

วิทยานิพนธ์ เรื่องความผิดฐานดำรงชีพด้วยรายได้ของหญิงซึ่งค้าประเวณี
:ศึกษาการตีความกฎหมายอาญาของศาลไทย

ภัทรวดี วงศ์วัฒน์นะ

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต
สาขาวิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์

พ.ศ 2548

ISBN 974-9746-68-6

**Offence of Subsists on The Earnings of The Prostitute: Study on
The Criminal Law Interpretation of The Thai Law**

Patharavadee Wongwathana

**A Thesis submitted in Partial Fulfillment of the Requirements
for the Degree of Master of Laws
Department of Law
Graduate School , Dhurakij Pundit University**

2005

ISBN 974-9746-68-6

กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จเรียบร้อยลงได้ด้วยความกรุณาจาก รองศาสตราจารย์ ดร.ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ ที่ได้กรุณาสละเวลารับเป็นที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ให้กับผู้เขียน นอกจากนี้ยังได้กรุณาให้คำแนะนำ ให้คำปรึกษาตอบข้อซักถาม ตลอดจนช่วยตรวจสอบท้วงติงในการทำวิทยานิพนธ์ของผู้เขียน ทำให้วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลุล่วงลงได้ ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณท่านอาจารย์ไว้ ณ.ที่นี้

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณศาสตราจารย์ดร.ไพศิษฐ์ พิพัฒน์กุล ที่ท่านได้ให้เกียรติสละเวลารับเป็นประธานกรรมการ ขอกราบขอบพระคุณ รองศาสตราจารย์วีระพงษ์ บุญโญภาส รองศาสตราจารย์ ดร.สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล และ รองศาสตราจารย์ ดร.อุดม รัฐอมฤต ที่กรุณารับเป็นกรรมการในการสอบวิทยานิพนธ์ของผู้เขียนตลอดจนกรุณาชี้แนะ และแก้ไขจนวิทยานิพนธ์ฉบับนี้สมบูรณ์และเรียบร้อยด้วยดี

ส่วนดีของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ผู้เขียนขอมอบบูชาพระคุณแก่ บิดา มารดา ครอบครัว ครูบา อาจารย์ของผู้เขียน ที่อบรมสั่งสอนและเป็นกำลังใจสนับสนุนผู้เขียนตลอดมา ส่วน ข้อบกพร่องทั้งหมด ผู้เขียนขอน้อมรับไว้แต่เพียงผู้เดียว.

ภัทรวดี วงศ์วัฒน์

สารบัญ

หน้า

| | |
|---------------------------------------------------------------------------------------|----|
| บทคัดย่อภาษาไทย | ๗ |
| บทคัดย่อภาษาอังกฤษ..... | ๗ |
| กิตติกรรมประกาศ..... | ๗ |
| บทที่ | |
| 1 บทนำ..... | 1 |
| 1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา..... | 1 |
| 2. วัตถุประสงค์ของการศึกษา..... | 3 |
| 3. สมมุติฐานของการศึกษา..... | 3 |
| 4. ขอบเขตในการศึกษา..... | 3 |
| 5. ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ..... | 4 |
| 2. ความคิดฐานดำรงชีพด้วยรายได้ของหญิงซึ่งค้าประเวณีตามกฎหมายปัจจุบัน | 5 |
| 1. สาระสำคัญในการบัญญัติความคิดฐานดำรงชีพด้วยรายได้ของหญิงซึ่งค้าประเวณี...6 | |
| 2. กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการค้าประเวณี..... | 12 |
| 2.1 พระราชบัญญัติสัญจร โรคร.ศ 127 | 13 |
| 2.2 พระราชบัญญัติปรามการค้าประเวณี พ.ศ 2503..... | 15 |
| 2.3 พระราชบัญญัติป้องกันและปรามปรามการค้าประเวณี พ.ศ.2539 | 16 |
| 2.4 พระราชบัญญัติมาตรการในการป้องกันและปรามปรามการค้าหญิง และเด็กพ.ศ 2540..... | 18 |
| 2.5 ประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ 2499 | 20 |
| 3. ความคิดฐานดำรงชีพอยู่ด้วยรายได้ของหญิงซึ่งค้าประเวณี ของศาลไทย..... | 24 |
| 3.1 องค์ประกอบความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 286..... | 24 |
| 3.2 ข้อสันนิษฐานของกฎหมาย..... | 25 |
| 3.3 การตีความความคิดฐานดำรงชีพอยู่ด้วยรายได้ของหญิงซึ่งค้าประเวณี ของศาลไทย | 27 |
| 3. ลักษณะ “การดำรงชีพ” อยู่ด้วยรายได้ของผู้ซึ่งค้าประเวณีตาม กฎหมายต่างประเทศ..... | 31 |
| 1. ความคิดฐานดำรงชีพอยู่ด้วยรายได้ของผู้ซึ่งค้าประเวณีในประเทศอังกฤษ..... | 31 |
| 2. ความคิดฐานดำรงชีพอยู่ด้วยรายได้ของผู้ซึ่งค้าประเวณีในประเทศสหรัฐอเมริกา.... | 41 |

สารบัญ (ต่อ)

| | หน้า |
|-----------------------------------------------------------------------------|------|
| 3. ความผิดฐานดำรงชีพอยู่ด้วยรายได้ของผู้ซึ่งค้าประเวณีในประเทศฝรั่งเศส..... | 49 |
| 4. วิเคราะห์การใช้และการตีความกฎหมาย มาตรา 286 ของศาลไทย..... | 51 |
| 1. การใช้และตีความกฎหมายโดยทั่วไป..... | 51 |
| 1.1 หลักการตีความกฎหมายทั่วไป..... | 53 |
| 1.2 หลักการตีความกฎหมายอาญา..... | 57 |
| 1.3 แนวคิดของนักนิติศาสตร์..... | 65 |
| 2. แนวทางการตีความความผิดฐานดำรงชีพอยู่ด้วยรายได้ของหญิงซึ่งค้าประเวณี...68 | |
| 5. บทสรุปและข้อเสนอแนะ..... | 73 |
| บรรณานุกรม..... | 77 |
| ภาคผนวก..... | 82 |
| ภาคผนวกที่ 1..... | 83 |
| ภาคผนวกที่ 2..... | 99 |
| ภาคผนวกที่ 3..... | 107 |
| ภาคผนวกที่ 4..... | 113 |
| ภาคผนวกที่ 5..... | 121 |
| ประวัติผู้เขียน..... | 136 |

หัวข้อวิทยานิพนธ์

ความผิดฐานดำรงชีพด้วยรายได้ของหญิงซึ่งค้า

ประเวณี : ศึกษาการตีความกฎหมายอาญา
ของศาลไทย

ชื่อนักศึกษา

ภัทรวดี วงศ์วัฒน์

อาจารย์ที่ปรึกษา

รศ.ดร.ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ

สาขาวิชา

นิติศาสตร์

ปีการศึกษา

2548

บทคัดย่อ

ความผิดฐานดำรงชีพอยู่ด้วยรายได้ของหญิงซึ่งค้าประเวณี ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 286 ไม่สามารถนำบทบัญญัติมาลงโทษผู้ที่รับส่วนแบ่งแม่เพียงบางส่วนจากรายได้ของหญิงซึ่งค้าประเวณี เนื่องจากศาลพิพากษายกฟ้องเสมอ

ในการวิจัยเรื่องนี้มีจุดมุ่งหมายที่จะศึกษาลักษณะ “การดำรงชีพ” ซึ่งเป็นองค์ประกอบภายนอกความผิดว่า มีการกระทำเช่นไรที่กฎหมายบัญญัติเป็นความผิดโดยนำหลักการตีความกฎหมายอาญา มาตรา 2 มาพิจารณาประกอบเพื่อหาหลักเกณฑ์ทางกฎหมายที่แน่นอนจากบทบัญญัตินั้น แล้วนำหลักเกณฑ์ของบทบัญญัติที่ได้จากการตีความกฎหมายมาปรับใช้ลงโทษผู้กระทำความผิดได้อย่างถูกต้องและวิเคราะห์คำพิพากษาของศาลฎีกาตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน เพื่อหาสาเหตุและการตีความปรับใช้กฎหมายของศาลฎีกาที่ไม่สามารถนำผู้ที่รับส่วนแบ่งแม่เพียง บางส่วนจากรายได้ของหญิงซึ่งค้าประเวณีมาลงโทษ อีกทั้งได้นำความผิดฐานนี้ไปเปรียบเทียบกับกฎหมายของประเทศอังกฤษ สหรัฐอเมริกา และฝรั่งเศส ว่า มีลักษณะ “การดำรงชีพ” เช่นไร อันเป็นการกระทำที่กฎหมายบัญญัติเป็นความผิด

จากการศึกษาวิจัยพบว่าหากนำความผิดฐานดำรงชีพอยู่ด้วยรายได้ของหญิงซึ่งค้าประเวณี ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 286 มาตีความตามตัวอักษรและตีความตามเจตนารมณ์ในการบัญญัติกฎหมาย เพื่อค้นหาลักษณะประกอบความผิดพบว่า กฎหมายบัญญัติต้องประกอบความผิดไว้ในวรรคแรก ความว่า “ผู้ใดอายุกว่าสิบหกปีดำรงชีพอยู่แม่เพียงบางส่วนจากรายได้ของหญิงซึ่งค้าประเวณีต้องระวางโทษ...” ส่วนวรรคสอง เป็นเพียงข้อสันนิษฐานของกฎหมายที่แสดงให้เห็นว่า การกระทำเช่นไรมีลักษณะเป็น การ “ดำรงชีพ” หรือการกระทำที่เป็น “แมงดา” ตามวรรคแรก แต่ศาลฎีกาวินิจฉัยลักษณะ “การดำรงชีพ” ว่า หากจำเลยขาดปัจจัยแม่เพียง บางส่วนจากรายได้ของหญิงซึ่งค้าประเวณีจำเลยจะดำรงชีพอยู่ไม่ได้ โดยศาลเห็นว่า โจทก์ต้องเป็น

ฝ่ายนำพยานเข้าสืบให้ปรากฏว่า จำเลยไม่มีปัจจัยอย่างอื่นอันปรากฏสำหรับดำรงชีพ หรือไม่มีปัจจัยอันพอเพียงสำหรับดำรงชีพ หากข้อเท็จจริงปรากฏว่า จำเลยมีอาชีพและรายได้อื่น หรือจำเลยไม่มีอาชีพอื่นแต่สามมี บุตรของจำเลยมีอาชีพและรายได้อื่น แม้จำเลยจะรับส่วนแบ่งแม้เพียงบางส่วนจากรายได้ของหญิงซึ่งค้าประเวณี จำเลยไม่มีความผิดตาม มาตรา 286 คำวินิจฉัยของศาลฎีกาเป็นการนำข้อสันนิษฐานในวรรค 2 มาวินิจฉัยของคํ่าประกอบความผิด ดังนั้นการตีความและปรับใช้กฎหมายของศาลเป็นการตีความอย่างแคบที่ยึดติดกับลักษณะ “การดำรงชีพ” แต่เดิมของชายแมงดาที่ไม่มีอาชีพอื่น นอกจากรับรายได้จากหญิงนครโสเภณีเพื่อดำรงชีพเท่านั้น ทำให้ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า ผู้รับส่วนแบ่งจากรายได้ของหญิงซึ่งค้าประเวณีต้องไม่มีอาชีพ และรายได้อื่น นอกจากรับรายได้จากหญิงนครโสเภณีเพื่อดำรงชีพเท่านั้น

เมื่อนำองค์ประกอบความผิดตาม มาตรา 286 และคำพิพากษาศาลฎีกาไปศึกษาเปรียบเทียบกับความผิดฐานอาศัยอยู่ด้วยรายได้ของผู้ซึ่งค้าประเวณีตามกฎหมายของประเทศอังกฤษ, สหรัฐอเมริกา ฝรั่งเศส และคำพิพากษาที่พิพากษาไว้เป็นบรรทัดฐานพบว่า มีองค์ประกอบความผิดที่เหมือนกัน คือ ผู้กระทำความผิดต้องรับรายได้ทั้งหมดหรือบางส่วนจากผู้ซึ่งค้าประเวณี โดยรู้ว่าผู้นั้นเป็นหญิงโสเภณีมีความผิดแล้ว อีกทั้งในการบัญญัติความผิดฐานนี้มีเจตนารมณ์ที่เหมือนกัน คือ เพื่อต้องการคุ้มครองหญิง หรือชายผู้ค้าประเวณีไม่ให้ถูกเอารัดเอาเปรียบจากผู้หาประโยชน์จากการค้าประเวณี แต่การตีความและปรับใช้กฎหมายต่างกัน คือ ศาลต่างประเทศลงโทษผู้รับรายได้ หรือส่วนแบ่งจากชาย หรือหญิงผู้ค้าประเวณี ผู้จัดบุคคล ผู้ชักชวนบุคคลให้อยู่ในสถานการค้าประเวณีเพื่อให้ค้าประเวณี นอกจากนี้ศาลประเทศอังกฤษได้ ตีความ ความหมาย “อาศัยอยู่ด้วยรายได้ของการค้าประเวณี” ออกไปให้รวมถึง การที่จำเลยให้หญิงเช่าห้องในราคาที่สูงกว่าปกติ โดยรู้ว่าหญิงนั้นเป็นโสเภณี จำเลยจัดทำสติ๊กเกอร์ หนังสือที่มีชื่อ ที่อยู่ เบอร์โทรศัพท์ และการให้บริการของหญิงโสเภณี เป็นการกระทำความผิดฐานอาศัยอยู่ด้วยรายได้ของผู้ซึ่งค้าประเวณี เนื่องจากศาลอังกฤษเห็นว่า การกระทำดังกล่าวมีส่วนเอื้ออำนวยให้เกิดการค้าประเวณีอันเป็นสิ่งที่กฎหมายห้ามและเกิดรายได้ที่ผิดศีลธรรม เท่ากับศาลอังกฤษไม่ต้องการจำกัด ลักษณะ “การดำรงชีพ” อยู่เพียงการ “อาศัยอยู่” หรือต้องอยู่ด้วยรายได้จากการค้าประเวณีโดยสิ้นเชิงเท่านั้น จึงเห็นได้ว่าการตีความและปรับใช้กฎหมายของศาลต่างประเทศเป็นการตีความตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย

ดังนั้น ความผิดฐานดำรงชีพอยู่ด้วยรายได้ของหญิงซึ่งค้าประเวณี ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 286 บัญญัติไว้ชัดเจนแล้ว การที่ไม่สามารถนำกฎหมายมาใช้บังคับลงโทษผู้รับส่วนแบ่ง หรือรายได้จากหญิงซึ่งค้าประเวณี เป็นเพราะการตีความกฎหมายที่มีส่วนสำคัญต่อการปรับใช้กฎหมาย หากตีความกฎหมายอาญาโดยคำนึงถึงหลักการตีความตามตัวอักษร และเจตนารมณ์ของกฎหมายจะทำให้สามารถปรับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นให้เข้ากับข้อกฎหมายได้อย่าง ถูกต้องโดยไม่ต้องบัญญัติกฎหมายขึ้นใหม่

Thesis Title

**Offence of Subsists on the earnings of the
prostitute : Study on The Criminal law interpretation
of the Thai Court**

Name

Patharavadee Wongwathana

Thesis Advisor

Assoc. Prof. Dr. Twekiat Menakanist

Department

Law

Academic Year

2005

Abstract

An offense pertaining to subsistence on earnings of a prostitute under section 286 of the Penal Code of Thailand is not a provision that is able to enforce upon a recipient of such earnings, even if it is a part of earnings, because the court always dismisses a case.

This thesis is aimed at studying a nature of “the subsistence on earnings” as an external element of a criminal law by taking into consideration of the criminal law under section 2 of the Penal Code in order to find and apply the specific rules yielded, provided that, for a purpose of a correct enforcement of law. Besides, the judgments from the past to the present are analyzed in order to find the reason and the interpretation of law of the Supreme Court on an incapability to enforce thereupon, and the natures of subsistence on earnings of the English, American and French laws are also compared with the Thai law.

From the studies, it was found that, by means of the interpretation of the offense pertaining thereto under section 286 of the Penal Code by letters and by an intention of law, the offense element is already prescribed in the first paragraph of section 286 of the Penal Code that “any person being over sixteen years of age, subsists on the earnings of a prostitute , even it is a part of her incomes, shall be punished with...”, and the second paragraph is only an assumption of the actions that are regarded as “the subsistence on earnings” and “a pimp” according to the first paragraph. However, the nature of the subsistence on earnings is adjudicated by the Supreme Court that it must be a case where the defendant cannot make his/her living because he/she lacks of the means of subsistence, even in part, and the prosecutor must produce the witnesses in order to prove that the defendant has no or enough means of subsistence. If the fact appears that the

defendant has other occupations or earnings or the defendant has no occupations, but his/her spouse or offspring has other occupations and earnings, the defendant is not guilty under section 286, although he/she receives a share of earnings partly from the prostitute. The assumption in the second paragraph is applied to the offense element in such judgment by the Supreme Court. As a result, it is regarded that the Supreme Court interprets and applies the law narrowly by sticking to the old nature of “the subsistence on earnings” in the past in which the pimp has no other occupations except the shares derived from earnings of the prostitute woman.

The offense element and the intention of the law on this kind of offense according to the offense element under section 286 of the Penal Code and the judgment of the Supreme Court are the same as the offense pertaining to subsistence on earnings of a prostitute under the English, American and French laws and their precedent judgments, in which the offender is guilty if he/she receives the earnings from the prostitute, either in part or in whole and knows that such person is the prostitute, and this provision is also stipulated with the intention to protect a prostitute woman or man from being taking advantage of the prostitution. On the contrary, the interpretation and application of this kind of offense are different because the foreign court adheres strongly to the intention of the law as can be seen in the cases where a recipient of the earnings or a part of earnings from the prostitute woman or man or a person who provides or induces other persons to be in the brothel for prostitution proposes is punished by the foreign court. In addition, the English court also interprets the meaning of “the subsistence on earnings of the prostitution” by including the fact that the defendant hires out his room to the woman in an unusually high price and knows that such woman is the prostitute or the fact that the defendant makes a sticker, a book with a name, an address, a telephone number and the provision of prostitution service. The English court regards that such actions allow the prostitution which is an illegal action and an immoral earnings. As such, the nature of “making a living” of the English court is not limited only to the subsistence on earnings of the prostitution.

In conclusion, the offense pertaining to subsistence on earnings of a prostitute is evidently prescribed by section 286 of the Penal Code, the incapability to punish the offender results from the legal interpretation. There is no need to legislate a new law, if the criminal law is interpreted in favor of the letters and the intention of law.

บทที่ 1

บทนำ

1. ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

ความผิดฐานดำรงชีพอยู่ด้วยรายได้ของหญิงค้าประเวณี บัญญัติขึ้นเป็นครั้งแรก ในประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2499 ลักษณะ 9 หมายความว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับเพศ มาตรา 286 เนื่องจากเห็นว่า เป็นการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศอย่างหนึ่ง มีวัตถุประสงค์ที่จะเอาผิดกับชายที่ได้รับเงิน หรือประโยชน์จากการค้าประเวณีของหญิง กฎหมายมุ่งที่จะคุ้มครองหญิงไม่ให้ถูกเบียดเบียน เอารัดเอาเปรียบ อันเป็นการกระทำที่ผิดศีลธรรม นับตั้งแต่ได้มีการใช้กฎหมายอาญาฉบับนี้จนถึงปัจจุบัน ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติม ความผิดฐานดำรงชีพอยู่ด้วยรายได้ของหญิงซึ่งค้าประเวณี ถึง 2 ครั้ง โดยการเพิ่มบทลงโทษให้หนักขึ้น อีกทั้งให้ผู้กระทำความผิดต้องมีอายุตั้งแต่ 16 ปี ขึ้นไปและไม่ได้มีแต่เฉพาะชายเท่านั้น แต่รวมถึงหญิงด้วยเพื่อให้ผู้กระทำความผิดเกิดความเกรงกลัวไม่กล้ากระทำความผิดอีก การแก้ไขดังกล่าวไม่ได้ทำให้กฎหมายมาตรานี้สามารถนำมาบังคับใช้ลงโทษบุคคลผู้ดำรงชีพแม้เพียงบางส่วนจากรายได้ของหญิงซึ่งค้าประเวณีได้แต่อย่างใด เป็นเพราะศาลฎีกาตีความโดยถือเอาข้อเท็จจริงที่จำเลยมีรายได้เพียงพอสำหรับการดำรงชีพหรือไม่ ในการวินิจฉัยความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 286 ว่า หากผู้กระทำความผิดเป็นผู้ประกอบอาชีพอื่นอยู่แล้ว แม้ว่าผู้นั้นจะรับส่วนแบ่งเพียงบางส่วนจากรายได้ของหญิงซึ่งค้าประเวณี ศาลฎีกาถือว่าจำเลยมีรายได้เพียงพอแล้ว การกระทำของจำเลยไม่เป็นความผิดตามมาตรา 286 ไม่อาจลงโทษฐานดำรงชีพอยู่ด้วยรายได้ของหญิงค้าประเวณี หรือฐานเป็นแมงดาได้เลย ศาลฎีกาพิจารณาเห็นว่า ผู้นั้นมี “ปัจจัยอันพอเพียงสำหรับดำรงชีพ” เท่ากับศาลฎีการับรองให้ผู้ที่มิอาชีพอยู่แล้ว เช่น ตำรวจ ทหาร ข้าราชการ นักการเมือง นักธุรกิจ หรือ แม้แต่คนถือสามล้อ สามารถหา “ลำไพ้” พิเศษ ด้วยการเป็นพ่อเล้าหรือแมงดา โดยไม่มีความผิดตามกฎหมายอาญา มาตรา 286 ทั้งๆ ที่เป็นการรับรายได้ของหญิงซึ่งค้าประเวณี อันเป็นการกระทำที่กฎหมายบัญญัติเป็นความผิด สมควรต้องถูกลงโทษ¹ การตีความ มาตรา 286 ของศาลฎีกาดังกล่าว

¹ ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ . “ฎีกาวิเคราะห์ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1208/2535 การดำรงชีพจากรายได้ของหญิงค้าประเวณี (มาตรา 286)”. วารสารนิติศาสตร์ . ปีที่ 22 , ฉบับที่ 4 . ธันวาคม 2535, หน้า 617.

ทำให้เกิดช่องว่างของกฎหมายเป็นผลให้เมื่อฟ้องให้จำเลยรับผิดชอบดำรงชีพอยู่ด้วยรายได้ของหญิงซึ่งค่าประเวณีรวมมากับข้อหาอื่น และมีข้อเท็จจริงที่เหมือนกันเกิดขึ้น ศาลชั้นต้นจะพิจารณาพิพากษาตามแนวบรรทัดฐานของคำพิพากษาศาลฎีกาที่ได้พิพากษาไว้ว่า การที่จำเลยมีอาชีพและรายได้อื่นแสดงว่าจำเลยมีปัจจัยอย่างอื่นอันปรากฏสำหรับดำรงชีพหรือมีปัจจัยอันเพียงพอสำหรับดำรงชีพไว้แล้วพิพากษายกฟ้องความผิดฐานดำรงชีพอยู่ด้วยรายได้ของหญิงค่าประเวณีนั้นเสีย

การตีความกฎหมายอาญาโดยผู้พิพากษาหรือศาล ซึ่งเป็นผู้ใช้กฎหมายมีส่วนสำคัญต่อการใช้กฎหมาย เนื่องจากศาลยุติธรรมมีหน้าที่พิจารณาข้อเท็จจริงที่ผู้กระทำผิดได้กระทำขึ้นแล้วนำกฎหมายที่รัฐบัญญัติไว้มาปรับใช้กับปัญหาที่เกิดขึ้น ศาลจะเป็นผู้ตีความกฎหมายเพื่อนำบทบัญญัติกฎหมายนั้นๆ ไปปรับใช้เข้ากับข้อเท็จจริงได้อย่างถูกต้อง ซึ่งการพิจารณาดังกล่าวจะต้องอาศัยหลักการตีความกฎหมาย

ในหลักเรื่องการตีความกฎหมายศาลพึงตีความไปในทางที่มีความหมายอันสมควรและมีใช้ตีความไปในทางที่ไม่ควรจะเป็น หรือบังเกิดผลประหลาด (manifest absurdity) ถ้าการตีความตามตัวอักษรของบทบัญญัติกฎหมายแล้วบังเกิดผลประหลาด ผู้ตีความกฎหมายย่อมต้องไต่หาเจตนารมณ์อันแท้จริงของบทบัญญัติกฎหมายนั้นๆ ว่าประสงค์อะไร ซึ่งโดยปกติแล้วย่อมได้แก่ ความอยู่รอดของสังคม และความเที่ยงธรรมแก่คู่ความทุกฝ่าย²

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะได้ศึกษากรณี การกระทำที่เป็นความผิดฐานดำรงชีพอยู่ด้วยรายได้ของหญิงค่าประเวณี ว่า มีเจตนารมณ์ในการบัญญัติกฎหมายมาตรานี้อย่างไร และมีจุดมุ่งหมายที่จะคุ้มครองใคร โดยนำแนวคำพิพากษาศาลฎีกาที่ได้พิพากษาความผิดฐานนี้ไว้แล้วไปเปรียบเทียบลักษณะขอบเขต “การดำรงชีพ” ในกฎหมายต่างประเทศที่ได้พิพากษาไว้มาพิจารณาประกอบกับหลักการตีความกฎหมายอาญาให้เข้าใจ เพื่อให้ทราบสาเหตุที่แท้จริงของศาลฎีกาที่ไม่สามารถนำกฎหมายมาตรานี้มาบังคับใช้ลงโทษผู้รับรายได้เพียงบางส่วนจากหญิงซึ่งค่าประเวณีและความแตกต่างจากคำพิพากษาของศาลในต่างประเทศที่ได้วินิจฉัยความผิดฐานนี้ไว้ นอกจากนี้ยังทำให้ทราบหลักเกณฑ์การตีความกฎหมายเพื่อเป็นแนวทางในการปรับข้อเท็จจริงให้เข้ากับข้อกฎหมายได้อย่างถูกต้องเมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้นในอนาคตโดยไม่ต้องแก้ไขกฎหมาย หรือบัญญัติกฎหมายขึ้นใหม่

² ประมวลจริยธรรมข้าราชการตุลาการ .โดยคณะกรรมการตุลาการ พิมพ์ครั้งที่ 1 . หก. โรงพิมพ์ชวนพิมพ์ .ม.ป.ป., หน้า 28.

2. วัตถุประสงค์ของการศึกษา

1. เพื่อศึกษาถึงเจตนารมณ์ที่แท้จริงในการบัญญัติความผิดฐานดำรงชีพอยู่ด้วยรายได้ของหญิงซึ่งค้าประเวณี ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 286 ให้เข้าใจองค์ประกอบความผิดว่าแท้จริงแล้ว การกระทำเช่นไรมีลักษณะ “การดำรงชีพ” อันเป็นการกระทำที่กฎหมายบัญญัติเป็นความผิดเพื่อเป็นแนวทางที่จะนำกฎหมายมาตรานี้มาบังคับใช้ลงโทษได้อย่างถูกต้องตามเจตนารมณ์ของกฎหมายในอนาคต โดยนำไปศึกษาเปรียบเทียบลักษณะ “การดำรงชีพ” อยู่ด้วยรายได้ของผู้ซึ่งค้าประเวณีตามกฎหมายต่างประเทศว่ามีกรกระทำและขอบเขตเช่นไรที่กฎหมายบัญญัติเป็นความผิด

2 เพื่อศึกษาสาเหตุที่ไม่สามารถนำบทบัญญัติ มาตรา 286 มาบังคับใช้ลงโทษผู้รับรายได้ หรือส่วนแบ่งจากหญิงซึ่งค้าประเวณีโดยพิจารณาจากคำพิพากษาศาลฎีกา ตั้งแต่อดีตถึงปัจจุบัน

3. ศึกษาหลักการตีความกฎหมายในต่างประเทศ และหลักการตีความกฎหมายไทย เพื่อนำหลักเกณฑ์การตีความกฎหมายมาใช้ตีความกฎหมายให้มีความหมายที่ชัดเจนและนำบทบัญญัติกฎหมายไปปรับใช้ให้เข้ากับข้อเท็จจริงได้อย่างถูกต้อง เมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้น

3. สมมติฐานของการศึกษา

ความผิดฐานดำรงชีพอยู่ด้วยรายได้ของหญิงซึ่งค้าประเวณี ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 286 ไม่สามารถนำมาบังคับใช้ลงโทษผู้รับรายได้แม้เพียงบางส่วนจากหญิงซึ่งค้าประเวณีแต่อย่างใด เนื่องจากศาลฎีกามีคำพิพากษาเป็นบรรทัดฐานว่า ผู้รับรายได้แม้เพียงบางส่วนจากหญิงซึ่งค้าประเวณี หากเป็นผู้มีอาชีพอื่นอยู่แล้วจะไม่ถูกลงโทษฐานดำรงชีพอยู่ด้วยรายได้ของหญิงซึ่งค้าประเวณี เพราะศาลฎีกาถือว่าผู้กระทำผิดมี “ปัจจัยอันพอเพียงสำหรับดำรงชีพ” การตีความกฎหมาย มาตรา 286 ของศาลฎีกาน่าจะไม่ตรงกับหลักการตีความกฎหมายและตามเจตนารมณ์ในการบัญญัติกฎหมายทำให้เกิดกฎหมายเกิดช่องว่างและเป็นช่องทางให้เกิดการกระทำ ความผิดโดยไม่ต้องถูกลงโทษ จึงควรศึกษาค้นคว้าหาหลักเกณฑ์การตีความกฎหมายที่ถูกต้องและเจตนารมณ์ที่แท้จริงในการบัญญัติความผิดฐานดำรงชีพอยู่ด้วยรายได้ของหญิงซึ่งค้าประเวณี เพื่อนำไปสู่การบังคับใช้ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 286 ได้อย่างถูกต้องตามความหมายที่แท้จริง

4. ขอบเขตของการศึกษา

ขอบเขตของการศึกษาปัญหานี้ คือ ศึกษาองค์ประกอบความผิดฐานดำรงชีพอยู่ด้วยรายได้ของผู้ซึ่งค้าประเวณี และสาเหตุที่ไม่สามารถนำ มาตรา 286 มาบังคับใช้ลงโทษผู้ที่รับรายได้ หรือประโยชน์จากหญิงโสเภณี ทั้งที่รู้อยู่ว่า เป็นรายได้ที่ได้มาจากการกระทำที่กฎหมายห้าม โดยศึกษาขอบเขตและลักษณะ “การดำรงชีพ” ของกฎหมายต่างประเทศที่ได้มีคำพิพากษาไว้ประกอบกับทฤษฎีหลักการตีความกฎหมายโดยทั่วไป และหลักการตีความกฎหมายอาญาพร้อมกับความเห็นของนักนิติศาสตร์ เพื่อนำไปวิเคราะห์ประกอบกับคำพิพากษาศาลฎีกาที่ได้วินิจฉัยความผิดฐานนี้ว่า คำวินิจฉัยของศาลฎีกาถูกต้องตามหลักการตีความกฎหมายหรือไม่ โดยนำไปศึกษาเปรียบเทียบกับความผิดฐานดำรงชีพอยู่ด้วยรายได้ของหญิงซึ่งค้าประเวณีของประเทศอังกฤษ อเมริกา ซึ่งเป็นประเทศที่ไม่อนุญาตให้อาชีพโสเภณีเป็นอาชีพที่ชอบด้วยกฎหมาย และประเทศฝรั่งเศส ที่ยอมรับอาชีพโสเภณีเป็นอาชีพที่ชอบด้วยกฎหมาย ว่า ลักษณะ “การดำรงชีพ” ในความผิดฐานเป็นแมงดา มีการกระทำเช่นไรที่กฎหมายบัญญัติเป็นความผิด

5. ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับจากการวิจัย

1. เพื่อทราบลักษณะและขอบเขต “การดำรงชีพ” จากรายได้ของหญิงค้าประเวณีว่า มีการกระทำเช่นไรที่กฎหมายบัญญัติเป็นความผิด และเพื่อทราบองค์ประกอบความผิด ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 286 อีกทั้งได้คำอธิบายหลักเกณฑ์การพิจารณาองค์ประกอบความผิดมาตรานี้ให้ชัดเจนขึ้น

2. เพื่อทราบสาเหตุข้อบกพร่องการตีความประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 286 ของศาลฎีกาที่ไม่ถูกต้องตามหลักการตีความกฎหมายอาญา มีผลทำให้ไม่อาจนำมาตรานี้มาบังคับใช้ลงโทษผู้ที่รับส่วนแบ่งเพียงบางส่วนจากรายได้ของหญิงซึ่งค้าประเวณีได้แต่อย่างใด

3. เพื่อทราบหลักเกณฑ์การตีความกฎหมายอาญาให้ถูกต้องและทราบเจตนารมณ์ในการบัญญัติกฎหมาย มาตรา 286

4. เพื่อนำหลักเกณฑ์การตีความกฎหมายอาญาไปใช้เป็นแนวทางในการปรับข้อเท็จจริงให้เข้ากับข้อกฎหมายได้อย่างถูกต้อง โดยรัฐไม่ต้องบัญญัติกฎหมายขึ้นใหม่ หรือแก้ไขกฎหมายเมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้นใหม่ในอนาคตทำให้กฎหมายเกิดความยืดหยุ่นและเป็นธรรมสามารถควบคุมอาชญากรรมได้อย่างมีประสิทธิภาพ อันจะนำมาซึ่งความสุขของสังคมในการพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมต่อไป

บทที่ 2

ความผิดฐานดำรงชีพอยู่ด้วยรายได้ของหญิงซึ่งค้าประเวณีตามกฎหมายปัจจุบัน

ความผิดฐานดำรงชีพอยู่ด้วยรายได้ของหญิงซึ่งค้าประเวณี จะมีไม่ได้ถ้าไม่มีหญิงนครโสเภณี “นครโสเภณี” แปลว่า หญิงงามเมือง ในขณะที่ประเทศไทยมีกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ 127 ออกใช้บังคับ กฎหมายดังกล่าวไม่มีบทบัญญัติความผิดฐานดำรงชีพอยู่ด้วยรายได้ของหญิงซึ่งค้าประเวณี หรือ ความผิดฐานเป็นแมงดาแต่อย่างใด กฎหมายฉบับแรกที่ใช้บังคับหญิงนครโสเภณีในขณะนั้น คือ พระราชบัญญัติป้องกันสัจจรโรค ร.ศ 127 มีบทบัญญัติ รวม 30 มาตรา กฎหมายฉบับนี้ยอมรับอาชีพหญิงโสเภณีเป็นอาชีพที่ชอบด้วยกฎหมาย มีจุดมุ่งหมายที่จะควบคุมไม่ให้เกิดโรคระบาดอันเกิดจากการค้าประเวณี และการทะเลาะวิวาททำให้ต้องควบคุมการค้าประเวณี โดยบังคับให้มีการจดทะเบียนออกใบอนุญาตและเรียกเก็บค่าธรรมเนียมใบอนุญาตกับนายโรงหญิงนครโสเภณี และตัวหญิงโสเภณี หากฝ่าฝืนจะถูกลงโทษ พร้อมกันนี้ได้เกิดอาชีพแมงดาควบคู่ไปกับอาชีพหญิงโสเภณีด้วย ต่อมาพระราชบัญญัติป้องกันสัจจรโรค ร.ศ 127 ได้ถูกยกเลิกโดยพระราชบัญญัติปราบการค้าประเวณี พ.ศ 2503

พระราชบัญญัติปราบการค้าประเวณี พ.ศ 2503 มีเจตนารมณ์ที่จะลงโทษหญิงโสเภณีเพราะถือว่าเป็นผู้กระทำผิด กฎหมายฉบับนี้ไม่สามารถแก้ไขปัญหามหาหญิงโสเภณีในสังคมให้ลดน้อยลงได้ แต่กลับทำให้การค้าประเวณีและอาชญากรรมแผ่ขยายในรูปแบบต่างๆ รวมทั้งอาชีพ “แมงดา” มากขึ้น เนื่องจากไม่สามารถนำกฎหมายมาบังคับใช้ลงโทษผู้กระทำผิดได้ เพราะมีบทลงโทษสถานเบา กฎหมายฉบับนี้ได้ถูกยกเลิกโดย พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้าประเวณี พ.ศ 2539 ซึ่งใช้ในปัจจุบัน

พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้าประเวณี พ.ศ 2539 มีบทลงโทษให้สูงขึ้นแก่ผู้จัดการ , ผู้ควบคุม , ผู้ดูแลกิจการสถานการค้าประเวณี และผู้หวังเหนี่ยวรั้งผู้อื่นให้ค้าประเวณีลงโทษหญิงโสเภณี โดยถือว่าหญิงโสเภณีไม่ใช่อาชญากรผู้กระทำผิดร้ายแรง กฎหมายมุ่งคุ้มครองและพัฒนาอาชีพหญิงโสเภณี

จากการศึกษากฎหมายทั้งสามฉบับดังกล่าวข้างต้น ไม่มีบทบัญญัติลงโทษผู้กระทำ ความผิดฐานเป็นแมงดา หรือความผิดฐานดำรงชีพด้วยรายได้ของหญิงซึ่งค้าประเวณีแต่อย่างใด

ความผิดฐานเป็นแมงดาบัญญัติขึ้นครั้งแรกใน ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 286 พ.ศ 2499 แต่รัฐไม่ สามารถนำกฎหมายมาตรานี้มาบังคับใช้ลงโทษผู้ที่ “ดำรงชีพ” อยู่ด้วยรายได้ของหญิงซึ่ง ค้ำประเวณีหรือผู้รับส่วนแบ่งเพียงบางส่วนจากรายได้ของหญิงซึ่งค้ำประเวณี

ในการศึกษาความผิดฐานดำรงชีพอยู่ด้วยรายได้ของหญิงซึ่งค้ำประเวณีนี้ จะแยก การศึกษาออกเป็น 3 ประเด็นสำคัญ คือ (1) สาระสำคัญในการบัญญัติความผิดฐานดำรงชีพอยู่ ด้วยรายได้ของหญิงซึ่งค้ำประเวณี (2) กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการค้ำประเวณี (3) ปัญหาการใช้ และการตีความกฎหมายอาญา มาตรา 286 ของศาลไทย

1. สาระสำคัญในการบัญญัติความผิดฐานดำรงชีพอยู่ด้วยรายได้ของหญิงซึ่งค้ำประเวณี

ขณะที่ประกาศใช้กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ 127 ไม่มีบทบัญญัติความผิดฐานเป็น แมงดาแต่อย่างใด มีเพียงส่วนที่ 6 ว่าด้วยความคิดที่กระทำอนาจารแบ่งการกระทำอนาจาร ออกเป็น 2 หมวด ดังนี้ หมวดที่ 1 ความผิดฐานกระทำอนาจารอันเกี่ยวแก่สาธารณะชน ได้แก่ มาตรา 240 มาตรา 241 มาตรา 242 หมวดที่ 2 ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา¹ ได้แก่ มาตรา 243 มาตรา 244 มาตรา 245 มาตรา 246 และมาตรา 247

ต่อมาได้มีการปรับปรุงกฎหมาย โดยคณะกรรมการกฤษฎีกาได้ประชุมอนุกรรมการ พิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา เห็นว่า ลักษณะ 6 ความผิดฐานกระทำอนาจารไม่ควร แยกออกเป็นสองหมวด เนื่องจากมีน้อยมาตรา ให้ยกเอามาตราในหมวดที่ 2 ความผิดฐาน ข่มขืนกระทำชำเรามาอยู่ในหมวดที่ 1 แทน ส่วนชื่อลักษณะ 6 ให้แก้ว่า “ความผิดเกี่ยวกับ เพศ”²

หลังจากนั้นความผิดฐานดำรงชีพอยู่ด้วยรายได้ของหญิงซึ่งค้ำประเวณี หรือ ความผิดฐาน เป็นแมงดา ได้บัญญัติเป็นความผิดอาญาขึ้นครั้งแรกในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 286 ซึ่ง ประกาศให้ใช้บังคับใน พ.ศ 2500 โดยนาย René Guyon หรือ พิชาย บุญยง ชาวฝรั่งเศส เป็น ผู้ร่างขึ้นเสนอต่อคณะกรรมการกฤษฎีกาโดยที่ประชุมอนุกรรมการได้ยกร่างแก้ไข ประมวล กฎหมายอาญา ลงวันที่ 1 พฤศจิกายน 2482 ได้อธิบายในบันทึกที่เสนอคณะกรรมการว่า “Souteneur” แตกต่างจากผู้จัดหาหญิงนครโสเภณีเพื่อค่าตอบแทน (Procurer) ซึ่ง “Souteneur”

¹ กฎหมายลักษณะอาญา. หน้า. 127.

² คณะกรรมการกฤษฎีกา. สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา รายงานการประชุมคณะกรรมการตรวจ พิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา ครั้งที่ 274/47/2485. วันที่ 6 กุมภาพันธ์ 2485.

มักจะคอยช่วยเหลือหญิงในการค้าประเวณี บางครั้งจะคอยบังคับให้หญิงค้าประเวณี เพื่อที่ตนจะได้รับเงินจากการค้าประเวณีของหญิงนั้น ปกติ Souteneur จะไม่แสดงตนโดยเปิดเผย เว้นแต่ จะมีการทะเลาะวิวาท ระหว่างหญิงโสเภณีกับลูกค้า Souteneur ก็จะเข้ามาช่วยเหลือหญิงโสเภณีนั้น Souteneur มีอยู่ทั่วไปในเมืองใหญ่ ๆ เช่น ปารีส ลอนดอน บางคนเป็นอันพาลสร้างความหนักใจให้แก่ตำรวจเป็นอันมาก ในประเทศไทยสมัยนั้นปัญหายังไม่ค่อรุนแรงมากนัก แต่ก็เป็นเรื่องที่ควรรับโทษในทางอาญา เนื่องจากการกระทำที่เสมือนทำนาบนหลังคน และเอารัดเอาเปรียบหญิงนครโสเภณี จึงยกร่างความผิดฐานดำรงชีพอยู่ด้วยรายได้ของหญิงซึ่งค้าประเวณีด้วยเหตุผล 3 ประการ คือ (1) เป็นการหากินโดยเอาเปรียบและกดขี่ข่มเหงผู้อื่น (2) อาจก่อให้เกิดอาชญากรรมบางอย่าง และ (3) ในฐานะเป็นมนุษย์ หญิงโสเภณีควรได้รับการคุ้มครองมิให้ถูกข่มเหง³

เดิมในขณะที่พิจารณาร่างความผิดฐานเป็นแมงดาไม่ได้ยกร่างเป็นมาตรา 286 แต่พิจารณาร่างเป็น มาตรา 242 ทวิ โดยที่ประชุมได้พิจารณาร่างมาตรานี้เป็นภาษาอังกฤษ และเดิมถ้อยคำบางตอนเพื่อให้เกิดความชัดเจนขึ้นคือ คำว่า “earnings” จะแปลว่า รายได้หรือจะใช้คำว่า “เงิน” สั้นๆ ก็ได้ตามข้อเสนอของนายพิชาญ บุญย⁴ นอกจากนี้ที่ประชุมเห็นว่า ร่างตามที่ตกลงมาแล้วผู้กระทำผิดจะต้องรู้ว่า หญิงนั้นเป็นนครโสเภณี หลังจากนั้นจึงได้ยกร่างไว้ใน มาตรา 248 เบญจ เมื่อแก้แล้วให้มีข้อความ ดังนี้

“ผู้ชายใด อายุตั้งแต่สิบหกปีขึ้นไป ดำรงชีพอยู่ด้วยการหากินของนครโสเภณี มีความผิดต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี และปรับไม่เกินหนึ่งพันบาท

ผู้ชายดังกล่าวในวรรคก่อน ผู้ใดไม่มีปัจจัยอย่างอื่นอันปรากฏสำหรับดำรงชีพ หรือไม่มีปัจจัยอันพอเพียงสำหรับดำรงชีพ และ

- (1) ปรากฏว่าอยู่ร่วมกับนครโสเภณี หรือพบปะกับนครโสเภณีคนเดียวหรือหลายคนเป็นอาจิม
- (2) กินอยู่หลับนอน รับเงิน หรือผลประโยชน์อย่างอื่นโดยนครโสเภณีเป็นผู้จัดให้
- (3) เข้าแทรกแซงเพื่อช่วยนครโสเภณีในการทะเลาะวิวาทกับผู้คบค้ากับนครโสเภณี นั้น

³ โสภณ รัตนากร . “ความ ผิดฐานดำรงชีพอยู่ด้วยรายได้ของหญิงซึ่งค้าประเวณี” วารสารนิติศาสตร์. ปีที่ 25 , ฉบับที่ 2 . มิถุนายน 2538, หน้า 234 .

⁴ คณะกรรมการกฤษฎีกา . สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา รายงานการประชุมคณะกรรมการตรวจพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา ครั้งที่ 285/79/2485

ให้ถือว่าชายนั้น ดำรงชีพอยู่ด้วยการหากินของนครโสเภณี เว้นแต่พิสูจน์ให้เป็นที่พอใจว่า มิได้เป็นเช่นนั้น

บทบัญญัติแห่งมาตรานี้ มิให้ใช้บังคับแก่ผู้มีสิทธิรับค่าอุปการะเลี้ยงดูจากนครโสเภณี นั้น”

โดยบทบัญญัติดังกล่าวข้างต้น ได้บัญญัติ การกระทำที่เป็นความผิดไว้ในวรรคหนึ่ง เนื่องจากที่ประชุมเห็นว่าผู้กระทำความผิดจะต้องรู้ว่า หญิงนั้นเป็นหญิงนครโสเภณี ไม่ใช่ได้ทรัพย์มาจากหญิงนครโสเภณีเท่านั้น แต่ต้องดำรงชีพอยู่ด้วยเงินของหญิงนครโสเภณี และการที่ โจทก์จะพิสูจน์ความผิดที่ผู้กระทำการ “ดำรงชีพ” ด้วยการหากินของหญิงโสเภณีนั้นทำได้ยาก เพราะจะหาพยานมาสืบไม่ค่อยได้กฎหมายจึงได้บัญญัติบทสันนิษฐานไว้ในวรรคสอง ด้วย เมื่อ ประกาศใช้ประมวลกฎหมายอาญาจึงได้บัญญัติความผิดฐานดำรงชีพอยู่ด้วยรายได้ของหญิงซึ่ง ค่าประเวณี ไว้ในลักษณะ 9 หมวดว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับเพศ มาตรา 286 โดยพิจารณาเห็นว่า เป็นการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศอย่างหนึ่ง มีจุดประสงค์มุ่งคุ้มครองหญิงโสเภณีไม่ให้ถูกเอารัดเอาเปรียบจากชายแมงดา

บทบัญญัติในลักษณะ 9 ว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับเพศบัญญัติการกระทำความผิดต่างๆ ที่เกี่ยวกับเพศ และการกระทำเพื่อการค้าประเวณีไว้หลายประเภทด้วยกัน เช่น มาตรา 282 ถึง มาตรา 284 ลงโทษบุคคลเพื่อสนองความใคร่ของผู้อื่น เป็นธุระจัดหา ล่อไป หรือพาไป เพื่อการ อนาจารซึ่งชาย หรือหญิงโดยยินยอม หรือใช้อุบายหลอกลวง ชูเชิญ ใช้กำลังประทุษร้าย ใช้ อำนาจครอบงำผิดคลองธรรม หรือวิธีข่มขืนใจด้วยประการอื่นใด ต้องระวางโทษ , มาตรา 312 ตริ ลงโทษบุคคลที่ทุจริต รับไว้จำหน่ายเป็นธุระจัดหา ล่อไป หรือพาไป รวมทั้งมีบทบัญญัติ ความผิดที่อาจจะทำให้ผู้เสียหายตั้งครรภ์จากการล่วงเกินทางเพศ ไม่ให้ผู้ใดแสวงหาผลประโยชน์ ทางเพศ ไม่ว่าจะกระทำนั้นจะเป็นรายบุคคล คณะบุคคล หรือประกอบธุรกิจที่เกี่ยวกับ ความผิดทางเพศ โดยบัญญัติไว้ในความผิดฐานอนาจาร กฎหมายอาญาให้ความสำคัญกับผู้เสียหาย ที่เป็นเพศหญิงที่อ่อนแอกว่า มีโอกาสจะตั้งครรภ์ได้ เป็นหลักในการคุ้มครองทางเพศ แต่ กฎหมายก็ไม่สามารถยับยั้งผู้กระทำความผิดไม่ให้กระทำความผิดได้แต่อย่างใด กลับมีการ กระทำความผิดเพิ่มมากขึ้น เนื่องจากผู้กระทำความผิดเห็นว่าเป็นการคุ้มค่าต่อการกระทำความผิด ทำให้รัฐต้องแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา ลักษณะ 9 หมวดว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับเพศหลายครั้ง

⁵ คณะกรรมการกฤษฎีกา .สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา รายงานการประชุมอนุกรรมการ ตรวจสอบการแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา ครั้งที่ 283/75/2485. วันที่ 28 กุมภาพันธ์ 2485

รวมทั้งมาตรา 286 ด้วย เพื่อรับกับมาตราอื่นๆ และให้ผู้กระทำความผิดเกิดความเกรงกลัวไม่กล้ากระทำความผิดอีก

ก่อนแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 286 ผู้กระทำความผิดต้องเป็นชายเท่านั้น และมีอายุกว่าสิบหกปี ในขณะที่การอันกฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิด ถ้าผู้กระทำความผิดมีอายุสิบหกปีบริบูรณ์ หรือ ต่ำกว่าสิบหกปีในขณะที่การที่ไม่เป็นความผิดตามมาตรา 286 นี้ ผู้กระทำที่จะเป็นแมงดาต้องมีความสัมพันธ์เป็นส่วนตัวกับหญิงนครโสเภณี เป็นระยะเวลาเนิ่นนานตามสมควรและเป็นส่วนหนึ่งของหญิงนครโสเภณีในการหารายได้ของหญิง นั้น โดยทำตัวเป็นกาฝากคอยขูดรีดหญิง กฎหมายมาตรานี้ไม่ได้กำหนดว่าหญิงนครโสเภณีจะต้องมีอายุเท่าใด ในขณะนั้น “หญิงนครโสเภณี” ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 286 มีความหมายสอดคล้องกับ “หญิงนครโสเภณี” ตามพระราชบัญญัติป้องกันสัญจรโรครัตนโกสินทร์ ศก 127 หมายความว่า หญิงที่รับจ้างทำชำเราสำสอน โดยได้ รับเงินผลประโยชน์ เป็นค่าจ้าง

การกระทำที่เป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 286 คือ ดำรงชีพอยู่ด้วยผลจากการหากินของหญิงนครโสเภณี

“ดำรง” ตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2542 หมายความว่า ทรงไว้ ตั้งไว้ทำให้คงอยู่ ส่วนคำว่า “ชีพ” หมายความว่า ความเป็นอยู่

ดังนั้น เห็นได้ว่า ถ้าไม่ได้รับผลจากการหากินของหญิงนครโสเภณี ชายนั้นจะมีชีวิตหรือความเป็นอยู่ไม่ได้โดยปกติสุข อย่างไรก็ตาม การดำรงชีพอยู่ได้ ต้องอยู่ “ด้วยผลจากการหากินของหญิงนครโสเภณี” ตัวบทไม่ได้ระบุชัดว่า “ผลจากการหากินของหญิงนครโสเภณี” มาจากไหน ซึ่งเป็นการยากที่โจทก์จะพิสูจน์ ว่า การกระทำของจำเลยเช่นไร มีลักษณะเป็นการดำรงชีพอยู่ด้วยผลจากการหากินของหญิงนครโสเภณี อันเป็นการกระทำที่กฎหมายบัญญัติเป็นความผิด เมื่อเป็นเช่นนี้กฎหมายได้บัญญัติข้อสันนิษฐานไว้ ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 286 วรรคสอง เพื่อเป็นหลักเกณฑ์ให้โจทก์เป็นผู้มีหน้าที่นำสืบให้ศาลเห็นว่า การกระทำของจำเลยเช่นไร มีลักษณะเป็นการดำรงชีพมีความผิด โดยบัญญัติ ว่า

“.....

ชายใดไม่มีปัจจัยอย่างอื่น อันปรากฏสำหรับดำรงชีพ หรือ ไม่มีปัจจัยอันพอเพียงสำหรับดำรงชีพ และ

- (1) ปรากฏว่าอยู่ร่วมกับหญิงนครโสเภณี หรือสมคบกับหญิงนครโสเภณีคนเดียว หรือหลายคน เป็นอาจิม

- (2) กินอยู่หลับนอน หรือรับเงินหรือประโยชน์อย่างอื่น โดยหญิงนร โสเภณีเป็นผู้จัดให้ หรือ
- (3) เข้าแทรกแซงเพื่อช่วยเหลือหญิงนร โสเภณี ในการทะเลาะวิวาทกับผู้ที่ยึดค่ากับหญิงนร โสเภณี นั้น ให้ถือว่าชายนั้นดำรงชีพอยู่ด้วยผลจากการหากินของหญิงนร โสเภณี เว้นแต่จะพิสูจน์ให้เป็นที่พอใจได้ว่า มิได้เป็นเช่นนั้น.....”

ข้อเท็จจริงเบื้องต้นที่โจทก์ต้องพิสูจน์ตามประมวลกฎหมายอาญา วรรคสอง มี 2 ประการ คือจำเลยไม่มีปัจจัยอย่างอื่นอันปรากฏสำหรับดำรงชีพ หรือ ไม่มีปัจจัย อันพอเพียงสำหรับดำรงชีพ และ

“ปัจจัย” ตามพจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2542 หมายถึง เหตุ หนทาง เหตุอันให้ผลเป็นไปแล้วยังหมายถึง ของสำหรับอาศัย ใช้ และ เครื่องอาศัย ปัจจัยสี่อย่าง ดังกล่าวด้วย กฎหมายใช้คำว่า “ปัจจัยอย่างอื่นอันปรากฏสำหรับดำรงชีพ” ซึ่งจำเลยอาจมีปัจจัยอย่างอื่นอยู่บ้างแล้ว แต่ปัจจัยที่ไม่มีนี้ต้องเป็นปัจจัยที่ต้องมีปรากฏไว้สำหรับดำรงชีพ

2. จำเลยกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง คือ

2.1 อยู่ร่วมกับหญิงนร โสเภณี หรือ สมาคมกับหญิงนร โสเภณี

คำว่า “อยู่ร่วม” ไม่ได้หมายถึงถิ่นที่อยู่ (Resident) แต่หมายถึงอยู่กินด้วยกันเป็นประจำ อาศัยในสถานที่ชายคาเดียวกัน แล้วแต่สถานที่นั้นเป็นอะไร อาจเป็นโรงเรือน ห้องแพ พิง เป็นต้น อันแสดงถึงการเป็นสัดส่วนในการอยู่ร่วมกัน ไม่ได้หมายความเฉพาะ การได้เสียนั่นฉันทามี ภริยา

“การสมาคม” คือ คบหาติดต่อกันเป็นอาจิม หลายครั้ง⁶

2.2 กินอยู่หลับนอน หรือ รับเงิน หรือ ประโยชน์อย่างอื่น โดยหญิงนร โสเภณี เป็นผู้จัดให้

หญิงนร โสเภณี เป็นผู้จัดเรื่องการกินอยู่ หลับนอนให้ มิใช่นอนร่วมกับหญิงนร โสเภณี รวมทั้งให้เงินหรือประโยชน์อย่างอื่น คำว่า “ประโยชน์อย่างอื่น” หมายถึง ประโยชน์ในลักษณะที่เป็นทรัพย์สิน เพราะถ้าไม่ใช่ประโยชน์ในลักษณะ ที่เป็นทรัพย์สินแล้ว ย่อมใช้ในการดำรงชีพไม่ได้ เช่น ให้ที่อยู่อาศัยโดยไม่ต้องเสียนค่าเช่า ให้รับประทานอาหาร ให้เสื้อผ้า เครื่องนุ่งห่ม หรือ ให้นำพิก้า ปากกา เป็นต้น รวมถึง การให้สิทธิต่างๆ แต่ต้องเป็นเงิน

⁶ จิตติ ดิงศักดิ์. กฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 1 . พิมพ์ครั้งที่ 7 . กรุงเทพฯ : หจก.จิรวุฒิจารพิมพ์, สำนักอบรมศึกษาแห่งเนติบัณฑิตยสภา , 2543 , หน้า 778.

