

# 7.

## การบังคับควบคุมศีลธรรมโดยกฎหมาย (Legal Enforcement of Morality)

กล่าวสำหรับการดำรงอยู่อย่างสันติสุขของสังคมมนุษย์แล้ว นอกจากความจำเป็นต้องการจัดระเบียบโครงสร้างพื้นฐานทางเศรษฐกิจ, การเมืองหรือกฎหมายให้เป็นไปโดยชอบแล้ว ศีลธรรมในความหมายของความประพฤติที่ดีที่ชอบหรือบรรทัดฐานว่าด้วยความถูกต้องของชีวิตในแง่ปัจเจกบุคคลก็นับได้ว่าเป็นสิ่งจำเป็น อย่างน้อยก็ในฐานะเครื่องมือเพื่อบรรลุเป้าหมายดังกล่าว แม้ว่าศีลธรรมจะมีคุณค่าอยู่ภายในตัวของมันเองโดยไม่ต้องพึ่งพาเป้าหมายภายนอกใด ๆ อีก แต่เมื่อกล่าวถึงบทบาทหรือหน้าที่ของมันในสังคมส่วนรวมแล้ว เราคงไม่อาจหลีกเลี่ยงการนำประเด็นเรื่องจุดหมายทางสังคมขึ้นพิจารณาเป็นหลักอันสืบแต่อิทธิพลหรือผลกระทบของศีลธรรมในระดับปัจเจกบุคคลที่มีต่อสังคม และที่สำคัญคงเนื่องแต่ความสอดคล้อง (โดยทั่วไปหรือระดับใดระดับหนึ่ง) ระหว่างจุดหมายของสังคมและจุดหมายของศีลธรรม

ความสอดคล้องดังกล่าว อาจปรากฏไม่ชัดเจนนักในสังคมสมัยใหม่ที่ทวีความซับซ้อนของการพัฒนาและความหลากหลายของรูปแบบชีวิตและปัญหาสังคมต่าง ๆ แต่ในสังคมดั้งเดิมหรือสังคมแบบชุมชนเกษตรกรรมในอดีต เราอาจไม่สามารถค้นพบความขัดแย้งอันเด่นชัดใด ๆ ระหว่างบรรทัดฐานของชีวิตและบรรทัดฐานของสังคม ในแง่นี้เองที่ศีลธรรมและกฎหมายในฐานะบรรทัดฐานที่เป็นทางการของสังคมได้หลอมรวมกันเป็นเรื่องเดียวกัน หรืออย่างน้อยก็ดำเนินอยู่บนแนวบรรทัดฐานที่คล้ายคลึงกัน ปรากฏการณ์เช่นนี้คงเป็นลักษณะร่วมที่ปรากฏในสังคมโบราณทั้งโลกตะวันตกหรือโลกตะวันออกที่มีรากฐานความเชื่อด้านเทววิทยาหรือกฎหมายธรรมชาติซึ่งไม่แตกต่างกันนัก ช่วงนี้เองที่ศีลธรรม, จารีตประเพณีและกฎหมายปรากฏเป็นอันหนึ่งอันเดียว และต่อมาจากยุคต้น ๆ ที่กฎหมายมิได้บัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษร พัฒนาการทางสังคมซึ่งนำไปสู่พัฒนาการทางนิติศาสตร์ภายหลังได้ทำให้กฎหมายปรากฏเป็นรูปเป็นร่างและแยกห่างจากศีลธรรมมากขึ้น

จะอย่างไรก็ตาม แม้ว่ากฎหมายจะแยกห่างจากศีลธรรมมากขึ้นตามพัฒนาการดังกล่าว หรือแม้ว่าจะมีสำนักคิดทางปรัชญากฎหมายแบบปฏิฐานนิยม (Legal Positivism) ซึ่งยืนยันว่ากฎหมายเป็นคนละเรื่องกับศีลธรรมหรือไม่จำเป็นต้องเกี่ยวข้องกับศีลธรรมเสมอไป อิทธิพล

หรือความเกี่ยวโยงของศีลธรรมที่มีต่อกฎหมายก็ปรากฏให้เห็นโดยตลอด ตัวอย่างง่าย ๆ ก็พิจารณาได้จากประมวลกฎหมายอาญาของเราซึ่งปรากฏศีล 5 ทางพุทธศาสนาในรูปความผิดต่อชีวิต, ต่อทรัพย์สิน, ความผิดทางเพศ หรือความผิดฐานฉ้อโกงหลอกลวงต่าง ๆ หรือในกฎหมายแพ่งวก็เต็มไปด้วยหลักศีลธรรมต่าง ๆ อาทิ หลักความซื่อสัตย์สุจริต, การรักษาคำมั่นสัญญา, หลักเมตตาธรรม, หลักการกระทำโดยสุจริตหรือหลักความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดี เป็นต้น

ในที่นี้ เราจึงอาจกล่าวได้ว่าความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายกับศีลธรรมเป็นปรากฏการณ์ที่ทุกคนยอมรับว่ามีอยู่จริง ไม่ว่าจะสังกัดหรือมีจุดยืนอยู่ ณ สำนักคิดใดปัญหาแท้จริงคงอยู่ที่ว่าความสัมพันธ์ดังกล่าวจำเป็นต้องมีในทุก ๆ เรื่องหรือไม่เท่านั้นกล่าวให้ละเอียดขึ้นก็คือ คำถามว่าจำเป็นด้วยหรือที่กฎหมายทุก ๆ เรื่องต้องประกอบด้วยศีลธรรม และจำเป็นด้วยหรือที่ศีลธรรมทุก ๆ เรื่องต้องปรากฏในรูปของกฎหมาย คำถามประการแรกคงหาคำตอบได้จากคำอธิบายเชิงปรัชญาของสำนักกฎหมายธรรมชาติและสำนักปฏิฐานนิยมทางกฎหมายซึ่งมีทั้งตอบรับและตอบปฏิเสธดังรายละเอียดที่ได้กล่าวไว้แล้วในบทก่อน ๆ เรื่องสำคัญจึงอยู่ที่คำถาม ประการที่สองซึ่งมีนัยสำคัญของการถกเถียงครอบคลุมถึงปัญหาเสรีภาพของปัจเจกบุคคล, ปัญหาว่าด้วยบทบาทหรือขอบเขตอันเหมาะสมของกฎหมายที่มีบทลงโทษทางอาญา หรือปัญหาว่าด้วยเส้นแบ่งแยกระหว่างอาชญากรรม (Crime) และบาปกรรม (Sin)

### ศีลธรรมและเสรีภาพของมนุษย์

โดยทั่วไปแล้ว ทั้งศีลธรรมและเสรีภาพต่างก็เป็นหลักคุณค่าสำคัญในสังคมที่ตั้งงามทั้งสิ้น ศีลธรรมเป็นส่วนของการเหนี่ยวรั้งขณะที่เสรีภาพเป็นส่วนของการแสดงออกหรือการให้โอกาสต่าง ๆ พัฒนาการของสังคมมนุษย์ยุคแรก ๆ อาจเริ่มต้นด้วยบทบาทสำคัญของศีลธรรมหรือศาสนา แต่ครั้งเมื่อสังคมได้สะสมความซับซ้อนในตัวเอง, มนุษย์ปลดปล่อยตัวเองจากธรรมชาติ ความโง่เขลา รวมทั้งการปลดปล่อยการครอบงำจากเพื่อนมนุษย์ด้วยกันเองมากขึ้น บทบาทที่เป็นจริงของศีลธรรมในสังคมก็เริ่มถดถอยลง ขณะที่เสรีภาพ(ในความหมายทั่วไป) กลับปรากฏเฟื่องฟูมากขึ้น เฉพาะอย่างยิ่งหลังการก่อตัวของอุดมการณ์การเมืองแบบเสรีนิยม หรือระบบเศรษฐกิจแบบทุนนิยม

โดยเหตุนี้ ในยุคปัจจุบัน เราจึงพบว่าบ่อยครั้งเมื่อมีการถกเถียงอภิปรายในที่สาธารณะเกี่ยวกับเรื่องกฎหมาย เสรีภาพมักเป็นประเด็นหนึ่งที่มีการเอ่ยถึงอยู่เสมอ ๆ หลายต่อหลายคนมองเสรีภาพในฐานะเป็นสิ่งที่กฎหมายควรส่งเสริม โดยเฉพาะในรูปของการรับรองในรัฐธรรมนูญมิให้มีการละเมิดเสรีภาพโดยอำนาจรัฐ ขณะเดียวกับที่เห็นว่าจำเป็นต้องมีกฎหมายคอยคุ้มครองมิให้มีการละเมิดเสรีภาพโดยประชาชนด้วยกันเองด้วย อย่างไรก็ตามในอีกด้านหนึ่ง

ที่เป็นจริง กฎหมายก็อาจถูกมองว่าเป็นศัตรูของเสรีภาพได้เช่นกัน ดังมีกฎเกณฑ์บางเรื่องที่ไม่เอื้อต่อการใช้เสรีภาพตามธรรมชาติของคนทั้ง ๆ ที่มีได้เป็นอันตรายต่อบุคคลอื่นโดยตรง ในแง่นี้เองที่ทำให้ต้องการ “เหตุผล” เพื่ออธิบายการควบคุมการใช้เสรีภาพบางประการดังกล่าว ซึ่งในบางทฤษฎีนั้นถือว่าเป็นพฤติกรรมที่ผิดศีลธรรม อาทิเรื่องการควบคุมการทำแท้ง, การเมาสุราในที่สาธารณะ, การเสพยาเสพติด, (เฮโรอีน, กัญชา ฯลฯ), การขายหรือผลิตสิ่งตีพิมพ์หรือสื่อลามกอนาจารต่าง ๆ, ความสัมพันธ์แบบรักร่วมเพศ, การมีภรรยาหรือสามีสองคนในเวลาเดียวกัน (Bigamy), การเล่นการพนัน, การมีเพศสัมพันธ์หรือพฤติกรรมทางเพศที่เบี่ยงเบนจากเกณฑ์ปกติ หรือการค้าประเวณี เป็นต้น<sup>(1)</sup> นอกจากนี้ กฎหมายดังกล่าวยังคลุมถึงการจำกัดการใช้เสรีภาพบางประการเพื่อความปลอดภัยของบุคคลเอง ดังกรณีกฎหมาย(ในบางประเทศ) ที่บังคับให้รัดเข็มขัดนิรภัยระหว่างใช้ยานยนต์หรือให้สวมหมวกกันสะเทือนเมื่อขับขี่จักรยานยนต์

พฤติกรรมซึ่งตกอยู่ใต้การควบคุมของกฎหมาย(บางประเทศ) ข้างต้นนี้สะท้อนให้เห็นความขัดแย้ง(อย่างน้อยในระดับการตีความ) ระหว่างศีลธรรมและเสรีภาพ โดยถือว่าศีลธรรมมีน้ำหนักความสำคัญเหนือกว่าเสรีภาพในกรณีดังกล่าว และเป็นความจำเป็นที่รัฐต้องใช้มาตรการทางกฎหมายเข้าควบคุมพฤติกรรมอันผิดศีลธรรมเหล่านั้น กระนั้นก็ดี แม้จะมีการอธิบายเหตุผลเชิงศีลธรรมสนับสนุนความชอบธรรมของการใช้มาตรการด้านกฎหมายดังกล่าว ข้อโต้แย้งของฝ่ายที่ไม่เห็นด้วยก็ตั้งประเด็นอยู่เช่นกัน ด้วยการดำเนินวิจาร์ณืบทบาทอันละเอียดของกฎหมาย (อาญา), ความสับสนของรัฐที่แยกไม่ออกว่าอะไรเป็นเรื่องอาชญากรรมอะไรเป็นเรื่องบาปกรรมหรือความผิดบาปทางศีลธรรม และโดยเฉพาะประเด็นเรื่องการละเมิดต่อเสรีภาพส่วนบุคคลของประชาชนทั่วไป

หลายคนอาจตั้งคำถามเชิงปรัชญาว่า ทำไมเราจึงพากันยกย่องคุณค่าของเสรีภาพ เสรีภาพมีความสัมพันธ์ในระดับใดกับหลักคุณค่าอื่น (เหนือกว่าหรือด้อยกว่า) มีเสรีภาพต่างชนิดที่เรา

---

(1) พฤติกรรมดังกล่าวในหลาย ๆ ประเทศถือเป็นอาชญากรรมอย่างหนึ่ง แม้จะมีการยกเว้นคดีค้างอยู่ตลอดเวลา ดังเช่น เมื่อไม่นานนี้ศาลสูงของสหรัฐก็ตัดสินว่ากฎหมายของรัฐจอร์เจียที่ว่า พฤติกรรมรักร่วมเพศเป็นอาชญากรรมชนิดหนึ่งนั้นไม่ขัดกับรัฐธรรมนูญ (หนังสือพิมพ์มิตซัน 2 กรกฎาคม 2529) และน่าสนใจว่าในส่วนของคดีทางเพศนั้นมีตัวอย่างเช่น ความผิดฐานสมรสซ้อนในสหรัฐถือเป็นความผิดอาญาซึ่งมีโทษถึงจำคุก (ไม่เกิน 5 ปี) ทำนองเดียวกับเกาหลีใต้ซึ่งมีกฎหมายลงโทษชายที่มีภรรยาเมีย โดยศาลอาจตัดสินลงโทษ (ทั้งสามีและภรรยาเมีย) จำคุกได้ 2 ปี (สนทนะเด, “คดีฟ้องฆ่า”, มิตซัน, 6 ธันวาคม 2528) หรือในกฎหมายอังกฤษที่มีความผิดฐานร่วมประเวณีกับลูกหลาน (ดู รัมลลิวรี ชานาญเวท, “กฎหมายเกี่ยวกับความประพฤติผิดทางเพศ”, ไทยแลนด์ อูริกซ์, กุมภาพันธ์ 2526)

