

บทที่ 2

ประวัติความเป็นมา แนวคิด ทฤษฎีทางกฎหมายเกี่ยวกับการค้าประเวณี

การค้าประเวณีเป็นปัญหาที่มีมานานในสังคมและยากต่อการป้องกันและปราบปรามให้หมดสิ้นไป แม้ทางรัฐจะได้แสวงหามาตรการต่างๆ ขึ้นมาใช้บังคับ เพื่อปราบปรามความผิดฐานค้าประเวณี แต่ผู้กระทำความผิดก็พยายามหาช่องทางและช่องว่างของกฎหมายเพื่อหลีกเลี่ยงความผิดตลอดมา ปัจจุบันการค้าประเวณีมีจำนวนมาก อันเป็นผลมาจากสภาพเศรษฐกิจที่ตกต่ำและที่สำคัญยิ่งคือ บุคคลที่ตัดสินใจค้าประเวณีนั้นอาจจะอยู่ในสังคมที่มีความต้องการในการบริโภคและวัตถุนิยมสูง ทำให้มีผู้ที่ค้าประเวณีมากขึ้น โดยมีรูปแบบการค้าประเวณีที่แตกต่างกันไป ปัญหาการค้าประเวณี กรณีผู้ค้าประเวณีจึงเป็นปัญหาสำคัญในการที่จะหามาตรการแก้ไขปัญหาดังกล่าว ในบทที่ 2 นี้ จะได้ศึกษาทบทวนวรรณกรรมประวัติ ความเป็นมา และความหมายโสเภณี และการค้าประเวณี รวมทั้งแนวคิด และทฤษฎีกฎหมายอาญาที่เกี่ยวข้อง ตลอดจนหลักแห่งความได้สัดส่วน เพื่อใช้เป็นพื้นฐานข้อมูลและแนวทางต้นแบบในการวิเคราะห์สภาพปัญหาและปรับใช้กฎหมายอาญาที่เหมาะสมในการแก้ไขปัญหการค้าประเวณีของผู้ค้าประเวณีต่อไป

2.1 ประวัติ ความเป็นมา และความหมายของโสเภณี¹

คำว่าโสเภณีเมื่อพิจารณาจากพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถานแปลว่างานหรือหญิงงามแต่บุคคลทั่วไปเมื่อพูดถึงคำว่าโสเภณีมักนึกถึงหญิงที่ทำการค้าประเวณีซึ่งคำ นี้เป็นคำย่อมาจากคำว่า “นครโสเภณี” หรือ “นครโสเภณี” ซึ่งหมายถึงหญิงที่รับจ้างสำเร็จความใคร่ของผู้อื่นตรงกับภาษาจีนว่า หยาฉ่า และตรงกับภาษาอังกฤษว่า “Prostitute” (Prostitute means a person who has sex for money) พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้าประเวณี พ.ศ.2539 เป็นกฎหมายที่บังคับใช้ใน ปัจจุบัน ได้กำหนดนิยามความหมายของคำว่า “การค้าประเวณี” ไว้ในมาตรา 4 วรรคแรก “การค้าประเวณี หมายความว่า การยอมรับการกระทำชำเรา หรือการยอมรับการกระทำอื่นใดหรือการกระทำอื่น

¹ ตรีรงค์ บวรรัตนปราชญ์. (2553). พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 ศึกษากรณี การกระทำความผิดเกี่ยวกับการค้าประเวณีบนอินเทอร์เน็ต. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, สาขาวิช นิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 24-26.

ใดเพื่อสำเร็จความใคร่ในทางกามารมณ์ของผู้อื่น อันเป็นการสำส่อนเพื่อสินจ้างหรือประโยชน์อื่นใด ทั้งนี้ไม่ว่าผู้ยอมรับการกระทำและผู้กระทำจะเป็นบุคคลเพศเดียวกันหรือคนละเพศ”

สำหรับแนวความคิดของนักวัตถวิสัย (Objectivist conception) โสเภณีจัดเป็นพฤติกรรมเบี่ยงเบนหรือพฤติกรรมฝืนสังคม (deviant behaviors) ซึ่งเป็นพฤติกรรมฝ่าฝืนบรรทัดฐานสังคม การให้ความหมายหรือจำกัดความตามแนวความคิดของนักวัตถวิสัยที่พบเห็นหรือเป็นที่ทราบโดยทั่วไป ได้แก่ การให้ความหมายที่ว่า โสเภณีหมายถึง “การขายบริการทางเพศ” (sex for pay) จากกฎหมายดังกล่าวการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งของผู้ที่มิได้สมรสดังต่อไปนี้จัดเป็น โสเภณี ดังนี้

1) การให้เสพสมความสัมพันธ์ทางเพศแก่บุคคล โดยรับเงินค่าจ้างรางวัลเป็นการตอบแทน และหรือ โดยได้รับของมีค่าบางอย่างเป็นการตอบแทน

2) เสนอให้ (หรือชักชวนเชื้อเชิญ) มีความสัมพันธ์ทางเพศแก่บุคคล โดยรับเงินค่าจ้างรางวัลหรือของมีค่าบางอย่างเป็นการตอบแทน และ

3) การ (ขอร้องหรือ) เรียกร้อง (หรือตกลงยินยอม) เงินค่าจ้างรางวัลหรือสิ่งมีค่าจากบุคคลสำหรับการให้บริการทางเพศ

อย่างไรก็ตาม เป็นการยากที่จะทำการนิยามหรือให้คำจำกัดความลงไปให้แน่ชัดว่าบุคคลประเภทใดหรือประเภทไหนบ้างที่ควรจะได้ชื่อว่า “โสเภณี” ในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จึงศึกษาเฉพาะหญิงที่รับจ้างทำการค้าประเวณีเป็นอาชีพโดยแท้จริงอาศัยอยู่ในประเทศไทยยึดถืออาชีพค้าประเวณีเป็นอาชีพหลักและปราศจากการถูกข่มขู่บังคับ

2.1.1 ประวัติความเป็นมาของโสเภณีในยุโรป²

ประวัติศาสตร์โสเภณีและการค้าประเวณีไม่ถูกกำหนดให้เป็นสิ่งที่น่ารังเกียจดังเช่นปัจจุบัน เพราะในช่วงเวลาดังกล่าวอาชีพค้าประเวณีที่หญิงโสเภณีทำนั้น ไม่มีกฎหมายกำหนดให้เป็นความผิดจึงไม่ใช่สิ่งผิดกฎหมาย ในทางตรงข้ามกลับถูกยอมรับยกย่องจากคนในสังคมอีกด้วย เพราะการค้าประเวณีในขณะนั้นผูกพันอยู่กับความเชื่อทางศาสนาที่เชื่อว่าหญิงพรหมจรรย์อย่างน้อยครั้งหนึ่งจะต้องอุทิศตนให้กับศาสนา โดยการให้หญิงสาวไปคอยขายแปลกหน้าในโบสถ์เพื่อการสมสู่กับชายที่ถือว่าเป็นการสังเวทเทพธิดา โดยเชื่อกันว่าหากทำเช่นนั้นแล้วจะทำให้เทพธิดาพอใจพีชพรรณธัญญาหารก็จะสมบูรณ์ ซึ่งพิธีกรรมมีปรากฏเป็นหลักฐานในเมืองอื่นของยุโรป เช่น เมือง Venus Astarte Ashtoreth รูปแบบในระยะแรกๆ นั้นเป็นการพลีกายเพื่อศาสนา

² ตรังค์ บวรรัตนปราชญ์. (2553). อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 1. หน้า 27.

แบบไม่มีค่าตอบแทนแต่อย่างใด ต่อมามีการเรียกค่าตอบแทนจากชายผู้มาหลับนอนกับหญิงและค่าตอบแทนที่เก็บจากชายนี้จะนำมาใช้ในพิธีกรรมทางศาสนาต่อไป แม้ในยุคสมัยบาบิโลนก็ปรากฏว่ามีพิธีกรรมประหลาดดังกล่าวอยู่เช่นกัน จากบันทึกของเฮโรดอต (Herodotus B.C.484 - 435) ได้บันทึกไว้ว่าหญิงสาวชาวบาบิโลเนียนทุกคนจะต้องมานั่งอยู่ในโบสถ์อิซตาร์ (Ishtar) โดยเมื่อมีชายแปลกหน้าผ่านเข้ามาและฟังพอในหญิงคนใดก็จะโยนเหรียญให้ที่ตักหญิงที่รับเหรียญมานั้นจะต้องพลีพรหมจรรย์ให้แก่ชายแปลกหน้าดังกล่าว ส่วนเงินที่ได้ก็จะส่งต่อไปบำรุงศาสนาเพื่อบูชาเจ้าแม่ไมลิตา (Mylitta) ซึ่งเรียกประเพณีนี้ว่า Cyprus³ เหตุที่เกิดประเพณีดังกล่าวนี้ขึ้น เฟรเซอร์ (Frazer) นักมานุษยวิทยาคนหนึ่งได้แสดงทัศนะไว้ว่าน่าจะเป็นพิธีการเบิกเชื้อพรหมจรรย์โดยมีเหตุผล 2 ประการคือ ประการแรกถือว่าเชื้อพรหมจรรย์เป็นเนื้อร้ายชนิดหนึ่งหากไม่ทำการเบิกแล้วจะก่อให้เกิดโชคร้ายสู่สามีในอนาคตได้ส่วนเหตุผลอีกประการหนึ่งคือต้องการสอนวิธีร่วมเพศให้แก่หญิงสาวเพื่อให้เกิดลูกหลานสืบสกุลสร้างความอุดมสมบูรณ์ให้แก่เผ่าของตน

หนึ่งในเหตุผลสองประการข้างต้นของเฟรเซอร์มีความสอดคล้องกับ Earnell นักมานุษยวิทยาอีกคนหนึ่งที่ทำกรอธิบายว่า การที่มีพิธีกรรมประหลาดเช่นนี้ ก็เนื่องมาจากคนในหมู่นั้นเชื่อว่า เชื้อพรหมจรรย์เป็นเนื้อร้ายจะนำแต่เรื่องโชคร้ายมาให้แก่สามีในอนาคต ฉะนั้นจึงต้องมีการเบิกเชื้อพรหมจรรย์เสียก่อน เพื่อมิให้สามีในอนาคตได้รับเคราะห์กรรมดังกล่าวนั้นโดย Westermarck นักมานุษยวิทยาชาวเยอรมันได้เห็นด้วยกับ Earnell และเสริมเพิ่มเติมว่าเหตุที่ต้องเลือกชายแปลกหน้าต่างถิ่นเพราะถือว่าชายแปลกหน้าต่างถิ่นเป็นผู้นำโชคลาภมาให้⁴ แต่ครั้งเมื่อเวลาล่วงเลยเปลี่ยนแปลงไปจึงเกิดรูปแบบจากการหาเงินเข้าศาสนาเป็นการหาเงินเพื่อผลประโยชน์ของตนเอง

ราว 639 - 559 ก่อนคริสตกาลเป็นยุคที่การค้าประเวณีเฟื่องฟูมากในกรีก ทำให้ชาวต่างชาติเอเชียหลังไหลจากเอเชียเพื่อค้าประเวณีเป็นจำนวนมากจนทำให้สังคมเกิดความวุ่นวายมีการแก่งแย่งถูกค้าผู้ใช้บริการมีการทะเลาะวิวาทและเกิดโรคระบาดมากยิ่งขึ้น โซลอน (Solon) นักกฎหมายชื่อดังชาวกรีกเห็นปัญหาการเปิดการค้าประเวณีเสรีโดยปราศจากการควบคุมดูแลจึงเสนอแนะและให้ความร่วมมือร่วมกับภาครัฐบาลจัดตั้งสำนักหญิงนครโสเภณีขึ้นเป็นครั้งแรก

³ ฉิชากร ปทุมมาศ. (2558). *การรับรองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์แก่หญิงโสเภณีในประเทศไทย*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 14.

⁴ ก่อเกียรติ เอี่ยมบุตรลบ. (2521). *ทัศนคติของข้าราชการตำรวจมีต่อการจดทะเบียนโสเภณี*. งานวิจัยคณะสังคมศาสตร์และมนุษยศาสตร์มหาวิทยาลัยมหิดล. หน้า 21.

ของโลกที่กรุงเอเธนส์ประเทศกรีซ^๑ โดยจำกัดให้มีเพียง 4 แห่งและให้มีจำนวนโสเภณีไม่มากนัก วัตถุประสงค์ในการเปิดสถานบริการทางเพศของโซลอนนี้มีได้เกิดขึ้นเพื่อต้องการหาทำไรเหมือนที่ ลักลอบเปิดกันในปัจจุบัน เพียงแต่เปิดขึ้นเพื่อลดจำนวนการค้าประเวณีที่ไม่เป็นระเบียบและ สามารถควบคุมโรคติดต่อได้เท่านั้น ซึ่งรายได้ทั้งหมดที่ได้รับจากการค้าประเวณีโซลอนได้ ยกให้แก่การกุศลทั้งหมด

ในสมัยโรมันได้มีแนวคิดที่จะขจัดการค้าประเวณีให้หมดไปจากสังคม โดยมีการเก็บภาษี หอญโสเภณีและเจ้าของสำนักในอัตราที่สูงและประจานชื่อหอญโสเภณีที่จดทะเบียนเป็นโสเภณี แต่ถึงอย่างไรก็ตาม การค้าประเวณีในช่วงสมัยโรมันดังกล่าวยังถือว่าสามารถทำได้โดยถูกต้องด้วย กฎหมาย การซื้อขายจะปรากฏในชนชั้นขุนนางเป็นส่วนใหญ่เมื่อมีการซื้อขายก็จะนำคนที่สวยงาม ที่สุดไปเป็นโสเภณีในช่อง (สถานที่ค้าประเวณีในขณะนั้น) ที่มีขนาดใหญ่ที่สุดในขณะนั้น ซึ่งอยู่ในเมือง Pompeii เรียกว่า Lupanar ทำให้เห็นว่าโสเภณียังคงเป็นที่แพร่หลายในโรมัน

ต่อมาเมื่อเข้าสู่ยุคกลางโสเภณียังคงพบเห็นได้โดยทั่วไปแม้การเป็นโสเภณีตามความคิด ของศาสนาคริสต์นิกายโรมันคาทอลิก (Roman Catholic) จะเป็นบาปแต่โสเภณียังคงได้รับการ ให้อภัยเพราะเชื่อว่า “การมีโสเภณีเป็นการช่วยป้องกันปีศาจที่ชอบการข่มขืน” หรือพวกเขาชอบร่วม ประเวณีแบบผิดธรรมชาติ ดังคำกล่าวของ Augustine of Hippo ที่ว่า “ถ้าเราขับไล่โสเภณีออกจาก สังคมคนในสังคมจะเกิดความวุ่นวายในชีวิตอันสืบเนื่องมาจากคณหาราคะ” หลังเกิดการเสื่อมถอย ของโสเภณีในจักรวรรดิโรมัน โสเภณีหลายคนกลายมาเป็นทาสแต่ศาสนาก็ต่อต้านระบบทาส กอปรกับระบบเศรษฐกิจเริ่มฟื้นตัวขึ้น ทำให้โสเภณียังมีจำนวนเพิ่มขึ้นมาอีกครั้งจนรัฐบาลในยุค ดังกล่าวต้องออกกฎหมายควบคุมโสเภณียมิให้ออกมาเดินเตร็ดเตร่ตามท้องถนนในเมือง และต้อง ย้ายออกไปประกอบอาชีพนี้นอกเมือง ซึ่งบางประเทศมีการกำหนดสถานที่ที่สามารถทำการค้า ประเวณีไว้เป็นพื้นที่โดยเฉพาะ เช่น เยอรมันและฝรั่งเศส เป็นต้น

ช่วงปลายศตวรรษที่ 15 ทศนคติเกี่ยวกับโสเภณีเริ่มเปลี่ยนไป เนื่องจากการเกิดนิกายโปรเตสแตนต์ทางตอนใต้ของเยอรมัน มีการขูดรากถอนโคนโสเภณีปิดช่องจนถึงศตวรรษที่ 16 เหตุเพราะเกิดโรคระบาดทั้งซิฟิลิสและกามโรคจากหญิงนครโสเภณีแพร่กระจายไปทั่วยุโรป โดยมี จุดศูนย์กลางของโรคที่รุนแรงในเมือง Naples รัฐบาลในประเทศต่างๆ ตลอดทั่วทั้งยุโรปจึงเริ่มมี แนวคิดที่จะต่อต้านการค้าประเวณีและธุรกิจการค้าประเวณีในเชิงกฎหมายขึ้นเป็นครั้งแรก โดยในช่วง ค.ศ. 1530 - 1565 การค้าประเวณีและธุรกิจการค้าประเวณีทุกชนิดในประเทศส่วนใหญ่

^๑ ก่อเกียรติ เอ็มมุนตรลป. (2521). อ่างแล้วชิงอรรดที่ 4. หน้า 24.

ของยุโรปถูกกำหนดให้เป็นความผิดตามกฎหมาย และมีการสั่งปิด โรงนคร โสเภณีตลอดทั่วทั้งยุโรป มีการออกกฎหมายและใช้มาตรการเข้าปราบปรามการค้าประเวณีอย่างจริงจัง ใครฝ่าฝืนจะได้รับโทษรุนแรง แต่การปราบปรามดังกล่าวก็ไม่ประสบผลสำเร็จ กลับทำให้โรคระบาดลุกลามจนยากแก่การควบคุม ทำให้รัฐบาลประเทศต่างๆ หามาตรการในการแก้ไขปัญหาค้าประเวณี และธุรกิจการค้าประเวณีแนวทางใหม่⁶

ต่อมาช่วงศตวรรษที่ 17 - 18 ความอ่อนคลายในการมุ่งปราบปรามอย่างจริงจังค่อยๆ ลดบทบาทลงมีการใช้ถุงยางอนามัยที่ทำมาจากไส้แกะหรือไส้วัวเป็นครั้งแรกในเมืองเวนิส (Venice) รัฐบาลในหลายประเทศของยุโรปเริ่มนำนโยบายการควบคุมการค้าประเวณีมาใช้บังคับแทนการกำหนดให้การค้าประเวณีของหญิงโสเภณีเป็นสิ่งที่ผิดกฎหมายโดยในศตวรรษที่ 17 เยอรมันยอมให้มีการค้าประเวณีขึ้นได้อีกครั้ง แต่มีข้อจำกัดว่าต้องอยู่ในความควบคุมของรัฐ โดยออกพระราชบัญญัติการควบคุมการค้าประเวณี กำหนดให้หญิงนคร โสเภณีทุกคนสามารถทำการค้าประเวณีได้แต่ต้องไปตรวจร่างกายทุกๆ 15 วัน และราว ค.ศ.1785 รัฐบาลฝรั่งเศสมีการขอรับการค้าประเวณีแต่มีข้อกำหนดเช่นเดียวกับเยอรมันคือบังคับให้หญิงนคร โสเภณีทุกคนต้องไปจดทะเบียน และในประเทศต่างๆ ของยุโรปก็เริ่มนำแบบอย่างรูปแบบวิธีของประเทศเยอรมันและฝรั่งเศสไปปรับใช้กับประเทศตนเพื่อให้สามารถควบคุมโรคต่างๆ และสามารถดูแลสังคมให้อยู่ในความสงบสุขเรียบร้อย เช่น ประเทศอังกฤษมีการออกพระราชบัญญัติสัญจรโรค ปี 1864 ตามแบบของฝรั่งเศสโดยให้หญิงโสเภณีทุกคนไปจดทะเบียนเพื่อควบคุมโรคและให้มีแพทย์ตรวจร่างกายแก่หญิงอย่างสม่ำเสมอ เป็นต้น แต่เมื่อสังคมพัฒนาต่อไปความสลับซับซ้อนต่างๆ ในสังคมมีมากขึ้น ความต้องการใช้บริการหญิงโสเภณีก็มีมากขึ้นไปด้วย เกิดโสเภณีที่ไม่ปฏิบัติตามกฎหมายที่กำหนดมีการลักลอบค้าประเวณีเพื่อหลีกเลี่ยงการจับกุมของเจ้าหน้าที่ของรัฐ เกิดการหลอกลวงหญิงมาขายบริการ มีการทารุณกรรมและส่งไปขายบริการยังประเทศต่างๆ ทั่วทั้งยุโรปจนนำไปสู่ประเด็นปัญหาในเรื่องการค้ามนุษย์การค้าประเวณี โดยถูกต้องตามกฎหมายของกลุ่มประเทศในยุโรป จึง ถูกยกเลิกไปอีกครั้งในปี ค.ศ.1886⁷

เมื่อเกิดปัญหามีการค้าโสเภณีระหว่างประเทศหรือการค้าข้ามชาติเกิดขึ้น โดยเฉพาะการค้าทาสผิวขาวเพื่อนำไปเป็นโสเภณีในกลุ่มประเทศต่างๆ โดยเฉพาะในช่วงสงครามโลกครั้งที่ 1 มีการนำตัวเด็กและสตรีชาวต่างชาติที่ส่วนใหญ่ถูกซื้อมาจากขบวนการค้ามนุษย์ส่งตัวให้แก่เหล่า

⁶ นิชากร ปทุมมาศ. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 3. หน้า 24.

⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 26.

ทหารหรือชายผู้มาทำสงครามในเมืองต่างๆ ภายหลังสงคราม โลกสหประชาชาติจึงเริ่มเข้ามามีบทบาทสำคัญในการดูแลเรื่องดังกล่าวนี้ซึ่งจากการร่วมมือของกลุ่มประเทศต่างๆ ตามผลรายงานของคณะกรรมการว่าด้วยการค้าหญิงโสเภณีและเด็ก ปี ค.ศ.1927 และ ค.ศ.1930 มีผลให้กลุ่มประเทศในยุโรปส่วนใหญ่ยกเลิกระบบการจดทะเบียนโสเภณีและมีบางประเทศที่ยังใช้วิธีจดทะเบียนโสเภณีอยู่แต่มีการจำกัดจำนวนให้ดูเล็กลงขึ้น ทั้งนี้เพราะประเทศต่างๆ มีความต้องการที่จะลดปัญหาการค้ามนุษย์ที่เกิดขึ้นในช่วงเวลาขณะนั้น

2.1.2 ประวัติความเป็นมาของโสเภณีในเอเชีย⁸

ในทางตะวันออกการค้าประเวณีและลักษณะรูปแบบต่างๆ ไม่ค่อยมีความแตกต่างไปจากยุโรปเท่าใดนัก เพราะในระยะเริ่มแรกนอกจากการค้าประเวณีโดยหญิงโสเภณีจะไม่ได้ถูกกำหนดให้เป็นสิ่งผิดกฎหมายแล้วยังปรากฏว่าเรื่องดังกล่าวถูกยอมรับและได้รับการยกย่องในวงสังคมคล้ายคลึงกับสังคมในยุโรปเริ่มแรกจากหลักฐานทางประวัติศาสตร์พบว่ารูปแบบการค้าประเวณีเกิดขึ้นในทางตอนใต้ของอินเดียตั้งแต่สมัยยุคเวท โดยตามโบสถ์ที่ศักดิ์สิทธิ์จะต้องมีสตรีซึ่งเป็นนักร้องนักรำประจำสำนักอยู่ทุกสำนัก สตรีเหล่านี้จะมีหน้าที่ในการขับร้องและร่ายรำถวายเทพพระเจ้าซึ่งสถิตอยู่ในโบสถ์ ขณะเดียวกันก็เป็นนางชีประจำโบสถ์ด้วย สตรีเหล่านี้เมื่อถึงวัยชราจะกลายเป็นครูสอนการขับร้องและร่ายรำแก่สาว ๆ ต่อไปถือกันว่าผู้ที่ได้รับการโปรดปรานจากองค์ศิวะมากที่สุดคือหญิงที่อุทิศพรหมจารีให้แก่เทพเจ้าก็คือองค์ศิวะนั้นเอง สตรีที่อยู่ตามโบสถ์เหล่านี้จะมีความสำคัญอย่างยิ่งในอินเดียเรียกว่า “เทวทาสี” (Devadasi) หรือนางผู้เป็นทาสแห่งเทพเจ้า ความเชื่อดังกล่าวนี้เริ่มมีขึ้นในทางตอนใต้ของอินเดีย และในปัจจุบันอาจกล่าวได้ว่ายังปรากฏพวกเทวทาสีอยู่อีกมากโดยเฉพาะในเมืองแทนจอร์ (Tanjore) และเมืองมาดูไร (Madurai)

นอกจากโสเภณีที่มีความเกี่ยวข้องกับศาสนาแล้วยังปรากฏว่าอินเดียโบราณยังมีโสเภณีทั่วไปซึ่งคัมภีร์กามสูตรของฤๅษีวาตสยาขานได้แบ่งไว้เป็นประเภทใหญ่ๆ ดังนี้

1) นางคณิกาเป็นหญิงที่มีฐานะสูงกว่าประเภทอื่นๆ อาจเทียบได้กับนางเฮไทร่า (Hetaira) ของกรีกนางคณิกานี้จะต้องมีความสามารถในการศิลปะ 64 ประการ ตามแบบฉบับของอินเดียซึ่งมิใช่เพียงแต่เล่นดนตรี เต้นรำ และร้องเพลงได้เท่านั้น ยังจะต้องมีความสามารถด้านอื่นๆ อีก เช่น แสดงละครแต่งกลอนการจัดดอกไม้ ร้อยมาลัย สวมศีรษะการเตรียมน้ำหอมและเครื่องสำอางปรุงอาหาร ตัดเย็บเสื้อผ้าเย็บปักถักร้อยทำเสน่ห์เสน่ห์ล่อหลอก ฯลฯ นางคณิกานี้จึงเป็นที่นิยมชมชอบของสังคมได้รับเกียรติจากกษัตริย์และได้รับคำยกย่องจากผู้นำทั้งหลายในยุคสมัยนั้น

⁸ ณิชกร ปทุมมาศ. อ่างแก้วเชิงอรธที่ 3. หน้า 28.

