

มาตรการการลงโทษพระภิกษุสงฆ์ในกฎหมายอาญา: ศึกษากรณีความผิดเกี่ยวกับเพศ

กาญจน์สุดา เอื้อหยิ่งศักดิ์

DPU

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต
สาขานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์
พ.ศ. 2553

Measures for the Punishment of Buddhist Monks in the Criminal Law: the Case Study of Sexual Misconduct

KARNSUDA AUAYINGSAK

A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements

for the Degree of Master of Laws

Department of Law

Graduate School, Dhurakij Pundit University

2010

DPU

เลขทะเบียน 0218172
วันลงทะเบียน - 6 ก.ย. 2554
เลขเรียกหนังสือ 345.077
ก423ส
[2553]
ฉ2

กิตติกรรมประกาศ

ในการจัดทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ตั้งแต่ได้ทำการศึกษาจนกระทั่งสำเร็จเป็นรูปเล่มดังที่ปรากฏ ผู้เขียนได้รับความกรุณาเป็นอย่างยิ่งจากท่านรองศาสตราจารย์ ดร.อุดม รัฐอมฤต และท่านรองศาสตราจารย์ ดร.ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ์ ที่ได้กรุณารับเป็นอาจารย์ที่ปรึกษาให้กับผู้เขียน พร้อมทั้งให้คำปรึกษา คำแนะนำในการจัดทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้มาโดยตลอด ไม่ว่าจะเป็นหลักการ แนวคิด และทฤษฎีในการศึกษา ทำให้ผู้เขียนมองเห็นแนวทางในการศึกษาและมองปัญหาในการวิจัยได้ครบถ้วนมากยิ่งขึ้น

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณเป็นอย่างสูงต่อท่านศาสตราจารย์ ดร.คณิต ณ นคร ที่กรุณารับเป็นประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ และให้คำแนะนำในเชิงวิชาการที่เป็นประโยชน์อย่างยิ่งตลอดจนชี้แนะแนวทาง และให้ข้อสังเกตต่างๆ ในการจัดทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ พร้อมกันนี้ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณท่านอาจารย์ ดร.อุทัย อาทิเวช ที่ได้กรุณารับเป็นกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ตลอดจนให้คำแนะนำที่เป็นประโยชน์และให้ความรู้เพิ่มเติมแก่ผู้เขียนในการจัดทำวิทยานิพนธ์จนวิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลุล่วงไปได้ด้วยดี

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณเป็นอย่างสูงต่อท่านรองศาสตราจารย์ธีระ และท่านรัฐการ สัมพันธ์ ท่านสนธยา เครือเวทย์ คุณเกริกเกียรติ คำดี ที่เป็นแรงบันดาลใจให้เรียนในระดับปริญญาโทขอขอบคุณพี่ทิพย์ เลขาฯ ท่านรองศาสตราจารย์ ดร.อุดม รัฐอมฤต และพี่แก๊ป ที่ได้ช่วยติดต่อประสานงานในทุกๆ เรื่องรวมถึง วัดสังฆทาน วัดสุทธาวาส ที่ให้ความสะดวกในการหยิบยืมหนังสือธรรมมะเป็นธรรมทาน ท่านอาจารย์สมภพ ประสิทธิ์ ครูผู้สอนพระกรรมฐาน

ผู้เขียนขอขอกราบขอบพระคุณเป็นอย่างสูงต่อท่านรองศาสตราจารย์ ดร.ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ อีกครั้งที่เป็นแรงบันดาลใจให้ผู้เขียนทั้งในทางโลกและทางธรรม และความเมตตาที่ทำให้ผู้เขียนขอยกท่านไว้เป็นครูบาอาจารย์ที่ผู้เขียนจะขอเอาเป็นแบบอย่างในการดำเนินชีวิตต่อไปในอนาคต

สุดท้ายนี้ ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณบุพการีม่าม๊าบัวหลาด ใหญ่วงค์ และป่ะป๊าชนะ เอื้อหยิ่งศักดิ์ และอาแป่ะมั้ว เอื้อหยิ่งศักดิ์ ที่ให้ชีวิตที่สมบูรณ์พร้อมรวมถึงกำลังทรัพย์ ขอบพระคุณพ่อหนานตากับคุณยายเตียม ใหญ่วงค์ ที่ได้เลี้ยงดูผู้เขียนให้เติบโตมาพร้อมกับศีลธรรม ขอบพระคุณคุณผ่องพรรณ ใหญ่วงค์และคุณปนัดดา เอื้อหยิ่งศักดิ์ ที่เป็นผู้อยู่เบื้องหลังทุกความสำเร็จและคอยช่วยเหลืออย่างไม่มีข้อแม้เป็นกำลังใจยามที่ผู้เขียนท้อถอยพ่ายแพ้

ขอบคุณ คุณจิรพันธ์ แก้วประดิษฐ์ คุณดาริน บุญมาเลิศ คุณจักกฤษณ์ เจริญพงษ์ ที่เป็นเพื่อนแท้ยามสุขทุกข์ และคุณวุฒิพงศ์ รัตนพันธ์สุนทรา ที่เป็นกำลังใจอยู่เคียงข้างจนงานเขียนวิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จได้ด้วยดี

หากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีคุณค่า และมีคุณประโยชน์ต่อการศึกษา ผู้เขียนขอยกถวายเป็นพุทธบูชา ธรรมมะ สังฆะบูชา แด่องค์สมเด็จพระสัมมาสัมพุทธเจ้าทั้งหมด และมารดาบิดา ตา ยาย และครูบาอาจารย์ทุกๆ ท่านที่ประสิทธิ์ประสาทวิชาให้ ส่วนความผิดพลาดและข้อบกพร่องอันเกิดมีแต่วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ผู้เขียนขอน้อมรับไว้แต่เพียงผู้เดียว

กาญจน์สุดา เอื้อหยิ่งศักดิ์

DPU

สารบัญ

หน้า

บทคัดย่อภาษาไทย ..... ฆ

บทคัดย่อภาษาอังกฤษ ..... ง

กิตติกรรมประกาศ ..... ฉ

บทที่

1. บทนำ 1

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา 1

1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา 5

1.3 สมมติฐานของการศึกษา 6

1.4 ขอบเขตของการศึกษา 6

1.5 วิธีดำเนินการศึกษา 6

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ 6

2. แนวคิดในการบัญญัติกฎหมายเพื่อลงโทษบุคคลผู้กระทำความผิด 8

2.1 แนวคิดในการบัญญัติกฎหมาย 8

2.1.1 วัตถุประสงค์โดยทั่วไปของการนิติบัญญัติทางอาญาสารบัญญัติ 8

2.1.2 กฎหมายอาญาบนพื้นฐานของการกระทำและผู้กระทำ 10

2.1.3 ทฤษฎีแนวความคิดเกี่ยวกับการกำหนดโทษ 12

2.1.3.1 ทฤษฎีลงโทษเพื่อให้สาสม (Retributive Theory) 13

2.1.3.2 ทฤษฎีลงโทษเพื่อป้องกัน (Preventive Theory) 15

2.1.3.3 ทฤษฎีลงโทษเพื่อดัดแปลง (Reformative Theory) 16

2.2 ความหมายและองค์ประกอบความผิดเกี่ยวกับเพศ
ตามพระธรรมวินัยและตามกฎหมายอาญา 19

2.2.1 ความหมายและองค์ประกอบความผิด
เกี่ยวกับเพศตามพระธรรมวินัย 19

2.2.2 ความหมายและองค์ประกอบความผิด
เกี่ยวกับเพศตามกฎหมายอาญา 24

สารบัญ (ต่อ)

หน้า

3. มาตรการในการลงโทษและควบคุมการกระทำความผิดตามกฎหมายอาญา และพระธรรมวินัยในอดีตถึงปัจจุบันเปรียบเทียบกฎหมายอิสลาม..... 38

3.1 มาตรการลงโทษและควบคุมพระภิกษุสงฆ์ไทย ตามกฎหมายบ้านเมืองในอดีตถึงปัจจุบัน..... 38

3.1.1 สมัยสุโขทัย 39

3.1.2 สมัยกรุงศรีอยุธยา..... 39

3.1.3 สมัยกรุงธนบุรี 40

3.1.4 สมัยกรุงรัตนโกสินทร์ตอนต้น 40

3.1.5 สมัยปัจจุบันตามพระราชบัญญัติคณะสงฆ์ พ.ศ. 2505 แก้ไขพระราชบัญญัติคณะสงฆ์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2535..... 42

3.2 มาตรการการลงโทษความรับผิดเกี่ยวกับเพศตามพระธรรมวินัย..... 51

3.2.1 โทษอาบัติอย่างเบา 52

3.2.2 โทษอาบัติอย่างกลาง 54

3.2.3 โทษอาบัติอย่างหนัก..... 58

3.3 มาตรการการลงโทษความรับผิดเกี่ยวกับเพศ ตามกฎหมายอาญาในอดีตถึงปัจจุบัน 61

3.3.1 กฎหมายตราสามดวง:พระอัยการลักษณะผัวเมีย 61

3.3.2 พระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ.118..... 64

3.3.3 กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 66

3.3.4 กฎหมายอาญาก่อนการประกาศใช้พระราชบัญญัติ แก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พ.ศ. 2550 72

3.3.5 ประมวลกฎหมายอาญา..... . 78

3.4 ความสัมพันธ์ของกฎหมายอิสลามกับการบัญญัติกฎหมายโดยรัฐ..... 84

3.4.1 ที่มาของกฎหมายอิสลาม 85

3.4.2 สาระสำคัญของกฎหมายอิสลามกับการบัญญัติกฎหมาย..... 86

สารบัญ (ต่อ)

หน้า

4. การกระทำความผิดทางเพศทางพระวินัยกับกฎหมายอาญา และการลงโทษที่เหมาะสม **88**

4.1 การกระทำความผิดทางเพศตามพระวินัยแต่ไม่ผิดกฎหมาย 89

4.2 การกระทำความผิดทางเพศตามกฎหมายอาญาแต่ไม่ผิดพระวินัย 106

4.3 ความเหมาะสมในการกำหนดโทษพระภิกษุสงฆ์ 108

4.3.1 ความเหมาะสมเกี่ยวกับการควบคุมพระภิกษุสงฆ์โดยสังคม 109

4.3.2 ความเหมาะสมเกี่ยวกับการควบคุมพระภิกษุสงฆ์ในกฎหมายอาญา 111

4.3.3 วิเคราะห์การกำหนดความผิดและโทษของพระภิกษุสงฆ์ ผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับเพศเพื่อมิให้เกิดช่องว่าง ในการลงโทษผู้กระทำความผิด 120

1) เสรีภาพในทางเพศกับความรับผิดตามประมวลกฎหมายอาญา 122

5. บทสรุปและข้อเสนอแนะ 129

5.1 บทสรุป 129

5.2 ข้อเสนอแนะ 132

บรรณานุกรม **133**

ประวัติผู้เขียน **138**

หัวข้อวิทยานิพนธ์ มาตรการการลงโทษพระภิกษุสงฆ์ในกฎหมายอาญา : ศึกษากรณีความผิดเกี่ยวกับเพศ
ชื่อผู้เขียน กาญจน์สุดา เอื้อหยิ่งศักดิ์
อาจารย์ที่ปรึกษา รองศาสตราจารย์ ดร.อุดม รัฐอมฤต
อาจารย์ที่ปรึกษาร่วม รองศาสตราจารย์ ดร.ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ
สาขาวิชา นิติศาสตร์
ปีการศึกษา 2553

บทคัดย่อ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อที่จะศึกษาปัญหาเกี่ยวกับการกำหนดความผิดและกำหนดโทษของพระภิกษุสงฆ์ในประเทศไทย ในกรณีที่พระภิกษุสงฆ์กระทำการอันมีลักษณะทำให้สถาบันศาสนาและสงฆ์ได้รับความเสื่อมเสียซึ่งผลจากการกระทำดังกล่าวอาจส่งผลให้พุทธศาสนิกชนเสื่อมศรัทธาในพุทธศาสนาและสงฆ์ โดยเป็นการศึกษาเฉพาะในกรณีที่พระภิกษุสงฆ์เป็นผู้กระทำการอันไม่สมควรเกี่ยวกับเพศ ซึ่งการศึกษาในครั้งนี้ได้มีการรวบรวมทฤษฎี และแนวคิดของนักกฎหมายในทางตำราภาษาไทย ตำราต่างประเทศ รวมถึงศึกษาพระวินัยที่เกี่ยวข้องในเรื่องของการกระทำความผิดของพระภิกษุสงฆ์ เพื่อวิเคราะห์ถึงความจำเป็นและความเหมาะสมในการกำหนดโทษของพระภิกษุสงฆ์ เพื่อประกอบการวิจัย

ผลของการศึกษาพบว่า ในกรณีที่พระภิกษุสงฆ์กระทำความผิดเกี่ยวกับเพศตามพระวินัยโทษสูงสุดที่จะนำมาลงโทษพระภิกษุสงฆ์นั้นมีเพียงการปาราชิกหรือการขาดจากความเป็นพระเท่านั้น ส่วนความรับผิดอาญานั้นพระภิกษุสงฆ์จะได้รับก็ต่อเมื่อการกระทำของพระภิกษุสงฆ์นั้นเป็นการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศซึ่งกฎหมายอาญาได้บัญญัติความรับผิดของผู้กระทำไว้โดยตรงเท่านั้น ซึ่งในกรณีที่พระภิกษุสงฆ์กระทำการอันไม่สมควรทางเพศแต่การกระทำนั้นไม่ครบองค์ประกอบความผิดของกฎหมายอาญาแล้ว พระภิกษุผู้นั้นย่อมไม่มีความรับผิดอาญาแต่อย่างใด แต่ผลจากการกระทำนั้นย่อมส่งผลทำให้สถาบันศาสนาและสงฆ์ได้รับความเสื่อมเสียต่อชื่อเสียงและศรัทธา ดังนั้นเพื่อเป็นการลงโทษผู้กระทำความผิด และป้องปรามมิให้พระภิกษุรูปอื่นกระทำความผิดเลียนแบบจึงสมควรที่จะกำหนดความผิดและโทษของพระภิกษุสงฆ์ในกรณีที่พระภิกษุสงฆ์นั้นกระทำการอันเป็นเหตุให้สถาบันศาสนาและหมู่ภิกษุได้รับความเสื่อมเสีย โดยเฉพาะในกรณีที่พระภิกษุผู้นั้นกระทำการอันไม่สมควรทางเพศเพื่อป้องกันมิให้เกิดช่องว่างทางกฎหมายเพื่อที่จะลงโทษผู้กระทำความผิด

Thesis Title	Measures for the Punishment of Buddhist Monks in the Criminal Law: the Case Study of Sexual Misconduct
Author	Karnsuda Auayingsak
Thesis advisor	Associate Professor Dr.Udom Rathamarit
Co-advisor	Associate Professor Dr.Taveekeart Meenakanit
Department	Law
Academic Year	2010

ABSTRACT

This thesis aims to study problems related to the specification of the type of misconduct and punishment of Buddhist monks in Thailand in cases where their behaviour tends to defame the religious institution and Buddhist monks. Such behaviour may result in a decline of Buddhists' faith in Buddhism and monks in general. This study focuses particularly on the sexual misconduct of Buddhist monks, using theories and legal principles of lawyers found in Thai and foreign texts as well as in the Buddhist Discipline or the Vinaya, specifically in that part which is concerned with monks' misconduct, in order to analyze whether it is necessary and appropriate to specify any punishment for Buddhist monks.

The study has found that in cases where monks have committed sexual misconduct, as defined by the Buddhist Discipline, the most serious punishment they receive is being disrobed and expelled from the monkhood. They are subject to penalties under Criminal Law only when their misconduct is considered to be sexual wrongdoing for which the Criminal Law has directly specified the type of punishment for the wrong-doer. In cases where a monk has committed sexual misconduct and yet this misconduct does not fulfil all the elements of wrong-doing demanded by the Criminal Law, the monk will not be punished under the Criminal Law. However, his misconduct may defame Buddhism and cause people in general to lose faith in the religious institution and Buddhist monks in general. Therefore, in order to punish monks who have committed misconduct and to prevent other monks from following their example, it is appropriate to specify the type of wrong-doing and punishment for monks in cases where they

have misbehaved in a way that affects the reputation of the religious institution and monks, especially in the case of those who have committed sexual misconduct. This is a way of avoiding loopholes in the law and finding an appropriate way of punishing wrong-doers.

DPU

บทที่ 1
บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

พระพุทธศาสนาได้ถือกำหนดขึ้นที่ประเทศอินเดียเมื่อประมาณสองพันกว่าปีก่อน โดยมีองค์พระศาสดาคือสมเด็จพระสัมมาสัมพุทธเจ้า พระองค์ทรงถือกำเนิดในตระกูลกษัตริย์ มีพระนามในขณะครองเพศคฤหัสห์ว่า เจ้าชายสิทธัตถะ พระองค์ทรงประกาศพระศาสนาเผยแพร่พระธรรมคำสั่งสอน ตราบจนพระปรินิพพาน พุทธศาสนาเริ่มเข้ามาในประเทศไทยหลังจากพระสัมมาสัมพุทธเจ้าเสด็จปรินิพานได้ 1 ปี เห็นได้จากที่มีการเริ่มนับพุทธศักราชที่ 1 ในประเทศไทยเราจึงนับพุทธศักราชช้ากว่าศรีลังกาและพม่าไปหนึ่งปี โดยในประเทศดังกล่าวเริ่มนับพุทธศักราชหนึ่งตั้งแต่วันที่พระสัมมาสัมพุทธเจ้าทรงปรินิพานทันทีโดยเปลี่ยนศักราชในวันวิสาขบูชา ซึ่งต่อมาในประเทศไทยสมัยจอมพล ป.พิบูลสงคราม ได้ให้เปลี่ยนศักราชใหม่ทุกปีเป็นวันที่ 1 มกราคม ตาม คริสต์ศักราชของยุโรป

เราจึงเห็นได้ว่าพระพุทธศาสนาได้มีความผูกพันกับประเทศไทยเป็นเวลายาวนาน จนมีความสำคัญเป็นส่วนหนึ่งของประเทศ หากประเทศเป็นเสมือนร่างกาย พระมหากษัตริย์เปรียบเสมือนหัวใจ ศาสนาพุทธในประเทศไทยก็เปรียบเสมือนลมหายใจ เพราะในชีวิตประจำวันของคนในสังคมไทยทุกระดับชนชั้น ประเพณีต่างๆ จะต้องมีความผูกพันกับศาสนาพุทธเสมอ ไม่ว่าจะเป็นงานศพ งานแต่งงาน งานบุญ ขึ้นปีใหม่ งานมงคลหรืองานอวมงคลต่างๆ จะต้องมีความเกี่ยวข้องกับศาสนา โดยจะเป็นเรื่องของความเชื่อว่าหากจะมีงานต่างๆ จะต้องมีการเลี้ยงพระ ถวายสังฆทาน ฟังธรรม เพื่อให้เกิดความสิริมงคลแก่ตนและครอบครัว ซึ่งอย่างน้อยสิ่งที่เห็นและสัมผัสได้ของคนในสังคมก็คือความสบายใจ ศาสนาพุทธจึงมีอิทธิพลและเป็นเครื่องยึดเหนี่ยวจิตใจของคนในสังคมไทยเป็นอย่างมาก และบุคคลซึ่งมีความสำคัญเป็นอย่างมากในการสืบทอดพระพุทธศาสนาและมีหน้าที่เผยแพร่พระธรรมคำสั่งสอนถือเป็นตัวแทนของพระสัมมาสัมพุทธเจ้านั้นคือ พระสงฆ์ พระสงฆ์จึงมีบทบาทสำคัญมากในศาสนา เป็นบุคคลผู้ซึ่งประชาชนให้ความเคารพศรัทธา เพราะเห็นว่าเป็นผู้ควรได้รับการกราบไหว้บูชาด้วยใจบริสุทธ์ บุคคลผู้ซึ่งสละแล้วซึ่งกิเลสเข้าสู่การบวชในพระบวรพุทธศาสนาเป็นพุทธสาวกของพระพุทธองค์ ครองเพศพรหมจรรย์บริสุทธ์แล้วซึ่งการชำระ กาย วาจา ใจ ด้วย “ศีล” เป็นที่พึ่งที่พักพิงให้บังเกิดสติด้วยพระธรรมเมื่อประชาชนทุกข์ร้อนใจ พระสงฆ์จึงเป็นบุคคลที่คนในสังคมให้ความคาดหวังไว้อย่างสูง ให้ความไว้วางใจไว้เนื้อเชื่อใจ ว่าเมื่อเข้าไปพบพระสงฆ์แล้วจะได้ความสบายใจ ความอิ่มใจ อบอุ่นปลอดภัย

กลับมา ดังนั้นพระสงฆ์จึงเปรียบเสมือนภาพพจน์ของศาสนาหากพระสงฆ์ประพฤติตนไม่เหมาะสมกับเพศสมณะ ย่อมนำความมัวหมองมาสู่ศาสนา

ในอดีตพระสงฆ์เปรียบเสมือนครูบาอาจารย์ เพราะในสมัยก่อนวัดเป็นเหมือนโรงเรียน มีพระสงฆ์เป็นครูช่วยสอนหนังสือให้อ่านออกเขียนได้ โดยเฉพาะเด็กผู้ชายต้องบวชเณรเพื่อเรียนหนังสือ จนเป็นที่มาของคำว่า "บวชเรียน" หรือชายไทยเมื่ออายุเข้า 25 ปีแล้วต้องบวชเพื่อทดแทนพระคุณพ่อแม่ และเพื่อศึกษาพระธรรมคำสั่งสอนขัดเกลาจิตใจให้เป็นคนดี ใจเย็น มีสติปัญญาในการแก้ไขปัญหา จึงกล่าวได้ว่าการบวชในพุทธศาสนาเป็นประเพณีที่ประชาชนชาวไทยยังคงให้ความสำคัญมาจนกระทั่งตราบจนปัจจุบันนี้ แม้กระทั้งความเชื่อเรื่องการที่จะหาคู่ครองให้แก่บุตรสาว ก็จะต้องหาชายที่ผ่านการบวชเรียนมาแล้วเพราะเชื่อว่าผู้นั้นน่าจะเป็นคนดี เพราะผ่านการอบรมสั่งสอนขัดเกลาจิตใจมาดีแล้ว คำในสมัยก่อนเรียกชายที่ผ่านการบวชมาแล้วว่า "คนสุก" โดยมีคำนำหน้าชื่อว่า "ทิด" ในภาคกลางและ เรียกว่า "หนาน" ในภาคเหนือ จะเห็นได้ชัดว่าศาสนาพุทธมีอิทธิพลในชีวิตประจำวันของคนในสังคมไทยแทบทุกเรื่อง

แม้กระทั่งในปัจจุบันพระสงฆ์ในชนบทก็เปรียบเสมือนผู้นำในหมู่บ้าน และวัดเป็นเสมือนที่ชุมนุมเพื่อปรึกษาหารือเรื่องในหมู่บ้าน โดยมีเจ้าอาวาสเป็นที่ปรึกษา ฉะนั้นจึงเห็นได้ว่าพระสงฆ์มีอิทธิพลต่อคนในสังคมเป็นอย่างมาก พระสงฆ์จึงควรมีพฤติกรรมที่ดีงามให้สมกับเป็นเพศบรรพชิต สมกับการกราบไหว้นับถือ แต่เนื่องจากปัจจุบันสังคมเปลี่ยนแปลงไป สิ่งยั่วยุมีมากขึ้น ผู้คนในสมัยนี้ห่างไกลจากคำสั่งสอนที่แท้จริง มีจิตใจที่หยาบกว่าคนในสมัยพุทธกาลซึ่งได้ฟังธรรมเพียงไม่กี่คำ ก็สามารถยกจิตสำเร็จเป็นพระอรหันต์ได้

เมื่อยุคสมัยเปลี่ยนแปลงไปจุดประสงค์ของการบวชของบุคคลบางพวกเปลี่ยนไปเป็นบวชเพื่อหนีความยากจน บวชเพื่อหนีความผิดอาญา บวชเพื่อหาประโยชน์จากความเชื่อความศรัทธาของคนในสังคม มีความคิดว่าการบวชเป็นพระสงฆ์สบายไม่ต้องไปหางานทำ มีข้าวกิน มีเงินใช้ เมื่อมีเหตุปัจจัยหลายๆ อย่างดังนี้จึงทำให้เกิดพระภิกษุสงฆ์ที่ไม่ได้มุ่งศึกษาธรรมมะอย่างแท้จริง ภายในจิตใจยังเต็มไปด้วยกิเลสก่ออาชญากรรมต่างๆขึ้นในสังคมมากมาย ทำให้ศาสนามัวหมอง ขณะที่บุคคลอยู่ในเพศสมณะเพียงสวมเครื่องแบบสงฆ์แต่เมื่อไม่มีใจบวชเพื่อศึกษาพระธรรมตั้งแต่แรก สภาวะภายในจิตใจนั้นยังมิได้มีความแตกต่างไปจากบุคคลทั่วไปที่มิได้เข้ารับการบวชแต่อย่างใด ซึ่งในบางครั้งพระสงฆ์บางรูปก็มีพฤติกรรมที่แสดงออกทางกาย วาจา ใจ ที่ไม่เหมาะสมและขาดความสำรวมยังมีอารมณ์เป็นกิเลสอยู่ครบทุกประเภท อาจตกเป็นผู้กระทำความผิดอาญาได้ทุกอย่างเหมือนบุคคลทั่วไป กรณีดังกล่าวถือว่าเป็นการที่พระภิกษุผู้นั้นขาดความละอายต่อบาป ซึ่งในปัจจุบันพบว่าพระสงฆ์ได้กระทำความผิดกฎหมายหรือผิดศีลธรรมมากขึ้น ดังที่ปรากฏตามข่าว ทั้งสื่อโทรทัศน์และตามหน้าหนังสือพิมพ์ ก่อให้เกิดความเสื่อมเสียต่อศาสนา ทำลายความศรัทธาของคนในสังคมที่นับถือศาสนาอย่างรุนแรง โดยเฉพาะเรื่องที่ค่อนข้างละเอียดอ่อนต่อ

ความรู้สึกของคนในสังคม และกระทบต่อภาพพจน์ของพุทธศาสนาศาสนามากที่สุดคือ เรื่องการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศ ไม่ว่าจะเป็นการเสพเมถุนร่วมกับหญิงหรือโฮโมเซ็กส์ชวล ซึ่งเป็นเรื่องที่มีความผิดร้ายแรงที่สุดในพระธรรมวินัย โดยมีโทษถึงขั้นปราชิก แต่โทษปาราชิกในพระธรรมวินัยและในพระราชบัญญัติคณะสงฆ์ พ.ศ. 2505 ซึ่งมีโทษเพียงให้สึกเท่านั้นไม่มีโทษทางอาญาแต่อย่างใด

ดังที่ยอมรับกันว่าเมื่อสถาบันหลักในประเทศเราประกอบด้วยสามสถาบันหลัก ได้แก่ ชาติ ศาสนา พระมหากษัตริย์ ซึ่งในส่วนของสถาบันศาสนานั้น ศาสนาประจำชาติของประเทศไทยเราก็คือศาสนาพุทธ จึงถือได้ว่าสถาบันศาสนาจึงมีความสำคัญเป็นอย่างมาก พระสงฆ์ซึ่งเป็นบุคคลผู้สืบทอดศาสนา มีหน้าที่เผยแพร่พระธรรมคำสั่งสอน เป็นบุคคลที่คนในสังคมให้ความไว้เนื้อเชื่อใจ เคารพนับถือเปรียบเป็นบุตรของพระสัมมาสัมพุทธเจ้า (พุทธบุตร) มีหน้าที่ในการเผยแพร่พระธรรมคำสั่งสอนซึ่งพระพุทธองค์ทรงให้รำลึกว่าพระธรรมคือตัวแทนของพระพุทธองค์ พระสงฆ์จึงเป็นบุคคลที่ประชาชนในสังคมให้ความคาดหวังไว้อย่างสูง ในเรื่องความประพฤติที่ดีงามในทุกเวลาที่ยังครองเพศสมณะ กล่าวถึงภาพลักษณ์เมื่อนึกถึงพระสงฆ์ โดยส่วนใหญ่ประชาชนจะนึกภาพพระภิกษุว่า เป็นบุคคลผู้สงบเยือกเย็น ใจดี ในท่วงท่าที่สำรวมงดงาม วาจาที่อ่อนโยนให้ข้อคิดให้คลายทุกข์ร้อน เป็นบุคคลที่คนในสังคมให้ความไว้เนื้อเชื่อใจมากที่สุด มากกว่าบุคคลซึ่งถือว่าอยู่ในวิชาชีพที่มีเกียรติและน่านับถือในสังคมเช่น หมอ ตำรวจ ผู้พิพากษา ครูบาอาจารย์ เพราะเราอาจเห็นได้ว่าพระสงฆ์ไม่ต้องสาบานตัวในศาล หรือในกรณีที่มีการกระทำความผิดอาญาเกิดขึ้นหากพบว่ามีบุคคลธรรมดากับพระสงฆ์นั่งอยู่ด้วยกัน ก็มีความน่าเชื่อว่าพระภิกษุสงฆ์นั้นย่อมมิได้เป็นผู้กระทำความผิดอาญานั้น

ด้วยเหตุที่พระสงฆ์มีภาพลักษณ์ในเชิงบวกต่อสังคมที่สูงมากกว่าคนทั่วๆ ไป ดังนั้นเมื่อมีพระภิกษุรูปใดที่กระทำให้ภาพลักษณ์ของศาสนามัวหมองโดยไม่ว่าจะเจตนาหรือเพียงแค่เล็งเห็นผลก็ตาม กรณีดังกล่าวควรที่จะมีมาตรการในการลงโทษพระสงฆ์ที่หนักกว่าคนทั่วไปเป็นบทเฉพาะเกี่ยวกับการกระทำผิดของพระสงฆ์ในกฎหมายอาญาให้เป็นรูปธรรมมากยิ่งขึ้น ซึ่งในปัจจุบันมีช่องว่างในกฎหมายพระสงฆ์อยู่ เช่น ในกรณีพระสงฆ์กระทำผิดทางเพศโดยร่วมประเวณีกับหญิงที่อายุเกิน 20 ปีโดยหญิงยินยอม ก็มีโทษทางธรรมเพียงปาราชิกให้สึกออกจากศาสนาเท่านั้น ไม่ต้องรับโทษตามกฎหมายบ้านเมืองเพราะไม่เป็นความผิดตามกฎหมายอาญา ด้วยเหตุนี้จึงทำให้บุคคลที่เข้ามาบวชหรือพระสงฆ์บางส่วนไม่เกรงกลัวต่อการกระทำผิดกฎหมาย พระธรรมวินัยและผิดศีลธรรม ในกรณีกลับกันเช่นกันกฎหมายก็มีช่องว่างในกรณีที่หญิงร่วมเพศกับพระภิกษุสงฆ์ก็ไม่มีบทบัญญัติเอาโทษทัณฑ์ไว้ เป็นช่องว่างหากหญิงนั้นต้องการทำลายหรือกลั่นแกล้งพระสงฆ์หรือมีผู้ใช้ให้ทำลายพระภิกษุรูปใดรูปหนึ่ง ก็ควรจะมีกฎหมายออกมาบัญญัติให้หญิงซึ่งร่วมประเวณีกับ

พระภิกษุในกรณีที่แม้หญิงนั้นยินยอมก็ให้มีความผิดด้วยรวมไปถึงตัวการร่วม ผู้สนับสนุนให้กระทำความผิดและผู้ใช้หญิงให้กระทำความผิดฐานร่วมประเวณีกับพระภิกษุสงฆ์นั้นด้วยเพื่อปิดช่องว่างเพื่อมิให้ผู้หวังที่จะบ่อนทำลายศาสนาโดยใช้กฎหมายเป็นเครื่องมือใช้หญิงในการเอาผิดกับพระภิกษุสงฆ์ผู้ปฏิบัติดีปฏิบัติชอบ ในหมวดการกระทำความผิดของพระภิกษุสงฆ์ในเรื่องนี้ก็เคยเกิดขึ้นแม้กับพระพุทธองค์ในครั้งพุทธกาลมาแล้วเช่นกัน เมื่อสตรีนางหนึ่ง เอาท่อนไม้ใส่ในเสื้อแกล้งทำทีเข้าในพุทธสถานเวลาเช้า ออกเวลาเย็น แล้วเพิ่มท่อนไม้ให้ใหญ่ขึ้นเหมือนตั้งครรภ์ให้ผู้คนครหา พระพุทธองค์ก็ใช้ขันติบารมี จนความจริงก็ได้ปรากฏเมื่อแผ่นดินจะสูบนางลงนรก ปัจจุบันจะเห็นว่าแม้กรณีที่พระภิกษุข่มขืนหญิงจะมีโทษทางกฎหมายอาญาก็มีโทษเพียงให้สึก แล้วรับโทษตามกฎหมายอาญาเท่ากับคนทั่วไปกระทำผิดเท่านั้น ทั้งที่ความเสียหายที่ก่อโดยผู้กระทำผิดซึ่งเป็นพระภิกษุสงฆ์นั้นส่งผลกระทบต่อปัจจัยหลายอย่างในสังคม ไม่ว่าจะเป็นเรื่องของจิตใจของคนส่วนรวม หรือในด้านความเชื่อมั่นศรัทธาในพระศาสนา เพราะเมื่อผู้ที่กระทำผิดเป็นบุคคลที่กระทำผิดเสียเองแล้วใครจะเป็นผู้ที่สาธุชนสามารถที่จะกราบไหว้ได้โดยไม่แคลงใจ ทั้งๆ ที่ยังมีพระภิกษุผู้ปฏิบัติดีปฏิบัติชอบอีกมากมายแต่ได้รับผลกระทบต่อมารศาสนาเพียงบางกลุ่มเท่านั้น ความคิดเห็นของประชาชนบางส่วนอาจอ้างผ่อนปรนให้ว่าพระภิกษุในปัจจุบันเป็นเพียงสมมติสงฆ์ยังมีกิเลสเหมือนปุถุชนย่อมพ่ายแพ้ต่ออิสตรีได้บ้างเมื่อกระทำความผิดจึงไม่เป็นเรื่องแปลกเช่นไรกฎหมายจะเอาโทษหนักขึ้นเห็นเป็นการที่ไม่ยุติธรรมนั้น จะเห็นได้ว่าหากศึกษาพระธรรมและปฏิบัติอย่างจริงจังนั้น โดยตามปกติชนมีใจน้อมนำพระธรรมถึงขั้นปลงใจออกบวชถือครองเพศบรรพชิตแล้วจิตย่อมโอนอ่อนฝึกง่ายในขั้นแรกเมื่อปฏิบัติธรรมตามแนวทางที่พระธรรมบัญญัติไว้ย่อมเกิดการตกตะกอนของจิต ไม่นานนักความกำหนัดในกามคุณย่อมเบาบางถึงขั้นไม่มีความต้องการทางเพศเลย ในข้อนี้คฤหัสถ์ผู้ปฏิบัติตามพระธรรมยังสามารถรู้ได้เฉพาะตนไฉนผู้ประพฤติพรมจรรย์ถึงไม่รู้ข้อนี้น่าจะเป็นสิ่งที่น่าแปลกใจยิ่งกว่า ฉะนั้นพระภิกษุสงฆ์ผู้กระทำความผิดทางเพศจะนำข้อแก้ตัว ว่าตนเป็นเพียงสมมติสงฆ์ไม่ใช่อริยะสงฆ์สามารถกระทำผิดทางเพศได้บ้างย่อมส่งผลให้ศาสนาเกิดความเสื่อมถอยและสูญสิ้นไปในไม่ช้า

ปัจจุบันเมื่อมีการกระทำความผิดเกี่ยวกับศาสนาขึ้นประมวลกฎหมายอาญามาตราที่ใกล้เคียงกับเรื่องที่ศึกษาได้แก่ มาตรา 208 ความผิดฐานแต่งกายเลียนแบบภิกษุหรือนักบวชศาสนาอื่น ในกรณีที่พระภิกษุกระทำความผิดอาญาหากความผิดนั้นถึงขั้นปาราชิกตามพระธรรมวินัยถือว่าขาดจากความเป็นพระทันทีไม่ต้องมีการลาสิกขาแล้วยังสวมเครื่องแต่งกายเป็นพระภิกษุอยู่ต้องรับผิดตามมาตรานี้ แต่กรณียังคงมีช่องว่างอยู่ตรงที่เมื่อกรณีที่พระภิกษุที่กระทำผิดปาราชิกแต่ยังปกปิดการกระทำนั้นอยู่ต่อมาเมื่อความผิดปรากฏก็อาจรับโทษเกี่ยวกับศาสนาตามมาตรา 208 ซึ่งมีโทษจำคุกไม่เกิน 1 ปีเท่านั้น และตามพระราชบัญญัติคณะสงฆ์ก็ยังคงมีช่องว่างอยู่ในกรณีที่พระภิกษุ

ผิดอาบัติอย่างอื่นซึ่งไม่ถึงขั้นปาราชิกเนื่องจากไม่ได้บัญญัติถึงการสึกไว้โดยชัดเจนเป็นปัญหาในการสอบสวน[1] จึงเห็นได้ว่าเนื่องจากปัญหาดังกล่าวการป้องกันและปราบปรามผู้กระทำความผิดควรมีกฎหมายออกมาเป็นบทเฉพาะเพื่อใช้ในการลงโทษพระสงฆ์ที่กระทำผิดกฎหมายอาญา หรือกระทำผิดพระธรรมวินัยโดยในการศึกษานี้จะศึกษาเฉพาะข้อที่ว่าด้วยการกระทำผิดเกี่ยวกับเพศ แต่ความผิดดังกล่าวไม่ผิดกฎหมายบ้านเมืองให้ได้รับโทษหนักขึ้นเป็นบทเฉพาะเป็นรูปธรรมเพื่อลงโทษมารศาสนาให้สิ้นไป สิ่งสะท้อนบางอย่างในสังคมไทยที่จำเป็นต้องมีบทลงโทษที่หนักนั้นเห็นได้จากการที่พระสงฆ์มีอิทธิพลมีอำนาจเหนือจิตใจของผู้คนในสังคมมาก เช่น กรณีการปลุกเสกองค์จตุคามรามเทพมีการตื่นตัวของมหาชนกับการปลุกเสกโดยพระสงฆ์มากมาย ส่งผลแม้กระทั่งเศรษฐกิจในวงการผู้ที่ชื่นชอบพระเครื่องในช่วงนั้น มีการโฆษณาอวดอ้างอิทธิฤทธิ์ของพระสงฆ์มากมายกลายเป็นเรื่องของธุรกิจตามมา ฉะนั้นการที่มีบทบัญญัติที่เคร่งครัดออกมาจะเป็นผลดีต่อศาสนาและยังประโยชน์ในการตัดสินใจของผู้ที่ต้องการบวชเพื่อที่จะศึกษาพระธรรมจริงๆมีใจพร้อมน้อมนำ พระพุทธ พระธรรมเข้าสู่จิตใจ เผยแพร่ปฏิบัติในสิ่งที่ดีงามและเพื่อเป็นขวัญกำลังใจต่อพระผู้ปฏิบัติดี ปฏิบัติชอบไม่ให้ท้อใจ หรือตกเป็นจำเลยในสังคมไปด้วย และเพื่อผู้ที่ต้องการจะบวชหรือพระภิกษุสงฆ์ที่บวชอยู่แล้วมีเครื่องบังคับใจและความประพฤติที่เห็นได้เป็นรูปธรรมมากขึ้น เพราะรู้ว่าหากทำผิดในเพศสมณะจะต้องรับโทษที่หนักขึ้นมากกว่าเพียงการต้องโทษอาบัติปาราชิกหรือโทษตามกฎหมายอาญาทั่วไป ให้มีความรับผิดชอบต่อสังคมมากขึ้นกว่าในปัจจุบันที่ไม่มีกฎหมายอาญาบังคับไว้โดยเฉพาะ

1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา

1.2.1 เพื่อศึกษา หลักเกณฑ์เกี่ยวกับมาตรการลงโทษ ของผู้กระทำความผิด ขณะเป็นพระภิกษุสงฆ์ ในทางพุทธศาสนา

1.2.2 เพื่อศึกษา หลักเกณฑ์เกี่ยวกับมาตรการลงโทษทางอาญาของผู้กระทำความผิด ขณะเป็นพระภิกษุสงฆ์

1.2.3 เพื่อศึกษา และหามาตรการลงโทษ ผู้กระทำความผิด ขณะเป็นพระภิกษุสงฆ์ ในความผิดที่ผิดศีลธรรมแต่ไม่เป็นความผิดในทางกฎหมายอาญา

1.2.4 เพื่อศึกษา และหามาตรการลงโทษ ผู้กระทำความผิด ขณะเป็นพระภิกษุสงฆ์ ในทางพุทธศาสนา ที่เหมาะสม

---

[1] ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ ข. (2552). **ประมวลกฎหมายอาญา ฉบับอ้างอิง.** หน้า 341.

1.3 สมมติฐานของการศึกษา

ศาสนาพุทธเป็นศาสนาประจำชาติ เป็นแนวทางของวิถีชีวิต การดำรงชีวิตที่เป็นแบบอย่างและเป็นสถาบันที่สำคัญของที่ประชาชนคนไทย เป็นต้องดูแลแลรักษา ซึ่งประชาชนจะมีสิทธิ์ที่จะปฏิบัติตามพิธีกรรม ตามความเชื่อของตน พระภิกษุสงฆ์จึงเป็นผู้ที่มีบทบาทอย่างสำคัญต่อการเป็นแบบอย่างที่ดีและเป็นผู้ที่คอยชี้นำทางแก่ประชาชน ดังนั้นเมื่อพระภิกษุสงฆ์มีความสำคัญเป็นอย่างมากต่อสังคมไทยจึงจำเป็นที่จะต้องเป็นผู้ที่ปฏิบัติตามพระธรรมวินัยและกฎหมายบ้านเมืองอย่างเคร่งครัด

เมื่อพระภิกษุสงฆ์กระทำความผิดเสียเอง มาตรการลงโทษต่างๆ หายังไม่เหมาะสมเป็นอย่างยิ่งกับการกระทำความผิดและผลกระทบที่เกิดขึ้นซึ่งเมื่อเทียบกับความผิดที่เจ้าพนักงานกระทำผิดซึ่งพระภิกษุสงฆ์กระทำความผิดเปรียบเสมือนเป็นการทำลายสถาบันศาสนาของไทยซึ่งควรที่จะมีมาตรการลงโทษที่เหมาะสม

1.4 ขอบเขตของการศึกษา

ศึกษาหลักเกณฑ์ต่างๆ เกี่ยวกับมาตรการลงโทษ ผู้กระทำความผิด ขณะเป็นพระภิกษุสงฆ์ ตามหลักแห่งประมวลกฎหมายอาญา และพระราชบัญญัติคณะสงฆ์พ.ศ. 2505 แก้ไขพระราชบัญญัติคณะสงฆ์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2535 กฎมหาเถรสมาคม ฉบับที่ 11 พระไตรปิฎก พระธรรมวินัย วินัยมุข

1.5 วิธีดำเนินการศึกษา

การศึกษานี้เป็นการศึกษาวิจัยในเชิงเอกสาร โดยศึกษาวิจัยข้อมูลจากตำรา ประมวลกฎหมาย กฎหมายรัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติต่างๆ ที่เกี่ยวข้อง หนังสือพิมพ์และใช้ วิธีการสัมภาษณ์เชิงลึก ความคิดเห็น ของบุคคลที่เกี่ยวข้องและเชี่ยวชาญในทางพระพุทธศาสนา เพื่อนำข้อมูลมาวิเคราะห์ถึงขอบเขตและมาตรการลงโทษที่เหมาะสม

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1.6.1 ทำให้ทราบถึงหลักเกณฑ์เกี่ยวกับมาตรการลงโทษ ของผู้กระทำความผิด ขณะเป็นพระภิกษุสงฆ์ ในทางพุทธศาสนา

1.6.2 ทำให้ทราบถึงหลักเกณฑ์เกี่ยวกับมาตรการลงโทษทางอาญาของผู้กระทำความผิด ขณะเป็นพระภิกษุสงฆ์

1.6.3 ทำให้ทราบถึงมาตรการลงโทษ ผู้กระทำความผิด ขณะเป็นพระภิกษุสงฆ์ ในความผิดที่ผิดศีลธรรมแต่ไม่เป็นความผิดในทางกฎหมายอาญา

1.6.4 ทำให้ทราบถึงมาตรการลงโทษ ผู้กระทำความผิด ขณะเป็นพระภิกษุสงฆ์ ในทางพุทธศาสนา ที่เหมาะสม

DPU

บทที่ 2
แนวคิดในการบัญญัติกฎหมายเพื่อลงโทษบุคคลผู้กระทำความผิด

เป็นที่ยอมรับกันในสาขาวิชากฎหมายอาญาแล้วว่าในประมวลกฎหมายอาญาสมัยใหม่นั้นแบบแผนของการลงโทษ หรือคำขู่ว่าจะลงโทษและตัวโทษ เปรียบเสมือนแรงกระตุ้นให้สมาชิกของสังคมนั้นๆ ประพฤติปฏิบัติต่อกันตามสังคมในวิถีทางที่กำหนดไว้ และวิถีทางของสังคมนี่ผู้ร่างกฎหมายได้กล่าวเอาไว้อย่างเป็นที่ชัดแจ้งในบทบัญญัติทั่วไปของประมวลกฎหมายอาญา[1] และในขณะเดียวกันประมวลกฎหมายอาญาในสมัยใหม่ก็มักจะชี้ให้เห็นถึงวัตถุประสงค์ของประมวลกฎหมายอาญานั้นๆ ว่ามีวัตถุประสงค์อย่างไรพร้อมกับชี้ให้เห็นถึงวิธีการและทฤษฎีที่รองรับวิธีการนั้นๆ ที่จะทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าวให้เป็นที่รู้ดังกล่าวทั่วไป

2.1 แนวความคิดในการบัญญัติกฎหมาย

ในการดำเนินคดีอาญาของรัฐ มีวัตถุประสงค์เพื่อพิสูจน์ความผิด หรือความบริสุทธิ์ของผู้ถูกกล่าวหาหรือจำเลย และเพื่อนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษ และด้วยเหตุที่มีความเชื่อทางวิชาการว่า กฎหมายส่วนมหาชนหลายประเภท โดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎหมายอาญาเป็นกฎหมายที่ผลเป็นการควบคุมสังคม โดยใช้โทษเป็นเครื่องมือในการขู่บังคับส่วนหนึ่งและเป็นเรื่องของกฎหมายที่เกี่ยวด้วยการกำหนดพฤติกรรมของมนุษย์ในสังคมนั้นๆ ด้วยอีกส่วนหนึ่ง ในทุกๆ ประเทศย่อมมีกฎหมายอาญาใช้อยู่เป็นของตนเอง แต่ปัญหาที่เกิดขึ้นอยู่เสมอไม่ว่าในขั้นการร่างกฎหมายอาญาหรือเมื่อกฎหมายอาญานั้นใช้บังคับอยู่ในช่วงระยะเวลาหนึ่งก็คือ ปัญหาว่าพฤติกรรมชนิดใดกันแน่สมควรถูกควบคุมในกฎหมายอาญา

2.1.1 วัตถุประสงค์โดยทั่วไปของการนิติบัญญัติทางอาญาสารบัญญัติ

กฎหมายอาญาในปัจจุบันนั้นได้ถูกเปลี่ยนแปลงแก้ไขเพิ่มเติมจนแทบจะแบ่งแยกไม่ออกว่ากฎหมายอาญาในปัจจุบันนั้น ทำหน้าที่อะไรแต่อย่างน้อยที่สุดนักนิติบัญญัติที่ดีต้องคำนึงถึงวัตถุประสงค์หลักที่ว่ากฎหมายอาญานั้นต้องการที่จะให้บรรลุถึงวัตถุประสงค์ใดบ้าง

---

[1] Mueller, G.O.W. (1961). "**The German Draft Criminal** code 1960 - An Evalution in terms of Armerican Criminal Law" U. 3. L. For 30.

ซึ่งในเรื่องของวัตถุประสงค์ในการร่างกฎหมายนั้นตามร่างประมวลกฎหมายอาญาสหรัฐอเมริกา[2] ในมาตรา 1-1 A2 ซึ่งบัญญัติวัตถุประสงค์ไว้ดังนี้

"วัตถุประสงค์ของประมวลกฎหมายนี้ก็เพื่อที่จะเสริมสร้างความยุติธรรมขึ้นในระบบสหรัฐทั้งมวลเพื่อที่ประเทศชาติและประชาชนจะได้มีความอบอุ่นใจในการรักษาไว้ซึ่งชีวิต ร่างกาย ทรัพย์สิน ความสัมพันธ์ซึ่งกันและกัน และผลประโยชน์อื่นๆ

ประมวลกฎหมายนี้ มุ่งมั่นที่จะส่งเสริมและคงไว้ซึ่งระบบแห่งคุณธรรมของมหาชนและการปฏิบัติโต้ตอบของมหาชน โดยการลงโทษทัณฑ์อันเหมาะสม

ประมวลกฎหมายนี้มุ่งมั่นที่จะส่งเสริมความปลอดภัยและความมั่นคงของบุคคลทั้งปวงโดยการป้องปราบ ด้วยวิธีการแจ้งต่อสังคมให้เห็นถึงความผิดต่างๆว่ามีอะไรบ้างละโทษทัณฑ์ที่ได้กำหนดไว้โดยตัวบทกฎหมายมีอยู่อย่างไร และเมื่อวิธีการนี้ใช้ไม่ได้ผล ก็จะใช้วิธีแก้ไขผู้กระทำความผิด หรือการทำให้ผู้กระทำความผิดนั้นไม่สามารถที่จะกระทำความผิดต่อไปได้โดยวิธีการอันสมควร"

จากเนื้อความข้างบนนี้ เราพอเห็นได้ว่า วิธีการและทฤษฎีที่จะทำให้จุดหมายของประมวลกฎหมายอาญานั้นประสบความสำเร็จนั้นพอที่จะแบ่งประเภทแห่งวัตถุประสงค์ได้อย่างน้อย 6 ประการดังนี้

1) เพื่อคุ้มครองป้องกันซึ่งตัวบุคคล จากการกระทำโดยเจตนา อันเป็นการโหดเหี้ยมทารุณหรือการประกอบกรรมทางเพศด้วยวิธีการอันไม่พึงประสงค์ต่างๆ โดยการข่มขืน หรือการร่วมเพศโดยผิดศีลธรรมเป็นเหตุสะเทือนขวัญ คุ้มครองป้องกันบุคคลจากภัยบางประการอันเกิดจากการกระทำโดยไม่เจตนา คุ้มครองป้องกันกลุ่มบุคคลที่อาจถูกชักจูงได้ง่ายเช่นผู้เยาว์ ผู้ไม่สมประกอบ หรือจากการทำร้าย กดขี่ ขูดรีด อันเกิดแต่บุคคลหรือทรัพย์สินของบุคคลเหล่านั้น ตัวอย่าง หลอกให้ร่วมประเวณีด้วยเป็นต้น

2) เพื่อคุ้มครอง สภาวะจิตใจของสมาชิกนั้นๆ ให้รอดพ้นจากการกระทบกระเทือนจากการกระทำที่ถึงแม้ว่าจะเป็นเรื่องส่วนตัวของผู้ใหญ่แล้ว และยินยอมต่อการกระทำนั้นแล้ว แต่ถือว่าผิดธรรมชาติ เช่น การร่วมประเวณีภายในบุคลคลภายในครอบครัวและความสัมพันธ์ทางเพศอันผิดปกติ ป้องกันการกระทำบางประเภท ซึ่งเมื่อได้กระทำท่ามกลางสาธารณชนแล้ว จะกระทบกระเทือนจิตใจบุคคลอื่นๆเป็นอย่างมาก เช่น การกระทำอนาจาร เป็นต้น

3) เพื่อคุ้มครองป้องกันทรัพย์สินส่วนบุคคลจากการลักขโมย การฉ้อโกงหรือการทำให้เสียทรัพย์ และกรณีอื่นๆ

---

[2] U.S. Draft Criminal Code.

4) เพื่อคุ้มครองป้องกันสาธารณชนจากความไม่สะดวกสบายต่างๆ เช่น การกีดขวางทางสัญจร ปิดกั้นทางสาธารณะ รวมทั้งใช้สภาพบังคับทางอาญาเพื่อเก็บรวบรวมภาษีอากร เช่น ห้ามมีรถยนต์ หรือทรัพย์สินไว้ในครอบครองโดยไม่มีทะเบียน

5) เพื่อป้องกันรักษาไว้ซึ่งสถาบันทางสังคม เช่น สถาบันพระมหากษัตริย์และสถาบันศาสนา รวมทั้งเพื่อบังคับให้เกิดความเมตตากรุณาที่จำเป็น เช่น การที่พระภิกษุสงฆ์ไม่ต้องสาบานตนในศาล

6) เพื่อบังคับใช้วิธีการต่างๆ ที่จะทำให้วัตถุประสงค์ทั้งหลายเหล่านี้บรรลุผล เช่น การขัดคำสั่งเจ้าพนักงาน การให้การเท็จ เป็นต้น

เมื่อได้วิเคราะห์ถึงวัตถุประสงค์ของการบัญญัติกฎหมายอาญาสาระบัญญัติเบื้องต้นแล้ว ผู้เขียนมีความเห็นว่าเมื่อเปรียบเทียบกับสภาพปัญหาในบทที่ 1 ที่ผู้เขียนกล่าวไว้ว่า กรณีที่พระภิกษุสงฆ์มีการเสพเมถุนกับหญิงซึ่งอายุเกินยี่สิบปีและหญิงนั้นยินยอม ตามปกติกฎหมายอาญาไม่สามารถที่จะเอาผิดกับพระภิกษุผู้กระทำได้เนื่องจากไม่เป็นความผิดอาญา แต่อย่างไรก็ดีผู้เขียนเห็นว่าการกระทำของพระภิกษุดังกล่าวควรที่จะมีกฎหมายออกมาบัญญัติความรับผิดเอาไว้เนื่องจากจะเห็นได้ว่าแม้การกระทำดังกล่าวจะไม่เป็นความผิดอาญาแต่ก็ถือว่าพระภิกษุผู้นั้นได้กระทำการในลักษณะที่ทำให้สถาบันศาสนาเสื่อมเสียชื่อเสียงและเป็นการกะทำที่ไม่เหมาะสมกับสมณะภาวะ ซึ่งเมื่อเปรียบเทียบกับวัตถุประสงค์ในการบัญญัติอาญาสารบัญญัติแล้วจะพบว่าการบัญญัติกฎหมายในลักษณะนี้เป็นการบัญญัติเพื่อที่จะคุ้มครองสถาบันศาสนาทุกศาสนา แต่ในการศึกษาวิทยานิพนธ์เล่มนี้ผู้เขียนขอกล่าวถึงเฉพาะศาสนาพุทธและจะได้ทำการวิเคราะห์โดยละเอียดในบทที่ 4 ต่อไป

แม้ว่าจะมีหลัก 6 ประการตามที่ได้กล่าวมาแล้วก็ตาม แต่นักวิชาการที่มีความละเอียดอ่อนคงยังมีข้อสงสัยอยู่อีกว่า หลักข้างต้นนั้นมิได้ช่วยหาคำตอบที่สมบูรณ์ให้แก่ผู้ที่จะร่างหรือเปลี่ยนแปลงแก้ไขกฎหมายอาญามากนัก เพราะขอบเขตของหลักเกณฑ์ข้างต้นนั้น กว้างขวางมากพอที่จะรวมเอาพฤติกรรมเกือบทุกชนิดเอาไว้ได้อาจกล่าวได้ว่าหลักข้างต้นนี้มิได้สร้างกฎเกณฑ์ทางทฤษฎีที่ดีพอ อันอาจช่วยในการตัดสินใจว่าพฤติกรรมอย่างไรที่ควรจะตกอยู่ในขอบเขตของกฎหมายอาญา

2.1.2 กฎหมายอาญาบนพื้นฐานของการกระทำและผู้กระทำ

การตรากฎหมายโดยฝ่ายนิติบัญญัตินั้นนอกจากที่จะต้องทำการศึกษาถึงวัตถุประสงค์และเจตนารมณ์ในการบัญญัติกฎหมายมาตรานั้นๆ แล้ว ยังจำเป็นที่จะต้องทำการศึกษาถึงการบัญญัติกฎหมายว่าใช้เกณฑ์ใดในการบัญญัติ กล่าวคือ จะบัญญัติความผิดอาญาบนพื้นฐานของการกระทำ หรือจะบัญญัติกฎหมายอาญาบนพื้นฐานของผู้กระทำก็ย่อมกระทำได้ทั้ง 2 วิธีดังนี้[3]

---

[3] คณิต ณ นคร. (2547). **กฎหมายอาญาภาคทั่วไป.** หน้า 39.

1) การตรากฎหมายความผิดอาญาบนพื้นฐานของการกระทำ

ในระบบของ “กฎหมายอาญาบนพื้นฐานของการกระทำ (Tatstrafrecht)” การลงโทษจะผูกไว้โดยตรงกับการกระทำที่ผิดกฎหมาย แต่การที่จะลงโทษสำหรับการกระทำนั้นได้หรือไม่ย่อมจะต้องขึ้นอยู่กับว่า จะตำหนิผู้กระทำความผิดอันเนื่องมาจากการกระทำของเขานั้นได้หรือไม่ กล่าวคือ การลงโทษจะเป็นเรื่องของ “ความชั่วของการกระทำ (Tatschuld)”

2) การตรากฎหมายความผิดอาญาบนพื้นฐานของผู้กระทำ

ในระบบของ “กฎหมายอาญาบนพื้นฐานของผู้กระทำ (Taterstrafrecht)” การลงโทษย่อมขึ้นอยู่โดยตรงกับอันตรายของผู้กระทำความผิดที่เชื่อมโยงกับการดำเนินชีวิตของผู้กระทำความผิดนั้นหรือเชื่อมโยงกับ “ความชั่วของการดำเนินชีวิต (Lebensfuhrungsschuld) ของผู้กระทำความผิดนั้น ในกรณีนี้ความสำคัญของการตำหนิได้จะอยู่ที่ว่าผู้กระทำความผิดนั้นมีพฤติกรรมที่เป็นอันตรายหรือมีพฤติกรรมที่เป็นอาชญากรหรือไม่

การบัญญัติกฎหมายบนพื้นฐานของผู้กระทำนั้น ยึดถือเอาเจตนาภายในใจของผู้กระทำเป็นหลัก หากว่า “การกระทำ” นั้นแม้ว่าคนทั่วไปจะเห็นว่าเป็นความผิดหรือตามกฎหมายจะถือว่าครบองค์ประกอบความผิดก็ตามแต่หากว่าผู้กระทำไม่มีเจตนาก็ไม่ถือว่าผู้นั้นกระทำความผิด กรณีในพระธรรมวินัย การกระทำนั้นๆ ของพระภิกษุเป็นการกระทำที่ล่อแหลมหรือน่าจะเป็นความผิดเมื่อพบเห็นแล้วเป็นสิ่งที่สงฆ์ไม่ควรทำ แต่หากว่าพระภิกษุสงฆ์ไม่มีเจตนาที่จะกระทำเพื่อประสงค์ต่อผลหรือย่อมเล็งเห็นผลต่อการกระทำนั้นๆ และได้กระทำไปด้วยใจบริสุทธิ์ใจ การกระทำนั้นย่อมไม่มีความผิด เช่น เมื่อพระภิกษุเห็นหญิงกำลังจะจมน้ำจึงลงไปช่วยชีวิตหรือเอื้อมมือให้จับโดยมีเจตนาที่จะช่วยชีวิตมนุษย์เท่านั้น จึงไม่ผิดอาบัติเพราะไม่มีใจยินดีในสัมผัส และตามประมวลกฎหมายอาญาจะเห็นได้จากบทบัญญัติในเรื่องป้องกัน แม้การกระทำจะครบองค์ประกอบภายนอกและภายในก็ตามแต่ผู้กระทำมีเจตนาพิเศษเพื่อที่ป้องกันสิทธิของตนเองหรือบุคคลอื่นต่อการกระทำอันละเมิดต่อกฎหมายที่ผู้อื่นกระทำต่อตนหาได้มีเจตนาที่จะกระทำโดยบนพื้นฐานของความชั่วร้ายในจิตใจไม่ กรณีเช่นนี้ กฎหมายจึงถือว่าผู้นั้นไม่มีความผิด

กฎหมายอาญาของไทยเราในปัจจุบันเป็น “กฎหมายอาญาบนพื้นฐานของการกระทำ” อย่างไรก็ตามในบางกรณีกฎหมายก็บัญญัติโดยคำนึงถึงตัวผู้กระทำความผิดด้วย และภายในกรอบของข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิดฐานนั้น กรณีก็จะทำให้ความผิดอาญาฐานนั้นมีลักษณะเป็น “กฎหมายอาญาบนพื้นฐานของผู้กระทำรวมอยู่ด้วย” เช่น

ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 214 วรรค 1 บัญญัติว่า “ผู้ใดประพฤติตนเป็นปกติธุระเป็นผู้จัดหาที่พำนัก ที่ซ่อนเร้นหรือที่ประชุมให้บุคคลซึ่งตนรู้ว่าเป็นผู้กระทำความผิดที่บัญญัติไว้ในภาคสองนี้ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

2400

คำว่า "ประพฤติตนเป็นปกติธุระ" แสดงให้เห็นถึงพฤติกรรมที่เป็นอันตรายของผู้กระทำความผิดฐานนี้ที่เป็นผู้กระทำการดังกล่าวซ้ำๆ กัน ความผิดฐานนี้จึงมีลักษณะเป็นกฎหมายอาญาของผู้กระทำรวมอยู่ด้วยเป็นต้น แม้ว่าในทางทฤษฎีการบัญญัติกฎหมายอาญาบนพื้นฐานของผู้กระทำจะสามารถกระทำได้ แต่ในทางปฏิบัติแล้วการบัญญัติความผิดอาญาบนพื้นฐานของผู้กระทำโดยแท้จะมีความยุ่งยากเป็นอย่างยิ่ง กฎหมายอาญาของประเทศต่างๆ จึงเป็นกฎหมายอาญาบนพื้นฐานของการกระทำเป็นหลัก และกรณีใดที่จำเป็นจะต้องกล่าวถึงพฤติกรรมผู้กระทำผิดกฎหมายก็จะกล่าวไว้โดยเฉพาะของความผิดฐานนั้น

สำหรับการบัญญัติกฎหมายอาญาบนพื้นฐานของผู้กระทำนั้น ผู้เขียนเห็นว่าในการบัญญัติกฎหมายจะต้องมีการพิจารณาถึงฐานะของผู้กระทำความผิดด้วยเป็นสำคัญ เช่น ในกรณีที่เจ้าพนักงานของรัฐกระทำความผิดฐานเป็นเจ้าพนักงานเรียกรับสินบน จะเห็นได้ว่าถ้าผู้กระทำนั้นมิใช่เจ้าพนักงาน ผู้นั้นก็ไม่ต้องรับผิดจากการกระทำความผิดฐานนี้ เนื่องจากผู้กระทำมิได้มีฐานะพิเศษเช่นเดียวกับเจ้าพนักงาน ซึ่งผู้ที่เป็นเจ้าพนักงานมีอำนาจหน้าที่และได้รับความไว้วางใจจากประชาชนเพราะตำแหน่งหน้าที่นั้นๆ และใช้อำนาจหน้าที่ทำผิดกฎหมายโดยอาศัยหน้าที่และตำแหน่งที่ตนดำรงอยู่ เมื่อตำแหน่งฐานะของบุคคลสร้างความไว้เนื้อเชื่อใจได้เช่นเดียวกับการที่ฐานะหรือตำแหน่งก็สามารถสร้างความผิดที่ไม่น่าเชื่อได้ โดยเพราะอาศัยฐานะและความไว้ใจปกปิดไว้ ในกรณีที่ผู้กระทำความผิดเป็นพระภิกษุสงฆ์ซึ่งได้รับความเคารพนับถือและไว้วางใจยิ่งกว่าเจ้าพนักงานก็น่าที่จะมีการบัญญัติกฎหมายอาญาสำหรับกำหนดความรับผิดเพื่อลงโทษพระภิกษุสงฆ์ที่กระทำความผิดอาญาในฐานเกี่ยวกับเพศได้เช่นเดียวกัน โดยบัญญัติกฎหมายบนพื้นฐานของผู้กระทำ เพื่อให้เกิดความยุติธรรมต่อพระภิกษุสงฆ์ได้พิสูจน์ความผิดและเพื่อคุ้มครองป้องกันไม่ให้พระภิกษุสงฆ์ถูกใส่ความได้ง่ายๆ โดยต้องมีการพิสูจน์เจตนาหรือความชั่วภายในเสียก่อน เนื่องด้วยพระภิกษุสงฆ์เองก็เป็นที่เคารพนับถือของประชาชนส่วนใหญ่ในสังคม การที่จะกล่าวว่าบุคคลผู้กระทำความผิดนั้นเป็นพระภิกษุสงฆ์ ย่อมเป็นเรื่องอรรถคดีที่ละเอียดอ่อนจึงควรที่จะมีการบัญญัติกฎหมายลงโทษแต่ก็ต้องมีหลักประกันว่าพระภิกษุสงฆ์จะได้รับความยุติธรรมด้วย

2.1.3 ทฤษฎีแนวความคิดเกี่ยวกับการกำหนดโทษ

พบว่าโดยทั่วไปแล้วทฤษฎีการลงโทษที่เป็นที่นิยมในปัจจุบันมี 3 ทฤษฎี คือ[4]

1) ทฤษฎีลงโทษเพื่อแก้แค้นทดแทน (Retributive Theory)
2) ทฤษฎีลงโทษเพื่อป้องกัน (Preventive Theory)
3) ทฤษฎีลงโทษเพื่อดัดแปลง (Reformative Theory)

---

[4] สหธน รัตนไพจิตร. (2527). **ความประสงค์ของการลงโทษทางอาญา:ศึกษาเฉพาะประเทศไทยสมัยใช้กฎหมายลักษณะอาญาและประมวลกฎหมายอาญา.** หน้า 32.

โดยนอกจากนี้ 3 ทฤษฎีข้างต้นนี้แล้วยังมีทฤษฎีอื่นๆ อีกแต่ไม่ปรากฏเป็นที่นิยมมากนัก เช่น ทฤษฎีลงโทษเพื่อให้เป็นที่พอใจแก่ผู้เสียหาย และทฤษฎีลงโทษเพื่อเป็นการชดเชยความไว้วางใจในกฎหมาย เป็นต้น เพื่อทำให้เข้าใจเจตนารมณ์การลงโทษของทฤษฎีที่เป็นที่นิยมใช้กันในสากลประเทศนี้อาจสรุปพื้นฐานแนวคิดทางทฤษฎีต่างๆ ได้ดังนี้

2.1.3.1 ทฤษฎีลงโทษเพื่อแก้แค้นทดแทน (Retributive Theory)

(1) ผู้ซึ่งได้กระทำผิดเท่านั้นที่จะถูกลงโทษ[5] เนื่องจากการลงโทษมีความประสงค์เพื่อแก้แค้นทดแทนกับความผิด การลงโทษจึงใช้กับผู้ได้กระทำความผิดเท่านั้น ดังนั้นเงื่อนไขของการลงโทษจึงต้องมีการกระทำความผิดนั้นขึ้นมาก่อน การกระทำความผิดนั้นจึงจะต้องถูกลงโทษเพื่อให้สาสมกับความผิด จึงเห็นได้ว่าการกระทำผิดเป็นเงื่อนไขจำเป็นของการลงโทษ บุคคลที่ไม่ได้กระทำความผิดเราจะลงโทษไม่ได้ไม่ว่าลงโทษผู้นั้นไปแล้วจะได้รับประโยชน์เพียงใดก็ตาม ทั้งนี้เพราะเขาไม่มีความผิดอะไรที่จะไปทดแทนหรือลบล้าง

(2) ผู้กระทำผิดทุกคนต้องถูกลงโทษโดยไม่มีข้อยกเว้น ทฤษฎีลงโทษเพื่อแก้แค้นทดแทนถือว่าการลงโทษผู้กระทำผิดเป็นสิ่งจำเป็นเพื่อรักษาไว้ซึ่งหลักแห่งความยุติธรรม เนื่องจาก ว่าคนที่กระทำความผิดเป็นผู้ละเมิดกฎแห่งความยุติธรรมเป็นคนที่สมควรจะได้รับการตอบแทนโดยการลงโทษ ดังนั้นผู้กระทำความผิดทุกคนจึงต้องถูกลงโทษแม้ว่าการลงโทษนั้นจะไม่ก่อให้เกิดประโยชน์ใดๆ แก่สังคมเลยก็ตาม หรือลงโทษไปแล้วจะเกิดผลเสียขึ้น ทั้งนี้เนื่องจากว่าผู้กระทำความผิดเป็นผู้ฝ่าฝืนกฎแห่งความยุติธรรม

(3) จำนวนโทษต้องพอเหมาะกับความผิดที่ได้กระทำไป[6] เนื่องจากทฤษฎีลงโทษเพื่อแก้แค้นทดแทนมีความประสงค์ที่จะลงโทษความผิดที่ได้กระทำไปให้สาสม ดังนั้นจำนวนโทษที่ใช้กับผู้กระทำผิดนั้นจึงต้องมีความหนักเบาพอเหมาะกับความผิดที่เขาได้กระทำลงไป ซึ่งเป็นไปตามแนวคิดเกี่ยวกับ Just Desert ทั้งนี้ความพอเหมาะนี้มี 2 แนวความคิด คือ

ความคิดแนวแรก เห็นว่าจำนวนโทษต้องเท่าเทียมกับความผิด ได้แก่ ความเห็นของค้านท์ ดังนี้[7]

การลงโทษเพื่อให้สาสมต้องเท่าเทียมกับความผิดที่ได้กระทำ แต่อะไรคือขนาดของการลงโทษที่จะยึดเป็นมาตรฐาน กรณีนี้เราต้องนำหลักแห่งความเท่าเทียม (Principle of Equality) ซึ่งเปรียบเสมือนตาชั่งของความยุติธรรมที่ไม่ได้เอนเอียงไปข้างใดข้างหนึ่ง ความเลวที่

---

[5] สหธน รัตนไพจิตร. เล่มเดิม. หน้า 38.

[7] Immanuel Kant, "The Right of Punishing an of Pardoning, in Freedom and Reasponsibility", ed. Herbert Morris, pp. 503-504. อ้างถึงในสหธน รัตนไพจิตร. ความประสงค์ของการลงโทษทางอาญา: ศึกษาเฉพาะประเทศไทยสมัยใช้กฎหมายลักษณะอาญาและประมวลกฎหมายอาญา. หน้า 41-42.

คนๆ หนึ่งกระทำต่ออีกคนหนึ่งโดยไม่สมควรนั้น เป็นสิ่งที่เขาได้กระทำกับตัวของเขาเอง ดังนั้น อาจกล่าวได้ว่า ถ้าท่านให้ร้ายคนอื่น ท่านก็ให้ร้ายตัวเอง ถ้าท่านขโมยของของคนอื่น ท่านขโมยจากตัวเอง ถ้าท่านตีคนอื่น ท่านตีตัวเอง ถ้าท่านฆ่าผู้อื่น ท่านฆ่าตัวเอง สัดส่วนในการลงโทษจะต้องนำหลักการทดแทนมาใช้ (Principle of Retaliation) ซึ่งหมายความว่าทำอย่างไรจะได้ผลตอบแทนอย่างนั้น (Live as live)

ในการพิจารณาจึงพิจารณาเฉพาะความผิดแต่ละรายว่าความผิดแต่ละอย่างนี้จะต้องได้รับการทดแทนเท่าใด

บุคคลบางกลุ่มเห็นว่าจำนวนโทษต้องมีความสัมพันธ์กับความหนักเบาของความผิดกล่าวคือ ถือว่าการกระทำที่หนักพอกันควรได้รับโทษพอกัน ความผิดไม่เท่ากันโทษไม่ควรเท่ากัน การกระทำผิดร้ายแรงกว่าควรถูกลงโทษมากกว่า พวกนี้ถือว่าการลงโทษที่ยุติธรรมนั้นไม่ได้หมายถึงการลงโทษที่เท่าเทียมจริงๆกับความผิดอย่างแท้จริงในทุกกรณี แต่เรารู้ได้ว่าการกระทำอย่างหนึ่ง เราจึงลงโทษการกระทำที่ผิดร้ายแรงกว่าด้วยโทษมากกว่าได้

แนวความคิดตามทฤษฎีลงโทษเพื่อแก้แค้นทดแทนนั้น บทบัญญัติที่แสดงถึงแนวความคิดตามทฤษฎีลงโทษเพื่อแก้แค้นทดแทนในประเทศไทยได้แก่ บทบัญญัติซึ่งให้ลงโทษผู้กระทำความผิดตามขนาดเท่ากับผลของการกระทำ หรือตามความร้ายแรงของการกระทำ ทั้งนี้เนื่องจากการลงโทษมีความประสงค์เพื่อเป็นการลงโทษเพื่อแก้แค้นกับความผิดหรือความชั่วในจิตใจ ดังนั้นหากบุคคลใดกระทำความผิดน้อย หรือมีความร้ายแรงในผลแห่งการกระทำน้อยกว่าปกติ ก็ต้องลงโทษน้อยลงตามส่วน

บทบัญญัติที่แสดงถึงผู้กระทำขาดความชั่ว หรือความชั่วน้อยลงกว่าปกติทำให้ไม่ต้องรับโทษหรือต้องรับโทษน้อยกว่าปกติ เช่น

(1) ความไม่รู้ผิดชอบเพราะความอ่อนวัย กฎหมายจึงยกเว้นโทษให้ หรือให้ลงโทษน้อยลงได้

(2) ความไม่รู้ผิดชอบเพราะสภาพจิต[8] เช่น จิตบกพร่อง

(3) ความไม่รู้ข้อผิดถูก เช่น กระทำการตามคำสั่งที่เชื่อว่าเป็นคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมาย[9]

(4) กระทำความผิดโดยจำเป็น หรือป้องกันเกินสมควรแก่เหตุหรือเกินกว่ากรณีแห่งความจำเป็น หรือเกินกว่ากรณีแห่งการจำต้องกระทำเพื่อป้องกัน[10]

---

[8] ประมวลกฎหมายอาญา, มาตรา 65 และกฎหมายลักษณะอาญา, มาตรา 46 และมาตรา 47.

[9] ประมวลกฎหมายอาญา, มาตรา 70 และกฎหมายลักษณะอาญา, มาตรา 52 ข้อ 2.

[10] ประมวลกฎหมายอาญา, มาตรา 69.