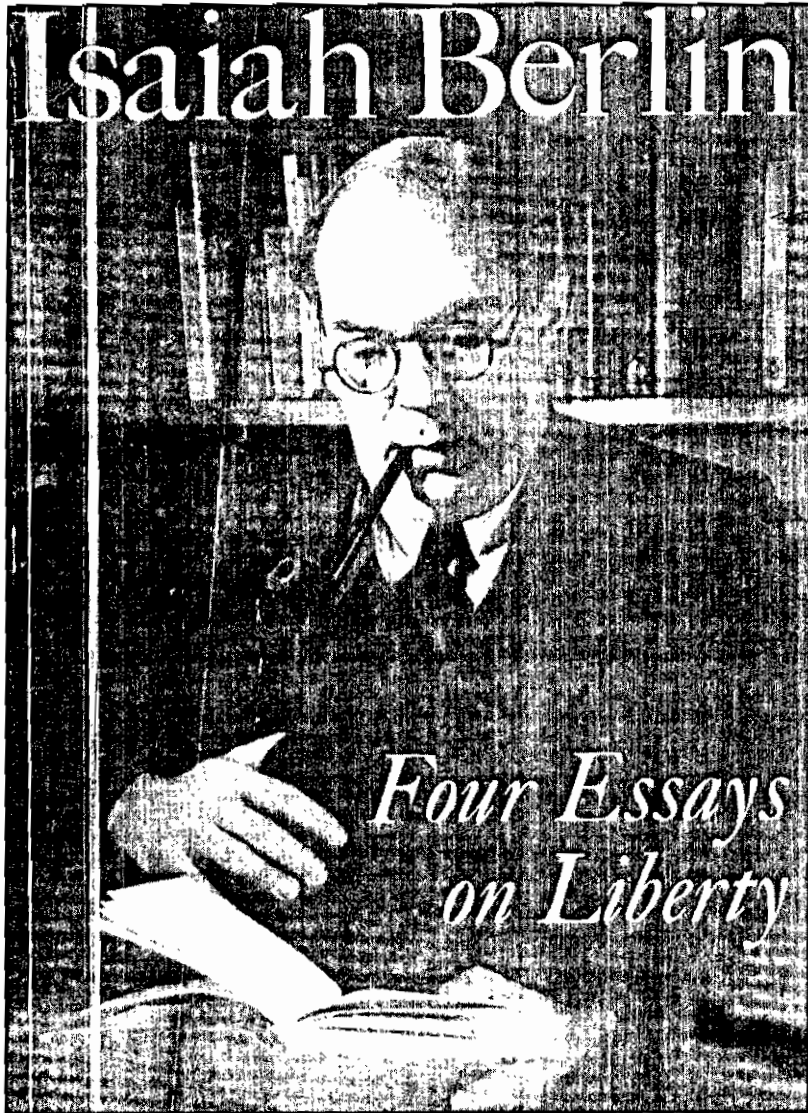
อย่างไรก็ดี มรดกพฤติกรรมที่ถูกกำหนดเป็นอาชญากรรมนั้น ในหลาย ๆ ประเทศก็เป็นเรื่องพฤติกรรมปกติ อีกทั้งมีบางกรณีด้วยซ้ำที่รัฐถือเป็นความผิดหากไม่กระทำการ (ซึ่งถือว่าต้องห้ามในบางรัฐ) ดังกล่าว ดังเช่นกรณีการทำแท้งเด็กในสาธารณรัฐประชาชนจีน ซึ่งมีกฎหมายคุมกำเนิดประชากรกำหนดให้ทุกครอบครัวมีลูกได้เพียง 1 คน (ยกเว้นกรณีพิเศษ) หญิงตั้งครรภ์ที่ไม่มีใบอนุญาตให้กำเนิดบุตรจึงต้องไปรับการทำแท้ง และหากมีการให้กำเนิดเด็กเกินโควต้าก็อาจถูกลงโทษปรับเป็นต้น (สคริปต์, ปีที่ 1 ฉบับที่ 2, 2526, หน้า 6)

อาจเลือกให้ความสำคัญแตกต่างกันหรือไม่ ที่สำคัญกว่านี้ เราอาจคิดไปถึงประเด็นดั้งเดิมเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างเสรีภาพกับความเสมอภาค จำเป็นหรือไม่ที่เสรีภาพต้องขึ้นอยู่กับความเสมอภาคในแง่ที่ว่าหากปราศจากเสียซึ่งความเสมอภาคในการแบ่งปันปันส่วนผลประโยชน์ของสังคมแล้วลำพังเพียงการไม่ควบคุมเสรีภาพก็ก่อประโยชน์เพียงน้อยนิดต่อคนส่วนใหญ่<sup>(2)</sup> มีประโยชน์แค่ไหนต่อการให้เสรีภาพในการท่องเที่ยว, ในการดื่มกิน, หรือในการศึกษา หากสิ่งเหล่านี้ต้องแลกมาด้วยเงินตราราคาแพง เป็นต้น นอกจากนี้ยังมีทฤษฎีจากนักคิดสำคัญของตะวันตกบางคน กล่าวคือ ไอแซฮาร์ เบอ์ลิน (Isaiah Berlin) เสนอให้แยกความแตกต่างของเสรีภาพเชิงปรัชญา การเมืองออกเป็นเสรีภาพในทางบวก (Positive Liberty) และเสรีภาพในทางลบ (Negative Liberty) เสรีภาพในทางบวกหมายถึงเสรีภาพที่บุคคลได้มาเนื่องจากการเป็นผู้กำหนดโชคชะตาของตนเองหรือแจ้งประกาศในความเป็นตัวของตัวเอง (Self-Realization), หมายถึง เสรีภาพในการวางเป้าหมายหรือกำหนดนโยบายชีวิตของตนเองโดยอิสระ อันเป็นเสรีภาพเชิงอุดมคติสำหรับเสรีชนอันแท้จริงหรือเราอาจเรียกใหม่ว่าเป็นแนวคิดเสรีภาพเชิงจิตวิสัย ส่วนเสรีภาพในทางลบหมายถึง สภาวะอันปลอดจากสิ่งกีดกั้นขัดขวางความต้องการของมนุษย์ ซึ่งเป็นเสรีภาพตามนัยความเข้าใจทั่วไป ในทั้งสองประการนี้ เบอ์ลินปฏิเสธความสำคัญของเสรีภาพในทางบวก โดยเหตุความไม่เชื่อถือต่อภาวะอุดมคติของเสรีชนดังกล่าว เรื่องเสรีภาพในทางบวกนี้มีข้อควรขยายความต่อว่า แนวคิดนี้ โดยสาระแล้วยังปฏิเสธความขัดแย้งของเรื่องเสรีภาพกับการใช้อำนาจ เนื่องจากถือว่าเสรีภาพเป็นสิ่งที่มีความหมาย หรือคุณค่าสูงส่งเสรีภาพอันแท้จริงจึงต้องประกอบด้วยหลักการและเหตุผลที่มีน้ำหนัก มิใช่การปล่อยให้ทุกคนทำสิ่งที่ตัวเองต้องการโดยนัยนี้จึงเป็นการสร้างความชอบธรรมต่อทฤษฎีที่ว่า เสรีภาพที่แท้จริงเป็นสิ่งที่สามารถปรากฏควบคู่ไปกับการใช้อำนาจได้<sup>(3)</sup> ทฤษฎีเช่นนี้ยังก้าวต่อไปอีกว่า หลาย ๆ ครั้ง การใช้อำนาจเป็นการเพิ่มพูนเสรีภาพ(ในทางบวก) โดยจำเป็นต้องมีการใช้อำนาจจำกัดความต้องการหรือตัดหนาคความอยาก(ที่คิดว่าไม่เหมาะสม)บ้างบางประการเพื่อให้มนุษย์เข้าถึงเสรีภาพในความหมายที่(เชื่อว่า) แท้จริงมากขึ้น แนวคิดเช่นนี้ ในคริสต์ศตวรรษที่ 18 ก็มีปรัชญาเมธีคนสำคัญ

---

(2) ในปรากฏการณ์ครั้งสำคัญวาระหนึ่ง พระราชวรมณีได้แยกเสรีภาพออกเป็น 4 ระดับ คือ 1. เสรีภาพทางกายภาพ (ซึ่งรวมถึงเสรีภาพจากความอดอยาก) 2. เสรีภาพทางสังคม (เสรีภาพจากการกดขี่, เอารัดเอาเปรียบหรือความไม่เป็นธรรมทั้งปวงในสังคม) 3. เสรีภาพทางอารมณณ์ความรู้สึกรู้สึก (เสรีภาพจากความทุกข์หรือความไม่สบายทางจิตใจทั้งปวง) 4. เสรีภาพทางปัญญา (เสรีภาพในการคิดเรียนรู้หรือแสดงออกทางปัญญา) ในทฤษฎีของ ท่าน เสรีภาพทั้งสี่ระดับนี้ต่างสัมพันธ์และมีผลกระทบบ้างถึงกันและกัน โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ความสำคัญของเสรีภาพทางกายภาพซึ่งถือว่าหากปราศเสียเสรีภาพในส่วนนี้แล้ว วิธีทางสู่เสรีภาพอื่น ๆ เป็นอันถูกขวางกั้นหมด ดู Phra Rajavaramuni, "Buddhism and Peace", (Paper delivered for Special Lecture at the International Conference on Higher Education and the Promotion of Peace, December 1-3, 1986, at the Asia Hotel Bangkok Thailand), PP. 11 - 12

(3) J.W. Harris, "Legal Philosophies", (London, Butterworths, 1980), P. 116 ปรีดี บุญซื่อ, "จริยปรัชญา", (สำนักพิมพ์มูลนิธิโกมลคีมทอง, 2525) หน้า 234 - 5; ชาติปรีดี ฉัตรภูติ, "สิทธิเสรีภาพ : ทฤษฎีในเชิงวิชาการ", (หนังสือที่ระลึกวันระพี 2519 จัดพิมพ์โดยคณะนิติศาสตร์ ธรรมศาสตร์, จุฬา, รามคำแหง), หน้า 56 - 64



อย่างรุสโซ (Rousseau) กล่าวสนับสนุนยืนยันว่า มนุษย์สามารถที่จะถูกบังคับให้เป็นเสรีได้ (Men could be forced to be free) และโดยนัยที่ไม่ห่างไกลกันนักฝ่ายมาร์กซิสต์ก็เชื่อมั่นว่า เสรีภาพอันแท้จริงของมนุษย์จะเกิดขึ้นได้ก็ต่อเมื่อภาวะแปลกแยก (Alienation) อันเป็นผลผลิตของระบบทุนนิยมได้ถูกถอนทำลายไปแล้วเท่านั้น

แน่นอนว่า ทรรศนะเกี่ยวกับเสรีภาพเชิงจิตวิสัยหรือเสรีภาพในทางบวกนี้ย่อมมีทั้งผู้ที่เห็นด้วยและเห็นแย้ง อย่างน้อยก็ตั้งกรณีโต้แย้งของเบอร์ลินข้างต้น ในขณะที่ผู้คร่ำครวญในเรื่องเสรีภาพทางบวก พยายามเสนอความคิดว่าเสรีภาพอันแท้จริงเป็นเรื่องอัตตประจักษ์ (Self-Realization) หรือการหลุดพ้นจากปวงความอยาก ความต้องการที่เป็นมายาภาพทั่วไป<sup>(3A)</sup>, เชื่อว่าคนถูกบังคับให้เป็นเสรีได้ หรือหากกล่าวให้เป็นรูปธรรมตัวอย่างก็เช่น คนเราอาจถูกบังคับ (โดยกฎหมาย) ให้ละเว้นจากยาเสพติดได้ ปัญหาที่ต้องคิดกันอย่างจริงจังก็คือ ความอยากแบบโลกีย์วิสัยชนิดใดที่ต้องถูกบังคับ หรือว่าความอยากทุกชนิดต้องถูกควบคุมหมดเพื่อให้มนุษย์ทุกคน “มีเสรีภาพ” หรือบรรลุมรรคผลแห่งนิพพานโดยถ้วนหน้ากัน หากเรายึดเอาประเด็นการควบคุมแบบแยกแยะความอยากเป็นหลักปัญหายังยากคงเริ่มแต่การกำหนดเส้นแบ่งแยกอันชัดเจนระหว่างความอยากที่ต้องถูกควบคุม (โดยกฎหมาย) และความอยากที่ย่อมอนุโลมให้มีได้ เราสามารถสร้างเกณฑ์แบ่งแยกดังกล่าวได้อย่างแท้จริงหรือไม่ หรือว่าแท้จริงเป็นเรื่องลองผิดลองถูกจากการตัดสินใจของบรรดาผู้ปกครองรัฐเท่านั้น นอกจากนี้ แม้จะมีการบังคับควบคุมโดยกฎหมายผลลัพธ์ของการใช้อำนาจรัฐคงมิใช่การเปลี่ยนบุคคลนั้น ๆ ให้เป็นเสรีชนได้โดยทันที เราอาจออกกฎหมายบังคับมิให้ทุกคนสูบบุหรี่ โดยอ้างว่าเป็นสิ่งเสพติดและเป็นอันตรายต่อสุขภาพ แต่การใช้อำนาจรัฐทางนิติบัญญัติเช่นนี้ คงไม่สามารถแปรให้คนติดบุหรี่ทั้งหลายพ้นจากความอดอยากบุหรี่โดยทันที กฎหมายเป็นแต่ตัวขัดขวางความอยากหรือตัดโอกาสไม่ให้ใกล้ชิดกับบุหรี่เท่านั้น ซึ่งในทางปฏิบัติก็ไม่แน่ว่าจะทำได้เช่นนั้นหรือไม่ หรือกลับจะเป็นการสร้างตลาดมืดค้าบุหรี่ราคาแพงเกินปกติขึ้นมาอีกท่าทางเองเดียวกับที่ครั้งหนึ่ง (ค.ศ.1920-1933) เมื่อมีกฎหมายห้ามผลิตและจำหน่ายสิ่งมีนเมาในอเมริกา

