

บทที่ 3

มาตรการการลงโทษและควบคุมการกระทำความผิดตามกฎหมายอาญาและ พระธรรมวินัยในอดีตถึงปัจจุบันเปรียบเทียบกฎหมายอิสลาม

เมื่อมีผู้กระทำความผิดอาญาเกิดขึ้นหน้าที่ของรัฐคือ รัฐต้องหาตัวผู้กระทำความผิดมาเพื่อลงโทษ หากปรากฏว่าจำเลยเป็นผู้กระทำความผิดจริง ศาลก็จะตัดสินลงโทษจำเลยต่อไป ซึ่งโทษที่จำเลยจะได้รับนั้น ถือเป็นมาตรการในการลงโทษผู้กระทำความผิดในทางกฎหมายอาญา โดยมีวัตถุประสงค์ที่จะควบคุมการกระทำความผิดในทางโลกของบุคคลธรรมดาทั่วไป เช่นเดียวกับทางพระพุทธศาสนา เมื่อพระภิกษุสงฆ์กระทำความผิดก็ย่อมต้องรับโทษตามพระธรรมวินัยซึ่งผู้เขียนได้แบ่งเป็นโทษอย่างหนัก อย่างกลาง และอย่างเบาตามลำดับในปัจจุบันนั้น โทษหนักสุดคือโทษปาราชิกหรือการขาดจากความเป็นพระในทันที ตามพระธรรมวินัยเท่านั้น ไม่มีบทบัญญัติให้มีสภาพบังคับเพื่อให้เกิดความเกรงกลัวต่อโทษแต่อย่างใด แต่ในอดีตมีการบัญญัติโทษพระภิกษุสงฆ์ให้ได้รับโทษตามกฎหมายบ้านเมืองอย่างชัดเจน ราชอาณาจักรได้เข้ามามีบทบาทในการควบคุมศาสนจักรโดยกษัตริย์เนื่องจากเกิดวิกฤติศาสนาในแต่ละยุคสมัยที่พระภิกษุสงฆ์บางรูปทำลายความเชื่อถือ ศาสนากำลังจะเสื่อมถอยด้วยผู้ที่บวชบางคนไม่ได้เข้ามาบวชเพื่อศึกษาพระธรรมเพื่อความหลุดพ้นจากทุกข์อย่างแท้จริงแต่กลับมาบวชอาศัยพระศาสนาเป็นเครื่องเกรงกำบังและอาศัยความไว้นื้อเชื่อใจความศรัทธาจากสาธุชนเป็นเครื่องมือในการกระทำความผิดเพราะเมื่อความผิดปรากฏขึ้นนักบวชไม่ว่าศาสนาใดจะเป็นคนสุดท้ายที่ผู้คนจะสงสัยว่าเป็นโจรที่ทำความผิดนั้น ราชอาณาจักรในอดีตจึงมีการบัญญัติกฎหมายโดยมีรายละเอียดในแต่ละสมัยดังนี้

3.1 มาตรการลงโทษพระภิกษุสงฆ์ไทยตามกฎหมายบ้านเมืองในอดีตถึงปัจจุบัน

โทษในทางอาญานั้น ในอดีต มีหลักฐานปรากฏว่าการลงโทษของรัฐนั้น มีลักษณะที่รุนแรงกว่าในปัจจุบันมากไม่ว่าจะเป็นโทษของผู้กระทำความผิดที่เป็นบุคคลธรรมดา หรือโทษของพระภิกษุสงฆ์ผู้กระทำความผิด ทั้งนี้เนื่องจากในสมัยนั้น อำนาจในการตรากฎหมายเป็นของผู้ที่มีอำนาจในรัฐและอาจเพราะรัฐในสมัยนั้นยังไม่มั่นคง พังพินตัวจากการสร้างรัฐแต่ละสมัยเพราะภัยจากสงครามจำเป็นที่จะต้องสร้างความเด็ดขาดเป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน โดยมีพระพุทธศาสนาเป็นที่ยึดเหนี่ยวจิตใจของคนในชาติ หากผู้กระทำความผิดเป็นพระภิกษุสงฆ์เสียเองแล้วผู้คนในบ้านเมืองจะพึงสิ่งใดเป็นขวัญกำลังใจเพื่อเป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน หากปล่อยไว้ต่อไปจะหาพระภิกษุสงฆ์

ผู้ปฏิบัติปฏิบัติชอบให้สั่งสอนถ่ายทอดธรรมอันประเสริฐของพระสัมมาสัมพุทธเจ้าไม่ได้ จึงปรากฏว่าในอดีตบางบทบัญญัติถึงแม้จะมีสภาพบังคับที่อาจรุนแรงไปบ้างในภาวะที่พระพุทธศาสนากำลังอ่อนแอแต่ก็สามารถคุ้มครองพระศาสนามีให้เสื่อมเสียได้ นอกจากการบัญญัติโทษในบางสมัยยังทำให้เห็นว่าพระมหากษัตริย์ในอดีตถึงปัจจุบันได้ทรงทำนุบำรุงพระศาสนาให้เจริญอย่างยิ่ง

3.1.1 สมัยสุโขทัย

เป็นการปกครองแบบพ่อปกครองลูก อำนาจปกครองอยู่ที่พ่อขุน กิจการบ้านเมืองตกอยู่กับสถาบันพระมหากษัตริย์และทรงเป็นผู้อุปถัมภ์กิจการทางด้านศาสนาโดยตลอดต่อมาพ่อขุนรามคำแหงมหาราชได้ทรงอาราธนาพระมหาสังฆราชชาวศรีลังกาซึ่งเดินทางมาประกาศพระพุทธศาสนาอยู่ที่นครศรีธรรมราชเมื่อปี พ.ศ. 1800-1806 ดังข้อความในศิลาจารึกของพ่อขุนรามคำแหงเมื่อพ.ศ. 1820 ว่า “พ่อขุนรามคำแหงกระทำไอยทานแก่มหาเถรสังฆราช ปราชญ์เรียนจบพระไตรปิฎกหรือกว่าปิฎกในเมืองนี้ทุกตนรุกแด่นครศรีธรรมราช” ต่อมาสมัยพระยาสิทธิเท พ.ศ. 1897-1919 กษัตริย์องค์ที่ 5 แห่งอาณาจักรสุโขทัยได้อาราธนาพระมหาสวามีสังฆราชเมืองลังกานามว่า สุมณเธร เข้ามาอยู่จำพรรษาที่กรุงสุโขทัย พร้อมกันนี้พระองค์ได้แยกคณะสงฆ์ออกเป็น 2 ฝ่ายคือ คามวาสี เป็นภิกษุที่ศึกษาเน้นหนักในด้านพุทธวินัยในพระไตรปิฎก อรรถกถา และคัมภีร์อื่นๆ เรียกว่าคณิศร และอีกคณะหนึ่งคือ อรัญญวาสี เป็นภิกษุที่เน้นหนักด้านการปฏิบัติมุ่งบำเพ็ญภาวนาเพื่อให้จิตใจสงบและหลุดพ้นจากกิเลสเรียกว่า วิปัสสนาธุระ คณะสงฆ์ทั้งหมดขึ้นตรงต่อพระมหากษัตริย์ซึ่งกล่าวโดยสรุปว่าภิกษุทุกรูปจะต้องประพฤติปฏิบัติตนให้เคร่งครัดตามพระธรรมวินัยที่พระพุทธเจ้าทรงแสดงและบัญญัติไว้เสมอเหมือนกัน มีพระเถระที่ได้รับการแต่งตั้งให้ทำหน้าที่คอยดูแลความประพฤติของภิกษุสูงขึ้นไปโดยลำดับนอกจากนี้ยังต้องประพฤติตนมิให้ขัดต่อจารีตประเพณีอันดีของสังคมตลอดจนกฎหมายบ้านเมืองอีกด้วย

3.1.2 สมัยกรุงศรีอยุธยา

คงดำเนินการตามรูปแบบการปกครองคณะสงฆ์ในสมัยสุโขทัยแต่ได้แยกออกเป็น 3 คณะใหญ่ คือ คณะคามวาสีฝ่ายซ้าย คณะคามวาสีฝ่ายขวา และคณะอรัญญวาสี การดำเนินการทางวินัยนั้นขึ้นอยู่กับพระเถระ ซึ่งเป็นหัวหน้าคณะของแต่ละฝ่ายผู้ดำเนินการให้เป็นไปตามพระธรรมวินัย ซึ่งขึ้นตรงต่อพระสมเด็จพระอริยวงศาคตญาณราชบิดีซึ่งเป็นประมุขของสงฆ์ทั้งหมดและขึ้นตรงต่อพระมหากษัตริย์แห่งกรุงศรีอยุธยา พระภิกษุสงฆ์ทุกรูปจะต้องประพฤติปฏิบัติให้เคร่งครัดตามพระธรรมวินัยเป็นเบื้องต้นจากนั้นต้องประพฤติปฏิบัติตนมิให้ขัดต่อจารีตประเพณีอันดีงามของสังคมและกฎหมายบ้านเมืองอีกด้วย

3.1.3 สมัยกรุงธนบุรี

สมัยกรุงธนบุรีบ้านเมืองในสมัยที่ตกอยู่ในสภาพจลาจลอันเกิดจากอาณาจักรกรุงศรีอยุธยาเสียแก่พม่าดังกล่าวแล้ว ดังนั้นเกือบตลอดสมัยพระเจ้าตากสินมหาราชต้องทำสงครามและปราบปรามข้าศึกศัตรูทั้งภายในและสำหรับคณะสงฆ์ก็ได้รับภัยคุกคามต่อสงครามเช่นเดียวกันสมเด็จพระเจ้าตากสินทรงเห็นว่าพระสงฆ์ประพฤติผิดพระธรรมวินัยจึงสั่งให้สึกเป็นจำนวนมาก การดำเนินการเกี่ยวกับพระภิกษุสงฆ์ในสมัยนั้นสถาบันพระมหากษัตริย์จึงเข้ามามีบทบาทอย่างชัดเจน¹

3.1.4 สมัยกรุงรัตนโกสินทร์

เมื่อสมเด็จพระพุทธยอดฟ้าจุฬาโลกมหาราช รัชกาลที่ 1 ได้ทรงแก้ไขวิกฤตการณ์คณะสงฆ์เนื่องบ้านเมืองพัวพันจากสงครามพระพุทธศาสนากำลังอ่อนแอให้คืนสภาพปกติแล้ว ทรงปรารถนาถึงความไม่เป็นระเบียบเรียบร้อย การประพฤติปฏิบัติของสงฆ์อันยังไม่เป็นที่ตั้งแห่งศรัทธา และจะเป็นเหตุให้พระพุทธศาสนาเสื่อมจึงให้ตรากฎหมายห้ามมิให้พระภิกษุทำการ หรือละเว้นการที่ควรทำอันไม่ถูกต้องตามพระธรรมวินัย กฎหมายนี้มีชื่อว่า กฎพระสงฆ์ รวมอยู่ในกฎหมายตราสามดวง ซึ่งทรงให้ชำระรวบรวมขึ้นในปีจุลศักราช 1166 หรือปีพ.ศ. 2347 กฎพระสงฆ์เปรียบกับพระธรรมวินัยมีวัตถุประสงค์เหมือนกัน คือมุ่งห้ามมิให้พระภิกษุทำในสิ่งที่สมณะไม่ควรทำ แต่ขอบข่ายที่จะบัญญัตินั้นต่างกัน

การบัญญัติพระวินัยไม่จำกัดขอบเขตมีการแบ่งการบัญญัติออกเป็นสองประเภทคืออย่างแรกเมื่อพระภิกษุมีพฤติกรรมเป็นที่น่าตำหนิเป็นโลกวัชระ อย่างที่สองเกี่ยวกับขนบธรรมเนียมประเพณีของพระว่าปณณวัชระซึ่งบัญญัติได้มีเพียง 227 สิกขาบทมิใช่ซึ่ง อาจมีมากกว่านั้นมากนัก แต่พระสัมมาสัมพุทธเจ้าพระองค์ทรงพระนิพพานเสียก่อนจึงได้บัญญัติไว้เพียงนั้น ส่วนกฎหมายบ้านเมืองออกได้ในวงจำกัด เพียงเพื่อบังคับให้พระภิกษุประพฤติปฏิบัติตามพระธรรมวินัยเท่านั้น จะออกบังคับให้มีหน้าที่ต้องการทำอย่างอื่นไม่ได้หากออกกฎหมายฝ่าฝืนหลักการนี้ ถือว่าเป็นการแทรกแซงกิจการพระศาสนา แต่ที่พระภิกษุสงฆ์สามเณรถูกลงโทษตามกฎหมายอยู่บ่อยๆ ในสมัยนั้นไม่ใช่เกิดจากฝ่าฝืนกฎหมายจากพระธรรมวินัยแต่ถูกลงโทษเนื่องจากฝ่าฝืนกฎหมายบ้านเมืองที่ออกมาเพื่อคุ้มครองพระศาสนา ซึ่งไม่ยกเว้นแม้ผู้กระทำความผิดจะเป็นนักบวช หมายความว่าบวชแล้วยังต้องอยู่ภายใต้กฎหมายบ้านเมืองอย่างเดียวกับประชาชน ไม่มีข้อยกเว้น

กฎที่ 1 ให้พระภิกษุสงฆ์ผู้เทศนาและราษฎรผู้ฟังมหาชาติชาดก จงเทศนาและฟังตามพระบาลีและอรรถกถา ห้ามมิให้เทศนาเป็นกาพย์กลอน และกล่าวถ้อยคำตลกคะนอง ผู้ใดฝ่าฝืนจะ

¹ สุภาพรรณ ฦ บางช่วง. (2544). งานวิจัยพุทธธรรมที่เป็นรากฐานสังคมไทยก่อนสมัยสุโขทัย ถึงก่อนเปลี่ยนแปลงการปกครอง. หน้า 73.

ลงโทษตามโทษานุโทษ, กฎที่ 2 ให้พระภิกษุสงฆ์สามเณรมีสัตถ์ครบถ้วนตามพระปาฏิโมกข์เพื่อเป็นนาบุญอันประเสริฐของชาวโลก เพื่อการนี้ห้ามมิให้ภิกษุสามเณรคลุกคลี รับของฝากจากฆราวาส ผู้ฝ่าฝืนต้องอาบัติปาราชิก สีกออกมาให้จับเขียนจงสาหัส, กฎที่ 3 ให้ราชาคณะ แต่งตั้งพระอธิการขึ้นตามอารามต่างๆ ให้พระอธิการมีหน้าที่ดูแลรักษาพระพุทธรูปสถูปเจดีย์ และมีหน้าที่ออกหนังสือสำคัญประจำตัวลงชื่อ ฉายา พรรษา และชื่อพระอุปัชฌาย์ อาจารย์และประทับตราราชาคณะหัวเมืองนั้นให้แก่พระภิกษุสามเณร ซึ่งจะเดินทางไปอยู่เมืองอื่น และห้ามมิให้รับพระภิกษุสามเณรที่มีหนังสือประจำตัวเข้ามาอยู่ในสำนักตน ให้พระราชาคณะพระอธิการมิให้ภิกษุสามเณรอวดอิทธิฤทธิ์ เป็นอุตตริมนุสสรณตั้งตัวเป็นผู้วิเศษคบคิดกับพวกเพื่อแย่งราชสมบัติ ผู้ใดรู้เห็นมิได้กล่าวจับกุม หรือแจ้งให้กราบบังคมทูล มีความผิดเป็นกบฏ, กฎที่ 4 ห้ามมิให้พระภิกษุสามเณรประพฤติดุสสุจริต ละเลยข้อวัตร อย่าประพฤติดุสสุจริตให้ศิษย์เอาเป็นตัวอย่าง หากฝ่าฝืนให้เอาญาติโยมของผู้นั้นเป็นโทษตามโทษานุโทษ, กฎที่ 5 พระภิกษุใดต้องอาบัติปาราชิกสีกอย่างใดอย่างหนึ่งต้องแจ้งแก่สงฆ์ ห้ามมิให้ปกปิดและปฏิญาณตนว่า ยังเป็นพระภิกษุ เข้าร่วมทำสังฆกรรมอุปสมบทกรรมเป็นอันขาด ผู้ฝ่าฝืนที่ถูกกล่าวหาและพิจารณาได้ความจริง จะเอาโทษถึงสิ้นชีวิต ให้รับราชบาตรเขียนติญาติโยมจงหนักอย่าให้เป็นเยี่ยงอย่าง, กฎที่ 6 ห้ามมิให้ภิกษุสามเณรเลี้ยวดูฆราวาสเรียไร จักงานศพที่ไม่ใช่ญาติ เป็นหมอนวด หมอคูเป็นเหตุรับส่งข่าวให้ฆราวาสหากฝ่าฝืนให้เอาญาติโยมมาลงโทษ, ห้ามมิให้เอาความสงฆ์พิพาทกันด้วยกิจพระวินัยขึ้นบังคมทูลผู้ฝ่าฝืนจะถูกลงโทษตามโทษานุโทษ, กฎที่ 8 ห้ามมิให้ไม่สำรวมอินทรีย์ เล่นการพนันอยู่ในที่ลับกับมาตุคาม ห่มผ้าต้องให้เรียบร้อย ห้ามมิให้นางช้อยอยู่ในอาราม ให้มุสนายบิคารมารดาห้ามปรามว่าไฟรูกหลานที่เป็นสตรี มิให้คบค้าสมาคมกับภิกษุสามเณร ในทางรักใคร่เมตตธรรม ผู้ใดฝ่าฝืนจะเอาโทษตั้งแต่พระราชาคณะจนถึงภิกษุนั้น, กฎที่ 9 ให้พระราชาคณะ พระอธิการตรวจตราภิกษุสามเณรในปกครอง หากปรากฏว่ารูปใดคิดพินหนิงโยมอุปัฏฐาก ก็จัดการให้สึกเสียอย่าปล่อยให้ล่วงปาราชิก พระภิกษุรูปใดทำชั่วลามกมาแล้ว ให้สึกออกไปเสียอย่าให้อยู่เป็นมลทินแก่ศาสนา จะไม่เอาโทษใดๆ แต่หากปิดไว้จับได้ความจริง จะเอาโทษถึงเจ็ดชั่วโคตร, กฎที่ 10 ห้ามดื่มสุรา เล่นเบี้ยชนไก่ ห้ามรับเอาเด็กชายหน้าตาดีไปหลับนอนกอดจูบ แต่งตัวอวดกันจนหึงหวง วิวาทกัน ผู้ใดฝ่าฝืนจะถูกลงโทษสถานหนัก

ผู้เขียนเห็นว่า กฎพระสงฆ์สืบประการนี้แม้มีชื่อเพียงว่า กฎพระสงฆ์ก็เป็นกฎหมายโดยสมบูรณ์ เพราะออกโดยพระมหากษัตริย์ ผู้เป็นรัฐาธิปัตย์ และจะเห็นได้ว่า “กฎ” มาจากฐานแห่งพระธรรมวินัยทั้งสิ้น มาตรฐานในการพิจารณาว่าเป็นพฤติกรรมที่ต้องห้ามหรือไม่นั้น มาจากหลักแห่งศีล 277 ข้อ เรียกว่า ปาฏิโมกข์สังวรศีล กฎพระสงฆ์นั้นมิได้ใช้บังคับเฉพาะกับสงฆ์เท่านั้นยังใช้บังคับกับฆราวาสด้วย ซึ่งเป็นการทำให้ไม่เป็นการแยกศาสนาออกจากรัฐ อาณาจักรช่วยสอดส่องดูแลพุทธจักร อันเป็นการเกื้อหนุนซึ่งกันและกันทั้งสองฝ่าย เป็นการสร้างรากฐานของอาณาจักรให้

มีความมั่นคงเป็นเอกภาพ² 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 จึงได้ปรับปรุงจัดระเบียบการปกครองสงฆ์ขึ้นใหม่ให้เหมาะสมแก่ยุคสมัยโดยมีเหตุผลคือ “โดยที่การจัดดำเนินการคณะสงฆ์ มิใช่เป็นกิจการอันพึงแบ่งแยกอำนาจดำเนินการด้วยวัตถุประสงค์เพื่อการถ่วงดุลแห่งอำนาจที่เป็นอยู่ในกฎหมายในปัจจุบัน และโดยที่ระบบเช่นนั้นเป็นผลบั่นทอนประสิทธิภาพแห่งการดำเนินการ จึงสมควรแก้ไขปรับปรุงเสียใหม่ ให้สมเด็จพระสังฆราชองค์สกลมหาสังฆปริณายกทรงบัญชาการคณะสงฆ์ทางมหาเถรสมาคมตามอำนาจกฎหมายและพระธรรมวินัย ทั้งนี้เพื่อความเจริญรุ่งเรืองแห่งพระพุทธศาสนา และได้ยกเลิกพระราชบัญญัติคณะสงฆ์ พ.ศ. 2484 และให้ใช้พระราชบัญญัติคณะสงฆ์ พ.ศ. 2505 ตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม 2506 เป็นต้นไป และบรรดาบทบัญญัติต่างๆ ที่ตราขึ้นตาม พระราชบัญญัติคณะสงฆ์ พ.ศ. 2484 พร้อมทั้งตำแหน่งหน้าที่และวิธีปฏิบัติที่มีบัญญัติฉบับใหม่นี้ ก็เป็นอันยกเลิกไปด้วย” สำหรับพระราชบัญญัติคณะสงฆ์ พ.ศ. 2505 นี้ต่อมาภายหลังได้มีการออกกฎหมายมหาเถรสมาคมเกี่ยวกับวิธีการดำเนินการทางวินัย คือ กฎมหาเถรสมาคม ฉบับที่ 11 (พ.ศ. 2521) ว่าด้วยการลงนิคหกรรม ซึ่งมีสาระสำคัญต่อไปนี้

นิคหกรรม หมายถึง โทษตามที่พระพุทธบัญญัติที่ทรงกำหนดให้ลงแก่พระภิกษุผู้กระทำความผิด คือล่วงละเมิดพระธรรมวินัย ซึ่งเรียกว่า “อาบัติ” นิคหกรรม เป็นเรื่องที่บัญญัติขึ้นใหม่แทนเรื่องอธิกรณ์ อันเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของอธิกรณ์ตามที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติคณะสงฆ์ พ.ศ. 2484³

อธิกรณ์ คือ เรื่องคดีความที่ฟ้องร้องกัน เรื่องที่ต้องจัดทำ อธิการ์กับนิคหกรรม ทั้งสองเรื่องนี้มี ความเกี่ยวเนื่องกัน⁴ เพราะในการพิจารณาอธิกรณ์ ซึ่งหมายถึงการพิจารณาความผิดก็ต้องพิจารณาโทษควบคู่กันไปด้วย และในการพิจารณาวินิจฉัยลงนิคหกรรม ซึ่งหมายความว่า การพิจารณาโทษที่จะต้องพิจารณาความผิดเสียก่อน แต่อธิกรณ์ตามหลักพระธรรมวินัยมีความหมายกว้าง ฉะนั้นใน พระราชบัญญัติฉบับนี้จึงเปลี่ยนเป็นเรื่อง “นิคหกรรม” เพื่อให้มีความหมายแคบลง

² นิตดาภา ภักคานนท์. (2551). ความรับผิดชอบทางอาญาของพระสงฆ์ในกฎหมายสมัยเก่า. หน้า 62.

³ โชติ ทองประยูร. เล่มเดิม. หน้า 151-152.

