

บทที่ 2

แนวคิดและทฤษฎีมาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวกับการแพร่เชื้อ ทางเพศสัมพันธ์ตามพระราชบัญญัติโรคติดต่อ พ.ศ.2558

เพื่อทำความเข้าใจเบื้องต้นในพื้นฐานอันจะนำมาซึ่งประโยชน์ในการศึกษาปัญหากฎหมายเกี่ยวกับแพร่เชื้อที่เป็นโรคติดต่อทางเพศสัมพันธ์ ในบทนี้ผู้ศึกษาจะทำการศึกษเกี่ยวกับความหมาย ความเป็นมา วิวัฒนาการ แนวคิด และทฤษฎี อันไปสู่การทำความเข้าใจในการวิเคราะห์ที่เกี่ยวกับการแพร่เชื้อที่เป็นโรคติดต่อทางเพศสัมพันธ์ ผู้ศึกษามุ่งเน้นโรคที่เป็นโรคติดต่อทางเพศสัมพันธ์มา 2 โรค อันได้แก่ โรคเอดส์ และ โรคซิฟิลิส โดยมีรายละเอียดของการศึกษาดังต่อไปนี้

2.1 ความหมายของโรคติดต่อ

ในทางตำราไม่มีกฎหมายใดให้คำวิเคราะห์เกี่ยวกับคำศัพท์ความหมายของ โรคติดต่อทางเพศสัมพันธ์ไว้อย่างชัดเจนการแสวงหาความหมายเพื่อความเข้าใจจึงความจำเป็นและสำคัญเป็นอย่างยิ่งอันจะนำไปสู่การตีความให้วัตถุประสงค์ของกฎหมายนี้อย่างถูกต้อง จึงมีผู้รู้ นักวิชาการพยายามให้ความหมายต่าง ๆ ไว่ดังนี้

2.1.1 พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พุทธศักราช 2525

“โรค” หมายถึง การที่ภาวะร่างกายทำงานได้อย่างไม่ปกติ เนื่องจากเชื้อโรค ความเจ็บป่วย การบาดเจ็บ ความผิดปกติของร่างกายหรือจิตใจและหมายความรวมถึงอาการที่เกิดจากภาวะดังกล่าวด้วย¹

“โรคติดต่อหรือโรคติดเชื้อ” (Communicable or Infectious Disease) หมายถึง โรคที่เกิดจากเชื้อโรคหรือพิษของเชื้อโรคนิดใดชนิดหนึ่ง ซึ่งอาจจะถ่ายทอดโดยมนุษย์ สัตว์ แมลง ที่เป็นโรคไปสู่คนปกติได้โดยตรงและทางอ้อมรวมทั้งโรคที่มีปรสิตอยู่บนผิวหนัง²

¹ พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พุทธศักราช 2525.

² สมชาย สุพันธุ์วัฒน์ และ กาญจนา สุพันธุ์วัฒน์. (2523). *การป้องกันและการควบคุมโรคติดต่อ*. กรุงเทพฯ: สามมิตร. หน้า 10.

2.1.2 พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถานพุทธศักราช 2554 (พิมพ์ครั้งที่ 2 พ.ศ. 2556)³

“โรค” หมายถึง ภาวะที่ร่างกายทำงานได้ไม่เป็นปกติเนื่องจากเชื้อโรคเป็นต้น

“ติดต่อ” หมายถึง ลักษณะของโรคติดเชื่อเมื่อเป็นแก่ผู้หนึ่งแล้วสามารถแพร่เชื่อไปยังผู้อื่นได้, ติดเชื่อ, แพร่เชื่อเรียกโรคที่มีลักษณะเช่นนั้น ว่า โรคติดต่อ เช่น วัณโรคเป็นโรคติดต่อชนิดหนึ่ง

“ร้ายแรง” หมายถึง รุนแรง ร้ายแรง

2.1.3 ความหมายของการแพร่เชื้อโรคติดต่อ (ทางการแพทย์)

“โรคติดต่อ” หมายถึง โรคที่สามารถถ่ายทอดติดต่อกันได้ระหว่างบุคคล โดยมีเชื้อจุลินทรีย์ต่าง ๆ เป็นสาเหตุของโรคและถึงแม้ว่าเชื้อโรคจะเป็นตัวก่อเหตุ แต่พฤติกรรมที่ไม่เหมาะสมของมนุษย์ก็เป็นปัจจัยร่วมที่สำคัญที่จะทำให้เกิดโรคติดต่อนั้น ๆ ขึ้น

การแพร่เชื้อโรค หมายถึง การนำพาเชื้อโรคจากโฮสต์หนึ่งไปยังอีกโฮสต์หนึ่ง⁴ วิธีการแพร่เชื้อโรค คือ การที่เชื้อออกจากแหล่งเก็บเชื้อและมีพาหะนำตัวเชื้อโรคไปสู่อีกโฮสต์หนึ่ง⁵

“ระบาดวิทยา” คือ คำว่า Epidmiology มาจากภาษากรีก 3 คำ คือ Epi = Upon , Deros = People , Logos = Study ทำให้เข้าใจกันว่าเป็นศาสตร์ที่ว่าด้วยโรคระบาดโรคติดเชื่อ โรคติดต่อ แต่แท้จริงแล้วระบาดวิทยาไม่ได้จำกัดอยู่เพียงเรื่องโรคระบาดและโรคติดต่อดังแต่เริ่มมาจากของโรคติดต่อและโรคระบาดเท่านั้น ในปัจจุบันมีการขยายทางด้านนี้ไปในทางด้านโรคไม่ติดต่อโรคจากการประกอบวิชาชีพ โรคจากสิ่งแวดล้อมรวมถึงโรคระบาดวิทยาคลินิกเพื่อให้การดูแลรักษาพยาบาลมีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น

2.1.4 พระราชบัญญัติโรคติดต่อ พ.ศ. 2558 ได้บัญญัติความหมายไว้ในมาตรา 4⁶

“โรคติดต่อ” หมายความว่า โรคที่เกิดจากเชื้อโรคหรือพิษของเชื้อโรคซึ่งสามารถแพร่โดยตรงหรือทางอ้อมมาสู่คน

“โรคติดต่ออันตราย” หมายความว่า โรคติดต่อที่มีความรุนแรงสูงและสามารถแพร่ไปสู่ผู้อื่นได้ อย่างรวดเร็ว

³ พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถานพุทธศักราช 2554. พิมพ์ครั้งที่ 2 พ.ศ. 2556.

⁴ โฮสต์ (HOST) หมายถึง สิ่งมีชีวิตที่เป็นที่เติบโตเพาะเชื้อและเป็นที่อยู่อาศัยของเชื้อโรค. อ้างถึงใน ศิริพร จารุพิสิฐไพบูลย์. (2544). *ความรับผิดชอบทางอาญาในการแพร่เชื้อโรคที่เป็นโรคติดต่อร้ายแรง*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 26.

⁵ สมชาย สุพันธ์วิชญ. (2539). *หลักระบาดวิทยา*. กรุงเทพฯ: ศูนย์ส่งเสริมวิชาการ. หน้า 18.

⁶ พระราชบัญญัติโรคติดต่อ พ.ศ. 2558. มาตรา 4.

“โรคติดต่อที่ต้องเฝ้าระวัง” หมายความว่า โรคติดต่อที่ต้องมีการติดตาม ตรวจสอบ หรือ จัดเก็บ ข้อมูลอย่างต่อเนื่อง

“โรคระบาด” หมายความว่า โรคติดต่อหรือโรคที่ยังไม่ทราบสาเหตุของการเกิดโรคแน่ชัด ซึ่งอาจแพร่ไปสู่ผู้อื่น ได้อย่างรวดเร็วและกว้างขวาง หรือมีภาวะของการเกิดโรคมกผิดปกติกว่าที่เคยเป็นมา⁷

2.2 ความเป็นมาของการแพร่เชื้อโรคที่เป็นโรคติดต่อ

การแพร่เชื้อโรคที่เป็นโรคติดต่อนั้นมีมานานแล้วซึ่งโรคติดต่อเริ่มมาจากต่างประเทศก่อนที่จะเริ่มเข้ามาในประเทศไทย การแพร่เชื้อที่เป็นโรคติดต่อในต่างประเทศนั้นสันนิษฐานว่าเกิดขึ้นตั้งแต่สมัยยุคฟื้นฟูศิลปวิทยาธรรม เนื่องจากอังกฤษเป็นเจ้าอาณานิคมมีการติดต่อค้าขายและการเดินทางจากทุกประเทศหลายทวีปทั่วโลก รวมทั้งทวีปเอเชียในประเทศไทยเชื้อโรคติดต่อจึงเริ่มเข้ามาในประเทศไทยในสมัยอยุธยาตอนต้นจากการค้าขายของชาวต่างชาติ จนกระทั่งสมัยกรุงรัตนโกสินทร์ตอนต้นถือว่ามีภาระบาดเชื้อโรคติดต่อมากที่สุด ในกรุงเทพมหานครจึงทำให้มีผู้เจ็บป่วย ล้มตายเป็นจำนวนมาก

2.2.1 ความเป็นมาของการแพร่เชื้อโรคที่เป็นโรคติดต่อในต่างประเทศ

สมัยยุคฟื้นฟูศิลปวิทยาธรรม (Rensissance) ปีค.ศ. 1662 สมัยนั้นคนเกิดคนตายต้องมีการแจ้งแต่ไม่เคยมีใครนำข้อมูลที่เป็นจริงมารวบรวมข้อมูลว่าในแต่ละปีมีกี่คนตายและตายจากสาเหตุอะไร ต่อมาจึงจัดตั้งสำนักงานสถิติโดยมีนายวิลเลียม ฟาร์ (William Farr) ทำหน้าที่เฝ้าระวังโรค ร่วมมือกับหมอ ยอห์น สโนว์ (John Sown) ทำการศึกษาเกี่ยวกับโรคติดต่อที่เริ่มจากทวีปเอเชียและขยายตัวไปยุโรปและระบาดเข้าไปแพร่เชื้อในเกาะอังกฤษในปีค.ศ. 1848 เนื่องจากเกาะอังกฤษเป็นเจ้าอาณานิคมมีการติดต่อค้าขายและการเดินทางจากทุกประเทศไปกรุงลอนดอน⁸ ดังนั้นโรคติดต่อจึงตามไปด้วยแต่ไม่มีใครรู้ว่าจะควบคุมโรคติดต่อนั้นอย่างไร จึงมีหมอ ยอห์น สโนว์ ศึกษาว่าจะควบคุมโรคติดต่อนั้นได้อย่างไร การเกิดโรคเกิดจากอะไรและการแพร่เชื่อนั้นโดยวิธีใด โดยอริบตีวิลเลียม ฟาร์ ลองศึกษาสถิติและสมมติฐานจากทะเบียนจะสังเกตได้ว่าการแพร่เชื้อโรคติดต่อนั้นจะเกิดขึ้นในย่านที่มีผู้คนแออัดและหมอ ยอห์น สโนว์ ซึ่งมีความรู้เกี่ยวกับระบบอวัยวะมนุษย์ เช่น ระบบหายใจเป็นอย่างดีจึงเห็นด้วยกับวิลเลียม ฟาร์ และหมอ ยอห์น สโนว์ ได้ทำสิ่งที่เรียกว่า การสอบสวนโรคติดต่อที่แพร่เชื้อในชุมชน โดยหมอ ยอห์น สโนว์ ได้ทำการสำรวจไป

⁷ พระราชบัญญัติโรคติดต่อ พ.ศ. 2558. มาตรา 4.

⁸ ประเสริฐ ทองเจริญ. (2553). *ระบาดบันลือโลก*. กรุงเทพฯ: อักษรสมัย. หน้า 28.

ยังสถานที่ต่าง ๆ โดยเฉพาะที่ถนน Broadstreet ซึ่งเป็นถนนที่มีผู้คนอาศัยอยู่และรวมตัวกันอย่างแออัด ยอห์น สโนว์ ได้ทำการสำรวจและจดบันทึกในทุก ๆ วัน ในช่วงเวลานั้นมีผู้ป่วยเสียชีวิตวันละ 50-100 คน ยอห์น สโนว์ จึงได้ทราบสาเหตุว่าการแพร่เชื้อโรคติดต่อสามารถติดต่อได้จากมนุษย์กับมนุษย์ด้วยกันเอง ยอห์น สโนว์ ได้ทำสิ่งที่ปัจจุบันเราเรียกว่า “การควบคุม โรคติดต่อหรือการควบคุมโรคระบาด” (Outbreak Containment)

โดย ยอห์น สโนว์ ค้นคว้าศึกษาว่าอะไรเป็นสาเหตุของการถ้าเชื้อโรคติดต่อโดยเริ่มจากการรวบรวมข้อมูลด้วยการเงี่ยงนับนำมาเป็นการตั้งสมมติฐานว่าอะไรเป็นการที่ช่วยส่งเสริมปัจจัยที่ทำให้เกิดโรคติดต่อ อัตราการเจ็บป่วยของประชาชนที่มีปัจจัยและไม่มีปัจจัยนั้นมาเปรียบเทียบความแตกต่างว่าแตกต่างกันอย่างไร วิชาการส่วนใหญ่ในปัจจุบันจึงถือว่า ยอห์น สโนว์ ค้นคว้ารับของ “การแพร่เชื้อโรคระบาดวิทยา”⁹

ในปีค.ศ. 1882 นักวิทยาศาสตร์ชาวเยอรมันชื่อ Robert Koch การสร้างประวัติศาสตร์โดยการเพาะเชื้อโรคได้สำเร็จ ซึ่งเรียกว่า ทฤษฎีเชื้อโรค (Germ Theory)¹⁰ ทฤษฎีเชื้อโรคได้ระบุว่า การเจ็บป่วยเกิดจากการได้รับเชื้อโรคเข้าไปในร่างกายการพิสูจน์ว่าเชื้อโรคที่พบเป็นสาเหตุให้การเจ็บป่วยนั้นจริงและต้องมียุงประกอบมีก็อย่าง

- 1) สามารถแยกเชื้อโรคนั้นจากผู้ป่วยที่มีอาการอย่างเดียวกันทุกคน
- 2) สามารถเพาะเชื้อโรคและนำมาเลี้ยงขยายจำนวนในอาหารเลี้ยงเชื้อได้
- 3) เมื่อนำเชื้อที่เลี้ยงไปฉีดให้สัตว์ทดลองต้องทำให้สัตว์นั้นป่วยได้
- 4) สามารถแยกเชื้อโรคในสัตว์ที่ป่วยได้เช่นกัน

ทฤษฎีเชื้อโรคเป็นการค้นพบเชื้อโรคต่าง ๆ และอธิบายโรคติดต่อที่แพร่เชื้อต่าง ๆ ว่าเกิดจากเชื้อชนิดใดและด้วยวิธีการอย่างไรและเชื้อโรคก็กลายเป็นองค์ประกอบที่สำคัญของการเกิดโรคระบาดวิทยาศตวรรษที่ 19 คือระหว่างปี 1800 ถึง 1900

2.2.2 ความเป็นมาของการแพร่เชื้อโรคที่เป็นโรคติดต่อในประเทศไทย

ในประวัติศาสตร์ไทยมีการเขียนตำราเกี่ยวกับการย้ายเมืองหลวงสมัยอยุธยาตอนต้นว่าเกิดโรคระบาดโรคห่า คิดว่าห่า หมายถึง อหิวาตกโรคแต่ภายหลังเชื่อว่าเป็น โรคกาฬโรคที่ระบาดจากจีนไปยังตะวันตกและมีการระบาดเข้ามาในไทยเกิดโรคระบาดครั้งใดก็มีผู้เสียชีวิตจำนวน

⁹ Robert H FRiis and Thomas A Sellers. (2004). *Epidemiology for Public Health Practice*. 3 Edition Subdury. Massachusetts: Jones AndBarlett Publishers. p.28.

¹⁰ มหาวิทยาลัยเทคโนโลยีราชมงคล คณะวิทยาศาสตร์ ภาควิชาฟิสิกส์. *ทฤษฎีการติดเชื้อจากจุลินทรีย์*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <http://www.rmutphysics.com/charud/specialnews/5/biology/bio6.htm>. [2563,2 ธันวาคม].

มาก จนกระทั่งในสมัยกรุงรัตนโกสินทร์ตอนต้นมีการแพร่ระบาดของเชื้อมากที่สุดที่กรุงเทพมหานคร เพราะในเขตพระนครเป็นส่วนที่มีการติดต่อกับชาวต่างชาติเป็นชุมชนที่มีผู้คนอาศัยอยู่กันอย่างหนาแน่นและสภาพแวดล้อมไม่ถูกสุขลักษณะ มีการระบาดใหญ่ของอหิวาตกโรคเป็นครั้งแรกในรัชการที่ 2 เมื่อปีมะโรง ตามพงศาวดารรัชการที่ 2 ฉบับเจ้าพระยาทิพากรวงศ์ ได้เขียนไว้ดังนี้

“..... ครึ่งมาถึงเดือนเจ็ดข้างขึ้น เวลายามเศษ ทิศพายัพ เห็นเป็นแสงเพลิง ดิดอากาศ เรียกว่าทุมเพลิง เกิด ไข่ป่วงมาแต่ทะเล ไข่นั้นเกิดมาแต่เมืองเกาะหมากก่อน แล้วข้ามมาหัวเมืองฝั่งตะวันตก เดินขึ้นมาจนถึงปากน้ำเจ้าพระยา ชาวเมืองสมุทรปราการตามลงเป็นอันมาก ก็พากันอพยพขึ้นมารุงเทพมหานครบ้าง แยกย้ายไปทิศต่าง ๆ บ้างที่กรุงเทพฯ ก็เป็นขึ้น ณ วัน ๗ ค่ำไป ถึงวันเพ็ญ คนตายทั้งชายหญิง สฟที่ป่าช้าศาลาคนในวัดสระเกษ วัดบางลำพู วัดบพิตรพิมุข วัดประทุมคงคา และวัดอื่น ๆ ก่ายกันเหมือนกองฟืน ที่เผาเสียก็มากกว่ามาก..... พระสงฆ์ที่หนีออกจากวัด คฤหัสถ์ที่หนีออกจากบ้านนำอานาจนอนกนัถ ถนนหนทางก็ไม่มีคนเดิน ตลาดก็ไม่ได้ซื้อขายกัน ต่างคนต่างรับประทานแต่ปลาแห้ง น้ำในแม่น้ำก็กินไม่ได้ อาเกียรณ์ไปด้วยซากศพ.....”¹¹

จำนวนคนที่ตายนั้นปรากฏในเอกสารหนึ่งซึ่ง จอห์น ครอว์เฟิร์ด (John Crawford) ชาวอังกฤษซึ่งเดินทางเข้ามาในสมัยพระบาทสมเด็จพระพุทธเลิศหล้านภาลัย เมื่อ พ.ศ. 2364 บันทึกว่าจำนวนผู้ล้มตายมีถึง 1 ใน 5 ของพลเมือง หรือตามที่ท่านเสนาบดีพิศุด คือ “ชาวสยาม 2 ใน 10 คนในบางกอก ได้ถูกโรคร้ายนี้กลืนชีวิต....”¹²

ต่อมาปลายรัชกาลที่ 3 ในปี พ.ศ. 2381 ได้มีการระบาดของไข้ทรพิษขึ้นแพทยและสาธารณสุขสุขแผนตะวันตกได้เริ่มเข้ามามีบทบาท โดยนายแพทย์ แดน บีช บรัดเลย์ (Dan Beach Bradley) ผู้เข้ามาเผยแผ่ศาสนาคริสต์เริ่มมีการป้องกัน โรคครั้งแรก การทดลองปลูกฝีป้องกันไข้ทรพิษซึ่งผลลัพธ์สรุปได้ว่าคนที่ได้รับการปลูกฝีจะไม่มีอาการเจ็บป่วยและเสียชีวิต จึงได้มีการโปรดเกล้าโปรดกระหม่อมให้หมอลวงในสมัยรัชกาลที่ 5 มีการประกาศใช้กฎหมายเกี่ยวกับสุขภิบาลเป็นครั้งแรก เรียกว่า “พระราชบัญญัติธรรมเนียมคลอง พ. ศ. 2413” เพื่อให้มีการรักษาความสะอาดของลำคลองไม่ให้เป็นที่บ่อเกิดของโรคภัยไข้เจ็บ โรคระบาดโรคติดต่อ การจัดตั้งโรงพยาบาลศิริราชและต่อมาในสมัยรัชกาลที่ 6 ปี พ.ศ. 2461 มีการจัดตั้งกรมสาธารณสุขขึ้นในกระทรวงมหาดไทย กรมพระยาชัยนาทนเรนทร อธิการบดีคนแรกและท่านได้มีส่วนทำให้สมเด็จพระบรมราชชนกเจ้าหน้าที่ทางการแพทย์และการสาธารณสุข พระบรมราชชนกทรงมุ่งมั่นในการเรียนต่อด้านการสาธารณสุขจนจบทั้ง 2 ปริญญา เหตุผลที่พระองค์ส่งเลือกเรียนการสาธารณสุข

¹¹ เจ้าพระยาทิพากรวงศ์. (2504). *พระราชพงศาวดารกรุงรัตนโกสินทร์ รัชการที่ 2*. กรุงเทพฯ: คุรุสภา. หน้า 115-116.

¹² จอห์น ครอว์เฟิร์ด. (2515). *เอกสารครอว์เฟิร์ด* แปลโดย ไพโรจน์ เกษแม่นกิจ. กรุงเทพฯ: การศาสนา.

เพราะส่งผลกระทบต่อความห่วงใยการป้องกันการรักษาโรคติดต่อ เมื่อถึงปี พ.ศ. 2477 ได้ออกพระราชบัญญัติโรคติดต่อ พ.ศ. 2477 ระบุว่ามิโรคติดต่ออันตราย 5 โรค คือ กาฬโรค อหิวาตกโรค ไข้ทรพิษ ไข้กาฬนวงแอน และไข้เหลือง¹³ ต่อมาในสมัยรัชกาลที่ 8 ในปี พ.ศ. 2485 จัดตั้งกระทรวงสาธารณสุขขึ้นและมีการดำเนินงานเพื่อปราบปรามโรคติดต่อและโรคระบาด เช่น โรคมาเลเรีย พยาธิลำไส้ และอื่น ๆ มีการจัดตั้งกองควบคุมโรคติดต่อภายใต้โครงการอนามัยจนได้มีการจัดตั้งแผนระบาดวิทยา มีอาจารย์นายแพทย์สุชาติ เจตนเสน เป็นหัวหน้าแผนกในการควบคุมงานในครั้งนี้นั้นกระทั่งปี พ.ศ. 2516 มีการปฏิรูปกระทรวงสาธารณสุขครั้งใหญ่โดยให้มีสำนักงานปลัดกระทรวงสาธารณสุขขึ้นมาบังคับบัญชาโรงพยาบาลและสำนักงานสาธารณสุขทุกจังหวัดทั่วประเทศแผนระบาดวิทยาก็เปลี่ยนจากสังกัดกรมอนามัยมาอยู่สำนักงานปลัดกระทรวงเป็นกองระบาดวิทยาทำให้การจัดระบบการรายงานโรคติดต่อมีประสิทธิภาพและมีระบบอย่างเป็นรูปธรรมมากขึ้น โดยเน้นการอบรมบุคลากรสาธารณสุขให้มีความรู้เกี่ยวกับการสอบสวนโรคการเฝ้าระวังโรคและได้มี อาจารย์สุชาติ เจตนเสน อาจารย์ประยูร กุณาสน และอาจารย์ธวัช ฉายนิยโยธินพร้อมคณะ ได้จัดตั้งโครงการพัฒนาแพทย์ผู้เชี่ยวชาญสาขาระบาดวิทยา หรือ FETP (Field Epidemiology Training Program) โดยใช้ระบบจัดการเช่นเดียวกับศูนย์ควบคุมโรคแห่งชาติของสหรัฐอเมริกา EIS (Epidemic Intelligence Service)¹⁴

2.3 การแพร่เชื้อโรคโดยทั่วไป

การแพร่เชื้อโรคจากผู้ป่วยคนหนึ่งไปยังบุคคลอื่นอาจจะมาจากการสัมผัสใกล้ชิดหรือการสัมผัสโดยตรงหรือมาจากปัจจัยด้านอื่นไม่ว่าจะเป็นสิ่งนำโรค ตัวพาหะนำเชื้อโรค อีกทั้งอาจเป็นสิ่งที่ปนเปื้อนที่มากับ เสมหะ น้ำมูก น้ำลายหรือฝุ่นละอองที่สามารถเข้าสู่ร่างกายโดยผ่านทางเดินหายใจ ซึ่งเมื่อเชื้อโรคเข้าสู่ร่างกายแล้วจะก่อให้เกิดการติดเชื้อหรือทำให้เกิดโรคโดยวิธีการที่ต่างกัน

2.3.1 วิวัฒนาการของโรคและอาการของโรค

ปัจจัยโดยธรรมชาติเมื่อร่างกายได้รับสิ่งที่ก่อให้เกิดโรคอาจรวมถึงแบคทีเรีย ไวรัส รา หรือแม้แต่ปรสิต หรือร่างกายอาจจะมีการติดเชื้อแบบไม่ปรากฏอาการหรืออาจจะมีการติดเชื้อที่

¹³ ประเมิน จันทวิมล. (2560). *ประวัติการควบคุมโรคติดต่ออันตรายในประเทศไทย*. กรุงเทพฯ: กระทรวงสาธารณสุข. หน้า 582.

¹⁴ สันติสุข โสภณศิริ. (2561). *"หนึ่งในร้อย" ผู้บุกเบิกระบาดวิทยาไทย*. นนทบุรี: สำนักวิจัยจัดการความรู้และมาตรฐานการควบคุมโรค กรมควบคุมโรค กระทรวงสาธารณสุข. หน้า 239.

ปรากฏอาการเล็กน้อยหรือจนถึงอาการรุนแรงถึงขั้นเสียชีวิตได้ กระบวนการที่ก่อให้เกิดการติดเชื้อ (Development of the infectious process) จำเป็นที่จะต้องมียุทธศาสตร์ 6 ประการอันได้แก่¹⁵

- 1) สาเหตุหรือสิ่งที่ไปกระตุ้นที่ทำให้เกิดโรค (A Causative Or Etiological Agent)
- 2) แหล่งเก็บหรือแหล่งต่าง ๆ ที่ทำให้เกิดโรค (A Reservoir Or Source Of The Causative Agent)
- 3) การที่เชื้อโรคออกจากแหล่งที่ทำให้เกิดโรค (A Mode Of Escape From The Reservoir)
- 4) วิธีการต่าง ๆ ที่ทำให้ตัวเชื้อโรคออกจากแหล่งที่ทำให้เกิดโรคไปยังบุคคล (A Mode Of Transmission From The Reservoir To The Potential New Host)
- 5) วิธีการที่ตัวเชื้อโรคเข้าสู่ร่างกายมนุษย์ (A Mode Of Entry Into The New Host)
- 6) บุคคลที่มีร่างกายอ่อนแอไวต่อการเป็นโรค (A Susceptible Host)

2.3.2 ลักษณะของการแพร่เชื้อ

การแพร่เชื้อ (Infection) ไวรัสหรือเชื้อโรคจากคนสู่คน มีการแพร่เชื้อได้โดย 2 วิธี คือ

- 1) การถ่ายทอดจากคนที่ติดเชื้อไปยังบุคคลอื่นโดยตรง (Direct Transmission) ผ่านประสาทสัมผัสเลือด เยื่อเมือกหรือสารคัดหลั่งจากการร่วมเพศสัมพันธ์
- 2) การถ่ายทอดจากคนที่มีเชื้อไปยังบุคคลอื่นโดยทางอ้อม (Indirect Transmission) โดยมีตัวนำเชื้อเป็นพาหะ เช่น นำโดยแมลง นำโดยอากาศ อุปกรณ์ต่าง ๆ เช่น เข็มฉีดยา

แต่ในกรณีการแพร่เชื้อโรคติดต่อทางเพศสัมพันธ์ที่ผู้จัดทำนำเสนอ เป็นการแพร่เชื้อทางเพศสัมพันธ์ เช่น เมื่อกินช่องคลอด น้ำอสุจิจนถึงการแพร่เชื้อทางเพศสัมพันธ์ทั้งต่างเพศและเพศเดียวกัน

2.3.3 หลักการในการป้องกันและควบคุมโรคทั่วไป

หลักการป้องกันและการควบคุมโรคเป็นแนวคิดทางวิชาการระบาดวิทยาซึ่งมีความสำคัญเกี่ยวข้องกับมาตรการทางกฎหมายในการป้องกันและควบคุมโรคติดต่อเนื่องจากการบัญญัติกฎหมายจะต้องอาศัยหลักของวิชาการมาอธิบายประกอบสนับสนุนด้วยการถ้ากฎหมายไม่สอดคล้องกับวิชาการแนวย่อมจะส่งผลให้ขาดประสิทธิภาพในการบังคับใช้กฎหมาย ดังนั้นจึงจำเป็นต้องนำหลักการป้องกันและควบคุมโรคมาประกอบเป็นแนวทางอย่างเหมาะสม¹⁶

หลักการป้องกันโรคทั่วไป แบ่งตามการเกิดโรค (Natural History Of Disease) ได้แก่

¹⁵ ประวิทย์ สุทธธรรม และ นราพร พิชัยณรงค์. (2531). *วิทยาการระบาดและการควบคุมป้องกันโรคติดต่อ*. กรุงเทพฯ: ธนการพิมพ์. หน้า 26.

¹⁶ วิวัฒน์ โรจน์พิทยากร. (2540). *โรคติดต่อที่เป็นปัญหาใหม่*. กรุงเทพฯ: การศาสนา. หน้า 30.

การป้องกันขั้นปฐมภูมิ หรือ การป้องกันโรคระยะก่อนที่จะเกิดโรค (Primary Prevention) ซึ่งได้แก่การส่งเสริมสุขภาพอนามัยและการป้องกันการเสื่อมสุขภาพอนามัยทั้งร่างกาย และจิตใจมีผลไปถึงการป้องกันโรคทั่ว ๆ ไปสำหรับการป้องกันเฉพาะอย่าง (Specific Protection) ป้องกันเพื่อกำจัดความสัมพันธ์ของ Agent Host และ Environment ทำให้เกิดโรคเพื่อป้องกันการติดโรคและสุขภาพสิ่งแวดล้อม¹⁷

การป้องกันทุติยภูมิ หรือ การป้องกันในระยะที่เกิดโรคแล้ว (Secondary Prevention) และการป้องกันตติยภูมิ (Tertiary Prevention) การป้องกันทุติยภูมิ เป็นการป้องกันในระยะแรกเริ่ม การให้รักษาโดยทันทีเพื่อรักษาไม่ให้เชื้อโรคไปแพร่ระบาดไปยังผู้อื่น เพื่อป้องกันโรคแทรกซ้อนหรือผลเสียที่จะตามมา ส่วนการป้องกันแบบตติยภูมิ เป็นการกำจัดความไร้สมรรถภาพ (Disability Limitation) ด้วยการรักษานี้ลดภาวะการแทรกซ้อนและผลเสียที่จะตามมาภายหลัง เช่น การผ่าตัด การให้ยาเพื่อการรักษา

หลักการควบคุมโรคทั่วไป สามารถทำได้หลายวิธี ได้แก่ การให้ภูมิคุ้มกันแก่บุคคล การป้องกันการแพร่ระบาดของโรค การลดการเจ็บป่วยที่เกิดขึ้นให้หายเร็วที่สุด การป้องกันโรคโดยการไม่ให้เชื้อโรคนั้นแพร่กระจายไปยังผู้อื่นสามารถทำได้ดังนี้

การที่สัตว์เป็นบ่อเกิดของโรค ยกตัวอย่างเช่น ควรกำจัดสุนัขเพื่อป้องกันโรคพิษสุนัขบ้า ถ้าเป็นมนุษย์ผู้นำโรคควรจะได้การรักษาด้วยการผ่าตัด การให้ยาเป็นต้น ลดระยะการติดต่อของโรคโดยการรักษาเข้ามาถึงแม้จะไม่หายทันทีทันใด แต่อาจทำให้ระยะที่จะติดต่อไปยังผู้อื่นนั้นสั้นลงหรืออาจจะไม่ติดต่อไปยังผู้อื่นการผู้ป่วยที่เป็นบ่อเกิดของโรค ซึ่งหมายถึงการแยกคนหรือสัตว์ที่มีเชื้อโรคในร่างกายออกจากแหล่งชุมชนทั้งนี้เพื่อไม่ให้เชื้อโรคนั้นติดต่อไปยังผู้อื่นซึ่งทำได้ 2 วิธีคือ

1) การแยกกัก (Isolation) เป็นการแยกคนหรือสัตว์ที่เป็นโรค จนพ้นระยะอันตรายที่เชื้อโรคนั้นสามารถแพร่ไปยังผู้อื่นได้การที่แยกกักไว้เป็นระยะเวลาสั้นเท่าไรหรืออาจใช้หลักการ 2 อย่าง คือ

(ก) การตรวจด้วยวิธีจุลวิทยาเป็นการตรวจระดับห้องปฏิบัติการ เช่น การเพาะเชื้อในเสมหะ ปัสสาวะ อุจจาระ เพื่อดูว่าเชื้อยังคงอยู่ในร่างกายอยู่หรือไม่

(ข) หลักการดูระยะที่สุดการติดต่อของโรคอาศัยประสบการณ์จากแพทย์หรือบุคลากรทางการแพทย์หรือความรุนแรงที่เคยศึกษามาก่อนว่าโรคแต่ละโรคมีการติดต่อระยะนานเท่าใด

¹⁷ ศึกษา ภมรสถิต. (2536). *หลักการป้องกันและควบคุมโรค*. กรุงเทพฯ: ชมรมเวชศาสตร์. หน้า 38.

