

บทที่ 2

ประวัติความเป็นมา วิวัฒนาการ แนวคิด ทฤษฎีกฎหมายเกี่ยวกับการพนัน

การศึกษาวิจัยในบทนี้ ผู้วิจัยจะได้ทำการทบทวนวรรณกรรมศึกษา ประวัติความเป็นมา วิวัฒนาการ แนวคิด ทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับการพนัน เพื่อศึกษาความเป็นมา เพื่อนำไปสู่การวิเคราะห์ เปรียบเทียบในบทต่อไป ในบทนี้จึงขอเริ่มต้นด้วย ความหมายและประวัติความเป็นมาของการพนัน แนวคิดและทฤษฎีกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการพนัน และทฤษฎีการลงโทษทางอาญาในลำดับต่อไป

2.1 ความหมายและประวัติความเป็นมาของการพนัน

หากพิจารณาด้านประวัติศาสตร์และความเป็นมาของการพนันซึ่งมนุษย์ทุกคนมีสัญชาตญาณอยู่อย่างหนึ่งที่มีมาแต่กำเนิดคือการแสวงหาสิ่งที่ทำให้ตนเองมีความสุข เช่น การกิน การเที่ยว การเล่น ความเพลิดเพลินในทางประสาตสัมผัส และรวมถึงสัญชาตญาณที่เกี่ยวกับการเสี่ยงโชค ยิ่งถ้าการเสี่ยงโชคนั้นได้มาซึ่งผลตอบแทนด้วยแล้วยิ่งทำให้มนุษย์เกิดแรงบันดาลใจที่จะทำการเสี่ยงโชคมากขึ้น สัญชาตญาณเกี่ยวกับการเสี่ยงโชคนี้เองทำให้มนุษย์มีกิจกรรมที่พัฒนาขึ้นจนไปสู่เกมการเล่นต่าง ๆ และได้สืบทอดกันต่อๆ มาในทางวัฒนธรรมโดยมีหลักฐานต่าง ๆ มากมาย ที่จะเป็นเครื่องยืนยันได้ว่าการพนันที่เกิดขึ้นในโลกนี้มีการถ่ายทอดกันต่อๆ มาจนกลายมาเป็นวัฒนธรรมอย่างหนึ่งที่ฝังรากลึกอยู่ในสังคม¹

สำหรับการพนันซึ่งปรากฏตามหลักฐานในทางประวัติศาสตร์ได้กล่าวว่าได้มีกำเนิดมาก่อน ค.ศ. ประมาณ 100 ปี ที่ประเทศสาธารณรัฐประชาชนจีน และเข้าไปแพร่หลายที่ประเทศอินเดีย ปาปิโลน หลังจากนั้นก็แพร่หลายไปยังประเทศตะวันตกไปยังกรีกและโรมัน เป็นที่นิยมแพร่หลายในยุโรปโดยเฉพาะในประเทศเยอรมนีและประเทศฝรั่งเศส แต่ต่อมาในประเทศอังกฤษ เห็นว่าการพนันเป็นสิ่งที่ชั่วร้ายจึงได้มีการพยายามออกกฎหมายหลายครั้งหลายหนก็ไม่สำเร็จ จนกระทั่งถึง ค.ศ. 1541 จึงได้มีกฎหมายเกี่ยวกับการพนันเป็นจริงเป็นจังขึ้นและในศตวรรษต่อๆ มา

¹ชุมพล โลหะชาณะ. (2560). คำบรรยายเรื่องการพนันชนิดต่างๆ ที่ขึ้นสู่ศาล (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <http://www.library.coj.go.th/Info/45098?c=8943754>. [2560, 14 มีนาคม].

ก็คือ ศตวรรษที่ 18, 19 และ 20 ก็ได้มีกฎหมายเกี่ยวกับการพนันขึ้นมาใช้บังคับในหลายๆ ประเทศในยุโรป โดยเฉพาะ “ลูกเต๋า” “DICE” ซึ่งเป็นที่นิยมกันมากในยุโรป

สำหรับการพนันประเภท “ถั่ว” “โป” ก็ได้มีกำเนิดมาตั้งแต่ พ.ศ. 669 ในสมัยราชวงศ์ตั้งอันเป็นใหญ่ในแผ่นดินจีนและในรัชสมัยของพระเจ้าฮั่นฮงองค์ที่ 7 ก็ได้มีขุนนางจีนชื่อเถียงก็ได้คิดการพนันประเภท “ถั่ว” ในภาษาจีนที่เรียกว่า “อีจี้” ต่อมาเรียก “หัวจี้” และต่อมาในรัชสมัยราชวงศ์ใต้เซงเป็นใหญ่ในแผ่นดินจีนราว พ.ศ. 2100 ประเทศจีนได้คิดวิธีการเล่นลูกเต๋ารุ่นเรียกว่า “ป้อ หรือโป” ขึ้นเป็นครั้งแรก และได้เจริญงอกงามแพร่หลายมาจนถึงทุกวันนี้ ส่วนการพนันเกี่ยวกับเรื่องหวยหรือต้นตระกูลของสลากกินแบ่งสลากกินรวบหรือ ล็อตเตอรี่ ก็มีต้นกำเนิดมาจากประเทศจีนกล่าวคือในรัชสมัยราชวงศ์ใต้เซงนั่นเอง โดยสมัยพระเจ้าเตากวาง ราว พ.ศ. 2364-2394 จีนได้คิดวิธีการเล่น “หวย” ขึ้นตั้งแต่เดิมเรียกว่า “ฮวยฮวย” และได้เจริญงอกงามจนกระทั่งแพร่หลายเข้าไปในยุโรปและอเมริกา

2.1.1 ความหมายของการพนัน

“การพนัน” หมายถึง การเล่นเพื่อเอาเงินหรือสิ่งอื่นใดด้วยการเสี่ยงโชคหรือฝีมือ

“ขันต่อ” หมายถึงการพนันซึ่งได้เสียกันด้วยวิธีการต่อรอง

“การพนัน” ตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2558 ให้ความหมายว่า การเล่นเอาเงินหรือสิ่งอื่นใดโดยการเสี่ยงโชค อาศัยความฉลาด ความชำนาญ เล่ห์เหลี่ยม ไหวพริบ และฝีมือด้วย

คำนิยามของการพนันพิจารณาได้ 2 ลักษณะ ดังนี้

หนึ่งคำนิยามตามกฎหมายที่เกี่ยวข้องพระราชบัญญัติการพนัน พ.ศ. 2473 เป็นพระราชบัญญัติการพนันฉบับแรกและพระราชบัญญัติการพนัน พ.ศ. 2478 เป็นฉบับที่ยังใช้อยู่ในปัจจุบันมีอยู่ทั้งหมด 17 มาตรา มีมาตรา 4 ทวิ วรรคสอง ได้ให้ความหมายการพนันว่า “ให้หมายรวมรวมถึงการทำนายด้วย”²

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยการพนันขันต่อกล่าวคือ พ.ร.บ. การพนัน พ.ศ. 2478 ได้กำหนดให้นำบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 853-855 มาใช้ด้วยเมื่อพิจารณาทั้งสี่มาตรานั้นก็ได้อธิบายความหมายของคำว่า การพนันแต่อย่างไร เพียงแต่กล่าวว่าหนี่อันเกิดจากการพนันถือว่าเป็นหนี่ที่ไม่สมบูรณ์ตามกฎหมาย กล่าวคือชำระไปแล้วเรียกคืนไม่ได้หรือถ้าไม่ชำระหนี่ก็ไม่อาจจะฟ้องร้องบังคับกันใดการที่กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการพนันมิได้ให้คำ

² ปียพรรณ พรหมเมศร. (2556). *กฎหมายเกี่ยวกับการพนัน: ศึกษามาตรการหลีกเลียงการลงโทษจำคุกแก่ผู้เล่นการพนัน*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขานิติศาสตร์, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต. หน้า 69-71.

จำกัดความไว้ก็อาจมาจากเหตุผลดังนี้ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้นำคำว่าการเล่นพนันขึ้นต่อมาจากกฎหมายลักษณะเบ็ดเสร็จบทที่ 118,119,120 และบทที่ 123

ผู้ที่ร่างพระราชบัญญัติการพนัน พ.ศ. 2473 และพระราชบัญญัติการพนัน พ.ศ. 2478 คิดว่าประชาชนเข้าใจอยู่แล้วว่ามีลักษณะอย่างไรเพราะชาวต่างชาตินำเข้ามาในไทยเป็นเวลานานแล้วและไทยก็มีการพนันหลายชนิดเล่นอยู่แล้ว เช่น กัดปลา ตีไก่ เป็นต้น

ในบางครั้งคำพิพากษาของศาลฎีกาก็ถือเป็นแนวทางในการพิจารณาคดีได้เหมือนกันดังนั้นคำพิพากษาศาลฎีกาจึงถือได้ว่าเป็นแหล่งที่มาของกฎหมายอย่างหนึ่งศาลฎีกาได้วางแนวในการพิจารณาไว้ว่าลักษณะของการพนันประการที่สำคัญคือต้องมีการได้เสียทรัพย์สินต่อกันและแม้ว่าจะเป็นการเล่นพนันกัน เช่น เล่นไพ่ แต่ถ้าจุดมุ่งหมายของผู้เล่นไม่ได้แสวงหาผลประโยชน์ในทรัพย์สินเงินทองแต่เล่นเพื่อนำมาเลี้ยงเพื่อนฝูงเป็นประโยชน์รื่นเริงแก่ทุกคนก็ไม่ถือว่าเป็นความผิดแต่อย่างไร หากเมื่อพิจารณาจากเนื้อหาส่วนต่าง ๆ แล้ว ก็จะสามารถสรุปความหมายของการพนันได้ว่าการพนันถือเป็นสัญญาที่ก่อให้เกิดการได้เสียทรัพย์สิน โดยคู่สัญญาถือเอาผลแห่งเหตุการณ์ในอนาคตอันไม่แน่นอน ซึ่งคู่สัญญาไม่มีส่วนเกี่ยวข้องเป็นเครื่องชี้ขาด เช่น แข่งฟุตบอล ชกมวย ฯลฯ แล้วคู่สัญญาซึ่งมีสองคนหรือมากกว่านั้นนำมาคาดเหตุการณ์ว่าผลจะออกมาเป็นเช่นใด เมื่อเห็นไม่ตรงกันและมีการต่อรอง และทำสัญญากันแม้เพียงแค่ว่าจากรู้ว่าเป็นใช้ได้”

ลักษณะที่สองค่านิยมส่วนบุคคลสามารถศึกษาวิเคราะห์โดยพิจารณาจากค่านิยมของบุคคลต่าง ๆ เช่น ผู้ที่เป็นนักเขียนนักนิติศาสตร์ นักการศึกษา ครู อาจารย์ เป็นต้น ดังตัวอย่าง เช่น

การพนัน ตามกฎหมายจารีตประเพณี มีความหมายว่า การลงเงินวางเดิมพันเพื่อ โอกาสที่จะชนะและได้รับเงินรางวัล³

David L Brown ให้คำจำกัดความคำว่า “การพนัน (gambling)” โดยอิงกับความหมายตาม Website’s New World Dictionary แยกกันไว้ 3 ความหมาย คือ ความหมายแรก พนันคือการเล่นเกมที่เสี่ยงเพื่อชิงเงินเดิมพัน ความหมายสอง เป็นการเดิมพันหรือเสียเงินเพื่อของมีค่าผลลัพธ์ของบางสิ่งบางอย่างที่เกี่ยวกับการเสี่ยงโชค เช่น การพนันทายผลม้าแข่ง ความหมายที่สาม เป็นเรื่องของการสูญเสียล้างผลาญด้วยการเดิมพัน จากความหมายของ David L Brown นั้นการพนันจะต้องประกอบไปด้วยส่วนสำคัญ 3 ประการ คือ ประการแรก ต้องมีการชำระสะสางหนี้สิน (a pay - off) ประการที่

³ เอกสารประกอบการประชุม. (2556). *พนันออนไลน์*. ความท้าทายในการจัดการการเข้าถึงการพนัน: เวทีนโยบาย สาธารณะเพื่อป้องกันเด็กและเยาวชนจากการพนัน.

สอง อยู่บนพื้นฐานของความเสี่ยง (the element of change) และประการสุดท้าย เป็นการเอาเงินหรือของมีค่าเข้าเสี่ยงโดยนักเสี่ยงโชค (the stake risk by the bettor)⁴

นอกจากนี้นักกฎหมายต่างประเทศได้ให้นิยามความหมายของการพนันสอดคล้องกับความหมายที่กล่าวมาแล้วข้างต้นดังนี้

Gambling (การพนัน) หมายถึงการนำเอาเงินหรือทรัพย์สินและของมีค่าไปเสี่ยงโชคกับเหตุการณ์อันไม่แน่นอนโดยการมุ่งหวังที่ได้บางสิ่งบางอย่างเกินไปจากจำนวนเงินที่นำไปเล่น

Betting (ขันต่อ) หมายถึงข้อตกลงระหว่างบุคคลสองคนหรือมากกว่าสองคนนำเอาทรัพย์สินหรือสิ่งของมีค่าจำนวนหนึ่งของทุกคนมารวมกันและให้ทรัพย์สินตกเป็นของบุคคลบางคนในกรณีมีเหตุการณ์ในอนาคตซึ่งยังไม่มีความแน่นอนเกิดขึ้น

การพนันที่เข้าใจกันในภาษาไทยนั้นอาจเปรียบเทียบกับคำว่า Gambling ในภาษาอังกฤษ Encyclopedia of Crime and Justice ให้ความหมายการพนันอย่างกว้างและอย่างแคบ สำหรับความหมายอย่างกว้าง “การพนันอาจเป็นการเข้าร่วมในกิจกรรมที่มีความเสี่ยงเข้าเกี่ยวข้อง”

ส่วนความหมายอย่างแคบการพนันหมายถึง “ความเสี่ยงในการวางเดิมพันในผลลัพธ์ของความน่าจะเป็นในเกมหรือผลการแข่งขันกีฬา”⁵

2.1.2 ประวัติความเป็นมาของบ่อนการพนัน

ความเป็นมาไม่เป็นที่แน่ชัด ประวัติศาสตร์จีนบันทึกบ่อนการพนัน หรือ คาสีโนครั้งแรกอย่างเป็นทางการใน พ.ศ. 2300 แต่โดยทั่วไปเชื่อว่าเป็นการเล่นการพนันในรูปแบบบางส่วนหรืออื่น ๆ ที่สืบทอดมาในเกือบทุกสังคมในประวัติศาสตร์ ตั้งแต่ชาวกรีกโบราณและโรมัน นโปเลียนของฝรั่งเศส และอริซาเบธ แห่งอังกฤษ ซึ่งประวัติศาสตร์เต็มไปด้วยเรื่องราวของความบันเทิงที่ขึ้นอยู่กับเกมของโอกาสของการเล่นการพนันในยุโรปเป็นที่รู้จักกันครั้งแรกไม่ได้เรียกว่าคาสีโน โดยก่อตั้งขึ้นในเวนิช อิตาลี ในปี ค.ศ. 1638 เพื่อให้การเล่นการพนันมีการควบคุมในช่วงเทศกาลงานรื่นเริง

คำว่า “คาสีโน” (casino) หรือ “กาสิโน” เป็นแหล่งสถานบันเทิงที่รวบรวมการเล่นพนันหลากหลายชนิด สำหรับรองรับนักพนันที่สนใจเสี่ยงดวง เสี่ยงโชค โดยมีกิจกรรมการพนันเป็นกิจกรรมหลัก ปกติแล้วคาสีโนมักจะสร้างร่วมกับ โรงแรม, ผับบาร์, สปา, ร้านอาหาร, แหล่งช้อปปิ้ง

⁴ สติธร ธนานิติโชค. (2554). *การจัดการพนันให้อยู่ในระเบียบสังคมไทย*. บทความนำเสนอในการประชุมเชิงวิชาการรัฐศาสตร์และรัฐประศาสนศาสตร์แห่งชาติ. หน้า 3-4.

⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 4.

⁶ CasinoTouring. (2560). *ความเป็นมาของคาสีโน* (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <https://www.casinotouring.com/?q=CASINO-HISTORY>. [2560, 15 กุมภาพันธ์].

หรือบางครั้งคาสิโนจะสร้างเป็นการเฉพาะกิจอยู่บนเรือนำเที่ยวหรือเรือเดินทาง ซึ่งปัจจุบันมีคาสิโนมากกว่า 4,750 แห่งทั่วโลก โดยเมืองที่มีชื่อเสียงในด้านคาสิโน ยกตัวอย่างเช่น เมืองมอนติคาร์โล เป็นเมืองแห่งคาสิโนใหญ่ที่สร้างรายได้ให้ประเทศโมนาโกอย่างมาก เมืองลาสเวกัส และเมืองแอตแลนติกซิตี ซึ่งเมืองลาสเวกัสเป็นสถานที่ที่มีลักษณะพิเศษแห่งหนึ่งในสหรัฐอเมริกา เพราะเมืองทั้งเมืองเจริญเติบโตขึ้นมาจากความก้าวหน้าของกิจการการพนัน ส่วนเมืองแอตแลนติกซิตี เป็นเมืองคาสิโนแห่งที่สองของสหรัฐอเมริกา เมืองตากอากาศริมฝั่งทะเล อันเป็นที่ตั้งของสถานคาสิโนที่มีชื่อเสียง หรือคาสิโนมาเก๊าเป็นเมืองแห่งคาสิโนในจีน ที่ไม่แพ้คาสิโนที่อื่นในโลก และถ้าพูดถึงคาสิโนที่เป็นที่รู้จักกันดีในหมู่นักพนัน ก็เห็นจะเป็นอื่นไม่ได้นอกจาก The Venetian ถือว่าเป็นคาสิโนที่ใหญ่ สวย หล่อหลอมมาก ส่วนที่มาของคำว่า casino นั้น มาจากภาษาอิตาลี อ่านว่า “กาสิโน” ซึ่งแปลว่า บ้านพักหลังเล็กใช้สำหรับพักผ่อนหย่อนใจ (casa = บ้าน) แต่ต่อมาได้มีการนำมาใช้กับสถานที่ที่ใช้เล่นการพนันนั่นเอง⁷

2.1.3 ประวัติของบ่อนการพนัน ในประเทศไทย

ประเทศไทยเคยมีบ่อนการพนัน หรือที่เรียกว่า บ่อนคาสิโน อย่างถูกกฎหมายในสมัยรัชกาลที่ 2 โดยผู้ที่ได้รับอนุญาตให้เปิดบ่อนจะได้รับชื่อบรรดาศักดิ์ว่า “ขุนพัฒนสมบัติ” สมัยนั้นทางการสามารถเก็บอากรบ่อนเบี้ยได้ปีละ 260,000 บาท ถึงสมัยรัชกาลที่ 4 ยังได้กำหนดภาษีการพนันเพิ่มขึ้นจากอากรบ่อนเบี้ย และสามารถเก็บภาษีได้ปีละ 500,000 บาท กระทั่งในปี พ.ศ.2413 เฉพาะในแขวงกรุงเทพฯ ก็ยังมีบ่อนใหญ่ประจำอยู่ 126 ตำบล และยังมีบ่อนเบี้ยขนาดเล็กอีกประมาณ 277 ตำบลแต่ในที่สุด ถึงสมัยรัชกาลที่ 5 ได้โปรดเกล้าฯ ให้เลิกบ่อนการพนัน ด้วยพระองค์ทรงเห็นว่า การมีราษฎรมัวเมาในการพนันย่อมเป็นเหตุนำไปสู่ความวิบัติ ทั้งส่วนตัวและส่วนรวม ในความมั่นคงของประเทศชาติ จึงทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ ให้จัดการปรับปรุงงานพระคลัง เพื่อหารายได้อื่นมาทดแทนรายได้จากอากรบ่อนเบี้ย โดยมีประกาศเริ่มลดจำนวนบ่อนลงเรื่อยๆ จนเหลือบ่อนอยู่เพียง 9 ตำบล ใน พ.ศ. 2453 แต่กว่าจะเลิกบ่อนคาสิโนในประเทศไทยได้ก็แสนยากลำบาก กระทั่งในสมัยรัชกาลที่ 6 จึงได้มีประกาศปิดบ่อนทั่วราชอาณาจักร เมื่อวันที่ 1 เมษายน พ.ศ. 2460⁸

ต่อมาสมัยนายควงอภัยวงศ์เป็นนายกรัฐมนตรี บ้านเมืองเกิดการขาดแคลนเครื่องอุปโภคบริโภคเป็นอย่างมาก เนื่องจากพ่อค้าจำนวนหนึ่งแสวงหากำไรจากการกักตุนสินค้า

⁷ Winbetcasino. (2559). *ประวัติความเป็นมาของคาสิโน (Casino History)* (ออนไลน์).

เข้าถึงได้จาก: www.winbetcasino.com/wb/ประวัติคาสิโนcasino-history/. [2560, 15 กุมภาพันธ์].

⁸ bigza . (2558). *รู้หรือไม่ว่าไทยเคยเปิดบ่อนถูกกฎหมายมาแล้ว* (ออนไลน์).

เข้าถึงได้จาก: <http://www.bigza.com/news-174390>. [2560, 17 กุมภาพันธ์].

โดยนำสินค้าทยอยออกมาจำหน่ายทีละน้อยโดยตั้งราคาสูงทำให้พ่อค้าร่ำรวยกันมาก และพากันหมกมุ่นเล่นการพนันอย่างแพร่หลาย โดยลักลอบเล่นกันในหมู่พ่อค้ารวมทั้งบุคคลที่มีฐานะร่ำรวย ต่างก็นิยมเล่นด้วย รัฐบาลในขณะนั้นจึงคิดแสวงหาผลประโยชน์จากการพนัน โดยเปิดให้มีการเล่นพนันในลักษณะของสโมสรให้คนรวยเข้าเล่น จึงได้มีการประกาศพระราชกฤษฎีกาจัดให้มีสถานเล่นการพนันเรียกว่าคาสีโน อนุญาตให้บุคคลเข้าเล่นได้ กระทรวงการคลังซึ่งได้รับมอบหมายจากรัฐให้ดำเนินการจัดให้มีการเล่นพนันโดยเปิดบ่อนการพนันขึ้นตามความต้องการของรัฐที่อำเภอปราณบุรี จังหวัดประจวบคีรีขันธ์ แต่ปรากฏว่าผู้รับนโยบายกลับไปดำเนินการจัดให้บุคคลทั่วไปสามารถเข้าเล่นได้โดยไม่คำนึงถึงฐานะของผู้เล่นแต่อย่างใด จึงเป็นการขัดต่อนโยบายของรัฐที่ทำเป็นรูปสโมสรให้คนร่ำรวยเข้าเล่น ผลเสียที่ตามมาคือ นอกจากประชาชนจะประสบกับปัญหาขาดแคลนอาหารการกินรวมทั้งเครื่องใช้ต่าง ๆ แล้วรัฐยังกลายเป็นผู้คอยส่งเสริมให้ประชาชนเล่นการพนัน อีกทางหนึ่ง สถานคาสีโนกลายเป็นแหล่งมั่วสุมของการพนันไปประกอบกับการรัฐถูกวิพากษ์วิจารณ์จากสื่อมวลชนเป็นอย่างมาก รวมทั้งกลัวว่าจะเกิดปัญหาเช่นเดียวกับที่เกิดขึ้นในอดีต รัฐบาลจึงได้ประกาศปิดสถานคาสีโนของรัฐลงตั้งแต่นั้นเป็นต้นมา มาตรการทางกฎหมายที่จะแสวงหาผลประโยชน์จากการพนันจึงได้ยุติลง และกลายมาเป็นการควบคุมและปราบปรามอีกครั้งหนึ่ง

ในสมัยต่อมาการพนันมีหลากหลายรูปแบบต่าง ๆ เช่น ตู้เกม สโมสร และมีความพยายามจะ ให้มีการเปิดบ่อนคาสีโนขึ้นอีกเพื่อให้บ่อนคาสีโนเป็นแหล่งรวมการพนันในหลากหลายรูปแบบ และรวมความบันเทิงและสิ่งอำนวยความสะดวกต่าง ๆ ไว้หลายประเภท เพื่อดึงดูดใจให้แก่ผู้เล่นจน ทำให้หลายคนเห็นว่าการพนันเป็นสิ่งดีพวกเขายินดีที่ไปเล่น และยังเป็นแรงขับเคลื่อนให้กลุ่มต่าง ๆ ออกมาให้ความเห็น และเหตุผลต่าง ๆ ที่สนับสนุนให้มีการเปิดบ่อนคาสีโนขึ้น⁹

2.2 สภาพปัญหาวิวัฒนาการการบังคับใช้กฎหมายการพนันในประเทศไทย

สำหรับวิวัฒนาการกฎหมายเกี่ยวกับการพนันในประเทศไทยมีกฎหมายหลายฉบับ เริ่มตั้งแต่ พระราชบัญญัติการพนัน พุทธศักราช 2473 ซึ่งบัญญัติขึ้นในรัชกาลที่ 7 ปี

⁹ ณีฐกร ศิริผ่องแผ้ว. (2557). มาตรการทางกฎหมายในการควบคุมการเล่นการพนันตามพระราชบัญญัติการพนัน พุทธศักราช 2478. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขานิติศาสตร์, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต. หน้า 17.

พุทธศักราช 2473 ในรัชสมัยของพระบาทสมเด็จพระปกเกล้าเจ้าอยู่หัว ได้มีการตราพระราชบัญญัติการพนัน พุทธศักราช 2473 ขึ้นใช้บังคับเป็นกฎหมายเกี่ยวกับการพนันฉบับแรกของประเทศไทย เนื้อหาของกฎหมายดังกล่าวคือการรวบรวมกฎหมายการพนันต่าง ๆ มาไว้ในที่เดียวกัน เนื่องจากก่อนหน้านี้กฎหมายเกี่ยวกับการพนันจะเป็นลักษณะเฉพาะเรื่องๆ ไป เช่น กฎหมายห้ามมิให้เล่นการพนันคือ เต็ดปลีแห่งวงทวายอิงทวายปลาไหลรูดไม้ดมพัดเสือนอนกิน, ประกาศเรื่องผลนำจับผู้ลักลอบเล่นห่วยจับยี่กี, พระราชบัญญัติการการพนัน, กฎเสนาบดีการพนันไฟ้ป็อก ซึ่งอธิบายกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการเล่นอันเป็นต้นแบบของกฎหมายฉบับปัจจุบัน เมื่อกฎหมายดังกล่าวใช้บังคับไปได้ระยะหนึ่งก็ได้มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติการพนัน พุทธศักราช 2478 และได้มีการแก้ไขอีกหลายครั้งหลายหน คือ พระราชบัญญัติการพนัน (ฉบับที่ 2) พุทธศักราช 2482 พระราชบัญญัติการพนัน (ฉบับที่ 3) พุทธศักราช 2485 ฉบับที่ 4 พุทธศักราช 2485 ฉบับที่ 5 พุทธศักราช 2490 ฉบับที่ 6 พุทธศักราช 2503 ฉบับที่ 7 พุทธศักราช 2504 ฉบับที่ 8 พุทธศักราช 2505 เป็นต้นและแก้ไขมาตลอดจนถึงปัจจุบัน ซึ่งเนื้อหาสาระเป็นการแก้ไขปรับปรุงกฎหมายเกี่ยวกับการพนันให้ทันสมัยยิ่งขึ้นรวมทั้งยังได้เพิ่มเติมประเภทของการพนันเข้าไปเพื่อให้ครอบคลุมการเล่นพนันประเภทต่างๆ กฎหมายนี้ใช้บังคับมาจนถึงปัจจุบัน.

