

บทที่ 4

การกระทำความผิดทางเพศทางพระวินัยกับกฎหมายอาญาและ การลงโทษที่เหมาะสม

เนื่องด้วยศาสนาพุทธนั้นเป็นศาสนาที่เป็นศาสนาหลักของประเทศไทยและมีความสัมพันธ์ต่อบุคคลทุกระดับชนชั้นมาตั้งแต่อดีตหลายยุคหลายสมัยดังที่ได้กล่าวไว้ข้างต้น ซึ่งแม้กระทั่งพระมหากษัตริย์ซึ่งเป็นองค์ประมุขของชาติยังต้องทรงกราบไหว้พระสงฆ์ เนื่องจากบุคคลซึ่งบวชเป็นพระภิกษุสงฆ์นั้นถือว่าเป็นผู้มีสถานะในทางสังคมที่เป็นที่ยอมรับควรนับถือกราบไหว้ในประเทศไทย ซึ่งการเคารพและขอมนับถือดังกล่าวถือเป็นการยอมรับในภาพลักษณ์ของบุคคลซึ่งเป็นสมาชิกของสถาบันศาสนา กล่าวคือ แม้ซึ่งบุคคลผู้บวชเป็นพระภิกษุสงฆ์นั้นจะมีประวัติความเป็นมาเช่นไร แต่นับจากบุคคลดังกล่าวละจากเพศอุทิสต์ออกบวชเป็นพระภิกษุสงฆ์แล้วบุคคลดังกล่าวก็มีสถานะเป็นบุคคลซึ่งพุทธศาสนิกชนต้องกราบไหว้ให้ความเคารพ ตำรวมดังได้เคยปรากฏในกฎหมายตราสามดวงบัญญัติไว้ว่า “21 มาตราหนึ่ง ผู้ใดศรัทธาต่อพระศาสนาโปรดให้ทาสบวชเป็นสามเณร เป็นรูปชีในศาสนาแล้ว ถึงจะสึกออกจากศาสนาแล้วก็ดี ถ้ายอมให้บวชแล้ว เจ้าทาสจะเอากลับเอาคืนเป็นทาสไม่ได้”¹ กล่าวคือ ทาสที่เจ้านายอนุญาตให้บวชแล้วแม้สึกออกจากบวชแล้วก็จะพ้นจากความเป็นทาสทันทีฐานะของคนๆ นั้นเปลี่ยนไปทันทีแม้ภายหลังสึก อาจกล่าวได้อีกนัยหนึ่งว่าศาสนาทำให้คนผู้ครองเพศบรรพชิตมีสถานะเปลี่ยนไป ฉะนั้นพระสงฆ์ในความหมายในจิตใจของคนไทยส่วนใหญ่แล้วไม่ได้หมายความว่าเฉพาะว่าเป็นตัวแทนของศาสนาเท่านั้น แต่ยังเป็นความคาดหวังของคนในสังคมไทยทุกคน ที่ถูกปลูกฝังสืบทอดกันมาอย่างช้านานว่าพระสงฆ์เป็นบุคคลที่ควรแก่การกราบไหว้บูชา ควรนับถือเอาเป็นแบบอย่าง ซึ่งแม้แต่พระมหากษัตริย์ก็ยังทรงกราบไหว้ นอกจากนี้พระภิกษุสงฆ์บางรูปยังมีฐานะเป็นอาจารย์ผู้ประสิทธิ์ประสาทวิชาความรู้สอนหนังสือให้อ่านออกเขียนได้ก่อนที่จะมีโรงเรียน เป็นที่พึ่งพิงยามทุกข์ร้อน ฉะนั้นหากพระภิกษุสงฆ์นั้นเป็นผู้กระทำความผิดเสียเองเสียแล้วย่อมก่อให้เกิดผลกระทบเชิงลบต่อภาพลักษณ์ของพุทธศาสนา และรวมถึงความรู้สึกของคนในประเทศส่วนใหญ่ที่นับถือศาสนาพุทธ อีกทั้งในบางครั้งผลจากการกระทำผิดของพระภิกษุสงฆ์นั้นอาจส่งผล

¹ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์และการเมือง. ประมวลกฎหมายรัชกาลที่ 1 จุลศักราช 1166 (เล่ม 2)

กระทบในรูปแบบอื่นๆ อีกได้ด้วย เช่น หากมีพระสงฆ์ผู้กระทำความผิดอาญาโดยเจตนามากยิ่งขึ้น ถ้าความผิดดังกล่าวเป็นความผิดร้ายแรงที่เพศจรรพชิตไม่พึงกระทำเช่นความผิดเกี่ยวกับเพศกรณี เช่นนี้อาจส่งผลให้ภาพลักษณ์ของสถาบันศาสนาตกต่ำ เมื่อประชาชนต่างดำเนินพระภิกษุสงฆ์ เมื่อผู้คนเกิดความคลางแคลงใจเพราะบุคคลผู้สอนพระธรรมให้เกรงกลัวบาปยังเป็นผู้กระทำความผิดเสียเองแล้ว ประชาชนทั่วไปก็จะไม่เชื่อเรื่องคุณงามความดี บาปบุญคุณโทษ อันอาจก่อให้เกิดแรงจูงใจในการก่ออาชญากรรมมากยิ่งขึ้น และผลกระทบกับเยาวชนที่จะเติบโตเป็นผู้ใหญ่ที่ไม่มีธรรมในจิตใจ บั่นทอนความมั่นคงต่อประเทศชาติในระยะยาว

4.1 การกระทำผิดทางเพศตามพระธรรมวินัยแต่ไม่ผิดกฎหมาย

การเสพเมถุนในทางพระพุทธศาสนานั้น แม้การกระทำนั้นจะไม่ถึงขั้นข่มเหงใจหรือกายของผู้ถูกระทำความหมายในการเสพเมถุนของผู้อยู่ในเพศบรรพชิตก็มีความร้ายแรงโดยบริบทของฐานะในความเป็นสงฆ์ที่จะต้องประพฤติตนอยู่ในเพศพรหมจรรย์หรือกล่าวให้เข้าใจง่ายคือ การตัดความกำหนัดในกามอันเป็นศัตรูต่อการเกลียดใจบริสุทธิ์ละกิเลสอย่างหยาบให้ต่างจากคฤหัสถ์อันเป็นกิจที่สงฆ์ควรละเว้นตามคำสั่งสอนในพระธรรมวินัย ฉะนั้นการที่ผู้ถูกระทำจะยินยอมหรือไม่ยินยอม และผู้ถูกระทำจะเป็นเคร่งขรึมหรือมนุษย์ล้วนแล้วแต่เป็นความผิดตามพระธรรมวินัย จะเห็นได้ว่า การกระทำชำเราโดยหญิงยินยอมหรือจะเป็นการข่มขืนหรือไม่นั้น ไม่สำคัญทางพระพุทธศาสนายึดหลักอยู่ที่ เจตนาของผู้กระทำเป็นที่ตั้งว่ามีเจตนาที่จะร่วมเพศหรือไม่ และได้กระทำถึงขั้นได้สอดใส่อวัยวะเพศเข้าไปแม้ชั่วเมล็ดงาผู้นั้นก็ถือว่าได้กระทำความผิดทางเพศตามพระพุทธศาสนา การเสพเมถุนในทางพระพุทธศาสนาไม่เพียงแต่หมายถึง ภิกษุผู้กระทำฝ่ายเดียว แต่ยังหมายถึง ภิกษุผู้ถูกระทำแล้วมีใจยินดีที่ถูกกระทำก็ถือว่าเสพเมถุน แม้ว่าตอนถูกระทำจะไม่รู้ตัวหรือถูกลักหลังแต่พอรู้แล้วมีจิตยินดีในภายหลัง หรือถูกข่มขืนแต่รับสัมผัสแต่ยินดีในขณะที่องค์กำเนิดเข้าไป เข้าไปถึงที่แล้วก็ดี หยุดอยู่ก็ดี ถอนออกก็ดี มีความยินดีแม้ในขณะที่ขณะหนึ่งก็ดี ก็ถือว่ามีความผิดในทางเพศตามความหมายในทางพระพุทธศาสนาเช่นกัน จึงอาจกล่าวโดยสรุปได้ว่า หัวใจหรือสาระสำคัญของการกระทำความผิดทางเพศของพระภิกษุสงฆ์ตามพระธรรมวินัยคือ จิตที่รับผัสสะหรือสัมผัสไม่ว่าจะมีความยินดีในขณะที่เจตนาเสพกามของพระภิกษุผู้กระทำหรือการมีอารมณ์ยินดีของพระภิกษุผู้ถูกระทำเมื่อทราบว่าตนถูกระทำในภายหลังแม้ในขณะที่ถูกระทำจะไม่รู้ตัวเลยก็ถือว่ามีความผิดเนื่องจากจิตเสพอารมณ์ยินดีในกามคุณ

ส่วนความหมายของความผิดฐานข่มขืนในทางประมวลกฎหมายอาญา คือ การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ โดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำ กระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น หรือใช้สิ่งใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น จึงเป็นการขยายความหมายของการกระทำที่กว้างขึ้นครอบคลุมถึงการใช้อวัยวะเพศกระทำกับอวัยวะเพศ

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

“รองศาสตราจารย์ ดร.ทวีเกียรติ มินะกะนิษฐ ได้อธิบายความหมายคำว่าข่มขืนว่า การเอาของลับของชายเข้าไปในช่องสรีรของหญิง แม้ล่งล้ำไปเพียงนิดเดียว หรือเหยื่อพรหมจารียังไม่ขาดหรือน้ำอสุจียังไม่เคลื่อนก็ตาม ก็เป็นความผิดสำเร็จแล้ว แต่ถ้าอวัยวะเพศชายไม่สามารถล่งล้ำเข้าไปได้ ไม่ว่าเพราะอวัยวะเพศหญิงเล็กเกินไป หรืออวัยวะเพศชายไม่แข็งแรงพอ แม้น้ำอสุจิเคลื่อนเหยื่อพรหมจารีขาดก็เป็นเพียงพยายาม แต่กฎหมายเปลี่ยนแปลงกฎหมายใหม่ แม้ว่าจะไม่ได้ใช้อวัยวะเพศ เช่น ไข่ของเทียมหรือใช้อวัยวะเพศแต่ได้กระทำแก่ช่องทางอื่น เช่น ทางปากหรือทางทวารหนักก็เป็นการชำเราด้วยเช่นกัน ส่วนคำว่า ผู้อื่นนั้น หมายถึงหญิงตามธรรมชาติที่ถือกำเนิดมาเป็นเพศที่ออกลูกได้และรวมถึงชายแปลงเพศเป็นหญิงด้วย ดังนั้นการกระทำระหว่างหญิงต่อหญิงหรือชายต่อชายจึงเป็นความผิดฐานนี้ได้²

ท่านอาจารย์ ทวีเกียรติ มินะกะนิษฐ ยังได้ให้ความเห็นคำว่าข่มขืนตามมาตรา 276 วรรคสองว่า “ความในวรรคสอง (แก้ไขใหม่) ที่ว่า “กระทำชำเรา... หมายความว่า...” มิได้ใช้คำว่า... หมายความว่ารวมถึง... เท่ากับยกเลิก ความหมาย ว่า ชำเราหมายถึงการล่งล้ำ ของอวัยวะเพศไปแล้ว ดังนั้น การกระทำกับอวัยวะเพศจึงเป็นความผิดสำเร็จได้โดยไม่มีการล่งล้ำ”³

จึงอาจกล่าวได้ว่าการข่มขืนกระทำชำเราตามประมวลกฎหมายอาญาในปัจจุบัน แม้จะไม่มีการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำล่งล้ำเข้าไปเลย แต่หากกระทำไปเพื่อสำเร็จความใคร่ของผู้กระทำย่อมเป็นความผิดหากเป็นการฝ่าฝืนใจหรือบังคับใจของผู้ถูกกระทำ

แต่เมื่อได้กล่าวถึงองค์ประกอบความผิดฐานข่มขืนสำเร็จก็มีความผิดฐานพยายามข่มขืนที่ยังมีแนวคำพิพากษาที่ยังไม่แน่ที่จะสามารถนำมายึดเป็นหลักได้เพราะจริงๆ แล้วการกระทำผิดแต่ฐานจะมียอดค่าปรับของเจตนาบรรเทาโทษของแต่ละมาตราอยู่สิ่งที่เราควรที่จะต้องคำนึงมากที่สุดก็คือตัวบทกฎหมายและทฤษฎีที่อยู่เบื้องหลังตัวบทเหล่านั้น⁴ ผู้เขียนเห็นด้วยกับท่านรองศาสตราจารย์

² ทวีเกียรติ มินะกะนิษฐ ก. (2551). คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคความผิดและโทษ. หน้า 195.

³ ทวีเกียรติ มินะกะนิษฐ ข. (2552). ประมวลกฎหมายอาญา ฉบับอ้างอิง. หน้า 404.

⁴ ทวีเกียรติ มินะกะนิษฐ ค. (2552). “พยายาม (ข่มขืน) กระทำชำเรา: คำพิพากษา VS หลักกฎหมาย.”

ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ ที่ท่านได้ให้ความเห็นเกี่ยวกับความผิดฐานพยายามข่มขืนหญิงที่น่าคิดต่อแนวคำพิพากษาฎีกาที่ 2268/2529 พิพากษาว่า “จับหญิงไว้ไม่ให้ดิ้น นั่งคร่อมตรงท้องน้อย แต่หญิงและชายนั่งกางเกงในอยู่จึงไม่เป็นความผิดฐานพยายามข่มขืนกระทำชำเรา” ท่านได้ให้คำอธิบายในหมายเหตุว่า ความผิดฐานข่มขืนนี้ ประกอบด้วยการกระทำ 2 การกระทำ คือ การข่มขืนใจและการกระทำชำเรา ดังนั้น เมื่อผู้กระทำได้กระทำส่วนหนึ่งส่วนใดของความผิด เช่น มีการข่มขืนใจแล้ว หรือช่วยจับแขนจับขาหญิงเพื่อชำเราอันเป็นส่วนหนึ่งของการกระทำความผิดแล้ว ก็น่าจะต้องถือว่าลงมือแล้วทำนองเดียวกับความผิดฐานชิงทรัพย์ หรือกรรโชกซึ่งเมื่อผู้กระทำได้ขู่เพื่อเอาทรัพย์แล้ว แม้ยังไม่ได้ทรัพย์ไปก็ยังถือว่า “ลงมือ” แล้ว โดยไม่ต้องรอว่าอยู่ใน “วิสัย” ที่จะได้ทรัพย์ไปหรือไม่ น่าจะต้องรอให้ปลดเปลื้องเสื้อผ้า หรือถอดกางเกงในก่อนจึงจะถือว่าลงมือ ผู้เขียนเห็นว่าเพราะหากรอให้มีการลงมือกระทำแล้ว ความผิดฐานพยายามก็ไม่มี ความหมายที่จะใช้ต่อไป

การจะถือว่ามีความผิดฐานพยายามข่มขืนได้จึงน่าจะพิเคราะห์ถึงทฤษฎีหลักของความผิดฐานพยายามซึ่งประกอบด้วย⁷

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

2) หลักความไม่คลุมเครือ (The Unequivocal Rule) หลักนี้ถือว่าการกระทำนั้นจะต้องแสดงให้เห็นอย่างชัดเจนว่ามุ่งหมายจะกระทำความผิดฐานใด คือ การกระทำบ่งถึงความจริงได้ในตัวมันเอง หลักนี้จึงต้องมีขั้นตอนเกือบจะสุดท้ายจนปราศจากข้อสงสัยจึงถือว่าเป็นการลงมือแล้ว

3) หลักความเป็นภัยอันตรายของการกระทำนั้น (Dangerous Possibility Rule) หลักนี้เมื่อการกระทำนั้นถือเป็นการคุกคามสิ่งที่มีกฎหมายคุ้มครอง เช่น การพลักผู้หญิงล้มลงนอนเพื่อชำเราเป็นการพยายามแล้ว เพราะทำให้หญิงหวาดกลัวว่าจะถูกกระทำความผิดเช่นนั้น⁸

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

การคำนึงถึงทฤษฎีและความเข้าใจแต่ละทฤษฎีและเจตนารมณ์ที่แท้จริงหลังตัวบทกฎหมายที่นักกฎหมายน่าจะถือเป็นสาระสำคัญเพื่อประโยชน์สูงสุดในความยุติธรรมมากกว่า

⁵ ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ. (2549). “พยายามข่มขืน..กว่าจะลงโทษก็สายแล้ว.” ในหนังสือสะกิดกฎหมาย. หน้า 173.

⁶ ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ ข. หน้า 403.

⁷ ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ ค. หน้า 147-150.

⁸ ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ ข. หน้า 149.

คำนึงถึงตัวอักษรและนำมาปรับใช้เพื่อความเหมาะสมสำหรับแต่ละคดีมากที่สุด ควรจะมองความใกล้เคียงต่อผลและหลักความเป็นอันตรายของการกระทำนั้นเพราะทำให้หญิงหวาดกลัวแล้วมากกว่าตัวอักษร นึกคิดไปอีกว่ากรณีพระภิกษุสงฆ์ได้กระทำการขึ้นครองหญิงเหลือแต่กางเกงในตามฎีกาเดียวกันนั้น หากผู้กระทำผิดอยู่ในฐานะพระภิกษุสงฆ์แนวการตัดสินในฎีกาจะเปลี่ยนไปหรือไม่ เพราะเหตุผู้กระทำผิดมีฐานะที่สังคมวางไว้สูง แม้เราจะคิดว่าพระภิกษุสงฆ์ก็เป็นมนุษย์ธรรมดาคนหนึ่งเป็นเพียงสมมติสงฆ์แต่ในส่วนลึกของผู้ที่นับถือศาสนาพุทธคงไม่อาจปฏิเสธได้ว่ามีความกังขาใจเกิดขึ้นเมื่อเรามองผู้กระทำความผิดในขณะดำรงตนอยู่ในสมณะเพศเป็นผู้กระทำความผิด จริงอยู่พระภิกษุสงฆ์ผู้กระทำความผิดนั้นอาจทำผิดได้เหมือนบุคคลทั่วไปสิ่งที่เขาได้ทำร้ายคือบุคคลผู้ถูกข่มขืนและการละเมิดกฎหมายไม่ต่างจากบุคคลธรรมดาได้กระทำความผิด แต่ในส่วนลึกสิ่งที่เขาทำร้ายนอกจากการทำลายศาสนาแล้วอีกสิ่งหนึ่งที่สำคัญยิ่งกว่านั้นคือ การทำร้ายจิตใจของผู้มีศรัทธาในพระพุทธ พระธรรม และพระสงฆ์ผู้สืบทอดพระธรรมของผู้มีพระภาคเจ้านั่นเอง การลงโทษหรือการปรับบทกฎหมายบางครั้งจึงอาจต้องคำนึงถึงปัจจัยแวดล้อมและการกระทบจิตใจของสาธารณะชนหรือความกระเทือนความดีงามของประเพณีเพื่อให้อายุพระศาสนาสืบทอดต่อไปได้ยาวนานขึ้นในโลกของเทคโนโลยีดังเช่นในปัจจุบัน

อย่างไรก็ตามประมวลกฎหมายอาญาความผิดฐานข่มขืนก็ได้แก้ไขโดยมีองค์ประกอบความผิดที่กว้างขึ้นซึ่งตามฎีกาหากผู้กระทำได้ปลุกปล้ำสอดใส่ทางทวารหนักหรือช่องปากจนสำเร็จความใคร่หรือหากได้ปลุกปล้ำสอดใส่สิ่งอื่นใดในอวัยวะเพศ ทวารหนักของผู้ถูกกระทำก็เป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราสำเร็จแล้ว

1) ความแตกต่างในความผิดฐานข่มขืนในทางพระพุทธศาสนากับความผิดฐานข่มขืนในทางกฎหมายอาญาอยู่หลายประการ กล่าวคือ

(1) ในทางพระธรรมวินัย ความยินยอมของผู้ถูกกระทำไม่เป็นเหตุยกเว้นความผิดของผู้กระทำ แม้กระทำโดยผู้ถูกกระทำให้ความยินยอมก็เป็นความผิดไม่ว่าผู้ยินยอมนั้นจะมีอายุเท่าไรก็ตาม ฉะนั้นจะข่มขืนใจข่มขืนกายหรือไม่นั้นไม่เป็นประเด็นในการกระทำความผิด

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

(2) ในทางพระธรรมวินัยวัตถุแห่งการกระทำความผิดไม่เพียงแต่เป็นมนุษย์ผู้ชายหรือผู้หญิง เด็ก แต่ยังรวมถึงสัตว์ อมนุษย์ยังรวมถึงการที่นำอวัยวะเพศของตนเองเข้าสอดใส่ทวารหนักของตนเองถือเป็นความผิดบทหนัก คือปาราชิก การสำเร็จความใคร่ด้วยตนเองก็เป็นความผิดอีกด้วยแต่ถือเป็นอาบัติอย่างกลางคือ สังฆาทิเสส

ก. แต่ในทางกฎหมายการร่วมเพศกับสัตว์ไม่ถือว่าผู้กระทำมีความผิดฐานข่มขืน หรือการร่วมเพศกับมนุษย์ การสำเร็จความใคร่ด้วยตัวเองหรือการสอดใส่อวัยวะเพศของตนเองก็ ไม่มีความผิดเช่นเดียวกัน

(3) ในทางพระธรรมวินัยผู้ถูกระทำสามารถเป็นผู้ได้รับโทษในการกระทำได้หาก มีความยินดีในตอนถูกข่มขืน หรือ เมื่อมีความยินดีในภายหลังที่รู้ว่าตนถูกข่มขืน

ก. แต่ในทางกฎหมายถือเพียงว่าผู้ถูกระทำต้องไม่ยินยอมเท่านั้นและผู้ยอมให้ กระทำจะไม่เปลี่ยนเป็นผู้กระทำผิดที่ต้องรับโทษตามกฎหมาย

