

บทที่ 4

วิเคราะห์ปัญหาทางกฎหมาย ขอบเขต การบังคับใช้กฎหมาย และการนำมาตรการทางกฎหมายที่เหมาะสมมาบังคับใช้

ปัจจุบันเศรษฐกิจ สังคม และสภาพแวดล้อมได้เปลี่ยนแปลงไปอย่างรวดเร็ว อาชญากรรมและการกระทำความผิดมีความสลับซับซ้อนมากขึ้น กฎหมายที่มีอยู่หรือการบังคับใช้กฎหมาย ตลอดจนมาตรการทางกฎหมายมักจะไม่ทันต่อสภาพการณ์ หรืออาจกล่าวได้ว่ากฎหมายขาดสภาพความเหมาะสมในปัจจุบันไปแล้ว ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 286 ที่กำลังพิจารณาอยู่นี้ก็มีลักษณะลำหลังไม่เหมาะสมกับเหตุการณ์ปัจจุบัน เนื่องจากไม่ครอบคลุมไปถึงการกระทำสมัยใหม่ โดยเฉพาะการแสวงหาผลประโยชน์หรือรายได้จากการค้าประเวณี ซึ่งวิธีการหรือรูปแบบการค้าประเวณีได้มีวิวัฒนาการไปอย่างรวดเร็ว การกระทำที่เรียกว่าดำรงชีพอยู่ด้วยรายได้ของหญิงซึ่งค้าประเวณี หรือ “แมงดา” นั้นได้เปลี่ยนสภาพไปจากเรื่องแมงดาแท้ ๆ ในสมัยก่อนซึ่งไม่ค่อยมีปรากฏให้เห็นในปัจจุบันไปเป็นรูปแบบการกระทำความผิดที่เรียกว่า แมงดาสมัยใหม่ อาทิเช่น ผู้ที่ออกเงินลงทุนให้ผู้อื่นเปิดสถานการค้าประเวณี และรับรายได้จากการนั้น หรือแม้แต่รูปแบบองค์กรอาชญากรรม (organized crimes) อันเป็นสาเหตุที่กฎหมายในปัจจุบันมักจะเอาผิดกับบุคคลเหล่านี้ไม่ได้

4.1 วิเคราะห์ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับความผิดฐานดำรงชีพอยู่ด้วยรายได้ของหญิงซึ่งค้าประเวณี ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 286

ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 286 บัญญัติว่า “ผู้ใดอายุกว่าสิบหกปี ดำรงชีพอยู่แม้เพียงบางส่วนจากรายได้ของหญิงซึ่งค้าประเวณี ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่เจ็ดปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่หนึ่งหมื่นสี่พันบาทถึงสี่หมื่นบาท หรือจำคุกตลอดชีวิต

ผู้ใดไม่มีปัจจัยอย่างอื่นอันปรากฏสำหรับดำรงชีพ หรือไม่มีปัจจัยอันพอเพียงสำหรับดำรงชีพ และ

(1) ปรากฏว่าอยู่ร่วมกับหญิงซึ่งค้าประเวณี หรือสมาคมกับหญิงซึ่งค้าประเวณีคนเดียวหรือหลายคนเป็นอาจิน

(2) กินอยู่หลับนอน หรือรับเงิน หรือประโยชน์อย่างอื่น โดยหญิงซึ่งค้าประเวณีเป็นผู้จัดให้ หรือ

(3) เข้าแทรกแซงเพื่อช่วยหญิงซึ่งค้าประเวณีในการทะเลาะวิวาทกับผู้คบค้ากับหญิงซึ่งค้าประเวณีนั้น ให้ถือว่าผู้นั้นดำรงชีพอยู่จากรายได้ของหญิงในการค้าประเวณี เว้นแต่จะพิสูจน์ให้เป็นที่พอใจได้ว่า มิได้เป็นเช่นนั้น

บทบัญญัติแห่งมาตรานี้มิให้ใช้บังคับแก่ผู้รับค่าเลี้ยงดูจากหญิงซึ่งค้าประเวณี ซึ่งพึงให้ค่าเลี้ยงดูนั้นตามกฎหมายหรือตามธรรมจรรยา

ความผิดฐานนี้ คือ การดำรงชีพอยู่แม้เพียงบางส่วนจากรายได้ของหญิงซึ่งค้าประเวณีของผู้ที่มีอายุกว่าสิบหกปีโดยเจตนา

การทำตัวเป็น “กาฝาก” กับหญิงนครโสเภณี หรือการเป็น “แมงดา” นั้น โดยทั่วไปเป็นที่มาแห่งอาชญากรรมได้ทุกรูปแบบ คุณธรรมทางกฎหมายของความผิดฐานนี้จึงเป็นเรื่องการป้องกันอาชญากรรมซึ่งเป็นเรื่องของส่วนรวม¹

4.1.1 องค์ประกอบความผิด

องค์ประกอบภายนอก

องค์ประกอบความผิดฐานนี้อยู่ที่วรรคหนึ่ง ซึ่งประกอบด้วย (1) ผู้กระทำผิดมีอายุกว่า 16 ปี และ(2) ดำรงชีพอยู่ด้วยรายได้ของหญิงซึ่งค้าประเวณี

ในส่วนของผู้กระทำ กฎหมายใช้คำว่า “ผู้ใด” ผู้กระทำความผิดฐานนี้ปัจจุบันไม่จำกัดเพศ แต่ต้องมีอายุกว่า 16 ปี

การกระทำคือ การดำรงชีพอยู่แม้เพียงบางส่วนจากรายได้ของหญิงซึ่งค้าประเวณี

ผู้กระทำที่จะเป็นแมงดาได้จะต้องเป็นผู้ที่มีความสัมพันธ์ส่วนตัวกับหญิงซึ่งค้าประเวณี ซึ่งความสัมพันธ์ดังกล่าวจะต้องเป็นความสัมพันธ์อันมีระยะเวลาเนิ่นนานตามควร² และในการนี้ ผู้นั้นเป็นส่วนหนึ่งของหญิงในส่วนที่เกี่ยวกับการหารายได้ในการค้าประเวณีของหญิงนั้นและทำตัวเป็นกาฝากขูดรีดหญิง³ และรายได้ซึ่งใช้ในการดำรงชีพนั้นถึงแม้จะมีได้

¹ คณิต ฒ นคร, กฎหมายอาญาภาคความผิด, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2532), หน้า 208.

² เรื่องเดียวกัน.

³ คำพิพากษาฎีกาที่ 2541/2522 จำเลยยืนอยู่หน้าตึกแถวที่มีประตูเหล็กยึดปิดกันพร้อมด้วยกุญแจที่ใช้ประตูเหล็กผ่านเข้าไปในบ้านที่เกิดเหตุ ซึ่งขณะเกิดเหตุมีหญิงหลายคนถูก

บัญญัติไว้โดยตรงว่าเป็นรายได้จากการค้าประเวณี แต่เจตนารมณ์ของกฎหมายนี้ระบุไว้ในวรรคสามชัดเจนว่าเป็น “รายได้ของหญิงในการค้าประเวณี”⁴

สำหรับบทบัญญัติในวรรคสองนั้น หาใช่องค์ประกอบของความผิดไม่ แต่ฝ่ายตำราเห็นว่าเป็นบทสันนิษฐานของกฎหมาย⁵ อันเกี่ยวกับหน้าที่นำสืบของโจทก์ จำเลย เท่านั้น อาจกล่าวได้ว่า บทบัญญัติในวรรคสองเป็นเรื่องของกฎหมายลักษณะพยาน ซึ่งเป็นกฎหมายวิธีสบัญญัติที่นำมาบัญญัติแทรกไว้ในกฎหมายสารบัญญัติ เหมือนดังที่มีการนำบทบัญญัติเกี่ยวกับหน้าที่นำสืบไปบัญญัติเป็นบทสันนิษฐานแทรกไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั่นเอง⁶ กรณีที่มีการกระทำที่เข้าตามบทบัญญัติในวรรคสองนี้แล้ว ให้ถือว่าเป็น “การค้ารังซีพ” จากรายได้ของหญิงในการค้าประเวณีตามวรรคหนึ่ง อีกทั้งความในวรรคสอง ไม่มีการวางโทษไว้แต่อย่างใด ความในวรรคสองจึงไม่ใช่บทบัญญัติที่เป็นองค์ประกอบความผิด⁷ อยากรู้ก็ตาม ถ้าพิสูจน์ให้เป็นที่พอใจว่ามีได้เป็นเช่นนั้นแล้วก็ไม่ถือว่า “การค้ารังซีพ” จากรายได้ของหญิงซึ่งค้าประเวณีตามวรรคหนึ่ง

โดยสรุปแล้วในวรรคสองมิใช่องค์ประกอบความผิดตามมาตรา 286 แต่อย่างใด หากเป็นแต่เพียงบทสันนิษฐานว่าผู้ใดได้มี “การค้ารังซีพ” จากรายได้ของหญิงซึ่งค้าประเวณีตามวรรคหนึ่งหรือไม่เท่านั้น ดังนั้นการจะพิจารณาว่าผู้ใดมีความผิดตามมาตรา 286 หรือไม่ต้องพิจารณาจากวรรคหนึ่งเป็นสำคัญ ถ้าได้ความว่าค้ารังซีพอยู่ด้วยรายได้ของหญิงซึ่งค้าประเวณีเพียงบางส่วนแล้ว หากจำเป็นต้องพิจารณาตามวรรคสองอีกไม่ เพราะเป็นเพียงบทสันนิษฐานตามวรรคหนึ่งเท่านั้น

กักขังในบ้านเพื่อร่วมประเวณีกับชาย จำเลยไม่ได้นำสืบว่ามีรายได้พอค้ารังซีพ จำเลยมีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 286.

⁴ โสภณ รัตนากร, “ความผิดฐานค้ารังซีพอยู่ด้วยรายได้ของหญิงซึ่งค้าประเวณี,” วารสารนิติศาสตร์ ปีที่ 25 ฉ 2 (มิถุนายน 2538) : 237.

⁵ หยุต แสงอุทัย, กฎหมายอาญาภาค 2-3 (กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2520), หน้า 290 และคณิต ณ นคร, กฎหมายอาญาภาคความผิด, หน้า 209.

⁶ โสภณ รัตนากร, “ความผิดฐานค้ารังซีพอยู่ด้วยรายได้ของหญิงซึ่งค้าประเวณี,” วารสารนิติศาสตร์ : 237.

⁷ สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล, “ฎีกาวิเคราะห์ : ชาย (หญิง) แมงดา,” วารสารนิติศาสตร์ ปีที่ 13 ฉ 2 (2526) : 160.

ข้อยกเว้นของมาตรานี้ บัญญัติอยู่ในวรรคสามมีใจความว่า “บทบัญญัติแห่งมาตรานี้ไม่ให้ใช้บังคับแก่ผู้รับค่าเสียหายจากหญิงซึ่งค่าประเวณี ซึ่งพึงให้ค่าเสียหายนั้นตามกฎหมายหรือตามธรรมจรรยา” ความตามวรรคนี้มีผลบังคับถึงกรณีตามวรรคหนึ่งและวรรคสองด้วย ไม่เฉพาะตามวรรคสองเท่านั้น กฎหมายใช้คำว่า “ค่าเสียหาย” มิใช่ “ค่าอุปการะเลี้ยงดู” (maintenance) อย่างที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ทั้งนี้ก็เพราะมีความหมายถึงค่าเสียหายตามธรรมจรรยา คำว่ารับค่าเสียหายหมายความว่าถึงตัวบุคคล จึงมิใช่หมายถึงการรับหรือให้เงินกันเป็นครั้งคราว โดยรับเงินมาจากหญิงโสเภณีที่หาได้มาจากอาชีพ ค่าเสียหายตามกฎหมายหมายถึงความถึงค่าอุปการะเลี้ยงดู เช่น ระหว่างสามีภรรยา บิดามารดากับบุตร อันมีความสัมพันธ์กันโดยชอบด้วยกฎหมาย เมื่อกฎหมายมิได้ใช้คำว่าค่าอุปการะเลี้ยงดูตามที่ใช้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1598/38 นั้น จึงเห็นได้ว่ากฎหมายมุ่งหมายให้มีความหมายกว้างออกไป รวมถึงผู้ที่มีความสัมพันธ์กันตามกฎหมาย อาจเป็นโดยสัญญา เช่น คนใช้ ลูกจ้าง หรือทนายความที่ได้ค่าจ้างว่าความจากหญิงโสเภณี หรือโดยพินัยกรรม หรือโดยกฎหมายอื่นที่ต้องให้ค่าเสียหายกันก็ได้ และมีได้บัญญัติเฉพาะค่าเสียหายซึ่งต้องให้ตามกฎหมายเท่านั้น แต่รวมถึงต้องให้ตามธรรมจรรยา อันต้องแล้วแต่ความรู้สึกของคนธรรมดาทั่วไปด้วย เหตุนี้จึงอาจหมายความว่าความถึงบุคคลที่มีความสัมพันธ์กันตามความเป็นจริง เช่น บิดากับบุตรนอกกฎหมาย คนที่อาศัยอยู่ด้วยความเมตตาปราณี เช่น เด็ก แต่ไม่น่าจะยกเว้นเลยไปถึงชายที่ทำตัวเป็นสามีนอกกฎหมายเพื่อคุ้มครองหญิงโสเภณี ซึ่งกลับเป็นผู้ที่กฎหมายประสงค์ปราบปรามโดยตรง⁸

องค์ประกอบภายใน

องค์ประกอบความผิดในส่วนจิตใจตามวรรคหนึ่ง คือ เจตนาตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59 กล่าวคือ ต้องรู้ข้อเท็จจริงว่าผลที่อยู่กินหรือรับรายได้จากหญิงโสเภณีนั้น ต้องเป็นผลที่ได้มาจากการหากินในทางเป็นหญิงโสเภณี

สำหรับเรื่องโทษตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 286 ในปัจจุบัน ระวังโทษ จำคุกตั้งแต่เจ็ดปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่หนึ่งหมื่นสี่พันบาทถึงสี่หมื่นบาท หรือจำคุกตลอดชีวิต กล่าวได้ว่าโทษจำคุก (imprisonment) เป็นโทษที่จำกัดเสรีภาพในร่างกายของผู้ต้องโทษ โดยควบคุมไว้ในเรือนจำ ซึ่งโทษจำคุกอาจจำแนกได้เป็น 2 ชนิด คือโทษจำคุกตลอดชีวิตและโทษจำคุกมีกำหนดเวลา โทษจำคุกตลอดชีวิตถือได้ว่าเป็นโทษที่หนักกว่าโทษจำคุกมีกำหนดเวลา ทั้งนี้เพราะผู้ต้องโทษจำคุกตลอดชีวิตจะต้องถูกจำคุกอยู่ในเรือนจำจนกว่าจะตาย ส่วนโทษจำคุกมี

⁸ จิตติ ติงศภัทย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 2 ตอนที่ 2 และภาค 3 (กรุงเทพฯ : สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2513), หน้า 1520-1521.

กำหนดเวลานั้น ผู้ต้องโทษจะอยู่ภายในกำหนดเวลาเพียงเท่าที่ระบุไว้ในคำพิพากษาเท่านั้น จึงมีโอกาสกลับเข้าสู่สังคมได้

โทษจำคุกถูกนำมาใช้เพื่อตอบแทนผู้กระทำผิดตามความร้ายแรงแห่งความผิด ซึ่งพิจารณาจากความน่าตำหนิตามศีลธรรมของผู้กระทำ และเป้าหมายของการลงโทษจำคุกในปัจจุบันก็คือการแก้ไขและฟื้นฟูจิตใจผู้กระทำผิดให้กลับตนเป็นคนดี มีศีลธรรมและประกอบอาชีพในสังคมได้⁹ ดังนั้น การกำหนดโทษในความผิดฐานใดฐานหนึ่งนั้น ควรที่จะกำหนดไว้เพื่อให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของการลงโทษ กรณีการวางอัตราโทษตามมาตรา 288 วรรคสอง จำคุกตลอดชีวิต เห็นว่าเป็นโทษที่รุนแรงเกินไป เพราะเมื่อได้พิจารณาจากความสมควรตำหนิของผู้กระทำผิดแล้ว น่าจะถือว่าเป็นการวางโทษที่รุนแรงเกินกว่าจำเป็น สมควรที่จะให้โอกาสผู้กระทำผิดได้กลับตัวเป็นคนดี อันเป็นไปตามวัตถุประสงค์ของการลงโทษ คือ การแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำผิดซึ่งน่าจะมีความเหมาะสมกว่า ตลอดทั้งถ้าได้ศึกษากฎหมายในเรื่องนี้จากประเทศต่าง ๆ เช่น ประเทศอังกฤษ และประเทศมาเลเซีย ซึ่งวางโทษจำคุกขั้นสูงไว้เพียงเจ็ดปี และห้าปีตามลำดับ เท่านั้น

4.1.2 ข้อสันนิษฐานตามกฎหมายและการกำหนดหน้าที่นำสืบ

1. ข้อสันนิษฐานตามกฎหมาย

ข้อสันนิษฐานเป็นหลักกฎหมายพยานหลักฐานเกี่ยวกับการฟังข้อเท็จจริงชนิดหนึ่ง ซึ่งเมื่อมีข้อสันนิษฐาน ศาลจะฟังข้อเท็จจริงในเบื้องต้นว่ามีอยู่อย่างใดอย่างหนึ่งก่อนจนกว่าจะได้มีการพิสูจน์หักล้างเป็นอย่างอื่น

ข้อสันนิษฐานแบ่งเป็นข้อสันนิษฐานตามกฎหมาย (presumption of law) และข้อสันนิษฐานตามข้อเท็จจริง (presumption of fact) สำหรับข้อสันนิษฐานตามกฎหมายยังแบ่งเป็นข้อสันนิษฐานที่หักล้างไม่ได้ หรือที่เรียกว่าข้อสันนิษฐานโดยเด็ดขาด (irrebuttable presumption) โดยส่วนใหญ่กฎหมายจะใช้คำว่า "ให้ถือว่า" หรือ "ให้ถือเอา" หรือ "ให้ถือตาม" หรือถ้อยคำที่มีลักษณะทำนองเดียวกัน และข้อสันนิษฐานที่หักล้างได้ (rebuttable presumption) ข้อสันนิษฐานชนิดนี้เป็นข้อสันนิษฐานโดยแท้เพราะมีลักษณะไม่เด็ดขาด เป็นไป

⁹ ณรงค์ ใจหาญ, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคหนึ่ง ว่าด้วยโทษและวิธีการเพื่อความปลอดภัย (กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์มิตรนราการพิมพ์, 2534), หน้า 22-23.

ตามหลักกฎหมายลักษณะพยาน ซึ่งให้ศาลรับฟังข้อเท็จจริงบางอย่างในเบื้องต้นจนกว่าจะมีการพิสูจน์เป็นอย่างอื่น¹⁰

ข้อสันนิษฐานตามกฎหมายแบ่งออกเป็น

1.1 ข้อสันนิษฐานโดยเด็ดขาด (irrebuttable presumption) คือ ข้อสันนิษฐานที่กฎหมายไม่เปิดโอกาสให้มีการนำสืบหรือหักล้างได้ โดยเป็นข้อสันนิษฐานที่ตั้งขึ้นด้วยเหตุเพื่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน ข้อสันนิษฐานโดยเด็ดขาดนี้มีอยู่ทั้งในกฎหมายแพ่งและกฎหมายอาญา เช่น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 14 มาตรา 16 และประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 60 มาตรา 64 เป็นต้น ข้อสันนิษฐานโดยเด็ดขาดมีผลเป็นการลดภาระการพิสูจน์ของผู้กล่าวอ้างให้น้อยลง ดังนั้น ผู้กล่าวอ้างยังต้องพิสูจน์อยู่ แต่พิสูจน์เพียงว่ามีข้อเท็จจริงอันเป็นเงื่อนไขแห่งการสันนิษฐานเกิดขึ้น ศาลก็จะรับฟังไปได้เลยว่ามีข้อเท็จจริงซึ่งได้รับการสันนิษฐานเกิดขึ้นด้วย โดยคู่ความอีกฝ่ายหนึ่งไม่มีสิทธินำพยานมาสืบหักล้างโดยไม่มีผลกระทบการพิสูจน์แต่ประการใด เช่น พระราชบัญญัติยาเสพติดให้โทษ พ.ศ. 2522 มาตรา 15 วรรคสอง บัญญัติว่า “การมีไว้ในครอบครองซึ่งยาเสพติดให้โทษในประเภท 1 คำนวณเป็นสารบริสุทธิ์ได้ตั้งแต่ยี่สิบกรัมขึ้นไป ให้ถือว่า...มีไว้ในครอบครองเพื่อจำหน่าย” จากบทบัญญัติข้างต้นมีข้อสังเกตเบื้องต้นว่า มาตรา 15 วรรคสองเป็นบทบัญญัติสันนิษฐานโดยเด็ดขาดว่า การมีเฮโรอินคำนวณเป็นสารบริสุทธิ์ ได้ตั้งแต่ยี่สิบกรัมขึ้นไป ให้ถือว่ามีไว้ในครอบครองเพื่อจำหน่าย จำเลยจะเถียงว่าไม่ได้มีไว้จำหน่ายหาได้ไม่¹¹ เช่น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1350/2536 ตามพระราชบัญญัติยาเสพติดให้โทษ พ.ศ. 2522 มาตรา 15 วรรคสองบัญญัติว่า การผลิต นำเข้า ส่งออก หรือมีไว้ในครอบครองซึ่งยาเสพติดให้โทษประเภท 1 คำนวณเป็นสารบริสุทธิ์ได้ตั้งแต่ยี่สิบกรัมขึ้นไป ให้ถือว่าผลิต นำเข้า ส่งออก หรือมีไว้เพื่อจำหน่าย บทบัญญัติดังกล่าวเป็นข้อสันนิษฐานโดยเด็ดขาดเมื่อข้อเท็จจริงฟังได้ว่า จำเลยมีเฮโรอินซึ่งคำนวณเป็นสารบริสุทธิ์หนักถึง 236.8 กรัมไว้ในครอบครองเช่นนี้ จึงถือได้ว่า จำเลยมีเฮโรอินดังกล่าวไว้ในครอบครองเพื่อจำหน่ายแล้ว โจทก์ไม่จำเป็นต้องนำพยานมาสืบให้ศาลเห็นว่าจำเลยมีเจตนาที่จะมีเฮโรอินไว้ในครอบครองเพื่อจำหน่าย

¹⁰ โสภณ รัตนากร, คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์บริษัท 21 เซ็นจูรี่ จำกัด, 2531), หน้า 132-133.