นอกจากที่กล่าวมาแล้วยังมีเรื่องตัวการในมาตรา 63 กฎหมายลักษณะอาญา และในมาตรา 83 ประมวลกฎหมายอาญาซึ่งกำหนดว่า ตัวการต้องระวางโทษตามที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้น ความหมายที่ว่าตัวการต้องระวางโทษตามที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้น หมายความถึงระวางโทษที่ระบุไว้ในตัวบทเท่านั้น แต่ไม่ได้หมายความว่าโทษที่จะลงแก่ตัวการแต่ละคนที่จะได้รับจริงๆ นั้น ศาลจะต้องกำหนดให้เท่ากันด้วยตามคำพิพากษาฎีกาที่ 310/2520 ทั้งนี้เพราะถึงแม้ว่าจะเป็นเรื่องกระทำความผิดอย่างเดียวกัน แต่พฤติการณ์และการร่วมกระทำอาจมากน้อยร้ายแรงยิ่งหย่อนกว่ากันได้ มาตรา 83 นี้ ไม่ใช่เรื่องเหตุบรรเทาโทษตามมาตรา 78 แต่เป็นเรื่องที่ศาลอาจกำหนดโทษให้เบากว่ากันได้เอง ตามคำพิพากษาฎีกาที่ 584/247[11] ดังนั้นจะเห็นได้ว่าบทบัญญัติในมาตรานี้เป็นเรื่องที่ศาลเลือกกำหนดโทษตามความร้ายแรงของความผิดได้ซึ่งแสดงถึงแนวความคิดตามทฤษฎีลงโทษเพื่อให้ปรับปรุงตัวไม่ใช่เพื่อการแก้แค้นทดแทน

2.1.3.2 ทฤษฎีลงโทษเพื่อป้องกัน (Preventive Theory)

ทฤษฎีนี้มีแนวคิดว่า การลงโทษควรมีลักษณะเพื่อป้องกันสังคม เมื่อผู้กระทำความผิดได้กระทำผิดขึ้นมาแล้ว ความเสียหายในอดีตย่อมไม่สามารถที่จะเยียวยาให้ดีดังเดิมแต่เราอาจใช้ประโยชน์จากการลงโทษเป็นการทำให้กลัวโทษ หรือสร้างนิสัยและสอนศีลธรรมแก่ประชาชนและอาจแบ่งความประสงค์ในการลงโทษได้เป็น 2 ประการคือ

(1) เพื่อให้มีผลต่อตัวผู้กระทำผิดเอง (special prevention) คือทำให้ผู้กระทำผิดซึ่งถูกลงโทษมีความเข็ดหลาบ ไม่กล้ากระทำความผิดซ้ำขึ้นอีก

(2) เพื่อเป็นตัวอย่างแก่บุคคลทั่วไป (general prevention) โดยให้คนทั่วไปเห็นว่าเมื่อกระทำความผิด แล้วจะต้องได้รับโทษเพื่อคนทั่วไปที่ได้ทราบ จะได้เกรงกลัวไม่กล้ากระทำความผิด

แนวความคิดของทฤษฎีนี้ไม่ได้คำนึงถึงแต่เพียงผลของการลงโทษต่อตัวผู้กระทำผิดเพียงอย่างเดียวเท่านั้นแต่ได้คำนึงถึงผลดีต่อประชาชนทั่วไปด้วย เช่น ถ้าพิจารณาในแง่ตัวผู้กระทำผิดเองแม้ไม่จำเป็นต้องลงโทษ เพราะแม้ว่าไม่ลงโทษเขาก็คงไม่กระทำผิดขึ้นอีก แต่เมื่อคำนึงถึงผลต่อประชาชนทั่วไปและผลกระทบต่อศีลธรรมในสังคมแล้ว อาจต้องมีการลงโทษเพื่อเป็นเยี่ยงอย่างเพื่อป้องกันการเลียนแบบในการก่อการกระทำความผิด เป็นต้น

วิธีการลงโทษตามทฤษฎีการลงโทษเพื่อป้องกันนี้ อาจพิจารณาได้เป็น 3 ประการ คือ

ก. ให้มีปริมาณโทษที่เหมาะสม

ข. มีความแน่นอนและรวดเร็วในการลงโทษ

---

[11] คำพิพากษาฎีกาหนังสือคำบรรยายเนติบัณฑิตยสภา. (2553). หน้า 200.

ค. ใช้การลงโทษเป็นเครื่องมือให้คนอื่นกลัวโทษ

แนวความคิดตามทฤษฎีลงโทษเพื่อป้องกันนั้น บทบัญญัติที่แสดงถึงแนวความคิดตามทฤษฎีป้องกัน ได้แก่ บทบัญญัติในกฎหมายลักษณะอาญา มาตรา 72-76 ซึ่งเป็นเรื่องการกระทำความผิดหลายครั้งไม่เข็ดหลาบ และในประมวลกฎหมายอาญามาตรา 92 ซึ่งเป็นเรื่องการกระทำความผิดซ้ำ การกระทำความผิดหลายครั้งหรือการกระทำความผิดอีกนี้ ในกฎหมายลักษณะอาญามาตรา 72-76 และประมวลกฎหมายอาญามาตรา 92 ได้กำหนดให้เพิ่มโทษในความผิดครั้งหลักแก่ผู้กระทำความผิดด้วย

เหตุผลในการเพิ่มโทษแก่ผู้กระทำความผิดหลายครั้ง ศาสตราจารย์ เอช เอกูต์ กล่าวว่า[12]

"เพื่อจะป้องกันการกระทำผิดหลายๆ ครั้งไม่เข็ดหลาบมิให้เกิดมีมากแพร่หลาย ผู้บัญญัติกฎหมายจะต้องมุ่งไปในทางจัดระเบียบการลงโทษให้ดียิ่งขึ้น และเฉพาะอย่างยิ่งการจำคุก อนึ่ง ผู้บัญญัติกฎหมายจะต้องกวดขันในการลงโทษให้เข็ดหลาบคือลงโทษให้หนักแก่บุคคลซึ่งไม่เกรงกลัวอาชญาธรรมดาและแสดงว่าอาชญานั้นเป็นการห้ามมิให้ทำความผิดขึ้นใหม่อีก"

เหตุผลของศาสตราจารย์ เอช เอกูต์ เป็นเช่นเดียวกับของศาสตราจารย์หยุด แสงอุทัย ซึ่งเห็นว่า "การที่มาตรา 92 ได้กำหนดเพิ่มโทษแก่ผู้กระทำความผิดอีกเช่นนี้เนื่องจากเพราะการที่บุคคลนั้นมากระทำความผิดขึ้นอีกนั้น แสดงว่าบุคคลนั้นไม่เข็ดหลาบ"

บทบัญญัติซึ่งให้เพิ่มโทษแก่ผู้กระทำความผิดอีกเช่นนี้ แสดงถึงแนวความคิดตามทฤษฎีลงโทษเพื่อป้องกัน

2.1.3.3 ทฤษฎีลงโทษเพื่อดัดแปลง (Reformative Theory)

หลักนี้เป็นผลจากความตื่นตัวทางวิทยาศาสตร์และนำวิธีการศึกษาแบบ emprirical method มาใช้แทนวิธีแบบ metaphysics method ซึ่งเป็นวิธีศึกษาแบบวิทยาศาสตร์ ไม่ใช่การคิดในเชิงหาเหตุทั่วไปเหมือนในสมัยดั่งเดิม ดังเช่นตัวอย่างแนวคิดของ Fronz Von Liszt ฟรันซ์ ฟอนลิสท์ ชาวเยอรมัน ซึ่งกล่าวว่า[13]

จะต้องพิจารณากฎหมายอาญาในทางค้นคว้าหาเหตุผลทางด้านข้อเท็จจริงซึ่งไม่ควรจะมองในด้านศีลธรรม แต่ต้องพยายามอธิบายการกระทำความผิดในฐานะที่เป็นสิ่งที่ปรากฏอยู่ในทางธรรมชาติวิทยา การที่มนุษย์แต่ละคนกระทำความผิดนั้น ย่อมเนื่องมาจากอุปนิสัยของผู้กระทำความผิดและพฤติการณ์ภายนอก หรือกล่าวอีกอย่างหนึ่งก็คือ การกระทำความผิดกฎหมาย

---

[12] เอช เอกูต์. (2478). **กฎหมายอาชญา.** หน้า 213.

[13] หยุด แสงอุทัย. (2520). **กฎหมายอาญาภาคทั่วไป.** หน้า 393.

เป็นผลเนื่องมาจากลักษณะของผู้กระทำผิดเป็นคนๆ ไป ประกอบกับความสัมพันธ์ในทางสังคมภายนอก

วิธีลงโทษเพื่อดัดแปลงมีรูปแบบหลายวิธีการเช่น

(1) พยายามหลีกเลี่ยงไม่ให้ผู้กระทำผิดประสบกับสิ่งที่ทำลายคุณลักษณะประจำตัวของเขา เช่น ไม่ให้มีการประจาน

(2) พยายามหลีกเลี่ยงโทษจำคุกระยะสั้น โดยหันมาใช้วิธีการอย่างอื่นแทน

(3) การลงโทษต้องลงโทษให้เหมาะสมกับบุคคล

(4) เมื่อผู้กระทำผิดได้รับการแก้ไขดีแล้วก็ไม่ต้องลงโทษต่อ

(5) ให้มีการปรับปรุงผู้ต้องโทษระหว่างถูกคุมขัง

ซึ่งวิธีการทั้งหลายเหล่านี้สามารถนำวิธีการหนึ่งวิธีการใด หรือหลายๆ วิธีมาใช้ร่วมกันได้

แนวความคิดตามทฤษฎีลงโทษเพื่อดัดแปลงนั้น บทบัญญัติที่แสดงถึงแนวความคิดตามทฤษฎีลงโทษเพื่อดัดแปลงในประเทศไทยมีอยู่ 2 ประการ คือ

(1) บทบัญญัติซึ่งเป็นวิธีการหลีกเลี่ยงโทษจำคุกระยะสั้น โดยใช้โทษอื่นแทน บทบัญญัติเช่นนี้ ได้แก่

ก. วิธีการให้ศาลยกโทษจำคุกได้[14] ถ้าหากว่าโทษซึ่งผู้กระทำผิดจะต้องรับ มีทั้งโทษจำคุกและโทษปรับ ซึ่งโทษจำคุกนั้นมีกำหนดเวลาเพียงสามเดือนหรือน้อยกว่า ทั้งนี้เนื่องจากว่าโทษจำคุกระยะสั้นไม่มีประโยชน์ในการแก้ไขผู้กระทำความผิดไม่ให้กระทำความผิดซ้ำ

ข. วิธีการรอกำหนดโทษหรือรอการลงโทษ[15] ในความผิดซึ่งผู้กระทำผิดมีโทษจำคุก และในคดีนั้นศาลจะลงโทษจำคุกไม่เกินสองปี ทั้งนี้เนื่องจากว่าการลงโทษจำคุกระยะสั้นไม่มีประโยชน์ในการแก้ไขผู้กระทำความผิด ควรให้โอกาสผู้กระทำความผิดให้กลับตัวเป็นคนดี[16]

ค. วิธีการเปลี่ยนโทษจำคุกเป็นโทษกักขัง[17] ในความผิดซึ่งผู้กระทำผิดมีโทษจำคุกและในคดีนั้นศาลจะลงโทษจำคุกไม่เกินสามเดือน ทั้งนี้เนื่องจากว่าต้องการไม่ให้ผู้กระทำผิดถูกตราหน้าว่าเคยต้องโทษจำคุกมาแล้ว ซึ่งจะทำให้ผู้กระทำผิดกลับตัวแก้ไขและกลับเข้าสู่สังคมลำบาก[18]

---

[14] ประมวลกฎหมายอาญา, มาตรา 55.

[15] ประมวลกฎหมายอาญา, มาตรา 56 และกฎหมายลักษณะอาญา, มาตรา 41.

[16] หยุด แสงอุทัย. เล่มเดิม. หน้า 301.

[17] ประมวลกฎหมายอาญา, มาตรา 23.

[18] หยุด แสงอุทัย. เล่มเดิม. หน้า 306-307.

(2) การลดโทษแก่ผู้กระทำความผิดเนื่องจากว่าผู้กระทำความผิดสามารถที่จะกลับตัวได้[19] เมื่อผู้กระทำความผิดมีเหตุที่แสดงว่าเขาสามารถจะกลับตัวแก้ไขไม่กระทำความผิดซ้ำก็สามารถลดโทษแก่ผู้กระทำความผิดได้ ทั้งนี้เนื่องจากว่าตามแนวความคิดทฤษฎีลงโทษเพื่อดัดแปลงเห็นว่า ควรลงโทษผู้กระทำความผิดเพื่อเป็นการแก้ไขไม่ให้ผู้กระทำความผิดซ้ำ ดังนั้นถ้ามีเหตุแสดงว่าเขาจะไม่กระทำความผิดซ้ำอีกโทษก็ควรลดลงตามส่วนที่เขาจะกลับตัวแก้ไขได้

สรุปแนวคิดทฤษฎีการลงโทษและสาเหตุของปัญหามาตรการลงโทษปัจจุบัน

ในทางทฤษฎีแล้ว เมื่อพิจารณาในแง่ของวัตถุประสงค์ของการลงโทษตามกฎหมายอาญาส่วนใหญ่มีจุดประสงค์ที่คล้ายคลึงกัน[20] กล่าวคือมักจะประกอบด้วย

ก. เพื่อทดแทนความผิด (retribution)

- เพื่อแก้แค้น (vengeance)
- ชดเชยความผิดหรือล้างบาป (expiation)
- เพื่อมิให้ได้รับประโยชน์จากความผิดที่ทำ (desert)
- เพื่อติเตียน ตำหนิ (censure or denunciation)

ข. เพื่อป้องกันมิให้กระทำผิด (deterrence)

- เพื่อป้องกันโดยเฉพาะเจาะจง (individual deterrence)
- เพื่อป้องกันทั่วไป (general deterrence)
- เพื่อให้เป็นตัวอย่าง (educative deterrence)

(3) เพื่อตัดความสามารถในการกระทำความผิด (incapacitation) และเพื่อฟื้นฟู (rehabiliation)

ผู้เขียนเห็นว่าการที่จะบัญญัติกฎหมายเพื่อลงโทษกรณีพระภิกษุสงฆ์กระทำความผิดจึงต้องศึกษาและวิเคราะห์คำนึงถึงแนวคิดและทฤษฎีสากลในเรื่องดังที่ได้กล่าวมา ตามร่างประมวลกฎหมายอาญาสหรัฐอเมริกาว่า มีวัตถุประสงค์ในการบัญญัติกฎหมายออกมาเพื่อคุ้มครองซึ่งตัวบุคคลจากการกระทำโดนเจตนาหรือการทารุณโหดร้าย อีกทั้งเพื่อคุ้มครองการกระทำที่ผิดที่เกิดจากความยินยอมแต่ถือว่าผิดธรรมชาติ เช่น การร่วมประเวณีกับสายโลหิตเดียวกัน และรวมถึงการบัญญัติกฎหมายเพื่อคุ้มครองสถาบันชาติ ศาสนา พระมหากษัตริย์ โดยเฉพาะในการศึกษานี้ได้มุ่งถึงตัวผู้กระทำความผิดซึ่งอยู่ในเพศสมณะและได้กระทำผิดในขณะอยู่ในสถาบันศาสนา การบัญญัติความผิดเฉพาะเกี่ยวกับพระภิกษุสงฆ์ที่กระทำความผิดจึงเป็นหนึ่งในวัตถุประสงค์ที่ควรบัญญัติกฎหมายลงโทษบุคคลในฐานะได้ เนื่องจากพระภิกษุสงฆ์เป็นผู้สืบทอดพระพุทธศาสนา แม้

---

[19] ประมวลกฎหมายอาญา, มาตรา 78 และกฎหมายลักษณะอาญา, มาตรา 59.

[20] C.M.V.Clarkson. (1998). **H.M.Keating: Criminal Law Text and Materails.** pp. 26-60.

การกระทำบางอย่างอาจจะไม่จำเป็นต้องมีการลงโทษเลยก็ได้ แต่เมื่อการกระทำความผิดนั้นพระภิกษุสงฆ์เป็นผู้กระทำความผิดจึงจำเป็นจะต้องมีบทลงโทษเพื่อมิให้เอาเป็นเยี่ยงอย่าง และเพื่อวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองสถาบันศาสนา อาจกล่าวได้อีกประการหนึ่งว่าที่จำเป็นต้องมีบทลงโทษพระภิกษุสงฆ์ก็เพื่อป้องกันศาสนามิให้เสื่อมเสียและเพื่อศีลธรรมที่ดีงามในสังคมในอนาคตนั่นเอง

2.2 ความหมายและองค์ประกอบความผิดเกี่ยวกับเพศตามพระธรรมวินัยและกฎหมายอาญา

ในทุกๆ สังคมนั้นย่อมมีกฎเกณฑ์ที่ตั้งเอาไว้โดยผู้มีอำนาจเพื่อให้เกิดความสงบเรียบร้อยในสังคมโดยยึดถือตามหลักของ “กฎ” ของสังคมนั้นๆ ในทางโลกหรือในทางคฤหัสถ์ก็มีกฎหมายเป็นเกณฑ์ที่ชัดแจ้งในการที่จะปฏิบัติไม่ไปล่วงละเมิดสิทธิของผู้อื่น และมีจารีตประเพณีในสังคมเป็น “กฎ” ในการปฏิบัติตนให้อยู่ในกรอบของความดีงาม ในสถาบันสงฆ์ก็เช่นเดียวกันย่อมต้องมี “กฎ” เพื่อการอยู่ร่วมกันเป็นแนวทางที่จะไม่ไปล่วงละเมิดสิทธิของผู้อื่นและแนวทางการดำรงตนที่ดีงามสมตามสถานะ ซึ่งกฎของพระภิกษุสงฆ์ก็คือ “พระธรรมวินัย” ซึ่งมีลักษณะเป็นกฎเกณฑ์ที่อาจจะแตกต่างไปจากกฎหมายอาญาในองค์ประกอบภายนอกและภายใน เนื่องจากพระภิกษุสงฆ์ย่อมต้องมีกิจวัตรที่เคร่งครัดมากกว่าปุถุชนแต่ก็อาจเทียบเคียงฐานความผิดตามพระธรรมวินัยกับกฎหมายอาญาได้เนื่องจาก ทั้งกฎหมายและพระธรรมวินัยต่างก็มาจาก ศีลธรรมที่เกิดขึ้นมาก่อนกฎเกณฑ์ของทั้งทางโลกและทางธรรม และแม้จะมีความแตกต่างกันแต่วัตถุประสงค์ของการใช้บังคับกฎเกณฑ์ทั้งสองนั้นย่อมมีเช่นเดียว นั่นก็คือเพื่อให้เกิดความสงบเรียบร้อยขึ้นในสังคม ในการศึกษานี้ผู้เขียนได้ศึกษาเฉพาะความผิดเกี่ยวกับเพศ จึงได้ศึกษากฎตามพระธรรมวินัยโดยแยกความหมายและองค์ประกอบออกได้ดังนี้

2.2.1 ความหมายและองค์ประกอบความผิดเกี่ยวกับเพศตามพระธรรมวินัย

การร่วมประเวณีนั้นเป็นพฤติกรรมตามสันชาติญาณธรรมดาของมนุษย์ ไม่เป็นสิ่งที่น่าละอายหรือกฎหมายบัญญัติไว้ให้เป็นความผิด หากชายหญิงนั้นถือครองเพศคฤหัสถ์และอยู่ในวัยอันควรด้วยความสมัครใจของทั้งสองฝ่าย คำว่า ทั้งสองฝ่าย ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัวและมรดก นอกจากชายหญิงให้หมายความรวมถึงบิดามารดา หรือผู้ปกครองด้วยถ้าหากมี เพื่อให้การร่วมประเวณีนั้นเป็นไปอย่างผู้มีอารยะธรรมตามที่สังคมได้สมมติสืบทอดกันมา แต่การร่วมประเวณีอันเป็นสิ่งธรรมดาของปุถุชนในเพศคฤหัสถ์ผู้ยังไม่สามารถละกิเลสอย่างหยาบได้เพียงแต่อยู่ในกรอบของประเพณีหรือศีลห้าก็ถือว่าเป็นสิ่งที่ดีงามแล้ว ทางวิทยาศาสตร์กล่าวถึงการร่วมประเวณีหรือความกำหนัดในกามเป็นเรื่องสันชาติญาณของสิ่งมีชีวิตทั่วไป แต่มนุษย์ต่างจากสิ่งมีชีวิตชนิดอื่นตรงที่มีสมองที่ใหญ่และมีประสิทธิภาพมากกว่าสัตว์ชนิดอื่น มนุษย์จึงเริ่มมีการคิดกฎเกณฑ์ที่เรียกว่าอารยะธรรมขึ้นมาโดยเชื่อว่ามนุษย์มีความ

ยับยั้งชั่งใจพัฒนาจิตใจให้สูงกว่าสัตว์อื่นได้ หากปุถุชนในเพศคฤหัสถ์ยังมีความยับยังชั่งใจได้ พระภิกษุสงฆ์ผู้อยู่ในเพศบรรพชิตถือครองพรมจรรย์ย่อมต้องมีความเพียรพยายามที่จะตัดขาดในกามได้ ฉะนั้นการร่วมประเวณีย่อมถือเป็นความผิดร้ายแรงหากผู้กระทำนั้นเป็นพระภิกษุสงฆ์ การร่วมประเวณีนั้นทางพระธรรมวินัยมีโทษหนักปรับเป็นปาราชิก ขาดจากความเป็นพระทันที ผู้บวชนั้น เรียกอีกอย่างหนึ่งว่า เนกขัมมบรรพชา หมายถึงการหลีกออกจากกาม ละเว้นความสัมพันธ์ทางเพศ และการมีศีลสมาจารวัตร หากพระภิกษุสงฆ์ได้ร่วมประเวณีก็ได้ชื่อว่า ประพฤติชั่วอย่างร้ายแรง และเป็นข้าศึกต่อพรหมจรรย์ แม้จะเสพกับสัตว์เดรัจฉาน โทษในทางพระธรรมวินัยจึงปรับเป็นปาราชิกคือผู้พ่ายแพ้ไม่มีสังวาสเสมอด้วยสงฆ์ ไม่มีสิทธิอันชอบธรรมที่จะอยู่อย่างพระภิกษุกล่าวคือไม่สามารถอ้างว่าตนเป็นพระภิกษุสงฆ์ได้อีกต่อไปทันทีที่กระทำความผิด

1) ความหมายและองค์ประกอบความผิดฐานข่มขืนตามพระพุทธศาสนา

ความหมายของคำว่า การเสพเมถุน ตามพระธรรมวินัย คือการร่วมสังวาส หรือร่วมประเวณีของชายหญิง กับสัตว์ หรือแม้กระทั่งวัตถุอันหาวิญญาณไม่ได้

การเสพเมถุน หมายถึง การเสพเมถุนกับสัตว์ การเสพเมถุนกับชายหรือหญิง ด้วยทางทวารหนัก ทวารเบา ในปากก็ดี ของมนุษย์ผู้เป็นชายหรือหญิง อมนุษย์ เป็นยักษ์ เปรต ดิรัจฉาน แม้ไม่สำเร็จกิจแต่องค์กำเนิดได้เข้าไปสักเล็กน้อย ชั่วเมล็ดงาหนึ่ง องค์กำเนิดก็ดี ทวารก็ดีจะมีอะไรสวม มีอะไรพัน มีอะไรลาดก็ตาม ไม่มีก็ตาม มนุษย์ อมนุษย์ และดิรัจฉานที่เสพนั้น ยังเป็นอยู่ก็ตาม ตายแล้วก็ตาม แต่ซากยังบริบูรณ์ หรือแหว่งไปบ้าง แต่ยังเป็นวัตถุจะให้สำเร็จกิจในทางนี้ ก็ถือว่าเป็นการเสพเมถุน[21]

องค์ประกอบภายนอกฐานข่มขืนในทางพระพุทธศาสนา

(1) ผู้กระทำ ได้แก่ พระภิกษุสงฆ์

(2) การกระทำ ได้แก่ การที่อวัยวะเพศชายได้เข้าไปในช่องสังวาส ปาก ทวารหนัก

(3) กรรมของการกระทำ ได้แก่ มนุษย์ผู้หญิง มนุษย์ผู้ชาย สัตว์ ศพ อมนุษย์

องค์ประกอบภายใน คือ เจตนา

ข้อยกเว้น คือ แม้เป็นการกระทำที่ผู้ถูกกระทำจะยินยอมก็เป็นความผิด

ซึ่งผู้เขียนขอยกต้นพระบัญญัติ[22] เพื่อให้เห็นถึงการกระทำความผิดทางเพศตามความหมายของพระธรรมวินัยซึ่งอาจเทียบเคียงได้กับความผิดฐานข่มขืนได้ ดังตัวอย่างต่อไปนี้

---

[21] สมเด็จพระมหาสมณเจ้า กรมพระยาวชิรญาณวโรรส. (2541). **วินัยมุข เล่ม 1.** หน้า 28.

[22] พระนิพนธ์ในเจ้าคุณ พระเจ้าวรวงศ์เธอ กรมหลวงชินวรสิริวัฒน์ สมเจพระสังฆราชเจ้าวัดราชบพิธสถิตมหาสีมาราม. (2550). **มูลเหตุที่ได้ทรงบัญญัติพระวินัย.** หน้า 19.

ต้นพระบัญญัติ: พระสุทินกลันทบุตร ซึ่งเป็นบุตรคนเดียวของเศรษฐีชาวกรุงเวสาลี ได้ออกบวชด้วยศรัทธา ถือธุดงค์วัตรอย่างเคร่งครัด ต่อมาท่านต้องเสพเมถุนธรรมกับอดีตภรรยาที่ป่ามหาวันตามที่มารดาขอร้องอ้อนวอน เพื่อให้ครอบครัวได้บุตรไว้สืบสกุล และจะได้บวชต่อไปโดยไม่ต้องลาสิกขา หลังเสพเมถุนธรรมท่านมีผิวพรรณหมองคล้ำ พวกภิกษุที่เป็นเพื่อนจึงสอบถามทราบความจริงแล้ว จึงตำหนิท่านและนำเข้าเฝ้าพระพุทธเจ้า พระองค์มีรับสั่งให้ประชุมสงฆ์ ทรงสอบสวน เมื่อพระสุทินรับสารภาพทรงตำหนิโดยประการต่างๆ พร้อมตรัสประโยชน์แห่งการบัญญัติพระวินัยแล้วทรงบัญญัติสิกขาบท ท่านพระสุทินถือเป็น อาทิกัมมิกะ (ภิกษุต้นบัญญัติ) ในสิกขาบทนี้ ว่าภิกษุใดเสพเมถุนธรรม ภิกษุนั้นเป็นปาราชิก หาสังวาสมิได้

อนุบัญญัติที่: 1 พระภิกษุรูปหนึ่ง อยู่ในป่ามหาวันได้เสพเมถุนกับลิง พระพุทธเจ้าทรงทราบจึงรับสั่งให้ประชุมสงฆ์ ทรงสอบสวน ภิกษุนั้นรับสารภาพ ทรงตำหนิ แล้วทรงบัญญัติเพิ่มเติมว่า ภิกษุใดเสพเมถุนธรรม โดยที่สุดแม้กับสัตว์ดิรัจฉานตัวเมีย ภิกษุนั้นเป็นปาราชิกหาสังวาสมิได้[23]

อนุบัญญัติที่: 2 ภิกษุชาวเมืองวัชชี เสพเมถุนธรรมทั้งที่ยังเป็นภิกษุ ไม่ลาสิกขาก่อนอยากจะขอบวชใหม่ พระพุทธเจ้าไม่ทรงอนุญาต ในขณะเดียวกันทรงให้แนวทางแก่สงฆ์ไว้ด้วยว่าบัญญัติเพิ่มเติมเพื่อให้รัดกุมยิ่งขึ้นว่า ภิกษุใดถึงพร้อมด้วยสิกขาและสาชีพของภิกษุทั้งหลาย ไม่บอกคืนสิกขาไม่เปิดเผยความท้อแท้ เสพเมถุนธรรมโดยที่สุดแม้กับสัตว์เดรัจฉานตัวเมีย ภิกษุนั้นเป็นปาราชิกหาสังวาสมิได้[24]

ด้วยมีเหตุที่มีการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศในทางพระธรรมวินัยตามต้นพระบัญญัติเกิดขึ้นจึงทำให้รู้องค์ประกอบในความผิดฐานเสพเมถุน ในทางพระพุทธศาสนา ซึ่งถือว่าเป็นการกระทำความผิดของพระภิกษุสงฆ์ แม้ว่าผู้ถูกกระทำจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม พระภิกษุสงฆ์ผู้กระทำความผิดก็ต้องมีโทษปาราชิก

2) ความหมายและองค์ประกอบความผิดฐานอนาจารตามพระพุทธศาสนา

อนาจารในทางพระพุทธศาสนา หมายถึง การถูกต้องกายกับ มาตุคามหรือผู้หญิง

องค์ประกอบภายนอกฐานอนาจารในทางพระพุทธศาสนา

(1) ผู้กระทำ ได้แก่ พระภิกษุสงฆ์

(2) การกระทำ ได้แก่ การถูกเนื้อต้องตัวหญิงโดยจิตพิศวาส การพูดเกี้ยวพาราสี การพูดเกลี้ยกล่อมให้หญิงบำเรอกาม การอยู่ในที่ลับกับหญิงสองต่อสอง การนั่งอาสนะเดียวกันกับหญิงในที่ลับ

---

[23] สมเด็จพระมหาสมณเจ้า กรมพระยาวชิรญาณวโรรส. แหล่งเดิม. หน้า 25.

[24] พระนิพนธ์ในเจ้าคุณ พระเจ้าวรวงศ์เธอกรมหลวงชินวรสิริวัฒน์ สมเด็จพระสังฆราชเจ้าวัดราชบพิธสถิตมหาสีมาราม. เล่มเดิม. หน้า 26.

(3) กรรมของการกระทำ ได้แก่ มนุษย์เพศหญิง รวมถึงภรรยาตนก่อนบวช

องค์ประกอบภายใน คือ เจตนา

ข้อยกเว้น คือ แม้เป็นการกระทำที่ผู้ถูกกระทำจะยินยอมก็เป็นความผิด

ผู้เขียนขอยกต้นพระบัญญัติ[25]เพื่อให้เห็นถึงการกระทำความผิดทางเพศตามความหมายของพระธรรมวินัยซึ่งอาจเทียบเคียงได้กับความผิดฐานอนาจารได้ ดังตัวอย่างต่อไปนี้

ต้นพระบัญญัติ: ดังนี้ พระอุทายีพาพราหมณ์และพราหมณีเที่ยวชมวิหารได้จับอวัยวะร่างกายของนาง ต่อมาพราหมณ์ทราบจึงตำหนิพระอุทายี[26]

การพูดเกี้ยวหญิง

ต้นพระบัญญัติ: พระอุทายีพาหญิงสาวทั้งหลายเที่ยวชมวิหาร พูดพาดพิง ทวารหนักทวารเบาของหญิงเหล่านั้น[27]

การพูดให้บำเรอความใคร่ของตน

ต้นพระบัญญัติ: พระอุทายีไปบ้านหญิงหม้าย แสดงธรรมแล้วพูดเกี้ยวขอเสพเมถุนกับหญิงหม้าย ด้วยคำที่พาดพิงเมถุนว่า “น้องหญิง หญิงใดบำเรอผู้ประพฤติพรหมจรรย์ ผู้มีศีลมีกัลป์ยาณธรรมเช่นเราด้วยธรรมนั้น การบำเรอนี้ของหญิงนั้นเป็นการบำเรอชั้นยอด”[28]

การนั่งในที่ลับตากับหญิงสองต่อสอง

ต้นพระบัญญัติ: พระอุทายีเข้าไปนั่งกับหญิงสาวน้อยในห้องส่วนตัวที่ลับตาสองต่อสองพอที่จะทำการได้ นางวิสาขาได้เห็นเข้า จึงได้กล่าวเตือน

การนั่งในที่ลับหูกับหญิงสองต่อสอง

ต้นพระบัญญัติ: นั่งในที่ลับตาหรือในที่ลับหูกับหญิงสองต่อสองโดยตรงกล่าวคือการนั่งบนอาสนะเดียวกันกับหญิงที่กำบังในที่ลับ โดยพอที่พูดคุยกันแล้วบุคคลอื่นไม่ได้ยิน หรือไม่อาจเห็น[29]

จะเห็นได้ว่าการกระทำที่เป็นความหมายของการอนาจารในทางพระพุทธศาสนามีความละเอียดอ่อนมาก แม้เพียงถูกเนื้อต้องตัวหญิงโดยมีจิตยินดีในสัมผัส การพูดเกี้ยวพาราสี การพูดโน้มน้าวให้หญิงยินยอมร่วมประเวณีโดยแม้ยังไม่มีการแตะเนื้อต้องตัวเลย การอยู่ในที่ลับสองต่อสองหรือการนั่งในอาสนะเดียวกันในที่ลับ และถึงที่สุดในการสัมผัสเพียงปลายเสื้อผ้าที่ใส่อยู่เกิด

---

[25] พระนิพนธ์ในเจ้าคุณ พระเจ้าวรวงศ์เธอ กรมหลวงชินวรสิริวัฒน์ สมเจพระสังฆราชเจ้าวัดราชบพิธสถิตมหาสีมาราม. หน้าเดิม.

[26] แหล่งเดิม. หน้า 41.

[27] แหล่งเดิม. หน้า 42.

[28] แหล่งเดิม. หน้า 43.

[29] แหล่งเดิม. หน้า 71.

มีจิตที่ยินดีในสัมผัสแม้เพียงปลายผ้านั้น ก็ถือว่าเป็นการกระทำความผิดอาบัติสังฆาทิเสสตามความหมายในทางศาสนาแล้ว ซึ่งอาจเทียบเคียงได้กับการกระทำความผิดฐานอนาจารตามประมวลกฎหมายอาญา

3) ความหมายและองค์ประกอบความผิดฐานธุระจัดหาตามพระพุทธศาสนา

ธุระจัดหาเพื่อสนองความใคร่ผู้อื่นในทางพระพุทธศาสนา หมายความว่า เมื่อเทียบเคียงกับกฎหมายอาญาในความผิดเกี่ยวกับเพศฐานเป็นธุระจัดหา ปรากฏว่ามีการบัญญัติการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศในพระธรรมวินัยที่ใกล้เคียง ดังนี้ สิกขาบทที่ 5 สัญจริตตสิกขาบท ว่าด้วยการชักสื่อ

องค์ประกอบภายนอก

ผู้กระทำ ได้แก่ พระภิกษุ

การกระทำ ได้แก่ การแนะนำ โน้มน้าวใจ ให้ชายหญิงเป็นสามีภรรยา หรือ บอกความประสงค์ของชายให้หญิงขายบริการไปเที่ยวหลับนอนกับชาย

ผู้ถูกกระทำ ได้แก่ ชายหญิงผู้ถูกชักจูงให้เป็นสามีภรรยา และหญิงขายบริการ

องค์ประกอบภายใน คือ เจตนา

ข้อยกเว้น คือ แม้เป็นการกระทำที่ผู้ถูกกระทำจะยินยอมก็เป็นความผิด

ผู้เขียนขอยกต้นพระบัญญัติ[30] เพื่อให้เห็นถึงการกระทำความผิดทางเพศตามความหมายของพระธรรมวินัยซึ่งอาจเทียบเคียงได้กับความผิดฐานเป็นธุระจัดหาได้ ดังตัวอย่างต่อไปนี้

ต้นพระบัญญัติ: เรื่องพระอุทายีชักชวนชายหนุ่มหญิงสาวให้เป็นผัวเมียกันบางพวกที่แต่งงานกันไปแล้วไปสู่ตระกูลที่ดีสามีภรรยาดีก็สรรเสริญท่าน บางพวกเมื่อแต่งงานไปแล้วเข้าสู่ตระกูลที่ไม่ดีได้รับความลำบากไม่พอใจก็พากันตำหนิสาปแช่ง อาศัยเหตุนี้ พระพุทธเจ้าจึงทรงบัญญัติสิกขาบทนี้ พระบัญญัติภิกษุใดทำหน้าที่ชักสื่อ คือ บอกความประสงค์ของชายแก่หญิงก็ดี บอกความประสงค์ของหญิงแก่ชายก็ดี เพื่อให้เป็นภรรยาหรือเป็นชู้รัก เป็นสังฆาทิเสส

อนุบัญญัติ: พระอุทายีแนะนำให้หญิงแพศยาหรือหญิงขายบริการให้ไปเที่ยวหลับนอนกับพวกนักเที่ยวผู้หญิงเป็นการชั่วคราว ตามที่ชายนักเลงหญิงใช้วานให้ไปบอกหญิง ชาวบ้านจึงตำหนิ อาศัยเหตุนี้ พระพุทธเจ้าจึงทรงบัญญัติเพิ่มเติมว่า อนึ่ง ภิกษุใดทำหน้าที่ชักสื่อ คือ บอก

---

[30] พระนิพนธ์ในเจ้าคุณ พระเจ้าวรวงศ์เธอ กรมหลวงชินวรสิริวัฒน์ สมเจพระสังฆราชเจ้าวัดราชบพิธสถิตมหาสีมาราม. หน้าเดิม.

ความประสงค์ของชายแก่หญิงก็ดีบอกความประสงค์ของหญิงแก่ชายก็ดี เพื่อให้เป็นภรรยาหรือเป็นชู้รัก โดยที่สุดแม้เพื่อให้อยู่ร่วมกันชั่วคราว เป็นสังฆาทิเสส[31]

จะเห็นได้ว่า ด้วยอนุบัญญัตินี้บัญญัติไว้เพื่อให้ทราบถึงการอันไม่ใช่กิจของสงฆ์ซึ่งสงฆ์ไม่พึงกระทำแม้ว่าการไปเกี่ยวข้องกับเรื่องของชายหญิงกิจนั้นจะชอบตามครองธรรมประเพณีหรือไม่ก็ตาม เนื่องจากพระภิกษุสงฆ์เป็นผู้ที่จำต้องสำรวม กาย วาจา และใจ มีหน้าที่สั่งสอนให้สาธุชนละกิเลสอย่างหยาบและฝึกจิตให้เกิดปัญญาเพื่อที่จะสามารถหลุดพ้นจากทุกข์หรือแก้ไขปัญหาในการดำรงชีวิตโดยอาศัยหลักธรรมมะให้รู้จักการปล่อยวางการที่สงฆ์เข้าไปข้องเกี่ยวกับเรื่องของการชักสื่อย่อมเป็นการสนับสนุนให้บุคคลมีกิเลสในกาม ซึ่งขัดกับหลักคำสั่งสอนของพระศาสดาที่ทรงตรัสว่า ผู้ใดตัดความกำหนัดในกามได้ย่อมเข้าใกล้ธรรมที่เราตรัสรู้ ฉะนั้นแม้ในองค์ประกอบการอาบัติของข้อชักสื่อจะไม่มีความรุนแรงถึงกับการกระทำความผิดฐานเป็นธุระจัดหาตามประมวลกฎหมายอาญาซึ่งผู้กระทำจะต้องมีเจตนาพิเศษนอกจากเพื่อสนองความใคร่แล้วยังต้องมีผลประโยชน์ตอบแทนก็ตามแต่ก็เป็นสิ่งที่สงฆ์ไม่ควรกระทำ ในข้อชักสื่อตามพระธรรมวินัยก็ยังมีช่องว่างอยู่ในกรณีของการชักสื่อให้มนุษย์เพศเดียวกัน หรือชายบริการ ซึ่งผู้เขียนจะได้วิเคราะห์ถึงรายละเอียดในบทที่สี่ต่อไป

2.2.2 ความหมายและองค์ประกอบความผิดเกี่ยวกับเพศตามประมวลกฎหมายอาญา

1) ความหมายและองค์ประกอบความผิดฐานข่มขืนตามกฎหมายอาญา

ประมวลกฎหมายอาญาก่อนมีการประกาศใช้พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับ 19) พ.ศ. 2550

การกระทำชำเรา หมายถึง การร่วมประเวณีตามธรรมชาติระหว่างชายกับหญิง

ตามประมวลกฎหมายอาญา การกระทำชำเรา หมายถึง การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำโดยการอวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น หรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น

ตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน การกระทำชำเรา หมายถึง การร่วมประเวณีกระทำการร่วมเพศ

คำพิพากษาศาลฎีกา

ในอดีตก่อนมีการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา ตามพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พ.ศ. 2550 ศาลฎีกาได้วางหลักไว้ว่า การกระทำชำเรา

---

[31] คณาจารย์ มหาวิทยาลัยมหาจุฬาลงกรณ์ราชวิทยาลัย. (2545). **พระวินัยปิฎก คัมภีร์มหาวิภังค์.** หน้า 37.

หมายถึง การร่วมประเวณีที่อวัยวะสืบพันธุ์ของชายต้องล่วงล้ำเข้าไปในช่องสังวาสของหญิงเท่านั้น แต่ในปัจจุบันยังไม่ปรากฏว่ามีคำพิพากษาที่ศาลฎีกาวางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับความหมายหรือนิยามของการกระทำชำเราตามประมวลกฎหมายอาญาที่แก้ไขใหม่ไว้ว่าอย่างใด

องค์ประกอบความผิดเกี่ยวกับเพศฐานข่มขืนกระทำชำเรา

"มาตรา 276 ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นโดยขู่เข็ญด้วยประการใดๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยผู้อื่นนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้ผู้อื่นนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นคนอื่น ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดพันบาทถึงสี่หมื่นบาท

การกระทำชำเราตามวรรคหนึ่ง หมายความว่าการกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำโดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น หรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งได้กระทำโดยมีหรือใช้อาวุธปืนหรือวัตถุระเบิด หรือโดยร่วมกระทำความผิดด้วยกันอันมีลักษณะเป็นการโทรมหญิงหรือกระทำกับชายในลักษณะเดียวกัน ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สิบห้าปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่สามหมื่นบาทถึงสี่หมื่นบาท หรือจำคุกตลอดชีวิต

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งเป็นการกระทำความผิดระหว่างคู่สมรสและคู่สมรสนั้นยังประสงค์จะอยู่กินฉันสามีภรรยา ศาลจะลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้เพียงใดก็ได้ หรือจะกำหนดเงื่อนไขเพื่อคุมความประพฤติแทนการลงโทษก็ได้ในกรณีที่ศาลมีคำพิพากษาให้ลงโทษจำคุก และคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ประสงค์จะอยู่กินด้วยกันฉันสามีภรรยาต่อไป และประสงค์จะหย่า ให้คู่สมรสฝ่ายนั้นแจ้งให้ศาลทราบ และให้ศาลแจ้งพนักงานอัยการให้ดำเนินการฟ้องหย่า"

บทบัญญัติของกฎหมายมาตรานี้สามารถแยกองค์ประกอบความผิดความผิดได้ดังนี้

1) ผู้ใด กฎหมายมาจำกัดว่าผู้กระทำต้องเป็นเพศหรือวัยใด เพราะใช้คำว่าผู้ใด อาจเป็นการกระทำของชาย หญิง เด็กชายหรือเด็กหญิง โดยเป็นการกระทำระหว่างชายกับหญิง หญิงกับหญิง หรือคู่สมรสก็ได้กระทำครบองค์ประกอบแล้ว ผู้นั้นมีความผิดตามมาตรานี้

2) ข่มขืนกระทำชำเรา ข่มขืน หมายถึง การบังคับ ขืนใจหรือขู่เข็ญในที่นี้หมายถึงได้กระทำชำเราโดยผู้อื่นไม่ยินยอม กรรมหรือพฤติกรรมของการกระทำจะเป็นข้อเท็จจริงพิสูจน์ว่าผู้ถูกกระทำให้ความยินยอมหรือไม่ ในบางกรณีผู้ถูกกระทำไม่อยู่ในภาวะที่จะขัดขืนต่อสู้ได้ เช่น มีร่างกายพิการทุพพลภาพ จึงไม่อาจขัดขืนต่อสู้ผู้กระทำได้ กรณีนี้จะถือว่าการที่ผู้ถูกกระทำไม่แสดงอาการที่ขัดขืนเป็นการให้ความยินยอมไม่ได้ แต่หากผู้ถูกกระทำยินยอมให้ชำเรา ผู้กระทำก็ไม่มีความผิดกฎหมาย

กฎหมายได้กำหนดนิยามของการกระทำชำเราไว้ ตามมาตรา 276 วรรค 2 ว่า หมายถึง การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ โดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำ กระทำกับอวยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น หรือใช้สิ่งใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น จึงเป็นการขยายความหมายของการกระทำที่กว้างขึ้นครอบคลุมถึงการใช้อวัยวะเพศกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนักหรือช่องปากของผู้อื่น หรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่นด้วย ไม่จำต้องใช้อวัยวะชายกระทำชำเราอย่างเดียว ผู้กระทำอาจใช้สิ่งอื่นใดกระทำชำเราก็ได้ ส่วนอวัยวะเพศที่ถูกกระทำไม่จำเป็นต้องเป็นอวัยวะเพศหญิง อาจเป็นอวัยวะเพศชาย ทวารหนักหรือช่องปากของเพศใดก็ได้ ถือเป็นการกระทำชำเราทั้งสิ้น และการกระทำความผิดตามมาตรานี้ ต้องเป็นการกระทำเพื่อสนองความใคร่ของตนเองเท่านั้น หากเป็นการะกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้ถูกกระทำเองแล้ว ผู้กระทำไม่มีความผิด

3) กระทำโดยขู่เข็ญด้วยประการใดๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยผู้อื่นนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้ผู้อื่นนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น

โดยขู่เข็ญด้วยประการใดๆ หมายถึง ทำให้กลัวว่าจะได้รับอันตรายในอนาคต ซึ่งอาจเป็นอันตรายต่อผู้ถูกกระทำเองหรือต่อผู้อื่นที่เกี่ยวข้องกับผู้ถูกกระทำนั้นก็ได้

โดยใช้กำลังประทุษร้าย มีความหมายตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 1 (6)[32] เป็นการกระทำโดยใช้แรงกายภาพหรือด้วยวิธีอื่นโดยผู้อื่นนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้

หมายความว่า สภาวะที่ผู้นั้นจำต้องยอมโดยไม่สมัครใจ

โดยทำให้ผู้นั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น เป็นการทำให้สำคัญผิดในตัวบุคคล ไม่ใช่ทำให้เข้าใจผิดในคุณสมบัติของบุคคลผู้อื่น ผู้ถูกกระทำอาจเป็นเพศเดียวกัน หรือต่างเพศกับผู้กระทำ หรือเป็นคู่สมรสของผู้กระทำก็ได้ เนื่องจากกฎหมายมองว่าบุคคลทุกคนควรได้รับการปฏิบัติที่เหมือนกันภายใต้กฎหมายฉบับเดียวกัน

วรรคสอง เป็นบทบัญญัติที่เพิ่มเติมขึ้นใหม่ ซึ่งเป็นกรณีที่กฎหมายกำหนดคำนิยามของคำว่า “กระทำชำเรา” ว่าหมายถึง การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ โดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนักหรือช่องปากของผู้อื่น หรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น

---

[32] ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 1(6) บัญญัติว่า โดยใช้กำลังประทุษร้าย หมายความว่า ทำการประทุษร้ายแก่กายหรือจิตใจของบุคคล ไม่ว่าจะทำด้วยใช้แรงกายหรือด้วยวิธีอื่นใด และให้หมายความถึงการกระทำใดๆ ซึ่งเป็นเหตุให้บุคคลหนึ่งบุคคลใดอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ ไม่ว่าจะโดยใช้ยาทำให้มึนเมา สะกดจิต หรือใช้วิธีอื่นใดอันคล้ายคลึงกัน.

ผู้กระทำจะมีความผิดตามมาตรานี้ได้ต้องกระทำโดยมีเจตนาเพื่อสนองความใคร่ของตนซึ่งกับกระทำใดจะเป็นการสนองความใคร่หรือไม่นั้น มีแนวทางวินิจฉัยเกี่ยวกับการกระทำเพื่อสนองความใคร่ ในความผิดฐานเป็นธุระจัดหา ล่อไป หรือพาไป เพื่อการอนาจาร ตามมาตรา 282 ว่า เพ่อสรองความใคร่ หมายถึง เพื่อความพอใจของชายหรือหญิงในทางเพศไม่จำต้องมีขนาดได้ร่วมประเวณีเพียงแต่ได้กอดจูบลูบคลำ ก็ถือว่าเพื่อสนองความใคร่แล้ว และไม่ต้องถึงขนาดสำเร็จความใคร่ หากตีความให้การกระทำเพื่อสนองความใคร่ตามมาตรา 276 มีความหมายเช่นเดียวกับการกระทำเพื่อสนองความใคร่ตามมาตรา 282 แล้ว การกระทำเพียงแต่สัมผัสภายนอกผ่านเสื้อผ้าหรือสัมผัสภายในร่างกายผู้ถูกกระทำไม่ว่าจะเป็นการกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากถือว่าความผิดสำเร็จแล้ว ผู้กระทำจะต้องรับโทษฐานข่มขืนกระทำชำเราทั้งสิ้น เว้นแต่เป็นการกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้อื่นหรือเพื่อการแสดง ผู้กระทำจะไม่มีความผิดตามมาตรานี้

วรรคสาม บัญญัติให้ผู้กระทำต้องรับโทษหนักขึ้นหากเป็นการกระทำโดยมีหรือใช้อาวุธปืนหรือวัตถุระเบิด หรือโดยร่วมกระทำความผิดด้วยกันอันมีลักษณะเป็นการโทรมหญิงหรือกระทำกับชายในลักษณะเดียวกัน

อาวุธปืนหรือวัตถุระเบิด หมายถึง อาวุธปืนหรือวัตถุระเบิด ตามพระราชบัญญัติอาวุธปืน เครื่องกระสุนปืน วัตถุระเบิด ดอกไม้เพลิง และสิ่งเทียมอาวุธปืน พ.ศ. 2490[33]

ถ้าการกระทำชำเราได้กระทำโดยมีหรือใช้อาวุธปืน ไม่ว่าผู้กระทำจะมีอาวุธปืนแต่ไม่ได้ใช้ หรือมีอาวุธปืนและใช้อาวุธปืนนั้น ผู้กระทำต้องรับโทษหนักขึ้นตามวรรคสาม

โดยร่วมกระทำความผิดด้วยกันอันมีลักษณะเป็นการโทรมหญิง หรือกระทำกับชายในลักษณะเดียวกัน หมายถึง การผลัดเปลี่ยนกันข่มขืนกระทำชำเราตั้งแต่สองคนขึ้นไปอย่างน้อยคนละครั้ง ผู้กระทำผลัดเปลี่ยนกันข่มขืนกระทำชำเราอาจเป็นเพศเดียวกันหรือต่างเพศกันกับผู้ถูกกระทำก็ได้ โดยผู้กระทำคนแรกอาจกระทำโดยใช้อวัยวะเพศกระทำกับทวารหนักหรือช่องปาก

---

[33] พระราชบัญญัติอาวุธปืน เครื่องกระสุนปืน วัตถุระเบิด ดอกไม้เพลิง และสิ่งเทียมอาวุธปืน พ.ศ. 2490 มาตรา 4 บัญญัติว่า ในพระราชบัญญัตินี้

(1) อาวุธปืน หมายความรวมตลอดถึงอาวุธทุกชนิดซึ่งใช้ส่งเครื่องกระสุนปืน โดยวิธีระเบิดหรือกำลังดันของแก๊สหรืออัดลมหรือเครื่องกลไกอย่างใด ซึ่งต้องอาศัยอำนาจของพลังงานและส่วนหนึ่งส่วนใดของอาวุธนั้นๆ ซึ่งรัฐมนตรีเห็นว่าสำคัญและได้ระบุไว้ในกฎกระทรวง

(2) วัตถุระเบิด คือ วัตถุที่สามารถส่งกำลังดันอย่างแรงต่อสิ่งห้อมล้อมโดยฉับพลันในเมื่อระเบิดขึ้นโดยมีสิ่งเหมาะมาทำให้เกิดกำลังดัน หรือโดยการสลายตัวของวัตถุระเบิดนั้นทำให้มีแรงทำลายหรือแรงประหารกับหมายความรวมถึงตลอดถึงเชื้อทุกประทุต่างๆหรือวัตถุอื่นใดอันมีสภาพคล้ายคลึงกันซึ่งใช้หรือทำขึ้นเพื่อให้เกิดการระเบิดซึ่งรัฐมนตรีจะได้ประกาศระบุไว้ในราชกิจจานุเบกษา.

หรืออาจใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้ถูกกระทำก็ได้ ไม่จำต้องเป็นการกระทำในลักษณะเดียวกัน

วรรคสี่ บัญญัติเหตุบรรเทาโทษให้กับผู้กระทำ หากเป็นการกระทำความผิดระหว่างคู่สมรส โดยกฎหมายให้ความคุ้มครองภริยาหรือสามีไม่ให้ถูกล่วงเกินทางเพศจากคู่สมรสของตนหากตนไม่ให้ความยินยอม เพื่อเป็นการลดปัญหาความรุนแรงที่อาจเกิดขึ้นในครอบครัว และทำให้ผู้ที่คิดจะข่มขืนคู่สมรสของตนคิดใคร่ครวญให้ดีก่อนที่จะกระทำการข่มขืนกระทำชำเราในขณะเดียวกันกฎหมายก็ประสงค์ที่จะลดความขัดแย้งในครอบครัว หากมีการกระทำผิดตามมาตรานี้เกิดขึ้น โดยให้คู่สมรสทบทวนให้ดีก่อนที่ศาลจะมีคำพิพากษาลงโทษว่ายังคิดที่จะอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยากันอีกหรือไม่ หรือประสงค์จะหย่าร้างกัน โดยมาตรา 276 วรรคสี่ ได้กำหนดแนวทางให้ศาลพิจารณา ไว้ 2 กรณีคือ

หากคู่สมรสนั้นยังประสงค์จะอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยา ศาลจะลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้เพียงใดก็ได้ หรือ ศาลจะกำหนดเงื่อนไขเพื่อคุมควบความประพฤติแทนการลงโทษก็ได้ ในกรณีที่ศาลมีคำพิพากษาให้ลงโทษจำคุก และคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ประสงค์จะอยู่กินด้วยกันฉันสามีภรรยาต่อไปและประสงค์จะหย่า ให้คู่สมรสฝ่ายนั้นแจ้งให้ศาลทราบ และให้ศาลแจ้งพนักงานอัยการให้ดำเนินการฟ้องหย่าให้

มาตรา 277 บัญญัติว่า “ผู้ใดกระทำชำเราเด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปีซึ่งมิใช่ภริยาหรือสามีตน โดยเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดพันบาทถึงสี่หมื่นบาท

การกระทำชำเราตามวรรคหนึ่ง หมายความว่า การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำโดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่นหรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น

ถ้าการกระทำตามวรรคหนึ่ง เป็นการกระทำแก่เด็กอายุยังไม่เกินสิบสามปี ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่เจ็ดปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่หนึ่งหมื่นสี่พันบาทถึงสี่หมื่นบาท หรือจำคุกตลอดชีวิต

ถ้าการกระทำตามวรรคหนึ่งหรือวรรคสาม ได้กระทำโดยร่วมกระทำความผิดด้วยกัน อันมีลักษณะเป็นการโทรมเด็กหญิง หรือกระทำกับเด็กชาย ในลักษณะเดียวกัน และเด็กนั้นไม่ยินยอมหรือได้กระทำโดยมีอาวุธปืนหรือวัตถุระเบิดหรือโดยใช้อาวุธ ต้องระวางโทษจำคุกตลอดชีวิต

ความผิดตามที่บัญญัติไว้ในวรรคหนึ่ง ถ้าเป็นการกระทำโดยบุคคลอายุไม่เกินสิบแปดปี กระทำต่อเด็กซึ่งมีอายุกว่าสิบสามปีแต่ยังไม่เกินสอบห้าปี โดยเด็กนั้นยินยอมและภายหลัง

ศาลอนุญาตให้ทั้งสองฝ่ายสมรสกัน ผู้กระทำผิดไม่ต้องรับโทษ ถ้าศาลอนุญาตให้สมรส ในระหว่างที่ผู้กระทำผิดกำลังรับโทษในความผิดนั้นอยู่ ให้ศาลปล่อยผู้กระทำความผิดนั้นไป

องค์ประกอบความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ตามมาตรา 277 แยกพิจารณาได้ดังนี้

1) ผู้ใด

ผู้กระทำตามมาตรานี้ เป็นหญิง ชาย เด็กหญิง หรือเด็กชายก็ได้ ไม่จำกัดว่าเป็นเพศหรือวัยใด อาจเป็นกรณีที่ชายกระทำชำเราเด็กหญิงหรือเด็กชาย หรือหญิงกระทำชำเราเด็กหญิงหรือเด็กชาย

2) กระทำชำเราเด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปี ซึ่งมิใช่ภริยาหรือสามีของตน

กระทำชำเรา มีความหมายตามวรรคสอง โดยต้องเป็นการกระทำต่อเด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปี ไม่ว่าจะเป็นเด็กชายหรือเด็กหญิง และเด็กชายหรือเด็กหญิง และเด็กชายหรือเด็กหญิงนั้นไม่ใช่คู่สมรสของผู้กระทำ การเป็นภริยาหรือสามีที่ถูกต้องตามกฎหมายต้องพิจารณาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1457[34] และเด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปีจะสมรสได้ต้องได้รับความยินยอมจากศาล ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1448[35] ด้วย

หากสามีกระทำชำเราภริยาที่มีอายุยังไม่เกิน 15 ปี โดยภริยาไม่ยินยอม การกระทำของสามีจะไม่เป็นความผิดตามมาตรานี้ เพราะผู้ถูกกระทำเป็นภริยาของผู้กระทำ แต่สามีอาจต้องรับผิดตามมาตรา 276 เพราะภริยาไม่ยินยอมให้ร่วมประเวณี เนื่องจากมาตรา 276 มิได้กำหนดว่าผู้ถูกกระทำต้องมิใช่ภริยาของผู้กระทำ

3) เด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม

ถ้าเป็นการกระทำชำเราเด็กอายุไม่เกิน 15 ปีแล้ว ไม่ต้องคำนึงว่าเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ แม้เด็กจะให้ความยินยอมการกระทำก็เป็นความผิด

วรรคสอง เป็นบทนิยามของคำว่า กระทำชำเรา ซึ่งมีความหมายเช่นเดียวกันมาตรา 276 วรรคสอง

วรรคสาม เป็นบทบัญญัติที่ทำให้ผู้กระทำต้องรับโทษหนักขึ้นหากเป็นการกระทำชำเราแก่เด็กอายุยังไม่เกินสิบสามปี

---

[34] ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1457 บัญญัติว่า "การสมรสตามประมวลกฎหมายนี้จะมีได้เฉพาะเมื่อได้จดทะเบียนแล้วเท่านั้น"

[35] ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1448 บัญญัติว่า "การสมรสจะทำได้ต่อเมื่อชายและหญิงมีอายุสิบเจ็ดปีบริบูรณ์แล้ว แต่ในกรณีที่มีเหตุอันสมควร ศาลอาจอนุญาตให้ทำการสมรสก่อนนั้นได้"

วรรคสี่ เป็นบทบัญญัติที่ทำให้ผู้กระทำต้องรับโทษหนักขึ้นอีก หากเป็นการกระทำโดยร่วมกระทำความผิดด้วยกันอันมีลักษณะเป็นการโทรมเด็กหญิงหรือกระทำกับเด็กชายในลักษณะเดียวกันและเด็กไม่ยินยอม หรือได้กระทำโดยมีอาวุธปืนหรือวัตถุระเบิดหรือโดยใช้อาวุธ

โดยร่วมกระทำความผิดด้วยกัน อันมีลักษณะเป็นการโทรมเด็กหญิง หรือกระทำกับเด็กชายในลักษณะเดียวกัน ต้องเป็นกรณีที่เด็กไม่ยินยอมด้วย โดยการโทรมนั้นมีความหมายเช่นเดียวกับบทบัญญัติมาตรา 276 วรรคสาม

โดยมีอาวุธปืนหรือวัตถุระเบิด หรือโดยใช้อาวุธ เป็นการกระทำโดยมีผู้กระทำมีอาวุธปืนหรือวัตถุระเบิด แม้ไม่มีการใช้อาวุธปืนหรือวัตถุระเบิด ผู้กระทำต้องรับโทษหนักขึ้นหรือเป็นการกระทำชำเราโดยใช้อาวุธ อาจใช้ข่มขู่มิให้ผู้ถูกกระทำขัดขืนหรือต่อสู้ดิ้นรน โดยอาวุธที่ใช้นั้นไม่จำกัดว่าจะต้องเป็นอาวุธปืนหรือวัตถุระเบิด อาจเป็นวัตถุอื่นใดก็ได้ที่ผู้กระทำมีเจตนาจะใช้ประทุษร้ายร่างกายอย่างเป็นอาวุธ ตามมาตรา 1 (5)[36]

วรรคห้า เป็นบทบัญญัติยกเว้นโทษให้ผู้กระทำ ถ้าผู้กระทำมีอายุไม่เกินสิบแปดปี และได้กระทำต่อเด็กซึ่งมีอายุกว่าสิบสามปี แต่ยังไม่เกินสิบห้าปี โดยเด็กนั้นยินยอม ซึ่งภายหลังศาลอนุญาตให้ทั้งสองฝ่ายสมรสกัน ผู้กระทำผิดไม่ต้องรับโทษตามมาตรานี้ ถ้าศาลอนุญาตให้สมรสในระหว่างที่ผู้กระทำผิดกำลังรับโทษในความผิดนั้นอยู่ ให้ศาลปล่อยผู้กระทำความผิดนั้นไปโดยมีเกณฑ์ในการพิจารณา ดังนี้

(1) ผู้กระทำต้องมีอายุไม่เกิน 18 ปี

(2) ผู้ถูกกระทำต้องมีอายุกว่า 13 ปี แต่ไม่เกิน 15 ปี

(3) เด็กนั้นยินยอมให้กระทำชำเรา

(4) ศาลอนุญาตให้ทั้งสองสมรสกันได้

ถ้าผู้กระทำยังไม่ได้รับโทษ ผู้นั้นได้รับการยกเว้นไม่ต้องรับโทษ ผู้กระทำกำลังรับโทษในความผิดนั้นอยู่ ให้ศาลปล่อยตัวผู้นั้นไป การกระทำที่จะทำให้ผู้กระทำความผิดไม่ต้องรับโทษตามวรรคท้ายนั้นจะต้องเป็นการกระทำชำเราเด็กหญิงอายุกว่าสิบสามปี แต่ยังไม่เกินสิบห้าปี โดยเด็กนั้นยินยอมและภายหลังศาลอนุญาตให้ทั้งสองสมรสกัน

แต่เนื่องจากประเทศไทยยังไม่มีกำหมายบัญญัติให้บุคคลเพศเดียวกันทำการสมรสกันได้ ดังนั้น จึงไม่อาจมีกรณีที่ผู้กระทำและผู้ถูกกระทำที่เป็นเพศเดียวกัน ไม่ว่าจะมีการผ่าตัดแปลงเพศแล้วหรือไม่ ได้รับการยกเว้นโทษตามวรรคที่ห้าของมาตรานี้

---

[36] ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 1 (5) บัญญัติว่า "อาวุธ" หมายความรวมถึงสิ่งซึ่งไม่เป็นอาวุธโดยสภาพ แต่ซึ่งได้ใช้ประทุษร้ายร่างกายถึงอันตรายสาหัสอย่างอาวุธ

หากผู้กระทำกระทำชำเราเด็ก โดยเด็กไม่ยินยอมแล้ว แม้ภายหลังศาลอนุญาตให้ผู้กระทำและเด็กทำการสมรสกันได้ ก็ไม่เข้าเงื่อนไขที่ผู้กระทำไม่ต้องรับโทษตามบทบัญญัติมาตรานี้[37] หรือการที่ผู้กระทำได้กระทำชำเราผู้เสียหายอันมีลักษณะเป็นการโทรม โดยเด็กไม่ยินยอมก็ไม่ได้รับการยกเว้นโทษ[38]เช่นเดียวกัน

หากเด็กชายอายุยังไม่เกิน 15 ปี ร่วมประเวณีกับเด็กหญิงอายุยังไม่เกิน 15 ปี แม้จะด้วยความยินยอมสมัครใจของทั้งสองฝ่าย ทั้งเด็กชายและเด็กหญิงต่างก็มีความผิดตามมาตรา 277 ด้วยกันทั้งคู่ และไม่ได้รับการยกเว้นโทษตามมาตรา 74[39] ด้วย ถ้าเด็กชายและเด็กหญิงดังกล่าวอายุเกิน 14 ปีแล้ว หากต้องการได้รับการยกเว้นโทษต้องทำการสมรสกันโดยขอให้ศาลอนุญาตตามมาตรา 277 วรรคห้า

2) ความหมายและองค์ประกอบความผิดฐานอนาจารตามกฎหมายอาญา

ตามประมวลกฎหมายอาญาก่อนมีการประกาศใช้พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับ 19) พ.ศ. 2550

การกระทำอนาจาร หมายถึง การกระทำที่ไม่สมควรทางเพศไม่ว่าจะเป็นการกระทำต่อเนื้อตัวร่างกายของบุคคล หรือการกระทำที่ไม่สมควรอย่างอื่น เช่น การลักลอบพูดจากันอยู่ด้วยกันสองต่อสอง ไปหาหญิงในเรือน

ตามประมวลกฎหมายอาญา

การกระทำอนาจาร หมายถึง การกระทำที่ไม่สมควรทางเพศต่อเนื้อตัวร่างกายของบุคคล ลักษณะอื่นนอกเหนือจากการกระทำชำเรา

ตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน

การกระทำอนาจาร หมายถึง ความประพฤติชั่ว ความน่าอับอาย ลามก น่าบัดสี ทำให้เป็นที่อับอาย เป็นที่น่ารังเกียจแก่ผู้อื่นในด้านความดีงาม

คำพิพากษาศาลฎีกา

ในอดีตก่อนมีการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา ตามพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พ.ศ. 2550 ศาลฎีกาได้วางหลักไว้ว่า การกระทำอนาจาร

---

[37] คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5521/2548 สืบค้นเมื่อ 15 เมษายน 2552, จาก **htpp:/www.deka2007.supremecout.or.th/deka/web/search.jsp**

[38] คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5281/2549 สืบค้นเมื่อ 15 เมษายน 2552, จาก **htpp:/www.deka2007.supremecout.or.th/deka/web/search.jsp**

[39] ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 74 บัญญัติว่า "เด็กอายุกว่าเจ็ดปีแต่ยังไม่เกินสิบสี่ปี กระทำการอันกฎหมายบัญญัติเป็นความผิด เด็กนั้นไม่ต้องรับโทษ..."

คือ การกระทำที่ไม่สมควรในทางเพศ แต่ในปัจจุบันยังไม่ปรากฏว่ามีคำพิพากษาที่ศาลฎีกาวางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับความหมายหรือนิยามของการกระทำอนาจารตามประมวลกฎหมายอาญาที่แก้ไขใหม่ไว้ว่าอย่างใดเช่นกัน

องค์ประกอบความผิดเกี่ยวกับเพศฐานอนาจาร

มาตรา 278 บัญญัติว่า "ผู้ใดกระทำอนาจารแก่บุคคลอายุกว่าสิบห้าปี โดยขู่เข็ญด้วยประการใดๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยบุคคลนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้หรือโดยทำให้บุคคลนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบปี หรือปรับไม่เกินสองหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ"

การกระทำความผิดตามมาตรา 278 สามารถแยกองค์ประกอบได้ดังนี้

1) ผู้ใด

ผู้ใดหรือผู้กระทำความผิดตามมาตรานี้กฎหมายมิได้จำกัดว่าต้องเป็นเด็กหรือผู้ใหญ่ เพศหญิงหรือเพศชาย

2) กระทำอนาจารแก่บุคคลอายุกว่าสิบห้าปี

กระทำอนาจาร คือ การกระทำที่ไม่สมควรในทางเพศ อันเป็นการกระทำต่อเนื้อตัวร่างกายของบุคคลอื่น แม้จะเป็นการกระทำในที่ลับ ก็เป็นอนาจาร

การกระทำอนาจารตามมาตรานี้ ต้องเป็นการกระทำต่อบุคคลที่มีอายุเกินกว่าสิบห้าปี ถ้าผู้ถูกกระทำอายุไม่เกิน 15 ปี ผู้กระทำจะมีความผิดตามมาตรา 279

เรื่องอนาจารเป็นข้อยกเว้นหลักทั่วไปที่จะต้องพิจารณาว่าการกระทำเข้าองค์ประกอบภายนอกหรือไม่โดยไม่ต้องพิจารณาจิตใจ ต่อเมื่อเข้าองค์ประกอบภายนอกแล้วจึงดูองค์ประกอบภายใน คือผู้กระทำได้กระทำไปโดยเจตนาหรือประมาทหรือไม่ ปัญหาว่าการกระทำเป็นอนาจารหรือไม่จิตใจของผู้กระทำจึงเป็นข้อสำคัญ[40]

3) โดยขู่เข็ญด้วยประการใดๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยบุคคลนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้บุคคลนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น

การกระทำโดยขู่เข็ญด้วยประการใดๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยบุคคลนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้บุคคลนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่นมีความหมายทำนองเดียวกับมาตรา 276 วรรคแรก

---

[40] พิพัฒน์ จักรางกูร. (2536). **คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญาว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับศาสนา ความผิดเกี่ยวกับการก่อให้เกิดภยันตรายต่อประชาชน ความผิดเกี่ยวกับการปลอมและแปลง ความผิดเกี่ยวกับเพศ ความผิดลหุโทษ.** หน้า 187-188.

0218172

มาตรา 276 บัญญัติว่า “ผู้ใดกระทำอนาจารแก่เด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปี โดยเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบปี หรือปรับไม่เกินสองหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคแรก ผู้กระทำได้กระทำโดยขู่เข็ญด้วยประกาศใดๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยเด็กนั้นยังอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้เด็กนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบห้าปี หรือปรับไม่เกินสามหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

มาตรานี้มีองค์ประกอบเช่นเดียวกับมาตรา 278 ต่างกันตรงที่ผู้ถูกกระทำต้องเป็นเด็กอายุไม่เกิน 15 ปี ไม่ว่าเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม ผู้กระทำก็มีความผิด

ผู้กระทำต้องรู้ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับอายุของเด็กด้วย หากไม่รู้ถือว่าขาดเจตนา ผู้กระทำไม่มีความผิด

วรรคสอง เป็นเหตุที่ทำให้ผู้กระทำต้องรับโทษหนักขึ้น หากเป็นการกระทำโดยขู่เข็ญด้วยประการใดๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยเด็กนั้นยังอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้เด็กนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น ซึ่งเป็นการแสดงให้เห็นว่าต้องเป็นการกระทำโดยเด็กมิได้ยินยอม

3) ความหมายและองค์ประกอบความผิดฐานธุระจัดหาตามกฎหมายอาญา

ความหมายความผิดฐานเป็นธุระจัดหา

ตามประมวลกฎหมายอาญา

ผู้ใดเพื่อสนองความใคร่ของผู้อื่น เป็นธุระจัดหา ล่อไปหรือพาไปเพื่อการอนาจารซึ่งชายหรือหญิง แม้ผู้นั้นจะยินยอมหรือไม่ยินยอมก็ตาม

องค์ประกอบความผิดเกี่ยวกับเพศฐานเป็นธุระจัดหา

ความผิดฐานเป็นธุระจัดหาซึ่งบุคคลเพื่อสนองความใคร่ของผู้อื่น คือ ความผิดตามมาตรา 282 ซึ่งบัญญัติว่า

“ผู้ใดเพื่อสนองความใคร่ของผู้อื่น เป็นธุระจัดหา ล่อไปหรือพาไปเพื่อการอนาจารซึ่งชายหรือหญิง แม้ผู้นั้นจะยินยอมก็ตาม ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งปีถึงสิบปี และปรับตั้งแต่สองพันบาทถึงสองหมื่นบาท

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคแรกเป็นการกระทำแก่บุคคลอายุเกินสิบห้าปีแต่ยังไม่เกินสิบแปดปี ผู้กระทำต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สามปีถึงสิบห้าปี และปรับตั้งแต่หกพันบาทถึงสามหมื่นบาท

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคแรกเป็นการกระทำแก่เด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปี ผู้กระทำต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ห้าปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่หนึ่งหมื่นบาทถึงสี่หมื่นบาท

ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ผู้ใดเพื่อสนองความใคร่ของผู้อื่น รับตัวบุคคลซึ่งมีผู้จัดหา ล่อไป หรือพาไปตามวรรคแรก วรรคสองหรือวรรคสาม หรือสนับสนุนในการกระทำความผิดดังกล่าว ต้องระวางโทษตามที่กฎหมายกำหนดไว้ในวรรคแรก วรรคสอง หรือวรรคสาม แล้วแต่กรณี"

ความผิดตามมาตรานี้ได้แก้ไขเพิ่มเติมให้การคุ้มครองกว้างยิ่งขึ้น กล่าวคือ ไม่จำกัดอายุและเพศของผู้ถูกกระทำในวรรคแรก โดยมีเหตุผลว่า

"เนื่องจากได้ปรากฏว่ามีการกระทำความผิดต่อหญิงและเด็กโดยการซื้อ ขาย จำหน่าย พา หรือ จัดหาหญิงหรือเด็กนั้นไปด้วยวิธีการต่างๆเพื่อสำเร็จความใคร่แก่ตนเองหรือผู้อื่น เพื่อการอนาจาร หรือเพื่อประโยชน์อย่างอื่นอันมิชอบ ไม่ว่าโดยการขายเด็กเป็นขอทาน หรือทำงานในสภาพที่ใช้แรงงานโดยทารุณโหดร้าย สมควรกำหนดบทกำหนดความผิดใหม่ให้ครอบคลุมการกระทำดังกล่าว นอกจากนั้นในปัจจุบันการกระทำดังกล่าวไม่จำกัดเฉพาะการกระทำต่อหญิงหรือเด็กหญิงเท่านั้น แต่ได้ขยายไปยังเด็กชาย และมีแนวโน้มเป็นการกระต่อบุคคลโดยไม่จำกัดเพศ สมควรแก้ไขฐานความผิดในบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องให้กว้างขวางขึ้น"[41]

คุณธรรมทางกฎหมายของความผิดฐานนี้ คือ การขูดรีดทางเพศ

องค์ประกอบภายนอกของความผิดฐานนี้ คือ การที่บุคคลเป็นธุระจัดหา ล่อไปหรือพาไปซึ่งชายหรือหญิงอายุเกินกว่าสิบแปดปี โดยชายหรือหญิงนั้นยินยอม[42]

"ผู้กระทำ" คือ มนุษย์ซึ่งกฎหมายไม่จำกัดว่าจะเป็นใคร

"การกระทำ" คือ การเป็นธุระจัดหา ล่อไปหรือพาไป

"เป็นธุระจัดหา" หมายความว่า จัดให้ได้มาไม่ว่าจะกระทำโดยวิธีใดๆ

"ล่อไป" หมายความว่า ล่อลวงให้ไปยังสถานที่ที่จัดไว้

"พาไป" หมายความว่า นำไป

"ผู้ถูกกระทำ" คือ ชายหรืออายุเกินกว่าสิบแปดปี

การขูดรีดทางเพศเป็นการฝ่าฝืนศีลธรรมที่สังคมไทยเราไม่ยอมรับ ฉะนั้น ความยินยอมขอ

ผู้ถูกกระทำไม่เป็นข้อสาระสำคัญ

องค์ประกอบภายในของความผิดฐานนี้มี 2 ประการ คือ

1) เจตนาเป็นธุระจัดหา ล่อไปหรือพาไปซึ่งชายหรือหญิงอายุเกินกว่าสิบแปดปี ชายหรือหญิงอายุกว่าสิบห้าปีแต่ยังไม่เกินสิบแปดปีโดยชายหรือหญิงนั้นยินยอม บุคคลอายุเกินกว่าสิบห้าปีแต่ยังไม่เกินสิบแปดปี

---

[41] ราชกิจจานุเบกษา ฉบับกฤษฎีกา เล่ม 114 ตอนที่ 72 ก หน้า 42-43 ลงวันที่ 16 พฤศจิกายน 2540.