หรือ ประโยชน์ที่หญิงนครโสเภณีจัดให้ ซึ่งเงิน หรือ ประโยชน์อื่นนั้น หญิงนครโสเภณี อาจไม่ได้มาจากการค้าประเวณีเท่านั้น การกินอยู่หลับนอนเป็นพฤติกรรมที่ทำเป็นปกติ ไม่ใช่ชายที่มารับบริการจากหญิงซึ่งค้าประเวณี แต่การรับเงินหรือประโยชน์อย่างอื่นไม่ใช่พฤติกรรมที่ต้องกระทำเป็นปกติ แม้การรับเงินหรือประโยชน์อย่างอื่น ครั้งหนึ่งคราวเดียว ก็อยู่ในความหมายของ ข้อ 2 นี้แล้ว

2.3 เข้าแทรกแซงเพื่อช่วยเหลือหญิงนครโสเภณีในการทะเลาะวิวาทกับผู้คบค้ากับหญิงนครโสเภณี นั้น

การกระทำ คือ เข้าแทรกแซง หมายถึง สอดเข้าไปเกี่ยวข้อง ต้องมีเจตนาพิเศษเพื่อช่วยเหลือหญิง โดยใช้อิทธิพลให้ความคุ้มครองหญิง เมื่อเกิดการโต้เถียงทะเลาะวิวาทกับผู้คบค้ากับหญิงนั้น เช่น โต้เถียงกันในเรื่องค่าจ้างร่วมประเวณี เป็นการกระทำเป็นคราวๆ ไป เป็นปกติหลายครั้ง การทะเลาะวิวาทไม่จำเป็นต้องถึงขนาดชุลมุน ต่อสู้ หรือทำอันตรายแก่กายหรือจิตใจ ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 372

ผู้ที่คบค้ากับหญิงนครโสเภณีนั้น หมายความว่า ได้ติดต่อกับหญิงนั้น เป็นปกติ หรือ อาจิม ไม่ใช่ติดต่อกับเพียงครั้ง หรือ สองครั้ง เท่านั้น การช่วยทะเลาะวิวาท หรือ การทะเลาะวิวาท หรือ การคบค้ากับหญิงนครโสเภณี อาจไม่เกี่ยวกับการค้าประเวณีของหญิงนั้น

วรรคสอง ดังกล่าวข้างต้น เป็นข้อสันนิษฐานว่า การกระทำเช่นใด มีพฤติกรรม เป็นแมงดา บทบัญญัติในวรรคนี้ ให้ถือพฤติกรรมตาม ข้อ 1 หรือ ข้อ 2 หรือ ข้อ 3 เป็นการ “ดำรงชีพ” ตามวรรคแรกมีความผิด

วรรคสาม บัญญัติว่า “บทบัญญัติแห่งมาตรานี้ มิให้ใช้บังคับแก่ผู้รับค่าเลี้ยงดู จากหญิงนครโสเภณี ซึ่งพึงให้ค่าเลี้ยงดูนั้น ตามกฎหมาย หรือตามธรรมจรรยา”

วรรคนี้ เป็นข้อยกเว้น ของมาตรา 286 มิให้ใช้ความใน วรรค 1 วรรค 2 มาบังคับแก่ผู้รับค่าเลี้ยงดูจากหญิงนครโสเภณี ตามกฎหมาย หรือ ตามธรรมจรรยา

ผู้รับค่าเลี้ยงดู หมายถึง ตัวบุคคลมิใช่หมายถึง การรับเงิน หรือให้เงินเป็นครั้งคราว แม้ไม่มีปัจจัยอื่นใดในการดำรงชีพ และได้รับเงินจากหญิงโสเภณีนั้น

ค่าเลี้ยงดูตามกฎหมาย หมายถึง ค่าอุปการะเลี้ยงดูตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1598/38 มาตรา 1461 มาตรา 1563 มาตรา 1654 มาตรา 1584 มาตรา 1499/1 ค่าเลี้ยง

ชีพ ตามมาตรา 1499 มาตรา 1526 ระหว่าง สามิ ภริยา บิดา มารดา กับบุตร อันมีความสัมพันธ์ระหว่างกันโดยชอบด้วยกฎหมาย⁷

ค่าเลี้ยงดูตามธรรมจรรยา หมายถึงค่าเลี้ยงดูซึ่งเป็นหน้าที่ตามธรรมจรรยา ที่หญิงจะต้องช่วยเหลือเกื้อกูลผู้อื่น ค่าเลี้ยงดู เช่นนี้ กฎหมายไม่อาจบังคับได้ เช่น อุปการะเลี้ยงดู ลุง ป้า น้า อา หรือ อุปการะเลี้ยงดูคนพิการ เป็นต้น⁸

สรุปได้ว่า มาตรา 286 บัญญัติขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์ที่จะลงโทษ ใครก็ตามที่รับส่วนแบ่งจากรายได้ ของหญิงซึ่งค่าประเวณีมาใช้จ่าย⁹ กฎหมายมุ่งคุ้มครองหญิงไม่ให้ถูกเอารัดเอาเปรียบ จากชายที่คอยหากินบนเลือดเนื้อของหญิงค่าประเวณี และถูกกดขี่ข่มเหง ผู้กระทำสมควรรับโทษทางอาญา เนื่องจากหญิงเป็นเพศที่อ่อนแอกว่า นอกจากนี้ การ “ดำรงชีพ” จากรายได้ของหญิงซึ่งค่าประเวณียังอาจก่อให้เกิดอาชญากรรมประเภทอื่นๆ ตามมาอีกด้วย

2. กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการค้าประเวณี

“การค้าประเวณี” ตามพระราชบัญญัติปรามการค้าประเวณี พ.ศ. 2503 และพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้าประเวณี พ.ศ. 2539 ได้ให้คำจำกัดความหมายที่เหมือนกัน หมายความว่า การยอมรับการกระทำชำเราหรือการยอมรับการกระทำอื่นใด หรือการกระทำอื่นใดเพื่อสำเร็จความใคร่ในทางกามารมณ์ของผู้อื่น อันเป็นการสำส่อนเพื่อสินจ้าง ทั้งนี้ไม่ว่าผู้ยอมรับการกระทำและผู้กระทำจะเป็นบุคคลเพศเดียวกันหรือคนละเพศ

การค้าประเวณีมีบุคคลที่เข้ามาเกี่ยวข้องเป็นจำนวนมาก รวมทั้งโสเภณีซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของการค้าประเวณี และเป็นต้นเหตุแห่งปัญหาต่างๆ มากมาย ปัญหาอาชญากรรมประเภทอื่นๆ ตามมา อาทิ เช่น ปัญหาอาชญากรรมทางเพศ, การข่มขืนกระทำชำเรา, การล่อลวงหญิงและเด็กมาเป็นโสเภณี, การกดขี่ข่มเหง และการเอารัดเอาเปรียบหญิงโสเภณีให้ได้รับความไม่เป็นธรรม ซึ่งนานาอารยประเทศต่อต้านการกระทำดังกล่าว เนื่องจากเห็นว่าเป็นการขัดแย้งกับความมีเกียรติและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ดังนั้นรัฐจึงได้บัญญัติกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการค้าประเวณีขึ้น

⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 780.

⁸ สมศักดิ์ สิงห์พันธ์. คำอธิบายกฎหมายอาญา เล่ม 3. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2515, หน้า 759.

⁹ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ. “ฎีกาวิเคราะห์ คำพิพากษาศึกษาที่ 1208/2535 การดำรงชีพจากรายได้ของหญิงค้าประเวณี (มาตรา 286)” วารสารนิติศาสตร์. ปีที่ 22, ฉบับที่ 4. ธันวาคม 2535, หน้า 617.

เพื่อลงโทษบุคคลที่เกี่ยวข้องกับการค้าประเวณี เช่น เจ้าของกิจการสถานการค้าประเวณี ผู้ชักนำ ผู้ล่อลวง พ่อเล้า แม่เล้า แมงดา บิดามารดาเด็ก โสเภณี และเจ้าพนักงานของรัฐที่มีส่วนทำให้เกิด ปัญหาโสเภณีและการค้าประเวณี ปัจจุบันผู้กระทำผิดอาศัยช่องว่างของกฎหมายในการกระทำ ผิดเพื่อหลบเลี่ยงกฎหมายไม่ให้อำนาจรับโทษ เช่น การกระทำที่มีลักษณะเป็นแมงดา แต่เดิมแมงดา ต้องคอยช่วยเหลือหญิงในการค้าประเวณีหรือบังคับให้หญิงค้าประเวณี เพื่อจะได้รับเงินจากการค้า ประเวณีของหญิงนั้น แมงดาจะไม่มีอาชีพอื่น จนในปัจจุบันการกระทำที่มีลักษณะเป็นแมงดาได้ พัฒนาเปลี่ยนแปลงไปจากเดิม โดยแมงดาจะมีรายได้จากอาชีพอื่นไม่เฉพาะแต่รับรายได้เพียง บางส่วนจากหญิงซึ่งค้าประเวณีเท่านั้น เมื่อนำกฎหมายมาปรับเข้ากับข้อเท็จจริงเพื่อลงโทษผู้ที่ รับรายได้จากหญิงซึ่งค้าประเวณี ศาลยึดติดกับลักษณะของแมงดาแต่เดิมที่ต้องไม่มีอาชีพอื่นและ นำมาพิจารณาข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น โดยเห็นว่า ถ้าจำเลยมีอาชีพและรายได้อื่นแสดงว่า จำเลยมี รายได้โดยอื่นอันปรากฏสำหรับดำรงชีพ หรือมีปัจจัยเพียงพอสำหรับดำรงชีพแล้ว แม้จำเลยจะรับ ส่วนแบ่งเพียงบางส่วนจากหญิงซึ่งค้าประเวณีจำเลยก็ไม่มี ความผิดตามมาตรานี้ การวินิจฉัยของ ศาลดังกล่าวเป็นผลมาจากการตีความกฎหมายของศาลฎีกาที่ทำให้การรับรายได้แม้เพียงบางส่วน จากหญิงซึ่งค้าประเวณีไม่เป็นความผิดตาม มาตรา 286 การตีความและปรับใช้กฎหมายของศาล ดังกล่าวไม่ตรงกับเจตนารมณ์ในการบัญญัติ มาตรา 286 ที่มุ่งคุ้มครองหญิงไม่ให้ถูกเอารัดเอา เปรียบทำให้รัฐต้องแสวงหามาตรการทางกฎหมายเพื่อแก้ไขปัญหาค้าประเวณี

เมื่อเป็นเช่นนี้ จึงควรศึกษาให้เข้าใจถึงประวัติ ที่มา ตลอดจนเจตนารมณ์ในการ บัญญัติกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการค้าประเวณีว่ามีความแตกต่างจากกฎหมายอาญาอย่างไรและ สามารถนำกฎหมายมาบังคับใช้ลงโทษบุคคลที่เกี่ยวข้องกับการค้าประเวณีได้หรือไม่ โดยเฉพาะ ความผิดฐานดำรงชีพอยู่ด้วยรายได้ของหญิงซึ่งค้าประเวณี หรือ ความผิดฐานเป็นแมงดา อีกทั้ง กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการค้าประเวณีตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน มีพัฒนาการและแนวคิดที่ยอมรับ อาชีพแมงดาควบคู่ไปกับอาชีพโสเภณีหรือไม่ หากไม่สามารถนำประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 286 มาใช้บังคับลงโทษผู้ที่รับรายได้แม้เพียงบางส่วนจากหญิงซึ่งค้าประเวณี ศาลสามารถนำ กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการค้าประเวณีมาลงโทษแทนได้หรือไม่ ได้แก่ (2.1) พระราชบัญญัติ สัจจโรค ร.ศ 127 (2.2) พระราชบัญญัติปราบการค้าประเวณี พ.ศ 2503 (2.3) พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้าประเวณี พ.ศ 2539 (4) พระราชบัญญัติมาตรการใน การป้องกันและปราบปรามการค้าหญิงและเด็ก พ.ศ 2540 (5) ประมวลกฎหมายอาญา ดังจะ กล่าวต่อไปนี้

2.1 พระราชบัญญัติสัญจรโรค ร.ศ 127

ประเทศไทยรู้จักการค้าประเวณีในสมัยรัชกาลที่ 5 เนื่องจากมีหญิงโสเภณีเป็นจำนวนมาก ที่ทำให้เกิดปัญหาตามมา คือ กามโรค ที่ติดต่อระบาดออกไปมากขึ้น โดยมีได้มีแพทย์ตรวจตรารักษาโรคภัย อีกทั้งเกิดเหตุวิวาทระหว่างชายที่มาเที่ยวและปัญหาการล่องวงหญิงมาเป็นโสเภณีมากขึ้น ดังนั้น รัชกาลที่ 5 ได้ทรงตราพระราชบัญญัติสัญจรโรค ร.ศ 127 เพื่อควบคุมและแก้ไขปัญหาดังกล่าว¹⁰ กฎหมายฉบับนี้อนุญาตให้มีการค้าประเวณี โดยยอมรับอาชีพโสเภณี และนายโรงหญิงนครโสเภณีเป็นอาชีพที่ชอบด้วยกฎหมาย กำหนดให้นายโรงเจ้าของสำนักต้องได้รับอนุญาตจากเจ้าพนักงาน เช่นเดียวกับหญิงโสเภณีที่ต้องจดทะเบียนขึ้นบัญชีกับเจ้าพนักงาน พระราชบัญญัติฉบับนี้ได้ประกาศใช้บังคับครั้งแรกเฉพาะในกรุงเทพมหานคร ต่อมาได้ประกาศให้ใช้บังคับในหัวเมืองบางหัวเมืองเท่านั้น ส่วนหัวเมืองมณฑลใดที่ไม่ได้ประกาศให้บังคับใช้พระราชบัญญัติฉบับนี้ ห้ามมิให้ตั้งโรงหญิงนครโสเภณีโดยเปิดเผยเป็นอันขาด

กฎหมายฉบับนี้ไม่ได้ให้คำจำกัดความหมาย คำว่า “การค้าประเวณี” แต่ให้คำจำกัดความหมาย คำว่า “หญิงนครโสเภณี” หมายความว่า หญิงที่รับจ้างทำชำเราสำส่อนโดยได้รับเงินผลประโยชน์เป็นค่าจ้าง¹¹ หญิงโสเภณีที่ได้รับอนุญาตให้จดทะเบียนตามกฎหมายฉบับนี้ต้องมีอายุเกิน 15 ปี และยินยอมเป็นโสเภณีด้วยความสมัครใจต้องไม่ถูกบังคับ กดขี่ ล่อลวง หรือใช้อุบายอย่างใดอย่างหนึ่งเป็นอันขาด หากผู้ใดข่มขืนหญิงให้เป็นหญิงนครโสเภณีด้วยอุบายประการใดก็ดี ผู้นั้นมีโทษตามพระราชบัญญัติลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี¹² แต่กฎหมายฉบับนี้ไม่มีบทลงโทษผู้ที่ดำรงชีพอยู่ด้วยรายได้ของหญิงซึ่งค้าประเวณี หรือ ความผิดฐานเป็น “แมงดา” แต่อย่างใด หลังจากนั้นรัชกาลที่ 6 ได้ออกกฎหมายเพิ่มเติมว่าด้วยหญิงแพศยาลงโทษผู้

¹⁰ หมายเหตุท้ายพระราชบัญญัติสัญจรโรค ร.ศ 127 ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 24 . วันที่ 23 มีนาคม 126, หน้า 1365.

¹¹ มาตรา 4 พระราชบัญญัติสัญจรโรค ร.ศ 127

¹² มาตรา 32 ห้ามมิให้ผู้ใดข่มขืนหญิง หรือล่อลวงหญิงผู้ใดผู้หนึ่งที่ไม่สมัครเป็นหญิงนครโสเภณี จนกระทำให้หญิงผู้นั้นจำใจเป็นหญิงนครโสเภณีด้วยอุบายอย่างใดอย่างหนึ่งเป็นอันขาด ถ้าผู้ใดข่มขืนหญิงให้เป็นหญิงนครโสเภณีด้วยอุบายประการใดก็ดี ผู้นั้นมีโทษตามพระราชบัญญัติลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี พระราชบัญญัติสัญจรโรค ร.ศ 127

ที่เป็นเจ้าของห้องที่รู้เห็นเป็นใจในความประพฤติทุจริตต้องระวางโทษจำขังไม่เกิน 1 ปี ถ้าไม่ใช่เจ้าของห้องลงโทษเพียงกึ่งหนึ่ง¹³

ดังนั้น การที่พระราชบัญญัติสัญจรโรค อนุญาตให้มีการจดทะเบียนหญิงนครโสเภณี และ นายโรงเจ้าของสำนักหญิงนครโสเภณีนั้น เท่ากับเป็นการยอมรับให้อาชีพโสเภณีเป็นอาชีพที่ชอบด้วยกฎหมายทำให้สามารถค้าประเวณีได้โดยเปิดเผย และยังเป็นการรับรองให้นายโรงเจ้าของสำนักหญิงนครโสเภณีมีอาชีพแมงดาที่คอยหากินอยู่บนเลือดเนื้อของหญิงนครโสเภณีเช่นกัน ซึ่งเป็นการสวนทางกับกระแสโลกในขณะนั้น

หลังจากนั้นได้มีการนำหญิงต่างชาติโดยเฉพาะหญิงจีน เข้ามาค้าประเวณีในประเทศไทย รวมทั้งมีการพาหญิงไทยออกไปขายต่างประเทศ ทำให้เกิดโสเภณีเถื่อนที่ไม่ยอมจดทะเบียนในประเทศไทยมากขึ้น

จากการที่ประเทศไทยได้มีความสัมพันธ์ไมตรีกับประเทศในภาคพื้นยุโรป สหประชาชาติได้ลงมติรับเอาอนุสัญญาว่าด้วยการปราบปรามการค้าสตรี และขจัดพวกผู้แสวงหาประโยชน์ จากหญิงค้าประเวณี เมื่อวันที่ 2 ธันวาคม พ.ศ. 2492 พร้อมกับเรียกร้องให้ประเทศต่างๆ ทั้งที่เป็นภาคีและมีได้เป็นภาคีให้เลิกกิจการหญิงค้าประเวณี ประกอบกับประเทศไทยได้ให้คำรับรองข้อตกลงระหว่างประเทศ และเป็นภาคีในอนุสัญญาดังกล่าว นอกจากนี้ประเทศอังกฤษยังผลักดันให้ประเทศไทยช่วยตรวจ ป้องกันการลักพาหญิงจีนส่งไปขายเป็นหญิงโสเภณี และสภาพการณ์ภายในประเทศไทยที่มีการนำหญิงจีนเข้ามาค้าประเวณีมากขึ้น ทำให้ประเทศไทยต้องเลิกกิจการหญิงค้าประเวณี¹⁴ เป็นอาชีพที่ชอบด้วยกฎหมายพร้อมกับยกเลิกพระราชบัญญัติสัญจรโรค ร.ศ. 127 และตราพระราชบัญญัติคนเข้าเมืองกับพระราชบัญญัติปราบปรามการค้าประเวณี พ.ศ. 2503 ขึ้นมาใช้บังคับแทน

2.2 พระราชบัญญัติปราบปรามการค้าประเวณี พ.ศ. 2503

ประเทศไทยได้ประกาศใช้พระราชบัญญัติปราบปรามการค้าประเวณี พ.ศ. 2503 เพื่อควบคุมมิให้การค้าประเวณีเป็นไปในลักษณะเผยแพร่ หรือ กระทำให้เป็นที่เดือดร้อนรำคาญแก่สาธารณะ โดยมุ่งเน้นทางด้านสิทธิมนุษยชนเกี่ยวกับสตรีและเด็ก ซึ่งนานาอารยประเทศ และ สหประชาชาติให้ความสำคัญที่จะต้องปกป้องคุ้มครอง กฎหมายฉบับนี้ให้คำจำกัดความหมาย

¹³ มาตรา 2 กฎมณเฑียรบาลเพิ่มเติมว่าด้วยหญิงแพศยา พ.ศ. 2458

¹⁴ คารารัตน์ เมตตาริกานนท์. “โสเภณีกับนโยบายกับรัฐบาลไทย พ.ศ. 2411-2503” วิทยานิพนธ์ปริญญาอักษรศาสตรมหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2526, หน้า 117-119.

“การค้าประเวณี” หมายความว่า การยอมรับการกระทำชำเราหรือการยอมรับการกระทำอื่นใด หรือการกระทำอื่นใดเพื่อสำเร็จความใคร่ในทางกามารมณ์ของผู้อื่น อันเป็นการสำส่อนเพื่อสินจ้าง ทั้งนี้ไม่ว่าผู้ยอมรับการกระทำและผู้กระทำจะเป็นบุคคลเพศเดียวกันหรือคนละเพศ¹⁵ มีหลักการที่จะควบคุมมิให้มีการค้าประเวณี ที่เป็นไปในลักษณะเป็นการเปิดเผย และน่าอับอาย หรือ การกระทำให้เป็นที่เดือดร้อนรำคาญแก่สาธารณชน¹⁶ แต่มิได้บัญญัติว่า จะมีวิธีป้องกันมิให้เกิดโรคติดต่อหรือกามโรค และควบคุมมิให้กามโรคลุกลามแพร่หลายแต่อย่างใด คงมีบทบัญญัติเพียงว่า ถ้าหญิงนครโสเภณีกระทำการค้าประเวณีอย่างใดอย่างหนึ่งอันกฎหมายถือเป็นความผิด¹⁷ หรือ ผู้จัดหาผู้กระทำการค้าเพื่อผู้อื่นเป็นปกติธุระ หรือเจ้าของกิจการ ผู้ดูแลหรือผู้จัดการสถานการค้าประเวณี¹⁸ ก็ต้องถูกจับฟ้องร้องยังศาลให้ลงโทษ และนำหญิงโสเภณีไปรับการรักษาโรคและอบรมอาชีพเพื่อให้กลับตัวประพฤติตนเป็นคนดีประกอบอาชีพอื่นต่อไป

กฎหมายฉบับนี้ มิได้ห้ามเด็ดขาดในการค้าประเวณี เพียงแต่มิให้มีการค้าประเวณีโดยเปิดเผย และไม่ให้มีฐานการค้าประเวณีที่เป็นธุรกิจ ในขณะที่มาตรการทางกฎหมายของประเทศไทยไม่แน่นอน และไม่เหมาะสม เน้นการลงโทษหญิงซึ่งเป็นผู้ค้าประเวณีเพราะกฎหมายฉบับนี้ถือว่า หญิงโสเภณีเป็นผู้กระทำผิด แต่กฎหมายฉบับนี้มีมาตรการลงโทษสถานเบาสำหรับผู้ที่เกี่ยวข้องกับการค้าประเวณี เช่น เจ้าของกิจการ ผู้ชักนำ ผู้ล่อลวง ทำให้เกิดมีการค้าประเวณี ปรากฏว่ามีการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศขยายเพิ่มมากขึ้น เนื่องจากบุคคลที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการค้าประเวณีเห็นว่า เป็นการคุ้มค่าต่อการกระทำความผิด ที่สำคัญ กฎหมายฉบับนี้ไม่มีบทบัญญัติลงโทษพ่อแม่ของเด็กที่นำเด็กมาขายเพื่อค้าประเวณี ตลอดจนผู้ใช้บริการ ผู้ซื้อประเวณี และแมงดา

สรุป ได้ว่าพระราชบัญญัติปรามการค้าประเวณี พ.ศ. 2503 ไม่รับรองให้อาชีพโสเภณีและนายโรงเจ้าของสำนักโสเภณีเป็นอาชีพที่ชอบด้วยกฎหมายอีกต่อไป โดยถือว่า หญิงโสเภณีและบุคคลที่เกี่ยวข้องกับการค้าประเวณีเป็นผู้กระทำความผิดสมควรถูกลงโทษ แต่กฎหมายฉบับนี้ไม่สามารถแก้ไขปัญหา และนำมาปรับใช้กับสถานการณ์การค้าประเวณีที่เปลี่ยนแปลงไปใน

¹⁵ มาตรา 4 พระราชบัญญัติปรามการค้าประเวณี พ.ศ. 2503

¹⁶ มาตรา 5 พระราชบัญญัติปรามการค้าประเวณี พ.ศ. 2503

¹⁷ มาตรา 6 มาตรา 7 พระราชบัญญัติปรามการค้าประเวณี พ.ศ. 2503

¹⁸ มาตรา 8 มาตรา 9 พระราชบัญญัติปรามการค้าประเวณี พ.ศ. 2503

สังคมปัจจุบัน เนื่องจากกฎหมายมีบทลงโทษสถานเบาทำให้ขาดประสิทธิภาพในการบังคับใช้กฎหมายของเจ้าหน้าที่ เป็นผลให้การค้าประเวณีขยายเพิ่มมากขึ้น

2.3 พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้าประเวณี พ.ศ 2539

เมื่อธุรกิจการค้าประเวณีได้ขยายตัวออกไปหลายรูปแบบ มีบุคคลที่เกี่ยวข้องและหาผลประโยชน์จากการค้าประเวณี เป็นจำนวนมาก เช่น เจ้าของกิจการสถานการค้าประเวณี พ่อเล้า แม่เล้า แมงดา บิดามารดาเด็ก โสเภณี และเจ้าพนักงานของรัฐ ทำให้เกิดปัญหาโสเภณี, โสเภณีเด็ก และปัญหาอาชญากรรมตามมา อีกทั้งไม่สามารถนำพระราชบัญญัติปราบปรามการค้าประเวณี พ.ศ 2503 มาบังคับใช้ลงโทษบุคคลที่เกี่ยวข้องกับการค้าประเวณี เนื่องจากกฎหมายฉบับนี้ได้ประกาศใช้มาเป็นเวลานานมีบทลงโทษสถานเบา ทำให้ผู้กระทำความผิดไม่เกรงกลัวต่อการกระทำผิด ด้วยเหตุนี้รัฐได้ยกเลิกพระราชบัญญัติปราบปรามการค้าประเวณี พ.ศ 2503 และประกาศใช้พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้าประเวณี พ.ศ 2539 ขึ้นใช้บังคับในปัจจุบัน แทนพระราชบัญญัติปราบปรามการค้าประเวณี พ.ศ 2503 ดังเหตุผลท้ายพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้าประเวณี พ.ศ 2539 ได้กล่าวไว้คือ “...โดยที่การค้าประเวณี มีสาเหตุสำคัญมาจากสภาพเศรษฐกิจ และสังคม ผู้กระทำการค้าประเวณีส่วนมากเป็นผู้ซึ่งด้อยสติปัญญา และการศึกษา สมควรลดโทษผู้กระทำการค้าประเวณีและเปิดโอกาสให้บุคคลเหล่านั้นได้รับการคุ้มครอง และพัฒนาอาชีพ และในขณะเดียวกันเพื่อเป็นการปราบปรามการค้าประเวณี และเพื่อคุ้มครองบุคคล โดยเฉพาะเด็กและเยาวชนที่อาจถูกล่อลวง หรือชักพาไปเพื่อการค้าประเวณีสมควรกำหนดโทษซึ่งกระทำชำเราโสเภณีเด็กในสถานการค้าประเวณี บุคคลซึ่งหารายได้จากการค้าประเวณีของเด็กและเยาวชน และบิดามารดาหรือผู้ปกครองซึ่งมีส่วนร่วมรู้เห็นเป็นใจในการจัดหาผู้อยู่ในความปกครองไปเพื่อการค้าประเวณี กับให้อำนาจศาลที่จะถอนอำนาจของบิดามารดา หรือผู้ปกครองของผู้กระทำความผิดซึ่งเป็นเด็ก เพราะเหตุที่มีส่วนร่วมรู้เห็นเป็นใจให้ผู้อยู่ในความปกครองกระทำการค้าประเวณี นอกจากนั้นในปัจจุบันปรากฏว่าได้มีการโฆษณาชักชวน หรือแนะนำตัวทางสื่อมวลชน ในลักษณะที่เห็นได้ว่าเป็นการเรียกร้อง การติดต่อในการค้าประเวณีกันอย่างแพร่หลาย สมควรกำหนดให้การกระทำดังกล่าว เป็นความผิด ...”¹⁹

¹⁹ หมายเหตุท้าย พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้าประเวณี พ.ศ 2539

การกระทำที่เป็นความผิดตามกฎหมายฉบับนี้ คือ “การกระทำการค้าประเวณี” โดยได้ให้คำจำกัดความ “การค้าประเวณี” หมายความว่า การยอมรับการกระทำชำเราหรือการยอมรับการกระทำอื่นใด หรือการกระทำอื่นใดเพื่อสำเร็จความใคร่ในทางกามารมณ์ของผู้อื่นอันเป็นการลำเอียงเพื่อสินจ้างหรือประโยชน์อื่นใดทั้งนี้ไม่ว่าผู้ยอมรับการกระทำและผู้กระทำจะเป็นบุคคลเพศเดียวกัน หรือ คนละเพศ²⁰

กิจการค้าประเวณีตามความหมายพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้าประเวณี พ.ศ. 2539 มีความหมายกว้างไกลมากกว่า พระราชบัญญัติปราบปรามการค้าประเวณี พ.ศ. 2503 คือการโฆษณา หรือรับโฆษณาชักชวน หรือ แนะนำด้วยเอกสารสิ่งพิมพ์ หรือกระทำให้แพร่หลายยังสาธารณชนในลักษณะที่เห็นได้ชัด เป็นการเรียกร้องหรือติดต่อ เพื่อการค้าประเวณีของตนเองหรือผู้อื่นโดยกำหนดให้สถานการค้าประเวณีไม่จำเป็นต้องค้าประเวณีในสถานการค้าประเวณีที่จัดให้ไว้เพื่อการค้าประเวณี หรือยอมให้มีการค้าประเวณีเท่านั้น แต่ให้หมายความรวมถึงสถานที่อื่นที่ใช้ในการติดต่อ หรือจัดหาบุคคลอื่นเพื่อทำการค้าประเวณีด้วย

พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้าประเวณี พ.ศ. 2539 มีหลักการเช่นเดียวกับพระราชบัญญัติปราบปรามการค้าประเวณี พ.ศ. 2503 ที่จะควบคุมมิให้มีการค้าประเวณีที่เป็นไปในลักษณะเป็นการเปิดเผยน่าอับอาย หรือการกระทำให้เป็นที่เดือดร้อนรำคาญแก่สาธารณชน²¹ และมีเจตนารมณ์ที่จะคุ้มครองบุคคลที่มีอายุตั้งแต่ 15 ปี แต่ไม่เกิน 18 ปี หรืออายุไม่เกิน 15 ปี ไม่ให้ถูกกระทำการอื่นใด เพื่อสำเร็จความใคร่ของผู้อื่น ไม่ว่าบุคคลนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม²² อีกทั้งลงโทษผู้ที่ป็นธุระจัดหา ล่อไป หรือชักพาไปซึ่งบุคคลใดเพื่อให้บุคคลนั้นกระทำการค้าประเวณี แม้บุคคลนั้นจะยินยอม หรือโดยใช้อุบายหลอกลวง ชูเชื้อ ใช้จ่ายเงินประทุษร้ายใช้อำนาจครอบงำผิดครองธรรม หรือใช้วิธีข่มขืนใจ²³ และลงโทษผู้จัดหา ผู้จัดการ ผู้ควบคุม ผู้ดูแลของกิจการสถานการค้าประเวณี ผู้หน่วงเหนี่ยว กักขังผู้อื่นให้ทำการค้าประเวณี²⁴

กฎหมายฉบับนี้ มีบทบัญญัติที่เพิ่มขึ้นจากพระราชบัญญัติปราบปรามการค้าประเวณี พ.ศ. 2503 คือ บทบัญญัติที่ลงโทษบิดา มารดา ผู้ปกครองที่มีส่วนรู้เห็นให้จัดหาผู้อยู่ในปกครองไป

²⁰ มาตรา 4 พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้าประเวณี พ.ศ. 2539.

²¹ มาตรา 5 มาตรา 6 มาตรา 7 พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้าประเวณี พ.ศ. 2539.

²² มาตรา 8 พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้าประเวณี พ.ศ. 2539.

²³ มาตรา 8, พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้าประเวณี พ.ศ. 2539.

²⁴ มาตรา 11 มาตรา 12 พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้าประเวณี พ.ศ. 2539.

ค้าประเวณี²⁵ โดยจะถูกลอนอำนาจปกครอง และลงโทษพนักงานฝ่ายปกครอง หรือตำรวจ หรือพนักงานเจ้าหน้าที่ รวมทั้งเจ้าหน้าที่ในสถานแรกรับ หรือ สถานคุ้มครองและพัฒนาอาชีพที่กระทำผิดหรือสนับสนุนให้มีการกระทำการหน่วงเหนี่ยว กักขัง ทำร้ายร่างกายผู้อื่นเพื่อข่มขืนใจ ให้ทำการค้าประเวณี²⁶

สรุปได้ว่า การค้าประเวณีตามพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้าประเวณี พ.ศ. 2539 มีความหมายครอบคลุมการกระทำชำเรา หรือการกระทำอื่นใดเพื่อสำเร็จความใคร่ในทางกามารมณ์ และการยอมรับการกระทำชำเรา หรือการกระทำอื่นใดเพื่อสำเร็จความใคร่ในทางกามารมณ์โดยยึดเอาการค้าประเวณีเป็นหลักในการป้องกันและปราบปราม การค้าประเวณีไม่มีความผิดที่มีโทษตามกฎหมายนี้ แต่กฎหมายบัญญัติให้การกระทำอื่นใดที่นำไปสู่การค้าประเวณี และการกระทำใด ที่เป็นผลได้จากการค้าประเวณีมีความผิด เพราะกฎหมายฉบับนี้มีวัตถุประสงค์ที่จะป้องปรามการค้าประเวณีมากกว่าการปราบปรามการค้าประเวณี กฎหมายจึงลดโทษหญิงผู้กระทำการค้าประเวณีให้น้อยลง เพราะถือว่า หญิงโสเภณีมิใช่อาชญากรที่กระทำ ความผิดร้ายแรงโดยให้ความคุ้มครอง และพัฒนาอาชีพผู้ค้าประเวณีที่มีอายุไม่เกิน 18 ปี ให้ได้รับการสงเคราะห์ทุกราย ส่วนผู้ที่มีอายุ 18 ปี ขึ้นไปให้เป็นไปตามความสมัครใจที่จะเข้ารับการ คุ้มครองและพัฒนาอาชีพในสถานคุ้มครองและพัฒนาอาชีพ

อย่างไรก็ตามจะเห็นได้ว่า กฎหมายดังกล่าวไม่มีบทลงโทษผู้รับส่วนแบ่งหรือรายได้จาก หญิงซึ่งค้าประเวณีอันเป็นความผิดฐานดำรงชีพอยู่ด้วยรายได้ของหญิงซึ่งค้าประเวณี หรือความผิด ฐานเป็นแมงดา แต่ศาลอาจนำ มาตรา 11 ความผิดฐานเป็นเจ้าของผู้จัดการกิจการค้าประเวณี และ สถานการค้าประเวณี มาบังคับใช้ลงโทษแทนประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 286

2.4 พระราชบัญญัติมาตรการในการป้องกันและปราบปรามการค้าหญิงและเด็ก

พ.ศ. 2540

หลังสงครามโลกครั้งที่ 1 สิ้นสุดลงได้เกิดกาโรคแพร่ระบาดไปอย่างแพร่หลายรวมทั้ง การค้าทาสสตรีและเด็ก เพิ่มมากขึ้นประเทศไทยได้ลงนามในข้อตกลงระหว่างประเทศ เพื่อ ปราบปรามการค้าทาสผิวขาว ค.ศ. 1910 และลงนามในอนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการ

²⁵ มาตรา 108 พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้าประเวณี พ.ศ. 2539.

²⁶ มาตรา 12 พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้าประเวณี พ.ศ. 2539

ปราบปรามการค้าหญิงและเด็ก ค.ศ 1921²⁷ รัชกาลที่ 7 จึงทรงตราพระราชบัญญัติว่าด้วยการค้าหญิงและเด็ก พ.ศ 2471 ขึ้นเพื่อคุ้มครองหญิงและเด็กหญิงไม่ให้ถูกหลอกลวงหรือขายไปค้าประเวณียังต่างประเทศ หรือนำเข้ามาเพื่อค้าประเวณีในประเทศไทย

เมื่อพระราชบัญญัติว่าด้วยการค้าหญิงและเด็ก พ.ศ 2471 ได้เข้ามาเป็นเวลานานไม่สามารถนำมาบังคับใช้กับสถานการณ์การค้าประเวณีที่เปลี่ยนแปลงและซับซ้อนก่อให้เกิดความไม่สงบสุขต่อสังคม จึงได้บัญญัติพระราชบัญญัติมาตรการในการป้องกันและปราบปรามการค้าหญิงและเด็ก พ.ศ 2540 ขึ้นใช้แทนโดยให้เหตุผลท้ายพระราชบัญญัติว่า “เนื่องจากปัจจุบันได้ปรากฏการกระทำความผิด โดยการซื้อขาย จำหน่าย ชักพา หรือ จัดหาบุคคลไปด้วยวิธีการใดๆ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อสนอง ความใคร่แก่ตนเอง หรือ ผู้อื่น เพื่ออนาจาร หรือ เพื่อประโยชน์อย่างอื่นอันมิชอบ ทั้งนี้ด้วยวิธีการอันเป็นการคุกคาม และกระทบกระเทือนต่อสวัสดิภาพของบุคคลดังกล่าว และการกระทำดังกล่าวไม่จำกัดเฉพาะการกระทำต่อหญิงและเด็กหญิง เท่านั้น แต่ปรากฏว่ามีการกระทำในลักษณะทำนองเดียวกันต่อเด็กชายด้วย นอกจากนี้ในส่วนของผู้กระทำความผิดยังมีพฤติการณ์ที่กระทำ ในรูปของการเตรียมสมคบกันเป็นขบวนการเชื่อมโยงทั้งในประเทศ และ ระหว่างประเทศซึ่งเป็นพฤติการณ์ที่เป็นอันตรายต่อสังคมอีกด้วย โดยที่พระราชบัญญัติว่าด้วยการค้าหญิงและเด็ก พ.ศ 2471 ยังมีขอบเขตที่จำกัด ทั้งในแง่ของฐานความผิดและมาตรการที่กำหนดไว้เพื่อป้องกันและปราบปรามการกระทำความผิด อาทิ เช่น มาตรการเกี่ยวกับการตรวจตราสอดส่องเพื่อช่วยเหลือ หรือ กักตัวหญิง หรือ เด็ก เพื่อสอบสวนข้อเท็จจริงที่เป็นประโยชน์ในการป้องกันและปราบปรามการกระทำความผิดหรือมาตรการในการให้ความช่วยเหลือสงเคราะห์แก่หญิงและเด็กที่ถูกกระทำก็ยังไม่มีประสิทธิภาพเท่าที่ควร กรณีเป็นการสมควรปรับปรุงมาตรการในการป้องกันปราบปรามและเพิ่มเติมมาตรการในการเยียวยาช่วยเหลือหญิงและเด็กให้มีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น ส่วนบทกำหนดความผิดหลักที่เคยมีแต่เดิมนั้นสมควรนำไปแก้ไขเพิ่มเติมในประมวลกฎหมายอาญาเพื่อความสะดวกในการใช้กฎหมายจึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัตินี้”²⁸

²⁷ บันทึกวินิจฉัย สรุปร เรื่อง ร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดอันเกี่ยวกับการค้าหญิงและเด็ก พ.ศ... โดยคณะกรรมการส่งเสริมและประสานงานสตรีแห่งชาติ (กสส) เสนอกรมการร่างกฎหมายคณะพิเศษ คณะกรรมการกฤษฎีกา ม.ป.ป.

²⁸ หมายเหตุท้าย พระราชบัญญัติ มาตรการในการป้องกันและปราบปรามการค้าหญิงและเด็ก พ.ศ 2540

จากการศึกษาพระราชบัญญัติมาตรการในการป้องกันและปราบปรามการค้าหญิงและเด็ก พ.ศ. 2540 เห็นได้ว่า กฎหมายฉบับนี้มีเจตนารมณ์ที่จะคุ้มครองเด็กที่มีอายุไม่เกิน 18 ปี²⁹ ไม่ให้ถูกซื้อ ขาย จำหน่าย พามาจาก หรือส่งไปยังที่ใด รับ หน่วงเหนี่ยว หรือ กักขังซึ่งหญิง หรือเด็ก หรือ จัดให้หญิง หรือเด็กกระทำการ หรือยอมรับการกระทำใดเพื่อสนองความใคร่ของผู้อื่นเพื่อการอนาจาร หรือเพื่อแสวงหาประโยชน์อันมิควรได้โดยชอบสำหรับตนเอง หรือผู้อื่น ไม่ว่าจะหญิง หรือเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม³⁰ แต่กฎหมายฉบับนี้ไม่มีบทบัญญัติลงโทษผู้ดำรงชีพอยู่ด้วยรายได้ของหญิงซึ่งค้าประเวณี หรือความผิดฐานเป็นแมงดา

2.5 ประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ 2499

ประมวลกฎหมายอาญา มีบทบัญญัติการกระทำความผิดที่เกี่ยวข้องกับการค้าประเวณี ไว้ในลักษณะ 9 ความผิดเกี่ยวกับเพศ มาตรา 282 ถึง มาตรา 286 และ มาตรา 312 ตรี ลงโทษบุคคลที่กระทำความผิดฐานเป็นธุระจัดหา หรือล่อลวงผู้หญิงเพื่อกระทำอนาจาร หรือ เพื่อสำเร็จความใคร่ของผู้อื่น หากหญิงที่เป็นเหยื่ออายุต่ำกว่า 18 ปี และ 15 ปี ผู้กระทำต้องระวางโทษหนักขึ้นตามลำดับ ต่อมาได้มีการแก้ไขเพิ่มเติม ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 282 มาตรา 283 และมาตรา 284 รวม 4 ครั้ง เนื่องจากการกระทำความผิดที่เกี่ยวกับเพศ มีลักษณะรุนแรงขึ้น และรูปแบบของการกระทำความผิดในการแสวงหาผลประโยชน์ทางเพศได้เปลี่ยนแปลงไปจากเดิม โดยไม่จำกัดการกระทำต่อเพศหญิงเท่านั้น แต่ยังรวมเด็กชายด้วย นอกจากนี้อัตราโทษตามที่บัญญัติสำหรับลงโทษผู้กระทำความผิดมีอัตราโทษสถานเบา ไม่สามารถทำให้ผู้ที่กระทำความผิดเกิดความเกรงกลัวไม่กล้ากระทำความผิดอีก แต่ผู้กระทำผิดกลับอาศัยช่องว่างของกฎหมายที่บังคับใช้อยู่ต่อสู้คดีเพื่อให้หลุดพ้นจากความรับผิดชอบ จึงจำเป็นต้องแก้ไขเพื่ออุดช่องว่างของกฎหมาย โดยขยายความคุ้มครองผู้เสียหายเพิ่มขึ้นจากเด็กหญิงอายุไม่เกินสิบสามปีเป็นเด็กหญิงหรือ หญิงอายุไม่เกิน 18 ปี และกำหนดอัตราโทษให้สูงขึ้นถึงขั้นประหารชีวิต หรือ จำคุกตลอดชีวิต มีผลทำให้มาตรา 286 ความผิดฐานดำรงชีพอยู่ด้วยรายได้ของหญิงซึ่งค้าประเวณี ต้องแก้ไขเช่นเดียวกัน เพื่อให้รับกับมาตราอื่นๆ ที่ได้แก้ไขแล้ว กฎหมายอาญาบัญญัติการกระทำความผิดที่เกี่ยวข้องกับการค้าประเวณี โดยมีเจตนารมณ์เพื่อคุ้มครองบุคคลที่มีอายุตั้งแต่ 15 ปี แต่

²⁹ มาตรา 4 พระราชบัญญัติ มาตรการในการป้องกันและปราบปรามการค้าหญิงและเด็ก พ.ศ. 2540.

³⁰ มาตรา 5 พระราชบัญญัติ มาตรการในการป้องกันและปราบปรามการค้าหญิงและเด็ก พ.ศ. 2540

ไม่เกิน 18 ปี และบุคคลที่มีอายุไม่เกิน 15 ปี พอสรูปการกระทำเกี่ยวกับการค้าประเวณีที่
กฎหมายอาญาบัญญัติเป็นความผิดมี ดังนี้

- บุคคลใดเพื่อสนองความใคร่ของผู้อื่น เป็นธุระจัดหา ล่อไป หรือ พาไป เพื่อ
การอนาจารซึ่งชาย หรือ หญิง โดยยินยอมระวางโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งปีแต่ไม่เกินสิบปี และ
ปรับตั้งแต่สองพันบาทแต่ไม่เกินสองหมื่นบาท กระทำแก่บุคคลอายุเกิน 15 ปี แต่ไม่เกิน 18 ปี
ระวางโทษจำคุกตั้งแต่ห้าปีแต่ไม่เกินยี่สิบปี และปรับตั้งแต่หนึ่งหมื่นบาทแต่ไม่เกินสี่หมื่นบาท
(มาตรา 282)

- บุคคลใดเพื่อสนองความใคร่ของผู้อื่น เป็นธุระจัดหา ล่อไป หรือพาไป เพื่อการ
อนาจารซึ่งชายหรือ หญิง โดยใช้อุบาย หลอกลวง ชูเชิญ ใช้กำลังประทุษร้าย ใช้อำนาจครอบงำ
ผิดคลองธรรม หรือวิธีข่มขืนใจด้วยประการอื่นใด ระวางโทษจำคุกตั้งแต่ห้าปีแต่ไม่เกินยี่สิบปี
และปรับตั้งแต่หนึ่งหมื่นบาทแต่ไม่เกินสี่หมื่นบาท กระทำแก่บุคคลอายุเกิน 15 ปี แต่ไม่เกิน
18 ปี ระวางโทษจำคุกตั้งแต่เจ็ดปีแต่ไม่เกินยี่สิบปี และปรับตั้งแต่หนึ่งหมื่นสี่พันบาทแต่ไม่เกินสี่
หมื่นบาท หรือจำคุกตลอดชีวิต กระทำแก่เด็กอายุไม่เกิน 15 ปี ระวางโทษจำคุกตั้งแต่สิบปี แต่
ไม่เกินยี่สิบปี และปรับตั้งแต่สองหมื่นบาทแต่ไม่เกินสี่หมื่นบาท หรือ จำคุกตลอดชีวิต หรือ
ประหารชีวิต (มาตรา 283)

- พาบุคคลอายุเกิน 15 ปี แต่ไม่เกิน 18 ปี เพื่ออนาจาร แม้ผู้นั้นจะยินยอม ระวางโทษ
จำคุกไม่เกินห้าปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ กระทำแก่เด็กอายุไม่เกิน 15
ปี ระวางโทษจำคุกไม่เกินเจ็ดปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นสี่พันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ (มาตรา
283 ทวิ)

- บุคคลใดพาผู้อื่นไปเพื่ออนาจาร โดยใช้อุบายหลอกลวง ชูเชิญ ใช้กำลังประทุษร้าย ใช้
อำนาจครอบงำผิดคลองธรรม หรือใช้วิธีข่มขืนใจด้วยประการอื่นใด ระวางโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่ง
ปี แต่ไม่เกินสิบปี และปรับตั้งแต่สองพันบาท แต่ไม่เกินสองหมื่นบาท (มาตรา 284)

- บุคคลใดมีอายุมากกว่า 16 ปี ขึ้นไปดำรงชีพอยู่ด้วยรายได้ ถึงแม้จะเพียงบางส่วนจาก
การประกอบการค้าประเวณี ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่เจ็ดปีแต่ไม่เกินยี่สิบปี และปรับตั้งแต่หนึ่ง
หมื่นบาทแต่ไม่เกินสี่หมื่นบาท หรือจำคุกตลอดชีวิต

การกระทำความผิดนี้ไม่รวมบุคคลที่ได้รับการเลี้ยงดูจากโสเภณี ไม่ว่าจะเป็นไปอย่าง
ถูกต้องตามกฎหมาย หรือตามหน้าที่ธรรมจรรยา เช่น พ่อแม่ หรือ พี่น้องที่อาศัยรายได้จากโสเภณี
(มาตรา 286)

- บุคคลใดโดยทุจริต รับไว้ จำหน่าย เป็นธุระจัดหา ล่อไป หรือ พาไป ซึ่งบุคคลอายุเกิน 15 ปี แต่ไม่เกิน 18 ปี แม้ผู้นั้นยินยอม ระวังโทษจำคุกไม่เกินห้าปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ กระทำแก่เด็กอายุไม่เกิน 15 ปี ระวังโทษจำคุกไม่เกินเจ็ดปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นสี่พันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ (มาตรา 312 ตริ)

บทบัญญัติดังกล่าวข้างต้น เห็นได้ว่าประมวลกฎหมายอาญาไม่มีบทบัญญัติที่ลงโทษบุคคลที่ไปเที่ยวโสเภณีเด็ก ผู้จัดการ ผู้ควบคุม ผู้ดูแลกิจการสถานการค้าประเวณี และ เจ้าพนักงานรัฐที่กระทำผิด หรือสนับสนุนให้มีการหน่วงเหนี่ยว กักขัง ทำร้ายร่างกายผู้อื่นเพื่อข่มขืนใจให้ทำการค้าประเวณี เพื่อผลประโยชน์ และรายได้จากการค้าประเวณีที่มากขึ้นตามมา รัฐจึงได้บัญญัติ พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้าประเวณี พ.ศ. 2539 และพระราชบัญญัติ มาตรการในการป้องกันและปราบปรามการค้าหญิงและเด็ก พ.ศ. 2540 ขึ้น เพื่อลงโทษบุคคลที่เกี่ยวข้องและนำไปสู่การค้าประเวณีให้เกิดความเกรงกลัวไม่กล้ากระทำความผิด

จากการศึกษากฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการค้าประเวณีดังกล่าวข้างต้น สรุปได้ว่า มาตรการทางกฎหมายที่บัญญัติขึ้นเพื่อลงโทษผู้กระทำความผิดที่เกี่ยวข้องกับการค้าประเวณี แยกออกเป็น 2 กรณี คือ 1. ความผิดของผู้กระทำการค้าประเวณี 2. ความผิดของบุคคลอื่นที่สนับสนุน หรือเกี่ยวข้องให้มีการค้าประเวณี เช่น ผู้จัดหาผู้ทำการค้าประเวณี , ผู้เป็นเจ้าของกิจการ , ผู้ดูแล หรือผู้จัดการสถานการค้าประเวณี , ผู้ดำรงชีพจากรายได้ของหญิงซึ่งค้าประเวณี , ผู้ที่นำ หรือให้ผู้อื่นนำหญิง หรือเด็กหญิงเข้ามาในหรือออกจากประเทศเพื่อการค้าประเวณี

เห็นได้ว่า กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการค้าประเวณีได้มีการเปลี่ยนแปลงไปตามนโยบายและสถานการณ์ของประเทศ ดังที่เห็นได้จาก ในสมัยรัชกาลที่ 5 พระราชบัญญัติศีลจรรยา ร.ศ. 127 เป็นกฎหมายที่รับรองให้อาชีพโสเภณี และนายโรงเจ้าสำนักหญิงนครโสเภณี เป็นอาชีพที่ชอบด้วยกฎหมาย เท่ากับกฎหมายยอมรับให้มีการค้าประเวณี และยอมให้บุคคลที่เกี่ยวข้องสามารถกระทำการค้าประเวณีได้โดยไม่ผิดกฎหมาย โดยเฉพาะอาชีพแมงดา ซึ่งแมงดาในสมัยนั้นเป็นผู้ที่ไม่มีอาชีพอื่นใด นอกจากดำรงชีพอยู่โดยรับเงินหรือส่วนแบ่งจากหญิงนครโสเภณีเท่านั้น ทำให้ศาลซึ่งเป็นผู้ใช้และตีความกฎหมายอาญานำแนวคิดเดิมที่ว่า แมงดาต้องเป็นผู้ที่ไม่มีอาชีพอื่นใด นอกจากดำรงชีพอยู่ด้วยรายได้ของหญิงซึ่งค้าประเวณีมาใช้ในการตีความกฎหมายและวินิจฉัยการกระทำความผิดในปัจจุบัน ในขณะที่กฎหมายอาญาบัญญัติการกระทำที่เกี่ยวข้องกับการค้าประเวณีเป็นความผิดโดยมีเจตนาที่ค้ำครองหญิงไม่ให้ถูกเอารัดเอาเปรียบจากชาย จึงได้บัญญัติความผิดฐานดำรงชีพอยู่ด้วยรายได้ของหญิงซึ่งค้าประเวณี หรือความผิดฐานเป็น “แมงดา” ไว้ในมาตรา 286

พระราชบัญญัติปราบปรามการค้าประเวณี พ.ศ. 2503 และพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้าประเวณี พ.ศ. 2539 มีเจตนารมณ์ที่เน้นการค้าประเวณีป้องกันไม่ให้เกิดโสเภณี และปราบปรามการค้าประเวณี มีนโยบายที่จะนำโสเภณีให้เข้ารับการฝึกอบรมพัฒนาอาชีพ เห็นได้ว่า กฎหมายทั้งสองฉบับไม่รับรองให้อาชีพโสเภณี และผู้เกี่ยวข้องกับการค้าประเวณี เช่น “แมงดา” เป็นอาชีพที่ชอบกฎหมาย แต่กลับไม่มีบทบัญญัติที่ลงโทษผู้ดำรงชีพอยู่ด้วยรายได้ของหญิงซึ่งค้าประเวณี หรือ ความผิดฐานเป็น “แมงดา” แต่อย่างใด มีจุดประสงค์ลงโทษบุคคลที่กระทำการอื่นใด เพื่อสำเร็จความใคร่ของผู้อื่น นอกจากนี้ กฎหมายทั้งสองฉบับมีขอบเขตการกระทำที่กฎหมายบัญญัติเป็นความผิด แคบกว่าประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 282 มาตรา 283 และ มาตรา 286 ที่เน้นลงโทษผู้พาไปเพื่อการอนาจาร ซึ่งชาย หรือ หญิง โดยมีเจตนาพิเศษเพื่อสนองความใคร่ของผู้อื่น

จากการที่รัฐได้พยายามหามาตรการทางกฎหมายเพื่อแก้ไขปัญหาการกระทำที่เกี่ยวข้องกับการค้าประเวณีให้เหมาะสมกับสถานการณ์ และทันกับสภาพสังคมที่เปลี่ยนแปลง โดยได้รับรองให้อาชีพโสเภณีและอาชีพนายโรงเจ้าสำนักหญิงนครโสเภณีเป็นอาชีพที่ชอบด้วยกฎหมาย แต่ไม่สามารถแก้ไขปัญหาการค้าประเวณีได้ รัฐจึงเปลี่ยนมาใช้มาตรการทางกฎหมายป้องกันและปราบปรามการค้าประเวณี โดยไม่รับรองให้มีอาชีพโสเภณี และการค้าประเวณีโดยเปิดเผยปรากฏว่า ไม่สามารถแก้ไขปัญหาอาชญากรรมที่เกิดจากการค้าประเวณีให้ลดน้อยลงเช่นกัน หลายฝ่ายจึงเห็นพ้องต้องกันเสนอแนะมาตรการแก้ไขปัญหาโสเภณีว่า เมื่อรัฐไม่สามารถแก้ไขปัญหาที่เกิดจากการค้าประเวณีให้ลดน้อยลงได้ รัฐควรกลับไปใช้มาตรการทางกฎหมายเดิม โดยคำนึงถึงสาระสำคัญในพระราชบัญญัติ ป้องกันสัญจรโรค ร.ศ. 127 ที่ยอมให้จดทะเบียนสำนักค้าประเวณี เนื่องจากเห็นว่า การค้าประเวณี หรือการประกอบอาชีพโสเภณียังคงเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายอยู่ แต่รัฐควรควบคุมการค้าประเวณีด้วยการอนุญาตให้มีการจดทะเบียนสำนักค้าประเวณี เพื่อควบคุมหญิงโสเภณีและการค้าประเวณีให้อยู่ภายในขอบเขตและระเบียบกฎหมายที่รัฐกำหนดไว้ จะทำให้รัฐได้ประโยชน์เพิ่มขึ้นจากการอนุญาตให้จดทะเบียน เช่น ค่าธรรมเนียมในการจดทะเบียน , ภาษีอากรต่างๆ , ภาษีการค้าจากสำนักค้าประเวณีโดยถือเป็นการค้าอย่างหนึ่ง , ภาษีเงินได้จากหญิงโสเภณีในฐานะเป็นผู้มีเงินได้ และรัฐสามารถควบคุมทั้งสำนักค้าประเวณี และหญิงโสเภณีได้ทั่วถึง ถ้ารัฐได้จัดทำสถิติแหล่งค้าประเวณีและจำนวนหญิงโสเภณีจะทำให้สามารถลด

ปัญหาอาชญากรรมบางประเภทได้³¹ แต่ข้อเสนอแนะนี้ ไม่ได้กล่าวถึงวิธีการมาตรการทางกฎหมายที่แก้ไขปัญหามุคคัลที่เกี่ยวข้องกับการค้าประเวณี เช่น แมงดา หรือ ผู้รับส่วนแบ่งหรือ รายได้จากการค้าประเวณีให้ลดน้อยลง

3. ความผิดฐานดำรงชีพอยู่ด้วยรายได้ของหญิงซึ่งค้าประเวณี ของศาลไทย

ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 286 ความผิดฐานดำรงชีพอยู่ด้วยรายได้ของหญิงซึ่งค้าประเวณี เป็นบทบัญญัติที่จะนำมาใช้บังคับลงโทษผู้ที่รับส่วนแบ่งหรือรายได้จากหญิงซึ่งค้าประเวณี แต่เนื่องจากศาลวินิจฉัยปรับข้อเท็จจริงให้เข้ากับข้อกฎหมายโดยพิจารณาจากการที่จำเลย มีอาชีพและรายได้อื่นหรือไม่ หากจำเลยมีอาชีพและรายได้อื่น หรือจำเลยไม่มีอาชีพอื่น แต่สามีจำเลย หรือบุตรจำเลยมีรายได้จากอาชีพอื่นแสดงว่า จำเลยมีปัจจัยอย่างอื่นอันปรากฏสำหรับดำรงชีพ หรือมีปัจจัยอันเพียงพอสำหรับดำรงชีพแล้ว แม้จำเลยจะรับส่วนแบ่งหรือรายได้จากหญิงซึ่งค้าประเวณี จำเลยไม่มีความผิดฐานเป็น “แมงดา” การตีความและการปรับใช้กฎหมาย มาตรา 286 ของศาลดังกล่าวนี้เป็นการนำองค์ประกอบความผิดตามวรรค 1 ไปปะปนกับการไม่มีปัจจัยอันอื่นปรากฏสำหรับดำรงชีพหรือไม่มีปัจจัยอันพอเพียงสำหรับดำรงชีพ ตามวรรค 2 ซึ่งเป็นข้อสันนิษฐานของกฎหมาย

จากการศึกษาแนวคำพิพากษาศาลฎีกาพบว่า ศาลฎีกาพิจารณาว่า โจทก์ต้องเป็นฝ่ายที่มีหน้าที่นำพยานเข้าสืบให้ปรากฏว่า จำเลยไม่มีปัจจัยอย่างอื่นอันปรากฏสำหรับดำรงชีพหรือไม่มีปัจจัยพอเพียงสำหรับดำรงชีพ โดยโจทก์ต้องแสดงให้เห็นว่าจำเลยไม่มีรายได้หรืออาชีพอื่นนอกจากรับรายได้จากหญิงโสเภณีเพื่อดำรงชีพเท่านั้น หากโจทก์นำพยานเข้าสืบไม่ได้ถือว่าจำเลยไม่มีความผิดตามมาตรา 286 หรือหากจำเลยสามารถพิสูจน์ให้ศาลเห็นว่า จำเลยมีอาชีพและมีรายได้อื่น ศาลฎีกาถือว่า จำเลยมีรายได้อันเพียงพอสำหรับดำรงชีพแล้ว จำเลยไม่มีความผิดตาม มาตรา 286 คำวินิจฉัยของศาลฎีกาดังกล่าวนี้ เป็นการนำบทบัญญัติในวรรคสองมาวินิจฉัยองค์ประกอบความผิด ทั้งๆ ที่ตามกฎหมายโจทก์น่าจะนำสืบเพียงว่า จำเลยรับรายได้จากหญิงโสเภณีมาใช้ดำรงชีพบางส่วนหรือไม่

³¹ วีระพงษ์ บุญโญภาส. “วิจัยภาค : การแสวงหามาตรการทางกฎหมาย และมาตรการอื่นๆ ที่เหมาะสมสำหรับปัญหาโสเภณี” วารสารกฎหมาย ปีที่ 8 , ฉบับที่ 1. มิถุนายน 2526 , หน้า 171-173.