¹¹ วรวิทย์ ฤทธิพิศ, คดียาเสพติดให้โทษ เฮโรอิน ยาบ้า กัญชา คดีวัตถุออกฤทธิ์, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2540), หน้า 24.

1.2 ข้อสันนิษฐานไม่เด็ดขาด (rebuttable presumption) ข้อสันนิษฐานไม่เด็ดขาดนี้มีอยู่ตามบทบัญญัติในกฎหมายต่าง ๆ เป็นอันมาก มีข้อน่าสังเกตว่า ส่วนมากกฎหมายจะใช้คำว่า “ท่านให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่า...” หรือ “ให้สันนิษฐานว่า” ซึ่งจะต่างกับข้อสันนิษฐานโดยเด็ดขาด ดังที่กล่าวมาแล้วมักใช้คำว่า “ให้ถือว่า” ผลของข้อสันนิษฐานไม่เด็ดขาดนี้ก็มิใช่เพียงเป็นการโยนหน้าที่นำสืบไปให้อีกฝ่ายหนึ่งที่จะต้องสืบหักล้างข้อสันนิษฐานนั้น ถือว่าข้อสันนิษฐานเป็นคุณแก่ฝ่ายใด ฝ่ายนั้นสืบแต่เพียงว่าได้ปฏิบัติตามเงื่อนไขนั้นแล้ว ตนก็จะได้รับประโยชน์จากข้อสันนิษฐาน ตกเป็นหน้าที่อีกฝ่ายหนึ่งต้องสืบหักล้าง¹²

การที่กฎหมายได้กำหนดข้อสันนิษฐานตามกฎหมายเกี่ยวกับความผิดทางอาญาของบุคคล จะเป็นการบัญญัติกฎหมายที่ชอบหรือไม่ กรณีตามปัญหานี้ มีกฎหมายบัญญัติไว้ว่าการกระทำอย่างหนึ่งเป็นความผิด แต่มีกฎหมายอีกบทหนึ่งบัญญัติว่าถ้าผู้ใดกระทำการอีกอย่างหนึ่งให้ถือไว้ก่อนว่าผู้นั้นกระทำการอย่างแรก (ซึ่งกฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิด) เว้นแต่จำเลยจะพิสูจน์ได้ว่าจำเลยมิได้กระทำการตามบทบัญญัติที่กำหนดความผิดนั้น¹³ ดังเช่น ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 286 บัญญัติว่า “ผู้ใดไม่มีปัจจัยอย่างอื่นอันปรากฏสำหรับดำรงชีพหรือไม่ มีปัจจัยอันเพียงพอสำหรับดำรงชีพ และ (1) ปรากฏว่าอยู่ร่วมกับหญิงซึ่งค่าประเวณีให้ถือว่าผู้นั้นดำรงชีพอยู่ด้วยรายได้ของหญิงซึ่งค่าประเวณี เว้นแต่จะพิสูจน์ให้เป็นที่พอใจได้ว่ามิได้เป็นเช่นนั้น” การที่กฎหมายบัญญัติเช่นนี้มีเหตุผลมาจากว่าบทบัญญัติที่เป็นความผิดหลัก เป็นบทความผิดที่หาพยานหลักฐานยากลำบาก เพราะเป็นพยานที่อยู่ในความรู้เห็นส่วนตัวของผู้กระทำผิดฝ่ายเดียว หรือในกรณีที่เป็นกฎหมายออกมาเพื่อคุ้มครองผลประโยชน์ของสังคมเป็นส่วนรวม (social legislation) ทั้งนี้เพื่อเป็นการผลักภาระการพิสูจน์ไปให้แก่จำเลย ซึ่งได้เปรียบในการเสนอพยานหลักฐาน

การบัญญัติข้อสันนิษฐานเช่นนี้อาจจะเป็นการไม่ชอบเพราะเหตุว่าจะไปขัดกับหลักใหญ่ของระบบกฎหมายสากลที่ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่า จำเลยนั้นเป็นผู้บริสุทธิ์จนกว่าศาลจะพิพากษาว่าเขามีความผิด โดยหลักการนี้ก็บัญญัติอยู่ในกฎหมายรัฐธรรมนูญของไทย ฉบับปี พ.ศ. 2540 แต่ข้อสันนิษฐานกลับไปกำหนดว่า ถ้าจำเลยกระทำการอย่างหนึ่ง ซึ่งไม่มีกฎหมายกำหนดความผิดไว้ก็ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าจำเลยกระทำความผิด เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่าตนบริสุทธิ์ นักกฎหมายต่างประเทศ เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกา เห็นกันว่าบทบัญญัติที่กำหนดข้อ

¹² โอสถ โกศิน, คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพฯ : สำนักงานส่งเสริมงานตุลาการ กระทรวงยุติธรรม, 2538), หน้า 50.

¹³ เข็มชัย ชุตินวงศ์, กฎหมายลักษณะพยาน, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์นิติบรรณาการ, 2536), หน้า 46.

สันนิษฐานเช่นนี้เป็นการละเมิดสิทธิของจำเลยในอันที่จะไม่ต้องเปิดความปรักปรำตนเอง (right against self-incrimination) เพราะว่ากาหนดข้อสันนิษฐานลักษณะนี้จำเลยต้องนำสืบหักล้าง ซึ่งรวมถึงการที่จำเลยอ้างตนเองเป็นพยานเพื่อนำสืบให้พ้นข้อสันนิษฐาน ทั้ง ๆ ที่จำเลยมีสิทธิที่จะไม่เปิดความได้ กฎหมายของไทยก็ยอมรับรองสิทธินี้ไว้เช่นกัน¹⁴ จึงเป็นปัญหาว่ากฎหมายอาญามาตรา 286 หรือกฎหมายอื่นที่มีลักษณะทำนองเดียวกันขัดกับกฎหมายรัฐธรรมนูญหรือหลักกฎหมายสากลหรือไม่ บางท่านเห็นด้วยว่าน่าจะขัดต่อหลักกฎหมายอาญาที่กล่าวว่าบุคคลจะต้องรับผิดชอบในทางอาญาก็ต่อเมื่อมีกฎหมายบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ (ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 2) พร้อมทั้งยังขัดต่อหลักปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนด้วย¹⁵ แต่สำหรับประเทศไทยนั้น เมื่อศาลเห็นว่าเป็นกฎหมายแล้วก็ยอมรับบังคับได้ตามนั้น โอกาสที่ศาลจะพิจารณาว่าขัดต่อกฎหมายรัฐธรรมนูญจึงไม่ค่อยปรากฏให้เห็น

2. การกำหนดหน้าที่นำสืบ

การกำหนดหน้าที่นำสืบเป็นเรื่องของกฎหมายวิธีพิจารณาความ ซึ่งมีสาระสำคัญดังต่อไปนี้

2.1 การค้นหาความจริงในระบบกฎหมายของไทย โดยเฉพาะในแนวทางปฏิบัติของศาลยึดถือวิธีค้นหาความจริงโดยมีคู่ความ ศาลต้องวางตัวเป็นกลาง หน้าที่นำสืบพยานหลักฐานเพื่อพิสูจน์การกระทำความผิดตามข้อกล่าวหาตกอยู่กับโจทก์ (ดูประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 174) ส่วนจำเลยอาจให้การปฏิเสธโดยไม่นำสืบพยานหลักฐานใด หรือนำสืบพยานหลักฐานทางฝ่ายตนโต้แย้งข้อกล่าวหาของโจทก์ การจะพิจารณาว่าจำเลยมีความผิดและเป็นผู้กระทำผิดนั้นเป็นเรื่องที่ศาลจะเป็นผู้พิจารณาจากพยานหลักฐานของโจทก์ว่าชัดเจนมีความน่าเชื่อถือหรือไม่ และมีน้ำหนักมากน้อยเพียงใดเป็นสำคัญ ถ้าศาลเห็นว่าจำเลยกระทำความผิดก็สั่งลงโทษ แต่ถ้าเห็นว่าพยานหลักฐานโจทก์ไม่อาจยืนยันการกระทำความผิดของจำเลยได้ ก็ต้องพิพากษายกฟ้อง ปล่อยจำเลยไป แต่อย่างไรก็ตาม กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของไทยก็ให้อำนาจศาลในการช่วยค้นหาความจริงด้วย ดังเช่น

¹⁴ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 232 บัญญัติว่า ห้ามมิให้โจทก์อ้างจำเลยเป็นพยาน และ

มาตรา 234 บัญญัติว่า พยานไม่ต้องตอบคำถามซึ่งโดยตรงหรืออ้อม อาจจะทำให้เขาถูกฟ้องคดีอาญา เมื่อมีคำถามเช่นนั้นให้ศาลเตือนพยาน.

¹⁵ เข็มชัย ชุตินวงศ์, กฎหมายลักษณะพยาน, หน้า 47.

ก.เรียกสำนวนการสอบสวนจากพนักงานอัยการมาเพื่อประกอบการวินิจฉัยหลังจากที่โจทก์สืบพยานเสร็จแล้ว (มาตรา 175)

ข.ระหว่างการพิจารณา ศาลมีอำนาจสืบพยานเพิ่มเติมได้เอง หรือเมื่อคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งร้องขอ (มาตรา 228)

ค.ระหว่างการพิจารณา เมื่อเห็นสมควร ศาลมีอำนาจถามโจทก์ จำเลยหรือพยานคนใดก็ได้ (มาตรา 235)

จากแนวปฏิบัติของศาลและหลักกฎหมายที่กล่าวมาตามข้อ ก - ค นักกฎหมายไทยต่างเห็นพ้องกันเป็นส่วนใหญ่ว่า กฎหมายของเราใช้ระบบผสม โดยนำหลักเรื่องการทำหนดหน้าที่นำสืบคดีอยู่กับโจทก์มาใช้ แต่ในขณะเดียวกันก็ให้ศาลค้นหาความจริงเพิ่มเติมเมื่อเห็นสมควร เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมในการดำเนินคดี¹⁶

ความเข้าใจในบทบาทหน้าที่ของศาลเองยังเกิดความคลาดเคลื่อน โดยเฉพาะบทบาทในการค้นหาความจริงในชั้นพิจารณา ซึ่งโดยทั่วไปแล้วศาลมักเข้าใจว่าศาลเป็นคนกลางในการรับฟังพยานหลักฐานอย่างเคร่งครัดเท่านั้น โดยไม่สืบพยานด้วยตนเอง ดังที่มาตรา 229 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาบัญญัติให้ "ศาลเป็นผู้สืบพยาน....." อันแสดงให้เห็นว่าศาลต้องแสดงบทบาทอย่างกระตือรือร้นในการสืบพยานหลักฐานต่าง ๆ ด้วย¹⁷ เพื่อให้ได้ความจริงในการดำเนินคดี

2.2 หน้าที่นำสืบในคดีอาญา การพิจารณาคดีอาญาของไทยใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) หรือระบบวิธีพิจารณาที่เน้นการมีคู่ความ (Adversary System) การกำหนดหน้าที่นำสืบอาจตกอยู่กับโจทก์หรือจำเลย ซึ่งแล้วแต่ประเด็นแห่งคดีว่าฝ่ายใดอยู่ในฐานะที่จะต้องยืนยันข้อเท็จจริงหรือโต้แย้งข้อเท็จจริงใด

หน้าที่นำสืบเป็นคำที่ใช้รวม ๆ กันอยู่ ซึ่งมีความหมายถึงหน้าที่นำสืบก่อนหรือหมายถึงภาระการพิสูจน์ประการใดประการหนึ่งก็ได้ หน้าที่นำสืบก่อนหมายถึงหน้าที่ที่คู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะต้องนำพยานหลักฐานของตนเข้าสืบก่อนหลัง ส่วนภาระการพิสูจน์หมายถึง หน้าที่

¹⁶ ชวลิต โสภณวัต, "กฎหมายลักษณะพยานของไทยเป็นกฎหมายในระบบกล่าวหาจริงหรือ," ตุลพาห ปีที่ 28 เล่มที่ 6 (พฤศจิกายน - ธันวาคม 2524) : 40-41.

¹⁷ สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล, ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ฉบับอ้างอิง, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2540), หน้า 365.

ของคู่ความที่มีภาระจะต้องนำพยานหลักฐานมาพิสูจน์ต่อศาลเพื่อให้เห็นความจริงตามที่ตนกล่าวอ้าง

คำพิพากษาฎีกาที่ 1035/2496 การที่ศาลสั่งให้จำเลยนำสืบพยานก่อนและโจทก์จำเลยได้สืบพยานเสร็จสิ้นไปแล้ว แม้จะเป็นการชอบหรือไม่ชอบก็ตาม ถ้าไม่ทำให้การวินิจฉัยคำพยานเปลี่ยนแปลงไปแล้ว ก็ไม่ใช่ข้อที่ศาลจะสั่งแก้ไขอย่างไร

คำพิพากษาฎีกาที่ 3059-3060/2516 ตามกฎหมายโจทก์มีหน้าที่นำสืบก่อน แต่ศาลชั้นต้นกลับให้จำเลยนำสืบก่อน แม้จำเลยจะไม่คัดค้าน เมื่อไม่มีการสืบพยาน ศาลจะพิพากษาให้โจทก์ชนะคดีไปทีเดียวไม่ได้ เพราะการที่ศาลจะพิพากษาให้ฝ่ายใดเป็นผู้ชนะคดี โดยถือหน้าที่นำสืบเป็นหลักนั้นต้องถือตามหน้าที่นำสืบที่ถูกต้องตามกฎหมาย

ในคดีอาญา โจทก์มีหน้าที่นำสืบพยานหลักฐานว่าจำเลยเป็นผู้กระทำความผิดจริง การรับฟังพยานหลักฐานศาลจะลงโทษจำเลยได้ต้องปราศจากข้อสงสัย¹⁸ ในกรณีที่มีความสงสัยว่าข้อเท็จจริงใดเป็นอย่างนั้นหรือไม่ จะต้องวินิจฉัยให้เป็นคุณแก่จำเลยเสมอ (in dubio pro reo)¹⁹ โดยโจทก์ในคดีอาญามีหน้าที่ 2 ประการ คือ หน้าที่ชักจูงให้เชื่อและหน้าที่นำเสนอพยานหลักฐานไม่เช่นนั้นโจทก์จะเป็นฝ่ายแพ้คดี²⁰ ส่วนจำเลยต้องรับหน้าที่นำเสนอพยานหลักฐานในกรณีที่ได้แย้งข้อกล่าวหาของโจทก์ ถ้าไม่มีการแยกหน้าที่ดังกล่าว การผลักภาระการพิสูจน์ให้จำเลยอาจทำให้เข้าใจว่าเป็นการผลักภาระทั้ง 2 ประการให้จำเลยพร้อมกันไป แต่ถ้ามีการแยกก็จะสามารถกำหนดได้ว่าผลักส่วนไหน ซึ่งโดยปกติในคดีอาญากการผลักภาระให้

¹⁸ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 227 บัญญัติว่า "ให้ศาลใช้ดุลพินิจซึ่งนำพยานหลักฐานทั้งปวง อย่าพิพากษาลงโทษจนกว่าจะแน่ใจว่ามีการกระทำความผิดจริงและจำเลยเป็นผู้กระทำความผิดนั้น"

เมื่อมีความสงสัยตามสมควรว่าจำเลยได้กระทำความผิดหรือไม่ ให้ยกประโยชน์แห่งความสงสัยนั้นให้จำเลย".

¹⁹ คณิศ ญ นคร, "การยกประโยชน์แห่งความสงสัยและการเลือกลงโทษ," วารสาร อัยการ ปีที่ 4 ฉ 39 (มีนาคม 2524) : 52 และแสง บุญเฉลิมวิภาส, หลักกฎหมายอาญา, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพฯ : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2539), หน้า 15.

²⁰ อุดม รัฐอมฤต, "ผลของข้อสันนิษฐานตามกฎหมายต่อการกำหนดหน้าที่นำสืบในคดีอาญา," วารสารนิติศาสตร์ ปีที่ 25 ฉ 2 (มิถุนายน 2538) : 310.

จำเลยจะผลึกได้เฉพาะหน้าที่นำเสนอพยานหลักฐาน ส่วนหน้าที่ชักจูงให้เชื่อจะผลึกให้จำเลยไม่ได้ เพราะมีผลเท่ากับจำเลยกระทำความผิดไว้ก่อน

2.3 หน้าที่นำสืบตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 286 โจทก์มีภาระการพิสูจน์ในข้อสำคัญว่าจำเลยดำรงชีพอยู่ด้วยรายได้ของหญิงซึ่งค้าประเวณี อันเป็นข้อเท็จจริงที่ถือว่าเป็นองค์ประกอบความผิดตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ในวรรคแรก ซึ่งโจทก์เองสามารถนำสืบได้ 2 วิธี คือ²¹

ก. นำพยานหลักฐานเข้าสืบโดยให้ปรากฏข้อเท็จจริงว่า จำเลยนั้นดำรงชีพอยู่ด้วยรายได้ของหญิงซึ่งค้าประเวณีอันถือว่าเป็นข้อเท็จจริงที่ต้องพิสูจน์” ซึ่งเป็นการนำสืบตามบทบัญญัติของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 84 กล่าวคือ ผู้ใดกล่าวอ้าง ผู้นั้นนำสืบ หลักเกณฑ์ตามมาตรา นี้ ใช้กับคดีอาญาโดยผลของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 15

ข. โจทก์อาจนำสืบให้เกิดข้อสันนิษฐานตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 286 วรรคสองนั่นเอง ทั้งนี้ เป็นไปตามบทบัญญัติของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 84 (2) ซึ่งบัญญัติว่า “(2) ถ้ามีข้อสันนิษฐานไว้ในกฎหมายเป็นคุณแก่คู่ความฝ่ายใด คู่ความฝ่ายนั้นต้องพิสูจน์แต่เพียงว่าตนได้ปฏิบัติตามเงื่อนไขแห่งการที่ตนจะได้รับประโยชน์จากข้อสันนิษฐานนั้นครบถ้วนแล้ว” ประกอบกับประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาอาญา มาตรา 15

การนำสืบเพื่อให้เกิดข้อสันนิษฐานดังกล่าวหรือสืบถึงเงื่อนไขให้เกิดข้อสันนิษฐานในที่นี้ก็คือ โจทก์ต้องนำสืบถึงข้อเท็จจริงเบื้องต้น (basic fact) ก่อน เมื่อโจทก์สืบได้ กฎหมายก็จะสันนิษฐานว่ามีข้อเท็จจริงที่สันนิษฐาน (presumed fact)

ข้อเท็จจริงเบื้องต้น (basic fact) ที่โจทก์ต้องพิสูจน์ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 286 วรรคสอง มี 2 ประการด้วยกัน คือ

1. จำเลยไม่มีปัจจัยอย่างอื่นอันปรากฏสำหรับการดำรงชีพ หรือไม่มีปัจจัยอันพอเพียงสำหรับดำรงชีพ และ

2. จำเลยกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง คือ

(1) อยู่ร่วมกับหญิงซึ่งค้าประเวณีหรือสมาคมกับหญิงซึ่งค้าประเวณี

²¹ โสภณ รัตนการ, “ความผิดฐานดำรงชีพอยู่ด้วยรายได้ของหญิงซึ่งค้าประเวณี,” วารสารนิติศาสตร์ : 237-238.