[42] คณิต ณ นคร. (2549). **กฎหมายอาญาภาคความผิด.** หน้า 427.

2) มูลเหตุจูงใจ เพื่อการอนาจาร และเพื่อสนองความใคร่ของผู้อื่น

สนองความใคร่ต้องเป็นการสนองความใคร่ของผู้อื่นวรรคสี่ บัญญัติว่า "ผู้ใดเพื่อสนองความใคร่ของผู้อื่น รับตัวบุคคลซึ่งมีผู้จัดหา ล่อไป หรือพาไปตามวรรคแรก วรรคสองหรือวรรคสาม หรือสนับสนุนในการกระทำความผิดดังกล่าว ต้องระวางโทษตามที่กฎหมายกำหนดไว้ในวรรคแรก วรรคสอง หรือวรรคสาม แล้วแต่กรณี"

องค์ประกอบภายนอก

คือการที่บุคคลรับตัวบุคคลซึ่งมีผู้จัดหา ล่อไปหรือพาไปตามมาตรา 282 วรรคแรก วรรคสอง หรือวรรคสาม

"ผู้กระทำ" คือมนุษย์ซึ่งกฎหมายไม่จำกัดว่าจะเป็นใคร

"การกระทำ" คือการรับมอบตัว

"รับตัว" หมายความว่า รับไว้ให้อยู่ในความดูแล

"ผู้ถูกกระทำ" คือ บุคคลซึ่งมีผู้จัดหา ล่อไปหรือพาไปตามมาตรา 282 วรรคแรก วรรคสอง วรรคสาม

องค์ประกอบภายในของความผิดฐานนี้มี 2 ประการ คือ

เจตนารับตัวบุคคลซึ่งมีผู้จัดหา ล่อไปหรือพาไป

มูลเหตุชักจูงใจเพื่อให้สนองความใคร่ของผู้อื่น

เจตนา คือ การที่ผู้กระทำรู้ว่าเป็นบุคคลที่มีผู้จัดหา ล่อไปหรือพาไปดังกล่าวและผู้กระทำต้องการรับตัวบุคคลนั้นไว้

มาตรา 283 บัญญัติว่า "ผู้ใดเพื่อสนองความใคร่ของผู้อื่น เป็นธุระจัดหา ล่อไปหรือพาไปเพื่อการอนาจารซึ่งชายหรือหญิง โดยใช้อุบายหลอกลวง ข่มเข็ญ ใช้กำลังประทุษร้าย ใช้อำนาจครอบงำผิดครองธรรม หรือใช้วิธีข่มขืนใจด้วยประการอื่นใด ต้องระวางโทษจำคุก ตั้งแต่ห้าปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่หมื่นบาทถึงสี่หมื่นบาท

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคแรกเป็นการกระทำแก่บุคคลอายุเกินสิบห้าปีแต่ยังไม่เกินสิบแปดปี ผู้กระทำต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่เจ็ดปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่หนึ่งหมื่นสี่พันบาทถึงสี่หมื่นบาท หรือจำคุกตลอดชีวิต

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคแรกเป็นการกระทำแก่เด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปี ผู้กระทำต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สิบปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่สองหมื่นบาทถึงสี่หมื่นบาทหรือจำคุกตลอดชีวิต หรือประหารชีวิต

ผู้ใดเพื่อสนองความใคร่ของผู้อื่น รับตัวบุคคลซึ่งมีผู้จัดหา ล่อไป หรือพาไปตามวรรคแรก วรรคสองหรือวรรคสาม หรือสนับสนุนในการกระทำความผิดดังกล่าว ต้องระวางโทษตามที่บัญญัติไว้ในวรรคแรก วรรคสอง หรือวรรคสาม แล้วแต่กรณี"

องค์ประกอบภายนอกของความผิดฐานนี้ คือ การที่บุคคลเป็นธุระจัดหา ล่อไป หรือพาไปซึ่งชายหรือหญิงอายุกว่าสิบแปดปี บุคคลอายุเกินสิบห้าปีแต่ยังไม่เกินสิบแปดปี แก่เด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปี โดยใช้อุบายหลอกลวง ข่มเข็ญ ใช้กำลังประทุษร้าย ใช้อำนาจครอบงำผิดครองธรรม หรือใช้วิธีข่มขืนใจด้วยประการอื่นใด[43]

"ผู้กระทำ" คือ มนุษย์ซึ่งกฎหมายไม่จำกัดว่าจะเป็นใคร

"การกระทำ" คือการเป็นธุระจัดหา ล่อไปหรือพาไปซึ่งชายหรือหญิงอายุกว่าสิบแปดปี เกินสิบห้าปีแต่ยังไม่เกินสิบแปดปี เด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปี โดยบุคคลนั้นไม่ยินยอม

"คำว่าธุระจัดหา ล่อไปหรือพาไป" คือ จัดให้ได้มาไม่ว่าจะกระทำโดยวิธีใดๆ

"วิธีกระทำ" ที่ว่า "โดยใช้อุบายหลอกลวง ข่มเข็ญ ใช้กำลังประทุษร้าย ใช้อำนาจครอบงำผิดทำนองครองธรรม หรือใช้วิธีข่มขืนใจด้วยประการอื่น" นั้นแสดงว่าเป็นการกระทำที่ฝ่าฝืนความยินยอมของผู้ถูกกระทำ

"ใช้อุบายหลอกลวง" หมายความว่า ทำให้เข้าใจผิด เช่น หลอกว่าจะพาไปหางานทำมีเงินเดือนสูง

"ข่มเข็ญ" หมายความว่า แสดงให้ทราบว่ามีอันตรายในภายหน้า เช่น ข่มว่าจะทำให้เสียหายแก่ชีวิต ร่างกาย ทรัพย์ ไม่ว่าจะเป็นของผู้ถูกข่มเข็ญหรือของผู้อื่น

"ใช้กำลังประทุษร้าย" หมายความว่า ทำการประทุษร้ายแก่กายหรือจิตใจของบุคคลไม่ว่าจะทำด้วยใช้แรงกายหรือด้วยวิธีอื่นใด และให้หมายความรวมถึงการกระทำใดๆ ซึ่งเป็นเหตุให้บุคคลหนึ่งบุคคลใดอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ ไม่ว่าจะโดยใช้ยาทำให้มึนเมา สะกดจิตหรือใช้วิธีอื่นใดอันคล้ายคลึงกัน

"ใช้อำนาจครอบงำผิดครองธรรม" หมายความว่า ใช้อิทธิพลในทางที่มิชอบ เช่น ในฐานที่เป็นญาติผู้ใหญ่จึงบังคับให้บุคคลไป

"ใช้วิธีข่มขืนใจด้วยประการอื่น" หมายถึง บังคับใจ เช่น ปล่อยให้อดอยากจนกว่าจะยอมไปด้วย

องค์ประกอบภายในของความผิดฐานนี้มี 2 ประการ คือ

(1) เจตนาเป็นธุระจัดหา ล่อไปหรือพาไปซึ่งชายหรือหญิงอายุกว่าสิบแปดปีเกินสิบห้าปีแต่ยังไม่เกินสิบแปดปี เด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปี โดยบุคคลนั้นไม่สมัครใจ

(2) มูลเหตุชักจูงใจ เพื่อการอนาจารและเพื่อสนองความใคร่ของผู้อื่น

"เจตนาเป็นธุระจัดหา ล่อไปหรือพาไปซึ่งชายหรือหญิงกว่าสิบแปดปี เกินสิบห้าปีแต่ยังไม่เกินสิบแปดปี เด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปี โดยบุคคลนั้นไม่สมัครใจ"

---

[43] คณิต ณ นคร. เล่มเดิม. หน้า 432.

วรรคสี่ บัญญัติว่า "ผู้ใดเพื่อสนองความใคร่ของผู้อื่นรับตัวบุคคลซึ่งมีผู้จัดหาล่อไป หรือพาไปตามวรรคแรก วรรคสองหรือวรรคสาม หรือสนับสนุนในการกระทำความผิดดังกล่าว ต้องระวางโทษตามที่บัญญัติไว้ในวรรคแรก วรรคสอง หรือวรรคสาม แล้วแต่กรณี"

คุณธรรมทางกฎหมายของความผิดฐานนี้ คือ การขูดรีดทางเพศ

องค์ประกอบภายนอกของความผิดฐานนี้ คือ การที่บุคคลซึ่งมีผู้จัดหา ล่อไปหรือพาไปตามมาตรา 283 วรรคแรก วรรคสองและวรรคสาม โดยใช้อุบายหลอกลวง ขู่เข็ญใช้กำลังประทุษร้าย ใช้อำนาจครอบงำผิดครองธรรม หรือใช้วิธีข่มขืนใจด้วยประการอื่นใด

"ผู้กระทำ" คือ การับตัว กล่าวคือรับไว้ให้อยู่ในความดูแล

"ผู้ถูกกระทำ" คือ บุคคลซึ่งมีผู้จัดหา ล่อไปหรือพาไปตามมาตรา 283 วรรคแรก วรรคสองและวรรคสาม

องค์ประกอบภายในของความผิดนี้มี 2 ประการ คือ เจตนารับตัว มูลเหตุชักจูงใจ เพื่อสนองความใคร่ของผู้อื่น

"เจตนารับตัว" คือ การที่ผู้กระทำรู้ว่าเป็นบุคคลที่มีผู้จัดหา ล่อไปหรือพาไปดังกล่าว และผู้กระทำต้องการรับตัวบุคคลนั้นไว้

"สนองความใคร่" หมายความถึง สนองความพึงพอใจของชายหรือหญิงในทางเพศ ซึ่งไม่ว่าจำเป็นว่าจะต้องถึงขั้นร่วมประเวณี การกอดจูบลูบคลำก็เพียงพอที่จะถือว่าเป็นการสนองความพึงพอใจในทางเพศที่เป็นความผิดฐานนี้ได้

จากที่ได้ศึกษาถึงองค์ประกอบความผิดเกี่ยวกับเพศทั้งทางพระธรรมวินัยและทางกฎหมายอาญาแล้วนั้น จะเห็นว่าการจะเอาโทษแก่บุคคลว่าได้กระทำความผิด ต้องทราบว่าการกระทำใดอย่างไรจึงจะเป็นความผิด และได้ทราบถึงการที่ได้แยกบทลงโทษพระสงฆ์ออกจากทางกฎหมายบ้านเมืองอย่างชัดเจน ซึ่งแตกต่างจากในอดีตที่กฎหมายบ้านเมืองเข้ามามีบทบาทควบคุมพฤติกรรมพระสงฆ์ผู้อยู่ในฐานะสืบทอดพระพุทธศาสนาเพื่อไม่ให้เป็นผู้ทำลายศาสนาเสียเอง ดังผู้เขียนจะได้กล่าวในบทต่อไป

บทที่ 3

มาตรการการลงโทษและควบคุมการกระทำความผิดตามกฎหมายอาญาและพระธรรมวินัยในอดีตถึงปัจจุบันเปรียบเทียบกฎหมายอิสลาม

เมื่อมีผู้กระทำความผิดอาญาเกิดขึ้นหน้าที่ของรัฐคือ รัฐจำต้องหาตัวผู้กระทำความผิดมาเพื่อลงโทษ หากปรากฏว่าจำเลยเป็นผู้กระทำความผิดจริง ศาลก็จะตัดสินลงโทษจำเลยต่อไป ซึ่งโทษที่จำเลยจะได้รับนั้น ถือเป็นมาตรการในการลงโทษผู้กระทำความผิดในทางกฎหมายอาญา โดยมีวัตถุประสงค์ที่จะควบคุมการกระทำความผิดในทางโลกของบุคคลธรรมดาทั่วไป เช่นเดียวกับทางพระพุทธศาสนา เมื่อพระภิกษุสงฆ์กระทำความผิดก็ย่อมต้องรับโทษตามพระธรรมวินัยซึ่งผู้เขียนได้แบ่งเป็นโทษอย่างหนัก อย่างกลาง และอย่างเบาตามลำดับในปัจจุบันนั้นโทษหนักสุด คือ โทษปาราชิกหรือการขาดจากความเป็นพระในทันที ตามพระธรรมวินัยเท่านั้นไม่มีบทบัญญัติให้มีสภาพบังคับเพื่อให้เกิดความเกรงกลัวต่อโทษแต่อย่างใด แต่ในอดีตมีการบัญญัติโทษพระภิกษุสงฆ์ให้ได้รับโทษตามกฎหมายบ้านเมืองอย่างชัดเจน ราชอาณาจักรได้เข้ามามีบทบาทในการควบคุมศาสนจักรโดยกษัตริย์เนื่องจากเกิดวิกฤติศาสนาในแต่ละยุคสมัยที่พระภิกษุสงฆ์บางรูปทำลายความเชื่อถือ ศาสนากำลังจะเสื่อมถอยด้วยผู้ที่บวชบางคนไม่ได้เข้ามาบวชเพื่อศึกษาพระธรรมเพื่อความหลุดพ้นจากทุกข์อย่างแท้จริงแต่กลับมาบวชอาศัยพระศาสนาเป็นเครื่องเกราะกำบังและอาศัยความไว้เนื้อเชื่อใจความศรัทธาจากสาธารณะชนเป็นเครื่องมือในการกระทำความผิดเพราะเมื่อความผิดปรากฏขึ้นนักบวชไม่ว่าศาสนาใดจะเป็นตนสุดท้ายที่ผู้คนจะสงสัยว่าเป็นโจรที่ทำความผิดนั้น ราชอาณาจักรในอดีตจึงมีการบัญญัติกฎหมายโดยมีรายละเอียดในแต่ละสมัยดังนี้

3.1 มาตรการลงโทษพระภิกษุสงฆ์ไทยตามกฎหมายบ้านเมืองในอดีตถึงปัจจุบัน

โทษในทางอาญานั้น ในอดีต มีหลักฐานปรากฏว่าการลงโทษของรัฐนั้น มีลักษณะที่รุนแรงกว่าในปัจจุบันมากไม่ว่าจะเป็นโทษของผู้กระทำความผิดที่เป็นบุคคลธรรมดา หรือโทษของพระภิกษุสงฆ์ผู้กระทำความผิด ทั้งนี้เนื่องจากในสมัยนั้น อำนาจในการตรากฎหมายเป็นของผู้ที่มีอำนาจในรัฐและอาจเพราะรัฐในสมัยนั้นยังไม่มั่นคง พึ่งฟื้นตัวจากการสร้างรัฐแต่ละสมัยเพราะภัยจากสงครามจำเป็นที่จะต้องสร้างความเด็ดขาดเป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน โดยมีพระพุทธศาสนาเป็นที่ยึดเหนี่ยวจิตใจของคนในชาติ หากผู้กระทำความผิดเป็นพระภิกษุสงฆ์เสียเองแล้วผู้คนในบ้านเมืองจะพึ่งสิ่งใดเป็นขวัญกำลังใจเพื่อเป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน หากปล่อยไว้ต่อไปจะหาพระภิกษุสงฆ์

ผู้ปฏิบัติดีปฏิบัติชอบให้สั่งสอนถ่ายทอดธรรมอันประเสริฐของพระสัมมาสัมพุทธเจ้าไม่ได้ จึงปรากฏว่าในอดีตบางบทบัญญัติถึงแม้จะมีสภาพบังคับที่อาจดูรุนแรงไปบ้างในภาวะที่พระพุทธศาสนากำลังอ่อนแอแต่ก็สามารถคุ้มครองพระศาสนามิให้เสื่อมเสียได้ นอกจากการบัญญัติโทษในบางสมัยยังทำให้เห็นว่าพระมหากษัตริย์ในอดีตถึงปัจจุบันได้ทรงทำนุบำรุงพระศาสนาให้เจริญอย่างยิ่ง

3.1.1 สมัยสุโขทัย

เป็นการปกครองแบบพ่อปกครองลูก อำนาจปกครองอยู่ที่พ่อขุน กิจการบ้านเมืองตกอยู่กับสถาบันพระมหากษัตริย์และทรงเป็นผู้อุปถัมภ์กิจการทางด้านศาสนาโดยตลอดต่อมาพ่อขุนรามคำแหงมหาราชได้ทรงอาราธนาพระมหาสังฆราชชาวศรีลังกาซึ่งเดินทางมาประกาศพระพุทธศาสนาอยู่ที่นครศรีธรรมราชเมื่อปี พ.ศ. 1800-1806 ดังข้อความในศิลาจารึกของพ่อขุนรามคำแหงเมื่อพ.ศ. 1820 ว่า “พ่อขุนรามคำแหงกระทำโอยทานแก่มหาเถรสังฆราช ปราชญ์เรียนจบพระไตรปิฎกหรัวกว่าปู่ครูในเมืองนี้ทุกตนรุกแต่นครศรีธรรมราช” ต่อมาสมัยพระยาลิไท พ.ศ. 1897-1919 กษัตริย์องค์ที่ 5 แห่งอาณาจักรสุโขทัยได้อาราธนาพระมหาสวามีสังฆราชเมืองลังกานามว่า สุมนเถร เข้ามาอยู่จำพรรษาที่กรุงสุโขทัย พร้อมกันนี้พระองค์ได้แยกคณะสงฆ์ออกเป็น 2 ฝ่ายคือ คามวาสี เป็นภิกษุที่ศึกษาเน้นหนักในด้านพุทธวัจนะในพระไตรปิฎก อรรถคถา และคัมภีร์อื่นๆ เรียกว่าคันถธุระ และอีกคณะหนึ่งคือ อรัญญวาสี เป็นภิกษุที่เน้นหนักด้านการปฏิบัติมุ่งบำเพ็ญภาวนาเพื่อให้จิตใจสงบและหลุดพ้นจากกิเลสเรียกว่า วิปัสสนาธุระ คณะสงฆ์ทั้งหมดขึ้นตรงต่อพระมหากษัตริย์ซึ่งกล่าวโดยสรุปว่าภิกษุทุกรูปจะต้องประพฤติปฏิบัติตนให้เคร่งครัดตามพระธรรมวินัยที่พระพุทธเจ้าทรงแสดงและบัญญัติไว้เสมอเหมือนกัน มีพระเถรที่ได้รับการแต่งตั้งให้ทำหน้าที่คอยดูแลความประพฤติของภิกษุสูงขึ้นไปโดยลำดับนอกจากนี้ยังต้องประพฤติตนมิให้ขัดต่อจารีตประเพณีอันดีของสังคมตลอดจนกฎหมายบ้านเมืองอีกด้วย

3.1.2 สมัยกรุงศรีอยุธยา

คงดำเนินการตามรูปแบบการปกครองคณะสงฆ์ในสมัยสุโขทัยแต่ได้แยกออกเป็น 3 คณะใหญ่ คือ คณะคามวาสีฝ่ายซ้าย คณะคามวาสีฝ่ายขวา และคณะอรัญวาสี การดำเนินการทางวินัยนั้นขึ้นอยู่กับพระเถระ ซึ่งเป็นหัวหน้าคณะของแต่ละฝ่ายผู้ดำเนินการให้เป็นไปตามพระธรรมวินัย ซึ่งขึ้นตรงต่อพระสมเด็จพระอริยะวงศาสังฆราชธิบดีซึ่งเป็นประมุขของสงฆ์ทั้งหมดและขึ้นตรงต่อพระมหากษัตริย์แห่งกรุงศรีอยุธยา พระภิกษุสงฆ์ทุกรูปจะต้องประพฤติปฏิบัติให้เคร่งครัดตามพระธรรมวินัยเป็นเบื้องต้นจากนั้นต้องประพฤติปฏิบัติตนไม่ให้ขัดต่อจารีตประเพณีอันดีงามของสังคมและกฎหมายบ้านเมืองอีกด้วย

3.1.3 สมัยกรุงธนบุรี

สมัยกรุงธนบุรีบ้านเมืองในสมัยที่ตกอยู่ในสภาพจราจรอันเกิดจากอาณาจักรกรุงศรีอยุธยาเสียแก่พม่าดังกล่าวแล้ว ดังนั้นเกือบตลอดสมัยพระเจ้าตากสินมหาราชต้องทำสงครามและปราบปรามข้าศึกศัตรูทั้งภายนอกภายในและสำหรับคณะสงฆ์ก็ได้รับภัยคุกคามต่อสงครามเช่นเดียวกันสมเด็จพระเจ้าตากสินทรงเห็นว่าพระสงฆ์ประพฤติผิดพระธรรมวินัยจึงสั่งให้ศึกเป็นจำนวนมาก การดำเนินการเกี่ยวกับพระภิกษุสงฆ์ในสมัยนั้นสถาบันพระมหากษัตริย์จึงเข้ามามีบทบาทอย่างชัดเจน[1]

3.1.4 สมัยกรุงรัตนโกสินทร์

เมื่อสมเด็จพระพุทธยอดฟ้าจุฬาโลกมหาราช รัชกาลที่ 1 ได้ทรงแก้ไขวิกฤตการณ์คณะสงฆ์เนื่องบ้านเมืองพึ่งฟื้นจากสงครามพระพุทธศาสนากำลังอ่อนแอให้คืนสภาพปกติแล้ว ทรงปรารภถึงความไม่เป็นระเบียบเรียบร้อย การประพฤติปฏิบัติของสงฆ์อันยังไม่เป็นที่ตั้งแห่งศรัทธาและจะเป็นเหตุให้พระพุทธศาสนาเสื่อมจึงให้ตรากฎหมายห้ามมิให้พระภิกษุการทำการ หรือละเว้นการที่ควรทำอันไม่ถูกต้องตามพระธรรมวินัย กฎหมายนี้มีชื่อว่า กฎพระสงฆ์ รวมอยู่ในกฎหมายตราสามดวง ซึ่งทรงให้ชำระรวบรวมขึ้นในปีจุลศักราช 1166 หรือปีพ.ศ. 2347 กฎพระสงฆ์เปรียบกับพระธรรมวินัยมีวัตถุประสงค์เหมือนกัน คือมุ่งห้ามมิให้พระภิกษุทำในสิ่งที่สมณะไม่ควรทำ แต่ขอบขายที่จะบัญญัตินั้นต่างกัน

การบัญญัติพระวินัยไม่จำกัดขอบเขตมีการแบ่งการบัญญัติออกเป็นสองประเภทคืออย่างแรกเมื่อพระภิกษุมีพฤติกรรมเป็นที่น่าตำหนิเป็นโลกวัชชะ อย่างที่สองเกี่ยวกับขนบธรรมเนียมประเพณีของพระว่าปัณณะวัชชะซึ่งบัญญัติได้มีเพียง 227 สิกขาบทมิใช่ซึ่ง อาจมีมากกว่านั้นมากนักแต่พระสัมมาสัมพุทธเจ้าพระองค์ทรงพระนิพพานเสียก่อนจึงได้บัญญัติไว้เพียงนั้น ส่วนกฎหมายบ้านเมืองออกได้ในวงจำกัด เพียงเพื่อบังคับให้พระภิกษุประพฤติปฏิบัติตามพระธรรมวินัยเท่านั้นจะออกบังคับให้มีหน้าที่ต้องการทำอย่างอื่นไม่ได้หากออกกฎหมายฝ่าฝืนหลักการนี้ ถือว่าเป็นการแทรกแซงกิจการพระศาสนา แต่ที่พระภิกษุสงฆ์สามเณรถูกลงโทษตามกฎหมายอยู่บ่อยๆ ในสมัยนั้นไม่ใช่เกิดจากฝ่าฝืนกฎจากพระธรรมวินัยแต่ถูกลงโทษเนื่องจากฝ่าฝืนกฎหมายบ้านเมืองที่ออกมาเพื่อคุ้มครองพระศาสนา ซึ่งไม่ยกเว้นแม้ผู้กระทำผิดจะเป็นนักบวช หมายความว่าบวชแล้วยังต้องอยู่ภายใต้กฎหมายบ้านเมืองอย่างเดียวกับประชาชน ไม่มีข้อยกเว้น

กฎที่ 1 ให้พระภิกษุสงฆ์ผู้เทศนาและราษฎร์ผู้ฟังมหาชาติชาดก จงเทศนาและฟังตามพระบาลีและอรรถกถา ห้ามมิให้เทศนาเป็นกาพย์กลอน และกล่าวถ้อยคำตลกคะนอง ผู้ใดฝ่าฝืนจะ

---

[1] สุภาพรรณ ณ บางช่าง. (2544). **งานวิจัยพุทธธรรมที่เป็นรากฐานสังคมไทยก่อนสมัยสุโขทัย ถึงก่อนเปลี่ยนแปลงการปกครอง.** หน้า 73.

ลงโทษตามโทษานุโทษ, กฎที่ 2 ให้พระภิกษุสงฆ์สามเณรมีศีลครบถ้วนตามพระปาฏิโมกข์เพื่อเป็นนาบุญอันประเสริฐของชาวโลก เพื่อการนี้ห้ามมิให้ภิกษุสามเณรคลุกคลี รับของฝากจากฆราวาส ผู้ฝ่าฝืนต้องอาบัติปาราชิก สึกออกมาให้จับเฆี่ยนจองสาหัส, กฎที่ 3 ให้ราชาคณะ แต่งตั้งพระอธิการขึ้นตามอารามต่างๆ ให้พระอธิการมีหน้าที่ดูแลรักษาพระพุทธรูปสถูปเจดีย์ และมีหน้าที่ออกหนังสือสำคัญประจำตัวลงชื่อ ฉายา พรรษา และชื่อพระอุปัชฌาย์ อาจารย์และประทับตราราชาคณะหัวเมืองนั้นให้แก่พระภิกษุสามเณร ซึ่งจะเดินทางไปอยู่เมืองอื่น และห้ามมิให้รับพระภิกษุสามเณรที่มีหนังสือประจำตัวเข้ามาอยู่ในสำนักตน ให้พระราชาคณะพระอธิการมิให้ภิกษุสามเณรอวดอิทธิฤทธิ์ เป็นอุตตริมนุสธรรมตั้งตัวเป็นผู้วิเศษคบคิดกับพวกเพื่อแย่งราชสมบัติ ผู้ใดรู้เห็นมิได้กล่าวจับกุม หรือแจ้งให้กราบบังคมทูล มีความผิดเป็นกบฏ, กฎที่ 4 ห้ามมิให้พระภิกษุสามเณรประพฤติเหลวไหล ละเลยข้อวัตร อย่าประพฤติเสเพลให้ศิษย์เอาเป็นตัวอย่าง หากฝ่าฝืนให้เอาญาติโยมของผู้นั้นเป็นโทษตามโทษานุโทษ, กฎที่ 5 พระภิกษุใดต้องอาบัติปาราชิกสี่อย่างใดอย่างหนึ่ง ต้องแจ้งแก่สงฆ์ ห้ามมิให้ปกปิดและปฏิญาณตนว่า ยังเป็นพระภิกษุ เข้าร่วมทำสังฆกรรมอุปสมบทกรรมเป็นอันขาด ผู้ฝ่าฝืนที่ถูกกล่าวหาและพิจารณาได้ความจริง จะเอาโทษถึงสิ้นชีวิต ให้ริบราชบาตรเฆี่ยนตีญาติโยมจงหนักอย่าให้เป็นเยี่ยงอย่าง, กฎที่ 6 ห้ามมิให้ภิกษุสามเณรเลี้ยงดูฆราวาสเรี่ยไร จัดงานศพที่ไม่ใช่ญาติ เป็นหมอนวด หมอดูเป็นฑูตรับส่งข่าวให้ฆราวาสหากฝ่าฝืนให้เอาญาติโยมมาลงโทษ, ห้ามมิให้เอาความสงฆ์พิพาทกันด้วยกิจพระวินัยขึ้นบังคมทูลผู้ฝ่าฝืนจะถูกลงโทษตามโทษานุโทษ, กฎที่ 8 ห้ามมิให้ไม่สำรวมอินทรีย์ เล่นการพนันอยู่ในที่ลับกับมาตุคาม ห่มผ้าดองให้เรียบร้อย ห้ามมิให้นางชีอยู่ในอาราม ให้มูลนายบิดามารดาห้ามปรามบ่าวไพร่ลูกหลานที่เป็นสตรี มิให้คบค้าสมาคมกับภิกษุสามเณร ในทางรักใคร่เมถุนธรรม ผู้ใดฝ่าฝืนจะเอาโทษตั้งแต่พระราชาคณะจนถึงภิกษุนั้น, กฎที่ 9 ให้พระราชาคณะ พระอธิการตรวจตราภิกษุสามเณรในปกครอง หากปรากฏว่ารูปใดติดพันหญิงโยมอุปัฏฐาก ก็จัดการให้สึกเสียอย่าปล่อยให้ล่วงปาราชิก พระภิกษุรูปใดทำชั่วลามกมาแล้ว ให้สึกออกไปเสียอย่าให้อยู่เป็นมลทินแก่ศาสนา จะไม่เอาโทษใดๆ แต่หากปิดไว้จับได้ความจริง จะเอาโทษถึงเจ็ดชั่วโคตร, กฎที่ 10 ห้ามดื่มสุรา เล่นเบี้ยชนไก่ ห้ามรับเอาเด็กชายหน้าตาดีไปหลับนอนกอดจูบ แต่งตัวอวดกันจนหึงหวง วิวาทกัน ผู้ใดฝ่าฝืนจะถูกลงโทษสถานหนัก

ผู้เขียนเห็นว่า กฎพระสงฆ์สิบประการนี้แม้มีชื่อเพียงว่า กฎพระสงฆ์ก็เป็นกฎหมายโดยสมบูรณ์ เพราะออกโดยพระมหากษัตริย์ ผู้เป็นรัฏฐาธิปัตย์ และจะเห็นได้ว่า “กฎ” มาจากฐานแห่งพระธรรมวินัยทั้งสิ้น มาตรฐานในการพิจารณาว่าเป็นพฤติกรรมที่ต้องห้ามหรือไม่นั้น มาจากหลักแห่งศีล 277 ข้อ เรียกว่า ปาฏิโมกขสังวรศีล กฎพระสงฆ์นั้นมิได้ใช้บังคับเฉพาะกับสงฆ์เท่านั้นยังใช้บังคับกับฆราวาสด้วย ซึ่งเป็นการทำให้ไม่เป็นการแยกศาสนาออกจากรัฐ อาณาจักรช่วยสอดส่องดูแลพุทธจักร อันเป็นการเกื้อหนุนซึ่งกันและกันทั้งสองฝ่าย เป็นการสร้างรากฐานของอาณาจักรให้

มีความมั่นคงเป็นเอกภาพ[2] วัตถุประสงค์ในการบัญญัติกฎพระสงฆ์ในสมัยนี้เพื่อฟื้นฟูความอ่อนแอของศาสนจักรส่งเสริมพระธรรมวินัยให้มีสภาพบังคับมากขึ้นและมีเจตนารมณ์เพื่อคุ้มครองพระพุทธศาสนามิให้เสื่อมถอยไปตามสถานการณ์และกาลเวลานั่นเอง

3.1.5 มาตรการควบคุมพระภิกษุสงฆ์ตามกฎหมายในปัจจุบันและมาตรการลงโทษพระภิกษุสงฆ์ตามพระราชบัญญัติคณะสงฆ์ พ.ศ. 2505 แก้ไขพระราชบัญญัติคณะสงฆ์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2535

การลงนิคหกรรมและการสละสมณเพศพระราชบัญญัติคณะสงฆ์ พ.ศ. 2505 แก้ไขพระราชบัญญัติคณะสงฆ์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2535 ในสมัยจอมพลสฤษดิ์ ธนะรัชต์ เป็นนายกรัฐมนตรี จึงได้ปรับปรุงจัดระเบียบการปกครองสงฆ์ขึ้นใหม่ให้เหมาะแก่ยุคสมัยโดยมีเหตุผลคือ “โดยที่การจัดดำเนินกิจการคณะสงฆ์ มิใช่เป็นกิจการอันพึงแบ่งแยกอำนาจดำเนินการด้วยวัตถุประสงค์เพื่อการถ่วงดุลแห่งอำนาจที่เป็นอยู่ในกฎหมายในปัจจุบัน และโดยที่ระบบเช่นนั้นเป็นผลบั่นทอนประสิทธิภาพแห่งการดำเนินการ จึงสมควรแก้ไขปรับปรุงเสียใหม่ ให้สมเด็จพระสังฆราชองค์สกลมหาสังฆปรินายกทรงบัญชาการคณะสงฆ์ทางมหาเถรสมาคมตามอำนาจกฎหมายและพระธรรมวินัย ทั้งนี้เพื่อความเจริญรุ่งเรืองแห่งพระพุทธศาสนา และได้ยกเลิกพระราชบัญญัติคณะสงฆ์ พ.ศ. 2484 และให้ใช้พระราชบัญญัติคณะสงฆ์ พ.ศ. 2505 ตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม 2506 เป็นต้นไป และบรรดาบทบัญญัติต่างๆ ที่ตราขึ้นตาม พระราชบัญญัติคณะสงฆ์ พ.ศ. 2484 พร้อมทั้งตำแหน่งหน้าที่และวิธีปฏิบัติที่มิได้บัญญัติฉบับใหม่นี้ ก็เป็นอันยกเลิกไปด้วย” สำหรับพระราชบัญญัติคณะสงฆ์ พ.ศ. 2505 นี้ต่อมาภายหลังได้มีการออกกฎมหาเถรสมาคมเกี่ยวกับวิธีการดำเนินการทางวินัย คือ กฎมหาเถรสมาคม ฉบับที่ 11 (พ.ศ. 2521) ว่าด้วยการลงนิคหกรรม ซึ่งมีสาระสำคัญต่อไปนี้

นิคหกรรม หมายถึง โทษตามที่พระพุทธบัญญัติที่ทรงกำหนดให้ลงแก่พระภิกษุผู้กระทำผิด คือล่วงละเมิดพระธรรมวินัย ซึ่งเรียกว่า “อาบัติ” นิคหกรรม เป็นเรื่องที่บัญญัติขึ้นใหม่แทนเรื่องอธิกรณ์ อันเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของอธิกรณ์ตามที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติคณะสงฆ์ พ.ศ. 2484[3]

อธิการณ์ คือ เรื่องคดีความที่ฟ้องร้องกัน เรื่องที่ต้องจัดทำ อธิการณ์กับนิคหกรรม ทั้งสองเรื่องนี้มีความเกี่ยวเนื่องกัน[4] เพราะในการพิจารณาอธิกรณ์ ซึ่งหมายถึงการพิจารณาความผิดก็ต้องพิจารณาโทษควบคู่กันไปด้วย และในการพิจารณาวินิจฉัยลงนิคหกรรม ซึ่งหมายความถึง การพิจารณาโทษที่จะต้องพิจารณาความผิดเสียก่อน แต่อธิกรณ์ตามหลักพระธรรมวินัยมีความหมายกว้าง ฉะนั้นใน พระราชบัญญัติฉบับนี้จึงเปลี่ยนเป็นเรื่อง “นิคหกรรม” เพื่อให้มีความหมายแคบลง

---

[2] นัดดาภา ภังคานนท์. (2551). **ความรับผิดทางอาญาของพระสงฆ์ในกฎหมายสมัยเก่า.** หน้า 62.

[3] โชติ ทองประยูร. เล่มเดิม. หน้า 151-152.

[4] สมเด็จพระมหาสมณเจ้า กรมพระยาวชิรญาณวโรรส. (2538). **วินัยมุข เล่ม 1.** หน้า 237.

เฉพาะอนุวาทาธิกรณ์ คือการพิจารณาวินิจฉัยลงนิคหกรรม ในกรณีที่เกิดอนุวาทาธิกรณ์ในคณะสงฆ์โดยผู้มีโจทก์กล่าวหาพระภิกษุว่ากระทำผิดล่วงละเมิดพระวินัย ซึ่งตรงตามวัตถุประสงค์ของกฎหมาย ดังที่บัญญัติไว้ตั้งแต่มาตรา 24 ถึงมาตรา 27 มีสาระสำคัญที่แยกพิจารณาได้ดังนี้ ลักษณะและประเภทนิคหกรรม วัตถุประสงค์นิคหกรรมหลักการลงนิคหกรรม วิธีการบังคับตามคำวินิจฉัยลงนิคหกรรม

ลักษณะและประเภทนิคหกรรม

ซึ่งลักษณะและประเภทนิคหกรรมสามารถแบ่งเป็น 3 สถานคือ

1) โทษอย่างหนัก ได้แก่ อาบัติปาราชิก พระภิกษุผู้ที่ต้องอาบัตินี้ต้องขาดจากความเป็นพระภิกษุ

2) โทษอย่างกลาง ได้แก่ อาบัติสังฆาทิเสส พระภิกษุที่ต้องอาบัตินี้ต้องอยู่กรรม คือประพฤติวัตรอยางหนึ่ง เพื่อทรมาน

3) โทษอย่างเบา ได้แก่ อาบัติถุลลัจจัย ปาจิตติยะ ปฏิเทสนียะ ทุกกฏ และทุพภาสิต พระภิกษุต้องอาบัตินี้ต้องแสดงอาบัติประจานตนต่อหน้าพระภิกษุด้วยกันจึงจะพ้นโทษ

โทษทั้ง 3 สถานนี้ สำหรับโทษหนัก เรียกว่า “อเตกิจฉา” เป็นโทษเด็ดขาดแก้ไขไม่ได้ หรือที่เรียกว่า “นิคหกรรมให้สึก” ส่วนโทษอย่างกลางและอย่างเบาเรียกว่า “สเตกิจฉา” เป็นโทษที่แก้ไขได้ คือ กระทำอาบัติให้พ้นโทษได้ หรือเรียกว่า “นิคหกรรมไม่ถึงกับสึกจากการเป็นภิกษุสงฆ์”

หลักการลงโทษนิคหกรรม

หลักสำคัญในการลงนิคหกรรม ได้บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติคณะสงค์ พ.ศ. 2505 หมวด 4 มาตรา 24 บัญญัติว่า “พระภิกษุจะต้องรับนิคหกรรมก็ต่อเมื่อ กระทำการล่วงละเมิด พระธรรมวินัย และนิคหกรรมที่ลงแก่พระภิกษุก็ต่อเมื่อเป็นนิคหกรรมตามกระธรรมวินัย”[5]

ซึ่งเมื่อพิจารณาบทบัญญัติดังกล่าวแล้วสามารถแยกได้เป็น 2 ส่วนคือ

1) พระภิกษุจะต้องรับนิคหกรรมก็ต่อเมื่อ ทำการล่วงละเมิดพระธรรมวินัย และ

2) นิคหกรรมที่จะลงโทษแก่พระภิกษุก็ต้องเป็นนิคหกรรมตามพระธรรมวินัยเท่านั้น

มาตรการลงโทษในทางอาญาของพระภิกษุสงฆ์

มาตรการลงโทษในทางอาญาของพระภิกษุที่กระทำความความผิดนั้น จำต้องแยกเสียก่อนว่า การกระทำความผิดดังกล่าวเป็นความผิดอาญาหรือไม่หรือเป็นเพียงการกระทำที่ผิดเพียงแต่ทางพระธรรมวินัยเท่านั้น แต่ถึงอย่างไรก็ตามเมื่อมีการแก้ไข จากกฎหมายในสมัยของ

---

[5] พระราชบัญญัติคณะสงค์ พ.ศ. 2505 หมวด 4 มาตรา 24 บัญญัติว่า “พระภิกษุจะต้องรับนิคหกรรมก็ต่อเมื่อกระทำการล่วงละเมิด พระธรรมวินัย และนิคหกรรมที่ลงแก่พระภิกษุก็ต่อเมื่อเป็นนิคหกรรมตามพระธรรมวินัย”

สมเด็จพระพุทธยอดฟ้าจุฬาโลกมหาราช ราชการที่ 1 ที่ได้มีราชโองการให้พระภิกษุที่กระทำความผิดที่เป็นการเสื่อมเสียต่อพุทธศาสนา มีโทษในทางอาญาถึงขั้นประหารชีวิต ซึ่งต่อมาได้มีการเปลี่ยนแปลงมาถึงปัจจุบันคือพระราชบัญญัติคณะสงฆ์ 2505 เป็นต้นมา การที่พระสงฆ์ที่กระทำผิดอาญานั้นจะต้องทำการสึกออกมารับโทษเหมือนบุคคลธรรมดาเท่านั้น มาตรการลงโทษในทางอาญาเฉพาะพระภิกษุจึงไม่มีบัญญัติไว้ อันเป็นสาเหตุสำคัญที่ทำให้ผู้ที่มีจิตใจชั่วร้ายและแฝงตัวเข้าไปเป็นพระภิกษุเรียกได้ว่าโจรในคราบผ้าเหลืองผู้ที่ไม่มีความละอายต่อบาปมีโอกาสที่จะกระทำความผิดได้มากขึ้น

เมื่อพระสงฆ์กระทำความผิดอาญาซึ่งในทางพระธรรมวินัยนั้นให้ลงโทษเพียงปาราชิกคือการจับสึกเท่านั้น เมื่อจะต้องรับโทษก็ต้องรับโทษเสมือนเป็นบุคคลธรรมดา ซึ่งไม่เป็นการยุติธรรมเป็นอย่างยิ่ง

ดังได้กล่าวไว้ว่า กฎหมายคณะสงฆ์ที่เป็นกฎหมายที่บัญญัติขึ้นเพื่อรองรับการปกครองคณะสงฆ์ ซึ่งได้บัญญัติรับรองอำนาจคณะสงฆ์ ที่เป็นผู้ปกครองสงฆ์ตลอดจนหลักเกณฑ์ต่างๆ ที่เกี่ยวเนื่องกับการปกครองสงฆ์ให้เป็นไปโดยเรียบร้อยสามารถเรียกได้ว่า เป็นธรรมนูญการปกครองคณะสงฆ์เช่นเดียวกับกฎหมายรัฐธรรมนูญ[6] ในปัจจุบันมีสองฉบับคือ พระราชบัญญัติคณะสงฆ์พ.ศ. 2505 และพระราชบัญญัติคณะสงฆ์ ฉบับที่ 2 พ.ศ. 2535

หลักความรับผิดทั่วไป

บทบัญญัติเกี่ยวกับความรับผิดทั่วไปในการลงนิคหกรรม และสละสมณะเพศของพระภิกษุ มีอยู่ในพระราชบัญญัติคณะสงฆ์ พ.ศ. 2505 และพระราชบัญญัติคณะสงฆ์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2535 หมวด 3 ว่าด้วยการลงนิคหกรรมและสละสมณะเพศ มาตรา 24 ซึ่งบัญญัติว่า

"พระภิกษุจะต้องรับนิคหกรรมก็ต่อเมื่อกระทำการล่วงละเมิดพระธรรมวินัยและนิคหกรรมที่จะลงแก่พระภิกษุก็ต้องเป็นนิคหกรรมตามพระธรรมวินัย"

ก่อนอื่นต้องทราบความหมายของคำในมาตรา 24 ว่า พระภิกษุ และนิคหกรรม หมายความว่าอย่างไร

คำว่า "พระภิกษุ" ในพระราชบัญญัติคณะสงฆ์ทั้งสองฉบับ มิได้ให้คำจำกัดความไว้แต่อย่างใด แต่พบว่าในกฎมหาเถรสมาคม ฉบับที่ 11 (พ.ศ. 2521) ว่าด้วยการลงนิคหกรรมได้ให้บทนิยามพระภิกษุไว้ในข้อ 4 ว่า

---

[6] ปลื้ม โชติษฐยางกูร. เล่มเดิม. หน้า 254.

"พระภิกษุ" หมายถึง

1) พระภิกษุซึ่งมิใช่ผู้ปกครองสงฆ์ รวมถึงพระภิกษุซึ่งดำรงสมณะศักดิ์ต่ำกว่าชั้นพระราชาคณะ และ

2) พระภิกษุผู้ปกครองสงฆ์ รวมถึงพระภิกษุผู้เป็นกิตติมศักดิ์ผู้ดำรงตำแหน่งที่ปรึกษาเจ้าคณะ ผู้ดำรงตำแหน่งเทียบพระสังฆาธิการ และผู้ดำรงสมณะศักดิ์ชั้นพระราชาคณะขึ้นไป จะเห็นได้ว่าความหมายของพระภิกษุตามกฎมหาเถรสมาคมฉบับนี้คือพระภิกษุที่มิใช่ผู้ปกครองสงฆ์และผู้ปกครองสงฆ์ ซึ่งก็หมายถึงคำว่า "คณะสงฆ์" ตามบทนิยามศัพท์ของพระราชบัญญัติคณะสงฆ์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2535 มาตรา 5 ทวิ ซึ่งบัญญัติว่า

"คณะสงฆ์ หมายความว่า บรรดาพระภิกษุที่ได้รับบรรพชาอุปสมบทจากพระอุปัชฌาย์ตามพระราชบัญญัตินี้ หรือตามกฎหมายที่ใช้บังคับก่อนพระราชบัญญัตินี้ไม่ว่าจะปฏิบัติศาสนากิจในหรือนอกราชอาณาจักร"

"คณะสงฆ์อื่น" หมายความว่า บรรดาบรรพชิตจีนนิกาย หรืออนัมนิกาย กฎหมายฉบับนี้ได้แยกคณะสงฆ์ออกเป็นสองคณะคือ คณะสงฆ์กับคณะสงฆ์อื่น

คำว่าคณะสงฆ์อื่นคือบรรดาบรรพชิตจีนนิกายหรืออนัมนิกาย (หมายถึงจำพวกถือพระพุทธศาสนาเหมือนอย่างเมืองญวน (เวียดนาม) ส่วนคำว่า คณะสงฆ์ มีข้อสังเกตอยู่ 2 ประการ คือ

ประการแรกเห็นได้ชัดว่าตัวบทใช้คำว่า บรรพชาอุปสมบท คณะสงฆ์จึงน่าจะหมายรวมถึงสามเณรด้วยที่ได้รับการบวชจากพระอุปัชฌาย์ที่ได้รับการแต่งตั้งตามมาตรา 23 ของพระราชบัญญัติคณะสงฆ์ พ.ศ. 2505 และพระราชบัญญัติคณะสงฆ์ ฉบับที่ 2 พ.ศ. 2535 หรือกฎหมายอื่นที่ใช้บังคับก่อนพระราชบัญญัติคณะสงฆ์ ฉบับที่ 2 พ.ศ. 2535 นี้

ประการที่สอง คณะสงฆ์อื่นใช้คำว่า บรรพชิตมิได้ใช้คำว่า พระภิกษุ ดังนั้นพระภิกษุจึงน่าจะหมายถึง ผู้ได้รับการบวชตาม พระราชบัญญัติคณะสงฆ์ พ.ศ. 2505 และพระราชบัญญัติคณะสงฆ์ ฉบับที่ 2 พ.ศ. 2535 ซึ่งต้องอยู่ภายใต้การปกครองของมหาเถรสมาคม โดยมีสมเด็จพระสังฆราชทรงบัญชาการคณะสงฆ์ ตามพระราชบัญญัติคณะสงฆ์ พ.ศ. 2505 มาตรา 8 และมาตรา 20 หากจะกล่าวได้อีกนัยหนึ่งคือ เป็นคณะสงฆ์ไทยในนิกายเถรวาทได้แก่ฝ่ายมหานิกายและธรรมยุตินิกาย ไม่รวมความถึงคณะสงฆ์อื่นที่เป็นคณะจีนนิกายและอนัมนิกาย เนื่องจากตัวบทระบุชัดว่าคณะสงฆ์มิได้ระบุว่าคณะสงฆ์อื่นด้วย จะยกตัวอย่างว่าหากเป็นภิกษุสงฆ์ฝรั่ง จีน ญี่ปุ่นที่บวช ณ ต่างประเทศ คนละนิกายหรือนิกายเดียวกันกับประเทศไทย ได้เดินทางเข้ามาอยู่ในประเทศไทย แต่มิได้รับการบรรพชาอุปสมบทจากพระอุปัชฌาย์ตามพระราชบัญญัติคณะสงฆ์นี้ก็ไม่เป็นภิกษุที่อยู่ภายใต้กฎหมายคณะสงฆ์ หากประพฤติผิดวินัย มหาเถรสมาคมไม่มีอำนาจของนิคหกรรมได้ ในเรื่องนี้มีคำพิพากษาที่เกี่ยวข้องตัดสินไว้ดังนี้

คำพิพากษาฎีกาที่ 378/2499 เรื่องสังฆาณัติ[7]

โจทก์ฟ้องมีใจความว่า เมื่อ พ.ศ. 2493 โจทก์เดินทางไปขออุปสมบทต่อพระอุปัชฌาย์ที่นครจัมปาศักดิ์ ในเขตอินโดจีนของฝรั่งเศส โดยถูกต้องตามหลักพระธรรมวินัย เชื่อว่าเป็นบรรพชิตตามกฎหมายคณะสงฆ์แล้วมาจำพรรษาอยู่ที่วัดใหม่พิณสุวรรณ 1 ปีเศษ ระหว่าง 29 กุมภาพันธ์ 2495 กับ 25 มีนาคม 2495 จำเลยที่ 1 ซึ่งเป็นสังฆนายกและจำเลยที่ 2 ซึ่งเป็นกรมในรัฐบาล ทำหน้าที่เป็นสำนักงานเลขาธิการสังฆสภาและสำนักเลขาธิการสังฆมนตรี จงใจร่วมกันกระทำต่อโจทก์โดยผิดกฎหมาย โดยจำเลยที่ 1 ลงนามในประกาศและจำเลยที่ 2 ได้นำประกาศนั้นโฆษณาแพร่หลายในหนังสือแถลงการณ์คณะสงฆ์ ฉบับมีนาคม 2495 เรียกโจทก์ว่า "นาย" ใจความว่า "โจทก์เป็นภิกษุต้องอธิกรณ์ฉายาปาราชิก ฐานคลุกคลีกับมาตุคาม คณะสงฆ์ลงโทษให้สึกและห้ามอุปสมบทมาแล้วฯลฯ จึงห้าม มิให้เจ้าอาวาสวัดใดๆ รับโจทก์ไว้ในสำนักอีกต่อไป"

คดีมีปัญหาว่า การบวชของโจทก์เป็นการถูกต้องหรือไม่ซึ่งศาลฎีกาเห็นว่าปรากฏตามพระราชบัญญัติคณะสงฆ์ พ.ศ. 2484 มาตรา 7 ว่า สมเด็จพระสังฆราชทรงบัญญัติสังฆาณัติ โดยคำแนะนำของสังฆสภาและตามสังฆาณัติ ระเบียบพระอุปัชฌายะ พ.ศ. 2487 มาตรา 13 บัญญัติว่า พระอุปัชฌายะมีหน้าที่ให้บรรพชาอุปสมบทกุลบุตรได้เฉพาะตน จะตั้งหรือขอให้พระภิกษุอื่นซึ่งมิได้รับแต่งตั้งเป็นพระอุปัชฌายะทำหน้าที่แทนตนไม่ได้และตามมาตรา 4 พระอุปัชฌายะหมายความว่า พระภิกษุผู้ได้รับแต่งตั้งให้มีตำแหน่งหน้าที่ในการบรรพชาอุปสมบท ฯลฯ แต่โจทก์กล่าวฟ้องว่าบวชโดยพระอุปัชฌายะที่นครจัมปาศักดิ์ ในเขตอินโดจีน ไม่ปรากฏว่าเป็นพระอุปัชฌายะที่ได้รับแต่งตั้งอันถูกต้องเป็นผู้ให้อุปสมบท เช่นนี้ จะถือว่า การบวชของโจทก์เป็นการถูกต้องตามพระราชบัญญัติดังกล่าวมิได้

คำพิพากษาฎีกาดังกล่าวเน้นให้เห็นว่า การที่จะเป็นพระภิกษุในพุทธศาสนาตามกฎหมายฉบับนี้ต้องได้รับการบวชจากพระอุปัชฌาย์ตามกฎหมายคณะสงฆ์

คำว่า "นิคหกรรม" หมายถึง การลงโทษตามพระธรรมวินัย[8] พระวินัยมีอาบัติหรือโทษของการล่วงละเมิดสิกขาบทมี 3 สถาน คือ อย่างหนัก อย่างกลาง อย่างเบา นิคหกรรมอย่างหนักนี้ ผู้ต้องอาบัติต้องรับโทษสถานเดียว คือนาสนา เป็นการให้ขาดจากความเป็นพระภิกษุทันที เรียกว่าปาราชิก โทษที่สงฆ์จะลงนิคหกรรมแก่พระภิกษุผู้ถูกปรับอาบัติ คือ นาสนาแปลว่า ให้ฉิบหายเสียจากเพศสมณะ กล่าวคือให้สึกออกไปเป็นคฤหัสถ์

มาตรา 24 มีหลักว่า

1) เมื่อมีการล่วงละเมิดพระธรรมวินัย จะต้องรับนิคหกรรม และ

---

[7] เพิ่มศักดิ์ เพิ่มพูน. (2534). **กฎหมายที่พระสงฆ์ควรทราบ.** หน้า 61-62.

[8] กฎมหาเถรสมาคม ฉบับที่ 11 (พ.ศ. 2521) ว่าด้วยการลงนิคหกรรม ข้อ 4 (3).

2) นิคหกรรมที่จะลงต้องเป็นนิคหกรรมตามที่กำหนดไว้ในพระธรรมวินัย

มาตรานี้เป็นการบัญญัติหลักเกณฑ์ทางการปกครองว่าเมื่อละเมิดพระวินัย ผู้ละเมิดต้องได้รับโทษตามพระวินัยเท่านั้น มาตรา 24 เป็นมาตราที่วางหลักคล้ายๆ กับมาตรา 32 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 ที่บัญญัติว่า “บุคคลจะไม่ต้องรับโทษทางอาญา เว้นแต่จะได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้อยู่ในเวลาที่กระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่บุคคลนั้นจะหนักกว่าโทษที่กำหนดไว้ในกฎหมายที่ใช้อยู่ในเวลาที่กระทำความผิดมิได้” กับมาตรา 2 วรรคหนึ่ง แห่งประมวลกฎหมายอาญาที่บัญญัติว่า “บุคคลจักต้องรับโทษในทางอาญาต่อเมื่อได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้ในขณะกระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้และโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดนั้น ต้องเป็นโทษที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย” แต่ความแตกต่างอยู่ที่มาตรา 24 แห่งพระราชบัญญัติคณะสงฆ์ พ.ศ. 2505 นั้นบัญญัติในเรื่องนิคหกรรมเป็นการลงโทษทางวินัยสงฆ์ มิใช่โทษทางอาญา

สำหรับพระภิกษุที่ได้ล่วงละเมิดพระวินัยสงฆ์ครุกาบัติเมถุนปาราชิก ต้องรับนิคหกรรมตามพระวินัย ซึ่งพระวินัยกำหนดว่าพระภิกษุที่เสพเมถุนต้องขาดจากความเป็นพระทันทีที่ละเมิดและผลของการละเมิดไม่สามารถทำคืนอาบัติได้ กล่าวคือ ไม่มีวิธีใดแก้ตัวเพื่อที่จะให้ตนสามารถที่จะกลับมาเป็นพระได้อีก ไม่ว่าจะสึกไปแล้วกลับมาอุปสมบทใหม่ หรือแม้จะยังครองผ้ากาสาวพัสต์อยู่ตลอดมาโดยไม่ได้สึกไปก็ตาม ก็ไม่ขึ้นชื่อว่าเป็นสงฆ์อีกต่อไป ดังนั้นพระภิกษุที่ละเมิดอาบัติเมถุนปาราชิก หากยังครองผ้ากาสาวพัสต์อยู่ไม่ยอมสึกหากมีผู้ทราบหรือเห็นเหตุการณ์การละเมิดโดยชัดแจ้ง เจ้าตัวจะรับหรือไม่รับก็ตาม ผู้มีอำนาจวินิจฉัยสามารถลงนิคหกรรมได้ทันที นิคหกรรมที่ต้องลงตามพระวินัยคือให้สึก ซึ่งหมายถึงให้ออกไปจากเครื่องแบบความเป็นสงฆ์ให้ละการแต่งกายเลียนแบบสงฆ์ สำหรับกรณีมีโจทก์ฟ้องหรือมีผู้กล่าวหาหรือมีผู้แจ้งความผิดและไม่ปรากฏพยานหลักฐานที่ชัดแจ้ง ต้องเข้าสู่กระบวนการไต่สวน จนที่สุดผู้มีอำนาจพิจารณาหรือคณะผู้พิจารณาได้วินิจฉัยให้ว่าละเมิดพระวินัยเมถุนปาราชิก ให้ได้รับนิคหกรรมตามพระธรรมวินัยคือให้สึก ผู้รับนิคหกรรมต้องสึก หากไม่สึกภายในยี่สิบสี่ชั่วโมง จะเข้าองค์ประกอบความผิดตามมาตรา 43 อันเป็นหลักความรับผิดตามกฎหมายบัญญัติหรือหลักคุ้มครองคำสั่ง เมื่อมีการละเมิดพระวินัยเมถุนปาราชิกอันเป็นความผิดประธานมาก่อนผู้กระทำต้องรับผิดตามพระวินัย คือ ต้องขาดจากความเป็นพระอยู่นั่นเอง

หลักความรับผิดตามกฎหมายบัญญัติ นอกเหนือพระธรรมวินัย

ตามมาตรา 27 ความรับผิดตามคำสั่งมหาเถรสมาคม ตามมาตรา 28 ความรับผิดเพราะเป็นบุคคลล้มละลาย ตามมาตรา 29 ความรับผิดเพราะถูกจับในคดีอาญาตามมาตรา 30 ความรับผิดเพราะถูกจำคุก กักขัง หรือขัง ทั้งสี่มาตรานี้ได้นำมากล่าวไว้เป็นสังเขปเพื่อที่จะชี้ให้เห็นว่าในบางกรณีที่พระภิกษุได้ละเมิดพระธรรมวินัยเล็กน้อยหรือไม่เป็นการละเมิดพระวินัยเลย แต่กฎหมายเห็น

ว่ามีความจำเป็นที่จะต้องคุ้มครองสงฆ์เพื่อมิให้ผู้ประพฤติผิดทั้งสี่มาตราข้างต้นทำความเสื่อมเสียอันจะเป็นการทำลายศรัทธาให้ปรากฏต่อประชาชน จึงได้วางหลักกฎหมายคุ้มครองสงฆ์ไว้

มาตรา 27 บัญญัติว่า "เมื่อพระภิกษุรูปใดต้องด้วยกรณีข้อใดข้อหนึ่งดังต่อไปนี้

1) ต้องคำวินิจฉัยตามมาตรา 25 ให้ได้รับนิคหกรรมไม่ถึงให้สึกแต่ไม่ยอมรับนิคหกรรมนั้น

2) ประพฤติล่วงละเมิดพระธรรมวินัยเป็นอาจิณ

3) ไม่สังกัดอยู่ในวัดใดวัดหนึ่ง

4) ไม่มีวัดเป็นที่อยู่เป็นหลักแหล่ง

ให้พระภิกษุรูปนั้นสละสมณะเพศตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดในกฎมหาเถรสมาคม พระภิกษุผู้ต้องคำวินิจฉัยให้สละสมณะเพศตามวรรคสอง ต้องสึกภายในสามวันนับแต่วันที่ได้รับทราบคำวินิจฉัยนั้น"

จะเห็นว่า หากขัดขืนคำวินิจฉัยลงนิคหกรรมไม่ถึงให้สึก ประพฤติล่วงละเมิด พระธรรมวินัยเป็นอาจิณ ไม่สังกัดอยู่ในวัดใดวัดหนึ่ง ไม่มีวัดเป็นที่อยู่เป็นหลักแหล่ง ต้องสละสมณเพศภายในสามวันนับตั้งแต่ได้รับทราบคำวินิจฉัยนั้น เป็นการรองรับอำนาจมหาเถรสมาคมและพระภิกษุผู้ปกครองสงฆ์ที่ได้ลงนิคหกรรมแก่พระภิกษุที่ได้กระทำผิดตามบทกฎหมายที่ได้วางไว้ และกำหนดให้การวินิจฉัยการลงนิคหกรรมให้เป็นอันยุติในชั้นนั้นๆ ตามหลักเกณฑ์ที่มหาเถรสมาคมได้วางไว้ซึ่งถือว่าชอบด้วยกฎหมาย ในมาตรา 27 นี้จะเห็นว่า มหาเถรสมาคม และพระภิกษุผู้ปกครองสงฆ์ได้ลงนิคหกรรมที่มีโทษไม่ถึงให้สึกตามพระธรรมวินัยแต่พระภิกษุนั้นฝ่าฝืนไม่ยอมรับคำวินิจฉัย จึงต้องได้รับโทษตามมาตรา 27 ซึ่งมิใช่โทษตามพระธรรมวินัย คำว่า "ให้ได้รับนิคหกรรมตามคำวินิจฉัยมาตรา 25 ไม่ถึงให้สึกแต่ไม่ยอมรับ" นิคหกรรมนั้นหมายถึงไม่ยอมทำคืนอาบัติ มาตรานี้เป็นอำนาจพิเศษของมหาเถรสมาคมเพื่อกำจัดภิกษุที่ไม่พึงปรารถนาออกจากคณะสงฆ์ซึ่งไม่ใช่การลงนิคหกรรม เมื่อผู้พิจารณาได้วินิจฉัยได้รับนิคหกรรมแต่ไม่ยอมรับ ภายหลังผู้ปกครองสงฆ์ได้รายงานพฤติการณ์จนถึงมหาเถรสมาคม และมหาเถรสมาคมได้วินิจฉัยให้สึกแล้วต้องสึกภายใน 3 วัน นับแต่ได้รับทราบคำวินิจฉัยนั้น ถ้าฝ่าฝืนไม่สึกก็จะถูกดำเนินคดีอาญาตามมาตรา 43

ความรับผิดเพราะเป็นบุคคลล้มละลาย ตามมาตรา 28 มีจุดมุ่งหมายเพื่อรักษาความเลื่อมใสศรัทธาของประชาชนไว้ กล่าวคือในทางกฎหมายไม่มีบทมาตราใดที่ห้ามพระภิกษุทำนิติกรรม แต่ภายหลังจากถูกฟ้องเป็นคดีล้มละลายและศาลได้พิพากษาให้เป็นบุคคลล้มละลาย จะทำให้ภาพลักษณ์ของพระสงฆ์เสื่อมเสียหรือจะทำให้ศาสนาเป็นที่อาศัยของผู้ที่เป็นหนี้สินล้นพ้นตัว กฎหมายจึงบัญญัติป้องกันบุคคลอันไม่พึงปรารถนามิให้อยู่ในพระธรรมวินัยนี้

ความรับผิดเพราะถูกจับในคดีอาญา ตามมาตรา 29 ซึ่งบัญญัติว่า “พระภิกษุรูปใดถูกจับโดยต้องหาว่ากระทำความผิดอาญา เมื่อพนักงานสอบสวนหรือพนักงานอัยการไม่เห็นสมควรให้ปล่อยชั่วคราว และเจ้าอาวาสแห่งวัดที่พระภิกษุรูปนั้นสังกัดไม่รับมอบตัวไว้ควบคุม หรือพนักงานสอบสวนไม่เห็นสมควรให้เจ้าอาวาสรับตัวไปควบคุม หรือพระภิกษุรูปนั้นมิได้สังกัดในวัดใดวัดหนึ่งให้พนักงานสอบสวนมีอำนาจจัดดำเนินการให้พระภิกษุรูปนั้นสละสมณเพศเสียได้” หลักเกณฑ์ มี 3 ประการ คือ

1) พนักงานสอบสวนหรือพนักงานอัยการไม่เห็นสมควรให้ปล่อยชั่วคราว และเจ้าอาวาสแห่งวัดที่พระภิกษุรูปนั้นสังกัดไม่รับมอบตัวไว้ควบคุม

2) พนักงานสอบสวนไม่เห็นสมควรให้เจ้าอาวาสรับตัวไปควบคุม

3) พระภิกษุรูปนั้นมิได้สังกัดในวัดใดวัดหนึ่ง

ความรับผิดเพราะถูกจำคุก กักขัง หรือขัง ตามมาตรา 30 ซึ่งบัญญัติว่า “เมื่อจะต้องจำคุก กักขัง หรือขังพระภิกษุรูปใดตามคำพิพากษา หรือคำสั่งของศาลให้พนักงาน เจ้าพนักงานผู้มีอำนาจหน้าที่ปฏิบัติการให้เป็นไปตามคำพิพากษา หรือคำสั่งของศาลมีอำนาจดำเนินการให้ พระภิกษุรูปนั้นสละสมณะเพศเสียได้ และให้รายงานให้ศาลทราบถึงการสละสมณะเพศนั้น”

ในมาตรา 29 และมาตรา 30 ก็มิใช่โทษตามพระวินัยบัญญัติ แต่เป็นโทษตามกฎหมายบัญญัติซึ่งก็เป็นที่สังเกตว่าบางความผิดตามกฎหมายบ้านเมืองอาจไม่เป็นความผิดพระวินัยหรือบางความผิดตามกฎหมายบ้านเมืองเป็นความผิดวินัยอย่างเบาแต่ต้องรับโทษตามกฎหมายบ้านเมืองนั้นเท่ากับโทษทางพระวินัยอย่างหนักคือ ต้องสละจากสมณะเพศ

มาตรานี้ก็เป็นเรื่องของกฎหมายมีเจตนาที่จะรักษาภาพลักษณ์ของพระภิกษุสงฆ์ ซึ่งในบางเรื่องความผิดทางอาญาที่มีโทษจำคุก กักขัง นั้นบางเรื่องมิได้มีโทษทางวินัยถึงปาราชิกคือต้องพ้นจากความเป็นพระภิกษุ เช่น ความผิดตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 220 ที่บัญญัติว่า ผู้ใดกระทำให้เกิดเพลิงไหม้แก่วัตถุใดๆ แม้เป็นของตนเอง จนน่าจะเป็นอันตรายแก่บุคคลอื่นหรือทรัพย์สินของผู้อื่นต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินเจ็ดปีและปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นสี่พันบาท ความผิดนี้เป็นอาบัติอย่างเบาตามพระธรรมวินัย แต่มีโทษทางอาญาถึงขั้นจำคุก แต่เนื่องจากเป็นความผิดโลกวัชชะก็มีผลต่อความศรัทธาเลื่อมใสของ ประชาชนเช่นกัน กฎหมายจึงบัญญัติขึ้นเพื่อป้องกันภาพอันไม่เหมาะสมในการดำเนินการของเจ้าหน้าที่มิให้กระทบต่อจิตใจชาวพุทธประการหนึ่ง เพื่อมิให้ผู้ต้องหาเหล่านี้แฝงตัวอยู่ในศาสนา นอกจากนี้ยังเป็นการอำนวยความสะดวกต่อการปฏิบัติงานของฝ่ายบ้านเมืองในการดำเนินการทางอาญา รัฐจึงได้ตรากฎหมายให้อำนาจแก่พนักงานอัยการ พนักงานสอบสวน ให้พนักงานเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจหน้าที่ปฏิบัติการให้เป็นไปตามคำพิพากษา หรือคำสั่งของศาลมีอำนาจในการพิจารณามีคำสั่งให้พระภิกษุผู้ต้องหาสละสมณะเพศได้

จะเห็นว่าทั้งสี่มาตราข้างต้น มีคำว่า "ต้องสึก" และคำว่า "สละสมณะเพศ" อยู่ด้วย ความหมายแตกต่างกัน คำว่า "ต้องสึก" มีความหมายในเชิงบังคับว่าต้องสึกแม้มิได้สมัครใจแต่คำว่า "สละสมณะเพศ"[9] อยู่ในความหมายคำว่าให้สึกเหมือนกัน แต่ให้เจ้าตัวมีความสมัครใจครึ่งหนึ่ง อีกครึ่งหนึ่งเป็นสภาพบังคับตามกฎหมายและกฎมหาเถรสมาคม

หลักคุ้มครองคำสั่งและบทกำหนดโทษ

หลักคุ้มครองคำสั่ง มีบัญญัติไว้ใน มาตรา 43 ซึ่งคุ้มครองคำสั่งของผู้มีอำนาจลงนิคหกรรม จำเดิม ผู้มีอำนาจลงนิคหกรรมภายหลังพุทธปรินิพพาน คือ พระอุปัชฌาย์ซึ่งเป็นผู้ปกครองพระภิกษุผู้เป็นศิษย์ตามพระธรรมวินัย เมื่อเกิดมีภิกษุอลัชชีเสพเมถุนขึ้น พระอุปัชฌาย์ได้ประชุมสงฆ์เพื่อลงมติแต่งตั้งพระภิกษุผู้ทำหน้าที่เป็นตุลาการตัดสินอนุวาทาธิกรณ์ แต่ในปัจจุบันพระราชบัญญัติคณะสงฆ์ได้ให้อำนาจมหาเถรสมาคมออกกฎมหาเถรสมาคมกำหนดให้พระภิกษุผู้ปกครองสงฆ์และมหาเถรสมาคมเป็นผู้มีอำนาจลงนิคหกรรมแก่ภิกษุผู้ระทำผิดนั้น เมื่อผู้มีอำนาจลงนิคหกรรมได้มีคำสั่งหรือคำวินิจฉัยว่าให้ปรับอาบัติหนักข้อประถมปาราชิกแก่จำเลย เช่น ความผิดอาบัติปาราชิกฐานเสพเมถุน และจำเลยได้รับทราบคำสั่ง หรือคำวินิจฉัยแล้วต้องสึก หรือต้องสละสมณะเพศในทันที

ในบางครั้งผู้ต้องรับนิคหกรรมดื้อด้านไม่ปฏิบัติตาม คณะสงฆ์ไม่มีอำนาจบังคับจับสึกจำเลยได้ ฝ่ายอาณาจักรได้ทราบถึงปัญหานี้ จึงได้ตรากฎหมายคณะสงฆ์ขึ้น และได้วางหลักคุ้มครองคำสั่งไว้ในกฎหมายดังกล่าว เพื่อรองรับคำสั่ง หรือคำวินิจฉัยของผู้มีอำนาจลงนิคหกรรมให้มีความศักดิ์สิทธิ์ที่จำเลยต้องปฏิบัติตาม หากจำเลยฝ่าฝืนคำสั่งต้องได้รับโทษอาญาต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 1 ปี

กฎหมายคณะสงฆ์ได้คุ้มครองคำสั่งคำวินิจฉัยของ "ผู้มีอำนาจลงนิคหกรรม" ซึ่งได้แก่ มหาเถรสมาคม และพระภิกษุผู้ปกครองสงฆ์ 3 กรณีตามมาตรา 43 ได้แก่

1) กรณีที่ได้ลงโทษทางปกครองแก่พระภิกษุสามเณรที่ประพฤติให้เกิดความเสียหายแก่พระศาสนาและการปกครองคณะสงฆ์ตามกฎมหาเถรสมาคม

2) กรณีที่ได้มีคำวินิจฉัยถึงที่สุดแก่พระภิกษุที่ล่วงละเมิดพระธรรมวินัยให้ได้รับนิคหกรรมให้สึก ต้องสึกภายในยี่สิบสี่ชั่วโมง นับแต่เวลาที่ได้รับทราบคำวินิจฉัย (มาตรา 26)

3) กรณีตามมาตรา 27 ได้แก่ กรณีที่

(1) กฎมหาเถรสมาคมได้ให้อำนาจในการพิจารณาวินิจฉัยลงนิคหกรรมแก่ผู้ล่วงละเมิดพระวินัยแก่พระภิกษุ และคำวินิจฉัยนั้นกฎมหาเถรสมาคมกำหนดให้เป็นอันยุติในชั้นนั้นๆ แต่จำเลยไม่ยอมรับ ให้สละสมณะเพศภายในสามวันนับแต่วันที่ได้รับทราบคำวินิจฉัยนั้นหรือ

---

[9] สมพร พรหมหิตาธร. (2539). **อาญาวัด อาญาบ้าน.** หน้า 47.

