

## บทที่ 3

# เปรียบเทียบความผิดฐานดำรงชีพอยู่ด้วยรายได้ของผู้ซึ่งค้าประเวณี ในต่างประเทศ

ความรับผิดทางอาญาโดยหลักทั่วไปแล้วจะมีขึ้นได้ ต้องมีความเสียหายแก่สังคมมนุษย์ (social damage) การกระทำใดที่ห้ามทำความเสียหายแก่ชุมชนและเพื่อความปลอดภัยของชุมชน ทั้งการกำหนดให้ผู้กระทำผิดรับโทษจึงต้องมีความแตกต่างหรือคล้ายคลึงกัน ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับสภาพของแต่ละสังคมนั้น<sup>1</sup> ดังนั้น การศึกษากฎหมายในเชิงเปรียบเทียบจึงนับว่ามีความสำคัญเป็นอย่างมาก โดยนำแนวความคิดทางกฎหมายของแต่ละประเทศมาปรับใช้ให้เกิดความเหมาะสมได้ และการศึกษากฎหมายเปรียบเทียบจะทำให้ผู้ศึกษากฎหมายได้เห็นถึงข้อดีและข้อเสียของกฎหมายในแต่ละระบบกฎหมายได้เป็นอย่างดี

ความผิดฐานดำรงชีพอยู่ด้วยรายได้ของหญิงซึ่งค้าประเวณี หรือที่เรียกกันอย่างไม่เป็นทางการว่า “ความผิดฐานเป็นแมงดา” นั้น ได้เริ่มบัญญัติเป็นความผิดครั้งแรกในประมวลกฎหมายอาญาของไทยซึ่งประกาศใช้ในพ.ศ. 2500 ความผิดนี้ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 286 ที่มีการบัญญัติไว้ก็เพราะเห็นว่านานาประเทศมีบทบัญญัตินี้ในกฎหมายอาญา แต่ในประเทศต่าง ๆ ที่มีบทบัญญัตินี้มีแนวความคิดที่แตกต่างกัน ทั้งนี้ อาจเป็นไปได้ว่าสภาพของสังคมในแต่ละประเทศมีความต่างกัน ดังนั้นเราจึงควรศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายดังกล่าวเพื่อนำแนวความคิดมาปรับปรุง และอธิบายหรือเปลี่ยนแปลงแก้ไขกฎหมายที่มีสภาพไม่เหมาะสมกับสังคมปัจจุบันให้เกิดมีประสิทธิภาพและบังคับใช้ได้เหมาะสม โดยจะขอกล่าวถึงกฎหมายที่ใช้อยู่ใน 2 กลุ่ม ดังนี้

### 3.1 กลุ่มประเทศที่ใช้กฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law)

กฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law) เป็นสกุลกฎหมายที่มีความเป็นมาจากกฎหมายโรมันโบราณ ตั้งแต่สร้างกรุงโรมจนถึงปีที่พระเจ้าจักรพรรดิจัสติเนียนขึ้นพระชนม์ รวมเวลา

---

<sup>1</sup> ไพจิตร สวัสดิศาร, เอกสารการสอนชุดวิชาระบบกฎหมายไทยและต่างประเทศ (หน่วยที่ 8-15), พิมพ์ครั้งที่ 1 (นนทบุรี : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช, 2528), หน้า 738.

ประมาณ 13 ศตวรรษ เป็นรูปแบบของกฎหมายอันจัดแจ้งไว้เป็นลายลักษณ์อักษร ซึ่งหมายถึงกฎหมายที่พัฒนามาจากกฎหมายแพ่งเป็นส่วนใหญ่ เป็นการเก็บเนื้อความจากเนื้อหาของกฎหมายของพระเจ้าจัสติเนียนชื่อ Corpus Iuris Civilis ซึ่งจัดทำขึ้นในศตวรรษที่ 6 และถือว่าเป็นประมวลกฎหมายที่ทันสมัยเป็นหลักเป็นฐาน มีการนำไปใช้เป็นแบบอย่างกว้างขวาง และทำให้กฎหมายเก่าที่มีอยู่หมดความหมายลง ส่วนใหญ่แล้วกฎหมายสกุลนี้จัดทำขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษรหรือจัดทำในรูปประมวลกฎหมาย (Codification) เป็นส่วนใหญ่ แม้จะยอมรับกฎหมายในรูปจารีตประเพณีอยู่บ้าง แต่ก็เป็นส่วนน้อย และจะใช้จารีตประเพณีเมื่อไม่มีกฎหมายเป็นลายลักษณ์อักษร<sup>2</sup> กลุ่มประเทศที่ใช้กฎหมายสกุลนี้ เช่น ประเทศฝรั่งเศส ประเทศเยอรมัน ประเทศอิตาลี ประเทศญี่ปุ่น และประเทศไทย เป็นต้น

### 3.1.1 ความผิดฐานดำรงชีพอยู่ด้วยรายได้ของผู้ซึ่งค้าประเวณีในประเทศฝรั่งเศส

อาชีพโสเภณีตามกฎหมายของฝรั่งเศสไม่ถือเป็นความผิด กล่าวคือ ผู้ประกอบอาชีพโสเภณีต้องเสียภาษีเงินได้และจะได้เงินเลี้ยงชีพเมื่อเลิกอาชีพแล้ว ประเทศฝรั่งเศสมีกฎหมายบังคับในเรื่องความผิดฐานดำรงชีพอยู่ด้วยรายได้ของผู้ซึ่งค้าประเวณีมาตั้งแต่ปีค.ศ. 1810 และจากนั้นได้มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงตลอดมา<sup>3</sup>

ประมวลกฎหมายอาญาฉบับใหม่ของฝรั่งเศส (Nouveau Code Penal) มาตรา 225-5 บัญญัติลงโทษผู้ที่รับรายได้เป็นบางส่วนหรือรับการช่วยเหลือ (subsidize) ไม่ว่าจะในรูปแบบใดจากหญิงโสเภณี<sup>4</sup> และไม่ว่าจะเป็นบุคคลใดก็ตาม กล่าวคือ แม้ว่าเป็นลูก (enfant) ซึ่งแม่ของเด็กในฝรั่งเศสจะได้เงินค่าเลี้ยงดูเด็กจากรัฐบาลฝรั่งเศสอย่างเพียงพอจนกว่าอายุจะครบ 18 ปีบริบูรณ์ ตลอดจนค่าใช้จ่ายในการศึกษา ค่าเล่าเรียน อุปกรณ์การเรียน รัฐบาลรับผิดชอบอย่างเต็มที่ การเลี้ยงดูให้การศึกษาแก่เด็กโดยหลักการจึงไม่ต้องรับรายได้จากหญิงโสเภณีซึ่งเป็นแม่หรือบิดามารดา (parents) หรือคู่สมรส (epoux) ในเรื่องคู่สมรสนี้ ถ้าได้มีการแต่งงานหรืออยู่กินกันอย่างถูกต้องตามกฎหมายกับหญิงโสเภณีได้รับยกเว้น แต่ถ้าไม่ได้อยู่กินกันอย่างถูกต้องก็

<sup>2</sup> วิษณุ เครืองาม, เอกสารการสอนขตวิชาวาระบบกฎหมายไทยและต่างประเทศ (หน่วยที่ 1-7), พิมพ์ครั้งที่ 1 (นนทบุรี : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช, 2528), หน้า 47.

<sup>3</sup> Dalloz, Code Penal Annote 1953, pp. 220-222.

<sup>4</sup> Art. 225-5 Le Proxenetisme est le fait, par quelque maniere que ce soit : .

เป็นความผิด<sup>5</sup> ที่กล่าวมาจะมีเหตุยกเว้นโทษในเรื่องจำเป็น (necessity)<sup>6</sup> เช่น บิดามารดาที่ป่วยหรือชราภาพ หรือพยาบาลที่รับเงินจากหญิงโสเภณีเพื่อดูแลบิดาที่ป่วยของหญิงโสเภณี เป็นต้น

กฎหมายฝรั่งเศสเน้นจุดที่จะลงโทษคนที่รับส่วนแบ่งของหญิงโสเภณี โดยไม่มีข้อยกเว้นเลย นอกจากเป็น necessity ที่กล่าวมาแล้ว คือ สามิที่ไม่จดทะเบียนอยู่ด้วยกันก็ถือว่าผิด หรือแม้แต่บุตรก็ถือว่าผิด เพราะเหตุว่ารัฐบาลของประเทศออกคำสั่งงดบุตรให้อยู่แล้ว มีอยู่คดีหนึ่ง บิดาป่วยเป็นอัมพาตเดินไม่ได้ ต้องได้รับการดูแลในการเป็นอยู่ในชีวิตประจำวันนั้น โสเภณีซึ่งเป็นลูกสาวมอบเงินค่ารักษาพยาบาลไว้ให้แก่ทางพยาบาล ถ้าหากว่านำสืบไม่ได้จริง ๆ ก็ต้องถือว่านางพยาบาลรับเงินจากโสเภณีเป็นการรับส่วนแบ่งรายได้จากหญิงโสเภณี อันเป็นการ “แบ่งปันผลประโยชน์” จากผู้ค้าประเวณีแล้ว<sup>7</sup> กฎหมายบัญญัติความผิดไว้กว้างมาก

การดำรงชีพอยู่จากรายได้ของผู้ทำการค้าประเวณีในกฎหมายฝรั่งเศส ซึ่งเรียกว่า “le Proxenetisme” นั้น<sup>8</sup> มาตรา 225-5 นิยามไว้ดังนี้ 1. ช่วยเหลือปกป้องผู้ทำการค้าประเวณี 2. ถือเอาผลประโยชน์ หรือได้รับความช่วยเหลือจากการค้าประเวณีของผู้อื่น 3. รับสมัครหรือฝึกฝนบุคคลใดบุคคลหนึ่งให้ทำการค้าประเวณี หรือสร้างความกดดันให้บุคคลใดบุคคลหนึ่งทำการค้าประเวณี หรือให้ทำการค้าประเวณีต่อไป หากบุคคลใดกระทำการดังกล่าวจะต้องระวางโทษจำคุกห้าปี และปรับหนึ่งล้านฟรังก์

ม.225-6 บัญญัติถึงการกระทำอื่นที่กฎหมายให้ถือว่าเป็น “Proxenetisme” ด้วย คือ บัญญัติทำนองเป็นตัวอย่างว่าการกระทำต่อไปนี้ให้ถือว่าเป็นการดำรงชีพอยู่ด้วยรายได้ของบุคคลผู้ทำการค้าประเวณี เช่น เป็นธุระจัดหาระหว่างบุคคลสองฝ่าย ฝ่ายหนึ่งเป็นบุคคลซึ่งทำ

<sup>5</sup> ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, “ฎีกาวิเคราะห์ : การดำรงชีพจากรายได้ของหญิงซึ่งค้าประเวณี (ม.286),” วารสารนิติศาสตร์ ปีที่ 22 ฉ 4 (2535) : 618.

<sup>6</sup> ดู Merle et Vitu, Droit Penal Special par Andre Vitu, Cutas 1982, No.1909, “Peu importe la qualite' des Personnes qui recoivent : enfants, parents, epoux ; mais l'etat de necessite peut justifier, eventuellement, la reception des subsides.” อ้างถึงใน ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, เรื่องเดียวกัน.

<sup>7</sup> เรื่องเดียวกัน.

<sup>8</sup> สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, “รายงานการประชุมคณะกรรมการพิจารณาปรับปรุงประมวลกฎหมายอาญา, ครั้งที่ 2-2/2537,” 29 เมษายน 2537.

การค้าประเวณี อีกฝ่ายหนึ่งเป็นบุคคลผู้ชำระเงิน หรือเป็นบุคคลผู้ช่วยเหลือในการค้าประเวณี และดำรงชีพอยู่ด้วยรายได้ของบุคคลผู้ทำการค้าประเวณี หรือบุคคลซึ่งไม่สามารถมีรายได้ เพียงพอในการดำรงชีพ ในขณะที่เดียวกันก็อยู่อาศัยและสมาคมกับบุคคลซึ่งทำการค้าประเวณี หรือบุคคลซึ่งกีดกันและปกป้ององค์กรซึ่งจัดตั้งขึ้นเพื่อป้องกันมิให้มีการค้าประเวณี รวมถึงผู้ลงทุนด้วย ซึ่งกฎหมายบัญญัติเอาผิดกับบุคคลใดไม่ว่าโดยตนเองหรือผู้อื่นดำเนินกิจการ ดูแล และช่วยเหลือทางการเงินแก่สถานการค้าประเวณี ทั้งหมดที่กล่าวมาถือว่าเป็นความผิดตามกฎหมาย โดยถือว่าเป็นการหาประโยชน์จากการค้าประเวณี และรวมถึงกรณีที่หญิงหรือผู้ซึ่งค้าประเวณีอาจถูกบีบคั้น รั้งแก จึงมักมีผู้ช่วยเหลือ ป้องกัน โดยที่ตนเองอาจได้รับประโยชน์จากหญิงนั้น ทำนองมีการหาประโยชน์จากการค้าประเวณีเหมือนกันนั่นเอง หรือเท่ากับเป็นชายแมงดา เกาะหญิงกินโดยอาศัยเลือดเนื้อของหญิงนั้น

กฎหมายอาญาฝรั่งเศสบัญญัติว่าการกระทำความผิดประเภทนี้ ซึ่งเป็นความผิดประเภท *delit* ก็มีความผิดด้วย (ในกฎหมายฝรั่งเศส การพยายามกระทำความผิดประเภท *delit* ไม่มีความผิดนอกจากมีบทบัญญัติของกฎหมายบัญญัติไว้โดยเฉพาะ) และผู้ที่กระทำความผิดไม่ว่าหญิงหรือชายที่เรียกว่า "Proxeneté" ที่กล่าวมาแล้วในตอนต้นไม่ได้ถือพฤติการณ์ที่ได้ดำรงชีพอยู่ด้วยผลของการหากินของหญิงโสเภณีหรือประกอบการค้าประเวณีเป็นหลัก<sup>9</sup> บุคคลดังกล่าวถือว่าเท่ากับเป็นผู้ที่คอยส่งเสริมการค้าประเวณี

ประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศสไม่ได้ใช้คำว่า "ดำรงชีพ" แต่ใช้คำว่า "แบ่งเอาสิ่งซึ่งเป็นผลมาจากการค้าประเวณีของผู้อื่นหรือรับเงินอนนุศลจากบุคคลซึ่งทำการค้าประเวณี ไม่ว่าในรูปใด" จึงเป็นการตีความที่ง่ายในทางปฏิบัติ<sup>10</sup> และที่สำคัญเมื่อมีการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายมิได้มีการจำกัดว่าเป็นการค้าประเวณีของหญิงเท่านั้น แต่ได้หมายถึงชายด้วย ตลอดจนมีการขยายไปถึงบุคคลที่มีความประพฤติเสื่อมเสียในทางด้านกามารมณ์ด้วย

สรุปที่กฎหมายอาญาของประเทศฝรั่งเศสได้บัญญัติกฎหมายในความผิดฐานนี้ไว้เนื่องมาจากบุคคลเหล่านี้ได้ชื่อว่าเป็นพวกอันธพาล พร้อมจะประกอบอาชญากรรมประเภทต่าง ๆ ต่อไปได้ ทำความหนักใจให้แก่ตำรวจเป็นอันมาก และมีสร้างความเดือดร้อนให้แก่สังคมเป็นอาชิตน บทบัญญัติที่กล่าวมาแล้วจึงเห็นได้ว่า ครอบคลุมพฤติกรรมหรือการกระทำ

<sup>9</sup> ไพจิตร บุญญพันธ์, "ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 286," ตุลพาห ปีที่ 8 (ธันวาคม 2504) : 1303.

<sup>10</sup> เรื่องเดียวกัน : 1304.