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

เฉพาะอนุวาทาธิกรณ์ คือการพิจารณาวินิจฉัยลงนิกหกรรม ในกรณีที่เกิดอนุวาทาธิกรณ์ในขณะ สงฆ์โดยผู้มีใจทักกล่าวหาพระภิกษุว่ากระทำความผิดล่วงละเมิดพระวินัย ซึ่งตรงตามวัตถุประสงค์ของ กฎหมาย ดังที่บัญญัติไว้ตั้งแต่มาตรา 24 ถึงมาตรา 27 มีสาระสำคัญที่แยกพิจารณาได้ดังนี้ ลักษณะ และประเภทนิกหกรรม วัตถุประสงค์นิกหกรรมหลักการลงนิกหกรรม วิธีการบังคับตามคำวินิจฉัย ลงนิกหกรรม

ลักษณะและประเภทนิกหกรรม

ซึ่งลักษณะและประเภทนิกหกรรมสามารถแบ่งเป็น 3 สถานคือ

1) โทษอย่างหนัก ได้แก่ อาบัติปาราชิก พระภิกษุผู้ที่ต้องอาบัตินี้ต้องขาดจากความเป็น พระภิกษุ

2) โทษอย่างกลาง ได้แก่ อาบัติสังฆทิสเสส พระภิกษุที่ต้องอาบัตินี้ต้องอยู่กรรม คือ ประพฤติวิตรอยางหนึ่ง เพื่อทรมาน

3) โทษอย่างเบา ได้แก่ อาบัติอุลลัจจัย ปาจิตติยะ ปฎิเทศนียะ ทุกกฏ และทพภาสิต พระภิกษุต้องอาบัตินี้ต้องแสดงอาบัติประจานต่อหน้าพระภิกษุด้วยกันจึงจะพ้นโทษ

โทษทั้ง 3 สถานนี้ สำหรับโทษหนัก เรียกว่า “อเตกัจจา” เป็นโทษเด็ดขาดแก้ไขไม่ได้ หรือที่เรียกว่า “นิกหกรรมให้สึก” ส่วนโทษอย่างกลางและอย่างเบาเรียกว่า “สเทกัจจา” เป็นโทษที่ แก้ไขได้ คือ กระทำอาบัติให้พ้นโทษได้ หรือเรียกว่า “นิกหกรรมไม่ถึงกับสึกจากการเป็นภิกษุสงฆ์”

หลักการลงโทษนิกหกรรม

หลักสำคัญในการลงนิกหกรรม ได้บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติคณะสงฆ์ พ.ศ. 2505 หมวด 4 มาตรา 24 บัญญัติว่า “พระภิกษุจะต้องรับนิกหกรรมก็ต่อเมื่อ กระทำการล่วงละเมิด พระ ธรรมวินัย และนิกหกรรมที่ลงแก่พระภิกษุก็ต่อเมื่อเป็นนิกหกรรมตามพระธรรมวินัย”⁵

ซึ่งเมื่อพิจารณาบทบัญญัติดังกล่าวแล้วสามารถแยกได้เป็น 2 ส่วนคือ

- 1) พระภิกษุจะต้องรับนิกหกรรมก็ต่อเมื่อ ทำการล่วงละเมิดพระธรรมวินัย และ
- 2) นิกหกรรมที่จะลงโทษแก่พระภิกษุก็ต้องเป็นนิกหกรรมตามพระธรรมวินัยเท่านั้น

มาตรการลงโทษในทางอาญาของพระภิกษุสงฆ์

มาตรการลงโทษในทางอาญาของพระภิกษุที่กระทำความผิดนั้น จำต้องแยก เสียก่อนว่า การกระทำความผิดดังกล่าวเป็นความผิดอาญาหรือไม่หรือเป็นเพียงการกระทำที่ผิด เพียงแต่ทางพระธรรมวินัยเท่านั้น แต่ถึงอย่างไรก็ตามเมื่อมีการแก้ไข จากกฎหมายในสมัยของ

⁵ พระราชบัญญัติคณะสงฆ์ พ.ศ. 2505 หมวด 4 มาตรา 24 บัญญัติว่า “พระภิกษุจะต้องรับนิกหกรรม ก็ต่อเมื่อกระทำการล่วงละเมิด พระธรรมวินัย และนิกหกรรมที่ลงแก่พระภิกษุก็ต่อเมื่อเป็นนิกหกรรมตาม พระธรรมวินัย”

สมเด็จพระพุทธยอดฟ้าจุฬาโลกมหาราช รัชการที่ 1 ที่ได้มีราชโองการให้พระภิกษุที่กระทำความผิดที่เป็นการเสื่อมเสียต่อพุทธศาสนา มีโทษในทางอาญาถึงขั้นประหารชีวิต ซึ่งต่อมาได้มีการเปลี่ยนแปลงมาถึงปัจจุบันคือพระราชบัญญัติคณะสงฆ์ 2505 เป็นต้นมา การที่พระสงฆ์ที่กระทำความผิดอาญานั้นจะต้องทำการสึกออกมารับโทษเหมือนบุคคลธรรมดาเท่านั้น มาตราการลงโทษในทางอาญาเฉพาะพระภิกษุจึงไม่มีบัญญัติไว้ อันเป็นสาเหตุสำคัญที่ทำให้ผู้ที่มีจิตใจชั่วร้ายและแฝงตัวเข้าไปเป็นพระภิกษุเรียกได้ว่าโจรในคราบผ้าเหลืองผู้ที่ไม่มีความละอายต่อบาปมีโอกาที่จะกระทำความผิดได้มากขึ้น

เมื่อพระสงฆ์กระทำความผิดอาญาซึ่งในทางพระธรรมวินัยนั้นให้ลงโทษเพียงปาราชิกคือการจับสึกเท่านั้น เมื่อจะต้องรับโทษก็ต้องรับโทษเสมือนเป็นบุคคลธรรมดา ซึ่งไม่เป็นการยุติธรรมเป็นอย่างยิ่ง

ดังได้กล่าวไว้ว่า กฎหมายคณะสงฆ์ที่เป็นกฎหมายที่บัญญัติขึ้นเพื่อรองรับการปกครองคณะสงฆ์ ซึ่งได้บัญญัติรับรองอำนาจคณะสงฆ์ ที่เป็นผู้ปกครองสงฆ์ตลอดจนหลักเกณฑ์ต่างๆ ที่เกี่ยวเนื่องกับการปกครองสงฆ์ให้เป็นไปโดยเรียบร้อยสามารถเรียกได้ว่าเป็นธรรมนูญการปกครองคณะสงฆ์เช่นเดียวกับกฎหมายรัฐธรรมนูญ⁶ ในปัจจุบันมีสองฉบับคือ พระราชบัญญัติคณะสงฆ์พ.ศ. 2505 และพระราชบัญญัติคณะสงฆ์ ฉบับที่ 2 พ.ศ. 2535

หลักความรับผิดชอบทั่วไป

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

“พระภิกษุจะต้องรับนิคหกรรมก็ต่อเมื่อกระทำการล่วงละเมิดพระธรรมวินัยและนิคหกรรมที่จะลงแก่พระภิกษุก็ต้องเป็นนิคหกรรมตามพระธรรมวินัย”

ก่อนอื่นต้องทราบความหมายของคำในมาตรา 24 ว่า พระภิกษุ และนิคหกรรมหมายความว่าอย่างไร

คำว่า “พระภิกษุ” ในพระราชบัญญัติคณะสงฆ์ทั้งสองฉบับ มิได้ให้คำจำกัดความไว้แต่อย่างใด แต่พบว่าในกฎหมายตราสามศก ฉบับที่ 11 (พ.ศ. 2521) ว่าด้วยการลงนิคหกรรมได้ให้นิยามพระภิกษุไว้ในข้อ 4 ว่า

⁶ ปลื้ม โชติสุขยางกูร. เล่มเดิม. หน้า 254.

“พระภิกษุ” หมายถึง

1) พระภิกษุซึ่งมิใช่ผู้ปกครองสงฆ์ รวมถึงพระภิกษุซึ่งดำรงสมณะศักดิ์ต่ำกว่าชั้นพระราชคณะ และ

2) พระภิกษุผู้ปกครองสงฆ์ รวมถึงพระภิกษุผู้เป็นกิตติมศักดิ์ผู้ดำรงตำแหน่งที่ปรึกษาเจ้าคณะ ผู้ดำรงตำแหน่งเทียบพระสังฆาธิการ และผู้ดำรงสมณะศักดิ์ชั้นพระราชคณะขึ้นไป จะเห็นได้ว่าความหมายของพระภิกษุตามกฎหมายเถรสมาคมฉบับนี้คือพระภิกษุที่มิใช่ผู้ปกครองสงฆ์และผู้ปกครองสงฆ์ ซึ่งก็หมายถึงคำว่า “คณะสงฆ์” ตามบทนิยามศัพท์ของพระราชบัญญัติคณะสงฆ์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2535 มาตรา 5 ทวิ ซึ่งบัญญัติว่า

“คณะสงฆ์ หมายความว่า บรรดาพระภิกษุที่ได้รับบรรพชาอุปสมบทจากพระอุปัชฌาย์ตามพระราชบัญญัตินี้ หรือตามกฎหมายที่ใช้บังคับก่อนพระราชบัญญัตินี้ไม่ว่าจะปฏิบัติศาสนากิจในหรือนอกราชอาณาจักร”

“คณะสงฆ์อื่น” หมายความว่า บรรดาบรรพชิตจีนิกาย หรือนัมนิกาย กฎหมายฉบับนี้ได้แยกคณะสงฆ์ออกเป็นสองคณะคือ คณะสงฆ์กับคณะสงฆ์อื่น

คำว่าคณะสงฆ์อื่นคือบรรดาบรรพชิตจีนิกายหรือนัมนิกาย (หมายถึงจำพวกถือพระพุทธศาสนาเหมือนอย่างเมืองญวน (เวียดนาม) ส่วนคำว่า คณะสงฆ์ มีข้อสังเกตอยู่ 2 ประการคือ

ประการแรกเห็นได้ชัดว่าตัวบทใช้คำว่า บรรพชาอุปสมบท คณะสงฆ์จึงน่าจะหมายถึงรวมถึงสามเณรด้วยที่ได้รับการบวชจากพระอุปัชฌาย์ที่ได้รับการแต่งตั้งตามมาตรา 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 เป็นคณะสงฆ์ไทยในนิยามเถรวาทได้แก่ฝ่ายมหานิกายและธรรมยุตินิกาย ไม่รวมความถึงคณะสงฆ์อื่นที่เป็นคณะจีนิกายและนัมนิกาย เนื่องจากตัวบทระบุชัดว่าคณะสงฆ์มิได้ระบุว่าคณะสงฆ์อื่นด้วย จะยกตัวอย่างว่าหากเป็นภิกษุสงฆ์ฝรั่ง จีน ญี่ปุ่นที่บวช ณ ต่างประเทศ คนละนิกายหรือนิกายเดียวกันกับประเทศไทย ได้เดินทางเข้ามาอยู่ในประเทศไทย แต่มิได้รับการบรรพชาอุปสมบทจากพระอุปัชฌาย์ตามพระราชบัญญัติคณะสงฆ์นี้ก็มิเป็นภิกษุที่อยู่ภายใต้กฎหมายคณะสงฆ์ หากประพตติผิฉวินัย มหาเถรสมาคมไม่มีอำนาจของนิคหกรรมได้ ในเรื่องนี้มีคำพิพากษาที่เกี่ยวข้องตัดสินไว้ดังนี้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 378/2499 เรื่องสังฆานัติ⁷

โจทก์ฟ้องมีใจความว่า เมื่อ พ.ศ. 2493 โจทก์เดินทางไปขออุปสมบทต่อพระอุปัชฌาย์ที่ นครจัมปาสักดิ์ ในเขตอินโดจีนของฝรั่งเศส โดยถูกต้องตามหลักพระธรรมวินัย เชื่อว่าเป็นบรรพชิต ตามกฎหมายคณะสงฆ์แล้วมาจำพรรษาอยู่ที่วัดใหม่พิณสุวรรณ 1 ปีเศษ ระหว่าง 29 กุมภาพันธ์ 2495 กับ 25 มีนาคม 2495 จำเลยที่ 1 ซึ่งเป็นสังฆนายกและจำเลยที่ 2 ซึ่งเป็นกรมในรัฐบาล ทำหน้าที่เป็นสำนักงานเลขาธิการสังฆสภาและสำนักเลขาธิการสังฆมนตรี จึงใจร่วมกันกระทำการต่อ โจทก์โดยผิดกฎหมาย โดยจำเลยที่ 1 ลงนามในประกาศและจำเลยที่ 2 ได้นำประกาศนั้นโฆษณา แพร่หลายในหนังสือแถลงการณ์คณะสงฆ์ ฉบับมีนาคม 2495 เรียกโจทก์ว่า “นาย” ใจความว่า “โจทก์เป็นภิกษุต้องอธิกรณ์ฉายาปาราชิก ฐานคลุกคลีกับมาตุคาม คณะสงฆ์ลงโทษให้สึกและห้าม อุปสมบทมาแล้ว ฯลฯ จึงห้าม มิให้เจ้าอาวาสวัดใดๆ รับโจทก์ไว้ในสำนักอีกต่อไป”

คดีมีปัญหาว่า การบวชของโจทก์เป็นการถูกต้องหรือไม่ซึ่งศาลฎีกาเห็นว่าปรากฏตาม พระราชบัญญัติคณะสงฆ์ พ.ศ. 2484 มาตรา 7 ว่า สมเด็จพระสังฆราชทรงบัญญัติสังฆานัติ โดย คำแนะนำของสังฆสภาและตามสังฆานัติ ระเบียบพระอุปัชฌายะ พ.ศ. 2487 มาตรา 13 บัญญัติว่า พระอุปัชฌายะมีหน้าที่ให้บรรพชาอุปสมบทกุลบุตรได้เฉพาะตน จะตั้งหรือขอให้พระภิกษุอื่นซึ่ง มิได้รับแต่งตั้งเป็นพระอุปัชฌายะทำหน้าที่แทนตนไม่ได้และตามมาตรา 4 พระอุปัชฌายะ หมายความว่า พระภิกษุผู้ได้รับแต่งตั้งให้มิตำแหน่งหน้าที่ในการบรรพชาอุปสมบท ฯลฯ แต่โจทก์ กล่าวฟ้องว่าบวชโดยพระอุปัชฌายะที่นครจัมปาสักดิ์ ในเขตอินโดจีน ไม่ปรากฏว่าเป็นพระ อุปัชฌายะที่ได้รับแต่งตั้งอันถูกต้องเป็นผู้ให้อุปสมบท เช่นนี้ จะถือว่า การบวชของโจทก์เป็นกา ถูกต้องตามพระราชบัญญัติดังกล่าวมิได้

คำพิพากษาศาลฎีกาดังกล่าวเน้นให้เห็นว่า การที่จะเป็นพระภิกษุในพุทธศาสนาตาม กฎหมายฉบับนี้ต้องได้รับการบวชจากพระอุปัชฌาย์ตามกฎหมายคณะสงฆ์

คำว่า “นิคหกรรม” หมายถึง การลงโทษตามพระธรรมวินัย⁸ พระวินัยมีอาบัติหรือโทษ ของการล่วงละเมิดสิกขาบทมี 3 สถาน คือ อย่างหนัก อย่างกลาง อย่างเบา นิคหกรรมอย่างหนักนี้ ผู้ ต้องอาบัตินี้ต้องรับโทษสถานเดียว คือนาสนา เป็นการให้ขาดจากความเป็นพระภิกษุทันที เรียกว่า ปาราชิก โทษที่สงฆ์จะลงนิคหกรรมแก่พระภิกษุผู้ถูกปรับอาบัติ คือ นาสนาแปลว่า ให้ฉิบหายเสีย จากเพศสมณะ 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) นิทกรรมที่จะลงต้องเป็นนิทกรรมตามที่กำหนดไว้ในพระธรรมวินัย

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 นั้นบัญญัติในเรื่องนิทกรรมเป็นการลงโทษทางวินัยสงฆ์ มิใช่โทษทางอาญา

สำหรับพระภิกษุที่ได้ล่วงละเมิดพระวินัยสงฆ์ครุฑาบัติเมณุปาราชิก ต้องรับนิทกรรมตามพระวินัย ซึ่งพระวินัยกำหนดว่าพระภิกษุที่เสพเมณุดองขาดจากความเป็นพระทันทีที่ละเมิดและผลของการละเมิดไม่สามารถทำคืนอาบัติได้ กล่าวคือ ไม่มีวิธีใดแก้ตัวเพื่อที่จะให้ตนสามารถที่จะกลับมาเป็นพระได้อีก ไม่ว่าจะสึกไปแล้วกลับมาอุปสมบทใหม่ หรือแม้จะยังครองผ้ากาสาฬหพัสดุอยู่ตลอดมาโดยไม่ได้สึกไปก็ตาม ก็ไม่ขึ้นชื่อว่าเป็นสงฆ์อีกต่อไป ดังนั้นพระภิกษุที่ละเมิดอาบัติเมณุปาราชิก หากยังครองผ้ากาสาฬหพัสดุอยู่ไม่ยอมสึกหากมีผู้ทราบหรือเห็นเหตุการณ์การละเมิดโดยชัดแจ้ง เจ้าตัวจะรับหรือไม่รับก็ตาม ผู้มีอำนาจวินิจฉัยสามารถลงนิทกรรมได้ทันที นิทกรรมที่ต้องลงตามพระวินัยคือให้สึก ซึ่งหมายถึงให้ออกไปจากเครื่องแบบความเป็นสงฆ์ให้ละการแต่งกายเลียนแบบสงฆ์ สำหรับกรณีมีโจทก์ฟ้องหรือมีผู้กล่าวหาหรือมีผู้แจ้งความผิดและไม่ปรากฏพยานหลักฐานที่ชัดแจ้ง ต้องเข้าสู่กระบวนการไต่สวน จนที่สุดผู้มีอำนาจพิจารณาหรือคณะผู้พิจารณาได้วินิจฉัยให้ว่าละเมิดพระวินัยเมณุปาราชิก ให้ได้รับนิทกรรมตามพระธรรมวินัยคือให้สึก ผู้รับนิทกรรมต้องสึก หากไม่สึกภายในยี่สิบสี่ชั่วโมง จะเข้าองค์ประกอบความผิดตามมาตรา 43 อันเป็นหลักความรับผิดตามกฎหมายบัญญัติหรือหลักคุ้มครองคำสั่ง เมื่อมีการละเมิดพระวินัยเมณุปาราชิกอันเป็นความผิดประธานมาก่อนผู้กระทำต้องรับผิดตามพระวินัย คือ ต้องขาดจากความเป็นพระอยู่นั่นเอง

หลักความรับผิดตามกฎหมายบัญญัติ นอกเหนือพระธรรมวินัย

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

ว่ามีความจำเป็นที่จะต้องคุ้มครองสงฆ์เพื่อมิให้ผู้ประพฤติดังที่สมาเถรสมาคมได้วางหลักกฎหมายคุ้มครองสงฆ์ไว้

มาตรา 27 บัญญัติว่า “เมื่อพระภิกษุรูปใดต้องด้วยกรณีข้อใดข้อหนึ่งดังต่อไปนี้

1) ต้องคำวินิจฉัยตามมาตรา 25 ให้ได้รับนิคหกรรมไม่ถึงให้สึกแต่ไม่ยอมรับนิคหกรรมนั้น

2) ประพฤติล่วงละเมิดพระธรรมวินัยเป็นอาจณ

3) ไม่สังกัดอยู่ในวัดใดวัดหนึ่ง

4) ไม่มีวัดเป็นที่อยู่เป็นหลักแหล่ง

ให้พระภิกษุรูปนั้นสละสมณะเพศตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดในกฎหมายแพ่ง มาตรา ๒๖ พระภิกษุผู้ต้องคำวินิจฉัยให้สละสมณะเพศตามวรรคสอง ต้องสึกภายในสามวันนับแต่วันที่ ได้รับทราบคำวินิจฉัยนั้น”

จะเห็นว่า หากขัดขึ้นคำวินิจฉัยลงนิคหกรรมไม่ถึงให้สึก ประพฤติล่วงละเมิด พระธรรมวินัยเป็นอาจณ ไม่สังกัดอยู่ในวัดใดวัดหนึ่ง ไม่มีวัดเป็นที่อยู่เป็นหลักแหล่ง ต้องสละสมณะเพศภายในสามวันนับตั้งแต่ได้รับทราบคำวินิจฉัยนั้น เป็นการรองรับอำนาจมหาเถรสมาคมและพระภิกษุผู้ปกครองสงฆ์ที่ได้ลงนิคหกรรมแก่พระภิกษุที่ได้กระทำผิดตามบทกฎหมายที่ได้วางไว้ และกำหนดให้การวินิจฉัยการลงนิคหกรรมให้เป็นอันยุติในขั้นนั้นๆ ตามหลักเกณฑ์ที่มหาเถรสมาคมได้วางไว้ซึ่งถือว่าชอบด้วยกฎหมาย ในมาตรา 27 นี้จะเห็นว่า มหาเถรสมาคม และพระภิกษุผู้ปกครองสงฆ์ได้ลงนิคหกรรมที่มีโทษไม่ถึงให้สึกตามพระธรรมวินัยแต่พระภิกษุนั้นฝ่าฝืนไม่ยอมรับคำวินิจฉัย จึงต้องได้รับโทษตามมาตรา 27 ซึ่งมีโทษตามพระธรรมวินัย คำว่า “ให้ได้รับนิคหกรรมตามคำวินิจฉัยมาตรา 25 ไม่ถึงให้สึกแต่ไม่ยอมรับ” นิคหกรรมนั้นหมายถึง ไม่ยอมทำคืนอาบัติ มาตรานี้เป็นอำนาจพิเศษของมหาเถรสมาคมเพื่อกำจัดภิกษุที่ไม่พึงปรารถนาออกจากคณะสงฆ์ซึ่งไม่ใช่การลงนิคหกรรม เมื่อผู้พิจารณาได้วินิจฉัยได้รับนิคหกรรมแต่ไม่ยอมรับ ภายหลังผู้ปกครองสงฆ์ได้รายงานพฤติการณ์จนถึงมหาเถรสมาคม และมหาเถรสมาคมได้วินิจฉัยให้สึกแล้ว ต้องสึกภายใน 3 วัน นับแต่ได้รับทราบคำวินิจฉัยนั้น ถ้าฝ่าฝืนไม่สึกก็จะถูกดำเนินคดีอาญาตามมาตรา 43

ความรับผิดชอบเป็นบุคคลล้มละลาย ตามมาตรา 28 มีจุดมุ่งหมายเพื่อรักษาความเลื่อมใสศรัทธาของประชาชนไว้ กล่าวคือในทางกฎหมายไม่มีบทมาตราใดที่ห้ามพระภิกษุทำนิติกรรม แต่หลังจากถูกฟ้องเป็นคดีล้มละลายและศาลได้พิพากษาให้เป็นบุคคลล้มละลาย จะทำให้ภาพลักษณ์ของพระสงฆ์เสื่อมเสียหรือจะทำให้ศาสนาเป็นที่อาศัยของผู้ที่เป็นหนี้สินล้นพ้นตัว กฎหมายจึงบัญญัติป้องกันบุคคลอื่นไม่พึงปรารถนามิให้อยู่ในพระธรรมวินัยนี้

ความรับผิดชอบเพราะถูกจับในคดีอาญา ตามมาตรา 29 ซึ่งบัญญัติว่า “พระภิกษุรูปใดถูกจับ โดยต้องหาว่ากระทำความผิดอาญา เมื่อพนักงานสอบสวนหรือพนักงานอัยการไม่เห็นสมควรให้ ปลดปล่อยชั่วคราว และเจ้าอาวาสแห่งวัดที่พระภิกษุรูปนั้นสังกัดไม่รับมอบตัวไว้ควบคุม หรือพนักงานสอบสวนไม่เห็นสมควรให้เจ้าอาวาสรับตัวไปควบคุม หรือพระภิกษุรูปนั้นมิได้สังกัดในวัดใดวัดหนึ่ง ให้พนักงานสอบสวนมีอำนาจจัดดำเนินการให้พระภิกษุรูปนั้น สละสมณเพศเสียได้” หลักเกณฑ์ มี 3 ประการ คือ

- 1) พนักงานสอบสวนหรือพนักงานอัยการ ไม่เห็นสมควรให้ปล่อยชั่วคราว และเจ้าอาวาสแห่งวัดที่พระภิกษุรูปนั้นสังกัดไม่รับมอบตัวไว้ควบคุม
- 2) พนักงานสอบสวนไม่เห็นสมควรให้เจ้าอาวาสรับตัวไปควบคุม
- 3) พระภิกษุรูปนั้นมิได้สังกัดในวัดใดวัดหนึ่ง

ความรับผิดชอบเพราะถูกจำคุก กักขัง หรือขัง ตามมาตรา 30 ซึ่งบัญญัติว่า “เมื่อจะต้องจำคุก กักขัง หรือขังพระภิกษุรูปใดตามคำพิพากษา หรือคำสั่งของศาลให้พนักงาน เจ้าพนักงานผู้มีอำนาจหน้าที่ปฏิบัติการให้เป็นไปตามคำพิพากษา หรือคำสั่งของศาลมีอำนาจดำเนินการให้ พระภิกษุรูปนั้น สละสมณเพศเสียได้ และให้รายงานให้ศาลทราบถึงการสละสมณเพศนั้น”

ในมาตรา 29 และมาตรา 30 ก็มีใช้โทษตามพระวินัยบัญญัติ แต่เป็นโทษตามกฎหมาย บัญญัติซึ่งก็เป็นที่ยกเว้นความผิดตามกฎหมายบ้านเมืองอาจไม่เป็นความผิดพระวินัยหรือบางความผิดตามกฎหมายบ้านเมืองเป็นความผิดวินัยอย่างเบาแต่ต้องรับโทษตามกฎหมายบ้านเมืองนั้น เท่ากับโทษทางพระวินัยอย่างหนักคือ ต้องสละจากสมณะเพศ