(2) กินอยู่หลับนอน หรือรับเงิน หรือประโยชน์อย่างอื่นโดยหญิงซึ่งค่าประเวณี เป็นผู้จัดให้ หรือ

(3) เข้าแทรกแซงเพื่อช่วยหญิงซึ่งค่าประเวณี ในการทะเลาะวิวาทกับผู้ที่คบค้า กับหญิงซึ่งค่าประเวณีนั้น

เมื่อโจทก์นำสืบพยานหลักฐานฟังได้ว่ามีข้อเท็จจริงทั้ง 2 ประการดังกล่าว ก็จะทำให้เกิดข้อสันนิษฐานว่าจำเลย "ดำรงชีพอยู่จากรายได้ของหญิงซึ่งค่าประเวณี" ถือว่าเป็นข้อเท็จจริงที่สันนิษฐาน (presumed fact) มีผลทำให้จำเลยต้องนำสืบหักล้าง มิเช่นนั้นก็จะถือว่าจำเลยดำรงชีพอยู่จากรายได้ของหญิงซึ่งค่าประเวณี อันเป็นข้อเท็จจริงที่เป็นองค์ประกอบความผิด และมีผลทำให้จำเลยต้องได้รับโทษ

เช่นเดียวกับจำเลยก็มีวิธีนำสืบ 2 วิธีเหมือนกับโจทก์ กล่าวคือ จำเลยนำสืบหักล้างโดยตรงว่ามีได้ดำรงชีพจากรายได้ของหญิงซึ่งค่าประเวณี หรือนำสืบหักล้างข้อเท็จจริงเบื้องต้น เพื่อมิให้เกิดข้อสันนิษฐานก็ได้

โดยทั่วไปแล้ว การนำสืบเพื่อให้เกิดข้อสันนิษฐานจะง่ายกว่าการนำสืบโดยตรงว่าจำเลยดำรงชีพอยู่จากรายได้ของหญิงซึ่งค่าประเวณี โดยโจทก์ต้องนำสืบว่าหญิงซึ่งค่าประเวณีจัดหาปัจจัยในการดำรงชีพให้จำเลยหรือหญิงซึ่งค่าประเวณีให้เงินแก่จำเลย เพื่อหาปัจจัยในการดำรงชีพ การนำสืบแต่เพียงว่าจำเลยได้รับเงินจากหญิงซึ่งค่าประเวณี หากพอที่จะฟังว่าจำเลยดำรงชีพอยู่จากรายได้ของหญิงนั้นไม่ เพราะจำเลยอาจรับเงินนั้นมาเพื่อการอื่น เช่น หญิงซึ่งค่าประเวณีชำระเงินค่าสินค้าหรือชำระหนี้อื่น ๆ ก็ได้ มิใช่ว่ารับเงินมาเพื่อดำรงชีพก็เป็นไปได้ ดังจะเห็นได้ว่า การรับเงินจากหญิงซึ่งค่าประเวณีเป็นเพียงข้อเท็จจริงส่วนหนึ่งที่จะก่อให้เกิดข้อสันนิษฐานตามมาตรา 286 (2) เท่านั้น ถ้าจะให้เกิดข้อสันนิษฐาน โจทก์ยังคงต้องพิสูจน์ว่าจำเลยไม่มีปัจจัยอย่างอื่นอันปรากฏสำหรับการดำรงชีพหรือไม่มีปัจจัยอันพอเพียงสำหรับการดำรงชีพอีกด้วย

กรณีที่จำเลยรับเงินเป็นประจำจากหญิงซึ่งค่าประเวณีนั้น หากจำเลยเป็นผู้ไม่มีรายได้หรือมีทรัพย์สินไม่เพียงพอจะดำรงชีพ อาจเกิดข้อสันนิษฐานทางข้อเท็จจริงทำให้ศาลเชื่อว่าจำเลยดำรงชีพอยู่ด้วยเงินที่หญิงนั้นให้ก็ได้ แต่ถ้าจำเลยมีรายได้หรือมีฐานะการเงินคืออยู่แล้ว เพียงแต่ไปรับเงินจากหญิงซึ่งค่าประเวณี ศาลจะไปฟังว่าจำเลยรับเงินมาเพื่อการดำรงชีพ คงไม่เป็นการถนัดนักเพราะจำเลยอาจรับเงินมาเพื่อดำเนินการอย่างอื่น และการที่ศาลจะลงโทษจำเลย โจทก์จะต้องพิสูจน์ให้เห็นว่าจำเลยกระทำผิดโดยปราศจากข้อสงสัยพอสมควร อันเป็นสาเหตุประการหนึ่งที่มีการบังคับใช้กฎหมายมาตรา 286 นี้ค่อนข้างยุ่งยากและสับสน เนื่องจาก

แนวความคิดในทางกฎหมายต่างกัน ด้วยเหตุผลดังกล่าว กฎหมายที่มุ่งเอาความผิดกับบุคคล ซึ่งดำรงชีพอยู่ด้วยรายได้ของหญิงซึ่งค้าประเวณี มักจะบังคับใช้ไม่ได้ผล และมีปัญหาในการตีความพอสมควรทีเดียว ทำให้กฎหมายมาตราดังกล่าวมีปัญหาในทางปฏิบัติ สมควรแก้ไขเปลี่ยนแปลงให้ครอบคลุมการกระทำเช่นใดบ้าง โดยบัญญัติลงไปในชัดเจนเพื่อจะได้ไม่ก่อให้เกิดการตีความกฎหมายไปได้หลายทาง และทำให้บทบัญญัติของกฎหมายมีความเหมาะสมมากขึ้น

4.2 ขอบเขตและการบังคับใช้กฎหมาย

ธุรกิจบริการทางเพศเป็นรูปแบบหนึ่งของการค้ามนุษย์ ซึ่งขัดต่อหลักการสิทธิมนุษยชน และธุรกิจบริการทางเพศมีแนวโน้มขยายตัวมากขึ้น ประกอบกับเป็นกิจการที่มีอิทธิพลอยู่เบื้องหลัง ยิ่งไปกว่านั้น มีการค้าประเวณีเด็กอายุต่ำกว่า 18 ปีและมีผู้ถูกกักขังหญิง เหนียวและสลอลง รวมไปถึงการสลอลงข้ามชาติ ซึ่งเป็นการผิดกฎหมายอย่างชัดเจน ที่สำคัญคือมีการแพร่ขยายของกามโรคและโรคเอดส์ ปัญหาเหล่านี้ล้วนเป็นเรื่องที่รัฐมักจะหามาตรการหลาย ๆ ทางมาบังคับใช้ให้เกิดประสิทธิภาพ เพื่อป้องกันมิให้เกิดปัญหาต่าง ๆ ตามที่กล่าวมา อย่างไรก็ตาม มาตรการทางกฎหมายเป็นอีกมาตรการหนึ่งที่หลายคนพยายามนำมาใช้ให้เกิดประสิทธิภาพสูงสุด และสามารถบังคับใช้ให้เกิดประโยชน์อย่างจริงจัง แต่ในทางความเป็นจริงกลับไม่ได้เป็นเช่นนั้น การบังคับใช้กฎหมายไม่ประสบผลสำเร็จเท่าที่ควรเนื่องจากเจ้าพนักงานของรัฐหรือผู้บังคับใช้กฎหมายไม่ดำเนินการให้เป็นไปตามกฎหมาย หรือดำเนินการน้อยมาก บางครั้งมีการริดไถเอาเงินจากโสเภณีและผู้ประกอบการเพื่อมิต้องให้ถูกเอาผิดและแสวงหาผลประโยชน์ส่วนตัวจากกฎหมาย กฎ ระเบียบต่าง ๆ อีกด้วย

4.2.1 ขอบเขตการบังคับใช้กฎหมาย

การบังคับใช้กฎหมายของแต่ละชุมชนย่อมขึ้นอยู่กับสภาพแวดล้อมของสังคมนั้น ๆ ว่าสังคมใดจะสามารถบังคับใช้กฎหมายได้เคร่งครัด หรือมีผลได้มากกว่ากันย่อมขึ้นอยู่กับเหตุผลของแต่ละชุมชนด้วย มีผู้กล่าวว่ามนุษย์เป็นสัตว์สังคม การมีชีวิตในสังคมของมนุษย์จะเป็นไปได้ก็ต่อเมื่อเป็นภายใต้หลักเหตุผลและความยุติธรรม²² นั่นคือต้องอยู่ภายใต้กฎหมาย

²² ปรีดี เกษมทรัพย์, นิติปรัชญา, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพฯ : คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2541), หน้า 112.

สังคมที่มีระเบียบและเป็นธรรมย่อมจะสอดคล้องกับธรรมชาติของมนุษย์มากที่สุด ดังนั้น กฎหมายอาญาจึงมีขึ้นเพื่อ²³

1. ห้ามปราม และป้องกันพฤติกรรมอันนำไปสู่พฤติกรรมที่คุกคามต่อสวัสดิภาพ และผลประโยชน์ของสาธารณชนและเอกชน

2. ควบคุมบุคคลซึ่งมีพฤติกรรมที่ส่อไปในทางที่จะกระทำผิดทางอาญา ได้แก่ การใช้วิธีการเพื่อความปลอดภัยแก่บุคคลบางจำพวก (คนวิกลจริต ดิดสุรยาเมา ยาเสพติด คนเร่ร่อนจรจัด เป็นต้น)

3. เตือนบุคคลทั่วไปไม่ให้ละเมิดบทบัญญัติของกฎหมาย

4. ป้องกันและรักษาไว้ซึ่งสถาบันของสังคม เช่น สถาบันครอบครัว อันได้แก่ ความผิดเกี่ยวกับการล่วงละเมิดผู้เยาว์ ความผิดฐานลักทรัพย์ระหว่างสามี-ภรรยา บิดามารดากับบุตร สถาบันรัฐ อันได้แก่ ความผิดเกี่ยวกับความมั่นคงของรัฐ ตลอดจนสิทธิและทรัพย์สินส่วนบุคคล และสาธารณะ

การบังคับใช้กฎหมายจะก่อให้เกิดผลบังคับอย่างจริงจังและไม่มีการเลือกปฏิบัติในแต่ละสังคมจึงเป็นเรื่องยาก ทั้งนี้ ขึ้นอยู่กับกฎหมายในแต่ละเรื่องด้วย เช่น กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการค้าประเวณี ในขณะที่ตัวบทกฎหมายวางกำหนดโทษไว้สำหรับผู้ที่เกี่ยวข้องกับการค้าประเวณีทุกคน ไม่ว่าจะเป็นผู้ค้าประเวณีเอง หรือพ่อเล้า แมงดา เจ้าของกิจการ เป็นต้น แต่ในความเป็นจริง เมื่อมีการจับกุมแล้ว ผู้หญิงจะเป็นผู้ที่ถูกปรับ ถูกจำคุก ในขณะที่คนอื่นๆ “หาตัวไม่พบ” หรือ “หลบหนี” ไปได้ทุกครั้ง เพราะฉะนั้นในเรื่องการบังคับใช้กฎหมายในความผิดฐานค้าประเวณี แม้จะไม่มีเลือกปฏิบัติโดยกฎหมาย (discrimination by law) ก็ถือว่า ทุกคนที่เกี่ยวข้องมีบทกำหนดโทษ แต่ในทางความเป็นจริงก็ยังมีเลือกปฏิบัติในการบังคับใช้กฎหมาย (discrimination by law enforcement)²⁴

การบังคับใช้กฎหมายความผิดฐานดำรงชีพอยู่ด้วยรายได้ของหญิงซึ่งค้าประเวณี ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 286 กล่าวได้ว่าบทบัญญัติตามมาตรานี้ยังไม่ครอบคลุมถึงการกระทำความผิดของผู้ที่เข้ามาเกี่ยวข้องกับการค้าประเวณีในรูปแบบสมัยใหม่ได้ทั้งหมด อาจเป็นเพราะเหตุว่ากฎหมายในเรื่องนี้ถูกบัญญัติขึ้นเมื่อปีพ.ศ. 2482 และมีผลบังคับใช้ในปี

²³ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, กฎหมายอาญาหลักและปัญหา, พิมพ์ครั้งแรก (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2540), หน้า 7.

²⁴ สุตารัตน์ สุขพิพัฒน์กับคณะ และมาลี พงษ์พงศาวิไล, การแสวงหาผลประโยชน์ทางเพศจากสตรีไทยกับปัญหาสิทธิมนุษยชนและสตรีกับกฎหมาย, พิมพ์ครั้งแรก (กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2527), หน้า 220-221.

พ.ศ. 2500 เข้าใจว่าในขณะนั้นการค้าประเวณียังไม่มีความสลับซับซ้อน พ่อเล้าหรือแมงดายังเป็นไปในลักษณะที่คอยช่วยเหลือหญิงซึ่งค้าประเวณีและแบ่งรายได้เท่านั้น สถานการค้าประเวณี เช่น ไนท์คลับ ผับ บาร์ สถานอาบอบนวด หรือการค้าประเวณีในรูปแบบใหม่ ๆ ยังไม่มีเหมือนกับสมัยปัจจุบัน จึงทำให้บทบัญญัติไม่มุ่งเน้นหรือมีหลักการเพียงแต่ลงโทษบุคคลที่รับรายได้จากหญิงหรือดำรงชีพจากหญิงซึ่งค้าประเวณีเท่านั้นไม่รวมถึงพฤติกรรมในการแสวงหาผลประโยชน์ หรือผู้ที่กระทำความผิดในรูปแบบสมัยใหม่ด้วย บทบัญญัติของกฎหมายจึงมีข้อจำกัดเป็นอย่างมาก ไม่ว่าจะเป็นการตีความกฎหมายหรือแนวคิดที่ยึดแน่นกับความคิดเดิม ก็ตาม ในต่างประเทศ เช่น อังกฤษ กฎหมายบัญญัติลงโทษบุคคลที่เข้ามาเกี่ยวข้องกับการค้าประเวณีโดยเด็ดขาด²⁵ แต่การบังคับใช้กฎหมายจำต้องคำนึงถึงหลักเกณฑ์ต่าง ๆ อีกหลายประการ เช่น การใช้กฎหมายลงโทษบุคคลอื่นจะต้องมีกฎหมายบัญญัติไว้โดยชัดแจ้งและบัญญัติว่าการกระทำนั้นเป็นความผิดตามกฎหมาย²⁶ เป็นต้น มองในแง่นี้ทำให้การบังคับใช้กฎหมายดังกล่าว โดยเฉพาะแนวความคิดเดิม ๆ ของผู้ใช้กฎหมายเกือบจะกล่าวได้ว่า “กฎหมายชราภาพ” ไม่อาจบังคับใช้ได้เหมาะสมเสียแล้ว

อย่างไรก็ตาม กระบวนการบังคับใช้กฎหมายอาญานั้นจะต้องพยายามหลีกเลี่ยงการนำตัวผู้บริสุทธิ์มาลงโทษให้มากที่สุด แม้สังคมจะปรารถนาให้ผู้กระทำความผิดได้รับโทษทุกคนและด้วยความรวดเร็ว แต่สังคมก็คงไม่ต้องการที่จะให้มีการลงโทษผู้บริสุทธิ์อย่างแน่นอน กระบวนการบังคับใช้กฎหมายอาญานั้นต้องมีความเป็นธรรม การคุ้มครองผู้บริสุทธิ์ด้วยความเป็นธรรมนี้จำต้องมีทุกขั้นตอน เริ่มตั้งแต่การจับ การค้น การสอบสวน การควบคุมตัว การสั่งฟ้องคดี การดำเนินคดี และการพิจารณาพิพากษาคดี กล่าวคือ ทุกคนจะต้องได้รับความเสมอภาคกันในกฎหมายตามหลักที่ว่า “บุคคลเสมอภาคกันในกฎหมาย” ให้มีความหมายอย่างแท้จริง เพราะความเสมอภาคกันในสิทธิที่ปรากฏในตัวบทกฎหมายยังถือว่าไม่เพียงพอ บุคคลจะต้องเสมอภาคกันในกฎหมายอย่างแท้จริงได้ต่อเมื่อเรามีความเสมอภาคกันในการใช้สิทธิที่เท่าเทียมกันด้วย²⁷

²⁵ Gerhard O.W. Mueller, Legal Regulation of Sexual Conduct (New York 3, N.Y. : Oceana Publications, Inc., 1961), p. 49.

²⁶ ประมวลกฎหมายอาญา, มาตรา 2.

²⁷ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1, พิมพ์ครั้งที่ 3 แก้ไขเพิ่มเติม (กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2536), หน้า 13.

โดยทั่วไปขอบเขตที่กฎหมายจะใช้บังคับนั้นมีอยู่ 3 ประการ คือ²⁸

1. กฎหมายใช้เมื่อใด
2. กฎหมายใช้ที่ไหน
3. กฎหมายใช้แก่บุคคลใด

1. กฎหมายใช้เมื่อใด กล่าวคือเวลาที่กฎหมายอาญาใช้บังคับโดยทั่วไปตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 2 ได้แก่ "กฎหมายที่ใช้ในขณะที่กระทำ" คือตั้งแต่ประกาศใช้เป็นต้นไป จะบังคับใช้ย้อนหลังไม่ได้ รวมถึงโทษจะหนักไปกว่าโทษในขณะความผิดเกิดไม่ได้ แต่ถ้าย้อนหลังเป็นคุณไม่ห้าม

2. กฎหมายใช้ที่ไหน กล่าวคือ สถานที่กฎหมายใช้บังคับ ได้แก่ ราชอาณาจักร หรือที่เรียกกันว่าหลักดินแดน บุคคลทุกคนไม่ว่าจะมีสัญชาติใด หากได้กระทำความผิดในราชอาณาจักรไทยหรือกฎหมายถือว่าเป็นราชอาณาจักรไทยแล้ว ศาลไทยมีอำนาจพิพากษาลงโทษได้ทั้งสิ้น

3. กฎหมายใช้แก่บุคคลใด กล่าวคือ บุคคลที่มีสัญชาติไทย รัฐย่อมมีอำนาจบังคับและคุ้มครองคนสัญชาติของรัฐนั้นไม่ว่าจะอยู่ ณ ที่ใด ดังนั้น หากคนสัญชาติไทยกระทำความผิดหรือเป็นผู้เสียหายตามกฎหมายไทยนอกราชอาณาจักรไทย แล้วกลับเข้ามาในประเทศไทย ศาลไทยมีอำนาจพิจารณาพิพากษาความผิดดังกล่าวได้ตามหลักเงื่อนไขต่าง ๆ เช่น ที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 8 "ผู้ใด กระทำความผิดนอกราชอาณาจักร และ(ก) ผู้กระทำความผิดนั้นเป็นคนต่างด้าว และรัฐบาลแห่งประเทศที่ความผิดได้เกิดขึ้น หรือผู้เสียหายได้ร้องขอให้ลงโทษ หรือ(ข) ผู้กระทำความผิดนั้นเป็นคนต่างด้าว และรัฐบาลไทยหรือคนไทยเป็นผู้เสียหาย และผู้เสียหายได้ร้องขอให้ลงโทษ"

การใช้กฎหมายอาญาต้องคำนึงถึงเขตอำนาจศาลโดยทั่วไป (general jurisdiction) ว่าครอบคลุมถึงไหน และมีอำนาจบังคับใช้แก่ผู้ใดบ้าง กล่าวโดยสรุป กฎหมายจะใช้บังคับได้ต้องคำนึงถึงเวลา สถานที่ และบุคคล เป็นสำคัญ

เป็นที่ยอมรับกันว่า ผู้กระทำผิดในโลกปัจจุบันมีวิวัฒนาการและมีความสลับซับซ้อนมากขึ้น การกระทำความผิดมีลักษณะเป็นเครือข่ายข้ามชาติ ไร้พรมแดน กฎหมายมักจะถูก

²⁸ หยุต แสงอุทัย, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 11(กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์ประกายพรึก, 2535), หน้า 77-82.

