

บทที่ 2

แนวความคิด ทฤษฎีเกี่ยวกับกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์ และคติความผิดฐานกระทำอนาจาร

เนื้อหาในบทที่ 2 ผู้วิจัยได้ทำการทบทวนวรรณกรรม โดยมีการศึกษาในเรื่องดังต่อไปนี้ ได้แก่ กระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์ ขั้นตอนของกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์ ทฤษฎีการมีส่วนร่วม ทฤษฎีการลงโทษและแนวคิดความผิดฐานกระทำอนาจาร

2.1 กระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์

ในอดีตแนวคิดในการลงโทษที่ได้รับความนิยม คือ การลงโทษเพื่อแก้แค้นทดแทนแต่ในปัจจุบันแนวคิดที่ได้รับความนิยม คือ การลงโทษเพื่อแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิด โดยกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์สอดคล้องกับแนวคิดดังกล่าว ซึ่งกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์มุ่งลงโทษเพื่อแก้ไขฟื้นฟูให้ผู้กระทำความผิดได้กลับตัวกลับใจเป็นคนดี และกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์ยังมุ่งเน้นที่จะฟื้นฟูเยียวยาผู้เสียหายให้ครบถ้วนรวมถึงด้านอารมณ์ความรู้สึกของผู้เสียหาย โดยกระบวนการดังกล่าวยึดผู้เสียหายเป็นสำคัญของกระบวนการและประสงค์ที่จะแก้ไขให้ผู้กระทำความผิดไม่กลับไปกระทำความผิดซ้ำเพื่อให้ผู้กระทำความผิดได้มีโอกาสกลับเข้าสู่สังคมอีกครั้งหนึ่ง

2.1.1 ความหมายและความเป็นมาของกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์

คำว่า กระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์ (Restorative Justice) อาจแยกพิจารณาได้เป็น 2 คำ คือ คำว่า “กระบวนการยุติธรรม” และ “สมานฉันท์”

“กระบวนการยุติธรรม” หมายถึง วิธีการดำเนินการให้ความคุ้มครองสิทธิเสรีภาพและให้เป็นธรรมในทางกฎหมายแก่บุคคลโดยบุคคลากรและองค์กรหรือสถาบันต่างๆซึ่งมีหน้าที่บริหารงานยุติธรรม ส่วนคำว่า “สมานฉันท์” หมายถึง ความพอใจ ความเห็นพ้องกัน โดยคำว่า “สมาน” เพียงคำเดียวแปลได้ว่า เชื่อม ผูกพัน⁹⁰

แต่อย่างไรก็ตามคำว่า “กระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์ (Restorative Justice) นั้นมีผู้ให้คำนิยามที่แตกต่างกันขึ้นอยู่กับแต่ละบุคคลจะให้นิยามความหมายเช่นไร

Tony F. Marshall ซึ่งเป็นนักวิชาการชาวอังกฤษ ได้ให้นิยามไว้ว่า กระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์เป็นกระบวนการที่ให้คู่กรณีทุกฝ่ายซึ่งเป็นผู้มีส่วนได้เสีย หรือ มีความเกี่ยวข้องกับความผิดเฉพาะมาร่วมกันแก้ไขปัญหาว่าจะจัดการกับผลที่เกิดขึ้นหลังจากการกระทำความผิดเช่นไร รวมทั้งผลของการกระทำความผิดที่จะเกิดขึ้นในอนาคตด้วยเช่นกัน¹

John Braithwaite .นักวิชาการในด้านอาชญาวิทยา ให้นิยามว่า กระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์ หมายถึง กระบวนการที่บรรเทาความเสียหายแก่เหยื่ออาชญากรรมให้เหยื่อกลับคืนสู่สภาพดีดังเดิม ซึ่งยึดเหยื่อเป็นศูนย์กลางในกระบวนการยุติธรรม โดยที่เหยื่ออาสาสมานฉันท์ให้เหยื่อมีความรู้สึกมั่นคงปลอดภัยอีกครั้ง และบูรณาการสังคมกับผู้กระทำความผิดเข้าไว้ด้วยกัน²

Van Ness ซึ่งเป็นนักวิชาการชาวอเมริกันและเป็นผู้ที่ได้รับมอบหมายจากองค์การสหประชาชาติ ได้ให้คำนิยาม “กระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์” ไว้ว่าหมายถึง วิธีการตอบสนองความขัดแย้ง พฤติกรรมที่ไม่พึงประสงค์ และอาชญากรรมด้วยการทำให้สิ่งต่างๆถูกต้องมากที่สุดเท่าที่จะทำได้สำหรับผู้ที่ได้รับผลกระทบ โดยกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์ตระหนักถึงความขัดแย้งหรือความเสียหายที่เกิดขึ้น เหยื่อความเสียหายทั้งทางร่างกายและความสัมพันธ์ให้มากที่สุดและสร้างแผนความรับผิดชอบหรือข้อตกลงที่จะป้องกันไม่ให้เกิดเหตุการณ์เช่นเดียวกันนี้ขึ้นอีก กระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์หมายรวมถึงโครงการกระบวนการ และกระบวนการวินิจฉัยดำเนินการตามหลักการของกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์ด้วย³

ศาสตราจารย์ณรงค์ ใจหาญ นักวิชาการทางด้านกฎหมายอาญาของไทย ได้ให้ความหมายของคำว่า “กระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์” หมายถึง กระบวนการที่สร้างความสัมพันธ์ระหว่างผู้กระทำความผิดและผู้เสียหายให้กลับคืนความสัมพันธ์ที่ดีต่อกัน โดยใช้วิธีการสร้างกระบวนการมีส่วนร่วมหลายฝ่าย ได้แก่ ฝ่ายผู้กระทำความผิด ฝ่ายผู้เสียหาย สังคมชุมชน และเจ้าพนักงานในกระบวนการยุติธรรม ทั้งนี้ กระบวนการดังกล่าวดำเนินการโดยวัตถุประสงค์เพื่อสร้างความสัมพันธ์ที่ดีแทนการลงโทษจำคุกหรือลงโทษอื่นตามกฎหมาย⁴

¹ Marshall T F. (1998). *Restorative justice: an overview*. London: Restorative Consortium. p.1.

² Braithe John. (1998). *Restorative Justice. The Handbook of Crime & Punishment, Michael Tonry (edit)*. Oxford: Oxford University Press. pp.323-344.

³ Van Ness,D. and Crocker, C. (2003). *Restorative justice: definition,principles, values and foals*.

⁴ ณรงค์ ใจหาญ. (2554). *กระบวนการยุติธรรมทางเลือกและกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <https://so01.tci-thaijo.org/index.php/lawhcu/article/download/157756/114258/> [2565, 3 มีนาคม].

ศาสตราจารย์พิเศษ ดร.กิตติพงษ์ กิตยารักษ์ บุคคลซึ่งเป็นผู้บุกเบิกแนวความคิดเกี่ยวกับกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์แก่ประเทศไทยและเป็นบุคคลแรกที่ได้ใช้คำว่ากระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์ในประเทศไทย โดยให้นิยามไว้ว่า กระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์เป็นกระบวนการที่มีวิธีการกับผู้กระทำความผิดและเหยื่อของอาชญากรรม โดยเน้นที่ความสำคัญในการระงับความขัดแย้งที่เกิดขึ้นจากการกระทำความผิดของผู้กระทำความผิด และเข้าไปสลายปมปัญหาสำคัญที่เป็นต้นเหตุของความขัดแย้ง ทั้งนี้วิธีการจัดการกับผู้กระทำความผิดนั้นต้องเป็นการจัดการแก้ไขปัญหามีเหตุมีผล โดยกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์นั้นจะมีจุดศูนย์กลางอยู่ในเรื่อง ความรับผิดชอบของชุมชน โดยไม่พิจารณาไปที่หน้าที่ของหน่วยงานต่างๆ ของรัฐในกระบวนการยุติธรรม⁵

ดร.จุฑารัตน์ เอื้ออำนวยพร้อมกับคณะ กล่าวถึงไว้ว่า “กระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์” มีความหมายว่า แนวคิด ปรัชญาและกระบวนการปฏิบัติต่อความขัดแย้ง การกระทำอันไม่เป็นที่ยอมรับ การกระทำที่ก่อกองอาชญากรรม และการกระทำที่เป็นอาชญากรรม ด้วยการให้ความสำคัญกับผู้เสียหายจากการกระทำความผิดและชุมชนผู้ที่ได้รับผลกระทบ โดยกระบวนการเชิงสมานฉันท์ (restorative justice process) จะสร้างสำนึกต่อความขัดแย้งหรือความเสียหาย เสียหาย ความเสียหายทั้งทางร่างกายทรัพย์สินและความสัมพันธ์รวมทั้งสร้างแผนความรับผิดชอบหรือข้อตกลงเชิงป้องกันที่เป็นไปได้อันนำไปสู่ผลลัพธ์แห่งความสมานฉันท์ของสังคม⁶

จากที่กล่าวมาแล้วนั้นจะเห็นได้ว่าแม้แต่ละบุคคลจะให้นิยามความหมายของกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์ที่แตกต่างกันไป แต่สรุปใจความสำคัญของกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์ได้ว่า กระบวนการหรือวิธีการที่ยุติความขัดแย้งที่เกิดขึ้นโดยยึดผู้เสียหายหรือเหยื่อจากการก่ออาชญากรรมเป็นศูนย์กลางในกระบวนการหรือวิธีการดังกล่าว โดยมุ่งเน้นที่จะเยียวยาผู้เสียหายหรือเหยื่อให้กลับคืนสู่สภาพดั้งเดิมให้ได้มากที่สุด ซึ่งไม่เพียงแต่จะเยียวยาผู้เสียหายหรือเหยื่อในรูปแบบของทรัพย์สินอย่างเดียวเท่านั้น แต่หมายรวมถึงในด้านอื่นๆ ที่ผู้เสียหายได้รับความเสียหายจากการก่ออาชญากรรมด้วย เช่น ร่างกาย สภาพจิตใจ เป็นต้น และมุ่งเน้นให้ผู้เสียหาย ผู้กระทำความผิดและสังคมได้กลับมาสมานฉันท์กัน ซึ่งบางกรณีกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์นั้นจะมีชุมชน หรือ บุคคลภายนอกเข้ามาเกี่ยวข้องในกระบวนการดังกล่าว

⁵ กิตติพงษ์ กิตยารักษ์. (2562). *การนำหลักความยุติธรรมเชิงสมานฉันท์มาใช้ในกระบวนการยุติธรรมไทย*. กรุงเทพฯ: ม.ป.ท. เอกสารการสอนที่ไม่เป็นเล่ม. หน้า 11.

⁶ จุฑารัตน์ เอื้ออำนวย. (2548). *วรรณกรรมปริทัศน์ เรื่อง กระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์: การคืน อำนาจ แก่เหยื่ออาชญากรรมและชุมชน*. กรุงเทพฯ: สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย(สกว). หน้า 28.

เพื่อการมีส่วนร่วมกันหาทางยุติปัญหาความขัดแย้งด้วยไม่ใช่เพียงแต่ผู้เสียหายกับผู้กระทำความผิดเท่านั้น

ในส่วนของความเป็นมาของกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์นั้น กระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์เป็นเรื่องที่มีปรากฏมาตั้งแต่ในอดีตไม่ใช่เรื่องใหม่ เช่น ในสังคมของชาวยุโรป แอฟริกัน กระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์ถูกใช้เป็นวิถีทางในการประนีประนอมความขัดแย้งที่เกิดขึ้นในสังคม หรือที่เรียกกันว่าเป็นความยุติธรรมที่มีลักษณะเป็น “ยุติธรรมชุมชน” หรือในชาวอินดู ในอินเดียโบราณได้นำกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์มาใช้โดยกล่าวไว้ว่า ผู้ซึ่งชดใช้เยียวยาแล้วควรได้รับการอภัย⁷

ต่อมาแนวคิดของกระบวนการยุติธรรมที่มีลักษณะเป็นการแก้แค้นทดแทนได้เข้ามามีบทบาทและกลายเป็นวัตถุประสงค์หลักและได้รับความนิยมเป็นอย่างมากของกระบวนการยุติธรรมกระแสหลัก กล่าวคือ เป็นกระบวนการยุติธรรมที่รัฐมุ่งเน้นที่จะนำตัวผู้ก่ออาชญากรรมมาลงโทษ ไม่ได้ให้ความสำคัญกับตัวเหยื่อ อีกทั้งไม่ได้ให้ความสำคัญกับการรักษาสัมพันธภาพและการเยียวยาสมานฉันท์ระหว่าง เหยื่อ ผู้กระทำความผิด สังคม

กระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์ในสมัยปัจจุบัน ได้กลับมาปรากฏตัวอีกครั้งหนึ่งผ่าน โดยการทำนักวิชาการชาวยุโรปได้กล่าวถึงในรูปแบบของแนวคิด ทฤษฎีและถูกนำมาใช้เป็นคดีแรกคือ ที่เมืองคิชเช่นเนอร์ มลรัฐออนแทรีโอ ประเทศแคนาดา กล่าวคือ เมื่อวันที่ 28 พฤษภาคม 1974 เด็กหนุ่ม 2 คน ถูกจับและรับสารภาพว่าได้มีการทำให้ทรัพย์สินเสียหายโดยการจี้เขียนทรัพย์สิน⁸ โดยคดีนี้ได้มีการใช้กระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์มาใช้เพื่อแก้ไขปัญหาความขัดแย้งระหว่างเหยื่อกับผู้กระทำความผิด โดยมีพนักงานคุมประพฤติเป็นคนกลางในการไกล่เกลี่ยเจรจาระหว่างเหยื่อและผู้กระทำความผิดอันนำมาสู่การเจรจาและชดใช้ค่าเสียหายกัน ซึ่งผลจากการนำกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์มาใช้ในคดีนี้ส่งผลให้แนวคิดเกี่ยวกับกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์ได้เป็นที่รู้จักไปทั่วโลก

ในปัจจุบันกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์ถูกนำมาใช้ควบคู่กับกระบวนการยุติธรรมกระแสหลักในประเทศต่างๆทั่วโลก โดยแต่ละประเทศก็อาจใช้วิธีการที่เหมือนหรือแตกต่างกันแต่วิธีการที่ได้รับความนิยมในหมู่บรรดาประเทศที่มีการนำกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์มาใช้ คือ การประชุมกลุ่มครอบครัว การเจรจาไกล่เกลี่ยระหว่างเหยื่อกับผู้กระทำความผิด

⁷ จูทาร์ตัน เอื้ออำนวย. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 6. หน้า 14.

⁸ Dean Peachey. (1989). *The Kitchener Experiment, Mediation and Criminal Justice: Offenders, and Community*, eds. Martin Wright and Burt Galaway. pp.14-26.

นอกจากนี้สภาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งสหประชาชาติก็ได้ให้การรับรอง “หลักการพื้นฐานว่าด้วยว่าด้วยการใช้โปรแกรมกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์ในคดีอาญา” ไว้ด้วยเช่นกัน

2.1.2 หลักการสำคัญและเป้าหมายของกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์

กระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์นั้นมีหลักการพื้นฐานที่สำคัญแตกต่างจากกระบวนการยุติธรรมกระแสหลัก เพราะกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์นั้นมีมุมมองต่อการกระทำผิดอาญาว่าเป็นการบ่อนทำลายความสัมพันธ์และความสมานฉันท์ระหว่างบุคคล สังคม ในขณะที่กระบวนการยุติธรรมกระแสหลักมองว่าการก่ออาชญากรรมนั้นถือว่าเป็นการกระทำที่ละเมิดต่อรัฐ รัฐจึงมุ่งหมายที่จะนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษให้ได้ แต่แตกต่างจากกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์ที่เห็นว่าการกระทำผิดอาญานั้นส่งผลให้เกิดความเสียหายเกิดขึ้น ดังนั้นจึงมีความจำเป็นที่จะต้องมีการฟื้นฟูเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการกระทำดังกล่าว

ในส่วนของวัตถุประสงค์หลักของกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์นั้น จะเห็นได้ว่า กระบวนการยุติธรรมให้ความสำคัญกับการฟื้นฟูความเสียหายหรือผลกระทบเป็นสำคัญ โดยให้ผู้เกี่ยวข้องทุกฝ่ายที่ได้รับผลร้าย ไม่ว่าจะเป็น ผู้เสียหาย ผู้กระทำความผิด ชุมชน หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่เกี่ยวข้องกับอาชญากรรมที่เกิดขึ้นได้มีส่วนร่วมกันในการหาทางออก เพื่อที่จะแก้ไขฟื้นฟูความเสียหายหรือผลกระทบที่เกิดขึ้นให้กลับคืนสภาพดังเดิมให้ได้มากที่สุดเหมือนกับก่อนที่จะมีการเกิดอาชญากรรมขึ้น อีกทั้งเพื่อที่จะแก้ไขปัญหาความสมานฉันท์ของบุคคลที่เกี่ยวข้องทุกฝ่ายโดยมุ่งเน้นที่จะทำให้ผู้เสียหายพึงพอใจกับการชดเชยของผู้กระทำความผิดและทำให้ผู้กระทำความผิดสามารถกลับเข้าสู่สังคมได้อีกครั้งหนึ่ง

เหตุที่เป็นเช่นนี้เพราะเนื่องจากว่าเมื่อเกิดอาชญากรรมเกิดขึ้นนั้นกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์จะตั้งคำถามพื้นฐาน 3 ข้อว่า “ความเสียหาย” หรือ “ผลกระทบ” ที่เกิดขึ้นคืออะไร จะแก้ไขเยียวยาได้อย่างไร และใครจะเป็นผู้แก้ไขเยียวยาด้วยวิธีการอย่างไร ซึ่งแตกต่างจากคำถามพื้นฐาน 3 ข้อ ของกระบวนการยุติธรรมกระแสหลักที่ตั้งคำถามว่า การกระทำ เป็นความผิดต่อกฎหมายเรื่องใด ใครเป็นผู้กระทำ จะนำผู้กระทำความผิดมาลงโทษได้อย่างไร⁹

ซึ่งเป้าหมายของกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์นั้น มีเป้าหมายที่สำคัญๆอยู่ด้วยกัน 6 ประการสำคัญ

ประการแรก เป็นกระบวนการที่ให้ความสำคัญกับผู้เสียหายหรือเหยื่ออาชญากรรม กล่าวคือ เป็นกระบวนการที่เปิดโอกาสให้ผู้เสียหายได้แสดงความรู้สึกหรือผลกระทบที่ได้รับจากการก่ออาชญากรรมของผู้กระทำความผิดให้แก่ผู้กระทำความผิดได้รับทราบ นอกจากนี้ข้อตกลงที่

⁹ กิตติพงษ์ กิตยารักษ์. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 5. หน้า 18.

จะได้รับจากการเข้าร่วมกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์นั้นจะต้องเป็นข้อตกลงที่ผู้เสียหายหรือเหยื่อพึงพอใจมากด้วยเช่นกัน

ประการที่สอง ยื้อยวาคความสัมพันธ์ระหว่างผู้เสียหาย ผู้กระทำความผิด ชุมชนและส่งเสริมการมีส่วนร่วมของทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้อง กล่าวคือ กระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์มุ่งเน้นการมีส่วนร่วมในกระบวนการดังกล่าวไม่ว่าจะเป็น ผู้เสียหาย ผู้กระทำความผิด ชุมชน โดยให้ทุกฝ่ายร่วมกันหาทางออก วิธีการที่ชดใช้เยียวยาแก่ผู้เสียหาย และนอกจากนี้กระบวนการดังกล่าวดังที่ได้กล่าวไปแล้วว่าเปิดโอกาสให้ผู้เสียหายได้มีโอกาสแสดงความรู้สึกที่เกิดขึ้นจากการกระทำ ความผิด กระบวนการดังกล่าวยังเปิดโอกาสให้ผู้กระทำความผิด ได้แลกเปลี่ยนความคิดเห็นกับผู้เสียหาย หรือ ชุมชน ทำให้ต่างฝ่ายต่างมีความเข้าใจกันมากขึ้น อันนำมาสู่ความสมานฉันท์กันอีกครั้งหนึ่ง

ประการที่สาม ส่งเสริมให้ผู้กระทำความผิดได้ตระหนักถึงผลของการกระทำของตนว่าส่งผลอย่างไรบ้างและผู้กระทำความผิดจะต้องมีความรับผิดชอบต่อการกระทำของตน

ประการที่สี่ ป้องกันการกระทำความผิดซ้ำที่จะเกิดขึ้นในอนาคตของผู้กระทำความผิด เพราะกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์มีกระบวนการที่เปิดโอกาสให้ผู้กระทำความผิดและผู้เสียหาย ได้มีโอกาสแลกเปลี่ยนความรู้สึกซึ่งกันและกัน ทำให้ผู้กระทำความผิดเกิดความเข้าใจในผลของการกระทำของตนได้อย่างดี นอกจากนี้การที่ผู้กระทำความผิดได้รับความเห็นอกเห็นใจจากผู้เสียหาย ชุมชนยิ่งส่งผลให้ผู้กระทำความผิดเกิดความรู้สึกสำนึกผิดในการกระทำของตนได้อย่างดี ผู้กระทำความผิดจึงมักที่จะไม่กลับไปกระทำความผิดซ้ำในอนาคต

ประการที่ห้า ประหยัดค่าใช้จ่ายเนื่องจากกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์ไม่ได้มุ่งเน้นที่จะค้นหาความจริงเพื่อนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษในกระบวนการพิจารณาคดีของศาลเป็นหลัก แต่เป็นเน้นการคุ้มครองสวัสดิภาพ การฟื้นฟูรักษาพยาบาลผู้กระทำความผิดและการเสริมความสัมพันธ์ที่ดีในชุมชน¹⁰

ประการที่หก เป็นประโยชน์สำหรับกระบวนการยุติธรรม เนื่องจากกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์เน้นความร่วมมือของทุกฝ่ายไม่ว่าจะเป็นผู้เสียหาย ผู้กระทำความผิด ชุมชน เจ้าหน้าที่ของรัฐที่เกี่ยวข้อง ซึ่งแตกต่างจากกระบวนการยุติธรรมตามปกติต้องกำหนดเป็นหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ในการค้นหาความจริงมิใช่การเน้นความร่วมมือกัน

¹⁰ ณรงค์ ใจหาญ. (2554). *กระบวนการยุติธรรมทางเลือกและกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <https://so01.tci-thaijo.org/index.php/lawhcu/article/download/157756/114258/> [2565, 3 มีนาคม].