2) รูปาจีวา (Rupajiva) หญิงนี้มีรูปร่างสวยงามเพียงอย่างเดียวไม่มีความสามารถทางศิลปะดี เช่น นางคณิกาได้รับความนิยมนับเป็นรองจากนางคณิกาเพราะมีความสวยงาม

3) กุมภาทาสี (Kumbhadasi) เป็น โสเภณีที่มีระดับต่ำที่สุดตามคัมภีร์กามสูตรของฤๅษีวาทสยาชน

โสเภณีทั้งสามประเภทดังกล่าวมีอยู่ทั่วไปยุคโบราณของอินเดียที่ลัทธินิครุ่งเรืองแสดงให้เห็นว่า สังคมอินเดียโบราณยอมรับว่าหญิงโสเภณีประกอบอาชีพค้าประเวณีได้อย่างถูกต้องสามารถกระทำได้อย่างเปิดเผยตัวหญิงโสเภณีมิได้ถูกสังคมรังเกียจ ในทางตรงข้ามกับมีบทบาทสำคัญและเข้าไปเกี่ยวข้องอยู่ในสถาบันต่างๆ เสมอ เช่น สถาบันกษัตริย์ สถาบันทหารสถาบันศาสนา เป็นต้น⁹

นอกจากอินเดียแล้วจีนเป็นอีกประเทศหนึ่งที่น่าจะกล่าวว่ามีประวัติในเรื่อง โสเภณีมาอย่างยาวนาน โดยโสเภณีคนแรกของจีนเป็นที่รู้จักกัน คือ ฮุงไฮ (Hung Hai) มีชีวิตอยู่ราวต้นประวัติศาสตร์จีนหลายพันปีก่อนคริสตศักราช โดยโสเภณีจีนมักมีความเกี่ยวข้องกับศิลปะในภาษาจีนมีอักษรตัวหนึ่งออกเสียงว่า “ฉี” (Chi) มีความหมายได้ 2 อย่างคือ “ศิลปะ” และ “หญิงโสเภณี” ในความหมายว่าหญิงโสเภณีจะมุ่งเน้นถึงสตรีที่ชำนาญในศิลปะการร้องรำทำเพลงและการร่ายรำต่างๆ รวมทั้งการขายความสำราญให้แก่ชายด้วย ซึ่งประวัติหญิงโสเภณีของจีนอาจศึกษาได้จากหลักฐานที่พบสมัยราชวงศ์โจวกล่าวคือ 650 ปีก่อนคริสตศักราช จักรพรรดิควนจุง (Kwan Chung) ได้จัดสรรที่ดินไว้ตอนหนึ่งเรียกว่า ลู่ (Lu) ให้เป็นที่พำนักของหญิงโสเภณีทำนองเดียวกับนิคมโสเภณีในบางประเทศ ครั้นในสมัยจักรพรรดิฮันวู (HanWu) 40 ปีก่อนคริสตศักราช ได้ออกพระบรมราชโองการให้ค่ายทหารใดๆ ก็ตามควรได้รับความสะดวกที่จะให้มีหญิงเหล่านี้ด้วยราวคริสต์ศตวรรษที่ 618 - 1279 ช่วงสมัยราชวงศ์ถังและราชวงศ์ซ้อง ทางรัฐบาลจีนได้อนุญาตให้มีหญิงโสเภณีได้อย่างถูกต้องตามกฎหมาย แต่มีการกำหนดสถานที่ค้าประเวณีเรียกว่า เจียวฝง (Chiao Fang)

อาจกล่าวได้ว่าโสเภณีในประเทศจีนนั้นรุ่งเรืองเป็นอย่างมากเพราะเห็นได้จากหลักฐานของมาร์คโคโปโลในศตวรรษที่ 13 ได้บรรยายถึงเมืองหนึ่งซึ่งสะท้อนให้เห็นความรุ่งเรืองของหญิงโสเภณีขณะนั้นๆ ได้แก่ เมืองหางจาซึ่งเป็นเมืองหลวงของราชวงศ์ซ้องว่าถนนหนทางเนืองแน่นไปด้วยหญิงพวกนี้ มีจำนวนมากจนข้าพเจ้าประมาณมิได้หญิงพวกนี้มีใช้จะมืออยู่เฉพาะที่ทางราชการกำหนดให้อยู่เท่านั้น แต่จะพบว่ามืออยู่ทั่วบ้านทั่วเมืองอีกด้วย เธอแต่งตัวกันอย่างสดสวยเป็น

⁹ ครังค์ บวรรัตนปราชญ์. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 1. หน้า 24.

พิเศษใครที่เข้าเข้าไปในอาคารของเธอแล้วคล้ายกับจะต้องมนต์พิเศษ ไม่อยากกลับออกมาเลย จากคำบรรยายดังกล่าวในหลักฐานของมาร์คโคโปโลจะเห็นได้ว่ากิจการการค้าประเวณีในประเทศจีนมีความรุ่งเรืองเป็นอย่างมาก ซึ่งความรุ่งเรืองดังกล่าวนี้มีมาจนถึงก่อนช่วงที่จีนจะมีความเป็นอยู่และการใช้ชีวิตภายในสังคมของหญิงโสเภณีดีไปด้วยกล่าวคือช่วงเวลาดังกล่าวไม่มีการตั้งข้อรังเกียจหญิงโสเภณีหญิงโสเภณีมีความเป็นอยู่ที่ดี มีเสื้อผ้าอาภรณ์สวยๆ สวมใส่และมีฐานะในสังคมไม่แตกต่างไปจากผู้ประกอบการอาชีพอื่นๆ ทว่าไปที่สังคมให้การยอมรับ และความรุ่งเรืองดังกล่าวก็ยังส่งผลยังประเทศต่างๆ โดยรวมถึงประเทศไทยซึ่งจะทำการศึกษาในลำดับต่อไป

อย่างไรก็ตาม การที่จีนมีความเจริญรุ่งเรืองในกิจการการค้าประเวณีนี้ได้ก่อให้เกิดปัญหา “กามโรค” ขึ้นซึ่งกล่าวกันว่ากวางตุ้งเป็นเมืองที่เกิดโรคนี้อันแล้วแพร่กระจายระบาดหนักออกไปในราวคริสต์ศักราช 1505 ประจวบเหมาะกันในช่วงระยะเวลาดังกล่าวเป็นช่วงนี้ทางฝั่งยุโรปเองก็เกิดโรคระบาดดังกล่าวนี้เช่นกัน

2.1.3 ประวัติความเป็นมาของโสเภณีในประเทศไทย¹⁰

โสเภณีในประเทศไทยถูกสันนิษฐานว่ามีมานานแต่โบราณกาล โดยอาจเกิดขึ้นจากการเลียนแบบจากอินเดียหรือจีน ซึ่งจากหลักฐานไม่สามารถสรุปได้แน่ชัดว่าโสเภณีไทยกำเนิดขึ้นตั้งแต่เมื่อใดแต่มีการสันนิษฐานกันว่าเริ่มมาจากระบบทาสที่ต้องคอยบำเรอสวาทให้แก่ชายทาส¹¹ และแก่นुकคลตามแต่ที่นายทาสจะสั่ง ทำให้เกิดแนวคิดตั้งสำนักโสเภณีหญิงทาสขึ้นจึงพัฒนา กลายเป็นรูปแบบของการค้าประเวณีต่อไป

ในสมัยอยุธยาปรากฏจากหลักฐานว่าการค้าประเวณีเป็นสิ่งที่ถูกต้องตามกฎหมาย โดยเฉพาะในรัชสมัยพระนารายณ์มหาราช (พ.ศ. 2199 - 2231) ได้แบ่งรูปแบบการค้าประเวณีในสมัยอยุธยาออกเป็น 2 ส่วนด้วยกัน ส่วนแรกจะแฝงอยู่ในรูปแบบของทาส โดยถือว่าผู้เป็นทาสนอกจากมีหน้าที่รับใช้ผู้เป็นนายแล้วยังต้องร่วมหลับนอนกับผู้เป็นนายด้วย โดยตัวทาสที่นายทาสโปรดปรานจะได้รับการเลื่อนฐานะ มีแก้วแหวนเงินทองใช้ไม่ขาดมือ บางรายมีลูกติดอันเกิดจากนายทาสถึงกับสบายไปตลอดชีวิต แต่ทาสผู้ใดนายทาสไม่โปรดปรานจะถูกขายให้แก่นายทาสอื่น

¹⁰ ดารารัตน์ เมตตาริกานนท์. (2526). *โสเภณีกับนโยบายของรัฐบาลไทย พ.ศ.2411-2503*. วิทยานิพนธ์อักษรศาสตรบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 25.

¹¹ สมโภชน์ แก้วน่วม. (2538). *ทัศนคติของข้าราชการสรรพสามิตในเขต 7 ที่มีต่อการจดทะเบียนสถานที่ค้าประเวณี*. ภาคนิพนธ์พัฒนบริหารศาสตรมหาบัณฑิต สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์. หน้า 33.

ต่อไป บางรายผันตนเองไปอยู่ตามโรง โสเภณีท้ายตลาดบางรายยินดีจะเป็นทาสในเรือนของ นายทาสต่อไป รูปแบบการค้าประเวณีในส่วนที่สองนั้นจะอยู่บริเวณย่านท่าเรือและชุมชนชาวจีน เหตุที่การค้าประเวณีมีมากในบริเวณดังกล่าวอาจเป็นเพราะลูกค้าที่มาใช้บริการส่วนใหญ่ในสมัย ยุคชยาเป็นชาวต่างชาติ บริเวณท่าเรือเป็นแหล่งที่ชาวต่างชาติแวะเวียนเข้าออกอยู่ตลอดเวลา ส่วนการค้าประเวณีที่หนาแน่นในบริเวณชุมชนชาวจีนนั้นเป็นเพราะว่าชาวจีนที่เข้ามาในสมัย ยุคชยาส่วนใหญ่เข้ามาเพื่อวัตถุประสงค์หลักคือเข้ามาขายแรงงานโดยมากมักเป็นผู้ชายและ ไม่ได้นำภรรยาของตนมา

1) การค้าประเวณีสมัยยุคชยาถึง พ.ศ.2398¹²

ซิมง เดอ ลา ลูแบร์ (Simon de La Loubère) เป็นราชทูตของพระเจ้าหลุยส์ที่ 14 แห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศสเข้ามาประเทศไทยในสมัยสมเด็จพระนารายณ์ (พ.ศ. 2199 - 2231) ได้ระบุ ไว้ในจดหมายเหตุของตนเกี่ยวกับการค้าประเวณีในประเทศไทย อันเป็นหลักฐานสำคัญที่แสดงให้เห็นถึงการค้าประเวณีในสมัยยุคชยาว่า ในสมัยนั้นกรุงศรีอยุธยามีโสเภณีราว 600 คน มีช่องโสเภณี อยู่ 4 แห่ง ตั้งอยู่ในย่านชุมชนชาวจีนใกล้กับท่าเรือใกล้ตลาด ให้บริการทั้งไทยและชาวต่างชาติ ย่านที่ตั้งสำนักโสเภณีนี้เรียกกันว่า “สำเพ็ง” ซึ่งเป็นภาษาเขมร หมายถึง โสเภณี ผู้เป็นเจ้าของสำนัก ต้องเสียภาษีแก่เจ้าภาษี ห้างโสเภณีในสมัยนี้เป็นหญิงทาสที่นายทาสขายต่อมา นอกจากนี้ยังมีหญิง ที่ถูกบิดาและสามีขายเป็นทาสด้วย เนื่องจากโสเภณีเป็นหญิงทาสและหญิงที่ถูกขายมาจึงมิได้รับการยกย่องในสังคมไทยเหมือนดังเทวทาสีโสเภณีในอินเดียหรือเกอิชาในประเทศญี่ปุ่น สถานะของ หญิงโสเภณีในสมัยนั้นจึงไม่ได้รับการยกย่องและเป็นที่ยกย่องของสังคม

2) ระยะเวลาหลังสนธิสัญญาเบาว์ริง – การเปลี่ยนแปลงการปกครอง (พ.ศ.2398 - พ.ศ.2475)

ภายหลังจากที่ประเทศไทยได้ทำสัญญาเบาว์ริงกับประเทศอังกฤษเมื่อปี พ.ศ.2389 รูปแบบเศรษฐกิจของไทยก็เริ่มเปลี่ยนไปจากการผลิตด้านการเกษตรเพื่อการยังชีพไปเป็นการผลิต เพื่อส่งออกขายต่างประเทศ และมีการบุกเบิกเศรษฐกิจด้านอื่นๆ เช่น การทำป่าไม้ การทำเหมืองแร่ งานเหล่านี้ต้องใช้แรงงานมาก แรงงานคนไทยต้องใช้เพื่อการปลูกข้าวสำหรับส่งออกเป็นส่วนใหญ่ จึงต้องมีการจ้างแรงงานจากต่างชาติเข้ามาทำป่าไม้และเหมืองแร่ที่สำคัญคือแรงงานจีน การเข้ามา ของคนจีนและการเลิกทาสในสมัยรัชกาลที่ 5 ทำให้เกิดการซื้อขายหญิงโสเภณีมีจำนวนเพิ่มมากขึ้น และมีได้จำกัดอยู่แต่ในเมืองหลวงย่านสำเพ็งอีกต่อไป แต่ได้ขยายตัวไปในเมืองต่างๆ ที่มีกรรมกร จีนมาทำงาน เช่น ภูเก็ต ระนอง เป็นต้น ในขณะที่สภาพเศรษฐกิจที่ยากจนของประเทศจีนในสมัย

¹² คารารัตน์ เมตตาริกานนท์. อ่างส้วมเชิงอรุณที่ 10. หน้า 26.

นั้นทำให้ครอบครัวชาวมาจิ้นบางส่วนขายลูกสาวของตนให้เป็นคนรับใช้หรือโสเภณี นอกจากนี้ยังมีขบวนการค้าหญิงจีนให้มาเป็นโสเภณีในประเทศไทยอีกด้วย จำนวนหญิงจีนที่เข้ามาในประเทศไทยมีจำนวนเพิ่มมากขึ้นเรื่อยๆ ในช่วงก่อนการเปลี่ยนแปลงการปกครองมีหญิงจีนเข้ามาในไทยถึง 41,839 คน เป็นเด็กหญิงต่ำกว่า 14 ปี จำนวน 10,580 คน หญิงเหล่านี้ส่วนหนึ่งถูกซื้อขายและบังคับให้เป็นโสเภณีในประเทศไทย และยังมีการส่งไปค้าขายกับประเทศใกล้เคียงด้วย นอกจากหญิงจีนแล้วยังมีหญิงญี่ปุ่น และชาติตะวันตก เช่น รัสเซีย เยอรมัน ฝรั่งเศส เข้ามาประกอบอาชีพโสเภณีให้บริการแก่ชาวตะวันตก โดยมีสำนักโสเภณีตั้งอยู่ในย่านบางรักอันเป็นที่อยู่ของชาวต่างประเทศจำนวนมากหลายประเทศอีกด้วย¹³

นอกจากนั้นนโยบายพัฒนาประเทศของรัชกาลที่ 5 ทำให้มีการจัดสร้างระบบการคมนาคมในประเทศยังส่งผลให้มีการหลอกหญิงตามภูมิภาคต่างๆ เข้ามาขายในกรุงเทพฯ มากขึ้นอีกด้วย และเมื่อมีการประกาศพระราชบัญญัติพิทักษ์กระษेत्रอายุลูกทาสลูกไทย พ.ศ. 2417 ก็ทำให้มีการหลอกหญิงไทยมาขายเป็นโสเภณีเพิ่มมากขึ้น เนื่องจากมีความจำเป็นที่ต้องหาหญิงเข้ามาแทนหญิงทาสส่วนใหญ่ที่จะเป็นไท หญิงโสเภณีเหล่านี้ไม่ว่าจะถูกหลอกหลวงมาหรือสมัครใจมาก็จะถูกบังคับกดขี่อย่างมาก ต้องกระทำตามคำสั่งเจ้าของสำนักโสเภณีมิฉะนั้นจะถูกเฉียนตี ได้มีการออกพระราชบัญญัติภาษีบำรุงถนนในสมัยรัชกาลที่ 5 ซึ่งเรียกเก็บจากเจ้าสำนักโสเภณีและตัวโสเภณีทำให้เกิดการขยายโรงโสเภณีเพิ่มมากขึ้นเพื่อให้เจ้าภาษีเก็บเงินบำรุงถนนได้มาก แต่ก็ยังเป็นช่องทางให้อ่านาจแก่เจ้าภาษีนายอากรในการใช้เล่ห์เหลี่ยมกล่าวหาหญิงโสเภณีว่าไม่เสียภาษีเพื่อเรียกเอาเงินจากหญิง ต่อมาจึงมีการยกเลิกกฎหมายดังกล่าวและตราพระราชบัญญัติป้องกันสัญจรโรค ร.ศ. 127 มาแทนเพื่อให้รัฐควบคุมกิจการโสเภณีและเก็บเงินภาษีเองได้อย่างมีประสิทธิภาพ กฎหมายดังกล่าวกำหนดเพิ่มอายุหญิงโสเภณีจาก 16 ปี เป็น 20 ปี และห้ามมิให้เจ้าของสำนักกักขังโสเภณีและมีการเลี้ยงเด็กอายุ 8 ถึง 15 ปี ในโรงหญิงโสเภณี ให้จดทะเบียนสำนักโสเภณีและต้องปิดคอมเขียวหน้าสำนัก รวมทั้งให้มีการตรวจร่างกายหญิงเพื่อป้องกันโรคด้วย¹⁴

3) ยุคหลังการเปลี่ยนแปลงการปกครอง ช่วง พ.ศ.2475 - 2503 ในช่วงหลังการเปลี่ยนแปลงการปกครองนี้ โสเภณียังเป็นระบบผูกขาดโดยรัฐอยู่ กระแสการเรียกร้องของหญิงในระยะก่อนการเปลี่ยนแปลงการปกครองมีผลทำให้เกิดการยกเลิกกฎหมายที่อนุญาตให้ชายมีภรรยา

¹³ พงษ์ธร มาตำราญ. (2549). *ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการค้าประเวณีในสถานบริการ อาบ อบ นวด*.

รายงานวิจัย. มหาวิทยาลัยหอการค้าไทย. หน้า 32.

¹⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 34.

ได้หลายคน โดยมีการออกกฎหมายให้ชายมีภรรยาได้เพียงคนเดียว ใน พ.ศ. 2478 มีการยกย่องฐานะสตรีให้เป็นเหมือนคังสตรีในตะวันตกโดยเน้นที่รูปแบบ เช่น การปฏิวัติวัฒนธรรม การแต่งตัว การให้สามีจุบลาภภรรยาออกไปทำงาน เป็นต้น การดำเนินการต่างๆ กลับมิได้เกิดผลให้เป็นการยกฐานะของหญิงและแก้ไขปัญหาโสเภณีดังที่คาดหวังไว้ แต่กลับมีส่วนทำให้โสเภณีทวีจำนวนมากขึ้น เนื่องจากค่านิยมของชายในเรื่องเพศยังไม่ได้ถูกเปลี่ยนแปลง หญิงที่พ้นจากการเป็นภรรยาบางส่วนต้องประกอบอาชีพค้าประเวณี ในขณะที่ชายไทยบางส่วนต้องไปใช้บริการโสเภณีแทนการสะสมภรรยาด้วยเหตุนี้โสเภณีจึงเพิ่มจำนวนขึ้นอย่างน่าตกใจ ใน พ.ศ.2500 มีการจัดทำรายงานเพื่อเสนอต่อรัฐบาลไทยเรื่อง “ปัญหาโสเภณีในประเทศไทย” ระบุว่ามีการหลอกลวงผู้หญิงมาจากหมู่บ้านเข้ามาในเมืองที่เจริญแล้วด้วยการสัญญาว่าจะหางานให้ทำ ให้การศึกษาหรือแต่งงาน หากหลงเชื่อก็ถูกชักนำไปเป็นโสเภณี หญิงที่ประกอบอาชีพโสเภณีในยุคนี้จึงไม่ใช่หญิงที่ถูกซื้อขามาจากเมืองจีนอีกต่อไป โดยร้อยละ 90 ของหญิงเหล่านี้มีอายุระหว่าง 15 - 20 ปี นอกจากนี้สถานที่ค้าประเวณีในยุคนี้มีได้จำกัดอยู่แต่เฉพาะในสำนักโคมเขียวเท่านั้น แต่ได้ขยายออกไปในหลายรูปแบบ เช่น โรงน้ำชา โรงเดินรำ (ในทึกลับ) โรงแรม เป็นต้น ในขณะที่หญิงไทยเข้ามาทำงานค้าประเวณีมากขึ้น รัฐเองก็เริ่มเตรียมการยกเลิกระบบโสเภณีเพื่อเป็นการสนับสนุนนโยบายการปราบปรามการค้าหญิงและเด็กของสหประชาชาติ โดยเริ่มมีการระงับการจัดทะเบียนโสเภณีตั้งแต่ พ.ศ. 2491 ยกเลิกการต่อทะเบียนโสเภณีใน พ.ศ.2499 และต่อมา พ.ศ.2503 ก็มีการยกเลิกพระราชบัญญัติป้องกันสัจจรโรค ทำให้โสเภณีกลายเป็นสิ่งผิดกฎหมายนับแต่นั้น เป็นต้นมา

2.2 ลักษณะ รูปแบบ และสภาพปัญหาของการค้าประเวณี

การค้าประเวณีถูกนำมาใช้เพื่อแลกเปลี่ยนกับเงินหรือทรัพย์สินมาอย่างต่อเนื่องและยาวนานในสังคมมนุษย์นับจากอดีตจนถึงปัจจุบัน จากที่เป็นการทำเพื่อแสดงความศรัทธาและเสียดสละร่างกายตนเองเพื่อการศาสนาในสมัยโบราณ ประเวณีได้กลับกลายมาเป็นสินค้าและเป็นแหล่งรายได้ของผู้ค้าประเวณีซึ่งเป็นคนยากไร้ ขาดโอกาสในการหารายได้ในทางอื่น เพื่อรักษาเลี้ยงดูชีวิตของตนเองและบุคคลที่ต้องพึ่งพิง และเป็นการฉวยโอกาสหารายได้จากผู้ด้อยโอกาสในสังคมมากกว่าของอาชญากรบางคน

2.2.1 ลักษณะของการค้าประเวณี

การค้าประเวณี ตามความหมายในมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้าประเวณี พ.ศ.2539 หมายความว่า การยอมรับการกระทำชำเราหรือการยอมรับการกระทำอื่น

ใดเพื่อสำเร็จความใคร่ในทางกามารมณ์ของผู้อื่น อันเป็นการสำส่อนเพื่อสินจ้างหรือประโยชน์อื่นใด ทั้งนี้ไม่ว่าผู้ยอมรับการกระทำจะเป็นบุคคลเพศเดียวกันหรือคนละเพศยังมีลักษณะของการค้าประเวณีอีก ดังนี้

1) การค้าประเวณี คือ การกระทำเพื่อสำเร็จความใคร่ให้กับฝ่ายตรงข้าม โดยมีสินจ้างรางวัลเป็นสิ่งตอบแทนการกระทำนั้น ดังนั้น การค้าประเวณีจึงมีลักษณะ 3 ประการ คือ หนึ่งมีลักษณะเพื่อสินจ้างจากการขายบริการทางเพศประการที่สองลักษณะสำส่อน และประการสุดท้ายไม่มีความผูกพันทางอารมณ์

2) การค้าประเวณี คือ การค้าเรือนร่างและค่าชีวิตของมนุษย์

สำหรับการค้าประเวณีในความหมายของผู้ศึกษานั้น คือการเสนอ การติดต่อ แนะนำ หรือชักชวน อันมีวัตถุประสงค์เพื่อสนองความใคร่ในทางกามารมณ์ให้กับผู้อื่น เพื่อให้ได้รับสินจ้างรางวัล หรือประโยชน์อย่างหนึ่งอย่างใดเป็นสิ่งตอบแทน ซึ่งการสนองความใคร่นั้น ในที่นี้หมายถึงเพียงให้เกิดความพึงพอใจของฝ่ายตรงข้ามในทางเพศ โดยไม่ต้องถึงกับร่วมประเวณี เพียงแต่การกอดจูบลูบคลำ การจับต้องอวัยวะเพศอย่างใดอย่างหนึ่งของชายหรือหญิง หรือการใช้ถ้อยคำบางประการก็เป็นการสำเร็จตามความประสงค์อันเป็นความใคร่ประการหนึ่ง ดังนั้น การค้าประเวณี คือ การเสนอหรือการยอมรับการกระทำอันมีวัตถุประสงค์เพื่อสนองความใคร่ในทางกามารมณ์ของผู้อื่น โดยมีสินจ้างรางวัลหรือประโยชน์อื่นใดเป็นสิ่งตอบแทน¹⁵

2.2.2 รูปแบบการค้าประเวณีของหญิง

รูปแบบของการค้าประเวณีพิจารณาตามลักษณะของการตัดสินใจกระทำการค้าประเวณีของผู้ค้าประเวณี สามารถแบ่งออกได้ 3 รูปแบบ คือ

1) การค้าประเวณีที่ผู้กระทำการค้าประเวณีตัดสินใจด้วยตนเองในการค้าประเวณี เป็นกรณีตัดสินใจค้าประเวณี ไม่มีผู้ใดบังคับหรือข่มขืนใจ โดยสาเหตุของการตัดสินใจมาจากหลายปัจจัย เช่น มีภาระเลี้ยงดูครอบครัว เพื่อตอบแทนบุญคุณพ่อแม่ ความฟุ้งเฟ้อ เป็นต้น โดยสถานที่ค้าประเวณีนั้นส่วนมากเป็นสถานเรีงรมย์ เช่น

(1) บาร์อะโกโก้ โคโยตี้ ในต์คลับ ผับ ร้านอาหารโอเกะ โรงแรม เลานจ์ มีผู้หญิงให้บริการแก่ลูกค้า มีบริการร้องเพลงหรือผสมเครื่องดื่ม มีการจัดสถานที่ แสง สี เสียง ที่ส่อไปในทางล่อแหลม อีกทั้ง มีการจัดสถานที่เป็นห้องเฉพาะกรณีแขกต้องการความเป็นส่วนตัว แต่ในสถานที่ดังกล่าวจะมีการให้พนักงานหญิงรับแต่ค่าดื่ม (ค่าเครื่องดื่ม) และเมื่อประสงค์ที่จะมี

¹⁵ พงษ์ธร มาสำราญ. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 13. หน้า 33.