2) การกักตัว (Quarantine) เป็นการกักผู้ซึ่งไปสัมผัสกับผู้ซึ่งมีเชื้อโรคหรือไปสัมผัสกับสัตว์ที่มีเชื้อโรคด้วยเกรงว่าผู้นั้นจะทำหน้าที่เป็นพาหะนำเชื้อโรคไปยังผู้อื่น ระยะเวลากับการอาศัยการตรวจของห้องปฏิบัติการหรืออาจจะพิจารณาระยะเวลาของการติดต่อโรครวมทั้งพิจารณาถึงระยะฟักตัวของโรค (Incubation Period) รวมด้วย¹⁸

การกักกันอย่างสมบูรณ์ (Complete Quarantine) โดยการกักกันบุคคลหรือสัตว์ที่ไปสัมผัสโรคมานานเป็นเวลานานหรือระยะฟักตัวตามปกติเพื่อป้องกันไม่ให้ผู้ซึ่งไปสัมผัสโลกไปสัมผัสโลกกับผู้อื่นอีกต่อไป

การกักกันอย่างดัดแปลง (Modified Quarantine) โดยกักคนหรือสัตว์ที่ไปสัมผัสโรคมานานต่างกัน เช่น อาจเลือกปฏิบัติไม่ต้องกักกันผู้ซึ่งมีภูมิคุ้มกันโรค

การเฝ้าระวัง (Personal Surveillance) ได้แก่ การเฝ้าระวังดูแลผู้ซึ่งไปสัมผัสโรคหรือสัตว์ที่ไปสัมผัสโรคเพื่อดูว่ามีอาการของการติดเชื้อโรคหรือไม่ถ้ามีจะต้องกักกันตัวไว้

การจับแยกออกไป (Segregation) ได้แก่ การแยกบุคคลหรือสัตว์ออกไปต่างหากเพื่อพิจารณาโรคติดต่ออันเป็นพิเศษป้องกันมิให้ผู้ซึ่งมีเชื้อไปแพร่เชื้อให้กลับผู้อื่น

การปรับปรุงสุขาภิบาลและสิ่งแวดล้อมเป็นวิธีที่ป้องกันการฆ่าเชื้อโรคเพาะเชื้อโรคเหล่านั้น อาจมีชีวิตอยู่ในสิ่งแวดล้อมเพื่อรอการแพร่เชื้อติดต่อไปยังผู้อื่น การปฏิบัติอาจกระทำได้หลายวิธี การกำจัดแหล่งเชื้อโรค (Disinfection) อาจใช้วิธีทางฟิสิกส์หรือสารเคมีทางฟิสิกส์ การใช้ความร้อนหรือการเผาไหม้เพื่อการฆ่าเชื้อโรค ใช้ น้ำยาล้างเครื่องมือทางการแพทย์เป็นต้น การควบคุมแมลงที่เป็นพาหะนำโรค การระบายสิ่งโสโครกและกำจัดเชื้อโรคในอากาศเป็นวิธีการควบคุมการแพร่เชื้อ การสร้างภูมิคุ้มกันให้แก่บุคคล เพื่อให้บุคคลหรือสัตว์มีภูมิคุ้มกันโรคก่อนที่จะเกิดโรค ซึ่งสามารถทำได้ 2 วิธี คือ¹⁹

1) ภูมิคุ้มกันที่ได้รับจากการทำขึ้น (Artificial Acquired Immunization) โดยมนุษย์แต่ร่างกายสามารถสร้างได้เอง เช่น การฉีดวัคซีน การปลูกฝี เป็นต้น

2) ภูมิคุ้มกันที่ได้มาจากทำขึ้นโดยร่างกายรับมา (Artificial Acquired Passive) ได้แก่ โครงการที่สำเร็จรูปแล้ว เช่น Antirabies Serum, Antitoxoid

การช่วยให้ความเจ็บป่วยที่เกิดขึ้นนั้นหายเร็วที่สุดเท่าที่จะทำได้การลดระยะเวลาการเจ็บป่วยให้เล็กรวบรวมที่สั้นที่สุดย่อมเป็นการควบคุมการแพร่เชื้อโรคมิให้ขยายกว้างออกไปทำได้โดย 2 วิธี ได้แก่

¹⁸ ศึกษา ภมรสติต. อ่างแล้วในเชิงอรรถที่ 17. หน้า 57.

¹⁹ หิรัญวุฒิ แพร่คุณธรรม. (2564). *ความรู้พื้นฐานเกี่ยวกับการสร้างเสริมภูมิคุ้มกันโรค*. กรุงเทพฯ: สำนักกระบวนวิชา กรมควบคุมโรค. หน้า 16.

1) การวินิจฉัยโรคติดต่อได้อย่างถูกต้องและรวดเร็วจำเป็นต้องอาศัยปัจจัยหลายอย่างมาประกอบในการพิจารณาโรคติดต่อนั้น ได้แก่ การตรวจจากห้องปฏิบัติการ ตรวจร่างกายและอาการของที่ติดเชื่อโรคติดต่อ

2) การรักษาอย่างถูกต้องรวดเร็วและถูกวิธีอาจทำได้โดยการรักษาในสถานที่พยาบาลต่าง ๆ ในการดูแลควบคุมของแพทย์หรือบุคลากรทางการแพทย์ การให้ความรู้เกี่ยวกับสุขศึกษากับบุคคลในชุมชนหรือในชุมชนต่าง ๆ นับเป็นสิ่งสำคัญในการควบคุมโรคติดต่อ เจ้าหน้าที่ควรจะมี ความรู้ความเข้าใจเพื่อไปแนะนำแก่ประชาชนให้เข้าใจในเรื่องราวต่าง ๆ ที่เกี่ยวกับโรคติดต่อเพื่อ ป้องกันและรักษาเบื้องต้นได้ด้วยตนเอง การใช้กฎหมาย การใช้กฎหมายที่เป็นมาตรการเพื่อจะ บังคับให้ประชาชนปฏิบัติตามการควบคุมโรคติดต่อนั้น

2.4 มาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการป้องกันควบคุมโรคติดต่อทางเพศสัมพันธ์

โรคทางเพศสัมพันธ์ที่มีการแพร่ระบาดอย่างรวดเร็วในทั่วโลกในแต่ละประเทศก็มีการ ดำเนินการป้องกันควบคุมโรคที่เกิดเพศสัมพันธ์อย่างจริงจังมาตรการทางกฎหมายก็ถือว่าเป็น มาตรการอีกมาตรการหนึ่งที่มีการใช้กันและการดำเนินการกันในเกือบทั่วโลก โดยบางประเทศได้ ใช้มาตรการทางกฎหมายที่มีเดิมอยู่แล้วในการควบคุมป้องกันโรคที่เกิดจากเพศสัมพันธ์หรือบาง ประเทศอาจใช้กฎหมายเดิมแต่เพิ่มเติมกฎระเบียบบางอย่าง แต่ในบางประเทศก็ได้กำหนด บทบัญญัติกฎหมายใหม่ขึ้นมาเพื่อป้องกันการระบาดของโรคติดต่อจากเพศสัมพันธ์โดยเฉพาะ สำหรับมาตรการทางกฎหมายที่นำมาใช้ป้องกันและควบคุมโรคติดต่อทางเพศสัมพันธ์นี้อาจจัด ประเภทต่าง ๆ ได้ดังต่อไปนี้²⁰

1) กฎหมายที่เป็นเครื่องมือโดยให้รัฐใช้จัดการกับผู้ป่วยที่เป็นผู้ป่วยที่เป็นโรคติดต่อ เพศสัมพันธ์ เช่น การที่ให้ผู้ติดเชื้อทางเพศสัมพันธ์นั้นต้องไปแจ้งความหรือรายงานตัวกับ หน่วยงานรัฐบาลและการที่ผู้ป่วยนั้นต้องได้รับการรักษาและตรวจโรคเป็นระยะ ๆ เพื่อดำเนิน ติดตามอาการของโรค ห้ามผู้ป่วยมีเพศสัมพันธ์กับบุคคลอื่น การกำหนดหน้าที่การเปิดเผยอาการ ของตนให้แก่คู่นอนคู่สัมพันธ์ก่อนมีเพศสัมพันธ์กัน การห้ามเข้าหรือออกเขตที่รัฐเป็นผู้กำหนดซึ่ง ในนี้รวมถึงการห้ามเข้าประเทศและการควบคุมการเดินทางด้วย

²⁰ วิษณุ เครืองาม. (2535). มาตรการทางด้านกฎหมายในการป้องกันและการควบคุมเอดส์และโรคติดต่อทาง เพศสัมพันธ์: ศึกษากรณีประสบการณ์จากประเทศสหรัฐอเมริกา . *บทบัญญัติ*. 45(4). หน้า 76.

2) กฎหมายเป็นเครื่องมือของรัฐในการจัดการกับผู้ต้องสงสัยว่าเป็นผู้ติดเชื้อทางเพศสัมพันธ์ เช่น การสอบประวัติการมีเพศสัมพันธ์ทางเพศย้อนหลัง การบังคับให้ไปตรวจโรคและนำผลตรวจโรคมายืนยัน

3) กฎหมายกำหนดภาระและหน้าที่ต่อบุคคลภายนอกซึ่งบุคคลภายนอกนั้นไม่ได้เป็นผู้ป่วยหรือเป็นผู้ต้องสงสัยแต่อาจอยู่ในภาวะที่จะช่วยให้มาตรการทางกฎหมายนั้นมีผลบังคับใช้ให้ดีขึ้น เช่น ครู อาจารย์ อาจมีส่วนร่วมในการแจ้งหรือรายงานแก่ทางราชการ นายจ้างของผู้ป่วย ผู้ให้เช่าแก่ผู้อยู่อาศัยที่ป่วย

4) กฎหมายกำหนดสิทธิแก่บุคคลภายนอก หมายถึง สิทธิทางแพ่งและทางอาญาที่จะฟ้องผู้ป่วยให้รับผิดชอบต่อตนได้ โดยเฉพาะสิทธิทางแพ่งซึ่งผู้เสียหายหรือบุคคลภายนอกอาจจะเรียกค่าเสียหายได้ เช่น พยายามฆ่าโดยใช้เข็มฉีดยา การมีเพศสัมพันธ์โดยอีกฝ่ายหนึ่งไม่ทราบมาก่อนว่าคู่นอนของตนนั้นเป็นผู้ป่วยที่ติดเชื้อจากเพศสัมพันธ์

5) กฎหมายกำหนดสิทธิของผู้ป่วยต้องสงสัยมาตรการทางกฎหมายนี้แม้จะไม่ช่วยป้องกันและควบคุมการขยายของโรคโดยตรงแต่อาจจะช่วยรักษาสุขภาพจิตของผู้ป่วย เช่น การให้ผู้ป่วนั้นเป็นจิตอาสาโดยให้ความร่วมมือกับรัฐในการรณรงค์ต่อต้านโรคที่ติดต่อกับทางเพศสัมพันธ์ ซึ่งอาจควบคุมการแพร่ขยายตัวในวงจำกัดโดยสามารถให้ความรู้แก่บุคคลภายนอกย่อมมีผลดีกับส่วนรวมและสามารถสร้างความรู้และให้ข้อคิดกับผู้อื่นได้²¹

สำหรับมาตรการของกฎหมายไทยมาตรการที่มีอยู่ไม่ได้กำหนดขอบเขตโรคทางเพศสัมพันธ์อย่างรัดกุมชัดเจนเพียงพอต่อการแก้ปัญหาในการป้องกันและควบคุมโรคติดต่อทางเพศสัมพันธ์ซึ่งก่อให้เกิดปัญหาในทางปฏิบัติงาน²² เช่น มาตรการในการดำเนินการกับผู้ป่วยและผู้ติดเชื้อจากโรคที่เกิดจากเพศสัมพันธ์ มาตรการของการกำหนดสิทธิและการคุ้มครองของผู้ป่วยและผู้ติดเชื้อจากเพศสัมพันธ์ มาตรการในการดำเนินการกับผู้ต้องสงสัยว่าเป็นผู้ติดเชื้อจากโรคที่เกิดจากเพศสัมพันธ์ นอกจากนี้มาตรการที่จะนำมาปรับใช้กับประเทศไทยลักษณะที่เป็นการบังคับแต่กฎหมายที่เป็นในลักษณะการบังคับก็ขัดแย้งกับแนวคิดที่เกี่ยวกับเรื่องของสิทธิมนุษยชน ซึ่งปัญหานี้ก็เป็นปัญหาหลักของทุกประเทศแต่หากมองถึงส่วนรวมแล้วรัฐซึ่งมีหน้าที่ในการออกกฎหมายและรักษาสุขภาพอนามัยของประชาชนและให้ปราศจากโรคภัยไข้เจ็บ จึงควรออกมาตรการทางกฎหมายเพื่อมาใช้ควบคุมป้องกันโรคติดต่อทางเพศสัมพันธ์โดยคำนึงถึงประโยชน์

²¹ วิษณุ เครืองาม. อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 20. หน้า 77.

²² พนม คลี่ฉายา. (2561). *การเข้าถึง เข้าใจ ประเมิน และใช้ข้อมูลข่าวสารสุขภาพเพื่อการดูแลตนเองให้ปลอดภัยจากโรคติดต่ออุบัติใหม่ที่แพร่มาจากต่างประเทศของประชาชนในเขตเมือง*. รายงานการวิจัยฉบับสมบูรณ์. กรุงเทพฯ: สถาบันวิจัยระบบสาธารณสุข. หน้า 163.

ส่วนรวมเป็นที่ตั้งคงจะเห็นได้จากตัวอย่างกรณีศึกษาของประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งในขณะนั้นประเทศสหรัฐอเมริกาไม่สนใจในเรื่องของสิทธิมนุษยชนเกี่ยวกับการแก้ปัญหาเค้ายึดต่อทางเพศสัมพันธ์มากนัก แต่ผู้ทรงคุณวุฒิในประเทศไทยหลายท่านที่ได้เสนอแนวความคิดนี้มาใช้กับมาตรการทางกฎหมายในประเทศไทยเกี่ยวกับการควบคุมและการป้องกันโรคติดต่อทางเพศสัมพันธ์ เช่น ท่านอาจารย์จิติ ดิงศภักย์²³ โดยท่านเป็นผู้พิพากษาได้เสนอเรื่องการบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชน "แนวคิดเรื่องสิทธิมนุษยชนจะเป็นเรื่องของบทบัญญัติกฎหมายเท่านั้น ว่าสมควรจะนำมาพิจารณาประกอบการร่างกฎหมายมากหรือน้อยเพียงใด และเรื่องของสิทธิมนุษยชนนี้ส่วนใหญ่ก็จะนำมาพิจารณาประกอบเฉพาะในการร่างรัฐธรรมนูญเท่านั้น ส่วนกฎหมายฉบับอื่น ๆ ที่ตามมานั้นก็พิจารณากันเฉพาะประเด็นที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ เมื่อออกกฎหมายมาแล้วก็ต้องคือกฎหมายที่ออกมานั้นเป็นสำคัญ ปัญหาที่ว่ากฎหมายนั้นจะขัดต่อสิทธิมนุษยชนหรือไม่ ไม่ควรถือเป็นประเด็นที่จะต้องมาพิจารณาเลย มิฉะนั้นจะเกิดความสับสนในแง่ที่ว่าการใช้หลักสิทธิมนุษยชนบังคับกฎหมายอย่างไร เมื่อสิทธิมนุษยชนไม่ใช่กฎหมายเสียแล้ว ก็ใช้บังคับอย่างกฎหมายไม่ได้" ดังนั้นจึงเห็นได้ว่าในเรื่องของหลักสิทธิมนุษยชนนั้น เราควรแยกการบังคับใช้กฎหมายสิ่งที่กฎหมายต้องการคุ้มครองคือความสงบเรียบร้อยของบ้านเมืองประชาชนและส่วนรวมเพื่อไม่ให้มีการกระทบต่อการดำรงชีวิตของประชาชนมากเกินไปจะอ้างว่ากฎหมายที่ออกมาควบคุมโรคติดต่อทางเพศสัมพันธ์นั้นขัดต่อหลักสิทธิมนุษยชนก็ต้องแก้กฎหมายฉบับที่มีอยู่ทั้งหมด เนื่องจากกฎหมายทุกฉบับนั้นล้วนแต่กระทบถึงสิทธิประชาชนที่มีอยู่แล้วแทบทั้งสิ้น ดังนั้นจึงควรต้องมีความเสียสละในสิ่งที่ของตนที่มีอยู่เพื่อความสงบเรียบร้อยของส่วนรวมในอดีตกฎหมายที่เกี่ยวกับการป้องกันและการควบคุมโรคติดต่อทางเพศสัมพันธ์โดยตรงนั้น ยังไม่มีกฎหมายถึงการป้องกันและการควบคุมโรคติดต่อทางเพศสัมพันธ์มีแต่ในปัจจุบันการกระทำผิดกฎหมายที่สามารถนำมาปรับใช้กับเกี่ยวกับการป้องกันและการควบคุมโรคติดต่อทางเพศสัมพันธ์โดยอ้อมเท่านั้น

2.5 แนวคิดและทฤษฎีทางกฎหมาย

ในการดำเนินการวิจัยเกี่ยวกับเจตนาปกปิดการมีเชื้อโรคติดต่อทางเพศสัมพันธ์โดยการปิดบังเกี่ยวกับการป่วยของตน เพื่อให้การแสวงหาข้อค้นพบหรือองค์ความรู้มีความถูกต้อง ชัดเจน และมีประสิทธิภาพ ดังนั้นผู้วิจัยจำเป็นต้องกำหนดและใช้กระบวนการวิจัยในการดำเนินการ

²³ มูลนิธิจุฬาภรณ์. (2532). *มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการป้องกันและการควบคุมโรคที่เกี่ยวข้องกับเพศสัมพันธ์*. เอกสารประกอบการสัมมนาเชิงวิชาการ ณ ห้องประชุมสารนิเทศ หอประชุมจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. กรุงเทพฯ. หน้า 23.

อย่างเป็นระบบ และมีขั้นตอนที่ชัดเจน โดยที่ผู้วิจัยศึกษา งานวิจัยนั้น ๆ จะต้องมีแนวคิดและทฤษฎีมาประกอบการวิจัยเพื่อให้ผลงานมีระบบขั้นตอนที่ถูกต้องและน่าเชื่อถือ

2.5.1 แนวคิดปัจจัยด้านพฤติกรรมป้องกันโรคติดต่อทางเพศสัมพันธ์

ในการศึกษาวิจัยครั้งนี้ผู้วิจัยได้ยึดแนวคิดปัจจัยด้านพฤติกรรมสุขภาพของ Green and Kreuter²⁴ และแบบแผนความเชื่อทางสุขภาพ (Health Belief Model) ของ Rosenstock²⁵ มาเป็นแนวทางในการศึกษาพฤติกรรมทางเพศโดยนำมาเป็นแนวทางให้ครอบคลุมถึงปัจจัยที่มีผลต่อพฤติกรรมทางเพศที่เสี่ยงต่อการติดโรคติดต่อทางเพศสัมพันธ์ดังนี้

ประการแรก ปัจจัยนำ (Predisposing Factor) หมายถึง ปัจจัยที่เป็นพื้นฐานและก่อให้เกิดแรงจูงใจในการแสดงพฤติกรรมของบุคคลหรือในอีกด้านหนึ่งปัจจัยนี้จะมีความพอใจ (Preference) ของบุคคลที่ได้มาจากประสบการณ์ในการเรียนรู้ ซึ่งความพอใจนี้อาจมีผลทั้งในทางสนับสนุนหรือยับยั้งการแสดงพฤติกรรม ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับแต่ละบุคคลปัจจัยซึ่งเป็นองค์ประกอบของปัจจัยนำ ได้แก่ ความรู้ ความเชื่อ การรับรู้ ทศนคติหรือเจตคติ และค่านิยม เป็นต้น ซึ่งองค์ประกอบเหล่านี้จะเปลี่ยนแปลงไปตามปัจจัยด้านประชากร ดังนั้น ปัจจัยประชากรจึงเป็นองค์ประกอบหนึ่งในปัจจัยนำด้วย

1.1) ความรู้ (Knowledge) หมายถึง ข้อเท็จจริง กฎเกณฑ์ รายละเอียดต่าง ๆ ที่มนุษย์ได้รับและรวบรวมสะสมไว้²⁶ ให้ความหมายว่า ความรู้เป็นพฤติกรรมขั้นต้นซึ่งเพียงแต่จำแนกได้อาจโดยการฝึกลมองเห็น ได้ยินจำได้ เกี่ยวกับคำจำกัดความ ความหมาย ข้อเท็จจริง กฎ โครงสร้างและวิธีการแก้ปัญหา เป็นต้น ความรู้เป็นปัจจัยนำที่สำคัญในการส่งผลต่อการแสดงพฤติกรรมแต่การเพิ่มความรู้ไม่ก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงพฤติกรรมเสมอไป ถึงแม้ว่าความรู้จะมีความสัมพันธ์กับพฤติกรรมและความรู้เป็นสิ่งจำเป็นที่จะก่อให้เกิดการแสดงพฤติกรรม แต่ความรู้อย่างเดียวไม่เพียงพอที่จะก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงพฤติกรรมสุขภาพได้จะต้องมีปัจจัยอื่น ๆ ประกอบด้วย

1.2) ความเชื่อ (Belief) คือ ความมั่นใจในสิ่งต่าง ๆ ซึ่งอาจเป็นปรากฏการณ์หรือวัตถุว่าสิ่งนั้น ๆ เป็นสิ่งที่ถูกต้องเป็นจริง ให้ความไว้วางใจ อาจจะมีเหตุผลหรือไม่มีเหตุผลก็ได้

²⁴ วันทนา กุมพสาโน. (2544). *วิถีชีวิตและอัตมโนทัศน์ของผู้ติดเชื้อ HIV*. กรุงเทพฯ: สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์. หน้า 11.

²⁵ เกษริน อุบลวงศ์ และ นัยนา พิพัฒน์วิณิชชา. (2560). ความสัมพันธ์ระหว่างความเชื่อด้านสุขภาพ. *วารสารวิทยาลัยพยาบาลบรมราชชนนีย์*. 33(2). หน้า 17.

²⁶ ประภาเพ็ญ สุวรรณ และ สวิง สุวรรณ. (2536). *พฤติกรรมศาสตร์ พฤติกรรมสุขภาพและสุขภาพศึกษา*. กรุงเทพฯ: คณะสาธารณสุขศาสตร์ มหาวิทยาลัยมหิดล. หน้า 112.

ความเชื่อเป็นส่วนประกอบภายในบุคคล เป็นผลที่เกิดขึ้นหลังจากบุคคลได้รับประสบการณ์ต่าง ๆ มาแล้ว ไม่ว่าจะโดยตรงหรือโดยอ้อมและจะเป็นตัวกำหนดแนวโน้มในการกระทำหรือพฤติกรรมของบุคคล และประสบการณ์จะช่วยให้บุคคลสามารถปรับปรุงพฤติกรรมที่แสดงออกให้สอดคล้องเหมาะสมกับสถานการณ์นั้น ๆ เช่น แบบแผนความเชื่อทางสุขภาพ (Health Belief Model) เป็นต้น

ความเชื่อทางสุขภาพ (Health Belief) เป็นความเชื่อเกี่ยวกับสุขภาพอนามัยส่วนบุคคล ซึ่งมีอิทธิพลต่อความเจ็บป่วยและการรักษา โดยมีการนำเอาแบบแผนความเชื่อทางสุขภาพมาอธิบายพฤติกรรมในด้านการป้องกันโรคเพื่อสุขภาพและพฤติกรรมเมื่อเจ็บป่วย แบบแผนทางสุขภาพนี้ได้ประยุกต์มาจากทฤษฎีทางจิตวิทยาสังคมของ เลวิน (Lewin's Field Theory)²⁷ และทฤษฎีเชิงพฤติกรรม (Behavior Theory) แบบแผนทางสุขภาพขึ้นอยู่กับความเชื่อใน 3 ด้านคือ

- 1) เชื่อว่ามีโอกาสเสี่ยงต่อการเป็นโรคหรือได้รับเชื้อโรค
- 2) เชื่อว่าโรคหรือความเจ็บป่วยนั้น ๆ มีความรุนแรงต่อชีวิต
- 3) เชื่อในการปฏิบัติเพื่อหลีกเลี่ยงต่อการเป็นโรคและให้ผลดีในการลดโอกาส

เสี่ยงต่อการเป็นโรคหรือช่วยลดความรุนแรงของโรคและมีผลประโยชน์คุ้มค่ามากกว่าสิ่งที่ต้องลงทุนไป

Rosenstock²⁸ ได้นำแบบแผนความเชื่อทางสุขภาพมาอธิบายเพิ่มเติมว่า การทราบองค์ประกอบของแบบแผนทางสุขภาพจะช่วยให้บุคลากรทางสุขภาพสามารถช่วยให้ผู้ป่วยมีพฤติกรรมการปฏิบัติตัวได้ถูกต้องทำให้การรักษาได้ผลองค์ประกอบที่สำคัญของแบบแผนความเชื่อทางสุขภาพมีดังนี้คือ

การรับรู้ต่อโอกาสเสี่ยงของการเป็นโรค (Perceived Susceptibility) คือการที่เขารู้ตนเองว่าตนเองมีโอกาสหรือไวต่อการเจ็บป่วยเพียงใด ถ้าทราบว่ามีโอกาสเจ็บป่วยง่ายและรับรู้ถึงความน่ากลัวของโรค (Perceived Threat) จะส่งผลต่อพฤติกรรมด้านการป้องกันโรคยิ่งขึ้น

การรับรู้ถึงความรุนแรงของโรคนั้น ๆ (Perceived Seriousness) กล่าวคือ รับรู้ถึงความรุนแรงของการเจ็บป่วยด้วยโรคนั้น ๆ ว่าอาจจะถึงตายหรือพิการได้

การรับรู้ถึงผลประโยชน์และอุปสรรคของพฤติกรรมด้านการป้องกันการเจ็บป่วย (Perceived Benefits and Barriers) หมายถึง การที่บุคคลรับรู้ว่าการปฏิบัติตนเพื่อการป้องกันการเจ็บป่วยนั้นมีประโยชน์คุ้มค่าถึงแม้ว่าจะมีอุปสรรคในการปฏิบัติแต่ก็สามารถคิดปฏิบัติได้อย่างมีเหตุผล

²⁷ สุรชัย ธรรมทวีวิกุล และ ญาณพินิจ วชิรสุรงค์. (2559). แนววิธีการพยากรณ์พฤติกรรมของมนุษย์ใน “พลวัตกรกลุ่ม” (Group Dynamics) ของ Kurt Lewin แห่ง M.I.T. *วารสารวิชาการมหาวิทยาลัยธนบุรี*. 10(23). หน้า 112.

²⁸ วันทนา คุมพสาโน. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 24. หน้า 56.

สิ่งกระตุ้นให้เกิดพฤติกรรม (Cue to Action) สิ่งที่กระตุ้นให้เกิดการเรียนรู้ การรับรู้ถึงความน่ากลัวหรืออันตรายที่เกิดขึ้นจากการเจ็บป่วย โดยสื่อมวลชนต่าง ๆ การให้บริการสุขภาพข่าวสารโดยเจ้าหน้าที่สาธารณสุขหรือการได้เห็นการเจ็บป่วยของสมาชิกในครอบครัวหรือเพื่อนบ้านอันก่อให้เกิดแรงจูงใจในการปฏิบัติ

ปัจจัยร่วม (Modifying Factor) ได้แก่ ตัวแปรทางด้านเศรษฐกิจสังคม ประชากร ทักษะ สัมพันธภาพระหว่างผู้ป่วยกับเจ้าหน้าที่เป็นต้น

1.3) ทักษะหรือเจตคติสวางน ได้สรุปความหมายของทักษะหรือเจตคติว่า หมายถึง สภาพจิตใจหรือความรู้สึกนึกคิดของบุคคลหรือความคิดเห็นของบุคคลที่มีต่อสิ่งใดสิ่งหนึ่งโดยแสดงพฤติกรรมอย่างใดอย่างหนึ่งออกมาเป็นที่ปรากฏต่อบุคคลหรือสาธารณชน

1.4) ค่านิยม (Value) ค่านิยมของผู้ตัดสินใจแต่ละคนจะมีบทบาทต่อพฤติกรรมการตัดสินใจ ค่านิยมหมายถึง สิ่งที่คนแต่ละคนคิดว่าควรจะเป็นไปไม่ได้ ไม่ว่าสิ่งนั้นจะดีหรือไม่ก็ตาม และมักเป็นสิ่งที่กลุ่มมีความเห็นเหมือน ๆ กันค่านิยมที่เป็นมาตรฐานที่ใช้กรอบกำหนดทางเลือกต่าง ๆ ค่านิยมเกิดมาจากกระบวนการเรียนรู้ในสังคม ประสบการณ์ของแต่ละคนพื้นฐานทางสังคม สื่อสารมวลชนและอื่น ๆ

ประการที่สอง ปัจจัยเอื้ออำนวย²⁹ (Enabling Factors) หมายถึง สิ่งที่เป็นแหล่งทรัพยากรที่จำเป็นในการแสดงพฤติกรรมของบุคคล ชุมชน รวมทั้งทักษะ ที่จะช่วยให้บุคคลสามารถแสดงพฤติกรรมนั้น ๆ ได้ด้วยและความสามารถที่จะให้แหล่งทรัพยากรต่าง ๆ ซึ่งมีส่วนเกี่ยวข้องกับราคา ระยะเวลา นอกจากนั้นที่สำคัญก็คือการหาได้ง่าย (Available) และความสามารถเข้าถึงได้ (Accessibility) ของสิ่งจำเป็นในการแสดงพฤติกรรมหรือช่วยในการแสดงพฤติกรรมนั้น ๆ เป็นไปได้ง่ายยิ่งขึ้น

ประการสาม ปัจจัยเสริม³⁰ (Reinforcing Factor) หมายถึง สิ่งบุคคลจะได้รับหรือคาดว่าจะได้รับจากบุคคลอื่น ๆ อันเป็นผลจากการกระทำของบุคคลนั้น ๆ สิ่งบุคคลจะได้รับหรือคาดว่าจะได้รับอาจเป็นรางวัลที่เป็นสิ่งของ คำชมเชย การยอมรับ การกระทำนั้น ๆ หรืออาจเป็นกฎระเบียบที่บังคับควบคุมให้บุคคลนั้น ๆ ปฏิบัติตามได้ ซึ่งสิ่งเหล่านี้บุคคลจะได้รับจากบุคคลอื่นที่มีอิทธิพลต่อตนเอง เช่น ญาติ เพื่อน แพทย์ ผู้บังคับบัญชาเป็นต้นและอิทธิพลของบุคคลต่าง ๆ นี้ก็จะแตกต่างกันไปตามพฤติกรรมของบุคคลและสถานการณ์ โดยอาจจะช่วยสนับสนุนหรือยับยั้งการแสดงพฤติกรรมนั้น ๆ ได้

²⁹ วันทนา คุมพสาโน. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 24. หน้า 56.

³⁰ วันทนา คุมพสาโน. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 24. หน้า 57.