(2) ได้สั่งให้พระภิกษุที่ล่วงละเมิดพระธรรมวินัยเป็นอาจิณให้สละสมณะเพศภายในสามวันนับแต่วันที่ได้รับทราบคำวินิจฉัยนั้น

(3) ได้วินิจฉัยให้พระภิกษุที่ไม่สังกัดวัดใดวัดหนึ่ง ให้สละสมณะเพศภายในสามวันนับแต่วันที่ได้รับทราบคำวินิจฉัยนั้น

(4) ได้วินิจฉัยให้พระภิกษุที่ไม่มีวัดเป็นที่อยู่เป็นหลักแหล่ง ให้สละสมณะเพศภายในสามวันนับแต่วันที่ได้รับทราบคำวินิจฉัยนั้น

สำหรับการละเมิดพระวินัยเมถุนปาราชิกเข้ากรณีข้อ 2 ซึ่งพระธรรมวินัยกำหนดโทษไว้ว่าต้องขาดจากความเป็นพระในทันทีที่ละเมิด นั้นก็หมายถึงว่าเมื่อจำเลยปฏิเสธว่าไม่ได้ละเมิดพระวินัยประถมปาราชิก ผู้มีอำนาจลงนิคหกรรมต้องดำเนินการไต่สวนพิจารณาวินิจฉัยความผิด และได้มีคำวินิจฉัยถึงที่สุดแก่พระภิกษุที่ล่วงละเมิดพระธรรมวินัยว่าต้องอาบัติเมถุนปาราชิกให้ได้รับนิคหกรรมให้สึก จำเลยนั้นต้องสึกภายในยี่สิบสี่ชั่วโมง นับแต่เวลาที่ได้รับทราบคำวินิจฉัย เนื่องจากตามพระธรรมวินัยถือว่าผู้นั้นมิใช่พระย้อนหลังไปตั้งแต่วันที่ละเมิดพระวินัยข้อนี้ จึงบังคับว่าต้องสึกภายในยี่สิบสี่ชั่วโมง หากฝ่าฝืนต้องได้รับโทษอาญา ในหลักคุ้มครองคำสั่งนี้ ผู้เขียนมีความเห็นว่า หลักการนี้ยังไม่สามารถรักษาความบริสุทธิ์ของศาสนาให้ปราศจากอลัชชีได้ เนื่องจากเป็นการคุ้มครองศาสนาที่ปลายเหตุเท่านั้น กล่าวคือได้ปล่อยให้อลัชชีประพฤติผิดวินัยมาก่อน ต้องเข้าสู่กระบวนการนิคหกรรม จนต้องได้รับคำวินิจฉัยให้สึกภายในยี่สิบสี่ชั่วโมง และให้โอกาสสึกโดยไม่มีโทษใดๆ จากการละเมิดพระวินัยนั้น เว้นแต่บุคคลนั้นไม่ยอมสึกจึงจะมีความผิดต้องรับโทษอาญา

สำหรับบทกำหนดโทษนั้นได้บัญญัติไว้ในหมวด 7 แต่มิได้มีบทบัญญัติใดที่ใช้บังคับลงโทษแก่ผู้ละเมิดพระวินัยเมถุนปาราชิก ได้โดยตรง แม้ในมาตรา 44 จะมีคำว่า “ปาราชิก” อยู่ในบทกำหนดโทษก็ตาม ก็มิใช่เป็นความผิดทางอาญาเมื่อได้กระทำล่วงละเมิดพระวินัยเมถุนปาราชิก บทบัญญัติมาตรา 44 เป็นกรณีที่ใช้บังคับภายหลังจากผู้ละเมิดพระวินัยเมถุนปาราชิกได้สละสมณะเพศไปแล้วแต่มารับบรรพชาอุปสมบทใหม่ โดยกล่าวความเท็จหรือปิดบังความจริงต่อพระอุปัชฌาย์มีข้อสังเกตว่า ต้องเป็นกรณีมาขอบรรพชาอุปสมบทใหม่ พระอุปัชฌาย์จะต้องถาม แต่กลับปิดบังหรือกล่าวเท็จ ก็ถือว่าเป็นความผิดสำเร็จแล้ว ไม่จำเป็นที่พระอุปัชฌาย์จะต้องเชื่อหรือกระทำการบวชให้ ความมุ่งหมายของมาตรานี้ คือไม่ต้องการให้ผู้ที่ต้องอาบัติปาราชิกมาแล้ว มากล่าวความเท็จหรือปิดบังต่อพระอุปัชฌาย์ เพื่อกลับมาบวชใหม่นั่นเอง

3.2 มาตรการการลงโทษความรับผิดเกี่ยวกับเพศตามพระธรรมวินัย

ความรับผิดหรือโทษตามวินัยสงฆ์นั้นโทษสูงสุด คือการปาราชิก คือการให้สึกหรือพ้นจากการเป็นภิกษุเท่านั้น ซึ่งในความเห็นของผู้เขียนเห็นว่ายังไม่มีสภาพบังคับพอที่จะทำให้ภิกษุอลัชชี

ในยุคกึ่งพุทธกาลเกรงกลัวต่อโทษทัณฑ์ ละอายต่อบาปไม่ แต่อย่างไรก็ตามพระธรรมวินัยก็ได้บัญญัติขึ้นเพื่อให้องค์กรสงฆ์มีระบบ ซึ่งเราอาจศึกษาได้จากรากศัพท์ คำว่า ธรรม กับ วินัย เมื่อรวมกันแล้วได้ความหมายเป็นเอกพจน์ รวมเป็นอันเดียว คำว่า ธรรม[10] คือความจริงในธรรมชาติ พระพุทธเจ้าตรัสไว้ชัดเจนว่า "ตถาคต (คือพระพุทธเจ้า) จะเกิดหรือไม่ก็ตาม หลักความจริงก็คงอยู่อย่างนั้นเป็นธรรมดา ตถาคตทั้งหลายค้นพบธรรมแล้วจึงนำมาเปิดเผยแสดงชี้แจง ทำให้เข้าใจง่าย" ธรรมมีอยู่ก่อนแล้ว โดยไม่ขึ้นต่อพระพุทธเจ้าเลยเมื่อพระพุทธองค์ค้นพบความจริงแล้วก็ทรงนำมาเปิดเผยสั่งสอน มนุษย์จะรู้หรือไม่รู้ก็ตามธรรมคือความจริงแห่งเหตุปัจจัยต่างๆทำให้เกิดผลขึ้นมา คำว่า วินัย[11] คือ การจัดโครงสร้างวางระบบแบบแผนของชุมชนหรือสังคม เพื่อให้หมู่มนุษย์ เพื่อให้หมู่มนุษย์มาอยู่ร่วมกันโดยมีความเป็นอยู่และความสัมพันธ์ที่ดีงาม ที่ให้ได้รับประโยชน์จากธรรม จุดมุ่งหมายที่แท้จริงก็คือ ให้หมู่มนุษย์จำนวนมากได้ประโยชน์จากธรรม พระสัมมาสัมพุทธเจ้าทรงสามารถเข้าถึงความจริง ที่เรียกว่า ธรรม นอกจากรู้ความจริงแล้ว ยังสามารถเอาความจริงมาทำให้เกิดประโยชน์ต่อคนหมู่มาก พระพุทธเจ้าทรงเคารพธรรมและทรงจัดตั้งวางระบบแห่งวินัยขึ้นบนฐานแห่งธรรม ธรรมจึงเป็นฐานแห่งวินัย พระพุทธองค์ทรงจำแนกพระธรรมวินัยโดยใช้เหตุที่เกิดต้นบัญญัติที่พระภิกษุกระทำผิด ในแต่ละเหตุทำให้เกิดการบัญญัติโทษทางพระธรรมวินัย ดังนี้

3.2.1 โทษอาบัติอย่างเบา

1) โทษอาบัติเสขิยกัณฑ์

ว่าด้วยข้อที่ควรสำเหนียก 75 สิกขาบท สรุปเนื้อหาพระบัญญัติได้ดังนี้[12]

คำว่า เสขิยะ แปลว่า ข้อปฏิบัติอันเป็นสมบัติของท่านผู้ยังต้องศึกษา หมายถึงธรรมเนียมเกี่ยวกับมารยาท ที่ภิกษุพึงสำเหนียกหรือฝึกฝนปฏิบัติจนเกิดเป็นนิสัย เสขิยะนี้เป็นชื่อสิกขาบทที่ว่าด้วยมารยาทผู้ดี เป็นวิธีการวางกิริยาทางกายและวาจาที่เหมาะสมดีงามของภิกษุ ไม่ได้เป็นชื่ออาบัติ ภิกษุผู้ไม่ปฏิบัติตามบทบัญญัติแห่งเสขิยะทั้งหลาย ต้องอาบัติทุกกฎ

แบ่งเนื้อหาออกเป็น 7 วรรค กล่าวโดยรวมคือ การนุ่งห่มเรียบร้อย สำรวมอิริยาบถการเดิน การนั่งการเหลียวมอง ไม่หัวเราะ ไม่พูดเสียงดัง ไม่โคลงกายและศรีษะ ไม่แกว่งแขน ไม่เท้าสะเอว ไม่คลุมศรีษะ ไม่เดินกระโหย่ง ไม่นั่งรัดเข่า ฉันข้าวด้วยความเคารพ ฉันข้าวพอเหมาะกับแกงให้ความสำคัญกับบาตรขณะฉันข้าว ฉันข้าวแต่พอดีปาก ไม่อ้าปากรอข้าว ไม่แลบลิ้นมีเสียงเคี้ยวดัง ไม่เลียมือและบาตรหรือริมฝีปาก ไม่จับภาชนะน้ำดื่มขณะที่มือเปื้อน ไม่แดงธรรมแก่คนที่เป็นไข้

---

[10] ท่านเจ้าคุณพระธรรมปิฎก (ป.อ.ปยุตฺโต). (2543). **นิติศาสตร์แนวพุทธ.** หน้า 13.

[11] แหล่งเดิม. หน้า 14.

[12] สุชีพ ปุญญานุภาพ. (2550). **พระไตรปิฎกฉบับประชาชน.** หน้า 180.

ถือศาสตราวุธ ผู้ฟังนั่งในอาสนะสูงกว่า หรือต่ำกว่าแต่ตนยืน ไม่ยืนถ่ายหนักเบา ไม่ถ่มน้ำลายรดพืชเขียวสดหรือในน้ำ

2) โทษอาบัติปาฏิเทสนียกัณฑ์

ว่าด้วยอาบัติปาฏิเทสนียะ 4 สิกขาบท สรุปเนื้อหาพระบัญญัติได้ ดังนี้[13]

สิกขาบทที่ 1 ห้ามภิกษุรับของเคี้ยวของฉันจากมือภิกษุณีที่ไม่ใช่ญาติเอามาให้ฉัน

สิกขาบทที่ 2 ห้ามภิกษุฉันภัตตาหารอยู่ ไม่ห้ามภิกษุณีที่มายืนคอยบงการให้ถวายของที่นั่นที่นี่ อย่านี้อย่างนั้น

สิกขาบทที่ 3 ห้ามภิกษุไม่เป็นไข้ ไม่ได้รับนิมนต์ไว้ก่อน รับแล้วฉันของเคี้ยวของในตระกูลที่ได้รับว่าเป็นเสขะ[14]

สิกขาบทที่ 4 ห้ามภิกษุอยู่ในอาสนะป่าเปลี่ยว ไม่เป็นไข้รับแล้วฉันของเคี้ยวของฉันที่ทายกไม่ได้แจ้งไว้ก่อน

ภิกษุล่วงละเมิดพระบัญญัติเหล่านี้ ต้องอาบัติปาฏิเทสนียะ

3) โทษอาบัติปาจิตติยกัณฑ์

ผู้เขียนขอยกมาเพียงมาสิกขาบทที่สอดคล้องกับเนื้อหาที่ได้ศึกษา[15]

สิกขาบทที่ 1 สมัยหนึ่งพระอนุรุทธ์ เดินทางไกลมายังชนบทเวลาเย็น มีสตรีนางหนึ่งได้จัดเรือนไว้ให้เป็นที่พัก พระเถระจึงขอพัก พร้อมกับผู้เดินทางไกล สตรีนั้นได้มีจิตปฏิพัทธ์พระเถระตั้งแต่แรกพบ จึงเชิญพระเถระเข้าพักในห้องที่ดีสะอาดพร้อมทั้งประพรมตัวเองด้วยของหอม กล่าวแก่พระเถระถึง 3 ครั้ง ว่าขอเป็นปชาบดีของพระผู้เป็นเจ้าเถิด พระเถระก็นิ่งนางจึงถอดเสื้อผ้า พระเถระก็นิ่ง นางจึงมีความละอายเกิดปีติเลื่อมใสในพระธรรม เมื่อภิกษุอื่นรู้ว่าไฉนจึงนอนร่วมกับสตรีในห้องเดียวกันเป็นการไม่ควรพระพุทธเจ้าให้ถือเป็นอาบัติปาจิตตีย์

สิกขาบทที่ 2 ห้ามแสดงธรรมสองต่อสองกับหญิง

สิกขาบทที่ 3 ห้ามนอนร่วมกับหญิง

สิกขาบทที่ 4 ห้ามภิกษุเล่นน้ำ ว่ายน้ำเล่น

คำว่า ปาจิตตีย์ แปลว่าทำกุศลจิต กล่าวคือ กุศลธรรมของผู้จงใจต้องอาบัติให้ตกไปหรือพลาดไปจากอริยมรรค เป็นทั้งชื่อบทบัญญัติ 92 สิกขาบท และเป็นชื่ออาบัติ หมายถึง อาบัติปาจิตตีย์ในส่วนที่ไม่เกี่ยวข้องกับสิ่งของอุปโภคบริโภค แต่เกี่ยวข้องเพียงพฤติกรรมเท่านั้นจึงมีชื่อ

---

[13] แหล่งเดิม. หน้า 179.

[14] ตระกูลที่ได้ชื่อว่าเป็นเสขะ หมายถึง ตระกูลที่มีศรัทธามาก เลื่อมใสทั้งฝ่ายอุบาสกและอุบาสิกา เป็นโสดาบันทั้งสองฝ่าย มีโภคทรัพย์มากแต่บริจาคทำบุญหมดสิ้น.

[15] สุชีพ ปุญญานุภาพ. เล่มเดิม. หน้า 162.

เรียกเต็มว่า สุทธิกปาจิตตีย์ แปลว่าปาจิตตีย์ล้วน จัดเป็นลหุกาบัติ คืออาบัติเบาและเป็นสเตกิจฉา คือยังพอแก้ไขได้ เมื่อภิกษุต้องเข้าแล้ว สามารถพ้นได้ด้วยการแสดงอาบัติต่อหน้าสงฆ์ คณะ หรือบุคคลก็ได้

4) โทษอาบัตินิสสัคคิยกัณฑ์

ว่าด้วยนิสสัคคียปาจิตตีย์ 30 สิกขาบท คำว่า นิสสัคคิยปาจิตตีย์ แยกเป็น 2 คำ คือ นิสสัคคีย์และปาจิตตีย์

คำว่า นิสสัคคีย แปลว่า สิ่งที่ต้องสละ หมายถึงสิ่งของที่เป็นเหตุให้ต้องอาบัติปาจิตตีย์ภิกษุต้องสละก่อนที่จะแสดงอาบัติตามกระบวนการเทสนาวิธี

คำว่า ปาจิตตีย์ แปลว่าทำจิตให้ตก หมายถึงอาบัติที่ทำกุศลจิตคือกุศลธรรมของผู้จงใจต้องให้ตกไป รวมทั้ง 2 คำนี้เข้าด้วยกัน เป็นนิสสัคคิยปาจิตตีย์ เป็นชื่อสิกขาบทหมายถึงบทบัญญัติในนิสสัคคิย เป็นเรื่องของการให้ภิกษุละจีวรจะต้องไม่เก็บไว้เกิน 10 วัน ทั้งโดยส่วนมากเป็นเรื่องของการอยู่ร่วมกันของสงฆ์เกี่ยวกับเรื่องจิปาถะ และเป็นชื่ออาบัติ หมายถึง อาบัติปาจิตตีย์ที่ภิกษุต้องเพราะเกี่ยวข้องกับสิ่งของที่จะต้องสละ สิ่งของที่จะต้องสละนั้น คือเครื่องอุปโภคบริโภคสำหรับภิกษุที่จะต้องใช้ในชีวิตประจำวันนั้นเอง เช่น จีวร บาตร ผ้านิสีทนะ เภสัช เป็นต้น หากภิกษุใช้ในทางที่ไม่เหมาะสม ผิดพระบัญญัติที่ทรงห้ามไว้ภิกษุต้องอาบัติ ปาจิตตีย์ จัดเป็นลหุกาบัติ คืออาบัติเบา และเป็นสเตกิจฉา คือยังพอแก้ไขได้ ส่วนสิ่งของเป็นนิสสัคคีย์ เมื่อภิกษุต้องเข้าแล้วสามารถพ้นได้ด้วยการสละสิ่งของ ที่เป็นเหตุให้ต้องอาบัติต่อจากนั้นจึงแสดงอาบัติต่อหน้าสงฆ์ คณะ หรือบุคคล[16]

3.2.2 โทษอาบัติอย่างกลาง

1) โทษอนิยตกัณฑ์

คำว่า อนิยต แปลว่าไม่แน่นอน หมายถึงไม่แน่นอนว่าจะปรับอาบัติใดระหว่างปาราชิกสังฆาทิเสส กับปาจิตตีย์ในอนิยตสิกขาบทที่ 1 และระหว่างสังฆาทิเสสกับปาจิตตีย์ในอนิยตสิกขาบทที่ 2 เพราะอนิยตไม่ใช่ชื่ออาบัติ และไม่ใช่พระบัญญัติห้ามนั่งในที่ลับตาหรือในที่ลับหูกับหญิงสองต่อสองโดยตรง พระบัญญัติที่ห้ามการกระทำดังกล่าวโดยตรง คือ สิกขาบทที่ 4 เรื่อง การนั่งบนอาสนะที่กำบังในที่ลับกับมาตุคามและสิกขาบทที่ 5 เรื่องการนั่งในที่ลับกับมาตุคามสองต่อสองแห่งอเจลกวรรคในปาจิตติยกัณฑ์

อนิตยทั้ง 2 สิกขาบท เป็นเพียงบทบัญญัติที่วางไว้เป็นกลางๆเพื่อพิจารณาปรับโทษตามเงื่อนไขของพระบัญญัติตามที่กล่าวมานั้น ซึ่งเงื่อนไขการปรับโทษเพราะการล่วงละเมิดพระบัญญัติที่กล่าวมานั้นขึ้นอยู่กับสถานที่ว่าเป็นที่ลับตาหรือเป็นที่ลับหูถ้าเป็นที่ลับตาโทษ

---

[16] แหล่งเดิม. หน้า 155.

หรืออาบัติที่จะถูกปรับหรือกล่าวหามี 3 อย่าง คือ อาบัติปาราชิกตามความแห่งสิกขาบทที่ 1 ในปาราชิกกัณฑ์ อาบัติสังฆาทิเสส ตามความแห่งสิกขาบทที่ 2 ที่ 3 และที่ 4 ในสังฆาทิเสสกัณฑ์ อาบัติปาจิตตีย์ตามความแห่งสิกขาบทที่ 6 ในมุสาวาทวรรค และตามความแห่งสิกขาบทที่ 4 และที่ 5 แห่งอเจลกวรรคในปาจิตติยกัณฑ์ ทั้งนี้เพราะที่ลับตา เป็นที่กำบังพอที่จะเป็นโอกาสให้ทำการล่วงละเมิดได้ตามพระบัญญัติดังกล่าว[17]

สิกขาบทที่ 1 ปฐมอนิยตสิกขาบท ว่าด้วยการนั่งในที่ลับตากับหญิงสองต่อสอง

ต้นบัญญัติ พระอุทายีเข้าไปหาหญิงสาว นั่งบนอาสนะที่กำบังในที่ลับ เจรจากับหญิงสาวสองต่อสอง นางวิสาขามาพบเข้า จึงพูดจากับท่านอุทายีว่าไม่เหมาะไม่ควร

พระบัญญัติ: ก็ภิกษุใดนั่งบนอาสนะที่กำบังในที่ลับพอจะทำการได้กับมาตุคามสองต่อสอง อุบาสิกามีวาจาเชื่อถือได้ ได้เห็นภิกษุนั่งกับมาตุคามนั้นแล้วกล่าวโทษด้วยอาบัติอย่างใดอย่างหนึ่ง บรรดาอาบัติสามอย่าง คือ ปาราชิก สังฆาทิเสส หรือปาจิตตีย์ ภิกษุนั้นยอมรับการนั่ง พึงถูกปรับตัวอาบัติอย่างใดอย่างหนึ่ง บรรดาอาบัติสามอย่าง คือ ปาราชิกสังฆาทิเสส หรือ ปาจิตตีย์ อีกอย่างหนึ่ง อุบาสิกาผู้มีวาจาเชื่อถือได้นั้น กล่าวโทษด้วยอาบัติใดภิกษุนั้นพึงถูกปรับด้วยอาบัตินั้น อาบัตินี้ชื่อว่า อนิยต

สิกขาบทที่ 2 ทุติยอนิยตสิกขาบท ว่าด้วยการนั่งในที่ลับหูกับหญิงสองต่อสอง

ต้นบัญญัติ พระอุทายีนั่งเจรจากับหญิงสาวคนเดิมในที่ลับหู ถูกนางวิสาขาตำหนิเช่นเดิม

พระบัญญัติ สถานที่ที่ไม่ใช่อาสนะที่กำบัง ไม่พอจะทำได้ แต่เป็นสถานที่พอจะพูดเกี้ยวมาตุคามด้วยวาจาชั่วหยาบได้ ภิกษุใดนั่งอาสนะเช่นนั้น ในที่ลับกับมาตุคามสองต่อสอง อุบาสิกกามีวาจาเชื่อถือได้กล่าวโทษด้วยอาบัติอย่างใดอย่างหนึ่ง บรรดาอาบัติ 2 อย่างกล่าวโทษด้วยอาบัติใด ภิกษุนั้นพึงถูกปรับด้วยโทษอาบัตินั้น ชื่อว่า อนิยต

อนึ่ง เพื่อความเป็นธรรมสำหรับภิกษุผู้ถูกกล่าวหา จึงมีเนื้อหาพระบัญญัติเกี่ยวกับเงื่อนไขที่จะถูกปรับโทษไว้ดังนี้

(1) ภิกษุยอมรับล่วงละเมิดพระบัญญัติใด ให้ปรับอาบัติตามพระบัญญัตินั้น

(2) บุคคลที่กล่าวหาอาบัติจะต้องเป็นอุบาสกหรืออุบาสิกาถึงพระรัตนตรัยเป็นที่พึ่ง มีคุณธรรม มีศรัทธาและเข้าใจหลักพระพุทธศาสนาดี ต้องบรรลุธรรมอย่างต่ำเป็นโสดาบันขึ้นไป เมื่อบุคคลเช่นนี้ กล่าวหาภิกษุว่าต้องอาบัติแม้ภิกษุจะไม่ยอมรับว่าละเมิดพระบัญญัติก็ให้ปรับโทษตามคำกล่าวหาของบุคคลเช่นนั้น เพราะมีคุณธรรมน่าเชื่อถือ

---

[17] แหล่งเดิม. หน้า 153.

การมีเงื่อนไขว่า ผู้กล่าวหาต้องมีความน่าเชื่อถือนั้น ก็เพื่อป้องกันมิให้คนชั่วหรือคนนอกศาสนาได้โอกาสที่จะทำลายพระสงฆ์ที่ประพฤติดีปฏิบัติชอบหรือทำลายพระพุทธศาสนาได้

2) โทษอาบัติสังฆาทิเสส

โทษว่าด้วยสังฆาทิเลส 13 สิกขาบท ซึ่งมีโทษประเภทครุกาบัติรองจากอาบัติปาราชิกคือเป็นครุกาบัติ ประเภทสเตกิจฉาบัติ (อาบัติที่แก้ไขหรือเยียวยาได้) คำว่า "สังฆาทิเสส" (สังฆ+อาทิ+เสส) แปลว่า หมวดอาบัติที่ต้องอาศัยสงฆ์ทั้งในกรรมเบื้องต้นและกรรมที่เหลือ

กรรมเบื้องต้น (อาทิกรรม) ได้แก่ ปริวาสและมานัต คือเมื่อภิกษุต้องอาบัติสังฆาทิเสสแล้วต้องอยู่บริวาสเท่าจำนวนวันที่ปกปิดอาบัติไว้แล้วอยู่มานัต (นับราตรี) อีกหกราตรี ทั้งขั้นตอนปริวาสและมานัตนี้ต้องอาศัยสงฆ์เป็นผู้ให้ โดยผ่านพิธีสงฆ์ที่เรียกว่า พิธีญัตติจตุตถกรรมวาจา คือ สวดญัตติหกครั้ง สวดอนุสาวนาสามครั้ง รวมเป็นสี่ครั้ง

กรรมที่เหลือ (เสสกรรม) อันได้แก่ ขั้นตอนอัพภาณ (เรียกเข้าหมู่) ถือเป็นขั้นตอนสุดท้ายของวุฏฐานวิธี (วิธีออกจากอาบัติสังฆาทิเสส) กล่าวคือ เมื่ออยู่ปริวาสและประพฤติมานัตแล้ว จากนั้นสงฆ์จึงประชุมกันไม่น้อยกว่ายี่สิบรูป ทำพิธีสวดให้พ้นจากอาบัติสังฆาทิเสส ขั้นตอนนี้เป็นญัตติจตุตถกรรมวาจาเช่นเดียวกัน เมื่อจบขั้นตอนนี้แล้ว พระภิกษุที่ล่วงละเมิดสังฆาทิเสสสิกขาบท จึงเป็นผู้บริสุทธิ์จากอาบัติ

สังฆาทิเสส 13 สิกขาบท ในที่นี้ผู้เขียนขอยกมาเพียงข้อที่เกี่ยวด้วยกับการะทำความผิดทางเพศตามนัยยะของพระธรรมวินัยเท่านั้น ได้แก่[18]

สิกขาบทที่ 1 สุกกวิสัฏฐิสิกขาบท ว่าด้วยการจงใจทำน้ำอสุจิให้เคลื่อน

ต้นพระบัญญัติ: พระเสยยสกะไม่ยินดีที่จะประพฤติพรหมจรรย์ ท่านจึงซุบผอม หมองคล้ำ ซีดเหลือง เส้นเอ็นขึ้นสะพรั่ง พระอุทายีจึงแนะนำให้ฉันอาหารให้อิ่ม จำวัด สรงน้ำ เมื่อเกิดความกำหนัด ก็ให้ใช้มือปล่อยน้ำอสุจิให้เคลื่อน ท่านพระเสยยสกะก็ทำตามคำแนะนำ

อนุบัญญัติ: ภิกษุหลายรูป ฉันอาหารอันประณีต จำวัดหลับ ขาดสติสัมปชัญญะ น้ำอสุจิออกมาเพราะความฝัน จึงมีพระบัญญัติเพิ่มเติมว่า ภิกษุจงใจทำน้ำอสุจิให้เคลื่อน เป็นสังฆาทิเสส ยกเว้นไว้แต่ฝัน

สิกขาบทวิภังค์: อธิบายความหมายของศัพท์ หรือข้อความในพระบัญญัติ

(1) คำว่า จงใจ ความว่า รู้อยู่ รู้ดีอยู่ จงใจ ฝ่าฝืนล่วงละเมิด

(2) คำว่าน้ำอสุจิ อธิบายว่า น้ำอสุจิมี 10 ชนิด คือ (1) อสุจิสีเขียว (2) อสุจิสีเหลือง (3) อสุจิสีแดง (4) อสุจิสีขาว (5) อสุจิสีเหมือนเปรียง (6) อสุจิสีเหมือนน้ำท่า (7) อสุจิสีเหมือนน้ำมัน (8) อสุจิสีเหมือนนมสด (9) อสุจิสีเหมือนนมส้ม (10) อสุจิสีเหมือนเนยใส

---

[18] แหล่งเดิม. หน้า 146

(3) คำว่าทำให้เคลื่อน คือ กิริยาที่ทำให้เคลื่อนจากฐาน ตรัสเรียกว่าทำให้เคลื่อน

(4) คำว่า ยกเว้นไว้แต่ฝัน คือ ยกเว้นความฝัน ไม่ต้องอาบัติ

อนาปัตติวาร : วาระว่าด้วย ผู้ไม่ต้องอาบัติ

(1) ภิกษุที่มีน้ำอสุจิเคลื่อนเพราะความฝัน

(2) ภิกษุไม่มีความประสงค์จะทำน้ำอสุจิให้เคลื่อน

(3) ภิกษุวิกลจริต

(4) ภิกษุมีจิตฟุ้งซ่าน

(5) ภิกษุกระสับกระส่ายเพราะเวทนา

(6) ภิกษุต้นบัญญัติ

วินีตวัตถุ: เรื่องที่ทรงวินิจฉัยไว้เป็นแม่แบบหรือเทียบเคียง 70 เรื่อง เช่น เรื่องภิกษุเกาอัณฑะ มีเรื่องเล่าว่า ภิกษุรูปหนึ่งกำลังเกาลูกอัณฑะ น้ำอสุจิเคลื่อน ท่านเกิดความกังวลใจว่า เราต้องอาบัติสังฆาทิเสสหรือหนอ จึงนำเรื่องนี้ไปกราบทูลพระผู้มีพระภาคให้ทรงทราบพระองค์ตรัสถามว่า “ภิกษุ เธอคิดอย่างไร” “ข้าพระพุทธเจ้า ไม่มีความประสงค์จะทำน้ำอสุจิให้เคลื่อน พระพุทธเจ้าข้า” ตรัสว่า “ภิกษุ เธอไม่มีความประสงค์จะทำน้ำอสุจิให้เคลื่อนไม่ต้องอาบัติ

สิกขาบทที่ 2 กายสังสัคคสิกขาบท ว่าด้วยการถูกต้องกายกับมาตุคาม

ต้นพระบัญญัติ: พระอุทายีพาพราหมณ์และพราหมณีเที่ยวชมวิหาร ได้จับอวัยวะร่างกายของนาง ต่อมาพราหมณ์ทราบจึงตำหนิพระอุทายี

พระบัญญัติ: ก็ภิกษุใดถูกราคะครองงำแล้ว มีจิตแปรปรวน ถูกต้องกายกับมาตุคาม คือ จับมือ จับช้องผมหรือลูบคลำอวัยวะส่วนใดส่วนหนึ่ง เป็นสังฆาทิเสส

สิกขาบทที่ 3 ทุฏฐุลลวาจาสิกขาบท ว่าด้วยการพูดเกี้ยวหญิง

ต้นพระบัญญัติ: พระอุทายีพาหญิงสาวทั้งหลายเที่ยวชมวิหาร พูดพาดพิง ทวารหนักทวารเบาของหญิงเหล่านั้น พระผู้มีพระภาครับสั่งให้ประชุมสงฆ์เพราะเรื่องนี้ ทรงสอบถามท่านพระอุทายีแล้วทรงตำหนิ จึงทรงบัญญัติสิกขาบท

พระบัญญัติ: ก็ ภิกษุใดถูกราคะครอบงำแล้ว มีจิตแปรปรวน พูดเกี้ยวมาตุคามด้วยวาจาชั่วหยาบ พาดพิงเมถุน เหมือนชายหนุ่มพูดเกี้ยวหญิงสาว เป็นสังฆาทิเสส

สิกขาบทที่ 4 อัตตกามปาริจริยสิกขาบท ว่าด้วยการให้บำเรอความใคร่ของตน

ต้นพระบัญญัติ: พระอุทายีไปบ้านหญิงหม้าย แสดงธรรมแล้วพูดเกี้ยวขอเสพเมถุนกับหญิงหม้าย

พระบัญญัติ: ก็ ภิกษุใดถูกราคะครองงำแล้ว มีจิตแปรปรวน กล่าวสรรเสริญการบำเรอความใคร่ของตนต่อหน้ามาตุคาม ด้วยคำที่พาดพิงเมถุนว่า “น้องหญิง หญิงใดบำเรอผู้

ประพฤติพรหมจรรย์ ผู้มีศีลมีกัลป์ยาณธรรมเช่นเราด้วยธรรมนั้น การบำเรอนี้ของหญิงนั้นเป็นการบำเรอชั้นยอด" เป็นสังฆาทิเสส

สิกขาบทที่ 5 สัญจริตตสิกขาบท ว่าด้วยการชักสื่อ

ต้นพระบัญญัติ: เรื่องพระอุทายีชักชวนชายหนุ่มหญิงสาวให้เป็นผัวเมียกันบางพวกที่ชอบก็สรรเสริญท่าน บางพวกได้รับความลำบากไม่พอใจก็พากันตำหนิสาปแช่ง อาศัยเหตุนี้พระพุทธเจ้าจึงทรงบัญญัติสิกขาบทนี้

พระบัญญัติ: ก็ภิกษุใดทำหน้าที่ชักสื่อ คือ บอกความประสงค์ของชายแก่หญิงก็ดี บอกความประสงค์ของหญิงแก่ชายก็ดี เพื่อให้เป็นภรรยาหรือเป็นชู้รัก เป็นสังฆาทิเสส

อนุบัญญัติ: พระอุทายีแนะนำให้หญิงแพศยาหรือหญิงขายบริการให้ไปเที่ยวหลับนอนกับพวกนักเที่ยวผู้หญิงเป็นการชั่วคราว ชาวบ้านจึงตำหนิ อาศัยเหตุนี้ พระพุทธเจ้าจึงทรงบัญญัติเพิ่มเติมว่า อนึ่ง ภิกษุใดทำหน้าที่ชักสื่อ คือ บอกความประสงค์ของชายแก่หญิงก็ดีบอกความประสงค์ของหญิงแก่ชายก็ดี เพื่อให้เป็นภรรยาหรือเป็นชู้รัก โดยที่สุดแม้เพื่อให้อยู่ร่วมกันชั่วคราว เป็นสังฆาทิเสส

3.2.3 โทษอาบัติอย่างหนัก

ว่าด้วยปาราชิก 4 สิกขาบท ซึ่งเป็นครุกาบัติ (อาบัติหนัก) ที่ภิกษุผู้ล่วงละเมิดต้องขาดจากความเป็นภิกษุทันที ภิกษุผู้ล่วงละเมิดปาราชิกสิกขาบทนี้ ชื่อว่าปาราชิก แปลว่า ผู้พ่ายแพ้ ต้องสละสมณเพศและไม่ได้รับอนุญาตให้อุปสมบทเป็นภิกษุอีก สาระสำคัญในแต่ละสิกขาบทในปาราชิกกัณฑ์นั้น มีการเรียงลำดับเนื้อหาดังนี้คือ สถานที่บัญญัติ ต้นพระบัญญัติ พระบัญญัติ หรือมูลบัญญัติ อนุบัญญัติ สิกขาบทวิภังค์

ปาราชิกสิกขาบทที่ 1 ว่าด้วยการเสพเมถุน ภิกษุเสพเมถุนคือมีเพศสัมพันธ์ต้องอาบัติปาราชิก ขาดจากความเป็นภิกษุ เปรียบเสมือนคนถูกตัดศีรษะ แม้จะนำศีรษะมาต่อเข้ากับร่างก็ไม่มีชีวิตอยู่ได้

สถานที่บัญญัติ: กูฏาคารศาลา ป่ามหาวัน เขตกรุงเวสาลี แคว้นวัชชี

ต้นพระบัญญัติ: พระสุทินกลันทบุตร ซึ่งเป็นบุตรคนเดียวของเศรษฐีชาวกรุงเวสาลี ได้ออกบวชด้วยศรัทธา ถือธุดงควัตรอย่างเคร่งครัด ต่อมาท่านต้องเสพเมถุนธรรมกับอดีตภรรยาที่ป่ามหาวันตามที่มารดาขอร้องอ้อนวอน เพื่อให้ครอบครัวได้บุตรไว้สืบสกุล และจะได้บวชต่อไปโดยไม่ต้องลาสิกขา หลังเสพเมถุนธรรมท่านมีผิวพรรณหมองคล้ำ พวกภิกษุที่เป็นเพื่อนจึงสอบถามทราบความจริงแล้ว จึงตำหนิท่านและนำเข้าเฝ้าพระพุทธเจ้า พระองค์มีรับสั่งให้ประชุมสงฆ์ ทรงสอบสวน เมื่อพระสุทินรับสารภาพทรงตำหนิโดยประการต่างๆ พร้อมตรัสประโยชน์แห่งการบัญญัติพระวินัย (ดูเนื้อหาในบทที่ 1) แล้วทรงบัญญัติสิกขาบท ท่านพระสุทินถือเป็นอาทิกัมมิกะ (ภิกษุต้นบัญญัติ) ในสิกขาบทนี้

พระบัญญัติ: ก็ ภิกษุใดเสพเมถุนธรรม ภิกษุนั้นเป็นปาราชิก หาสังวาสมิได้

อนุบัญญัติที่ 1: พระภิกษุรูปหนึ่ง อยู่ในป่ามหาวันได้เสพเมถุนกับลิง พระพุทธเจ้าทรงทราบจึงรับสั่งให้ประชุมสงฆ์ ทรงสอบสวน ภิกษุนั้นรับสารภาพ ทรงตำหนิ แล้วทรงบัญญัติเพิ่มเติมว่า อนึ่ง ภิกษุใดเสพเมถุนธรรม โดยที่สุดแม้กับสัตว์ดิรัจฉานตัวเมีย ภิกษุนั้นเป็นปาราชิก หาสังวาสมิได้

อนุบัญญัติที่ 2 ภิกษุชาวเมืองวัชชี เสพเมถุนธรรมทั้งที่ยังเป็นภิกษุ ไม่ลาสิกขาก่อน อยากจะขอบวชใหม่ พระพุทธเจ้าไม่ทรงอนุญาต ในขณะเดียวกันทรงให้แนวทางแก่สงฆ์ไว้ด้วยว่า บัญญัติเพิ่มเติมเพื่อให้รัดกุมยิ่งขึ้นว่า อนึ่ง ภิกษุใดถึงพร้อมด้วยสิกขาและสาชีพของภิกษุทั้งหลาย ไม่บอกคืนสิกขาไม่เปิดเผยความท้อแท้ เสพเมถุนธรรมโดยที่สุดแม้กับสัตว์เดรัจฉานตัวเมีย ภิกษุนั้นเป็นปาราชิกหาสังวาสมิได้

สิกขาบทวิภังค์ อธิบายความหมายของศัพท์ หรือข้อความในพระบัญญัติ มีตัวอย่างคำอธิบายดังนี้

1) คำว่า สิกขา หมายถึงหลักการศึกษา มี 3 อย่าง คือ อธิสีลสิกขา อธิจิตตสิกขา และอธิปัญญาสิกขา

2) คำว่า สาชีพ หมายถึงสิกขาบทที่พระพุทธเจ้าทรงบัญญัติไว้ ฯลฯ

บทภาชนีย์: อธิบายขยายความเกี่ยวกับเงื่อนไขหรือสมมติฐานว่า ถ้าทำอย่างนั้นๆ จะผิดหรือไม่ ซึ่งเป็นเสมือนฎีกาแห่งสิกขาบทวิภังค์ ลักษณะของบทภาชนีย์ คือการตั้งข้อความที่เกี่ยวข้องกับพระบัญญัติมาตั้งเป็นมาติกา (หัวข้อ) ไว้แล้วนำมาติกานั้นมาอธิบายขยายความ ตัวอย่างเช่น

(1) มาติกาว่า อย่างไรชื่อว่าการเปิดเผยความท้อแท้ และเป็นการบอกคืนสิกขา อธิบายว่า การลั่นวาจาที่แสดงความตั้งใจแน่วแน่ในขณะนั้นต่อหน้าผู้อื่นว่า ข้าพเจ้าบอกคืนพระพุทธเจ้า... ท่านทั้งหลายจงจำข้าพเจ้าไว้ว่าเป็นคฤหัสถ์ อย่างนี้ชื่อว่าเปิดเผยความท้อแท้และบอกคืนสิกขา

(2) มาติกาเรื่อง มรรคหรือทวาร อธิบายว่า หญิงสามจำพวก คือ หญิงมนุษย์ หญิงอมนุษย์ และสัตว์ดิรัจฉานตัวเมีย ทั้งสามนี้มีทวารสามคือ ปาก ทวารหนัก ทวารเบา ภิกษุเสพเมถุนธรรมกับหญิงสามจำพวกนี้ทางใดทางหนึ่งต้องปาราชิก อุภตพยัญชนก (คนมีสองเพศ)สามจำพวกก็มีทวาร สามเหมือนกัน บัณเฑาะก์สามจำพวก ทั้งที่เป็นมนุษย์ อมนุษย์ สัตว์เดรัจฉานตัวผู้มีทวารสองทวาร คือ ปาก ทวารหนักชายสามจำพวก ทั้งที่เป็นมนุษย์ อมนุษย์ สัตว์เดรัจฉาน มีทวารสองคือ ปาก ทวารหนัก ภิกษุเสพเมถุนธรรมกับอุภโตพยัญชนก บัณเฑาะก์ สัตว์เดรัจฉานและชาย สามจำพวกนี้ทางใดทางหนึ่งต้องเป็นปาราชิก

อนาปัตติวาร วาระว่าด้วยผู้ไม่ต้องอาบัติ คือ

1) ภิกษุไม่รู้สึกตัว เช่น นอนหลับแล้วฝันเปียก โดนวางยา

2) ภิกษุไม่ยินดี เช่น พระภิกษุถูกข่มขืน ถูกบังคับให้กระทำ

3) ภิกษุวิกลจริต เช่น เป็นบ้าแล้วกระทำไปด้วยสัญชาตญาณดิบ

4) ภิกษุมีจิตฟุ้งซ่าน เช่น คิดถึงคนรักเก่าตามสัญญาเดิมใต้จิตสำนึกแต่แท้ในใจจริงได้ได้คิดปรารถนาความกำหนัด

5) ภิกษุกระสับกระส่ายเพราะเวทนา เช่น พระภิกษุผู้เป็นอัมพาต

6) ภิกษุต้นบัญญัติ เช่น พระภิกษุผู้กระทำผิดโดยไม่รู้ว่าเป็นสิ่งที่สงฆ์ไม่ควรทำก่อนที่พระผู้มีพระภาคเจ้าจะบัญญัติไว้เป็นเหตุห้ามในพระธรรมวินัย

วินีตวัตถุ เรื่องที่ทรงวินิจฉัยไว้เป็นแม่แบบหรือเทียบเคียง 79 เรื่อง เช่น

1) เรื่องปลอมเป็นคฤหัสถ์ ภิกษุรูปหนึ่งปลอมเป็นคฤหัสถ์ไปเสพเมถุนธรรมด้วยคิดว่าอย่างนี้

เราจะไม่ต้องอาบัติ แล้วเกิดความกังวลใจว่า พระผู้มีพระภาคทรงบัญญัติสิกขาบทไว้แล้ว เราต้องอาบัติปาราชิกหรือไม่หนอ จึงนำเรื่องนี้ไปกราบทูลพระผู้มีพระภาคให้ทรงทราบ พระองค์ตรัสว่า “ภิกษุ เธอต้องอาบัติปาราชิก”

2) เรื่องเปลือยกาย ภิกษุรูปหนึ่งเปลือยกายไปเสพเมถุนธรรมด้วยคิดว่า อย่างนี้เราจะไม่ต้องอาบัติ แล้วเกิดความกังวลใจว่า พระผู้มีพระภาคทรงบัญญัติสิกขาบทไว้แล้ว เราต้องอาบัติปาราชิกหรือไม่หนอ จึงนำเรื่องนี้ไปกราบทูลพระผู้มีพระภาคให้ทรงทราบ พระองค์ตรัสว่า “ภิกษุเธอต้องอาบัติปาราชิก”

3) เรื่องภิกษุองคชาตยาว ภิกษุรูปหนึ่งมีองคชาตยาว มีความกำหนัดมากสอดองคชาตเข้าทางทวารหนักของตนแล้วเกิดความกังวลใจว่า พระผู้มีพระภาคทรงบัญญัติสิกขาบทไว้แล้ว เราต้องอาบัติปาราชิกหรือไม่หนอจึงนำเรื่องนี้ไปกราบทูลพระผู้มีพระภาคให้ทรงทราบ พระองค์ตรัสว่า “ภิกษุเธอต้องอาบัติปาราชิก”

โทษปาราชิก คือการขาดจากการเป็นพระภิกษุสงฆ์ทันทีแม้ไม่ต้องมีพิธีใดๆ อีก พระภิกษุผู้นั้นต้องสละสมณะเพศทันที และไม่มีสิทธิที่จะกลับมาบวชได้อีกตลอดชีวิต[19]

---

[19] แหล่งเดิม. หน้า 140.

3.3 มาตรการการลงโทษความรับผิดเกี่ยวกับเพศตามกฎหมายในอดีตถึงปัจจุบัน

วิวัฒนาการความผิดเกี่ยวกับเพศฐานข่มขืนกระทำชำเราและฐานกระทำอนาจาร เมื่อปี พ.ศ. 2347 รัชกาลที่ 1 ทรงมีพระบรมราชโองการโปรดให้มีการชำระและรวบรวมกฎหมายเก่าตั้งแต่สมัยกรุงศรีอยุธยาที่ถูกพม่าเผาทำลายเสียใหม่ เนื่องจากทรงเห็นว่ามีการตัดสินคดีด้วยความวิปลาสคลาดเคลื่อนจากความยุติธรรม เมื่อมีการตรวจชำระกฎหมายเป็นที่เรียบร้อยแล้ว จึงทรงโปรดให้มีการประทับตราขึ้นเพื่อเป็นประกันความถูกต้องและป้องกันการปลอมแปลงและเรียกกฎหมายฉบับดังกล่าวว่า "กฎหมายตราสามดวง"

ต่อมาในสมัยรัชกาลที่ 5 เมื่อมีการเปิดประเทศค้าขายกับต่างชาติมากขึ้นจำเป็นต้องมีการปรับปรุงกฎหมายให้มีความทันสมัยทัดเทียมกับอานารยประเทศ แต่การจัดทำประมวลกฎหมายให้เป็นแบบสมัยใหม่เป็นเรื่องที่ต้องใช้เวลานาน จึงโปรดให้มีการประกาศใช้กฎหมายเป็นการเฉพาะเรื่องขึ้นก่อน เพื่อแก้ปัญหาความบกพร่องของกฎหมายบางลักษณะ กฎหมายที่ทรงประกาศใช้เป็นการเฉพาะฉบับหนึ่งก็คือพระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ. 118 ใช้บังคับแทนกฎหมายฉบับเดิมที่มีข้อบกพร่องอยู่หลายประการ ประกอบกับพระองค์ทรงเห็นความสำคัญด้านกฎหมายและเพื่อให้ระบบศาลไทยเป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน ทรงโปรดให้มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงกฎหมายต่างๆ ให้มีความสมบูรณ์และเป็นไปในเชิงนิติศาสตร์มากขึ้น จึงมีการจัดทำประมวลกฎหมายและประกาศใช้กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ซึ่งเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรฉบับแรกของประเทศ ทั้งนี้เนื่องมาจากกฎหมายลายาลักษณ์อักษร เป็นกฎหมายที่มีการรวบรวมไว้เป็นหมวดหมู่ชัดเจน จึงเหมาะสมกับประเทศที่อยู่ในระหว่างการพัฒนาอย่างประเทศไทย ที่จำต้องอาศัยความแน่นอนชัดเจนของกฎหมาย และเพื่อให้เป็นที่ยอมรับของประเทศในยุโรปซึ่งใช้กฎหมายลายลักษณ์อักษรเช่นเดียวกัน

กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ใช้บังคับเรื่อยมาจนกระทั่งถึงสมัยรัชกาลที่ 9 จึงได้มีการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายครั้งใหญ่ขึ้นอีกครั้ง โดยเรียกประมวลกฎหมายที่มีการแก้ไขขึ้นใหม่ว่าประมวลกฎหมายอาญาใช้บังคับแทนกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ที่ใช้บังคับมานานและไม่ทันต่อยุคสมัยที่เปลี่ยนแปลงไป

เมื่อมีการประกาศใช้กฎหมายในแต่ละยุคละสมัย ความผิดเกี่ยวกับเพศฐานข่มขืนกระทำชำเราและฐานกระทำอนาจารได้มีการเปลี่ยนแปลงตามไปด้วย โดยรายละเอียดของความผิดเกี่ยวกับเพศฐานข่มขืนกระทำชำเราและฐานกระทำอนาจารในแต่ละยุคสมัยมีดังต่อไปนี้

3.3.1 กฎหมายตราสามดวง: พระอัยการลักษณะผัวเมีย

ความผิดเกี่ยวกับเพศถูกบัญญัติไว้ในพระอัยการลักษณะผัวเมีย ซึ่งเป็นบทบัญญัติลักษณะหนึ่งในกฎหมายตราสามดวงที่มีเนื้อหาเกี่ยวกับสิทธิและหน้าที่ของบุคคลในครอบครัว ได้แก่ สามี ภริยา บุตร บิดามารดา โดยรวมบทบัญญัติในทางแพ่งและทางอาญา เช่น การสมรส การ

เป็นชู้ (ใช้เฉพาะหญิงผู้เป็นภรรยามีชู้) การข่มขืนกระทำชำเราหญิงและเด็กหญิง ทรัพย์สินระหว่างสามีภริยา การชดใช้ค่าเสียหาย และการลงโทษในกรณีละเมิดข้อห้ามต่างๆ ทางกฎหมาย[20] เหตุที่กฎหมายนำบทบัญญัติในความผิดเกี่ยวกับเพศมารวมไว้ในหมวดพระอัยการลักษณะผัวเมีย ซึ่งเป็นกฎหมายว่าด้วยความสัมพันธ์ระหว่างสามีภริยา เพราะเห็นว่าการล่วงเกินบุตรหญิงของผู้อื่นเป็นการล่วงละเมิดอำนาจปกครองหรืออำนาจอิสระของบิดามารดาและการล่วงเกินภริยาของผู้อื่นเป็นการละเมิดอำนาจปกครองหรือเกียรติยศของสามี[21]

ความผิดเกี่ยวกับเพศตามพระอัยการลักษณะผัวเมีย ที่เกี่ยวข้องกับการข่มขืนกระทำชำเราและการกระทำอนาจาร สามารถแยกพิจารณาได้ ดังนี้

1) ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา

มาตรา 1 “ชายใดข่มขืนภริยาท่านถึงชำเรา ให้ไหมโดยประถมผิดเมียทวีคูณ ถ้าข่มขืนมิได้ถึงชำเราให้ไหมโดยปรถผิดเมีย”

มาตรา 76 “ชายใดมีเมียแล้ว ข่มขืนลูกสาวหลานสาวท่านถึงชำเรา ให้ไหมชายนั้นกึ่งประถมผิดเมีย ถ้าข่มขืนมิถึงชำเราให้ไหมกึ่งถึงชำเรา

มาตรา 77 “ชายหาเมียมิได้ ข่มขืนลูกสาวหลานสาวท่านถึงชำเรา ให้ไหมชายนั้นกึ่งเบี้ยชายมีเมียแล้ว ถ้าข่มขืนมิถึงชำเรา ให้ไหมกึ่งถึงชำเรา”

มาตรา 78 “ชายใดข่มขืนหญิงเด็กไม่รู้เดียงษา[22] มิถึงชำเราให้ไหมเถ้าเบี้ยประถมผิดเมีย ถ้าข่มขืนถึงชำเราโลหิตไหล ให้ไหมเท่าเบี้ยประถมผิดเมียทวีคูณ ถ้าตบตีหญิงทำให้บาดเจ็บด้วยท่านให้ไหมชายนั้นโดยบาดเจ็บอีกโสดหนึ่ง”

จากบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการข่มขืนกระทำชำเรา สามารถสรุปได้ว่าการชำเรา หมายถึง การร่วมประเวณีกับหญิงซึ่งมิใช่ภริยาของตนเอง โดยหญิงมิได้ยินยอม ซึ่งการร่วมประเวณีตามพระอัยการลักษณะผัวเมีย หมายถึง การร่วมประเวณีระหว่างชายกับหญิงตามธรรมชาติ

2) ความผิดฐานกระทำอนาจาร

มาตรา 2 “ผู้ใดเล้าโลมจับมือถือนมกอดจูบเมียท่านก็ดี ผัวท่านไม่อยู่ไปหาท่านถึงในเรือน แลในสถานที่ลับไม่มีผู้ใดอยู่ด้วยเป็นคำนับก็ดี ไปหาเมียท่านถึงที่นอนในห้องอยู่แต่สองต่อสองก็ดี ท่านให้ไหมชายนั้นถึงเบี่ยปรถผิดเมีย ถ้าผู้ใดกล่าวคำแพละโลมเมียท่านก็ดี ลักลอบพูดจาด้วยเมียท่านก็ดี พิจารณาเปนสัจไช้ให้ไหมชายนั้นกึ่งเบี่ยซักมือถือนมกอดจูบนั้น”

---

[20] กฤษฎา บุณยสมิต. (2547). **บทบัญญัติต่างๆ ในกฎหมายตราสามดวง สารานุกรมสำหรับประชาชน เล่มที่ 30.** หน้า 114.

[21] ประสิทธิ์ พัฒนอมร. (2522). **ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา.** หน้า 14.

[22] กฎหมายตราสามดวง: พระอัยการลักษณะวิวาท มาตรา 11 เด็กที่ไม่รู้เดียงสา หมายถึง เด็กอายุต่ำกว่า 7 ขวบลงมา.

มาตรา 75 “บุรุษผู้ใดจับมือถือหยอกบุตรีท่านก็ดี ขึ้นไปถึงที่นอนบุตรีท่านก็ดี แฉฉุดลากบุตรีท่านไปจูบกอดทำชู้และทำการใดก็ดี ท่านว่าชายนั้นผิดให้ลงโทษโดยโทษานุโทษ”

การที่กฎหมายบัญญัติให้การจับมือ ถือนม กอดจูบ ลักลอบทำชู้ หรือขึ้นไปหาบุตรหญิงของผู้อื่นถึงในเรือน หรือทำพฤติการณ์ใดๆ ก็ตามแก่บุตรหญิงของผู้อื่น ผู้กระทำต้องรับโทษแม้หญิงจะเต็มใจหรือยินยอมให้ชายกระทำก็ตาม เป็นการลงโทษผู้กระทำความผิดโดยมีจุดหมายเพื่อไม่ให้ผู้นั้นล่วงละเมิดทางเพศบุตรหญิงอันเป็นการกระทบต่ออำนาจปกครองหรือเกียรติยศของบิดามารดาหรือสามีของหญิง

จากตัวบทกฎหมาย แม้จะไม่ปรากฏคำว่า กระทำอนาจารในตัวบทพระอัยการลักษณะผัวเมีย แต่เมื่อพิจารณาจากการกระทำต่างๆ ไม่ว่าจะเป็นการจับมือ ถือนม กอดจูบ เล้าโลมเป็นต้น จะเห็นได้ว่าการกระทำต่างๆ เหล่านั้นล้วนเป็นการกระทำที่ไม่สมควรทางเพศทั้งสิ้น เมื่อเทียบกับฐานความผิดเกี่ยวกับเพศในปัจจุบันแล้ว การกระทำดังกล่าวเทียบเคียงได้กับการกระทำความผิดฐานกระทำอนาจาร โดยของเขตของการกระทำอนาจารตามกฎหมายฉบับนี้กว้างกว่าการกระทำอนาจารตามกฎหมายในปัจจุบันมาก เพราะเพียงแค่ลักลอบพูดคุยกับเมียของคนอื่น อยู่กันสองต่อสองหรือการขึ้นไปหาบนเรือนผู้กระทำก็ต้องรับโทษปรับแล้ว ไม่จำต้องเป็นการกระทำต่อเนื้อตัวร่างกายของผู้ถูกกระทำเช่นเดียวกับการกระทำอนาจารในความหมายของกฎหมายในปัจจุบัน

เมื่อเปรียบเทียบความหมายของการกระทำชำเรากับการกระทำอนาจารแล้วจะเห็นได้ว่าการชำเราต้องเป็นการร่วมประเวณีหรือการร่วมเพศระหว่างชายกับหญิงเท่านั้น แต่การกระทำอนาจารเป็นเพียงการกระทำที่ไม่สมควรทางเพศระหว่างชายกับหญิงไม่ว่าจะมีการถูกเนื้อต้องตัวผู้ถูกกระทำหรือไม่ก็ตาม จึงเห็นได้ว่ากฎหมายฉบับนี้มีวัตถุประสงค์หลักในการบัญญัติความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและฐานกระทำอนาจารโดยมุ่งที่จะให้ความคุ้มครองคุณธรรมทางกฎหมายมิให้มีการล่วงละเมิด

(1) อำนาจในการปกครองดูแลหรืออำนาจอิสระและเกียรติยศของบิดามารดาผู้ปกครองหรือสามีของหญิงผู้เสียหาย

(2) อำนาจในการให้ความยินยอมของหญิง มิให้ผู้ใดมาล่วงเกินทางเพศ โดยปราศจากความยินยอม หากหญิงให้ความยินยอมแล้วการกระทำนั้นก็มิใช่การข่มขืน หากแต่เป็นการทำชู้ หญิงนั้นจะมีความผิดด้วย

(3) คุ้มครองการให้ความยินยอมของเด็กไม่รู้เดียงสาหรือเด็กที่มีอายุต่ำกว่าเจ็ดขวบซึ่งกฎหมายมองว่ายังไม่มีความสามารถในการให้ความยินยอมในเรื่องทางเพศ แม้เด็กนั้นจะยินยอมให้ผู้อื่นล่วงละเมิดทางเพศต่อตน ผู้กระทำก็ยังคงต้องรับโทษ

3.3.2 พระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ. 118

หลังจากมีการปรับปรุงระบบบริหารราชการแผ่นดินและปฏิรูปการศาลในสมัยรัชกาลที่ 5 แล้ว สิ่งที่จะต้องดำเนินการต่อไปคือการปรับเปลี่ยนกฎหมายให้เข้าสู่รูปแบบของกฎหมายสมัยใหม่ อันถือเป็นความจำเป็นที่จะต้องรีบทำในเวลานั้น เพื่อขอแก้ไขข้อเสียเปรียบในเรื่องสิทธิสภาพนอกอาณาเขต แต่การที่จะเปลี่ยนแปลงกฎหมายทั้งหมดหรือจัดทำประมวลกฎหมายให้เป็นแบบสมัยใหม่เป็นเรื่องที่ต้องใช้เวลานาน การแก้ปัญหาในระยะแรกจึงเป็นการประกาศใช้กฎหมายเป็นเรื่องๆ ไปหรือนำหลักกฎหมายต่างประเทศ ซึ่งส่วนใหญ่ก็คือหลักกฎหมายอังกฤษมาใช้ในการพิพากษาคดี[23]

พระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ. 118 เป็นกฎหมายฉบับหนึ่งที่ประกาศใช้ในช่วงเวลาที่ประเทศไทยมีการติดต่อค้าขายกับต่างประเทศมากขึ้นเนื่องจากกฎหมายที่เกี่ยวกับการข่มขืนล่วงประเวณีเดิมยังมีข้อบกพร่องหลายประการอันอาจเป็นเหตุให้เกิดความสงสัยในการพิจารณาพิพากษาคดีที่กล่าวหากันว่าข่มขืนทำชำเรา จึงสมควรมีการแก้ไขกฎหมาย การประกาศใช้กฎหมายฉบับนี้ส่งผลให้บทบัญญัติความผิดอาญาเกี่ยวกับเพศฐานข่มขืนกระทำชำเรา ที่ปรากฏในพระอัยการลักษณะผัวเมียทุกมาตราถูกยกเลิกไป แต่ในขณะนั้นมิได้มีการแก้ไขกฎหมายในส่วนที่เกี่ยวกับการกระทำอนาจารความผิดทางเพศที่เกี่ยวกับการกระทำอนาจารจึงยังคงใช้บังคับตามพระอัยการลักษณะผัวเมีย

ความผิดเกี่ยวกับเพศฐานข่มขืนกระทำชำเรา ตามที่ปรากฏในพระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ. 118 มีดังนี้

1) ความผิดฐานข่มขืนทำชำเรา

มาตรา 3 “ชายใดทำชำเราด้วยหญิงในเหตุ 4 ประการ ดังที่จะกล่าวต่อไปข้างล่างนี้ ท่านว่าชายผู้นั้นข่มขืนทำชำเราหญิง คือ

ข้อ 1 ขืนใจหญิง

ข้อ 2 หญิงมิยินยอม

ข้อ 3 หญิงยินยอมด้วยชายชู่เข็ญจะทำร้ายแก่ร่างกายแลชีวิตหญิง หญิงมีความกลัวจึงยินยอม

ข้อ 4 หญิงยินยอมก็ดี ฤาไม่ยินยอมก็ดี แต่หญิงนั้นยังมีอายุต่ำกว่า 12 ปี ลงมา”

การกระทำชำเราตามกฎหมายฉบับนี้ เป็นการกระทำชำเราตามธรรมชาติระหว่างชายกับหญิง โดยขืนใจหญิง โดยหญิงมิยินยอม หรือโดยหญิงยินยอมเพราะชายชู่เข็ญว่าจะทำร้ายร่างกาย

---

[23] แสวง บุญเฉลิมวิภาส. (2523). **ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย (the thai legal history).** หน้า 196.

และชีวิต หญิงกลัวจึงยอม หรือกระทำชำเราหญิงอายุต่ำกว่า 12 ปี ลงมาไม่ว่าหญิงจะยินยอมหรือไม่ หากเข้าลักษณะใดลักษณะหนึ่งดังกล่าวข้างต้น ผู้กระทำก็มีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา

2) ความผิดฐานชำเราผิดธรรมดา

มาตรา 5 "ผู้ใดทำชำเราทางเวจมรรคก็ดี ฤาทำชำเราด้วยสัตว์เดรฉานผิดธรรมดาโลกย์ก็ดี ให้ลงโทษจำคุกตั้งแต่สิบปีลงมา กับให้ทำการหนักด้วยก็ได้ ฤามิให้ทำการหนักด้วยก็ได้"

การชำเราผิดธรรมดาตามมาตรานี้แยกได้เป็น 2 กรณี คือการชำเราทางเวจมรรค หมายถึง การร่วมประเวณีทางทวารหนัก กับการชำเราด้วยสัตว์เดรฉาน ซึ่งเป็นการชำเรากับสัตว์

การที่พระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ. 118 บัญญัติให้การร่วมเพศทางเวจมรรคหรือทวารหนัก หรือการร่วมเพศกับสัตว์เป็นความผิด เนื่องจากสังคมสมัยนั้นเห็นว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำที่ผิดต่อศีลธรรมอันควรลงโทษผู้กระทำจะได้รับความผิดฐานชำเราผิดธรรมดาเท่ากันกับโทษในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราหญิงโดยเห็นว่าการชำเราทางเวจมรรคหรือการชำเรากับสัตว์ เป็นการกระทำความผิดที่มีความร้ายแรง เทียบเท่ากับการข่มขืนกระทำชำเราหญิง นอกจากนี้ยังมีการกำหนดโทษผู้ที่พยายามข่มขืนกระทำชำเราหรือชำเราผิดธรรมและผู้ที่สนับสนุนผู้กระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผิดธรรมดาด้วย

จากลักษณะความผิดฐานต่างๆ ดังที่กล่าวมาข้างต้น พระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ. 118 ยังคงบัญญัติให้การข่มขืนกระทำชำเราเป็นความผิด แต่ไม่แยกประเภทของการข่มขืนเหมือนกับที่ปรากฏในพระอัยการลักษณะผัวเมีย และมีการขยายเกณฑ์อายุของผู้ที่จะให้ความยินยอมในการชำเราเพิ่มจากเดิมที่กำหนดไว้ว่าต้องมีอายุต่ำกว่าเจ็ดขวบลงมาเป็นอายุต่ำกว่าสิบสองปี และมีการเพิ่มเติมบทบัญญัติการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศที่ผิดธรรมดาไม่ว่าจะเป็นการร่วมเพศทางเวจมรรคหรือทวารหนัก หรือการร่วมเพศกับสัตว์ แต่ไม่มีบทบัญญัติลงโทษผู้กระทำความผิดที่เกี่ยวกับการกระทำอนาจาร ซึ่งผู้กระทำต้องรับโทษตามพระอัยการลักษณะผัวเมีย จึงเห็นได้ว่ากฎหมายฉบับนี้มุ่งที่จะคุ้มครอง

(1) เสรีภาพทางเพศของผู้ถูกกระทำมิให้มีการล่วงละเมิดทางเพศไม่ว่าจะเป็นตามธรรมชาติ ผิดธรรมชาติ หรือผิดศีลธรรม หากผู้ถูกกระทำมิได้ยินยอม แต่ถึงแม้ผู้ถูกกระทำจะยินยอม ถ้าเป็นความยินยอมของผู้ที่มีอายุต่ำกว่า 12 ปีลงมา ผู้กระทำก็ไม่สามารถอ้างความยินยอมของผู้ถูกกระทำเป็นข้อแก้ตัวให้พ้นผิดได้

(2) อายุในการให้ความยินยอมของหญิงที่มีอายุต่ำกว่า 12 ปีลงมา โดยเกณฑ์อายุในการให้ความยินยอมตามมาตรานี้ แตกต่างจากพระอัยการลักษณะผัวเมีย ซึ่งตามพระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ. 118 ได้ขยายช่วงอายุของผู้ที่จะให้ความยินยอมในการกระทำชำเราจากเดิมที่เป็นเด็กไม่รู้เดียงสา ซึ่งมีอายุต่ำกว่า 7 ขวบลงมา เป็นหญิงที่มีอายุต่ำกว่า 12 ปี ที่แม้จะให้ความยินยอมการกระทำนั้นก็ยังคงเป็นความผิด

พระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ. 118 ใช้บังคับมาจนกระทั่งถึง ร.ศ 127 จึงถูกยกเลิก เมื่อมีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ส่งผลให้ความผิดอาญาเกี่ยวกับเพศฐานข่มขืนกระทำชำเราตามกฎหมายนี้ และความผิดฐานกระทำอนาจารตามพระอัยการลักษณะผัวเมียได้เปลี่ยนไปใช้บังคับตามบทบัญญัติของกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127

3.3.3 กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127

เมื่อประเทศไทยตกลงทำสนธิสัญญาเบาว์ริงกับประเทศอังกฤษในพ.ศ. 2398 และกับประเทศอื่นๆ ในลักษณะเดียวกันอีกหลายประเทศก่อให้เกิดปัญหาเรื่องสิทธิสภาพนอกอาณาเขตของคนในบังคับชาติต่างๆ โดยกฎหมายไทยไม่สามารถใช้บังคับกับคนเหล่านั้นได้ รัชกาลที่ 5 จึงทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ ให้มีการปฏิรูประบบบริหารราชการแผ่นดิน โดยทรงเห็นความจำเป็นที่จะต้องปรับปรุงระบบกฎหมายไทย ให้มีความเหมาะสมและทันสมัยมากขึ้น อันจะนำไปสู่การขอยกเลิกสิทธิสภาพนอกอาณาเขต[24] จึงทรงตั้งคณะกรรมการขึ้นคณะหนึ่งเพื่อตรวจชำระและร่างกฎหมายมีนายยอร์ช ปาดู (Georeg Padoux) นักกฎหมายชาวฝรั่งเศส ที่ปรึกษาในการร่างกฎหมายเป็นประธาน คณะกรรมการชุดนี้ประกอบด้วยนักกฎหมายชั้นนำของประเทศไทยและของต่างประเทศ โดยรับร่างกฎหมายอาญาที่คณะกรรมการชุดก่อนทำไว้ไปตรวจชำระ[25] เมื่อคณะ กรรมการร่างกฎหมายเสร็จสิ้นแล้วได้นำขึ้นทูลเกล้าถวาย พระองค์ทรงโปรดให้ประกาศใช้กฎหมายฉบับดังกล่าว เมื่อวันที่ 1 มิถุนายน พ.ศ. 2451 และเรียกประมวลกฎหมายฉบับนี้ว่ากฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 กฎหมายฉบับนี้ได้บัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศไว้ในภาค 2 ว่าด้วยลักษณะความผิด ตั้งแต่มาตรา 240–มาตรา 246 ซึ่งความผิดเกี่ยวกับเพศที่จะทำการศึกษาได้แก่ ความผิดฐานทำชำเราผิดธรรมดามนุษย์ ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและความผิดฐานกระทำอนาจาร

1) ความผิดฐานทำชำเราผิดธรรมดามนุษย์

มาตรา 242 “ผู้ใดทำชำเราผิดธรรมดามนุษย์ ด้วยชายก็ดี หญิงก็ดี หรือทำชำเราด้วยสัตว์เดียรฉานก็ดีท่านว่ามันมีความผิด ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สามเดือนขึ้นไปจนถึงสามปี แลให้ปรับตั้งแต่ห้าสิบบาทขึ้นไปจนถึงห้าร้อยบาท ด้วยอีกโสดหนึ่ง

---

[24] กฤษฎา บุณยสมิต. เล่มเดิม. หน้า 124.

[25] ประเทศไทยเลือกทำประมวลกฎหมายอาญาก่อนประมวลกฎหมายฉบับอื่น เพราะว่าในขณะนั้นคนไทยและเจ้าหน้าที่ฝ่ายกฎหมาย ยังไม่ค่อยมีความรู้ความเข้าใจในการชำระกฎหมายแบบประมวลและในบรรดากฎหมายลักษณะต่างๆกฎหมายอาญาเป็นประมวลกฎหมายที่ร่างได้ง่ายที่สุดและศาลต่างๆสามารถเข้าใจได้ง่ายเช่นกัน ดังนั้น จึงเป็นการเหมาะสมที่จะเริ่มงานตรวจชำระและจัดร่างประมวลกฎหมาย โดยร่างประมวลกฎหมายอาญาขึ้นก่อน อ้างถึงใน แสวง บุญเฉลิมวิภาส. (2529). “กฎหมายลักษณะอาญา:ประมวลกฎหมายฉบับแรกของไทย.” **วารสารนิติศาสตร์, ปีที่ 16, ฉบับที่ 2.** หน้า 111.

ความผิดฐานชำเราผิดธรรมดามนุษย์ เป็นบทบัญญัติที่กฎหมายบัญญัติให้การกระทำดังกล่าวเป็นความผิดเพราะถือว่าการชำเราผิดธรรมดามนุษย์เป็นการถ่วงความเจริญของบ้านเมืองในทางอ้อม นอกจากเป็นการลามกแล้วยังทำให้เสียพืชพันธุ์ไปโดยไร้ประโยชน์ เพราะถ้ากระทำตามธรรมดามนุษย์แล้ว จะเป็นการขยายเผ่าพันธุ์มนุษย์เพิ่มมากขึ้น เมื่อผู้คนพลเมืองมากขึ้นก็จะทำให้บ้านเมืองเจริญขึ้นตามส่วน เพราะฉะนั้นจึงมีการบัญญัติลงโทษผู้ที่ชำเราผิดธรรมดามนุษย์ เช่นเดียวกับพระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ. 118 ซึ่งบัญญัติห้ามมิให้มีการชำเราผิดธรรมดา แต่มีการกำหนดโทษมากกว่ากฎหมายลักษณะอาญาฉบับนี้[26] อีกทั้งการชำเราผิดธรรมดามนุษย์ยังปรากฏอยู่ในพระวินัยปิฎก โดยพระพุทธองค์ทรงมีพระบัญญัติว่า การเสพเมถุนทางทวารหนักนั้นเป็นเหตุอาบัติปาราชิกแก่ภิกษุผู้กระทำ

การทำชำเราผิดธรรมดามนุษย์ หมายความว่า ฝ่ายหนึ่งใช้อวัยวะสืบพันธุ์ ซึ่งจะเป็นการกระทำระหว่างชายต่อชาย (Homosexual) เช่น ทำชำเราโดยทางเวจมรรค (ทวารหนัก) หรือระหว่างหญิงกับหญิง (Lesbian) หรือระหว่างชายหรือหญิงกับสัตว์เดรัจฉาน[27] ซึ่งการกระทำระหว่างหญิงกับหญิงที่เรียกกันว่าเล่นเพื่อน[28] กฎหมายต่างประเทศในยุคนั้นไม่ถือว่าเป็นการชำเราผิดธรรมดามนุษย์[29]

ความเป็นมาของการบัญญัติความผิดฐานชำเราผิดธรรมดามนุษย์อาจารย์เอกูต์ได้อธิบายว่าต้องพิจารณาจากภาษาอังกฤษคำว่า "Sodomy"[30] ซึ่งมาจากชื่อเมือง Sodom อันเป็นเมืองเก่าแห่งปาเลสไตน์ตามคัมภีร์ไบเบิลว่าฟ้าผ่าเมืองนั้นไหม้พินาศไปหมด เพราะเหตุว่าพลเมืองประพฤติ

---

[26] อรประภา สาครวาสี. (2539). **การกระทำความผิดทางเพศ: ศึกษาเฉพาะกรณีบังคับให้มีการร่วมเพศทางเวคมรรคและทางปาก.** หน้า 67.

[27] ประสิทธิ์ พัฒนอมร. เล่มเดิม. หน้า 22.

[28] การเล่นเพื่อน หมายถึง ผู้หญิงประพฤติตนเป็นรักร่วมเพศ ไทยเราจะเรียกว่าเล่นเพื่อน การเล่นเพื่อนของผู้หญิงคงจะถือเป็นเป็นการละเมิดศีลข้ออพรหมจริยาฯเช่นเดียวกับชายและสำหรับหญิงชาววังการกระทำดังกล่าวยังเป็นความผิดตามกฎมลเฑียรบาล การเล่นเพื่อนปรากฏในกฎหมายตราสามดวง ซึ่งตราขึ้นในสมัยรัชกาลของพระบรมไตรโลกนาถ มีความว่า "อนึ่ง นางสนมกำนัลคบผู้หญิงหนึ่งกันทำดุจชายเป็นผู้เมียกัน ให้ลงโทษด้วยลวดหนัง 50 ที หักคอประจานรอบพระราชวัง ทีหนึ่งให้เอาเป็นชาวสดึง ทีหนึ่งให้แก่พระเจ้าลูกเธอหลานเธอ" แต่ไม่มีบัญญัติห้ามมิให้ชายมีความสัมพันธ์ทางเพศกัน การเล่นเพื่อนในหมู่สาวสนมกำนันในสมัยนั้นแม้จะผิดกฎมลเฑียรบาล แต่ก็ไม่มีการร้องฟ้องกันอย่างจริงจัง อ้างถึงใน กิตติศักดิ์ ปรกติ. (2526). "ตำนานรักร่วมเพศ." **วารสารนิติศาสตร์ 85, ปีที่ 13, ฉบับที่ 2.** หน้า 90-93.

[29] ชิดชนก แผ่นสุวรรณ. (2548). **ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและอนาจาร:ศึกษาตั้งแต่สมัยกฎหมายตราสามดวงถึงประมวลกฎหมายอาญา.** หน้า 55.

[30] Sodomy หมายถึง การเล่นสวาทระหว่างผู้ชายกับผู้ชาย อ้างถึงใน สอ เสถบุตร. (2548). **พจนานุกรม อังกฤษ-ไทย.** หน้า 100.