2.2.1 ประเภทของการพนันและสภาพปัญหาที่แบ่งตามประเพณีท้องถิ่น

การพนันในประเทศไทยมีประวัติความเป็นมาอันยาวนานซึ่งได้รับอิทธิพลมาจากทั้งประเทศอินเดียและประเทศจีน การเล่นพนันแบบไทยไม่พบหลักฐานที่แน่นอนว่าเป็นอะไร สันนิษฐานว่าอาจเป็นการพนันโดยใช้สัตว์เป็นเครื่องมือ เช่น การตีไก่ การก่ดปลากัด และการชนวัว เมื่อครั้งที่ไทยตกเป็นเมืองขึ้นของพม่า ในเวลานั้นสมเด็จพระนเรศวรมหาราชทรงทำดีไต่กับพระมหาอุปราชา ไก่ของสมเด็จพระนเรศวรชนะ และมีการเยาะเย้ยกันว่า “ไก่ชเลย์” ถึงกับมีการทำพนันเอาเมืองเป็นเดิมพัน การพนันแบบไทยแท้ที่ถือเป็นการเล่นการพนันตามประเพณีดั้งเดิมมาแต่โบราณ จึงน่าเป็นการใช้สัตว์สู้กัน ตั้งแต่สัตว์เล็ก ๆ จำพวกจิ้งหรีดและปลากัด จนถึงสัตว์ใหญ่ เช่น วัว ควาย หรือช้าง แต่ที่นิยมกันมากน่าจะเป็นการชนไก่ เป็นต้น¹⁰

การพนันที่ถือว่าการพนันตามประเพณีของท้องถิ่นนั้น ศูนย์ศึกษาปัญหาการพนัน คณะเศรษฐศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย โดยการสนับสนุนของสำนักงานกองทุนสนับสนุนการสร้างเสริมสุขภาพ (สสส.) จัดประชุมวิชาการเรื่อง “การพนันรอบบ้าน : ปัญหา

¹⁰ นันทวัฒน์ บรมานันท์. (2556). *กฎหมายว่าด้วยการพนัน* (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก:

[http://www.inrinews.co.th/shownews/show?newscode=437088.\[2560, 18 กุมภาพันธ์\]](http://www.inrinews.co.th/shownews/show?newscode=437088.[2560, 18 กุมภาพันธ์])

ที่สังคมไทยไม่อาจมองข้าม” โดยมีนักวิชาการนำผลการศึกษามานำเสนอพบว่า ระดับความรุนแรงของสถานการณ์ของธุรกิจการพนันเติบโตอย่างรวดเร็วอย่างมาก โดยเฉพาะในแถบภูมิภาคเอเชีย คาดการณ์ได้ว่าในอนาคตข้างหน้า ธุรกิจการพนันในเอเชียจะแซงหน้าธุรกิจการพนันในสหรัฐอเมริกาและยุโรป นักพนันไทย จำนวนไม่ที่มีส่วนผลักดันให้ธุรกิจการพนันทั้งถูกกฎหมายและผิดกฎหมาย มีแนวโน้มการเติบโตไม่แพ้ประเทศในภูมิภาคเดียวกัน โดยเฉพาะในช่วง 10 ปีที่ผ่านมา มีการพนันใหม่ ๆ หลายประเภทที่เติบโตอย่างต่อเนื่อง โดยเฉพาะการพนันออนไลน์หรือแม้แต่การพนันที่บ้าน ซึ่งเป็นขอมติของสังคมไทยมายาวนาน ตั้งแต่ ไก่ชน วัวชน และบั้งไฟ จนแทบจะแยกแยะไม่ออกระหว่างศิลปวัฒนธรรมประเพณี กับการพนันที่คนไทยคุ้นชิน¹¹

งานวิจัยโครงการเศรษฐกิจการเมืองของกีฬาวัวชนภาคใต้ของ ผศ.ดร.รงค์ บุญสวยขวัญ สาขาวิชารัฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยวลัยลักษณ์ จ.นครศรีธรรมราช ทำให้เห็นว่า มีการปลูกฝังความคิดค่านิยมของเจ้าของบ่อนหรือเจ้าของวัวชน ถูกยกให้เป็น “นายหัว” “เอกบุรุษในวงล้อมปัจจัยนอกเหนือปรารณา” “เรียกฟ้าต้องขาน ตามดินต้องตอบ” มีการปกครองปริมาตรของตน เป็นการปกครองอิสระภายใต้กฎเกณฑ์ของนายหัว อันเป็นการสร้างอำนาจเชิงสัญลักษณ์ จนนำไปสู่การปกครองในระดับพื้นที่ที่ใหญ่ขึ้น นั่นคือ การดำรงตำแหน่งทางการเมือง ขณะเดียวกันการรักษาตำแหน่งหรือเลื่อนตำแหน่งก็สามารถเป็นไปด้วยการเป็นนายหัวแห่งวัวชนเช่นกัน จนมีวาทกรรมที่กล่าวว่า “เป็นการพนันของชนชั้นสูง” ดังนั้นความสัมพันธ์ระหว่างวัวชน กับการเมืองภาคใต้แทบแยกออกจากกันไม่ได้เลย

การพนันไก่ชนมีงานวิจัยจากคณะนักวิจัย 4ภาค เปิดเผยข้อมูลดังนี้ โดยกลุ่มภาคเหนือตอนบน โดย วิเศษ สุจิพรหม จ.ลำพูน และเชียงใหม่ ระบุว่า เชียงใหม่ มี 25 อำเภอ มีบ่อนไก่ชน 38 แห่ง เป็นบ่อนถูกกฎหมาย 11 แห่ง หรือใน 1 อำเภอ จะมีบ่อนไก่ชน 1.52 แห่ง และ จ.ลำพูน มี 8 อำเภอ มีบ่อนไก่ชน 28 แห่ง เป็นบ่อนถูกกฎหมาย 18 แห่ง หรือ ใน 1 อำเภอ จะมีบ่อนถึง 3.50 แห่ง ซึ่งพบว่า ลำพูนมีนักพนัน 250 คน เงินเดิมพันหมุนเวียนสูงถึงเดือนละ 35,248,000 บาท นอกจากนี้ งานวิจัยยังระบุว่า การปรับปรุงพระราชบัญญัติการพนัน และระเบียบที่ออกโดยกระทรวงมหาดไทย ให้ทันสมัย โดยเน้นหนักไปที่การควบคุมและจำกัดการพนันจนเกินไป อาจส่งผลย้อนกลับมาทำลายไก่ชนไปด้วย นั่นคือ การทำลายพันธุ์ไก่พื้นเมืองของไทย เปิดโอกาสให้มีการผูกขาดสายพันธุ์ไก่ฟาร์ม โดยกลุ่มทุน

¹¹ ชนากานต์ อาทประชาจิต. (2555). *ตะลึงเงิน 'พนันพื้นบ้าน' สะพัดนับแสนล้านทั้งไก่ชนเหนือ-วัวชนบักซ์ใต้-บั้งไฟอีสาน ชี้เลิกยาก-ขุมประโยชน์การเมือง-อิทธิพล* (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก:

การเกษตรไม่กี่บริษัท ทิศทางของไถ่ชนไทยควรมุ่งไปที่การสร้างอำนาจต่อรองลดความเหลื่อมล้ำให้กับชุมชนท้องถิ่น และเกิดการมีส่วนร่วมในการควบคุมบ่อนชนไถ่ โดยชุมชนด้วยการให้อำนาจควบคุมอยู่ที่คณะกรรมการหมู่บ้าน ในการดูแลและติดตามตรวจสอบ จัดสรรผลประโยชน์สู่ชุมชน

บุญยืน วงศ์สงวน นักวิจัยไถ่ชนในพื้นที่ภาคเหนือตอนล่าง พบว่า สนามระดับชุมชน ที่ จ.พิจิตรมี 8 สนาม จ.พิษณุโลก 9 สนามรายจ่ายหมุนเวียนปีละ 189,600- 332,820 บาท รายรับหมุนเวียนปีละ 149,000- 657,600 บาท สนามระดับจังหวัด มีเพียง จ.พิษณุโลก 1 สนามเท่านั้น รายจ่ายหมุนเวียน 599,200 ปีละ 619,200 บาท เป็นค่าธรรมเนียมปีละ 6,000 บาท จ่ายเจ้าหน้าที่ปีละ 192,000บาท ค่าสังคมปีละ 30,000-42,000 บาท แต่รายรับหมุนเวียนก็ไม่ค่อยปีละ 1,184,800-1,410,400 บาท

ซึ่งทางภาคเหนือตอนล่างเกิดข้อเสนอแนะ ให้มีการอนุญาตการเล่นกีฬาชนไถ่ระยะยาว ให้ถูกต้องตามกฎหมาย เพื่อจะไม่เปิดช่องทางที่จะคอร์รัปชันในระบบราชการ โดยเฉพาะขั้นตอนการอนุญาตการเปิดสนามกีฬาชนไถ่ และให้มี พ.ร.บ.การละเล่นพื้นบ้าน แยกต่างหากจาก พ.ร.บ.การพนัน ทั้งยังให้แก้ไขปรับปรุงพระราชบัญญัติการพนัน พ.ศ. 2478 และระเบียบกระทรวงมหาดไทย ว่าด้วยการพนันชนไถ่และกัณฑ์ พ.ศ. 2552 อีกด้วย ทางภาคตะวันออกเฉียงเหนือพื้นที่ จ.อุบลราชธานี และร้อยเอ็ด วิจัยโดย ดร.เรวัต สิงห์เรือง ระบุว่า ไถ่ชน ส่งผลกระทบต่อสภาพเศรษฐกิจและสังคม มองว่าเป็นการอนุรักษ์วัฒนธรรม จนเป็นข้อเสนอให้เกิดองค์ความรู้วิถีไถ่ชนเพื่อเข้าสู่ระบบการศึกษา และปัจจุบันมีการถ่ายทอดรายการไถ่ชนในช่องดาวเทียมรัฐควรมีการควบคุมกีฬาพื้นเมืองทุกประเภทอย่างเท่าเทียมกัน ให้สื่อมวลชนเสนอข่าวในเชิงอนุรักษ์พันธุ์สัตว์มากกว่าเชิญชวนเขียนไถ่มาพนันกัน¹²

นอกจากนี้ยังมีการพนันในอีกรูปแบบหนึ่งที่เป็นประเพณีท้องถิ่น ซึ่งกำลังได้รับความสนใจเป็นอย่างมากจากชาวอีสานนั่นคือ “บั้งไฟ” สดใส สร้างโศรก ผู้วิจัยโครงการวิจัยการพนันบั้งไฟ เก็บข้อมูลวิจัยในพื้นที่อีสานใต้อันเป็นพื้นที่เริ่มต้นการจัดบั้งไฟ โดยมีศูนย์กลางของการศึกษาอยู่ที่จังหวัดศรีสะเกษ เมื่อทางอีสานใต้มีความเข้มงวดเรื่องการพนันบั้งไฟมากขึ้น การแข่งขันก็ย้ายไปสู่อีกพื้นที่คืออีสานเหนือ ศูนย์กลางอยู่ที่ จ.อุดรธานี พบว่าการแข่งขันบั้งไฟไม่มีในกฎหมาย ในทางปฏิบัติหมู่บ้านที่จัดงานบุญบั้งไฟ และเป็นสนามแข่งขันบั้งไฟต้องทำประชาคมหมู่บ้านก่อน และมีการเปิดให้เล่นได้ตลอดทั้งปี เกมกีฬาเล่นก็แสนง่ายตัดสินกันที่ระยะเวลาที่อยู่ในอากาศ เริ่มด้วย “การเปิดราคาหน้าฐาน” คือการกำหนดตัวเลขของระยะเวลาที่บั้งไฟจะขึ้นได้สูงสุด หากบั้งไฟอยู่นานกว่าที่กำหนด นัก

¹² ชนากานต์ อาทรประชาชาติ. อ่างแล้ว เชิงอรรถที่ 11.

พนันจะชนะพนันและได้เงินจากผู้จัดไป ส่วนการพนันบั้งไฟใหญ่ ไม่มีการเปิดราคาหน้าฐาน แต่คู่พนันจะตกลงกันเอง เป็นการเปิดโอกาสให้นักพนันมีความหลากหลายมากขึ้น ทำให้ทั่วทั้งภาคอีสานมีวงเงินเดิมพันถึง 56,529,400,000 บาท (ห้าหมื่นหกพันห้าร้อยยี่สิบเก้าล้านสี่แสนบาท) เลยทีเดียว

โดยสรุปสภาพปัญหา จากข้อมูลทีกล่าวมาแล้วข้างต้นจะเห็นว่า กีฬาหรือประเพณีที่มีมาแต่ดั้งเดิมไม่ว่าจะเป็น ตีไก่ กัดปลา ชนวัว หรือ การจุดบั้งไฟก็ตาม ในอดีตเกิดขึ้นเพื่อเป็นการผ่อนคลายหลังจากเสร็จจากการทำไร่ทำนา วัตถุประสงค์ก็เพื่อความบันเทิงตามแต่ละชุมชนในแต่ละพื้นที่ จนกระทั่งมีพระราชบัญญัติการพนัน พ.ศ. 2478 ก็ได้บัญญัติการเล่นต่าง ๆ ซึ่งให้สัตว์ต่อสู้หรือแข่งกัน เช่น ชนโค ชนไก่ ... ให้เป็นบัญชีประเภท ข. ซึ่งตามมาตรา 4 ระบุว่า การเล่นอันระบุไว้ ในบัญชี ข. ท้ายพระราชบัญญัตินี้ หรือการเล่นซึ่งมีลักษณะคล้ายกัน หรือการเล่นอื่นใด ซึ่งรัฐมนตรี เจ้าหน้าที่ได้ออกกฎกระทรวงระบุเพิ่มเติมไว้ จะจัดให้มีขึ้นเพื่อเป็นทางนำมาซึ่งผลประโยชน์แก่ผู้จัด โดยทางตรงหรือทางอ้อม ได้ต่อเมื่อรัฐมนตรีเจ้าหน้าที่หรือเจ้าพนักงานผู้ออกใบอนุญาต เห็นสมควรและออกใบอนุญาตให้ หรือ มีกฎกระทรวงอนุญาตให้จัดขึ้นได้โดยไม่ต้องมีใบอนุญาตในการเล่นอันระบุไว้ในวรรค 2 ข้างต้นนั้นจะพนันกันได้เฉพาะเมื่อได้มีใบอนุญาตให้จัดมีขึ้น หรือ มีกฎกระทรวง อนุญาตให้จัดขึ้นได้โดยไม่ต้องมีใบอนุญาต ยกตัวอย่าง เช่น สนามชนวัว จึงกลายเป็นบ่อนชนวัว เป็นต้น ซึ่งกรณีดังกล่าว ทำให้เกิดปัญหาจากพัฒนาการของวัฒนธรรมพื้นบ้าน ผู้ธุรกิจการพนันของวัวชนไว้ 10 ประการ ว่า 1.การอนุญาตตามพระราชบัญญัติการพนัน พ.ศ. 2478 จาก “คอกวัวชน” ในทุ่งนา มาเป็น “สนามวัวชน” สู “บ่อนวัวชน” ในที่สุด 2.ความนิยมสามารถยกระดับเจ้าของวัวชนเป็น “นายหัว” “นักเลง” 3.การเลี้ยงวัวตามทุ่งนาด้วยภูมิปัญญาสู่การทำฟาร์มวัว 4.ความถี่ของการชน จากการชนตามเทศกาลท้องถิ่นก็มีการชนเป็นประจำ 5.การเลี้ยงวัว เกิดระบบบริหารจัดการ การจัดหาหุ้นส่วน 6.การเลี้ยงและขายวัวแก่เซียนวัวเพื่อยกระดับฐานะสถานภาพทางสังคม 7.การเติบโตของเศรษฐกิจ มีธุรกิจที่เกี่ยวข้องหรือธุรกิจเกี่ยวเนื่องอื่น ๆ 8.การเปลี่ยนแปลงการเก็บเงินค่าแข่งเลง 9.การอนุรักษ์สายพันธุ์วัวดั้งเดิม วัวพื้นเมืองไม่อาจดำรงได้หากไม่มีการชนวัว การชนวัวไม่อาจดำรงอยู่ได้หากไม่มีการพนัน 10.มีความพยายามใช้เป็นช่องทาง ในการแสวงหารายได้เข้ารัฐ พัฒนาการของวัวชนเช่นนี้ จึงนำมาสู่การจัดตั้งสมาคมวัวชนภาคใต้ขึ้น

จากการศึกษาจะเห็นว่าประเพณีและวัฒนธรรมพื้นบ้านไม่ว่าจะเป็น ชนไก่ ชนวัว หรือบั้งไฟ เดิมเป็นการละเล่นของคนไทยในชนบทในแต่ละท้องถิ่นที่มีมาแต่ดั้งเดิมครั้งบรรพบุรุษ จุดประสงค์ก็เพื่อความสนุกสนานและความสามัคคีของคนในชุมชนถึงแม้จะมี

การพนันกันบ้างตามวิสัยของคนไทย ก็อยู่ในระดับแค่ “ติดปลายนวม” พอให้เกิดสีสันกันเท่านั้น ครั้นถึงยุคปัจจุบัน ถึงแม้ว่าจะยังคงมีการเล่นแบบนี้อยู่แต่ทุกอย่างถูกพัฒนาการไปในรูปแบบใหม่โดยมีการพนันเข้ามาเป็นหลักแฝงอยู่ในทุกการละเล่น กลายเป็นแหล่งอบายมุขทั้งถูกกฎหมายและผิดกฎหมาย มีกลุ่มคนที่เข้ามาทำเป็นธุรกิจและหาผลประโยชน์อย่างเป็นล่ำเป็นสัน ชาวบ้านเป็นเพียงตัวประกอบของการละเล่นให้ดำเนินไปตามประเพณีเท่านั้น จุดประสงค์ของการจัดงานก็เพื่อการพนันของพวกเซียนพนันทั้งหลายทั้งในระดับท้องถิ่นจนถึงระดับชาติ¹³

2.2.2 ประเภทของการพนันและสภาพปัญหาที่แบ่งตามเกณฑ์ผลประโยชน์ตอบแทน

2.2.2.1 แบ่งตามผลประโยชน์โดยตรง

ประเภทของการพนัน ที่แบ่งตามผลประโยชน์โดยตรง เป็นกรณี พิจารณาจากพระราชบัญญัติการพนัน พุทธศักราช 2478 สามารถจำแนกได้เป็น 3 ประเภท คือ

(ก) ประเภทตามบัญชี ก.

(ข) ประเภทตามบัญชี ข.

(ค) ประเภทอื่น

การเล่นพนันที่อนุญาตให้เล่นได้นี้บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติการพนัน พุทธศักราช 2478 มาตรา 4 วรรคสองดังนี้

“มาตรา 4 วรรคสองการเล่นอันระบุไว้ในบัญชี ข. ท้ายพระราชบัญญัตินี้หรือการเล่น ซึ่งมีลักษณะคล้ายกันหรือการเล่นอื่นใดซึ่งรัฐมนตรีเจ้าหน้าที่ได้ออกกฎกระทรวงระบุเพิ่มเติมไว้จะจัดให้มีขึ้นเพื่อเป็นทางนำมาซึ่งผลประโยชน์แก่ผู้จัดโดยทางตรงหรือทางอ้อมได้ต่อเมื่อรัฐมนตรี เจ้าหน้าที่หรือเจ้าพนักงานผู้ออกใบอนุญาตเห็นสมควรและออกใบอนุญาตให้หรือมีกฎกระทรวง อนุญาตให้จัดขึ้นโดยไม่ต้องมีใบอนุญาต”

บทบัญญัติมาตรา 4 วรรคสองนี้เป็นการอนุญาตให้ “เล่น” เท่านั้นไม่ได้หมายความรวมถึงการอนุญาตให้ “พนัน” ด้วย ดังนั้นการเล่นพนันบางประเภทนอกจากจะต้องได้รับอนุญาตเล่นแล้วยังจะต้องได้รับอนุญาตให้พนันด้วยเสมอ โดยการขออนุญาตให้พนันนั้นบัญญัติไว้ใน มาตรา 4 วรรค 3 แห่งพระราชบัญญัติการพนัน พุทธศักราช 2478 ดังนี้

¹³ หอสมุดศานามจันทร์. (2558). จากประเพณีวัฒนธรรมท้องถิ่นสู่วงจรกิจการพนัน (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <http://libsis.lib.รณ.ท.ช/snclibblog/?p=48413>. [2560, 12 กรกฎาคม].

“มาตรา 4 วรรคสามในการเล่นอันระบุนวไว้ในวรรค 2 ข้างต้นนั้นจะพนันกันได้ เฉพาะเมื่อได้มีใบอนุญาตให้จัดมีขึ้นหรือมีกฎกระทรวงอนุญาตให้จัดขึ้นได้โดยไม่ต้องมีใบอนุญาต”

การเล่นพนันที่อนุญาตให้เล่นได้นี้สามารถแบ่งออกได้เป็น 3 กรณี คล้ายคลึงการเล่นพนันที่ห้ามเด็ดขาดคือการเล่นอันระบุนวไว้ในบัญชี ข. การเล่นซึ่งมีลักษณะคล้ายกันและการเล่นอื่นใดซึ่งรัฐมนตรีเจ้าหน้าที่ได้ออกกฎกระทรวงระบุเพิ่มเติม

กล่าวโดยสรุปการพนันที่จะสามารถเล่นได้ต้องระบุนวไว้ท้ายบัญชีพระราชบัญญัติการพนัน พุทธศักราช 2478 และต้องมีการขออนุญาตพร้อมกับเสียค่าธรรมเนียมต่าง ๆ จึงจะสามารถเล่นได้ เป็นผลประโยชน์โดยตรงของรัฐในการจัดเก็บรายได้พร้อมทั้งสามารถควบคุมการเล่นการพนัน

2.2.2.2 แบ่งตามผลประโยชน์โดยอ้อม

การกำกับการขายด้วยการเสี่ยงโชค ก็เป็นประเด็นปัญหาทางสังคมประการหนึ่งที่ต้องศึกษาว่า เป็นการพนันทางอ้อมหรือไม่ สืบเนื่องจากการส่งเสริมการขายด้วยการแจกรางวัลจากการเสี่ยงโชค เป็นสิ่งที่ถูกกฎหมายในประเทศไทย กิจกรรมนี้มีความแพร่หลายเนื่องจากการขออนุญาตไม่ได้มีเงื่อนไขเข้มงวดเหมือนต่างประเทศ และเจ้าพนักงานมีระเบียบปฏิบัติที่ต้องอำนวยความสะดวกและเร่งดำเนินการ เนื่องจากเป็นการส่งเสริมธุรกิจการค้า การอนุญาตให้มีการจัดกิจกรรมแจกรางวัลด้วยการเสี่ยงโชค เป็นการอนุญาตตามพระราชบัญญัติการพนัน พุทธศักราช 2478 โดยการอนุญาตให้จัดกิจกรรมให้น้ำหนักสำคัญไปที่ด้านความเป็นธรรมแก่ผู้บริโภคเป็นหลัก กล่าวคือ การพิจารณาว่าผู้บริโภคต้องไม่ย่ำแย่ใด การพิจารณารายละเอียดการสุ่มจับรางวัล แจกรางวัลที่มีความเป็นธรรมในการจับแจก ฯลฯ โดยไม่ได้พิจารณาผลกระทบต่อสังคมของกิจกรรมที่กระตุ้นใจได้คล้ายกับการพนัน

ผู้ประกอบการมักใช้การส่งเสริมการตลาด เพื่อสร้างทัศนคติด้านบวกต่อผลิตภัณฑ์ เพื่อให้เกิดการตัดสินใจซื้อ หรือบริโภคผลิตภัณฑ์ อาทิเช่น การโฆษณา การประชาสัมพันธ์ การสื่อสารผ่านพนักงานขาย การส่งเอกสารแนะนำสินค้าผ่านไปรษณีย์ออนไลน์ หรือกิจกรรมส่งเสริมการขาย เป็นต้น โดย กิจกรรมส่งเสริมการขายที่นิยมใช้ ได้แก่ การลดราคา แลกของสมนาคุณ แจกของตัวอย่าง หรือการให้ทดลองชิม เพิ่มปริมาณผลิตภัณฑ์ให้มากขึ้น แคมเปญเสี่ยงโชครับของหรือรางวัล ฯลฯ ซึ่ง กิจกรรมแจกของรางวัลในรูปแบบการเสี่ยงโชค เป็นกิจกรรมที่ต้องได้รับอนุญาตจากเจ้าพนักงานปกครองก่อนจึงจะดำเนินการตามพระราชบัญญัติการพนัน พุทธศักราช 2478 ในปี พ.ศ. 2555-2558 พบว่าผู้ประกอบการ โดยเฉพาะเครื่องดื่ม มักใช้วิธีให้ผู้บริโภคได้เสี่ยงโชคผ่านช่องทางการส่ง

ตัวเลข หรือรหัส ด้วยวิธีส่งข้อความสั้น (SMS) ผ่านโทรศัพท์มือถือ และงูใจผู้บริโภคด้วยการให้รางวัลใหญ่ที่มีมูลค่าสูง เช่น รถยนต์ จักรยานยนต์ สมาร์ทโฟน ทองคำ ท่องเที่ยวต่างประเทศ สิทธิเข้าชมฟุตบอล ลีกใหญ่ในต่างประเทศ เป็นต้น จากการสำรวจทัศนคติและพฤติกรรมความเสี่ยงโชคของผู้บริโภคไทย พบว่า คนไทยอายุ 25 ปีขึ้นไป ร้อยละ 44.3 เคยส่งเสี่ยงโชคกับผลิตภัณฑ์ชาเขียว และผู้ที่เคยร่วมกิจกรรมส่งเสี่ยงโชค ร้อยละ 42.7 มีความถี่ในการส่งเสี่ยงโชค 1-3 ครั้งต่อเดือน ร้อยละ 9.8 ส่ง 4-6 ครั้งต่อเดือน โดยผู้บริโภค ร้อยละ 39.2 เห็นว่าการเสี่ยงโชคเหมือนการเล่นหวยแบบไม่ผิดกฎหมาย และยังเห็นว่าการส่งเสริมการขายด้วยวิธีการให้เสี่ยงโชคไม่มีผลเชิงลบต่อภาพลักษณ์ผลิตภัณฑ์หรือตราสินค้า โดยร้อยละ 30.1 เห็นว่า เป็นการคืนกำไรให้ผู้บริโภค จากเอกสารประกอบการประชุมมูลนิธิสาธารณสุขแห่งชาติ เมื่อวันที่ 15 ตุลาคม พ.ศ. 2558 ระบุว่า มีการยื่นขออนุญาตจัดกิจกรรมเสี่ยงโชคต่อเจ้าพนักงานปกครอง เฉลี่ย 48 กิจกรรมต่อเดือน สะท้อนให้เห็นว่า ผู้บริโภค ชื่นชอบการส่งเสริมการขายด้วยการเสี่ยงโชค ทำให้นักวิชาการหลายฝ่าย ตั้งข้อสังเกตว่า กิจกรรมเหล่านี้ น่าจะเข้าข่ายการมอมเมาประชาชน และส่งเสริมให้คนติดการเสี่ยงโชค หรือเป็นช่องทางใหม่ของการเล่นการพนัน¹⁴

มูลนิธิสาธารณสุขแห่งชาติ จึงเล็งเห็นว่ากิจกรรมการส่งเสริมการขายเช่นนี้อาจส่งผลให้เกิดการพนันเพิ่มมากขึ้นในสังคมไทย จึงควรมีการศึกษาแนวทางการกำกับการส่งเสริมการขายด้วยการเสี่ยงโชค เพื่อใช้เป็นชุดความรู้ ข้อมูล ในการชี้แนะสาธารณะถึงผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นในสังคม ตลอดจนเพื่อนำข้อมูลมาพัฒนาเป็นข้อเสนอมาตรการในการกำกับการจัดกิจกรรมเสี่ยงโชคที่เข้าข่ายการพนัน และ/หรือ มาตรการในการกำกับการเข้าถึงการพนันของเด็กและเยาวชนผ่านช่องทางสื่อสมัยใหม่ตามพระราชบัญญัติการพนัน พุทธศักราช 2478 การส่งเสริมการขายในลักษณะ “การจัดให้มีการแถมพก หรือรางวัลด้วยวิธีการเสี่ยงโชค” ต้องได้รับอนุญาตจากเจ้าพนักงานก่อนจึงจะทำได้ โดยกิจกรรมลักษณะนี้ ในทางการตลาดเรียกว่า การเสี่ยงโชค (Sweepstake) อันหมายถึง การให้รางวัลแก่ผู้บริโภคที่ร่วมกิจกรรมโดยใช้อาศัยผลที่ยังไม่แน่นอน เป็นข้อชี้ขาด และการเสี่ยงโชคเพื่อส่งเสริมการขายจะต้องเป็นการให้เปล่าคือ ผู้บริโภคที่ร่วมรายการจะต้องไม่มีการเสียด่าใช้จ่ายใดเพื่อให้ได้รับสิทธิเสี่ยงโชค แต่สำหรับบรรทัดฐานของประเทศไทย การซื้อผลิตภัณฑ์ในราคาปกติแล้วได้รับสิทธิเสี่ยงโชคไม่ถือว่ามี การจ่ายหรือเสียประโยชน์แต่อย่างใด โดยที่การชิงโชค

¹⁴ ศรีณยพงศ์ เทียงธรรม. (2558). *การกำกับการขายด้วยการเสี่ยงโชค*. มูลนิธิสาธารณสุขแห่งชาติโดยแผนงานการขับเคลื่อนสังคมและนโยบายสาธารณะ เพื่อลดผลกระทบจากการพนัน สนับสนุนโดย สำนักงานกองทุนสนับสนุนการส่งเสริมสุขภาพ (สสส.). หน้า 3.