เมื่อเป็นเช่นนี้ การตีความกฎหมายโดยศาลจึงมีส่วนสำคัญในการปรับใช้กฎหมายเพื่อช่วยในการหาความหมายที่ชัดเจนของถ้อยคำในบทบัญญัติกฎหมายนั้นๆ ให้ได้มาซึ่งหลักเกณฑ์ของกฎหมายแล้วนำข้อกฎหมายไปปรับให้เข้ากับข้อเท็จจริงที่เป็นปัญหาได้อย่างถูกต้องตามองค์ประกอบความผิดและเจตนารมณ์ในการบัญญัติกฎหมาย โดยแบ่งการศึกษาออกเป็น 3 ประการ คือ (3.1) องค์ประกอบความผิดตามกฎหมายอาญา มาตรา 286 (3.2) ข้อสันนิษฐานของกฎหมาย (3.3) การตีความความผิดฐานดำรงชีพอยู่ด้วยรายได้ของหญิงซึ่งค่าประเวณีของศาลไทย สามารถแยกอธิบายได้ดังต่อไปนี้

3.1. องค์ประกอบความผิดตามกฎหมายอาญา มาตรา 286

“ความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 286 ที่ผู้กระทำซึ่งมีอายุกว่าสิบหกปีดำรงชีพอยู่แม้เพียงบางส่วนจากรายได้ของหญิงซึ่งค่าประเวณี เป็นความผิดนั้น ศาลฎีกา หมายถึงว่า ผู้ที่ดำรงชีวิตของตนอยู่ด้วยการอาศัยปัจจัยทั้งหมดหรือแม้เพียงบางส่วนจากรายได้ของหญิงซึ่งค่าประเวณี ซึ่งหากขาดปัจจัยแม้เพียงบางส่วนจากรายได้ของหญิงซึ่งค่าประเวณีจะดำรงชีพอยู่ไม่ได้”³²

ความผิดฐานดำรงชีพอยู่ด้วยรายได้ของหญิงซึ่งค่าประเวณีประกอบด้วยความผิด 2 ประการ คือ 1.1 องค์ประกอบภายนอก และ 1.2 องค์ประกอบภายใน ซึ่งแต่ละประการอธิบายได้ดังนี้

1.1 องค์ประกอบภายนอก ความผิดฐานดำรงชีพอยู่ด้วยรายได้ของหญิงซึ่งค่าประเวณีบัญญัติไว้ในวรรคแรก แบ่งออกเป็น 2 ประการ คือ

1.1.1 ผู้กระทำ คือ “ผู้ใดอายุกว่าสิบหกปี” ดังนั้นผู้ที่จะเป็นผู้กระทำความผิดตามมาตรา 286 ต้องมีอายุตั้งแต่สิบหกปีขึ้นไป ไม่ว่าจะชายหรือหญิง

1.1.2 การกระทำความผิด คือ ดำรงชีพอยู่แม้เพียงบางส่วนจากรายได้ของหญิงซึ่งค่าประเวณี หมายถึง การดำรงชีพโดยอาศัยรายได้ของหญิงซึ่งค่าประเวณี ไม่ว่าจะอาศัยในการดำรงชีพทั้งหมด หรืออาศัยแม้แต่เพียงบางส่วน การดำรงชีพย่อมเป็นการกระทำเป็นปกติไม่ใช่ครั้งหนึ่งคราวเดียว การกระทำอย่างไรที่ถือว่าเป็นการดำรงชีพ กฎหมายได้บัญญัติเป็น

³² ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ. “ฎีกาวินิจฉัย คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1208/2535 การดำรงชีพจากรายได้ของหญิงซึ่งค่าประเวณี (มาตรา 286)” วารสารนิติศาสตร์. ปีที่ 22, ฉบับที่ 4. ธันวาคม 2535, หน้า 614.

ข้อสันนิษฐานไว้ในวรรคสองว่า การกระทำเช่นไรที่ให้อธิว่ามีลักษณะเป็นการดำรงชีพอยู่จากรายได้ของหญิงในการค้าประเวณีอันกฎหมายบัญญัติเป็นความผิด ซึ่งจะได้กล่าวต่อไปใน ข้อ 3.2

1.2 องค์ประกอบภายใน เจตนาธรรมดา ที่เกี่ยวกับจิตใจของผู้กระทำความผิด คือ ผู้กระทำความผิดต้องมีเจตนาตาม มาตรา 59 ในการดำรงชีพจากรายได้ แม้เพียงบางส่วนของหญิงซึ่งค้าประเวณี และผู้ที่ดำรงชีพเช่นนั้นต้องรู้ข้อเท็จจริงว่า หญิงนั้นเป็นหญิงซึ่งค้าประเวณี (มาตรา 59 วรรค 3)

3.2 ข้อสันนิษฐานของกฎหมาย

การกระทำที่เป็นความผิดตามมาตรา 286 นี้ คือ การดำรงชีพอยู่จากรายได้ของหญิงซึ่งค้าประเวณี แม้แต่เพียงบางส่วน การกระทำดังกล่าวนี้ เรียกว่า “แมงดา” ลักษณะของแมงดาจะต้องประกอบด้วยข้อเท็จจริงอย่างไรวินั้น กฎหมายบัญญัติไว้ในวรรคสอง ความว่า “ผู้ใดไม่มีปัจจัยอย่างอื่นอันปรากฏสำหรับดำรงชีพ หรือไม่มีปัจจัยอันพอเพียงสำหรับดำรงชีพ และ

- (1) ปรากฏว่าอยู่ร่วมกับหญิงซึ่งค้าประเวณี หรือ สวมคัมกับหญิงซึ่งค้าประเวณีคนเดียวหรือหลายคนเป็นอาจิม
- (2) กินอยู่หลับนอน หรือรับเงิน หรือประโยชน์อย่างอื่นโดยหญิงซึ่งค้าประเวณีเป็นผู้จัดให้ หรือ
- (3) เข้าแทรกแซงเพื่อช่วยหญิงซึ่งค้าประเวณีในการทะเลาะวิวาทกับผู้ที่ยึดค้ากับหญิงซึ่งค้าประเวณีนั้น

ให้อธิว่า เป็นการดำรงชีพอยู่จากรายได้ของหญิงในการค้าประเวณี เว้นแต่จะพิสูจน์ให้เป็นที่พอใจได้ว่ามิได้เป็นเช่นนั้น”

บทบัญญัติในวรรคสองถือเป็นบทสันนิษฐานของกฎหมาย³³ ว่ากรณีที่มีการกระทำที่เข้าตามบทบัญญัติในวรรคสองให้อธิว่าเป็น “การดำรงชีพ” จากรายได้ของหญิงในการค้าประเวณีตามวรรคหนึ่งแล้ว อีกทั้งวรรคสองไม่มีการระวางโทษไว้แต่อย่างใด

³³ หยุต แสงอุทัย . กฎหมายอาญา ภาค 2-3 . กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ,2544 , หน้า 298 และจิตติ ดิงศภัทย์ . กฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 1. พิมพ์ครั้งที่ 7 . กรุงเทพฯ: หจก.จิรัชการพิมพ์ ,2543, หน้า 777.

จากการศึกษาองค์ประกอบความผิดพลาดว่า วรรค 2 ของประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 286 ไม่ใช่องค์ประกอบความผิดฐานดำรงชีพอยู่ด้วยรายได้ของหญิงซึ่งค้าประเวณี หากแต่เป็นเพียงบทสันนิษฐานซึ่งเป็นตัวอย่างเพียงบางส่วนที่แสดงให้เห็นว่า การกระทำเช่นไร มีลักษณะเป็น “การดำรงชีพ” จากรายได้ของหญิงซึ่งค้าประเวณี ตามวรรค 1 เท่านั้น การบัญญัติข้อสันนิษฐานดังกล่าวนี้ เป็นไปเพื่อประโยชน์ในการนำสืบของโจทก์ และให้ฝ่ายจำเลยมีหน้าที่นำสืบหักล้างเพื่อพิสูจน์ความบริสุทธิ์ของตน หากนำข้อสันนิษฐานในวรรค 2 มาเป็นองค์ประกอบความผิดจะทำให้ไม่ตรงตามเจตนารมณ์ของผู้ร่างกฎหมายที่ต้องการลงโทษผู้รับรายได้แม้เพียงบางส่วนจากหญิงซึ่งค้าประเวณี อันเป็นการกระทำความคิดฐานเป็น “แมงดา” อีกทั้งความในวรรค 2 ไม่มีการระวางโทษไว้แต่อย่างใด³⁴ ดังนั้นหากข้อเท็จจริงปรากฏว่า จำเลยรับรายได้หรือส่วนแบ่งจากหญิงซึ่งค้าประเวณีแม้เพียงบางส่วนก็เป็นความผิดแล้ว ไม่จำเป็นต้องพิจารณาความในมาตรา 286 วรรค 2 เพราะเป็นเพียงบทสันนิษฐานของกฎหมายเท่านั้น

นอกจากนี้บทสันนิษฐานตาม วรรค 2 ของมาตรา 286 กฎหมายมิให้บังคับแก่ผู้รับค่าเลี้ยงดูจากหญิงซึ่งค้าประเวณี เพียงให้ค่าเลี้ยงดูนั้นตามกฎหมายหรือตามธรรมเนียมจรรยา เช่น บิดาหญิงที่ป่วย บุตรของหญิง ซึ่งถือว่าไม่ได้กระทำการอันเป็น “การดำรงชีพ” จากรายได้ของหญิงซึ่งค้าประเวณี ตามมาตรา 286 วรรค 1

สรุปได้ว่า การกระทำที่จะเป็นความผิดตาม มาตรา 286 กฎหมายบัญญัติองค์ประกอบความผิดไว้ในวรรคแรก คือ การดำรงชีพอยู่จากรายได้ของหญิงซึ่งค้าประเวณี แม้แต่เพียงบางส่วนก็เป็นความผิดแล้ว แต่ศาลฎีกาวินิจฉัยความผิดโดยนำวรรค 2 ซึ่งเป็นข้อสันนิษฐานของกฎหมายมาพิจารณาและพิพากษายกฟ้องข้อหาความผิดฐานดำรงชีพอยู่ด้วยรายได้ของหญิงซึ่งค้าประเวณี ตามมาตรา 286 เสมอ ทำให้ไม่สามารถนำ มาตรา 286 มาใช้บังคับลงโทษผู้รับส่วนแบ่งเพียงบางส่วนจากรายได้ของหญิงซึ่งค้าประเวณีได้เลย หากข้อเท็จจริง ปรากฏว่า จำเลยมีอาชีพและรายได้อื่นอยู่แล้ว ศาลฎีกาถือว่าจำเลยมีปัจจัยพอเพียงสำหรับดำรงชีพแล้ว และแม้ว่าจำเลยไม่มีอาชีพใดๆ แต่สามีหรือบุตรเป็นผู้มีอาชีพ ศาลฎีกาก็จะพิพากษายกฟ้องเช่นกัน เท่ากับศาลฎีกายกเลิกประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 286 โดยปริยาย³⁵ ซึ่งผู้เขียนจะได้ทำการศึกษา

³⁴ สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล . “ฎีกาวิเคราะห์ : ชาย (หญิง) แมงดา” วารสารนิติศาสตร์ . ปีที่ 17, ฉบับที่ 2 . 2526 , หน้า 164.

³⁵ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ . “ข้อคิดเกี่ยวกับความเสมอภาคและความยุติธรรมตามกฎหมาย” เอกสารประกอบการเสวนาทางวิชาการ ณ.เนติบัณฑิตยสภา . 9 มกราคม 2546 , หน้า 4.

การตีความความผิดฐานดำรงชีพอยู่ด้วยรายได้ของหญิงซึ่งค้าประเวณีของศาลไทยว่า มีหลักเกณฑ์ ถูกต้องตามหลักการตีความกฎหมายอาญาหรือไม่

3.3 การตีความความผิดฐานดำรงชีพอยู่ด้วยรายได้ของหญิงซึ่งค้าประเวณีของศาลไทย

ประมวลกฎหมายอาญาได้บัญญัติหลักเกณฑ์การตีความกฎหมายไว้ใน มาตรา 2 ว่า “บุคคลจักต้องรับโทษทางอาญาต่อเมื่อได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้ในขณะกระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดนั้นต้องเป็นโทษที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย.” ทำให้กฎหมายอาญาต้องตีความโดยเคร่งครัด เมื่อนำหลักเกณฑ์การตีความกฎหมายดังกล่าวมาตีความความผิดฐานดำรงชีพอยู่ด้วยรายได้ของหญิงซึ่งค้าประเวณี ตามมาตรา 286 จะพบว่า ผู้ที่รับส่วนแบ่งแม้เพียงบางส่วนจากหญิงซึ่งค้าประเวณีมีความผิดตามมาตรา 286 แล้ว

นับแต่ได้บัญญัติความผิดฐานดำรงชีพอยู่ด้วยรายได้ของหญิงซึ่งค้าประเวณี หรือ ความผิดฐานเป็น “แมงดา” จนถึงปัจจุบัน คำพิพากษาของศาลฎีกาส่วนใหญ่พิพากษายกฟ้องโจทก์ ไม่ลงโทษผู้ที่รับส่วนแบ่งแม้เพียงบางส่วนจากรายได้ของหญิงซึ่งค้าประเวณี โดยศาลฎีกาได้ให้เหตุผลในการวินิจฉัยความผิดตาม มาตรา 286 ซึ่งสามารถแบ่งแนวคำวินิจฉัยของศาลฎีกาตั้งแต่ออดีตจนถึงปัจจุบัน ออกได้เป็น 2 แนว คือ (3.3.1) แนวแรก ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า “การที่จำเลยดำรงชีพจากรายได้ของหญิงซึ่งค้าประเวณีอย่างเดียวยังไม่เป็นความผิด หากแต่ต้องปรากฏว่า ผู้ นั้นไม่มีปัจจัยอย่างอื่นอันปรากฏสำหรับดำรงชีพ หรือไม่มีปัจจัยอันพอเพียงสำหรับดำรงชีพ เมื่อปรากฏว่า จำเลยมีอาชีพอื่น แสดงว่า จำเลยมีปัจจัยอย่างอื่นหรือปัจจัยเพียงพอสำหรับดำรงชีพแล้ว จำเลยไม่มีความผิดตาม มาตรา 286..” (3.3.2) แนวที่สอง ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า “...แม้จำเลยไม่มีอาชีพอื่น แต่สามีจำเลยมีอาชีพอื่น ประกอบกับโจทก์ไม่มีพยานอื่นใดมานำสืบให้เห็นว่า รายได้ของจำเลยดังกล่าวไม่เพียงพอสำหรับดำรงชีพ จำเลยไม่มีความผิดตาม มาตรา 286..” ดังปรากฏในคำพิพากษาของศาลฎีกา ต่อไปนี้

3.3.1 แนวแรก ศาลฎีกาได้วินิจฉัยเป็นแนวเดียวตลอดมาว่า แม้ผู้นั้นจะรับส่วนแบ่งเพียงบางส่วนจากหญิงซึ่งค้าประเวณี หากผู้นั้นมีอาชีพและรายได้อื่นก็ไม่มีความผิดตามมาตรา 286 เช่น จำเลยมีรายได้จากการค้าขายเสื้อผ้าสำเร็จรูปไม่ปรากฏว่ารายได้ดังกล่าวไม่เพียงพอ

สำหรับดำรงชีพ แม้จำเลยจะรับส่วนแบ่งจากหญิงซึ่งค้าประเวณีไม่มีความผิดตาม มาตรา 286³⁶ จำเลยมีรายได้จากการรับจ้างและค่าเช่าบ้านไม่ปรากฏว่ารายได้ดังกล่าวไม่เพียงพอ แม้จำเลยจะรับเงินส่วนแบ่งจากหญิงซึ่งค้าประเวณี ไม่เป็นความผิด³⁷ จำเลยเป็นแพทย์ประจำตำบลเบิกไพร มา 15 ปี เปิดร้านขายยาพอช่วยเหลือชาวบ้านและได้ร่วมกับนายประเสริฐ บุญฉาย ทำไร้อ้อย 150 ไร่ มีรายได้จากการทำไร้อ้อย แม้โจทก์นำสืบได้ว่า จำเลยได้รับส่วนแบ่งจากหญิงซึ่งค้าประเวณี จำเลยไม่มีความผิด³⁸ จำเลยที่ 1 ไม่ได้นำสืบให้เห็นว่า มีอาชีพรับจ้างทำอะไร มีรายได้เท่าไร และมีปัจจัยเพียงพอสำหรับดำรงชีพ จำเลยที่ 1 มีความผิดตาม มาตรา 286³⁹ เมื่อโจทก์นำสืบไม่ได้ว่า จำเลยไม่มีปัจจัยอย่างอื่นอันปรากฏสำหรับดำรงชีพ หรือไม่มีปัจจัยอันพอเพียงสำหรับดำรงชีพ จำเลยไม่มีความผิด⁴⁰ จำเลยเช่าร้านขายก๋วยเตี๋ยวและเครื่องดื่มมา 2 ปี ถือว่า จำเลยมีปัจจัยอย่างอื่นอันปรากฏสำหรับดำรงชีพ หรือมีปัจจัยอันเพียงพอสำหรับดำรงชีพ⁴¹ จำเลยขายผ้าและน้ำปลาในตลาดเทศบาลเมืองน่านมีรายได้เดือนละห้าพันบาทถึงหกพันบาท ถือว่าจำเลยมีรายได้เพียงพอ แม้ปรากฏว่า จำเลยรับส่วนแบ่งจากหญิงซึ่งค้าประเวณีไม่มีความผิดตาม มาตรา 286⁴² เมื่อโจทก์นำสืบไม่ได้ว่า จำเลยไม่มีปัจจัยอันพอเพียงสำหรับดำรงชีพ จะลงโทษจำเลยไม่ได้⁴³ จำเลยเป็นผู้เก็บเงินค่าบริการจากแขกที่มาเที่ยวและแบ่งเงินค่าบริการประเวณีให้แก่หญิงโสเภณี จำเลยไม่สามารถหักล้างพยานโจทก์ จำเลยมีความผิด⁴⁴ จำเลยค้าขายอาหารแสดงว่าจำเลยมีรายได้จากการค้าขาย แม้จำเลยจะรับส่วนแบ่งจากหญิงซึ่งค้าประเวณี การกระทำของจำเลยไม่มีความผิด⁴⁵ โจทก์ไม่มีพยานนำสืบว่า จำเลยที่ 2 ไม่มีปัจจัยอย่างอื่นปรากฏสำหรับดำรงชีพ หรือไม่มีปัจจัยเพียงพอสำหรับดำรงชีพ จำเลยไม่มีความผิด⁴⁶

³⁶ ฎีกาที่ 1488/2520 . สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา 2520 , หน้า 1100.

³⁷ ฎีกาที่ 2555/2521 . สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา 2521 , หน้า 1234.

³⁸ ฎีกาที่ 883/2522 . สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา 2522 , หน้า 747.

³⁹ ฎีกาที่ 2541/2522 . สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา 2522 , หน้า 2002

⁴⁰ ฎีกาที่ 2562/2523 . สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา 2523 , หน้า 1946.

⁴¹ ฎีกาที่ 2267/2527 . สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา 2527 , หน้า 1543.

⁴² ฎีกาที่ 178/2528 . สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา 2528 , หน้า 17.

⁴³ ฎีกาที่ 3942/2530 . สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา .ปี 2530 .หน้า.2419.

⁴⁴ ฎีกาที่ 4302/2530 . สำนักเทคโนโลยีสารสนเทศ สำนักงานศาลยุติธรรม 2530 ,

⁴⁵ ฎีกาที่ 4697/2534 . สำนักส่งเสริมตุลาการ กระทรวงยุติธรรม 2534 , เล่ม 9 หน้า 144.

⁴⁶ ฎีกาที่ 4697/2534 . สำนักส่งเสริมตุลาการ กระทรวงยุติธรรม 2534 , เล่ม 6 หน้า 98.

จากคำพิพากษาศาลฎีกาดังกล่าวข้างต้น เห็นได้ว่าศาลฎีกาวินิจฉัยปรับข้อเท็จจริงให้เข้ากับข้อกฎหมายโดยถือเอา มาตรา 286 วรรค 2 เป็นองค์ประกอบในการกำหนดความผิด แม้ข้อเท็จจริงปรากฏว่า จำเลยรับส่วนแบ่งจากหญิงซึ่งค้าประเวณี หากโจทก์สืบไม่ได้ว่า จำเลยไม่มีปัจจัยอย่างอื่นอันปรากฏสำหรับดำรงชีพ หรือไม่มีปัจจัยอันพอเพียงสำหรับดำรงชีพ จำเลยก็ไม่มี ความผิดตามมาตรา 286

3.3.2 แนวที่สอง ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า จำเลยไม่มีอาชีพอื่น แต่สามีหรือบุตรของ จำเลยมีอาชีพอื่น แม้ข้อเท็จจริงจะปรากฏว่า จำเลยอยู่ร่วมกับหญิงค้าประเวณีและรับส่วนแบ่งจาก หญิงซึ่งค้าประเวณี จำเลยก็สามารถดำรงชีพอยู่ได้ ถือไม่ได้ว่าจำเลยไม่มีปัจจัยอย่างอื่นอันปรากฏ สำหรับดำรงชีพหรือไม่มีปัจจัยอันพอเพียงสำหรับดำรงชีพ จำเลยไม่มีความผิดตามมาตรา 286 เช่น จำเลยเป็นเจ้าของสถานการค้าประเวณีมีเครื่องคืมและบริการขายแก่ลูกค้า และกินอยู่หลับนอน กับหญิงค้าประเวณี 8 คน แม้จำเลยจะไม่มีรายได้จากกิจการค้าประเวณีจำเลยก็สามารถดำรงชีพ อยู่ด้วยการอาศัยสามีและบุตรที่มีอาชีพอื่นอยู่แล้ว จำเลยไม่มีความผิดตามมาตรา 286⁴⁷ แม้จำเลย จะอายุกว่า 16 ปี และไม่มีปัจจัยอย่างอื่นอันปรากฏสำหรับดำรงชีพร่วมกินอยู่หลับนอนกับ ผู้เสียหายซึ่งค้าประเวณีและรับเงิน หรือประโยชน์อย่างอื่นจากรายได้ของผู้เสียหาย แต่สามีจำเลย มีอาชีพขายพระและโจทก์ไม่มีพยานมานำสืบให้เห็นว่า รายได้ของจำเลยดังกล่าวไม่เพียงพอ สำหรับดำรงชีพ จำเลยไม่มีความผิดตาม มาตรา 286⁴⁸

จากคำพิพากษาศาลฎีกาตามคำวินิจฉัยแนวที่สองนี้ แสดงว่า ศาลฎีกาถือเอาการที่สามี จำเลย หรือบุตรมีอาชีพและรายได้อื่นเป็นการแสดงว่า จำเลยมีปัจจัยอย่างอื่นอันปรากฏสำหรับ ดำรงชีพ หรือมีปัจจัยอันเพียงพอสำหรับดำรงชีพแล้ว แม้ข้อเท็จจริงปรากฏว่า จำเลยอยู่ร่วมกับ หญิงซึ่งค้าประเวณี หรือจำเลยกินอยู่หลับนอนหรือรับเงินหรือประโยชน์อย่างอื่นโดยหญิงซึ่ง ค้าประเวณีเป็นผู้จัดให้ และรับส่วนแบ่งจากหญิงซึ่งค้าประเวณี หากโจทก์สืบไม่ได้ว่า จำเลยไม่มี ปัจจัยอย่างอื่นอันปรากฏสำหรับดำรงชีพ หรือไม่มีปัจจัยอันพอเพียงสำหรับดำรงชีพ จำเลยไม่มี ความผิดฐานเป็น “แมงดา” หรือ ความผิดฐานดำรงชีพอยู่ด้วยรายได้ของหญิงซึ่งค้าประเวณี แต่ อย่างใด

⁴⁷ ฎีกาที่ 2719/2541 . สำนักส่งเสริมตุลาการ กระทรวงยุติธรรม 2541 , เล่ม 6 หน้า 72.

⁴⁸ ฎีกาที่ 6065/2545 . สำนักส่งเสริมตุลาการ กระทรวงยุติธรรม 2545, เล่ม 10 หน้า 98.

สรุปได้ว่า เดิม “แมงดา” เป็นอาชีพที่เกิดขึ้นพร้อมกับหญิงนครโสเภณีเป็นการกระทำที่น่ารังเกียจ เนื่องจากการหากินอยู่บนเลือดเนื้อของหญิงนครโสเภณี รัฐจึงได้บัญญัติความผิดฐานดำรงชีพอยู่ด้วยรายได้ของหญิงซึ่งค้าประเวณีเพื่อต้องการคุ้มครองหญิงไม่ให้ถูกเอารัดเอาเปรียบ ความผิดฐานดำรงชีพอยู่ด้วยรายได้ของหญิงซึ่งค้าประเวณีตาม มาตรา 286 บัญญัติองค์ประกอบความผิดไว้ในวรรคแรก ว่า “ผู้ใดอายุกว่าสิบหกปีดำรงชีพแม้เพียงบางส่วนจากรายได้ของหญิงซึ่งค้าประเวณี ต้องระวางโทษ...” แต่ศาลฎีกากลับตีความและวินิจฉัย ว่า โจทก์ต้องแสดงพยานหลักฐานให้ปรากฏว่า จำเลยไม่มีปัจจัยอย่างอื่นอันปรากฏสำหรับดำรงชีพ หรือไม่มีปัจจัยอันพอเพียงสำหรับดำรงชีพ หากจำเลย , สามีจำเลย หรือบุตรจำเลย มีอาชีพและรายได้อื่น ศาลฎีกาถือว่า จำเลยมีปัจจัยพอเพียงสำหรับดำรงชีพแล้ว แม้ ข้อเท็จจริงปรากฏว่า จำเลยรับส่วนแบ่งจากรายได้ของหญิงซึ่งค้าประเวณี จำเลยไม่มีความผิดฐานเป็น “แมงดา” ตามมาตรา 286 อันที่จริงศาลควรพิจารณาในแง่ที่ว่า หากจำเลยมีรายได้เพียงพอในการดำรงชีพแล้ว ทำไมจึงต้องรับส่วนแบ่งจากรายได้ของหญิงโสเภณีด้วย การที่ศาลตีความและปรับใช้กฎหมายเช่นนั้นเท่ากับทำให้กฎหมาย มาตรา 286 สิ้นผลบังคับใช้โดยปริยาย

ลักษณะ “การดำรงชีพ” อยู่ด้วยรายได้ของผู้ซึ่งค้าประเวณี ตามกฎหมายต่างประเทศ

ประเทศต่างๆ มีมาตรการควบคุมการกระทำที่เกี่ยวข้องกับการค้าประเวณีที่แตกต่างกันออกไป ขึ้นอยู่กับประเทศนั้นๆ ยอมให้มีการค้าประเวณีและรับรองอาชีพโสเภณีเป็นอาชีพที่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ บางประเทศยอมรับอาชีพโสเภณีเป็นอาชีพที่ชอบด้วยกฎหมาย บางประเทศห้ามมิให้มีการค้าประเวณีโดยเปิดเผย จึงควรศึกษาเปรียบเทียบลักษณะ “การดำรงชีพ” อยู่ด้วยรายได้ของผู้ซึ่งค้าประเวณีในกฎหมายต่างประเทศว่า มีลักษณะการกระทำและขอบเขตเช่นไร ที่กฎหมายบัญญัติเป็นความผิด รวมทั้งแนวคิดในการบัญญัติความผิดฐานนี้ว่า มีวัตถุประสงค์อย่างไร โดยพิจารณาจากคำพิพากษาศาลและแนวคิดของนักนิติศาสตร์ เพื่อให้เห็นความแตกต่างการตีความและการบังคับใช้กฎหมายความผิดฐานดำรงชีพอยู่ด้วยรายได้ของผู้ซึ่งค้าประเวณี ระหว่างกฎหมายต่างประเทศกับกฎหมายไทยเพื่อนำหลักเกณฑ์การตีความและแนวความคิดนั้นมาปรับใช้พัฒนากฎหมายไทยให้เกิดความเหมาะสมกับสภาพสังคมในปัจจุบัน

1. ความผิดฐานดำรงชีพอยู่ด้วยรายได้ของผู้ซึ่งค้าประเวณีในประเทศอังกฤษ

ในประเทศอังกฤษ กฎหมายการค้าประเวณีได้ถูกร่างขึ้นจากเงื่อนงำที่ว่า การค้าประเวณีด้วยตัวมันเองไม่ใช่ว่าไม่ชอบด้วยกฎหมาย หลังจากนั้นปรากฏมีการกระทำที่ก่อให้เกิดการรบกวนเดือดร้อนและน่ารำคาญที่เป็นภัยต่อความสงบเรียบร้อยต่อประชาชน เช่น การชักชวน , โฆษณา , ทำความตกลงกับลูกค้า หรือทำงานด้วยกันเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย จึงได้บัญญัติเรื่องการค้าประเวณีไว้ในกฎหมายลายลักษณ์อักษร ในอังกฤษ (England) และ เวลส์ (Wales) กฎหมายลายลักษณ์อักษร คือ The Sexual Offences Act 1956 , The Sexual Offences Act 1959 และ The Sexual Offences Act 1985 ในสก๊อตแลนด์ (Scotland) และไอร์แลนด์ (Ireland) กฎหมายลายลักษณ์อักษรแตกต่างกัน แต่ผลเหมือนกัน

“การค้าประเวณี” และ “หญิงโสเภณี” ตามกฎหมายอังกฤษเดิมไม่เคยให้คำจำกัดความหมายไว้ในกฎหมายลายลักษณ์อักษร แต่ความหมายของ “การค้าประเวณี” เกิดจาก

กฎหมายจารีตประเพณี ดังที่ปรากฏในคดี R v de Munck (1918) 82 J.P 160 CCA ,¹ ศาลอุทธรณ์วินิจฉัยว่า แม่ที่อนุญาตให้ชายอยู่ในห้องลูกสาวอายุ 14 ปี โดยล้าพังเพื่อกระทำการลามกด้วยการเสนอร่างกายแก่ชายให้

¹ Peter Rook and Robert Ward . **Rook & Ward on Sexual Offence** : Sweet & Maxwell Ltd . 1997 , pp.262-263.

ร่วมประเวณี และได้รับเงินเป็นค่าตอบแทน การกระทำของหญิงนั้น ถือว่าเป็นโสเภณีนำมาซึ่งคำจำกัดความหมายของ “หญิงโสเภณี” หลังจากนั้นศาลได้นำคำพิพากษาในคดี R v De Munck มาเป็นบรรทัดฐานในการวินิจฉัยการกระทำเช่นไรมีลักษณะเป็น “หญิงโสเภณี” ปรากฏในคดี R v Webb (1964) 1 QB 357² ศาลวินิจฉัยให้ผู้ครอบครองกรรมสิทธิเทคนิคการนวดมีความผิดฐานจัดหาและพยายามจัดหาหมอนวดหญิงมาบริการเกี่ยวกับเพศแก่ลูกค้า หญิงนั้นเป็นโสเภณี และ คดี R v Morris-Lowe (1985) 1 ALL.E.R.³ ศาลวินิจฉัยว่า การที่ Morris-Lowe จัดการโฆษณาในร้านหนังสือพิมพ์ สำหรับเด็กหญิงที่จะฝึกหัดเป็นหมอนวดหญิง โดยจะได้รับค่าจ้างที่ดี โดย Morris จะเช่าห้องเพื่อเรียกหญิงมาทำธุรกิจเกี่ยวกับการนวด หรือส่งเด็กหญิงนั้นไปบริการทางเพศแก่ลูกค้าที่โรงแรม Morris ถูกกล่าวหาว่า พยายามจัดหาหญิงมาเป็นโสเภณี

ความผิดฐานอาศัยอยู่ด้วยรายได้ของการค้าประเวณีในกฎหมายประเทศอังกฤษ บัญญัติขึ้นเป็นครั้งแรกในพระราชบัญญัติว่าด้วยการจรจัด ค.ศ 1898 (The Vagrancy Offences Act 1898) บัญญัติความผิดสำหรับชายที่อาศัยอยู่ด้วยรายได้จากการค้าประเวณี ต่อมากฎหมายอาญาได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมในปี ค.ศ 1912 บัญญัติความผิดของหญิงที่ใช้สิทธิควบคุมหญิงโสเภณี เพื่อให้ได้มาซึ่งรายได้ ความผิดทั้งสองดังกล่าวไม่เคยถูกวิเคราะห์หาเหตุผลในการบัญญัติแต่อย่างใด

ความผิดฐานอาศัยอยู่ด้วยรายได้ของผู้ซึ่งค้าประเวณี บัญญัติไว้ในมาตรา 30 และมาตรา 31 ของพระราชบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศ ค.ศ 1956 (The Sexual Offences Act 1956)⁴ ดังนี้

มาตรา 30 บัญญัติว่า

(1) ชายใดอาศัยทั้งหมด หรือบางส่วนด้วยรายได้จากการค้าประเวณี (A Man Living on The Earnings of Prostitution)

(2) ชายนั้นอาศัย หรืออยู่กับหญิงโสเภณีเป็นอาจิน หรือใช้สิทธิควบคุม ชี้นะ หรือใช้อิทธิพลเหนือการดำเนินงานของหญิงโสเภณีโดยใช้กำลังช่วยเหลือ ยุยง หรือใช้กำลังให้หญิงนั้น ค้าประเวณีด้วยวิธีอื่น ๆ ถูกสันนิษฐานว่า อาศัยรายได้จากการค้าประเวณีทั้ง ๆ ที่รู้ เว้นแต่จะพิสูจน์ว่า มิได้เป็นเช่นนั้น

มาตรา 30 (1) ความผิดผูกพันเฉพาะชายที่อาศัยรายได้จากการค้าประเวณี ให้ต้องรับผิดเท่านั้น ชายนั้นต้องเป็นชายโดยกำเนิด หากชายได้รับการเปลี่ยนแปลงทางเพศ ก็ยังคงถือว่าเป็น “ชาย” ตามความหมายและวัตถุประสงค์ของพระราชบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศ ค.ศ 1956 (The Sexual Offences Act 1956) มาตรา 30 ปรากฏในคดี Tan and Greaves (1983) QB 1053⁵ ที่ศาลอุทธรณ์ได้มีคำวินิจฉัยไว้

² <http://www.rjerrard.co.uk/law/articles/pros.htm>

³ Ibid .,p.2.

⁴ DG Cracknell .Cracknell's Statutes Criminal Law Forth Edition:s.l. nd., pp.53-54.

⁵ www.pfc.org.uk/legal/r-

ผู้พิพากษา Parker J เห็นด้วยกับคำพิพากษาคดี Tan and Greaves (1983) QB 1053 โดยให้เหตุผลว่า Gloria Greaves เกิดเป็นชายและยังคงเหลือความเป็นชายทางร่างกาย แม้ว่าจำเลยจะมีทั้งฮอร์โมนเพศหญิงและเพศชายอยู่ในตัว และได้รับการรักษาด้วยวิธี “การผ่าตัดเปลี่ยนเพศ” ก็ยังมีความผิดตามมาตรา 30 แต่ในคดี Cogley (1989) VR 799, Vict S Ct FC⁶ ศาลสูงของวิกตอเรีย ไม่ยอมรับที่จะวินิจฉัยตามคำพิพากษาในคดี Tan and Greaves เนื่องจากเห็นว่า เพศของคนเป็นปัญหาข้อเท็จจริง ที่ได้รับการตัดสินในพหุตุการณ์แต่ละคดี

ทั้งนี้หญิงโสเภณีไม่ควรถูกตัดสินว่ามีความผิดตามมาตรา 30 เนื่องจากในคดี Congdon⁷ ถือว่า ความเกี่ยวพันความผิดของ “การอาศัยอยู่ด้วยผลประโยชน์จากการค้าประเวณีของบุคคลอื่น” ผู้สนับสนุนไม่ควรถูกตีความขยายความผิดให้รวมไปถึงหญิงโสเภณี

ผู้พิพากษา Addison (H.H. Judge Addison) เห็นว่า ความผิดตามมาตรา 30 บัญญัติขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์ที่จะปกป้องหญิงและหญิงโสเภณีที่เป็นเหยื่อของการค้าประเวณี หากหญิงโสเภณีคอยช่วยเหลือชายที่อาศัยรายได้ของหญิงโสเภณีอื่นๆ หญิงโสเภณีนั้นอาจถูกตัดสินลงโทษว่า มีความผิดอย่างชัดเจนเหมือนเป็นผู้ที่สมรู้ร่วมคิดกับชาย ถือว่าหญิงนั้นเป็นผู้กระทำความผิดต้องรับโทษ ถ้าไม่ใช่สามีภริยากัน⁸

มาตรา 30 (2) เป็นบทบัญญัติที่พิสุจน์ให้เห็นชัดและอธิบาย การกระทำเช่นไรเป็น “การอาศัยอยู่ด้วยรายได้จากการค้าประเวณี” เป็นความผิดตามมาตรา 30 (1)

ข้อสันนิษฐาน ตามมาตรา 30(2) แบ่งออกได้ดังนี้ (a) อาศัยอยู่กับหญิงโสเภณี (b) อยู่ร่วมสมาคมกับหญิงโสเภณีเป็นอาจิม (c) ใช้สิทธิบังคับทั้งทางตรง หรือโดยอทธิพลเหนือการเคลื่อนไหวของหญิงซึ่งค้าประเวณี ในทางที่แสดงว่า เขาได้ช่วยเหลือ ยุยง หรือใช้กำลังบังคับการค้าประเวณีของหญิงโสเภณี

ข้อสันนิษฐานทั้ง 3 นี้ ถูกผูกพันให้โจทก์เป็นผู้มีหน้าที่พิสุจน์ ข้อเท็จจริงให้ปรากฏตามข้อสันนิษฐานของกฎหมายตามมาตรา 30 (2) ดังกล่าว ถือว่าชายนั้นอาศัยอยู่ด้วยรายได้จากการค้าประเวณีที่ผิดศีลธรรมต่างๆ ที่รู้ ซึ่งศาลอุทธรณ์ได้พิพากษาในคดี R.v Clarke (1976) 2 ALL ER 696⁹ ไว้เป็นบรรทัดฐาน

เพราะฉะนั้น การกระทำที่เป็นความผิดตามมาตรา 30 (1) คือ “อาศัยอยู่ด้วยรายได้ทั้งหมดหรือบางส่วนจากการค้าประเวณี” (knowingly to live wholly or in part on earnings of prostitution) สามารถอธิบายองค์ประกอบของการกระทำความผิดพอสังเขป ดังต่อไปนี้

⁶ David . W. Selfe , Ba (Hons) , Mphil , Vincent Burke , **Perspectives on sex , Crime and Society** : Cavendish Publishing Limited . Burke , V and Selfe. D 1998., pp.220-222.

⁷ Ibid ,p.295.

⁸ Peter Rook and Robert Ward . **Rook & Ward on sexual offence** : Sweet & Maxwell Ltd . 1997 ,p. 295.

⁹ Stephen Mitchell . **Archbold Criminal Pleading , Evidence & Practice** : Sweet & Maxwell Ltd. 1982 ,p.1605.

เจตนาในการกระทำความผิด คือ “ทั้งๆที่รู้ หรือ โดยรู้ ” (knowingly) จำเลยต้องถูกพิสูจน์ 2 หลักเกณฑ์ คือ จำเลยต้องมีความรู้และเข้าใจว่า หญิงนั้นเป็นหญิงโสเภณี และอาศัยทั้งหมดหรือบางส่วนจากรายได้ของหญิงโสเภณี ถ้าจำเลยอาศัยอยู่ร่วมกับหญิงโสเภณี และแบ่งค่าใช้จ่ายในครัวเรือน โดยจำเลยคิดว่า หญิงนั้นมีอาชีพพระบำเปื้องผ้าไม่ใช่หญิงโสเภณี ถือว่า จำเลยไม่มีความผิดเพราะจำเลยไม่รู้องค์ประกอบที่สำคัญของความผิดมาตรา 30 นี้ ปรากฏตามคำพิพากษาในคดี Wilson (1984) 78 CR APP R 247¹⁰ ที่ได้พิพากษาเป็นบรรทัดฐานโดยมีข้อเท็จจริงว่า จำเลยได้แบ่งห้องชุดให้หญิงโสเภณีเช่า และเดือนให้หญิงโสเภณี เลิกอาชีพโสเภณี แสดงว่าจำเลยรู้ว่าหญิงนั้นมีอาชีพโสเภณี จำเลยมีความผิดตามมาตรา 30

“อาศัยอยู่” (living on) หมายถึง “อาศัยคนอื่นกิน” การใช้คำนี้ได้พิพากษาเป็นบรรทัดฐาน ในคดี Shaw v. D.P.P (1962) AC 220 โดยผู้พิพากษา Lord Reid ได้กล่าวว่า “อาศัยอยู่” (living on) โดยปกติ หมายถึง “อาศัยอยู่โดยเกาะคนอื่นกิน” (living on parasitically) และได้รับการยอมรับในคดี R v Stewart (1986) 83 CR.App.R.327,(CA),¹¹ ว่า เจ้าของที่ดินให้หญิงโสเภณีเช่าที่ดินในราคาที่สูงกว่าราคาตลาด ศาลถือว่า เจ้าของที่ดินอาศัยอยู่ด้วยรายได้ของผู้ซึ่งค้าประเวณี มีความผิดตาม มาตรา 30

“ทั้งหมด หรือบางส่วน” (wholly or in part) หมายถึง ชายผู้ซึ่งไม่มีรายได้เป็นอย่างอื่น นอกจากรายได้ของหญิงโสเภณีผู้ซึ่งชายนั้นอาศัยอยู่ด้วย ถือว่าชายนั้นอาศัยทั้งหมดจากรายได้ของหญิงโสเภณี

ผู้พิพากษา Lord Reid ได้ให้ความเห็น รายได้ “ทั้งหมด หรือบางส่วน” ในคดี Shaw v. D.P.P ว่า “..ถ้าจำเลยมีรายได้เป็นอย่างอื่นอยู่แล้ว จำเลยยังอาศัยรายได้บางส่วนจากการค้าประเวณี.....มีความผิดตามมาตรา 30 ”

“รายได้จากการค้าประเวณี” (Earnings of Prostitution) คือ การที่จำเลยอาศัยอยู่กับหญิงโสเภณีและนำรายได้ทั้งหมดหรือบางส่วนจากการค้าประเวณีของหญิงโสเภณีมาใช้จ่ายสำหรับค่าเช่า , ซื้ออาหาร หรือ น้ำ ผู้นั้นมีผิด

ต่อมาได้เกิดปัญหาข้อสงสัยตามมาว่า การอาศัยอยู่ด้วยรายได้จากการค้าประเวณีจะหมายความรวมถึง ผู้ขายสินค้า หรือให้บริการแก่หญิงโสเภณี โดยได้รับเงินค่าสินค้าและค่าบริการจากหญิงโสเภณีถือว่า ผู้ นั้นอาศัยอยู่ด้วยรายได้จากการค้าประเวณี มีความผิดตามมาตรา 30 หรือไม่

ในกรณีนี้ ผู้พิพากษา Lord Reid ได้ให้ความเห็นคัดค้านไว้ในคดี Shaw v D.P.P ว่า “...ผู้ซึ่งจัดหาสินค้า หรือ บริการแก่หญิงโสเภณีในธุรกิจของเขาแต่เดิมไม่ได้มีชีวิตอยู่บนรายได้ของหญิงโสเภณี แต่เป็นอาชีพของเขา...” อีกทั้ง Viscount Simond ยอมรับว่า มาตรา 30 (1) ไม่สามารถครอบคลุมบุคคลทุกคน ผู้ซึ่งอาศัยรายได้ทั้งหมด

¹⁰ David . W. Selfe , Vincent Burke .**Perspectives on sex , Crime and Society** : Cavendish Publishing Limited , Burke , V and Selfe . D 1998 ,p.222.

¹¹ <http://www.rjerrard.co.uk/law/articles/pros.htm>

หรือบางส่วนจากการค้าประเวณี แม้ข้อเท็จจริงปรากฏว่า คนขายของชำจัดหาสินค้าให้แก่หญิงโสเภณี หรือ หมอ นักกฎหมาย ให้บริการแก่หญิงโสเภณี โดยได้รับเงินค่าสินค้าและบริการโดยตรงจากหญิงโสเภณี ไม่ ผูกพันความผิดตามพระราชบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศ ค.ศ 1956 (Sexual Offences Act 1956) เนื่องจากการ จัดหาสินค้า และการบริการเป็นอาชีพโดยปกติของบุคคลเหล่านี้

ศาลอังกฤษได้พิพากษาเป็นบรรทัดฐานให้เห็นลักษณะและขอบเขตของ “รายได้จากการค้าประเวณี” เป็นความผิดตามมาตรา 30 ดังนี้ จำเลยเรียกค่าเช่าห้องชุดจากหญิงโสเภณีในราคาที่แพงกว่าราคาปกติตาม ท้องตลาดโดยจำเลยรู้ว่า หญิงนั้นค้าประเวณี จำเลยมีความผิด¹² การที่จำเลยรวบรวมชื่อ ที่อยู่ และเบอร์ โทรศัพท์ของหญิงโสเภณี รวมทั้งรูปภาพและตัวอักษรย่อ เพื่อแนะนำชนิดของการให้บริการที่ลูกค้าจะได้รับ จากหญิงโสเภณี โดยจำเลยได้จัดทำเป็นหนังสือเพื่อแจก ในกรณีจำเลยได้รับเงินจากหญิงโสเภณีเพื่อใช้จ่าย สำหรับโฆษณา หรือผู้ซึ่งจำเลยได้ชักชวน และจากการขายหนังสือดังกล่าวของเจ้าของร้าน สภาขุนนาง ตัดสินว่า จำเลยอาศัยอยู่ทั้งหมด หรือบางส่วนจากรายได้ของการค้าประเวณี จำเลยถูกพิพากษาว่า มีความผิด ภายใต้อาตรา 30(1)¹³ จากคำวินิจฉัยในคดี Shaw v. D.P.P ทำให้ศาลอุทธรณ์ยอมรับและพิพากษาในคดี ต่อมาลงโทษชายผู้ผลิตการ์ด หรือสติ๊กเกอร์ ที่นำมาใช้โฆษณาการบริการ และเบอร์โทรศัพท์ของหญิงโสเภณี จำเลยยอมรับว่า จำเลยรู้ว่า การ์ด หรือสติ๊กเกอร์ถูกนำไปใช้โดยหญิงโสเภณีเพื่อหาลูกค้า ศาลพิจารณาเห็นว่า เงินที่จำเลยได้รับมาจากรายได้ที่ผิดศีลธรรม¹⁴ จำเลยให้หญิงโสเภณีเช่าห้อง หรือ แพลต ด้วยค่าเช่าที่สูงกว่า ปกติมากเพื่อจุดมุ่งหมายในการดำเนินการค้าประเวณีของหญิงโสเภณี แสดงว่า จำเลยอาศัยทั้งหมด หรือ บางส่วนจากรายได้ของการค้าประเวณี¹⁵

Viscount Simond ได้ให้ทัศนะความแตกต่างระหว่าง เจ้าของหอพักที่เรียกค่าเช่าที่แพงผิดปกติ กับ คนขายของชำว่า ถ้าหอพักได้รับอนุญาตให้เปิดใช้ เจ้าของหอพักผูกพันความรับผิดตามมาตรา 30(1) หาก เจ้าของหอพักรู้ว่า ผู้เช่าหอพักเป็นหญิงโสเภณี ถือว่าเจ้าของหอพักรู้ว่าหญิงนั้นจะใช้หอพักกระทำการ ค้าประเวณี เนื่องจากแพลตฟอร์ม หรือห้องเช่า คือที่เกิดเหตุของการค้าประเวณีเป็นสิ่งที่ผิดศีลธรรม เมื่อเป็นเช่นนี้

¹² คดี R v. Silver (1956) 1 WLR 281 ใน Abraham A. Sion . **Prostitution and the law**: Faber and Faber Limited 3 Queen Square London WCI,1977,pp.139-142.

¹³ คดี Shaw v. D.P.P (1962) (1962) A.C 237 ใน Peter Rook and Robert Ward . **Rook & Ward on Sexual Offence** : Sweet & Maxwell Ltd.,1997 ,pp.297-299.

¹⁴ คดี Howard (1992) 94 Cr APP.R 89ใน Peter Rook and Robert Ward . **Rook & Ward on Sexual Offence** : Sweet & Maxwell Ltd.,1997 ,pp.300-302.

¹⁵ คดี R v. Thomas (1957) ใน Stephen Mitchell . **Archbold Criminal Pleading , Evidence & Practice** : Sweet & Maxwell Ltd.,1982 ,pp.1607.

ผู้ให้เช่าหอพักจึงควรถูกตัดสินลงโทษว่า มีความผิดบนพื้นฐานที่ขู่เชิญเรียกค่าเช่าที่แพงกว่าปกติจากหญิงโสเภณี ซึ่งต่างจากคนขายของชำที่จัดหาสินค้าสำหรับหญิงโสเภณี เนื่องจากหญิงโสเภณีต้องดำรงชีพอยู่ด้วยการกิน และดื่ม จึงไม่ควรถูกตัดสินว่า การขายอาหารและเครื่องดื่มเป็นการกระทำที่มีความผิด เห็นได้ว่าการกระทำดังกล่าวไม่ได้ขึ้นอยู่กับพื้นฐานอื่นมากไปกว่าหญิงนั้นเป็นหญิงโสเภณี

Lord Reid เห็นด้วยในคำกล่าวข้างต้นโดยกล่าวว่า “...ในสภาพความเป็นจริงผู้ให้เช่าหอพักไม่กระทำอย่างบริสุทธิ์เหมือนผู้ให้เช่าหอพักที่เรียกค่าเช่าห้องในราคาปกติทางการค้า แต่เขาได้ผูกมัดหญิงโสเภณีให้ร่วมกับเขากระทำการค้าประเวณี ถือได้ว่า ผู้ให้เช่าเป็นส่วนหนึ่งของรายได้ที่ผิดศีลธรรมและเหนือค่าเช่าในราคาปกติ...”