---

(3A) ความคิดเกี่ยวกับเรื่องอัตตประจักษ์เช่นนี้ กล่าวได้ว่าเป็นทฤษฎีเชิงจริยธรรมที่มีมาแต่สมัยกรีกโบราณแล้ว ครึ่งนั้นเพลโตและอริสโตเติลต่างก็อธิบายความคิดดังกล่าวด้วยการยืนยันว่า มนุษย์จะบรรลุประจักษ์ถึงความสุขและความเจริญมั่งคั่งอย่างมนุษย์ที่แท้จริงได้ก็ต่อเมื่อเขาได้ประจักษ์รู้ถึงตัวเองอย่างพร้อมทั่วทุกด้าน กล่าวคือเมื่อเขาได้พัฒนาตัวเองจนเข้าถึงศักยภาพหรือความสามารถอย่างเต็มเปี่ยมอันปรากฏอยู่ในตัวเขา ในแง่นี้จึงอาจกล่าวได้ว่า อัตตประจักษ์เป็นจุดหมายของความเพียรพยายามทางศีลธรรมทั้งหมด ดู Kai Nielsen, "Alienation and Self-Realization", (Philosophy, 48, 1975), P. 21

ข้อพิจารณาจากฝ่ายนิยมเสรีภาพในทางบวกจึงเป็นเรื่องอ่อนไหวและยุ่งยากยิ่งในทางปฏิบัติ โดยเฉพาะอย่างยิ่งเป็นแนวคิดที่อาจส่งเสริมให้เกิดระบบอำนาจนิยมเบ็ดเสร็จที่กดขี่เบียดเบียนเสรีภาพของประชาชนในนามของเสรีภาพเองได้ เนื่องจากภายใต้การครอบงำของแนวคิดเรื่องเสรีภาพในทางบวกนี้มักสร้างแนวโน้มในตัวเองที่กำหนดให้ประชาชนอยู่ภายใต้อุดมการณ์หรือแนวทางชีวิตอย่างใดอย่างหนึ่งโดยเฉพาะ ขณะเดียวกับที่อาจบิดเบือนหลักเสรีภาพให้เป็นการบีบบังคับกดขี่ อันท้ายที่สุด “ความหลากหลาย สีสັນ และลักษณะแตกต่างของการเมืองย่อมจะสูญสิ้นไปพร้อม ๆ กับศักดิ์ศรีของมนุษย์เรา ถ้าหากมีการแสวงหาอิสรภาพตามอุดมคติเชิงบวกกันอย่างเอาเป็นเอาตายจนเกินไป”<sup>(4)</sup>

ทรรศนะข้างต้นอาจนับเป็นเครื่องเตือนใจเราได้อย่างดีถึงผลกระทบต่าง ๆ ของการแทรกแซงเสรีภาพ(ในทางบวก) โดยกฎหมายเพื่อผลลัพธ์ทางศีลธรรมหรือเสรีภาพเชิงบวกดังกล่าว อันตรายที่อาจเกิดขึ้นได้ต่อสังคมเช่นนี้ ส่วนสำคัญนอกจากความกระตือรือร้น “อย่างเอาเป็นเอาตายจนเกินไป” แล้ว คงหนีไม่พ้นความลำบากสับสนของมนุษย์ในการสร้างเส้นแบ่งแยกอันชัดเจนระหว่างความต้องการอันหลากหลายของมนุษย์ที่ส่งผลลัพธ์รุนแรงไม่เท่ากัน แน่นนอนว่าโดยทั่วไปทุกคนย่อมเห็นพ้องในการสนับสนุนกฎหมายที่ห้าม การทำลายชีวิตผู้อื่น, การข่มขืน, การทำร้ายร่างกาย, การลักขโมย หรือการหลอกลวงฉ้อโกงต่าง ๆ แต่มติตั้งว่า ย่อมปรวนแปรออกไปต่าง ๆ กันเมื่อเผชิญกับคำถามว่า กฎหมายควร จะจำกัดเสรีภาพในการกระทำของบุคคลซึ่งมิได้ก่อให้เกิดอันตรายต่อบุคคลอื่น ๆ หรือไม่ด้วยเหตุผลว่า บุคคลนั้น ๆ ไร้อะไรเกินกว่าจะตัดสินใจผลดีผลร้ายของการกระทำนั้น ๆ อย่างถูกต้องหรือเนื่องจากการกระทำนั้น ๆ เป็นเรื่องผิดศีลธรรมอย่างแท้จริง ดังกรณีที่กำลังกล่าวผ่านมาเรื่องการทำแท้ง, การเมาสุรา, เสพยาเสพติด ฯลฯ

### มิลล์และวิวาทะว่าด้วยเสรีภาพ

คำถามสำคัญข้างต้นนี้ กล่าวโดยรวมคือ ปัญหาซึ่งอาจเรียกว่าเป็นเรื่อง “การกระทำผิดทางศีลธรรม” (Moral Offenses) การกระทำผิดเช่นนี้ ในหลาย ๆ สังคมถือว่าเป็นอาชญากรรมรูปแบบหนึ่ง ซึ่งต่างจากอาชญากรรมที่กระทำต่อบุคคลหรือทรัพย์สินทั่ว ๆ ไป อย่างไรก็ดี มีข้อนำสังเกตจากนักวิชาการตะวันตกบางท่านว่า สิ่งที่เป็นตัวกำหนดลักษณะเฉพาะของการกระทำ

---

(4) Robert A. Kocics, “Reason, Development and the Conflicts of Human Ends : Sir Isaiah Berlin’s Vision of Politics”, (The American Political Science Review, vol. 74, No. 1 March 1980), P. 41 อ้างใน เสน่ห์ จามริก, “ข้อคิดบางประการว่าด้วยการปกป้องและส่งเสริมสิทธิมนุษยชน”, (วารสารธรรมศาสตร์, มีนาคม 2524), หน้า 68 (ความที่เน้นกระทำโดยผู้เขียนตำรา)

ผิดเช่นนี้แท้จริงแล้วหาใช่ลักษณะความสัมพันธ์เป็นพิเศษกับหลักศีลธรรมไม่(เปรียบเทียบกับ การกระทำฆาตกรรมก็ถือเป็นการกระทำผิดต่อศีลธรรมเช่นกัน แต่ก็ไม่ได้จัดว่าเป็น “การกระทำ ผิดทางศีลธรรม” ตามที่เข้าใจกัน) หากสืบแต่การขาดความสัมพันธ์อย่างเด่นชัดระหว่างการ กระทำผิดเช่นนี้ กับอันตรายต่อสังคม (Social Harm) <sup>(5)</sup>

ประเด็นเรื่องอันตรายต่อสังคมจึงเป็นประเด็นอันสำคัญซึ่งเกี่ยวข้องกับการตอบคำถาม สำคัญก่อนหน้า รวมทั้งเป็นที่มาของวิวาทะสำคัญทางปรัชญากฎหมายระหว่างจอห์น สจิวต์ มิลล์ (John Stuart Mill) และ เซอร์ เจมส์ ฟิทซ์เจมส์ สตีเฟน (Sir James FitzJames Stephen) และสืบทอดต่อมาเป็นวิวาทะระหว่าง ลอร์ด เดฟลิน (Lord Devlin) กับ ศาสตราจารย์เอช แอล เอ ฮาร์ท (H.L.A. Hart)

มิลล์ได้ประกาศ “หลักอันตรายต่อสังคม” ของเขาขึ้นเมื่อ ปี ค.ศ 1859 ในงานเขียน ชิ้นสำคัญเรื่อง “ความเรียงว่าด้วยเสรีภาพ” (Essay on Liberty) โดยมีข้อความสำคัญก่อนหน้า (ซึ่งถูกอ้างอิงอยู่เสมอ) ว่า: <sup>(6)</sup>

“เป้าหมายของความเรียงชิ้นนี้ คือการประกาศยืนยันหลักการง่าย ๆ ข้อหนึ่ง ซึ่งชอบที่จะใช้กำกับควบคุมอย่างเด็ดขาดต่อความสัมพันธ์ของสังคมกับปัจเจกบุคคลในรูปการบังคับและ ควบคุมไม่ว่าจะเป็นไปโดยใช้กำลังทางกายภาพในลักษณะของบทลงโทษทางกฎหมาย หรือ โดยการข่มขู่เชิงศีลธรรมในลักษณะของมติมหาชน หลักการดังกล่าวก็คือ วัตถุประสงค์ หรือ เป้าหมายเดียวสำหรับการกำกับประชาชนไม่ว่าจะเป็นรายบุคคลหรือโดยส่วนรวมให้ปลอดพ้น จากการล่วงละเมิดเสรีภาพในการกระทำของสมาชิกในสังคม คือการปกป้องตนเอง (Self-Protection) ในสังคมวิไลซ์ความชอบธรรมของการใช้อำนาจรัฐบังคับสมาชิกของชุมชน จะกระทำ ได้ก็เพียงเพื่อวัตถุประสงค์ที่จะป้องกันภัยอันตราย อันจะเกิดกับบุคคลอื่นในสังคม ภัยอันตรายที่ จะเกิดขึ้นแก่ตนเองโดยมิได้มีบุคคลอื่นเป็นผู้ก่อให้เกิด ไม่ว่าจะผ่านทางกายภาพหรือทางจริยธรรม แล้วย่อมไม่เป็นข้ออ้างอันเพียงพอ สำหรับจำกัดเสรีภาพในการกระทำของมนุษย์”

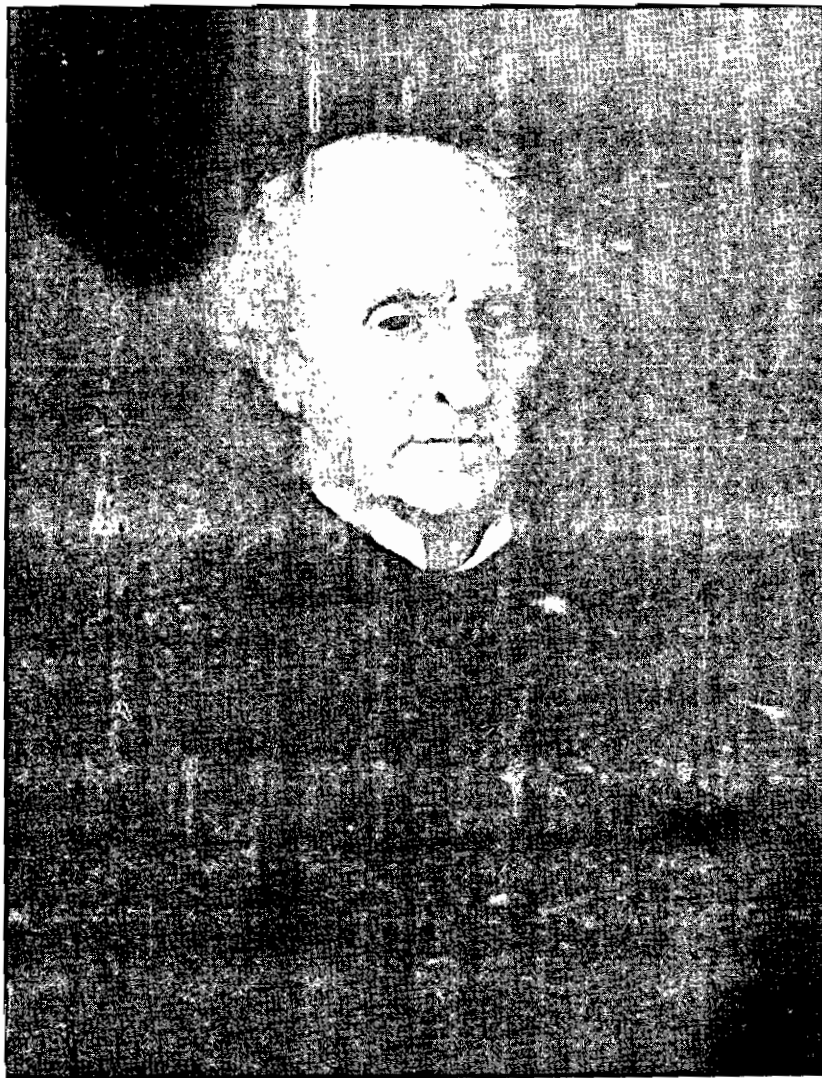
หลักชี้นำดังกล่าว หมายความว่า การที่รัฐจะเข้าไปยุ่งเกี่ยวกับการกระทำหรือเสรีภาพ ของบุคคลใดนั้น การกระทำดังกล่าวจะต้องก่อให้เกิดความเดือดร้อนแก่สังคมและผู้อื่น เจื่อนไซ ในการตรากฎหมายควบคุมการใช้เสรีภาพของปัจเจกชนตามความคิดของมิลล์ขึ้นอยู่กับเรื่องความ

---

(5) Louis B. Schwartz, “Morals Offences and the Model Penal Code”, (Columbia Law Review, Lx 111, 1963), P. 669ff. อ้างใน Kenneth Kipnis, “Philosophical Issues in Law : Cases and Materials”, (Prentice-Hall, Inc., 1977), P. 75

(6) John Stuart Mill, “On Liberty”, (Gertrude Mimmelfarb, ed., Penguin books, 1976), P. 68





MILL, John Stuart (1806 - 1873), portrait by George Frederick Watts (1817 - 1904)  
(National Portrait Gallery, London)