มนุษย์โลกทุกคนย่อมความเชื่อการรับรู้ต่อโอกาสเสี่ยงของการเป็นโรคที่สามารถติดต่อกันได้โดยเฉพาะโรคติดต่อที่เกิดจากเพศสัมพันธ์ การที่จะไปมีเพศสัมพันธ์กับผู้ที่มีความเสี่ยงหรือผู้ซึ่งมีเชื้อโรคติดต่อทางเพศสัมพันธ์ย่อมต้องคำนึงถึงความรุนแรงความเจ็บป่วยที่ตนจะต้องเสี่ยงที่จะได้รับโดยเชื่อว่าโรคหรือความเจ็บป่วยนั้น ๆ มีความรุนแรงต่อชีวิตควรคำนึงถึงการป้องกันอย่างถูกต้องเพื่อให้ตนปลอดภัยจากการรับเชื้อโรคติดต่อที่เกิดจากโรคติดต่อทางเพศสัมพันธ์ เช่น ชายเมื่อจะมีเพศสัมพันธ์กับทางหญิงขายบริการควรคำนึงถึงการเสี่ยงภัยที่ตนจะได้รับเพราะหญิงขายบริการเป็นอาชีพที่มีความเสี่ยงสูงกับการที่จะเกิดโรคทางเพศสัมพันธ์ ดังนั้นวิธีป้องกันที่ง่ายที่สุดคือ การที่มีเพศสัมพันธ์โดยการสวมถุงยางอนามัยเพื่อลดความเสี่ยงที่ตนจะได้รับโรค

2.5.2 ทฤษฎีหลักการพื้นฐานการป้องกันทางระบาดวิทยา (Basic epidemiological concept)³¹

จุดมุ่งหมายของหลักพื้นฐานการป้องกันระบาดวิทยา คือการส่งเสริมสุขภาพป้องกันและควบคุมโรคในประชากรจึงจำเป็นต้องรู้หลักคิดที่สำคัญเพื่อเราจะได้สามารถลดการเจ็บป่วยจากโลกภัยต่าง ๆ ได้ โดยทางระบาดวิทยามุ่งเน้นหลักการพื้นฐานอย่างน้อยใน 3 ด้านคือ เหตุปัจจัยที่ทำให้เกิดโรคภัยสุขภาพ (Determinants), การกระจาย (Distribution), และ ธรรมชาติของโรค (Natural history of diseases) ดังนี้

1) โรคหรือปัญหาทางด้านสุขภาพไม่ได้เกิดด้วยความบังเอิญ แต่เกิดจากการเสียดสมดุลย์ของเหตุปัจจัยที่เกี่ยวข้อง (Determinants) ซึ่งทางระบาดวิทยามักจะแบ่งปัจจัยออกเป็น 3 กลุ่มคือปัจจัย เกี่ยวข้องกับคน (Host) ปัจจัยที่เกี่ยวข้องกับตัวก่อโรค (Agent) และปัจจัยที่เกี่ยวข้องกับสิ่งแวดล้อม (Environment) เรียกความสัมพันธ์ของทั้งสามปัจจัยนี้ว่า Epidemiologic Triad คือ เราต้องเสริมสร้างให้คนมีภูมิคุ้มกันมีพฤติกรรมที่เหมาะสม ลดปัจจัยหรือตัวเชื้อโรคที่เป็นภัยคุกคามสุขภาพจัดหรือปรับสิ่งแวดล้อมให้เข้าข้างคนอย่าให้เกิดสภาวะที่สนับสนุนตัวก่อโรค ดังรายละเอียดต่อไปนี้

1.1) Host ปัจจัยที่เกี่ยวข้องกับคนและเป็นตัวกำหนดการป่วย ประกอบด้วย

พันธุกรรม: บางคนมีพันธุกรรมที่เป็นโรคบางโรคได้ง่ายเช่น เบาหวาน มะเร็ง ถ้าใส่ใหญ่ ฯลฯ เราแก้ไขพันธุกรรมไม่ได้ แต่ทำให้คนที่พันธุกรรมดูแลตัวเองให้มากขึ้นหรือเข้ากระบวนการคัดกรองบางอย่างในช่วงที่เสี่ยงต่อการเกิดโรค

³¹ สุทัศน์ โชตนะพันธ์. (2559). การป้องกันภาวะวิกฤติโรคระบาด. *วารสารสถาบันบริหารสาธารณสุข กรมควบคุมโรค กระทรวงสาธารณสุข*. 10(3). หน้า 31.

เพศ: บางโรคมักเลือกเพศ เช่น นักรักน้ำดีเป็นในผู้หญิงมากกว่าผู้ชายเราไม่สามารถแก้ไขเพศได้จึงต้องระวังตัวให้มากขึ้น

อายุ: บางวัยเสี่ยงต่อบางปัญหามากกว่าวัยอื่น ๆ เช่น ผู้สูงวัยมักจะมีปัญหาโรคกระดูกพรุนทำให้เกิดกระดูกหักเวลาหกล้ม การเพิ่มการออกกำลังกาย ทานอาหารมีประโยชน์ และ ออกแบบบ้านหรือห้องน้ำให้ลดการลื่นหกล้มก็จะลดความเสี่ยงได้

ภูมิคุ้มกันต่อโรค: คนที่เคยป่วยเป็นบางโรคหากมีภูมิคุ้มกันแล้วก็มักจะไม่เป็นอีก เช่น หัด ดังนั้นหากมีวัคซีนป้องกันโรคก็ควรต้องหามาฉีด เช่น วัคซีนป้องกันคอตีบ ไอกรน บาดทะยัก หัด วัณโรค อหิวาต์ ไช้หัดใหญ่ ฯลฯ

การศึกษา: คนที่มีการศึกษาดีเชื่อว่า จะดูแลสุขภาพดีกว่าผู้มีการศึกษาน้อยกว่า เช่น ผู้คิดเชื่อเอเดส์ส่วนใหญ่มักมีการศึกษาน้อยต้องใช้แรงงานขาดความรู้ความเข้าใจในการป้องกันโรค

ความเชื่อทางศาสนา: บางความเชื่อทำให้เสี่ยงต่อการติดโรคต่าง ๆ เช่น ความเชื่อบางลัทธิในอเมริกาห้ามฉีดวัคซีนทำให้เกิดโรคระบาดที่ควรป้องกันได้ด้วยวัคซีน

อาชีพ: บางอาชีพทำให้ต้องสัมผัสกับเชื้อโรคบางอย่างได้มากกว่าคนอาชีพอื่น ๆ เช่น เกษตรกรเลี้ยงแพะเสี่ยงต่อโรคบลูเซล โลซิสมากกว่าชาวไร่ที่ปลูกผลไม้ เกษตรกรเหล่านี้ต้องรู้ว่าอาจมีเชื้อโรคในสิ่งคัดหลั่งต่าง ๆ จากแพะ โดยเฉพาะเวลาที่มันแท้งหรือป่วยจะได้ไม่ติดโรคจากมัน

รายได้: ผู้มีรายได้น้อยมักเจ็บป่วยมากกว่าผู้มีฐานะดี เช่น เป็นโรคขาดสารอาหาร โรคจากการประกอบอาชีพที่มีความเสี่ยง หากเราสามารถทำให้ประชาชนมีรายได้ดีจนพ้นระดับยากจนได้ก็ควรทำหากทำไม่ได้ก็ต้องมีระบบที่ปกป้องสุขภาพของผู้มีรายได้น้อยให้เท่าเทียมคนกลุ่มที่มีฐานะดี

พฤติกรรม: หากมีพฤติกรรมเสี่ยงก็จะทำให้เกิดการเจ็บป่วยง่าย เช่น การสูบบุหรี่ การดื่มสุราจะเสี่ยงต่อการเกิดอุบัติเหตุ เป็นมะเร็ง ติดเอชไอวี แต่หากมีพฤติกรรมที่ส่งเสริมสุขภาพก็จะทำให้การเจ็บป่วยน้อยลง

1.2) Agent สำหรับโรคติดเชื้อมักจะหมายถึง เชื้อโรค (Infectious agent)³² เชื้อโรคแต่ละชนิดก็ทำให้เกิดการป่วยที่แตกต่างกันไปในทางระบาดวิทยา Agent ยังหมายรวมถึงภัยจากสารเคมีต่าง ๆ เช่น สารพิษในบุหรี่ที่เราสูบ ยาฆ่าแมลง สารโลหะหนักที่ทำอันตรายสุขภาพ เช่น

³² Infectious disease หมายถึง โรคซึ่งเกิดจากสิ่งมีชีวิต ซึ่งโดยมากจะมีขนาดเล็กมองไม่เห็นด้วยตาเปล่า จึงเรียกว่า Microorganism และสิ่งมีชีวิตที่ก่อโรคเหล่านี้ เรียกว่า Pathogen หรือ Infectious agent อันได้แก่ เชื้อไวรัส (Viruses), เชื้อริกเกตเซีย (Rickettsias), เชื้อแบคทีเรีย (Bacterias), เชื้อโปรโตซัว (Protozoas), เชื้อรา (Fungi) ฯลฯ

พิษจากสารตะกั่ว ภัยทางกายภาพต่าง ๆ เช่น การบาดเจ็บทางจราจร อาชญากรรม อาวุธต่าง ๆ นอกจากนี้ยารักษาโรคก็สามารถทำอันตรายร่างกายได้จึงต้องมีการเฝ้าระวังผลข้างเคียงจากการใช้ยาเพื่อการป้องกันในบางครั้งอาจต้องอาศัยกฎหมายหรือมาตรการทางภาษีเพื่อควบคุมมิให้ภัยที่เป็นอันตราย (Agent) นั้นเพิ่มจำนวนและเข้าไปถึงประชาชนได้ง่าย ๆ เช่น การออกกฎหมายควบคุมการโฆษณาการขายบุหรี่และสุราการควบคุมการปล่อยสารเคมีจากโรงงานอุตสาหกรรมชาติการควบคุมอาวุธ การควบคุมการใช้ยาและสารเสพติด ฯลฯ

1.3) Environment ปัจจัยด้านสิ่งแวดล้อมที่หากเข้าข้างคนก็จะทำให้สุขภาพดี แต่หากเข้าข้าง Agents ก็จะทำให้มีภัยคุกคามสุขภาพมากขึ้นเรื่อย ๆ ยกตัวอย่าง เช่น ขณะที่ประเทศโซมาเลียในทวีปแอฟริกากำลังเกิดการอดอยากเพราะฝนไม่ตกมาเป็นปี ๆ อาหารการกินและน้ำมีไม่พอเด็ก ๆ ป่วยเป็นโรคขาดสารอาหารมากกว่าร้อยละ 50 แต่每天有คนเสียชีวิตมากกว่า 2 คนต่อหมื่นประชากร ซึ่งนับว่าสูงมากจนเป็นภาวะฉุกเฉินที่ต้องรีบช่วยเหลือ นักการสาธารณสุขจึงต้องสนับสนุนให้มีสิ่งแวดล้อมที่ดีลดปัญหาโลกร้อนและสนับสนุนกระบวนการสร้างสันติหากปล่อยให้มีความรุนแรงเมืองคนจะตายทั้งจากความรุนแรงและโรคภัยไข้เจ็บ ฯลฯ

นอกจากสิ่งแวดล้อมตามธรรมชาติหรือทางกายภาพแล้วระบบเศรษฐกิจสังคมและการเมืองยังถือเป็นส่วนหนึ่งของสิ่งแวดล้อมมนุษย์ที่เรา เรียกว่า ปัจจัยสังคมที่กำหนดสุขภาพ (Social Determinants)³³ นักวิชาการหลายคนแยก Social Determinants ออกมาเพราะมันมีความสำคัญมากกว่าปัจจัยตัวอื่น ๆ เช่น การควบคุมโรค วัคซีนต้องประสบกับปัญหาการกีดกันผู้ติดเชื้อหรือผู้ป่วยขาดสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐานหากไม่แก้ไขปัจจัยนี้ก็ไม่อาจที่จะควบคุมการแพร่ระบาดของโรคได้เพราะผู้ติดเชื้อหรือผู้ป่วยจะไม่ยอมเปิดเผยตัวหรือเข้าไม่ถึงบริการป้องกันควบคุมโรคหรือการรักษาพยาบาลแต่ยังคงแพร่เชื้อต่อไปเรื่อย ๆ

2) โรคหรือปัญหาทางด้านสุขภาพมีแบบแผนการกระจายของมัน (Distribution of Disease) ทางระบาดวิทยาจะพยายามวิเคราะห์แบบแผนการกระจายตามเวลา (Time) สถานที่ (Place) และบุคคล (Person) ยกตัวอย่าง เช่น โรคไข้มองอักเสบจากเชื้อ Japanese Encephalitis มักจะเกิดในช่วงฤดูฝนเพราะต้องอาศัยยุงที่อยู่ในท้องนาเป็นตัวนำเชื้อจากสุกรมาปล่อยเข้าสู่คน โดยการกัดโรคนี้อาจเกิดในชนบทไม่เกิดในเมืองผู้ป่วยมักเป็นเด็กในวัยเรียนเพราะยังไม่มีภูมิคุ้มกัน

3) โรคหรือปัญหาทางสุขภาพโดยธรรมชาติของมันเอง (Nature of disease or Natural history of disease) ธรรมชาติของโรค หมายถึง เหตุการณ์ของโรคนับตั้งแต่การเริ่มก่อเกิดในคนและ

³³ นิภาพร เอื้อวันฉะโชติมา. (2559). ปัจจัยสังคมกำหนดสุขภาพ และการสร้างเสริมสุขภาพของประชากร. *วารสารวิชาการสาธารณสุข*. 25(1). หน้า 148.

เปลี่ยนแปลงไปตามกาลเวลา ความรู้เรื่องธรรมชาติของโรคเริ่มจากความเข้าใจในโรคติดเชื้อแต่ต่อมาก็นำใช้ในเรื่องโรคไม่ติดเชื้อด้วยโดยทั่วไปธรรมชาติของโรคแบ่งเป็น 4 ระยะคือ³⁴

ระยะเสี่ยง (Stage of Susceptibility) ระยะนี้ร่างกายยังเป็นปกติไม่ได้เกิดพยาธิสภาพ แต่มีปัจจัยเสี่ยงที่จะสนับสนุนให้เกิดการเจ็บป่วย เช่น กลุ่มอ่อนป่วยด้วยโรคติดเชื้อทางเพศสัมพันธ์ก็จะก่อให้เกิดความเสี่ยงกับกลุ่มอ่อน คนที่ไม่ออกกำลังกายก็มีความเสี่ยงต่อโรคหัวใจ

ระยะก่อนมีอาการ (Preclinical Stage) ได้แก่ ระยะที่เชื้อโรคหรือสิ่งที่เป็นอันตรายได้เข้าสู่ร่างกายแล้วแต่ยังไม่แสดงอาการ เช่น ได้รับความเชื่อเอดส์แล้วสามารถยืนยันการติดเชื้อได้แน่นอนแม้จะยังไม่มีอาการแต่ก็สามารถแพร่เชื้อได้เรียก “Asymptomatic Infection” ซึ่งระยะนี้อาจเรียกว่า “Latent Period” เป็น ช่วงเวลาดังแต่รับเชื้อเข้าร่างกายจนสามารถแพร่เชื้อ

ระยะแสดงอาการ (Clinical Stage) ระยะนี้ มีการเกิดพยาธิสภาพจนร่างกายไม่สามารถทำงานได้ ตามปกติและเกิดอาการแสดงของการเจ็บป่วยเริ่มต้นและค่อยๆมากขึ้นจนมีอาการเต็มขั้น กรณีของการติดเชื้อเอดส์และมีอาการบางอย่างเรียกว่า “HIV related diseases” หากมีอาการเต็มขั้นโดยมีการติดเชื้อฉวยโอกาสจึงเรียกว่า “AIDS” ระยะเวลาจากเชื้อเข้าสู่ร่างกายจนถึงแสดงอาการชัดเจนนี้เรียกว่า ระยะฟักตัว Incubation Period ในกรณีที่ไม่ใช่โรคติดเชื้อแต่เกิดจากการสัมผัสสารก่อโรคระยะเวลาดังแต่การสัมผัสสารก่อโรคจนถึงมีอาการ มักคำใช้ว่า “Latent Period (ระยะแฝง)” เช่น ผู้สัมผัสสารกัมมันตภาพรังสีที่รุนแรงจะมี Latent Period ประมาณ 5 ปี ก่อนที่จะพบว่าป่วยเป็นมะเร็งเม็ดเลือด เป็นต้น (คำว่า “Latent Period” ในโรคติดเชื้อและในโรคไม่ติดต่อก็มีความหมายแตกต่างกัน)

ระยะสิ้นสุดของโรค (Diminish Stage) เมื่อเกิดโรคแล้วบางคนหายโดยร่างกายกำจัดเชื้อหรือสารก่อโรคได้เอง บางคนหายแต่มีความพิการ บางคนตายในเวลาไม่นาน บางคนอยู่รอดแต่ก็จะไปเสียชีวิตในอนาคต

ดังนั้นการศึกษาธรรมชาติของโรคจึงมีข้อมูลอย่างน้อย 2 ด้าน คือ การดำเนินไปของโรคในช่วงเวลาต่าง ๆ และโอกาสที่จะเกิดผลลัพธ์ต่าง ๆ เมื่อการดำเนินของโรคไปถึงจุดสิ้นสุด (Disease Progression and Outcomes)

2.5.3 ทฤษฎีความยินยอม

ทฤษฎีความยินยอม คือ การแสดงเจตนาของผู้เสียหายหรือผู้มีอำนาจกระทำการแทนผู้เสียหายที่จะยินยอมให้ผู้อื่นมาก่อให้เกิดความเสียหายโดยการเจตนาปล่อยให้เหตุการณ์อย่างใด

³⁴ อึ้ง ชูศักดิ์. (2549). *หลักวิชาและการประยุกต์ระบาด*. กรุงเทพฯ: สถาบันพัฒนาการสาธารณสุขอาเซียน มหาวิทยาลัยมหิดล. หน้า 73.

อย่างหนึ่งเกิดขึ้น โดยไม่ขัดขวางทั้งที่สามารถขัดขวางได้เป็นการแสดงความประสงค์ที่จะให้เกิดเหตุการณ์เช่นนั้นขึ้น

การที่บุคคลหนึ่งอนุญาตหรือยอมให้บุคคลอีกคนหนึ่งกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง โดยบุคคลผู้อนุญาตหรือยอมรับผลหรือภัยที่จะเกิดขึ้นจากการกระทำนั้น ๆ ความยินยอมของผู้เสียหายในทางแพ่งแตกต่างกับความยินยอมของผู้เสียหายในทางอาญา กล่าวคือ ในทางแพ่งโดยทั่วไปแล้ว ความยินยอมทำให้การกระทำไม่ผิดกฎหมายเพราะถือว่าเมื่อผู้เสียหายยินยอมแล้วความเสียหายไม่อาจเกิดขึ้นได้หรือความยินยอม หมายถึง การที่บุคคลหนึ่งสมัครใจให้คนอื่นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง เช่น การประทุษร้าย โดยยอมรับผลหรือเสี่ยงต่อภัยที่จะเกิดขึ้นจากการกระทำนั้น ๆ³⁵

ลักษณะทางกฎหมายของทฤษฎีความยินยอม เช่น ผู้ให้ความยินยอมต้องเป็นผู้มีความสามารถในการให้ความยินยอมวิธีการให้ความยินยอมอาจแสดงออกด้วยการกระทำอย่างหนึ่งโดยตนเองหรือให้ผู้อื่นกระทำแทนตนซึ่งทำให้เข้าใจว่าตนอนุญาตให้ทำยกเว้น แต่ในกรณีพิเศษอย่างยิ่งเท่านั้นที่การนิ่งไม่ขัดขวางอาจถือได้ว่าเป็นความยินยอมเพราะเป็นที่เข้าใจกันโดยปกติทั่วไปว่าการนิ่งเช่นนั้นเป็นการยินยอมและการแสดงออกซึ่งความประสงค์อันถือได้ว่าเป็นความยินยอมอาจแสดงออกโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายก็ได้และผลของความยินยอมคือถ้ามีความเสียหายใด ๆ เกิดขึ้นจากการกระทำผู้กระทำไม่ต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้นอย่างไรก็ตามถ้าเป็นความตกลงหรือความยินยอมของผู้เสียหายสำหรับการกระทำที่ต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมายหรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนจะนำมาอ้างเป็นเหตุยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดเพื่อละเมิดมิได้

นักวิชาการหลายท่านได้ให้ความหมาย “ความยินยอม (Volenti non fit injuria)” ไว้ดังนี้

ศาสตราจารย์จิตติ ดิงศภัทย์³⁶ ให้หมายความว่า การจงใจปล่อยให้เหตุการณ์อย่างใดอย่างหนึ่งเกิดขึ้น โดยไม่ขัดขวางทั้งที่สามารถขัดขวางได้ซึ่งจะต้องเป็นการแสดงความประสงค์ที่จะให้เกิดเหตุการณ์เช่นนั้นขึ้น โดยแสดงออกด้วยการกระทำอย่างหนึ่งโดยตนเองหรือโดยให้ผู้อื่นกระทำแทนตนอันเป็นการแสดงความประสงค์ต่อผู้กระทำเหตุการณ์นั้นให้เข้าใจว่าตนอนุญาตให้ทำยกเว้นแต่ในกรณีพิเศษอย่างยิ่งเท่านั้นที่การนิ่งไม่ขัดขวาง อาจถือได้ว่าเป็นความยินยอมเพราะเป็นที่เข้าใจกันโดยปกติทั่วไปว่าการนิ่งเช่นนั้นเป็นการยินยอมและการแสดงออกซึ่งความประสงค์อันถือได้ว่าเป็นความยินยอมนั้นอาจแสดงออกโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายก็ได้

³⁵ วารี นาสกุล. (2544). *ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิด จัดการงานนอกสั่ง ฎีกาพิเคราะห์ได้*. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง. หน้า 78.

³⁶ จิตติ ดิงศภัทย์. (2523). *ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 2 มาตรา 354 ถึงมาตรา 452*. เอกสารประกอบโครงการตำราคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 8.

อาจารย์พจน์ ปุษปาคม³⁷ ให้หมายความว่า เป็นความยินยอมที่เกิดจากฝ่ายผู้เสียหายยอมให้กระทำไม่ว่าต่อเนื้อตัวร่างกายทรัพย์สินหรือสิทธิของตนความยินยอมโดยแท้จริงแล้วเป็นข้อแก้ตัวของผู้กระทำไม่ใช่สิทธิของผู้กระทำ

อาจารย์เพ็ง เพ็งนิตติ³⁸ ให้หมายความว่า เป็นเรื่องและผู้เสียหายยินยอมให้กระทำการประทุษร้ายโดยสมัครใจหรือยอมเข้าสู่อันตรายไม่ว่าจะเป็นการทำอันตรายต่อร่างกายทรัพย์สินหรือสิทธิอื่นใดการนี้เฉยไม่ขัดขืนหรือไม่ขัดขวางคัดค้านต่อการกระทำที่เป็นการประทุษร้ายหรือพฤติการณ์นั้นควรจะขัดขวางห้ามปรามหรือคัดค้านแต่ไม่ขัดขวางไม่ห้ามปรามหรือไม่คัดค้านถือเป็นความยินยอมโดยปริยาย

ศาสตราจารย์ศักดิ์ สอนองชาติ³⁹ ให้หมายความว่า เป็นเรื่องและผู้เสียหายยอมให้กระทำหรือยอมต่อการกระทำหรือเข้าเสี่ยงรับความเสียหายซึ่งถือได้ว่าเป็นการให้ความยินยอมยอมทำให้การกระทำนั้นไม่เป็นละเมิดตามมาตรา 420 ไม่ว่าผู้เสียหายจะได้รับความเสียหายจากการกระทำอย่างไรและได้รับความเสียหาย แก่ชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ ทรัพย์สิน หรือสิทธิอย่างอื่นอย่างไรใดมากน้อยเพียงใดก็ตาม

อาจารย์ประจักษ์ พุทธิสมบัติ⁴⁰ ให้หมายความว่า การที่ผู้เสียหายยินยอมโดยสมัครใจต่อการกระทำ ประทุษร้ายหรือผู้เสียหายสมัครใจเข้าสู่อันตรายเองไม่ว่าจะยินยอมให้กระทำต่อร่างกายทรัพย์สินหรือสิทธิของตนและเป็นการยินยอมของผู้สามารถให้ความยินยอมทำให้การกระทำไม่เป็นละเมิดอันที่จริงความยินยอมของผู้เสียหายมิใช่เป็นสิทธิของผู้กระทำ แต่เป็นข้อแก้ตัวของผู้กระทำผู้กระทำไม่ต้องรับผิดชอบเพื่อละเมิด

เมื่อวิเคราะห์ความเห็นของนักวิชาการหลายท่านที่กล่าวในตอนต้นพอสรุปได้ว่าความยินยอม คือ การแสดงเจตนาของผู้เสียหายหรือผู้มีอำนาจกระทำการแทนผู้เสียหายที่จะเป็นการยินยอมให้ผู้อื่นมาก่อให้เกิดความเสียหายแก่ชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ ทรัพย์สินหรือสิทธิอื่นใดของผู้เสียหาย

³⁷ พจน์ ปุษปาคม. (2523). *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยละเมิด* (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา. หน้า 1.

³⁸ เพ็ง เพ็งนิตติ. (2561). *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยละเมิด* (พิมพ์ครั้งที่ 11). กรุงเทพฯ: จีระการพิมพ์. หน้า 19.

³⁹ ศักดิ์ สอนองชาติ. (2557). *คำอธิบายโดยย่อประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยละเมิด* (พิมพ์ครั้งที่ 11). กรุงเทพฯ: นิติบรรณาการ. หน้า 326.

⁴⁰ ประจักษ์ พุทธิสมบัติ. (2543). *ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ภาคบังคับคดี*. กรุงเทพฯ: ศรีสมบัติการพิมพ์. หน้า 24.

ในต่างประเทศได้นำหลัก “volenti non fit injuria” ไปใช้เป็นแนวทาง⁴¹

ประการแรก ประมวลกฎหมายเยอรมันในส่วนความรับผิดชอบทางละเมิดบุคคลผู้รับผิดชอบต้องเป็นผู้กระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ หรืออีกนัยหนึ่งคือบุคคลต้องรับผิดชอบต่อเมื่อความเสียหายนั้นเกิดขึ้นจากการกระทำที่มีขอบด้วยกฎหมายและเป็นการกระทำที่ผิด หลักความรับผิดชอบละเมิดในกฎหมายเยอรมัน คือ “Gefährdungshaftung”⁴² ซึ่งมีอยู่ในกฎหมายพิเศษในรูปแบบรัฐบัญญัติต่าง ๆ ซึ่งในกฎหมายแพ่งของเยอรมันได้บัญญัติถึงความหมายละเมิดไว้ในมาตรา 823 วรรคแรกซึ่งเป็นต้นแบบและที่มาของมาตรา 420 ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย ดังนี้

Art. 823 “A person who, intentionally or negligently, unlawfully injures the life, body, health, freedom, property or another right of another person is liable to make compensation to the other party for the damage arising from this.”

“ผู้ใดจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ทำต่อบุคคลอื่น โดยผิดกฎหมายให้เขาเสียหายถึงแก่ชีวิตก็ดี ร่างกายก็ดี อนามัยก็ดี ทรัพย์สินหรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด ท่านว่าผู้นั้นละเมิดจำต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อการนั้น”

ประการที่สอง เมื่อผู้เสียหายให้ความยินยอมในการทำละเมิดแล้วถือว่าผู้เสียหายประสงค์ให้ความเสียหายเกิดขึ้นแก่ตนและเมื่อผู้เสียหายต้องการเช่นนั้นจะถือว่ามีความเสียหายเกิดขึ้นมิได้โดยผู้ซึ่งจะได้รับความเสียหายอันจะใช้สิทธิเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนมีแต่เฉพาะตัวผู้ให้ความยินยอมเท่านั้นประชาชนหรือสังคมไม่อาจใช้สิทธิดังกล่าวได้จึงไม่ต้องนำเรื่องความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนมาพิจารณาตามคำอธิบายของกฎหมายฝรั่งเศส แนวคิดนี้เกิดขึ้นครั้งแรกในศตวรรษที่ 17 จากสำนักกฎหมายธรรมชาติซึ่งเสนอความเห็นว่าการกระทำจะมีเหตุผลและหลักทั่วไปของความรับผิดชอบว่าบุคคลต้องรับผิดชอบในความเสียหาย เมื่อความเสียหายนั้นเกิดขึ้น จากการกระทำโดยเจตนา หรือประมาทเลินเล่อ หลักการนี้เป็นที่ยอมรับในศตวรรษที่ 19 ปรากฏอยู่ในมาตรา 1382 และ 1383 ของประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส (Nippon Civil Code)

Art.1382 “Any act whatever of man, which causes damage to another, obliges the one by whose fault it occurred, to compensate it”

มาตรา 1382 บัญญัติว่า “การกระทำใดของบุคคลซึ่งทำให้บุคคลอื่นเสียหายโดยการกระทำของตน ต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทน”

⁴¹ ภาณุพงศ์ พงษาชัย. (2561). *ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับหลักความยินยอม : กรณีศึกษาเปรียบเทียบไทย – สหรัฐอเมริกา*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์. หน้า 33.

⁴² Cohn, E.J. (1978). *Manual of German Law (third edition)*. London: Butter Worth. p.160.

Art. 1383 “Everyone is liable for the damage he causes not only by his intentional act, but also by his negligent conduct or by his imprudence”

มาตรา 1838 บัญญัติว่า “บุคคลทุกคนต้องรับผิดชอบในความเสียหายซึ่งเกิดขึ้น ไม่เพียงแต่กระทำโดยจงใจของตนเท่านั้น แต่รวมถึงต้องรับผิดชอบในความประมาทเลินเล่อหรือปราศจากความระมัดระวังของตนด้วย”

Art. 1384 Paragraph 1 “A person is liable not only for the damages he causes by his own act, but also for that which is caused by the acts of persons for whom he is responsible, or by things which are in his custody”

มาตรา 1384 วรรค 1 บัญญัติว่า “บุคคลจะต้องรับผิดชอบไม่เพียงแต่เพื่อความเสียหายที่เกิดจากการกระทำของเขาเท่านั้น ทั้งนี้ในความรับผิดชอบถึงความเสียหายที่เกิดจากการกระทำของบุคคลที่เขาต้องรับผิดชอบหรือจากทรัพย์สินที่อยู่ในอารักขาของเขาคด้วย”

ซึ่งมาตรา 1384 ยังคงผูกพันอยู่กับความผิดของเขา กล่าวคือหากผู้ซึ่งอยู่ในฐานะต้องรับผิดชอบแสดงให้เห็นว่าเขาไม่บกพร่องในหน้าที่ดูแลแล้ว บุคคลนั้นย่อมหลุดพ้นความรับผิดชอบไป ทั้งนี้เพราะนักกฎหมายถือมาตรา 1384 เป็นข้อสันนิษฐานความผิดเท่านั้น⁴³

ประการที่สาม ถ้าผู้เสียหายได้ให้ความยินยอมในทางแพ่งแล้วจำเลยสามารถอ้างความยินยอมของผู้เสียหายขึ้น ปฏิเสธความรับผิดชอบของตนได้โดยไม่ต้องคำนึงถึงความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนถือว่าเป็นความต้องการของผู้เสียหายเองตามคำอธิบายของกฎหมายอังกฤษและศาลนำมาใช้ในการตัดสินคดี

เหตุยกเว้นความรับผิดชอบเพื่อละเมิดเนื่องจากความยินยอมของผู้เสียหายนั้น ไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้โดยชัดแจ้งเป็นเรื่องที่จะต้องพิจารณาตามจารีตประเพณีหรือมาจากสุภาษิตกฎหมายโรมันที่ว่า “Volenti non fit injuria” หากความยินยอมนั้นไม่ขัดต่อบทบัญญัติของกฎหมายหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน จึงเห็นควรให้บัญญัติเรื่องความยินยอมของผู้เสียหายไว้ในหมวดนิรโทษกรรมเป็นอีกมาตราหนึ่งว่า “ความยินยอมซึ่งไม่ขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชนด้วยความสมัครใจของผู้เสียหายนั้น ผู้กระทำไม่ต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อการกระทำนั้น”⁴⁴

ลักษณะทางกฎหมายของทฤษฎีความยินยอมประกอบด้วย

⁴³ David Rene. (1980). *English Law French Law*. London : Stevens, Bell Yard, Temple Bar. p.151. อ้างถึงใน สันต์ชัย เหล่าสันติสุข. (2550). *ความรับผิดชอบเพื่อละเมิดของผู้ก่อมลพิษทางสังคม*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต. หน้า 19.

⁴⁴ ภาณุพงศ์ พงษ์ชัย. อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 41. หน้า 34.