ต่าง ๆ อันจะกล่าวได้ว่าเป็นรูปแบบของแมงดาสมัยใหม่ได้อย่างกว้างขวาง นับว่าเป็นกฎหมายที่นำศึกษาเป็นแบบอย่างที่ดีอย่างยิ่ง

### 3.1.2 ความผิดฐานค้ารังซีพอยู่ด้วยรายได้ของผู้ซึ่งค้าประเวณีในประเทศอิตาลี

ประมวลกฎหมายอาญาฉบับใหม่ของประเทศอิตาลีรู้จักกันในนามของ “ประมวลกฎหมายรอกโคโด (ROCCO CODE)” ตามชื่อของประธานคณะกรรมการจัดทำร่างประมวลกฎหมายดังกล่าว มีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 1 กรกฎาคม ค.ศ. 1931 และประมวลกฎหมายนี้ได้แก้ไขต่อมาให้สอดคล้องกับหลักการในรัฐธรรมนูญของสาธารณรัฐอิตาลี ซึ่งมีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 1 มกราคม ค.ศ. 1948 และปัจจุบันก็ยังมีหลักการเช่นเดิม<sup>11</sup> บทบัญญัติในเรื่องความผิดฐานค้ารังซีพอยู่ด้วยรายได้ของผู้ซึ่งค้าประเวณี ได้บัญญัติอยู่ในประมวลกฎหมายอาญาฉบับนี้

มาตรา 534 บัญญัติว่า ผู้ใดค้ารังซีพอยู่ด้วยการเอาประโยชน์จากรายได้ของหญิงโสเภณีแม้เพียงบางส่วน ต้องถูกลงโทษ 6 ปี ถึง 8 ปี และปรับ 1,000 ลีร์ ถึง 10,000 ลีร์

แต่ต่อมากฎหมายอิตาลีได้บัญญัติรวบรวมความผิดเกี่ยวกับโสเภณีไว้ในกฎหมายฉบับเดียวกันเป็นกฎหมายพิเศษแยกออกจากประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งมีวัตถุประสงค์หลักสำคัญในการห้ามมิให้มีการตั้งช่องโสเภณีในประเทศ และบัญญัติลักษณะความผิดอันเป็นการปรามการค้าประเวณี โดยเอาผิดกับผู้ให้การสนับสนุนหรือกระทำการอันเป็นการส่งเสริมต่อการค้าประเวณีในรูปแบบและวิธีการต่าง ๆ<sup>12</sup>

ความผิดเกี่ยวกับโสเภณีในกฎหมายอิตาลีได้บัญญัติไว้ในกฎหมายฉบับลงวันที่ 20 กุมภาพันธ์ 1958 เลขที่ 75 โดยเฉพาะอย่างยิ่งในมาตรา 3 ซึ่งบัญญัติไว้ดังนี้<sup>13</sup>

<sup>11</sup> สถาบันกฎหมายอาญา (Thailand Criminal Law Institute) สำนักงานอัยการสูงสุด, สารานุกรมกระบวนกฤษฎีธรรมานาชาติ, กรุงเทพฯ (สิงหาคม 2540) : 607.

<sup>12</sup> สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, “รายงานการประชุมคณะกรรมการพิจารณาปรับปรุงประมวลกฎหมายอาญา, ครั้งที่ 2-2/2537,” วันที่ 29 เมษายน 2537.

<sup>13</sup> F. Antolisei, *Manuale di Diritto Penale, Parte Speciale*, 9<sup>ed</sup> integrata e aggiornata a cura di L.conti, Giuffrè Editore - 1986, Milano, pp.471-492. แปลสรุปโดย นายฉันทิชย์ โสคติพันธ์.

“มาตรา 3 ต้องถูกลงโทษโดยการจำคุกตั้งแต่ 2 ปี ถึง 6 ปี และปรับตั้งแต่ 500,000 - 20,000,000 ลีร์ เว้นแต่กรณีของการปรับใช้มาตรา 240 ประมวลกฎหมายอาญา (ซึ่งเป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับคำสั่งของผู้พิพากษาในการให้บริบทที่ที่ใช้ในการกระทำความผิด) ในกรณีดังต่อไปนี้

1) ผู้ใด เป็นเจ้าของหรือดำเนินการ ไม่ว่าจะใช้ชื่อใด ๆ ก็ตาม ของโสเภณี หรือควบคุม จัดการ บริหารหรือมีส่วนร่วมต่อการเป็นเจ้าของ มีส่วนร่วมต่อการดำเนินการ มีส่วนร่วมต่อการจัดการหรือมีส่วนร่วมต่อการบริหารของโสเภณี

2) ผู้ใด ซึ่งเป็นเจ้าของหรือบริหารที่อยู่อาศัยหรือสถานที่อย่างอื่น ๆ ได้ทำการอนุญาตให้ใช้สถานที่นั้นเพื่อจุดมุ่งหมายในการดำเนินการเป็นของโสเภณี

3) ผู้ใด ซึ่งเป็นเจ้าของ เป็นผู้บริหารกิจการหรือดูแลโรงแรม บ้านเคลื่อนที่ โรงเต๋ยม ร้านขายเครื่องดื่ม โรงละครสัตว์ โรงเดินรำหรือสถานบันเทิง หรือสถานที่เกี่ยวเนื่อง และต้องขึ้นอยู่กับสถานที่ดังกล่าว หรือสถานที่อื่น ซึ่งเปิดต่อสาธารณชนหรือถูกใช้จากสาธารณชน ได้เปิดรับบุคคลยังสถานที่ดังกล่าวเป็นปกติวิสัยและมีการให้บริการโสเภณี

4) ผู้ใด จัดหาบุคคลเพื่อวัตถุประสงค์ในการให้บริการโสเภณี หรือช่วยให้วัตถุประสงค์ดังกล่าวเป็นไปได้โดยสะดวกขึ้น

5) ผู้ใด นำผู้หญิงมาเพื่อเป็นโสเภณีหรือประกอบกิจการในลักษณะพอค้ำ หรือแมงดา ไม่ว่าจะในลักษณะส่วนตัว ในสถานที่สาธารณะหรือสถานที่เปิดเผยต่อสาธารณะ ไม่ว่าจะในลักษณะของการพิมพ์โฆษณา หรือโดยวิธีการโฆษณาใด ๆ

6) ผู้ใด นำบุคคลไปยังดินแดนของประเทศอื่นหรือสถานที่อื่นอันห่างไปจากสถานที่ ซึ่งเป็นถิ่นที่อยู่ของเขาเพื่อวัตถุประสงค์ในการให้บริการโสเภณี หรือช่วยให้การนำไปนั้นเป็นไปได้โดยสะดวกขึ้น

7) ผู้ใดดำเนินการกิจกรรมในลักษณะที่เป็นกรรวมกลุ่มและมีการจัดองค์กร ไม่ว่าจะในระดับชาติหรือระดับระหว่างประเทศ เพื่อจัดหาบุคคลโดยมีวัตถุประสงค์ในการให้บริการโสเภณี หรือเพื่อที่จะได้รับประโยชน์จากการให้บริการโสเภณีนั้น หรือส่งเสริมหรือสนับสนุน ไม่ว่าจะในรูปแบบใด ๆ หรือโดยวิธีการใด ๆ ให้มีการกระทำเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของการรวมกลุ่มหรือการจัดองค์กรดังกล่าว

8) ผู้ใด ไม่ว่าจะโดยวิธีการใด ๆ ก็ตาม สนับสนุนหรือเอาประโยชน์จากการเป็นโสเภณีของผู้อื่น”

กรณีการกระทำต่าง ๆ ที่มีบัญญัติเป็นความผิดในกฎหมายโสเภณีของอิตาลี มาตรา 3 ในข้อ 8 เป็นบทบัญญัติที่ลงโทษผู้ที่สนับสนุนหรือเอาประโยชน์จากการเป็นโสเภณีของผู้อื่น ซึ่งถือว่าเป็นพฤติการณ์ของผู้ที่เป็นแมงดานั่นเอง ซึ่งจะขออธิบายพอเป็นสังเขปดังนี้

- ประการแรก คำว่า "ไม่ว่าจะด้วยวิธีการใด ๆ ก็ตาม" ("in qualsiasi modo") นั้นไม่ได้หมายความเฉพาะถึงการปฏิบัติหรือการกระทำที่จะต้องเกี่ยวข้องกับเป้าหมายในทางเศรษฐกิจหรือเกี่ยวกับเงิน หรือที่เกี่ยวข้องกับการให้บริการในทางเพศต่อผู้อื่นเสมอไป แต่เป็นการกระทำที่เมื่อพิจารณาแล้วสามารถจะทำได้ง่ายหรือสะดวกขึ้นในการเป็นโสเภณีของบุคคลอื่น เช่น การรับนัด การดูแลลูกค้าที่มาใช้บริการ การจัดหาสถานที่ การไปเป็นเพื่อน การพูดจาเก๋ยกล่อม ฯลฯ<sup>14</sup>

- ประการที่สอง คำว่า "สนับสนุน" ("favoreggiamento") ที่ใช้ในข้อนี้มีความหมายในทำนองที่ว่าเป็นการให้ความช่วยเหลือในการเป็นโสเภณีในลักษณะที่เป็นการกระทำเป็นปกติวิสัย แต่อย่างไรก็ตามในทางทฤษฎีและแนวคำพิพากษาของศาลถือว่าการให้การสนับสนุนนี้จะเป็นการกระทำโดยปกติวิสัยหรือเป็นครั้งเป็นคราวก็ได้<sup>15</sup>

- ประการสุดท้าย คำว่า "เอาประโยชน์" ("Sfruttare") หมายความว่า ได้รับประโยชน์ซึ่งประเมินค่าได้จากรายได้ของบุคคลซึ่งเป็นโสเภณี เช่น การได้ที่พักอาศัย การได้รับเสื้อผ้าเครื่องนุ่งห่ม การได้รับอาหาร การส่งให้เรียนหนังสือ ฯลฯ<sup>16</sup>

สรุปได้ว่ากฎหมายอิตาลี มิได้กำหนดอายุของผู้กระทำความผิดไว้ แต่ใช้คำเพียงกว้าง ๆ ว่า "ผู้ใด โดยไม่กำหนดเพศของผู้กระทำด้วย กล่าวคือ ไม่ว่าผู้กระทำจะเป็นชายหรือหญิงก็เป็นความผิด" ส่วนลักษณะของการกระทำความผิดกฎหมายได้บัญญัติไว้ค่อนข้างกว้าง โดยบัญญัติว่า "ผู้ใด ไม่ว่าด้วยวิธีการใด ๆ ก็ตาม สนับสนุนหรือเอาประโยชน์จากการเป็นโสเภณีของผู้อื่น" จากความที่ได้กล่าวมาแล้วจะพบว่าถ้อยคำดังกล่าวจะขึ้นอยู่กับการตีความของศาลและคำอธิบายในทางทฤษฎีเป็นส่วนใหญ่ และในทางนิติศาสตร์ได้มีการตีความการเขียนสั้น ๆ นี้ว่า วิธีการใด ๆ ก็คือ ทุกอย่างไม่ว่าโดยการรับนัด ให้ที่อยู่ หรือคอยหาเสื้อผ้าให้ และอาจเป็นเรื่องการช่วยเหลือระหว่างโสเภณีด้วยกัน ไม่ว่าผู้หญิงหรือผู้ชาย การสนับสนุนหรือเอาประโยชน์จากการเป็นโสเภณีของบุคคลอื่น จะดูจากการกระทำที่เป็นนิสัยไม่ใช่เป็นครั้งคราว

### 3.1.3 ความผิดฐานดำรงชีพอยู่ด้วยรายได้ของผู้ซึ่งค้าประเวณีในประเทศญี่ปุ่น

กระบวนการบัญญัติกฎหมายอาญาในประเทศญี่ปุ่นประกอบด้วยประมวลกฎหมายอาญา (Criminal Code) และกฎหมายอื่น ๆ ซึ่งบัญญัติเรื่องอาชญากรรมส่วนบุคคลไว้ และโดย

<sup>14</sup> เรื่องเดียวกัน.

<sup>15</sup> เรื่องเดียวกัน.

<sup>16</sup> เรื่องเดียวกัน.

ทั่วไปแล้วจะออกกฎหมายมาในรูปของกฎหมายอาญาลักษณะพิเศษ ซึ่งในเวลาต่อมากฎหมายลักษณะพิเศษต่าง ๆ เหล่านี้ก็ได้ออกบัญญัติขึ้น อาทิเช่น กฎหมายเกี่ยวกับความผิดลหุโทษ กฎหมายป้องกันการกระทำที่เป็นการก่อกวน กฎหมายควบคุมวัดพระเปิด กฎหมายลงโทษการกระทำอันรุนแรง และกฎหมายป้องกันการค้าประเวณี เป็นต้น ซึ่งถือว่าเป็นกฎหมายอาญาลักษณะพิเศษ<sup>17</sup>

ลักษณะพิเศษสำคัญประการหนึ่งของประมวลกฎหมายญี่ปุ่น ที่ได้บัญญัติความผิดเกี่ยวกับศีลธรรมได้รับการผ่อนปรนบ้าง เช่น การรักร่วมเพศไม่ถือว่าเป็นความผิดและไม่มิบบทลงโทษ ส่วนความผิดฐานทำแท้งได้บัญญัติเป็นความผิดตามกฎหมาย แต่ต่อมาเมื่อภายหลังสงครามโลก การทำแท้งที่เกิดจากเหตุผลทางเศรษฐกิจเป็นการกระทำที่ถูกต้องตามกฎหมาย ดังนั้นแล้วความผิดฐานทำแท้งจึงถูกบัญญัติให้เป็นความผิดทางอาญาที่เบาลง เป็นต้น ส่วนกฎหมายพิเศษที่แยกออกมาจากประมวลกฎหมายและเป็นที่น่าสนใจคือ การบัญญัติความผิดเกี่ยวกับการค้าประเวณี โดยกฎหมายฉบับนี้ได้คลุมไปถึงการอำนวยความสะดวกในการค้าประเวณีด้วย ซึ่งการค้าประเวณีในกฎหมายญี่ปุ่นนั้นในตัวของมันเองแล้วไม่เป็นการผิดตามกฎหมาย<sup>18</sup> การประกอบอาชีพกรรมที่เป็นความผิดเกี่ยวกับเพศในประเทศญี่ปุ่นค่อนข้างจะรุนแรง สร้างความเดือดร้อนให้กับประชาชนเป็นอย่างมาก ภายหลังรัฐจึงมีมาตรการแก้ไขและหาหนทางป้องกันการประกอบอาชีพกรรมดังกล่าว โดยเฉพาะความผิดเกี่ยวกับการล่อลวงหญิงและเด็กเพื่อให้ทำการค้าประเวณี

การค้าประเวณี (baishun no tsumi)<sup>19</sup>

คำว่า "baishun" หมายถึง การค้าประเวณี ได้บัญญัติไว้ในกฎหมายป้องกันการค้าประเวณี ซึ่งเป็นการกระทำโดยการเป็นธุระจัดหาให้มีความสัมพันธ์กันในทางเพศกับบุคคลอื่น โดยมีการจ่ายหรือสัญญาว่าจะจ่ายเงินให้<sup>20</sup> สาระสำคัญอยู่ที่การยอมให้มีการร่วมประเวณีเพื่อให้ได้ค่าจ้างนั้น และกฎหมายของประเทศญี่ปุ่นห้ามการกระทำการค้าประเวณีและการมีส่วนในการค้าประเวณี กฎหมายลงโทษบุคคลที่ชักชวนผู้อื่นในที่สาธารณะ รอคอยผู้มีส่วนร่วมไปใน

<sup>17</sup> Hiroshi Oda, Japanese law (London : Dublin, Edinburgh : Butterworths, 1992), p.388.

<sup>18</sup> Ibid., p.397.

<sup>19</sup> George M. Koshi, The Japanese Legal Advisor (Crimes and Punishments) (Rutland, Vermont : Tokyo Japan : Charles E. Tuttle Company, 1970), p.131.

<sup>20</sup> Prostitution Prevention Law (Law No.118, May 24, 1956), Article 2.



ถนนหนทาง การโฆษณาหรือโทรศัพท์ติดต่อผู้อื่นเพื่อค้าประเวณี ตลอดจนลงโทษโดยเด็ดขาดกับผู้ชักจูงกับเด็กเพื่อค้าประเวณีไม่ว่าจะทำด้วยการใช้กำลัง ช่มชู้ ใช้เสน่ห์เหลื่อม ทูจริดหรือใช้ครอบครัว อิทธิพลทางเศรษฐกิจ ฐานะทางการเงิน ก็เป็นความผิดที่สามารถลงโทษได้ในฐานะเป็นผู้จัดหาหญิงหรือเด็กหญิงมาให้ลูกค้าเพื่อการค้าประเวณี ตลอดจนกฎหมายบัญญัติลงโทษ ผู้ที่เสนอสถานที่สำหรับการค้าประเวณี บุคคลที่เข้าทำสัญญาเพื่อการค้าประเวณีที่ผิดกฎหมาย และผู้ที่อยู่ด้วยรายได้ที่ได้รับมาจากการค้าประเวณี เป็นต้น

กฎหมายการค้าประเวณีบัญญัติไว้เป็นกฎหมายพิเศษแยกออกมาต่างหากจากประมวลกฎหมายอาญา เนื่องจากประเทศญี่ปุ่นเห็นความสำคัญของปัญหาการค้าประเวณีเป็นอย่างมากซึ่งกฎหมายฉบับนี้เรียกชื่อว่า กฎหมายป้องกันการค้าประเวณี (Prostitution Prevention Law) ฉบับที่ 118 ลงวันที่ 24 พฤษภาคม 1956 ซึ่งมีผลบังคับใช้มาจนถึงปัจจุบัน

กฎหมายป้องกันการค้าประเวณีฉบับดังกล่าวได้บัญญัติหลักการเกี่ยวกับการป้องกันและการแก้ไขปัญหาการค้าประเวณีไว้อย่างครอบคลุม กล่าวคือ วัตถุประสงค์หลักของกฎหมายป้องกันการค้าประเวณีได้มองถึงสภาพความเป็นจริงว่าการค้าประเวณีนั้นทำให้เกิดภัยพิบัติและชื่อเสียงของความเป็นมนุษย์นั้นเสียไป ศีลธรรมทางเพศนั้นตกต่ำ และสุดท้ายคือลักษณะที่ติของสังคมต้องเสื่อมทรามลงไป การป้องกันการค้าประเวณีโดยพระราชบัญญัติที่มีบทลงโทษเป็นต้นว่าการส่งเสริมให้มีการค้าประเวณี แต่ในขณะเดียวกันก็พูดถึงมาตรการป้องกันและฟื้นฟูแก้ไขหญิงที่เข้าใจถึงบทบาท วิธีทาง และสภาพแวดล้อมของหญิงโสเภณีด้วย<sup>21</sup> กฎหมายฉบับดังกล่าวแบ่งออกเป็น 3 ส่วน ในส่วนที่หนึ่งเป็นบททั่วไป ส่วนที่สองเป็นบทความผิด และส่วนสุดท้ายเป็นบทที่กล่าวถึงการป้องกันและการแก้ไขฟื้นฟู ซึ่งจะขอกกล่าวโดยสรุปดังนี้<sup>22</sup>

1. กฎหมายป้องกันการค้าประเวณี ฉบับลงวันที่ 24 พฤษภาคม ค.ศ.1956 ได้กล่าวถึงวัตถุประสงค์ของการตรากฎหมายและคำนิยามเกี่ยวกับการค้าประเวณี ตลอดจนประโยชน์ของกฎหมายในการทำให้เกิดความยุติธรรม โดยคุ้มครองสิทธิของประชาชนเป็นหลัก ที่กล่าวมาทั้งหมดได้บัญญัติอยู่ในบททั่วไปของกฎหมายฉบับนี้ (มาตรา 1-มาตรา 4)

2. ผู้ใดกระทำการชักชวนโดยเจตนาให้มีการค้าประเวณี กล่าวคือ

- ชักชวนบุคคลในที่สาธารณะสถานโดยเปิดเผย
- ติดตาม ครอบงำบุคคลตามห้องถนน หรือในที่สาธารณะ

<sup>21</sup> Ibid., Article 1.