จำกัดขอบเขตของการบังคับใช้ตามหลักเกณฑ์ที่กล่าวมาข้างต้น ทำให้กฎหมายไม่สามารถนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษได้ โดยเฉพาะการกระทำความผิดที่มีลักษณะเป็น International Crime ซึ่งจะขอก้าวในเรื่องนี้โดยละเอียดในหัวข้อต่อไป

4.2.2 การกระทำความผิดอาญาระหว่างประเทศ (International Crime)

อาชญากรรมเป็นปัญหาที่มีอยู่คู่กับสังคมมนุษยชาติมาเป็นเวลานานแล้ว รัฐบาลของทุก ๆ ประเทศในโลกต่างก็พยายามค้นหาวิธีการที่จะป้องกันและปราบปรามอาชญากรรม เพราะทุกประเทศตระหนักดีว่า อาชญากรรมเป็นภัยอย่างร้ายแรงต่อการพัฒนาประเทศ รัฐบาลของทุกประเทศมีหน้าที่สำคัญที่จะต้องสร้างความผาสุกให้กับประชาชน โดยการรักษาความสงบเรียบร้อยในสังคม และทำให้ประชาชนมีความรู้สึกปลอดภัยในชีวิตและทรัพย์สิน ภาวะดังกล่าวจึงเป็นภาระที่ลำบากยากยิ่งตามความรุนแรงของอาชญากรรม ยิ่งไปกว่านั้นอาชญากรรมในสมัยปัจจุบันนับวันยิ่งทวีความรุนแรงและความสลับซับซ้อนมากขึ้นไปเรื่อย ๆ ปัญหาอาชญากรรมในยุคปัจจุบันได้เปลี่ยนแปลงจากในอดีตที่มีผู้ประกอบการเพียงไม่กี่คน มาเป็นการประกอบอาชญากรรมในรูปองค์กรอาชญากรรม (organized crime) มีการนำเอาเทคโนโลยีสมัยใหม่มาใช้ในการประกอบอาชญากรรม ทำให้อาชญากรรมได้ขยายวงกว้างขึ้นไปอีกมาก²⁹ อย่างไรก็ตาม กระบวนการยุติธรรมของทุกประเทศมีข้อจำกัดที่สำคัญในเรื่องอำนาจบังคับใช้กฎหมาย (jurisdiction to enforce) ซึ่งโดยหลักทั่วไปรัฐมีอำนาจในการบังคับใช้กฎหมายอาญาภายในเขตดินแดนของประเทศของตนเท่านั้น (territorial jurisdiction) ทำให้รัฐไม่สามารถเข้าไปดำเนินการกับอาชญากรรมระหว่างประเทศได้อย่างเต็มที่ บรรดาอาชญากรจึงรอดเงื้อมมือของกฎหมายได้ อยู่เนื่อง ๆ นานาประเทศจึงคิดค้นวิธีการที่จะแก้ปัญหาตลอดมา โดยเฉพาะปัญหาอาชญากรรมที่เกี่ยวกับการค้าประเวณี หรืออาชญากรรมทางเพศที่รัฐต่าง ๆ ใ้มีความพยายามทำให้ความผิดที่เกิดจากการกระทำความผิดทางเพศนั้นเป็น International Crime เป็นระยะเวลาอันยาวนานแล้ว และเกือบทุกประเทศส่วนใหญ่จะมีความคิดเห็นที่ตรงกัน ในการร่วมมือกันปราบปรามการกระทำความผิดดังกล่าว โดยถือว่าความผิดประเภทนี้เป็นอาชญากรรมและเป็นการกระทำความผิดที่กระทำต่อความสงบเรียบร้อยระหว่างประเทศ (Crime and Criminals against the International Public Order) หรือ (Delicta Gentium) อาชญากรรมหรือการกระทำความผิดที่เกิดขึ้นโดยมิได้ละเมิดต่อกฎหมายของรัฐเพียงประเทศเดียวเท่านั้น แต่ได้ละเมิดต่อกฎหมายของรัฐตั้งแต่สองรัฐขึ้นไปในเวลาเดียวกัน และผู้กระทำความผิดมักจะไม่ถูกจับกุมตัวในรัฐที่กระทำความผิดเสมอ

²⁹ สุชาติ ไตรประสิทธิ์, “ความร่วมมือระหว่างประเทศทางอาญากับความมั่นคงแห่งชาติ,” (วิทยานิพนธ์นักศึกษามหาวิทยาลัยป้องกันราชอาณาจักร รุ่นที่ 33, ม.ป.ป.), หน้า 1.

อนุสัญญาว่าด้วยการปราบปรามการค้ามนุษย์และการแสวงหาผลประโยชน์จากการค้าประเวณีของผู้อื่น ค.ศ. 1950 อันเป็นกฎหมายระหว่างประเทศ บัญญัติว่า การค้ามนุษย์เพื่อการค้าประเวณีเป็นความผิดอาญา ดังนั้นการค้าหญิงหรือการค้ามนุษย์ระหว่างประเทศเพื่อการค้าประเวณี รวมถึงการแสวงหาผลประโยชน์หรือรับรายได้จากการค้าประเวณี ไม่ว่าจะอยู่ในรูปแบบใดก็ตาม จึงเป็นอาชญากรรมระหว่างประเทศ (international crimes) เนื่องจากเป็นอาชญากรรมที่ละเมิดต่อกฎหมาย และความสงบสุขของประชาชนตั้งแต่สองประเทศขึ้นไป อันเป็นความผิดต่อกฎหมายระหว่างประเทศ

อาชญากรรมระหว่างประเทศ แบ่งออกเป็น 2 ประเภทคือ³⁰

1. อาชญากรรมและการกระทำความผิดต่อสากลหรือความสงบเรียบร้อยของโลกถือว่าอาชญากรรมประเภทนี้เป็นอาชญากรรมระหว่างประเทศที่มีความรุนแรง เพราะเนื่องจากว่าเป็นอาชญากรรมที่ทำลายล้างมนุษยชาติ และทุกรัฐต่างได้รับผลเสียหายจากอาชญากรรมดังกล่าว จึงทำให้ทุกรัฐในสังคมระหว่างประเทศมีเขตอำนาจศาลตามหลักสากลที่จะพิจารณาคดีต่อผู้กระทำความผิดได้

2. อาชญากรรมและการกระทำความผิดอาญาที่กระทำต่อความสงบเรียบร้อยระหว่างประเทศ อาชญากรรมประเภทนี้เป็นอาชญากรรมระหว่างประเทศที่สร้างความเสียหายน้อยกว่าอาชญากรรมและการกระทำความผิดต่อหลักสากล หรือความสงบเรียบร้อยของโลก โดยอาชญากรรมประเภทนี้จะก่อให้เกิดความเสียหายตั้งแต่ 2 รัฐขึ้นไป และการดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดอาชญากรรมระหว่างประเทศประเภทนี้ ทุกรัฐมีเขตอำนาจตามหลักสากลที่จะพิจารณาคดีต่อผู้กระทำความผิดได้เช่นเดียวกัน

นอกจากนั้นความผิดตามกฎหมายระหว่างประเทศ อันอยู่ในความรับผิดชอบเพื่อป้องกันและปราบปรามขององค์การตำรวจสากล ได้แก่³¹

1. การกระทำความผิดอาญาต่อบุคคล ตัวอย่างเช่น การฆาตกรรม การทำร้ายร่างกาย การปล้น การจับตัวประกัน เป็นต้น

2. การค้าทาสและการค้าหญิง

³⁰ พงศ์ธร บุญอารีย์, กฎหมายระหว่างประเทศในส่วนที่เกี่ยวกับคดีอาญา, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2540), หน้า 100.

³¹ ประกอบ ประพันธ์เนติวุฒิ, กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลและคดีอาญา, พิมพ์ครั้งแรก (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2528), หน้า 245.

การค้าทาส (slave trade) และการค้าหญิงเป็นการกระทำผิดต่อกฎหมายไม่ว่าจะเป็นกฎหมายภายในหรือกฎหมายระหว่างประเทศ อีกทั้งเป็นการละเมิดหรือขัดต่อปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948 ข้อ 1 ที่ว่า “มนุษย์ทั้งหลายเกิดมามีอิสระและเสมอภาคกันในเกียรติศักดิ์และสิทธิ...” และข้อ 5 ที่ว่า “บุคคลใดจะถูกบังคับให้เป็นทาส หรือตกอยู่ในภาวะเป็นทาสโดยจำยอมไม่ได้ ความเป็นทาสและการค้าทาสเป็นการต้องห้ามทุกรูปแบบ”

ด้วยเหตุผลตามที่กล่าวมาเห็นว่า ทุกรัฐมีความคิดตรงกันว่า การค้ามนุษย์หรือการแสวงหาผลประโยชน์จากการล่อลวง ชู้เชื้อ หรือบังคับให้มีการค้าประเวณี ไม่ว่าในรูปแบบใด ๆ ล้วนเป็นสิ่งที่ผิดกฎหมายระหว่างประเทศอย่างชัดเจน หลายประเทศพยายามผลักดันให้การแสวงหาผลประโยชน์จากการค้าประเวณีเป็นความผิดระหว่างประเทศ เพื่อให้ทุกรัฐดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดอาญาระหว่างประเทศตามหลักสากลที่รัฐต่าง ๆ มีเขตอำนาจพิจารณากับผู้กระทำได้

กรณีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 286 ถ้ามีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงหลักการ และสามารถขยายขอบเขตแห่งการกระทำความผิดให้ครอบคลุมถึงพฤติกรรมของผู้ที่แสวงหาผลประโยชน์หรือรับรายได้จากการค้าประเวณี โดยถือว่าบุคคลนั้นดำรงชีพจากรายได้ของผู้ซึ่งค้าประเวณีดังเช่นในกฎหมายต่างประเทศให้เป็นไปตามหลักสากลแล้ว ความผิดฐานนี้ก็จะมีความผิดอาญาระหว่างประเทศ เพราะโดยปกติการค้าหญิงหรือค้ามนุษย์ หรือการแสวงหาผลประโยชน์จากการค้าประเวณีนั้นขัดต่ออนุสัญญาว่าด้วยการปราบปรามการค้ามนุษย์ และการแสวงหาผลประโยชน์จากการค้าประเวณีของผู้อื่น ค.ศ. 1950 อันเป็นกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งได้บัญญัติไว้ว่าการค้าหญิงหรือมนุษย์ หรือแสวงหาผลประโยชน์จากการค้าประเวณีเป็นอาชญากรรมระหว่างประเทศและเป็นการละเมิดต่อกฎหมาย ความสงบสุขของประชาชนสองประเทศขึ้นไป อันจะถือว่าเป็นความผิดกฎหมายระหว่างประเทศ

โดยสรุป ปัจจุบันความผิดที่เป็นอาชญากรรมระหว่างประเทศได้ขยายแนวออกไปมาก กล่าวคือ จากความผิดฐานเป็นโจรสลัดไปสู่การกระทำความผิดฐานเป็นสลัดอากาศ และไปสู่การกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด เมื่อเร็ว ๆ นี้ ความผิดที่เกี่ยวกับเพศก็ถูกจัดเข้ามาเป็นความผิดสากลแล้ว³² นับว่าเป็นอีกก้าวสำคัญที่กฎหมายจะถูกนำมาบังคับใช้ได้อย่างมีประสิทธิภาพและสามารถปราบปรามผู้กระทำความผิดได้อย่างจริงจังขึ้น

³² ประมวลกฎหมายอาญา, มาตรา 7 (2 ทวิ) : ความผิดเกี่ยวกับเพศตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 282 และมาตรา 283.

4.3 การนำมาตรการที่เหมาะสมทางกฎหมายมาบังคับใช้เพื่อให้เกิดประสิทธิภาพในการป้องกันและปราบปรามการกระทำความผิด

ธุรกิจบริการทางเพศเป็นรูปแบบหนึ่งของอาชญากรรมทางสังคมที่ขายคุณค่าและศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ขัดต่อศีลธรรมและประเพณีอันดีงาม รวมถึงขัดต่อปรัชญาของการพัฒนาในแผนพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ ฉบับที่ 8 “ที่มุ่งเน้นให้คนเป็นศูนย์กลางและจุดมุ่งหมายหลักของการพัฒนา” อันจะนำไปสู่การพัฒนาที่ยั่งยืน สังคมที่พึงปรารถนาโดยเฉพาะ การขจัดมิให้มีเด็กอายุต่ำกว่า 18 ปี ทั้งหญิงและชายเข้าสู่ธุรกิจบริการทางเพศโดยเด็ดขาด การนำเด็กเข้าสู่ธุรกิจบริการทางเพศเป็นการกระทำที่ส่งผลให้เด็กไม่สามารถพัฒนาศักยภาพของตนเองได้เต็มที่ อีกทั้งยังคงเป็นภาระของสังคมในการติดตามแก้ปัญหาทรัพยากรที่ถูกทำลายเหล่านั้นในระยะยาว จึงควรรหาทางป้องกันเพื่อให้เด็กเหล่านั้นเป็นประชาชนที่มีคุณภาพ คุณธรรมและมีคุณสมบัติให้แก่ประเทศชาติในอนาคตต่อไป³³ การนำเด็กและผู้หญิงเข้าสู่ธุรกิจบริการทางเพศเป็นอาชญากรรมที่หารายได้มหาศาลให้กับผู้กระทำความผิด จึงเป็นแรงจูงใจให้เกิดองค์การอาชญากรรมที่มีอิทธิพลสูง ทั้งทางด้านการเงินและการใช้ความรุนแรง ด้วยเหตุผลดังกล่าวจึงควรเร่งหามาตรการทางกฎหมายที่เหมาะสมมาบังคับใช้ เพื่อให้เกิดประสิทธิภาพในการป้องกันและปราบปรามโดยเร็ว

4.3.1 หลักเกณฑ์และแนวทางในการบังคับใช้ประมวลกฎหมายอาญามาตรา

286

ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 286 ความผิดฐานค้าหรือขายนางงามหรือหญิงซึ่งค้าประเวณีสมควรได้รับการแก้ไขโดยเร็ว หากรัฐมีนโยบายที่จะปราบปรามผู้ที่เข้ามาเกี่ยวข้องกับธุรกิจการค้าประเวณีให้หมดไป เพราะปัญหาที่กำลังเกิดขึ้นในปัจจุบัน กรณีคนรับรายได้มาจากโสเภณีหรือจากการค้าประเวณียังไม่ถูกลงโทษ กรณีตามมาตรา 286 ถ้าได้มีการบัญญัติให้ครอบคลุมถึงพฤติการณ์ในรูปแบบอื่น เช่น ผู้ที่มีส่วนในการดำเนินกิจการ และมีการล่อลวงหญิงหรือเด็กมาทำการค้าประเวณี แล้วรับรายได้หรือกรณีมีการแสวงหาผลประโยชน์จากกิจการเหล่านั้น แต่กฎหมายของเราที่ดี หรือการตีความของศาลที่ดีไปตั้งว่าเป็น “แมงดา” จึงจะผิดเมื่อเป็นเช่นนี้การบังคับใช้กฎหมายย่อมทำให้เกิดปัญหาอย่างแน่นอน

³³ สำนักงานปลัดสำนักนายกรัฐมนตรี, “แผนปฏิบัติการป้องกันและแก้ไขปัญหาธุรกิจบริการทางเพศ,” พฤศจิกายน 2539, หน้า 1.

ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 286 ควรจะมีลักษณะการบังคับใช้เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมและมีความเหมาะสม ตามแนวทางดังนี้

1. ควรแก้ไขเปลี่ยนแปลงหลักการให้มีลักษณะครอบคลุมการกระทำต่าง ๆ โดยพิจารณาถึงแนวคิดให้มีความชัดเจนมากขึ้นกว่าเดิม และควรเพิ่มเติมในเรื่อง “รับเงินหรือประโยชน์อย่างอื่น” ถ้าหากมีข้อเท็จจริงเช่นนี้เกิดขึ้น กฎหมายควรสันนิษฐานว่าคำร้องชี้พ้ออยู่ด้วยรายได้ของหญิงซึ่งค้าประเวณี พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้าประเวณี พ.ศ. 2539 บัญญัติลงโทษ เฉพาะผู้จัดหาหญิงมาค้าประเวณี หรือผู้เป็นเจ้าของกิจการ ผู้ดูแล หรือผู้จัดการสถานการค้าประเวณี แต่ไม่รวมไปถึงพวกนายทุนที่ออกเงินลงทุน หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ ซึ่งรับเงินหรือผลประโยชน์จากการค้าประเวณีโดยไม่มีความผิดตามมาตรา นี้ เนื่องจากผู้จัดหาหญิงเพื่อค้าตอบแทน (Procurer) ต่างกับแมงดา (Souteneur)³⁴ ซึ่งก็คือผู้รับประโยชน์หรือผู้รับรายได้จากผู้ค้าประเวณี แต่อย่างไรก็ตามผู้เขียนเห็นว่าควรคงหลักการเรื่องคำร้องชี้พ้อไว้ และเห็นต่อไปว่า ควรมีการแก้ไขบทบัญญัติให้เกิดความชัดเจนมากขึ้น พร้อมกับระวางมิให้บทบัญญัติดังกล่าวไปซ้ำซ้อนกับความผิดตามพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้าประเวณี และให้หลักการใหม่ครอบคลุมไปถึงพฤติกรรมของแมงดาในสมัยปัจจุบันโดยให้รวมถึงบุคคลที่มีพฤติกรรมดังต่อไปนี้ไว้

1.1 ผู้ที่เปิดสถานประกอบกิจการซึ่งมีการค้าประเวณี และให้รวมถึงรับบุคคลใดเข้ามาเพื่อเป็นการพาชาวต่างชาติมาเที่ยวโสเภณี หรือพวกที่ประกอบกิจการ Sex Tour โดยรับเงินรายได้เหล่านี้เป็นปกติธุระ

1.2 ผู้ที่ออกเงินลงทุนให้กับผู้อื่นเพื่อจัดสถานที่ให้มีการค้าประเวณีและรับรายได้หรือผลกำไรจากการประกอบกิจการที่ได้ลงทุนไป ไม่ว่าจะโดยทางตรงหรือทางอ้อมในปัจจุบันมีกิจการประเภทร้านอาหารหรือเครื่องดื่ม แต่เบื้องหลังทำการค้าประเวณีหรือธุรกิจที่แฝงเร้นในลักษณะอื่น เช่น ร้านตัดผมชาย ร้านเสริมสวยสุภาพสตรี โดยมีการค้าประเวณีแอบแฝงอยู่ด้วย เป็นต้น

1.3 องค์การที่มีการลงทุนเพื่อจัดหาหญิง หรือเด็กไปค้าประเวณีในประเทศหรือต่างประเทศ โดยมีการล่อลวงหญิงหรือเด็กไปทำงาน จากนั้นก็ให้ค้าประเวณี แต่มีข้อสังเกตว่าการลงโทษบุคคลที่กระทำความผิดในรูปองค์กรอาชญากรรมนั้น ประมวลกฎหมายอาญายังไม่ได้มี

³⁴ โสภณ รัตนากร, “ความผิดฐานคำร้องชี้พ้ออยู่ด้วยรายได้ของหญิงซึ่งค้าประเวณี,” วารสารนิติศาสตร์ : 234.