ลามก การชำเราเช่นนี้มีแพร่หลายไปทุกประเทศทั่วโลก ซึ่งส่วนมากไม่มีบทกฎหมายลงโทษไว้ เว้นแต่จะเป็นการอนาจารหรือทำอนาจาร หรือว่ามีบทกฎหมายลงโทษเฉพาะชำเราระหว่างชายเท่านั้น แต่กฎหมายของประเทศไทยได้เดินไปไกลกว่ากฎหมายของต่างประเทศอื่นๆ โดยลงโทษการชำเราผิดธรรมดามนุษย์ด้วยชายและหญิงหรือระหว่างผัวเมียก็ผิดเหมือนกัน แม้กระทั้งสองฝ่ายจะยินยอมด้วยกันก็มีความผิดฐานตัวการด้วยกันทั้งคู่[31]

ส่วนสาเหตุที่ต่างประเทศที่นับถือศาสนาคริสต์เอาผิดแก่คนรักร่วมเพศชายกับชายแต่ไทยเรากลับให้ความสำคัญแก่ความสัมพันธ์ทางเพศระหว่างหญิงกับหญิงมากกว่าเพราะมีความแตกต่างกันในเรื่องทัศนคติของความแตกต่างทางวัฒนธรรมของตะวันตกกับตะวันออก เหตุที่พระเจ้าทรงพิโรธต่อความสัมพันธ์ระหว่างผู้ชายกับผู้ชายว่าเป็นกาลีบ้านกาลีเมืองนั้น น่าจะเป็นเพราะความจำเป็นในการอยู่ร่วมกันแบบทหารของชาวยิวโบราณที่มีความจำเป็นต้องรบทัพจับศึกกันอยู่ตลอดเวลา จนแทบไม่มีเวลาอยู่กับลูกเมียตามปกติ จำเป็นต้องหักห้ามมิให้ชายมามีความสัมพันธ์กันเองอันจะทำให้เสียการปกครองในการรบ ส่วนในโลกตะวันออกไม่จำเป็นต้องต่อสู้รบราฆ่าฟันกันอยู่ตลอดเวลาเหมือนพวกยิวโบราณ ข้อห้ามเรื่องนี้จึงไม่ปรากฏให้เห็นชัดเจนเหมือนพวกยิว ขณะเดียวกันการที่ชาวตะวันออกมีภริยามาก จึงต้องห้ามไม่ให้ภริยาของตนเล่นเพื่อนอันเป็นเสมือนการนอกใจสามี[32]

การกระทำความผิดฐานนี้จะเป็นความผิดสำเร็จ เมื่ออวัยวะสืบพันธุ์เข้าไปในร่างกายของคนหรือสัตว์ ไม่ว่าจะน้ำอสุจิจะเคลื่อนหรือความใคร่ได้บำบัดแล้วหรือไม่ ผู้ที่กระทำชำเราโดยผิดธรรมดามนุษย์ จะมีความผิดตามมาตรานี้ด้วยกันทั้งผู้กระทำและผู้ที่ยินยอมให้กระทำเพราะต้องร่วมกันจึงกระทำได้ แม้จะเป็นกระทำระหว่างผัวเมียก็เป็นความผิด ถ้ายินยอมด้วยกันทั้งสองฝ่าย เว้นแต่ฝ่ายใดถูกบังคับจำยอมให้อีกฝ่ายหนึ่งกระทำ เช่นนี้สามารถนำมาเป็นข้อแก้ตัวได้

ส่วนการชำเรากับสัตว์ไม่ได้เกิดขึ้นบ่อย ประกอบกับในการบัญญัติความผิดอาญาเกี่ยวกับเพศมีความมุ่งหมายที่จะคุ้มครองบุคคล สังคม และป้องกันหรือป้องปรามอาชญากรรมเป็นสำคัญมากกว่าการจะเอาผิดกับผู้ที่มีรสนิยมทางเพศผิดไปจากปกติ การชำเราสัตว์เดียรฉานนี้มีน้อยและเป็นที่อุจาดรังเกียจแก่สาธารณชนมาก เพราะฉะนั้นจึงมองเห็นเหตุผลได้ง่ายกว่าเหตุใดกฎหมายจึงลงโทษ แต่ว่าการกระทำชนิดนี้ในหลายประเทศไม่ได้มีบทบัญญัติลงโทษไว้ แต่ว่าอย่างไรก็ตามการชำเราด้วยสัตว์มักจะเป็นเครื่องหมายแสดงว่าผู้นั้นมีอาการวิกลจริตอยู่บ้าง[33]

---

[31] เอกูต์ และ เสริม วินิจฉัยกุล. (2477). **คำบรรยายกฎหมายอาชญา มหาวิทยาลัยวิชาธรรมศาสตร์และการเมือง พ.ศ. 2477.** หน้า 814.

[32] กิตติศักดิ์ ปรกติ. (2526). **ตำนานรักร่วมเพศ.** หน้า 94-95.

[33] เอกูต์ และ เสริม วินิจฉัยกุล. เล่มเดิม. หน้า 814.

การทำชำเราผิดธรรมดามนุษย์ตามมาตรานี้ มีลักษณะไม่เหมือนกับที่บัญญัติไว้ในพระราชกำหนดลักษณะข่มขืน ล่วงประเวณี ร.ศ. 118 มาตรา 5 ที่จำกัดว่าต้องเป็นการร่วมประเวณีทางทวารหนักหรือชำเรากับสัตว์เท่านั้น แต่ตามประมวลกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 มาตรา 242 ได้บัญญัติให้การชำเราผิดธรรมดามนุษย์มีความชัดเจนมากขึ้น ไม่ว่าจะเป็นการกระทำของชายหรือหญิง หรือชายหรือหญิงกับสัตว์เดียรฉานที่ไม่ใช่การชำเราตามปกติไม่ว่าจะเป็นการชำเราทางเวจมรรค (ทวารหนัก)หรือทางช่องทางอื่นที่มิใช่ช่องทางปกติ (ช่องสังวาส) รวมถึงการชำเรากับสัตว์ การบัญญัติมาตรานี้จึงเป็นการลงโทษผู้ที่กระทำชำเราผิดธรรมดามนุษย์ เพื่อเป็นการป้องกันมิให้มนุษย์สูญพันธุ์ มากกว่าการให้คนในสังคมมีเสรีภาพทางเพศที่จะเลือกการกระทำทางเพศของตนที่ผิดธรรมชาติ

ความผิดฐานนี้เป็นของใหม่สำหรับวัฒนธรรมไทย เพราะไม่มีบัญญัติไว้ในกฎหมายไทย ดังนั้นเมื่อมีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายอาญา คณะกรรมการร่างประมวลกฎหมายจึงมีมติให้ยกเลิกความผิดฐานนี้ โดยเห็นว่าเป็นเรื่องส่วนตัวของบุคคล การฟ้องจะทำให้เกิดความอับอายแก่ผู้ถูกฟ้องร้องมากและมีกรณีเกิดขึ้นน้อย ประกอบกับจะเป็นการเสื่อมเสียเกียรติยศของประเทศชาติ แม้ว่าการชำเราผิดธรรมดาจะเป็นเรื่องสิทธิส่วนบุคคล แต่ในสมัยนั้นมองว่าประชากรมีจำนวนน้อย หากให้มีการร่วมประเวณีผิดธรรมดาจะทำให้ไม่มีประชากรเพิ่มขึ้นจึงกำหนดให้การกระทำดังกล่าวเป็นความผิด[34]

2) ความผิดฐานข่มขืนทำชำเรา

มาตรา 243 “ผู้ใดบังอาจใช้อำนาจด้วยกำลังกายหรือวาจาขู่เข็ญ กระทำชำเราขืนใจหญิง ซึ่งมิใช่ภรรยาของมันเอง ท่านว่ามันผู้นั้นข่มขืนทำชำเรา ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ปีหนึ่งขึ้นไปจนถึงสิบปี แลให้ปรับแต่ห้าสิบบาทขึ้นไปจนถึงห้าร้อยบาทด้วยอีกโสดหนึ่ง

ผู้ใดใช้อุบายหลอกลวงทำชำเราขืนใจหญิง ซึ่งมิใช่ภรรยาของมันเอง ท่านว่ามันข่มขืนทำชำเรา มีความผิดต้องระวางโทษดุจกันกับที่ว่ามานั้น

ถ้าแลในการกระทำผิดเช่นว่ามาในมาตรานี้ หญิงที่ถูกข่มขืนชำเรานั้นมีบาดเจ็บถึงสาหัส ท่านว่ามันผู้กระทำผิดนั้นต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สองปีขึ้นไปจนถึงสิบปี แลให้ปรับตั้งแต่ห้าสิบบาทขึ้นไปจนถึงพันบาท ด้วยอีกโสดหนึ่ง

ถ้าแลหญิงนั้นถึงตาย ท่านว่ามันผู้ข่มขืนนั้น ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สิบสองปีขึ้นไปถึงยี่สิบปี แลให้ปรับตั้งแต่ร้อยบาทขึ้นไปจนถึงสองพันบาท ด้วยอีกโสดหนึ่ง

---

[34] ชิดชนก แผ่นสุวรรณ. เล่มเดิม. หน้า 55.

[34] คำพิพากษาฎีกาที่ 234/2466 เมื่อ 15 เมษายน 2552, สืบค้นจาก **http://www.deka2007.supremecourt.or.th/deka/web/docdetail.jsp.**

การกระทำชำเราที่จะเป็นความผิดฐานข่มขืนทำชำเราได้ ก็ต่อเมื่อของลับของชายเข้าไปในของลับของหญิง โดยหญิงไม่ยินยอม ซึ่งผู้ใช้กำลังทำร้ายกับผู้ทำชำเราไม่จำเป็นต้องเป็นคนเดียวกัน เช่น จำเลยลอบกระทำชำเราหญิงขณะนอนหลับ พอหญิงรู้สึกตื่นขึ้นจึงถีบจำเลย ตัดสินว่าการลอบทำชำเราขณะนอนหลับ แสดงว่าหญิงมิได้มีใจยินยอม และคำว่า “ขืนใจ” ตามมาตรานี้รวมทั้งการที่หญิงไม่สมัครใจด้วย จำเลยจึงมีผิดตามมาตรานี้

มาตรา 244 “ผู้ใดกระทำชำเราด้วยเด็กหญิงอายุต่ำกว่าสิบสามขวบถึงหญิงนั้นยินยอมก็ตาม หรือมิได้ยินยอมก็ตาม ท่านว่ามันมีความผิดต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สองปีขึ้นไปจนถึงสิบปี แลให้ปรับตั้งแต่ห้าสิบบาทขึ้นไปจนถึงห้าร้อยบาท ด้วยอีกโสดหนึ่ง

ถ้าแลในการกระทำผิดเช่นว่ามาในมาตรานี้เด็กหญิงที่ถูกชำเรานั้นมีบาดเจ็บอย่างสาหัส ท่านว่ามันผู้กระทำผิดนั้น ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สามปีขึ้นไปจนถึงสิบห้าปี แลให้ปรับตั้งแต่ห้าสิบบาทขึ้นไปจนถึงพันบาท ด้วยอีกโสดหนึ่ง

ถ้าแลเด็กหญิงนั้นถึงตาย ท่านว่ามันผู้กระทำนั้นต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สิบห้าปีขึ้นไป จนถึงยี่สิบปี แลให้ปรับตั้งแต่ร้อยบาทขึ้นไปจนถึงสองร้อยบาท ด้วยอีกโสดหนึ่ง”

กฎหมายประสงค์จะห้ามมิให้มีการกระทำชำเราเด็กหญิงที่อายุต่ำกว่าสิบสามขวบ เนื่องจากเด็กยังไม่มีวุฒิภาวะเพียงพอที่จะให้ความยินยอมได้ หากเป็นการข่มขืนกระทำชำเราเด็กหญิงอายุต่ำกว่าสิบสามขวบแล้ว แม้เด็กจะให้ความยินยอมไม่ว่าเพราะเหตุใดก็ตาม ผู้กระทำมีความผิดฐานนี้ทั้งสิ้น เพราะเด็กอายุขนาดนี้ยังไม่เดียงสา ไม่มีความสามารถเพียงพอที่จะให้ความยินยอมได้ กฎหมายจึงต้องคุ้มครองเพื่อมิให้เกิดความเสียหายแก่เด็ก

ผู้กระทำจะต้องรู้หรือควรจะรู้ว่าผู้นั้นเป็นเด็กหญิงอายุต่ำกว่า 13 ขวบ เรื่องอายุของเด็กหญิงจึงเป็นปัญหาข้อกฎหมายที่จะต้องวินิจฉัย มิใช่โดยอาศัยวันเกิดเป็นประมาณเท่านั้น แต่ว่าต้องพิจารณาดูตามพฤติกรรมแห่งข้อเท็จจริง เช่น รูปร่างของเด็กหญิง ความเติบโตมากน้อยเพียงใดเป็นต้น ความสำคัญผิดเรื่องอายุที่ทำให้ผู้กระทำขาดเจตนา เช่น ชายไปพบหญิงมีบุตรอยู่แล้วจึงทำชำเราด้วย คิดว่าเขามีอายุกว่าสิบสามขวบ ชายนั้นไม่มีความผิดตามมาตรานี้

3) ความผิดฐานกระทำอนาจาร

มาตรา 245 “ผู้ใดบังอาจกระทำการอนาจารแก่เด็กอายุต่ำกว่าสิบสามขวบท่านว่ามันมีความผิด ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งเดือนขึ้นไปจนถึงสามสิบปี แลให้ปรับตั้งแต่ห้าสิบบาทขึ้นไปจนถึงห้าร้อยบาท ด้วยอีกโสดหนึ่ง

ถ้าแลมันใช้อำนาจด้วยกำลังกาย หรือด้วยวาจาขู่เข็ญกระทำความผิดเช่นว่ามานี้ ท่านว่ามันผู้กระทำผิดนั้นต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สามเดือนขึ้นไปจนถึงห้าปี แลให้ปรับตั้งแต่ห้าสิบบาทขึ้นไปจนถึงพันบาท ด้วยอีกโสดหนึ่ง”

ความผิดฐานกระทำอนาจารตามกฎหมายนี้ไม่มีการบัญญัติหรือให้คำนิยามว่าการกระทำอนาจารมีความหมายหรือลักษณะอย่างไร นักนิติศาสตร์ได้อธิบายความหมายของการกระทำอนาจาร หมายความว่า การกระทำที่ไม่สมควรในทางเพศ เช่น จับนม จูบ กอด ลูบคลำ หรือจับต้องอวัยวะต่างๆ ข้อสำคัญต้องดูจิตใจของผู้กระทำด้วย กล่าวคือ การกระทำบางอย่างที่บุคคลบางคนกระทำอาจเป็นอนาจารหรือไม่เป็นอนาจารก็ได้ แล้วแต่จิตใจของผู้กระทำ เช่น แพทย์ลูบนมคนไข้ถ้ากระทำเพื่อตรวจโรคตามวิชาแพทย์ก็ไม่ผิดตามมาตรานี้ ถ้ากระทำไปโดยไม่เกี่ยวกับการตรวจโรคแต่ได้กระทำด้วยความรู้สึกทางเพศและถือเอาการตรวจโรคเป็นเครื่องมือก็เป็นการกระทำอนาจาร[35]

การกระทำอนาจารยังรวมถึงการกระทำใดๆ อันเกี่ยวกับเพศถ้าไม่เป็นการข่มขืนกระทำการชำเราหรือพยายามข่มขืนกระทำชำเรา ก็ถือเป็นการกระทำอนาจาร ซึ่งตัวของผู้เสียหายจะต้องเข้าไปเกี่ยวข้องด้วย มิฉะนั้นจะเป็นอนาจารต่อหน้าธารกำนัลเท่านั้น เช่น การจับต้องหรือลูบคลำของลับของหญิง หรือให้หญิงลูบคลำของลับของชาย เป็นความผิดฐานกระทำอนาจารแต่ว่าเปิดของลับให้บุคคลอื่นดูไม่ใช่เป็นความผิดฐานทำอนาจาร แต่ผิดเพียงทำอนาจารต่อหน้าธารกำนัล[36]

การกระทำใดที่จะถือว่าเป็นการสมควรทางเพศหรือไม่นั้น ต้องพิจารณาจากกาลเทศะและสิ่งแวดล้อมประกอบ เช่น การกอดเด็กหญิงซึ่งผู้กอดไม่ใช่ญาติย่อมเป็นการอนาจาร แม้เด็กหญิงยินยอมก็เป็นความผิดตามมาตรานี้ แต่ถ้าเป็นการกอดเพื่อเต้นรำไม่เป็นความผิดแม้ผู้กระทำจะมีความรู้สึกในทางเพศเกิดขึ้น

คำพิพากษาฎีกาที่ 173/2469[37] สามีจับข้อมือภรรยาในที่ประชุมชนแล้วฉุดเพื่อให้กลับบ้าน เพื่อนของสามีก็ช่วยชุด ตัดสินว่าสามีและเพื่อนไม่ผิดมาตรานี้

มาตรา 246 “ผู้ใดกระทำอนาจารแก่บุคคลอายุเกินกว่าสิบสามขวบขึ้นไป โดยใช้อำนาจด้วยกำลังหรือด้วยวาจาขู่เข็ญ หรือมันใช้อุบายหลอกลวงด้วยประการใดใดก็ดี ท่านว่ามันมีความผิดต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่เดือนหนึ่งขึ้นไปจนถึงสามปีแลให้ปรับตั้งแต่ห้าสิบบาทขึ้นไปจนถึงห้าร้อยบาท ด้วยอีกโสดหนึ่ง”

การกระทำอนาจารแก่บุคคลที่อายุกว่า 13 ขวบ ขึ้นไปผู้กระทำจะมีความผิดต่อเมื่อได้กระทำร้ายหรือใช้วาจาขู่เข็ญว่าจะกระทำร้ายหรือใช้อุบายหลอกลวง การที่กฎหมายบัญญัติไว้เช่นนี้ก็เพราะกฎหมายเห็นว่าผู้ที่มีอายุกว่า 13 ขวบขึ้นไปแล้ว อาจหลบหลีกจากการถูกกระทำได้และแม้จะถูกกระทำก็ไม่ร้ายแรงเท่ากับทำแก่เด็ก[38] เพราะบุคคลที่อายุกว่า 13 ขวบมีความรู้ผิดชอบ

---

[35] หยุด แสงอุทัย. (2548). **คำอธิบายกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127.** หน้า 361.

[36] เอกูต์ และเสริม วินิจฉัยกุล. เล่มเดิม. หน้า 821.

[37] คำพิพากษาฎีกาที่ 173/2469. สืบค้นเมื่อ 15 เมษายน 2552, จาก **www.deka2007. supremecourt.or.th/deka/web/docdetail.jsp**

[38] เอกูต์ และเสริม วินิจฉัยกุล. เล่มเดิม. หน้า 821.

สามารถตัดสินใจหรือให้ความยินยอมในการกระทำทางเพศได้ หากบุคคลนั้นให้ความยินยอมหรือสมัครใจให้มีการกระทำเกิดขึ้น ผู้กระทำไม่มีความผิดตามมาตรานี้ อย่างไรก็ดีถ้าการกระทำนั้นกระทำต่อหน้าธารกำนัลและเป็นการกระทำอันควรขายหน้า ก็เป็นความผิดลหุโทษตามมาตรา 337 (2)[39] อย่างไรเป็นการควรขายหน้า ต้องดูกาลเทศะและความนิยมของประชาชนเวลานี้ การที่สามีภรรยาหรือคู่รักจูบลากันตามแบบฝรั่ง การที่หญิงชายเดินควงแขนไปตามถนนกันไม่ถือว่าเป็นการขายหน้า[40]

สรุปได้ว่า การกระทำอนาจารไม่ว่าจะกระทำต่อบุคคลที่มีอายุต่ำกว่าหรือเกินกว่าสิบสามปีก็ตาม กฎหมายให้ความคุ้มครองมิให้มีการล่วงเกินทางเพศต่อเนื้อตัวร่างกายของผู้ถูกกระทำเพียงแต่หากเป็นการกระทำต่อบุคคลที่มีอายุเกินกว่า 13 ปีแล้ว ผู้ถูกกระทำสามารถให้ความยินยอมได้ ผู้กระทำก็สามารถอ้างความยินยอมนั้นเป็นข้อแก้ตัวเพื่อไม่ต้องรับผิดชอบได้เช่นกันแต่หากเป็นการกระทำต่อบุคคลที่มีอายุต่ำกว่า 13 ปีแล้ว กฎหมายมองว่าบุคคลนั้นยังไม่มีความสามารถในการให้ความยินยอม เนื่องจากยังเป็นผู้อ่อนวัยไม่รู้ถึงการกระทำที่เกิดขึ้น จึงให้ความคุ้มครองเป็นพิเศษแม้ผู้ถูกกระทำจะให้ความยินยอม การกระทำนั้นก็ยังคงเป็นความผิด

3.3.4 ประมวลกฎหมายอาญาก่อนประกาศใช้พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พ.ศ. 2550

ประมวลกฎหมายอาญาได้บัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศไว้ในภาค 2 ภาคความผิดลักษณะ 9 ว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับเพศ ตั้งแต่มาตรา 276 ถึงมาตรา 287 โดยในส่วนที่เกี่ยวข้องกับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและฐานกระทำอนาจาร มีดังนี้

1) ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา

มาตรา 276 “ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราหญิงซึ่งมิใช่ภริยาของตน โดยขู่เข็ญด้วยประการใดๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยหญิงอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้หญิงเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปีและปรับตั้งแต่แปดพันบาทถึงสี่หมื่นบาท

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคแรกได้กระทำโดยมีหรือใช้อาวุธปืน หรือวัตถุระเบิด หรือโดยร่วมกระทำความผิดด้วยกันอันมีลักษณะเป็นการโทรมหญิง ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สิบห้าปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่สามหมื่นบาทถึงสี่หมื่นบาท หรือจำคุกตลอดชีวิต”

---

[39] กฎหมายลักษณะอาญา หรือประมวลกฎหมายอาญา, มาตรา 337 ความผิดลหุโทษในฐานกระทำอนาจาร.

(2) ผู้ใดเปลือยกายหรือกระทำการอย่างอื่นๆอันควรขายหน้าต่อหน้าธารกำนัล ท่านว่ามันมีความผิดต้องระวางโทษชั้น 4.

[40] หยุด แสงอุทัย. เล่มเดิม. หน้า 362.

ข่มขืน หมายความถึง การข่มขืนใจ คือได้กระทำชำเราโดยหญิงไม่ได้ยินยอมสมัครใจหากปรากฏชัดว่าผู้เสียหายยินยอมให้กระทำชำเราโดยบริสุทธิ์ใจปราศจากการข่มขู่หลอกลวงหรือสำคัญผิดเป็นความยินยอมที่ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน แม้ความยินยอมจะได้มาโดยการหลอกลวงในมูลเหตุก็ยังเป็นความยินยอม ต่อเมื่อได้หลอกลวงในสภาพของการกระทำ จึงจะถือว่าไม่มีความยินยอมและการกระทำเป็นความผิด เช่น หญิงผู้เสียหายรักใคร่ชอบพอกับชายมาก่อนและยอมให้ชายเข้าไปกระทำชำเราภายในบ้านและสถานที่อื่น ย่อมเป็นความสมัครใจและยินยอม[41]

การกระทำชำเราหญิง หมายถึง การร่วมประเวณีระหว่างชายกับหญิง คือ การเอาของลับหรืออวัยวะเพศชายผ่านเข้าไปในช่องสังวาสหรือช่องคลอดของหญิง แม้ล่วงล้ำเข้าไปเพียงนิดเดียวหากเป็นการชำเราโดยผิดธรรมชาติหรือไม่ได้ใช้อวัยวะเพศ เช่น ใช้ของเทียม หรือใช้อวัยวะเพศแต่ได้กระทำแก่ช่องทางอื่นของหญิง เช่น ทางปากหรือทางทวารหนัก ไม่ถือเป็นการชำเรา ผู้กระทำไม่ต้องรับผิดฐานนี้

คำพิพากษาฎีกาที่ 874/2491[42] การกระทำชำเราตามกฎหมายะต้องปรากฏว่าของลับหรืออวัยวะสืบพันธุ์ของชายล่วงล้ำเข้าไปในช่องสังวาสหรืออวัยวะสืบพันธุ์ของหญิง แต่คดีนี้ได้ความว่าของลับหรืออวัยวะสืบพันธุ์ของจำเลย มิได้ล่วงล้ำเข้าไปในช่องสังวาสหรืออวัยวะสืบพันธุ์ของผู้เสียหาย แต่ไม่ได้ล่วงล้ำเข้าไปทางทวารหนักของผู้เสียหาย จึงไม่เป็นการกระทำชำเรา

คำพิพากษาฎีกาที่ 1646/2516[43] เมื่ออวัยวะเพศของจำเลยได้ล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศของหญิงผู้เสียหายแล้ว แม้จำเลยจะไม่สำเร็จความใคร่ก็เป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา

คำพิพากษาฎีกาที่ 1133/2509[44] วินิจฉัยว่า ของลับของจำเลยได้ล่วงล้ำเข้าไปในของลับของผู้เสียหายราว 1 องคุลี ถือได้ว่าเป็นการกระทำชำเราสำเร็จแล้ว

การกระทำชำเราย่อมสำเร็จบริบูรณ์เมื่อของลับของชายล่วงล้ำเข้าไปในของลับของหญิงไม่ว่าจะล่วงล้ำเล็กน้อยเพียงใด หรือผู้กระทำจะสำเร็จความใคร่หรือไม่ที่ว่าผ่านล่วงล้ำเข้าไปในหญิงนั้นไม่จำเป็นที่อวัยวะเพศชายต้องผ่านเข้าไปทั้งหมดจนมิดหรือหมดอัน แม้ได้ผ่านล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศหญิงบางส่วนเพียงเล็กน้อย เช่น เพียงหนึ่งองคุลี ไม่ถึงเยื่อพรหมจารีฉีกขาดก็เป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราสำเร็จแล้ว

---

[41] บริการส่งเสริมงานตุลาการ. (25236). **คำพิพากษาฎีกาที่ 755/2536.** หน้า 174. และเนติบัณฑิตยสภา.

[41] เนติบัณฑิตยสภา. (2491). **คำบรรยายแห่งเนติบัณฑิตยสภาพ.** หน้า 1053.

[42] คำพิพากษาฎีกาที่ 874/2491. สืบค้นเมื่อ 15 เมษายน 2552, จาก **http://members.tripod.com/thaibar53/arya209-4.htm**

[43] เนติบัณฑิตยสภา. (2509). **คำบรรยายกฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา.** หน้า 1361.

[44] บริการส่งเสริมงานตุลาการ. (2532). **คำพิพากษาฎีกาส่งเสริมงานตุลาการ.** หน้า 158.

คำพิพากษาฎีกาที่ 1646/2532[45] เอาอวัยวะเพศสอดเข้าไปในปากช่องคลอดหรืออวัยวะเพศของผู้เสียหายแล้ว แม้จะยังไม่สำเร็จความใคร่ก็ผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา

หญิงซึ่งเป็นผู้เสียหายนั้น ต้องเป็นหญิงอันเป็นเพศของบุคคลธรรมดาตามสภาพที่ถือกำเนิด เป็นเพศที่ออกลูกได้ ไม่ใช่ชายแปลงเพศเป็นหญิง

หากว่าหญิงยังเป็นภรรยาของชายอยู่ แม้ชายจะใช้กำลังบังคับร่วมประเวณีกับหญิงโดยหญิงมิได้ยินยอมก็ไม่เป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา เพราะตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1461 บัญญัติให้สามีภริยาจำต้องอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยา ซึ่งย่อมหมายถึงการร่วมเพศด้วย การสมรสระหว่างชายหญิงเป็นการแสดงว่าภริยาได้ให้สิทธิแก่สามีที่จะร่วมประเวณีได้ในระหว่างที่ยังเป็นสามีภริยากันอยู่ สามีจึงไม่ผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราภริยาของตนเอง

มาตรา 277 "ผู้ใดกระทำชำเราเด็กหญิงอายุยังไม่เกินสิบห้าปี ซึ่งมิใช่ภริยาของตน โดยเด็กหญิงนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดพันบาทถึงสี่หมื่นบาท

ถ้ากระทำความผิดตามวรรคแรกเป็นการกระทำแก่เด็กอายุยังไม่เกินสิบสามปีต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่เจ็ดปีถึงยี่สิบปีและปรับตั้งแต่หนึ่งหมื่นสี่พันบาทถึงสี่หมื่นบาทหรือจำคุกตลอดชีวิต

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคแรกหรือวรรคสองได้กระทำโดยร่วมกระทำความผิดด้วยกันอันมีลักษณะเป็นการโทรมเด็กหญิงและเด็กหญิงนั้นไม่ยินยอม หรือได้กระทำโดยมีอาวุธปืนหรือวัตถุระเบิดหรือโดยใช้อาวุธ ต้องระวางโทษจำคุกตลอดชีวิต

ความผิดตามที่บัญญัติไว้ในวรรคแรก ถ้าเป็นการกระทำที่ชายกระทำกับเด็กหญิงอายุกว่าสิบสามปีแต่ยังไม่เกินสิบห้าปี โดยเด็กหญิงนั้นยินยอมและภายหลังศาลอนุญาตให้ชายและเด็กหญิงนั้นสมรสกัน ผู้กระทำผิดไม่ต้องรับโทษ ถ้าศาลอนุญาตให้สมรสในระหว่างที่ผู้กระทำผิดกำลังรับโทษ ในความผิดนั้นอยู่ให้ศาลปล่อยผู้กระทำความผิดนั้นไป

การกระทำชำเราเด็กตามมาตรา 277 มีความหมายเช่นเดียวกับการกระทำชำเราตามมาตรา 276 คือ การที่อวัยวะเพศชายของผู้กระทำได้ล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศหญิงของผู้ถูกกระทำแล้วไม่ว่าจะล่วงล้ำเข้าไปมากน้อยเพียงไรก็ตาม

คำพิพากษาฎีกาที่ 848/2548[46] จำเลยนำอวัยวะเพศของจำเลยใส่อวัยวะเพศของผู้เสียหายที่ 1 อวัยวะเพศของจำเลยได้ล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศของผู้เสียหายที่ 1 แล้วการกระทำ

---

[45] คำพิพากษาฎีกาที่ 1646/2532 เนติบัณฑิตยสภา. หน้า 160.

[46] เนติบัณฑิตยสภา. (2548). **หนังสือคำบรรยายกฎหมายเนติบัณฑิตยสภา.** หน้า 121.

ของจำเลยจึงเป็นความผิดฐานกระทำชำเราเด็กหญิงอายุไม่เกินสิบสามปี ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277 วรรคสอง ส่วนจำเลยจะสำเร็จความใคร่หรือไม่ย่อมมิใช่สาระสำคัญ

การกระทำความผิดฐานนี้ต้องเป็นการกระทำชำเราเด็กหญิงที่มีอายุไม่เกินสิบห้าปี และเด็กหญิงนั้นต้องไม่เป็นภริยาของผู้กระทำด้วย ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับอายุของผู้เสียหายเป็นองค์ประกอบของความผิด ส่วนลักษณะรูปร่างของผู้ถูกกระทำเป็นอย่างไร ความประพฤติการประกอบอาชีพการงาน และพฤติการณ์ต่างๆ ของผู้ถูกกระทำที่ส่อให้บุคคลทั่วไปเข้าใจผิดว่าผู้ถูกกระทำมีอายุมากกว่าความเป็นจริงนั้น เป็นข้อเท็จจริงที่อาจมีความสำคัญผิดกันได้ถ้าผู้กระทำเชื่อว่าผู้ถูกกระทำอายุเกินกว่าสิบห้าปีหรือสิบสามปี ย่อมเป็นความสำคัญผิดในข้อเท็จจริงและทำให้ผู้กระทำไม่มีความผิดเพราะขาดเจตนาตามมาตรา 59 วรรคสามและความสำคัญผิดในข้อเท็จจริงนั้น จำเลยมีสิทธิยกขึ้นต่อสู้ได้ตามมาตรา 62

คำพิพากษาฎีกาที่ 6405/2539 เมื่อได้ความว่าผู้กระทำได้กระทำชำเราเด็กหญิงอายุไม่เกิน 15 ปี แม้จะไม่ได้ข่มขืน (เด็กหญิงยินยอมให้ชำเรา) ก็เป็นความผิดสำเร็จทันที ผู้กระทำจึงต้องรับผิดไม่ว่าเด็กหญิงนั่นจะยินยอมหรือไม่ยินยอมให้ชำเราก็ตาม

ผู้กระทำความผิดจะอ้างความยินยอมของเด็กหญิงอายุกว่าสิบสามปีขึ้นไปเป็นเหตุยกเว้นความผิดหรือบรรเทาโทษตามกฎหมายได้หากเป็นการกระทำที่ชายกระทำต่อเด็กหญิงอายุกว่าสิบสามปีแต่ยังไม่เกินสิบห้าปี โดยเด็กหญิงนั้นยินยอมและภายหลังศาลอนุญาตให้ชายและเด็กหญิงนั้นสมรสกัน ผู้กระทำผิดไม่ต้องรับโทษถ้าศาลอนุญาตให้สมรสในระหว่างที่ผู้กระทำผิดกำลังรับโทษในความผิดนั้นอยู่ ให้ศาลปล่อยตัวผู้กระทำความผิดนั้นไป เป็นการยกเว้นโทษให้กับชายผู้กระทำความผิด ศาลมีอำนาจอนุญาตให้ชายกับหญิงสมรสกันได้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1448[47] ถ้าอายุชายและเด็กหญิงไม่ถึงสิบเจ็ดปี การสมรสต้องเป็นไปด้วยยินยอมทั้งสองฝ่ายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1458[48] หากฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ยินยอมจะบังคับให้มีการสมรสไม่ได้ นอกจากนี้ศาลยังสามารถอนุญาตให้ผู้เยาว์สมรสกันได้ตามที่ผู้เยาว์ร้องขอ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1456[49]

---

[47] ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1448 บัญญัติว่า "การสมรสจะทำได้ต่อเมื่อชายและหญิงมีอายุสิบเจ็ดปีบริบูรณ์แล้ว แต่ในกรณีที่มีเหตุอันสมควร ศาลอาจอนุญาตให้ทำการสมรสก่อนนั้นได้."

[48] ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1458 บัญญัติว่า "การสมรสจะทำได้ต่อเมื่อชายหญิงยินยอมเป็นสามีภรรยากันและต้องแสดงการยินยอมนั้นให้ปรากฏ โดยเปิดเผยต่อหน้านายทะเบียนและให้นายทะเบียนบันทึกความยินยอมนั้นไว้ด้วย

[49] ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1456 บัญญัติว่า "ถ้าไม่มีผู้ที่มีอำนาจหึความยินยอมตามมาตรา 1454 หรือมีแต่ไม่ให้ความยินยอม หรือไม่อยู่ในสภาพที่อาจให้ความยินยอม หรือโดยพฤติการณ์ผู้เยาว์ไม่อาจขอความยินยอมได้ ผู้เยาว์อาจร้องขอต่อศาลเพื่ออนุญาตให้ทำการสมรส."

คำพิพากษาฎีกาที่ 5281/2549[50] การที่จะไม่ต้องรับโทษในความผิดที่กระทำโดยอาศัยบทบัญญัติมาตรา 277 วรรคสี่แห่งประมวลกฎหมายอาญานั้น จะต้องได้ความว่าจำเลยกระทำชำเราผู้เสียหายที่ 2 โดยผู้เสียหายที่ 2 ยินยอมให้กระทำ เมื่อข้อเท็จจริงได้ความว่าจำเลยกระทำชำเราผู้เสียหายที่ 2 โดยผู้เสียหายที่ 2 ไม่ยินยอมแล้ว แม้ภายหลังศาลจะอนุญาตให้จำเลยกับผู้เสียหายที่ 2 สมรสกัน ก็ไม่เข้าเงื่อนไขในอันที่จะไม่ต้องรับโทษตามบทบัญญัติดังกล่าว

ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามมาตรา 276 และมาตรา 277 เป็นความผิดที่มีการบัญญัติขึ้น เพื่อคุ้มครองไม่ให้มีการล่วงละเมิดต่อเสรีภาพทางเพศ ความยินยอมของหญิงในการกำหนดความสัมพันธ์ทางเพศของตนและคุ้มครองความบริสุทธิ์ของเด็กหญิงที่มีอายุยังไม่เกินสิบห้าปีมิให้ถูกล่วงละเมิดทางเพศ แม้เด็กจะให้ความยินยอมในการกระทำความผิด ผู้กระทำก็ยังคงมีความผิด เนื่องจากเด็กหญิงอายุยังไม่เกิน 15 ปี ส่วนใหญ่ยังมีความเจริญเติบโตและพัฒนาการทางด้านต่างๆเช่นร่างกาย จิตใจ สติปัญญา การศึกษาอบรม ความยั้งคิดและประสบการณ์ไม่เพียงพอ ซึ่งเป็นการเปิดโอกาสให้มีการแสวงหาประโยชน์ทางมิชอบ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในทางเพศจากเด็กหญิงดังกล่าว ทำให้ไม่เป็นผลดีต่อระบบเศรษฐกิจ สังคม และการพัฒนาประเทศ

นอกจากนี้กฎหมายยังต้องการรักษาความสงบสุขของสังคมและสถาบันครอบครัว ถ้าเป็นการกระทำชำเราเด็กที่มีอายุกว่าสิบสามแต่ยังไม่เกินสิบห้า โดยเด็กนั้นยินยอมและเด็กกับผู้กระทำสมัครใจอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยา กฎหมายก็เปิดโอกาสให้ผู้กระทำไม่ต้องรับโทษหรือหากผู้กระทำรับโทษอยู่ก็ให้ศาลปล่อยตัวไป ถ้าศาลมีคำสั่งอนุญาตให้เด็กและผู้กระทำความผิดสมรสกัน

2) ความผิดฐานกระทำอนาจาร

มาตรา 278 “ผู้ใดกระทำอนาจารแก่บุคคลอายุกว่าสิบห้าปี โดยขู่เข็ญด้วยประการใดๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยบุคคลนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้บุคคลนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบปีหรือปรับไม่เกินสองหมื่นบาทหรือทั้งจำทั้งปรับ”

กระทำอนาจาร หมายถึง การกระทำที่ไม่สมควรในทางเพศต่อร่างกายของบุคคลอื่น เช่น กอดจูบ ลูบคลำร่างกายของหญิงหรือชายที่เป็นการแสดงความใคร่ทางเพศ[51] และต้องเป็นการกระทำต่อเนื้อตัวร่างกายของบุคคลโดยตรง การกล่าวถ้อยคำ เขียนภาพ ไม่เป็นการอนาจาร ตามมาตรานี้ ถ้าเป็นการกระทำต่อตัวบุคคลแล้วแม้จะให้ผู้อื่นกระทำโดยใช้เนื้อตัวของเขากระทำต่อ

---

[50] คำพิพากษาฎีกาที่ 5281/2549. สืบค้นเมื่อ 15 เมษายน 2552, จาก **www.Lawyerth.com/download/deka2549.doc**

[51] หยุด แสงอุทัย. (2546). **กฎหมายอาญา ภาค 2-3.** หน้า 170.

ผู้กระทำความผิดเองก็เป็นการกระทำอนาจารต่อผู้อื่นได้[52] และต้องเป็นการกระทำที่ในทางภาวะวิสัยเป็นการละเมิดหรือฝ่าฝืนความรู้สึกอับอายในทางเพศโดยทั่วไปอย่างร้ายแรง และเป็นการกระทำที่ในทางอัตวิสัยได้ถูกกระทำลงด้วยความต้องการทางเพศหรือความใคร่เป็นต้นว่ามีจุดมุ่งหมายหรือความประสงค์ เพื่อก่อหรือระงับความต้องการทางเพศหรืออารมณ์ทางเพศของตนหรือของผู้อื่น และการกระทำที่เป็นอนาจารนั้นต้องเป็นการกระทำต่อเนื้อตัวของบุคคลแม้จะเป็นการผ่านบนเสื้อผ้าก็ตาม การบังคับให้ผู้อื่นจับของลับของตนก็เป็นการกระทำอนาจาร[53] ความผิดฐานนี้จึงเป็นความผิดที่ไม่ต้องทำเอง

การจับหรือฉุดด้วยความยินยอมไม่มีเจตนาทางเพศไม่เป็นอนาจาร แม้หญิงอายุไม่เกินสิบห้าปี ก็ไม่เป็นความผิด ผู้กระทำจะมีความผิดถ้าได้กระทำอนาจารแก่บุคคลอายุเกินกว่าสิบห้าปี ซึ่งไม่จำกัดว่าเป็นหญิงหรือชาย และผู้ถูกกระทำเป็นเพศหรือวัยใดก็ได้ ดังนั้น การกระทำความผิดตามมาตรานี้ อาจเป็นการกระทำระหว่างชายต่อชาย หรือหญิงต่อหญิงหรือบังคับให้บุคคลอื่นจับของลับของตนก็ได้

มาตรา 297 “ผู้ใดกระทำอนาจารแก่เด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปี โดยเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตามต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบปี หรือปรับไม่เกินสองหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคแรก ผู้กระทำได้กระทำโดยขู่เข็ญด้วยประการใดๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยเด็กนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้เด็กนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบห้าปี หรือปรับไม่เกินสามหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

การกระทำอนาจารเป็นการกระทำที่ไม่สมควรในทางเพศ ที่ไม่เพียงเป็นการฝ่าฝืนศีลธรรมโดยทั่วไปเท่านั้น แต่ต้องมุ่งในการประเวณีหรือความใคร่ โดยไม่ได้จำกัดวิธีการกระทำแต่ต้องเป็นการกระทำต่อเนื้อตัวร่างกายของบุคคลโดยตรง[54] รวมถึงการกระทำให้อับอายขายหน้าในทางเพศด้วย[55] ซึ่งอาจเป็นการให้เด็กกระทำกับตน เช่น ให้เด็กจับอวัยวะเพศของตน แต่ไม่ใช่ให้เด็กกระทำอนาจารตัวเองให้ดู ถ้ากระทำโดยมีเจตนาอื่น เช่น จับข้อมือหญิงกระชากเพื่อจะทำร้ายไม่เป็นการกระทำอนาจาร[56] การกล่าวถ้อยคำหรือเขียนภาพก็ไม่เป็นการอนาจารตามมาตรานี้ เช่น การด่ากันด้วยถ้อยคำลามกเป็นเพียงความผิดลหุโทษ

---

[52] จิตติ ติงศภัทิย์. (2531). **คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 1.** หน้า 1977.

[53] คณิต ณ นคร. (2545). **กฎหมายอาญาภาคความผิด.** หน้า 340.

[54] คำพิพากษาฎีกาที่ 353/2476 สืบค้นเมื่อ จาก

http://member.tripod.com/thailbar53/arya209-4. htm

[55] คำพิพากษาฎีกาที่ 569/2479.

[56] เนติบัณฑิตยสภา. (2494). คำพิพากษาฎีกาที่ 1931/2494. หน้า 1528.

กระทำอนาจารแก่เด็ก ไม่เพียงแต่เป็นการกระทำอนาจารต่อหน้าเด็กเท่านั้น แต่ยังหมายความรวมถึงการกระทำด้วยร่างกายของเด็ก หรือกระทำที่ร่างกายของเด็ก ทั้งนี้ ไม่สำคัญว่าการริเริ่มจะเกิดจากใคร[57]

ความผิดฐานกระทำอนาจารเด็กนั้น เดิมกฎหมายมิได้บัญญัติให้เป็นความผิด ต่อมาเมื่อมีการประกาศใช้กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 จึงมีการบัญญัติความผิดฐานกระทำอนาจารไว้ในมาตรา 241 มาตรา 245 และมาตรา 246 ซึ่งความผิดฐานกระทำอนาจารเด็กตามมาตรา 279 นี้มีองค์ประกองเช่นเดียวกับมาตรา 278 ต่างกันตรงที่ผู้ถูกกระทำต้องเป็นเด็กอายุไม่เกินสิบห้าปี ไม่จำกัดว่าเป็นเด็กหญิงหรือเด็กชาย และเด็กจะยินยอมหรือไม่ก็เป็นความผิดทั้งสิ้น เช่นเดียวกับมาตรา 277 วรรคแรก

สรุปได้ว่า การกระทำอนาจารตามมาตรา 278 และ 279 เป็นการกระทำที่ไม่สมควรทางเพศต่อเนื้อตัวร่างกายของผู้ถูกกระทำแต่ไม่ถึงขนาดกระทำชำเรา แม้จะเป็นการกระทำผ่านบนเสื้อผ้า ซึ่งกฎหมายลงโทษผู้กระทำความผิดฐานนี้เพื่อคุ้มครองเสรีภาพในทางเพศของผู้ถูกกระทำมิให้ถูกล่วงละเมิดหากไม่ได้รับความยินยอม ยกเว้นกรณีที่เป็นการกระทำอนาจารต่อเด็กที่มีอายุต่ำกว่าสิบห้าปีแม้เด็กจะยินยอมผู้กระทำก็มีความผิด โดยกฎหมายมองว่าเด็กอายุขนาดนี้ยังไม่มีความสามารถในการให้ความยินยอม ดังนั้นไม่ว่าเด็กอายุต่ำกว่าสิบห้าปีจะให้ความ ยินยอมหรือไม่จึงไม่ใช่สาระสำคัญ เพราะผู้กระทำจะต้องรับผิดทุกกรณี

3.3.5 ประมวลกฎหมายอาญา

ความผิดเกี่ยวกับเพศตามาตรา 276 และมาตรา 277 มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงโดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พ.ศ. 2550 ซึ่งมีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 20 กันยายน 2550 โดยมีเหตุผลในการขอแก้ไขบทบัญญัติดังกล่าวว่าเป็นบทบัญญัติที่เลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องเพศ ดังนั้น เพื่อให้สอดคล้องกับหลักการมีสิทธิเท่าเทียมกันระหว่างชายกับหญิงและหลักการห้ามมิให้เลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลตามที่รัฐธรรมนูญกำหนด จึงจำเป็นต้องมีการตราพระราชบัญญัตินี้

1) ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา

มาตรา 276 บัญญัติว่า “ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นโดยขู่เข็ญด้วยประการใดๆ โดยใช้กำลังประทุษร้ายโดยผู้อื่นนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้หรือโดยทำให้ผู้อื่นนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปีและปรับตั้งแต่แปดพันบาทถึงสี่หมื่นบาท

---

[57] คณิต ณ นคร. เล่มเดิม. หน้า 342.

การกระทำชำเราตามวรรคหนึ่งหมายความว่า การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำโดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น หรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งได้กระทำโดยมีหรือใช้อาวุธปืนหรือวัตถุระเบิด หรือโดยร่วมกระทำความผิดด้วยกันอันมีลักษณะเป็นการโทรมหญิงหรือกระทำกับชายในลักษณะเดียวกัน ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สิบห้าปีถึงยี่สิบปีและปรับตั้งแต่สามหมื่นบาทถึงสี่หมื่นบาท หรือจำคุกตลอดชีวิต

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งเป็นการกระทำความผิดระหว่างคู่สมรสและคู่สมรสนั้นยังประสงค์จะอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยา ศาลจะลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้เพียงใดก็ได้หรือจะกำหนดเงื่อนไขเพื่อคุมความประพฤติแทนการลงโทษก็ได้ ในกรณีที่ศาลมีคำพิพากษาให้ลงโทษจำคุก และคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ประสงค์จะอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยาต่อไปและประสงค์จะหย่า ให้คู่สมรสฝ่ายนั้นแจ้งให้ศาลทราบและให้ศาลแจ้งพนักงานอัยการให้ดำเนินการฟ้องหย่าให้"

ตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน กระทำชำเรา หมายถึง ร่วมประเวณี หรือการร่วมเพศ ซึ่งการร่วมประเวณีหรือการร่วมเพศ ต้องเป็นการกระทำระหว่างชายกับหญิงเท่านั้น ดังนั้นตามกฎหมายและแนวคำพิพากษาฎีกาก่อนที่จะมีการแก้ไขมาตรา 276 การกระทำชำเราจะต้องปรากฏว่า ของลับหรืออวัยวะเพศชายได้ล่วงล้ำเข้าไปในช่องสังวาสหรืออวัยวะเพศหญิงแม้ล่วงล้ำเข้าไปเพียงเล็กน้อยก็เป็นความผิดสำเร็จ โดยไม่จำเป็นต้องมีการสำเร็จความใคร่แต่ตามมาตรา 276 วรรคหนึ่งที่แก้ไขใหม่จะเห็นได้ว่าผู้กระทำและผู้ถูกกระทำอาจเป็นเพศเดียวกันหรือต่างเพศกันหรือเป็นคู่สมรสกันก็ได้ โดยผู้กระทำอาจใช้อวัยวะเพศของตนกระทำกับอวัยวะเพศทวารหนักหรือช่องปากของผู้ถูกกระทำก็ได้ แต่เนื่องจากในปัจจุบันมีการกระทำกิจกรรมทางเพศเกิดขึ้นหลากหลายรูปแบบ การกระทำความผิดทางเพศจึงไม่จำกัดว่าต้องเป็นการใช้อวัยวะเพศชายกระทำต่ออวัยวะเพศหญิงเท่านั้น กฎหมายจึงบัญญัติเพิ่มเติมให้การใช้วัตถุอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้ถูกกระทำถือเป็นการกระทำชำเราด้วย

กฎหมายได้กำหนดนิยามของการกระทำชำเราไว้ ตามมาตรา 276 วรรคสองว่าหมายถึง การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผูกระทำโดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น หรือใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น จึงเป็นการขยายความหมายของการกระทำชำเราให้กว้างขึ้นครอบคลุมถึงการใช้อวัยวะเพศกระทำกับอวัยวะเพศทวารหนักหรือช่องปากของผู้อื่นหรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่นด้วย ไม่จำเป็นต้องใช้อวัยวะเพศชายกระทำชำเราอย่างเดียว ผู้กระทำอาจใช้สิ่งอื่นใดกระทำชำเราก็ได้

ส่วนอวัยวะเพศที่ถูกกระทำก็ไม่จำเป็นต้องเป็นอวัยวะเพศหญิง อาจเป็นอวัยวะเพศชาย ทวารหนักหรือช่องปากก็ได้ ถือเป็นการกระทำชำเราทั้งสิ้น ไม่ว่าจะเป็นการกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากก็ตาม ผู้กระทำจะได้รับโทษในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเช่นเดียวกัน การกระทำชำเราจึงไม่จำกัดแค่การใช้อวัยวะเพศชายล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศหญิงเท่านั้น นอกจากนั้นการกระทำความผิดตามมาตรานี้ต้องเป็นการกระทำเพื่อสนองความใคร่ของตนเองเท่านั้น หากเป็นการกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้ถูกกระทำเองแล้ว ผู้กระทำไม่มีความผิด

มาตรา 277 บัญญัติว่า "ผู้ใดกระทำชำเราเด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปีซึ่งมิใช่ภริยาหรือสามีของตนเองโดยเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตามต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปีและปรับตั้งแต่แปดพันบาทถึงสี่หมื่นบาท

การกระทำชำเราตามวรรคหนึ่ง หมายความว่า การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำโดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนักหรือช่องปากของผู้อื่นหรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น

ถ้าการกระทำตามวรรคหนึ่งเป็นการกระทำแก่เด็กอายุยังไม่เกินสิบสามปี ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่เจ็ดปีถึงยี่สิบปีและปรับตั้งแต่หนึ่งหมื่นสี่พันบาทถึงสี่หมื่นบาท หรือจำคุกตลอดชีวิต

ถ้าการกระทำตามวรรคหนึ่งหรือวรรคสาม ได้กระทำโดยร่วมกระทำความผิดด้วยกันอันมีลักษณะเป็นการโทรมเด็กหญิง หรือกระทำกับเด็กชายในลักษณะเดียวกันและเด็กนั้นไม่ยินยอมหรือได้กระทำโดยมีอาวุธปืนหรือวัตถุระเบิดหรือโดยใช้อาวุธต้องระวางโทษจำคุกตลอดชีวิต

ความผิดตามที่บัญญัติไว้ในวรรคหนึ่ง ถ้าเป็นการกระทำโดยบุคคลอายุไม่เกินสิบแปดปีกระทำต่อเด็กซึ่งมีอายุกว่าสิบสามปีแต่ยังไม่เกินสิบห้าปี โดยเด็กนั้นยินยอมและภายหลังศาลอนุญาตให้ทั้งสองฝ่ายสมรสกัน ผู้กระทำผิดไม่ต้องรับโทษ ถ้าศาลอนุญาตให้สมรส ในระหว่างที่ผู้กระทำผิดกำลังรับโทษในความผิดนั้นอยู่ให้ศาลปล่อยผู้กระทำความผิดนั้นไป"

ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเด็ก ต้องเป็นการกระทำต่อเด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปี ไม่ว่าจะเป็นเด็กหญิงหรือเด็กชาย และเด็กหญิงหรือเด็กชายนั้นต้องมิใช่คู่สมรสของผู้กระทำ การเป็นภริยาหรือสามีที่ถูกต้องตามกฎหมายต้องพิจารณาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1457 ซึ่งเด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปีจะสมรสได้ต้องได้รับความยินยอมจากศาล ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1448 ถ้าเป็นการกระทำชำเราเด็กอายุไม่เกิน 15 ปี แล้วไม่ต้องคำนึงว่าเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ แม้เด็กจะให้ความยินยอมการกระทำก็เป็นความผิด

เนื่องจากประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายบัญญัติให้บุคคลเพศเดียวกันทำการสมรสกันได้ ดังนั้น จึงไม่อาจมีกรณีที่ผู้กระทำและผู้ถูกกระทำที่เป็นเพศเดียวกันไม่ว่าจะมีการผ่าตัดแปลงเพศแล้วหรือไม่ ได้รับการยกเว้นโทษตามวรรคห้าของมาตรานี้

หากผู้กระทำกระทำชำเราเด็กโดยเด็กไม่ยินยอมแล้ว แม้ภายหลังศาลอนุญาตให้ผู้กระทำและเด็กทำการสมรสกันได้ ก็ไม่เข้าเงื่อนไขที่ผู้กระทำไม่ต้องรับโทษตามบทบัญญัติมาตรานี้ หรือการที่ผู้กระทำได้กระทำได้กระทำชำเราผู้เสียหายอันมีลักษณะเป็นการโทรม โดยเด็กไม่ยินยอม ก็ไม่ได้รับการยกเว้นโทษเช่นเดียวกัน

สรุป การข่มขืนกระทำชำเราตามบทบัญญัติของกฎหมายที่ได้รับการแก้ไขเพิ่มเติมในปัจจุบัน ได้ขยายขอบเขตของการกระทำชำเราในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามมาตรา 276 และมาตรฐาน 277 ออกไปอย่างมากโดยบัญญัติให้การล่วงละเมิดทางเพศไม่ว่าจะเป็นการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำ กระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากหรือใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่นเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราทั้งสิ้น ทำให้สามารถแยกกระทำความผิดฐานนี้ตามบทบัญญัติของกฎหมายออกได้เป็น 2 รูปแบบ ได้แก่การร่วมประเวณีตามธรรมชาติ และการร่วมประเวณีโดยผิดธรรมชาติซึ่งแตกต่างจากการตีความการกระทำชำเราตามบทบัญญัติกฎหมายเดิม ซึ่งการข่มขืนกระทำชำเราจะต้องเป็นการร่วมประเวณีตามธรรมชาติเท่านั้น โดยศาลฎีกาได้วางหลักไว้ว่าต้องมีการสอดใส่อวัยวะเพศชายเข้าไปในอวัยวะเพศหญิงจึงจะเป็นความผิดสำเร็จ ถ้ายังไม่มีการสอดใส่ถือว่าเป็นความผิดในขั้นพยายามส่วนการล่วงล้ำเข้าไปในร่างกายในช่องทางอื่นหรือการใช้วัตถุอื่นใดล่วงล้ำเข้าไปในร่างกายเป็นเพียงความผิดฐานกระทำอนาจารซึ่งผู้กระทำจะได้รับโทษน้อยกว่าการข่มขืนกระทำชำเรา

ส่วนในเรื่องผู้ถูกกระทำนั้น ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามกฎหมายใหม่ผู้ถูกกระทำอาจเป็นได้ทั้งชายและหญิง เนื่องจากการที่กฎหมายบัญญัติไว้เพียงแต่ว่าความผิดฐานนี้เป็นการกระทำต่ออวัยวะเพศ ทวารหนักหรือช่องปากของผู้อื่นนั้น แสดงว่ากฎหมายไม่ได้มุ่งคุ้มครองเฉพาะผู้ถูกกระทำที่เป็นหญิงเท่านั้น ซึ่งแตกต่างจากบทบัญญัติความผิดเดิมที่บัญญัติไว้ว่าผู้ที่จะถูกข่มขืนกระทำชำเราได้จะต้องเป็นหญิงซึ่งมิใช่ภรรยาขอตนเท่านั้น หากมีการล่วงล้ำเข้าไปในร่างกายของชายตาม กฎหมายเดิม ผู้กระทำจะรับผิดเพียงฐานกระทำอนาจารเท่านั้น

แม้ว่าแต่เดิมหญิงจะสามารถเป็นตัวการร่วมในการกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราได้แต่หญิงก็รับผิดในฐานเป็นตัวการิใช่เป็นผู้กระทำความผิดโดยตรงในขณะที่ตามมาตรา 276 และมาตรา 277 ที่ได้รับการแก้ไขนั้นหญิงสามารถเป็นผู้กระทำความผิดได้เองโดยตรง หากได้กระทำครบองค์ประกอบความผิดตามที่กฎหมายบัญญัติ ประกอบกับผู้กระทำจะต้องรับผิดถ้าได้กระทำการข่มขืนกระทำชำเราโดยมีเจตนาพิเศษเพื่อสนองความใคร่ของตนเอง หากเป็นการกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้อื่นหรือของผู้ถูกกระทำแล้ว ผู้กระทำไม่มีความผิดตามมาตรานี้ ซึ่งเดิมการ

ลงโทษผู้ที่กระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราไม่จำต้องพิจารณาว่าผู้กระทำได้กระทำไปเพื่อสนองความใคร่ของตนเองหรือไม่เพียงแต่พิจารณาว่าผู้กระทำมีเจตนาที่จะเอาอวัยวะเพศชายของตนสอดใส่เข้าไปในอวัยวะเพศของหญิงผู้ถูกกระทำหรือไม่เท่านั้น หากผู้กระทำต้องการสอดใส่ แม้จะสอดใส่ไม่สำเร็จผู้กระทำก็มีความผิดฐานพยายามข่มขืนกระทำชำเรา แต่ในปัจจุบันต้องมีการพิสูจน์ถึงเจตนาพิเศษด้วยว่าผู้กระทำได้กระทำไปเพื่อสนองความใคร่ของตน อันเป็นการเพิ่มภาระของโจทก์หรือผู้เสียหายในการพิสูจน์ความผิดของจำเลย

2) ความผิดฐานกระทำอนาจาร

มาตรา 278 บัญญัติว่า "ผู้ใดกระทำอนาจารแก่บุคคลอายุกว่าสิบห้าปีโดยขู่เข็ญด้วยประการใดๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยบุคคลนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้บุคคลนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบปี หรือปรับไม่เกินสองหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ"

การกระทำอนาจาร คือ การกระทำที่ไม่สมควรในทางเพศ อันเป็นการกระทำต่อเนื้อตัวร่างกายบุคคลอื่น แม้จะเป็นการกระทำในที่ลับก็เป็นอนาจารได้

คำพิพากษาฎีกาที่ 4836/2547[58] วินิจฉัยว่า คำว่า "อนาจาร" หมายความถึงการกระทำต่อเนื้อตัวบุคคลที่ไม่สมควรทางเพศ ซึ่งมิได้หมายความเฉพาะการประเวรีหรือความใคร่เท่านั้นแต่รวมถึงการกระทำที่ให้อับอายขายหน้าในทางเพศด้วย การที่จำเลยกอดเอวโจทก์ร่วมจับมือและดึงแขนโจทก์ร่วมนั้น เป็นการกระทำอนาจารต่อโจทก์ร่วม

คำพิพากษาฎีกาที่ 1620/2536[59] จำเลยถอดกางเกงนอกและกางเกงในผู้เสียหายแล้วจับอวัยวะเพศของผู้เสียหาย โดยผู้เสียหายพยายามต่อสู้เป็นการใช้แรงกายกระทำต่อผู้เสียหาย ถือได้ว่าจำเลยกระทำอนาจารแก่ผู้เสียหายโดยใช้กำลังประทุษร้าย

คำพิพากษาฎีกาที่ 7631/2549[60] การที่ผู้เสียหายทั้งสามยอมให้จำเลยกระทำก็เพราะหลงเชื่อว่าจำเลยเป็นเจ้าพนักงานมีอำนาจกระทำได้ เกิดจากความเบาปัญญา อ่อนต่อโลกของผู้เสียหาย มิได้เกิดจากความสมัครใจและอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ การที่จำเลยจับและลูบบริเวณแขน หัวไหล่ เต้านมและหน้าท้องของผู้เสียหายทั้งสามเป็นการใช้แรงกายภาพต่อผู้เสียหายทั้งสามถือได้ว่าเป็นการใช้กำลังประทุษร้าย จำเลยมีความผิดฐานกระทำอนาจารตามมาตรา 278

การกระทำอนาจารตามมาตรานี้ ต้องเป็นการกระทำต่อบุคคลที่มีอายุเกินกว่าสิบห้าปี ซึ่งผู้ถูกกระทำเป็นได้ทั้งชายและหญิง ไม่ว่าจะเป็นชายกระทำต่อชาย หรือหญิงกระทำต่อชายหรือ

---

[58] ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ. (2550). **หญิงข่มขืนชายกฎหมายสะเทือนอารมณ์.** หน้า 7.

[59] บริการส่งเสริมงานตุลาการ. (2536). สำนักงานข้าราชการตุลาการ. หน้า 174.

[60] บริการส่งเสริมงานตุลาการ. (2546). สำนักงานข้าราชการตุลาการ. หน้า 12.

หญิงทำต่อหญิงหรือสามีกระทำต่อภริยาของตนเองก็ได้ ถ้าเป็นการกระทำผิดธรรมดาโดยภริยาไม่ยินยอม

มาตรา 279 บัญญัติว่า "ผู้ใดกระทำอนาจารแก่เด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปี โดยเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบปี หรือปรับไม่เกินสองหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคแรก ผู้กระทำได้กระทำโดยขู่เข็ญด้วยประการใดๆ โดยใช้กำลังประทุษร้ายโดยเด็กนั้นยังอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้เด็กนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบห้าปีหรือปรับไม่เกินสามหมื่นบาทหรือทั้งจำทั้งปรับ"

ความผิดฐานกระทำอนาจารเด็ก ตามมาตรา 279 มีองค์ประกอบเช่นเดียวกับมาตรา 278 แต่แตกต่างกันตรงอายุของผู้ถูกกระทำที่ต้องเป็นการกระทำต่อเด็กอายุไม่เกิน 15 ปี และไม่ว่าเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม ผู้กระทำก็มีความผิด ซึ่งผู้กระทำต้องรู้ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับอายุของเด็กด้วย หากไม่รู้ถือว่าขาดเจตนา

คำพิพากษาฎีกาที่ 509/2529[61] จำเลยหลอกเด็กชายอายุไม่เกิน 13 ปี ว่าดวงไม่ดีต้องสะเดาะเคราะห์แล้วใช้ของลับสอดใส่ทวารหนัก เป็นความผิดตามมาตรา 279 วรรคแรก

คำพิพากษาฎีกาที่ 117/2534[62] จำเลยซึ่งเป็นบิดาผู้เสียหายเด็กอายุ 12 ปีใช้อวัยวะถูไถสัมผัสที่ด้านนอกของอวัยวะเพศบุตรจนสำเร็จความใคร่โดยไม่มีเจตสอดใส่เข้าไปในอวัยวะเพศของบุตรแต่อย่างใดไม่มีเจตนาจะข่มขืนกระทำชำเรา จึงไม่เป็นพยายามกระทำชำเราแต่การกระทำของจำเลยเป็นความผิดฐานกระทำอนาจารแก่เด็กอายุไม่เกินสิบห้าปีตามมาตรา 279 เพราะจำเลยมีเจตนากระทำอนาจารและมีโทษหนักขึ้นตามมาตรา 285

คำพิพากษาฎีกาที่ 2693-95/2516จำเลยบังคับให้เด็กหญิงจับของลับของจำเลยเป็นความผิดตามมาตรา 279 วรรคสอง เพราะถือได้ว่าเป็นการกระทำอนาจารต่อหน้าผู้อื่น

คำพิพากษาฎีกาที่ 4042/2534 เพียงแต่กอดจูบ ลูบคลำ แตะต้อง เนื้อตัวร่างกายในทางไม่สมควรทางเพศก็เป็นความผิดสำเร็จแล้ว ข้อสำคัญอยู่ที่ว่าผู้กระทำมีเจตนากระทำในทางความใคร่ในทางเพศหรือทางกามารมณ์ต่อผู้ถูกกระทำ โดยผู้ถูกกระทำไม่ยินยอม หากมีเจตนาอย่างอื่นไม่เป็นความผิดตามมาตรานี้

การจับหรือฉุดด้วยความยินยอมไม่มีเจตนาทางเพศไม่เป็นอนาจาร แม้หญิงอายุไม่เกิน 15 ปี ก็ไม่เป็นความผิด

---

[61] เนติบัณฑิตยสภา. (2529). **คำบรรยายกฎหมายเนติบัณฑิตยสภา.** หน้า 231.

[62] เนติบัณฑิตยสภา. (2534). **คำบรรยายกฎหมายเนติบัณฑิตยสภา.** หน้า 66.

คำพิพากษาฎีกาที่ 970/2477 มีคนจะทำร้ายจำเลย จำเลยจึงกอดหญิงไว้มิให้ถูกทำร้ายไม่มีความผิดฐานนี้

นับตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบันความผิดฐานกระทำอนาจารเป็นความผิดทางเพศที่กฎหมายบัญญัติขึ้น เพื่อให้ครอบคลุมถึงการกระทำความผิดทางเพศต่อเนื้อตัวร่างกายของผู้กระทำในลักษณะอื่นๆ ที่นอกเหนือจากการข่มขืนกระทำชำเรา การประกาศใช้พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พ.ศ. 2550 ทำให้คำจำกัดความของการกระทำชำเราเปลี่ยนแปลงไป โดยการกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรามีขอบเขตกว้างขึ้น ในขณะเดียวกันการกระทำความผิดฐานกระทำอนาจารก็มีขอบเขตแคบลง ความผิดบางลักษณะซึ่งแต่เดิมเคยเป็นความผิดฐานกระทำอนาจาร เช่น การใช้อวัยวะเพศชายถูไถภายนอกอวัยวะเพศของผู้อื่น เป็นเพียงความผิดฐานกระทำอนาจาร แต่ในปัจจุบันการกระทำดังกล่าวเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา

ความแตกต่างระหว่างความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรากับความผิดฐานกระทำอนาจารในปัจจุบัน จึงต้องพิพากษาจากอวัยวะส่วนที่ถูกล่วงละเมิดเป็นหลัก ถ้ากระทำความผิดนั้นเป็นการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น หรือใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น ผู้กระทำจะมีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราทันทีโดยไม่ต้องพิจารณาว่าจะมีการล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเหล่านั้นหรือไม่ เนื่องจากในปัจจุบันกฎหมายบัญญัติคำจำกัดความของการกระทำชำเราไว้กว้างมาก ถ้าการละเมิดทางเพศนั้นเป็นการกระทำต่อเนื้อตัวร่างกายส่วนอื่นนอกจากอวัยวะที่กล่าวมาแล้ว จึงจะเป็นความผิดฐานกระทำอนาจาร เนื่องจากความผิดฐานกระทำอนาจารเป็นฐานความผิดที่กำหนดขึ้น เพื่อรองรับความผิดทางเพศต่อเนื้อตัวร่างกาย ของผู้กระทำในลักษณะอื่นๆ ที่นอกเหนือจากการข่มขืนกระทำชำเรา

3.4 ความสัมพันธ์ของศาสนาอิสลามกับการบัญญัติกฎหมายโดยรัฐ

อิสลาม เป็นชื่อของศาสนาหนึ่งที่มีประชากรนับถืออยู่ทั่วโลก โดยมีผู้นับถือประมาณ 1 ใน 4 ของประชากรทั้งหมดในโลก คำว่า “อิสลาม” เป็นภาษาอาราบิค แปลว่า “การมอบกายและจิตใจให้แก่พระผู้เป็นเจ้า” และยังแปลความหมายได้อีกคำหนึ่งว่า “สันติ” โดยท่านศาสดามุฮัมมัดได้ใช้เวลาเผยแพร่ถึง 23 ปี (ระหว่างปี ค.ศ. 610-633) พระเจ้าในศาสนาอิสลามเรียกว่า “ฮัลลอฮ” คัมภีร์ที่รวบรวมคำสั่งสอนเรียกว่า “คัมภีร์อัลกุรอาน” และคำว่ามุสลิม หมายถึง ผู้นอบน้อมต่อพระผู้เป็นเจ้าแต่เพียงผู้เดียวเพื่อความสันติ[63]

การพัฒนาของกฎหมายอิสลาม เกิดขึ้นเมื่อราว 1400 ปี มาแล้วโดยกฎหมายอิสลามได้ผ่านการทดสอบและการท้าทายจากระบบกฎหมายอื่นมาทุกยุคทุกสมัย ก่อนที่จะมีการประกาศใช้

---

[63] เด่น โต๊ะมีนา. (2532). **กฎหมายอิสลาม. หน้า** 2.

กฎหมายอิสลาม กฎหมายที่ชาวอาหรับใช้อยู่จะเป็นกฎหมายจารีตประเพณีของชาวอาหรับ ซึ่งส่วนมากจะเป็นชาวเผ่าเบดูอินเร่ร่อนที่มีการบัญญัติกฎหมายใช้บังคับเองเฉพาะกลุ่ม ซึ่งต่อมาศาสดามุฮัมมัดได้เข้าปกครองเมืองมักกะฮ์ในฐานะผู้ฟื้นฟูศาสนาและได้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการพิจารณาคดี ห้ามให้สินบนผู้พิพากษาและให้เสนอหลักฐานที่แท้จริงต่อผู้พิพากษา และกำหนดให้ผู้พิพากษาพิจารณาคดีตามน้ำหนักของพยานหลักฐาน โดยอาศัยหลักของคัมภีร์อัลกุรอานเป็นรากฐานของกฎหมายในเรื่องต่างๆ ไว้อย่างมากมาย เช่น การปฏิบัติต่อเชลยศึก สิทธิของเด็กกำพร้า ผู้หญิงและทาสเป็นต้น[64]

3.4.1 ที่มาของกฎหมายอิสลาม

กฎหมายอิสลามมีที่มาอยู่ 4 ประการด้วยกัน[65] คือ

1) โดยคัมภีร์อัล-กุรอานซึ่งถือเป็นที่มาที่ถูกต้องและระดับสูงสุดของกฎหมายอิสลาม โดยถือว่าสิ่งที่บันทึกไว้ในคัมภีร์เป็นพระวจนะของอัลลอฮ์ที่ส่งผ่านมายังศาสดามุฮัมมัดเพื่อเผยแพร่แก่มนุษยชาติเป็นระยะ โดยได้ถ่ายทอดแก่ศาสดามุฮัมมัดเมื่อท่านอายุได้ 40 ปี จนท่านเสียชีวิตเมื่ออายุ 63 ปี โดยคัมภีร์อัล-กุรอานทั้งเล่มแบ่งออกเป็น 30 ภาค จำนวน 144 บทประมาณ 6200 โองการ ซึ่งการตีความหมายของอัล-กุรอานอาจทำได้หลายวิธีเช่น

การให้ความหมายโดยท่านศาสดามุฮัมมัด คัมภีร์อัล-กุรอานได้กำหนดให้ศาสดามุฮัมมัดเป็นผู้อธิบายความหมายของคัมภีร์ โดยในบทที่ 16 โองการที่ 64 กล่าวว่า "เราไม่ได้ประทานคัมภีร์นี้มาแก่เจ้า (มุฮัมมัด) เพื่ออื่นใด เว้นแต่เพื่อให้เจ้าชี้แจงให้กระจ่างแก่พวกเขา ในข้อที่พวกเขาขัดแย้งและเป็นทางนำสู่เมตตาแก่ประชาชนผู้ศรัทธา" โดยการอธิบายคัมภีร์อัลกุรอาน ของท่านศาสดามุฮัมมัดจะได้รับการบันทึกไว้ในฮาดิษด้วย เป็นต้น

2) ซุนนะฮ์ และฮาดิษ โดยความหมายของซุนนะฮ์ หมายถึง คำพูด การประพฤติ การปฏิบัติของท่านศาสดามุฮัมมัด ส่วนคำว่า ฮาดิษ หมายถึง ข่าว รายงาน หรือการเล่าสืบทอด โดยเป็นการบันทึกคำกล่าวของท่านศาสดามุฮัมมัดโดยผู้ติดตามของท่าศาสดา การที่ถือว่าซุนนะฮ์ และฮาดิษเป็นที่มาของกฎหมายอิสลามนั้น เนื่องจากในคัมภีร์อัล-กุรอานได้บัญญัติให้มุสลิมปฏิบัติตามแบบอย่างทีท่านศาสดาได้ปฏิบัติ เช่น คัมภีร์อัล-กุรอานได้มีบัญญัติให้มีการละหมาดหรือการจ่ายซะกาต แต่ไม่ได้บอกถึงรายละเอียดเอาไว้ โดยท่านมุฮัมมัดจะเป็นผู้อธิบายและแสดงให้ปฏิบัติตาม

3) โดยอิจญ์มะ ซึ่งหมายถึง คำวินิจฉัยชี้ขาดของบรรดานักปราชญ์ในศาสนาอิสลามที่ได้มีการประชุมและมีมติออกมาเพื่อยึดถือและปฏิบัติตาม เมื่อมีปัญหาหรือสิ่งใหม่ที่ไม่เคยปรากฏมาก่อนในคัมภีร์-อัลกุรอาน และซุนนะฮ์ของศาสดา โดยอิจญ์มะเป็นที่ยอมรับของท่านศาสดาตามที่

---

[64] ซัลมาน เหมมานะ. (2539). **ธนาคารไม่มีดอกเบี้ยตามหลักคำสอนของศาสนาอิสลาม.** หน้า 9.

[65] แหล่งเดิม. หน้า 13.