มาตรานี้ก็เป็นเรื่องของกฎหมายมีเจตนาที่จะรักษาภาพลักษณ์ของพระภิกษุสงฆ์ ซึ่งในบางเรื่องความผิดทางอาญาที่มีโทษจำคุก กักขัง นั้นบางเรื่องมิได้มีโทษทางวินัยถึงปาราชิกก็ต้องพ้นจากความเป็นพระภิกษุ เช่น ความผิดตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 220 ที่บัญญัติว่า ผู้ใดกระทำให้เกิดเพลิงไหม้แก่วัตถุใดๆ แม้เป็นของตนเอง จนน่าจะเป็นอันตรายแก่บุคคลอื่นหรือทรัพย์สินของผู้อื่นต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินเจ็ดปีและปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นสี่พันบาท ความผิดนี้เป็นอาบัติอย่างเบาตามพระธรรมวินัย แต่มีโทษทางอาญาถึงขั้นจำคุก แต่เนื่องจากเป็นความผิดโลก วัชระก็มีผลต่อความศรัทธาเลื่อมใสของ ประชาชนเช่นกัน กฎหมายจึงบัญญัติขึ้นเพื่อป้องกันภาพอันไม่เหมาะสมในการดำเนินการของเจ้าหน้าที่มิให้กระทบต่อจิตใจชาวพุทธประการหนึ่ง เพื่อมิให้ผู้ต้องหาเหล่านี้แฝงตัวอยู่ในศาสนา นอกจากนี้ยังเป็นการอำนวยความสะดวกต่อการปฏิบัติงานของฝ่ายบ้านเมืองในการดำเนินการทางอาญา รัฐจึงได้ตรากฎหมายให้อำนาจแก่พนักงานอัยการ พนักงานสอบสวน ให้พนักงานเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจหน้าที่ปฏิบัติการให้เป็นไปตามคำพิพากษา หรือคำสั่งของศาลมีอำนาจในการพิจารณามีคำสั่งให้พระภิกษุผู้ต้องหาสละสมณเพศได้

จะเห็นว่าทั้งสี่มาตราข้างต้น มีคำว่า “ต้องสีก” และคำว่า “สละสมณะเพศ” อยู่ด้วยความหมายแตกต่างกัน คำว่า “ต้องสีก” มีความหมายในเชิงบังคับว่าต้องสีกแม้มิได้สมัครใจแต่คำว่า “สละสมณะเพศ”⁹ อยู่ในความหมายคำว่าให้สีกเหมือนกัน แต่ให้เจ้าตัวมีความสมัครใจครั้งหนึ่ง อีกครั้งหนึ่งเป็นสภาพบังคับตามกฎหมายและกฎหมายอาญา

หลักคุ้มครองคำสั่งและบทกำหนดโทษ

หลักคุ้มครองคำสั่ง มีบัญญัติไว้ใน มาตรา 43 ซึ่งคุ้มครองคำสั่งของผู้มีอำนาจลงนิคกรรม จำเดิม ผู้มีอำนาจลงนิคกรรมภายหลังพุทธปรินิพพาน คือ พระอุปัชฌาย์ซึ่งเป็นผู้ปกครองพระภิกษุผู้เป็นศิษย์ตามพระธรรมวินัย เมื่อเกิดมีภิกษุอลัชชีเสพเมถุนขึ้น พระอุปัชฌาย์ได้ประชุมสงฆ์เพื่อลงมติแต่งตั้งพระภิกษุผู้ทำหน้าที่เป็นตุลาการตัดสินอนุวาทาธิกรณ์ แต่ในปัจจุบันพระราชบัญญัติคณะสงฆ์ได้ให้อำนาจมหาเถรสมาคมออกกฎหมายมหาเถรสมาคมกำหนดให้พระภิกษุผู้ปกครองสงฆ์และมหาเถรสมาคมเป็นผู้มีอำนาจลงนิคกรรมแก่ภิกษุผู้กระทำผิดนั้น เมื่อผู้มีอำนาจลงนิคกรรมได้มีคำสั่งหรือคำวินิจฉัยว่าให้ปรับอาบัติหนักข้อประณามปาราชิกแก่จำเลย เช่น ความผิดอาบัติปาราชิกฐานเสพเมถุน และจำเลยได้รับทราบคำสั่ง หรือคำวินิจฉัยแล้วต้องสีก หรือต้องสละสมณะเพศในทันที

ในบางครั้งผู้ต้องรับนิคกรรมคือด้านไม่ปฏิบัติตาม คณะสงฆ์ไม่มีอำนาจบังคับจับสีกจำเลยได้ ฝ่ายอาณาจักรได้ทราบถึงปัญหานี้ จึงได้ตรากฎหมายคณะสงฆ์ขึ้น และได้วางหลักคุ้มครองคำสั่งไว้ในกฎหมายดังกล่าว เพื่อบังคับคำสั่ง หรือคำวินิจฉัยของผู้มีอำนาจลงนิคกรรมให้มีความศักดิ์สิทธิ์ที่จำเลยต้องปฏิบัติตาม หากจำเลยฝ่าฝืนคำสั่งต้องได้รับโทษอาญาต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 1 ปี

กฎหมายคณะสงฆ์ได้คุ้มครองคำสั่งคำวินิจฉัยของ “ผู้มีอำนาจลงนิคกรรม” ซึ่งได้แก่ มหาเถรสมาคม และพระภิกษุผู้ปกครองสงฆ์ 3 กรณีตามมาตรา 43 ได้แก่

- 1) กรณีที่ได้ลงโทษทางปกครองแก่พระภิกษุสามเณรที่ประพฤติให้เกิดความเสียหายแก่พระศาสนาและการปกครองคณะสงฆ์ตามกฎหมายมหาเถรสมาคม
- 2) กรณีที่ได้มีคำวินิจฉัยถึงที่สุดแก่พระภิกษุที่ล่วงละเมิดพระธรรมวินัยให้ได้รับนิคกรรมให้สีก ต้องสีกภายในยี่สิบสี่ชั่วโมง นับแต่เวลาที่ได้รับทราบคำวินิจฉัย (มาตรา 26)
- 3) กรณีตามมาตรา 27 ได้แก่ กรณีที่

(1) กฎหมายมหาเถรสมาคมได้ให้อำนาจในการพิจารณาวินิจฉัยลงนิคกรรมแก่ผู้ล่วงละเมิดพระวินัยแก่พระภิกษุ และคำวินิจฉัยนั้นกฎหมายมหาเถรสมาคมกำหนดให้เป็นอันยุติในชั้นนั้นๆ แต่จำเลยไม่ยอมรับ ให้สละสมณะเพศภายในสามวันนับแต่วันที่ได้รับทราบคำวินิจฉัยนั้นหรือ

⁹ สมพร พรหมหิตาธร. (2539). อาญาวัด อาญาบ้าน. หน้า 47.

(2) ได้สั่งให้พระภิกษุที่ล่วงละเมิดพระธรรมวินัยเป็นอาจณให้สละสมณะเพศภายในสามวันนับแต่วันที่ได้รับทราบคำวินิจฉัยนั้น

(3) ได้วินิจฉัยให้พระภิกษุที่ไม่สังกัดวัดใดวัดหนึ่ง ให้สละสมณะเพศภายในสามวันนับแต่วันที่ได้รับทราบคำวินิจฉัยนั้น

(4) ได้วินิจฉัยให้พระภิกษุที่ไม่มีวัดเป็นที่อยู่เป็นหลักแหล่ง ให้สละสมณะเพศภายในสามวันนับแต่วันที่ได้รับทราบคำวินิจฉัยนั้น

สำหรับการละเมิดพระวินัยเมณูปาราชิกเข้ากรณีข้อ 2 ซึ่งพระธรรมวินัยกำหนดโทษไว้ว่าต้องขาดจากความเป็นพระในทันทีที่ละเมิด นั่นก็หมายถึงว่าเมื่อจำเลยปฏิเสธว่าไม่ได้ละเมิดพระวินัยประณูปาราชิก ผู้มีอำนาจลงนิคหกรรมต้องดำเนินการไต่สวนพิจารณาวินิจฉัยความผิด และได้มีคำวินิจฉัยถึงที่สุดแก่พระภิกษุที่ล่วงละเมิดพระธรรมวินัยว่าต้องอาบัติเมณูปาราชิกให้ได้รับนิคหกรรมให้สึก จำเลยนั้นต้องสึกภายในยี่สิบสี่ชั่วโมง นับแต่เวลาที่ได้รับทราบคำวินิจฉัย เนื่องจากตามพระธรรมวินัยถือว่าผู้นั้นมิใช่พระย้อนหลังไปตั้งแต่วันที่ละเมิดพระวินัยข้อนี้ จึงบังคับว่าต้องสึกภายในยี่สิบสี่ชั่วโมง หากฝ่าฝืนต้องได้รับโทษอาญา ในหลักคุ้มครองคำสั่งนี้ ผู้เขียนมีความเห็นว่า หลักการนี้ยังไม่สามารถรักษาความบริสุทธิ์ของศาสนาให้ปราศจากอสังขีได้ เนื่องจากการคุ้มครองศาสนาที่ปลายเหตุเท่านั้น กล่าวคือได้ปล่อยให้สังขีประพฤติดิวินัยมาก่อน ต้องเข้าสู่กระบวนการนิคหกรรม จนต้องได้รับคำวินิจฉัยให้สึกภายในยี่สิบสี่ชั่วโมง และให้โอกาสสึกโดยไม่มีโทษใดๆ จากการละเมิดพระวินัยนั้น เว้นแต่บุคคลนั้นไม่ยอมสึกจึงจะมีความผิดต้องรับโทษอาญา

สำหรับบทกำหนดโทษนั้นได้บัญญัติไว้ในหมวด 7 แต่มิได้มีบทบัญญัติใดที่ใช้บังคับลงโทษแก่ผู้ละเมิดพระวินัยเมณูปาราชิก ได้โดยตรง แม้ในมาตรา 44 จะมีคำว่า “ปาราชิก” อยู่ในบทกำหนดโทษก็ตาม ก็มีไว้เป็นความผิดทางอาญาเมื่อได้กระทำความผิดพระวินัยเมณูปาราชิก บทบัญญัติมาตรา 44 เป็นกรณีที่ใช้บังคับภายหลังจากผู้ละเมิดพระวินัยเมณูปาราชิกได้สละสมณะเพศไปแล้วแต่มารับบรรพชาอุปสมบทใหม่ โดยกล่าวความเท็จหรือปิดบังความจริงต่อพระอุปัชฌาย์มีข้อสังเกตว่า ต้องเป็นกรณีมาขอบรรพชาอุปสมบทใหม่ พระอุปัชฌาย์จะต้องถาม แต่กลับปิดบังหรือกล่าวเท็จ ก็ถือว่าเป็นความผิดสำเร็จแล้ว ไม่จำเป็นที่พระอุปัชฌาย์จะต้องเชื่อหรือกระทำการบวชให้ ความมุ่งหมายของมาตรานี้ คือไม่ต้องการให้ผู้ที่ต้องอาบัติปาราชิกมาแล้ว มากล่าวความเท็จหรือปิดบังต่อพระอุปัชฌาย์ เพื่อกลับมาบวชใหม่นั้นเอง

3.2 มาตรการการลงโทษความรับผิดชอบเกี่ยวกับเพศตามพระธรรมวินัย

ความรับผิดชอบหรือโทษตามวินัยสงฆ์นั้น โทษสูงสุด คือการปาราชิก คือการให้สึกหรือพ้นจากการเป็นภิกษุเท่านั้น ซึ่งในความเห็นของผู้เขียนเห็นว่ายังไม่มีสภาพบังคับพอที่จะทำให้ภิกษุสังขี

ในยุคกึ่งพุทธกาลเกรงกลัวต่อโทษทัณฑ์ ละอายต่อบาปไม่ แต่อย่างไรก็ตามพระธรรมวินัยก็ได้บัญญัติขึ้นเพื่อให้องค์กรสงฆ์มีระบบ ซึ่งเราอาจศึกษาได้จากรากศัพท์ คำว่า ธรรม กับ วินัย เมื่อรวมกันแล้วได้ความหมายเป็นเอกพจน์ รวมเป็นอันเดียว คำว่า ธรรม¹⁰ คือความจริงในธรรมชาติ พระพุทธเจ้าตรัสไว้ชัดเจนว่า “ตถาคต (คือพระพุทธเจ้า) จะเกิดหรือไม่ก็ตาม หลักความจริงก็คงอยู่ อย่างนั้นเป็นธรรมดา ตถาคตทั้งหลายค้นพบธรรมแล้วจึงนำมาเปิดเผยแสดงชี้แจง ทำให้เข้าใจง่าย” ธรรมมีอยู่ก่อนแล้ว โดยไม่ขึ้นต่อพระพุทธเจ้าเลยเมื่อพระพุทธองค์ค้นพบความจริงแล้วก็ทรงนำมาเปิดเผยสั่งสอน มนุษย์จะรู้หรือไม่รู้ก็ตามธรรมคือความจริงแห่งเหตุปัจจัยต่างๆทำให้เกิดผลขึ้นมา คำว่า วินัย¹¹ 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 สรุปเนื้อหาพระบัญญัติได้ดังนี้¹²

คำว่า เสขิยะ แปลว่า ข้อปฏิบัติอันเป็นสมบัติของท่านผู้ยังต้องศึกษา หมายถึง ธรรมเนียมเกี่ยวกับมารยาท ที่ภิกษุพึงสำเหนียกหรือฝึกฝนปฏิบัติจนเกิดเป็นนิสัย เสขิยะนี้เป็นข้อสิกขาบทที่ว่าด้วยมารยาทผู้ดี เป็นวิธีการวางกิริยาทางกายและวาจาที่เหมาะสมดีงามของภิกษุ ไม่ได้เป็นข้ออาบัติ ภิกษุผู้ไม่ปฏิบัติตามบทบัญญัติแห่งเสขิยะทั้งหลาย ต้องอาบัติทุกกฏ

แบ่งเนื้อหาออกเป็น 7 วรรค กล่าวโดยรวมคือ การนุ่งห่มเรียบร้อย สำรวมอริยาบถ การเดิน การนั่งการเหลียวมอง ไม่ห้าวระะ ไม่พูดเสียงดัง ไม่โคลงกายและศรีษะ ไม่แกว่งแขน ไม่เท้าสะเอว ไม่คลุมศรีษะ ไม่เดินกระโห่ยง ไม่นั่งรัดเข่า ฉันทข้าวด้วยความเคารพ ฉันทข้าวพอเหมาะกะกับแกง ให้ความสำคัญกับบาตรขณะฉันทข้าว ฉันทข้าวแต่พอดีปาก ไม่อ้าปากกรอข้าว ไม่แลบลิ้นมีเสียงเคี้ยวดัง ไม่เลียมือและบาตรหรือริมฝีปาก ไม่จับภาชนะน้ำดื่มขณะที่มือเปื้อน ไม่แดงธรรมแก่คนที่ปิ่นไข

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

¹¹ แหล่งเดิม. หน้า 14.

¹² สุชีพ ปุญญานุภาพ. (2550). พระไตรปิฎกฉบับประชาชน. หน้า 180.

ถือสาตราวุธ ผู้ฟังนั่งในอาสนะสูงกว่า หรือต่ำกว่าแต่ต้นยืน ไม่ยื่นถ่ายหนักเบา ไม่ถ่มน้ำลายรดพืช เชี่ยวสดหรือน้ำ

2) โทษอาบัติปาฏิเทสนียกัณฑ์

ว่าด้วยอาบัติปาฏิเทสนียะ 4 สิกขาบท สรุปเนื้อหาพระบัญญัติได้ ดังนี้¹³

สิกขาบทที่ 1 ห้ามภิกษุรับของเคี้ยวของฉันจากมือภิกษุณีที่ไม่ใช่ญาติเอามาให้ฉัน

สิกขาบทที่ 2 ห้ามภิกษุฉันภัตตาหารอยู่ ไม่ห้ามภิกษุณีที่มายื่นคอบงการให้ถวาย ของที่นั่นที่นี้ อย่างนี้น้อย่างนั้น

สิกขาบทที่ 3 ห้ามภิกษุไม่เป็นไข้ ไม่ได้รับนิมนต์ไว้ก่อน รับแล้วฉันของเคี้ยวของใน ตระกูลที่ได้รับว่าเป็นเสขะ¹⁴

สิกขาบทที่ 4 ห้ามภิกษุอยู่ในอาสนะป่าเปลี่ยว ไม่เป็นไข้รับแล้วฉันของเคี้ยวของฉัน ที่ทายกไม่ได้แจ้งไว้ก่อน

ภิกษุล่วงละเมิดพระบัญญัติเหล่านี้ ต้องอาบัติปาฏิเทสนียะ

3) โทษอาบัติปาจิตติยกัณฑ์

ผู้เขียนขอยกมาเพียงมาสิกขาบทที่สอดคล้องกับเนื้อหาที่ได้ศึกษา¹⁵

สิกขาบทที่ 1 สมัยหนึ่งพระอนุรุทธ์ เดินทางไกลมายังชนบทเวลาเย็น มีสตรีนาง หนึ่งได้จัดเรือนไว้ให้เป็นที่พัก พระเถระจึงขอพัก พร้อมกับผู้เดินทางไกล สตรีนั้นได้มีจิตปฏิพัทธ์ พระเถระตั้งแต่แรกพบ จึงเชิญพระเถระเข้าพักในห้องที่ดีสะอาดพร้อมทั้งประพรมตัวเองด้วยของ หอม กล่าวแก่พระเถระถึง 3 ครั้ง ว่าขอเป็นปชาบดีของพระผู้เป็นเจ้าเถิด พระเถระก็นิ่งนางจึงถอด เสื้อผ้า พระเถระก็นิ่ง นางจึงมีความละอายเกิดปิดล้อมใส่ในพระธรรม เมื่อภิกษุอื่นรู้ว่าโฉนจึงนอน ร่วมกับสตรีในห้องเดียวกันเป็นการไม่ควรพระพุทธเจ้าให้ถือเป็นอาบัติปาจิตติย

สิกขาบทที่ 2 ห้ามแสดงธรรมสองต่อสองกับหญิง

สิกขาบทที่ 3 ห้ามนอนร่วมกับหญิง

สิกขาบทที่ 4 ห้ามภิกษุเล่นน้ำ วายน้ำเล่น

คำว่า ปาจิตติย แปลว่าทำกุศลจิต กล่าวคือ กุศลธรรมของผู้จงใจต้องอาบัติให้ตกไป หรือพลัดไปจากอริยมรรค เป็นทั้งชื่อบทบัญญัติ 92 สิกขาบท และเป็นชื่ออาบัติ หมายถึง อาบัติ ปาจิตติยในส่วนที่ไม่เกี่ยวข้องกับสิ่งของอุปโลกบริโลก แต่เกี่ยวข้องกับเพียงพฤติกรรมเท่านั้นจึงมีชื่อ

¹³ แหล่งเดิม. หน้า 179.

¹⁴ ตระกูลที่ได้รับว่าเป็นเสขะ หมายถึง ตระกูลที่มีศรัทธามาก เลื่อมใสทั้งฝ่ายอุบาสกและอุบาสิกา เป็น โสดาบันทั้งสองฝ่าย มีโลกทรพย์มากแต่บริจาคทำบุญหมดสิ้น.

¹⁵ สุชีพ ปุญญานุภาพ. เล่มเดิม. หน้า 162.

เรียกเต็มว่า สุทธิกปาจิตติย แปลว่าปาจิตติยล้วน จัดเป็นลหุกาบัติ คืออาบัติเบาและเป็นสเดกัจฉา คือยังพอแก้ไขได้ เมื่อภิกษุต้องเข้าแล้ว สามารถพ้นได้ด้วยการแสดงอาบัติต่อหน้าสงฆ์ คณะ หรือบุคคลก็ได้

4) โทษอาบัตินิสสัคคิกกณฑ์

ว่าด้วยนิสสัคคียปาจิตติย 30 สิกขาบท คำว่า นิสสัคคียปาจิตติย แยกเป็น 2 คำ คือ นิสสัคคียและปาจิตติย

คำว่า นิสสัคคีย แปลว่า สิ่งที่ต้องสละ หมายถึงสิ่งของที่เป็นเหตุให้ต้องอาบัติ ปาจิตติยภิกษุต้องสละก่อนที่จะแสดงอาบัติตามกระบวนการเทศนาวิธี

คำว่า ปาจิตติย แปลว่าทำจิตให้ตก หมายถึงอาบัติที่ทำกุศลจิตคือกุศลธรรมของผู้จงใจต้องให้ตกไป รวมทั้ง 2 คำนี้เข้าด้วยกัน เป็นนิสสัคคียปาจิตติย เป็นชื่อสิกขาบทหมายถึง บทบัญญัติในนิสสัคคีย เป็นเรื่องของการให้ภิกษุละจีวรจะต้องไม่เก็บไว้เกิน 10 วัน ทั้งโดยส่วนมากเป็นเรื่องของการอยู่ร่วมกันของสงฆ์เกี่ยวกับเรื่องจีปาละ และเป็นชื่ออาบัติ หมายถึง อาบัติปาจิตติยที่ภิกษุต้องเพราะเกี่ยวข้องกับสิ่งของที่จะต้องสละ สิ่งของที่จะต้องสละนั้น คือเครื่องอุปโภคบริโภคสำหรับภิกษุที่จะต้องใช้ในชีวิตประจำวันนั่นเอง เช่น จีวร บาตร ผ้าผืนสัณเฑาะฏ เป็นต้น หากภิกษุใช้ในทางที่ไม่เหมาะสม ผิดพระบัญญัติที่ทรงห้ามไว้ภิกษุต้องอาบัติ ปาจิตติย จัดเป็นลหุกาบัติ คืออาบัติเบา และเป็นสเดกัจฉา คือยังพอแก้ไขได้ ส่วนสิ่งของเป็นนิสสัคคีย เมื่อภิกษุต้องเข้าแล้วสามารถพ้นได้ด้วยการสละสิ่งของ ที่เป็นเหตุให้ต้องอาบัติต่อจากนั้นจึงแสดงอาบัติต่อหน้าสงฆ์ คณะ หรือบุคคล¹⁶

3.2.2 โทษอาบัติอย่างกลาง

1) โทษอนิยตกณฑ์

คำว่า อนิยต แปลว่าไม่แน่นอน หมายถึงไม่แน่นอนว่าจะปรับอาบัติใดระหว่างปาราชิกสังฆาติเสส กับปาจิตติยในอนิยตสิกขาบทที่ 1 และระหว่างสังฆาติเสสกับปาจิตติยในอนิยตสิกขาบทที่ 2 เพราะอนิยตไม่ใช่ชื่ออาบัติ และไม่ใช่พระบัญญัติห้ามลงในที่ลับตาหรือในที่ลับหูกับหญิงสองต่อสองโดยตรง พระบัญญัติที่ห้ามการกระทำความผิดกล่าวโดยตรง คือ สิกขาบทที่ 4 เรื่อง การนั่งบนอาสนะที่กำลังในที่ลับกับมาตุคามและสิกขาบทที่ 5 เรื่องการนั่งในที่ลับกับมาตุคามสองต่อสองแห่งอเจลกวรรคในปาจิตติยกณฑ์

อนิยตทั้ง 2 สิกขาบท เป็นเพียงบทบัญญัติที่วางไว้เป็นกลางๆเพื่อพิจารณาปรับโทษตามเงื่อนไขของพระบัญญัติตามที่กล่าวมานั้น ซึ่งเงื่อนไขการปรับโทษเพราะการล่วงละเมิดพระบัญญัติที่กล่าวมานั้นขึ้นอยู่กับสถานที่ว่าเป็นที่ลับตาหรือเป็นที่ลับหูถ้าเป็นที่ลับตาโทษ

¹⁶ แหล่งเดิม. หน้า 155.