(4) ในพระธรรมวินัยการร่วมประเวณีกับศพก็ถือว่าได้กระทำความผิดสำเร็จ ไม่มี ความผิดฐานพยายาม

ก. แต่ในทางกฎหมายการร่วมประเวณีกับศพแม้ในใจจริงจะคิดว่าตนได้ข่มขืน ผู้ที่สลบอยู่ก็ไม่เป็นความผิดฐานข่มขืนเป็นเพียงการกระทำความผิดฐานพยายามตามมาตรา 81 เท่านั้น⁹

ในการศึกษาครั้งนี้ ผู้เขียนให้ความหมายคำว่าปาราชิกเทียบเคียงกับความหมายว่าข่มขืน โดยจะยกสิกขาบทที่เป็นปาราชิกกณฑ์อันถือเป็นบทหนักตามต้นพุทธบัญญัติ ดังนี้

ต้นพระบัญญัติ: พระสุทินกลันทบุตร ซึ่งเป็นบุตรคนเดียวของเศรษฐีชาวกรุงเวสาลี ได้ ออกบวชด้วยศรัทธา ถือธุดงค์วัตรอย่างเคร่งครัด ต่อมาท่านต้องเสพเมถุนธรรมกับอดีตภรรยาที่ป้า มหาวันตามที่มีมารดาขอร้องอ้อนวอน เพื่อให้ครอบครัวได้บุตรไว้สืบสกุล และจะได้บวชต่อไปโดย ไม่ต้องลาสิกขา หลังเสพเมถุนธรรมท่านมีผิวพรรณหมองคล้ำ พวกภิกษุที่เป็นเพื่อนจึงสอบถาม ทราบความจริงแล้ว จึงตำหนิต่านและนำเข้าเฝ้าพระพุทธเจ้า พระองค์มีรับสั่งให้ประชุมสงฆ์ ทรง สอบสวน เมื่อพระสุทินรับสารภาพทรงตำหนิโดยประการต่างๆ พร้อมตรัสประ โยชน์แห่งการ บัญญัติพระวินัยแล้วทรงบัญญัติสิกขาบท ท่านพระสุทินถือเป็น อาทิกัมมิกะ (ภิกษุต้นบัญญัติ) ใน สิกขาบทนี้ ว่าภิกษุใดเสพเมถุนธรรม ภิกษุนั้นเป็นปาราชิก หาสังวาสมิได้

อนุบัญญัติที่: 1 พระภิกษุรูปหนึ่ง อยู่ในป่ามหาวัน ได้เสพเมถุนกับลิง พระพุทธเจ้าทรง ทราบจึงรับสั่งให้ประชุมสงฆ์ ทรงสอบสวนภิกษุนั้นรับสารภาพ ทรงตำหนิ แล้วทรงบัญญัติเพิ่มเติม ว่า ภิกษุใดเสพเมถุนธรรม โดยที่สุดแม้กับสัตว์ดิรัจฉานตัวเมีย ภิกษุนั้นเป็นปาราชิก หาสังวาส มิได้¹⁰

อนุบัญญัติที่: 2 ภิกษุชาวเมืองวัชชี เสพเมถุนธรรมทั้งที่ยังเป็นภิกษุ ไม่ลาสิกขาก่อน อยากจะขอบวชใหม่ พระพุทธเจ้าไม่ทรงอนุญาต ในขณะเดียวกันทรงให้แนวทางแก้สงฆ์ไว้ด้วยว่า

⁹ ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ ข. หน้า 402.

¹⁰ แหล่งเดิม. หน้า 25.



บัญญัติเพิ่มเติมเพื่อให้รัดกุมยิ่งขึ้นว่า ภิกษุใดถึงพร้อมด้วยสิกขาและสาธิพของภิกษุทั้งหลาย ไม่บอก
คืนสิกขาไม่เปิดเผยความข้อแท้ เสพเมถุนธรรมโดยที่สุดแม้กับสัตว์เดรัจฉานตัวเมีย ภิกษุนั้นเป็น
ปาราชิกหาสงวาสมิได้¹¹

วินีตวัตถุ

1) เรื่องปลอมเป็นคฤหัสถ์ไปเสพเมถุนธรรม แล้วเกิดกังวลใจจึงกราบทูลถามพระผู้มี
พระภาค พระองค์ตรัสว่า “ภิกษุ เธอต้องอาบัติปาราชิก”

2) เรื่องเปลือยกาย ภิกษุรูปหนึ่งเปลือยกายไปเสพเมถุนธรรม ด้วยคิดว่าการไม่ได้ห่ม
จีวรแล้วคงไม่ผิด เกิดกังวลใจจึงกราบทูลถามพระผู้มีพระภาค พระองค์ตรัสว่า “ภิกษุ เธอต้องอาบัติ
ปาราชิก”

3) เรื่องภิกษุเรอองคชาตยาว มีความกำหนัดมากสอดคองค์ชาติเข้าทางทวารหนักของตน
แล้วเกิดความกังวลใจจึงกราบทูลถามพระผู้มีพระภาค พระองค์ตรัสว่า “ภิกษุ เธอต้องอาบัติ
ปาราชิก”¹²

จะเห็นได้ว่าการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศที่เป็นความผิดในความหมายและ
องค์ประกอบของการกระทำความผิดในทางพระพุทธศาสนา ยังรวมถึงการที่พระภิกษุปลอมเป็น
คฤหัสถ์เพื่อไปเสพเมถุนธรรมด้วยคิดว่าการที่แต่งตัวเป็นคฤหัสถ์ หรือการเปลือยกายมาใส่เสื้อผ้า
ไม่นุ่งห่มใคร่จีวร แล้วร่วมประเวณี หรือการที่ภิกษุอวัยวะเพศยาว ภิกษุมีความกำหนัดมากสอด
อวัยวะเพศเข้าทางทวารหนักของตน โดยเจตนาเสพกาม แต่เมื่อกราบทูลพระผู้มีพระภาคให้ทรง
ทราบ พระองค์ตรัสว่า ภิกษุเธอต้องอาบัติปาราชิก¹³ จะเห็นได้ว่าการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศที่มี
โทษขั้นรุนแรงที่สุดเปรียบโทษรุนแรงกับการกระทำความผิดฐานข่มขืนในกฎหมายอาญานั้นในทาง
พระธรรมวินัยได้บัญญัติไว้กว้างกว่าในทางกฎหมายอาญา ผู้เขียนเห็นว่าเป็นเพราะเพศสมณะเป็น
เพศที่ควรแก่สักการะกราบไหว้ พระพุทธองค์ทรงได้โปรดเล็งเห็นว่าหากปล่อยไว้อาจทำให้ศาสนา
มัวหมองเพื่อป้องกันมิให้เกิดความเสื่อมในศาสนาและความเสื่อมศรัทธาเมื่อพระพุทธองค์ได้ทรง
พระปริณิพานไปแล้ว พระพุทธองค์จึงได้โปรดบัญญัติพระวินัยที่เคร่งครัดในพระภิกษุสงฆ์ให้
แตกต่างและเข้มงวดกว่าเพศคฤหัสถ์ แต่ถึงแม้กระนั้นโทษทางพระธรรมวินัยก็ไม่ได้มีบทบัญญัติ
ให้รับผิดที่มีสภาพบังคับสามารถก่อให้เกิดความเกรงกลัวต่อบทลงโทษหากกระทำความผิดในขณะที่เป็น
พระภิกษุสงฆ์

ในสมัยปัจจุบันมีการเปิดกว้างในเรื่องเพศมากยิ่งขึ้น เป็นตัวแปรต่อปัจจัยในการ
ตัดสินใจกระทำผิดได้ง่าย ทั้งสิ่งเร้าภายนอกและสังคมในยุคเทคโนโลยีรวมถึงค่านิยมในเรื่องรัก

¹¹ ทวิเกียรติ มินะกนิษฐ. เล่มเดิม. หน้า 26.

¹² คณาจารย์มหาวิทยาลัยมหาจุฬาลงกรณราชวิทยาลัย. (2551). พระวินัยปิฎก. หน้า 21-24.

¹³ สมเด็จพระมหาสมณเจ้า กรมพระยาวชิรญาณวโรรส. เล่มเดิม. หน้า 29.

ร่วมเพศที่เป็นที่สังคมไทยเริ่มเปิดรับเป็นแรงขับให้กระทำความผิดได้มากมาย เช่น ในหน้าหนังสือพิมพ์ จะเห็นได้ดังตัวอย่างต่อไปนี้

พระครูพิพัฒนสารกิจ เจ้าอาวาสวัดหนองหญ้าปล้อง ตำบลไถ่เสา อำเภอหนองแซง จังหวัดสระบุรี ใส่ชุดสำหรับ เป็นร่างทรงเจ้าแม่อุมาเทวีที่คู่แล้วไม่เหมาะสมกับความเป็นพระ และตั้งตัวเป็นร่างทรงรับคูดมอมาช้านาน โดยหลอกนายธนาทร สมเนตร เข้าไปหาในกุฏิบอกว่ามีไฟในตับไม่ดีต้องแก้เคล็ด พร้อมให้ถอดกางเกงออกก่อนจะสำเร็จความใคร่ให้ด้วยปากแล้วให้เงิน 2,000 บาทโดยให้เงินปิดเป็นความลับ¹⁴

พระธวัชชัย เอี่ยมองค์ บวชอยู่ที่วัดกระทิงลาย ตำบลนาเกลือ อำเภอบางละมุง จังหวัดชลบุรี ได้ร่วมกับนายแสงเพชร ไม่ทราบนามสกุล วางแผนลวงหญิงอายุ 17 ปี ที่รู้จักสนิทสนมกันมา ช่มจีนกระทำการในกุฏิโดยหลอกว่าจะนำเงินที่ยืมไปใช้ให้พระที่กุฏิให้ไปเป็นเพื่อน จากนั้นจึงร่วมกันใช้กำลังปลุกปล้ำผลักดันช่มจีนหญิงในกุฏิ โดยถ่ายคลิปปวีดีโอไว้เพื่อแบล็กเมล์ด้วย¹⁵

พระธงไชย เนียมอุ่ม พระลูกวัดอุบลวนาราม หรือวัดบัว ตำบลปลายบาง อำเภอบางกรวย จังหวัดนนทบุรี พระพี่เลี้ยงสามเณรภาคฤดูร้อน ได้หลอกเด็กชายเอ (นามสมมติ) อายุ 12 ปี ไปนอนด้วยที่กุฏิ และใช้กำลังปลุกปล้ำพยายามช่มจีนทางทวารหนักแต่ไม่สำเร็จ มารดาเด็กได้เข้าแจ้งความดำเนินคดี¹⁶

นายกิตติพันธ์ พร้อมมูล อายุ 22 ปี อดีตเนรได้ออกมาโดยเปิดเผยในรายการทีวี เรื่องเด่นเย็นนี้ ว่าตนได้เคยขายตัวให้เจ้าอาวาสถึง 7 วัด อำเภอบ้านธิ จังหวัดลำพูน ซึ่งอาจกล่าวได้ว่าวงการพระมีการรู้กันภายในว่ามีการซื้อประเวณีกันได้ โดยได้ค่าตัวแต่ละครั้ง 10,000 บาท ต่อมาได้มีการสอบสวนจนพระ 7 รูปต้องสึก¹⁷

ดังตัวอย่าง ในหน้าหนังสือพิมพ์นั้นจะเห็นได้ว่า นอกจากมีการเสพเมถุน ยังมีการขายบริการทางเพศอีกด้วย ซึ่งผู้เขียนจะขอกล่าวรายละเอียดในความผิดฐานเป็นธุระจัดหาหรือการชักสื่อต่อไป

ในการกระทำความผิดฐานช่มจีนหรือการสำเร็จความใคร่ด้วยวัตถุอื่นอันพระธรรมวินัยได้บัญญัติไว้ นั้น ตามพระธรรมวินัยถือว่าบุคคลนั้นได้อาบัติปาราชิกขาดจากการเป็นพระภิกษุสงฆ์แล้วทันทีที่เสพเมถุนธรรมแม้ยังไม่สละผ้าไตรจีวร แต่การกระทำความผิดฐานอนาจารและการชัก

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

¹⁵ ไทยรัฐ. (2552, 6 มีนาคม). “ลากคอทรชนหันกามพระพุทธรูปสุดชั่ว ร่วมกับพวกหลวงนักศึกษาสาววัย 17 ปี ไปรูมโหมโรงในกุฏิ.” หน้า 19.

¹⁶ ข่าวสด. (2551, 19 กรกฎาคม). “บุกจับพระหนุ่มลูกวัดดัง ย่านบางกรวย เมืองนนท์ พยายามช่มจีนเด็กชายวัย 12 ปี แม่พาขึ้นโรงพัก.” หน้า 14.

¹⁷ ข่าวสด. (2552, 24 กุมภาพันธ์). “เนรเบร็ดพลัว 7 สมภารสึกแล้ว. หน้า 14.

สื่อตามพระธรรมวินัยพระภิกษุสงฆ์ต้องรับโทษด้วยอาบัติอย่างกลาง คือ อาบัติสังฆาทิเสส การอาบัติสังฆาทิเสสนี้ไม่ถึงกับต้องขาดจากความเป็นพระทันทีดังเช่นการกระทำความผิดในโทษอาบัติปาราชิก

เนื่องจากหัวข้อนี้ได้ศึกษาว่าด้วยการกระทำความผิดในฐานข่มขืนกระทำชำเราและรวมถึงการสำเร็จความใคร่ด้วยวัตถุต้องห้ามตามพระธรรมวินัย อันทำให้ผู้กระทำความผิดต้องอาบัติปาราชิกถือเป็นโทษอย่างหนัก และการปาราชิกเป็นโทษอาบัติอย่างเดียวที่มีความเกี่ยวข้องกับความรักผิดของพระภิกษุสงฆ์ในประมวลกฎหมายอาญาที่มีการบัญญัติไว้เป็นเรื่องเกี่ยวกับสงฆ์ ผู้เขียนจึงใคร่ขอกล่าวถึงความรับผิดชอบตามประมวลกฎหมายอาญาที่ให้พระภิกษุสงฆ์ต้องมีความรับผิดชอบเมื่อได้กระทำความผิดฐานอาบัติปาราชิกในหัวข้อนี้ ในทางประมวลกฎหมายอาญาได้บัญญัติให้ผู้แต่งกายหรือแสดงว่าเป็นเครื่องหมายของภิกษุโดยมิชอบเพื่อให้บุคคลอื่นเชื่อว่าตนเป็นบุคลเช่นนั้นมีความผิด¹⁸

หากบุคคลภายนอกผู้ซึ่งไม่ได้บวชตามพุทธศาสนาแต่งกายเลียนแบบพระภิกษุเพื่อให้ผู้อื่นเข้าใจผิดโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อกระทำการอื่นไม่ชอบด้วยกฎหมาย ย่อมไม่เป็นการยากในการตีความเจตนารมณ์ภายใต้บทบัญญัตินั้นโดยลึกลับ ซึ่งแต่บทบัญญัติมาตรานี้บังคับใช้กับกรณีที่พระภิกษุสงฆ์ได้กระทำความผิดอาบัติปาราชิกแต่ไม่ยอมสละผ้าไตรจีวรอันเป็นเครื่องแบบแห่งสงฆ์ด้วย ซึ่งผู้เขียนขอกล่าวให้เข้าใจเกี่ยวกับการอาบัติปาราชิกก่อน

พระพุทธองค์ทรงบัญญัติการอาบัติปาราชิกไว้มี 4 ประการ ได้แก่

1) การเสพเมถุนธรรม 2) การเอาของที่เจ้าของไม่ให้ซึ่งพระราชาจะลงโทษถึงประหารชีวิต จองจำ หรือเนรเทศ ในสมัยนั้นได้แก่ การลักเอาของที่มีค่าตั้งแต่ 5 มาสกะหรือ 1 บาทขึ้นไป 3) ข่มามุข 4) อวดอ้างคุณวิเศษที่ไม่มีในตัวตน¹⁹

ภิกษุที่ต้องอาบัติปาราชิก เป็นไปเพราะพระภิกษุนั้นได้กระทำความผิดเอง จึงไม่จำต้องสนใจลาสิกขา ก็ถือว่าขาดจากความเป็นภิกษุทันทีโดยไม่ต้องมีพิธีใดๆ และห้ามอุปสมบทอีก เปรียบเสมือนการตายจากการเป็นพระ ถึงไม่ลาออกก็ถือว่าขาดคุณสมบัติ²⁰

การขาดจากความเป็นพระภิกษุอีกทางหนึ่งได้แก่ “การลาสิกขาหรือการสละสมณะเพศ” ซึ่งพระธรรมวินัย กัณฑ์ที่ 33 ได้กำหนดไว้ให้พระภิกษุผู้เป็นนายการประพฤติธรรมเมื่อปรารธนาจะกลับไปสู่ความเป็นคฤหัสถ์ยอมทำได้ด้วยการลาสิกขา คือ ปฏิญาณตนเป็นคฤหัสถ์ต่อคณะสงฆ์ หรือต่อหน้าบุคคลอื่นที่ไม่ใช่พระภิกษุก็ได้แต่ต้องเป็นผู้ที่มีสติสมบูรณ์เข้าใจถึงปฏิญาณ

¹⁸ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ. (2552). ประมวลกฎหมายอาญฉบับอ้างอิง มาตรา 208. หน้า 339.

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

²⁰ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ. (2552). ประมวลกฎหมายอาญฉบับอ้างอิง. หน้า 340.

นั้นด้วยโดยกล่าวคำว่า สิกข์ ปจฺจุขามิ ข้าพเจ้าลาสิกขา คีหิติ มํ ธาเรถ ท่านทั้งหลายจงจำข้าพเจ้าไว้ว่าเป็นคฤหัสถ์²¹ การขาดจากความเป็นพระภิกษุด้วยการลาสิกขานี้ ผู้สึกสามารถกลับมาบวชได้อีก ไม่เหมือนกับการขาดจากความเป็นพระภิกษุด้วยอาบัติปาราชิก

คงจะไม่มีปัญหาเกิดขึ้น หากพระภิกษุผู้กระทำความผิดรู้ตัวว่าได้กระทำความผิดอาบัติปาราชิกแล้วยอมรับการขาดการจากเป็นพระภิกษุและเปลื้องผ้ากาสะยะแล้วถือครองเพศอื่นโดยน้อมรับความจริงนั้นด้วยดี แต่ปัญหามักเกิดขึ้นจากการที่ผู้กระทำความผิดนั้นไม่ยอมสละผ้าไตรจีวรอันเป็นเครื่องแบบแห่งสงฆ์ หรือเมื่อได้ถูกบังคับให้เปลี่ยนเป็นชุดคฤหัสถ์แล้วได้กลับมาแต่งกายหมายให้เข้าใจว่าเป็นสงฆ์อีก

ดังตัวอย่างฎีกาที่ 6782/2543 จำเลยเป็นพระภิกษุถูกเจ้าพนักงานตำรวจจับกุมในข้อหาเมียเข้าไว้ในครอบครองตามพรบ. คณะสงฆ์ พ.ศ. 2505 มาตรา 29 กำหนดให้พนักงานสอบสวน มีอำนาจจัดดำเนินการให้พระภิกษุต้องขอหาว่ากระทำความผิดอาญาສະສມณเพศเมื่อไม่เห็นสมควรให้ปล่อยชั่วคราว พนักงานสอบสวนพาจำเลยไปวัดที่จำเลยสังกัดเพื่อให้จำเลยสึก แต่จำเลยไม่ยอมสึกและเจ้าอาวาสก็ไม่ยอมสึกให้ พนักงานสอบสวนจึงพาจำเลยกลับไปสถานีตำรวจให้พนมมือต่อหน้าพระพุทธรูป จำเลยกล่าวว่า “ข้าพเจ้าขอลาสิกข์ก่อน” พนักงานสอบสวนจึงได้ให้จำเลยถอดสบงจีวรเองแล้วนำเสื้อยืดคอกลมกางเกงขาสั้นมาให้จำเลยใส่ ต่อมาเมื่อจำเลยได้ประกันตัว ถิ่นผ้าเหลืองมานุ่งห่มอีก จึงถูกดำเนินคดีฐานแต่งกายที่แสดงว่าเป็นพระภิกษุโดยไม่ชอบ ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 208 ศาลฎีกาเห็นว่า จำเลยเข้าใจว่าการกล่าวลาสิกข์ต่อหน้าพระพุทธรูปไม่ทำให้ตนขาดจากความเป็นพระภิกษุเพราะเป็นการกระทำโดยผลการของเจ้าพนักงานตำรวจ จำเลยจึงไม่มีเจตนากระทำความผิดตามมาตราดังกล่าว

²²จึงเห็นได้จากคำพิพากษาศาลฎีกาเห็นว่าตามข้อเท็จจริงดังกล่าว จำเลยขาดจากความเป็นพระภิกษุแล้ว แต่เป็นเพราะจำเลยเข้าใจว่าพนักงานสอบสวนกระทำโดยผลการ จึงคิดว่าตนยังไม่ขาดจากความเป็นพระภิกษุ ซึ่งถือเป็นการไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบความผิดตามมาตรา 208 ประกอบมาตรา 59 วรรคสาม จะถือว่าจำเลยมีเจตนากระทำผิดหาได้ไม่ ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า จำเลย ไม่มีเจตนากระทำความผิด ซึ่งเป็นคำวินิจฉัยที่สมเหตุสมผลแล้ว เพราะหากศาลฎีกาเห็นว่าจำเลยยังไม่ขาดจากความเป็นพระภิกษุ น่าจะต้องวินิจฉัยว่า เมื่อพนักงานสอบสวนกระทำโดยผลการ จำเลยจึงยังไม่ขาดจากความเป็นภิกษุ การกระทำของจำเลยจึงไม่เป็นความผิดตามมาตรา 208

²¹ คณะจารย์แห่งโรงพิมพ์เลี้ยงเชิง. (2536). วินัยมุข เล่ม 3. หน้า 153.