ได้มีอาดิษบันทึกไว้ว่าท่านศาสดาได้กล่าวว่า "การที่มีความคิดเห็นที่แตกต่างกันในประชาชาติของฉันเป็นสิ่งที่แสดงความยิ่งใหญ่ของอัลลอฮ"

4) โดยกิยาส หรือเรียกอีกอย่างหนึ่งว่าอิจญ์ติหาด หมายถึงการใช้เหตุผลในการวิเคราะห์ อย่างไรก็ตามเกิดขึ้นภายหลังจากการมรณกรรมของท่าศาสดา ยังไม่เป็นที่ยอมรับกันเนื่องจากในการวินิจฉัยประเด็นของกฎหมายอิสลามอาจเกิดความผิดพลาดได้ การกิยาสในยุคหลังจึงชะงักลง

3.4.2 สาระสำคัญของกฎหมายอิสลามกับการบัญญัติกฎหมาย

กฎหมายอิสลามนั้น เป็นกฎหมายที่เกิดจากคำสอนในทางศาสนา ซึ่งคำสอนในทางศาสนาอิสลามมีคำสอนที่มิได้มีเพียงหลักบัญญัติในเรื่องความศรัทธาเพียงอย่างเดียว แต่ศาสนาอิสลามได้บัญญัติหลักการในการดำรงชีพด้วย โดยมีสาระสำคัญดังนี้

1) กฎหมายอิสลามบัญญัติหลักการในเรื่องของการศรัทธา เรื่องราวของจิตวิญญาณ ซึ่งเป็นหลักการในเรื่องการเคารพและเชื่อมั่นในพระเจ้า รวมไปถึงบัญญัติเรื่องการลงโทษในกรณีที่มีการฝ่าฝืนคำสั่งใช้ของพระผู้เป็นเจ้า การพิจารณาความดีความชั่วของมนุษย์ และผลตอบแทนที่มนุษย์จะได้รับจากการกระทำของตนในโลกหน้าด้วย

จะเห็นได้ว่า กฎหมายอิสลามนั้นได้ให้ความคุ้มครองสถาบันศาสนาในเรื่องของความศรัทธาสาธารณะไว้โดยตรง ซึ่งการคุ้มครองดังกล่าวมีรากฐานมาจากคำสอนขององค์ศาสดา โดยถือว่าหากผู้ใดฝ่าฝืนคำสอนของพระผู้เป็นเจ้าจะต้องมีบทลงโทษด้วย จึงถือได้ว่าในประเทศที่นับถือศาสนาอิสลามนั้น รัฐได้เล็งเห็นถึงความสำคัญของศาสนาอิสลามเป็นอย่างมากโดยมีการบัญญัติกฎหมายเพื่อเป็นการคุ้มครองศาสนาโดยตรงให้บุคคลต้องรับผิดหากทำให้ศาสนาเสื่อมเสียศรัทธาสาธารณะ แตกต่างจากประเทศไทยซึ่งนับถือศาสนาพุทธ ซึ่งในกรณีที่มีบุคคลใดทำให้ศาสนาเสื่อมศรัทธาสาธารณะผู้นั้นย่อมไม่มีความรับผิดทางอาญาจากการกระทำดังกล่าวเช่นเดียวกับกฎหมายอิสลาม

2) กฎหมายอิสลามบัญญัติหลักการในเรื่องกฎหมายอาญา คือ เรื่องการกระทำความผิดที่มนุษย์ทำขึ้นแก่เนื้อตัวร่างกาย ทรัพย์สินหรือเสรีภาพของบุคคลอื่น การละเมิดศีลธรรม รวมไปถึงบทลงโทษในการกระทำความผิดเหล่านั้นด้วย เช่น ผู้ที่ลักทรัพย์ จะมีบทบัญญัติลงโทษให้ตัดมือเป็นต้น

3) กฎหมายอิสลามบัญญัติหลักการในเรื่องเศรษฐศาสตร์ การดำเนินการค้าตามรูปแบบของมุสลิม เพื่อให้เกิดความทัดเทียมกันในเรื่องของสังคม เพื่อลดช่องว่างระหว่างคนรวยและคนจนในสังคมด้วย

4) กฎหมายอิสลามบัญญัติหลักการในเรื่องครอบครัว มรดก โดยกำหนดหลักการในเรื่องการดูและครอบครัว และหน้าที่ของตนเองที่มีต่อครอบครัว หลักเกณฑ์ในเรื่องของการสมรส

การขาดจากการสมรส หน้าที่ระหว่างสามีภริยา รวมไปถึงการจัดการมรดกอย่างเหมาะสมตามหน้าที่ที่ทุกคนจะต้องปฏิบัติ เพื่อให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่ศาสนาอิสลามได้บัญญัติไว้

5) กฎหมายอิสลามกำหนดกำหนดเรื่องการเมือง การปกครอง โดยกำหนดคุณสมบัติของผู้ปกครอง หน้าที่และความรับผิดชอบของผู้ปกครอง รวมไปถึงหลักการในการปกครอง และบทลงโทษของผู้ปกครองที่ทุจริตต่อการปฏิบัติหน้าที่

6) กฎหมายอิสลามวางหลักเกณฑ์ในเรื่องการตัดสินพิจารณาคดี โดยกำหนดว่าการพิจารณาตัดสินลงโทษผู้กระทำความผิดจะต้องมีพยานหลักฐาน หรือพยานบุคคลประกอบการพิจารณาในแต่ละคดีก่อนที่จะมีการตัดสินลงโทษแก่ผู้ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิด ซึ่งหลักเกณฑ์ในการพิจารณานั้นก็จะแตกต่างกันไปตามความผิดแต่ละเรื่อง

จะเห็นได้ว่า ศาสนาอิสลามนั้นมีอิทธิพลมากต่อชาวมุสลิมที่มีการบังคับใช้กฎหมายอิสลาม ซึ่งในการบัญญัติกฎหมายนั้นฝ่ายนิติบัญญัติได้มีการนำคำสอนในศาสนาอิสลามนั้นเข้าเป็นส่วนหนึ่งของบทบัญญัติกฎหมายโดยตรง และมีผลบังคับเป็นการทั่วไปไม่ว่าจะเป็นสภาพบังคับในทางแพ่งหรืออาญาโดยอาจกล่าวได้ว่าศาสนาอิสลามเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายและกฎหมายเป็นส่วนหนึ่งของศาสนาอิสลามเลยทีเดียว แตกต่างจากกฎหมายไทยในปัจจุบันที่ในการบัญญัติกฎหมายเพื่อใช้บังคับนั้น เป็นการบัญญัติเพื่อใช้บังคับตามสภาวการณ์ มิได้คำนึงถึงคำสอนตามพระธรรมวินัยแต่อย่างใด โดยฝ่ายนิติบัญญัตินั้นจะไม่ก้าวก่ายในกิจการของสงฆ์และในขณะเดียวกันก็มิได้นำหลักธรรมคำสอนในศาสนาพุทธมาเป็นเงื่อนไขในการบัญญัติกฎหมายด้วย ดังนั้นในการนำพระวินัยสงฆ์มาใช้บังคับจึงไม่มีสภาพบังคับทางอาญาเช่นเดียวกับกรณีของกฎหมายอิสลาม และในการนำพระวินัยมาใช้บังคับนั้นส่วนใหญ่จะเป็นการบังคับใช้กับบรรดาพระภิกษุในศาสนาเพื่อให้มีการประพฤติปฏิบัติตนให้สำรวมสมกับเป็นผู้ออกบวชเพื่อแสวงหาทางดับทุกข์ ซึ่งกรณีที่มีการละเมิดพระวินัยโทษร้ายแรงที่สุดผู้ละเมิดจะพึงได้รับนั่นก็คือ การปาราชิกหรือการขาดจากการเป็นพระเท่านั้น และไม่มีความรับผิดทางอาญาแต่อย่างใดแตกต่างจากกฎหมายอิสลามที่มีการบัญญัติถึงกรณีที่บัญญัติให้บุคคลผู้ฝ่าฝืนคำสอนของพระเจ้ามีบทลงโทษด้วย

บทที่ 4

การกระทำความผิดทางเพศทางพระวินัยกับกฎหมายอาญาและการลงโทษที่เหมาะสม

เนื่องด้วยศาสนาพุทธนั้นเป็นศาสนาที่เป็นศาสนาหลักของประเทศไทยและมีความสัมพันธ์ต่อบุคคลทุกระดับชนชั้นมาตั้งแต่อดีตหลายยุคหลายสมัยดังที่ได้กล่าวไว้ข้างต้น ซึ่งแม้กระทั่งพระมหากษัตริย์ซึ่งเป็นองค์ประมุขของชาติยังต้องทรงกราบไหว้พระสงฆ์ เนื่องจากบุคคลซึ่งบวชเป็นพระภิกษุสงฆ์นั้นถือว่าเป็นผู้มีสถานะในทางสังคมที่เป็นที่ยอมรับควรนับถือกราบไหว้ในประเทศไทย ซึ่งการเคารพและยอมนับถือดังกล่าวถือเป็นการยอมรับในภาพลักษณ์ของบุคคลซึ่งเป็นสมาชิกของสถาบันศาสนา กล่าวคือ แม้ซึ่งบุคคลผู้บวชเป็นพระภิกษุสงฆ์นั้นจะมีประวัติความเป็นมาเช่นไร แต่นับจากบุคคลดังกล่าวละจากเพศคฤหัสถ์ออกบวชเป็นพระภิกษุสงฆ์แล้วบุคคลดังกล่าวก็มีสถานะเป็นบุคคลซึ่งพุทธศาสนิกชนต้องกราบไหว้ให้ความเคารพ สำรวมดังได้เคยปรากฏในกฎหมายตราสามดวงบัญญัติไว้ว่า “21 มาตราหนึ่ง ผู้ใดศรัทธาต่อพระศาสนาโปรดให้ทาสบวชเป็นสามเณร เป็นรูปชีในศาสนาแล้ว ถึงจะสึกออกจากศาสนาแล้วก็ดี ถ้ายอมให้บวชแล้ว เจ้าทาสจะเอากลับเอาคืนเป็นทาสไม่ได้”[1] กล่าวคือ ทาสที่เจ้านายอนุญาตให้บวชแล้วแม้สึกออกจากบวชแล้วก็จะพ้นจากความเป็นทาสทันทีฐานะของคนๆ นั้นเปลี่ยนไปทันทีแม้ภายหลังสึก อาจกล่าวได้อีกนัยหนึ่งว่าศาสนาทำให้คนผู้ครองเพศบรรพชิตมีสถานะเปลี่ยนไป ฉะนั้นพระสงฆ์ในความหมายในจิตใจของคนไทยส่วนใหญ่แล้วไม่ได้หมายความถึงเฉพาะว่าเป็นตัวแทนของศาสนาเท่านั้น แต่ยังเป็นความคาดหวังของคนในสังคมไทยทุกคน ที่ถูกปลูกฝังสืบทอดกันมาอย่างช้านานว่าพระสงฆ์เป็นบุคคลที่ควรแก่การกราบไหว้บูชา ควรนับถือเอาเป็นแบบอย่าง ซึ่งแม้แต่พระมหากษัตริย์ก็ยังทรงกราบไหว้ นอกจากนี้พระภิกษุสงฆ์บางรูปยังมีฐานะเป็นอาจารย์ผู้ประสิทธิประศาสตร์วิชาความรู้สอนหนังสือให้อ่านออกเขียนได้ก่อนที่จะมีโรงเรียน เป็นที่พึ่งพิงยามทุกข์ร้อน ฉะนั้นหากพระภิกษุสงฆ์นั้นเป็นผู้กระทำความผิดเสียเองเสียแล้วย่อมก่อให้เกิดผลกระทบเชิงลบต่อภาพลักษณ์ของพุทธศาสนา และรวมถึงความรู้สึกของคนในประเทศส่วนใหญ่ที่นับถือศาสนาพุทธ อีกทั้งในบางครั้งผลจากการกระทำความผิดของพระภิกษุสงฆ์นั้นอาจส่งผล

---

[1] มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์และการเมือง. **ประมวลกฎหมายรัชกาลที่ 1 จุลศักดิ์ราช 1166** (เล่ม 2) หน้า 100.

กระทบในรูปแบบอื่นๆ อีกได้ด้วย เช่น หากมีพระสงฆ์ผู้กระทำความผิดอาญาโดยเจตนามากยิ่งขึ้น ถ้าความผิดดังกล่าวเป็นความผิดร้ายแรงที่เพศบรรพชิตไม่พึงกระทำเช่นความผิดเกี่ยวกับเพศกรณีเช่นนี้อาจส่งผลให้ภาพลักษณ์ของสถาบันศาสนาตกต่ำ เมื่อประชาชนต่างตำหนิพระภิกษุสงฆ์ เมื่อผู้คนเกิดความคลางแคลงใจเพราะบุคคลผู้สอนพระอรรถธรรมให้เกรงกลัวบาปยังเป็นผู้กระทำความผิดเสียเองแล้ว ประชาชนทั่วไปก็จะไม่เชื่อเรื่องคุณงามความดี บาปบุญคุณโทษ อันอาจก่อให้แรงจูงใจในการก่ออาชญากรรมมากยิ่งขึ้น และผลกระทบกับเยาวชนที่จะเติบโตเป็นผู้ใหญ่ที่ไม่มีธรรมในจิตใจ บั่นทอนความมั่นคงต่อประเทศชาติในระยะยาว

4.1 การกระทำผิดทางเพศตามพระธรรมวินัยแต่ไม่ผิดกฎหมาย

การเสพเมถุนในทางพระพุทธศาสนานั้น แม้การกระทำนั้นจะไม่ถึงขั้นข่มแหงใจหรือกายของผู้ถูกกระทำ ความหมายในการเสพเมถุนของผู้อยู่ในเพศบรรพชิตก็มีความร้ายแรงโดยบริบทของฐานะในความเป็นสงฆ์ที่จะต้องประพฤติตนอยู่ในเพศพรหมจรรย์หรือกล่าวให้เข้าใจง่ายคือ การตัดความกำหนัดในกามอันเป็นศัตรูต่อการเกลาจิตใจบริสุทธิ์ละกิเลสอย่างหยาบให้ต่างจากคฤหัสถ์อันเป็นกิจที่สงฆ์ควรละเว้นตามคำสั่งสอนในพระธรรมวินัย ฉะนั้นการที่ผู้ถูกกระทำจะยินยอมหรือไม่ยินยอม และผู้ถูกระทำจะเป็นเดรัจฉานหรือมนุษย์ล้วนแล้วแต่เป็นความผิดตามพระธรรมวินัย จะเห็นได้ว่า การกระทำชำเราโดยหญิงยินยอมหรือจะเป็นการข่มขืนหรือไม่นั้นไม่สำคัญทางพระพุทธศาสนายึดหลักดูที่ เจตนาของผู้กระทำเป็นที่ตั้งว่ามีเจตนาที่จะร่วมเพศหรือไม่ และได้กระทำถึงขั้นได้สอดใส่อวัยวะเพศเข้าไปแม้ชั่วเมล็ดงาผู้นั้นก็ถือได้ชื่อว่าได้กระทำความผิดทางเพศตามพระพุทธศาสนา การเสพเมถุนในทางพุทธศาสนาไม่เพียงแต่หมายถึง ภิกษุผู้กระทำฝ่ายเดียวแต่ยังหมายถึง ภิกษุผู้ถูกกระทำแล้วมีใจยินดีที่ถูกกระทำก็ถือว่าเสพเมถุน แม้ว่าตอนถูกกระทำจะไม่รู้ตัวหรือถูกลักหลับแต่พอรู้แล้วมีจิตยินดีในภายหลัง หรือถูกข่มขืนแต่รับสัมผัสแต่ยินดีในขณะที่องค์กำเนิดเข้าไป เข้าไปถึงที่แล้วก็ดี หยุดอยู่ก็ดี ถอนออกก็ดี มีความยินดีแม้ในขณะใดขณะหนึ่งก็ดีก็ถือว่ามีความผิดในทางเพศตามความหมายในทางพุทธศาสนาเช่นกัน จึงอาจกล่าวโดยสรุปได้ว่าหัวใจหรือสาระสำคัญของการกระทำความผิดทางเพศของพระภิกษุสงฆ์ตามพระธรรมวินัยคือจิตที่รับผัสสะหรือสัมผัสไม่ว่าจะมีความยินดีในขณะเจตนาเสพกามของพระภิกษุผู้กระทำหรือการมีอารมณ์ยินดีของพระภิกษุผู้ถูกกระทำเมื่อทราบว่าตนถูกกระทำในภายหลังแม้ในขณะถูกกระทำจะไม่รู้ตัวเลยก็ถือว่ามีความผิดเนื่องจากจิตเสพอารมณ์ยินดีในกามคุณ

ส่วนความหมายของความผิดฐานข่มขืนในทางประมวลกฎหมายอาญา คือ การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ โดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำ กระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น หรือใช้สิ่งใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น จึงเป็นการขยายความหมายของการกระทำที่กว้างขึ้นครอบคลุมถึงการใช้อวัยวะเพศกระทำกับอวัยวะเพศ

ทวารหนักหรือช่องปากของผู้อื่น หรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่นด้วย ไม่จำต้องใช้อวัยวะชายกระทำชำเราอย่างเดียว ผู้กระทำอาจใช้สิ่งอื่นใดกระทำชำเราก็ได้ ส่วนอวัยวะเพศที่ถูกกระทำไม่จำเป็นต้องเป็นอวัยวะเพศหญิง อาจเป็นอวัยวะเพศชาย ทวารหนักหรือช่องปากของเพศใดก็ได้ ถือเป็นการกระทำชำเราทั้งสิ้น และการกระทำความผิดตามมาตรานี้ ต้องเป็นการกระทำเพื่อสนองความใคร่ของตนเองเท่านั้น หากเป็นการกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้ถูกกระทำเองแล้ว ผู้กระทำไม่มีความผิด

"รองศาสตราจารย์ ดร.ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ ได้อธิบายความหมายคำว่าข่มขืนว่า การเอาของลับของชายเข้าไปในช่องสังวาสของหญิง แม้ล่วงล้ำไปเพียงนิดเดียว หรือเหยื่อพรหมจารียังไม่ขาดหรือน้ำอสุจิยังไม่เคลื่อนก็ตาม ก็เป็นความผิดสำเร็จแล้ว แต่ถ้าอวัยวะเพศชายไม่สามารถล่วงล้ำเข้าไปได้ ไม่ว่าเพราะอวัยวะเพศหญิงเล็กเกินไป หรืออวัยวะเพศชายไม่แข็งแรงพอ แม้น้ำอสุจิเคลื่อนเยื่อพรหมจารีขาดก็เป็นเพียงพยายาม แต่กฎหมายเปลี่ยนแปลงกฎหมายใหม่ แม้ว่าจะไม่ได้ใช้อวัยวะเพศ เช่น ใช้ของเทียมหรือใช้อวัยวะเพศแต่ได้กระทำแก่ช่องทางอื่น เช่น ทางปากหรือทางทวารหนักก็เป็นการชำเราด้วยเช่นกัน ส่วนคำว่า ผู้อื่นนั้น หมายถึงหญิงตามธรรมชาติที่ถือกำเนิดมาเป็นเพศที่ออกลูกได้และรวมถึงชายแปลงเพศเป็นหญิงด้วย ดังนั้นการกระทำระหว่างหญิงต่อหญิงหรือชายต่อชายจึงเป็นความผิดฐานนี้ได้"[2]

ท่านอาจารย์ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ ยังได้ให้ความเห็นคำว่าข่มขืนตามมาตรา 276 วรรคสองว่า "ความในวรรคสอง (แก้ไขใหม่) ที่ว่า "กระทำชำเรา... หมายความว่า..." มิได้ใช้คำว่า... หมายความรวมถึง... เท่ากับยกเลิก ความหมาย ว่า ชำเราหมายถึงการล่วงล้ำ ของอวัยวะเพศไปแล้ว ดังนั้น การกระทำกับอวัยวะเพศจึงเป็นความผิดสำเร็จได้โดยไม่มีการล่วงล้ำ"[3]

จึงอาจกล่าวได้ว่าการข่มขืนกระทำชำเราตามประมวลกฎหมายอาญาในปัจจุบัน แม้จะไม่มีการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำผิดล่วงล้ำเข้าไปเลย แต่หากกระทำไปเพื่อสำเร็จความใคร่ของผู้กระทำย่อมเป็นความผิดหากเป็นการฝืนใจหรือบังคับใจของผู้ถูกกระทำ

แต่เมื่อได้กล่าวถึงองค์ประกอบความผิดฐานข่มขืนสำเร็จก็มีความผิดฐานพยายามข่มขืนที่ยังมีแนวคำพิพากษาที่ยังไม่นิ่งที่จะสามารถนำมายึดเป็นหลักได้เพราะจริงๆ แล้วการกระทำผิดแต่ละฐานจะมีองค์ประกอบของเจตนารมณ์ของแต่ละมาตราอยู่สิ่งที่เราควรที่จะต้องคำนึงมากที่สุดก็คือตัวบทกฎหมายและทฤษฎีที่อยู่เบื้องหลังตัวบทเหล่านั้น[4] ผู้เขียนเห็นด้วยกับท่านรองศาสตราอาจารย์

---

[2] ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ ก. (2551). **คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคความผิดและลหุโทษ.** หน้า 195.

[3] ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ ข. (2552). **ประมวลกฎหมายอาญา ฉบับอ้างอิง.** หน้า 404.

[4] ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ ค. (2552). "พยายาม (ข่มขืน) กระทำชำเรา:คำพิพากษา VS หลักกฎหมาย." **ในหนังสือมุมมองใหม่ในกฎหมายอาญา.** หน้า 146.

ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ ที่ท่านได้ให้ความเห็นเกี่ยวความผิดฐานพยายามข่มขืนหญิงที่น่าคิดต่อแนวคำพิพากษาฎีกาที่ 2268/2529 พิพากษาว่า "จับหญิงไว้ไม่ให้ดิ้น นั่งคร่อมตรงท้องน้อย แต่หญิงและชายนุ่งกางเกงในอยู่จึงไม่เป็นความผิดฐานพยายามข่มขืนกระทำชำเรา" ท่านได้ให้คำอธิบายในหมายเหตุว่า ความผิดฐานข่มขืนนี้ ประกอบด้วยการกระทำ 2 การกระทำ คือ การข่มขืนใจและการกระทำชำเรา ดังนั้น เมื่อผู้กระทำได้กระทำส่วนหนึ่งส่วนใดของความผิด เช่น มีการข่มขืนใจแล้ว หรือช่วยจับแขนจับขาหญิงเพื่อชำเราอันเป็นส่วนหนึ่งของการกระทำความผิดแล้ว ก็น่าจะต้องถือว่าลงมือแล้วทำนองเดียวกับความผิดฐานชิงทรัพย์ หรือกรรโชกซึ่งเมื่อผู้กระทำได้ขู่เพื่อเอาทรัพย์แล้ว แม้ยังไม่ได้ทรัพย์ไปก็ยังถือว่า "ลงมือ" แล้ว[5] โดยไม่ต้องรอว่าอยู่ใน "วิสัย" ที่จะได้ทรัพย์ไปหรือไม่ น่าจะต้องรอให้ปลดเปลื้องเสื้อผ้า หรือถอดกางเกงในก่อนจึงจะถือว่าลงมือ[6] ผู้เขียนเห็นว่าเพราะหากรอให้มีการลงมือกระทำแล้ว ความผิดฐานพยายามก็ไม่มีความหมายที่จะใช้ต่อไป

การจะถือว่ามีความผิดฐานพยายามข่มขืนได้จึงน่าจะพิเคราะห์ถึงทฤษฎีหลักของความผิดฐานพยายามซึ่งประกอบด้วย[7]

1) หลักความใกล้ชิดต่อผล (The Proximity Rule) หลักนี้ถือว่าการกระทำใดที่เห็นว่าเป็นการกระทำที่ใกล้ต่อความผิดสำเร็จได้อย่างชัดเจน จึงควรลงโทษ เช่น การวางยาพิษที่เดียวกับการวางยาพิษที่ละน้อย แต่ก็ยังคงมีข้อโต้แย้งอยู่ว่าการกระทำเพียงใดจึงจะถือว่าใกล้ชิดต่อผลแล้ว

2) หลักความไม่คลุมครือ (The Unequivocal Rule) หลักนี้ถือว่าการกระทำนั้นจะต้องแสดงให้เห็นอย่างชัดเจนว่ามุ่งหมายจะกระทำผิดฐานใด คือ การกระทำบ่งถึงความจริงได้ในตัวมันเอง หลักนี้จึงต้องมีขั้นตอนเกือบจะสุดท้ายจนปราศจากข้อสงสัยจึงถือว่าเป็นการลงมือแล้ว

3) หลักความเป็นภยันตรายของการกระทำนั้น (Dangerous Possibility Rule) หลักนี้เมื่อการกระทำนั้นถือเป็นการคุกคามสิ่งที่กฎหมายคุ้มครอง เช่น การผลักผู้หญิงล้มลงนอนเพื่อชำเราเป็นการพยายามแล้ว เพราะทำให้หญิงหวาดกลัวว่าจะถูกกระทำความผิดเช่นนั้น[8]

4) หลักการกระทำขั้นตอนที่สำคัญ (The Substantial Step Rule) หลักนี้เมื่อผู้กระทำได้กระทำถึงขั้นตอนที่สำคัญเพื่อให้เป็นไปตามเจตนาของตนแล้ว ถือว่าได้พยายามกระทำความผิดแล้ว แต่หลักนี้จะใช้ได้ต่อเมื่อมีพยานหลักฐานอื่น

การคำนึงถึงทฤษฎีและความเข้าใจแต่ละทฤษฎีและเจตนารมณ์ที่แท้จริงหลังตัวบทกฎหมายที่นักกฎหมายน่าจะถือเป็นสาระสำคัญเพื่อประโยชน์สูงสุดในความยุติธรรมมากกว่า

---

[5] ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ ง. (2549). "พยายามข่มขืน..กว่าจะลงโทษก็สายแล้ว." **ในหนังสือสะกิดกฎหมาย.** หน้า 173.

[6] ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ ข. หน้า 403.

[7] ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ ค. หน้า 147-150.

[8] ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ ข. หน้า 149.

คำนึงถึงตัวอักษรและนำมาปรับใช้เพื่อความเหมาะสมสำหรับแต่ละคดีมากที่สุด ควรจะมองความใกล้ชิดต่อผลและหลักความเป็นภยันตรายของการกระทำนั้นเพราะทำให้หญิงหวาดกลัวแล้วมากกว่าตัวอักษร น่าคิดไปอีกว่ากรณีพระภิกษุสงฆ์ได้กระทำการขึ้นคร่อมหญิงเหลือแต่กางเกงในตามฎีกาเดียวกันนั้น หากผู้กระทำผิดอยู่ในฐานะพระภิกษุสงฆ์แนวการตัดสินในฎีกาจะเปลี่ยนไปหรือไม่ เพราะเหตุผู้กระทำผิดมีฐานะที่สังคมวางไว้สูง แม้เราจะคิดว่าพระภิกษุสงฆ์ก็เป็นมนุษย์ธรรมดาคนหนึ่งเป็นเพียงสมมติสงฆ์แต่ในส่วนลึกของผู้ที่นับถือศาสนาพุทธคงไม่อาจปฏิเสธได้ว่ามีความกังขาใจเกิดขึ้นเมื่อเรามองผู้กระทำความผิดในขณะดำรงตนอยู่ในสมณะเพศเป็นผู้กระทำความผิด จริงอยู่พระภิกษุสงฆ์ผู้กระทำผิดนั้นอาจทำผิดได้เหมือนบุคคลทั่วไปสิ่งที่เขาได้ทำร้ายคือบุคคลผู้ถูกข่มขืนและการละเมิดกฎหมายไม่ต่างจากบุคคลธรรมดาได้กระทำความผิด แต่ในส่วนลึกสิ่งที่เขาทำร้ายนอกจากการทำลายศาสนาแล้วอีกสิ่งหนึ่งที่สำคัญยิ่งกว่านั้นคือ การทำร้ายจิตใจของผู้มีศรัทธาในพระพุทธ พระธรรม และพระสงฆ์ผู้สืบทอดพระธรรมของผู้มีพระภาคเจ้านั่นเอง การลงโทษหรือการปรับบทกฎหมายบางครั้งจึงอาจต้องคำนึงถึงปัจจัยแวดล้อมและการกระทบจิตใจของสาธารณะชนหรือความกระเทือนความดีงามของประเพณีเพื่อให้อายุพระศาสนาสืบทอดต่อไปได้ยาวนานขึ้นในโลกของเทคโนโลยีดังเช่นในปัจจุบัน

อย่างไรก็ตามประมวลกฎหมายอาญาความผิดฐานข่มขืนก็ได้แก้ไขโดยมีองค์ประกอบความผิดที่กว้างขึ้นซึ่งตามฎีกาหากผู้กระทำได้ปลุกปล้ำสอดใส่ทางทวารหนักหรือช่องปากจนสำเร็จความใคร่หรือหากได้ปลุกปล้ำสอดใส่สิ่งอื่นใดในอวัยวะเพศ ทวารหนักของผู้ถูกกระทำก็เป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราสำเร็จแล้ว

1) ความแตกต่างในความผิดฐานข่มขืนในทางพระพุทธศาสนากับความผิดฐานข่มขืนในทางกฎหมายอาญาอยู่หลายประการ กล่าวคือ

(1) ในทางพระธรรมวินัย ความยินยอมของผู้ถูกกระทำไม่เป็นเหตุยกเว้นความผิดของผู้กระทำ แม้กระทำโดยผู้ถูกกระทำให้ความยินยอมก็เป็นความผิดไม่ว่าผู้ยินยอมนั้นจะมีอายุเท่าไรก็ตาม ฉะนั้นจะข่มขืนใจข่มขืนกายหรือไม่นั้นไม่เป็นประเด็นในการกระทำความผิด

ก. แต่ในทางกฎหมายอาญาหากผู้ถูกกระทำยินยอมและมีอายุเกิน 18 ปีย่อมไม่เป็นความผิด หรือกรณีผู้ถูกกระทำมีอายุต่ำกว่า 18 ปี แต่มีเหตุสำคัญผิดเช่น ดูเป็นผู้ใหญ่กว่าวัยทั้งรูปร่าง ความคิด คำพูดและให้ความยินยอม ย่อมไม่เป็นความผิด

(2) ในทางพระธรรมวินัยวัตถุแห่งการกระทำความผิดไม่เพียงแต่เป็นมนุษย์ผู้ชายหรือผู้หญิง เด็ก แต่ยังรวมถึงสัตว์ อมนุษย์ยังรวมถึงการที่นำอวัยวะเพศของตนเองเข้าสอดใส่ทวารหนักของตนเองถือเป็นความผิดบทหนัก คือปาราชิก การสำเร็จความใคร่ด้วยตนเองก็เป็นความผิดอีกด้วยแต่ถือเป็นอาบัติอย่างกลางคือ สังฆาทิเสส

ก. แต่ในทางกฎหมายการร่วมเพศกับสัตว์ไม่ถือว่าผู้กระทำมีความผิดฐานข่มขืน หรือการร่วมเพศกับอมนุษย์ การสำเร็จความใคร่ด้วยตัวเองหรือการสอดใส่อวัยวะเพศของตนเองก็ไม่มีความผิดเช่นเดียวกัน

(3) ในทางพระธรรมวินัยผู้ถูกกระทำสามารถเป็นผู้ได้รับโทษในการกระทำได้หากมีความยินดีในตอนถูกข่มขืน หรือ เมื่อมีความยินดีในภายหลังที่รู้ว่าตนถูกข่มขืน

ก. แต่ในทางกฎหมายถือเพียงว่าผู้ถูกกระทำต้องไม่ยินยอมเท่านั้นและผู้ยอมให้กระทำจะไม่เปลี่ยนเป็นผู้กระทำผิดที่ต้องรับโทษตามกฎหมาย

(4) ในพระธรรมวินัยการร่วมประเวณีกับศพก็ถือว่าได้กระทำความผิดสำเร็จ ไม่มีความผิดฐานพยายาม

ก. แต่ในทางกฎหมายการร่วมประเวณีกับศพแม้ในใจจริงจะคิดว่าตนได้ข่มขืนผู้ที่สลบอยู่ก็ไม่เป็นความผิดฐานข่มขืนเป็นเพียงการกระทำความผิดฐานพยายามตามมาตรา 81 เท่านั้น[9]

ในการศึกษาครั้งนี้ ผู้เขียนให้ความหมายคำว่าปาราชิกเทียบเคียงกับความหมายว่าข่มขืน โดยจะยกสิกขาบทที่เป็นปาราชิกกัณฑ์อันถือเป็นบทหนักตามต้นพุทธบัญญัติ ดังนี้

ต้นพระบัญญัติ: พระสุทินกลันทบุตร ซึ่งเป็นบุตรคนเดียวของเศรษฐีชาวกรุงเวสาลี ได้ออกบวชด้วยศรัทธา ถือธุดงค์วัตรอย่างเคร่งครัด ต่อมาท่านต้องเสพเมถุนธรรมกับอดีตภรรยาที่ป่ามหาวันตามที่มารดาขอร้องอ้อนวอน เพื่อให้ครอบครัวได้บุตรไว้สืบสกุล และจะได้บวชต่อไปโดยไม่ต้องลาสิกขา หลังเสพเมถุนธรรมท่านมีผิวพรรณหมองคล้ำ พวกภิกษุที่เป็นเพื่อนจึงสอบถามทราบความจริงแล้ว จึงตำหนิท่านและนำเข้าเฝ้าพระพุทธเจ้า พระองค์มีรับสั่งให้ประชุมสงฆ์ ทรงสอบสวน เมื่อพระสุทินรับสารภาพทรงตำหนิโดยประการต่างๆ พร้อมตรัสประโยชน์แห่งการบัญญัติพระวินัยแล้วทรงบัญญัติสิกขาบท ท่านพระสุทินถือเป็น อาทิกัมมิกะ (ภิกษุต้นบัญญัติ) ในสิกขาบทนี้ ว่าภิกษุใดเสพเมถุนธรรม ภิกษุนั้นเป็นปาราชิก หาสังวาสมิได้

อนุบัญญัติที่: 1 พระภิกษุรูปหนึ่ง อยู่ในป่ามหาวันได้เสพเมถุนกับลิง พระพุทธเจ้าทรงทราบจึงรับสั่งให้ประชุมสงฆ์ ทรงสอบสวนภิกษุนั้นรับสารภาพ ทรงตำหนิ แล้วทรงบัญญัติเพิ่มเติมว่า ภิกษุใดเสพเมถุนธรรม โดยที่สุดแม้กับสัตว์ดิรัจฉานตัวเมีย ภิกษุนั้นเป็นปาราชิก หาสังวาสมิได้[10]

อนุบัญญัติที่: 2 ภิกษุชาวเมืองวัชชี เสพเมถุนธรรมทั้งที่ยังเป็นภิกษุ ไม่ลาสิกขาก่อนอยากจะขอบวชใหม่ พระพุทธเจ้าไม่ทรงอนุญาต ในขณะเดียวกันทรงให้แนวทางแก่สงฆ์ไว้ด้วยว่า

---

[9] ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ ข. หน้า 402.

[10] แหล่งเดิม. หน้า 25.

บัญญัติเพิ่มเติมเพื่อให้รัดกุมยิ่งขึ้นว่า ภิกษุใดถึงพร้อมด้วยสิกขาและสาชีพของภิกษุทั้งหลาย ไม่บอกคืนสิกขาไม่เปิดเผยความท้อแท้ เสพเมถุนธรรมโดยที่สุดแม้กับสัตว์เดรัจฉานตัวเมีย ภิกษุนั้นเป็นปาราชิกหาสังวาสมิได้[11]

วินีตวัตถุ

1) เรื่องปลอมเป็นคฤหัสถ์ไปเสพเมถุนธรรม แล้วเกิดกังวลใจจึงกราบทูลถามพระผู้มีพระภาค พระองค์ตรัสว่า "ภิกษุ เธอต้องอาบัติปาราชิก"

2) เรื่องเปลือยกาย ภิกษุรูปหนึ่งเปลือยกายไปเสพเมถุนธรรม ด้วยคิดว่าการไม่ได้ห่มจีวรแล้วคงไม่ผิด เกิดกังวลใจจึงกราบทูลถามพระผู้มีพระภาค พระองค์ตรัสว่า "ภิกษุ เธอต้องอาบัติปาราชิก"

3) เรื่องภิกษุเธอองคชาตยาว มีความกำหนัดมากสอดองค์ชาติเข้าทางทวารหนักของตน แล้วเกิดความกังวลใจจึงกราบทูลถามพระผู้มีพระภาค พระองค์ตรัสว่า "ภิกษุ เธอต้องอาบัติปาราชิก" [12]

จะเห็นได้ว่าการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศที่เป็นความผิดในความหมายและองค์ประกอบของการกระทำความผิดในทางพระพุทธศาสนา ยังรวมถึงการที่พระภิกษุปลอมเป็นคฤหัสถ์เพื่อไปเสพเมถุนธรรมด้วยคิดว่าการที่แต่งตัวเป็นคฤหัสถ์ หรือการเปลือยกายมาใส่เสื้อผ้าไม่นุ่งห่มไตรจีวร แล้วร่วมประเวณี หรือการที่ภิกษุอวัยวะเพศยาว ภิกษุมีความกำหนัดมากสอดอวัยวะเพศเข้าทางทวารหนักของตน โดยเจตนาเสพกาม แต่เมื่อกราบทูลพระผู้มีพระภาคให้ทรงทราบ พระองค์ตรัสว่า ภิกษุเธอต้องอาบัติปาราชิก[13] จะเห็นได้ว่าการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศที่มีโทษขั้นรุนแรงที่สุดเปรียบโทษรุนแรงกับการกระทำผิดฐานข่มขืนในกฎหมายอาญานั้นในทางพระธรรมวินัยได้บัญญัติไว้กว้างกว่าในทางกฎหมายอาญา ผู้เขียนเห็นว่าเป็นเพราะเพศสมณะเป็นเพศที่ควรแก่สักการะกราบไหว้ พระพุทธองค์ทรงได้โปรดเล็งเห็นว่าหากปล่อยไว้อาจทำให้ศาสนามัวหมองเพื่อป้องกันมิให้เกิดความเสื่อมในศาสนาและความเสื่อมศรัทธาเมื่อพระพุทธองค์ได้ทรงพระปรินิพานไปแล้ว พระพุทธองค์จึงได้โปรดบัญญัติพระวินัยที่เคร่งครัดในพระภิกษุสงฆ์ให้แตกต่างและเข้มงวดกว่าเพศคฤหัสถ์ แต่ถึงแม้กระนั้นโทษทางพระธรรมวินัยก็ไม่ได้มีบทบัญญัติให้รับผิดที่มีสภาพบังคับสามารถก่อให้เกิดความเกรงกลัวต่อบทลงโทษหากกระทำผิดในขณะที่เป็นพระภิกษุสงฆ์

ในสมัยปัจจุบันมีการเปิดกว้างในเรื่องเพศมากยิ่งขึ้น เป็นตัวแปรต่อปัจจัยในการตัดสินใจกระทำผิดได้ง่าย ทั้งสิ่งเร้าภายนอกและสังคมในยุคเทคโนโลยีรวมถึงค่านิยมในเรื่องรัก

---

[11] ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ. เล่มเดิม. หน้า 26.

[12] คณาจารย์มหาวิทยาลัยมหาจุฬาลงกรณราชวิทยาลัย. (2551). **พระวินัยปิฎก.** หน้า 21-24.

[13] สมเด็จพระมหาสมณเจ้า กรมพระยาวชิรญาณวโรรส. เล่มเดิม. หน้า 29.

ร่วมเพศที่เป็นที่สังคมไทยเริ่มเปิดรับเป็นแรงขับให้กระทำความผิดได้มากมาย เช่น ในหน้าหนังสือพิมพ์ จะเห็นได้ดังตัวอย่างต่อไปนี้

พระครูพิพัฒนศาธกิจ เจ้าอาวาสวัดหนองหญ้าปล้อง ตำบลไก่เส่า อำเภอหนองแซง จังหวัดสระบุรี ใส่ชุดส่าหรี เป็นร่างทรงเจ้าแม่อุมาเทวีที่ดูแล้วไม่เหมาะสมกับความเป็นพระ และตั้งตัวเป็นร่างทรงรับดูหมอมาช้านาน โดยหลอกนายธาเนตร สมเนตร เข้าไปหาในกุฏิบอกว่ามีไฝในที่ลับไม่ดีต้องแก้เคล็ด พร้อมให้ถอดกางเกงออกก่อนจะสำเร็จความใคร่ให้ด้วยปากแล้วให้เงิน 2,000 บาทโดยให้เงินปิดเป็นความลับ[14]

พระธวัชชัย เอี่ยมองค์ บวชอยู่ที่วัดกระทิงลาย ตำบลนาเกลือ อำเภอบางละมุง จังหวัดชลบุรี ได้ร่วมกับนายแสงเพชร ไม่ทราบนามสกุล วางแผนลวงหญิงอายุ 17 ปี ที่รู้จักสนิทสนมกันมาข่มขืนกระทำชำเราในกุฏิโดยหลอกว่าจะนำเงินที่ยืมไปใช้ให้พระที่กุฏิให้ไปเป็นเพื่อน จากนั้นจึงร่วมกันใช้กำลังปลุกปล้ำผลัดกันข่มขืนหญิงในกุฏิ โดยถ่ายคลิปวีดีโอไว้เพื่อแบล็คเมล์ด้วย[15]

พระธงไชย เนี่ยมอุ่ม พระลูกวัดอุบลวนาราม หรือวัดบัว ตำบลปลายบาง อำเภอบางกรวย จังหวัดนนทบุรี พระพี่เลี้ยงสามเณรภาคฤดูร้อน ได้หลอกเด็กชายเอ (นามสมมติ) อายุ 12 ปี ไปนอนด้วยที่กุฏิ และใช้กำลังปลุกปล้ำพยายามข่มขืนทางทวารหนักแต่ไม่สำเร็จ มารดาเด็กได้เข้าแจ้งความดำเนินคดี[16]

นายกิตติพันธ์ พร้อมมูล อายุ 22 ปี อดีตเณรได้ออกมาโดยเปิดเผยในรายการทีวี เรื่องเด่นเย็นนี้ ว่าตนได้เคยขายตัวให้เจ้าอาวาสถึง 7 วัด อำเภอบ้านธิ จังหวัดลำพูน ซึ่งอาจกล่าวได้ว่าวงการพระมีการรู้กันภายในว่ามีการซื้อประเวณีกันได้ โดยได้ค่าตัวแต่ละครั้ง 10,000 บาท ต่อมาได้มีการสอบสวนจนพระ 7 รูปต้องสึก[17]

ดังตัวอย่าง ในหน้าหนังสือพิมพ์นั้นจะเห็นได้ว่า นอกจากมีการเสพเมถุน ยังมีการขายบริการทางเพศอีกด้วย ซึ่งผู้เขียนจะขอกล่าวรายละเอียดในความผิดฐานเป็นธุระจัดหาหรือการชักสื่อต่อไป

ในการกระทำความผิดฐานข่มขืนหรือการสำเร็จความใคร่ด้วยวัตถุอื่นอันพระธรรมวินัยได้บัญญัติไว้นั้น ตามพระธรรมวินัยถือว่าบุคคลนั้นได้อาบัติปาราชิกขาดจากการเป็นพระภิกษุสงฆ์แล้วทันทีที่เสพเมถุนธรรมแม้ยังไม่สละผ้าไตรจีวร แต่การกระทำความผิดฐานอนาจารและการชัก

---

[14] **ข่าวสด.** (2551, 19 พฤษภาคม). “สะเทือนผ้าเหลือง แฉแต่งหญิง.” หน้า 2.

[15] **ไทยรัฐ.** (2552, 6 มีนาคม) “ลากคอทรชนหื่นกามพระพฤติกรรมสุดชั่ว ร่วมกับพวกลวงนักศึกษาสาววัย 17 ปี ไปรุมโทรมในกุฏิ .” หน้า 19.

[16] **ข่าวสด.** (2551, 19 กรกฎาคม). “บุกจับพระหนุ่มลูกวัดดัง ย่านบางกรวย เมืองนนท์ พยายามข่มขืนเด็กชายวัย 12 ปี แม่พาขึ้นโรงพัก.” หน้า 14.

[17] **ข่าวสด.** (2552, 24 กุมภาพันธ์). “เณรเบริ์ดพลิ้ว 7 สมภารสึกแล้ว. หน้า 14.

สื่อตามพระธรรมวินัยพระภิกษุสงฆ์ต้องรับโทษด้วยอาบัติอย่างกลาง คือ อาบัติสังฆาทิเสส การอาบัติสังฆาทิเสสนี้ไม่ถึงกับต้องขาดจากความเป็นพระทันทีดังเช่นการกระทำความผิดในโทษอาบัติปาราชิก

เนื่องจากหัวข้อนี้ได้ศึกษาว่าด้วยการกระทำความผิดในฐานข่มขืนกระทำชำเราและรวมถึงการสำเร็จความใคร่ด้วยวัตถุต้องห้ามตามพระธรรมวินัย อันทำให้ผู้กระทำผิดต้องอาบัติปาราชิกถือเป็นโทษอย่างหนัก และการปาราชิกเป็นโทษอาบัติอย่างเดียวที่มีความเกี่ยวพันกับความรับผิดของพระภิกษุสงฆ์ในประมวลกฎหมายอาญาที่มีการบัญญัติไว้เป็นเรื่องเกี่ยวกับสงฆ์ ผู้เขียนจึงใคร่ขอกล่าวถึงความรับผิดตามประมวลกฎหมายอาญาที่ให้พระภิกษุสงฆ์ต้องมีความรับผิดเมื่อได้กระทำความผิดฐานอาบัติปาราชิกในหัวข้อนี้ ในทางประมวลกฎหมายอาญาได้บัญญัติให้ผู้แต่งกายหรือแสดงว่าเป็นเครื่องหมายของภิกษุโดยมิชอบเพื่อให้บุคคลอื่นเชื่อว่าตนเป็นบุคลเช่นนั้นมีความผิด[18]

หากบุคคลภายนอกผู้ซึ่งไม่ได้บวชตามพุทธศาสนาแต่งกายเลียนแบบพระภิกษุเพื่อให้ผู้อื่นเข้าใจผิดโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อกระทำการอันไม่ชอบด้วยกฎหมาย ย่อมไม่เป็นการยากในการตีความเจตนารมณ์ภายใต้บทบัญญัตินั้นโดยลึกซึ้ง แต่บทบัญญัติมาตรานี้บังคับใช้กับกรณีที่พระภิกษุสงฆ์ได้กระทำความผิดอาบัติปาราชิกแต่ไม่ยอมสละผ้าไตรจีวรอันเป็นเครื่องแบบแห่งสงฆ์ด้วย ซึ่งผู้เขียนขอกล่าวให้เข้าใจเกี่ยวกับการอาบัติปาราชิกก่อน

พระพุทธองค์ทรงบัญญัติการอาบัติปาราชิกไว้มี 4 ประการ ได้แก่

1) การเสพเมถุนธรรม 2) การเอาของที่เจ้าของไม่ให้ซึ่งพระราชาจะลงโทษถึงประหารชีวิต จองจำ หรือเนรเทศ ในสมัยนั้นได้แก่ การลักเอาของที่มีค่าตั้งแต่ 5 มาสกหรือ 1 บาทขึ้นไป 3) ฆ่ามนุษย์ 4) อวดอ้างคุณวิเศษที่ไม่มีในตัวตน[19]

ภิกษุที่ต้องอาบัติปาราชิก เป็นไปเพราะพระภิกษุนั้นได้กระทำความผิดเอง จึงไม่จำต้องสมัครใจลาสิกขา ก็ถือว่าขาดจากความเป็นภิกษุทันทีโดยไม่ต้องมีพิธีใดๆ และห้ามอุปสมบทอีก เปรียบเสมือนการตายจากการเป็นพระ ถึงไม่ลาออกก็ถือว่าขาดคุณสมบัติ[20]

การขาดจากความเป็นพระภิกษุอีกทางหนึ่งได้แก่ “การลาสิกขาหรือการสละสมณะเพศ” ซึ่งพระธรรมวินัย กัณฑ์ที่ 33 ได้กำหนดไว้ให้พระภิกษุผู้เบื่อหน่ายการประพฤติธรรมเมื่อปรารถนาจะกลับไปสู่ความเป็นคฤหัสถ์ย่อมทำได้ด้วยการลาสิกขา คือ ปฏิญญาตนเป็นคฤหัสถ์ต่อคณะสงฆ์ หรือต่อหน้าบุคคลอื่นที่ไม่ใช่พระภิกษุก็ได้แต่ต้องเป็นผู้ที่มีสติสมบูรณ์เข้าใจถึงปฏิญญา

---

[18] ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ. (2552). **ประมวลกฎหมายอาญาฉบับอ้างอิง มาตรา 208.** หน้า 339.

[19] สุชีพ ปุญญานุภาพ. (2550). **พระไตรปิฎกฉบับประชาชน.** หน้า 140-145.

[20] ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ. (2552). **ประมวลกฎหมายอาญาฉบับอ้างอิง.** หน้า 340.

นั้นด้วยโดยกล่าวคำว่า สิกฺขำ ปจฺจกฺขามิ ข้าพเจ้าลาสิกขา คิหีติ มำ ธาเรถ ท่านทั้งหลายจงจำข้าพเจ้าไว้ว่าเป็นคฤหัสถ์[21] การขาดจากความเป็นพระภิกษุด้วยการลาสิกขานี้ ผู้สึกสามารถกลับมาบวชได้อีก ไม่เหมือนกับการขาดจากความเป็นพระภิกษุด้วยอาบัติปาราชิก

คงจะไม่มีปัญหาเกิดขึ้น หากพระภิกษุผู้กระทำความผิดรู้ตัวว่าได้กระทำผิดอาบัติปาราชิกแล้วยอมรับการขาดการจากเป็นพระภิกษุและเปลื้องผ้ากาสะยะแล้วถือครองเพศอื่นโดยน้อมรับความจริงนั้นด้วยดี แต่ปัญหามักเกิดขึ้นจากการที่ผู้กระทำความผิดนั้นไม่ยอมสละผ้าไตรจีวรอันเป็นเครื่องแบบแห่งสงฆ์ หรือเมื่อได้ถูกบังคับให้เปลี่ยนเป็นชุดคฤหัสถ์แล้วได้กลับมาแต่งกายหมายให้เข้าใจว่าเป็นสงฆ์อีก

ดังตัวอย่างฎีกาที่ 6782/2543 จำเลยเป็นพระภิกษุถูกเจ้าพนักงานตำรวจจับกุมในข้อหามียาบ้าไว้ในครอบครองตามพรบ. คณะสงฆ์ พ.ศ. 2505 มาตรา 29 กำหนดให้พนักงานสอบสวน มีอำนาจจัดดำเนินการให้พระภิกษุต้องข้อหาว่ากระทำความผิดอาญาสละสมณเพศเมื่อไม่เห็นสมควรให้ปล่อยชั่วคราว พนักงานสอบสวนพาจำเลยไปวัดที่จำเลยสังกัดเพื่อให้จำเลยสึก แต่จำเลยไม่ยอมสึกและเจ้าอาวาสก็ไม่ยอมสึกให้ พนักงานสอบสวนจึงพาจำเลยกลับไปสถานีตำรวจให้พนมมือต่อหน้าพระพุทธรูป จำเลยกล่าวว่า “ข้าพเจ้าขอลาสึกก่อน” พนักงานสอบสวนจึงได้ให้จำเลยถอดสบงจีวรเองแล้วนำเสื้อยืดคอกลมกางเกงขาสั้นมาให้จำเลยใส่ ต่อมาเมื่อจำเลยได้ประกันตัว ก็นำผ้าเหลืองมานุ่งห่มอีก จึงถูกดำเนินคดีฐานแต่งกายที่แสดงว่าเป็นพระภิกษุโดยไม่ชอบ ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 208 ศาลฎีกาเห็นว่า จำเลยเข้าใจว่าการกล่าวลาสิกขาต่อหน้าพระพุทธรูปไม่ทำให้ตนขาดจากความเป็นพระภิกษุเพราะเป็นการกระทำโดยพลการของเจ้าพนักงานตำรวจ จำเลยจึงไม่มีเจตนากระทำความผิดตามมาตราดังกล่าว

[22]จึงเห็นได้จากคำพิพากษาศาลฎีกาเห็นว่าตามข้อเท็จจริงดังกล่าว จำเลยขาดจากความเป็นพระภิกษุแล้ว แต่เป็นเพราะจำเลยเข้าใจว่าพนักงานสอบสวนกระทำโดยพลการ จึงคิดว่าตนยังไม่ขาดจากความเป็นพระภิกษุ ซึ่งถือเป็นการไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบความผิดตามมาตรา 208 ประกอบมาตรา 59 วรรคสาม จะถือว่าจำเลยมีเจตนากระทำผิดหาได้ไม่ ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า จำเลย ไม่มีเจตนากระทำความผิด ซึ่งเป็นคำวินิจฉัยที่สมเหตุสมผลแล้ว เพราะหากศาลฎีกาเห็นว่าจำเลยยังไม่ขาดจากความเป็นพระภิกษุ น่าจะต้องวินิจฉัยว่า เมื่อพนักงานสอบสวนกระทำโดยพละการ จำเลยจึงยังไม่ขาดจากความเป็นภิกษุ การกระทำของจำเลยจึงไม่เป็นความผิดตามมาตรา 208

---

[21] คณาจารย์แห่งโรงพิมพ์เลี่ยงเชียง. (2536). **วินัยมุข เล่ม 3.** หน้า 153.

[22] ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ จ. (2552). “วิธีจับพระสึก.” **ในหนังสือมุมมองใหม่ในกฎหมายอาญา.** หน้า 183-184.

จากคำพิพากษาฎีกานี้ ท่านอาจารย์ รศ.ดร.ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ ได้ให้ความเห็นในการแก้ไขปัญหาในกรณีที่พระภิกษุผู้ต้องหาไม่ยอมเปล่งวาจา เพราะเชื่อว่าตนไม่ได้ทำสิ่งใดผิด ในขณะที่ยังมิได้มีกฎมหาเถรสมาคมบัญญัติเรื่องวิธีดำเนินการให้พระภิกษุผู้ต้องหาว่ากระทำความผิดอาญาลาสิกขา พนักงานสอบสวนจะสามารถดำเนินการโดยวิธีที่เหมาะสมในขณะที่พระภิกษุยังคงครองผ้ากาสายะดังนี้

(1) หลัก "กายประโยค" ได้แก่ เปลื้องผ้ากาสะยะเสีย แล้วนุ่งห่มอย่างคฤหัสถ์ แต่ยังเป็นเพียงอาบัติทุกกฎยังไม่จัดเป็นการลาสิกขา หากคงประพฤติพรหมจรรย์มั่นคงอยู่ย่อมไม่ขาดจากความเป็นพระ แต่หากเข้าอยู่ในบ้าน แล้วทำตัวอย่างคฤหัสถ์ก็ฟังว่าได้ปฏิญญาเป็นคฤหัสถ์ด้วย "กายประโยค" โดยปริยายแล้วนั่นเอง

(2) ให้ลงชื่อปฏิญญาตนเป็นคฤหัสถ์

จะเห็นได้ว่า ท่านอาจารย์ รศ.ดร.ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ ได้ให้คำแนะนำที่ยังประโยชน์ให้แก่วิธีปฏิบัติในการดำเนินกระบวนยุติธรรมทางอาญาและเป็นทางแก้ไขที่มีความเหมาะสมเป็นอย่างยิ่ง ในกรณีที่หากเจ้าพนักงานจะต้องเข้าบังคับดำเนินคดีแก่พระภิกษุสงฆ์ ทั้งยังเป็นการแก้ไขปัญหาได้อย่างปราศจากข้อครหาและข้อกังขาต่อสาธุชนเนื่องจากเป็นสิ่งที่พระธรรมวินัยได้บัญญัติอนุญาตไว้ให้สามารถกระทำได้ เพราะในสังคมไทยนั้นความเชื่อความศรัทธายังเป็นเรื่องที่ละเอียดอ่อนมาก หากนักกฎหมายทั่วไปที่ไม่ได้ศึกษาพระธรรมวินัยหรือมีความสนใจในธรรมมะของพระพุทธองค์เป็นกรณีพิเศษย่อมไม่อาจทราบได้ว่าจะปฏิบัติบังคับโทษกับพระภิกษุสงฆ์ให้เหมาะสมถูกต้องและกระบวนพิจารณาจะไม่เสียไปเปล่าอย่างไร ตามความเห็นและคำแนะนำของท่านอาจารย์ รศ.ดร.ทวีเกียรติ ย่อมเป็นวิธีการแก้ไขปัญหาของนักกฎหมายที่มีวิสัยทัศน์อย่างแท้จริง เป็นมุมมองของผู้ที่มิใช่เพียงแค่รู้ด้านวิชาการเท่านั้น แต่ยังเป็นนักกฎหมายที่มีความรู้ รวมถึงประสบการณ์ทั้งในเรื่องทางธรรมและทางโลก จากบทความนี้จึงทำให้ผู้เขียนเกิดความคิดที่พัฒนาต่อไปว่าหากมีการบัญญัติกฎหมายที่มีความเกี่ยวพันกับพระธรรมวินัยใช้บังคับในกรณีผู้กระทำความผิดเป็นพระภิกษุสงฆ์เป็นวิธีสบัญญัตินำจะเกิดประโยชน์อย่างยิ่งทั้งต่อศาสนาและสังคม

ผู้เขียนเห็นว่าปัญหาที่น่าสนใจที่ขอคิดต่อยอดไปจากครูบาอาจารย์อีกประการหนึ่ง คือ โดยปกติโจรย่อมไม่ยอมรับว่าตนเองเป็นโจร เฉกเช่น ในกรณีที่พระภิกษุสงฆ์ผู้กระทำความผิดที่ยังสามารถปกปิดการกระทำความผิดที่ตนกระทำได้อยู่และอาศัยความเชื่อความศรัทธาของประชาชนว่าตนยังอยู่ในสมณะเพศอันบริสุทธิ์ทั้งยังคงกระทำความผิดอย่างต่อเนื่องมีการเลียนแบบกันในแวดวงสงฆ์ รวมถึงมิจฉาชีพที่จ้องจะเข้ามาหาประโยชน์ในผ้าเหลือง เนื่องจากไม่มีความเกรงกลัวต่อโทษทัณฑ์ที่มีอยู่ในปัจจุบัน แม้ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 208 จะมีสภาพบังคับได้เมื่อมีการกระทำความผิดอาญาเกิดขึ้นแล้ว และพระภิกษุผู้กระทำผิดนั้นไม่ยอมสึกหรือ

ปาราชิกแล้วยังฝ่าฝืนครองผ้าไตรจีวรอยู่ก็ตาม แต่ในปัจจุบันก็ไม่ได้มีบทลงโทษที่มีสภาพบังคับสำหรับการกระทำความผิดอาญาที่เกี่ยวเนื่องกับพระธรรมวินัยนั้นๆ โดยตรง รวมถึงกรณีที่ความผิดนั้นเป็นความผิดอาญาแต่ขณะที่ขณะกระทำผิดอยู่ในเพศสมณะ และแม้กระทั่งการกระทำที่กฎหมายอาญาไม่ถือว่ามีความผิดแต่ทางพระธรรมวินัยถือว่าร้ายแรงเพราะขัดต่อสภาวะสมณะอันเป็นเพศที่สูงกว่าปุถุชน เช่น การร่วมประเวณีกับหญิงที่อายุเกินกว่ากฎหมายกำหนดและหญิงยินยอม ดังที่เห็นในข่าวหนังสือพิมพ์ แม้ในสมัยปัจจุบันจะมีเทคโนโลยีกว้างไกลเพียงใดค่านิยมจะเปลี่ยนไปแค่ไหน สำหรับพระภิกษุสงฆ์ในสังคมก็ยังคงได้รับความศรัทธาเหนือกว่าบุคคลธรรมดาในทุกระดับชนชั้นและวิชาชีพ ฉะนั้นหากมีการออกกฎสภาพบังคับในการกระทำความผิดบางเรื่องที่เห็นสมควรเหมาะสมกับศีลธรรม เพื่อใช้กับบุคคลที่มีสถานะทางสังคมเป็นพิเศษดังเช่นพระภิกษุสงฆ์ให้มีลักษณะเฉพาะ ชัดเจนในประมวลกฎหมายอาญาขึ้นเป็นพิเศษ มากกว่ากฎหมายที่ใช้บังคับกับบุคคลธรรมดาทั่วไป ก็น่าจะเป็นหนทางหนึ่งที่เป็นการป้องปรามผู้ที่จะกระทำความผิดให้ชั่งใจก่อนที่จะกระทำผิดเพราะกลัวโทษที่จะได้รับนั้น

2) ความแตกต่างในความผิดฐานอนาจารในทางพระพุทธศาสนากับความผิดฐานอนาจารในทางกฎหมายมีอยู่หลายประการ กล่าวคือ

(1) การกระทำอนาจารในทางพระพุทธศาสนานั้น การพูดจาเกี้ยวพาราสี การพูดเกลี้ยกล่อมให้หญิงบำเรอกาม โดยมิได้ถูกเนื้อต้องตัวก็ถือว่าเป็นการกระทำความผิดอาบัติสังฆาทิเสสหรือเป็นการอนาจาร

ก. แต่ตามประมวลกฎหมายอาญาการกระทำอนาจาร หมายถึง การกระทำที่ไม่สมควรทางเพศต่อเนื้อตัวร่างกายของบุคคล ลักษณะอื่นนอกเหนือจากการกระทำชำเรา

(2) การกระทำอนาจารในความหมายในทางพระพุทธศาสนานั้น ผู้ถูกกระทำต้องเป็นเพียงหญิงเท่านั้น

ก. แต่ตามประมวลกฎหมายอาญาซึ่งผู้ถูกกระทำอนาจารอาจเป็นหญิงหรือชายก็ได้

(3) การอยู่ในที่ลับสองต่อสองกับหญิง การนั่งอาสนะเดียวกันในที่ลับ ก็ถือว่าเป็นการกระทำความผิดอาบัติสังฆาทิเสสหรือเป็นการอนาจาร

ก. แต่ตามประมวลกฎหมายอาญาไม่ถือว่าเป็นความผิด

การสัมผัสกายหญิงโดยมีเจตนาด้วยความเสน่ห์หามีความกำหนัดในสัมผัส แม้หญิงยินยอมให้สัมผัส ก็ถือว่าเป็นการกระทำความผิดอาบัติสังฆาทิเสสหรือเป็นการอนาจาร

1) แต่ตามประมวลกฎหมายอาญาไม่ถือว่าเป็นความผิด

หมายเหตุ แม้การยินดีในสัมผัสกับเสื้อผ้าติดกายหรือเสื้อผ้าที่สวมใส่อยู่แค่เพียงปลายผ้าของหญิงหรือหญิงสัมผัสเพียงปลายจีวร หากสัมผัสนั้นพระภิกษุมีความยินดีเสน่ห์หาหรือความกำหนัด ภิกษุก็ต้องอาบัติ

ในการศึกษาครั้งนี้ ผู้เขียนให้ความหมายคำว่าสังฆาทิเสสเทียบเคียงกับความหมายว่าอนาจารโดยจะยกสิกขาบทที่เป็นอาบัติสังฆาทิเสสกัณฑ์อันถือเป็นบทลงโทษอย่างกลางตามต้นพุทธบัญญัติ ดังนี้

ต้นพระบัญญัติ: พระอุทายีได้พาพราหมณ์และพราหมณีเที่ยวชมวิหารได้จับอวัยวะร่างกายของนาง ต่อมาพราหมณ์ทราบจึงตำหนิพระอุทายี[23]

การพูดเกี้ยวหญิง

ต้นพระบัญญัติ: พระอุทายีพาหญิงสาวทั้งหลายเที่ยวชมวิหาร พูดพาดพิง ทวารหนักทวารเบาของหญิงเหล่านั้น[24]

การพูดให้บำเรอความใคร่ของตน

ต้นพระบัญญัติ: พระอุทายีไปบ้านหญิงหม้าย แสดงธรรมแล้วพูดเกี้ยวขอเสพเมถุนกับหญิงหม้าย ด้วยคำที่พาดพิงเมถุนว่า “น้องหญิง หญิงใดบำเรอผู้ประพฤติพรหมจรรย์ ผู้มีศีลมีกัลป์ยาธรรมเช่นเราด้วยธรรมนั้น การบำเรอนี้ของหญิงนั้นเป็นการบำเรอชั้นยอด”[25]

การนั่งในที่ลับตากับหญิงสองต่อสอง

ต้นพระบัญญัติ: พระอุทายีเข้าไปนั่งกับหญิงสาวน้อยในห้องส่วนตัวที่ลับตาสองต่อสองพอที่จะทำการได้ นางวิสาขาได้เห็นเข้า จึงได้กล่าวเตือน

การนั่งในที่ลับหูกับหญิงสองต่อสอง

ต้นพระบัญญัติ: นั่งในที่ลับตาหรือในที่ลับหูกับหญิงสองต่อสอง โดยตรงกล่าวคือการนั่งบนอาสนะเดียวกันกับหญิงที่กำบังในที่ลับ โดยพอที่พูดคุยกันแล้วบุคคลอื่นไม่ได้ยิน หรือไม่อาจเห็น[26]

- พระภิกษุสงฆ์ผู้กระทำความผิดดังกล่าว ต้องอาบัติ แต่เป็นอาบัติสังฆาทิเสส คือโทษซึ่งแก้ไขหรือเยียวยาได้

---

[23] พระนิพนธ์ในเจ้าคุณ พระเจ้าวรวงศ์เธอ กรมหลวงชินวรสิริวัฒน์ สมเจพระสังฆราชเจ้าวัดราชบพิธสถิตมหาสีมาราม. (2550). **มูลเหตุที่ได้ทรงบัญญัติพระวินัย.** หน้า 41.

[24] คณาจารย์ มหาวิทยาลัยมหาจุฬาลงกรณ์ราชวิทยาลัย. เล่มเดิม. หน้า 42.

[25] แหล่งเดิม. หน้า 43.

[26] แหล่งเดิม. หน้า 71.

ดังที่ผู้เขียนได้วิเคราะห์ในความผิดฐานข่มขืน ว่าการที่พระธรรมวินัยได้บัญญัติไว้อย่างเคร่งครัด เนื่องจากว่าการกระทำ หรือการวางตัวของพระภิกษุสงฆ์ผู้ควรแก่สักการะในสังคมต้องมีความสำรวมกว่าปุถุชนทั่วไปทั้งนี้เนื่องจากสถานะของภิกษุสงฆ์นั้นมีความน่าเลื่อมใสอยู่ในตัว ทั้งในแง่ภาพพจน์ของสถาบันศาสนา หรือความศรัทธาของปวงชน พระพุทธองค์จึงได้บัญญัติไว้อย่างเคร่งครัดแม้ในเรื่องที่เล็กน้อยแต่เป็นสิ่งที่ล่อแหลม เพราะหากมองข้ามไปอาจก่อให้เกิดความเสียหายใหญ่ต่อสถาบันหลักตามมาได้ แต่ถึงแม้จะเคร่งครัดอย่างไรก็ตามก็ยังมีการกระทำความผิดดังกล่าวเกิดขึ้นอย่างต่อเนื่อง ดังจะเห็นได้ในสังคมทั่วไปโดยเฉพาะปัจจุบันแนวความคิดหรือมุมมองในเรื่องเพศเป็นแบบเปิดกว้างเลียนแบบค่านิยมของตะวันตกมากยิ่งขึ้น ดังนั้นในการกระทำบางอย่างเช่น ในการกระทำความการไม่สมควรทางด้านเพศ พระภิกษุผู้ไม่เคร่งในพระธรรมก็อาจจะคิดว่าเป็นเรื่องเล็กน้อยเรื่องธรรมดา เช่น การที่วัดวาอารามอยู่ติดกับโรงเรียน ก็จะมีพระภิกษุสามเณรเดินผ่าน กับเด็กนักเรียนวัยสาว เกิดการพูดจาหยอกล้อกัน โดยเห็นเป็นเรื่องเล็กน้อยและโทษก็ไม่รุนแรงพอให้จะทำให้เกรงกลัว จึงยังเป็นปัญหาในสังคมและองค์กรสงฆ์อยู่ จะเห็นได้ว่าพระธรรมวินัยได้บัญญัติกรรมของการกระทำความผิดอนาจารไว้เพียงว่าผู้ถูกกระทำต้องเป็นมนุษย์เพศหญิงเท่านั้นหากกระทำกับมนุษย์เพศชายย่อมไม่เป็นความผิดอนาจาร อาจเป็นเพราะเนื่องจากการกระทำอนาจารในทางพระพุทธศาสนาหากเกิดขึ้นกับชายด้วยกันก็ไม่ทำให้เกิดความล่อแหลมมากเท่าทำกับเพศหญิง แต่หากเป็นเรื่องที่มีการชำเรามาเป็นองค์ประกอบด้วยแล้วนั้นแม้จะเกิดขึ้นกับชายด้วยกันพระพุทธศาสนาก็ได้บัญญัติไว้ครอบคลุมในเรื่องของการเสพเมถุนไว้อย่างชัดเจนว่าแม้กับชายทางทวารน้อยใหญ่ก็ถือว่าเป็นความผิดถึงขั้นปาราชิก จะเห็นได้ว่ารักร่วมเพศ หรือ Homosexual ได้เกิดมีขึ้นตั้งแต่สมัยพุทธกาลแล้ว แต่ยังไม่มากนัก ผู้เขียนเห็นว่าความคิดที่ว่าการกระทำอนาจารที่ส่อถึงเจตนาทางเพศดังกล่าวแม้ยังไม่ถึงกับการเสพเมถุนแต่ในปัจจุบันก็สามารถก่อให้เกิดความล่อแหลมในสังคมและภาพพจน์ที่เสียหายต่อศาสนาได้เช่นเดียวกับการกระทำกับหญิง เนื่องจากปัจจุบันมีการยอมรับรสนิยมแบบรักร่วมเพศหรือ Homosexual กันมากขึ้น การรักชายกับชายหรือหญิงกับหญิงไม่เป็นที่น่ารังเกียจในสังคม แต่หากผู้กระทำเป็นเพศบรรพชิตเป็นผู้กระทำเสียเองมีแต่จะก่อให้เกิดความมัวหมองให้ศาสนา โดยฐานะที่สังคมวางไว้ให้สูง ทั้งยังพบข่าวในหน้าหนังสือพิมพ์ในช่วงต้นปีพ.ศ. 2552 ดังตัวอย่าง

"ที่สำนักงานพระพุทธศาสนาแห่งชาติ อ.พุทธมณฑล จ.นครปฐม นายนที ธีระโรจน์พงษ์ ประธานกลุ่มเกย์การเมืองไทย ยื่นหนังสือและซีดีภาพถ่ายเพื่อร้องเรียนกรณีพระสงฆ์ที่มีพฤติกรรมตุ๊ดแต๋วหรือชายรักชายที่แสดงพฤติกรรมไม่เหมาะสม ในขณะที่บวชอยู่ในเพศสมณะแต่งหน้าทาลิปสติก นำเอาจีวรมาทำเกาะอก สร้างความเสื่อมต่อศาสนา โดยเฉพาะวัดภาคเหนือ[27]"

---

[27] **ข่าวสด.** (2552, 21 มกราคม). "มหาเถรสั่งด่วน เข้ม พระตุ๊ดเณรแต๋ว." หน้า 1,16.

"น.ส.ลัดดา ตั้งสุภาชัย ผู้อำนวยการศูนย์เฝ้าระวังทางวัฒนธรรม กระทรวงวัฒนธรรม ออกมาเผยข้อมูลรับเรื่องร้องเรียนเกี่ยวกับพฤติกรรมพระภิกษุไปเที่ยวน้ำตกพร้อมกับเด็กวัยรุ่นผู้ชาย โดยในภาพถ่ายมีการโพสต์ท่าวาบหวิว พฤติกรรมส่อไปในทางลามกอนาจาร แพร่ไปทางอินเตอร์เนต ดูแล่วหมิ่นแหม่ต่อศีลธรรมทำให้พุทธศาสนิกชนเกิดความเสื่อมถอยทางจิตใจ[28]"

การกระทำของพระภิกษุสามเณรที่จังหวัดเชียงใหม่ นำผ้าไตรจีวรมานุ่งห่มดัดแปลงเป็นเกาะอก ทาลิปสติกสีแดง รับทำเสน่ห์ การเล่นอินเตอร์เนตเกี้ยวหญิง การมีหนังสือลามกในครอบครองซึ่งสิ่งเหล่านี้ไม่มีความผิดตามกฎหมายและในพระวินัยก็ไม่ได้บัญญัติถึงว่าเป็นความผิดต้องโทษเช่นไร แต่การบวชบุคคลซึ่งมีความผิดปกติทางเพศดังข่าวนั้นพระวินัยได้บัญญัติห้ามไว้ตั้งแต่ตอนก่อนบวชว่ากระเทย เกย์ไม่มีคุณสมบัติที่จะบวชได้ ถือเป็นอภัพพบุคคลที่ถูกห้ามโดยเด็ดขาด อภัพพบุคคล คือ บุคคลที่ไม่ควรแก่การอุปสมบท อุปสมบทไม่ขึ้น ถูกห้ามอุปสมบทตลอดชาติเท่านั้น มีอยู่สามประเภทคือ

(1) ชายมีราคะกล้า ประพฤตินอกรีตนอกรอยในทางเสพกามและยั่วยวนชายอื่นให้เป็นเช่นนั้น

(2) ชายที่ถูกตอน

(3) กระเทยโดยกำเนิด

อรรถกถามหาวรรคท่านแสดงความหมายไว้ให้ชัดเจนขึ้น คือ ชายผู้ที่เกิดความกำหนัดขึ้น เมื่อเห็นบุคคลอื่นกระทำอัชฌาจารขึ้นแล้วย่อมสงบ เรียกว่า อุสุยฺยปณฺฑโก (ชายผู้มีราคะกล้า) ผู้ที่ถูกตอนเรียกว่า โอปกฺกมิยปณฺฑโก ผู้ที่มีความกำหนัดเป็นข้างขึ้นข้างแรมเรียกว่า ปกฺขปณฺฑโก ผู้ที่ไม่มีภาวะมาแต่กำเนิดเรียกว่า นปุสกปณฺฑโก อุภโตพยัญชนก แปลว่า ผู้ปรากฏโดยส่วนสองส่วนคือ เป็นชายก็ได้เป็นหญิงก็ได้[29] สาเหตุที่ถูกห้ามอุปสมบทนั้นก็เพราะว่าถ้าอุปสมบทไปแล้วจะเป็นที่รังเกียจของคนอื่น ในการเล่นสวาท หากฝ่าฝืนบวชก็ถือว่าไม่มีคุณสมบัติตั้งแต่แรกบวชไม่ถือว่าเป็นพระภิกษุตามพระพุทธศาสนา

แม้การกระทำดังกล่าวไม่ได้มีความผิดร้ายแรงถึงขั้นปาราชิกตามพระธรรมวินัย แต่เป็นการกระทำที่ไม่เหมาะสม สร้างการเสื่อมศรัทธาสาธุชนที่เลื่อมใสในพระพุทธศาสนา พระสงฆ์ต้องมีอาจาระ กล่าวคือ อากัปกิริยาต่างๆ ได้แก่ การยืน นั่ง นอน เดิน รวมไปถึงการนุ่งห่มที่เป็นระเบียบเรียบร้อย งดงามน่าดูชม พูดจาเรียบร้อย เป็นสมณะสรูปภาษาพระ อาจาระเหล่านี้เมื่อพุทธ

---

[28] **ข่าวสด.** (2551, 12 พฤษภาคม). "อนาถภาพพระตุ้งติ้งเที่ยวรีสอร์ต เล่นน้ำตกโต้ลั่นจะสึกกันเชียวหรือ." หน้า 2.

[29] คณะตรีมิตร. (2525). **แนะวินัยมุข.** หน้า 57.