เพศสัมพันธ์กันก็จะต้องตกลงกันและจะออกไปให้บริการทางเพศในสถานที่อื่นซึ่งสถานประกอบการเหล่านี้ก็อาจได้รับส่วนแบ่งหรือร่วมรับรู้ด้วย หญิงหรือชายที่ทำการค้าประเวณีจึงจำเป็นต้องหลบซ่อนหรืออยู่ภายใต้การควบคุมของเจ้าของกิจการ และเจ้าของกิจการจะได้รับส่วนแบ่งจากการค้าประเวณีรวมถึงบุคคลอื่นๆ ที่เข้ามาเกี่ยวข้องกับการค้าประเวณีในสถานที่เหล่านี้อันเป็นที่รู้จักกันอยู่ทั่วไป คือมีคนคอยควบคุมดูแล คอยให้ความช่วยเหลือในด้านต่างๆ

(2) สถานบริการประเภทอาบอบนวดซึ่งขออนุญาตเป็นสถานบริการแล้ว ซึ่งสถานบริการประเภทอาบอบนวด เป็นสถานบริการที่ได้รับความนิยมสูงสุด และเข้าถึงได้ง่ายที่สุดในการซื้อประเวณีในเขตพื้นที่กรุงเทพมหานครและจังหวัดอื่น แต่ความแตกต่างที่เห็นเด่นชัดมากที่สุดคือการให้บริการในลักษณะนี้ในเขตพื้นที่ของกรุงเทพมหานครอันเป็นเมืองหลวงของประเทศไทยมีการแข่งขันสูงที่สุด มีสถานประกอบการที่มีการลงทุนสูงมากเมื่อเปรียบเทียบกับลักษณะของสถานบริการประเภทนี้ในจังหวัดอื่น โดยเฉพาะบนถนนสายหลักย่านรัชดาภิเษก พระรามเก้า และถนนเพชรบุรีตัดใหม่ มีสถานบริการประเภทอาบอบนวดเปิดให้บริการอยู่เป็นจำนวนมาก สถานบริการแต่ละแห่งมีการจัดให้มีการบริการการค้าประเวณีอย่างเปิดเผย

(3) ร้านนวดแผนโบราณนวดน้ำมัน พิธีดีสปา ที่มีหมอนวดเป็นผู้หญิงคอยให้บริการ และเมื่ออยู่ในห้องนวดส่วนตัวชายและหญิงอยู่ในห้องเพียงลำพัง โอกาสที่จะเกิดอารมณ์ทางเพศมีสูงและการค้าประเวณีก็ย่อมเกิดขึ้น ซึ่งปัจจุบันมีการลงโฆษณาร้านบนอินเทอร์เน็ต โดยมีการระบุตารางการให้บริการของพนักงานหญิง ค่าบริการ รูปห้องสปา เหล่านี้สะท้อนให้เห็นถึงสภาพปัญหาของการลักลอบค้าประเวณีที่แฝงกับธุรกิจเหล่านั้น

(4) แคดดี้สนามกอล์ฟกลางคืนบางแห่ง หรือผู้หญิงจดแต้มตามโต๊ะสนุกเกอร์บางแห่งมีการแฝงการเสนอบริการทางเพศโดยมีค่าตอบแทน

2) การค้าประเวณีที่กระทำโดยถูกหลอกลวง ชักจูงหรือถูกบังคับ

การค้าประเวณีที่กระทำโดยถูกหลอกลวง ชักจูงหรือถูกบังคับเป็นกรณีผู้กระทำมิได้สมัครใจมาค้าประเวณีซึ่งปัจจุบันเรียกว่าปัญหาการค้ามนุษย์ซึ่งทุกประเทศให้ความสำคัญในการป้องกันแก้ไขปัญหา เนื่องจากมีรูปแบบการค้าอย่างเป็นกระบวนการและมีเครือข่ายโยงใยทั่วโลก ทำให้ประเทศไทยถูกมองว่าเป็นประเทศจุดหมาย ประเทศทางผ่าน และประเทศผู้ส่งออก โดยปัจจุบันมีหญิงไทยบางกลุ่มที่อยู่ห่างไกลออกไป ไม่สามารถเข้าถึงมาตรการในการป้องกันของรัฐ รวมถึงสวัสดิการด้านต่างๆ ที่รัฐจัดหาให้จึงทำให้ถูกหลอกล่อเข้าสู่กระบวนการค้าประเวณี ซึ่งสถานการณ์ที่เกิดขึ้นได้ส่งผลกระทบต่อความมั่นคงของประเทศ ทั้งด้านเศรษฐกิจและสังคม เนื่องจากมีการหลอกลวง บังคับ ขู่เข็ญ และกักขังหน่วงเหนี่ยวหญิง และเด็กซึ่งเป็นกลุ่มที่อ่อนแอ

ทางสังคมให้ทำการค้าประเวณีนั้นถือว่าเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างรุนแรงด้วย¹⁶

3) การถูกจูงใจให้กระทำการค้าประเวณีในภายหลัง หมายถึง ผู้ค้าประเวณี ได้เข้ามาทำงานในสถานบริการ โดยไม่ได้ตัดสินใจค้าประเวณีในระยะแรก แต่สถานที่เหล่านั้นล่อแหลมต่อการค้าประเวณี เช่น ร้านอาหารที่มีการจำหน่ายสุรา และคาราโอเกะซึ่งเจ้าของมิได้บังคับให้ค้าประเวณี แต่ใช้สภาพแวดล้อมในการทำงานเพื่อสร้างแรงจูงใจด้วยวิธีการต่างๆ เช่น มีหญิงค้าประเวณีทำงานอยู่ด้วยและมีรายได้ดี มีสิ่งของเครื่องใช้ราคาแพง เจ้าของมิได้จ่ายเงินเดือน หรือมีเงินเดือนน้อยแต่อาศัยค่านั่งเพื่อให้บริการแขกที่มาเที่ยว ทำให้เกิดความคล้อยตามและตัดสินใจค้าประเวณีในภายหลัง

นอกจากนั้น หากพิจารณาตามลักษณะกลไกการค้าประเวณีของผู้ค้าประเวณีสามารถแบ่งออกได้ 2 รูปแบบ¹⁷ คือ

(1) การค้าประเวณีที่ปราศจากตัวกลาง หรือไม่ผ่านกลไกตลาดของการค้าประเวณี เช่น การเตร็ดเตร่หรือเสนอตัวให้ถูกค้าโดยตรง มักจะเป็นการค้าในวงจำกัด เพราะเมื่อไม่ผ่านกลไกตลาด ก็ไม่สามารถติดต่อลูกค้าในวงกว้างได้ และมีรายได้น้อย ไม่เกี่ยวข้องกับองค์กรอาชญากรรมปกติจะไม่มีคามผิดตามกฎหมายป้องกันและปราบปรามการค้าประเวณี

(2) การค้าประเวณีโดยผ่านตัวกลางหรือกลไกตลาดการค้าประเวณี ไม่ว่าจะผ่านสื่ออิเล็กทรอนิกส์ สื่อมวลชน หรือผ่านธุรกิจบริการแขนงต่างๆ รวมทั้งสถานการค้าประเวณี โดยเฉพาะการค้าประเวณีในลักษณะนี้จะมี ความความผิดทางอาญา ทั้งนี้ หากหญิงตกเป็นผู้เสียหายจากการค้ามนุษย์โดยถูกล่อลวงหรือบังคับขืนใจให้ค้าประเวณี ผู้เสียหายเหล่านี้จะร่วมมือกับภาครัฐในการบังคับใช้กฎหมายเพื่อปราบปรามตัวกลางหรือองค์กรอาชญากรรมที่เกี่ยวข้องได้

2.2.3 สภาพปัญหาการค้าประเวณี

เนื่องจากการค้าประเวณีเป็นปัญหาที่มีความซับซ้อนและมีความสัมพันธ์กับโครงสร้างทางเศรษฐกิจ สังคม วัฒนธรรม การศึกษา และนโยบายการพัฒนาประเทศ กระทบต่อปัญหาหลายด้าน ผู้วิจัยสรุปปัญหาที่สำคัญ ได้แก่

1) นโยบายการพัฒนาประเทศ เนื่องจากทิศทางการพัฒนาประเทศที่ผ่านมา มุ่งเน้น

¹⁶ ทรงวุฒิ สารสาริน. (2549). *แนวทางใหม่ของกฎหมายไทยต่อปัญหาการค้าประเวณีข้ามชาติ*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 12.

¹⁷ สุพล บริสุทธิ์. (2550). *การกำหนดควมรับผิดชอบทางอาญา: ศึกษากรณีความผิดเกี่ยวกับการค้าประเวณี*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต. หน้า 15.

ความเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจ อุตสาหกรรม และการบริการ เป็นการพัฒนาที่ไม่สมดุลระหว่างเมืองกับชนบท ก่อให้เกิดช่องว่างทางชนชั้นความเหลื่อมล้ำทางรายได้ การศึกษา การเข้าถึงทรัพยากรที่ไม่เท่าเทียม และ โอกาสทางสังคมที่ไม่เท่ากัน รวมทั้งการสร้าง ความเจริญที่ส่งผลกระทบต่อ การทำลายสภาพแวดล้อมของชุมชน ทำให้ชุมชนสูญเสียการพึ่งพาตนเอง เกิดการอพยพแรงงาน และครอบครัวแตกสลาย ก่อให้เกิดปัญหาต่างๆ ตามมา และเป็นที่มาของการเข้าสู่กระบวนการค้าประเวณี

2) นโยบายส่งเสริมการท่องเที่ยวโดยสาเหตุของการขยายตัวของธุรกิจค้าประเวณี ส่วนหนึ่งเป็นผลจากการที่รัฐมุ่งส่งเสริมการท่องเที่ยวเพื่อสร้างความเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจ ทำให้เกิดสถานบันเทิงและสถานบริการทางเพศจำนวนมากซึ่งเปิดรองรับนักท่องเที่ยวทั้งโดยตรง และแบบแอบแฝงจนกลายเป็นส่วนหนึ่งของธุรกิจท่องเที่ยวดังที่ปรากฏตามเมืองใหญ่ต่างๆ เช่น พัทยา เชียงใหม่ สงขลา และกรุงเทพฯ

3) การกระจายรายได้ที่ไม่เท่าเทียม ทำให้ประชาชนส่วนหนึ่งขาดโอกาสทางการศึกษาต้องออกจากระบบการศึกษาเร็ว รวมทั้งหลักสูตรการศึกษาภาคบังคับยังไม่เอื้อหรือตอบสนองต่อการดำรงชีพนำไปสู่การเป็นแรงงานไร้ฝีมือ การขาดความมั่นคงทางอาชีพ ทำให้ง่ายต่อการถูกล่อลวง และชักจูงเข้าสู่การค้าประเวณี

4) วัฒนธรรม เนื่องจากการพัฒนาเศรษฐกิจที่มุ่งเน้นตัวเงิน ตลอดจนกระแสชี้นำจากสื่อต่างๆ เป็นปัจจัยกระตุ้นให้เกิดวัฒนธรรมที่ให้คุณค่ากับการบริโภคและค่านิยมที่ใช้วัตถุเป็นเครื่องบอกสถานภาพทางสังคมส่งผลกระทบต่อ การเปลี่ยนแปลงทางจริยธรรมดั้งเดิมและเกิดค่านิยมที่ไม่เหมาะสม เช่น มองว่าการค้าประเวณีเพื่อยกระดับฐานะทางเศรษฐกิจไม่ใช่เรื่องเสียหาย การทดแทนบุญคุณพ่อแม่โดยการค้าประเวณี การสมัครใจค้าประเวณีและการบังคับค้าประเวณีเด็ก เป็นต้น

5) ค่านิยมและทัศนคติทางเพศที่เป็นไปอย่างไม่เท่าเทียมและเลือกปฏิบัติ โดยเห็นว่าผู้ค้าประเวณีเป็นผู้กระทำผิดและดูหมิ่นเหยียดหยาม โดยไม่พิจารณาถึงปัจจัยแวดล้อมที่ผลักดันให้เข้าสู่การค้าประเวณี ทัศนคติที่ยอมรับว่าอาชีพค้าประเวณีเป็นความจำเป็นของสังคมเพื่อป้องกันไม่ให้เกิดปัญหาอาชญากรรมทางเพศ การยอมรับให้สามีไปเที่ยวหญิงบริการเพราะเห็นว่าดีกว่าการไปมีภรรยาบ่อย ตลอดจนค่านิยมที่มองการเที่ยวโสเภณีเป็นเรื่องธรรมดาของผู้ชาย ทำให้ธุรกิจค้าประเวณียังคงมีอยู่ และประสบปัญหาการแพร่กระจายของโรคเอดส์และในปัจจุบันยังมีค่านิยมที่ผิดว่า การมีเพศสัมพันธ์กับเด็กจะปลอดภัยกว่าผู้ใหญ่ หรือความเชื่อว่าการมีเพศสัมพันธ์กับสาวพรหมจรรย์จะทำให้มีพลังทางเพศสูงขึ้น

6) สภาพครอบครัวเนื่องจากสภาพสังคมเศรษฐกิจที่รัดตัว มีการแข่งขันสูง และโครงสร้างครอบครัวเดี่ยวทำให้พ่อแม่ต้องออกไปทำงานนอกบ้านและมีเวลาอบรมเลี้ยงดูบุตรน้อยลง เกิดช่องว่างทางความสัมพันธ์ ขาดความอบอุ่นในครอบครัว รวมทั้งปัจจัยเสริม เช่น การมีเพศสัมพันธ์เร็วขึ้นของเด็กอันเนื่องจากจริยธรรมทางเพศที่เปลี่ยนแปลงไป และปัญหาสุขภาพจิต ผลักดันให้เด็กส่วนหนึ่งถูกล่อลวงหรือชักนำเข้าสู่กระบวนการค้าประเวณี¹⁸

7) ด้านเศรษฐกิจ โดยเกิดจากปัญหาความยากจน รายได้ไม่พอเลี้ยงชีพ การว่างงาน ตกงาน การเป็นแรงงานไร้ฝีมือ การขาดความมั่นคงทางอาชีพและรายได้ ตลอดจนภาวะหนี้สิน เป็นสาเหตุผลักดันให้ผู้ประสบปัญหาหันเหเข้าสู่อาชีพค้าประเวณี การเข้าสู่กระบวนการค้าประเวณีได้มาก ความยากจนเป็นส่วนสำคัญที่ทำให้หญิงต้องผันตัวเองเข้าสู่กระบวนการค้าประเวณี ในอดีตนั้นพวกนายหน้าค้าหญิงนั้นจะไปติดต่อกับหญิงในชนบท เช่น ในภาคเหนือ หรือภาคอีสาน แต่ปัจจุบันกลุ่มผู้ค้ามนุษย์ได้ให้ความสำคัญกับหญิงที่เป็นชาวไทยภูเขาหรือกลุ่มบุคคลที่อยู่ในประเทศไทย แต่ไม่มีสัญชาติไทยมากกว่า ทั้งนี้เนื่องจากบุคคลกลุ่มนี้จะมีมาตรฐานชีวิตที่ต่ำและไม่ค่อยได้รับการเอาใจใส่จากเจ้าหน้าที่ภาครัฐ รวมทั้งหญิงจากประเทศเพื่อนบ้านที่ยากจนก็เป็นเป้าหมายสำคัญในเช่นเดียวกัน เพราะความแร้นแค้นทำให้บุคคลเหล่านั้นยินยอมค้าประเวณีโดยง่าย

8) การขยายตัวของธุรกิจทางเพศและองค์กรอาชญากรรม โดยธุรกิจทางเพศเป็นธุรกิจที่ทำกำไรอย่างมหาศาล ทำให้ผู้ประกอบการเกิดแรงจูงใจในการแสวงหาเด็กและสตรีมาตอบสนองความต้องการของตลาด โดยมีรูปแบบการล่อลวงหรือชักนำที่ซับซ้อนขึ้น และธุรกิจค้าประเวณีในปัจจุบันได้มีความเชื่อมโยงเป็นกระบวนการเครือข่ายข้ามชาติและเป็นส่วนหนึ่งขององค์กรอาชญากรรมอื่นๆ เช่น ยาเสพติดและการพนัน ซึ่งเป็นผู้มีอิทธิพลทำให้การปราบปรามเป็นไปได้ยาก

9) ปัญหาสุขภาพจิต เป็นปัญหาที่มีมาควบคู่กับปัญหาการค้าประเวณีเป็นเวลานาน และมีส่วนสนับสนุนให้ปัญหาการค้าประเวณีนั้นทวีความรุนแรงยิ่งขึ้น โดยเฉพาะเมื่อกลุ่มผู้เสพยาเสพติดขยายตัวอย่างรวดเร็วจากในอดีต โดยจากที่เคยเป็นเพียงกลุ่มผู้ชายหรือผู้ใช้แรงงาน แต่ปัจจุบันยาเสพติดได้แพร่กระจายไปสู่กลุ่มหญิงและเยาวชน ทำให้หญิงกลุ่มนี้จะต้องพยายามหารายได้ให้พอเพียงต่อความต้องการเสพยาเสพติด ดังนั้นการค้าประเวณีจึงเป็นช่องทางหนึ่งที่ทำให้หญิงและเหล่านี้เข้าสู่กระบวนการ โดยง่าย อนึ่งการค้าประเวณีเพื่อนำมาซื้อยาเสพติดนั้นจะเป็นกลุ่มที่พบได้ทั่วไปในแหล่งท่องเที่ยว เช่น ตามพัทยา ภูเก็ต ในเขตกรุงเทพมหานคร เนื่องจากหาซื้อยา

¹⁸ พงษ์ธร มาสำราญ. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 13. หน้า 33.

เสพติดได้ง่ายและยาเสพติดที่พบมากที่สุดคือ ยาบ้า ส่วนยาเสพติดประเภทอื่นๆ เช่น ยาไอซ์ ยาเค กัญชา และเฮโรอีน ก็พบได้มากเช่นกัน¹⁹

10) ปัญหาการทุจริตคอร์รัปชันเป็นองค์ประกอบหนึ่งที่ส่งเสริมให้การค้าประเวณีนี้ ยังคงมีมาก โดยเฉพาะการเรียก รับ หรือยอมจะรับสินบนของเจ้าหน้าที่รัฐ ซึ่งเมื่อเจ้าหน้าที่เหล่านี้ ได้รับผลประโยชน์แล้วก็จะละเลยต่อการปฏิบัติหน้าที่อย่างเคร่งครัดต่อกลุ่มบุคคลที่เกี่ยวข้องกับการค้าประเวณีดังกล่าว และบางกรณีถึงขนาดให้ความคุ้มครองแก่สถานบริการในลักษณะต่างๆ อาทิเช่น มีการให้ข้อมูลลับเกี่ยวกับการกวาดล้างการค้าประเวณีจากเจ้าหน้าที่ของรัฐ ทำให้ไม่สามารถที่จะจับกุมผู้ประกอบการที่แท้จริงหรือผู้อยู่เบื้องหลังการค้าประเวณีนั้นได้ ซึ่งในการปฏิบัติงานเจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องต้องมีหน้าที่ในการจับกุมและปราบปรามผู้กระทำความผิดและผู้ฝ่าฝืนกฎหมายเพื่อมาดำเนินคดีหากเมื่อเจ้าพนักงานละเลยต่อหน้าที่โดยไม่ทำการตรวจตรา สอดส่อง ปราบปรามสถานบริการหรือสถานที่อื่นใดที่เข้าข่ายการกระทำความผิดเกี่ยวกับการลักลอบค้าประเวณี กฎหมายที่เกี่ยวข้องก็ไม่อาจแก้ไขปัญหาการค้าประเวณีไปได้

11) การค้าประเวณีเป็นแหล่งแพร่เชื้อโรคที่ติดต่อทางเพศสัมพันธ์ ผู้ค้าประเวณีไม่มีการป้องกันในขณะที่มีเพศสัมพันธ์หรืออาจจะเกิดความผิดพลาดขณะมีเพศสัมพันธ์กับผู้ซื้อบริการ จึงทำให้เกิดการติดต่อระหว่างกันได้ การควบคุมการแพร่ระบาดและแพร่กระจายเชื้อโรคเป็นไปได้ยาก และทำให้รัฐต้องนำงบประมาณจำนวนมากเพื่อจัดสรรให้กับผู้ที่ติดเชื้อ

12) บุคคลอายุต่ำกว่า 18 ปี เข้าสู่กระบวนการค้าประเวณี ซึ่งบุคคลเหล่านี้ยังไม่บรรลุนิติภาวะ เกิดการถูกชักจูงได้ง่าย และสภาพสังคมปัจจุบันเด็กและเยาวชนมีความอยากรู้อยากลอง โดยเฉพาะในเรื่องเพศการค้าประเวณีหรือการซื้อประเวณีก็ขึ้นได้ ผู้ค้าประเวณีแม้จะทราบว่าผู้มาซื้อบริการอายุยังน้อยแต่เพื่อสินจ้างหรือประโยชน์อื่นใดยินยอมให้มีการค้าประเวณีเกิดขึ้น จึงเป็นปัญหาร้ายแรงที่เป็นภัยต่อสังคมเพราะบุคคลเหล่านั้นไม่ควรที่จะมีส่วนร่วมหรือเกี่ยวข้องกับการกระทำความผิด

2.3 แนวคิดที่เกี่ยวกับการค้าประเวณี

การค้าประเวณีเป็นปัญหาที่ทวีความรุนแรง มีความซับซ้อนในรูปแบบการกระทำ ความผิด และเป็นสาเหตุของปัญหาการค้ำมนุษย์ ในลำดับต่อไปที่ผู้วิจัยจะกล่าวถึงนั้นเป็นแนวคิดสากลที่แต่ละประเทศใช้เพื่อเป็นการแก้ไขปัญหาการค้าประเวณี โดยผ่านกระบวนการทางกฎหมาย

¹⁹ ทรงวุฒิ สารสิน. อ่างแล้ว เจริญธรรมที่ 16. หน้า 14.

สรุปแนวคิดมาได้ดังนี้²⁰

2.3.1 แนวคิดห้ามการค้าประเวณี (Prohibitionism)

การค้าประเวณีเป็นเรื่องผิดศีลธรรม และถือว่าการค้าประเวณีเป็นความผิดทางอาญา โดยผู้ที่เกี่ยวข้องกับการค้าประเวณี เช่น เจ้าของสถานบริการการค้าประเวณี ผู้เป็นธุระจัดหาหญิงมาค้าประเวณี ลูกค้า และ ตัวโสเภณีเองถือว่าเป็นผู้กระทำผิด ซึ่งแนวคิดนี้มีเป้าหมายที่จะกำจัดการค้าประเวณีให้ออกไปจากสังคมโดยมีกฎหมายอาญาและการบังคับกฎหมายที่มีประสิทธิภาพเป็นเครื่องมือในการลดจำนวน โสเภณีและสถานบริการการค้าประเวณี โดยที่แนวคิดนี้อยู่บนพื้นฐานความเชื่อที่ว่า โสเภณีเป็นสิ่งที่ชั่วร้ายหรืออาชญากรในสังคม เป็นแหล่งของการแพร่เชื้อโรคติดต่อ เป็นปรากฏการณ์ต่อต้านสังคมที่คุกคาม ศีลธรรม สุขภาพอนามัย

2.3.2 แนวคิดลดทอนความเป็นอาชญากรรมของการค้าประเวณี (Decriminalization)

สำหรับแนวคิดนี้เริ่มจากสมัยก่อนสังคมอาจถือว่าการค้าประเวณีเป็นสิ่งที่ผิดกฎหมาย แต่เมื่อได้มีการพิจารณาแนวทางอื่นในการรับมือกับปัญหาดังกล่าวแล้ว พบว่าควรมีการเสนอให้ยกเลิกกฎหมายที่จะจับกุม ลงโทษผู้ค้าประเวณี และให้ใช้กฎหมายอาญาและกฎหมายอื่นดำเนินการกับผู้แสวงหาผลประ โยชน์บังคับค้าผู้หญิง แต่ในขณะที่เดียวกันก็ให้หญิงสามารถค้าประเวณีได้โดยไม่ต้องถูกจับกุมลงโทษ แนวคิดนี้ส่งเสริมให้หญิงค้าประเวณีไม่ถูกแสวงหาผลประ โยชน์จากร่างกายของตน มีการรับรอง คู่ครอง และให้สิทธิแก่ผู้ค้าประเวณีในฐานะพลเมืองคนหนึ่ง มีการจัดระเบียบด้านสาธารณสุข แนวคิดเช่นนี้เองที่มีได้ถือได้ว่าผู้ค้าประเวณีเป็นอาชญากรเหมือนกับอาชญากรอื่นนั้น เป็นผลให้เกิดการยกระดับคุณภาพชีวิตการทำงานของหญิงค้าประเวณีเป็นอย่างมากซึ่งประเทศที่ใช้แนวคิดลักษณะนี้ได้แก่ เดนมาร์ก ออสเตรเลีย (ยกเว้นรัฐวิกตอเรีย) และนิวซีแลนด์²¹

2.3.3 แนวคิดการค้าประเวณีเป็นสิ่งถูกกฎหมาย (Legalization)

แนวคิดนี้ยอมรับว่าการค้าประเวณีเป็นสิ่งที่ถูกกฎหมาย มีการกำหนดให้โสเภณีและสถานบริการการค้าประเวณีต้องจดทะเบียนให้เป็นกิจจะลักษณะ โดยถือว่าโสเภณีเป็นอาชีพที่ถูกกฎหมายและอนุญาตให้มีการเปิดสถานบริการ โดยมีเจ้าของของสถานบริการและแม่เลี้ยงซึ่งเป็นตัวแทนจากรัฐให้เป็นผู้ควบคุมดูแล และอนุญาตให้โสเภณีทำการค้าประเวณีในสถานบริการ

²⁰ ตมาคมรัฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยเกษตรศาสตร์. (2558). *การค้าประเวณีหญิงจากประเทศในแถบอนุภูมิภาคกลุ่มแม่น้ำโขงในประเทศไทย*. รายงานวิจัยฉบับสมบูรณ์ สถาบันเพื่อการยุติธรรมแห่งประเทศไทย. หน้า 21.

²¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 22.