ศาลอังกฤษ ได้พิพากษาให้ผู้ที่มีส่วนให้เกิดการค้าประเวณีมีความผิดตามมาตรา 30 (1) ดังนี้

คดี R v. Calderhead (1978)¹⁶ การที่ผู้ให้เช่าห้องอนุญาตให้หญิงโสเภณีเช่าห้องอย่างถูกต้องโดยรู้ว่า มีจุดประสงค์เพื่อการค้าประเวณีไม่ใช่สำหรับอยู่อาศัยมีความผิดตามมาตรา 30 (1)

คดี R v. Ansell (1975)¹⁷ ศาลพิพากษาลงโทษจำเลยที่ได้ยินยอมให้หญิงโสเภณีและลูกค้าของหญิงโสเภณีใช้รถของจำเลยเพื่อการค้าประเวณีมีความผิด

คดี Calvert v. Mayes, (1954) ศาลวินิจฉัยเงินที่จำเลยได้รับโดยตรงจากลูกค้าของหญิงโสเภณีถือเป็นรายได้จากการค้าประเวณีเป็นความผิดตาม มาตรา 30 เนื่องจากศาลตัดสินว่า การที่จำเลยได้ยินยอมให้หญิงโสเภณีอาศัยอยู่ในบ้านของจำเลยฟรีเป็นระยะเวลาหนึ่ง มีข้อตกลงว่า หญิงโสเภณีต้องนำลูกค้า 1 คน เป็นอย่างน้อยต่อสัปดาห์มาที่บ้านเพื่อการค้าประเวณีโดยจำเลยจะได้รับเงินจากชายจำนวน 2 ปอนด์ต่อชาย 1 คน แม้ว่าจำเลยไม่ได้รับเงินนั้นมาจากหญิงโสเภณี โดยตรง ถือว่าเงินนั้นเป็นรายได้จากการค้าประเวณีของหญิงโสเภณี

Lord Gorrard C.J กล่าวไว้ว่า : “การกระทำดังกล่าวเหมือนกับลูกค้าที่ใช้บริการจ่ายเงิน 2 ปอนด์แก่หญิงโสเภณีและหญิงโสเภณีได้ส่งมอบแก่จำเลย”

การกระทำผิดตามมาตรา 30 นี้ หากปรากฏต่อศาลว่า บ้านหรือส่วนใดส่วนหนึ่งของบ้านถูกใช้โดยหญิงเพื่อวัตถุประสงค์ของการค้าประเวณี และชายอาศัยอยู่ในบ้านนั้น หรือไปที่บ้านนั้นบ่อยครั้งเพื่อสมาคมและอาศัยรายได้ทั้งหมดหรือบางส่วนจากการค้าประเวณีของหญิงโสเภณี ผู้พิพากษาจะออกหมายแก่ตำรวจเพื่อเข้าไปและค้นในบ้านเพื่อจับชายนั้น¹⁸

¹⁶ Criminal Law LB.Curzon : M&E Handbooks , Macdonald & Evans Ltd .1984 ,pp.139.

¹⁷ Ibid.,p.139.

¹⁸ Sexual Offences Act 1956 , section 42. Power of search in case of man living on earning of prostitution

นอกจากนี้กฎหมายประเทศอังกฤษได้บัญญัติบทลงโทษหญิงที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการค้าประเวณี โดยบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศ (The Sexual Offences Act 1956) มาตรา 31 บัญญัติขึ้นเพื่อลงโทษหญิงที่มีจุดประสงค์จะเพิ่มรายได้ด้วยการกระทำการควบคุม, บังคับโดยตรง หรือ ใช้อิทธิพลเหนือการเคลื่อนไหวของหญิงโสเภณีในทางที่แสดงว่า หญิงช่วยเหลือ, ยุงส่งเสริม หรือ ใช้อิทธิพลต่อการค้าประเวณีของหญิงโสเภณี¹⁹

ความผิดตามมาตรา 31 บัญญัติให้ ผู้กระทำความผิดต้องเป็นหญิงโดยกำเนิด มีวัตถุประสงค์เพื่อผลกำไรโดยตรง หากปรากฏว่า จำเลยช่วยเหลือ หรือสนับสนุนให้ค้าประเวณีไม่มีความผิด ตัวอย่าง เช่น เจ้าพนักงานสังคมสงเคราะห์ได้แนะนำ หรือ สนับสนุนหญิงให้เป็นโสเภณี เพื่อจุดประสงค์และผลประโยชน์ของหญิงนั้น การช่วยเหลือของเจ้าพนักงานสังคมสงเคราะห์ไม่ได้มีจุดประสงค์เพื่อผลกำไรของตัวเอง เจ้าพนักงานสังคมสงเคราะห์ไม่มีความผิดตามมาตรา 31

“ผลกำไร” ตามความหมายมาตรา 31 ไม่ได้ให้คำจำกัดความหมายไว้ในกฎหมายลายลักษณ์อักษร พฤติการณ์ปกติธรรมดาของผลกำไรเกี่ยวกับการเงินโดยตรง แม้ว่าจะขยายออกไม่เกี่ยวกับการเงินก็อาจจะขยายความหมายรวมไปถึงผลประโยชน์แก่จำเลย

“ควบคุม, ชี้นำ หรือใช้อิทธิพลโน้มน้าว” เป็นการกระทำที่จะเป็นความผิดตามมาตรา 31 จำเลยต้องถูกพิสูจน์ว่าได้ดำเนินการ “ควบคุม, ชี้นำ หรือใช้อิทธิพลโน้มน้าว” เหนือการเคลื่อนไหวของหญิงโสเภณี ปรากฏตามคำพิพากษาในคดี R v. O (1983)²⁰ จำเลยถูกกล่าวหาว่า ดำเนินการใช้อิทธิพลโน้มน้าวเหนือหญิงโสเภณี การกระทำของจำเลยเป็นความผิดตามมาตรา 31 โดยจำเลยเป็นผู้ผลักดันให้หญิงโสเภณีไปที่สถาน

Where it is made to appear by information on oath before a justice of the peace that there is reasonable cause to suspect that any house or part of a house is used by a woman for purposes of prostitution, and that a man residing in or frequenting the house is living wholly or in part on her earnings, the justice may issue a warrant authorising a constable to enter and search the house and to arrest the man.

Punishment

(1) on indictment –imprisonment not exceeding seven years, (by the Street Offences Acts 1959, s.4, the maximum penalty of two years was increased to seven years); (2) summarily-imprisonment not exceeding six months: Sexual Offences Act 1956, s.37 and Sched 2, para 30.

¹⁹ Sexual Offences Act 1956, section 31 -: Woman exercising control over prostitute

It is an offence for a woman for purposes of gain to exercise control, direction of influence over a prostitute's movements in a way which shows she is aiding, abetting or compelling her prostitution.

²⁰ David . W Selfe, Vincent Burke. **Perspectives on sex, Crime and Society**: Cavendish Publishing Limited, Burke, V and Selfe . D, 1998 ,pp. 230-232.

การค้าประเวณีที่ได้จัดขึ้น และจ่ายค่าเช่าสถานที่เหล่านั้นเพื่อลูกค้า รวมทั้งจัดการโฆษณาเพื่อหญิงโสเภณี การกระทำของจำเลยเป็นความผิดตามมาตรา 31 และศาลอุทธรณ์ได้ตัดสินในคดี Hassen EL- Ghazzar²¹ ว่าในการพิพากษาภายใต้มาตรา 31 การกระทำความผิดควรจะเหมือนกับ มาตรา 30 (1) ต่างกันตรงผู้กระทำความผิดผูกพันเฉพาะหญิงเท่านั้น

หลังจากนั้นบทบัญญัติในมาตรา 30 และ มาตรา 31 ดังกล่าวได้ถูกแก้ไขโทษทางอาญา จากจำคุก 2 ปี เป็นจำคุกไม่เกิน 7 ปี²² เนื่องจากสังคมได้พัฒนาทางเศรษฐกิจและเจริญก้าวหน้าขึ้น ผู้กระทำผิดไม่ได้มีแต่เฉพาะชายเท่านั้น และผู้เสียหายไม่ได้มีแต่หญิงเช่นกัน ดังนั้นกฎหมายของประเทศอังกฤษได้บัญญัติความผิดลงโทษผู้ที่อาศัยรายได้ของชายผู้ค้าประเวณีไว้ในพระราชบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศ ค.ศ 1967 (The Sexual Offences Act 1967)²³ มาตรา 5 ว่า

- (1) ชาย หรือ หญิง ผู้ซึ่งทั้งๆ ที่รู้อาศัยทั้งหมดหรือบางส่วนจากรายได้ของการค้าประเวณีของชาย จะต้องรับผิด ดังนี้
 - (a) ตัดสินลงโทษจำคุกไม่เกิน 6 เดือน หรือ
 - (b) ตัดสินลงโทษจำคุกคดีอุกฉกรรณีไม่เกิน 7 ปี

(2) ได้ถูกยกเลิกโดยกฎหมายอาญา ค.ศ 1977

(3) บางคนอาจถูกจับกุมโดยปราศจากหมาย หากพบว่าบุคคลใดผูกพันความผิดภายใต้มาตรานี้

ปรากฏตามคำพิพากษาในคดี Puckerin (1990) 12 CR APP.R (S) 602²⁴ ว่า จำเลยได้แนะนำโสเภณีชายแก่ลูกค้า และขับรถยนต์ของตนพาโสเภณีชายกับลูกค้าไปส่ง โดยจำเลยได้รับเงิน การกระทำของจำเลยถูกตัดสินว่ามีความผิดตามมาตรา 31 ศาลลงโทษจำคุก 2 ปี

ต่อมากฎหมายของประเทศอังกฤษได้บัญญัติกฎหมายเพื่อลงโทษผู้ที่เป็เหตุและส่งเสริมให้บุคคลใดบุคคลหนึ่งไม่ว่าที่ไหนในโลกเป็นโสเภณีเพื่อคาดหวังว่า คนและบุคคลที่สามจะได้มาซึ่งรายได้ที่เพิ่มขึ้นจาก

²¹ Peter Rook and Robert Ward . **Rook & Ward on Sexual Offence** : Sweet & Maxwell Ltd.,1997, p.305.

²² Sexual Offences Act 1967 , section 5. Living on earnings of male prostitute

(1) A man or woman knowing lives wholly or in part on the earnings of prostitution of another man shall be liable-

(a) on summary conviction to imprisonment for a term not exceeding six months ; or (b) on conviction on indictment to imprisonment for a term not exceeding seven years (3) Anyone may arrest without a warrant a person found committing an offence under this section

²³ D.G Cracknell .**Cracknell's Statues Criminal Law Forth Edition** : s.1.nd , p. 79.

²⁴ Ibid.,pp. 231-232.

การค้าประเวณีนั้น²⁵ โดยบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศ ค.ศ 2003 (The Sexual Offences Act 2003) มาตรา 52 และมาตรา 53 ดังนี้

มาตรา 52 สาเหตุ หรือ ยูง ให้ค้าประเวณีเพื่อผลประโยชน์

(1) บุคคลกระทำความผิด ถ้า-

(a) เขามีเจตนาก่อให้เกิด หรือยุงบุคคลอื่นในบางส่วนของโลกมาเป็นโสเภณี และ

(b) เขากระทำสำหรับ หรือในสิ่งที่คาดหมายผลประโยชน์สำหรับเขาเอง หรือ บุคคลที่สาม

(2) เขามีความผิดภายใต้กระทำผิดกฎหมายมาตรานี้ที่ต้องรับผิด

(a) ตัดสินว่ามีความผิด , จำคุกไม่เกิน 6 เดือน หรือปรับไม่เกินข้อบังคับจำนวนที่มากที่สุด หรือ ทั้งจำทั้งปรับ

(b) การตัดสินว่ากระทำความผิดจากการฟ้องร้อง , ลงโทษจำคุกไม่เกิน 7 ปี

มาตรา 53 ควบคุมการค้าประเวณีเพื่อผลประโยชน์

(1) บุคคลกระทำความผิด ถ้า-

(a) เขาเจตนาที่จะควบคุมการกระทำบางอย่างของบุคคลอื่นที่เกี่ยวข้องกับการค้าประเวณีของบุคคลในบางส่วนของโลก

(b) เขากระทำสำหรับ หรือในสิ่งที่คาดหวังของผลประโยชน์สำหรับเขาเอง หรือบุคคลที่สาม

(2) เขามีความผิดภายใต้กระทำผิดกฎหมายมาตรานี้ที่ต้องรับผิด

(a) ตัดสินว่ามีความผิด , จำคุกไม่เกิน 6 เดือน หรือปรับไม่เกินข้อบังคับจำนวนที่มากที่สุด หรือ ทั้งจำทั้งปรับ

(b) การตัดสินว่ากระทำความผิดจากการฟ้องร้อง , ลงโทษจำคุกไม่เกิน 7 ปี

การตีความความหมาย “ผลประโยชน์” (gain) ในมาตรา 52 และ 53 หมายถึง ผลประโยชน์บางอย่างที่เกี่ยวกับเงิน , ความรับผิดชอบของการบังคับให้จ่าย หรือ การจัดหาสินค้า หรือบริการ (รวมทั้งการบริการทางเพศ) ให้เปล่า หรือลดราคา²⁶

จากการศึกษาคำพิพากษาที่ได้พิพากษาไว้เป็นบรรทัดฐานและบทบัญญัติของกฎหมายพบ ว่า ประเทศอังกฤษได้เกิดโสเภณีตามท้องถนนเป็นจำนวนมากทำให้เกิดความไม่สงบเรียบร้อย อันเป็นการรบกวน และปัญหาอาชญากรรมในรูปแบบต่างๆ ตามมา จึงได้บัญญัติกฎหมายความผิดเกี่ยวกับเพศ และพระราชบัญญัติ

²⁵ P.R. Glazebrook . **Black's Statutes on Criminal Law 2004-2005** .s.l.nd , WWW.OUP.COM

²⁶ <http://www.legislation.hmsso.gov.uk/acts/acts2003>

ความผิดบนท้องถนน (The Street Offences Act) ขึ้น โดยไม่อนุญาตให้โสเภณีเป็นอาชีพที่ชอบด้วยกฎหมาย และไม่รับรองอาชีพแมงดา เพื่อแก้ไขปัญหาการค้าประเวณีและเพื่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน มีผู้เสนอแนะว่า ควรแก้กฎหมาย (The Street Offences Act) ให้มีผลบังคับใช้เท่ากันระหว่างโสเภณีชาย, โสเภณีหญิง, ลูกร้า, แมงดา และอื่นๆ อีกทั้งอนุญาตให้หญิงโสเภณีสองหรือสามคนทำงานในสถานที่ของตนเอง โดยที่ไม่ต้องมีใบอนุญาต²⁷

สรุปได้ความว่า ความผิดฐานอาศัยบางส่วนหรือทั้งหมดโดยรู้ว่ามาจากการค้าประเวณี ที่บัญญัติว่า “...knowingly to live wholly or in part on the earnings of prostitution..” ผู้กระทำความผิดต้องเป็นชายและอาศัยทั้งหมดหรือบางส่วนจากรายได้ของหญิงโสเภณี การพิสูจน์การกระทำความผิดนั้น ชายต้องรู้ว่าหญิงนั้นประกอบอาชีพโสเภณี และรับเงินจากหญิงที่ได้มาจากการค้าประเวณี นอกจากนี้ศาลยังได้ตีความขยายความ “รายได้ของการค้าประเวณี” เป็นการกระทำที่กฎหมายบัญญัติเป็นความผิดออกไปให้รวมถึงผู้ให้เช่าห้องพักที่เก็บค่าเช่าจากหญิงโสเภณีในราคาที่สูงกว่าราคาค่าเช่าปกติ โดยรู้ว่าหญิงนั้นเป็นโสเภณี หรือ การให้บริการจัดหาสินค้าแก่หญิงโสเภณีเพื่อการค้าประเวณี และ การโฆษณาการบริการของหญิงโสเภณีเพื่อการค้าประเวณี ศาลถือว่า ผู้ให้เช่า, ผู้จัดหาสินค้า มีส่วนร่วมในรายได้ที่ผิดศีลธรรมและหาผลประโยชน์จากการค้าประเวณีมีความผิด โดยรู้ว่าหญิงนั้นเป็นโสเภณี ดังนั้นเงินที่จำเลยได้รับเป็นรายได้ที่ออกมาจากการค้าประเวณีเป็นความผิด เห็นได้ว่า การตีความและปรับใช้ความผิดฐานอาศัยอยู่ด้วยรายได้ของผู้ซึ่งค้าประเวณีของศาลอังกฤษเป็นการตีความขยายความลักษณะการอาศัยอยู่ด้วย “รายได้ของการค้าประเวณี” ออกไปให้รวมถึงบุคคลที่มีส่วนเอื้ออำนวยประโยชน์ให้เกิดการค้าประเวณีไม่ว่าด้วยรูปแบบใด เท่ากับศาลไม่ต้องการจำกัดลักษณะ “การค้ารังสี” อยู่เพียงการอาศัยอยู่ หรือ ต้องอยู่ด้วยรายได้จากการค้าประเวณีโดยสิ้นเชิงเท่านั้น

การตีความของศาลดังกล่าวเป็นการตีความตามหลักการตีความโดยถึงผลเลิศ (the golden rule) ที่คำนึงถึงเจตนารมณ์ในการบัญญัติความผิดฐานอาศัยอยู่ด้วยรายได้ของผู้ซึ่งค้าประเวณีที่ต้องการคุ้มครองหญิงหรือชายผู้ค้าประเวณีไม่ให้ถูกเอารัดเอาเปรียบ และป้องกันไม่ให้เกิดการหาประโยชน์จากรายได้การค้าประเวณีที่ผิดศีลธรรม

2. ความผิดฐานดำรงชีพอยู่ด้วยรายได้ของผู้ซึ่งค้าประเวณีในประเทศสหรัฐอเมริกา

เนื่องมาจากประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นประเทศหนึ่งใน 72 ประเทศ ที่ให้สัตยาบันในอนุสัญญาการปราบปรามการค้ามนุษย์และการหาผลประโยชน์จากการค้าประเวณี ในปี ค.ศ 1949 โดยเห็นว่า การค้าประเวณีและการค้ามนุษย์เป็นภัยที่ขัดแย้งกับความมีเกียรติและคุณค่าของความเป็นมนุษย์ทำให้อับอาย ประเทศตกลงที่จะลงโทษบุคคลที่หาผู้หญิงมาเป็นโสเภณี ล่อลวง หรือ พาไปเพื่อจุดประสงค์ของการค้าประเวณี แม้ว่าหญิงนั้น

²⁷ <http://64.233.187.104/search?g=cache:etobopv-kvaj:www.sfc.org.uk/docs/...>

จะได้ยินยอมให้ใช้หาประโยชน์จากการค้าประเวณี , เก็บ , จัดการบริหารช่องโสเภณี , โดยรู้อนุญาต หรือให้
เช่าเพื่อการค้าประเวณี ในทางปฏิบัติรัฐได้กำหนดขอบเขตพื้นที่ของกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการค้าประเวณี 3
ประการ คือ (1) ห้ามยอมรับการจ่ายเงินเพื่อการกระทำเกี่ยวกับเพศและบางครั้งจ่ายเงินเพื่อการกระทำ
เกี่ยวกับเพศเป็นสิ่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย (2) กฎหมายห้ามกระทำการที่รวมถึงการจ่ายเงินเพื่อการกระทำ
เกี่ยวกับเพศ เช่น ชักชวนลูกค้า , โฆษณา , อาศัยรายได้ของหญิงโสเภณี , ว่าจ้างหญิงโสเภณี หรือช่วยโสเภณี
ให้หมุนเวียนสถานที่ประกอบอาชีพโดยย้ายจากประเทศหนึ่งไปอีกประเทศหนึ่ง

(3) หญิงโสเภณีต้องให้ความยินยอมในการตรวจสุขภาพ²⁸

เมื่อเป็นเช่นนี้ รัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกาได้อนุญาตให้รัฐต่างๆ บัญญัติความผิดที่เกี่ยวกับการค้า
ประเวณีเข้าไว้ในกฎหมายอาญาเท่าที่ไม่ขัดต่อบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญ โดยต้องคำนึงถึงเสรีภาพและความ
เสมอภาคของบุคคล ซึ่งในประเทศสหรัฐอเมริกาการค้าประเวณีเป็นสิ่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย กฎหมายการค้า
ประเวณีของรัฐส่วนมากไม่อนุญาตให้ค้าประเวณีโดยชายที่ขายบริการทางเพศแก่ชายอื่น หรือชายเสนอนที่จะ
จ่ายเงินแก่หญิงที่ให้บริการทางเพศ มีความผิดตามกฎหมายอาญา รวมทั้งหญิงโสเภณีหลายรัฐในสหรัฐอเมริกา
ถูกห้ามไม่ให้กระทำการค้าประเวณี ในสหรัฐอเมริกา การค้าประเวณีมีการกระทำหลายรูปแบบที่กฎหมาย
บัญญัติเป็นความผิด เช่น โสเภณีทางโทรศัพท์ (call girl) โสเภณีทางอินเทอร์เน็ต , โสเภณีตามท้องถนนที่เดิน
เข้าไปในภัตตาคาร หรือ โรงแรม เพื่อรับลูกค้าออกไปบริการทางเพศ²⁹

รัฐเนวาดาเป็นรัฐหนึ่งในสหรัฐอเมริกาที่อนุญาตให้การค้าประเวณีเป็นสิ่งที่ชอบด้วยกฎหมาย พื้นที่
ส่วนใหญ่ได้รับอนุญาตให้เปิดช่องโดยต้องทำให้เป็นระเบียบ รวมทั้งอนุญาตให้โสเภณีประกอบอาชีพโสเภณี
ได้เช่นกัน โดยช่องและโสเภณีในช่องนั้นต้องมีใบอนุญาตให้ประกอบกิจการค้าประเวณี กฎหมายของรัฐ
กำหนดให้หญิงโสเภณีที่อยู่ในช่องต้องจดทะเบียนและตรวจร่างกายสัปดาห์ละครั้ง และตรวจ HIV เดือนละครั้ง
เจ้าของช่องต้องรับผิดชอบถ้าลูกค้าติดเชื้อ HIV กฎหมายของรัฐเนวาดาห้ามกระทำการรับจ้างการค้าประเวณี
นอกช่องที่ได้รับอนุญาตหรือ สนับสนุนด้วยวิธีอื่นๆ เพื่อให้มาเป็นหญิงโสเภณี และลงโทษผู้ดำรงชีพจากการ
ดำเนินการของหญิงโสเภณี อย่างไรก็ตามหากช่องหลายแห่งที่ไม่ได้รับอนุญาตให้เปิดดำเนินการได้กระทำการ
โฆษณาบริการในเขตท้องถิ่นนั้น เป็นช่องที่ผิดกฎหมาย³⁰

รัฐนิวเจอร์ซีย์มีกฎหมายการค้าประเวณีตั้งแต่ปี ค.ศ 1967 บัญญัติให้บุคคลมีความผิดจากการค้าประเวณี
เมื่อเขาจ้างหรือตกลง หรือเสนอการรับจ้างการกระทำเกี่ยวกับเพศแก่บุคคลอื่นเพื่อให้ได้มาซึ่งค่าบริการ

²⁸ <http://www.unesco.org/cou>

²⁹ Thomas J. Gardner , Terry M. Anderson . **Criminal law** Eight Edition Wadsworth , Advision of Thomas
Learning , Inc., pp.414-417.

³⁰ http://en.wikipedia.org/wiki/prostitution_in_nevada

รัฐอชิงตันมีกฎหมายหลายฉบับที่บัญญัติการกระทำที่เกี่ยวข้องกับการค้าประเวณีเป็นความผิด ก่อนปี ค.ศ 1975 กฎหมายถือว่า หญิงโสเภณีไม่ใช่อาชญากร บุคคลใดยอมรับรายได้จากหญิงโสเภณีมีความผิด กฎหมายมีจุดมุ่งหมายที่จะลงโทษบุคคลที่จัดหญิงไว้ในสถานการค้าประเวณี หรือบุคคลที่ได้รับผลประโยชน์จากสถานการค้าประเวณีปรากฏในกฎหมายปี ค.ศ 1909 , ค.ศ 1927 , ค.ศ 1973 ³¹

กฎหมายปี ค.ศ 1927 มาตรา 2440 :

“บุคคลทุกคนผู้ซึ่ง-

“ (1) จัดหญิงให้อยู่ในการควบคุมของบุคคลอื่นเพื่อจุดประสงค์ที่ผิดศีลธรรม หรือ ในสถานการค้าประเวณีด้วยเจตนาว่า หญิงนั้นจะดำรงชีพจากการค้าประเวณี , หรือผู้ซึ่งจะบังคับหญิงให้อยู่อาศัยกับเขา หรือบุคคลอื่นเพื่อจุดประสงค์ที่ผิดศีลธรรม , หรือเพื่อจุดประสงค์ของการค้าประเวณี , หรือจะใช้กำลังให้หญิงอาศัยอยู่ในสถานการค้าประเวณี หรือ อาศัยการค้าประเวณี ; หรือ

(2) ขอ หรือได้รับสิ่งตอบแทนบางอย่าง , ของขวัญ หรือรางวัล , หรือข้อเสนอจากสิ่งนั้น เพื่อ หรือทำให้เกิดการจัดหญิงในสถานการค้าประเวณี หรือที่อื่นเพื่อจุดประสงค์ของเธอก่อให้เกิดการอยู่ร่วมกันกับชายหรือบุคคลที่ไม่ใช่สามีของเธอ ; หรือ

(3) ให้ , เสนอ , หรือสัญญาให้สิ่งตอบแทน , ของขวัญ หรือรางวัล , แก่การจัดหาหญิงเพื่อจุดประสงค์ที่ผิดศีลธรรมในสถานการค้าประเวณี , หรือที่อื่น ; หรือ

(4) เป็นสามีของหญิง , หรือบิดามารดา , ผู้พิทักษ์ หรือบุคคลอื่นถูกกล่าวหาโดยชอบด้วยกฎหมาย จะร่วมมืออย่างลับๆ , ยินยอม , หรืออนุญาตหญิงอยู่ หรือพักอยู่ในสถานการค้าประเวณี หรือนำไปสู่การค้าประเวณี

(5) อาศัย หรือยอมรับรายได้ของหญิงโสเภณี , หรือล่อลวง หรือชักชวนบุคคลให้ไปสถานการค้าประเวณีเพื่อจุดประสงค์ที่ผิดศีลธรรม

จะถูกลงโทษจำคุกในสถานตัดสินคดีไม่น้อยกว่าหนึ่งปีไม่เกินห้าปี ³²

³¹ <http://64.233.167.104/search?g=cache:942BHP4JQMkJ:WWW.mrsc.org/mc/co...>

³² SECTION 1. That section 2440 of Remington’s Compiled Statutes be amended to read as follow :

Section 2440:

“Every person who-

- (1) Shall place a female in charge or custody of another person for immoral purposes , or in a house of prostitution , with intent that she shall live a life of prostitution , or who shall compel any female to reside with him or with any other person for immoral purposes , or for purpose of prostitution, or shall compel any such female to reside in a house of prostitution or to live a life of prostitution ; or

บทบัญญัติดังกล่าวข้างต้นเหมือนกฎหมายอาญาใน ปี 1909 มีจุดประสงค์เพื่อต้องการปราบปรามการกระทำการค้าประเวณี กฎหมายบัญญัติให้ผู้จัดหาหญิงมาเป็นโสเภณี (procurers) และผู้ชักนำให้เป็นโสเภณี (panders) และผู้ได้รับประโยชน์จากการค้าประเวณีของหญิงมีความผิด แต่หญิงโสเภณีไม่ใช่ผู้กระทำความผิด

มาตรา 2440 วรรค 1 บัญญัติให้การกระทำที่เป็นความผิด คือ การจัดให้หญิงอยู่ในสถานการค้าประเวณี , โดยเจตนาให้หญิงนั้นดำรงชีพจากการค้าประเวณี (place a female ...in a house of prostitution, with intent that she live a life of prostitution..)

พจนานุกรมของเว็บสเตอร์ (Webster's New International Dictionary (2d ed) ได้ให้คำจำกัดความหมาย "จัด" (place) ว่า จัดวาง หรือจัดตั้งในลำดับ, ที่ทำงาน, ในตำแหน่ง หรือเงื่อนไขของการใช้ชีวิต เพื่อที่จะปกป้องตำแหน่งที่ทำงาน หรืออะไรก็แล้วแต่ที่จัดวางสำหรับคนๆ หนึ่ง

พจนานุกรมของออกซ์ฟอร์ด (The Oxford Dictionary) ให้คำจำกัดความหมายของ "จัด" (place) ว่า จัดหาสถานที่ หรือสถานะ ; จัดเตรียมการสำหรับว่าจ้าง, การเป็นอยู่, หรือการแต่งงาน, หรือที่ฝังไว้³³

มาตรา 2440 วรรค 2 และวรรค 3 บัญญัติ การกระทำที่เป็นความผิด คือ ผู้จัดหาหญิงมาร่วมประเวณีซึ่งเรียกร้อย หรือได้รับค่าสิ่งตอบแทน, และผู้ซึ่งให้สัญญาว่าจะให้รางวัลแก่ผู้จัดหาหญิง กฎหมายไม่ได้กำหนดให้การล่อลวงให้มาอยู่ร่วมกันในสถานการค้าประเวณี แต่รวมถึงการล่อลวงหญิงเพื่อวัตถุประสงค์ที่ผิดศีลธรรม

-
- (2) Shall ask or receive any compensation , gratuity or reward , or promise thereof , for or on account of placing in a house of prostitution or elsewhere any female for the purpose of causing her to cohabit with any male person or persons not her husband ; or
 - (3) Shall give , offer , or promise any compensation , gratuity or reward , to procure any female for the purpose of placing her for immoral purposes in any house of prostitution ,or elsewhere ; or
 - (4) Being the husband of any woman , or the parent , guardian or other person legal charge of the person of female shall connive at , consent to , or permit her being or remaining in any house of prostitution or leading a life of prostitution ; or
 - (5) Shall live with or accept any earnings of a common prostitute , or entice or solicit any person to go to a house of prostitution for any immoral purpose;

Shall be punished by imprisonment in the state penitentiary for not less than one year nor more than five years. See in <http://www.mrsc.org/mc/courts/supreme/031wn2d/031wn2d0063.htm>.

³³ Webster's New International Dictionary (2d ed) defines the verb "place" as follow:

"To put or set in a particular rank, office , position , or condition of life ; to secure a position , office ,or the like , for ; as , in whatever sphere one is placed"

The Oxford Dictionary contains several definitions of verb "place" Under 2b is found the following:

"To find a place or situation for ; to arrange for the employment , living , or marriage of ; to settle"

มาตรา 2440 วรรค 4 และวรรค 5 บัญญัติให้ผู้จัดหาหญิงมาร่วมประเวณี หรือบุคคลผู้ดำรงชีพจากรายได้ของหญิงโสเภณีมีความผิด

“ผู้จัดหาหญิง” (procurer) ได้ถูกให้คำจำกัดความไว้ในพจนานุกรมของเว็บสเตอร์ (Webster’s New International Dictionary (2d ed)) ว่า บุคคลผู้ซึ่งจัดหาได้แก่ ..ผู้ทำธุรกิจในการจัดหาหญิงแก่ผู้ล่อลวง หรือสถานที่ที่ชื่อเสียงไม่ดี ; แม่เล้า ; แมงดา..”

“ผู้ชักนำให้เป็นโสเภณี หรือแม่เล้า” (pander) หมายถึง อยู่ระหว่างความรักกับการวางอุบาย ; ผู้ชาย , ผู้หญิงที่หายาก , ผู้ล่อลวงหญิงมาให้ค้าประเวณี ; ผู้จัดหา หรือ (หญิง) ผู้จัดหาหญิงโสเภณี ³⁴

เห็นได้ว่า กฎหมายฉบับนี้มีวัตถุประสงค์ที่จะปราบปรามการค้าประเวณีโดยศาลได้มีคำวินิจฉัยเป็นบรรทัดฐาน ดังนี้

คดี State v. Basden (31 Wn.(2d) จำเลยเป็นเจ้าของห้องพัก (Tourist Rooms) และได้อนุญาตให้ Shirley Lane หญิงโสเภณีพักอาศัยอยู่ในที่นั้น ซึ่งเป็นสถานการค้าประเวณีโดยมีเจตนาให้ Shirley Lane กระทำการค้าประเวณี จำเลยมีความผิด ³⁵

คดี State v. Stone , 66 wash.625,120Pac.76, จำเลยถูกตัดสินว่า กระทำความผิดด้วยการจัดหาหญิงแก่บุคคลอื่นเพื่อจุดประสงค์ที่ผิดศีลธรรม , เพื่อการค้าประเวณีด้วยเจตนาให้หญิงดำรงชีพจากการค้าประเวณี ³⁶

คดี State v. Chemeres (NO. 29266.Department One.Supreme Court June 2,1944) George Chemeres ถูกตัดสินว่า มีความผิดฐานอาศัยกับหญิงโสเภณีอันเป็นการฝ่าฝืน มาตรา 2440 (5) ข้อเท็จจริงปรากฏว่า จำเลยและ Lydia Meiers อาศัยอยู่ด้วยกันในห้อง ในโรงแรม เมืองซีแอตเทิล ตั้งแต่วันที่ 2 พฤศจิกายน 1942 จนกระทั่งวันที่ 30 มิถุนายน 1943 จำเลยรู้ว่า Lydia Meiers เป็นหญิงโสเภณี ³⁷

คดี State v. Mc Ginty , William P. Mc Ginty ถูกกล่าวหาว่า ฝ่าฝืนมาตรา 2440 (5) ข้อเท็จจริงปรากฏว่า Patricia O’Hara เป็นภรรยาของจำเลยและอาศัยอยู่ด้วยกันในอพาร์ทเมนต์โดยจำเลยเป็นผู้จ่ายค่าเช่าอพาร์ท

³⁴ The word “procurer” is defined in Webster’s New International Dictionary (2d ed.) as follow:
“One who procures;as...One whose business it is to supply women to seducers or houses of illfame;a pander;a pimp.” The same dictionary defines “pander” as follow: “A go-between in love intrigue ; a male , rarely a female , bawd ; a pimp ; procurer or procuress. A minister to evil designs and passions of others.”

³⁵ โปรดดูภาคผนวกที่ 5 คดี State v. Basden จาก website <http://www.mrsc.org/mc/courts/supreme/031wn2d0063.htm> หน้า 121.

³⁶ Ibid ,p 130.

³⁷ โปรดดูภาคผนวกที่ 3 คดี State v. Chemeres (NO.29266. Department One.Supreme Court June 2,1944) จาก website <http://www.mrsc.org/mc/courts/supreme/020wn2d/020wn2d0712.htm>, หน้า 107.

เมื่อนั้นสองอาทิตย์แรก และมีผู้เห็นว่าทั้งสองอยู่ด้วยกัน จำเลยอ้างว่า Patricia O'Hara ประกอบอาชีพที่ไม่สุจริตก่อนที่จะแต่งงานกับจำเลยโดยรู้ว่า Patricia O'Hara เป็นหญิงโสเภณี มาก่อน³⁸

จากคดี State v. Chemeres และคดี State v. Mc Ginty เห็นได้ว่า การกระทำผิดอาญาโดยอาศัยอยู่ด้วยหญิงโสเภณี ทำให้เกิดส่วนประกอบการกระทำที่สำคัญ 2 ประการ คือ (1) อาศัยอยู่กับหญิงในระหว่างเวลาที่ถูกล่าวทา (2) หญิงนั้นเป็นหญิงโสเภณี

ต่อมาในปี ค.ศ 1973 สถานิติบัญญัติได้บัญญัติกฎหมายลงโทษผู้จัดหาหญิงมาเป็นโสเภณี หรือ แมงดา มีความผิด หลังจากนั้น ปี ค.ศ 1975 สถานิติบัญญัติได้บัญญัติการกระทำความผิดฐานค้าประเวณีขึ้นมาใหม่ ภายใต้เงื่อนไขว่า บุคคลจะมีความผิดจากการกระทำการค้าประเวณี ถ้าเขารับจ้าง หรือตกลง หรือเสนอที่จะรับจ้างการกระทำเกี่ยวกับเพศกับบุคคลอื่นเพื่อให้ได้มาซึ่งค่าบริการ³⁹ อีกทั้งบัญญัติการกระทำอันเป็นความผิดจากการสนับสนุนการค้าประเวณีมีบทลงโทษขั้นที่สอง ถ้าเขารู้ว่าได้รับประโยชน์จากการค้าประเวณี และนำมาซึ่งการค้าประเวณี⁴⁰

การได้รับประโยชน์จากการค้าประเวณี (Profits from prostitution) คือ จะให้ , เสนอ หรือสัญญาว่าจะให้สิ่งตอบแทน , ของขวัญ หรือเงินรางวัลที่จัดหาบุคคลบางคน เพื่อจุดประสงค์ในการจัดบุคคลในสถานการค้าประเวณี โดยมีเจตนาที่ผิดศีลธรรม⁴¹ ศาลได้วินิจฉัยการกระทำที่เป็นความผิดตาม RCW9.79.60(3) ไว้ใน State v. Carter ,89 wn.2d236,570P.2d1218(1977) ว่า Myra Boyd เป็นพนักงานตำรวจผู้ล่อลวงว่าเป็นหญิงโสเภณีเดินรอบๆ บริเวณ Union Seattle จำเลยได้เข้ามาสอบถาม Myra Boyd ว่า มีผู้ที่ให้ความปลอดภัยแก่เธอหรือไม่ จำเลยเสนอที่จะเป็นผู้คุ้มครอง Myra Boyd โดยจะห้ามมุงของการทำงาน และลูกค้าดีๆ แก่เธอ เพื่อ

³⁸ โปรดดูภาคผนวกที่ 4 คดี State v Mc. Ginty , William P. Mc Ginty จาก website <http://www.mrsc.org/mc/courts/supreme/031wn2d0063.htm>, หน้า 113.

³⁹ RCW9A.88.30 (1):
“A Person is guilty of prostitution if such person engages or agrees or offers to engages in Sexual Conduct with another person in return for fee.” See in <http://www.mrsc.org/mc/rcw/rcw>.

⁴⁰ Prostitution under RCW.9A.88.010(1):
“A Person is guilty of promoting prostitution in second degree if he knowingly : (a) Profit from prostitution ; (b) Advances prostitution See in <http://www.mrsc.org/mc/rcw/rcw>.

⁴¹ RCW9.79.60 provided in pertinent part :
“Every person who-
(3) Shall give , offer , or promise any compensation , gratuity or reward , to procure any person for the purpose of placing such person for immoral purposes in any house of prostitution or elsewhere ;...
“Shall be punished by imprisonment in the state penitentiary for not less than one year nor more than five years”

จำเลยจะได้รับส่วนแบ่งจากรายได้การค้าประเวณีของ Myra Boyd ครั้งหนึ่ง จำเลยมีความผิดตาม RCW.9.79.60 (3) แล้ว⁴²

จากคำพิพากษาดังกล่าว เห็นได้ว่า การกระทำที่กฎหมายบัญญัติเป็นความผิด คือ การให้สิ่งตอบแทน เพื่อการจัดหาหญิงโสเภณีรวมทั้งเสนอว่าจะให้สิ่งตอบแทนบางอย่าง ซึ่งกฎหมายห้ามการกระทำทั้งผู้จัดหาและบุคคลผู้ให้รางวัลแก่ผู้จัดหาหญิงมาค้าประเวณี

กฎหมายได้ให้คำจำกัดความหมายของ “การเสนอการค้าประเวณี” (Promoting prostitution) ดังนี้

(1) “นำมาซึ่งการค้าประเวณี” บุคคล “นำมาซึ่งการค้าประเวณี” ถ้า , กระทำการอื่นๆ

นอกจากเช่นเดียวกับหญิงโสเภณี หรือ เช่นเดียวกับลูกค้ามาจาก , เขาทำให้เกิดขึ้น หรือช่วยเหลือบุคคลที่จะ ผูกพัน หรือรับจ้างการค้าประเวณี , จัดหา หรือ ชักชวนลูกค้าเพื่อการค้าประเวณี , จัดหาบุคคลหรือสถานที่เพื่อ จุดประสงค์การค้าประเวณี , ทำ หรือสนับสนุนการกระทำของสถานการค้าประเวณี หรือเข้าร่วมกิจการ ค้าประเวณี หรือรับจ้างการดำเนินการวางแผนอื่นๆในการจัดให้มี , ช่วยเหลือ , หรือก่อให้เกิดการกระทำ หรือ การเข้าร่วมกิจการค้าประเวณี

(2) “ผลประโยชน์จากการค้าประเวณี” บุคคล “ได้รับผลประโยชน์จากการค้าประเวณี”

ถ้า , การกระทำอื่นๆ นอกจากเช่นเดียวกับหญิงโสเภณีได้รับสิ่งตอบแทนสำหรับจัดให้มีการบริการค้าประเวณี โดยตรง , เขายอมรับหรือได้รับเงิน หรือทรัพย์สินอื่นๆ ตามมาจากการตกลง หรือเข้าใจว่า บุคคลอื่นเข้าร่วม เพราะอะไร หรือเข้าร่วมดำเนินการค้าประเวณี⁴³

“การค้าประเวณี” ได้ให้คำจำกัดความหมายว่า จัดหาบริการทางเพศโดยมีสิ่งตอบแทนแลกเปลี่ยน “สิ่งตอบแทนแลกเปลี่ยน” หมายถึง เงิน แต่สิ่งตอบแทนไม่รวมถึงการที่หญิงโสเภณียอมรับการบริการที่

⁴² โปรดดูภาคผนวกที่ 1 คดี State v. Carter ,89 wn.2d236,570P.2d1218(1977) จาก website <http://www.mrsc.org/mc/courts/supreme/089wn2d/089wn2d0236.htm>, หน้า 87.

⁴³ RCW 9A.88.060 Promoting prostitution—Definitions.

- (1) “Advances prostitution” A person “advances prostitution” if , acting other than as a prostitute or as a customer thereof, he causes or aids a person to commit or engage in prostitution , procures or solicits customers for prostitution , provides persons or premises for prostitution purposes , operates or assists in the operation of a house of prostitution or a prostitution enterprise , or engages in any other conduct designed to institute ,aid , or facilitate an act or enterprise of prostitution.
- (2) “Profits from prostitution” A person “profits from prostitution” if , acting other than as a prostitute receiving compensation for personally rendered prostitution services , he accepts or receives money or other property pursuant to an agreement or understanding with any person whereby he participates or is to participate in the proceeds of prostitution activity.

ถูกต้องตามกฎหมายจากนักกฎหมาย หรือ หมอ เพื่อแลกเปลี่ยนกับการบริการทางเพศที่หญิงโสเภณีตอบแทน การกระทำของหญิงโสเภณีไม่ชอบด้วยกฎหมาย

การกระทำที่เกี่ยวข้องกับการค้าประเวณี เช่น การชักชวน เป็นการกระทำที่รวมอยู่ในอาชญากรรมเป็น ความผิดตามกฎหมาย หากบุคคลผู้ซึ่งดึงดูดใจความสนใจเพื่อขายบริการทางเพศ หรือพยายามขายบริการทาง เพศ บุคคลนั้นมีความผิดทั้งกระทำการชักชวน และเป็นหญิงโสเภณี

ตามกฎหมายอาญา (The Model Penal Code) ลงโทษบุคคลที่ยอมรับการกระทำชำเรา ถ้าชายเช่าหญิง โสเภณีและว่าจ้างให้กระทำการเกี่ยวกับเพศ หรือชายเข้าไปในบ้านที่ค้าประเวณีเพื่อจุดประสงค์ที่จะว่าจ้างให้ กระทำการเกี่ยวกับเพศ และผู้สนับสนุนการค้าประเวณี (แมงดา)⁴⁴ ศาลได้พิพากษาการกระทำที่เกี่ยวข้องกับ การค้าประเวณีไว้เป็นบรรทัดฐาน ดังนี้

State v. Alveavio , 381 A2d 38 CNJ Super- 1977 ว่า เจ้าของโรงแรมให้เช่าห้องโดยรู้ว่า ห้องนั้นถูกใช้ สำหรับการค้าประเวณีไม่มีความผิดของการชักชวน

State v. Wright , 561 A2d 659 CNJ Super 1989 ว่า ร้านขายหนังสือสำหรับผู้ใหญ่ที่เสนอความบันเทิง ด้วยการแสดงบ้านของการค้าประเวณีมีความผิด

State v. Mueller , 671 P.2d 1351 (1983) ว่า จำเลยขายบริการทางเพศในห้องเช่าของตนเอง จำเลย โต้แย้งว่า “เธอมีสิทธิส่วนตัวในห้องของเธอที่จะทำอะไรก็ได้ที่อยากทำ” ศาลตัดสินว่า มีความผิดเพราะจำเลย ไม่มีสิทธิที่จะทำการค้าประเวณี

Gilmore v. Rogerson , 117 F.3d 368 (8th CIR.1997) ว่า จำเลยเป็นช่างภาพจัดให้มีหญิงอายุ 17 ปี และ ชักชวนคนส่งพิชชามาถ่ายภาพ จำเลยมีความผิดฐานเป็นผู้ชักชวนและแสวงหาผลประโยชน์ทางเพศจากผู้เยาว์⁴⁵

สรุปได้ว่ากฎหมายการค้าประเวณีในประเทศสหรัฐอเมริกาบัญญัติโทษไว้ต่ำสุดลงโทษผู้กระทำการ ค้าประเวณีโดยเปิดเผย หรือ การชักชวนเพื่อค้าประเวณีตามท้องถนนเป็นลักษณะการจรจัด, การคุ้มครองจัดการ คูเลชั่นโสเภณี การให้เช่า รวมทั้งลงโทษผู้ที่เกี่ยวข้องกับการค้าประเวณี เช่น ผู้ชักพา ผู้จัดหาหญิง และ แมงดา เป็นต้น⁴⁶

⁴⁴ Daniel E. Hall , JD,Ed.D .**Criminal law and Procedure.** Third Edition, U.S.A 2000,pp.146-147.

⁴⁵ คดี State v. Alveavio , State v. Wright , State v. Mueller , Gilmore v. Rogerson ใน Thomas J. Gardner , Terry M. Anderson . **Criminal law.** Eight Edition Wadsworth , Advision of Thomas Learning , Inc.,p. 415.

⁴⁶ Gerhard O.W Mueller . **Legal Regulation of Sexual Conduct** New York 3,N.Y. Oceana Publication,Inc.,1961 ,pp. 50-52.

3. ความผิดฐานดำรงชีพอยู่ด้วยรายได้ของผู้ซึ่งค้าประเวณีในประเทศฝรั่งเศส

ประเทศฝรั่งเศสยอมรับให้อาชีพโสเภณีเป็นอาชีพที่ชอบด้วยกฎหมาย โดยผู้ประกอบอาชีพโสเภณีต้องเสียภาษีเงินได้ กฎหมายในประเทศฝรั่งเศสมีบทบัญญัติบังคับในเรื่องความผิดฐานดำรงชีพอยู่ด้วยรายได้ของผู้ซึ่งค้าประเวณีตั้งแต่ปี ค.ศ. 1810 และต่อมาได้แก้ไขเปลี่ยนแปลง⁴⁷ ประมวลกฎหมายอาญาระบบใหม่ของฝรั่งเศส (nouveau code pénal) มาตรา 225-5 บัญญัติลงโทษผู้ที่รับรายได้บางส่วน หรือรับการช่วยเหลือ (subsidize) ไม่ว่าในรูปแบบใดจากหญิงโสเภณี⁴⁸ และไม่ว่าจะเป็นบุคคลใดก็ตาม แม้ว่าเป็นลูก (enfants) ซึ่งแม่ของเด็กในฝรั่งเศสจะได้รับเงินค่าเลี้ยงดูจากรัฐบาลฝรั่งเศสอย่างเพียงพอจนกว่าจะอายุครบ 18 ปีบริบูรณ์ ตลอดจนค่าใช้จ่ายในการศึกษา ค่าเล่าเรียน อุปกรณ์การเรียน รัฐบาลรับผิดชอบอย่างเต็มที่ การเลี้ยงดูให้การศึกษาแก่เด็กโดยหลักการจึงไม่ต้องรับรายได้จากหญิงโสเภณีที่เป็นแม่ หรือ บิดา มารดา (parents) หรือ คู่สมรส (époux) ที่ได้มีการแต่งงานหรืออยู่กินกันอย่างถูกต้องตามกฎหมายกับหญิงโสเภณีได้รับยกเว้นไม่เป็นความผิด แต่ถ้าไม่ได้อยู่กินกันอย่างถูกต้องก็เป็นความผิด⁴⁹ เว้นแต่จะมีเหตุยกเว้นโทษในเรื่องจำเป็น (nécessité)⁵⁰ เช่น บิดาที่ป่วย หรือชราภาพ หรือ พยาบาลที่รับเงินจากหญิงโสเภณีเพื่อดูแลบิดาที่ป่วยของหญิงโสเภณี เป็นต้น

ในกฎหมายอาญาฝรั่งเศส บัญญัติให้การกระทำความผิดประเภทนี้เป็นความผิดประเภท délit มีความผิดด้วย (ในกฎหมายฝรั่งเศส การพยายามกระทำความผิดประเภท délit ไม่มีความผิด นอกจากมีบทบัญญัติของกฎหมายบัญญัติไว้โดยเฉพาะ) และผู้กระทำความผิดไม่ว่าหญิง หรือ ชาย เรียกว่า “Proxénète” กฎหมายไม่ได้ถือพฤติการณ์ที่ว่าด้วยดำรงชีพอยู่ด้วยผลของการหากินของหญิงโสเภณี หรือผู้ประกอบการค้าประเวณีเป็นหลัก⁵¹ ประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศสไม่ได้ใช้คำว่า “ดำรงชีพ” แต่ใช้คำว่า “แบ่งเอาสิ่งซึ่งเป็นผลมาจากการค้าประเวณีของผู้อื่นหรือรับเงินอนุเคราะห์จากบุคคลซึ่งทำการค้าประเวณีไม่ว่าในรูปแบบใด”⁵²

⁴⁷ Dalloz , Code Penal Annote, 1953 , pp. 220-222 .

⁴⁸ Art. 225-5 Le proxénétisme est le faire , par quiconque , de quelque manière que ce soit :

⁴⁹ ทวีเกียรติ มินะกะนิษฐ . วาสารนิติศาสตร์. ปีที่ 22 , ฉบับที่ 4 . 2535, หน้า 618.

⁵⁰ ดู Merle et Vitu , Droit Pénal Spécial par André Vitu , Cujas 1982 , No.1909 , “peu import la qualité des personnes qui vecoivent : enfants , parents , époux ; mais l'état de nécessité peut justifier , éventuellement , la réception des subsides” อ้างถึงใน ทวีเกียรติ มินะกะนิษฐ. เรื่องเดียวกัน , หน้า 618.

⁵¹ ไพจิตร ปุญญพันธ์ . “ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 286” คุณภาพ .ปีที่ 8 , ธันวาคม 2504 , หน้า 1303.

⁵² เรื่องเดียวกัน , หน้า 1304 .