เสียหายอันแน่ชัดที่จะเกิดขึ้นต่อบุคคลอื่น ถ้าพึงเพียงความมุ่งหมายเพื่อให้บุคคลประกอบกรรมดีแล้ว ไม่ใช่เป็นข้ออ้างให้กฎหมายเข้าไปยุ่งเกี่ยวกับด้วย มิลล์เห็นพ้องด้วยกับความคิดของศาสตราจารย์ฮูมโบลด์ท์ (Wilhelm Von Humboldt) ที่ว่ามนุษย์มีกำลังความสามารถที่จะพัฒนาตัวเองได้โดยสมบูรณ์ในทุกส่วนของความสามารถที่มีอยู่ มนุษย์ควรมีเสรีภาพและพัฒนาความสามารถด้วยตนเองและด้วยการตัดสินใจของตนเองเท่านั้น<sup>(7)</sup> ในแง่นี้ มิลล์จึงไม่เห็นด้วยในการที่จะตรากฎหมายควบคุมการกระทำของบุคคลเพียงเพื่อเหตุผลทางศีลธรรมหรือเพียงเพื่อสวัสดิภาพของปัจเจกชนเอง การตรากฎหมายในลักษณะนี้ มิลล์ถือว่าเป็นการจำกัดเสรีภาพ เป็นการทำลายความสุขส่วนบุคคล มิลล์มีท่าทีในทำนองว่าถ้าสังคมไม่สามารถอบรมสั่งสอนให้สมาชิกของตนประพฤติปฏิบัติในสิ่งที่ถูกที่ควร เช่นไม่ดื่มเหล้า ไม่เสพยาเสพติดหรือไม่เล่นการพนัน สังคมนั้นก็ไม่ควรแก้ไขความล้มเหลวของตนเองด้วยการลงโทษบุคคล(โดยอาศัยกลไกทางกฎหมาย) เมื่อเขาเติบโตเป็นผู้ใหญ่แล้ว<sup>(8)</sup> แต่สังคมควรใช้ความพยายามชักจูงโดยอาศัยเหตุผลอ้างอิงมิให้บุคคลกระทำการในลักษณะที่คนฝ่ายข้างมากเห็นว่าไม่ถูกต้อง มิใช่ออกกฎหมายมาบังคับโดยตรง อย่างไรก็ตาม มิลล์ยอมรับให้มีข้อยกเว้นในหลักการข้างต้นได้เช่นกัน กล่าวคือเฉพาะในกรณีของเด็กและกรณีของคนป่าเถื่อน (Primitive People) นอกจากนี้มิลล์ยังไม่เห็นด้วยในการปล่อยให้บุคคลมีเสรีภาพในการทำสัญญาเพื่อยอมตนเป็นทาส ดังที่เขาเห็นว่า หลักการแห่งเสรีภาพไม่สามารถกำหนดว่าบุคคลควรมีเสรีภาพในการไม่มีเสรี<sup>(8A)</sup>

หลักเรื่องภยันตรายของมิลล์นับว่าสร้างขึ้นเพื่อปกป้องเสรีภาพของบุคคลโดยแท้ แต่ขณะเดียวกันก็มีคำถามหลาย ๆ ข้อที่มิลล์มิได้ให้คำตอบ ดังเช่นคำถามว่า สิ่งใดที่จัดว่าเป็นภยันตราย, เราจะพิสูจน์ตรวจสอบว่าเป็นภยันตรายต่าง ๆ ได้อย่างไร นอกจากนี้หลักดังกล่าวยังไม่สามารถใช้แก้ไขปัญหาพื้นฐานทางศีลธรรมเกี่ยวกับเรื่องการทำแท้งซึ่งต้องการคำตอบว่าใครที่จะถือว่าเป็นบุคคลซึ่งอาจต้องรับความเจ็บปวด หากถือว่าทารกในครรภ์มารดา หรือทารกที่คลอดออกมาพร้อมความพิการก็มีสภาพเป็นบุคคลแล้ว เช่นนี้ การทำแท้งหรือทำลายชีวิตทารกดังกล่าวย่อมถือเป็นการก่อภยันตรายต่อบุคคลอื่นอันเป็นสิ่งที่ต้องถูกห้ามปรามโดยกฎหมาย แต่หากเราไม่ถือว่าทารกนั้นเป็นบุคคลแล้วการทำลายชีวิตก็มีใช่เป็นการสร้างภยันตรายต่อบุคคลอื่น(เนื่องจากยังไม่ถือว่าเป็นบุคคล) แต่กระนั้นเราคงต้องพิจารณาประกอบด้วยว่า

(7) อ้างใน ดร.รองพล เจริญพันธุ์, “นิติปรัชญา”, (มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2529), หน้า 106

(8) ดู อภิรัตน์ - พรทิพย์ เพชรศิริ (แปล), “ขอบเขตของกฎหมายอาญา”, (วารสารนิติศาสตร์ ฉบับที่ 3, 2521)

(8 A) John Stuart Mill, “On Liberty”, Op.cit., P. 173

ความรู้สึกอึดอัดเศร้าเสียใจของพ่อแม่อันเนื่องจากการกระทำนั้น ๆ จะจัดว่าเป็นภัยอันตรายอย่างหนึ่งได้ไหม หากถือว่าไม่ใช่แล้ว การกระทำแห่งใดโดยความสมัครใจและการทำลายชีวิตทารกที่เกิดมาผิดปกติวิการ (โดยความต้องการของแม่) ก็ย่อมไม่ขัดแย้งต่อหลักภัยอันตรายของมิลล์<sup>(8B)</sup>

เหล่านั้นคือ ปัญหาบางส่วนที่น่าพิจารณาต่อหลักการดังกล่าว อย่างไรก็ตามข้อโต้แย้งอย่างจริงจังต่อมิลล์ดูเหมือนปรากฏไม่นานต่อมาโดยเซอร์ เจมส์ ฟิทซ์เจมส์ สตีเฟน (Sir James Fitz James Stephen) ในงานเขียนเรื่อง “เสรีภาพ, ความเสมอภาค และภราดรภาพ” ซึ่งตีพิมพ์ครั้งแรกในปี 1873 สตีเฟนปฏิเสธมติของมิลล์ที่เชื่อว่ามีเหตุผลด้านอรรถประโยชน์ (ความปลอดภัยของสังคม) สนับสนุนความชอบธรรมในการใช้เสรีภาพดังกล่าว อีกทั้งไม่ยอมรับว่าเราจะสามารถลากเส้นแบ่งแยกอันชัดเจนระหว่างการกระทำที่เป็นอันตรายต่อผู้อื่น และการกระทำที่เป็นอันตรายต่อตัวผู้กระทำเท่านั้น สำหรับสตีเฟนแล้วการลงโทษต่อสิ่งที่มีความผิดบาปทางศีลธรรมอันชัดแจ้งย่อมถือเป็นวัตถุประสงค์อันชอบธรรมของการนิติบัญญัติ ซึ่งคนส่วนใหญ่จะไม่ถือว่านั้นเป็นการลิดรอนเสรีภาพ แต่ตรงกันข้ามการใช้กลไกทางกฎหมายลงโทษเช่นนี้จะเป็นการสนองตอบอารมณ์ความรู้สึกซึ่งซึ้งของคนที่ทั่วไปต่อความเลวร้ายดังกล่าว และนับเป็นการทดแทนยับยั้งมิให้เกิดการผูกพยาบาทตอบโต้อย่างวุ่นวายสืบสน<sup>(9)</sup>

ข้อเขียนของสตีเฟน กล่าวได้ว่าเป็นการสะท้อนลัทธิเครื่องศีลธรรมหรือจริยธรรมทางศาสนาคริสต์ของชนชั้นกลางในยุคสมัยนั้นซึ่งเป็นธรรมเนียมความคิดที่สืบโยงมาแต่โบราณสมัยดังเห็นได้จากงานเขียนเรื่อง “กฎหมาย” ของเพลโตก็เคยกล่าวไว้ว่า ผู้บัญญัติกฎหมายจะต้องตราด้วยว่าสิ่งใดเป็นความเลวและความชั่วร้าย สิ่งใดที่เป็นความดีและสิ่งประเสริฐ น่าเชื่อว่าทรรศนะของสตีเฟนคงมีอิทธิพลในระดับใดระดับหนึ่งต่อการปฏิรูปกฎหมายอาญาในส่วนที่เกี่ยวกับความผิดทางเพศของอังกฤษในยุคสมัยหนึ่งถัดมา อาทิ เช่น การเพิ่มอายุการยินยอมของหญิงในการมีเพศสัมพันธ์อย่างถูกต้องตามกฎหมายหรือการกำหนดให้การร่วมเพศระหว่างพี่น้องร่วมบิดามารดาเดียวกันเป็นอาชญากรรมอย่างหนึ่ง เป็นต้น อย่างไรก็ตามกระแสความคิดแบบศีลธรรมนิยมทางกฎหมายเช่นนี้ก็ประสบการโต้แย้งอยู่มากเช่นกัน ประเด็นการถกเถียงเรื่องนี้ในอังกฤษได้รับความสนใจอย่างมากอีกครั้ง ในปี 1957 เมื่อมีการเสนอ “รายงานของคณะกรรมการว่าด้วยว่าความผิดฐานรักร่วมเพศและการค้าประเวณี” ซึ่งมีเซอร์ จอห์น วูล์ฟเฟนเดน (Sir John Wolfenden) เป็นประธานคณะกรรมการ โดยสาระเนื้อหาของรายงานฉบับนี้(มักเรียกทั่วไปว่ารายงานของวูล์ฟเฟนเดน) สะท้อนอิทธิพลความคิดของมิลล์อีกครั้งหนึ่ง จากการพยายาม

---

(8 B) J.W. Harris, "Legal Philosophies", Op.cit., P. 122

(9) Ibid., P. 117

กำหนดบทบาทหน้าที่อันชัดเจนของกฎหมายอาญา, แยกความแตกต่างระหว่างอาชญากรรมกับบาปกรรม รวมทั้งการยืนยันถึงขอบเขตอันเป็นเรื่องส่วนตัวของศีลธรรมและการผิดศีลธรรม ซึ่งถือว่าไม่ใช่เป็นกิจธุระอันกฎหมายสมควรเข้าไปยุ่งเกี่ยวกับ

โดยเหตุนี้ รายงานของคณะกรรมการดังกล่าวจึงสรุปความเห็นว่าการรักร่วมเพศโดยสมัครใจระหว่างผู้ใหญ่ด้วยกัน ไม่ควรถือเป็นความผิดอาญา ส่วนการค้าประเวณีนั้น คณะกรรมการเห็นว่าสมควรตรากฎหมายมิให้มีการค้า(หรือชักชวนแขก)ในที่สาธารณะ อันถือเป็นการสร้างความรำคาญรบกวนต่อประชาชนทั่วไปและผลจากข้อเสนอของคณะกรรมการนี้ทำให้มีการตรากฎหมายเกี่ยวกับความผิดทางเพศฉบับใหม่ขึ้น ในปี 1967 กำหนดให้การร่วมเพศระหว่างบุรุษเพศชายสองคน ไม่ใช่ความผิดอาญาต่อไป ตราบใดที่กระทำในที่ส่วนตัว ด้วยความยินยอมของทั้งสองฝ่ายและผู้เกี่ยวข้องอายุไม่ต่ำกว่า 21 ปี แต่กระนั้นยังกำหนดให้การร่วมเพศแบบผิดปกตวิสัยมนุษย์ที่กระทำกับผู้หญิงหรือสัตว์ยังคงเป็นความผิดอยู่<sup>(9A)</sup> และอีกครั้งหนึ่งที่พรรคชนแบบ “ไม่ใช่กิจของกฎหมาย” ดังนี้ ได้รับการวิพากษ์โต้แย้งในปี 1959 โดย ลอร์ด เดฟลิน (Lord Devlin) ในการบรรยายหัวข้อเรื่อง “การบังคับการให้เป็นไปตามศีลธรรม” (The Enforcement of Morals)<sup>(10)</sup>

เดฟลินเสนอพรรคชนว่าสังคมมีสิทธิในการลงโทษการกระทำผิดใด ๆ ซึ่งในสายตาของบุคคลผู้มีใจอันเที่ยงธรรมเห็นว่าขัดต่อศีลธรรมอย่างแจ่มชัด และในการนี้ก็ไม่มีความจำเป็นใด ๆ ที่จะต้องมาพิสูจน์ว่าการกระทำเช่นนั้นเป็นอันตรายต่อบุคคลหรือกลุ่มบุคคลโดยเฉพาะอื่น ๆ หรือไม่ ในเบื้องต้นเดฟลินได้วิจารณ์โจมตีรายงานของคณะกรรมการข้างต้นเป็นการเฉพาะและโต้แย้ง “หลักภัยอันตรายต่อสังคม” เป็นการทั่วไป ถัดจากนั้นเขาก็ได้เสนอพรรคชนเรื่อง “การสมานสามัคคีของสังคม” (Social Cohesion) เพื่อเป็นเหตุผลสนับสนุนให้มีการบังคับควบคุมศีลธรรมในสังคมโดยอาศัยกฎหมายอาญา เช่น การตรากฎหมายจัดการกับปัญหารักร่วมเพศเป็นต้น

เดฟลินยืนยันว่า ในสังคมมนุษย์ใด ๆ ก็ตามจะมีส่วนที่เรียกว่า ศีลธรรมของส่วนรวม (Public Morality) เป็นตัวเชื่อมต่อความผูกพันระหว่างปัจเจกบุคคลด้วยกันเสมือนห่วงที่มองไม่

---

(9 A) อ้างใน กอบกุล ราชะนาคร, “หลักการในการจำกัดเสรีภาพ”, (รัฐศาสตร์ปริทัศน์, มหาวิทยาลัยเชียงใหม่, ลำดับที่ 7 มิถุนายน - พฤศจิกายน 2528), หน้า 16 (เชิงอรรถที่ 17) ความจริงข้อเสนอของคณะกรรมการครั้งแรกได้รับการตอบสนองเห็นชอบ ด้วยเฉพาะในประเด็นการค้าประเวณีเท่านั้น ซึ่งปรากฏเป็น The Street Offences Act 1959 ส่วนประเด็นรักร่วมเพศเพิ่งได้รับการเห็นคล้อยก็เมื่อ 10 ปีถัดมา

(10) คำบรรยายนี้ปรากฏอยู่ในบทแรกของหนังสือ ...Patrick Devlin, “The Enforcement of Morals”, (Oxford University Press, 1965)