<sup>22</sup> Ibid., Article 1-22.

- เรียกร้อง หรือแนะนำบุคคลใดโดยการโฆษณา หรือวิธีการใด ๆ ต้องระวางโทษ (มาตรา 5)
- 3. เป็นธุระจัดหาหญิงโสเภณีเพื่อบุคคลอื่นโดย
  - ชักชวนบุคคลอื่นมาเป็นโสเภณี
  - ติดตาม หรือรับเหมาบุคคลตามท้องถนนหรือในที่สาธารณะสถาน
  - แนะนำบุคคลมาเป็นลูกค้าของโสเภณี ต้องระวางโทษ (มาตรา 6)
- 4. ผู้ใดใช้อุบาย หลอกหลวงหรือรับเหมา หรือเอาประโยชน์โดยใช้อำนาจบังคับเพื่อให้เกิดการค้าประเวณี หรือข่มขู่โดยใช้กำลังรุนแรงเพื่อบังคับให้เป็นโสเภณี ต้องระวางโทษ (มาตรา 7)
- 5. ผู้ใดกระทำความผิดตามมาตรา 7 โดยรับเอาค่าตอบแทนจากการค้าประเวณีทั้งหมดหรือบางส่วน โดยเรียกร้องหรือทำการติดต่อเพื่อรับค่าตอบแทน หรือผู้ใดเอาประโยชน์จากญาติ หรือเรียกร้องให้บุคคลซึ่งเป็นโสเภณีเสนอค่าตอบแทนทั้งหมดหรือบางส่วนจากการค้าประเวณี ต้องระวางโทษ (มาตรา 8)
- 6. ผู้ใดยอมรับเอาเงินหรือสินค้า หรือประโยชน์ทางการเงินอื่นใด โดยรวมถึงการรับเอาล่วงหน้าจากบุคคลซึ่งเป็นโสเภณี ต้องระวางโทษ (มาตรา 9)
- 7. ผู้ใดร่วมทำสัญญาเพื่อให้บุคคลเป็นโสเภณี หรือพยายามกระทำความผิดดังกล่าว ต้องระวางโทษ (มาตรา 10)
- 8. ผู้ใดรู้ว่าเป็นการจัดสถานที่ หรือว่าจ้างให้มีการจัดสถานที่ เพื่อการค้าประเวณี ต้องระวางโทษ (มาตรา 11)
- 9. ผู้ใดทำธุรกิจโดยการให้บุคคลอาศัยอยู่ในสถานที่ซึ่งตนเองครอบครอง หรือจัดการสถานที่ที่ได้รับการออกแบบ และให้บุคคลนั้นทำการค้าประเวณี ต้องระวางโทษ (มาตรา 12)
- 10. ผู้ใดเป็นผู้จัดหาเงินทุน ที่ดิน ที่อยู่อาศัย เพื่อใช้ในการจัดสถานที่ตามมาตรา 11 ต้องระวางโทษ (มาตรา 13)
- 11. กรณีผู้แทนนิติบุคคลหรือตัวแทน ลูกจ้าง คนงาน ซึ่งเป็นบุคคลธรรมดา กระทำความผิดตามมาตรา 9 ถึง มาตรา 13 ต้องระวางโทษ (มาตรา 14)
- 12. ประการสุดท้าย ได้กล่าวถึงการป้องกัน และการแก้ไขฟื้นฟูหญิงโสเภณี โดยสถานที่ให้คำปรึกษาหญิง ผู้มีหน้าที่ให้คำปรึกษา ตลอดจนการให้ความร่วมมือโดยคณะกรรมการสังคมสงเคราะห์ และความร่วมมือด้านอื่น ๆ จากภาคเอกชนและรัฐบาล ทั้งหมดนี้บัญญัติอยู่ในส่วนที่สาม (มาตรา 16 ถึง มาตรา 22)

กรณีการกระทำต่าง ๆ ที่บัญญัติเป็นความผิดตามกฎหมายป้องกันการค้าประเวณีของประเทศญี่ปุ่น มาตรา 9 บัญญัติว่า “ผู้โดยยอมรับเอาเงินหรือสินค้า หรือประโยชน์ทางการเงิน

อื่นใด โดยรวมถึงการรับเอาลวงหน้าจากบุคคลซึ่งเป็นโสเภณี ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนเยน"

มาตรา 9 เป็นบทบัญญัติฐานดำรงชีพอยู่ด้วยรายได้ของผู้ซึ่งค้าประเวณีนั่นเอง หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งถือว่าเป็นพฤติกรรมของผู้ที่เป็นแมงดา จะเห็นว่ากฎหมายมุ่งประสงค์ ลงโทษบุคคลซึ่งอยู่ด้วยรายได้ของผู้ซึ่งค้าประเวณี โดยเพียงมีพฤติการณ์รับเอาเงินหรือสินค้า ที่หาได้มาจากน้ำพักน้ำแรงของบุคคลซึ่งค้าประเวณี ถือว่าเป็นการเบียดเบียนซึ่งเป็นที่น่ารังเกียจ กฎหมายนี้ไม่ได้กล่าวถึงขนาดว่าต้องเป็นเรื่องดำรงชีพ เพียงแต่รับก็เป็นความผิดแล้ว

ประโยชน์ทางการเงินอื่นใด หมายถึง ได้รับประโยชน์ซึ่งมาจากรายได้ของบุคคลซึ่งเป็นโสเภณี เช่น การได้ที่พักอาศัย เครื่องนุ่งห่ม อาหาร เป็นต้น และกฎหมายยังลงโทษบุคคลซึ่งรับเอาลวงหน้าจากบุคคลดังกล่าวด้วย

ผู้ที่กระทำการฝ่าฝืนกฎหมายมาตรานี้ ลงโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนเยน นับว่าเป็นโทษที่ค่อนข้างรุนแรงพอสมควรทีเดียว จะเห็นได้ว่ากฎหมายไม่ต้องการให้ใครมาเบียดเบียนรายได้ของผู้ที่ค้าประเวณีอันเป็นการกระทำที่ไม่ชอบธรรมและผิดกฎหมายนั่นเอง

สรุปได้ว่ากฎหมายป้องกันการค้าประเวณี ได้บัญญัติลงโทษในความผิดฐานเป็นแมงดาไว้ค่อนข้างครอบคลุม โดยเฉพาะพฤติกรรมของแมงดาสมัยใหม่ไว้อย่างเหมาะสม ถึงแม้กฎหมายฉบับนี้จะบังคับใช้มาเป็นเวลานานแล้วก็ตาม กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการโสเภณีของประเทศญี่ปุ่นเป็นแบบอย่างกฎหมายที่ดี ทันสมัยต่อเหตุการณ์ปัจจุบัน และไม่ค่อยจะมีการแก้ไขบ่อยนัก บางฉบับใช้บังคับมาเป็นเวลาหลายสิบปีทีเดียว เช่น กฎหมายลงโทษการบังคับหญิงให้เป็นโสเภณี และอื่น ๆ ซึ่งประกาศใช้มาตั้งแต่ปีค.ศ. 1947<sup>23</sup> อันเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับควบคู่ไปกับกฎหมายป้องกันการค้าประเวณี ค.ศ. 1956 มาจนถึงทุกวันนี้

### 3.2 กลุ่มประเทศที่ใช้กฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law)

กฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) ประวัติศาสตร์ของสกุลกฎหมายคอมมอนลอว์ของอังกฤษชี้ให้เห็นว่า ผู้พิพากษามีบทบาทสำคัญในการที่จะกำหนดความผิดต่าง ๆ ขึ้นมา หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง กฎหมายเกิดจากการตีความของศาลนั่นเอง ผู้พิพากษาของศาลคอมมอน

<sup>23</sup> Punishment of Person Causing Female to Prostitute, etc. (Imperial Ordinance No.9, Jan 14, 1947).

ลอร์มีสิทธิเต็มที่ในการวินิจฉัยข้อกฎหมายใด ๆ โดยเฉพาะกฎหมายอาญา ถ้าการกระทำใดเป็นการฝ่าฝืนหรือเป็นปฏิปักษ์ต่อสังคม ผู้พิพากษามีสิทธิเต็มที่ที่จะถือว่าการกระทำนั้น ๆ เป็นความผิดอาญา ปัจจุบันอำนาจการออกกฎหมายเป็นของรัฐสภา แต่ก็ยังเป็นที่ยอมรับกันว่า ศาลมีอำนาจในการที่จะพิจารณาว่าการกระทำใดผิดกฎหมายอาญาหรือไม่ ถึงแม้ศาลจะไม่ใช้อำนาจนี้บ่อยนักก็ตาม ในประเทศสหรัฐอเมริกา แต่ละมลรัฐยังยอมรับว่าศาลมีอำนาจที่จะพิจารณาว่าการกระทำใดเป็นความผิดทางอาญาหรือไม่ กรณีที่ไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้เป็น ลายลักษณ์อักษร<sup>24</sup> กลุ่มประเทศที่ใช้กฎหมายสกุลนี้ เช่น ประเทศอังกฤษ ประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศมาเลเซีย เป็นต้น

### 3.2.1 ความผิดฐานดำรงชีพอยู่ด้วยรายได้ของผู้ซึ่งค้าประเวณีในประเทศอังกฤษ

ชายซึ่งอาศัยอยู่ด้วยรายได้จากการค้าประเวณี (A Man Living on the Earnings of Prostitution) กฎหมายประเทศอังกฤษบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติความผิดทางเพศ ค.ศ. 1956 ซึ่งมีสาระสำคัญดังต่อไปนี้<sup>25</sup>

(1) เป็นความผิดของชายผู้ที่อยู่ด้วยรายได้ทั้งหมดหรือบางส่วนจากการค้าประเวณี โดยเจตนา

(2) วัตถุประสงค์ของกฎหมายมาตรานี้คือ ชายผู้อาศัยอยู่กับหรืออาศัยอยู่ร่วมสมาคมกับหญิงโสเภณีเป็นอาชญากร หรือผู้ซึ่งบังคับทั้งทางตรง หรือโดยอิทธิพลเหนือการเคลื่อนไหวของหญิงซึ่งค้าประเวณี โดยแสดงว่าได้ช่วยเหลือ ส่งเสริมหรือบังคับเพื่อการค้าประเวณีกับผู้อื่น ให้สันนิษฐานว่าเป็นผู้ที่อยู่ด้วยรายได้จากการค้าประเวณี เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่ามิได้เป็นเช่นนั้น

ต่อมาบทบัญญัตินี้ได้ถูกแก้ไขโดยมีการแก้ไขโทษทางอาญาจากจำคุก 2 ปี เป็นจำคุก 7 ปี แต่อย่างไรก็ตาม Lord Simonds ได้กล่าวว่า ไม่มีการช่วยเหลือในการตีความมาตราดังกล่าวไว้เลย โดยยังคงยึดถือการตีความกฎหมายตามสายบรรพบุรุษต่อมาเท่านั้น

<sup>24</sup> ไพจิตร สวัสดิสาร, เอกสารการสอนชุดวิชาระบบกฎหมายไทยและต่างประเทศ (หน่วยที่ 8-15), หน้า 738.

<sup>25</sup> The Sexual Offences Act 1956, Section 30.

การตีความกฎหมายในรูปแบบที่ถือว่าง่ายที่สุดและเป็นธรรมดาที่สุดสำหรับมาตรานี้ กล่าวคือ การอาศัยอยู่ด้วยรายได้จากการค้าประเวณี ประกอบด้วยการจัดการโดยชายซึ่งอยู่กับหญิงที่ค้าประเวณี และได้รับการดูแลจากหญิงนั้นทั้งหมดหรือบางส่วน โดยปกติเป็นที่รู้จักกันอยู่ทั่วไปว่าชายนั้นเป็น "Ponce หรือ Souteneur" หรือที่เราเรียกกันว่าเป็น "แมงดา" นั้นเอง อย่างไรก็ตาม เป็นการยากที่จะพิสูจน์ถึงความมีอยู่ของความสัมพันธ์เช่นนั้น และต่อมาได้มีการขยายการตีความออกไปมากกว่าที่กล่าวมา จึงเกิดเป็นปัญหายุ่งยากในเรื่องข้อจำกัดของมาตรานี้ในการที่จะตัดสินปัญหาต่าง ๆ ที่เกิดขึ้น

ตามมาตรา 30 ของพระราชบัญญัติความผิดทางเพศ ค.ศ. 1956 นั้น มีผู้เห็นออกไปเป็น 2 ฝ่าย คือ<sup>26</sup>

ความเห็นแรก กล่าวว่า อาจเป็นว่าทุกคนซึ่งรับเงินจากหญิงซึ่งค้าประเวณีรับรู้ว่าหญิงนั้นมีรายได้จากการประกอบอาชีพค้าประเวณีซึ่งเป็นความผิด เป็นที่ยอมรับว่าการตีความเช่นนั้นอาจจะกว้างเกินไป ผลกระทบอาจจะเป็นไปได้ว่าไม่มีใครสามารถรับการชำระเงินสำหรับการจัดให้ซึ่งสินค้าที่เป็นอาหาร เสื้อผ้า ที่อยู่อาศัยหรือสิ่งจำเป็นอื่น ๆ กับหญิงซึ่งค้าประเวณี

ความเห็นที่สอง เห็นไปในทางตรงกันข้ามว่าทุกคนที่ได้รับค่าสินค้า หรือบริการต่าง ๆ จากหญิงซึ่งค้าประเวณี และหญิงนั้นเป็นผู้จ่ายให้ เป็นผู้อยู่ด้วยรายได้ของตนเอง ไม่ใช่ของหญิงซึ่งค้าประเวณี และไม่มี ความผิด

ความเห็นที่แตกต่างกันเป็น 2 ฝ่าย ศาลประเทศอังกฤษได้วางแนวทางในคดีต่าง ๆ ตั้งแต่ปีค.ศ. 1954 มาจนถึงปัจจุบัน ซึ่งอาจยกมาเป็นตัวอย่างสำหรับศึกษาความผิดฐานอยู่ด้วยรายได้จากการค้าประเวณีให้เกิดความกระจ่างชัดมากขึ้น ดังต่อไปนี้

สถานการณ์ที่หนึ่ง ความผิดที่ได้มีการกระทำจากการที่ ก. เป็นผู้จัดหาให้ซึ่งอาหารหรือบริการต่าง ๆ รวมถึงอาคารที่อยู่อาศัยเพื่อการค้าประเวณี โดยมีค่าตอบแทน และมีเจตนาที่จะสนับสนุนการค้าประเวณีเช่นนั้น ตัวอย่างคดีที่มีการรวบรวมรายชื่อหญิงที่ทำการค้าประเวณี

---

<sup>26</sup> หมายถึง ชายที่อยู่กินกับหญิงที่ค้าประเวณี และอยู่ด้วยรายได้ของหญิงนั้น  
(man who lives with a prostitute and lives on her earnings).

<sup>26</sup> Smith and Hogan, criminal law, 3<sup>rd</sup> edition (London : Butterworth, 1973), p.349.