²² ทวีเกียรติ มินะกะนิษฐ จ. (2552). “วิธีจับพระสึก.” ในหนังสือมุมมองใหม่ในกฎหมายอาญา. หน้า 183-184.

จากคำพิพากษานี้ ท่านอาจารย์ รศ.ดร.ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ ได้ให้ความเห็นในการแก้ไขปัญหาในกรณีที่พระภิกษุผู้ต้องหาไม่ยอมแปล่งวาจา เพราะเชื่อว่าตนไม่ได้ทำสิ่งใดผิด ในขณะที่ยังมีได้มีกฎหมายอาญาบัญญัติเรื่องวิธีดำเนินการให้พระภิกษุผู้ต้องหาว่ากระทำความผิดอาญาสาสิกขา พนักงานสอบสวนจะสามารถดำเนินการโดยวิธีที่เหมาะสมในกรณีที่พระภิกษุยังครองผ้ากาสายะดังนี้

(1) หลัก “กายประโยค” ได้แก่ เปลื้องผ้ากาสายะเสีย แล้วนุ่งห่มอย่างคฤหัสถ์ แต่ยังเป็นเพียงอาบัติทุกกฏยังไม่จัดเป็นการลาสิกขา หากคงประพฤติพรหมจรรย์นั้นคงอยู่ย่อมไม่ขาดจากความเป็นพระ แต่หากเข้าอยู่ในบ้าน แล้วทำตัวอย่างคฤหัสถ์ก็ฟังว่าได้ปฎิญญาเป็นคฤหัสถ์ด้วย “กายประโยค” โดยปริยายแล้วนั่นเอง

(2) ให้ลงชื่อปฎิญญาตนเป็นคฤหัสถ์

จะเห็นได้ว่า ท่านอาจารย์ รศ.ดร.ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ ได้ให้คำแนะนำที่ยังประโยชน์ให้แก่วิถีปฏิบัติในการดำเนินกระบวนยุติธรรมทางอาญาและเป็นทางแก้ไขที่มีความเหมาะสมเป็นอย่างยิ่ง ในกรณีที่หากเจ้าพนักงานจะต้องเข้าบังคับดำเนินคดีแก่พระภิกษุสงฆ์ ทั้งยังเป็นการแก้ไขปัญหาได้อย่างปราศจากข้อครหาและข้อกังขาต่อสาธารณชนเนื่องจากเป็นสิ่งที่พระธรรมวินัยได้บัญญัติอนุญาตไว้ให้สามารถกระทำได้ เพราะในสังคมไทยนั้นความเชื่อความศรัทธายังเป็นเรื่องที่ละเอียดอ่อนมาก หากนักกฎหมายทั่วไปที่ไม่ได้ศึกษาพระธรรมวินัยหรือมีความสนใจในธรรมะของพระพุทธองค์เป็นกรณีพิเศษย่อมไม่อาจทราบได้ว่าจะปฏิบัติบังคับโทษกับพระภิกษุสงฆ์ให้เหมาะสมถูกต้องและกระบวนพิจารณาจะไม่เสียไปเปล่าอย่างไร ตามความเห็นและคำแนะนำของท่านอาจารย์ รศ.ดร.ทวีเกียรติ ย่อมเป็นวิธีการแก้ไขปัญหานักกฎหมายที่มีวิสัยทัศน์อย่างแท้จริง เป็นมุมมองของผู้ที่มีใจเพียงแคร์ด้านวิชาการเท่านั้น แต่ยังเป็นนักกฎหมายที่มีความรู้ รวมถึงประสบการณ์ทั้งในเรื่องทางธรรมและทางโลก จากบทความนี้จึงทำให้ผู้เขียนเกิดความคิดที่พัฒนาต่อไปว่าหากมีการบัญญัติกฎหมายที่มีความเกี่ยวพันกับพระธรรมวินัยใช้บังคับในกรณีผู้กระทำความผิดเป็นพระภิกษุสงฆ์เป็นวิธีบัญญัติน่าจะเกิดประโยชน์อย่างยิ่งทั้งต่อศาสนาและสังคม

ผู้เขียนเห็นว่าปัญหาที่น่าสนใจที่ขอคิดต่อขอยกไปจากครูบาอาจารย์อีกประการหนึ่ง คือ โดยปกติโจรย่อมไม่ยอมรับว่าตนเองเป็นโจร เฉกเช่น ในกรณีที่พระภิกษุสงฆ์ผู้กระทำความผิดที่ยังสามารถปกปิดการกระทำความผิดที่ตนกระทำได้อยู่และอาศัยความเชื่อความศรัทธาของประชาชนว่าตนยังอยู่ในสมณเพศอันบริสุทธิ์ทั้งยังคงกระทำความผิดอย่างต่อเนื่องมีการเลียนแบบกันในแวดวงสงฆ์ รวมถึงมีวิชาชีพที่อาจจะเข้ามาหาประโยชน์ในผ้าเหลือง เนื่องจากไม่มีความเกรงกลัวต่อโทษทัณฑ์ที่มีอยู่ในปัจจุบัน แม้ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 208 จะมีสภาพบังคับได้เมื่อมีการกระทำความผิดอาญาเกิดขึ้นแล้ว และพระภิกษุผู้กระทำความผิดนั้นไม่ยอมสึกหรือ

ปาราชิกแล้วยังฝ่าฝืนครองผ้าไตรจีวรอยู่ก็ตาม แต่ในปัจจุบันก็ได้มีบทลงโทษที่มีสภาพบังคับสำหรับการกระทำความผิดอาญาที่เกี่ยวข้องกับพระธรรมวินัยนั้นๆ โดยตรง รวมถึงกรณีที่มีความผิดนั้นเป็นความผิดอาญาแต่จะกระทำผิดอยู่ในเพศสมณะ และแม้กระทั่งการกระทำที่กฎหมายอาญาไม่ถือว่ามีความผิดแต่ทางพระธรรมวินัยถือว่าร้ายแรงเพราะขัดต่อสภาวะสมณะอันเป็นเพศที่สูงกว่าปุถุชน เช่น การร่วมประเวณีกับหญิงที่อายุเกินกว่ากฎหมายกำหนดและหญิงยินยอม ดังที่เห็นในข่าวหนังสือพิมพ์ แม้ในสมัยปัจจุบันจะมีเทคโนโลยีกว้างไกลเพียงใดค่านิยมจะเปลี่ยนไปแค่ไหน สำหรับพระภิกษุสงฆ์ในสังคมก็ยังคงได้รับความศรัทธาเหนือกว่าบุคคลธรรมดาในทุกระดับชนชั้นและวิชาชีพ ฉะนั้นหากมีการออกกฎหมายบังคับในการกระทำความผิดบางเรื่องให้เห็นสมควรเหมาะสมกับศีลธรรม เพื่อใช้กับบุคคลที่มีสถานะทางสังคมเป็นพิเศษดังเช่นพระภิกษุสงฆ์ให้มีลักษณะเฉพาะ ชัดเจนในประมวลกฎหมายอาญาขึ้นเป็นพิเศษ มากกว่ากฎหมายที่ใช้บังคับกับบุคคลธรรมดาทั่วไป ก็น่าจะเป็นหนทางหนึ่งที่เป็นการป้องปรามผู้ที่กระทำความผิดให้ั้งใจก่อนที่จะกระทำความผิดเพราะกลัวโทษที่จะได้รับนั้น

2) ความแตกต่างในความผิดฐานอนาจารในทางพระพุทธศาสนากับความผิดฐานอนาจารในทางกฎหมายมีอยู่หลายประการ กล่าวคือ

(1) การกระทำอนาจารในทางพระพุทธศาสนานั้น การพุดจาเกี่ยวกับพราสี การพุดเกลี้ยกล่อมให้หญิงบำเรอตาม โดยมีได้ถูกเนื้อต้องตัวก็ถือว่าเป็นการกระทำความผิดอาบัติสังฆาทิเสสหรือเป็นการอนาจาร

ก. แต่ตามประมวลกฎหมายอาญาการกระทำอนาจาร หมายถึง การกระทำที่ไม่สมควรทางเพศต่อเนื้อตัวร่างกายของบุคคล ลักษณะอื่นนอกเหนือจากการกระทำชำเรา

(2) การกระทำอนาจารในความหมายในทางพระพุทธศาสนานั้น ผู้ถูกกระทำต้องเป็นเพียงหญิงเท่านั้น

ก. แต่ตามประมวลกฎหมายอาญาซึ่งผู้ถูกกระทำอนาจารอาจเป็นหญิงหรือชายก็ได้

(3) การอยู่ในที่ลับสองต่อสองกับหญิง การนั่งอาสนะเดียวกันในที่ลับ ก็ถือว่าเป็นการกระทำความผิดอาบัติสังฆาทิเสสหรือเป็นการอนาจาร

ก. แต่ตามประมวลกฎหมายอาญาไม่ถือว่าเป็นความผิด

การสัมผัสกายหญิง โดยมีเจตนาด้วยความเสน่หามีความกำหนดในสัมผัส แม้หญิงยินยอมให้สัมผัส ก็ถือว่าเป็นการกระทำความผิดอาบัติสังฆาทิเสสหรือเป็นการอนาจาร

1) แต่ตามประมวลกฎหมายอาญาไม่ถือว่าเป็นความผิด

หมายเหตุ แม้การยินดีในสัมผัสกับเสื้อผ้าติดกายหรือเสื้อผ้าที่สวมใส่อยู่แค่เพียงปลายผ้าของหญิงหรือหญิงสัมผัสเพียงปลายจีวร หากสัมผัสนั้นพระภิกษุมีความยินดีเสน่ห์หาหรือความกำหนัด ภิกษุก็ต้องอาบัติ

ในการศึกษาครั้งนี้ ผู้เขียนให้ความหมายคำว่าสังฆาติเสสเทียบเคียงกับความหมายว่าอนาจาร โดยจะยกสิกขาบทที่เป็นอาบัติสังฆาติเสสลักษณะอื่นถือเป็นบทลงโทษอย่างกลางตามต้นพุทธบัญญัติ ดังนี้

ต้นพระบัญญัติ: พระอุทายีได้พาพราหมณ์และพราหมณีเที่ยวชมวิหาร ได้จับอวัยวะร่างกายของนาง ต่อมาพราหมณ์ทราบจึงตำหนิพระอุทายี²³

การพูดเกี้ยวหญิง

ต้นพระบัญญัติ: พระอุทายีพาหญิงสาวทั้งหลายเที่ยวชมวิหาร พูดพาดพิง ทวารหนัก ทวารเบาของหญิงเหล่านั้น²⁴

การพูดให้บำเรอความใคร่ของตน

ต้นพระบัญญัติ: พระอุทายีไปบ้านหญิงหม้าย แสดงธรรมแล้วพูดเกี้ยวขอเสพเมถุนกับหญิงหม้าย ด้วยคำที่พาดพิงเมถุนว่า “น้องหญิง หญิงใดบำเรอผู้ประพฤติพรหมจรรย์ ผู้มีศีลมีกัลป์ยารธรรมเช่นเราด้วยธรรมนั้น การบำเรอนี้ของหญิงนั้นเป็นการบำเรอชั้นยอด”²⁵

การนั่งในที่ลับตากับหญิงสองต่อสอง

ต้นพระบัญญัติ: พระอุทายีเข้าไปนั่งกับหญิงสาวน้อยในห้องส่วนตัวที่ลับตาสองต่อสองพอที่จะทำการได้ นางวิสาขาได้เห็นเข้า จึงได้กล่าวเตือน

การนั่งในที่ลับหูกับหญิงสองต่อสอง

ต้นพระบัญญัติ: นั่งในที่ลับตาหรือในที่ลับหูกับหญิงสองต่อสองโดยตรงกล่าวคือการนั่งบนอาสนะเดียวกันกับหญิงที่กำลังในที่ลับ โดยพอที่พูดคุยกันแล้วบุคคลอื่น ไม่ได้ยิน หรือไม่อาจเห็น²⁶

- พระภิกษุสงฆ์ผู้กระทำความผิดดังกล่าว ต้องอาบัติ แต่เป็นอาบัติสังฆาติเสส คือโทษซึ่งแก้ไขหรือเยียวยาได้

²³ พระนิพนธ์ในเจ้าคุณ พระเจ้าวรวงศ์เธอ กรมหลวงชินวราลงกรณ สดุดพระสังฆราชเจ้าวัดราชบพิธสถิตมหาสีมาราม. (2550). มูลเหตุที่ได้ทรงบัญญัติพระวินัย. หน้า 41.

²⁴ คณะกรรมาธิการวิสามัญร่างประมวลกฎหมายอาญา. เล่มเดิม. หน้า 42.

²⁵ แหล่งเดิม. หน้า 43.

²⁶ แหล่งเดิม. หน้า 71.

ดังที่ผู้เขียนได้วิเคราะห์ในความคิดฐานข้างขึ้น ว่าการที่พระธรรมวินัยได้บัญญัติไว้อย่างเคร่งครัด เนื่องจากว่าการกระทำ หรือการวางตัวของพระภิกษุสงฆ์ผู้ควรแก่สักการะในสังคม ต้องมีความสำรวมกว่าปุถุชนทั่วไปทั้งนี้เนื่องจากสถานะของภิกษุสงฆ์นั้นมีความน่าเลื่อมใสอยู่ในตัว ทั้งในแง่ภาพพจน์ของสถาบันศาสนา หรือความศรัทธาของปวงชน พระพุทธองค์จึงได้บัญญัติไว้อย่างเคร่งครัดแม้ในเรื่องที่เล็กน้อยแต่เป็นสิ่งที่ล่อแหลม เพราะหากมองข้าม ไปอาจก่อให้เกิดความเสียหายใหญ่ต่อสถาบันหลักตามมาได้ แต่ถึงแม้จะเคร่งครัดอย่างไรก็ตามก็ยังมีการกระทำความผิด ดังกล่าวเกิดขึ้นอย่างต่อเนื่อง ดังจะเห็นได้ในสังคมทั่วไปโดยเฉพาะปัจจุบันแนวความคิดหรือมุมมองในเรื่องเพศเป็นแบบเปิดกว้างเลียนแบบค่านิยมของตะวันตกมากยิ่งขึ้น ดังนั้นในการกระทำบางอย่างเช่น ในการกระทำความผิด ไม่สมควรทางด้านเพศ พระภิกษุผู้ไม่เคร่งในพระธรรมก็อาจจะคิดว่าเป็นเรื่องเล็กน้อยเรื่องธรรมดา เช่น การที่วัดวาอารามอยู่ติดกับโรงเรียน ก็จะมีพระภิกษุสามเณรเดินผ่าน กับเด็กนักเรียนวัยสาว เกิดการพูดจาหยอกล้อกัน โดยเห็นเป็นเรื่องเล็กน้อยและโทษก็ไม่รุนแรงพอที่จะทำให้เกรงกลัว จึงยังเป็นปัญหาในสังคมและองค์กรสงฆ์อยู่ จะเห็นได้ว่าพระธรรมวินัยได้บัญญัติกรรมของการกระทำความผิดอนาจารไว้เพียงว่าผู้ถูกกระทำต้องเป็นมนุษย์เพศหญิงเท่านั้นหากกระทำกับมนุษย์เพศชายย่อมไม่มีความผิดอนาจาร อาจเป็นเพราะเนื่องจากการกระทำอนาจารในทางพระพุทธศาสนาหากเกิดขึ้นกับชายด้วยกันก็ไม่ทำให้เกิดความล่อแหลมมากเท่าทำกับเพศหญิง แต่หากเป็นเรื่องที่มีการชำเรามาเป็นองค์ประกอบด้วยแล้วนั้นแม้จะเกิดขึ้นกับชายด้วยกันพระพุทธศาสนาก็ได้บัญญัติไว้ครอบคลุมในเรื่องของการเสพเมถุนไว้อย่างชัดเจนว่าแม้กับชายทางทวารน้อยใหญ่ก็ถือว่าเป็นความผิดถึงขั้นปาราชิก จะเห็นได้ว่ารักร่วมเพศ หรือ Homosexual ได้เกิดขึ้นตั้งแต่สมัยพุทธกาลแล้ว แต่ยังไม่มากนัก ผู้เขียนเห็นว่าความคิดที่ว่าการกระทำอนาจารที่สื่อถึงเจตนาทางเพศดังกล่าวแม้ยังไม่ถึงกับการเสพเมถุนแต่ในปัจจุบันก็สามารถก่อให้เกิดความล่อแหลมในสังคมและภาพพจน์ที่เสียหายต่อศาสนาได้เช่นเดียวกับการกระทำกับหญิง เนื่องจากปัจจุบันมีการยอมรับสนิยมแบบรักร่วมเพศหรือ Homosexual กันมากขึ้น การรักชายกับชายหรือหญิงกับหญิงไม่เป็นที่น่ารังเกียจในสังคม แต่หากผู้กระทำเป็นเพศบรรพชิตเป็นผู้กระทำเสียเองมีแต่จะก่อให้เกิดความมัวหมองให้ศาสนา โดยฐานะที่สังคมวางไว้ให้สูง ทั้งยังพบข่าวในหน้าหนังสือพิมพ์ในช่วงต้นปีพ.ศ. 2552 ดังตัวอย่าง

“ที่สำนักงานพระพุทธศาสนาแห่งชาติ อ.พุทธมณฑล จ.นครปฐม นายณัฏฐ์ ธีระโรจน์พงษ์ ประธานกลุ่มเกย์การเมืองไทย ยื่นหนังสือและซีดีภาพถ่ายเพื่อร้องเรียนกรณีพระสงฆ์ที่มีพฤติกรรมตุ๊ดเต๋หรือชายรักชายที่แสดงพฤติกรรมไม่เหมาะสม ในขณะที่บวชอยู่ในเพศสมณะ แต่งหน้าทาลิปสติก นำเอาจีวรมาทำเกะกะอก สร้างความเสื่อมต่อศาสนา โดยเฉพาะวัดภาคเหนือ²⁷”

²⁷ ข่าวสด. (2552, 21 มกราคม). “มหาเถรสั่งคว่ำ เข้ม พระตุ๊ดเต๋แล้ว.” หน้า 1,16.

บริษัทพบเห็นก็อยากกราบไหว้³⁰ ผู้เขียนเห็นว่าการกระทำตามข่าวเหล่านี้ก็ก่อให้เกิดความเสื่อมให้ศาสนาในพฤติกรรมของพระภิกษุเองโดยไม่ต้องอาศัยกรรมของการกระทำเลย ผู้มาบวชจึงควรมีสำนึกสำนึกในการที่จะรับผิดชอบต่อศาสนา สังคมและต่อตนเอง ว่าหากยังตัดกิเลสไม่ได้ก็ควรที่จะสึกออกไปเอง หรือควรมีบทลงโทษที่เป็นความรับผิดชอบเฉพาะเป็นพิเศษแก่พระภิกษุสงฆ์ในกฎหมายอาญาบ้านเมืองให้เป็นรูปธรรมช่วยปกป้องศาสนาให้เข้มแข็งได้มากยิ่งขึ้น เพื่อให้เกิดความซึ้งใจที่จะกระทำการใดๆ ในขณะครองเพศสมณะ

3) ความแตกต่างในความผิดฐานเป็นธรรมาจารในทางพระพุทธศาสนากับความผิดฐานเป็นธรรมาจารในทางกฎหมายอาญา

เมื่อพิจารณาห้วงคำประกอบแล้วแยกได้เป็น 2 ส่วน

• ส่วนแรก การแนะนำเป็นธรรมาจารเพื่อให้เป็นสามเณรด้วยกัน

ส่วนที่สอง เป็นธรรมาจารเพื่อให้หญิงบริการไปร่วมหลับนอนกับชายเพียงชั่วคราว

1) การเป็นธรรมาจารเพื่อสนองความใคร่ในทางพระพุทธศาสนาไม่จำเป็นที่ผู้กระทำความผิดจะต้องได้รับค่าตอบแทน หรือเพื่อการค้า

ก. แต่ตามประมวลกฎหมายอาญาผู้กระทำความผิดต้องมีเจตนาภายในที่จะจัดหาเพื่อสนองความใคร่ของผู้อื่นเพื่อหวังอามิสทางการค้าด้วยหรือถึงขั้นดำรงอยู่ด้วยรายได้จากหญิงขายบริการด้วย

2) การเป็นธรรมาจารเพื่อสนองความใคร่ในทางพระพุทธศาสนา รวมถึงการเป็นพ่อสื่อแม่ชัก ให้ชายหญิงเป็นสามเณรด้วยกันด้วย

ก. แต่การกระทำดังกล่าวนี้ตามประมวลกฎหมายอาญาไม่ถือว่าเป็นความผิด

3) การเป็นธรรมาจารให้มีการบริการทางเพศในทางพระพุทธศาสนาบัญญัติให้กรรมของการกระทำต้องเป็นเพียงหญิงบริการหรือหญิงที่ยินยอมเสพกามเพียงชั่วคราวกับชายเท่านั้น

ก. แต่ตามประมวลกฎหมายอาญาชายก็เป็นผู้ให้บริการได้

ในการศึกษาครั้งนี้ ผู้เขียนให้ความหมายของโทษสังฆาติเสสเทียบเคียงกับความหมายฐานเป็นธรรมาจารเพื่อสำเร็จความใคร่โดยจะยกสิกขาบทที่เป็นอาบัติสังฆาติเสสลักษณะอันถือเป็นบทลงโทษอย่างกลางตามต้นพุทธบัญญัติ ดังนี้

ต้นพระบัญญัติ: เรื่องพระอุทายีชักชวนชายหนุ่มหญิงสาวให้เป็นผัวเมียกันบางพวกที่แต่งงานกันไปแล้วไปสู่ตระกูลที่ดีสามเณรยาคีก็สรรเสริญท่าน บางพวกเมื่อแต่งงานไปแล้วเข้าสู่

³⁰ พระครูธีรวัฒน์ภรณ์ เจ้าอาวาสวัดส้มเกลี้ยง. (2551, 12 พฤษภาคม). ข่าวสด. หน้า 2.