การเตรียมพร้อมเพื่อรองรับเรื่อง organized crimes หากมีการนำไปใช้ผิดสมัยก็คงจะไปด้วยกันไม่ได้ จึงต้องศึกษาในเรื่ององค์กรอาชญากรรมเป็นพิเศษ หรือหามาตรการทางกฎหมายมาใช้ อย่างเหมาะสมด้วย

1.4 เจ้าหน้าที่ของรัฐ เช่น เจ้าพนักงานตำรวจที่รับเงินจากผู้ซึ่งค้าประเวณีไม่ว่าจะเป็นการได้มาโดยริดไถหรือรับส่วยก็ตาม

1.5 ผู้ชักชวน โดยการโฆษณาหรือเป็นนายหน้า ไม่ว่าจะทำโดยรูปแบบใด ๆ เช่น การสื่อสารโดยทางโทรศัพท์ หรือทางคอมพิวเตอร์อินเทอร์เน็ต จากนั้นบุคคลเหล่านี้ได้รับผลประโยชน์หรือรับรายได้ในฐานะเป็นสื่อกลางผู้ติดต่อให้มีการค้าประเวณีกัน

1.6 ผู้ที่กินอยู่หลับนอน หรือสมาคมกับผู้อื่นซึ่งค้าประเวณีเป็นอาชีพหรือเป็นปกติธุระ และรวมไปถึงผู้ที่คอยช่วยเหลือ ค้ำครอง หรือให้ความสะดวกในการค้าประเวณีของผู้อื่น

1.7 พฤติกรรมอื่นที่มีความหมายถึง ผู้รับประโยชน์หรือหากำไรจากการค้าประเวณีของผู้อื่น หรือผู้อาศัยอยู่กับรายได้ของผู้ค้าประเวณี หรือผู้ช่วยเหลือผู้ที่รับรายได้จากการค้าประเวณีของผู้อื่นในการพิสูจน์ว่ารายได้นั้นได้มาโดยไม่ชอบ เป็นต้น

การเลือกบุคคลประเภทใดมาบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 286 โดยกำหนดพฤติกรรมให้ครอบคลุมถึงการกระทำต่าง ๆ ตามที่กล่าวมา โดยใช้แนวทางการศึกษาจากพฤติกรรมการเป็นแมงตาดตามกฎหมายต่างประเทศ น่าจะเป็นแนวทางหนึ่งในการแก้ไขปรับปรุงกฎหมายดังกล่าว

2. ควรปรับปรุงแก้ไขข้อสันนิษฐานในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 286 วรรคสองให้โจทก์นำสืบได้ง่ายขึ้น โดยไม่คำนึงถึงว่าจำเลยจะมีปัจจัยอย่างอื่นสำหรับดำรงชีพ หรือมีปัจจัยไม่พอเพียงแก่การดำรงชีพหรือไม่ ถ้าโจทก์นำสืบได้ว่าจำเลยรับเงินหรือผลประโยชน์จากหญิงซึ่งค้าประเวณี และมีพฤติการณ์อย่างอื่นที่แน่นอนเดียวกับที่บัญญัติอยู่ใน (1) ถึง (3) แล้วก็ให้สันนิษฐานว่าจำเลยดำรงชีพอยู่จากรายได้ของหญิงซึ่งค้าประเวณี

การจะเข้าบทสันนิษฐานเพื่อพิสูจน์ข้อเท็จจริง โจทก์ต้องพิสูจน์ข้อเท็จจริงเบื้องต้นอันหนึ่งทีเรียกว่า basic fact เมื่อเข้าข้อสันนิษฐานตามข้อเท็จจริงเบื้องต้น (basic fact) แล้วก็เกิดข้อเท็จจริงที่สันนิษฐาน (presume fact) ขึ้นมา โดยไม่จำเป็นต้องพิสูจน์ในเรื่องข้อเท็จจริงที่สันนิษฐานอีก เมื่อเกิดข้อเท็จจริงที่สันนิษฐานขึ้นมาแล้ว ก็เป็นหน้าที่ของจำเลยที่จะต้องนำสืบ

หักล้างข้อเท็จจริงที่สันนิษฐานนั้น กล่าวคือ ข้อเท็จจริงเบื้องต้นตามมาตรา 286 ในปัจจุบันก็จะ เป็นไปตาม (1) (2) และ (3) ซึ่งต้องพิสูจน์ด้วยว่าไม่มีปัจจัยดำรงชีพ หรือมีปัจจัยดำรงชีพแต่ไม่ เพียงพออันเป็นการพิสูจน์ที่ยาก ทำให้กฎหมายมาตรานี้ยังใช้ไม่ค่อยได้ หรือมีปัญหาในการตี ความ ดังนั้นจึงต้องลดภาระการพิสูจน์ของโจทก์หรืออัยการให้น้อยลง แทนที่จะนำสืบทั้งสอง ประการ ก็สืบเพียงประการเดียวตาม (1) (2) หรือ (3) โดยไม่ต้องสืบเรื่องไม่มีปัจจัยอันเพียงพอ สำหรับดำรงชีพ กล่าวคือ การนำสืบความไม่มีอยู่นั้นทำได้ยาก หรืออาจทำไม่ได้ ดังนี้ จึงควรให้ มีการกำหนดข้อสันนิษฐานขึ้นเพื่อให้สืบถึงความมีอยู่แทน ในที่นี้ก็คือให้สืบแต่เพียงว่ามี พฤติการณ์แวดล้อม เป็นต้นว่า คู่สมรสช่วยเหลือหรือให้ความสะดวกในการค้าประเวณีของผู้ อื่น ก็สามารถสันนิษฐานได้ว่ามีข้อเท็จจริงที่สันนิษฐาน ซึ่งก็คือข้อเท็จจริงที่ดำรงชีพอยู่จากราย ได้ของผู้ซึ่งค้าประเวณี เท่ากับว่าหน้าที่นำสืบของจำเลยคงยังมีอยู่เท่าเดิม แต่หน้าที่นำสืบของ โจทก์ที่จะสืบข้อเท็จจริงเบื้องต้นลดลงไป เมื่อเป็นเช่นนี้ปัญหาในเรื่องข้อสันนิษฐานตามกฎหมาย จะมีความชัดเจนมากขึ้น กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือตัดข้อความที่ว่า "ผู้ใดไม่มีปัจจัยอย่างอื่นอัน ปรากฏสำหรับดำรงชีพ หรือไม่มีปัจจัยอันพอเพียงสำหรับดำรงชีพออกไปเสีย แล้วบัญญัติเพียง ผู้ใดมีพฤติการณ์ ตาม (1) (2) หรือ (3) ก็ให้สันนิษฐานว่าดำรงชีพอยู่จากรายได้ของผู้ซึ่งค้า ประเวณีในเลย แต่การที่กฎหมายบัญญัติเช่นนี้จะถือว่ากฎหมายบัญญัติ ข้อสันนิษฐานโดยเด็ด ขาดไว้ ควรให้กฎหมายมาตรานี้ลดภาระโดยไม่ให้ประชาชนต้องเดือดร้อนมากเกินไป และจำเลย ไม่มีหน้าที่พิสูจน์ว่าจำเลยไม่ผิด ซึ่งเป็นหลักในกฎหมายอาญา และที่สำคัญคือหลักไม่มีโทษ ไม่ มีกฎหมายอันถือว่าเป็นลักษณะสำคัญประการหนึ่งของกฎหมาย สมัยใหม่ (modern law) ถือว่า เป็นการพัฒนาทางกฎหมายขึ้นมาเพื่อรับรองศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์³⁵ ในกฎหมายรัฐ ธรรมนูญฉบับปัจจุบันก็บัญญัติรับรองหลักการดังกล่าวไว้เช่นกัน³⁶ ถ้ามีการกำหนดข้อ สันนิษฐานไว้ตามที่กล่าวมา จำเลยต้องนำสืบหักล้าง ทั้งที่จำเลยมีสิทธิที่จะไม่เบิกความหรือนำ สืบได้ แต่อย่างไรก็ตาม ปัญหานี้ยังเป็นข้อถกเถียงกันอยู่ คงต้องคำนึงถึงหลักการที่ว่ารัฐมี ความต้องการที่จะปราบปรามอาชญากรรม (crime control) หรือยึดถือหลักนิติธรรม (due process) เป็นประการสำคัญด้วย

ดังนั้น เพื่อมิให้ประชาชนต้องเดือดร้อนมากเกินไป หรือจำเลยมีภาระมากเกินไป โดยเพิ่มเติมข้อความหรือถ้อยคำว่า "เว้นแต่จะพิสูจน์ให้เป็นที่พอใจได้ว่ามิได้เป็นเช่นนั้น" ซึ่งจะ ทำให้ข้อสันนิษฐานตามวรรคสองกลายเป็นข้อสันนิษฐานที่ไม่เด็ดขาด จำเลยสามารถนำสืบหัก ล้างข้อเท็จจริงได้ ถ้าจำเลยนำสืบหักล้างได้ จำเลยก็จะพ้นผิด ในยุคสมัยปัจจุบันเมื่อพัฒนาการ ทางด้านการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพต่าง ๆ มีมากขึ้น การพิจารณาคดีอาญาก็มีการ คู่สมรสผู้ถูก

³⁵ แสวง บุญเฉลิมวิภาส, หลักกฎหมายอาญา, หน้า 15.

³⁶ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540, มาตรา 28.

กล่าวหาเหมือนกัน ทั้งนี้ โดยข้อสมมติฐานที่ว่าทุกคนเป็นผู้บริสุทธิ์จนกว่าจะมีคำพิพากษาถึงที่สุดว่าผู้หนึ่งเป็นผู้กระทำผิด (presumption of innocence)³⁷ ความจำเป็นที่จะต้องเพิ่มเติมถ้อยคำตรงนี้ไว้ เพื่อให้กฎหมายในเรื่องนี้เป็นไปตามข้อสันนิษฐานโดยแท้ เพราะมีลักษณะไม่เด็ดขาด อันเป็นไปตามกฎหมายลักษณะพยานเพื่อให้ศาลรับฟังข้อเท็จจริงบางอย่างในเบื้องต้นจนกว่าจะมีการพิสูจน์เป็นอย่างอื่น โดยให้จำเลยสามารถนำสืบหักล้างได้

3. บทบัญญัติในพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้าประเวณี พ.ศ. 2539 ปัจจุบันเป็นการค้าประเวณีของชายหรือหญิงก็ได้³⁸ เดิมผู้กระทำความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 286 มีเฉพาะผู้ชายเท่านั้น บทบัญญัติที่ประกาศใช้ในปีพ.ศ. 2500 มาตรา 286 บัญญัติว่า “ชายใดอายุกว่า 16 ปี...” ภายหลังได้มีการแก้ไขในปีพ.ศ. 2514 เปลี่ยนมาใช้คำว่า “ผู้ใด” แทน “ชายใด” กล่าวคือ ผู้หญิงก็กระทำความผิดตามมาตรานี้ได้แล้ว แต่เหตุใดจึงเอาผิดเฉพาะการดำรงชีพอยู่จากรายได้ของหญิงซึ่งค้าประเวณีเท่านั้น ทั้งนี้ ตามกฎหมายรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 บัญญัติให้หญิงและชายมีสิทธิเท่าเทียมกันแล้ว ทำไมจึงไม่ขยายไปถึงการดำรงชีพอยู่ด้วยรายได้ของชายหรือกระเทยซึ่งค้าประเวณีด้วย โดยอาจใช้คำว่า “ผู้ใดอายุกว่าสิบหกปี ดำรงชีพอยู่แม้เพียงบางส่วนจากรายได้ของชายหรือหญิงซึ่งค้าประเวณี”

นักกฎหมายบางท่านเห็นว่า ความผิดเกี่ยวกับเพศตามประมวลกฎหมายอาญาที่บังคับใช้อยู่ในปัจจุบัน หลักการมุ่งคุ้มครองเพศหญิง มิได้คุ้มครองเพศชายด้วยอาจจะเป็นการขัดแย้งกับหลักการความผิดเกี่ยวกับเพศของประมวลกฎหมายอาญา แต่ในเรื่องนี้หมวดความผิดเกี่ยวกับเพศนั้นกำลังถูกแก้ไขหลักการใหม่แล้ว โดยให้รวมทั้งการกระทำความผิดต่อชาย และ

³⁷ สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล, ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ฉบับอ้างอิง, หน้า 361.

³⁸ พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้าประเวณี พ.ศ. 2539, มาตรา 4 “การค้าประเวณี” หมายความว่า การยอมรับการกระทำชำเราหรือการยอมรับการกระทำอื่นใด หรือการกระทำอื่นใดเพื่อสำเร็จความใคร่ในทางกามารมณ์ของผู้อื่น อันเป็นการสาส์อนเพื่อสินจ้างหรือประโยชน์อื่นใด ทั้งนี้ไม่ว่าผู้ยอมรับการกระทำ และผู้กระทำจะเป็นบุคคลเพศเดียวกันหรือคนละเพศ.

กระทำต่อหญิงด้วย³⁹ ทั้งนี้เพื่อให้เป็นไปตามสภาพการณ์สมัยปัจจุบันและตามที่รัฐธรรมนูญบัญญัติ⁴⁰

4. ควรมีการขยายความผิดตามมาตรา 286 ให้คลุมไปถึงการกระทำที่เป็นการขู่เข็ญ บังคับให้หญิงค้าประเวณีด้วย เนื่องจากในทางปฏิบัติัยการไม่เคยฟ้องผู้กระทำความผิด เช่น เจ้าของกิจการหรือแมงดาในฐานะความผิดใดตามประมวลกฎหมายอาญา ถ้าจะเปรียบเทียบกับประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 283 นั้น เห็นว่าเป็นกรณีชักพาหญิงไปเพื่อการอนาจาร โดยใช้อุบาย หลอกลวง ขู่เข็ญ ใช้กำลังประทุษร้ายโดยไม่จำเป็นต้องชักพาหญิงไปเพื่อค้าประเวณี อาจเป็นการนำไปเพื่อให้สำเร็จความใคร่ของผู้อื่นเท่านั้น ดังที่กล่าวมาแล้วว่าในทางปฏิบัติไม่เคยมีการฟ้องคดีความผิดเกี่ยวกับฐานข่มขู่ผู้อื่นให้กระทำการค้าประเวณี ตามมาตรา 283 เลย กล่าวได้อีกนัยหนึ่งว่ามาตรา 283 เป็นบทบัญญัติที่ใช้ลงโทษผู้กระทำความผิดในลักษณะกว้าง มิได้เจาะจงว่าจะต้องลงโทษบุคคลที่ชักพาหญิงมาเพื่อค้าประเวณี

5. ขยายการบังคับใช้มาตรการกฎหมายฟอกเงินให้คลุมถึงการกระทำความผิดเกี่ยวกับผู้รับรายได้หรือแสวงหาผลประโยชน์จากการค้าประเวณี ซึ่งเกิดจากการค้าหญิงหรือเด็กในธุรกิจบริการทางเพศ รวมถึงใช้มาตรการสมคบกันกระทำความผิดมาปราบปรามองค์กรอาชญากรรมที่ค้าหญิงและเด็ก เพราะเห็นว่าการดำเนินคดียากที่จะกำจัดหัวหน้าองค์กรหรือผู้ที่อยู่เบื้องหลังในการกระทำความผิดได้⁴¹ ซึ่งเรื่องนี้จะกล่าวโดยละเอียดต่อไป

6. สาเหตุอีกประการหนึ่งที่ทำให้การบังคับใช้กฎหมายมาตรา 286 ไม่ได้ผลนั้นเกิดจากปัญหาในทางปฏิบัติตามระบบกฎหมายของไทย ซึ่งทั้งระบบกล่าวหาและระบบไต่สวน ต้องพิสูจน์ความจริงด้วยพยานหลักฐานและจะอย่างไรให้ได้ความจริงออกมา ซึ่งความเข้าใจใน

³⁹ เอกสารประกอบการสัมมนาทางวิชาการ, "เรื่องมาตรการใหม่ทางกฎหมายเพื่อเด็ก รูปธรรมในการคุ้มครองเด็กที่เป็นเหยื่ออาชญากรรมทางเพศ," จัดโดยสถาบันกฎหมายอาญา สำนักงานอัยการสูงสุด, วันที่ 13 มกราคม 2541.

⁴⁰ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 มาตรา 30 บัญญัติว่า "บุคคลย่อมเสมอภาคกันในกฎหมายและได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน"

⁴¹ คิริเมซส์ พงษ์ไพจิตร, "การนำหลักสมคบกันกระทำความผิดมาใช้ในการปราบปรามองค์กรอาชญากรรม : ศึกษาเฉพาะกรณีการแสวงหารายได้และผลประโยชน์จากการค้าประเวณี," (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2539), หน้า 6.

ระบบกล่าวหาแล้วยังมีความเข้าใจที่ผิดและทับซ้อนอยู่ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งระบบกฎหมายและทางปฏิบัติที่ไม่ตรงกัน⁴² นั้นเอง ตัวอย่างเช่น

คำพิพากษาฎีกาที่ 1390/2522 หน้าหนึ่งของพนักงานสอบสวนที่จะต้องรวบรวมพยานหลักฐานทุกชนิด ไม่ว่าจะเป็พยานหลักฐานจากผู้เสียหายหรือจากผู้ถูกกล่าวหา หรือจากพยานหลักฐานที่ได้มาเองในขณะสอบสวน

จากคำพิพากษาฎีกาดังกล่าวเห็นว่า เป็นไปตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 131 ซึ่งบัญญัติว่า "ให้พนักงานสอบสวน รวบรวมหลักฐานทุกชนิดเท่าที่สามารถจะทำได้ เพื่อประสงค์จะทราบข้อเท็จจริงและพฤติการณ์ต่าง ๆ อันเกี่ยวกับความผิดที่ถูกกล่าวหาและเพื่อจะรู้ตัวผู้กระทำผิด และพิสูจน์ให้เห็นความผิด" กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญานั้นต้องการให้ทุกฝ่ายช่วยกันค้นหาข้อเท็จจริงเพื่อจะพิสูจน์ว่าจำเลยมีความผิดหรือบริสุทธิ์ หลักในกฎหมายอาญาเป็นการดำเนินคดีโดยใช้ "หลักตรวจสอบ" ซึ่งต่างจากกฎหมายแพ่งเป็นการดำเนินคดีโดยใช้ "หลักการตกลง"⁴³ การดำเนินคดีอาญาจึงทำกันเพื่อให้เกิดการแพ้ชนะกันในคดีไม่ได้ อันต่างจากกฎหมายแพ่งยอมให้มีการทำกันเพื่อให้เกิดผลแพ้ชนะกันในคดี ดังนั้นในคดีอาญา ทุกฝ่ายจึงควรช่วยกันตรวจสอบข้อเท็จจริง

ทางปฏิบัติ ผู้บังคับใช้กฎหมายควรยึดหลักการเหล่านี้ ไม่ว่าจะเป็พนักงานสอบสวน พนักงานอัยการหรือศาล ต้องมีหน้าที่ค้นหาความจริงโดยไม่มีข้อผูกมัดใด ๆ⁴⁴ โดยดูได้จากประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 131 มาตรา 143 มาตรา 173 มาตรา 175 และมาตรา 228 ถือว่าเป็นความต้องการของกฎหมายที่จะให้ทุกฝ่ายช่วยกันค้นหาข้อเท็จจริงอันเป็นเจตนารมณ์ของกฎหมาย และที่สำคัญคือ เพื่อให้ผู้ต้องหาได้มีการต่อสู้คดีได้อย่างเต็มที่และมีการสอบสวนผู้ต้องหา ก่อนฟ้องเสมอ ซึ่งเป็นไปตามหลักฟังความทุกฝ่าย⁴⁵ นั้นเอง

จึงสรุปได้ว่า กฎหมายไทยนั้นเป็นระบบผสมระหว่างระบบไต่สวนและระบบกล่าวหา โดยนำแนวคิดมาจากประเทศอังกฤษและประเทศสหรัฐอเมริกา แต่ในระบบของไทยนั้นไปเอาแบบอย่างมาครึ่ง ๆ กลาง ๆ จึงทำให้ไม่สามารถแก้ปัญหาในสังคมได้ดีเท่าที่ควร จึงน่าจะกล่าว

⁴² คณิต ณ นคร, "วิธีพิจารณาความอาญาไทย : หลักกฎหมายกับทางปฏิบัติที่ไม่ตรงกัน," วารสารอัยการ ปีที่ 19 ฉ 215 (มกราคม 2539) : 9-24.

⁴³ คณิต ณ นคร, กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา, พิมพ์ครั้งที่ 4 แก้ไขเพิ่มเติม (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์เนติธรรม, 2538), หน้า 8.

⁴⁴ เรื่องเดียวกัน.

⁴⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 15.