1) ผู้ให้ความยินยอมซึ่งเป็นผู้ได้รับความเสียหายต้องเป็นผู้มีความสามารถในการให้ความยินยอม คือเข้าใจถึงรู้ถึงการกระทำนั้น (Raisnable) และรู้คุณค่าของการกระทำว่าดีหรือไม่ เข้าใจถึงธรรมชาติของการกระทำและผลที่อาจเกิดขึ้นจากการกระทำนั้นได้และต้องรู้ถึงคุณค่าของการกระทำนั้นจากประสบการณ์ของตนเองซึ่งจะต้องเป็นผู้ใหญ่พอสมควร (Maturity)

2) วิธีการให้ความยินยอมกฎหมายมิได้กำหนดแบบไว้จึงอาจให้โดยแจ้งชัดหรือโดยปริยายและการนั่งถือว่าเป็นการให้ความยินยอมได้ถ้าตามพฤติการณ์ทำให้บุคคลทั่วไปเข้าใจว่าเป็นการให้ความยินยอม

3) เงื่อนไขความสมบูรณ์ของความยินยอมพิจารณาจาก

(1) ระยะเวลาการให้ความยินยอมจะต้องมีอยู่ก่อนหรืออย่างน้อยต้องมีในขณะที่กระทำและมีอยู่ตลอดการกระทำ

(2) ความยินยอมต้องให้แก่ผู้กระทำโดยตรง

(3) การให้ความยินยอมต้องเป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมาย โดยความสมัครใจ ปราศจากการทำ กลล่อลวง หลอกลวง ข่มขู่ หรือสำคัญผิด

(4) การให้ความยินยอมต่อสิ่งหนึ่งไม่หมายความรวมถึงสิ่งอื่นที่เพิ่มหรือแตกต่างไปจากที่ผู้เสียหายให้ความยินยอมหรือโดยผู้เสียหายไม่ทราบถึง

(5) ความยินยอมต้องไม่มีเงื่อนไข

(6) ผู้กระทำต้องทราบถึงความยินยอมและได้กระทำด้วยความยินยอมในความผิดที่อ้างความ ยินยอมได้ในกรณีที่ผู้กระทำไม่ทราบความยินยอมของผู้เสียหายและได้กระทำความผิดตามที่กฎหมายบัญญัติผู้กระทำไม่อาจอ้างความยินยอมที่ตนไม่ทราบเป็นข้ออ้างได้

4) ผลของความยินยอมเมื่อการให้ความยินยอมได้กระทำโดยผู้ให้ความยินยอมที่ถูกต้องตามกฎหมายและใช้วิธีการให้ความยินยอมตลอดจนเงื่อนไขความสมบูรณ์ของความยินยอม ถูกต้องครบถ้วนตามหลักความยินยอมที่ได้กล่าวในตอนต้นแล้วย่อมทำให้ผลของความยินยอมเป็นไปโดยสมบูรณ์ซึ่งผู้กระทำสามารถอ้างหลักความยินยอมไม่เป็นละเมิดได้

5) ข้อยกเว้นทฤษฎีความยินยอม ไม่เป็นละเมิดอาจมีในกรณีที่เกิดการประทุษกรรม โดยไม่ได้รับความยินยอมแต่ผู้กระทำไม่ต้องรับผิดชอบได้⁴⁵

(1) กรณีมีเหตุฉุกเฉินเกิดขึ้นอย่างแท้จริงและแจ้งชัดจำเป็นต้องกระทำก่อนได้รับความยินยอม เช่น การจับคนที่จะฆ่าตัวตายด้วยการกระโดดจากที่สูงโดยมัดมือมัดเท้าขังไว้ในห้อง

⁴⁵ ภาณุพงศ์ พงษาชัย. อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 41. หน้า 35.

(2) ในกรณีเช่นนั้นวิญญูชนย่อมให้ความยินยอมเช่นมีคนโยนระเบิดเข้ามาและระเบิดกำลังจะระเบิดจึงผลักผู้ซึ่งอยู่ข้าง ๆ ให้ล้มเพื่อหลบแรงระเบิดและการผลักทำให้ผู้นั้นได้รับบาดเจ็บไม่ต้องรับผิดชอบ

(3) ผู้กระทำไม่รู้หรือไม่มีเหตุควรรู้ว่าผู้ถูกกระทำจะไม่ให้ความยินยอมถ้ามีโอกาสถามบุคคลนั้น เช่น แพทย์นำคนเจ็บซึ่งสลบจากอุบัติเหตุเข้าทำการผ่าตัดเพื่อช่วยชีวิต⁴⁶

บทบาทของทฤษฎีความยินยอมในทางละเมิด⁴⁷

ละเมิด การกระทำโดยรับความยินยอมของผู้เสียหายไม่เป็นละเมิด กล่าวคือ ถ้าผู้เสียหายยอมให้กระทำหรือยอมต่อการกระทำหรือเข้าเสี่ยงรับความเสียหายซึ่งถือได้ว่าเป็นการให้ความยินยอมย่อมทำให้การกระทำนั้นไม่เป็นละเมิดไม่ว่าผู้เสียหายจะได้รับความเสียหายจากการกระทำอย่างไรและได้รับความเสียหายแก่ชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ ทรัพย์สินหรือสิทธิอย่างอื่นอย่างไรก็ตามน้อยเพียงใดก็ตามซึ่งมีหลักเกณฑ์ดังนี้

1) ผู้เสียหายยินยอมให้กระทำหรือยอมต่อการกระทำหรือการเสี่ยงเข้ารับความเสียหายอันถือได้ว่าเป็นการยินยอมรับผลเสียหายที่จะเกิดขึ้นแก่ตนเองทำให้การกระทำนั้นไม่เป็นละเมิด

2) การให้ความยินยอมจะต้องให้ก่อนหรือขณะกระทำพิจารณาให้ก่อนกระทำผิดไม่ว่าล่วงหน้านานเท่าใดครบใดที่ยังไม่มีการถอนการให้ความยินยอมย่อมถือว่ายังมีความยินยอมอยู่แต่ผู้ให้ความยินยอมจะถอนเสียเมื่อใดก็ได้

3) การให้ความยินยอมต้องให้แก่ผู้กระทำโดยตรงยกเว้นบางกรณีอาจให้โดยเจาะจงหรือไม่ก็ได้ เช่น ยินยอมให้แพทย์ทำการผ่าตัดโดยไม่เจาะจงตัวแพทย์ผู้กระทำ

4) การให้ความยินยอมต้องโดยสมัครใจปราศจากการทำนองล หลอกลวง ข่มขู่หรือสำคัญผิด

5) การให้ความยินยอมเมื่อผู้กระทำเข้าใจในผลแห่งความยินยอมแล้วแม้จะขัดต่อสำนึกในศีลธรรมอันดีไม่เป็นละเมิดในทางแพ่งเว้นแต่เป็นการกระทำความผิดอาญาบางประเภทซึ่งกฎหมายบัญญัติไว้ว่าจะได้รับความยินยอมของผู้ถูกกระทำหรือไม่ก็เป็นความผิด

6) การให้ความยินยอมมีขอบเขตจำกัดถ้าผู้กระทำทำนอกเหนือความยินยอมหรือกระทำโดยประมาทเลินเล่อจะต้องรับผิดชอบฐานละเมิด

7) ความยินยอมอาจถอนได้ก่อนมีการกระทำ เช่น โจทก์และจำเลยถูกพนักงานอัยการฟ้องว่าวิวาททำร้ายกันศาลพิพากษาลงโทษทั้งสองคนแล้วต่างมาฟ้องคดีแพ่งเรียกค่าเสียหายซึ่งกัน

⁴⁶ ภาณุพงศ์ พงษาชัย, อ้างแล้วในเชิงจรดที่ 41, หน้า 36.

⁴⁷ ไพจิตร บุญญพันธุ์, (2553). *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิดและหลักกฎหมายลักษณะ ละเมิด เรื่องข้อสันนิษฐานความผิดทางกฎหมาย*. (พิมพ์ครั้งที่ 13) กรุงเทพฯ: นิติบรรณการ, หน้า 281.

และกันเป็นการฟ้องคดีแพ่งเกี่ยวเนื่องคดีอาญาฟังได้ว่าเป็นกรณีที่โจทก์และจำเลยสมัครใจเข้ารับการเสี้ยมภัยเองไม่เป็นการละเมิดโจทก์และจำเลยไม่มีอำนาจฟ้องและฟ้องแย้งเป็นปัญหาเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนศาลยกขึ้นวินิจฉัยเอง

8) มาตรา 823 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันกำหนดหลักการว่าถึงแม้มีความยินยอมของผู้เสียหาย ผู้กระทำอาชญากรรมละเมิดได้ถ้าเป็นการกระทำที่ฝ่าฝืนบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดอันมีวัตถุประสงค์เพื่อปกป้องผู้อื่น ซึ่งกฎหมายไทยได้นำหลักดังกล่าวมาบัญญัติไว้ตาม มาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ความว่าความตกลงหรือความยินยอมของผู้เสียหายสำหรับการกระทำที่ต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมายหรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนจะนำมาอ้างเป็นเหตุยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบเพื่อละเมิดมิได้⁴⁸

บทบาทของทฤษฎีความยินยอมในทางอาญา⁴⁹

ทฤษฎีความยินยอมของผู้เสียหายในคดีอาญา คือ ทฤษฎีความยินยอมอันบริสุทธิ์ของผู้เสียหายเป็นเหตุยกเว้นความผิดอาญาหรือไม่นั้นศาลฎีกาได้วางหลักในลักษณะเป็นการยอมรับหลักที่ว่าความยินยอมของผู้เสียหายเป็นเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้โดยมีหลักเกณฑ์ 3 ประการ คือ

- 1) ความยินยอมนั้นต้องมีอยู่อย่างน้อยในขณะที่กระทำการอันกฎหมายบัญญัติเป็นความผิด
- 2) ความยินยอมนั้นต้องเป็นความยินยอมอันบริสุทธิ์
- 3) ความยินยอมนั้นต้องไม่ขัดต่อความสำนึกในศีลธรรมอันดี

ศาลฎีกาไทยนำทฤษฎีความยินยอมตามความหมายสากลมาระบุไว้ว่า “ความยินยอมอันบริสุทธิ์ของผู้เสียหายให้ผู้ใดกระทำการที่กฎหมายบัญญัติเป็นความผิด ถ้าความยินยอมนั้นไม่ขัดต่อความสำนึกในศีลธรรมอันดีและมีอยู่ในขณะกระทำการอันกฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิดแล้ว ความยินยอมนั้นเป็นข้อยกเว้นมิให้การกระทำเป็นความผิดได้” ความยินยอมที่ไม่ขัดต่อ สำนึกในศีลธรรมอันดีมีหลักเกณฑ์ใดในการพิจารณาและความผิดฐานใดบ้างที่ผู้กระทำสามารถอ้างความยินยอมของผู้เสียหายได้นั้น มีหลักเกณฑ์พอสรุปได้ว่า

ความยินยอมของผู้เสียหายเป็นเหตุให้ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้หรือไม่พิจารณา ดังนี้

⁴⁸ ไพจิตร บุญญพันธุ์. อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 47. หน้า 282.

⁴⁹ Herbert L. Packer .(1968). *The Limits of the Criminal Sacntion*.p.296. อ้างถึงใน วีระพงษ์ บุญโญภาส(2551) หน้า 6.

1) ความผิดที่ยินยอมให้กระทำนั้นมีสิ่งทีกฎหมายมุ่งจะคุ้มครองที่เรียกว่า “คุณธรรมทางกฎหมาย (Rechtsgut)” หรือไม่กล่าวคือเป็นคุณธรรมทางกฎหมายซึ่งเป็นความคุ้มครองในส่วนตัวตนเช่น เจ้าของทรัพย์ยินยอมให้ผู้อื่นทำลายทรัพย์ได้ไม่มีความผิดตามมาตรา 358 และคุณธรรมทางกฎหมายซึ่งเป็นความคุ้มครองในส่วนรวม เช่น ความผิดเกี่ยวกับเพศตามมาตรา 277 ถึงแม้ผู้เสียหายยินยอมสละคุณธรรมทางกฎหมายก็เป็นการสละในส่วนตัวตนเท่านั้นผู้เสียหายไม่มีอำนาจสละคุณธรรมในส่วนรวมที่มุ่งคุ้มครองศีลธรรมในทางเพศของคนในสังคมได้

2) การขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีพิจารณาจากผลประโยชน์ของสังคมมหาชนและศีลธรรม

3) ความยินยอมของผู้เสียหายไม่เป็นเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้เนื่องจากความผิดตามกฎหมายอาญาไม่ได้มีเพื่อปกป้องผลประโยชน์ของเอกชนคนใดคนหนึ่งแต่มีเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคม ประกอบกับการจะอ้างความยินยอมได้หรือไม่ต้องพิจารณาจากคุณธรรมทางกฎหมายว่าเป็นความคุ้มครองในส่วนตัวตนหรือส่วนรวมซึ่งจะต้องพิจารณาจากข้อเท็จจริงทางภาวะวิสัย (Objective) อันเป็นเหตุเนื่องจากการกระทำ (Cause Objective) นั้นเอง

ข้อพิจารณาระหว่าง โครงสร้างความคิดทางอาญาและความยินยอมของผู้เสียหายในความคิดทางอาญา⁵⁰

1) กรณีที่กฎหมายบัญญัติเรื่องความยินยอมของผู้เสียหายไว้อย่างชัดเจนว่าแม้ผู้เสียหายจะให้ความยินยอมการกระทำก็ยังเป็นความผิด เช่น การกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศตามมาตรา 277 มาตรา 279 มาตรา 282 แห่งประมวลกฎหมายอาญาความยินยอมอยู่ในโครงสร้างความคิดอาญาในส่วนขององค์ประกอบความผิด

2) กรณีที่กฎหมายไม่ได้บัญญัติไว้ตามข้อ 1. แต่เห็นได้ว่าผู้กระทำจะต้องกระทำโดยปราศจากความยินยอมของผู้เสียหายเช่นความผิดที่เกิดจากการบังคับขู่เข็ญหรือหลอกลวงถ้าปรากฏว่าผู้เสียหายยินยอมให้กระทำโดยบริสุทธิ์ใจการกระทำย่อมไม่มีความผิดเช่นการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศตามมาตรา 276 มาตรา 278 มาตรา 283 และมาตรา 284 แห่งประมวลกฎหมายอาญาความยินยอมอยู่ในโครงสร้างความคิดอาญาในส่วนขององค์ประกอบความผิด

3) กรณีที่กฎหมายไม่ได้บัญญัติไว้ตาม ข้อ 1. แต่โดยสภาพของความผิดจะเป็นความผิดเมื่อผู้เสียหายไม่ให้ความยินยอม เช่น ความผิดฐานลักทรัพย์ขกทรัพย์ทำให้เสียทรัพย์ถ้าผู้เสียหายให้ความยินยอมทำให้องค์ประกอบภายในของความผิดขาดหายไปความยินยอมอยู่ในโครงสร้างความคิดอาญาในส่วนขององค์ประกอบความผิด

⁵⁰ สุธีรา จินายน. (2520). ความยินยอมของผู้เสียหายในคดีอาญา. *วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์*, 1(9). หน้า 22.

4) กรณีที่กฎหมายลงโทษโดยไม่คำนึงว่าผู้เสียหายจะให้ความยินยอมในการกระทำนั้นหรือไม่ แต่บางกรณีถือว่าผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้เพราะผู้เสียหายให้ความยินยอมแล้วได้แก่ การกระทำที่ความผิดต่อชีวิตและร่างกายเช่นการเล่นกีฬาการผ่าตัดของแพทย์เป็นกฎหมายที่จารีตประเพณีให้ทำให้ได้รับความยินยอมอยู่ในโครงสร้างของความผิดและการกระทำนั้นจะเป็นความผิดต่อเมื่อไม่มีเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้

5) ความยินยอมจะต้องไม่ขัดต่อหลักความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีความยินยอมที่กฎหมายบัญญัติไว้ชัดเจนหรือเป็นที่เห็นได้โดยสภาพของความผิดว่าความยินยอมของผู้เสียหายทำให้ความผิดไม่อาจเกิดขึ้นได้โดยการพิจารณาจากคุณธรรมทางกฎหมาย (Rechtsgut) แบ่งเป็น 2 ประเภท คือ

(1) คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนรวม (Universal Rechtsgut) มุ่งคุ้มครองสังคมให้เกิดความเป็นระเบียบ ความสงบ และความยุติธรรมในสังคม เช่น การจราจร การคุ้มครองแรงงาน การรักษาสภาพความแท้จริงเงินตราลักษณะของกฎหมายประเภทนี้ปัจเจกบุคคลจะละความคุ้มครองโดยการสมัครใจยินยอมไม่ได้ความยินยอมดังกล่าวขัดต่อความสงบเรียบร้อย

(2) คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคล (Individual Rechtsgut) เช่น ชีวิตร่างกายเสรีภาพ กรรมสิทธิ์ถ้ากฎหมายมุ่งคุ้มครองเอกชนโดยส่วนตัวอย่างแท้จริงผู้กระทำอาจยกเอาความยินยอมของผู้เสียหายมาเป็นข้ออ้างเพื่อลบล้างความผิดได้แต่ในกรณีที่กฎหมายมิได้มุ่งคุ้มครองเพียงเอกชนเท่านั้นหากแต่ยังคุ้มครองสังคมด้วยแล้วความยินยอมของผู้เสียหายย่อมไม่ลบล้างความผิดของผู้กระทำ⁵¹

จึงสรุปได้ว่าทฤษฎีความยินยอมถ้าผู้เสียหายยอมให้ผู้ซึ่งมีเชื้อโรคติดต่อทางเพศสัมพันธ์กระทำหรือยอมต่อการกระทำหรือเข้าเสี่ยงรับความเสียหายซึ่งถือได้ว่าเป็นการให้ความยินยอมยอมทำให้การกระทำนั้นไม่เป็นละเมิดไม่ว่าผู้เสียหายจะได้รับความเสียหายจากการกระทำอย่างไรและได้รับความเสียหายแก่ชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ หรือสิทธิอย่างอื่นก็ถือว่าผู้เสียหายนั้นยอมรับความเสี่ยงไว้เอง และถือว่าผู้ซึ่งปกปิดการแพร่เชื้อโรคติดต่อทางเพศสัมพันธ์นั้นมิได้ละเมิดต่อผู้เสียหาย

2.5.4 ทฤษฎีอำนาจในการรักษาความสงบเรียบร้อยภายในรัฐ (The Police Power Theory)⁵²

⁵¹ สุธีรา จินายน. อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 50. หน้า 23.

⁵² ธนวัฒน์ รัชดากร. (2539). *มาตรการทางกฎหมายในการควบคุมผู้แพร่เชื้อเอดส์*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 14.

ทฤษฎีอำนาจในการรักษาความสงบเรียบร้อยภายในรัฐนี้มีแนวความคิดว่าด้วยการใช้อำนาจของรัฐเพื่อวัตถุประสงค์ให้เกิดความสงบเรียบร้อยขึ้นในสังคมซึ่งในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law System) เช่น สหราชอาณาจักรบริเตนใหญ่และไอร์แลนด์เหนือ และสหรัฐอเมริกา เป็นต้นทฤษฎีนี้ ซึ่งสามารถนำมาใช้ในทางกฎหมายมหาชนได้โดยไม่เกี่ยวกับอำนาจของตำรวจตามรูปศัพท์ในภาษาอังกฤษแต่อย่างใด เดิมทีอำนาจนี้เป็นส่วนหนึ่งในพระบรมเดชานุภาพของพระมหากษัตริย์แต่ในระบอบประชาธิปไตยนั้น หมายถึง อำนาจทั่วไปของรัฐในฐานะผู้ใช้อำนาจอธิปไตย⁵³ อำนาจในการรักษาความสงบเรียบร้อยนั้นเป็นสิ่งจำเป็นที่ขาดไม่ได้เพราะเป็นคุณลักษณะที่สำคัญของอำนาจอธิปไตยและจำเป็นจะต้องมีอยู่ในรัฐบาลพลเรือนทุก ๆ รัฐบาล ดังนั้นอำนาจนี้ไม่ได้มาอยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญที่เป็นลายลักษณ์อักษร แต่เป็นสิ่งที่ได้รับจากประชาชนผ่านรัฐบาลในฐานะที่เป็นตัวแทนและเป็นอำนาจที่ต้องสงวนไว้ (Reserved Power)⁵⁴

สำหรับ Black's Law Dictionary ได้อธิบายความหมายของ Police Power สรุปใจความสำคัญได้ว่า อำนาจของรัฐในการออกกฎหมายและข้อระเบียบบังคับโดยฝ่ายนิติบัญญัติเป็นผู้บัญญัติกฎหมายและจัดสร้างระเบียบ กฎเกณฑ์ แบบแผนต่าง ๆ มาควบคุมพฤติกรรมของคนในสังคมโดยคำนึงถึงเหตุและผลที่ถูกต้องจะประกอบด้วยบทลงโทษหรือไม่ก็ได้ แต่ต้องไม่ขัดหรือแย้งกับกฎหมายรัฐธรรมนูญเพื่อผดุงไว้ซึ่งความยุติธรรมและความสงบเรียบร้อยในการปกครองข้อบังคับที่มีไว้เช่นนี้เพื่อป้องกันคำสั่งที่ฉ้อฉลความรุนแรงหรือเหตุอื่นที่เป็นปรปักษ์ต่อรัฐ รวมถึงการช่วยเหลือการจับกุมอาชญากรรมที่เป็นประกันต่อความมั่นคงความสงบเรียบร้อย ความเจริญรุ่งเรืองของรัฐและสุขอนามัยความสะดวกสบายให้เกิดขึ้นกับประชาชนโดยทั่วไปและเป็นประกันให้เกิดความมั่นใจว่าประชาชนจะไม่ถูกรบกวนสิทธิของแต่ละบุคคลโดยการใช้กฎหมายของรัฐเป็นเครื่องมือ สำหรับเจ้าหน้าที่ผู้รักษากฎหมายจะต้องปฏิบัติให้เป็นไปตามกฎหมาย ระเบียบ ข้อบังคับนั้น ๆ ด้วย ซึ่งอาจจะใช้กำลังบังคับให้ประชาชนปฏิบัติตามก็ได้แต่การใช้อำนาจจะต้องอยู่ในขอบเขตที่จำกัด⁵⁵

ศาลสูงสหรัฐอเมริกาได้ให้คำจำกัดความของรัฐเช่นว่านี่ซึ่งอยู่ทั่วไปทุกรัฐว่าหมายถึงอำนาจในทางสาธารณะสุขจัดให้ราษฎรมีสวัสดิภาพ มีศีลธรรม มีสวัสดิการดีมีความเป็นอยู่ที่ดีสะดวกก็คือของราษฎรทั้งหลายที่ทำให้ประชากรนั้นมีความสุขนั่นเอง ถ้าปราศจากอำนาจนี้แล้ว

⁵³ Mozley and Whiteley 's. (1970). *Law Dictionary*. United Kingdom: Shrewsbury. p.261.

⁵⁴ Police Power. (1964). *American jurisprudence vol. 16, 2 ed.* New York: The Lawyers Co-operative Publishing. p.510 – 513.

⁵⁵ Cambell H. (1968). *Black's law Dictionary 4 ed.* St. Paul Minn: West publishing. pp. 13-17.

สังคมปราศจากความสงบสุขเรียบร้อย โรคภัยไข้เจ็บจะระบาดโดยปราศจากการป้องกันและควบคุม โจรผู้ร้ายจะข่มเหงรังแกประชาชนโดยปราศจากการปราบปรามศีลธรรมจิตใจของมนุษย์จะเสื่อมเห็นผิดเป็นชอบเห็นแก่ตัวไม่มีการเอื้อเฟื้อสงเคราะห์กัน เช่นนี้เรียกว่า "บ้านเมืองไม่มีชื่อ ไม่มีแป" แต่อย่างไรก็ตามการใช้อำนาจนี้ของรัฐเพื่อส่งเสริมและรักษาความสงบเรียบร้อยในสังคมดังที่กล่าวมาแล้วในข้างต้นก็จะอยู่ในขอบเขตอันชอบด้วยเพราะหากทำตามอำเภอใจแล้วในที่สุดรัฐจะใช้อำนาจนั่นเองคุกคามสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้ อาทิเช่น การใช้อำนาจโดยไม่มีขอบเขตและระบบควบคุมที่ดีจึงทำให้แสวงหาผลประโยชน์ใส่ตนได้หรือใช้อำนาจผิดวัตถุประสงค์อันแท้จริงอันเป็นการบิดเบือนอำนาจ (Abuse of Power)⁵⁶

ด้วยเหตุนี้อำนาจเช่นนี้ต้องอยู่ภายใต้ขอบเขตจำกัดบางประการดังกล่าวข้างต้นด้วยนักกฎหมายและนักรัฐศาสตร์จึงรู้จักที่จะวางระบบอำนาจของรัฐหรือจัดระเบียบอำนาจของรัฐไว้ในกฎหมายโดยเฉพาะอย่างยิ่งกำหนดขอบเขตจำกัดไว้ในรัฐธรรมนูญ ซึ่งถือเป็นกฎหมายสูงสุดในการปกครองประเทศเพื่อให้เห็นอำนาจในการรักษาความสงบเรียบร้อยของรัฐนั้นมาจากไหนมาได้อย่างไรและมีวิธีใช้อย่างไรหากผิดไปจากแก้ไขได้อย่างไร และต้องมีกระบวนการตรวจสอบว่ามีการใช้อำนาจนี้การขอบเขตที่อนุญาตให้รัฐใช้อำนาจดังกล่าวหรือไม่เพียงใดในต่างประเทศ เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกาที่มีกรณีศาลสูงสุดวินิจฉัยให้กฎหมายบางฉบับขัดต่อรัฐธรรมนูญและใช้บังคับไม่ได้แม้จะเป็นกฎหมายที่คุ้มครองสุขภาพอนามัยของประชาชนก็ตามเกณฑ์ที่สำคัญในกฎหมายสหรัฐอเมริกาที่นำมาใช้ก็คือหลักของเรื่อง Due Process of Law⁵⁷

รัฐธรรมนูญในหลายประเทศถ้าไม่ได้กำหนดเรื่องการส่งเสริมสุขภาพอนามัยของสาธารณชน (Promotion of Public Health) เรื่องการรักษาความปลอดภัย (Safety) ศีลธรรม (Moral) หรือสวัสดิการทั่วไป (genral welfare) แล้วประชาชนควรเรียกร้องเอาจากรัฐได้โดยถือว่าเป็นหน้าที่ของรัฐที่จะต้องจัดดำเนินการให้เพื่อประโยชน์สาธารณะ ซึ่งในทางนิติบัญญัติกำหนดไว้เป็นแนวนโยบายของรัฐไว้ในรัฐธรรมนูญหรือจะแสดงออกโดยการตรากฎหมายออกมาคุ้มครองและลงโทษผู้กระทำผิดบังคับใช้ในสังคมให้ได้ผลจริงจัง โดยการตราเป็นกฎหมายมหาชนที่กำหนดหน้าที่และวางบทกำหนดลงโทษแก่ผู้ฝ่าฝืน เช่น ตราขึ้นในรูปแบบของกฎหมายอาญาหรือพระราชบัญญัติอื่น ๆ

ในสหรัฐอเมริกาศาลสูงสุดได้กล่าวไว้ในหลายคดีว่า รัฐบาลกลางก็ดี รัฐบาลมลรัฐก็ดีมีอำนาจที่จะออกกฎหมายมาคุ้มครองสุขภาพอนามัยของประชาชนและออกกฎหมายมาจำกัดหรือ

⁵⁶ วิษณุ เครืองาม. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 20. หน้า 74.

⁵⁷ Corwins ,E. S. The Constitution. (1973). *What It Means Today*. New Jersey: Princeion University Press. p. 388.

ห้ามการแพร่เชื้อโรคติดต่อหรือโรคต่าง ๆ เช่น การกำหนดวิธีปฏิบัติสำหรับแพทย์และผู้ป่วย กำหนดเขตกักกันหรือแม้แต่กำหนดความผิดและโทษสำหรับผู้ป่วยซึ่งทำการอันจะแพร่เชื่อนั้นต่อไปได้ เช่น รัฐอลาบามา มีโทษปรับตั้งแต่ 10-100 เหรียญ สำหรับผู้ป่วยด้วยกามโรคที่ทำการแพร่เชื้อโรคนั้น รัฐอริโซนามีโทษปรับถึง 750 เหรียญ และจำคุก 4 เดือน มลรัฐแคลิฟอร์เนีย มีโทษปรับถึง 1,000 เหรียญและจำคุก 6 เดือน ในรัฐนิวเจอร์ซีย์ ผู้ป่วยด้วยโรคกามโรคที่ไปเป็นพยาบาล คนเลี้ยงเด็ก หรือทำงานในโรงงานรีดนมโค โรงงานอุตสาหกรรมอาหาร ร้านอาหาร โรงงานเภสัชกรรม อาจจะต้องถูกปรับถึง 100 เหรียญ⁵⁸ อย่างไรก็ตามเป็นที่น่าสังเกตว่ากฎหมายของรัฐส่วนใหญ่ตีความว่าไม่รวมถึงโรคเอดส์เพราะโดยสภาพลักษณะของการแพร่เชื้อ วิธีการปฏิบัติต่อผู้ป่วย และผลจากการป่วยย่อมแตกต่างจากกามโรคซึ่งข้อนี้เองคือความจำเป็นที่หลายมารัฐต้องมีกฎหมายที่ตราขึ้นมาใหม่เพื่อวางข้อกำหนดเกี่ยวกับโรคเอดส์โดยเฉพาะ แต่ขณะเดียวกันมีหลายบางรัฐที่ศาลไม่รอฟ่ายนิติบัญญัติ เช่น ศาลอุทธรณ์รัฐแคลิฟอร์เนีย ขยายคำว่า "กามโรค" (Venereal Disease) ในกฎหมายชื่อ Health and safety code ว่าคงถึงโรคติดต่อที่เกิดจากการชนิดอื่น ๆ รวมถึงโรคเอดส์ด้วย⁵⁹

นอกจากนี้การใช้อำนาจของรัฐบาลบริหารจะต้องจัดให้มีเจ้าหน้าที่ควบคุมสอดส่องดูแล เร่งรัดให้มีการปฏิบัติตามกฎหมายอย่างเคร่งครัด (Law Enforcement) ตลอดจนให้มีการดำเนินการฟ้องร้องผู้กระทำผิดเพื่อรักษาไว้ซึ่งความศักดิ์สิทธิ์ของกฎหมายเสี่ยงก็เท่ากับเป็นการรักษาไว้ซึ่งอำนาจรัฐประการหนึ่งด้วย รวมทั้งอำนาจสำหรับในประเทศไทยนั้นก็ได้อำนาจระบบในการรักษาความสงบเรียบร้อยภายในรัฐหรือจากรอบระเบียบอำนาจในการรักษาความสงบเรียบร้อยภายในรัฐไว้ในกฎหมายเหมือนกัน โดยเฉพาะอย่างยิ่งในรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดในการปกครองและมีกฎหมายอื่น ๆ ซึ่งเป็นกฎหมายลำดับรองออกมารองรับเป็นลำดับต่อไป อาทิเช่น พระราชบัญญัติ พระราชกำหนด พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง เป็นต้น เรื่องการป้องกันและควบคุมโรคนั้นเป็นที่ยอมรับกันในเรื่องที่ว่ารัฐมีอำนาจเพราะเป็นส่วนสำคัญในการส่งเสริมสุขภาพอนามัยของสาธารณะชนหรือจะเอาไว้ในเรื่องของการรักษาความปลอดภัยและสวัสดิภาพทั่วไป แต่อย่างไรก็ตามการนำเอาอำนาจของรัฐมากำหนดมาตรการทางกฎหมายที่ใช้ในการป้องกันและควบคุมโรคเอดส์นั้นมิใช่ข้อที่ควรคำนึงถึงและนำมาพิจารณาประกอบเพื่อกำหนดเป็นขอบเขตการสร้างกฎเกณฑ์ของกฎหมายอยู่หลายประการดังกล่าวไปนี้เกี่ยวกับฝ่ายตุลาการก็จัดให้มีการพิจารณาพิพากษาเมื่อมีการนำตัวผู้ฝ่าฝืนกฎหมายดังกล่าวมาฟ้อง

⁵⁸ วิษณุ เครืองาม. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 20. หน้า 76.

⁵⁹ วิษณุ เครืองาม. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 20. หน้า 77.

1) หลักความชอบธรรม (Principle of Legitimacy) หลักความชอบธรรมจะเกิดขึ้นจาก

1.1) เป็นความประสงค์หรือความต้องการของสังคมนั้นที่จะให้มาตรการนั้นมีผลบังคับใช้ในสังคมหรือกับตนเอง สำหรับการปกครองในระบอบประชาธิปไตยการแสดงเจตนานี้กระทำโดยผู้แทนของประชาชนทั้งหมด⁶⁰ แต่อย่างไรก็ตามแม้ว่าในระบอบประชาธิปไตยจะถือเสียงข้างมากเป็นหลักแต่ในขณะเดียวกันก็ต้องเคารพเสียงส่วนน้อยหรือคุ้มครองสิทธิของคนส่วนน้อยจากการบิดเบือนของคนส่วนใหญ่ด้วย

1.2) ผู้บัญญัติกฎหมายไม่สร้างกฎหมายขึ้นมาตามอำเภอใจซึ่งจะต้องพิจารณาว่ากฎหมายแม่บทหรือกฎหมายรัฐธรรมนูญนั้นให้อำนาจหรือวางหลักเกณฑ์ในการป้องกันทางสาธารณสุขของประชาชนและการรุกรานเสรีภาพของปัจเจกชนไว้อย่างไรมาประกอบด้วย นอกจากนี้การออกกฎหมายควรจะต้องใช้วิจรรย์ญาณให้เหมาะสมว่าจะเลือกปฏิบัติกับบุคคลในบ้าง

1.3) มีการเชี่ยวชาญโดยกระบวนการยุติธรรมที่มีขั้นตอนเป็นไปตามกฎหมาย ตัวอย่างเช่น การจับผู้ต้องหาแต่ต้องให้สิทธิผู้ต้องหาในการต่อสู้คดีอย่างเต็มที่ที่มีทนายคอยช่วยเหลือ นอกจากนี้การจับ การค้น จะต้องมีหมายจับ หมายค้น ต้องแสดงบัตรประจำตัวให้ทราบว่าเป็นเจ้าหน้าที่

1.4) การออกมาตรการทางกฎหมายต่าง ๆ ต้องคำนึงไว้เสมอว่าออกมาเพื่อป้องกันและควบคุมปัญหาต้นเหตุ รวมถึงพฤติกรรมของมนุษย์ที่เกี่ยวข้องกับปัญหาการเกิดโรคเอดส์ด้วย โดยเฉพาะอย่างยิ่งพฤติกรรมของมนุษย์ที่เกี่ยวกับการมีเพศสัมพันธ์เพราะว่าในปัจจุบันนั้นการมีเพศสัมพันธ์

2) หลักแห่งความเหมาะสม (Principle of Suitability)⁶¹

หลักแห่งความเหมาะสมนี้บังคับให้องค์กรของฝ่ายปกครองใช้วิจรรย์ญาณในการเลือกออกกฎหมาย คำสั่งสามารถจะดำเนินการให้ความมุ่งหมายของกฎหมายที่ให้อำนาจไว้สำเร็จลุล่วง กฎหมายหรือคำสั่งทางปกครองที่ไม่อยู่ในวิสัยจะทำให้ความมุ่งหมายของกฎหมายให้อำนาจปรากฏขึ้นมาในสังคมความเป็นจริงย่อมเป็นคำสั่งหรือกฎหมายที่ไม่เหมาะสม ตัวอย่างเช่น การออกกฎหมายให้กระทรวงสาธารณสุขเพียงหน่วยงานเดียวทำหน้าที่รับผิดชอบในการป้องกันและ

⁶⁰ Merritt, D.J. (November 1986). *Communicable disease and Constitutional Law : Controlling AIDS*. New York: University Law. p.792.