ตระกูลที่ไม่ดีได้รับความลำบากไม่พอใจก็พากันด่าหิสาปแช่ง อาศัยเหตุนี้ พระพุทธเจ้าจึงทรงบัญญัติสิกขาบทนี้ พระบัญญัติ ภิกษุใดทำหน้าที่ชกสือ คือ บอกความประสังข์ของชายแก่หญิงก็ดี บอกความประสังข์ของหญิงแก่ชายก็ดี เพื่อให้เป็นภรรยาหรือเป็นชู้รัก เป็นสังฆาภิเสก

อนุบัญญัติ: พระอุทายีแนะนำให้หญิงแพศยาหรือหญิงขายบริการให้ไปเที่ยวหลับนอนกับพวกนักเที่ยวผู้หญิงเป็นการชั่วคราว ตามที่ชายนักเลงหญิงใช้วานให้ไปบอกหญิง ชาวบ้านจึงด่าหิ อาศัยเหตุนี้ พระพุทธเจ้าจึงทรงบัญญัติเพิ่มเติมว่า อนึ่ง ภิกษุใดทำหน้าที่ชกสือ คือ บอกความประสังข์ของชายแก่หญิงก็ดีบอกความประสังข์ของหญิงแก่ชายก็ดี เพื่อให้เป็นภรรยาหรือเป็นชู้รักโดยที่สุดแม้เพื่อให้อยู่ร่วมกันชั่วคราว เป็นสังฆาภิเสก³¹

การกระทำความผิดบัญญัติในส่วนแรกหากผู้กระทำให้เป็นเพศอุกฤษฏ์ก็คงจะ ไม่เป็นสิ่งที่ผิดศีลธรรมอันดีแต่อย่างใด แต่ในสถานะที่ผู้กระทำให้เป็นเพศบรรพชิตเป็นผู้ปล่อยวางละแล้วในทางโลกจึงกลายเป็นสิ่งที่ไม่ใช่กิจของสงฆ์ไม่เหมาะสมกับสมณะเพศ

การกระทำในส่วนที่สองนั้น หากตัวผู้กระทำมีฐานะเป็นภิกษุสงฆ์ ย่อมทำให้เกิดความเสื่อมเสียมากมายต่อพระพุทธศาสนา เนื่องจากผู้กระทำเป็นสงฆ์เสียเองที่เป็นผู้ก่อ ผู้สนับสนุนให้คนประพฤติดีกในทางซึ่งขัดกับหลักธรรมคำสั่งสอนที่ให้เห็นโทษแห่งการราคะ

การที่พระวินัยบัญญัติกรรมของการกระทำเป็นหญิงนั้นเนื่องจากสมัยพุทธกาลไม่มีขายบริการดังเช่นปัจจุบันจะเห็นได้ตามข่าวมากมายว่ามีการขายบริการทางเพศโดยเพศชาย แม้กระทั่งขณะอยู่ในเพศสมณะ ก็มีการแนะนำติดต่อให้กันไปในแวดวงสงฆ์ แม้ประมวลกฎหมายอาญาจะบัญญัติความผิดฐานเป็นธุระจัดหาไว้และรวมถึงความผิดฐานการดำรงชีพจากรายได้ของผู้ค้าประเวณี แต่ก็ยังเป็นช่องว่างในกรณีที่ไม่ได้บัญญัติไปถึงผู้ที่ป็นธุระจัดหาเพื่อสนองความใคร่ผู้อื่นโดยไม่ใช่เพื่อการค้าการ หากผู้ถูกระทำยินยอมและไม่ใช่เพื่อการค้าก็ไม่มี ความผิด และถึงแม้การค้าประเวณีในแวดวงสงฆ์จะมีนายหน้าหรือผู้เป็นพ่อเล้าแม่เล้าได้รับรายได้ส่วนหนึ่งของผู้ค้าประเวณีก็แทบจะไม่มี ความผิดเลยหากผู้นั้นมีอาชีพอื่นที่สุจริตรองรับเป็นหลักแหล่งแน่นอน

อีกทั้งตามแนวคำพิพากษาศาลฎีกาความผิดฐานดำรงชีพด้วยรายได้ของผู้ค้าประเวณี³² ในปัจจุบันนั้น ผู้เขียนเห็นว่าเป็นการตีความที่ไม่ยังประโยชน์เพื่อให้เกิดความสงบและความดีงามต่อสังคมเป็นอย่างยิ่ง จะเห็นได้จากตัวอย่างคำพิพากษาศาลฎีกาต่อไปนี้ “ฎีกาที่ 1208/2535 จำเลยมีอาชีพลูกจ้างมีรายได้เดือนละ 3,200 บาท เป็นผู้จัดหาหญิงผู้ทำการค้าประเวณีเพื่อผู้อื่นเป็นปกติธุระและรับเงินส่วนแบ่งรายได้ของหญิงนั้น ศาลเห็นว่าจำเลยมีอาชีพแล้ว จึงไม่ผิดมาตรานี้”³³ ยังมีคำ

³¹ คณาจารย์ มหาวิทยาลัยมหาจุฬาลงกรณราชวิทยาลัย. เล่มเดิม. หน้า 37.

³² ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ. (2552). ประมวลกฎหมายอาญาฉบับอ้างอิง มาตรา 286. หน้า 419.

³³ ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ. (2552). ประมวลกฎหมายอาญาฉบับอ้างอิง. หน้า 420.

พิพากษาฎีกาอีกหลายฎีกาเดินตามหลักนี้และจนถึงในปัจจุบันก็ยังไม่ปรากฏว่ามีคำพิพากษาฎีกา กลับหลักฎีกานี้แต่อย่างใด จากคำพิพากษายังคงถือตามหลักแนวนี้นี้ จึงอาจกล่าวได้ว่าผู้ที่มีอาชีพ อยู่แล้ว ไม่มีทางถูกลงโทษฐานเป็นพ่อเล้าแม่เล้าตามมาตรา 286 นี้ได้เลย เพราะศาลถือว่าผู้นั้นมี ปัจจัยอันพอเพียงสำหรับดำรงชีพแล้ว ตามฎีกาดังกล่าวข้างต้นศาลฎีกายังได้ให้ความหมายของคำว่า “การดำรงชีพ หมายถึง...หากขาดปัจจัยแม้เพียงบางส่วนจากรายได้ของหญิงซึ่งค้าประเวณี จะดำรง อยู่ไม่ได้” จึงจะมีความผิดตามมาตรา 286 นี้ได้ แสดงให้เห็นว่าศาลได้ให้ความหมายและวินิจฉัยสับสน โดยการนำเอาบทบัญญัติมาตรา 286 วรรคแรกปะปนกับบทสันนิษฐานของกฎหมายในวรรคสอง ตามบทบัญญัติประมวลกฎหมายอาญามาตรา 286 วรรคแรกนั้นกฎหมายมุ่งที่จะลงโทษใครก็ตามที่ รับส่วนแบ่งบางส่วนจากรายได้ของหญิงมาใช้ขายในชีวิตประจำวันเท่านั้น ไม่ถึงกับต้องเพื่อการ ดำรงอยู่ของผู้ที่ได้รับรายได้จากการค้าประเวณีทั้งหมด

ดังนั้น หากยึดตามหลักแนวฎีกาดังกล่าว จึงอาจเป็นการรับรองให้ผู้ที่มีอาชีพสุจริต รองรับอยู่แล้วสามารถหา “รายได้พิเศษ” จากการค้าประเวณีโดยไม่ผิดกฎหมายใดๆ ที่เป็นการรับ รายได้ซึ่งเกิดจากการกระทำผิดกฎหมาย เป็นความชั่วที่ต้องลงโทษ ควรเป็นเรื่องที่ควรจะต้องให้ บุคคลทั้งหลายมีความรังเกียจที่จะรับรายได้อันมิชอบด้วยกฎหมายโดยเฉพาะที่เบียดเบียนเอาก การขายตัวของผู้ชายตัวจึงจะถูกต้องชอบธรรม³⁴ การตีความของนักกฎหมายควรที่จะตีความด้วย ความเข้าใจโดยค้นหาความหมายที่แท้จริงของถ้อยความ ตามบทกฎหมายมาตรานั้นๆ เพื่อนำไป วินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทแห่งคดีโดยกฎหมายที่มีหลักคิด เข้าถึงจิตวิญญาณ (Spirit) หรือบริบท (Context) ของถ้อยคำ จะเห็นได้ว่ากฎหมายไม่ได้มีประสิทธิภาพที่ย่อหย่อนลงเพราะตัวบท แต่อยู่ที่ การตีความของผู้ใช้กฎหมายยังมิได้มีความรอบรู้ เป็นธรรมและขาดประสบการณ์อย่างแท้จริง³⁵ หากยังตีความตามแนวคำพิพากษาศาลฎีกาโดยมิได้มุ่งถึงเจตนารมณ์และความเข้าใจกฎหมายอย่างลึกซึ้ง ดังเช่น ตัวอย่างฎีกานี้ต่อไป ก็เท่ากับทำให้บทบัญญัติมาตรานี้ไม่สามารถนำมาปรับใช้เพื่อความ สงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีได้เลย

ความเป็นจริงปัญหาการค้าประเวณี การเป็นธุระจัดหาในสังคมที่เกิดขึ้นมิได้มีการนำคดี ขึ้นมาถึงกระบวนการยุติธรรมมีมากมาย ไม่เว้นแม้แต่ในสังคมสงฆ์ที่มีการค้าประเวณี หรือแม้ กระทั่งเป็นธุระจัดหาเพื่อสนองความใคร่ด้วยตนเอง

ดังที่ผู้เขียนได้กล่าวถึง ความสำคัญของสงฆ์ไว้โดยตลอด หากผู้กระทำนั้นเป็นสงฆ์ มี หน้าที่ที่จะต้องรับผิดชอบต่อสถานะของตนเองเป็นที่เคารพสักการะของประชาชนชาวพุทธ

³⁴ ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ. (2552). “การดำรงชีพจากรายได้ของหญิงค้าประเวณี (มาตรา 286).”

ในหนังสือมุมมองใหม่ในกฎหมายอาญา. หน้า 159-160.

³⁵ ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ. (2552). “การใช้และการตีความ.” ในหนังสือสังคมกับกฎหมาย. หน้า 122.

โดยเฉพาะในประเทศไทยเราซึ่งวางสถาบันศาสนาไว้สูงมากประเทศเราจึงควรมีการออกกฎหมายเพื่อใช้กับสงฆ์ให้ชัดเจนเป็นบทเฉพาะในประมวลกฎหมายอาญา โดยอาจรวมไปถึงบุคคลธรรมดา แต่เป็นตัวการร่วมหรือให้การสนับสนุนพระภิกษุสงฆ์ในการกระทำความผิดให้ได้รับโทษ ตามความเหมาะสมในแต่ละฐานความผิด เปรียบเสมือนด้ายร้อยดอกไม้ไม่ให้ดอกไม้หรือความดีงามแห่งสงฆ์ พัดปลิวไปตามลมหรือกาลเวลาเหมือนกับที่พระพุทธองค์ทรงตรัสไว้กับพระสารีบุตร ก่อนการบัญญัติพระวินัยถึงเหตุผลของการที่ต้องมีการบัญญัติพระธรรมวินัย³⁶

ผู้เขียนเห็นว่า เพียงแต่อาศัยบทบัญญัติตามประมวลกฎหมายอาญาที่ใช้กับบุคคลทั่วไป เป็นบรรทัดฐานในการลงโทษยังเกิดช่องว่างในการตีความของผู้ใช้กฎหมายเปิดโอกาสให้มิฉะชีพกระทำความผิดได้โดยถูกกฎหมายได้เพียงถึงนี้ ฐานะของพระภิกษุสงฆ์ก็มักถูกมองข้ามหรือเป็นคนสุดท้ายในการตกเป็นผู้สงสัยในการกระทำความผิดเสมอ หากปล่อยให้พระภิกษุสงฆ์กระทำความผิดแล้วต้องรับโทษเท่ากับบุคคลทั่วไปแล้ว มิฉะชีพย่อมจ้องที่จะฉวยโอกาสในพุทธศาสนา อาศัยความศรัทธาเป็นเกราะกำบังเพื่อกระทำความผิดได้ง่ายมากยิ่งขึ้นต่อไป

4.2 การกระทำผิดทางเพศตามกฎหมายอาญาแต่ไม่ผิดพระธรรมวินัย

1) ปัญหาการกระทำความผิดทางเพศฐานข่มขืนตามประมวลกฎหมายอาญาหรือผิดเมณุธรรมนั้น ดังได้กล่าวถึงความหมายและองค์ประกอบในบทที่ 2 และความแตกต่างข้างต้นนั้น หากจะกล่าวถึงว่าการกระทำใดที่ถือเป็นความผิดเกี่ยวกับเพศตามประมวลกฎหมายอาญาแต่ไม่ผิดพระธรรมวินัย ในฐานะข่มขืนกระทำชำเรา จะเห็นได้ว่า ในพระบัญญัติของพระวินัยมีการบัญญัติถึงรายละเอียดที่ละเอียดอ่อนและเคร่งครัดกว่าในกฎหมายอาญามากแม้กระทั่งความยินยอมของผู้ถูกระทำก็ไม่สามารถยกเว้นความผิดได้ หรือแม้แต่การสมสู่กับสัตว์ การสำเร็จความใคร่ด้วยตัวเองเพียงมีเจตนากำหนดก็ถือเป็นความผิด ฉะนั้นในพระธรรมวินัยจึงครอบคลุมการกระทำทุกอย่างทั้งหมดที่กฎหมายอาญาได้บัญญัติไว้เป็นความผิดฐานข่มขืนไว้

จึงอาจกล่าวได้ว่าการกระทำความผิดทางเพศในฐานะข่มขืนตามประมวลกฎหมายอาญา ถือว่าเป็นการกระทำที่ผิดพระวินัยทั้งหมด

2) ปัญหาการกระทำความผิดทางเพศฐานอาจารตามประมวลกฎหมายอาญาแต่ไม่เป็นอาบัติสังฆาทิเสสตามพระธรรมวินัย,

(1) การกระทำอาจารตามประมวลกฎหมายอาญาให้หมายถึงเพศชายด้วย แต่ตามพระธรรมวินัยให้หมายถึงเพียงเพศหญิงเท่านั้น (ฉะนั้นอาจกล่าวได้ว่าการพุดเถียงชาย ต้องกายชาย โดยมีจิตรักใคร่ทางกามอารมณ์แต่ไม่ถึงกับเสพเมณุธรรมไม่มีความผิดตามอาบัติสังฆาทิเสส)

³⁶ ปลื้ม โขติชญากร. (2550). คำบรรยายกฎหมายคณะสงฆ์. หน้า 22.

(2) การดูหนังสือลามก การดูหนังลามก หรือมีไว้ในความครอบครองไว้เพื่อดูหรืออ่าน ไม่มีความผิดในกฎหมายอาญาและพระธรรมนูญ เว้นแต่พระภิกษุจงใจทำอสุจิเคลื่อน แต่ในกรณีพระภิกษุเกี่ยวมาตุคามทาง Internet ผู้เขียนเห็นว่าปรับเป็นโทษเดียวกับบัญญัติการพุดเกี่ยวมาตุคามตามต้นพระบัญญัติได้เนื่องจากการตอบโต้กันโดยทันทีและมีเจตนาเดียวกัน

3) ปัญหาการกระทำความผิดทางเพศฐานเป็นรื้อระจัดหาตามประมวลกฎหมายอาญาแต่ไม่เป็นการชักส่อที่มีอาบัติสังฆาทิเสสตามพระธรรมนูญ

(1) ตามประมวลกฎหมายอาญาความผิดเกี่ยวกับเพศในฐานเป็นรื้อระจัดหานั้น กรรมของการกระทำให้รวมถึงเพศชายและเด็กชาย แต่ตามพระธรรมนูญหากจะเป็นความผิดได้ กรรมของการกระทำต้องเป็นเพศหญิงถึงจะเป็นความผิด

(2) ตามประมวลกฎหมายอาญาความผิดเกี่ยวกับเพศในฐานเป็นรื้อระจัดหานั้น รวมถึงการบังคับขู่เข็ญด้วยประการใดๆ เพื่อให้ผู้เสียหายยินยอม อีกทั้งกฎหมายยังได้บัญญัติให้ผู้เป็นรื้อระจัดหาต้องรับโทษหนักขึ้นหากมีฐานะเกี่ยวข้องเป็นพิเศษกับผู้เสียหาย เป็นบิดามารดา ครู อาจารย์ หรือผู้มีอำนาจปกครอง ผู้พิทักษ์ ผู้อนุบาล ผู้บัญชาการ แต่ตามพระธรรมนูญหญิงนั้น ยินยอมด้วยความสมัครใจเท่านั้น และไม่ปรากฏบัญญัติเหตุลงโทษเพิ่มเติมเป็นพิเศษด้วยฐานะแต่อย่างใด ในปัจจุบันนี้การกระทำความผิดทางเพศฐานไม่ว่าจะเป็นความผิดฐานอนาจารหรือฐานเป็นรื้อระจัดหานั้นมีทั้งเพศชายและเด็กชายตามหน้าหนังสือพิมพ์มีการจัดขายบริการให้กับพระภิกษุสงฆ์ในวัดมากมาย ถือเป็นปัญหาที่ทำให้ภาพพจน์ในศาสนาและสังคมไทยเสื่อมทราม เนื่องจากตัวผู้กระทำความผิดเป็นผู้อยู่ในสมณะเพศ

จะเห็นได้ว่ามีช่องว่างในการที่จะควบคุมการกระทำความผิดอยู่มาก ทั้งในด้านกฎหมายบ้านเมืองหรือในด้านพระธรรมนูญ บางเรื่องซึ่งอาจเป็นเรื่องที่คาบเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชน กฎหมายจึงไม่ได้บัญญัติไว้ให้เป็นความผิดหรือพระธรรมนูญไม่ได้บัญญัติไว้ถึงเนื่องจากยุคสมัยเปลี่ยนแปลงไป เช่น การที่พระภิกษุสามเณรนำเอาจีวรมานุ่งห่มแบบเกาะอก การแต่งหน้า สะพายย่ามสีชมพู ตามหน้าหนังสือพิมพ์เหล่านี้ ไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นความผิด ในพระธรรมนูญก็ไม่ถือว่าเป็นความผิดแต่เพียงมีบัญญัติไว้แค่เป็นเรื่องราวว่าด้วยวัตรและจรรยา มารยาทเท่านั้น

4.3 ความเหมาะสมในการกำหนดโทษพระภิกษุสงฆ์

ในปัจจุบันได้มีบุคคลผู้เป็นพระภิกษุสงฆ์กระทำความผิดมากยิ่งขึ้น แม้กระทั่งหลักธรรมคำสั่งสอนขององค์สมเด็จพระสัมมาสัมพุทธเจ้าจะได้ทรงบัญญัติให้ผู้มีหลักธรรมพุทธศาสนาในใจมีหิริโอตตัปปะหรือความละอายต่อบาปก็ตาม แต่ก็ยังมีพระภิกษุสงฆ์บางจำพวกที่แฝงตัวอยู่ในรูปแบบของมารศาสนาจ้องที่จะแสวงหาประโยชน์อันมิควรได้โดยปราศจากความละอายต่อบาปหามีความเกรงกลัวต่อโทษในทางพระวินัยไม่ การแฝงตัวอยู่ในสถานะของพระภิกษุสงฆ์

ดังกล่าวของผู้กระทำความผิดผู้เขียนเห็นว่าทั้งนี้เนื่องจากสถานะของพระภิกษุสงฆ์เป็นเพศบรรพชิตที่บุคคลทั่วไปในสังคมให้ความเคารพนับถือมีสถานะทางสังคมที่มีลักษณะพิเศษ กล่าวคือ ในการกระทำความผิดของพระภิกษุสงฆ์ย่อมสามารถกระทำได้โดยง่ายดาย ทั้งนี้เนื่องจากประชาชนผู้มีความเลื่อมใสศรัทธาย่อมมีความไว้วางใจเชื่อใจบุคคลผู้เป็นพระภิกษุสงฆ์อันเป็นรากฐานของความรู้สึกที่อยู่ใต้จิตสำนึกของคนทั่วไป ดังนั้น หากบุคคลผู้ประสงฆ์ที่จะกระทำความผิดได้แสดงตนว่าตนเองเป็นพระภิกษุสงฆ์ก่อนกระทำความผิด เช่น ถ้าพระภิกษุสงฆ์ผู้มีความประสงฆ์ร้ายไม่ว่าจะเป็นผู้ที่ต้องการที่จะลักทรัพย์หรือข่มขืนกระทำชำเราบุคคลในเคหสถานของบุคคลอื่นขออนุญาตประชาชนเข้าไปในเคหสถานเพื่อปลดทุกข์เบาโดยอ้างว่าต้องมีการปลดทุกข์โดยการนั่งทำธุระเท่านั้นมิฉะนั้นจะเป็นการฝ่าฝืนหลักธรรมคำสั่งสอนขององค์ศาสนา กรณีเช่นนี้ถ้าผู้มีสถานะเป็นพระภิกษุสงฆ์ผู้นั้นมีหลักจิตวิทยาในการพุดคุยและลักษณะภายนอกที่น่าเลื่อมใสผู้เขียนเห็นว่าประชาชนทั่วไปย่อมยินยอมที่จะให้เข้าไปทำธุระในเคหสถานของบุคคลนั้นได้โดยไม่มีการตั้งข้อสังเกตมากนักเนื่องจากเห็นว่าพระภิกษุสงฆ์ผู้มีศีลธรรมย่อมเป็นบุคคลที่ไม่น่าจะก่อให้เกิดความอันตรายแก่ตนเอง ทรัพย์สินหรือครอบครัวของตนเองได้ ด้วยเหตุนี้สถานะของพระภิกษุสงฆ์ย่อมเป็นปัจจัยหนึ่งซึ่งอำนวยความสะดวกในการกระทำความผิดได้เป็นอย่างดี ดังนั้นเมื่อมีการกระทำความผิดเกิดขึ้นการกระทำดังกล่าวย่อมมีความสำเร็จขึ้นได้โดยอาศัยเหตุปัจจัยแห่งการไว้วางใจเชื่อใจเป็นส่วนประกอบที่มีความสำคัญ ซึ่งความไว้วางใจเชื่อใจดังกล่าวนี้เกิดขึ้นเนื่องจากความศรัทธาของประชาชนนี้มีต่อสถาบันศาสนาและสถานะของพระภิกษุสงฆ์ผู้ทรงศีล เมื่อผู้กระทำความผิดอาศัยความศรัทธาของประชาชนเพื่ออำนวยความสะดวกในการกระทำความผิดแล้ว ประชาชนผู้ประสบเหตุหรือทราบเหตุดังกล่าวย่อมที่จะเลื่อมศรัทธาในสถาบันศาสนาหรือตัวบุคคลผู้เป็นพระภิกษุสงฆ์โดยรวมได้ ดังนั้น เพื่อเป็นการป้องกันและคุ้มครองภาพลักษณ์และความศรัทธาของสถาบันศาสนาและพระภิกษุสงฆ์ผู้ประพฤติดีมีศีลจรรยาวัตรทั้งดงามให้มิได้ต้องได้รับการดำเนินคดีเนื่องเสียชื่อเสียงความเลื่อมใสศรัทธาจากประชาชน ผู้เขียนเห็นว่าจำเป็นที่จะต้องมีการกำหนดโทษให้ผู้ท้ออาศัยโอกาสจากการเป็นพระภิกษุสงฆ์ในการกระทำความผิดให้ต้องรับโทษฐานทำให้ศาสนาหมิ่นเหม่งเสียชื่อเสียง หรือต้องรับโทษหนักขึ้นกว่าการกระทำที่เป็นปกติที่กฎหมายบัญญัติไว้ว่าเป็นความผิดอาญา โดยให้ถือว่าถ้าการกระทำอันเป็นความผิดนั้นๆ เกิดขึ้นเนื่องจากการอาศัยโอกาสจากการเป็นพระภิกษุสงฆ์ในการอำนวยความสะดวกในการกระทำย่อมต้องด้วยบทบรรณาการให้ผู้กระทำต้องรับโทษหนักขึ้นด้วย เป็นต้น