ได้ว่าในทางความเป็นจริงระบบกฎหมายของเรานั้นเป็นระบบกฎหมายที่ดี และบังคับใช้ได้พอสมควรทีเดียว แต่ในทางปฏิบัติ ผู้บังคับใช้กฎหมายมิได้ปฏิบัติให้เป็นไปตามหลักกฎหมายที่เป็นอยู่ จึงทำให้แนวความคิดกับระบบกฎหมายไม่สอดคล้องกัน

4.3.2 การนำหลักความผิดฐานสมคบมาบังคับใช้ (Conspiracy)

ความผิดฐานสมคบ หรือ Conspiracy เป็นมาตรการทางกฎหมายที่ช่วยเพิ่มประสิทธิภาพให้แก่เจ้าหน้าที่ผู้ใช้กฎหมายในการปราบปรามอาชญากรรม ความผิดฐานนี้ได้นำมาใช้ได้ผลในประเทศสหรัฐอเมริกา ทำให้บรรดาอาชญากรซึ่งมีรูปแบบการดำเนินการเป็นเครือข่ายหรือเป็นกระบวนการ หรือบรรดาองค์กรอาชญากรรม และผู้ที่อยู่เบื้องหลังในการกระทำความผิดถูกรวบรวมนำมาดำเนินคดีอย่างถอนรากถอนโคน⁴⁶

อดีตที่ผ่านมามีการดำเนินคดีในรูปแบบ “อาชญากรรมธรรมดา” ต่อมาได้เปลี่ยน รูปแบบไปสู่ “องค์กรอาชญากรรม” และการนำหญิงและเด็กไปค้าประเวณีสมัยปัจจุบันและในอนาคตก็จะพัฒนาไปสู่รูปแบบ “อาชญากรรมข้ามชาติ” ในที่สุด โดยเฉพาะการแสวงหารายได้ และผลประโยชน์จากการค้าประเวณีนั้น องค์กรอาชญากรรมจะใช้วิธีการล่อลวง ช่มชู้ และบังคับ เพื่อนำไปค้าประเวณีโดยไม่สมัครใจและหาสถานที่ค้าประเวณีให้ เคยกล่าวไว้แล้วว่า ผู้ที่อยู่เบื้องหลังการกระทำความผิดเกี่ยวกับการแสวงหาผลประโยชน์จากการค้าประเวณีที่มีรูปแบบของการ ออกเงินลงทุนและรับรายได้ หรือรูปแบบขององค์กรอาชญากรรม (organized crimes) นั้น กฎหมายมักเอาผิดกับบุคคลเหล่านี้ไม่ได้ มาตรการทางกฎหมายทั่วไปไม่สามารถดำเนินคดีในความผิดกับบุคคลเหล่านี้ได้ รวมไปถึงการแสวงหาพยานหลักฐานเพื่อพิสูจน์ความผิดก็ยากลำบากเช่นเดียวกัน มาตรการที่สามารถนำมาช่วยเพิ่มประสิทธิภาพในการปราบปรามก็คือ หลักสมคบกันกระทำความผิดนั่นเอง

ลักษณะที่สำคัญของความผิดฐานสมคบ

1. ความเป็นมาของความผิดฐานสมคบ Conspiracy เป็นหลักกฎหมายดั้งเดิมของอังกฤษ วัตถุประสงค์เพื่อป้องกันและปราบปรามอาชญากรรมก่อนถึงขั้นลงมือกระทำความผิด อันเป็นการรักษาความสงบเรียบร้อยในราชอาณาจักรอังกฤษ และสามารถลงโทษผู้เป็นตัวการสมรู้ร่วมคิดและอยู่เบื้องหลังการกระทำความผิดด้วย

⁴⁶ กิตติพงษ์ กิตยารักษ์, “การนำความผิดฐานสมคบมาใช้ในประเทศไทย,” บทบัญญัติ เล่มที่ 50 ตอน 2 (มิถุนายน 2537) : 103.

ความผิดฐานสมคบเป็นความผิดที่เกิดจากการตกลงของบุคคลตั้งแต่สองคนขึ้นไป เพื่อทำการอันมิชอบด้วยกฎหมาย ความผิดฐานนี้เป็นความผิดสำเร็จตั้งแต่ได้มีการตกลง หรือ มีการกำหนดแผนการร่วมกันระหว่างผู้กระทำ โดยแยกองค์ประกอบได้ดังนี้

- ก. มีผู้ร่วมสมคบกันตั้งแต่สองคนขึ้นไป
- ข. มีความตกลง (ด้วยวาจา ลายลักษณ์อักษร หรือโดยปริยาย)
- ค. มีวัตถุประสงค์อันมิชอบด้วยกฎหมาย

แม้ว่าความผิดฐานสมคบจะเกิดขึ้นตั้งแต่มีการตกลงและอาชญากรรมหลักฐานที่แสดงว่ามีความตกลงกัน เพื่อวัตถุประสงค์อันมิชอบด้วยกฎหมายก็ตาม แต่การกระทำของบุคคลก็เป็น อาชญากรรมหลักฐานสำคัญประการหนึ่ง โดยการกระทำของแต่ละบุคคลจะเป็นหลักฐานบ่งชี้ว่า เขา กระทำไปเพื่อวัตถุประสงค์ร่วมกันหรือไม่ และแม้ว่าการกระทำของแต่ละบุคคลอาจแตกต่างกัน ไปตามหน้าที่ที่ได้รับมอบหมายมา แต่ถ้านำมาพิจารณาประกอบกันก็อาจบ่งชี้ได้ว่าเขาเหล่านั้น กระทำโดยมีวัตถุประสงค์และเจตนาร่วมกัน

2. หลักความผิดฐานสมคบตามกฎหมายไทย

2.1 หลักความผิดฐานสมคบตามประมวลกฎหมายอาญา ได้มีการนำมาบัญญัติไว้ใน กฎหมายอาญาของประเทศไทยมานานพอสมควร โดยเริ่มตั้งแต่ครั้งที่ใช้กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ในมาตรา 97 และมาตรา 178

มาตรา 97 “ผู้ใดทงองอาจกระทำการประทุษร้ายต่อองค์สมเด็จพระเจ้าอยู่หัวก็ดี สมเด็จพระมหาลีเกล้า มกุฎราชกุมารก็ดี ต่อผู้สำเร็จราชการแผ่นดินในเวลารักษาราชการต่าง พระองค์สมเด็จพระเจ้าอยู่หัวก็ดี ท่านว่าโทษของมันถึงต้องประหารชีวิต”

ผู้ใดพยายามจะกระทำการประทุษร้ายเช่นว่ามาแล้ว แม้เพียงเตรียมการก็ดี สมคบกันเพื่อประทุษร้ายนั้นก็ดี ฯลฯ”

มาตรา 178 “ถ้าบุคคลตั้งแต่ห้าคนขึ้นไป สมคบกันเพื่อจะกระทำความผิดอย่างใดใด ที่ว่าไว้ตั้งแต่ส่วนที่ 2 จนถึงส่วนที่ 9 ในภาคที่ 2 แห่งกฎหมายนี้และเป็นความผิดอันต้องด้วย ลักษณะโทษจำคุกเกินกว่าปีหนึ่งขึ้นไปด้วยไซ้ ท่านว่ามันสมคบกันเป็นสองโจรผู้ร้าย มีความผิด ฯลฯ”

ความผิดฐานสมคบตามกฎหมายลักษณะอาญามีองค์ประกอบดังนี้ คือ

- มีบุคคลตั้งแต่สองคนขึ้นไป
- สมรู้ด้วยกัน ซึ่งหมายถึง ตกลงกัน
- เพื่อกระทำความผิด

“การสมคบ” ตามความหมายของกฎหมายลักษณะอาญาดังกล่าวเป็นความผิดเมื่อ บุคคลตั้งแต่สองคนขึ้นไปตกลงกันเพื่อจะกระทำความผิด การสมคบนั้นก็สำเร็จบริบูรณ์

ประมวลกฎหมายอาญาบัญปัจจุบัน บัญญัติในมาตรา 114 เรื่องการสมคบกันเพื่อ เป็นกบฏ และในมาตรา 210 การสมคบกันเป็นช่องโจร

มาตรา 114 “ผู้ใดสมคบกำลังพลหรืออาวุธ เตรียมการอื่นใดหรือสมคบกันเพื่อ เป็นกบฏ หรือกระทำความผิดใด ๆ อันเป็นส่วนของแผนการเพื่อเป็นกบฏ หรือยุ้งราษฎรให้ เป็นกบฏ หรือรู้ว่าจะมีผู้เป็นกบฏ แล้วกระทำการใดอันเป็นการช่วยปกปิดไว้ ต้องระวางโทษ ฯลฯ”

การสมคบกันตามมาตรานี้ มีคำอธิบายโดยศาสตราจารย์จิติ ดิงศภัทย์ว่า เพียงแต่ ตกลงร่วมกันว่าจะ เป็นกบฏ แม้ยังไม่มีการเตรียมเพื่อเป็นกบฏก็เป็นความผิด

มาตรา 210 “ผู้ใดสมคบกันตั้งแต่ห้าคนขึ้นไป เพื่อกระทำความผิดอย่างหนึ่งอย่างใด ตามที่บัญญัติไว้ในภาค 2 นี้ และความผิดนั้นมีกำหนดโทษจำคุกอย่างสูงตั้งแต่หนึ่งปีขึ้นไป ผู้ นั้นกระทำความผิดฐานเป็นช่องโจรต้องระวางโทษ ฯลฯ”

ถ้าเป็นการสมคบเพื่อกระทำความผิดที่มีระวางโทษถึงประหารชีวิต จำคุกตลอดชีวิต หรือจำคุกอย่างสูงตั้งแต่ 10 ปีขึ้นไป ผู้กระทำต้องระวางโทษ ฯลฯ”

ท่านศาสตราจารย์จิติ ดิงศภัทย์ ได้อธิบายมาตรานี้ไว้ว่า องค์ประกอบความผิดใน ส่วนการกระทำคือ สมคบกันตั้งแต่ห้าคนขึ้นไป สมคบคือแสดงออกซึ่งความตกลงจะกระทำความ ผิดร่วมกัน

อย่างไรก็ตาม แม้ว่าหลักเรื่องสมคบจะไม่ใช่วิธีใหม่สำหรับกฎหมายอาญาไทย แต่ ในทางปฏิบัติที่ผ่านมามีประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 210 ในเรื่องสมคบกันเป็นช่องโจรมักจะ ถูกนำไปใช้เพื่อเป็นมาตรการของตำรวจในการป้องปรามการกระทำความผิดมากกว่าจะเป็น มาตรการที่หวังผลให้ผู้กระทำความผิดได้รับโทษอย่างจริงจัง เรื่องช่องโจรมักเป็นเรื่องของการใช้

มาตรการ Preventive Detention โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อควบคุมผู้ต้องหาเอาไว้ชั่วคราว เมื่อมีการส่งสำนวนมาที่อัยการ พนักงานสอบสวนก็มักจะทำคำสั่งไม่ฟ้อง ซึ่งทางอัยการก็จะส่งไปตามนั้น ประโยชน์ที่ได้ก็คือโอกาสที่จะควบคุมผู้ต้องหาที่เป็นอันตรายต่อสังคมเอาไว้ชั่วขณะหนึ่ง แต่ก็มิข้อได้แรงแรงมากในแง่หลักนิติธรรม⁴⁷

2.2 หลักความผิดฐานสมคบตามพระราชบัญญัติมาตรการในการปราบปรามผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด พ.ศ. 2534

พระราชบัญญัติดังกล่าวเป็นกฎหมายภายในที่อนุวัติการตามพันธกรณีในประเทศไทย เข้าเป็นภาคีในอนุสัญญาของสหประชาชาติ โดยมีมาตรการที่สำคัญ 2 ประการคือ เรื่องการนำหลักสมคบมาใช้ และเรื่องการริบทรัพย์สิน โดยบัญญัติเรื่องสมคบไว้ในมาตรา 8 “ผู้ใดสมคบโดยการตกลงกันตั้งแต่สองคนขึ้นไปเพื่อกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปีหรือปรับไม่เกินห้าหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ถ้าได้มีการกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด เพราะเหตุที่ได้มีการสมคบกันตามวรรคหนึ่ง ผู้สมคบต้องถูกระวางโทษตามที่กำหนดไว้สำหรับความผิดนั้น”

จุดมุ่งหมายหรือวัตถุประสงค์ที่นำหลักกฎหมายสมคบมาบังคับใช้ในมาตรการดังกล่าวทำให้สามารถถึงเอาบรรดาผู้เกี่ยวข้อง หรือผู้ที่อยู่เบื้องหลังการกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดมาลงโทษให้หมดไป

2.3 หลักความผิดฐานสมคบตามพระราชบัญญัติมาตรการในการป้องกันและปราบปรามการค้าหญิงและเด็ก พ.ศ. 2540 มาตรการสมคบได้ถูกนำมาบัญญัติไว้แล้ว⁴⁸ กฎหมาย

⁴⁷ เรื่องเดียวกัน : 115.

⁴⁸ มาตรา 7 “ผู้ใดสมคบกันตั้งแต่สองคนขึ้นไปเพื่อกระทำความผิดตามกฎหมายที่ระบุในมาตรา 5 ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ถ้าผู้กระทำความผิดตามวรรคหนึ่งคนใดได้ลงมือกระทำความผิดตามที่ได้สมคบกันไปแล้ว ร่วมสมคบด้วยกันทุกคน ต้องระวางโทษตามที่บัญญัติไว้สำหรับความผิดนั้น อีกกระทงหนึ่งด้วย

ในกรณีที่ความผิดได้กระทำถึงขั้นลงมือกระทำความผิด แต่เนื่องจากการเข้าขัดขวางของผู้สมคบทำให้การกระทำนั้นกระทำไปไม่ตลอด หรือกระทำไปตลอดแล้ว แต่การ

ฉบับนี้ได้้นำแนวความคิดหลักสมคบตามกฎหมายคอมมอนลอร์ซึ่งมีไว้เพื่อใช้เป็นเครื่องมือในการปราบปรามการกระทำความผิด ที่มีการจัดตั้งเครือข่ายเป็นองค์กรอาชญากรรม ช่วยให้เจ้าหน้าที่ตำรวจสามารถจับกุมดำเนินคดีกับกลุ่มอาชญากรรมดังกล่าวได้ โดยไม่ต้องรอให้การกระทำความผิดเกิดขึ้นก่อน เพียงแต่มีการตกลงหรือสมคบกันระหว่างบุคคลตั้งแต่สองคนขึ้นไป ก็ถือว่าเป็นความผิดแล้ว ทั้งนี้ โดยถือว่าการแสดงออกว่ามีการตกลงกันที่จะไปกระทำความผิดนั้นเอง เป็นการกระทำความผิดฐานสมคบกันแล้ว จึงเห็นถึงข้อดีของความผิดฐานนี้ประการหนึ่งคือ สามารถใช้เป็นเครื่องมือสืบสาวดำเนินคดีกับนายทุนหรือจอมบงการที่อยู่เบื้องหลังการค้ำหญิงและเด็กได้อย่างมีประสิทธิภาพ และดีกว่ามาตรการทางกฎหมายอาญาทั่วไป

3. ความพยายามที่จะทำให้หลักความผิดฐานสมคบบังคับใช้ได้โดยไม่ขัดต่อหลักความรับผิดทางอาญาตามโครงสร้างความรับผิดทางอาญา กล่าวคือ หลักความผิดฐานสมคบเป็นการลงโทษ "การตกลงกัน" ซึ่งนักกฎหมายหลายท่านเห็นว่าเป็นการขาดองค์ประกอบเกี่ยวกับการกระทำ

โครงสร้างความรับผิดทางอาญา (ตามแนวคิดทฤษฎีคลาสสิก (Classic Theory)) แบ่งออกเป็น 3 องค์ประกอบ คือ ⁴⁹

- ก. องค์ประกอบทางกฎหมาย (Element Legal)
- ข. องค์ประกอบทางด้านกรกระทำ (Element Material)
- ค. องค์ประกอบทางด้านจิตใจ (Element Moral)

ก. องค์ประกอบทางกฎหมาย หลักสำคัญของกฎหมายอาญาในปัจจุบันมีอยู่ว่า "เมื่อไม่มีกฎหมายก็ไม่มีผิดและไม่มีโทษ" ซึ่งหมายความว่า จะลงโทษบุคคลได้จะต้องมีกฎหมายบัญญัติไว้ เป็นไปตามหลัก Legality ⁵⁰ กล่าวคือประกอบไปด้วยหลัก 4 ประการ คือ

กระทำนั้นไม่บรรลุผล ผู้สมคบที่กระทำการขัดขวางนั้น คงรับโทษตามที่กำหนดไว้ในวรรคหนึ่งเท่านั้น

ถ้าผู้กระทำความผิดตามวรรคหนึ่งกลับใจให้ความจริงแก่การสมคบต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ก่อนที่จะมีการกระทำความผิดตามที่ได้สมคบกัน ศาลจะลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้หรือศาลจะไม่ลงโทษเลยก็ได้.

⁴⁹ โทเม็น ภัทธภิรมย์, คำอธิบายกฎหมายอาญาฝรั่งเศส, หนังสืออ่านประกอบสำหรับนิสิตชั้นปริญญาโท จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, หน้า 2.

⁵⁰ กิตติพงษ์ กิตยารักษ์, คำบรรยายกฎหมายอาญา (มาตรา 1-58), สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, วันที่ 6 มิถุนายน 2536.

1. การกระทำที่จะเป็นความผิดอาญานั้นต้องมีกฎหมายบัญญัติไว้
2. การตีความกฎหมายอาญาจะต้องตีความโดยเคร่งครัด
3. กฎหมายอาญาไม่มีผลย้อนหลัง
4. กฎหมายอาญามีข้อจำกัดเกี่ยวกับพื้นที่ที่จะใช้บังคับ

ข. องค์ประกอบทางการกระทำ คือกริยาอาการของบุคคลที่ได้แสดงออกมาภายนอก ซึ่งทำให้เกิดเป็นความผิดขึ้น ความผิดอาจจะเกิดจากการกระทำที่กฎหมายห้ามหรืออาจเกิดขึ้น เพราะการละเว้นไม่กระทำสิ่งที่กฎหมายบัญญัติให้ต้องกระทำก็ได้ ส่วนผลของการกระทำหรือไม่กระทำนั้นจะเกิดขึ้นหรือไม่เกิดก็อาจเป็นความผิดได้

ค. องค์ประกอบทางจิตใจ การกระทำใด ๆ ของบุคคลย่อมมีพื้นฐานมาจากจิตใจ ก่อน เมื่อจิตใจประสงค์จะกระทำการใด ๆ แล้ว จึงบังคับร่างกายให้เคลื่อนไหวการกระทำนั้น ๆ โดยแสดงออกมาตามความประสงค์ของจิตใจเป็นการกระทำนี้ คือ องค์ประกอบทางจิตใจของความผิด

บางตำราแบ่งโครงสร้างของความผิดอาญา ดังนี้⁵¹

โครงสร้างของความผิดอาญาต้องพิจารณาจาก “ความผิดอาญา” และ “โทษ” ซึ่งประกอบไปด้วยโครงสร้างสามประการคือ “องค์ประกอบ” “ความผิด” และ “ความชั่ว”

- ก. องค์ประกอบ แบ่งออกเป็นองค์ประกอบภายนอกและองค์ประกอบภายใน
- องค์ประกอบภายนอก ประกอบด้วยผู้กระทำ การกระทำ กรรมของการกระทำ ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล
 - องค์ประกอบภายใน ประกอบด้วยเจตนา ประมาท และองค์ประกอบภายในอื่น เช่น มุลเหตุจูงใจ

ข. ความผิด กล่าวคือการกระทำจะเป็นความผิดได้ก็ต่อเมื่อไม่มี “เหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้” ในการพิจารณาการกระทำต่อไปเมื่อเป็นการกระทำที่ครบองค์ประกอบแล้ว ก็คือต้องพิจารณาว่ามีเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้หรือไม่นั่นเอง ซึ่งในภาค 1 มีอยู่เรื่องเดียว

⁵¹ คณิต ฒ นคร, ประมวลกฎหมายอาญา หลักกฎหมายและพื้นฐานการเข้าใจ, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2538), หน้า 180-184.

คือ การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย⁵² และในภาค 2 มีเฉพาะความผิดบางฐาน⁵³ และมีอยู่ตามกฎหมายอื่น ๆ เช่น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เรื่องการทำโทษบุตร เป็นต้น ตลอดจนประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เช่น อำนาจจับกุม เป็นต้น ซึ่งล้วนแต่เป็นอำนาจกระทำได้ในความหมายของกฎหมายอาญานั้นเอง

ค. ความชั่ว เป็นเรื่องของ "ความรู้ผิดชอบ"⁵⁴ ซึ่งบุคคลที่จะรู้ผิดชอบได้ส่วนใหญ่จะต้องเป็นผู้ใหญ่แล้ว ความชั่วของบุคคลอาจจะเป็นกรณีใดกรณีหนึ่งคือ ไม่มีความชั่วเลย⁵⁵ หรือมีความชั่วอย่างจำกัด⁵⁶ และมีความชั่วที่บริสุทธิ์⁵⁷ ซึ่งผู้ที่จะถูกดำเนินหรือมีความชั่วนั้นจะต้องเป็นบุคคลธรรมดาเท่านั้น

หรือแบ่งโครงสร้างความรับผิดชอบทางอาญา ออกเป็นดังนี้⁵⁸

บุคคลจะต้องรับผิดชอบในทางอาญาต่อเมื่อ

ก. การกระทำ "ครบองค์ประกอบ" ที่กฎหมายบัญญัติ แบ่งออกเป็น

(1) มีการกระทำ

(2) การกระทำนั้นครบองค์ประกอบภายนอกของความผิดในเรื่องนั้น ๆ

(3) การกระทำนั้นครบองค์ประกอบภายในของความผิดในเรื่องนั้น ๆ

(4) ผลของการกระทำสัมพันธ์กับการกระทำ ตามหลักในเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล

การกระทำและผล

ข. การกระทำไม่มีกฎหมายยกเว้นความผิด เช่น การกระทำโดยป้องกันมาตรา 68 และที่กฎหมายอื่นบัญญัติ เช่น กฎหมายยกเว้นความผิดในกฎหมายรัฐธรรมนูญ กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

ค. การกระทำนั้นไม่มีกฎหมายยกเว้นโทษ เช่น การกระทำผิดด้วยความจำเป็นตามมาตรา 67 การกระทำผิดของเด็กตามมาตรา 73 และมาตรา 74 คนวิกลจริตตาม

⁵² ประมวลกฎหมายอาญา, มาตรา 68.