2.1.3 รูปแบบของกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์

สำหรับกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์ในคดีอาญานั้น จะมีรูปแบบของกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์อยู่ 4 รูปแบบ ได้แก่ รูปแบบแรก คือ การประนีประนอมข้อพิพาทระหว่างผู้เสียหายกับผู้กระทำผิด รูปแบบที่สอง คือ การประชุมกลุ่มครอบครัว ส่วนรูปแบบที่สาม คือ การลงโทษในที่ประชุม และรูปแบบสุดท้าย คือ การเตือนแบบ Wagga Wagga

2.1.3.1 การประนีประนอมข้อพิพาทระหว่างผู้เสียหายกับผู้กระทำผิด (Victim – Offender Mediation หรือ VOM)

รูปแบบของการประนีประนอมข้อพิพาทระหว่างผู้เสียหายกับผู้กระทำผิดเกิดขึ้นเป็นครั้งแรกที่ประเทศแคนาดา (Canada) รัฐออนตาริโอ (Ontario) ในปี ค.ศ.1974 ซึ่งถูกใช้ในคดีเยาวชนในระหว่างที่มีการคุมประพฤติ โดยรูปแบบของการประนีประนอมข้อพิพาทจะมีผู้ที่เข้ามามีบทบาทในกระบวนการดังกล่าว 3 ฝ่ายหลักๆ คือ ผู้เสียหาย ผู้กระทำผิด และผู้ดำเนินการไกล่เกลี่ย

ผู้ซึ่งจะทำหน้าที่เป็นคนกลางหรือที่เรียกว่าผู้ดำเนินการไกล่เกลี่ยนั้น จะต้องเป็นบุคคลที่มีทักษะได้รับการฝึกฝนและมีความรู้ความเข้าใจเกี่ยวกับสภาพปัญหาความผิดที่เกิดขึ้น ผลกระทบความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่ผู้เสียหาย เพื่อที่จะสามารถแก้ไขเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นได้ โดยหลักการที่ต้องมีการนำมาใช้กับกระบวนการประนีประนอมข้อพิพาทนี้ นอกจากการที่จะต้องมีความร่วมมือจากผู้ที่เกี่ยวข้องแล้วนั้น มีหลักการสำคัญอีก 3 ประการ ได้แก่ ความยุติธรรม การทำดีเพื่อแก้ตัว และมาตรการปรับปรุงตัวเพื่อไม่ให้ผู้กระทำผิดไปกระทำผิดในอนาคต¹¹

การประนีประนอมข้อพิพาทระหว่างผู้เสียหายกับผู้กระทำผิดนั้นมีความคล้ายคลึงกับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในระบบกระบวนการยุติธรรมปกติ คือ เป็นการเจรจาของทั้งสองฝ่ายเพื่อที่จะพยายามหาหนทางออกของปัญหา แต่หากพิจารณาจะพบว่ามีความแตกต่างกันระหว่างการประนีประนอมข้อพิพาทระหว่างผู้เสียหายกับผู้กระทำผิดกับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท กล่าวคือ การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทปกติ จะมุ่งเน้นที่ผลในการได้รับจากการเจรจากระหว่างผู้กระทำผิดกับผู้เสียหายที่เป็นการได้รับการชดเชยในทางด้านทรัพย์สินเป็นสำคัญ โดยไม่ได้คำนึงถึงความสมานฉันท์ระหว่างผู้กระทำผิดกับผู้เสียหาย

ในขณะที่กระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์ไม่ได้มุ่งเน้นที่จะหาว่าผู้กระทำผิดกระทำความผิดจริงหรือไม่ แต่มุ่งเน้นในการให้โอกาสผู้กระทำผิดกับผู้เสียหายได้มีโอกาสเจรจาพูดคุยกัน เพื่อให้เข้าใจซึ่งกัน ไม่ว่าจะเป็นในเรื่องของสาเหตุในการกระทำความผิด

¹¹ ณรงค์ ใจหาญ. (2554). *กระบวนการยุติธรรมทางเลือกและกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <https://so01.tci-thaijo.org/index.php/lawhcu/article/download/157756/114258/> [2565, 3 มีนาคม]

ผลจากการกระทำดังกล่าวที่ผู้เสียหายได้รับ เมื่อผู้เสียหายและผู้กระทำความผิดได้ทำความเข้าใจกันแล้วก็จะนำมาซึ่งผลของการเจรจาที่ผู้เสียหายจะได้รับการชดเชยเยียวยาโดยไม่จำกัดเพียงทรัพย์สิน โดยอาจเป็นการได้รับการชดเชยเยียวยาในด้านอื่น เช่น เยียวยาทางด้านสภาพจิตใจ หรือ การสัญญาว่าจะไม่กระทำความผิดซ้ำอีก ท้ายที่สุดก็จะนำมาสู่ความสมานฉันท์ระหว่างผู้กระทำความผิดและผู้เสียหายอีกครั้งหนึ่ง

วิธีการประนอมข้อพิพาทระหว่างผู้เสียหายกับผู้กระทำความผิด แบ่งแยกออกได้เป็น ดังนี้

วิธีแรก การเจรจากันโดยตรง (Face to Face Mediation) โดยเป็นรูปแบบการเจรจาที่ให้ฝ่ายผู้เสียหาย ไม่ว่าจะเป็นผู้เสียหายเอง หรือ ญาติทางด้านผู้เสียหายและผู้กระทำความผิดที่ต่างฝ่ายต่างมาเผชิญหน้ากันโดยตรง สามารถแบ่งแยกย่อยได้อีก 2 รูปแบบ

1) แบบ Victim/Offender Groups คือ กระบวนการที่ให้ผู้เสียหายหลายคนได้เผชิญหน้าพบพูดคุยกับผู้กระทำความผิดหลายคน โดยผู้กระทำความผิดหลายคนดังกล่าวนั้นเป็นผู้กระทำความผิดที่มีลักษณะการกระทำความผิดแบบเดียวกันกับการกระทำความผิดที่ผู้เสียหายโดนกระทำสาเหตุที่กระบวนการเป็นรูปแบบนี้เพราะผู้เสียหายบางคนอาจยังคงมีความรู้สึกกลัวผู้กระทำความผิด หรือ ผู้กระทำความผิดประสงค์ที่จะไม่พบกับผู้เสียหาย นอกจากนี้ อาจมีเหตุผลประการอื่นๆอีกหลายประการที่ไม่เปิดโอกาสให้ผู้เสียหายกับผู้กระทำความผิดสามารถมาเผชิญหน้ากันได้โดยตรง

2) แบบ Surrogate Victim คือ กระบวนการที่มีรูปแบบที่มีความเป็นส่วนตัว กล่าวคือ ผู้เสียหายจะได้พบกับผู้กระทำความผิดที่มีลักษณะเดียวกับการกระทำความผิดที่ผู้เสียหายโดนกระทำ แต่เป็นคนละบุคคลกัน โดยรูปแบบ Surrogate Victim ต่างจากแบบ Victim/Offender Groups คือ ความเป็นส่วนตัวในการพบเจอกับผู้กระทำความผิด ไม่ได้พบเจอกับผู้กระทำความผิดในลักษณะเป็นกลุ่ม

วิธีที่สอง การเจรจากันทางอ้อม (Indirect Mediation)¹² เป็นวิธีที่ผู้เสียหายและผู้กระทำความผิดจะไม่ได้เผชิญหน้ากันโดยตรงแต่จะมีสื่อกลางในการส่งสารระหว่างผู้กระทำความผิดกับผู้เสียหาย ไม่ว่าจะโดยวิธีที่ใช้คนกลาง หรือ ส่งจดหมายโต้ตอบระหว่างกัน สาเหตุที่เป็นเช่นนี้เพราะผู้กระทำความผิดกับผู้เสียหายประสงค์ที่จะพูดคุยเจรจากันเพื่อเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้น แต่ต่างฝ่ายหรือฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอาจยังไม่พร้อมที่จะเผชิญหน้ากันโดยตรง

¹² Jo – Anne Wemmers and Marisa Canuto. (2002). *Victim's Experiences with Expectation and Perceptions of Restorative Justice: A Critical Review of the Literature*, n.pp.15-37.

2.1.3.2 การประชุมกลุ่มครอบครัว (Family Group Conference หรือ FGC)

การประชุมกลุ่มครอบครัวเกิดขึ้นครั้งแรกที่ประเทศนิวซีแลนด์ ในปี ค.ศ.1989 โดยรูปแบบการประชุมกลุ่มครอบครัวนี้ได้รับแนวทางมาจากชนเผ่าเมารี ซึ่งเป็นชนเผ่าพื้นเมืองที่อาศัยอยู่ในประเทศนิวซีแลนด์ โดยประเทศนิวซีแลนด์ได้นำรูปแบบดังกล่าวมาใช้กับคดีเด็กและเยาวชน เพื่อมุ่งหมายที่จะเยียวยาเด็กและเยาวชนรวมถึงเพื่อการเบี่ยงเบนคดีและลดปริมาณคดีในศาล จนต่อมารูปแบบการประชุมกลุ่มครอบครัวได้รับความนิยมถูกนำมาใช้ในสหรัฐอเมริกา แคนาดา เช่น ที่มลรัฐเมนิโซต้า มอนทานาและเพนซิลเวเนีย เป็นต้น¹³ นอกจากนี้ก็ยังใช้ในออสเตรเลีย สหภาพยุโรปและไทยด้วย ซึ่งการใช้กระบวนการดังกล่าวในนิวซีแลนด์ หรือแม้กระทั่งออสเตรเลียได้ใช้กระบวนการดังกล่าวโดยมีกฎหมายรับรองการประชุมกลุ่มครอบครัวอีกด้วย

แนวคิดสำคัญที่ได้มีการนำมาใช้ในการประชุมกลุ่มครอบครัว คือ แนวคิดความละเอียดเชิงบูรณาการ (reintegrative shaming) ซึ่งเป็นแนวคิดที่ว่าด้วยการพยายามกระทำให้ผู้กระทำ ความผิดนั้นสำนึกผิดอย่างมีสติ ตระหนักถึงความละเอียดใจต่อการกระทำ ความผิดของตน เพื่อที่จะส่งผลให้ผู้กระทำ ความผิดสำนึกผิดและไม่กลับไปกระทำความผิดซ้ำอีก¹⁴ ส่วนสถานที่ที่จะใช้ในการจัดการประชุมกลุ่มครอบครัวนั้นจัดขึ้นใน โรงเรียน ตามกลุ่มสมาชิกอื่นๆหรือแม้กระทั่ง โบสถ์

การประชุมกลุ่มครอบครัวจะมีผู้เข้าร่วมประชุมประกอบด้วยผู้ดำเนินการประชุมหรือผู้ประสานงาน (Facilitator/Coordinator) ผู้กระทำความผิด (Offender) ผู้เสียหาย (Primary Victim) และชุมชน (Community) เป็นหลักและอาจมีเจ้าหน้าที่ในกระบวนการยุติธรรมที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับคดีเข้าร่วมด้วย¹⁵ ซึ่งรูปแบบของการประชุมมีขั้นตอน โดยที่ผู้ดำเนินการประชุมจะชี้แจงขั้นตอนของการประชุม ในด้านผู้กระทำความผิดก็จะมีการพูดคุยถึงสาเหตุที่กระทำความผิด หลังจากนั้นจะให้ผู้เสียหายได้พูดถึงเรื่องราวของตน ต่อมาก็จะมีการเปิดโอกาสให้ทุกฝ่ายสามารถแสดงความคิดเห็น ความรู้สึกต่างๆ หรืออาจมีการตั้งคำถามเกี่ยวกับการกระทำความผิด เมื่อเสร็จกระบวนการแสดงความคิดเห็น ความรู้สึกของฝ่ายต่างๆแล้วผู้ดำเนินการก็จะพูดคุยถึงเรื่องการใช้ความเสียหายว่าจะดำเนินการอย่างไร ซึ่งฝ่ายผู้เสียหายและครอบครัวสามารถแสดงความต้องการของตน

¹³ จุฑารัตน์ เอื้ออำนวย. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 6. หน้า 119.

¹⁴ ศูนย์บริหารข้อมูลตลาดแรงงานภาคเหนือ. (2562). *บุคลิกภาพและทักษะทางอาชีพของผู้ใกล้พ้นโทษและความต้องการจ้างงานของนายจ้าง กรณีศึกษา: เรือนจำกลางลำปาง*.

¹⁵ วุฒิ ศุภกุล. (2556). *ปัญหาการนำกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์มาใช้ในคดีสิ่งแวดล้อม : ศึกษาเฉพาะกรณีเอกชนเป็นผู้เสียหาย*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขากฎหมายทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 46.

ได้ว่าจะดำเนินการอย่างไร กระบวนการก็จะดำเนินการ ไปจนกว่าจะหาข้อยุติของการประชุมได้ โดยข้อยุติดังกล่าวนั้นจะได้รับการบันทึกไว้

ทั้งนี้ข้อยุติดังกล่าวนั้นต้องเป็นไปเพื่อการชดใช้เยียวยาผู้เสียหาย ป้องกันไม่ให้ผู้กระทำความผิดกลับไปกระทำความผิดซ้ำและกลับตัวกลับใจเป็นคนดีของสังคมแสดงความรับผิดชอบต่อสิ่งที่ผู้กระทำความผิดได้กระทำลงไป อีกทั้งผู้กระทำความผิดจะต้องแสดงการขอโทษอย่างจริงใจ ซึ่งการชดใช้เยียวยานั้นสามารถชดใช้เยียวยาได้ในหลากหลายรูปแบบแล้วแต่การตกลงกัน เช่น ชดใช้ในรูปแบบของทรัพย์สินเงินทอง การทำงานบริการสาธารณะ เป็นต้น

ภายหลังจากที่ได้ข้อยุติจากการประชุมดังกล่าวแล้วนั้น ครอบครัวของผู้กระทำความผิดต้องคอยติดตามพฤติกรรมของผู้กระทำความผิด สาเหตุเพื่อป้องกันไม่ให้ผู้กระทำความผิดกลับไปกระทำความผิดซ้ำอีกในอนาคต เพื่อให้ผู้เสียหายและสังคมเกิดรู้สึกมั่นใจในความปลอดภัย

2.1.3.3 การลงโทษในที่ประชุม (Circle Sentencing)

รูปแบบการลงโทษในที่ประชุม (Circle Sentencing) หรือที่เรียกอีกชื่อว่า การพิจารณาแบบล้อมวง (Sentencing Circles) มีการใช้ครั้งแรกที่ประเทศแคนาดา โดยมีรากฐานมาจาก “Healing Circles” ของชนเผ่าอะบอริจิน¹⁶ ที่อาศัยอยู่ในประเทศแคนาดา ซึ่งประเทศแคนาดาได้มีการใช้รูปแบบการลงโทษในที่ประชุม ครั้งแรก โดยศาล Yukon Territorial ในปีค.ศ.1992

การลงโทษในที่ประชมนั้น กระบวนการดังกล่าวเป็นส่วนหนึ่งของการพิพากษาของศาล โดยจะให้ผู้เสียหาย ผู้กระทำความผิดเป็นผู้มีส่วนร่วมในกระบวนการยุติธรรม ซึ่งกระบวนการดังกล่าวจะมีลักษณะคล้ายกับรูปแบบของการประชุมกลุ่มแต่จะมีความแตกต่างพิเศษตรงที่การลงโทษในที่ประชุมผู้เข้าร่วมกระบวนการดังกล่าวจะนั่งล้อมวงกันเป็นวงกลมและทุกคนจะได้รับสิทธิในการพูด โดยผู้ที่มีสิทธิในการพูดจะได้รับสัญลักษณ์ที่บ่งบอกถึงการเป็นผู้พูด ซึ่งสัญลักษณ์ดังกล่าวอาจเป็น ขนนก และก็จะวนขนนกกันไปรอบๆวง

จุดเด่นของรูปแบบการลงโทษในที่ประชุม คือ การนำมาใช้กับคดีที่มีความรุนแรง (Serious Offences) เช่น คดีทำร้ายร่างกาย คดียาเสพติด คดีความรุนแรงในครอบครัว ได้อย่างเหมาะสมมากกว่ารูปแบบของกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์อื่น ๆ¹⁷ โดยไม่นิยมนำมาใช้กับคดีที่เป็นคดีความผิดเล็กน้อย เพราะรูปแบบดังกล่าวใช้ทรัพยากรเป็นจำนวนมากและใช้ระยะเวลาในการดำเนินการอยู่พอสมควร

ขั้นตอนของการลงโทษในที่ประชุมจะเริ่มต้นจากการที่ทนายความฝ่ายผู้กระทำความผิดจะเสนอต่อศาลให้ใช้การลงโทษในที่ประชุม โดยจะมีสมาชิกเข้าร่วมการประชุมประมาณ

¹⁶ วุฒิ ศุภกุล. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 15. หน้า 48.

¹⁷ วุฒิ ศุภกุล. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 15. หน้า 48.

15-20 คน ซึ่งการนั่งประชุมจะนั่งกันเป็นวงกลม โดยประธานในที่ประชุมก็คือผู้ได้รับความเคารพของคนในชุมชนนั้นๆ ขั้นตอนต่อมาจะมีการอ่านข้อกล่าวหา พนักงานอัยการและทนายความฝ่ายจำเลยก็จะแถลงเปิดคดีอย่างสั้นๆ¹⁸

หลังจากนั้นผู้เข้าร่วมการประชุมก็จะกล่าวถึงประเด็นที่เกี่ยวกับการกระทำความผิดสาเหตุในการกระทำ ผลกระทบที่ได้รับอันเกิดโดยการกระทำความผิดทั้งก่อนหรือหลังการกระทำความผิดที่เกิดขึ้นแก่ชุมชน แนวทางที่ชุมชนจะต้องกระทำเพื่อป้องกันการเกิดอาชญากรรม การเยียวยาผู้เสียหายและชุมชนจะกระทำอย่างไร แผนการลงโทษควรเป็นอย่างไร ผู้เสียหายและผู้กระทำความผิดจะได้รับการสนับสนุนจากบุคคลใดเพื่อให้ปฏิบัติเป็นไปตามแผน รวมถึงวันเวลา ทบทวนคำพิพากษา

ซึ่งการประชุมนี้มักจะมีการจัดการประชุมขึ้นสองครั้ง โดยที่การประชุมครั้งแรกกับครั้งที่สองจะมีระยะเวลาห่างกันหลายสัปดาห์ ที่จัดมีการประชุมสองครั้งอย่างน้อยเนื่องจากการประชุมครั้งที่สองจะเป็นไปเพื่อประเมินความประพฤติของผู้กระทำความผิดที่ได้กระทำตามข้อกำหนดที่ได้รับ¹⁹

การลงโทษในที่ประชุมนั้น ในที่ประชุมผู้กระทำความผิดจะกล่าวถึงสาเหตุของการกระทำความผิด เรื่องราวที่เกิดขึ้นในการกระทำความผิด รวมถึงรับฟังความรู้สึกและความเสียหายที่ผู้เสียหายได้รับจากการกระทำความผิด และความรู้สึกของคนในชุมชน โดยที่การแสดงความรู้สึกกันจะทำด้วยความเห็นใจแก่กัน มีการขอโทษกันอย่างจริงใจ นอกจากนี้ผู้กระทำความผิดมีสิทธิร่วมกันในการกำหนดวิธีการลงโทษ การเยียวยาความเสียหายให้แก่ผู้เสียหายและบุคคลที่เกี่ยวข้องอื่นที่ได้รับผลกระทบ²⁰

2.1.3.4 การเตือนแบบ Wagga Wagga

กระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์รูปแบบการเตือน Wagga Wagga นั้นมีการใช้เป็นครั้งแรกที่ประเทศออสเตรเลีย ในทศวรรษ 1990 โดยเจ้าหน้าที่ตำรวจชุมชน New South Wales²¹ ซึ่ง

¹⁸ ณรงค์ ใจหาญ. (2554). *กระบวนการยุติธรรมทางเลือกและกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <https://so01.tci-thaijo.org/index.php/lawhcu/article/download/157756/114258/> [2565, 3 มีนาคม].

¹⁹ ณรงค์ ใจหาญ. (2554). *กระบวนการยุติธรรมทางเลือกและกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <https://so01.tci-thaijo.org/index.php/lawhcu/article/download/157756/114258/> [2565, 3 มีนาคม].

²⁰ ณรงค์ ใจหาญ. (2554). *กระบวนการยุติธรรมทางเลือกและกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <https://so01.tci-thaijo.org/index.php/lawhcu/article/download/157756/114258/> [2565, 3 มีนาคม].

²¹ ณรงค์ ใจหาญ. (2554). *กระบวนการยุติธรรมทางเลือกและกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <https://so01.tci-thaijo.org/index.php/lawhcu/article/download/157756/114258/> [2565, 3 มีนาคม].

ตามกฎหมายของระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ เจ้าหน้าที่ตำรวจมีอำนาจตามกฎหมายที่จะเตือนผู้กระทำความผิด (caution) โดยได้มีการนำรูปแบบของการประชุมกลุ่มครอบครัวมาปรับใช้ร่วมด้วย ซึ่งการเตือนแบบ Wagga Wagga จะเป็นการดำเนินด้วยความรักและปรารถนาดีไม่ใช่การประณามผู้กระทำความผิดแต่อย่างใด

การเตือนแบบ Wagga Wagga มีผู้ทำหน้าที่หลักในการเตือน คือ เจ้าหน้าที่ตำรวจ โดยมีเงื่อนไขเพิ่มเติมในการเตือน ซึ่งจะเน้นการเตือนไปที่พฤติกรรมของอาชญากร ไม่ใช่ตัวผู้กระทำความผิด และในการพูดจาหรือแสดงความคิดเห็นนั้นจะมีขั้นตอนและเป็นไปตามบทที่ถูกกำหนดไว้ ไม่ใช่การพูดจาหรือแสดงความคิดเห็นตามอำเภอใจ เพื่อป้องกันการทะเลาะวิวาทและเพื่อป้องกันการกระทำความผิดซ้ำของผู้กระทำความผิดที่อาจเกิดขึ้นในอนาคต โดยจะยกเว้นโทษให้เฉพาะการกระทำความผิดของผู้กระทำความผิดในครั้งที่มีการเตือนเท่านั้น²²

รูปแบบการเตือนแบบ Wagga Wagga ได้ถูกนำไปใช้กับอีกหลากหลายประเทศ โดยสำหรับประเทศที่มีการนำการเตือนแบบดังกล่าวไปใช้นอกจากประเทศออสเตรเลียแล้วก็ยังมีประเทศอื่นที่นำไปใช้ เช่น สหรัฐอเมริกาในมลรัฐฟิลาเดลเฟีย อังกฤษ ยุโรป แอริกาใต้ เป็นต้น

2.1.4 ประเภทความผิดที่มีการนำกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์มาบังคับใช้

สำหรับประเภทความผิดที่จะนำกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์มาใช้บังคับนั้น โดยหลักการแล้วกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์สามารถนำมาใช้ได้กับทุกการกระทำความผิด เพราะกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์มีวัตถุประสงค์ของกระบวนการดังกล่าวขึ้นเพื่อเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นกับผู้เสียหายและชุมชนให้กลับคืนสู่สภาพดั้งเดิมเช่นก่อนที่จะเกิดการกระทำความผิด อีกทั้งมีวัตถุประสงค์เพื่อให้โอกาสผู้กระทำความผิดกลับตัวกลับใจเป็นคนดีของสังคม แต่ความผิดที่นิยมนำกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์มาใช้ ได้แก่ประเภทความผิดดังต่อไปนี้²³

ประเภทแรก ความผิดที่เด็กหรือเยาวชนเป็นผู้กระทำความผิด (Juvenile Delinquents)

ในประเทศนิวซีแลนด์ ออสเตรเลีย ได้มีการนำกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์มาใช้กับคดีที่ผู้กระทำความผิดเป็นเด็ก หรือ เยาวชน ซึ่งเป็นกระบวนการที่มีกฎหมายกำหนดรองรับไว้ นอกจากนี้ก็ยังมีกลุ่มประเทศในยุโรปที่ได้ใช้กระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์ใช้กับคดีที่เด็กหรือเยาวชนเป็นผู้ก่อ ไม่ว่าจะเป็น อังกฤษ ออสเตรีย เยอรมัน เป็นต้น สหรัฐอเมริกาก็ได้นำกระบวนการดังกล่าวมาใช้ในกรณีที่เด็กหรือเยาวชนกระทำความผิดเช่นกัน รวมถึงประเทศไทย ก็

²² ณรงค์ ใจหาญ. (2554). *กระบวนการยุติธรรมทางเลือกและกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <https://so01.tci-thaijo.org/index.php/lawhcu/article/download/157756/114258/> [2565, 3 มีนาคม].

²³ ปริญญาพร ภาคสินธุ์. (2558). *กระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์ในคดีความผิดที่มีลักษณะร้ายแรง*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขากฎหมายอาญา, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 18.

ได้นำกระบวนการดังกล่าวมาใช้กับคดีที่เด็กหรือเยาวชนเป็นคนก่อ โดยมีกฎหมายรองรับ คือ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ.2553

ประเภทที่สอง ความผิดอันเกิดจากความรุนแรงในครอบครัว

คดีประเภทนี้มีความจำเป็นที่จะต้องนำกระบวนการยุติธรรมที่มีลักษณะเฉพาะตัวมาใช้บังคับ ซึ่งยึดผู้เสียหายในฐานะเป็นประธานของปัญหาที่เกิดขึ้นและเนื่องจากคดีดังกล่าวมีลักษณะเป็นปัญหาที่อาจอาชญากรรม กล่าวคือ แม้จะมีความรุนแรงเกิดขึ้นแต่การกระทำอันเป็นความรุนแรงนั้นเกิดจากบุคคลภายในครอบครัว ผู้กระทำความผิดและผู้เสียหายเป็นบุคคลภายในครอบครัวเดียวกัน หากไม่ใช้ความระมัดระวังในการใช้กระบวนการยุติธรรมเพื่อคืนความเป็นธรรมให้แก่ผู้เสียหาย จะกลับกลายเป็นสร้างความเสียหายให้แก่ผู้เสียหายเพิ่ม

ตัวอย่างเช่น ผู้กระทำความผิดเป็นบุพการีของผู้เสียหายได้ทำร้ายร่างกายผู้เสียหาย หากใช้กระบวนการยุติธรรมจับผู้กระทำความผิดมาจำคุก แต่ปรากฏว่าผู้กระทำความผิดทำหน้าที่เป็นเสาหลักของครอบครัวคอยส่งเสียเลี้ยงดูผู้เสียหาย แบบนี้เมื่อจับผู้กระทำความผิดมาจำคุกจะทำให้ผู้เสียหายขาดผู้ส่งเสียเลี้ยงดู กลายเป็นกระบวนการยุติธรรมสร้างความเสียหายให้แก่ผู้เสียหายซ้ำ โดยประเทศไทยได้มีการนำกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์มาใช้กับคดีประเภทนี้ โดยได้มีการรับรองไว้ในพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ถูกกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัว พ.ศ.2550

ประเภทที่สาม ความผิดอาญาส่วนตัวหรือความผิดอาญาที่สามารถยอมความได้

คดีประเภทนี้เป็นคดีที่โดยปกติแล้วมักจะมีสภาพของการกระทำความผิดที่ไม่รุนแรง เป็นความผิดเล็กน้อย ความเสียหายอันเกิดจากการกระทำความผิดไม่ได้ส่งผลกระทบต่อสังคมหรือความมั่นคงของรัฐ ส่งผลกระทบเพียงแต่เฉพาะต่อบุคคลเท่านั้น กฎหมายจึงกำหนดให้สามารถยอมความกันได้เพื่อให้คดีได้ยุติลงด้วยการตกลงกันของคู่กรณี เช่น ความผิดฐานทำให้เสียทรัพย์ ความผิดฐานชกต่อยทรัพย์ หรือ ความผิดฐานหมิ่นประมาท เป็นต้น ความผิดในลักษณะนี้เมื่อเข้าร่วมกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์แล้วก็สามารถดำเนินไปจนทำให้ยุติคดีไปจากกระบวนการยุติธรรมได้²⁴

ประเภทที่สี่ ข้อพิพาททางแพ่งที่เกี่ยวข้องกับทางอาญา

การกระทำความผิดของผู้กระทำความผิดในบางกรณีอาจเป็นการกระทำความผิดทางแพ่งและในขณะเดียวกันก็เป็นการกระทำที่เป็นความผิดทางอาญาด้วย ข้อพิพาทลักษณะแบบนี้ ผู้กระทำความผิดจะต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายทางแพ่งด้วย ฉะนั้นคดีจะยุติลงได้ก็ต่อเมื่อคู่กรณีทั้งสองฝ่ายจะต้องตกลงประนีประนอมกันทั้งในทางแพ่งและทางอาญา โดยมีข้อพิจารณาว่าคดีทาง

²⁴ ปริญญาดพร ภาคสินธุ์. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 23. หน้า 18.

อาญานี้จะยุติลงได้คดีนั้นจะต้องไม่ใช่คดีอาญาต่อแผ่นดิน กล่าวคือ ต้องเป็นคดีอาญาต่อส่วนตัวเท่านั้น

ประเภทที่ห้า ความผิดเล็กน้อย เพื่อหลีกเลี่ยงการจำคุกระยะสั้น

คดีประเภทนี้จะมีอัตราโทษการจำคุกไม่เกิน 3 ปี ที่เป็นเช่นนี้เนื่องจากความเสียหายที่เกิดขึ้นไม่ได้ส่งผลกระทบเป็นวงกว้าง หรือ กระทบกระเทือนต่อสังคม แต่กฎหมายกำหนดให้เป็นความผิดอาญาต่อแผ่นดินส่งผลให้คดีความประเภทนี้ไม่สามารถขอมความกันได้ ตัวอย่างของความผิดประเภทนี้ เช่น ความผิดฐานลักทรัพย์ ความผิดฐานวิ่งราวทรัพย์ ความผิดที่กระทำโดยประมาท เป็นต้น

แต่อย่างไรก็ตามกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์ไม่ได้จำกัดการใช้เฉพาะแค่ 5 ประเภทดังที่กล่าวมาข้างต้นเท่านั้น กระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์โดยหลักการสามารถใช้กับคดีได้เกือบทุกประเภท แม้กระทั่งคดีที่เป็นอาชญากรรมร้ายแรงก็ได้มีการนำกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์มาใช้บังคับ เช่น ประเทศนิวซีแลนด์ได้มีการจัดทำมาตรฐานความยุติธรรมสำหรับคดีความรุนแรงในครอบครัวและความรุนแรงทางเพศ²⁵ เป็นต้น

กล่าวโดยสรุปความหมายของกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์นั้น มีความหมายแตกต่างหลากหลายแล้วแต่ผู้ที่ให้คำนิยาม แต่ก็จะเป็นไปในแนวทางเดียว ที่ว่ากระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์ เป็นกระบวนการที่เปิดโอกาสให้ผู้เสียหายและผู้มีส่วนเกี่ยวข้องได้มีโอกาสเข้ามามีส่วนร่วมในกระบวนการ โดยกระบวนการดังกล่าวเน้นการฟื้นฟูความสัมพันธ์ระหว่างผู้เสียหาย ผู้กระทำความผิดและชุมชนเป็นสำคัญ ให้โอกาสผู้กระทำความผิดในการกลับตัวกลับใจเป็นคนดี ในขณะที่เดียวกันก็มุ่งเน้นเยียวยาความเสียหายที่ผู้เสียหายได้รับให้กลับคืนสู่สภาพเดิมให้ได้มากที่สุด ซึ่งกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์นั้นมีหลายรูปแบบแล้วแต่ว่าประเทศใดจะใช้รูปแบบใด รูปแบบหนึ่งหรือหลายรูปแบบก็ได้ โดยที่กระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์โดยหลักการแล้วสามารถนำมาใช้ได้กับทุกประเภทของคดีที่เกิดขึ้น บางประเทศอาจใช้กับคดีไม่ร้ายแรง เช่นคดีที่เด็กหรือเยาวชนเป็นคนก่อ คดีความผิดเล็กน้อย หรือบางประเทศอาจนำมาใช้กับคดีที่มีลักษณะร้ายแรง เช่น คดีความผิดเกี่ยวกับเพศ

²⁵ สำนักงานว่าด้วยยาเสพติดและอาชญากรรมแห่งสหประชาชาติ. (2563). *คู่มือว่าด้วยกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์*. กรุงเทพมหานคร: สำนักงานองค์การสหประชาชาติ. หน้า 72.

2.2 ขั้นตอนของกระบวนการยุติธรรมที่สามารถใช้กระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์

ตั้งแต่เริ่มต้นกระบวนการยุติธรรมปกติจนถึงสิ้นสุดกระบวนการยุติธรรม เราสามารถแบ่งกระบวนการได้เป็น 4 ขั้นตอน ได้แก่ ชั้นพนักงานสอบสวน ชั้นพนักงานอัยการ ชั้นศาลและสุดท้ายคือ ราชทัณฑ์ ซึ่งแต่ละชั้นของกระบวนการจะทำหน้าที่ซึ่งแตกต่างกัน ซึ่งตามหลักการแล้วนั้นกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์สามารถนำไปปรับใช้ได้กับทุกขั้นตอนของกระบวนการยุติธรรมปกติ ไม่ว่าจะเป็นชั้นพนักงานสอบสวน ชั้นพนักงานอัยการ ชั้นศาลและชั้นราชทัณฑ์ โดยเราสามารถแบ่งกลุ่มของการใช้กระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์ได้เป็น 3 กลุ่ม ดังนี้

2.2.1 การใช้กระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์ก่อนเข้าสู่กระบวนการยุติธรรม

กระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์ในขั้นตอนก่อนการเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมนั้น มักจะนิยมนำมาใช้กับคดีความผิดเล็กน้อย เช่น กรณีเด็กหรือเยาวชนเป็นผู้กระทำความผิด²⁶ โดยมีการนำวิธีการเชิงสมานฉันท์โดยชุมชนมาจัดการกับคดีประเภทความผิดเล็กน้อยดังกล่าวก่อนที่จะจะมีการร้องทุกข์ต่อพนักงานสอบสวน สำหรับประเทศฝรั่งเศสนั้นมีการใช้รูปแบบที่รู้จักกันในชื่อ คณะกรรมการบูรณาการชุมชน (Community Reparative Boards) ซึ่งกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์นั้นได้มีการนำไปใช้ในที่ทำงาน โรงเรียน เพื่อให้ผู้กระทำความผิดได้เจอใจใกล้เคียงให้ข้อพิพาทสามารถยุติกันได้โดยไม่ต้องเข้าสู่กระบวนการยุติธรรม

โดยรายละเอียดของกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์ในที่ชุมชนนั้น ซึ่งที่ประเทศฝรั่งเศสใช้กระบวนการยุติธรรมดังกล่าวในรูปแบบที่เรียกว่าคณะกรรมการบูรณาการชุมชน²⁷ กระบวนการยุติธรรมชุมชนนี้มีเป้าประสงค์เพื่อที่จะใกล้เคียงข้อพิพาทระหว่างผู้เสียหายกับผู้กระทำความผิด โดยที่เป็นข้อพิพาทที่มีลักษณะไม่ได้ซับซ้อน

ส่วนในกรณีของในสถานที่ทำงานนั้น เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกา มีการใช้กระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์ในการใกล้เคียงข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องกับ เรื่องที่มีการล่วงละเมิดทางเพศด้วยวาจา หรือ การอนาจาร และกรณีที่น่ายั้งกับลูกจ้างวิวาทกันแต่เป็นเรื่องที่เล็กน้อย เป็นต้น

สำหรับการใช้กระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์ในโรงเรียน ตัวอย่างการใช้เช่น ประเทศแคนาดาได้นำมาใช้ในโรงเรียน สำหรับกรณีเด็กหรือเยาวชนปฏิบัติตัวไม่เหมาะสม มีการทำร้ายร่างกายกัน มีการลักทรัพย์ เสพยาเสพติด อนาจาร มีพฤติกรรมที่เกรงในชั้นเรียน หรือ พกพาอาวุธมาโรงเรียน เป็นต้น

²⁶ สำนักงานว่าด้วยยาเสพติดและอาชญากรรมแห่งสหประชาชาติ. อังแล้วเชิงอรรถที่ 25. หน้า 45.

²⁷ จูทาร์ตัน เอื้ออำนวย. อังแล้วเชิงอรรถที่ 6. หน้า 126.

2.2.2 การใช้กระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์เมื่อคดีเข้าสู่กระบวนการยุติธรรม

การใช้กระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์เมื่อคดีเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมอาจกล่าวได้เป็นสามส่วนดังนี้

ส่วนแรกในชั้นของเจ้าพนักงานตำรวจนั้น ในชั้นนี้นั้นจะมีการนำกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์มาใช้ประกอบกับการตักเตือน หรือ การปรับ มีตัวอย่างที่จะกล่าวให้เห็น เช่น ประเทศแคนาดาได้มีการนำกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์มาใช้บังคับกับหลายฐานความคิด ไม่ว่าจะเป็นการลักทรัพย์ ทำร้ายร่างกาย เสพยาเสพติด วางเพลิง หรือแม้กระทั่งความผิดเล็กน้อยๆ อย่างเช่น ความผิดเกี่ยวกับพรบ.จราจร เป็นต้น

สำหรับชั้นของพนักงานอัยการมีการนำกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์มาใช้ประกอบกับการชะลอฟ้องของพนักงานอัยการ โดยพนักงานอัยการจะพิจารณาในการสั่งฟ้องตามดุลยพินิจตามอำนาจที่กฎหมายรับรองไว้ ซึ่งประเภทคดีที่มักจะนำมาใช้เป็นคดีความผิดกึ่งอาชญากรรม (quasi criminal) เช่น คดีที่เด็กหรือเยาวชนเป็นผู้ก่ออาชญากรรมขึ้น คดีความรุนแรงในครอบครัวระหว่างสามีหรือภรรยา หรือ คดีที่ไม่เกิดประโยชน์ต่อสาธารณะในการฟ้องร้องดำเนินคดี

ในชั้นของการพิจารณาคดีของศาล มีการนำกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์มาใช้ โดยการใช้ในชั้นนี้นั้นสามารถใช้ได้ตลอดระยะเวลาก่อนที่จะศาลจะทำคำพิพากษาซึ่งจะใช้ในขั้นตอนการสืบเสาะและพินิจ สำหรับรูปแบบที่นำมาใช้นั้นประเทศตะวันตกส่วนใหญ่ใช้เป็นรูปแบบการพิจารณาแบบล้อมวง (Sentencing Circles) โดยประเทศแคนาดาได้นำรูปแบบดังกล่าวมาใช้กับในกรณีที่ผู้กระทำความผิดเป็นชนพื้นเมือง นอกจากนี้ประเทศสหรัฐอเมริกาในบางมลรัฐก็ได้ใช้รูปแบบดังกล่าวเช่นกัน แต่สำหรับประเทศทั้งในยุโรปมีการใช้รูปแบบการไกล่เกลี่ยเหยื่อ-ผู้กระทำความผิด (Victim-offenders Mediation หรือ VOM) โดยใช้ในกรณีที่ผู้กระทำความผิดเป็นผู้ใหญ่

2.2.3 การใช้กระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์หลังการพิจารณาคดี

การใช้กระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์ในชั้นนี้นั้นเป็นการใช้ในชั้นราชทัณฑ์ โดยการใช้ในชั้นนี้นั้นได้รับความนิยมอย่างกว้างขวางในอเมริกาเหนือ ออสเตรเลียและทวีปยุโรป ซึ่งจะใช้ก็ภายหลังจากที่ผู้กระทำความผิดต้องโทษจำคุกมาระยะหนึ่งของโทษที่ตนได้รับ นอกจากนี้จะใช้ก็ต่อเมื่อช่วงก่อนที่ผู้กระทำความผิดจะพ้นโทษจำคุกและได้รับการพักโทษ รูปแบบที่นำมาใช้ก็ได้แก่ การไกล่เกลี่ยเหยื่อ-ผู้กระทำความผิด (Victim-offenders Mediation หรือ VOM)²⁸

กล่าวโดยสรุปกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์นั้นสามารถนำมาใช้ได้กับทุกขั้นตอนของกระบวนการยุติธรรมตามปกติ ซึ่งแต่ละประเทศก็จะมีการใช้ในชั้นต่างๆของ

²⁸ จุฑารัตน์ เอื้ออำนวย. อังแล้วเชิงอรรถที่ 6. หน้า 127.

กระบวนการยุติธรรมที่แตกต่างกันหรือเหมือนกันในบางกรณีแล้วแต่ว่าประเทศใดจะเลือกใช้แบบใด นอกจากนี้รูปแบบที่นำมาใช้ก็อาจเหมือนหรือแตกต่างกันก็ได้

2.3 ทฤษฎีการมีส่วนร่วม

2.3.1 ความหมายของการมีส่วนร่วม

การมีส่วนร่วมนั้นมีความหมายหลากหลายแล้วแต่ผู้ให้ความหมาย บางคนมักใช้คำนี้เสมือนเป็นการให้ข้อมูลข่าวสารต่อสาธารณชน²⁹ ในขณะที่บางครั้งมีการใช้คำนี้ในการแสดงถึงนัยของการบรรลุวัตถุประสงค์หรือข้อตกลงร่วมกันกับสาธารณชนที่อาจได้รับผลกระทบจากการดำเนินการ โครงการนั้นๆด้วย³⁰ นอกจากนี้มีนักวิชาการที่ให้ความหมายของการมีส่วนร่วมที่น่าสนใจไว้ดังนี้

เมตต์ เมตต์การุณจิต การมีส่วนร่วม หมายถึง การเปิดโอกาสให้บุคคลเข้ามามีส่วนร่วมในกิจกรรม ไม่ว่าจะผ่านทางอ้อมหรือทางตรง โดยมีลักษณะของการร่วมในการรับรู้ คิด ทำ ตัดสินใจ ติดตามผล³¹

ทรงวุฒิ เรืองวาทศิลป์ ได้ให้ความหมายของการมีส่วนร่วมไว้ว่า การเปิดโอกาสให้ประชาชนทุกส่วนที่เกี่ยวข้องร่วมเข้ามามีบทบาทในกิจกรรมตามกำลังและความสามารถของแต่ละบุคคล อาจเป็นในเรื่องของการตัดสินใจ การดำเนินงาน หรือติดตามตรวจสอบรวมทั้งการประเมินผลงานร่วมกัน และพิจารณาผลเพื่อแก้ไขปรับปรุงพัฒนาให้มีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น

นรินทร์ชัย พัฒนพงศา ให้นิยามไว้ว่า หมายถึง การที่ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่เคยได้มีส่วนร่วมหรือมีส่วนร่วมในกิจกรรมต่างๆน้อยมากได้เข้ามามีส่วนร่วมในกิจกรรมหรือมีส่วนร่วมในกิจกรรมมากขึ้น โดยการเข้ามามีส่วนร่วมไม่ได้เข้ามามีส่วนร่วมอย่างผิวเผินแต่ได้เข้ามามีส่วนร่วมอย่างมีอิสรภาพและเสมอภาค

นิรันดร์ จงวุฒิเวศย์ กล่าวว่า การมีส่วนร่วม หมายถึง การเกี่ยวข้องทางด้านจิตใจและอารมณ์ของบุคคลหนึ่งในสถานการณ์กลุ่ม ซึ่งส่งผลให้เป็นเหตุเร้าใจให้บุคคลกระทำการให้บรรลุ

²⁹ มาริสสา เกิดอยู่. (2558). *วิเคราะห์ปัญหาและอุปสรรคทางกฎหมายเกี่ยวกับการมีส่วนร่วมของประชาชนสำหรับโครงการที่มีผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม: ศึกษากรณีโครงการสำรวจพัฒนาและผลิตปิโตรเลียมบนบกของไทย*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขานิติศาสตร์, คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์. หน้า 13.

³⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 13.

³¹ สมบัติ นามบุรี. (2562). ทฤษฎีการมีส่วนร่วมในงานรัฐประศาสนศาสตร์. *วารสารวิจัยวิชาการ*. 2(1), หน้า 186.

เป้าประสงค์ของกลุ่มและทำให้เกิดความรู้สึกมีส่วนร่วมรับผิดชอบกับกลุ่มที่ตนเองมีความเกี่ยวข้องดังกล่าวด้วย³²

Berkley กล่าวไว้ว่า การมีส่วนร่วมนั้นหมายถึงการที่บุคคลที่เป็นผู้นำได้เปิดโอกาสให้ผู้ตามได้เข้ามามีส่วนร่วมในการตัดสินใจในการทำงานเท่าที่จะสามารถเป็นไปได้

United Nations ได้ให้คำอธิบายความหมายของการมีส่วนร่วมไว้ว่า การเข้าร่วมอย่างกระตือรือร้นและมีพลังของประชาชนในด้านต่างๆ ได้แก่ การตัดสินใจเพื่อกำหนดเป้าหมายในสังคมและการจัดสรรทรัพยากรให้บรรลุเป้าหมาย

2.3.2 ระดับของการมีส่วนร่วม

การมีส่วนร่วมนั้นมีหลากหลายระดับ เนื่องจากบุคคลแต่ละบุคคลมีความเป็นปัจเจกบุคคล มีความรู้ความสามารถต่างๆที่แตกต่างกันออกไป ส่งผลให้แต่ละบุคคลอาจมีส่วนร่วมในระดับใดระดับหนึ่งหรือหลายระดับของการมีส่วนร่วมก็ได้ โดยการมีส่วนร่วมนั้นแบ่งออกได้เป็น 6 ระดับ ดังนี้³³

ระดับแรก การให้ข้อมูลแก่ประชาชน ในระดับนี้ประชาชนจะเข้ามามีส่วนร่วมค่อนข้างน้อย แต่อย่างไรก็ตามเป็นขั้นตอนที่มีความสำคัญอย่างยิ่งเพราะประชาชนจะมีส่วนร่วมกับภาครัฐไม่ได้เลยหากประชาชนไม่ได้รับทราบข้อมูลจากหน่วยงานของรัฐ เป็นก้าวแรกที่จะทำให้ประชาชนได้เข้ามามีส่วนร่วม ซึ่งข้อมูลนั้นหมายถึงความรวมถึงข่าวสารต่างๆจากภาครัฐด้วยเช่นเดียวกัน นอกจากนี้ยังเป็นสิทธิของประชาชนตามกฎหมายที่จะได้รับทราบข้อมูลดังกล่าวจากภาครัฐ โดยรัฐมีหน้าที่ที่จะต้องให้ข้อมูลแก่ประชาชนอย่างถูกต้อง ทันต่อสถานการณ์และประชาชนจะต้องเข้าถึงข้อมูลได้ โดยภาครัฐจะต้องให้ข้อมูลแก่ประชาชนว่ามีโครงการหรือกิจกรรมอะไรเกิดขึ้น และจะเกิดขึ้นที่ไหน ซึ่งภาครัฐอาจใช้วิธีการสื่อสารในการให้ข้อมูลแก่ประชาชนด้วยวิธีการที่หลากหลาย เช่น การจัดงานแถลงข่าว เอกสารสิ่งพิมพ์ หรือในปัจจุบันอาจมีการประชาสัมพันธ์กิจกรรม โครงการต่างๆของรัฐผ่านสื่อสังคมออนไลน์ ไม่ว่าจะเป็น Facebook Youtube เป็นต้น

ระดับที่สอง การเปิดรับฟังความคิดเห็น เป็นระดับหลังจากที่ประชาชนได้เข้าถึงทราบข้อมูลข่าวสารจากทางภาครัฐแล้ว ในระดับขั้นนี้จะเป็นการเปิดพื้นที่ให้ประชาชนเข้ามามีส่วนร่วม

³² พิสุทธิ วรรณฉัตรสิริ. (2546). *การศึกษาการมีส่วนร่วมของผู้นำชุมชนและผู้บริหารโรงเรียนต่อการจัดระเบียบสังคมในชุมชนกลุ่มรัตนโกสินทร์กรุงเทพมหานคร*. วิทยานิพนธ์สังคมสงเคราะห์ศาสตรมหาบัณฑิต คณะสังคมสงเคราะห์ศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 38.

³³ เอกพงษ์ สารน้อย. (2564). *อาชีวศึกษาและพัฒนศึกษาขั้นสูง*. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยศรีปทุม. เอกสารการสอบที่ไม่เป็นเล่ม. หน้า 23.

โดยการร่วมให้ข้อเท็จจริง ข้อมูลและข้อเสนอแนะของประชาชนเกี่ยวกับโครงการหรือกิจกรรมต่างๆต่อหน่วยงานภาครัฐ โดยประชาชนจะร่วมคิดพิจารณาถึงเหตุผลความจำเป็นของโครงการหรือกิจกรรมดังกล่าว ซึ่งเมื่อภาครัฐได้รับทราบความคิดเห็นจากประชาชนแล้ว ภาครัฐจะนำข้อมูลดังกล่าวไปประกอบการตัดสินใจในการดำเนินกิจกรรม โครงการต่างๆของทางภาครัฐ ตัวอย่างของวิธีการรับฟังความคิดเห็น เช่น การจัดเวทีสาธารณะ การให้ประชาชนแสดงความคิดเห็นเกี่ยวกับโครงการหรือกิจกรรมที่ภาครัฐจะดำเนินการผ่านเว็บไซต์ของหน่วยงานภาครัฐ

ระดับที่สาม การปรึกษาหารือ หมายถึง กระบวนการที่ให้ประชาชนได้มีส่วนร่วมในการตัดสินใจเกี่ยวกับโครงการหรือกิจกรรมต่างๆของทางภาครัฐว่าประชาชนเห็นด้วยกับโครงการหรือกิจกรรมดังกล่าวหรือไม่อย่างไร หากประชาชนไม่เห็นด้วยประชาชนก็ปฏิเสธไม่ให้ดำเนินการแต่อย่างไรก็ตามอำนาจตัดสินใจในการดำเนินการดำเนินการกิจกรรมหรือโครงการดังกล่าวท้ายที่สุดก็ยังคงเป็นของบุคคลอื่นมิใช่เป็นอำนาจของประชาชนแต่อย่างใด วัตถุประสงค์ของระดับการมีส่วนร่วมในระดับนี้ก็เพื่อให้เกิดความเข้าใจกันระหว่างภาครัฐกับประชาชนในการดำเนินการหรือโครงการที่จะมีขึ้นต่อไป นอกจากนี้ยังมีวัตถุประสงค์ขึ้นเพื่อให้ประชาชนสามารถพิจารณาถึงความก้าวหน้าของกิจกรรมหรือโครงการดังกล่าว

ระดับที่สี่ ร่วมในการดำเนินการ หมายถึง การที่ประชาชนเข้าร่วมในการดำเนินการในกิจกรรมหรือโครงการนั้นๆ³⁴ ซึ่งผู้เข้ามามีส่วนร่วมจะดำเนินการตามแนวทางหรือแผนงานที่ได้มีการวางเอาไว้ เพื่อให้กิจกรรมหรือโครงการที่ได้ดำเนินการสามารถบรรลุวัตถุประสงค์ของกิจกรรมหรือโครงการดังกล่าวได้ โดยที่การมีส่วนร่วมในระดับนี้นั้นจะเข้าร่วมได้ก็เฉพาะบางโครงการหรือกิจกรรมตามแต่ประเภทของ โครงการหรือกิจกรรมที่จะเอื้อให้ประชาชนสามารถเข้ามามีส่วนร่วมในระดับการดำเนินการได้

ระดับที่ห้า การมีส่วนร่วมในการติดตาม ตรวจสอบและประเมินผล เป็นขั้นตอนที่มีความสำคัญเพราะเป็นกระบวนการที่ประชาชนจะได้เข้ามามีส่วนร่วมในการติดตามผลของการดำเนินงานของโครงการหรือกิจกรรมว่ามีการพัฒนามากน้อยอย่างไร และเข้ามามีส่วนร่วมในการตรวจสอบกิจกรรมหรือโครงการดังกล่าวว่ามีปัญหา ข้อบกพร่องใดเกิดขึ้นหรือไม่อย่างไร โครงการหรือกิจกรรมได้เป็นไปแนวทางหรือวัตถุประสงค์ที่ได้มีการวางแผนไว้หรือไม่ นอกจากนี้ยังมีการประเมินประสิทธิภาพของโครงการหรือกิจกรรมที่ได้ดำเนินการขึ้น โดยที่ประชาชนจะเข้ามามีส่วนร่วมในการพิจารณาคิดกฎเกณฑ์ในการประเมินผลในโครงการหรือกิจกรรม ซึ่งเป็นไปเพื่อป้องกัน

³⁴ เอกพงษ์ สารน้อย. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 33. หน้า 25.

ข้อผิดพลาดหรือปัญหาที่อาจจะเกิดขึ้นกับโครงการหรือกิจกรรมดังกล่าว³⁵ หากมีข้อบกพร่องหรือข้อผิดพลาดอันอาจเกิดขึ้นได้จะได้มีการวางแผนแนวทางในการแก้ไขปัญหาหรือข้อบกพร่องดังกล่าวไว้ เพื่อความมีประสิทธิภาพของโครงการหรือกิจกรรมที่ได้ดำเนินการ

ระดับที่หก การร่วมรับผล คือ เมื่อกิจกรรมหรือโครงการที่ประชาชนได้มีส่วนร่วมในการดำเนินการในระดับต่างๆที่กล่าวมาแล้วนั้นได้ดำเนินการมาจนเสร็จสิ้นกิจกรรมหรือโครงการผลของกิจกรรมหรือโครงการดังกล่าวที่เกิดขึ้น ทั้งประชาชนและภาครัฐที่เกี่ยวข้องจะต้องร่วมกันรับผลที่เกิดขึ้น แม้ว่าผลดังกล่าวจะเป็นผลกระทบในเชิงลบประชาชนก็ต้องยินยอมรับผลดังกล่าวที่เกิดขึ้น

จากที่กล่าวมาจะเห็นได้ว่าการมีส่วนร่วมนั้นมีหลากหลายระดับและทุกระดับประชาชนสามารถเข้าไปมีส่วนร่วมได้ทั้งสิ้น หากประชาชนได้เข้ามามีส่วนร่วมในระดับที่สูงขึ้นยิ่งส่งผลให้ประชาชนสามารถแสดงเจตจำนงของตนได้มากยิ่งขึ้นตามลำดับ แต่อย่างไรก็ตามด้วยเหตุที่ประชาชนแต่ละบุคคลมีความเป็นปัจเจกบุคคล มีทักษะความสามารถและบุคลิกที่แตกต่างกันไป ส่งผลให้ประชาชนแต่ละคนอาจเข้าร่วมในระดับของการมีส่วนร่วมเพียงระดับใดระดับหนึ่งหรือมากกว่านั้นก็ได้แล้วแต่ความถนัดของแต่ละบุคคล

2.3.3 รูปแบบของการมีส่วนร่วม

รูปแบบในการมีส่วนร่วมของประชาชนแบ่งออกได้เป็น 4 รูปแบบในการมีส่วนร่วม ได้แก่ การมีส่วนร่วมในการตัดสินใจ การมีส่วนร่วมในการดำเนินงาน การมีส่วนร่วมในการรักษาผลประโยชน์และการมีส่วนร่วมในการประเมินผล

รูปแบบแรก การมีส่วนร่วมในการตัดสินใจ (Decision Making) การตัดสินใจตามการมีส่วนร่วมดังกล่าวนี้จะเป็นรูปแบบที่ต้องใช้ความต่อเนื่องตั้งแต่ช่วงเริ่มต้นของการตัดสินใจ ช่วงดำเนินการต่อเนื่องมาจนในการปฏิบัติตามแผน ซึ่งการมีส่วนร่วมตามรูปแบบนี้นั้นมีสาระสำคัญที่ต้องกระทำ คือ กำหนดเป้าหมายที่ต้องการ ลำดับความสำคัญหลังจากนั้นก็จะเป็นการคัดเลือกนโยบายและประชาชนที่จะมีส่วนร่วม³⁶ การมีส่วนร่วมในการคิดตัดสินใจสามารถแบ่งออกได้เป็น 3 ระดับ ได้แก่ 1.การตัดสินใจเริ่มแรก 2.การตัดสินใจขั้นต่อไป เป็นกระบวนการตัดสินใจที่เกิดขึ้นหลังจากการตัดสินใจเริ่มแรก โดยการตัดสินใจขั้นต่อไปนี้นั้นมักได้รับอิทธิพลในการตัดสินใจมาจากบุคคลภายนอก เช่น เรื่องของความน่าเชื่อถือ 3.การตัดสินใจเพื่อดำเนินการ

³⁵ สุณีย์ มัลลิกะมาลย์. (2545). *รัฐธรรมนูญกับการมีส่วนร่วมของประชาชนในการพิทักษ์รักษาทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม*. กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 57-62.

³⁶ เอกพงษ์ สารน้อย. อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 33. หน้า 24.

รูปแบบที่สอง การมีส่วนร่วมในการดำเนินงาน (Implementation) การมีส่วนร่วมในด้านนี้นั้นมีคำถามที่ต้องพิจารณาคือ ใครจะทำอะไรที่ส่งผลเป็นประโยชน์กับกิจกรรมหรือโครงการได้และจะทำด้วยวิธีการใด โดยการมีส่วนร่วมในการดำเนินงานนั้นแบ่งออกได้เป็น 3 แบบ กล่าวคือ

แบบแรก การสนับสนุนทางด้านวิธีการ โดยอาจเป็นการมีส่วนร่วมในการสนับสนุนโดยการทำงาน กำลังทางด้านทรัพยากร และการหาแหล่งข้อมูลที่สำคัญจำเป็นต่อการดำเนินกิจกรรมหรือโครงการนั้นๆ

แบบที่สอง การบริหารและร่วมมือในการทำงาน โดยส่วนนี้นั้นมักจะเกิดขึ้นจากลูกจ้าง หรือ ผู้ที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับโครงการหรือกิจกรรมดังกล่าวที่มีหน้าที่รับผิดชอบโดยตรง³⁷

แบบที่สาม อาสาสมัครในกิจกรรมหรือโครงการ วิธีการนี้นั้นเกิดขึ้นมาจากการสมัครใจของบุคคลเพื่อเข้ามามีส่วนร่วมในกิจกรรมหรือโครงการที่เกิดขึ้น

รูปแบบที่สาม การมีส่วนร่วมในการรับผลประโยชน์ (Benefits) เมื่อมีส่วนร่วมในกิจกรรมหรือโครงการแล้ว บุคคลผู้มีส่วนร่วมยังมีส่วนร่วมที่จะต้องได้รับผลประโยชน์ไม่ว่าผลประโยชน์ดังกล่าวจะเป็นผลประโยชน์ที่เป็นผลในเชิงบวกหรือผลในเชิงลบ กล่าวคือผลประโยชน์ในเชิงบวกอาจปรากฏอยู่ในรูปแบบของผลประโยชน์ทางด้านสังคม ผลประโยชน์ทางด้านวัตถุ หรือผลประโยชน์ส่วนตัว เช่น ชื่อเสียงที่ได้รับจากการมีส่วนร่วมในกิจกรรมหรือโครงการดังกล่าว นอกจากนี้ผลประโยชน์ในเชิงลบ เช่น อันตรายที่อาจได้รับการเข้ามามีส่วนร่วมในกิจกรรมหรือโครงการดังกล่าว ผู้เข้ามามีส่วนร่วมก็ต้องร่วมรับในผลดังกล่าวด้วยเช่นกัน

รูปแบบที่สี่ การมีส่วนร่วมในการประเมินผล (Evaluation) การมีส่วนร่วมดังกล่าวนี้จะส่งผลต่อการป้องกันและการแก้ไขสภาพปัญหาหรือข้อบกพร่องของกิจกรรมหรือโครงการที่ได้เข้ามามีส่วนร่วม เพราะหากประเมินผลแล้วพบปัญหาหรือข้อบกพร่องที่อาจเกิดขึ้นได้ จะได้ป้องกันปัญหาหรือแก้ไขปัญหาดังกล่าวได้อย่างมีประสิทธิภาพ โดยมีสิ่งที่จะต้องให้ความสำคัญในการประเมินผล ได้แก่ ความเห็น ความคาดหวังและความชอบ เพราะเหตุที่กลุ่มบุคคลมีผลสำคัญต่อทิศทางว่ากิจกรรมหรือโครงการจะประสบความสำเร็จหรือไม่

2.3.4 ประโยชน์ของการมีส่วนร่วม

ประโยชน์ที่ได้รับจากการมีส่วนร่วมของประชาชนนั้น มีประโยชน์หลากหลายประการ ซึ่งประโยชน์อันเกิดจากการมีส่วนร่วมของประชาชนนั้นอาจเป็นประโยชน์ที่เกิดขึ้นกับตัวบุคคล หรือต่อสังคมส่วนรวมได้ด้วยเช่นกัน ตัวอย่างของประโยชน์จากการมีส่วนร่วม มีดังนี้

ประการแรก ประโยชน์ในการสร้างฉันทามติ เนื่องจากสังคมประกอบไปด้วยบุคคลที่หลากหลาย มีความแตกต่างกัน ไปในแต่ละบุคคล โดยเฉพาะในทางด้านความคิดที่แตกต่างกัน

³⁷ พิสุทธิ วรรณฉัตรสิริ. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 32. หน้า 45.

ฉะนั้นจึงมีความจำเป็นที่แต่ละบุคคลจะต้องมีการยอมรับซึ่งกันและกัน การมีส่วนร่วมของประชาชนในสังคมเป็นกลไกสำคัญที่จะมีส่วนช่วยในการลดความขัดแย้งระหว่างบุคคล ให้บุคคลสมานฉันท์เกิดการยอมรับความแตกต่างกันได้ โดยความขัดแย้งที่สำคัญที่การมีส่วนร่วมจะเข้าไปช่วยในการลดความขัดแย้ง คือ ความขัดแย้งทางด้านการเมือง นอกจากนี้การมีส่วนร่วมของประชาชนยังส่งผลให้ประชาชนยอมรับต่อการตัดสินใจของภาครัฐส่งผลให้ภาครัฐมีความชอบธรรมในการดำเนินกิจกรรมหรือโครงการต่างๆมากขึ้น

ประการที่สอง การเพิ่มคุณภาพในการตัดสินใจ การเข้ามามีส่วนร่วมของประชาชนส่งผลให้ภาครัฐได้มีการพิจารณาทางเลือกที่หลากหลายหรือเป็นทางเลือกใหม่สำหรับภาครัฐ เมื่อภาครัฐมีทางเลือกที่หลากหลายหรือทางเลือกใหม่ทำให้ภาครัฐสามารถพิจารณาตัดสินใจในเรื่องต่างๆได้อย่างละเอียดรอบคอบขึ้น โดยเฉพาะหากการตัดสินใจใดของภาครัฐนั้นมีผลกระทบต่อประชาชนการมีส่วนร่วมของประชาชนนั้น จะทำให้ภาครัฐได้มีความชอบธรรมได้รับการยอมรับในการตัดสินใจดังกล่าวจากประชาชน

ประการที่สาม ส่งเสริมในการพัฒนาความเชี่ยวชาญความคิดสร้างสรรค์ของประชาชน การที่ภาครัฐให้ประชาชนได้เข้ามามีส่วนร่วมนั้น ทำให้ประชาชนได้มีการฝึกทักษะทางด้านการคิดการตัดสินใจ อีกทั้งยังเป็นการฝึกความเป็นผู้นำให้แก่ประชาชนผู้เข้ามามีส่วนร่วมไปโดยปริยาย

ประการที่สี่ ลดค่าใช้จ่ายและลดการเสียเวลา การที่ประชาชนเข้ามามีส่วนร่วมกับภาครัฐตั้งแต่ต้นของการดำเนินงานและรับทราบข้อมูลข่าวสาร คำอธิบาย รวมไปถึงเหตุผลความจำเป็นในการดำเนินงาน ย่อมก็ให้เกิดความรู้สึกร่วมในการดำเนินการ กับภาครัฐ ซึ่งส่งผลให้ประชาชนยอมรับในการดำเนินงานดังกล่าวของทางภาครัฐ เมื่อประชาชนเกิดการยอมรับในการดำเนินการ การดำเนินการย่อมเป็นไปด้วยความสะดวก เพราะประชาชนจะให้ความร่วมมือในการดำเนินการ ทำให้ภาครัฐสามารถดำเนินการได้อย่างรวดเร็ว และการได้รับการยอมรับจากประชาชนยังส่งผลให้ประชาชนไม่คัดค้านในการดำเนินงานทำให้งานดังกล่าวสำเร็จลุล่วงเป็นไปตามเป้าประสงค์ ในทางกลับกันหากประชาชนไม่ให้การยอมรับเกิดการคัดค้านในการดำเนินงาน การดำเนินงานต้องหยุดชะงักลง เกิดการสูญเสียค่าใช้จ่ายที่ภาครัฐได้ดำเนินการไปก่อนหน้านี้

ประการที่ห้า กระชับความสัมพันธ์ระหว่างประชาชนกับภาครัฐให้มีความใกล้ชิดขึ้น การมีส่วนร่วมของประชาชนนั้น การเข้ามามีส่วนร่วมของประชาชนจะส่งเสริมให้ความสัมพันธ์ของทั้งฝ่ายภาครัฐและประชาชนมีความสัมพันธ์ที่ใกล้ชิดกันมากขึ้น แต่จะเห็นได้ชัดกับความสัมพันธ์ระหว่างองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นกับประชาชน เพราะเหตุที่เมื่อประชาชนเข้ามามีส่วนร่วมประชาชนจะตระหนักและรู้สึกว่าการดำเนินงานของภาครัฐที่รัฐตัดสินใจดำเนินการนั้น

ไม่ใช่เป็นเพียงเรื่องของภาครัฐเท่านั้นแต่เป็นเรื่องของประชาชนด้วยเช่นเดียวกัน ในด้านภาครัฐ โดยเฉพาะผู้บริหารท้องถิ่นเมื่อประชาชนเข้ามามีส่วนร่วมในการดำเนินงานก็จะรู้สึกไวต่อความรู้สึกของประชาชน ส่งผลให้ผู้บริหารท้องถิ่นกระตือรือร้นต่อการตอบสนองความคิดเห็นของประชาชน

ประการที่หก ช่วยให้ประชาชนสนใจในประเด็นสาธารณะขึ้น การมีส่วนร่วมนั้นจะเป็นการส่งเสริมบทบาทของประชาชนให้มีตัวตนในเวทีสาธารณะมากขึ้น การมีตัวตนของประชาชนดังกล่าวส่งผลให้ประชาชนรู้สึกกระตือรือร้นต่อเรื่องของสาธารณะตามมาโดยปริยาย³⁸

ประการที่เจ็ด การมีส่วนร่วมของประชาชนส่งผลให้ประชาชนให้ความสำคัญจนนำไปสู่การลงมือปฏิบัติ ด้วยเหตุที่ประชาชนได้เข้ามามีส่วนร่วมในการตัดสินใจในการดำเนินการของทางภาครัฐ การมีส่วนร่วมดังกล่าวนี้ก่อให้เกิดความรู้สึกความเป็นเจ้าของแก่ประชาชน เมื่อประชาชนรู้สึกเป็นเจ้าของในการดำเนินการดังกล่าว ประชาชนก็จะมุ่งหวังให้การดำเนินการสำเร็จตามเป้าหมายที่วางไว้โดยการลงมือปฏิบัติอย่างจริงจัง

ประการที่แปด ช่วยลดความไม่โปร่งใสในการดำเนินงานของทางภาครัฐ เมื่อประชาชนเข้ามามีส่วนร่วมในการดำเนินงานจนเกิดความรู้สึกเป็นเจ้าของร่วมกับทางภาครัฐในการดำเนินงานนั้น เป็นธรรมดาที่ประชาชนจะคอยตรวจสอบความไม่โปร่งใสที่จะเกิดขึ้นกับการดำเนินงาน เพื่อให้งานที่ตนได้เข้ามามีส่วนร่วมเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ

2.3.5 แนวคิดยุทธธรรมชุมชน

กิตติพงษ์ กิตยารักษ์และจุฑารัตน์ เอื้ออำนวยซึ่งเป็นนักวิชาการชาวไทยได้ให้ข้อขยายคำว่า “ยุทธธรรมชุมชน” ไว้ว่า เป็นแบบแผนของกลยุทธ์เชิงรุกที่ให้ความสำคัญกับการป้องกันอาชญากรรม โดยการทำงานร่วมกันของชุมชนในลักษณะของ “หุ้นส่วน” ระหว่าง “องค์กรภาครัฐ” ซึ่งมีหน้าที่รับผิดชอบในเรื่องความปลอดภัยของสาธารณะกับชุมชน โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้เกิดความปลอดภัย ความเป็นธรรมและชุมชนนั้นมีคุณภาพชีวิตที่ดี³⁹

แนวคิดยุทธธรรมชุมชนมีความสัมพันธ์กับแนวคิดของทฤษฎีการมีส่วนร่วมที่ประชาชนสามารถเข้ามามีส่วนร่วมในการดำเนินกิจกรรมหรือโครงการของรัฐเพื่อร่วมกันแก้ไขปัญหาของสังคม โดยที่ยุทธธรรมชุมชนมีลักษณะของกระบวนการที่ให้ความสำคัญกับการเข้ามามีส่วนร่วมระหว่างประชาชนที่อาศัยอยู่ในชุมชนกับหน่วยงานภาครัฐ

³⁸ อรทัย ก๊กผล. (2552). *คู่มือ การมีส่วนร่วมของประชาชนสำหรับผู้บริหารท้องถิ่น*. กรุงเทพฯ: จรัญสนิทวงศ์การพิมพ์. หน้า 26-28.

³⁹ จุฑารัตน์ เอื้ออำนวย. (2549). *ยุทธธรรมชุมชน: การเปิดพื้นที่ของชุมชนในการอำนวยความสะดวก*. กรุงเทพฯ: สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย (สกว). หน้า 12.

ยุติธรรมชุมชนนั้นเป็นยุทธศาสตร์เชิงปฏิบัติการที่มีชุมชนเป็นองค์ประกอบสำคัญในการเข้ามามีส่วนร่วม โดยมีเป้าหมายคือการป้องกันและควบคุมอาชญากรรมและความไร้ระเบียบของชุมชน แก้ไขปัญหาความขัดแย้งต่างๆที่เกิดขึ้นด้วยวิธีการเยียวยาความรุนแรงที่เกิดจากอาชญากรรมและส่งเสริมผู้กระทำความผิดให้กับชุมชน⁴⁰ การแก้ไขปัญหาความขัดแย้งที่เกิดขึ้นภายในชุมชนนั้น ชุมชนจะต้องแก้ไขปัญหาดังกล่าวโดยอาศัยวิธีการเชิงสมานฉันท์ โดยมุ่งเน้นเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการกระทำความผิดของผู้กระทำความผิดและให้โอกาสผู้กระทำความผิดสามารถกลับตัวกลับใจกลับคืนสู่ชุมชนได้ โดยลักษณะของกิจกรรมที่จะดำเนินการนั้นจะต้องกระทำในลักษณะเชิงรุกไม่ใช่ตั้งรับ

สำหรับประเทศไทยได้มีการนำแนวคิดยุติธรรมชุมชนกลับมาใช้ ตั้งแต่ประมาณ พ.ศ.2549-2550 โดยได้มีการใช้กันอย่างแพร่หลายในปีพ.ศ.2550 ซึ่งก่อนหน้านั้นรัฐมุ่งเน้นที่จะใช้แนวคิดของกระบวนการยุติธรรมกระแสหลักในการจัดการกับปัญหาอาชญากรรม โดยหน่วยงานที่ได้นำยุติธรรมชุมชนมาใช้เป็นหน่วยงานหลักได้แก่ กระทรวงยุติธรรม ซึ่งหน่วยงานภายใต้สังกัดกระทรวงยุติธรรมหลายๆหน่วยงานๆ เช่น กรมคุมประพฤติ กรมคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ ได้นำยุติธรรมชุมชนมาขับเคลื่อนเพื่อให้ประชาชนสามารถเข้าถึงความยุติธรรมได้อย่างมีประสิทธิภาพ

โดยของยุติธรรมชุมชนมีวัตถุประสงค์ เพื่อสนับสนุนให้ประชาชนได้เข้ามามีส่วนร่วมกับภาครัฐในกระบวนการยุติธรรม และส่งเสริมให้ประชาชนมีความรู้ในการจัดการปัญหาความขัดแย้งต่างๆที่เกิดขึ้นกับชุมชนของตนเองในเบื้องต้น นอกจากนี้ยังมีวัตถุประสงค์ต้องการให้ประชาชนสามารถเข้าถึงความยุติธรรมได้อย่างสะดวก รวดเร็ว ประหยัด โดยมีความเสมอภาคกันภายใต้กฎหมาย อีกทั้งยุติธรรมชุมชนยังประสงค์ที่จะช่วยลดปริมาณคดีที่จะเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมกระแสหลัก

สำหรับประโยชน์ของยุติธรรมชุมชนนั้นมี ดังนี้

ประการแรก ลดปัญหาอาชญากรรมและความไม่สงบเรียบร้อยในชุมชน ซึ่งยุติธรรมชุมชนนั้นจะมุ่งเน้นแก้ไขปัญหาที่ต้นเหตุของปัญหา

ประการที่สอง ยุติธรรมชุมชนสามารถแก้ไขปัญหาของชุมชนไม่ว่าจะเป็นอาชญากรรมหรือความขัดแย้งได้ตรงตามความต้องการของชุมชน เพราะเหตุที่คนในชุมชนเข้ามามีส่วนร่วมในการจัดการกับปัญหา ดังนั้นวิธีการจัดการกับปัญหาย่อมเป็นไปตามความต้องการของคนในชุมชน

⁴⁰ สัจญพงษ์ ลิ้มประเสริฐ, สุจินต์ เสนาแพทย์ และวศิน อุสันโน. (2562). *ยุติธรรมชุมชน:กระบวนการยุติธรรมทางเลือกในสังคมไทย*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <https://rsucon.rsu.ac.th/files/proceedings/nation2019/NA19-107.pdf> [2564, 9 มีนาคม].

ประการที่สาม ยุติธรรมชุมชนสามารถช่วยลดภาระค่าใช้จ่ายของทางภาครัฐได้เนื่องจาก การใช้ทรัพยากรกับยุติธรรมชุมชนน้อยกว่ากระบวนการยุติธรรมกระแสหลัก

ประการที่สี่ ช่วยลดปริมาณคดีที่จะเข้าสู่การพิจารณาของศาล เนื่องจากปัญหา อาชญากรรมหรือความขัดแย้งถูกจัดการ โดยกระบวนการยุติธรรมชุมชนไปก่อนแล้ว อีกทั้งเมื่อคดีที่ เข้าสู่การพิจารณาของศาลลดน้อยลง ทำให้การพิจารณาคดีที่อยู่ในศาลเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ มากขึ้น⁴¹

ในส่วนของความสำคัญของยุติธรรมชุมชนนั้นแบ่งออกได้เป็น 4 ประการดังนี้

ประการแรก ยุติธรรมชุมชนมีส่วนในการช่วยฟื้นฟูความสำคัญของชุมชนให้กลับมามีความสำคัญ ส่งเสริมให้ประชาชนในชุมชนมีส่วนร่วมในการจัดการแก้ไขปัญหาาร่วมกันอันนำมา ซึ่งการกระชับความสัมพันธ์ระหว่างคนในชุมชน

ประการที่สอง ช่วยลดภาระของกระบวนการยุติธรรมกระแสหลัก เพราะประชาชน เข้ามามีส่วนร่วมในกระบวนการยุติธรรมผ่านทางกระบวนการยุติธรรมชุมชน

ประการที่สาม การที่ยุติธรรมชุมชนมีกระบวนการที่เห็นว่าชุมชนเป็นพื้นที่ที่เกิด อาชญากรรม หรือชุมชนดังกล่าวอาจเป็นพื้นที่ที่อยู่อาศัยของผู้กระทำความผิด ฉะนั้นการนำเอา ศักยภาพของชุมชน เข้ามามีส่วนร่วมจึงเป็นสิ่งสำคัญ

ประการที่สี่ โอกาสในการเข้าถึงความยุติธรรมของประชาชนเป็นไปได้โดยง่ายและ สะดวกมากยิ่งขึ้นกว่าการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมกระแสหลัก

ฉะนั้นจะเห็นได้ว่ายุติธรรมชุมชนกับทฤษฎีการมีส่วนร่วมมีความสัมพันธ์กัน เนื่องจากยุติธรรมชุมชนเปิดพื้นที่ให้ประชาชนได้ เข้ามามีส่วนร่วมในการดำเนินการเกี่ยวกับกิจกรรม ของทางภาครัฐ ซึ่งก็คือ การอำนวยความสะดวกให้โอกาสประชาชนในชุมชนที่จะ เข้ามามีส่วน เกี่ยวข้องในการแก้ไขปัญหาความขัดแย้งหรืออาชญากรรมที่เกิดขึ้นในชุมชน โดยชุมชนมีบทบาท สำคัญในการจัดการ และมุ่งเน้นเพื่อที่จะให้ผู้กระทำความผิดสามารถกลับเข้าสู่ชุมชนได้อีกครั้ง หนึ่ง โดยภาครัฐได้ปรับเปลี่ยนมุมมองไม่ผูกขาดความเป็นผู้เสียหายจากการเกิดอาชญากรรมขึ้นไว้ กับตนเองเพียงอย่างเดียวแต่ได้มองว่าผู้เสียหายและชุมชนเป็นผู้เสียหายที่แท้จริง

⁴¹ สัจญพงษ์ ถิมประเสริฐ, สุจินต์ เสนาแพทย์ และวศิน อุสัน โน. (2562). *ยุติธรรมชุมชน: กระบวนการยุติธรรม ทางเลือกในสังคมไทย*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <https://rsucon.rsu.ac.th/files/proceedings/nation2019/NA19-107.pdf> [2564, 9 มีนาคม].

2.4 ทฤษฎีการลงโทษ

สังคมของมนุษย์นั้นในแต่ละสังคมนั้นย่อมมีกฎเกณฑ์ระเบียบแบบแผนเพื่อควบคุมให้แต่ละบุคคลสามารถอยู่ร่วมกันได้โดยอย่างสงบสุข โดยในปัจจุบันกฎเกณฑ์ที่ว่านั้นปรากฏอยู่ในรูปแบบของกฎหมาย ซึ่งหากบุคคลใดฝ่าฝืนกฎหมายก็จะต้องได้รับโทษ ซึ่งโทษที่แต่ละบุคคลจะได้รับนั้นเป็นไปตามที่กฎหมายได้กำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นๆ

ซึ่งรัฐจะกำหนดโทษสำหรับความผิดในแต่ละฐานให้เป็นเช่นไรนั้น รัฐจะคำนึงถึงวัตถุประสงค์ของการลงโทษเพื่อให้เหมาะสมแก่ความผิดแต่ละฐาน โดยวัตถุประสงค์ของการลงโทษนั้นมีดังนี้ เพื่อการแก้แค้นทดแทน เพื่อข่มขู่ยับยั้ง เพื่อปกป้องคุ้มครองสังคม และเพื่อการแก้ไขฟื้นฟู

2.4.1 ทฤษฎีการแก้แค้นทดแทน

ทฤษฎีการแก้แค้นทดแทนเป็นทฤษฎีที่เก่าแก่และมีปรากฏมาอย่างยาวนาน ซึ่งเป็นผลมาจากแนวความคิดที่ว่า มนุษย์มีเจตจำนงเสรี (Free Will) ที่มนุษย์มีเหตุผล (rational) และมีอิสระที่จะกระทำการใดๆ ก็ได้ภายใต้ความเชื่อและการตัดสินใจของตนเอง และเมื่อมนุษย์กระทำการใดแล้วย่อมต้องรับผิดชอบต่อการกระทำของตนเอง⁴² โดยวัตถุประสงค์ของการลงโทษตามแนวคิดทฤษฎีการแก้แค้นทดแทนมุ่งพิจารณาถึงการกระทำความผิดในอดีตของผู้กระทำความผิดเป็นสำคัญ กล่าวคือ การลงโทษนั้นจะไม่พิจารณาถึงผลดีผลเสียที่จะเกิดขึ้นจากการลงโทษแต่มุ่งประสงค์ให้ที่จะลงโทษผู้กระทำความผิดให้สาสมกับการกระทำความผิดของผู้กระทำความผิด ส่วนผลดีผลเสียต่างจากการลงโทษนั้นเป็นเพียงผลสืบเนื่องจากการลงโทษที่ตามมาเท่านั้น อีกทั้งการลงโทษตามทฤษฎีแก้แค้นทดแทนไม่พิจารณาถึงความจำเป็นของสังคมแต่อย่างใด

การลงโทษตามแนวทฤษฎีแก้แค้นทดแทนดังกล่าว ในอดีตปรากฏการลงโทษในรูปแบบลักษณะของ กฎตาต่อตาฟันต่อฟัน โดยวิธีการลงโทษนั้นรุนแรงและโหดร้าย ซึ่งในประมวลกฎหมายฮัมมูราบีได้ปรากฏวิธีการลงโทษในลักษณะของกฎตาต่อตาฟันต่อฟันไว้ เช่น หากบุคคลใดทำลายดวงตาของบุคคลอื่นบุคคลผู้นั้นก็ต้องถูกทำลายดวงตาของตน หรือ แม้กระทั่งหากเกิดกรณีบ้านที่ถูกสร้างพังทับลงมาอันทำให้เจ้าของบ้านถึงแก่ชีวิต ผู้ที่รับผิดชอบสร้างบ้านหลังดังกล่าวก็ต้องถูกลงโทษชดใช้ด้วยชีวิตของตนเช่นกัน นอกจากนี้ในกฎหมายไทยในสมัยก่อน

⁴² ปราโมทย์ เสริมศีลธรรม. (2564). *หลักเกณฑ์ในการกำหนดโทษทางอาญา ภายใต้โครงการสนับสนุนสารสนเทศเพื่อการทำงานสมาชิกวุฒิสภา*. กรุงเทพฯ : สถาบันพระปกเกล้า. หน้า 14.

รัชกาลที่ 5 ได้ปรากฏการลงโทษตามแนวทฤษฎีแก้แค้นทดแทนที่โทษในการลงโทษกับผู้กระทำ ความผิดกฎหมายมีความรุนแรงและโหดร้าย เช่น การตัดเล็บ การบีบขมับ เป็นต้น

แต่เมื่อสังคมได้พัฒนาขึ้นตามกาลเวลา วิธีการลงโทษที่ทารุณโหดร้ายดังกล่าวนี้ไม่เป็นที่ยอมรับของคนในสังคมปัจจุบัน ในปัจจุบันคนในสังคมยอมรับให้มีการลงโทษโดยใช้กระบวนการยุติธรรมเป็นเครื่องมือในการลงโทษผู้กระทำความผิด แต่ยังมีโทษบางฐานที่ยังคงรูปแบบตามแนวคิดของทฤษฎีการแก้แค้นทดแทนโดยมีวิธีการที่ความโหดเหี้ยมและรุนแรงน้อยกว่าในอดีต ยกตัวอย่างเช่น โทษประหารชีวิต โดยใช้วิธีการฉีดสารพิษเข้าสู่ร่างกายของผู้กระทำความผิด หรือ โทษจำคุก เป็นต้น

โดยการลงโทษตามทฤษฎีการแก้แค้นทดแทนจะชอบธรรม ต้องประกอบด้วยหลักการสำคัญ 3 ประการ

ประการแรก ผู้ซึ่งได้กระทำความผิดเท่านั้นจึงจะถูกลงโทษ

เนื่องจากการลงโทษมีความประสงค์เพื่อให้สาสมกับความผิด การลงโทษจึงใช้ จึงใช้กับผู้ได้กระทำความผิดเท่านั้น ดังนั้นเงื่อนไขของการลงโทษจึงจะต้องมีการกระทำความผิดเกิดขึ้นก่อน ซึ่งการกระทำความผิดนั้นจะต้องถูกลงโทษเพื่อให้สาสมกับความผิด⁴³ ฉะนั้นแม้การลงโทษนั้นจะเป็นประโยชน์แต่หากผู้ที่จะถูกลงโทษนั้นไม่ใช่ผู้กระทำความผิดจะไปลงโทษบุคคลนั้นไม่ได้ เพราะบุคคลดังกล่าวไม่มีความผิดอะไรที่จะต้องชดใช้ทดแทน

ประการที่สอง ผู้กระทำทำความผิดจะต้องถูกลงโทษทุกคนไม่มีข้อยกเว้น

การลงโทษผู้กระทำความผิดถือเป็นสิ่งที่มีความจำเป็นเพื่อเป็นการชำระไว้ซึ่งความยุติธรรม เพราะเหตุที่ผู้กระทำความผิดละเมิดกฎหมาย จะต้องได้รับการลงโทษเป็นการตอบแทน⁴⁴ ซึ่งตามทฤษฎีนี้ทุกคนที่กระทำความผิดจะต้องได้รับการลงโทษแม้การลงโทษดังกล่าวจะไม่เกิดประโยชน์หรืออาจก่อให้เกิดผลเสียแก่สังคมก็ตาม ตัวอย่างเช่น การลงโทษผู้แทนของต่างประเทศที่ได้กระทำความผิดในราชอาณาจักรแม้ว่าจะก่อให้เกิดการกระทบต่อความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ ก็ต้องลงโทษผู้แทนคนดังกล่าว

ประการที่สาม จำนวนโทษที่จะลงโทษต้องมีความเหมาะสมกับการกระทำความผิด

⁴³ สหชน รัตนไพจิตร. (2527). *ความประสงค์ของการลงโทษทางอาญา : ศึกษาเฉพาะประเทศไทยสมัยใช้กฎหมายลักษณะอาญาและประมวลกฎหมายอาญา*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชากฎหมายอาญา, บัณฑิตมหาวิทยาลัย มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 32.

⁴⁴ ปราโมทย์ เสริมศีลธรรม. *อั้งแล้วเชิงอรรถที่ 42*. หน้า 16.

ด้วยเหตุที่ทฤษฎีการลงโทษแก้แค้นทดแทน มุ่งหมายที่จะลงโทษผู้กระทำความผิดให้สาสมกับความผิดที่ผู้กระทำได้กระทำ การลงโทษจึงต้องมีความหนักเบาให้เหมาะสมกับความผิดที่ผู้กระทำได้กระทำ กล่าวคือ การลงโทษที่จะลงกับผู้กระทำความผิดจะต้องได้สัดส่วนกับความผิดที่ผู้กระทำความผิดได้กระทำลง โดยต้องคำนึงถึงความเสียหายที่เกิดจากการกระทำและผลอันเกิดแก้สังคม

กล่าวโดยสรุป ทฤษฎีการลงโทษแก้แค้นทดแทนเป็นทฤษฎีที่มองย้อนถึงการกระทำในอดีตของผู้กระทำซึ่งผู้กระทำความผิดจะต้องถูกลงโทษ โดยโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดจะต้องสาสมกับการกระทำเพื่อที่จะตอบแทนทดแทนการกระทำความผิดของผู้กระทำความผิด กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ ผู้กระทำความผิดกระทำความผิดที่มีระดับความรุนแรงเช่น ไรโทษที่จะลงนั้นก็จะต้องรุนแรงเช่นเดียวกับที่ผู้กระทำความผิดได้ก่อขึ้นเพื่อเป็นการชดใช้ความผิดที่ได้ก่อ

2.4.2 ทฤษฎีข่มขู่ยับยั้ง (Deterrence)

ทฤษฎีการลงโทษเพื่อข่มขู่ยับยั้ง (Deterrence) หรืออีกชื่อหนึ่ง คือ ทฤษฎีการลงโทษเพื่อป้องกัน (Preventive Theory) เป็นทฤษฎีที่มีความเชื่อว่าเมื่อผู้กระทำความผิดได้กระทำความผิดขึ้นมาแล้ว ความเสียหายในอดีตย่อมไม่สามารถที่จะเยียวยาให้กลับมาดังเดิม⁴⁵ โดยทฤษฎีการลงโทษเพื่อข่มขู่ยับยั้งมีแนวความคิดมาจากแนวคิดของสำนักอาชญาวิทยาดั้งเดิมที่เชื่อว่า มนุษย์มีเจตจำนงที่เสรี (Free Will) มนุษย์สามารถเลือกที่จะตัดสินใจที่จะกระทำการใดหรือไม่กระทำการใดได้ด้วยตนเอง โดยบุคคลจะกระทำความผิดหรือไม่ตามแนวความคิดของสำนักดังกล่าวมีปัจจัยขึ้นอยู่กับผลลัพธ์สุดท้ายเมื่อเปรียบเทียบระหว่างโทษที่ตนจะได้รับหากถูกจับกุมกับผลที่ตนคาดหมายขึ้นว่าตนจะได้รับจากการกระทำความผิด หากผลที่ตนคาดหมายว่าจะได้รับจากการกระทำความผิดมากกว่าโทษที่ตนจะต้องได้รับ ผู้กระทำก็จะเลือกที่จะก่ออาชญากรรมขึ้น ในทางกลับกัน หากโทษที่ตนจะได้รับหากถูกจับกุมมากกว่าผลที่ตนได้คาดหมายไว้จากการกระทำ ผู้กระทำก็จะตัดสินใจเลือกที่จะไม่กระทำการอันเป็นความผิด

ด้วยเหตุที่ทฤษฎีการลงโทษเพื่อข่มขู่ยับยั้งมีความเชื่อว่า ความผิดที่ผู้กระทำความผิดได้กระทำลงนั้น ความเสียหายไม่อาจเยียวยาให้กลับคืนมาดังเดิมได้ ฉะนั้นทฤษฎีการลงโทษเพื่อการข่มขู่ยับยั้ง จึงต้องมีการลงโทษกับผู้กระทำความผิด เพื่อป้องกันและข่มขู่ยับยั้งไม่ให้ผู้กระทำความผิดได้กระทำความซ้ำเติม ในขณะที่เดียวกันการลงโทษผู้กระทำความผิดก็เพื่อเป็นตัวอย่างให้บุคคลอื่นไม่กล้าที่จะกระทำความผิดเช่นเดียวกับผู้กระทำความผิด อันเป็นการป้องกันสังคมจากการเกิดอาชญากรรมที่อาจเกิดขึ้นได้ในอนาคตไม่ว่าจากตัวผู้ที่เคยกระทำความผิดเองหรือจากผู้ที่คิดจะกระทำความผิดซึ่งล้วนเป็นวัตถุประสงค์สำคัญของทฤษฎีการลงโทษเพื่อข่มขู่ยับยั้ง

⁴⁵ สหทรน รัตนไพจิตร. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 43. หน้า 43.

โดยการลงโทษที่จะเป็นการข่มขู่ยับยั้งผู้กระทำความผิดได้นั้น จะต้องประกอบไปด้วย ลักษณะของการลงโทษดังนี้ คือ การลงโทษจะต้องกระด้วยความรวดเร็วและมีความแน่นอน โดย โทษนั้นจะต้องมีความเคร่งครัดและรุนแรง⁴⁶

ซึ่งทฤษฎีการลงโทษเพื่อข่มขู่ยับยั้งนั้นที่สามารถให้ผลเป็นการป้องกันการกระทำความผิดก็เนื่องมาจากผู้กระทำความผิด เกรงกลัวโทษที่ตนจะได้รับ หากโทษดังกล่าวสูงกว่า ผลประโยชน์ที่ตนจะได้รับจากการกระทำความผิด นอกจากนี้ผู้ที่กระทำความผิดตระหนักต่อผลที่เกิดขึ้นภายหลังจากการลงโทษ ซึ่งก็คือ มติมหาชน เพราะเมื่อผู้กระทำความผิดได้รับการลงโทษ ผู้กระทำความผิดจะถูกตำหนิจากสังคมไม่ได้รับการยอมรับจากสังคมซึ่งผู้กระทำความผิดจะเข้ากับสังคมไม่ได้ และอีกสาเหตุหนึ่งที่ทฤษฎีการลงโทษเพื่อข่มขู่ยับยั้งให้ผลดังกล่าว ด้วยเหตุที่เมื่อมีการลงโทษผู้กระทำความผิดจะทำให้สังคมเข้าใจได้ว่าการกระทำความผิดดังกล่าวนั้นเป็นการกระทำที่ไม่ถูกต้องทำให้สังคมไม่กล้าที่จะฝืนกระทำการดังกล่าว ปฏิบัติตามกฎหมายจนสุดท้ายกลายเป็นนิสัยไปเอง⁴⁷

2.4.3 ทฤษฎีการลงโทษเพื่อปกป้องคุ้มครองสังคม (Social Protection)

ทฤษฎีการลงโทษเพื่อปกป้องคุ้มครองสังคมมีวัตถุประสงค์ขึ้นเพื่อคุ้มครองสังคมให้ปลอดภัยจากผู้กระทำความผิด โดยอาศัยการลงโทษที่แยกผู้กระทำความผิดให้ออกจากสังคม เพื่อให้ผู้กระทำความผิดหมดโอกาสที่จะกระทำความผิดขึ้นอีก ซึ่งอาจใช้วิธีการจำกัดการเคลื่อนไหวของผู้กระทำความผิดให้ผู้กระทำความผิดต้องอยู่ภายในพื้นที่ที่กำหนด จากการลงโทษที่กล่าวมาจะเห็นได้ว่า การลงโทษดังกล่าวมีขึ้นเพื่อมุ่งคุ้มครองสังคมให้ปลอดภัยและมีความสุข โดยให้ความสำคัญกับประโยชน์สาธารณะของสังคมและตัวบุคคลซึ่งเป็นภัยต่อสังคมเป็นสำคัญ⁴⁸ ซึ่งรูปแบบการลงโทษดังกล่าวนี้เป็นหลักประกันให้กับสังคมได้ว่าการกระทำความผิดซ้ำของผู้กระทำความผิดจะไม่เกิดขึ้นอีก

เป้าหมายของทฤษฎีการลงโทษเพื่อปกป้องคุ้มครองสังคมนั้น มีเป้าหมายคือ การแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิดและอบรมบ่มนิสัยมากกว่าที่จะลงโทษ โดยมุ่งเน้นในการคุ้มครองสังคมให้เกิดความปลอดภัยจากอาชญากรรม โดยที่การลงโทษนั้นจะพิจารณาให้มีความเหมาะสมกับผู้กระทำความผิดเป็นรายบุคคล⁴⁹ ซึ่งจะต้องพิจารณาถึงประเด็นในเรื่องของพฤติการณ์แวดล้อมที่

⁴⁶ ปราโมทย์ เสริมศีลธรรม. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 42. หน้า 17.

⁴⁷ สหชน รัตนไพจิตร. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 43. หน้า 47.

⁴⁸ ณรงค์ ใจหาญ และคณะ. (2551). *การกำหนดชั้นโทษและการนำไปปรับใช้ในประมวลกฎหมายอาญา*. ม.ป.ท. หน้า 60.

⁴⁹ เอกพงษ์ สารน้อย. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 33. หน้า 15.

เกิดขึ้นในอาชญากรรม สถานการณ์ของอาชญากรรมที่เกิดขึ้นและพฤติกรรมของผู้กระทำความผิดแต่ละบุคคลประกอบ เพื่อให้การฟื้นฟูแก้ไขผู้กระทำความผิดเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพอย่างแท้จริง

ทฤษฎีการลงโทษเพื่อปกป้องคุ้มครองสังคมนั้น ไม่ใช่ทฤษฎีที่เกิดขึ้นใหม่แต่เป็นทฤษฎีที่มีประวัติศาสตร์มาระยะเวลาหนึ่งพอสมควร เห็นได้จากมาตรา 176 ในรัฐธรรมนูญ สมัยของพระเจ้าจักรพรรดิซาร์ที่ 5 ได้มีการประกาศใช้เมื่อ ค.ศ.1532 ได้กล่าวไว้ว่า “เมื่อบุคคลไม่ทำตามสัญญาหรือหลังจากประกอบอาชญากรรมอย่างหนึ่งขึ้นแล้วยังจะทำความผิดต่อไป ถ้าผู้พิพากษาที่พิจารณาคดีเห็นว่าบุคคลนั้นจะก่อให้เกิดอันตรายต่อบุคคลอื่นอาจมีคำสั่งให้ขังผู้นั้นไว้ในเรือนจำจนกว่าจะหาประกันหรือผู้ค้ำประกันที่เหมาะสมได้ เพื่อป้องกันอันตรายที่อาจเกิดขึ้น”⁵⁰ โดยแนวความคิดดังกล่าวได้ถูกนำมาพัฒนาขึ้น โดยสำนักป้องกันสังคมในเวลาต่อมา

ซึ่งสำนักป้องกันสังคมได้เสนอให้นำระบบขัดเกลาทางสังคมมาใช้กับผู้กระทำความผิดและสนับสนุนให้ตรากฎหมายอาญาที่ให้ความสำคัญกับเรื่องของมนุษยธรรมมากขึ้นทั้งในแง่ของกระบวนการ และมาตรการที่นำมาบังคับใช้

กล่าวโดยสรุป ทฤษฎีปกป้องคุ้มครองสังคมมีวัตถุประสงค์เพื่อปกป้องคุ้มครองสังคมจากอาชญากรรม ไม่ได้มุ่งหมายที่จะแก้แค้นทดแทนกับผู้กระทำความผิด ในทางกลับกันกลับช่วยแก้ไขผู้กระทำความผิดให้กลับตัวเป็นคนดีไม่กลับไปกระทำความผิดซ้ำและสามารถเข้าสู่สังคมได้อีกครั้งหนึ่ง

2.4.4 ทฤษฎีการลงโทษเพื่อแก้ไขฟื้นฟู (Reformation and Rehabilitation)

ทฤษฎีการลงโทษแก้ไขฟื้นฟูได้รับความนิยมนอย่างมากในช่วงศตวรรษที่ 18 ซึ่งถือว่าเป็นแนวความคิดสมัยใหม่ เพราะเหตุที่มุ่งมองต่อตัวผู้กระทำความผิดได้เปลี่ยนแปลง จากเดิมที่เคยมองว่าผู้กระทำความผิดเป็นอาชญากรชั่วร้ายจะต้องถูกกำจัดให้หมดสิ้น เป็นการมองผู้กระทำความผิดในฐานะของสมาชิกของสังคมคนหนึ่งที่ได้กระทำการที่บกพร่องลงไป โดยนักอาชญาวิทยาสำนักนี้มุ่งเน้นที่จะศึกษาตัวบุคคลผู้กระทำความผิด โดยศึกษาเพื่อค้นหาสาเหตุของการกระทำความผิดซึ่งจะใช้วิทยาศาสตร์ในการเข้ามามีส่วน ในการค้นหาสาเหตุของการกระทำความผิดและแก้ไขพฤติกรรมที่บกพร่องของผู้กระทำความผิด ซึ่งทฤษฎีการลงโทษเพื่อฟื้นฟูแก้ไขผู้กระทำความผิด มีวัตถุประสงค์หลัก 3 ประการ คือ

ประการแรก พิจารณาศึกษาและทำความเข้าใจสาเหตุของการกระทำความผิด โดยพิจารณาจากตัวบุคคลเป็นหลัก

⁵⁰ Marc Ansel. (1996). *Social Defence: A modern Approach to Criminal Behavior*. New York: Schocken Books. p.30.

ประการที่สอง แสวงหาแนวการแก้ไขฟื้นฟูตัวผู้กระทำความผิด

ประการที่สาม สนับสนุนให้ผู้กระทำความผิดมีโอกาสได้กลับเข้าสู่สังคมดั้งเดิมอีกครั้ง โดยวิธีการที่จะแก้ไขฟื้นฟูตัวผู้กระทำความผิดนั้นมีหลักการสำคัญอยู่ 3 ประการ ดังนี้⁵¹

ประการแรก การลงโทษจะต้องหลีกเลี่ยงวิธีการลงโทษที่ส่งผลกระทบต่อผู้กระทำความผิด จากการสำรวจพบว่าภายหลังจากการที่ผู้กระทำความผิดต้องโทษแล้วเมื่อผู้กระทำความผิดกลับเข้าสู่สังคม สังคมจะตีตราผู้กระทำความผิดส่งผลให้ผู้กระทำความผิดไม่สามารถดำรงชีวิตตนเองได้อย่างเดิม ทำให้ผู้กระทำความผิดกลับเข้ามาสู่วงจรแห่งการกระทำความผิดเช่นเดิม ฉะนั้นเพื่อตัดผู้กระทำความผิดออกจากการถูกตีตราจากการถูกต้องโทษจำคุกและการกลับมากระทำความผิดซ้ำ ควรที่จะหลีกเลี่ยงการใช้โทษจำคุกแก่ผู้กระทำความผิดในบางกรณีหากพิจารณาแล้วสามารถเลี่ยงใช้มาตรการการลงโทษอย่างอื่นได้ เช่น มาตรการรอกการลงโทษ รอกการกำหนดโทษ เป็นต้น อีกทั้งควรพิจารณาถึงการแยกประเภทนักโทษ เพราะหากผู้กระทำความผิดดังกล่าวเป็นผู้กระทำความผิดในความผิดเล็กน้อยไม่ได้มีความรุนแรงต่อสังคมมาก หากปล่อยไว้เข้าไปถูกจำคุกพร้อมกับนักโทษอื่น ๆ ที่มีการกระทำลักษณะร้ายแรง จะก่อให้เกิดการเรียนรู้ในพฤติกรรมของนักโทษที่ร้ายแรงดังกล่าวเสี่ยงต่อการที่ผู้กระทำความผิดจะก่ออาชญากรรมที่ร้ายแรงกว่าเท่า

ประการที่สอง สร้างกระบวนการแก้ไขฟื้นฟูพฤติกรรมผู้ต้องโทษในระหว่างถูกคุมขัง กล่าวคือ การคุมขังนักโทษจะต้องไม่กระทำเพียงไปเพื่อการลงโทษเท่านั้นแต่จะต้องควบคู่ไปกับการแก้ไขฟื้นฟูให้นักโทษสำนึกในการกระทำของตนเองได้ เช่น จัดให้มีกิจกรรมแลกเปลี่ยนความรู้สึกระหว่างผู้กระทำความผิดกับผู้เสียหายว่าต่างฝ่ายต่างรู้สึกอย่างไรต่ออาชญากรรมที่เกิดขึ้น

ประการที่สาม ให้ความช่วยเหลือแก่ผู้กระทำความผิดภายหลังที่พ้นโทษ อาจเป็นการช่วยเหลือในแง่ของการให้ความรู้เพื่อให้ผู้กระทำความผิดมีทักษะเพื่อใช้ไปประกอบอาชีพของตน หรือ ให้กำลังใจแก่ผู้กระทำความผิดในการกลับเข้ามาอยู่ร่วมกับสังคม เป็นต้น หากปราศจากการช่วยเหลือให้คำแนะนำแก่ผู้กระทำความผิดภายหลังการพ้นโทษแล้ว ผู้กระทำความผิดอาจกลับเข้าสู่สถานการณ์ที่สุ่มเสี่ยงต่อการกระทำความผิดอีกครั้งหนึ่ง

ดังนั้นจะเห็นได้ว่าทฤษฎีการลงโทษเพื่อแก้ไขฟื้นฟูนั้นมองผู้กระทำความผิดเปรียบเสมือนคนป่วยที่จำต้องได้รับการเยียวยาฟื้นฟูให้กลับตัวกลับใจเป็นคนดีของสังคม และเปิดโอกาสให้ผู้กระทำความผิดได้ปรับปรุงแก้ไขข้อบกพร่องของตนเอง เป็นไปเพื่อตัวผู้กระทำความผิดเองและความสงบสุขของสังคมส่วนรวม ให้สังคมและผู้กระทำความผิดสามารถอยู่ร่วมกันได้อีกครั้งหนึ่ง

⁵¹ ปกฉัตร สุวรรณเสรี. (2561). *มาตรการทางกฎหมายที่เหมาะสมสำหรับกรณีผู้กระทำความผิดอีก*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตร์มหาบัณฑิต สาขาวิชากฎหมายอาญา, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 32.