การค้าประเวณีที่ได้รับการจดทะเบียนถูกต้องตามกฎหมายเท่านั้น ซึ่งสถานประกอบการค้าประเวณีจะถูกกำหนดอยู่ในบริเวณเฉพาะห่างไกลจากโรงเรียนหมู่บ้าน เป็นต้น โดยภายใต้ระบบดังกล่าวจะมีการนำกฎหมายอาญากฎหมายแรงงานคุ้มครองโสเภณี รวมทั้งมีการควบคุมด้านสุขอนามัย การตรวจสุขภาพโสเภณีตามระยะเวลาที่กำหนด โดยเฉพาะการป้องกันการแพร่เชื้อโรคมารใช้ในการกำกับดูแลหญิงค้าบริการอีกด้วย

แนวคิดนี้มีประโยชน์ในการควบคุมการแพร่ของโรคติดต่อสัมพันธ์เป็นหลักและที่สำคัญรัฐก็ยังได้รับประโยชน์จากการจัดเก็บภาษีจากการค้าประเวณีอีกด้วย แนวคิดนี้อาจช่วยลดการประพฤติโดยมิชอบของเจ้าหน้าที่ตำรวจ และการเอารัดเอาเปรียบหญิงค้าบริการจากผู้เป็นธุระจัดหา แต่ผลที่ตามมาจากการดำเนินนโยบายในลักษณะนี้จะทำให้การค้าประเวณีกลายเป็นสถาบันที่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งขัดหลักทฤษฎีขององค์การสหประชาชาติที่หลายประเทศเป็นภาคี แนวคิดนี้มีการใช้ในรัฐเนวาดาประเทศสหรัฐอเมริกา รัฐวิกตอเรีย ประเทศออสเตรเลีย²²

2.3.4 แนวคิดยกเลิกการค้าประเวณี (Abolitionism)

แนวคิดนี้เป็นการผสมผสานระหว่างแนวคิดการค้าประเวณีเป็นสิ่งถูกกฎหมาย (Legalization) และแนวคิดห้ามการค้าประเวณี (Prohibitionism) โดยมีวัตถุประสงค์ที่ต้องการขจัดการค้าประเวณีให้หมดไป ถือว่าการค้าประเวณีโดยตัวมันเองไม่ผิดกฎหมาย แต่กฎหมายยังคงมีการลงโทษการค้าผู้หญิงและเด็กตลอดจนการเป็นธุระจัดหา โดยมีการใช้มาตรการการช่วยเหลือผู้ที่ถูกค้าและจัดการลงโทษนักค้ามนุษย์ เป็นต้น โดยแนวคิดดังกล่าวได้อิทธิพลส่วนหนึ่งจากอนุสัญญาขององค์การสหประชาชาติว่าด้วยการปราบปรามการค้าบุคคลและการแสวงหาประโยชน์จากการค้าประเวณีของผู้อื่น (Convention for the Suppression of the Traffic in Persons and the Exploitation of the Prostitution of others 1949) ซึ่งมีใจความหลักว่า ระบบโสเภณีนั้นขัดต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ รัฐสมาชิกมีหน้าที่ดำเนินการกับบุคคลที่สามที่ก่อให้เกิดการค้าประเวณีและช่วยเหลือหญิงที่ตกเป็นเหยื่อการค้ามนุษย์ แนวคิดมีการใช้อย่างแพร่หลายในประเทศต่างๆ เช่น ประเทศอังกฤษ แคนาดา อินเดีย แต่อย่างไรก็ตามหลักการดังกล่าวได้ถูกมองว่าเห็นผู้หญิงค้าประเวณีเป็นเหยื่อไปหมดแล้ว ทั้งๆ ที่ผู้หญิงบางคนได้เลือกอาชีพโสเภณีด้วยตนเองเพราะเป็นอาชีพที่มีรายได้สูง²³

²² สมาคมรัฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยเกษตรศาสตร์. (2558). อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 20. หน้า 25.

²³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 26.

2.4 ทฤษฎีที่เกี่ยวกับการค้าประเวณี

การค้าประเวณี กรณีผู้ค้าประเวณีที่ยินยอมสมัครใจในการกระทำความผิด ย่อมมีเหตุปัจจัยใดที่ควรแก่การศึกษาเพื่อทราบว่าเหตุใดการค้าประเวณีเป็นการกระทำที่ฝ่าฝืนกฎหมาย แต่บุคคลเหล่านั้นเลือกที่จะกระทำและการกระทำความผิดซ้ำอีก จากการศึกษาพบทฤษฎีที่เกี่ยวกับการค้าประเวณีมีดังต่อไปนี้²⁴

2.4.1 ทฤษฎีคิดก่อนกระทำ (Rational Choice)

แกรี เบคเกอร์กล่าวถึงการคิดก่อนกระทำความผิดของบุคคล ในบทความอาชญากรรมและการลงโทษในทางเศรษฐศาสตร์ (Crime and punishment: An economic approach) ว่าบุคคลปกติ (Sane) จะเป็นผู้มีอิสระในการเลือกที่จะกระทำการหรืองดเว้นกระทำการใดอันเป็นสิ่งที่ผิดกฎหมายได้ ด้วยการตัดสินใจของตนเองอย่างมีเหตุมีผล (Rationality) และแนวทางในการที่จะเลือกที่จะมีพฤติกรรมที่ผิดกฎหมายของบุคคลนั้นขึ้นอยู่กับความคุ้มค่าจากการกระทำนั้นของแต่ละบุคคล อันหมายถึงความพึงพอใจหรือประโยชน์อันสูงสุดจากการกระทำนั้น ซึ่งความพึงพอใจหรือผลประโยชน์ในที่นี้มีได้จำกัดเฉพาะในรูปของทรัพย์สินเท่านั้น หากแต่ยังรวมถึงผลประโยชน์ หรือความพึงพอใจด้านจิตใจด้วย สมมุติฐานตามหลักทฤษฎีคิดก่อนกระทำความผิดของ แกรี่ เบคเกอร์ (Gary Becker) นักเศรษฐศาสตร์สังคมวิทยา นั้นมีความคล้ายคลึงและสอดคล้องกับแนวคิดของนักอาชญาวิทยาในกลุ่มดั้งเดิม (Classical School of Criminology) ในเรื่องเจตจำนงเสรี (Free Will) ที่มีความเชื่อว่าเจตจำนงเสรีเป็นตัวกำหนดพฤติกรรมของมนุษย์ดังกล่าวที่ว่า “มนุษย์เป็นผู้มีเหตุผลในการมุ่งแสวงหาเพื่อให้ได้มาซึ่งผลประโยชน์สูงสุดทางด้านวัตถุหรือด้านจิตใจ และในการตัดสินใจเลือกกระทำการหรืองดเว้นการกระทำใดๆ มนุษย์จะพิจารณาทางเลือกต่างๆ ที่มีอยู่อย่างมีเหตุผล”

โดยปัจจัยที่ทำให้มนุษย์เกิดความพอใจ ได้แก่ ความร่ำรวย ความเชี่ยวชาญชำนาญ การได้รับความเมตตาการุณา การได้รับการยกย่องนับถือหรือการยอมรับ ส่วนปัจจัยที่ก่อให้เกิดความทุกข์ประกอบด้วย ความผิดหวัง ความรู้ลึกลับหรือกระหาย การไร้อิสรภาพ ความสูญเสีย ความเจ็บปวด เป็นต้น โดยแนวคิดตามแนวทฤษฎีของสำนัก อาชญาวิทยาดั้งเดิมนั้นจะวิเคราะห์ถึงการที่มนุษย์คนหนึ่งเลือกที่จะก่ออาชญากรรมหรือมีพฤติกรรมที่ฝ่าฝืนกฎหมายนั้น ขึ้นอยู่กับปัจจัย

²⁴ ทวีชัย ระเบียบ. (2555). *กระบวนการค้าประเวณีหญิงข้ามชาติ: ศึกษากรณีหญิงต่างด้าวในจังหวัดสมุทรสาคร*. วิทยานิพนธ์ศิลปศาสตรมหาบัณฑิต คณะสังคมศาสตร์และมนุษยศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยมหิดล. หน้า 22.

ของตัวบุคคลนั่นเอง โดยเชื่อว่ามนุษย์เป็นผู้มีเหตุมีผลสามารถเลือกที่จะกระทำการหรือไม่กระทำการใดได้ด้วยตัวเอง ซึ่งจากแนวคิดดังกล่าวก็นำมาสู่การกำหนดกฎหมายและกระบวนการยุติธรรมเพื่อที่จะหยุดยั้งพฤติกรรมอาชญากรรมของมนุษย์ ซึ่งหลักการเหล่านี้มีความสอดคล้องกันกับแนวคิดของ แกรี เบคเกอร์ ในภายหลัง²⁵

ในด้านความเชื่อมโยงระหว่างปัญหาการค้าประเวณี กรณีผู้ค้าประเวณีกับทฤษฎีคิดก่อนกระทำของแกรี เบคเกอร์ (Gary Becker) นั้น พบว่า หากการเข้าสู่ธุรกิจการค้าประเวณีหรือการประกอบอาชีพโสเภณีนั้น บุคคลได้ไตร่ตรองว่าพฤติกรรมดังกล่าวสามารถสร้างความพึงพอใจให้กับบุคคลนั้น มากกว่าความทุกข์ทรมานที่จะเกิดขึ้นแล้ว บุคคลย่อมเลือกที่จะตัดสินใจกระทำการดังกล่าว ผ่านการคิดคำนวณอย่างเป็นเหตุเป็นผลของบุคคลนั่นเอง นอกจากนี้ในส่วน of แนวคิดนี้ยังเห็นว่าการคิดก่อนกระทำอันมีความความเชื่อมโยงกับพฤติกรรมของมนุษย์ และยังหมายถึงการคิดก่อนกระทำอันมีผลต่อการตัดสินใจทุกอย่างของมนุษย์และนำไปสู่พฤติกรรมอื่นของมนุษย์ โดยการตัดสินใจต่างๆ ของมนุษย์นั้นนอกจากการตัดสินใจโดยทั่วไปแล้ว

กล่าวโดยสรุป แนวคิดดังกล่าวว่าการตัดสินใจกระทำใดจะต้องอยู่บนบรรทัดฐานของความเชี่ยวชาญ (Skill) หรือ ความรู้ (Knowledge) ของบุคคลนั้นกับข้อมูลข่าวสาร (Information) ที่บุคคลนั้นมี ซึ่งหากบุคคลหนึ่งจะตัดสินใจค้าประเวณี นอกจากสินจ้างหรือประโยชน์อื่นใดที่ได้รับเมื่อเทียบกับอาชีพที่ถูกกฎหมายแล้วต่างกันอยู่มากแล้ว สิ่งแวดล้อมก็มีอิทธิพลอย่างมากต่อการตัดสินใจเข้าสู่การค้าประเวณี กล่าวคือ บุคคลที่มีความเกี่ยวข้องกับธุรกิจค้าประเวณี มีความใกล้ชิดกับผู้ประกอบธุรกิจค้าประเวณี หรือเคยทำงานในส่วนอื่นที่เกี่ยวข้องกับธุรกิจค้าประเวณี ย่อมมีความเป็นไปได้ที่จะตัดสินใจค้าประเวณีมากกว่าบุคคล และข้อมูลจากบุคคลแวดล้อมที่เกี่ยวข้องกับการค้าประเวณี ชักชวน แนะนำ ก็ส่งผลให้เกิดการตัดสินใจค้าประเวณีได้ เป็นต้น

2.4.2 ทฤษฎีความกดดันทางสังคม (Strain Theory)

ทฤษฎีความกดดันทางสังคม (Strain Theory) ของโรเบิร์ต เมอร์ตัน (Robert Merton) นักสังคมวิทยาสหรัฐอเมริกา กล่าวว่า “โครงสร้างทางสังคมอาจจำกัดความสามารถของบุคคล เฉพาะกลุ่มในการบรรลุความต้องการนั้น ทำให้คนบางกลุ่มต้องใช้วิธีการไม่ถูกต้องเพื่อให้ได้สิ่งที่ต้องการ” ซึ่งพฤติกรรมการค้าประเวณีและพฤติกรรมโสเภณีนั้น เป็นหนึ่งในพฤติกรรมผิดกฎหมายที่เป็นการแสดงออกของบุคคลแห่งโลกทุนนิยม อันเป็นปัญหาต่อสังคมตามหลักทฤษฎีนี้

²⁵ ทวีชัย ระเบียบ. (2555). อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 24. หน้า 23.

ทฤษฎีความกดดันทางสังคม เป็นทฤษฎีที่อธิบายสาเหตุของพฤติกรรมเบี่ยงเบนของบุคคลว่าเกิดจากความขัดแย้งระหว่างค่านิยมของสังคมกับวิธีการบรรลุวัตถุประสงค์ (Discrepancy between Culture Goals and Situation) โดยโรเบิร์ต เมอร์ตัน (Robert Merton) ได้อธิบายปรากฏการณ์ดังกล่าวนี้ว่าเป็นความกดดันที่เกิดขึ้นกับบุคคลในสังคมที่ไม่สอดคล้องกันระหว่างจุดมุ่งหมายทางสังคมกับวิธีการไปสู่จุดมุ่งหมาย (Disjunction between Goals and Means) โดยสังคมในโลกทุนนิยมนั้นมีความยกย่องเชิดชูผู้ประสบความสำเร็จ หรือผู้มีความร่ำรวย หากแต่มิใช่ทุกคนที่จะสามารถบรรลุจุดมุ่งหมาย²⁶ ของสังคมได้ บุคคลในสังคมจึงมีการแสดงออกที่มีลักษณะในการตอบโต้สังคมที่แตกต่างกันออกไปโดยเมอร์ตันได้แบ่งการตอบโต้ของมนุษย์ที่มีผลมาจากความกดดันทางสังคมไว้ 5 แนวทาง คือ

1) การปฏิบัติตาม

แม้ว่าบุคคลจะได้รับความกดดันที่เน้นให้ต้องสร้างฐานะความร่ำรวย แต่บุคคลกลุ่มนี้ก็ยอมที่จะเลือกวิธีการที่เป็นที่ยอมรับทางสังคม ไม่ว่าจะบรรลุจุดมุ่งหมายทางสังคม หรือไม่ก็ตาม ซึ่งบุคคลกลุ่มนี้จะเลือกที่จะตั้งใจศึกษาเล่าเรียน เพื่อนำตนไปสู่การประกอบอาชีพโดยสุจริตที่มีรายได้สูงเพื่อบรรลุจุดมุ่งหมายของสังคม ซึ่งหากบรรลุเป้าหมายได้สำเร็จบุคคลกลุ่มนี้จะไม่ก่อให้เกิดปัญหาต่อสังคม

2) การเปลี่ยนแปลง

บุคคลกลุ่มนี้จะยอมรับจุดมุ่งหมาย (Goals) ในเรื่องการสร้างฐานะ หรือความร่ำรวย แต่บุคคลกลุ่มนี้จะไม่สนใจวิธีในการ (Means) ที่จะได้มาซึ่งฐานะหรือความร่ำรวยนั้น โดยไม่สนใจว่าวิธีนั้นจะผิดกฎหมาย ละเมิดศีลธรรมหรือวัฒนธรรมประเพณี ส่งผลให้บุคคลกลุ่มนี้เลือกที่จะมีพฤติกรรมที่ผิดกฎหมาย เช่น พฤติกรรมอาชญากรรม หรือ เลือกที่จะประกอบอาชีพที่ผิดกฎหมายในบางประเทศ และผิดต่อวัฒนธรรมของสังคมนั้นๆ เช่น การค้ายาเสพติด การเปิดบ่อน การพนัน หรือการค้าประเวณี เป็นต้น

3) การยึดถือวัฒนธรรมใหม่

เป็นการปฏิเสธหรือไม่ยอมรับจุดมุ่งหมายของสังคม แต่ยังคงปฏิบัติตามวิธีการที่สังคมยอมรับ คนกลุ่มนี้ไม่สร้างปัญหาให้สังคมแต่จะทำให้สังคมเสียกำลังแรงงานของคนกลุ่มนี้ไป

²⁶ ฌ็อง-ฌัก ออตูร์ (1939). *ทฤษฎีอาชญาวิทยา*. เอกสารการสอนชุดวิชาอาชญาวิทยาและทัณฑวิทยา 33435 หน่วยที่ 1-7 (Criminology and Penology) สาขาวิชาวิทยาการจัดการ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช. หน้า 22.

พฤติกรรมการณ์โต้ตอบสังคมของคนกลุ่มนี้

4) การยอมแพ้หรือการล่าถอย

เป็นกลุ่มที่ไม่ยอมรับหรือล่าถอยต่ออุดมการณ์ทางสังคม หรือปฏิบัติตามวิธีการที่ได้รับการยอมรับการแสดงออกของบุคคลกลุ่มนี้ เช่น กลายเป็นบุคคลซึมเศร้า ติดสูรา ติดยาเสพติด หรือฆ่าตัวตาย²⁷

5) การปฏิวัติ

เป็นกลุ่มบุคคลที่ได้รับความผิดหวังจากอุดมการณ์ทางสังคม จึงคิดที่จะสร้างอุดมการณ์ใหม่ ซึ่งคนกลุ่มนี้จะเลิกเป็นสมาชิกของสังคมเดิม และจะเริ่มอยู่อาศัยภายใต้วัฒนธรรมใหม่ บุคคลกลุ่มนี้ไม่ยอมรับทั้งอุดมการณ์และวิธีการที่สังคมเดิมยอมรับ บางครั้งคนกลุ่มนี้อาจไม่สร้างปัญหาให้สังคม และอาจนำการเปลี่ยนแปลงให้กับสังคมไปสู่ทิศทางที่ดีขึ้น แต่ในทางกลับกัน กลุ่มคนกลุ่มนี้อาจสร้างปัญหา และความรุนแรง ให้กับสังคม เช่น การประท้วงด้วยการใช้ความรุนแรง การก่อการร้าย

แนวคิดทฤษฎีความกดดันทางสังคมที่กล่าวมาข้างต้นหากทำการวิเคราะห์ถึงเหตุปัจจัยในการค้าประเวณี พบว่า ส่วนใหญ่ผู้ค้าประเวณีด้วยความสมัครใจ มีฐานะความเป็นอยู่ที่ไม่ได้ขัดสนดังเช่นในสมัยก่อน แต่ความต้องการวัตถุนิยมก็มีมากขึ้นตามสภาพแวดล้อม อีกทั้งสินจ้างหรือผลประโยชน์ที่ได้จากการค้าประเวณีสูงกว่าการประกอบอาชีพที่ถูกกฎหมาย รวมถึงสภาพเศรษฐกิจที่เปลี่ยนแปลงไปจึงเลือกที่จะประกอบอาชีพค้าประเวณีเพื่อสร้างฐานะของตนและครอบครัว บุคคลดังกล่าวมิได้ถูกบังคับขู่เข็ญให้มาทำการค้าประเวณี แต่อาจเนื่องจากข้อขัดข้องหลายปัจจัยทำให้ไม่สามารถประกอบอาชีพที่ถูกกฎหมายได้ จึงได้เลือกหารายได้จากการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายในการให้ได้มาซึ่งทรัพย์สินเงินทอง

2.4.3 ทฤษฎีอาชญาวิทยาของกลุ่มแนวคิดสตรีนิยม (Feminist Criminology Theories)

แต่เดิมในอดีตแนวคิดของนักอาชญาวิทยาที่จะศึกษาพฤติกรรมของผู้หญิงในการกระทำ ความผิดนั้น มีความเชื่อว่าทฤษฎีอาชญาวิทยาที่มีอยู่สามารถใช้อธิบายพฤติกรรมอาชญากรรมได้ทั้งของผู้หญิงและผู้ชาย จึงไม่มีความจำเป็นในการพัฒนาทฤษฎีสำหรับผู้หญิงขึ้นมาโดยเฉพาะ แต่หลังจากที่มีการกล่าวถึงการกระทำผิดที่ผู้หญิงเป็นผู้กระทำเกิดขึ้นเป็นจำนวนมาก ทำให้นักทฤษฎีอีกกลุ่มหนึ่งกลับเชื่อว่าทฤษฎีที่มีอยู่ไม่สามารถอธิบายปรากฏการณ์อาชญากรรมที่ถูกกระทำ

²⁷ จุฑารัตน์ เอื้ออำนวย. (2551). *สังคมวิทยา อาชญากรรม*. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.
หน้า 25.

ลงโดยเพศหญิงได้อย่างสมบูรณ์แบบ ดังนั้นจึงมีความจำเป็นที่จะต้องมีการพัฒนาหรือสร้างทฤษฎี สำหรับผู้หญิง โดยเฉพาะขึ้น ด้วยเหตุดังกล่าวจึงนำมาซึ่งการพัฒนาทฤษฎีสำหรับผู้หญิงขึ้น โดยกลุ่ม ทฤษฎีดังกล่าวประกอบด้วยกัน 2 กลุ่มคือ

1) กลุ่มทฤษฎีการปลดปล่อยให้เป็นอิสระของผู้หญิง (Women liberation theories)

กลุ่มทฤษฎีการปลดปล่อยให้เป็นอิสระของผู้หญิงมีความเชื่อว่าบทบาททางสังคมของ ผู้หญิงในยุคใหม่ จะมีอิทธิพลต่อการเข้ามามีส่วนร่วมในพฤติกรรมอาชญากรรมของผู้หญิงด้วย กล่าวคือในอดีตโอกาสหรือหน้าที่ในการประกอบอาชีพมักจะอยู่ที่เพศชายเป็นส่วนใหญ่ และ ผู้หญิงในอดีตนั้นมักมีหน้าที่เพียงแค่ทำงานบ้านและเลี้ยงลูกเท่านั้น แต่ต่อมาหลังจากที่สภาพทาง สังคมเปลี่ยนแปลงไปในลักษณะที่เปิดโอกาสให้ผู้หญิงมีบทบาทมากขึ้นในสังคม ไม่ว่าจะเป็น ในด้านการศึกษา การประกอบอาชีพ การเมือง ตำรวจ ทหาร หรือด้านเศรษฐกิจ ส่งผลให้บทบาท ในด้านพฤติกรรมของผู้ชายและผู้หญิงมีความแตกต่างกันน้อยลง ซึ่งทำให้ผู้หญิงและผู้ชายมี แนวโน้มที่จะมีความคล้ายคลึงกันในด้านพฤติกรรมเบี่ยงเบนหรือพฤติกรรมอาชญากรรมรวมถึง พฤติกรรมละเมิดกฎหมายต่างๆ ผู้หญิงในสังคมสมัยใหม่กำลังเปลี่ยนแปลงไป ตั้งแต่การมีความ ก้าวร้าวมากขึ้น และต้องแข่งขันกันมากขึ้น นอกจากนี้อาชญากรที่เป็นหญิงมีการเรียนรู้โดยบทบาท จากเพศชาย คือ มีลักษณะของการต่อสู้และมีลักษณะก้าวร้าวมากขึ้น เช่น การปล้นธนาคาร การ ชิงทรัพย์ การขู่กร โจรทรัพย์ การฆาตกรรม เป็นต้น โดยนักทฤษฎีกลุ่มนี้ได้ให้ความเห็นว่า ในอดีตพฤติกรรมที่กล่าวมาข้างต้นมักเกิดขึ้นจากการกระทำผู้ชายเท่านั้น แต่หลังจากที่ผู้หญิง มีบทบาทมากขึ้นในสังคม ก็สามารถพบเห็นพฤติกรรมดังกล่าวในผู้หญิงเพิ่มมากขึ้น จึงสามารถ กล่าวถึงความสัมพันธ์ระหว่างบทบาททางสังคมที่มากขึ้นของเพศหญิงต่อพฤติกรรมอาชญากรรม หรือการประกอบอาชีพที่มีลักษณะฝ่าฝืนต่อบทบัญญัติกฎหมายได้²⁸

สรุปได้ว่า หลักแนวคิดในกลุ่มทฤษฎีนี้เชื่อว่าหากเปิดโอกาสให้ผู้หญิงเท่าเทียมกับผู้ชาย ผู้หญิงก็จะมีแนวโน้มก่ออาชญากรรมรวมถึงมีพฤติกรรมที่ฝ่าฝืนต่อกฎหมายเช่นเดียวกับผู้ชาย ดังนั้นปัจจัยหรือตัวแปรที่ใช้อธิบายสาเหตุของการประกอบอาชญากรรมนั้น จึงไม่มีความแตกต่าง กันระหว่างผู้หญิงและผู้ชาย เปรียบเช่นกับการค้าประเวณีที่โดยส่วนใหญ่มักจะเป็นเพศหญิงที่ถือ การค้าประเวณีเป็นอาชีพโดยมิได้เกรงกลัวต่อกฎหมายแต่อย่างใด

2) กลุ่มทฤษฎีการขัดเกลาทางสังคม โดยครอบครัวที่กำหนดความแตกต่างของบทบาท (Sex-role differentiation in family socialization)

²⁸ สมาคมรัฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยเกษตรศาสตร์. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 20. หน้า 30.

กระบวนการขัดเกลาในครอบครัวมีแนวโน้มที่จะสามารถควบคุมเด็กหญิงได้มากกว่าเด็กชาย และสามารถสอนให้เด็กหญิงสามารถหลีกเลี่ยงความเสี่ยงในการที่จะกระทำความผิดได้มากกว่าเด็กชาย โดยในครอบครัวที่ผู้ชายเป็นใหญ่ นั้นหมายถึง ครอบครัวที่บิดาอยู่ในฐานะที่เป็นใหญ่ในครอบครัวมีอำนาจควบคุมสั่งการ ในขณะที่มารดาทำหน้าที่เป็นแม่บ้านและอยู่ในฐานะปฏิบัติตามบิดา ครอบครัวในลักษณะนี้จะปลูกฝังให้เด็กหญิงอยู่ในระเบียบวินัยในขณะที่ปล่อยให้เด็กชายมีแนวโน้มที่จะมีพฤติกรรมอาชญากรรมมากกว่าเด็กหญิง ในทางตรงกันข้ามครอบครัวที่นิยมความเท่าเทียมกันซึ่งหมายถึงครอบครัวที่มารดาเป็นใหญ่หรือมีความเท่าเทียมกับบิดา ครอบครัวเดี่ยวและครอบครัวที่ไม่มีบิดา ครอบครัวลักษณะเหล่านี้จะมีแนวโน้มที่จะเลี้ยงดูเด็กหญิงในลักษณะเหมือนหรือคล้ายคลึงกับเด็กชาย เป็นเหตุให้เด็กหญิงมีแนวโน้มที่จะประกอบอาชญากรรมหรือมีพฤติกรรมละเมิดกฎหมายมากกว่าครอบครัวในสังคมอีกระบบหนึ่ง

กล่าวโดยสรุป กระบวนการขัดเกลาทางสังคมในครอบครัวมีความแตกต่างกันระหว่างเด็กผู้ชายกับเด็กผู้หญิง และในครอบครัวที่มีความเท่าเทียมกันมีความเป็นไปได้ที่เด็กหญิงจะมีแนวโน้มที่จะประกอบอาชญากรรมมากกว่าครอบครัวที่ผู้ชายเป็นใหญ่²⁹ จึงส่งผลให้ผู้หญิงมีโอกาสที่จะมีพฤติกรรมอาชญากรรม หรือมีการประกอบอาชญากรรมซึ่งเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย

2.5 ทฤษฎีเกี่ยวกับการกำหนดความผิดทางอาญา

2.5.1 ความหมายของกฎหมายอาญา

กฎหมายอาญาเป็นเครื่องมือของรัฐที่มีสภาพบังคับรุนแรงที่สุดในการจัดระเบียบให้เกิดความสงบสุขเรียบร้อย ในทางวิชาการ ได้ให้ความหมายของกฎหมายอาญาไว้ดังนี้

“กฎหมายอาญา” คือ “บรรดากฎหมายทั้งหลายที่ระบุนถึงความผิดอาญา โทษ วิธีการเพื่อความปลอดภัยและมาตรการบังคับทางอาญาอื่นและเป็นกฎหมายที่กำหนดให้ความผิดอาญาเป็นเงื่อนไขของการใช้โทษ วิธีการเพื่อความปลอดภัย และมาตรการบังคับทางอาญาอื่นนั้น”³⁰

“กฎหมายอาญา” ได้แก่ “กฎหมายที่บัญญัติความผิดและโทษ”³¹

²⁹ จุฑารัตน์ เอื้ออำนวย. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 27. หน้า 33-34.