ทางโทรศัพท์ เช่นนี้ถือว่าเป็นการอำนวยความสะดวกในการค้าประเวณีแล้ว ผู้พิพากษาที่ตัดสินคดีนั้นเห็นว่า ผู้กระทำคามผิดนั้นอยู่ด้วยรายได้จากการค้าประเวณี หรืออนุญาตให้หญิงซึ่งค้าประเวณีใช้ห้อง เพื่อทำการค้าประเวณีในแต่ละคืน และเก็บค่าเช่าห้องเป็นราคาที่สูง ศาลถือว่ามีความผิดเช่นกัน แต่ Lord Simonds ซึ่งให้เห็นว่าสิ่งอำนวยความสะดวกที่จัดหาให้สำหรับการค้าประเวณี และอื่น ๆ เหล่านี้ไม่ควรนำมาเกี่ยวข้องกัน ไม่ว่าค่าเช่านั้นจะเพิ่มสูงขึ้นหรือไม่ก็ตาม

สถานการณ์ที่สอง ความผิดที่ได้กระทำจากการที่ ก. รับเงินค่าสินค้าหรือบริการ หรืออาคารที่ถูกนำมาใช้ในการค้าประเวณีเป็นกรณีพิเศษ โดย ก. เก็บค่าธรรมเนียมมากเกินไป เพราะเห็นว่าหญิงนั้นค้าประเวณี ในคดีหนึ่ง ผู้พิพากษาสั่งยกฟ้องเจ้าของที่ดินที่ให้เช่าอาคารแก่หญิง และเก็บค่าธรรมเนียมมากเกินไปโดยเจ้าของนั้นรู้ว่าหญิงนั้นค้าประเวณี<sup>27</sup>

ตราบเท่าที่สังคมอนุญาตให้มีโสเภณี ก็ต้องอนุญาตให้โสเภณีประกอบธุรกิจได้ หักสนคดีโดยทั่วไปที่เกี่ยวกับโสเภณีนั้นแตกต่างกันออกไป แต่ถึงอย่างไร โสเภณีก็ต้องมีชีวิตความเป็นอยู่ มีความต้องการอาหาร ที่อยู่ เครื่องนุ่งห่ม เสื้อผ้าและเครื่องประดับที่ไว้สำหรับ แต่งกาย หรือกล่าวได้ว่าโสเภณีก็ต้องใช้ชีวิตอยู่เป็นส่วนหนึ่งของสังคม ถ้าหากกฎหมายเข้าไปยุ่งเกี่ยวมากเกินไป ก็จะไม่มีความสามารถมีนิสัยสัมพันธ์กับหญิงโสเภณีได้เลย ดังนั้นอาจเป็นไปได้ว่าร้านขายสินค้าอาจจะต้องขายสินค้าให้กับหญิงโสเภณีในราคาแพง เพราะเห็นว่าเป็นโสเภณี กลายเป็นว่าโสเภณีเป็นผู้อ่อนแอ หรือเป็นผู้ที่สังคมรังเกียจ ถูกเรียกเก็บค่าเช่าอาคารในราคาที่สูง และไม่สามารถหาเครื่องอำนวยความสะดวกได้เลย แต่ในความเป็นจริงแล้ว หญิงโสเภณียังคงต้องการและสามารถรับสินค้าหรือบริการอื่น ๆ เท่ากับคนอื่น ๆ ในสังคมเหมือนกัน<sup>28</sup>

สรุปจากบทบัญญัติที่กล่าวมาถ้าวิเคราะห์ให้ตรงจุดแล้วจะเห็นว่า กฎหมายเขียนว่า ".....to live wholly or in part on the earnings of prostitution" หมายถึง การรับเงินจากหญิงโสเภณีต้องเป็นเงินที่หญิงได้มาจากการค้าประเวณีเท่านั้น เพราะเป็นไปได้ว่าผู้ค้าประเวณีอาจมีรายได้โดยชอบด้วยกฎหมายจากทางอื่นก็เป็นไปได้ แต่อย่างไรก็ตาม การที่กฎหมายอังกฤษบัญญัติเช่นนี้จึงน่าจะถือได้ว่า กฎหมายมิได้ต้องการจำกัดอยู่เพียงว่าดำรงชีพ หรือต้องอยู่ด้วยรายได้โดยสิ้นเชิง เพียงแต่ให้โสเภณีเช่าบ้านอยู่และเก็บค่าเช่าในราคาที่สูงกว่าปกติเท่านั้นก็เป็นความผิดได้ ทั้งนี้ก็ขึ้นอยู่กับกรณีความกฎหมายของศาลต่อไป

<sup>27</sup> Ibid., pp.349-350.

<sup>28</sup> Ibid., pp.350-351.

### 3.2.2 ความผิดฐานดำรงชีพอยู่ด้วยรายได้ของผู้ซึ่งค้าประเวณีในประเทศสหรัฐอเมริกา

ตามกฎหมายอเมริกัน คำว่า "กฎหมายอาญา" มีความหมายกว้างกว่าที่เราเข้าใจกันโดยทั่วไป เพราะเมื่อกล่าวถึงกฎหมายอาญาของสหรัฐอเมริกาแล้วต้องเข้าใจว่าครอบคลุมถึงเนื้อหาในทางสารบัญญัติและวิธีบัญญัติเข้าด้วยกัน กฎหมายในระบบแองโกล-อเมริกันมีทั้งส่วนที่เป็นหลักคอมมอนลอว์ และส่วนที่เป็นลายลักษณ์อักษร อันได้แก่ รัฐบัญญัติต่าง ๆ ของรัฐบาลกลางแห่งสหรัฐอเมริกาและของมลรัฐต่าง ๆ กฎหมายทั้งสองส่วนนี้มีที่มาจากรัฐธรรมนูญด้วย โดยเฉพาะกฎหมายวิธีบัญญัติ<sup>29</sup>

รัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกาอนุญาตให้รัฐต่าง ๆ ใช้กฎหมายอาญาตามหลักคอมมอนลอว์ได้ถ้ารัฐนั้นต้องการ แต่หากจะสร้างกฎหมายลายลักษณ์อักษรนั้นก็ย่อมทำได้ แต่ทั้งนี้ต้องไม่ขัดต่อบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญ โดยมีหลักที่สำคัญคือ ประการที่ 1 เกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพของบุคคล ประการที่ 2 เกี่ยวกับการกำหนดความผิดต้องแน่นอนชัดเจน กฎหมายมุ่งที่จะเอาผิดแก่การกระทำเช่นไร กฎหมายที่บัญญัติเคลือบคลุมถือว่าเป็นโมฆะ เพราะเหตุเคลือบคลุม (the void - for - vagueness doctrine) ประการที่ 3 กฎหมายนั้นต้องไม่ออกย้อนหลัง (ex post facto Law) และอื่น ๆ เช่น หลักความเสมอภาค<sup>30</sup>

การบัญญัติกฎหมายในขอบเขตของการกระทำความผิดทางเพศ ไม่มีปัญหาโดยยากที่จะจัดการในทางกฎหมาย ทางสังคม และทางจิตวิทยา มากไปกว่าเรื่องการค้าประเวณี<sup>31</sup> เพราะสาเหตุที่กล่าวมาแล้วว่า การบัญญัติกฎหมายนั้นต้องชอบด้วยหลักรัฐธรรมนูญ กล่าวคือต้องคำนึงถึงสิทธิเสรีภาพของบุคคล ความชัดเจนแน่นอนในการบัญญัติว่าเป็นความผิด ตลอดจนความเสมอภาคของบุคคล ล้วนทำให้กฎหมายที่บัญญัติขึ้นสร้างปัญหาในทางปฏิบัติมาก

กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการค้าประเวณีของประเทศสหรัฐอเมริกาโดยสังเขป

<sup>29</sup> วิษณุ เครืองาม, เอกสารการสอนชุดวิชาระบบกฎหมายไทยและต่างประเทศ (หน่วยที่ 1-7), หน้า 301.

<sup>30</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 302.

<sup>31</sup> Gerhard O.W. Mueller, Legal Regulation of Sexual Conduct (New York 3, N.Y. : Oceana Publications, Inc., 1961), p.49.

1. การค้าประเวณีในประเทศสหรัฐอเมริกา นั้นโดยทั่วไปแล้วเป็นความผิดที่กฎหมายบัญญัติโทษไว้ต่ำสุด และที่จริงแล้วในตัวของมันเองการค้าประเวณีไม่เป็นความผิดตามกฎหมาย แต่กฎหมายจะเอาผิดก็ต่อเมื่อมีการค้าประเวณีโดยเปิดเผยเป็นที่อู้อจาด หรือที่เกี่ยวกับประเวณีตามท้องถนนอันเป็นลักษณะการจรรจัด และสิ่งที่กฎหมายเพ่งเล็งถึง คือ การคุ้มครองรักษาช่องที่มีการค้าประเวณี เพราะถือได้ว่าช่องนั้นมีไว้สำหรับค้าประเวณีหรือเอาไว้นัดพบ ซึ่งเป็นความผิดโทษตามกฎหมายคอมมอนลอว์ และที่จะเป็นความผิดตามกฎหมายคือ การคุ้มครองดูแลรักษาช่องที่ค้าประเวณี การให้เช่า การจัดการหรือการเป็นเจ้าของของช่องหลังนั้น<sup>32</sup>

2. บทบัญญัติของกฎหมายในรัฐต่าง ๆ มักจะลงโทษผู้ที่ชักพา หรือจัดหาหญิงมาเพื่อทำการค้าประเวณี ด้วยความยินยอมหรือปราศจากความยินยอมของหญิง ไม่ว่าจะเป็นการให้คำมั่นสัญญา การชักชวน การใช้เสน่ห์หลอมน การข่มขู่หรือใช้กำลัง หรือวิธีการอื่นใดก็ตาม โดยบทบัญญัติส่วนใหญ่จะลงโทษผู้ซึ่งหน่วงเหนี่ยวกักขังโสเภณีไว้ในช่อง เพื่อวัตถุประสงค์ในการค้าประเวณี และนอกจากนั้นยังคลุมไปถึงการขนส่งหญิงเพื่อวัตถุประสงค์ในการค้าประเวณี กฎหมายสหพันธรัฐห้ามการขนส่งในเรื่องการค้าหญิงเพื่อนำไปค้าประเวณี หรือทำลายความบริสุทธิ์ หรือวัตถุประสงค์อันผิดศีลธรรมอื่นใด และไม่ว่าจะเป็นการขนส่งภายในประเทศหรือนอกประเทศสหรัฐอเมริกาด้วย การลงโทษในความผิดที่กล่าวมานี้ขยายออกไปกว้างมากและมีการลงโทษในอัตราที่สูง และสูงขึ้นสำหรับผู้ที่ไม่เช็ดหลาบ หรือก่อคดีเหตุซ้ำกันเป็นขั้นสูงมากไปอีก<sup>33</sup> กล่าวโดยสรุปแล้วกฎหมายของประเทศอเมริกาในภาพรวมจะคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลเป็นหลัก แต่อย่างไรก็จะไม่ปล่อยให้การกระทำความผิดที่ร้ายแรงผ่านไป โดยเฉพาะบุคคลที่เข้ามาเกี่ยวข้องกับโสเภณี ไม่ว่าจะเป็นผู้อำนวยการความสะดวกให้กับการค้าประเวณี หรือผู้ที่เข้ามาเกี่ยวข้องโดยตรง เช่น ผู้ชักพา ผู้จัดหาหญิง เป็นต้น

3. ประการสุดท้าย ผู้ที่เข้ามาเกี่ยวข้องกับผู้ที่เป็นโสเภณี และกฎหมายได้บัญญัติ ลงโทษบุคคลเหล่านี้ไว้ด้วย กล่าวคือ ความผิดฐานเป็นแมงดา (pimping) มีการให้คำจำกัดความของคำว่า "แมงดา" ไว้ว่าเป็นบุคคลซึ่งเป็นชายผู้อาศัยอยู่ในกระบวนการโสเภณี หรือผู้ได้รับเงินจากรายได้ของโสเภณี หรืออาศัยกับโสเภณีในบางครั้ง ปกติแล้วบทบัญญัติของกฎหมายนั้น โดยตรงที่ความประพฤติตามปกติของเขาที่เข้ามาเกี่ยวข้องกับการค้าประเวณี ที่เรียกว่า การให้ความมั่นคงปลอดภัยกับโสเภณี ไม่ว่าจะเป็นเรื่องสถานที่ทำการค้าประเวณีหรืออื่น ๆ

<sup>32</sup> Ibid., p. 50.

<sup>33</sup> Ibid., pp. 51-52.



คำอธิบายในทางสังคมวิทยา “แมงดา” คือ ผู้ที่คอยคุ้มครองโสเภณีซึ่งขาดไม่ได้เหมือนตัวปรสิต<sup>34</sup> อันเป็นที่เข้าใจกันว่าผู้ฝ่าฝืนกฎหมายโดยเข้ามาเกี่ยวข้องกับกระทำความผิดเหมือน ๆ กับโสเภณีจะมีคนคุ้มครองที่เป็นชาย และบ่อยครั้งที่ผู้คุ้มครองจะรวมตัวกันเป็นกลุ่มอยู่กับโสเภณี เพื่อมีวัตถุประสงค์ในการกระทำความผิดอื่น ๆ ต่อไป เช่น ทำร้ายร่างกาย ปล้นทรัพย์ ฯลฯ<sup>35</sup>

### สรุปกฎหมายที่เกี่ยวกับการค้าประเวณีของประเทศสหรัฐอเมริกา

ก. กฎหมายของประเทศอเมริกาได้กล่าวถึงผู้ที่เกี่ยวข้องกับโสเภณีว่าเป็นผู้ประพฤติตนเหลวไหล เช่น ผู้ที่เป็นสามีจะต้องได้รับโทษเป็นพิเศษด้วยเพราะว่าเป็นสาเหตุให้ภรรยาของตนไปทำการค้าประเวณี ซึ่งบทบัญญัตินี้มีอยู่หลายมลรัฐ กล่าวคือ มีถึง 1 ใน 3 ของมลรัฐต่าง ๆ ในประเทศ โดยรวมไปถึงผู้ปกครองซึ่งยอมหรือสนับสนุนให้มีการค้าประเวณีเด็ก การกระทำที่น่ารังเกียจและไม่สมควรตามที่กล่าวมาทั้งหมดนี้จะถูกยับยั้งด้วยบทลงโทษที่รุนแรงเช่นกัน

ข. พฤติกรรมของผู้ที่เป็นแมงดา มักบังคับให้หญิงค้าประเวณีด้วยการมอมให้ติดยา แล้วแสวงหาผลประโยชน์จากการทำให้ติดยา บางทีก็เป็นการลักพาเอาหญิงและหญิงสาว หรืออาจเป็นการรับมาจากตัวแทนจัดหางาน บางทีแมงดาก็ขายหญิงโสเภณีให้กับแมงดาอื่น ๆ ต่อไป แหล่งข้อมูลหนึ่งกล่าวว่า ราคาของผู้หญิงผมบรอนด์ ตาสีฟ้าในนครนิวยอร์ก ราคาสูงมาก และทุกวันนี้ แมงดาบางคนยินยอมให้หญิงจ่ายเงินเพื่อซื้ออิสรภาพของเธอคืนได้<sup>36</sup>

ค. Thirteenth Amendment ทำให้เกิดความหวังว่า การค้าประเวณีเป็นหนึ่งในความสนใจของนักต่อต้านสิทธิสตรีเพื่อเลิกการค้าประเวณี (abolitionist) การบังคับให้ค้าประเวณีเทียบได้กับการค้าทาส หรืออาจกล่าวได้ว่าเป็นการค้าทาสนั่นเอง ยิ่งไปกว่านั้นปัจจุบันกฎหมาย

<sup>34</sup> พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2525 ปรสิต อ่านว่า ประระสิต, ประระสิตตะ น. (แพทย์) พยาธิ ; (เกษตร) ตัวเบียน เช่น กาฝาก, หน้า 498.

<sup>35</sup> Gerhard O.W. Mueller, Legal Regulation of Sexual Conduct, p. 52.

<sup>36</sup> Allen Babcock, Barbara ; E. Freedman, Ann; Holmes Norton, Eleanor and Ross C., Susan, Sex Discrimination and the Law (Causes and Remedies) (Boston : Little, Brown and Company, 1975), p. 880.