เห็นและกฎหมาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎหมายอาญาต้องถือว่ามิมีพื้นฐานในการรักษาไว้ซึ่งศีลธรรมของส่วนรวมดังกล่าว ปัญหาว่าในคดีใดที่กฎหมายควรเข้ามามีบทบาทหรือมทลงโทษ โดยเฉพาะนั้นขึ้นอยู่กับภาวะความรู้สึกของส่วนรวม ในแง่นี้ เดฟลินเห็นว่าการกระทำใดซึ่งกระตุ้นความรู้สึกสาปแช่งอย่างกว้างขวาง, ความรู้สึกผสมผสานระหว่างความไม่สามารถอดกลั้นอีกต่อไป, ความคับแค้นและความรู้สึกขยะแขยง การกระทำนั้นสมควรต้องอยู่ภายใต้การบังคับปราบปรามโดยกฎหมายเพื่อประโยชน์แห่งความเป็นอันหนึ่งอันเดียวของสังคม ในลักษณะนี้ การทำลายล้างความชั่วร้ายจึงเป็นสิ่งจำเป็น หากไม่ต้องการให้สังคมล่มสลายลงเสียก่อน กล่าวอีกอย่างก็คือ การควบคุมลงโทษพฤติกรรมซึ่งผิดศีลธรรมนั้นเป็น “สิทธิของสังคม” เพื่อปกป้องความอยู่รอดของตัวเอง เช่นเดียวกับความจำเป็นต้องมีกฎหมายเพื่อป้องกันการกบฏต่าง ๆ อย่างไรก็ตามก็ดีในข้อนี้ต้องระลึกเสมอว่า ไม่ใช่ว่าการกระทำผิดศีลธรรมทุกเรื่อง จะต้องถูกลงโทษโดยกฎหมาย เดฟลินยอมรับว่า แท้จริงแล้วเราจำเป็นต้องยอมปล่อยให้เสรีภาพของปัจเจกบุคคลมากที่สุดเท่าที่ไม่ขัดกับบูรณภาพของสังคม การใช้สิทธิปกป้องตัวเองของสังคมนั้นจะเป็นได้ก็ต่อเมื่อความรู้สึกส่วนรวมที่ต่อต้านการละเมิดศีลธรรมนั้น ๆ เป็นไปอย่างสูงดังที่กล่าวผ่านมาแล้วเท่านั้น อย่างไรก็ตาม เดฟลินก็ยอมรับในภายหลังเช่นกันว่า ความรู้สึกรุนแรงดังกล่าวคงมีค่าเหมือน “เงื่อนไขสำคัญสุดยอด” เท่านั้นในการใช้เป็นตัวชี้ขาดว่าสมควรใช้มาตรการทางกฎหมายเพื่อควบคุมศีลธรรมหรือไม่ โดยที่เขาเชื่อว่ายังมีเงื่อนไขสำคัญอื่น ๆ ที่พึงนำเข้ามาพิจารณา อาทิเช่น ปัญหาเรื่องประสิทธิภาพของกฎหมายในการบังคับใช้ หรือปัญหาเรื่องผลร้ายข้างเคียงที่อาจเกิดขึ้นมากกว่าผลดีในการออกกฎหมายบังคับเช่นการขู่เข็ญเอาผลประโยชน์เพื่อมิให้เปิดเผยความลับ (Blackmail) เป็นต้น

การยอมรับในความสำคัญของเงื่อนไขหรือตัวแปร แนนอนว่าในระดับหนึ่งยอมทำให้ทรรศนะของเดฟลินดูยืดหยุ่นมากขึ้น กระนั้นก็ตามเมื่อพิจารณาโดยรวมแล้ว ในแง่ความเข้มงวดทางศีลธรรม เดฟลินดูพอใจที่จะให้ความมั่นคงของรัฐอยู่เหนือเสรีภาพที่จะแสวงหาความแตกต่างของปัจเจกบุคคลและไม่ยินดีที่จะเปิดช่องให้มนุษย์มีเสรีภาพในการเลือกยึดถือศีลธรรมในแบบฉบับของตัวเองอย่างง่าย ๆ ซึ่งอาจต้องแลกด้วยราคาของความสับสนในระบบคุณค่าของสังคม ในแง่นี้มนุษย์ภายใต้สังคมอันพึงปรารถนาของเดฟลิน จึงตกอยู่ในฐานะจำเลยกลาย ๆ ซึ่งมีภาระการพิสูจน์ยืนยันความถูกต้องของศีลธรรมในแบบฉบับของตน, ยืนยันความจริงใจ (Sincerity) ในความเชื่อของตน สำหรับเดฟลินแล้ว เขาเชื่อว่าความคิดเห็นที่ยึดถือกันอย่างจริงจังย่อมได้รับการเคารพโดยธรรมชาติและหากความคิดเห็นนั้นมีผู้เห็นด้วยมากพอ ในที่สุดแล้วกฎหมายก็จะต้องยอมรับหรือมีการเปลี่ยนแปลงให้สอดคล้อง การยอมรับหรือการเปลี่ยนแปลงเช่นนี้คงจะต้องมีการพิสูจน์ความจริงใจหรือความเชื่อมั่นนั้น ๆ จากปัจเจกบุคคลซึ่งแน่ละว่าการพิสูจน์ต่อสู้นี้อาจต้องเผชิญกับความเจ็บปวด จากการบีบคั้นของกฎหมาย แต่ปณิธานหรือความตั้งใจที่พร้อมรับ

ความเจ็บปวดเช่นนี้ เดฟลินถือว่าการพิสูจน์ความจริงที่น่าเชื่อถือที่สุด และจุดนี้เองที่กฎหมายจะเป็นเครื่องมือสำหรับการพิสูจน์ความมั่นคงดังกล่าว<sup>(10A)</sup>

น่าสังเกตว่าตรรกะของเดฟลินเช่นนี้ อาจเป็นเสมือนการวางหลักการปฏิรูปศีลธรรมหรือการตีแผ่ต่อกฎหมายทั่วไป แต่ดูเหมือนมนตรึมของมนุษย์จะถูกตีกรอบขังอยู่อย่างค่อนข้างหนาแน่น และบางครั้งก็อาจทำให้เรานึกถึงวิธีตัดสินคดีในยุคโบราณของตะวันตกที่จำเลยต้องพิสูจน์ความบริสุทธิ์ของตัวเองด้วยการอดทนต่อความเจ็บปวดจากการเหยียบย่ำบนถ่านไฟแดง ๆ สิ่งเหล่านี้อาจมีหลายนัยที่ขัดต่อความรู้สึกของหลาย ๆ คน แต่อย่างน้อยก็นับว่าได้ปลุกบรรยาอากาศการถกเถียงเรื่องศีลธรรมทางปรัชญากฎหมายขึ้นอย่างมากในช่วงสองทศวรรษที่ผ่านมาโดยเฉพาะการนำไปสู่วิวาทะสำคัญระหว่างเดฟลินกับฮาร์ท (H.L.A. Hart)

การโต้แย้งของศาสตราจารย์ฮาร์ท<sup>(11)</sup> เริ่มต้นด้วยการยกประเด็นเรื่องหลักฐานทางประวัติศาสตร์ของสังคมที่ผ่านมา โดยเสนอให้พิจารณาถึงปัญหาว่าด้วยความแตกแยกหรือการเสื่อมทรุดของสังคมและปัญหาว่าด้วยการเปลี่ยนแปลงของศีลธรรมส่วนรวม เพื่อค้นหาความสัมพันธ์เชิงเหตุเชิงผลของปัญหาทั้งสอง ในลักษณะนี้ฮาร์ทเชื่อว่าเป็นการยากอย่างยิ่งที่จะค้นหาคำตอบนี้ได้ ตัวอย่างเช่น แม้ว่าเราจะทำใจยอมรับว่า (ซึ่งไม่น่าเป็นไปได้อย่างยิ่ง) ความเสื่อมทรามทางศีลธรรมของสังคมเป็นตัวรับผิดชอบต่อการล่มสลายของอาณาจักรโรมันโบราณ น่าสงสัยว่าคำยืนยันเช่นนี้จะมีน้ำหนักน่าเชื่อถือสักเพียงใดในการนำมาเปรียบเทียบพิจารณาในสังคมเทคโนโลยีสมัยใหม่ ขณะเดียวกันฮาร์ทกลับมาให้ความสำคัญต่อเรื่อง จิตวิทยาสังคมแทน เขาเชื่อว่าการพิจารณาแนวทางเลือกใหม่ซึ่งมิใช่เรื่องการปกป้องศีลธรรมร่วมนั้น คำตอบจะปรากฏได้สองแนวทางตามแต่อุดมการณ์ของแต่ละบุคคล คำตอบอันแรกจะเป็นแบบ ปล่อยให้ทำได้ตามอำเภอใจ (Permissiveness) โดยที่ผู้ปฏิบัติแนวทางนี้ต้องมีการแสดงให้เห็นว่าความเสื่อมของศีลธรรมเช่นนี้จะนำไปสู่ความอ่อนแอในความสามารถควบคุมตัวเองของปัจเจกบุคคล อีกทั้งส่งเสริมให้เกิดความรุนแรงหรือความไม่เชื่อสัตย์ในสังคมเพิ่มขึ้น ส่วนคำตอบในอีกด้านหนึ่งเป็นความเชื่อใน “ความหลากหลายของศีลธรรม” (Moral Pluralism) ซึ่งก็มีคำถามว่าความเชื่อเช่นนี้จะนำไปสู่ภาวะความขัดแย้งปรปักษ์, นำไปสู่ภาวะสังคมตามธรรมชาติที่ตั้งเดิม (แบบที่อยู่กันอย่างเห็นแก่ตัว, กักขะ) ในมโนภาพของฮอบส์ (Thomas Hobbes) หรือว่าจะนำไปสู่ภาวะสังคมที่มีขนัตริธรรมอดกลั้นต่อกัน, ภาวะการดำรงอยู่ร่วมกันท่ามกลางความแตกต่าง

(10 A) Ibid., P. 116

(11) H.L.A. Hart, "Law, Liberty and Morality", (Oxford University Press, 1975)

บทสรุปย่อความคิดของฮาร์ทเรียบเรียงจาก Lord Loyd of Hampstead, "Introduction to Jurisprudence", (London, Steven & Sons, 1979), PP. 56-59

ของศีลธรรม ต่อคำถามเหล่านี้ ฮาร์ทเห็นว่าคำตอบที่ถูกต้องจะเป็นภาวะการดำรงอยู่ร่วมกันมากกว่าอย่างอื่น เมื่อพิจารณาจากหลักฐานข้อเท็จจริงที่ปรากฏปัจจุบัน อาทิตัวอย่างซึ่งปรากฏในประเทศอังกฤษสมัยใหม่ ฮาร์ทไม่เห็นด้วยกับเดฟลินที่มองว่า ศีลธรรมทั้งหมดในสังคมต่างประกอบกันเหมือนใยตาข่ายอันหนึ่งเดียวที่ไร้รอยต่อใด ๆ (Single Seamless web) ซึ่งมีผลให้การเบี่ยงเบนของศีลธรรมแม้ในเรื่องใดเรื่องหนึ่งนำไปสู่การทำลายของระบบศีลธรรมโดยส่วนรวม ฮาร์ทเห็นว่าการเปลี่ยนแปลงของศีลธรรมในทิศทางที่เปิดให้ มิได้หมายความว่าผลให้สังคมก้าวไปสู่ความวิบัติหรือล่มสลายใด ๆ การที่เดฟลินกล่าวว่า พฤติกรรมทุกอย่างที่สังคมเห็นว่าผิดศีลธรรมอย่างลึกซึ้งหรือน่าขยะแขยง ล้วนมีผลคุกคามต่อความอยู่รอดของสังคมนั้น ในทรรศนะของฮาร์ทกลับเห็นว่าเป็นเรื่องเหลวไหลและไม่มีหลักฐานสนับสนุนใด ๆ ความเสื่อมทรามแห่งศีลธรรมของสังคมแท้จริงแล้วมิได้เกิดจากความล้มเหลวของกฎหมายในการจำกัดควบคุมศีลธรรม แต่หากเกิดจากความล้มเหลวที่มิได้ปล่อยให้มีการถกเถียงวิพากษ์วิจารณ์ศีลธรรมกันอย่างเสรีมากกว่า ในแง่นี้อันตรายของระบบประชาธิปไตยจึงน่าจะเกิดจากความคิดคับแคบที่มุ่งจำกัดมิให้มีการถกเถียงกันอย่างอิสระด้วยเหตุผลเพียงการวิตกถึงผลกระทบอันคาดว่าจะเกิดแก่ศีลธรรมซึ่งเป็นที่ยอมรับทั่วไปในสังคมนั้น และในประเด็นเกี่ยวกับประชาธิปไตยนี้ ฮาร์ทยังให้ข้อคิดที่น่าสนใจต่อว่า เราไม่อาจปฏิเสธได้ว่าความเชื่อทางศีลธรรมของคนหมู่มากเป็นเรื่องสำคัญที่ผู้ออกกฎหมายพึงให้ความใส่ใจอย่างใกล้ชิด แต่กระนั้นสิ่งที่ติดขัดอยู่ในความคิดของมิลล์ที่ว่า คนฝ้างข้างมาก (Majority) มีสิทธิทางศีลธรรมในการบงการวิถีชีวิตของคนส่วนที่เหลืออย่างไรก็ได้ นั้น นับเป็นความสับสนในความคิดเกี่ยวกับประชาธิปไตยที่จำต้องถูกคัดค้านอย่างยิ่งที่สุดเนื่องจากเป็นการกล่าวอ้างว่าสิ่งที่คนส่วนใหญ่กระทำนั้นย่อมอยู่เหนือการวิพากษ์วิจารณ์ และต้องเชื่อฟังโดยไม่มีการคัดค้านใด ๆ มองจากจุดยืนของฝ่ายนิยมเสรีภาพแล้ว แม้เราจะยอมรับน้ำหนักความสำคัญของความขุ่นเคืองไม่พอใจของคนส่วนรวม(ต่อการล่วงละเมิดความรู้สึกทางศีลธรรมของสังคม) แต่ถึงที่สุดแล้วสิ่งนี้ก็ควรต้องอยู่ภายใต้การประเมินตรวจสอบโดยวิจรรณญาณและเหตุผลอย่างถี่ถ้วนอีกครั้ง<sup>(11A)</sup>