³⁰ คณิต ฅ นคร. (2551). *กฎหมายอาญาภาคทั่วไป* (พิมพ์ครั้งที่ 3). กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 32.

³¹ หยุต แสงอุทัย. (2552). *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป* (พิมพ์ครั้งที่ 17). กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 92.

“กฎหมายอาญา” คือ “กฎหมายที่บัญญัติว่าการกระทำหรือไม่กระทำการอย่างใดเป็นความผิด และกำหนดโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดไว้ด้วย”³²

จากบทนิยามที่ได้กล่าวมาแล้วในข้างต้น จะเห็นได้ว่าลักษณะบทบัญญัติกฎหมายอาญานั้นต้องประกอบไปด้วยส่วนต่าง ๆ 2 ส่วน ได้แก่ ในส่วนที่เป็นองค์ประกอบ คือ ความผิดอาญา (Crime) และในส่วนที่เป็นผล คือ มาตรการบังคับทางกฎหมาย (Criminal Sanction)

“ความผิดอาญา” หมายถึง “การกระทำหรือการไม่กระทำที่กฎหมายบัญญัติห้ามให้กระทำการหรือไม่กระทำดังกล่าวเป็นความผิด เช่น ความผิดฐานลักทรัพย์ตามมาตรา 334 แห่งประมวลกฎหมายอาญา ความผิดฐานทำร้ายร่างกายตามมาตรา 295 แห่งประมวลกฎหมายอาญา”³³

“มาตรการบังคับทางอาญา” สามารถแบ่งได้เป็น 3 ประเภท ได้แก่ โทษ วิธีการเพื่อความปลอดภัย และมาตรการบังคับทางอาญาอื่น เช่น การยึดและทำลายวัตถุหรือส่วนของวัตถุที่มีข้อความหมิ่นประมาท การให้โฆษณาคำพิพากษาของศาลในหนังสือพิมพ์โดยจำเลยเป็นผู้รับผิดชอบค่าใช้จ่าย³³

2.5.2 ประเภทความผิดอาญาแบบดั้งเดิม

กฎหมายอาญา เป็นกฎหมายที่รัฐบัญญัติขึ้นเพื่อกำหนดความผิดและบทลงโทษเพื่อควบคุมลักษณะการกระทำที่ไม่พึงประสงค์ หากใช้เกณฑ์การแบ่งแยกประเภทความผิดอาญาตามลักษณะการกระทำความผิด สามารถแบ่งความผิดทางอาญาออกได้เป็น 2 ประเภท คือ

1) ความผิดในตัวเอง (*mala in se*) เป็นความผิดที่คนโดยส่วนใหญ่เห็นได้ชัดว่าว่าการกระทำนั้นผิดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน โดยจะปรากฏในรูปของขนบธรรมเนียมจารีตประเพณีที่มีการปฏิบัติต่อกันอย่างสม่ำเสมอมาเป็นเวลานาน และสิ่งที่ปฏิบัติต่อกันมาตลอดจะถือว่าเป็นสิ่งที่ถูกต้อง แต่ถ้าไม่ปฏิบัติต่อกันเช่นนั้นจะรู้สึกว่าเป็นสิ่งที่ผิด เช่น การลักทรัพย์ และในบางกรณีการนำเอาข้อห้ามในทางจารีตประเพณีมากำหนดเป็นบทบัญญัติอันเป็นเงื่อนไขในการที่ผู้กระทำความผิดจะต้องได้รับโทษสูงขึ้น เช่น บุตรที่ฆ่าบิดามารดา³⁴

³² เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. (2551). คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1 (พิมพ์ครั้งที่ 10). กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์พลสยาม พรินติ้ง (ประเทศไทย). หน้า 1.

³³ คณิต ฒ นคร. อ่างแล้วเชิงอรธที่ 30. หน้า 33.

³⁴ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. (2558). คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค 1 (พิมพ์ครั้งที่ 10). กรุงเทพฯ: พลสยาม พรินติ้ง. หน้า 43.

2) ความผิดที่กฎหมายบัญญัติห้ามมิให้กระทำ (*mala prohibita*) เป็นความผิดเนื่องจากการกระทำที่ต้องห้ามตามบทบัญญัติที่กฎหมายได้กำหนดไว้ กล่าวคือ เป็นการกระทำความชั่ว เพราะสิ่งนั้นสังคมห้ามมิให้กระทำ (evil because prohibited) ความผิดเช่นนี้ไม่สามารถมองเห็นหรือรู้สึกว่าเป็นความชั่วร้ายในตัวเอง แต่ที่เป็นความผิดก็เพราะได้กระทำในสิ่งที่กฎหมายบัญญัติห้ามไว้นั่นเอง

การร่วมประเวณีเป็นเรื่องธรรมชาติที่สังคมยอมรับให้กระทำได้ หากไม่ทำให้บุคคลอื่นเดือดร้อนเสียหาย แต่สำหรับการค้าประเวณี เช่น ในกรณียอมรับที่จะร่วมประเวณีหรือการร่วมประเวณีอันเป็นการล่าสอนเพื่อสินจ้างหรือประโยชน์ใดๆ ถือเป็นเรื่องเลื่อมทรมามขัดแย้งต่อศีลธรรมและค่านิยมที่ดีของไทย เป็นความผิดในตัว (*mala in se*) หรือในกรณีผู้เข้าชักชวนรับเร้าบุคคลตามถนนหรือสาธารณะสถานเพื่อค้าประเวณี ถือเป็นเรื่องเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย เป็นความผิดที่กฎหมายบัญญัติห้ามมิให้กระทำ (*mala prohibita*) ที่ผ่านมาจึงได้มีการกำหนดให้การกระทำเกี่ยวกับการค้าประเวณีเป็นความผิดอาญาและบทลงโทษตามกฎหมายไทย หากเปรียบเทียบกับในกรณีบุตรฆ่าบิดามารดาซึ่งถือเป็นเรื่องชั่วร้ายผิดศีลธรรมอย่างร้ายแรง เป็นความผิดในตัว (*mala in se*) เช่นกัน แต่อย่างไรก็ดี เมื่อการกระทำความผิดมีความร้ายแรงที่แตกต่างกัน การกำหนดบทลงโทษต้องได้สัดส่วนกับความร้ายแรงของการกระทำความผิดนั้น ๆ และมากพอที่จะป้องกันข่มขู่ ยับยั้งการกระทำความผิดนั้นได้

2.5.3 ทฤษฎีการกำหนดความผิดอาญา³⁵

ทฤษฎีการกำหนดความผิดอาญาต้องมีลักษณะที่สำคัญ 2 ประการ คือ

1) กฎหมายอาญาต้องมีการบัญญัติให้ชัดเจนแน่นอน

การกำหนดความผิดอาญาเป็นการลงโทษผู้ฝ่าฝืนบทบัญญัติที่กำหนดไว้ ซึ่งการลงโทษทางอาญามีความรุนแรงที่สุดที่รัฐจะบังคับใช้กับประชาชน ดังนั้น รัฐจึงต้องบัญญัติกฎหมายอาญาให้ชัดเจนแน่นอนที่สุดเท่าที่จะสามารถจะทำได้ รวมถึงต้องหลีกเลี่ยงการใช้คำที่คลุมเครือหรือไม่มี ความชัดเจนแน่นอน เพื่อเป็นหลักประกันว่ากฎหมายที่บัญญัติขึ้นตรงกับเจตจำนงของฝ่ายนิติบัญญัติอย่างแท้จริง อีกทั้งเป็นเครื่องป้องกันมิให้องค์กรหรือเจ้าหน้าที่ใช้กฎหมายโดยพิจารณาตามความรู้สึกของตนหรือใช้ดุลพินิจในการบังคับใช้กฎหมายอย่างไม่จำกัด

³⁵ สำนักงานคณะกรรมการปฏิรูปกฎหมาย, กม.คปก.(ก) ที่ 33/2558. บันทึกความเห็นและข้อเสนอแนะ เรื่อง หลักการในการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายเกี่ยวกับยาเสพติด. ใน สำนักงานคณะกรรมการปฏิรูปกฎหมาย (บ.ก.). *รวมความเห็นและข้อเสนอแนะของคณะกรรมการปฏิรูปกฎหมาย ประจำปี พ.ศ. 2558*. เล่ม 2. หน้า 510.

2) กฎหมายอาญาต้องมีการตีความโดยเคร่งครัด

การพิจารณากฎหมายอาญาต้องมีการตีความโดยเคร่งครัด เนื่องจากหากมีการตีความเกินกว่าที่กฎหมายบัญญัติไว้ประชาชนจะไม่มีหลักประกันได้ว่าเมื่อใดการกระทำของตนจะเป็นความผิดอาญา ดังนั้น รัฐต้องมีการออกบทบัญญัติที่ชัดเจน โดยระบุว่า การกระทำหรือการไม่กระทำอย่างใดเป็นความผิดทางอาญา กฎหมายอาญาจึงต้องห้ามใช้เกินขอบเขตของบทบัญญัติที่พึงหาได้จาก การตีความตามกฎหมาย

2.5.4 แนวคิดเกี่ยวกับการกำหนดขอบเขตของกฎหมายอาญา³⁶

1) หลักเกณฑ์ว่าด้วยการจำกัด (Limiting Principles)

มีหลักเกณฑ์ว่าไม่ควรนำกฎหมายอาญามาใช้เพื่อวัตถุประสงค์บางประการ หรือในสถานการณ์บางประเภท อันได้แก่

(1) กฎหมายอาญาไม่ควรรวมเอาไว้ ซึ่งข้อห้ามที่มีจุดประสงค์เพียงเพื่อให้บุคคลเชื่อฟัง และผลการไม่เชื่อฟังก็คือผลร้ายในทางการแก้แค้นตอบแทนเท่านั้น

“เบคคาเรีย” กล่าวไว้ในหนังสือเรื่อง อาชญากรรมและการลงโทษ (Crimes and punishments. 1764) ซึ่งเริ่มต้นมองการลงโทษว่าทำอะไรจะได้ผลประโยชน์จากการลงโทษ ที่เรียกว่าอรรถประโยชน์นิยม (Utilitarianism) โดยเสนอว่า “การป้องกันอาชญากรรมย่อมดีกว่า การลงโทษผู้กระทำผิด สิ่งนี้ควรเป็นเป้าหมายอุดมคติของการร่างกฎหมายที่ดี”

(2) กฎหมายอาญาไม่ควรที่จะนำมาใช้ เพื่อลงโทษพฤติกรรมที่ปราศจากพิษภัย ถ้าการกระทำนั้น มิได้มีความชั่วร้ายอยู่ในตัวอยู่แล้ว การใช้กฎหมายอาญาลงโทษการกระทำนั้นย่อมถือว่าเป็นการไม่สมควรอย่างยิ่ง

“เบนธัม” กล่าวไว้ในหนังสือเรื่องหลักเกณฑ์แห่งศีลธรรมและการนิติบัญญัติเบื้องต้น (ค.ศ. 1789) แต่มีปัญหาว่าจะตัดสินใจอย่างไรว่าพฤติกรรมเช่นนี้มีพิษภัยหรือไม่ โดยเสนอว่าไม่ควรใช้กฎหมายเพื่อเป็นวิธีการที่นำไปสู่จุดประสงค์ที่สามารถทำให้บรรลุถึงจุดประสงค์เช่นเดียวกัน ด้วยวิธีอื่นทำให้เกิดความทุกข์เขวหนาน้อยกว่า กฎหมายควรตักเตือนบุคคลไม่ให้กระทำผิดแทนที่จะใช้วิธีลงโทษเพื่อบังคับให้กลัว

³⁶ สามิตร ศิริมาตร์. (2546). *ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการกำหนดความผิดอันเกี่ยวกับการใช้เช็ด*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต. หน้า 32-37. อ้างถึงใน สมพร สมุทรคุณ. (2539). *โทษอาญาฐานละเมิดลิขสิทธิ์*. วิทยานิพนธ์ปริญญาโท มหาวิทยาลัยเทคโนโลยีพระจอมเกล้าธนบุรี. หน้า 26-34.

(3) ไม่ควรนำกฎหมายอาญามาใช้ ถ้ามีวิธีการอื่นที่สามารถลดการกระทำนั้นลงมาได้เท่าเทียม หรือเกือบเท่าเทียมการใช้กฎหมายอาญา แต่ก่อให้เกิดความทุกข์เวทมนานน้อยกว่าการใช้กฎหมายอาญา

(4) กฎหมายอาญาไม่ควรรวมไว้ซึ่งข้อห้ามที่ทำให้เกิดผลพลอยได้อันก่อให้เกิดผลร้ายมากกว่าพฤติกรรมที่กฎหมายอาญาต้องการจะจำกัด

(5) ไม่ควรนำกฎหมายอาญามาใช้ เพื่อจุดประสงค์ที่จะบังคับให้บุคคลประพฤติปฏิบัติตามแนวทางที่จะทำให้ เกิดประโยชน์แก่ผู้ปฏิบัติตนเอง

2) หลักเกณฑ์ว่าด้วยความเป็นไปได้ในทางปฏิบัติ (the pragmatic approach)

หลักเกณฑ์ที่ได้กล่าวมาแล้วในข้อ 1) พยายามจะจำกัดลงไปว่ากฎหมายอาญาไม่ควรนำมาใช้ในกรณีใดบ้าง อาจเรียกได้ว่าเป็นการหาข้อจำกัดในทางศีลธรรม แต่ยังมีแง่มุมที่แตกต่างออกไปกล่าว คือ มองเตสกีเออร์ (Montesquieu) ได้กล่าวไว้ในหนังสือ เรื่อง “เจตนารมณ์ของกฎหมาย (The spirit of the Laws)” ว่าในทุกสังคมย่อมมีขอบเขตของพฤติกรรมบางอย่างที่กฎหมายอาญาไม่อาจควบคุมได้ การพยายามใช้กฎหมายอาญาเพื่อควบคุมพฤติกรรมเช่นนี้จะไม่เกิดประโยชน์ใดเลย ต่อมา ฟิตเจมส์ สตีเฟ่น (Fitzjam Steven) ได้แสดงความเห็น เกี่ยวกับหลักเกณฑ์ว่าด้วยความเป็นไปได้ในทางปฏิบัติของมองเตสกีเออร์ไว้ในหนังสือชื่อ เสรีภาพ ความเสมอภาค ภราดรภาพ (ค.ศ.1874) ว่าการลงโทษพฤติกรรมที่มหาชนเห็นว่าเป็นธรรมดาโดยมิได้คัดค้านแต่ประการใดนั้นเท่ากับเป็นการหลอกลวงและช่วยทำให้เกิดผลสะท้อนอันไม่พึงปรารถนา หลักเกณฑ์ดังกล่าวอาจ สรุปได้ดังนี้

(1) กฎหมายอาญาไม่ควรรวมไว้ซึ่งข้อห้ามที่ไม่ได้มีการสนับสนุนอย่างจริงจังจากมติมหาชน

(2) กฎหมายอาญาไม่ควรรวมเอาไว้ซึ่งข้อห้ามที่บังคับไม่ได้

(3) กฎหมายอาญาไม่ควรรวมเอาไว้ซึ่งข้อห้ามที่มีการละเมิดแล้ว ไม่สามารถพิสูจน์ว่ามีการกระทำความผิดเกิดขึ้นจริง หมายความว่าผู้กระทำความผิดต่อกฎหมายเป็นจำนวนมาก ที่รอดพ้นจากการบังคับใช้กฎหมายอาญา ทำให้เกิดการเสื่อมความนิยมในกฎหมายอาญา

3) หลักเกณฑ์แบบปฏิฐาน (positive justifications)

หลักเกณฑ์นี้จะตอบคำถามว่า กฎหมายอาญานี้ ควรมีหน้าที่อย่างไร ซึ่งหลักเกณฑ์นี้ไม่ขึ้นตรงต่อศีลธรรม (non-moralistic justification)²⁰ ซึ่งเป็นหลักการประการสำคัญที่สนับสนุนการบัญญัติกฎหมายอาญาสมัยใหม่ เห็นได้อย่างชัดเจน เช่น กฎหมายภาษีอากร ที่มีหลักการในการลงโทษผู้ที่หลีกเลี่ยงภาษี กฎหมายที่เกี่ยวกับการป้องกันประเทศชาติ ย่อมมีขึ้นเพื่อความจำเป็นใน

การรักษาไว้ซึ่งความเป็นระเบียบเรียบร้อยของสังคม

4) หลักเกณฑ์แบบบริหาร

เป็นหลักเกณฑ์นี้มีแนวคิดว่าการกระทำผิดไม่ขึ้นต่อระบบคุณค่าและศีลธรรม แต่เป็นการนำเอาประสบการณ์และความจริงที่สามารถสังเกตได้มาใช้ตัดสินว่า พฤติกรรมอย่างใดที่เป็นอันตรายต่อการประกอบภารกิจของสังคมอย่างราบรื่น

ความเป็นระเบียบเรียบร้อยของสังคมโดยบุคคลส่วนใหญ่ที่เป็นกลาง ต้องการความสงบ จะหาเหตุผลในการตัดสินใจได้หลายทางในด้านศีลธรรม เพราะการใช้ประสบการณ์และความจริงที่สามารถสังเกตได้นั้นย่อมทำให้วัตถุประสงค์ของหลักเกณฑ์นี้ปลอดจากข้อสงสัยหลายประการที่เกิดขึ้นกับหลักเกณฑ์อื่น ๆ

5) เฮอเบิร์ด แอล แพ็กเกอร์ (Herbert L.Packer)

ได้กล่าวสรุปถึงขอบเขตกฎหมายอาญาว่า การกระทำใดควรเป็นความผิดอาญาหรือไม่ ต้องถือเอาความเห็นของประชาชนส่วนใหญ่ว่าการกระทำนั้นสังคมไม่ให้อภัย

การกระทำนั้น มีโทษทางอาญาไม่เป็นการขัดแย้งกับวัตถุประสงค์ของการลงโทษ การปราบปรามไม่เป็นการยับยั้งการกระทำที่สังคมต้องการ การควบคุมการกระทำดังกล่าวโดยผ่านกระบวนการยุติธรรมทางอาญา จะต้องไม่เป็นการใช้กระบวนการดังกล่าวอย่างเกินขีดความสามารถทั้งด้านคุณภาพและปริมาณ ต้องใช้กฎหมายอย่างเสมอภาค ไม่เลือกปฏิบัติ ไม่มีมาตรการอื่นที่เหมาะสมนอกจากใช้กฎหมายอาญากับการกระทำดังกล่าว

2.5.5 การกึ่งกฎหมายอาญา

ด้วยกฎหมายเป็นเครื่องมือของรัฐที่มีวัตถุประสงค์เพื่อใช้ในการดำเนินการต่าง ๆ ดังนั้นกฎหมายแต่ละฉบับจึงย่อมมีภารกิจของตัวเอง โดยในส่วนของกฎหมายอาญามีภารกิจที่สำคัญดังต่อไปนี้¹⁷

1) ภารกิจในการคุ้มครองสังคม

เมื่อมนุษย์จำเป็นต้องอยู่ร่วมกัน การขัดแย้งกันในทางสังคมไม่ว่าทางใดก็ทางหนึ่งจะต้องเกิดขึ้นเป็นธรรมดา กฎหมายอาญาในฐานะที่รัฐใช้เป็นเครื่องมือในการรักษาความสงบและความเป็นระเบียบเรียบร้อยของบ้านเมืองจึงมีความสำคัญมาก แม้ว่าจะมีระเบียบสังคม (Social order) อันเป็นหลักเกณฑ์เกี่ยวกับความประพฤติที่มีมาแต่เดิมอยู่แล้วเป็นจำนวนมากอีกทั้งระเบียบก็เป็นเครื่องมือควบคุมความประพฤติของมนุษย์ แต่การใช้ระเบียบสังคมเป็นเรื่องของความสมัครใจของ

¹⁷ คณิต ฌ นคร. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 30. หน้า 44-50.

แต่ละคน ไม่มีสภาพบังคับจากภายนอก ระเบียบของสังคมเพียงลำพังจึงไม่เพียงพอที่จะทำให้สังคม มีความสงบและมีความเป็นระเบียบเรียบร้อยอย่างแท้จริง ดังนั้น จึงต้องนำกฎหมายเข้ามาช่วยเสริม แม้ว่ากฎหมายทุกลักษณะจะมีสภาพบังคับอยู่ด้วย แต่กฎหมายอาญาเป็นกฎหมายที่มีสภาพในเชิง บังคับที่รุนแรงที่สุด และหากว่ากฎหมายอาญาไม่สามารถประกันความมั่นคงและความปลอดภัย ของสังคมได้เมื่อใดสภาวะการจลาจลในบ้านเมืองก็จะเกิดขึ้น

การใช้กฎหมายอาญาเป็นเครื่องมือคุ้มครองการอยู่ร่วมกันของมนุษย์ในสังคมต้องกระทำ เฉพาะกรณีที่เป็นจำเป็นและไม่อาจหลีกเลี่ยงได้เท่านั้น หากมีการบัญญัติกฎหมายอาญาขึ้นใช้อย่างพร่ำเพรื่อแล้ว สิทธิและเสรีภาพของบุคคลย่อมจะถูกกระทบกระเทือนจนเกินความจำเป็นอันไม่สอดคล้องกับหลักประชาธิปไตย กฎหมายอาญาจึงไม่ควรเพียงแต่มุ่งจะจำกัดสิทธิและเสรีภาพของ บุคคลเท่านั้น กฎหมายอาญายังต้องเป็นหลักประกันสิทธิและเสรีภาพของบุคคลด้วยในการบังคับ ใช้กฎหมายอาญา

รองศาสตราจารย์ ดร.เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์ ได้กล่าวไว้ว่า³⁸ “หากรัฐมุ่งแต่จะควบคุม ความประพฤติของสมาชิกในสังคม โดยใช้กฎหมายอาญาเป็นเครื่องมือโดยไม่พิจารณาถึง ประสิทธิภาพและความสามารถของกลไกของรัฐที่จะใช้บังคับกฎหมายอาญาแล้ว กฎหมายก็จะไร้ ความหมาย ขาดความศักดิ์สิทธิ์ และเป็นการเปิดโอกาสให้เจ้าพนักงานของรัฐที่ประพฤตินิยมขบมิ โอกาสแสวงหาประโยชน์เพื่อตนเองจากกฎหมายเหล่านี้ หรือหากมีการใช้กฎหมายเลือกปฏิบัติซึ่งจะ ทำให้ความสัมพันธ์ระหว่างผู้ใช้กฎหมายอาญาและชุมชนเสื่อมเสียได้”

2) ภารกิจในการปราบปรามและในการป้องกันการกระทำความผิด

เมื่อมีการกระทำความผิดใดเกิดขึ้นก็ต้องใช้กฎหมายอาญาในการปราบปรามการ กระทำความผิดที่เกิดขึ้นนั้น และการใช้กฎหมายอาญาในการปราบปรามการกระทำความผิดนี้ยัง เป็นการกระทำเพื่อป้องกันมิให้การกระทำความผิดนั้นเกิดขึ้นอีกในอนาคตด้วย ภารกิจในการ คุ้มครองสังคมของกฎหมายอาญา ทั้งสองประการ กล่าวคือ ทั้ง “ภารกิจในการปราบปราม” (Repressive Function) การกระทำความผิด และ “ภารกิจในการป้องกัน” (Preventive Function) การกระทำความผิดดังกล่าวนี้หากพิจารณาโดยผิวเผินจะเห็นว่าเป็นภารกิจที่แยกออกจากกันแต่ใน ความเป็นจริงแล้วภารกิจทั้งสองประการมีความสัมพันธ์ที่เชื่อมโยงเป็นอันหนึ่งอันเดียวกับการ ลงโทษหรือการใช้กฎหมายอาญาในการปราบปรามการกระทำความผิด จะต้องกระทำเพื่อให้เกิด ความรู้สึกรู้สีกต่อผู้กระทำความผิดและบุคคลทั่วไปว่า สังคมไม่ยอมรับการกระทำของเขา และใน

³⁸ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 34. หน้า 7.

ขณะเดียวกันก็ต้องกระทำเพื่อเตือนบุคคลทั่วไปด้วยว่า หากมีการกระทำเช่นนั้นเกิดขึ้นอีกก็จะต้องมีการลงโทษเช่นเดียวกัน ดังนั้น หากการใช้กฎหมายอาญาในการปราบปรามการทำความผิดเป็นไปโดยถูกต้องแล้ว การใช้กฎหมายอาญาก็ย่อมจะบรรลุวัตถุประสงค์ของการป้องกันทั่วไปหรือการป้องกันโดยอ้อม

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

3) ภารกิจในการคุ้มครองคุณธรรมทางกฎหมายและในการคุ้มครองคุณภาพของการกระทำคุณธรรมทางกฎหมาย (Rechtsgut) หมายถึง ประโยชน์หรือคุณค่าของการอยู่ร่วมกันที่กฎหมายคุ้มครองหรือประโยชน์ที่กฎหมายคุ้มครอง³⁹ โดยสามารถแบ่งได้เป็น 2 ประเภท ได้แก่ คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคล เช่น เสรีภาพ กรรมสิทธิ์ และคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนรวม เช่น คุณธรรมในเรื่องการจรรยาบรรณบัญญัติกฎหมายอาญาของความผิดฐานต่างๆ เป็นบทบัญญัติที่บัญญัติขึ้นเพื่อคุ้มครองคุณธรรมทางกฎหมาย (Rechtsgut) อันใดอันหนึ่งหรือหลายอันไม่ให้เป็นอันตรายหรือไม่ให้ถูกคุกคามให้ตกอยู่ในอันตราย การที่ใช้กฎหมายอาญาจัดการกับปัญหาที่เกิดขึ้นทุกปัญหาเป็นเรื่องที่ไม่เหมาะสม เพราะปัญหาบางอย่างเป็นเพียงปัญหาเล็กน้อยซึ่งยังไม่สมควรที่จะต้องใช้กฎหมายอาญาเข้าจัดการกับปัญหาเหล่านั้น กฎหมายอาญาควรจำกัดอยู่กับการคุ้มครองคุณธรรมขั้นพื้นฐานของระเบียบสังคมเท่านั้น ไม่ควรที่จะขยายขอบเขตออกไปมากกว่านี้

³⁹ คณิต ฒ นคร. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 30. หน้า 132.