บริษัทพบเห็นก็อยากกราบไหว้[30] ผู้เขียนเห็นว่าการกระทำตามข่าวเหล่านี้ก็ก่อให้เกิดความเสื่อมให้ศาสนาในพฤติกรรมของพระภิกษุเองโดยไม่ต้องอาศัยกรรมของการกระทำเลย ผู้มาบวชจึงควรมีสามัญสำนึกในการที่จะรับผิดชอบต่อศาสนา สังคมและต่อตนเอง ว่าหากยังตัดกิเลสไม่ได้ก็ควรที่จะสึกออกไปเอง หรือควรมีบทลงโทษที่เป็นความรับผิดเฉพาะเป็นพิเศษแก่พระภิกษุสงฆ์ในกฎหมายอาญาบ้านเมืองให้เป็นรูปธรรมช่วยปกป้องศาสนาให้เข้มแข็งได้มากยิ่งขึ้น เพื่อให้เกิดความชั่งใจที่จะกระทำการใดๆ ในขณะครองเพศสมณะ

3) ความแตกต่างในความผิดฐานเป็นธุระจัดหาในทางพระพุทธศาสนากับความผิดฐานเป็นธุระจัดหาในทางกฎหมายอาญา

เมื่อพิเคราะห์องค์ประกอบแล้วแยกได้เป็น 2 ส่วน

ส่วนแรก การแนะนำเป็นธุระจัดหาเพื่อให้เป็นสามีภรรยากัน

ส่วนที่สอง เป็นธุระจัดหาเพื่อให้หญิงบริการไปร่วมหลับนอนกับชายเพียง ชั่วคราว

1) การเป็นธุระจัดหาเพื่อสนองความใคร่ในทางพระพุทธศาสนาไม่จำเป็นที่ผู้กระทำความผิดจะต้องได้รับค่าตอบแทน หรือเพื่อการค้า

ก. แต่ตามประมวลกฎหมายอาญาผู้กระทำความผิดต้องมีเจตนาภายในที่จะจัดหาเพื่อสนองความใคร่ของผู้อื่นเพื่อหวังอามิสทางการค้าด้วยหรือถึงขั้นดำรงอยู่ด้วยรายได้จากหญิงขายบริการด้วย

2) การเป็นธุระจัดหาเพื่อสนองความใคร่ในทางพระพุทธศาสนารวมถึงการเป็นพ่อสื่อแม่ชัก ให้ชายหญิงเป็นสามีภรรยากันด้วย

ก. แต่การกระทำดังกล่าวนี้ตามประมวลกฎหมายอาญาไม่ถือว่าเป็นความผิด

3) การเป็นธุระจัดหาให้มีการบริการทางเพศในทางพระพุทธศาสนาบัญญัติให้กรรมของการกระทำต้องเป็นเพียงหญิงบริการหรือหญิงที่ยินยอมเสพกามเพียงชั่วคราวกับชายเท่านั้น

ก. แต่ตามประมวลกฎหมายอาญาชายก็เป็นผู้ให้บริการได้

ในการศึกษาครั้งนี้ ผู้เขียนให้ความหมายของโทษสังฆาทิเสสเทียบเคียงกับความหมายฐานเป็นธุระจัดหาเพื่อสำเร็จความใคร่โดยจะยกสิกขาบทที่เป็นอาบัติสังฆาทิเสสกัณฑ์อันถือเป็นบทลงโทษอย่างกลางตามต้นพุทธบัญญัติ ดังนี้

ต้นพระบัญญัติ: เรื่องพระอุทายีชักชวนชายหนุ่มหญิงสาวให้เป็นผัวเมียกันบางพวกที่แต่งงานกันไปแล้วไปสู่ตระกูลที่ดีสามีภรรยาดีก็สรรเสริญท่าน บางพวกเมื่อแต่งงานไปแล้วเข้าสู่

---

[30] พระครูธีรวัฒนาภรณ์ เจ้าอาวาสวัดส้มเกลี้ยง. (2551, 12 พฤษภาคม). **ข่าวสด. หน้า** 2.

ตระกูลที่ไม่ดีได้รับความลำบากไม่พอใจก็พากันตำหนิสาปแช่ง อาศัยเหตุนี้ พระพุทธเจ้าจึงทรงบัญญัติสิกขาบทนี้ พระบัญญัติ ภิกษุใดทำหน้าที่ชักสื่อ คือ บอกความประสงค์ของชายแก่หญิงก็ดี บอกความประสงค์ของหญิงแก่ชายก็ดี เพื่อให้เป็นภรรยาหรือเป็นชู้รัก เป็นสังฆาทิเสส

อนุบัญญัติ: พระอุทายีแนะนำให้หญิงแพศยาหรือหญิงขายบริการให้ไปเที่ยวหลับนอนกับพวกนักเที่ยวผู้หญิงเป็นการชั่วคราว ตามที่ชายนักเลงหญิงใช้วานให้ไปบอกหญิง ชาวบ้านจึงตำหนิ อาศัยเหตุนี้ พระพุทธเจ้าจึงทรงบัญญัติเพิ่มเติมว่า อนึ่ง ภิกษุใดทำหน้าที่ชักสื่อ คือ บอกความประสงค์ของชายแก่หญิงก็ดีบอกความประสงค์ของหญิงแก่ชายก็ดี เพื่อให้เป็นภรรยาหรือเป็นชู้รัก โดยที่สุดแม้เพื่อให้อยู่ร่วมกันชั่วคราว เป็นสังฆาทิเสส[31]

การกระทำดังต้นบัญญัติในส่วนแรกหากผู้กระทำเป็นเพศคฤหัสถ์ก็คงจะไม่เป็นสิ่งที่ผิดศีลธรรมอันดีแต่อย่างไร แต่ในสถานะที่ผู้กระทำเป็นเพศบรรพชิตเป็นผู้ปล่อยวางละแล้วในทางโลกจึงกลายเป็นสิ่งที่ไม่ใช่กิจของสงฆ์ไม่เหมาะกับสมณะเพศ

การกระทำในส่วนที่สองนั้น หากตัวผู้กระทำมีฐานะเป็นภิกษุสงฆ์ ย่อมทำให้เกิดความเสื่อมเสียมากมายต่อพระพุทธศาสนา เนื่องจากผู้กระทำเป็นสงฆ์เสียเองที่เป็นผู้ก่อ ผู้สนับสนุนให้คนประพฤติผิดในกามซึ่งขัดกับหลักธรรมคำสั่งสอนที่ให้เห็นโทษแห่งกามราคะ

การที่พระวินัยบัญญัติกรรมของการกระทำเป็นหญิงนั้นเนื่องจากสมัยพุทธกาลไม่มีชายค้าบริการดังเช่นปัจจุบันจะเห็นได้ตามข่าวมากมายว่ามีการขายบริการทางเพศโดยเพศชาย แม้กระทั่งขณะอยู่ในเพศสมณะ ก็มีการแนะนำติดต่อให้กันในแวดวงสงฆ์ แม้ประมวลกฎหมายอาญาจะบัญญัติความผิดฐานเป็นธุระจัดหาไว้และรวมถึงความผิดฐานการดำรงชีพจากรายได้ของผู้ค้าประเวณี แต่ก็ยังเป็นช่องว่างในกรณีที่ไม่ได้บัญญัติไปถึงผู้ที่เป็นธุระจัดหาเพื่อสนองความใคร่ผู้อื่นโดยไม่ใช่เพื่อการค้าการ หากผู้ถูกกระทำยินยอมและไม่ใช่เพื่อการค้าก็ไม่มีความผิด และถึงแม้การค้าประเวณีในแวดวงสงฆ์จะมีนายหน้าหรือผู้เป็นพ่อเล้าแม่เล้าได้รับรายได้ส่วนหนึ่งของผู้ค้าประเวณีก็แทบจะไม่มีความผิดเลยหากผู้นั้นมีอาชีพอื่นที่สุจริตรองรับเป็นหลักแหล่งแน่นอน

อีกทั้งตามแนวคำพิพากษาฎีกาความผิดฐานดำรงชีพด้วยรายได้ของผู้ค้าประเวณี[32] ในปัจจุบันนั้น ผู้เขียนเห็นว่าเป็นการตีความที่ไม่ยังประโยชน์เพื่อให้เกิดความสงบและความดีงามต่อสังคมเป็นอย่างยิ่ง จะเห็นได้จากตัวอย่างคำพิพากษาฎีกาต่อไปนี้ “ฎีกาที่ 1208/2535 จำเลยมีอาชีพลูกจ้างมีรายได้เดือนละ 3,200 บาท เป็นผู้จัดหาหญิงผู้ทำการค้าประเวณีเพื่อผู้อื่นเป็นปกติธุระและรับเงินส่วนแบ่งรายได้ของหญิงนั้น ศาลเห็นว่าจำเลยมีอาชีพแล้ว จึงไม่ผิดมาตรานี้”[33] ยังมีคำ

---

[31] คณาจารย์ มหาวิทยาลัยมหาจุฬาลงกรณ์ราชวิทยาลัย. เล่มเดิม. หน้า 37.

[32] ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ. (2552). ประมวลกฎหมายอาญาฉบับอ้างอิง มาตรา 286. หน้า 419.

[33] ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ. (2552). ประมวลกฎหมายอาญาฉบับอ้างอิง. หน้า 420.

พิพากษาฎีกาอีกหลายฎีกาเดินตามหลักนี้และจนถึงในปัจจุบันก็ยังไม่ปรากฏว่ามีคำพิพากษาฎีกากลับหลักฎีกานี้แต่อย่างใด จากคำพิพากษาที่ยังคงถือตามหลักแนวนี้ จึงอาจกล่าวได้ว่าผู้ที่มีอาชีพอยู่แล้ว ไม่มีทางถูกลงโทษฐานเป็นพ่อเล้าแม่เล้าตามมาตรา 286 นี้ได้เลย เพราะศาลถือว่าผู้นั้นมีปัจจัยอันพอเพียงสำหรับดำรงชีพแล้ว ตามฎีกาตัวอย่างข้างต้นศาลฎีกายังได้ให้ความหมายของคำว่า "การดำรงชีพ หมายถึง...หากขาดปัจจัยแม้เพียงบางส่วนจากรายได้ของหญิงซึ่งค้าประเวณี จะดำรงอยู่ไม่ได้" จึงจะมีความผิดตามมาตรานี้ได้ แสดงให้เห็นว่าศาลได้ให้ความหมายและวินิจฉัยสับสนโดยการนำเอาบทบัญญัติมาตรา 286 วรรคแรกปะปนกับบทสันนิษฐานของกฎหมายในวรรคสองตามบทบัญญัติประมวลกฎหมายอาญามาตรา 286 วรรคแรกนั้นกฎหมายมุ่งที่จะลงโทษใครก็ตามที่รับส่วนแบ่งบางส่วนจากรายได้ของหญิงมาใช้จ่ายในชีวิตประจำวันเท่านั้น ไม่ถึงกับต้องเพื่อการดำรงอยู่ของผู้ที่ได้รับรายได้จากการค้าประเวณีทั้งหมด

ดังนั้น หากยึดตามหลักแนวฎีกาดังกล่าว จึงอาจเป็นการรับรองให้ผู้ที่มีอาชีพสุจริตรองรับอยู่แล้วสามารถหา "รายได้พิเศษ" จากการค้าประเวณีโดยไม่ผิดกฎหมายทั้งๆ ที่เป็นการรับรายได้ซึ่งเกิดจากการกระทำผิดกฎหมาย เป็นความชั่วที่ต้องลงโทษ ควรเป็นเรื่องที่ควรจะต้องให้บุคคลทั้งหลายมีความรังเกียจที่จะรับรายได้อันมิชอบด้วยกฎหมายโดยเฉพาะที่เบียดเบียนเอาจากการขายตัวของผู้ขายตัวจึงจะถูกต้องชอบธรรม[34] การตีความของนักกฎหมายควรที่จะตีความด้วยความเข้าใจโดยค้นหาความหมายที่แท้จริงของถ้อยความ ตามบทกฎหมายมาตรานั้นๆ เพื่อนำไปวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทแห่งคดีโดยกฎหมายที่มีหลักคิด เข้าถึงจิตวิญญาณ (Spirit) หรือบริบท (Context) ของถ้อยคำ จะเห็นได้ว่ากฎหมายไม่ได้มีประสิทธิภาพที่ย่อหย่อนลงเพราะตัวบท แต่อยู่ที่การตีความของผู้ใช้กฎหมายยังมิได้มีความรอบรู้ เป็นธรรมและขาดประสบการณ์อย่างแท้จริง[35] หากยังตีความตามแนวคำพิพากษาฎีกาโดยมิได้มุ่งถึงเจตนารมณ์และความเข้าใจกฎหมายอย่างลึกซึ้ง ดังเช่น ตัวอย่างฎีกานี้ต่อไป ก็เท่ากับทำให้บทบัญญัติมาตรานี้ไม่สามารถนำมาปรับใช้เพื่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีได้เลย

ความเป็นจริงปัญหาการค้าประเวณี การเป็นธุระจัดหาในสังคมที่เกิดขึ้นมิได้มีการนำคดีขึ้นมาถึงกระบวนการยุติธรรมมีมากมาย ไม่เว้นแม้แต่ในสังคมสงฆ์ที่มีการค้าประเวณี หรือแม้กระทั่งเป็นธุระจัดหาเพื่อสนองความใคร่ด้วยกันเอง

ดังที่ผู้เขียนได้กล่าวถึง ความสำคัญของสงฆ์ไว้โดยตลอด หากผู้กระทำนั้นเป็นสงฆ์ มีหน้าที่ที่จะต้องรับผิดชอบต่อสถานะของตนเองเป็นที่เคารพสักการะของประชาชนชาวพุทธ

---

[34] ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ. (2552). "การดำรงชีพจากรายได้ของหญิงค้าประเวณี (มาตรา 286)." **ในหนังสือมุมมองใหม่ในกฎหมายอาญา.** หน้า 159-160.

[35] ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ. (2552). "การใช้และการตีความ." **ในหนังสือสังคมกับกฎหมาย.** หน้า 122.

โดยเฉพาะในประเทศไทยเราซึ่งวางสถาบันศาสนาไว้สูงมากประเทศเราจึงควรมีการออกกฎหมายเพื่อใช้กับสงฆ์ให้ชัดเจนเป็นบทเฉพาะในประมวลกฎหมายอาญา โดยอาจรวมไปถึงบุคคลธรรมดาแต่เป็นตัวการร่วมหรือให้การสนับสนุนพระภิกษุสงฆ์ในการกระทำความผิดให้ได้รับโทษ ตามความเหมาะสมในแต่ละฐานความผิด เปรียบเสมือนด้ายร้อยดอกไม้ไม่ให้ดอกไม้หรือความดีงามแห่งสงฆ์ พัดปลิวไปตามลมหรือกาลเวลาเหมือนกับที่พระพุทธองค์ทรงตรัสไว้กับพระสารีบุตรก่อนการบัญญัติพระวินัยถึงเหตุผลของการที่ต้องมีการบัญญัติพระธรรมวินัย[36]

ผู้เขียนเห็นว่า เพียงแต่อาศัยบทบัญญัติตามประมวลกฎหมายอาญาที่ใช้กับบุคคลทั่วไปเป็นบรรทัดฐานในการลงโทษยังเกิดช่องว่างในการตีความของผู้ใช้กฎหมายเปิดโอกาสให้มิจฉาชีพกระทำความผิดได้โดยถูกกฎหมายได้เพียงถึงนี้ ฐานะของพระภิกษุสงฆ์ก็มักถูกมองข้ามหรือเป็นคนสุดท้ายในการตกเป็นผู้สงสัยในการกระทำความผิดเสมอ หากปล่อยให้พระภิกษุสงฆ์กระทำความผิดแล้วต้องรับโทษเท่ากับบุคคลทั่วไปแล้ว มิจฉาชีพย่อมจ้องที่จะฉวยโอกาสในพุทธศาสนาอาศัยความศรัทธาเป็นเกราะกำบังเพื่อกระทำความผิดได้ง่ายมากยิ่งขึ้นต่อไป

4.2 การกระทำผิดทางเพศตามกฎหมายอาญาแต่ไม่ผิดพระธรรมวินัย

1) ปัญหาการกระทำความผิดทางเพศฐานข่มขืนตามประมวลกฎหมายอาญาหรือผิดเมถุนธรรมนั้น ดังได้กล่าวถึงความหมายและองค์ประกอบในบทที่ 2 และความแตกต่างข้างต้นนั้น หากจะกล่าวถึงว่าการกระทำใดที่ถือเป็นความผิดเกี่ยวกับเพศตามประมวลกฎหมายอาญาแต่ไม่ผิดพระธรรมวินัย ในฐานข่มขืนกระทำชำเรา จะเห็นได้ว่า ในพระบัญญัติของพระวินัยมีการบัญญัติถึงรายละเอียดที่ละเอียดอ่อนและเคร่งครัดกว่าในกฎหมายอาญามากแม้กระทั้งความยินยอมของผู้ถูกกระทำก็ไม่สามารถยกเว้นความผิดได้ หรือแม้แต่การสมสู่กับสัตว์ การสำเร็จความใคร่ด้วยตัวเองเพียงมีเจตนากำหนัดก็ถือเป็นความผิด ฉะนั้นในพระธรรมวินัยจึงครอบคลุมการกระทำทุกอย่างทั้งหมดที่กฎหมายอาญาได้บัญญัติไว้เป็นความผิดฐานข่มขืนไว้

จึงอาจกล่าวได้ว่าการกระทำความผิดทางเพศในฐานข่มขืนตามประมวลกฎหมายอาญาถือว่าเป็นการกระทำที่ผิดพระวินัยทั้งหมด

2) ปัญหาการกระทำความผิดทางเพศฐานอาจารตามประมวลกฎหมายอาญาแต่ไม่เป็นอาบัติสังฆาทิเสสตามพระธรรมวินัย

(1) การกระทำอนาจารตามประมวลกฎหมายอาญาให้หมายถึงเพศชายด้วย แต่ตามพระธรรมวินัยให้หมายถึงเพียงเพศหญิงเท่านั้น (ฉะนั้นอาจกล่าวได้ว่าการพูดเกี้ยวชาย ต้องกายชายโดยมีจิตรักใคร่ทางกามอารมณ์แต่ไม่ถึงกับเสพเมถุนธรรมไม่มีความผิดตามอาบัติสังฆาทิเสส)

---

[36] ปลื้ม โชติษฐยางกูร. (2550). **คำบรรยายกฎหมายคณะสงฆ์.** หน้า 22.

(2) การดูหนังสือลามก การดูหนังลามก หรือมีไว้ในความครอบครองไว้เพื่อดูหรืออ่าน ไม่มีความผิดในกฎหมายอาญาและพระธรรมวินัย เว้นแต่พระภิกษุจงใจทำอสุจิเคลื่อน แต่ในกรณีพระภิกษุเกี้ยวมาตุคามทาง Internet ผู้เขียนเห็นว่าปรับเป็นโทษเดียวกับบัญญัติการพูดเกี้ยวมาตุคามตามต้นพระบัญญัติได้เนื่องจากมีการตอบโต้กันโดยทันทีและมีเจตนาเดียวกัน

3) ปัญหาการกระทำความผิดทางเพศฐานเป็นธุระจัดหาตามประมวลกฎหมายอาญาแต่ไม่เป็นการชักสื่อที่มีอาบัติสังฆาทิเสสตามพระธรรมวินัย

(1) ตามประมวลกฎหมายอาญาความผิดเกี่ยวกับเพศในฐานเป็นธุระจัดหานั้นกรรมของการกระทำให้รวมถึงเพศชายและเด็กชาย แต่ตามพระธรรมวินัยหากจะเป็นความผิดได้กรรมของการกระทำต้องเป็นเพศหญิงถึงจะเป็นความผิด

(2) ตามประมวลกฎหมายอาญาความผิดเกี่ยวกับเพศในฐานเป็นธุระจัดหานั้นรวมถึงการบังคับขู่เข็ญด้วยประการใดๆเพื่อให้ผู้เสียหายยินยอม อีกทั้งกฎหมายยังได้บัญญัติให้ผู้เป็นธุระจัดหาต้องรับโทษหนักขึ้นหากมีฐานะเกี่ยวข้องเป็นพิเศษกับผู้เสียหาย เป็นบิดามารดา ครูอาจารย์ หรือผู้มีอำนาจปกครอง ผู้พิทักษ์ ผู้อนุบาล ผู้บัญชาการ แต่ตามพระธรรมวินัยหญิงนั้นยินยอมด้วยความสมัครใจเท่านั้น และไม่ปรากฏบัญญัติเหตุลงโทษเพิ่มเติมเป็นพิเศษด้วยฐานะแต่อย่างไร ในปัจจุบันนี้การกระทำความผิดทางเพศฐานไม่ว่าจะเป็นความผิดฐานอนาจารหรือฐานเป็นธุระจัดหานั้นมีทั้งเพศชายและเด็กชายตามหน้าหนังสือพิมพ์มีการจัดขายบริการให้กับพระภิกษุสงฆ์ในวัดมากมาย ถือเป็นปัญหาที่ทำให้ภาพพจน์ในศาสนาและสังคมไทยเสื่อมทราม เนื่องจากตัวผู้กระทำความผิดเป็นผู้อยู่ในสมณะเพศ

จะเห็นได้ว่ามีช่องว่างในการที่จะควบคุมการกระทำความผิดอยู่มาก ทั้งในด้านกฎหมายบ้านเมืองหรือในด้านพระธรรมวินัย บางเรื่องซึ่งอาจเป็นเรื่องที่คาบเกี่ยวกับสิทธิมนุษย์ชนกฎหมายจึงไม่ได้บัญญัติไว้ให้เป็นความผิดหรือพระธรรมวินัยไม่ได้บัญญัติไว้ถึงเนื่องจากยุคสมัยเปลี่ยนแปลงไป เช่น การที่พระภิกษุสามเณรนำเอาจีวรมานุ่งห่มแบบเกาะอก การแต่งหน้า สะพายย่ามสีชมพู ตามหน้าหนังสือพิมพ์เหล่านี้ ไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นความผิด ในพระธรรมวินัยก็ไม่ถือว่าเป็นความผิดแต่เพียงมีบัญญัติไว้แค่เป็นเรื่องว่าด้วยวัตรและจรรยามารยาทเท่านั้น

4.3 ความเหมาะสมในการกำหนดโทษพระภิกษุสงฆ์

ในปัจจุบันได้มีบุคคลผู้เป็นพระภิกษุสงฆ์กระทำความผิดมากยิ่งขึ้น แม้กระทั่งหลักธรรมคำสั่งสอนขององค์สมเด็จพระสัมมาสัมพุทธเจ้าจะได้ทรงบัญญัติให้ผู้มีหลักธรรมพุทธศาสนาในใจมีหิริโอตัปปะหรือความละอายต่อบาปก็ตาม แต่ก็ยังมีพระภิกษุสงฆ์บางจำพวกที่แฝงตัวอยู่ในรูปแบบของมารศาสนาจ้องที่จะแสวงหาประโยชน์อันมีควรได้โดยปราศจากความละอายต่อบาปหามีความเกรงกลัวต่อโทษในทางพระวินัยไม่ การแฝงตัวอยู่ในสถานะของพระภิกษุสงฆ์

ดังกล่าวของผู้กระทำความผิดผู้เขียนเห็นว่าทั้งนี้เนื่องจากสถานะของพระภิกษุสงฆ์เป็นเพศบรรพชิตที่บุคคลทั่วไปในสังคมให้ความเคารพนับถือมีสถานะทางสังคมที่มีลักษณะพิเศษ กล่าวคือ ในการกระทำความผิดของพระภิกษุสงฆ์ย่อมสามารถกระทำได้โดยง่ายดาย ทั้งนี้เนื่องจากประชาชนผู้มีความเลื่อมใสศรัทธาย่อมมีความไว้เนื้อเชื่อใจบุคคลผู้เป็นพระภิกษุสงฆ์อันเป็นรากฐานของความรู้สึกที่อยู่ใต้จิตสำนึกของคนทั่วไป ดังนั้น หากบุคคลผู้ประสงฆ์ที่จะกระทำความผิดได้แสดงตนว่าตนเองเป็นพระภิกษุสงฆ์ก่อนกระทำความผิด เช่น ถ้าพระภิกษุสงฆ์ผู้มีความประสงฆ์ร้ายไม่ว่าจะเป็นผู้ที่ต้องการที่จะลักทรัพย์หรือข่มขืนกระทำชำเราบุคคลในเคหสถานของบุคคลอื่นขออนุญาตประชาชนเข้าไปในเคหสถานเพื่อปลดทุกข์เบาโดยอ้างว่าต้องมีการปลดทุกข์โดยการนั่งทำธุระเท่านั้นมิฉะนั้นจะเป็นการฝ่าฝืนหลักธรรมคำสั่งสอนขององค์ศาสดา กรณีเช่นนี้ถ้าผู้มีสถานะเป็นพระภิกษุสงฆ์ผู้นั้นมีหลักจิตวิทยาในการพูดคุยและลักษณะภายนอกดูน่าเลื่อมใสผู้เขียนเห็นว่าประชาชนทั่วไปย่อมยินยอมที่จะให้เข้าไปทำธุระในเคหสถานของบุคคลนั้นได้โดยไม่มีการตั้งข้อสังเกตมากนักเนื่องจากเห็นว่าพระภิกษุสงฆ์ผู้มีศีลธรรมย่อมเป็นบุคคลที่ไม่น่าจะก่อให้เกิดความอันตรายแก่ตนเอง ทรัพย์สินหรือครอบครัวของตนเองได้ ด้วยเหตุนี้สถานะของพระภิกษุสงฆ์ย่อมเป็นปัจจัยหนึ่งซึ่งอำนวยความสะดวกในการกระทำความผิดได้เป็นอย่างดี ดังนั้นเมื่อมีการกระทำความผิดเกิดขึ้นการกระทำดังกล่าวย่อมมีความสำเร็จขึ้นได้โดยอาศัยเหตุปัจจัยแห่งการไว้เนื้อเชื่อใจเป็นส่วนประกอบที่มีความสำคัญ ซึ่งความไว้เนื้อเชื่อใจดังกล่าวนั้นเกิดขึ้นเนื่องจากความศรัทธาของประชาชนนี่มีต่อสถาบันศาสนาและสถานะของพระภิกษุสงฆ์ผู้ทรงศีล เมื่อผู้กระทำความผิดอาศัยความศรัทธาของประชาชนเพื่ออำนวยโอกาสในการกระทำความผิดแล้ว ประชาชนผู้ประสบเหตุหรือทราบเหตุดังกล่าวย่อมที่จะเสื่อมศรัทธาในสถาบันศาสนาหรือตัวบุคคลผู้เป็นพระภิกษุสงฆ์โดยรวมได้ ดังนั้น เพื่อเป็นการป้องกันและคุ้มครองภาพลักษณ์และความศรัทธาของสถาบันศาสนาและพระภิกษุสงฆ์ผู้ประพฤติดีมีศีลจาวัตรที่งดงามให้มิต้องได้รับการตำหนิติเตียนเสื่อมเสียชื่อเสียงความเลื่อมใสศรัทธาจากประชาชน ผู้เขียนเห็นว่าจำเป็นที่จะต้องมีการกำหนดโทษให้ผู้ที่อาศัยโอกาสจากการเป็นพระภิกษุสงฆ์ในการกระทำความผิดให้ต้องรับโทษฐานทำให้ศาสนามัวหมองเสื่อมเสียงชื่อเสียง หรือต้องรับโทษหนักขึ้นกว่าการกระทำที่เป็นปกติที่กฎหมายบัญญัติไว้ว่าเป็นความผิดอาญา โดยให้ถือว่าถ้าการกระทำอันเป็นความผิดนั้นๆ เกิดขึ้นเนื่องจากมีการอาศัยโอกาสจากการเป็นพระภิกษุสงฆ์ในการอำนวยความสะดวกในการกระทำย่อมต้องด้วยบทฉกรรจ์ให้ผู้กระทำต้องรับโทษหนักขึ้นด้วย เป็นต้น

4.3.1 ความเหมาะสมเกี่ยวกับการควบคุมพระภิกษุสงฆ์โดยสังคม

กลไกการควบคุมสงฆ์โดยสังคมนั้นปัจจุบันยังมีอยู่ พระภิกษุสงฆ์นั้นย่อมต้องมีความสัมพันธ์กับประชาชนอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ ประชาชนจึงมีโอกาสได้สัมผัสเห็นความประพฤติของพระภิกษุสงฆ์ หากพบเห็นพระภิกษุสงฆ์รูปใดมีวัตรปฏิบัติดีปฏิบัติชอบเป็นแบบอย่างของ

พุทธศาสนิกชน เป็นที่เคารพเลื่อมใสศรัทธาของพุทธศาสนิกชน พระภิกษุรูปนั้นมักจะได้รับการยอมรับนับถือจากพระพุทธศาสนิกชน หากพระภิกษุสงฆ์รูปใดประพฤติตนไม่เหมาะสมกับสมณะเพศ หรือละเมิดพระธรรมวินัย ประชาชนก็จะว่ากล่าวติชมวิพากษ์วิจารณ์ รวมทั้งสื่อมวลชนก็จะคอยตรวจสอบติดตามพฤติกรรมของพระภิกษุรูปนั้น พระภิกษุสงฆ์เป็นบุคคลที่สาธารณชนที่จะตรวจสอบติชมตามวิสัยของประชาชนตามทำนองครองธรรมได้โดยไม่มีความผิดตามกฎหมาย ซึ่งเรื่องนี้ ศาสตราจารย์จิตติ ติงสภัทิย์ ได้อธิบายคำว่า "การติชมด้วยความเป็นธรรม หมายความว่ากล่าวด้วยความเข้าใจว่าถูกต้อง และสมควรตามความรู้สึกของคนทั่วไป มิใช่แกล้งครึ่งๆ กลางๆ บิดเบือนตัดต่อ เสียดสี หยาบคาย ยั่วยุ มุ่งให้เกิดความโกรธเกลียด อย่างไรเป็นวิสัยที่ประชาชนย่อมติชมได้ตามปกติวิสัยของประชาชนจะสนใจวิจารณ์ติชมเป็นเรื่องที่ประชาชนสนใจ เช่น เกี่ยวกับราชการบ้านเมือง และเกี่ยวกับบุคคลที่เสนอตัวการงานของเขาต่อประชาชน เช่น ผู้สมัครเข้ารับตำแหน่งหน้าที่เกี่ยวกับประชาชนหรือกิจการที่อาศัยความเชื่อถือของประชาชน เช่น พระและนักบวช ผู้สอนศาสนา"[37] การกล่าวเพื่อความชอบธรรมนั้นไม่จำเป็นต้องเป็นสิทธิตามกฎหมาย หากเป็นแต่ความถูกต้องตามความคิดเห็นของสามัญชนทั่วไปก็เป็นการเพียงพอ เช่น กรณีพระ 11 รูปแสดงตนเป็นโจทก์ตามพระธรรมวินัยกล่าวโทษพระในที่ชุมนุมสงฆ์โดยสุจริตว่า เสพเมถุนกับหญิงโดยมีเหตุให้ผู้กล่าวเข้าใจว่าพระถูกกล่าวหานำความเสื่อมเสียแก่วัดเดียวกัน ได้รับการยกเว้นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา 329 (1) ประโยชน์เหล่านี้เป็นส่วนได้เสียตามครองธรรมคือไม่ต้องถึงกับเป็นสิทธิ์ทางกฎหมายแต่ต้องไม่ขัดต่อกฎหมายและศีลธรรม[38]

นอกจากประชาชนหรือสังคมย่อมแสดงความคิดเห็นติชมตามปกติวิสัยของประชาชนตามทำนองครองธรรมแล้วยังมีกรณีที่หากเห็นว่าการพิสูจน์ความจริงจะเป็นประโยชน์ต่อประชาชนแล้วก็สามารถที่จะขอพิสูจน์ความจริงได้โดย ศาสตราจารย์จิตติ ติงสภัทิย์ ได้ให้ความหมายเพิ่มเติมว่า ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 330 ห้ามมิให้พิสูจน์ในกรณีที่เป็นเรื่องส่วนตัวและการพิสูจน์นั้นไม่เป็นประโยชน์แก่ประชาชน เช่น กรณีการขอพิสูจน์ความจริงว่าพระเข้าหานางชีที่ห้องวิปัสสนานั้นถือว่าเป็นประโยชน์แก่ประชาชนทั่วไปสามารถพิสูจน์ได้ (คำพิพากษาฎีกาที่ 1072/2507 ประชุมใหญ่)

ตามความเห็น ศาสตราจารย์ จิตติ ติงสภัทิย์ ดังกล่าวข้างต้นจึงเห็นได้ว่าสถานะของพระภิกษุสงฆ์นั้นถือเป็นบุคคลที่มีสถานะที่พิเศษ เป็นบุคคลสาธารณะที่พุทธศาสนิกชนสามารถตรวจสอบติชมวิพากษ์วิจารณ์ได้ตามเหตุผลตามธรรมนองครองธรรมในสิ่งที่เห็นว่าเป็นประโยชน์ต่อสาธารณะชนทั่วไป ความประพฤติของพระภิกษุสงฆ์จึงเป็นสิ่งที่พุทธศาสนิกชนที่พึงควรติชม

---

[37] จิตติ ติงสภัทิย์. (2532). **กฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 3.** หน้า 2411-2443.

[38] แหล่งเดิม. หน้า 2528-2829.

หรือตรวจสอบได้เช่นเดียวกัน มาตรการตรวจสอบจากบุคคลภายในสงฆ์ไม่ค่อยได้รับผลอย่างจริงจังเท่าที่ควร อาจมีสาเหตุเนื่องจากไม่มีกำลังคนในการตรวจสอบ ไม่มีเครื่องมือหรืออุปกรณ์ตลอดจนมาตรการการตรวจสอบไม่ทั่วถึง จึงสังเกตได้จากการจับกุมพระภิกษุสงฆ์ที่ละเมิดพระธรรมวินัย เช่น การลักลอบเสพเมถุนในโรงแรมม่านรูด การลักลอบเสพยาเสพติด เป็นเรื่องที่ถูกจับคุมโดยบุคคลภายนอกองค์กรทั้งสิ้น อาจกล่าวได้ว่าการควบคุมตรวจสอบบุคคลภายนอกองค์กรสงฆ์มีประสิทธิภาพมากกว่า ฉะนั้นตามความเห็นของท่านพระธรรมปิฎก (ป.อ.ปยุตโต) เห็นว่าพุทธศาสนาเป็นของทุกคนที่จะต้องช่วยกันดูแลรักษาป้องกันมิให้ถูกทำลาย จึงเป็นความเห็นที่สนับสนุนสอดคล้องกับความเห็นของ ศาสตราจารย์จิตติ ติงสภัทิย์ ที่กล่าวมาข้างต้น พฤติการณ์ของพระภิกษุสงฆ์จึงเป็นสิ่งที่พุทธศาสนิกชนทุกฝ่ายพึงให้ความสนใจเป็นกรณีพิเศษ เมื่อมีเรื่องราวที่เห็นว่าเหมาะสมก็พึงหยิบยกพิจารณาหาทางป้องกันแก้ไขเพื่อมิให้เอาเยี่ยงอย่าง อีกทั้งในอดีตนั้นดังที่กล่าวไว้ในบทที่ 3 ว่าเดิมนั้นพระภิกษุได้ปกครองกันเองในหมู่สงฆ์ยังไม่มีกฎหมายเข้าไปเกี่ยวข้องกำหนดรูปแบบแต่อย่างใด พระมหากษัตริย์ไทยในอดีตจะเป็นผู้มีส่วนการอุปถัมป์ให้การช่วยเหลือคณะสงฆ์มาโดยตลอด ในส่วนการปกครองของคณะสงฆ์เองมีพระสังฆราชเป็นผู้บัญชาปกครองและเมื่อใดที่สภาพการปกครองสงฆ์อ่อนแอ ฝ่ายบ้านเมืองหรือพระมหากษัตริย์ในอดีตก็จะเข้าไปควบคุมดูแลอย่างใกล้ชิด บางครั้งมีการออกกฎหมายเพื่อควบคุมพระสงฆ์ เช่นในสมัยรัชกาลที่ 1 ทรงออกกฎหมายพระสงฆ์ 10 ข้อออกมาประกาศใช้เพื่อควบคุมความประพฤติของพระภิกษุสงฆ์หากพระภิกษุสงฆ์ฝ่าฝืนบทลงโทษในทางอาญา ต่อมาในสมัยรัชกาลที่ 5 ได้ทรงออกพระราชบัญญัติปกครองคณะสงฆ์ รศ. 121 เป็นครั้งแรกและสำหรับปัจจุบันนี้มีพระราชบัญญัติปกครองคณะสงฆ์ พ.ศ. 2505 แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติคณะสงฆ์ และ พ.ศ. 2535 แต่ก็ไม่มีสภาพบังคับที่เห็นเป็นรูปธรรมที่สามารถทำให้พระภิกษุสงฆ์ที่กระทำความผิดเกิดความเกรงกลัวแต่อย่างใด ดังที่ปรากฏตามข่าวหรือหน้าหนังสือพิมพ์ทั่วไป

ในสังคมไทยนั้นเป็นที่ทราบกันดีอยู่แล้วว่า บุคคลผู้ได้บวชเป็นพระย่อมได้รับการเคารพนับถือจากบุคคลทุกชนชั้น ไม่ว่าผู้บวชนั้นจะมีฐานะยากจนเข็ญใจเพียงใดเนื่องจากระภิกษุที่เคร่งครัดในพระธรรมย่อมถือว่าเป็นบุคคลที่สมควรน้อมต่อการสักการะต้อนรับ และการบวชนั้นมีโอกาสให้ผู้บวชได้ทำประโยชน์ต่อสาธารณะกุศลเช่นเป็นผู้นำของชาวบ้านในการช่วยเหลือก่อสร้างถนน ขุดคูคลอง วัดวาอาราม และสิ่งประการหนึ่งเมื่อผู้บวชได้เข้ามาอยู่ในวัดวาอาราม ทำให้บิดามารดาและญาติพี่น้องของผู้บวช เข้ามาเกี่ยวข้องสัมพันธ์กับวัดในทางอ้อมด้วยและสิ่งสำคัญที่สุดของการบวชคือการสืบทอดพระศาสนา โดยอยู่ในเพศของการสมณะ หรือบรรพชิต อันเป็นเพศสูงสุดอันทรงไว้ซึ่งพระอรหันต์[39] เมื่อได้ทำการบวชโดยถูกต้องตามพระธรรมวินัยโดยถูกต้อง

---

[39] พระพุทธทาสภิกขุ-ปัญญานันทภิขุ. (2538). **พรหมจรรย์ของการบวช.** หน้า 45-72.

แล้ว พระภิกษุสงฆ์นั้นก็ต้องอยู่ในระเบียบวินัยของสงฆ์ และมีสิทธิต่างๆ ตามพระธรรมวินัยจารีตประเพณี สังคมและกฎหมาย

ฉะนั้น เมื่อพระภิกษุสงฆ์เป็นบุคคลที่ประชาชนจะต้องเคารพสักการบูชา เป็นผู้กระทำความผิดเสียเอง จึงเห็นเป็นการสมควรอย่างยิ่งต้องได้รับโทษที่เท่าเทียบกับ สิทธิ และหน้าที่ที่ตนเองได้รับเช่นกัน

4.3.2 ความเหมาะสมเกี่ยวกับการควบคุมพระภิกษุสงฆ์ในกฎหมายอาญา

เนื่องจากพฤติกรรมของพระภิกษุสงฆ์ที่กระทำความผิดเกี่ยวกับเพศ เป็นอาชญากรรมเป็นพฤติกรรมของมนุษย์ซึ่งไม่เป็นที่ไม่ยอมรับของคนส่วนใหญ่ในสังคมและพฤติกรรมอาชญากรรมมักจะมีรูปแบบแตกต่างกันตั้งแต่การกระทำที่สังคมเห็นว่าเป็นการกระทำผิดที่ไม่ร้ายแรงหรือลหุโทษไปจนถึงขั้นความผิดอุกฉกรรจ์ ทุกสังคมจึงต้องมีกฎหมายเพื่อบัญญัติไว้เพื่อมีจุดประสงค์ให้สังคมมีระเบียบและสงบสุข รองรับความปลอดภัยของคนในสังคมโดยรัฐ โดยการวิเคราะห์ว่าการกระทำใดสมควรที่จะกำหนดเป็นความผิดอาญาหรือไม่นั้น จำเป็นที่จะต้องคำนึงถึงวัตถุประสงค์ของการคุ้มครองและความร้ายแรงของพฤติการณ์ของความผิดเป็นสำคัญมีหลักดังกล่าวได้มีบัญญัติเอาไว้ตามร่างประมวลกฎหมายอาญาสหรัฐอเมริกา 40 ในมาตรา 1-1 A2 ซึ่งบัญญัติไว้ดังนี้

“วัตถุประสงค์ของประมวลกฎหมายนี้ก็เพื่อที่จะเสริมสร้างความยุติธรรมขึ้นในระบบสหรัฐทั้งมวลเพื่อที่ประเทศชาติและประชาชนจะได้มีความอบอุ่นใจในการรักษาไว้ซึ่งชีวิต ร่างกาย ทรัพย์สิน ความสัมพันธ์ซึ่งกันและกัน และผลประโยชน์อื่นๆ

ประมวลกฎหมายนี้ มุ่งมั่นที่จะส่งเสริมและคงไว้ซึ่งระบบแห่งคุณธรรมของมหาชนและการปฏิบัติโต้ตอบของมหาชน โดยการลงโทษทัณฑ์อันเหมาะสม

ประมวลกฎหมายนี้มุ่งมั่นที่จะส่งเสริมความปลอดภัยและความมั่นคงของบุคคลทั้งปวงโดยการป้องปราบ ด้วยวิธีการแจ้งต่อสังคมให้เห็นถึงความผิดต่างๆ ว่ามีอะไรบ้างละโทษทัณฑ์ที่ได้กำหนดไว้โดยตัวบทกฎหมายมีอยู่อย่างไร และเมื่อวิธีการนี้ใช้ไม่ได้ผล ก็จะใช้วิธีแก้ไขผู้กระทำความผิด หรือการทำให้ผู้กระทำความผิดนั้นไม่สามารถที่จะกระทำความผิดต่อไปได้โดยวิธีการอันสมควร”

จากเนื้อความข้างบนนี้ จะเห็นได้ว่ากฎหมายได้แยกวัตถุประสงค์ออกเป็นเจตนารมณ์อยู่ 6 ข้อ ซึ่งอาจกล่าวโดยรวมได้ว่ากฎหมายได้บัญญัติออกมาเพื่อป้องกันบุคคล สังคม ทรัพย์สิน ประโยชน์สาธารณะ และเพื่อใช้บังคับกับผู้ที่เกี่ยวข้องต้องใช้กฎหมายให้บรรลุวัตถุประสงค์ ซึ่งผู้เขียนได้กล่าววัตถุประสงค์ไว้ในบทที่ 2 โดยเฉพาะในข้อ จ. ซึ่งตรงกับการศึกษาในครั้งนี้ กล่าวคือ

---

[40] U.S. Draft Criminal Code.

กฎหมายอาญาในปัจจุบันนั้นได้ถูกเปลี่ยนแปลงแก้ไขเพิ่มเติมจนแทบจะแบ่งแยกไม่ออกว่ากฎหมายอาญาในปัจจุบันนั้น ทำหน้าที่อะไรแต่อย่างน้อยที่สุดนักนิติบัญญัติที่ดีต้องคำนึงถึงวัตถุประสงค์หลักที่ว่ากฎหมายอาญานั้นต้องการที่จะให้บรรลุถึงวัตถุประสงค์ใดบ้างวิธีการและทฤษฎีที่จะทำให้จุดหมายของประมวลกฎหมายอาญานั้นประสบความสำเร็จกระทำขึ้นเพื่อที่จะมุ่งคุ้มครองอะไร ซึ่งตามเรื่องของผู้เขียน ผู้เขียนเห็นว่า การบัญญัติกฎหมายตามแนวคิดของผู้เขียนมุ่งที่จะคุ้มครองสถาบันดังต่อไปนี้คือ

ข้อ จ. เพื่อป้องกันรักษาไว้ซึ่งสถาบันทางสังคม (เช่น สถาบันพระมหากษัตริย์และสถาบันศาสนา) รวมทั้งเพื่อบังคับให้เกิดความเมตตากรุณาที่จำเป็น (เช่น พระภิกษุสงฆ์ไม่ต้องสาบานตนในศาล)

จะเห็นได้ว่ายิ่งเป็นการตอกย้ำของทุกชนชาติว่าการออกกฎหมายนั้นเพื่อเป็นการป้องกันรักษาไว้ซึ่งสถาบันศาสนาของชาติ ให้ดำรงอยู่อย่างมั่นคงเนื่องจากหากสถาบันศาสนาอ่อนแอ ย่อมส่งผลให้เห็นถึงเสถียรภาพที่อ่อนแอเช่นเดียวกันของสังคมในประเทศ

สอดคล้องกับหลักการในการบัญญัติพระวินัยในพระพุทธศาสนา เมื่อพระพุทธเจ้าทรงบัญญัติสิกขาบทแต่ละข้อมารวมกันพระองค์ทรงตรัสแสดงวัตถุประสงค์ทุกครั้งว่า ที่ทรงบัญญัติข้อฝึกหรือกฎนี้เพื่ออะไร ย่อได้ 5 หมวดได้ ดังนี้[41]

1) เพื่อประโยชน์แก่สงฆ์หรือส่วนรวม
2) เพื่อประโยชน์แก่ตัวบุคคล
3) เพื่อประโยชน์แก่ชีวิตมนุษย์
4) เพื่อประโยชน์แก่ประชาชนทั่วไปที่เป็นสังคมใหญ่
5) เพื่อประโยชน์แก่ตัวพระศาสนา

จะเห็นได้ว่าพระธรรมวินัยตั้งกฎและบทลงโทษมาโดยมีวัตถุประสงค์ เพื่อสร้างสภาพที่มนุษย์จะอยู่กันด้วยความสงบเรียบร้อยเป็นอันดีและเพื่อให้มีสภาพที่สงบเรียบร้อยนั้น เป็นเครื่องเกื้อหนุนต่อการที่มนุษย์เหล่านั้นทุกๆ คนจะเข้าถึงชีวิตที่ดีงามขึ้นไป คือเป็นการสร้างสภาพเอื้อต่อการที่บุคคลจะได้พัฒนาความสามารถในการที่จะมีชีวิตที่ดี

ปัจจัยที่ต้องกำหนดโทษและวินัยขึ้นมาเนื่องจากพระพุทธองค์ทรงกล่าวว่า ธรรมเป็นเรื่องของความจริงแท้ในธรรมชาติ ส่วนวินัยเป็นเรื่องของสมมติเพื่อหนุนธรรม แต่สมมติไม่จำเป็นต้องรอธรรม คนทำกรรมชั่ว ฝ่ายธรรมว่ามีกฎธรรมชาติเป็นกฎแห่งแห่งกรรมของเขา แต่วินัยไม่รอวินัยจึงตั้งกรรมสมมติขึ้นมา และนำผู้กระทำความผิดเข้ามาในกลางที่ประชุมและลงโทษวินัย

---

[41] ท่านเจ้าคุณพระธรรมปิฎก (ป.อ.ปยุตฺโต). เล่มเดิม. หน้า 62.

ไม่รอกรรม จึงไม่รอกรรมตามธรรมชาติ วินัยจึงจัดการทันที แม้พระอรหันต์ก็ไม่ได้รับการยกเว้น หากผิดวินัยเพราะวินัยแยกจากธรรม[42]

สงฆ์จึงเป็นชุมชนแบบอย่างที่พระพุทธเจ้าได้ทรงจัดตั้งขึ้นโดยให้สงฆ์ยึดถือธรรม คือ หลักการ เมื่อสงฆ์รู้หลักการคือกฎเกณฑ์กติกาก็ย่อมรู้หน้าที่ไม่ทำผิดกฎกติกา หากทำผิดก็จะถูกหลักการหรือธรรมลงโทษเขาตามพระวินัยไม่ใช่ใครเป็นผู้โทษเขา พระพุทธเจ้าก็ทรงได้รับถวายคำสรรเสริญว่าทรงฝึกคนและปกครองคนโดยไม่ต้องใช้ทัณฑ์อาชญา[43] ด้วยเหตุนี้จึงทำให้เราได้ทราบว่าเพราะเหตุใดโทษในทางพระธรรมวินัยพระพุทธองค์จึงไม่บัญญัติโทษที่รุนแรงเพื่อบังคับแก่สงฆ์ ได้ทราบว่าเพราะพระพุทธองค์ก็ทรงเคารพสงฆ์หรือหมู่สงฆ์และเคารพหลักการคือพระวินัยเช่นกัน แต่กระนั้นพระภิกษุที่ไม่มีความละอายต่อบาป ก็ไม่ได้เกรงกลัวต่อโทษทัณฑ์ในพระธรรมวินัย ฉะนั้นจึงควรมีการบัญญัติกฎหมายออกมาเพื่อให้มีผลบังคับแก่สงฆ์ให้มีความรับผิดทางอาญา

กฎหมายอาญาเป็นเครื่องมือของสังคมประการหนึ่ง จึงย่อมต้องมีขีดจำกัดในการนำมาใช้แต่ละเรื่องทั้งในด้านงบประมาณ กำลังคน เวลา และความยากง่ายในการบังคับใช้กฎหมาย และในเมื่อพระธรรมวินัยไม่มีโทษรุนแรงเพียงพอในการสภาพของการบังคับจึงน่าจะมีกฎหมายทางโลกหรือกฎหมายบ้านเมืองบัญญัติออกมาเพื่อคุ้มครองสถาบันศาสนาให้เข้มแข็งยิ่งขึ้น โดยการบัญญัติกฎหมายนั้นควรใช้หลักการสากลและเป็นธรรมมากที่สุด ในเรื่องนี้มีนักวิชาการของไทยท่านหนึ่ง[44] ได้เขียนบทความที่เป็นประโยชน์อย่างมากเกี่ยวกับเรื่องนี้ไว้ ซึ่งสามารถสรุปได้ดังนี้

1) รัฐไม่สมควรบัญญัติความผิดในกฎหมายอาญาโดยมีวัตถุประสงค์เพียงเพื่อก่อให้เกิดหลักประกันว่าการฝ่าฝืนกฎหมายจะได้รับการลงโทษแก้แค้นตอบแทนด้วยการลงโทษแต่เพียงอย่างเดียว หลักในข้อนี้มีที่มาจากแนวคิดของ ซีซาร์ เบคคาเรีย (Cesare Beccaria) กล่าวว่า “การป้องกันอาชญากรรมดีกว่าการปราบปรามอาชญากรรม ซึ่งเป็นเป้าหมายสูงสุดแห่งกฎหมายนิติบัญญัติที่ดี”

2) รัฐไม่ควรใช้กฎหมายอาญาลงโทษความประพฤติที่ไม่ก่อให้เกิดอันตราย ทั้งนี้โดยเหตุที่ว่าถ้าการกระทำนั้นไม่มีความชั่วร้ายก็ไม่มีเหตุผลแต่อย่างใดที่จะบัญญัติกฎหมายลงโทษการกระทำนั้น เช่น การที่พระภิกษุสงฆ์ช่วยผู้หญิงจมน้ำมีการแตะเนื้อต้องตัวหลายแห่งไม่มีเจตนาทำอนาจารก็ไม่ควรบัญญัติไว้เป็นความผิด

---

[42] แหล่งเดิม. หน้า 74.

[43] แหล่งเดิม. หน้า 89.

[44] บทสรุปแนวความคิดของ Cf. Walker (1980) อ้างถึงใน ประธาน วัฒนวาณิชย์. (2541, ธันวาคม). “การปฏิรูประบบการลงโทษแนวทางสหวิทยาการโดยเน้นทางด้านอาชญาวิทยา.” **บทบัณฑิตย์, เล่ม 54, ตอน 4.** หน้า 9-34.

3) รัฐไม่ควรใช้กฎหมายอาญาเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์อย่างใดอย่างหนึ่งซึ่งสามารถบรรลุได้อย่างมีประสิทธิภาพ โดยก่อให้เกิดความทุกข์ทรมานน้อยกว่าหรือหมายถึงรัฐไม่ควรใช้กฎหมายอาญา ในกรณีที่มาตรการอื่นๆ ซึ่งก่อให้เกิดความทุกข์ทรมานน้อยกว่า มีประสิทธิภาพเท่าหรือเกือบเท่าในการลดจำนวนการกระทำนั้น

4) รัฐไม่ควรใช้กฎหมายอาญาในกรณีผลร้ายซึ่งเกิดจากการลงโทษมีมากกว่าผลร้ายที่เกิดจากความผิด เช่น การที่บัญญัติให้พระภิกษุสงฆ์ที่ร่วมประเวณีกับหญิงที่ยินยอม มีโทษประหารชีวิตหรือจำคุกตลอดชีวิตเฉกเช่นกฎหมายพระสงฆ์ในอดีตเป็นต้น แต่โทษนั้นควรมีความเหมาะสมและมีความสมดุลกับความผิดของพระภิกษุสงฆ์ที่ได้กระทำลงไป การที่พระภิกษุสงฆ์ร่วมประเวณีกับหญิงที่ยินยอมกฎหมายก็ควรบัญญัติให้ลงโทษจำคุกตามสมควร โดยมีสภาพบังคับที่เป็นไปได้และนำมาใช้อย่างเคร่งครัดเพื่อเป็นการป้องปรามพฤติกรรมเลียนแบบและเกิดความเกรงกลัวต่อโทษทัณฑ์อย่างแท้จริง

5) รัฐไม่ควรใช้กฎหมายโดยมีวัตถุประสงค์ในการบังคับให้บุคคลกระทำเพื่อประโยชน์แก่ตนเองเท่านั้น

6) รัฐไม่ควรใช้กฎหมายอาญาห้ามการกระทำซึ่งไม่ได้รับการสนับสนุนอย่างแข็งขันจากสาธารณะชน ในข้อนี้ผู้เขียนเห็นว่าแนวคิดนี้เป็นการสนับสนุนการบัญญัติกฎหมายตามสภาพสังคมในแต่ละสมัยที่มหาชนมีความคิดเห็นตรงกันในพื้นฐานของศีลธรรม ให้มีการบัญญัติกฎหมายอาญาเพื่อกำหนดบทลงโทษแก่กลุ่มบุคคลผู้ซึ่งมีผลต่อประเทศชาติ ดังเช่น พระภิกษุสงฆ์

7) รัฐไม่ควรบัญญัติความผิดซึ่งบังคับใช้ไม่ได้ไว้ในกฎหมายอาญา

ประมวลกฎหมายอาญาของไทยในปัจจุบันนั้น จริงอยู่ในบทบัญญัติที่เกี่ยวกับศาสนามีสภาพบังคับและใช้ได้จริง แต่ความผิดนั้นก็เกิดขึ้นค่อนข้างน้อยเนื่องจากเป็นการลงโทษแก่ผู้กระทำผิดฐานดูหมิ่นศาสนา ผู้การทำความผิดฐานทำลายวัตถุสถาน ก่อความวุ่นวายเท่านั้น แต่สิ่งที่เกิดเป็นปัญหาในสังคมมากมายถึงขั้นวิกฤติศาสนาในปัจจุบัน คือตัวบุคคลผู้อยู่ในศาสนานั่นคือพระภิกษุสงฆ์เองที่เป็นผู้ก่อให้เกิดความเสื่อมเสีย มัวหมองแก่ศาสนา

แม้บทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญาในเรื่องความรับผิดฐานการแต่งกายเลียนแบบสงฆ์อาจตีความได้ว่าการที่ทันทีที่พระภิกษุได้กระทำผิดต้องอาบัติปาราชิกแล้วยังครองผ้าไตรจีวรอยู่ ถือเป็นการแต่งกายเลียนแบบสงฆ์สามารถปรับโทษมาตรานี้ลงโทษแก่สงฆ์ได้ก็ตาม แต่หากบุคคลที่ไม่ใช่นักกฎหมายหรือชาวบ้านธรรมดาไม่อาจตีความได้ว่าการที่ตนกระทำความผิดทางเพศถึงขั้นปาราชิกแล้วยังครองผ้าไตรจีวรอยู่จะได้รับโทษอย่างไรมีการบัญญัติให้ต้องรับผิดแบบนี้ด้วยหรือ ผู้เขียนเห็นว่า ประมวลกฎหมายอาญาควรที่จะบัญญัติความรับผิดและโทษของพระภิกษุสงฆ์ว่าหากพระภิกษุกระทำผิดอันใดจะได้รับโทษอย่างไรให้หมวดเฉพาะมีความชัดเจนเพื่อความยุติธรรมและเป็นธรรมต่อผู้ถูกบังคับใช้กฎหมาย

นอกจากความเห็นที่กล่าวมาข้างต้นแล้ว ยังมีแนวความคิดของนักกฎหมายที่สำคัญๆอีกหลายท่านที่ได้เสนอความคิดเห็นเกี่ยวกับเรื่องความเหมาะสมของกฎหมายอาญาไว้และล้วนแต่ให้เหตุผลที่น่ารับฟังและเป็นประโยชน์อย่างยิ่งสำหรับการนำไปสู่การหาคำตอบของปัญหาที่ศึกษาในครั้งนี้ โดยผู้เขียนขอเสนอความคิดเห็นหลักๆ ที่เกี่ยวข้องกับเรื่องนี้ของนักกฎหมายที่เป็นที่ยอมรับในวงการกฎหมายสากลอยู่ 2 ท่าน โดยมีแง่มุมแตกต่างกันดังนี้

1) ความเห็นเรื่องการกำหนดความผิดอาญาที่เหมาะสมของ Herbert L.Packer

Herbert L.Packer ได้อธิบายเกี่ยวกับเรื่องขีดจำกัดของกฎหมายอาญาไว้ด้วยเหตุผลที่น่าสนใจหลายประการ[45] โดยนอกจากจะให้ความเห็นว่าเราควรคิดถึงขีดจำกัดของการใช้กฎหมายอาญานั้น เพราะมาตรการลงโทษทางอาญานั้นเป็นขีดสูงสุดของกฎหมาย โดยเห็นได้ว่าการต้องรับโทษอาญานี้ต่างกับผลของโทษอื่นๆ ที่มิใช่โทษทางอาญา ไม่ว่าจะเป็นโทษที่เป็นมาตรการทางปกครอง หรือแม้แต่โทษที่ต้องชดใช้ในทางทรัพย์สินใดๆ ก็ตาม หรือกล่าวได้ว่าโทษอาญานั้นเป็นโทษที่มีราคาแพงที่สุด และรุนแรงจนสมควรสงวนไว้ใช้เฉพาะความผิดที่ร้ายแรงแท้จริงเช่นกัน จึงมีเพียง 2 ประการที่บุคคลควรถูกลงโทษด้วยมาตรการทางอาญาคือ การลงโทษเพื่อให้สมควรแก่ผู้ที่กระทำผิดอย่างชั่วร้ายและเพื่อเป็นการป้องกันอาชญากรรม

ตัวอย่างเช่น การกำหนดความผิดทางเพศซึ่ง Packer มีความเห็นว่าในเรื่องที่เกี่ยวกับเพศที่ควรใช้มาตรการทางอาญาเข้าควบคุมมีเพียง 3 สิ่งดังนี้

(1) เพื่อป้องกันการกระทำโดยการใช้การบังคับ (Protection against the use of force and equivalent means of coercion) กล่าวได้ว่ากฎหมายควรคุ้มครองเรื่องนี้ และไม่จำเป็นว่าจะต้องเป็นการคุ้มครองเฉพาะการกระทำต่อเหยื่อซึ่งเป็นหญิงเท่านั้น สามารถกำหนดความผิดเท่ากันหากกระทำต่อชายใดก็ได้เหมือนกัน เพราะไม่ควรมีความแตกต่างในเรื่องนี้ ประเด็นสำคัญคือต้องเกิดจากการกระทำโดยการบังคับเท่านั้น ผู้เขียนเห็นว่าซึ่งอาจรวมไปถึงการหลอกลวงให้ร่วมเพศด้วยวิธีฉ้อฉลด้วย และแนวความคิดของ Packer นั้นน่าจะเป็นการบัญญัติเพียงแนวคิดที่บัญญัติออกมาเพื่อให้ความคุ้มครองควบคุมสังคมโดยทั่วไปให้มีความสงบเรียบร้อย โดยคำนึงถึงความเหมาะสมด้านวัฒนธรรมประเพณีของแต่ละประเทศ ในประเทศไทยนั้นพระภิกษุสงฆ์เป็นบุคคลที่มีความน่าเลื่อมใสศรัทธาต่อประชาชนในประเทศที่นับถือศาสนาพุทธเป็นส่วนใหญ่ การบัญญัติกฎหมายอาจแตกต่างไปได้ตามความเหมาะสมของวัฒนธรรมในประเทศ ด้วยเหตุผลทางฐานะของพระภิกษุสงฆ์ที่สังคมได้ไว้วางใจสูง พระภิกษุสงฆ์จึงอาจต้องรับผิดได้ด้วยเพราะฐานะและแม้การกระทำผิดทางเพศนั้นไม่ได้มาจากการบังคับผู้ใดเลย

---

[45] Herbert L. Packer. (1968). **The Limits of The Criminal Sanction.** p. 247.

(2) การป้องกันผู้เยาว์จากการถูกเอารัดเอาเปรียบในเรื่องที่เกี่ยวกับเพศสัมพันธ์ (Protection of the immature against sexual exploitation) การปกป้องผู้เยาว์นี่อาจแบ่งออกได้เป็น 2 ระดับที่ต้องคุ้มครองอย่างเข้มงวด เพราะไม่เจริญวัยพอที่จะมีเพศสัมพันธ์ได้ดีพอ และระดับที่สอง คือช่วงวัยรุ่นที่แม้ร่างกายจะเริ่มเจริญวัยมากขึ้นหรือสามารถมีเพศสัมพันธ์ได้ดีพอ ซึ่งสังคมควรคุ้มครองให้มีช่วงเวลาที่จะพัฒนาความพร้อมทั้งร่างกายและความรู้ต่างๆ ที่จะทำให้สามารถใช้ชีวิตในสังคมได้โดยเหมาะสม

ทั้งนี้ในการกำหนดอายุห้ามนั้น แต่ละรัฐอาจกำหนดให้แตกต่างกันตามความเหมาะสมของสังคม เชื้อชาติ และวัฒนธรรมได้ ซึ่งประมวลกฎหมายอาญาของไทยนั้นก็ได้บัญญัติไว้เพื่อคุ้มครองผู้เยาว์อยู่ 2 ช่วงอายุ คือ อายุ 15 ปี และอายุ 18 ปี ถึงอย่างไรก็ตามหากการกระทำผิดนั้นเป็นการกระทำของบุคคลที่มีฐานะพิเศษเหมือนดังพระภิกษุสงฆ์ การบัญญัติกฎหมายก็ควรออกมาบัญญัติให้มีโทษที่หนักกว่าสามัญชนได้กระทำผิด

(3) การป้องกันมิให้รบกวนหรือสร้างความเดือดร้อนรำคาญต่อบุคคลอื่นในสังคม (Prevention of conduct that gives offense to innocent bystanders)

ตัวอย่างเช่น ควรมีผู้รับผิดชอบเขตแดนห้ามสาธารณชน เพื่อไม่ให้ผู้อยู่ในสมณะเพศต้องเผชิญสภาวะการข้องเกี่ยวกับเพศ เช่น สถานที่เที่ยวเตร่ต่างๆ ในแหล่งบริการอยู่ใกล้กับวัด

2) ความเห็นเรื่องการกำหนดความผิดอาญาที่เหมาะสมของ Lon Fuller[46]

กล่าวโดยทั่วไปแล้วแนวคิดของ Lon Fuller ตรงข้ามกับแนวคิดพื้นฐานของสำนักกฎหมายบ้านเมือง ซึ่งกฎหมายบ้านเมืองเห็นว่าควรมีการแบ่งแยกอย่างชัดเจนระหว่างกฎหมายกับศีลธรรม แต่ Lon Fuller กลับมองว่ามีความเชื่อมโยงที่ขาดไม่ได้ระหว่างกฎหมายกับศีลธรรมซึ่งเขาคิดว่าศีลธรรมเป็น “เหตุผล” ซึ่งแฝงอยู่ภายใต้การบังคับของกฎหมาย

แนวคิดของ Lon Fuller เป็นแนวคิดที่มีความเหมาะสมกับเมืองพุทธเช่นในประเทศไทยมากที่สุด การบัญญัติความรับผิดหรือกำหนดโทษบุคคล ในแต่ละมาตราของกฎหมายย่อมมีเหตุผลหรือที่เรียกอีกอย่างหนึ่งว่าเจตนารมณ์ของกฎหมาย เนื่องจากโทษทางอาญาเป็นโทษที่รุนแรงคาบเกี่ยวกับเรื่องสิทธิมนุษยชน การวางบทลงโทษย่อมต้องมีเหตุผลที่มีน้ำหนักและเป็นที่ยอมรับของสาธารณะชนในประเทศ การกำหนดความผิดอาญาและการลงโทษในการกระทำผิดอันใดเหมาะสมหรือไม่นั้นขึ้นอยู่กับประเพณีและวัฒนธรรมของแต่ละประเทศ หากการบัญญัติกฎหมายและบทลงโทษนั้นมาจากบนพื้นฐานของศีลธรรมและโดยสัญชาติญาณจิตใต้สำนึกดีชั่วของมนุษย์ย่อมไม่อาจปฏิเสธได้ว่ากฎหมายนั้นได้บัญญัติขึ้นมาด้วยความชอบธรรมและเป็นธรรม ดังเช่นที่

---

[46] Austin M. Chinhengo. (1995). **Essential Jurisprudence.** p. 68.

พระพุทธองค์ทรงได้เคยตรัสไว้ว่าศีลธรรมมีมาก่อนพระธรรมวินัยหรือกฎหมายธรรม[47] คือความจริงในธรรมชาติ พระพุทธเจ้าตรัสไว้ชัดเจนว่า "ตถาคต (คือพระพุทธเจ้า) จะเกิดหรือไม่ก็ตาม หลักความจริงก็คงอยู่อย่างนั้นเป็นธรรมดา ตถาคตทั้งหลายค้นพบธรรมแล้วจึงนำมาเปิดเผยแสดงชี้แจงทำให้เข้าใจง่าย" ฉะนั้นเมื่อสังคมมีคนหมู่มากการที่จะออกกฎหมายเพื่อบังคับควบคุมคนหมู่มากให้มีประสิทธิภาพและให้เกิดความยอมรับได้ดีที่สุด กฎหมายนั้นต้องมีรากฐานมาจากศีลธรรมเป็นเบื้องต้น แนวคิดของนักกฎหมายสากล Lon Fuller ผู้นี้ จึงเป็นแนวคิดที่น่าจะใกล้เคียงกับหลักการในพระธรรมวินัยที่พระพุทธเจ้าได้ทรงโปรดตรัสอธิบายไว้ข้างต้น อีกทั้งพระพุทธองค์ไม่ได้ทรงปล่อยให้กรรมตามธรรมชาติลงโทษผู้กระทำความผิดอย่างเดียว แต่หากทรงได้บัญญัติพระธรรมวินัยขึ้นเพื่อให้พระภิกษุสงฆ์ผู้กระทำความผิดได้รับโทษอาบัติอันเป็นกรรมตามหลักการในพระวินัย ผู้เขียนจึงเห็นว่า การบัญญัติกฎหมายอาญาเพื่อลงโทษพระภิกษุสงฆ์โดยอาศัยพื้นฐานของศีลธรรมในการบัญญัติกฎหมายเป็นสิ่งที่สามารถที่จะกระทำได้และไม่ถือเป็นการเลือกประพฤติต่อกลุ่มบุคคลหรือขัดต่อหลักสิทธิมนุษย์ชนแต่อย่างใด ทั้งนี้เนื่องจากเป็นการป้องกันมิให้คนกระทำความผิดเนื่องจากความเกรงกลัวที่จะต้องรับโทษ และเป็นการคุ้มครองสถาบันศาสนาและพระภิกษุสงฆ์รูปอื่นๆ ด้วย การบัญญัติให้พระภิกษุสงฆ์ผู้กระทำผิดให้รับผิดในทางโลกในยุควิกฤติศาสนานี้ถือเป็นกรรมตามหลักการในทางโลกที่ผู้กระทำผิดซึ่งเป็นพระภิกษุสงฆ์ควรได้รับมากกว่าปล่อยให้เป็นกรรมตามธรรมชาติให้ผู้คนพบเห็นการกระทำความผิดแล้วเกิดการตั้งรังเกียจโดยสังคมเพียงอย่างเดียวซึ่งกว่าจะพบการกระทำความผิดก็ได้สร้างความเสียหายเสื่อมเสียต่อศาสนาไปแล้วเป็นอันมาก มิใช่จะก่อให้เกิดจากความเสียหายในเรื่องเพศอย่างเดียวการที่พระภิกษุสงฆ์นำเงินบำรุงวัดมาเลี้ยงดูหญิงหรือชายที่มีความสัมพันธ์ทางเพศกับตนก็ก่อให้เกิดความเสื่อมในศรัทธาอย่างรุนแรงในสังคมและเสื่อมตัวศาสนาที่ควรจะได้รับการสืบทอดบำรุงอยู่อย่างงดงามด้วยเงินบริจาคจากกระแสบุญของสาธุชนชาวพุทธ แต่กลับถูกนำมาใช้สนองกิเลสของพระผู้กระทำความผิด

ในปัจจุบันพระภิกษุผู้กระทำความผิดกฎหมายและพระธรรมวินัยร้ายแรงมีมากขึ้นซึ่งทฤษฎีที่สามารถนำมาใช้พิจารณากับการกำหนดโทษพระภิกษุสงฆ์นั้นทางด้านกฎหมายบ้านเมืองการกำหนดโทษนั้นมีทฤษฎีที่ใช้กันอยู่เป็นสากล ในปัจจุบันมี 3 ทฤษฎี ซึ่งผู้เขียนได้มีการอธิบายหลักของทฤษฎีดังกล่าวเอาไว้ในบทที่ 2 แล้ว ทฤษฎีดังกล่าวได้แก่[48]

(1) ทฤษฎีลงโทษเพื่อให้สาสมหรือแก้แค้นทดแทน (Retributive Theory)

(2) ทฤษฎีลงโทษเพื่อป้องกัน (Preventive Theory)

(3) ทฤษฎีลงโทษเพื่อดัดแปลง (Reformative Theory)

---

[47] ท่านเจ้าคุณพระธรรมปิฎก (ป.อ.ปยุตฺโต). เล่มเดิม. หน้า 13.

[48] สหธน รัตนไพจิตร. เล่มเดิม. หน้า 32.