หรือเสียงโชคเป็นเพียงเครื่องมือย่อยของการส่งเสริมการขายและการส่งเสริมการตลาด และการส่งเสริมการตลาดก็เป็นเพียงหนึ่งในส่วนผสมหลักทางการตลาด (4Ps) อันได้แก่ ผลิตภัณฑ์ ราคา ช่องทาง การขายและกระจาย และการสื่อสาร/ส่งเสริมการตลาด ดังนั้น การเสียงโชคจึงเป็นเพียงผลพลอยได้สำหรับผู้บริโภคที่ไม่ควรให้น้ำหนักมากไปกว่าการเสนอผลิตภัณฑ์ที่มีคุณค่า ราคาที่เหมาะสม ผ่านช่องทางที่สะดวก และสื่อสารให้ผู้บริโภคเห็นประโยชน์ของผลิตภัณฑ์ ในหลายประเทศกำหนดกรอบของการเสียงโชคว่า ต้องไม่เข้าข่ายของการเป็นการพนัน หรือ ลอตเตอรี่ แต่สำหรับประเทศไทย การส่งเสริมการขายด้วยการให้รางวัลด้วยการเสียงโชคอยู่ในการควบคุมกำกับภายใต้ พระราชบัญญัติการพนัน พุทธศักราช 2478¹⁵

สภาพของปัญหาในประเด็นดังกล่าว สืบเนื่องจากตามพระราชบัญญัติการพนัน พุทธศักราช 2478 ไม่มีการให้นิยามของการพนันไว้แต่ใช้การระบุชื่อ กิจกรรมและรูปแบบที่เป็น การพนัน โดยแยกเป็นกลุ่มที่ห้ามโดยเด็ดขาด (หมวด ก.) เช่น โป้ปั่น โป้กำอีโป้งครอบ สีหงาลัก อีโป้งซัด ไฮโลว์ ไม้สามอัน ฯลฯ และกลุ่มที่ทำได้หากได้รับอนุญาต (หมวด ข.) เช่น โยนห่วง ชกมวย วิ่งวู้คน ปิงโก โยนห่วง จับสลากด้วยวิธีใดๆ ฯลฯ

การขออนุญาตจัดกิจกรรมเสียงโชค ประเทศไทยยึดถือบรรทัดฐานตาม มาตรา 8 ของ พระราชบัญญัติการพนัน พุทธศักราช 2478 ที่ควบคุม การจัดกิจกรรมประเภทเสียงโชค ซึ่งระบุว่า “การจัดให้มีการแถมพหรือรางวัลด้วยการเสียงโชค โดยวิธีใดๆ ในการประกอบกิจการค้าหรืออาชีพ จะต้องได้รับอนุญาตจากเจ้าพนักงานผู้ออกใบอนุญาตก่อนจึงจะทำได้” จึงสรุปได้ว่า การเสียงโชคคือการพนันประเภทที่ทำได้เพื่อประกอบกิจการค้าหรืออาชีพเมื่อได้รับอนุญาตจากเจ้าพนักงาน การขออนุญาตจัดให้มีการแถมพหรือรางวัลด้วยการเสียงโชค มีกฎหมายที่เกี่ยวข้องคือ พระราชบัญญัติการพนัน พุทธศักราช 2478 และฉบับแก้ไขเพิ่มเติมถึงฉบับที่ 8 (พ.ศ. 2505) และ กฎกระทรวง ฉบับที่ 17 (พ.ศ. 2503) ออกตามความในพระราชบัญญัติการพนัน พุทธศักราช 2478 และฉบับแก้ไขเพิ่มเติม ถึงฉบับที่ 44 (พ.ศ. 2548) มีค่าธรรมเนียมเริ่มต้นที่ 300 บาทสูงสุดไม่เกิน 9,000 บาท ต่อการจัดรายการเสียงโชคไม่เกิน 1 วัน ถึง 365 วัน ตามลำดับ ผู้เป็นเจ้าพนักงานออกใบอนุญาต คือ ผู้อำนวยการสำนักงานสอบสวน และนิติกรรมการปกครองสำหรับกรุงเทพมหานคร และนายอำเภอ หรือ ปลัดอำเภอ ผู้เป็นหัวหน้าประจำกิ่งอำเภอแห่งท้องที่ สำหรับ จังหวัดอื่น นอกจาก กรุงเทพมหานคร

¹⁵ ศรัณยพงษ์ เทียงธรรม. อ้างแล้ว เชิงบรรณที่ 14. หน้า 6-7.

แนวปฏิบัติเจ้าพนักงานมีระยะเวลาพิจารณาอนุญาต ภายใน 90 วัน โดยเฉพาะกรณีใช้วิธีส่ง SMS ในการเสี่ยงโชค ระเบียบการขออนุญาตยิ่งเปิดกว้างและอำนวยความสะดวกมากกว่า คือ ผู้ขออนุญาตไม่จำเป็นต้องเป็นผู้ผลิตผลิตภัณฑ์ขึ้นเอง หรือเป็นผู้แทนจำหน่ายผลิตภัณฑ์แต่เพียงผู้เดียวในประเทศไทย นอกจากนี้ด้านถ้อยคำในกฎหมายเกี่ยวกับ “สถานที่จัดกิจกรรม” ถูกตีความว่า หมายถึงสถานที่ที่จับฉลาก ไม่ใช่ครอบคลุมทั้งประเทศไทย ในที่ใดก็ตามที่ประชาชนสามารถส่งชิ้นส่วนตามเงื่อนไขหรือส่ง SMS เข้าร่วมกิจกรรมได้ ซึ่งเป็นการตีความที่มีผลให้ผู้ประกอบการสามารถเลือกพื้นที่ที่จะไปขออนุญาตได้ เช่น ไปยื่นขอ ณ อำเภอหนึ่งในประเทศไทย แม้กิจกรรมนั้นจะกระทำกว้างขวางไปทั่วประเทศก็ตาม จากค่าธรรมเนียมที่ถูกเพียง 300-9,000 บาท เมื่อเทียบกับการจัดกิจกรรมที่อาจสร้างยอดจำหน่ายผลิตภัณฑ์ได้สูง และการมีกรอบเวลาให้เจ้าหน้าที่ต้องออกใบอนุญาตให้ทันภายในเวลาที่กำหนด การเปิดกว้างให้ยื่นขอ ณ เขตปกครองใด ก็ได้ที่ผู้จัดจะไปจับรางวัล แม้จะเป็นกิจกรรมที่กระทำกว้างทั่วประเทศก็ตาม จึงสรุปว่า กิจกรรมประเภทนี้ทำได้ง่าย ขออนุญาตได้ง่ายและได้รับความสะดวกจากหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง

โดยสรุป จะเห็นว่า สิ่งที่จะเป็นการพนันในประเทศไทยจะต้องมีชื่อหรือรูปแบบการเล่นตามที่กฎหมายระบุไว้ตามพระราชบัญญัติการพนัน พุทธศักราช 2478 หรือการเล่นเอาเงินโดยอาศัยไหวพริบฝีมือ รวมทั้งโชคในกิจกรรมต่าง ๆ และผู้เล่นจะต้องเสี่ยงต่อการเสียประโยชน์ การที่พระราชบัญญัติการพนัน พุทธศักราช 2478 ไม่ได้นิยามการพนันหรือกำหนดองค์ประกอบของการพนันไว้ มีผลให้เจ้าพนักงานต้องขอคำปรึกษาสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาเมื่อพบกิจกรรมหรือสิ่งที่เกิดขึ้นในโลกปัจจุบันร่วมสมัยที่อาจจะเป็นการพนัน ตัวอย่างเช่น การใช้หมายเลขโทรศัพท์ 1900 รับทนายผลบอลโดย มีรางวัลให้กับผู้ที่ทายผลได้ถูกต้อง หรือตู้เครื่องเล่นไฟฟ้า ฯลฯ ว่าสิ่งใหม่ดังตัวอย่างนั้นเป็นการพนันที่ผิดกฎหมายหรือไม่ เพื่อจะดำเนินการตามกฎหมายได้ต่อไป จึงอาจถือได้ว่า การกำกับการขายด้วยการเสี่ยงโชค ก็อาจเป็นการพนันในทางอ้อมได้เช่นกัน

2.2.3 ประเภทของการพนันและสภาพปัญหาที่แบ่งตามรูปแบบการกระทำความผิด

ในส่วนนี้เพื่อสะดวกต่อการศึกษาผู้วิจัยจะแยกประเภทของการพนันตามสภาพของการกระทำผิดไว้เป็น 2 ประเภท ดังนี้

2.2.3.1 ประเภทการพนันตามบทบัญญัติทั่วไป

ประเภทของการพนันโดยทั่วไป ประเทศไทยในปัจจุบันมีกฎหมายที่เกี่ยวกับการพนันทั้งโดยตรง 3 ฉบับด้วยกันคือ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พระราชบัญญัติการพนัน พ.ศ. 2478 และพระราชบัญญัติสำนักงานสลากกินแบ่งรัฐบาล พ.ศ. 2517 โดยใน

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มีบทบัญญัติกำหนดในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการเล่นพนันไว้ อย่างชัดเจนในบรรพ 3 ลักษณะ 18 การพนันและขั้นตอนในมาตรา 853 - 855 พระราชบัญญัติ การพนัน พุทธศักราช 2478 ที่มีการแบ่งลักษณะการเล่นพนันไว้เป็น 2 ลักษณะ คือการเล่น พนันที่ห้ามเด็ดขาด และการเล่นพนันที่อนุญาตให้เล่นได้ พระราชบัญญัติสำนักงานสลากกิน แบ่งรัฐบาล พุทธศักราช 2517 ที่แม้จะถือว่าสลากกินแบ่งรัฐบาลเป็นการพนันรูปแบบหนึ่งแต่ ก็ที่สามารถเล่นได้และให้ถือเป็นการยกเว้นผลทางกฎหมายของการเล่นพนันทั้งทางแพ่งและ ทางอาญาด้วย เนื่องจากมีกฎหมายกำหนดยกเว้นไว้เป็นการเฉพาะ ลักษณะของการกระทำผิด ของการเล่นการพนันโดยทั่วไปตามที่พระราชบัญญัติการพนัน พุทธศักราช 2478 กำหนดไว้ สามารถจำแนกได้เป็น 4 ประเภท คือ¹⁶

(1) การเล่นที่เป็นการห้ามเด็ดขาดตามมาตรา 4 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติ การพนัน พุทธศักราช 2478 คือ การเล่นตามบัญชี ก. การเล่นซึ่งมีลักษณะคล้ายบัญชี ก และ การเล่นร้ายแรงอื่นใดที่กำหนดห้ามไว้ในกฎกระทรวง ซึ่งเป็นกรณีที่กฎหมายกำหนดห้ามมิ ให้จัดให้มี หรือเข้าเล่นหรือเข้าพนัน แม้จะอนุญาตให้เล่นก็เล่นไม่ได้เพราะเป็นการเล่นที่ กฎหมายไม่ให้ออกใบอนุญาตให้เล่นกันได้ นอกจากรัฐบาลจะพิจารณาเห็นว่า สถานที่ใด สมควรจะอนุญาตภายใต้บังคับเงื่อนไขใด ก็อนุญาตได้โดยมีพระราชกฤษฎีกาให้เล่นใน สถานที่ที่กำหนดไว้เท่านั้น

(2) การเล่นที่ต้องขออนุญาตตามมาตรา 4 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติการ พนัน พุทธศักราช 2478 คือ การเล่นที่ระบุไว้ในบัญชี ข. หรือการเล่นซึ่งมีลักษณะคล้ายกัน หรือการเล่นอื่นใดซึ่งรัฐมนตรีเจ้าหน้าที่ได้ออกกฎกระทรวงระบุเพิ่มเติมไว้ จะจัดให้มีขึ้นได้ ต่อเมื่อรัฐมนตรีเจ้าหน้าที่หรือเจ้าพนักงานผู้ออกใบอนุญาตเห็นสมควรและออกใบอนุญาตให้ หรือมีกฎกระทรวงอนุญาตให้จัดขึ้น โดยไม่ต้องมีใบอนุญาต เป็นการที่กฎหมายกำหนดไว้ เพื่อมุ่งหมายให้ผู้จัดให้มีการเล่น (ได้ผลประโยชน์ทั้งทางตรงและอ้อม) ต้องได้รับการ อนุญาตเสียก่อน หากได้รับอนุญาตแล้วก็ถือว่าเข้าเล่นกันได้โดยไม่ผิดกฎหมาย)

(3) การเล่นตามมาตรา 4 ทวิ แห่งพระราชบัญญัติการพนัน พุทธศักราช 2478 ซึ่ง ได้แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติการพนัน (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2485 หมายถึง การเล่นทุก ๆ อย่างที่เข้าลักษณะก่อให้เกิดทางได้เสียขึ้นระหว่างกัน บทบัญญัติตามมาตรา 4 ทวิ เป็นการ กำหนดขึ้นเพื่อเอาไว้ในอนาคต หากมีการเล่นอื่นใดนอกจากบัญชี ก หรือบัญชี ข หรือการ

¹⁶ สว่าง มานาม. (2555). *มาตรการในการควบคุมการพนันตามพระราชบัญญัติการพนัน พุทธศักราช 2478*. สารนิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขากฎหมายมหาชน, คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์. หน้า 43.

เล่นที่ไม่มีลักษณะคล้ายกับทั้งสองบัญชีนั้น จะได้มีกฎหมายห้ามไว้ทั้งสิ้น การเล่นตามมาตรา 4 ทวิ จึงเป็นการเล่นที่ไม่มีกฎหมายหรือกฎกระทรวงระบุชื่อไว้ให้เล่นกันอย่างไร หรือพนันกันโดยวิธีใด จึงเป็นข้อเท็จจริงที่ต้องบรรยายไปในฟ้องให้ศาลและจำเลยเข้าใจในข้อหา

(4) การเล่นสลากกินแบ่ง สลากกินรวบ ตามมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติการพนัน พุทธศักราช 2478 เป็นการพนันชนิดหนึ่งที่ต้องอาศัยการเสี่ยงโชคเป็นเงื่อนไขของการพนันในการแพ้ชนะกัน โดยอาจต้องใช้ระยะเวลาในการขายสลากหรือเบอร์สำหรับให้ลูกค้าที่เสี่ยงโชคเป็นเวลานาน รวมทั้งสามารถขยายวงเล่นได้กว้างอย่างรวดเร็ว

โดยสรุป ลักษณะของการกระทำผิดของการพนัน โดยทั่วไปส่วนใหญ่จะขัดแย้งสามารถนำผู้กระทำความผิดมาลงโทษตามกฎหมายได้เนื่องจากจากจับกุมของเจ้าพนักงานตำรวจ สามารถตรวจค้นจับกุม และรวบรวมพยานหลักฐานจากการกระทำผิดจากประจักษ์พยานได้โดยง่าย

2.2.3.2 ประเภทการพนันผ่านทางอินเทอร์เน็ต

ในยุคปัจจุบันซึ่งเป็นยุคโลกไร้พรมแดน เป็นโลกาภิวัตน์ ที่สามารถสื่อสารถึงกันได้ทั่วโลกโดยไม่มีขีดจำกัด เป็นยุคเทคโนโลยีสารสนเทศก้าวหน้าเป็นอย่างมาก และทั่วถึงทุกเพศ ทุกวัย ทุกอาชีพ โดยเฉพาะระบบอินเทอร์เน็ต ที่ได้เข้ามามีบทบาทอย่างมากหลายด้าน ซึ่งเป็นดาบสองคม มีทั้งคุณและโทษ ถ้าไม่รู้จักใช้ให้ถูกก็จะเป็นประโยชน์มหาศาล แต่ถ้าใช้ไม่เป็นหรือใช้ในทางที่ผิดก็จะเป็นโทษมหันต์เช่นกัน จากเหตุการณ์ข่าวอาชญากรรมทางหน้าหนังสือพิมพ์จะเห็นได้ว่ามีหลายเหตุการณ์ ที่ผู้กระทำความผิดกฎหมายใช้ช่องทางจากอินเทอร์เน็ตเป็นส่วนของการกระทำความผิด ไม่ว่าจะใช้เป็นช่องทางชักชวน ล่อลวงให้เสียทรัพย์ ล่อลวงเพื่อลวงละเมิดทางเพศ ฯลฯ ยกตัวอย่าง เช่น การขายผลฟุตบอล เป็นต้น เป็นการพนันประเภทหนึ่งในสังคมไทยที่มีการเล่นการพนันมาก โดยเฉพาะกลุ่มผู้มีการศึกษา ฐานะ หน้าที่ การงานดี มากกว่าผู้ไม่มีการศึกษา หรือมีอาชีพการงานที่ไม่ดี โดยเฉพาะการพนันฟุตบอลได้แพร่เข้าไปยังกลุ่มนักเรียน นักศึกษา และสร้างปัญหาสังคมตามมามากมาย

แต่อย่างไรก็ตามการห้ามเล่นพนันในประเทศที่ออกมาตรการและมีกฎหมายบังคับเป็นลายลักษณ์อักษรอย่างชัดเจน ก็ยังมีการลักลอบเล่นพนันกันอย่างไม่เกรงกลัวกฎหมาย โดยในปัจจุบันไม่เพียงแต่เล่นการพนันตามกติกาที่มีการตั้งวงเล่น อุปกรณ์ และผู้เล่นพนันจริง แต่ยังมีการเล่นพนันทางอินเทอร์เน็ต หรือเรียกว่า การเล่นพนันออนไลน์ มีปรากฏอยู่ในมือถือรุ่นและระบบต่าง ๆ ซึ่งยากแก่การป้องกัน เนื่องจากเป็นโลกยุคไร้พรมแดน บ่อนพนันทางอินเทอร์เน็ต ถือเป็นมหันตภัยที่ร้ายแรงมีผลกระทบต่อสังคมโลก และแพร่ระบาดเข้าไปถึงทุกกลุ่มชนอย่างรวดเร็วและง่ายดาย ยากแก่การควบคุม โดยเฉพาะกลุ่มที่

น่าเป็นห่วงมากที่สุด คือ เด็ก นักเรียน นักศึกษา หรือกลุ่มเยาวชนอนาคตของชาติ รวมไปถึงผู้ใหญ่ทุกเพศวัย ทุกสาขาอาชีพ การเล่นพนันผ่านทางอินเทอร์เน็ต เปรียบเสมือนการรวมเอาบ่อนการพนัน เจ้ามือพนัน ผู้เล่นพนัน มาอยู่ด้วยกันในสถานที่เดียวกันในเวลาพร้อม ๆ กัน สามารถเล่นการพนันกันได้ทุกเมื่อทุกเวลา ทุกหนทุกแห่งที่มีเครื่องคอมพิวเตอร์และระบบอินเทอร์เน็ต ความก้าวหน้าทางเทคโนโลยีที่ถูกพัฒนาทำให้มีการติดต่อสื่อสารเป็นตัวเชื่อมประสานระหว่างกิจกรรมการพนันในกลุ่มชน ขยายไปสู่ระดับประเทศและนำไปสู่ระดับโลก (ระหว่างประเทศ) ในที่สุด

สำหรับ โครงสร้างเครือข่าย และรูปแบบธุรกิจการพนันทางอินเทอร์เน็ต หรือเรียกอีกอย่างหนึ่งว่าการพนันออนไลน์ ซึ่งมีระบบที่ไม่ซับซ้อนมากนัก โดยผู้เล่นสามารถแทงพนันโดยตรงกับเจ้ามือ ไม่ต้องผ่านบุคคลที่ 3 หรือแทงพนันผ่านกันเป็นทอด ๆ เหมือนพนันฟุตบอลโต๊ะ หรือห่วยใต้ดิน ความนิยมกับการพนันรูปแบบนี้จึงมีแนวโน้มเพิ่มขึ้นอย่างรวดเร็ว เพราะมีความสะดวก ไม่ซับซ้อน เล่นได้ทุกที่ทุกเวลาและไม่เฉพาะแต่การพนันทายผลฟุตบอลเท่านั้น การพนันชนิดอื่นๆ นอกเหนือจากการทายผลฟุตบอลก็ยังสามารถ Download เกมส์ต่าง ๆ ซึ่งบางเกมส์มีลักษณะการเล่นใกล้เคียงหรือลอกเลียนมาจากการพนันตามที่ระบุห้ามเล่นตามกฎหมาย มีการโฆษณาเชิญชวน ให้เล่นพนันอย่างอื่นกันทางอินเทอร์เน็ตอย่างโจ่งแจ้ง เปิดเผยนำเสนอทั้งรายละเอียด วิธีการเล่น วิธีการแทง ผลได้-เสีย กฎกติกาการเล่น การโอนเงิน การรับเงิน ไว้อย่างละเอียด ไม่ว่าจะเป็นการเล่น ไฮโลว์ บาคาร่า เป็นต้น¹⁷

สภาพปัญหาในปัจจุบันสำหรับการพนันออนไลน์ ยกตัวอย่างเช่น การพนันทายผลฟุตบอล นั้น จะเห็นว่าโดยรูปแบบการกระทำผิดแล้ว ทั้ง ผู้จัดให้มีการเล่น ผู้เล่น ผู้สนับสนุน กองเชียร์ ก็ถือว่ามีความผิดครบองค์ประกอบความผิดแล้ว แต่โดยข้อเท็จจริงแล้วกรณีเล่นออนไลน์ผู้จัดให้เล่นจะอยู่ต่างประเทศ กฎหมายไทยจึงไม่สามารถไปเอาผิดกับผู้จัดให้เล่นได้เพราะไม่ได้กระทำความผิดในราชอาณาจักร และการติดตามผู้กระทำความผิดหรือ ผู้เล่นพนันในประเทศไทยนั้นกระทำได้ ยาก เพราะส่วนใหญ่ก็ใช้คอมพิวเตอร์ส่วนตัว ส่วนตัวซึ่งการตรวจสอบหรือการแสวงหาพยานหลักฐานทำได้ยาก ในบางครั้งก็มีข้อจำกัดในการเข้าถึงข้อมูลข่าวสารส่วนบุคคลอีกด้วย

เมื่อพิจารณาปัญหาดังกล่าวจะเห็นว่า ในประเทศไทยนั้น การพนันออนไลน์เป็นการพนันอีกรูปแบบหนึ่งที่คนไทยสามารถเข้าถึงได้ง่าย และยังไม่มียกกฎหมายที่จะนำมา

¹⁷ มูลนิธิสาธารณสุขแห่งชาติ. (2553). *กฎหมายการพนันกับการพนันยุคใหม่* (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <http://www.tliainhf.org/icgp/autopagev4/files/seh4BL0Sat124227.doc>. [2560, 12 กรกฎาคม].