หรืออาบัติที่จะถูกปรับหรือกล่าวหา 3 อย่าง คือ อาบัติปาราชิกตามความแห่งสิกขาบทที่ 1 ในปาราชิกกัณฑ์ อาบัติสังฆาติเสส ตามความแห่งสิกขาบทที่ 2 ที่ 3 และที่ 4 ในสังฆาติเสสกัณฑ์ อาบัติปาจิตตีย์ตามความแห่งสิกขาบทที่ 6 ในมุสาวาทวรรค และตามความแห่งสิกขาบทที่ 4 และที่ 5 แห่งอเจลกวรรคในปาจิตตีย์กัณฑ์ ทั้งนี้เพราะที่ลับตา เป็นที่กำบังพอที่จะเป็นโอกาสให้ทำการล่วงละเมิดได้ตามพระบัญญัติดังกล่าว¹⁷

สิกขาบทที่ 1 ปฐมอนิยตสิกขาบท ว่าด้วยการนั่งในที่ลับตากับหญิงสองต่อสอง

ต้นบัญญัติ พระอุทายีเข้าไปหาหญิงสาว นั่งบนอาสนะที่กำบังในที่ลับ เจรจากับหญิงสาวสองต่อสอง นางวิสาขามาพบเข้า จึงพูดจากับท่านอุทายีว่าไม่เหมาะสมไม่ควร

พระบัญญัติ: ก็ภิกษุใดนั่งบนอาสนะที่กำบังในที่ลับพอจะทำการ ได้กับมาตุคามสองต่อสอง อุบาสิกาผู้มีวาจาเชื่อถือได้ ได้เห็นภิกษุนั่งกับมาตุคามนั้นแล้วกล่าวโทษด้วยอาบัติอย่างใดอย่างหนึ่ง บรรดาอาบัติสามอย่าง คือ ปาราชิก สังฆาติเสส หรือปาจิตตีย์ ภิกษุนั้นยอมรับการนั่ง ฟังถูกปรับตัวอาบัติอย่างใดอย่างหนึ่ง บรรดาอาบัติสามอย่าง คือ ปาราชิกสังฆาติเสส หรือ ปาจิตตีย์ อีกอย่างหนึ่ง อุบาสิกาผู้มีวาจาเชื่อถือได้นั้น กล่าวโทษด้วยอาบัติใดภิกษุนั้นฟังถูกปรับด้วยอาบัตินั้น อาบัตินี้ชื่อว่า อนิยต

สิกขาบทที่ 2 ทุติยอนิยตสิกขาบท ว่าด้วยการนั่งในที่ลับหูกับหญิงสองต่อสอง

ต้นบัญญัติ พระอุทายีนั่งเจรจากับหญิงสาวคนเดิมในที่ลับหู ถูกนางวิสาขาดำหนิเช่นเดิม

พระบัญญัติ สถานที่ที่ไม่ใช่อาสนะที่กำบัง ไม่พอจะทำได้ แต่เป็นสถานที่พอจะพูดเกี่ยวมาตุคามด้วยวาจาชั่วหยาบได้ ภิกษุใดนั่งอาสนะเช่นนั้น ในที่ลับกับมาตุคามสองต่อสอง อุบาสิกาผู้มีวาจาเชื่อถือได้กล่าวโทษด้วยอาบัติอย่างใดอย่างหนึ่ง บรรดาอาบัติ 2 อย่างกล่าวโทษด้วยอาบัติใด ภิกษุนั้นฟังถูกปรับด้วยโทษอาบัตินั้น ชื่อว่า อนิยต

อนึ่ง เพื่อความเป็นธรรมสำหรับภิกษุผู้ถูกกล่าวหา จึงมีเนื้อหาพระบัญญัติเกี่ยวกับเงื่อนไขที่จะถูกปรับโทษไว้ดังนี้

(1) ภิกษุยอมรับล่วงละเมิดพระบัญญัติใด ให้ปรับอาบัติตามพระบัญญัตินั้น

(2) บุคคลที่กล่าวหาอาบัติจะต้องเป็นอุบาสกหรืออุบาสิกาถึงพระรัตนตรัยเป็นที่พึ่ง มีคุณธรรม มีศรัทธาและเข้าใจหลักพระพุทธศาสนาดี ต้องบรรลุนิพพานอย่างดำเป็นโสดาบันขึ้นไป เมื่อบุคคลเช่นนี้ กล่าวหาภิกษุว่าต้องอาบัติแม้ภิกษุจะไม่ยอมรับว่าละเมิดพระบัญญัติก็ให้ปรับโทษตามคำกล่าวหาของบุคคลเช่นนั้น เพราะมีคุณธรรมน่าเชื่อถือ

¹⁷ แหล่งเดิม. หน้า 153.

การมีเงื่อนไขว่า ผู้กล่าวหาต้องมีความน่าเชื่อถือ นั้น ก็เพื่อป้องกันมิให้คนชั่วหรือคนนอกศาสนาได้โอกาสที่จะทำลายพระสงฆ์ที่ประพฤติดีปฏิบัติชอบหรือทำลายพระพุทธศาสนาได้

2) โทษอาบัติสังฆาทิเสส

โทษว่าด้วยสังฆาทิเสส 13 สิกขาบท ซึ่งมีโทษประเภทครุภาพัตติรอกจากอาบัติปาราชิกถือเป็นครุภาพัตติ ประเภทเสตกิจฉาบัติ (อาบัติที่แก้ไขหรือเยียวยาได้) คำว่า “สังฆาทิเสส” (สังฆ+อาทิ+เสส) แปลว่า หมวดอาบัติที่ต้องอาศัยสงฆ์ทั้งในกรรมเบื้องต้นและกรรมที่เหลือ

กรรมเบื้องต้น (อาทิกกรรม) ได้แก่ ปริวาสและมานัด คือเมื่อภิกษุต้องอาบัติสังฆาทิเสสแล้วต้องอยู่ปริวาสเท่าจำนวนวันที่ปกติอาบัติไว้แล้วอยู่มานัด (นับราตรี) อีกหกราตรี ทั้งขั้นตอนปริวาสและมานัดนี้ต้องอาศัยสงฆ์เป็นผู้ให้ โดยผ่านพิธีสงฆ์ที่เรียกว่า พิธีอุตติจตุตถกรรมวาจา คือ สวดอุตติหกครั้ง สวดอนุสาวนาสามครั้ง รวมเป็นสี่ครั้ง

กรรมที่เหลือ (เสสกรรม) อันได้แก่ ขั้นตอนอัพภาณ (เรียกเข้าหมู่) ถือเป็นขั้นตอนสุดท้ายของฎฐานวิธี (วิธีออกจากอาบัติสังฆาทิเสส) กล่าวคือ เมื่ออยู่ปริวาสและประพฤติมานัดแล้ว จากนั้นสงฆ์จึงประชุมกันไม่น้อยกว่ายี่สิบรูป ทำพิธีสวดให้พ้นจากอาบัติสังฆาทิเสส ขั้นตอนนี้เป็นอุตติจตุตถกรรมวาจาเช่นเดียวกัน เมื่อจบขั้นตอนนี้แล้ว พระภิกษุที่ล่วงละเมิดสังฆาทิเสสสิกขาบท จึงเป็นผู้บริสุทธิ์จากอาบัติ

สังฆาทิเสส 13 สิกขาบท ในที่นี้ผู้เขียนขอยกมาเพียงข้อที่เกี่ยวข้องกับการทำความผิดทางเพศตามนัยยะของพระธรรมวินัยเท่านั้น ได้แก่¹⁸

สิกขาบทที่ 1 สุกวิสัทธิสิกขาบท ว่าด้วยการจงใจทำน้ำอสุจิให้เคลื่อน

ต้นพระบัญญัติ: พระเสยสกะไม่ยินดีที่จะประพฤติพรหมจรรย์ ท่านจึงชุบหอมองคล้ำ ซีดเหลือง เส้นเอ็นขึ้นสะพรั่ง พระอุทายีจึงแนะนำให้ฉันอาหารให้อิ่ม จำวัด สรงน้ำ เมื่อเกิดความกำหนัด ก็ให้ใช้มือปล่อยน้ำอสุจิให้เคลื่อน ท่านพระเสยสกะก็ทำตามคำแนะนำ

อนุบัญญัติ: ภิกษุหลายรูป ฉันอาหารอันประณีต จำวัดหลับ ขาดสติสัมปชัญญะ น้ำอสุจิออกมาเพราะความฝัน จึงมีพระบัญญัติเพิ่มเติมว่า ภิกษุจงใจทำน้ำอสุจิให้เคลื่อน เป็นสังฆาทิเสส ยกเว้นไว้แต่ฝัน

สิกขาบทวิภังค์: อธิบายความหมายของศัพท์ หรือข้อความในพระบัญญัติ

(1) คำว่า จงใจ ความว่า รู้อยู่ รู้ดีอยู่ จงใจ ฝ่าฝืนล่วงละเมิด

(2) คำว่า น้ำอสุจิ อธิบายว่า น้ำอสุจิมิ 10 ชนิด คือ (1) อสุจิสีเขียว (2) อสุจิสีเหลือง (3) อสุจิสีแดง (4) อสุจิสีขาว (5) อสุจิสีเหมือนเปรี้ยว (6) อสุจิสีเหมือนน้ำท่า (7) อสุจิสีเหมือนน้ำมัน (8) อสุจิสีเหมือนนมสด (9) อสุจิสีเหมือนนมข้น (10) อสุจิสีเหมือนเนยใส

¹⁸ แหล่งเดิม. หน้า 146

(3) คำว่าทำให้เคลื่อน คือ กิริยาที่ทำให้เคลื่อนจากฐาน ตรัสเรียกว่าทำให้เคลื่อน

(4) คำว่า ยกเว้นไว้แต่ฝน คือ ยกเว้นความฝน ไม่ต้องอาบัตติ

อนาปัตติวาร : วาระว่าด้วย ผู้ไม่ต้องอาบัตติ

(1) ภิกษุที่มีน้ำอสุจิเคลื่อนเพราะความฝน

(2) ภิกษุไม่มีความประสงค์จะทำน้ำอสุจิให้เคลื่อน

(3) ภิกษุวิกลจริต

(4) ภิกษุมิจิตฟุ้งซ่าน

(5) ภิกษุกระสับกระส่ายเพราะเวทนา

(6) ภิกษุดันบัญญัติ

วินีตวัตถุ: เรื่องที่ทรงวินิจฉัยไว้เป็นแม่แบบหรือเทียบเคียง 70 เรื่อง เช่น เรื่องภิกษุเกาอณฑะ มีเรื่องเล่าว่า ภิกษุรูปหนึ่งกำลังเกาถูกอณฑะ น้ำอสุจิเคลื่อน ท่านเกิดความกังวลใจว่า เราต้องอาบัตติสังฆาติเสสหรือไม่ จึงนำเรื่องนี้ไปกราบทูลพระผู้มีพระภาคให้ทรงทราบพระองค์ ตรัสถามว่า “ภิกษุ เธอคิดอย่างไร” “ข้าพระพุทธเจ้า ไม่มีความประสงค์จะทำน้ำอสุจิให้เคลื่อน พระพุทธเจ้าข้า” ตรัสว่า “ภิกษุ เธอไม่มีความประสงค์จะทำน้ำอสุจิให้เคลื่อนไม่ต้องอาบัตติ

สิกขาบทที่ 2 ภายหลังสังคคสิกขาบท ว่าด้วยการถูกต้องกายกับมาตุคาม

ต้นพระบัญญัติ: พระอุทายีพาพราหมณ์และพราหมณีเที่ยวชมวิหาร ได้จับอวัยวะร่างกายของนาง ต่อมาพราหมณ์ทราบจึงตำหนิพระอุทายี

พระบัญญัติ: ก็ภิกษุใดถูกราคะครองแล้ว มีจิตแปรปรวน ถูกต้องกายกับมาตุคาม คือ จับมือ จับช่องผมหรือลูบคลำอวัยวะส่วนใดส่วนหนึ่ง เป็นสังฆาติเสส

สิกขาบทที่ 3 พุทธอุททวาจาสิกขาบท ว่าด้วยการพุดเกี้ยวหญิง

ต้นพระบัญญัติ: พระอุทายีพาหญิงสาวทั้งหลายเที่ยวชมวิหาร พุดพาดพิง ทวารหนัก ทวารเบาของหญิงเหล่านั้น พระผู้มีพระภาครับสั่งให้ประชุมสงฆ์เพราะเรื่องนี้ ทรงสอบถามท่านพระอุทายีแล้วทรงตำหนิ จึงทรงบัญญัติสิกขาบท

พระบัญญัติ: ก็ ภิกษุใดถูกราคะครอบงำแล้ว มีจิตแปรปรวน พุดเกี้ยวมาตุคามด้วยวาจาชั่วหยาบ พาดพิงเมถุน เหมือนชายหนุ่มพุดเกี้ยวหญิงสาว เป็นสังฆาติเสส

สิกขาบทที่ 4 อตถกัมปาริจริยสิกขาบท ว่าด้วยการให้น้ำเรอความใคร่ของตน

ต้นพระบัญญัติ: พระอุทายีไปบ้านหญิงหม้าย แสดงธรรมแล้วพุดเกี้ยวขอเสพเมถุนกับหญิงหม้าย

พระบัญญัติ: ก็ ภิกษุใดถูกราคะครอบงำแล้ว มีจิตแปรปรวน กล่าวสรรเสริญการให้น้ำเรอความใคร่ของตนต่อหน้ามาตุคาม ด้วยคำที่พาดพิงเมถุนว่า “น้องหญิง หญิงใดให้น้ำเรอผู้

ประพุดิพรหมจรรย์ ผู้มีศีลมีกัลป์ยาวนานเช่นเราด้วยธรรมนั้น การบำเรอของหญิงนั้นเป็นการบำเรอชั้นยอด” เป็นสังฆาทิเสส

สิกขาบทที่ 5 สัญจิริตตสิกขาบท ว่าด้วยการชักส่อ

ต้นพระบัญญัติ: เรื่องพระอุทายีชักชวนชายหนุ่มหญิงสาวให้เป็นผัวเมียกันบางพวกที่ชอบก็สรรเสริญท่าน บางพวกได้รับความลำบากไม่พอใจก็พากันด่าหนิสาปแช่ง อาศัยเหตุนี้พระพุทธเจ้าจึงทรงบัญญัติสิกขาบทนี้

พระบัญญัติ: ภิกษุใดทำหน้าที่ชักส่อ คือ บอกความประสงค์ของชายแก่หญิงก็ดี บอกความประสงค์ของหญิงแก่ชายก็ดี เพื่อให้เป็นภรรยาหรือเป็นชู้รัก เป็นสังฆาทิเสส

อนุบัญญัติ: พระอุทายีแนะนำให้หญิงแพศยาหรือหญิงขายบริการให้ไปเที่ยวหลับนอนกับพวกนักเที่ยวผู้หญิงเป็นการชั่วคราว ชาวบ้านจึงด่าหนิ อาศัยเหตุนี้ พระพุทธเจ้าจึงทรงบัญญัติเพิ่มเติมว่า อนึ่ง ภิกษุใดทำหน้าที่ชักส่อ 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: ภูฏาคารศาลา ป่ามทวัน เขตกรุงเวสาลี แคว้นวัชชี

ต้นพระบัญญัติ: พระสุทินกลั่นทบุตร ซึ่งเป็นบุตรคนเดียวของเศรษฐีชาวกรุงเวสาลี ได้ออกบวชด้วยศรัทธา ถือธุดงค์ตัวอย่างเคร่งครัด ต่อมาท่านต้องเสพเมถุนธรรมกับอดีตภรรยาที่ป่ามทวันตามที่มารดาขอร้องอ่อนวอน เพื่อให้ครอบครัวได้บุตรไว้สืบสกุล และจะได้บวชต่อไปโดยไม่ต้องลาสิกขา หลังเสพเมถุนธรรมท่านมีผิวพรรณหมองคล้ำ พวกภิกษุที่เป็นเพื่อนจึงสอบถามทราบความจริงแล้ว จึงด่าหนิท่านและนำเข้าเฝ้าพระพุทธเจ้า พระองค์มีรับสั่งให้ประชุมสงฆ์ ทรงสอบสวน เมื่อพระสุทินรับสารภาพทรงด่าหนิโดยประการต่างๆ พร้อมตรัสประ โยชน์แห่งการบัญญัติพระวินัย (ดูเนื้อหาในบทที่ 1) แล้วทรงบัญญัติสิกขาบท ท่านพระสุทินถือเป็นอาทิกัมมิกะ (ภิกษุต้นบัญญัติ) ในสิกขาบทนี้

พระบัญญัติ: ก็ ภิกษุใดเสพเมถุนธรรม ภิกษุนั้นเป็นปาราชิก หาสังวาสมิได้

อนุบัญญัติที่ 1: พระภิกษุรูปหนึ่ง อยู่ในป่ามหาวัน ได้เสพเมถุนกับลิง พระพุทธเจ้าทรงทราบจึงรับสั่งให้ประชุมสงฆ์ ทรงสอบสวน ภิกษุนั้นรับสารภาพ ทรงดำหนิ แล้วทรงบัญญัติเพิ่มเติมว่า อนึ่ง ภิกษุใดเสพเมถุนธรรม โดยที่สุดแม้กับสัตว์ดิรัจฉานตัวเมีย ภิกษุนั้นเป็นปาราชิก หาสังวาสมิได้

อนุบัญญัติที่ 2 ภิกษุชาวเมืองวัชชี เสพเมถุนธรรมทั้งที่ยังเป็นภิกษุ ไม่ลาสิกขา ก่อนอยากจะขอบวชใหม่ พระพุทธเจ้าไม่ทรงอนุญาต ในขณะเดียวกันทรงให้แนวทางแก้สงฆ์ไว้ด้วยว่า บัญญัติเพิ่มเติมเพื่อให้รัดกุมยิ่งขึ้นว่า อนึ่ง ภิกษุใดถึงพร้อมด้วยสิกขาและสาชีพของภิกษุทั้งหลาย ไม่บอกคืนสิกขาไม่เปิดเผยความท้อแท้ เสพเมถุนธรรมโดยที่สุดแม้กับสัตว์ดิรัจฉานตัวเมีย ภิกษุนั้นเป็นปาราชิกหาสังวาสมิได้

สิกขาบทวิภังค์ อธิบายความหมายของศัพท์ หรือข้อความในพระบัญญัติ มีตัวอย่างคำอธิบายดังนี้

1) คำว่า สิกขา หมายถึงหลักการศึกษา มี 3 อย่าง คือ อธิสัสสิกขา อธิจิตตสิกขา และ อธิปัญญาสิกขา

2) คำว่า สาชีพ หมายถึงสิกขาบทที่พระพุทธเจ้าทรงบัญญัติไว้ ฯลฯ

บทาขณีย์: อธิบายขยายความเกี่ยวกับเงื่อนไขหรือสมมติฐานว่า ถ้าทำอย่างนั้นๆ จะผิดหรือไม่ ซึ่งเป็นเสมือนฎีกาแห่งสิกขาบทวิภังค์ ลักษณะของบทาขณีย์ คือการตั้งข้อความที่เกี่ยวข้องกับพระบัญญัติมาตั้งเป็นมัตถิกา (หัวข้อ) ไว้แล้วนำมัตถิกานั้นมาอธิบายขยายความ ตัวอย่างเช่น

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

(2) มัตถิกาเรื่อง มรรคหรือทวาร อธิบายว่า หึงสามจำพวก คือ หึงมนุษย์ หึงอมมนุษย์ และสัตว์ดิรัจฉานตัวเมีย ทั้งสามนี้มีทวารสามคือ ปาก ทวารหนัก ทวารเบา ภิกษุเสพเมถุนธรรมกับหึงสามจำพวกนี้ทางใดทางหนึ่งต้องปาราชิก อุกคตพยัญชนก (คนมีสองเพศ) สามจำพวกก็มีทวาร สามเหมือนกัน บัณเฑาะก์สามจำพวก ทั้งที่เป็นมนุษย์ อมนุษย์ สัตว์ดิรัจฉานตัวผู้มีทวารสองทวาร คือ ปาก ทวารหนักชายสามจำพวก ทั้งที่เป็นมนุษย์ อมนุษย์ สัตว์ดิรัจฉาน มีทวารสองคือ ปาก ทวารหนัก ภิกษุเสพเมถุนธรรมกับอุกคตพยัญชนก บัณเฑาะก์ สัตว์ดิรัจฉานและชาย สามจำพวกนี้ทางใดทางหนึ่งต้องเป็นปาราชิก



อนาปัตติวาร วาระว่าด้วยผู้ไม่ต้องอาบัติ คือ

- 1) ภิกษุไม่รู้สีกตัว เช่น นอนหลับแล้วฝันเปียก โคนวางยา
- 2) ภิกษุไม่ยินดี เช่น พระภิกษุถูกข่มขืน ถูกบังคับให้กระทำ
- 3) ภิกษุวิกลจริต เช่น เป็นบ้าแล้วกระทำไปด้วยสัญชาตญาณดิบ
- 4) ภิกษุมิจิตฟุ้งซ่าน เช่น คิดถึงคนรักเก่าตามสัญญาเดิมได้จิตสำนึกแต่แท้ในใจจริงได้

ได้คิดปรารณความกำหนด

- 5) ภิกษุกระสับกระส่ายเพราะเวทนา เช่น พระภิกษุผู้เป็นอัมพาต
- 6) ภิกษุดันบัญญัติ เช่น พระภิกษุผู้กระทำผิดโดยไม่รู้ว่าเป็นสิ่งที่สงฆ์ไม่ควรทำก่อนที่

พระผู้มีพระภาคเจ้าจะบัญญัติไว้เป็นเหตุห้ามในพระธรรมวินัย

ฉินัตถตุ เรื่องที่ทรงวินิจฉัยไว้เป็นแม่แบบหรือเทียบเคียง 79 เรื่อง เช่น

- 1) เรื่องปลอมเป็นคฤหัสถ์ ภิกษุรูปหนึ่งปลอมเป็นคฤหัสถ์ไปเสพเมถุนธรรมด้วยคิดว่า
อย่างนี้

เราจะไม่ต้องอาบัติ แล้วเกิดความกังวลใจว่า พระผู้มีพระภาคทรงบัญญัติสิกขาบทไว้แล้ว เราต้องอาบัติปาราชิกหรือไม่หนอ จึงนำเรื่องนี้ไปกราบทูลพระผู้มีพระภาคให้ทรงทราบ พระองค์ตรัสว่า “ภิกษุ เธอต้องอาบัติปาราชิก”

- 2) เรื่องเปลือยกาย ภิกษุรูปหนึ่งเปลือยกายไปเสพเมถุนธรรมด้วยคิดว่า อย่างนี้เราจะไม่ต้องอาบัติ แล้วเกิดความกังวลใจว่า พระผู้มีพระภาคทรงบัญญัติสิกขาบทไว้แล้ว เราต้องอาบัติปาราชิกหรือไม่หนอ จึงนำเรื่องนี้ไปกราบทูลพระผู้มีพระภาคให้ทรงทราบ พระองค์ตรัสว่า “ภิกษุ เธอต้องอาบัติปาราชิก”

- 3) เรื่องภิกษุของคชาตยาวิ ภิกษุรูปหนึ่งมีองคชาตยาวิ มีความกำหนัดมากสอดองคชาตเข้าทางทวารหนักของคนแล้วเกิดความกังวลใจว่า พระผู้มีพระภาคทรงบัญญัติสิกขาบทไว้แล้ว เราต้องอาบัติปาราชิกหรือไม่หนอจึงนำเรื่องนี้ไปกราบทูลพระผู้มีพระภาคให้ทรงทราบ พระองค์ตรัสว่า “ภิกษุเธอต้องอาบัติปาราชิก”

โทษปาราชิก คือการขาดจากการเป็นพระภิกษุสงฆ์ทันทีแม้ไม่ต้องมีพิธีใดๆ อีก พระภิกษุผู้นั้นต้องสละสมณะเพศทันที และไม่มีสิทธิที่จะกลับมาบวชได้อีกตลอดชีวิต¹⁹

¹⁹ แหล่งเดิม. หน้า 140.