การดำรงชีพอยู่จากรายได้ของผู้ทำการค้าประเวณี เรียกว่า “Le Proxénétisme”⁵³ ประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศสได้บัญญัติความผิดฐานนี้ไว้ในมาตรา 225-5 ดังนี้ (1) ช่วยเหลือปกป้องผู้ทำการค้าประเวณี (2) ถือเอาประโยชน์ หรือได้รับความช่วยเหลือจากการค้าประเวณีของผู้อื่น (3) รับสมัครหรือฝึกฝนบุคคลใดบุคคลหนึ่งให้ทำการค้าประเวณี หรือสร้างความกดดันให้บุคคลใดบุคคลหนึ่งทำการค้าประเวณี หรือให้ทำการค้าประเวณีต่อไป หากบุคคลใดกระทำการดังกล่าวจะต้องระวางโทษจำคุกห้าปี และปรับหนึ่งล้านฟรังก์

แม้ว่าประเทศฝรั่งเศสจะอนุญาตให้อาชีพโสเภณีเป็นอาชีพที่ชอบด้วยกฎหมาย แต่ก็มิมีบทบัญญัติความผิดฐานฐานดำรงชีพอยู่ด้วยรายได้ของผู้ซึ่งค้าประเวณี เพื่อต้องการคุ้มครองหญิงโสเภณีไม่ให้ถูกเอารัดเอาเปรียบจากผู้ที่ได้รับรายได้หรือส่วนแบ่งจากหญิงโสเภณี ไม่ว่าบุคคลนั้นจะมีความสัมพันธ์อย่างไรกับหญิงโสเภณี เว้นแต่จะเข้าข่ายกเว้นที่กฎหมายอนุญาต

จากการศึกษาความผิดฐานดำรงชีพอยู่ด้วยรายได้ของผู้ซึ่งค้าประเวณี พบว่า ประเทศที่ไม่ยอมรับให้โสเภณีเป็นอาชีพที่ชอบด้วยกฎหมาย เช่น ประเทศอังกฤษ , สหรัฐอเมริกา และ ประเทศที่ยอมให้โสเภณีเป็นอาชีพที่ชอบด้วยกฎหมาย เช่น ประเทศฝรั่งเศส ต่างมีบทบัญญัติความผิดฐานดำรงชีพอยู่ด้วยรายได้ของผู้ซึ่งค้าประเวณีที่เหมือนกัน โดยมีวัตถุประสงค์ที่จะคุ้มครองผู้ซึ่งค้าประเวณีไม่ให้ถูกเอารัดเอาเปรียบ เห็นได้จากศาลของประเทศอังกฤษตีความลักษณะ “การดำรงชีพ” ให้สามารถครอบคลุมพฤติการณ์ในสังคมที่พัฒนาโดยคำนึงถึงเจตนารมณ์ในการบัญญัติกฎหมาย และเจตนาที่อยู่ภายในผู้กระทำความผิด ในขณะที่ประเทศสหรัฐอเมริกา และประเทศฝรั่งเศส มีวัตถุประสงค์ต้องการคุ้มครองสิทธิผู้ซึ่งค้าประเวณีเช่นกัน โดยลงโทษผู้กระทำการชักชวน ผู้สนับสนุนในการค้าประเวณี และผู้ดำรงชีพอยู่ด้วยรายได้ของผู้ซึ่งค้าประเวณี นอกจากนี้ กฎหมายทั้งสามประเทศไม่ได้จำกัดให้ผู้ค้าประเวณีมีแต่เฉพาะแต่หญิงโสเภณีเท่านั้น แต่กฎหมายยังได้บัญญัติและลงโทษผู้ค้าประเวณีให้รวมถึงเพศชายด้วยเช่นกัน

⁵³ คณะกรรมการกฤษฎีกา สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. “รายงานการประชุมคณะกรรมการพิจารณาปรับปรุงประมวลกฎหมายอาญา, ครั้งที่ 2-2/2537”, 29 เมษายน 2537

วิเคราะห์การใช้และการตีความกฎหมาย มาตรา 286 ของศาลไทย

กฎหมายอาญาเป็นกฎหมายที่บัญญัติขึ้นเพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน และความสงบเรียบร้อยของสังคม กฎหมายอาญาจึงต้องบัญญัติถ้อยคำที่ชัดเจนเพื่อให้ประชาชนเข้าใจกฎหมายที่บัญญัติไว้และประพฤติปฏิบัติตาม เมื่อจะใช้กฎหมายจึงต้องนำวิธีการตีความกฎหมายมาใช้ตีความกฎหมายเพื่อปรับใช้กับข้อเท็จจริงและเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นได้อย่างถูกต้อง แม้ว่ามาตรา 286 จะได้แก้ไขอัตราโทษให้สูงขึ้น แต่ก็ไม่สามารถนำผู้ดำรงชีพอยู่ด้วยรายได้ของหญิงซึ่งค้าประเวณีมาลงโทษได้แต่อย่างใด ซึ่งไม่ใช่เกิดจากปัญหาการบัญญัติกฎหมาย แต่น่าจะมีสาเหตุมาจากการตีความและการปรับใช้กฎหมายของศาลที่ไม่ได้ตีความตามหลักการตีความกฎหมาย ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 2 ในบทนี้จะได้ศึกษาวิเคราะห์ประเด็นการตีความกฎหมายประกอบด้วย (1) การใช้ และตีความกฎหมายโดยทั่วไป (2) แนวทางการตีความความผิดฐานดำรงชีพอยู่ด้วยรายได้ของหญิงซึ่งค้าประเวณี

1. การใช้และตีความกฎหมายโดยทั่วไป

ในการบัญญัติกฎหมายผู้ร่างกฎหมายต้องใช้ภาษาที่บัญญัติในกฎหมายด้วยภาษาธรรมดาและมีความหมายชัดเจน หากภาษาที่บัญญัติในกฎหมายเข้าใจยาก ผู้ร่างกฎหมายได้บัญญัติความหมายของกฎหมายไว้ในบทนิยามของบทบัญญัติกฎหมายนั้นๆ เมื่อบทนิยามในกฎหมายนั้นไม่ได้ให้ความหมายไว้ ก็สามารถนำบทนิยามในกฎหมายอื่นที่ได้บัญญัติไว้มาใช้แทน เพื่อให้ผู้ใช้กฎหมายเข้าใจความหมายและนำบทบัญญัติของกฎหมายไปปรับใช้กับเหตุการณ์และข้อเท็จจริงที่เกิดปัญหาขึ้นได้อย่างถูกต้อง แต่หากผู้ใช้กฎหมายตีความกฎหมายไม่ถูกต้องตามความหมายที่แท้จริงของบทบัญญัติก็จะทำให้ไม่สามารถนำบทบัญญัติของกฎหมายมาใช้บังคับลงโทษผู้กระทำความผิดได้ เช่น ลักษณะ “การดำรงชีพ” ในขณะที่บัญญัติความผิดฐานดำรงชีพอยู่ด้วยรายได้ของหญิงซึ่งค้าประเวณี มีลักษณะที่แตกต่างจาก “การดำรงชีพ” ในปัจจุบัน เนื่องจากเดิม “แมงดา” หรือผู้ดำรงชีพอยู่ด้วยรายได้ของหญิงนครโสเภณีในขณะที่บัญญัติประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 286 ต้องมีลักษณะเป็นผู้ที่ไม่มีอาชีพและรายได้อื่น นอกจากดำรงชีพอยู่จากรายได้ของหญิงนครโสเภณีเท่านั้น

ในปัจจุบันผู้ดำรงชีพอยู่ด้วยรายได้ของหญิงซึ่งค้าประเวณีมักจะมีรายได้จากการประกอบอาชีพอื่น แต่ยังคงหาเงินพิเศษโดยรับเงินหรือส่วนแบ่งจากรายได้ของหญิงซึ่งค้าประเวณี ทำให้ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า หากผู้ใดมีรายได้จากอาชีพอื่น โดยปกติ และไม่ปรากฏว่า รายได้ที่ได้รับไม่พอดำรงชีพ หรือมีรายได้จากอาชีพอื่นพอ

คำรังสีพ แม้ผู้นั้นจะรับรายได้หรือส่วนแบ่งจากการค้าประเวณีของหญิงก็ไม่เป็นความผิดฐานนี้¹ เนื่องจากศาลเห็นว่า ผู้ที่จะเป็น “เมงดา” จะต้องเป็นผู้ที่ไม่มีฐานะ ถ้าผู้ใดมีฐานะผู้นั้นย่อมไม่อาจเป็นเมงดาได้เลย แม้จะได้กระทำตนเป็นเมงดา² ไม่มีความผิด การตีความความผิดฐานคำรังสีพอยู่ด้วยรายได้ของหญิงซึ่งค้าประเวณีและปรับใช้กฎหมายของศาลฎีกาเป็นการตีความปะปนโดยนำข้อสันนิษฐานในวรรคสองที่ว่า การกระทำเช่นไรมีลักษณะเป็น “การคำรังสีพ” มาวินิจฉัยความผิดก่อให้เกิดช่องว่างในการบังคับใช้กฎหมาย

ดังนั้น เมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้น หากกฎหมายมีข้อความไม่ชัดเจน ใช้ถ้อยคำกำกวม หรือมีความหมายหลายทาง หรือใช้ถ้อยคำแคบเกินไปไม่ตรงต่อความมุ่งหมายของกฎหมาย ผู้พิพากษาจะเป็นผู้ตีความกฎหมายที่มีอยู่ด้วยการค้นหาความมุ่งหมายของกฎหมาย³ ถ้ากฎหมายมีข้อความที่ชัดเจนอยู่แล้ว แต่ศาลปรับข้อเท็จจริงให้เข้ากับข้อกฎหมายไม่ตรงตามเจตนารมณ์ที่กฎหมายมุ่งคุ้มครองจะทำให้กฎหมายไม่อาจนำมาใช้บังคับลงโทษผู้กระทำความผิดได้เช่นกัน ส่งผลให้กฎหมายไม่ได้รับการพัฒนาควบคู่ไปกับความเจริญของสังคม เพราะฉะนั้นจึงควรหาหลักเกณฑ์ด้วยวิธีตีความบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้น ให้ได้ความหมายที่ชัดเจนและแน่นอนก่อนแล้วนำกฎเกณฑ์ของบทบัญญัติกฎหมายที่ได้จากการตีความมาปรับเข้ากับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นใช้บังคับลงโทษผู้กระทำความผิด การตีความกฎหมายจึงเป็นส่วนหนึ่งของการใช้กฎหมาย เพราะการใช้และตีความกฎหมายเป็นสิ่งสำคัญที่ช่วยปรับข้อเท็จจริงให้เข้ากับข้อกฎหมาย ว่าการกระทำที่เกิดขึ้นผิดกฎหมายบทใด

ด้วยเหตุผลดังกล่าวเป็นหน้าที่ของผู้ใช้กฎหมายที่จำเป็นจะต้องค้นหาหลักเกณฑ์การตีความกฎหมายให้เข้าใจ เพื่อที่จะได้นำหลักเกณฑ์นั้นมาช่วยในการหาความหมายที่ชัดเจนของกฎหมายและเจตนารมณ์ในการบัญญัติกฎหมายเพื่อนำมาช่วยพิจารณาปรับปัญหาข้อเท็จจริงที่พิพาทให้เข้ากับข้อกฎหมายได้อย่างถูกต้องเป็นธรรม อันจะก่อให้เกิดความคล่องตัวในการใช้กฎหมายแทนการบัญญัติกฎหมายขึ้นใหม่หรือแก้ไขกฎหมาย จึงควรศึกษา (1.1) หลักการตีความกฎหมายทั่วไป และ (1.2) หลักการตีความกฎหมายอาญา ให้เข้าใจดังต่อไปนี้

1.1 หลักการตีความกฎหมายทั่วไป

การตีความกฎหมาย คือ การค้นหาความหมายของบทบัญญัติกฎหมายที่ไม่ชัดเจนให้ชัดเจนขึ้นด้วยวิธีการหาเหตุผลตามหลักตรรกวิทยา และ สามัญสำนึก เพื่อให้ทราบหลักเกณฑ์ และเจตนารมณ์ใน

¹ ฎีกาที่ 2541/2522 . สำนักอบรมเนติบัณฑิตยสภา .2525, หน้า 202. ฎีกาที่ 2562/2523 .สำนักอบรมเนติบัณฑิตยสภา , 2523, หน้า 1946.

² คณิศ ฌ นคร . กฎหมายอาญาภาคความผิด. พิมพ์ครั้งที่ 8 .กรุงเทพฯ : บริษัท สำนักกวีญูชน จำกัด ,2545, หน้า 368-369.

³ หยุด แสงอุทัย . รัฐสาร.26 . ฉบับที่ 10 . 2521 , หน้า 12 .

การบัญญัติกฎหมาย พร้อมทั้งสิ่งที่กฎหมายมุ่งจะคุ้มครองแล้วนำบทบัญญัติของกฎหมายนั้น ไปวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทได้อย่างถูกต้องและเป็นธรรม แม้ว่า ระบบกฎหมายไทยจะมีรูปแบบเป็นประมวลกฎหมาย แต่มีเนื้อหาที่ได้รับอิทธิพล แนวความคิดโดยได้นำหลักการตีความบางประเภทของประเทศอังกฤษที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์มาใช้ จึงควรศึกษาหลักการตีความกฎหมายในระบบกฎหมายอังกฤษ พอสังเขป ดังนี้

หลักกฎหมายโดยทั่วไปของระบบกฎหมายของประเทศอังกฤษเกิดจากหลักเหตุผลที่ได้จากการพิจารณาข้อเท็จจริงในคดีที่เกิดข้อพิพาทขึ้น แล้วศาลสูงได้มีคำวินิจฉัยชี้ขาด ภายหลังจากเมื่อมีข้อเท็จจริงแบบเดียวกันเกิดขึ้น ศาลก็จะยึดคำวินิจฉัยในคำพิพากษาที่มีมาก่อนเป็นบรรทัดฐานทำให้เกิดเป็นหลักกฎหมายต่อมา เรียกว่า Precedent⁴ หลักกฎหมายที่เกิดขึ้นจากคำพิพากษาของศาลสูงของอังกฤษนั้น เรียกว่า หลักกฎหมายคอมมอนลอว์ หากข้อเท็จจริงที่พิพาทต่างกัน ศาลก็ต้องสร้างหลักเกณฑ์ขึ้นมาใหม่โดยยึดถือหลักว่าหลักเกณฑ์นั้นต้องเป็นการให้ข้อยุติ

ดังนั้นจึงมีข้อยกเว้นการใช้หลักกฎหมายในกรณีที่ข้อเท็จจริงแตกต่างกัน เรียกว่า “หลักพิเคราะห์แยกแยะความแตกต่าง” (The Technique of Distinctions) คือ ถ้าข้อเท็จจริงในคดีเหมือนกันทุกประการก็ต้องถือตามแนวคำพิพากษาบรรทัดฐานเดิม แต่ถ้าวิเคราะห์ออกมาแล้ว ปรากฏว่า ข้อเท็จจริงที่เป็นประเด็นต่างกัน ศาลก็ไม่ต้องถือตามแนวคำพิพากษาบรรทัดฐานเดิม⁵

นอกจากนี้รัฐสภาได้ตรากฎหมายลายลักษณ์อักษรขึ้นใช้บังคับ เรียกว่า Act of Parliament หรือ Statute มีลักษณะเป็นกฎหมายพิเศษเฉพาะเรื่อง บัญญัติขึ้นเพื่อยกเว้นหรือแก้ไขเพิ่มเติมหลักกฎหมายคอมมอนลอว์ ซึ่งไม่มีตัวบทบัญญัติไว้⁶ เมื่อศาลจะปรับบทกฎหมายให้เข้ากับข้อเท็จจริงทำให้ต้องยึดหลักตีความเคร่งครัดตามตัวอักษรโดยไม่ต้องคำนึงถึงเจตนารมณ์ของกฎหมาย ศาลจะต้องไม่แก้ไขเพิ่มเติม หรือเปลี่ยนแปลงตัวอักษรแห่งบทบัญญัตินั้น

การตีความกฎหมายของอังกฤษที่รู้จักกันโดยทั่วไป มีหลักใหญ่ๆ 3 หลัก คือ (1) หลักการตีความตามตัวอักษร หรือ the literal rule (2) หลักการตีความโดยเล็งผลเลิศ หรือ the golden rule (3) หลักการตีความโดยอาศัยเหตุที่มีการแก้ไข หรือ the mischief rule หลักทั้งสามประการแตกต่างกัน ขึ้นอยู่ว่าศาลจะใช้หลักใดในการตีความกฎหมาย หากนำหลักการตีความทั้งสามประการมาตีความความผิดฐานดำรงชีพอยู่ด้วยรายได้ของหญิงซึ่งค้าประเวณี จะให้ความหมายดังจะกล่าวต่อไปนี้

⁴ อักษราทธ จุฬารัตน. การตีความกฎหมาย. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์กฎหมายไทย, 2542, หน้า 12.

⁵ กิตติศักดิ์ ปรกติ. ดุลพาห. ปีที่ 41, เล่ม 2. มีนาคม-เมษายน 2527, หน้า 67.

⁶ อักษราทธ จุฬารัตน. เรื่องเดียวกัน, หน้า 28.

(1) หลักการตีความตามตัวอักษร (the literal rule) หรือ ตามหลักภาษา ผู้พิพากษาหรือศาลจะเป็นผู้มีหน้าที่ตีความบทบัญญัติของกฎหมายโดยค้นหาความหมายธรรมดาที่ใช้ในบทบัญญัติ นั้นๆ กล่าวอย่างง่าย ๆ คือ ศาลต้องพิจารณาความหมายในทางภาษามากกว่าพิจารณาถึงความมุ่งหมายของกฎหมาย เนื่องจากเป็นกฎหมายที่รัฐสภาตราขึ้นเพื่อแก้ไขหลักกฎหมายคอมมอนลอว์ ศาลจึงเป็นผู้มีหน้าที่ตีความกฎหมายเท่านั้น มิใช่ผู้สร้างกฎหมาย ตัวอย่างเช่น ศาลตัดสินคดี R. v Harris (1836) 7 C.S.P.446⁷ ที่มีกฎหมายกำหนดความผิดไว้สำหรับผู้ที่ “stab cut or wound any person” ว่าไม่ครอบคลุมถึงการกระทำของจำเลยที่กัดจมูกผู้เสียหาย ซึ่งมีข้อเท็จจริงว่า นาง Harris ได้กัดจมูกของเพื่อนและก้นนิ้วของนายตำรวจที่เข้ามาห้ามปราม ดังนั้น นาง Harris จึงไม่มีความผิด เนื่องจากถ้อยคำที่ใช้ในตัวบทนั้นแสดงให้เห็นว่าจะต้องเป็นการใช้สิ่งที่เป็นอาวุธ (weapon) ซึ่งในคดีนี้การใช้ฟันกัด ศาลไม่ถือว่าเป็นการใช้อาวุธ

เมื่อนำหลักการตีความตามตัวอักษรมาช่วยในการตีความความผิดฐานดำรงชีพอยู่ด้วยรายได้ของหญิงซึ่งค้าประเวณี เห็นว่ากฎหมายบัญญัติต้องประกอบความผิดไว้ในวรรค 1 ให้ “..ผู้กระทำความผิดต้องดำรงชีพอยู่แม้เพียงบางส่วนจากรายได้ของหญิงซึ่งค้าประเวณี..” ดังนั้นผู้ที่รับส่วนแบ่งแม้เพียงบางส่วนจากรายได้ของหญิงซึ่งค้าประเวณีก็มีความผิดตามมาตราแล้ว

(2) หลักการตีความโดยเล็งผลเลิศ (the golden rule) หลักนี้ปรับปรุงมาจากหลัก the literal rule หากบทบัญญัติแห่งกฎหมายแปลความหมายได้เป็นสองนัยหรือมากกว่านั้น ศาลจะต้องไม่ตีความหมายบทบัญญัตินั้นไปในทางที่บังเกิดผลประหลาด โดยปกติศาลจะต้องตีความตามหลัก the literal rule ตามความหมายธรรมดาของถ้อยคำในหลักภาษานั้นก่อน ต่อเมื่อขัดต่อความมุ่งหมายของกฎหมายก็จะตีความตามเจตนารมณ์ แต่ต้องไม่ตีความจนเลยเถิด และจะใช้หลักนี้ต่อเมื่อต้องการหลีกเลี่ยงผลในทางร้ายอย่างมากเท่านั้น เป็นหลักที่ไม่ได้แยกออกมา แต่เป็นหลักที่เสริมหลักการตีความตามตัวอักษร (The literal rule) เช่น คดี Re Rowland , 1963⁸ คดีนี้มีข้อเท็จจริงว่า คู่สมรส คือ หมอ และภริยาตัดสินใจที่จะพักผ่อนและไปท่องเที่ยวตะวันออกไกล ก่อนออกเดินทาง หมอและภริยาต่างทำพินัยกรรมคนละฉบับ มีข้อความเหมือนกันกำหนดว่าแต่ละคนจะยกทรัพย์สินสมบัติของตนให้กับคู่สมรส เมื่ออีกฝ่ายหนึ่งตายก่อนอีกฝ่ายหนึ่ง แต่ถ้าหากในกรณีที่มีเหตุการณ์ทำให้ความตายของฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเกิดขึ้นหรือตายพร้อมกัน “preceding or coinciding” กับผู้ที่ทำพินัยกรรมแล้ว ก็ให้ทรัพย์สินของผู้นั้นตกได้แก่ญาติของผู้ทำพินัยกรรมที่ได้กำหนดไว้ ซึ่งในพินัยกรรมของสามีซึ่งเป็นหมอได้กำหนดให้ทรัพย์สินนั้นตกได้แก่น้องชายและหลานของตน หลังจากทำพินัยกรรมดังกล่าวปรากฏว่า ในการไปท่องเที่ยวครั้งนี้ ทั้งสามีและภรรยาได้ลงเรือเล็กลำเดียวกันและเกิดหายไปทะเลแปซิฟิกได้ข้อเท็จจริงหรือเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นในครั้งนี้ไม่ ปรากฏว่าเกิดขึ้นได้อย่างไร หรือเกิดขึ้นโดยลักษณะใด จึงมี

⁷ อักษราทร จุฬารัตน. เรื่องเดียวกัน , หน้า 31-32.

⁸ อักษราทร จุฬารัตน .เรื่องเดียวกัน, หน้า 44-46.

ปัญหาว่า ทรัพย์สินที่เป็นสมบัตินั้นควรตกแก่ฝ่ายภรรยาหรือตกแก่ฝ่ายสามี ผู้พิพากษา Russell กับผู้พิพากษา Harman ซึ่งเป็นฝ่ายข้างมากมีความเห็นสอดคล้องกันว่า คำว่า “Coinciding” (ตายพร้อมกัน) หมายความว่าถึงความตายที่เกิดขึ้นในเวลาเดียวกัน (Simultaneous) และในคดีนี้ไม่มีหลักฐานว่าตายพร้อมกัน การที่จะตีความขยายคำ “ตายพร้อมกัน” (coinciding) ให้รวมถึงการตายเนื่องจากเหตุการณ์หรือโอกาสเดียวกันด้วยนั้น จะเป็นการทำให้เกิดความไม่แน่นอนมากยิ่งขึ้นว่า อย่างไรถึงเป็นการตายพร้อมกัน ศาลตัดสินโดยใช้เสียงข้างมากว่า ในกรณีนี้ ไม่ถือว่าเป็นการตายพร้อมกันและเมื่อไม่สามารถระบุได้ว่า ใครตายก่อนกัน ภายใต้ มาตรา 184 ของ Law of Property Act, 1925 ซึ่งกำหนดว่า “ถ้าการตายมิใช่เป็นการตายพร้อมกัน” ภริยาซึ่งมิได้ตายพร้อมกับสามีและมีอายุน้อยกว่า กฎหมายให้ถือว่าตายทีหลัง ดังนั้นมรดกของสามีจึงตกแก่ภริยา เมื่อภริยาถึงแก่ความตาย มรดกของภริยาจึงตกทอดแก่หลานสาวของภริยา

เมื่อนำหลักการตีความโดยเล็งผลเลิศ (The Golden rule) มาช่วยในการตีความความผิดฐานดำรงชีพอยู่ด้วยรายได้ของหญิงซึ่งค่าประเวณี เพื่อหาหลักเกณฑ์ของกฎหมายที่ชัดเจน ทำให้ต้องตีความตามตัวอักษรก่อนพบว่าความผิดฐานดำรงชีพอยู่ด้วยรายได้ของหญิงซึ่งค่าประเวณี บัญญัติต้องประกอบความผิดไว้ในวรรค 1 ส่วนวรรค 2 เป็นบทสันนิษฐานของกฎหมายที่แสดงให้เห็นว่า การกระทำเช่นไรมีลักษณะเป็นการดำรงชีพ ตามวรรค 1 หากบทบัญญัติดังกล่าวแปลความหมายได้สองนัย ศาลต้องไม่ตีความหมายไปในทางบังเกิดผลประหลาด เมื่อตีความตามตัวอักษรจะให้ความหมายที่ชัดเจนว่า “การดำรงชีพ” เป็นการกระทำที่กฎหมายบัญญัติเป็นความผิด คือ การรับส่วนแบ่งแม้เพียงบางส่วนจากรายได้ของหญิงซึ่งค่าประเวณี มาใช้ในการบัญญัติความผิดฐานดำรงชีพอยู่ด้วยรายได้ของหญิงซึ่งค่าประเวณี ดังนั้นจึงไม่จำเป็นต้องนำหลักการตีความโดยเล็งผลเลิศ (The Golden rule) มาช่วยในการตีความความผิดฐานดำรงชีพอยู่ด้วยรายได้ของหญิงซึ่งค่าประเวณีอีกต่อไป การที่ศาลฎีกาตีความโดยนำวรรค 2 ซึ่งเป็นข้อสันนิษฐานของกฎหมาย มาเป็นองค์ประกอบความผิดฐานดำรงชีพอยู่ด้วยรายได้ของหญิงซึ่งค่าประเวณี จึงไม่ชอบด้วยหลักการตีความกฎหมาย

(3) หลักการตีความโดยอาศัยเหตุที่มีการแก้ไขข้อบกพร่อง (The mischief rule) เป็นหลักที่ออกมาเพื่อยกเว้นหลักการตีความตามตัวอักษร กล่าวคือ เป็นหลักการตีความโดยคำนึงถึงเจตนารมณ์ของผู้บัญญัติกฎหมายที่บัญญัติกฎหมายขึ้นเพื่อแก้ไขข้อบกพร่องหลักกฎหมายคอมมอนลอว์ ให้ดีขึ้น ศาลต้องไม่ตีความบทบัญญัติแห่งกฎหมายไปไกลกว่าสิ่งที่บัญญัติไว้ในกฎหมายนั้น และศาลต้องพิจารณา 4 ประการ คือ ประการที่หนึ่ง หลักกฎหมายคอมมอนลอว์ มีอยู่ประการใด ประการที่สอง หลักกฎหมายคอมมอนลอว์มีข้อบกพร่องที่ไม่ได้วางไว้อย่างไร ประการที่สาม กฎหมายที่ออกโดยรัฐสภาแก้ไขข้อบกพร่อง หลักกฎหมาย

คอมมอนลอว์ ไว้อย่างไร ประการที่สี่ เหตุผลที่แท้จริงที่รัฐสภาออกกฎหมายมาแก้ไขข้อบกพร่อง หลักกฎหมายคอมมอนลอว์ นั้นคืออะไร⁹

หลักการตีความประการที่ 3 นี้เป็นข้อยกเว้นหลักการตีความตามตัวอักษร หากศาลจะใช้หลักการตีความประการที่ 3 ศาลต้องอ้างเหตุผลที่ฝ่ายนิติบัญญัติตรากฎหมายฉบับนี้ขึ้นใช้บังคับโดยพิจารณาจากคำปรารภในกฎหมายฉบับนั้น หรือรายงานคณะกรรมการพิจารณาค้นคว้าปรับปรุงแก้ไขกฎหมายฉบับนั้นโดยตรง คดีที่นำหลักการตีความตามหลักแก้ไขข้อเสียมาใช้ เช่น คดี *Kruhlak v. Kruhlak* (1958) ศาลอังกฤษตีความว่า คำว่า “a single woman” ในพระราชบัญญัติ *The Affiliation Proceeding Act, 1957*¹⁰ มีความหมายไม่เฉพาะแต่หญิงที่มีได้ทำการสมรสเท่านั้น หากแต่รวมถึงหญิงที่ทำการสมรสแล้ว แต่มีบุตรกับชายชู้และไม่มีช่องทางที่จะเลี้ยงดูเด็กที่เกิดกับชายชู้ด้วย โดยที่พระราชบัญญัติฉบับดังกล่าวนี้ ออกมาเพื่ออุดช่องว่างของกฎหมายที่มีได้มีบทบัญญัติในเรื่องดังกล่าวไว้

คดี *Smith v. Hugh* ตีความพระราชบัญญัติ *The Street Offences Act, 1959*¹¹ ที่บัญญัติว่า การที่โสเภณีเดินเตร็ดเตร่ หรือเชื้อเชิญลูกค้าตามข้างถนน หรือสถานที่สาธารณะ เพื่อวัตถุประสงค์ในการขายตัวมีความผิด ทำให้เกิดปัญหาข้อกฎหมายว่า การที่โสเภณีใช้วิธีเรียกร้องความสนใจแก่ลูกค้าจากระเบียงหรือหน้าต่างโดยให้สัญญาณนิ้วมือเพื่อต่อรองราคาจะผิดตามกฎหมาย *The Street Offences Act, 1959* หรือไม่นั้น ศาลอังกฤษพิจารณาเห็นว่า กฎหมายฉบับนี้มีวัตถุประสงค์ หรือเจตนาที่ต้องการ “clean up the streets” เมื่อกฎหมายไม่ได้บัญญัติให้หญิงโสเภณีจะต้องไม่กระทำการในสิ่งที่กฎหมายห้ามในท้องถนน แม้หญิงโสเภณีจะกระทำการเชื้อเชิญลูกค้าบนถนน ศาลอังกฤษถือว่า หญิงโสเภณีมีความผิดตามกฎหมายฉบับนี้เช่นกัน

หากนำหลักการตีความโดยอาศัยเหตุที่มีการแก้ไขข้อบกพร่อง (The mischief rule) มาช่วยตีความความผิดฐานดำรงชีพอยู่ด้วยรายได้ของหญิงซึ่งค้าประเวณีด้วยการค้นหาเจตนารมณ์ในการบัญญัติความผิดฐานดำรงชีพอยู่ด้วยรายได้ของหญิงซึ่งค้าประเวณี จะพบว่า การที่ชายรับส่วนแบ่งหรือรายได้จากหญิงซึ่งค้าประเวณีเป็นการกระทำที่เสมือนเป็นการทำบาบหลังคน ความผิดฐานดำรงชีพอยู่ด้วยรายได้จากหญิงซึ่งค้าประเวณี ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 286 บัญญัติขึ้นเพื่อคุ้มครองหญิงไม่ให้ถูกเอารัดเอาเปรียบจากชายที่คอยหากินบนเลือดเนื้อของหญิง เพราะฉะนั้นเมื่อผู้ได้รับส่วนแบ่งแม้เพียงบางส่วนจากรายได้ของหญิงซึ่งค้าประเวณีมีความผิดแล้ว

⁹ ธานินทร์ ภัยวิเชียร และวิชา มหาคุณ . การตีความกฎหมาย . พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพฯ : ห้างหุ้นส่วนจำกัด โรงพิมพ์ชวนพิมพ์ , 2521

¹⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 11 .

¹¹ อักษราทร จุฬารัตน. การตีความกฎหมาย . พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์กฎหมายไทย , 2542, หน้า 50-51

จึงเห็นได้ว่า หลักสำคัญในการตีความกฎหมายข้อแรก ศาลต้องตีความตามตัวอักษร กล่าวคือ ถ้อยคำของบทบัญญัติต้องมีความหมายธรรมดาตามหลักไวยากรณ์ เว้นแต่ เนื้อความของถ้อยคำในบทบัญญัตินั้นๆ มีวัตถุประสงค์หรือพฤติการณ์แวดล้อมที่แสดงว่า คำในบทบัญญัติ ต้องมีความหมายพิเศษจากความหมายธรรมดา ศาลจะต้องหาเจตนารมณ์ของผู้บัญญัติกฎหมายในขณะที่ร่างกฎหมายโดยพิจารณาจากถ้อยคำที่ใช้ในตัวบทกฎหมายนั้น และเหตุผลที่ฝ่ายนิติบัญญัติตรากฎหมายขึ้นใช้บังคับ เพื่อทราบเจตนาอันแท้จริงของผู้บัญญัติกฎหมายและนำกฎหมายมาใช้บังคับได้อย่างถูกต้อง

1.2 หลักการตีความกฎหมายอาญา

กฎหมายอาญาเป็นกฎหมายมหาชนที่ว่าด้วยความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับเอกชน มีลักษณะพิเศษ และมีเอกลักษณ์ของตนเองที่แตกต่างจากกฎหมายอื่น ๆ กล่าวคือ เป็นกฎหมายที่ควบคุมความประพฤติของบุคคล เพื่อความสงบสุขของคนในสังคมด้วยการกำหนดความผิดและโทษ หากผู้ใดฝ่าฝืนกระทำการอันเป็นการกระทบกระเทือนต่อชีวิต ร่างกาย เสรีภาพ และทรัพย์สินของประชาชนต้องถูกลงโทษ ทำให้ต้องบัญญัติกฎหมายไว้ให้ชัดเจนแน่นอนเพื่อที่ประชาชนที่อยู่ภายใต้กฎหมายจะได้มีโอกาสรู้ล่วงหน้าว่า การกระทำ หรือละเว้นการกระทำเช่นไรที่กฎหมายบัญญัติเป็นความผิด และกำหนดโทษ ซึ่งตรงกับหลักสากลที่ได้รับการยอมรับเรียกว่า “ไม่มีความผิด ไม่มีโทษ ถ้าไม่มีกฎหมาย”(nullum crimen , nulla poena , sine lege) หรือเรียกย่อๆ ว่า หลัก “ไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมาย” (nulla poena sine lege)¹² เป็นหลักที่คอยคุ้มครองและประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชนมิให้ถูกล่วงละเมิด โดยได้รับการรับรองและนำหลักดังกล่าวนี้ไปบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญาของประเทศต่างๆ รวมทั้งประมวลกฎหมายอาญาของไทย ได้บัญญัติไว้ใน มาตรา 2 วรรคแรก ว่า “บุคคลจักต้องรับโทษทางอาญาต่อเมื่อได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้ในขณะกระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิด และกำหนดโทษไว้และโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดนั้นต้องเป็นโทษที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย”

หลักในมาตรา 2 แห่งประมวลกฎหมายอาญานี้ ได้รับการรับรองภายใต้รัฐธรรมนูญ แห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ 2540 มาตรา 32 บัญญัติว่า “บุคคลจะไม่ต้องรับโทษทางอาญา เว้นแต่จะได้กระทำการอันกฎหมายซึ่งใช้อยู่ในเวลาที่กระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิด และกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่บุคคลนั้นหนักกว่าโทษที่กำหนดไว้ในกฎหมาย ซึ่งใช้อยู่ในเวลาที่กระทำความผิดมิได้”¹³

¹² Glanville Williams . **Criminal Law : The General Part** . 2 ed . London : Steven & Sons, 1961 .pp. 575-608.

¹³ เกียรติจิจร วัจนะสวัสดิ์ . คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1. พิมพ์ครั้งที่ 5 แก้ไขเพิ่มเติม . กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ , 2540, หน้า 14-15.

ด้วยสาระสำคัญ ดังกล่าวทำให้กฎหมายอาญา ต้องบัญญัติไว้โดยชัดเจน ปราศจากเคลือบคลุมสงสัย กฎหมายอาญาจะมีช่องว่างไม่ได้ ถ้าการกระทำใดไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นความผิดศาลต้องยกฟ้อง เป็นผล ทำให้การตีความกฎหมายอาญาต้องตีความตามตัวอักษรโดยเคร่งครัด เพื่อป้องกันมิให้ศาลตีความขยายความผิด ตามใจชอบจนเกิดความผิดขึ้นมาใหม่

ประมวลกฎหมายอาญา ไม่ได้บัญญัติหลักเกณฑ์ การตีความกฎหมายอาญาไว้ มีเพียงมาตรา 2 เท่านั้น ที่เป็นหลักสำคัญที่ใช้เป็นแนวทางในการตีความกฎหมายอาญา หลักเกณฑ์ ตามมาตรา 2 นี้ มี 4 ประการ คือ (1) ผู้กระทำไม่ต้องรับผิดในทางอาญา หากการกระทำนั้นไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้ในขณะกระทำว่าเป็น ความผิด และกำหนดโทษไว้ (2) กฎหมายอาญาจะย้อนหลังให้เป็นผลร้ายมิได้ (3) ถ้อยคำในกฎหมายอาญา ต้องบัญญัติให้ชัดเจนแน่นอน ปราศจากการคลุมเครือ (4) กฎหมายอาญาต้องตีความโดยเคร่งครัด¹⁴

จากหลักเกณฑ์ดังกล่าวข้างต้น เห็นได้ว่า การตีความกฎหมายอาญา มีความสำคัญต่อศาลซึ่งเป็นผู้ใช้ กฎหมาย ด้วยการนำกระบวนการตีความกฎหมายมาใช้ในการหาหลักเกณฑ์ของบทบัญญัติกฎหมายให้ได้ ความหมายที่ชัดเจนเพื่อวิเคราะห์ปัญหาที่เกิดขึ้น และแก้ไขข้อบกพร่องของบทบัญญัติกฎหมายลายลักษณ์ อักษรที่ไม่ชัดเจน โดยวิธีการตีความกฎหมายตามตัวอักษรและเจตนารมณ์ (spirit) ของกฎหมาย หากศาลใช้ หลักเกณฑ์การตีความกฎหมายไม่ถูกต้องก็จะไม่สามารถนำกฎหมายมาบังคับใช้ได้ตามเจตนาของกฎหมายและ เจตนารมณ์ของกฎหมาย จะทำให้กฎหมายไม่มีประสิทธิภาพ และไม่ได้รับการพัฒนา ในบทนี้ผู้เขียนมุ่ง ประสงค์ที่จะทำการศึกษาดังกล่าวถึงหลักการตีความกฎหมายอาญา ว่า มีหลักเกณฑ์อย่างไรที่มีผลต่อการปรับใช้ กฎหมายและคำพิพากษาของศาล ด้วยเหตุดังกล่าว กฎหมายอาญามีหลักเกณฑ์การตีความที่นำมาพิจารณา ดังนี้

1.2.1 การตีความตามตัวอักษร หมายถึง การตีความตามถ้อยคำภาษาที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย โดยเคร่งครัดด้วยภาษาธรรมดาของถ้อยคำนั้นๆ หากเป็นภาษาเทคนิค กฎหมายได้กำหนดบทวิเคราะห์ศัพท์ หรือบทนิยาม (Definition) ไว้ เพื่อให้ประชาชนสามารถรู้และเข้าใจได้ว่า การกระทำเช่นไรที่กฎหมายบัญญัติ เป็นความผิด และกำหนดโทษไว้

การตีความตามตัวอักษรโดยเคร่งครัดนี้มาจากบทบัญญัติ มาตรา 2 แห่งประมวลกฎหมายอาญา ที่ บัญญัติว่า “บุคคลจักต้องรับโทษทางอาญาต่อเมื่อ...” มาตรานี้มาจากหลักทั่วไปที่ว่า กฎหมายอาญาต้อง ตีความโดยเคร่งครัด เมื่อมีข้อสงสัย เคลือบคลุม จะนำมาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มา ใช้ได้บางส่วน กล่าวคือ ตีความตามความมุ่งหมายได้แต่ต้องตีความโดยเคร่งครัดภายในวงจำกัดที่สุด และจะ นำจาริตประเพณีแห่งท้องถิ่น หรือบทกฎหมายใกล้เคียง (analogy) หรือหลักกฎหมายทั่วไปมาใช้ไม่ได้ กฎหมายอาญามีหลักการตีความที่แตกต่างจากกฎหมายอื่นๆ ตรงที่ต้องตีความโดยเคร่งครัด

¹⁴ เรื่องเดียวกัน , หน้า 17-21.

ศาสตราจารย์ จิตติ ดิงศภัทย์ ได้อธิบายว่า “...ไม่ได้หมายความว่า กฎหมายอาญาจะต้องตีความโดยจำกัด หรือตีความแคบๆ แต่ความจริงที่บอกว่า ตีความตามตัวอักษรนั้นจะตีอย่างกว้างก็อาจไปดูความมุ่งหมายว่า...เรื่องนี้กฎหมายต้องการให้ใช้ตามความหมายตัวอักษรอย่างแคบหรือว่า ใช้ตามความหมายตัวอักษรอย่างกว้าง ไอ้ความมุ่งหมายมันจะบอกว่า กรณีเช่นนี้ต้องใช้้อย่างแคบหรืออย่างกว้างนี้ก็ไปตีความตามความมุ่งหมาย.....ไม่ได้หมายความว่าใช้ตามตัวอักษร กฎหมายอาญานั้นจะต้องตีความอย่างแคบเสมอไป ไม่ใช่ใช้อย่างนั้น ไอ้ข้อนี้แหละข้อสำคัญที่ต้องสนใจว่า อย่าไปเข้าใจว่ากฎหมายอาญานั้นต้องตีความให้แคบๆบางที่อาจไม่ใช่...”¹⁵

หลักการตีความโดยเคร่งครัด¹⁶ หมายความว่า

ก. ห้ามใช้บทกฎหมายใกล้เคียง (analogy) กล่าวคือ เมื่อไม่มีบทบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร จะลงโทษคนโดยนำจารีตประเพณีมาใช้ จะลงโทษคนโดยใช้บทกฎหมายใกล้เคียง หรือจะลงโทษคนโดยใช้หลักกฎหมายทั่วไป ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4 ไม่ได้¹⁷ ต้องตีความโดยเคร่งครัดตามตัวอักษร ห้ามใช้บทกฎหมายใกล้เคียง (analogy) เช่น การกระทำที่จะเป็นความผิดตามมาตรา 217 จะต้องเป็นการวางเพลิงเผาทรัพย์ของผู้อื่นเท่านั้น ศาลฎีกาตีความว่า ไม่รวมถึงทรัพย์ที่ผู้อื่นเป็นเจ้าของรวมอยู่ด้วย¹⁸ หลังจากนั้นศาลฎีกาได้พิพากษาเดินตามแนวนี้มาโดยตลอดได้ให้เหตุผลไว้ว่า “...เมื่อมาตรา 217 บัญญัติไว้แต่เพียงว่า การวางเพลิงเผาทรัพย์ของผู้อื่นเป็นความผิดโดยไม่มีข้อความว่า “หรือผู้อื่นเป็นเจ้าของรวมอยู่ด้วย” เป็นความผิด จึงต้องตีความคำว่า “ทรัพย์ของผู้อื่น” โดยเคร่งครัด เพราะเป็นการตีความบทกฎหมายที่เป็นโทษทางอาญา มิอาจตีความขยายความออกไปให้รวมถึงทรัพย์ที่ผู้อื่นมีส่วนเป็นเจ้าของรวมอยู่ด้วย เพื่อให้เป็นผลร้ายแก่จำเลยหรือผู้ต้องหาได้...”¹⁹

หากพิจารณาจากแนวคำพิพากษาศาลฎีกาดังกล่าวข้างต้น เห็นได้ว่า ศาลฎีกาตีความโดยเคร่งครัดตามตัวอักษร แต่ไม่ห้ามตีความขยายความ (extensive interpretation) ภายในความหมายของตัวอักษรในบท

¹⁵ จิตติ ดิงศภัทย์. “การตีความกฎหมาย” วารสารนิติศาสตร์ . ปีที่ 14 , ฉบับที่ 4 .2517, หน้า 49.

¹⁶ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์ . เรื่องเดียวกัน , หน้า 21-28.

¹⁷ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4 บัญญัติว่า กฎหมายนั้น ต้องใช้ในบรรดากรณีซึ่งต้องด้วยบทบัญญัติใดๆ แห่งกฎหมายตามตัวอักษร หรือตามความมุ่งหมายของบทบัญญัตินั้นๆ

เมื่อไม่มีบทกฎหมายที่จะยกมาปรับคดีได้ ให้วินิจฉัยคดีนั้นตามจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น ถ้าไม่มีจารีตประเพณีเช่นนั้น ให้วินิจฉัยคดีอาชญาที่ขยายความที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง และถ้าบทกฎหมายเช่นนั้นไม่มีด้วย ให้วินิจฉัยตามหลักกฎหมายทั่วไป

¹⁸ คำพิพากษาศาลฎีกา ที่ 3643/2526 ,สำนักงานบรรณคดีบัณฑิตยสภา , 2526 ,หน้า 2818.

¹⁹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5364/2536 .สำนักงานส่งเสริมตุลาการ ,2536 ,หน้า 299. และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5710/2541 . สำนักงานส่งเสริมตุลาการ ,2541 ,หน้า 233.

กฎหมายออกไปถึงกรณีที่กฎหมายไม่ได้ระบุไว้ให้ชัดว่า เป็นความผิด หากตีความขยายความแล้วเป็นคุณแก่ จำเลยสามารถทำได้ การตีความแบบขยายความ หมายความว่า ในกรณีนั้น มีบทบัญญัติของกฎหมายที่ว่า ด้วยเรื่องที่ต้องพิจารณาอยู่แล้ว เป็นแต่เพียงว่าบทบัญญัติที่ว่ามือนั้น จะมีความหมายรวมถึงกรณีที่เป็น ปัญหาหรือไม่ซึ่งจะต้องกระทำโดยใช้การตีความด้วยวิธีขยายความ²⁰

ข. จะนำ “จารีตประเพณี” มาใช้เป็นผลร้ายมิได้ แต่นำจารีตประเพณีมาใช้เพื่อเป็นคุณยอมทำได้ เช่น ครูเขียนดีเด็กนักเรียนพอสมควร เพื่อเป็นการสั่งสอนและเป็นการทำโทษในฐานะครูกับศิษย์ โดยเจตนาดี ไม่มี ความผิด²¹

ค. จะนำ “หลักกฎหมายทั่วไป” มาใช้เป็นผลร้ายมิได้ แต่นำมาใช้เพื่อเป็นคุณยอมทำได้ เช่น หลัก “ความยินยอม” นำมาใช้ยกเว้น ความผิดให้แก่ผู้กระทำในบางกรณี เป็นการนำมาใช้เพื่อเป็น “คุณ” ทำให้ไม่ต้อง รับโทษความผิดฐานทำร้ายร่างกายตามมาตรา 295 , 297 , 391 หากผู้กระทำยินยอมโดยสมัครใจ การกระทำ นั้นก็ไม่เป็นความผิด ถือว่าผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ หากความยินยอมนั้นไม่ขัดต่อความสำนึกในศีลธรรม อันดี เช่น การที่คนไข้อยอมให้แพทย์ผ่าตัดเพื่อรักษาโรค นักมวยยอมชกกันตามกติกาบนเวที นักกีฬายอม กระแทกกระท่างร่างกายกันในการเล่นกีฬาบางประเภท เป็นต้น

ดังนั้นจึงเห็นได้ว่า หลักในเรื่องความยินยอมเป็น “หลักกฎหมายทั่วไป” หากความยินยอมอัน บริสุทธิ์ของผู้เสียหายให้ผู้ใดกระทำการที่กฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิดนั้น ถ้าความยินยอมไม่ขัดต่อสำนึกใน ศีลธรรมอันดี และมีอยู่ในขณะกระทำการอันกฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิดแล้ว เป็นข้อยกเว้น ของหลักการ ตีความโดยเคร่งครัดที่ทำให้การกระทำนั้นไม่เป็นความผิด²²

จากหลักเกณฑ์ดังกล่าวข้างต้น เมื่อนำคำพิพากษาศาลฎีกามาศึกษาพบว่า ศาลฎีกาได้นำหลักการ ตีความตามตัวอักษรโดยเคร่งครัดมาใช้ในการวินิจฉัยความผิดปรากฏตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ได้พิพากษาไว้ ตัวอย่างเช่น แสดงตนว่าเป็นคนสนิทชดชอบภรรยาผู้พิพากษา ไม่เป็นการแสดงตนสนิทชดชอบเจ้าพนักงาน ตามกฎหมายลักษณะอาญา มาตรา 123 เป็นแต่แสดงว่า สนิทชดชอบกับภรรยาเจ้าพนักงานเท่านั้น²³ , หนี การควบคุมโดยหักไซ้ที่ล่ามข้อมือ ศาลฎีกาตีความว่า ไม่เป็นการหลบหนีจากที่คุมขัง²⁴ “ผู้สืบสันดาน”

²⁰ อักษราทร จุฬารัตน . การตีความกฎหมาย .พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์กฎหมายไทย , 2542 , หน้า 83.

²¹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 949/2471 ธรรมสาร. 2471. เล่ม 12 หน้า 1032 ,ที่ 390/2483 ,429430/2505. สำนักเนติบัณฑิตยสภา , 2505

²² คำพิพากษาศาลฎีกา ที่ 1403/2508 . สำนักอบรมศึกษานิติบัณฑิตยสภา ,2508 , หน้า 2089.

²³ คำพิพากษาศาลฎีกา ที่ 313/2490 . สำนักอบรมศึกษานิติบัณฑิตยสภา ,2490 ,หน้า 414.

²⁴ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 519/2500 . สำนักอบรมศึกษานิติบัณฑิตยสภา ,2500 , หน้า 375.

ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 71 วรรค 2 ศาลฎีกาตีความ หมายความว่า สืบเชื้อสายโดยตรงตาม พจนานุกรม คังนี้บุตรบุญธรรมไม่ใช่ผู้สืบสันดานกระทำต่อบุพการี จึงยอมความไม่ได้²⁵ และกรณีตาม ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 332(2) ให้อำนาจศาลสั่งโฆษณาคำพิพากษาเท่านั้น มิได้มีกฎหมายบัญญัติให้ อำนาจศาลสั่งโฆษณาคำอภัยโทษด้วย²⁶

หากตีความตามตัวอักษร โดยเคร่งครัดแล้ว ยังไม่สามารถแสดงความหมายที่แน่นอนชัดเจนได้ หรือ เกิดผลประหลาดต้องพิจารณากับข้อความแวดล้อมอื่นทั้งเรื่องให้เข้าใจถึงเหตุผลและเจตนารมณ์ของกฎหมายไป พร้อมกัน²⁷ การค้นหาเจตนารมณ์ในการบัญญัติกฎหมายเป็นหลักเกณฑ์หนึ่งที่สำคัญและช่วยให้ผู้ใช้กฎหมาย สามารถตีความกฎหมายได้อย่างถูกต้อง

1.2.2 การตีความตามเจตนารมณ์ เมื่อบทบัญญัติกฎหมายลายลักษณ์อักษรไม่สามารถแสดง ความหมายที่แน่นอนชัดเจน เพราะกำกวม หรือมีความหมายได้หลายทาง รวมทั้งได้บัญญัติกฎหมายโดยใช้ ถ้อยคำผิดพลาด จนกระทั่งตรากฎหมายออกใช้บังคับเป็นเวลานานผ่านไปเท่าใด เมื่อต้องใช้บทบัญญัตินั้นต่อ สถานการณ์ หรือเหตุการณ์ที่ไม่อาจคาดเห็นได้ หากผู้ใช้และตีความกฎหมายยังยึดมั่นในการตีความถ้อยคำ ตามตัวอักษร จะเป็นผลให้การใช้และตีความกฎหมายไม่ถูกต้องเกิดผลประหลาด ผู้ใช้กฎหมายจึงต้องค้นหา เจตนารมณ์หรือความมุ่งหมายในการบัญญัติกฎหมายเพื่อทราบความหมายของถ้อยคำที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย นั้นๆ

การค้นหา “เจตนารมณ์ของกฎหมาย” นี้ มีทฤษฎีเป็นที่ยอมรับ คือ

(1) ทฤษฎีอำเภोजิต (Subjective Theory) ซึ่งกล่าวว่า การค้นหาเจตนารมณ์ของ กฎหมายนั้นๆ จะต้องรู้ความคิดเห็นและความมุ่งประสงค์ของผู้ร่างกฎหมายในเวลาที่บัญญัติกฎหมายนั้นขึ้น คือ เจตนาอันแท้จริงของผู้บัญญัติกฎหมายที่จะชี้ให้เห็นถึงความมุ่งหมายของบทบัญญัตินั้นๆ โดยค้นหาได้จาก ประวัติเดิมแห่งกฎหมายเป็นหลัก

(2) ทฤษฎีอำเภอการณ์ (Objective Theory) เห็นว่าการค้นหาเจตนารมณ์ของกฎหมาย ต้องพึงเล็งถึงความมุ่งหมายของบทกฎหมายนั่นเอง ความมุ่งหมายหรือเจตนาของกฎหมายนั้นจะค้นหาได้ จากถ้อยคำสำนวนซึ่งผู้บัญญัติกฎหมายได้วางไว้แล้ว โดยคำนึงถึงพฤติการณ์ต่างๆ ไป ที่เป็นอยู่เฉพาะหน้า ทฤษฎีนี้ถือหลักกฎหมายลายลักษณ์อักษรได้ถูกต้องขาด ตัดตอนจากผู้บัญญัติแล้ว²⁸

จากทฤษฎีทั้งสองข้างต้นนี้ ศาสตราจารย์ธานินทร์ กรัยวิเชียร เห็นด้วยกับทฤษฎี

²⁵ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 956/2509. สำนักอบรมศึกษานิติบัณฑิตยสภา, 2509, หน้า 1042.

²⁶ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3/2542. สำนักงานส่งเสริมตุลาการ, 2542, หน้า 8.

²⁷ ปรีดี เกษมทรัพย์. “การตีความกฎหมายอาญา” วารสารนิติศาสตร์. ธันวาคม 2517, หน้า 42.

²⁸ หยุต แสงอุทัย. ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป. พิมพ์ครั้งที่ 14. กรุงเทพฯ: ประกายพริก, 2542, หน้า 122.

อำเภอการณ์ (Objective Theory) ได้ให้ทัศนะไว้ว่า เจตนารมณ์ของกฎหมายนั้นอาจจะไม่ใช่เจตนารมณ์ของผู้บัญญัติกฎหมายในขณะที่บัญญัติกฎหมายก็เป็นได้ เพราะในขณะที่บัญญัติกฎหมายสภาวะในสังคมอาจไม่เหมือนกับในปัจจุบันขณะที่มีปัญหานั้น และผู้บัญญัติกฎหมายอาจคาดคะเนการล่วงหน้าไม่ได้ก็เป็นไปได้ เจตนารมณ์ของกฎหมายจึงต้องเป็นเจตนารมณ์ของกฎหมายนั่นเอง เป็นเอกเทศต่างหากจากเจตนารมณ์ของผู้บัญญัติกฎหมายในขณะที่บัญญัติกฎหมายฉบับนั้น²⁹

การค้นหาคำเจตนารมณ์ของกฎหมายเพื่อทราบความมุ่งหมายของกฎหมายที่ได้บัญญัติไว้ สามารถค้นหาได้จากพระราชปราชญ์ที่แสดง³⁰ เหตุที่ทำให้มีการบัญญัติกฎหมาย บันทึกหลักการและเหตุผลของร่างพระราชบัญญัติ รวมทั้งการอ่านข้อความแวดล้อมและข้อความทั้งหมด เพื่อค้นหาเหตุผลของกฎหมาย (ratio legis) ค้นหาความมุ่งหมาย เจตนารมณ์ หรือวิญญาณที่อยู่เบื้องหลังกฎหมายนั่นเอง (Spirit of the law)³¹

หากตีความตามตัวอักษรได้ความหมายขัดแย้งกับการตีความตามเจตนารมณ์ทำให้เกิดปัญหาว่า ควรถือความหมายตามการตีความชนิดไหนเป็นใหญ่

ศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย เห็นว่า “...ต้องถือการตีความหมายตามเจตนารมณ์สำคัญว่าการตีความตามตัวอักษร โดยจะต้องตีความตามตัวอักษรและตามเจตนารมณ์ประกอบกันเสียก่อน เพื่อหยั่งทราบความมุ่งหมายอันแท้จริงของกฎหมาย ต่อเมื่อมีการตีความทั้งสองขัดแย้งกัน จึงต้องถือเอาการตีความตามเจตนารมณ์เป็นใหญ่ เพราะเป็นการตีความไปในทางได้ผลสมความมุ่งหมายของกฎหมาย...”³²

จากหลักเกณฑ์การตีความตามเจตนารมณ์นี้ ศาลฎีกาได้นำหลักการตีความตามเจตนารมณ์ของกฎหมายมาพิเคราะห์ประกอบการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาท ตัวอย่างเช่น ศาลฎีกาตีความกฎหมายและวินิจฉัยว่า กระแสไฟฟ้าเป็นวัตถุไม่มีรูปร่าง ที่มีราคาและถือเอาได้เป็นทรัพย์สิน ผู้ที่ลักกระแสไฟฟ้ามีความผิดฐานลักทรัพย์³³ การที่จำเลยเอาเครื่องโทรศัพท์ไปพ่วงกับสายโทรศัพท์ของผู้เสียหาย มีความผิดฐานลักทรัพย์ เช่นกัน เนื่องจากศาลฎีกาตีความว่า สัญญาณโทรศัพท์เป็นกระแสไฟฟ้าที่แปลงจากเสียงพูด³⁴ คำพิพากษาของศาลฎีกาดังกล่าวนี้นี้ เป็นการพิเคราะห์โดยคำนึงถึงเจตนารมณ์ในการบัญญัติความผิดฐานลักทรัพย์ที่มุ่งคุ้มครองกรรมสิทธิ์ อีกทั้งความผิดฐานบุกรุกตามมาตรา 362 ศาลฎีกาตีความโดยคำนึงถึงเจตนารมณ์ของกฎหมายที่มุ่ง

²⁹ ธานินทร์ ภัยวิเชียร . “การตีความกฎหมาย” วารสารสุโขทัยธรรมสาร . ฉบับที่ 1. กรกฎาคม 2534 , หน้า 10.

³⁰ หยุด แสงอุทัย . เรื่องเดียวกัน, หน้า 123-124.

³¹ ปรีดี เกษมทรัพย์ . “การตีความกฎหมายอาญา” วารสารนิติศาสตร์ . ธันวาคม 2517, หน้า 42.

³² หยุด แสงอุทัย . เรื่องเดียวกัน, หน้า 126

³³ คำพิพากษาศาลฎีกา ที่ 877/2501. สำนักอบรมศึกษาแห่งเนติบัณฑิตยสภา , 2501, หน้า 986.

³⁴ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1880/2542 (ประชุมใหญ่) สำนักงานส่งเสริมตุลาการ, 2542 , หน้า 8 .

คุ้มครองกรรมสิทธิ์ว่า ความผิดฐานบุกรุกให้รวมถึงการกระทำใดๆ อันเป็นการรบกวนการครอบครอง อสังหาริมทรัพย์ของผู้เช่าโดยปกติสุขด้วย เพราะผู้เช่าก็เป็นผู้ครอบครองอสังหาริมทรัพย์ที่ตนเช่าตามกฎหมาย³⁵ และกรณีที่จำเลยใช้ไม้กระดานตีขวางทับประตูห้องพิพาทที่โจทก์ครอบครองในขณะที่โจทก์ไม่อยู่และปิดห้องไว้ทำให้โจทก์เข้าห้องไม่ได้ เป็นการล่วงล้ำ “เข้าไป” ในอำนาจการครอบครองของโจทก์ถือได้ว่า เข้าไปกระทำการรบกวนการครอบครองของโจทก์โดยปกติสุข³⁶

กรณีหญิงที่ช่วยจับแขน ขา ให้ชายกระทำชำเราหญิงอื่นที่มีใช้ภรรยาตน มีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 เป็นต้น³⁷

จากตัวอย่างคำพิพากษาศาลฎีกาดังกล่าวข้างต้น ผู้เขียนเห็นว่า ศาลฎีกาได้นำหลักการตีความตามเจตนารมณ์ของกฎหมายที่กฎหมายมุ่งจะคุ้มครอง (Objective Theory) มาใช้ในการวินิจฉัยข้อพิพาทในคดีด้วยวิธีการตีความขยายความอันเป็นโทษแก่จำเลย ซึ่งศาลฎีกาสามารถตีความขยายความทั้งเป็นคุณและเป็นโทษแก่จำเลยได้ หากแต่ต้องอยู่ภายในกรอบและความหมายของกฎหมายที่กฎหมายมุ่งจะคุ้มครอง โดยต้องคำนึงถึงเจตนาของผู้กระทำความผิดด้วย

ฉะนั้นเมื่อนำหลักเกณฑ์การตีความกฎหมายอาญาดังกล่าวข้างต้นมาใช้ตีความความผิดฐานดำรงชีพอยู่ด้วยรายได้ของหญิงซึ่งค่าประเวณี ด้วยวิธีการตีความตามตัวอักษรจะพบว่า ความผิดฐานนี้บัญญัติต้องประกอบความผิดไว้อย่างชัดเจนในวรรคหนึ่งว่า “ผู้ใดอายุกว่าสิบหกปีดำรงชีพแม้เพียงบางส่วนจากรายได้ของหญิงซึ่งค่าประเวณี...” ดังนั้นผู้กระทำความผิดฐานนี้ต้องมีอายุกว่าสิบหกปีขึ้นไปรับส่วนแบ่งเพียงบางส่วนจากรายได้ของหญิงซึ่งค่าประเวณีแล้ว หากตีความตามเจตนารมณ์และจุดมุ่งหมายของกฎหมายจะพบว่า กฎหมายมาตรานี้มุ่งคุ้มครองและปกป้องหญิงไม่ให้ถูกเอารัดเอาเปรียบจากชายที่คอยหากินอยู่บนเลือดเนื้อของหญิงโสเภณี เห็นได้ว่า แม้จะตีความตามตัวอักษรหรือตีความตามเจตนารมณ์ ผลที่ได้คือ ผู้ที่รับส่วนแบ่งแม้เพียงบางส่วนจากรายได้ของหญิงซึ่งค่าประเวณีมีความผิดตามมาตรานี้แล้ว ไม่จำเป็นต้องรับรายได้ทั้งหมดหรือยากจนจึงจะมีความผิดฐานดำรงชีพอยู่ด้วยรายได้ของหญิงซึ่งค่าประเวณี

จากการตีความความผิดฐานดำรงชีพอยู่ด้วยรายได้ของหญิงซึ่งค่าประเวณีตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 286 เพื่อค้นหาหลักเกณฑ์ของกฎหมายในการวินิจฉัยความผิด นักนิติศาสตร์มีความเห็นที่แตกต่างจากศาล กล่าวคือ นักนิติศาสตร์เห็นว่า องค์ประกอบความผิดฐานดำรงชีพอยู่ด้วยรายได้ของหญิงซึ่งค่าประเวณีได้บัญญัติไว้ในวรรคหนึ่ง ส่วนวรรคสองเป็นเพียงตัวอย่างที่แสดงให้เห็นถึงลักษณะหนึ่งของการกระทำที่เป็นแมงดา ในขณะที่ศาลเห็นว่า องค์ประกอบความผิดบัญญัติไว้ในวรรคสอง ซึ่งเป็นข้อสันนิษฐานของกฎหมาย

³⁵ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1355/2504 .สำนักอบรมเนติบัณฑิตยสภา , 2504 , หน้า 324 – 333 .