⁶¹ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. (2530). *การควบคุมการใช้ดุลพินิจทางปกครองโดยองค์กรตุลาการ*. เอกสาร โอกาสครบ 60 ปี ดร. ปรีดี เภษมทรัพย์. หน้า 206

ควบคุมโรคเอดส์นั้น แม้จะทำให้การปฏิบัติงานเป็นเอกภาพและเป็นแนวทางเดียวกันก็ตามแต่ก็ไม่สามารถที่จะปฏิบัติให้เกิดผลได้เนื่องจากโรคเอดส์นั้นจำเป็นต้องอาศัยหลายหน่วยงานมาร่วมมือประสานกันต้องใช้บุคลากรและเครื่องมืออุปกรณ์ให้ความสำเร็จได้

3) หลักแห่งความจำเป็น (Principle of Necessity)⁶²

หลักแห่งความจำเป็นนี้หมายความว่าในบรรดาคำสั่งหรือกฎหมายต่าง ๆ แล้วแต่สามารถจะดำเนินการให้ความมุ่งหมายของกฎหมายที่ให้อำนาจสำเร็จลุล่วงไปได้ทั้งสิ้นนั้น ถ้าเป็นคำสั่งหรือกฎหมายที่มีผลกระทบกระเทือนต่อสิทธิเสรีภาพของราษฎรแล้วองค์กรของรัฐฝ่ายปกครองจะต้องเลือกออกคำสั่งหรือกฎหมายที่มีผลกระทบต่อกฎหมายของราษฎรน้อยที่สุด และถ้าเป็นคำสั่งหรือกฎหมายที่เป็นประโยชน์แก่ราษฎรองค์กรของรัฐฝ่ายปกครองจะต้องเลือกออกคำสั่งหรือกฎหมายที่จะมีผลทำให้รัฐเสียหายน้อยที่สุด ตัวอย่างเช่น การออกกฎหมายมาป้องกันและควบคุมโรคเอดส์ครอบคลุมเฉพาะกลุ่มบุคคลสำคัญ เช่น กลุ่มโสเภณี กลุ่มผู้ติดยาเสพติด กลุ่มผู้มีความเสี่ยงสูงต่อการติดเชื้อโรค ซึ่งบุคคลทั่วไปที่ได้รับเชื้อเอดส์การแพร่เชื้อได้น้อยคนที่จะต้องเปิดโอกาสให้สามารถใช้ชีวิตอยู่ในสังคมได้อย่างปกติ เช่น ในมลรัฐเท็กซัสได้ห้ามคนที่เป็นกามโรคทำงานเกี่ยวกับผลิตภัณฑ์อาหารรวมทั้งการทำงานในร้านขายของชำด้วยซึ่งมีลักษณะเกินความจำเป็น เพราะเป็นการยากที่จะทำให้ลูกค้านัดเชื้อจากการค้าขายปกตินั้น⁶³ และในคดีของนายเวอร์ฮอฟ ชาวเนเธอร์แลนด์

4) หลักแห่งความได้สัดส่วน (Principle of Proportionality)⁶⁴

หลักแห่งความได้สัดส่วนนี้เป็นมาตรการที่ทำให้เกิดความสมดุลขึ้นระหว่างความเสียหายอันจะเกิดขึ้นและประโยชน์จากการได้รับการปฏิบัติให้เป็นไปตามมาตรการทางการปกครองมาตรการใดมาตรการหนึ่ง ดังนั้นหลักแห่งความได้สัดส่วนจึงห้ามมิให้องค์กรของรัฐฝ่ายปกครองใช้อำนาจในการออกกฎหมายหรือคำสั่งใดคำสั่งหนึ่งซึ่งเห็นได้ชัดว่าหากลงมือปฏิบัติให้เป็นไปตามคำสั่งนั้นแล้วทำให้เกิดประโยชน์แก่ราษฎรน้อยมากไม่คุ้มความเสียหายที่เกิดขึ้นกับราษฎร สำหรับมาตรการทางกฎหมายในการป้องกันและควบคุมโรคเอดส์จึงควรต้องคำนึงถึงในเรื่องนี้ด้วย โดยเฉพาะการได้สัดส่วนกับความรุนแรงของโรคการได้สัดส่วนกับความจำเป็นและได้สัดส่วนกับผลกระทบที่เกิดขึ้นตามมาหรือไม่ แต่การที่จะทราบว่าจะอย่างไรจึงจะมีความได้สัดส่วนกับสิ่งต่าง ๆ ดังกล่าวมาก็ต้องมีความเข้าใจหรือเข้าถึงอย่างจริงจังในลักษณะตามธรรมชาติของโรคเพราะกฎหมายและนโยบายที่ดีจะต้องถูกกำหนดโดยความเข้าใจที่ดีกับข้อมูลในวงการวิทยาศาสตร์

⁶² วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 60. หน้า 206.

⁶³ Merritt, D.J. *Supra*. p.792.

⁶⁴ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 60. หน้า 207.

แพทยศาสตร์และสังคมศาสตร์ที่เกี่ยวข้องอย่างแท้จริงมิใช่เกิดขึ้นจากการมีอคติความกลัวและความเกลียดชังต่อสิ่งนั้น ๆ ศาลได้เคยวางหลักไว้ว่า "รัฐบาลไม่อาจจะวางกฎเกณฑ์โดยอาศัยแต่เพียงทัศนคติในแง่ลบหรือความกลัวเท่านั้นซึ่งจะนำมาเป็นพื้นฐานเหตุผลในการบัญญัติกฎหมายหรือมาตรการทางกฎหมาย"⁶⁵

ด้วยเหตุนี้มาตรการต่าง ๆ ที่ออกมานั้นต้องสอดคล้องกับลักษณะของโรคนั้นจริง ๆ และต้องอาศัยข้อมูลและความรู้ทางวิชาการหลายสาขามาประกอบกัน เช่น ความรู้ทางการแพทย์ในเรื่องรูปแบบการติดเชื้อ การกระจายของโรคและลักษณะพิเศษของโรคตลอดจนกำหนดว่ากิจกรรมใดในการประกอบอาชีพใดมีโอกาสเสี่ยงต่อการติดโรคได้สูงจึงต้องอาศัยความรู้ความชำนาญจากบุคคลหลาย ๆ ฝ่ายมาร่วมกันพิจารณาอย่างละเอียดรอบคอบโดยคำนึงถึงผลดีและผลเสียที่อาจเกิดขึ้นได้ทั้งนี้เพื่อคุ้มครองสิทธิทุกฝ่ายไว้ให้มากที่สุดเท่าที่จะทำได้ ดังนั้นเพื่อให้มาตรการทางกฎหมายในการป้องกันและควบคุมโรคเอดส์ของประเทศไทยมีประสิทธิภาพมากขึ้นควรนำเอาหลักการอำนาจรัฐที่กล่าวมาข้างต้นมาสนับสนุนในการออกกฎหมาย วางระเบียบ กฎและข้อบังคับต่าง ๆ ให้รัดกุมและเหมาะสมขึ้นอันจะส่งผลให้มีประสิทธิภาพในการบังคับใช้ต่อการป้องกันและควบคุมโรคเอดส์ในประเทศไทยต่อไป กล่าวคือ รัฐต้องออกมาตรการทางกฎหมายที่สามารถคุ้มครองและป้องกันให้สาธารณะชนรอดพ้น การกระทำที่อาจทำให้สามารถติดเชื้อเอดส์จากกลุ่มบุคคลที่ไม่พึงประสงค์โดยการควบคุมพฤติกรรมของบุคคลเหล่านั้นให้อยู่ในขอบเขตที่จำกัดและกฎหมายเหล่านี้รัฐเองก็ต้องออกกฎหมายในลักษณะที่ไม่เป็นการทำร้ายจนกลุ่มบุคคลดังกล่าวรับไม่ได้เช่นกันเพื่อให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมายที่ให้

2.5.5 ทฤษฎีการบังคับใช้กฎหมาย (Law Enforcement Theory)⁶⁶

ทฤษฎีการบังคับใช้กฎหมายมีแนวคิดว่ากฎหมายจะมีประสิทธิภาพในการบังคับใช้ได้นั้นจะต้องประกอบไปด้วยปัจจัยหลายหลายอย่าง อันได้แก่ การบัญญัติกฎหมายให้มีเนื้อหาที่ทันสมัยและรัดกุมไม่ขัดต่อพื้นฐานธรรมชาติของมนุษย์ประชาชนเคารพกฎหมายองค์กรที่ใช้กฎหมายนั้นจะต้องมีกลไกที่ตีรวมทั้งการลงโทษจะต้องเหมาะสมและรวดเร็วด้วย อย่างไรก็ตามการจะให้กฎหมายมีประสิทธิภาพในการบังคับใช้นั้นจะต้องอาศัยมาตรการต่าง ๆ หลายประการด้วยกันและประการหนึ่งที่สำคัญก็คือการทำให้กฎหมายมีผลบังคับใช้ได้จริงตามวัตถุประสงค์ เจตนารมณ์ และยังมีผลบังคับใช้ได้จริง เช่น ขอฝ่าฝืนกฎหมายเกี่ยวกับการป้องกันและควบคุมโรคเอดส์ถ้าจับ

⁶⁵ Kirby M.D. (June 1989). *AIDS Strategies and Human Right Obligations*. International Commission of Jurists . p.49.

⁶⁶ วิษณุ เครืองาม. (2529). *นิติปรัชญา*. เอกสารประกอบการบรรยายวิชานิติปรัชญา คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 19.

ได้ก็บรรลุวัตถุประสงค์แล้ว แต่ถ้าวางโทษไม่ได้จะด้วยเหตุผลใดก็ตาม เช่น เนื่องจากกฎหมายวิธีพิจารณาความหรือเนื้อหาของกฎหมายบกพร่องหรือหลักอะไรก็ตามกฎหมายนั้นก็ไม่มีประโยชน์สภาพบังคับของกฎหมายก็ไม่ได้ผลอย่างจริงจังส่งผลให้บังคับใช้กฎหมายไม่มีประสิทธิภาพด้วย

ปัญหาการบังคับใช้กฎหมายมีว่าอย่างไรให้กฎหมายที่ออกมานั้นมีความศักดิ์สิทธิ์และได้ผลกฎหมายมิใช่เพียงเศษกระดาษแต่ให้กฎหมายนั้นมีผลบังคับใช้ได้อย่างจริงจัง ซึ่งสิ่งเหล่านี้เป็นปัญหานิติปรัชญา นักปรัชญากฎหมายมีความเห็นว่าที่จะทำให้กฎหมายมีความศักดิ์สิทธิ์และบังคับให้ใช้ได้ผล คือ วิธีการที่จะทำให้ประชาชนเคารพกฎหมาย (Respect for Law) และปัญหาต่อไปก็คือ วิธีการที่ทำให้ประชาชนเคารพกฎหมายนั้นมีอย่างไร ก็มีแนวคิดของสำนักกฎหมายบ้านเมืองว่าวิธีการที่จะให้ประชาชนเคารพกฎหมายก็คือต้องให้คนรู้ สภาพบังคับเอาไม่มากหรือน้อยเกินไปไม่มีช่องโหว่ต่าง ๆ⁶⁷

เหตุที่ต้องให้คนรู้กฎหมายก็เพื่อให้รู้จุดประสงค์ความมุ่งหมายของกฎหมายรวมทั้งรู้ความหมายความเข้าใจกฎหมายเพื่อให้เกิดความซาบซึ้งกฎหมายก่อนว่าไม่ขัดกับแนวคิดพื้นฐานของประชาชนทั่วไปซึ่งทำให้ประชาชนยอมรับได้เพราะถ้าขัดต่อธรรมชาติแล้วประชาชนก็จะไม่เคารพโดยการต่อต้านและทำผิดเรื่อย ๆ เช่น กฎหมายเกี่ยวกับการป้องกันและควบคุมโรคเอดส์จะต้องให้ประชาชนรู้ก่อน ถ้าไม่รู้ประชาชนก็ไม่ปฏิบัติหรือหากกฎหมายกำหนดให้ผู้ประกอบอาชีพเสี่ยงต่อการติดเชื้อโรคเอดส์นั้นจะต้องไปตรวจเลือดจากสถานพยาบาลของรัฐหากฝ่าฝืนจะต้องได้รับโทษ ปัญหาจึงเกิดขึ้นว่าถ้าผู้ที่ไม่ไปรับการตรวจเลือดเพราะถ้าหากทราบว่าเป็นติดเชื้อเอดส์แล้วจะส่งผลกระทบต่ออาชีพและก็ไม่มีความที่จะรักษาให้พวกเขาได้ก็คงหลีกเลี่ยงที่จะไปรับการตรวจเลือดเพราะว่าคงไม่มีอะไรดีขึ้นถ้าไปทำการตรวจเลือดกรณีนี้อาจถือได้ว่าเป็นช่องว่างของกฎหมายประการหนึ่งที่ทำให้โรคเอดส์แพร่ไปอย่างรวดเร็ว⁶⁸

2.5.6 ทฤษฎีเงื่อนไข (The Condition Theory)

ทฤษฎีเงื่อนไขเป็นทฤษฎีที่ยอมรับกันโดยทั่วไปโลกซึ่งมีหลักการว่า “ถ้าไม่มีการกระทำอันใดอันหนึ่งแล้ว ผลจะไม่เกิดถือว่าผลเกิดจากการกระทำอันนั้น แม้ว่าผลจะเกิดจากการกระทำอันอื่น ๆ ด้วยในทางตรงกันข้ามหากไม่มีการกระทำอันใดอันหนึ่งแล้ว ผลก็ยังเกิดอยู่นั่นเองก็จะถือว่าผลเกิดจากการกระทำอันใดอันหนึ่งนั้นมิได้”⁶⁹ ตามทฤษฎีนี้ถือว่าการกระทำทุก ๆ อย่างย่อมถือว่าเป็นเหตุที่ทำให้เกิดผลได้หากไม่มีการกระทำเช่นนั้นผลก็จะไม่เกิด แม้ว่าเหตุนั้นจะมีอยู่ในตัวผู้กระทำ

⁶⁷ วิษณุ เครืองาม. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 66. หน้า 22-23.

⁶⁸ อรรถิพย์ ศันตฆาประศาสน์. (2529). *ปัญหาการบังคับใช้กฎหมายในการดำเนินความผิดอาญาเกี่ยวกับเครื่องหมายการค้า*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 133-140.

⁶⁹ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. (2555). *กฎหมายอาญาภาคความผิด*. (พิมพ์ครั้งที่ 3). กรุงเทพฯ: วิทยุชน. หน้า 315.

เองก็ตามผลก็จะไม่เกิดขึ้นเป็นไปตามหลักเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลซึ่งอธิบายถึงหลักความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลว่าหากไม่มีเหตุเกิดขึ้นย่อมไม่มีผลตามมา⁷⁰

โดยทั่วไปแล้วแนวคิดของทฤษฎีเงื่อนไขจะกำหนดให้ผู้กระทำความผิดต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เป็นผลโดยตรงจากการกระทำของตนซึ่งการวินิจฉัยว่าการกระทำดังกล่าวเกิดขึ้นเป็นผลโดยตรงจากการกระทำหรือไม่นั้นก็ต้องมาพิจารณาว่าหากการกระทำดังกล่าวเป็นผลโดยตรงที่เกิดจากการกระทำของผู้กระทำผิดถือว่าเป็นการกระทำที่ผู้กระทำจะต้องรับผิดชอบด้วยหากมีการกระทำการแพร่เชื้อโรคที่เป็นโรคติดต่อ เช่น การถ่ายเลือดการถ่ายอวัยวะผู้ซึ่งมีเชื้อ การใช้เข็มฉีดยาร่วมกับผู้ซึ่งมีเชื้อ การมีเพศสัมพันธ์กับผู้ซึ่งมีเชื้อ ไม่มีการกระทำการแพร่ต่าง ๆ ผลการกระทำคือการติดเชื้อนั้นก็จะเป็นไม่เกิดขึ้น เช่น หากพิจารณาตามทฤษฎีเงื่อนไขซึ่งพิพากษาศาลฎีกาและนักกฎหมายหลายท่านเรียกว่าผลโดยตรงจะเห็นได้ว่าหากติดเชื้อโรคดังกล่าวซึ่งเป็นผลโดยตรงเนื่องจากโรคติดต่อ เช่น โรคเอดส์และซิฟิลิสไม่สามารถเกิดขึ้นเองได้โดยตามธรรมชาติแต่จะต้องเกิดจากการกระทำของบุคคลหนึ่งแพร่ไปยังอีกบุคคลหนึ่งเมื่อมีการกระทำการแพร่เชื้อจึงเกิดผลคือการติดเชื้อโรคที่เกิดจากผลโดยตรงของการแพร่เชื้อซึ่งคำพิพากษาที่ 68/2490⁷¹ ที่ว่าจำเลยใช้ขวานฟันผู้ตายแต่ผู้ตายถึงแก่ความตายจำเลยใช้ขวานเป็นเวลาหกวันเนื่องมาจากเชื้อโรคแกงกรินเข้าแผลศาลจึงเห็นว่าการที่เชื้อโรคเข้าเป็นผลโดยตรงจากการกระทำของจำเลย ฎีกาข้างต้นแม้ผู้ตายจะตายหลังจากที่จำเลยผู้ตายนั้นไป 9 เดือน แต่การตายของผู้ตายก็เป็นผลสืบเนื่องมาจากบาดแผลคำพิพากษาศาลฎีกาฉบับนี้แสดงให้เห็นว่าระยะเวลาไม่ได้นำมาใช้ประกอบในการพิจารณาวินิจฉัยความรับผิดชอบของบุคคล แม้ผู้กระทำจะกระทำให้ผู้ตายไม่ได้ตายในทันทีทันใดก็ไม่ใช่ประเด็นที่สำคัญ เงื่อนไขเพียงว่าผู้กระทำผิดได้ก่อมูลเหตุที่นำไปสู่ผลที่เกิดขึ้นได้หรือไม่เท่านั้น ซึ่งกรณีนี้ศึกษาในการใช้เข็มฉีดยาที่มีเชื้อโรคแทงผู้อื่นโดยเจตนาเทียบการใช้ขวานฟันผู้อื่นนี้จะไม่ได้ตายด้วยขวานแต่ตายด้วยเชื้อโรคและผู้กระทำไม่ได้ใจจะใช้เชื้อโรคเป็นอาวุธที่ใช้ฆ่า แต่หากผู้กระทำมีเจตนาที่จะให้ผู้อื่นตายแล้วก็ถือว่าผู้กระทำมีความผิดสำเร็จ ซึ่งระยะเวลาไม่ใช่เงื่อนไขเป็นเพียงสิ่งให้นำมาพิจารณาเมื่อเกิดเช่นนั้นขึ้น ในที่สุดมันจะเดินทางไปถึงผลหรือไม่โดยพิจารณาจากเจตนาของ

⁷⁰ ชัยภัทร นิสามณีวงศ์. (2550). *ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลในกฎหมายละเมิด*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 95.

⁷¹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 68/2490 (เนติบัณฑิตยสภา). ตอนที่ 1 หน้า 74-81 จำเลยใช้ขวานปาดนายเอี่ยมที่หน้าแข้งซ้ายหนึ่งที บาดเจ็บเนื่องจากกรณีวิวาทกัน ต่อมาหกวันนายเอี่ยมถึงแก่ความตายเนื่องจากบาดแผลที่ถูกจำเลยทำร้าย ศาลฎีกาได้ตรวจสำนวนประชุมปรึกษาคดีแล้วกรณีปรากฏว่า เหตุที่ในเรื่องตายเพราะพิษของแกงกรินเข้าในแผล จึงทำให้แผลเป็นพิษถึงแก่ความตาย ดังนี้ต้องถือได้ว่านายเอี่ยมได้ตายเพราะผลของการที่จำเลยทำร้ายร่างกายนั่นเอง

ผู้กระทำว่าต้องการให้เกิดผลอันใด คือหากต้องการให้ผู้อื่นตายก็นำเชื้อโรคติดต่อบางชนิดไปปล่อยให้ผู้อื่น เช่น เชื้อโรคเอดส์ระยะในการตัวของเชื้อโรคจะนานเพียงใดก็ แต่ผลสุดท้ายเชื้อต้องตายถือว่าเชื้อโรคที่ปล่อยเข้าไปจะไม่ใช่สาเหตุโดยตรงที่ทำให้ตาย⁷² ถือว่าเป็นความผิดสำเร็จแล้วแม้ผู้ตายจะมีสภาพร่างกายไม่แข็งแรง เช่น มีความผิดปกติของเม็ดเลือดขาวเป็นโรคลิวคีเมีย⁷³ หรือมีความผิดปกติของดีเอ็นเอหรือแม้จะมีโรคบางอย่างอยู่แล้ว ซึ่งความมีสภาวะของการเจ็บป่วยหรืออาการบางโรคนั้นที่ทำให้ผู้ซึ่งมีเชื้อโรคติดต่อทางเพศสัมพันธ์จะต้องตายในระยะเวลาหนึ่งอันมีช่วงระยะเวลาการมีชีวิตยาวนานกว่ากรณีที่มีผู้กระทำการแพร่เชื้อโรคติดต่อทางเพศสัมพันธ์ผู้ซึ่งติดเชื้อโรคอื่นอีกซึ่งทำให้ถึงแก่ความตายเร็วขึ้น การแพร่เชื้อโรคติดต่อทางเพศสัมพันธ์ที่ผู้กระทำได้กระทำโดยเจตนา นั้นย่อมเป็นความผิดอยู่เพราะการฆ่าทำให้ชีวิตสั้นลง⁷⁴ ทั้งนี้จะต้องเร่งเห็นถึงเจตนาของผู้กระทำผิดเป็นสำคัญมุ่งก่อให้เกิดผลสุดท้ายเป็นเช่นไร กล่าวคือ เมื่อผู้กระทำผิดปล่อยเชื้อโรคไปยังผู้อื่นแล้วการฟักตัวของโรคก็จะดำเนินต่อไปจนผู้ติดเชื้อนั้นตายในที่สุดเปรียบเสมือนการเหนียวไก่อป็นแล้วกระสุนออกจากถังทันทีและระยะเวลาของการเดินทางของลูกกระสุนไม่ใช่สิ่งที่นักกฎหมายนำมาพิจารณาคดี แต่สิ่งที่นักกฎหมายนำมาพิจารณาคือเจตนาของผู้กระทำและคนสุดท้ายของการกระทำนั้นเป็นเช่นไร หากผู้กระทำมีเจตนาฆ่าและผลสุดท้ายคือผู้ถูกกระทำนั้นได้ตายลง ผู้กระทำก็มีความผิดสำเร็จ ซึ่งกรณีในลักษณะนี้เทียบเคียงได้กับคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 657 / 2532⁷⁵ ที่ศาลฎีกาวินิจฉัยว่าการที่ผู้ตายได้ถึงแก่ความตายเพราะถูกจำเลยทำร้ายเพียงระยะเวลา 17 ชั่วโมง แม้ว่าผู้ตายจะมีอาการของโรคตับแข็งอยู่แล้วและแพทย์เห็นว่าผู้ตายได้ตายด้วยโรคตับ

⁷² เชื้อโรคไม่ใช่สาเหตุโดยตรงที่ทำให้ผู้ติดเชื้อนั้นตาย หากเชื้อโรคนั้นเมื่อเข้าไปสู่เม็ดเลือดขาวซึ่งเป็นภูมิคุ้มกันของมนุษย์จนทำให้ปริมาณ เม็ดเลือดขาวลดลง กล่าวคือ อัตราการสร้างเม็ดเลือดขาวน้อยกว่าอัตราการเกิดใหม่ของเม็ดเลือดขาวที่ถูกสร้างมาจาก Bon morrow ผลสุดท้ายคือ ปริมาณเม็ดเลือดขาวที่ไม่เพียงพอต่อการต้านทานเชื้อโรคต่าง ๆ เข้ามาคุกคามทางที่ร่างกายหรือเชื้อโรคเรานั้นคนปกติก็สามารถต้านทานได้เพราะมีเม็ดเลือดขาวในปริมาณที่เพียงพอ ผู้ติดเชื้อส่วนใหญ่จะตายเชื้อแทรกซ้อนหรือโรคติดเชื้อฉวยโอกาสไม่ใช่การตายด้วยเชื้อโรคไวรัสเอดส์

⁷³ โรคลิวคีเมีย คือ โรคที่เม็ดเลือดขาวกินกันเอง ผลก็คือผู้ป่วยรายนั้นจะมีปริมาณเม็ดเลือดขาวน้อยกว่าคนปกติ

⁷⁴ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ. (2532). หมายเหตุเกี่ยวกับทฤษฎีเจื่อนใจ. *รวมบทความทางวิชาการเนื่องในโอกาสครบรอบ 84 ปีศาสตราจารย์ จิตติ ดิงสกทิตย์*. กรุงเทพฯ: มปป. หน้า 23-24.

⁷⁵ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 657/2532 (เนติบัณฑิตยสภา). ตอนที่ 2 หน้า 505-512. ก่อนที่ผู้ตายจะถูกจำเลยทำร้ายผู้ตายซึ่งมีอาการปกติอยู่แล้วนั้น ไม่ได้ถึงแก่ความตายด้วยโรคตับแข็งซึ่งผู้ตายเป็นอยู่ในเวลานั้น การที่ผู้ตายถึงแก่ความตายหลังจากถูกจำเลยทำร้ายเพียงประมาณ 17 ชั่วโมง สภาพศพ ภายในสมองบวมน้ำกระดูกซี่โครงที่สองและซี่ข้างขวามีรอยแตกร้าว ส่วนสภาพภายนอกมีรอยฟกช้ำขนาดใหญ่ที่ใบหน้าด้านขวาตั้งแต่คิ้วถึงคางและขอบตาด้านซ้าย แม้แพทย์ผู้ชันสูตรพลิกศพจะเบิกความต่อศาลว่า ผู้ตายถึงแก่ความตายด้วยโรคตับแข็ง

แข็งก็ตามแต่การทำร้ายร่างกายของจำเลยทำให้ผู้ตายนั้น ไปเร็วขึ้นกว่าที่ควรด้วยโรคตับแข็ง แต่การทำร้ายร่างกายของจำเลยทำให้ผู้ตายนั้นไปเร็วขึ้นกว่าที่ควรด้วยโรคตับแข็งจะนั้นจะเห็นได้ว่าการแพร่เชื้อโรคเข้าไปสู่ร่างกายของผู้อื่นนั้นเป็นการกระทำที่ทำให้ผู้อื่นได้รับบาดเจ็บหรือเสียชีวิตได้ไวขึ้น

สำหรับข้อบกพร่องในการปรับใช้ทฤษฎีเงื่อนไขนั้นคือผู้กระทำความผิดจะต้องรับผิดชอบในการกระทำของตนไม่น้อยเพียงใด ซึ่งทฤษฎีเงื่อนไขหากมีการใช้อย่างเคร่งครัดก็จะทำให้เกิดความรับผิดชอบกว้างขวาง ผู้กระทำจะต้องรับผิดชอบในผลที่เสียหายที่เกิดจากการกระทำของตนอย่างไม่มีจำกัด เช่น ชาวเอาไม้ตีนายเขียวสลบทำให้นายเขียวเดินทางไปขึ้นเครื่องบินไม่ทันทำให้จะต้องจองเที่ยวบินถัดไปและเธอบินถัดไปนั้นเกิดอุบัติเหตุทำให้นายเขียวนั้นถึงแก่ความตาย ทำให้หากใช้ทฤษฎีเงื่อนไขอย่างเคร่งครัดก็จะส่งผลทำให้ในชาวต้องรับผิดชอบในความตายของนายเขียวด้วย ตามหลักแนวคิดของทฤษฎีเงื่อนไขที่ว่าถ้าไม่มีผลไม่เกิดผลเกิดจากการกระทำ อย่างไรก็ตามหากในกรณีนี้หากรู้อยู่แล้วว่าเครื่องบินถัดไปของนายเขียวจะเกิดอุบัติเหตุทำให้นายเขียวนั้นถึงแก่ความตายเช่นนี้ก็จะไม่เกิดปัญหาในการปรับใช้เพราะนายเขียวได้ตายตามเจตนาของนายขาวแต่หากว่านายขาวมีเพียงเจตนาทำร้ายนายเขียว กลับต้องรับผิดชอบในความตายจากการตีกฎหมายอย่างเคร่งครัดในทฤษฎีเงื่อนไขก็จะทำให้เกิดความไม่เป็นธรรมในการปรับใช้กฎหมายได้

อย่างไรก็ดีทฤษฎีเงื่อนไขยังมีข้อยกเว้นอยู่ก็ คือ

1) กรณีที่มีผู้กระทำหลายคนและแม้ไม่มีการกระทำของผู้กระทำคนหนึ่งผลก็ยังคงเกิดขึ้นได้จากการกระทำของผู้กระทำอีกบุคคลหนึ่ง ซึ่งหากพิจารณาตามทฤษฎีเงื่อนไขก็จะสามารถอธิบายได้ว่าผู้กระทำหากพิสูจน์ได้ว่าแม้ไม่มีการกระทำของตนผลของการกระทำนั้นก็ยังคงเกิดขึ้นตามกฎหมายจะถือได้ว่าผลที่เกิดขึ้นนั้นไม่ใช่ผลโดยตรงจากการกระทำ แต่ในอีกกรณีหนึ่งที่มีการกระทำของผู้กระทำแต่ละคนมีความเพียงพอในการที่จะก่อให้เกิดผลโดยไม่ต้องอาศัยการกระทำของผู้กระทำอีกคนหนึ่งผู้กระทำแต่ละคนต้องรับผิดชอบในผลที่เกิดขึ้นนั้น

2) ความผิดบางฐานความผิดตามลักษณะของความผิดนั้นเกิดจากการกระทำในหลายๆอย่างมารวมกัน แม้ว่าจะขาดการกระทำอันหนึ่งอันใดไปความผิดนั้นก็ยังคงเกิดขึ้นอยู่จึงถือได้ว่าการกระทำผิดทุกการกระทำเป็นการกระทำที่ก่อให้เกิดความผิดขึ้นมาได้⁷⁶

ไม่ได้เพราะบาดแผลที่ถูกจำเลยทำร้าย แต่ไม่ได้ยืนยันว่าการที่จำเลยทำร้ายผู้ตายไม่เป็นเหตุทำให้ผู้ตายถึงแก่ความตายเร็วขึ้น เช่นนั้นจึงถือได้ว่าการกระทำของจำเลยที่กระทำแก่ผู้ตายจนถึงแก่ความตายเร็วขึ้นกว่าที่ควร จำเลยต้องมีความผิดฐานฆ่าผู้อื่นโดยไม่เจตนา

⁷⁶ ชัยภัทร นิสามณีวงศ์. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 70. หน้า 2.