---

(11 A) H.L.A. Hart, "Law, Liberty and Morality", Op.cit., PP. 77 - 81 ในประเด็นเดียวกันนี้ ดอว์กิน (Dworkin) ได้วิจารณ์ข้อสรุปของเดฟลิน (โดยเฉพาะเรื่องรักร่วมเพศ) ว่าสร้างขึ้นบนพื้นฐานของอคติ, ความรังเกียจของอารมณ์ส่วนตัว, โดยไม่มีหลักฐานสนับสนุน คำกล่าว หากเป็นการพูดท้วงติงกันมาเหมือนนกแก้วคนทอ ซึ่งแน่นอนว่าโดยหลักการประชาธิปไตยแล้วเราไม่อาจยอมให้มีการบังคับการให้เป็นตามมติสนับสนุนซึ่งวางอยู่บนพื้นฐานที่มีขอบดังกล่าว และในทำนองเดียวกับฮาร์ท ดอว์กินยืนยันว่าการกล่าวอ้าง มติเอกฉันท์เรื่องศีลธรรม (Moral Consensus) หาได้จริงอยู่กับจำนวนผู้ไปออกเสียงลงคะแนนไม่ หากแต่วงอยู่บนความเข้าใจของความรู้สึกผู้ตรากฎหมายต่อเรื่องว่าคนในชุมชนเขามีปฏิริยาอย่างไรต่อการประพฤติปฏิบัติที่ไม่ชอบธรรมบางอย่าง ทว่าความรู้สึกเช่นนี้ย่อมรวมถึงการสำนึกถึงสิ่งที่รองรับปฏิริยาดังกล่าวด้วยและสำนึกเช่นนี้จะปรากฏชัดเจนขึ้นก็ต่อเมื่อสนใจรายละเอียดต่าง ๆ เช่นการอธิบายในที่สาธารณะเกี่ยวกับเรื่องนั้น ๆ ตามบทบรรณาธิการ, คำอภิปรายของเพื่อนร่วมอาชีพเขา, คำให้การของกลุ่มผลประโยชน์ และจดหมายโต้ตอบของตัวเอง ในการนี้ผู้ตรากฎหมายต้องแยกแยะข้อแตกต่าง ๆ พยายามชี้ขาดว่าเรื่องไหนเป็นเรื่องอคติหรือเป็นการเล่นการพนันเหตุผล ซึ่งผลงมาเป็นหลักการที่ประชาชนไม่ควรยึดถือ ดังนั้นเป็นต้นแน่นอนว่า ผู้ตรากฎหมายไม่อาจจะเลยปฏิริยาความรู้สึกไม่พอใจของประชาชนเพราะสิ่งนี้ย่อมเป็นคำกำหนดขอบเขตของสิ่งที่จะเป็นไปได้ทางการเมือง อีกทั้งเป็นตัวกำหนดยุทธศาสตร์ของเขาในการชกชิงหว่านล้อมและบังคับการ ต่อมา แต่กระนั้นเราจะต้องไม่นำเอายุทธศาสตร์ไปสับสนกับความยุติธรรม, ไม่สับสนเรื่องการเคลื่อนไหวทางการเมืองกับหลักศีลธรรมทางการเมือง ดู Ronald Dworkin, "Taking Rights Seriously", (Duckworth, 1977), PP. 254-5

อย่างไรก็ตาม แม้ฮาร์ทจะคัดค้านทฤษฎีแบบเคร่งครัดของเดฟลินอย่างมากข้างต้น เขาก็ยอมรับถึงความจำเป็นในการใช้กลไกทางกฎหมายบังคับควบคุมศีลธรรมบางอย่างที่สำคัญ ต่อสังคม ศีลธรรมในส่วนนี้เรียกได้ว่าเป็น “หลักคุณค่าสากล” (Universal Values)

ตัวอย่างเช่นกรณี ห้ามทำร้ายชีวิตมนุษย์ด้วยกันเป็นต้น นอกจากนี้ ในแต่ละสังคมก็ย่อมมีแกนกลางของกฎเกณฑ์หรือหลักการที่ประกอบกันเป็นพื้นฐานของวิถีชีวิตซึ่งมีลักษณะเฉพาะของสังคมนั้น ๆ อาทิเช่น ระบบการมีคู่สมรสคนเดียว (Monogamy) โดยนัยนี้จึงย่อมถือเป็นความสำคัญที่ต้องมีกฎหมายควบคุมระบบความสัมพันธ์ทางเพศดังกล่าว ในแง่การลงโทษ ผู้มีสามีหรือภรรยามากกว่าหนึ่งคน ส่วนปัญหาว่ากฎเกณฑ์ทางศีลธรรมใดซึ่งจะถือว่าเป็นเรื่องสำคัญมาก ๆ ในแง่ที่สัมพันธ์อย่างเป็นอันหนึ่งอันเดียวกับ แกนกลางของกฎเกณฑ์ดังว่านั้น ฮาร์ททำให้คำตอบว่าเป็นปัญหาที่ต้องถกเถียงกันด้วยข้อมูลหรือข้อเท็จจริงเชิงประจักษ์ (Empirical)

มีข้อน่าสนใจต่ออีกว่า นอกจากฮาร์ทจะยอมรับเรื่องข้อยกเว้นในการควบคุมศีลธรรม โดยกฎหมายข้างต้นแล้ว เขายังยอมรับบทบาทของกฎหมายในการจำกัดเสรีภาพส่วนบุคคลบางประการของปัจเจกบุคคลด้วย เราคงจำกันได้ว่าในปัญหานี้ มิลล์ได้อ้างอิง “หลักภัยอันตรายต่อผู้อื่น” เป็นบรรทัดฐาน แต่สำหรับฮาร์ท เขาเสนอให้ใช้ “หลักบิดาธรรม” (Paternalism) ผนวกเข้ากับหลักภัยอันตรายของมิลล์เพื่อเป็นเหตุผลรองรับบทบาทที่เพิ่มมากขึ้นของกฎหมาย การยกประเด็นเรื่อง “หลักบิดาธรรม” ขึ้นพิจารณาในส่วนสำคัญยังเป็นการกระทำเพื่อโต้แย้งข้อสรุปของเดฟลินที่กล่าวว่า “หน้าที่ของกฎหมายอาญาคือ การบังคับควบคุมหลักศีลธรรม ไม่มีสิ่งใดอื่น”<sup>(12)</sup> ฮาร์ทมิได้ให้คำจำกัดความของ “หลักบิดาธรรม” ดังกล่าวแต่เป็นที่เข้าใจว่า หลักการสำคัญนี้มีกำเนิดขึ้นในฐานะเหตุผลเพื่อการปกป้องมิให้บุคคลกระทำการที่อาจเป็นอันตรายต่อตัวเขาเองมากกว่าอย่างอื่น หลักบิดาธรรมจึงอาจนำไปใช้เพื่อแทรกแซงให้ยุติหรือมิให้กระทำการใด ๆ ที่เป็นผลร้ายหรือสร้างความทุกข์ (Suffering) ต่อตัวบุคคลนั้น ๆ เอง อาทิการห้ามมิให้เสพยาเสพติดหรือบุหรี่ย หรือการบังคับให้รัดเข็มขัดนิรภัยในระหว่างขับขีรถยนต์, การบังคับให้ต้องสวมหมวกกันน็อคขณะขี่จักรยานยนต์หรือการห้ามมิให้ว่ายน้ำเล่นในชายหาดที่มีได้มีเจ้าหน้าที่คอยพิทักษ์ดูแล เป็นต้น น่าสังเกตว่าในลักษณะนี้หลักบิดาธรรมย่อมต่างจากหลักศีลธรรมนิยมทางกฎหมาย (Legal Moralism) แบบของเดฟลิน เนื่องจากมิใช่เป็นหลักที่มุ่งบังคับควบคุมศีลธรรมที่ยึดถือกัน แต่เป็นหลักที่เกิดสืบแต่ความรู้สึกเมตตาห่วงใยทำนองเดียวกับที่บิดามีต่อบุตร ไม่แน่ใจในความสามารถใช้ดุลยพินิจอย่างถูกต้องของผู้อาจตกเป็นเหยื่อของความเสียหายได้ อย่างไรก็ตามข้อวิจารณ์โต้แย้งการบังคับใช้กฎหมายโดยอ้างหลักดังกล่าวก็ปรากฏอยู่

---

(12) Ibid, PP. 30 - 31



เช่นกัน โดยที่เห็นว่าในหลาย ๆ กรณีควรใช้วิธีการให้การศึกษา หรือด้วยวิธีจำกัดควบคุมการโฆษณา (สิ่งเสพยาเสพติด) ซึ่งดูจะเป็นการเหมาะสมกว่าการใช้มาตรการทางกฎหมาย<sup>(13)</sup> แต่ไม่ว่าเราจะเห็นด้วยกับข้อวิจารณ์นี้หรือไม่ หลักปิตาธรรมก็นับเป็นเหตุผลพื้นฐานที่สำคัญข้อหนึ่งในการอธิบายบทบาทหน้าที่ของกฎหมายในสังคมควบคู่ไปกับ “หลักภัยอันตรายต่อผู้อื่น” (Harm Principle), หลักศีลธรรมนิยมทางกฎหมาย (Legal Moralism) รวมทั้งหลักการอื่น ๆ นอกเหนือจากที่ได้กล่าวมา อาทิเช่น หลักการล่วงเกิน (Offense Principle) หรือหลักสวัสดิการ (Welfare Principle)<sup>(14)</sup>

### ปัจเจกชน, เสรีภาพและศีลธรรมของสังคม

ข้อสรุปจากวิวาทะทางความคิดที่ประมวลผ่านมา คงให้ภาพรายละเอียดความแตกต่างของอย่างน้อยสองแนวคิดที่สำคัญพอสมควร ระหว่างฝ่ายที่เชื่อมั่นในคุณค่าสูงสุดของเสรีภาพ และฝ่ายที่เชื่อในศีลธรรมหรือความเป็นอันหนึ่งอันเดียวของศีลธรรมกับการดำรงอยู่ของสังคม การโต้แย้งระหว่างสองแนวคิดนี้อาจเสนอเหตุผลให้ผู้อ่านได้ตัดสินใจง่ายขึ้น แต่ในอีกด้านหนึ่งก็อาจจะทำให้เกิดการรวนเรในความคิดว่าด้วยความสัมพันธ์ระหว่างศีลธรรมและเสรีภาพ

ความจริงเราได้มีการพูดถึงประเด็นเรื่องศีลธรรมและเสรีภาพไปแล้วครั้งหนึ่งก่อนหน้านี้ โดยเฉพาะเรื่องเสรีภาพเชิงบวก ซึ่งมีนัยของความสัมพันธ์กับศีลธรรมในระดับหนึ่ง ในแง่ว่ามนุษย์อาจถูกบังคับให้มีเสรีภาพได้โดยการบังคับให้ปฏิบัติตามศีลธรรม ลักษณะปฏิทรรศน์ (Paradox) เช่นนี้ แน่นนอนว่าย่อมง่ายต่อการบิดเบือนและสนับสนุนระบบอำนาจนิยมดังได้กล่าวไว้แล้ว อีกทั้งยังอาจแปลความให้เกิดการขัดแย้งขึ้นจริง ๆ ในส่วนเนื้อหาความคิดได้ หากเรายอมรับว่าจุดหมายอุดมคติของเสรีภาพมิได้อยู่ที่เรื่องความต้องการใด ๆ ของมนุษย์ได้รับการสนองตอบหรือไม่ถูกขัดขวาง แต่หากอยู่ที่สภาวะที่มนุษย์ได้รับการพัฒนาทางสติปัญญาหรือจิตวิญญาณอย่างเต็มที่จนเข้าใจถึงความเป็นมนุษย์มีความเข้าใจต่อตัวเองอย่างรู้แจ้งแทงตลอด (Self-Realization) จุดหมายของเสรีภาพ (เชิงบวก) เช่นนี้แท้จริงแล้วก็คงต้องการเงื่อนไขสังคมที่มีเสรีภาพ(เชิงลบ)

(13) Lord Lloyd of Hampstead, "Introduction to Jurisprudence" Op.cit., P. 58, Footnote 80 a

(14) หลักการล่วงเกิน (Offense Principle) สนับสนุนให้รัฐเข้าแทรกแซงจำกัดเสรีภาพในการกระทำซึ่งเห็นว่าการล่วงเกินความรู้สึกของคนทั่วไป แม้ว่าการกระทำนั้น ๆ จะไม่ก่อให้เกิดผลร้ายโดยชัดเจนใด ๆ หลักการนี้จึงมักนำมาใช้เป็นเหตุผลเพื่อการปราบปรามสิ่งพิมพ์หรือการกระทำอันเป็นลามกอนาจารต่าง ๆ ส่วนหลักสวัสดิการ (Welfare Principle) ก็เป็นหลักสำหรับออกกฎหมายจำกัดเสรีภาพเพื่อประโยชน์แก่ส่วนรวม ดังกรณีการบังคับให้เสียภาษีหรือค่าธรรมเนียมต่าง ๆ เพื่อให้บริการสาธารณะ, หรือเพื่อการประกันสังคม

รายละเอียดเพิ่มเติมเกี่ยวกับหลักการทั้งสองนี้, ขอให้ดู กอบกุล ราชะนาคร, "หลักการในการจำกัดเสรีภาพ", อ้างแล้ว หน้า 11 - 15