3.3 มาตรการการลงโทษความรับผิดชอบเกี่ยวกับเพศตามกฎหมายในอดีตถึงปัจจุบัน

วิวัฒนาการความผิดเกี่ยวกับเพศฐานข่มขืนกระทำชำเราและฐานกระทำอนาจาร เมื่อปี พ.ศ. 2347 รัชกาลที่ 1 ทรงมีพระบรมราชโองการโปรดให้มีการชำระและรวบรวมกฎหมายเก่าตั้งแต่ สมัยกรุงศรีอยุธยาที่ถูกพม่าเผาทำลายเสียใหม่ เนื่องจากทรงเห็นว่าการตัดสินคดีด้วยความวิปลาส คลาดเคลื่อนจากความยุติธรรม เมื่อมีการตรวจชำระกฎหมายเป็นที่เรียบร้อยแล้ว จึงทรงโปรดให้มีการประทับตราขึ้นเพื่อเป็นประกันความถูกต้องและป้องกันการปลอมแปลงและเรียกกฎหมายฉบับดังกล่าวว่า “กฎหมายตราสามดวง”

ต่อมาในสมัยรัชกาลที่ 5 เมื่อมีการเปิดประเทศค้าขายกับต่างชาติมากขึ้นจำเป็นต้องมีการปรับปรุงกฎหมายให้มีความทันสมัยทัดเทียมกับอารยประเทศ แต่การจัดทำประมวลกฎหมายให้เป็นแบบสมัยใหม่เป็นเรื่องที่ต้องใช้เวลานาน จึงโปรดให้มีการประกาศใช้กฎหมายเป็นการเฉพาะ เรื่องขึ้นก่อน เพื่อแก้ปัญหาความบกพร่องของกฎหมายบางลักษณะ กฎหมายที่ทรงประกาศใช้เป็น การเฉพาะฉบับหนึ่งก็คือพระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ. 118 ใช้บังคับแทน กฎหมายฉบับเดิมที่มีข้อบกพร่องอยู่หลายประการ ประกอบกับพระองค์ทรงเห็นความสำคัญด้าน กฎหมายและเพื่อให้ระบบศาลไทยเป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน ทรงโปรดให้มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลง กฎหมายต่างๆ ให้มีความสมบูรณ์และเป็นไปในเชิงนิติศาสตร์มากขึ้น จึงมีการจัดทำประมวล กฎหมายและประกาศใช้กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ซึ่งเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรฉบับแรก ของประเทศ ทั้งนี้เนื่องจากกฎหมายลายลักษณ์อักษร เป็นกฎหมายที่มีการรวบรวมไว้เป็น หมวดหมูชัดเจน จึงเหมาะสมกับประเทศที่อยู่ในระหว่างการพัฒนาอย่างประเทศไทย ที่จำต้องอาศัย ความแน่นอนชัดเจนของกฎหมาย และเพื่อให้เป็นที่ยอมรับของประเทศในยุโรปซึ่งใช้กฎหมายลาย ลักษณ์อักษรเช่นเดียวกัน

กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ใช้บังคับเรื่อยมาจนกระทั่งถึงสมัยรัชกาลที่ 9 จึงได้มี การปรับปรุงแก้ไขกฎหมายครั้งใหญ่ขึ้นอีกครั้ง โดยเรียกประมวลกฎหมายที่มีการแก้ไขขึ้นใหม่ว่า ประมวลกฎหมายอาญาใช้บังคับแทนกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ที่ใช้บังคับมานานและไม่ทัน ต่อยุคสมัยที่เปลี่ยนแปลงไป

เมื่อมีการประกาศใช้กฎหมายในแต่ละยุคละสมัย ความผิดเกี่ยวกับเพศฐานข่มขืนกระทำ ชำเราและฐานกระทำอนาจารได้มีการเปลี่ยนแปลงตามไปด้วย โดยรายละเอียดของความผิดเกี่ยวกับ เพศฐานข่มขืนกระทำชำเราและฐานกระทำอนาจารในแต่ละยุคสมัยมีดังต่อไปนี้

3.3.1 กฎหมายตราสามดวง: พระอัยการลักษณะผิดเมีย

ความผิดเกี่ยวกับเพศถูกบัญญัติไว้ในพระอัยการลักษณะผิดเมีย ซึ่งเป็นบทบัญญัติ ลักษณะหนึ่งในกฎหมายตราสามดวงที่มีเนื้อหาเกี่ยวกับสิทธิและหน้าที่ของบุคคลในครอบครัว ได้แก่ สามี ภริยา บุตร บิดามารดา โดยรวมบทบัญญัติในทางแพ่งและทางอาญา เช่น การสมรส การ

เป็นฐู (ใช้เฉพาะหญิงผู้เป็นภรรยา มีฐู) การข่มขืนกระทำชำเราหญิงและเด็กหญิง ทรัพย์สินระหว่างสามีภริยา การชดใช้ค่าเสียหาย และการลงโทษในกรณีละเมิดข้อห้ามต่างๆ ทางกฎหมาย²⁰ เหตุที่กฎหมายนำบทบัญญัติในความผิดเกี่ยวกับเพศมารวมไว้ในหมวดพระอัยการลักษณะฝ่าฝืน ซึ่งเป็นกฎหมายว่าด้วยความสัมพันธ์ระหว่างสามีภริยา เพราะเห็นว่าการล่วงเกินบุตรหญิงของผู้อื่นเป็นการล่วงละเมิดอำนาจปกครองหรืออำนาจอิสระของบิดามารดาและการล่วงเกินภริยาของผู้อื่นเป็นการละเมิดอำนาจปกครองหรือเกียรติยศของสามี²¹

ความผิดเกี่ยวกับเพศตามพระอัยการลักษณะฝ่าฝืน ที่เกี่ยวข้องกับการข่มขืนกระทำชำเราและการกระทำอนาจาร สามารถแยกพิจารณาได้ ดังนี้

1) ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา

มาตรา 1 “ชายใดข่มขืนภริยาท่านถึงชำเรา ให้ไหมโดยประณตผิตเมียทวิคูณ ถ้าข่มขืนมิได้ถึงชำเราให้ไหมโดยปรดผิตเมีย”

มาตรา 76 “ชายใดมีเมียแล้ว ข่มขืนลูกสาวหลานสาวท่านถึงชำเรา ให้ไหมชายนันถึงประณตผิตเมีย ถ้าข่มขืนมิถึงชำเราให้ไหมถึงถึงชำเรา

มาตรา 77 “ชายหาเมียมิได้ ข่มขืนลูกสาวหลานสาวท่านถึงชำเรา ให้ไหมชายนันถึงเบียชามีเมียแล้ว ถ้าข่มขืนมิถึงชำเรา ให้ไหมถึงถึงชำเรา”

มาตรา 78 “ชายใดข่มขืนหญิงเด็กไม่รู้เคียงสา²² มิถึงชำเราให้ไหมเจ้าเบียประณตผิตเมีย ถ้าข่มขืนถึงชำเราโลหิตไหล ให้ไหมเท่าเบียประณตผิตเมียทวิคูณ ถ้าตบตีหญิงทำให้บาดเจ็บด้วยท่านให้ไหมชายนันโดยบาดเจ็บอีกโสดหนึ่ง”

จากบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการข่มขืนกระทำชำเรา สามารถสรุปได้ว่าการชำเรา หมายถึง การร่วมประเวณีกับหญิงซึ่งมิใช่ภริยาของตนเอง โดยหญิงมิได้ยินยอม ซึ่งการร่วมประเวณีตามพระอัยการลักษณะฝ่าฝืน หมายถึง การร่วมประเวณีระหว่างชายกับหญิงตามธรรมชาติ

2) ความผิดฐานกระทำอนาจาร

มาตรา 2 “ผู้ใดเล่าโลมจับมือถือนมกอดจูบเมียท่านก็ดี ฝ่าท่านไม่อยู่ไปหาท่านถึงในเรือน แลในสถานที่ลับไม่มีผู้ใดอยู่ด้วยเป็นค่านับก็ดี ไปหาเมียท่านถึงที่นอนในห้องอยู่แต่สองต่อสองก็ดี ท่านให้ไหมชายนันถึงเบียปรดผิตเมีย ถ้าผู้ใดกล่าวคำแพละโลมเมียท่านก็ดี ถักลอบพุดจาด้วยเมียท่านก็ดี พิจารณาเปนสัจไซ้ให้ไหมชายนันถึงเบียชักมือถือนมกอดจูบนัน”

²⁰ กฤษฎา บุญสมิต. (2547). บทบัญญัติต่างๆ ในกฎหมายตราสามดวง สารานุกรมสำหรับประชาชน เล่มที่ 30. หน้า 114.

²¹ ประสิทธิ์ พัฒนอมร. (2522). ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา. หน้า 14.

²² กฎหมายตราสามดวง: พระอัยการลักษณะวิวาท มาตรา 11 เด็กที่ไม่รู้เคียงสา หมายถึง เด็กอายุต่ำกว่า

มาตรา 75 “บุรุษผู้ใดจับมือถือหยอกบุตรท่านก็ดี ขึ้นไปถึงที่นอนบุตรท่านก็ดี แฉกบุตรท่านไปจูบกอดทำชั่วและทำการใดก็ดี ท่านว่าชายนั้นผิดให้ลงโทษโดยโทษานุโทษ”

การที่กฎหมายบัญญัติให้การจับมือ ถือนม กอดจูบ ลักลอบทำชั่ว หรือขึ้นไปหาบุตรหญิงของผู้อื่นถึงในเรือน หรือทำพฤติกรรมใดๆ ก็ตามแก่บุตรหญิงของผู้อื่น ผู้กระทำต้องรับโทษ แม้หญิงจะเต็มใจหรือยินยอมให้ชายกระทำก็ตาม เป็นการลงโทษผู้กระทำความผิดโดยมีจุดหมายเพื่อไม่ให้ผู้นั้นล่วงละเมิดทางเพศบุตรหญิงอันเป็นการกระทบต่ออำนาจปกครองหรือเกียรติยศของบิดามารดาหรือสามีของหญิง

จากตัวบทกฎหมาย แม้จะไม่ปรากฏคำว่า กระทำอนาจารในตัวของบทบัญญัติการลักลอบทำชั่ว แต่เมื่อพิจารณาจากการกระทำต่างๆ ไม่ว่าจะเป็นการจับมือ ถือนม กอดจูบ เล้าโลม เป็นต้น จะเห็นได้ว่าการกระทำต่างๆ เหล่านี้ล้วนเป็นการกระทำที่ไม่สมควรทางเพศทั้งสิ้น เมื่อเทียบกับฐานความผิดเกี่ยวกับเพศในปัจจุบันแล้ว การกระทำความผิดกล่าวเทียบเคียงได้กับการกระทำความผิดฐานกระทำอนาจาร โดยของเขตของการกระทำอนาจารตามกฎหมายฉบับนี้กว้างกว่าการกระทำอนาจารตามกฎหมายในปัจจุบันมาก เพราะเพียงแต่ลักลอบพุดคุยกับเมียของคนอื่น อยู่กันสองต่อสองหรือการขึ้นไปหาบนเรือนผู้กระทำก็ต้องรับโทษปรับแล้ว ไม่จำเป็นต้องเป็นการกระทำต่อเนื่องตัวร่างกายของผู้ถูกระทำเช่นเดียวกับการกระทำอนาจารในความหมายของกฎหมายในปัจจุบัน

เมื่อเปรียบเทียบความหมายของการกระทำชำเรากับการกระทำอนาจารแล้วจะเห็นได้ว่าการชำเราต้องเป็นการร่วมประเวณีหรือการร่วมเพศระหว่างชายกับหญิงเท่านั้น แต่การกระทำอนาจารเป็นเพียงการกระทำที่ไม่สมควรทางเพศระหว่างชายกับหญิงไม่ว่าจะมีการถูกเนื้อต้องตัวผู้ถูกระทำหรือไม่ก็ตาม จึงเห็นได้ว่ากฎหมายฉบับนี้มีวัตถุประสงค์หลักในการบัญญัติความผิดฐานชำเราขึ้นกระทำชำเราและฐานกระทำอนาจารโดยมุ่งที่จะให้ความคุ้มครองคุณธรรมทางกฎหมายมิให้มีการล่วงละเมิด

(1) อำนาจในการปกครองดูแลหรืออำนาจอิสระและเกียรติยศของบิดามารดา ผู้ปกครองหรือสามีของหญิงผู้เสียหาย

(2) อำนาจในการให้ความยินยอมของหญิง มิให้ผู้ใดมาล่วงเกินทางเพศ โดยปราศจากความยินยอม หากหญิงให้ความยินยอมแล้วการกระทำนั้นก็มีใช้การชำเรานั่น หากแต่เป็นการทำชั่ว หญิงนั้นจะมีความผิดด้วย

(3) คุ้มครองการให้ความยินยอมของเด็กไม่รู้เดียงสาหรือเด็กที่มีอายุต่ำกว่าเจ็ดขวบ ซึ่งกฎหมายมองว่ายังไม่มีความสามารถในการให้ความยินยอมในเรื่องทางเพศ แม้เด็กนั้นจะยินยอมให้ผู้อื่นล่วงละเมิดทางเพศต่อตน ผู้กระทำก็ยังคงต้องรับโทษ

3.3.2 พระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ. 118

หลังจากมีการปรับปรุงระบบบริหารราชการแผ่นดินและปฏิรูปการศาลในสมัยรัชกาลที่ 5 แล้ว สิ่งที่จะต้องดำเนินการต่อไปคือการปรับเปลี่ยนกฎหมายให้เข้าสู่รูปแบบของกฎหมายสมัยใหม่ อันถือเป็นความจำเป็นที่จะต้องรับทำในเวลานั้น เพื่อขอแก้ไขข้อเสียเปรียบในเรื่องสิทธิสภาพนอกอาณาเขต แต่การที่จะเปลี่ยนแปลงกฎหมายทั้งหมดหรือจัดทำประมวลกฎหมายให้เป็นแบบสมัยใหม่เป็นสิ่งที่ต้องใช้เวลาอันยาวนาน การแก้ปัญหานั้นในระยะแรกจึงเป็นการประกาศใช้กฎหมายเป็นเรื่องๆ ไปหรือนำหลักกฎหมายต่างประเทศ ซึ่งส่วนใหญ่ก็คือหลักกฎหมายอังกฤษมาใช้ในการพิพากษาคดี²³

พระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ. 118 เป็นกฎหมายฉบับหนึ่งที่ประกาศใช้ในช่วงเวลาที่ประเทศไทยมีการติดต่อกับต่างชาติกับต่างประเทศมากขึ้นเนื่องจากกฎหมายที่เกี่ยวกับการข่มขืนล่วงประเวณีเดิมยังมีข้อบกพร่องหลายประการอันอาจเป็นเหตุให้เกิดความสงสัยในการพิจารณาพิพากษาคดีที่กล่าวหากันว่าข่มขืนทำชำเรา จึงสมควรมีการแก้ไขกฎหมาย การประกาศใช้กฎหมายฉบับนี้ส่งผลให้บทบัญญัติความผิดอาญาเกี่ยวกับเพศฐานข่มขืนกระทำชำเรา ที่ปรากฏในพระอัยการลักษณะพัวเมียทุกมาตราถูกยกเลิกไป แต่ในขณะนั้นมิได้มีการแก้ไขกฎหมายในส่วนที่เกี่ยวกับการกระทำความผิดทางเพศที่เกี่ยวกับการกระทำความผิดอาญาจึงยังคงใช้บังคับตามพระอัยการลักษณะพัวเมีย

ความผิดเกี่ยวกับเพศฐานข่มขืนกระทำชำเรา ตามที่ปรากฏในพระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ. 118 มีดังนี้

1) ความผิดฐานข่มขืนทำชำเรา

มาตรา 3 “ชายใดทำชำเราด้วยหญิงในเหตุ 4 ประการ ดังที่จะกล่าวต่อไปข้างล่างนี้ ท่านว่าชายผู้นั้นข่มขืนทำชำเราหญิง คือ

ข้อ 1 ขืนใจหญิง

ข้อ 2 หญิงมิยินยอม

ข้อ 3 หญิงยินยอมด้วยชายขู่เข็ญจะทำร้ายแก่ร่างกายแลชีวิตหญิง หญิงมีความกลัวจึงยินยอม

ข้อ 4 หญิงยินยอมก็ดี ถ้าไม่ยินยอมก็ดี แต่หญิงนั้นยังมีอายุต่ำกว่า 12 ปี ลงมา”

การกระทำชำเราตามกฎหมายฉบับนี้ เป็นการกระทำชำเราตามธรรมชาติระหว่างชายกับหญิง โดยขืนใจหญิง โดยหญิงมิยินยอม หรือโดยหญิงยินยอมเพราะชายขู่เข็ญว่าจะทำร้ายร่างกาย

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

และชีวิต หญิงสาวจึงยอม หรือกระทำชำเราหญิงอายุต่ำกว่า 12 ปี ลงมาไม่ว่าหญิงจะยินยอมหรือไม่ หากเข้าลักษณะใดลักษณะหนึ่งดังกล่าวข้างต้น ผู้กระทำก็มีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา

2) ความผิดฐานชำเราผิดธรรมดา

มาตรา 5 “ผู้ใดทำชำเราทางเวจมรรคก็ดี ถ้าทำชำเราด้วยสัตว์เดรณานผิดธรรมดา โลกย์ก็ดี ให้ลงโทษจำคุกตั้งแต่สิบปีลงมา กับให้ทำการหนักด้วยก็ได้ ถ้ามิให้ทำการหนักด้วยก็ได้”

การชำเราผิดธรรมดาตามมาตรา 5 นี้แยกได้เป็น 2 กรณี คือการชำเราทางเวจมรรค หมายถึง การร่วมประเวณีทางทวารหนัก กับการทำชำเราด้วยสัตว์เดรณาน ซึ่งเป็นการชำเราด้วยสัตว์

การที่พระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ. 118 บัญญัติให้การร่วมเพศทางเวจมรรคหรือทวารหนัก หรือการร่วมเพศกับสัตว์เป็นความผิด เนื่องจากสังคมสมัยนั้นเห็นว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำที่ผิดต่อศีลธรรมอันควรลงโทษผู้กระทำจะได้รับความผิดฐานชำเราผิดธรรมดาเท่ากันกับโทษในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราหญิง โดยเห็นว่าการชำเราทางเวจมรรคหรือการชำเราด้วยสัตว์ เป็นการกระทำความผิดที่มีความร้ายแรง เทียบเท่ากับการข่มขืนกระทำชำเราหญิง นอกจากนี้ยังมีการกำหนดโทษผู้ที่พยายามข่มขืนกระทำชำเราหรือชำเราผิดธรรมดา และผู้ที่สนับสนุนผู้กระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผิดธรรมดาด้วย

จากลักษณะความผิดฐานต่างๆ ดังที่กล่าวมาข้างต้น พระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ. 118 ยังคงบัญญัติให้การข่มขืนกระทำชำเราเป็นความผิด แต่ไม่แยกประเภทของการข่มขืนเหมือนกับที่ปรากฏในพระอัยการลักษณะฝ่าฝืน และมีการขยายเกณฑ์อายุของผู้ที่จะให้ความยินยอมในการชำเราเพิ่มจากเดิมที่กำหนดไว้ว่าต้องมีอายุต่ำกว่าเจ็ดขวบลงมาเป็นอายุต่ำกว่าสิบสองปี และมีการเพิ่มเติมบทบัญญัติการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศที่ผิดธรรมดาไม่ว่าจะเป็นการร่วมเพศทางเวจมรรคหรือทวารหนัก หรือการร่วมเพศกับสัตว์ แต่ไม่มีบทบัญญัติลงโทษผู้กระทำความผิดที่เกี่ยวกับการกระทำอนาจาร ซึ่งผู้กระทำต้องรับโทษตามพระอัยการลักษณะฝ่าฝืน จึงเห็นได้ว่ากฎหมายฉบับนี้มุ่งที่จะคุ้มครอง

(1) เสรีภาพทางเพศของผู้ถูกระทำมิให้มีการล่วงละเมิดทางเพศไม่ว่าจะเป็นตามธรรมชาติ ผิดธรรมชาติ หรือผิดศีลธรรม หากผู้ถูกระทำมิได้ยินยอม แต่ถึงแม้ผู้ถูกระทำจะยินยอม ถ้าเป็นความยินยอมของผู้ที่มีอายุต่ำกว่า 12 ปีลงมา ผู้กระทำก็ไม่สามารถอ้างความยินยอมของผู้ถูกระทำเป็นข้อแก้ตัวให้พ้นผิดได้

(2) อายุในการให้ความยินยอมของหญิงที่มีอายุต่ำกว่า 12 ปีลงมา โดยเกณฑ์อายุในการให้ความยินยอมตามมาตรา 5 นี้แตกต่างจากพระอัยการลักษณะฝ่าฝืน ซึ่งตามพระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ. 118 ได้ขยายช่วงอายุของผู้ที่จะให้ความยินยอมในการกระทำชำเราจากเดิมที่เป็นเด็กไม่รู้เคียงสา ซึ่งมีอายุต่ำกว่า 7 ขวบลงมา เป็นหญิงที่มีอายุต่ำกว่า 12 ปี ที่แม้จะให้ความยินยอมการกระทำนั้นก็ยังเป็นความผิด

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

3.3.3 กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127

เมื่อประเทศไทยตกลงทำสนธิสัญญาเบาว์ริงกับประเทศอังกฤษในพ.ศ. 2398 และกับประเทศอื่นๆ ในลักษณะเดียวกันอีกหลายประเทศก่อให้เกิดปัญหาเรื่องสิทธิสภาพนอกอาณาเขตของคนในบังคับชาติต่างๆ โดยกฎหมายไทยไม่สามารถใช้บังคับกับคนเหล่านั้นได้ รัชกาลที่ 5 จึงทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ ให้มีการปฏิรูประบบบริหารราชการแผ่นดิน โดยทรงเห็นความจำเป็นที่จะต้องปรับปรุงระบบกฎหมายไทย ให้มีความเหมาะสมและทันสมัยมากขึ้น อันจะนำไปสู่การขอยกเลิกสิทธิสภาพนอกอาณาเขต²⁴ จึงทรงตั้งคณะกรรมการขึ้นคณะหนึ่งเพื่อตรวจชำระและร่างกฎหมายมีนายฮอรัส ปาดู (Georg Padoux) นักกฎหมายชาวฝรั่งเศส ที่ปรึกษาในการร่างกฎหมายเป็นประธาน คณะกรรมการชุดนี้ประกอบด้วยนักกฎหมายชั้นนำของประเทศไทยและของต่างประเทศ โดยรับร่างกฎหมายอาญาที่คณะกรรมการชุดก่อนทำไว้ไปตรวจชำระ²⁵ เมื่อคณะกรรมการร่างกฎหมายเสร็จสิ้นแล้วได้นำขึ้นทูลเกล้าถวาย พระองค์ทรงโปรดให้ประกาศใช้กฎหมายฉบับดังกล่าว เมื่อวันที่ 1 มิถุนายน พ.ศ. 2451 และเรียกประมวลกฎหมายฉบับนี้ว่ากฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 กฎหมายฉบับนี้ได้บัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศไว้ในภาค 2 ว่าด้วยลักษณะความผิด ตั้งแต่มาตรา 240-มาตรา 246 ซึ่งความผิดเกี่ยวกับเพศที่จะทำการศึกษาได้แก่ ความผิดฐานทำชำเราผิดธรรมดาตามนุษย์ ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและความผิดฐานกระทำอนาจาร

1) ความผิดฐานทำชำเราผิดธรรมดาตามนุษย์

มาตรา 242 “ผู้ใดทำชำเราผิดธรรมดาตามนุษย์ ด้วยชายก็ดี หญิงก็ดี หรือทำชำเราด้วยสัตว์เดียรฉานก็ดีทำนว่ามันมีความผิด ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สามเดือนขึ้นไปจนถึงสามปี แลให้ปรับตั้งแต่ห้าสิบบาทขึ้นไปจนถึงห้าร้อยบาท ด้วยอีกโทษหนึ่ง

²⁴ กฤษฎา บุญสมิต. เล่มเดิม. หน้า 124.

²⁵ ประเทศไทยเลือกทำประมวลกฎหมายอาญาก่อนประมวลกฎหมายฉบับอื่น เพราะในขณะนั้นคนไทยและเจ้าหน้าที่ฝ่ายกฎหมาย ยังไม่ค่อยมีความรู้ความเข้าใจในการชำระกฎหมายแบบประมวลและในบรรดากฎหมายลักษณะต่างๆกฎหมายอาญาเป็นประมวลกฎหมายที่ร่างได้ง่ายที่สุดและศาลต่างๆสามารถเข้าใจได้ง่ายเช่นกัน ดังนั้น จึงเป็นการเหมาะสมที่จะเริ่มงานตรวจชำระและจัดร่างประมวลกฎหมาย โดยร่างประมวลกฎหมายอาญาขึ้นก่อน อ้างถึงใน แสง บุญเฉลิมวิภาส. (2529). “กฎหมายลักษณะอาญา:ประมวลกฎหมายฉบับแรกของไทย.” วารสารนิติศาสตร์, ปีที่ 16, ฉบับที่ 2. หน้า 111.