4.3.1 ความเหมาะสมเกี่ยวกับการควบคุมพระภิกษุสงฆ์โดยสังคม

กลไกการควบคุมสงฆ์โดยสังคมนั้นปัจจุบันยังมีอยู่ พระภิกษุสงฆ์นั้นย่อมต้องมีความสัมพันธ์กับประชาชนอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ ประชาชนจึงมีโอกาสดำเนินการเห็นความประพฤติของพระภิกษุสงฆ์ หากพบเห็นพระภิกษุสงฆ์รูปใดมีวัตรปฏิบัติดีปฏิบัติชอบเป็นแบบอย่างของ

พุทธศาสนิกชน เป็นที่เคารพเลื่อมใสศรัทธาของพุทธศาสนิกชน พระภิกษุรูปนั้นมักจะได้รับการยอมรับนับถือจากพระพุทธศาสนิกชน หากพระภิกษุสงฆ์รูปใดประพฤติตนไม่เหมาะสมกับสมณะเพศ หรือละเมิดพระธรรมวินัย ประชาชนก็จะว่ากล่าวติชมวิพากษ์วิจารณ์ รวมทั้งสื่อมวลชนก็จะคอยตรวจสอบติดตามพฤติกรรมของพระภิกษุรูปนั้น พระภิกษุสงฆ์เป็นบุคคลที่สาธารณชนที่จะตรวจสอบติชมตามวิสัยของประชาชนตามทำนองครองธรรมได้โดยไม่มีความผิดตามกฎหมาย ซึ่งเรื่องนี้ ศาสตราจารย์จิติ ดิงสภักดิ์ ได้อธิบายคำว่า “การติชมด้วยความเป็นธรรม หมายความว่า กล่าวด้วยความเข้าใจว่าถูกต้อง และสมควรตามความรู้สึกรับของคนทั่วไป มิใช่แกล้งครี้งๆ กลางๆ บิดเบือนตัดต่อ เสียดสี หยาดคาย ขั้วยุ มุ่งให้เกิดความโกรธเกลียด อย่างไรก็ตามเป็นวิสัยที่ประชาชนย่อมติชมได้ตามปกติวิสัยของประชาชนจะสนใจวิจารณ์ติชมเป็นเรื่องที่ประชาชนสนใจ เช่น เกี่ยวกับราชการบ้านเมือง และเกี่ยวกับบุคคลที่เสนอตัวการงานของเขาคือประชาชน เช่น ผู้สมัครเข้ารับตำแหน่งหน้าที่เกี่ยวกับประชาชนหรือกิจการที่อาศัยความเชื่อถือของประชาชน เช่น พระและนักบวช ผู้สอนศาสนา”³⁷ การกล่าวเพื่อความชอบธรรมนั้น ไม่จำเป็นต้องเป็นสิทธิตามกฎหมาย หากเป็นแต่ความถูกต้องตามความคิดเห็นของสามัญชนทั่วไปก็เป็นการเพียงพอ เช่น กรณีพระ 11 รูปแสดงตนเป็นโจทก์ตามพระธรรมวินัยกล่าวโทษพระในที่ชุมนุมสงฆ์โดยสุจริตว่า เสพเมถุนกับหญิงโดยมีเหตุให้ผู้กล่าวเข้าใจว่าพระถูกกล่าวหาว่าความเสื่อมเสียแก่วัดเดียวกัน ได้รับการยกเว้นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา 329 (1) ประโยชน์เหล่านี้เป็นส่วนได้เสียตามครองธรรมคือไม่ต้องถึงกับเป็นสิทธิทางกฎหมายแต่ต้องไม่ขัดต่อกฎหมายและศีลธรรม³⁸

นอกจากประชาชนหรือสังคมย่อมแสดงความคิดเห็นติชมตามปกติวิสัยของประชาชนตามทำนองครองธรรมแล้วยังมีกรณีที่หากเห็นว่าการพิสูจน์ความจริงจะเป็นประโยชน์ต่อประชาชนแล้วก็สามารถที่จะขอพิสูจน์ความจริงได้โดย ศาสตราจารย์จิติ ดิงสภักดิ์ ได้ให้ความหมายเพิ่มเติมว่า ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 330 ห้ามมิให้พิสูจน์ในกรณีที่เป็นเรื่องส่วนตัวและการพิสูจน์นั้นไม่เป็นประโยชน์แก่ประชาชน เช่น กรณีการขอพิสูจน์ความจริงว่าพระเข้าหานางชีที่ห้องวิปัสสนานั้นถือว่าเป็นประโยชน์แก่ประชาชนทั่วไปสามารถพิสูจน์ได้ (คำพิพากษาฎีกาที่ 1072/2507 ประชุมใหญ่)

ตามความเห็น ศาสตราจารย์ จิติ ดิงสภักดิ์ ดังกล่าวข้างต้นจึงเห็นได้ว่าสถานะของพระภิกษุสงฆ์นั้นถือเป็นบุคคลที่มีสถานะที่พิเศษ เป็นบุคคลสาธารณะที่พุทธศาสนิกชนสามารถตรวจสอบติชมวิพากษ์วิจารณ์ได้ตามเหตุผลตามธรรมนองครองธรรมในสิ่งที่เห็นว่าเป็นประโยชน์ต่อสาธารณะชนทั่วไป ความประพฤติของพระภิกษุสงฆ์จึงเป็นสิ่งที่พุทธศาสนิกชนที่พึงควรติชม

³⁷ จิติ ดิงสภักดิ์. (2532). กฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 3. หน้า 2411-2443.

³⁸ แหล่งเดิม. หน้า 2528-2829.

หรือตรวจสอบได้เช่นเดียวกัน มาตรการตรวจสอบจากบุคคลภายในสงฆ์ไม่ค่อยได้รับผลอย่างจริงจังเท่าที่ควร อาจมีสาเหตุเนื่องจากไม่มีกำลังคนในการตรวจสอบ ไม่มีเครื่องมือหรืออุปกรณ์ ตลอดจนมาตรการการตรวจสอบไม่ทั่วถึง จึงสังเกตได้จากการจับกุมพระภิกษุสงฆ์ที่ละเมิดพระธรรมวินัย เช่น การลักลอบเสพเมถุนในโรงแรมม่านรูด การลักลอบเสพยาเสพติด เป็นเรื่องที่ถูกรับกุมโดยบุคคลภายนอกองค์กรทั้งสิ้น อาจกล่าวได้ว่าการควบคุมตรวจสอบบุคคลภายนอกองค์กรสงฆ์มีประสิทธิภาพมากกว่า ฉะนั้นตามความเห็นของท่านพระธรรมปิฎก (ป.อ.ปยุตฺโต) เห็นว่าพุทธศาสนาเป็นของทุกคนที่จะต้องช่วยกันดูแลรักษาป้องกันมิให้ถูกทำลาย จึงเป็นความเห็นที่สนับสนุนสอดคล้องกับความเห็นของ ศาสตราจารย์จิตติ ติงสวักขี ที่กล่าวมาข้างต้น พฤติการณ์ของพระภิกษุสงฆ์จึงเป็นสิ่งที่พุทธศาสนิกชนทุกฝ่ายพึงให้ความสนใจเป็นกรณีพิเศษ เมื่อมีเรื่องราวที่เห็นว่าเหมาะสมก็พึงหยิบยกพิจารณาหาทางป้องกันแก้ไขเพื่อมิให้เอาเยี่ยงอย่าง อีกทั้งในอดีตนั้นดังที่กล่าวไว้ในบทที่ 3 ว่าเดิมนั้นพระภิกษุได้ปกครองตนเองในหมู่สงฆ์ยังไม่มีกฎหมายเข้าไปเกี่ยวข้องกำหนดรูปแบบแต่อย่างใด พระมหากษัตริย์ไทยในอดีตจะเป็นผู้มีส่วนการอุปถัมภ์ให้การช่วยเหลือคณะสงฆ์มาโดยตลอด ในส่วนการปกครองของคณะสงฆ์เองมีพระสังฆราชเป็นผู้บัญชาปกครองและเมื่อใดที่สภาพการปกครองสงฆ์อ่อนแอ ฝ่ายบ้านเมืองหรือพระมหากษัตริย์ในอดีตก็จะเข้าไปควบคุมดูแลอย่างใกล้ชิด บางครั้งมีการออกกฎหมายเพื่อควบคุมพระสงฆ์ เช่น ในสมัยรัชกาลที่ 1 ทรงออกกฎหมายพระสงฆ์ 10 ข้อออกมาประกาศใช้เพื่อควบคุมความประพฤติของพระภิกษุสงฆ์ หากพระภิกษุสงฆ์ฝ่าฝืนบทลงโทษในทางอาญา ต่อมาในสมัยรัชกาลที่ 5 ได้ทรงออกพระราชบัญญัติปกครองคณะสงฆ์ ร.ศ. 121 เป็นครั้งแรกและสำหรับปัจจุบันนี้มีพระราชบัญญัติปกครองคณะสงฆ์ พ.ศ. 2505 แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติคณะสงฆ์ และ พ.ศ. 2535 แต่ก็ไม่มีสภาพบังคับที่เห็นเป็นรูปธรรมที่สามารถทำให้พระภิกษุสงฆ์ที่กระทำความผิดเกิดความเกรงกลัวแต่อย่างใด ดังที่ปรากฏตามข่าวหรือหน้าหนังสือพิมพ์ทั่วไป

ในสังคมไทยนั้นเป็นที่ทราบกันดีอยู่แล้วว่า บุคคลผู้ได้บวชเป็นพระย่อมได้รับการเคารพนับถือจากบุคคลทุกชนชั้น ไม่ว่าผู้บวชนั้นจะมีฐานะยากจนเฉื่อยเฉื่อยเพียงใดเนื่องจากพระภิกษุที่เคร่งครัดในพระธรรมย่อมถือว่าเป็นบุคคลที่สมควรน้อมต่อการสักการะต้อนรับ และการบวชนั้นมีโอกาสนี้ให้ผู้บวชได้ทำประโยชน์ต่อสาธารณะกุศลเช่นเป็นผู้นำของชาวบ้านในการช่วยเหลือก่อสร้างถนน ขุดคูคลอง วัดวาอาราม และสิ่งประการหนึ่งเมื่อผู้บวชได้เข้ามาอยู่ในวัดวาอาราม ทำให้บิดามารดาและญาติพี่น้องของผู้บวช เข้ามาเกี่ยวข้องกับวัดในทางอ้อมด้วยและสิ่งสำคัญที่สุดของการบวชคือการสืบทอดพระศาสนา โดยอยู่ในเพศของการสมณะ หรือบรรพชิต อันเป็นเพศสูงสุดอันทรงไว้ซึ่งพระอรหันต์³⁹ เมื่อได้ทำการบวชโดยถูกต้องตามพระธรรมวินัยโดยถูกต้อง

³⁹ พระพุทธทาสภิกขุ-ปัญญานันทภิกขุ. (2538). *พรหมจรรย์ของการบวช*. หน้า 45-72.

แล้ว พระภิกษุสงฆ์นั้นก็ต้องอยู่ในระเบียบวินัยของสงฆ์ และมีสิทธิต่างๆ ตามพระธรรมวินัยจารีต ประเพณี สังคมและกฎหมาย

ฉะนั้น เมื่อพระภิกษุสงฆ์เป็นบุคคลที่ประชาชนจะต้องเคารพสักการบูชา เป็นผู้กระทำความผิดเสียเอง จึงเห็นเป็นการสมควรอย่างยิ่งต้องได้รับโทษที่เท่าเทียมกับ สิทธิ และหน้าที่ที่ตนเองได้รับเช่นกัน

4.3.2 ความเหมาะสมเกี่ยวกับการควบคุมพระภิกษุสงฆ์ในกฎหมายอาญา

เนื่องจากพฤติกรรมของพระภิกษุสงฆ์ที่กระทำความผิดเกี่ยวกับเพศ เป็นอาชญากรรม เป็นพฤติกรรมของมนุษย์ซึ่งไม่เป็นที่ไม่ยอมรับของคนส่วนใหญ่ในสังคมและพฤติกรรมอาชญากรรมมักจะมีรูปแบบแตกต่างกันตั้งแต่การกระทำที่สังคมเห็นว่าเป็นการกระทำผิดที่ไม่ร้ายแรงหรือลหุโทษไปจนถึงขั้นความผิดอาชญากรรม ทุกสังคมจึงต้องมีกฎหมายเพื่อบัญญัติไว้เพื่อมีจุดประสงค์ให้สังคมมีระเบียบและสงบสุข รองรับความปลอดภัยของคนในสังคมโดยรัฐ โดยการวิเคราะห์ว่าการกระทำใดสมควรที่จะกำหนดเป็นความผิดอาญาหรือไม่นั้น จำเป็นที่จะต้องคำนึงถึงวัตถุประสงค์ของการคุ้มครองและความร้ายแรงของพฤติกรรมของความผิดเป็นสำคัญเป็นหลัก ดังกล่าวได้มีบัญญัติเอาไว้ตามร่างประมวลกฎหมายอาญาสหรัฐอเมริกา 40 ในมาตรา 1-1 A2 ซึ่งบัญญัติไว้ดังนี้

“วัตถุประสงค์ของประมวลกฎหมายนี้ก็เพื่อที่จะเสริมสร้างความยุติธรรมขึ้นในระบบสหรัฐทั้งมวลเพื่อที่ประเทศชาติและประชาชนจะได้มีความอบอุ่นใจในการรักษาไว้ซึ่งชีวิต ร่างกาย ทรัพย์สิน ความสัมพันธ์ซึ่งกันและกัน และผลประโยชน์อื่นๆ

ประมวลกฎหมายนี้ มุ่งมั่นที่จะส่งเสริมและคงไว้ซึ่งระบบแห่งคุณธรรมของมหาชน และการปฏิบัติได้ดั่งของมหาชน โดยการลงโทษทัณฑ์อันเหมาะสม

ประมวลกฎหมายนี้มุ่งมั่นที่จะส่งเสริมความปลอดภัยและความมั่นคงของบุคคลทั้งปวง โดยการป้องกัน ด้วยวิธีการแจ้งต่อสังคมให้เห็นถึงความผิดต่างๆ ว่ามีอะไรบ้างละโทษทัณฑ์ที่ได้กำหนดไว้โดยตัวบทกฎหมายมีอยู่อย่างไร และเมื่อวิธีการนี้ใช้ไม่ได้ผล ก็จะใช้วิธีแก้ไขผู้กระทำความผิด หรือการทำให้ผู้กระทำความผิดนั้นไม่สามารถที่จะกระทำความผิดต่อไปได้โดยวิธีการอันสมควร”

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

⁴⁰ U.S. Draft Criminal Code.

กฎหมายอาญาในปัจจุบันนั้นได้ถูกเปลี่ยนแปลงแก้ไขเพิ่มเติมจนแทบจะแบ่งแยกไม่ออกจากกฎหมายอาญาในปัจจุบันนั้น ทำหน้าที่อะไรแต่อย่างน้อยที่สุดนักนิติบัญญัติที่ดีต้องคำนึงถึงวัตถุประสงค์หลักที่ว่ากฎหมายอาญานั้นต้องการที่จะให้บรรลุถึงวัตถุประสงค์ได้บ้างวิธีการและทฤษฎีที่จะทำให้จุดหมายของประมวลกฎหมายอาญานั้นประสบความสำเร็จกระทำขึ้นเพื่อที่จะมุ่งคุ้มครองอะไร ซึ่งตามเรื่องของผู้เขียน ผู้เขียนเห็นว่า การบัญญัติกฎหมายตามแนวคิดของผู้เขียนมุ่งที่จะคุ้มครองสถาบันดังต่อไปนี้คือ

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

‘ จะเห็นได้ว่ายังเป็นการตอกย้ำของทุกชนชาติว่าการออกกฎหมายนั้นเพื่อเป็นการป้องกันรักษาไว้ซึ่งสถาบันศาสนาของชาติ ให้ดำรงอยู่อย่างมั่นคงเนื่องจากหากสถาบันศาสนาอ่อนแอ ย่อมส่งผลให้เห็นถึงเสถียรภาพที่อ่อนแอเช่นเดียวกันของสังคมในประเทศ

สอดคล้องกับหลักการในการบัญญัติพระวินัยในพระพุทธศาสนา เมื่อพระพุทธเจ้าทรงบัญญัติสิกขาบทแต่ละข้อมารวมกันพระองค์ทรงตรัสแสดงวัตถุประสงค์ทุกครั้งว่า ที่ทรงบัญญัติข้อนี้หรือกฎนี้เพื่ออะไร ย่อได้ 5 หมวดได้ ดังนี้⁴¹

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

จะเห็นได้ว่าพระธรรมวินัยตั้งกฎและบทลงโทษมาโดยมีวัตถุประสงค์ เพื่อสร้างสภาพที่มนุษย์จะอยู่กันด้วยความสงบเรียบร้อยเป็นอันดีและเพื่อให้มีสภาพที่สงบเรียบร้อยนั้น เป็นเครื่องเกื้อหนุนต่อการที่มนุษย์เหล่านั้นทุกๆ คนจะเข้าถึงชีวิตที่ดีงามขึ้นไป คือเป็นการสร้างสภาพเอื้อต่อการที่บุคคลจะได้พัฒนาความสามารถในการที่จะมีชีวิตที่ดี

ปัจจัยที่ต้องกำหนดโทษและวินัยขึ้นมาเนื่องจากพระพุทธองค์ทรงกล่าวว่า ธรรมเป็นเรื่องของความจริงแท้ในธรรมชาติ ส่วนวินัยเป็นเรื่องของสมมติเพื่อหนุนธรรม แต่สมมติไม่จำเป็นต้องรอธรรม คนทำกรรมชั่ว ฝ่ายธรรมว่ามีกฎธรรมชาติดังกฎแห่งกรรมของเขา แต่วินัยไม่รอวินัยจึงตั้งกรรมสมมติขึ้นมา และนำผู้กระทำความผิดเข้ามาในกลางที่ประชุมและลงโทษวินัย

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

ไม่รุกราน จึงไม่รุกรานตามธรรมชาติ วินัยจึงจัดการทันที แม้พระอรหันต์ก็ไม่ได้รับการยกเว้น หากผิดวินัยเพราะวินัยแยกจากธรรม⁴²

สงฆ์จึงเป็นชุมชนแบบอย่างที่พระพุทธเจ้าได้ทรงจัดตั้งขึ้นโดยให้สงฆ์ยึดถือธรรม คือ หลักการ เมื่อสงฆ์รู้หลักการคือกฎเกณฑ์ก็ย่อมรู้หน้าที่ไม่ทำผิดกฎกติกา หากทำผิดก็จะถูกหลักการหรือธรรมลงโทษเขาตามพระวินัยไม่ใช่ใครเป็นผู้โทษเขา พระพุทธเจ้าก็ทรงได้รับถวายคำสรรเสริญว่าทรงฝึกคนและปกครองคนโดยไม่ต้องใช้ทัณฑ์อาญา⁴³ ด้วยเหตุนี้จึงทำให้เราได้ทราบว่เพราะเหตุใดโทษในทางพระธรรมวินัยพระพุทธองค์จึงไม่บัญญัติโทษที่รุนแรงเพื่อบังคับแก่สงฆ์ได้ทราบว่าเพราะพระพุทธองค์ทรงเคารพสงฆ์หรือหมู่สงฆ์และเคารพหลักการคือพระวินัยเช่นกัน แต่กระนั้นพระภิกษุที่ไม่มีความละเอียดรอบาป ก็ไม่ได้เกรงกลัวต่อโทษทัณฑ์ในพระธรรมวินัย ฉะนั้นจึงควรมีการบัญญัติกฎหมายออกมาเพื่อให้มีผลบังคับแก่สงฆ์ให้มีความรับผิดชอบทางอาญา

กฎหมายอาญาเป็นเครื่องมือของสังคมประการหนึ่ง จึงย่อมต้องมีขีดจำกัดในการนำมาใช้แต่ละเรื่องทั้งในด้านงบประมาณ กำลังคน เวลา และความยากง่ายในการบังคับใช้กฎหมาย และในเมื่อพระธรรมวินัยไม่มีโทษรุนแรงเพียงพอในการสภาพของการบังคับจึงน่าจะมีกฎหมายทางโลกหรือกฎหมายบ้านเมืองบัญญัติออกมาเพื่อคุ้มครองสถาบันศาสนาให้เข้มแข็งยิ่งขึ้น โดยการบัญญัติกฎหมายนั้นควรให้หลักการสากลและเป็นธรรมมากที่สุด ในเรื่องนี้มีนักวิชาการของไทยท่านหนึ่ง⁴⁴ ได้เขียนบทความที่เป็นประโยชน์อย่างมากเกี่ยวกับเรื่องนี้ไว้ ซึ่งสามารถสรุปได้ดังนี้

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

2) รัฐไม่ควรใช้กฎหมายอาญาลงโทษความประพฤติที่ไม่ก่อให้เกิดอันตราย ทั้งนี้โดยเหตุที่ว่าถ้าการกระทำนั้นไม่มีความชั่วร้ายก็ไม่มีเหตุผลแต่อย่างใดที่จะบัญญัติกฎหมายลงโทษการกระทำนั้น เช่น การที่พระภิกษุสงฆ์ช่วยเหลือผู้หญิงจนน้ำมีการตะแคงต้องตัวหลายแห่งไม่มีเจตนาทำอนาจารก็ไม่ควรบัญญัติไว้เป็นความผิด

⁴² แหล่งเดิม. หน้า 74.