ปรับใช้ในการรวบรวมพยานหลักฐานที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดดังกล่าวโดยตรง แม้ว่าจะมี พระราชบัญญัติการพนัน พ.ศ. 2478 ซึ่งเป็นกฎหมายหลักในควบคุมการพนัน แต่ก็เป็นกฎหมายที่บัญญัติถึงลักษณะการกระทำความผิดและอัตราโทษที่จะได้รับเท่านั้น มิได้รวมไปถึงวิธีการในการรวบรวมพยานหลักฐานทางอิเล็กทรอนิกส์ ซึ่งมีลักษณะพิเศษ คือ เป็นพยานหลักฐานที่มีการเปลี่ยนแปลงได้ง่าย และการเข้าถึงข้อมูลทางคอมพิวเตอร์และข้อมูลการจราจรทางคอมพิวเตอร์อันเป็นพยานหลักฐานสำคัญประกอบการพิจารณาคดีด้วย และแม้ในพระราชบัญญัติการกระทำความผิดทางคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 จะได้บัญญัติถึงหน้าที่ของผู้ให้บริการในการเก็บรักษาข้อมูลคอมพิวเตอร์และการจราจรคอมพิวเตอร์ และรวมไปถึงอำนาจในการสอบสวนและรวบรวมพยานหลักฐานที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดทางคอมพิวเตอร์ ซึ่งยังเป็นปัญหาว่าจะนำบทบัญญัติของพระราชบัญญัติการกระทำความผิดทางคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 มาปรับใช้กับการพนันออนไลน์ได้หรือไม่ โดยเฉพาะในกรณีระงับการทำให้แพร่หลายซึ่งเว็บไซต์หรือข้อมูลคอมพิวเตอร์อันเกี่ยวเนื่องกับการพนันออนไลน์เนื่องจากการพนันออนไลน์นั้น ถือเป็นการกระทำความผิดกฎหมายอาญาแต่ทว่ามีสถานที่ในการเกิดคดีบนอินเทอร์เน็ตซึ่งมีความแตกต่างจากพื้นที่เกิดเหตุทางกายภาพทั่วไป¹⁸

2.2.4 ประเภทของการพนันและสภาพปัญหาที่แบ่งตามบัญชีแนบท้ายตามพระราชบัญญัติการพนัน พุทธศักราช 2478

พระราชบัญญัติการพนัน พุทธศักราช 2478 ซึ่งเป็นกฎหมายสำคัญในการป้องกันและปราบปรามการเล่นพนันโดยผิดกฎหมาย วางหลักเกณฑ์ที่สำคัญไว้ดังนี้

การเล่นการพนัน แบ่งออกเป็น 2 ประเภท ตามมาตรา 4 พระราชบัญญัติการพนัน พุทธศักราช 2478

(1) การพนันประเภทห้ามต้องห้ามโดยเด็ดขาด ได้แก่ การเล่นตามบัญชี ก.ท้ายพระราชบัญญัติการพนัน พุทธศักราช 2478 ซึ่งมี 28 ชนิด คือ หวย โปป่น โปกา ถั่ว แปดเก๋า จับยี่กี ต่อแต้ม เบี้ยโบกหรือคูคีหรืออีโง้ง ไฟ่สามใบ ไม้สามอัน ช้างงาหรือป็อก ไม้ดาไม้แดง หรือปลาตาปลาแดงหรืออีดาอีแดง อีโปงกรอบ กาดัด ไม้หมุนหรือล้อหมุนทุกๆ อย่าง หัวโตหรือทายภาพ การเล่นซึ่งมีการทรมานสัตว์ เช่น เอมิดหรือหนามผูกหรือวางยาเบื่อยามา ให้สัตว์ชนหรือต่อสู้กัน หรือสูมไฟบนหลังเต่าให้วิ่งแข่งขันหรือการเล่นอื่นๆ ซึ่งเป็นการทรมาน

¹⁸ ปียอร์ เปลี่ยนพจน. (2555). *กฎหมายควบคุมการพนันออนไลน์ของประเทศอังกฤษและสหรัฐอเมริกา และแนวทางการปรับใช้ พ.ร.บ. การพนัน พ.ศ. 2478 กับการพนันออนไลน์ (ออนไลน์)*. เข้าถึงได้จาก: [http://www.gamblingstudy-th.org/document.\[2560, 13 กรกฎาคม\]](http://www.gamblingstudy-th.org/document.[2560, 13 กรกฎาคม].).

สัตว์อันมีลักษณะคล้ายกับที่ว่ามานี้ บิลเลียดรู ตีผี โยนจิม สี่เหลงลัก ขลุ่ยขลุ่ย น้ำเต้าพุกๆ อย่าง ไฮโล อีก็้อย ปั้นแปะ อีโปงซัด บาคารา สล็อตแมชชีน

การเล่นอันระบู่ไว้ในบัญชี ก. ประเภทนี้ ห้ามมิให้อนุญาตจัดให้มีหรือเข้าเล่น หรือเข้าพนันในการเล่นโดยเด็ดขาดเว้นแต่ในกรณีที่รัฐบาลพิจารณาเห็นว่า ณ สถานที่ใดสมควรจะอนุญาตภายใต้บังคับเงื่อนไขใดๆ ให้มีการเล่นชนิดใดก็อนุญาตได้โดยออกพระราชกฤษฎีกา ตามมาตรา 4 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติการพนัน ฯ ซึ่งจะเห็นได้ว่าการอนุญาตกระทำได้ยาก จึงมีผลเท่ากับไม่อนุญาตให้จัดให้มีการเล่นนั่นเอง

(2) การพนันประเภทอาจได้รับอนุญาตได้ มีดังนี้ การเล่นตามบัญชี ข. พระราชบัญญัติการพนัน พุทธศักราช 2478 ซึ่งมี 28 ชนิด คือ การเล่นต่าง ๆ ที่ให้สัตว์ต่อสู้หรือแข่งขัน เช่น ชนโค ชนไก่ กัดปลา แข่งม้า ฯลฯ นอกจากที่กล่าวมาในอันดับ 17 แห่งบัญชี ก. วิ่งวักคน ชกมวย มวยปล้ำ แข่งเรือพุง แข่งเรือลือ ซี่รูป โยนห่วง โยนสตาจค์หรือวัตถุใดๆ ลงในภาชนะต่าง ๆ ตกเบ็ด จับสลากโดยวิธีใดๆ ยิงเป้า ป่าหน้าคน ปาสัตว์หรือสิ่งใดๆ เต้าข้ามด่าน หมากแกว หมากหัวแดง บิงโก สลากกินแบ่ง สลากกินรวบ หรือการเล่นอย่างใดที่เสี่ยงโชคให้เงิน หรือประโยชน์อย่างอื่นแก่ผู้เล่นคนใดคนหนึ่ง โตแต้ไลเซเตอร์ สำหรับการเล่นอย่างใดอย่างหนึ่ง สวิปสำหรับการเล่นอย่างใดอย่างหนึ่ง บู้กเมกิงสำหรับการเล่นอย่างใดอย่างหนึ่ง ขายสลากกินแบ่ง สลากกินรวบหรือสวิป ซึ่งไม่ใช่ออกในประเทศไทย แต่ได้จัดให้มีขึ้นโดยชอบด้วยกฎหมายของประเทศที่จัดนั้น ไฟนกระจอก ไฟต่อแค้น ไฟต่าง ๆ ควด บิลเลียด ช้องอ้อย สะบ้าทอย สะบ้าซุด ฟุตบอลลีโตะ เครื่องเล่น ซึ่งใช้เครื่องกล พลังไฟฟ้า พลังแสงสว่าง หรือพลังอื่นใดที่ใช้เล่นโดยวิธีสัมผัส เลื่อน กด ดัด ดึง ดัน ยิง โยน โยก หมุน หรือวิธีอื่นใด ซึ่งสามารถทำให้แพ้ชนะกันได้ไม่ว่าจะโดยมีการนับแต้มหรือเครื่องหมายใดๆ หรือไม่ก็ตาม

การเล่นอันระบู่ไว้ในบัญชี ข. ประเภทนี้ จะจัดให้มีขึ้นเพื่อเป็นทางนำมาซึ่งผลประโยชน์แก่ผู้จัดโดยทางตรงหรือทางอ้อมได้ต่อเมื่อรัฐมนตรีเจ้าหน้าที่หรือเจ้าพนักงานผู้ออกใบอนุญาตเห็นสมควรและออกใบอนุญาตให้หรือมีกฎกระทรวงอนุญาตให้จัดขึ้นโดยไม่ต้องมีใบอนุญาตตาม มาตรา 4 วรรคสอง แม้ว่าการเล่นดังกล่าวอาจจะได้รับอนุญาตได้ แต่กระทรวงมหาดไทยมีนโยบายควบคุมและอนุญาตให้เล่นการพนันได้เพียงบางประเภทเท่านั้น

สภาพปัญหาสำหรับการพนันอันระบู่ไว้ในบัญชี ก. และบัญชี ข. นั้น เกิดปัญหาความไม่ชัดเจนของการกระทำความผิด บทบัญญัติของพระราชบัญญัติการพนัน พุทธศักราช 2478 นั้น ได้ระ บูเนื้อหาและรูปแบบของการพนันที่เป็นความผิดต่าง ๆ ไว้โดยกำหนดไว้เป็น

ชื่อของการเล่นพนัน โดยเฉพาะในบัญชี ก. และบัญชี ข. ท้ายพระราชบัญญัติเท่านั้น ซึ่งในปัจจุบันการเล่นการพนันตามบัญชีท้ายถือได้ว่าล่าสมัย การกำหนดชื่อของการพนันเอาไว้ทำให้การพนันเหล่านั้นมีลักษณะที่ตายตัว ไม่มีความยืดหยุ่น ไม่ทันต่อการเปลี่ยนแปลงของโลกยุคโลกาภิวัตน์ที่มีความสะดวกในการติดต่อสื่อสาร ส่งผลให้วิธีการเล่นการพนันมีการพัฒนาโดยมีการเล่นโดยใช้เทคโนโลยีสารสนเทศ¹⁹ ที่เรียกว่า อินเทอร์เน็ต ผ่านอุปกรณ์สื่อสาร เช่น คอมพิวเตอร์ โทรศัพท์มือถือ เป็นต้น

2.3 แนวคิด ทฤษฎีที่เกี่ยวกับการพนัน

การพนัน เป็นแขนงหนึ่งของวิชาสังคมศึกษา ที่เริ่มรู้จักช่วงหลังสงครามโลกครั้งที่สอง ผู้เชี่ยวชาญมุ่งอธิบายปรากฏการณ์นี้เช่นนักสังคมวิทยานักจิตวิทยานักเศรษฐศาสตร์และนักอาชญาวิทยาองค์ความรู้จึงมีความหลากหลายไปตามสมมติฐานวิธีการศึกษาประเด็นที่ศึกษารวมไปถึง มุมมองทางทฤษฎี (Theoretical Perspective) ที่ต่างกันไปตามบริบททางวัฒนธรรม ซึ่งความเข้าใจเหล่านี้จะนำไปสู่การตัดสินใจทางนโยบายการพนันว่าสถานพนันควรขยายตัวหรือไม่ และกฎหมายหรือการควบคุมการพนันชนิดใดเป็นสิ่งจำเป็น²⁰ ในการที่จะศึกษา ก็มีความจำเป็นที่จะต้องทราบแนวคิดทฤษฎีทางที่เกี่ยวกับการพนัน เพื่อเป็นแนวทางในการศึกษา โดยผู้วิจัยจะได้เสนอตามลำดับหัวข้อต่อไปนี้

การพนันกับหลักความสงบเรียบร้อยและหลักศีลธรรมอันดีของประชาชน

ความหมายของ คำว่า “ความสงบเรียบร้อยของประชาชน” และ “ศีลธรรมอันดีของประชาชน” เป็นปัญหาอย่างสุดคณานับแก่เหล่านิติศาสตร์ทั้งหลาย เพราะไม่ปรากฏบทนิยามหรือบทวิเคราะห์ศัพท์ของกฎหมายใดบัญญัติไว้เลยจึงมีความหมายที่ไม่แน่นอนขึ้นสำหรับการรับรอง และคุ้มครองตามกฎหมายไทยมีที่มาจากความจริงบนพื้นฐานที่ว่ามนุษย์ที่อยู่รวมกันเป็นหมู่เหล่า เป็นสังคม ย่อมประสงค์ความสงบเรียบร้อยในหมู่คณะในสังคม มิฉะนั้นก็จะไม่อาจอยู่รอดปลอดภัย ส่วนศีลธรรมเป็นธรรมเนียมประเพณีของสังคมเป็นตัวช่วยให้สังคมอยู่กันด้วยความเรียบร้อย สงบสุข การกระทำที่เป็นการขัดขวางวัตถุประสงค์ที่จะก่อให้เกิดความสงบเรียบร้อยเป็นสิ่งที่ไม่พึงปรารถนาของสังคม จึงต้องมีบทบัญญัติของกฎหมายทำให้การกระทำหรือเจตนาจะกระทำการที่เป็นการขัดต่อความสงบ

¹⁹ นันทวัฒน์ บรมานันท์. อ่างแล้ว เจริญรอดที่ 10.

²⁰ สฤษดิ์ ศรีโยธิน. (2553). *สถานะแห่งบ่อนการพนันในสังคมไทย: กรณีศึกษาบ่อนคาลิโน*. วิทยานิพนธ์สังคมสงเคราะห์ศาสตร์ดุสิตบัณฑิต สาขาวิชาการบริหารสังคม, คณะสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 16.

เรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนมีผลใช้ไม่ได้ไม่มีผลเป็นโมฆะ หรืออาจ เป็นองค์ประกอบของความผิดที่มีโทษทางอาญาบางกรณี ด้วยกฎหมายไทยที่ให้การรับรองคุ้มครอง เรื่องความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ที่บัญญัติไว้ชัดเจนเป็นลายลักษณ์อักษร มีประมาณ 50 ฉบับ ที่สำคัญที่เป็นหลักของการทำนิติกรรม คือประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 150 ที่บัญญัติว่า การใดมีวัตถุประสงค์เป็นการต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมายเป็นการพันวิสัยหรือเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน การนั้นเป็นโมฆะ ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 372 บัญญัติว่า ผู้ใดทะเลาะกันอย่างอื้ออึงในทางสาธารณะหรือสาธารณสถาน หรือกระทำโดยประการอื่นใดให้เสียความสงบเรียบร้อยในทางสาธารณะ หรือสาธารณสถาน ต้องระวางโทษปรับไม่เกินห้าพันบาท เป็นต้น²¹

จากแนวความคิดเห็นถึงสาเหตุแห่งการที่บทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่ได้ให้ความหมายอย่างชัดเจนไว้ในคำจำกัดความของความสงบเรียบร้อยของประชาชนและศีลธรรมอันดีของประชาชน ตามที่นักนิติศาสตร์ได้ชี้แจงแสดงเหตุผลมานั้น อาจสรุปถึงเจตนารมณ์ของผู้ร่างกฎหมายที่ไม่ได้กำหนดกฎเกณฑ์ความหมายเฉพาะเจาะจงลงไปโดยเหตุที่ว่าเพื่อความคล่องตัวแห่งการใช้บทบัญญัติของกฎหมายบังคับแก่ข้อเท็จจริง โดยมอบหน้าที่ดังกล่าวให้ตกอยู่กับศาลเป็นผู้ใช้ดุลยพินิจพิจารณาเป็นเรื่องราวๆ ไป ตามแต่ข้อเท็จจริงในเรื่องนั้น ทั้งนี้เพราะหลักเกณฑ์ในเรื่องนี้จะยืดหยุ่นเกินกว่าที่จะกำหนดกฎหมายตายตัวสำหรับวินิจฉัยปัญหาใดๆ ได้ จึงต้องปล่อยให้ศาลเป็นผู้ตีความเพื่อความเหมาะสมแก่กรณีและเพื่อความเป็นธรรม เพราะเรื่องราวหนึ่งๆ ข้อเท็จจริงย่อมแตกต่างกันออกไป โดยเฉพาะรายละเอียดแห่งคดีแต่ละเรื่องๆ ไป ซึ่งทั้งนี้ย่อมแล้วแต่กาลเทศะ ตลอดจนความเหมาะสมของกาลสมัย และที่สำคัญที่สุด คือ ประโยชน์สุขของความสงบผาสุก และความรู้สึกนึกคิดของประชาชนในยุคสมัยนั้น เป็นสิ่งที่มาประกอบดุลยพินิจและการตัดสินใจวินิจฉัยในเรื่องนั้นๆ

ด้วยเหตุนี้จึงมีนักนิติศาสตร์หลายท่านพยายามให้คำจำกัดความหรือคำนิยามความหมายของคำว่า “ความสงบเรียบร้อยของประชาชน” และ “ศีลธรรมอันดีของประชาชน” เพื่อให้เป็นหลักเกณฑ์แนวเดียวกันเพื่อใช้ในการพิจารณาวินิจฉัยปัญหาในเรื่องดังกล่าว กล่าวคือ

²¹ สกล หาญสุทธีวารินทร์. (2559). *ความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน* (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <http://www.bangkokbiznews.com/blog/detail/639842>. [2560, 13 มิถุนายน]

โดยข้อสรุปจากแนวความคิดเห็นของนักนิติศาสตร์ทั้งหลายในเรื่องความสงบเรียบร้อยของประชาชนและศีลธรรมอันดีของประชาชน ประเด็นปัญหาที่ต้องพิจารณาตามมา คือผลประโยชน์อันสำคัญ ตลอดจนประโยชน์สุดของประชาชนในประเทศชาตินั้นมีสาระสำคัญอันอาจแยกได้ว่ามีอะไรบ้าง เพื่อใช้ในการวางแผนหลักเกณฑ์ว่าการใดจะถือว่าเป็นการอันกระทบกระทั่งถึงประโยชน์สุขของประชาชนและของประเทศชาติ ซึ่งจะถือว่าเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนประการหนึ่ง นอกจากนี้ ในเรื่องของศีลธรรมอันดี ยังมีปัญหาต้องพิจารณาด้วยว่าหลักในเรื่องจริยธรรม ธรรมเนียมประเพณี หรือศีลธรรมมีสาระสำคัญในลักษณะเช่นใด อันจะนำมาใช้วางแผนทางวินัยปัญหาว่าการขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือไม่²²

สำหรับหลักเกณฑ์ของการพิจารณาเรื่องความสงบเรียบร้อยของประชาชน ศาสตราจารย์ ไชยยศ เหมะรัชตะ ได้สรุปเป็นแนวความคิดทางทฤษฎีในการพิจารณา คือ

- 1) ความสงบเรียบร้อยของประชาชนทางการเมือง
- 2) ความสงบเรียบร้อยของประชาชนทางเศรษฐกิจ
 - (ก) กรณีเกี่ยวกับทางด้านสถาบันครอบครัว
 - (ข) กรณีเกี่ยวกับทางด้านวิชาชีพ
 - (ค) กรณีเกี่ยวกับทางการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน

สำหรับหลักของศีลธรรมอันดีของประชาชน เป็นถ้อยคำที่มีความหมายกว้างและกินความลึกซึ้ง แม้จะมีความหมายบังคับตามธรรมเนียมประเพณีของประชาชนในสังคมนั้นก็ยังไม่อาจให้ความหมายให้ละเอียดลงไปได้ว่าธรรมเนียมประเพณีนี้จะกินความไปแค่ไหนเพียงใด ซึ่งปัญหาดังกล่าวได้มีนักนิติศาสตร์หลายท่านได้ให้ความเห็นไว้ คือ มีความเห็นว่า “หลักบังคับตามธรรมเนียมประเพณีซึ่งกฎหมายห้ามไม่ให้บุคคลทำนิติกรรม มีวัตถุประสงค์ฝ่าฝืนนั้นน่าจะอยู่ในระดับที่สูงกว่าธรรมเนียมประเพณีธรรมดาอยู่บ้าง เพราะจะทำให้แนวในปัญหาเช่นนี้ได้สม่าเสมอ ไม่กลับไปกลับมา นอกจากนี้ยังให้ข้อสังเกตอีกว่าศีลธรรมอันดีต่างจากธรรมะอันเป็นความนึกคิดของมนุษย์ว่าอะไรดีอะไรชั่ว ซึ่งไม่เปลี่ยนแปลงแล้วแต่กาลเทศะ อย่างเช่นศีลธรรมอันดี แต่จะแน่นอนตราบเท่าที่มนุษย์ยังคงเป็นมนุษย์อยู่ในโลกนี้” ดังนั้น ตามความเห็นดังกล่าว ศีลธรรมอันดี จึงเป็นเรื่องที่มีการเปลี่ยนแปลงตามกาลสมัย แต่ธรรมะเป็นเรื่องที่ดำรงคงอยู่อย่างแน่นอน ไม่เปลี่ยนแปลงตามกาลเวลาและยุคสมัย

²² อิศร กิจเมธี. (2558). *ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการเล่นการพนัน: ศึกษากรณีการใช้แอปพลิเคชันบนโทรศัพท์เคลื่อนที่เพื่อการพนัน*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขานิติศาสตร์, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยศรีปทุม. หน้า 22-25.

ประเด็นที่ต้องพิจารณา คือ การเล่นเกมพนันเป็นกิจกรรมที่มีวัตถุประสงค์ขัดต่อหลักความสงบเรียบร้อยของประชาชนหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือไม่การพนันจากขัดต่อหลักความสงบเรียบร้อยของประชาชนหรือไม่นั้น เห็นว่าความผิดเกี่ยวกับการพนันเป็นความผิดที่อาจมิได้มีลักษณะร้ายแรงเหมือนกับความผิดฐานฆ่าผู้อื่นตามมาตรา 228 แห่งประมวลกฎหมายอาญา แต่ปัญหาการพนันก็เป็นปัญหาที่ก่อให้เกิดผลกระทบต่อสังคมในหลาย ๆ ด้าน ทั้งในเชิงเศรษฐกิจ สังคมและวัฒนธรรม ดังนั้น ในการพิจารณาความเหมาะสมในการกำหนดมาตรการทางกฎหมาย เพื่อควบคุมการพนันจะต้องพิจารณาถึงผลกระทบรอบด้านทั้งจากสภาพปัญหาการพนันก็ดี ความเหมาะสมของมาตรการควบคุมการพนันก็ดี เช่น เมื่อเกิดปัญหาการพนันในรูปแบบใหม่ ก็จะต้องออกกฎหมายเพื่อความคุมการพนันดังกล่าว หากมาตรการทางกฎหมายที่มีอยู่ไม่สามารถป้องกันการกระทำความผิดเกี่ยวกับการพนัน จนทำให้ประเทศชาติได้รับเสียหายได้รับผลกระทบทางเศรษฐกิจ เช่นนี้ควรพิจารณาปรับเปลี่ยนมาตรการทางกฎหมายควบคุมการพนันโดยการอนุญาตภายใต้เงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด ซึ่งจะช่วยลดผลกระทบและปัญหาที่จะตามมาจากการพนัน หรือการตกเป็นเหยื่อกลโกงได้มากยิ่งขึ้น

2.4 ทฤษฎีการกำหนดความผิดตามกฎหมายอาญา

2.4.1 ทฤษฎีประเภทของความผิดอาญาดั้งเดิม

แนวคิดในการกำหนดโทษและความผิดที่มีโทษทางอาญาอาจคล้ายคลึงหรือแตกต่างกันตามแต่สภาพเศรษฐกิจสังคมและวัฒนธรรมของแต่ละประเทศโดยหลักสากลความผิดต่าง ๆ ตามกฎหมายไม่ว่าจะเป็นประเทศใดสามารถแบ่งออกได้เป็น 2 ประเภทได้แก่ Mala In Se และ Mala Prohibita โดยความผิดทั้งสองประเภทมีลักษณะดังต่อไปนี้²³

1) Mala InSe คือการกระทำที่เป็นความผิดในตัวของมันเองไม่ว่าจะกระทำลงในสถานที่ใดยุคสมัยใดเวลาใดและโดยผู้กระทำผู้ใดก็ตาม โดยที่ในเบื้องต้นเมื่อมนุษย์มาอยู่รวมกันเป็นสังคม และค่อยๆ พัฒนากฎเกณฑ์ในการอยู่ร่วมกันในหลายรูปแบบ ตั้งแต่ศาสนา ศีลธรรมจารีตประเพณี จนกระทั่งปรากฏอยู่ในรูปแบบของกฎหมาย ดังนั้นกฎเกณฑ์ต่าง ๆ เหล่านี้จึงมีส่วนที่เกี่ยวข้องหรือเหมือนกันอยู่เพียงสังเกตได้ว่าความผิดประเภทที่เป็น Mala InSe มักจะเป็นการกระทำที่เป็นข้อห้ามในทางศาสนาหรือทางศีลธรรมหรือเป็นสิ่งที่ไม่พึง

²³ กระทรวงยุติธรรม. (2551). *โครงการพัฒนาการยึดทรัพย์สินใช้ค่าปรับและมาตรการกักขังแทนค่าปรับตามประมวลกฎหมายอาญา*. รายงานวิจัยฉบับสมบูรณ์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 6-7.