ความผิดฐานชำเราผิดธรรมดาคนุษย์ เป็นบทบัญญัติที่กฎหมายบัญญัติให้การกระทำความผิดเป็นความผิดเพราะถือว่าการชำเราผิดธรรมดาคนุษย์เป็นการล่วงละเมิดจริยธรรมของบ้านเมืองในทางอ้อม นอกจากเป็นการลามกแล้วยังทำให้เสียพืชพันธุ์ไปโดยไร้ประโยชน์ เพราะถ้ากระทำความผิดตามธรรมดาคนุษย์แล้ว จะเป็นการขยายเผ่าพันธุ์คนุษย์เพิ่มมากขึ้น เมื่อผู้คนพลเมืองมากขึ้นก็จะทำให้บ้านเมืองเจริญขึ้นตามส่วน เพราะฉะนั้นจึงมีการบัญญัติลงโทษผู้ที่ชำเราผิดธรรมดาคนุษย์ เช่นเดียวกับพระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ. 118 ซึ่งบัญญัติห้ามมิให้มีการชำเราผิดธรรมดา แต่มีการกำหนดโทษมากกว่ากฎหมายลักษณะอาญาฉบับนี้²⁶ อีกทั้งการชำเราผิดธรรมดาคนุษย์ยังปรากฏอยู่ในพระวินัยปิฎก โดยพระพุทธองค์ทรงมีพระบัญญัติว่า การเสพเมถุนทางทวารหนักนั้นเป็นเหตุอาบัติปาราชิกแก่ภิกษุผู้กระทำ

๔ การทำชำเราผิดธรรมดาคนุษย์ หมายความว่า ฝ่ายหนึ่งใช้อวัยวะสืบพันธุ์ ซึ่งจะเป็นการกระทำระหว่างชายต่อชาย (Homosexual) เช่น ทำชำเราโดยทางเวจมรรค (ทวารหนัก) หรือระหว่างหญิงกับหญิง (Lesbian) หรือระหว่างชายหรือหญิงกับสัตว์เดรัจฉาน²⁷ ซึ่งการกระทำระหว่างหญิงกับหญิงที่เรียกกันว่าเล่นเพื่อน²⁸ กฎหมายต่างประเทศในยุคนี้ไม่ถือว่าเป็นการชำเราผิดธรรมดาคนุษย์²⁹

ความเป็นมาของการบัญญัติความผิดฐานชำเราผิดธรรมดาคนุษย์อาจารย์เอกุต์ได้อธิบายว่าต้องพิจารณาจากภาษาอังกฤษคำว่า “Sodomy”³⁰ ซึ่งมาจากชื่อเมือง Sodom อันเป็นเมืองเก่าแห่งปาเลสไตน์ตามคัมภีร์ไบเบิลว่าฟ้าผ่าเมืองนั้นไหม้พินาศไปหมด เพราะเหตุว่าพลเมืองประพฤติ

²⁶ อรรถาธิบาย ศาตราวิธี. (2539). การกระทำความผิดทางเพศ: ศึกษาเฉพาะกรณีบังคับให้มีการร่วมเพศทางเวจมรรคและทางปาก. หน้า 67.

²⁷ ประสิทธิ์ พัฒนอมร. เล่มเดิม. หน้า 22.

²⁸ การเล่นเพื่อน หมายถึง ผู้หญิงประพฤติตนเป็นรักร่วมเพศ ไทยเราจะเรียกว่าเล่นเพื่อน การเล่นเพื่อนของผู้หญิงจะถือเป็นเป็นการละเมิดศีลข้อพรหมจรรย์เช่นเดียวกับชายและสำหรับหญิงสาววังการกระทำดังกล่าวยังเป็นความผิดตามกฎหมายลัทธิจารีต การเล่นเพื่อนปรากฏในกฎหมายตราสามดวง ซึ่งตราขึ้นในสมัยรัชกาลของพระบรมไตรโลกนาถ มีความว่า “อนึ่ง นางสนมกำนัลคบผู้หญิงหนึ่งกันทำดูชยเป็นนุ้เมียกัน ให้ลงโทษด้วยลวดหนัก 50 ที หักคอประจานรอบพระราชวัง ทีหนึ่งให้เอาเป็นชาวสดึง ทีหนึ่งให้แก่พระเจ้าลูกเธอหลานเธอ” แต่ไม่มีบัญญัติห้ามมิให้ชายมีความสัมพันธ์ทางเพศกัน การเล่นเพื่อนในหมู่สาวสนมกำนัลในสมัยนั้น แม้จะผิดกฎหมายจารีต 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 โดยลงโทษการชำเราผิดธรรมชาติด้วยชายและหญิงหรือระหว่างผู้มีความผิดเหมือนกัน แม้กระทั่งสองฝ่ายจะยินยอมด้วยกันก็มีความผิดฐานตัวการด้วยกันทั้งคู่³¹

ส่วนสาเหตุที่ต่างประเทศที่นับถือศาสนาคริสต์เอาผิดแก่คนรักร่วมเพศชายกับชายแต่ไทยเรากลับให้ความสำคัญแก่ความสัมพันธ์ทางเพศระหว่างหญิงกับหญิงมากกว่าเพราะมีความแตกต่างกันในเรื่องทัศนคติของความแตกต่างทางวัฒนธรรมของตะวันตกกับตะวันออก เหตุที่พระเจ้าทรงพิโรธต่อความสัมพันธ์ระหว่างผู้ชายกับผู้ชายว่าเป็นกาลีบ้านกาลีเมืองนั้น น่าจะเป็นเพราะความจำเป็นในการอยู่ร่วมกันแบบทหารของชาวยิวโบราณที่มีความจำเป็นต้องรบทัพจับศึกกันอยู่ตลอดเวลา จนแทบไม่มีเวลาอยู่กับลูกเมียตามปกติ จำเป็นต้องหักห้ามมิให้ชายมามีความสัมพันธ์กันเองอันจะทำให้เสียการปกครองในการรบ ส่วนในโลกตะวันออกไม่จำเป็นต้องต่อสู้รบราฆ่าฟันกันอยู่ตลอดเวลาเหมือนพวกยิวโบราณ ข้อห้ามเรื่องนี้จึงไม่ปรากฏให้เห็นชัดเจนเหมือนพวกยิว ขณะเดียวกันการที่ชาวตะวันออกมีภริยามาก จึงต้องห้ามมิให้ภริยาของตนเล่นเพื่อนอันเป็นเสมือนการนอกใจสามี³²

การกระทำความผิดฐานนี้จะเป็นความผิดสำเร็จ เมื่ออวัยวะสืบพันธุ์เข้าไปในร่างกายของคนหรือสัตว์ ไม่ว่าจะนำอสุจิจะเคลื่อนหรือความใคร่ได้บ่าบัดแล้วหรือไม่ ผู้ที่กระทำชำเราโดยผิดธรรมชาติ จะมีความผิดตามมาตราเดียวกันทั้งผู้กระทำและผู้ยินยอมให้กระทำเพราะต้องร่วมกันจึงกระทำได้ แม้จะเป็นกระทำระหว่างผู้มีความผิดด้วยกัน ถ้ายินยอมด้วยกันทั้งสองฝ่าย เว้นแต่ฝ่ายใดถูกบังคับขยอให้อีกฝ่ายหนึ่งกระทำ เช่นนี้สามารถนำมาเป็นข้อแก้ตัวได้

ส่วนการชำเรากับสัตว์ไม่ได้เกิดขึ้นบ่อย ประกอบกับในการบัญญัติความผิดอาญาเกี่ยวกับเพศมีความมุ่งหมายที่จะคุ้มครองบุคคล สังคม และป้องกันหรือป้องปรามอาชญากรรมเป็นสำคัญมากกว่าการจะเอาผิดกับผู้ที่มีรสนิยมทางเพศผิดไปจากปกติ การชำเราสัตว์เดียรฉานนี้มีน้อยและเป็นที่อุจาดรังเกียจแก่สาธารณชนมาก เพราะฉะนั้นจึงมองเห็นเหตุผลได้ง่ายกว่าเหตุใดกฎหมายจึงลงโทษ แต่ว่าการกระทำชนิดนี้ในหลายประเทศไม่ได้มีบทบัญญัติลงโทษไว้ แต่อย่างไรก็ตามการชำเราด้วยสัตว์มักจะเป็นเครื่องหมายแสดงว่าผู้นั้นมีอาการวิกลจริตอยู่บ้าง³³

³¹ เวกูต์ และ เสริม วินิจญ์กุล. (2477). คำบรรยายกฎหมายอาญา มหาวิทยาลัยวิชาธรรมศาสตร์และการเมือง พ.ศ. 2477. หน้า 814.

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

³³ เวกูต์ และ เสริม วินิจญ์กุล. เล่มเดิม. หน้า 814.

การทำชำเราผิดธรรมดาตามนุษย์ตามมาตรานี้ มีลักษณะไม่เหมือนกับที่บัญญัติไว้ในพระราชกำหนดลักษณะข่มขืน ล่วงประเวณี ร.ศ. 118 มาตรา 5 ที่จำกัดว่าต้องเป็นการร่วมประเวณีทางทวารหนักหรือชำเรากับสัตว์เท่านั้น แต่ตามประมวลกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 มาตรา 242 ได้บัญญัติให้การชำเราผิดธรรมดาตามนุษย์มีความชัดเจนมากขึ้น ไม่ว่าจะเป็นการกระทำของชายหรือหญิง หรือชายหรือหญิงกับสัตว์เดียรฉานที่ไม่ใช่การชำเราตามปกติไม่ว่าจะเป็นการชำเราทางเวจมรรค (ทวารหนัก) หรือทางช่องทางอื่นที่มีใช้ช่องทางปกติ (ช่องสังวาส) รวมถึงการชำเรากับสัตว์ การบัญญัติมาตรานี้จึงเป็นการลงโทษผู้ที่กระทำชำเราผิดธรรมดาตามนุษย์ เพื่อเป็นการป้องกันมิให้มนุษย์สูญพันธุ์ มากกว่าการให้คนในสังคมมีเสรีภาพทางเพศที่จะเลือกการกระทำทางเพศของตนที่ผิดธรรมชาติ

๔. ความผิดฐานนี้เป็นของใหม่สำหรับวัฒนธรรมไทย เพราะไม่มีบัญญัติไว้ในกฎหมายไทย ดังนั้นเมื่อมีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายอาญา คณะกรรมการร่างประมวลกฎหมายจึงมีมติให้ยกเลิกความผิดฐานนี้ โดยเห็นว่าเป็นเรื่องส่วนตัวของบุคคล การฟ้องจะทำให้เกิดความอับอายแก่ผู้ถูกฟ้องร้องมากและมีกรณีเกิดขึ้นน้อย ประกอบกับจะเป็นการเสื่อมเสียเกียรติยศของประเทศชาติ แม้ว่าการชำเราผิดธรรมดาคจะเป็นเรื่องสิทธิส่วนบุคคล แต่ในสมัยนั้นมองว่าประชากรมีจำนวนน้อย หากให้มีการร่วมประเวณีผิดธรรมดาก็จะทำให้ไม่มีประชากรเพิ่มขึ้นจึงกำหนดให้การกระทำความผิดเป็นความผิด³⁴

2) ความผิดฐานข่มขืนทำชำเรา

มาตรา 243 “ผู้ใดบังอาจใช้อำนาจด้วยกำลังกายหรือวาจาขู่เข็ญ กระทำชำเราขึ้นใจหญิง ซึ่งมีใช้ภรรยาของตนเอง ท่านว่ามันผู้นั้นข่มขืนทำชำเรา ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ปีหนึ่งขึ้นไปจนถึงสิบปี แลให้ปรับแต่ห้าสิบบาทขึ้นไปจนถึงห้าร้อยบาทด้วยอีกโทษหนึ่ง

ผู้ใดใช้อุบายหลอกลวงทำชำเราขึ้นใจหญิง ซึ่งมีใช้ภรรยาของตนเอง ท่านว่ามันผู้นั้นข่มขืนทำชำเรา มีความผิดต้องระวางโทษคุกกันกับที่ว่ามันนั้น

ถ้าแลในการกระทำผิดเช่นว่ามาในมาตรานี้ หญิงที่ถูกข่มขืนชำเรานั้นมีบาดเจ็บถึงสาหัส ท่านว่ามันผู้กระทำผิดนั้นต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สองปีขึ้นไปจนถึงสิบปี แลให้ปรับตั้งแต่ห้าสิบบาทขึ้นไปจนถึงพันบาท ด้วยอีกโทษหนึ่ง

ถ้าแลหญิงนั้นถึงตาย ท่านว่ามันผู้นั้นผู้นั้น ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สิบสองปีขึ้นไปถึงยี่สิบปี แลให้ปรับตั้งแต่ร้อยบาทขึ้นไปจนถึงสองพันบาท ด้วยอีกโทษหนึ่ง

³⁴ ชิดชนก แผ่นสุวรรณ. เล่มเดิม. หน้า 55.

³⁴ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 234/2466 เมื่อ 15 เมษายน 2552, สืบค้นจาก

การกระทำชำเราที่จะเป็นความผิดฐานข่มขืนชำเราได้ ก็ต่อเมื่อของลับของชายเข้าไปในของลับของหญิง โดยหญิงไม่ยินยอม ซึ่งผู้ใช้กำลังทำร้ายกับผู้ที่ชำเราไม่จำเป็นต้องเป็นคนเดียวกัน เช่น จำเลยลอบกระทำชำเราหญิงขณะนอนหลับ พอหญิงรู้สึกตื่นขึ้นจึงถีบจำเลย ตัดสินว่าการลอบชำเราขณะนอนหลับ แสดงว่าหญิงมิได้มีใจยินยอม และคำว่า “ขึ้นใจ” ตามมาตรานี้ รวมทั้งการที่หญิงไม่สมัครใจด้วย จำเลยจึงมีผิดตามมาตรานี้

มาตรา 244 “ผู้ใดกระทำชำเราด้วยเด็กหญิงอายุต่ำกว่าสิบสามขวบถึงหญิงนั้นยินยอมก็ตาม หรือมิได้ยินยอมก็ตาม ท่านว่ามันมีความผิดต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สองปีขึ้นไปจนถึงสิบปี แลให้ปรับตั้งแต่ห้าสิบบาทขึ้นไปจนถึงห้าร้อยบาท ด้วยอีกโทษหนึ่ง

ถ้าแลในการกระทำผิดเช่นว่ามาในมาตรานี้เด็กหญิงที่ถูกชำเรานั้นมีบาดเจ็บอย่างสาหัส ท่านว่ามันผู้กระทำผิดนั้น ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สามปีขึ้นไปจนถึงสิบห้าปี แลให้ปรับตั้งแต่ห้าสิบบาทขึ้นไปจนถึงพันบาท ด้วยอีกโทษหนึ่ง

ถ้าแลเด็กหญิงนั้นถึงตาย ท่านว่ามันผู้กระทำนั้นต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สิบห้าปีขึ้นไป จนถึงยี่สิบปี แลให้ปรับตั้งแต่ร้อยบาทขึ้นไปจนถึงสองร้อยบาท ด้วยอีกโทษหนึ่ง”

กฎหมายประสงคฺจะห้ามมิให้มีการกระทำชำเราเด็กหญิงที่อายุต่ำกว่าสิบสามขวบ เนื่องจากเด็กยังไม่มีวุฒิภาวะเพียงพอที่จะให้ความยินยอมได้ หากเป็นการข่มขืนกระทำชำเราเด็กหญิงอายุต่ำกว่าสิบสามขวบแล้ว แม้เด็กจะให้ความยินยอมไม่ว่าเพราะเหตุใดก็ตาม ผู้กระทำมีความผิดฐานนี้ทั้งสิ้น เพราะเด็กอายุขนาดนี้ยังไม่เดียงสา ไม่มีความสามารถเพียงพอที่จะให้ความยินยอมได้ กฎหมายจึงต้องคุ้มครองเพื่อมิให้เกิดความเสียหายแก่เด็ก

ผู้กระทำจะต้องรู้หรือควรจะรู้ว่าผู้นั้นเป็นเด็กหญิงอายุต่ำกว่า 13 ขวบ เรื่องอายุของเด็กหญิงจึงเป็นปัญหาข้อกฎหมายที่จะต้องวินิจฉัย มิใช่โดยอาศัยวันเกิดเป็นประมาณเท่านั้น แต่จะต้องพิจารณาตามพฤติกรรมการแห่งข้อเท็จจริง เช่น รูปร่างของเด็กหญิง ความเติบโตมากน้อยเพียงใด เป็นต้น ความสำคัญผิดเรื่องอายุที่ทำให้ผู้กระทำขาดเจตนา เช่น ชายไปพบหญิงมีบุตรอยู่แล้วจึงทำชำเราด้วย คิดว่าเขามีอายุกว่าสิบสามขวบ ชายนั้นไม่มีความผิดตามมาตรานี้

3) ความผิดฐานกระทำอนาจาร

มาตรา 245 “ผู้ใดบังอาจกระทำการอนาจารแก่เด็กอายุต่ำกว่าสิบสามขวบท่านว่ามันมีความผิด ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งเดือนขึ้นไปจนถึงสามสิบปี แลให้ปรับตั้งแต่ห้าสิบบาทขึ้นไปจนถึงห้าร้อยบาท ด้วยอีกโทษหนึ่ง

ถ้าแลมันใช้อำนาจด้วยกำลังกาย หรือด้วยวาจาขู่เข็ญกระทำความผิดเช่นว่ามานี้ ท่านว่ามันผู้กระทำผิดนั้นต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สามเดือนขึ้นไปจนถึงห้าปี แลให้ปรับตั้งแต่ห้าสิบบาทขึ้นไปจนถึงพันบาท ด้วยอีกโทษหนึ่ง”

ความผิดฐานกระทำอนาจารตามกฎหมายนี้ไม่มีการบัญญัติหรือให้คำนิยามว่าการกระทำอนาจารมีความหมายหรือลักษณะอย่างไร นักนิติศาสตร์ได้อธิบายความหมายของการกระทำอนาจาร หมายความว่า การกระทำที่ไม่สมควรในทางเพศ เช่น จีบนม จูบ กอด ลูบคลำ หรือจับต้องอวัยวะต่างๆ ข้อสำคัญต้องดูจิตใจของผู้กระทำด้วย กล่าวคือ การกระทำบางอย่างที่บุคคลบางคนกระทำอาจเป็นอนาจารหรือไม่เป็นอนาจารก็ได้ แล้วแต่จิตใจของผู้กระทำ เช่น แพทย์ลูบนมคนไข้ถ้ากระทำเพื่อตรวจโรคตามวิชาแพทย์ก็ไม่ผิดตามมาตรานี้ ถ้ากระทำไปโดยไม่เกี่ยวกับการตรวจโรคแต่ได้กระทำด้วยความรู้สึกทางเพศและถือเอาการตรวจโรคเป็นเครื่องมือก็เป็นการกระทำอนาจาร³⁵

การกระทำอนาจารยังรวมถึงการกระทำใดๆ อันเกี่ยวกับเพศถ้าไม่เป็นการข่มขืน การทำการชำเราหรือพยายามข่มขืนกระทำชำเรา ก็ถือเป็นการกระทำอนาจาร ซึ่งตัวของผู้เสียหายจะต้องเข้าไปเกี่ยวข้องด้วย มิฉะนั้นจะเป็นอนาจารต่อหน้าธารกำนัลเท่านั้น เช่น การจับต้องหรือลูบคลำของลับของหญิง หรือให้หญิงลูบคลำของลับของชาย เป็นความผิดฐานกระทำอนาจารแต่ไม่เปิดของลับให้บุคคลอื่นดูไม่ใช่เป็นความผิดฐานทำอนาจาร แต่ผิดเพียงทำอนาจารต่อหน้าธารกำนัล³⁶

การกระทำใดที่จะถือว่าเป็นการสมควรทางเพศหรือไม่นั้น ต้องพิจารณาจากกาลเทศะและสิ่งแวดล้อมประกอบ เช่น การกอดเด็กหญิงซึ่งผู้กอดไม่ใช่ญาติย่อมเป็นการอนาจาร แม้เด็กหญิงยินยอมก็เป็นความผิดตามมาตรานี้ แต่ถ้าเป็นการกอดเพื่อเต้นรำไม่เป็นความผิดแม้ผู้กระทำจะมีความรู้สึกในทางเพศเกิดขึ้น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 173/2469³⁷ สามีจับข้อมือภรรยาในที่ประชุมชนแล้วจู่เพื่อให้กลับบ้าน เพื่อนของสามีก็ช่วยชุด ตัดสินว่าสามีและเพื่อนไม่ผิดตามตรา

มาตรา 246 “ผู้ใดกระทำอนาจารแก่บุคคลอายุเกินกว่าสิบสามขวบขึ้นไป โดยใช้อำนาจด้วยกำลังหรือด้วยวาจาขู่เข็ญ หรือมันใช้อุบายหลอกลวงด้วยประการใดก็ได้ดี ท่านว่าผู้นั้นมีความผิดต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่เดือนหนึ่งขึ้นไปจนถึงสามปีแลให้ปรับตั้งแต่ห้าสิบบาทขึ้นไปจนถึงห้าร้อยบาท ด้วยอีกโทษหนึ่ง”

การกระทำอนาจารแก่บุคคลที่อายุกว่า 13 ขวบ ขึ้นไปผู้กระทำจะมีความผิดต่อเมื่อได้กระทำร้ายหรือใช้วาจาขู่เข็ญว่าจะกระทำร้ายหรือใช้อุบายหลอกลวง การที่กฎหมายบัญญัติไว้เช่นนี้ก็เพราะกฎหมายเห็นว่าผู้ที่มีอายุกว่า 13 ขวบขึ้นไปแล้ว อาจหลบหลีกจากการถูกระทำได้ และแม้จะถูกกระทำก็ไม่ร้ายแรงเท่ากับทำแก่เด็ก³⁸ เพราะบุคคลที่อายุกว่า 13 ขวบมีความรู้ดีชอบ

³⁵ หยุต แสงอุทัย. (2548). คำอธิบายกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127. หน้า 361.

³⁶ เอกูต์ และเสริม วินิจนัยกุล. เล่มเดิม. หน้า 821.

³⁷ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 173/2469. สืบค้นเมื่อ 15 เมษายน 2552, จาก

³⁸ เอกูต์ และเสริม วินิจนัยกุล. เล่มเดิม. หน้า 821.

สามารถตัดสินใจหรือให้ความยินยอมในการกระทำทางเพศได้ หากบุคคลนั้นให้ความยินยอมหรือสมัครใจให้มีการกระทำเกิดขึ้น ผู้กระทำไม่มีความผิดตามมาตรา ๓๓๗ (๒) อย่างไรก็ดีถ้าการกระทำนั้นกระทำต่อหน้าธารกำนัลและเป็นการกระทำอันควรขายหน้า ก็เป็นความผิดหลุโทษตามมาตรา ๓๓๗ (๒)^{๓๙} อย่างไรก็ตามการควรขายหน้า ต้องดูกาลเทศะและความนิยมของประชาชนเวลานี้ การที่สามีภรรยาหรือคู่รักจูบแลกกันตามแบบฝรั่ง การที่หญิงขายเดินควงแขนไปตามถนนกันไม่ถือว่าเป็นการขายหน้า^{๔๐}

สรุปได้ว่า การกระทำอนาจารไม่ว่าจะกระทำต่อบุคคลที่มีอายุต่ำกว่าหรือเกินกว่าสิบสามปีก็ตาม กฎหมายให้ความคุ้มครองมิให้มีการล่วงเกินทางเพศต่อเนื้อตัวร่างกายของผู้ถูกระทำเพียงแต่หากเป็นการกระทำต่อบุคคลที่มีอายุเกินกว่า 13 ปีแล้ว ผู้ถูกระทำสามารถให้ความยินยอมได้ ผู้กระทำก็สามารถอ้างความยินยอมนั้นเป็นข้อแก้ตัวเพื่อไม่ต้องรับผิดชอบได้เช่นกันแต่หากเป็นการกระทำต่อบุคคลที่มีอายุต่ำกว่า 13 ปีแล้ว กฎหมายมองว่าบุคคลนั้นยังไม่มีความสามารถในการให้ความยินยอม เนื่องจากยังเป็นผู้อ่อนวัยไม่รู้ถึงการกระทำที่เกิดขึ้น จึงให้ความคุ้มครองเป็นพิเศษแม้ผู้ถูกระทำจะให้ความยินยอม 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 ความผิดหลุโทษในฐานกระทำอนาจาร.

(2) ผู้ใดเปลือยกายหรือกระทำการอย่างอื่นอันควรขายหน้าต่อหน้าธารกำนัล ท่านว่ามันมีความผิดต้องระวางโทษจำคุก 4.

⁴⁰ หยุด แสงอุทัย. เล่มเดิม. หน้า 362.