⁵³ ประมวลกฎหมายอาญา, มาตรา 305 มาตรา 329 และมาตรา 331.

⁵⁴ ประมวลกฎหมายอาญา, มาตรา 65 มาตรา 66 มาตรา 73 และมาตรา 74.

⁵⁵ ประมวลกฎหมายอาญา, มาตรา 65 มาตรา 73 มาตรา 74 และมาตรา 67.

⁵⁶ ประมวลกฎหมายอาญา, มาตรา 69 และมาตรา 75.

⁵⁷ ประมวลกฎหมายอาญา, มาตรา 76.

⁵⁸ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, กฎหมายอาญาภาค 1, หน้า 58-62.

มาตรา 65 การกระทำผิดของคนมีนเมาตามมาตรา 66 การกระทำตามคำสั่งของเจ้าพนักงาน ตามมาตรา 70 และการกระทำเกี่ยวกับทรัพย์สินบางมาตราที่สามมี-ภรรยากระทำต่อกัน ได้แก่ มาตรา 71 วรรคแรก

โครงสร้างความรับผิดทางอาญามีความสำคัญในการวินิจฉัยว่า ผู้กระทำจะได้รับโทษ จะต้องกระทำไปครบองค์ประกอบ⁵⁹ หรือเป็นไปตามโครงสร้างความรับผิดตามที่ได้กล่าวมา เหตุนี้ การนำเอาความผิดฐานสมคบมาใช้ จำเป็นต้องใช้ความพยายามที่จะให้มีลักษณะเป็น "การกระทำ" ที่ชัดเจนขึ้น โดยกำหนดให้มี "การกระทำซึ่งปรากฏภายนอก" (over act) เพิ่มเติมขึ้นจาก "การตกลงกัน" ยกตัวอย่างเช่น การที่ ก ข และ ค สมคบกันเพื่อไปปล้น ร้านทอง ตามหลักกฎหมายสมคบของคอมมอนลอว์ถือว่าเป็นความผิดแล้ว ในปัจจุบันได้มีความพยายามที่จะบอกว่าการตกลงกันเท่านั้นยังไม่เพียงพอที่จะลงโทษ จำต้องมี "การกระทำซึ่งปรากฏภายนอก" เพิ่มเติมเข้ามาด้วย จึงสามารถลงโทษได้ เช่น ก อาจจะไปซื้อหน้ากากหรือผ้าคลุมหน้า สำหรับใช้ในการปล้น การซื้อหน้ากากหรือผ้าคลุมหน้าถือว่าเป็นพฤติการณ์ "การกระทำซึ่งปรากฏภายนอก" อันเป็นเหตุให้ลงโทษฐานสมคบได้

หลัก "การกระทำซึ่งปรากฏภายนอก" ได้รับการสนับสนุนจาก Model Penal Code ซึ่งเป็นกฎหมายอาญามาตรฐาน ร่างโดย American Law Institute และเป็นแนวทางกฎหมายอาญาที่มีอิทธิพลมากในทางความคิดในสหรัฐอเมริกา โดยบัญญัติไว้ว่า ห้ามมิให้ลงโทษผู้ใดในความผิดฐานสมคบ เว้นแต่จะได้มีการกล่าวอ้างและพิสูจน์ถึงการกระทำซึ่งปรากฏภายนอกของผู้ นั้น หรือผู้ที่สมคบกับผู้นั้นที่เกี่ยวข้องเนื่องกับการสมคบดังกล่าว เว้นแต่จะเป็นการสมคบกันเพื่อ กระทำผิดอาญาร้ายแรง (felony) อย่างไรก็ตาม หากมิได้มีกฎหมายบัญญัติไว้ชัดเจนว่าต้องการ "การกระทำซึ่งปรากฏภายนอก" ด้วย ก็ต้องถือว่าการตกลงกันอย่างเดียวก็เพียงพอที่จะลงโทษ แล้ว⁶⁰

อย่างไรก็ตาม มีข้อสงสัยเกิดต่อไปว่าทฤษฎี "การกระทำซึ่งปรากฏภายนอก" มิใช่ องค์ประกอบของความผิดฐานสมคบ ทั้งนี้ เพราะอาจถือได้ว่าเมื่อมีเจตนาหรือครบองค์ประกอบ ภายในที่จะสมคบกันกระทำความผิดแล้ว พฤติการณ์ซึ่งแสดงออกถึงเจตนา นั้นไม่ว่าจะเป็นการ กระทำใด ๆ จึงถือว่าเป็นองค์ประกอบด้านการกระทำแล้ว ดังนั้นจึงพอที่จะถือเป็นเกณฑ์ในการ วินิจฉัย หรือเป็นไปตามโครงสร้างความรับผิดในทางอาญาที่จะถือว่า "การกระทำที่ปรากฏภาย

⁵⁹ เรื่องเดียวกัน.

⁶⁰ กิตติพงษ์ กิตยารักษ์, "การนำหลักความผิดฐานสมคบมาใช้ในประเทศไทย,"

นอก" เป็นมาตรฐานที่จะเอาโทษแก่ผู้กระทำผิดได้ ถ้าหากพิสูจน์ถึงเรื่อง "การกระทำที่ปรากฏภายนอก" ได้

ปัญหายังมีต่อไปอีกว่า "การกระทำที่ปรากฏภายนอก" เป็นการกระทำถึงขั้นไหน และต้องพิสูจน์พยานหลักฐานเพียงใด กฎหมายจึงสามารถลงโทษความผิดฐานสมคบได้ หรือจำเป็นต้องกระทำให้เลยขั้นเตรียมไปอีก หรือต้องพิจารณาถึงชั้นลงมือ (last act) แล้ว แต่มีผู้เห็นว่าไม่ควรไปถึงชั้นลงมือเพราะเมื่อเป็นเช่นนั้น มาตรการทางกฎหมายนี้จะใช้ไม่ได้ผลเลย

4. การนำหลักความผิดฐานสมคบมาใช้ปราบปรามการกระทำความผิดฐานดำรงชีพอยู่ด้วยรายได้ของผู้ซึ่งค้าประเวณี

ผู้ที่รับรายได้หรือดำรงชีพจากรายได้ของผู้ซึ่งค้าประเวณี มีลักษณะของการอยู่เบื้องหลังการกระทำผิด เช่น ผู้ที่ออกเงินลงทุนให้เปิดสถานค้าประเวณีแล้วรับเงินจากผลกำไรมานั้น จะเห็นว่ากฎหมายไม่อาจลงโทษบุคคลประเภทนี้ได้ ไม่ว่าจะเป็นพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้าประเวณีฯ หรือประมวลกฎหมายอาญา คงมีแต่เพียงมาตรา 286 เท่านั้น และเป็นการเอาผิดกับผู้ที่เป็นแมงดา กล่าวคือ ไม่มีอาชีพอื่นนอกจากดำรงชีพจากผลหากินของหญิงโสเภณี ดังนั้น พฤติกรรมของผู้กระทำดังที่กล่าวมา รวมถึงการกระทำผิดในรูปแบบใหม่ ๆ ที่มีใช้แมงดาแท้ ๆ แล้ว กฎหมายที่มีอยู่ไม่สามารถนำตัวมาลงโทษได้

ด้วยเหตุผลตามที่กล่าวมา ถ้าหากมาตรา 286 ได้เปลี่ยนหลักการและแก้ไขให้ลงโทษผู้ที่ดำรงชีพจากผู้ซึ่งค้าประเวณีในรูปแบบสมัยใหม่ได้แล้ว มาตรการสมคบจึงเป็นอีกมาตรการหนึ่งทางกฎหมายที่ทรงประสิทธิภาพสำหรับผู้ที่เกี่ยวข้อง ไม่ว่าจะเป็นตำรวจ อัยการ และศาล จำต้องให้ความสำคัญอย่างจริงจัง ทั้งนี้ เพื่อให้มาตรการสมคบเป็นอาวุธช่วยกำจัดบุคคลที่กฎหมายทั่วไปไม่สามารถเข้าไปจัดการได้โดยตรง

ดังนั้น การนำหลักความผิดฐานสมคบมาบังคับใช้กับเรื่องความผิดฐานรับรายได้หรือดำรงชีพกับผู้ซึ่งค้าประเวณีตามแนวคิดในเรื่องแมงดาสมัยใหม่ จะทำให้ช่วยปราบปรามบรรดาผู้บงการหรือผู้สนับสนุนการค้าประเวณีทั้งหลายมาลงโทษได้ โดยไม่เพียงแต่มุ่งลงโทษตัวประกอบหรือลูกน้องปลายแถว ทั้งนี้เพราะมาตรการสมคบสามารถที่จะลงโทษผู้สนับสนุนหรือผู้ช่วยเหลือด้วยวิธีต่าง ๆ ให้รับผิดชอบเท่ากับการเป็นตัวการด้วย และนอกจากนั้นยังคงใช้มาตรการของกฎหมายนี้เป็น Preventive Detention ได้อีกด้วย ถ้าจะกล่าวไปแล้วสำหรับประเทศไทยนั้น ความผิดฐานสมคบนี้มิใช่เรื่องใหม่ มีอยู่แล้วในประมวลกฎหมายอาญา แต่หลักการนี้มิได้ถูกนำมาใช้อย่างจริงจัง จึงอาจจะเป็นปัญหาเกี่ยวกับการนำหลักการดังกล่าวมาใช้เฉพาะเรื่องหรือไม่

สาเหตุเนื่องมาจากที่ผ่านมาไม่ได้นำมาใช้มากนัก ซึ่งมีประเด็นที่เป็นแง่คิดในอีกหลายมุมสำหรับผู้เกี่ยวข้องทุกฝ่ายต้องพิจารณาต่อไป ไม่ว่าจะเป็นเรื่องขอบเขตของความตกลง พยานหลักฐานที่จะนำมาพิสูจน์ มาตรฐานของ “การกระทำซึ่งปรากฏภายนอก” ที่ควรจะเป็น หรือปัญหาเกี่ยวกับการกระทบทสิทธิเสรีภาพของประชาชนหรือจำเลยที่อาจจะติดตามมาด้วย⁶¹

สรุปได้ว่ากฎหมาย Conspiracy มีปรัชญาหรือเจตนารมณ์ของกฎหมายเพื่อป้องกันการกระทำความผิดก่อนถึงขั้นลงมือกระทำความผิด ซึ่งเป็นปัญหากับบรรดาประเทศต่าง ๆ ที่ใช้กฎหมาย เพราะการลงโทษผู้กระทำความผิดนั้นจะเป็นการลงโทษในขั้นคบคิดและขั้นลงมือกระทำความผิดแล้ว เว้นแต่กฎหมายจะบัญญัติให้ลงโทษในขั้นตระเตรียม⁶² สำหรับในประเทศไทย แม้จะมีบทบัญญัติเกี่ยวกับการสมคบบางมาตราในกฎหมายอาญา แต่เนื่องจากการบังคับใช้กฎหมายอาญาจะเป็นไปตามระบบ คือ จะลงโทษผู้กระทำความผิดต่อเมื่อมีการลงมือกระทำหรือกระทำความผิดแล้ว ดังนั้น กลไกหรือแนวทางในการใช้กฎหมายจึงไม่ปรากฏชัดเจนนัก แต่ก็มีใช้ว่าทฤษฎีเกี่ยวกับเรื่องนี้จะมิเป็นที่ยอมรับในประเทศไทยเสียเลย ปัญหาอยู่ที่พยานหลักฐานที่จะนำมาพิสูจน์ให้ถึงสงสัยซึ่งทำได้ยากเท่านั้น มากกว่าอยู่ที่การยอมรับในเรื่องทฤษฎีการสมคบ ดังจะเห็นได้จากตัวอย่างคำพิพากษาศาลฎีกาบางฉบับที่ศาลลงโทษการสมคบกันเป็นข้อโจรหากโจทก์สามารถพิสูจน์ได้เช่นนั้น⁶³

การนำมาตรการสมคบมาใช้กับการปราบปรามผู้ที่เข้ามาเกี่ยวข้องกับการค้าประเวณี เช่น ผู้รับรายได้ หรือดำรงชีพอยู่ด้วยรายได้ของผู้ซึ่งค้าประเวณี จะทำให้กฎหมายในเรื่องนี้มีประสิทธิภาพเพิ่มขึ้น และสามารถนำตัวผู้กระทำความผิดที่อยู่เบื้องหลังหรือที่บงการในระดับหัวหน้า

⁶¹ เรื่องเดียวกัน : 123.

⁶² ประมวลกฎหมายอาญา, มาตรา 219.

⁶³ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2429/2528 จำเลยกับพวกรวม 10 คน จับกลุ่มวางแผนจะใช้ดัลบยาหม่องครอบหริยญพนันบนรถยนต์โดยสารประจำทาง โดยจำเลยที่ 1 จะเป็นคนใช้ดัลบยาหม่องครอบหริยญแล้วให้จำเลยอื่นเป็นหน้าม้าแทง จำเลยที่ 1 แจกเงินให้จำเลยอื่นทุกคนเพื่อนำไปแทง เลิกเล่นแล้วได้เสียเท่าไรจะคืนเงินให้จำเลยที่ 1 หหมด จำเลยอื่นขึ้นไปบนรถยนต์โดยสารประจำทาง ส่วนจำเลยที่ 5 รออยู่ที่สถานีขนส่ง เมื่อรถยนต์ออกจากสถานีขนส่งจำเลยที่ 1 กับพวกลงมือเล่นการพนันทายหริยญ แล้วชักชวนให้ผู้โดยสารมาแทง ดังนี้ แม้จำเลยที่ 5 มิได้ขึ้นไปบนรถยนต์โดยสารแต่อยู่ที่สถานีและจะขับรถตามมารับจำเลยอื่นเมื่อเลิกเล่นกันแล้ว อันเป็นการแสดงถึงการแบ่งหน้าที่กันทำ โดยจำเลยที่ 5 ได้เข้าร่วมวางแผนกับจำเลยอื่นแล้ว การกระทำของจำเลยที่ 5 จึงเป็นความผิดฐานข้อโจร.

มาลงโทษได้ การค้าประเวณีที่นับได้ว่าเป็นปัญหาใหญ่ของสังคมและประเทศชาติคงจะบรรเทาเบาบางไปได้ในระดับหนึ่งทีเดียว

4.3.3 การนำความผิดฐานฟอกเงินมาบังคับใช้

การค้าประเวณีเป็นธุรกิจบริการทางเพศที่ทำรายได้มหาศาลให้กับผู้ที่เกี่ยวข้องกับประมาณการว่าเป็นเงินนอกระบบกฎหมายซึ่งมีจำนวนถึง 45,000 - 60,000 ล้านบาทต่อปี นับว่าเงินมากมายเหล่านี้เป็นสิ่งที่ผู้กระทำความผิดย่อมต้องการเสี่ยงเพื่อเข้ามาแสวงหาผลประโยชน์หรือรับรายได้จากการกระทำที่ผิดกฎหมาย โดยมีเกรงกลัวต่อโทษที่จะได้รับจากกฎหมายบ้านเมือง และเงินเหล่านี้เองถูกนำกลับไปใช้ในการกระทำความผิดอื่น ๆ ต่อไปไม่มีที่สิ้นสุด โดยผ่านกระบวนการที่เรียกว่า "การฟอกเงิน" อันจะนำมาซึ่งผลกระทบโดยตรงต่อภาวะทางสังคม เศรษฐกิจ และการเมืองของประเทศอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ ดังนั้น แผนงานการปราบปรามของรัฐบาล หรือหน้าที่ของนักกฎหมายทั้งหลายจึงควรช่วยกันคิดเพื่อหยุดยั้งให้ได้ โดยการขยายการบังคับใช้มาตรการทางกฎหมายฟอกเงินซึ่งอยู่ในระหว่างที่จะออกมาบังคับใช้คลุมถึงธุรกิจบริการทางเพศด้วย⁶⁴ เป็นที่ทราบกันดีอยู่แล้วว่า อาชญากรรมนั้นมีการพัฒนาการกระทำความผิดขึ้นอย่างรวดเร็ว ประกอบกับมีความรุนแรงขึ้นเป็นลำดับ ดังนั้น ตามแนวความคิดใหม่ของการบังคับใช้กฎหมายต่ออาชญากรรมในปัจจุบัน จึงต้องดำเนินการต่อทุกองค์ประกอบที่เกี่ยวข้อง นั่นก็คือบุคคล ขบวนการ และเงินได้⁶⁵

- ด้านบุคคล ได้มีการนำเอาหลักการสมคบกันกระทำความผิด (conspiracy) มาใช้มากขึ้น โดยกำหนดให้เป็นความผิดตั้งแต่สมคบกันกระทำแล้ว

- ด้านขบวนการได้มีการบัญญัติกฎหมายพิเศษ เพื่อดำเนินการกับองค์กรอาชญากรรมโดยตรง เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกา ได้มีกฎหมายออกมาใช้หลายฉบับเพื่อป้องกันและปราบปรามองค์กรอาชญากรรม ได้แก่ กฎหมายป้องกันการกระทำมิจอาชีพ (The Racketeer Influenced and Corrupt Organization Statute) หรือเรียกสั้น ๆ ว่า RICO กฎหมายประกอบอาชญากรรมอย่างต่อเนื่อง (Continuing Criminal Enterprise) หรือเรียกว่า CCE และกฎหมายเกี่ยวกับยาเสพติด

⁶⁴ สำนักงานปลัดสำนักนายกรัฐมนตรี, "แผนปฏิบัติการป้องกันและแก้ไขปัญหาระบบบริการทางเพศ," พฤศจิกายน 2539, หน้า 6.

⁶⁵ วีระพงษ์ บุญโญภาส, "ประเทศไทยกับร่างพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการปกปิดหรือเปลี่ยนแปลงสภาพทรัพย์สินที่เกี่ยวข้องเนื่องกับการกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด," ตุลพาท ปีที่ 41 เล่มที่ 4 (กรกฎาคม - สิงหาคม 2537) : 81-82.

- ด้านรายได้ ประเทศสหรัฐอเมริกาได้มีการประกาศใช้กฎหมายควบคุมการฟอกเงิน (Money Laundering Control Act of 1986) หรือเรียกว่า MLCA เพื่อใช้ควบคุมธุรกรรมที่เรียกว่า "ฟอกเงิน" ของประเทศสหรัฐอเมริกา โดยมุ่งปราบปรามการฟอกเงินของอาชญากรรมทางเศรษฐกิจ และอาชญากรรมอื่น ๆ เช่น ยาเสพติด การค้าประเวณี เป็นต้น

ความหมายของ "การฟอกเงิน"

การฟอกเงิน หรือที่ภาษาอังกฤษเรียกว่า Money Laundering นั้น เป็นวิธีการที่องค์กรอาชญากรรมใช้ในการแปรสภาพเงินที่ได้มาโดยมิชอบด้วยกฎหมายให้ดูเหมือนว่าเป็นเงินที่ได้มาโดยชอบด้วยกฎหมายเพื่อปกปิดแหล่งที่มาของเงินที่ไม่ชอบนั้น และลวงให้ผู้อื่นเข้าใจว่า ได้เงินนั้นมาโดยชอบด้วยกฎหมาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งกลุ่มพ่อค้ายาเสพติด ซึ่งมีเหตุจูงใจสูงมากในเรื่องของเงินตอบแทนหรือผลกำไร ทำให้ผู้กระทำความผิดเล็งผลเลิศว่าคุ้มต่อการเสี่ยง⁶⁶

การฟอกเงิน คือ การเปลี่ยนเงินที่ได้มาโดยผิดกฎหมายหรือโดยมิชอบให้เสมือนหนึ่งว่าเป็นเงินที่ได้มาโดยชอบ หรืออาจกล่าวอีกนัยหนึ่งว่า การฟอกเงินเป็นขบวนการซึ่งบุคคลปกปิดแหล่งที่มาของรายได้ที่ผิดกฎหมาย และทำให้รายได้นั้นกลายเป็นรายได้ที่ชอบด้วยกฎหมาย⁶⁷

การฟอกเงิน คือ การที่จะให้เงินที่ได้มาโดยวิธีสกปรกหรือส่วนใหญ่ก็คือจากการค้าเฮโรอีน ให้เป็นเงินที่ได้มาโดยถูกกฎหมาย คือเอาเงินจากการขายเฮโรอีนไปซื้อสังหาริมทรัพย์หรือลงทุนในธุรกิจการค้า หรือฝากธนาคารในนามของบุคคลที่สาม ซึ่งทำให้อสังหาริมทรัพย์หรือรายได้จากธุรกิจ กลายเป็นทรัพย์สินที่ได้มาโดยชอบด้วยกฎหมาย ส่วนการฝากธนาคารในนามของบุคคลที่สาม ถ้าปราศจากพยานหลักฐานถึงที่มาของเงินว่ามีที่มาจากการค้าเฮโรอีนก็ไม่อาจจับได้ ดังนั้น ทรัพย์สินที่ผ่านการฟอกเงินมาแล้วจึงอาจเปรียบเทียบได้เท่ากับการรับของ

⁶⁶ จารูวรรณ เรื่องสวัสดิพงศ์, "การฟอกเงิน," ศาลพาท ปีที่ 41 เล่มที่ 4 (กรกฎาคม - สิงหาคม 2537) : 9.