2.6 ความรับผิดชอบและการลงโทษทางอาญา

ความรับผิดชอบและการลงโทษทางอาญาก้าวถึงแนวความคิดการลงโทษและทฤษฎีการลงโทษต่าง ๆ ทั้งเพื่อให้ผู้ซึ่งกระทำผิดเกิดความเกรงกลัวต่อโทษของกฎหมายหรือเพื่อเป็นการตัดโอกาสไม่ให้เกิดการกระทำผิด หรือเพื่อเป็นการฟื้นฟูผู้กระทำความผิดให้เกิดการเรียนรู้ในสิ่งที่ได้กระทำผิดรวมถึงการกำหนดโทษความผิดด้วยอีกประการ โดยมีรายละเอียดดังนี้

2.6.1 แนวความคิดการลงโทษและทฤษฎีการลงโทษ⁷⁷

กฎหมายอาญาเป็นกฎหมายที่มุ่งเน้นในการรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคมซึ่งการกระทำอันหนึ่งอันใดที่เป็นความผิดอาญาได้นั้นจะต้องเป็นการกระทำที่มีลักษณะที่เป็นอันตรายต่อบุคคลอื่นหรือเกิดอันตรายแก่สังคม ซึ่งจะต้องมีการบัญญัติกฎหมายไว้อย่างชัดเจนว่าการกระทำเช่นไรเป็นความผิดตามกฎหมายอาญาหากผู้ใดได้กระทำความผิดตามที่บัญญัติไว้ว่าเป็นความผิดตามกฎหมายอาญาแล้ว จะต้องได้รับโทษตามที่บัญญัติไว้การลงโทษในทางอาญานั้นจะต้องรับโทษเช่นไรจะต้องมีการกำหนดไว้อย่างชัดเจนและโทษที่จะได้รับนั้นจะต้องมีความเหมาะสมกับสัดส่วนที่กระทำความผิด โดยการลงโทษนั้นจะต้องเป็นไปตามหลักพื้นฐานและเป็นสากลในการรับผิดชอบของบุคคลในทางอาญา ดังนั้นการบัญญัติหลักการของการลงโทษไว้ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 2 บัญญัติว่า

“บุคคลจะต้องรับโทษในทางอาญาต่อเมื่อได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้ในขณะการกระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้และโทษที่ลงแก่ผู้กระทำความผิดนั้นต้องเป็นโทษที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย

ถ้าตามบทบัญญัติของกฎหมายที่บัญญัติในภายหลังการกระทำเช่นนั้นไม่เป็นความผิดต่อไป ให้ผู้กระทำการนั้นพ้นจากการเป็นผู้กระทำความผิดและถ้าได้มีคำพิพากษาถึงที่สุดให้ลงโทษแล้วก็ให้ถือว่าผู้นั้นไม่เคยต้องคำพิพากษาว่าได้กระทำความผิดนั้น ถ้ารับโทษอยู่ก็ให้การลงโทษนั้นสิ้นสุดลง”

บทลงโทษในทางอาญามีด้วยกัน 5 ประการ คือ โทษประหารชีวิต โทษจำคุก โทษกักขัง โทษปรับ โทษริบทรัพย์ ซึ่งความผิดอันหนึ่งอันใดนั้นขึ้นอยู่กับความร้ายแรงของการกระทำ ความผิดของผู้กระทำตามแต่ละบทบัญญัติของมาตราในแต่ละบทกฎหมาย⁷⁸

⁷⁷ นันดา เพชรดี. (2561). *การกำหนดโทษ : ศึกษาโทษปรับกรณีทุจริตในการจัดซื้อจัดจ้างงานภาครัฐ*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 16.

⁷⁸ สิริโสม พรหมโสม. (2550). *การบังคับโทษปรับทางอาญา*. เอกสารจตุรนิติศาสตร์กฎหมายน่ารู้. หน้า 163.

2.6.2 ทฤษฎีการลงโทษเพื่อแก้แค้นทดแทน (Retribution)⁷⁹

มุมมองเกี่ยวกับการลงโทษในยุคแรก ๆ เป็นการมองการกระทำผิดว่าเป็นการแหกกฎหรือฝ่าฝืนกฎของสังคม (Rule-breaking) และมองไปถึงพฤติกรรมของอาชญากรรมโดยมุ่งเน้นเรื่องเจตจำนงอิสระ (Free Will) และความสามารถของบุคคลในการในการใช้เหตุผลที่จะตัดสินใจคำนึงผลสืบเนื่องอันเกิดจากจากพฤติกรรมของตนความสามารถตามธรรมชาติของมนุษย์ที่มีอยู่แล้วในการที่จะตัดสินใจนี้ขึ้นอยู่กับความคาดหวังระหว่างต้นทุนและผลตอบแทน (Cost and Benefit) ที่จะได้รับจากการกระทำนั้นการทำความเข้าใจเกี่ยวกับความสามารถตามธรรมชาติของมนุษย์นี้จะนำไปสู่การพัฒนาแนวคิดในการลงโทษผู้กระทำผิด

1) ความคิดพื้นฐานของทฤษฎีการลงโทษเพื่อแก้แค้นทดแทน

ทฤษฎีการลงโทษเพื่อแก้แค้นทดแทน (Retributive Theory) การลงโทษเพื่อเป็นการแก้แค้นทดแทนเป็นวัตถุประสงค์ในการลงโทษที่มีประวัติความเป็นมาเก่าแก่แพร่หลายที่สุดโดยมีมาตั้งแต่สมัยที่มนุษย์ยังเป็นสังคมป่าเถื่อนมีรูปแบบการลงโทษที่รุนแรงในลักษณะทารุณโหดร้ายและนิยมการลงโทษประหารชีวิตหรือกระทำการทรมานกระทำผิดอย่างรุนแรง⁸⁰ เป็นต้นว่ากำหนดโทษประหารชีวิตผู้ซึ่งลักขโมยสิ่งของหรือทรัพย์สินจากที่อยู่อาศัยของผู้อื่น ตามวิวัฒนาการ การตัดอวัยวะ การเย็บนติ การทรมาน ทฤษฎีการลงโทษเพื่อแก้แค้นทดแทนมีพื้นฐานความคิดมาจากลัทธิเจตจำนงเสรีที่เรียกว่า “Free Will”⁸¹ ลัทธินี้มีความเชื่อเป็นพื้นฐานว่ามนุษย์มีเหตุผลมีอิสระเสรีภาพที่จะคิดมีเสรีภาพที่จะกระทำการใด ๆ ภายใต้อำนาจความคิดความเชื่อและการตัดสินใจของตนเองรวมทั้งความสามารถของบุคคลในการในการใช้เหตุผล การกระทำสิ่งใดมนุษย์ย่อมมีเหตุผลเป็นของตนเอง ดังนั้นมนุษย์จึงต้องรับผิดชอบต่อการกระทำของตนเองที่ได้กระทำลงไปหากเป็นการกระทำที่ดีเขาย่อมได้รับผลตอบแทนที่ดีแต่หากเป็นการกระทำที่ไม่ดีหรือเป็นกระทำการที่ฝ่าฝืนต่อกฎเกณฑ์ของสังคมเขาย่อมสมควรได้รับการตำหนิหรือได้รับการลงโทษจากสังคมอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ การที่สังคมลงโทษเขาเพราะเหตุผลที่มาจากกระทำความผิดของเขาเองหาใช่สิ่งอื่นใดไม่ เมื่อเขากระทำเขาย่อมสมควรถูกลงโทษ การลงโทษจึงเป็นการทดแทนการกระทำผิดของเขานั่นเองจนเป็นที่มาของคำกล่าวที่ว่า “ตาต่อตา ฟันต่อฟัน (An eye for an eye, a tooth for

⁷⁹ นันดา เพชรดี. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 77. หน้า16.

⁸⁰ พเยาว์ ศรีแสงทอง. (2555). *การลงโทษและการแก้ไขผู้กระทำความผิด* (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ : คณะสังคมสงเคราะห์ศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า52.

⁸¹ กานดา ปานคำ. (2557). *การบังคับโทษปรับ : ศึกษากรณีบังคับให้ทำงานแทนค่าปรับ*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขานิติศาสตร์, คณะนิติศาสตร์ปริทัศน์ มนยงค์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต. หน้า12.

tooth)”⁸² ทฤษฎีการลงโทษเพื่อแก้แค้นทดแทนได้รับอิทธิพลมาจากความเชื่อของสำนักอาชญาวิทยาสำนักคลาสสิก (Classical School) ซึ่งเห็นว่าผู้ซึ่งกระทำความผิดเป็นผู้ละเมิดศีลธรรมฝ่าฝืนกฎเกณฑ์ของสังคมจึงสมควรถูกลงโทษให้เพื่อตอบแทนความผิดที่เขากระทำลงไป

2) วัตถุประสงค์ของการลงโทษเพื่อแก้แค้นทดแทน

การลงโทษเป็นการทดแทนการกระทำผิดของเขาในเรื่องวัตถุประสงค์ของการลงโทษนักปราชญ์ได้อธิบายไว้ดังต่อไปนี้

แบรดเลย์ (Bradley)⁸³ นักปรัชญากล่าวไว้ว่า

“...ในความคิดของคนทั่วไปจะมีความรู้สึกว่าการกระทำความผิดและการลงโทษเป็นของคู่กัน การลงโทษก็คือการลงโทษด้วยเหตุที่ว่าเขาสมควรที่จะได้รับอันเนื่องจากการกระทำของเขา ถ้าหากว่าการลงโทษมีประโยชน์หรือผลอะไรก็ตามมาก็ตามเหล่านั้นเป็นเพียงเปลือกนอกแต่เนื้อแท้แล้วคือการที่เขาสมควรจะได้รับโทษเนื่องจากการกระทำความผิดของเขา...”

การลงโทษตามทฤษฎีการลงโทษเพื่อแก้แค้นทดแทนมองย้อนไปในอดีตถึงการกระทำของบุคคลไม่ได้มองผลที่จะเกิดขึ้นในอนาคตว่า เมื่อเขาได้รับการลงโทษแล้วผลจะเป็นอย่างไร เขาจะกลับตัวเป็นคนดีได้หรือไม่

วัตถุประสงค์ของการลงโทษตามทฤษฎีการลงโทษเพื่อแก้แค้นทดแทน มีดังนี้

1) เพื่อเป็นการลงโทษการกระทำของผู้กระทำความผิดเพราะเขาสมควรที่จะได้รับโทษเนื่องจากการกระทำผิดของเขา

2) เพื่อแสดงความรับผิดชอบต่อการกระทำของเขาที่ได้กระทำลงไป

3) เพื่อธำรงความยุติธรรมในสังคม

4) รักษากฎหมาย

สรุปได้ว่า วัตถุประสงค์ของการลงโทษตามทฤษฎีการลงโทษเพื่อแก้แค้นทดแทนคือ เพื่อเป็นการทดแทนการกระทำผิดซึ่งผู้กระทำความผิดได้กระทำลงไปเพราะผู้กระทำความผิดสมควรจะได้รับ การลงโทษอันเนื่องมาจากการกระทำความผิดของเขานั่นเอง

3) เหตุผลของการลงโทษตามทฤษฎี

⁸² นัทธี จิตสว่าง. (2541). *หลักทัณฑ์วิทยา: หลักการวิเคราะห์ระบบงานราชทัณฑ์*. กรุงเทพฯ: สถาบันพัฒนาข้าราชการราชทัณฑ์. หน้า 24.

⁸³ สหธน รัตนไพจิตร. (2527). *ความประสงค์ของการลงโทษอาญา : ศึกษาเฉพาะประเทศไทยสมัยใช้กฎหมายลักษณะอาญาและประมวลกฎหมายอาญา*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 33-34.

การลงโทษเพื่อแก้แค้นทดแทนเหตุผลของการลงโทษตามทฤษฎีการลงโทษเพื่อแก้แค้นทดแทนแบ่งออกเป็น 2 ประการ⁸⁴

3.1) เหตุผลเพื่อความยุติธรรม

แนวคิดนี้เห็นว่าการกระทำความผิดเป็นการฝ่าฝืนต่อหลักความยุติธรรมเมื่อฝ่าฝืน ผู้กระทำความผิดจึงต้องถูกลงโทษเพื่อที่จะธำรงรักษาความยุติธรรมไว้บุคคลผู้ซึ่งเป็นต้นคิดตามแนวคิดดังกล่าวนี้ คือ เอมมานูเอล ค้านท์ (Kant) เองเกล (Hegel) และฮอว์กินส์ (Hawkins) เป็นการลงโทษตามทฤษฎีการลงโทษเพื่อแก้แค้นทดแทน

ค้านท์ (Kant) เห็นว่า “...เหตุที่จะต้องลงโทษผู้กระทำความผิดก็เพื่อรักษาความยุติธรรมเอาไว้ความยุติธรรมที่ถูกละเมิดจะต้องได้รับการทดแทน ถ้าหากว่าความยุติธรรมและสิทธิของมนุษย์ถูกทำลายลงชีวิตของมนุษย์จะไม่มีคุณค่าอะไรเหลืออยู่เลยเราจะต้องลงโทษผู้กระทำความผิดเพราะการลงโทษเป็นสิ่งที่เขาสมควรจะได้รับถ้าละเว้นไม่ลงโทษผู้กระทำความผิดก็เท่ากับเราร่วมมือฝ่าฝืนกฎเกณฑ์ของความยุติธรรมด้วย..”

เฮงเกล (Hegel) เห็นว่า “เหตุของการลงโทษเพื่อให้สาสมก็เพื่อนำความถูกต้องกลับคืนมา การกระทำความผิดเป็นการปฏิเสธสิ่งที่ถูกต้อง การลงโทษจึงเป็นปฏิกิริยาของสังคมที่ไม่เห็นด้วยกับการปฏิเสธสิ่งที่ถูกต้องหนึ่ง ดังนั้นการลงโทษจึงเป็นสิ่งที่ผู้กระทำความผิดสมควรที่จะได้รับเนื่องจากการกระทำความผิด”

ฮอว์กินส์ (Hawkins) เห็นว่า “...เหตุที่ต้องลงโทษเพื่อให้สาสมก็เพราะมนุษย์ต้องมีความรับผิดชอบทางศีลธรรมต่อการกระทำของเขา การลงโทษคนต่างจากการฝึกหัดสัตว์ตรงที่ว่าเราตีสัตว์ที่ทำไม่ถูกต้องนั้นเราไม่ได้คิดว่าสัตว์จะต้องรับผิดชอบต่อการกระทำของมัน แต่เราตีมันเพื่อให้มันหวาดกลัวเพื่อมันจะได้ไม่ได้กระทำเช่นนั้นอีก เราลงโทษคนไม่ใช่เพราะเราหวังผลของการลงโทษเขาหากแต่เป็นเพราะเขาต้องรับผิดชอบต่อการกระทำของเขาทั้งนี้เพราะสัตว์ไม่มีความรับผิดชอบทางศีลธรรมแต่คนเรามีความรับผิดชอบเช่นนั้นอยู่...”

3.2) เหตุผลเพื่อการทดแทนความผิดตามกฎหมาย แนวคิดนี้เห็นว่า เมื่อมีการกระทำความผิดกฎหมายเกิดขึ้น เราก็จะลงโทษผู้กระทำความผิดด้วยเหตุเพราะเขาสมควรจะได้รับการลงโทษเนื่องจากการกระทำความผิดกฎหมายไม่ใช่เพื่อความยุติธรรมทั้งนี้เพราะอาชญากรรมและการลงโทษเป็นของคู่กัน

ความแตกต่างระหว่างการลงโทษเพื่อแก้แค้นทดแทนกับการลงโทษเพื่อให้สาสม คือ การลงโทษให้สาสมตั้งอยู่บนกฎของศีลธรรมและความยุติธรรมจึงมีการพิจารณาว่าการลงโทษนั้น

⁸⁴ ฌูว์ว์แต็ง สุกุทโยธิน. (2557). *ทฤษฎีการลงโทษ. ประมวลสาระชุดวิชากฎหมายอาญาและอาชญาวิทยาชั้นสูง เล่มที่ 1*. นนทบุรี : สาขานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช. หน้า 13.

ยุติธรรมหรือไม่ ได้สัดส่วนกับความผิดเพียงใด การลงโทษเพื่อแก้แค้นทดแทนนั้นเป็นการตอบสนองสัญชาตญาณที่รู้สึกโกรธเคืองเมื่อมีการกระทำตั้งอยู่บนอารมณ์ของผู้ลงโทษเป็นหลัก ถ้ามีอารมณ์ต้องการแก้แค้นมากก็ลงโทษมาก ถ้ามีอารมณ์โกรธน้อยก็ลงโทษน้อยยกเว้นโดยสรุป ทฤษฎีการลงโทษเพื่อแก้แค้นทดแทนเป็นทฤษฎีที่เชื่อว่ามนุษย์มีอิสระที่จะคิดและมีอิสระที่จะกระทำตามลัทธิความเชื่อเรื่อง เจตจำนงอิสระ (Free Will) ดังนั้น เมื่อมนุษย์ตัดสินใจที่จะทำอะไรลงไปย่อมต้องรับผิดชอบต่อการกระทำของตนเมื่อกระทำผิดจึงต้องได้รับโทษตอบแทนจากการกระทำผิดนั้นอย่างสาสมกับความผิดที่ทำลงไป

หลักการลงโทษตามทฤษฎีการลงโทษเพื่อแก้แค้นทดแทน

หลักการลงโทษตามทฤษฎีการลงโทษเพื่อแก้แค้นทดแทนดังที่ได้กล่าวไปแล้วว่าการลงโทษตามทฤษฎีการลงโทษเพื่อแก้แค้นทดแทนมีความมุ่งหมายสำคัญคือ เพื่อการทดแทนการกระทำผิด ดังนั้นในการลงโทษผู้กระทำผิดจึงต้องสอดคล้องกับหลักเกณฑ์สำคัญ⁸⁵ ดังนี้

1) ผู้ซึ่งกระทำผิดเท่านั้นที่จะถูกลงโทษการที่จะลงโทษบุคคลใดจะต้องมีการกระทำผิดและมีความผิดเกิดขึ้นก่อนจึงจะทำได้ผู้กระทำผิดมาลงโทษ ดังนั้นการลงโทษจึงจะลงโทษได้เฉพาะตัวผู้กระทำผิดเท่านั้น ตรีบาใดที่บุคคลยังมิได้กระทำผิดเราจะลงโทษเขาไม่ได้ สรุปได้ว่าเงื่อนไขของการลงโทษที่สำคัญคือจะต้องมีการกระทำผิดเกิดขึ้นเสียก่อนจึงจะลงโทษบุคคลผู้กระทำผิดได้

2) ผู้กระทำผิดทุกคนต้องถูกลงโทษโดยไม่ข้อยกเว้นการลงโทษตามทฤษฎีนี้มุ่งรักษาไว้ซึ่งความยุติธรรมผู้กระทำผิดเป็นผู้ละเมิดกฎเกณฑ์แห่งความยุติธรรมไม่ว่าบุคคลนั้นจะเป็นใครก็ตามหากเป็นผู้ละเมิดกฎเกณฑ์แห่งความยุติธรรมก็จะต้องถูกลงโทษทุก ๆ คน แม้ว่าการลงโทษบุคคลนั้นจะไม่เกิดประโยชน์อะไรต่อสังคมก็ตาม

3) จำนวนโทษต้องพอเหมาะกับความผิดการลงโทษตามทฤษฎีการลงโทษเพื่อความสาสมมุ่งหมายที่จะลงโทษให้สาสมกับความผิดที่ได้กระทำลงไป ดังนั้นการลงโทษจึงต้อง “สาสม” กับความผิดโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำผิดจะต้องมีความสาสมคือมีความหนักเบาเท่า ๆ กับความผิดนั้น

สรุปได้ว่า จากการศึกษาทฤษฎีการลงโทษเพื่อแก้แค้นทดแทนอาจกล่าวโดยสรุปได้ว่าแนวคิดดังกล่าวเชื่อว่าบุคคลทุกคนมีเสรีภาพในการที่จะเลือกกระทำหรือไม่กระทำการใดและเมื่อกระทำตามที่ตัดสินใจเลือกไปแล้วจำเป็นต้องรับผลของการกระทำนั้นของตน โดยการลงโทษเพื่อแก้แค้นทดแทนจะต้องลงโทษต่อผู้กระทำผิดเท่านั้น การลงโทษต้องลงโทษผู้กระทำผิดทุกคนด้วยความหนักเบาเท่าเทียมกันเสมอภาคกันและมีความยุติธรรม และผู้กระทำผิดต้องได้รับ

⁸⁵ สหชน รัตนไพจิตร. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 83. หน้า 9.

ผลร้ายเช่นเดียวกับผู้เสียหายที่ผู้กระทำผิดได้กระทำ เพื่อให้ผู้เสียหายรู้สึกว่าคุณได้รับการเยียวยาจากผลของการกระทำผิด การลงโทษผู้กระทำผิดที่มีเจตนาปกปิดการมีเชื้อโรคติดต่อทางเพศสัมพันธ์โดยการปิดบังเกี่ยวกับการป่วยของตนให้กับผู้อื่นมิใช่เพื่อการรักษาความยุติธรรม ดังนั้นการลงโทษจึงต้องลงโทษแก่ผู้กระทำผิดเท่านั้นรวมทั้งต้องลงโทษผู้กระทำผิดทุกคนและจำนวนโทษที่จะลงจะต้องมีขนาดเหมาะสมกับความผิดที่ผู้ต้องหาจะต้องได้รับ

2.6.3 ทฤษฎีการลงโทษเพื่อข่มขู่ยับยั้ง (Deterrence)⁸⁶

ที่มาของทฤษฎีการลงโทษเพื่อข่มขู่ยับยั้งซีซาร์ เบ็คคาเรีย (Caesar Beccaria) นักอาชญาวิทยาชาวอิตาลีคนสำคัญที่ได้รับการยอมรับว่าเป็นต้นกำเนิดของสำนักอาชญาวิทยาคลาสสิกได้เขียนหนังสือชื่อ “อาชญากรรมและการลงโทษ (Crime and Punishment)” ความยาว 99 หน้า พูดถึงเรื่องความทารุณแห่งโทษ ค.ศ. 1764 สำนักอาชญาวิทยาคลาสสิก พัฒนาขึ้นมาจากปรัชญาพื้นฐาน 3 ปรัชญา ได้แก่ ปรัชญาสัญญาประชาคม (Social contract Philosophy), ปรัชญาลัทธิอรรถประโยชน์นิยม (Utilitarian Philosophy) และปรัชญาฮีโดนิซึม (Hedonitic Philosophy)⁸⁷ เบ็คคาเรียให้ทัศนะว่ามนุษย์มีเจตจำนงอิสระ (Free Will) มีความเป็นอิสระมีสิทธิที่จะเลือกกระทำการหรือไม่กระทำการใด ๆ นอกจากนี้มนุษย์ยังเป็นสัตว์โลกที่ “มีพร้อมด้วยเหตุผล” (being rational) ดังนั้น เมื่อมนุษย์ตัดสินใจทำอะไรลงไป ถือว่ามนุษย์สามารถชั่งน้ำหนักระหว่างการกระทำและผลที่ได้รับเมื่อมนุษย์ใช้เหตุผลดีแล้วและตัดสินใจทำลงไปมนุษย์จึงย่อมต้องรับผิดชอบต่อการกระทำนั้น เบ็คคาเรียเห็นว่าการกระทำผิดจะต้องได้รับการลงโทษให้สมกับลักษณะความผิดที่ได้กระทำลงไปทฤษฎีการลงโทษเพื่อข่มขู่ยับยั้งตั้งอยู่บนความเชื่อพื้นฐานว่าการกระทำผิดที่เกิดขึ้นในสังคมเมื่อเกิดขึ้นแล้วไม่สามารถที่จะย้อนเวลากลับไปไม่ให้เกิดการกระทำนั้นเกิดขึ้นอีกได้ ดังนั้นเมื่อเกิดการกระทำผิดเกิดขึ้นจึงควรหาทางป้องกันมิให้เกิดการกระทำผิดลักษณะนั้นเกิดขึ้นมาอีกมากกว่าที่จะแก้แค้นทดแทนผู้กระทำผิด แนวคิดนี้จึงมองว่าสังคมควรจะใช้วิธีการลงโทษเพื่อเป็นการป้องกันมิให้เกิดการกระทำผิดลักษณะนั้นเกิดขึ้นอีก โดยการใช้อำนาจลงโทษเป็นการขู่ให้บุคคลอื่นในสังคมกลัวเกรงโทษที่จะได้รับและไม่กล้ากระทำความผิดซึ่งจะถือว่าเป็นการปลูกฝังศีลธรรมในสังคมด้วย

ทฤษฎีการลงโทษเพื่อป้องกันมีความเชื่อตามแนวคิดของสำนักอาชญาวิทยาแนวปฏิฐานนิยม (Positivist) ซีซาร์ ลอมโบโรโซ (Caesar Lombroso) นายแพทย์ผู้ใช้วิธีการทางวิทยาศาสตร์ซึ่งเป็นแนวคิดแบบปฏิฐานนิยมมาใช้ในการศึกษาผู้กระทำผิดเพื่อที่จะหาทางป้องกันสังคม โดยเขามีความเชื่อว่าหากผู้กระทำผิดมีลักษณะอย่างไรก็สามารถที่จะหาทางป้องกันได้โดยใช้วิธีการต่าง ๆ ที่เหมาะสมเพื่อป้องกันมิให้บุคคลนั้นไม่เป็นอันตรายต่อสังคม การลงโทษตามทฤษฎีการลงโทษเพื่อ

⁸⁶ ปกป้อง ศรีสนิท. (2559). *กฎหมายอาญาชั้นสูง*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 56.

⁸⁷ ณัฐวัฒน์ สุทธิโยธิน. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 84. หน้า 24-25.

ข่มขู่ยับยั้ง มิได้คำนึงถึงประโยชน์แต่เฉพาะการลงโทษเพื่อยับยั้งตัวผู้กระทำผิดเท่านั้น แต่ยังคำนึงถึงประโยชน์ของประชาชนและสังคมโดยรวมอีกด้วยการลงโทษตามทฤษฎีนี้ตั้งอยู่บนพื้นฐานของ “ทฤษฎีอรรถประโยชน์ (Utilitarian Theory)” ตามแนวคิดของ จอห์น สจ๊วต มิลล์ (J.S. Mill) และ “ทฤษฎีเจตจำนงเสรี (Free Will)” ทฤษฎีอรรถประโยชน์มีแนวคิดว่าการที่จะตัดสินว่าการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งนั้นเป็นการกระทำที่ถูกต้องชอบธรรมหรือไม่ จะต้องดูจากผลกระทบที่เกิดขึ้นต่อสังคมโดยรวมเป็นสำคัญหากการกระทำนั้นก่อให้เกิดผลประโยชน์ต่อสังคมโดยรวมก็จะถือว่าการกระทำนั้นเป็นสิ่งที่ถูกต้องชอบธรรมโดยมีหลักพิจารณาว่า “การกระทำนั้นก่อให้เกิดความสุขมากที่สุดต่อคนจำนวนมากที่สุด” หรือไม่ถ้าไม่ใช่ก็จะถือว่าการกระทำนั้นถูกต้องชอบธรรมโดยทั่วไปแล้วตามทฤษฎีการลงโทษเพื่อป้องกันเห็นว่าการลงโทษเป็นสิ่งที่เลวร้าย แต่เป็นความจำเป็นที่จะต้องป้องกันสังคมจึงต้องมีการลงโทษ ดังนั้นหากจะมีการลงโทษก็ต้องเป็นไปเพื่อเหตุผลในการป้องกันสังคมเป็นหลักมิใช่เพื่อแก้แค้นผู้กระทำผิด

หลักการลงโทษตามทฤษฎีการลงโทษเพื่อข่มขู่ยับยั้ง⁸⁸

ซีซาร์ เบ็คคาเรีย เสนอความคิดเกี่ยวกับการลงโทษเพื่อการยับยั้ง ไว้ในหนังสือชื่อ “On Crimes and Punishments”⁸⁹ ดังนี้

ประการแรก การลงโทษมีความจำเป็นเนื่องจากมนุษย์ยังมีความเห็นแก่ตัวคนเราพร้อมที่จะฝ่าฝืนสัญญาประชาคม ถ้าหากสิ่งนั้นก่อให้เกิดประโยชน์ส่วนตัวสำหรับ เบ็คคาเรีย เห็นว่ามนุษย์ทุกคนสามารถมีพฤติกรรมอาชญากรได้เสมอ

ประการที่สอง เมื่อเป็นดังนั้นการลงโทษจึงไม่ควรปฏิเสธต่อความเห็นแก่ตัวของมนุษย์ หากแต่ควรส่งเสริม “แรงจูงใจ” ไม่ให้ประโยชน์มองมนุษย์ถูกทำลายโดยกฎหมาย

ประการที่สาม การลงโทษควรจะมีไว้เพื่อเป็นการป้องกัน โดยการใช้ความคิดเรื่องการข่มขู่ยับยั้ง (Deterrence) ซึ่งการข่มขู่ยับยั้งแบ่งออกเป็น 2 ลักษณะ

ลักษณะแรก การข่มขู่ยับยั้งโดยเฉพาะ (Specific Deterrence) เป็นการลงโทษผู้กระทำผิดรายบุคคลที่เป็นการยับยั้งมิให้เขากระทำผิดซ้ำ ซึ่งเมื่อผู้กระทำได้รับโทษไปแล้วจะเกิดความกลัวจนจำเกรงกลัวต่อโทษที่ตนจะได้รับ ไม่กล้ากระทำผิดซ้ำอีก

ลักษณะที่สอง การข่มขู่ยับยั้งโดยทั่วไป (General Deterrence) เป็นการลงโทษผู้กระทำผิดเพื่อเป็นตัวอย่างให้สังคมทั่วไปเห็นว่าการกระทำผิดต้องรับโทษอย่างไร การลงโทษเพื่อข่มขู่ยับยั้งเป็นการลงโทษโดยมีความมุ่งหมายที่จะให้บุคคลอื่นในสังคมได้เห็นผลร้ายของการ

⁸⁸ ปกป้อง ศรีสนิท. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 86. หน้า 57.

⁸⁹ Cesare Beccaria. (1985). *On Crimes and Punishments with notes and introduction by David Young*. Indianapolis: Kackett. The selection here has been abridged from the original. p.22.

กระทำผิดว่า เมื่อกระทำผิดแล้วจะต้องรับโทษอย่างไร อันเป็นการให้ข้อคิดเตือนสติบุคคลอื่น ๆ เห็นเป็นการลงโทษผู้กระทำผิดเพื่อเป็นตัวอย่างให้สังคมทั่วไปเห็นเพื่อที่จะได้เกรงกลัวโทษจากการกระทำผิดและไม่คิดที่จะกระทำผิดขึ้นอีก⁹⁰

ประการที่สี่ เงื่อนไขของการข่มขู่ยังยั้ง (Deterrence) การข่มขู่ยังยั้งขึ้นอยู่กับเงื่อนไข 2 ลักษณะ คือ

ลักษณะแรก การลงโทษจะต้องได้สัดส่วนกับอาชญากรรม หมายถึง โทษที่จะลงแก่ผู้กระทำผิดจะต้องมีความเหมาะสมกับความหนักเบาของการกระทำผิด

ลักษณะที่สอง สาธารณชนจะต้องได้รับรู้เข้าใจอย่างแน่ชัดเกี่ยวกับการลงโทษนั้น หมายถึง การลงโทษต้องทำในที่เปิดเผย ไม่ปิดบัง ควรจะต้องให้สาธารณชนรับรู้เพื่อเกรงกลัวต่อโทษ

เหตุผลสนับสนุนในการลงโทษเพื่อข่มขู่ยังยั้ง

ความเชื่อที่ว่า การลงโทษด้วยการข่มขู่ยังยั้งจะสามารถป้องกันสังคมได้มีเหตุผลสนับสนุน⁹¹ ดังนี้

ประการแรก ความกลัวโทษหากผลร้ายที่ได้รับจากการลงโทษมีความรุนแรงมากพอแล้วบุคคลจะไม่กล้ากระทำผิด เนื่องจากเกรงกลัวโทษที่จะได้รับเนื่องจากมนุษย์ทุกคนไม่ชอบความยากลำบากไม่ชอบความทุกข์ทรมานจึงไม่ต้องการได้รับการลงโทษจึงไม่กล้ากระทำผิด ฟอนฟอยเอออบาค (Von Feuerbach) นักกฎหมายชาวเยอรมันให้ทัศนะว่า “กฎหมายอาญาต้องมีผลบังคับทางจิตใจเป็นการป้องกันไม่ให้คนทั่วไปกระทำผิดกฎหมายจึงต้องกำหนดอัตราโทษสูงเพื่อให้แน่ใจว่าในใจของผู้ซึ่งจะกระทำผิดต้องกังวลต่อความเสี่ยงต่อการถูกลงโทษ ซึ่งหนักกว่าความคิดที่จะได้ประโยชน์จากการกระทำผิด”⁹²

ประการที่สอง พลังกดดันของสังคมการกระทำผิดและการถูกลงโทษทำให้บุคคลจำนวนมากในสังคมเห็นและเกิดการตำหนิติเตียนรวมไปถึงการต่อต้านด้วยวิธีการต่าง ๆ เช่น การไม่คบค้าสมาคม การกีดกันออกจากสังคม ตามธรรมชาติแล้วมนุษย์เป็นสัตว์สังคมที่ต้องการอยู่เป็นกลุ่มเป็นสังคมและต้องการได้รับการยอมรับจากบุคคลอื่นในสังคม หากเขาเล็งเห็นว่าถ้าเขากระทำ ความผิดและได้รับการลงโทษเขาจะถูกต่อต้านจากสังคมส่วนใหญ่ที่มีลักษณะเป็นมติมหาชนแล้วก็เป็น การยากที่เขาจะดำรงตนอยู่ในสังคมนั้น ได้ด้วยเหตุนี้เขาจึงไม่กล้ากระทำผิด

⁹⁰ ฌูว์แว็ลล์ สุธธิโยธิน. อ้างแล้วเชิงบรรณที่ 84. หน้า 24-25.

⁹¹ ฌูว์แว็ลล์ สุธธิโยธิน. อ้างแล้วเชิงบรรณที่ 84. หน้า 20.

⁹² สหทรน รัตนไพจิตร. อ้างแล้วเชิงบรรณที่ 83. หน้า 46.

ประการที่สาม การสร้างนิสัยเมื่อสังคมได้วางกฎเกณฑ์ไว้ว่าการกระทำใดเป็นสิ่งที่ดี สังคมเห็นว่าเป็นความผิดและผู้กระทำจะต้องได้รับการลงโทษเมื่อใช้หลักเกณฑ์นี้ไปนาน ๆ บุคคลใดสังคมก็จะเกิดความเคยชินและซึมซับเข้าไปจนกลายเป็นนิสัย การลงโทษที่ได้ผลในทางป้องกัน จึงต้องให้ผลในการสร้างนิสัยแก่คนผู้กระทำผิดและคนทั่วไปด้วย อาชญาฟเฟินบวร์ก (Aschaffenburg) กล่าวว่า⁹³ “...ผลของการข่มขู่จากการลงโทษ ควรมีสองทางคือควรจะทำให้ประชาชนทั่วไปรู้สึกเป็นการป้องกันและเป็นการเตือนแต่ละบุคคลไม่ให้กระทำผิดขึ้นอีก แต่ประโยชน์ยิ่งใหญ่ของการข่มขู่ว่าจะลงโทษนั้นอยู่ที่การอบรมเกี่ยวกับความรู้สึคนึกคิดในเรื่องชีวิต โดยทั่วไปของประชาชนการกำหนดว่าการกระทำเช่นนั้นเช่นนี้เป็นความผิด ซึ่งถ้าผู้ใดกระทำขึ้นรัฐจะลงโทษจะทำให้เกิดความรู้สึกแก่คนทั่วไปว่าการกระทำเช่นนั้นไม่เหมาะสมไม่เป็นที่ยอมรับนับถือเป็นที่เสียหายและขัดกับหน้าที่ของประชาชน ดังนั้นการป้องกันทั่วไปจึงดำเนินไปอย่างเงียบ ๆ ซ้ำ ๆ และลึกซึ้งทำให้ความรู้สึกว่าอะไรชอบอะไรควรชัดเจนขึ้น...”

หลักการของทฤษฎีการลงโทษเพื่อข่มขู่ยับยั้ง

ซีซาร์ เบ็คคาเรีย เห็นว่าการลงโทษเป็นสิ่งจำเป็นการลงโทษสามารถช่วยป้องกันสังคมได้โดยการลงโทษเพื่อการข่มขู่ยับยั้งผู้กระทำผิด เบ็คคาเรีย ได้รับการยกย่องว่าเป็นบิดาแห่ง “ทฤษฎี การลงโทษเพื่อข่มขู่ยับยั้ง (Deterrence Theory)” เบ็คคาเรียได้วางแนวคิดเกี่ยวกับการลงโทษเพื่อข่มขู่ยับยั้งไว้เป็นแนวคิดและหลักการพื้นฐานในการลงโทษ Beccaria’s Concept of Deterrence) เบ็คคาเรียอธิบายถึง ทฤษฎีการลงโทษเพื่อข่มขู่ยับยั้ง ว่าการลงโทษที่สามารถข่มขู่ยับยั้งผู้กระทำผิดได้ควรจะต้องมีลักษณะสำคัญ 3 ประการ (Three Key Elements of Punishment)⁹⁴ ดังนี้คือ

ประการแรก การลงโทษต้องทำด้วยความรวดเร็ว (Swiftess of Punishment) เบ็คคาเรีย ให้เหตุผลสองประการว่าทำไมจึงต้องลงโทษด้วยความรวดเร็ว เหตุผลแรกผู้กระทำผิดบางรายกระบวนกรยุติธรรมใช้เวลาหลายปีกว่าที่จะนำตัวมาพิพากษาลงโทษ บ่อยครั้งที่พบว่าเวลาที่ใช้ในการติดตามตัวยาวนานกว่าเวลาตามโทษที่จะกำหนดให้ลงโทษสำหรับความผิดนั้นเสียอีก แม้ว่า จะกำหนดโทษสูงสุดแล้วก็ตาม เบ็คคาเรียจึงกล่าวไว้ว่า “...การลงโทษด้วยความรวดเร็วว่องไวและความใกล้ชิดกับการประกอบอาชญากรรมจะเกิดประโยชน์มากกว่า..” เหตุผลประการที่สอง เบ็คคาเรีย เน้นว่าความรวดเร็วในการพิพากษาวางโทษผู้กระทำผิดมีความสัมพันธ์กับขนาดของการ

⁹³ อุทิศ แสนโกสติก. (2525). *กฎหมายอาญาภาค 1*. กรุงเทพฯ: ศูนย์บริการเอกสารและวิชาการ กองวิชาการ กรมอัยการ. หน้า24.

⁹⁴ Tibbetts, Stephen G. and Hemmens. (2010). “Criminological Theory”. *A Text/Reader*. Los Angeles: Sage Publishing. p. 58-60.

ลงโทษเพื่อข่มขู่ยับยั้งการพิพากษาวางโทษและการลงโทษด้วยความรวดเร็วมีความสำคัญอย่างยิ่ง

ประการที่สอง ความแน่นอนในการลงโทษ (Certainty of Punishment) ประเด็นเรื่องความแน่นอนในการลงโทษ เบ็คคาเรีย เห็นว่าเป็นคุณภาพที่สำคัญที่สุดของการลงโทษ เบ็คคาเรีย กล่าวว่

“...แม้กระทั่งความชั่วร้ายที่น้อยที่สุด ..แต่เมื่อผู้กระทำผิดได้รับโทษที่แน่นอนย่อมจะมีผลในการสร้างความเกรงขามในจิตใจคนได้ดียิ่ง..” และเขายังกล่าวอีกว่า

“...ความแน่นอนในการลงโทษหากมันสามารถช่วยบรรเทาได้การลงโทษนั้นมันจะถูกบันทึกในความทรงจำได้ยิ่งกว่าความกลัวในวิธีอื่นซึ่งยุ่งยากกว่าแต่ไว้ด้วยความหวังว่าจะได้รับการยกเว้นโทษ...”

ประการที่สาม ความเคร่งครัดหรือความรุนแรงในการลงโทษ (Severity of Punishment) เบ็คคาเรีย เน้นว่าการลงโทษที่มีประสิทธิผลโทษที่เป็นไปได้จะต้องมากเกินไปกว่าประโยชน์ที่ผู้กระทำผิดจะได้รับจากการประกอบอาชญากรรม

การลงโทษเพื่อข่มขู่ยับยั้งมิให้เกิดการกระทำผิดอีกได้อย่างมีประสิทธิภาพนั้นจะต้องปฏิบัติตามหลักสำคัญ 3 ประการ⁹⁵

ประการแรก การลงโทษต้องได้สัดส่วนกับการกระทำผิด (Proportionality)

- 1) การต้องมีความ “เท่าเทียมกับ” หรือ “พอดี” กับอาชญากรรม
- 2) การลงโทษต้องไม่ใช้วิธีการที่รุนแรงเกินกว่าอาชญากรรม

(ก) ภายใต้อำนาจของรัฐธรรมนูญไม่มีสิทธิอำนาจที่จะลงโทษผู้ใดเกินกว่าที่จำเป็น

(ข) การลงโทษที่มีระดับมากเกินไปจะเป็นการสนับสนุนให้เกิดอาชญากรรมสำหรับผู้ก่ออาชญากรรมที่หนักกว่าและอาชญากรรมที่รุนแรงควรลงโทษให้เท่ากับอาชญากรรมนั้น แต่การลงโทษที่ไม่เท่ากับอาชญากรรมจะกลายเป็นเหตุจูงใจให้ผู้กระทำผิดประกอบอาชญากรรมที่ร้ายแรงยิ่งขึ้น

ประการที่สอง การรับรู้ของสาธารณชน (Public Knowledge)

เบ็คคาเรีย เห็นว่า การลงโทษจะไม่สามารถข่มขู่ยับยั้งผู้กระทำผิดได้จนกว่าการลงโทษนั้นจะเป็นที่รับรู้โดยทั่วไปของสาธารณชน

1) การลงโทษควรกระทำด้วยความรวดเร็วจนสามารถทำให้สาธารณชนเข้าใจเชื่อมโยงความสัมพันธ์ระหว่างการลงโทษกับอาชญากรรมนั้น

⁹⁵ ฌ็องฌัก อ็องแต็ง เบ็คคาเรีย. อังแล้วเชิงอรรถที่ 84. หน้า 24-25.

2) การลงโทษควรเหมาะสมทางสัญลักษณ์และเข้ากันได้กับอาชญากรรม เพื่อให้สาธารณชนเกิดการเปรียบเทียบระหว่างแรงจูงใจจากการประกอบอาชญากรรมกับการลงโทษที่จะได้รับ

ประการที่สาม การลงโทษควรมีความแน่นอน⁹⁶

กฎหมายกับการลงโทษ จะต้องเป็นเรื่องที่สาธารณะและต้องมองเห็นได้ อย่างเช่น การพิมพ์หนังสือทำให้สาธารณชนสามารถเข้าถึงกฎหมายอันจะทำให้ระลึกความทรงจำถึงสัญญาประชาคมสำหรับการลงโทษ โดยเฉพาะอาชญากรรมที่มีความร้ายแรงลงมาการลงโทษควรจะต้องเห็นได้ชัดเจนเพื่อข่มขู่การกระทำผิดอื่น สำหรับอาชญากรรมร้ายแรงการลงโทษเป็นสิ่งที่หลีกเลี่ยงไม่ได้และเป็นงานของสาธารณชนที่จะต้องช่วยกัน

วิธีการลงโทษตามทฤษฎีการลงโทษเพื่อข่มขู่ยับยั้ง⁹⁷

ทฤษฎีนี้มีความเชื่อว่าการลงโทษสามารถป้องกันสังคมได้โดยการข่มขู่ให้คนกลัวการลงโทษและยับยั้งคนอื่นมิให้กระทำผิด ดังนั้นการลงโทษจึงต้องใช้วิธีการที่สอดคล้องเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ ซึ่งมีหลักการดังนี้

1) หลักปริมาณโทษ ถือว่าเป็นเครื่องมือในการข่มขู่ยับยั้งมิให้บุคคลกระทำผิดตามทฤษฎีการข่มขู่ยับยั้ง (Deterrence) การกำหนดปริมาณโทษมีแนวทางดังนี้

(1) ปริมาณโทษตามแนวคิดเดิม

(1.1) จำนวนโทษต้องมากกว่าผลที่จะได้รับจากการกระทำผิด

(1.2) เพิ่มโทษชดเชยความไม่แน่นอนของการไม่ได้รับโทษ

(1.3) เพิ่มโทษการกระทำผิดที่เกิดจากนิสัย

(2) ปริมาณโทษตามแนวคิดใหม่

(2.1) ปริมาณโทษต้องมากพอที่จะทำให้บรรลุผลในการป้องกัน

(2.2) ปริมาณโทษต้องไม่มากเกินไปกว่าความจำเป็นในการบรรลุผลในการ

ป้องกัน

2) หลักความแน่นอนและความรวดเร็วของการลงโทษ

(1) เมื่อมีการกระทำผิดเกิดขึ้นต้องจับตัวผู้กระทำผิดมาลงโทษให้ได้

(2) การลงโทษผู้กระทำผิดจะต้องกระทำด้วยความรวดเร็วทันต่อเหตุการณ์

3) หลักการใช้การลงโทษเป็นเครื่องมือยับยั้งผู้อื่นให้กลัวโทษ

(1) การลงโทษต้องทำโดยเปิดเผย

⁹⁶ ฌูว์ว็องน์ สุกธิโยชิน. อังแล้วเชิงอรรถที่ 84. หน้า 26.

⁹⁷ ศรีชาย เสวีกุล. (2517). *อาชญาวิทยาและทัณฑวิทยา*. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 171.

(2) การลงโทษใช้วิธีการที่รุนแรง

ความผิดที่ควรลงโทษตามทฤษฎีการลงโทษเพื่อข่มขู่ยับยั้ง

ประเด็นที่ควรพิจารณาคือเราควรจะใช้หลักการลงโทษเพื่อป้องกันในความผิดลักษณะใดจึงจะเหมาะสม หากพิจารณาจากการกระทำแล้วแยกเป็น 2 กรณีคือ

1) ผู้กระทำความผิดมีเวลาไตร่ตรองในการกระทำผิดหรือไม่หากผู้กระทำความผิดมีเวลาไตร่ตรองมากโดยเฉพาะความผิดที่รัฐห้าม (Mala Prohibita)

2) การกระทำผิดโดยประมาทและเจตนาการกระทำผิดโดยประมาทผู้กระทำไม่ได้คาดคิดมาก่อนว่าจะเกิดเหตุเช่นนั้น ดังนั้น การใช้หลักการลงโทษเพื่อป้องกันในความผิดฐานประมาทจึงอาจไม่ได้ผล

สรุปได้ว่าของการลงโทษเพื่อข่มขู่ยับยั้ง คือการป้องกัน ผู้กระทำการผู้ซึ่งเจตนาปิดการมีเชื้อโรคติดต่อทางเพศสัมพันธ์โดยการปิดบังเกี่ยวกับการป่วยของตนไม่ให้กระทำผิดอีกเป็นการลงโทษโดยมีความมุ่งหมายที่จะให้ผู้กระทำความผิดที่ได้รับโทษไปแล้วเกิดความหลบจำเกรงกลัวโทษที่จะได้รับจนไม่กล้ากระทำความผิด และขณะเดียวกันผลของการลงโทษผู้กระทำความผิดคนหนึ่ง จะมีผลเป็นการยับยั้งป้องปรามบุคคลอื่นมิให้กระทำความผิดอันนับได้ว่าเป็นการป้องกันการกระทำความผิด

2.6.4 ทฤษฎีการลงโทษเพื่อแก้ไขฟื้นฟู (Rehabilitation)⁹⁸

วัตถุประสงค์ของทฤษฎีการลงโทษเพื่อแก้ไขฟื้นฟู

ทฤษฎีการลงโทษเพื่อแก้ไขฟื้นฟู (Rehabilitative Theory) เกิดขึ้นมาในยุคที่มีการตื่นตัวทางวิทยาศาสตร์มีการศึกษาค้นคว้าโดยอาศัยวิธีการทางวิทยาศาสตร์ที่เรียกว่า ปฏิฐานนิยม (Positivist) ใช้วิธีการศึกษาเชิงประจักษ์ (Empirical Method) ที่ได้จากการสังเกต การทดลอง นักอาชญาวิทยากลุ่มนี้ นำโดย ลอมโบรโซ (Lombroso) และ กาโรฟาโล (Garofalo) และเฟอร์รี (Ferri) นักอาชญาวิทยาชาวอิตาลีและในฐานะผู้นำของสำนักอิตาลี (Italian School) ที่เห็นว่าการศึกษารื่องอาชญากรรมและการกระทำผิดควรใช้วิธีการทางวิทยาศาสตร์มาใช้ในการศึกษาโดยมุ่งเน้นการศึกษาเป็นรายบุคคลเพื่อค้นหาสาเหตุแห่งอาชญากรรมและนำผลที่ได้มาใช้ในการแก้ไขการกระทำผิดรวมทั้งควรปรับปรุงวิธีการลงโทษให้เหมาะสมกับผู้กระทำ

1) ความเชื่อพื้นฐานของทฤษฎีการลงโทษเพื่อแก้ไขฟื้นฟู

ตามทฤษฎีนี้เชื่อว่าการลงโทษควรมีเพื่อการแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิดให้กลับตัวเป็นคนดีเพื่อไม่ให้ผู้กระทำความผิดกลับมากระทำความผิดซ้ำรวมทั้งพยายามที่จะช่วยให้ผู้กระทำความผิดกลับคืนสู่สังคม

⁹⁸ ฉัฐวสา ฉัตรไพฑูรย์ และ ไบรอัน เอ็มเพียร์ช. (2550). *อายุความสะกดหยุดในคดีอาญา*. รายงานการวิจัย กรุงเทพฯ: สำนักงานอัยการพิเศษฝ่ายสถาบันกฎหมายอาญา สำนักวิชาการ สำนักงานอัยการสูงสุด. หน้า 19-20.

ได้ตามปกติจึงต้องมีการให้การเรียนรู้การอบรมให้เพียงพอที่เขาจะใช้ในการดำเนินชีวิตได้ เช่น การฝึกอาชีพรวมทั้งการพยายามช่วยให้ผู้กระทำผิดไม่รู้สึกมีปมด้อยจากการที่ได้รับการลงโทษไปแล้ว

เคิทเวย์ (George F. Kirchway) ให้ทัศนะว่า⁹⁹

“...การลงโทษไม่สามารถยับยั้งผู้ซึ่งหย่อนความรับผิดชอบได้เพราะว่าเขาไม่รู้ถึงผลร้ายที่จะได้รับจากการกระทำผิดไม่สามารถที่จะยับยั้งบุคคลวิกลจริตได้เพราะว่าเขาพยายามขัดแย้งกับบรรทัดฐานของสังคมอยู่แล้วไม่สามารถยับยั้งผู้ซึ่งกระทำผิดด้วยความฉลาดได้ เพราะว่าเขายอมไม่คิดว่าจะถูกจับได้ไม่สามารถยับยั้งผู้ซึ่งกระทำความผิดโดยกะทันหันได้ เพราะว่ามีแรงกระตุ้นให้กระทำผิดมีเร็วกว่าที่จะคิดถึงเหตุผลถ้าการลงโทษไม่สามารถยับยั้งบุคคลเหล่านี้ได้แล้วแล้วใครกันที่การลงโทษจะยับยั้งได้ก็คงจะมีแต่บุคคลซึ่งมีมาตรฐานความประพฤติที่ดีและไม่ละเมิดกฎหมายอยู่แล้วซึ่งไม่จำเป็นต้องอาศัยการลงโทษเพื่อเป็นการยับยั้งมาชู้เลย...”

สรุปได้ว่า การลงโทษจึงควรมีไว้เพื่อการแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำผิดให้กลับคืนสู่สังคมและใช้ชีวิตด้วยความเป็นปกติสุขมากกว่าการลงโทษเพื่อข่มขู่ให้หวาดกลัว

2) วัตถุประสงค์ของการลงโทษเพื่อแก้ไขฟื้นฟู¹⁰⁰

ทฤษฎีการลงโทษเพื่อแก้ไขฟื้นฟูเป็นทฤษฎีที่เกิดขึ้นพร้อม ๆ กับความเจริญก้าวหน้าของการศึกษาแบบวิทยาศาสตร์ที่เน้นความเป็นเหตุเป็นผลเน้นการศึกษาเชิงประจักษ์ มีการนำความรู้ทางด้านสังคมศาสตร์มาใช้มีการนำวิธีการศึกษาแบบเชิงประจักษ์นิยม (Empirical Method) มาใช้ในวงการนิติศาสตร์เพื่อศึกษาถึงสาเหตุแห่งการกระทำผิดโดยศึกษาวิเคราะห์และเก็บข้อมูลด้วยวิธีการทางวิทยาศาสตร์ไม่ได้ใช้เพียงการใช้เหตุผลทางตรรกวิทยา (Rational)

การลงโทษตามทฤษฎีการลงโทษเพื่อแก้ไขฟื้นฟู มีวัตถุประสงค์ ดังนี้

1) มุ่งที่จะศึกษาทำความเข้าใจสาเหตุแห่งการกระทำผิด โดยเน้นตัวบุคคลผู้กระทำผิดและสภาพแวดล้อม

2) เพื่อที่จะหาทางแก้ไขผู้กระทำผิดมากกว่าที่จะลงโทษ

3) การทำให้ผู้กระทำผิดกลับไปสู่สังคมของตนเองได้และมีชีวิตร่วมกับบุคคลอื่นในสังคมอย่างเป็นปกติสุข

ทฤษฎีนี้จึงเรียกว่า “ทฤษฎีการลงโทษเพื่อแก้ไขฟื้นฟู” (Rehabilitative Theory)

เหตุผลสนับสนุนในการการลงโทษเพื่อแก้ไขฟื้นฟู

⁹⁹ Giles Playfair and Derirck Singeton. (1965). *Crime Punishment and Cure*. London: The Camelot Press Ltd. p.95-96.

¹⁰⁰ ณัฐวา นักรไพฑูรย์ และ ไบรอัน เอ็มเพียร์ซ. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 98. หน้า 19 -20 .

นักวิชาการที่ศึกษาด้านนิติศาสตร์และอาชญวิทยาโดยใช้วิธีการศึกษาเชิงประจักษ์เห็นว่า แม้ว่าจะมีการลงโทษที่รุนแรงแต่ก็พบว่ามีการกระทำผิดซ้ำขึ้นอีกอยู่เสมอแสดงว่าการลงโทษไม่สามารถทำให้คนกลัวโทษที่จะได้รับไม่สามารถข่มขู่ให้คนกลัวจนไม่กล้ากระทำผิดขึ้นมาอีก การลงโทษโดยอาศัยหลักกฎหมายเพื่อให้เหมาะสมกับความผิดและการลงโทษเพื่อการแก้แค้นทดแทนตามทฤษฎีการลงโทษให้สาสมหรือเพื่อข่มขู่กลัวตามทฤษฎีการป้องกันแต่เพียงอย่างเดียวไม่น่าจะประสบความสำเร็จจึงต้องมีการศึกษาวิธีการอื่นเพื่อแก้ไขปัญหานั้น คือ การศึกษาค้นคว้าสาเหตุแห่งการกระทำผิดและหาวิธีการแก้ไขที่เหมาะสมกับผู้กระทำผิดเพื่อที่จะแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำผิดมากกว่าการลงโทษเพื่อข่มขู่ผู้กระทำผิดและบุคคลอื่นให้เกิดความหวาดกลัวจนไม่กล้ากระทำผิด

หลักคิดในการลงโทษตามทฤษฎีการลงโทษเพื่อแก้ไขฟื้นฟู

การลงโทษเพื่อแก้ไขฟื้นฟูมีหลักคิดว่า “...สิ่งใดก็ตามที่สามารถแก้ไขปรับปรุงผู้กระทำผิดให้กลับตัวเป็นคนดีได้สิ่งนั้นคือวิธีการที่ดีที่สุดและควรนำมาใช้เนื่องจากผู้กระทำผิดแต่ละคนมีปัญหาแตกต่างกัน มีนิสัยใจคอแตกต่างกัน เราจึงต้องใช้วิธีปฏิบัติที่ปฏิบัติแตกต่างกันขึ้นอยู่กับวิธีการแบบใดจึงจะเหมาะสมกับผู้กระทำผิดมากที่สุด..”¹⁰¹ ทั้งนี้ตามแนวคิดของ แพ็กเกอร์ (Herbert L. Packer) ที่สรุปว่าวิธีการใดที่สามารถแก้ไขดัดแปลงผู้กระทำผิดได้ก็ควรเลือกใช้วิธีนั้น

หลักการลงโทษเพื่อแก้ไขฟื้นฟู

การลงโทษเพื่อแก้ไขฟื้นฟูมีหลักการสำคัญที่ควรปฏิบัติ 5 ประการ¹⁰² ดังนี้

- 1) พยายามหลีกเลี่ยงไม่ให้ผู้กระทำผิดประสบกับสิ่งที่ทำลายคุณลักษณะประจำตัวของเขา
- 2) ให้ใช้วิธีการอื่นแทนการลงโทษจำคุกระยะสั้น โดยหันมาใช้วิธีการอย่างอื่นแทนโทษจำคุกเพราะการลงโทษจำคุกระยะสั้นไม่ทำให้บรรลุดัตถุประสงค์ของการฟื้นฟูผู้กระทำผิด การลงโทษจำคุกระยะสั้นยิ่งจะทำให้ผู้กระทำผิดที่ถูกลงโทษกลายเป็นผู้ร้ายถาวรเพราะผ่านการจำคุกมาแล้วกลายเป็นคนขี้คุกและยังอาจได้เรียนรู้พฤติกรรมโจรจากในคุกมาด้วยวิธีการอย่างอื่นที่สามารถนำมาใช้แทนการลงโทษจำคุกระยะสั้น เช่น การกักขังแทนค่าปรับ , การรอกการลงโทษหรือรอกการกำหนดโทษ, การคุมประพฤติ
- 3) การลงโทษต้องเหมาะสมกับการกระทำผิดเป็นรายบุคคลตามแนวคิดของ แพ็กเกอร์ ที่ว่า ในการกำหนดโทษและการพิจารณาความหนักเบาของการลงโทษขึ้นอยู่กับระยะเวลาที่

¹⁰¹ Herbert L. Packer. (1979). *The Limits of the Criminal Sanction*. California: Stanford University Press. p.54.

¹⁰² อุทิศ แส่น โภคิก. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 93. หน้า 34.

จำเป็นต้องใช้ในการแก้ไขคดีแปลงผู้กระทำความผิดไม่ใช่ความหนักเบาของการกระทำผิด ดังนั้น จึงต้องลงโทษให้เหมาะสมกับตัวบุคคลผู้กระทำความผิดว่าเขาควรได้รับการแก้ไขอย่างไร

4) เมื่อผู้กระทำได้แก้ไขดั้งเดิมแล้วให้หยุดการลงโทษหากเห็นว่าผู้กระทำความผิดสามารถแก้ไขตนเองได้ดีแล้วก็ไม่ควรไปลงโทษเขาต่อไปอีกควรจะระงับการลงโทษเพราะถึงลงโทษต่อไปก็ไม่ได้ประโยชน์วิธีการที่อาจนำมาใช้คือการพักการลงโทษ (Parole)

5) ให้มีการปรับปรุงการลงโทษระหว่างที่มีการคุมขังเนื่องจากทฤษฎีการลงโทษเพื่อแก้ไขฟื้นฟูมีแนวคิดว่าจะคืนผู้กระทำความผิดกลับไปสู่สังคมจึงต้องหาวิธีการช่วยเหลือให้ผู้กระทำความผิดสามารถใช้ชีวิตร่วมกับผู้อื่นในสังคมได้มีอาชีพมีงานทำมีรายได้เลี้ยงตนเองได้ไม่ตกเป็นภาระของผู้อื่นอันจะทำให้เกิดการรังเกียจ ดังนั้น ในระหว่างที่มีการลงโทษควรมีการฝึกอาชีพให้ความรู้ในเรื่องที่จำเป็นต้องนำไปใช้ในสังคมเมื่อพ้นโทษไปแล้วจะสามารถเลี้ยงตัวเองได้ทำให้ไม่กลับมากระทำความผิดซ้ำอีก¹⁰³

ความผิดที่ควรลงโทษตามทฤษฎีการลงโทษเพื่อแก้ไขฟื้นฟู¹⁰⁴

ทฤษฎีนี้มีความเชื่อว่า การลงโทษควรมีไว้เพื่อแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิดไม่ให้กลับมากระทำความผิดซ้ำประเด็นที่ต้องพิจารณาคือ เราควรจะใช้วิธีการลงโทษเพื่อแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิดในลักษณะใด

1) กรณีที่ผู้กระทำความผิดไม่มีความรับผิดชอบทางอาญาเมื่อพิจารณาจากตัวผู้กระทำความผิดหากผู้กระทำเป็นบุคคลที่มีความผิดปกติทางจิตหรือมีความบกพร่องทางการรับรู้ไม่สามารถรับรู้ไม่เข้าใจถึงการกระทำของตนการลงโทษย่อมไม่ได้ผลควรใช้วิธีการลงโทษเพื่อแก้ไขฟื้นฟูมากกว่าการลงโทษเพื่อข่มขู่หรือการลงโทษเพื่อป้องกัน

2) กรณีที่การลงโทษไม่สามารถรักษาและแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิดได้แต่กลับทำให้แยะลงผู้กระทำความผิดบางประเภทหรือบางคนที่กระทำความผิดในเรื่องเล็กน้อย เช่น ลักทรัพย์เพื่อประทังชีวิตไม่ใช่มีสันดานโจร หากได้รับการลงโทษจำคุก อาจเป็นการกดดันสภาพจิตใจให้แยะลงหรือเป็นการเรียนรู้สิ่งที่ไม่ดีจากในคุกควรนำแนวคิดและวิธีการการลงโทษเพื่อแก้ไขฟื้นฟูมาใช้จะเหมาะสมกว่าการลงโทษเพื่อข่มขู่หรือการลงโทษเพื่อป้องกัน

ดังนั้น วัตถุประสงค์ของการแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิดจึงเพื่อรักษาผู้กระทำความผิดมากกว่าที่จะลงโทษผู้กระทำความผิดและเพื่อที่จะรักษาผู้กระทำความผิดได้จึงจำเป็นต้องมีการทำความเข้าใจสภาพจิตใจของผู้กระทำความผิดด้วยการศึกษากฎหมายอาญาพฤติกรรมอาชญากรรมและกระบวนการยุติธรรมทางอาญาในเชิงสังคมวิทยาซึ่งสะท้อนกลับมาให้เห็นได้อย่างชัดเจนในปัจจุบันดัง เช่น การเข้าไป

¹⁰³ อุทิศ แสตน โกติก. อังแล้วเชิงอรรถที่ 93. หน้า 34.

¹⁰⁴ ศรีชาย เสวิกุล. อังแล้วเชิงอรรถที่ 97. หน้า 172.

แทรกแซงพฤติกรรมของเยาวชนในชั้นศาลและขยายไปสู่กระบวนการยุติธรรมทางอาญาในผู้ใหญ่อย่างรวดเร็วทั้งในระดับชั้นศาล เรือนจำและระบบการรอการลงโทษและพักการลงโทษต่าง ๆ และโปรแกรมลดการกระทำผิดกฎหมายในผู้ติดสุราหรือยาเสพติด เป็นต้น

สำหรับการแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำผิดด้วยกระบวนการยุติธรรมนั้น Maltz กล่าวว่า การแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำผิด (Rehabilitation) หมายถึงรูปแบบกระบวนการที่มีความหมายตามลำดับดังต่อไปนี้¹⁰⁵

- 1) ผู้กระทำผิดหรือผู้ต้องขังเป็นบุคคลที่มีปัญหาซึ่งปัญหาดังกล่าวเป็นสาเหตุโดยตรงของพฤติกรรมอาชญากร
- 2) บุคลากรด้านการแก้ไขพฤติกรรมของทัณฑสถานสามารถวินิจฉัยปัญหาดังกล่าวได้อย่างถูกต้องและทัณฑสถานก็มีวิธีการดูแลแก้ไขพฤติกรรมให้กับผู้ต้องขังหรือผู้กระทำผิด
- 3) จะมีการนำวิธีการดูแลแก้ไขพฤติกรรมมาปรับใช้กับผู้ต้องขังหรือผู้กระทำผิดอย่างเหมาะสม
- 4) ปัญหาของผู้ต้องขังหรือผู้กระทำผิดจะได้รับการแก้ไขหรือบรรเทาลงอันเป็นผลเนื่องมาจากการได้รับการดูแลแก้ไขพฤติกรรมด้วยวิธีการของทัณฑสถาน
- 5) ด้วยเหตุนี้พฤติกรรมอาชญากรของผู้ต้องขังหรือผู้กระทำผิดจะเริ่มลดน้อยถอยลงอันเป็นผลมาจากการบรรเทาหรือแก้ไขปัญหให้กับผู้ต้องขังหรือผู้กระทำผิด¹⁰⁶

จึงเห็นได้จากรูปแบบในการจัดการกับผู้กระทำผิดกฎหมายดังกล่าวข้างต้นว่ามีความแตกต่างไปจากรูปแบบเดิม ๆ ที่เน้นการลงโทษเป็นสำคัญเป็นอย่างมากทำให้รูปแบบทฤษฎีทางอาชญาวิทยาได้รับผลกระทบอย่างมีนัยสำคัญอันเนื่องมาจากความเปลี่ยนแปลงดังกล่าวและส่งผลให้การตอบสนองต่อการกระทำผิดกฎหมายด้วยการเข้าไปแทรกแซงแก้ไขพฤติกรรมผู้กระทำผิดเริ่มเข้ามามีบทบาทเหนือการตอบสนองด้วยการลงโทษและดูเหมือนว่ากระบวนการตอบสนองด้วยการแก้ไขผู้กระทำผิดจะประสบความสำเร็จตั้งแต่ช่วงแรก ๆ จึงมีการพัฒนาทฤษฎีทางอาชญาวิทยาขึ้นมาใหม่และนำไปสู่การปฏิบัติจริงเพื่อแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำผิดหลากหลายวิธีการ

อย่างไรก็ตาม แม้ว่าแนวความคิดเรื่องการแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำผิดจะได้รับความนิยมนับเป็นอย่างมาก แต่การตอบสนองต่อการกระทำผิดกฎหมายด้วยการแก้ไขพฤติกรรมของผู้กระทำผิดก็มีความขัดแย้งกับทฤษฎีในเชิงแก้แค้นทดแทนและป้องปรามการกระทำผิดกฎหมาย โดยนักอาชญา

¹⁰⁵ ตริชชาย เสวกุล. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 97. หน้า 172.