ข่มขืน หมายความว่า การข่มขืนใจ คือได้กระทำชำเราโดยหญิงไม่ได้ยินยอมสมัครใจหากปรากฏชัดว่าผู้เสียหายยินยอมให้กระทำชำเราโดยบริสุทธิ์ใจปราศจากการข่มขู่หลอกลวง หรือสำคัญผิดเป็นความยินยอมที่ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน แม้ความยินยอมจะได้มาโดยการหลอกลวงในมูลเหตุก็ยังคงเป็นความยินยอม ต่อเมื่อได้หลอกลวงในสภาพของการกระทำ จึงจะถือว่าไม่มีความยินยอมและการกระทำเป็นความผิด เช่น หญิงผู้เสียหาย รักใคร่ชอบพอกับชายมาก่อนและยอมให้ชายเข้าไปกระทำชำเราภายในบ้านและสถานที่อื่น ย่อมเป็นความสมัครใจและยินยอม⁴¹

การกระทำชำเราหญิง หมายถึง การร่วมประเวณีระหว่างชายกับหญิง คือ การเอาของลับหรืออวัยวะเพศชายผ่านเข้าไปในช่องสรีดหรือช่องคลอดของหญิง แม้ล่วงล้ำเข้าไปเพียงนิดเดียวหากเป็นการชำเราโดยผิดธรรมชาติหรือไม่ได้ใช้อวัยวะเพศ เช่น ไข่ของเทียม หรือใช้อวัยวะเพศแต่ได้กระทำแก่ช่องทางอื่นของหญิง เช่น ทางปากหรือทางทวารหนัก ไม่ถือเป็นการชำเรา ผู้กระทำไม่ต้องรับผิดฐานนี้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 874/2491⁴² การกระทำชำเราตามกฎหมายจะต้องปรากฏว่าของลับหรืออวัยวะสืบพันธุ์ของชายล่วงล้ำเข้าไปในช่องสรีดหรืออวัยวะสืบพันธุ์ของหญิง แต่คดีนี้ได้เห็นว่าของลับหรืออวัยวะสืบพันธุ์ของจำเลย มิได้ล่วงล้ำเข้าไปในช่องสรีดหรืออวัยวะสืบพันธุ์ของผู้เสียหาย แต่ไม่ได้ล่วงล้ำเข้าไปทางทวารหนักของผู้เสียหาย จึงไม่เป็นการกระทำชำเรา

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1646/2516⁴³ เมื่ออวัยวะเพศของจำเลยได้ล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศของหญิงผู้เสียหายแล้ว แม้จำเลยจะไม่สำเร็จความใคร่ก็เป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1133/2509⁴⁴ วินิจฉัยว่า ของลับของจำเลยได้ล่วงล้ำเข้าไปในของลับของผู้เสียหายราว 1 องคุลี ถือได้ว่าเป็นการกระทำชำเราสำเร็จแล้ว

การกระทำชำเราย่อมสำเร็จบริบูรณ์เมื่อของลับของชายล่วงล้ำเข้าไปในของลับของหญิงไม่ว่าจะล่วงล้ำเล็กน้อยเพียงใด หรือผู้กระทำจะสำเร็จความใคร่หรือไม่ที่ผ่านล่วงล้ำเข้าไปในหญิงนั้น ไม่จำเป็นที่อวัยวะเพศชายต้องผ่านเข้าไปทั้งหมดจนมิดหรือหมดอัน แม้ได้ผ่านล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศหญิงบางส่วนเพียงเล็กน้อย เช่น เพียงหนึ่งองคุลี ไม่ถึงเยื่อพรหมจารีก็ขาดก็เป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราสำเร็จแล้ว

⁴¹ บริการส่งเสริมงานตุลาการ. (25236). คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 755/2536. หน้า 174. และเนติบัณฑิตยสภา.

⁴² เนติบัณฑิตยสภา. (2491). คำบรรยายแห่งเนติบัณฑิตยสภา. หน้า 1053.

⁴³ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 874/2491. สืบค้นเมื่อ 15 เมษายน 2552, จาก

<http://members.tripod.com/thaibar53/arya209-4.htm>

⁴⁴ เนติบัณฑิตยสภา. (2509). คำบรรยายกฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา. หน้า 1361.

⁴⁵ บริการส่งเสริมงานตุลาการ. (2532). คำพิพากษาศาลฎีกาส่งเสริมงานตุลาการ. หน้า 158.

คำพิพากษาฎีกาที่ 1646/2532⁴⁵ เอาอวัยวะเพศสอดเข้าไปในปากช่องคลอดหรืออวัยวะเพศของผู้เสียหายแล้ว แม้จะยังไม่สำเร็จความใคร่ก็ผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา

หญิงซึ่งเป็นผู้เสียหายนั้น ต้องเป็นหญิงอันเป็นเพศของบุคคลธรรมดาตามสภาพที่ถือกำเนิด เป็นเพศที่ออกลูกได้ ไม่ใช่ชายแปลงเพศเป็นหญิง

หากว่าหญิงยังเป็นภรรยาของชายอยู่ แม้ชายจะใช้กำลังบังคับร่วมประเวณีกับหญิง โดยหญิงมิได้ยินยอมก็ไม่ใช่ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา เพราะตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1461 บัญญัติให้สามีภริยาจำต้องอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยา ซึ่งย่อมหมายถึงการร่วมเพศด้วย การสมรสระหว่างชายหญิงเป็นการแสดงว่าภริยาได้ให้สิทธิแก่สามีที่จะร่วมประเวณีได้ในระหว่างที่ยังเป็นสามีภริยากันอยู่ สามีจึงไม่ผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราภริยาของตนเอง

มาตรา 277 “ผู้ใดกระทำชำเราเด็กหญิงอายุยังไม่เกินสิบห้าปี ซึ่งมีใช้ภริยาของตน โดยเด็กหญิงนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดพันบาทถึงสี่หมื่นบาท

ถ้ากระทำความผิดตามวรรคแรกเป็นการกระทำแก่เด็กอายุยังไม่เกินสิบสามปีต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่เจ็ดปีถึงยี่สิบปีและปรับตั้งแต่หนึ่งหมื่นสี่พันบาทถึงสี่หมื่นบาทหรือจำคุกตลอดชีวิต

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคแรกหรือวรรคสองได้กระทำโดยร่วมกระทำ ความผิดด้วยกันอันมีลักษณะเป็นการโทรมเด็กหญิงและเด็กหญิงนั้นไม่ยินยอม หรือได้กระทำโดยมีอาวุธปืนหรือวัตถุระเบิดหรือโดยใช้อาวุธ ต้องระวางโทษจำคุกตลอดชีวิต

ความผิดตามที่บัญญัติไว้ในวรรคแรก ถ้าเป็นการกระทำที่ชายกระทำกับเด็กหญิงอายุกว่าสิบสามปีแต่ยังไม่เกินสิบห้าปี โดยเด็กหญิงนั้นยินยอมและภายหลังศาลอนุญาตให้ชายและเด็กหญิงนั้นสมรสกัน ผู้กระทำผิดไม่ต้องรับโทษ ถ้าศาลอนุญาตให้สมรสในระหว่างที่ผู้กระทำผิดกำลังรับโทษ ในความผิดนั้นอยู่ให้ศาลปล่อยผู้กระทำความผิดนั้นไป

การกระทำชำเราเด็กตามมาตรา 277 มีความหมายเช่นเดียวกับการกระทำชำเราตาม มาตรา 276 คือ การที่อวัยวะเพศชายของผู้กระทำได้ล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศหญิงของผู้ถูกระทำแล้วไม่ว่าจะล่วงล้ำเข้าไปมากน้อยเพียงไรก็ตาม

คำพิพากษาฎีกาที่ 848/2548⁴⁶ 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 ส่วนลักษณะรูปร่างของผู้ถูกระทำเป็นอย่างไร ความประพฤติการประกอบอาชีพการงาน และพฤติการณ์ต่างๆ ของผู้ถูกระทำที่สื่อให้บุคคลทั่วไปเข้าใจผิดว่าผู้ถูกระทำมีอายุมากกว่าความเป็นจริงนั้น เป็นข้อเท็จจริงที่อาจมีความสำคัญผิดกัน **ได้ถ้าผู้กระทำเชื่อว่าผู้ถูกระทำอายุเกินกว่าสิบห้าปีหรือสิบสามปี** ย่อมเป็นความสำคัญผิดในข้อเท็จจริงและทำให้ผู้กระทำไม่มีความผิดเพราะขาดเจตนาตามมาตรา 59 วรรคสามและความสำคัญผิดในข้อเท็จจริงนั้น จำเลยมีสิทธิยกขึ้นต่อสู้ได้ตามมาตรา 62

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6405/2539 เมื่อได้ความว่าผู้กระทำได้กระทำชำเราเด็กหญิงอายุไม่เกิน 15 ปี แม้จะไม่ได้ข่มขืน (เด็กหญิงยินยอมให้ชำเรา) ก็เป็นความผิดสำเร็จทันที ผู้กระทำจึงต้องรับผิดไม่ว่าเด็กหญิงนั้นจะยินยอมหรือไม่ยินยอมให้ชำเรากก็ตาม

ผู้กระทำความผิดจะอ้างความยินยอมของเด็กหญิงอายุกว่าสิบสามปีขึ้นไปเป็นเหตุยกเว้นความผิดหรือบรรเทาโทษตามกฎหมายได้หากเป็นการกระทำที่ชายกระทำต่อเด็กหญิงอายุกว่าสิบสามปีแต่ยังไม่เกินสิบห้าปี โดยเด็กหญิงนั้นยินยอมและภายหลังศาลอนุญาตให้ชายและเด็กหญิงนั้นสมรสกัน ผู้กระทำผิดไม่ต้องรับโทษถ้าศาลอนุญาตให้สมรสในระหว่างที่ผู้กระทำผิดกำลังรับโทษในความผิดนั้นอยู่ ให้ศาลปล่อยตัวผู้กระทำผิดนั้นไป เป็นการยกเว้นโทษให้กับชายผู้กระทำผิด ศาลมีอำนาจอนุญาตให้ชายกับหญิงสมรสกันได้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1448⁴⁷ ถ้าอายุชายและเด็กหญิงไม่ถึงสิบเจ็ดปี การสมรสต้องเป็นไปด้วยยินยอมทั้งสองฝ่ายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1458⁴⁸ หากฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ยินยอมจะบังคับให้มีการสมรสไม่ได้ นอกจากนี้ศาลยังสามารถอนุญาตให้ผู้เยาว์สมรสกันได้ตามที่ผู้เยาว์ร้องขอ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1456⁴⁹

⁴⁷ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1448 บัญญัติว่า “การสมรสจะทำได้ต่อเมื่อชายและหญิงมีอายุสิบเจ็ดปีบริบูรณ์แล้ว แต่ในกรณีที่มีเหตุอันสมควร ศาลอาจอนุญาตให้ทำการสมรสก่อนนั้นได้.”

⁴⁸ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1458 บัญญัติว่า “การสมรสจะทำได้ต่อเมื่อชายหญิงยินยอมเป็นสามีภรรยากันและต้องแสดงการยินยอมนั้นให้ปรากฏ โดยเปิดเผยต่อหน้านายทะเบียนและให้นายทะเบียนบันทึกความยินยอมนั้นไว้ด้วย

⁴⁹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1456 บัญญัติว่า “ถ้าไม่มีผู้ที่มีอำนาจให้ความยินยอมตามมาตรา 1454 หรือมีแต่ไม่ให้ความยินยอม หรือไม่อยู่ในสภาพที่อาจให้ความยินยอม หรือโดยพฤติการณ์ผู้เยาว์ไม่อาจขอความยินยอมได้ ผู้เยาว์อาจร้องขอต่อศาลเพื่ออนุญาตให้ทำการสมรส.”

คำพิพากษาฎีกาที่ 5281/2549⁵⁰ การที่จะไม่ต้องรับโทษในความผิดที่กระทำโดยอาศัย บทบัญญัติมาตรา 277 วรรคสี่แห่งประมวลกฎหมายอาญานั้น จะต้องได้ความว่าจำเลยกระทำชำเรา ผู้เสียหายที่ 2 โดยผู้เสียหายที่ 2 ยินยอมให้กระทำ เมื่อข้อเท็จจริงได้ความว่าจำเลยกระทำชำเรา ผู้เสียหายที่ 2 โดยผู้เสียหายที่ 2 ไม่ยินยอมแล้ว แม้ภายหลังศาลจะอนุญาตให้จำเลยกับผู้เสียหายที่ 2 สมรสกัน ก็ไม่เข้าเงื่อนไขในอันที่จะไม่ต้องรับโทษตามบทบัญญัติดังกล่าว

ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามมาตรา 276 และมาตรา 277 เป็นความผิดที่มีการ บัญญัติขึ้น เพื่อคุ้มครองไม่ให้มีการล่วงละเมิดต่อเสรีภาพทางเพศ ความยินยอมของหญิงในการ กำหนดความสัมพันธ์ทางเพศของตนและคุ้มครองความบริสุทธิ์ของเด็กหญิงที่มีอายุยังไม่เกินสิบห้า ปีมิให้ถูกล่วงละเมิดทางเพศ แม้เด็กจะให้ความยินยอมในการกระทำความผิด ผู้กระทำก็ยังคงมี ความผิด เนื่องจากเด็กหญิงอายุยังไม่เกิน 15 ปี ส่วนใหญ่ยังมีความเจริญเติบโตและพัฒนาการ ทางด้านต่างๆเช่นร่างกาย จิตใจ สติปัญญา การศึกษาอบรม ความยังคิดและประสบการณ์ไม่เพียงพอ ซึ่งเป็นการเปิดโอกาสให้มีการแสวงหาประโยชน์ทางมิชอบ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในทางเพศจาก เด็กหญิงดังกล่าว ทำให้ไม่เป็นที่พึงปรารถนาของระบบเศรษฐกิจ สังคม และการพัฒนาประเทศ

นอกจากนี้กฎหมายยังต้องการรักษาความสงบสุขของสังคมและสถาบันครอบครัว ถ้าเป็นการกระทำชำเราเด็กที่มีอายุกว่าสิบสามแต่ยังไม่เกินสิบห้า โดยเด็กนั้นยินยอมและเด็กกับ ผู้กระทำสมัครใจอยู่กันด้วยกันฉันสามีภรรยา กฎหมายก็เปิดโอกาสให้ผู้กระทำไม่ต้องรับโทษหรือ หากผู้กระทำรับโทษอยู่ก็ให้ศาลปล่อยตัวไป ถ้าศาลมีคำสั่งอนุญาตให้เด็กและผู้กระทำความผิด สมรสกัน

2) ความผิดฐานกระทำอนาจาร

มาตรา 278 “ผู้ใดกระทำอนาจารแก่บุคคลอายุกว่าสิบห้าปี โดยขู่เข็ญด้วยประการ ใดๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยบุคคลนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้บุคคล นั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบปีหรือปรับไม่เกินสองหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

กระทำอนาจาร หมายถึง การกระทำที่ไม่สมควรในทางเพศต่อร่างกายของบุคคลอื่น เช่น กอดจูบ ลูบคลำร่างกายของหญิงหรือชายที่เป็นการแสดงความใคร่ทางเพศ⁵¹ และต้องเป็นการ กระทำต่อเนื้อตัวร่างกายของบุคคลโดยตรง การกล่าวถ้อยคำ เขียนภาพ ไม่เป็นการอนาจาร ตาม มาตรานี้ ถ้าเป็นการกระทำต่อตัวบุคคลแล้วแม้จะให้ผู้อื่นกระทำโดยใช้เนื้อตัวของเขากระทำต่อ

⁵⁰ คำพิพากษาฎีกาที่ 5281/2549. สืบค้นเมื่อ 15 เมษายน 2552, จาก

www.Lawyerth.com/download/deka2549.doc

⁵¹ หุยกด์ แสงอุทัย. (2546). กฎหมายอาญา ภาค 2-3. หน้า 170.

ผู้กระทำความผิดเองก็เป็นการกระทำอนาจารต่อผู้อื่นได้⁵² และต้องเป็นการกระทำที่ในทางภาวะวิสัยเป็นการละเมิดหรือฝ่าฝืนความรู้สึกอับอายในทางเพศโดยทั่วไปอย่างร้ายแรง และเป็นการกระทำที่ในทางอัตวิสัยได้ถูกระทำลงด้วยความต้องการทางเพศหรือความใคร่เป็นต้นว่ามีจุดมุ่งหมายหรือความประสงค์ เพื่อก่อหรือระงับความต้องการทางเพศหรืออารมณ์ทางเพศของตนหรือของผู้อื่น และการกระทำที่เป็นอนาจารนั้นต้องเป็นการกระทำต่อเนื้อตัวของบุคคลแม้จะเป็นการผ่านบนเสื้อผ้าก็ตาม การบังคับให้ผู้อื่นจับของลับของตนก็เป็นการกระทำอนาจาร⁵³ ความผิดฐานนี้จึงเป็นความผิดที่ไม่ต้องทำเอง

การจับหรือจุดด้วยความยินยอมไม่มีเจตนาทางเพศไม่เป็นอนาจาร แม้หญิงอายุไม่เกินสิบห้าปี ก็ไม่เป็นความผิด ผู้กระทำจะมีความผิดถ้าได้กระทำอนาจารแก่บุคคลอายุเกินกว่าสิบห้าปี ซึ่งไม่จำกัดว่าเป็นหญิงหรือชาย และผู้ถูกระทำเป็นเพศหรือวัยใดก็ได้ ดังนั้น การกระทำความผิดตามมาตรา ๒๗๗ อาจเป็นการกระทำระหว่างชายต่อชาย หรือหญิงต่อหญิงหรือบังคับให้บุคคลอื่นจับของลับของตนก็ได้

มาตรา 297 “ผู้ใดกระทำอนาจารแก่เด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปี โดยเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตามต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบปี หรือปรับไม่เกินสองหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคแรก ผู้กระทำได้กระทำโดยมุ่งเจตนาด้วยประการใดๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยเด็กนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้เด็กนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบห้าปี หรือปรับไม่เกินสามหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

การกระทำอนาจารเป็นการกระทำที่ไม่สมควรในทางเพศ ที่ไม่เพียงเป็นการฝ่าฝืนศีลธรรมโดยทั่วไปเท่านั้น แต่ต้องมุ่งในการประเวณีหรือความใคร่ โดยไม่ได้จำกัดวิธีการกระทำแต่ต้องเป็นการกระทำต่อเนื้อตัวร่างกายของบุคคลโดยตรง⁵⁴ รวมถึงการกระทำให้อับอายขายหน้าในทางเพศด้วย⁵⁵ ซึ่งอาจเป็นการให้เด็กกระทำกับตน เช่น ให้เด็กจับอวัยวะเพศของตน แต่ไม่ใช่ให้เด็กกระทำอนาจารตัวเองให้ดู ถ้ากระทำโดยมีเจตนาอื่น เช่น จับข้อมือหญิงกระซอกเพื่อจะทำร้ายไม่เป็นการกระทำอนาจาร⁵⁶ การกล่าวถ้อยคำหรือเขียนภาพก็ไม่เป็นการอนาจารตามมาตรา ๒๗๗ เช่น การด่ากันด้วยถ้อยคำลามกเป็นเพียงความผิดลหุโทษ

⁵² จิตติ ดิงศัทธีย์. (2531). คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 1. หน้า 1977.

⁵³ คณิศ 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 แต่ยังหมายรวมถึงการกระทำด้วยร่างกายของเด็ก หรือกระทำที่ร่างกายของเด็ก ทั้งนี้ ไม่สำคัญว่าการริเริ่มจะเกิดจากใคร⁵⁷

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

สรุปได้ว่า การกระทำอนาจารตามมาตรา 278 และ 279 เป็นการกระทำที่ไม่สมควรทางเพศต่อเนื้อตัวร่างกายของผู้ถูกระทำแต่ไม่ถึงขนาดกระทำชำเรา แม้จะเป็นการกระทำผ่านบนเสื้อผ้า ซึ่งกฎหมายลงโทษผู้กระทำความผิดฐานนี้เพื่อคุ้มครองเสรีภาพในทางเพศของผู้ถูกระทำมิให้ถูกล่วงละเมิดหากไม่ได้รับความยินยอม ยกเว้นกรณีที่เป็นการกระทำอนาจารต่อเด็กที่มีอายุต่ำกว่าสิบห้าปีแม้เด็กจะยินยอมผู้กระทำก็มีความผิด โดยกฎหมายมองว่าเด็กอายุขนาดนี้ยังไม่มีความสามารถในการให้ความยินยอม ดังนั้นไม่ว่าเด็กอายุต่ำกว่าสิบห้าปีจะให้ความยินยอมหรือไม่จึงไม่ใช่สาระสำคัญ เพราะผู้กระทำจะต้องรับผิดชอบทุกกรณี

3.3.5 ประมวลกฎหมายอาญา

ความผิดเกี่ยวกับเพศตามมาตรา 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 การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำโดยการใช้อยวัยวะเพศของผู้กระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น หรือใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งได้กระทำโดยมีหรือใช้อาวุธปืนหรือวัตถุระเบิด หรือโดยร่วมกระทำความผิดด้วยกันอันมีลักษณะเป็นการโทรมหญิงหรือกระทำกับชายในลักษณะเดียวกัน ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สิบห้าปีถึงยี่สิบปีและปรับตั้งแต่สามหมื่นบาทถึงสี่หมื่นบาท หรือจำคุกตลอดชีวิต

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งเป็นการกระทำความผิดระหว่างคู่สมรสและคู่สมรสนั้นยังประสัจจะอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยา ศาลจะลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้เพียงใดก็ได้ หรือจะกำหนดเงื่อนไขเพื่อคุ้มครองความประพฤติดนการลงโทษก็ได้ ในกรณีที่ศาลมีคำพิพากษาให้ลงโทษจำคุก และคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ประสัจจะอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยาต่อไปและประสัจจะหย่า ให้คู่สมรสฝ่ายนั้นแจ้งให้ศาลทราบและให้ศาลแจ้งพนักงานอัยการให้ดำเนินการฟ้องหย่าให้"

ตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน กระทำชำเรา หมายถึง ร่วมประเวณี หรือการร่วมเพศ ซึ่งการร่วมประเวณีหรือการร่วมเพศ ต้องเป็นการกระทำระหว่างชายกับหญิงเท่านั้น ดังนั้นตามกฎหมายและแนวคำพิพากษาฎีกาก่อนที่จะมีการแก้ไขมาตรา 276 การกระทำชำเราจะต้องปรากฏว่า ของลับหรืออวัยวะเพศชายได้ล่วงล้ำเข้าไปในช่องสรีงวาสหรืออวัยวะเพศหญิงแม้ล่วงล้ำเข้าไปเพียงเล็กน้อยก็เป็นความผิดสำเร็จ โดยไม่จำเป็นต้องมีการสำเร็จความใคร่แต่ตามมาตรา 276 วรรคหนึ่งที่แก้ไขใหม่จะเห็นได้ว่าผู้กระทำและผู้ถูกกระทำอาจเป็นเพศเดียวกันหรือต่างเพศกันหรือเป็นคู่สมรสกันก็ได้ โดยผู้กระทำอาจใช้อยวัยวะเพศของตนกระทำกับอวัยวะเพศทวารหนักหรือช่องปากของผู้ถูกกระทำก็ได้ แต่เนื่องจากในปัจจุบันมีการกระทำความผิดทางเพศเกิดขึ้นหลากหลายรูปแบบ การกระทำความผิดทางเพศจึงไม่จำกัดว่าต้องเป็นการใช้อยวัยวะเพศชายกระทำต่ออวัยวะเพศหญิงเท่านั้น กฎหมายจึงบัญญัติเพิ่มเติมให้การใช้วัตถุอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้ถูกกระทำถือเป็นการกระทำชำเราด้วย

กฎหมายได้กำหนดนิยามของการกระทำชำเราไว้ ตามมาตรา 276 วรรคสองว่า หมายถึง การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำโดยการใช้อยวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น หรือใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น จึงเป็นการขยายความหมายของการกระทำชำเราให้กว้างขึ้นครอบคลุมถึงการใช้อยวัยวะเพศกระทำกับอวัยวะเพศทวารหนักหรือช่องปากของผู้อื่นหรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่นด้วย ไม่จำเป็นต้องใช้อยวัยวะเพศชายกระทำชำเราอย่างเดียว ผู้กระทำอาจใช้สิ่งอื่นใดกระทำชำเราก็ได้

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

มาตรา 277 บัญญัติว่า “ผู้ใดกระทำชำเราเด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปีซึ่งมิใช่ภริยาหรือสามีของตนเองโดยเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตามต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปีและปรับตั้งแต่แปดพันบาทถึงสี่หมื่นบาท

๔ การกระทำชำเราตามวรรคหนึ่ง หมายความว่า การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำโดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนักหรือช่องปากของผู้อื่น หรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น

ถ้าการกระทำตามวรรคหนึ่งเป็นการกระทำแก่เด็กอายุยังไม่เกินสิบสามปี ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่เจ็ดปีถึงยี่สิบปีและปรับตั้งแต่หนึ่งหมื่นสี่พันบาทถึงสี่หมื่นบาท หรือจำคุกตลอดชีวิต