⁴³ แหล่งเดิม. หน้า 89.

⁴⁴ บทสรุปแนวความคิดของ Cf. Walker (1980) อ้างถึงใน ประชาน วัฒนวานิชย์. (2541, ธันวาคม).

3) รัฐไม่ควรใช้กฎหมายอาญาเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์อย่างใดอย่างหนึ่งซึ่งสามารถบรรลุได้อย่างมีประสิทธิภาพ โดยก่อให้เกิดความทุกข์ทรมานน้อยกว่าหรือหมายถึงรัฐไม่ควรใช้กฎหมายอาญา ในกรณีที่มาตราอื่นๆ ซึ่งก่อให้เกิดความทุกข์ทรมานน้อยกว่า มีประสิทธิภาพเท่าหรือเกือบเท่าในการลดจำนวนการกระทำนั้น

4) รัฐไม่ควรใช้กฎหมายอาญาในกรณีผลร้ายซึ่งเกิดจากการลงโทษมีมากกว่าผลร้ายที่เกิดจากความผิด เช่น การที่บัญญัติให้พระภิกษุสงฆ์ที่ร่วมประเวณีกับหญิงที่ยินยอม มีโทษประหารชีวิตหรือจำคุกตลอดชีวิตเช่นกฎหมายพระสงฆ์ในอดีตเป็นต้น แต่โทษนั้นควรมีความเหมาะสมและมีความสมดุลกับความผิดของพระภิกษุสงฆ์ที่ได้กระทำลงไป การที่พระภิกษุสงฆ์ร่วมประเวณีกับหญิงที่ยินยอมกฎหมายก็ควรบัญญัติให้ลงโทษจำคุกตามสมควร โดยมีสภาพบังคับที่เป็นไปได้และนำมาใช้อย่างเคร่งครัดเพื่อเป็นการป้องปรามพฤติกรรมเลียนแบบและเกิดความเกรงกลัวต่อโทษทัณฑ์อย่างแท้จริง

5) รัฐไม่ควรใช้กฎหมายโดยมีวัตถุประสงค์ในการบังคับให้บุคคลกระทำเพื่อประโยชน์แก่ตนเองเท่านั้น

6) รัฐไม่ควรใช้กฎหมายอาญาห้ามการกระทำซึ่งไม่ได้รับการสนับสนุนอย่างแข็งขันจากสาธารณะชน ในข้อนี้ผู้เขียนเห็นว่าแนวคิดนี้เป็นการสนับสนุนการบัญญัติกฎหมายตามสภาพสังคมในแต่ละสมัยที่มหาชนมีความคิดเห็นตรงกันในพื้นที่ฐานของศีลธรรม ให้มีการบัญญัติกฎหมายอาญาเพื่อกำหนดบทลงโทษแก่กลุ่มบุคคลผู้ซึ่งมีผลต่อประเทศชาติ ดังเช่น พระภิกษุสงฆ์

7) รัฐไม่ควรบัญญัติความผิดซึ่งบังคับใช้ไม่ได้ไว้ในกฎหมายอาญา

ประมวลกฎหมายอาญาของไทยในปัจจุบันนั้น จริงอยู่ในบทบัญญัติที่เกี่ยวกับศาสนามีสภาพบังคับและใช้ได้จริง แต่ความผิดนั้นก็เกิดขึ้นค่อนข้างน้อยเนื่องจากการลงโทษแก่ผู้กระทำความผิดฐานดูหมิ่นศาสนา ผู้กระทำความผิดฐานทำลายวัดวาอาราม ก่อความวุ่นวายเท่านั้น แต่สิ่งที่เกิดเป็นปัญหาในสังคมมากมายถึงขั้นวิกฤติศาสนาในปัจจุบัน คือตัวบุคคลผู้อยู่ในศาสนานั้นคือพระภิกษุสงฆ์เองที่เป็นผู้ก่อให้เกิดความเสื่อมเสีย มัวหมองแก่ศาสนา

แม้บทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญาในเรื่องความรับผิดชอบการแต่งกายเลียนแบบสงฆ์อาจตีความได้ว่ากรณีที่คนที่พระภิกษุได้กระทำความผิดต้องอาบัติปาราชิกแล้วยังครองผ้าไตรจีวรอยู่ ถือเป็นการแต่งกายเลียนแบบสงฆ์สามารถปรับโทษมาตรานี้ลงแก่สงฆ์ได้ก็ตาม แต่หากบุคคลที่ไม่ใช่ภิกษุหรือชาวบ้านธรรมดาไม่อาจตีความได้ว่าคนที่ตนกระทำความผิดทางเพศถึงขั้นปาราชิกแล้วยังครองผ้าไตรจีวรอยู่จะได้รับโทษอย่างไรมีการบัญญัติให้ต้องรับผิดชอบแบบนี้ด้วยหรือ ผู้เขียนเห็นว่า ประมวลกฎหมายอาญาควรที่จะบัญญัติความรับผิดชอบและโทษของพระภิกษุสงฆ์ว่าหากพระภิกษุกระทำความผิดอันใดจะได้รับโทษอย่างไรให้หมวดเฉพาะมีความชัดเจนเพื่อความยุติธรรมและเป็นธรรมต่อผู้ถูกบังคับใช้กฎหมาย

นอกจากความเห็นที่กล่าวมาข้างต้นแล้ว ยังมีแนวความคิดของนักกฎหมายที่สำคัญอีกหลายท่านที่ได้เสนอความคิดเห็นเกี่ยวกับเรื่องความเหมาะสมของกฎหมายอาญาไว้และล้วนแต่ให้เหตุผลที่น่ารับฟังและเป็นประโยชน์อย่างยิ่งสำหรับการนำไปสู่การหาคำตอบของปัญหาที่ศึกษาในครั้งนี้ โดยผู้เขียนขอเสนอความคิดเห็นหลักๆ ที่เกี่ยวข้องกับเรื่องนี้ของนักกฎหมายที่เป็นที่ยอมรับในวงการกฎหมายสากลอยู่ 2 ท่าน โดยมีแง่มุมแตกต่างกันดังนี้

1) ความเห็นเรื่องการกำหนดความผิดอาญาที่เหมาะสมของ Herbert L.Packer

Herbert L.Packer ได้อธิบายเกี่ยวกับเรื่องขีดจำกัดของกฎหมายอาญาไว้ด้วยเหตุผลที่น่าสนใจหลายประการ⁴⁵ โดยนอกจากจะให้ความเห็นว่าเราควรคิดถึงขีดจำกัดของการใช้กฎหมายอาญานั้น เพราะมาตรการลงโทษทางอาญานั้นเป็นขีดสูงสุดของกฎหมาย โดยเห็นได้ว่าการต้องรับโทษอาญานี้ต่างกับผลของโทษอื่นๆ ที่มีโทษทางอาญา ไม่ว่าจะเป็นโทษที่เป็นมาตรการทางปกครอง หรือแม้แต่โทษที่ต้องชดใช้ในทางทรัพย์สินใดๆ ก็ตาม หรือกล่าวได้ว่าโทษอาญานั้นเป็นโทษที่มีราคาแพงที่สุด และรุนแรงจนสมควรสงวนไว้ใช้เฉพาะความผิดที่ร้ายแรงแท้จริงเช่นกัน จึงมีเพียง 2 ประการที่บุคคลควรถูกลงโทษด้วยมาตรการทางอาญา คือ การลงโทษเพื่อให้สมควรแก่ผู้ที่กระทำผิดอย่างชั่วร้ายและเพื่อเป็นการป้องกันอาชญากรรม

ตัวอย่างเช่น การกำหนดความผิดทางเพศซึ่ง Packer มีความเห็นว่าในเรื่องที่เกี่ยวกับเพศที่ควรใช้มาตรการทางอาญาเข้าควบคุมมีเพียง 3 สิ่งดังนี้

(1) เพื่อป้องกันการกระทำโดยการใช้อำนาจบังคับ (Protection against the use of force and equivalent means of coercion) กล่าวได้ว่ากฎหมายควรคุ้มครองเรื่องนี้ และไม่จำเป็นที่จะต้องเป็นการคุ้มครองเฉพาะการกระทำต่อเหยื่อซึ่งเป็นหญิงเท่านั้น สามารถกำหนดความผิดเท่ากันหากกระทำต่อชายใดก็ได้เหมือนกัน เพราะไม่ควรมีความแตกต่างในเรื่องนี้ ประเด็นสำคัญคือต้องเกิดจากการกระทำโดยการบังคับเท่านั้น ผู้เขียนเห็นว่าซึ่งอาจรวมไปถึงการหลอกลวงให้ร่วมเพศด้วยวิธีฉ้อฉลด้วย และแนวความคิดของ Packer นั้นน่าจะเป็นการบัญญัติเพียงแนวคิดที่บัญญัติออกมาเพื่อให้ความคุ้มครองควบคุมสังคมโดยทั่วไปให้มีความสงบเรียบร้อย โดยคำนึงถึงความเหมาะสมด้านวัฒนธรรมประเพณีของแต่ละประเทศ ในประเทศไทยนั้นพระภิกษุสงฆ์เป็นบุคคลที่มีความน่าเลื่อมใสศรัทธาต่อประชาชนในประเทศที่นับถือศาสนาพุทธเป็นส่วนใหญ่ การบัญญัติกฎหมายอาจแตกต่างกันไปตามความเหมาะสมของวัฒนธรรมในประเทศ ด้วยเหตุผลทางฐานะของพระภิกษุสงฆ์ที่สังคมได้ไว้วางใจสูง พระภิกษุสงฆ์จึงอาจต้องรับผิดชอบได้ด้วยเพราะฐานะและแม้การกระทำผิดทางเพศนั้นไม่ได้มาจากการบังคับผู้ใดเลย

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

(2) การป้องกันผู้เยาว์จากการถูกเอารัดเอาเปรียบในเรื่องที่เกี่ยวกับเพศสัมพันธ์ (Protection of the immature against sexual exploitation) การปกป้องผู้เยาว์นี้อาจแบ่งออกได้เป็น 2 ระดับที่ต้องคุ้มครองอย่างเข้มงวด เพราะไม่เจริญวัยพอที่จะมีเพศสัมพันธ์ได้ดีพอ และระดับที่สองคือช่วงวัยรุ่นที่เมื่ร่างกายจะเริ่มเจริญวัยมากขึ้นหรือสามารถมีเพศสัมพันธ์ได้ดีพอ ซึ่งสังคมควรคุ้มครองให้มีช่วงเวลาที่จะพัฒนาความพร้อมทั้งร่างกายและความรู้ต่างๆ ที่จะทำให้สามารถใช้ชีวิตในสังคมได้โดยเหมาะสม

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

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

ตัวอย่างเช่น ควรมีผู้รับผิดชอบเขตแดนห้ามสาธารณชน เพื่อไม่ให้ผู้อยู่ในสมณะเพศต้องเผชิญสภาวะการข้องเกี่ยวกับเพศ เช่น สถานที่เที่ยวเตร่ต่างๆ ในแหล่งบริการอยู่ใกล้กับวัด

2) ความเห็นเรื่องการกำหนดความผิดอาญาที่เหมาะสมของ Lon Fuller⁴⁶

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

แนวคิดของ Lon Fuller เป็นแนวคิดที่มีความเหมาะสมกับเมืองพุทธเช่นในประเทศไทยมากที่สุด การบัญญัติความรับผิดชอบหรือกำหนดโทษบุคคล ในแต่ละมาตราของกฎหมายย่อมมีเหตุผลหรือที่เรียกอีกอย่างหนึ่งว่าเจตนารมณ์ของกฎหมาย เนื่องจากโทษทางอาญาเป็นโทษที่รุนแรงคาบเกี่ยวกับเรื่องสิทธิมนุษยชน การวางบทลงโทษย่อมต้องมีเหตุผลที่ไม่น่าหนักและเป็นที่ยอมรับของสาธารณะชนในประเทศ การกำหนดความผิดอาญาและการลงโทษในการกระทำผิดอันใดเหมาะสมหรือไม่ขึ้นขึ้นอยู่กับประเพณีและวัฒนธรรมของแต่ละประเทศ หากการบัญญัติกฎหมายและบทลงโทษนั้นมาจากบนพื้นฐานของศีลธรรมและโดยสัจยชาติญาณจึงได้สำนึกดีชั่วของมนุษย์ย่อมไม่อาจปฏิเสธได้ว่ากฎหมายนั้นได้บัญญัติขึ้นมาด้วยความชอบธรรมและเป็นธรรม ดังเช่นที่

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

พระพุทธองค์ทรงได้เคยตรัสไว้ว่าศีลธรรมมีมาก่อนพระธรรมวินัยหรือกฎหมายธรรม⁴⁷ คือความจริงในธรรมชาติ พระพุทธเจ้าตรัสไว้ชัดเจนว่า “ตถาคต (คือพระพุทธเจ้า) จะเกิดหรือไม่ก็ตาม หลักความจริงก็คงอยู่อย่างนั้นเป็นธรรมดา ตถาคตทั้งหลายค้นพบธรรมแล้วจึงนำมาเปิดเผยแสดงชี้แจงทำให้เข้าใจง่าย” ฉะนั้นเมื่อสังคมมีคนหมู่มากการที่จะออกกฎหมายเพื่อบังคับควบคุมคนหมู่มากให้มีประสิทธิภาพและให้เกิดความยอมรับได้ดีที่สุด กฎหมายนั้นต้องมีรากฐานมาจากศีลธรรมเป็นเบื้องต้น แนวคิดของนักกฎหมายสากล Lon Fuller ผู้นี้ จึงเป็นแนวคิดที่น่าจะใกล้เคียงกับหลักการในพระธรรมวินัยที่พระพุทธเจ้าได้ทรงโปรดตรัสอธิบายไว้ข้างต้น อีกทั้งพระพุทธองค์ไม่ได้ทรงปล่อยให้กรรมตามธรรมชาติลงโทษผู้กระทำความผิดอย่างเดียว แต่หากทรงได้บัญญัติพระธรรมวินัยขึ้นเพื่อให้พระภิกษุสงฆ์ผู้กระทำความผิดได้รับโทษอาบัติอันเป็นกรรมตามหลักการในพระวินัย ผู้เขียนจึงเห็นว่า การบัญญัติกฎหมายอาญาเพื่อลงโทษพระภิกษุสงฆ์โดยอาศัยพื้นฐานของศีลธรรมในการบัญญัติกฎหมายเป็นสิ่งที่สามารถที่จะกระทำได้และไม่ถือเป็นการเลือกประพฤติดต่อกลุ่มบุคคลหรือขัดต่อหลักสิทธิมนุษยชนแต่อย่างใด ทั้งนี้เนื่องจากการป้องกันมิให้คนกระทำความผิดเนื่องจากความเกรงกลัวที่จะต้องรับโทษ และเป็นการคุ้มครองสถาบันศาสนาและพระภิกษุสงฆ์รูปอื่นๆ ด้วยการบัญญัติให้พระภิกษุสงฆ์ผู้กระทำความผิดได้รับผิดในทางโลกในยุควิฤตศาสนา นี้ถือเป็นการตามหลักการในทางโลกที่ผู้กระทำความผิดซึ่งเป็นพระภิกษุสงฆ์ควรได้รับมากกว่าปล่อยให้เป็นการตามธรรมชาติให้ผู้คนพบเห็นการกระทำความผิดแล้วเกิดการตั้งรังเกียจโดยสังคมเพียงอย่างเดียวซึ่งกว่าจะพบการกระทำความผิดก็ได้สร้างความเสียหายเสื่อมเสียต่อศาสนาไปแล้วเป็นอันมาก มิใช่จะก่อให้เกิดจากความเสียหายในเรื่องเพศอย่างเดียวการที่พระภิกษุสงฆ์นำเงินบำรุงวัดมาเลี้ยงคูหาหรือชายที่มีความสัมพันธ์ทางเพศกับตนก็ก่อให้เกิดความเสื่อมในศรัทธาอย่างรุนแรงในสังคมและเสื่อมตัวศาสนาที่ควรจะได้รับ การสืบทอดบำรุงอยู่อย่างงดงามด้วยเงินบริจาคจากกระแสนุญชของสาธุชนชาวพุทธ แต่กลับถูกนำมาใช้สนองกิเลสของพระผู้กระทำความผิด

ในปัจจุบันพระภิกษุผู้กระทำความผิดกฎหมายและพระธรรมวินัยร้ายแรงมีมากขึ้น ซึ่งทฤษฎีที่สามารถนำมาใช้พิจารณากับการกำหนดโทษพระภิกษุสงฆ์นั้นทางด้านกฎหมายบ้านเมืองการกำหนดโทษนั้นมีทฤษฎีที่ใช้กันอยู่เป็นสากล ในปัจจุบันมี 3 ทฤษฎี ซึ่งผู้เขียนได้มีการอธิบายหลักของทฤษฎีดังกล่าวเอาไว้ในบทที่ 2 แล้ว ทฤษฎีดังกล่าวได้แก่⁴⁸

- (1) ทฤษฎีลงโทษเพื่อให้สาสมหรือแก้แค้นทดแทน (Retributive Theory)
- (2) ทฤษฎีลงโทษเพื่อป้องกัน (Preventive Theory)
- (3) ทฤษฎีลงโทษเพื่อดัดแปลง (Reformative Theory)

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

⁴⁸ สหชน รัตนไพจิตร. เล่มเดิม. หน้า 32.