ที่แก้ไขใหม่ยังห้ามมิให้รัฐเพิกเฉยต่อการกระทำใด ๆ ที่เป็นการเลิกล้มการค้าทาส หากรัฐใดไม่  
 กำจัดการค้าประเวณีที่ถูกบังคับ รัฐนั้นก็จะผิดตามกฎหมายรัฐธรรมนูญ<sup>37</sup>

ง. กฎหมายแห่งรัฐมักบังคับไม่ได้ผล ถึงแม้ว่ารัฐพยายามที่จะกำจัดการค้าประเวณีที่  
 ถูกบังคับก็ตาม และบ่อยครั้งเจ้าหน้าที่ของรัฐคือตำรวจไม่ยอมจัดการกับต้นตอของปัญหา คือ  
 พวกแมงดาที่ชอบใช้ความรุนแรงกดขี่หญิงโสเภณี แต่กลับมุ่งไปจับหญิงโสเภณี และเจ้า  
 พนักงานตำรวจมักไม่ค่อยฟังหญิงโสเภณี หญิงโสเภณีคนหนึ่งกล่าวว่า นับครั้งไม่ถ้วนที่ได้ยื่น  
 ตำรวจพูดว่าหญิงโสเภณีไม่สามารถถูกข่มขืนได้ ดังนั้นพวกเขาก็ไม่แจ้งตำรวจเพราะถึงแม้จะ  
 รอดพ้นจากการจับกุมของตำรวจแต่ก็ไม่อาจรอดพ้นจากแมงดาได้ เพราะเหตุว่ากฎหมายแห่งรัฐ  
 ใช้บังคับไม่ได้ผล<sup>38</sup>

### 3.2.3 ความผิดฐานค้าประเวณีอยู่ด้วยรายได้ของผู้ซึ่งค้าประเวณีในประเทศ มาเลเซีย

ความผิดอาญา (criminal offences) ในประเทศมาเลเซีย กฎหมายหลักที่เกี่ยวข้อง  
 กับอาชญากรรมในมาเลเซียคือ ประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งแบ่งแยกเป็นความผิดที่สามารถจับ  
 ได้ (seizable) กับความผิดที่ไม่สามารถจับได้ (non-seizable) กฎหมายอาญาได้บัญญัติครอบ  
 คลุมความผิดที่กระทำต่อรัฐ ความผิดที่กระทำต่อความสงบสุขของประชาชน และที่กระทำต่อร่าง  
 กายมนุษย์ เช่น ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ความผิดฐานลักทรัพย์ เป็นต้น<sup>39</sup> นอกจากนี้  
 ประมวลกฎหมายอาญาแล้วยังมีกฎหมายอื่น ๆ อีกหลายฉบับ ซึ่งกำหนดความผิดทางอาญาบาง  
 อย่างไว้เป็นพิเศษ เช่น ความผิดเกี่ยวกับการป้องกันหญิงและเด็กหญิง ค.ศ. 1973 ฉบับที่ 106  
 และแก้ไขเพิ่มเติม ฉบับลงวันที่ 1 ตุลาคม ค.ศ. 1994 ในพระราชบัญญัติฉบับนี้ได้กล่าวถึงการ  
 ป้องกันการค้าประเวณีและผู้ที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการค้าประเวณี ในลักษณะที่เข้ามาหา  
 ประโยชน์จากหญิงหรือเด็กหญิง ไม่ว่าโดยการล่อลวงมาขาย หรือบังคับให้มีการค้าประเวณี รวมถึง  
 ถึงผู้ซึ่งอยู่ด้วยรายได้หรือดำรงชีพจากการค้าประเวณีของผู้อื่น ซึ่งเป็นบทความผิดที่กำลัง  
 พิจารณาอยู่ในขณะนี้ด้วย

<sup>37</sup> Neal Kumar Katyal, "Men Who Own Woman : A Thirteenth Amendment  
 Critic of Forced Prostitution," The Yale Law Journal Vol. 103 No.3 (December 1993) :  
 793-794.

<sup>38</sup> Ibid., p. 794.

<sup>39</sup> สถาบันกฎหมายอาญา, สารานุกรมกระบวนการยุติธรรมนานาชาติ : 151.

ข้อ 19 ผู้ซึ่งอยู่ด้วยรายได้หรือดำรงชีพจากการค้าประเวณี (Persons Living on or Trading in Prostitution) <sup>40</sup>

19 (1) ผู้ใดอาศัยอยู่ด้วยรายได้ทั้งหมดหรือบางส่วนจากการค้าประเวณีของผู้อื่นเป็นความผิดตามกฎหมาย ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นริงกิต หรือทั้งจำทั้งปรับ

(2) ชายใดกระทำความผิดภายใต้มาตรานี้ครั้งที่สองหรือกระทำความผิดซ้ำ จะต้องถูกระวางโทษจำคุก และเพิ่มโทษ โดยบังคับโทษเขียนด้วย

(3) ผู้ใดอาศัยอยู่หรือสมาคมกับหญิงโสเภณีเป็นอาจัน หรือบังคับสั่งการ หรือใช้อิทธิพลเหนือการเคลื่อนไหวของหญิงโสเภณี โดยการช่วยเหลือ ยุง ส่งเสริม หรือบังคับหญิงโสเภณีนั้น เพื่อให้ทำการค้าประเวณีกับผู้อื่น ผู้นั้นถูกสันนิษฐานว่าอยู่ด้วยรายได้จากการค้าประเวณี เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่ามิได้เป็นเช่นนั้น

พระราชบัญญัติป้องกันหญิงและเด็กหญิง ค.ศ. 1973 และแก้ไขเพิ่มเติม ค.ศ. 1994 บัญญัติหลักการเกี่ยวกับความผิดฐานเป็นแมงดาเอาไว้ในข้อ 19 ซึ่งเห็นได้ว่ากฎหมายของมาเลเซียเอาความผิดกับชายที่ดำรงชีพหรือรับส่วนแบ่งจากหญิง ซึ่งได้รับเงินมาจากการค้าประเวณี โดยมีสาระสำคัญดังต่อไปนี้

1. การรับเงินหรือรับรายได้ทั้งหมดหรือบางส่วนจากการค้าประเวณี เป็นความผิดตามกฎหมาย เพียงแต่ใจทักน่าสืบว่ามีการรับเงินจากหญิงโสเภณี เพราะกฎหมายถือว่าการเบียดเบียนหญิงที่ค้าประเวณีเป็นการกระทำที่ไม่ชอบและน่ารังเกียจ

การค้าประเวณี หมายถึง การกระทำของหญิงในการนำเสนอร่างกาย เพื่อให้มีการร่วมเพศกันแบบสำส่อน โดยได้รับเงินหรือของชนิดเดียวกัน (in cash or in kind) และโสเภณีก็ให้แปลความหมายไปตามนั้น

2. ถ้ากระทำความผิดซ้ำหรือกระทำความผิดอีก นอกจากจะถูกลงโทษจำคุกและปรับแล้ว ยังมีโทษเพิ่มคือ โทษเขียนอีกด้วยกล่าวคือ กรณีผู้กระทำไม่เช็ดหลาย

3. กฎหมายในเรื่องนี้น่าสืบถึงความผิดดังกล่าวค่อนข้างยาก กฎหมายจึงกำหนดบทสันนิษฐานไว้ ถ้าผู้กระทำมีพฤติกรรม เช่น อาศัยอยู่กับหญิงโสเภณี หรือสมาคมกับหญิงโสเภณีเป็นประจำสม่ำเสมอ หรือกระทำการบังคับ ช่มชู้ ใช้กำลัง ไม่ว่าจะโดยอิทธิพลใด ๆ หรือ

<sup>40</sup> Law of Malaysia Act 106 Woman and Girls Protection Act 1973, (Incorporating all amendments upto 1<sup>st</sup> October 1994).

ยุงส่งเสริม เพื่อให้หญิงทำการค้าประเวณี ก็ให้ถือว่าผู้นั้นดำรงชีพจากรายได้ของหญิงซึ่งค้าประเวณี เว้นแต่จะพิสูจน์หักล้างข้อสันนิษฐานดังกล่าวได้

4. โทษที่กฎหมายกำหนด จำคุกไม่เกินห้าปี หรือปรับหนึ่งหมื่นริงกิต หรือทั้งจำทั้งปรับ นับว่าเป็นโทษที่พอสมควรทีเดียว กฎหมายของประเทศมาเลเซียมักจะบังคับโทษค่อนข้างรุนแรง

สรุป กฎหมายของประเทศมาเลเซียเกี่ยวกับเรื่องการค้าประเวณีนั้นมีความเหมาะสมและสามารถบังคับใช้ได้เป็นอย่างดี มีประสิทธิภาพ ประชากรของประเทศส่วนใหญ่นับถือศาสนาอิสลาม รัฐจึงเคร่งครัดเกี่ยวกับความผิดเรื่องศีลธรรมค่อนข้างสูง กฎหมายฉบับดังกล่าวจึงมีความสำคัญเป็นอย่างมาก โดยเฉพาะพระราชบัญญัติป้องกันการค้าหญิงและเด็กหญิง ค.ศ. 1973 ของประเทศมาเลเซียได้บัญญัติหลักการเกี่ยวกับผู้ซึ่งอยู่ด้วยรายได้ หรือดำรงชีพจากการค้าประเวณีไว้ในข้อที่ 19 ตามที่กล่าวมาข้างต้นนั้น กล่าวคือ ได้บัญญัติความผิดฐานเป็นแมงดาไว้ในทำนองเดียวกับกฎหมายของประเทศไทย แต่กฎหมายของประเทศมาเลเซียเอาผิดกับผู้รับเงินหรือรับรายได้ทั้งหมด หรือบางส่วนจากการค้าประเวณีของผู้อื่น เมื่อได้ความจริงเช่นนั้นถือว่าเป็นความผิดตามกฎหมายแล้ว ส่วนข้อสันนิษฐานตามกฎหมายของมาเลเซียตามอนุมาตรา 3 ไม่ได้บัญญัติถ้อยคำทำนองเดียวกับวรรคสองของกฎหมายไทย ซึ่งถือว่าเป็นปัญหาในการตีความอย่างมาก โดยเฉพาะถ้อยคำที่ว่า "ผู้ใดไม่มีปัจจัยอย่างอื่นปรากฏสำหรับดำรงชีพ หรือไม่มีปัจจัยพอเพียงสำหรับดำรงชีพ" ตรงจุดนี้เองที่ศาลฎีกาไทยแปลกฎหมายในทางที่แคบ ทำให้ไม่สามารถเอาผิดกับบุคคลที่รับรายได้หรือรับเงินจากผู้ค้าประเวณีได้ ซึ่งจะขอกกล่าวโดยละเอียดในหัวข้อต่อ ๆ ไป

### 3.3 ความผิดฐานดำรงชีพอยู่ด้วยรายได้ของหญิงซึ่งค้าประเวณีตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 286

ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 286 บัญญัติว่า "ผู้ใดอายุกว่าสิบหกปี ดำรงชีพอยู่แม้เพียงบางส่วนจากรายได้ของหญิงซึ่งค้าประเวณี ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่เจ็ดปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่หนึ่งหมื่นสี่พันบาทถึงสี่หมื่นบาท หรือจำคุกตลอดชีวิต

ผู้ใดไม่มีปัจจัยอย่างอื่นอันปรากฏสำหรับดำรงชีพ หรือไม่มีปัจจัยอันพอเพียงสำหรับดำรงชีพ และ

(1) ปรากฏว่าอยู่ร่วมกับหญิงซึ่งค้าประเวณี หรือสมาคมกับหญิงซึ่งค้าประเวณีคนเดียวหรือหลายคนเป็นอาจิน

(2) กินอยู่หลับนอน หรือรับเงิน หรือประโยชน์อย่างอื่น โดยหญิงซึ่งจำประเวณีเป็นผู้จัดให้ หรือ

(3) เข้าแทรกแซงเพื่อช่วยหญิงซึ่งจำประเวณีในการทะเลาะวิวาทกับผู้ใดที่คบค้ากับหญิงซึ่งจำประเวณีนั้น ให้ถือว่าผู้นั้นดำรงชีพอยู่จากรายได้ของหญิงในการจำประเวณี เว้นแต่จะพิสูจน์ให้เป็นที่พอใจได้ว่า มิได้เป็นเช่นนั้น

บทบัญญัติแห่งมาตรานี้มิให้ใช้บังคับแก่ผู้รับค่าเลี้ยงดูจากหญิงซึ่งจำประเวณี ซึ่งพึงให้ค่าเลี้ยงดูนั้นตามกฎหมายหรือตามธรรมเนียม

ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 286 เป็นบทบัญญัติที่เอาความผิดกับผู้ซึ่งดำรงชีพอยู่ด้วยรายได้ของหญิงซึ่งจำประเวณี หรือที่เราเรียกกันว่า “ความผิดฐานเป็นแมงดา” ในความเป็นจริงกฎหมายมาตราดังกล่าวเกือบจะกล่าวได้ว่าเป็นหมัน เพราะว่าการกฎหมายมาตรานี้เมื่อมีการฟ้องคดีสู่ศาลมักจะถูกยกฟ้องอยู่เสมอ ๆ เพราะหากศาลฟังได้ว่า จำเลยมีอาชีพอื่นก็จะไม่มีความผิดฐานนี้ เช่น จำเลยเป็นเจ้าของสถานการจำประเวณีไม่ได้รับอนุญาตโดยจำเลยเป็นผู้ดำเนินการเอง มีหญิงซึ่งจำประเวณีอาศัยอยู่กินกับจำเลยหลายคน เงินที่ได้จากการจำประเวณีเหล่านี้ จำเลยได้รับส่วนแบ่งครั้งหนึ่ง แต่เมื่อฟังว่าจำเลยขายเสียสำเร็จรูป แสดงว่าจำเลยมีรายได้จากการค้าขาย และไม่ปรากฏว่ารายได้ดังกล่าวไม่เพียงพอสำหรับดำรงชีพแม้จำเลยจะได้รับส่วนแบ่งจากหญิงซึ่งจำประเวณี จำเลยก็ไม่มีผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 286 <sup>41</sup> มีผู้กล่าวว่า การที่ศาลฎีกาตีความเช่นนั้นจึงมีปัญหาคำพิพากษาว่าความผิดตามมาตรา 286 จะขึ้นอยู่กับ “ฐานะทางเศรษฐกิจ” ของจำเลยว่ามีรายได้เพียงพอสำหรับการดำรงชีพหรือไม่เพียงเท่านั้นหรือ <sup>42</sup>

กฎหมายอาญามาตรา 286 อาจเป็นไปได้ว่า ผู้ที่ทำความผิดตามกฎหมายจะต้องเป็นผู้ที่อยู่ด้วยรายได้ของหญิงโสเภณีโดยแท้ จากคำพิพากษาศาลฎีกาหรือการตีความกฎหมายในลักษณะดังกล่าวจึงแสดงให้เห็นว่า ผู้ที่เป็นแมงดานั้นจะต้องเป็นผู้ที่ไม่มีฐานะ แต่ถ้าผู้ใดมีฐานะแล้วผู้นั้นย่อมไม่อาจเป็นแมงดาได้เลยแม้จะกระทำตนเป็นแมงดา ซึ่งดูจะไม่สมเหตุสมผลและก่อให้เกิดช่องโหว่ในการบังคับใช้กฎหมาย <sup>43</sup> ถ้าเป็นเช่นนี้อาจเป็นการรับรองให้ผู้ที่มิอาชีพอยู่แล้ว

<sup>41</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1488/2520.

<sup>42</sup> สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล, “ฎีกาวิเคราะห์ : ชาย (หญิง) แมงดา,” วารสารนิติศาสตร์ ปีที่ 13 ฉ. 2 (2526) : 159.

<sup>43</sup> คณิศ ณ นคร, กฎหมายอาญาภาคความผิด, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2532), หน้า 210.

เช่น ตำรวจ นักการเมือง นักธุรกิจ หรือแม้แต่คนเก็บสามล้อ สามารถหา “ลำไฟ” พิเศษได้ด้วย การเป็นพ่อเล้าแมงดาโดยไม่มีความผิดตามกฎหมาย ทั้ง ๆ ที่เป็นการรับรายได้ ซึ่งเกิดจากการกระทำอันผิดกฎหมาย เป็นความชั่วที่ต้องลงโทษ ควรที่จะต้องให้บุคคลทั้งหลายมีความรังเกียจที่จะรับรายได้อันมิชอบด้วยกฎหมาย โดยเฉพาะที่เบียดเบียนเอามาจากการขายค้ำของโสเภณี จึงจะถูกต้องชอบธรรม<sup>44</sup> และจากการตรวจค้นคำพิพากษาศาลฎีกาอีกเป็นจำนวนมาก เช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2555/2521 ที่ 883/2522 ที่ 2562/2523 ที่ 178/2528 ที่ 3942/2530 ที่ 1208/2535 และที่ 2719/2541 เป็นต้น ศาลฎีกาไม่เคยลงโทษจำเลย เพียงแต่จำเลยนำสืบได้ว่าตนเองมีรายได้เพียงพอในการดำรงชีพ ถึงแม้จะพิจารณาได้ความว่า จำเลยรับเงินจากหญิงโสเภณีก็นับตาม เป็นกรณีศาลฎีกาตีความโดยเคร่งครัดว่าต้องถึงขนาดดำรงชีพจึงจะเป็นความผิด

### 3.3.1 วิเคราะห์ศัพท์คำว่า “ดำรงชีพอยู่ด้วยรายได้ของหญิงซึ่งค้าประเวณี”

คำว่า “ดำรงชีพอยู่ด้วยรายได้ของหญิงซึ่งค้าประเวณี” กล่าวโดยทั่วไปหมายถึง ผู้ที่เกาะผู้หญิงกิน และหญิงนั้นเป็นผู้ซึ่งค้าประเวณี หรือเรียกว่า หญิงโสเภณีนั่นเอง เราเรียกชายที่เกาะหญิงกินเช่นนี้ว่า “แมงดา” ด้วยเหตุนี้เองเราจึงเรียกความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 286 ว่า “ความผิดฐานเป็นแมงดา” โดยมีที่มาดังนี้

#### ฐานเป็นแมงดา

ฐานแมงดามี 2 ชนิด คือ แมงดานาและแมงดาทะเล แมงดานาเป็นสัตว์ที่ชอบเล่นไฟ และมักจะถูกจับมาทำน้ำพริกเพราะมีกลิ่นที่ช่วยปรุงรส แมงดาชนิดนี้ไม่เกี่ยวกับชื่อของความผิดทางอาญาที่กำลังกล่าวถึง ส่วนแมงดาทะเลนั้น สำหรับตัวผู้จะเล็กกว่าตัวเมีย มักจะพบว่าตัวผู้ชอบเกาะอยู่บนหลังตัวเมีย ตัวเมียคลานไปทางไหนตัวผู้ก็จะเกาะติดไปด้วย คงด้วยเหตุผลนี้เอง พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2525 จึงให้ความหมายของคำว่าแมงดาในความหมายหนึ่งว่า “ชายที่อาศัยน้ำพักน้ำแรงของผู้หญิงโสเภณีดำรงชีพ” และแมงดาในความหมายดังกล่าว จึงเป็นที่มาของชื่อความผิดฐานเป็นแมงดา จะเห็นได้ว่า ผู้ที่จะกระทำความผิดตามมาตรา 286 เดิมของประมวลกฎหมายอาญานั้นจะต้องเป็นผู้ชาย และชายผู้นั้นจะต้องดำรงชีพอยู่ด้วยผลจากการหากินของหญิงนครโสเภณี จึงมีลักษณะใกล้เคียงกับแมงดาทะเลตัวผู้ที่เกาะหลังตัวเมียให้ตัวเมียหากินนั่นเอง ทำให้เห็นภาพว่าชายผู้นั้นไม่มีรายได้เป็นของตนเอง หรือมีรายได้แต่ไม่พอ

<sup>44</sup> ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, “ฎีกาวิเคราะห์ : การดำรงชีพจากรายได้ของหญิงซึ่งค้าประเวณี,” วารสารนิติศาสตร์ : 617.