อย่างเต็มที่เช่นกัน ในฐานะเป็นเงื่อนไขอันมีอาจขาดได้สำหรับอิสรภาพของมนุษย์และการกำหนด ตัดสินชะตาชีวิตด้วยตัวเอง<sup>(14A)</sup> มิลล์เองก็ตระหนักในสิ่งนี้ดี ดังที่เขาเน้นความสำคัญของความ หลากหลาย (ซึ่งเป็นองค์คุณแห่งเสรีภาพ) แห่งชีวิต อันเป็นเงื่อนไขที่จำเป็นต่อความเข้าใจ ธรรมชาติอันละเอียดซับซ้อนของมนุษย์ พฤติกรรมที่เชื่อว่าผิดศีลธรรมหลาย ๆ ประการอาจ มองได้ว่าเป็นการใช้เสรีภาพโดยไม่ถูกต้องซึ่งสังคมไม่ควรยอมทนให้เกิดขึ้น แต่กระนั้นหาก บุคคลต้องถูกบังคับ (โดยกฎหมาย) ให้ละเว้นจากพฤติกรรมที่ถือว่าผิดศีลธรรมต่าง ๆ แล้ว บุคคล นั้น ๆ ย่อมไม่มีโอกาสเลือกตัดสินใจโดยตัวของเขาเอง ถ้าเช่นนั้น ก็เป็นการยากที่เขาจะพัฒนา การใช้ดุลยพินิจตัดสินเชิงวิจารณ์หรือยากที่จะพัฒนาอุปนิสัยทางศีลธรรมที่ขอบธรรมของตนเอง ได้<sup>(15)</sup> ขณะเดียวกันการบังคับควบคุมเช่นนั้นก็อาจถูกมองว่าเป็นการละเมิดหลักพื้นฐานของ ศีลธรรมทางการเมือง (Political Morality) ซึ่งถือว่า รัฐบาลต้องปฏิบัติต่อประชาชนด้วยความ ห่วงใย (โดยมองประชาชนเป็นมนุษย์ซึ่งรู้เจ็บปวดและรู้จักความคับข้องของชีวิต) และการ เคารพให้เกียรติ(ในความเป็นมนุษย์ของประชาชนซึ่งสามารถคิดและกระทำด้วยสติปัญญาตนเอง ว่าควรจะใช้ชีวิตอย่างไร) อย่างเสมอภาค<sup>(16)</sup> ดังนี้แล้ว ย่อมเห็นได้ว่า ในหลาย ๆ กรณี การ ยึดมั่นในเสรีภาพเชิงบวกถ่ายเดียวเพื่อผลลัพธ์ทางศีลธรรมนั้น ย่อมขัดแย้งกับวัตถุประสงค์เชิง อุดมคติในตัวเองอีกทั้งยังอาจขัดแย้งกับหลักศีลธรรมทางการเมืองดังกล่าวอีกด้วย

ข้อคิดเห็นข้างต้นฟังดูย่อมมีน้ำเสียงสนับสนุนฝ่ายที่ต่อต้านการควบคุมศีลธรรมโดยกฎหมาย หรือสนับสนุนฝ่ายเสรีนิยมอยู่หลาย ๆ แต่ขณะเดียวกันในอีกด้านหนึ่งเราอาจต้องคิดใคร่ครวญ ต่อว่า ลำพังการปล่อยให้สิ่งทีเรียกว่าความหลากหลายทางศีลธรรมหรือการวางอุเบกขาต่อ พฤติกรรมที่เบี่ยงเบนจากกรอบแห่งศีลธรรมทั่วไป (แต่ไม่ก่อให้เกิดอันตรายต่อผู้อื่นโดยตรง) ภายใต้อุปสรรค (Context) ของสังคมเสรีนิยมที่เป็นอยู่ จะส่งผลให้เกิดการพัฒนาในความสามารถ เชิงวิจารณ์ญาณอย่างเป็นตัวของตัวเองหรือการพัฒนาทางโลกทัศน์ที่ไม่คับแคบได้มากนักเพียงใด บางทีแล้วเราอาจต้องรับฟังข้อคิดของนักจิตวิทยาคนสำคัญบางท่านที่ว่า ความไม่มั่นคงทางจิตใจ ของผู้คนในสังคมสมัยใหม่อาจสืบเนื่องจากการเรียกร้องเสรีภาพมากเกินไปหาใช่การเรียกร้องเสรีภาพ น้อยไปไม่<sup>(17)</sup> ข้อคิดเช่นนี้ ในระดับหนึ่งคงสัมพันธ์ได้กับทฤษฎีในเชิง “มนุษย์ถูกสาปให้เป็น

---

(14 A) Mihailo Markovic, "Leszek Kolakowski and so called alienation", (Philosophy and Social Criticism, vol.5, 1978), P. 238

(15) Joel Feinberg, "Social Philosophy", อ้างใน Kenneth Kipnis, "Philosophical Issues in Law", (Prentice-Hall, Inc., 1977), P. 75

(16) Ronald Dworkin, "Taking Rights Seriously", Op.cit., PP. 272 - 3

(17) Ibid., P. 272



Sartre, Jean Paul (1905), photographed August 2 1947.

อิสรระ “ของซาร์ต (Jean - Paul Sartre) ซึ่งเห็นว่า สังคมที่มีเสรีภาพอย่างกว้างขวางจะเป็นสังคมที่ปราศจากความสงบทางจิตใจ เนื่องเพราะเสรีภาพกับความรับผิดชอบเป็นคู่แฝดที่ต้องไปด้วยกันเสมอ คนจำนวนไม่น้อยจึงหวาดหวั่นต่อการมีเสรีภาพและความรับผิดชอบที่ตามมา เหตุนี้เองที่ยังมีการขยายเสรีภาพมากขึ้นเพียงใดความตึงเครียดของจิตใจก็ย่อมเกิดมากขึ้นตามนั้น<sup>(18)</sup>

ทรรคนะเชิงปรัชญาตั้งกล่าว อาจฟังดูกว้างเกินในการนำมาปรับวิเคราะห์ปัญหาที่เรา กำลังพิจารณาอยู่ แต่ภาพสะท้อนในมุมมองกว้างเช่นนี้ก็อาจช่วยขยายคำตอบในความหวังต่อผลพวงแห่งเสรีภาพข้างต้นได้ในระดับหนึ่ง อย่างไรก็ตาม ไม่ว่าเราจะเห็นด้วยกับทรรคนะเชิงปรัชญาข้างต้นหรือไม่ เราอาจต้องเก็บไปคิดต่อว่าระหว่าง ความตึงเครียดไม่มั่นคงทางจิตใจ, สังคมสมัยใหม่ และเสรีภาพ สิ่งใดที่เป็นเหตุสิ่งใดที่เป็นผลกันแน่

กระนั้นก็ดี เมื่อย้อนสู่ประเด็นเรื่องศีลธรรมโดยตรงอีกครั้ง เราอาจต้องนั่งฟังต่อทรรคนะที่ว่าไม่สมควรมีกฎหมายของรัฐใดที่เข้าไปยุ่งเกี่ยวกับพฤติกรรมที่คาบเกี่ยวกับศีลธรรมต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นเรื่องการทำแท้ง, การค้าขายสิ่งตีพิมพ์เกี่ยวกับเพศสัมพันธ์ เรื่องรักร่วมเพศ, การค้าประเวณี, การเปลือยกายหรือมีเพศสัมพันธ์ในที่สาธารณะ, การพนัน, การเสพย์ยาเสพติด, การมีคู่สมรสหลายคน ฯลฯ เนื่องจากเห็นว่าเป็นเรื่องส่วนตัว ซึ่งการเข้าไปยุ่งเกี่ยวกับรัฐแต่จะสร้าง “ปัญหาต่าง ๆ ในทางปฏิบัติ” นับแต่การสูญเสียเวลา, พลังงาน หรือบุคลากรด้านกระบวนการยุติธรรมโดยใช่เหตุ (แทนที่จะนำไปใช้ต่อสู้กับอาชญากรรมที่ร้ายแรงอย่างอื่น), การสร้างตลาดมืด (ยาเสพติด), การเพิ่มขึ้นขององค์กรอาชญากรรม หรือการเฟื่องฟูของการคอร์รัปชั่นติดสินบนเจ้าหน้าที่ตำรวจ<sup>(19)</sup> ความเช่นนี้ย่อมนับเป็นเหตุผลเชิงปฏิบัติที่น่ารับฟัง แต่เรายังอาจตั้งใจว่า การเปิดกว้างของเสรีภาพทางศีลธรรม (แบบแล้วแต่ใครจะเห็นชอบ) เช่นนี้ ถึงที่สุดแล้วจะรับกับจุดหมายแห่งเสรีภาพเชิงอุดมคติ (อัตตประจักษ์) หรือไม่ หรือว่าเป็นการเปิดกว้างอย่างไร้ทิศทางตามความเชื่อว่า “มนุษย์ มีสิทธิอันไม่อาจจำหน่ายโอนได้ ในการไปตกนรกหมกไหม้ที่ไหน

---

(18) ดู คักคีย์ นิรัฐทวิ, “ปรัชญาเอ็กซิสเตนเชียลลิสม์”, (สำนักพิมพ์ลี, 2526) หน้า 117, วิทย์ วิศทเวทย์, “ปรัชญาของ Jean - Paul Sartre” ในวารสารโลกหนังสือ, ปีที่ 3 ฉบับที่ 10 กรกฎาคม 2523, หน้า 77

(19) Norval Morris and Gordon Hawkins, “The Honest Politician’s Guide to Crime Control”, (The University of Chicago Press, 1970), PP. 5 - 6

ทรรคนะของ Morris และ Hawkins ตั้งกล่าว คงสอดคล้องกับทรรคนะของนักคิดสำคัญหลาย ๆ คน อาทิเช่น Spinoza (“บุคคลผู้มุ่งหวังจะควบคุมทุก ๆ สิ่ง โดยกฎหมายมีความเป็นไปได้ว่าจะปลุกเร้าความชั่วร้ายมากกว่าจะปฏิรูปแก้ไขมัน เป็นเรื่องดีที่สุดในการปล่อยเสียซึ่งไม่สามารถทำลายได้ ทั้งที่สิ่งนั้นจะเป็นอันตรายในตัวเอง”) หรือ F.A Hayek (ที่ยืนยันว่า “จริง ๆ แล้วบางทีความทุกข์ยากหรืออันตรายได้เกิดมากขึ้นเนื่องจากมนุษย์ตั้งใจที่จะใช้การกดขี่ลงความชั่วร้ายทางศีลธรรม มากกว่าการปล่อยให้มนุษย์กระทำ ความชั่วร้ายนั้น”) ดู Gilbert Geis, “Not the Law Business”, (Washington, D.C. : Government Printing Office, 1972), PP. 253 - 3

อย่างไรก็ตามข้อโต้แย้งทรรคนะต่าง ๆ ข้างต้นก็มีปรากฏควบคู่เช่นกัน รายละเอียดขอให้ดู Gresham M. Sykes, “Criminology” (Harcourt Brace Jovanovich, Inc., 1978) PP. 165 - 6

ก็ได้ ตามแบบฉบับของเขาเองหากไม่เป็นอันตรายต่อทรัพย์สินหรือบุคคลอื่น”(19 A) แต่ละว่า ในรายละเอียดเราคงต้องพิจารณาเป็นเรื่อง ๆ ไปด้วยซึ่งอาจมีแง่มุมปัญหาที่แตกต่างกันบ้าง แต่ความไม่แตกต่างกันประการหนึ่งก็คือ พฤติกรรมอันคาบเกี่ยวกับศีลธรรมทั้งหมดนี้ต่างล้วนปรากฏ อยู่ภายในวงกรอบแห่งสภาพแวดล้อมของสังคมสมัยใหม่อันคล้ายคลึงกัน ไม่ว่าจะมึระบบเศรษฐกิจ และลัทธิการเมืองแตกต่างกันอย่างไร โดยเฉพาะในแง่วัฒนธรรมชีวิตทั่วไปซึ่ง “ปลูกเราให้ผู้คน ติดอยู่กับชีวิตการทำงานจนลืมการพักผ่อนและความรื่นรมย์เร่งการผลิตและคลังโคลัการบริโภค”(20)

หากยอมรับกันว่า ข้อสรุปแห่งสภาพสังคมสมัยใหม่เป็นจริงเช่นนั้นแล้วดูเหมือนเราคง ต้องยอมรับว่า ครอบงำที่วงกรอบใหญ่ของสังคมยังอยู่ห่างไกลจากเป้าหมายอุดมคติแห่งเสรีภาพ การกล่าวอ้าง, ให้เหตุผลสนับสนุนต่าง ๆ ต่อความยึดหยุ่นทางศีลธรรมโดยกฎหมาย (เพื่อหวังผล ในการสร้างบรรยากาศแห่งการพัฒนาในมนุษย์ที่สามารถทดลองผิดลองถูกได้ด้วยตัวเองนั้น) ย่อมล้วน แต่ไม่อาจก้าวข้ามพ้นข้อจำกัดของสังคมเช่นนั้นได้เลย และจากจุดนี้เช่นกันที่เราอาจเริ่มสงสัย ถึงการวางใจต่อระบบการศึกษาหรือการชักจูงว่านลือมาว่าจะเป็นทางออกของการแก้ไขปัญหา พฤติกรรมที่คาบเกี่ยวกับศีลธรรมได้สักเพียงใด ในเมื่อในวันระบบการศึกษาที่เป็นจำเลยให้ต้องถูก วิเคราะห์อยู่เนื่อง ๆ และกัลยาณมิตรก็เป็นทีที่ทราบกันดีว่าเป็นสิ่งที่หาได้ยากยิ่งในสังคมปัจจุบัน แต่แต่ละผลดีหลาย ๆ ข้อของความใจกว้างเช่นนั้นก็คงยังปรากฏอยู่ เพียงกระนั้นเราก็คงต้องคิด ทบทวนครั้งที่สองว่า แท้จริงแล้วผลร้ายของการใช้กฎหมายเข้าควบคุมศีลธรรมหรือเป็นเครื่องมือ ให้การศึกษาทางศีลธรรมต่อประชาชนตามที่กล่าวกันนั้น เป็นเพราะสาเหตุใหญ่จากตัวกฎหมายหรือ เป็นเพราะความบกพร่อง โดยส่วนรวมของระบบสังคมที่เป็นอยู่ซึ่งพร้อมจะปิดผันท่าลายหรือกั้นกั้น กกลไกซึ่งมุ่งควบคุมศีลธรรมใด ๆ ให้หายเข้าสู่ระบบและคายออกมาเป็นผลลัพธ์ที่น่ารังเกียจดังที่มี ผู้ตั้งเป็นข้อวิจารณ์ (Morris & Hawkins) ดังกล่าว