2.6 ทฤษฎีการใช้กฎหมายอาญาในการควบคุมอาชญากรรม

การใช้กฎหมายอาญาในการควบคุมอาชญากรรมนั้นเป็นรูปแบบที่มุ่งควบคุม ระงับ และปราบปรามอาชญากรรมเป็นหลักซึ่งกระบวนการยุติธรรมนั้นต้องดำเนินการด้วยความรวดเร็ว และมีประสิทธิภาพซึ่งแม้บางครั้งการปฏิบัติหน้าที่ของผู้ใช้อำนาจรัฐอาจมีกระทบกระเทือนต่อสิทธิส่วนบุคคลของประชาชนก็ตาม แต่การกระทำเหล่านั้นเพื่อประโยชน์ต่อส่วนรวม ซึ่งการใช้กฎหมายอาญาในการควบคุมอาชญากรรมนี้จะเน้นควบคุมและปราบปรามอาชญากรรมอย่างเต็มที่กำลัง ส่วนในเรื่องของการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนนั้นจะสำคัญรองลงไป

2.6.1 ทฤษฎีการควบคุมอาชญากรรม (Crime Control Model)⁴⁰

กระบวนการยุติธรรมทางอาญา หมายถึงการดำเนินการของหน่วยงานต่างๆ ในการบังคับใช้กฎหมายอาญา เช่น ตำรวจ อัยการ ศาล หน่วยงานในกระทรวงยุติธรรม เพื่ออำนวยความสะดวกให้เกิดขึ้นในการที่จะปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมาย ซึ่งทฤษฎีการควบคุมอาชญากรรมเป็นทฤษฎีที่ต้องการส่งเสริมประสิทธิภาพของกระบวนการยุติธรรม โดยมุ่งควบคุม ระงับและปราบปรามอาชญากรรมเป็นหลัก ทฤษฎีนี้เชื่อว่าหน้าที่ของรัฐไม่สามารถควบคุมและปราบปรามอาชญากรรม หรือการจับกุมผู้กระทำความผิดมาลงโทษตามกฎหมายได้นั้น ถือเป็น การกระทบกระเทือนต่อความสงบเรียบร้อยของสังคม ดังนั้น กระบวนการยุติธรรมที่ดีต้องมีสถิติการจับกุมผู้กระทำความผิดสูงจะถือเป็นหลักที่เน้นประสิทธิภาพ และการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่รัฐต้องดำเนินการด้วยความรวดเร็วและเด็ดขาด โดยการค้นหาความจริงในกระบวนการยุติธรรมจะดำเนินการไปตามขั้นตอนที่กำหนดไว้อย่างสม่ำเสมอส่วนบทบาทของกระบวนการยุติธรรมในการควบคุมอาชญากรรมที่อยู่ภายใต้ระบบการลงโทษมีเป้าหมายที่สำคัญ 2 ประการคือ

1. การป้องกันมิให้บุคคลกระทำความผิด หรือฝ่าฝืนกฎหมาย โดยเฉพาะป้องกันมิให้มีผู้กระทำความผิดครั้งแรก
 2. การลดจำนวนผู้กระทำความผิดซ้ำ หรือป้องกันมิให้บุคคลนั้นกระทำความผิดอีก
- โดยอาจกล่าวได้ว่าการยับยั้งผู้ที่อาจกระทำความผิดครั้งแรกมักจะเรียกว่า การป้องกันอาชญากรรม ส่วนการป้องกันมิให้ผู้กระทำความผิดซ้ำเรียกว่าการป้องกัน โดยการแก้ไขผู้กระทำความผิด⁴¹

⁴⁰ ณรงค์ ใจหาญ. (2556). *หลักการพิจารณาความอาญา*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 21-22.

⁴¹ ศูนย์สิทธิมนุษยชน. (2558). *หลักการและพื้นฐานกระบวนการยุติธรรมทางอาญา*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก

กล่าวโดยสรุป ทฤษฎีการควบคุมอาชญากรรม (Crime Control Model) จะมุ่งไปทางการปราบปรามผู้กระทำความผิดขั้นเด็ดขาดและการบังคับใช้กฎหมายที่มีประสิทธิภาพ โดยมีการจับกุมผู้กระทำความผิดมาลงโทษได้อย่างรวดเร็ว เพื่อเป็นการสร้างความเชื่อมั่นและหลักประกันต่อประชาชนว่าจะมีความปลอดภัยในชีวิตและทรัพย์สิน

2.6.2 ทฤษฎีกระบวนการยุติธรรม (The due Process Model)

เป็นทฤษฎีที่ยึดหลักกฎหมายและยึดหลักการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนเป็นสำคัญ อันเป็นไปตามหลักนิติธรรมที่จะยึดกระบวนการต่างๆ ในกระบวนการยุติธรรมที่ต้องชอบด้วยกฎหมาย ไม่สนับสนุนการใช้อำนาจรัฐโดยมิชอบ ดังนั้นแล้วรัฐจึงต้องมีวิธีการที่ต้องเน้นคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนไม่ให้เจ้าหน้าที่รัฐกระทำการอันไม่เป็นธรรม ดังนั้นกระบวนการยุติธรรมที่ดีต้องเน้นสิทธิเสรีภาพของประชาชนเป็นหลัก ซึ่งต้องมีการถ่วงดุลอำนาจระหว่างเจ้าหน้าที่ในกระบวนการยุติธรรม⁴²

2.6.3 ทฤษฎีหลักแห่งความได้สัดส่วน (Principle of proportion)⁴³

เป็นหลักการพื้นฐานที่สำคัญประการหนึ่งตามแนวคิดนิติรัฐ โดยถือเป็นหลักประกันสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจากการที่รัฐใช้อำนาจ โดยการกระทำของรัฐจะกระทำใดๆ ที่มีผลกระทบต่อสิทธิของประชาชนจะต้องเป็นกรณีที่มีกฎหมายให้อำนาจปฏิบัติทุกอย่างตามที่กฎหมายกำหนดเท่านั้น แต่ในขณะเดียวกันก็ไม่ได้หมายความว่าประชาชนในประเทศจะสามารถใช้สิทธิและเสรีภาพของตนอย่างไร้ขอบเขต ด้วยเหตุที่รัฐมีหน้าที่ในการธำรงรักษาไว้ซึ่งประโยชน์ส่วนรวมหรือประโยชน์สาธารณะ จึงมีอำนาจบังคับให้ประชาชนในรัฐกระทำการหรือเว้นกระทำการในบางเรื่องภายใต้ข้อจำกัดว่ารัฐจะใช้อำนาจได้เท่าที่จำเป็นเพื่อประโยชน์สาธารณะและเท่าที่กฎหมายให้อำนาจไว้โดยชัดแจ้งเท่านั้น

เห็นได้ว่า หลักความได้สัดส่วนเป็นหลักที่ได้รับการยอมรับว่าเป็นหลักในทางกฎหมายที่สำคัญทั้งนี้เพราะรากฐานของหลักความได้สัดส่วนนั้นมีพื้นฐานมาจากหลักความยุติธรรมอันเป็นพื้นฐานของกฎหมายทั่วไป หลักความได้สัดส่วนนั้นเป็นหลักที่คำนึงถึงความยุติธรรมทั้งในส่วนของปัจเจกชนและความยุติธรรมต่อสังคมโดยรวมด้วย โดยหลักความได้สัดส่วนเป็นหลักสำคัญ

<http://www.humanrightscenter.go.th/HRK.pdf>. [2560, 18 กรกฎาคม]

⁴² รติบดี รชตะเมธากุล. (2556). *บทบาทของผู้พิพากษาในการพักการลงโทษ*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์. หน้า 12-14.

⁴³ ชาญชัย แสงศักดิ์. (2554). *คำอธิบายกฎหมายปกครอง*. กรุงเทพฯ:วิญญูชน. หน้า 35.

ในการตรวจสอบการกระทำของรัฐทั้งหลายอันมีผลต่อความสมบูรณ์หรือความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำนั้นๆ ดังนั้น หลักความได้สัดส่วนจึงมีลำดับชั้นกฎหมายระดับรัฐธรรมนูญอันเป็นหลักการที่มีความมุ่งหมายสำคัญเพื่อจำกัดการใช้อำนาจของรัฐและเป็นหลักที่ก่อให้เกิดความมั่นคงต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ซึ่งทฤษฎีหลักความได้สัดส่วนมีสาระสำคัญ 3 ประการ คือ

1. หลักความเหมาะสม (Principle of Suitability) หมายถึง มาตรการต่างๆ ที่รัฐเลือกนำมาใช้จะต้องเป็นมาตรการที่กฎหมายให้อำนาจไว้ แต่หากมาตรการนั้นไม่อาจทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ที่กฎหมายกำหนดไว้ได้อย่างแน่แท้หรือการจะทำให้บรรลุวัตถุประสงค์เป็นไปด้วยความยากลำบาก ย่อมถือได้ว่าเป็นมาตรการที่ไม่เหมาะสมและต้องสันนิษฐานไว้ก่อนว่ารัฐมีความมุ่งหมายภายในใจที่จะใช้มาตรการนั้นเป็นเครื่องมือดำเนินการให้เกิดผลเป็นอย่างอื่นนอกเหนือไปจากผลที่กฎหมายฉบับที่ให้อำนาจประสงค์จะให้เกิดขึ้นจึงเข้าข่ายเป็นการใช้อำนาจโดยมิชอบ

2. หลักความจำเป็น (Principle of Necessity) หมายถึง มาตรการหรือวิธีการหลายอย่างที่ล้วนแล้วแต่ชอบด้วยกฎหมายและสามารถดำเนินการให้บรรลุวัตถุประสงค์ของกฎหมายเพื่อประโยชน์สาธารณะได้มาตรการหรือวิธีการที่อาจบรรลุวัตถุประสงค์ตามที่กำหนดและเป็นมาตรการหรือวิธีการที่อาจก่อให้เกิดผลกระทบน้อยที่สุดดังนั้นหากมีมาตรการอื่นที่สามารถบรรลุวัตถุประสงค์นั้นได้และมีผลกระทบน้อยกว่ามาตรการที่รัฐได้เลือกใช้ ในกรณีนี้ย่อมถือได้ว่ามาตรการที่รัฐนำมาใช้มิได้เป็นไปตามหลักความจำเป็น

3. หลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ (Principle of Proportionality in the narrow sense-stricto sensu) หรือ หลักความสมเหตุสมผล หมายถึง มาตรการอันใดอันหนึ่งที่นำมาใช้จะต้องไม่อยู่นอกเหนือขอบเขตของความสัมพันธ์ระหว่างวิธีการกับวัตถุประสงค์ของการใช้อำนาจที่กฎหมายกำหนดไว้ กล่าวคือ ต้องเกิดดุลยภาพระหว่างประโยชน์สาธารณะหรือประโยชน์ของส่วนรวมกับผลกระทบหรือความเสียหายต่อสิทธิพื้นฐานของเอกชนหรือสังคมโดยรวม หากประโยชน์สาธารณะที่ได้รับมีเพียงเล็กน้อยเมื่อเปรียบเทียบกับผลกระทบที่เกิดขึ้นของเอกชนหรือสังคมโดยรวม กรณีนี้ย่อมถือว่าไม่เป็นไปตามหลักความได้สัดส่วน ในความหมายอย่างแคบ หลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ จึงเป็นหลักการที่เรียกร้องให้เกิดดุลยภาพระหว่างความเสียหายของเอกชนหรือสังคมโดยรวมกับประโยชน์มหาชนหรือประโยชน์สาธารณะจากมาตรการที่ฝ่ายปกครองหรือรัฐเลือกดำเนินการ⁴⁴

⁴⁴ กานต์จีตา ชิตานนท์. (2558). *บทบาทของผู้เสียหายในคดีอาญาในการกำหนดโทษ: สิทธิในการยื่นคำแถลงการณ์เกี่ยวกับผลกระทบของอาชญากรรม*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 25.

เมื่อพิจารณาถึงปัญหาการค้าประเวณีปัจจุบันมีกฎหมายที่มีบทลงโทษผู้เกี่ยวข้องกับการค้าประเวณีแต่ในส่วนของกรณีผู้ค้าประเวณีตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้าประเวณี พ.ศ.2539⁴⁵ นั้น บัญญัติว่า การค้าประเวณีที่มีลักษณะเป็นการซื้อขวนหรือก่อความเดือดร้อนรำคาญในที่สาธารณะถือเป็นการกระทำความผิดต้องได้รับโทษ ซึ่งโทษที่ได้รับคือโทษปรับเพียงอย่างเดียวและมีอัตราโทษที่น้อย ทำให้หญิงค้าประเวณีที่ถูกจับกุมยินยอมที่จะเสียค่าปรับเพียงเล็กน้อยและกลับไปกระทำความผิดซ้ำ จึงเห็นได้ว่าบทบัญญัติของกฎหมายตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติการป้องกันและปราบปรามการค้าประเวณี พ.ศ.2539 ไม่สามารถควบคุมปัญหาการค้าประเวณีได้ ดังนั้น การลงโทษสถานเบาจึงมิได้เป็นการป้องกันมิให้บุคคลค้าประเวณี โดยเฉพาะป้องกันมิให้มีผู้กระทำความผิดครั้งแรกไม่เป็นการลดจำนวนผู้กระทำความผิดซ้ำ ซึ่งไม่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ในการใช้กฎหมายอาญาเพื่อควบคุมอาชญากรรม

อีกทั้ง อัตราโทษตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติการป้องกันและปราบปรามการค้าประเวณี พ.ศ.2539 ที่ปรับเพียงหนึ่งพันบาท แล้วรัฐได้รับเงินค่าปรับเพียงเล็กน้อยแต่กฎหมายไม่สามารถแก้ปัญหาการค้าประเวณีได้เท่ากับว่ามาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวกับการค้าประเวณีไม่เป็นไปตามหลักความได้สัดส่วน

2.7 ทฤษฎีการลงโทษทางอาญา⁴⁶

องค์กรผู้ใช้อำนาจนิติบัญญัติ หรือแนวทางการกำหนดโทษขององค์กรผู้ใช้อำนาจตุลาการ คือศาล หากจะกำหนดความผิดและการกำหนดโทษให้กับบุคคลที่กระทำความผิดจำเป็นต้องนำข้อเท็จจริงแห่งคดี หลักแนวคิดและทฤษฎีมาประกอบการพิจารณา โดยแนวคิดในการลงโทษที่เป็นที่ยอมรับในระดับสากลเพื่อนำไปสู่การกำหนดโทษให้เหมาะสมกับผู้กระทำความผิด โดยตั้งอยู่บนพื้นฐานทางทฤษฎีการลงโทษหรือวัตถุประสงค์ของการลงโทษว่าจะถือแนวคิดใดหรือจากฐานทฤษฎีใดเป็นสำคัญ กล่าวโดยสรุปสาระสำคัญ ดังต่อไปนี้

⁴⁵ พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้าประเวณี พ.ศ. 2539. มาตรา 5 ผู้ใดเข้าติดต่อกับ ชักชวน แนะนำตัวติดตาม หรือรับเร้าบุคคลตามถนนหรือสาธารณะสถาน หรือกระทำการดังกล่าวในที่อื่นใด เพื่อการค้าประเวณีอันเป็นการเปิดเผยและน่าอับอาย หรือเป็นที่เดือดร้อนรำคาญแก่สาธารณชน ต้องระวางโทษปรับไม่เกินหนึ่งพันบาท.

⁴⁶ สบาย นิลแท้. (2555). *สาเหตุการผิดเงื่อนไขตามคำพิพากษาที่กำหนดให้รอการลงโทษ: กรณีศึกษาศาลจังหวัดบัวใหญ่*. หลักสูตร ผู้พิพากษาผู้บริหารในศาลชั้นต้น รุ่น 10 สถาบันพัฒนาข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม สำนักงานศาลยุติธรรม. หน้า 6.

1) ทฤษฎีการลงโทษทดแทน (Retributive)

การลงโทษตามทฤษฎีทดแทนนี้จึงมีหลักการว่าผู้กระทำความผิดสมควรได้รับโทษเพราะเขาได้กระทำความผิดและต้องรับผิดชอบการกระทำของตนเอง โทษต้องเหมาะสมกับความรับผิดชอบ (Culpability) ความรับผิดชอบมากหรือน้อยขึ้นอยู่กับผลร้ายของการกระทำ เจตนา ไม่เจตนา หรือประมาท แรงจูงใจ พฤติการณ์แวดล้อม เหตุเพิ่มโทษ ลดโทษ และเหตุบรรเทาโทษ กฎหมายอาญาจึงบัญญัติโทษขั้นสูงทำให้กฎหมายมีความยืดหยุ่น และศาลสามารถใช้ดุลพินิจกำหนดโทษได้ตามความเหมาะสมหรือตามสมควร ความประสงค์ของการลงโทษตามทฤษฎีการลงโทษเพื่อให้สามารถพิจารณาถึงการกระทำผิดในอดีตที่ผ่านมาแล้วไม่ได้พิจารณาถึงผลที่จะเกิดจากการลงโทษ การลงโทษที่ชอบธรรมตามหลักของทฤษฎีนี้ต้องประกอบด้วยเงื่อนไข 3 ประการ ดังนี้

(1) การลงโทษต้องเป็นการทดแทนความเสียหาย (vindication) หมายถึง ความถูกต้องของการลงโทษจะต้องกระทำลงไปเพื่อเป็นการทดแทน หรือแก้แค้นให้แก่ผู้เสียหายจากการที่ผู้กระทำความผิดได้ทำให้เกิดความเสียหายขึ้น ทฤษฎีนี้ชี้ว่าการละเลยเรื่องความรู้สึกของผู้เสียหายที่ต้องการแก้แค้นแก่ผู้กระทำผิดนั้น เป็นสิ่งที่ไม่ถูกต้อง เพราะจะทำให้ผู้เสียหาย หรือญาติพี่น้องของเขา รู้สึกเสื่อมศรัทธาที่มีต่อรัฐว่า ไม่อาจเยียวยาความเสียหายให้แก่เขาได้ การลงโทษโดยคำนึงถึงความพอใจของผู้เสียหายนี้จะทำให้ผู้เสียหายยอมรับว่า การแก้แค้นผู้กระทำความผิดไม่ใช่หน้าที่ของเอกชนแต่เป็นหน้าที่ของรัฐ

(2) การลงโทษต้องกระทำเพื่อให้เกิดความเป็นธรรม (Fairness) ทฤษฎีนี้เห็นว่าหน้าที่ของบุคคลในด้านการเมือง กิ่งสัญญาประชาคมที่เรียกว่า การต่างตอบแทน (reciprocity) มีหลักการว่า การจะให้กฎหมายมีผลคุ้มครองประโยชน์สุขแก่ส่วนรวม คนทุกคนจะต้องเคารพและปฏิบัติตามกฎหมาย การที่ผู้กระทำความผิดฝ่าฝืนกฎหมายอาญาแต่ละครั้งเท่ากับว่าผู้กระทำความผิดเอาเปรียบบุคคลอื่นที่เชื่อฟังกฎหมาย และการลงโทษผู้กระทำความผิดจึงเป็นการทำให้ผู้กระทำความผิด และบุคคลอื่นที่เชื่อฟังกฎหมายตระหนักว่า บุคคลที่ละเมิดกฎหมายจะต้องถูกดำเนินคดี และผู้ที่ได้ฝ่าฝืนกฎหมายจะต้องถูกลงโทษ และการกระทำผิดเป็นเรื่องระหว่างรัฐกับผู้กระทำความผิด

(3) การลงโทษจะต้องได้สัดส่วนกับความผิด (Proportionality of punishment) ทฤษฎีนี้เห็นว่า จำนวนโทษที่ผู้กระทำความผิดจะได้รับจะต้องเท่ากับความเสียหายที่เขาได้กระทำลงจากการกระทำผิดนั้น⁴⁷ อย่างไรก็ตามมีข้อยกเว้นหลักดังกล่าวได้ 2 กรณี คือ

⁴⁷ มนธิชา บุนนาค. (2556). *การกำหนดโทษเลือกกับการแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิด*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต. มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต. หน้า 15-22.

(3.1) การลงโทษสูงกว่าความเสียหายที่ผู้กระทำผิดนั้นสามารถกระทำได้ในกรณีของการลงโทษจำคุกตลอดชีวิตแก่ผู้กระทำความผิดที่เป็นอันตรายต่อสังคม เพื่อปกป้องสังคมให้ปลอดภัยยิ่งขึ้น

(3.2) การลงโทษอาจต่ำกว่าสัดส่วนแห่งความผิด หากผู้กระทำความผิดไม่มีโอกาสที่จะกระทำความผิดนั้นอีก ดังนั้น ผู้กระทำจะได้รับการลดโทษ หรือรอการลงโทษและให้อยู่ภายใต้เงื่อนไขการคุมประพฤติ ปัญหาว่าจะถือหลักใดมาพิจารณาว่าโทษจำนวนเท่าไรจึงจะได้สัดส่วนกับความผิดที่ผู้กระทำได้ก่อให้เกิดขึ้น

2) ทฤษฎีการลงโทษเพื่อป้องกัน (Preventive Theory)⁴⁸

ทฤษฎีนี้บางกรณีเรียกว่า ทฤษฎีการลงโทษเพื่อข่มขู่ ขยับขัง (Deterrence) เป็นทฤษฎีที่มีแนวคิดความเสียหายที่เกิดจากการกระทำผิดนั้นไม่สามารถเยียวยาได้ การลงโทษจึงเป็นไปเพื่อป้องกันความเสียหายที่จะเกิดแก่สังคมในอนาคต โดยลงโทษเพื่อข่มขู่ให้ผู้กระทำความผิดและบุคคลทั่วไปในสังคมเกิดความเกรงกลัว หรือสร้างนิสัยหรือสอนศีลธรรมแก่ประชาชน เช่น ผู้กระทำความผิดจากอารมณ์รุนแรงซึ่งเกิดขึ้นชั่วคราว และแม้ผู้กระทำจะไม่กระทำผิดอีก แต่ก็จำเป็นต้องลงโทษเพื่อมิให้คนในสังคมเอาเยี่ยงอย่าง ทฤษฎีการลงโทษเพื่อป้องกันนี้เป็นผลมาจากแนวคิดของสำนักอาชญาวิทยาดั้งเดิม ซึ่งเชื่อว่าการกระทำผิดเกิดขึ้นจากคนไม่เกรงกลัวกฎหมาย หรือการบังคับใช้กฎหมายอ่อนแอ มนุษย์มีเหตุมีผลและมีเจตจำนงเสรี Free Will ที่จะเลือกหรือไม่

ทฤษฎีการลงโทษเพื่อป้องกันมีหลักว่า การลงโทษควรมีความประสงค์ในการป้องกันสังคม เมื่อผู้กระทำความผิดได้กระทำผิดขึ้นมาแล้ว ความเสียหายในอดีตไม่อาจเยียวยาให้ดีขึ้นได้ แต่รัฐอาจใช้ประโยชน์จากการลงโทษเพื่อป้องกันสังคมไม่ให้เกิดการกระทำผิดเช่นนั้นขึ้นมาอีก โดยการลงโทษเป็นการขู่ทำให้กลัวโทษหรือสร้างนิสัยและสอนศีลธรรมให้แก่ประชาชน ซึ่งก่อให้เกิดประโยชน์สองประการ

ประการแรก เพื่อให้มีผลป้องกันแก่ตัวผู้กระทำความผิดเอง (Special Prevention) คือ ทำให้ผู้กระทำความผิดซึ่งถูกลงโทษมีความเข็ดหลาบไม่กล้ากระทำความผิดซ้ำขึ้นอีก

ประการที่สอง เพื่อเป็นตัวอย่างแก่บุคคลทั่วไป (General Prevention) โดยให้บุคคลทั่วไปเห็นว่าเมื่อกระทำความผิดแล้วจะต้องได้รับโทษจะได้เกรงกลัวไม่กล้ากระทำความผิด⁴⁹

⁴⁸ สบาย นิลแท้. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 46. หน้า 7.

⁴⁹ สำนักงานคณะกรรมการปฏิรูปกฎหมาย. กม.คปก.(ก) ที่ 39/2558. บันทึกความเห็นและข้อเสนอแนะ เรื่อง การกำหนดอัตราโทษและการบังคับโทษตามความผิดต่อพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551. หน้า 6-8.

สมัยก่อนการข่มขู่ของโทษถือเอาผลของการลงโทษเป็นสำคัญ จะเห็นได้ว่าการลงโทษประหารชีวิตก็ทำกันอย่างเปิดเผยต่อหน้าประชาชนเพื่อมิให้เอาเยี่ยงอย่าง แต่ในปัจจุบันไม่นิยมทำเช่นนั้นอีกต่อไปแล้ว เพราะเป็นการขัดกับความคิดในเรื่องมนุษยธรรมและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ นอกจากนั้นยังอาจมีผลทำให้ผู้คุมจิตใจคั่นกับความเหี้ยมโหด ซึ่งทำให้มีผลร้ายมากกว่าผลดี

การลงโทษเพื่อป้องกันอยู่บนลัทธิอรรถประโยชน์และลัทธิเจตจำนงเสรี (Free Will) โดยทฤษฎีอรรถประโยชน์เห็นว่า การที่จะตัดสินว่าการกระทำอย่างหนึ่งเป็นการกระทำที่ถูกต้องชอบธรรมหรือไม่ ต้องพิจารณาว่า การกระทำนั้นก่อให้เกิดผลดีแก่สังคมตามหลักอรรถประโยชน์หรือไม่ กล่าวคือ การกระทำนั้นก่อให้เกิดความสุขมากที่สุดต่อคนจำนวนมากที่สุดหรือไม่ ถ้าใช่ การกระทำนั้นก็ชอบธรรม ซึ่งวิธีการลงโทษตามทฤษฎีการลงโทษเพื่อป้องกันสามารถแยกพิจารณาได้ 3 ประการ⁵⁰ คือ

(1) ปริมาณโทษตามทฤษฎีการลงโทษเพื่อป้องกัน

ทฤษฎีการลงโทษเพื่อป้องกันในสมัยเดิมเป็นทฤษฎีการลงโทษเพื่อป้องกันซึ่งเน้นปริมาณโทษเป็นหลัก โดยเอาปริมาณโทษเป็นเครื่องมือในการข่มขู่ไม่ให้บุคคลกระทำความผิด ดังนั้นการลงโทษในสมัยเดิมจึงเป็นไปอย่างรุนแรง ต่อมาแนวความคิดนี้ได้ลดหย่อนลงไปโดยมีแนวความคิดใหม่ที่ว่าปริมาณโทษต้องมากพอที่จะทำให้บรรลุผลในการป้องกันการกระทำความผิด กล่าวคือ ปริมาณโทษต้องมากกว่าผลที่ได้ของการกระทำความผิด และปริมาณโทษต้องไม่มากเกินไปกว่าความจำเป็นในการบรรลุผลการป้องกันการกระทำความผิด

(2) ความแน่นอนและความรวดเร็วของการลงโทษ

ทฤษฎีการลงโทษเพื่อป้องกันจะต้องมีความแน่นอนและความรวดเร็ว คือต้องพยายามจับตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษให้ได้และการพิจารณาพิพากษาจะต้องกระทำไปโดยรวดเร็วเพื่อเป็นการขู่ให้บุคคลทั่วไปเห็นว่า การกระทำความผิดไปแล้วจะถูกลงโทษ

(3) ใช้การลงโทษเป็นเครื่องมือให้คนอื่นกลัวโทษ

ทฤษฎีการลงโทษเพื่อป้องกันเห็นว่าเราควรแสวงหาประโยชน์จากการลงโทษเมื่อต้องลงโทษจึงต้องกระทำโดยเปิดเผยและด้วยวิธีการที่รุนแรง ดังนั้น การลงโทษตาม

ใน สำนักงานคณะกรรมการปฏิรูปกฎหมาย (บ.ก.). *รวมความเห็นและข้อเสนอแนะของคณะกรรมการปฏิรูปกฎหมาย ประจำปี พ.ศ. 2558*. เล่ม 3. หน้า 343-345.