เกี่ยวกับแนวคิดในการกำหนดโทษนั้น แนวคิดของศาสตราจารย์ จิตติ ดิงศัทย์ เห็นว่า ความประสงค์ของการลงโทษควรรวมกันทั้ง 3 ทฤษฎี ทั้งทฤษฎีลงโทษเพื่อสาสม ทฤษฎีลงโทษเพื่อป้องกัน และทฤษฎีลงโทษเพื่อคัดแปลง แต่ความประสงค์ประการต่างๆ นี้อาจมีน้ำหนักต่างกันแล้วแต่กาละ เทศะ และเหตุการณ์ เช่น ความรู้สึกของชุมชนในชั้นแรกเมื่อเกิดการกระทำผิดใหม่ๆ อาจหนักไปในทางแก้แค้นทดแทนต่อผู้กระทำความผิดและปราบปรามในชั้นต่อไปอาจคลายลงเป็นความรู้สึกในทางคณินสยให้กลับตัว จนอาจมีการอภัยโทษและปล่อยชั่วคราวก่อนการกำหนดโทษ เป็นต้น

แนวความคิดของศาสตราจารย์ หยุต แสงอุทัย เห็นว่า

เป็นการสมควรที่จะใช้ทฤษฎีผสม คือเอาทฤษฎีเด็ดขาด (ทฤษฎีลงโทษเพื่อให้สาสม) ทฤษฎีสัมพัทธ์ (ทฤษฎีลงโทษป้องกันและทฤษฎีลงโทษเพื่อคัดแปลง) มารวมกัน...ถ้าหากจะมีการลงโทษเพื่อให้สมความประสงค์ของการลงโทษได้ทุกความประสงค์ได้ก็เป็นการดี แต่ในกรณีโดยมากศาลไม่อาจลงโทษให้สมความประสงค์ได้ก็เป็นการดี แต่ในกรณีโดยมากศาลไม่อาจลงโทษให้สมความประสงค์ทุกอย่างได้ ในกรณีเช่นนี้ ศาลก็ต้องเลือกเอาความประสงค์หนึ่งซึ่งเหมาะสมสำหรับกรณีนั้นมากที่สุด เช่น ผู้กระทำความผิดในคดีหนึ่ง ซึ่งถ้าศาลจะลงโทษโดยใช้ทฤษฎีลงโทษเพื่อป้องกัน คือลงโทษเพื่อให้บุคคลทั่วไปหวาดกลัวจะได้ไม่เอาเป็นเยี่ยงอย่าง ศาลก็ต้องลงโทษหนัก แต่ถ้าจะใช้ทฤษฎีลงโทษเพื่อคัดแปลง คือไม่ให้ผู้กระทำความผิดนั้นมากระทำความผิดซ้ำอีก ศาลก็ควรลงโทษน้อยเพราะผู้กระทำผิดจะได้กระทำความผิดเป็นครั้งแรกและเมื่อศาลพิจารณาบุคลิกภาพของผู้กระทำผิดจะได้กระทำเป็นครั้งแรกและเมื่อศาลพิจารณาบุคลิกภาพของผู้กระทำผิดแล้ว จะลงโทษเล็กน้อยก็เป็นการเพียงพอในกรณีดังกล่าวนี้ ถ้าศาลจะลงโทษผู้กระทำความผิดให้หนักเพียงเพื่อจะเป็นตัวอย่างแก่บุคคลทั่วไปเพื่อไม่ให้กระทำความผิดอีกก็เห็นได้ว่าเป็นการที่ศาลเอาผู้กระทำความผิดมาเป็นผู้เสียสละ เพื่อความปลอดภัยของประชาชนซึ่งไม่ยุติธรรม และขัดกับหลักมนุษยธรรมเป็นการลงโทษที่ไม่คำนึงถึงศักดิ์ศรีของมนุษยธรรมเป็นการลงโทษที่ไม่คำนึงถึงศักดิ์ศรีของมนุษย์โดยเหตุนี้จึงต้องมีกรอบของโทษขั้นต่ำภายในกรอบของโทษไม่ได้ และโทษขั้นสูงและขั้นต่ำศาลจะเลือกลงโทษ (สุดแต่จะพิจารณาว่า ควรคำนึงถึงความประสงค์ใดเป็นใหญ่) นั้น ย่อมขึ้นอยู่กับความชั่ว (Schuld) ของผู้กระทำตามที่ปรากฏจากการกระทำผิดหรือจะกล่าวอีกอย่างหนึ่งก็คือ ศาลลงโทษให้สูงหรือต่ำกว่าโทษที่เหมาะสมกับความชั่วของผู้กระทำไม่ได้ ความชั่วของผู้กระทำจึงเป็นเครื่องหยุดยั้งไม่ให้ศาลลงโทษตามอำเภอใจแม้ว่ากฎหมายจะได้กำหนดโทษผู้กระทำความผิดให้สูงกว่านั้น

ความเห็นของศาสตราจารย์ หยุต แสงอุทัย จึงเห็นว่าความประสงค์ของการลงโทษควรเป็นไปทั้ง 3 ทฤษฎี มารวมกัน (อย่างไรก็ตามท่านไม่ได้ให้ความเหตุผลเอาไว้ว่าทำไมจึงต้องใช้

รวมกัน) ถ้าหากว่าการลงโทษไม่สามารถลงโทษให้ได้วัตถุประสงค์ทั้ง 3 ประการก็ให้เลือกใช้ความประสงค์ใดความประสงค์หนึ่งซึ่งเหมาะแก่กรณีมากที่สุด

จะเห็นได้ว่าความเห็นของท่านศาสตราจารย์หยุด เน้นหนักไปในทางปฏิบัติว่าศาลควรลงโทษผู้กระทำความผิดเท่าไร จึงเป็นการนำทฤษฎีทั้ง 3 ทฤษฎี มาใช้ในทางปฏิบัติ แต่ความจริงแล้ววัตถุประสงค์ของการลงโทษเป็นรากฐานของกฎหมายอาญาที่จะกำหนดรูปแบบทั้งทางนิติบัญญัติทางศาลและราชทัณฑ์

จะเห็นได้ว่าการพิจารณาแนวคิดต่างๆ ที่ได้ศึกษามาพบว่าปัจจุบันยังมีความเห็นเกี่ยวกับการกำหนดความผิดที่มีความแตกต่างกันอยู่หลายด้าน ซึ่งเป็นที่ยอมรับโดยทั่วไปว่าส่วนหนึ่งเป็นผลมาจากความแตกต่างของสภาพสังคมและวัฒนธรรม แนวคิด ปรัชญาการลงโทษอิทธิพลทางศาสนา ลักษณะรูปแบบการปกครอง การใช้อำนาจและนโยบายรัฐ รวมทั้งจากมุมมองที่แตกต่างกันในแง่ของการกำหนดวัตถุประสงค์ของการใช้กฎหมายอาญาในสังคม แต่การกำหนดความผิดในกฎหมายอาญาตามระบบในสังคมส่วนใหญ่ในปัจจุบันนั้น ยังมีความไม่เหมาะสมอยู่มาก และพบว่ามีลักษณะที่ไม่สอดคล้องกับความต้องการของประชาชนส่วนใหญ่ในสังคมอย่างแท้จริง

ผู้เขียนเห็นด้วยกับความเห็นของท่านศาสตราจารย์จิตติ ดิงสภักดิ์ ในแง่ของการกำหนดบทลงโทษโดยอาจใช้ทั้ง 3 วิธี โดยคำนึงถึงความรู้สึกของคนในสังคมส่วนรวมว่ารู้สึกต่อแต่ละคดีอย่างไร ผู้กระทำความผิดเป็นใคร การกระทำนั้นเป็นเหตุสะเทือนใจต่อผู้คนในสังคมอย่างไร เช่น ในกรณีที่เกิดการกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราโดยผู้กระทำเป็นบุคคลธรรมดาทั่วไปก็นับเป็นคดีที่สะเทือนใจในสังคมอยู่แล้ว แต่หากผู้กระทำความผิดเป็นพระภิกษุสงฆ์ซึ่งชาวบ้านให้ความเคารพนับถือ ไว้วางใจแต่เป็นผู้กระทำความผิดเสียเองแล้ว คดีนี้ย่อมเกิดผลกระทบต่อจิตใจของบุคคลผู้ทราบเรื่องราวได้มากกว่าปกติ และในกรณีเช่นนี้ความเสียหายนอกจากจะเกิดจากการกระทำความผิดของพระภิกษุผู้กระทำความผิดสมตามเจตนาแล้ว ผลเสียหายที่กระทบตามมาจากการกระทำความผิดนั้นย่อมกระทบต่อภาพลักษณ์ของสถาบันศาสนาและพระภิกษุสงฆ์ซึ่งเป็นบุคคลกรสำคัญในศาสนาด้วย ด้วยเหตุนี้เพื่อที่จะทำให้ผู้กระทำความผิดเกิดความเหลาปจจำผู้เขียนเห็นว่าจึงอาจจำเป็นที่จะต้องนำทฤษฎีลงโทษเพื่อให้สาสมโดยกำหนดโทษให้เหมาะสมกับความผิดมาบังคับใช้ ซึ่งในความเป็นจริงแล้วทฤษฎีลงโทษเพื่อให้สาสมต่างกับการแก้แค้นหรือล้างแค้น ทั้งนี้เนื่องจากทฤษฎีลงโทษที่เหมาะสมมีพื้นฐานอยู่บนหลักของความยุติธรรม โดยจะต้องลงโทษให้เท่าเทียมกับความผิด แต่การแก้แค้นมีพื้นฐานอยู่บนอารมณ์โดยผู้กระทำความผิดถูกลงโทษตามอารมณ์ของผู้ลงโทษ ถึงแม้ว่าหลักสำคัญในการกระทำความผิด จะให้ผู้กระทำความผิดได้รับโทษเท่าเทียมกับความผิดที่เขากระทำขึ้นก็ตาม แต่หลักนี้ไม่ได้หมายความว่า เป็นการแก้แค้นเพียงแต่อธิบายถึงอัตราโทษที่ลงแก่ผู้กระทำผิดเท่านั้น ถ้าหากว่าลงโทษเพราะแก้แค้นแล้วจะไม่มีหลักเช่นนี้มาจำกัดขอบเขตของการลงโทษหรืออารมณ์เลย และนอกจากนี้ผู้เขียนเห็นว่าสามารถใช้ทฤษฎี

ป้องกันเพื่อไม่ให้เอาเป็นเยี่ยงอย่างประกอบกับทฤษฎีดัดแปลงมาใช้เพื่อกำหนดโทษเพื่อใช้บังคับกับพระภิกษุสงฆ์ผู้กระทำความผิดทางเพศในขณะครองเพศบรรพชิตให้ได้รับโทษหนักขึ้นกว่าผู้ที่กระทำความผิดที่เป็นบุคคลทั่วไปโดย และนอกจากนี้ผู้เขียนเห็นว่าเพื่อให้เกิดความชัดเจนถึงเหตุผลในการกำหนดความผิดกรณีที่ผู้กระทำความผิดเป็นพระภิกษุสงฆ์ จึงจำเป็นที่จะต้องการนำเอาทฤษฎีการบัญญัติกฎหมายโดยฐานะของผู้กระทำความผิด เข้ามาพิจารณาให้เห็นถึงวัตถุประสงค์ของการบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับการกระทำความผิดทางเพศของพระสงฆ์ให้ชัดเจนยิ่งขึ้น ว่าโดยเหตุที่ผู้กระทำความผิด มีฐานะเป็นพระภิกษุสงฆ์ เป็นตัวแทนของความดีงาม เป็นภาพพจน์ของสถาบันศาสนา มีอิทธิพลต่อคนส่วนใหญ่ในประเทศชาติ หากพระภิกษุสงฆ์ ประพฤติปฏิบัติ นอกรีตของศีลธรรมมากเข้า อาจมีผลกระทบถึงความมั่นคงของประเทศ รัฐจึงควรให้ความสนใจที่จะให้ความสำคัญในเรื่องนี้ ดังเช่นประมวลกฎหมายอาญาได้บัญญัติกำหนดให้เจ้าพนักงานของรัฐต้องรับผิดหากกระทำความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ ก็เพราะเพื่อให้เป็นไปด้วยความสงบเรียบร้อย และเพื่อคุ้มครองมิให้ประชาชนเสียหายจากการกระทำของเจ้าพนักงานโดยอาศัยฐานะ ตำแหน่งหน้าที่ เช่นเดียวกับพระภิกษุสงฆ์ที่เป็นบุคคลที่ควรมีบทบัญญัติของกฎหมายโดยกำหนดความรับผิดชอบโดยฐานะของผู้กระทำ

4.3.3 วิเคราะห์การกำหนดความผิดและโทษของพระภิกษุสงฆ์ผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับเพศ เพื่อมิให้เกิดช่องว่างในการลงโทษผู้กระทำความผิด

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่าองค์ประกอบภายนอกสำหรับการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศฐานกระทำชำเราผู้อื่นตามประมวลกฎหมายอาญานั้น โดยทั่วไปการกระทำที่จะเป็นความผิดได้จะต้องคำนึงถึงความหลักความยินยอมของผู้ถูกระทำหรือกรรมแห่งการกระทำประกอบด้วยเป็นสำคัญ กล่าวคือโดยหลักแล้วการกระทำอันเป็นการชำเราผู้อื่นซึ่งจะเป็นความผิดจะต้องปรากฏว่าผู้ถูกระทำถูกระทำโดยไม่ได้ให้ความยินยอมแก่ผู้กระทำ ดังนั้นถ้าบุคคลผู้ถูกชำเราได้ให้ความยินยอมแล้วการกระทำชำเรานั้นย่อมไม่อาจที่จะกลายเป็นความผิดอาญาไปได้ แต่อย่างไรก็ดีในบางกรณีแม้ผู้ถูกชำเราจะให้ความยินยอมก็ตาม การกระทำชำเราดังกล่าวก็อาจกลายเป็นความผิดขึ้นมาได้ หากเป็นการกระทำชำเราต่อบุคคลซึ่งมีอายุไม่เกินที่กฎหมายกำหนดเอาไว้ ทั้งนี้เพื่อเป็นการคุ้มครองเด็ก หรือผู้เยาว์ที่ยังคงเดียงสาหรือไร้ซึ่งความรู้ในการดำรงชีพภายในสังคมซึ่งบุคคลดังกล่าวนี้ย่อมอาจตกเป็นเหยื่อของการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศได้โดยง่ายดาย ซึ่งตามประมวลกฎหมายอาญาได้บัญญัติถึงหลักการคุ้มครองดังกล่าวเอาไว้ในมาตรา 277 ซึ่งมีหลักดังนี้

มาตรา 277⁴⁹ ผู้ใดกระทำชำเราเด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปีซึ่งมิใช่ภริยาหรือสามีของตน โดยเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดพันบาทถึงสี่หมื่นบาท

การกระทำชำเราตามวรรคหนึ่ง หมายความว่า การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำโดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น หรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งเป็นการกระทำแก่เด็กอายุยังไม่เกินสิบสามปี ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่เจ็ดปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่หนึ่งหมื่นสี่พันบาทถึงสี่หมื่นบาท หรือจำคุกตลอดชีวิต

๔ ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งหรือวรรคสามได้กระทำโดยร่วมกระทำความผิดด้วยกัน อันมีลักษณะเป็นการโทรมเด็กหญิงหรือกระทำกับเด็กชายในลักษณะเดียวกันและเด็กนั้นไม่ยินยอม หรือได้กระทำโดยมีอาวุธปืนหรือวัตถุระเบิด หรือโดยใช้อาวุธ ต้องระวางโทษจำคุกตลอดชีวิต”

บทบัญญัติที่ได้กล่าวมานั้น ผู้ชำระย่อมมีความผิดแม้ผู้ถูกชำระจะให้ความยินยอมที่จะให้กระทำชำเราก็ตาม โดยมีเงื่อนไขของอายุผู้ถูกกระทำเป็นหลักพิจารณาประกอบ ดังนั้นในกรณีเช่นนี้หากผู้กระทำความผิดเป็นพระภิกษุสงฆ์กรณีเช่นนี้ ย่อมไม่เกิดช่องว่างที่จะทำให้นุคคลผู้เป็นพระภิกษุสงฆ์พ้นผิดไปได้และนอกจากผู้กระทำความผิดจากการกระทำความผิดดังกล่าวจะมีความผิดตามมาตรา 277 แล้ว การกระทำความผิดดังกล่าวย่อมที่จะเป็นการกระทำอันมีลักษณะเข้าองค์ประกอบของความผิดเกี่ยวกับเพศฐานอื่นๆ อีกด้วย เช่น ความผิดฐานอนาจารผู้อื่น⁵⁰ ความผิดฐานพาไปเพื่อการอนาจาร⁵¹ และความผิดฐานพรากเด็กหรือผู้เยาว์⁵² แต่หากเป็นกรณีที่การชำเราอันเป็นความผิดนั้นไม่ตั้งอยู่บนเงื่อนไขของอายุผู้ถูกกระทำ กล่าวคือ เป็นการกระทำชำเราต่อบุคคลซึ่งมีอายุเกินกว่า

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

⁵⁰ ประมวลกฎหมายอาญา, มาตรา 279 ผู้ใดกระทำอนาจารแก่เด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปี โดยเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบปี หรือปรับไม่เกินสองหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

⁵¹ ประมวลกฎหมายอาญา, มาตรา 283 ทวิ ผู้ใดพาบุคคลอายุเกินสิบห้าปีแต่ยังไม่เกินสิบแปดปีไปเพื่อการอนาจาร แม้ผู้นั้นจะยินยอมก็ตาม ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปี หรือปรับ ไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

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

18 ปีขึ้นไปแล้ว การกระทำอันเกี่ยวกับเพศดังกล่าวย่อมต้องคำนึงถึงหลักความยินยอมเป็นสำคัญ เพื่อพิจารณาว่าการกระทำความผิดดังกล่าวเป็นความผิดอันจะต้องรับโทษทางอาญาเนื่องจากการกระทำโดยไม่สมควรทางเพศหรือไม่ ซึ่งหลักความยินยอมไม่เป็นความผิดนั้นย่อมพิจารณาได้จากประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 ซึ่งมีหลักว่า

“มาตรา 276⁵³ ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นโดยขู่เข็ญด้วยประการใดๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยผู้นั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้ผู้นั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดพันบาทถึงสี่หมื่นบาท”

เมื่อพิเคราะห์บทบัญญัติดังกล่าวแล้วจะเห็นได้ว่า หากผู้ที่ชำเราบุคคลอื่นโดยผู้ถูกชำเรามีอายุเกินกว่า 18 และผู้ถูกชำเราให้ความยินยอมแล้ว กรณีเช่นนี้ผู้ชำเราย่อมไม่อาจที่จะมีความผิดอาญาเกี่ยวกับการกระทำอันไม่สมควรทางเพศแต่อย่างใด ทั้งนี้เนื่องจากการชำเราดังกล่าวได้กระทำต่อบุคคลซึ่งมีอายุเกิน 18 ปีซึ่งถือว่าเป็นผู้ที่รู้ดีถึงสาทิพแล้วต่อการกระทำของตน และเมื่อบุคคลดังกล่าวให้ความยินยอมการกระทำชำเราของผู้กระทำความผิดถือเป็นการแสดงออกซึ่งเสรีภาพทางเพศ และถือเป็นสิทธิของบุคคลซึ่งชอบที่จะมีสิทธิเลือกคู่ครองได้ซึ่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยก็มีบทบัญญัติรองรับหลักดังกล่าวด้วย

1) เสรีภาพในทางเพศกับความรับผิดชอบตามประมวลกฎหมายอาญา

สิทธิทางเพศ เป็นสิทธิมนุษยชนขั้นมูลฐานที่ได้รับการประกาศไว้ในปี ค.ศ. 1994 ที่กรุงวอเลเนเซีย ประเทศสเปน การประชุมระดับโลกเรื่องเพศวิทยา ครั้งที่ 8 เพื่อความเข้าใจที่ถูกต้องในสิทธิของบุคคลทุกเพศตามที่ถูกต้องควร คำว่า “สิทธิทางเพศ” เริ่มปรากฏขึ้นเมื่อขบวนการสิทธิสตรีทำงานร่วมกัน จนทำให้ที่ประชุมโลกว่าด้วยเรื่องสิทธิมนุษยชน ณ กรุงเวียนนา ในปี พ.ศ. 2536 เขียนไว้ในปฏิญญาเวียนนาและแผนปฏิบัติการว่า “ความรุนแรงทางเพศเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชน” และรัฐภาคีต้องขจัดความรุนแรงอันเนื่องมาจากความเป็นเพศ (gender-based violence) และการเอาเปรียบทางเพศทุกรูปแบบ แต่นักวิชาการบางคนยังมองว่าภาษาที่ใช้ในปฏิญญาดังกล่าวยังคงพูดสิทธิทางเพศ ในลักษณะของการป้องกันการละเมิดสิทธิทางเพศ มากกว่าจะพูดถึงสิทธิทางเพศในลักษณะของการยืนยันสิ่งที่พึงมีพึงได้ เช่น ใช้คำว่า “บุคคลมีสิทธิที่จะปลอดจากความรุนแรงทางเพศ” แต่ไม่มีการใช้ภาษาเชิงยืนยันสิทธิ เช่น “บุคคลมีสิทธิในการแสดงออกทางเพศ” ซึ่งอย่างหลังดูเหมือนเป็นเรื่องละเอียดอ่อนที่ยากต่อการยอมรับมากกว่า (แต่ถูกให้คุณค่าว่าก้าวหน้ามากกว่า)

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

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

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

คำว่า เสรีภาพ (Liberty) หมายถึง สภาวะที่บุคคลมีอิสระในอันที่จะกระทำการหรือเว้นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งตามความปรารถนาของตน โดยไม่ถูกแทรกแซงหรือครอบงำจากบุคคลอื่น แม้จะปรากฏว่าตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 ได้ให้การรับรองและคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลเอาไว้ แต่อย่างไรก็ตามบุคคลใดจะใช้สิทธิเสรีภาพของตนก็ยังคงใช้สิทธิและเสรีภาพให้อยู่ภายในขอบเขตที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ด้วย ซึ่งตามที่รัฐธรรมนูญมาตรา 28 ววรรคหนึ่ง กำหนดไว้เสมอ กล่าวคือ บุคคลย่อมใช้สิทธิและเสรีภาพได้เท่าที่ไม่ละเมิดต่อสิทธิและเสรีภาพของผู้อื่น ไม่เป็นปฏิปักษ์ต่อรัฐธรรมนูญ และไม่ขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชนด้วย

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

ในกรณีที่ผู้แสดงออกซึ่งเสรีภาพทางเพศเป็นบุคคลธรรมดาคนนั้น ถ้ามิได้มีผลกระทบต่อสิทธิของบุคคลอื่น และไม่เป็นปฏิปักษ์ต่อรัฐธรรมนูญ และไม่ขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชนแล้วในกรณีเช่นนี้การกระทำนั้นย่อมที่จะ ไม่เป็นความผิดอาญาแต่อย่างใด แต่ถ้าสำหรับในกรณีที่พระภิกษุสงฆ์เป็นผู้แสดงออกซึ่งเสรีภาพทางเพศนั้นผู้เขียนมีความเห็นว่า ในกรณีที่แม้การกระทำดังกล่าวจะไม่ละเมิดต่อสิทธิและเสรีภาพของผู้อื่น ไม่เป็นปฏิปักษ์ต่อรัฐธรรมนูญก็ตาม แต่อย่างไรก็ตามการกระทำนั้นๆ ย่อมเป็นการขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชนแล้ว ทั้งนี้เนื่องจากดังที่กล่าวมาแล้วว่าพระภิกษุสงฆ์นั้นนับว่าเป็นบุคคลที่ย่อมเป็นที่คาดหวังของบุคคลในสังคมว่าบุคคลผู้บวชเป็นพระย่อมเป็นผู้ประพฤติดี ครองพรหมจรรย์และจะต้องมีความสำรวมไม่มีพฤติกรรมข้องเกี่ยวกับการกระทำทางเพศใดๆ ดังนั้นกรณีที่พระภิกษุเป็นผู้กระทำการอันไม่สมควรทางเพศ ภิกษุผู้นั้นย่อมนับได้ว่าเป็นผู้กระทำการอันเป็นการขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชนแล้ว และกรณีเช่นนี้พระภิกษุผู้นั้นย่อมไม่อาจยกเสรีภาพในการแสดงออกทางเพศเพื่อปฏิเสธความรับผิดชอบของตนได้เช่นบุคคลทั่วไป