เราคงต้องไม่ลืมว่า โดยทั่วไปแล้วกฎหมายมิได้ดำรงอยู่อย่างเป็นเอกเทศในสังคม เช่น เดียวกับศีลธรรมที่มีได้ดำรงอยู่อย่างแยกห่างจากโครงสร้างพื้นฐานอื่น ๆ (เศรษฐกิจ, การเมือง, วัฒนธรรม) ของสังคมชนิดที่เราจะสามารถเอาบางสิ่งบางอย่างไปครอบรัดไว้ตามที่ใจเราต้องการ การยึดอยู่กับปัญหาเฉพาะใดหนึ่งชนิดที่แยกออกจากปัญหาในระดับรวม ย่อมรังแต่จะสร้างข้อถกเถียง เซึ่งรับเชิงปฏิเสธอย่างไม่สิ้นสุด ขณะเดียวกับที่ยึดมั่นอยู่กับหลักพื้นฐานที่ตนใช้ในการวินิจฉัย

---

(19 A) Ibid., P. 2

(20) ทรรศนะของเฮอเบิร์ต มาร์คูเซอ (Herbert Marcuse) ใน : กาญจนา แก้วเทพ, “แนวคิด ‘มนุษย์นิยม’ เซึ่ง เศรษฐศาสตร์การเมือง”, วารสารธรรมศาสตร์ปีที่ 15, ฉบับที่ 4 2530), หน้า 183 รวม 2582

ถึงตรงนี้แล้ว เราอาจไม่สามารถชี้ขาดความชอบธรรมที่เหนือกว่าได้เลยเมื่อต้องตัดสินใจเลือกเอาระหว่างหลักเสรีนิยม (หลักยกย่องต่อบุคคลอื่น) หลักศีลธรรมนิยมเชิงกฎหมาย หรือหลักปีศาจธรรม เราคงไม่อาจวินิจฉัยตัวหลักการหรือแนวคิดดังกล่าว อย่างรวม ๆ ได้ ทางออกที่น่าจะเหมาะสม (ภายใต้กรอบการเปลี่ยนแปลงระดับจุลภาค) คงต้องเป็นเรื่องการปรับใช้แต่ละหลักการต่อข้อเท็จจริง, ต่อสภาพสังคมเฉพาะหนึ่ง ๆ เป็นกรณี ๆ ไปว่าจะให้ผลดีหรือการเปลี่ยนแปลงที่ดีขึ้นแค่ไหนทั้งต่อบุคคลและเป้าหมายอุดมคติแห่งเสรีภาพ

### ข้อสังเกตสังกั .กฎหมายไทยกับศีลธรรม

ข้อถกเถียงเรื่องศีลธรรมกับกฎหมายข้างต้น โดยส่วนรวมคงเป็นเรื่องของตะวันตก ซึ่งกล่าวได้ว่ามีที่มาสำคัญหนึ่งของการถกเถียงจากอิทธิพลของศาสนาคริสต์นิกายซึ่งมีความเคร่งครัดกวัดขັນในหลักจริยธรรมหลาย ๆ ประการ (แม้จะไม่เทียบเท่าบางศาสนาเช่น อิสลามก็ตาม) หากไม่เข้าใจจุดนี้แล้ว เราก็คงไม่เข้าใจนักกว่าทำไมพวกนักปราชญ์ตะวันตกพวกนั้นจึงมาถกเถียงกันอย่างเอาเป็นเอาตายกันเรื่อง รักร่วมเพศ, การค้าประเวณี, การทำแท้งหรือเรื่องระบบผัวเดียวเมียเดียว เป็นต้น

อย่างไรก็ตามเมื่อเปรียบเทียบกับกฎหมายของไทยแล้ว ส่วนใหญ่พฤติกรรมที่ถือว่าผิดศีลธรรมและไม่มีเหยื่อหรือผู้เสียหายโดยตรงก็มักถูกควบคุมโดยกฎหมายเช่นกัน ดังปรากฏในประมวลกฎหมายอาญา (มาตรา 287 : ความผิดฐานผลิตหรือเผยแพร่สิ่งลามก มาตรา 301 - 305 : ความผิดฐานทำให้แท้งลูก, มาตรา 374 : ความผิดฐานเมาสุราในที่สาธารณะ, มาตรา 381 - 382 : ความผิดฐานกระทำทารุณต่อสัตว์หรือใช้สัตว์ทำงานจนเกินควร, มาตรา 388 : ความผิดฐานกระทำการอันควรขายหน้าต่อหน้าธารกำนัล), พรบ.ปรามการค้าประเวณี 2503 ; พรบ.ว่าด้วยการค้าหญิงและเด็กหญิง 2471 ; พรบ.ปรามการกระทำให้แพร่หลายและการค้าวัตถุอันลามก 2471 ; พรบ.การพนัน 2748 ; พรบ.ป้องกันและปราบปรามยาเสพติด 2519 ; พรบ.ยาเสพติดให้โทษ 2522 ; พรบ.วัฒนธรรมแห่งชาติ 2485 ; พรบ.สงเคราะห์ผู้ประสบภัยเนื่องจากการช่วยเหลือราชการ, การปฏิบัติงานของชาติหรือการปฏิบัติตามหน้าที่มนุษยธรรม 2497 (ดูความสัมพันธ์ในระดับหนึ่งกับ ประมวลกฎหมายอาญา, มาตรา 374) เป็นต้น

ความสอดคล้องในหลาย ๆ เรื่องของการบัญญัติกฎหมายลงโทษความผิดหรืออาชญากรรมที่ไม่มีผู้เสียหาย (Victimless Crime) ระหว่างตะวันตกกับไทยเช่นนี้ คงไม่ใช่ผลจากการปรับเปลี่ยนแบบกฎหมายจากตะวันตกเท่านั้น แต่น่าจะเป็นการกระทำที่สอดคล้องกับมาตรฐานทางศีลธรรมแบบไทย ๆ ด้วย ซึ่งก็มีได้เหมือนกันทุกเรื่อง หากไม่แล้วเรคงมีกฎหมายไทยว่าด้วยความผิดฐานรักร่วมเพศ,

ความผิดฐานมีคู่สมรสมากกว่าหนึ่งคน (Bigamy) หรือความผิดฐานมีเพศสัมพันธ์อย่างผิดธรรมชาติ เช่นอย่างบางประเทศ<sup>(21)</sup>

ความดังกล่าว คงให้แง่คิดได้ถึงความสัมพันธ์ (อย่างน้อยในมิติหนึ่ง) ระหว่างกฎหมาย บางลักษณะ กับมาตรฐานทางศาสนา, ศีลธรรมหรือวัฒนธรรมซึ่งมีลักษณะเฉพาะในแต่ละสังคม ข้อสรุปวิจารณ์จากบางแนวคิดทางการเมืองที่ว่า กฎหมายเป็นเพียงผลสะท้อนหรือผลิตผลของระบบเศรษฐกิจ จึงอาจไม่สามารถอธิบายถึงความสัมพันธ์อันเป็นจริงดังกล่าวได้ จุดนี้จึงเป็นตัวอย่าง เตือนใจอันดีให้ระมัดระวังแนวโน้มที่มักมีการยึดถือเอาทฤษฎีหรือแนวคิดทางการเมืองบางสำนัก มาใช้อย่างเป็นกฎเกณฑ์ทั่วไปโดยไม่คำนึงถึงทิวทัศน์ของสังคมที่ประกอบด้วยบริบทต่าง ๆ ซึ่งมี ลักษณะเฉพาะรวมอยู่ด้วย ในแง่นี้ ปัญหาการควบคุมศีลธรรม โดยอาศัยกฎหมายจึงไม่เพียงแต่ ต้องพิจารณาประเด็นในแง่หลักการเท่านั้น หากยังต้องคำนึงถึงเหตุปัจจัยที่สนับสนุนหรือขัดขวาง ในเชิงวัฒนธรรมต่าง ๆ ด้วย คำอธิบายของสำนักกฎหมายประวัติศาสตร์เกี่ยวกับเรื่อง “จิตวิญญาณ” ของคนแต่ละชาติ แม้จะมีประเด็นวิพากษ์วิจารณ์แต่อย่างน้อยก็เป็นข้อเตือนใจที่ดีสำหรับประเด็น ปัญหา

นำเปรียบเทียบต่อว่าหากมีการสัมภาษณ์ความเห็นของหญิงไทยที่มีสามีแล้วเกี่ยวกับ เรื่องการมีกฎหมายลงโทษสามีที่ไปมีภรรยาบ่อย เชื่อว่า โดยทั่วไปคงมีผู้เห็นชอบด้วยปัญหาสำคัญ อยู่ที่ว่าในท่ามกลางวัฒนธรรมทางเพศแบบไทย ๆ เป็นไปได้เพียงใดที่กฎหมายเช่นนี้จะผ่านการ เห็นชอบจากสถาบันนิติบัญญัติและ ถึงแม้ว่าจะเป็นไปได้จริง ก็ยังน่าสงสัยมากขึ้นว่า กฎหมาย ดังกล่าวจะมีผลบังคับใช้ได้จริงจึงเพียงใด กฎหมายอาจเป็นครูสอนศีลธรรมที่ดีต่อประชาชนได้ แต่การเชื่อฟังปฏิบัติตามคำสอนนั้นคงเป็นอีกเรื่องหนึ่งที่ไม่อาจพึ่งพาแต่ลำพังครูอย่างเดียว แต่ ถึงที่สุดแล้วข้อนี้ก็คงมิได้หมายความว่า ภายใต้การดำรงอยู่ของวัฒนธรรมทางเพศแบบล้านหลังที่ยัง

(21) ดู เชิงอรุณ (1) ในเรื่องความคิดเกี่ยวกับเพศนี้ เป็นที่เห็นได้ชัดว่าปัจจัยทางวัฒนธรรมมีส่วนอย่างมากในการกำหนดความแตกต่างของกฎหมาย (บางลักษณะ) ในขณะที่วัฒนธรรมตะวันตกถือเคร่งครัดเรื่องคู่สมรสคนเดียว (Monogamy) วัฒนธรรมในอดีตของไทยกลับเชิดชูระบบหนึ่งสามีหลายภรรยา อันปรากฏหลักฐานชัดเจนในกฎหมายตราสามดวง (พระอัยการลักษณะผัวเมีย) ซึ่งสะท้อนวัฒนธรรมแบบคหบดีทางเพศ คือชายเป็นใหญ่, หญิงเป็นทรัพย์สินของชาย ในเรื่องรักร่วมเพศหรือการมีเพศสัมพันธ์อย่างผิดธรรมชาติ ก็ไม่ใช่เรื่องเสียหายร้ายแรงในวัฒนธรรมโบราณของเรา มีข้อยกเว้นอยู่บ้างในกฎหมายตราสามดวงที่บัญญัติความผิดฐาน “พ่อแม่ลูกพี่น้องชายหลานตาหลานลุงนำหลานทำชู้กัน” โดยให้ลงโทษลอยแพผู้นั้นในทะเลพร้อมให้พระสงฆ์พราหมณ์สวดมนต์ทำพิธีขับไล่ภูบาลพญารัศมี เนื่องจากถือเป็นการประทุษร้ายศีลธรรม และต่อมาภายหลังในยุคปฏิรูปกฎหมายให้เป็นแบบตะวันตกเท่านั้นที่เราได้บัญญัติความผิดฐานร่วมประเวณีผิดธรรมตามนุษย์ กับคนเพศเดียวกัน (รักร่วมเพศ) หรือกับสัตว์ ดังความในกฎหมายลักษณะอาญา รศ. 127, (มาตรา 242) ความผิดฐานร่วมประเวณีผิดธรรมตามนุษย์นี้ ผู้กว้างได้คัดลอกเอามาจากประมวลกฎหมายอาญาอินเดีย อย่างไรก็ตามความผิดฐานนี้ได้ถูกยกเลิกลงเมื่อครั้งร่างประมวลกฎหมายอาญาฉบับปัจจุบัน (2499) ด้วยเหตุผลว่าเป็นเพียงเรื่องผิดศีลธรรมธรรมดาเท่านั้น ไม่ถึงขั้นที่ควรจะมีบทบัญญัติห้ามในเมื่อต่างฝ่ายต่างยินยอมโดยสมัครใจถือเป็นเรื่องชีวิตส่วนตัวของบุคคล กฎหมายควรจะเอาผิดเมื่อใช้กำลังหรือขู่หรือทำกับเด็กเท่านั้น นอกจากนี้ยังเห็นกันว่ากระทำความผิดธรรมชาตินี้ย่อมถูกรังเกียจเจียดจันท์จากคนทั่วไปอันถือเป็นการลงโทษในตัวแล้วไม่จำเป็นต้องใช้บทลงโทษทางกฎหมายอีก (ดูรายงานการประชุมอนุกรรมการตรวจพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา ครั้งที่ 279, 63/2485, 19 กุมภาพันธ์ 2482 และ รายงานฯ ครั้งที่ 46, 147/2482, 31 ตุลาคม 2482 )

ปรากฏอยู่ จะหาการปฏิรูปเปลี่ยนแปลงกฎหมายมิได้เลย เพียงแต่ว่าการปฏิรูปกฎหมายภายใต้เงื่อนไข  
เช่นนี้คงมิใช่เรื่องง่าย พร้อมกับการริเริ่มเปลี่ยนแปลงเนื้อหาของกฎหมายก็จำเป็นต้องมีการดำเนินการ  
การเปลี่ยนแปลงในด้านวัฒนธรรม เศรษฐกิจและการเมืองให้สนองรับกับตัวบทกฎหมายดังกล่าว  
สืบเนื่องแต่ทั้งหมดล้วนต่างเป็นการเปลี่ยนแปลงที่มีลักษณะเป็นปฏิสัมพันธ์ต่อกันและกันโดย  
ธรรมชาติ



สิ่งเก่าไม่ใช่ว่าจะดีไปทั้งหมด  
และสิ่งใหม่ไม่ใช่ว่าจะเลวไปทั้งหมด  
ผู้มีปรีชาญาณ ย่อมรู้จักเลือกสรรแต่สิ่งดี  
เมื่อ ได้ทดลองขบคิดแล้ว

.....ขงจื้อ