³⁶ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1/2512 (ประชุมใหญ่) . สำนักอบรมศึกษาเนติบัณฑิตยสภา , 2512 , หน้า 1 .

³⁷ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 250/2510 .สำนักอบรมเนติบัณฑิตยสภา , 2510 , หน้า 196-205 .

สรุปได้ว่า การตีความกฎหมายเป็นกระบวนการ (process) ค้นหาความหมายของกฎหมายจากการอ่านพิเคราะห์ถ้อยคำตามตัวอักษรของกฎหมายที่บัญญัติไว้ แม้กฎหมายอาจอาศัยความขยายความในทางลงโทษที่เป็นคุณแก่จำเลยได้และแยกการตีความกฎหมายลายลักษณ์อักษรออกจากการใช้กฎหมายใกล้เคียง (analogy) แต่ก็ยังคงหลักการตีความกฎหมายอาญาโดยเคร่งครัดเป็นหลักที่สืบเนื่องมาจาก หลักไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมาย โดยต้องคำนึงถึงเหตุผลและเจตนารมณ์ในการบัญญัติกฎหมายไปพร้อมกันในขณะเดียว การตีความกฎหมายลายลักษณ์อักษรจึงแยกไม่ออกจากการตีความตามเจตนารมณ์ นักนิติศาสตร์ได้ให้แนวคิดในเรื่องการตีความกฎหมายตามลายลักษณ์อักษรและการตีความตามเจตนารมณ์ไว้ ดังนี้

1.3 แนวคิดของนักนิติศาสตร์

การตีความกฎหมายมีปัญหาในทางปฏิบัติ กล่าวคือ ปัญหาว่า จะต้องตีความตามตัวอักษรก่อน เมื่อได้ความหมายที่ชัดเจนแล้ว ก็ไม่ต้องตีความตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย หากการตีความตามตัวอักษรทำให้เกิดผลประหลาดถึงค่อยตีความตามเจตนารมณ์ หรือ ตีความตามตัวอักษรไปพร้อมกับการตีความตามเจตนารมณ์ ในปัญหาดังกล่าว นักนิติศาสตร์มีความเห็นแตกต่างกัน โดยแบ่งออกเป็น 2 กลุ่ม ดังนี้

ก. กลุ่มแรก เห็นว่า การตีความให้ได้ผลดีนั้น จะอาศัยเพียงวิธีทางตรรกวิทยาเป็นเรื่องๆ ไป แต่อย่างเดียวไม่ได้ ต้องใช้ทั้งสองอย่างร่วมกัน³⁸ เนื่องจากตัวอักษรไม่สามารถแสดงความหมายที่แน่นอนชัดเจนได้ในตัวของมันเอง นอกจากจะต้องพิจารณาร่วมกับข้อความแวดล้อมอื่นๆ ทั้งเรื่อง กล่าวคือในการอ่านและทำความเข้าใจตัวอักษรจะต้องคำนึงถึงเหตุผลและเจตนารมณ์ของกฎหมายพร้อมกันไปด้วย จะทำให้ได้ความหมายตามตัวอักษรที่ปรากฏแน่นอนชัดเจนขึ้นมา การแยก “ความหมายตามตัวอักษร” และ “ความหมายตามเจตนารมณ์” จึงเป็นไปได้ การแยกประเภทการตีความเป็น “การตีความตามตัวอักษร” และ “การตีความตามเจตนารมณ์” จึงเป็นไปได้เช่นกัน³⁹

ศาสตราจารย์ จิตติ ดิงศภัทย์ ได้อธิบายในเบื้องต้นว่า การตีความในกฎหมายอาญาต้องพิจารณาตามตัวอักษร (La methode litterale) ดังกล่าวแล้วนั้น ก็ได้ถือเคร่งครัด เช่นนั้น โดยมีได้ยอมรับรู้ถึงปัจจัยอื่นๆ และได้อธิบายเพิ่มเติมว่า “...การตีความตามตัวอักษรและตามเจตนารมณ์ คือที่บัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4 ตอนแรกๆ แม้จะเป็นบทบัญญัติในกฎหมายแพ่ง แต่ก็ยังเป็นหลักที่ใช้ได้ทั่วไปในกฎหมายอาญาด้วย ในกฎหมายอาญาของประเทศที่ใช้ประมวลกฎหมายใช้หลักการตีความตามตัวอักษรกับการตีความตามเจตนารมณ์ของตัวบทกฎหมายไปด้วยกัน ไม่ใช่ใช้หลักอันใดก่อนอันใดหลัง และไม่ใช่ว่าในทาง

³⁸ จินดา ชัยรัตน์. “การตีความกฎหมายไทย” บทบัญญัติฯ เล่ม 11 ตอนที่ 8. มกราคม 2512, หน้า 1462.

³⁹ ปรีดี เกษมทรัพย์. “การตีความกฎหมายอาญา” วารสารนิติศาสตร์. ธันวาคม 2517, หน้า 52.

ลงโทษหรือยกเว้นโทษจะเป็นคุณเป็นโทษอย่างไร ก็ให้หลักการตีความทั้งสองนี้ด้วยกันได้ คือ ตีความตามตัวอักษรภายในขอบเขตของเจตนารมณ์ และตีความตามเจตนารมณ์ภายในขอบเขตของตัวอักษร ต่างกับหลักของประเทศที่ใช้ common law เป็นบทยกเว้นต้องตีความโดยเคร่งครัด (strict interpretation) อันเป็นหลักการตีความอีกประการหนึ่ง เว้นแต่กรณีที่เป็นคุณแก่ผู้กระทำผิดจึงจะตีความอย่างกว้างตามความมุ่งหมายยิ่งกว่าเคร่งครัดตามตัวอักษรได้...”⁴⁰

ดังนั้น การตีความกฎหมายอาญามีส่วนสำคัญต่อการปรับใช้กฎหมาย ผู้ตีความต้องตีความภายในกรอบของกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่แท้จริงเท่านั้น และพิจารณาความหมายของบทบัญญัติจากถ้อยคำในตัวบท (words) ประวัติความเป็นมา (history) และเจตนารมณ์ของกฎหมาย (spirit of the law) มาประกอบกัน โดยเฉพาะในกฎหมายอาญาจะต้องคำนึงถึงสิ่งที่กฎหมายมุ่งจะคุ้มครองเป็นสำคัญ หากบทบัญญัติของกฎหมายไม่สามารถบัญญัติให้ครอบคลุมไปถึงการกระทำที่เกิดขึ้นในสังคมปัจจุบัน หรือกฎหมายไม่ชัดเจนหรือมีความหมายได้หลายทาง ผู้ใช้กฎหมายต้องตีความกฎหมายโดยไต่หาเจตนารมณ์จากตัวอักษรของบทบัญญัตินั้นๆ ให้เข้าใจความหมายที่แท้จริง และจุดมุ่งหมายของกฎหมายในขณะที่ประกาศใช้กฎหมายจากประกาศเหตุผลของการตรากฎหมายนั้นๆ ในราชกิจจานุเบกษา⁴¹

ข. กลุ่มที่สอง เห็นว่า หากกฎหมายบัญญัติไว้ชัดเจนแล้ว ต้องถือว่ากฎหมายมีเจตนารมณ์ดังปรากฏตามตัวอักษรในบทบัญญัตินั้นๆ และศาลไม่จำเป็นต้องค้นหาเจตนารมณ์ของฝ่ายนิติบัญญัติจากที่อื่น⁴²

เนื่องจากการตีความตามตัวอักษรที่ชัดเจนอย่างเดียวโดยไม่คำนึงถึงเจตนารมณ์ของกฎหมายมาใช้ในการตีความจะทำให้กฎหมายแข็งกระด้างไม่สามารถพัฒนาให้เข้ากับสังคมที่เปลี่ยนแปลงไป เพราะในขณะร่างกฎหมายผู้ร่างไม่สามารถจะบัญญัติกฎหมายลายลักษณ์อักษรให้ครอบคลุมถึงการกระทำและเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นกับสังคมและสภาพเศรษฐกิจที่เจริญขึ้น การตีความกฎหมายโดยคำนึงถึงเจตนารมณ์ของกฎหมายไปพร้อมกับ การตีความตามตัวอักษรจึงสามารถนำกฎหมายมาปรับใช้กับการกระทำหรือเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นในสังคม

⁴⁰ จิตติ ดิงศภัทย์. “จุกๆ จิกๆ ในกฎหมายอาญา” วารสารนิติศาสตร์. ฉบับที่ 14. ธันวาคม 2527, หน้า 25.

⁴¹ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ. “ปัจจัยสำคัญที่ทำให้กฎหมายขาดประสิทธิภาพ” บทบัญญัติ. เล่ม 60 ตอน 2. มิถุนายน 2547, หน้า 92.

⁴² ธานินทร์ กรีชัยเชียร, ถอดคำบรรยายเรื่อง “การตีความกฎหมาย” บรรยายให้ผู้เข้ารับการศึกษาอบรมผู้ช่วยผู้พิพากษา รุ่นที่ 47

ปัจจุบันที่ก้าวหน้าได้และที่สำคัญศาลมีหน้าที่อำนวยความสะดวกต้องใช้กฎหมายด้วยความเสมอภาคและเป็น
ธรรม ⁴³

จากการศึกษาเจตนารมณ์ในการแก้ไข ความผิดฐานดำรงชีพอยู่ด้วยรายได้ของหญิงซึ่งค่าประเวณีทั้ง
สองครั้ง และหลักการใช้และตีความกฎหมายที่กล่าวมาข้างต้น ทำให้เกิดข้อสังเกตที่น่าสนใจขึ้นมาว่า การ
ตีความและปรับใช้ความผิดฐานดำรงชีพอยู่ด้วยรายได้ของหญิงซึ่งค่าประเวณี โดยศาลก่อให้เกิดช่องว่างในการ
บังคับใช้กฎหมายที่ไม่สามารถนำผู้ที่รับส่วนแบ่งเพียงบางส่วนจากรายได้ของหญิงโสเภณีมาลงโทษได้ ทั้งที่
ศาลเป็นผู้มีหน้าที่ตีความกฎหมายให้อยู่ภายในกรอบของกฎหมายที่บัญญัติไว้เพื่อให้ได้หลักเกณฑ์ที่ชัดเจน
แน่นอน และนำหลักเกณฑ์ที่ได้จากการตีความนั้นมาปรับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นให้เข้ากับข้อกฎหมายได้อย่าง
ถูกต้องและเป็นธรรมแก่ทุกฝ่าย ศาลไม่มีหน้าที่ตีความเพื่อช่วยเหลือผู้กระทำผิดไม่จำเป็นต้องรับโทษ การที่รัฐ
แก้ไขกฎหมายให้ทันกับยุคสมัยที่เปลี่ยนแปลงและเพิ่มบทลงโทษให้สูงขึ้นยังไม่เพียงพอที่จะนำตัวผู้กระทำ
ความผิดมาลงโทษได้ เนื่องจากสังคมได้รับการพัฒนาควบคู่ไปกับผู้กระทำผิดที่คอยหาช่องว่างของกฎหมายที่
จะหลบเลี่ยงกฎหมายไม่ให้ถูกลงโทษ ดังที่ปรากฏในความผิดฐานดำรงชีพอยู่ด้วยรายได้ของหญิงซึ่ง
ค่าประเวณี ที่ได้รับการแก้ไขถึง 2 ครั้ง แต่ไม่สามารถนำตัวผู้รับส่วนแบ่งเพียงบางส่วนจากรายได้ของหญิงซึ่ง
ค่าประเวณีมาลงโทษได้ มีสาเหตุมาจากการตีความของศาลฎีกา หรือกฎหมายบัญญัติไม่ชัดเจนเคลือบคลุม ซึ่ง
มีผู้เห็นว่า ความผิดฐานดำรงชีพอยู่ด้วยรายได้ของหญิงซึ่งค่าประเวณีบัญญัติไว้ไม่ชัดเจนและไม่สามารถ
ครอบคลุมถึงพฤติกรรมการกระทำความผิด เนื่องจากถ้อยคำในบทบัญญัติของกฎหมายมาตรา 286 อาจตีความ
ได้เป็นหลายนัย ดังนั้นจึงควรแก้ไขความผิดฐานดำรงชีพอยู่ด้วยรายได้ของหญิงซึ่งค่าประเวณี ตามมาตรา 286
โดยบัญญัติการกระทำความผิดให้ชัดเจนยิ่งขึ้นจึงควรแก้ไขเป็น “...การดำรงชีพอยู่แม้เพียงบางส่วนจากรายได้ของ
ผู้อื่นซึ่งค่าประเวณี ไม่ว่าผู้นั้นจะมีปัจจัยอย่างอื่นในการดำรงชีพหรือไม่ก็ตาม” ⁴⁴

ผู้เขียนเห็นว่า กฎหมายมาตรานี้บัญญัติไว้ชัดเจนแล้ว การที่ไม่สามารถนำมาตราขึ้นมาใช้บังคับลงโทษ
ผู้กระทำผิด มีสาเหตุมาจากการตีความกฎหมายที่เป็นส่วนสำคัญต่อการใช้กฎหมายมากกว่าการแก้ไขกฎหมาย
หากผู้ใช้กฎหมายตีความกฎหมายโดยคำนึงถึงเจตนารมณ์และจุดมุ่งหมายในการบัญญัติกฎหมายควบคู่ไปกับการ
การตีความตามตัวอักษรจะทำให้บทบัญญัติความผิด ตามมาตรา 286 สามารถครอบคลุมข้อเท็จจริงที่เป็นปัญหา
ได้ กฎหมายจะเกิดความยืดหยุ่นและได้รับการพัฒนาให้เข้ากับสภาพสังคมที่เปลี่ยนแปลงโดยไม่จำเป็นต้อง
แก้ไขกฎหมายแต่อย่างใด

⁴³ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, “ข้อคิดเกี่ยวกับความเสมอภาคและความยุติธรรมตามกฎหมาย” เอกสารประกอบการ
เสวนาทางวิชาการ ณ.เนติบัณฑิตยสภา. วันที่ 9 มกราคม 2546.

⁴⁴ สหรัฐ สิริวัฒน์. “ความผิดฐานดำรงชีพอยู่ด้วยรายได้ของหญิงซึ่งค่าประเวณี” วิทยานพนธ์ปริญญานิติศาสตร
มหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2541, หน้า 119.

2. แนวทางการตีความความผิดฐานดำรงชีพอยู่ด้วยรายได้ของหญิงซึ่งค้าประเวณี

จากหลักการตีความกฎหมายตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 2 วรรคแรก บัญญัติว่า “บุคคลจักต้องรับโทษทางอาญาต่อเมื่อได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้ในขณะกระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดนั้นต้องเป็นโทษที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย” ทำให้กฎหมายอาญาต้องตีความตามตัวอักษร โดยเคร่งครัด หากได้ความหมายที่ไม่ชัดเจน หรือหลายทาง จึงต้องตีความตามเจตนารมณ์เพื่อทราบความมุ่งหมายในการบัญญัติกฎหมายและสิ่งที่กฎหมายมุ่งคุ้มครอง

เมื่อนำหลักเกณฑ์การตีความกฎหมายอาญามาใช้ตีความความผิดฐานดำรงชีพอยู่ด้วยรายได้ของหญิงซึ่งค้าประเวณีด้วยวิธีตีความตามตัวอักษรควบคู่ไปกับการตีความตามเจตนารมณ์จะพบว่า องค์ประกอบความผิดบัญญัติไว้ในวรรคแรกว่า “ผู้ใดอายุกว่าสิบหกปีดำรงชีพอยู่แม้เพียงบางส่วนจากรายได้ของหญิงซึ่งค้าประเวณีต้องระวางโทษ...” ในการบัญญัติความผิดฐานนี้มีเจตนารมณ์เพื่อต้องการคุ้มครองหญิงไม่ให้ถูกเอารัดเอาเปรียบจากชาย ดังนั้น ผู้ที่รับเงินเพียงบางส่วนจากหญิงซึ่งค้าประเวณี โดยรู้ว่าเงินนั้นมาจากการค้าประเวณีถือว่าผู้นั้นมีความผิดฐานดำรงชีพอยู่ด้วยรายได้ของหญิงซึ่งค้าประเวณีแล้ว

หากนำแนวคำวินิจฉัยของศาลฎีกาตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบันมาพิจารณาจะพบว่า นอกจากศาลฎีกาจะไม่ตีความตามตัวอักษรและเจตนารมณ์ของกฎหมายควบคู่กันไปตามหลักเกณฑ์การตีความกฎหมายอาญา มาตรา 2 แล้ว ศาลฎีกายังวินิจฉัยว่า หากจำเลย , สามีจำเลย และบุตรจำเลย มีอาชีพอื่น แสดงว่า จำเลยมีปัจจัยอย่างอื่นอันปรากฏสำหรับดำรงชีพ หรือมีปัจจัยอันพอเพียงสำหรับดำรงชีพแล้ว แม้จำเลยจะรับส่วนแบ่งหรือรายได้จากหญิงซึ่งค้าประเวณี การกระทำของจำเลยก็ไม่ใช่ความผิดตามมาตรา 286 การตีความของศาลฎีกานี้เป็นการตีความขยายความออกไปให้รวมถึงอาชีพของจำเลย , สามีจำเลยและบุตรจำเลย ที่กฎหมายไม่ได้บัญญัติไว้เป็นการตีความที่เป็นคุณแก่จำเลย ปรากฏตามคำพิพากษาฎีกาที่ 2719/2541⁴⁵ หลังจากนั้นศาลฎีกาได้ถือแนวคำวินิจฉัยฎีกาที่ 2719/2541 เป็นบรรทัดฐานในการวินิจฉัยและพิพากษาในคดีต่อมา ปรากฏตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6065/2545

⁴⁵ ฎีกาที่ 2719/2541 “..จำเลยเป็นเจ้าของสถานค้าประเวณีมีสุราและเครื่องดื่ม กินอยู่หลับนอนกับหญิงโสเภณี 8 คน คาดหมายว่า จำเลยรับเงินเป็นผลกำไรจากการค้าประเวณี แม้จำเลยจะไม่มีรายได้จากกิจการค้าประเวณี ก็สามารถดำรงชีพอยู่ได้ด้วยอาชีพสามีหรือบุตรได้ จึงถือไม่ได้ว่า จำเลยไม่มีปัจจัยอื่นหรือไม่มีปัจจัยอันพอเพียงสำหรับดำรงชีพ” สำนักส่งเสริมตุลาการ , หน้า 72.

การตีความ “การดำรงชีพ” ของศาลฎีกาดังกล่าว เป็นการนำองค์ประกอบความคิดในวรรคแรกไป ประปนกับข้อสันนิษฐานในวรรค 2 “ผู้ใดไม่มีปัจจัยอย่างอื่นอันปรากฏสำหรับดำรงชีพ หรือไม่มีปัจจัยอัน พอเพียงสำหรับดำรงชีพ และ...” จากการศึกษาและแนวคำวินิจฉัยของศาลฎีกาที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น นัก นิติศาสตร์ให้ความเห็นว่า “..ในการพิสูจน์ความผิดฐานดำรงชีพอยู่ด้วยรายได้ของหญิงซึ่งค้าประเวณี โจทก์มี หน้าที่นำสืบให้เห็นว่า ชายนั้นอายุกว่าสิบหกปีและดำรงชีพอยู่ด้วยผลจากการหากินของหญิงนครโสเภณี การพิสูจน์ให้เห็นความผิดบางทีเป็นการยาก กฎหมายจึงได้กำหนดข้อสันนิษฐานไว้ในวรรค 2 ถ้ามี พฤติการณ์และข้อใจอย่างไรให้ถือว่า ชายนั้นดำรงชีพอยู่ด้วยผลจากการหากินของหญิงนครโสเภณี ⁴⁶ บทบัญญัติในวรรค 2 ไม่ใช่ส่วนที่เป็นองค์ประกอบความผิดฐานตามมาตรา 286 หากเป็นเพียงบทสันนิษฐานว่า ผู้ นั้นได้มี “การดำรงชีพ” จากรายได้ของหญิงซึ่งค้าประเวณี ตามวรรค 1 การพิจารณาว่า ผู้ใดจะมีความผิดตาม มาตรา 286 จึงต้องพิจารณาจากวรรค 1 มาตรา 286 เป็นสำคัญ การที่จำเลยมีอาชีพอื่น ศาลฎีกาถือว่า จำเลยมี ปัจจัยอย่างอื่นอันปรากฏสำหรับดำรงชีพหรือมีปัจจัยอันพอเพียงสำหรับดำรงชีพเท่ากับศาลยอมให้ “ฐานะทาง เศรษฐกิจ” ของผู้กระทำความผิดเป็นตัวกำหนดความผิด หากมีฐานะหรือรายได้ดีก็ไม่อาจเป็นผู้กระทำความผิด ตามมาตรา 286 แม้จะได้รับส่วนแบ่งเพียงบางส่วนจากหญิงซึ่งค้าประเวณี ⁴⁷ อีกทั้งเป็นการรับรองให้ผู้ที่มิ อาชีพอยู่แล้ว เช่น ตำรวจ ทหาร ข้าราชการ นักการเมือง นักธุรกิจ หรือ แม้แต่คนถือใบสามล้อสามารถหา “ค่าไฟ” พิเศษด้วยการเป็น พ่อเล้า หรือ แมงดาโดยไม่มีความผิดตามกฎหมายต่างๆที่เป็นการรับรายได้ซึ่งเกิดจาก การกระทำอันผิดกฎหมาย ⁴⁸

อันที่จริง การที่จำเลยมีอาชีพอย่างอื่นแสดงว่า จำเลยมีปัจจัยอย่างอื่นหรือปัจจัยเพียงพอสำหรับดำรงชีพ น่าจะหมายถึง อาชีพอย่างอื่นของจำเลยนั้น เป็นอาชีพหลักในการดำรงชีพ หากจำเลยขาดส่วนแบ่งหรือรายได้ จากหญิงซึ่งค้าประเวณี จำเลยยังคงดำรงชีพอยู่ได้ด้วยอาชีพหลักนั้น เช่น พ่อค้า แม่ค้าข้าวแกงที่ขายข้าว หรือ ผู้ให้ห้องเช่า 1 ห้อง ในจำนวนสิบๆ ห้องแก่โสเภณี แม้โสเภณีไม่ได้เป็นลูกค้าก็สามารถขายคนอื่นได้อยู่แล้ว ไม่ใช่อาชีพของจำเลยกับการรับเงินจากหญิงค้าประเวณีเป็นคนละเหตุคนละเรื่องกัน กล่าวคือ ถ้ามีอาชีพค้าผ้า เป็นปกติ เมื่อหญิงโสเภณี มาซื้อผ้าจะถือว่า รับเงินจากหญิงค้าประเวณีเพื่อการดำรงชีพค้าผ้าไม่ได้ เพราะแม่ หญิงโสเภณีไม่ซื้อผ้า เขาก็สามารถขายคนอื่นได้อยู่แล้ว ทำนองเดียวกับอาชีพขายน้ำ ขายน้ำปลา หรือรับจ้าง แม้เขาจะไม่ขายให้หญิงโสเภณีก็สามารถขายให้คนอื่นได้ การรับเงินจากหญิงโสเภณีก็ไม่ผิดตามมาตรา

⁴⁶ ไพจิตร บุญญพันธ์ . “ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 286” ตุลาคม. ปีที่ 8, ธันวาคม 2504 , หน้า 1305 .

⁴⁷ สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล . “ฎีกาวิเคราะห์ : ชาย (หญิง) แมงดา” วารสารนิติศาสตร์ . ปีที่ 17 , ฉบับที่ 2 . 2526, หน้า 164.

⁴⁸ ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ . “ฎีกาวิเคราะห์” วารสารนิติศาสตร์ . ปีที่ 22 , ฉบับที่ 4 . ธันวาคม 2535, หน้า 616 .

เพราะเขาสามารถดำรงชีพในการค้าขาย หรือรับจ้างตามปกติของเขาได้อยู่แล้ว การดำรงชีพและการรับประโยชน์จากหญิงจึงต้องเกี่ยวข้อกันด้วย หากมีอาชีพแล้วยังมารับเงินจากหญิงซึ่งค่าประเวณีโดยไม่มีเหตุเกี่ยวกับอาชีพปกติของตนก็ต้องถือว่า มีความผิดตามมาตรา 286 นี้ได้ มิฉะนั้นกฎหมายข้อนี้ก็จะมีใช้ไม่ได้เลย⁴⁹

ศาสตราจารย์ ดร.คณิต ฒ นกร ได้ให้ความเห็นเรื่องนี้ว่า “...เดิมการคุมแวงคาจากความเป็นจริงพบว่ามีแวงคาอาจจนไม่มีอันจะกินทำให้ตีความออกมาก่อนค้างประหลาด ลักษณะของแวงคาตามมาตรา 286 วรรคแรกคู่กับการดำรงชีพแม้เพียงส่วนหนึ่ง บางส่วนจากรายได้เท่านั้นไม่จำเป็นที่จะต้องทั้งหมด ไม่จำเป็นที่จะต้องยากจน เพราะฉะนั้นลักษณะของแวงคาไม่จำเป็นต้องยากจน แต่กลายเป็นคนที่มีฐานะดีประกอบอาชีพชนิดนี้ได้ การที่กฎหมายบัญญัติไว้ไม่ชัดมีผลในด้านตีความ การที่ตีความคำนึงถึงตัวอักษรอะไรอย่างเดียวยังเกิดความไม่แน่นอน...การตีความของศาลฎีกาทำให้มาตรานี้สิ้นผลบังคับโดยปริยาย...”⁵⁰

ในขณะที่ ศาสตราจารย์โสภณ รัตนกร ตั้งข้อสังเกตคำวินิจฉัยคำพิพากษาศาลฎีกาว่า การที่จำเลยมีอาชีพอื่น แสดงว่า จำเลยมีปัจจัยอย่างอื่นอันปรากฏสำหรับดำรงชีพ หรือปัจจัยอันพอเพียงสำหรับดำรงชีพ แม้จำเลยจะรับส่วนแบ่งเพียงบางส่วนจากหญิงซึ่งค่าประเวณี จำเลยก็ไม่มี ความผิดตามมาตรา 286 เป็นผลมาจากโจทก์บรรยายฟ้องว่า จำเลยไม่มีปัจจัยหรือมีไม่พอเพียงแก่การดำรงชีพและจำเลยอยู่ร่วมกับหญิงซึ่งค่าประเวณี หรือสมาคมกับหญิงซึ่งค่าประเวณีเป็นอาจิม หรือรับเงินจากหญิงซึ่งค่าประเวณี เป็นการบรรยายฟ้องตามวรรค 2 ของมาตรา 286 ดังนั้น โจทก์ต้องนำพยานหลักฐานเข้าสืบตามที่กล่าวอ้าง เมื่อศาลฎีกาวินิจฉัยโดยไม่ปรากฏพยานหลักฐานว่า รายได้ของจำเลยไม่พอดำรงชีพ แม้จำเลยจะรับเงินจากหญิงซึ่งค่าประเวณีก็ไม่เป็นความผิดนั้น เป็นการวินิจฉัย “ข้อเท็จจริง” มิใช่เป็นการวินิจฉัย “ข้อกฎหมาย” โดยเอาวรรค 2 ของมาตรา 286 ไปปะปนกับวรรค 1 อย่างไรก็ดี และส่วนที่ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า แม้จำเลยจะรับรายได้จากหญิงซึ่งค่าประเวณีก็ไม่เป็นความผิดนั้น เป็นการวินิจฉัยให้ชัดเจนว่า มาตรา 286 เป็นการเอาผิดจาก “ผู้ดำรงชีพ” จากรายได้ของหญิงซึ่งค่าประเวณี มิใช่เป็นการเอาผิดกับ “ผู้รับรายได้” จากหญิงโสเภณีเท่านั้น แม้การเบียดเบียนหรือแบ่งรายได้จากหญิงโสเภณีเป็นสิ่งที่น่ารังเกียจและควรแก่การลงโทษ แต่การลงโทษทางอาญาต้องมีกฎหมายบัญญัติไว้โดยชัดแจ้งจึงจะลงโทษได้ หากรัฐลงโทษผู้รับเงินหรือประโยชน์จากหญิงโสเภณี ก็ต้องบัญญัติความผิดขึ้นก่อน⁵¹

⁴⁹ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ .ประมวลกฎหมายอาญา ฉบับอ้างอิง . พิมพ์ครั้งที่ 15 แก้ไขเพิ่มเติม. สำนักพิมพ์วิญญูชน , 2547, หน้า 376.

⁵⁰ คณิต ฒ นกร. “การตีความกฎหมายอาญา” วารสารนิติศาสตร์ . ปีที่ 14 , ฉบับที่ 4 . ธันวาคม 2527, หน้า 62.

⁵¹ โสภณ รัตนกร . “ความผิดฐานดำรงชีพอยู่ด้วยรายได้ของหญิงซึ่งค่าประเวณี” วารสารนิติศาสตร์ . ปีที่ 25 , ฉบับที่ 2 . มิถุนายน 2538 , หน้า 241-242.

ด้วยหลักเกณฑ์การตีความและเจตนารมณ์ในการบัญญัติความผิดฐานดำรงชีพอยู่ด้วยรายได้ของหญิงซึ่ง
ค้าประเวณี หากศาลฎีกาตีความ มาตรา 286 โดยนำหลักเกณฑ์การตีความตามตัวอักษรและตีความตาม
เจตนารมณ์ของกฎหมายมาช่วยในการวินิจฉัยจะพบว่า องค์ประกอบความผิดบัญญัติไว้ในวรรคแรก ส่วนวรรค
สองเป็นเพียงข้อสันนิษฐานของกฎหมายว่า การกระทำเช่นไรมีลักษณะเป็น “การดำรงชีพ” ตามวรรคแรก
ดังนั้นการที่จำเลยรับส่วนแบ่งหรือรายได้จากหญิงซึ่งค้าประเวณีโดยรู้ว่า หญิงนั้นค้าประเวณีมีความผิดแล้ว แต่
ศาลฎีกาตีความโดยนำองค์ประกอบความผิดในวรรคแรกไปปะปนกับข้อสันนิษฐานของกฎหมายตามวรรคสอง
มาวินิจฉัยว่า “...แม้จำเลยจะไม่มีรายได้จากกิจการค้าประเวณีก็สามารถดำรงชีพอยู่ได้ด้วยอาชีพสามี หรือบุตรได้
ถือไม่ได้ว่า จำเลยไม่มีปัจจัยอื่นหรือไม่มีปัจจัยอันพอเพียงสำหรับดำรงชีพ...”

สรุปได้ว่า ลักษณะ “การดำรงชีพ” ในความผิดฐานดำรงชีพอยู่ด้วยรายได้ของหญิงซึ่งค้าประเวณี
ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 286 มีลักษณะการกระทำที่ไม่แตกต่างจากลักษณะ “การดำรงชีพ” ใน
กฎหมายของประเทศอังกฤษ , สหรัฐอเมริกา และ ฝรั่งเศส ที่ลงโทษผู้รับส่วนแบ่งหรือรายได้จากผู้ซึ่ง
ค้าประเวณีมีความผิด ในแต่ละประเทศต่างบัญญัติกฎหมายขึ้นโดยมีจุดประสงค์และเจตนารมณ์ที่เหมือนกัน
คือ ต้องการคุ้มครองหญิง หรือ ชายผู้ซึ่งค้าประเวณี ไม่ให้ถูกเอารัดเอาเปรียบจากผู้อื่นไม่ว่าผู้นั้นจะเป็นชายหรือ
หญิง แต่กฎหมายมีความแตกต่างกันตรงการตีความและปรับใช้กฎหมาย กล่าวคือ กฎหมายต่างประเทศ ตีความ
ลักษณะ “การดำรงชีพ” นอกจากลงโทษผู้รับส่วนแบ่ง หรือรายได้จากผู้ซึ่งค้าประเวณียังรวมถึงกระทำการ
ช่วยเหลือ , สนับสนุน การค้าประเวณีด้วยวิธีต่างๆ เพื่อให้ได้มาซึ่งผลประโยชน์และรายได้ที่ผิดศีลธรรม การ
ตีความและการปรับใช้กฎหมาย ลักษณะการอาศัยอยู่ด้วยรายได้จากการค้าประเวณีของศาลต่างประเทศไม่ได้
ตีความเฉพาะรายได้ที่มาจากการค้าประเวณีเท่านั้น แต่ยังให้รวมถึงการเอื้ออำนวยให้เกิดการค้าประเวณีโดยรู้ว่า
ผู้นั้นกระทำการค้าประเวณีเช่น เรียกค่าเช่าห้องในราคาที่สูงกว่าปกติ การจัดทำหนังสือ ชื่อ ที่อยู่ เบอร์โทรศัพท์
การให้บริการของผู้ค้าประเวณี ศาลอังกฤษถือว่า รายได้ที่ได้มาเกิดจากการกระทำที่ผิดศีลธรรม เป็นการตีความ
ตามเจตนารมณ์ทำให้สามารถนำกฎหมายที่บัญญัติไว้มาปรับใช้ให้ครอบคลุมการกระทำหลายรูปแบบที่เกิดขึ้น
ได้ ในขณะที่ศาลฎีกาตีความประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 286 ขยายความเกินขอบความหมายของ
บทบัญญัติกฎหมายให้จำเลยไม่มีความผิด หากจำเลยมีอาชีพและรายได้อื่นหรือหากจำเลยไม่มีอาชีพอื่น แต่บุตร
หรือสามีจำเลย มีอาชีพและรายได้อื่น แม้ปรากฏว่าจำเลยรับส่วนแบ่งจากหญิงซึ่งค้าประเวณี การตีความของ
ศาลฎีกามีลักษณะเป็นคุณแก่จำเลยไม่ให้ความเป็นธรรมแก่หญิงซึ่งค้าประเวณีผู้ถูกเบียดเบียนและขัดกับ
เจตนารมณ์ในการบัญญัติกฎหมายที่ต้องการคุ้มครองหญิงโสเภณีไม่ให้ถูกเอารัดเอาเปรียบจาก “แมงดา”
ปรากฏตามคำพิพากษาฎีกาที่ 6065/2545⁵² คำวินิจฉัยของศาลฎีกาเป็นผลให้มาตรา 286 ขาดประสิทธิภาพไม่

⁵² ฎีกาที่ 6065/2545 สำนักส่งเสริมตุลาการ . “จำเลยพาสู้เสียหายไปเร่ค้าประเวณี สามีจำเลยมีอาชีพรับซื้อขายพระ
และมีรายได้เพียงพอที่จะเลี้ยงดูจำเลยและผู้เสียหายประกอบกับโจทก์ไม่มีพยานอื่นใดมานำสืบให้เห็นว่า รายได้ของจำเลย

สามารถนำมาบังคับใช้ลงโทษผู้รับรายได้หรือส่วนแบ่งจากหญิงซึ่งค่าประเวณีแต่อย่างใด แม้ว่าประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 286 มีบทลงโทษจำคุกตั้งแต่เจ็ดปีแต่ไม่เกินยี่สิบสี่ปีและปรับตั้งแต่หนึ่งหมื่นบาทแต่ไม่เกินสี่หมื่นบาท หรือจำคุกตลอดชีวิตซึ่งมีอัตราโทษสูงกว่าอัตราโทษของกฎหมายประเทศอังกฤษที่ลงโทษจำคุกไม่เกินเจ็ดปี กฎหมายประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศฝรั่งเศสลงโทษจำคุกไม่เกินห้าปี

เมื่อเป็นเช่นนี้ ผู้เขียนเห็นว่า ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 286 ได้บัญญัติความผิดฐานดำรงชีพอยู่ด้วยรายได้ของหญิงซึ่งค่าประเวณีชัดเจนแล้ว จึงควรตีความให้วรรคแรกเป็นองค์ประกอบความผิดฐานดำรงชีพอยู่ด้วยรายได้ของหญิงซึ่งค่าประเวณี หากข้อเท็จจริงปรากฏว่า ผู้ได้รับส่วนแบ่งแม้เพียงบางส่วนจากรายได้ของหญิงซึ่งค่าประเวณีก็มีความผิดแล้ว แม้จำเลย สามี่ หรือบุตรของจำเลยจะประกอบอาชีพและมีรายได้อื่นก็ตาม

ดังกล่าวไม่เพียงพอสำหรับดำรงชีพ พยานหลักฐานของโจทก์จึงยังฟังไม่ได้ว่า จำเลยซึ่งมีอายุกว่าสิบหกปี และไม่มีปัจจัยอย่างอื่นอันปรากฏสำหรับดำรงชีพ ได้ร่วมกินอยู่หลับนอนกับผู้เสียหายซึ่งค่าประเวณี และรับเงินหรือประโยชน์อย่างอื่นจากรายได้ของผู้เสียหายอันเป็นความผิดตาม มาตรา 286”

บทที่ 5

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

จากหลักเกณฑ์การตีความกฎหมายโดยทั่วไปและการตีความกฎหมายอาญา มาตรา 2 เมื่อนำมาวิเคราะห์ความผิดฐานดำรงชีพอยู่ด้วยรายได้ของหญิงซึ่งค้าประเวณี ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 286 พบว่า องค์ประกอบความผิดบัญญัติไว้ในวรรคแรกว่า “..ผู้ใดอายุกว่าสิบหกปี ดำรงชีพอยู่แม้เพียงบางส่วนจากรายได้ของหญิงซึ่งค้าประเวณีต้องระวางโทษ..” และเป็นการยากที่โจทก์จะสืบพิสูจน์ให้ปรากฏว่า การกระทำเช่นไร มีลักษณะเป็น “การดำรงชีพ” อันเป็นการกระทำที่กฎหมายบัญญัติเป็นความผิด กฎหมายได้บัญญัติข้อสันนิษฐานไว้ในวรรคสองว่า ถ้ามีพฤติการณ์ตามวรรคสองให้ถือว่า ผู้นั้นดำรงชีพอยู่ด้วยรายได้ของหญิงซึ่งค้าประเวณี ตามวรรคแรก เมื่อโจทก์นำพยานเข้าสืบให้ปรากฏการกระทำของจำเลยตามวรรคสองแล้ว หลังจากนั้นจำเลยต้องเป็นฝ่ายนำพยานสืบแก้ข้อสันนิษฐานของโจทก์ว่า จำเลยมิได้กระทำเช่นนั้น แต่คำพิพากษาศาลฎีกาส่วนใหญ่ได้วินิจฉัยลักษณะ “การดำรงชีพ” ว่า หากจำเลยขาดปัจจัยแม้เพียงบางส่วนจากรายได้ของหญิงซึ่งค้าประเวณี จำเลยจะดำรงชีพอยู่ไม่ได้ ถ้าข้อเท็จจริงปรากฏว่า จำเลยมีอาชีพและรายได้อื่น หรือจำเลยไม่มีอาชีพอื่น แต่สามีจำเลย หรือบุตรจำเลย มีอาชีพและรายได้อื่น ศาลถือว่า จำเลยมีปัจจัยอย่างอื่นอันปรากฏสำหรับดำรงชีพ หรือมีปัจจัยอันเพียงพอสำหรับดำรงชีพแล้ว แม้จำเลยจะรับส่วนแบ่งแม้เพียงบางส่วนจากรายได้ของหญิงซึ่งค้าประเวณี จำเลยก็ไม่มี ความผิดตาม มาตรา 286 การวินิจฉัยของศาลดังกล่าวนี้ เป็นการนำข้อสันนิษฐานในวรรคสองมาวินิจฉัยองค์ประกอบความผิด ทำให้ไม่สามารถนำกฎหมายมาบังคับใช้ลงโทษผู้ที่รับรายได้แม้เพียงบางส่วนจากหญิงซึ่งค้าประเวณีได้เลย การตีความและปรับใช้กฎหมาย มาตรา 286 เป็นการตีความอย่างแคบที่ยึดติดกับลักษณะ “การดำรงชีพ” ของชายแมงดาแต่เดิมที่ไม่มีอาชีพอื่น นอกจากคอยเกาะกินอาศัยอยู่ด้วยรายได้ของหญิงนครโสเภณีเท่านั้น ทำให้ศาลตีความว่า ผู้กระทำความผิดต้องไม่มีรายได้อื่น นอกจากรายได้จากหญิงซึ่งค้าประเวณีเท่านั้น การตีความ มาตรา 286 ทำให้ไม่สามารถนำกฎหมายมาตรานี้มาใช้บังคับลงโทษผู้รับรายได้เพียงบางส่วนจากหญิงซึ่งค้าประเวณีได้เลย

เมื่อนำองค์ประกอบความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 286 มาศึกษาเปรียบเทียบองค์ประกอบความผิดฐานอาศัยอยู่ด้วยรายได้ของผู้ซึ่งค้าประเวณีตามกฎหมายประเทศ

อังกฤษ , สหรัฐอเมริกา และประเทศฝรั่งเศส พบว่ามีลักษณะ “การดำรงชีพ” ที่กฎหมายบัญญัติ เป็นความผิดเหมือนกัน คือผู้กระทำความผิดต้องรับรายได้หรือส่วนแบ่งจากผู้ซึ่งค้าประเวณี โดยรู้ว่าผู้นั้นเป็นหญิงโสเภณี และมีเจตนาธรรมเนียมในการบัญญัติความผิดฐานนี้เพื่อต้องการคุ้มครองหญิงไม่ให้ถูกเอารัดเอาเปรียบจาก “แมงดา” โดยถือว่า รายได้หรือส่วนแบ่งที่รับนั้นเป็นรายได้ที่เกิดจากการกระทำที่ผิดศีลธรรม แต่กฎหมายประเทศอังกฤษ สหรัฐอเมริกา และประเทศฝรั่งเศส สามารถนำมาปรับใช้ลงโทษผู้รับรายได้หรือส่วนแบ่งจากผู้ซึ่งค้าประเวณีได้มากกว่าประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 286 เนื่องจากกฎหมายของประเทศอังกฤษ สหรัฐอเมริกา และประเทศฝรั่งเศส ลงโทษผู้รับรายได้หรือส่วนแบ่งจากหญิงหรือชายผู้ค้าประเวณีและผู้ที่จัดหาบุคคลหรือจัดบุคคลในสถานการค้าประเวณีเพื่อให้ค้าประเวณี รวมทั้งการที่จำเลยให้หญิงโสเภณีเช่าห้องในราคาที่สูงกว่าปกติโดยรู้ว่าหญิงนั้นเป็นโสเภณี หรือจำเลยจัดการผลิตสติ๊กเกอร์ , หนังสือที่แสดงชื่อ ที่อยู่ เบอร์โทรศัพท์ และ การบริการของหญิงโสเภณีให้แก่ลูกค้า จำเลยมีความผิดฐานอาศัยด้วยรายได้ของผู้ซึ่งค้าประเวณี ศาลต่างประเทศเห็นว่า การกระทำความผิดกล่าวของจำเลยมีส่วนเอื้ออำนวยประโยชน์ให้แก่ผู้ค้าประเวณี ก่อให้เกิดการค้าประเวณี อันเป็นสิ่งที่กฎหมายห้าม การตีความลักษณะ “การดำรงชีพ” และปรับใช้ความผิดฐานอาศัยอยู่ด้วยรายได้ของผู้ซึ่งค้าประเวณีตามกฎหมายประเทศอังกฤษ สหรัฐอเมริกา และ ฝรั่งเศส เป็นการตีความที่คำนึงถึงเจตนาธรรมเนียมในการบัญญัติความผิดฐานนี้ที่ต้องการคุ้มครองผู้ค้าประเวณีไม่ว่า หญิงหรือชาย ไม่ให้ถูกเอารัดเอาเปรียบจากชายหรือหญิงที่อาศัยอยู่ด้วยรายได้ของผู้ค้าประเวณี ในขณะที่ความผิดฐานดำรงชีพอยู่ด้วยรายได้ของหญิงซึ่งค้าประเวณีตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 286 มีองค์ประกอบความผิด และ ลักษณะ “การดำรงชีพ” ไม่แตกต่างจากกฎหมายต่างประเทศ แต่กฎหมายต่างประเทศตีความอย่างกว้างสามารถนำกฎหมายไปปรับใช้ให้ครอบคลุมการกระทำลักษณะ “การดำรงชีพ” ในรูปแบบต่างๆ และลงโทษผู้กระทำความผิด หรือผู้มีส่วนเอื้ออำนวยประโยชน์ หรือผู้ก่อให้เกิดการค้าประเวณีได้มากกว่า ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 286 หากศาลไทยตีความมาตรา 286 ตามหลักการตีความกฎหมายอาญาดำเนินความตามตัวอักษรและตีความตามเจตนาธรรมเนียมในการบัญญัติความผิดฐานนี้ควบคู่กันไปโดยคำนึงถึงสิ่งที่กฎหมายมุ่งคุ้มครองเป็นสำคัญ เช่นเดียวกับกฎหมายประเทศอังกฤษ ความผิดฐานดำรงชีพอยู่ด้วยรายได้ของหญิงซึ่งค้าประเวณี ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 286 จะไม่ก่อให้เกิดปัญหาการปรับใช้กฎหมายและสามารถนำมาบังคับใช้ลงโทษผู้รับรายได้หรือส่วนแบ่งแม้เพียงบางส่วนจากผู้ซึ่งค้าประเวณีในรูปแบบลักษณะ “การดำรงชีพ” ต่างๆเช่นเดียวกับประเทศอื่นทำให้เกิดความเป็นธรรมในสังคม

ข้อเสนอแนะ จากการศึกษาความผิดฐานดำรงชีพอยู่ด้วยรายได้ของหญิงซึ่งค้าประเวณีตามมาตรา 286 โดยนำหลักเกณฑ์การตีความกฎหมายมาช่วยในการตีความพบว่า กฎหมายมาตรานี้บัญญัติไว้ชัดเจนแล้ว หากศาลตีความตามตัวอักษรและเจตนารมณ์ในการบัญญัติกฎหมายพร้อมกันจะทำให้สามารถปรับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นให้เข้ากับข้อกฎหมายได้อย่างถูกต้อง ผู้เขียนขอเสนอแนะแนวทางการตีความกฎหมายอาญาดังต่อไปนี้

1. ก่อนอื่นผู้ใช้และตีความกฎหมายต้องเข้าใจถ้อยคำของกฎหมายนั้นๆ เป็นอย่างดี เช่น บทนิยามศัพท์, ภาษาเทคนิค หลังจากนั้นจึงพิจารณาถ้อยคำตามตัวอักษรในบทบัญญัตินั้นๆ ว่า มีความหมายที่แท้จริงอย่างไร โดยพิจารณาจากประวัติความเป็นมาในการบัญญัติกฎหมาย, กฎหมายอื่นที่บัญญัติเกี่ยวข้องกันไว้อย่างเป็นระบบ หากกฎหมายมีถ้อยคำกำกวม, ไม่ชัดเจน หรือมีความหมายได้หลายทางต้องค้นหาหลักเกณฑ์การตีความกฎหมายจากเจตนารมณ์ในการบัญญัติกฎหมายเพื่อให้ทราบถึงสิ่งที่กฎหมายมุ่งจะคุ้มครอง กรณีที่ไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้การหาหลักเกณฑ์การตีความกฎหมายต้องไม่นำกฎหมายใกล้เคียง (analogy) มาเทียบเคียง เพราะจะทำให้เป็นการสร้างฐานความผิดขึ้นใหม่

2. ในการตีความกฎหมายอาญาในทางเป็นคุณแก่จำเลย เช่น ในกรณีที่มิบทบัญญัติกฎหมายที่ว่าด้วยเรื่องที่ต้องพิจารณา แต่บทบัญญัติที่มีอยู่จะมีความหมายรวมถึงกรณีที่เป็นปัญหาหรือไม่ ทำให้ต้องตีความกฎหมายโดยวิธีขยายความ ศาลสามารถที่จะตีความขยายความภายในกรอบความหมายของตัวอักษรและเจตนารมณ์ในการบัญญัติกฎหมาย โดยขยายความออกไปได้ทั้งเป็นโทษหรือเป็นคุณแก่ผู้กระทำผิด แต่ต้องอยู่บนหลักความยุติธรรมและความเสมอภาค เพราะถ้าตีความอย่างหนึ่งอย่างใดแต่ขัดต่อความยุติธรรมก็ถือว่าเป็นการตีความที่ยังไม่ถูกต้อง

3. หากถ้อยคำในบทบัญญัติของกฎหมายมีข้อสงสัย ผู้ตีความต้องไม่ใช่หลักการตีความที่ว่า ถ้าบทบัญญัติกฎหมายมีข้อสงสัยให้ตีความไปในทางที่เป็นประโยชน์แก่จำเลย เพราะผู้ร่างกฎหมายย่อมไม่สามารถร่างกฎหมายโดยใช้ภาษาที่ชัดเจน หรือครอบคลุมถึงการกระทำหรือเหตุการณ์ในสังคมที่เจริญก้าวหน้าได้ทั้งหมด ถ้ามีข้อสงสัยแล้วเลือกไปในทางที่เป็นประโยชน์แก่จำเลย ผู้ใช้และตีความกฎหมายจะตีความที่แตกต่างกันออกไปตามความเข้าใจภาษาของแต่ละบุคคลเป็นผลที่นำไปสู่หลักเกณฑ์การตีความที่แตกต่างกันและนำมาซึ่งความล้มเหลวในการบังคับใช้กฎหมายอาญา อีกทั้งศาลซึ่งเป็นผู้ตีความกฎหมายไม่มีหน้าที่ช่วยเหลือผู้กระทำผิดไม่ให้ต้องรับโทษ

4. เมื่อปรากฏการกระทำมีลักษณะที่กฎหมายบัญญัติเป็นความผิด การตีความว่า การกระทำนั้นจะเป็นความผิดตามบทบัญญัติของกฎหมายหรือไม่ ผู้ใช้และตีความกฎหมายต้องพิจารณาถึงองค์ประกอบความผิดเป็นสำคัญซึ่งประกอบด้วย (1) องค์ประกอบภายนอก (2) องค์ประกอบภายใน กล่าวคือ การกระทำนั้นจะเป็นความผิดต่อเมื่อผู้กระทำได้แสดงเจตนาครบองค์ประกอบความผิดแล้ว

บรรณานุกรม

ภาษาไทย

หนังสือ

- กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ 127. พิมพ์ครั้งที่ 12. พระนคร : โรงพิมพ์น้ำเสง ,ม.ป.ป.
 เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1. พิมพ์ครั้งที่ 7. กรุงเทพฯ :
 มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2544
 คณิต ฦ นคร. กฎหมายอาญาภาคความผิด. พิมพ์ครั้งที่ 8. กรุงเทพฯ : บริษัท สำนักพิมพ์วิญญูชน
 จำกัด,2545
 จิตติ ดิงศกัณฑ์. กฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 1. พิมพ์ครั้งที่ 7. กรุงเทพฯ : สำนักอบรมศึกษาแห่ง
 เนติบัณฑิตยสภา , 2543
 ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ. ประมวลกฎหมายอาญา ฉบับอ้างอิง. พิมพ์ครั้งที่ 15. (แก้ไขเพิ่มเติม).
 กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2547
 ธานินทร์ กรีวิเชียร และวิชา มหาคุณ. การตีความกฎหมาย. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพฯ :
 โรงพิมพ์ชวนพิมพ์, 2521
 ปรีดี เกษมทรัพย์. สัมมนาวิชากฎหมายแพ่ง. ม.ป.ศ., ม.ป.ป.
 ประมวลจริยธรรมข้าราชการตุลาการ โดยคณะกรรมการตุลาการ. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพฯ :
 โรงพิมพ์ชวนพิมพ์, ม.ป.ป.
 พระราชบัญญัติสัญญาบัตร ร.ศ 127. ม.ป.ศ., ม.ป.ป.
 พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 14) พ.ศ 2540. ราชกิจจานุเบกษา.
 เล่มที่ 114 ตอนที่ 72 . 16 พฤศจิกายน 2540
 พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้าประเวณี พ.ศ 2539. ราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ 113
 ตอนที่ 54 . 22 ตุลาคม 2539
 พระราชบัญญัติมาตรการในการป้องกันและปราบปรามการค้าหญิงและเด็ก พ.ศ 2540.
 ราชกิจจานุเบกษา. เล่ม 114 ตอนที่ 72 . 16 พฤศจิกายน 2540
 สมศักดิ์ สิงห์พันธุ์. คำอธิบายกฎหมายอาญา เล่ม 3. กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยรามคำแหง,
 2511
 หยุต แสงอุทัย. กฎหมายอาญา ภาค 2-3. กรุงเทพฯ :มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2511
 หยุต แสงอุทัย. ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป. กรุงเทพฯ : ประกายพริก, 2542

อักษรารท จุฬารัตน์. การตีความกฎหมาย. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์กฎหมายไทย,
2542

วารสาร

กิตติศักดิ์ ปรกติ. “ความเป็นมาและหลักการใช้นิติวิธีในระบบชีวิตล่อว์และคอมมอนล่อว์”
ตุลพาห . เล่ม 1, มกราคม-กุมภาพันธ์ 2537

กิตติศักดิ์ ปรกติ. “ความเป็นมาและหลักการใช้นิติวิธีในระบบชีวิตล่อว์และคอมมอนล่อว์”
ตุลพาห . เล่ม 2, มีนาคม-เมษายน 2537

คณิต ณ นคร . “การตีความกฎหมายอาญา” วารสารนิติศาสตร์. ปีที่ 14 , ฉบับที่ 4 . ธันวาคม 2527

จิตติ ดิงศภักดิ์. “การตีความกฎหมายอาญา” วารสารนิติศาสตร์ . ปีที่ 14 , ฉบับที่ 4 . ธันวาคม
2527

จิตติ ดิงศภักดิ์. “จุกๆ จิกๆ ในกฎหมายอาญา” วารสารนิติศาสตร์ . ปีที่ 14, ฉบับที่ 4 . ธันวาคม
2527

จินดา ชัยรัตน์ . “การตีความกฎหมายไทย” วารสารนิติศาสตร์ 1 . ตอนที่ 2 , 2512

ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ . “ฎีกาวินิจฉัย : การดำรงชีพจากรายได้ของหญิงซึ่งค้าประเวณี
มาตรา 286” วารสารนิติศาสตร์ 1 . ปีที่ 22 , ฉบับที่ 4 . 2535

ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ . “ปัจจัยที่ทำให้กฎหมายขาดประสิทธิภาพ” บทบัณฑิตย . เล่ม 60 ตอนที่ 2 .
มิถุนายน 2547

ธานินทร์ กรัยวิเชียร และวิชา มหาคุณ . “การตีความกฎหมาย” วารสารกฎหมายสุโขทัยธรรมมาธิ
ราช. ปีที่ 3, ฉบับที่ 1. กรกฎาคม 2534

ไพจิตร บุญญพันธ์ . “ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 286” ตุลพาห . ปีที่ 8 , ธันวาคม 2504

วีรพงษ์ บุญญภาส . “วิจัยภาค : การแสวงหามาตรการทางกฎหมายและมาตรการอื่นๆ ที่
เหมาะสมสำหรับปัญหาโสเภณี” วารสารกฎหมาย . ปีที่ 8, ฉบับที่ 1. มิถุนายน 2526

สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล. “ฎีกาวินิจฉัย : ชาย (หญิง) แมงดา” วารสารนิติศาสตร์. ปีที่ 15 ,
ฉบับที่ 2 . 2526

โสภณ รัตนกร. “ความผิดฐานดำรงชีพอยู่ด้วยรายได้ของหญิงซึ่งค้าประเวณี” วารสารนิติศาสตร์ .
ปีที่ 25 , ฉบับที่ 2 . มิถุนายน 2538

เอกสารอื่น ๆ

ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ . “ความเสมอภาคและความยุติธรรมตามกฎหมาย” เอกสารประกอบการ
เสวนาทางวิชาการ เนติบัณฑิตยสภา และโครงการพัฒนาระบบกฎหมายไทย
สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย : 9 มกราคม 2546.