ปฏิบัติในทางจารีตประเพณีอยู่ด้วย เช่น ความผิดฐานฆ่าผู้อื่น ทำร้ายร่างกาย ลักทรัพย์ หรือ หมิ่นประมาท เป็นต้น และในบางกรณีอาจนำเอาข้อห้ามในทางจารีตประเพณีมากำหนดเป็น บทบัญญัติอันเป็นเงื่อนไขในการที่ผู้กระทำจะต้องรับโทษสูงขึ้น ยกตัวอย่างเช่น กรณีบุตรฆ่า บิดาหรือมารดา หรืออาจนำมาเป็นเหตุบรรเทาโทษกรณีบุตรที่ให้ที่פקพิงแก่บิดามารดาที่เป็น ผู้กระทำความผิดและหลบหนีการจับกุม เป็นต้น กฎหมายกำหนดให้ศาลจะลงโทษน้อยกว่าที่ กฎหมายกำหนดเพียงใดก็ได้หรือจะไม่ลงโทษเลยก็ได้

2) Mala Prohibita คือการกระทำที่กฎหมายกำหนดให้เป็นความผิดซึ่งอาจจะ แตกต่างกันไปตามเงื่อนไขต่าง ๆ กล่าวคือการกระทำหนึ่งอาจเป็นความผิดในประเทศ หนึ่งหรือช่วงระยะเวลาหนึ่ง แต่อาจไม่เป็นความผิดในอีกประเทศหรือในระยะเวลาอื่น เช่น ในช่วงเวลาหนึ่งศาลฎีกาของไทยเคยมีคำพิพากษาว่าการทำที่เรียกว่าการ “ฮั้วประมูล” เป็น ความผิดตามกฎหมายอาญา ต่อมาคำพิพากษาศาลฎีกาในอีกสมัยหนึ่งกลับหลักเดิมว่าการ กระทำดังกล่าวเป็นวิถีทางที่พึงกระทำได้ในการการค้าพาณิชย์ ดังนั้นจึงไม่ผิดกฎหมาย และ ในปัจจุบันศาลฎีกาก็ได้กลับไปใช้หลักเดิมแต่แรกเริ่มที่ถือว่าการกระทำดังกล่าวเป็นความผิด โดยลักษณะของ Mala Prohibita จะตรงกันข้ามกับ Mala In Se ที่ได้กล่าวไปก่อนหน้านี้ ความผิดที่เป็น Mala Prohibita มักจะเป็นความผิดที่ไม่ผิดต่อกฎเกณฑ์อื่นของสังคม แต่รัฐ กำหนดเอาว่าเป็นความผิดอาญาเพื่อประโยชน์ของรัฐเอง เช่น รัฐออกกฎหมายกำหนดราคา สูงสุดที่บุคคลจะขายทรัพย์สินของเขาได้ เป็นต้น และเอาโทษทางอาญาแก่ผู้ที่ขายของเกินราคา สูงสุดที่รัฐกำหนดไว้ นั่น ซึ่งการขายของนี้ความจริงไม่ผิดศีลธรรมหรือมีข้อห้ามทางศาสนา หรือจารีตประเพณีเลย นอกจากนี้ ยังมีความผิดในลักษณะนี้อีกมากมาย เช่น ความผิดเกี่ยวกับ ลิขสิทธิ์ ความผิดประเภทนี้ที่ไม่ใช่ความผิดชั่วร้ายในตัวของมันเองอย่าง Mala In Se แต่เป็น ความผิดเพราะกฎหมายห้ามซึ่งเรียกกันว่าเป็น “ความผิดในทางเทคนิค” หรือ “Technical Offence” ในกรณีการพนัน ก็ถือว่าเป็นความผิดแบบ Mala Prohibita ที่เกิดขึ้นจากกฎหมาย กำหนดให้เป็นความผิด ซึ่งอาจเกิดจากความไม่เป็นระเบียบของสังคม แต่ไม่ถึงขนาดเป็น ความผิดที่ทำให้เกิดความไม่สงบสุขในตัวเอง เหมือนกับ Mala In Se ที่ทุกสังคมรับรู้ได้ และยอมรับว่าการกระทำนี้เป็นความผิด

2.4.2 ความหมายของกฎหมายอาญา

กฎหมายอาญาเป็นเครื่องมือของรัฐประการหนึ่งที่ใช้ในการจัดระเบียบในสังคม โดยมีจุดมุ่งหมายเพื่อให้สังคมมีความสงบสุขเรียบร้อย ในทางวิชาการมีการให้ความหมาย ของกฎหมายอาญาไว้ดังต่อไปนี้

กฎหมายอาญา คือ บรรดากฎหมายทั้งหลายที่ระบุถึงความผิดอาญา โทษ วิธีการเพื่อความปลอดภัยและมาตรการบังคับทางอาญาอื่นและเป็นกฎหมายที่กำหนดให้ความผิดอาญาเป็นเงื่อนไขของการใช้โทษ วิธีการเพื่อความปลอดภัย และมาตรการบังคับทางอาญาอื่นนั้น²⁴

กฎหมายอาญา ได้แก่ กฎหมายที่บัญญัติความผิดและโทษ²⁵

กฎหมายอาญา คือ กฎหมายที่บัญญัติว่าการกระทำหรือไม่กระทำการอย่างใดเป็นความผิด และกำหนดโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดไว้ด้วย²⁶

จากบทนิยามดังกล่าว สามารถสรุปถึงลักษณะที่สำคัญของกฎหมายอาญาได้ 2 ประการ คือ ความผิดทางอาญา (Crime) และมาตรการบังคับทางอาญา (Criminal Sanction)

ความผิดอาญา (Crime) หมายถึง การกระทำหรือการไม่กระทำที่กฎหมายบัญญัติห้ามให้การกระทำหรือไม่กระทำดังกล่าวเป็นความผิด เช่น ความผิดฐานลักทรัพย์ตามมาตรา 334 แห่งประมวลกฎหมายอาญาความผิดฐานทำร้ายร่างกายตามมาตรา 295 แห่งประมวลกฎหมายอาญา

มาตรการบังคับทางอาญา (Criminal Sanction) สามารถแบ่งได้เป็น 3 ประเภท ได้แก่ โทษ วิธีการเพื่อความปลอดภัย และมาตรการบังคับทางอาญาอื่น เช่น การยึดและทำลายวัตถุหรือส่วนของวัตถุที่มีข้อความหมิ่นประมาท การให้โฆษณาคำพิพากษาของศาลในหนังสือพิมพ์โดยจำเลยเป็นผู้รับผิดชอบค่าใช้จ่าย²⁷

ภารกิจของกฎหมายอาญา เมื่อกฎหมายเป็นเครื่องมือของรัฐที่มีวัตถุประสงค์เพื่อใช้ในการดำเนินการต่าง ๆ ดังนั้น กฎหมายแต่ละฉบับจึงย่อมมีภารกิจของตนเอง โดยในส่วนของกฎหมายอาญามีภารกิจที่สำคัญดังต่อไปนี้²⁸

(1) ภารกิจในการคุ้มครองสังคม เมื่อนมนุษย์จำเป็นต้องอยู่ร่วมกัน การขัดแย้งกันในทางสังคมไม่ว่าทางใดก็ทางหนึ่งจะต้องเกิดขึ้นเป็นธรรมดา กฎหมายอาญาในฐานะที่รัฐใช้เป็นเครื่องมือในการรักษาความสงบและความเป็นระเบียบเรียบร้อยของบ้านเมืองจึงมีความสำคัญมาก แม้ว่าจะมีระเบียบสังคม (Social order) อันเป็นหลักเกณฑ์เกี่ยวกับความ

²⁴ คณิต ฒ นคร. (2551). *กฎหมายอาญาภาคทั่วไป* (พิมพ์ครั้งที่ 3). กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 32.

²⁵ หยุต แสงอุทัย. (2552). *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป* (พิมพ์ครั้งที่ 17). กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 92.

²⁶ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. (2551). *คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค 1* (พิมพ์ครั้งที่ 10). กรุงเทพฯ: พลสยาม พรินต์ติ้ง (ประเทศไทย). หน้า 1.

²⁷ คณิต ฒ นคร. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 24. หน้า 33.

²⁸ คณิต ฒ นคร. เรื่องเดียวกัน, หน้า 44 - 50.

ประพัตติที่มีมาแต่เดิมอยู่แล้วเป็นจำนวนมาก อีกทั้งระเบียบก็เป็นเครื่องมือควบคุมความประพัตติของมนุษย์ แต่การใช้ระเบียบสังคม เป็นเรื่องของความสมัครใจของแต่ละคน ไม่มีสภาพบังคับจากภายนอก ระเบียบของสังคมเพียงลำพังจึงไม่เพียงพอที่จะทำให้สังคมมีความสงบและมีความเป็นระเบียบเรียบร้อยอย่างแท้จริง ดังนั้น จึงต้องนำกฎหมายเข้ามาช่วยเสริม แม้ว่ากฎหมายทุกลักษณะจะมีสภาพบังคับอยู่ด้วย แต่กฎหมายอาญาเป็นกฎหมายที่สภาพในเชิงบังคับที่รุนแรงที่สุด และหากว่ากฎหมายอาญาไม่สามารถประกันความมั่นคงและความปลอดภัยของสังคมได้เมื่อใดสภาวะการจลาจลในบ้านเมืองก็จะเกิดขึ้น

การใช้กฎหมายอาญาเป็นเครื่องมือคุ้มครองการอยู่ร่วมกันของมนุษย์ในสังคม ต้องกระทำเฉพาะกรณีที่เป็นจำเป็นและไม่อาจหลีกเลี่ยงได้เท่านั้น หากมีการบัญญัติกฎหมายอาญาขึ้นใช้อย่างพร่ำเพรื่อแล้ว สิทธิและเสรีภาพของบุคคลย่อมจะถูกกระทบกระเทือนจนเกินความจำเป็นอันไม่สอดคล้องกับหลักประชาธิปไตย กฎหมายอาญาจึงไม่ควรเพียงแต่มุ่งจะจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลเท่านั้น กฎหมายอาญายังต้องเป็นหลักประกันสิทธิและเสรีภาพของบุคคลด้วยในการบังคับใช้กฎหมายอาญา

รองศาสตราจารย์ ดร.เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์ ได้กล่าวไว้ว่า²⁹ “หากรัฐมุ่งแต่จะควบคุมความประพัตติของสมาชิกในสังคมโดยใช้กฎหมายอาญาเป็นเครื่องมือโดยไม่พิจารณาถึงประสิทธิภาพ และความสามารถของกลไกของรัฐที่จะใช้บังคับกฎหมายอาญาแล้ว กฎหมายก็จะไร้ความหมาย ขาดความศักดิ์สิทธิ์และเป็นการเปิดโอกาสให้เจ้าพนักงานของรัฐที่ประพัตติมิชอบมีโอกาสดแสวงหาประโยชน์เพื่อตนเองจากกฎหมายเหล่านั้น หรือหากมีการใช้กฎหมายเลือกปฏิบัติซึ่งจะทำให้ความสัมพันธ์ระหว่างผู้ใช้กฎหมายอาญาและชุมชนเสื่อมเสียได้”

(2) ภารกิจในการปราบปรามและในการป้องกันการกระทำผิด เมื่อมีการกระทำผิดใดเกิดขึ้นก็จะต้องใช้กฎหมายอาญาในการปราบปรามการกระทำผิดที่เกิดขึ้นนั้น และการใช้กฎหมายอาญาในการปราบปรามการกระทำผิดนี้ยังเป็นการกระทำเพื่อป้องกันมิให้การกระทำผิดนั้นเกิดขึ้นอีกในอนาคตด้วย ภารกิจในการคุ้มครองสังคมของกฎหมายอาญา ทั้งสองประการ กล่าวคือ ทั้ง “ภารกิจในการปราบปราม” (Repressive Function) การกระทำผิด และ “ภารกิจในการป้องกัน” (Preventive Function) การกระทำผิดดังกล่าวนี้หากพิจารณา โดยผิวเผินจะเห็นว่าเป็นภารกิจที่แยกออกจากกัน แต่ในความเป็นจริงแล้วภารกิจทั้งสองประการมีความสัมพันธ์ที่เชื่อมโยงเป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน การลงโทษหรือการใช้กฎหมายอาญาในการปราบปรามการกระทำ

²⁹ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 26. หน้า 7.

ความผิด จะต้องกระทำเพื่อให้เกิดความรู้สึกต่อผู้กระทำความผิดและบุคคลทั่วไปว่า สังคมไม่ยอมรับการกระทำของเขา และในขณะที่เดียวกันก็ต้องกระทำเพื่อเตือนบุคคลทั่วไปด้วยว่า หากมีการกระทำเช่นนั้นเกิดขึ้นอีกก็จะต้องมีการลงโทษเช่นเดียวกัน ดังนั้น หากการใช้กฎหมายอาญาในการปราบปรามการกระทำความผิดเป็นไปโดยถูกต้องแล้ว การใช้กฎหมายอาญาก็ย่อมจะบรรลุวัตถุประสงค์ของการป้องกันทั่วไปหรือการป้องกันโดยอ้อม

การใช้กฎหมายอาญานอกจากจะต้องใช้เพื่อเป็นการป้องกันโดยอ้อมแล้ว การใช้กฎหมายอาญายังจะต้องให้บรรลุผลอันเป็นการป้องกันโดยตรงด้วย กล่าวคือ จะต้องให้บรรลุผลของการป้องกันสำหรับผู้กระทำความผิดบางคนที่มีลักษณะเป็นอันตรายและเป็นสิ่งที่คาดหมายได้ว่าเขาจะก่อการกระทำอันเป็นความผิดนั้นขึ้นซ้ำอีก เพื่อให้ภารกิจคุ้มครองสังคมของกฎหมายอาญาได้บรรลุเป้าหมายอย่างแท้จริง กรณีอาจมีความจำเป็นต้องใช้มาตรการบังคับทางอาญาที่ไม่ใช่โทษที่ใช้ในกฎหมายอาญาสมัยใหม่สำหรับบุคคลประเภทดังกล่าวคือ มาตรการบังคับทางอาญาที่เรียกว่า วิธีการเพื่อความปลอดภัย การป้องกันในลักษณะดังกล่าวเรียกว่า การป้องกันพิเศษ (Special prevention) ภารกิจของกฎหมายอาญาในความผิดที่กระทำโดยประมาทอาจกล่าวได้ว่า เป็นภารกิจในส่วนที่เกี่ยวกับการป้องกันพิเศษรวมอยู่ด้วย เนื่องจากความผิดดังกล่าวเป็นการป้องกันไม่ให้ความผิดที่กระทำโดยประมาทเกิดขึ้นซ้ำอีกไม่ว่าโดยผู้หนึ่งเองหรือโดยผู้อื่น

(3) ภารกิจในการคุ้มครองคุณธรรมทางกฎหมายและในการคุ้มครองคุณภาพของการกระทำคุณธรรมทางกฎหมาย (Rechtsgut) หมายถึง ประโยชน์หรือคุณค่าของการอยู่ร่วมกันที่กฎหมายคุ้มครองหรือประโยชน์ที่กฎหมายคุ้มครอง³⁰ โดยสามารถแบ่งได้เป็น 2 ประเภท ได้แก่ คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคล เช่น เสรีภาพ กรรมสิทธิ์ และคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนรวม เช่น คุณธรรมในเรื่องการจรรยาบรรณทัณฑ์กฎหมายอาญาของความผิดฐานต่าง ๆ เป็นบทบัญญัติที่บัญญัติขึ้นเพื่อคุ้มครองคุณธรรมทางกฎหมาย (Rechtsgut) อันใดอันหนึ่งหรือหลายอัน ไม่ให้เป็นอันตรายหรือไม่ให้ถูกคุกคามให้ตกอยู่ในอันตราย การที่ใช้กฎหมายอาญาจัดการกับปัญหาที่เกิดขึ้นทุกปัญหาเป็นเรื่องที่ไม่เหมาะสม เพราะปัญหาบางอย่างเป็นเพียงปัญหาเล็กน้อยซึ่งยังไม่สมควรที่จะต้องใช้กฎหมายอาญาเข้าจัดการกับปัญหาเหล่านั้น กฎหมายอาญาควรจำกัดอยู่กับการคุ้มครองคุณธรรมขั้นพื้นฐานของระเบียบสังคมเท่านั้น ไม่ควรที่จะขยายขอบเขตออกไปมากกว่านี้

³⁰ คณิต ฒ นคร. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 24. หน้า 132.

2.4.3 หลักเกณฑ์การกำหนดความผิดทางอาญา

เนื่องจากกฎหมายอาญาเป็นกฎหมายที่ระบุถึงการกระทำหรือการไม่กระทำใดเป็นความผิดและมีโทษซึ่งเป็นกฎหมายจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคล ดังนั้นในการบัญญัติกฎหมายอาญา นักกฎหมายนักปรัชญาและนักสังคมวิทยาจึงได้พยายามสร้างหลักเกณฑ์ว่าด้วยข้อจำกัดของกฎหมายอาญาไว้หลายประการ ซึ่งนักวิชาการบางท่านเรียกว่า “ทฤษฎีการกำหนดปริมาณของกฎหมายอาญาสารบัญญัติตามทฤษฎีอาญา”³¹ เพื่อใช้เป็นแนวทางในการบัญญัติกฎหมายอาญา สรุปได้ดังนี้

2.4.3.1 หลักเกณฑ์ว่าด้วยการกำหนดการกระทำหรือไม่กระทำใดเป็นความผิดอาญา

เนื่องจากภารกิจสำคัญของรัฐประการหนึ่งคือ การกำหนดหลักเกณฑ์ว่าการกระทำใดหรือไม่กระทำใดเป็นความผิดและมีโทษทางอาญา เพื่อควบคุมและรักษาความสงบเรียบร้อยในรัฐ โดย จอห์น ออสติน (John Austin) อธิบายว่า อำนาจรัฐที่สำคัญประการหนึ่งคือการรักษาความสงบเรียบร้อยในสังคมซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของอำนาจบริหาร รัฐบาลย่อมมีอำนาจดูแลรักษาความสงบเรียบร้อยและความมั่นคงในสังคมมิให้มีโจรผู้ร้าย มิให้มีอาชญากรรม และดูแลให้ประชาชนรู้สึกอบอุ่น ปลอดภัยในชีวิต ร่างกาย และทรัพย์สิน ดังนั้น กฎหมายอาญาจึงถือเป็นเครื่องมือของรัฐในการปกป้องและคุ้มครองสังคม เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคมและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของคนในสังคม และหากพิจารณาตามทฤษฎีว่าด้วยการก่อกำเนิดรัฐตามแนวความคิดสัญญาประชาคม (The Social Contract) โดย John Locke เห็นว่า รัฐนั้นเกิดขึ้นมาเพราะเพื่อให้มนุษย์อยู่ภายใต้กฎหมาย ถ้าไม่มีกฎหมายก็ไม่มีเสรีภาพ กฎหมายเป็นหลักประกันแห่งเสรีภาพซึ่งธรรมชาติของมนุษย์นั้นต้องถูกจำกัดโดยกฎหมายเพื่อให้เกิดความสงบและมั่นคงในชีวิตของทุกคน จึงต้องมีการทำสัญญาประชาคม เพราะหากไม่มีการทำสัญญาประชาคมกันแล้ว มนุษย์ก็จะใช้เสรีภาพอย่างไม่มีการขอบเขต จนอาจก่อให้เกิดความขัดแย้งขึ้นในประชาคมได้ รัฐเข้ามาเป็นคู่กรณีในพันธสัญญาประชาคมเพื่อควบคุมและคุ้มครองเสรีภาพตามกฎหมาย และถ้ารัฐไม่เคารพเสรีภาพของประชาชนเท่ากับรัฐละเมิดพันธสัญญาดังกล่าว และประชาชนสามารถยกเลิกเพิกถอนรัฐได้ส่วน Jean Jacques Rousseau เห็นว่ามนุษย์เกิดมามีเสรีภาพตามธรรมชาติอย่างไม่จำกัด ทำให้ใช้เสรีภาพของตนเองอย่างไร้ขอบเขตจนก่อให้เกิดความไม่มั่นคงในชีวิตของแต่ละคน จึงมีความจำเป็นให้ทุกคนในประชาคมต้องหันหน้าเข้าหากันเพื่อวางกฎเกณฑ์ของการอยู่ร่วมกันในสังคม ก่อให้เกิดสัญญาประชาคมขึ้นเพื่อจำกัดการใช้เสรีภาพอย่างไร้

³¹ อภิรัตน์ เพ็ชรศิริ. (2548). *ทฤษฎีอาญา* (พิมพ์ครั้งที่ 6). กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 53.

ขอบเขตของทุกคน ผลของสัญญาประชาคมทำให้แต่ละคนมีข้อผูกพัน 2 ประการ คือ ข้อผูกพันกับตนเอง และข้อผูกพันกับรัฐทำให้เป็นจุดก่อกำเนิดรัฐขึ้นมา เพราะทุกคนต่างเข้าทำสัญญาประชาคมมอบให้รัฐ โดยรัฐเกิดจากการรวมตัวกันของทุกคนในประชาคมนั้น ซึ่งเจตนารมณ์ร่วมกันของทุกคนคืออำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชนและก่อให้เกิดการปกครองในระบอบประชาธิปไตยทางตรง โดยให้ความสำคัญกับฝ่ายนิติบัญญัติเป็นอย่างมาก เพราะเกิดจากการเข้าทำสัญญาประชาคมของประชาชนทุกคน³² ซึ่งจะมีผลติดตามมา ประการหนึ่ง คือ ประชาชนมีส่วนร่วมในทางกฎหมายและการเมือง เช่น มีสิทธิเสนอกฎหมายมีสิทธิออกเสียงแสดงประชามติเรื่องสำคัญๆ ได้ ดังนั้น การบัญญัติกฎหมายต่าง ๆ ขึ้นเพื่อบังคับใช้ภายในรัฐ กฎหมายดังกล่าวจึงต้องสอดคล้องกับความต้องการของประชาคมเพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของการอยู่ร่วมกันในสังคมได้อย่างปกติสุขต่อไป

สำหรับการบัญญัติกฎหมายอาญาเพื่อกำหนดให้การกระทำใดหรือไม่กระทำใดบ้างของคนในสังคมควรมีความผิดอาญานั้น Herbert L Packer ได้เสนอแนวความคิดที่ว่า การกระทำใด เป็นความผิดอาญาหรือไม่ สรุปได้ดังนี้³³

- 1) การกระทำ นั้นเป็นที่เห็นชัดในหมู่ชนส่วนมากว่าเป็นการกระทำที่กระทบกระเทือนต่อสังคม และหมู่ชนส่วนมากมิได้ให้อภัยแก่การกระทำเช่นนั้น
- 2) ถ้าการกระทำ ดังกล่าวเป็นความผิดอาญาแล้วจะไปขัดแย้งกับวัตถุประสงค์ของการลงโทษประการต่าง ๆ
- 3) การปราบปรามการกระทำ เช่นนั้น โดยถือว่าการกระทำนั้นเป็นความผิดอาญา จะไม่มีผลต่อการลดการกระทำที่สังคมเห็นว่าถูกต้องให้น้อยลงไป
- 4) เป็นความผิดอาญาแล้วจะมีการใช้กฎหมายบังคับอย่างเสมอภาคและเท่าเทียมกัน
- 5) การใช้กระบวนการยุติธรรมทางอาญากับการกระทำดังกล่าวจะไม่มีผลทำให้เกิดการใช้กระบวนการนั้นอย่างเกินขีดความสามารถทั้งทางด้านคุณภาพและปริมาณ
- 6) ไม่มีมาตรการควบคุมอย่างสมเหตุสมผลอื่นๆ แล้ว นอกจากการใช้กฎหมายอาญากับกรณีที่เกิดขึ้น

³² เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. (2549). *แนวความคิดว่าด้วยรัฐ* (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: [http://www.pub-law.net/article.\[2560,13 มิถุนายน\]](http://www.pub-law.net/article.[2560,13 มิถุนายน]).

³³ Herbert L Packer. (1968). *The limits of the criminal Sanction*. p. 296. อ้างถึงใน เกียรติจักร วัจนะสวัสดิ์. (2546). *คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค 1* (พิมพ์ครั้งที่ 8). กรุงเทพฯ: จีระการพิมพ์. หน้า 4-5.

รองศาสตราจารย์ ดร. เกียรติขจร วังนะสวัสดิ์ อธิบายว่า หลักเกณฑ์การกำหนดขอบเขตของกฎหมายอาญาของ Herbert L Packer ดังกล่าวนี้อาจจะช่วยแก้ไขปัญหาคriminalization กฏหมายอาญาเพื่อ (over criminalization) ขึ้นได้ เพราะหากรัฐมุ่งแต่จะควบคุมความประพฤติของสมาชิกในสังคมโดยใช้กฎหมายอาญาเป็นเครื่องมือโดยไม่พิจารณาถึงประสิทธิภาพและความสามารถของกลไกของรัฐที่จะใช้บังคับกฎหมายอาญาแล้วกฎหมายจะไร้ความหมายขาดความศักดิ์สิทธิ์ และเป็นการเปิดโอกาสให้เจ้าพนักงานของรัฐที่ประพฤติมิชอบมีโอกาสแสวงหาประโยชน์เพื่อตนเองจากกฎหมายเหล่านี้ หรือหากมีการใช้บังคับกฎหมายซึ่งมิได้มีการใช้บังคับมาเป็นเวลานาน ผู้ถูกใช้บังคับก็จะเกิดปฏิกิริยาเพราะถือว่าถูกเลือกปฏิบัติซึ่งจะทำให้ความสัมพันธ์ระหว่างผู้ใช้บังคับกฎหมายและชุมชนเสื่อมเสียไป

2.4.3.2 หลักเกณฑ์ว่าด้วยการใช้กฎหมายอาญาต้องมีข้อจำกัด

เนื่องจากกฎหมายอาญาเป็นกฎหมายจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคลการใช้กฎหมายอาญาต้องใช้อย่างจำกัด ก่อให้เกิดประโยชน์ต่อสังคม และมีความเหมาะสมกับสถานการณ์ต่าง ๆ โดยมีสาระสำคัญ ดังนี้

1) รัฐไม่ควรบัญญัติความผิดในกฎหมายอาญาโดยมีวัตถุประสงค์เพียงเพื่อให้ผู้อื่นเชื่อฟังและหากฝ่าฝืนจะได้รับการลงโทษเพื่อแก้แค้นตอบแทน โดยไม่เกิดประโยชน์ต่อสังคมในเรื่องอื่นๆ ด้วย โดยแนวความคิดนี้ Beccaria เชื่อในเรื่องอรรถประโยชน์แห่งการลงโทษที่ว่า การป้องกันอาชญากรรมดีกว่าการลงโทษ ซึ่งควรเป็นเป้าหมายอุดมคติของการออกกฎหมายที่ดี³⁴

2) รัฐไม่ควรใช้กฎหมายอาญาลงโทษความประพฤติที่ไม่ก่อให้เกิดอันตรายหรือไม่มีพิษภัย โดยแนวความคิดนี้ Jeremy Bentham เห็นว่ารัฐไม่ควรใช้กฎหมายอาญาในกรณีผลร้ายซึ่งเกิดจากการลงโทษมีมากกว่าผลร้ายซึ่งเกิดจากความผิด โดยเมื่อนำผลที่ได้และผลเสียมาชั่งน้ำหนักแล้ว เห็นว่าการลงโทษตามกฎหมายอาญาเกิดประโยชน์น้อยกว่า³⁵ แต่แนวคิดนี้มีจุดอ่อนเกี่ยวกับการกำหนดตัวชี้วัดในการกำหนดโทษให้ได้พอดีกับความผิด ต่อมา Waiker ได้เสนอแนะให้ปรับปรุง แนวคิดเสียใหม่ที่ว่า “กฎหมายอาญาไม่ควรบัญญัติห้ามการกระทำ ซึ่งจะก่อให้เกิดผลพลอยได้ (By Product) อันจะเป็นผลร้ายมากกว่าการทำที่

³⁴ Beccaria. (1964). *On Crimes and Punishments*. อ้างถึงใน อภิรัตน์ เพ็ชรศิริ. (2548). อ้างแล้ว เจริญอรรถที่ 31. หน้า 54.

³⁵ Jeremy Bentham. (1979). *Introduction to the principles of Morals and Legislation Amherst*. อ้างถึงใน อภิรัตน์ เพ็ชรศิริ. เรื่องเดียวกัน, หน้า 56.

กฎหมายอาญาต้องการที่จะจำกัด”³⁶ เช่น การบัญญัติกฎหมายห้ามการทำแท้งได้ ก่อให้เกิดการรับจ้างรีดลูกโดยมิชอบด้วยกฎหมาย และมีกระทำโดยผู้มีใจแพथอันเป็นอันตรายต่อชีวิตและสุขภาพของผู้หญิง

3) รัฐไม่ควรใช้กฎหมายอาญาโดยมีวัตถุประสงค์ในการบังคับให้บุคคลกระทำเพื่อประโยชน์แก่ตนเองเท่านั้น โดยแนวคิดนี้ จอห์น สจิวต มิลล์ (John Stuart Mill) เห็นว่า รัฐไม่ควรจำกัดสิทธิโดยบทบัญญัติของกฎหมาย ถ้าการกระทำนั้นมีได้ก่อให้เกิดการใช้ความรุนแรงหรือเป็นอันตรายต่อผู้อื่น โดยในสังคมที่เจริญแล้ว การใช้กำลังอำนาจเหนือสมาชิกในสังคมของตน จะถือเป็นการถูกต้องก็ต่อเมื่อมีจุดประสงค์ที่จะป้องกันภัยอันตรายอันจะเกิดแก่บุคคลอื่นในสังคมนั้น ภัยอันตรายที่จะเกิดแก่ตนเองโดยมิใช่บุคคลอื่นเป็นผู้ก่อให้เกิดไม่ว่าจะเป็น

2.4.3.3 หลักเกณฑ์ว่าด้วยประสิทธิภาพในการบังคับใช้กฎหมายอาญา เนื่องจากกฎหมายอาญามีบทบาทในการควบคุมพฤติกรรมของบุคคลในสังคม โดยจะควบคุมมากหรือน้อยขึ้นอยู่กับสภาพของสังคมนั้นๆ และมีพฤติกรรมบางอย่างที่กฎหมายอาญาไม่สามารถควบคุมได้ การพยายามใช้กฎหมายอาญาเพื่อควบคุมพฤติกรรมเช่นนั้นจะไม่ก่อให้เกิดประโยชน์อันใดเลย³⁷ โดยมีสาระสำคัญ ดังนี้

1) รัฐไม่ควรใช้กฎหมายอาญาห้ามการกระทำ ซึ่งไม่ได้รับการสนับสนุนอย่างแข็งขันจากสาธารณชน จะทำให้บังคับใช้กฎหมายกระทำได้ยาก เสียค่าใช้จ่ายสูง เนื่องจากประชาชนไม่ให้ความร่วมมือรายงานการกระทำผิดต่าง ๆ แล้วจะทำให้เจ้าหน้าที่ทราบการกระทำผิดน้อยมาก แต่ถ้ากฎหมายใดได้รับความร่วมมือจากประชาชนจะทำให้การบังคับใช้ได้ผล

2) รัฐไม่ควรบัญญัติความผิดซึ่งบังคับใช้ไม่ได้ในกฎหมายอาญาโดยไม่สมควรบัญญัติความผิดในกฎหมายอาญา ถ้าผู้ฝ่าฝืนถูกดำเนินคดีและถูกลงโทษมีเพียงเล็กน้อยเท่านั้น โดยกฎหมายใช้บังคับไม่ได้ เนื่องจากเจ้าหน้าที่จับผู้กระทำผิดได้น้อย หรือประชาชนไม่ให้ความสนใจจะส่งผลให้ประชาชนขาดความเคารพในกฎหมาย หรือกฎหมายขาดความศักดิ์สิทธิ์

3) กฎหมายอาญาไม่ควรบัญญัติข้อห้ามบางประการเมื่อฝ่าฝืนแล้วไม่สามารถพิสูจน์ได้ว่ามีกระทำความผิดจริง โดยหลักเกณฑ์นี้มีแนวคิดที่ว่า เมื่อมีผู้กระทำความผิดตาม

³⁶ Nigel Waiker. (1980). *Punishment, Danger*. pp. 4-23. อ้างถึงใน ประธาน วัฒนวาณิชย์. (2546). *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับอาชญาวิทยา*. กรุงเทพฯ: ปรกาศพริก. หน้า 358.

³⁷ Montesquieu. (1979). *The Spirit of Laws*. อ้างถึงใน อภิรัตน์ เพ็ชรศิริ. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 31. หน้า 61.

กฎหมายเป็นจำนวนมาก แต่รอดพ้นจากการบังคับใช้กฎหมายอาญา ซึ่งไม่มีประโยชน์ในการบังคับใช้กฎหมายอาญาเลย และเมื่อบุคคลถูกจับและถูกถูกฟ้องคดี ประชาชนทั่วไปจะเห็นว่าเป็นเพียงผู้โชคร้ายเท่านั้น และไม่ได้ได้รับความเป็นธรรมเพราะมีผู้กระทำความผิดอีกจำนวนมากไม่ได้ถูกจับ รองศาสตราจารย์ ประธาน วัฒนวาณิชย์ เห็นว่าหลักเกณฑ์ต่าง ๆ ดังกล่าวข้างต้นเป็นเพียงข้อสมมติฐาน ซึ่งอาจใช้เป็นแนวทางในการบัญญัติกฎหมายอาญา แต่การบัญญัติกฎหมายอาญาในสังคมใดก็ตาม จะมีปัจจัยทางสังคมและวัฒนธรรมอื่นๆ ประกอบด้วยเสมอ เช่น ความคิดทางการเมืองของผู้มีอำนาจในการบัญญัติกฎหมาย ค่านิยมความนึกคิดทางศีลธรรมของประชาชน กลุ่มผลประโยชน์ แรงกดดันทางการเมืองและอื่นๆ

จากแนวความคิดของนักวิชาการทางกฎหมายดังกล่าวข้างต้น สามารถสรุปหลักเกณฑ์ การกำหนดความผิดทางอาญาได้ 3 ประการ ดังนี้³⁸

1) การกำหนดให้การกระทำ ใดเป็นความผิดทางอาญาก็ต่อเมื่อเป็นการกระทำซึ่งก่อให้เกิดอันตรายต่อชีวิต ร่างกาย ทรัพย์สินหรือผลประโยชน์ของบุคคล กระทบกระเทือนต่อความสงบเรียบร้อยของสังคม และประชาชนส่วนใหญ่มิได้ให้อภัยแก่การกระทำเช่นนั้น

2) การใช้กฎหมายอาญากับการกระทำใดต้องใช้อย่างจำกัด เฉพาะที่เกิดประโยชน์ต่อสังคม และมีผลต่อการป้องกันอาชญากรรม โดยรัฐไม่ควรใช้กฎหมายอาญาลงโทษความประพฤติที่ไม่ก่อให้เกิดอันตรายต่อผู้อื่นและสังคม

3) การใช้กฎหมายอาญากับการกระทำใดต้องเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ โดยได้รับการสนับสนุนจากประชาชนโดยรวม และต้องใช้กฎหมายอาญาบังคับกับปัญหาที่เกิดขึ้นเนื่องจากรัฐไม่มีมาตรการอื่นๆ ที่เหมาะสมในการจัดการปัญหาเช่นว่านั้นๆ ตลอดจนรัฐไม่ควรใช้กฎหมายอาญากับการกระทำความผิดเพียงเล็กน้อย ประชาชนส่วนใหญ่ไม่เห็นความสำคัญ และเป็นการยากในการพิสูจน์ความผิดนั้น

2.4.4 ทฤษฎีการบังคับใช้กฎหมายอาญา

ทฤษฎีการบังคับใช้กฎหมายอาญามีความสำคัญอย่างมากต่อการวางนโยบายในการบังคับใช้กฎหมายอาญาของแต่ละประเทศ ทั้งนี้เพราะแต่ละประเทศมีความจำเป็น ตลอดจนสิ่งแวดล้อม และสถานการณ์ที่แตกต่างกันไป บางประเทศที่มีการฝ่าฝืนกฎหมายน้อย ความเข้มแข็งของทฤษฎี การบังคับใช้กฎหมายที่จะนำมาใช้ในการกำหนดนโยบายทางอาญาก็จะเป็นไปในทางผ่อนคลายนอกกว่าการบังคับ ในขณะที่ประเทศที่มีการฝ่าฝืนกฎหมายกันอย่างกว้างขวาง การกำหนดนโยบายทางอาญาก็ย่อมมีความจำเป็นที่จะต้องมีความเข้มงวดมากกว่า

³⁸ สุพล บริสุทธิ์. (2550). *การกำหนดความผิดทางอาญา: ศึกษาเฉพาะกรณีความผิดเกี่ยวกับการค้าประเวณี*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขานิติศาสตร์, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต. หน้า 19.

ปกติ เป็นต้น อย่างไรก็ตามแม้ความต้องการและความจำเป็นในการวางนโยบายทางอาญาของแต่ละประเทศจะไม่เหมือนกัน แต่ทฤษฎีที่อยู่เบื้องหลังการกำหนดนโยบายทางอาญาว่าจะเป็นไปในทิศทางใดในโลกนี้จะประกอบไปด้วยสองทฤษฎีหลัก กล่าวคือ

2.4.4.1 ทฤษฎีการควบคุมทางอาชญากรรม (Crime Control)³⁹

ในส่วนทฤษฎีนี้จะเน้นประสิทธิภาพของกระบวนการยุติธรรมโดยมุ่งควบคุมป้องกัน และปราบปรามอาชญากรรม เป็นสำคัญ กล่าวคือ การบังคับใช้กฎหมายกับอาชญากรรมตามทฤษฎีนี้จะต้องกระทำได้อย่างรวดเร็วต่อเนื่องและเด็ดขาด ซึ่งสามารถระงับการกระทำความผิดได้เร็วเท่าไร ก็ยิ่งถือว่าการบังคับใช้กฎหมายมีประสิทธิภาพเท่านั้น ตัวผู้ต้องหาหรือจำเลยตามทฤษฎีนี้จึงมีลักษณะเป็นกรรมของกระบวนการยุติธรรม เพราะเมื่อถูกจับได้แล้วผู้ต้องหาจะถูกสันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นผู้กระทำความผิด ทำให้สิทธิ เสรีภาพ ของผู้ต้องหาตามทฤษฎีนี้จะถูกจำกัดอย่างมาก ประเทศที่ใช้ทฤษฎีนี้ในการกำหนดนโยบายทางอาญามักเป็นประเทศที่มีอาชญากรรมเกิดขึ้นอย่างกว้างขวาง เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกา

2.4.4.2 ทฤษฎีกระบวนการนิติธรรม (Due Process)⁴⁰

เป็นทฤษฎีที่ให้ความสำคัญกับหลักกฎหมายตลอดจนสิทธิ เสรีภาพของประชาชน การดำเนินคดีใด ๆ ในทางอาญาจะต้องเป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมาย ถูกต้องตามรูปแบบกระบวนการ ผู้ต้องหาหรือจำเลยมีฐานะเป็นประธานแห่งคดี การกระทำใด ๆ ของเจ้าพนักงานจะต้องมีกฎหมายให้อำนาจเสมอ トラบใดที่ศาลยังไม่มีคำพิพากษาว่าจำเลยกระทำความผิดจริงต้องสันนิษฐานไว้ก่อนว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยบริสุทธิ์เสมอ ทำให้ผู้ต้องหาหรือจำเลยตามทฤษฎีนี้ได้รับการคุ้มครองสิทธิอย่างมาก ลักษณะเด่นอีกอย่างหนึ่งของทฤษฎีนี้คือการปฏิเสธการค้นหาความจริงที่กระทำโดยองค์กรอื่นที่ไม่ใช่ศาล เพราะมองว่ามีแต่คณะผู้พิพากษาที่ทำหน้าที่อย่างเป็นทางการเท่านั้นที่จะให้การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนตลอดจนตัดสินชี้ขาดว่าผู้ใดกระทำความผิดจริงและสมควรที่จะถูกลงโทษ ตัวอย่างประเทศที่ใช้ทฤษฎีในการกำหนดนโยบายทางอาญาในการป้องกันและปราบปรามอาชญากรรม เช่น ประเทศใน แถบคาบสมุทรสแกนดิเนเวีย

³⁹ ประธาน วัฒนาพาณิชย์. (2524). ระบบความยุติธรรมทางอาญา: แนวคิดเกี่ยวกับการควบคุมอาชญากรรมและกระบวนการยุติธรรม. *วารสารนิติศาสตร์*, 9(2). มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 151.

⁴⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 152.

2.5 ทฤษฎีการกำหนดโทษทางอาญา

สังคมมนุษย์นั้น เกิดจากการอยู่ร่วมกันเป็นชุมชน ก่อกำเนิดเป็นสังคม และเพื่อให้เกิดความสงบสุขของสังคมก็ต้องมีการกำหนดกฎเกณฑ์ ข้อบังคับ กฎกติกาต่าง ๆ เพื่อใช้ควบคุมสังคมให้เกิดความมีระเบียบเรียบร้อย ซึ่งบุคคลในสังคมถ้ากระทำผิดหรือไม่ปฏิบัติตามกฎเกณฑ์ทางสังคมก็ต้องถูกลงโทษ การลงโทษผู้กระทำผิด หรือผู้ที่ก่อความเดือดร้อน หรือผู้ที่กระทำความผิดเป็นสิ่งที่จำเป็น มีการดำเนินการติดต่อกันมาเป็นเวลาช้านานและถือได้ว่าเป็นส่วนหนึ่งของสังคม การที่มนุษย์ได้นำเอาการลงโทษมาใช้กับมนุษย์ด้วยกัน กล่าวกันโดยทั่วไปแล้วเพราะมนุษย์เป็นสัตว์สังคม (Social animal) จะอยู่อย่างโดดเดี่ยวไม่ได้ต้องอยู่รวมๆ กัน ดังนั้นเมื่อบุคคลในสังคมกระทำฝ่าฝืนต่อกฎเกณฑ์ที่กำหนดไว้จึงเป็นความผิดและสมควรต้องได้รับโทษ ส่วนโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำผิดนั้นต้องก่อให้เกิดผลร้ายแก่ตัวผู้กระทำผิด โดยส่วนใหญ่การลงโทษผู้กระทำผิดเป็นการลงโทษเป็นการลงโทษจากรัฐเป็นผู้กำหนดเพื่อใช้เป็นเครื่องมือในการควบคุมสังคมในปัจจุบัน เครื่องมือในการควบคุมทางสังคมจะทำโดยผ่านกฎหมายและการบริหารงาน (Social Control Through Law and Administration) กฎหมายจึงเป็นเรื่องกฎข้อบังคับให้บุคคลยอมรับการปฏิบัติตาม หากใครฝ่าฝืนหรือละเมิดกฎหมายย่อมได้รับโทษานุโทษ บุคคลจึงมีความเกรงกลัวกฎหมาย⁴¹

2.5.1 ความหมายของโทษทางอาญา

“โทษ” ตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พุทธศักราช 2554 ในความหมายทั่วไปจะหมายถึง ความไม่ดี ความชั่ว ความผิดผลแห่งความผิดที่ต้องรับผลร้าย⁴² ส่วนความหมายในทางกฎหมายจะหมายถึงมาตรการที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับลงโทษผู้กระทำผิดอาญาตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 18 ได้แก่ การประหารชีวิต การจำคุก การลักขัง การปรับ และการริบทรัพย์สิน การลงโทษอาญานั้นเป็นการลงโทษที่รุนแรงและกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพในชีวิตร่างกายและทรัพย์สินของผู้กระทำความผิดจึงเป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปว่าโทษอาญาควรใช้กับการกระทำที่มีผลกระทบต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนอย่างร้ายแรงเท่านั้น

นอกจากนี้ ยังมีผู้ให้ความหมายของ “โทษ” ไว้อีกหลายคน พอจะสรุปได้ดังนี้ดังนี้

⁴¹ สังคมวิทยา. (2558). *การจัดระเบียบทางสังคม* (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก:

http://www.baanjomjut.com /library/social_sciences/15.html. [2560, 24 มกราคม]

⁴² ราชบัณฑิตยสถาน. (2554). *พจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พุทธศักราช 2554*. กรุงเทพฯ: ศิริวัฒนาอินเตอร์พริ้นท์. หน้า 589.

Sue Titus Reid ได้กล่าวถึงโทษไว้ว่า หมายถึง โทษที่ลงโดยผู้มีอำนาจคือ รัฐ ตามบทบัญญัติของกฎหมายภายหลังที่ศาลพบว่าจำเลยกระทำผิด⁴³

Johannes Andenaes⁴⁴ ให้คำนิยามว่า โทษจะต้องประกอบด้วยลักษณะ ดังนี้

- 1) การลงโทษต้องเป็นผลร้ายที่รัฐนำมาใช้กับผู้กระทำผิดดั่งนั้นหากเป็นผลร้ายที่เอกชนเป็นผู้ลงโทษ ไม่อยู่ในความหมายนี้
- 2) การลงโทษจะกระทำได้อีกเมื่อมีการกระทำผิดต่อกฎหมาย
- 3) การลงโทษต้องเป็นการตอบแทน เพื่อให้ผู้กระทำผิดรู้ถึงโทษซึ่งเป็นผลร้ายที่ตนได้รับจากการกระทำผิด

Heibert L. Packer⁴⁵ ได้ให้คำจำกัดความของโทษไว้ซึ่งอาจสรุปความหมายไว้ว่า หมายถึง การใช้กฎหมายที่ทำให้ผู้ต้องโทษต้องประสบกับความยากลำบากหรือเหตุการณ์รูปแบบอื่นๆ ซึ่งเป็นสถานะที่ไม่พึงปรารถนาทั้งนี้ เมื่อเป็นไปตามผลแห่งการกระทำผิดซึ่งได้ถูกกำหนดไว้ให้เป็นความผิดโดยกฎหมาย

จิตติ ดิงศภัทย์ กล่าวถึง “โทษ” ไว้ว่าเป็นวิธีการบังคับ (Sanction) ที่รัฐใช้ปกติต่อผู้กระทำความผิดอาญา⁴⁶ซึ่งมีลักษณะสำคัญดังต่อไปนี้

- 1) โทษต้องเป็นไปตามกฎหมาย
- 2) โทษต้องเป็นไปตามเสมอภาค
- 3) โทษต้องมีลักษณะเป็นการเฉพาะตัวของบุคคล

ดังนั้น กล่าวโดยสรุป ความหมายของคำว่า “โทษ” ที่ใช้กันโดยทั่วไป ได้แก่ การปฏิบัติอย่างใดที่จะทำให้ผู้ที่ได้รับการปฏิบัตินั้นจะต้องประสบผลร้ายเนื่องมาจากการที่ผู้นั้นได้ฝ่าฝืนแนวปฏิบัติ

⁴³ Sue Titus Reid. อ้างถึงใน อรรถชัย วงศ์อุดมมงคล. (2548). *การใช้มาตรการอื่นแทนโทษทางอาญา: ศึกษาเฉพาะกรณีความผิดบางประเภท*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขานิติศาสตร์, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 9.

⁴⁴ Johannes Andenaes. อ้างถึงใน มนัสนันท์ ยางงาม. (2557). *ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับเรื่องบังคับโทษปรับในคดีอาญา: ศึกษากรณีอำนาจและหน้าที่ของพนักงานอัยการ*. สารนิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขานิติศาสตร์, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยศรีปทุม. หน้า 9.

⁴⁵ Herbert L. Packer. อ้างถึงใน มนัสนันท์ ยางงาม. เรื่องเดียวกัน, หน้า 9.

⁴⁶ จิตติ ดิงศภัทย์. (2536). *คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญาภาค 1* (พิมพ์ครั้งที่ 9). กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา. หน้า 840.

ก่อนที่จะพิจารณาถึงวัตถุประสงค์ของการลงโทษ จะขอกล่าวถึงความหมายของโทษทางอาญาเสียก่อนว่า “โทษทางอาญา” มีความหมายอย่างไร⁴⁷ ดังนี้

“โทษทางอาญา” คือผลโดยที่ซึ่งผู้กระทำความผิดได้รับเนื่องจากการฝ่าฝืนกฎหมายอาญาโดยที่ผู้ซึ่งมีอำนาจให้ผลร้ายจะต้องมีอำนาจตามที่กฎหมายกำหนด และผลร้ายที่ผู้กระทำความผิดได้รับนั้น เป็นการตอบแทนการฝ่าฝืนกฎหมาย ซึ่งการตอบแทนนี้จะมีลักษณะตำหนิผู้กระทำความผิดนั้น⁴⁸ กรณีดังเช่น มาตรการที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับลงโทษ แก่ผู้กระทำความผิดอาญา ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 18 ได้กำหนดประเภทของโทษทางอาญาไว้ คือการประหารชีวิตการจำคุกการกักขังการปรับและการริบทรัพย์สิน

ยังมีนักคิด ผู้ให้นิยามและแนวความคิดของ “โทษทางอาญา” โดยสังเขป ดังนี้

ศาสตราจารย์ฮาร์ท (H.L.A Hart)⁴⁹ ให้ความหมายของทางอาญา เพิ่มเติมว่า ต้องประกอบด้วย สาระสำคัญ 5 ประการ คือ

1) โทษจะต้องก่อให้เกิดความทุกข์หมายความว่าผู้ได้รับโทษจะต้องรับความทุกข์อย่างใดอย่างหนึ่งอาจเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพทางร่างกาย การได้รับความเจ็บปวดทางกาย (pain) หรือการสูญเสียทรัพย์สิน เป็นต้น

2) โทษจะต้องใช้ต่อผู้กระทำความผิดกฎหมายหมายความว่าผู้กระทำความผิดกฎหมายเท่านั้นที่จะต้องถูกลงโทษจะนำบุคคลอื่นที่มีได้กระทำความผิดมารับโทษมิได้

3) โทษจะต้องมีขึ้นเมื่อมีการกระทำความผิดกฎหมายหมายความว่าต้องมีการกระทำความผิดกฎหมายเสียก่อนจึงจะลงโทษได้หากไม่มีการกระทำความผิดกฎหมายก็ลงโทษไม่ได้

4) โทษจะต้องเป็นวิธีการซึ่งคนใดคนหนึ่งนอกจากตัวผู้กระทำความผิดนำมาใช้กับผู้กระทำความผิดนั้นหากผลร้ายที่เกิดขึ้นจากการกระทำของบุคคลนั้นเองไม่นับเป็นโทษทางอาญาตามนัยนี้

5) โทษจะต้องเกิดจากผู้มีอำนาจที่จะกระทำให้เกิดผลร้ายขึ้นมาได้ หมายความว่าโทษนั้นต้องผ่านกระบวนการตรากฎหมาย

⁴⁷ อรรถชัช วงศ์อุดมมงคล. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 43. หน้า 10.

⁴⁸ สหชน รัตนไพจิตร. (2527). *ความประสงค์ของการลงโทษอาญา: ศึกษาเฉพาะประเทศไทยสมัยใช้กฎหมายลักษณะอาญาและประมวลกฎหมายอาญา*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขานิติศาสตร์, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 10.

⁴⁹ H.L.A. Hart. อ้างถึงใน อรรถชัช วงศ์อุดมมงคล. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 46. หน้า 10.

ศาสตราจารย์ ดร. คณิต ฌ นคร⁵⁰ ได้อธิบายว่าโทษเป็นมาตรการบังคับทางอาญา ดั้งเดิมที่สุด และจนปัจจุบันไม่มีสิ่งอันมาทดแทนโทษ แต่อย่างไรก็ตามสำหรับในต่างประเทศ แล้วได้มีแนวโน้มในการพัฒนาเรื่องโทษดั้งเดิมไปในทิศทางที่จะใช้มาตรการอื่นมาทดแทน โทษดั้งเดิม

ความหมายของโทษอาญาตามนัยแห่งกฎหมายอาญา มาตรา 2 แห่งประมวลกฎหมายอาญา ได้บัญญัติว่า “บุคคลจักต้องรับโทษในทางอาญาต่อเมื่อได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้ในขณะกระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้และโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดนั้นต้องเป็นโทษที่บัญญัติไว้ในกฎหมายอาญา”

ตามนัยของมาตรา 2 จะเห็นได้ว่าการกล่าวถึง “โทษในทางอาญา” ว่าบุคคลจักต้องรับโทษในทางอาญาต่อเมื่อ

1) ได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้ในขณะกระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้และ

2) โทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดนั้นต้องเป็นโทษที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย เมื่อพิจารณาตามบทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าวแล้วอธิบายได้ว่าโทษทางอาญาจะเกิดขึ้นได้ต่อเมื่อ

(1) มีการกระทำความผิด

(2) การกระทำที่จะเป็นความผิดนั้นต้องมีกฎหมายบัญญัติไว้ว่าเป็นความผิด

(3) การกระทำที่จะเป็นความผิดนั้นต้องมีกฎหมายบัญญัติไว้ว่าเป็นความผิดและได้กำหนดโทษไว้ด้วย

ลักษณะทั่วไปของโทษ โทษเป็นวิธีการบังคับ (Sanction) ที่รัฐให้ปฏิบัติต่อผู้กระทำความผิดอาญา เดิมทีเดียวเป็นการกระทำตอบของชุมชนต่อผู้ทำลายความสงบสุขและความมั่นคงชุมชนนั้นเมื่อชุมชนมีสภาพเป็นการเมืองขึ้นการกระทำตอบนั้น ก็คือผู้ร้ายที่ศาลหรือผู้พิพากษากำหนดให้ปฏิบัติต่อบุคคลใดบุคคลหนึ่งเพราะผู้นั้นได้กระทำความผิดขึ้น

ลักษณะของโทษแบ่งเป็น 3 ลักษณะคือ

(1) โทษทางร่างกายได้แก่โทษประหารชีวิต

(2) โทษจำกัดเสรีภาพได้แก่โทษจำคุกกักขังและ

(3) โทษในทางทรัพย์สินได้แก่การปรับหรือการริบทรัพย์สิน

ทั้งนี้โทษตามมาตรา 18 แห่งประมวลกฎหมายอาญาได้บัญญัติไว้ว่า “โทษสำหรับลงแก่ผู้กระทำความผิดมีดังนี้

⁵⁰ คณิต ฌ นคร. (2554). *กฎหมายอาญาทั่วไป* (พิมพ์ครั้งที่ 4). กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 7.

- (1) ประหารชีวิต
- (2) จำคุก
- (3) กักขัง
- (4) ปรับ
- (5) ริบทรัพย์สิน

2.5.2 วัตถุประสงค์การโทษ

การลงโทษเป็นมาตรการบังคับทางอาญาที่มีความเก่าแก่และมีวิวัฒนาการที่ต่อเนื่องยาวนานมากที่สุด การศึกษาถึงวัตถุประสงค์ในการลงโทษ เป็นสิ่งที่จำเป็นเพื่อให้ทราบถึงที่มาและและวิวัฒนาการของวัตถุประสงค์ในการลงโทษจากอดีตจนถึงปัจจุบัน การลงโทษแบบใดจะใช้กับกลุ่มความผิดจำพวกไหน เป็นสิ่งจำเป็นในการศึกษาวิจัย ดังนั้นจึงควรศึกษาถึงวัตถุประสงค์ของการลงโทษประเภทต่าง ๆ เพื่อพิจารณานำโทษที่เหมาะสมและสอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของการลงโทษในแต่ละประเภทมาใช้บังคับให้สนองต่อวัตถุประสงค์ในการลงโทษ ดังมีแนวคิดที่เกี่ยวกับวัตถุประสงค์ของการลงโทษมีดังนี้

1) การลงโทษเพื่อแก้แค้นทดแทน (Retribution)⁵¹

การลงโทษเพื่อแก้แค้นทดแทน นับเป็นวัตถุประสงค์ของการลงโทษที่เก่าแก่และแพร่หลายที่สุด โดยแนวคิดนี้เห็นว่าเมื่อผู้กระทำความผิดเป็นผู้ก่อให้เกิดผลร้ายแก่บุคคลอื่น ดังนั้น จึงควรได้รับโทษซึ่งเป็นผลร้ายตอบแทน และการแก้แค้นเป็นหนทางเดียวที่เหมาะสมกับการทำให้ผู้ก่ออันตรายแก่ผู้อื่นได้รับความเจ็บปวด⁵² เมื่อการลงโทษเป็นไปเพื่อการแก้แค้นทดแทนแล้ว โทษที่ลงข่มต้องสาสมกับความผิดที่บุคคลนั้นได้กระทำ ทั้งนี้ เนื่องจากบุคคลทุกคนย่อมมีอิสระที่จะกระทำความดีหรือกระทำความชั่วได้ เมื่อตัดสินใจกระทำความชั่วแล้ว โทษที่ได้รับข่มต้องเป็นไปอย่างสาสมและได้สัดส่วนกับความผิดที่หรืออันตรายที่ผู้ผู้นั้นได้ก่อให้เกิดขึ้น โดยต้องมีการลงโทษทันทีส่วน โทษทางอาญาที่มีอยู่ในประมวลกฎหมายอาญาในปัจจุบันของไทย จะพบว่าโทษที่มีอยู่ทั้ง 5 สถาน อันได้แก่ โทษประหารชีวิต โทษจำคุก โทษกักขัง โทษปรับ และโทษริบทรัพย์สินนั้น ล้วนแล้วแต่สอดคล้องต่อวัตถุประสงค์ในการแก้แค้นทดแทน หากแต่การทดแทนดังกล่าว เป็นการทดแทนด้วยสิ่งที่แตกต่างกันไป กล่าวคือ โทษประหารชีวิตเป็นการแก้แค้นทดแทนโดยมุ่งหมายต่อชีวิต โทษจำคุกและโทษกักขังมุ่งเป็นหมายต่อร่างกายและสิทธิเสรีภาพในการเคลื่อนไหวร่างกาย ใน

⁵¹ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. (2554). *การบังคับใช้โทษทางอาญาประเภทอื่นที่มีอยู่ในประมวลกฎหมายอาญาของไทย*. รายงานฉบับสมบูรณ์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 14.

⁵² Wayne R. La Fave & Austin W. อ้างถึงใน คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. เรื่องเดียวกัน, หน้า 14.

ส่วนของโทษปรับและริบทรัพย์สินนั้น ก็เป็นการลงโทษโดยมุ่งแก้แค้นทดแทนในทางทรัพย์สิน ดังนั้น จึงเห็นได้ว่า โทษในประมวลกฎหมายอาญาของไทยในปัจจุบันสอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของการลงโทษเพื่อแก้แค้นทดแทนดังกล่าว

เหตุผลของการลงโทษตามทฤษฎีการลงโทษเพื่อแก้แค้นทดแทนแบ่งออกเป็น 2 ประการ⁵³ คือ

(1) เพื่อความยุติธรรมแนวคิดนี้เห็นว่าการกระทำความผิดเป็นการฝ่าฝืนต่อหลักความยุติธรรมเมื่อฝ่าฝืนผู้กระทำความผิดจึงต้องถูกลงโทษเพื่อที่จะธำรงรักษาความยุติธรรมไว้ บุคคลผู้ที่เป็นคัมภีร์ตามแนวคิดดังกล่าวคือ เอมมานูเอลคานท์ (Kant) เองเกล (Hegel) และฮอว์กินส์ (Hawkins) เป็นการลงโทษตามทฤษฎีการลงโทษเพื่อแก้แค้นทดแทน

(2) เพื่อการทดแทนความผิดตามกฎหมายแนวคิดนี้เห็นว่าเมื่อมีการกระทำความผิดกฎหมายเกิดขึ้นผู้กระทำความผิดจะต้องถูกลงโทษเนื่องจากการกระทำความผิดกฎหมายไม่ใช่เพื่อความยุติธรรม ทั้งนี้ เพราะอาชญากรรม (crime) และการลงโทษ (punishment) เป็นของคู่กัน

สำหรับการลงโทษผู้เล่นการพนัน ก็ถือว่ามีวัตถุประสงค์เพื่อแก้แค้นทดแทนความเสียหายที่เกิดขึ้น เหมือนกับผู้กระทำความผิดอาชญากรรมโดยทั่วไป แต่ในปัจจุบันการลงโทษที่เกิดจากการเล่นการพนัน ยังไม่ได้สัดส่วนของความผิด กล่าวคือ ความรุนแรงของโทษยังน้อยเมื่อเทียบสังคมที่เปลี่ยนไปโดยเฉพาะอัตราโทษปรับในความผิดฐานจัดให้มีการเล่นการพนัน และโดยเฉพาะอย่างยิ่งอัตราโทษปรับในความผิดฐานจัดให้มีการเล่นการพนันออนไลน์

2) การลงโทษเพื่อเป็นการข่มขู่ (Deterrence)⁵⁴

(1) เพื่อเป็นการข่มขู่ตัวผู้กระทำความผิดนั้นเองให้เกิดความเข็ดหลาบ ไม่กล้ากระทำความผิดซ้ำขึ้นอีก

(2) เพื่อเป็นตัวอย่างให้คนทั่วไปเห็นว่าเมื่อกระทำความผิดแล้วจะต้องได้รับโทษเพื่อคนทั่วไปที่ได้ทราบจะได้เกรงกลัว ไม่กล้ากระทำความผิดขึ้นบ้าง

การลงโทษตามวัตถุประสงค์นี้ มีลักษณะมองไปในอนาคต ต้องการขู่ไม่ให้คนทั่วไปกระทำและไม่ให้ผู้กระทำแล้วทำผิดซ้ำอีก การลงโทษมักจะทำในที่สาธารณะ เช่น สมัยก่อนมีการยิงเป้าต่อหน้ามหาชน ในปัจจุบันบางประเทศมีการลงโทษเขียนดีผู้กระทำความผิดต่อหน้ามหาชน

⁵³ สหชน รัตน์ไพจิตร. อ้างถึงใน. สว่าง มานาม. (2556). *มาตรการในการควบคุมการพนันตามพระราชบัญญัติการพนัน พุทธศักราช 2478*. สารนิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขานิติศาสตร์, คณะนิติศาสตร์ สถาบันพัฒนบริหารศาสตร์. หน้า 10.

⁵⁴ เกียรติจักร วัจนะสวัสดิ์. (2551). *กฎหมายอาญาภาค 1* (พิมพ์ครั้งที่ 10). กรุงเทพฯ: พลสยามพรีนติ้ง. หน้า 846.

การลงโทษโดยการมุ่งที่จะให้มีผลเป็นการข่มขู่บุคคลโดยทั่วไปมากเกินไปจนเกินไปมีผลเสีย เช่น การที่ตัดมือผู้ลักทรัพย์ (ใช้ในบางประเทศ) เพื่อมุ่งให้คนอื่นกลัวไม่กล้าเอาอย่าง อาจจะมีผลเป็นการผลักดันให้ผู้ที่ถูกลงโทษกระทำผิดอย่างอื่นต่อไป เพราะไม่มีอวัยวะที่จะใช้หาเงิน โดยสุจริตได้ การลงโทษเพื่อเป็นการข่มขู่จนเกินไปจะทำให้ผู้ถูกลงโทษไม่สามารถปรับตัวเป็นคนดีได้เพราะได้รับความอับอายจากการถูกลงโทษประจานต่อหน้ามหาชน

การลงโทษโดยมุ่งหวังที่จะเป็นการข่มขู่บุคคลทุกๆ ไปไม่ให้กระทำความผิดอย่างเดียวกันนั้นมีข้อน่าสังเกตว่าอาจได้ผลอยู่บ้างในกรณีที่เป็นกรกระทำผิดโดยทุกๆ ไป เช่น การกระทำความผิดโดยวางแผนล่วงหน้าหรือไตร่ตรองไว้ก่อน แต่ถ้าเป็นการกระทำโดยฉับพลัน เช่น บันดาลโทษ การลงโทษ ก. อาจไม่มีผลเป็นการข่มขู่ ข. ที่อาจจะต้องกระทำความผิดโดยบันดาลโทษในอนาคตก็น่าจะได้ นอกจากนี้การลงโทษเพื่อมุ่งข่มขู่ยับยั้งนั้นยังไม่สามารถทำให้ผู้กระทำความผิดเกิดความสามารถที่จะยับยั้งได้เพียงแต่ทำให้เกิดความเกรงกลัว อาจไม่เพียงพอที่จะทำให้เกิดการยับยั้งได้ เช่น กรณีผู้กระทำความผิดเพราะมีบุคลิกภาพบกร่องหรือขาดความรู้ ทักษะในการประกอบอาชีพอันจะนำไปสู่การกระทำผิด ดังนั้น ไม่ว่าจะลงโทษรุนแรงอย่างไรก็เพียงพอทำให้เกิดความเกรงกลัวแต่ไม่เกิดความสามารถที่จะยับยั้งนั้น คือไม่ได้ทำให้เหตุผลักดันไปสู่การกระทำผิดหมดไปข้อจำกัดของวัตถุประสงค์ในการลงโทษเพื่อข่มขู่ยับยั้ง อีกประการหนึ่งก็คือ การใช้โทษเป็นเครื่องมือในการยับยั้งนั้นเป็นการยับยั้งที่เกิดจากความเกรงกลัว การลงโทษไม่ได้เกิดจากจิตใจที่ติงามหรือการยับยั้งจากภายใน คือ เพราะการเป็นผู้มีวินัยหรือมีจิตใจที่ไม่คิดจะทำผิดแม้มีโอกาส ซึ่งเป็นเรื่องของการขัดเกลาทางสังคมและเป็นปัจจัยที่สำคัญในการที่จะป้องกันอาชญากรรม⁵⁵

สำหรับการเล่นการพนัน แนวคิดของทฤษฎี การลงโทษเพื่อเป็นการข่มขู่ อาจจะทำมาปรับใช้ได้โดยตรง ให้มีลักษณะยับยั้ง รุนแรง เค็ดขาด จนไม่กล้ากระทำผิดอีกได้

3) การลงโทษเพื่อตัดโอกาสกระทำผิด (Incapacitation)⁵⁶

การป้องกันสังคมหรือการตัดโอกาสกระทำผิดนี้ มีหลักการว่าอาชญากรรมย่อมไม่เกิดขึ้น ถ้าไม่มีอาชญากรหรืออาชญากรไม่มีโอกาสที่จะทำผิด การลงโทษเพื่อเป็นการตัดโอกาสกระทำผิด มีวัตถุประสงค์ที่คล้ายกับวัตถุประสงค์ของการลงโทษเพื่อข่มขู่ยับยั้งคือเพื่อการป้องกันอาชญากรรม แต่แตกต่างกันว่าตามหลักการของการลงโทษเพื่อการข่มขู่ยับยั้งมุ่งให้เกิดความเกรงกลัวไม่กระทำความผิดขึ้นอีก ส่วนการลงโทษเพื่อตัดโอกาสมุ่งป้องกัน

⁵⁵ นันทิ จิตสว่าง. (2557). *วัตถุประสงค์ในการลงโทษ* (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก:

GotoKnow<http://www.go.toknow.org/blog/nathee-chitsawang>. [2560, 12 มกราคม].

⁵⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 1.

การกระทำผิดซ้ำ โดยการทำให้เขาหมดโอกาสที่จะกระทำผิดขึ้นได้ ซึ่งวิธีการที่จะขจัดผู้กระทำผิดอาจทำได้โดยการเนรเทศ เพื่อป้องกันสังคมจากอาชญากรโดยการกักอาชญากรไปอยู่ที่อื่นเพื่อให้สังคมปลอดภัย เช่น อังกฤษเคยส่งนักโทษไปไว้ที่ออสเตรเลีย หรือโดยการทำลายอวัยวะเพื่อตัดโอกาสผู้กระทำผิดในการประกอบอาชญากรรม เช่น ตัดมือพวกลักขโมย ทำให้หมดโอกาสลักขโมย หรือการประหารชีวิต

สำหรับวิธีการลงโทษที่สนองต่อวัตถุประสงค์นี้ และใช้กันแพร่หลายในปัจจุบันก็คือ การจำคุกโดยการกักผู้กระทำผิดออกไปจากสังคมให้สังคมปลอดภัย แต่การจำคุกเป็นวิธีที่แยกผู้กระทำผิดออกจากสังคมเป็นการชั่วคราว เพราะการลงโทษจำคุกเพื่อสนองต่อวัตถุประสงค์นี้ไม่ได้เป็นวิธีที่ดีที่สุด เนื่องจากผู้กระทำผิดยังคงต้องกลับมาอยู่ในสังคมในท้ายที่สุด แม้จะเป็นโทษจำคุกตลอดชีวิตซึ่งมักจะมีการลดโทษ และเมื่อกลับมาแล้วผู้กระทำผิดอาจมีความโกรธแค้นสังคมมากยิ่งขึ้น เป็นผลต่อเนื่องจากการลงโทษที่เขาได้รับ หรือปรับตัวเข้ากับสังคมยากขึ้น เพราะสังคมไม่ยอมรับ เนื่องจากมีตราบาปเป็นคนจำคุก

4) การลงโทษเพื่อแก้ไขฟื้นฟู (Rehabilitation)

การลงโทษเพื่อแก้ไขฟื้นฟูมีวิวัฒนาการมาจากวัตถุประสงค์ของการลงโทษเดิม ไม่ว่าจะเป็นการลงโทษเพื่อแก้แค้นทดแทน การลงโทษเพื่อข่มขู่หรือปราบปรามอาชญากรรม การลงโทษเพื่อป้องกันพิเศษ หรือการลงโทษเพื่อการตัดโอกาสในการกระทำความผิด แต่แนวความคิดนี้ตามทฤษฎีนี้เห็นว่าการลงโทษซึ่งเป็นการทรมานผู้กระทำความผิดหรือการลงโทษที่รุนแรงนั้น ไม่สามารถข่มขู่ยับยั้งมิให้ผู้อื่นกระทำความผิดหรือป้องกันมิให้กระทำความผิดซ้ำอีกได้ ดังนั้น แนวความคิดจึงเห็นว่าการบำบัดผู้กระทำความผิดเป็นแนวทางที่ดีกว่า การลงโทษที่รุนแรง ทั้งนี้ ควรมีการบำบัดเพื่อให้ผู้กระทำความผิดสามารถแก้ไขฟื้นฟูตนเอง และกลับเข้าสู่สังคมได้โดยไม่กระทำความผิดอีก เหตุที่ให้มีการบำบัดนั้น เนื่องจากการลงโทษเพื่อแก้ไขฟื้นฟูดังกล่าว เชื่อว่าการกระทำความผิดของแต่ละบุคคลเกิดจากสาเหตุหรือเหตุการณ์ที่เคยเกิดขึ้นในชีวิต ซึ่งหากสามารถระบุถึงเหตุดังกล่าวได้ก็สามารถแก้ไขฟื้นฟูการกระทำความผิดนั้นได้เช่นกัน และการฟื้นฟูเช่นว่าย่อมต้องพิจารณาถึงเหตุปัจจัยของแต่ละบุคคลเป็นกรณีไป จึงจะสามารถฟื้นฟูให้บุคคลดังกล่าวกลับเข้าสู่สังคมได้ อนึ่ง ในปัจจุบันการลงโทษเพื่อแก้ไขฟื้นฟูนี้มีผู้สนับสนุนเป็นอย่างมากเพราะเป็นการพิจารณาถึงปัจจัยของแต่ละบุคคลซึ่งแตกต่างกันไป อีกทั้งยังเป็นไปตามหลักมนุษยธรรมด้วย⁵⁷

หลักการลงโทษเพื่อแก้ไขฟื้นฟู

การลงโทษเพื่อแก้ไขฟื้นฟูมีหลักการสำคัญที่ควรปฏิบัติ 5 ประการ ดังนี้

⁵⁷ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 51. หน้า 16.

(1) พยายามหลีกเลี่ยงไม่ให้ผู้กระทำผิดประสบกับสิ่งที่ทำลายคุณลักษณะประจำตัวของเขา

(2) ใช้วิธีการอื่นแทนการลงโทษจำคุกระยะสั้น โดยหันมาใช้วิธีการอย่างอื่นแทนโทษจำคุก เพราะการลงโทษจำคุกระยะสั้นไม่ทำให้บรรลุมิตรภาพประสงค์ของการฟื้นฟูผู้กระทำผิดการลงโทษ จำคุกระยะสั้นยังจะทำให้ผู้กระทำผิดที่ถูกลงโทษกลายเป็นผู้ร้ายถาวรเพราะผ่านการจำคุกมาแล้ว กลายเป็นคนขี้คุกและยังอาจได้เรียนรู้พฤติกรรมโจรจากในคุกมาด้วยวิธีการอย่างอื่นที่สามารถนำมาใช้แทนการลงโทษจำคุกระยะสั้น เช่น การกักขังแทนค่าปรับ, การรอกการลงโทษหรือรอกการกำหนดโทษ, การคุมประพฤติ เป็นต้น

(3) การลงโทษต้องเหมาะสมกับการกระทำผิดเป็นรายบุคคลตามแนวคิดที่ว่าในการกำหนดโทษและการพิจารณาความหนักเบาของการลงโทษขึ้นอยู่กับระยะเวลาที่จำเป็นต้องใช้ในการแก้ไขเปลี่ยนแปลงผู้กระทำผิด ไม่ใช่ความหนักเบาของการกระทำผิด ดังนั้น จึงต้องลงโทษให้เหมาะสมกับตัวบุคคลผู้กระทำผิดว่าเขาควรได้รับการแก้ไข

(4) เมื่อผู้กระทำผิดได้แก้ไขดีดังเดิมแล้วให้หยุดการลงโทษก็ไม่ควรไปลงโทษเขาต่อไปอีก ควรจะระงับการลงโทษเพราะถึงลงโทษต่อไปก็ไม่ได้ประโยชน์วิธีการที่อาจนำมาใช้คือการพักการลงโทษ (Parole)

(5) มีการปรับปรุงการลงโทษระหว่างที่มีการคุมขังเนื่องจากทฤษฎีการลงโทษเพื่อแก้ไขฟื้นฟูมีแนวคิดว่าจะคืนผู้กระทำผิดกลับไปสู่สังคมจึงต้องหาวิธีการช่วยเหลือให้ผู้กระทำผิดสามารถใช้ชีวิตร่วมกับผู้อื่นในสังคมได้มีอาชีพมีงานทำมีรายได้เลี้ยงตนเองได้ไม่ตกเป็นภาระของผู้อื่นอันจะทำให้เกิดการรังเกียจ ดังนั้น ในระหว่างที่มีการลงโทษควรมีการฝึกอาชีพให้ความรู้ในเรื่องที่จำเป็นต้องนำไปใช้ในสังคม เมื่อพ้นโทษไปแล้วจะสามารถเลี้ยงตนเองได้ทำให้ไม่กลับมากระทำผิด ซ้ำอีก

โดยสรุปจากทฤษฎีที่กล่าวมาแล้วจะเห็นว่า การลงโทษมีความสำคัญต่อการกำหนดพฤติกรรมของคนในสังคมและมีผลต่อประสิทธิภาพในการบังคับใช้กฎหมายด้วย เพราะถ้าหากโทษที่ลงไม่เหมาะสมหรือสอดคล้องกับลักษณะในการกระทำความผิด ไม่ว่าจะเป็นโทษที่หนักเกินควร หรือเป็นโทษที่เบากว่าความร้ายแรงแห่งความผิด หรือเป็นโทษที่ไม่สอดคล้องกับความเป็นจริงโดยปราศจากเหตุผลอันสมควร ย่อมส่งผลให้ประชาชนไม่อาจให้ความเคารพเชื่อฟังต่อการบังคับใช้กฎหมายนั้น เนื่องจากขาดความเชื่อถือต่อหลักกฎหมายซึ่งเมื่อกฎหมายอันถือได้ว่าเป็นกติกาและกรอบกฎเกณฑ์ในการประพฤติปฏิบัติตัวของผู้คน

ในสังคม ไม่อาจใช้ได้อย่างมีประสิทธิภาพแล้ว สังคมนั้นก็ไม่อาจสงบสุขได้⁵⁸ และการนำทฤษฎีใดทฤษฎีหนึ่งมาเป็นหลักในการลงโทษ ก็ไม่อาจทำให้เกิดผลสัมฤทธิ์ได้สมบูรณ์ ยังต้องคำนึงถึงลักษณะความผิด บทลงโทษของกฎหมาย รวมไปถึงข้อเท็จจริงของคดี มาประกอบการพิจารณาด้วย โดยในอดีตการลงโทษก็มุ่งเน้นแก้แค้นทดแทนแต่เมื่อสังคมมีการเปลี่ยนแปลงไปตามกาลเวลาที่เจริญขึ้น บางทฤษฎีของการลงโทษ ก็ไม่เหมาะสมกับอาชญากรรม บางประเภทที่มีรูปแบบซับซ้อน และมีเทคโนโลยีเข้ามาเกี่ยวข้องด้วย เช่น การเล่นเกมออนไลน์ เป็นต้น จากทฤษฎีมนุษยทุกคนมีความต้องการหากแต่ความต้องการไม่ได้รับการตอบสนองมนุษย์จะเกิดความคับข้องใจดังนั้นการจะตอบสนองความต้องการของมนุษย์ มนุษย์ทุกคนจะทำการแสวงหาความร่ำรวยเพื่อเป็นการตอบสนองความต้องการและทางที่จะตอบสนองความต้องการได้เร็วขึ้นคือการเสี่ยงโชคในรูปแบบต่าง ๆ เช่น เกมสื่อกาสิโน ดังนั้นการเล่นการพนันโดยเสี่ยงโชคจะเป็นแรงจูงใจหวังจะได้รางวัลหวังรวยจึงเป็นสาเหตุทำให้คนชอบเสี่ยงโชค⁵⁹ ซึ่งเป็นอีกช่องทางหนึ่งในการหารายได้หรือเงินรางวัลเพื่อสนองความต้องการของตนเอง แม้ในปัจจุบันการพนันจะเป็นเรื่องผิดกฎหมายแต่ปฏิเสธไม่ได้ว่าประชาชนบางส่วนก็ชื่นชอบในการเล่นการพนันเสี่ยงโชค ทำให้บ่อนเถื่อนเสี่ยงที่จะเปิด เพราะผลตอบแทนที่มหาศาลจากการเล่นการพนันนั่นเอง

2.5.3 แนวความคิดโดยพิจารณาจากโทษ

เนื่องจากในความผิดที่มีอัตราโทษแบบหนึ่งอาจมีหลักเกณฑ์การพิจารณาคดีและหลักเกณฑ์ ทางกฎหมายอาญาต่างจากความผิดที่มีอัตราโทษอีกแบบหนึ่งได้ เช่น ในประมวลกฎหมายอาญาของไทยได้แยกเป็นความผิดอาญาทั่วไป และความผิดลหุโทษ โดยที่ความผิดลหุโทษนั้นมี เงื่อนไขบทบัญญัติที่ใช้ต่างจากความผิดอาญาโดยทั่วไป เช่น การไม่คำนึงถึงองค์ประกอบภายในในการกระทำความผิดลหุโทษเลย ตามมาตรา 104 แห่งประมวลกฎหมายอาญา⁶⁰ เป็นต้น

⁵⁸ มาตาลักษณ์ ออรุ่งโรจน์. (2553). *หลักกฎหมายและแนวคิดเกี่ยวกับการมีบทบัญญัติเรื่องการทำโดยพลาด: ศึกษาจากรายงานการประชุมต้นร่างตั้งแต่ประมวลกฎหมายลักษณะอาญาจนถึงปัจจุบัน*. โครงการวิจัย คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 15.

⁵⁹ ชัชพล วนิสัน. (2545). *ทัศนะของเจ้าหน้าที่ตำรวจฝ่ายป้องกันและปราบปรามสังกัด บก.น.8 ต่อการเปิดบ่อนการพนันลูกกฎหมาย*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 17.

⁶⁰ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 104 บัญญัติว่า การกระทำความผิดลหุโทษตามประมวลกฎหมายนี้ แม้กระทำได้โดยไม่มีเจตนาที่เป็นความผิด เว้นแต่ตามบทบัญญัติความผิดนั้นจะมีความบัญญัติให้เห็นเป็นอย่างอื่น

การแบ่งแยกความผิดอาญาโดยพิจารณาจากโทษในประเทศสหรัฐอเมริกา สามารถจำแนกได้ 2 ประเภท คือ Felony และ Misdemeanor

Felony คือ ความผิดอาญาที่มีโทษประหารชีวิต หรือจำคุกในเรือนจำของรัฐ หรือความผิดที่มีอัตราโทษประหารชีวิตหรือจำคุกเกินกว่าหนึ่งปีขึ้นไป

Misdemeanor คือ ความผิดอื่น ๆ ที่ไม่ใช่ ความผิดประเภทแบบ Felony และความผิดเล็กน้อย (Petty offense) เป็นส่วนหนึ่งของความผิดแบบ Misdemeanor เพราะความผิดเล็กน้อยมักจะมีอัตราโทษปรับหรือโทษจำคุก หรือกักขังในระยะเวลาสั้น ๆ

ในประเทศเยอรมัน เดิมได้มีการแบ่งแยกประเภทความผิดอาญาตามอัตราโทษแบ่งออกเป็น 3 ประเภท ได้แก่ Verbrechen (ความผิดอุกฉกรรจ์) Vergehen (ความผิดโทษปานกลาง) และ Übertretungen (ความผิดลหุโทษ)⁶¹ ต่อมา ในปี ค.ศ. 1949 และหลังจากนั้นในปี ค.ศ. 1952 ฝ่ายนิติบัญญัติว่าด้วยอาชญากรรมทางเศรษฐกิจมีการออกรัฐบัญญัติว่าด้วยการละเมิดต่อถูกระเบียบ ซึ่งได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมในปี ค.ศ. 1968 และปี ค.ศ. 1987 โดยตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม 1975 ความผิดลหุโทษที่มีโทษปรับไม่เกิน 500 มาร์ค หรือโทษจำคุกไม่เกิน 6 สัปดาห์ได้ถูกยกเลิกไปและนำไปบัญญัติไว้ในกฎหมายเกี่ยวกับการละเมิดต่อถูกระเบียบแทน

2.5.4 แนวคิดการลดทอนการเป็นความผิดทางอาญา (Decriminalization)

การกำหนด “ความผิดอาญา” มีความสำคัญมาก เพราะมีผลกระทบต่อเนื้อตัวร่างกาย สิทธิและเสรีภาพของมนุษย์การกำหนดความผิดอาญาจึงต้องใช้เฉพาะกับการกระทำที่เป็นอาชญากรรมเท่านั้น กล่าวคือ ถ้ากำหนดความผิดอาญาเกินความจำเป็น ก็จะมีผลกระทบต่อปัจเจกบุคคล หลักนิติธรรม สักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์สังคม กระบวนการยุติธรรม ซึ่งมีผลกระทบที่ยิ่งใหญ่ตามมาอย่างที่ไม่อาจคาดไม่ถึง ในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีหรือสาธารณรัฐฝรั่งเศสนอกจากจะมีการจำแนกความผิดอาญาตามลำดับความหนักเบาของความผิดแล้ว ความผิดบางอย่างไม่ได้เป็นความผิดอาญาที่แท้จริง ถูกแยกออกจากความผิดอาญา กำหนดเป็นความผิดใหม่ เช่น การละเมิดสาธารณะ (Public Tort) ความผิดในทางปกครอง (Administrative Misdemeanors) เป็นต้น

⁶¹ คณิต ฌ นคร. (2540). *อัยการเยอรมันและการดำเนินคดีอาญาของอัยการเยอรมันก่อนฟ็อง*. ใน รวมบทความทางด้านวิชาการของ คณิต ฌ นคร รวบรวมโดย สหาย ทรัพย์สุนทรกุลและคนอื่น ๆ. กรุงเทพฯ: พิมพ์อักษร. หน้า 149.

การบังคับใช้กฎหมายเกี่ยวกับการพนัน จึงควรที่จะมี “หลักการลดทอนการใช้มาตรการทางอาญา” (Decriminalization)⁶² เป็นหลักการที่ลดการนำเอามาตรการทางอาญามาใช้ในเรื่องที่ไม่จำเป็น หรือการลดทอนความเป็นอาชญากรรม ในการกระทำที่ถูกบัญญัติเป็นความผิดทางอาญาไว้ที่เกินสมควร (Over criminalization) โดยใช้มาตรการอื่นๆ แทนในการระงับคดีนอกระบบยุติธรรมตามปกติ เช่น มาตรการทางปกครอง มาตรการปรับทางปกครอง มาแทนมาตรการบังคับทางอาญา สำหรับประเทศไทยนั้นยังไม่มีกรอบทบทวนการกำหนดความผิดอาญา หลักการลดทอนการใช้มาตรการทางอาญาจึงยังไม่มีการนำมาใช้มากนัก แต่กลับนำเอามาตรการทางอาญามาใช้มากขึ้น ในประเทศไทยความผิดที่ควรลดทอนลง เช่น ความผิดลหุโทษ ความผิดฐานทำให้แท้งลูก ความผิดเกี่ยวกับการพนันบางประเภท ความผิดเกี่ยวกับการใช้เชือก ความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดบางประเภท เช่น เสพกระท่อมหรือกัญชา จำนวนน้อยๆ เป็นต้น

2.5.5 ทฤษฎีหลักแห่งความได้สัดส่วน (Principle of Proportionality)

หลักความได้สัดส่วนหรือหลักการจำกัดสิทธิและเสรีภาพเท่าที่จำเป็นหรือหลักพอสมควร แก่เหตุหรือเรียกอีกชื่อหนึ่งว่าหลักห้ามมิให้กระทำเกินกว่าเหตุได้รับการยอมรับว่าเป็นหลักกฎหมายทั่วไปในระดับกฎหมายรัฐธรรมนูญและเป็นหลักกฎหมายที่มีความสำคัญอย่างยิ่งในการนำมาใช้ควบคุมการใช้อำนาจของรัฐที่มีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนตามหลักกฎหมายของเยอรมันนั้นถือว่าเป็นหลักกฎหมายมหาชนทั่วไปที่มีได้บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร แต่อย่างไรก็ตาม แต่ได้รับการยอมรับว่าเป็นหลักกฎหมายทั่วไปอย่างกว้างขวาง มิใช่แต่เฉพาะในเยอรมัน ยังรวมถึงออสเตรเลียฝรั่งเศส สวิตเซอร์แลนด์และประเทศอื่นๆ นอกจากนี้ ยังได้รับการยอมรับว่าเป็นหลักกฎหมายในกฎหมายระหว่างประเทศโดยเฉพาะอย่างยิ่งเป็นหลักพื้นฐานหลักกฎหมายสหภาพยุโรปด้วย⁶³

จะเห็นได้ว่าหลักความได้สัดส่วนเป็นหลักที่ได้รับการยอมรับว่าเป็นหลักในทางกฎหมายที่สำคัญทั้งนี้เพราะรากฐานของหลักความได้สัดส่วนนั้นพื้นฐานมาจากหลักความยุติธรรมอันเป็นพื้นฐานของกฎหมายทั่วไป หลักความได้สัดส่วนนั้นเป็นหลักที่คำนึงถึงความยุติธรรมทั้งในส่วนของปัจเจกชนและความยุติธรรมต่อสังคมโดยรวมด้วย โดยหลักความได้

⁶² ธานี วรภัทร์. (2556). *หลักนิติธรรมกับการใช้มาตรการบังคับทางอาญา*. เอกสารประกอบการฝึกอบรมหลักสูตร หลักนิติธรรมเพื่อประชาธิปไตยรุ่นที่ 1. วิทยาลัยรัฐธรรมนูญ สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ. หน้า 10-11.

⁶³ บุรณิมา ภูนิอาจ. (2558). *อำนาจศาลในการกำหนดเงื่อนไขในการปล่อยตัวชั่วคราว*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขานิติศาสตร์, คณะนิติศาสตร์ปริทัศน์มขงศ์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์. หน้า 24-25.

สัดส่วนเป็นหลักสำคัญในการตรวจสอบการกระทำของรัฐทั้งหลายอันมีผลต่อความสมบูรณ์หรือความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำนั้นๆ ทั้งนี้ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ได้เคยวินิจฉัยว่าหลักความได้สัดส่วนเป็นหลักที่มีผลมาจากหลักนิติรัฐ ดังนั้น หลักความได้สัดส่วนจึงมีลำดับชั้นในระดับของรัฐธรรมนูญอันเป็นหลักการที่มีความมุ่งหมายสำคัญเพื่อจำกัดการใช้อำนาจของรัฐและเป็นหลักที่ก่อให้เกิดความมั่นคงต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชน

หลักความได้สัดส่วนมีหลักที่เป็นสาระสำคัญ 3 ประการกล่าวคือหลักความเหมาะสม หลักความจำเป็นและหลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ

(1) หลักความเหมาะสมหมายถึงมาตรการนั้นเป็นมาตรการที่อาจทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ตามที่กำหนดไว้ได้ มาตรการอันใดอันหนึ่งจะเป็นมาตรการที่ไม่เหมาะสมหากมาตรการนั้นไม่อาจบรรลุวัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้ได้หรือการบรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าวนั้นเป็นไปด้วยความยากลำบาก เช่น กฎหมายมีวัตถุประสงค์ที่ต้องการรักษาความสงบเรียบร้อยศีลธรรมอันดีของประชาชนมาตรการหรือกลไกทางกฎหมายก็ต้องสามารถป้องกันมิให้เกิดการจลาจล หรือความไม่สงบเรียบร้อยในสังคมนั้นได้ และถ้ามาตรการหรือกลไกทางกฎหมายนั้นไม่สามารถบรรลุถึงวัตถุประสงค์ดังกล่าวก็ถือว่ากฎหมายฉบับนั้นไม่บรรลุผลหรือไม่เป็นไปตามหลักความสัมฤทธิ์ผล และขัดต่อรัฐธรรมนูญ

(2) หลักความจำเป็นหมายถึงมาตรการหรือวิธีการที่อาจบรรลุวัตถุประสงค์ตามที่กำหนดได้และเป็นมาตรการหรือวิธีการที่อาจก่อให้เกิดผลกระทบน้อยที่สุด ดังนั้น หากมีมาตรการอื่นที่สามารถบรรลุวัตถุประสงค์นั้นได้ และมีผลกระทบน้อยกว่ามาตรการที่รัฐได้เลือกใช้ ในกรณีนี้ย่อมถือได้ว่ามาตรการที่รัฐนำมาใช้มิได้เป็นไปตามหลักความจำเป็น ทั้งนี้ตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญเสรีประชาธิปไตยแล้วรัฐจะเรียกร้องให้ราษฎรจำต้องสละสิทธิเสรีภาพของราษฎรเกินขอบเขตแห่งความจำเป็นแก่การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของผู้อื่นและหรือประโยชน์สาธารณะเท่านั้น การจำกัดสิทธิเสรีภาพของราษฎรเกินขอบเขตแห่งความจำเป็นแก่การดำเนินการให้บรรลุจุดมุ่งหมายที่ตั้งไว้ย่อมเป็นการฝ่าฝืนเจตนารมณ์ตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ

(3) หลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบเป็นเรื่องของความสัมพันธ์ระหว่างวัตถุประสงค์และวิธีการ และหมายความว่ามาตรการอันใดอันหนึ่งจะต้องไม่อยู่นอกเหนือขอบเขตของความสัมพันธ์ระหว่างวิธีการดังกล่าวกับวัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้หรือมาตรการอันใดอันหนึ่งจะต้องอยู่ภายในขอบเขตของความสัมพันธ์ที่เหมาะสมระหว่างวิธีการกับวัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้ กล่าวคือ เป็นการพิจารณาความสมดุลระหว่างสิทธิขั้นพื้นฐานที่ถูกละเมิด

กระทบกับผลประโยชน์ส่วนรวมที่เกิดจากการกระทบสิทธิขั้นพื้นฐานดังกล่าวจะต้องอยู่ในสัดส่วนที่สมดุลกัน แต่หากกระทบสิทธิของปัจเจกบุคคลมาก แต่ประโยชน์สาธารณะที่เกิดจากการกระทบสิทธิดังกล่าวมีเพียงเล็กน้อยเท่านั้น กรณีย่อมถือว่าไม่เป็นไปตามหลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ

แนวคิดตามหลักสัดส่วนได้นำไปปรับใช้ทางกฎหมายอาญาเพื่อหาหลักสัดส่วนในการกำหนดโทษทางอาญา ซึ่ง Cardona⁶⁴ ได้เขียนไว้ใน Liabilities and discipline of civil servants นอกจากนี้จะเห็นว่าการใช้อำนาจในการออกกฎหมาย คำสั่ง กฎ และข้อบังคับต่าง ๆ นอกจากจะเป็นไปตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ให้อำนาจแล้ว แนวคิดหลักสัดส่วนยังเป็นพื้นฐานสำคัญและเป็นเครื่องมือสำคัญของศาลทั่วไป และศาลรัฐธรรมนูญในประเทศต่าง ๆ ที่ใช้ในการชั่งน้ำหนักว่าการใช้อำนาจรัฐเป็นไปตามสาระสำคัญแห่งรัฐธรรมนูญกฎหมาย และการใช้สัดส่วนสมดุลที่เหมาะสมและจำเป็นหรือไม่เพียงใด ด้วยเหตุนี้ การออกกฎหมาย คำสั่ง กฎ และข้อบังคับ จึงไม่ใช่เพียงแต่มีกฎหมายให้อำนาจไว้เท่านั้น แต่การใช้อำนาจรัฐในการกระทำทางกฎหมายดังกล่าวต้องใช้หลักสัดส่วนด้วย ทั้งนี้เป็นไปตามหลักนิติรัฐในการปกครองระบบประชาธิปไตยในสมัยใหม่ภายใต้สัญญาประชาคมที่ได้ให้ไว้นั่นเอง

จะเห็นว่า โดยหลักแล้วการกำหนดนโยบายทางอาญาในการป้องกันและปราบและควบคุมอาชญากรรม จะใช้วิธีการออกกฎหมายควบคุม แต่การออกกฎหมายก็ควรจะใช้หลักนิติรัฐ นิติธรรม เป็นหลัก เพื่อสร้างความปลอดภัยให้กับสังคมได้อย่างเต็มที่ โดยเฉพาะอย่างยิ่งบทลงโทษที่เกี่ยวข้องกับการเปิดบ่อนการพนันที่ไม่ได้รับอนุญาต การพิจารณาในการกำหนดบทลงโทษก็ควรนำเอาหลักความได้สัดส่วนในเรื่องการกระทำผิดกับความเสียหายที่เกิดขึ้น และวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองสังคม มาเป็นองค์ประกอบในการพิจารณาด้วย เพื่อให้การลงโทษจะต้องได้สัดส่วนกับความผิด (proportionality of punishment) ทฤษฎีนี้เห็นว่า จำนวนโทษที่ผู้กระทำผิดควรจะได้รับจะต้องเท่ากับกับความเสียหายที่เขาได้กระทำลงจากการกระทำผิด

2.5.6 แนวคิดการบำบัดรักษาผู้ติดการพนัน⁶⁵

ในอดีตพฤติกรรมกรรมการติด (Addiction) มักถูกตีความให้หมายถึงการติดสารทางเคมี ที่มีคุณสมบัติทำให้เสพติดได้ เช่น ยาบ้าเฮโรอีน กัญชา ฝิ่น บุหรี่ เหล้า เท่านั้น แต่ในปัจจุบันมี

⁶⁴ Francisco Cardona. (2003). อ้างถึงใน วุฒิชัย จิตตานุ. การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของหลักสัดส่วนในบทบัญญัติแห่งกฎหมายของโลก (1). *วารสารศาลยุติธรรมปริทัศน์*. หน้า 121.

⁶⁵ นันทชัย กิจรานันท์. (2556). *การนำมาตรการบำบัดรักษาผู้ติดการพนันมาใช้ในความผิดการพนัน*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขานิติศาสตร์, คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 78-85.

การให้ความหมายที่กว้างขึ้นกว่าในอดีต โดยพฤติกรรมการติดนี้ มีความหมายรวมถึงสิ่งที่ไม่ใช่สารเคมี เช่น พฤติกรรมการติดการพนัน ติดอินเทอร์เน็ต ติดเกม เป็นต้น เมื่อนิยามความหมายของการติด กว้างขึ้นกว่าในอดีต สิ่งอื่นที่ไม่ใช่สารเคมี อย่างเช่น การพนัน จึงเป็นสิ่งที่ทุกคนควรระมัดระวัง โดยเฉพาะอย่างยิ่งการพนันในปัจจุบันมีหลากหลายชนิดมากขึ้น ทั้งแบบที่เล่นกันมานานแล้ว เช่น การเล่นไพ่ ซ็อลลอตเตอรี ซ็อหวย พนันกีฬา เล่นบิงโก พนันกับเครื่องเล่น หรือแบบที่เพิ่งเกิดขึ้นใหม่ เช่น การพนันทางอินเทอร์เน็ต รวมไปถึงจนถึงการเล่นหุ้นในตลาดหุ้นก็จัดเป็นการพนันรูปแบบหนึ่ง เมื่อการพนันมีรูปแบบที่หลากหลายชนิดมากขึ้น โอกาสที่จะหลงเข้าไปอยู่ในวังวนของการติดการพนันก็มากขึ้นด้วย ทั้งนี้พบว่าการพนันชนิดใดที่ยังได้รางวัลเร็วหรือเห็นผลประโยชน์เร็วจะยิ่งทำให้ติดการพนันชนิดนั้นๆ ได้ง่ายและรวดเร็วยิ่งขึ้น

1) อาการติดการพนัน

อันเนื่องมาจากการติดการพนันมีความแตกต่างจากการติดสารเสพติดประเภทอื่นที่ส่งผลกระทบต่อจิตและประสาท เช่น สุรา ยาเสพติด การที่จะระบุว่าผู้ใดมีอาการติดการพนันหรือไม่ในปัจจุบันใช้เครื่องมือซึ่งในทางการแพทย์เรียกว่า คู่มือการวินิจฉัยและสถิติสำหรับความผิดปกติทางจิต (Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders DSM-IV) โดยเครื่องมือดังกล่าว เป็นการชี้ให้เห็นถึงลักษณะของพฤติกรรมของผู้ที่มีอาการติดการพนันว่ามีประการใดบ้าง โดยส่วนใหญ่จะเป็นอาการซึ่งแสดงออกมาทางภายนอก อันสอดคล้องกับลักษณะของผู้ติดการพนันที่ต้องอาศัยการสังเกตพฤติกรรม ประกอบการสัมภาษณ์ มิใช่การตรวจสารเคมี หรือปัสสาวะในร่างกายเช่นเดียวกับการติดสารเสพติดอื่น

โดยเนื้อหาสำคัญในการวินิจฉัยและสถิติสำหรับความผิดปกติทางจิต (Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders DSM-IV) ซึ่งระบุว่าบุคคล ดัง กล่าวมีอาการติดการพนัน จะมีลักษณะอาการดังต่อไปนี้ คือ

(1) มีอารมณ์รุนแรง โกรธเคือง ก้าวร้าว รู้สึกกระสับกระส่าย หงุดหงิดง่าย (Withdrawal) หากมีบุคคลภายนอกมาขอให้หยุดเล่นการพนันหรือลดปริมาณการเล่นพนันลง รวมถึงกรณีที่มีปัจจัยภายนอกอื่นๆ มาขัดจังหวะทำให้ต้องหยุดเล่นพนันหรือลดการพนันหรือลดปริมาณการเล่นพนันลงเช่นกัน

(2) เริ่มมีปัญหาด้านความสัมพันธ์กับบุคคลรอบข้าง ทั้งความสัมพันธ์ภายในครอบครัว ความสัมพันธ์ในแง่ของการทำงาน (Affect significant relationship) บุคคลดังกล่าวอาจตกงานหรือถ้าอยู่ในวัยเรียน ผลการเรียนก็จะเปลี่ยนแปลงไปในทางที่แย่ลงอย่างเห็นได้ชัด

(3) เมื่อเป็นฝ่ายเสียการพนัน มักจะมีแรงผลักดันอย่างไม่ลดละที่กระตุ้นจากภายใน เพื่อที่จะเอาคืนให้ได้ (Goal is to get even by chasing) ถึงแม้การเล่นพนันต่อไปจะทำให้เสียพนันมากขึ้นเรื่อยๆ แต่ไม่ยอมเลิก

(4) ใช้การพนันเป็นเครื่องมือเพื่อให้ตนเองรู้สึกดีขึ้นจากความเครียดรอบตัวต่าง ๆ ในชีวิต (Escape) รวมถึงการใช้การพนันเพื่อหลบหนีจากความรู้สึกผิด ความกังวลความเศร้าต่าง ๆ

(5) มีหนี้สิน ทำให้ความมั่นคงทางการเงินบุคคลดังกล่าวหมดไปจนต้องพึ่งรายรับจากบุคคลรอบข้าง (Rescue) เพื่อใช้ในการดำรงชีวิต

(6) มีการกระทำผิดกฎหมายที่เกี่ยวข้อง ทั้งในส่วนของกฎหมายอาญา เช่น ลักทรัพย์ วิว่งราว ทรัพย์ชิงทรัพย์ฉ้อโกง ความผิดเกี่ยวกับเช็ค ชักยอก หรืออาจเป็นความผิดตามกฎหมายอื่น ๆ (Outside the laws) โดยมีสาเหตุหลักเพื่อนำทรัพย์สินดังกล่าวมาเล่นพนันหรือนำมาใช้หนี้พนัน

(7) ไม่สามารถควบคุมพฤติกรรมตนเองได้ (Failure to control) กล่าวคือ แม้มีความต้องการที่จะหยุดหรือลดปริมาณการเล่นพนันลง แต่ท้ายสุดก็ไม่สามารถทำได้ที่ตั้งใจไว้ต้องกลับไปเล่นพนันเหมือนเดิมอีก

(8) การเพิ่มปริมาณเพื่อให้ได้ความพึงพอใจเช่นเดิม (Tolerance) กล่าวคือ นักพนันต้องเพิ่มปริมาณจำนวนการครั้งหรือเพิ่มระยะเวลาในการเล่นจึงจะได้ความรู้สึกพึงพอใจเช่นเดิม

(9) พยายามโกหกทั้งต่อครอบครัว บุคคลรอบข้างและจิตแพทย์ผู้รักษา (Evades telling the truth) เพื่อปกปิดพฤติกรรมการเล่นการพนันของตน

(10) บุคคลดังกล่าวถูกครอบงำหมกมุ่นอยู่กับความคิดที่ต้องการเล่นการพนัน (Needs to think about gambling) กล่าวคือ มีลักษณะหมกมุ่นพูดแต่เรื่องการพนัน กรุ่นคิดแต่เรื่องการพนันว่าตนเล่นพนันได้เงินมาเท่าไร หรือตนเล่นเสียไปเท่าไรและในอนาคตจะเล่นพนันต่อเพื่อให้ได้เงินมาอีกเท่าไร หรือกรณีที่เป็นผู้เสียการพนันก็มักจะคิดแต่ว่าอนาคตจะพยายามแก้มือให้ได้เร็วที่สุด

จากที่กล่าวมา 10 ประการข้างต้น เป็นลักษณะที่บ่งชี้ว่าบุคคลดังกล่าวมีอาการติดการพนัน โดยวิธีการตรวจนั้นต้องอาศัยการเฝ้าสังเกตจากบุคคลที่อยู่ใกล้ชิดกับบุคคลที่เข้ารับการตรวจเพื่อที่แพทย์จะได้รับข้อมูลที่ถูกต้องแท้จริง โดยหากผลการตรวจปรากฏว่าบุคคลดังกล่าวมีลักษณะอย่างน้อย 5 ประการจาก 10 ประการ ทั้งหมด บุคคลดังกล่าวจะเป็นผู้ติดการพนันตามหลักการวินิจฉัยข้างต้น แต่หากมี 3 หรือ 4 อาการจัดว่าเป็นผู้มีปัญหาเกี่ยวกับ

การพนัน และหากมีเพียง 1 หรือ 2 ข้อ จะจัดเป็นผู้เล่นพนันที่มีความเสี่ยง (at-risk gambler) โดยสรุปจะเห็นได้ว่าพฤติกรรมของนักพนันนั้นมีหลายรูปแบบสามารถแบ่งแยกได้ ดังนี้

(1) ผู้ติดการพนัน (pathological gambler) มีวัตถุประสงค์ในการเล่นเพื่อแสวงหาความสุข ความตื่นเต้นและเพื่อหนีปัญหา โดยไม่สามารถควบคุมพฤติกรรมการเล่นของตนเองได้ทั้งจำนวนเงินที่เสียไปและจำนวนที่ใช้ในการเล่นการพนัน จึงจำเป็นต้องได้รับการรักษาโดยแพทย์

(2) ผู้มีปัญหาจากการพนัน (problem gambler) มีวัตถุประสงค์ในการเล่นเพื่อแสวงหาความสุขความตื่นเต้นและเพื่อหนีปัญหา โดยไม่สามารถควบคุมพฤติกรรมการเล่นของตนเองได้ทั้งจำนวนเงินที่เสียไปและจำนวนที่ใช้ในการเล่นการพนันเช่นเดียวกับผู้ติดการพนันแต่อาจมีอาการติดการพนันน้อยกว่ากรณีแรก จึงควรพามาพบแพทย์เพื่อประเมิน

(3) ผู้เล่นพนันที่ดูเสี่ยงจะติด (at-risk gambler) มีวัตถุประสงค์ในการเล่นเพื่อแสวงหาความสุขความตื่นเต้นและเพื่อหนีปัญหา จำนวนเงินที่เสียไปในการเล่นพนันไม่สามารถที่จะคาดเดาได้แต่ยังสามารถควบคุมพฤติกรรมในส่วนจำนวนเงินที่ใช้ในการเล่นพนันได้พอใช้กรณีนี้จึงควรพามาพบแพทย์เพื่อประเมินเช่นเดียวกัน

(4) นักพนันตามงานสังคม (social gambler) เป็นผู้ที่เล่นพนันเพื่อความสนุกสนานตามวาระ เทศกาลต่าง ๆ สามารถควบคุมพฤติกรรมของตนเองได้จึงไม่จำเป็นต้องนำมาเข้ารับการรักษา

(5) นักพนันมืออาชีพ (professional gambler) เป็นผู้ที่เล่นพนันเพื่อหารายได้เลี้ยงตนเอง สามารถควบคุมพฤติกรรมตนเองทั้งจำนวนที่ใช้ในการเล่นและจำนวนเงินที่เสียไปได้อย่างดี จึงไม่จำเป็นต้องนำมาเข้ารับการรักษา

สาเหตุของการติดการพนัน อาจเกิดจากสาเหตุใดสาเหตุหนึ่งหรือหลายสาเหตุประกอบกัน ซึ่งสามารถจำแนกได้ดังนี้

(1) ปัญหาทางสุขภาพจิต เกิดจากการหมกมุ่นอยู่กับการพนันเป็นเวลานานและบ่อยครั้ง จนเกิดเป็นปัญหาทางระบบประสาท ทำให้ไม่สามารถคิดและยับยั้งชั่งใจเฉกเช่นคนปกติ

(2) พันธุกรรม กล่าวคือ เป็นยีนผิดปกติที่ได้รับมาจากบรรพบุรุษทำให้ระบบควบคุมพฤติกรรมและการตอบสนองผิดปกติ โดยความผิดปกติส่วนนี้อาจออกมาในรูปแบบการหลั่งสารโดพามีน ที่บกพร่องอาจจะมากไป ในขณะที่เล่นพนันทำให้บุคคลดังกล่าวเกิดอาการติด ดังนั้นหาก ศึกษาประวัติบรรพบุรุษ ผู้ติดการพนัน หากมีประวัติติดการพนัน มีปัญหาทางด้านอารมณ์บุคลิกภาพแปรปรวน ก็มีแนวโน้มว่าผู้ติดการพนันได้รับยีนที่ผิดปกติมา

(3) การหลีกเลี่ยงนิสัยภาวะอารมณ์ที่ไม่ต้องการกล่าวคือ เป็นการใช้การพนันเพื่อหนีปัญหาในชีวิตประจำวัน ที่ตนเองต้องเผชิญ หรือใช้การพนันเป็นทางแก้ความเหงา ความเครียด ความกังวล จนในที่สุดต้องคอยพึ่งการพนันเพื่อให้รู้สึกดี

กล่าวโดยสรุป สำหรับสาเหตุของการติดการพนันนั้น ปัจจุบันจัดว่าเป็นอาการผิดปกติทางสมอง โดยงานวิจัยได้พบว่า วงจรการทำงานของสมองของผู้ติดการพนันมีลักษณะที่ต่างจากคนทั่วไป เช่น วงจรการควบคุมตนเอง นอกจากนี้สารสื่อประสาทในสมองชนิดหนึ่ง คือ เซโรโทนิน (serotonin) อาจเสียสมดุลในผู้ที่ติดการพนัน โดยพบว่ามีระดับการทำงานของสมองลดลงการพนันในเพศชายและเพศหญิงมีความแตกต่างกัน เพศหญิงมีแนวโน้มที่จะเล่นการพนันแบบที่ไม่ต้องใช้ยุทธวิธี มีแนวโน้มที่จะเล่นเพื่อหลีกเลี่ยงปัญหาชีวิตมากกว่ามีแนวโน้มที่จะมีปัญหาการติดเหล้าหรือทำสิ่งผิดกฎหมายน้อยกว่าและมีแนวโน้มที่จะพยายามหาความช่วยเหลือในการรักษาการติดพนันมากกว่าเพศชาย

การบำบัดรักษาผู้ติดการพนัน แม้ว่าการติดการพนันจะเป็นภาวะเรื้อรัง และมักจะกลับเป็นซ้ำได้บ่อยๆ แต่ก็ยังเป็นภาวะที่สามารถรักษาได้ ผู้ติดการพนันมักจะขอรับการรักษาเมื่ออาการเป็นมาก จนมีปัญหาการเงินขั้นรุนแรง อย่างไรก็ตามการรักษาจะทำให้คุณภาพชีวิตของผู้ติดการพนันและครอบครัวโดยเฉพาะเรื่องการเงินดีขึ้น สำหรับแนวทางการรักษามักใช้วิธีการปรับเปลี่ยนพฤติกรรม (behavioral therapy) การให้คำปรึกษา (counseling) หรือ อาจใช้วิธีการเปลี่ยนแนวคิด (cognitive therapy) และอาจให้เข้าร่วมกลุ่มเพื่อให้การสนับสนุน และให้กำลังใจในการเปลี่ยนพฤติกรรมการเล่นการพนัน การรักษาด้วยยาอาจมีส่วนช่วยได้ โดยให้การรักษาร่วมกันระหว่างการรักษา นอกจากนี้ควรรักษาโรคอื่นที่พบร่วมกับการติดการพนัน เช่น ภาวะซึมเศร้า วิตกกังวล และการติดสารเสพติดชนิดอื่น เช่น เหล้า บุหรี่ จะช่วยทำให้ลดอาการติดการพนันได้