เพียงดำรงชีพ และมีเหตุการณ์บางอย่างแสดงให้เห็นว่าดำรงชีพอยู่ด้วยการหากินของหญิงนครโสเภณี เช่น กินอยู่หลับนอนหรือรับเงินจากหญิงนครโสเภณี หรือมีพฤติการณ์อื่น ๆ ดังนี้ ผู้ที่กระทำความผิดจึงไม่ใช่ผู้ที่เพียงแต่คอยจัดหาหาหญิงโสเภณี หรือเป็นเจ้าของสำนักโสเภณีเท่านั้น<sup>45</sup>

### ความหมายของคำว่า “ดำรงชีพ”

มีผู้เห็นว่า เหตุที่กฎหมายใช้คำว่าดำรงชีพซึ่งเป็นถ้อยคำที่มีน้ำหนัก คำว่า “ดำรง” ตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2525 หมายความว่า ทรงไว้ ตั้งไว้ ทำให้คงอยู่ ส่วนคำว่า “ชีพ” นั้น หมายความว่า ความเป็นอยู่ ดังนั้นจึงเห็นว่า ถ้าไม่ได้รับผลของการหากินของหญิงโสเภณีตนจะมีชีวิต หรือความเป็นอยู่ไม่ได้โดยปกติ ไม่ใช่เพียงแต่ได้รับส่วนแบ่งบ้างเล็กน้อย หรือหญิงโสเภณีเป็นผู้จัดหาสิ่งของบางอย่าง เช่น ชื้อเสื้อผ้า หรือเลี้ยงอาหารหนึ่งมื้อ เป็นต้น เพราะสิ่งของเหล่านี้เพียงเท่านั้นไม่สามารถทำให้บุคคลมีชีวิตอยู่ได้โดยปกติธรรมดา<sup>46</sup> บางตำราเห็นว่า

“ดำรงชีพ” หมายถึง อาศัยรายได้โดยเป็นปกติประจำ มิใช่ชั่วคราวชั่วคราว อนึ่ง คำว่าดำรงชีพ ไม่รวมถึงการพึ่งพาในการทำมาหากินอันเป็นปกติทางการค้า เช่น ขายสินค้าให้หญิงซึ่งค้าประเวณี หรือเป็นลูกจ้างของหญิงซึ่งค้าประเวณีที่จ้างมาทำงานบ้าน หรือการให้เช่าบ้านอยู่อาศัย แม้จะรู้ว่าเป็นหญิงโสเภณีก็ตาม เพราะการที่บุคคลกระทำการดังกล่าวนั้นเป็นการทำมาหากินจากรายได้ของเขาเองมิใช่รายได้จากหญิงซึ่งค้าประเวณี<sup>47</sup> ในกฎหมายอังกฤษ การดำรงชีพหมายถึงการรับประโยชน์ ผู้ที่ให้หญิงโสเภณีเช่าบ้านก็มีความผิด

“ดำรงชีพ” เป็นคำที่มีความหมายกว้าง และเป็นเจตนาารมณโกฎหมายที่ต้องการ ลงโทษผู้ที่อาศัยรายได้จากหญิงซึ่งค้าประเวณีในการเลี้ยงชีพ แต่ก็มีผู้เห็นว่าปัจจัยในการดำรงชีพในปัจจุบันนั้นคงมิได้จำกัดอยู่เฉพาะที่อยู่อาศัย อาหาร เครื่องนุ่งห่ม และยารักษาโรค ซึ่งเป็นปัจจัยสี่ของพระภิกษุเท่านั้น หากขาดแม้แต่เพียงอย่างหนึ่งอย่างใดจะดำรงชีพอยู่ไม่ได้ สิ่งของบางอย่างที่ช่วยให้การดำรงชีพอยู่ได้โดยสะดวกสบายเป็นที่ยอมรับกันในสังคมปัจจุบันของ

<sup>45</sup> โสภณ รัตนากร, “ความผิดฐานดำรงชีพอยู่ด้วยรายได้ของหญิงซึ่งค้าประเวณี,” วารสารนิติศาสตร์ ปีที่ 25 ฉ 2 (มิถุนายน 2538) : 235.

<sup>46</sup> ไพจิตร ปุญญพันธ์, “ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 286,” อุลพาท : 1303.

<sup>47</sup> กฤตยชญ์ ศิริเชต, เอกสารการสอนชุดวิชากฎหมายอาญา 2 (หน่วยที่ 1-7), พิมพ์ครั้งที่ 8 (นนทบุรี : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช, 2532), หน้า 415.

ประชาชนทั่วไปว่าจำเป็นแก่การค้ารังซีฟเช่นกัน เช่น รถยนต์ โทรศัพท์ โทรทัศน์ และเครื่องมือที่ใช้ในการประกอบอาชีพ เป็นต้น สิ่งเหล่านี้แม้ขาดไปก็คงไม่ทำให้คนเรารังซีฟอยู่ไม่ได้ เพียงแต่อาจจะไม่สะดวกสบายเท่านั้น<sup>48</sup> จึงเป็นปัญหาว่า คำว่า “บังจัยสี่” มีความหมายเพียงใด

คำว่า “บังจัย” ตามพจนานุกรม นอกจากจะหมายถึง เหตุ หนทาง เหตุอันให้ผลเป็นไปแล้ว ยังหมายถึงของสำหรับอาศัยใช้ และเครื่องอาศัยดังกล่าวด้วย ว่ากันที่จริงแล้วที่อยู่ก็เป็นสิ่งจำเป็น เพราะคนไม่ใช่สัตว์ คนที่ไม่มีที่อยู่เป็นหลักแหล่ง เทียบนอนบ้านคนนั้นคนนี้ หรือนอนนอกถนนไปวันหนึ่ง ๆ ก็อาจมีได้ ซึ่งก็คือว่าไม่มีที่อยู่นั่นเอง ส่วนยารักษาโรค แม้จะไม่มีประจำตัว เพราะคนเราไม่เป็นแพทย์ทุกคนที่จะรักษาพยาบาลตนเองได้เสมอไป แต่ปัจจุบันก็อาจจัดหาจากองค์การสาธารณสุขได้โดยไม่ต้องเสียเงินทอง ส่วนอาหารและเครื่องนุ่งห่มก็เป็นสิ่งจำเป็น เพราะคนเราไม่อาจอดอาหารหรือเปลือยกายได้โดยปกติ อย่างไรก็ตาม การดำรงชีพก็ไม่จำเป็นจะต้องเป็นเรื่องบังจัยสี่เสมอไป ตามที่กล่าวมาข้างต้น ปัจจุบันการให้รถยนต์เพื่อใช้เป็นเครื่องอำนวยความสะดวกเกือบจะเป็นสิ่งจำเป็นสำหรับการดำรงชีพของมนุษย์ไปแล้วด้วยซ้ำไป ถ้าโสภณจัดการรถยนต์ให้ใช้ก็ควรถือได้ว่ารับเอามาเพื่อดำรงชีพเช่นกัน ดังนั้นหากหญิงโสภณจัดสิ่งของเหล่านี้ให้อยู่เป็นประจำเช่นนี้จะมีความผิดฐานเป็นแมงดาหรือไม่ มองในแง่นี้จะเห็นได้ว่า ข้อวิจารณ์ดังกล่าวข้างต้นที่ศาลฎีกานำเอาเศรษฐกิจหรือการมีอาชีพของจำเลยมาตัดสินว่าจำเลยกระทำความผิดหรือไม่ นั้น ก็มีข้อที่น่าคิดอยู่เหมือนกัน

ส่วนคำว่า “รายได้ของหญิงซึ่งค้าประเวณี” น่าจะหมายถึง รายได้ที่มาจากการค้าประเวณีของหญิงนั้น เพราะถ้าหญิงนั้นมีรายได้มาจากทางอื่น ๆ แล้วนำมามอบให้กับผู้หนึ่ง ผู้ใดเพื่อดำรงชีพก็ไม่ใช่ความผิด เนื่องจากกฎหมายไม่ต้องการให้ใครไปเบียดเบียนหญิงซึ่งรับรายได้มาจากการค้าขายตัวซึ่งเป็นเรื่องน่ารังเกียจและไม่ชอบ เคยกล่าวมาแล้วว่ากฎหมายอาญาของเราแปลมาจากถ้อยคำในดับทภาษาอังกฤษ ซึ่งใช้คำว่า “....to live wholly or in part on the earnings of prostitution”<sup>49</sup> หมายความว่า การรับเงินจากหญิงโสภณต้องเป็นเงินที่หญิงนั้นได้มาจากการค้าประเวณีเท่านั้น ซึ่งเป็นไปได้ว่าหญิงซึ่งค้าประเวณีอาจจะมีรายได้จากทางอื่นก็ได้ ในถ้อยคำสำนวนนี้จึงต้องตีความโดยเคร่งครัด

<sup>48</sup> โสภณ รัตนากร, “ความผิดฐานดำรงชีพอยู่ด้วยรายได้ของหญิงซึ่งค้าประเวณี,” วารสารนิติศาสตร์ : 242.

<sup>49</sup> The Sexual Offences Act 1956, Section 30.



## พฤติกรรมของแมงดา

สังคมที่เปลี่ยนแปลงไป พฤติกรรมของแมงดาในสมัยก่อนกับสมัยปัจจุบันจึงมีความแตกต่างกัน กล่าวคือ ในสมัยก่อนชายที่อาศัยอยู่กับรายได้ของหญิงซึ่งค้าประเวณีอาจจะมีพฤติกรรมคอยช่วยเหลือ ค้ำครองหญิง และรับรายได้จากหญิงเหล่านั้น ตลอดจนจนกระทั่งบังคับข่มขู่หรือทำร้ายหญิงเพื่อให้ค้าประเวณี แต่ในสังคมปัจจุบันนี้พฤติกรรมของแมงดาเป็นไปในลักษณะที่คอยสนับสนุนให้ความช่วยเหลือ อำนวยความสะดวก และให้การสนับสนุนในด้านการเงินเพื่อให้เกิดการค้าประเวณี แล้วรับรายได้หรือแบ่งส่วนกำไรจากการค้าประเวณี พฤติกรรมในลักษณะนี้เป็นอีกประเภทหนึ่งที่น่าจะถือได้ว่ามีพฤติกรรมเป็นแมงดา ผู้เขียนเห็นว่า การกระทำดังกล่าวเป็นลักษณะที่กระทำตนเป็นแมงดาแล้ว เนื่องจากพฤติกรรมที่เป็นแมงดาแท้ ๆ เหมือนในสมัยก่อนน่าจะไม่มีเกิดขึ้นแล้ว เพราะว่าการค้าประเวณีในสมัยนี้ทำให้เกิดความรำรวยมิใช่เพื่อให้อยู่ได้เท่านั้น

## การรับประโยชน์ต่างกับแมงดา

เปรียบเทียบความผิดฐานนี้กับกฎหมายต่างประเทศ ไม่ว่าจะเป็นฝรั่งเศส อิตาลี หรืออังกฤษ พบว่าถ้ามีการรับรายได้จากหญิงที่ค้าประเวณีจะมีความผิดตามกฎหมาย โดยมีข้อยกเว้นบางประการ เช่น อ้างเหตุจำเป็น แต่โดยหลักแล้วการรับรายได้จากหญิงหรือที่ได้มาจากการค้าประเวณีเป็นความผิด แต่ของไทยไปยึดติดกับคำว่า "ดำรงชีพ" ทำให้ศาลตีความไปในทำนองว่า ต้องมีรายได้เพียงพอในการดำรงชีพ ถ้าไม่เพียงพอในการดำรงชีพจึงมีความผิดตามถ้อยคำสำนวนในวรรคสองที่กล่าวว่า ผู้ใดไม่มีปัจจัยอย่างอื่นอันปรากฏสำหรับดำรงชีพ หรือไม่มีปัจจัยพอเพียงสำหรับดำรงชีพ ทำให้การตีความของศาลเป็นไปในทางแคบและไม่อาจลงโทษจำเลยได้ ทั้งที่มาตรา 286 วรรคแรกบัญญัติไว้โดยชัดแจ้งว่า การรับรายได้บางส่วนหรือทั้งหมดก็มีความผิดแล้ว สิ่งที่ต้องวิเคราะห์กันต่อไปคือ การเป็นแมงดากับการรับประโยชน์ต่างกันอย่างไร กฎหมายของไทยใช้คำว่าดำรงชีพ จึงเป็นความผิดในขณะที่กฎหมายต่างประเทศ เช่น ประเทศฝรั่งเศส เพียงรับเอาก็เป็นความผิดแล้ว

ผู้รับประโยชน์หรือผู้ที่แสวงหารายได้จากการค้าประเวณีนั้น มีอยู่หลายประเภท เช่น เจ้าของสถานที่ค้าประเวณี รวมถึงผู้เป็นธุระจัดหาหญิงเพื่อค้าประเวณี หรือผู้ที่คอยสนับสนุนพวกนี้ทำธุรกิจทางเพศตามที่เคยแบ่งกลุ่มไว้เป็น 8 กลุ่มแล้วนั้น พบว่าพฤติกรรมเหล่านี้มีวัตถุประสงค์ที่แตกต่างกันออกไป กฎหมายของเราจึงเอาผิดกับกลุ่มบุคคลเหล่านี้ได้ไม่หมด กฎหมายจึงมีช่องว่างที่ไม่สามารถเอาความผิดกับกลุ่มบุคคลที่แสวงหาผลประโยชน์จากกระบวนการนี้ได้อย่างเต็มที่ ถึงแม้พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้าประเวณี พ.ศ. 2539

จะแก้ไขเปลี่ยนแปลงและบังคับใช้ใหม่แล้วก็ตาม ธุรกิจที่แสวงหาผลประโยชน์ในกลุ่มนี้ก็ยังคงยลย นวลต่อไป การแสวงหาผลประโยชน์จากการค้าประเวณีทำกำไรอย่างงดงามให้กับผู้ประกอบการ รวมตลอดถึงผู้เป็นธุระจัดหา พ่อเล้า แมงดา และผู้สนับสนุนทางการเงินอย่างเป็นทางการเป็นลำดับขั้น ด้วยเหตุนี้ น่าจะพอสรุปได้ว่า ชายแมงดานั้นจะเป็นผู้ดำรงชีพหรืออาศัยอยู่กับรายได้ของผู้ซึ่งค้า ประเวณีเป็นปกติ แต่การรับประโยชน์อาจจะเป็นครั้งคราวก็ได้ ซึ่งถือว่าเป็นเจตนาารมณ์ของ กฎหมายมาตั้งแต่ที่มีการบัญญัติความผิดในเรื่องนี้

### 3.3.2 การเข้าไปเกี่ยวข้องกับการค้าประเวณีที่กฎหมายควรถือว่าดำรงชีพอยู่ ด้วยรายได้ของผู้ซึ่งค้าประเวณี

พฤติกรรมกระทำความผิดที่เกี่ยวกับการค้าประเวณี โดยเฉพาะผู้ที่เข้ามาเกี่ยว ข้องกับการค้าประเวณีที่กฎหมายควรถือว่าเป็นความผิดนั้น เป็นเรื่องที่ต้องพิจารณากันโดย ละเอียดพอสมควร การกำหนดว่าการกระทำหรือไม่กระทำเช่นใดเป็นความผิดนั้นต้องคำนึงถึง หลักเกณฑ์ต่าง ๆ หลายประการ ดังนี้

#### ก. หลักเกณฑ์ในการกำหนดความผิดทางอาญา<sup>50</sup>

ประเด็นที่จะต้องพิจารณาในที่นี้คือ รัฐต้องมีหลักเกณฑ์อย่างไรในอันที่จะกำหนดว่า การกระทำหรือไม่กระทำอย่างใดเป็นความผิดและมีโทษ

ก่อนอื่นต้องพิจารณาว่า จารีตประเพณี ศาสนาและศีลธรรม มีส่วนสำคัญในการก่อให้เกิดกฎหมายและการปฏิบัติตามกฎหมาย เมื่อกฎหมายสอดคล้องกับจารีตประเพณี ศาสนา และศีลธรรม การบังคับให้ปฏิบัติตามกฎหมายต้องไม่ยากลำบาก เพราะผู้ที่คิดจะฝ่าฝืนก็จะต้อง คำนึงอยู่เสมอว่าตนมิได้ฝ่าฝืนเฉพาะแต่กฎหมายเท่านั้น แต่ยังฝ่าฝืนมาตรการอื่น ๆ ที่ควบคุม สังคมอยู่ด้วย เช่น หลักศีลธรรมทางศาสนา เป็นต้น

อย่างไรก็ดีมีหลายกรณีด้วยกันที่ถือว่าผิดศีลธรรม แต่ไม่ผิดกฎหมายอาญา เช่น การพูดโกหก (เว้นแต่จะเป็นการแจ้งความเท็จต่อเจ้าพนักงาน หรือฉ้อโกง เป็นต้น) การทำชู้ เห็นว่าผิดศีลธรรมแต่ในประเทศไทยไม่ถือว่าผิดกฎหมายอาญา การที่พระภิกษุร่วมประเวณีกับ

<sup>50</sup> เกียรติขจร วัณนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1, พิมพ์ครั้งที่ 3 แก้ไข เพิ่มเติม (กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2536), หน้า 1-7.