จากที่กล่าวมาแล้วนั้นทั้ง 4 ทฤษฎีการลงโทษ ไม่ว่าจะ เป็นทฤษฎีการลงโทษเพื่อแก้แค้น ทดแทน ทฤษฎีการลงโทษเพื่อข่มขู่ยับยั้ง หรือ ทฤษฎีการลงโทษเพื่อปกป้องคุ้มครองสังคมและ ทฤษฎีการลงโทษเพื่อแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิด มีความเหมือนกัน คือ ทั้ง 4 ทฤษฎีดังกล่าวล้วนมี ขึ้นเพื่อความสงบสุขของคนในสังคม แต่ทั้ง 4 ทฤษฎีก็จะมีรายละเอียดที่แตกต่างกันออกไป ฉะนั้น การนำทฤษฎีใดมาบังคับใช้ไม่อาจสามารถตอบได้แน่นอนว่าจะดีต่อการจัดการปัญหาอาชญากรรม หรือ ไม่ แต่จะต้องคำนึงถึงบริบทในมิติต่างๆของพื้นที่ที่จะใช้ อีกทั้งแต่ละทฤษฎีต่างมีข้อดีและ ข้อเสียที่แตกต่างกันออกไป บางทฤษฎีอาจเหมาะสมกับการใช้ในช่วงเวลาหนึ่งแต่เมื่อกาลเวลา เปลี่ยนแปลงไปทฤษฎีนั้นก็อาจไม่เหมาะสมหรือกลายเป็นทฤษฎีที่ไม่ได้รับความนิยมไปก็เป็นไป ได้ แต่อย่างไรก็ตามในบรรดาทั้ง 4 ทฤษฎีดังกล่าวทฤษฎีที่ได้รับความนิยมสุดจากนานาชาติใน ปัจจุบัน คือทฤษฎีการลงโทษเพื่อแก้ไขฟื้นฟู เพราะเหตุที่ทฤษฎีดังกล่าวไม่ได้มุ่งที่จะลงโทษ ผู้กระทำความผิดให้สาสมแต่เพียงอย่างเดียว หรือ ลงโทษเพื่อปกป้องสังคมเท่านั้น แต่ใช้การ ลงโทษเพื่อค้นหาสาเหตุของการกระทำความผิดที่แท้จริงและแก้ไขฟื้นฟูตัวผู้กระทำความผิดควบคู่ กันไปเพื่อให้ผู้กระทำความผิดไม่กลับไปกระทำความผิดซ้ำอันเป็นการแก้ไขปัญหาคิดอย่างยั่งยืน และปกป้องสังคมส่วนรวมได้อย่างมีประสิทธิภาพ อีกทั้งทฤษฎีดังกล่าวยังสอดคล้องกับสิทธิ มนุษยชนที่นานาชาติกำลังให้ความสำคัญอยู่ในปัจจุบัน

2.5 แนวคิดความผิดฐานกระทำอนาจาร

2.5.1 ความหมายของการกระทำอนาจาร

ความหมายของการกระทำอนาจารนั้น ไม่ได้มีการบัญญัตินิยามความหมายไว้ใน ประมวลกฎหมายอาญาไว้แต่ในประมวลกฎหมายอาญา ได้มีการกล่าวถึงคำว่าอนาจารไว้ในหลาย มาตราของประมวลกฎหมาย เช่น มาตรา 278 มาตรา 279 เป็นต้น

ตัวอย่างมาตรา 278 บัญญัติกล่าวถึงไว้ว่า “ผู้ใดกระทำอนาจารแก่บุคคลอายุกว่าสิบห้า ปีโดยขู่เชิญด้วยประการใด ๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยบุคคลนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืน ได้ หรือโดยทำให้บุคคลนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบปี หรือปรับ ไม่เกินสองแสนบาทหรือทั้งจำทั้งปรับ” จะเห็นได้ว่ากฎหมายไม่ได้กำหนดความหมายของคำว่า อนาจารไว้ว่าหมายความว่าอย่างไร เพียงแต่ได้กล่าวถึงคำว่าอนาจารไว้เท่านั้น

ถึงแม้ว่ากฎหมายจะไม่ได้กล่าวถึงความหมายของคำว่าอนาจารไว้โดยตรง แต่อย่างไรก็ตามจากพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ.2554⁵²ให้ความหมายว่า หมายถึง “ความประพฤติชั่ว ความประพฤติน่าอับอาย น่าบดสี ลามก เป็นที่น่ารังเกียจแก่ผู้อื่นในด้านความดีงาม”

หยุด แสงอุทัย ซึ่งเป็นนักกฎหมายที่มีชื่อเสียงของประเทศไทย ได้ให้ความหมายอนาจารไว้ว่าหมายถึง “การกระทำที่ไม่สมควรในทางเพศต่อร่างกายของบุคคลอื่น เช่น กอดจูบจูบ คลำร่างกายของหญิงหรือชายเป็นการแสดงความใคร่ทางเพศ เช่น เอาของลับของตนไปสัมผัสกับอวัยวะของชายด้วยกัน”⁵³

นอกจากนี้ยังมีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ให้ความหมายของคำว่ากระทำอนาจารไว้ดังนี้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4836/2547⁵⁴ วินิจฉัยว่า คำว่า “อนาจาร” มีความหมายว่า “เป็นการกระทำต่อเนื้อตัวบุคคลที่ไม่สมควรทางเพศ ซึ่งมีได้หมายความเฉพาะการประเวณีหรือความใคร่เท่านั้น แต่รวมถึงการกระทำให้อับอายขยหน้าในทางเพศด้วย”

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2049/2550⁵⁵ ให้ความหมายของคำว่า “การกระทำอนาจาร” ไว้ว่าคือ “การกระทำที่ไม่สมควรทางเพศ”

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1201/2559 คำพิพากษาศาลฎีกานี้แม้จะไม่ได้กล่าวถึงความหมายของคำว่าอนาจารไว้โดยตรงแต่ก็เป็นคำพิพากษาศาลฎีกาที่ขยายขอบเขตความหมายของคำว่าอนาจาร โดยศาลฎีกาในคดีนี้ได้วินิจฉัยว่า “แม้จำเลยยังไม่ได้แตะเนื้อตัวร่างกายของผู้เสียหายที่ 1 เมื่อการกระทำของจำเลยเป็นการกระทำที่ไม่สมควรในทางเพศ จำเลยก็มีความผิดฐานกระทำอนาจาร ผู้เสียหายที่ 1 แล้ว”⁵⁶

จากที่กล่าวมาจะเห็นได้ว่าความหมายของการกระทำอนาจารนั้น คือ การที่บุคคลกระทำการอันไม่สมควรทางเพศ โดยไม่จำเป็นที่จะต้องกระทำต่อเนื้อตัวร่างกายของบุคคลอื่นเพียง

⁵² วิวรรณ เพชรรัตน์. (2561). *ความหมายของการกระทำอนาจารตามประมวลกฎหมายอาญา*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขากฎหมายอาญา, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 10.

⁵³ หยุด แสงอุทัย. (2556). *กฎหมายอาญา ภาค2-3*. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 188.

⁵⁴ ศาลฎีกา. *คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4836/2547*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <http://deka.supremecourt.or.th> [2565, 30 เมษายน].

⁵⁵ ศาลฎีกา. *คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2049/2550*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <http://deka.supremecourt.or.th> [2565, 30 เมษายน].

⁵⁶ ศาลฎีกา. *คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1201/2559*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <http://deka.supremecourt.or.th> [2565, 30 เมษายน].

เท่านั้นและไม่จำเป็นที่จะต้องกระทำลงไปโดยความใคร่ หรือการประเวณีเท่านั้นแต่ยังหมายรวมถึงกระทำลงไปเพื่อให้อับอายขายหน้าด้วยเช่นกัน

นอกจากนี้ในปัจจุบัน ตั้งแต่วันที่ 28 พฤษภาคม พ.ศ. 2562 มีการยกเลิกความในมาตรา 276 วรรคสอง และมาตรา 277 วรรคสอง โดยได้กำหนดความหมายของการกระทำชำเราไว้ใหม่ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 1(18) ซึ่งได้บัญญัติว่า “กระทำชำเรา หมายความว่า กระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำโดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำล้วงล้าอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น” ดังนั้นการใช้วัตถุหรืออวัยวะอื่นซึ่งมีใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำล้วงล้าอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้เสียหายเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ ถูกนำไปบัญญัติเป็นเหตุเพิ่มโทษของการอนาจาร เรียกว่า การกระทำอนาจาร โดยการล้วงล้า (Sexual assault by penetration) จากที่กล่าวมาจะเห็นได้ว่าการกระทำชำเราจะมีขอบเขตเพียงแค่อวัยวะเพศของผู้กระทำชำเราตามธรรมชาติเท่านั้น⁵⁷

ฉะนั้นความหมายของอนาจารจึงมีความหมายกว้างขึ้น ซึ่งตามพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 27) พ.ศ. 2562 ทำให้การกระทำอนาจารมีความหมายรวมถึง “การกระทำโดยใช้วัตถุหรืออวัยวะอื่นซึ่งมีใช้อวัยวะเพศล้วงล้าอวัยวะเพศหรือทวารหนักของบุคคลนั้น” ซึ่งเรียกว่า “การกระทำอนาจาร โดยการล้วงล้า” (Assault by Penetration)⁵⁸

2.5.2 รูปแบบของการกระทำอนาจาร

เนื่องจากความหมายของคำว่า การกระทำอนาจาร ไม่ได้มีกฎหมายบัญญัตินิยามความหมายไว้โดยชัดเจน ดังนั้นการพิจารณาถึงรูปแบบในการกระทำอนาจารจึงต้องอาศัยคำพิพากษาศาลฎีกาในการช่วยจำแนกรูปแบบของการกระทำอนาจาร ซึ่งแบ่งออกได้เป็น 2 รูปแบบ ดังนี้

รูปแบบแรก การกระทำที่มีลักษณะของการกระทำอนาจาร

โดยการกระทำใดเป็นการกระทำอนาจารหรือไม่ สามารถพิจารณาได้จาก การกระทำอันไม่สมควรทางเพศ เช่น

⁵⁷ ปานรดา สุทธิทองแท้. (2565). ศึกษาเปรียบเทียบลักษณะการกระทำชำเรา ตามมาตรา 276 กับลักษณะการกระทำอนาจารโดยการล้วงล้า ตามมาตรา 278 วรรคสอง ตามพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 27) พ.ศ. 2562. *วารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์*. 11(1), หน้า 151.

⁵⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 152.

การกอดจูบ⁵⁹ กอดปล้ำผู้เสียหาย⁶⁰ การจับมือ⁶¹ การกอดคอ และจับแขนผู้เสียหาย⁶² การถูไถอวัยวะเพศ หรือ การลูบคลำอวัยวะเพศ⁶³ ชายเปลือยกายถือมีดเข้าไปหาหญิงซึ่งนอนอยู่บนเตียงในเวลากลางคืน⁶⁴

นอกจากนี้การกระทำเหล่านี้ก็เป็นการอนาจาร เช่น การอมอวัยวะเพศ การใช้ลิ้นล้วงล้าเข้าไปในอวัยวะเพศ การใช้นิ้วสอดใส่⁶⁵ เป็นต้น

รูปแบบที่สองการกระทำที่ไม่ถือว่าเป็นการกระทำอนาจาร

การกระทำไม่สมควรทางเพศ บางการกระทำของบุคคลชัดเจนว่าเป็นการกระทำที่ไม่สมควรทางเพศ ในทางกลับกันการกระทำบางการกระทำก็ชัดเจนว่าไม่เป็นการกระทำที่ไม่สมควรทางเพศ แต่จะมีการกระทำบางการกระทำที่มองผิวเผินอาจมองว่าเป็นการกระทำที่ไม่สมควรทางเพศแต่แท้จริงแล้วไม่เป็นการกระทำอนาจาร โดยการกระทำที่มีลักษณะไม่เป็นการกระทำอนาจาร เช่น ยึดแขนผู้หญิงและนั่งเบียดกับผู้หญิงในรถ⁶⁶ การกอดจูบผู้หญิงโดยหญิงนั้นยินยอม⁶⁷ การจับมือหรืออุ้มมือหญิงโดยหญิงให้ความยินยอม⁶⁸

⁵⁹ ศาลฎีกา. คำพิพากษาฎีกาที่ 1314/2526. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <http://deka.supremecourt.or.th> [2565, 30 เมษายน].

⁶⁰ ศาลฎีกา. คำพิพากษาฎีกาที่ 3915/2551. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <http://deka.supremecourt.or.th> [2565, 30 เมษายน].

⁶¹ ศาลฎีกา. คำพิพากษาฎีกาที่ 494/2550. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <http://deka.supremecourt.or.th> [2565, 30 เมษายน].

⁶² ศาลฎีกา. คำพิพากษาฎีกาที่ 3593/2539. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <http://deka.supremecourt.or.th> [2565, 30 เมษายน].

⁶³ ศาลฎีกา. คำพิพากษาฎีกาที่ 3577/2551. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <http://deka.supremecourt.or.th> [2565, 30 เมษายน].

⁶⁴ ศาลฎีกา. คำพิพากษาฎีกาที่ 4066/2545. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <http://deka.supremecourt.or.th> [2565, 30 เมษายน].

⁶⁵ เกียรติจักร วัจนะสวัสดิ์. (2557). *กฎหมายอาญาภาคความผิด เล่ม 2* (พิมพ์ครั้งที่ 6). กรุงเทพฯ : กรุงเทพมหานครพิมพ์ลิขิต. หน้า 463.

⁶⁶ ศาลฎีกา. คำพิพากษาฎีกาที่ 2401/2522. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <http://deka.supremecourt.or.th> [2565, 30 เมษายน].

⁶⁷ ศาลฎีกา. คำพิพากษาฎีกาที่ 1049/2529. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <http://deka.supremecourt.or.th> [2565, 30 เมษายน].

⁶⁸ ศาลฎีกา. คำพิพากษาฎีกาที่ 513/2469. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <http://deka.supremecourt.or.th> [2565, 30 เมษายน].

2.5.3 ผลกระทบของการกระทำอนาจาร

ผลกระทบจากการกระทำอนาจารแบ่งออกได้เป็นสองผลกระทบหลักๆ ดังนี้

ประการแรก ผลกระทบที่เป็นความเสียหายโดยตรง

ผลกระทบโดยตรงนี้ เป็นความเสียหายที่เกิดขึ้นโดยตรงจากการกระทำความผิด โดยอาจเป็นความเสียหายที่เกิดขึ้นต่อชีวิต ร่างกาย ทรัพย์สิน โดยอาจเกิดขึ้นกับผู้เสียหาย ผู้กระทำความผิด หรือสังคมก็ได้

ประการที่สอง ผลกระทบที่เป็นความเสียหายโดยอ้อม

ผลกระทบนี้เป็นผลกระทบที่เกิดขึ้นต่อสภาพจิตใจและอารมณ์ ในด้านเหยื่อผู้เสียหาย การกระทำความผิดอนาจารอาจก่อให้เกิดความกลัว ความวิตกกังวล ความระแวงเกิดขึ้นกับผู้เสียหายได้ ส่วนผู้กระทำความผิดเองก็ได้รับผลกระทบโดยอ้อม คือ ความรู้สึกผิด ความรู้สึกอับอาย ถูกตำหนิจากสังคม อีกทั้งถูกดำเนินคดีจากการกระทำความผิด อีกทั้งเมื่อเกิดการกระทำความผิดเกี่ยวกับการกระทำอนาจารเกิดขึ้นแล้ว สังคมยังได้รับผลกระทบด้วยเช่นกัน เพราะอาจเกิดการเลียนแบบการกระทำของผู้กระทำความผิด ทำให้มีอาชญากรในสังคมเพิ่มขึ้น นอกจากนี้สังคมรู้สึกไม่ปลอดภัยในชีวิตและทรัพย์สินของคนในสังคม

2.5.4 สิ่งที่ถูกกฎหมายคุ้มครองในความผิดฐานกระทำอนาจาร

สิ่งที่กฎหมายคุ้มครองในความผิดฐานกระทำอนาจาร คือ การที่บุคคลจะต้องไม่ได้รับการกระทำอันไม่สมควรทางเพศ โดยเพื่อรักษาไว้ซึ่งธรรมเนียมประเพณีอันดีงามของสังคมไทย อีกทั้งกฎหมายให้ความคุ้มครองถึงเสรีภาพในทางเพศของบุคคล⁶⁹ กล่าวคือ เสรีภาพที่จะกำหนดในเรื่องทางเพศของตนเองได้โดยอิสระ นอกจากนี้สิ่งที่กฎหมายคุ้มครองหรือคุณธรรมทางกฎหมายในความผิดฐานกระทำอนาจารกับเด็กอายุต่ำกว่าสิบห้าปี ในกรณีนี้นั้นกฎหมายให้ความคุ้มครองในการกระทำอันไม่สมควรทางเพศ และเสรีภาพในทางเพศเหมือนการกระทำอนาจารแก่บุคคลอายุต่ำกว่าสิบห้าปี แต่ได้เพิ่มเติมการคุ้มครองในความบริสุทธิ์ในทางเพศของเด็ก ซึ่งเด็กกำลังอยู่ในช่วงของการเจริญเติบโต พัฒนาการในด้านต่างๆยังไม่สมบูรณ์ครบถ้วน ไม่ว่าจะเป็นทางสติปัญญา ร่างกายหรือจิตใจ โดยกฎหมายมุ่งคุ้มครองการเจริญวัยของเด็กไม่ให้ประสบกับความสัมพันธ์ทางเพศก่อนถึงวัยอันควร หรือ ความบริสุทธิ์ของเด็ก⁷⁰ โดยสังเกตได้จากที่กฎหมายกำหนดไว้ว่าหากกระทำอนาจารแก่เด็กที่มีอายุต่ำกว่า 15 ปี แม้เด็กดังกล่าวจะยินยอมสมัครใจการกระทำดังกล่าวถือว่าเป็นการกระทำอนาจาร

⁶⁹ คณิศ ฌ นคร. (2559). *กฎหมายอาญา ภาคความผิด* (พิมพ์ครั้งที่ 11). กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 543.

⁷⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 547.

2.5.5 องค์ประกอบความผิดฐานกระทำอนาจาร

จากการพิจารณาประมวลกฎหมายอาญาในลักษณะ 9 ความผิดเกี่ยวกับเพศ มาตรา 278 มาตรา 279 จะเห็นว่าความแตกต่างระหว่างสองมาตราดังกล่าวที่สำคัญคือเกณฑ์อายุของผู้ถูกระทำ ความผิด ดังนั้นเราอาจแบ่งองค์ประกอบของการกระทำอนาจารออกเป็นสองกรณี คือ กรณีกระทำอนาจารแก่ผู้อื่น กับกรณีกระทำอนาจารแก่เด็กที่มีอายุต่ำกว่าสิบห้าปี

กรณีกระทำอนาจารแก่ผู้อื่น

มาตรา 278 บัญญัติว่า “ผู้ใดกระทำอนาจารแก่บุคคลอายุกว่าสิบห้าปี โดยขู่เข็ญด้วยประการใดๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยบุคคลนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้บุคคลนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบปี หรือปรับไม่เกินสองแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”⁷¹

องค์ประกอบภายนอก คือ

ข้อหนึ่ง ผู้ใด

ข้อสอง กระทำอนาจาร โดย ขู่เข็ญด้วยประการใดๆ ใช้กำลังประทุษร้าย บุคคลนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือ ทำให้บุคคลนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น

ข้อสาม แก่บุคคลอายุกว่าสิบห้าปี

องค์ประกอบประการแรก ผู้ใด การที่กฎหมายใช้คำว่าผู้ใดหมายถึงผู้กระทำความผิด จะต้องเป็นบุคคลซึ่งบุคคลดังกล่าวนั้นจะมีเพศสภาพเช่นใดก็ได้ เป็นชายหรือหญิง จะเป็นผู้ใหญ่หรือเด็กก็เข้าองค์ประกอบคำว่าผู้ใด

องค์ประกอบประการที่สอง กระทำอนาจาร คือ การกระทำที่จะเป็นกระทำอนาจารนั้นต้องเป็นการกระทำอันไม่สมควรทางเพศ

โดยการกระทำใดเป็นการไม่สมควรทางเพศหรือไม่นั้น ให้พิจารณาการกระทำนั้นจากที่ปรากฏออกมาภายนอก หากบุคคลทั่วไปเห็นว่าไม่สมควรในทางเพศก็เป็นอนาจาร แม้ผู้กระทำความผิดจะมีได้กระทำให้เพื่อความใคร่ หรือกามารมณ์แต่กระทำไปด้วยเหตุอื่นๆ เช่น เพื่อแก้แค้น หรือ โกรธแค้นก็ตาม และหากการกระทำตามที่ปรากฏออกมาภายนอกนั้นไม่ใช่การกระทำที่ไม่สมควรทางเพศ กล่าวคือ บุคคลทั่วไปเห็นว่า ผู้กระทำมิได้มีความมุ่งหมายในทางความใคร่หรือกามารมณ์ก็ไม่เป็นอนาจาร แม้ผู้กระทำจะมีความรู้สึกในทางเพศอยู่ขณะกระทำก็ตาม⁷²

⁷¹ ประมวลกฎหมายอาญา. มาตรา 278.

⁷² เกียรติจักร วัจนะสวัสดิ์. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 65. หน้า 461.

การกระทำอนาจารต้องใช้วิธีหนึ่งวิธีใดดังต่อไปนี้ ได้แก่

โดยขู่เชิญด้วยประการใดๆ ซึ่งความหมายของ ขู่เชิญ นั้นหมายถึง กระทำด้วยประการใดๆ ให้ผู้ถูกขู่เกรงกลัวว่าจะได้รับอันตราย โดยอันตรายนี้อาจเกิดกับผู้ถูกขู่เองหรือต่อตัวบุคคลผู้มีความเกี่ยวข้องกับผู้ที่ถูกขู่ก็ได้

โดยการใช้กำลังประทุษร้าย ความหมายของใช้กำลังประทุษร้ายได้มีนิยามอยู่ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 1 หมายความว่า ทำการประทุษร้ายแก่กายหรือจิตใจของบุคคล ไม่ว่าจะทำด้วยใช้แรงกายภาพหรือด้วยวิธีอื่นใด และให้หมายความรวมถึงการกระทำใดๆ ซึ่งเป็นเหตุให้บุคคลหนึ่งบุคคลใดอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ ไม่ว่าจะโดยใช้ยาทำให้มีเมมา สะกดจิต หรือใช้วิธีอื่นใดอันคล้ายคลึงกัน⁷³

โดยบุคคลนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ คือ บุคคลผู้ถูกกระทำอยู่ในสภาวะที่ต้องยอมให้มีการกระทำความผิดเกิดขึ้นโดยไม่สมัครใจยินยอม เช่น นอนหลับ อยู่ในสภาวะที่ไม่รู้สึกตัว โดยคำว่าบุคคลนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ตามมาตรานี้มีความกว้างกว่า “ให้บุคคลหนึ่งบุคคลใดอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้” ในใช้กำลังประทุษร้าย ซึ่งจำกัดเฉพาะผู้กระทำเป็นผู้ก่อสภาวะดังกล่าวให้เกิดขึ้นเท่านั้น⁷⁴ แต่ตามมาตรา 278 นี้ อาจเป็นพฤติการณ์ที่มีอยู่ก่อนแล้ว หรือ เป็นพฤติการณ์ใหม่โดยผู้กระทำทำให้เกิดขึ้นก็ได้

โดยทำให้บุคคลนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น หมายถึงเฉพาะกรณีการสำคัญผิดในตัวบุคคลเท่านั้น เช่น ชายเข้าใจว่าหญิงดังกล่าวเป็นภรรยาของตน

องค์ประกอบประการที่สาม แก่บุคคลที่อายุกว่าสิบห้าปี กฎหมายใช้คำว่า “บุคคล” ฉะนั้นบุคคลผู้ถูกกระทำจะเป็นบุคคลใดก็ได้ ไม่ว่าจะเป็นเพศชายหรือเพศหญิง จะมีความเกี่ยวข้องกับผู้กระทำความผิดหรือไม่ก็ตาม แต่จะต้องเป็นบุคคลที่มีอายุเกินกว่าสิบห้าปีขึ้นไป

องค์ประกอบภายใน

การกระทำความผิดตามมาตรา 278 ต้องการเพียงเจตนาธรรมดาที่เพียงพอต่อการเป็น การกระทำความผิดแล้ว ไม่ว่าจะเป็นเจตนาตามความเป็นจริงซึ่งประกอบไปด้วยเจตนาประสงค์ต่อ

⁷³ ประมวลกฎหมายอาญา. มาตรา 1 (6).