บันทึกวิเคราะห์สรุปเรื่อง พ.ร.บ ว่าด้วยความผิดอันเกี่ยวกับการค้าหญิงและเด็ก พ.ศ.... โดย คณะ
กรรมการส่งเสริมและประสานงานสตรีแห่งชาติ (กสส) เสนอกรรมการร่างกฎหมาย
คณะพิเศษ คณะกรรมการกฤษฎีกา

รายงานการประชุมคณะกรรมการพิจารณาปรับปรุง ครั้งที่ 274/47/2485 คณะกรรมการกฤษฎีกา
สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา .วันที่ 6 กุมภาพันธ์ 2485

รายงานการประชุมอนุกรรมการตรวจพิจารณาแก้ไข ประมวลกฎหมายอาญา ครั้งที่ 283/75/2485
คณะกรรมการกฤษฎีกา สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา

รายงานการประชุมคณะกรรมการพิจารณาพิจารณาปรับปรุงประมวลกฎหมายอาญา ครั้งที่
2-2/2537 คณะกรรมการกฤษฎีกา สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา . วันที่ 29
เมษายน 2537

วิทยานิพนธ์

ดารารัตน์ เมตตาริกานนท์ . “โสเภณีกับนโยบายกับรัฐบาลไทย พ.ศ. 2411-2503” วิทยานิพนธ์
ปริญญาอักษรศาสตรมหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2526
สหรัฐ สิริวัฒน์. “ความผิดฐานดำรงชีพอยู่ด้วยรายได้ของหญิงซึ่งค้าประเวณี” วิทยานิพนธ์
ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2541

ภาษาอังกฤษ

Books

Sion, Abraham A. **Prostitution and the law**. Faber and Faber Limited 3 Queen
Square London WCI : s.l., 1977.

Curzon.LB **Criminal Law**. M&E Handbooks, Forth Edition, Mac Donald & Evans Ltd , 1984

Selfe, David W., Vincent Burke . **Perspectives on sex , Crime and Society**. Cavendish Publishing Limited, Burke, V and Selfe, D, 1998.

Hall, Daniel E., JD, Ed.D . **Criminal law and Procedure**. Third Edition, U.S.A, 2000.

Code Penal Annote Dalloz , 1953.

Cracknell , D.G. **Cracknell's Statues Criminal Law**

Mueller, Gerhard O.W. **Legal Regulation of Sexual Conduct**. New York 3, N.Y. : Oceana Publication, Inc., 1961.

Williams, Glanville. **Criminal Law : The General Part**. 2ed. London : Steven s Sons, Inc., 1961.

Glazebrook , P.R. **Black's Statues on Criminal Law**. s.l., n.d.

Charleton, Peter. **Criminal Law**. Butterworths Ireland Ltd. 1999.

Rook , Peter . Ward ,Robert . **Rook & Ward On Sexual Offences**. Sweet & Maxwell, Inc., 1997.

Mitchell, Stephen. **Archbold Criminal Pleading**. Evidence & Maxwell Ltd., 1982.

Gardner , Thomas J., Terry M. Anderson. **Criminal law Eight Edition**. Wadsworth , Advision of Thomas Learning, Inc., n.d.

Website

<http://www.legislation.hmso.gov.uk/acts/acts2003/20030042.htm>

<http://www.sfc.org.uk/docs/>

<http://www.rjerrard.co.uk/law/articles/pros.htm>

<http://www.unesco.org/cou>

<http://64.233.167.104/search?q=cache:942BHP4JQMkJ:www.org/mc/courts/supreme/092wn2d/092wn2d0061.htm>

<http://www.mrsc.org/mc/courts/supreme/089wn2d/089wn2d0236.htm>

<http://www.mrsc.org/mc/courts/supreme/020wn2d/020wn2d0712.htm>

<http://www.mrsc.org/mc/courts/supreme/014wn2d/014wn2d0071.htm>

<http://www.org/mc/courts/supreme/031wn2d/031wn2d0063.htm>

<http://www.mrsc.org/mc/rcw/rcw>

ภาคผนวกที่ 1

จากwebsite

<http://64.233.167.104/search?q=cache:942BHP4IQMcJ:www.org/mc/courts/supreme/092wn2d/092wn2d0061.htm>

[1] Criminal Law - Statutes - Certainty - Standing To Challenge. A person accused under a statute has standing to attack the statute as being vague and with no standards regardless of his conduct.

[2] Criminal Law - Statutes - Vagueness - Test. The potential vagueness of some applications of a statute does not affect its constitutionality when applied to an act which clearly falls within its "hard core."

[3] Prostitution - Statutory Provisions - Certainty - Sexual Conduct. RCW [9A.88.030](#), which proscribes sexual conduct for pay, is not unconstitutionally vague on its face. Heterosexual genital intercourse is an activity which clearly falls within the term "sexual conduct," and a person of reasonable understanding would not have to guess as to whether such activity is proscribed when engaged in for a fee.

NAMES OF CONCURRING OR DISSENTING JUDGES: Stafford and Hicks, JJ., and Ryan, J. Pro Tem., dissent by separate opinion; Utter, C.J., and Brachtenbach and Williams, JJ., did not participate in the disposition of this case.

NATURE OF ACTION: The defendants were accused of either engaging in acts of prostitution or of promoting prostitution.

Superior Court: The Superior Court for King County, Peter K. Steere, J., on December 15, 1977, dismissed No. 83311; on December 16, 1977, dismissed Nos. 83313, 83314; and on January 20, 1978, dismissed No. 83312. The Superior Court for Whatcom County, Nos. 9622, 9623, 9624, J. S. Kurtz, J., on September 16, 1977, entered a judgment of dismissal in each case.

Supreme Court: Consolidating the cases on the basis of a single issue, the court holds that the defendants had standing to challenge the prostitution statute and that it is not void for vagueness on its face, and REVERSES the judgments of dismissal.

COUNSEL: CHRISTOPHER T. BAYLEY, PROSECUTING ATTORNEY FOR KING COUNTY, MARY KAY BARBIERI, DEPUTY, and DAVID S. MCEACHRAN, PROSECUTING ATTORNEY FOR WHATCOM COUNTY, and PHILLIP A. SERKA, DEPUTY, for appellant.

JOHN A. STRAIT, PASQUAL J. SFERRA, and MICHAEL J. SLISH, for respondents.

AUTHOR OF MAJORITY OPINION: Dolliver, J.-

MAJORITY OPINION: A single question is presented by these appeals: Is RCW [9A.88.030](#) unconstitutionally void for vagueness? In each instance, these cases were dismissed prior to trial so that no factual determination was made as to the precise conduct in which defendants were engaged. We hold RCW [9A.88.030](#) to be constitutional and reverse the trial courts.

[1] It is important to understand the focus of defendants' case. They do not complain the statute is vague only as applied to their conduct or the hypothetical conduct of others. SEE PARKER v. LEVY, 417 U.S. 733, 756, 41 L. Ed. 2d 439, 94 S. Ct. 2547 (1974); STATE v. HEGGE, [89 Wn.2d 584](#), 574 P.2d 386 (1978). Rather, each defendant alleges the term "sexual conduct" in RCW [9A.88.030](#) is impermissibly vague and that the statute on its face is unconstitutionally void for vagueness. Since they attack the statute under which they have been accused as vague and with no standards regardless of their conduct, they have standing. SEE LANZETTA v. NEW JERSEY, 306 U.S. 451, 83 L. Ed. 888, 59 S. Ct. 618 (1939); COATES v. CINCINNATI, 402 U.S. 611, 29 L. Ed. 2d 214, 91 S. Ct. 1686 (1971); BELLEVUE v. MILLER, [85 Wn.2d 539](#), 536 P.2d 603 (1975).

[2] The test for vagueness under these circumstances is well described in BELLEVUE v. MILLER, SUPRA, where we held that, although a statute may be "potentially vague as to some conduct, [it] may nevertheless be constitutionally applied to one whose act clearly falls within the statute's 'hard core.'"

The test of RCW [9A.88.030](#), the prostitution statute, is:

" (1) A person is guilty of prostitution if such person engages or agrees or offers to engage in sexual conduct with another person in return for a fee.

(2) Prostitution is a misdemeanor. Defendants Zuanich, Hansen and Bohensiel were charged under it.

RCW [9A.88.080](#), the promoting prostitution statute reads:

" (1) A person is guilty of promoting prostitution in the second degree if he knowingly:

(a) Profits from prostitution; or

(b) Advances prostitution.

(2) Promoting prostitution in the second degree is a class C felony.

Defendants Brandes, Wardell, Ross, Fecteau, O'Neill and French were charged under it. As can be seen, the validity of RCW [9A.88.080](#) depends upon the constitutionality of RCW [9A.88.030](#). Is there a "hard core" to the meaning of "sexual conduct" which will save RCW [9A.88.030](#) from constitutional attack?

[3] Among his affidavits, defendant Brandes submits a "poll" conducted among 104 persons "encountered at random in the University District of Seattle". It purports to illustrate an inability of what are denoted "citizens of common intelligence" to "distinguish between innocent sexual activity and 'sexual conduct' in the context of the state prostitution laws." A variety of questions are asked as to whether certain activities are sexual conduct. As is the case in most polls conducted to prove a point, the answers are prefigured by the questions. The one question which defendants neglect to ask is whether heterosexual genital intercourse is sexual conduct. While there may be some pre-Fall Eden in which this question could not be answered affirmatively, to argue that heterosexual genital intercourse is not sexual conduct is a doctrine to which no reasonable person could ascribe. Nor can it reasonably be asserted that legislative intent to include heterosexual genital intercourse within the meaning of sexual conduct is not clear on the face of the statute.

Since 1967, New York State has had a statute on prostitution as follows:

" A person is guilty of prostitution [if] when such person engages or agrees or offers to engage in sexual conduct with another person in return for a fee.

Prostitution is a [misdemeanor.] class B Misdemeanor. N.Y. Penal Law 230.00 (39 McKinney, 1977-78 Supp. at 67). Except for the word "when" instead of the word "if", and the insertion of "class B", the Washington and New York statutes are identical. The precise question of whether the term "sexual conduct" as used in the New York statute is unconstitutionally vague has been addressed by the United States Court of Appeals for the Second Circuit. In *UNITED STATES v. HERRERA*, 584 F.2d 1137, 1149 (2d Cir. 1978), the court stated:

"This prohibition against excessive vagueness does not, however, invalidate every statute which a reviewing court believes could have been drafted with greater precision.

Many statutes will have some inherent vagueness, for "in most English words and phrases there lurk uncertainties."

ROBINSON v. UNITED STATES, 324 U.S. 282, 65 S.Ct. 666, 89 L.Ed. 944 (1945). All the Due Process clause requires is that the law give sufficient warning that men may conduct themselves

so as to avoid that which is forbidden, and thus not lull the potential defendant into a false sense of security, giving him no reason even to suspect that his conduct might be within its scope. 3 Even in criminal cases where the vagueness standard is more stringently applied, the statute must only present "ascertainable standards of guilt." WINTERS v. PEOPLE OF STATE OF NEW YORK, 333 U.S. 507, 68 S.Ct. 665, 92 L.Ed. 840 (1944);

UNITED STATES v. PETRILLO, 332 U.S. 1, 67 S.Ct. 1538, 91 L.Ed. 1877 (1947).

We have little doubt that the New York statute is not so vague that "men of common intelligence must necessarily guess at its meaning." CONNELLY v. GENERAL CONSTRUCTION CO., 269 U.S. 385, 46 S.Ct. 126, 70 L.Ed. 322 (1926);

GRAYNED v. CITY OF ROCKFORD, 408 U.S. 104, 92 S.Ct. 2294, 33 L.Ed.2d 222 (1972). We do not believe that the defendants were "required at peril of life, liberty or property to speculate as to the meaning of penal statutes." LANZETTA v. STATE OF NEW JERSEY, 306 U.S. 451, 59 S.Ct. 618, 83 L.Ed. 888 (1939). The New York statute clearly places men of reasonable intelligence on notice that they cannot promote prostitution. The definition of prostitution as being a person who engages or agrees or offers to engage in sexual conduct with another person in return for a fee is not so vague as to make persons of common intelligence guess at its meaning. Although the prohibitions may not satisfy those intent on finding fault at any cost, they are set out in terms that can be sufficiently understood and complied with by the ordinary person exercising ordinary common sense. Moreover, even if the outermost boundaries of the statute may be imprecise, any such uncertainty has little relevance here where the defendants' conduct falls squarely within the "hard core" of the statute's proscriptions.

SEE BROADRICK v. OKLAHOMA, [413 U.S. 601, 37 L. Ed. 2d 830, 93 S. Ct. 2908 (1973)];

DOMBROWSKI v. PFISTER, 380 U.S. 479, 85 S.Ct. 1116, 14 L.Ed.2d 22 (1965); UNITED

STATES v. NATIONAL DAIRY PRODUCTS CORP., 372 U.S. 29, 83 S.Ct. 594, 9 L.Ed.2d 561 (1963); WILLIAMS v. UNITED STATES, 341 U.S. 97, 71 S.Ct. 576, 95 L.Ed. 774 (1951);

ROBINSON v. UNITED STATES, 324 U.S. 282, 65 S.Ct. 666, 89 L.Ed. 944 (1945); UNITED

STATES v. WURZBACH, 280 U.S. 396, 50 S.Ct. 167, 74 L.Ed. 508 (1934).

In PEOPLE v. COSTELLO, 90 Misc.2d 431, 395 N.Y.S.2d 139 (Sup.Ct.N.Y.Cty.1977),

Costello's argument that his conviction for promoting prostitution should be set aside because the phrases "sexual conduct" and "fee" are unconstitutionally vague was rejected by the court. We believe the statute establishes standards of guilt, at least as definite as those which

withstood the same constitutional challenge in *PEOPLE v. CAPPARELLI*, 29 A.D.2d 1000, 289 N.Y.S.2d 499 (1968), affirmed, 25 N.Y.2d 832, 303 N.Y.S.2d 685 (1969); and in *ROSE v. LOCKE*, [423 U.S. 48, 46 L. Ed. 2d 185, 96 S. Ct. 243 (1975)], and, accordingly, is constitutional. «3»

«3» This is not a case in which the statute threatens a fundamental right such as freedom of speech so as to call for any special judicial scrutiny. SEE *ROSE v. LOCKE* [423 U.S. 48, 96 S. Ct. 243, 46 L. Ed. 2d 185 (1975)]; *BROADRICK v. OKLAHOMA*, 413 U.S. 601, 93 S.Ct. 2908, 37 L.Ed.2d 830 (1973); *SMITH v. GOGUEN*, 415 U.S. 566, 94 S.Ct. 1242, 39 L.Ed.2d 605 (1974).

Furthermore, in a recent case we had occasion to consider a statute relating to a sex crime where the arguments as to vagueness were considerably more substantial than they are here.

In *STATE v. CARTER*, [89 Wn.2d 236](#), 570 P.2d 1218 (1977), the defendant argued the pimping statute then in effect was unconstitutionally vague on its face. That statute, RCW [9.79.060](#), provided:

" Every person who-

(3) Shall give, offer, or promise any compensation, gratuity or reward, to procure any person for the purpose of placing such person for IMMORAL PURPOSES in any house of prostitution, or elsewhere; . . .

Shall be punished by imprisonment in the state penitentiary for not less than one year nor more than five years. (*Italics ours.*)

In response to the argument as to vagueness, we said:

" Appellant alleges the words "immoral purposes" found in RCW [9.79.060\(3\)](#) did not sufficiently define the conduct sought to be proscribed as criminal and thus RCW [9.79.060\(3\)](#) must be declared unconstitutionally vague. The requirement that criminal legislation be definite in language is premised on two considerations. First, the statute must provide fair notice, measured by common practice and understanding, of that conduct which is prohibited, so that persons of reasonable understanding are not required to guess at the meaning of the enactment. Second, the statute must contain ascertainable standards for adjudication so that police, judges, and juries are not free to decide what is prohibited and what is not, depending on the facts in each particular case. *BELLEVUE v. MILLER*, [85 Wn.2d 539](#), 536 P.2d 603 (1975); *BLONDHEIM v. STATE*, [84 Wn.2d 874](#), 529 P.2d 1096 (1975).

We might not hesitate to agree with appellant that the words "immoral purposes" found in RCW [9.79.060](#)(3) were too vague under constitutional standards were we looking at these words in a vacuum. However, we agree with the trial court that in the context of RCW [9.79.060](#)(3), these words clearly provided persons of common intelligence and understanding with fair notice and ascertainable standards of the conduct sought to be prohibited. RCW [9.79](#) was entitled "Sex Crimes" and RCW [9.79.060](#) was entitled "Placing persons in house of prostitution- Pimping." Further, RCW [9.79.060](#)(3) made it a crime to "offer . . . any compensation . . . to procure any person for the purpose of placing such person for immoral purposes IN ANY HOUSE OF PROSTITUTION, or elsewhere . . ." (Italics ours.) The words "in any house of prostitution," plus the chapter and section headings of RCW [9.79.060](#) certainly provided a person of reasonable intelligence and understanding with notice that immoral purposes meant sexually immoral purposes involving acts of prostitution. We fail to see how appellant was denied due process under the vagueness doctrine.

CARTER, at 240-41.

We believe the arguments in HERRERA and CARTER are decisive in this case. One final question is raised by defendants, however. They point to a repealed definition of "sexual conduct" in Laws of 1973, 1st Ex. Sess., ch. 154, 124, p. 1199 (RCW [9.79.030](#)), and other recent changes made in the criminal code relative to prostitution as well as varying suggestions by prosecuting attorneys as to what is within the statutory ambit of "sexual conduct" as giving evidence of vagueness having been admitted by both legislators and prosecutors. Defendants also suggest that "the flirting of a braless waitress, the dancing of a go-go girl, the operation of a kissing booth, and even the Miss America bathing suit competition" could fall within the term "sexual conduct".

All of this is interesting but irrelevant. The sole question is whether there is a "hard core" of conduct within the phrase "sexual conduct" which saves it from the infirmity of vagueness. We find heterosexual genital intercourse is this hard core conduct and the constitutional test is met. There may well be other activities which could qualify as "hard core" as it pertains to sexual conduct. However, we need not list them as "heterosexual genital intercourse" alone is sufficient to overcome the constitutional challenge for vagueness.

The precise conduct of defendants is unknown since charges were dismissed. We do not know if the defendants were in fact operating a kissing booth or some other such innocent enterprise. Once this is discovered, we may then, if called upon to do so, determine the constitutionality of

the statute as it applies to defendants. For now, we hold RCW [9A.88.030](#) on its face not to be unconstitutionally vague. The trial courts are reversed.

CONCURRING JUDGES: Rosellini, Wright, and Horowitz, JJ., and Nordquist, J. Pro Tem., concur.

AUTHOR OF DISSENTING OPINION: Stafford, J. (dissenting)-

DISSENTING OPINION: In most cases we have been willing to sift through legislative history and let the cards fall where they may. Why then does the majority have such a strained reluctance, in this case, to recognize the obvious legislative history, legislative admonitions and legal pitfalls? It would seem the difficulty may stem from a natural adult desire to appear "men of the world" who understand the "obvious" things that "worldly" people must know. To profess that position here one must not admit the unpleasant fact that a prostitution statute fails to provide constitutionally required fair notice or standards of conduct and thus is impermissibly void for vagueness. Rather, one must create a judicial substitute for that which the legislature failed to do. This, I fear, leads to a result based more on personal predilections than upon statutory construction.

I am compelled to dissent for seven reasons discussed below. First, the majority has studiously ignored the important legislative history of RCW [9A.88.030](#) which gives rise to the current definition of "prostitution" as "sexual conduct with another person in return for a fee." Similarly it has brushed aside RCW [9A.88.080](#), the validity of which depends upon the constitutionality of RCW [9A.88.030](#). Second, in interpreting "prostitution" and the term "sexual conduct" the majority has totally ignored an important explanation of the bill's co-sponsor who was also chairman of the sponsoring Senate Judiciary Committee. Third, the majority has improperly sanctioned subsequent case-by-case judicial definition of legislatively enacted crimes. Fourth, in attempting to divine the legislature's intent in defining "prostitution" as "sexual conduct with another person in return for a fee" the majority has relied improperly upon statutory titles and subtitles. Fifth, the majority has made an abortive attempt to define "prostitution" and explain the term "sexual conduct." In so doing it has further muddied waters already clouded by the legislative definition. Sixth, even assuming the majority's judicial definition is not vague, it is wholly inconsistent with the statute it attempts to define. Finally, the majority relies strongly on both *UNETED STATES v. HERRERA*, 584 F.2d 1137, 1149 (2d Cir. 1978) and *STATE v. CARTER*, [89 Wn.2d 236](#), 570 P.2d 1218 (1977) neither of which is in point.

Defendants Zuanich, Hansen and Bohensiel were charged in Whatcom County with prostitution in violation of RCW [9A.88.030](#). Defendants Brandes, Wardell, Ross, Fecteau, O'Neill and French were charged in King County with promoting prostitution in the second degree in violation of RCW [9A.88.080](#). Each defendant moved to dismiss the charges asserting that the new offense of prostitution contained in RCW [9A.88.030](#) (and upon which RCW [9A.88.080](#) is dependent) is unconstitutionally void for vagueness. The trial courts agreed and dismissed the charges.

The State appealed in each case. Since each appeal turns basically upon the constitutionality of RCW [9A.88.030](#), the appeals were consolidated and thereafter certified to this court by the Court of Appeals. I would affirm the several trial courts' determination that RCW [9A.88.030](#) and .080 are unconstitutionally vague. At the outset appellant State asserts defendants' lack of standing to challenge RCW [9A.88.030](#) and .080. I agree with the majority that all defendants have standing to challenge RCW [9A.88.030](#) and .080 on the grounds of impermissible vagueness. Thus, the threshold question of standing will not be discussed further.

The majority, while agreeing that defendants have standing, contends the series of dismissals has prevented us from knowing the facts in each case. Such information is totally irrelevant, however, under the vagueness challenge before us.

When it is argued that the language of a legislative proscription is impermissibly vague, either because the enactment fails to give fair notice of the kind of conduct that is unlawful or because law enforcement officials are not provided adequate standards by which to evaluate the unlawfulness of particular conduct, the factual setting out of which the case arises can be wholly irrelevant. *BELLEVUE v. MILLER*, [85 Wn.2d 539](#), 541, 536 P.2d 603 (1975). When it is asserted that an entire statute fails to specify adequately the activity that is prohibited, courts will look to the face of the enactment to determine whether any conviction based upon the proscription could be constitutionally upheld. In such cases, courts are not concerned with a defendant's awareness of the law or with the nature of a defendant's conduct.

BELLEVUE v. MILLER, SUPRA at 541. As stated in *LANZETTA v. NEW JERSEY*, 306 U.S. 451, 453, 83 L. Ed. 888, 59 S. Ct. 618 (1939):

" If on its face the challenged provision is repugnant to the due process clause, specification of details of the offense intended to be charged would not serve to validate it. It is the statute, not the accusation under it, that prescribes the rule to govern conduct and warns against transgression.

(Citations omitted.) SEE COATES v. CINCINNATI, 402 U.S. 611, 29 L. Ed. 2d 214, 91 S. Ct. 1686 (1971); WINTERS v. NEW YORK, 333 U.S. 507, 92 L. Ed. 840, 68 S. Ct. 665 (1948).

A due process challenge asserting that a criminal statute contains NO STANDARDS does not involve unconstitutional vagueness "in the sense that it requires a person to conform his conduct to an imprecise but comprehensible normative standard, but rather in the sense that NO STANDARD OF CONDUCT IS SPECIFIED AT ALL."

(Italics mine.) PARKER v. LEVY, 417 U.S. 733, 755, 41 L. Ed. 2d 439, 94 S. Ct. 2547 (1974); COATES v. CINCINNATI, SUPRA at 614. SEE BELLEVUE v. MILLER, SUPRA at 540-42. RCW [9A.88.030](#) and .080 are challenged as impermissibly vague in the sense that THEY SPECIFY NO STANDARD OF CONDUCT AND PROVIDE NO ADEQUATE NOTICE OF THAT WHICH IS PROSCRIBED. PARKER v. LEVY, SUPRA at 755; COATES v. CINCINNATI, SUPRA at 614. The initial question, then, is whether RCW [9A.88.030](#) and .080 lack a standard of conduct and fail to provide constitutionally required notice of proscribed acts thus rendering them impermissibly vague.

I

THE LEGISLATIVE HISTORY OF RCW [9A.88.030](#) AND .080 GIVE RISE TO VAGUENESS IN THE STATUTORY DEFINITION OF "PROSTITUTION".

As mentioned above, the majority studiously avoided the legislative history of RCW [9A.88.030](#) which gives rise to the current definition of "prostitution" as "sexual conduct with another person in return for a fee." Similarly it has brushed aside any real consideration of RCW [9A.88.080](#) which depends for its definition, and thus its validity, upon RCW [9A.88.030](#). A resolution of the constitutional issues involved, without a consideration of the statutes' background, is unfortunate in light of the peculiar setting in which the historical background leaves the challenged statutes. It is insufficient to merely compare the words of our statutes with those of New York. The legislative background of RCW [9A.88.030](#) and .080 places them in a unique setting not reflected by a word for word comparison.

Defendants Zuanich, Hansen and Bohensiel were charged with prostitution under RCW [9A.88.030](#)(1):

" A person is guilty of PROSTITUTION if such person engages or agrees or offers to engage in SEXUAL CONDUCT with another person in return for a fee.

(Italics mine.) Laws of 1975, 1st Ex. Sess., ch. 260, [9A.88.030](#). Defendants Brandes, Wardell, Ross, Fecteau, O'Neill and French were charged with promoting prostitution under RCW [9A.88.010](#)(1):

" A person is guilty of promoting prostitution in the second degree if he knowingly:

(a) Profits from PROSTITUTION;

(b) Advances PROSTITUTION.

(Italics mine.) Laws of 1975, 1st Ex. Sess., ch. 260, [9A.88.080](#). The terms "advances prostitution" and "profits from prostitution" are further defined in RCW [9A.88.060](#). «1» However, the offense of "promoting prostitution" charged under RCW [9A.88.080](#) necessarily involves conduct constituting "prostitution" under RCW [9A.88.030](#). Thus, if the offense of prostitution is impermissibly vague, the offense of promoting prostitution is equally vague. Consequently, it is necessary for one to direct his inquiry to the offense of prostitution under RCW [9A.88.030](#).

«1» "[9A.88.060](#) Promoting prostitution- Definitions. The following definitions are applicable in RCW [9A.88.070](#) through [9A.88.090](#): "(1) 'Advances prostitution.' A person 'advances PROSTITUTION' if, acting other than as a PROSTITUTE or as a customer thereof, he causes or aids a person to commit or engage in prostitution, procures or solicits customers for PROSTITUTION, provides persons or premises for PROSTITUTION purposes, operates or assists in the operation of a house of PROSTITUTION or a PROSTITUTION enterprise, or engages in any other conduct designed to institute, aid, or facilitate an act or enterprise of PROSTITUTION. "(2) 'Profits from prostitution.' A person 'profits from PROSTITUTION' if, acting other than as a PROSTITUTE receiving compensation for personally rendered PROSTITUTION services, he accepts or receives money or other property pursuant to an agreement or understanding with any person whereby he participates or is to participate in the proceeds of PROSTITUTION activity. [1975 1st ex.s. c. 260-[9A.88.060](#).]" (Italics mine.)

The question of whether RCW [9A.88.030](#) is unconstitutionally vague requires an examination of the history of the offense of prostitution. Prior to the enactment of RCW [9A.88.030](#) in 1975, IT WAS NOT A CRIME TO BE A "PROSTITUTE." Rather, all criminal penalties attendant upon the vice of prostitution were aimed at those persons who were responsible for placing one in a house of prostitution or at those who profited therefrom. SEE, E.G., Laws of 1909, ch. 249, 188; Laws of 1927, ch. 186, 1; Laws of 1973, 1st Ex. Sess., ch. 154, 127. Moreover, prior to 1973, even these statutory penalties applied only if the person convicted was responsible for placing

FEMALES in a house of prostitution or profited therefrom. SEE Laws of 1909, ch. 249, 188; Laws of 1927, ch. 186, 1.

Prior to 1975 it was a crime to accept the earnings of a "common prostitute." Although the term "common prostitute" was never defined by the legislature, this court interpreted the term to mean a WOMAN who offered her body for indiscriminate SEXUAL INTERCOURSE with more than one man. STATE v. CHEMERES, [20 Wn.2d 712](#), 147 P.2d 815, 150 P.2d 1012 (1944); STATE v. THUNA, 59 Wash. 689, 109 P. 331, 111 P. 768 (1910). SEE STATE v. EMERSON, [10 Wn. App. 235](#), 517 P.2d 245 (1973). Under our interpretation, the female need not have received a fee for such intercourse to be a "common prostitute." STATE v. THUNA, SUPRA; STATE v. EMERSON, SUPRA. Also clear from our interpretation was the fact that the conduct of the prostitute warranting conviction of the "procurer" or "pimp" was limited to heterosexual intercourse.

In 1973, the legislature FOR THE FIRST TIME specified the conduct of the prostitute which was required to sustain a conviction of the PROCURER OR PIMP. STILL PROSTITUTION ITSELF WAS NOT MADE A CRIME. Laws of 1973, 1st Ex. Sess., ch. 154, 124 (RCW [9.79.030](#)) provided:

"The word prostitution as used in this chapter and title means any sexual conduct engaged in for a fee or agreed or offered to be engaged in for a fee between persons not married to each other. Sexual conduct means either or both sexual intercourse or any conduct involving the sex organs of one person and the mouth or anus of another.

The CONDUCT considered to be prostitution also was extended beyond HETEROSEXUAL intercourse for the first time to include other conduct involving the sex organs of one person and the mouth and anus of another. Further, as defined in the 1973 act, prostitution involved sexual conduct wherein a fee was expected or received. The 1973 definition clearly altered this court's common-law interpretation which had limited the CONDUCT, that would support conviction of a procurer or pimp, solely to sexual intercourse by the prostitute regardless of whether a fee was expected or received.

In 1975, the legislature repealed BOTH ITS 1973 DEFINITION OF PROSTITUTION AND ALL FORMER CRIMINAL PENALTIES APPLICABLE TO PERSONS RESPONSIBLE FOR PLACING ONE IN A HOUSE OF PROSTITUTION OR APPLICABLE TO THOSE WHO

PROFITED FROM SUCH PROSTITUTION. Laws of 1975, 1st Ex. Sess., ch. 14, 10(3); Laws of 1975, 1st Ex. Sess., ch. 260, 9A.92(205).

Thereafter, the legislature enacted the new offense of prostitution at issue here. Laws of 1975, 1st Ex. sess., ch. 260, 9A.88.030 .050. The code now provides:

RCW [9A.88.030](#)(1):

" A person is guilty of PROSTITUTION if such person engages or agrees or offers to engage in SEXUAL CONDUCT with another person in return for a fee.

RCW [9A.88.050](#):

" In any prosecution for prostitution, the sex of the two parties or prospective parties to the SEXUAL CONDUCT engaged in, contemplated, or solicited is immaterial, and it is no defense that:

- (1) Such persons were of the same sex; or
- (2) The person who received, agreed to receive, or solicited a fee was a male and the person who paid or agreed or offered to pay such fee was female.

(Italics mine.)

The 1975 legislation makes it clear that the sex of the participants involved in "sexual conduct" is irrelevant. Contrary to both our former common-law interpretation and the 1973 legislative definition, prostitution now may involve conduct between persons of the same sex, I.E., homosexual prostitution. Expected or actual receipt of a fee for such sexual conduct is also an element of the offense.

Defendants' complaint is that uncertainty of constitutional dimensions arises from the type of CONDUCT now proscribed. The mere term "sexual conduct" is said to be too indefinite to provide fair notice of the conduct intended to be prohibited. Thus, they assert, the trial courts correctly determined that RCW [9A.88.030](#) and .080 are unconstitutionally void for vagueness.

The requirement that criminal legislation must use definite language is premised upon two considerations. First, the statute must provide FAIR NOTICE, measured by common practice and understanding, of that conduct which is prohibited, so that persons of reasonable understanding are not required to guess at the meaning of the enactment. STATE v. CARTER, SUPRA at 240; BELLEVUE v. MILLER, SUPRA at 542-44; BLONDHEIM v. STATE, [84 Wn.2d 874](#), 878, 529 P.2d 1096 (1975). Second, the statute must contain ASCERTAINABLE STANDARDS FOR ADJUDICATION so that police, prosecuting attorneys, judges, and juries are not free to decide

what is and what is not prohibited based upon their own personal predilections and the facts in each particular case. STATE v. CARTER, SUPRA at 240; BELLEVUE v. MILLER, SUPRA at 542-44; BLONDHEIM v. STATE, SUPRA at 878. SEE GRANT COUNTY v. BOHNE, [89 Wn.2d 953](#), 577 P.2d 138 (1978).

If "sexual conduct" is viewed in a vacuum, the array of possible conduct intended to be proscribed is vast. However, even in the context of the 1975 prostitution statute, the possible activities proscribed are many. Whether the term "sexual conduct" provides fair notice of which conduct is forbidden is what must now be determined.

Prior to the 1973 legislative specific definition of "sexual conduct," this court assumed that the prostitute's conduct referred exclusively to HETEROSEXUAL INTERCOURSE. Our limited interpretation was rejected by the legislature in 1973, when the conduct constituting prostitution was expanded to include both HETEROSEXUAL AND HOMOSEXUAL INTERCOURSE and other sexual conduct involving the mouth or anus. However, the 1973 legislative definition was repealed by the 1975 legislature. At this time the legislature again defined prostitution by reference to "sexual conduct" but did not specify just what conduct was proscribed. Understandably, some uncertainty might arise over the meaning attributable to "sexual conduct" when considered in light of this court's earlier view and the legislature's differing view of the matter. This is particularly true since both heterosexual and homosexual conduct may now give rise to a charge of prostitution if engaged in with another person for a fee.

The uncertainty arising from judicial and legislative changes in the precise CONDUCT constituting prostitution is further compounded by uncertainty of the prosecuting attorneys herein. Even THEY could not agree on just what conduct is proscribed. The King County prosecuting attorney suggested the following conduct is included within the phrase "sexual conduct": (1) acts of homosexual or heterosexual intercourse, oral sex, and masturbation; or (2) conduct proscribed by the 1973 legislative definition (although obviously repealed). The King County prosecuting attorney's brief also asserts that common sense indicates the following, somewhat obtuse, behavior is "sexual conduct": "sex", "straight lay", "screw", "blow job", "acts of prostitution", or "disposal of rubber". The Whatcom County prosecuting attorney goes further and in addition to masturbation, oral sex and sexual intercourse suggests that four types of conduct may be included within the definition of "sexual conduct": (1) behavior involving the contact by one person done for the purpose of gratifying the sexual desire of either party; «2» (2)

any touching of the sexual or other intimate parts of a person done for the purpose of gratifying sexual desire of either party; «3» (3) masturbation, homosexuality, sexual intercourse or physical contact of the person's clothed or unclothed genitals, pubic areas, buttocks, or, if the person be female, the breasts; or (4) ultimate sex acts, normal or perverted, actual or simulated, or which involve acts of masturbation, fellatio, cunnilingus, lewd exhibition of the genitals and sexual relations between humans and animals. «4»

VI

ASSUMING THE MAJORITY'S DEFINITION IS NOT VAGUE IT IS WHOLLY INCONSISTENT WITH THE STATUTE IT ATTEMPTS TO DEFINE. As indicated above, the legislature defined "prostitution" as "sexual conduct with another PERSON in return for a fee." The majority has further refined the legislative definition to mean "HETEROSEXUAL genital intercourse." The definition chosen by the majority is totally at odds with the criminal code, with RCW [9A.88.030](#) and with RCW [9A.88.050](#). The key word used by the majority is "heterosexual" which WEBSTER defines as "sexual relationships between individuals of opposite sexes . . . opposed to HOMOSEXUAL".

The history of the criminal code reveals that in light of Const. art. 31, the Equal Rights Amendment, the legislature undertook massive corrective changes to ensure that the law applied with equal force to all persons without regard to sex. Laws of 1973, 1st Ex. Sess., ch. 154. The definition of "prostitution" was no exception. No longer was it an act committed only between males and females, as we interpreted it earlier in STATE v. CHEMERES, [20 Wn.2d 712](#), 147 P.2d 815, 150 P.2d 1012 (1944); STATE v. THUNA, 59 Wash. 689, 109 P. 331, 111 P. 768 (1910); SEE ALSO STATE v. EMERSON, [10 Wn. App. 235](#), 517 P.2d 245 (1973). For the first time the crime of prostitution was extended beyond heterosexual intercourse (a limit applied by judicial interpretation) to include homosexual acts as well. This was accomplished by amending the law to have it apply to PERSONS rather than to acts between males and females. Laws of 1973, 1st Ex. Sess., ch. 154, 124. This important change was carried forward into the 1975 amendment of the criminal code by

RCW [9A.88.030](#)(1) which provides:

" A person is guilty of prostitution if such PERSON engages or agrees or offers to engage in sexual conduct with another PERSON in return for a fee. (Italics mine.) Further, RCW [9A.88.050](#) eliminates any thought that "prostitution" now involves only heterosexual activity. It provides specifically:

" In any prosecution for prostitution, THE SEX OF THE TWO PARTIES . . . to the sexual conduct engaged in . . . IS IMMATERIAL, and IT IS NO DEFENSE that:

(1) SUCH PERSONS WERE OF THE SAME SEX; or

(2) The person who received . . . A FEE WAS A MALE AND THE PERSON WHO PAID . . . SUCH FEE WAS FEMALE.

(Italics mine.) Consequently, today "prostitution", as defined by RCW [9A.88.030](#) and .050 involves proscribed acts between PERSONS WITHOUT REGARD TO SEX.

The definition used by the majority (heterosexual genital intercourse) is not only vague, it is completely at odds with RCW [9A.88.030](#) and .050 both of which encompass not only heterosexual acts but the homosexual aspect of prostitution as well. Further, the attempted judicial definition does not comply with the legislature's adaptation of the questioned statutes to Const. art. 31. Such an abortive attempt at judicial definition cannot be permitted to stand, even by inference.

CARTER also has language, which in the abstract, appears to lend support to the majority. However, CARTER was decided PRIOR to the 1975 legislative enactment which gives rise to the current question. A portion of the case quoted by the majority provides its own differentiation between CARTER and the instant case: "The words 'in any house of prostitution,' PLUS THE CHAPTER AND SECTION HEADINGS . . . certainly provide a person of reasonable intelligence and understanding with notice immoral purposes meant sexually immoral purpose involving acts of prostitution." As pointed out above, not only does CARTER deal with a repealed statute no longer applicable but RCW [9A.04.010](#)(5) now specifically forbids the CARTER method of statutory construction, I.E., the use of chapter and section headings for the

purpose of statutory construction. Consequently, neither the statute nor the means of construction alluded to in CARTER is applicable to this case.



ภาคผนวกที่ 2

คดี STATE v. CARTER

จาก website <http://www.mrsc.org/mc/courts/supreme/089wn2d/089wn2d0236.htm>

89 Wn.2d 236, STATE v. CARTER

CITE: 89 Wn.2d 236, 570 P.2d 1218

STATE v. CARTER

CAUSE NUMBER: 44737

FILE DATE: November 3, 1977

CASE TITLE: The State of Washington, Respondent, v. Leonard

Lee Carter, Appellant.

[1] Criminal Law - Statutes - Vagueness - In General. Due process requires that criminal statutes be sufficiently specific so as to give fair notice of the conduct proscribed so that persons of reasonable understanding are not required to guess at their meaning, and to provide ascertainable standards for enforcement by the police and courts.

[2] Prostitution - Procuring - Statutory Provisions - Vagueness. The provisions of RCW [9.79.060\(3\)](#), which proscribed the procuring of any person for placement in a house of prostitution "for immoral purposes," were not unconstitutionally vague.

[3] Prostitution - Procuring - Statutory Provisions - Protected Speech. Constitutionally protected speech does not include that involved in attempting to procure another for engagement in acts of prostitution as proscribed by former RCW [9.79.060\(3\)](#).

[4] Prostitution - Procuring - Compensation - Effect. Former RCW [9.79.060\(3\)](#) prohibited not only the giving of compensation for procuring a prostitute but also the procuring of a prostitute through the offer of some compensation regardless of how such compensation was to be received.

[5] Criminal Law - Statutes - Construction - Penal Statutes. Strict construction of penal statutes does not require a forced, narrow, or overstrict construction which defeats the intent of the legislature.

[6] Prostitution - Procuring - Completed Act - Necessity. Former RCW [9.79.060\(3\)](#), which proscribed the procuring of a person for immoral purposes, required an agreement to procure or be procured, but did not require an actual procurement.

[7] Criminal Law - Evidence - Other Offenses - Prior Convictions - Discretion of Court. A trial court does not have discretion to prevent the admission of evidence of a defendant's valid prior convictions when offered for purposes of impeachment under RCW [10.52.030](#).

[8] Criminal Law - Evidence - Other Offenses - Prior Convictions - Invalidity - Burden of Proof. An attempt to prevent the admission of a defendant's prior conviction on grounds of invalidity requires more than a mere motion to that effect. The burden of showing invalidity, for whatever reason, rests on the defendant.

NAMES OF CONCURRING OR DISSENTING JUDGES: Hicks, J., did not participate in the disposition of this case.

NATURE OF ACTION: One of two defendants charged with procuring for prostitution under former RCW [9.79.060](#)(3) challenged the constitutionality and the trial court's interpretation of the statute.

Superior Court: The Superior Court for King County, No. 74892, Herbert M. Stephens, J., entered judgments of guilty on March 29, 1976.

Supreme Court: The court finds that the former statute was constitutionally sound and that the trial court's interpretation was correct. The judgment is AFFIRMED.

COUNSEL: JOHN G. ZIEGLER, for appellant.

CHRISTOPHER T. BAYLEY, PROSECUTING ATTORNEY, RONALD H. CLARK, SENIOR DEPUTY, and ELSA R. DURHAM, DEPUTY, for respondent.

RICHARD HANSEN on behalf of Seattle-King County Public Defender, RICHARD EMERY on behalf of Institutional Legal Services, ROBERT E. SCHILLBERG, PROSECUTING ATTORNEY FOR SNOHOMISH COUNTY, and DAVID G. METCALF, DEPUTY, amici curiae.

AUTHOR OF MAJORITY OPINION: Hamilton, J.-

MAJORITY OPINION: Appellant, Leonard Carter, was convicted by a jury of the crime of pimping under former RCW [9.79.060](#)(3). «1» His main contention on appeal concerns the constitutionality and interpretation of RCW [9.79.060](#)(3). Appellant also asserts the trial court erred in ruling that under RCW [10.52.030](#), «2» the court lacked discretion to prohibit the prosecutor from introducing evidence of appellant's prior conviction for "soliciting a minor for immoral purposes" for impeachment purposes. We affirm the judgment and sentence.

«1» RCW [9.79.060](#) provided in pertinent part:

"Every person who-

"...

"(3) Shall give, offer, or promise any compensation, gratuity or reward, to procure any person for the purpose of placing such person for immoral purposes in any house of prostitution, or elsewhere;...

"...

"Shall be punished by imprisonment in the state penitentiary for not less than one year nor more than five years."

This statute was repealed by Laws of 1975, 1st Ex. Sess., ch. 260, [9A.92.010](#)(205), p. 866. The current statutes defining pimping as a crime are found in RCW [9A.88.060](#)-.090.

«2» "Every person convicted of a crime shall be a competent witness in any civil or criminal proceeding, but his conviction may be proved for the purpose of affecting the weight of his testimony, either by the record thereof, or a copy of such record duly authenticated by the legal custodian thereof, or by other competent evidence, or by his cross-examination, upon which he shall answer any proper question relevant to that inquiry, and the party cross-examining shall not be concluded by his answer thereto." RCW [10.52.030](#).

«3» Myra Boyd is not the true name of the decoy.

The main witness for the prosecution was a Seattle Police Department decoy prostitute, one Myra Boyd. «3» She testified that as she was walking around the area of 6th and Union in Seattle, she was approached by appellant Carter and one Michael Campbell, and that Carter asked her if she had a "man" for security, which Ms. Boyd took to mean whether she had a pimp. About this time, Campbell left, and Carter then told her he would furnish her security, a bail bondsman, a corner on which to work, and good customers in return for one-half of her earnings. Carter wanted to take Ms. Boyd to a nearby tavern for a further discussion on the matter. Instead, Ms. Boyd asked him to meet her in her hotel room where, unbeknownst to Carter, several members of the Seattle Police Department vice unit were stationed. Mr. Carter never showed up and, after waiting approximately 20 minutes, Ms. Boyd went back onto the street.

On her way out of the hotel, she ran into Carter and Campbell and told them she was not playing games. The three of them then proceeded to the hotel lobby to discuss their proposed

arrangement. Although Ms. Boyd testified that Campbell was not present for the entire conversation in the lobby, she did state on the witness stand that both men offered her security, a bail bondsman, and good customers in return for her sharing one-half of her earnings with them. She then asked them to accompany her to her hotel room where the two men were placed under arrest by members of the vice unit. Carter and Campbell were tried jointly and made several motions both prior to trial and after the State had rested its case. Prior to trial they moved for dismissal of the charges on the basis that RCW [9.79.060\(3\)](#) was unconstitutionally vague and overbroad. This motion was denied. Also prior to trial, both Carter and Campbell made motions in limine requesting the court to restrain the prosecutor from cross-examining them regarding their prior convictions. Upon learning that the statute under which Mr. Campbell was convicted was later held unconstitutional, the prosecutor stated she would not cross-examine Campbell regarding his prior conviction. The trial court denied Carter's motion in limine. After the State rested, both Carter and Campbell moved for dismissal of the charges on the grounds the State had not proven all of the necessary elements of the crime under RCW [9.79.060\(3\)](#). These motions were also denied by the court. Campbell then testified he never made any offers to Ms. Boyd. He further testified that he merely told her he would be her man only if she wanted him to be her man and that his statement to Ms. Boyd was made in response to her asking him if he wanted to be her man. Carter did not take the stand. The jury returned a verdict acquitting Campbell and finding Carter guilty as charged.

[1] Appellant alleges the words "immoral purposes" found in RCW [9.79.060\(3\)](#) did not sufficiently define the conduct sought to be proscribed as criminal and thus RCW [9.79.060\(3\)](#) must be declared unconstitutionally vague. The requirement that criminal legislation be definite in language is premised on two considerations. First, the statute must provide fair notice, measured by common practice and understanding, of that conduct which is prohibited, so that persons of reasonable understanding are not required to guess at the meaning of the enactment. Second, the statute must contain ascertainable standards for adjudication so that police, judges, and juries are not free to decide what is prohibited and what is not, depending on the facts in each particular case. *BELLEVUE v. MILLER*, [85 Wn.2d 539](#), 536 P.2d 603 (1975); *BLONDHEIM v. STATE*, [84 Wn.2d 874](#), 529 P.2d 1096 (1975).

[2] We might not hesitate to agree with appellant that the words "immoral purposes" found in RCW [9.79.060\(3\)](#) were too vague under constitutional standards were we looking at these words

in a vacuum. However, we agree with the trial court that in the context of RCW [9.79.060\(3\)](#), these words clearly provided persons of common intelligence and understanding with fair notice and ascertainable standards of the conduct sought to be prohibited. RCW [9.79](#) was entitled "Sex Crimes" and RCW [9.79.060](#) was entitled "Placing persons in house of prostitution- Pimping." Further, RCW [9.79.060\(3\)](#) made it a crime to "offer . . . any compensation . . . to procure any person for the purpose of placing such person for immoral purposes IN ANY HOUSE OF PROSTITUTION, or elsewhere . . ." (Italics ours.) The words "in any house of prostitution," plus the chapter and section headings of RCW [9.79.060](#) certainly provided a person of reasonable intelligence and understanding with notice that immoral purposes meant sexually immoral purposes involving acts of prostitution. We fail to see how appellant was denied due process under the vagueness doctrine.

«4» U.S. Const. amend. 1.

[3] Related to his argument on vagueness, appellant asserts RCW [9.79.060\(3\)](#) was overly broad in that it proscribed conduct protected by the First Amendment. «4» As discussed in *BLONDHEIM v. STATE, SUPRA*, the "overbreadth" doctrine, though related to the "vagueness" doctrine, involves questions of substantive due process. The "overbreadth" doctrine goes to the question of whether a statute not only prohibits unprotected behavior, but also prohibits constitutionally protected activity as well. Although appellant argues RCW [9.79.060\(3\)](#) might have prohibited certain speech protected by the First Amendment, we fail to see how speech directed towards persuading someone to enter into an illegal arrangement, I.E., procuring a person for sexually immoral acts involving prostitution, involves constitutionally protected speech. Appellant's argument on the "overbreadth" doctrine is not well taken.

Appellant next asserts the trial court erred in denying his motion to dismiss after the State had rested, because the State did not prove all the necessary elements of the crime. Initially, he contends that RCW [9.79.060\(3\)](#) was not directed against a procurer of females, rather, it was directed against the person who offers to reward the procurer. Under appellant's interpretation of the statute, RCW [9.79.060\(3\)](#) required the State to prove he offered compensation to Myra Boyd for the purpose of persuading her to procure persons for immoral purposes in a house of prostitution. He argues that because he was the procurer and not the person rewarding the procurer, the State charged him under the wrong statute.

[4] Appellant reads RCW [9.79.060\(3\)](#) too narrowly. The statute did not say that the gratuity, reward, or compensation must be given, offered, or promised to the procurer (I.E., the appellant). It merely prohibited any person from offering compensation to procure a person for immoral purposes in a house of prostitution or elsewhere. The statute was broadly written to prohibit the acts of both the procurer and the person who rewards the procurer. SEE STATE v. BASDEN, [31 Wn.2d 63](#), 196 P.2d 308 (1948).

Appellant also contends the State did not prove a completed crime under RCW [9.79.060\(3\)](#) because the State made no showing that appellant actually procured Myra Boyd. Using the rule of strict construction of criminal statutes, he argues we must interpret the words "to procure" in RCW [9.79.060\(3\)](#) as having meant the State must prove a completed procurement. In support of his argument that RCW [9.79.060\(3\)](#) required an actual procurement, appellant points to other subsections in RCW [9.79.060](#) which required an actual result. In particular, appellant directs our attention to STATE v. BASDEN, SUPRA, where this court held that subsection (1) of RCW [9.79.060](#) (then Rem. Rev. Stat. 2440) «5» required the affirmative proof the defendant placed the female in a house of prostitution.

«5» "Every person who-

"(1) Shall place a female in the charge or custody of another person for immoral purposes, or in a house of prostitution, with intent that she shall live a life of prostitution, or who shall compel any female to reside with him or with any other person for immoral purposes, or for the purpose of prostitution, or shall compel any such female to reside in a house of prostitution or to live a life of prostitution; . . ."

This section, as RCW [9.79.060\(3\)](#), has been repealed by Laws of 1975, 1st Ex. Sess., ch. 260.

[5] We do not agree that the rule of strict construction of criminal statutes compels us to find that RCW [9.79.060\(3\)](#) required an actual procurement. Penal statutes are strictly construed so that only that conduct which is clearly and manifestly within the statutory terms is subject to punitive sanctions. Strict construction does not mean that a forced, narrow or overstrict construction should be applied to defeat the intent of the legislature. STATE v. RINKES, [49 Wn.2d 664](#), 306 P.2d 205 (1957). Simply because other subsections in RCW [9.79.060](#) required an actual result does not mean subsection (3) must be interpreted as having required a completed procurement. Other subsections of RCW [9.79.060](#), in rather clear language, required an actual result. For example, RCW [9.79.060\(1\)](#) was directed against persons who "place a female or male . . . in a

house of prostitution . . ." The verb "place" certainly required proof that an actual placement occurred. *STATE v. BASDEN, SUPRA*. Subsection (3) contained no such requirement. It did not state that a person who "procures another and places the latter in a house of prostitution" has committed a criminal act. Actual procurement of the person was not made a necessary element of the crime.

[6] Respondent, on the other hand, contends the words "to procure" only required the State to prove the offer of compensation was accompanied by an intent to procure. We cannot agree. This contention gives subsection (3) an expansive coverage so that even an attempt to be a pimp would have been criminal under subsection (3). Strictly interpreting this subsection, more than an attempt was needed. There must have been some agreement to procure or be procured, I.E., some acceptance of the offer to provide compensation. Appellant's conduct here, as testified to by Myra Boyd, did come within the purview of subsection (3). The crime was completed when Ms. Boyd agreed to the offer for the purpose of making the arrest. At the point her objective manifestation of assent was communicated to appellant, an agreement was completed sufficient to come under the terms of the statute. The trial court correctly denied appellant's motion to dismiss at the end of the State's case-in-chief.

[7] Appellant also contends his conviction must be reversed because the trial court erred in denying his motion in limine to restrain the prosecutor from cross-examining him regarding his prior conviction for "soliciting a minor for immoral purposes". He argues that this ruling prejudiced his right to a fair trial, because it kept him from testifying on his own behalf. His contention the trial court erred is two-pronged. First, he argues the court erred in ruling it lacked discretion under RCW [10.52.030](#) to exclude evidence of his prior conviction and in ruling that RCW [10.52.030](#) as so interpreted is constitutional. This argument was fully discussed and decided in *STATE v. RUZICKA*, [89 Wn.2d 217](#), 570 P.2d 1208 (1977), and need not be repeated here. Suffice it to say we interpret RCW [10.52.030](#) as not giving the trial court discretion to exclude evidence of a defendant's prior convictions when introduced for impeachment purposes, and as so interpreted, we find the statute does not violate the constitutional rights of the defendant.

«6» "Every person who solicits, entices or otherwise communicates with a child under the age of eighteen years for immoral purposes shall be guilty of a gross misdemeanor." RCW [9.79.130](#).

This statute was repealed by Laws of 1975, 1st Ex. Sess., ch. 260, 9A.92.010(212), p. 866.