หญิงในกุฏิของพระภิกษุอยู่ในบริเวณวัด เป็นการกระทำที่ผิดศีลธรรมและ “ไม่สมควรอย่างยิ่ง” แต่ไม่มีความผิดฐานเหยียดหยามศาสนา (ฎีกาที่ 736/2505 น.707) การกระทำบางอย่างไม่ผิดศีลธรรมแต่ผิดกฎหมายอาญา เช่น กรณีความรับผิดชอบโดยเด็ดขาดในทางอาญา กล่าวคือไม่มีเจตนา ไม่ประมาท แต่กฎหมายบัญญัติให้การกระทำนั้น ๆ เป็นความผิด เช่น ความผิดลหุโทษ เป็นต้น ดังนั้นจึงเห็นว่าศีลธรรมและกฎหมายอาญาไม่สอดคล้องกันทุกกรณี เราจึงจะใช้ศีลธรรมกำหนดเป็นความผิดอาญาตายตัวคงไม่ได้

เซอร์เบิร์ต แอล แพ็กเกอร์ (Herbet L. Packer) ในหนังสือเรื่อง *The Limits of the Criminal Sanction* ได้ให้หลักการไว้ 6 ประการ ในอันที่จะถือว่าการกระทำนั้นเป็นความผิดอาญาหรือไม่ ดังนี้<sup>51</sup>

1. การกระทำนั้นเป็นที่เห็นได้ชัดในหมู่ชนส่วนมากกว่า เป็นการกระทำที่กระทบกระเทือนต่อสังคม และหมู่ชนส่วนมากมิได้ให้อภัยแก่การกระทำเช่นนั้น
2. ถ้าการกระทำดังกล่าวเป็นความผิดทางอาญาแล้ว จะไม่ขัดแย้งกับวัตถุประสงค์ของการลดโทษประการต่าง ๆ
3. การปราบปรามการกระทำเช่นนั้น กล่าวคือ การถือว่าการกระทำนั้นเป็นความผิดอาญา จะไม่มีผลเป็นการลดการกระทำที่สังคมเห็นว่าถูกต้องให้น้อยลงไป
4. หากเป็นความผิดทางอาญาแล้ว จะมีการบังคับใช้กฎหมายอย่างเสมอภาคและเท่าเทียมกัน
5. การใช้กระบวนการยุติธรรมทางอาญากับการกระทำดังกล่าว จะไม่มีผลทำให้เกิดการใช้กระบวนการนั้นอย่างเกินขีดความสามารถ ทั้งทางด้านคุณภาพและปริมาณ
6. ไม่มีมาตรการควบคุมอย่างสมเหตุสมผลอื่น ๆ แล้ว นอกจากการใช้กฎหมายอาญากับกรณีที่เกิดขึ้น

เห็นได้ว่าความผิดอาญาร้ายแรง เช่น ฆ่าคนตาย ได้ผ่านหลักเกณฑ์ 6 ประการ ของ แพ็กเกอร์ทั้งสิ้น แต่สำหรับการกระทำที่ผิดศีลธรรมแท้ ๆ ที่เรียกว่า *Moral Offences* เช่น รักร่วมเพศ การทำแท้ง โสเภณี น่าจะต้องพิจารณาว่าได้ผ่านหลักเกณฑ์ดังกล่าวทุกข้อหรือไม่ หลักเกณฑ์ในการกำหนดขอบเขตของกฎหมายอาญาดังกล่าวนี้อาจช่วยแก้ปัญหาการเกิด

<sup>51</sup> Herbert L. Packer, *The Limits of the Criminal Sanction* (California : Standford University Press, 1968), p. 296 อ้างถึงใน เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, เรื่องเดียวกัน, หน้า 4.

กฎหมายอาญาเพื่อ (overcriminalization) ขึ้นได้ เพราะถ้ารัฐมิวแต่ควบคุมพฤติกรรมของสมาชิกในสังคมโดยใช้แต่กฎหมายอาญาเป็นเครื่องมือ โดยไม่พิจารณาเรื่องอื่น ๆ อาจทำให้กฎหมายขาดประสิทธิภาพ และกฎหมายไร้ความศักดิ์สิทธิ์ไป<sup>52</sup>

## ข. ข้อควรพิจารณาเกี่ยวกับผู้ที่เข้ามาเกี่ยวข้องกับการค้าประเวณีที่ควรถือว่าเป็นความผิด

โครงสร้างของกระบวนการค้าประเวณีที่มีลักษณะการเข้าไปเกี่ยวข้อง มีอยู่ 2 รูปแบบ กล่าวคือ รูปแบบของผู้ที่เข้าไปเกี่ยวข้องกับสถานที่ค้าประเวณี เช่น เจ้าของกิจการ ผู้ดำเนินการ ผู้ดูแลสถานที่ค้าประเวณี เป็นต้น และรูปแบบของบุคคลที่เข้าไปเกี่ยวข้องกับกระบวนการค้าประเวณี เช่น ผู้ชักจูง ชักชวน ผู้ข่มขู่หรือบังคับหน่วงเหนี่ยวกักขัง หรือผู้สนับสนุน จัดหาซึ่งบุคคลอื่นมาทำการค้าประเวณี ผู้อยู่อาศัยกับรายได้ของผู้ค้าประเวณี เป็นต้น เห็นว่ากลุ่มบุคคลเหล่านี้เป็นผู้แสวงหารายได้หรือหาประโยชน์จากการค้าประเวณีนั่นเอง พฤติกรรมของกลุ่มคนเหล่านี้สร้างปัญหาให้กับสังคมและประเทศเป็นอย่างมาก การค้าประเวณีและการค้ามนุษย์เพื่อการค้าประเวณีมีอยู่อย่างแพร่หลาย ขณะนี้กรุงเทพฯ ได้มีชื่อเสียงเป็นแหล่งค้าประเวณีและเป็นศูนย์กลางของการค้ามนุษย์ข้ามชาติ วงเงินรายได้ที่เกิดจากธุรกิจการค้าประเวณีเฉพาะในประเทศไทยนี้ ประมาณการอย่างอนุรักษ์นิยมสำแดงให้เห็นผลประโยชน์มูลค่าสูงแม้ว่าประเทศไทยจะมีพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้าประเวณี แต่พระราชบัญญัตินี้ได้กลายเป็นเครื่องมือให้ผู้พิทักษ์กฎหมายบางกลุ่ม แม่เล้า แมงดา นักค้ามนุษย์ แสวงหากำไรจากการค้าประเวณี ผู้ให้บริการทางเพศจึงถูกสังคมเอาเปรียบจากทั้งผู้รักษากฎหมายและจากนักธุรกิจ และลูกสมุนที่ควบคุมกิจการ<sup>53</sup> แต่กลุ่มบุคคลบางกลุ่มเหล่านี้กฎหมายไม่ได้บัญญัติเป็นความผิด เช่น เจ้าหน้าที่ผู้รักษากฎหมายใช้อำนาจในทางที่มิชอบ คอยช่วยเหลือ คຸ້ມครองและเรียกเงินค่าคຸ້ມครอง เป็นต้น การจัดพฤติกรรมใดเป็นความผิดตามกฎหมาย นอกจากหลักเกณฑ์ที่กล่าวมาแล้วยังจำเป็นต้องพิจารณาถึงวัตถุประสงค์ในสิ่งที่กฎหมายพึงประสงค์จะคຸ້ມครอง และการบัญญัติกฎหมายในความคิดฐานต่าง ๆ ที่ไม่ใช่สิ่งที่มีรูปร่างเป็นวัตถุหรือบุคคล แต่เป็นสภาพที่พึงปรารถนาที่กฎหมายต้องการประกันจากการล่วงละเมิดซึ่งเรา

<sup>52</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 7.

<sup>53</sup> ผาสุก พงษ์ไพจิตร, "ภาพรวมเศรษฐกิจนอกกฎหมายของไทยและข้อเสนอด้านนโยบาย," การประชุมรายงานผลการวิจัย, เศรษฐกิจนอกกฎหมายและนโยบายสาธารณะในประเทศไทย, ศูนย์ศึกษาเศรษฐศาสตร์การเมือง คณะเศรษฐศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, หน้า 9.

เรียกว่า “คุณธรรมในทางกฎหมาย” (Rechtsgut)<sup>54</sup> อันทำให้เราต้องคำนึงถึงหลักเกณฑ์ต่าง ๆ ในการกำหนดฐานความผิดด้วย หน้าที่ที่สำคัญของกฎหมายอาญาที่สำคัญประการหนึ่งก็คือ “การคุ้มครองคุณธรรมทางกฎหมาย” คือการที่กฎหมายอาญาในระดับของ “สมบัติ” (Gut) เฉพาะอย่างขึ้นเป็น “คุณธรรมทางกฎหมาย” (Rechtsgut) กล่าวคือว่าในปทัสสถาน (Norm) ทั้งหลายนั้นมีสมบัติบางอย่างแฝงอยู่เบื้องหลัง เช่น ปทัสสถานที่ว่า “การฆ่าเป็นสิ่งที่ไม่สมควร” การที่ไม่สมควรนั้นก็เพราะว่า “ชีวิต” เป็นสิ่งที่พึงหวงแหน การบัญญัติกฎหมายอาญามาตรา 288 ในประมวลกฎหมายอาญาก็เพื่อคุ้มครองชีวิตมนุษย์ และโดยการบัญญัติฐานความผิดฐานนี้ จึงทำให้ชีวิตมนุษย์กลายเป็นคุณธรรมทางกฎหมาย<sup>55</sup>

#### ค. การแสวงหาผลประโยชน์หรือรายได้จากการค้าประเวณีที่ควรถือว่าเป็นความผิดฐานดำรงชีพอยู่ด้วยรายได้ของหญิงซึ่งค้าประเวณี

ด้วยเหตุตั้งที่กล่าวมาการพิจารณาว่าการกระทำของบุคคลที่เข้าไปเกี่ยวข้องกับการค้าประเวณีเช่นใด ควรถือว่าอยู่ด้วยรายได้ของผู้ซึ่งค้าประเวณีและบัญญัติเป็นความผิดและกฎหมายสมควรเข้าไปยุ่งเกี่ยวกับ ตามเจตนารมณ์ของกฎหมายความผิดฐานดำรงชีพอยู่ด้วยรายได้ของหญิงซึ่งค้าประเวณี ต้องการลงโทษผู้ที่มีอาชีพเป็น “แมงดา” เท่านั้นหรือไม่ ถ้าหากว่าบุคคลไม่ได้ดำรงชีพอยู่โดยตรงเหมือนกับแมงดา แต่มีส่วนเบียดเบียน เช่น รับรายได้เป็นครั้งคราว หรือมีอาชีพอื่น ๆ แต่มีรายได้เสริมจากการที่โสเภณีมอบเงินให้หรือมีการสนับสนุนให้มีการค้าประเวณีแล้วรับเงินจากผู้ซึ่งค้าประเวณี โดยรู้ว่าเป็นรายได้ที่มาจากการค้าประเวณีในลักษณะเป็นครั้งคราว หรือผู้ที่ไม่ได้สนใจอะไรเลยนาน ๆ เข้ามา และรับผลประโยชน์จากโสเภณี เช่นนี้ควรพิจารณาลงโทษหรือไม่ หรือควรลงโทษเฉพาะที่เป็นแมงดาแท้ ๆ เท่านั้น แล้วปล่อยให้บุคคลที่รับรายได้ เช่น เจ้าหน้าที่ตำรวจที่รีดไถเงินจากผู้หญิงโสเภณี อันมีลักษณะเป็นครั้งคราวไป เพราะไม่เช่นนั้นก็จะกลายเป็นว่าบังคับใช้กฎหมายอาญาเพื่อ เป็นทำนองว่ากฎหมายอาญาต้องรับภาระมากเกินไปที่จะลงโทษบุคคลทั่วไปหมด<sup>56</sup> ซึ่งเป็นเรื่องที่น่าคิดอยู่เหมือนกัน

<sup>54</sup> คณิต ฒ นคร, ประมวลกฎหมายอาญา : หลักกฎหมายและพื้นฐานการเข้าใจ, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2538), หน้า 266.

<sup>55</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 267.

<sup>56</sup> สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, “รายงานการประชุมคณะกรรมการพิจารณาปรับปรุงประมวลกฎหมายอาญา, ครั้งที่ 3-3/2537,” วันที่ 25 เมษายน 2537.

ธุรกิจการค้าประเวณีมีรูปแบบที่แตกต่างกันออกไป และมีการพัฒนาการกระทำ ความผิดมากขึ้น โดยเฉพาะผู้ที่สนับสนุนด้านการเงิน เมื่อมีกำไรจึงรับส่วนแบ่ง เช่น ผู้ที่ออกเงินเป็นค่าเช่าสถานที่หรือเปิดห้องอาหารบังหน้า ส่วนเบื้องหลังมีการค้าประเวณี และรับเงินเหล่านี้ รวมถึงธุรกิจในรูปแบบอื่น ๆ ที่อยู่ในรูปของธุรกิจค้ำกาม การค้ำมนุษย์เพื่อการค้าประเวณีในองค์กรระดับใหญ่ เงินจำนวนมหาศาลที่มาจากการค้าประเวณีจะถือว่าเป็นรายได้ที่ได้มาจากการค้าประเวณีหรือไม่ และเงินเหล่านี้เองมักจะถูกนำกลับไปใช้และกระทำความผิดอื่น ๆ ตามมา โดยเฉพาะบุคคลเหล่านี้มักก่ออาชญากรรมอื่นต่อไป เช่น ค้ายาเสพติด บ่อนการพนัน อันเป็นปัญหาที่หมุนเวียนกันเป็นวงโคจรที่ชั่วร้ายไม่มีที่สิ้นสุด ถ้ากฎหมายมีความต้องการคุ้มครองหรือป้องกันอาชญากรรม เพื่อให้สังคมเกิดความสงบสุข อันเป็นวัตถุประสงค์ที่สังคมพึงปรารถนา ดังนั้นเบื้องหลังของ “การค้ารังสีหรือการรับรายได้จากผู้ซึ่งค้าประเวณีจึงเป็นสิ่งที่ไม่สมควร” ที่ไม่สมควรเพราะว่า การเบียดเบียนผู้ซึ่งค้าประเวณีเป็นสิ่งที่ควรรังเกียจ และการรวมตัวกันเพื่อคอยสนับสนุนให้มีการค้าประเวณีจึงไม่ถูกต้องชอบธรรม การบัญญัติกฎหมายอาญา มาตรา 286 ในประมวลกฎหมายอาญา ก็เพื่อต้องการคุ้มครองความสงบสุขของประชาชน หรือป้องกันอาชญากรรมที่เป็นความสงบสุขของส่วนรวมนั่นเอง สิ่งนี้จึงเป็นคุณธรรมทางกฎหมายไป ถ้าเห็นด้วยกับทฤษฎีนี้พฤติกรรมต่าง ๆ ที่กล่าวมาควรถือว่าเป็นความผิดตามกฎหมายเพราะเหตุว่าการกระทำนั้นเป็นความชั่วที่สมควรลงโทษ