¹⁰⁶ Michael D. Maltz, Recidivism. (2015). *Orlando, Florida: Academic Press, Retrieved the internet edition* (Online). Availablr: <http://www.uic.edu/depts/lib/forr/pdf/crimjust/recidivism.pdf>. [2020, 30 May]

วิทยามีความเห็นออกเป็น 2 ฝ่าย ฝ่ายหนึ่งสนับสนุนแนวคิดการลงโทษผู้กระทำผิด อีกฝ่ายคัดค้านการลงโทษผู้กระทำผิดแต่สนับสนุนการแก้ไขพฤติกรรมของผู้กระทำผิดด้วยเหตุผลดังต่อไปนี้

1) ฝ่ายที่สนับสนุนการลงโทษ

เหตุผลประการแรก การลงโทษผู้กระทำผิดเป็นวิธีการเดียวที่ช่วยป้องกันไม่ให้ประชาชนกระทำสิ่งชั่วร้ายเพราะเกรงกลัวว่าจะถูกลงโทษ ด้วยเหตุนี้รัฐจึงต้องลงโทษผู้กระทำผิดกฎหมายอย่างต่อเนื่องเพื่อป้องกันการกระทำผิดกฎหมาย งานวิจัยจำนวนมากแสดงให้เห็นว่าความหวาดกลัวต่อการถูกลงโทษได้ผลในทางปฏิบัติ โดยมีคนจำนวนหนึ่งซึ่งดเว้นไม่กระทำผิดกฎหมายบางประเภทเพราะเกรงกลัวต่อโทษประเภทใดประเภทหนึ่ง¹⁰⁷ แม้ว่าจะมีงานวิจัยอีกส่วนหนึ่งที่ระบุว่าวิธีการทางเลือกอื่น ๆ มีผลช่วยป้องปรามการกระทำผิดมากกว่าการลงโทษผู้กระทำผิด

อย่างไรก็ดี นักวิชาการอีกส่วนหนึ่งเห็นว่าโทษตามกฎหมายไม่ได้มีผลช่วยป้องปรามการกระทำผิดเพราะความเกรงกลัวต่อการถูกลงโทษโดยตรง แต่เป็นเพราะโทษตามกฎหมายได้ทิ้งตราบบางประการไว้แก่ผู้ซึ่งถูกลงโทษตามกฎหมายแม้ว่ากระบวนการลงโทษจะยุติลงไปแล้วก็ตาม โทษตามกฎหมายจึงมีผลในด้านการสร้างความรู้สึกรังกลัวที่จะต้องสูญเสียสถานะทางสังคมหรือสถานะภายในกลุ่มพวกพ้องของตนเองมากกว่า¹⁰⁸ หรืออาจเป็นความรู้สึกว่าการกระทำอย่างหนึ่งอย่างใดเป็นสิ่งที่ไม่สอดคล้องกับภาพลักษณ์เป็นการลดคุณค่าทางสังคมหรือจิตใจ เป็นความรู้สึกไม่สบายใจถ้าจะกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งที่ขัดต่อบรรทัดฐานของสังคมและอาจได้ผลตอบแทนที่ไม่เหมาะสมจากการกระทำดังกล่าว อันเป็นผลมาจากกระบวนการควบคุมตนเองของปัจเจกบุคคลไม่ว่าการกระทำดังกล่าวจะมีผลเป็นการละเมิดต่อกฎหมายโดยตรงหรือไม่

เหตุผลประการที่สอง ถ้าผู้กระทำผิดไม่ถูกลงโทษเหยื่อหรือผู้ได้รับความเสียหายจากการกระทำผิดดังกล่าวอาจจะหาทางจัดการกับผู้กระทำผิดด้วยตนเองหรือที่เรียกกันว่าตั้งศาลเตี้ย โดยเหตุผลดังกล่าวนี้มีที่มาจากความเชื่อที่ว่ามนุษย์มีความปรารถนาที่จะแก้แค้น ซึ่งถ้าไม่สามารถดำเนินการได้ด้วยวิธีการที่ชอบด้วยกฎหมายก็ต้องดำเนินการด้วยวิธีการที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย โดยผู้คนอาจแก้แค้นด้วยวิธีการที่หลากหลายตั้งแต่การตะโกนป่าวร้องเรียกชื่อ ใช้กำลังชกต่อยทำร้ายร่างกาย ยิงกันด้วยอาวุธปืน การใส่ร้ายป้ายสีหมิ่นประมาทไปจนถึงวิธีการที่ชอบด้วยกฎหมายเช่นการนำผู้กระทำผิดไปเข้ารับการไต่สวนหรือด้วยวิธีการที่ช่วยแก้ไขพฤติกรรมของผู้กระทำผิด¹⁰⁹

¹⁰⁷ Charles R. Tittle. (1980). *Sanctions and Social Deviance*. New York: Praeger. p. 3-4.

¹⁰⁸ Gary F. Jensen and Maynard L. Erickson. (1978). *The Social Meaning of Sanctions, In Crime, Law, and Sanctions*. Beverly Hills, CA: Sage. p.119-13.

¹⁰⁹ Harold G. Grasmick and Donald E. Green. (1980). "Legal Punishment, Social Disapproval and Internalization as Inhibitors of Illegal Behavior." *Journal of Criminal Law and Criminology* 71. p.325-335.

เหตุผลประการที่สาม ฝ่ายที่สนับสนุนการลงโทษเชื่อว่าเหยื่อในการกระทำผิดจะไม่เต็มใจที่จะให้การเป็นพยานหรือร้องทุกข์เพื่อเอาโทษผู้กระทำผิดถ้าเหยื่อมองไม่เห็นโอกาสที่ผู้กระทำผิดจะได้รับการลงโทษ เหยื่อเหล่านี้จะยอมรับเอาความเสียหายไว้ว่าเป็นเคราะห์กรรมของตนเองมากกว่าจะไปเสียเวลากับกระบวนการต่าง ๆ ที่ไม่มีผลเป็นการลงโทษผู้กระทำผิด แต่ถ้าเหยื่อในการกระทำผิดกฎหมายและครอบครัวหรือเพื่อนของเหยื่อมีเหตุผลเพียงพอที่จะเชื่อได้ว่าสังคมกำลังกังวลและเป็นห่วงเป็นใยเกี่ยวกับสวัสดิภาพของสมาชิกในสังคม เช่นเดียวกับผู้ซึ่งมีพฤติกรรมเบี่ยงเบนไปจากบรรทัดฐานของสังคมแล้วก็จะยอมมีแนวโน้มที่เหยื่อและคนรอบข้างจะให้ความร่วมมือกับการจัดการของสังคมมากขึ้น¹¹⁰

เหตุผลประการที่สี่ การโต้ตอบผู้กระทำผิดด้วยการลงโทษพัฒนาขึ้นมาและยังคงดำรงอยู่ในกลุ่มผู้ซึ่งให้ความเคารพต่อกฎหมายและมีความเป็นปึกแผ่นในสังคม ซึ่งความเคารพต่อกฎหมายและความเป็นปึกแผ่นของคนในสังคมจะไม่ลดน้อยถอยลงไปตราบเท่าที่ยังมีโทษตามกฎหมายอยู่ในสังคม ความเป็นปึกแผ่นของสังคมสามารถพัฒนาได้ด้วยการลงโทษผู้กระทำผิดกฎหมาย เช่นเดียวกับการพยายามรักษาโรคร้าย การปกป้องสถานะแวดล้อม การแก้ไขความอยุติธรรมในสังคมและการพยายามทำความเข้าใจสาเหตุของอาชญากรรม รวมไปถึงการพยายามนำความรู้ที่ได้จากการทำความเข้าใจสาเหตุของอาชญากรรมมาปรับใช้เพื่อแก้ไขปัญหาอาชญากรรม

อย่างไรก็ดี มีผู้โต้แย้งว่าอาชญากรรมไม่ได้มีผลกระทบต่อความเป็นปึกแผ่นของสังคม เพราะในสังคมไม่ได้มีความเป็นปึกแผ่นมากขนาดที่จะได้รับการกระทบกระเทือนได้เพราะอาชญากรรม นอกจากนี้การลงโทษผู้กระทำผิดก็แทบจะไม่ได้คืนความสมดุลให้กับสังคมแต่อย่างใด เพราะความสมดุลของสังคมไม่ได้ถูกกระทบกระเทือนจากอาชญากรรม อาชญากรรมเป็นเพียงเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นเฉพาะบุคคลที่ไม่มีผลกระทบต่อส่วนรวมโดยตรง ผู้ซึ่งได้รับความเสียหายจากอาชญากรรมแต่มีประกันภัยหรือประกันสุขภาพก็สามารถได้รับการชดเชยความเสียหายจากบริษัทประกันภัยได้ เช่น ผู้ซึ่งถูกขโมยรถก็ได้รับค่าสินไหมทดแทนจากบริษัทประกันภัยรถยนต์ แม้แต่เหยื่อที่ไม่มีประกันภัยหรือประกันชีวิตก็สามารถยุติคดีได้ถ้าได้รับการชดเชยค่าสินไหมทดแทนที่พอใจส่วนความสงบเรียบร้อย และสวัสดิภาพของสังคมมักจะได้รับความสนใจจากเหยื่อรองลงมาโดยทั่วไปแล้ว สังคมโดยรวมจึงแทบไม่ได้รับความกระทบกระเทือนจากอาชญากรรมส่วนบุคคลหรือแม้แต่อัตราการเกิดอาชญากรรม เว้นแต่ในเฉพาะบางฐานความผิดด้วยเหตุนี้การลงโทษผู้กระทำผิดจึงมีผลกระทบต่อสังคมโดยรวมเพียงเล็กน้อยเท่านั้น

2) ฝ่ายที่คัดค้านการลงโทษให้เหตุผลไว้หลายประการ

¹¹⁰ Sheldon Ekland-Olson, John Lieb and Louis Zurcher. (1984). "The Paradoxical Impact of Criminal Sanctions: Some Microstructural Findings." *Law and Society Review* 18. p.159-178.

ประการแรก การลงโทษเป็นการแยกเอาบุคคลที่กำลังถูกลงโทษออกจากสังคม ทำให้บุคคลดังกล่าวกลายเป็นศัตรูกับสังคม ด้วยเหตุนี้ถ้าสังคมตอบโต้ผู้กระทำผิดกฎหมายด้วยการลงโทษเพียงอย่างเดียวผู้กระทำผิดก็ย่อมจะถูกแยกออกจากสังคมที่มีความผูกพันกับกฎหมายและไม้อาจทำความเข้าใจหรือได้รับความเข้าใจจากคนในสังคมได้ การถูกเกลียดชังจากสังคมย่อมส่งผลทำให้ผู้กระทำผิดเกิดความเกลียดชังสังคมไปด้วยในสภาพเช่นนี้เมื่อผู้กระทำผิดถูกประกาศว่าเป็นศัตรูของสังคมและถูกเนรเทศออกจากสังคมผู้กระทำผิดจึงมีทางเลือกเพียง 2 ทาง คือ ทางแรกผู้กระทำผิดต้องเลือกเข้าร่วมกลุ่มกับผู้กระทำผิดคนอื่น ๆ ที่ซึ่งตนเองได้รับการยอมรับ มีเกียรติและจึงดำรงชีพอย่างอาชญากรตามที่ถูกกล่าวหาว่าเป็นคนเช่นนั้นไปจริง ๆ หรืออีกทางหนึ่ง ผู้กระทำผิดจะกลายเป็นคนไร้สังคมขาดความมั่นคงในชีวิตหรือถูกแยกออกจากสังคมจนมีปัญหาทางจิต

ด้วยเหตุนี้ กระบวนการยุติธรรมในปัจจุบันที่ยินยอมให้ผู้กระทำผิดกลับคืนสู่สังคมได้ทางกาย แต่แบ่งแยกผู้กระทำผิดออกจากสังคมด้วยการปฏิเสธไม่ให้ทำงานทำหรืออื่น ๆ ย่อมส่งผลให้ผู้กระทำผิดต้องแยกออกจากกลุ่มผู้ซึ่งมีพฤติกรรมสอดคล้องกับกฎหมายทางจิตใจ แต่ถ้าผู้กระทำผิดได้รับอนุญาตให้กลับไปมีปฏิสัมพันธ์กับกลุ่มคนที่มีพฤติกรรมสอดคล้องกับกฎหมายผู้กระทำผิดก็ย่อมต้องพยายามปรับตัวให้เข้ากับกลุ่มคนเหล่านั้นซึ่งหมายความว่า ผู้กระทำผิดจะต้องได้รับอนุญาตให้มีพื้นที่ที่ยืนในสังคมเช่นเดียวกับประชากรอื่น ๆ ของสังคม¹¹¹

ประการที่สอง การลงโทษอาจกลายเป็นการเตือนผู้กระทำผิดให้ระมัดระวังมากขึ้นในการ กระทำผิดคราวหน้าแทนที่จะเป็นการป้องปรามไม่ให้กระทำผิดซ้ำอีก¹¹² กล่าวคือการลงโทษผู้กระทำผิดที่เคยถูกลงโทษตามกฎหมายมาแล้วแต่ยังไม่สามารถปรับปรุงแก้ไขพฤติกรรมของตนเองได้ซ้ำแล้วซ้ำอีกอาจกลายเป็นการพัฒนาผู้กระทำผิดด้านทักษะและเทคนิคในการกระทำผิดกฎหมายและการหลีกเลี่ยงการถูกจับกุมและในที่สุดอาจพัฒนาไปถึงขั้นเข้าร่วมองค์กรอาชญากรรมที่มีความซับซ้อนเพื่อที่จะลดความเสี่ยงและเพิ่มความสำเร็จในการกระทำผิดกฎหมายมากยิ่งขึ้น

ประการที่สาม บางครั้งการลงโทษอาจกลายเป็นการเพิ่มสถานะของผู้กระทำผิดให้สูงขึ้นในบางชุมชนการส่งนักเรียนชายที่อยู่ในวัยเรียนเข้าไปอยู่ในเรือนจำอาจเป็นการเพิ่มสัญลักษณ์ความเป็นลูกผู้ชาย ในบางมลรัฐของประเทศสหรัฐอเมริกาที่มีเรือนจำหลากหลายประเภททั้งเรือนจำที่มีความมั่นคงสูงและที่มีความมั่นคงลดน้อยลงมาพบว่ามีผู้กระทำผิดวัยรุ่นส่วน

¹¹¹ Donald R. Cressey. (1955). "Changing Criminals: The Application of the Theory of Differential Association." *American Journal of Sociology* 61. p.116-120.

¹¹² Robert Hogan. (1975). "Theoretical Egocentrism and the Problem of Compliance." *American Psychologist* 30. p.533-540.

หนึ่งร้องขอให้ส่งตนเองไปจำคุกในเรือนจำที่มีความมั่นคงสูงสุดเพื่อเป็นการแสดงสถานะของตนเองว่าสูงกว่าเพื่อนผู้กระทำผิดด้วยกันเมื่อถูกปล่อยออกมาในภายหลัง

ประการที่สี่ โดยทั่วไปแล้วการลงโทษตามกฎหมายย่อมมีผลเป็นการยับยั้งความพยายามหรือความทะเยอทะยานในทางสร้างสรรค์ของมนุษย์ แต่การลงโทษเป็นการสร้างความรู้สึกกลัวขึ้นภายในใจของผู้กระทำผิดในขณะที่การแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำผิดเป็นกระบวนการที่ต้องอาศัยความสร้างสรรค์ในการปรับเปลี่ยนสภาวะและเงื่อนไขต่าง ๆ ที่เป็นตัวบ่มเพาะพฤติกรรมของผู้กระทำผิดมาตั้งแต่แรกกล่าวถึงกำหนดว่าผู้กระทำผิดจะต้องแก้ไขเปลี่ยนแปลงพฤติกรรมของตนเองยังไม่สามารถเปลี่ยนแปลงความเป็นจริงได้ผู้กระทำผิดจะต้องมีโอกาสได้เรียนรู้รูปแบบพฤติกรรมอื่น ๆ สิ่งที่มีคุณค่าทางจิตใจและแบบอย่างที่ดีได้เรียนรู้ที่จะชื่นชมคุณค่าของสิ่งต่าง ๆ ที่รักษาไว้ด้วยกฎหมาย ซึ่งเหล่านี้จะเกิดขึ้นได้ก็ต่อเมื่อผู้กระทำผิดมีโอกาสได้ปรับตัวให้เข้ากับวัฒนธรรมของกลุ่มคนที่มีพฤติกรรมสอดคล้องกับกฎหมายการขัดขวางพฤติกรรมบางประการของผู้กระทำผิดจึงยังไม่เพียงพอต่อการแก้ไขพฤติกรรมของผู้กระทำผิดเพราะวิธีการดังกล่าวไม่ช่วยให้ผู้กระทำผิดสามารถปรับตัวให้เข้ากับสังคมได้¹¹³

ประการที่ห้า การลงโทษก่อให้เกิดทัศนคติอื่น ๆ ที่ไม่อาจคาดถึงการสร้างความหวาดกลัวต่อโทษตามกฎหมายอาจเป็นการสร้างทัศนคติและพฤติกรรมอื่น ๆ ขึ้นมาอีกด้วย การลงโทษผู้กระทำผิดจึงอาจมีผลช่วยป้องกันการกระทำผิดกฎหมายบางประเภท แต่ก็อาจเป็นการทำให้ผู้กระทำผิดขาดความเคารพในกฎหมายขาดความศรัทธาและขาดความเต็มใจที่จะทำเพื่อประโยชน์ของรัฐ มาตรการที่มีประสิทธิภาพอย่างแท้จริงในการจัดการกับผู้กระทำผิดกฎหมายและอาชญากรจึงต้องเป็นมาตรการที่ช่วยยับยั้งการกระทำผิดกฎหมายในอนาคต ในขณะที่เดียวกันก็จะต้องไม่ทำให้เกิดความสูญเสียในคุณค่าทางสังคมอื่น ๆ ด้วย¹¹⁴

อย่างไรก็ตาม แม้ว่าทฤษฎีการแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำผิดเป็นทฤษฎีที่ค่อนข้างมีแนวโน้มได้รับความนิยมน้อยกว่าหลายสิ่งก็เห็นได้จากความพยายามในการดูแลสิทธิและสวัสดิภาพ รวมไปถึงการคิดค้นเพื่อแก้ไขฟื้นฟูพฤติกรรมของผู้กระทำผิดขึ้นมาเป็นจำนวนมากในปัจจุบัน แต่ในความเป็นจริงแล้วด้วยเหตุที่นักอาชญาวิทยายังคงมีความเห็นออกเป็น 2 แนวทาง ดังได้กล่าวข้างต้น ทำให้ทฤษฎีนี้ได้รับความนิยมน้อยและเชื่อถืออยู่เป็นบางช่วงเวลาเท่านั้น โดยบางช่วงเวลาก็ได้รับความนิยมน้อยอย่างมากแต่บางช่วงเวลาเหล่านักอาชญาวิทยาก็หันกลับไปหาทฤษฎีการลงโทษเพื่อแก้ไขทดแทนและทฤษฎีการป้องปรามดังที่เคยเป็นมาดังตัวอย่างของกฎหมายหลาย ๆ

¹¹³ ศรีชาย เสวิกุล. อังแล้วเชิงอรรถที่ 97. หน้า 173.

¹¹⁴ ศรีชาย เสวิกุล. อังแล้วเชิงอรรถที่ 97. หน้า 174.

รูปแบบที่มีอยู่ในปัจจุบันที่ถือได้ว่าเป็นกฎหมายที่มีความรุนแรงของโทษค่อนข้างสูงกว่าปกติแม้จะไม่รุนแรงเท่ากับโทษประหารชีวิตก็ตาม¹¹⁵

ตามทฤษฎีแก้ไขฟื้นฟูนั้นจะมองว่าการลงโทษผู้กระทำความผิดเพียงอย่างเดียวไม่สามารถที่จะแก้ไขให้สังคมดีขึ้นได้และไม่สามารถที่จะปรับพฤติกรรมของผู้กระทำความผิดให้ดีขึ้นได้เช่นกัน จึงสมควรที่จะต้องมียุติธรรมในการใช้ควบคู่ไปกับการลงโทษด้วย อีกทั้งเมื่อผู้กระทำความผิดได้รับโทษเรียบร้อยแล้วและได้รับการแก้ไขฟื้นฟูแล้วย่อมสามารถที่จะเปลี่ยนพฤติกรรมและทัศนคติให้ดียิ่งขึ้นสามารถที่จะกลับเป็นบุคคลที่ดีของสังคมได้เพื่อที่จะได้กลับไปใช้ชีวิตปกติในสังคมร่วมกับผู้อื่นในสังคมได้ตามปกติ ส่วนวิธีนั้นในการแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิดนั้นที่จะต้องนำมาใช้ระหว่างที่ผู้กระทำความผิดได้รับโทษอยู่จะต้องเป็นการเข้าไปปรับพฤติกรรมของผู้กระทำความผิดและปรับเปลี่ยนทัศนคติซึ่งสามารถที่จะกระทำได้หลากหลายรูปแบบ ได้แก่ การให้การศึกษา การฝึกวิชาชีพ การแพทย์และจิตวิทยา การจัดการสันตนาการ เป็นต้น โดยจะต้องเลือกวิธีการที่เหมาะสมกับผู้กระทำความผิดในแต่ละบุคคลโดยเฉพาะ เพราะการกระทำความผิดนั้นถึงแม้ว่าจะเป็นการกระทำความผิดในรูปแบบเดียวกันก็ตาม แต่มูลเหตุจูงใจก็สามารถที่จะมีความแตกต่างกันได้ การพิจารณาวิธีการในการแก้ไขฟื้นฟูที่จะนำมาใช้จะต้องพิจารณาจากมูลเหตุจูงใจของผู้กระทำความผิดในแต่ละบุคคลเป็นหลักและเป็นการกระทำไปพร้อมกันกับการลงโทษผู้กระทำความผิดและเมื่อไรที่ผู้กระทำความผิดที่สามารถจะกลับไปใช้ชีวิตอยู่ในสังคมได้อย่างปกติก็มีความสามารถจากการที่ได้รับการฝึกฝนการฝึกอาชีพที่อยู่ในระหว่างการรับโทษมาใช้ในการประกอบอาชีพเพื่อหาเลี้ยงชีพของตนและครอบครัว อีกทั้งตามแนวคิดทฤษฎีแก้ไขฟื้นฟูนั้นจะมีแนวความคิดที่มองว่าการลงโทษผู้กระทำความผิดโดยยึดหลักการในการเน้นคุณค่าของความเป็นมนุษย์โดยเป็นไปตามหลักมนุษยธรรม แม้จะมองว่าการลงโทษผู้กระทำความผิดเป็นการลงโทษที่รุนแรงก็ตามถึงแม้จะเป็นสิ่งที่มีประโยชน์ต่อสังคมแต่ก็ยังมีข้อเสียคือเป็นการกระทำความผิดต่อผู้กระทำความผิดไว้ซึ่งมนุษยธรรมที่มนุษย์ด้วยกันเองจะไม่กระทำต่อกัน และทฤษฎีแก้ไขฟื้นฟูในส่วนการลงโทษด้วยการแก้ไขฟื้นฟูนั้นก็ยังมีประโยชน์เป็นอย่างมากในการแก้ไขความบกพร่องที่เป็นปัญหาจากความผิดพลาดในการยุติธรรมในสังคม ทฤษฎีแก้ไขฟื้นฟูจึงมองว่าการลงโทษผู้กระทำความผิดด้วยความรุนแรงและรวดเร็วไม่สามารถที่จะแก้ไขความบกพร่องได้¹¹⁶

การนำแนวคิดความผิดที่เกี่ยวข้องกับการแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิดมาปรับใช้นั้นสามารถที่นำเอาแนวคิดดังกล่าวมาแก้ไขข้อบกพร่องกับปัญหาที่เกิดขึ้นได้จริงเกี่ยวกับการกระทำความผิดในอนาคตของผู้กระทำความผิด อีกทั้งการฟื้นฟูนั้นยังมีข้อจำกัดของกระบวนการแก้ไข

¹¹⁵ ตรีชาย เสวีกุล. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 97. หน้า 173.

¹¹⁶ ณัฐวัฒน์ สุทธิโยธิน. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 84. หน้า 4.

ฟื้นฟูผู้กระทำความผิดโดยมีความจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องมีเวลางบประมาณในการดำเนินการ และผู้เชี่ยวชาญในด้านต่าง ๆ เข้ามาช่วยตัวผู้กระทำความผิด ได้แก่ นักสังคมสงเคราะห์ นักจิตวิทยา โดยกระทำการให้เหมาะสมกับผู้กระทำความผิดเป็นการเฉพาะราย ซึ่งปัจจัยในการขาดแคลนงบประมาณในการดำเนินการ เวลา และผู้เชี่ยวชาญในด้านต่าง ๆ เป็นอย่างมาก ได้แก่ งบประมาณไม่เพียงพอเจ้าหน้าที่บุคลากรหรือผู้เชี่ยวชาญไม่เพียงพอในการแก้ไขฟื้นฟู เวลาที่ใช้ในการแก้ไขฟื้นฟูไม่เพียงพอ เป็นต้น จึงเป็นอุปสรรคอย่างยิ่งที่เป็นปัจจัยสำคัญที่ทำให้แนวความคิดและทฤษฎีการแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิดนั้นสามารถจะประสบความสำเร็จได้ ประเทศไทยจึงเหมาะสำหรับทฤษฎีลงโทษเพื่อข่มขู่ยับยั้งมากกว่า¹¹⁷

สรุปได้ว่าการลงโทษผู้ซึ่งเจตนาปกปิดการมีเชื้อโรคติดต่อทางเพศสัมพันธ์โดยการปิดบังเกี่ยวกับการป่วยของตนตามทฤษฎีการลงโทษเพื่อแก้ไขฟื้นฟู รัฐต้องลงโทษผู้กระทำความผิดกฎหมายอย่างต่อเนื่องเพื่อป้องกันการกระทำผิดกฎหมายเพื่อเป็นการฟื้นฟูแก้ไขตัวผู้กระทำความผิดให้กลับตัวเป็นคนดีและมีให้กระทำความผิดซ้ำรวมทั้งการพยายามทำให้ผู้กระทำความผิดสามารถกลับเข้าสู่สังคมของตนเองสามารถใช้ชีวิตร่วมกับบุคคลอื่น ๆ ในสังคมได้อย่างเป็นปกติสุข

2.6.5 ทฤษฎีการตัดโอกาสมิให้กระทำความผิดอีก (Social Protection or Incapacitation)

ทฤษฎีการตัดโอกาสมิให้กระทำความผิดอีกเป็นทฤษฎีที่มีวัตถุประสงค์เพื่อตัดโอกาสในการกระทำความผิดไม่ให้ผู้กระทำความผิดสามารถที่จะกลับเข้ามาทำให้เกิดความเสียหายกับบุคคลในสังคมได้อีก โดยมีหลักการสำคัญว่าอาชญากรรมย่อมไม่เกิดขึ้นถ้าไม่มีอาชญากรหรืออาชญากรไม่มีโอกาสที่จะกระทำความผิด ซึ่งการกำหนดโทษนั้นจะต้องมีลักษณะที่มีจุดประสงค์ในการตัดผู้ซึ่งกระทำความผิดออกจากสังคมและทำให้สังคมมีความปลอดภัยยิ่งขึ้น ซึ่งสามารถจะแบ่งได้เป็น 2 ลักษณะ กล่าวคือ ลักษณะที่ตัดผู้กระทำความผิดออกจากสังคมเพื่อไม่ให้สามารถที่จะกระทำความผิดได้อีกโดยถาวร ได้แก่ โทษประหารชีวิต หรือจำคุกตลอดชีวิต และลักษณะที่ตัดผู้กระทำความผิดออกจากสังคมเพื่อไม่ให้สามารถที่จะกระทำความผิดเป็นการชั่วคราว ได้แก่ โทษจำคุก หรือโทษกักขัง เป็นต้น เพราะฉะนั้นแล้วจึงสามารถที่จะสรุปได้ว่า ทฤษฎีการตัดโอกาสมิให้กระทำความผิดอีกนั้นเป็นการตัดผู้กระทำความผิดออกจากสังคมเพื่อป้องกันคนในสังคมให้ปลอดภัยจากตัวผู้กระทำความผิดดังนั้นจึงจำเป็นที่จะมีโทษทางอาญาบัญญัติขึ้นเพื่อบังคับกับผู้กระทำความผิดในทางอาญา¹¹⁸

จากทฤษฎีและแนวความคิดในการลงโทษผู้ก่ออาชญากรรมหรือผู้กระทำความผิดสามารถวิเคราะห์ได้ว่าทุกทฤษฎีที่กล่าวมาข้างต้นนั้นย่อมมีข้อดีและข้อด้อยในตัวของทฤษฎีนั้น

¹¹⁷ นันดา เพชรดี. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 77. หน้า 15.

¹¹⁸ นันดา เพชรดี. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 77. หน้า 16.

เช่น การลงโทษเพื่อแก้แค้นทดแทนไม่ได้มองถึงประโยชน์ในอนาคตว่าจะมีผลในการป้องกันไม่ให้มีการกระทำความผิดเกิดขึ้นอีกหรือไม่ ประกอบกับการลงโทษผู้กระทำความผิดรายหนึ่งในปัจจุบันก็ได้จำกัดใช้เฉพาะทฤษฎีหนึ่งทฤษฎีใดที่เดียว เพราะการลงโทษผู้ก่ออาชญากรรมหรือผู้กระทำความผิดครั้งหนึ่งครั้งใดก็อาจจะมีหลักเกณฑ์และแนวคิดหลายทฤษฎีประกอบเข้าด้วยกันก็ได้โดยขึ้นอยู่กับว่าการลงโทษในครั้งนั้นจะมีน้ำหนักหรือมุ่งเน้นไปในทางทฤษฎีใดและการลงโทษผู้กระทำความผิดในยุคสมัยหนึ่งก็อาจมีน้ำหนักหรือมุ่งเน้นไปในทิศทางทฤษฎีหนึ่ง แต่อีกยุคสมัยอาจมีการเปลี่ยนแปลงโดยเน้นหนักไปทางอีกทฤษฎีหนึ่งก็เป็นได้ตามแต่สถานการณ์ เช่น ในอดีตการลงโทษผู้ก่ออาชญากรรมค่อนข้างมุ่งเน้นไปในทางแก้แค้นผู้กระทำความผิดและข่มขู่มิให้บุคคลอื่นเอาเยี่ยงอย่าง แต่ต่อมามุ่งเน้นไปในทางเพื่อป้องกันคุ้มครองสังคมส่วนรวมและแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิดควบคู่กันและในขณะเดียวกันก็เป็นการข่มขู่ยับยั้งผู้กระทำผิดและผู้อื่นให้หวาดกลัวที่จะไม่กล้าที่จะกระทำผิด

การลงโทษจำคุกจำเลยหรือผู้กระทำความผิดคือการนำตัวผู้กระทำความผิดไปคุมขังไว้สถานที่ที่เป็นเรือนจำ ซึ่งเป็นการแยกตัวผู้กระทำความผิดออกจากสังคมเพื่อตัดโอกาสไม่ให้กระทำผิดอีกในระหว่างอยู่ในเรือนจำ แต่การแยกผู้กระทำผิดโดยการจำคุกดังกล่าวก็ได้ผลเพียงช่วงเวลาหนึ่งเท่านั้นเพราะส่วนใหญ่โทษจำคุกที่ลงโทษแก่ผู้กระทำผิดมักเป็นโทษจำคุกที่มีกำหนดเวลา เมื่อจำเลยหรือผู้กระทำความผิดพ้นกำหนดโทษจำคุกและออกจากเรือนจำคืนสู่สังคมประกอบการมีปัจจัยสิ่งแวดล้อมต่าง ๆ มาเกี่ยวข้องทำให้จำเลยหรือผู้กระทำความผิดนั้นหวนกลับมากระทำผิดอีก จึงมีแนวความคิดหากนำทฤษฎีการลงโทษเพื่อแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิดมาปรับใช้หรือเข้ามามีบทบาทสำคัญควบคู่ไปกับทฤษฎีการลงโทษเพื่อปกป้องคุ้มครองสังคม เช่น ในระหว่างต้องโทษจำคุกอาจจัดให้มีการศึกษาหรืออบรมด้านวิชาชีพเพื่อให้ผู้ต้องขังหรือนักโทษเมื่อพ้นโทษออกมาแล้วสามารถนำความรู้ความสามารถมาประกอบอาชีพหารายได้ เช่นนี้ก็จะทำให้การลงโทษผู้กระทำความผิดมีประสิทธิภาพเพิ่มขึ้นเพราะนอกจากจะเป็นประโยชน์แก่ตัวผู้กระทำความผิดเองแล้วยังเป็นการคุ้มครองสังคมจากการกระทำผิดซ้ำ