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่าพระภิกษุสงฆ์เป็นผู้ที่ได้รับการเคารพนับถือจากสังคม เนื่องจากถือเป็นผู้ที่จะต้องประพฤติตนอยู่ในวินัยต่างๆ ซึ่งองค์สัมมาสัมพุทธเจ้าได้ทรงบัญญัติเอาไว้ ดังนั้น หากพระภิกษุผู้ใดเป็นผู้ที่เคร่งครัดในธรรมวินัยพระภิกษุผู้นั้นย่อมนับว่าเป็นผู้ที่ควรน้อมต่อการกราบไหว้บูชาแล้วหรือกล่าวได้อีกนัยหนึ่งว่าพระภิกษุสงฆ์นั้นถือว่าเป็นตัวแทนของความดีนั่นเอง แต่อย่างไรก็ดีในทุกๆ องค์กรย่อมมีบุคคลที่เป็นผู้ไม่ประสงค์ดีแฝงตัวอยู่ด้วย กล่าวคือในสถาบันศาสนานั้นย่อมมีพระภิกษุสงฆ์บางรูปซึ่งไม่เลื่อมใสศรัทธาในคำสอนขององค์ศาสดา แต่ได้เข้ามาบวชเพื่อหวังลาภสักการะ และอาศัยช่องว่างแห่งความศรัทธาของประชาชนเป็นโอกาสในการกระทำความผิดโดยไม่เกรงกลัวต่อบาปเกิดขึ้นได้ด้วย พระภิกษุสงฆ์ที่มีลักษณะนี้ย่อมไม่เกรงกลัวต่อการกระทำชั่ว และอาจที่จะทำความชั่วได้ทุกประเภทซึ่งหนึ่งในนั้นย่อมรวมถึงการร่วมชำเรากับผู้อื่นด้วย ในกรณีที่พระภิกษุสงฆ์เกิดความกำหนัดจนกระทั่งร่วมเสพเมถุนกับผู้อื่นนั้น ในทางพระวินัยย่อมมีความผิดร้ายแรงจนถึงขั้นปาราชิกหรือสิ้นสภาพจากการเป็นพระไปในทันทีเนื่องจากเป็นผู้ที่ประพฤติไม่สมควรอย่างยิ่งและในขณะเดียวกันหากการเสพเมถุนดังกล่าวต้องด้วยเงื่อนไขแห่งอายุและความไม่ยินยอมของผู้ถูกชำเราพระภิกษุผู้นั้นย่อมที่จะต้องรับผิดชอบในทางอาญาด้วย แต่อย่างไรก็ดีถ้าการเสพเมถุนดังกล่าวเป็นการกระทำต่อบุคคลซึ่งมีอายุเกินกว่า 18 ปี และผู้ถูกกระทำได้ให้ความยินยอมแล้ว กรณีเช่นนี้ การกระทำความผิดดังกล่าวของภิกษุผู้นั้นย่อมไม่มีความผิดอาญาดังแต่อย่างใดเนื่องจากไม่ถือว่าเป็นการล่วงละเมิดทางเพศต่อผู้อื่นอันเป็นองค์ประกอบความผิดอาญานั้นเอง แต่อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนเห็นว่าการพิจารณาความรับผิดชอบอาญาจากการกระทำความผิดดังกล่าวของพระภิกษุสงฆ์ย่อมแบ่งแยกกรรมของการกระทำออกได้เป็นสองส่วนได้แก่

ส่วนแรกสำหรับการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศได้แก่ผู้ถูกกระทำซึ่งเป็นบุคคลธรรมดา โดยองค์ประกอบภายในของการกระทำได้แก่เจตนาธรรมดาซึ่งเป็นเจตนาประสงค์ต่อผลเพื่อตอบสนองความใคร่ของตนเอง

ส่วนที่สองถือเป็นผลต่อเนื่องจากการกระทำความผิดซึ่งกรรมแห่งการกระทำจะเป็นนิติบุคคลและบุคคลธรรมดาซึ่งได้แก่สถาบันศาสนาและพระภิกษุสงฆ์รูปอื่นๆ กล่าวคือในกรณีที่พระภิกษุสงฆ์ร่วมเสพเมถุนกับผู้อื่นในขณะที่มีสถานะเป็นพระภิกษุผู้นั้น ย่อมก่อให้เกิดการดำเนินคดีจากประชาชนได้ ซึ่งการดำเนินคดีดังกล่าวย่อมมีผลกระทบต่อสถาบันศาสนาหลักและพระภิกษุสงฆ์รูปอื่นๆ ด้วยอย่างแน่นอน แม้ผู้กระทำจะมีได้มีเจตนาประสงค์ต่อผลให้เกิดการดำเนินคดีดังกล่าวก็ตาม แต่อย่างไรก็ดีผู้กระทำย่อมที่จะสังเกตเห็นได้ว่า หากความผิดที่ตนเองกระทำปรากฏต่อสาธารณะชนย่อมส่งผลให้เกิดการดำเนินคดีสถานบันศาสนาหรือพระภิกษุรูปอื่นให้ต้องถูกดูหมิ่นได้เช่นกัน

เมื่อพิจารณาถึงกรรมของการกระทำความผิดดังกล่าวแล้ว จะเห็นได้ว่าการกระทำความผิดของพระภิกษุสงฆ์เพียงกรรมเดียวย่อมก่อให้เกิดความเสียหายต่อผู้เสียหายได้หลายฝ่าย

แต่ในปัจจุบันกฎหมายอาญานั้นมุ่งที่จะคุ้มครองเฉพาะผู้เสียหายที่ได้รับความเสียหายจากการกระทำโดยตรงเท่านั้นและกรณีเช่นนี้ย่อมอาจก่อให้เกิดช่องว่างแห่งการลงโทษผู้กระทำจากความผิดที่ตนกระทำได้ กล่าวคือ หากมีกรณีที่พระภิกษุฆ่าเราผู้อื่นซึ่งอาจจะเป็นการซื้อบริการทางเพศหรือฆ่าเราผู้ที่ได้ให้ความยินยอมแก่ตนและมีอายุเกิน 18 ปีแล้ว กฎหมายอาญาย่อมไม่อาจที่จะเอาผิดกับผู้กระทำความผิดได้เลยทั้งๆ ที่การกระทำดังกล่าวย่อมส่งผลเสียหายต่อสถาบันศาสนา ซึ่งในบางครั้งการกระทำความผิดอันไม่สมควรทางเพศดังกล่าวได้กระทำโดยพระซึ่งมีชื่อเสียงเป็นอย่างมากในประเทศ และเป็นบุคคลที่ประชาชนต่างมีความเคารพบูชาเป็นแบบอย่างที่ประชาชนเห็นว่าดีและเชื่อฟังคำสั่งสอน เมื่อความผิดปรากฏประชาชนย่อมเกิดความสลดใจและเสื่อมศรัทธาในตัวพระและสถาบันศาสนาได้

๔ ผู้เขียนเห็นว่า สถานการณ์ในปัจจุบัน การกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศของพระภิกษุสงฆ์เข้าขั้นวิกฤติ การกำหนดบทลงโทษนั้น ควรจะเป็นการกำหนดการลงโทษ โดยใช้ทฤษฎีป้องกันเพื่อเป็นการป้องปราม โดยการบัญญัติออกเป็นกฎหมายในประมวลกฎหมายอาญา เป็นหมวดเฉพาะว่าด้วยการกระทำความผิดของพระสงฆ์โดยเฉพาะ ให้ผู้ที่กระทำผิดเกี่ยวกับเพศในขณะเป็นสมณะเพศแม้ภายหลังได้ขาดจากความเป็นสงฆ์หรือออกจากความเป็นสงฆ์ก็ต้องรับผิดตามบทบัญญัติในหมวดนี้ พิจารณาความรับผิดชอบในขณะกระทำผิดว่าขณะกระทำผิดอยู่ในฐานะพระภิกษุสงฆ์ โดยบัญญัติโทษให้หนักกว่าบุคคลในฐานะธรรมดา โดยแม้ความยินยอมของผู้กระทำผิดก็ไม่เป็นเหตุยกเว้นโทษ เนื่องจากสถานะของสงฆ์มีอิทธิพลต่อคนในสังคม หากสงฆ์ประพฤติไม่เหมาะสมย่อมก่อให้เกิดผลกระทบต่อความมั่นคงของประเทศชาติ เพราะประชาชนส่วนใหญ่ในประเทศนับถือศาสนาพุทธ ความคาดหวังของคนในชาติย่อมมีมาก ความรับผิดชอบจึงต้องมากกว่าปุถุชน

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

เกี่ยวกับพระสงฆ์ได้แทรกอยู่ในหลายส่วนของกฎหมายตราสามดวง ซึ่งนอกจากในกฎพระสงฆ์แล้วยังมีอีกบทบัญญัติอีกหลายข้อ ซึ่งผู้เขียนขอมาเพียงข้อที่เกี่ยวกับการเสพเมณูปาราชิกเพื่อให้เห็นได้อย่างชัดเจนว่าในอดีตหน้าที่ในการคุ้มครองศาสนาไม่เพียงแต่เป็นหน้าที่ของบ้านเมืองหรือพุทธจักรเพียงฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเท่านั้น แม้แต่ประชาชนในสังคมก็ต้องมีหน้าที่ดูแลพระศาสนาและต้องมีความรับผิดชอบด้วยเช่นกัน

1) ความในพระธรรมนุญ

บทที่ 10 ว่า อนึ่งมีพระธรรมนุญไว้ว่า ถ้ากระหัดเถรเนนว่าต้องอธิกรณ์ด้วยสัตริภาพ ก็ดี รูปชีเสพเมณุณธรรมด้วยพระสงฆ์เถรเนนกระหัดก็ดี ทำสิ่งใดๆ ในสิกขาเปนตระทรวงธรรมการได้พิจารณา ถ้าหัวเมืองเปนตระทรวงหัวเมืองพิจารณา⁵⁴

2) ในพระอัยการรับฟ้อง

ลักษณะแตกต่างว่าต่าง มาตรา 1 ถือว่าพระภิกษุสงฆ์เสพเมณูปาราชิก หรือการกระทำความผิดต่อองค์พระพุทธรูป เป็นเรื่องร้ายมากเรียกว่า “คดีอุทุม” ซึ่งต้องห้ามไม่ให้ว่าต่างแทนกันได้⁵⁵

3) ในพระอัยการลักษณะผิดเมีย

40 มาตราหนึ่ง พระครูภิกษุสามเณร ผิดเมียท่านถึงชำเราชื่อว่าปาราชิก ให้สึกออกเสียแล้วให้ไหมโดยพระราชาญญา

41 มาตราหนึ่ง ถ้าพระครูภิกษุสามเณรผู้อยู่ในศีล ทำทราจนผิดกิจวินัยทำร้ายด้วยหญิงหาผิดมิได้ถึงชำเราเปนสังไซร์ ชื่อว่าปาราชิก ให้สึกออกลงโทษ 50/25 ที่ ส่งตัวลงจำขังหลวง ส่วนหญิงนั้นให้ทำโทษดูหญิงทำชู้นอกใจผิด...

4) กฎมณเฑียรบาล อยู่ในส่วนของพระราชินิศาสตร์ บทที่ 127

อนึ่ง สาวใช้ในวังไปมาหาพรสงฆ์เปนชิต้นคบค้ากัน ใช้ให้ทวนด้วยลวดหนัง 20 ที่ ฝ่ายสงฆ์ให้ขับเสียจากวัด⁵⁶

5) ประชุมประกาศรัชกาลที่ 4⁵⁷

ฉบับที่ 26 ประกาศ ว่าด้วยเรื่องฟ้องข้อหาปาราชิก

⁵⁴ ประมวลกฎหมายรัชกาลที่ 1 เล่ม 1. หน้า 136-137.

⁵⁵ เล่มเดิม. หน้า 322-323.

⁵⁶ เล่มเดิม. หน้า 99.

⁵⁷ องค์การคำของครูสภา. (2548). รวมพระราชบัญญัติในพระบาทสมเด็จพระจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว เรื่องประชุมประกาศรัชกาลที่ 4 คณะกรรมการอำนวยการจัดงานเฉลิมพระเกียรติพระบาทสมเด็จพระจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว จัดพิมพ์เป็นที่ระลึกในโอกาสที่วันพระบรมราชสมภพครบ 200 ปี วันที่ 16 ตุลาคม พุทธศักราช 2547.

หากผู้เห็นเป็นใจช่วยชักสว่สื้อพระให้ผู้หญิง ชักผู้หญิงให้พระ ถ้าได้ความจริงให้ปรับไหม
เอาเป็นตะพุ่นหญ้าช้าง ลงโทษเหมือนโทษปาราชิก

ฉบับที่ 27 ประกาศเรื่อง ภิกษุสามเณรรักใคร่ผู้หญิง จนถึงขั้นเป็นปาราชิกให้มาลู่
โทษจะยกโทษให้

สามเณรรูปใดๆ ที่รักใคร่กับสตรีปรารถนาจะหาเตรียมไว้เป็นภรรยาเมื่อสึก ที่ใช้ให้
ผู้อื่นไปพูดจาเกี้ยวหรือ พูดเกี้ยวในทางชั่วสาว พูดจากับสตรีในที่ลับแจ้ง จนถึงขั้นปาราชิก ให้
พระสงฆ์นั้นมาให้การลู่โทษต่อพระธรรมการ จะยกโทษให้กับผู้ที่มาลู่โทษนั้น แต่ถ้าไม่มีลู่
โทษบอกความชั่วของตนกับพระธรรมการ แล้วมีผู้ใดมาฟ้อง ให้พระสงฆ์สามเณรรูปนั้นรับ
โทษานุโทษให้จงหนัก

ฉบับที่ 29 ประกาศ ห้ามมิให้ชักสว่สื้อ แลชวนภิกษุสามเณรประพฤติดอนาจาร

ประกาศห้ามมิให้ผู้ใดไปคบค้ากับพระสงฆ์ เพราะคิดจะให้พระสึกออกมาเป็นสามิ
ภรรยากัน แม้จะยังไม่ปาราชิกก็ตาม ถ้ามีผู้ฟ้องร้อง ให้เอาโทษผู้นั้นเป็นตะพุ่นหญ้าช้างเหมือนเป็น
ปาราชิกกับพระสงฆ์นั้น แต่ถ้ารู้เห็นแต่ไม่ได้ช่วยเหลือ ไม่มาฟ้องร้องด้วยความเห็นว่า ชั่วช่างชืดช่าง
สงฆ์ เป็นพวกคนใจบุญนอกทาง ให้เอาโทษละเมิดลาหนึ่งเอาเป็นพินัยไปจำหน่ายทำพระอาราม
หลวง

ฉบับที่ 45 ประกาศ ห้ามมิให้ภิกษุสามเณรคบผู้หญิงมาพูดที่กุฎิ

ด้วยเหตุที่นางเพ็งเอาหนังสือเพลงยาวเข้าไปในราชวัง นายประจวบได้ สอบสวนได้
ความว่า ได้ชำระกับพระภิกษุสามรูป และชักทอดถึงการกระทำผิดของหญิงกับภิกษุหลายรูป สืบได้
ความจริง จึงทรงห้ามมิให้ภิกษุสามเณรคบพูดจากับผู้หญิงในกุฎิและห้ามฝ่ายผู้หญิงควรมีหมาย
ประกาศห้ามไป ถ้าขึ้นเข้าไปในวัดให้ตำรวจจับ ปรับเอาเงิน 3 ตำลึง ดังนั้นพระราชกณจะต้อง
สอดส่องดูแล ถ้าขัดขึ้น จะพระราชทานลัญจกร ให้กรมทหารขวาซ้ายเป็นกองจับ เพราะเหตุไม่ว่า
กล่าวตักเตือน ผู้หญิงที่ห้ามนี้รวมถึงมารดา พี่ น้อง ญาติและผู้อื่นด้วย

ฉบับที่ 165 ประกาศ ผู้ถือศาสนาและผู้ถือผิด

ห้ามมิให้สตรีฟัวหยา ฟัวตาย ร้างมานานขึ้นคานอยู่ หรือหญิงสะเทิ้นที่ตั้งแต่เล็กยังไม่
เคยพบชายสนสว่สื้อพอใจ หาพระสงฆ์ชาววัดเพราะมีสมบัติ กรณีเมณูปาราชิก กำหนดให้ลงโทษ
พระสงฆ์และผู้หญิงด้วย รวมถึงลงโทษพระสงฆ์ที่อยู่ใกล้เคียงกันและชาวบ้านที่รู้เห็นเป็นใจไม่นำ
เรื่องนี้มาฟ้องร้องในอาณาเขต 3 เส้น 15 วา

ฉบับที่ 200 ประกาศ พระราชบัญญัติเรื่องพระสงฆ์สามเณรลักเพศ

พระสงฆ์สามเณรรูปใดแปลงเพศเป็นคฤหัสถ์ไปเล่นเบี้ย เล่นโป สูบฝิ่น กินสุรา ถู
อาวุธ เทียวกลางคืน อย่างหนึ่งอย่างใด แล้วมีผู้จับตัวมาได้ หรือสึกแล้วแต่ยังไม่พ้นสามเดือน เมื่อ
พิจารณาได้ความจริง ให้สักระหนว่าลักเพศภิกษุ ลงพระราชอาญาเขี่ยน 2 ยก 60 ที ส่งตัวเป็นไพร่

หลวงโรงสีให้ปรับไหมรูปละ 100 บาท เงินค่าปรับไหมเอาไปทำพินัยแก่พระพุทธศาสนา ถ้าไม่มีเงินเสียค่าปรับไหมให้เอาตัวจำตรวนไว้ใช้ในพระอาราม หักเงินค่าแรงเดือนละค่าสิ่งกว่าจวนครบค่าปรับไหม

จะเห็นได้ชัดเจนว่าโทษของกฎหมายในอดีตนั้นมีความเข้มแข็งในการคุ้มครองพระพุทธศาสนาทำให้สังคมมีความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันในการรักษาวัฒนธรรมประเพณีที่ดีงามไว้ด้วยกฎหมายซึ่งก็ออกมาโดยฝ่ายอาณาจักร กฎหมายบ้านเมืองที่ออกมานั้นก็มีที่มาและเกี่ยวข้องกับบทบัญญัติในพระธรรมวินัย อีกทั้งยังสื่อให้เห็นถึงการที่กฎหมายบัญญัติให้ประชาชนมีหน้าที่ในการสอดส่องดูแลด้วย และหากมีการกระทำความผิดในฐานเมณูปราชิก ไม่เพียงแต่พระภิกษุผู้กระทำความผิดเท่านั้นต้องรับโทษ ยังรวมถึงหญิงหรือบุคคลที่มีความเกี่ยวข้องกับเสพเมณุธรรม แม้กระทั่งการไม่รู้เห็นยินยอมแต่ไม่นำความมาร้องฟ้องก็ต้องมีความรับผิดชอบด้วย จึงเห็นได้ว่าศาสนาและศีลธรรมในจิตใจของผู้คนในอดีตจึงมีความเข้มแข็งกว่าในปัจจุบัน

ผู้เขียนเห็นว่าการคุ้มครองศาสนาจึงเป็นเรื่องของพุทธศาสนิกชนทุกคนไม่ใช่เป็นเรื่องของฝ่ายอาณาจักรหรือฝ่ายศาสนจักรแต่เพียงอย่างเดียว ในอนาคตหากเกิดการกระทำความผิดทางเพศของพระภิกษุสงฆ์ ควรมีกฎหมายบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญา กำหนดโทษให้ผู้กระทำความผิดซึ่งอยู่ในฐานะเป็นภิกษุสงฆ์ได้รับโทษที่เป็นบทเฉพาะและชัดเจนให้หนักขึ้น เพื่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดต่อศาสนาพุทธและสังคมไทยดังต่อไปนี้คือ

การบัญญัติให้พระภิกษุที่กระทำความผิดต้องรับโทษหนักกว่า บุคคลธรรมดาที่กระทำความผิด ผู้ที่คิดจะเข้ามาบวชเพื่อที่จะหาช่องทางในการกระทำความผิด ย่อมต้องเกิดความขังใจเพราะเกรงกลัวต่อโทษ และพระภิกษุสงฆ์ที่ยังละกิเลสไม่ได้ ย่อมเกิดความยับยั้งชั่งใจก่อนที่จะลงมือกระทำความผิดให้เป็นที่มัวหมองและเสื่อมเสียแก่ศาสนา การบัญญัติโทษหนักขึ้นเพื่อเป็นการป้องปรามนั้นอย่างน้อยบุคคลที่ต้องการเข้ามาบวชย่อมมีความประมาณตนว่า เตรียมจิตใจที่เข้มแข็งพร้อมที่จะสละกิเลสแล้วดีหรือไม่ หากยังไม่มั่นใจก็จะยังไม่เข้ามาบวช ฉะนั้นผู้ที่เข้ามาบวชย่อมเป็นผู้ใฝ่รู้ในข้อธรรม มีจิตใจเข้มแข็งตั้งมั่นที่จะสละกิเลสอย่างแท้จริง ทำให้สถาบันศาสนามีบรรทัดฐานที่เข้มแข็ง เหลือบไรศาสนาจะได้ไม่กล้าแฝงตัวเข้ามาหาประโยชน์โดยอาศัยสถานะของพระภิกษุ

เมื่อมีแต่พระภิกษุผู้ซึ่งมีความตั้งมั่นจริงในการบวชโดยไม่หวั่นเกรงต่อโทษเนื่องจากแน่วแน่ว่าไม่มีทางที่จะกระทำความผิดจึงไม่จำเป็นต้องกลัวโทษ ภาพลักษณ์ของพระพุทธศาสนาในประเทศไทยก็ย่อมดี เป็นการสร้างชื่อเสียงให้แก่ประเทศชาติและเป็นการสืบทอดอายุพระพุทธศาสนาให้เจริญรุ่งเรืองในประเทศไทยสืบไป