[8] Appellant also argues the court erred in not excluding evidence of his prior conviction on the ground the statute under which he was previously convicted was clearly unconstitutional. The trial court denied his motion on the ground appellant had not overcome the basic presumption that all statutes are constitutional until proven differently beyond a reasonable doubt. SEE STATE v. DIXON, [78 Wn.2d 796](#), 479 P.2d 931 (1971). We agree. On the record before us, it is impossible to determine whether appellant was convicted under RCW [9.79.130](#), «6» under a city or county ordinance, or even under an out-of-state statute. Further, once appellant made his motion, he made no attempt by affidavit or otherwise to relate the facts under which he was convicted or to direct the court's attention to the court file where the facts leading up to his arrest and conviction may have been found. We do not even know whether appellant was convicted by a judge or jury and, if by jury, what instructions were given to the jury. Finally, there was no showing by appellant whether his conviction was on a plea of guilty or not guilty and, if on a plea of not guilty, whether any appeal followed his conviction. Based on the record before the trial court and before us, we cannot say the trial court erred in denying appellant's motion in limine. SEE, E.G., STATE v. GALLAGHER, [46 Wn.2d 570](#), 283 P.2d 140 (1955).

The judgment and sentence of the trial court is affirmed.

CONCURRING JUDGES: Wright, C.J., Rosellini, Stafford, Utter, Brachtenbach, Horowitz, and Dolliver, JJ., and Henry, J. Pro Tem., concur.

ภาคผนวกที่ 3

คดี THE STATE OF WASHINGTON, Respondent, v. GEORGE CHEMERES

จาก website <http://www.mrsc.org/mc/courts/supreme/020wn2d/020wn2d0712.htm>

20 Wn.2d 712, THE STATE OF WASHINGTON, Respondent, v. GEORGE CHEMERES, Appellant

[No. 29266. Department One. Supreme Court June 2, 1944.]

THE STATE OF WASHINGTON, Respondent, v. GEORGE CHEMERES, Appellant.«1»

[1] PROSTITUTION - LIVING WITH PROSTITUTE - EVIDENCE - QUESTION FOR JURY.

In a prosecution for living with a common prostitute, evidence reviewed and held to make a question for the jury as to whether the accused and the woman named in the information had lived together as charged therein.

[2] EVIDENCE - OPINION EVIDENCE - IMPRESSIONS FROM COLLECTIVE FACTS. As a general rule, a witness when testifying as to something that does not involve special knowledge or skill must state facts, and not his opinion or conclusion; however, to this rule there are exceptions permitting a nonexpert witness to give to the jury his opinion or conclusion, which exceptions apply in cases where, from the nature of the subject in issue, it is practically impossible for a witness to detail all the pertinent facts of an occurrence in issue in such manner as to enable the jury to form a conclusion without the opinion of a witness.

[3] PROSTITUTION - LIVING WITH PROSTITUTE - EVIDENCE - ADMISSIBILITY - OPINION OF WITNESS. In a prosecution for living with a common prostitute, it was error to permit a police officer to give as his opinion that the woman referred to was a common prostitute.

[4] SAME. It is proof of the course of conduct that establishes the status of a woman as a common prostitute, and such status is not proved by the opinion or conclusion of a witness.

[5] SAME - LIVING WITH PROSTITUTE - EVIDENCE TO ESTABLISH. The crime of living with a common prostitute is made up of two essential elements, (1) living with a woman on or about the time charged, and (2) that she was then a common prostitute; and in a prosecution for such crime the proof must be reasonably specific with reference to the period of time which forms a part of the basis of the crime.

[6] SAME - EVIDENCE - ADMISSIBILITY - HEARSAY. In a prosecution for living with a common prostitute, the testimony of an investigator that the woman referred to had told him that she was a common prostitute, was hearsay as to the accused and should not have been received.

Appeal from a judgment of the superior court for King county, Findley, J., entered January 4, 1944, upon a trial

«1» Reported in 147 P. (2d) 815.

[2] See 1 Am. Jur. 701.

June 1944] STATE v. CHEMERES. 713

and conviction of living with a common prostitute. Reversed.

Henry Clay Agnew, for appellant.

Lloyd Shorett and Wm. R. Bell, for respondent.

GRADY, J. -

The appellant, George Chemeres, was tried before a jury and found guilty of the offense of living with a common prostitute in violation of Rem. Rev. Stat., § 2440 [P. C. § 9112] (5), and, from the judgment entered on the verdict, he has taken this appeal.

The appellant contends that the evidence was not sufficient to establish the fact that he had lived with one Lydia Meiers on or about the second day of November, 1942, and that no competent evidence was introduced by the state that she was then a common prostitute.

[1] There is evidence in the record from which the jury, by its verdict, must have concluded that the appellant and Lydia Meiers occupied a room, or apartment, in a certain hotel in the city of Seattle from November 2, 1942, until about June 30, 1943, and went by the name of, and were known to the management and employees of the hotel as, Mr. and Mrs. J. Duncan. The evidence upon which these ultimate facts are based is that the records kept by the hotel in the ordinary course of its business show that a room was assigned to them and that they both occupied it. Each of them made payments from time to time of the rental charge, for which receipts were issued and delivered. Upon leaving the hotel, one or the other would leave the key to the room at the hotel desk, and, as he or she returned, would call for it there. Telephone calls came in for the room number, and at times the one calling would ask for Mrs. Duncan. Some of the evidence was direct and some circumstantial, but, taken together, it made a question for the jury as to whether they had lived together as charged in the information.

In order to prove that Lydia Meiers was a common prostitute at the time it is alleged the appellant lived with her, the state called two witnesses, one a police officer and the

714 STATE v. CHEMERES. [20 Wn. (2d)

other an investigator for the office of the prosecuting attorney. The officer and the investigator, over timely and proper objections, testified as follows:

The police officer: "Q. Are you acquainted with a Lydia Meier[s]; do you know who she is? A. I do. Q. Do you know whether or not she is a common prostitute? . . . A. She is a common prostitute."

The investigator: "Q. Mr. Hughes, do you know who Lydia Meier[s] is? A. Yes, sir. Q. Have you ever talked to her? A. Yes, sir. Q. Do you know what her occupation is? A. What she told me. Q. What did she tell you? . A. She told me she was a common prostitute."

In each case a motion was made to strike the testimony, which was denied.

The police officer was not interrogated as to the source of his knowledge, nor did he relate any facts upon which he based his opinion or conclusion. The contention of the appellant is that the testimony of the witness was objectionable from a two-fold standpoint: (a) That it was merely his opinion or conclusion, and (b) it no more than established the fact that the person referred to was then a common prostitute, which was on October 25, 1943, while the time charged in the information was on or about November 2, 1942.

[2] (a) The general rule for which citation of authority is not necessary is that, when testifying as to something that does not involve special knowledge or skill, a witness must state facts, and not his opinion or conclusion. To this rule there are exceptions permitting a nonexpert witness to give to the jury his opinion or conclusion. A very clear statement is found in 3 Jones Commentaries on Evidence (2d ed.), p. 2298, § 1248, as follows:

"As shown in the sections next preceding, the rule excluding testimony of nonexpert witnesses to their conclusions or opinions regarding the facts in issue is broad and of general application. Such rule, however, yields to necessity where its application would wholly prevent or seriously impair the ascertainment of truth.

"It often happens that it is practically impossible for a witness to detail all the pertinent facts of an occurrence in

June 1944] STATE v. CHEMERES. 715

Is sue in such manner as to enable the jury to form a conclusion without the opinion of the witness. Indeed, the witness may not be able to separate the facts and indications from which he has formed a conclusion from the conclusion itself. In many of the illustrations hereinafter set

forth it is plain that, from the necessity of the case, the opinions of ordinary witnesses must be received. The ground upon which opinions are admitted in such cases is that, from the very nature of the subject in issue, it cannot be stated or described in such language as to enable persons not eyewitnesses to form an accurate judgment in regard to it. Of course, in all such cases, if the witness is unable to give any satisfactory basis or reasons for his opinion, the value of his testimony is impaired. Furthermore, it is to be observed that the matters as to which ordinary witnesses are allowed to give their opinions are only those of such character that they may be understood without special skill or training."

Many cases are cited in support of the text, including *Sears v. Seattle Consolidated Street R. Co.*, 6 Wash. 227, 33 Pac. 389, 1081. In 20 Am. Jur. 640, § 769, appears the following:

"Formulated rules governing the admission and competency of evidence should usually be followed; but when a rigid adherence to them would be subversive of the ends for which they were adopted, they should no longer be rigidly adhered to. Accordingly, while opinion evidence is, as a general rule, inadmissible, the testimony of a witness is not to be always excluded merely because it is a statement of such opinion or conclusion. From very necessity testimony must occasionally be compounded of fact and opinion, so that exceptions and limitations upon the general rule that witnesses must testify to facts, and not opinions, have been found to be necessary to the due administration of justice; for example, expert witnesses who have skill, learning, or experience in a particular science, art, or trade may give an opinion in a proper case upon a given state of facts relating thereto. Exceptions to the rule that witnesses cannot give opinions are not confined to the evidence of experts testifying upon subjects requiring special knowledge, skill, or learning. It has also been found necessary to admit a class of evidence from nonexpert witnesses, which is usually spoken of as 'opinion evidence,' where the facts as they appeared to the witness cannot clearly and adequately be reproduced, described, and detailed to the jury.

716 STATE v. CHEMERES. [20 Wn. (2d)

"It is well established that in relation to matters relevant to the issues of a case, when it is not possible or practicable to place before the jury all of the primary facts and circumstances in such way as to enable the jury to form an intelligent conclusion from them, witnesses who have had means of personal observation may state their opinions, conclusions, and impressions formed from such facts and circumstances as come under their observation. The ground upon which such

opinions are held to be admissible is that of impossibility or difficulty in reproducing the data observed by the witnesses."

[3] We think it is quite apparent that the general rule applies here rather than the exceptions, and that it was error to permit the police officer to give as his opinion that the person referred to was a common prostitute, because it does not appear that it was not possible or practicable for the state, by the witness or others, to place before the jury the primary facts and circumstances in such a way as would have enabled the jury to conclude that the woman was at the time charged a common prostitute. The law gives to a woman who carries on indiscriminate illicit sexual relations with men the designation of a common prostitute, and whether she is such at any given time depends upon her course of conduct.

[4] It is proof of the course of conduct that establishes her status as a common prostitute, and what the opinion of a witness may be or what conclusion he may draw does not prove such a status. An opinion based upon, or a conclusion drawn from, the conduct of another was not permitted in *Adams v. Georgia R. & Electric Co.*, 142 Ga. 497, 83 S. E. 131 (a very careful fellow); *Lang v. Lang*, 157 Iowa 300, 135 N. W. 604 (good boys); *Davidson v. Ryle*, 103 Tex. 209, 124 S. W. 616, 125 S. W. 881 (an honest man); *Jackson v. Folsom*, 187 Ind. 257, 118 N. E. 955 (a kind man); *McCubbins v. McCubbins*, 232 Ky. 698, 24 S. W. (2d) 573 (. . . a woman of bad character; . . . leading an immoral life).

In all the cases involving the offense charged against the appellant that have come before this court, it seems that the females concerned were either admittedly common

June 1944] STATE v. CHEMERES. 717

prostitutes or proved to be such, and the question now before us was not raised in any of them. The correct principles of the law of evidence applicable to this case are set forth and discussed in *State v. Trombley*, 132 Wash. 514, 232 Pac. 326.

In that case, p. 515, the only proof of breaking and entering a building was: "Q. Was your place burglarized? Ans. Yes." The word "burglarized" was used as indicative of some of the acts necessary to constitute burglary, and it was held that the witness gave only his opinion or conclusion, and that this was not proper. Such is the situation before us.

[5] If competent proof of the status of Lydia Meiers as a common prostitute had been furnished, it should have been with reference to the time charged in the information. The crime charged is made up of two essential elements: (1) living with a woman on or about the time charged; and (2)

that she was then a common prostitute. *State v. McGinty*, [14 Wn. \(2d\) 71](#), 126 P. (2d) 1086. The testimony of the police officer is capable of the interpretation that it related to the time he was testifying rather than as of the time referred to in the information. A woman might be a common prostitute at one time and not at another; and, in a case of this kind, the proof must be reasonably specific with reference to the period of time which forms a part of the basis of the crime charged.

[6] (b) The testimony of the investigator was hearsay as to the appellant, and should not have been received. It does not appear that the appellant was present when the admission was made. The admission was with reference to one of the essential elements of the crime charged and was made by one whose statements would not be any proof of the facts they disclosed in so far as the appellant might be affected. The time element herein referred to also exists with reference to the testimony of this witness.

The judgment is reversed, with instructions to dismiss the action.

SIMPSON, C. J., BEALS, STEINERT, and JEFFERS, JJ., concur.

ภาคผนวกที่ 4

คดี THE STATE OF WASHINGTON, Respondent, v. WILLIAM P. MCGINTY

จาก website <http://www.mrsc.org/mc/courts/supreme/014wn2d/014wn2d0071.htm>

14 Wn.2d 71, THE STATE OF WASHINGTON, Respondent, v. WILLIAM P. MCGINTY,
Appellant

[No. 28609. Department One. Supreme Court June 20, 1942.]

THE STATE OF WASHINGTON, Respondent, v. WILLIAM P.MCGINTY, Appellant.«1»

[1] PROSTITUTION - LIVING WITH PROSTITUTE - EVIDENCE - SUFFICIENCY. In a prosecution for living with a common prostitute, held that the evidence was sufficient to establish the essential elements of the crime, i. e., that the defendant, on or about the time charged, was living with a specified woman, and that she was then a common prostitute.

[2] CRIMINAL LAW - APPEAL - REVIEW - HARMLESS ERROR - ADMISSION OF EVIDENCE. In a prosecution for living with a common prostitute, error cannot be predicated upon the admission in evidence of photographs and snapshots taken from the defendant's room without a search warrant following his arrest, where they only tended to prove prior association «1» Reported in 126 P. (2d) 1086.

72 STATE v. MCGINTY.

Opinion Per DRIVER, J. [June 1942

between the defendant and the alleged prostitute, a fact which the defendant and his attorney admitted at the trial, and hence there was no prejudice to the defendant in their admission.

[3] WITNESSES - COMPETENCY - CONFIDENTIAL RELATIONS - HUSBAND AND WIFE. Rem. Rev Stat., § 1214, providing that a husband shall not be examined for or against his wife without her consent, and vice versa, does not absolutely disqualify one spouse from testifying for or against the other, but rather confers a privilege personal to the one asserting it; however, this court has definitely disapproved of the practice of calling as a witness the wife of the defendant in a criminal case for the purpose of compelling him to make an objection to her competency.

[4] SAME - CRIMINAL LAW - TRIAL - MISCONDUCT OF COUNSEL - EXAMINATION OF WIFE OF ACCUSED. In a prosecution for living with a common prostitute, it was prejudicial misconduct for the state's attorney to call as a witness the alleged prostitute, whom the defendant had married subsequent to the alleged offense, and, over objection, elicit from her

testimony as to the time and place of the marriage, and compel the defendant's attorney to object to the competency of the witness in the presence of the jury and on the specific ground that she was his wife.

Appeal from a judgment of the superior court for King county, Lawler, J., entered November 15, 1941, upon a trial and conviction of living with a common prostitute. Reversed.

John F. Garvin and J. E. Bakken, for appellant.

B. Gray Warner and Leo W. Stewart, for respondent.

DRIVER, J. -

Defendant, William P. McGinty, was charged with violation of Rem. Rev. Stat., § 2440 [P. C. § 9112], subd. (5), by an information in which it was alleged that, on or about August 5, 1941, he "unlawfully and feloniously did live with one Patricia O'Hara, the said Patricia O'Hara then and there being a common prostitute." The jury returned a verdict of guilty. The defendant's motion for a new trial was

[3] See 28 R. C. L. 478.

STATE v. MCGINTY. 73

June 1942] Opinion Per DRIVER, J.

denied, and, from the judgment and sentence entered on the verdict, he has taken this appeal.

By his assignments of error, appellant questions the sufficiency of the evidence to sustain the verdict. The material record evidence bearing on that question may be summarized as follows:

On July 28, 1941, at about 8:30 p. m., two officers of the Seattle police department arrested Patricia O'Hara in the Camp Rooms hotel. According to the testimony of these officers and a Seattle police detective, the place then had the reputation of being a house of prostitution. They found her in a large living room, or parlor, just inside the entrance door, dressed in silk pajamas, and they had to wait for her to change her clothing before they could take her to police headquarters. She was at the time away from her place of residence, which was in the Haddon Hall apartments. She had in her possession, in her pocketbook, a record showing that, about two days before, she had been examined by a physician, and that, in the words of one of the officers who made the arrest, "her health had been approved" and was in good condition "so far as any venereal disease was concerned." That, the officer further testified, was "the usual procedure, the girls have one of those."

Appellant was arrested on August 3rd in or near the Seattle police station. The next day, he was questioned by a police detective and signed the following written statement (omitting the heading and the signatures):

"I am living 123 Third Ave., the Haddon Hall Apts., Apt. 407. I am living at this address with my wife.

She is not working now. She was arrested by officer Haley in the Camp Monday night. We were married in Chicago in Nov. of 1939. We were not legally married but she is my common law wife. Her maiden name is Margaret Allen and her home is Denver, Colo.

74 STATE v. MCGINTY.

Opinion Per DRIVER, J. [June 1942

I did not turn this girl out. She was hustling in Chicago before I met her. We have been in town sixty days. We drove out in a car for the Pascal Agency.

We are living at this apt. under the name of O'Hara.

The detective testified that, in the argot of the underworld, the expression "I did not turn this girl out" means that he "did not induce the girl to enter a life of prostitution"; that the term "hustling" means practicing prostitution and the terminology is peculiarly characteristic of persons "engaged in the profession of prostitution" and those connected with it as panderers.

The hotel clerk at Haddon Hall testified that, on June 23, 1941, appellant and Patricia O'Hara came to that establishment together, rented apartment 407, and registered under the name of P. O'Hara; that appellant paid two weeks' rent in advance; that he thereafter saw them together in the place from time to time, and that they occupied the apartment continuously for "two months or so."

[1] The essential elements of the crime for which appellant was tried are (1) that, on or about the time charged, he lived with Patricia O'Hara; and (2) that she was then a common prostitute. The first element was clearly established. In fact, appellant, when he took the witness stand, freely admitted it. The evidence as to the second element, while wholly circumstantial, aside from any admissions in the written statement quoted above, we think, was sufficient also. The circumstances, as we have summarized them, are not consistent with any reasonable hypothesis of Patricia O'Hara's innocent presence in a house of prostitution. Moreover, the jury was warranted in considering such circumstances in connection with the reasonable inferences to be

drawn from appellant's statement. It reads: "She is not working now. She was arrested . . . in the Camp Monday night. . . . I did not

STATE v. MCGINTY. 75

June 1942] Opinion Per DRIVER, J.

turn this girl out. She was hustling in Chicago before I met her." (Italics ours.)

Appellant's counsel contend that the state had the burden of proving criminal intent, and that there is no evidence in the record that appellant knew Patricia O'Hara was a common prostitute while he was living with her in Seattle. Assuming, without deciding, that guilty knowledge is an essential element of the crime charged, evidence to support it was supplied by the following testimony of the police detective who had written out the statement which appellant signed:

"Q. Didn't he [appellant] tell you that if his wife had practiced prostitution that he knew nothing of it until she was arrested? A. No. Q. That he had been out of town, over in Bremerton? A. No; he knew about it. Q. And the first time - A. (interposing) He admitted that he knew it. Q. He admitted he knew it? A. He did." (Italics ours.)

[2] Appellant assigns as error the admission in evidence of certain articles taken from his room in Haddon Hall by police officers. The officers did not have a search warrant, and appellant maintains that the search violated his constitutional rights. On the other hand, the state's attorneys assert that the search followed appellant's lawful arrest and was permissible as an incident thereof.

It is not necessary for us to go into the question, since the only fruits of the search admitted in evidence were articles (photographs and kodak snapshots of appellant and Patricia O'Hara and other persons) which could not have been prejudicial to appellant. They were all quite conventional and proper, and the only thing they tended to prove was acquaintanceship and prior association between the appellant and Patricia O'Hara. That could not have been harmful to his defense, because both he and his attorney admitted at the trial

76 STATE v. MCGINTY.

Opinion Per DRIVER, J. [June 1942

that, for some time before her arrest, the appellant had been living with her in the room where the search was made.

Finally, appellant claims error in connection with the examination of his wife as a witness for the state. The deputy prosecuting attorney called her, and appellant's attorney assigned his doing so as misconduct. She was interrogated as follows:

"Q. Your name, please. A. Patricia O'Hara. Q. Are you married to Mr. McGinty here?

A. Yes; I am.

Q. When did you get married? MR. GARVIN: That is objected to as incompetent."

Then followed a colloquy between the court and counsel, in the course of which the latter approached the bench, and appellant's attorney said:

"I do not know whether Your Honor got the significance of my objection or not. It is this, that under the statute the wife is not permitted to testify against her husband. That is the reason I assigned for the misconduct of counsel, who with knowledge, knowing that she is his wife, called her as a witness.

The trial court reached the conclusion that the state was entitled to question the witness as to the time and place of the marriage, and the following ensued:

"MR. GARVIN: May it be deemed that this goes in under my objection?

THE COURT: Yes. Go ahead.

Let the record show this discussion was not within the hearing of the jury.

Q. (by Mr. Stewart) I believe, Miss O'Hara, you stated you had married Mr. McGinty, the gentleman sitting here at the table?

A. Yes.

Q. When and where was that marriage?

A. It was September 11, 1941.

Q. Where was it?

A. A Justice of the Peace.

Q. In King County; Seattle, King County?

A. Yes.

MR. STEWART: Hearing no objection, I will proceed.

MR. GARVIN: This is all going in under objection.

THE COURT: All right.

MR. STEWART: If there is privilege claimed, the privilege the law gives them, I want it claimed.

MR. GARVIN: I have already claimed it.

STATE v. McGINTY. 77

June 1942] Opinion Per DRIVER, J.

MR. STEWART: I want it claimed in open court, in the presence of the jury, if it is done.

MR. GARVIN: I object to any testimony on the part of - may it be deemed, if the Court please, and Mr. Reporter - may the record show that counsel's statement was made in the presence of the jury. I again assign that as misconduct of counsel. I ask Your Honor at this time to declare a mistrial upon the grounds heretofore urged.

THE COURT: The motion for mistrial will be denied.

MR. GARVIN: Exception, please.

THE COURT: You may have an exception.

MR. GARVIN: I object to any testimony on the part of this witness, on the ground and for the reason that under the laws of the State of Washington she is incompetent as a witness in this case.

MR. STEWART: By reason of the marriage?

MR. GARVIN: Now, I object to that further, and I again make the same motion for a mistrial, and assign the statement again of counsel, made in open court, as misconduct.

THE COURT: The motion will be denied.

MR. GARVIN: Exception, please.

THE COURT: You must state the reason.

MR. GARVIN: Your Honor knows the reason. Counsel has told you that, and I have told you that.

THE COURT: In open court? It has been done in a way here - your opening statement was that she was married, and you made an objection and the objection was sustained, and that is all - on the ground that she is the wife.

MR. STEWART: Not competent as a witness because she is the wife of the defendant at the time of this trial now?

THE COURT: Yes.

MR. GARVIN: May I have an exception to Your Honor's remarks, as well as to those of counsel, as both of them are gratuitous comments upon the evidence.

THE COURT: You may have an exception. Go ahead."

On the cross-examination of appellant, he was interrogated as follows:

"Q. Isn't it a fact, Mr. McGinty, that the reason why you married Miss O'Hara in King County was so that she could not testify against you here? A. It is not.

MR. GARVIN: That is objected to as incompetent, and I assign this line of cross-examination as misconduct.

THE COURT: He said he did not. So it is answered."

78 STATE v. MCGINTY.

Opinion Per DRIVER, J. [June 1942

The pertinent portion of the applicable statute, Rem. Rev. Stat., § 1214 [P. C. § 7725], subd. 1, provides that

"A husband shall not be examined for or against his wife without the consent of the wife, nor a wife for or against her husband without the consent of the husband; . . ."

[3] This court has held that the statute does not absolutely disqualify one spouse from testifying for or against the other, but, rather, confers a privilege which is personal to the one asserting it. State v. Frye, 45 Wash. 645, 89 Pac. 170; Williamson v. Williamson, 183 Wash. 71, 48 P. (2d) 588, 185 Wash. 707, 54 P. (2d) 1215. However, the court has definitely frowned upon the practice of calling as a witness the wife of the defendant in a criminal case for the purpose of compelling him to make an objection to her competency. State v. Winnett, 48 Wash. 93, 92 Pac. 904.

There, the defendant was charged with carnal knowledge of a certain girl under the age of eighteen years. After the date of the alleged offense and prior to the trial, he married her.

A physician testified that she was pregnant, and counsel for the state had her brought into the court room, ostensibly to enable the physician to identify her. The state also called her as a witness. Her pregnancy was far enough advanced to be noticeable from her personal appearance, and the court held that the conduct of the prosecution in bringing her condition to the attention of the jury constituted reversible error. Judge Dunbar, speaking for the court, said, p. 96:

"Again, the appellant's wife was called to testify for the prosecution, and the appellant was compelled to object to her testifying, and while this of itself might not be sufficient to reverse a judgment correctly obtained in other respects, it tends to throw light on the effort of the prosecution in the instance above discussed and to show a fixed determination to bring the

STATE V. MCGINTY. 79

June 1942] Opinion Per DRIVER, J.

person of the wife to the attention of the jury. The practice of compelling a defendant to urge an objection which would tend to prejudice his case was severely criticized by this court in *State v. Holedger*, 15 Wash. 443, 46 Pac. 652, and *State v. Parker*, 25 Wash. 405, 65 Pac. 776."

[4] In the instant case, after the witness had stated that she was appellant's wife, appellant's attorney objected to further testimony on her part. The court made some comment and did not immediately rule upon the objection. The attorney approached the bench and, out of the hearing of the jury, stated the reason for his objection and invoked the privilege of the statute. The state's attorney did not then question the fact that the witness was appellant's wife. If he had done so, a different situation would have been presented, and the court could have directed the parties to produce evidence as to that matter. *State v. Frye*, supra. The state's attorney took the position that he had the right to elicit from the witness testimony as to the time and place of the marriage and to compel appellant to object to the competency of the witness in the presence of the jury and on the specific ground that she was his wife. The marital status of the parties at the time of the trial was the controlling factor, and appellant was entitled to the protection of the statute even though his marriage did not take place until after the date of his alleged offense. The examination of the wife and the remarks of opposing counsel and the court, together with his own cross-examination above quoted, tended to make it appear to the jury that appellant had married her to prevent her from giving testimony which would have been harmful to his defense. That may well have been the fact; but, even so, it would not have deprived appellant of the privilege conferred by the statute. Under the circumstances, the method pursued in the

80 STATE v. McGINTY.

Opinion Per DRIVER, J. [June 1942

interrogation of the wife was both improper and prejudicial.

The judgment is reversed, and the cause remanded with direction to the superior court to grant appellant's motion for a new trial.

ROBINSON, C. J., MAIN, MILLARD, and SIMPSON, JJ., concur

ภาคผนวกที่ 5

คดี **THE STATE OF WASHINGTON, Respondent, v. EDNA BASDEN**

จาก website <http://www.org/mc/courts/supreme/031wn2d/031wn2d0063.htm>

31 Wn.2d 63, THE STATE OF WASHINGTON, Respondent, v. EDNA BASDEN, Appellant
[No. 30490. En Banc. Supreme Court July 1, 1948.]

THE STATE OF WASHINGTON, Respondent, v. EDNA BASDEN, Appellant. «1»

[1] STATUTES - CRIMINAL LAW - NATURE AND ELEMENTS OF CRIME -

CONSTRUCTION OF PENAL STATUTES. In determining whether or not a certain state of facts falls within the terms of a statute defining a crime, the statute is to be strictly construed.

[2] PROSTITUTION - PLACING FEMALE IN HOUSE OF PROSTITUTION - PURPOSE OF STATUTE. Rem. Rev. Stat., § 2440, relating to placing females in houses of prostitution, is not directed against prostitution and nowhere makes the act of prostitution a crime except when committed in connection with other acts denounced by the statute and thereby made criminal; but the statute is directed against procurers and panders, and those who profit from the prostitution of women (overruling State v. Hanes, 84 Wash. 601, 147 Pac. 193).

[3] SAME - PLACING FEMALE IN HOUSE OF PROSTITUTION - NATURE AND ELEMENTS OF OFFENSE. The word "place," as used in Rem. Rev. Stat., § 2440 (1), making it a crime to place a female in a house of prostitution, imports an affirmative act on the part of the person accomplishing the placing; and if a person conducting a house of prostitution simply admits the female to the establishment on her own request, to become an inmate thereof and to practice prostitution therein, it does not amount, on the part of the person in charge, to the "placing" of a female in a house of prostitution within the intent of the act (overruling State v. Hanes, supra).

[4] SAME - PLACING FEMALE IN HOUSE OF PROSTITUTION - EVIDENCE - SUFFICIENCY. To sustain a conviction under Rem. Rev. Stat., § 2440 (1), making it a crime to place a female in a house of prostitution, the evidence must show more than that the person charged merely furnished a place and opportunity to a female to practice prostitution in a house of ill fame; and where, in a prosecution based on that statute, nothing more appears from the evidence than that

«1» Reported in 196 P. (2d) 308.

[2] See 78 A. L. R. 314; 42 Am. Jur. 263.

64 STATE v. BASDEN. [31 Wn. (2d)

the accused was in charge of a house of prostitution and that a specified female was and had been an inmate therein, the evidence does not support a verdict of guilty (overruling *State v. Hanes*, supra.).

SCHWELLENBACH and ROBINSON, JJ, dissent.

Appeal from a judgment of the superior court for Yakima county, Willis, J., entered November 22, 1947, upon a trial and conviction of placing a female in a house of prostitution. Reversed.

Tonkoff & Holst, for appellant.

Owen Clarke and Ronald R. Hull, for respondent.

BEALS, J. - The defendant, Edna Basden, alias Jean Basden, by information filed by the prosecuting attorney for Yakima county, was charged as follows: by count I with the crime of "placing a female in house of prostitution"; by count II with the crime of accepting the earnings of a common prostitute. The defendant appeared by way of a demurrer to the information and a motion against the same; and thereafter an amended and somewhat amplified information was filed, also containing two counts charging the defendant with the commission of the same crimes. On the trial, evidence was introduced by the prosecution, and, when the state rested its case, the defendant moved the court to direct a verdict of not guilty to each count of the information. The trial court denied the motion as to count I, but granted the motion as to count II. The defendant then rested her case without offering any evidence, standing upon her motion to dismiss count I. The court instructed the jury, and, in due time, a verdict was returned finding the defendant guilty as charged under count I of the information, and, pursuant to the court's directions, finding the defendant not guilty as charged by count II. From a judgment of guilty and sentence, pursuant to the verdict of the jury, the defendant has appealed. Appellant assigns error upon the refusal of the trial court to grant her motion for a directed verdict at the conclusion

July 1948] STATE v. BASDEN. 65

of the state's case; upon the denial by the trial court of appellant's motion for arrest of judgment, and judgment in her favor notwithstanding the verdict, and upon the denial of appellant's motion for a new trial. By count I of the amended information, upon which count appellant was found guilty, the appellant was accused

". . . of the crime of PLACING A FEMALE IN HOUSE OF PROSTITUTION committed as follows:

"SHE, the said EDNA BASDEN, alias JEAN BASDEN, in the County of Yakima, State of Washington, on or about between September 1, 1946, and May 15, 1947, wilfully, unlawfully and feloniously did place a female person commonly known as SHIRLEY LANE, whose true name is unknown to the Prosecuting Attorney, in a house of prostitution with intent that the said SHIRLEY LANE, whose true name is unknown to the Prosecuting Attorney, should live a life of prostitution. . . ."

Laws of 1927, chapter 186, § 1, p. 232 (Rem. Rev. Stat., § 2440 [P.P.C. § 118-191]), reads as follows:

"AN ACT relating to placing females in houses of prostitution and providing penalties therefor, and amending Section 2440 of Chapter VI of Remington's Compiled Statutes of Washington.

"Be It Enacted by the Legislature of the State of Washington:

"SECTION 1. That section 2440 of Remington's Compiled Statutes be amended to read as follows:

"Section 2440:

"Every person who -

"(1) Shall place a female in the charge or custody of another person for immoral purposes, or in a house of prostitution, with intent that she shall live a life of prostitution, or who shall compel any female to reside with him or with any other person for immoral purposes, or for the purpose of prostitution, or shall compel any such female to reside in a house of prostitution or to live a life of prostitution; or

"(2) Shall ask or receive any compensation, gratuity or reward, or promise thereof, for or on account of placing in a house of prostitution or elsewhere any female for the purpose of causing her to cohabit with any male person or persons not her husband; or

"(3) Shall give, offer, or promise any compensation, gratuity or reward, to procure any female for the purpose

3-31 Wn. (2d) 66 STATE v. BASDEN. [31 Wn. (2d)

of placing her for immoral purposes in any house of prostitution, or elsewhere; or

"(4) Being the husband of any woman, or the parent, guardian or other person having legal charge of the person of a female shall connive at, consent to, or permit her being or remaining in any house of prostitution or leading a life of prostitution; or

"(5) Shall live with or accept any earnings of a common prostitute, or entice or solicit any person to go to a house of prostitution for any immoral purpose;

"Shall be punished by imprisonment in the state penitentiary for not less than one year nor more than five years.

Subdivisions 1 and 2, above quoted, are identical with subdivisions 1 and 2, Laws of 1909, chapter 249, § 188, p. 944, known as the "criminal code." Subdivisions 3, 4, and 5 of the later act differ in some particulars (here irrelevant) from the corresponding subdivisions of the act of 1909.

The evidence introduced by the state, which was the only evidence before the jury, discloses that appellant resided in Toppenish, Yakima county, Washington, and was the proprietor of a suite of rooms, having an entrance by way of a stairway from the street, on the second floor of a building located on south Division street, which suite was known as the "Tourist Rooms," and in which place was conducted a house of prostitution.

The premises were raided by deputy sheriffs at midnight, May 16, 1947, and three women, known, respectively, as Dolly Johnson, Donna Reed, and Shirley Lane, were arrested. The three women were called as witnesses by the state, each testifying concerning her name, age, place of residence, and her acquaintance with appellant and the other two women. Each witness refused to answer other questions propounded by the state, upon the ground that answers to such questions would tend to incriminate the witness.

The evidence amply supports a finding by the jury that the "Tourist Rooms" were operated by appellant as a house of prostitution; that Shirley Lane was, and for some time had been, an occupant of the premises as a common

July 1948] STATE v. BASDEN. 67

prostitute, availing herself of the opportunity thereby afforded her to ply her trade.

The statement of facts discloses nothing concerning the circumstances surrounding Shirley Lane's becoming an inmate of the "Tourist Rooms," or how long she had resided there. The question to be here determined is whether the jury's verdict of guilty as charged is supported by the evidence.

[1] In construing a penal statute for the purpose of determining whether or not a certain state of facts falls within the terms thereof defining a crime, the law is to be strictly construed.

In the case of *State v. Hoffman*, 110 Wash. 82, 188 Pac. 25, this rule was followed. We quote from the opinion: "Unless the language of the statute makes the conduct of the appellant criminal, there can be no recourse to the intention of the act to establish its interpretation. Though conduct may be within the reason of an act and the mischief to be remedied thereby, yet it cannot be punished as a crime if not so denominated by the statute. Lewis, *Sutherland's Statutory Construction* (2d ed.), § 520."

In the recent case of *State v. Hoffman*, 30 Wn. (2d)475, 191 P. (2d) 865, we again applied the rule that a statute declaring a certain act to be a crime must be construed strictly.

In the case at bar, the trial court followed the argument advanced by respondent, and by respondent maintained here, that, because uncontradicted evidence disclosed that appellant was the proprietor of the "Tourist Rooms," a house of prostitution, and allowed Shirley Lane, a common prostitute, to remain therein and for pay indulge in indiscriminate sexual intercourse with men, appellant could be found guilty, as charged in the information, of having placed Shirley Lane in the "Tourist Rooms," with the intent that she should practice prostitution therein. In the case of *State v. Stone*, 66 Wash. 625, 120 Pac. 76, it appeared that the defendant had been convicted of the crime of placing a female in the charge of another person for immoral purposes, namely, for the purposes of

68 STATE V. BASDEN. [31 Wn. (2d)

prostitution, with intent that the female named should live a life of prostitution, the charge having been drawn pursuant to Laws of 1909, chapter 249, § 188, subd. 1, p. 944. The defendant appealed, and, in an opinion by Ellis, J., this court said that:

"Actual physical restraint is not essential to the crime. Proof of moral restraint or persuasion is all that can be reasonably required."

It was held that the evidence supported the jury's verdict of guilty, there being testimony to the effect that the appellant had taken the female in question to a house of prostitution conducted by the appellant and his wife, turned her over to his wife, and that, as the result of persuasion on the part of appellant's wife, the woman remained there as a prostitute.

The judgment appealed from was reversed upon a ground which has no bearing upon the question with which we are here concerned. The opinion was signed by all members of the Department of this court to which the appeal was submitted.

In the case of *State v. Hanes*, 84 Wash. 601, 147 Pac. 193, this court, upon an appeal by one convicted of "the crime of placing a female in a house of prostitution, with intent that such female should live a life of prostitution," used the following language:

"Appellant contends that the word 'place' has a meaning more extended than a mere invitation to remain at a place; that it implies a restraint, either physical or moral. The law has no such restricted meaning. The object of the statute is to suppress the practice of prostitution, and to place a female in a house of prostitution means the furnishing of a place and opportunity. The subdivision of the statute under which appellant is charged does not imply the element of force, either physical or moral. "It will be noticed that the statute, after defining the crime of which appellant is charged, continues: 'or who shall compel any female to reside with him or with any other person for immoral purposes, or for the purposes of prostitution, or shall compel any such female to reside in a house of prostitution or to live a life of prostitution;'

July 1948] STATE v. BASDEN. 69

subdivision 1, Rem. & Bal. Code, § 2440. The statute is in the disjunctive. A person may be guilty of a crime if committed in any of the ways covered by the statute."

The case last cited was argued to a Department of this court other than the department which decided the case of *State v. Stone*, supra, and the opinion was signed by all the judges thereof, including Chadwick, J., who wrote the opinion and who had signed the opinion in the *Stone* case. In the case of *State v. Stone*, supra, this court held that the evidence was sufficient to justify a finding by the jury that the appellant had placed the woman named in the information in charge of another (the wife of appellant) for immoral purposes, namely, for the purpose of prostitution, with intent that the woman should live a life of prostitution, the evidence, which the jury had apparently believed, being sufficient to bring the case within the terms of the statute.

In the later case of *State v. Hanes*, supra, this court stated that the object of the statute was to suppress the practice of prostitution, and that to place a female in a house of prostitution meant the furnishing of a place and opportunity, the statute not implying the element of force, either physical or moral. The opinion states that the appellant was charged with the crime of placing a female in a house of prostitution, with intent that such female should live a life of prostitution. From the opinion, it appears that the evidence introduced by the prosecution tended to prove that the appellant was the keeper of a livery stable, where he had a room or rooms; that the woman in question consorted with the appellant "and was at least a loiterer about his place," and that

competent evidence was introduced to the effect that the woman had "plied her trade at will." The opinion further states that there was

". . . testimony sufficient to sustain the findings of the jury that appellant did in fact know that the woman was practicing prostitution for money and that she gave appellant a part of her earnings." Evidently, the appellant did not take the witness stand, and the judgment appealed from was reversed, and the

70 STATE v. BASDEN. [31 Wn. (2d)

cause remanded for a new trial, because the trial court failed to instruct the jury that no inference of guilt should arise against the accused if he failed or refused to testify as a witness on his own behalf. Apparently, the court was of the opinion that the evidence was sufficient to support a finding that the appellant had placed a woman in a situation to live a life of prostitution; that she had there lived as a prostitute, and that she gave the appellant a portion of her earnings.

The opinions in the Stone and Hanes cases are inconsistent in important particulars.

[2] We are not in accord with the statement in the opinion in the Hanes case to the effect that the statute there in question, and also in the case at bar, was enacted primarily for the purpose of suppressing the practice of prostitution. The statute is directed against procurers and panders, and those who profit from the prostitution of women. The effect of the statute is, of course, to limit the practice of prostitution, but it nowhere makes the act or practice of prostitution a crime, save when committed in connection with other acts denounced by the statute and which are thereby made criminal. The statute is not directed against prostitutes.

The verb "place," as used in subd. 1 of the statute, means more than the furnishing of a place (noun) and opportunity to practice prostitution. Whether or not force, physical or moral, is a necessary incident to the commission of the crime described in the first definition contained in subd. 1 of the statute, supra, need not be here considered. The use of the word "compel," in the remaining portions of the subdivision, of course, implies the use of force of some nature. In the case at bar, appellant was charged under the first portion of the subdivision. There are other statutes of this state directly operating against houses of prostitution and prostitutes (Rem. Rev. Stat., § 2688 [P.P.C. § 118-269], subd. 3; Rem. Rev. Stat., §§ 9924, 9925 [P.P.C. §§ 81-47, -49]). It nowhere appears from the evidence that Shirley Lane was ever employed by appellant, and no evidence was

introduced as to the length of time Shirley Lane had been an inmate of the "Tourist Rooms" and practicing prostitution therein (save that it appears that she had been there for a few weeks prior to the raid), nor does the statement of facts disclose anything concerning the circumstances surrounding her taking up her residence therein, or at whose request or suggestion she did so. While she probably moved in with appellant's consent, it cannot be presumed that appellant invited her to become an inmate of the establishment, as she might have herself requested that she be admitted, or the invitation might have been extended by one of the other prostitutes.

Rem. Rev. Stat., § 2440, *supra*, is basically directed against procurers, panders, and similar criminals. Such statutes have been enacted by many states and by the Federal government.

In 2 Brill Cyclopaedia Criminal Law 1661, § 1069, appears the following text:

"In many of the states there are statutes specifically punishing pandering. A pander is one who caters for the lusts of others, a male bawd, a pimp or procurer, and pandering is catering for the gratification or lust of another. . . .

"Many of the statutes in terms provide what acts shall constitute pandering. Those most commonly included are procuring or attempting to procure an inmate for a house of prostitution, procuring for a female a place as an inmate of such a house, inducing, persuading, etc., a female to become an inmate of such a house, or to enter any place in which prostitution is practiced, encouraged, or allowed, or to enter such a place for the purpose of prostitution, causing, coercing, or persuading an inmate of a house of prostitution to remain therein as an inmate, inducing or procuring a woman to come into or to go out of the state for the purpose of sexual intercourse or prostitution, . . .

"There are also statutes in some of the states providing for the punishment of any person who places a female in a house of prostitution, with intent that she shall live the life of a prostitute, or who induces, entices or procures a woman to enter such a house for the purposes of prostitution, sexual intercourse, or other immoral purposes, or who knowingly receives any money or other valuable thing for, or on account of procuring and placing in the custody of

72 STATE v. BASDEN. [31 Wn. (2d)

another person for immoral purposes, any woman with or without her consent."

[3] The statute of this state clearly falls within the above classification. For convenient reference, we again quote Rem. Rev. Stat., § 2440, subd. 1:

"Every person who -

"(1) Shall place a female in the charge or custody of another person for immoral purposes, or in a house of prostitution, with intent that she shall live a life of prostitution, or who shall compel any female to reside with him or with any other person for immoral purposes, or for the purpose of prostitution, or shall compel any such female to reside in a house of prostitution or to live a life of prostitution; . . ."

The first clause of subd. 1, supra, declares it to be a crime to "place a female in the charge or custody of another person for immoral purposes." As used in that clause of the subdivision, the verb "place" clearly imports an affirmative act on the part of the person accomplishing the placing; some previous project, plan, or arrangement with a third party. The existence of the one who places, the one who is placed, and a person or persons with whom the one placed is located, is necessary to the completion of the offense.

The subdivision also declares it to be a crime to "place a female . . . in a house of prostitution, with intent that she shall live a life of prostitution." The word "place" appears only once in connection with the definitions of the two offenses, and must be construed as having the same meaning in each instance. The word cannot be given one meaning when considered as part of the first crime defined, and another meaning when considered in connection with the second act declared to be a crime. If the person conducting a house of prostitution simply admits a female to the establishment on her own request, to become an inmate thereof and to practice prostitution therein, it does not amount, on the part of the person in charge, to the "placing" of a female in a house of prostitution, within the intent of the act.

July 1948] STATE v. BASDEN. 73

Webster's New International Dictionary (2d ed.) defines the verb "place" as follows:

"To put or set in a particular rank, office, position, or condition of life; to secure a position, office, or the like, for; as, in whatever sphere one is placed."

The Oxford Dictionary contains several definitions of the verb "place." Under 2b is found the following:

"To find a place or situation for; to arrange for the employment, living, or marriage of; to settle."

Used in connection with a human being, these definitions are clearly comprehensive and adequate.

Subdivision 2 of the act declares it to be a crime to ask or receive any compensation, gratuity, or reward, or promise thereof, on account of placing in a house of prostitution or elsewhere any

female for the purpose of causing her to cohabit with "any male person or persons not her husband."

Subdivision 3 declares it to be a crime to offer or promise compensation or reward "to procure any female for the purpose of placing her for immoral purposes in any house of prostitution, or elsewhere."

Subdivisions 2 and 3 are directed against procurers who ask or receive compensation, and so forth, and those who promise to reward a procurer. They are not limited to the procuring of inmates for houses of prostitution, but include the procuring of females for other immoral purposes.

Subdivisions 4 and 5 are also directed against procurers, or persons living off the earnings of prostitutes.

The statute, pursuant to which appellant was charged, is clearly directed against procurers and panders.

The word "procurer" is defined in Webster's New International Dictionary (2d ed.) as follows:

"One who procures; as: . . . One whose business it is to supply women to seducers or houses of ill fame; a pander; a pimp."

The same dictionary defines "pander" as follows:

"A go-between in love intrigues; a male, rarely a female, bawd; a pimp; procurer or procuress. A minister to the evil designs and passions of others."

74 STATE v. BASDEN. [31 Wn. (2d)

In the case of *Boykin v. United States*, 130 F. (2d) 416, the United States court of appeals for the District of Columbia considered the appeal of one who had been convicted of pandering, committed by the placing by the defendant of his daughter in a hotel for the purpose of causing her "illegally to cohabit with divers male persons." The evidence showed that the defendant and his daughter had moved from a nearby room to the hotel where the offense was committed. The defendant was charged pursuant to a section of the code of the District of Columbia, cited in the opinion, the statute defining the offense as follows:

"Any person who shall receive any money or other valuable thing for or on account of procuring for or placing in a house of prostitution or elsewhere any female for the purpose of causing her illegally to cohabit with any male person or persons shall be guilty of a felony, and upon conviction thereof shall be imprisoned for not less than one nor more than five years."

This statute refers to "procuring for or placing in a house of prostitution or elsewhere any female . . ." The court analyzed the statute, holding that the "act of procuring a woman for or placing her" in a house of prostitution, and so forth, was a necessary element of the charge. It was assumed that there must be an act of placing, and the court held that the evidence showed a placing, within the intent of the statute. In the opinion, the phrases "procuring for" and "placing in" are used interchangeably. In the course of the opinion, appears the following:

"We think therefore the gravamen of the offense is the act of procuring or placing, not that of receiving money. Taking payment is of course a necessary element. But it is not the gist of the crime. Since appellant was convicted under separate counts, which in the light of the evidence presented to sustain them differed only in charging separate acts of receiving money for a single placing, and was sentenced under each conviction, the sentence was invalid. It was in fact a sentence for two crimes when, as we now hold, only one had been charged under the statute for the acts relied upon."

In the case of *People v. Odierno*, 166 Misc. 108, 2 N. Y. S. (2d) 99, the county court of Queens county, New York,

July 1948] STATE v. BASDEN. 75

dismissed an indictment returned by the grand jury, charging the defendant with a violation of subd. 2 of § 2460 of the penal law. The facts charged consisted of living with a woman not his wife. The New York statute, above referred to, contains sections corresponding, to some extent, with sections of the statute of this state above quoted, subd. 2 thereof containing language almost identical with that in subd. 1 of the statute of this state here in question. The court held that the allegations of the indictment did not constitute a crime, within the statute, stating that the law was ". . . directed against influential offenders whose business was gain through prostitution; its purpose was to reach the systemization of prostitution on a commercial basis."

In the case of *People v. Draper*, 169 App. Div. 479, 154 N. Y. Supp. 1034, the New York supreme court considered § 2460 of the penal law, and held that evidence introduced on the trial of the defendant, pursuant to an indictment charging that the defendant had induced and procured a named female for the purpose of prostitution, and advised her to have unlawful sexual intercourse for money with men, and did induce and procure her to have such unlawful intercourse, was insufficient to support a verdict of guilty. The court held that the scope of the act

". . . should not be enlarged by construction or implication, and the courts should not impose the penalty except in cases where the plain language of the section requires it."

The judgment appealed from was reversed, and the discharge of the defendant directed.

In the case of *People v. Duncan*, 22 Cal. App. 430, 134 Pac. 797, the district court of appeals of California affirmed a judgment of guilty in the case of a man tried for "the crime of permitting his wife to remain in a house of prostitution." The appellant contended that, before he could be found guilty of the crime charged, some affirmative act, such as placing, keeping, or committing his wife to a house of prostitution, must be shown. The court noted that the

76 STATE v. BASDEN. [31 Wn. (2d)

appellant had not been charged "with having placed" his wife in a house of prostitution, but that he "knowingly allowed and permitted her to remain." The court stated that:

"The placing of the wife in such house is a crime distinct from that of allowing or permitting her to remain therein." The judgment was affirmed, but the court definitely distinguished the offense which would have been committed by "placing" and that committed by "permitting." In the extensive notes to the case of *People v. Hassil* (341 Ill. 286, 173 N. E. 355), 74 A. L. R. 307, 311, many cases which consider "procuring acts" and "pandering statutes" are cited and discussed. It does not appear that this court has been called upon to consider the question here presented since the rendition of the opinion in the case of *State v. Hanes*, supra. While we are reluctant to modify a statutory construction which was pronounced by this court many years ago, we are convinced that the statement, in the case above referred to, that "to place a female in a house of prostitution means the furnishing of a place and opportunity" is incorrect as making an act a crime which is not so defined by the statute. As above stated, for the purpose of determining whether or not a certain state of facts comes within the terms of a statute defining a crime, the law should be strictly construed. This rule was not followed in the *Hanes* case in the particular last above referred to. It may well be that the provision of the statute with which we are now concerned may be violated even though the element of force, either physical or moral, be lacking, but no such question is now before us and we express no opinion on that point. It may also be true that the evidence in the *Hanes* case may have supported the verdict of guilty and the judgment entered pursuant thereto. Our criticism of the opinion merely applies to the pronouncement by the court last above quoted.

[4] In the case at bar, the evidence discloses nothing concerning the entry of Shirley Lane, as a prostitute, into the

July 1948] STATE v. BASDEN. 77

"Tourist Rooms." From the evidence, no more appears than that the appellant was in charge of that house of prostitution, and that Shirley Lane was an inmate therein and had been such an inmate for at least several weeks.

The first two crimes defined in Laws of 1927, chapter 186, § 1, subd. 1, p. 232 (Rem. Rev. Stat., § 2440), are directed against procurers, and, to support a finding of guilty, pursuant to a charge based upon that portion of the subdivision, the evidence must show more than that the person charged merely furnished a place and opportunity to a female to practice prostitution in a house of ill fame. Our statute, as stated by the court in the case of *Boykin v. United States*, supra, in construing the statute before that court for consideration, "does not penalize brothel keepers as such." The authorities above cited clearly support this construction of the statute. The evidence does not support the verdict returned by the jury, finding appellant guilty of the crime charged by the information. The judgment appealed from is reversed, with instructions to the trial court to discharge the appellant.

MALLERY, C. J., MILLARD, SIMPSON, JEFFERS, and HILL, JJ., concur.

SCHWELLENBACH, J. (dissenting) - The testimony showed that the Tourist Rooms in Toppenish, Washington, were operated as a house of prostitution; that appellant was the proprietor; and that for some time Shirley Lane had practiced prostitution therein with the knowledge and consent, and in the employ, of appellant.

Rem. Rev. Stat., § 2440 [P.P.C. § 118-191], says:

"Every person who -

"(1) Shall place a female . . . in a house of prostitution . . .

"Shall be punished . . ."

That statute is not limited to procurers. It refers to any person who does any of the acts prohibited. It includes any person who, in operating a house of prostitution, employs or maintains girls therein. When the appellant, as

78 STATE v. BASDEN. [31 Wn. (2d)

proprietor, made available the Tourist Rooms for Shirley Lane and allowed her to ply her trade as a prostitute, she placed her there. Is the statute restricted to third persons? I think not. I agree with

the majority that the word "place," as used here, is a verb. However, cannot one place a person in one's own employment? Surely, one who operates a store can place a clerk in his store with intent that the clerk should help him conduct the business in which he is engaged. Nor is it necessary that an invitation be extended to the clerk. The clerk's offer to work would be sufficient. A showing that the clerk has been working there with the knowledge and acquiescence of the owner is sufficient for one to find that he was "placed" there by the owner, either directly or indirectly.

The record shows that Shirley Lane had been working at the Tourist Rooms as a prostitute. Clearly, this was with the knowledge and acquiescence of appellant. She was "placed" there by appellant. The majority states that there are other statutes of this state directly operating against houses of prostitution, citing Rem. Rev. Stat., §§ 2688, 9924, and 9925 [P.P.C. §§ 118-269, 81-47, -49]. Sections 9924 and 9925 are not a part of the criminal code, but provide for the abatement of such houses as nuisances, and further provide for a fine which may be levied upon anyone convicted of erecting, causing, or contriving a nuisance. Section 2688 is the vagrancy statute, which includes in its many subdivisions, prostitution, but § 2440 is the only criminal statute which directly operates against and adequately covers this subject. It is the only statute which provides sufficient punishment to be a deterrent against commission of the crimes. A reading of the five sections of the statute shows that it is all-inclusive and clearly demonstrates that its purpose was to suppress the practice of prostitution. In 1915, this court, in *State v. Hanes*, 84 Wash. 601, 147 Pac. 193, interpreted the statute to mean, "To place a female in a house of prostitution means the furnishing of a place and opportunity." The legislature has met every two years since we made that interpretation of the statute and

July 1948] ANDERSON v. ANDERSON. 79

has not seen fit to change the law. Its long acquiescence has confirmed our interpretation. For thirty-three years the prosecutors and trial judges have accepted and acted on our interpretation of the act. If we, now, after all of this time, change the criminal law of this state, prosecutors will hesitate to file charges and put the taxpayers to the expense of a trial, and trial judges will hesitate to instruct juries, for fear we may change the law by overruling some other old case.

The *Hanes* case was a practical interpretation of the crime of placing a female in a house of prostitution and should not be overruled.

The judgment of conviction should be affirmed.

ROBINSON, J., concurs with SCHWELLENBACH, J.

STEINERT, J., did not participate.



ประวัติผู้เขียน

นางสาวภัทรวดี วงศ์วัฒนะ เกิดที่กรุงเทพมหานคร เมื่อวันที่ 16 กรกฎาคม 2506 สำเร็จการศึกษาชั้นมัธยมศึกษาตอนต้นจากโรงเรียนราชินีบน สำเร็จการศึกษาชั้นมัธยมศึกษาตอนปลายจากโรงเรียนเตรียมอุดมศึกษา สำเร็จการศึกษานิติศาสตรบัณฑิตจากมหาวิทยาลัยรามคำแหง เมื่อ พ.ศ.2528 และสำเร็จการศึกษานิติบัณฑิตไทย สมัยที่ 39 พ.ศ.2529 จากสำนักอบรมกฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา ปัจจุบันทำงานที่บริษัท กฎหมายกรุงไทย จำกัด