⁵⁰ มนสิชา บุนนาค. *อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 47*. หน้า 24.

วัตถุประสงค์ข้อนี้จึงมุ่งเน้นที่การป้องกันโดยคำนึงถึงผลที่จะตามมามากกว่าการลงโทษเพื่อแก้แค้น โทษมีความหลากหลาย เช่น โทษประหารชีวิต โทษจำคุก โทษกักขัง โทษทำงานบริการสังคม

จะเห็นได้ว่า การลงโทษที่จะมีผลในการข่มขู่ได้นั้น รัฐในฐานะผู้ลงโทษต้องกำหนดโทษให้สูงเพื่อให้ผู้กระทำความผิดเกรงกลัว เพราะบุคคลที่กระทำความผิดจะตั้งใจถึงผลดีผลเสียที่ตามมา หากการกระทำความผิดได้ผลดีมากกว่าโทษที่ได้รับผู้นั้นจะกระทำความผิด แต่ถ้าโทษที่ได้รับมากกว่าผลที่ได้จากการกระทำความผิดผู้กระทำก็จะไม่กระทำความผิด ซึ่งการข่มขู่มีสองลักษณะ คือ การข่มขู่โดยเฉพาะต่อผู้กระทำความผิดเองเพื่อไม่ให้กระทำความผิดอีก และผลของการลงโทษผู้กระทำความผิดนั่นเอง คือการข่มขู่โดยทั่วไปต่อประชาชนเมื่อเห็นการลงโทษแล้ว

3) ทฤษฎีการลงโทษเพื่อแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิด (Reformation and Rehabilitation)⁵¹

การลงโทษเพื่อแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิดได้รับอิทธิพลมาจากสำนักอาชญาวิทยา ปฏิฐานนิยม (Positive School) ซึ่งเชื่อในเรื่อง เจตจำนงกำหนด (Determinism) กล่าวคือ การกระทำของมนุษย์ถูกกำหนดจากปัจจัยต่างหลายอย่างรวมกัน มนุษย์ไม่สามารถเลือกกระทำได้อย่างอิสระ แต่มนุษย์ถูกกดดัน หล่อหลอมจากสิ่งแวดล้อมและหลายปัจจัยจนมีบุคลิกภาพที่บกพร่องและหันไปสู่การกระทำความผิด การลงโทษจึงไม่ควรมุ่งเน้นที่การกระทำความผิดเป็นหลักแต่ควรพิจารณาถึงสาเหตุที่ทำให้เกิดการกระทำความผิดและแก้ไขที่สาเหตุนั้น ความหนักเบาของการลงโทษขึ้นอยู่กับความสามารถของผู้กระทำความผิดที่จะแก้ไขตนเอง สำหรับวิธีการลงโทษตามทฤษฎีการลงโทษเพื่อแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิดปัจจุบันมี 4 วิธีการด้วยกัน ซึ่งอาจจะใช้วิธีการใดวิธีการหนึ่งหรือหลายวิธีรวมกันก็ได้ คือ

(1) พยายามหลีกเลี่ยงไม่ให้ผู้กระทำความผิดประสบกับสิ่งที่ทำลายคุณลักษณะประจำตัวของเขา ทั้งนี้เพราะเมื่อผู้กระทำความผิดได้รับโทษทำให้เขาได้รับความอับอายและไม่สามารถกลับเข้าสู่สังคมได้โดยปกติ ดังนั้นการลงโทษจึงต้องพยายามหลีกเลี่ยงสิ่งเหล่านี้ เช่น ไม่ลงโทษด้วยวิธีการประจาน ซึ่งเป็นการประกาศให้คนอื่นรู้ว่าไม่ควรเลียนแบบอย่างผู้กระทำความผิด

(2) พยายามหลีกเลี่ยงโทษจำคุกระยะสั้น โดยหันมาใช้วิธีการอย่างอื่นแทน สำนักกฎหมายอาชญาวิทยาสมัยใหม่ได้เสนอให้ยกเลิกการจำคุกระยะสั้น เพราะเหตุผล 2 ประการ

ประการแรก การลงโทษจำคุกระยะสั้นไม่ทำให้บรรลุลวัตถุประสงค์ในการดัดแปลง ไม่สามารถเปลี่ยนนิสัยผู้กระทำความผิดให้กลายเป็นคนดีได้

⁵¹ สำนักงานคณะกรรมการปฏิรูปกฎหมาย. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 49. หน้า 9-10.

ประการที่สอง การลงโทษจำคุกระยะสั้นกลับทำให้ผู้ถูกลงโทษกลายเป็นผู้ร้าย เพราะได้ชื่อว่าต้องโทษจำคุกมาแล้ว ทำให้เข้าสู่สังคมลำบาก

(3) การลงโทษต้องลงโทษให้เหมาะสมกับบุคคล เนื่องจากความหนักเบาของการลงโทษขึ้นอยู่กับระยะเวลาในการแก้ไขของแต่ละคน ไม่ได้ขึ้นอยู่กับความหนักเบาของการกระทำ ความผิด ดังนั้น จึงต้องลงโทษให้เหมาะสมกับตัวบุคคลว่าเขาควรได้รับการแก้ไขเท่าไร นอกจากนั้นยังต้องแยกประเภทนักโทษออกจากกันว่าใครจะปรับปรุงแก้ไขได้ยากง่ายเพียงไร ไม่ให้รวมอยู่ในที่เดียวกันเพื่อไม่ให้ผู้ปรับปรุงแก้ไขได้ง่ายได้รับสิ่งไม่ดีจากผู้แก้ไขได้ยาก เมื่อผู้กระทำความผิดได้รับการแก้ไขดีแล้วก็ไม่ต้องลงโทษต่อ เนื่องจากถ้าหากลงโทษผู้นั้นต่อไปก็ไม่มีประโยชน์ ในกรณีผู้กระทำความผิดโดยรุนแรงแต่กลับตัวแก้ไขได้เร็วก็อาจถูกลงโทษน้อยกว่าผู้ซึ่งกระทำผิดเบาแต่กลับตัวแก้ไขได้ลำบากก็ได้ เช่น การพักการลงโทษ เป็นต้น⁵²

(4) การให้มีการปรับปรุงผู้ต้องโทษในระหว่างถูกคุมขัง โดยการฝึกอาชีพให้การศึกษาอบรมทางศาสนาหรือศีลธรรม ทั้งนี้เพื่อว่าเมื่อได้รับโทษแล้วพอพ้นโทษออกไปเขาจะได้ไม่กระทำความผิดซ้ำอีก การลงโทษอันเป็นการปรับปรุงแก้ไขผู้กระทำความผิดจะกระทำได้อีกต่อเมื่อผู้พิพากษามีข้อเท็จจริง เกี่ยวกับผู้กระทำความผิดอย่างเพียงพอ ไม่ว่าจะเป็นประวัติครอบครัวและภูมิหลังทางสังคม บุคลิกลักษณะ ประวัติการกระทำความผิด สภาพร่างกายและภาวะแห่งจิตใจ ฯลฯ โดยข้อมูลที่ได้มานั้นจะต้องเป็นข้อมูลที่ครบถ้วนถูกต้องและปราศจากการบิดเบือน จึงจะทำให้การกำหนดโทษของศาลเป็นไปอย่างเหมาะสมและสามารถปรับปรุงแก้ไขพฤติกรรมของผู้กระทำความผิดได้

จะเห็นได้ว่า การลงโทษเพื่อแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิดเน้นปฏิบัติต่อตัวผู้กระทำความผิดโดยตรง โดยกำหนดให้การลงโทษมีวิธีการที่จะทำให้ผู้กระทำความผิดเปลี่ยนนิสัย หรือปรับปรุงพฤติกรรมให้สามารถเข้ากับสังคมได้ ซึ่งหากผู้กระทำความผิดนั้นปรับปรุงพฤติกรรมได้ผู้นั้นจะไม่กระทำความผิดอีกต่อไป การลงโทษตามทฤษฎีนี้ จึงเป็นการแก้ไขโดยถือลักษณะเฉพาะของผู้กระทำความผิดเป็นรายบุคคล โดยเน้นการบำบัดรักษาแทนการลงโทษตามทฤษฎีทดแทน ซึ่งให้สังคมเข้ามาแทนที่ระบบราชทัณฑ์และใช้มาตรการคุมประพฤติหรือการบำบัดทางร่างกายหรือจิตใจเข้าแก้ไขฟื้นฟู

⁵² มนธิชา บุนนาค. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 47. หน้า 26.

4) ทฤษฎีการลงโทษเพื่อป้องกันสังคม (Social Defense Theory)

ทฤษฎีนี้บางกรณีเรียกว่า ทฤษฎีตัดผู้กระทำความผิดออกจากสังคม (Incapacitation) ปัจจุบันนักอาชญาวิทยาของสำนักป้องกันสังคมให้ความสนใจในสิ่งสำคัญ คือ บุคลิกภาพของผู้กระทำความผิด กฎหมายอาญา และการควบคุมสิ่งแวดล้อม เพื่อให้สังคมดีขึ้นและเพื่อป้องกันอาชญากรรม ซึ่งหลักการดังกล่าวนี้ได้พัฒนาเป็นแนวคิดพื้นฐานของทฤษฎีการลงโทษเพื่อปกป้องคุ้มครองสังคม โดยมีหลักการที่สำคัญ คือ

(1) ควรจะมีการมองวิธีดำเนินการกับผู้กระทำความผิดอย่างเป็นระบบ โดยมุ่งคุ้มครองสังคมจากอาชญากรรมมากกว่าการลงโทษผู้กระทำความผิดเป็นรายบุคคล

(2) การลงโทษผู้กระทำความผิด ไม่อาจใช้หลักกฎหมายเพียงอย่างเดียวได้ จำเป็นจะต้องศึกษาพฤติกรรมของผู้กระทำความผิดเป็นรายบุคคล และสถานการณ์ของอาชญากรรม เพื่อนำมาประกอบการพิจารณาร่วมกันด้วย⁵³

จะเห็นว่า ทฤษฎีการลงโทษเพื่อป้องกันสังคมมีวัตถุประสงค์ในการลงโทษเพื่อคุ้มครองสังคมให้ปลอดภัย โดยวิธีแยกผู้กระทำความผิดออกจากสังคมเพื่อตัดโอกาสไม่ให้ผู้กระทำความผิดได้กระทำความผิดขึ้นอีก สำหรับการลงโทษเพื่อคุ้มครองสังคมนั้น มีหลักการสำคัญคือ การแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิดและอบรมบ่มนิสัย มากกว่าการลงโทษ โดยเน้นการคุ้มครองสังคมให้ปลอดภัยจากอาชญากรรม ส่วนการลงโทษจะเน้นให้เหมาะสมกับผู้กระทำความผิดเป็นรายบุคคล เพื่อให้มีการปรับปรุงแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิดให้เป็นคนดี การลงโทษที่ประสงค์จะตัดโอกาสของผู้ซึ่งกระทำความผิดนั้นออกจากสังคม ทำให้ระหว่างที่ผู้นั้นได้รับโทษสังคมจะปลอดภัยจากการกระทำความผิดของผู้นั้น โดยมุ่งประโยชน์ทางสังคมคือความปลอดภัยการกระทำความผิด และเน้นการควบคุมผู้ที่เป็นอันตรายต่อสังคม การลงโทษตามทฤษฎีนี้จึงเป็นมาตรการที่จะทำให้ผู้นั้น ไม่มีโอกาสที่จะกระทำความผิดได้อีกต่อไป เช่น การลงโทษด้วยการประหารชีวิต การจำคุกตลอดชีวิต หรือมาตรการอื่นที่เข้มงวด และเน้นการควบคุมผู้ที่เป็นอันตรายต่อสังคมเพื่อให้สังคมปลอดภัย

5) ทฤษฎีเยียวยาความเสียหายให้แก่ผู้เสียหาย (Restitution)⁵⁴

⁵³ มาตาลักษณ์ ออรุ่งโรจน์. (2553). *หลักกฎหมายและแนวคิดเกี่ยวกับการมีบทบัญญัติเรื่องการกระทำโดยพลาด: ศึกษาจากรายงานการประชุมต้นร่างตั้งแต่ประมวลกฎหมายลักษณะอาญาจนถึงปัจจุบัน*. โครงการวิจัยคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 15.

⁵⁴ รัตติรี รัชตะเมธากุล. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 42. หน้า 14-16.

ทฤษฎีนี้นำไปสู่แนวคิดที่ให้ความสำคัญต่อผู้เสียหายหรือเหยื่อในคดีอาญาที่ต้องได้รับความคุ้มครองและเยียวยาในกระบวนการยุติธรรม นำไปสู่การลงโทษเพื่อชดเชยความเสียหายให้แก่ผู้เสียหายในคดีอาญา ซึ่งเป็นการพัฒนาหลักการดำเนินคดีอาญาแก่ผู้กระทำความผิดที่เป็นเรื่องระหว่างรัฐกับผู้กระทำความผิดเท่านั้น ให้ผู้เสียหายนั้นได้เข้ามามีส่วนร่วมและฟ้องเรียกร้องค่าความเสียหายประการต่างๆ ได้โดยไม่ต้องฟ้องเป็นคดีแพ่งแยกต่างหาก การกำหนดการลงโทษของศาลตามทฤษฎีนี้จะพิจารณาจากความพอใจของผู้เสียหายเป็นสำคัญจากการได้รับการชดเชยค่าเสียหายจากผู้กระทำความผิด หากผู้เสียหายได้รับการชดเชยจากผู้กระทำความผิดหรือมีความพึงพอใจหรือไม่ดีใจเอาความ ศาลก็จะลงโทษแก่ผู้กระทำความผิดนั้นน้อยลงหรือมีอำนาจสั่งให้ผู้กระทำความผิดชดเชยค่าเสียหายให้แก่ผู้เสียหาย หรือผู้เสียหายอาจเข้าถึงค่าทดแทนความเสียหายเกิดจากการกระทำความผิดโดยรัฐ

6) ทฤษฎีกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์ (Restorative Justice)

ทฤษฎีนี้พัฒนาจากทฤษฎีเยียวยาความเสียหายให้แก่ผู้เสียหาย แต่มีลักษณะจำเพาะที่มุ่งเน้นการประนีประนอมยอมความกัน ในคดีอาญาของฝ่ายผู้เสียหายและผู้กระทำความผิด โดยเน้นที่การสื่อสารทำความเข้าใจ เพื่อให้ผู้กระทำความผิด ได้มีความตระหนักถึงผลเสียหายที่ตนได้ก่อให้เกิดความเสียหายให้แก่ผู้เสียหาย และต้องดำเนินการเพื่อทำให้ผู้เสียหายได้รับการเยียวยา ซึ่งหมายถึงความถึงการเยียวยาทางความรู้สึก เพื่อให้ทั้งผู้กระทำความผิดและผู้เสียหายมีความเข้าใจกัน อยู่ร่วมกันได้อย่างสมานฉันท์ ไม่ก่อข้อพิพาทต่อไป อันเป็นการลดความขัดแย้งซึ่งเป็นปัญหาที่จะนำไปสู่การกระทำความผิดซ้ำ ซึ่งทฤษฎีนี้นำไปปรับใช้กับการลงโทษผู้กระทำความผิดที่เป็นเด็กหรือครอบครัว รวมถึงมาตรการลงโทษในชุมชนสำหรับผู้กระทำความผิดที่เป็นผู้ใหญ่ด้วย⁵⁵

สำหรับความผิดเกี่ยวกับการค้าประเวณี กรณีผู้ค้าประเวณี การลงโทษในปัจจุบันของประเทศไทยก็ยังใช้ตามประมวลกฎหมายอาญาของไทยและส่วนของมาตรการแก้ไขฟื้นฟูผู้ค้าประเวณี โดยการให้เข้ารับการคุ้มครองและพัฒนาอาชีพแทนการลงโทษ หรือลงโทษพร้อมกับให้พัฒนาอาชีพด้วยซึ่งเป็นดุลพินิจของศาลแต่หากผู้ค้าประเวณีที่มีอายุกว่า 18 ปี ต้องเกิดจากความสมัครใจ ทั้งนี้ โทษทางอาญาโทษที่บังคับใช้กับผู้ค้าประเวณี กรณีค้าประเวณีที่กระทำความผิดตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้าประเวณี พ.ศ. 2539 กำหนดระวางโทษปรับสถานเดียวจำนวนไม่เกินหนึ่งพันบาท จึงมิได้เป็นไปเพื่อยับยั้งป้องปรามไม่ให้ผู้ค้าประเวณีกระทำความผิดได้ รวมทั้งมิได้เป็นการลงโทษเพื่อป้องกันความเสียหายที่จะเกิดแก่สังคมในอนาคต

⁵⁵ สำนักงานคณะกรรมการปฏิรูปกฎหมาย. อ่างแล้วเชิงบรรทัดที่ 49. หน้า 12.

และมีได้ลงโทษเพื่อข่มขู่ให้ผู้กระทำความผิดและบุคคลทั่วไปในสังคมเกิดความเกรงกลัวแต่อย่างใด ดังนั้น จึงต้องพิจารณาเพิ่มเติมโทษเพื่อให้เกิดความเหมาะสมตามสัดส่วนของโทษ อันจะถือว่าเป็นแนวทางที่ตรงกับทฤษฎีการลงโทษเพื่อป้องกัน(Preventive Theory) ที่เหมาะสมมากขึ้น

2.8 แนวคิดของการคุมประพฤติ⁵⁶

การคุมประพฤติ (probation) เป็นงานวิชาชีพ (professional) ที่มีวัตถุประสงค์สำคัญเพื่อแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิดให้กลับตนเป็นพลเมืองดีโดยไม่ต้องควบคุมตัว การคุมประพฤติ หมายถึง กระบวนการปฏิบัติต่อผู้กระทำความผิดในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาในการให้การแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิดให้กลับตนเป็นพลเมืองดีโดยไม่ต้องควบคุมตัวไว้ ด้วยการกำหนดเงื่อนไขเพื่อคุมความประพฤติให้ผู้กระทำความผิดประพฤติปฏิบัติและอยู่ภายใต้การควบคุมดูแลของพนักงานคุมประพฤติ ทั้งนี้ เพื่อการปรับเปลี่ยนพฤติกรรมนิสัยของผู้กระทำความผิดมิให้หวนกลับไปกระทำความผิดซ้ำขึ้นใหม่ มีคุณภาพชีวิตที่ดีขึ้นและสามารถใช้ชีวิตอยู่ร่วมกับผู้อื่นในสังคมได้อย่างปกติสุข อันเป็นการปกป้องสังคมให้ปลอดภัยจากอาชญากรรม และยังจะเห็นได้ว่าการคุมประพฤตินี้ยังเป็นการควบคุมพฤติกรรม กล่าวคือ มีกระบวนการควบคุมดูแลพฤติกรรมของผู้กระทำความผิดที่ถูกศาลสั่งให้คุมความประพฤติไว้ โดยอาศัยกระบวนการควบคุมทางสังคม (Social Control) ในการควบคุมให้ผู้กระทำความผิดปฏิบัติตามเงื่อนไขการคุมความประพฤติ ประพฤติปฏิบัติตนอยู่ในกฎกติกา ระเบียบและกฎหมาย ไม่กระทำความผิดซ้ำขึ้นใหม่และมีพฤติกรรมที่พึงปรารถนาและบรรทัดฐานของสังคม โดยอาศัยรูปแบบองค์ความรู้ทางสหวิทยาการเชิงพฤติกรรมศาสตร์ด้วยกลไกหลักที่จะทำให้เกิดการแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิดได้ด้วย กระบวนการทางสังคม 2 กระบวนการ คือ

(1) กระบวนการควบคุมทางสังคม (social control process) และ

(2) กระบวนการสนับสนุนทางสังคม (social support process)

โดยที่การควบคุมทางสังคมเป็นกระบวนการทางสังคมภายใต้การคุมประพฤติที่ทำหน้าที่ในการควบคุมดูแลพฤติกรรมของผู้กระทำความผิดให้ปฏิบัติตามเงื่อนไขการคุมความประพฤติและประพฤติปฏิบัติตนอยู่ในกรอบกฎหมาย ไม่หวนกลับไปกระทำความผิดซ้ำขึ้นใหม่ ควบคู่กับการ

⁵⁶ ระพีพร หิมะคุณ ศรีสมบัติตระกูล. (2560). *คู่มือกระบวนการปฏิบัติงานด้วยกลไกการควบคุมพฤติกรรมและการสนับสนุนการปรับเปลี่ยนพฤติกรรมนิสัยของผู้ถูกคุมความประพฤติสำหรับพนักงานคุมประพฤติ*. กรมคุมประพฤติ กระทรวงยุติธรรม. หน้า 18.

ปรับเปลี่ยนพฤติกรรมนิสัยที่ไม่พึงปรารถนา ในขณะที่การสนับสนุนทางสังคมเป็นกระบวนการทางสังคมภายใต้การคุมประพฤติที่ทำหน้าที่ในการสนับสนุนช่วยเหลือผู้กระทำผิดให้ปรับปรุงแก้ไขพฤติกรรมนิสัยที่ไม่พึงปรารถนาของตนเองให้กลับตนเป็นพลเมืองดี มีพฤติกรรมนิสัยในทางที่พึงปรารถนามีคุณภาพชีวิตที่ดีสามารถใช้ชีวิตร่วมกับผู้อื่นในสังคมได้อย่างปกติสุข โดยอาศัยพื้นฐานของความเล็งหรือแนวโน้มนำการกระทำผิดซ้ำและสภาพปัญหาและความต้องการที่ส่งผลให้เกิดการกระทำผิดของผู้กระทำผิดแต่ละรายนั้นเป็นเกณฑ์กำหนดความเข้มข้นของการให้การควบคุมทางสังคมด้วยระดับของการควบคุมและสอดส่อง และกำหนดรูปแบบและลักษณะของการให้การแก้ไขฟื้นฟูเพื่อปรับเปลี่ยนพฤติกรรมนิสัยของผู้กระทำผิดด้วยการจัดให้ผู้กระทำผิดได้เข้ารับการแก้ไขฟื้นฟูตามสภาพปัญหาและความต้องการของผู้กระทำผิดแต่ละรายอย่างเหมาะสม

สำหรับกระทรวงยุติธรรมไทยนำระบบคุมประพฤติมาใช้ตั้งแต่ พ.ศ. 2495 แต่ใช้เฉพาะกับผู้กระทำผิดที่เป็นเด็กและเยาวชนเท่านั้น ต่อมาจึงมีการนำมาใช้กับผู้ใหญ่และมีการบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายและมีการแก้ไขหลายครั้งจวบจนปัจจุบันได้บัญญัติไว้ในมาตรา 56 แห่งประมวลกฎหมายอาญา⁵⁷ว่า

“ผู้ใดกระทำความผิดซึ่งมีโทษจำคุกหรือปรับ และในคดีนั้นศาลจะลงโทษจำคุกไม่เกินห้าปีไม่ว่าจะลงโทษปรับด้วยหรือไม่ก็ตามหรือลงโทษปรับ ถ้าปรากฏว่าผู้นั้น

(1) ไม่เคยรับโทษจำคุกมาก่อน หรือ

(2) เคยรับโทษจำคุกมาก่อนแต่เป็นโทษสำหรับความผิดที่ได้กระทำโดยประมาท หรือความผิดลหุโทษ หรือเป็นโทษจำคุกไม่เกินหกเดือน หรือ

(3) เคยรับโทษจำคุกมาก่อนแต่พ้นโทษจำคุกมาแล้วเกินกว่าห้าปี แล้วมากระทำความผิดอีก โดยความผิดในครั้งหลังเป็นความผิดที่ได้กระทำโดยประมาทหรือความผิดลหุโทษ

และเมื่อศาลได้คำนึงถึงอายุ ประวัติ ความประพฤติ สติปัญญา การศึกษาอบรม สุขภาพ ภาวะแห่งจิต นิสัย อาชีพ และสิ่งแวดล้อมของผู้นั้น หรือสภาพความผิด หรือการรู้สึกความผิด และพยายามบรรเทาผลร้ายที่เกิดขึ้น หรือเหตุอื่นอันควรปรานีแล้ว ศาลจะพิพากษาว่าผู้นั้นมีความผิดแต่รอการกำหนดโทษหรือกำหนดโทษแต่รอการลงโทษไว้ ไม่ว่าจะรับโทษจำคุกหรือปรับอย่างหนึ่งอย่างใดหรือทั้งสองอย่าง เพื่อให้โอกาสกลับตัวภายในระยะเวลาที่ศาลจะได้กำหนดแต่ต้องไม่เกินห้าปีนับแต่วันที่ศาลพิพากษา โดยจะกำหนดเงื่อนไขเพื่อคุมความประพฤติของผู้นั้นด้วยหรือไม่ก็ได้

⁵⁷ พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 25) พ.ศ. 2559, มาตรา 7.

เงื่อนไขเพื่อคุ้มครองความประพฤติของผู้กระทำความผิดตามวรรคหนึ่ง ศาลอาจกำหนด ข้อเดียวหรือหลายข้อตามควรแก่กรณีได้ ดังต่อไปนี้

(1) ให้ไปรายงานตัวต่อเจ้าพนักงานที่ศาลระบุไว้เป็นครั้งคราว เพื่อเจ้าพนักงานจะได้ สอบถาม แนะนำ ช่วยเหลือ หรือตักเตือนตามที่เห็นสมควรในเรื่องความประพฤติและการประกอบ อาชีพ หรือจัดให้กระทำกิจกรรมบริการสังคมหรือสาธารณประโยชน์

(2) ให้ฝึกหัดหรือทำงานอาชีพอันเป็นกิจจะลักษณะ

(3) ให้ละเว้นการคบหาสมาคมหรือการประพฤติใดอันอาจนำไปสู่การกระทำความผิดใน ทำนองเดียวกันอีก

(4) ให้ไปรับการบำบัดรักษาการติดยาเสพติดให้โทษ ความบกพร่องทางร่างกายหรือ จิตใจ หรือความเจ็บป่วยอย่างอื่น ณ สถานที่และตามระยะเวลาที่ศาลกำหนด

(5) ให้เข้ารับการฝึกอบรม ณ สถานที่และตามระยะเวลาที่ศาลกำหนด

(6) ห้ามออกนอกสถานที่อยู่อาศัย หรือห้ามเข้าในสถานที่ใดในระหว่างเวลาที่ศาลกำหนด ทั้งนี้ จะใช้อุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์หรืออุปกรณ์อื่นใดที่สามารถใช้ตรวจสอบหรือจำกัดการเดินทาง ด้วยก็ได้

(7) ให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนหรือเยียวยาความเสียหาย โดยวิธีอื่นให้แก่ผู้เสียหายตามที่ ผู้กระทำความผิดและผู้เสียหายตกลงกัน

(8) ให้แก้ไขฟื้นฟูหรือเยียวยาความเสียหายที่เกิดแก่ทรัพยากรธรรมชาติ หรือสิ่งแวดล้อม หรือชดใช้ค่าเสียหายเพื่อการดังกล่าว

(9) ให้ทำทัณฑ์บน โดยกำหนดจำนวนเงินตามที่ศาลเห็นสมควรว่าจะไม่ก่อเหตุร้าย หรือ ก่อให้เกิดอันตรายแก่บุคคลอื่นหรือทรัพย์สิน

(10) เงื่อนไขอื่น ๆ ตามที่ศาลเห็นสมควรกำหนดเพื่อแก้ไข ฟื้นฟู หรือป้องกันมิให้ ผู้กระทำความผิดกระทำหรือมีโอกากระทำความผิดขึ้นอีก หรือเงื่อนไขในการเยียวยาผู้เสียหาย ตามที่เห็นสมควร

เงื่อนไขตามที่ศาลได้กำหนดตามความในวรรคสองนั้น ถ้าภายหลังความปรากฏแก่ศาล ตามคำขอของผู้กระทำความผิด ผู้แทนโดยชอบธรรมของผู้นั้น ผู้อนุบาลของผู้นั้น พนักงานอัยการ หรือเจ้าพนักงานว่าพฤติการณ์ที่เกี่ยวแก่การควบคุมความประพฤติของผู้กระทำความผิด ได้เปลี่ยนแปลงไป เมื่อศาลเห็นสมควรศาลอาจแก้ไขเพิ่มเติมหรือเพิกถอนข้อหนึ่งข้อใดเสียก็ได้ หรือจะกำหนดเงื่อนไขข้อใดตามที่กล่าวในวรรคสองที่ศาลยังมีได้กำหนดไว้เพิ่มเติมขึ้นอีกก็ได้ หรือถ้ามีการกระทำผิดทัณฑ์บนให้นำบทบัญญัติมาตรา 47 มาใช้บังคับโดยอนุโลม”

อีกทั้ง ในส่วนของงานด้านการคุมประพฤติ กรมคุมประพฤติมีการตราพระบัญญัติ คุมประพฤติ พ.ศ. 2559 เพื่อให้เกิดประสิทธิภาพและเกิดความเรียบร้อยขึ้นในสังคม ซึ่งในการปฏิบัติงานด้านนี้มีกรมคุมประพฤติเป็นหน่วยงานหลักเกี่ยวกับการคุมประพฤติทั้งในก่อนการพิจารณาคดี ชั้นการพิจารณาคดี และชั้นหลังการพิจารณาคดีของศาล โดยกฎหมายฉบับนี้มีทั้งสิ้น 48 มาตรา แต่ผู้วิจัยหยิบยกในส่วนเกี่ยวข้องกับงานวิจัยนี้เพื่อถ่ายทอดการศึกษา คือ ชั้นการพิจารณาคดีศาลหรือผู้มีอำนาจมีคำสั่งให้ดำเนินการคุมประพฤติ ผู้มีหน้าที่รับผิดชอบต้องส่งเอกสารไปยังสำนักงานคุมประพฤติโดยเร็ว⁵⁸ และพนักงานคุมประพฤติจัดทำแผนการคุมความประพฤติและแผนการแก้ไขฟื้นฟูให้เหมาะสมกับผู้ถูกคุมความประพฤติแต่ละรายเพื่อให้สามารถกลับตนเป็นคนดีได้⁵⁹

สำหรับ ความผิดเกี่ยวกับการค้าประเวณี กรณีผู้ค้าประเวณี ตามพระราชบัญญัติป้องกัน และปราบปรามการค้าประเวณี พ.ศ. 2539 มาตรา 5 บัญญัติ บทลงโทษผู้ค้าประเวณีที่มีลักษณะ

⁵⁸ พระราชบัญญัติคุมประพฤติ พ.ศ. 2559, มาตรา 25 . “ในกรณีที่ศาล หรือเจ้าพนักงานผู้มีอำนาจ มีคำสั่งให้ดำเนินการคุมความประพฤติให้ผู้มีหน้าที่รับผิดชอบของหน่วยงานนั้นส่งคำสั่งและเอกสารที่เกี่ยวข้องไปยังสำนักงานคุมประพฤติโดยเร็ว

ให้พนักงานคุมประพฤติชี้แจงให้ผู้ถูกคุมความประพฤติทราบถึงเงื่อนไขเพื่อการคุมความประพฤติ พร้อมกับสิทธิของผู้ถูกคุมความประพฤติด้วยวาจาและลายลักษณ์อักษร รวมทั้งแจ้งผลที่จะได้รับการปฏิบัติหรือไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขที่กำหนดให้ทราบด้วย

ในกรณีที่ผู้ถูกคุมความประพฤติตามวรรคสองเป็นเด็กหรือเยาวชน จะต้องมียุติมาบรรดา ผู้ปกครอง บุคคลที่เด็กหรือเยาวชนพักอาศัยอยู่ด้วย บุคคลหรือองค์การที่รับดูแลเด็กหรือเยาวชน หรือบุคคลที่เด็กหรือเยาวชนร้องขอ เข้าร่วมรับฟังการชี้แจงด้วย

หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขเกี่ยวกับการคุมความประพฤติ ให้เป็นไปตามระเบียบที่รัฐมนตรีกำหนด”

⁵⁹ พระราชบัญญัติคุมประพฤติ พ.ศ. 2559, มาตรา 26. “ให้พนักงานคุมประพฤติจัดทำแผนการคุมความประพฤติ และแผนการแก้ไขฟื้นฟูให้เหมาะสมกับผู้ถูกคุมความประพฤติแต่ละรายเพื่อให้สามารถกลับตนเป็นคนดีและสามารถกลับคืนสู่สังคมโดยให้ผู้ถูกคุมความประพฤติมีส่วนร่วมในการจัดทำแผนด้วย

ในกรณีที่ผู้ถูกคุมความประพฤติเป็นเด็กหรือเยาวชน ให้ยุติมาบรรดา ผู้ปกครอง บุคคลที่เด็กหรือเยาวชนพักอาศัยอยู่ด้วย บุคคลหรือองค์การที่รับดูแลเด็กหรือเยาวชน หรือบุคคลที่เด็กหรือเยาวชนร้องขอ มีส่วนร่วมในการจัดทำแผนด้วย ทั้งนี้ ให้คำนึงถึงแผนและเงื่อนไขที่กำหนดโดยศาลที่มีอำนาจพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว

หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขเกี่ยวกับการคุมความประพฤติ ให้เป็นไปตามระเบียบที่รัฐมนตรีกำหนด”.

เข้าติดต่อ ชักชวน แนะนำตัว ติดตาม หรือรับรู้ว่าบุคคลตามถนนหรือสาธารณสถาน หรือกระทำการดังกล่าวในที่อื่นใด เพื่อการค้าประเวณีอันเป็นการเปิดเผยและนำอับอายหรือ เป็นที่เดือดร้อนรำคาญแก่สาธารณชน ต้องระวางโทษปรับไม่เกินหนึ่งพันบาท และมาตรา 6 ผู้ใดเข้าไปมั่วสุมในสถานการค้าประเวณีเพื่อประโยชน์ในการค้าประเวณีของตนเอง หรือผู้อื่นต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งเดือน หรือปรับไม่เกินหนึ่งพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ ผู้วิจัยเห็นว่า มาตรการในการแก้ไขปัญหาการค้าประเวณี กรณีผู้ค้าประเวณีตามบทบัญญัติดังกล่าวไม่สามารถแก้ไข ยับยั้ง และแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิดได้ การคุมประพฤติในชั้นพิจารณาคดีโดยให้ผู้ค้าประเวณีไปรายงานตัวกับเจ้าหน้าที่ศาลเป็นระยะเพื่อติดตามพฤติกรรมของผู้ค้าประเวณีก็เป็นอีกมาตรการหนึ่งที่จะกระทำควบคู่กับการลงโทษผู้ค้าประเวณีเพื่อให้เกิดความสำนึกในสิ่งที่ตนได้กระทำ และป้องกันมิให้เกิดการกระทำความผิดซ้ำมิให้หวนกลับไปกระทำการค้าประเวณีอีก อันจะเป็นการสอดคล้องกับเจตนารมณ์ของการคุมประพฤติ

2.9 แนวความคิดและหลักทั่วไปของวิธีการเพื่อความปลอดภัย

วิธีการเพื่อความปลอดภัยเป็นมาตรการตามหลักการป้องกันสังคมซึ่งมุ่งหมายให้สังคมปลอดภัยจากการกระทำผิดอันเกิดจากผู้ที่ได้เคยกระทำความผิดมาแล้วกลับมากระทำความผิดซ้ำและเพื่อป้องกันยับยั้งบุคคลที่มีพฤติกรรมเอนเอียงในการที่จะไปประกอบอาชญากรรม ดังนั้นวิธีการเพื่อความปลอดภัยจึงมีวัตถุประสงค์แตกต่างไปจากการลงโทษกล่าวคือ การลงโทษที่กำหนดไว้โดยกฎหมายนั้น มุ่งหมายเพื่อปราบปรามการกระทำความผิดโดยมุ่งกระทำต่อบุคคลที่ฝ่าฝืนต่อกฎหมาย⁶⁰ ส่วนวิธีการเพื่อความปลอดภัยกำหนดไว้เพื่อป้องกันสังคมให้เกิดความสงบเรียบร้อย ปลอดภัยจากอาชญากรรมโดยวิธีการเพื่อความปลอดภัยมาตรการที่นำมาใช้แก่บุคคลหนึ่งบุคคลใด แม้ว่าบุคคลนั้นจะกระทำความผิดแล้วหรือไม่ก็ตาม แต่มีแนวโน้มที่จะกระทำความผิดซ้ำสำหรับวิธีการเพื่อความปลอดภัยมีบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 39 ดังนี้

1) กักกัน ในอดีตนั้นมีหลักฐานปรากฏว่าประเทศไทยเคยกำหนดใช้วิธีกักกัน หรือจำกัดขอบเขตอย่างเป็นระบบโดยมีการตราพระราชบัญญัติตัดสินคนจนจรจัดและต้องโทษหลายครั้ง ร.ศ. 127 เป็นพระราชโองการโปรดเกล้าฯ ในพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว รัชกาลที่ 5

⁶⁰ ประเทือง ธนิยผล. (2556). *อาชญาวิทยาและทัณฑวิทยา = Criminology and penology*. (พิมพ์ครั้งที่ 9) กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง. หน้า 260-261.

เหตุเพราะสภาพสังคมยุคก่อนนั้นมีแหล่งอบายมุขมากหลาย เช่น โรงบ่อน โรงน้ำชา⁶¹ สำหรับปัจจุบัน การกักกัน⁶² คือการควบคุมผู้กระทำความผิดคดีนิสสัยไว้ภายในเขตกำหนด เพื่อป้องกันการกระทำความผิด เพื่อตัดนิสสัย และเพื่อฝึกหัดอาชีพ เป็นมาตรการเสริมรองลงมาจาก การลงโทษจำคุก เป็นการตัดโอกาสบุคคลมิให้ไปกระทำความผิด เนื่องจากต้องอยู่ในความควบคุมในสถานกักกัน⁶³ และในขณะเดียวกันเป็นการแก้ไขจิตใจของผู้ถูกกักกัน โดยถือเป็นการตัดนิสสัยที่เคยชินกับการกระทำความผิด ส่วนการฝึกอาชีพนั้นมุ่งหมายให้ผู้ถูกกักกันมีวิชาความรู้เพื่อกลับไปสู่สังคมและประกอบอาชีพได้และยังเป็นการป้องกันมิให้ประกอบอาชญากรรมอีก

ส่วนหลักเกณฑ์ที่ศาลจะพิพากษาให้บุคคลใดต้องถูกกักกันเป็นไปตามที่บัญญัติในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 41 “ผู้ใดเคยถูกศาลพิพากษาให้กักกันมาแล้ว หรือเคยถูกศาลพิพากษาให้ลงโทษจำคุกไม่ต่ำกว่าหกเดือนมาแล้วไม่น้อยกว่าสองครั้งในความผิดดังต่อไปนี้ คือ

- (1) ความผิดเกี่ยวกับความสงบสุขของประชาชน ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 209 ถึงมาตรา 216
- (2) ความผิดเกี่ยวกับการก่อให้เกิดภัยอันตรายต่อประชาชน ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 217 ถึงมาตรา 224
- (3) ความผิดเกี่ยวกับเงินตรา ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 240 ถึงมาตรา 246
- (4) ความผิดเกี่ยวกับเพศ ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 276 ถึงมาตรา 286
- (5) ความผิดต่อชีวิต ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 288 ถึงมาตรา 290 มาตรา 292 ถึงมาตรา 294
- (6) ความผิดต่อร่างกาย ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 295 ถึงมาตรา 299
- (7) ความผิดต่อเสรีภาพ ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 309 ถึงมาตรา 320
- (8) ความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สิน ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 334 ถึงมาตรา 340 มาตรา 354 และมาตรา 357

และภายในเวลาสิบปีนับแต่วันที่ผู้นั้นได้พ้นจากการกักกัน หรือพ้นโทษแล้วแต่กรณี ผู้นั้นได้กระทำความผิดอย่างหนึ่งอย่างใดในบรรดาที่ระบุไว้ข้างต้นอีกจนศาลพิพากษาลงโทษ

⁶¹ อุททิศ แสนโกศิก. (2515). *หลักกฎหมายอาญา: การลงโทษ*. กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์กรมสรรพมิต. หน้า 278.

⁶² ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 40.

⁶³ ประเทือง ธนิยผล. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 60. หน้า 262.

จำคุกไม่ต่ำกว่าหกเดือนสำหรับการกระทำความผิดนั้น ศาลอาจถือว่า ผู้นั้นเป็นผู้กระทำความผิดติดนิสัย และจะพิพากษาให้กักกันมีกำหนดเวลาไม่น้อยกว่าสามปีและไม่เกินสิบปีก็ได้

ความผิดซึ่งผู้กระทำได้กระทำในขณะที่มีอายุต่ำกว่าสิบแปดปีนั้น มิให้ถือเป็นความผิดที่จะนำมาพิจารณากักกันตามมาตรานี้”

กล่าวโดยสรุป การกักกันมีหลักเกณฑ์ว่า ผู้ที่ศาลพิพากษาให้กักกันมาแล้ว หรือผู้ที่ศาลพิพากษาให้ลงโทษจำคุกไม่ต่ำกว่า 6 เดือนมาแล้ว ไม่น้อยกว่า 2 ครั้ง ในความผิดตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 41 (1)–(8) โดยในขณะที่กระทำความผิดทั้งสองครั้งนั้น ผู้กระทำความผิดมีอายุเกินสิบเจ็ดปีไปแล้ว เมื่อพ้นจากการกักกันหรือพ้นโทษจำคุกครั้งสุดท้ายไปแล้วยังไม่เกิน 10 ปี ผู้นั้นได้มากระทำความผิดตามมาตรา 41 (1) – (8) ศาลได้พิพากษาลงโทษจำคุกไม่ต่ำกว่า 6 เดือน ศาลถือว่าผู้นั้นเป็นผู้กระทำความผิดติดนิสัยและศาลจะมีคำพิพากษาให้กักกันโดยมีกำหนดเวลาไม่น้อยกว่าสามปีและไม่เกินสิบปีก็ได้⁶⁴

2) ห้ามเข้าเขตกำหนด⁶⁵ เป็นมาตรการเพื่อป้องกันผู้ที่มีพฤติกรรมโน้มเอียงในการกระทำความผิดในเขตพื้นที่ ไม่ให้เข้าไปกระทำความผิดในเขตนั่นอีก บทบัญญัติมาตรานี้ศาลจะสั่งได้ต่อเมื่อผู้นั้นได้กระทำความผิดมาแล้วและมีคำพิพากษาให้ลงโทษ แต่บางกรณีศาลอาจสั่งห้ามผู้นั้นเข้าเขตที่กำหนดได้ แม้ว่าผู้นั้นจะยังมีได้กระทำความผิดตามหลักเกณฑ์ในประมวลกฎหมายอาญามาตรา 46 ซึ่งจะได้อีกกล่าวในลำดับถัดไป กล่าวโดยสรุป เมื่อศาลพิพากษาให้ลงโทษจำคุกในความผิดฐานใดฐานหนึ่งและศาลพิจารณาจากพฤติการณ์ของจำเลยในความผิดที่กระทำขณะนั้นจะเป็นภัยต่อความปลอดภัยของประชาชน ถ้าศาลเห็นสมควรจะสั่งห้ามเข้าเขตที่กำหนดได้⁶⁶

3) การประกันทัณฑ์บน⁶⁷ เพื่อป้องกันผู้ที่มีความประพฤติโน้มเอียงที่จะประกอบ

⁶⁴ ประเทือง ธนิยผล. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 60. หน้า 264.

⁶⁵ ประมวลกฎหมายอาญา, มาตรา 44. ห้ามเข้าเขตกำหนด คือการห้ามมิให้เข้าไปในท้องที่หรือสถานที่ที่กำหนดไว้ในคำพิพากษา.

⁶⁶ ประมวลกฎหมายอาญา, มาตรา 45. เมื่อศาลพิพากษาให้ลงโทษผู้ใด และศาลเห็นสมควรเพื่อความปลอดภัยของประชาชน ไม่ว่าจะมิใช่คำขอหรือไม่ ศาลอาจสั่งในคำพิพากษาว่าเมื่อผู้นั้นพ้นโทษตามคำพิพากษาแล้ว ห้ามมิให้ผู้นั้นเข้าในเขตกำหนดเป็นเวลาไม่เกินห้าปี.

⁶⁷ ประมวลกฎหมายอาญา. มาตรา 46. ถ้าความปรากฏแก่ศาลตามข้อเสนอของพนักงานอัยการว่าผู้ใดจะก่อเหตุร้ายให้เกิด ภัยอันตรายแก่บุคคลหรือทรัพย์สินของผู้อื่น หรือจะกระทำการใดให้เกิดความเสียหายแก่สิ่งแวดล้อมหรือทรัพยากรธรรมชาติตาม กฎหมายเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อมและทรัพยากรธรรมชาติ ในการพิจารณาคดีความผิดใด ไม่ว่าศาลจะลงโทษผู้ถูกฟ้องหรือไม่ก็ตาม เมื่อมีเหตุอันควรเชื่อว่าผู้ถูกฟ้องน่าจะก่อเหตุร้ายให้เกิด

อาชญากรรม ให้ไม่กล้าลงมือกระทำผิด เกิดความยับยั้งชั่งใจกลัวเนื่องจากถูกทำทัณฑ์บนไว้ โดยเป็นการสัญญาต่อหน้าศาลว่าจะไม่เหตुर้ายหรือก่อให้เกิดภยันตรายแก่บุคคลหรือทรัพย์สินของบุคคลอื่นภายในระยะเวลาที่ศาลกำหนด ทั้งนี้ หากมีการฝ่าฝืนผู้นั้นจะยินยอมชำระเงินให้แก่ศาลตามจำนวนที่ระบุไว้ในทัณฑ์บน อาจกล่าวได้ว่าการเรียกประกันทัณฑ์บนเป็นวิธีการเพื่อความปลอดภัยเดียวที่กฎหมายกำหนดให้ใช้แม้ว่ายังไม่มีการกระทำความผิดอาญาเกิดขึ้น⁶⁸

4) การคุมตัวไว้ในสถานพยาบาล เป็นกรณีถ้าศาลเห็นว่า การปล่อยตัวผู้มีจิตบกพร่อง โรคจิต หรือจิตฟั่นเฟือน ซึ่งไม่ต้องรับโทษหรือได้รับการลดโทษตามมาตรา 65 จะเป็นการไม่ปลอดภัยแก่ประชาชน ศาลจะสั่งให้ส่งไปคุมตัวไว้ในสถานพยาบาลก็ได้ และคำสั่งนี้ศาลจะเพิกถอนเสียเมื่อใดก็ได้ ดังนั้น ผู้กระทำความผิดซึ่งไม่ต้องรับโทษ หรือได้รับโทษน้อยลงศาลจะพิจารณาว่าการปล่อยตัวผู้กระทำความผิดนั้นจะปลอดภัยแก่ประชาชนหรือไม่ และการคุมตัวในสถานพยาบาลนี้ยังใช้กับบุคคลที่เสพสุราเป็นอาฉิมหรือการเป็นผู้ติดยาเสพติดให้โทษเพราะบุคคลเหล่านี้มักหวาดระแวงเกรงจะทำร้ายผู้อื่น⁶⁹

5) ห้ามประกอบอาชีพบางอย่าง เป็นกรณีบุคคลที่ประกอบอาชีพโดยชอบด้วยกฎหมาย บางครั้งอาชีพนั้นอาจทำให้บุคคลมีสภาพจิตใจไม่มั่นคงกระทำความผิดได้โดยง่ายเนื่องจากอาศัยโอกาสจากการประกอบอาชีพหรือวิชาชีพหรือการกระทำความผิดเนื่องจากการประกอบอาชีพ ซึ่งถ้าพึ่งแต่การลงโทษตามความผิดอย่างเดียวนั้นไม่สามารถป้องกันอาชญากรรมได้ กฎหมายจึงให้อำนาจศาลในการห้ามบุคคลนั้นประกอบอาชีพหรือวิชาชีพเช่นนั้นได้เพื่อป้องกันการกระทำความผิด⁷⁰

ภยันตรายแก่บุคคลหรือทรัพย์สินของผู้อื่น หรือจะกระทำความผิดให้เกิดความเสียหายแก่สิ่งแวดล้อมหรือทรัพยากรธรรมชาติ ตามกฎหมายเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อมและทรัพยากรธรรมชาติ ให้ศาลมีอำนาจที่จะสั่งผู้นั้นให้ทำทัณฑ์บน โดยกำหนดจำนวนเงินไม่เกินกว่าห้าหมื่นบาทว่าผู้นั้นจะไม่ก่อเหตुर้ายหรือจะไม่กระทำความผิดดังกล่าวแล้วตลอดเวลาที่ศาลกำหนดแต่ไม่เกินสองปี และจะสั่งให้มีประกันด้วยหรือไม่ก็ได้

ถ้าผู้นั้นไม่ยอมทำทัณฑ์บนหรือหาประกันไม่ได้ ให้ศาลมีอำนาจสั่งกักขังผู้นั้นจนกว่าจะทำทัณฑ์บนหรือหาประกันได้ แต่ไม่ให้กักขังเกินกว่าหกเดือน หรือจะสั่งห้ามผู้นั้นเข้าในเขตกำหนดตามมาตรา 45 ก็ได้

การกระทำของผู้ซึ่งมีอายุต่ำกว่าสิบแปดปีมิให้อยู่ในบังคับแห่งบทบัญญัติตามมาตรานี้”

⁶⁸ ประเทือง ธนิยผล. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 60. หน้า 265.

⁶⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 266.

⁷⁰ ประมวลกฎหมายอาญา. มาตรา 50.

สำหรับความผิดเกี่ยวกับการค้าประเวณี ตามพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้าประเวณี พ.ศ. 2539 กำหนดโทษที่ใช้กับผู้กระทำความผิดคือ โทษปรับและโทษจำคุก ซึ่งโทษจำคุกก็ย่อมก่อให้เกิดประสิทธิภาพสูงสุดเพราะสามารถจำกัดเสรีภาพของผู้ค้าประเวณีหรือผู้เกี่ยวข้องกับการค้าประเวณีได้อย่างเด็ดขาด แต่การลงโทษจำคุกผู้ค้าประเวณีไม่อาจตอบวัตถุประสงค์ที่จะทำให้ผู้ค้าประเวณีสำนึกผิดได้ด้วยเหตุที่กระทำความผิดเพราะการค้าประเวณีที่สมัครใจยังไม่ได้รับการแก้ไข ยังไม่ได้รับการเยียวยา รวมถึงการลงโทษจำคุกควรใช้กับความผิดที่มีลักษณะรุนแรงเป็นความผิดในตัวเอง (Mala in se) แต่ในส่วนของความผิดที่กำหนดไว้ในมาตรา 5 และมาตรา 6 แห่งพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้าประเวณี พ.ศ. 2539 นั้น เจตนารมณ์มิได้มุ่งลงโทษผู้ค้าประเวณีขึ้นเด็ดขาด อย่างในมาตรา 5 กำหนดไว้เพียงโทษปรับสถานเดียว หรือในมาตรา 6 ที่มีทั้งโทษจำคุกและโทษปรับ ซึ่งเมื่อพิจารณาทั้งอัตราโทษและการแก้ไขปัญหาการค้าประเวณีแล้วย่อมเห็นว่า การลงโทษตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 18 เพียงอย่างเดียวอาจไม่เพียงพอและไม่ก่อให้เกิดการยับยั้ง ป้องกันการกระทำความผิดฐานค้าประเวณีได้ จึงเห็นควรนำวิธีการเพื่อความปลอดภัย การคุมตัวไว้ในสถานพยาบาลมาเทียบเคียงใช้กับกรณีผู้ค้าประเวณีที่เป็นโรคติดต่อทางเพศสัมพันธ์อันเป็นการจะช่วยป้องกันภัยที่จะเกิดกับสังคม และเป็นทางเลือกของศาลในการปรับใช้ให้เหมาะสมและป้องกันปัญหาที่อาจเกิดจากการค้าประเวณีได้อีกทางหนึ่ง