ผู้เขียนเห็นว่าถ้าเรายอมปล่อยให้การกระทำดังกล่าวหลุดพ้นไปจากเงื้อมมือของกฎหมาย การกระทำความผิดที่มีรูปแบบใหม่ ๆ ในกระบวนการค้าประเวณีก็จะไม่สามารถปราบปรามให้หมดไปได้ แล้วนับวันพฤติกรรมของผู้กระทำความผิดจะพัฒนาต่อไป จนกระทั่งกฎหมายมีอาจตามได้ทัน จึงเป็นเรื่องที่ผู้บังคับใช้กฎหมายทุกฝ่ายควรร่วมมือกันแก้ไขและปรับปรุงบทบัญญัติตามกฎหมายให้ทันต่อสภาพการณ์ปัจจุบัน และมีความเหมาะสมมากขึ้นกว่าที่เป็นอยู่เดิม

### 3.3.3 การตีความตามคำพิพากษาศาลฎีกา

ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 286 ความผิดฐานดำรงชีพอยู่ด้วยรายได้ของหญิงซึ่งค้าประเวณี เมื่อนำมาฟ้องสู่ศาลแล้วมักถูกยกฟ้องในข้อหาที่อยู่เสมอ ๆ บางคดีจำเลยถูกฟ้องตามข้อหานี้ร่วมกับข้อหาอื่นซึ่งเป็นการผิดเกี่ยวกับเพศ หรือความผิดตามพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้าประเวณี จำเลยได้รับโทษในความผิดฐานอื่นแต่ศาลมักจะยกฟ้องจำเลยในข้อหาตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 286 อยู่เสมอ เช่น ในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1488/2520 ศาลฎีกาได้ยกฟ้องจำเลยโดยวินิจฉัยว่าจำเลยเป็นเจ้าของบ้านซึ่งเป็นสถานที่ค้าประเวณี แบ่งรายได้ครึ่งหนึ่งจากหญิงเหล่านั้น แต่เมื่อฟังว่าจำเลยค้าขายเสื้อผ้าสำเร็จรูป

แสดงว่าจำเลยมีรายได้จากการค้าขาย และไม่ปรากฏว่ารายได้ดังกล่าวไม่เพียงพอสำหรับดำรงชีพ แม้จำเลยจะได้รับส่วนแบ่งจากหญิงซึ่งค้าประเวณี จำเลยก็ไม่มี ความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 286

จะเห็นได้ว่าศาลฎีกาได้ถือเอาการที่จำเลยมีรายได้เพียงพอสำหรับการดำรงชีพหรือไม่ ในการวินิจฉัยความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 286 ซึ่งหากจำเลยมีรายได้เพียงพอสำหรับการดำรงชีพแล้ว จำเลยก็ไม่มีทางที่จะกระทำความผิดตาม มาตรา 286 นี้ได้เลย<sup>57</sup> นอกจากนี้ยังมีคำพิพากษาศาลฎีกาอื่น ๆ อีก ได้แก่

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2555/2521 จำเลยแบ่งรายได้จากหญิงโสเภณีกึ่งหนึ่ง แต่จำเลยมีรายได้จากการรับจ้างซ่อมวิทยุและโทรทัศน์ และค่าเช่าบ้าน ซึ่งไม่ปรากฏว่าไม่พอสำหรับดำรงชีพ จำเลยไม่มีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 286

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 883/2522 จำเลยมีรายได้จากการค้าขาย และทำไร่พอดำรงชีพ แม้ว่าจะได้รับเงินส่วนแบ่งจากหญิงซึ่งค้าประเวณี จำเลยก็ไม่มี ความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 286

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2541/2522 จำเลยยืนอยู่หน้าตึกแถวที่มีประตูเหล็กยึดปิดกัน พร้อมด้วยกุญแจที่ไขประตูเหล็กผ่านเข้าไปในบ้านที่เกิดเหตุ ซึ่งขณะเกิดเหตุมีหญิงหลายคนถูกกักขังอยู่ในบ้านเพื่อร่วมประเวณีกับชาย จำเลยไม่ได้นำสืบว่ามีรายได้เพียงพอจำเลยมีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 286

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2562/2523 การจะถือว่าผู้ใดดำรงชีพอยู่จากรายได้ของหญิงในการค้าประเวณีจะต้องได้ความว่าผู้นั้นไม่มีปัจจัยอย่างอื่น อันปรากฏสำหรับดำรงชีพหรือไม่มีปัจจัยเพียงพอสำหรับดำรงชีพ เมื่อโจทก์ไม่นำสืบถึงความชื่อนี้ก็ลงโทษจำเลยไม่ได้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3706/2527 ฟ้องว่าผู้ใดดำรงชีพอยู่จากรายได้ของหญิงซึ่งค้าประเวณีตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 286 จะต้องได้ความว่าผู้นั้นไม่มีปัจจัยอย่างอื่นสำหรับดำรงชีพ หรือไม่มีปัจจัยอันเพียงพอสำหรับดำรงชีพ ปรากฏว่าโจทก์ไม่นำสืบถึงความชื่อนี้

<sup>57</sup> สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล, "ฎีกาวิเคราะห์ : ชาย (หญิง) แมงดา," วารสารนิติศาสตร์

นี้เลย ข้อเท็จจริงจึงฟังไม่ได้ว่าจำเลยดำรงชีพอยู่จากรายได้ของหญิงซึ่งค้าประเวณี คดีจึงลงโทษจำเลยตามฟ้องของโจทก์ไม่ได้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3942/2530 ความผิดฐานดำรงชีพจากรายได้ของหญิงซึ่งค้าประเวณินั้นจะต้องได้ความว่าผู้นั้นไม่มีปัจจัย อันเพียงพอสำหรับดำรงชีพด้วย เมื่อโจทก์ไม่ได้นำสืบถึงความข้อนี้เลย จึงฟังไม่ได้ว่าจำเลยที่ 1 ดำรงชีพอยู่จากรายได้ของหญิงซึ่งค้าประเวณี จะลงโทษจำเลยที่ 1 สำหรับความผิดฐานนี้ไม่ได้ และเป็นเหตุในส่วนลักษณะคดี ศาลฎีกามีอำนาจพิพากษาไปถึงจำเลยที่ 2 ที่มีได้ฎีกาให้ไม่ต้องรับโทษได้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1208/2535 จำเลยที่ 2 จะมีความผิดตามที่โจทก์ฎีกา โจทก์จะต้องนำสืบให้ได้ความว่าจำเลยที่ 2 อายุกว่าสิบหกปี ดำรงชีพอยู่แม้เพียงบางส่วนจากรายได้ของหญิงซึ่งค้าประเวณี ซึ่งหมายถึงว่าจำเลยที่ 2 ดำรงชีพของตนอยู่ด้วยการอาศัยปัจจัยทั้งหมดหรือแม้เพียงบางส่วนจากรายได้ของหญิงซึ่งค้าประเวณี หากจำเลยที่ 2 ขาดปัจจัยเพียงบางส่วนจากรายได้ของหญิงซึ่งค้าประเวณี จำเลยที่ 2 จะดำรงชีพอยู่ด้วยไม่ได้ หรือจำเลยที่ 2 ไม่มีปัจจัยอย่างอื่นอันปรากฏสำหรับดำรงชีพ หรือไม่มีปัจจัยเพียงพอสำหรับการดำรงชีพและปรากฏว่าจำเลยที่ 2 อยู่ร่วมกับหญิงซึ่งค้าประเวณีหรือสมาคมกับหญิงซึ่งค้าประเวณีคนเดียวหรือหลายคนเป็นอาชิตตามคำฟ้องของโจทก์ ซึ่งในกรณีนี้กฎหมายสันนิษฐานหรือให้ถือว่าผู้นั้นดำรงชีพอยู่จากรายได้ของหญิงซึ่งค้าประเวณี แต่จากข้อเท็จจริงนี้ที่โจทก์นำสืบรับฟังได้ตามคำพิพากษาศาลอุทธรณ์เพียงว่าจำเลยที่ 2 อายุกว่าสิบหกปีกับพวกเป็นผู้จัดหาหญิงผู้ทำการค้าประเวณีเพื่อผู้อื่นเป็นปกติธุระ และจำเลยที่ 2 ได้รับเงินส่วนแบ่งจากรายได้ของหญิงซึ่งค้าประเวณี ข้อเท็จจริงดังกล่าวฟังไม่ได้ว่าจำเลยที่ 2 ดำรงชีพของตนอยู่ได้ด้วยอาศัยปัจจัยแม้เพียงบางส่วนจากรายได้ของหญิงซึ่งค้าประเวณี แล้วจำเลยที่ 2 จะดำรงชีพอยู่ไม่ได้ จำเลยที่ 2 จึงไม่ได้ดำรงชีพอยู่ด้วยรายได้ของหญิงซึ่งค้าประเวณี นอกจากนี้ ศาลอุทธรณ์วินิจฉัยว่าโจทก์ไม่มีพยานนำสืบให้เห็นว่าจำเลยที่ 2 ไม่มีปัจจัยอย่างอื่นปรากฏสำหรับดำรงชีพ หรือไม่มีปัจจัยเพียงพอสำหรับดำรงชีพ โจทก์มิได้ฎีกาโต้แย้ง จึงจะให้ถือว่าจำเลยที่ 2 ดำรงชีพอยู่ด้วยรายได้ของหญิงซึ่งค้าประเวณีไม่ได้ การกระทำของจำเลยที่ 2 ไม่เป็นความผิดตามที่โจทก์ฎีกา

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2719/2541 จำเลยเป็นเจ้าของสถานการค้าประเวณี โดยมีสุราอาหารและเครื่องดื่ม บริการขายแก่ลูกค้า และมีหญิงค้าประเวณีประมาณ 8 คน กินอยู่หลับนอนกับจำเลยในสถานที่ดังกล่าว แม้ฟังศาลฎีกาได้ว่าจำเลยจะต้องได้รับเงินจากการค้าประเวณีเช่นว่านั้น ก็เป็นไปในลักษณะที่จำเลยหารายได้จากการดำเนินกิจการค้าประเวณี ซึ่งมีหญิงโสเภณีเป็นองค์ประกอบในการดำเนินกิจการของจำเลย รายได้ของจำเลยจึงได้จากลูกค้าหรือแขกที่มาเที่ยว มิใช่ได้จากหญิงซึ่งค้าประเวณีโดยตรง จำเลยเป็นหญิงมีสามีซึ่งสามีประกอบอาชีพสุจริต



และบุตรอีก 4 คนที่เป็นผู้ใหญ่แล้ว แม้จำเลยจะไม่มีรายได้จากกิจการค้าประเวณีก็สามารถดำรงชีพอยู่ได้ด้วยการอาศัยสามีหรือบุตร กรณีจึงถือไม่ได้ว่าจำเลยไม่มีปัจจัยอื่นหรือไม่มีปัจจัยอันพอเพียงสำหรับดำรงชีพ และตามพฤติการณ์ที่หญิงซึ่งค้าประเวณีมาอาศัยกินอยู่หลับนอนในสถานค้าประเวณีของจำเลย แม้จำเลยจะกินอยู่หลับนอนในสถานดังกล่าวด้วย จำเลยก็ไม่ใช่เป็นผู้กินอยู่หลับนอน หรือรับเงิน หรือประโยชน์อื่นโดยหญิงซึ่งค้าประเวณีเป็นผู้จัดให้ตามป.อ. มาตรา 286 วรรคสอง (2) การกระทำของจำเลยจึงถือไม่ได้ว่าจำเลยดำรงชีพแม้เพียงบางส่วนจากรายได้ของหญิงซึ่งค้าประเวณี

คำพิพากษาศาลฎีกาที่กล่าวมา ก่อให้เกิดการวิพากษ์วิจารณ์ว่า “เราจะยอมให้ ‘ฐานะทางเศรษฐกิจ’ ของผู้กระทำความผิดมาเป็นตัวกำหนดว่าเป็นความผิดตามมาตรา 286 หรือไม่ เช่นนั้นหรือ” และศาลฎีกาได้ถือเอาการที่จำเลยมีรายได้เพียงพอในการดำรงชีพตามมาตรา 286 วรรคสองหรือไม่ในการกำหนดความผิด ซึ่งหากพิจารณาจากบทบัญญัติตามมาตรา 286 แล้ว จะพบว่าองค์ประกอบความผิดตามมาตรา 286 นี้ อยู่ที่วรรคแรก มิใช่วรรคสอง ซึ่งเป็นเพียงบทสันนิษฐานของกฎหมาย (เรื่องนี้จะขอกล่าวโดยละเอียดในบทที่ 4 ต่อไป) การที่ศาลฎีกาวินิจฉัยเช่นดังที่กล่าวมาจึงมีการกล่าวกันว่า ศาลฎีกาได้นำเอาองค์ประกอบความผิดในมาตรา 286 วรรคแรกไปปะปนกับบทสันนิษฐานของกฎหมายในวรรคสอง “จึงอาจเป็นการรับรองให้ผู้ที่มิอาจมีอาชีพอยู่แล้ว เช่น ตำรวจ ทหาร ข้าราชการ นักธุรกิจ หรือแม้แต่คนตีบสามล้อ สามารถหา “ส่ำไฟ” พิเศษด้วยการเป็นพ่อเล้าหรือแมงดา โดยไม่มีความผิดตามกฎหมาย ทั้ง ๆ ที่การรับรายได้ซึ่งเกิดจากการกระทำอันผิดกฎหมายเป็นความชั่วที่ต้องลงโทษ ซึ่งเป็นเรื่องที่จะต้องให้บุคคลทั้งหลายมีความรังเกียจที่จะรับรายได้อันมิชอบด้วยกฎหมาย โดยเฉพาะที่เบียดเบียนเอามาจากการขายคำของหญิงโสเภณีจึงจะถูกต้องชอบธรรม”<sup>58</sup>

แต่อย่างไรก็ดี การที่ศาลฎีกากล่าวว่าแม้จำเลยจะรับรายได้จากหญิงซึ่งค้าประเวณีก็ไม่ใช่เป็นความผิดนั้น ก็เป็นการวินิจฉัยชัดเจนลงไปว่ามาตรา 286 เป็นการเอาผิดกับผู้ดำรงชีพจากรายได้ของหญิงซึ่งค้าประเวณี มิใช่เป็นการเอาผิดกับผู้รับรายได้จากหญิงโสเภณีเท่านั้น ถึงแม้ว่าการเบียดเบียนหรือแบ่งรายได้จากหญิงโสเภณีเป็นสิ่งที่น่ารังเกียจและควรแก่การลงโทษก็ตาม แต่การลงโทษทางอาญานั้นจะลงได้ก็ต่อเมื่อมีบทบัญญัติของกฎหมายกำหนดไว้โดยชัดแจ้งเท่านั้น<sup>59</sup> หากรัฐมีนโยบายจะเอาโทษแก่ผู้รับเงินหรือรับประโยชน์จากหญิงโสเภณีก็

<sup>58</sup> ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, “ฎีกาวินิจฉัย : การดำรงชีพจากรายได้ของหญิงซึ่งค้าประเวณี,” วารสารนิติศาสตร์ : 617.

<sup>59</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 32 บัญญัติว่า บุคคลจะไม่ต้องรับโทษอาญา เว้นแต่จะได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้อยู่ในเวลาที่กระทำนั้น

ต้องมีการบัญญัติความผิดเรื่องนี้ขึ้นมาก่อน<sup>60</sup> คงเป็นด้วยเหตุผลนี้เองศาลฎีกาจึงได้ตีความไปในทำนองนั้น

นับได้ว่าประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 286 เป็นบทมาตราที่มีความเข้าใจยากเรื่องหนึ่งในปัจจุบัน เนื่องมาจากบางครั้งยังติดแน่นอยู่กับความคิดเห็นเดิม ๆ โดยเฉพาะการที่ศาลฎีกายังคงวินิจฉัยในเรื่องดังกล่าวโดยยึดแนวเดิมเป็นบรรทัดฐานที่มีมาตามหลักละติน stare decisis (แปลว่า ยึดมั่นกับสิ่งที่ได้ตัดสินไว้แล้ว to stand by things decided อันเป็นรากฐานของความคิดเรื่องคดีบรรทัดฐาน)<sup>61</sup> การตีความหมายแบบนี้ทำให้กฎหมายไม่เกิดการพัฒนา เพราะถ้าหากยึดหลักหรือถือตามกันมาซึ่งจะทำให้เกิดความแข็งกระด้าง (rigid) ไม่เหมาะกับสมัยและสภาพของสังคมที่มีความเปลี่ยนแปลงไปอย่างรวดเร็ว

---

บัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่บุคคลนั้นจะหนักกว่าโทษที่กำหนดไว้ในกฎหมายที่ใช้อยู่ในเวลาที่กระทำความผิดมิได้

ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 2 บัญญัติว่า บุคคลจะต้องรับโทษในทางอาญาต่อเมื่อได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้ในขณะกระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดนั้นต้องเป็นโทษที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย

ฯลฯ .

<sup>60</sup> โสภณ รัตนากร, "ความผิดฐานดำรงชีพอยู่ด้วยรายได้ของหญิงซึ่งค้าประเวณี," วารสารนิติศาสตร์ : 242.

<sup>61</sup> พิชัยศักดิ์ ทรายางกูร, พจนานุกรมการอนุญาโตตุลาการพร้อมตรรกษานิติภาษา เพื่อการหาคำและรายชื่อกับที่อยู่ของสถาบันอนุญาโตตุลาการ (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์สามย่านวิทย์พัฒนา, 2540), หน้า 182.