจารณาที่ร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ ฉบับ สพธอ.2556 ประเด็นสำคัญที่แก้ไขเพิ่มเติมที่เกี่ยวกับการคุกคามทางเพศ มีดังนี้ (สำนักงานพัฒนาธุรกรรมอิเล็กทรอนิกส์, 2556)

1. แก้ไขพระราชบัญญัติความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ในความผิดฐานครอบครองภาพโป๊เด็ก (สำนักงานพัฒนาธุรกรรมอิเล็กทรอนิกส์, 2556)

ร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ.2556

แนวทางที่ 1

เสนอปรับแก้บทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญาให้ครอบคลุมการครอบครองภาพลามกของผู้เยาว์ โดยหากมีคอมพิวเตอร์เข้าไปเกี่ยวข้อง เช่น การเผยแพร่ผ่านสื่ออินเทอร์เน็ต ก็อาจกำหนดระวางโทษให้สูงขึ้นกว่าปกติ แนวทางดังกล่าวน่าจะมีความเหมาะสมกว่าการกำหนดฐานความผิดไว้ในกฎหมายฉบับนี้

แนวทางที่ 2 กำหนดฐานความผิดไว้ในกฎหมายฉบับนี้

“มาตรา ... ผู้ใดครอบครองข้อมูลคอมพิวเตอร์ซึ่งมีลักษณะอันลามกที่เกี่ยวข้องกับเด็กหรือเยาวชน ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหกปี หรือปรับไม่เกินสองแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ ความในวรรคหนึ่งมิให้ใช้บังคับกับการกระทำของพนักงานเจ้าหน้าที่ เพื่อประโยชน์ในการดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดตามพระราชบัญญัตินี้หรือตามกฎหมายอื่น”

อาจกล่าวได้ว่าร่างมาตรานี้เป็นนวัตกรรมใหม่ของเรื่อง “ลามก” ในกฎหมายไทย ร่างกฎหมายฉบับนี้กำหนดให้การครอบครองภาพลามกของเด็กหรือเยาวชนเป็นความผิด ขณะที่ประมวลกฎหมายอาญากำหนดคำว่าลามกอนาจารไว้อย่างกว้าง ๆ และไม่ได้ระบุชัดเจนว่ามุ่งเน้นคุ้มครองประชาชนกลุ่มใด

คณะผู้ร่างเปิดช่องทางเลือกเอาไว้ว่า หากไม่เขียนเรื่องนี้เอาไว้ในกฎหมายอาชญากรรมคอมพิวเตอร์ก็อาจไปแก้ไขในประมวลกฎหมายอาญาก็ได้

อย่างไรก็ดีความน่ากลัวของข้อเสนอคือการกำหนดว่า เพียงแค่ “ครอบครอง” ก็ถือเป็นความผิดแล้ว ไม่ได้มีองค์ประกอบความผิดเหมือนความผิดอื่น ๆ ที่ต้องมีการ “นำเข้า” หรือ “เผยแพร่ส่งต่อ” หรือ “มีไว้เพื่อประโยชน์ทางการค้า” นั่นคือเพียงแค่มียุโรปบางอย่างที่มีลักษณะลามกของเด็กและเยาวชน ก็นับว่าเป็นความผิดโดยทันที โดยไม่ได้จำกัดว่าจะ “ได้มา” อย่างไร และ “มีไว้” เพื่อวัตถุประสงค์ใด ซึ่งมีข้อน่ากังวลว่าเพียงแค่การมีไฟล์อยู่ในเครื่องของตนจะเท่ากับว่ามีความผิดฐานเป็นผู้ “ครอบครอง” ไฟล์นั้นไปโดยทันทีได้หรือไม่ นอกจากนี้ ร่างมาตรานี้ยังกำหนดโทษจำคุกเอาไว้สูงถึงหกปี (สำนักงานพัฒนาธุรกรรมอิเล็กทรอนิกส์, 2556)

การเปรียบเทียบการคุกคามทางเพศบนสังคมเครือข่ายกับประมวลกฎหมายอาญา

เปรียบเทียบลักษณะการกระทำของการคุกคามทางเพศกับความผิดฐานหมิ่นประมาท

ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 326 บัญญัติว่า “ผู้ใดใส่ความผู้อื่นต่อบุคคลที่สามโดยประการที่น่าจะ使人อื่นนั้นเสียชื่อเสียง ถูกดูหมิ่นหรือถูกเกลียดชัง ผู้นั้นกระทำความผิดฐานหมิ่นประมาท ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือปรับไม่เกินสองหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

องค์ประกอบของความผิดประการแรก “ใส่ความผู้อื่นโดยประสงค์ที่จะทำให้ผู้อื่นนั้นเสียชื่อเสียง ถูกดูหมิ่นหรือถูกเกลียดชัง”

“ใส่ความ” หมายถึง การแสดงพฤติกรรมอันเป็นข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นแล้วหรือกำลังเกิดขึ้นอยู่เกี่ยวกับบุคคลอื่น หรือพาดพิงไปถึงบุคคลอื่นไม่ว่าข้อเท็จจริงที่ว่านี้จะจริงหรือเป็นความจริง ซึ่งถ้าได้แสดงข้อเท็จจริงนั้น โดยประการที่น่าจะ使人อื่นเสียชื่อเสียง ถูกดูหมิ่น หรือถูกเกลียดชังถือเป็นความผิดตามมาตรา 326 (ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ, 2549)

ทั้งนี้การใส่ความเป็นการแสดงข้อเท็จจริงอย่างหนึ่งที่ทำให้เสียชื่อเสียง คุณค่า หรือฐานะทางสังคมของบุคคลอื่นเสื่อมความเชื่อถือส่วนข้อเท็จจริงนั้นจะเป็นความจริงหรือความเท็จก็มีผลเช่นเดียวกัน ดังคำกล่าวที่ว่า “ยิ่งจริง ยิ่งหมิ่นประมาท” เช่นกล่าวว่า “เขาเป็นชู้กัน” แม้เป็นความจริงก็เป็นหมิ่นประมาทในทางอาญาเพราะก่อให้เกิดความไม่สงบเรียบร้อยในบ้านเมืองแม้จะเป็นการกล่าวตามที่มีผู้ว่าให้ฟังก็ดีหรือกล่าวตามข่าวลือก็ดี หรือกล่าวสงสัยว่าจะเป็นอย่างนั้นอย่างนี้ก็ดีหรือกล่าวที่ตนเองไม่เชื่อตามที่กล่าวก็ดี ก็ยังเป็นหมิ่นประมาทเพราะเป็นการที่ตนเองกล่าวข้อความหมิ่นประมาทออกไปแล้ว และยังกล่าวว่าหรือลือกันก็ยิ่งเป็นหมิ่นประมาทมากขึ้น (ปาริฉัตร รัตนากัญญา, 2551)

ข้อเท็จจริงที่กล่าวยืนยันนั้นต้องเป็นข้อเท็จจริงอันแน่นอน ไม่ใช่ข้อเท็จจริง คลุมเครือ เลื่อนลอย เป็นคำขู่ หรือกล่าวด้วยความน้อยใจ ความโกรธ หรือล้อเลียน เช่นกล่าวว่า “ผู้เสียหายเป็นคนนิสัยไม่ดี มีความรู้สึกต่ำ” ดังนั้นเป็นการไม่ยืนยันข้อเท็จจริงในตัวคำพูดและมีลักษณะเลื่อนลอยเพราะจะต้องมีข้อเท็จจริงอื่นประกอบอีกว่า นิสัยไม่ดีอย่างไร มีความรู้สึกต่ำอย่างไรอีกชั้นหนึ่ง (ปาริฉัตร รัตนากาญจน์, 2551)

นอกจากนี้ข้อเท็จจริงที่กล่าวยืนยัน เป็นข้อเท็จจริงที่มีมาแล้วในอดีตหรือกำลังเกิดอยู่ในปัจจุบัน ไม่ใช่ในอนาคต หมายความว่าข้อความหมิ่นประมาทต้องเป็นเรื่องที่เกิดแล้วหรือกำลังเกิดขึ้นไม่ใช่เรื่องที่ยังไม่เกิดแต่ผู้กล่าวคาดคะเนเอาหรือเป็นเพียงคำทำนายเท่านั้น (หยุด แสงอุทัย, 2542)

การแสดงข้อเท็จจริงหรือความคิดเห็นที่ยืนยันใส่ความอันเป็นการหมิ่นประมาทนั้นจะต้องไม่ใช่การแสดงข้อเท็จจริงในสิ่งที่เป็นไปไม่ได้ เช่น กล่าวว่า “เป็นผีปอบ (คำพิพากษาฎีกาที่ 256/2509 และคำพิพากษาฎีกาที่ 200/2511) แต่คำดำที่แสดงข้อความที่น่าจะทำให้ผู้อื่นเสียชื่อเสียง ถูกดูหมิ่น หรือถูกเกลียดชังก็เป็นหมิ่นประมาทได้ เช่น ดำผู้เสียหายว่า “อีดอกทอง” ถือเป็นคำดำด้วยถ้อยคำหยาบคาย ไม่ใช่การใส่ความตามมาตรา 326 แต่หากพูดยืนยันข้อเท็จจริงต่อไปอีกว่า “ผู้เสียหายเป็นหญิงไม่ดีเที่ยวร่วมประเวณีกับคนเท่าไป โดยไม่เลือกสถานที่” เช่นนี้ น่าจะทำให้ผู้เสียหายเสียชื่อเสียง ถูกดูหมิ่น หรือถูกเกลียดชัง จึงเป็นความผิดฐานหมิ่นประมาท (ปาริฉัตร รัตนากาญจน์, 2551)

ข้อเท็จจริงดังกล่าวไม่จำเป็นต้องเป็นคำหยาบคายใส่ร้ายเท่านั้น แม้เป็นถ้อยคำสุภาพแต่อาจทำให้ผู้อื่นเสียชื่อเสียง ถูกดูหมิ่น หรือถูกเกลียดชัง ก็เป็นการใส่ความหมิ่นประมาทได้และการกล่าวข้อเท็จจริงนั้น ผู้กล่าวไม่จำเป็นต้องรับรองว่าเป็นความจริง อาจกล่าวเพียงถามคำบอกกล่าวหรือคำกระทบกระเทียบเปรียบเปรยก็ได้

“ผู้อื่น” มีความหมายถึง บุคคลอื่นนอกจากผู้กระทำ ผู้ถูกใส่ความ อาจเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคล หรือบุคคลก็ได้ ถ้าเป็นบุคคลธรรมดาต้องเจาะจงตัวได้ว่ากล่าวถึงใคร แต่ถ้ากล่าวถึงกลุ่มบุคคลจะต้องเข้าใจว่า หมายถึงทุก ๆ คนในกลุ่มก็จะเป็นความผิดได้ (ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ์, 2549)

กรณีการวาดภาพล้อ หรือเขียนภาพล้อ อันทำให้ผู้อ่านส่วนมากเข้าใจว่าภาพหรือถ้อยคำนั้นหมายถึงผู้ใดแล้วก็ถือว่าเป็นการใส่ความผู้นั้นได้ ในทำนองเดียวกัน การเขียนนวนิยาย ใช้ชื่อตัวละคร และบรรยายเนื้อเรื่องในลักษณะที่ผู้อ่านส่วนใหญ่เข้าใจได้ว่าหมายถึงผู้ใดแล้ว ก็อาจเป็นการใส่ความผู้นั้นได้

“โดยประการที่น่าจะทำให้ผู้อื่นเสียชื่อเสียงถูกดูหมิ่นหรือถูกเกลียดชัง” หมายความว่า ความที่ใส่ความซึ่งเป็นการหมิ่นประมาทนั้น จะต้องถึงขนาดที่น่าจะทำให้ผู้ถูกใส่ความนั้นเสียชื่อเสียง ถูกดูหมิ่น หรือถูกเกลียดชัง ไม่จำเป็นต้องเกิดการเสียชื่อเสียง หรือถูกดูหมิ่น หรือถูกเกลียดชังจริง ๆ เนื่องจากไม่ใช่ผลของการกระทำ หากแต่เป็นข้อเท็จจริงที่จะวินิจฉัยลักษณะของการกระทำว่าน่าจะทำให้เสียชื่อเสียง ถูกดูหมิ่นหรือถูกเกลียดชังหรือไม่ โดยเป็นการวินิจฉัยตามความเข้าใจของสามัญชนทั่วไปไม่ใช่ตามความเข้าใจของผู้หมิ่นประมาทหรือผู้ถูกหมิ่นประมาททั้งนี้ จะพิจารณาถึงความรู้สึกของบุคคลอื่นที่น่าจะดูหมิ่นหรือเกลียดชังต่อผู้ที่ถูกใส่ความ ดังนั้นหากวินิจฉัยว่าไม่น่าจะทำให้เสียชื่อเสียง ถูกดูหมิ่น หรือเกลียดชัง ก็ย่อมไม่เป็นความผิดและไม่ใช่ความผิดฐานพยายาม เช่น ผู้เสียหายยินยอมให้หมิ่นประมาท ก็ย่อมไม่น่าจะทำให้เสียชื่อเสียง จึงไม่เป็นความผิด

“ชื่อเสียง” หมายความว่า คุณค่าที่บุคคลมีอยู่ในสังคมหรือคุณค่าที่มนุษย์ทุก ๆ คนมีอยู่ต่อเพื่อนมนุษย์ด้วยกันในทางด้านจิตใจ ด้านศีลธรรม และด้านสังคม โดยการใส่ความนั้น ทำให้ชื่อเสียงหมดไปหรือลดน้อยถอยลงจากปกติธรรมของบุคคลแต่ละคน

“สังคม” หมายถึง ชุมชนโดยทั่วไป ไม่ใช่กลุ่มใดกลุ่มหนึ่ง

องค์ประกอบของความผิดประการที่สอง “ต่อบุคคลที่สาม”

การใส่ความอันจะเป็นการหมิ่นประมาทตามมาตรา 326 ไม่ว่าจะกระทำโดยวาจาโดยกิริยาท่าทางที่แสดงออก หรือโดยทางเอกสาร จะต้องเป็นการกระทำต่อบุคคลที่ 3 กล่าวคือ จะต้องมิบุคคลอีกคนหนึ่งนอกจากผู้ใส่ความได้ยินได้ฟังได้เห็นหรือได้ทราบข้อความที่ใส่ความหมิ่นประมาทนั้นด้วย แต่หากการใส่ความหมิ่นประมาทนั้นบุคคลที่ 3 ไม่ได้ยินได้เห็น หรือได้ทราบข้อความนั้นแล้วการใส่ความก็ไม่เป็นการหมิ่นประมาทตามมาตรา 326 เพราะขาดองค์ประกอบความผิด (ปาริฉัตร รัตนากาญจน์, 2551)

นอกจากนี้ แม้การกล่าวใส่ความหมิ่นประมาทต่อบุคคลที่ 3 บุคคลผู้ถูกใส่ความจะอยู่ร่วมด้วยก็ถือว่าเป็นการใส่ความต่อบุคคลที่ 3 เช่นเดียวกัน โดยข้อสำคัญให้มีบุคคลที่ 3 นอกจากผู้ใส่ความอย่างน้อยคนหนึ่งเป็นผู้ได้ยินได้ฟัง หรือได้ทราบข้อความที่ใส่ความนั้นก็เป็นการเพียงพอแล้วการที่กฎหมายบัญญัติให้ความผิดฐานหมิ่นประมาทจะต้องเป็นการใส่ความต่อบุคคลที่ 3 ก็เนื่องมาจากความผิดฐานหมิ่นประมาทเป็นเรื่องเกี่ยวกับเกียรติยศและชื่อเสียง จึงไม่ประสงค์จะให้มีการได้ยินได้ฟังถึงเรื่องชื่อเสียงของผู้ถูกใส่ความนั้นไปถึงผู้อื่นซึ่งอาจทำให้เขาเสียชื่อเสียง ถูกดูหมิ่นหรือถูกเกลียดชังได้ และอาจได้ยินได้ฟังต่อกันไปอีก อย่างไรก็ตามการจะถือว่าเป็นการใส่ความต่อบุคคลที่ 3 นั้น บุคคลดังกล่าวจะต้องทราบและเข้าใจในข้อความที่ใส่ความด้วย ไม่ว่าจะเป็นการใส่ความโดยวิธีใดก็ตาม (ปาริฉัตร รัตนากาญจน์, 2551)

วิธีการหมิ่นประมาท อาจแสดงข้อเท็จจริงให้ปรากฏด้วยคำพูด หนังสือ ภาพวาด การ์ตูน รูปปั้น กิริยาท่าทาง ทำเครื่องหมายแขวนคอหุ่น หรือใช้คำถามก็ได้หากปรากฏว่าในคำถามนั้นเองมีลักษณะเป็นการยืนยันข้อเท็จจริงอยู่ในตัว หรือแม้ในคำถามนั้นจะไม่มีลักษณะเป็นการยืนยันข้อเท็จจริงอยู่ในตัว แต่กิริยาท่าทางที่แสดงออกหรือจากการเน้นถ้อยคำ ทำให้ผู้ฟังเข้าใจได้ว่าผู้กระทำมุ่งจะยืนยันข้อเท็จจริงก็เป็นความผิด (ปาริฉัตร รัตนากาญจน์, 2551)

จากหลักเกณฑ์ของความผิดฐานหมิ่นประมาทตามมาตรา 326 นั้น จะเห็นได้ว่ากรณีเป็นการใส่ความซึ่งหมายถึงการแสดงข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นแล้วหรือกำลังเกิดขึ้น พาดพิงไปถึงบุคคลอื่นไม่ว่าข้อเท็จจริงนั้นจะเป็นข้อเท็จจริงต่อบุคคลที่ 3 ซึ่งหากแสดงข้อเท็จจริงนั้นโดยประการที่น่าจะทำให้ผู้อื่นเสียชื่อเสียง ถูกดูหมิ่น ถูกเกลียดชัง กล่าวคือ น่าจะทำให้ชื่อเสียง คุณค่าหรือฐานะทางสังคมของบุคคลอื่นนั้นเสื่อมความเชื่อถือหรือลดลง ทั้งนี้ การแสดงข้อเท็จจริงอันจะเป็นความผิดตามมาตรานี้ หมายความว่าเพียงแค่ว่าบุคคลที่ 3 ซึ่งเป็นบุคคลอื่นนอกจากผู้ใส่ความและผู้ถูกใส่ความได้ยินได้ฟังได้เห็นได้รับทราบข้อความที่ถูกใส่ความก็พอแล้ว โดยบุคคลที่ถูกใส่ความไม่จำเป็นต้องเสื่อมเสียชื่อเสียงจริง ๆ ตัวอย่างของการใส่ความอันจะเป็นความผิดตามมาตรา 326 เช่น

1. ญาติข้างโจทก์ได้บอกจำเลยว่าโจทก์ได้รักใคร่กับชายในทางชั่วสาว นอนกอดจูบก้นและได้เสียกัน มีผู้มาถามจำเลย จำเลยก็เล่าข้อความนั้นให้ฟัง ตัดสินว่าจำเลยผิดฐานหมิ่นประมาท (คำพิพากษาฎีกา 380/2503)
2. จำเลยกล่าวถึงผู้เสียหายซึ่งเป็นหญิงว่าเป็นคนสำเพ็ง คนไม่ดี เป็นคน 5 ผัว 6 ผัว แม้กล่าวด้วยความหึงหวงมิให้สามีคบผู้เสียหายก็หมิ่นประมาทตามมาตรา 326 (คำพิพากษาฎีกา 621/2518)

อย่างไรก็ตาม จากการที่ลักษณะความผิดต่าง ๆ ที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายอาญาของประเทศไทยไม่ว่าจะเป็นความผิดฐานดูหมิ่นซึ่งหน้า (มาตรา 393) ความผิดฐานข่มเหงรังแกหรือกระทำด้วยประการใด ๆ ให้ผู้อื่นอับอายหรือเดือดร้อนรำคาญ (มาตรา 397) ความผิดฐานหมิ่นประมาท (มาตรา 326) มิได้กำหนดให้การคุกคามทางเพศบนสังคมเครือข่ายเป็นความผิดแต่อย่างใด แม้ความผิดที่มีลักษณะเป็นการล่วงเกินทางเพศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการคุกคามทางเพศบนสังคมเครือข่ายนั้นจะมีลักษณะเป็นการให้ความคุ้มครองสิทธิความเป็นส่วนตัวของบุคคลในเรื่องเพศเช่นเดียวกันกับความผิดเกี่ยวกับเพศตามประมวลกฎหมายอาญาก็ตาม แต่โดยเหตุที่สภาพสังคมของประเทศไทยในปัจจุบันยังมีความเป็นไปได้น้อยที่จะกำหนดให้ความผิดฐานคุกคามทางเพศบนสังคมเครือข่ายมีลักษณะร้ายแรงถึงขนาดที่กำหนดให้เป็นฐานความผิดฐานความผิดหนึ่งในประมวลกฎหมายอาญาจึงจำเป็นต้องรอแนวทางและพัฒนากฎหมายในส่วนนี้ต่อไป โดยในส่วนต่อไปจะได้วิเคราะห์มาตรการทางกฎหมายอื่นๆเพื่อเป็นแนวทางในการปรับใช้กับการล่วงเกินทางเพศที่เกิดขึ้นต่อไป

เปรียบเทียบลักษณะการกระทำของการคุกคามทางเพศกับความผิดฐานกระทำความอนาจาร

ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 278 “ผู้ใดกระทำความอนาจารแก่บุคคลอายุกว่าสิบห้าปี โดยขู่脅ด้วยประการใด ๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยบุคคลนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้บุคคลนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบปี หรือปรับไม่เกินสองหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

คุณธรรมทางกฎหมายของความผิดฐานนี้ คือ เสรีภาพในทางเพศหรือสิทธิที่จะกำหนดเรื่องทางเพศด้วยตนเอง (ปรีฉัตร รัตนากาญจน์, 2551) โดยมีองค์ประกอบความผิดดังนี้

1. “กระทำความอนาจาร” หมายถึง การกระทำแก่เนื้อตัวของบุคคลที่ไม่สมควรในทางเพศตามประเพณีนิยมหรือตามกาลเทศะ แต่ไม่ถึงขั้นเป็นการข่มขืนกระทำชำเรา หรือพยายามข่มขืนกระทำชำเราโดยการกระทำที่ในทางภาวะวิสัยเป็นการละเมิดหรือฝ่าฝืนความรู้สึกอับอายในทางเพศโดยทั่วไปอย่างร้ายแรง และเป็นการกระทำที่ในทางอัตตะวิสัยได้ถูกกระทำลงด้วยความต้องการทางเพศหรือความใคร่เป็นต้นว่ามีจุดมุ่งหมายหรือความประสงค์เพื่อก่อหรือระงับความต้องการทางเพศหรือความใคร่เป็นจุดมุ่งหมายหรือความประสงค์เพื่อก่อหรือระงับความต้องการทางเพศหรืออารมณ์ทางเพศของตนหรือผู้อื่น เช่น การกอด จูบ ลูบคลำ ซึ่งการกระทำที่เป็นการอนาจารนั้น ต้องเป็นการกระทำต่อเนื้อตัวของบุคคล แม้จะเป็นการกระทำผ่านบนเสื้อผ้าก็ตามการกระทำให้อับอายขายหน้าในทางเพศ เช่น อดทนหญิงโดยหญิงไม่ยินยอมในที่สาธารณะ เปิดกระโปรงของหญิงและต้องเป็นการกระทำโดยเจตนา โดยหากไม่ใช่เป็นการกระทำต่อเนื้อตัว เช่น คำพูด ภาพวาด หรือ การเขียน ไม่ถือว่าเป็นการกระทำความอนาจาร (ปริญญ์ จิตรการณทิกิจ, 2538)

การกระทำใดที่จะมีพฤติกรรมหรือลักษณะที่ไม่สมควรในทางเพศนั้นต้องพิจารณาจากประเพณีนิยม หรือกาลเทศะไม่ได้พิจารณาจากมูลเหตุจูงใจของผู้กระทำกล่าวคือ หากการกระทำนั้นมีลักษณะที่บุคคลทั่วไปเห็นว่าตามประเพณีหรือวัฒนธรรมเป็นการกระทำให้อับอายขายหน้าในทางเพศแล้ว ก็เป็นอนาจารได้ แม้ผู้กระทำจะไม่ได้มีความประสงค์ในเรื่องความใคร่หรือการประเวณีเลย เช่น จับหน้าอกโดยแรงเพื่อให้หญิงเจ็บ การกระทำความผิดกล่าว แม้ผู้กระทำประสงค์เพียงทำร้ายหญิงหรือเพื่อแค้นก็จำเป็นที่จะเป็นการอนาจารได้ แต่การกระทำเดียวกัน ถ้าตามประเพณีนิยมคนทั่วไปเห็นว่าไม่ได้มีลักษณะที่ไม่สมควรในทางเพศหรือไม่มีลักษณะเป็นการกระทำความอนาจารก็ไม่เป็นการกระทำความอนาจาร เช่น นายแพทย์จับหน้าอกหรือของลับหญิงเพื่อรักษาพยาบาลหญิงตามความจำเป็น จำเป็นจะต้องสัมผัสตัวผู้เจ็บป่วยแม้จะมีการถอดเสื้อผ้า หรือการที่บิดามารดาหรือญาติผู้ใหญ่กอด

จับลูกหลานด้วยความรักความเอ็นดู หรือการจับมือลูบหัวเพื่อยกย่องเนื่องจากความสนิทสนมหรือกอดจับในเวลาตื่นรำ เช่นนี้ไม่พอถือเป็นภาระอนาจาร

นอกจากนี้ ความสมัครใจหรือไม่สมัครใจของผู้ถูกระทำเป็นข้อสำคัญประการหนึ่งที่จะทำให้การกระทำนั้นเป็นอนาจารหรือไม่ ฉะนั้นหากผู้กระทำยินยอมพร้อมใจให้กระทำก็ย่อมไม่เสียหายและเป็นล่วงเกิน ไม่ควรเอาผิดกับผู้กระทำ การยินยอมสมัครใจต้องประกอบด้วยผู้กระทำรู้ตัวว่าจะถูกระทำอนาจาร และยังยินยอมสมัครใจให้กระทำ

2. “แก่บุคคลอายุกว่าสิบห้าปี” เนื่องจากคำว่าบุคคลหมายถึงหญิงหรือชายก็ได้ จึงหมายความว่าทั้งชายและหญิงเป็นผู้กระทำได้เพราะกฎหมายไม่ได้จำกัดไว้เฉพาะหญิงเท่านั้น ดังนั้นการกระทำการกระทำอนาจารตามมาตรานี้จะเป็นชายกระทำต่อหญิงหรือ หญิงกระทำต่อชาย ชายกระทำต่อชายหรือหญิงกระทำต่อหญิงก็ได้ โดยผู้ถูกระทำต่อหญิงก็ได้ โดยผู้ถูกระทำต้องมีอายุ 15 ปี เพราะถ้าไม่เกิน 15 ปี การกระทำอนาจารต่อบุคคลดังกล่าวก็จะเป็นความผิดตามมาตรา 279 เนื่องจากกฎหมายได้แยกบัญญัติการกระทำต่อเด็กยินยอมก็เป็นความผิดตามมาตรา 279 นอกจากนี้ การที่จะให้ผู้อื่นกระทำตนเองก็ถือว่าเป็นการกระทำอนาจารต่อผู้อื่นนั้นได้ เช่น การบังคับให้ผู้อื่นจับของลับของตนเอง เป็นต้น (สุวัณชัย ใจหาญ, 2527)

3. การกระทำอนาจารตามมาตรานี้ ได้กระทำโดยวิธีหนึ่งวิธีใด ดังต่อไปนี้

3.1. การขู่เข็ญด้วยด้วยประการใด ๆ

โดยขู่เข็ญด้วยประการใดๆ การขู่เข็ญนี้จะกระทำในทางวาจาหรือทางร่างกายก็ได้ และไม่จำกัดเพียงจะทำร้ายร่างกายหญิงเท่านั้น อาจเป็นการขู่เข็ญว่าจะเปิดเผยความลับของหญิงก็ได้ซึ่งเป็นการกระทำแก่หญิงนั้นโดยตรงหรือจะกระทำต่อบุคคลอื่นซึ่งเกี่ยวข้องกับหญิงนั้นก็ได้นอกจากนั้นจะกระทำแก่หญิงนั้นโดยตรงหรือจะกระทำต่อบุคคลอื่นซึ่งเกี่ยวข้องกับหญิงนั้นก็ได้นอกจากนั้นจะกระทำต่อทรัพย์สินก็ได้ เช่น ขู่ว่าจะทำร้ายหรือฆ่า บุตร สามี หรือบิดามารดา หรือจะใช้ไฟเผาทรัพย์สินให้หมด เป็นต้น อนึ่ง การขู่เข็ญไม่จำเป็นต้องเป็นไปในลักษณะที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเพราะแม้จะขู่เข็ญว่าจะกระทำการอันชอบด้วยกฎหมายให้กระทำอนาจารโดยไม่สมัครใจ ก็ถือว่าเป็นการขู่เข็ญตามความหมายนี้แล้ว เช่น หญิงลักทรัพย์ของชาย ชายจับได้ว่าถ้ายินยอมให้อนาจารจะปล่อยตัวไปโดยไม่ส่งตัวให้ตำรวจ เช่นนี้ ชายผู้กระทำย่อมมีความผิดตามมาตรานี้ (สุวัณชัย ใจหาญ, 2527)

3.2. การใช้กำลังประทุษร้าย

ใช้กำลังประทุษร้าย มีความหมายตามคำนิยามในมาตรา 1 (6) คือ ทำการประทุษร้ายแก่กายหรือจิตใจของบุคคลไม่ว่าจะทำด้วยใช้แรงกายภาพหรือด้วยวิธีใดและหมายความรวมถึงการกระทำใดๆซึ่งเหตุให้บุคคลหนึ่งบุคคลใด อยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ไม่ว่าจะโยใช้ยาทำในทางกายภาพ เช่น ใช้มือตอยท้องเพื่อกระทำอนาจาร เป็นต้น ดังนั้น การกระทำต่อ เสรีภาพ ชื่อเสียง หรือทรัพย์สิน ไม่อยู่ในความหมายของการใช้กำลังประทุษร้าย (จิตติ ติงศกัทธิ, 2539)

3.3. การที่บุคคลนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้

คำว่า “อยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้” หมายถึง จำยอมโดยไม่สมัครใจ ภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้นั้นอาจมีอยู่ก่อนการกระทำของชายก็ได้ เช่น อัมพาตเคลื่อนไหวไม่ได้ ภาวะที่สามารถขัดขืนได้นั้นจะเกิดจากการกระทำของผู้กระทำผิด หรือจะเกิดจากตัวหญิงเองก็ได้ ซึ่งหากเป็นกรณีที่เกิดจากการ

กระทำของผู้กระทำความผิด ก็อาจจะเป็นการใช้กำลังประทุษร้ายตามมาตรา 1 (6) ได้ การขุดหญิงเข้าไปในป่า ไม่มีทางจะหนีรอด หรือได้รับความช่วยเหลือจากผู้ใดได้ หญิงจึงต้องจำยอมให้ข่มขืนกระทำอนาจารแก่ตน เช่นนี้ ถือว่าหญิงอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ การใช้ยาทำให้สลบหรือทำให้มึนเมาจนช่วยตนเองไม่ได้ เช่น ยากล่อมประสาทหรือมอมหรือทำให้มึนเมาจนช่วยตนเองไม่ได้ เช่น ยากล่อมประสาทหรือมอมเหล้าจนมึนเมาไม่ได้สติ ถือว่าเป็นการกระทำให้อยู่ภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ (หยุด แสงอุทัย, 2542)

3.4 ทำให้บุคคลนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น

ทำให้หญิงเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น เป็นการทำให้สำคัญผิดในตัวบุคคลเป็นคนละคนต่าง กัน ไม่ใช่คุณสมบัติของบุคคลผู้นั้นเอง คือทำให้หญิงเข้าใจว่าเป็นบุคคลที่เป็นหญิงสมัครใจหรือยินยอมให้กระทำการใดๆในทางเพศด้วย เช่น คิดว่าเป็นสามีหรือคนคนรัก หญิงจึงไม่ขัดขืน ในกรณีเช่นนี้ถือว่าเป็นความผิดฐานนี้ เพราะไม่ใช่เป็นการยินยอม

องค์ประกอบภายในของความผิดฐานนี้ คือ เจตนา โดยผู้กระทำตามมาตรานี้จะต้องมีเจตนาตามมาตรา 59 คือ จะต้องมิเจตนาที่จะข่มขืนกระทำอนาจาร ถ้ามีเจตนากระทำแต่ไม่สามารถกระทำสำเร็จก็เป็นความผิดฐานพยายาม และองค์ประกอบภายในของความผิดฐานนี้คือเจตนาตามมาตรา 59 โดยเฉพาะอย่างยิ่งต้องรู้ว่าเป็นบุคคลอายุกว่าสิบห้าปี และไม่ต้องมีเจตนาพิเศษประการใด ถ้าการกระทำนั้นพิจารณาจากที่ปรากฏภายนอกเป็นการอนาจารแล้วแม้ผู้กระทำจะมีได้กระทำเพื่อความใคร่หรือกามารมณ์ ก็เป็นความผิดตามมาตรานี้ได้ แต่ถ้าการกระทำที่ปรากฏภายนอกแสดงให้เห็นว่าผู้กระทำมิได้มีความมุ่งหมายในความใคร่หรือกามารมณ์ก็ไม่เป็นการกระทำอนาจาร ดังนั้น การกระทำด้วยความมุ่งหมายอย่างไรที่อาศัยชี้ความผิดของผู้กระทำนี้มีไขอาศัยเจตนาพิเศษของผู้กระทำแต่อาศัยพฤติการณ์ที่ปรากฏภายนอกของการกระทำเช่นนั้นก็ไม่เป็นการกระทำอนาจาร เช่น แพทย์ตรวจร่างกายของหญิงตามธรรมดาแม้แพทย์อาจมีความรู้สึทางเพศ แต่ไม่มีใครคิดเห็นเช่นนั้น ก็ไม่เป็นการกระทำอนาจาร ได้แก่ (จิตติ ติงศภัทัย, 2539)

1. จับแขนหญิงตั้งในร้านกาแฟเพราะหญิงไม่ยอมโดยเข้าใจว่าหญิงเป็นโสเภณี เป็นการใช้อำนาจด้วยกำลังกายกระทำแก่หญิงให้อับอายขายหน้าต่อประชาชน (คำพิพากษาฎีกาที่ 569/2479)
2. ใช้กำลังกายเข้ากดปล้ำหญิงโดยหญิงไม่ยินยอม (คำพิพากษาฎีกาที่ 939/2487)
3. จับนมผู้เสียหายโดยไม่ปรากฏว่าผู้เสียหายได้อนุญาตยินยอมนั้น เป็นการใช้กำลังประทุษร้ายตามมาตรา 278 (คำพิพากษาฎีกาที่ 1279/2506)
4. ใช้กำลังกดรัดและบีบเค้นของสวณบริเวณหน้าอกของผู้เสียหายจนระบมฟกช้ำ เป็นการประทุษร้ายต่อร่างกายตามมาตรา 278 (คำพิพากษาฎีกาที่ 2453/2515)

เมื่อเปรียบเทียบองค์ประกอบอันเป็นสาระสำคัญของการล่วงเกินทางเพศในที่ทำงานและความผิดฐานอนาจารแล้วจะพบว่ามีลักษณะที่แตกต่างกัน กล่าวคือ (ปาริฉัตร รัตนกาญจน์, 2551)

1. การล่วงเกินทางเพศในที่ทำงานเป็นพฤติกรรมที่แสดงออกโดยทางกายและวาจาไม่ได้รับความยินยอมหรือจำต้องยอมของผู้ถูกล่วงเกินทางเพศ ในขณะที่ความผิดฐานอนาจารจะต้องเป็นการกระทำแก่เนื้อตัวร่างกายอันมีลักษณะให้เกิดความอับอายในทางเพศหรือไม่สมควรในทางเพศ ดังนั้น หากการล่วงเกินทางเพศเกิดขึ้นโดยการใช้อำนาจ การแสดงภาพถ่ายหรือสิ่งของลามกที่แสดงนัยยะทางเพศเท่านั้นก็ไม่อาจเป็นความผิดฐาน

อนาจารย์ได้ ในขณะที่หากผลกระทบที่เกิดขึ้นทำให้สิ่งแวดล้อมในการทำงานแล้วก็อาจเป็นความผิดฐานล่วงเกินทางเพศในที่ทำงานได้

2. การล่วงเกินทางเพศในที่ทำงานเป็นพฤติกรรมที่ซึ่งเป็นเรื่องเกี่ยวกับเพศที่ทำให้เพศและพฤติกรรมตอบสนองทางเพศซึ่งไม่ถึงขนาดเป็นการข่มขืนกระทำชำเราหรือพยายามข่มขืนกระทำชำเรา ในส่วนนี้การล่วงเกินทางเพศที่เกิดขึ้นมีลักษณะคล้ายความผิดฐานกระทำอนาจารย์อย่างมาก

3. ผลกระทบที่เกิดขึ้นทำให้สิ่งแวดล้อมในการทำงานเกิดความตึงเครียดและอึดอัดใจต่อการทำงาน ในขณะที่ความฐานกระทำอนาจารย์มิได้มีองค์ประกอบความผิดในส่วนนี้

โดยกรณีที่ถือเป็นการกระทำอนาจารย์ต้องเป็นการใช้กำลังทางกายภาพประทุษร้ายต่อร่างกายตามนัยมาตรา 1 (6) แห่งประมวลกฎหมายอาญา เช่น กอดรัด กอดปล้ำ หรือสัมผัสจับต้องบีบเค้นอวัยวะเพศอย่างใดอย่างหนึ่ง เช่น จับนมจับอวัยวะเพศหรือหากเป็นการจับมือก็จะมีใช้การจับตามธรรมดา แต่เป็นการจับโดยใช้แรงดึง หรือเป็นการขู่เข็ญด้วยประการใด ๆ หรือโดยทำให้บุคคลนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่นหรือโดยบุคคลนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ในขณะที่การล่วงเกินทางเพศหากเป็นการกระทำต่อเนื่องตัวร่างกาย เช่น จับสะโพก จับมือ ถือโอกาสแตะเนื้อต้องตัวเล็กน้อย หรือเข้ามาชิดใกล้เกินความจำเป็นโดยไม่จำเป็นต้องมีพฤติการณ์ที่เป็นการประทุษร้ายแต่อย่างใด เพราะการกำหนดให้ล่วงเกินทางเพศเป็นความผิดนั้นเนื่องจากเป็นความมุ่งให้ความคุ้มครองให้การแสดงออกในเรื่องเพศอยู่ในระดับที่เหมาะสม หากพฤติการณ์ใดที่สื่อแสดงได้ว่าสิทธิในความเป็นส่วนตัวในเรื่องเพศของตนถูกรบกวนกระทบกระเทือนแล้วแม้มิได้มีการกระทำในเชิงกายภาพเกิดขึ้นเลยก็อาจเป็นความผิดฐานล่วงเกินทางเพศได้ ดังนั้น จึงเห็นว่าพฤติกรรมการล่วงเกินทางเพศในที่ทำงานไม่ถึงเป็นความผิดฐานอนาจารย์แต่อย่างใด

เปรียบเทียบลักษณะการกระทำของการคุกคามทางเพศกับความผิดฐานกระทำการรังแกหรือข่มเหงผู้อื่นในที่สาธารณะหรือต่อหน้าธารกำนัล

ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 397 บัญญัติว่า “ผู้ใดที่สาธารณะสถานหรือต่อหน้าธารกำนัลกระทำด้วยประการใด ๆ อันเป็นการรังแกหรือข่มเหงผู้อื่น หรือกระทำให้ผู้อื่นได้รับความอับอายหรือเดือดร้อนรำคาญ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งเดือนหรือปรับไม่เกินหนึ่งพันบาทหรือทั้งจำทั้งปรับ”

การกระทำซึ่งมีความผิดตามมาตรานี้แยกได้เป็น 2 ลักษณะ คือ (ปาริฉัตร รัตนกาญจน์, 2551)

1. กระทำด้วยประการใด ๆ อันเป็นการรังแกหรือข่มเหงผู้อื่น หรือ
2. กระทำด้วยประการใด ๆ อันทำให้ผู้อื่นได้รับความอับอายหรือเดือดร้อนรำคาญ

การรังแก หมายความว่า การเกลียดชังทำเป็นเดือดร้อนให้ผู้อื่น ส่วนคำว่าข่มเหง คือ การใช้กำลังรังแกกระทำด้วยประการใด ๆ อันเป็นการรังแก หรือข่มเหงผู้อื่น เช่น เห็นคนอื่นเดินผ่านมาก็เข้าไปเอาของที่อยู่ในมือโยนทิ้งเสีย (สุวัณชัย ใจหาญ, 2527) หรือทำตนเป็นนักเลงโตเดินเข้าไปในร้านอาหาร แล้วบอกให้ผู้ที่นั่งอยู่ก่อนย้ายไปนั่งโต๊ะอื่นเพื่อตนจะได้นั่งแทน หรือถนนซอยในที่ดินเอกชนซึ่งแบ่งให้เช่าปลูกบ้าน ประชาชนชอบที่จะเข้าออกติดต่อกันได้เป็นสาธารณสถานการเอารถไปจอดขวางกั้น ไม่ยอมถอยรถให้รถข้างโน้นออกได้ เป็นการรังแกข่มเหงตามมาตร 397 (คำพิพากษาฎีกา 1908/2518)

กรณีกระทำด้วยประการใด ๆ อันเป็นการทำให้ผู้อื่นได้รับความอับอายหรือเดือดร้อนรำคาญ เช่น เห็นผู้หญิงเดินผ่านมาก็เข้าไปเลิกระบอบประทุษร้ายนั้น พุดจาล้อเลียนในทางเพศ (สุวัณชัย ใจหาญ, 2527) พุดจาแห่โลมหญิงที่เดินผ่านหรือพุดจาหยาบคายไม่สุภาพให้คนอื่นเดือดร้อนรำคาญกรณีที่จำเลยตะโกนกล่าววาจาต่อ

ผู้เสียหายซึ่งหน้าและต่อหน้าธารกำนัลในเวลากลางคืนว่า “อ้ายซันมึงมีหนายมาหาความกูทางอาญาหรือลูกกระโปกฏไม่หัด กูถูกนายจักรไว้อย่า ไม่ใช่ลูกบ้านน้ำเค็ม จะเอายังไงก็เอาซิวะ จะเอาอ้ายแจะติดคุกก็ได้” เป็นข้อความที่หยาบคายไม่สุภาพ แต่ไม่มีข้อความอันเป็นการดูหมิ่นซึ่งหน้าแต่ถ้อยคำที่จำเลยกล่าว ทำให้นายซันซึ่งอยู่ในที่นั้นได้รับความเดือดร้อนรำคาญ ขณะเกิดเหตุที่ทำน้ำหน้าบ้านและมีคนมาคุยกับผู้เสียหายด้วยจึงเป็นความผิดตามมาตรา 388/2505 (ประชุมใหญ่)

การกระทำด้วยประการใด ๆ อันเป็นการรังแกหรือข่มเหง หรือทำให้ผู้อื่นได้รับความอับอายหรือเดือดร้อนรำคาญดังกล่าวนี้ ต้องกระทำในที่สาธารณะหรือต่อหน้าธารกำนัล จึงจะเป็นความผิดตามมาตรา 388/2505

“ที่สาธารณะ” หมายความว่า สถานที่ใด ๆ ที่ประชุมมีความชอบธรรมที่จะเข้าไปตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 1 (3) เช่น ถนนหนทาง โรงภาพยนตร์ สวนสาธารณะ

“ต่อหน้าธารกำนัล” หมายความว่า กระทำในประการที่บุคคลอื่นได้เห็น เช่นกระทำต่อหน้าคนที่กำลังมองดูอยู่ แม้จะเป็นคนเดียวก็เป็นธารกำนัล การกระทำโดยที่บุคคลอื่นได้เห็นไม่หมายถึงการกระทำในที่มืดชิด เช่น ในห้องปิดประตูมืดชิด แม้จะมีคนแอบเห็น ก็ไม่เป็นต่อหน้าธารกำนัล

การที่มีคนเห็นต้องเป็นการเห็นได้ตามธรรมดา ของการกระทำนั้น แม้จะกระทำในห้องที่ไม่มีบานประตูหรือมีแต่ไม่ได้ปิด ซึ่งคนภายนอกอาจเห็นได้ตามธรรมดา ก็เป็นธารกำนัลแต่ต้องมีโอกาสเข้าไปเห็น เช่น กระทำแก๊งค์ซึ่งป่วยอยู่ในห้องโรงกลั่น คนข้างนอกเห็นตะเกียงในห้องดับจึงเข้าไปดูเห็นกำลังนอนหลับอยู่ในท่ากระทำชำเรา ไม่เป็นต่อหน้าธารกำนัล (จิตติ ดิงศกัณท์, 2539)

การกระทำในสาธารณสถานที่เป็นเกณฑ์ ส่วนการกระทำต่อหน้าธารกำนัลนั้นถือตัวบุคคลเป็นเกณฑ์ว่าจะเห็นการกระทำนั้นได้หรือไม่ ไม่ได้ถือสถานที่ที่เป็นเกณฑ์ (สุวัณชัย ใจหาญ, 2527)

หากมิได้กระทำในที่สาธารณะ หรือต่อหน้าธารกำนัล แม้จะทำให้เขาเกิดความอับอายหรือเดือดร้อนรำคาญ ก็ไม่เป็นความผิด เช่น แอบดูผู้หญิงแก้ผ้าอาบน้ำในห้องน้ำซึ่งฝาห้องติดกัน โดยการเจาะรูฝาห้องหรือตามรอยแตก ผู้ดูอยู่ในบ้านของตนไม่ใช่เป็นสาธารณสถานไม่ใช่ต่อหน้าธารกำนัล ไม่เป็นความผิดตามมาตรา 388/2505 แต่ถ้าแอบดูที่ฝาห้องน้ำด้านนอกแม้จะไม่ติดถนนไม่ใช่ที่สาธารณะ แต่ใกล้ทางเดินหรือมีคนอยู่ในบริเวณนั้นอาจมองเห็นได้ เช่น ในเวลากลางวัน ก็เป็นต่อหน้าธารกำนัล ย่อมเป็นความผิดตามมาตรา 388/2505

ความผิดตามมาตรา 388/2505 ผู้กระทำต้องมีเจตนา ถ้าไม่มีเจตนาหรือเป็นการกระทำโดยประมาท ก็ย่อมไม่มีความผิด เช่น ขับรถโดยประมาทเฉี่ยวหญิงที่เดินอยู่ข้างถนน ทำให้กระโปรงหลุดลงมา เป็นเหตุให้หญิงนั้นเกิดความอับอายต่อผู้ที่เดินผ่านไปมาไม่ผิดตามมาตรา 388/2505 เพราะผู้กระทำมิได้มีเจตนา

เห็นได้ว่าการกระทำอันเป็นความผิดข่มเหงรังแกหรือทำให้ผู้อื่นอับอายเดือดร้อนรำคาญนั้น ต้องเป็นกรณีที่ผู้กระทำมีเจตนาจะแกล้งทำความเดือดร้อนให้แก่ผู้อื่น หรือใช้กำลังรังแกผู้อื่นดังที่ได้กล่าวมาข้างต้น หรือกรณีที่เป็นการกระทำด้วยประการใด ๆ ซึ่งทำให้ผู้อื่นเดือดร้อนหรือเกิดความรำคาญ เช่น พุดจาล้อเลียนในทางเพศ พุดจาทะลอมหญิงที่เดินผ่านหรือพุดจาหยาบคายให้คนอื่นเดือดร้อนรำคาญ โดยเป็นการกระทำในที่สาธารณะหรือต่อหน้าธารกำนัล ที่ศาลฎีกาได้เคยมีคำพิพากษาว่า การที่จำเลยกล่าวแก่นายซันต่อหน้าธารกำนัลในเวลากลางคืนว่า “อ้ายซันมึงมีหนายมาหาความกูทางอาญาหรือ ลูกกระโปกฏไม่หัด กูถูกนายจักรไว้อย่า ไม่ใช่ลูกบ้านน้ำเค็ม จะเอายังไงก็เอาซิวะ จะเอาอ้ายแจะติดคุกก็ได้” ซึ่งการที่กล่าวเช่นนั้นประกอบกับวิธีและเวลาที่กล่าวขณะเกิดเหตุที่ทำน้ำหน้าบ้านและมีคนมาคุยกับนายซันซึ่งเป็นต่อหน้าธารกำนัล เป็นเหตุให้นาย

ชั้นได้รับความเดือดร้อนรำคาญตามมาตรา 397 นั้นในขณะที่สาระสำคัญของลักษณะการกระทำที่เป็นการคุกคามทางเพศบนสังคมเครือข่ายนั้น ได้แก่ (ปาริฉัตร รัตนากาญจน์, 2551)

1. มีการกระทำที่มีพฤติกรรมโดยทางวาจาเกิดขึ้นโดยผู้ถูกระทำไม่ยินยอมหรือจำต้องยอมโดยไม่สมัครใจซึ่งอาจจะไม่ใช่เป็นกรณีที่ผู้กระทำมีเจตนาจะแกล้งทำความเดือดร้อนให้แก่ผู้อื่นหรือใช้กำลังรังแกผู้อื่นซึ่งเป็นสาระสำคัญของความผิดฐานข่มเหงรังแกหรือทำให้ผู้อื่นอับอายเดือดร้อนรำคาญก็ได้ เพราะการคุกคามทางเพศบนสังคมเครือข่ายเป็นการกระทำที่ต้องการแสวงหาประโยชน์ในทางเพศเป็นสำคัญเท่านั้น

2. คุกคามทางเพศบนสังคมเครือข่ายเป็นพฤติกรรมที่ซึ่งเป็นเรื่องเกี่ยวกับเพศและพฤติกรรมการตอบสนองทางเพศของผู้ถูกล่วงเกินทางเพศในขณะที่ความผิดฐานข่มเหงรังแกหรือทำให้ผู้อื่นอับอายเดือดร้อนรำคาญ ต้องมีองค์ประกอบในการใช้กำลังรังแกหรือกระทำด้วยประการใด ๆ อันเป็นการรังแก หรือข่มเหงผู้อื่นเป็นสำคัญโดยมิได้มุ่งกระทำต่อเนื้อตัวร่างกายโดยมีนัยยะทางเพศแต่อย่างใด

3. ผลกระทบที่เกิดขึ้นทำให้สิ่งแวดล้อมในการใช้งานอินเทอร์เน็ตเกิดความตึงเครียดและอึดอัดใจต่อการใช้งานอินเทอร์เน็ตในขณะที่ความผิดฐานข่มเหงรังแกหรือทำให้ผู้อื่นอับอายเดือดร้อนรำคาญนั้น มิได้มีองค์ประกอบความผิดในส่วนนี้

ดังนั้นจะเห็นได้ว่าการกระทำตามมาตรา 397 เป็นการข่มเหง รังแก หรือทำให้ผู้อื่นได้รับความอับอายเดือดร้อนรำคาญ ในขณะที่การกระทำของการคุกคามทางเพศบนสังคมเครือข่ายจะไม่มีลักษณะรุนแรงถึงกับเป็นการข่มเหงรังแก ส่วนที่ว่าจะเป็นการกระทำด้วยประการใด ๆ ให้ได้รับความอับอายหรือเดือดร้อนรำคาญนั้น เห็นได้ว่ากรณีอาจถือเป็นการทำให้ได้รับความอับอายหรือเดือดร้อนรำคาญได้ หากแต่ว่าคุกคามทางเพศบนสังคมเครือข่าย ซึ่งเมื่อพิจารณาแล้วเป็นการกระทำด้วยประการใด ๆ ไม่ว่าจะเป็นทางกิริยาหรือวาจาอันอาจจะเป็นความผิดตามมาตรา 397 นี้ ผู้ถูกระทำสามารถหลีกเลี่ยง ไม่ต้องยอมทนกับเหตุการณ์ดังกล่าวได้ ซึ่งเป็นข้อสำคัญอันชี้ให้เห็นว่าการคุกคามทางเพศบนสังคมเครือข่ายมีลักษณะแตกต่างกับความผิดตามมาตรา 397 ที่ไม่ควรจะนำองค์ประกอบความผิดตามมาตราดังกล่าวมาปรับใช้กับการกระทำที่เป็นการคุกคามทางเพศบนสังคมเครือข่าย (ปาริฉัตร รัตนากาญจน์, 2551)

นอกจากนี้หากพิจารณาในเรื่ององค์ประกอบความผิดของการกระทำที่จะต้องกระทำในที่สาธารณะสถานหรือต่อหน้าธารกำนัลตามมาตรา 397 แล้ว จะเห็นได้ว่า การกระทำที่เป็นการคุกคามทางเพศบนสังคมเครือข่าย กรณีส่วนใหญ่มักจะเป็นการกระทำในที่มืดซิด ไม่เปิดเผยและเป็นที่รับรู้กันระหว่างผู้กระทำกับผู้ถูกระทำเพียงสองฝ่ายเท่านั้น ซึ่งการคุกคามทางเพศบนสังคมเครือข่ายไม่น่าจะเข้าองค์ประกอบความผิดในเรื่องดังกล่าวอีกด้วย

ดังนั้น จึงเห็นว่าการคุกคามทางเพศบนสังคมเครือข่ายมีข้อแตกต่างในสาระสำคัญอันไม่เข้าองค์ประกอบความผิดตามมาตรา 397 แต่อย่างใด

ผู้เขียนมีความเห็นว่าในต้วบทกฎหมายที่บัญญัติไว้ในปัจจุบันไม่มีต้วบทกฎหมายที่ชัดเจนในการลงโทษผู้กระทำความผิดทำให้เป็นไปได้อย่างที่จะนำต้วผู้กระทำความผิดมาลงโทษ ซึ่งการคุกคามทางเพศบนสังคมเครือข่ายเป็นปัญหาสังคมที่น่าห่วง และสมควรได้รับการแก้ไข เพราะในปัจจุบันปฏิเสธไม่ได้ว่ามีการคุกคามทางเพศบนสังคมเครือข่ายจริง และผู้เสียหายไม่สามารถที่จะดำเนินการใด ๆ ทางกฎหมายกับผู้กระทำความผิดได้เลย

เอกสารอ้างอิง

- กระทรวงเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสาร. (2554). ร่าง พ.ร.บ.คอมพิวเตอร์ฉบับแก้ไขที่วันที่ 28 มีนาคม 2554. เข้าถึงได้จาก <http://ilaw.or.th/node/857>.
- เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. (2550). *กฎหมายอาญาภาคความผิด เล่ม 2*. พิมพ์ครั้งที่ 5. กรุงเทพฯ: จีรรัชการพิมพ์.
- คณิต ณ นคร. (2549). *กฎหมายอาญาภาคความผิด*. พิมพ์ครั้งที่ 9. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- จิตติ ติงศรัทย์. (2539). *คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 2 และภาค 3*. พิมพ์ครั้งที่ 5 กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา.
- นันทชัย เพียรสนอง. (2556). *ความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ รูปแบบใหม่ของโจรผู้ดี*. เข้าถึงได้จาก http://elib.coj.go.th/Article/d36_2_2.pdf.
- นัยนรัตน์ งามแสง. (2547). *อาชญากรรมคอมพิวเตอร์: ศึกษาเฉพาะกรณีปัจจัยที่มีผลต่อการเกิดปัญหาอาชญากรรมบนอินเทอร์เน็ต*. วิทยานิพนธ์ศิลปศาสตรมหาบัณฑิต สาขาการบริหารงานยุติธรรม คณะสังคมสงเคราะห์ศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ์. (2549). *ประมวลกฎหมายอาญาฉบับอ้างอิง*. พิมพ์ครั้งที่ 19. กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- หัตถนันท์ พุ่มนุช. (2012). “การศึกษาพฤติกรรมการใช้เครือข่ายสังคม (Social Network) เพื่อพัฒนาในการปฏิบัติงานของบุคลากรทางการศึกษาในสำนักงานเขตพื้นที่การศึกษาประถมศึกษานครปฐม”. *Veridian E-Journal*, 5 (1), January – April 2012. 524 -541.
- ปาริฉัตร รัตนกาญจน์. (2551). *การล่วงเกิน คู่ความ หรือก่อให้เกิดความเดือดร้อนรำคาญทางเพศต่อสตรีในที่ทำงาน: รูปแบบหนึ่งของการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเพศ*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- มณฑนา สิตสุวรรณ. (2546). *การกระทำของมนุษย์บนอินเทอร์เน็ตที่เป็นภัยต่อมนุษย์ในสังคมไทย: แนวคิดในการจัดการ*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- สายฝน เป้าพะเนา. (2012). “การศึกษาสมรรถนะการใช้เทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสารเพื่อการเรียนรู้ของนักศึกษาระดับปริญญาตรี มหาวิทยาลัยเทคโนโลยีราชมงคลรัตนโกสินทร์ วิทยาเขตวังไกลกังวล”. *Veridian E-Journal*, 5 (1), January – April 2012. 541 -561.
- สำนักงานพัฒนาธุรกรรมอิเล็กทรอนิกส์. (2556). ร่างพ.ร.บ.คอมพิวเตอร์ ฉบับ สพธอ.2556: โทษฐานก๊อปปี้ไฟล์ เก็บภาพโป๊เด็ก. เข้าถึงได้จาก <http://ilaw.or.th/node/2728>.
- หยุด แสงอุทัย. (2542). *กฎหมายอาญา ภาค 2 – 3*. พิมพ์ครั้งที่ 10 กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.