⁷⁴ บดี วงศ์เงินสันต์. (2559). *การกระทำอนาจารโดยการประทุษร้ายต่อจิตใจ : ศึกษากรณีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 12983/2558*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขากฎหมายอาญา, คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 53.

ผล หรือเจตนาเล็งเห็นผล ตามมาตรา 59 แห่งประมวลกฎหมายอาญา หรือ เจตนาโดยผลของกฎหมาย (การกระทำโดยพลาด) ตามมาตรา 60 แห่งประมวลกฎหมายอาญา⁷⁵

กรณีกระทำอนาจารแก่เด็กที่มีอายุไม่เกินสิบห้าปี

มาตรา 279 บัญญัติว่า “ผู้ใดกระทำอนาจารแก่เด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปี โดยเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบปี หรือปรับไม่เกินสองแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”⁷⁶

องค์ประกอบภายนอก คือ

ข้อหนึ่ง ผู้ใด

ข้อสอง กระทำอนาจาร

ข้อสาม แก่เด็กอายุไม่เกินสิบห้าปี

ข้อสี่ โดยเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม

องค์ประกอบประการแรก ผู้ใด มีความหมายเช่นเดียวกับคำว่าผู้ใดในมาตรา 278 กล่าวคือ บุคคลใด ๆก็ตามไม่จำเพศหรืออายุก็เป็นผู้กระทำความผิดได้

องค์ประกอบประการที่สอง กระทำอนาจาร ในส่วนความหมายของการกระทำอนาจารก็มีความหมายเหมือนกับการกระทำอนาจารในมาตรา 278 ซึ่งก็คือ การกระทำที่ไม่สมควรทางเพศ

องค์ประกอบประการที่สาม แก่เด็กที่อายุไม่เกินสิบห้าปีนั้น ในส่วนของผู้ถูกระทำนั้นกฎหมายได้กำหนดแตกต่างไปจากมาตรา 278 กล่าวคือ มาตรา 279 ผู้ถูกระทำจะต้องเป็นบุคคลที่มีอายุไม่เกินสิบห้าปี

องค์ประกอบประการที่สี่ โดยเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม กล่าวคือ ปกติแล้วในกรณีของมาตรา 278 การกระทำอนาจารหากทำต่อบุคคลอื่น โดยบุคคลอื่นนั้นยินยอมการกระทำดังกล่าวไม่มีความผิดตามมาตรา 278 แต่มาตรา 279 แม้บุคคลผู้ถูกระทำจะยินยอมการกระทำดังกล่าวของผู้กระทำก็ยังคงเป็นความผิดตามมาตรา 279 เพราะคุณธรรมทางกฎหมายของมาตรา 279 มุ่งคุ้มครองความบริสุทธิ์ของเด็กที่มีอายุยังไม่เกินสิบห้าปี

องค์ประกอบภายใน

องค์ประกอบภายในของมาตรา 279 คือ เจตนาธรรมดา เหมือนดังเช่นมาตรา 278

⁷⁵ ประธาน จุฬาโรจน์มนตรี. (2564). *กฎหมายอาญา มาตรา159-มาตรา1106*. กรุงเทพฯ: เนติบัณฑิตยสภา. เอกสารการสอนที่ไม่เป็นเล่ม. หน้า 4.

⁷⁶ ประมวลกฎหมายอาญา. มาตรา 279.

2.5.6 บทลงโทษที่ศาลใช้ลงโทษผู้กระทำความผิดฐานกระทำอนาจาร

สำหรับบทลงโทษในการกระทำความผิดเกี่ยวกับการกระทำอนาจารตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบันอาจแยกพิจารณาเป็นยุคได้ดังนี้ ได้แก่ ยุคสมัยกรุงศรีอยุธยาและกรุงรัตนโกสินทร์ ยุคปฏิรูปกฎหมายและยุคปัจจุบัน⁷⁷

ยุคสมัยกรุงศรีอยุธยานั้น การลงโทษสมัยนั้นเป็นการลงโทษที่เรียกว่า การปรับไหม ซึ่งการปรับไหมนี้มีลักษณะเป็นการลงโทษปรับในปัจจุบันและเป็นโทษทางแพ่ง⁷⁸กฎหมายที่กำหนดบทลงโทษเกี่ยวกับการกระทำอนาจาร ได้แก่ พระอัยการลักษณะฝ่าฝืนในกฎหมายตราสามดวง

ตัวอย่าง มาตรา 2 มีใจความว่า ผู้ใดไปกระทำเล้าโลม จับมือ ถือนม กอดจูบ ภรรยาของผู้อื่น หรือไปหาภรรยาของผู้อื่นในบ้านเรือนหรือในที่ลับสองต่อสอง หรือไปหาภรรยาของผู้อื่นในห้องนอนสองต่อสอง ก็เป็นความผิดแล้ว ให้ปรับไหมกึ่งหนึ่งเบี้ยประถมผิดเมีย⁷⁹

มาตรา 46 นายทาสหรือพี่น้องของนายทาส ไปจับมือถือนม กอดจูบ ข่มขืนยังมีถึงชำเราแก่หญิงทาส ให้แบ่งค่าตัวให้หญิงเป็นสี่ส่วนลดหนึ่งส่วนให้แก่ทาสอีกสามส่วนให้แก่ชายทาสนั้น⁸⁰

ต่อมาในยุคปฏิรูปกฎหมาย การลงโทษสำหรับความผิดการกระทำอนาจารในสมัยนั้นเป็นรูปแบบของการจำคุก เจียนและปรับแล้วแต่กรณีของการกระทำความผิด ซึ่งในยุคสมัยดังกล่าวมีกฎหมายที่กำหนดโทษของการกระทำความผิดอนาจาร คือ กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127

ตัวอย่างของกฎหมาย มาตรา 245 ผู้ใดบังอาจกระทำการอนาจารแก่เด็กอายุต่ำกว่าสิบสามขวบ⁸¹ ท่านว่ามันมีความผิด ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งเดือนขึ้นไปจนถึงสามปี แลให้ปรับตั้งแต่ห้าสิบบาทขึ้นไปจนถึงห้าร้อยบาท ด้วยอีกโสดหนึ่ง

⁷⁷ ชนินดา พูลศิลป์. (2559). *วิวัฒนาการความผิดทางเพศ : ศึกษาเปรียบเทียบระหว่างกฎหมายไทยกับกฎหมายอิสลาม*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขากฎหมายอาญา, คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 53.

⁷⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 56.

⁷⁹ ศิวดี เกิดเจริญ. (2552). *ผลกระทบจากการบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามพระราชบัญญัติเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พ.ศ.2550 ต่อความผิดอนาจาร*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขากฎหมายอาญา, คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 49.

⁸⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 50.

⁸¹ บดี วงศ์เงินสันต์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 74. หน้า 59.

ถ้าแลมัน ใช้อำนาจด้วยกำลังกาย หรือด้วยวาจาขู่เข็ญกระทำความผิดเช่นว่านี้ ท่านว่า มันผู้กระทำความผิดนั้น ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สามเดือนขึ้นไปจนถึงห้าปี แลให้ปรับตั้งแต่ห้าสิบบาทขึ้นไปจนถึงพันบาท ด้วยอีก โศดหนึ่ง

มาตรา 246 ผู้ใดกระทำอนาจารแก่บุคคลอายุเกินกว่าสิบสามขวบขึ้นไป⁸² โดยมันใช้กำลังอำนาจด้วยกำลัง หรือ ด้วยวาจาขู่เข็ญ หรือมันใช้อุบายหลอกลวงด้วยประการใดใดก็ดี ท่านว่า มันมีความผิด ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่เดือนหนึ่งขึ้นไปจนถึงสามปี แลให้ปรับตั้งแต่ห้าสิบบาทขึ้นไปจนถึงห้าร้อยบาท ด้วยอีก โศดหนึ่ง

การลงโทษสำหรับสมัยปัจจุบันนั้น จะมีโทษสำหรับความผิดเกี่ยวกับการกระทำอนาจาร บัญญัติอยู่ในประมวลกฎหมายอาญา ได้แก่ การปรับ การจำคุก หรือทั้งจำทั้งปรับ นอกจากนี้ยังมีโทษประหารชีวิต

สำหรับการลงโทษปรับนั้น นับว่าเป็นโทษที่มีประวัติศาสตร์การใช้งานมานับนาน โทษในลักษณะนี้นั้นเป็นประโยชน์กับตัวผู้กระทำความผิดในแง่ที่ว่าผู้กระทำความผิดจะไม่ต้องถูกจำคุก รัฐก็จะได้รับประโยชน์ในรูปของเงินทองสามารภนำเงินที่ได้มาใช้ประโยชน์เพื่อบำเนินนโยบายต่างๆของรัฐได้ และโทษปรับนั้นเป็นการใช้ทรัพยากรในการลงโทษแก่ผู้กระทำความผิดน้อยกว่าการจำคุก⁸³

การลงโทษจำคุก ถือว่าเป็นการลงโทษในลักษณะที่กำหนดพื้นที่การดำเนินชีวิตในสถานที่รัฐเป็นผู้กำหนด นอกจากการกำหนดพื้นที่ในการดำเนินชีวิตของผู้กระทำความผิดแล้วรัฐโดยศาลจะทำหน้าที่กำหนดช่วงเวลาเวลาที่ผู้กระทำความผิดจะต้องอาศัยอยู่ในพื้นที่ดังกล่าว โทษจำคุกมีความร้ายแรงน้อยกว่าเมื่อเปรียบเทียบกับโทษประหารชีวิต เหตุผลเพราะเป็นเพียงการลดสิทธิและเสรีภาพที่จะมีอิสระของบุคคล⁸⁴

โทษประหารชีวิต การลงโทษประหารชีวิตในปัจจุบันนั้นจะต้องไม่ทารุณหรือมีความโหดร้าย มิฉะนั้นจะเป็นการขัดกับหลักมนุษยธรรม อีกทั้งการลงโทษดังกล่าวนี้จะต้องไม่ใช่ระยะเวลาการดำเนินการที่นาน สภาพศพภายหลังจากการถูกประหารชีวิตจะต้องมีสภาพที่ไม่น่าเกลียด⁸⁵

⁸² บดี วงศ์เงินสันต์. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 74. หน้า 59.

⁸³ อัจฉริยา ชูตินันท์. (2557). *อาชญาวิทยาและทัณฑวิทยา* (พิมพ์ครั้งที่2). กรุงเทพฯ: วิญญชน. หน้า 153.

⁸⁴ เอกพงษ์ สารน้อย. (2564). *ทฤษฎีการลงโทษและโทษ*. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยศรีปทุม. เอกสารการสอนที่ไม่เป็นเล่ม. หน้า 24.

⁸⁵ เอกพงษ์ สารน้อย. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 33. หน้า 30.

การลงโทษประหารชีวิตนั้นมีวัตถุประสงค์ในการลงโทษที่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของการลงโทษตามทฤษฎีการตัดความสามารถของผู้กระทำความผิดและทฤษฎีการลงโทษเพื่อข่มขู่ยับยั้ง และแบบทฤษฎีการลงโทษแบบแก้แค้นทดแทน แต่อย่างไรก็ตามการลงโทษประหารชีวิตไม่อาจช่วยในการแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิดตามทฤษฎีการลงโทษเพื่อแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิดที่จะช่วยให้ผู้กระทำความผิดมีโอกาสในการกลับตัวกลับใจเป็นคนดีหรือกลับเข้าสู่สังคมได้อีกครั้งหนึ่ง

โทษประหารชีวิตนับเป็นโทษที่มีความรุนแรงที่สุด เพราะว่าตามหลักสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐานมนุษย์มีสิทธิในการมีชีวิตอยู่โดยมีจิตตัวมาตั้งแต่เกิด แต่การประหารชีวิตนั้นเป็นการพรากชีวิตของผู้กระทำความผิดออกไป และในปัจจุบันหลายๆประเทศเริ่มมีการยกเลิกโทษประหารชีวิต หรือหลายๆประเทศก็ยังคงโทษประหารชีวิตไว้ในกฎหมายแต่ในทางปฏิบัติไม่ค่อยได้มีการนำโทษประหารชีวิตมาใช้ในการลงโทษ

ตัวอย่างของวิธีการลงโทษประหารชีวิตในสมัยก่อน เช่น การจับนักโทษมายิงเป้า การตัดคอ หรือ จับนักโทษนั่งเก้าอี้ไฟฟ้าเพื่อให้ถึงแก่ความตาย แต่ปัจจุบันวิธีเหล่านั้นไม่นิยมใช้กันแล้วเนื่องจากขัดกับหลักมนุษยธรรมเพราะมีความโหดร้ายและทรมาน การประหารชีวิตในปัจจุบันนิยมใช้ การฉีดยาเพื่อให้นักโทษถึงแก่ความตาย

จากที่กล่าวมาจะเห็นได้ว่าการลงโทษสำหรับความผิดเกี่ยวกับการกระทำอนาจารนั้นมีการลงโทษทั้งการปรับ การจำคุกและการประหารชีวิต โดยผู้กระทำความผิดจะได้รับการลงโทษแบบใดนั้นจะต้องพิจารณาเป็นกรณีๆไป

สำหรับโทษของการกระทำความผิดตามมาตรา 278 นั้นหากผู้กระทำความผิดได้กระทำอนาจารแก่บุคคลที่มีอายุเกินกว่าสิบห้าปี ผู้กระทำความผิดจะต้องได้รับโทษจำคุกไม่เกินสิบปี หรือ ปรับไม่เกินสองแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับแล้วแต่กรณี หากศาลลงโทษเพียงโทษจำคุกศาลก็ลงโทษจำคุกขั้นสูงแก่ผู้กระทำความผิดได้ไม่เกินสิบปีแต่ศาลสามารถลงโทษจำคุกต่ำกว่าสิบปีเท่าไรก็ได้เพราะกฎหมายไม่ได้มีการกำหนดขั้นต่ำของการลงโทษจำคุกไว้ นอกจากนี้ถ้าศาลจะลงโทษผู้กระทำความผิดเพียงโทษปรับกฎหมายได้กำหนดกรอบของการปรับได้ไม่เกินสองแสนบาทซึ่งศาลจะปรับผู้กระทำความผิดต่ำกว่านั้นก็จะเป็นดุลยพินิจของศาลในการกำหนดโทษปรับ หรือหากศาลเห็นว่าการกระทำความผิดของผู้กระทำความผิดนั้นมีความร้ายแรงมากศาลก็อาจลงโทษผู้กระทำความผิดทั้งการจำคุกและการปรับแก่ผู้กระทำความผิดแต่อย่างไรก็ตามกรอบของการจำคุกก็ต้องยังคงไม่เกินสิบปีและปรับสูงสุดได้ไม่เกินสองแสนบาทซึ่งเป็นไปตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 278 ที่ได้กำหนดโทษสำหรับการกระทำอนาจารแก่บุคคลอายุเกินกว่าสิบห้าปีไว้

กรณีของการอนาจารแก่เด็กอายุไม่เกินกว่าสิบห้าปี มาตรา 279 ได้กำหนดโทษสำหรับการกระทำความผิดดังกล่าวไว้ คือ จำคุกไม่เกินสิบปี หรือ ปรับไม่เกินสองแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ กรอบของอัตราโทษจะเห็นได้ว่าเหมือนกับมาตรา 278 กล่าวคือ การลงโทษแก่ผู้กระทำอนาจารแก่เด็กที่อายุไม่เกินกว่าสิบห้าปี ศาลจะลงโทษจำคุกได้ไม่เกินสิบปี หรือจะลงโทษต่ำกว่านั้นเพียงใดก็ได้เป็นอำนาจของศาลที่สามารถจะกระทำได้ ส่วนการปรับศาลลงโทษปรับได้ไม่เกินสองแสนบาท หากศาลเห็นสมควรจะปรับต่ำกว่าสองแสนบาทศาลก็สามารถลงโทษได้ หรือกรณีที่ศาลจะลงโทษผู้กระทำความผิดทั้งโทษจำคุกและโทษปรับทำได้เช่นเดียวกันภายในกรอบอัตราโทษจำคุกไม่เกินสิบปีและปรับไม่เกินสองแสนบาท

สำหรับการลงโทษประหารชีวิตแก่ผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับการกระทำอนาจารตาม มาตรา 278 และมาตรา 279 นั้น มาตรา 280 กล่าวว่า “ถ้าการกระทำความผิดตามมาตรา 278 หรือ มาตรา 279 เป็นเหตุให้ผู้ถูกระทำ (2) ถึงแก่ความตาย ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษประหารชีวิต หรือ จำคุกตลอดชีวิต”⁸⁶ จะเห็นได้ว่าหากการกระทำอนาจารของผู้กระทำความผิดตามมาตรา 278 หรือ มาตรา 279 เป็นเหตุให้ผู้ถูกระทำอนาจารต้องเสียชีวิต ผู้กระทำความผิดก็ต้องถูกศาลลงโทษประหารชีวิต หรือ จำคุกตลอดชีวิตก็ได้แล้วที่ศาลจะเห็นสมควรเป็นอย่างไร

มีข้อพิจารณาว่าสำหรับการกระทำความผิดความผิดเกี่ยวกับการกระทำอนาจารตาม มาตรา 278 วรรคหนึ่ง หากมิได้กระทำต่อหน้าธารกำนัล หรือ ไม่เป็นเหตุให้ผู้ถูกระทำรับอันตรายสาหัสหรือถึงแก่ความตาย หรือมิได้เป็นการกระทำต่อบุคคลที่ระบุไว้ในมาตรา 285 และมาตรา 285/2 ความผิดฐานกระทำอนาจารดังกล่าวสามารถยอมความได้ตามมาตรา 281(2)⁸⁷

ซึ่งบุคคลตามมาตรา 285 ได้แก่⁸⁸ บุพการี ผู้สืบสันดาน พี่น้องร่วมบิดามารดาหรือร่วมเพียงแต่บิดาหรือมารดา ญาติซึ่งสืบสายโลหิตและศิษย์ซึ่งอยู่ในความดูแล ผู้อยู่ในความปกครอง หรือ ในความพิทักษ์ หรือ ในความอนุบาล หรือ อยู่ภายใต้อำนาจด้วยเหตุผลใดๆ หรือ ผู้อยู่ในความควบคุมในหน้าที่ราชการ

ส่วนบุคคลตามมาตรา 285/2 คือ⁸⁹ บุคคลซึ่งไม่สามารถปกป้องตนเองได้ ซึ่งอาจมีสาเหตุมาจากทุพพลภาพ จิตตกพร่อง โรคจิต จิตฟั่นเฟือน คนที่มีอาการเจ็บป่วย คนชรา สตรีมีครรภ์ หรือ ผู้ที่ตกอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถรู้ผิดชอบ

⁸⁶ ประมวลกฎหมายอาญา. มาตรา 280.

⁸⁷ ประมวลกฎหมายอาญา. มาตรา 281 (2).

⁸⁸ ประมวลกฎหมายอาญา. มาตรา 285.

⁸⁹ ประมวลกฎหมายอาญา. มาตรา 285/2.

ฉะนั้นหากการกระทำอนาจารตามมาตรา 278 วรรคหนึ่งไม่ได้กระทำต่อบุคคลดังที่กล่าวมาแล้วนั้น คดีดังกล่าวสามารถยอมความได้

กล่าวโดยสรุปการกระทำใดจะเป็นการกระทำอนาจารหรือไม่ สามารถพิจารณาได้จากกระทำความผิดไม่สมควรทางเพศ หากการกระทำนั้นเป็นการกระทำความผิดไม่สมควรทางเพศ ผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับการกระทำอนาจาร โดยจะต้องรับโทษร้ายแรงเพียงใดนั้นขึ้นอยู่กับพฤติการณ์ ความร้ายแรงและผลของการกระทำ หากผู้กระทำความผิดกระทำอนาจารแต่ไม่เป็นเหตุให้ผู้ถูกกระทำอนาจารถึงแก่ความตาย ผู้กระทำความผิดก็ต้องโทษจำคุก หรือ ปรับ หรือทั้งจำทั้งปรับแล้วแต่ศาลจะเห็นสมควรอย่างไร แต่หากผลของการกระทำอนาจารของผู้กระทำความผิดนั้นคือ ผู้ถูกกระทำอนาจารถึงแก่ความตาย ผู้กระทำความผิดก็ต้องรับโทษประหารชีวิตได้หากศาลเห็นว่าผู้กระทำความผิดสมควรต้องรับโทษประหารชีวิต