เกี่ยวกับแนวคิดในการกำหนดโทษนั้น แนวคิดของศาสตราจารย์ จิตติ ติงศภัทิย์ เห็นว่า ความประสงค์ของการลงโทษควรรวมกันทั้ง 3 ทฤษฎี ทั้งทฤษฎีลงโทษเพื่อสาสม ทฤษฎีลงโทษเพื่อป้องกัน และทฤษฎีลงโทษเพื่อดัดแปลง แต่ความประสงค์ประการต่างๆ นี้อาจมีน้ำหนักต่างกันแล้วแต่กาละ เทศะ และเหตุการณ์ เช่น ความรู้สึกของชุมชนในขั้นแรกเมื่อเกิดการกระทำผิดใหม่ๆอาจหนักไปในทางแก้แค้นทดแทนต่อผู้กระทำผิดและปราบปรามในขั้นต่อไปอาจคลายลงเป็นความรู้สึกในทางดัดนิสัยให้กลับตัว จนอาจมีการอภัยโทษและปล่อยชั่วคราวก่อนการกำหนดโทษ เป็นต้น

แนวความคิดของศาสตราจารย์ หยุด แสงอุทัย เห็นว่า

เป็นการสมควรที่จะใช้ทฤษฎีผสม คือเอาทฤษฎีเด็ดขาด (ทฤษฎีลงโทษเพื่อให้สาสม) ทฤษฎีสัมพัทธ์ (ทฤษฎีลงโทษป้องกันและทฤษฎีลงโทษเพื่อดัดแปลง) มารวมกัน...ถ้าหากจะมีการลงโทษเพื่อให้สมความประสงค์ของการลงโทษได้ทุกความประสงค์ได้ก็เป็นการดี แต่ในกรณีโดยมากศาลไม่อาจลงโทษให้สมความประสงค์ได้ก็เป็นการดี แต่ในกรณีโดยมากศาลไม่อาจลงโทษให้สมความประสงค์ทุกอย่างได้ ในกรณีเช่นว่านี้ ศาลก็ต้องเลือกเอาความประสงค์หนึ่งซึ่งเหมาะสำหรับกรณีนั้นมากที่สุด เช่น ผู้กระทำผิดในคดีหนึ่ง ซึ่งถ้าศาลจะลงโทษโดยใช้ทฤษฎีลงโทษเพื่อป้องกัน คือลงโทษเพื่อให้บุคคลทั่วไปหวาดกลัวจะได้ไม่เอาเป็นเยี่ยงอย่าง ศาลก็ต้องลงโทษหนัก แต่ถ้าจะใช้ทฤษฎีลงโทษเพื่อดัดแปลง คือไม่ให้ผู้กระทำความผิดนั้นมากระทำความผิดซ้ำอีก ศาลก็ควรลงโทษน้อยเพราะผู้กระทำเพิ่งจะได้กระทำผิดเป็นครั้งแรกและเมื่อศาลพิจารณาบุคลิกภาพของผู้กระทำเพิ่งจะได้กระทำเป็นครั้งแรกและเมื่อศาลพิจารณาบุคลิกภาพของผู้กระทำผิดแล้ว จะลงโทษเล็กน้อยก็เป็นการเพียงพอในกรณีดังกล่าวนี้ ถ้าศาลจะลงโทษผู้กระทำความผิดให้หนักเพียงเพื่อจะเป็นตัวอย่างแก่บุคคลทั่วๆ ไปเพื่อไม่ให้กระทำผิดอีกก็เห็นได้ว่าเป็นการที่ศาลเอาผู้กระทำผิดมาเป็นผู้เสียสละ เพื่อความปลอดภัยของประชาชนซึ่งไม่ยุติธรรม และขัดกับหลักมนุษยธรรมเป็นการลงโทษที่ไม่คำนึงถึงศักดิ์ศรีของมนุษยธรรมเป็นการลงโทษที่ไม่คำนึงถึงศักดิ์ศรีของมนุษย์โดยเหตุนี้จึงต้องมีกรอบของโทษขั้นต่ำภายในกรอบของโทษไม่ได้ และโทษขั้นสูงและขั้นต่ำศาลจะเลือกลงโทษ (สุดแต่จะพิจารณาว่า ควรคำนึงถึงความประสงค์ใดเป็นใหญ่) นั้น ย่อมขึ้นอยู่กับความชั่ว (Schuld) ของผู้กระทำตามที่ปรากฏจากการกระทำผิดหรือจะกล่าวอีกอย่างหนึ่งก็คือ ศาลลงโทษให้สูงหรือต่ำกว่าโทษที่เหมาะสมกับความชั่วของผู้กระทำไม่ได้ ความชั่วของผู้กระทำจึงเป็นเครื่องหยุดยั้งไม่ให้ศาลลงโทษตามอำเภอใจแม้ว่ากฎหมายจะได้กำหนดโทษผู้กระทำความผิดให้สูงกว่านั้น

ความเห็นของศาสตราจารย์หยุด แสงอุทัย จึงเห็นว่าความประสงค์ของการลงโทษควรเป็นไปทั้ง 3 ทฤษฎี มารวมกัน (อย่างไรก็ตามท่านไม่ได้ให้ความเหตุผลเอาไว้ว่าทำไมจึงต้องใช้

รวมกัน) ถ้าหากว่าการลงโทษไม่สามารถลงโทษให้ได้วัตถุประสงค์ทั้ง 3 ประการก็ให้เลือกใช้ความประสงค์ใดความประสงค์หนึ่งซึ่งเหมาะแก่กรณีมากที่สุด

จะเห็นได้ว่าความเห็นของท่านศาสตราจารย์หยุด เน้นหนักไปในทางปฏิบัติว่าศาลควรลงโทษผู้กระทำความผิดเท่าไร จึงเป็นการนำทฤษฎีทั้ง 3 ทฤษฎี มาใช้ในทางปฏิบัติ แต่ความจริงแล้ววัตถุประสงค์ของการลงโทษเป็นรากฐานของกฎหมายอาญาที่จะกำหนดรูปแบบทั้งทางนิติบัญญัติทางศาลและราชทัณฑ์

จะเห็นได้ว่าจากการพิจารณาแนวคิดต่างๆ ที่ได้ศึกษามาพบว่าปัจจุบันยังมีความเห็นเกี่ยวกับการกำหนดความผิดที่มีความแตกต่างกันอยู่หลายด้าน ซึ่งเป็นที่ยอมรับโดยทั่วไปว่าส่วนหนึ่งเป็นผลมาจากความแตกต่างของสภาพสังคมและวัฒนธรรม แนวคิด ปรัชญาการลงโทษอิทธิพลทางศาสนา ลักษณะรูปแบบการปกครอง การใช้อำนาจและนโยบายรัฐ รวมทั้งจากมุมมองที่แตกต่างกันในแง่ของการกำหนดวัตถุประสงค์ของการใช้กฎหมายอาญาในสังคม แต่การกำหนดความผิดในกฎหมายอาญาตามระบบในสังคมส่วนใหญ่ในปัจจุบันนั้น ยังมีความไม่เหมาะสมอยู่มาก และพบว่ายังมีลักษณะที่ไม่สอดคล้องกับความต้องการของประชาชนส่วนใหญ่ในสังคมอย่างแท้จริง

ผู้เขียนเห็นด้วยกับความเห็นของท่านศาสตราจารย์จิตติ ติงศภัทิย์ ในแง่ของการกำหนดบทลงโทษโดยอาจใช้ทั้ง 3 วิธี โดยคำนึงถึงความรู้สึกของคนในสังคมส่วนรวมว่ารู้สึกต่อแต่ละคดีอย่างไร ผู้กระทำความผิดเป็นใคร การกระทำนั้นเป็นเหตุสะเทือนใจต่อผู้คนในสังคมอย่างไร เช่น ในกรณีที่เกิดการกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราโดยผู้กระทำเป็นบุคคลธรรมดาทั่วไปก็นับเป็นคดีที่สะเทือนใจในสังคมอยู่แล้ว แต่หากผู้กระทำความผิดเป็นพระภิกษุสงฆ์ซึ่งชาวบ้านให้ความเคารพนับถือ ไว้วางใจแต่เป็นผู้กระทำความผิดเสียเองแล้ว คดีนี้ย่อมเกิดผลกระทบต่อจิตใจของบุคคลผู้ทราบเรื่องราวได้มากกว่าปกติ และในกรณีเช่นนี้ความเสียหายนอกจากจะเกิดจากการกระทำความผิดของพระภิกษุผู้กระทำความผิดสมตามเจตนาแล้ว ผลเสียหายที่กระทบตามมาจากการกระทำความผิดนั้นย่อมกระทบต่อภาพลักษณ์ของสถาบันศาสนาและพระภิกษุสงฆ์ซึ่งเป็นบุคคลกรสำคัญในศาสนาด้วย ด้วยเหตุนี้เพื่อที่จะทำให้ผู้กระทำความผิดเกิดความหลาบจำผู้เขียนเห็นว่าจึงอาจจำเป็นที่จะต้องนำทฤษฎีลงโทษเพื่อให้สาสมโดยกำหนดโทษให้เหมาะสมกับความผิดมาบังคับใช้ ซึ่งในความเป็นจริงแล้วทฤษฎีลงโทษเพื่อให้สาสมต่างกับการแก้แค้นหรือล้างแค้น ทั้งนี้เนื่องจากทฤษฎีลงโทษที่เหมาะสมมีพื้นฐานอยู่บนหลักของความยุติธรรม โดยจะต้องลงโทษให้เท่าเทียมกับความผิด แต่การแก้แค้นมีพื้นฐานอยู่บนอารมณ์โดยผู้กระทำความผิดถูกลงโทษตามอารมณ์ของผู้ลงโทษ ถึงแม้ว่าหลักสัดส่วนในการกระทำความผิด จะให้ผู้กระทำความผิดได้รับโทษเท่าเทียมกับความผิดที่เขากระทำขึ้นก็ตาม แต่หลักนี้ไม่ได้หมายความว่าเป็นการแก้แค้นเพียงแต่อธิบายถึงอัตราโทษที่ลงแก่ผู้กระทำผิดเท่านั้น ถ้าหากว่าลงโทษเพราะแก้แค้นแล้วจะไม่มีหลักเช่นนี้มาจำกัดขอบเขตของการลงโทษหรืออารมณ์เลย และนอกจากนี้ผู้เขียนเห็นว่าสามารถใช้ทฤษฎี

ป้องกันเพื่อไม่ให้เอาเป็นเยี่ยงอย่างประกอบกับทฤษฎีดัดแปลงมาใช้เพื่อกำหนดโทษเพื่อใช้บังคับกับพระภิกษุสงฆ์ผู้กระทำผิดทางเพศในขณะครองเพศบรรพชิตให้ได้รับโทษหนักขึ้นกว่าผู้ที่กระทำความผิดที่เป็นบุคคลทั่วไปโดย และนอกจากนี้ผู้เขียนเห็นว่าเพื่อให้เกิดความชัดเจนถึงเหตุผลในการกำหนดความผิดกรณีที่ผู้กระทำความผิดเป็นพระภิกษุสงฆ์ จึงจำเป็นที่จะต้องการนำเอาทฤษฎีการบัญญัติกฎหมายโดยฐานะของผู้กระทำความผิด เข้ามาพิเคราะห์ให้เห็นถึงวัตถุประสงค์ของการบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับการกระทำความผิดทางเพศของพระสงฆ์ให้ชัดเจนยิ่งขึ้น ว่าโดยเหตุที่ผู้กระทำความผิด มีฐานะเป็นพระภิกษุสงฆ์ เป็นตัวแทนของความดีงาม เป็นภาพพจน์ของสถาบันศาสนา มีอิทธิพลต่อคนส่วนใหญ่ในประเทศชาติ หากพระภิกษุสงฆ์ ประพฤติปฏิบัติ นอกรูปรอยของศีลธรรมมากเข้า อาจมีผลกระทบถึงความมั่นคงของประเทศ รัฐจึงควรให้ความสนใจที่จะให้ความสำคัญในเรื่องนี้ ดังเช่นประมวลกฎหมายอาญาได้บัญญัติกำหนดให้เจ้าพนักงานของรัฐต้องรับผิดหากกระทำผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ ก็เพราะเพื่อให้เป็นไปด้วยความสงบเรียบร้อย และเพื่อคุ้มครองมิให้ประชาชนเสียหายจากการกระทำของเจ้าพนักงานโดยอาศัยฐานะ ตำแหน่งหน้าที่ เช่นเดียวกับพระภิกษุสงฆ์ที่เป็นบุคคลที่ควรมีบทบัญญัติของกฎหมายโดยกำหนดความรับผิดโดยฐานะของผู้กระทำ

4.3.3 วิเคราะห์การกำหนดความผิดและโทษของพระภิกษุสงฆ์ผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับเพศเพื่อมิให้เกิดช่องว่างในการลงโทษผู้กระทำความผิด

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่าองค์ประกอบภายนอกสำหรับการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศฐานกระทำชำเราผู้อื่นตามประมวลกฎหมายอาญานั้น โดยทั่วไปการกระทำที่จะเป็นความผิดได้จะต้องคำนึงถึงความหลักความยินยอมของผู้ถูกกระทำหรือกรรมแห่งการกระทำประกอบด้วยเป็นสำคัญ กล่าวคือโดยหลักแล้วการกระทำอันเป็นการชำเราผู้อื่นซึ่งจะเป็นความผิดจะต้องปรากฏว่าผู้ถูกกระทำถูกกระทำโดยไม่ได้ให้ความยินยอมแก่ผู้กระทำ ดังนั้นถ้าบุคคลผู้ถูกชำเราได้ให้ความยินยอมแล้วการกระทำชำเรานั้นย่อมไม่อาจที่จะกลายเป็นความผิดอาญาไปได้ แต่อย่างไรก็ดีในบางกรณีแม้ผู้ถูกชำเราจะให้ความยินยอมก็ตาม การกระทำชำเราดังกล่าวก็อาจกลายเป็นความผิดขึ้นมาได้ หากเป็นการกระทำชำเราต่อบุคคลซึ่งมีอายุไม่เกินที่กฎหมายกำหนดเอาไว้ ทั้งนี้เพื่อเป็นการคุ้มครองเด็ก หรือผู้เยาว์ที่ยังคงเดียงสาหรือไร้ซึ่งความรอบรู้ในการดำรงชีพภายในสังคมซึ่งบุคคลดังกล่าวนี้ย่อมอาจตกเป็นเหยื่อของการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศได้โดยง่ายดาย ซึ่งตามประมวลกฎหมายอาญาได้บัญญัติถึงหลักการคุ้มครองดังกล่าวเอาไว้ในมาตรา 277 ซึ่งมีหลักดังนี้

"มาตรา 277[49] ผู้ใดกระทำชำเราเด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปีซึ่งมิใช่ภริยาหรือสามีของตน โดยเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดพันบาทถึงสี่หมื่นบาท

การกระทำชำเราตามวรรคหนึ่ง หมายความว่าการกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำโดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น หรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งเป็นการกระทำแก่เด็กอายุยังไม่เกินสิบสามปี ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่เจ็ดปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่หนึ่งหมื่นสี่พันบาทถึงสี่หมื่นบาท หรือจำคุกตลอดชีวิต

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งหรือวรรคสามได้กระทำโดยร่วมกระทำความผิดด้วยกัน อันมีลักษณะเป็นการโทรมเด็กหญิงหรือกระทำกับเด็กชายในลักษณะเดียวกันและเด็กนั้นไม่ยินยอม หรือได้กระทำโดยมีอาวุธปืนหรือวัตถุระเบิด หรือโดยใช้อาวุธ ต้องระวางโทษจำคุกตลอดชีวิต"

บทบัญญัติดังที่ได้กล่าวมานั้น ผู้ชำเราย่อมมีความผิดแม้ผู้ถูกชำเราจะให้ความยินยอมที่จะให้กระทำชำเราก็ตามโดยมีเงื่อนไขของอายุผู้ถูกกระเป็นหลักพิจารณาประกอบ ดังนั้นในกรณีเช่นนี้หากผู้กระทำความผิดเป็นพระภิกษุสงฆ์กรณีเช่นนี้ ย่อมไม่เกิดช่องว่างที่จะทำให้บุคคลผู้เป็นพระภิกษุสงฆ์พ้นผิดไปได้และนอกจากผู้กระทำความผิดจากการกระทำดังกล่าวจะมีความผิดตามมาตรา 277 แล้ว การกระทำดังกล่าวย่อมที่จะเป็นการกระทำอันมีลักษณะเข้าองค์ประกอบของความผิดเกี่ยวกับเพศฐานอื่นๆ อีกด้วย เช่น ความผิดฐานอนาจารผู้อื่น[50] ความผิดฐานพาไปเพื่อการอนาจาร[51] และความผิดฐานพรากเด็กหรือผู้เยาว์[52] แต่หากเป็นกรณีที่การชำเราอันเป็นความผิดนั้นไม่ตั้งอยู่บนเงื่อนไขของอายุผู้ถูกกระทำ กล่าวคือ เป็นการกระทำชำเราต่อบุคคลซึ่งมีอายุเกินกว่า

---

[49] ประมวลกฎหมายอาญา, มาตรา 277 แก้ไขเพิ่มเติมโดย พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พ.ศ. 2550

[50] ประมวลกฎหมายอาญา, มาตรา 279 ผู้ใดกระทำอนาจารแก่เด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปี โดยเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบปี หรือปรับไม่เกินสองหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

[51] ประมวลกฎหมายอาญา, มาตรา 283 ทวิ ผู้ใดพาบุคคลอายุเกินสิบห้าปีแต่ยังไม่เกินสิบแปดปีไปเพื่อการอนาจาร แม้ผู้นั้นจะยินยอมก็ตาม ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

[52] ประมวลกฎหมายอาญา, มาตรา 319 ผู้ใดพรากผู้เยาว์อายุกว่าสิบห้าปี แต่ยังไม่เกินสิบแปดปีไปเสียจากบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแล เพื่อหากำไร หรือเพื่อการอนาจาร โดยผู้เยาว์นั้นเต็มใจไปด้วย ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สองปีถึงสิบปี และปรับตั้งแต่สี่พันบาทถึงสองหมื่นบาท

18 ปีขึ้นไปแล้ว การกระทำอันเกี่ยวกับเพศดังกล่าวย่อมต้องคำนึงถึงหลักความยินยอมเป็นสำคัญ เพื่อพิจารณาว่าการกระทำดังกล่าวเป็นความผิดอันจะต้องรับโทษทางอาญาเนื่องจากการกระทำโดยไม่สมควรทางเพศหรือไม่ ซึ่งหลักความยินยอมไม่เป็นความผิดนั้นย่อมพิจารณาได้จากประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 ซึ่งมีหลักว่า

"มาตรา 276[53] ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นโดยขู่เข็ญด้วยประการใดๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยผู้อื่นนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้ผู้อื่นนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดพันบาทถึงสี่หมื่นบาท"

เมื่อพิเคราะห์บทบัญญัติดังกล่าวแล้วจะเห็นได้ว่า หากผู้ที่ชำเราบุคคลอื่นโดยผู้ถูกชำเรามีอายุเกินกว่า 18 และผู้ถูกชำเราให้ความยินยอมแล้ว กรณีเช่นนี้ผู้ชำเราย่อมไม่อาจที่จะมีความผิดอาญาเกี่ยวกับการกระทำอันไม่สมควรทางเพศแต่อย่างใด ทั้งนี้เนื่องจากการชำเราดังกล่าวได้กระทำต่อบุคคลซึ่งมีอายุเกิน 18 ปีซึ่งถือว่าเป็นผู้ที่รู้เดียงสาดีพอแล้วต่อการกระทำของตน และเมื่อบุคคลดังกล่าวให้ความยินยอมการกระทำชำเราของผู้กระทำย่อมถือเป็นการแสดงออกซึ่งเสรีภาพทางเพศและถือเป็นสิทธิของบุคคลซึ่งชอบที่จะมีสิทธิเลือกคู่ครองได้ซึ่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยก็มีบทบัญญัติรองรับหลักดังกล่าวด้วย

1) เสรีภาพในทางเพศกับความรับผิดตามประมวลกฎหมายอาญา

สิทธิทางเพศ เป็นสิทธิมนุษยชนชั้นมูลฐานที่ได้รับการประกาศไว้ในปี ค.ศ. 1994 ที่กรุงวาเลนเซีย ประเทศสเปน การประชุมระดับโลกเรื่องเพศวิทยา ครั้งที่ 8 เพื่อความเข้าใจที่ถูกต้องในสิทธิของบุคคลทุกเพศตามที่ถูกที่ควร คำว่า "สิทธิทางเพศ" เริ่มปรากฏขึ้นเมื่อขบวนการสิทธิสตรีทำงานร่วมกัน จนทำให้ที่ประชุมโลกว่าด้วยเรื่องสิทธิมนุษยชน ณ กรุงเวียนนา ในปี พ.ศ. 2536 เขียนไว้ในปฏิญญาเวียนนาและแผนปฏิบัติการว่า "ความรุนแรงทางเพศเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชน" และรัฐภาคีต้องขจัดความรุนแรงอันเนื่องมาจากความเป็นเพศ (gender-based violence) และการเอาเปรียบทางเพศทุกรูปแบบ แต่นักวิชาการบางคนยังมองว่าภาษาที่ใช้ในปฏิญญาฉบับนี้ยังคงพูดสิทธิทางเพศ ในลักษณะของการป้องกันการละเมิดสิทธิทางเพศ มากกว่าจะพูดถึงสิทธิทางเพศในลักษณะของการยืนยันสิ่งที่พึงมีพึงได้ เช่น ใช้คำว่า "บุคคลมีสิทธิที่จะปลอดจากความรุนแรงทางเพศ" แต่ไม่มีการใช้ภาษาเชิงยืนยันสิทธิ เช่น "บุคคลมีสิทธิในการแสดงออกทางเพศ" ซึ่งอย่างหลังดูเป็นเรื่องละเอียดอ่อนที่ยากต่อการยอมรับมากกว่า (แต่ถูกให้คุณค่าว่าก้าวหน้ามากกว่า)

สิทธิทางเพศที่มีการรับรองอย่างชัดเจนมากที่สุดในขณะนี้ นั่นคือคำประกาศว่าด้วยสิทธิทางเพศของเวทีสมัชชาระดับโลกของ World Association for Sexology (WAS) ในปีพ.ศ. 2542

---

[53] ประมวลกฎหมายอาญา, มาตรา 276 แก้ไขเพิ่มเติมโดย พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พ.ศ. 2550.

เพราะเขียนถึงสิทธิทางเพศ 11 ข้อ ในทิศทางของการยืนยันสิทธิเสรีภาพ เช่น ความสุขทางเพศ เสรีภาพในการแสดงออก การตัดสินใจ การควบคุมเรื่องเพศของตนเองด้วยตนเอง ความปลอดภัย การได้รับข้อมูลเพศวิถีที่มีความเป็นวิชาการ (เพื่อไม่ให้เอาความเชื่อหรืออุดมการณ์ใดๆ มาอ้าง) การได้รับการศึกษาเรื่องเพศวิถีที่รอบด้าน และการได้รับบริการสุขภาพทางเพศ เป็นต้น

คำว่า เสรีภาพ (Liberty) หมายถึง สภาวะที่บุคคลมีอิสระในอันที่จะกระทำการหรืองดเว้นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งตามความปรารถนาของตน โดยไม่ถูกแทรกแซงหรือครอบงำจากบุคคลอื่น แม้จะปรากฏว่าตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 ได้ให้การรับรองและคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลเอาไว้ แต่อย่างไรก็ตามบุคคลใดจะใช้สิทธิเสรีภาพของตนก็ยังต้องใช้สิทธิและเสรีภาพให้อยู่ภายในขอบเขตที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ด้วย ซึ่งตามที่รัฐธรรมนูญมาตรา 28 วรรคหนึ่ง กำหนดไว้เสมอ กล่าวคือ บุคคลย่อมใช้สิทธิและเสรีภาพได้เท่าที่ไม่ละเมิดต่อสิทธิและเสรีภาพของผู้อื่น ไม่เป็นปฏิปักษ์ต่อรัฐธรรมนูญ และไม่ขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชนด้วย

จะเห็นได้ว่า ดังที่กล่าวมาแล้วบุคคลทุกคนย่อมมีเสรีภาพในการแสดงออกทางเพศของตน ดังนั้นจึงกล่าวได้ว่าบุคคลทุกคนย่อมมีเสรีภาพในการแสดงออกอันเกี่ยวกับเพศ ไม่ว่าจะเป็นการแสดงออกซึ่งความต้องการทางเพศ สิทธิในการเลือกคู่ครองเป็นต้น แต่อย่างไรก็ตามเมื่อพิจารณารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 แล้วจะพบว่า แม้รัฐธรรมนูญจะรับรองการใช้สิทธิและเสรีภาพของประชาชนก็ตาม แต่ก็ยังคงเป็นเสรีภาพภายใต้เงื่อนไขที่จำกัด กล่าวคือ การใช้เสรีภาพซึ่งการแสดงออกทางเพศของบุคคลนั้นแม้จะเป็นเสรีภาพพื้นฐานของบุคคลแต่ก็จะใช้เสรีภาพดังกล่าวให้มีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอื่นมิได้

ในกรณีที่ผู้แสดงออกซึ่งเสรีภาพทางเพศเป็นบุคคลธรรมดานั้น ถ้ามิได้มีผลกระทบต่อสิทธิของบุคคลอื่น และไม่เป็นปฏิปักษ์ต่อรัฐธรรมนูญ และไม่ขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชนแล้วในกรณีเช่นนี้การกระทำนั้นๆย่อมที่จะไม่เป็นความผิดอาญาแต่อย่างใด แต่ถ้าสำหรับในกรณีที่พระภิกษุสงฆ์เป็นผู้แสดงออกซึ่งเสรีภาพทางเพศนั้นผู้เขียนมีความเห็นว่า ในกรณีที่แม้การกระทำดังกล่าวจะไม่ละเมิดต่อสิทธิและเสรีภาพของผู้อื่น ไม่เป็นปฏิปักษ์ต่อรัฐธรรมนูญก็ตาม แต่อย่างไรก็ตามการกระทำนั้นๆ ย่อมเป็นการขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชนแล้ว ทั้งนี้เนื่องจากดังที่กล่าวมาแล้วว่าพระภิกษุสงฆ์นั้นนับว่าเป็นบุคคลที่ย่อมเป็นที่คาดหวังของบุคคลในสังคมว่าบุคคลผู้บวชเป็นพระย่อมเป็นผู้ประพฤติดี ครองพรหมจรรย์และจะต้องมีความสำรวมไม่มีพฤติกรรมข้องเกี่ยวกับการกระทำทางเพศใดๆ ดังนั้นกรณีที่พระภิกษุเป็นผู้กระทำการอันไม่สมควรทางเพศ ภิกษุผู้นั้นย่อมนับได้ว่าเป็นผู้กระทำการอันเป็นการขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชนแล้ว และกรณีเช่นนี้พระภิกษุผู้นั้นย่อมไม่อาจยกเสรีภาพในการแสดงออกทางเพศเพื่อปฏิเสธความรับผิดของตนได้เช่นบุคคลทั่วไป

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่าพระภิกษุสงฆ์เป็นผู้ที่ได้รับการเคารพนับถือจากสังคม เนื่องจากถือเป็นผู้ที่จะต้องประพฤติตนอยู่ในวินัยต่างๆ ซึ่งองค์สัมมาสัมพุทธเจ้าได้ทรงบัญญัติเอาไว้ ดังนั้นหากพระภิกษุผู้ใดเป็นผู้ที่เคร่งครัดในธรรมวินัยพระภิกษุผู้นั้นย่อมนับว่าเป็นผู้ที่ควรน้อมต่อการกราบไหว้บูชาแล้วหรือกล่าวได้อีกนัยหนึ่งว่าพระภิกษุสงฆ์นั้นถือว่าเป็นตัวแทนของความดีนั่นเอง แต่อย่างไรก็ดีในทุกๆ องค์กรย่อมมีบุคคลที่เป็นผู้ไม่ประสงค์ดีแฝงตัวอยู่ด้วย กล่าวคือในสถาบันศาสนานั้นย่อมมีพระภิกษุสงฆ์บางรูปซึ่งไม่เลื่อมใสศรัทธาในคำสอนขององค์ศาสดา แต่ได้เข้ามาบวชเพื่อหวังลาภสักการะ และอาศัยช่องว่างแห่งความศรัทธาของประชาชนเป็นโอกาสในการกระทำความผิดโดยไม่เกรงกลัวต่อบาปเกิดขึ้นได้ด้วย พระภิกษุสงฆ์ที่มีลักษณะนี้ย่อมไม่เกรงกลัวต่อการกระทำชั่ว และอาจที่จะทำความชั่วได้ทุกประเภทซึ่งหนึ่งในนั้นย่อมรวมถึงการร่วมชำเรากับผู้อื่นด้วย ในกรณีที่พระภิกษุสงฆ์เกิดความกำหนัดจนกระทั่งร่วมเสพเมถุนกับผู้อื่นนั้น ในทางพระวินัยย่อมมีความผิดร้ายแรงจนถึงขั้นปาราชิกหรือสิ้นสภาพจากการเป็นพระไปในทันเนื่องจากเป็นผู้ที่ประพฤติไม่สมควรอย่างยิ่งและในขณะเดียวกันหากการเสพเมถุนดังกล่าวต้องด้วยเงื่อนไขแห่งอายุและความไม่ยินยอมของผู้ถูกชำเราพระภิกษุผู้นั้นย่อมที่จะต้องรับผิดในทางอาญาด้วย แต่อย่างไรก็ดีถ้าการเสพเมถุนดังกล่าวเป็นการกระทำต่อบุคคลซึ่งมีอายุเกินกว่า 18 ปี และผู้ถูกกระทำได้ให้ความยินยอมแล้ว กรณีเช่นนี้ การกระทำดังกล่าวของภิกษุผู้นั้นย่อมไม่เป็นความผิดอาญาแต่อย่างใดเนื่องจากไม่ถือว่าเป็นการล่วงละเมิดทางเพศต่อผู้อื่นอันเป็นองค์ประกอบความผิดอาญานั่นเอง แต่อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนเห็นว่าการพิจารณาความรับผิดอาญาจากการกระทำความผิดดังกล่าวของพระภิกษุสงฆ์ย่อมแบ่งแยกกรรมของการกระทำออกได้เป็นสองส่วนได้แก่

ส่วนแรกสำหรับการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศได้แก่ผู้ถูกกระทำซึ่งเป็นบุคคลธรรมดาโดยองค์ประกอบภายในของการกระทำได้แก่เจตนาธรรมดาซึ่งเป็นเจตนาประสงค์ต่อผลเพื่อตอบสนองความใคร่ของตนเอง

ส่วนที่สองถือเป็นผลต่อเนื่องจากการกระทำความผิดซึ่งกรรมแห่งการกระทำจะเป็นนิติบุคคลและบุคคลธรรมดาซึ่งได้แก่สถาบันศาสนาและพระภิกษุสงฆ์รูปอื่นๆ กล่าวคือในกรณีที่พระภิกษุสงฆ์ร่วมเสพเมถุนกับผู้อื่นในขณะที่มีสถานะเป็นพระภิกษุนั้น ย่อมก่อให้เกิดการตำหนิติเตียนจากประชาชนได้ ซึ่งการติเตียนดังกล่าวย่อมมีผลกระทบต่อสถาบันศาสนาหลักและพระภิกษุสงฆ์รูปอื่นๆ ด้วยอย่างแน่นอน แม้ผู้กระทำจะมิได้มีเจตนาประสงค์ต่อผลให้เกิดการตำหนิติเตียนดังกล่าวก็ตาม แต่อย่างไรก็ดีผู้กระทำย่อมที่จะเล็งเห็นได้ว่า หากความผิดที่ตนเองกระทำปรากฏต่อสาธารณะชนย่อมส่งผลให้เกิดการตำหนิติเตียนสถาบันศาสนาหรือพรภิกษุรูปอื่นให้ต้องถูกดูหมิ่นได้เช่นกัน

เมื่อพิเคราะห์กรรมของการกระทำความผิดดังกล่าวแล้ว จะเห็นได้ว่าการกระทำความผิดของพระภิกษุสงฆ์เพียงกรรมเดียวย่อมก่อให้เกิดความเสียหายต่อผู้เสียหายได้หลายฝ่าย

แต่ในปัจจุบันกฎหมายอาญานั้นมุ่งที่จะคุ้มครองเฉพาะผู้เสียหายที่ได้รับความเสียหายจากการกระทำโดยตรงเท่านั้นและกรณีเช่นนี้ย่อมอาจก่อให้เกิดช่องว่างแห่งการลงโทษผู้กระทำจากความผิดที่ตนกระทำได้ กล่าวคือ หากมีกรณีที่พระภิกษุชำเราผู้อื่นซึ่งอาจจะเป็นการซื้อบริการทางเพศหรือชำเราผู้ที่ได้ให้ความยินยอมแก่ตนและมีอายุเกิน 18 ปีแล้ว กฎหมายอาญาย่อมไม่อาจที่จะเอาผิดกับผู้กระทำความได้เลยทั้งๆที่การกระทำดังกล่าวย่อมส่งผลเสียหายต่อสถาบันศาสนา ซึ่งในบางครั้งการกระทำความอันไม่สมควรทางเพศดังกล่าวได้กระทำโดยพระซึ่งมีชื่อเสียงเป็นอย่างมากในประเทศ และเป็นบุคคลที่ประชาชนต่างมีความเคารพบูชาเป็นแบบอย่างที่ประชาชนเห็นว่าดีและเชื่อฟังคำสั่งสอน เมื่อความผิดปรากฏประชาชนย่อมเกิดความสลดใจและเสื่อมศรัทธาในตัวพระและสถาบันศาสนาได้

ผู้เขียนเห็นว่า สถานการณ์ในปัจจุบัน การกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศของพระภิกษุสงฆ์เข้าขั้นวิกฤติ การกำหนดบทลงโทษนั้น ควรจะเป็นการกำหนดการลงโทษ โดยใช้ทฤษฎีป้องกันเพื่อเป็นการป้องปราม โดยการบัญญัติออกเป็นกฎหมายในประมวลกฎหมายอาญา เป็นหมวดเฉพาะว่าด้วยการกระทำความผิดของพระสงฆ์โดยเฉพาะ ให้ผู้ที่กระทำความผิดเกี่ยวกับเพศในขณะเป็นสมณะเพศแม้ภายหลังได้ขาดจากความเป็นสงฆ์หรือออกจาการเป็นสงฆ์ก็ต้องรับผิดตามบทบัญญัติในหมวดนี้ พิจารณาความรับผิดในขณะกระทำความผิดว่าขณะกระทำความผิดอยู่ในฐานะพระภิกษุสงฆ์ โดยบัญญัติโทษให้หนักกว่าบุคคลในฐานะธรรมดา โดยแม้ความยินยอมของผู้กระทำความผิดก็ไม่เป็นเหตุยกเว้นโทษ เนื่องจากสถานะของสงฆ์มีอิทธิพลต่อคนในสังคม หากสงฆ์ประพฤติไม่เหมาะสมย่อมก่อให้เกิดผลกระทบต่อความมั่นคงของประเทศชาติ เพราะประชาชนส่วนใหญ่ในประเทศนับถือศาสนาพุทธ ความคาดหวังของคนในชาติย่อมมีมาก ความรับผิดจึงต้องมีมากกว่าปุถุชน

ในประเทศไทยเรานั้นบรรพบุรุษได้ให้มรดกทางกฎหมายและศีลธรรมเพื่อรักษาและคงไว้ซึ่งศาสนาพุทธอันเป็นสิ่งยึดเหนี่ยวและขัดเกลาจิตใจของคนในประเทศ แต่เมื่อกาลเวลาผ่านไปเกิดวิกฤติบ้านเมือง สงคราม ประกอบกับข้ออ้างถึงความเป็นอารยะธรรมในการยึดแผ่นดินของผู้อื่นของชาวตะวันตก บรรพบุรุษจึงได้มีการปรับเปลี่ยนกฎหมายไปตามสถานการณ์เพื่อให้รอดพ้นจากข้ออ้างดังกล่าว แต่ในปัจจุบันนั้นการแข่งขันและสงครามไม่ใช่การใช้กำลัง หากแต่เป็นเรื่องของเศรษฐกิจ อีกทั้งผู้เขียนเห็นว่าการทำสงครามที่น่ากลัวที่สุดในสมัยโลกาภิวัตน์นี้ คือการทำลายศีลธรรมในตัวบุคคล ทำลายศาสนาที่สอดแทรกความดีงามที่มีอยู่ในวัฒนธรรมในประเทศนั้นๆ ยัดเยียดให้เสพแต่สื่อสารสนเทศที่มีแต่ความเสื่อม เลียนแบบวัฒนธรรมต่างชาติว่าเป็นสิ่งทันสมัยและดีงามกว่าสมบัติที่บรรพบุรุษตกทอดไว้ให้ ดังเช่น กฎหมายพระภิกษุสงฆ์ที่เข้มแข็งในอดีตไม่ว่าจะเป็นประชุมประกาศรัชกาลที่ 4 และกฎหมายตราสามดวง ซึ่งกฎหมายตราสามดวงนั้นประกอบไปด้วย 3 ส่วนคือ พระธรรมศาสตร์ พระราชศาสตร์และพระราชนิติศาสตร์ ซึ่งกฎหมายในส่วนที่

เกี่ยวกับพระสงฆ์ได้แทรกอยู่ในหลายส่วนของกฎหมายตราสามดวง ซึ่งนอกจากในกฎพระสงฆ์แล้ว ยังมีอีกบทบัญญัติอีกหลายข้อ ซึ่งผู้เขียนขอยกมาเพียงข้อที่เกี่ยวกับการเสพเมถุนปาราชิกเพื่อให้เห็นได้อย่างชัดเจนว่าในอดีตหน้าที่ในการคุ้มครองศาสนาไม่เพียงแต่เป็นหน้าที่ของบ้านเมืองหรือพุทธจักรเพียงฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเท่านั้น แม้แต่ประชาชนในสังคมก็ต้องมีหน้าที่ดูแลพระศาสนาและต้องมีความรับผิดด้วยเช่นกัน

1) ความในพระธรรมนูญ

บทที่ 10 ว่า อนึ่งมีพระธรรมนูญไว้ว่า ถ้ากระหัดเถรเนนว่าต้องอธิกรณ์ด้วยสัตรีภาพก็ดี รูปชีเสพเมถุนณธรรมด้วยพระสงฆ์เถรเนรกระหัดก็ดี ทำสิ่งใดๆ ในสิกขาเปนตระทรวงธรรมการได้พิจารณา ถ้าหัวเมืองเปนตระทรวงหัวเมืองพิจารณา[54]

2) ในพระอัยการรับฟ้อง

ลักษณะแก้ต่างว่าต่าง มาตรา 1 ถือว่าพระภิกษุสงฆ์เสพเมถุนปาราชิก หรือการกระทำความผิดต่อองค์พระพุทธรูป เป็นเรื่องร้ายมากเรียกว่า “คดีอุทลุม” ซึ่งต้องห้ามไม่ให้ว่าต่างแทนกันได้[55]

3) ในพระอัยการลักษณะผัวเมีย

40 มาตราหนึ่ง พระครูภิขุสามเณร ผิดเมียท่านถึงชำเราชื่อว่าปาราชิก ให้สึกออกเสียแล้วให้ไหมโดยพระราชกฤษฎีกา

41 มาตราหนึ่ง ถ้าพระครูภิษุสามเณรผู้อยู่ในศีล ทำทุราจานผิดกิจวิไนทำร้ายด้วยหญิงหาผัวมิได้ถึงชำเราเปนสัจไซร้ ชื่อว่าปาราชิก ให้สึกออกลงโทษ 50/25 ที ส่งตัวลงญ่าช้างหลวงส่วนหญิงนั้นให้ทำโทษดุจหญิงทำชู้นอกใจผัวแล...

4) กฎมณเฑียรบาล อยู่ในส่วนของพระราชนิติศาสตร์ บทที่ 127

อนึ่ง สาวใช้ในวังไปมาหาพรสงฆ์เปนชีต้นคบค้ากันไช้ให้ทวนด้วยลวดหนัง 20 ที ฝ่ายสงฆ์ให้ขับเสียจากวัด[56]

5) ประชุมประกาศรัชกาลที่ 4[57]

ฉบับที่ 26 ประกาศ ว่าด้วยเรื่องฟ้องข้อหาปาราชิก

---

[54] ประมวลกฎหมายรัชกาลที่ 1 เล่ม 1. หน้า 136-137.

[55] เล่มเดิม. หน้า 322-323.

[56] เล่มเดิม. หน้า 99.

[57] องค์การค้าของคุรุสภา. (2548). รวมพระราชนิพนธ์ในพระบาทสมเด็จพระจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว เรื่อง ประชุมประกาศรัชกาลที่ 4 คณะกรรมการอำนวยการจัดงานเฉลิมพระเกียรติพระบาทสมเด็จพระจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว จัดพิมพ์เป็นที่ระลึกในโอกาสที่วันพระบรมราชสมภพครบ 200 ปี วันที่ 16 ตุลาคม พุทธศักราช 2547.

หากผู้เห็นเป็นใจช่วยชักสื่อพระให้ผู้หญิง ชักผู้หญิงให้พระ ถ้าได้ความจริงให้ปรับไหมเอาเป็นตะพุ่นหญ้าช้าง ลงโทษเหมือนโทษปาราชิก

ฉบับที่ 27 ประกาศเรื่อง ภิกษุสามเณรรักใคร่ผู้หญิง จนถึงขั้นเป็นปาราชิกให้มาลุกะโทษจะยกโทษให้

สามเณรรูปใดๆ ที่รักใคร่กับสตรีปรารถนาจะหาเตรียมไว้เป็นภรรยาเมื่อสึก ที่ใช้ให้ผู้อื่นไปพูดจาเกี่ยวหรือ พูดเกี่ยวในทางชู้สาว พูดจากับสตรีในที่ลับแจ้ง จนถึงขั้นปาราชิก ให้พระสงฆ์นั้นมาให้การลุกะโทษต่อพระธรรมการ จะยกโทษให้กับผู้ที่มาลุกะโทษนั้น แต่ถ้าไม่มีลุกะโทษบอกความชั่วของตนกับพระธรรมการ แล้วมีผู้ใดมาฟ้อง ให้พรสงฆ์สามเณรรูปนั้นรับโทษานุโทษให้จงหนัก

ฉบับที่ 29 ประกาศ ห้ามมิให้ชักสื่อ แลชวนภิกษุสามเณรประพฤติอนาจาร

ประกาศห้ามไม่ให้ผู้ใดไปคบค้ากับพระสงฆ์ เพราะคิดจะให้พระสึกออกมาเป็นสามีภรรยากัน แม้จะยังไม่ปาราชิกก็ตาม ถ้ามีผู้ฟ้องร้อง ให้เอาโทษผู้นั้นเป็นตะพุ่นหญ้าช้างเหมือนเป็นปาราชิกกับพระสงฆ์นั้น แต่ถ้ารู้เห็นแต่ไม่ได้ช่วยเหลือ ไม่มาฟ้องร้องด้วยความเห็นว่า ชั่วช่างชีดีช่างสงฆ์ เป็นพวกคนใจบุญนอกทาง ให้เอาโทษละเมิดลาหนึ่งเอาเป็นพินัยไปจำหน่ายทำพระอารามหลวง

ฉบับที่ 45 ประกาศ ห้ามมิให้ภิกษุสามเณรคบผู้หญิงมาพูดที่กุฏิ

ด้วยเหตุที่นางเพ็งเอาหนังสือเพลงยาวเข้าไปในราชวัง นายประตูจับได้ สอบสวนได้ความว่า ได้ชำเรากับพระภิกษุสามรูป และซักทอดถึงการกระทำผิดของหญิงกับภิกษุหลายรูป สืบได้ความจริง จึงทรงห้ามไม่ให้ภิกษุสามเณรคบพูดจากับผู้หญิงในกุฏิและห้ามฝ่ายผู้หญิงควรมีหมายประกาศห้ามไป ถ้าขืนเข้าไปในวัดให้ตำรวจจับ ปรับเอาเงิน 3 ตำลึง ดังนั้นพระราชาคณะต้องสอดส่องดูแล ถ้าขัดขืน จะพระราชทานลัญจกร ให้กรมทหารขวาซ้ายเป็นกองจับ เพราะเหตุไม่ว่ากล่าวตักเตือน ผู้หญิงที่ห้ามนี้รวมถึงมารดา พี่ น้อง ญาติและผู้อื่นด้วย

ฉบับที่ 165 ประกาศ ผู้ถือศาสนาและผู้ถือผิด

ห้ามมิให้สตรีผัวหย่า ผัวตาย ร้างมานานขึ้นคานอยู่ หรือหญิงสะเทิ้นที่ตั้งแต่เล็กยังไม่เคยพบชายสนสื่อพอใจ หาพระสงฆ์ชาววัดเพราะมีสมบัติ กรณีเมถุนปาราชิก กำหนดให้ลงโทษพระสงฆ์และผู้หญิงด้วย รวมถึงลงโทษพระสงฆ์ที่อยู่ใกล้เคียงกันและชาวบ้านที่รู้เห็นเป็นใจไม่นำเรื่องนี้มาฟ้องร้องในอาณาเขต 3 เส้น 15 วา

ฉบับที่ 200 ประกาศ พระราชบัญญัติเรื่องพระสงฆ์สามเณรลักเพศ

พระสงฆ์สามเณรรูปใดแปลงเพศเป็นคฤหัสถ์ไปเล่นเบี้ย เล่นโป สูบฝิ่น กินสุรา ถืออาวุธ เที่ยวกลางคืน อย่างหนึ่งอย่างใด แล้วมีผู้จับตัวมาได้ หรือสึกแล้วแต่ยังไม่พ้นสามเดือน เมื่อพิจารณาได้ความจริง ให้สักหน้าว่าลักเพศภิกษุ ลงพระราชอาญาเฆี่ยน 2 ยก 60 ที ส่งตัวเป็นไพร่

หลวงโรงสีให้ปรับไหมรูปละ 100 บาท เงินค่าปรับไหมเอาไปทำพินัยแก่พระพุทธศาสนา ถ้าไม่มีเงินเสียค่าปรับไหมให้เอาตัวจำตรวนไว้ใช้ในพระอาราม หักเงินค่าแรงเดือนละตำลึงกว่าจนครบค่าปรับไหม

จะเห็นได้ชัดเจนว่าโทษของกฎหมายในอดีตนั้นมีความเข้มแข็งในการคุ้มครองพระพุทธศาสนาทำให้สังคมมีความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันในการรักษาวัฒนธรรมประเพณีที่ดีงามไว้ด้วยกฎหมายซึ่งก็ออกมาโดยฝ่ายอาณาจักร กฎหมายบ้านเมืองที่ออกมานั้นก็มีที่มาและเกี่ยวพันกับบทบัญญัติในพระธรรมวินัย อีกทั้งยังสื่อให้เห็นถึงการที่กฎหมายบัญญัติให้ประชาชนมีหน้าที่ในการสอดส่องดูแลด้วย และหากมีการกระทำความผิดในฐานเมถุนปาราชิก ไม่เพียงแต่พระภิกษุผู้กระทำผิดเท่านั้นต้องรับโทษ ยังรวมถึงหญิงหรือบุคคลที่มีความเกี่ยวข้องกับเสพเมถุนธรรม แม้กระทั้งการไม่รู้เห็นยินยอมแต่ไม่นำความมาร้องฟ้องก็ต้องมีความรับผิดด้วย จึงเห็นได้ว่าศาสนาและศีลธรรมในจิตใจของผู้คนในอดีตจึงมีความเข้มแข็งกว่าในปัจจุบัน

ผู้เขียนเห็นว่าการคุ้มครองศาสนาจึงเป็นเรื่องของพุทธศาสนิกชนทุกคนไม่ใช่เป็นเรื่องของฝ่ายอาณาจักรหรือฝ่ายศาสนจักรแต่เพียงอย่างเดียว ในอนาคตหากเกิดการกระทำความผิดทางเพศของพระภิกษุสงฆ์ ควรมีกฎหมายบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญา กำหนดโทษให้ผู้กระทำความผิดซึ่งอยู่ในฐานะเป็นภิกษุสงฆ์ได้รับโทษที่เป็นบทเฉพาะและชัดเจนให้หนักขึ้น เพื่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดต่อศาสนาพุทธและสังคมไทยดังต่อไปนี้คือ

การบัญญัติให้พระภิกษุที่กระทำผิดต้องรับโทษหนักกว่า บุคคลธรรมดาที่กระทำความผิด ผู้ที่คิดจะเข้ามาบวชเพื่อที่จะหาช่องทางในการกระทำความผิด ย่อมต้องเกิดความชั่งใจเพราะเกรงกลัวต่อโทษ และพระภิกษุสงฆ์ที่ยังละกิเลสไม่ได้ ย่อมเกิดความยับยั้งชั่งใจก่อนที่จะลงมือกระทำความผิดให้เป็นที่มัวหมองและเสื่อมเสียแก่ศาสนา การบัญญัติโทษหนักขึ้นเพื่อเป็นการป้องปรามนั้นอย่างน้อยบุคคลที่ต้องการเข้ามาบวชย่อมมีความประมาณตนว่า เตรียมจิตใจที่เข้มแข็งพร้อมที่จะสละกิเลสแล้วดีหรือไม่ หากยังไม่มั่นใจก็จะยังไม่เข้ามาบวช ฉะนั้นผู้ที่เข้ามาบวชย่อมเป็นผู้ใฝ่รู้ในข้อธรรม มีจิตใจเข้มแข็งตั้งมั่นที่จะสละกิเลสอย่างแท้จริง ทำให้สถาบันศาสนามีบรรทัดฐานที่เข้มแข็ง เหลือบไรศาสนาจะได้ไม่กล้าแฝงตัวเข้ามาหาประโยชน์โดยอาศัยสถานะของพระภิกษุ

เมื่อมีแต่พระภิกษุผู้ซึ่งมีความตั้งมั่นจริงในการบวชโดยไม่หวั่นเกรงต่อโทษเนื่องจากแน่วแน่ว่าไม่มีทางที่จะกระทำความผิดจึงไม่จำเป็นต้องกลัวโทษ ภาพลักษณ์ของพระพุทธศาสนาในประเทศไทยก็ย่อมดี เป็นการสร้างชื่อเสียงให้แก่ประเทศชาติและเป็นการสืบทอดอายุพระพุทธศาสนาให้เจริญรุ่งเรืองในประเทศไทยสืบไป

บทที่ 5
บทสรุปและข้อเสนอแนะ

5.1 บทสรุป

ในทุกสังคมคงจะไม่มีปัญหาเกิดขึ้นหากสมาชิกในสังคมรู้จักสิทธิและหน้าที่ของตนเอง และมีศีลธรรมอันดีงามเป็นที่ตั้งในตัวเอง และในกรณีเช่นนี้สังคมนั้นๆ ย่อมไม่ต้องมีกฎหมายหรือกฎเกณฑ์เพื่อวางระเบียบควบคุมเพื่อความสงบเรียบร้อยสังคมนั้นก็สามารถที่จะมีความสงบเรียบร้อยได้ อย่างไรก็ตามในสภาพความเป็นจริง ไม่ว่าจะมนุษย์หรือสัตว์ทุกยุคสมัยเมื่ออยู่รวมกันย่อมมีความวุ่นวายเกิดขึ้น เนื่องจากไม่ว่ามนุษย์หรือสัตว์ย่อมมีวัฏสงสารคืออารมณ์กิเลสหรือภาษาทางโลกเรียกว่า รัก โลภ โกรธ หลง ทุกข์ สุข ติดตามตัวมาตั้งแต่เป็นทารกก็มีอารมณ์เหล่านี้โดยไม่ต้องมีใครมาคอยสอน เมื่อมีการรวมตัวกันเกิดขึ้นมนุษย์ได้สร้างกฎหมายเพื่อเป็นสิ่งที่ช่วยควบคุมให้เกิดความสงบสุขในการอยู่ร่วมกัน เมื่อครั้งสมัยพุทธกาลตามพุทธประวัติภิกษุส่วนใหญ่เป็นพระอรหันต์พระพุทธองค์จึงยังทรงไม่ออกกฎวินัย เนื่องจากพระอรหันต์แต่ละรูปล้วนแล้วแต่หมดกิเลสไม่มีอารมณ์กิเลสทุกรูปแบบ ความวุ่นวายจึงไม่เกิดขึ้น แต่ละรูปใช้ธรรมเป็นกฎในตัวเอง ต่อมามีผู้มาบวชมากขึ้นกลายจนกระทั่งกลุ่มสงฆ์มีสถานะกลายเป็นสถาบันสงฆ์ อันมีภิกษุเป็นตัวแทนของสถาบัน ในกรณีที่เป็นพระภิกษุบวชใหม่ ยังตัดอารมณ์กิเลสในทางโลกไม่ได้ ความวุ่นวายจึงเกิดขึ้น พระพุทธองค์จึงทรงได้โปรดบัญญัติพระวินัยเพื่อเป็นหลักการในการให้สงฆ์ปกครองกันเอง โดยพระพุทธเจ้าได้ทรงบัญญัติพระธรรมวินัยและทรงจัดตั้งวางระบบแห่งวินัยขึ้นบนพื้นฐานแห่งธรรม และต่อมาพระองค์ทรงมอบอำนาจให้แก่สงฆ์เพื่อปกครองกันเอง เมื่อพระศาสดาทรงพระนิพพานไปแล้วสาธุชนคนธรรมดาย่อมต้องคาดหวังว่า พระสงฆ์เป็นบุคคลผู้ซึ่งละแล้วซึ่งกิเลสได้ประกาศตัวแล้วว่าจะเป็นศัตรูกับกิเลสทั้งปวง จึงได้สละเพศออกบวชเป็นหน่อเนื้อพระศาสนาเปรียบเสมือนผู้สืบทอดพระศาสนา ได้เรียนรู้ธรรมอันประเสริฐจากพระพุทธองค์ ย่อมชี้นำหนทางดับทุกข์ให้พุทธศาสนิกชนได้ พระภิกษุสงฆ์จึงเป็นตัวแทน ภาพลักษณ์ และความคาดหวังของสังคม

แม้พระพุทธองค์จะปรินิพพานไปแล้ว กฎระเบียบก็ยังคงอยู่ แต่ดังที่ได้กล่าวมาในบทที่ 4 ว่าพระพุทธองค์ไม่ทรงควบคุมสงฆ์ด้วยโทษทัณฑ์ ในปัจจุบันพระภิกษุสงฆ์มีมากขึ้นตามยุคสมัยและความมีบางส่วนที่ปราศจากการเกรงกลัวต่อโทษทัณฑ์ตามพระธรรมวินัย เพราะโทษสูงสุดในทางพระธรรมวินัยคือ การปาราชิก คือไม่สามารถกลับมาบวชได้อีกเท่านั้น เมื่อเป็นเช่นนี้ในสมัยโบราณเพื่อแก้ปัญหาดังกล่าวพระมหากษัตริย์ไทยในอดีตจึงทรงได้ออกกฎหมายบ้านเมืองให้มีผลบังคับกับพระภิกษุสงฆ์เพื่อปกป้องศาสนาพุทธไม่ให้เสื่อมเสียเพราะภิกษุบางพวก

ปัจจุบันศาสนาพุทธประสบกับวิกฤตศรัทราอย่างรุนแรง การเสื่อมศรัทธาของประชาชนเกิดจากพระภิกษุประพฤติหย่อนยานต่อพระธรรมวินัยและผลกระทบที่สำคัญนั้นก็คือ การกระทำดังกล่าวนับเป็นการทำลายความน่าเชื่อถือและความน่าศรัทธาของประชาชนที่มีต่อตัวแทนของพระศาสนาคือภิกษุสงฆ์ คำถามว่าภิกษุซึ่งยังคงมีจิตใจบริสุทธิ์เป็นที่พึ่งที่ศรัทธาของประชาชนยังมีอยู่หรือไม่ย่อมเกิดขึ้น และอาจเกิดความคลางแคลงใจไม่เชื่อถือขาดความศรัทธาต่อพระภิกษุสงฆ์ตลอดจนประชาชนอาจจะไม่อุปถัมภ์และสนใจในพระศาสนา ทำให้ศาสนาเกิดความทรุดโทรมได้ หากพิจารณาในอดีตพระมหากษัตริย์ได้เข้ามามีบทบาทในการสนับสนุนพระศาสนา ไม่ปล่อยให้เรื่องศาสนาเป็นเรื่องของสงฆ์แต่เพียงอย่างเดียว ทรงเข้าทำนุบำรุงพระศาสนาและส่งเสริมให้พระศาสนาคงความบริสุทธิ์อยู่ได้ โดยใช้พระราชอำนาจเป็นกฎหมาย ศาสนาจึงคงความบริสุทธิ์มาได้จนถึงทุกวันนี้ได้ เช่น ในสมัยสมเด็จพระเจ้าอู่ทอง พระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวรัชกาลที่ 1 พระองค์ใช้พระราชอำนาจออกกฎหมายบังคับใช้เพื่อปกป้องคุ้มครองพระวินัยในศาสนาอันได้ชื่อว่าเป็นตัวศาสนาที่แท้จริงพระองค์ทรงออกกฎพระสงฆ์รองรับพระวินัยครุกาบัติเมถุนปาราชิก โดยประกาศกฎหมายให้เป็นที่รู้ทั่วไปว่า ผู้ใดมิใช่สงฆ์ด้วยขาดจากความเป็นพระเพราะละเมิดพระวินัยครุกาบัติให้สึกออกไปจากพระศาสนาหากจับได้ภายหลังจะต้องรับโทษอาญา กฎหมายนี้ได้บังคับใช้มาหลายรัชกาลจนที่สุดรัชสมัยพระบาทสมเด็จพระมงกุฎเกล้าเจ้าอยู่หัว (รัชกาลที่ 6) พระองค์ทรงยกเลิกโทษอาญาฐานละเมิดพระวินัยครุกาบัติเมถุนปาราชิกเสียทั้งสิ้น โดยพระราชบัญญัติอธิกรณ์ประถมปาราชิก พ.ศ. 2463 ให้พระภิกษุสงฆ์ดำเนินการตามพระพุทธบัญญัติแต่ฝ่ายเดียว

ปัจจุบันจะเห็นได้ว่าความเสื่อมศรัทธาของประชาชนในพุทธศาสนาเกิดขึ้นเนื่องจากพระภิกษุสงฆ์เป็นผู้กระทำมีเป็นจำนวนมาก ซึ่งปรากฏตามตามข่าวในหน้าหนังสือพิมพ์ต่างๆ ไม่ว่าจะเป็นพระภิกษุดูหนังลามก แต่งตัวเป็นหญิง แอบไปแปลงเพศ นำเอาผ้าไตรจีวรซึ่งสาธุชนถือเป็นของสูงมาดัดแปลงเป็นชุดเกาะอก แต่งหน้าทาลิปสติกสี พระภิกษุขายตัว พระภิกษุร่วมประเวณีกับหญิงหรือชายที่ให้ความยินยอม ร่วมประเวณีกับสัตว์เดรัจฉาน รวมถึงอาศัยช่องว่างของกฎหมายที่การร่วมประเวณีกับชายหรือหญิงที่อายุเกิน 20 ปีโดยความยินยอมของผู้ถูกกระทำ ซึ่งส่งผลให้การกระทำนั้นๆ ไม่เป็นความผิดตามกฎหมายจึงไม่ต้องรับโทษเนื่องจากกฎหมายไม่ได้บัญญัติไว้เป็นความผิด รับโทษเพียงโทษอาบัติปาราชิก (ขาดจากความเป็นพระ) เท่านั้น กรณีดังกล่าวย่อมก่อให้เกิดความเสียหายต่อพุทธศาสนาเป็นอย่างมาก และอาจเกิดกระแสการตำหนิติเตียนจากสังคมส่งผลกระทบต่อพระภิกษุสงฆ์ผู้ปฏิบัติดีปฏิบัติชอบได้ และสถาบันสงฆ์อาจถูกประชาชนที่ไม่เข้าใจในธรรมวิพากษ์วิจารณ์ด้านลบได้ และในกรณีเช่นนี้ผลกระทบดังกล่าวอาจมีลักษณะเป็นลูกโซ่โดยเยาวชนอาจถูกปลูกฝังหรือได้ยินได้ฟังในสิ่งที่ผู้ใหญ่ได้กล่าวถึงศาสนาพุทธหรือพระสงฆ์ ในปัจจุบันยังไม่ปรากฏว่ากฎหมายอาญาได้เข้ามามีบทบาทเพื่อควบคุมพฤติกรรมของภิกษุสงฆ์ผู้ประพฤติมิชอบ อีกทั้งการสอดแทรก จริยธรรมเข้ากับการศึกษาให้แก่เด็กก็ยังมีน้อยมาก เพื่อเป็น

การคุ้มครองพุทธศาสนารัฐจึงจำเป็นที่จะต้องบัญญัติกฎหมายเพื่อที่จะคุ้มครองสถาบันศาสนาโดยตรง สำหรับการที่จะต้องมีการกำหนดความผิดเพื่อเอาผิดกับพระภิกษุสงฆ์ผู้อาศัยช่องว่างแห่งกฎหมายอาญาในการกระทำอันไม่สมควรทางเพศรวมถึงกรณีอื่นๆ นั้น ผู้เขียนเห็นว่าเป็นเรื่องที่พึงกระทำได้ ทั้งนี้เนื่องจากหากไม่มีบทลงโทษพระภิกษุสงฆ์ผู้กระทำความผิดอาญาดังกล่าวแล้วอาจจะเกิดเหตุการณ์พระภิกษุสงฆ์กระทำความผิดมากยิ่งขึ้น ส่วนตัวผู้เขียนเห็นว่าในปัจจุบันสังคมมนุษย์นั้นถือเป็นสังคมที่มีรูปแบบของวัตถุนิยม ซึ่งรูปแบบดังกล่าวประชาชนทั่วไปย่อมให้ความสรรเสริญบุคคลซึ่งมีฐานะร่ำรวยและประสบความสำเร็จในชีวิต ดังนั้นด้วยเหตุดังกล่าวผลกระทบที่ตามมานั่นก็คือสภาพจิตใจของมนุษย์เราย่อมตกต่ำลงตามสภาพ เพราะมนุษย์ทั้งหลายจะมุ่นเน้นในการหาทรัพย์และความสำเร็จเพื่อตอบสนองความต้องการของตนจนในบางครั้งบุคคลดังกล่าวจะลืมไปเสียว่าสิ่งในเป็นสิ่งถูกต้องที่สมควรทำและเลือกที่จะกระทำในสิ่งที่ผิดเพื่อให้ความต้องการของตนบรรลุผล จากแนวความคิดดังกล่าวที่ผู้เขียนขอยกตัวอย่างซึ่งย่อมอาจเกิดขึ้นในวงการศาสนาได้ โดยเริ่มต้นจากเหตุกล่าวคือ เพราะเนื่องจากในการที่บุคคลใดประสงค์จะเข้ามาบวชเป็นพระภิกษุสงฆ์นั้น ตามวินัยสงฆ์คงมีแต่การห้ามบุคคลบางจำพวกเข้ามาบวชในศาสนาเท่านั้นไม่มีวิธีการใดๆ ที่จะสามารถหยั่งรู้ได้ว่าบุคคลที่เข้ามาบวชมีเจตนาที่จะแสวงหาหนทางหลุดพ้นดังเช่นที่องค์สมเด็จสัมมาสัมพุทธเจ้าได้ทรงสั่งสอนไว้ ดังนั้นบุคคลซึ่งเป็นคนที่มีจิตใจไม่ดีย่อมแอบแฝงเข้ามาในศาสนาได้และบุคคลดังกล่าวอาจก่อให้เกิดความเสื่อมเสียแก่วงการสงฆ์ได้ ซึ่งผู้เขียนขอยกตัวอย่างเหตุการณ์ซึ่งอาจจะเกิดขึ้นได้ดังต่อไปนี้เช่น อาจเกิดเหตุการณ์พระภิกษุอาจชักชวนหญิงเข้ามาร่วมเสพเมถุนในกุฏี หรือภิกษุเองอาจนำปัจจัยที่พุทธศาสนิกชนไปใช้เพื่อซื้อบริการทางเพศได้ซึ่งเหตุการณ์เหล่านี้เกิดขึ้นจริงแล้วในปัจจุบันซึงปรากฏตามหน้าหนังสือพิมพ์ และเนื่องจากไม่มีโทษทางอาญาสำหรับการกระทำดังกล่าวแนวโน้มที่จะเกิดการกระทำความผิดในรูปแบบของการเลียนแบบโดยภิกษุรูปอื่นๆนั้นย่อมเกิดขึ้นได้ คำกล่าวที่ว่าแม้พระภิกษุสงฆ์ผู้กระทำการให้ศาสนาเสื่อมเสียจะไม่ได้รับโทษทางอาญาก็ตามแต่บุคคลดังกล่าวย่อมถูกตำหนิติเตียนโดยประชาชนในสังคมและถือว่ารับโทษจากการกระทำดังกล่าวพอควรแล้ว ผู้เขียนเห็นว่าคำกล่าวดังกล่าวไม่ถูกต้องเสียทั้งหมดและการรับโทษเพียงการถูกตำหนิติเตียนเพียงเท่านั้นยังไม่อาจทำให้พระภิกษุสงฆ์รูปอื่นเกิดความเกรงกลัวในการที่จะต้องรับโทษจากการกระทำของตน และอาจเห็นว่าพระรูปอื่นผู้กระทำการอันไม่สมควรนั้นเมื่อถูกจับได้คงมีโทษเพียงปาราชิกเท่านั้นไม่อาจที่จะลงโทษทางอาญาได้จึงอาจเป็นแรงจูงใจให้มีพระผู้บวชเข้ามาโดยประสงค์ลาภสักการะซึ่งมักจะกระทำการใดๆ ก็ตามเพื่อตอบสนองความต้องการทางเพศของตนได้โดยไม่ใยดีว่าหากมีผู้รู้เห็นการกระทำดังกล่าวนั้นสถาบันสงฆ์จะเกิดความเสียหายเพียงใด ด้วยเหตุดังที่กล่าวไปนี้ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่าสมควรที่จะมีการบัญญัติกฎหมายเพื่อเอาผิดกับพระภิกษุผู้ทำให้ศาสนาเสื่อมเสียชื่อเสียงด้วยเนื่องจากจะเป็น

ป้องปรามมิให้มีพระภิกษุผู้กระทำความผิดเกิดขึ้นอีกเนื่องจากอาจจะเกรงกลัวต่อโทษทางอาญาที่ตนจะได้รับและเกิดความยับยั้งชั่งใจมีกระทำการอันไม่สมควรต่อไปอีกในภายภาคหน้า

5.2 ข้อเสนอแนะ

จากการที่ผู้เขียนได้ทำการศึกษาเกี่ยวกับการกระทำความผิดของพระภิกษุสงฆ์นั้น เห็นว่าพระภิกษุเป็นผู้ที่ได้รับการยอมรับจากสังคมโดยประชาชนได้ให้ความเคารพและศรัทธา ซึ่งแม้กระทั่งตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ยังได้มีหลักรับรองว่าพระภิกษุสงฆ์นั้นไม่ต้องสาบานตนก่อนมีการเบิกความ กรณีเช่นนี้ย่อมอนุมานได้ว่าพระภิกษุสงฆ์และสถาบันศาสนาย่อมเป็นที่เคารพศรัทธาของประชาชนไทยทั่วไป ดังนั้น หากพระภิกษุนั้นเป็นผู้กระทำให้สถาบันศาสนาหรือหมู่ภิกษุได้รับความเสื่อมเสียต่อศรัทธาสาธารณะแล้วแนวทางแก้ไขย่อมมีดังต่อไปนี้

1) ควรมีการนำบทบัญญัติในพระธรรมวินัยในข้อที่เอื้อต่อการดำเนินคดี กำหนดเป็นบทบัญญัติกฎหมายวิธีสบัญญัติเพื่อให้เจ้าพนักงานดำเนินคดีต่อกรณีพระภิกษุสงฆ์ที่กระทำผิดโดยเฉพาะเป็นไปโดยราบรื่นและเหมาะสมไว้ เนื่องจากหากเจ้าพนักงานปฏิบัติหน้าที่ตามโทษทางอาญาต่อพระภิกษุสงฆ์ผู้กระทำความผิดจะได้มิให้เป็นข้อครหากังขาต่อสาธารณะชน เนื่องจากการปฏิบัติตามกฎหมายของเจ้าพนักงานนั้นมาจากพระธรรมวินัย เช่น กรณีพระภิกษุสงฆ์ผู้กระทำผิดไม่ยอมเปล่งวาจาลาสิกขา ก็ให้ใช้ “วิธีกายประโยค” คือ การให้เปลื้องผ้ากาสะยะแล้วให้นุ่งห่มอย่างคฤหัสถ์ หากผู้กระทำผิดประพฤติตนอย่างคฤหัสถ์ หรือการให้ลงชื่อปฏิญญาตนเป็นคฤหัสถ์ ถือเป็นการปฏิญญาตนลาสิกขาแล้ว

2) ควรมีการกำหนดความรับผิดของพระภิกษุสงฆ์ผู้กระทำการใดๆ อันเป็นเหตุให้สถาบันศาสนาหรือหมู่สงฆ์ได้รับความเสื่อมศรัทธาจากพุทธศาสนิกชนอย่างร้ายแรงแม้การกระทำนั้นๆจะไม่เป็นความผิดอาญาก็ตาม เพื่อเป็นการคุ้มครองศาสนาและป้องปรามมิให้ภิกษุรูปอื่นกระทำการอันไม่สมควรเป็นการเลียนแบบซ้ำอีก

3) ควรมีการกำหนดโทษพระภิกษุในความผิดเกี่ยวกับเพศให้เป็นบทฉกรรจ์ เนื่องจากพระภิกษุสงฆ์เป็นผู้ที่มีสถานะเป็นบุคคลซึ่งประชาชนได้ให้ความไว้วางใจและเคารพศรัทธา ดังนั้นในกรณีที่พระภิกษุสงฆ์เป็นผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับเพศตามประมวลกฎหมายอาญาพระภิกษุนั้นสมควรที่จะต้องระวางโทษหนักกว่าที่บัญญัติเอาไว้ในมาตรานั้นๆ หนึ่งในสามเช่นเดียวกับการกระทำต่อผู้สืบสันดาน ศิษย์ซึ่งอยู่ในความดูแล ผู้ที่อยู่ในความควบคุมตามหน้าที่ราชการหรือผู้อยู่ในความปกครอง ในความพิทักษ์หรือในความอนุบาล

บรรณานุกรม

DPU

บรรณานุกรม

ภาษาไทย

หนังสือ

เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. (2549). **คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค 1** (พิมพ์ครั้งที่ 6). กรุงเทพฯ: จิรรัชการพิมพ์.

คณิต ณ นคร. (2545). **กฎหมายอาญาภาคความผิด** (พิมพ์ครั้งที่ 8). กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

_____. (2547). **กฎหมายอาญาภาคทั่วไป** (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

คณาจารย์ มหาวิทยาลัยมหาจุฬาลงกรณ์ราชวิทยาลัย. (2551). **พระวินัยปิฎก คัมภีร์มหาวิภังค์** (พิมพ์ครั้งที่ 1). กรุงเทพฯ: หจก.ไทยรายวันการพิมพ์.

จิตติ ติงสภัทิย์. (2531). **กฎหมายอาญาภาค 2 ตอน 1** (พิมพ์ครั้งที่ 5). กรุงเทพฯ: สำนักอบรมกฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา.

_____. (2532). **กฎหมายอาญาภาค 2 ตอน 3** (พิมพ์ครั้งที่ 3). กรุงเทพฯ: สำนักอบรมกฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา.

โชติ ทองประยูร. (2506). **กฎหมายคณะสงฆ์** (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ: การศาสนา.

ซัลมาน เหมมานะ. (2539). ธนาคารไม่มีดอกเบี้ยตามหลักคำสอนของศาสนาอิสลาม. กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

เด่น โต๊ะมีนา. (2532). **กฎหมายอิสลาม.** กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ. (2552). **ประมวลกฎหมายอาญาฉบับอ้างอิง** (พิมพ์ครั้งที่ 23). กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

_____. (2547). **กฎหมายอาญาหลักและปัญหา** (พิมพ์ครั้งที่ 6). กรุงเทพฯ: นิติธรรม.

_____. (2549). "พยายามข่มขืน..กว่าจะลงโทษก็สายแล้ว." **ในหนังสือสะกิดกฎหมาย** (พิมพ์ครั้งที่ 1). กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

_____. (2552). "พยายาม(ข่มขืน)กระทำชำเรา:คำพิพากษา VS หลักกฎหมาย." **ในหนังสือมุมมองใหม่ในกฎหมายอาญา** (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพ: วิญญูชน.

_____. (2552). "วิธีจับพระสึก." **ในหนังสือมุมมองใหม่ในกฎหมายอาญา** (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

_____. (2552). "การดำรงชีพจากรายได้ของหญิงค้าประเวณี (มาตรา 286)." **ในหนังสือมุมมองใหม่ในกฎหมายอาญา** (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

_____. (2552). "การใช้และการตีความ". **ในหนังสือสังคมกับกฎหมาย** (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

ท่านเจ้าคุณพระธรรมปิฎก (ป.อ.ปยุตฺโต). (2543). **นิติศาสตร์แนวพุทธ** (พิมพ์ครั้งที่ 4) กรุงเทพฯ: สหธรรมิก จำกัด.

ปลื้ม โชติษฐยางกูร. (2550). **คำบรรยายกฎหมายคณะสงฆ์** (พิมพ์ครั้งที่ 1) กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยมหาจุฬาลงกรณราชวิทยาลัย.

เพิ่มศักดิ์ เพิ่มพูน. (2534). **กฎหมายที่พระสงฆ์ควรทราบ**. กรุงเทพฯ: มหาจุฬาลงกรณ์ราชวิทยาลัย.

พระนิพนธ์ในเจ้าคุณ พระเจ้าวรวงศ์เธอ กรมหลวงชินวรสิริวัฒน์ สมเจพระสังฆราชเจ้าวัดราชบพิธสถิตมหาสีมาราม. (2550). **มูลเหตุที่ได้ทรงบัญญัติพระวินัย** (พิมพ์ครั้งที่ 1) กรุงเทพฯ: วัดปากน้ำภาษีเจริญ.

แสวง บุญเฉลิมวิภาส. (2523). **ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย (the thai legal history)** (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

สุภาพรรณ ณ บางช่าง. (2536). **"งานวิจัยพุทธธรรมที่เป็นรากฐานสังคมไทยก่อนสมัยสุโขทัยถึงก่อนเปลี่ยนแปลงการปกครอง."** กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

สมพร พรหมหิตาธร. (2539). **อาญาวัด อาญาบ้าน**. กรุงเทพฯ: นิติธรรม.

สมเด็จพระมหาสมณเจ้า กรมพระยาวชิรญาณวโรรส. (2541). **วินัยมุข เล่ม 1**. กรุงเทพฯ: มหามกุฏราชวิยาลัย.

สุชีพ ปุญญานุภาพ. (2550). **พระไตรปิฎกฉบับประชาชน.** กรุงเทพฯ: มหามกุฏราชวิทยาลัย.

หยุด แสงอุทัย. (2520). **กฎหมายอาญาภาคทั่วไป**. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

_____. (2546). **กฎหมายอาญาภาค 2-3** (พิมพ์ครั้งที่ 10). กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

_____. (2548). **คำอธิบายกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127** (พิมพ์ครั้งที่ 6). กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

อภิรัตน์ เพ็ชรศิริ. (2529). **สิทธิของผู้ต้องหาในประเทศไทย ในชุดการศึกษาวิจัยพัฒนาสิทธิมนุษยชนในประเทศไทย สิทธิมนุษยชนและกระบวนการยุติธรรมทางอาญาในประเทศไทย.** กรุงเทพฯ: เจริญวิทย์การพิมพ์.

เอกูต์ และ เสริม วินิจฉัยกุล. (2477). **คำบรรยายกฎหมายอาชญา มหาวิทยาลัยวิชาธรรมศาสตร์และการเมือง.** กรุงเทพฯ: ร้านกาญจนพิมพ์ดีด.

บทความ

กฤษฎา บุณยสมิต. (2547). "บทบัญญัติต่างๆในกฎหมายตราสามดวง." **สารานุกรมสำหรับประชาชน, 30, 11.** หน้า 114.

ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ. (2550). "หญิงข่มขืนชายกฎหมายสะเทือนอารมณ์." **มติชน, 26, 2.** หน้า 10-20.

ประธาน วัฒนวาณิชย์. (2541, ธันวาคม). "การปฏิรูประบบการลงโทษแนวทางสหวิทยาการโดยเน้นทางด้านอาชญาวิทยา." **บทบัณฑิตย์, เล่ม 54, ตอน4.** หน้า 9-34.

แสวง บุญเฉลิมวิภาส. (2529). "กฎหมายลักษณะอาญา:ประมวลกฎหมายฉบับแรกของประเทศไทย." **วารสารนิติศาสตร์, 16, 2.** หน้า 111.

วิทยานิพนธ์

ชิดชนก แผ่นสุวรรณ. (2548). **ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและอนาจาร: ศึกษาตั้งแต่สมัยกฎหมายตราสามดวงถึงประมวลกฎหมายอาญา.** วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์. กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

นัดดาภา ภังคานนท์. (2551). **ความรับผิดทางอาญาของพระสงฆ์ในกฎหมายสมันเก่า.** วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

ประสิทธิ์ พัฒนอมร. (2522). **ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา.** วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

สหธน รัตนไพจิตร. (2527). **ความประสงค์ของการลงโทษทางอาญา: ศึกษาเฉพาะประเทศไทยสมัยใช้กฎหมายลักษณะอาญาและประมวลกฎหมายอาญา.** วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

สกล นิสารัตน์. (2545). **กฎหมายอาญาและการลงโทษที่เหมาะสม:แนวความคิดด้านปรัชญาและความยุติธรรมทางสังคม.** วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

อรประภา สาครวาสี. (2539). **การกระทำความผิดทางเพศ: ศึกษาเฉพาะกรณีบีบังคับให้มีการร่วมเพศทางเวคมรรคและทางปาก.** วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

สารสนเทศจากสื่ออิเล็กทรอนิกส์

คำพิพากษาฎีกาที่ 234/2466. สืบค้นเมื่อ 15 เมษายน 2552, จาก **http://www.deka2007.supremecourt.or.th/deka/web/docdetail.jsp.**

คำพิพากษาฎีกาที่ 353/2476. สืบค้นเมื่อ 15 เมษายน 2552, จาก **http://www.deka2007.supremecourt.or.th/deka/web/docdetail.jsp.**

ภาษาต่างประเทศ

BOOKS

Austin M. (1995). **Chinhengo, Essential Jurisprudence.** (London:Cavendish Publishing Limited. p. 68.

C.M.V.Clarkson, H.M.Keating. (1998). **Criminal Law Text and Materail** (Fourth Edition). London: Sweet&Maxwell.

Mueller. G.O.W. (1960). **Editor's Preface to "the German Draft Criminal code." 11 Amarican series of Foreign penal Codes.** (New York).

Herbert L. Packer. (1968). **The Limits of The Criminal Sanction.** (California: Stanford University Press). p. 247.

ประวัติผู้เขียน

ชื่อ- นามสกุล	กาญจน์สุดา เอื้อหยิ่งศักดิ์
ประวัติการศึกษา	นิติศาสตรบัณฑิต มหาวิทยาลัยพายัพ ปีการศึกษา 2547
ตำแหน่งและสถานที่ทำงานปัจจุบัน	นิติกร โรงพยาบาลศรีพัฒน์ จ.เชียงใหม่ พ.ศ. 2550

DPU