ถ้าการกระทำตามวรรคหนึ่งหรือวรรคสาม ได้กระทำโดยร่วมกระทำความผิดด้วยกันอันมีลักษณะเป็นการโทรมเด็กหญิง หรือกระทำกับเด็กชายในลักษณะเดียวกันและเด็กนั้นไม่ยินยอมหรือได้กระทำโดยมีอาวุธปืนหรือวัตถุระเบิดหรือโดยใช้อาวุธต้องระวางโทษจำคุกตลอดชีวิต

ความผิดตามที่บัญญัติไว้ในวรรคหนึ่ง ถ้าเป็นการกระทำโดยบุคคลอายุไม่เกินสิบแปดปีกระทำต่อเด็กซึ่งมีอายุกว่าสิบสามปีแต่ยังไม่เกินสิบห้าปี โดยเด็กนั้นยินยอมและภายหลังศาลอนุญาตให้ทั้งสองฝ่ายสมรสกัน ผู้กระทำผิดไม่ต้องรับโทษ ถ้าศาลอนุญาตให้สมรส ในระหว่างที่ผู้กระทำผิดกำลังรับโทษในความผิดนั้นอยู่ให้ศาลปล่อยผู้กระทำความผิดนั้นไป”

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

เนื่องจากประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายบัญญัติให้บุคคลเพศเดียวกันทำการสมรสกัน ได้ ดังนั้น จึงไม่อาจมีกรณีที่ผู้กระทำและผู้ถูกระทำที่เป็นเพศเดียวกันไม่ว่าจะมีการผ่าตัดแปลงเพศแล้วหรือไม่ ได้รับการยกเว้นโทษตามวรรคห้าของมาตรานี้

หากผู้กระทำกระทำชำเราเด็กโดยเด็กไม่ยินยอมแล้ว แม้ภายหลังศาลอนุญาตให้ผู้กระทำและเด็กทำการสมรสกัน ได้ ก็ไม่เข้าเงื่อนไขที่ผู้กระทำไม่ต้องรับโทษตามบทบัญญัติมาตรานี้ หรือการที่ผู้กระทำได้กระทำได้กระทำชำเราผู้เสียหายอันมีลักษณะเป็นการโทรม โดยเด็กไม่ยินยอม ก็ไม่ได้รับการยกเว้นโทษเช่นเดียวกัน

สรุป การข่มขืนกระทำชำเราตามบทบัญญัติของกฎหมายที่ได้รับการแก้ไขเพิ่มเติม ในปัจจุบัน ได้ขยายขอบเขตของการกระทำชำเราในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามมาตรา 276 และมาตราน 277 ออกไปอย่างมากโดยบัญญัติให้การล่วงละเมิดทางเพศไม่ว่าจะเป็นการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำ กระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากหรือใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศ หรือทวารหนักของผู้อื่นเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราทั้งสิ้น ทำให้สามารถแยกกระทำ ความผิดฐานนี้ตามบทบัญญัติของกฎหมายออกได้เป็น 2 รูปแบบ ได้แก่การร่วมประเวณีตาม ธรรมชาติ และการร่วมประเวณีโดยผิดธรรมชาติซึ่งแตกต่างจากการตีความการกระทำชำเราตาม บทบัญญัติกฎหมายเดิม ซึ่งการข่มขืนกระทำชำเราจะต้องเป็นการร่วมประเวณีตามธรรมชาติเท่านั้น โดยศาลฎีกาได้วางหลักไว้ว่าต้องมีการสอดใส่อวัยวะเพศชายเข้าไปในอวัยวะเพศหญิงจึงจะเป็น ความผิดสำเร็จ ถ้ายังไม่มี การสอดใส่ถือว่าเป็นความผิดในชั้นพยายามส่วนการล่วงล้ำเข้าไปใน ร่างกายในช่องทางอื่นหรือการใช้วัตถุอื่นใดล่วงล้ำเข้าไปในร่างกายเป็นเพียงความผิดฐานกระทำ อานาจารซึ่งผู้กระทำจะได้รับโทษน้อยกว่าการข่มขืนกระทำชำเรา

ส่วนในเรื่องผู้ถูกระทำนั้น ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามกฎหมายใหม่ ผู้ถูกระทำอาจเป็นได้ทั้งชายและหญิง เนื่องจากการที่กฎหมายบัญญัติไว้เพียงแต่ว่าความผิดฐานนี้ เป็นการกระทำต่ออวัยวะเพศ ทวารหนักหรือช่องปากของผู้อื่นนั้น แสดงว่ากฎหมายไม่ได้มุ่ง ค้ำครองเฉพาะผู้ถูกระทำที่เป็นหญิงเท่านั้น ซึ่งแตกต่างจากบทบัญญัติความผิดเดิมที่บัญญัติไว้ว่าผู้ ที่จะถูกข่มขืนกระทำชำเราได้จะต้องเป็นหญิงซึ่งมิใช่ภรรยาของตนเท่านั้น หากมีการล่วงล้ำเข้าไปใน ร่างกายของชายตาม กฎหมายเดิม ผู้กระทำจะรับผิดเพียงฐานกระทำอนาจารเท่านั้น

แม้ว่าแต่เดิมหญิงจะสามารถเป็นตัวการร่วมในการกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำ ชำเราได้แต่หญิงที่รับผิดในฐานะเป็นตัวการไว้เป็นผู้กระทำความผิดโดยตรงในขณะที่ตามมาตรา 276 และมาตรา 277 ที่ได้รับการแก้ไขนั้นหญิงสามารถเป็นผู้กระทำความผิดได้เองโดยตรง หากได้ กระทำครบองค์ประกอบความผิดตามที่กฎหมายบัญญัติ ประกอบกับผู้กระทำจะต้องรับผิดชอบถ้าได้ กระทำการข่มขืนกระทำชำเราโดยมีเจตนาพิเศษเพื่อสนองความใคร่ของตนเอง หากเป็นการกระทำ เพื่อสนองความใคร่ของผู้อื่นหรือของผู้ถูกระทำแล้ว ผู้กระทำไม่มีความผิดตามมาตรา นี้ ซึ่งเดิมการ

ลงโทษผู้ที่กระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราไม่จำเป็นต้องพิจารณาว่าผู้กระทำได้กระทำไปเพื่อสนองความใคร่ของตนเองหรือไม่เพียงแต่พิจารณาว่าผู้กระทำมีเจตนาที่จะเอาอวัยวะเพศชายของตนสอดใส่เข้าไปในอวัยวะเพศของหญิงผู้ถูกระทำหรือไม่เท่านั้น หากผู้กระทำต้องการสอดใส่ แม้จะสอดใส่ไม่สำเร็จผู้กระทำก็มีความผิดฐานพยายามข่มขืนกระทำชำเรา แต่ในปัจจุบันต้องมีการพิสูจน์ถึงเจตนาพิเศษด้วยว่าผู้กระทำได้กระทำไปเพื่อสนองความใคร่ของตน อันเป็นการเพิ่มภาระของโจทก์หรือผู้เสียหายในการพิสูจน์ความผิดของจำเลย

2) ความผิดฐานกระทำอนาจาร

มาตรา 278 บัญญัติว่า “ผู้ใดกระทำอนาจารแก่บุคคลอายุกว่าสิบห้าปีโดยขู่เข็ญด้วยประการใดๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยบุคคลนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้บุคคลนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบปี หรือปรับไม่เกินสองหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

การกระทำอนาจาร คือ การกระทำที่ไม่สมควรในทางเพศ อันเป็นการกระทำต่อเนื้อตัวร่างกายบุคคลอื่น แม้จะเป็นการกระทำในที่ลับก็เป็นอนาจารได้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4836/2547⁵⁸ วินิจฉัยว่า คำว่า “อนาจาร” หมายความว่า การกระทำต่อเนื้อตัวบุคคลที่ไม่สมควรทางเพศ ซึ่งมีได้หมายความว่าเฉพาะการประเวณีหรือความใคร่เท่านั้นแต่รวมถึงการกระทำที่ให้อับอายขายหน้าในทางเพศด้วย การที่จำเลยกอดเอวโจทก์ร่วมจับมือและดึงแขน โจทก์ร่วมนั้น เป็นการกระทำอนาจารต่อโจทก์ร่วม

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1620/2536⁵⁹ จำเลยถอดกางเกงนอกและกางเกงในผู้เสียหายแล้วจับอวัยวะเพศของผู้เสียหาย โดยผู้เสียหายพยายามต่อสู้เป็นการใช้แรงกายกระทำต่อผู้เสียหาย ถือได้ว่าจำเลยกระทำอนาจารแก่ผู้เสียหายโดยใช้กำลังประทุษร้าย

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7631/2549⁶⁰ การที่ผู้เสียหายทั้งสามยอมให้จำเลยกระทำก็เพราะหลงเชื่อว่าจำเลยเป็นเจ้าพนักงานมีอำนาจกระทำได้ เกิดจากความเบาปัญญา อ่อนต่อโลกของผู้เสียหาย มิได้เกิดจากความสมัครใจและอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ การที่จำเลยจับและลูบบริเวณแขน หัวไหล่ เต้านมและหน้าท้องของผู้เสียหายทั้งสามเป็นการใช้แรงกายภาพต่อผู้เสียหายทั้งสามถือได้ว่าเป็นการใช้กำลังประทุษร้าย จำเลยมีความผิดฐานกระทำอนาจารตามมาตรา 278

การกระทำอนาจารตามมาตรา 278 ต้องเป็นการกระทำต่อบุคคลที่มีอายุเกินกว่าสิบห้าปี ซึ่งผู้ถูกระทำเป็นได้ทั้งชายและหญิง ไม่ว่าจะเป็นชายกระทำต่อชาย หรือหญิงกระทำต่อชายหรือ

⁵⁸ ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ. (2550). หญิงข่มขืนชายกฎหมายสะท้อนอารมณ์. 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 แต่แตกต่างกันตรงอายุของผู้ถูกระทำที่ต้องเป็นการกระทำต่อเด็กอายุไม่เกิน 15 ปี และไม่ว่าเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม ผู้กระทำก็มีความผิด ซึ่งผู้กระทำได้รู้ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับอายุของเด็กด้วย หากไม่รู้ถือว่าขาดเจตนา

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 509/2529⁶¹ จำเลยหลอกเด็กชายอายุไม่เกิน 13 ปี ว่าดวงไม่ดีต้องสะเดาะเคราะห์แล้วใช้ของลับสอดใส่ทวารหนัก เป็นความผิดตามมาตรา 279 วรรคแรก

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 117/2534⁶² จำเลยซึ่งเป็นบิดาผู้เสียหายเด็กอายุ 12 ปี ใช้วิธีข่มขู่โถมตีที่ด้านนอกของอวัยวะเพศบุตรจนสำเร็จความใคร่โดยไม่มีเจตนาสอดใส่เข้าไปในอวัยวะเพศของบุตรแต่อย่างใดไม่มีเจตนาจะข่มขืนกระทำชำเรา จึงไม่เป็นพยายามกระทำชำเราแต่การกระทำของจำเลยเป็นความผิดฐานกระทำอนาจารแก่เด็กอายุไม่เกินสิบห้าปีตามมาตรา 279 เพราะจำเลยมีเจตนากระทำอนาจารและมีโทษหนักขึ้นตามมาตรา 285

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2693-95/2516 จำเลยบังคับให้เด็กหญิงจับของลับของจำเลยเป็นความผิดตามมาตรา 279 วรรคสอง เพราะถือได้ว่าเป็นการกระทำอนาจารต่อหน้าผู้อื่น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4042/2534 เพียงแต่กอดจูบ ลูบคลำ แตะตื้อ เนื้อตัวร่างกายในทางไม่สมควรทางเพศก็เป็นความผิดสำเร็จแล้ว ข้อสำคัญอยู่ที่ว่าผู้กระทำมีเจตนากระทำในทางความใคร่ในทางเพศหรือทางกามารมณ์ต่อผู้ถูกระทำ โดยผู้ถูกระทำไม่ยินยอม หากมีเจตนาอย่างอื่นไม่เป็นความผิดตามมาตรา 279

การจับหรือลูบด้วยความยินยอมไม่มีเจตนาทางเพศไม่เป็นอนาจาร 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 แต่ในปัจจุบันการกระทำความดังกล่าวเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา

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” เป็นภาษาอาราบิก แปลว่า “การมอบกายและจิตใจให้แก่พระผู้เป็นเจ้า” และยังแปลความหมายได้อีกคำหนึ่งว่า “สันติ” โดยท่านศาสดามุฮัมมัดได้ใช้เวลาเผยแผ่ถึง 23 ปี (ระหว่างปี ค.ศ. 610-633) พระเจ้าในศาสนาอิสลามเรียกว่า “อัลลอฮ” คัมภีร์ที่รวบรวมคำสั่งสอนเรียกว่า “คัมภีร์อัลกุรอาน” และคำว่ามุสลิม หมายถึง ผู้นอบน้อมต่อพระผู้เป็นเจ้าแต่เพียงผู้เดียวเพื่อความสันติ⁶³

การพัฒนาของกฎหมายอิสลาม เกิดขึ้นเมื่อราว 1400 ปี มาแล้ว โดยกฎหมายอิสลามได้ผ่านการทดสอบและการท้าทายจากระบบกฎหมายอื่นมาทุกยุคทุกสมัย ก่อนที่จะมีการประกาศใช้

⁶³ เคน โตะมินา. (2532). กฎหมายอิสลาม. หน้า 2.

กฎหมายอิสลาม กฎหมายที่ชาวอาหรับใช้อยู่จะเป็นกฎหมายจารีตประเพณีของชาวอาหรับ ซึ่งส่วนมากจะเป็นชาวเผ่าเบดูอินเร่ร่อนที่มีการบัญญัติกฎหมายใช้บังคับเองเฉพาะกลุ่ม ซึ่งต่อมาศาสนามุฮัมมัดได้เข้าปกครองเมืองมักกะฮ์ในฐานะผู้ฟื้นฟูศาสนาและได้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการพิจารณาคดี ห้ามให้สินบนผู้พิพากษาและให้เสนอหลักฐานที่แท้จริงต่อผู้พิพากษา และกำหนดให้ผู้พิพากษาพิจารณาคดีตามน้ำหนักของพยานหลักฐาน โดยอาศัยหลักของคัมภีร์อัลกุรอานเป็นรากฐานของกฎหมายในเรื่องต่างๆ ไว้อย่างมากมาย เช่น การปฏิบัติต่อเชลยศึก สิทธิของเด็กกำพร้า ผู้หญิงและทาส เป็นต้น⁶⁴

3.4.1 ที่มาของกฎหมายอิสลาม

กฎหมายอิสลามมีที่มาอยู่ 4 ประการด้วยกัน⁶⁵ คือ

4) โดยคัมภีร์อัล-กุรอานซึ่งถือเป็นที่มาที่ถูกต้องและระดับสูงสุดของกฎหมายอิสลาม โดยถือว่าสิ่งที่บันทึกไว้ในคัมภีร์เป็นพระวจนะของอัลลอฮ์ที่ส่งผ่านมายังศาสดามุฮัมมัดเพื่อเผยแพร่แก่นมนุษยชาติเป็นระยะ 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) ชุนนะฮ์ และฮาดีษ โดยความหมายของชุนนะฮ์ หมายถึง คำพูด การประพฤติ การปฏิบัติของท่านศาสดามุฮัมมัด ส่วนคำว่า ฮาดีษ หมายถึง ข่าว รายงาน หรือการเล่าสืบทอด โดยเป็นการบันทึกคำกล่าวของท่านศาสดามุฮัมมัดโดยผู้ติดตามของท่านศาสดา การที่ถือว่าชุนนะฮ์ และฮาดีษเป็นที่มาของกฎหมายอิสลามนั้น เนื่องจากในคัมภีร์อัล-กุรอานได้บัญญัติให้มุสลิมนปฏิบัติตามแบบอย่างที่ท่านศาสดาได้ปฏิบัติ เช่น คัมภีร์อัล-กุรอานได้มีบัญญัติให้มีการละหมาดหรือการจ่ายซะกาต แต่ไม่ได้บอกถึงรายละเอียดเอาไว้ โดยท่านมุฮัมมัดจะเป็นผู้อธิบายและแสดงให้เห็นปฏิบัติตาม

3) โดยอิจญ์มะ ซึ่งหมายถึง คำวินิจฉัยชี้ขาดของบรรดานักปราชญ์ในศาสนาอิสลามที่ได้มีการประชุมและมีมติออกมาเพื่อยึดถือและปฏิบัติตาม เมื่อมีปัญหาหรือสิ่งใหม่ที่ไม่เคยปรากฏมาก่อนในคัมภีร์อัลกุรอาน และชุนนะฮ์ของศาสดา โดยอิจญ์มะเป็นที่ยอมรับของท่านศาสดาตามที่

⁶⁴ ชัลมาน เหมมานะ. (2539). ธนาการไม่มีดอกเบียดตามหลักคำสอนของศาสนาอิสลาม. หน้า 9.

⁶⁵ แหล่งเดิม. หน้า 13.

ได้มีอาดิษบันทึกลงไว้ว่าท่านศาสดาได้กล่าวว่า “การที่มีความคิดเห็นที่แตกต่างกันในประชาชาติของมันเป็นสิ่งที่แสดงความยิ่งใหญ่ของอัลลอฮ์”

4) โดยกียาส หรือเรียกอีกอย่างหนึ่งว่าอิจญ์ติฮาด หมายถึงการใช้เหตุผลในการวิเคราะห์ อย่างไรก็ตามเกิดขึ้นภายหลังจากการมรณกรรมของท่านศาสดา ยังไม่เป็นที่ยอมรับกันเนื่องจากในการวินิจฉัยประเด็นของกฎหมายอิสลามอาจเกิดความผิดพลาดได้ การกียาสในยุคหลังจึงจะจกกลง

3.4.2 สารสำคัญของกฎหมายอิสลามกับการบัญญัติกฎหมาย

กฎหมายอิสลามนั้น เป็นกฎหมายที่เกิดจากคำสอนในทางศาสนา ซึ่งคำสอนในทางศาสนาอิสลามมีคำสอนที่มีได้มีเพียงหลักบัญญัติในเรื่องความศรัทธาเพียงอย่างเดียว แต่ศาสนาอิสลามได้บัญญัติหลักการในการดำรงชีพด้วย โดยมีสาระสำคัญดังนี้

1) กฎหมายอิสลามบัญญัติหลักการในเรื่องของการศรัทธา เรื่องราวของจิตวิญญาณ ซึ่งเป็นหลักการในเรื่องการเคารพและเชื่อมั่นในพระเจ้า รวมไปถึงบัญญัติเรื่องการลงโทษในกรณีที่มีการฝ่าฝืนคำสั่งใช้ของพระผู้เป็นเจ้า การพิจารณาความดีความชั่วของมนุษย์ และผลตอบแทนที่มนุษย์จะได้รับจากการกระทำของตนในโลกหน้าด้วย

จะเห็นได้ว่า กฎหมายอิสลามนั้นได้ให้ความคุ้มครองสถาบันศาสนาในเรื่องของความศรัทธาสาธารณะไว้โดยตรง ซึ่งการคุ้มครองดังกล่าวมีรากฐานมาจากคำสอนขององค์ศาสดา โดยถือว่าหากผู้ใดฝ่าฝืนคำสอนของพระผู้เป็นเจ้าจะต้องมีบทลงโทษด้วย จึงถือได้ว่าในประเทศที่นับถือศาสนาอิสลามนั้น รัฐได้เล็งเห็นถึงความสำคัญของศาสนาอิสลามเป็นอย่างมากโดยมีการบัญญัติกฎหมายเพื่อเป็นการคุ้มครองศาสนาโดยตรงให้บุคคลต้องรับผิดชอบหากทำให้ศาสนาเสื่อมเสีย ศรัทธาสาธารณะ แตกต่างจากประเทศไทยซึ่งนับถือศาสนาพุทธ ซึ่งในกรณีที่มิบุคคลใดทำให้ศาสนาเสื่อมศรัทธาสาธารณะผู้นั้นย่อมไม่มีความรับผิดชอบทางอาญาจากการกระทำความผิดเช่นเดียวกับกฎหมายอิสลาม

2) กฎหมายอิสลามบัญญัติหลักการในเรื่องกฎหมายอาญา คือ เรื่องการกระทำความผิดที่มนุษย์ทำขึ้นแก่เนื้อตัวร่างกาย ทรัพย์สินหรือเสรีภาพของบุคคลอื่น การละเมิดศีลธรรม รวมไปถึงบทลงโทษในการกระทำความผิดเหล่านั้นด้วย เช่น ผู้ที่ลักทรัพย์ จะมีบทบัญญัติลงโทษให้ตัดมือเป็นต้น

3) กฎหมายอิสลามบัญญัติหลักการในเรื่องเศรษฐศาสตร์ การดำเนินการค้าตามรูปแบบของมุสลิม เพื่อให้เกิดความทัดเทียมกันในเรื่องของสังคม เพื่อลดช่องว่างระหว่างคนรวยและคนจนในสังคมด้วย

4) กฎหมายอิสลามบัญญัติหลักการในเรื่องครอบครัว มรดก โดยกำหนดหลักการในเรื่องการดูแลครอบครัว และหน้าที่ของตนเองที่มีต่อครอบครัว หลักเกณฑ์ในเรื่องของการสมรส

การขาดจากการสมรส หน้าทีระหว่างสามีภริยา รวมไปถึงการจัดการมรดกอย่างเหมาะสมตามหน้าที่ที่ทุกคนจะต้องปฏิบัติ เพื่อให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่ศาสนาอิสลามได้บัญญัติไว้

5) กฎหมายอิสลามกำหนดกำหนดเรื่องการเมือง การปกครอง โดยกำหนดคุณสมบัติของผู้ปกครอง หน้าที่และความรับผิดชอบของผู้ปกครอง รวมไปถึงหลักการในการปกครอง และบทลงโทษของผู้ปกครองที่ทุจริตต่อการปฏิบัติหน้าที่

6) กฎหมายอิสลามวางหลักเกณฑ์ในเรื่องการตัดสินพิจารณาคดี โดยกำหนดว่าการพิจารณาคัดสินลงโทษผู้กระทำความผิดจะต้องมีพยานหลักฐาน หรือพยานบุคคลประกอบการพิจารณาในแต่ละคดีก่อนที่จะมีการตัดสินลงโทษแก่ผู้ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิด ซึ่งหลักเกณฑ์ในการพิจารณานั้นก็จะแตกต่างกันไปตามความผิดแต่ละเรื่อง

จะเห็นได้ว่า ศาสนาอิสลามนั้นมีอิทธิพลมากต่อชาวมุสลิมที่มีการบังคับใช้กฎหมายอิสลาม ซึ่งในการบัญญัติกฎหมายนั้นฝ่ายนิติบัญญัติได้มีการนำคำสอนในศาสนาอิสลามนั้นเข้าเป็นส่วนหนึ่งของบทบัญญัติกฎหมายโดยตรง และมีผลบังคับเป็นการทั่วไปไม่ว่าจะเป็นสภาพบังคับในทางแพ่งหรืออาญาโดยอาจกล่าวได้ว่าศาสนาอิสลามเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายและกฎหมายเป็นส่วนหนึ่งของศาสนาอิสลามเลยทีเดียว แตกต่างจากกฎหมายไทยในปัจจุบันที่ในการบัญญัติกฎหมายเพื่อใช้บังคับนั้น เป็นการบัญญัติเพื่อใช้บังคับตามสภาวะการณ์ มิได้คำนึงถึงคำสอนตามพระธรรมวินัยแต่อย่างใด โดยฝ่ายนิติบัญญัตินั้นจะไม่ก้าวท้าวในกิจการของสงฆ์และในขณะเดียวกันก็ได้นำหลักธรรมคำสอนในศาสนาพุทธมาเป็นเงื่อนไขในการบัญญัติกฎหมายด้วย ดังนั้นในการนำพระวินัยสงฆ์มาใช้บังคับจึงไม่มีสภาพบังคับทางอาญาเช่นเดียวกับกรณีของกฎหมายอิสลาม และในการนำพระวินัยมาใช้บังคับนั้นส่วนใหญ่จะเป็นการบังคับใช้กับบรรดาพระภิกษุในศาสนาเพื่อให้มีการประพฤติปฏิบัติตนให้สำรวมสมกับเป็นผู้ออกบวชเพื่อแสวงหาทางดับทุกข์ ซึ่งกรณีที่มีการละเมิดพระวินัยโทษร้ายแรงที่สุดผู้ละเมิดจะพึงได้รับนั่นก็คือ การปาราชิกหรือการขาดจากการเป็นพระเท่านั้น และไม่มี ความรับผิดชอบทางอาญาแต่อย่างใดแตกต่างจากกฎหมายอิสลามที่มีการบัญญัติถึงกรณีที่บัญญัติให้บุคคลผู้ฝ่าฝืนคำสอนของพระเจ้ามีบทลงโทษด้วย