⁶⁷ The President's Commission on Organized Crime, Money Laundering : the Problem and the Response (Washington D.C., the President's Commission on Organized Crime, 1983), p.7 อ้างถึงใน ปิยะพันธ์ สารากรบริรักษ์, "การกำหนดความผิดอาชญาฐานเกี่ยวกับการฟอกเงิน," (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2534), หน้า 44.

โจรในกรณีของโจรนั้นได้ถูกแปรสภาพ โดยเป็นทรัพย์สินที่ได้มาแทนหรือแลกเปลี่ยน ไม่ว่าทรัพย์สินนั้นจะเป็นของโจรอยู่หรือไม่ก็ตาม⁶⁸

คำว่า “การฟอกเงิน” (Money Laundering) หมายถึง การกระทำใด ๆ ที่ทำให้เงินที่ได้มาโดยมิชอบด้วยกฎหมายหรือได้มาจากการกระทำทุจริต ให้กลายเป็นสภาพหรือเปลี่ยนสภาพเป็นเงินถูกต้องตามกฎหมาย โดยมีให้มีการตรวจพิสูจน์ถึงที่มาโดยทุจริตได้ กล่าวอีกนัยหนึ่งเป็นการทำให้เงินสกปรกเป็นเงินที่สะอาดนั่นเอง

เป้าหมายสำคัญของการฟอกเงินก็เพื่อให้เงินหรือทรัพย์สินที่ได้มาด้วยวิธีการสกปรกนั้นไม่ต้องถูกริบ และเพื่อปกปิดพฤติกรรมของตน ดังนั้น กฎหมายเพื่อจัดการกับการฟอกเงินจึงเกิดขึ้น เพื่อให้รัฐสามารถทำการสืบสวนติดตาม ยึด และริบทรัพย์สินที่บุคคลได้มาจากหรือเกี่ยวเนื่องกับการประกอบอาชญากรรมอย่างมีประสิทธิภาพและเด็ดขาด

การมีกฎหมายฟอกเงิน เพื่อวัตถุประสงค์ ดังนี้

1. จะต้องปฏิบัติให้เป็นไปตามอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการลักลอบค้ายาเสพติดและวัตถุออกฤทธิ์ต่อจิตและประสาท ค.ศ. 1988 ซึ่งเรียกกันทั่วไปว่า Vienna Convention 1988 โดยอนุสัญญานี้มีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 11 ธันวาคม ค.ศ. 1990 โดยมีสาระสำคัญดังนี้ คือ⁶⁹

- กำหนดให้การฟอกเงินเป็นความผิดทางอาญา
- กำหนดให้รัฐภาคีดำเนินการริบทรัพย์สินที่ได้มาจากการกระทำผิดเกี่ยวกับยาเสพติด
- กำหนดให้ความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดเป็นความผิดที่สามารถส่งผู้ร้ายข้ามแดนได้
- ในบรรดาภาคีสมาชิกจะต้องให้ความร่วมมือในทางอาญาเกี่ยวกับการกระทำผิดดังกล่าวด้วย

2. เป็นการควบคุมหรือสกัดกั้นการฟอกเงินของผู้ที่ได้เงินมาจากการกระทำผิดกฎหมายคดีร้ายแรง อันเป็นความผิดคดีที่เป็นภัยต่อสังคมอย่างเห็นได้ชัด อันจะทำให้สภาพของสังคมไม่มีความสุข ดังนั้นทุกสังคมย่อมต้องการออกกฎหมายอันเป็นมาตรการควบคุมการ

⁶⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 100.

⁶⁹ วีระพงษ์ บุญญากาศ, “ประเทศไทยกับการร่างพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามปกปิดหรือเปลี่ยนสภาพทรัพย์สินที่เกี่ยวข้องกับการกระทำผิดเกี่ยวกับยาเสพติด,” ดุลพາห : 83-84.

ฟอกเงิน ซึ่งมีวิธีการแปรเปลี่ยน ยักย้าย ถ่ายเทเงิน ที่ได้มาจากการกระทำผิดไปครั้งละมาก ๆ นั้นเอง

3. เพื่อมิให้เงินที่ได้มาโดยการกระทำผิดกฎหมายหรือได้มาโดยมิชอบด้วยกฎหมาย เป็นเงินไม่ดี ไม่เหมาะสม เป็นเงินที่สกปรก ให้เป็นเงินที่ไม่ดี ไม่เหมาะสม เป็นเงินที่สกปรก ตลอดไป โดยไม่มีทางที่จะเปลี่ยนเป็นเงินที่บริสุทธิ์ได้ ซึ่งถือว่าเป็นความประสงค์หลักและเป็น ยุทธวิธีในการป้องกันอาชญากรรมที่เป็นภัยต่อสังคม เช่น คดียาเสพติด คดีอาชญากรรมทาง เศรษฐกิจ คดีข้าราชการทุจริตต่อหน้าที่ และอื่น ๆ อันเป็นการควบคุมรายได้ขององค์กรที่ผิด กฎหมายมิให้สามารถนำเงินรายได้ไปใช้จ่ายวิ่งเต้นคิดสินบนกับเจ้าพนักงานในการยุติธรรมได้ อีกทั้งไม่สามารถนำเงินที่ได้มาไปลงทุนในการดำเนินการ หรือขยายกระบวนการประกอบธุรกิจที่ ผิดกฎหมายต่อไปอีก⁷⁰

วิธีการฟอกเงินมีหลายวิธีด้วยกัน แต่วิธีที่ง่ายที่สุดคือการเปิดบัญชีเงินฝากส่วนบุคคลในนามของบุคคลต่าง ๆ เพื่อมิให้ติดตามหาเจ้าของที่แท้จริงได้ และเงินฝากเหล่านี้อาจ ถอนจากบัญชีโดยการจ่ายเช็คให้แก่บุคคลอื่นซึ่งอาจเป็นเจ้าของเงินนั้นเองก็ได้ หรือโอนไปยัง ธนาคารอื่นต่อไป และการฟอกเงินยังอาจทำด้วยวิธีการอื่นนอกกระบวนสถาบันการเงินโดยใช้ "โพงก๊วน" ซึ่งเป็นกระดาษเขียนตัวอักษรจีนโบราณสามหรือสี่คำ อันเป็นรหัสที่รู้จักเฉพาะผู้ที่อยู่ในแวดวงของผู้ค้ายาเสพติดหรืออาชญากรรมอื่น โดยให้มีการจ่ายเงินสำหรับผู้ถือโพงก๊วนนี้⁷¹

ต่อมาวิธีการฟอกเงินได้พัฒนารูปแบบไปในหลาย ๆ วิธี เช่น การนำเงินที่ได้มาจากการกระทำผิดไปซื้อเป็นสิ่งของอื่นที่มีค่าหรือทองคำ หรือนำเงินไปซื้อหุ้นในตลาดหุ้น หรือ ส่งเงินไปฝากยังสถาบันการเงินต่างประเทศหรือระบบของธนาคารประเทศที่มีการควบคุมไม่เข้มงวด โดยมีวัตถุประสงค์ให้มีเงินเข้าไปอยู่ในระบบเงินของประเทศนั้น จากนั้นจึงโอนเงินกลับไปสู่ ขบวนการของอาชญากรด้วยวิธีต่าง ๆ เช่น ทางโทรคมนาคม (wire - transfer) เป็นต้น เงิน เหล่านี้จะถูกเปลี่ยนสภาพเป็นเงินที่ชอบด้วยกฎหมาย

เนื่องจากปัญหาการฟอกเงินเป็นปัญหาทั้งในประเทศและระหว่างประเทศ ทุก ประเทศจึงพยายามหาวิธีการป้องกันร่วมกัน โดยอาศัยความร่วมมือซึ่งกันและกัน ได้มีการ

⁷⁰ วาทีน คำทรงศรี, การฟอกเงิน, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2539), หน้า 87-88.

⁷¹ สุรพล ไตรเวทย์, "อาชญากรรมยาเสพติดกับความจำเป็นของกฎหมายฟอกเงิน," ตุลพาท ปีที่ 41 เล่มที่ 4 (กรกฎาคม - สิงหาคม 2537) : 41.

ประชุมปรึกษาหารือกันเพื่อเสนอมาตรการต่าง ๆ และเรียกร้องให้นานาประเทศดำเนินการป้องกันมิให้สถาบันการเงินถูกนำไปใช้เป็นแหล่งฟอกเงิน ดังนั้น จึงมีการทำข้อตกลง ข้อบังคับ และอนุสัญญาต่าง ๆ เช่น ข้อตกลงกลุ่มประเทศประชาคมยุโรป (EC Council Directive) หรืออนุสัญญากรุงเวียนนาที่เรียกเป็นภาษาอังกฤษว่า United Nations Vienna Convention against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances หรือโครงการร่วมมือระหว่างประเทศ Financial Action Task Force (FATF) เป็นต้น จะเห็นว่าทุกประเทศได้เล็งเห็นความสำคัญของการปราบปรามการฟอกเงินเป็นอย่างมาก สำหรับประเทศไทย ยังมีกฎหมายอื่น ๆ ที่ใกล้เคียงหรือเกี่ยวข้องอยู่หลายฉบับ⁷² ได้แก่

1. พระราชบัญญัติมาตรการในการปราบปรามผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด พ.ศ. 2534 โดยกฎหมายฉบับนี้ให้อำนาจคณะกรรมการตรวจสอบทรัพย์สินของผู้ต้องหาคดียาเสพติด กล่าวคือ มีมาตรการริบทรัพย์สินของผู้กระทำความผิดนั่นเอง

2. พระราชบัญญัติความร่วมมือระหว่างประเทศในทางอาญา พ.ศ. 2535 มีวัตถุประสงค์หรือหลักการในการให้ความช่วยเหลือในทางอาญา เช่น ใหริบทรัพย์สินของบุคคลนั้นในประเทศไทย หากมีคำร้องขอความช่วยเหลือจากต่างประเทศให้ดำเนินการริบทรัพย์สินที่อยู่ในประเทศไทย โดยศาลไทยอาจมีคำพิพากษาริบหรือยึดทรัพย์สินนั้นได้

3. พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการทุจริตและประพฤติมิชอบในวงราชการ พ.ศ. 2518 กฎหมายฉบับนี้ใช้บังคับแก่ข้าราชการที่ทุจริต ประพฤติมิชอบในวงราชการ ถ้าเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้ใดร่ำรวยผิดปกติหรือมีทรัพย์สินเพิ่มขึ้นโดยผิดปกติ คณะกรรมการปราบปรามการทุจริตและประพฤติมิชอบในวงราชการ (ป.ป.ป.) มีอำนาจดำเนินการต่าง ๆ ที่จะวินิจฉัยว่าบุคคลนั้นร่ำรวยผิดปกติ ถ้าบุคคลนั้นไม่สามารถหาหลักฐานมาหักล้างว่าตนได้ทรัพย์สินมาอย่างไร

4. ประกาศคณะรักษาความสงบเรียบร้อยแห่งชาติ ฉบับที่ 26 พ.ศ. 2534 กฎหมายฉบับนี้กล่าวได้ว่าออกมาบังคับใช้เฉพาะกิจเพื่อริบทรัพย์สินของนักการเมืองบางคน บางกลุ่มที่มีพฤติกรรมร่ำรวยผิดปกติ และกฎหมายฉบับนี้ก็หมดสภาพบังคับใช้ไปแล้ว

⁷² ไชยยศ เหมะรัชตะ, "กฎหมายป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน," วารสารกฎหมาย ปีที่ 16 ฉ 2 (เมษายน 2539) : 10-19.

5. ประมวลกฎหมายอาญา บัญญัติไว้ในมาตรา 33(2) ทรัพย์สินซึ่งบุคคลได้มาจากการกระทำความผิด.....” เช่น ทรัพย์สินที่ได้มาจากการกระทำความผิดฐานลักทรัพย์ ยักยอก ฉ้อโกง หรือเกี่ยวกับยาเสพติด แต่ถึงอย่างไรกฎหมายดังกล่าวได้เปิดช่องให้ศาลเป็นผู้ใช้ดุลพินิจ⁷³ นอกจากนี้ ยังมีมาตรา 37 ให้ศาลมีอำนาจสั่งให้ส่งทรัพย์สินที่ริบ ถ้าไม่ส่งภายในเวลา ศาลมีอำนาจสั่งให้ชำระราคาหรือสั่งให้ยึดทรัพย์สินอื่นของผู้ริบชดใช้ราคาจนเต็มจำนวน มาตรานี้จึงเป็นเรื่องที่แสดงให้เห็นว่าการริบทรัพย์สินของผู้กระทำความผิดให้ได้ผลนั้น ต้องให้ริบทรัพย์สินนั้น หรือให้ใช้ราคาแทนด้วย ลักษณะดังกล่าวถือว่าเป็นมาตรการหนึ่งในการปราบปรามการฟอกเงินเช่นกัน

กฎหมายที่เกี่ยวกับการป้องกันและปราบปรามการฟอกเงินของประเทศไทย⁷⁴

กฎหมายที่เกี่ยวกับการฟอกเงินนั้น ควรมีลักษณะโครงสร้างทางกฎหมาย ดังนี้

1. ความหมายของการกระทำความผิด โดยที่กระทำการเกี่ยวข้องกับการกระทำทางธุรกิจ ตามกฎหมายนี้ใช้คำว่า “ธุรกรรม” ซึ่งคำว่าธุรกรรม หมายความว่ากิจการทางธุรกิจใด ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการทำนิติกรรมสัญญา หรือการดำเนินการทางธุรกิจ

“ธุรกรรมที่มีเหตุอันควรสงสัย” หมายความว่ารวมถึง ธุรกรรมที่มีความซับซ้อนผิดปกติ หรือธุรกรรมที่ขาดความเป็นไปได้ในเชิงเศรษฐกิจ หรือธุรกรรมที่มีลักษณะตามที่กำหนดไว้ในกฎกระทรวง

“ความผิดมูลฐาน” ในระยะเริ่มต้น ร่างกฎหมายฟอกเงินถูกจำกัดบังคับใช้กับการกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดก่อน โดยให้ความหมายถึงการผลิต นำเข้า ส่งออก จำหน่ายหรือมีไว้ในครอบครอง เพื่อจำหน่ายซึ่งยาเสพติด และให้หมายความรวมถึงการสมคบ สนับสนุน ช่วยเหลือหรือพยายามกระทำความผิดดังกล่าวด้วย และรวมถึงความผิดฐานค้าหญิงและเด็กไว้ด้วยแล้ว

“ทรัพย์สินที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิด” หมายความว่า ทรัพย์สินที่ได้มาจากการกระทำความผิดมูลฐาน หรือการมีส่วนร่วมในการกระทำความผิดมูลฐาน ทรัพย์สินที่ได้มาจากการ

⁷³ พิพัฒน์ จักรางกูร, “การริบทรัพย์สิน,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต ภาค 2 ทางนิติศาสตร์ ลักษณะวิชากฎหมายอาญาพิศดาร, 2502), หน้า 37.

⁷⁴ ไชยยศ เหมะรัชตะ, “กฎหมายป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน,” วารสารกฎหมาย : 19.

กระทำความผิดฐานฟอกเงิน ทรัพย์สินที่ได้มาจากการแปรสภาพหรือโอนไปซึ่งทรัพย์สินนั้นโดยผู้ได้มารู้ว่าเป็นการได้มาจากการแปรสภาพหรือโอนมาเพื่อการฟอกเงิน

2. ฐานความผิด (ลักษณะฐานความผิดเป็นฐานความผิดที่กำหนดไว้ใน Vienna Convention 1988)

ก. โอนหรือเปลี่ยนแปลงสภาพทรัพย์สินที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิด โดยมีเจตนาปกปิด ซ่อนเร้น แหล่งที่มาของทรัพย์สิน หรือเพื่อช่วยเหลือผู้อื่นมิให้ถูกดำเนินคดี

ข. ปกปิด หรืออำพรางลักษณะที่แท้จริง แหล่งที่มา สถานที่ตั้ง การจำหน่าย การเคลื่อนย้าย การมีกรรมสิทธิหรือสิทธิที่เกี่ยวข้องของทรัพย์สินที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิด

ค. สนับสนุน ช่วยเหลือ สมคบหรือพยายามกระทำความผิดตามข้อ ก. หรือ ข.

ง. ผู้ที่ทำงานสถาบันการเงิน กระทำการใด ๆ ให้ลูกค้าหรือผู้ที่เป็นเจ้าของเงินทราบถึงรายงานที่จะต้องทำหรือดำเนินการในเรื่องนั้น ๆ

จ. ชักขวางหรือมิให้ความสะดวก

3. บทกำหนดโทษตามกฎหมายฟอกเงิน นอกจากจะใช้กับผู้กระทำความผิดมูลฐานแล้วยังบังคับรวมถึง

ก. ผู้กระทำความผิดด้วยการโอน รับโอน หรือผู้เปลี่ยนแปลงสภาพทรัพย์สินที่เกี่ยวข้องพันกับการกระทำความผิดด้วย

ข. บุคคลตั้งแต่สองคนขึ้นไปที่สมคบกัน หรือกรณีนิติบุคคล ผู้แทนนิติบุคคล กรรมการ หรือบุคคลผู้รับผิดชอบในการดำเนินงานนิติบุคคล ซึ่งกระทำความผิด ข้อ ก

ค. การชักย้าย ซ่อนเร้น เอาไปเสีย ทำให้เสียหาย ทำลาย ทำให้สูญหาย หรือทำให้ไร้ประโยชน์ซึ่งเอกสารหรือบันทึกข้อมูล หรือทรัพย์สินที่ตนรู้ หรือควรรู้ว่าจะตกเป็นของแผ่นดิน

ง. รู้ความลับในทางราชการเกี่ยวกับการดำเนินการตามกฎหมายนี้ และกระทำการใด ๆ ให้ผู้อื่นรู้หรืออาจรู้ความลับดังกล่าว

จ. บุคคลที่มีตำแหน่งหน้าที่ราชการ กระทำความผิดต่อตำแหน่ง หรือการยุติธรรมตามบทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญา ต้องรับโทษสูงขึ้นสำหรับโทษที่กำหนดไว้

ดังนั้น เมื่อประเทศไทยมีกฎหมายป้องกันการฟอกเงินขึ้นเป็นพิเศษดังเช่นอารยประเทศ โดยกำหนดความผิดอาญาฐานเกี่ยวกับฟอกเงินเพื่อนำไปใช้บังคับแก่การฟอกเงินอย่างกว้างขวาง ไม่ว่าเงินนั้นจะได้มาด้วยความผิดฐานใด หากเป็นเงินที่ได้มาจากรูปแบบของการกระทำอันมิชอบด้วยกฎหมาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งธุรกิจบริการทางเพศ โดยผู้รับเงินรู้ว่าผู้ให้เงินไม่มีแหล่งที่มาของเงินที่แน่นอน ก็เป็นการเพียงพอแล้วที่จะถือว่าผู้รับเงินกระทำการเป็นเครื่องมือในการฟอกเงิน การรับเงินไว้โดยไม่อาจอธิบายได้ถึงแหล่งที่มาของเงินจำนวนมากเป็น

เหตุที่จะถือได้ว่ามีเจตนาช่วยให้เงินจากองค์กรอาชญากรรมหรือผู้อยู่เบื้องหลังการกระทำความผิดคงมีอยู่และนำเงินไปหมุนเวียนเพื่อลงทุนประกอบอาชญากรรมอื่น ๆ ต่อไป และนับตั้งแต่นี้เมื่อกฎหมายพร้อมที่นำมาบังคับใช้ การปราบปรามอาชญากรรมที่อาศัยเงินที่ไม่บริสุทธิ์เป็นเครื่องมือในการประกอบอาชญากรรมคงจะทำงานลำบากยิ่งขึ้น อันเนื่องมาจากขาดปัจจัยที่สำคัญไปเสียแล้ว



สถาบันวิทย์บริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย