

ความรับผิดชอบทางอาญา กรณีการกระทำความผิดต่อศพ



นางสาวเอมวิภา กิติมา

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

CHULALONGKORN UNIVERSITY

บทคัดย่อและแฟ้มข้อมูลฉบับเต็มของวิทยานิพนธ์ตั้งแต่ปีการศึกษา 2554 ที่ให้บริการในคลังปัญญาจุฬาฯ (CUIR)
เป็นแฟ้มข้อมูลของนิสิตเจ้าของวิทยานิพนธ์ ที่ส่งผ่านทางบัณฑิตวิทยาลัย

The abstract and full text of theses from the academic year 2011 in Chulalongkorn University Intellectual Repository (CUIR)
are the thesis authors' files submitted through the University Graduate School.

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต

สาขาวิชานิติศาสตร์

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ปีการศึกษา 2558

ลิขสิทธิ์ของจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

CRIMINALIZATION OF OFFENCES AGAINST CORPSE

Miss Emwika Kitima



A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements
for the Degree of Master of Laws Program in Laws

Faculty of Law

Chulalongkorn University

Academic Year 2015

Copyright of Chulalongkorn University

หัวข้อวิทยานิพนธ์	ความรับผิดชอบทางอาญา กรณีการกระทำความผิดต่อศพ
โดย	นางสาวเอมวิกา กิติมา
สาขาวิชา	นิติศาสตร์
อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก	ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ชัชพล ไชยพร

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย อนุมัติให้หัวข้อวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เป็นส่วนหนึ่ง
ของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญาโทบริหารธุรกิจ

.....คณบดีคณะนิติศาสตร์
(ศาสตราจารย์ ดร.นันทวัฒน์ บรมานันท์)

คณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์

.....ประธานกรรมการ
(ศาสตราจารย์ วีระพงษ์ บุญญากาศ)

.....อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ชัชพล ไชยพร)

.....กรรมการ
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.คณพล จันทน์หอม)

.....กรรมการภายนอกมหาวิทยาลัย
(อาจารย์ ดร.ดล บุนนาค)

เอมวิกา กิติมา : ความรับผิดชอบทางอาญา กรณีการกระทำความผิดต่อศพ (CRIMINALIZATION OF OFFENCES AGAINST CORPSE) อ.ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก: ผศ. ดร.ชัชพล ไชยพร, 263 หน้า.

จากแนวคิดที่ว่าบุคคลทุกคนย่อมเป็นผู้มีเกียรติและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ติดตัวมาตั้งแต่เกิด และเมื่อได้เสียชีวิตลงกลายเป็นศพ ก็ยังมีเกียรติและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ที่ควรได้รับความเคารพ และได้รับการปฏิบัติอย่างเหมาะสมเช่นในขณะที่ยังมีชีวิตอยู่ ดังนั้นการกำหนดให้การกระทำความผิดต่อศพเป็นความผิดอาญานั้น มาจากแนวความคิดที่มุ่งคุ้มครองสิทธิและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์แม้บุคคลนั้นจะตายไปแล้ว อีกทั้งยังมุ่งคุ้มครองสิทธิของบุคคลในครอบครัว เกียรติยศ และชื่อเสียงต่างๆ อีกด้วย

ความผิดเกี่ยวกับศพที่ปรากฏในประมวลกฎหมายอาญา ลักษณะที่ 13 “ความผิดเกี่ยวกับศพ” นั้น ยังมีประเด็นในเรื่องลักษณะของการกระทำที่กำหนดให้เป็นความผิดนั้นยังแคบเกินไป ไม่ครอบคลุมถึงลักษณะของการกระทำความผิดศพอย่างอื่นที่สำคัญ เมื่อเปรียบเทียบกับลักษณะของการกระทำความผิดต่อศพในต่างประเทศแล้ว จะเห็นถึงข้อจำกัดและข้อบกพร่องของบทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญาของไทยที่ไม่ครอบคลุมถึงลักษณะของการกระทำความผิดต่อศพในหลายลักษณะการกระทำ ซึ่งมีความจำเป็นที่จะมีกฎหมายมากำหนดความรับผิดชอบต่อการกระทำอันไม่เหมาะสมกับศพ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จึงมุ่งศึกษาถึงลักษณะของการกระทำความผิดต่อศพในกฎหมายของประเทศต่างๆ ซึ่งก็มีมาตรการทางกฎหมาย การกำหนดโทษ และคุณธรรมทางกฎหมายหรือสิ่งที่กฎหมายต้องการคุ้มครองแตกต่างกันไป

ดังนั้น เมื่อเล็งเห็นถึงความสำคัญของการมีการกระทำความผิดบางฐาน การศึกษาและวิเคราะห์จึงได้นำบทบัญญัติของต่างประเทศมาศึกษาเปรียบเทียบสิ่งที่กฎหมายมุ่งประสงค์จะคุ้มครอง อีกทั้งวิเคราะห์ผลดีผลเสียของกฎหมายต่างประเทศ เพื่อหาแนวทางในการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญาของไทยในลักษณะที่ 13 โดยเพิ่มฐานความผิดเกี่ยวกับการกระทำความผิดต่อคนตายในลักษณะที่เป็นการขุดศพ ซึ้นมาโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย การละทิ้ง หรือครอบครองศพโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย การปิดบัง ซ่อนเร้น ลอบฝังศพ การลอบหลั่งต่อสุสาน และสิ่งที่ระลึกถึงคนตาย การซื้อขายศพมนุษย์ การส่งต่อศพมนุษย์ การใช้ศพโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย เป็นต้น จะสามารถเพิ่มประสิทธิภาพในการบังคับใช้กฎหมาย เป็นการคุ้มครองเกียรติและศักดิ์ศรีของศพซึ่งเคยเป็นมนุษย์ให้มากขึ้น อีกทั้งเพื่อเป็นการรักษาความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของสังคม

สาขาวิชา นิติศาสตร์

ลายมือชื่อนิสิต

ปีการศึกษา 2558

ลายมือชื่อ อ.ที่ปรึกษาหลัก

5686044834 : MAJOR LAWS

KEYWORDS: CRIMINALIZATION/OFFENCE/AGAINST/CORPSE

EMWIKA KITIMA: CRIMINALIZATION OF OFFENCES AGAINST CORPSE. ADVISOR:
ASST. PROF. CHACHAPON JAYAPHORN, Ph.D., 263 pp.

From concept of human honor and human dignity that ingrained the men since their birth, so when the human dies, It also has the honor and human dignity that should be respected and treated appropriately as still alive. Thus, enacting the abuse of corpse to be a criminal offense is come from concept that aims to protect rights and human dignity.

The abuse of corpse that appears in The Thai Penal Code in Chapter 13 "Abuse Of Corpse" also have the problems about the offences are too narrow and does not cover the other important corpse offence. Comparing to the offences about the abuse of corpse in the foreign countries, it will found that the limitations and weakness of the provisions in The Thai Penal Code that does not cover the offences about the abuse of corpse in several acts. It is necessary to have a law to impose the liability on inappropriate corpse treating.

This thesis aims to study about the abuse of corpse in each country that have the different legal measures, the imposition and the rights that a law want to protect.

So, seeing the importance to have some kind of the offense, the study and analysis have led the provision of foreign laws to study, to compare and to analyze the advantages and disadvantages of the foreign laws. In order to find a way to amend the Penal Code of Thailand in Chapter 13 by adding the offense about the abuse of corpse in case of disinters or carries away a corpse by illegal, abandons or unlawfully possesses a corpse, conceals a human corpse, destroys or damages the place where a body is laid in state, sells or buys a human corpse etc. That will increase the efficiency of law enforcement and to protect the honor and dignity of the human body. Moreover, to keep of public order and good morals of society.

Field of Study: Laws

Student's Signature

Academic Year: 2015

Advisor's Signature

กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลุล่วงได้ด้วยความสะดวกและความอนุเคราะห์อย่างยิ่งจากผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. ชัชพล ไชยพร ที่ได้ให้ความกรุณาสละเวลาอันมีค่ารับเป็นอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ให้กับผู้เขียน อาจารย์ได้ให้คำแนะนำ คำปรึกษา ให้ความรู้ทั้งเรื่องการเรียนรู้และการใช้ชีวิต ช่วยชี้แนะตั้งแต่เริ่มทำวิทยานิพนธ์ จวบจนวิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จบริบูรณ์ ซึ่งเป็นสิ่งที่มีค่าอย่างยิ่งสำหรับผู้เขียน ผู้เขียนรู้สึกซาบซึ้งและระลึกถึงความเมตตาของอาจารย์เป็นอย่างยิ่ง ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณอาจารย์ไว้ ณ ที่นี้ด้วย

ขอกราบขอบพระคุณศาสตราจารย์ วีระพงษ์ บุญโญภาส ที่กรุณาได้รับเป็นประธานสอบวิทยานิพนธ์ ทั้งให้ข้อชี้แนะและแนวทางในการทำวิทยานิพนธ์ให้กับผู้เขียน และขอกราบขอบพระคุณอาจารย์ ดร. ดล บุนนาค ที่กรุณาได้รับเป็นกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ โดยได้สละเวลาอันมีค่าในการให้ความรู้ ข้อเสนอแนะ และทำการตรวจพิจารณาเกี่ยวกับเนื้อหาของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ และขอขอบพระคุณผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. คณพล จันทน์หอม ที่รับเป็นกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ และให้คำแนะนำในการทำวิทยานิพนธ์ และขอกราบขอบพระคุณรองศาสตราจารย์ ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ ที่กรุณาสละเวลาให้ความรู้ ให้คำแนะนำ และแนวทางในการเขียนวิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีความสมบูรณ์มากขึ้น

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณบุคคลที่สำคัญอย่างยิ่งคือ คุณแม่สุกัญญา กิติมา และขอขอบคุณนางสาวเอมลาวัลย์ ประสานพันธ์ น้องสาว ที่ให้การสนับสนุนในทุกด้าน ให้ความรักและเป็นกำลังใจหลักของผู้เขียนทั้งในการเรียนและในการทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้มาโดยตลอด

ผู้เขียนขอขอบพระคุณ คุณสุนทร เปลี้นสี ที่ให้คำแนะนำและความช่วยเหลือในการให้ข้อมูลสำคัญในคณะกรรมการกฤษฎีกา ซึ่งเป็นประโยชน์อย่างยิ่งการทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้มาแต่ต้น และทำให้วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สมบูรณ์ขึ้นได้

ผู้เขียนขอขอบคุณเพื่อนๆ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ที่ได้ให้กำลังใจมาโดยตลอด และช่วยแนะนำให้วิทยานิพนธ์ฉบับนี้เสร็จสมบูรณ์

ประโยชน์ใดๆ ที่เกิดจากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ผู้เขียนขอมอบเป็นกตเวทิตาคุณแก่บิดามารดา และครู อาจารย์ทุกๆ ท่านที่ได้ประสิทธิประสาทวิชาความรู้ให้ ตลอดจนผู้แต่งหนังสือและตำราทุกท่านที่ผู้เขียนใช้อ้างอิงวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ หากมีความผิดพลาดหรือบกพร่องประการใดอันเกิดมีแต่วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ผู้เขียนขอน้อมรับไว้แต่เพียงผู้เดียว และขออภัยมา ณ ที่นี้ด้วย

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย.....	ง
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ	จ
กิตติกรรมประกาศ	ฉ
สารบัญ.....	ช
สารบัญตาราง.....	1
บทที่ 1 บทนำ	1
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการวิจัย.....	6
1.3 ขอบเขตของการวิจัย.....	6
1.4 สมมติฐานของการวิจัย.....	6
1.5 วิธีการศึกษาวิจัย.....	7
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ.....	7
บทที่ 2 ความเป็นมา แนวคิด และทฤษฎีเกี่ยวกับการกระทำความผิดต่อศพ.....	8
2.1 แนวคิด และทฤษฎีการกำหนดความผิด และการลงโทษทางอาญา	8
2.1.1 ทฤษฎีความรับผิดทางอาญา	8
2.1.1.1 ที่มาของแนวคิดความรับผิดทางอาญา.....	8
2.1.1.2 โครงสร้างความรับผิดทางอาญา	10
- ส่วนขององค์ประกอบความผิด (Tatbestandsmaessigkeit).....	11
- ส่วนของความผิด (Rechtswidrigkeit).....	11
- ส่วนของความชั่ว (Schuld).....	12
2.1.2 ทฤษฎีเกี่ยวกับการลงโทษทางอาญา	12
2.1.2.1 ระบบการกำหนดโทษ.....	13

- ระบบการกำหนดโทษที่คำนึงถึงผล (Erfolgsstrafenrecht).....	13
- ระบบการกำหนดโทษที่คำนึงถึงจิตใจ (Willenstrafenrecht).....	13
- ระบบผสม.....	13
2.1.2.2 ทฤษฎีการลงโทษเพื่อเป็นการแก้แค้นทดแทน (Retribution).....	14
- ทฤษฎีการทดแทนที่มีลักษณะเป็นการมองย้อนหลังไปในอดีต	14
- การลงโทษเพื่อการทดแทนไม่ได้คำนึงถึงความจำเป็นของสังคม.....	15
2.1.2.3 ทฤษฎีการลงโทษเพื่อเป็นการข่มขู่ (Deterrence)	16
- วัตถุประสงค์ของการลงโทษตามทฤษฎีข่มขู่.....	18
- ผลของทฤษฎีข่มขู่.....	18
- ทฤษฎีข่มขู่ส่งผลต่อการตัดสินใจกระทำความผิด.....	19
2.1.2.4 ทฤษฎีการลงโทษเพื่อเป็นการปรับปรุงแก้ไข (Reformation).....	20
- วัตถุประสงค์ของทฤษฎีการปรับปรุงแก้ไข.....	20
- ผลของทฤษฎีการปรับปรุงแก้ไข	21
2.1.2.5 ทฤษฎีการลงโทษเพื่อเป็นการตัดโอกาสไม่ให้เกิดกระทำความผิดอีก (Incapacitation).....	22
- การประหารชีวิต.....	22
- การควบคุมตัว.....	22
2.2 ความหมายและแนวคิดเกี่ยวกับศพ	23
2.2.1 ความหมายเกี่ยวกับศพและส่วนของศพ.....	23
2.2.1.1 ความหมายของ “ศพ”	23
- ความหมายทั่วไป.....	23
- ความหมายทางการแพทย์	25
- ความหมายทางกฎหมาย	28

2.2.1.2 ความหมายของ “ส่วนของศพ”	30
- ความหมายทั่วไป	30
- ความหมายทางการแพทย์	31
- ความหมายทางกฎหมาย	32
2.2.2 การมีสภาพบุคคลและการสิ้นสภาพบุคคล	33
2.2.2.1 การมีสภาพบุคคล	33
2.2.2.2 การสิ้นสภาพบุคคล.....	34
- ความหมายทางการแพทย์	35
- ความหมายทางกฎหมาย	39
2.3 แนวคิดเกี่ยวกับการคุ้มครองศพ.....	40
2.3.1 ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์.....	40
2.3.1.1 ข้อความคิดว่าด้วยศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์.....	41
2.3.1.2 ความเป็นมาของการบัญญัติรับรองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ไว้ในบทบัญญัติ รัฐธรรมนูญของต่างประเทศ.....	41
2.3.1.3 ความหมายของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์.....	43
2.3.2 การคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของผู้ตาย.....	44
2.3.3 การให้ความคุ้มครองบุคคลในครอบครัวและสังคม	46
2.4 พื้นฐานความคิดเกี่ยวกับศาสนา พิธีกรรม และประเพณีเกี่ยวกับศพ	48
2.4.1 พิธีกรรม และประเพณีเกี่ยวกับศพ.....	49
2.4.2 อาชญากรรมที่เกี่ยวกับศาสนา ขนบธรรมเนียมประเพณี และศีลธรรม.....	51
2.4.2.1 อาชญากรรมกับศาสนา	51
2.4.2.2 อาชญากรรมกับขนบธรรมเนียมประเพณี.....	52
2.4.2.3 อาชญากรรมกับศีลธรรม	54

บทที่ 3 กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับความผิดเกี่ยวกับศพ.....	55
3.1 กฎหมายตราสามดวง.....	55
3.2 กฎหมายลักษณะอาญา.....	56
3.3 ประมวลกฎหมายอาญา.....	57
3.3.1 ความผิดเกี่ยวกับศพในลักษณะ 13	58
3.3.1.1 ความผิดฐานกระทำชำเราศพ	58
3.3.1.2 ความผิดฐานกระทำอนาจารแก่ศพ	60
3.3.1.3 ความผิดฐานทำให้ศพเสียหาย	61
3.3.1.4 ความผิดฐานคูห่มั่นเหยียดหยามศพ.....	63
3.3.2 ความผิดฐานลอบฝัง ซ่อนเร้น ย้าย หรือทำลายศพ	64
3.3.3 ความผิดฐานหมิ่นประมาทผู้ตาย	66
3.3.4 ความผิดเกี่ยวกับศาสนา.....	67
3.4 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์	68
3.4.1 ว่าด้วยเรื่องสภาพบุคคล	68
3.4.2 กฎหมายว่าด้วยการจัดทำศพ	68
3.5 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา.....	69
3.5.1 มาตรา 149	69
3.5.2 มาตรา 150 ทวิ.....	69
3.6 พระราชบัญญัติอื่นๆ	70
3.6.1 พระราชบัญญัติการทะเบียนราษฎร พ.ศ. 2534	70
3.7 กฎหมายว่าด้วยทรัพย์สิน.....	70
3.7.1 ที่มาและเหตุผลในการกำหนดความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สิน	70
3.7.2 ศพในแ่งมมของทรัพย์สิน	71

3.7.3 ศพเป็นทรัพย์สินหรือไม่.....	74
บทที่ 4 การกระทำความผิดต่อศพในกฎหมายต่างประเทศ	78
4.1 ลักษณะของการกระทำซึ่งมีองค์ประกอบความผิดเกี่ยวข้องกับกฎหมายไทย	82
4.1.1 การกระทำชำเราศพ.....	83
4.1.2 การกระทำอนาจารแก่ศพ	97
4.1.3 การเคลื่อนย้าย การทำลาย ทำให้เสียหายซึ่งศพ	103
4.1.4 การดูหมิ่นเหยียดหยามศพ	114
4.2 ลักษณะของการกระทำความผิดต่อศพที่ไม่ปรากฏในกฎหมายไทย	118
4.2.1 การขุดศพ หรือสถานที่ฝังศพ	118
4.2.2 การทำให้ศพเสียรูป หั่นหรือทุบตีศพ ทำลาย ละทิ้งศพ.....	124
4.2.3 การปิดบัง ซ่อนเร้น ลอบฝังศพ.....	128
4.2.4 การรบกวนพิธีกรรมเกี่ยวกับศพ	133
4.2.5 การกระทำต่อสุสาน และสิ่งทีระลึกถึงคนตาย.....	135
4.2.6 การผิดสัญญาเตรียมศพ.....	143
4.2.7 การซื้อขายศพมนุษย์ การส่งต่อหรือโอนศพมนุษย์.....	145
4.2.8 การเอาไปซึ่งทรัพย์สินที่ติดอยู่กับศพ.....	146
4.2.9 การยึดหน่วงศพ.....	147
4.2.10 การครอบครอง เก็บศพ และการใช้ศพโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย	148
4.2.11 ความรับผิดชอบของนิติบุคคล ในกรณีกระทำความผิดต่อศพ	150
4.2.12 การกระทำความผิดต่อศพในลักษณะที่เป็นการทำร้ายความรู้สึกของคนโดยทั่วไป ในครอบครัว และสังคม	151
4.2.13 การรบกวนความสงบสุขของผู้ตาย	163
4.2.14 การกระทำที่เป็นการละเมิดต่อศพ	165

บทที่ 5 บทวิเคราะห์กฎหมายว่าด้วยกระทำความผิดเกี่ยวกับศพ	167
5.1 คำนิยามของคำว่า “ศพ”	167
5.2 วิเคราะห์ลักษณะของการกระทำความผิดต่อศพในต่างประเทศเปรียบเทียบกับกฎหมายไทย ..	171
5.2.1 ลักษณะของการกระทำความผิดที่คล้ายกับประมวลกฎหมายอาญาของไทย ใน ลักษณะที่ 13	171
5.2.1.1 การกระทำชำเราศพ	171
5.2.1.2 การกระทำอนาจารแก่ศพ	179
5.2.1.3 การเคลื่อนย้าย การทำลาย ทำให้เสียหายซึ่งศพ.....	183
5.2.1.4 การดูหมิ่นศพ.....	188
5.2.2 ลักษณะของการกระทำความผิดที่อาจนำมาบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญาของ ไทย	192
5.2.2.1 การขุดศพหรือสถานที่ฝังศพ การเอาไปซึ่งศพ และการละทิ้งศพ.....	192
5.2.2.2 การปิดบัง ซ่อนเร้น ลอบฝังศพ	195
5.2.2.3 การกระทำต่อสุสาน และสิ่งทีระลึกถึงคนตาย	198
5.2.2.4 การซื้อขายศพมนุษย์ การส่งต่อศพมนุษย์.....	201
5.2.2.5 การใช้ศพโดยไม่ชอบกฎหมาย	202
5.2.2.6 ความรับผิดชอบของนิติบุคคล ในกรณีกระทำความผิดต่อศพ	202
5.2.3 ลักษณะของการกระทำความผิดที่เกี่ยวข้องกับศพยังไม่สอดคล้องกับบริบทของ สังคมไทยในปัจจุบัน.....	205
5.2.3.1 การตัดศพ การทำให้ศพเสียรูป การหั่นหรือทุบตีศพ	205
5.2.3.2 การดูหมิ่นสถานที่สักการบูชา	206
5.2.3.3 การรบกวนพิธีกรรมเกี่ยวกับศพ.....	206
5.2.3.4 การครอบครอง การขาย หรือการแลกเปลี่ยนสุสาน.....	208
5.2.3.5 การผิดสัญญาเตรียมศพ	209

5.2.3.6 การเอาไปซึ่งทรัพย์สินที่ติดอยู่กับศพ	210
5.2.3.7 การยึดหนังสือศพ การครอบครอง และการใช้ศพโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ...	211
5.2.3.8 การกระทำความผิดต่อศพในลักษณะที่เป็นการทำร้ายความรู้สึกของคน โดยทั่วไปในครอบครัว และสังคม.....	212
5.2.3.9 การรบกวนความสงบสุขของผู้ตาย.....	214
5.2.3.10 การกระทำที่เป็นการละเมิดต่อศพ.....	216
บทที่ 6 บทสรุปและข้อเสนอแนะ.....	218
6.1 บทสรุป	218
6.2 ข้อเสนอแนะ	221
รายการอ้างอิง.....	226
ภาคผนวก.....	230
ภาคผนวก ก. Alabama Code.....	231
ภาคผนวก ข. Alaska Statutes 2014.....	232
ภาคผนวก ค. Arizona Revised Statutes	233
ภาคผนวก ง. Arkansas code of 1987.....	235
ภาคผนวก จ. Colorado Revised Statutes 2014.....	236
ภาคผนวก ฉ. French PENAL CODE	237
ภาคผนวก ช. GEORGIA CODE	239
ภาคผนวก ซ. German criminal code.....	240
ภาคผนวก ฅ. Hawaii Statutes.....	242
ภาคผนวก ฎ. Indiana Code.....	243
ภาคผนวก ฏ. Italian Penal Code.....	244
ภาคผนวก ฐ. JAPAN PENAL CODE (Act No.45 of 1907)	246

ภาคผนวก ฐ. The Kentucky Revised Statutes.....	248
ภาคผนวก ซ. Maine revised statutes.....	249
ภาคผนวก ฅ. Ohio revised code	252
ภาคผนวก ฌ. Oregon Revised Statutes (ORS) 2013	253
ภาคผนวก ฎ. Pennsylvania Consolidated Statutes 2012.....	255
ภาคผนวก ฏ. United kingdom	256
ภาคผนวก ฐ. State of Rhode Island General Laws.....	257
ภาคผนวก ฑ. Tennessee Code.....	260
ภาคผนวก ฒ. Texas Statutes	261
ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์.....	263

สารบัญตาราง

ตารางที่ 1 ลักษณะของการกระทำซึ่งมีองค์ประกอบความผิดเกี่ยวข้องกับกฎหมายไทย	191
ตารางที่ 2 ลักษณะของการกระทำความผิดที่อาจนำมาบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญาของไทย	204
ตารางที่ 3 ลักษณะของการกระทำความผิดที่ยังไม่สอดคล้องกับบริบทของสังคมไทยในปัจจุบัน....	217



บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

บุคคลทุกคนย่อมเป็นผู้มีเกียรติและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ติดตัวมาตั้งแต่เกิด และเมื่อได้เสียชีวิตลงกลายเป็นศพ ก็ยังมีเกียรติและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ที่ควรได้รับความเคารพ และได้รับการปฏิบัติอย่างมีเหมาะสมอยู่เช่นเดิมเหมือนในขณะที่ยังมีชีวิตอยู่ แม้ว่าร่างกายที่มีชีวิตครองกับร่างกายที่ไม่มีชีวิตครองอยู่จะแตกต่างกันในเรื่องของการเป็นผู้ทรงสิทธิ์ตามกฎหมาย แต่ในทางสังคมและทางความเป็นจริง ศพมนุษย์ก็ยังเป็นสิ่งที่บุคคลทั่วไปให้ความเคารพนับถืออยู่ เห็นได้จากทุกชาติศาสนานั้น เมื่อมีผู้ใดตายย่อมมีการจัดทำพิธีศพให้สมเกียรติ สมศักดิ์ศรีเท่าที่บุคคลนั้นมี จะแตกต่างกันไปเพียงพิธีศพ ซึ่งขึ้นอยู่กับความเชื่อ วัฒนธรรมและศาสนาเท่านั้น เช่น ศาสนาพุทธใช้วิธีเผาศพ ศาสนาอิสลาม¹ และศาสนาคริสต์ใช้วิธีฝังศพเช่นเดียวกับคนจีนที่ฝังศพในฮวงซุ้ย เป็นต้น แต่ที่เหมือนกันคือทุกชาติ ทุกศาสนาคือการให้ความสำคัญกับศพ โดยการการจัดทำพิธีให้แก่ผู้ตาย แม้กระทั่งเป็นศพไร้ญาติ ทางวัดและมูลนิธิต่าง ๆ ก็มีการจัดการทำศพให้²

ศพจึงเป็นร่างของมนุษย์ที่มีเกียรติ มีศักดิ์ศรีที่ควรได้รับความคุ้มครองเช่นเดียวกันกับมนุษย์ที่ยังมีชีวิตอยู่ ซึ่งบุคคลอื่นจะมากกระทำการใด ๆ อันเป็นการกระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นั้นไม่ได้ และถึงแม้ว่าศาลฎีกาจะเคยมีคำพิพากษาออกมาว่าศพเป็นทรัพย์สิน แต่ศพก็เป็นสิ่งที่คนรักและให้ความเคารพโดยเฉพาะบุคคลในครอบครัว ดังนั้นการกระทำใด ๆ ที่ไม่สมควรต่อศพ จึงไม่ได้เป็นเพียงการกระทำต่อสิ่งของเท่านั้น เพราะเป็นการกระทำที่กระทบต่อสิทธิมนุษยชน และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของผู้ตาย อีกทั้งยังเป็นการทำร้ายความรู้สึกของคนในครอบครัวของผู้ตาย หรือในบางกรณีอาจเป็นการกระทำอาจเป็นการทำร้ายความรู้สึกของคนในสังคมทั่วไปที่ได้พบเห็น หรือรับรู้การกระทำอันไม่เหมาะสมดังกล่าว

¹ การิม อับดุลละห์, คู่มืออิสลามเบื้องต้น (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วงศ์แสงยิ้ม), หน้า 144-155.

² <http://puttakunnathum.com/1-5-54.html>

การกระทำอันไม่เหมาะสมต่อศพ ยกตัวอย่างเช่น ในประเทศไทยนั้นยังมีความเชื่อเกี่ยวกับทางไสยศาสตร์ ที่นำร่างกายศพหรือส่วนของศพมาประกอบพิธีทางไสยศาสตร์ เช่น การเอาศพเด็กทารกมาทำเป็นกุมารทอง³ การขโมยศพแล้วนำชิ้นส่วนหน้าผากศพที่ตายโหงมาทำปิ่นหนึ่ง⁴ การนำส่วนของกะโหลกศีรษะมาประกอบพิธีเรียกดวงวิญญาณ การขายศพหญิงสาวเพื่อนำมาแต่งงานให้กับคนจีน โดยผู้ที่ซื้อศพไปเอาศพไปทำพิธีและร่วมประเวณีกับศพ ด้วยความเชื่อที่ว่าดวงวิญญาณของหญิงสาวที่เป็นภรรยา นั้นจะช่วยให้ทำมาค้าขายเจริญ คอยช่วยหนุนธุรกิจของสามีที่เป็นคน⁵ เป็นต้น เกิดปัญหาการนำศพหรือชิ้นส่วนศพมาประกอบพิธีทางไสยศาสตร์แล้วนำออกขาย ซึ่งเป็นปัญหาเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของสังคม เนื่องจากการลอบขุดและขโมยศพไปจากหลุมฝังศพหรือที่เก็บศพ เพื่อมาทำวัตถุดังกล่าว หรือกรณีสัปเหร่อขโมยชิ้นศพหญิงนับร้อยศพ⁶ เป็นเหตุการณ์ที่กระทบต่อความรู้สึกของคนในครอบครัวเป็นอย่างมาก เพราะนอกจากครอบครัวจะต้องสูญเสียแล้ว บุคคลอันเป็นที่รักยังถูกกระทำซ้ำซ้ำเติมอีก หรือเหตุการณ์ 14 ตุลา⁷ ที่มีรูปปรากฏตามหน้าหนังสือพิมพ์ แสดงให้เห็นถึงการกระทำอันป่าเถื่อนต่อศพ เช่น การเอารองเท้าตัดปากศพ การแขวนคอศพกับต้นไม้ การนำเก้าอี้มาพาดที่ตัวศพ การรุมทำร้ายร่างกายของศพแม้ว่าผู้นั้นจะตายไปแล้ว สร้างความหดหู่ใจ และการกระทำที่เป็นการทำร้ายความรู้สึกของคนในสังคมทั่วไปที่ได้พบเห็น, การดูหมิ่นเหยียดหยามศพด้วยการเผยแพร่ภาพศพที่เปลือยโดยไม่มีการเซ็นเซอร์ หรือการคาดคำที่ใบหน้าของศพ เช่นในคดีฆ่านักท่องเที่ยวสองคนที่เกาะเต่า⁸ หรือคดีในสามจังหวัดชายแดนภาคใต้ที่ฆ่าตำรวจและทหาร แล้วผู้กระทำความผิดยังได้ปัสสาวะรดศพตำรวจและทหารด้วย หรือการเผยแพร่ภาพศพชาวต่างชาติที่ตายในตึกร้าง⁹ โดยมีคนแชร์ต่อกันในสังคมออนไลน์ อีกทั้งยังมีผู้วิพากษ์วิจารณ์ศพกันอย่างแพร่หลาย หรือการแห่ประจานศพไปในสถานที่ต่าง ๆ การขโมยโกศที่บรรจุอัฐิ เทอฐิทิ้งไปแล้วเอาโกศ

³ <http://www.thairath.co.th/content/263118>

⁴ <http://www.pptvthailand.com/news/10061>

⁵ <https://www.youtube.com/watch?v=H6Cthc6LH5A>

⁶ <http://www.dailynews.co.th/Content/foreign/260736>

⁷ <http://www.manager.co.th/Politics/ViewNews.aspx?NewsID=9480000137269>

⁸ <http://www.manager.co.th/Daily/ViewNews.aspx%3FNewsID>

⁹ <http://www.posttoday.com/>

ทองเหลืองนั้นไปขาย¹⁰ ย่อมเป็นการทำร้ายความรู้สึกของในครอบครัวเป็นอย่างมาก เพราะโกศที่บรรจุอัฐิของคนตายนั้นเป็นสิ่งที่ระลึกถึงคนตาย เป็นส่วนหนึ่งของร่างกายของคนตายเพียงสิ่งเดียวที่ญาติยังเหลือไว้บูชา ในขณะที่บุคคลผู้กระทำความผิดนั้นรับผิดชอบเพียงหลักทรัพย์ธรรมดา การขโมยของที่ฝังอยู่กับศพ เป็นต้น

ดังนั้นการกำหนดให้การกระทำความผิดต่อศพเป็นความผิดอาญานั้น มาจากแนวความคิดที่มุ่งคุ้มครองสิทธิและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์แม้บุคคลนั้นจะตายไปแล้ว อีกทั้งยังมุ่งคุ้มครองสิทธิของบุคคลในครอบครัว เกียรติยศ และชื่อเสียงต่างๆอีกด้วย เพราะการกระทำความผิดต่อศพนั้นไม่เพียงแต่เป็นการกระทำที่ละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของผู้ตายเท่านั้น ยังเป็นการกระทำที่กระทบต่อความรู้สึก ความเป็นอยู่ทางสังคมของครอบครัวและญาติของผู้ตายอีกด้วย จึงมีเหตุผลให้ต้องกำหนดเป็นความผิดเพื่อมุ่งคุ้มครองและเยียวยาความรู้สึก ไม่ให้ผู้ตาย ครอบครัว และศีลธรรมอันดีของสังคมถูกระทบจากการกระทำความผิดดังกล่าว

แม้ว่าประมวลกฎหมายอาญาของประเทศไทยจะมีบทบัญญัติเกี่ยวกับศพ(ก่อนที่จะมีการแก้ไขเพิ่มเติมใน พ.ศ. 2557) เช่น ในประมวลกฎหมายอาญามาตรา 199¹¹ และมาตรา 327¹² แต่ทั้งสองมาตรานี้ก็ไม่ได้มีความมุ่งหมายที่จะคุ้มครองศพโดยตรง โดยในมาตรา 199 นั้น สิ่งที่จะคุ้มครองหรือคุณธรรมทางกฎหมายของความผิดฐานนี้ คือ “ความเดือดร้อนแห่งอำนาจรัฐในกระบวนยุติธรรม”¹³ ซึ่งมาตรานี้ได้กำหนดเจตนาพิเศษหรือมูลเหตุชกุงใจ คือ เป็นการกระทำเพื่อปิดบังการเกิด การตายหรือเหตุแห่งการตาย ดังนั้นจึงเป็นมาตราที่เป็นเรื่องของพยานหลักฐาน (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6202/2538 (เนติ.) น. 1522) มากกว่าที่จะมุ่งคุ้มครองถึงการกระทำความผิดต่อศพ และ

¹⁰ <http://news.mthai.com/general-news/304083.html>

¹¹ ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 199 บัญญัติว่า

“ผู้ใดลอบฝัง ซ่อนเร้น ย้ายหรือทำลายศพหรือส่วนของศพ เพื่อปิดบังการเกิด การตายหรือเหตุแห่งการตาย ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือปรับไม่เกินสองพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

¹² ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 327 บัญญัติว่า

“ผู้ใดใส่ความผู้ตายต่อบุคคลที่สามและการใส่ความนั้นน่าจะเป็นเหตุให้ บิดา มารดา คู่สมรสหรือบุตรของผู้ตายเสียชื่อเสียง ถูกดูหมิ่นหรือถูกเกลียดชัง ผู้นั้นกระทำความผิดฐานหมิ่นประมาท ต้องระวางโทษดังบัญญัติไว้ในมาตรา 326 นั้น”

¹³ คณิต ณ นคร, กฎหมายอาญาภาคความผิด, พิมพ์ครั้งที่ 9 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2549), หน้า 834.

ในมาตรา 327 นั้นเป็นการบัญญัติถึงการหมิ่นประมาท “คนตาย” ซึ่งเมื่อมีความผิดฐานดูหมิ่นเหยียดหยาม “ศพ” แล้วก็ย่อมนำมาปรับใช้กับการกระทำที่เป็นการดูหมิ่นศพไม่ได้

อีกทั้ง แม้ว่าประมวลกฎหมายอาญาของประเทศไทยจะมีการแก้ไขเพิ่มเติม ให้มีความผิดเกี่ยวกับศพ ซึ่งมีลักษณะของการกระทำความผิดต่อศพ 4 ฐานความผิด ได้แก่

1. ความผิดฐานการกระทำชำเราศพ
2. ความผิดฐานการกระทำอนาจารแก่ศพ
3. ความผิดฐานการกระทำให้ศพเสียหาย และ
4. ความผิดฐานการดูหมิ่นเหยียดหยามศพ

แต่ในความผิดเกี่ยวกับศพทั้งสี่ฐานความผิดนี้ ก็ยังคงมีปัญหาอยู่ กล่าวคือ

ความผิดฐานการกระทำชำเราศพ ยังคงมีประเด็นในเรื่องการวิเคราะห์ศัพท์คำว่า “การกระทำชำเรา” ซึ่งเป็นปัญหาในเรื่องการตีความมานับตั้งแต่การแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 และขอบเขตของการกระทำชำเรานั้นก็ยังไม่ชัดเจน อีกทั้งยังมีปัญหาในเรื่องของคำนิยามของ “ศพ” ว่าเมื่อไหร่และอย่างไรถึงจะเป็นศพตามความมุ่งหมายของลักษณะความผิดเกี่ยวกับศพนี้

ความผิดฐานการกระทำอนาจารศพ ยังมีปัญหาในการวิเคราะห์ศัพท์คำว่า “การกระทำอนาจาร” อีกทั้งขอบเขตของคำว่าอนาจารครอบคลุมถึงการกระทำใดบ้าง และการกระทำอย่างไรถึงเป็นการกระทำอนาจารต่อ “ศพ” เป็นต้น

ความผิดฐานยักย้ายทำลายศพ มีปัญหาการบังคับใช้ว่าจะเป็นการเข้าซ้อนกับความผิดตามมาตรา 199 หรือไม่ โทษหนักเบาของทั้งสองมาตรานี้จะปรับใช้อย่างไร ในความผิดฐานนี้ยังมีประเด็นเกี่ยวกับทรัพย์อีกด้วย เพราะเดิมแนวคำพิพากษาศาลฎีกาได้ตัดสินการกระทำในลักษณะนี้ว่าเป็นการทำลายทรัพย์สิน อีกทั้งยังมีประเด็นปัญหาเกี่ยวกับการลักศพ ขยายศพหรือชิ้นส่วนอวัยวะของศพ การปลุกถ่ายอวัยวะจากศพ และยังมีปัญหาในเรื่องการกำหนดเจตนาพิเศษ กล่าวคือในร่างกฎหมายฉบับนี้ได้กำหนดเจตนาพิเศษด้วยว่า ต้องกระทำ “โดยไม่มีเหตุอันสมควร” ซึ่งยังเป็นช่องโหว่ให้มีการกระทำดังกล่าวโดยไม่เป็นความผิด

ความผิดฐานดูหมิ่นเหยียดหยามศพ มีประเด็นในเรื่องการตีความคำว่า “ดูหมิ่นเหยียดหยาม” และขอบเขตของการดูหมิ่นเหยียดหยามศพ อีกทั้งประมวลกฎหมายอาญาได้กำหนดความผิดเกี่ยวกับการดูหมิ่นผู้ตายไว้แล้ว ดังนั้นจึงมีประเด็นว่าการดูหมิ่นเหยียดหยาม “ศพ” และการดูหมิ่น “ผู้ตาย” มีความแตกต่างกันอย่างไรในลักษณะของการกระทำ และจะใช้อะไรเป็นตัวแบ่งแยกระหว่างฐานความผิดเหล่านี้ เป็นต้น

เมื่อประเทศไทยมีแนวความคิดว่าการปฏิบัติต่อคนตายนั้น จะต้องกระทำด้วยความเคารพ และต้องคำนึงถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ที่เขาเคยได้รับความคุ้มครองมาในขณะที่ยังมีชีวิต ประกอบกับหลักประกันของกฎหมายอาญาที่กำหนดว่าการจะลงโทษทางอาญาแก่บุคคลใด ต้องมีกฎหมายบัญญัติไว้อย่างชัดเจนว่าการกระทำนั้นเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ ฉะนั้นจึงต้องมีการแก้ไขเพิ่มเติมในส่วนของการกระทำความผิดต่อคนตาย เพื่อให้เกิดความชัดเจนว่าในประเทศไทยได้ให้ความคุ้มครองคนตายเช่นเดียวกับในประเทศอื่นๆ นอกจากนั้นการบัญญัติกฎหมายดังกล่าว ควรกำหนดให้ครอบคลุมถึงการกระทำในหลายลักษณะ เพื่อให้เกิดความชัดเจนว่ารัฐไม่ต้องการให้เกิดการกระทำที่ไม่เหมาะสมในลักษณะดังกล่าว และเพื่อให้เจ้าหน้าที่ผู้บังคับใช้กฎหมายสามารถใช้คนนั้นได้ถูกต้อง และสมตามความมุ่งหมายของบทบัญญัตินั้น

ดังนั้น งานวิจัยฉบับนี้จึงมุ่งที่จะศึกษาพื้นฐานความเป็นมา และวัตถุประสงค์ของการกระทำ ความผิดต่อศพในต่างประเทศ เพื่อนำมาวิเคราะห์เปรียบเทียบ และเป็นแนวทางในการเพิ่มเติมบทบัญญัติในลักษณะ 13 ความผิดเกี่ยวกับศพ ให้มีฐานความผิดที่ครอบคลุมการกระทำความผิดต่อศพทั้งหมดที่ควรจะมีในประเทศไทย เช่น เพิ่มฐานความผิดเกี่ยวกับการกระทำความผิดต่อคนตายในลักษณะที่เป็นการขุดศพ ขึ้นมาโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย การละทิ้ง หรือครอบครองศพโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย การปิดบัง ซ่อนเร้น ลอบฝังศพ การลอบหลั่งต่อสุสาน และสิ่งที่ระลึกถึงคนตาย การซื้อขายศพมนุษย์ การส่งต่อศพมนุษย์ การใช้ศพโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย เป็นต้น เพื่อคุ้มครองเกียรติและศักดิ์ศรีศรีความเป็นมนุษย์ของศพ บุคคลในครอบครัวของผู้ตาย และเพื่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของสังคมอีกด้วย

1.2 วัตถุประสงค์ของการวิจัย

1. เพื่อศึกษาถึงปัญหาในทางกฎหมายของการกระทำความผิดต่อศพ
2. เพื่อศึกษากฎหมายต่างประเทศที่เกี่ยวกับการกระทำความผิดต่อศพ
3. เพื่อกำหนดขอบเขตความรับผิดชอบทางอาญาของการกระทำความผิดต่อศพ
4. เพื่อวิเคราะห์ปัญหาและอุปสรรคของการบังคับใช้กฎหมายในฐานความผิดเกี่ยวกับศพตามประมวลกฎหมายอาญา ลักษณะที่ 13
5. เพื่อพัฒนาและกำหนดแนวทางในการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายเกี่ยวกับการกระทำความผิดต่อศพ

1.3 ขอบเขตของการวิจัย

การศึกษาวិทยานิพนธ์ในเรื่องนี้ จะศึกษากฎหมายที่เกี่ยวข้องกับแนวความคิดของความรับผิดชอบทางอาญา การกำหนดโทษทางอาญาที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดต่อศพ ลักษณะของการกระทำความผิดที่เกี่ยวกับศพ และขอบเขตของการกระทำความผิดต่อศพ โดยทำการศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายที่เกี่ยวกับการกระทำความผิดต่อศพ ของประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศอังกฤษ ประเทศอิตาลี ประเทศเยอรมนี ประเทศฝรั่งเศส และประเทศญี่ปุ่น อีกทั้งวิเคราะห์ความผิดเกี่ยวกับศพ ในประมวลกฎหมายอาญา ลักษณะ 13 เพื่อกำหนดแนวทางในการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายที่เกี่ยวข้องต่อไป

1.4 สมมติฐานของการวิจัย

ความผิดเกี่ยวกับศพที่ปรากฏในประมวลกฎหมายอาญา ลักษณะที่ 13 นั้น ยังมีประเด็นในเรื่องลักษณะของการกระทำที่กำหนดให้เป็นความผิดนั้นยังแคบเกินไป ไม่ครอบคลุมถึงลักษณะของการกระทำความผิดต่อศพอย่างอื่นที่สำคัญ ดังนั้นการกำหนดลักษณะของการกระทำความผิดต่อศพ โดยเพิ่มฐานความผิดเกี่ยวกับการกระทำความผิดต่อคนตายในลักษณะที่เป็นการขุดศพ ขึ้นมาโดยไม่

ชอบด้วยกฎหมาย การละทิ้ง หรือครอบครองศพโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย การปิดบัง ซ่อนเร้น ลอบฝัง ศพ การลบหลู่ต่อสุสาน และสิ่งทีระลึกถึงคนตาย การซื้อขายศพมนุษย์ การส่งต่อศพมนุษย์ การใช้ศพ โดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย เป็นต้น จะสามารถเพิ่มประสิทธิภาพในการบังคับใช้กฎหมาย เป็นการ ค้ำครองเกียรติและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของคนตายและครอบครัว อีกทั้งเพื่อเป็นการรักษาความ สงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของสังคม

1.5 วิธีการศึกษาวิจัย

การวิจัยเอกสาร (Documentary Research) โดยค้นคว้าจากเอกสารข้อมูลตำรา และ เอกสารต่างๆที่เกี่ยวข้อง อาทิเช่น ตำรา หนังสือ วารสาร ตั๋วบทกฎหมาย บทความ งานวิจัย และ ผลงานทางวิชาการที่เกี่ยวข้อง ทั้งภาษาไทยและภาษาต่างประเทศ รวมทั้งข้อมูลจากอินเทอร์เน็ต เพื่อ ประมวลเป็นข้อเสนอแนะต่อไป

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1. ทำให้ทราบถึงปัญหาในทางกฎหมายของการกระทำความผิดต่อศพ
2. ทำให้ทราบถึงกฎหมายต่างประเทศที่เกี่ยวกับการกระทำความผิดต่อศพ
3. ทำให้สามารถกำหนดขอบเขตความรับผิดชอบทางอาญาของการกระทำความผิดต่อศพ
4. ทำให้ทราบถึงปัญหาและอุปสรรคของการบังคับใช้กฎหมายในฐานความผิดเกี่ยวกับศพ ตามประมวลกฎหมายอาญา ลักษณะ 13
5. ทำให้สามารถพัฒนาและกำหนดแนวทางในการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายเกี่ยวกับการกระทำ ความผิดต่อศพ

บทที่ 2

ความเป็นมา แนวคิด และทฤษฎีเกี่ยวกับการกระทำความผิดต่อศพ

2.1 แนวคิด และทฤษฎีการกำหนดความผิด และการลงโทษทางอาญา

2.1.1 ทฤษฎีความรับผิดทางอาญา

กฎหมายอาญามีวัตถุประสงค์เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนในสังคม จึงเป็นกฎหมายที่บัญญัติว่าการกระทำอย่างไรเป็นความผิด และกำหนดบทลงโทษสำหรับผู้กระทำการตามที่กฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิด การกำหนดว่าการกระทำใดเป็นความผิดและการกำหนดโทษทางอาญานั้นเป็นเรื่องที่มีความสำคัญอย่างยิ่ง เพราะเป็นองค์ประกอบที่สำคัญของกฎหมายอาญา กฎหมายอาญาทุกประเภทย่อมมีบทลงโทษ (Sanctions) ทั้งสิ้น โทษจึงเป็นสิ่งที่ทำให้กฎหมายอาญาแตกต่างจากกฎหมายอื่นในเชิงทฤษฎี

การกำหนดความรับผิดทางอาญาว่าพฤติกรรมใดควรเป็นความผิดและพฤติกรรมใดไม่ควรเป็นความผิดและการกำหนดโทษทางอาญานั้นแตกต่างจากโทษอื่น เพราะมีแนวคิดในเรื่องของการสร้างความน่าตำหนิ ความเป็นตราบาป (Stigma) หรือสิ่งที่น่าประณามกับคนที่กระทำความผิด แนวความคิดเรื่องนี้จะคู่กับกฎหมายอาญาอยู่เสมอในประเทศที่ให้ความสำคัญกับการแบ่งแยกมาตรการทางอาญากับมาตรการในทางกฎหมายอื่นๆ

2.1.1.1 ที่มาของแนวคิดความรับผิดทางอาญา

ปรัชญาพื้นฐานในการลงโทษผู้กระทำความผิดได้มีปรากฏมาช้านานแล้ว และมีวิวัฒนาการในเรื่องของวัตถุประสงค์ของการลงโทษแตกต่างกันตามยุคสมัยเรื่อยมาจนถึงปัจจุบัน ซึ่งศาลในทุกประเทศทั่วโลกต่างยอมรับในหลักเรื่องความแตกต่างระหว่างบุคคล (Individualization) เข้ามาใช้เป็นการกำหนดโทษแก่ผู้กระทำความผิด

ปรัชญาพื้นฐานเกี่ยวกับการกำหนดความผิดและลงโทษ ได้ปรากฏหลักฐานอย่างชัดเจนครั้งแรกในยุโรป ระหว่างคริสต์ศตวรรษที่ 16-18 ที่ศาสนาได้เข้ามามีบทบาทในการพิจารณาพิพากษาความผิดของบุคคล เพราะทางศาสนาถือว่าการประพฤติชั่วนั้นเป็นบาป โดยมีพระสันตะปาปาทำ

หน้าที่เป็นตัวแทนของพระเจ้าในการลงโทษผู้กระทำความผิดที่ถือว่าร้ายแรง ในยุคนั้นก็คือความผิดฐานเป็นปฏิปักษ์ต่อศาสนา จนเข้าสู่ยุคก่อนที่จะมีสำนักทางอาชญาวิทยา (School of Criminology) ระบบกฎหมายขณะนั้นมีลักษณะคลุมเครือไม่ชัดเจน และมีช่องว่างมากโดยเปิดโอกาสให้ตุลาการสามารถใช้ดุลยพินิจตีความได้ตามอำเภอใจ ทำให้เกิดอคติในการพิจารณาคดี รวมทั้งขาดหลักเกณฑ์ที่เป็นมาตรฐานเดียวกัน มีการทรมานเพื่อให้รับสารภาพด้วยวิธีการต่างๆ¹

เมื่อเกิดสำนักความคิดทางอาชญาที่เรียกว่า สำนักคลาสสิก (Classical School) ขึ้นในช่วงกลางศตวรรษที่ 18 ซึ่งนำโดย Cesare Beccaria ที่พยายามต่อต้านวิธีพิจารณาพิพากษาคดีที่กระทำโดยปราศจากขอบเขตของตุลาการ และวิธีการทรมานที่โหดร้ายทารุณ โดยเสนอปรับปรุงกฎหมายให้มีหลักเกณฑ์ เพื่อหลีกเลี่ยงการตีความตามอำเภอใจ และในทัศนะของสำนักความคิดนี้เห็นว่ากฎหมายจะต้องได้รับการบังคับใช้สำหรับประชาชนโดยเสมอภาค ประเด็นสำคัญที่จะต้องพิจารณาในชั้นศาลคือ การพิจารณาว่าจำเลยกระทำความผิดจริงหรือไม่ ถ้าบุคคลได้กระทำความผิดจริงก็จะต้องได้รับโทษตามกฎหมาย โดยไม่จำกัดเพศ วัย สติปัญญา และสถานภาพทางสังคม ผู้พิพากษาควรเป็นเพียงกลไกของกฎหมายที่ทำหน้าที่พิจารณาว่าบุคคลนั้นกระทำความผิดจริงหรือไม่เท่านั้น ไม่ควรมีอำนาจในการตีความกฎหมายและในการลดหย่อนผ่อนโทษ ทั้งนี้เพราะอำนาจในการบัญญัติกฎหมายและบทกำหนดโทษเป็นของฝ่ายนิติบัญญัติ กฎหมายที่พึงประสงค์ จึงควรมีลักษณะเด็ดขาด เกร็งครัดแน่นอนและไม่มือคด และโทษที่จะลงต้องมากพอที่จะก่อให้เกิดผู้กระทำความผิดรู้สึกสูญเสียยิ่งกว่ารู้สึกว่าได้ประโยชน์จากการกระทำ หลักในเรื่องการลดหย่อนผ่อนโทษหรือเหตุปรานีต่างๆ จึงยังไม่ได้รับการพิจารณาในยุคนี²

ต่อมาเมื่อเข้าสู่ช่วงศตวรรษที่ 19 แนวความคิดของสำนัก Classical School ได้รับการพัฒนาขึ้นมาในแนวทางใหม่ มีทัศนะกว้างขึ้นโดยให้ความสำคัญต่อบังคับต่างๆ เกี่ยวกับตัวผู้กระทำความผิดมากขึ้น เกิดเป็นสำนักใหม่ที่เรียกว่า Neo Classical School ซึ่งได้พัฒนาจากแนวความคิดเดิมในสาระสำคัญ 4 ประการ คือ ประการแรกเสนอให้มีการนำพฤติการณ์แห่งคดี เข้ามาใช้ประกอบการพิจารณาพิพากษาคดีของศาล ประการที่สองการชี้้นำให้ศาลเห็นถึงความจำเป็นในการ

¹ ประชัย เปี่ยมสมบูรณ์, อาชญาวิทยา: สหวิทยาการว่าด้วยปัญหาอาชญากรรม, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2531), หน้า 8.

² เรื่องเดียวกัน, หน้า 25.

พิจารณาถึงประวัติภูมิหลังของผู้กระทำความผิด ประการที่สามเสนอให้ศาลยอมรับฟังคำให้การของผู้เชี่ยวชาญต่างๆ เพื่อเป็นประโยชน์ในการพิจารณาคดีให้ถ่องแท้ยิ่งขึ้น และประการที่สี่กระตุ้นให้ศาลสนใจกับบุคคลบางประเภทที่มีความรับผิดชอบทางอาญาแตกต่างไปจากบุคคลทั่วไป เนื่องจากไม่อาจกำหนดเจตจำนงโดยอิสระ (free will) ได้ โดยสมควรที่กฎหมายควรให้ความปราณีและผ่อนปรนการลงโทษแก่บุคคลบางประเภท เช่น เด็ก บุคคลวิกลจริต คนชรา เป็นต้น สาระสำคัญดังกล่าวได้นำไปสู่การแก้ไขระบบกฎหมายอาญา ดังนั้น จึงกล่าวได้ว่าในยุคนี้เป็ยุคแรกที่สังคมหันมาให้ความสำคัญกับเหตุควรปราณีต่างๆ และให้ความสำคัญกับการกำหนดโทษที่เหมาะสม³

หลักการดังกล่าวเหล่านี้ทำให้หลายประเทศหันมาปรับปรุงระบบกฎหมายของตน โดยยอมรับเอาพฤติการณ์ต่างๆ ที่เห็นว่าผู้กระทำความผิดสมควรได้รับการปราณีหรือลดหย่อนโทษให้ มาบัญญัติรองรับไว้ในกฎหมายของประเทศต่างๆ จนเป็นที่แพร่หลายมาจนถึงปัจจุบัน สำหรับประเทศไทย อิทธิพลทางความคิดดังกล่าวได้เข้ามาเป็นครั้งแรกในสมัยรัชกาลที่ 5 ซึ่งเป็นยุคที่มีการปฏิรูปกฎหมายของประเทศ เพื่อให้สอดคล้องกับประเทศอื่นๆ และปรากฏเรื่อยมาจนถึงประมวลกฎหมายอาญาดั้งปัจจุบัน

2.1.1.2 โครงสร้างความรับผิดชอบทางอาญา

โครงสร้างของความผิดทางอาญาต้องพิจารณาจาก “ความผิดทางอาญา” และ “โทษ” ความผิดทางอาญา คือ “การกระทำที่ควรลงโทษ” ส่วนโทษนั้นเป็น “ความไม่สมควรที่เกี่ยวกับตัวผู้กระทำ” หรือสิ่งที่กฎหมายเห็นว่าไม่สมควรเกี่ยวกับตัวผู้กระทำ อันเนื่องจากการที่เขาได้กระทำการอันเป็นการล่วงละเมิดต่อกฎหมาย ความชอบธรรมในการลงโทษอยู่ที่ว่า ผู้กระทำรู้ว่าเป็นความประสงค์ของสังคม และสามารถดำเนินเนื่องจากการกระทำนั้นได้มี “ความชั่ว” เหตุนี้คุณลักษณะทั่วไปอีกประการหนึ่งของความผิดทางอาญาคือ “ความชั่ว”⁴

เพราะฉะนั้น แนวความคิดของโครงสร้างความรับผิดชอบทางอาญาในระยะแรก จึงได้แยกโครงสร้างความรับผิดชอบทางอาญาออกเป็น 2 ส่วน คือ เป็นการพิจารณาจากตัวผู้กระทำ และการกระทำของผู้นั้นเอง โดยพิจารณาว่าสิ่งที่บุคคลนั้นหรือผู้นั้นกระทำไปเป็นความผิดต่อกฎหมายหรือไม่

³ เรื่องเดียวกัน.

⁴ คณิต ฌ นคร, กฎหมายอาญาภาคความผิด, หน้า 8.

ซึ่งเป็นการพิจารณาทางด้านภาววิสัย (objective) และหากข้อเท็จจริงได้ความว่าการกระทำของบุคคลนั้นผิดต่อกฎหมายแล้ว จึงจะไปพิจารณาทางด้านอัตวิสัย (subjective) ว่าบุคคลนั้นกระทำโดยรู้ผิดชอบหรือไม่ และได้กระทำไปโดยเจตนาหรือประมาทหรือไม่ ซึ่งก็คือความชั่ว (Schuld) นั้นเอง

ดังนั้น โครงสร้างความรับผิดทางอาญา จึงมี 2 ส่วน คือ

ส่วนภาววิสัย (objective) ได้แก่ ส่วนองค์ประกอบความผิด (Tatbestandsmaessigkeit) และส่วนของความผิด (Rechtswidrigkeit)

ส่วนอัตวิสัย (subjective) ได้แก่ ส่วนของความชั่ว (Schuld) แต่ต่อมา แนวคิดของโครงสร้างนี้ได้เปลี่ยนไป เพราะส่วนขององค์ประกอบความผิดนั้น ในความผิดบางฐานมีการบัญญัติมูลเหตุจูงใจอันเป็นส่วนของอัตวิสัยรวมอยู่ด้วย และเป็นส่วนหนึ่งของการกระทำ มิใช่มีเพียงแต่ส่วนภาววิสัยเท่านั้น ดังนั้น ส่วนขององค์ประกอบความผิดกับส่วนของความผิดจึงเป็นส่วนที่แยกจากกันได้ เพราะการกระทำใดจะถือว่าเป็นความผิดตามบทบัญญัติดังกล่าวได้ จะต้องปรากฏว่าข้อเท็จจริงนั้นครบในส่วนที่เป็นองค์ประกอบ และครบในส่วนที่เป็นความผิดของการลงโทษตามบทบัญญัติดังกล่าว แต่อย่างไรก็ตาม การกระทำบางอย่างแม้ว่าจะต้องตามบทบัญญัติในส่วนขององค์ประกอบความผิด ก็ไม่อาจเป็นความผิดได้ เช่น การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย อันเป็นเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ เป็นต้น⁵

ดังนั้น ปัจจุบันมีการแบ่งแยกโครงสร้างความรับผิดทางอาญาออกเป็น 3 ส่วน คือ

- ส่วนขององค์ประกอบความผิด (Tatbestandsmaessigkeit)

องค์ประกอบโดยทั่วไป แบ่งออกเป็น องค์ประกอบภายนอก และองค์ประกอบภายใน ซึ่งเป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ในความผิดแต่ละฐาน โดยยังไม่มีกรณีวินิจฉัยว่า การกระทำจะเป็นความผิดทางอาญาหรือไม่ จะต้องพิจารณาในส่วนอื่นๆ อีกด้วย

- ส่วนของความผิด (Rechtswidrigkeit)

เมื่อมีการกระทำดังกล่าวครบในส่วนขององค์ประกอบแล้ว ส่วนต่อมาก็คือ เป็นการพิจารณาการกระทำที่เข้าองค์ประกอบนั้น มีเหตุที่ทำให้การกระทำนั้นชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ก็คือ

⁵ แสง บุญเฉลิมวิภาส, "ปัญหาเจตนาในกฎหมายอาญา" (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2524), หน้า 4-5.

เหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ ถือว่าเป็นการพิจารณาข้อเท็จจริงในทางภาววิสัย (objective) โดยอาจจะมีอยู่ในกฎหมาย⁶ หรืออาจเป็นจารีตประเพณี⁷ หรือความยินยอมของผู้ถูกกระทำก็ได้⁸

- ส่วนของความชั่ว (Schuld)

เมื่อพิจารณาในส่วนขององค์ประกอบในโครงสร้างแรก และส่วนของความผิดในโครงสร้างลำดับถัดมาแล้ว ก็ต้องพิจารณาต่อมาว่า ผู้กระทำได้กระทำไปโดยรู้ผิดชอบเพียงใด เพราะความชั่วเป็นเรื่องของ “ความรู้ผิดชอบ” การกระทำของผู้กระทำเป็นสิ่งที่สังคมควรจะตำหนิหรือไม่ อันเป็นการพิจารณาทางอัตวิสัย (subjective) ถ้าการกระทำของบุคคลนั้นเป็นสิ่งที่สังคมไม่ควรตำหนิ กฎหมายก็จะยกเว้นโทษให้ เพราะถือว่าบุคคลนั้น “ไม่มีความชั่ว”

เมื่อแยกโครงสร้างความรับผิดทางอาญาออกเป็น 3 โครงสร้างแล้ว การวินิจฉัยความรับผิดทางอาญาจึงต้องดำเนินการตามขั้นตอน ตามลำดับโครงสร้างดังกล่าว คือ การพิจารณาความรับผิดของบุคคล จะเริ่มพิจารณาว่า การกระทำนั้นเข้าองค์ประกอบของกฎหมายที่บัญญัติหรือกำหนดไว้หรือไม่ เมื่อการกระทำนั้นเข้าองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติ ก็พิจารณาต่อไปว่า การกระทำนั้นผิดกฎหมายหรือไม่ และขั้นตอนต่อไปจึงพิจารณาที่ตัวผู้กระทำว่ามีความชั่วหรือไม่ ถ้าหากข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นครบองค์ประกอบตามโครงสร้างทั้งสามประการ จึงถือได้ว่าการกระทำของบุคคลนั้น เป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายและต้องถูกลงโทษ

2.1.2 ทฤษฎีเกี่ยวกับการลงโทษทางอาญา

การลงโทษทำให้เกิดผลได้แตกต่างกันหลายประการ แล้วแต่วิธีที่จะดำเนินการลงโทษนั้น จึงได้มีทฤษฎีต่างๆ เกิดขึ้นมาขัดแย้งกันว่าควรจะมีการลงโทษเพื่อให้เกิดผลอย่างไร หรืออีกนัยหนึ่งคือการลงโทษควรมีวัตถุประสงค์อย่างไร วัตถุประสงค์ของการลงโทษนั้นเป็นเรื่องสำคัญต่อการวิเคราะห์ว่าพฤติกรรมใดควรเป็นความผิดทางอาญาหรือไม่ มาตรการที่เป็นอยู่เหมาะสมหรือไม่ที่จะนำมาใช้กับฐานความผิดนั้นๆ การกำหนดนโยบายทางอาญาควรกำหนดในลักษณะใด เป็นต้น

⁶ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 68, 305, 329 เป็นต้น.

⁷ หยุต แสงอุทัย, กฎหมายอาญาภาคทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 14 (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2520), หน้า 207-208.

⁸ คณิต ฒ นคร, "คุณธรรมทางกฎหมายกับการใช้กฎหมายอาญา," วารสารอัยการ ปีที่ 3, ฉบับที่ 1 (มกราคม 2523): 55-58.

2.1.2.1 ระบบการกำหนดโทษ

ประเทศต่าง ๆ มักจะกำหนดโทษไว้ในลักษณะต่าง ๆ กัน แต่โดยทั่วไปแล้วระบบในการกำหนดโทษของประเทศต่าง ๆ จะมีลักษณะดังนี้ คือ⁹

- ระบบการกำหนดโทษที่คำนึงถึงผล (Erfolgsstrafrecht)

เป็นระบบที่กำหนดโทษหนักเบาตามสัดส่วนของผลของการกระทำ เช่น โทษสำหรับการพยายามกระทำความผิดก็จะเบากว่าโทษในความผิดสำเร็จ หรืออีกนัยหนึ่ง เป็นการกำหนดโทษโดยคำนึงถึงผลร้ายของการกระทำความผิด ซึ่งเป็นไปตามความรู้สึกตามธรรมชาติของมนุษย์ ที่มีความรู้สึกในเรื่องของการแก้แค้นทดแทน ในการกำหนดโทษจึงต้องให้ความสำคัญกับความรู้สึกของประชาชนส่วนใหญ่ ว่ากำหนดโทษนั้นเป็นที่พึงพอใจของคนในสังคมด้วย

- ระบบการกำหนดโทษที่คำนึงถึงจิตใจ (Willenstrafrecht)

เป็นระบบที่คำนึงถึงความชั่วของจิตใจ ถ้ามีจิตใจชั่วร้ายมาก ก็จะกำหนดโทษหนักตามความชั่ว ระบบนี้นำมาใช้ได้เฉพาะกรณีความผิดที่กระทำโดยเจตนาธรรมดา หรือมีเจตนาพิเศษ ไม่นำมาใช้ในเรื่องประมาท ดังนั้น ไม่ว่าประมาทมากหรือประมาทน้อย บทกำหนดโทษจะไม่ต่างกัน แต่เป็นเรื่องดุลยพินิจของศาลที่จะกำหนดโทษภายในกรอบที่กฎหมายกำหนด

- ระบบผสม

- ระบบผสม

เป็นการกำหนดโทษที่มีลักษณะของระบบทั้งสองข้างต้นรวมกัน

เมื่อพิจารณาลักษณะของการกำหนดโทษในความผิดต่าง ๆ ตามกฎหมายไทยแล้ว จะเห็นว่า มีทั้งบทบัญญัติที่ให้ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนักขึ้นในกรณีที่มีเหตุฉกรรจ์ และบทบัญญัติที่ให้ผู้กระทำความผิดรับโทษน้อยลงกว่าความผิดสำเร็จ ในกรณีที่เป็นการพยายามกระทำความผิด ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่า ลักษณะของการกำหนดโทษของไทยจัดอยู่ในระบบผสม กล่าวคือ กฎหมายได้กำหนดอัตราโทษโดยคำนึงถึงผลของการกระทำความผิด และคำนึงถึงจิตใจของผู้กระทำความผิดประกอบกัน

⁹ หุต แสงอุทัย, "การกำหนดโทษสำหรับความผิดในประมวลกฎหมายอาญา," อุลพาท, ฉบับที่ 7 (สิงหาคม 2503): 931-933.

เมื่อได้วิเคราะห์ถึงระบบการลงโทษทางอาญาแล้ว ต่อมาเป็นทฤษฎีที่เกี่ยวกับการลงโทษ โดยแบ่งแยกตามวัตถุประสงค์ของการลงโทษ แต่ทฤษฎีทั้งสี่ทฤษฎีต่อไปนี้ก็ไม่ได้แบ่งแยกออกจากกันอย่างชัดเจน ว่าการลงโทษนั้นจะอยู่บนพื้นฐานของทฤษฎีใดทฤษฎีหนึ่งโดยเฉพาะ และการแบ่งในลักษณะนี้เป็นแนวคิดที่พัฒนามาในเชิงปรัชญาว่า เหตุใดมนุษย์จึงต้องลงโทษมนุษย์ด้วยกัน ซึ่งเป็นปรัชญาพื้นฐานของกฎหมายอาญา

2.1.2.2 ทฤษฎีการลงโทษเพื่อเป็นการแก้แค้นทดแทน (Retribution)¹⁰

โดยประวัติศาสตร์แล้ว การแก้แค้นทดแทนนั้นเป็นวัตถุประสงค์ของการลงโทษที่มีมาแต่สมัยโรมัน ซึ่งมาจากหลัก “ตาต่อตา ฟันต่อฟัน” ทฤษฎีนี้มีความมั่นคงและความแพร่หลายกว่าวัตถุประสงค์ของการลงโทษแบบอื่น และถูกใช้มาจวบจนถึงปัจจุบัน เหตุผลในการแก้แค้นทดแทนส่วนใหญ่เน้นขึ้นอยู่กับความรู้สึกของตัวบุคคลที่ต้องการจะแก้แค้นผู้ที่กระทำการบางอย่างในลักษณะที่ไม่ถูกต้องแก่ตน ซึ่งเป็นพฤติกรรมตามธรรมชาติที่มีอยู่ในตัวมนุษย์มาตั้งแต่ดึกดำบรรพ์

การแก้แค้นทดแทนนั้นมีขึ้นเพื่อชดเชยความรู้สึกเคียดแค้นที่มีต่อผู้กระทำความผิด หรือเห็นว่าผู้กระทำความผิดนั้นทำไปโดยไม่ถูกต้องขัดต่อหลักศีลธรรมของคงในสังคม แต่เดิมการที่สังคมเขามารับหน้าที่ลงโทษผู้กระทำความผิด เพื่อเป็นการแก้แค้นทดแทนนี้ เนื่องจากเหตุใดยังไม่เป็นที่แน่นอน แต่ตามคำอธิบายที่ถือกันโดยทั่วไปก็คือ เนื่องจากสังคมเห็นว่าสมาชิกต้องการให้มีการแก้แค้นทดแทน และเพื่อสนองต่อความต้องการนั้นสังคม จึงได้เข้ามาจัดการทำเสียเองเพื่อรักษาความเป็นระเบียบเรียบร้อยในสังคมดีกว่าให้สมาชิกในสังคมต่างคนต่างจัดการกันเอง

- ทฤษฎีการทดแทนที่มีลักษณะเป็นการมองย้อนหลังไปในอดีต

ทฤษฎีการแก้แค้นทดแทนมีลักษณะเป็นการมองย้อนหลังไปในอดีต คือ ถือเอาการลงโทษเป็นการทดแทนการที่ได้กระทำผิดไป ไม่ได้มองถึงผลประโยชน์ในอนาคต คือ ไม่ได้คำนึงถึงว่าการลงโทษนั้นจะมีผลในทางป้องกันไม่ให้เกิดการกระทำความผิดเกิดขึ้นอีกหรือไม่ นักทฤษฎีเห็นว่าไม่มีความจำเป็นอย่างไรที่จะต้องทดแทนการกระทำความผิดด้วยการลงโทษ แทนที่จะไม่เอาใจใส่กับการกระทำความผิดนั้น เว้นแต่เราจะคำนึงถึงอนาคตเท่านั้น

¹⁰ อุทิศ แสนโกศิก, กฎหมายอาญา ภาค 1 (กรุงเทพมหานคร: เรือนแก้วการพิมพ์, 2525), หน้า 19.

การลงโทษเกิดขึ้นมาโดยกฎหมาย และกฎหมายก็เป็นเครื่องมือของรัฐ จุดมุ่งหมาย
ขั้นสุดท้ายของรัฐย่อมได้แก่สวัสดิภาพของบรรดาสมาชิกในรัฐนั่นเอง ฉะนั้นกฎหมายก็ควรมีไว้และ
การลงโทษตามกฎหมายก็ควรเป็นไปเพื่อจุดมุ่งหมายดังกล่าว ทั้งกฎหมายและการลงโทษตาม
กฎหมายจะถือได้ว่ายุติธรรมก็ต่อเมื่อมีไว้ และกระทำไปเพื่อจุดมุ่งหมายดังกล่าวเท่านั้น

การลงโทษเป็นการทำให้ได้รับความยากลำบาก ฉะนั้น การลงโทษย่อมเป็นสิ่งชั่วร้าย
ถ้ากระทำไปโดยไม่คำนึงถึงผล ด้วยเหตุนี้การลงโทษเป็นสิ่งที่สมควรก็ต่อเมื่อ เป็นการส่งเสริมสวัสดิ
ภาพของผู้ถูกลงโทษเองหรือของประชาชนส่วนรวมเท่านั้น

- การลงโทษเพื่อการทดแทนไม่ได้คำนึงถึงความจำเป็นของสังคม

ลงโทษเพื่อการทดแทนไม่ได้คำนึงถึงความจำเป็นของสังคม แต่คำนึงถึงว่า โทษที่จะ
ได้รับนั้นเหมาะสมได้สัดส่วนกับความร้ายแรงของการกระทำความผิดหรือไม่ ฉะนั้น เมื่อได้ลงโทษ
ผู้กระทำความผิดครบตามอัตราโทษแล้วก็ต้องปล่อยตัวออกมา แม้จะรู้ว่าผู้นั้นยังคงเป็นอันตรายต่อ
สังคมอยู่ ซึ่งมีผู้กระทำความผิดบางประเภทที่ไม่มีทางแก้ไขให้กลับคืนดีได้ ทางป้องกันที่ดีที่สุดคือกัน
ออกจากสังคมตลอดไป แต่เมื่อมีการลงโทษเพื่อเป็นการทดแทนแล้ว ย่อมไม่อาจกักขังผู้กระทำ
ความผิดไว้เกินกว่าระยะเวลาที่เหมาะสมกับความร้ายแรงแห่งการกระทำความผิดนั้นๆ เพราะโทษที่มี
ระยะเวลาลงโทษยาวนานเกินความเหมาะสมย่อมไม่ยุติธรรม

ผู้ที่ไม่เห็นด้วยกับทฤษฎีทดแทนยังให้เหตุผลต่อไปอีกว่า ทฤษฎีทดแทนใช้ไม่ได้
ในทางปฏิบัติ โดยอธิบายว่า

- ทฤษฎีทดแทนยึดหลักที่ว่า เพื่อความยุติธรรมจะต้องลงโทษผู้ที่กระทำความผิดให้ได้สัดส่วน
กับความร้ายแรงของการกระทำความผิดที่ผู้กระทำความผิดกระทำลงไป ถ้าความผิดที่
กระทำร้ายแรงมากก็ต้องลงโทษให้หนักตามส่วน ถ้าความผิดที่ได้กระทำลงเป็นเพียงความผิด
เล็กน้อยก็ลงโทษอย่างเบา แต่ในทางปฏิบัตินั้น ยังไม่สามารถวัดขนาดความผิดแต่ละเรื่องว่า
หนักเบาประการใด จึงทำให้ไม่สามารถกำหนดโทษที่เหมาะสมกับการกระทำความผิดนั้นๆ
ได้อย่างมีประสิทธิภาพ ฉะนั้น การลงโทษจึงอาจไม่ได้สัดส่วนกับความร้ายแรงของการ
กระทำความผิดตามหลักยุติธรรมในความคิดของทฤษฎีทดแทน
- อีกประการหนึ่ง คือ วัตถุประสงค์ของการลงโทษเพื่อทดแทนนั้น ก็เพื่อลงโทษผู้ที่กระทำ
ความผิดให้สาสม อีกทั้งต้องไม่ลงโทษผู้ที่ไม่ได้กระทำความผิดด้วย แต่ทางปฏิบัติแล้วไม่มีทาง

ที่การลงโทษผู้กระทำความผิดจะไม่ไปกระทบถึงครอบครัว ญาติพี่น้อง หรือคนใกล้ชิด ซึ่งเป็นผู้บริสุทธิ์

เหตุผลเหล่านี้ นอกจากจะหักล้างเหตุผลของทฤษฎีทดแทนแล้ว ยังทำให้เกิดหลักขึ้นมาว่า กฎหมายอาญาก็เช่นเดียวกับกฎหมายอื่น คือ ต้องมีจุดมุ่งหมายที่จะก่อให้เกิดประโยชน์แก่ส่วนรวม และกฎหมายอาญามีคุณสมบัติพิเศษในอันที่จะทำให้บรรลุถึงจุดมุ่งหมายดังกล่าวได้ โดยอาจจะใช้เพื่อป้องกันและควบคุมการกระทำอันไม่พึงประสงค์ของสังคม วิธีการทางกฎหมายอาญาที่จะนำมาใช้เพื่อการดังกล่าวมีอยู่หลายวิธี แต่ละวิธีก็มีผลในการป้องกันในแนวทางต่าง ๆ กัน คือ อาจเป็นการตัดให้หมดโอกาสที่จะกระทำความผิดอีก หรืออาจเป็นการข่มขู่ให้เกิดความกลัว จึงไม่กล้ากระทำความผิดอีก หรืออาจเป็นการปรับปรุงแก้ไขไม่ให้เกิดการกระทำความผิดเกิดขึ้นอีก

2.1.2.3 ทฤษฎีการลงโทษเพื่อเป็นการข่มขู่ (Deterrence)¹¹

ตามทฤษฎีนี้ วัตถุประสงค์ในการลงโทษผู้กระทำความผิดก็เพื่อประโยชน์ 2 ประการคือ ประการแรกเพื่อเป็นตัวอย่างให้คนทั่วไปเห็นว่า เมื่อกระทำความผิดแล้วจะต้องได้รับโทษเช่นนี้ ทำให้คนเกิดความเกรงกลัวไม่กล้าที่จะกระทำความผิด ประการที่สองเพื่อให้มีผลแก่ตัวผู้กระทำความผิดเอง คือ ทำให้ผู้กระทำความผิดที่ถูกลงโทษเกิดความเข็ดหลาบ ไม่กล้าที่จะกระทำความผิดอีก ฉะนั้น การลงโทษตามทฤษฎีนี้ จึงเป็นการลงโทษที่มีลักษณะมองไปในอนาคต เพื่อต้องการข่มขู่ไม่ให้คนในสังคมกระทำความผิด และไม่ให้คนที่กระทำความผิดกระทำความผิดซ้ำอีก

เพื่อให้การลงโทษมีผลตามวัตถุประสงค์ดังกล่าว จะต้องจัดวางระดับโทษให้เป็นผลร้ายแก่ผู้กระทำความผิดมากกว่าผลประโยชน์ที่ผู้กระทำความผิดจะได้รับจากการกระทำนั้น ทั้งนี้ผู้นิยมในทฤษฎีนี้มีความเห็นว่า ขณะที่บุคคลกำลังคิดตกลงใจว่าจะกระทำความผิดดีหรือไม่นั้น จะเกิดกระบวนการคิดเปรียบเทียบผลของการกระทำว่าจะส่งผลดีหรือผลเสียมากกว่า หากชั่งน้ำหนักดูแล้วเห็นว่าหากตนได้กระทำความผิดจะเกิดผลดีมากกว่าผลร้าย บุคคลนั้นก็จะต้องตัดสินใจกระทำความผิด แต่ถ้าชั่งน้ำหนักแล้วพบว่าการกระทำนั้นจะส่งผลร้ายมากกว่าผลดี บุคคลนั้นก็มักจะล้มเลิกความคิดที่จะกระทำความผิด ดังนั้นวิธีการป้องกันการกระทำความผิดก็คือ การกำหนดอัตราโทษซึ่งมีผลเสียต่อผู้ที่จะคิดจะกระทำมากกว่าผลดี เพื่อเป็นการข่มขู่ไม่ให้เกิดการกระทำความผิด

¹¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 23.

ผู้สนับสนุนทฤษฎีข่มขู่ให้เหตุผลว่า การลงโทษมีผลเป็นการข่มขู่ และป้องกันไม่ให้เกิดการกระทำผิดซ้ำนี้ คือ

เกี่ยวกับการลงโทษเอง การลงโทษทำให้เห็นถึงผลร้ายของการกระทำผิด คือการต้องถูกลงโทษมีมากกว่าความหวังที่จะได้รับผลดีจากการกระทำนั้น ๆ ฉะนั้น คนจึงไม่กล้ากระทำผิดอีกต่อไป

เกี่ยวกับมติมหาชน ผลในการข่มขู่ยังอยู่ที่ว่า คนเราไม่ต้องการที่จะได้รับการตำหนิและดูหมิ่นจากคนในสังคม อันจะเป็นผลเนื่องมาจากการลงโทษ คือ ตามความรู้สึกของคนทั่วไปแล้ว หากต้องโทษเพราะได้กระทำผิด ก็เป็นที่น่าตำหนิและดูหมิ่นเหยียดหยาม มติมหาชนเช่นนี้ก็มีผลในการป้องกันไม่ให้คนกระทำผิด

เกี่ยวกับการทำให้เกิดความรู้สึกผิดชอบ ความรู้สึกสำนึกว่าสิ่งใดผิด สิ่งใดถูก มีผู้เห็นว่าความประพฤติส่วนใหญ่ของมนุษย์ ไม่ได้สืบเนื่องมาจากการไตร่ตรองว่าจะได้ประโยชน์อะไรจากการกระทำเช่นนั้น แต่มีสาเหตุมาจากนิสัยที่กระทำไปตามความคิด ซึ่งเป็นที่ยอมรับในเรื่องความประพฤติอันชอบด้วยศีลธรรม การลงโทษไม่ได้เป็นเหตุบังคับให้กระทำตามความคิดดังกล่าว แต่การลงโทษเป็นเพียงเหตุหนึ่งในหลายเหตุ ซึ่งก่อให้เกิดความคิดว่าการกระทำอย่างใดถูก และการกระทำอย่างใดไม่ถูกไม่ควร ดังที่ Aschaffenburg¹² กล่าวไว้ว่า “ผลที่เป็นการข่มขู่ของการลงโทษควรมีเป็นสองทาง คือ ควรจะทำให้ประชาชนทั่วไปรู้สึกเป็นการป้องกัน และเป็นการเตือนแต่ละบุคคลไม่ให้กระทำผิดซ้ำอีก แต่ประโยชน์ยิ่งใหญ่ของการข่มขู่ว่าจะลงโทษนั้น อยู่ที่มันเป็นการอบรมเกี่ยวกับความรู้สึกนึกคิดในเรื่องชีวิตโดยทั่วไปของประชาชน การกำหนดว่าการกระทำเช่นนั้นเช่นนี้เป็นความผิด ซึ่งถ้าผู้ใดได้กระทำขึ้นรัฐจะลงโทษ จะทำให้เกิดความรู้สึกแก่คนทั่วไปว่า การกระทำเช่นนั้นไม่เหมาะสม ไม่เป็นที่ยอมรับนับถือ เป็นที่เสียหายและขัดกับหน้าที่ของประชาชน ดังนั้นการป้องกันโดยทั่วไป จึงดำเนินไปอย่างเจียบๆ ซ้ำๆ และลึกซึ้ง ทำให้ความรู้สึกผิดชอบกระจำงแข็งขึ้น เพิ่มพูนความรู้สึกทั่วไปเกี่ยวกับความดีความชั่ว และมีผลในทางอบรมยิ่งกว่าจะเป็นการข่มขู่โดยตรง”

¹² เรื่องเดียวกัน, หน้า 24.

กฎหมายอาญาในปัจจุบันมีลักษณะเป็นการข่มขู่มากกว่าอย่างอื่น แต่มีผู้ตำหนิว่าไม่ได้ผลดีจริงดังที่ฝ่ายสนับสนุนทฤษฎีนี้กล่าวอ้าง ซ้ำยังอาจทำให้เกิดผลร้ายอีกด้วย เหตุผลของฝ่ายที่ไม่เห็นด้วยกับทฤษฎีข่มขู่มีดังจะกล่าวต่อไปนี้

- วัตถุประสงค์ของการลงโทษตามทฤษฎีข่มขู่

วัตถุประสงค์ของการลงโทษตามทฤษฎีข่มขู่ เพื่อลดจำนวนการกระทำความผิดที่จะเกิดขึ้นต่อไป ทั้งจากผู้ที่ถูกลงโทษ และจากผู้อื่นที่รับรู้เห็นถึงการลงโทษ แต่การลงโทษเพื่อข่มขู่ไม่ให้ผู้ถูกลงโทษไปกระทำความผิดซ้ำอีก อาจจะไม่มผลเป็นการข่มขู่ไม่ให้บุคคลอื่นๆ การกระทำความผิดซ้ำขึ้น และในทางกลับกัน การลงโทษเพื่อข่มขู่ไม่ให้บุคคลทั่วไปกระทำความผิด ก็อาจจะไม่มีผลเป็นการข่มขู่ไม่ให้ผู้ถูกลงโทษไปกระทำความผิดซ้ำอีก

การลงโทษประหารชีวิต ย่อมได้ประโยชน์ตามความมุ่งหมายทั้งสองอย่างข้างต้น กล่าวคือ สำหรับตัวผู้กระทำความผิดที่ถูกลงโทษนั้น เมื่อถูกประหารชีวิตไปแล้วก็ไม่มีทางกลับมากระทำความผิดอีก และสำหรับผู้ที่รับรู้ถึงการลงโทษว่าผู้กระทำความผิดถูกประหารชีวิตนั้นก็ย่อมต้องเกิดความเกรงกลัว และไม่กล้าที่จะกระทำความผิด

ดังนั้น โทษอย่างอื่นนอกจากโทษประหารชีวิต อาจไม่เหมาะสมในการที่จะให้ได้ประโยชน์ตามความมุ่งหมายทั้งสองประการข้างต้น แต่ก็อาจมีโทษบางอย่าง เช่น การตัดแขนผู้ที่กระทำความผิดฐานลักทรัพย์ เพื่อมุ่งที่จะให้บุคคลอื่นกลัวไม่กล้าทำตาม อาจเป็นเครื่องกระตุ้นให้ผู้ที่ถูกลงโทษกระทำความผิดอย่างอื่นต่อไป เพราะไม่มีทางหากินโดยสุจริต หรือกรณีการลงโทษสถานเบาเพราะเห็นว่า การลงโทษเพียงเท่านั้นก็เพียงพอที่จะข่มขู่บุคคลนั้นให้ไม่กล้าทำผิดอีก ก็อาจทำให้บุคคลอื่นเห็นว่าโทษน้อยหากเทียบได้กับประโยชน์ที่ตนจะได้มาจากการกระทำความผิด จึงได้กระทำความผิดตาม เป็นต้น

- ผลของทฤษฎีข่มขู่

มีคนเป็นจำนวนมากที่ไม่เคยกระทำความผิดเลย และก็มีจำนวนไม่น้อยที่เมื่อได้กระทำความผิดและถูกลงโทษไปแล้วก็ไม่กลับมากระทำความผิดอีก แต่ก็ไม่สามารถคำนวณได้ว่า การงดเว้นไม่กระทำความผิดนี้มีมากเพียงใด ที่เป็นผลเนื่องมาจากความรู้สึกเกรงกลัวต่อการถูกลงโทษ อิทธิพลอื่นๆ นอกจากการลงโทษ ย่อมมีส่วนช่วยในการป้องกันไม่ให้คนกระทำความผิดด้วย เช่น

ศาสนา การอบรมสั่งสอนในครอบครัวและในโรงเรียน นิสัยและความประพฤติที่ได้ถูกอบรมมาแต่เยาว์วัย เป็นต้น

แม้จะถือว่าการงดเว้นไม่กระทำความผิดของบุคคลนั้น เป็นผลมาจากความเกรงกลัวต่อการถูกลงโทษแต่เพียงเหตุเดียว แต่หากพิจารณาจากสถิติแล้วก็ยังไม่เป็นที่น่าพอใจ เพราะแม้จะมีการลงโทษกันอย่างจริงจัง ก็ยังเกิดการกระทำความผิดขึ้นอยู่เรื่อยๆ และจำนวนของการกระทำความผิดยังเพิ่มมากขึ้นอีกด้วย

นอกจากนั้น ผู้กระทำความผิดที่ถูกลงโทษแล้วก็ยังกลับมากระทำความผิดซ้ำอีกเป็นจำนวนไม่น้อย ตามสถิติของประเทศสหรัฐอเมริกา ผู้ต้องโทษจำคุกในเรือนจำมีราวๆ ครึ่งหนึ่งที่เคยต้องโทษมาก่อนแล้ว ซึ่งถ้าทฤษฎีข่มขู่นี้ได้ผลจริง จำนวนผู้กระทำความผิดซ้ำซ้อนคงมีจำนวนน้อยลงกว่านี้อีกมาก

- ทฤษฎีข่มขู่ส่งผลต่อการตัดสินใจกระทำความผิด

ตามทฤษฎีข่มขู่ถือว่าการลงโทษเป็นการข่มขู่ไม่ให้บุคคลกระทำความผิด เพราะขณะที่บุคคลนั้นกำลังจะตัดสินใจกระทำความผิด จะเกิดการเปรียบเทียบดูก่อนว่า หากตนได้กระทำความผิดลงไปจะได้ผลดีจากการกระทำเพียงใด เช่น ได้ทำร้ายเพื่อให้สมความแค้น หรือลักทรัพย์เพื่อให้ได้มาใช้ประโยชน์ เป็นต้น กับจะได้ผลร้ายจากการกระทำความผิดเพียงใด คือ จะถูกลงโทษหนักเบาเพียงใด เมื่อเปรียบเทียบกันแล้วเห็นว่ามีผลดีมากกว่า บุคคลนั้นอาจตัดสินใจกระทำความผิด แต่ถ้าหากเห็นว่าผลร้ายมีมากกว่า บุคคลนั้นก็อาจล้มเลิกความคิดที่จะกระทำความผิด

ฉะนั้น กฎหมายจึงควรกำหนดโทษซึ่งเป็นผลร้ายให้สูง คนจะได้ไม่กล้ากระทำความผิด ส่วนฝ่ายที่ไม่เห็นด้วยกับทฤษฎีข่มขู่ก็แย้งว่า ทฤษฎีข่มขู่มองปัญหาในแง่ที่ง่ายกว่าความเป็นจริง ในขณะที่คนตกลงใจกระทำความผิด ไม่ได้คิดแต่เพียงแง่ทางได้เสียเกี่ยวกับโทษและผลประโยชน์ที่จะได้จากการกระทำความผิดเท่านั้น แต่จะคำนึงถึงเหตุอื่น ๆ อีกมากมายด้วย และในบางกรณีอาจไม่ได้คำนึงถึงทางได้เสียเกี่ยวกับโทษด้วยซ้ำ เช่น คนที่กระทำความผิดในขณะที่บันดาลโทสะ อาจกระทำความผิดไปโดยไม่รู้ตัวยังคิดว่าตนจะต้องถูกลงโทษ เป็นต้น ฉะนั้น การลงโทษจึงไม่มีผลในการข่มขู่ไม่ให้คนกระทำความผิดเสมอไป

การลงโทษเพื่อข่มขู่ไม่มีผลในอันที่จะป้องกันไม่ให้ผู้ที่เคยกระทำความผิด และต้องรับโทษมาแล้วกระทำความผิดซ้ำอีก ทั้งนี้เพราะ แม้การลงโทษอาจทำให้เกิดความประสงค์ที่จะยับยั้งไม่ให้กระทำความผิดซ้ำขึ้นอีก เพราะเกรงกลัวจะถูกลงโทษดังที่ฝ่ายสนับสนุนทฤษฎีข่มขู่กล่าวอ้าง แต่ไม่ได้ทำให้ผู้นั้นเกิดความสามารถที่จะยับยั้งซึ่งใจที่จะกระทำความผิด

2.1.2.4 ทฤษฎีการลงโทษเพื่อเป็นการปรับปรุงแก้ไข (Reformation)¹³

การลงโทษตามทฤษฎีข่มขู่ที่กล่าวมาข้างต้นนั้นมุ่งหมายจะป้องกันการกระทำความผิดจากบุคคลสองจำพวก คือ ประสงค์ที่จะให้ผู้กระทำความผิดและได้รับการลงโทษแล้วเกิดความเข็ดหลาบไม่กล้ากระทำความผิดอีก และประสงค์ที่จะให้เป็นเยี่ยงอย่าง เพื่อให้บุคคลทั่วไปเกิดความเกรงกลัวไม่กล้าที่จะกระทำความผิด ส่วนทฤษฎีการลงโทษเพื่อเป็นการปรับปรุงแก้ไขมีความมุ่งหมายแคบกว่านั้น กล่าวคือ มีความมุ่งหมายเพียงเพื่อจะป้องกันไม่ให้บุคคลที่ได้กระทำความผิดมาแล้ว กลับมากระทำความผิดซ้ำอีก ไม่ได้มีความมุ่งหมายถึงบุคคลอื่นทั่วไปเหมือนอย่างทฤษฎีข่มขู่ วิธีการตามทฤษฎีนี้ นอกจากจะพยายามหาทางให้ผู้กระทำความผิดมาแล้ว เกิดความประสงค์ที่จะยับยั้งไม่กระทำความผิดซ้ำอีก อีกทั้งยังต้องทำให้ผู้นั้นเกิดความสามารถที่จะยับยั้งเช่นนั้นได้ด้วย

- วัตถุประสงค์ของทฤษฎีการปรับปรุงแก้ไข

ทฤษฎีปรับปรุงแก้ไขนี้ เป็นทฤษฎีเกี่ยวกับวัตถุประสงค์ของการลงโทษที่ใหม่ที่สุด ยังมีผู้ให้ความเห็นอีกต่อไปว่า ไม่ควรใช้คำว่า “การลงโทษ” (punishment) เมื่อเราพูดถึงวัตถุประสงค์ในการปรับปรุงแก้ไขของการปฏิบัติต่อผู้กระทำความผิด แต่ความใช้คำว่า “การรักษา” (treatment) แทน เพราะการทำให้ได้รับความยากลำบากด้วยการลงโทษ ไม่น่าทำให้คนประพฤติน่าขึ้น และนอกจากนั้น ดังที่กล่าวมาแล้วว่า เมื่อว่ากันโดยเสียดขาดจะถือเป็นการลงโทษก็ต่อเมื่อกระทำโดยมีวัตถุประสงค์ให้ได้รับความยากลำบาก

ปัญหานี้ได้เป็นที่ถกเถียงกันอย่างมา และนักทฤษฎีส่วนใหญ่เห็นว่าการลงโทษ ไม่มีผลดีในการป้องกันการกระทำความผิดอย่างเต็มที่ทุกกรณีไป อย่างไรก็ตามเราไม่จำเป็นต้องถือว่าการลงโทษไม่มีผลเป็นการป้องกันการกระทำความผิดเสียเลย เพราะเป็นที่แน่นอนว่าการลงโทษมีผล

¹³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 33.

ดังกล่าวอยู่บ้างไม่มากนักน้อย ทฤษฎีปรับปรุงแก้ไขเพียงแต่เน้นถึงความสำคัญของการเปลี่ยนแปลงแนวความประพฤติ โดยเปลี่ยนแปลงตัวบุคคลนั้นให้ดีขึ้นเท่านั้น

ผู้สนับสนุนทฤษฎีปรับปรุงแก้ไขมีความเห็นว่า การลงโทษเพื่อข่มขู่ไม่เพียงเป็นการป้องกันไม่ให้ผู้กระทำความผิดซึ่งได้รับการลงโทษแล้วนั้นกลับตัว ไม่กระทำความผิดซ้ำอีก โดยมีเหตุผลรายละเอียดดังที่กล่าวไว้แล้วในข้ออ้างของฝ่ายที่คัดค้านทฤษฎีข่มขู่ และที่สำคัญก็คือ แม้ว่าการลงโทษเพื่อการข่มขู่อาจมีผลทำให้ผู้กระทำความผิดกลับตัวไม่ทำความผิดซ้ำได้บ้าง แต่ไม่ได้หาทางที่จะทำให้ผู้กระทำความผิดมีความสามารถที่จะกลับตัวได้ เมื่อบุคคลมีความประสงค์ที่จะกลับตัว แต่ไม่มีความสามารถ โอกาสที่เขาจะกลับไปกระทำความผิดอีกย่อมมีขึ้นได้

ผู้สนับสนุนทฤษฎีปรับปรุงแก้ไขยังอ้างต่อไปอีกว่า เราได้ลงโทษเพื่อข่มขู่กันมาเป็นเวลานานแล้ว และผลที่ได้รับก็เห็นประจักษ์ว่าป้องกันการกระทำความผิดอาญาได้น้อยมาก จึงสมควรที่จะหันมาใช้วิธีการปรับปรุงแก้ไข เพราะถึงแม้ว่าเมื่อนำมาปฏิบัติ อาจไม่ได้ผลเต็มที่ตามความคาดหมาย แต่ก็อาจจะได้ผลเป็นการป้องกันการกระทำความผิดมากกว่าการลงโทษเพื่อข่มขู่เป็นแน่

- ผลของทฤษฎีการปรับปรุงแก้ไข

นอกจากนี้ วิธีการลงโทษที่ทำให้เกิดผลดีเป็นการแก้ไข หรือฟื้นฟูจิตใจผู้กระทำความผิด อาจกระทำได้หลายวิธี ขึ้นอยู่กับลักษณะและพื้นฐานทางจิตใจของผู้กระทำความผิด จึงก่อให้เกิดหลักเรื่องความแตกต่างระหว่างบุคคล (Individualization) ขึ้น ซึ่งเป็นการลงโทษและแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิดเป็นรายบุคคล โดยมุ่งเน้นไปเพื่อการบำบัดรักษา (treatment) แทนการลงโทษให้ได้รับความเจ็บปวด (pain) จึงเห็นได้ว่าตามหลัก Individualization ทำให้โทษประหารชีวิตไม่สามารถทำให้ผู้กระทำความผิดกลับตัวเป็นคนดีได้ ส่วนโทษจำคุก เป็นโทษที่ทำให้คุณลักษณะประจำตัวของความเป็นคนเสื่อมลง เนื่องจากถูกคุมขังในเรือนจำ ทำให้ฐานะชื่อเสียงเสื่อมลงในสายตาผู้อื่น ทำให้ถูกปฏิเสธการรับเข้าทำงานจากสังคม ทำให้เสียโอกาสที่จะประพฤติและประกอบอาชีพโดยสุจริตต่อไป

2.1.2.5 ทฤษฎีการลงโทษเพื่อเป็นการตัดโอกาสไม่ให้กระทำความผิดอีก (Incapacitation)¹⁴

ทฤษฎีนี้มีวัตถุประสงค์ เพื่อไม่ให้ผู้กระทำความผิดที่ถูกลงโทษมีโอกาสกระทำความผิดซ้ำอีก จะเห็นได้ว่าการลงโทษตามทฤษฎีนี้ คล้ายกับทฤษฎีข่มขู่และทฤษฎีปรับปรุงแก้ไขในข้อที่ว่า มีความมุ่งหมายไม่ให้ผู้กระทำความผิดได้กระทำความผิดซ้ำอีก แต่ต่างกันว่าทฤษฎีข่มขู่มุ่งให้ผู้กระทำความผิดเกรงกลัว ไม่กล้ากระทำความผิดอีก ตามทฤษฎีปรับปรุงแก้ไขก็มุ่งอบรมไม่ให้กระทำความผิดขึ้นอีกโดยสมัครใจปรับปรุงแก้ไขให้ตัวผู้กระทำความผิดเอง สามารถงดเว้นการกระทำความผิดได้ แต่ตามทฤษฎีตัดโอกาสนี้มุ่งป้องกันการกระทำความผิดซ้ำอีก โดยทำให้ผู้กระทำความผิดหมดโอกาสที่จะกระทำความผิด ซึ่งมีอยู่หลายวิธี

- การประหารชีวิต

วิธีนี้เป็นวิธีการตัดไม่ให้มีโอกาสกระทำความผิดได้อย่างมีประสิทธิภาพที่สุด เพราะเมื่อถูกประหารชีวิตไปแล้ว ย่อมไม่มีโอกาสกลับมากระทำความผิดอีก มีผู้ประมาณว่าตลอดรัชสมัยของพระเจ้าเฮนรี่ที่ 8 ของอังกฤษ มีการประหารชีวิตผู้ที่กระทำความผิดประมาณเจ็ดหมื่นคน ซึ่งบุคคลเหล่านี้ไม่มีโอกาสที่จะกลับมากระทำความผิดได้อีกเป็นแน่ แต่ยังคงมีปัญหาสำหรับผู้ที่ไม่ได้ถูกประหารว่าจะจัดการอย่างไรกับบุคคลเหล่านี้ จึงจะทำให้เขาหมดโอกาสที่จะกระทำความผิดอีกต่อไป

- การควบคุมตัว

การควบคุมตัวในที่นี้หมายถึง “การจำคุก” เป็นที่ยอมรับกันว่าการควบคุมตัวที่ใช้กันมากที่สุดคือ การจำคุกผู้กระทำความผิดไว้ชั่วระยะเวลาหนึ่ง หรืออาจจะตลอดชีวิต ซึ่งในระหว่างที่ถูกควบคุมตัวอยู่นั้นก็จะเป็นการตัดโอกาสผู้กระทำความผิดที่จะออกมากระทำความผิดต่อสังคมอีก

อนึ่ง เพื่อให้มีผลตามทฤษฎีนี้อย่างจริงจัง ควรมีการใช้อำนาจควบคุมตัวผู้กระทำความผิดไว้จนกว่าจะพิจารณาเห็นว่าไม่เป็นภัยต่อสังคมอีกต่อไปแล้ว จึงปล่อยออกมา เพื่อการนี้จึงได้มีกฎหมายของประเทศต่าง ๆ ที่บัญญัติให้ศาลสามารถเพิ่มโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดซ้ำซ้อนหลายครั้ง เพื่อให้เกิดความเข็ดหลาบได้ ทั้งนี้คือ ผู้ที่กระทำความผิดเป็นครั้งที่สอง สาม และเรื่อย ๆ ต่อไป โดยอาจจะต้องถูกเพิ่มโทษให้หนักขึ้นเป็นลำดับ ซึ่งประเทศไทยเองก็มีวิธีการเช่นนี้ด้วย

¹⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 40-41.

นอกจากนี้ ในบางประเทศ ยังมีกฎหมายให้อำนาจศาลสั่งจำคุกตลอดชีวิตผู้ที่กระทำความผิดจนติดนิสัย ที่เห็นว่าไม่มีทางแก้ไขให้กลับคืนดีได้ ซึ่งจะมีผลเป็นการป้องกันสังคมจากผู้นั้นตลอดไป

2.2 ความหมายและแนวคิดเกี่ยวกับศพ

2.2.1 ความหมายเกี่ยวกับศพและส่วนของศพ

2.2.1.1 ความหมายของ “ศพ”

- ความหมายทั่วไป

พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554 “ศพ” หมายความว่าถึง ชากผี หรือร่างคนที่ตายแล้ว¹⁵

พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554 “ตาย” หมายความว่าถึง สิ้นใจ สิ้นชีวิต ไม่เป็นอยู่ต่อไป สิ้นสภาพของการมีชีวิต เช่นภาวะสมองตาย¹⁶

จากคำนิยามจะเห็นได้ว่า ตามความเข้าใจ “ศพ” หมายความว่า ร่างกายของคนตาย หรืออีกนัยหนึ่งจะเป็นศพก็ต่อเมื่อบุคคลนั้นได้เสียชีวิต หรือตายนั่นเอง และ “การตาย” คือการสิ้นใจ โดยยึดหลักการหมดลมหายใจเป็นหลัก ทั้งนี้ไม่ว่าการตายนั้นจะเกิดขึ้นจากสาเหตุใดก็ตาม เช่น การตายจากธรรมชาติ จากความเจ็บป่วย จากอุบัติเหตุ จากการฆ่าตัวตาย หรือจากการฆาตกรรมก็ตาม หากสาเหตุเหล่านั้นทำให้บุคคลหมดลมหายใจก็จะถือว่าบุคคลนั้นได้ตายแล้ว

ทั้งนี้ โดยไม่ได้คำนึงถึงว่าบุคคลที่ตายนั้น จะมีสภาพบุคคลตามกฎหมายหรือไม่ เช่น หนังสือพิมพ์มักจะพาดหัวข่าวว่า พบศพเด็กถูกทอดทิ้งตามที่ต่าง ๆ บุกหลายคลินิกทำแท้งเถื่อน และพบศพเด็กที่เป็นผลจากการทำแท้งมากมาย ซึ่งจะเห็นได้ว่าเด็กเหล่านั้นยังไม่มีสภาพบุคคลตามกฎหมาย เมื่อไม่มีสภาพบุคคล ผู้ที่ทำให้เด็กเหล่านั้นตาย ก็จะไม่มีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาฐานกระทำให้อู้อันแท้งลูกเท่านั้น ไม่ผิดฐานฆ่าคนตาย เมื่อไม่ถือว่าเด็กตายแล้ว ร่างของเด็กที่พบก็ไม่ถือว่าเป็นศพเช่นเดียวกัน แต่ในความรู้สึกของสามัญชนทั่วไปมองว่า เมื่อเด็กปฏิสนธิขึ้นในครรภ์

¹⁵ ราชบัณฑิตยสถาน, พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ.2554, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร: บริษัท ศิริวัฒนาอินเตอร์พริ้นท์ จำกัด (มหาชน), 2556), หน้า 1136.

¹⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 495.

มารดา และสามารถที่จะมองเห็นอวัยวะบางส่วนของร่างกายได้อย่างชัดเจน ก็จะรู้สึกว่าได้มีชีวิตหนึ่งได้เกิดขึ้น และสามารถเจริญเติบโตเป็นบุคคลที่สมบูรณ์ต่อไปได้ เมื่อมีการทำลายชีวิตนั้น ก็ถือเสมือนว่าได้มีการฆ่าคนแล้ว ความรู้สึกสูญเสียก็จะเกิดขึ้นเช่นเดียวกับสูญเสียบุคคลทั่วไปนั่นเอง

ส่วนสภาพศพนั้น ไม่ว่าจะในขณะที่ตาย หรือลักษณะของร่างกายที่พบจะอยู่ในลักษณะใดก็ตาม ความเข้าใจคนทั่วไป เรียกรวมไปว่าเป็นศพเช่นเดิม ตัวอย่างที่เห็นได้ชัดเจนที่สื่อพาดหัวข่าวของหนังสือพิมพ์ต่าง ๆ เช่น ศพชายถูกฆ่าหั่นศพ เหลือแต่แขนและขาียดใส่กระสอบ, พบเศษชิ้นเนื้อศพ หมอผีสพร, พบศพเผาข้างเหลื่อแต่กระดูก, พบศพทารก สาวใจแตกกินยาขับ ฯลฯ

จากความเข้าใจดังกล่าว อาจจะทำให้เกิดความไม่ชัดเจนขึ้นได้ เนื่องจากในบางครั้ง ร่างกายของคนตายนั้นมีสภาพของร่างกายไม่สมบูรณ์ โดยเฉพาะในกรณีของการตายที่เกิดขึ้นจากอุบัติเหตุที่ร้ายแรง ในกรณีที่ร่างกายนั้นได้ตายมาเป็นเวลานาน เกิดการเน่าเปื่อยเสื่อมสภาพ หรือเกิดจากการฆาตกรรมอำพรางศพ อันเป็นผลให้สภาพศพเหลือเพียงชิ้นส่วนของร่างกายเพียงบางชิ้น จนไม่สามารถแยกแยะได้ว่าศพนั้นเป็นร่างกายของบุคคลใด ต้องอาศัยเครื่องมือทางวิทยาศาสตร์เข้าช่วยในการจำแนกบุคคล และในบางครั้ง การที่ปรากฏให้เห็นเพียงชิ้นส่วนร่างกายเพียงบางชิ้นเท่านั้น อาจสรุปไม่ได้ว่าบุคคลนั้นได้เสียชีวิตแล้ว

เนื่องจากอวัยวะบางส่วน เมื่อถูกตัดขาดจากร่างกาย ก็ไม่ถึงกับทำให้บุคคลเสียชีวิตได้ ดังนั้น การที่ชิ้นส่วนของร่างกายที่ปรากฏ จะทำให้เกิดความสับสนในการสืบสวนคดีของเจ้าพนักงาน และแทนที่จะมุ่งเน้นเพื่อติดตามหาตัวบุคคลที่เป็นเจ้าของชิ้นส่วนอวัยวะนั้นเพื่อช่วยเหลือและให้การรักษาพยาบาลเสียก่อน กลับตีความว่าบุคคลนั้นได้เสียชีวิตแล้ว และมุ่งเน้นไปที่การหาพยานหลักฐานในคดีมากกว่า ซึ่งเป็นการสายเกินไปในการที่จะเยียวยาบุคคลนั้นก็ไม่ได้ หรือการนำเสนอว่าบุคคลนั้นได้กลายเป็นศพ อาจจะทำให้เกิดความเข้าใจผิด และกระทบกระเทือนต่อสภาพจิตใจของญาติพี่น้อง หรือบุคคลที่เกี่ยวข้องต่อการมีชีวิตอยู่ของบุคคลนั้นได้

กล่าวโดยสรุป “ศพ” ในความหมายทั่วไป จึงหมายความว่า ร่างกายของบุคคลที่ตายแล้ว โดยไม่คำนึงว่าการตายจะเกิดขึ้นโดยวิธีใด บุคคลนั้นจะมีสภาพบุคคลทางกฎหมายหรือไม่ และไม่

คำนึงว่าสภาพร่างกายหรืออวัยวะที่พบจะมีความสมบูรณ์มากน้อยเพียงใด หากเป็นสิ่งที่เชื่อได้ว่า บุคคลนั้นได้หมดลมหายใจแล้ว ร่างกายหรืออวัยวะของบุคคลนั้น จะเรียกว่า ศพ¹⁷

- ความหมายทางการแพทย์¹⁸

ความหมายของศพในทางการแพทย์นั้น พิจารณาจากการตายของบุคคลเป็นหลัก เช่นเดียวกับความเข้าใจของคนทั่วไป เมื่อใดที่บุคคลตาย เมื่อนั้นร่างกายของบุคคลก็จะกลายเป็นศพ แต่ในทางการแพทย์มีกฎเกณฑ์ในการวินิจฉัยการตายที่มีมาตรฐานชัดเจนแน่นอน กล่าวคือ

การพิจารณาการตายในทางการแพทย์ แต่เดิมยึดถือจากการหายใจ เมื่อหยุดหายใจก็ถือว่าตาย โดยสังเกตได้จากการดูการเคลื่อนไหวของหน้าอก บางทีก็ใช้สำลีบางๆ ไปรอกที่จมูกเพื่อดูว่ามีลมเขาออกหรือไม่ หรือใช้กระจกไปวางดูว่ามีฝ้าเกิดขึ้นจากการหายใจรดกระจกหรือไม่

เมื่อมีความรู้มากขึ้น สามารถคลำชีพจรได้ หรือฟังเสียงเต้นของหัวใจโดยใช้หูแนบกับหน้าอก โดยใช้เครื่องมือหูฟัง ก็จะยึดถือว่าหากหัวใจหยุดเต้นถือว่าตาย

แนวคิดดังกล่าวนี้ได้ใช้ตลอดมาจนเทคโนโลยีทางการแพทย์เจริญก้าวหน้าขึ้น แพทย์สามารถทำให้ผู้ที่หยุดหายใจจากเหตุการณ์ต่าง ๆ กลับมาให้ใจได้อีกครั้ง โดยใช้เครื่องช่วยหายใจ หรือหัวใจที่ยังเต้นตามปกติให้ก็สามารถทำให้หยุดได้ โดยใช้เครื่องปอด หัวใจเทียมทำหน้าที่ลำเลียงออกซิเจนไปเลี้ยงส่วนต่าง ๆ ของร่างกายไว้แทนหัวใจจริง เพื่อผ่าตัดแก้ไขภายในหัวใจ เมื่อแก้ไขเสร็จก็กระตุ้นให้หัวใจกลับมาเต้นใหม่ และเลิกใช้เครื่องปอด หัวใจเทียม ผู้ป่วยก็จะมีชีวิตต่อไปได้ ดังนั้นแนวคิดที่ใช้การหยุดหายใจ หรือหัวใจหยุดเต้น เป็นเครื่องบ่งชี้การตายจะใช้ไม่ได้ในทุกกรณีอีกต่อไป

ประกอบกับในปัจจุบัน แพทย์สามารถปลูกถ่ายอวัยวะให้แก่ผู้ป่วยได้ ด้วยเทคโนโลยีสมัยใหม่สามารถตัดอวัยวะที่ยังติอยู่ของคนหนึ่งไปเปลี่ยนอวัยวะที่เป็นโรคไปแล้วของอีกคนหนึ่งได้ โดยอวัยวะที่เปลี่ยนให้ใหม่สามารถใช้แทนกันได้ ช่วยให้ผู้ที่จะต้องเสียชีวิตจากการที่อวัยวะสำคัญเสื่อมสภาพ สามารถกลับมามีชีวิตคืนมาได้

¹⁷ ผนวก รุจิกัมพะ, "สถานะและปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับศพและชิ้นส่วนของศพ" (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ, สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2545), หน้า 10-11.

¹⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 11.

สำหรับอวัยวะที่จะนำมาปลูกถ่ายเปลี่ยนให้แก่ผู้ป่วยนั้น หากเป็นอวัยวะที่บุคคลมีอยู่ในร่างกายมากกว่าหนึ่งอัน และสามารถเสียสละไป ได้โดยไม่ทำให้เป็นอันตรายต่อผู้ที่บริจาค แพทย์ก็สามารถที่จะนำอวัยวะนั้นออกจากร่างกายของบุคคลที่ยังมีชีวิตอยู่ได้ แต่หากเป็นอวัยวะที่มีอยู่เพียงหนึ่งเดียว เช่น หัวใจ ตับ การจะปลูกถ่ายอวัยวะจำเป็นที่จะต้องนำมาจากบุคคลที่เสียชีวิตไปแล้วเท่านั้น¹⁹ แต่อวัยวะเหล่านั้นจะเสื่อมเสียไปโดยเร็ว เมื่อบุคคลเสียชีวิตเนื่องจากขาดเลือด และออกซิเจนไปเลี้ยง การตัดอวัยวะออกไปเพื่อไปปลูกถ่าย จึงต้องกระทำโดยเร็วที่สุด โดยเฉพาะอย่างยิ่ง หัวใจจะนำมาใช้ได้ก็ต่อเมื่อหัวใจนั้นยังเต้นอยู่

ดังนั้น ทางวงการแพทย์จึงได้กำหนดเกณฑ์การวินิจฉัยการตายขึ้นใหม่ เรียกว่า “เกณฑ์สมองตาย” เป็นกรณีที่ก้านสมองของผู้ป่วยถูกทำลายจนสิ้นเชิงและตลอดไป ทำให้หยุดหายใจ ไม่รู้สึกตัว หัวใจหยุดเต้น แต่ยังคงอยู่ได้ด้วยเครื่องช่วยหายใจ และเครื่องปอด หัวใจเทียม หากหยุดเครื่องมือเหล่านี้ทุกอย่างก็จะหยุด และผู้ป่วยจะตายในที่สุด ฉะนั้นจึงถือว่าในขณะที่ใช้เครื่องช่วยหายใจนั้นผู้ป่วยได้ตายในทางการแพทย์ และถือว่าบุคคลนั้นเป็นศพแล้ว เมื่อเป็นศพแล้วแพทย์ก็สามารถที่จะนำอวัยวะที่ยังไม่เสื่อมสภาพนั้นออกจากศพ เพื่อนำไปทำการปลูกถ่ายให้แก่ผู้ป่วยได้อีกต่อไปได้

อย่างไรก็ตาม ในเรื่องสมองตายนั้นยังมีปัญหา²⁰ กล่าวคือ ถ้าจะถือเสียทีเดียวว่าคนเราตายเมื่อสมองตายนั้น อาจเกิดปัญหาแทรกซ้อนขึ้นมาได้ ในกรณีที่มีข้อเท็จจริงดังในคดี Quinlan²¹

Karen Quinlan ผู้ป่วยสมองตายเนื่องจากอุบัติเหตุ แต่หัวใจและระบบต่างๆ ยังทำงานอยู่ได้ด้วยเครื่องช่วยหายใจ (the respirator) มาเป็นเวลานานโดยไม่มีการตอบสนองของร่างกายใดๆ ทั้งสิ้น และไม่มีทางที่จะทำให้อาการดีขึ้นได้เลย บิดาของเธอขอให้แพทย์ยุติการรักษาโดยหยุดเครื่องมือดังกล่าวเสีย แต่แพทย์ปฏิเสธด้วยเกรงความผิด บิดาของเธอจึงยื่นคำร้องต่อศาลให้พิจารณา

The New Jersey Supreme Court ชี้ว่า ศาลไม่มีอำนาจตัดสินว่าใครตายแล้วหรือไม่ เพราะเป็นข้อเท็จจริงในทางการแพทย์ การรักษาพยาบาลเป็นหน้าที่ของแพทย์ การใช้เครื่องมือดังกล่าวหรือไม่เป็นกระบวนการในการรักษา (medical treatment)

¹⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า ๑๒.

²⁰ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, "ทางออกของแพทย์ในกรณีการปลูกถ่ายอวัยวะมนุษย์," วารสารนิติศาสตร์, 2 (2534): 250-261.

²¹ In re Quinlan, 70 N.J. 10, 355 A. 2d 67 976.

อย่างไรก็ตาม ศาลมีความเห็นว่าผู้ป่วยมีสิทธิที่จะตายอย่างสงบและมีเกียรติ แสดงให้เห็นถึงความแตกต่างระหว่างการฆ่ากับการปล่อยให้ตายไปเอง²² (the distinction between killing and letting die) ต่อมาแพทย์จึงยุติการใช้เครื่องช่วยหายใจดังกล่าว แต่ข้อเท็จจริงยังปรากฏต่อไปว่า Karen ยัง “มีชีวิต” อยู่ต่อมาอีกปีกว่า

หากจะถือว่า Karen ตายตั้งแต่มีอาการสมองตายแล้ว ถ้าในระหว่างปีที่เธอออกจากโรงพยาบาลมีใครมาทำร้าย หรือเอาปืนมายิง ผู้นั้นคงไม่มีความผิดฐานฆ่าผู้อื่น ส่วนจะมีความผิดฐานพยายามฆ่าหรือไม่นั้น ก็ต้องพิจารณากันไปอีกทางหนึ่ง²³

กรณีอย่าง Karen ที่ยัง “มีชีวิต” ต่อมาอีกปีกว่าคงไม่ปรากฏบ่อยนัก ในกรณีอื่นๆ ศาลสหรัฐก็ได้กำหนดแนววินิจฉัยไว้ในทำนองเดียวกันว่า การจะหยุดเครื่องช่วยพยุงชีพ (life support system) หรือไม่นั้น ไม่ใช่เรื่องของการฆ่าหรือทำให้ตาย แต่เป็นกระบวนการรักษาตามเหตุตามผลทางการแพทย์ (a reasonable medical procedure)

ดังนั้น ผู้ที่เป็นต้นเหตุให้ผู้ป่วยมีอาการสมองตายจึงไม่อาจปฏิเสธความรับผิดชอบในความตายนั้นโดยอ้างว่าแพทย์ต่างหากที่เป็นผู้ทำให้ตาย หมายความว่าเมื่อพิจารณาในแง่ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลแล้ว การกระทำของแพทย์ที่หยุดเครื่องช่วยหายใจดังกล่าว ไม่ตัดความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำในตอนแรกของผู้กระทำกับผลหลังจากแพทย์ได้นำเครื่องดังกล่าวออกแล้ว

กรณีของ Karen เมื่อศาลเองก็ไม่ได้ชี้หรือถือว่าตายแล้ว ถ้าใครมาทำร้าย Karen หลังจากออกโรงพยาบาลแล้ว ผู้นั้นยังคงมีความผิดตามเจตนาและผลแห่งการกระทำของตนอยู่

ในกรณีของไทยเรา ศาลไทยคงไม่รับวินิจฉัยคำร้องอย่างเช่นคดีนี้ เพราะยังไม่มีประเด็นพิพาทอะไร ไม่ว่าจะเส้นทางแพ่งหรืออาญา และแม้ว่าจะมีกรณีดังกล่าวเข้าสู่การพิจารณาของศาล ศาลก็คงจะไม่ชี้ขาดว่าใครตายหรือใครเป็น เพราะศาลเองไม่มีอำนาจสั่งหรือชี้ให้บุคคลใดมีชีวิตหรือตายแล้วได้ ขณะเดียวกันหากจะมีกฎหมายกำหนดนิยามคำว่าตายไว้โดยตรงเลย ก็เกรงว่าต่อไปใน

²² ศรีนิตา พรหมพิตราร, "บทสรุปของเรื่องสิทธิที่จะตาย," วารสารอัยการ, 90 (มิถุนายน 2528): 21-24.

²³ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, มุมมองใหม่ในกฎหมายอาญา, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2552), หน้า

อนาคตจะเกิดปัญหาดังเช่นการนิยามความตายไว้ว่าได้แก่เมื่อหัวใจหยุดเต้นที่ปัจจุบันไม่อาจยึดหลักนี้ได้แล้ว²⁴

กล่าวโดยสรุป ความหมายของศพในทางการแพทย์จึงยึดถือจากเวลาของการตายเป็นหลัก หากเป็นกรณีการตายเกิดจากสาเหตุธรรมดาที่ไม่เกี่ยวกับการตายทางสมอง สิ่งที่ยังชี้ถึงการตายคือ การที่บุคคลนั้นหยุดหายใจ และหัวใจหยุดเต้น จึงกลายเป็นศพซึ่งเป็นกรณีเดียวกับความหมายของศพตามความเข้าใจของสามัญชนทั่วไป แต่หากเป็นกรณีของการตายที่มีสาเหตุมาจากก้านสมองถูกทำลายโดยสิ้นเชิงและตลอดไป ทางทางการแพทย์จะถือว่าบุคคลนั้นได้ตาย และกลายเป็นศพในขณะนั้น ไม่ว่าบุคคลนั้นจะยังหายใจอยู่ด้วยเครื่องช่วยหายใจก็ตาม ซึ่งกรณีนี้ความหมายของศพ อาจจะไม่ตรงกับ ความหมายของสามัญชนทั่วไป และอาจจะก่อให้เกิดความสับสน และกระทบกระเทือนต่อความรู้สึกของญาติพี่น้องของผู้ป่วย²⁵

จากการที่ไม่มีคำนิยามใดที่มีความชัดเจนเพียงพอในอันที่จะกล่าวถึงความสมบูรณ์ของศพ ทำให้มีปัญหาเกิดขึ้นตามมา คือ ร่างกายของคนที่ตายที่จะถือว่าเป็นศพนั้น จะต้องเป็นร่างของบุคคลที่มีสภาพบุคคลและเสียชีวิตลงเท่านั้นหรือไม่ หากเป็นกรณีของการทารกที่เสียชีวิตในครรภ์มารดาจะถือว่าเป็นศพแล้วหรือไม่ หรือในกรณีของการทำเด็กหลอดแก้ว ที่ตัวอ่อนที่เกิดขึ้นไม่สามารถเจริญเติบโตได้ และทางแพทย์ได้นำตัวเหล่านั้นไปทำลาย จะถือว่าเป็นการทำลายศพหรือไม่ เพราะหากตีความว่าทารกในครรภ์ที่ตายหรือเด็กหลอดแก้วที่ถูกทำลายนี้มีสภาพเป็นศพ การดำเนินการใด ๆ ก็จะต้องนำบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับศพมาบังคับใช้ด้วย หรือในกรณีที่พบเฉพาะชิ้นส่วนของร่างกายบางชิ้น เช่น ศีรษะ แขน ขา หรือแม้กระทั่งก้อนเนื้อ หรือก้อนเลือด จะถือว่าเป็นศพหรือไม่ หรือจะเป็นเพียงแค่เศษชิ้นส่วนของศพเท่านั้น

- ความหมายทางกฎหมาย

กฎหมายที่บัญญัติเกี่ยวกับความหมาย หรือคำนิยามของคำว่า “ศพ” ไว้มีดังต่อไปนี้

²⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 129-130.

²⁵ ผนวก รุจิกัณหะ, "สถานะและปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับศพและชิ้นส่วนของศพ," หน้า 13.

พระราชบัญญัติการทะเบียนราษฎร พ.ศ. 2534²⁶ มาตรา 4 (11) บัญญัติว่า “ศพ” หมายความว่า ร่างกายของคนตาย

พระราชบัญญัติการทะเบียนราษฎร พ.ศ. 2534 มาตรา 4 (9) บัญญัติว่า “คนตาย” หมายความว่า คนที่สิ้นชีวิต

Black’s Law Dictionary 5th edition Corpse means “the dead body of a human being”²⁷

ส่วนในกฎหมายอื่น ๆ ก็มีบทบัญญัติที่ใช้บังคับเกี่ยวกับศพไว้เช่นเดียวกัน แต่แตกต่างกันตรงที่กฎหมายเหล่านั้น ไม่ได้กำหนดคำนิยามเอาไว้เหมือนพระราชบัญญัติการทะเบียนราษฎร ยกตัวอย่างเช่น

ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 199 บัญญัติว่า “ผู้ใดลอบฝัง ซ่อนเร้น ย้าย หรือทำลายศพ หรือส่วนของศพ เพื่อปิดบังการเกิด การตาย หรือเหตุแห่งการตาย ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือปรับไม่เกินสองพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตรา 148 บัญญัติว่า “เมื่อปรากฏแน่ชัดหรือมีเหตุอันควรสงสัยว่าบุคคลใดตายโดยผิดธรรมชาติ หรือตายในระหว่างอยู่ในความคุ้มครองของเจ้าพนักงาน ให้มีการชันสูตรพลิกศพ เว้นแต่ตายโดยการประหารชีวิตตามกฎหมาย”

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 255 บัญญัติว่า “บุริมสิทธิในค่าปลงศพนั้น ใช้สำหรับเอาค่าใช้จ่ายในการปลงศพตามควรแก่ฐานะานุรูปของลูกหนี้”

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 43 บัญญัติว่า “ในกรณีที่ทำให้เข้าถึงตายนั้น ค่าสินไหมทดแทน ได้แก่ค่าปลงศพรวมทั้งค่าใช้จ่ายอันจำเป็นอื่น ๆ อีกด้วย”

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1649 บัญญัติว่า “ผู้จัดการมรดกซึ่งผู้ตายได้ตั้งไว้ ย่อมมีอำนาจและหน้าที่ในอันที่จะจัดการศพของผู้ตาย เว้นแต่ผู้ตายจะได้ตั้งบุคคลอื่นไว้โดยเฉพาะให้จัดการตั้งว่านั้น

²⁶ www.krisdika.go.th

²⁷ ผนวก รุจิกัณเฑาะ, "สถานะและปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับศพและชิ้นส่วนของศพ," หน้า 13.

ถ้าผู้ตายไม่ได้ตั้งผู้จัดการมรดกหรือบุคคลใดไว้ให้เป็นผู้จัดการทำศพหรือทายาทไม่ได้มอบหมายให้ตั้งบุคคลใดเป็นผู้จัดการทำศพ บุคคลผู้ได้รับทรัพย์มรดกโดยพินัยกรรมหรือโดยสิทธิโดยธรรมเป็นจำนวนมากที่สุด เป็นผู้ที่มีอำนาจและตกอยู่ในหน้าที่ต้องจัดการทำศพ เว้นแต่ศาลจะเห็นเป็นการสมควรตั้งบุคคลอื่นให้จัดการเช่นนั้น ในเมื่อบุคคลผู้มีส่วนได้เสียคนใดคนหนึ่งร้องขอขึ้น” เป็นต้น

จากคำนิยามของพระราชบัญญัติการทะเบียนราษฎร พ.ศ. 2499 ที่ว่า “ศพ” หมายความว่า ร่างกายของคนตาย และ “คนตาย” หมายความว่า คนที่เสียชีวิตนั้น แสดงให้เห็นว่ากฎหมายไม่ได้กำหนดไว้อย่างชัดเจนว่า ศพ คืออะไร และควรมีสภาพหรือมีลักษณะเช่นใด แต่กำหนดเชื่อมโยงกับการตายเอาไว้เช่นเดียวกันในทางแพทย์ กล่าวคือบุคคลจะกลายเป็นศพก็ต่อเมื่อบุคคลนั้นได้ตายแล้ว

แต่ทั้งนี้ในทางกฎหมายไม่ได้มีการจำกัดความ หรือมีกฎเกณฑ์การวินิจฉัยที่แน่นอนเกี่ยวกับความตายเอาไว้เหมือนกฎเกณฑ์ทางการแพทย์ กฎหมายกำหนดไว้เพียงแค่เรื่องของการสิ้นสภาพบุคคลเท่านั้น ซึ่งได้กำหนดเชื่อมโยงไว้กับการตายเช่นเดียวกัน ทำให้เมื่อเวลาใดที่จะต้องวินิจฉัยเกี่ยวกับการตาย หรือเกี่ยวกับศพ นักกฎหมายก็ต้องตีความตามความเข้าใจของตนเองบ้าง อ้างอิงจากความเห็นของนักกฎหมายท่านอื่นบ้าง อ้างอิงจากกฎเกณฑ์ทางการแพทย์บ้าง ซึ่งอาจจะทำให้ความหมายจากการตีความไม่สอดคล้องถูกต้องตรงกันนัก

2.2.1.2 ความหมายของ “ส่วนของศพ”

- ความหมายทั่วไป²⁸

ในความหมายของวิญญูชนทั่วไป หากมีการตายเกิดขึ้น และมีการพบร่างของคนตาย ไม่ว่าจะร่างนั้นมีสภาพอย่างไร วิญญูชนก็มาจะเรียกร่างกายของคนตายนั้นว่าศพ แต่ในบางครั้งหากสิ่งที่พบนั้นเป็นเพียงส่วนของร่างกายบางส่วน เช่น มือ ศีรษะ เท้านิ้ว ฯลฯ ก็จะใช้เรียกส่วนต่าง ๆ ของร่างกายนั้นว่า “ชิ้นส่วนศพ” โดยความเข้าใจของคำว่า “ชิ้นส่วนศพ” นั้น จะหมายถึงอวัยวะต่าง ๆ ของมนุษย์ที่ถึงจะความตายแล้ว แต่ถูกตัดออกจากร่างกาย รวมถึงชิ้นเนื้อจากส่วนต่าง ๆ ของร่างกายด้วย โดยอวัยวะนั้นก็จะหมายถึง อวัยวะที่สามารถมองเห็นได้อย่างชัดเจนจากภายนอก เช่น นิ้ว จมูก ขา มือ และอวัยวะที่อยู่ภายในร่างกายต่าง ๆ เช่น ตับ ไตหัวใจ ลำไส้ กระเพาะ ส่วนเลือด น้ำเหลือง

²⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 16.

และของเหลวต่าง ๆ ในร่างกายไม่ถือว่าเป็นอวัยวะ เนื่องจากเห็นว่าไม่มีรูปร่างที่สามารถรวมตัวกัน และแยกเป็นลักษณะของชิ้นส่วนของร่างกายอย่างชัดเจนนั่นเอง

- ความหมายทางการแพทย์

ในทางการแพทย์ถือว่า ร่างกายของมนุษย์ประกอบด้วยเซลล์ที่ประกอบขึ้นเป็นกลุ่ม เรียกว่า เนื้อเยื่อ (Tissue) โดยเนื้อเยื่อแต่ละชนิดจะทำหน้าที่ต่าง ๆ กันไป เนื้อเยื่อที่เกี่ยวข้องกันจะรวมตัวเป็นอวัยวะ (Organ) เพื่อทำงานเฉพาะ ดังนั้นอวัยวะจึงไม่ได้หมายถึงเพียงโครงสร้างพิเศษ เช่น หัวใจ ตับ สมอง และกระเพาะเท่านั้น แต่ยังหมายถึง ผิวหนัง กล้ามเนื้อ หรือกระดูกแต่ละชิ้นด้วย

จึงสรุปได้ว่า อวัยวะ หมายถึง เนื้อเยื่อที่ทำงานสัมพันธ์กันเป็นกลุ่ม เพื่อทำหน้าที่ได้อย่างหนึ่งนั่นเอง²⁹ ดังนั้น อวัยวะในความหมายทางการแพทย์ จึงมีความหมายกว้างกว่าความหมายของวิญญูชนทั่วไป ส่วนกรณีของเหลวในร่างกาย เช่น เลือด น้ำเหลือง อสุจิ ไม่ถือว่าเป็นอวัยวะ เนื่องจากไม่ได้เกิดขึ้นจากการรวมตัวกันของเซลล์ จึงถือว่าเป็นเพียงส่วนประกอบหนึ่งของร่างกายเท่านั้น

เมื่อบุคคลได้ตายลง อวัยวะต่าง ๆ ดังกล่าวย่อมถือเป็นส่วนหนึ่งของศพ หากมีการแยกออกจากศพ ก็จะต้องถือว่าอวัยวะนั้นเป็นส่วนของศพ แต่เนื่องจากการตายในทางการแพทย์ มีอยู่ 2 ประเภท คือ การตายอันเกิดจากสาเหตุธรรมดาที่ไม่เกี่ยวกับสภาวะการตายทางสมอง กับการตายที่มีสาเหตุมาจากก้านสมองถูกทำลายโดยสิ้นเชิงและตลอดไป หรือที่เรียกว่า “สมองตาย” เช่นนี้จึงทำให้ส่วนของศพ สามารถแยกออกเป็น 2 ประเภทเช่นเดียวกัน คือ

1 ส่วนของศพที่ตายแล้ว เกิดขึ้นจากการตายที่เกิดจากสาเหตุธรรมดาที่ไม่เกี่ยวกับการตายทางสมอง ทำให้หัวใจหยุดเต้น ไม่มีการลำเลียงออกซิเจนไปเลี้ยงส่วนต่าง ๆ ของร่างกาย เซลล์และอวัยวะต่าง ๆ ในร่างกายจะขาดออกซิเจน ทำให้หยุดการทำงาน และจะเน่าเปื่อยเสื่อมสภาพไปในที่สุด หากต้องการจะเก็บชิ้นส่วนของศพไว้ จะต้องกลับดำเนินการตัดชิ้นส่วนดังกล่าวจากศพ และใช้วิธีและกระบวนการทางวิทยาศาสตร์ในการเก็บรักษาต่อไป

2 ส่วนศพที่ยังไม่ตาย เกิดจากการตายที่มีสาเหตุมาจากภาวะสมองตาย ซึ่งทางการแพทย์ถือว่าบุคคลนั้นได้ตายลงแล้ว แต่การตายประเภทนี้ เซลล์และอวัยวะต่าง ๆ ในร่างกายยังคงทำงานอยู่

²⁹ ริดเดอร์ส ไดเจสต์, พื้นฐานแห่งกายมนุษย์, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: บริษัท ออมรินทร์พริ้นติ้ง แอนด์พับลิชชิ่ง จำกัด, 2543), หน้า 22-23.

ตามปกติ เนื่องจากบุคคลนั้นยังหายใจอยู่โดยใส่เครื่องช่วยหายใจ ทำให้สามารถนำออกซิเจนไปเลี้ยงส่วนต่าง ๆ ของร่างกายได้ และด้วยเหตุที่อวัยวะต่าง ๆ ทำงานเป็นปกติอยู่นั้นทำให้สามารถนำอวัยวะดังกล่าวไปปลูกถ่าย เพื่อช่วยชีวิตให้แก่ผู้ป่วยคนอื่นๆต่อไปได้

ดังนั้น เมื่อถือว่าบุคคลนั้นได้ตาย ร่างกายของบุคคลนั้นก็จะถือว่าเป็นศพ อวัยวะต่าง ๆ ที่ถูกตัดออกจากร่างกายทั้งที่ยังไม่ตาย และที่หยุดการทำงาน ก็ถือว่าเป็นส่วนของศพเช่นเดียวกัน ทั้งนี้โดยมองจากตัวศพหลักนั่นเอง

จึงกล่าวโดยสรุปได้ว่า ส่วนของศพในทางการแพทย์จึงน่าจะหมายถึง อวัยวะต่าง ๆ ของร่างกายของบุคคลที่ตายแล้ว ทั้งที่เป็นชิ้นส่วนที่ตายแล้วไม่สามารถนำมาใช้ได้อีก และชิ้นส่วนที่ยังไม่ตายแต่สามารถนำไปใช้ประโยชน์ในด้านต่าง ๆ ได้อีกนั่นเอง

- ความหมายทางกฎหมาย

ในส่วนของกฎหมายนั้น ไม่มีกฎหมายฉบับใดที่บัญญัติความหมายคำนิยามของคำว่า “ส่วนของศพ” อย่างชัดเจน จะมีก็แต่เพียงบทบัญญัติของมาตรา 199 ของประมวลกฎหมายอาญาเท่านั้น ที่กล่าวถึงส่วนของศพไว้ ดังนี้

มาตรา 199 “ผู้ใดลอบฝัง ซ่อนเร้น ย้าย หรือทำลายศพ หรือส่วนของศพเพื่อปิดบังการเกิดการตายหรือเหตุแห่งการตายต้องระวางโทษ...”

ทั้งนี้ก็ไม่ได้ให้คำจำกัดความไว้อย่างชัดเจน แต่ได้มีนักนิติศาสตร์บางท่านได้แสดงความเห็นและอธิบายความหมายของคำว่า “ส่วนของศพ” ไว้ในตำราของท่าน คือ ผู้ช่วยศาสตราจารย์บุญเพราะ แสงเทียน เห็นว่า ส่วนของศพ หมายถึง อวัยวะของคนที่ตายแล้ว ไม่ว่าจะเป็นส่วนอวัยวะภายนอก เช่น แขน ขา หรืออวัยวะภายใน เช่น ตับอ่อน หัวใจ เป็นต้น³⁰ ซึ่งคำอธิบายดังกล่าวถือเป็นเพียงแนวความเห็นเท่านั้น ยังไม่ชัดเจนเพียงพออันจะนำไปสู่การปรับบทบังคับใช้กฎหมายที่ถูกต้อง

ดังนั้น เพื่อให้เกิดความชัดเจน และเป็นมาตรฐานเดียวกันในการศึกษาวิจัยวิธีนิพนธ์ฉบับนี้จึงขอจำกัดความหมายของคำว่า “ส่วนของศพ” ดังต่อไปนี้ จำกัดเฉพาะกรณีของอวัยวะ เนื้อเยื่อ และ

³⁰ บุญเพราะ แสงเทียน, กฎหมายอาญา 2 (ภาคความผิด) แนวประยุกต์, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร: บริษัทวิทย์พัฒน จำกัด, 2542), หน้า 229.

ส่วนประกอบของร่างกายอื่น ๆ ที่ถูกตัด หรือแยกออกจากศพอย่างสิ้นเชิง หากยังมีส่วนหนึ่งส่วนใดติดอยู่กับศพ ให้ถือว่าชิ้นส่วนดังกล่าวเป็นส่วนหนึ่งของศพไม่ใช่เป็น “ส่วนของศพ”

2.2.2 การมีสภาพบุคคลและการสิ้นสภาพบุคคล

2.2.2.1 การมีสภาพบุคคล

การเริ่มสภาพบุคคล บัญญัติไว้ใน ป.พ.พ. มาตรา 15³¹ โดยมีองค์ประกอบสำคัญ 2 ประการ คือ คลอดและอยู่รอดเป็นทารก

การคลอดตามความหมายของกฎหมายนี้ ป.พ.พ. ฉบับภาษาอังกฤษใช้คำว่า Full completion of birth หมายความว่า การคลอดหมดตัว การที่อวัยวะส่วนใดของทารกยังอยู่ภายในร่างกายมารดา ยังถือว่าการคลอดยังไม่สมบูรณ์ ดังนั้น ทารกจึงต้องออกจากครรภ์มารดาหมดทั้งตัว จึงจะถือว่าได้คลอดตามมาตรา 15

ในสายตาทกกฎหมาย เพียงแค่ทารกพ้นจากครรภ์มารดาทั้งหมด ก็เป็นการคลอดที่สมบูรณ์แล้ว ไม่จำเป็นต้องดูว่า ต้องมีการตรวจให้เรียบร้อยก่อน และต้องรอให้มดลูกหดตัวอีก ประมาณ 15 นาที ถึง 2 ชั่วโมง หลังจากเด็กคลอด ซึ่งเป็นรายละเอียดในทางการแพทย์

ในส่วนของการอยู่รอดเป็นทารก องค์การอนามัยโลก ได้ให้คำจำกัดความของทารกคลอดมีชีวิตไว้ ดังนี้

“ การคลอดมีชีวิต คือ ผลผลิตของการปฏิสนธิถูกขับออกมาจากร่างกายมารดาหมดทั้งตัว โดยไม่คำนึงถึงระยะเวลาการตั้งครรภ์ และเมื่อทารกนั้นออกมาจากร่างกายมารดาแล้วมีการหายใจ หรือแสดงหลักฐานของการมีชีวิต เป็นต้นว่า หัวใจเต้น สายสะดือเต้น มีการเคลื่อนไหวชัดเจนของกล้ามเนื้อที่อยู่ในอำนาจของจิตใจ โดยไม่คำนึงถึงว่าการตัดสายสะดือแล้วหรือยัง หรือทารกยังติดอยู่กับมารดาหรือไม่การคลอดเช่นนั้นถือว่าการคลอดมีชีวิต”

การมีสภาพบุคคล กฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 15 “สภาพบุคคลเกิดขึ้นเมื่อคลอด และอยู่รอดเป็นทารก และสิ้นสุดเมื่อตาย” ที่ถือการคลอดแล้ว เป็นหลักของการเริ่มต้นสภาพบุคคล การอยู่รอดเป็นพฤติกรรมประกอบารคลอดไม่ได้ถือเป็นจุดเริ่มต้นของสภาพบุคคล

³¹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 15 บัญญัติว่า

“สภาพบุคคลย่อมเริ่มแต่เมื่อคลอดแล้วอยู่รอดเป็นทารกและสิ้นสุดลงเมื่อตาย”

ศาสตราจารย์จิตติ ติงศภัทย์ ถือการมีชีวิตตามหลักของการแพทย์เป็นสำคัญในการพิจารณาการเริ่มสภาพบุคคลตามกฎหมาย

การถือการหายใจของทารกเป็นเครื่องหมายถึงการมีชีวิตเพียงอย่างเดียวนั้น นอกจากจะไม่ตรงกับหลักทางวิทยาศาสตร์แล้ว ยังค้านกับหลักการตามตรรกวิทยา ดังนั้นการอยู่รอดเป็นทารก จึงไม่ควรจะอาศัยแต่เพียงการหายใจเป็นเครื่องตัดสินเท่านั้น ควรอาศัยหลักฐานทางการแพทย์อย่างอื่นประกอบในการวินิจฉัยด้วย ดังนั้น ถ้าทารกคลอดออกมาแล้วไม่หายใจ หากแพทย์ได้ทำการช่วยเหลือให้หายใจ หรือมีหลักฐานและปฏิกิริยาอื่น ๆ ที่แสดงถึงการมีชีวิต แล้วทารกตายลง น่าจะถือได้ว่าทารกตายหลังจากคลอด

กล่าวโดยสรุป ในเรื่องการมีสภาพบุคคลในทางกฎหมาย ไม่นำหลักการเริ่มต้นของชีวิตโดยการปฏิสนธิของทารกมาใช้ในการวินิจฉัยการมีสภาพบุคคล ดังนั้น ไม่ว่าจะการปฏิสนธิของทารกจะเกิดขึ้นโดยวิธีการใด จึงไม่ส่งผลถึงการมีสภาพบุคคลตามกฎหมาย แต่จะพิจารณาจากการคลอดและการมีชีวิตอยู่รอดของทารกเป็นสำคัญ กล่าวคือ ทารกที่มีสภาพบุคคลนั้น ต้องเป็นทารกที่คลอดพ้นจากครรภ์มารดาทั้งตัว โดยไม่ต้องคำนึงว่าจะใช้เวลาอยู่ในครรภ์มารดาเท่าไร และจะตัดสายสะดือหรือไม่ก็ตาม และต้องมีชีวิตอยู่รอดโดยมีหลักฐานและปฏิกิริยาที่แสดงถึงการมีชีวิต ไม่ว่าจะเป็นการหายใจหรือปฏิกิริยาอื่น ๆ ก็ตาม³²

2.2.2.2 การสิ้นสภาพบุคคล มหาวิทยาลัย

ป.พ.พ. มาตรา 15 บัญญัติให้ “สภาพบุคคลสิ้นสุดลงเมื่อตาย”

ความสำคัญที่ต้องศึกษาถึงการสิ้นสภาพบุคคล เพราะการเริ่มต้นสภาพบุคคลทำให้บุคคลมีสิทธิและหน้าที่ตามกฎหมาย แต่การสิ้นสภาพบุคคล จะเกิดผลในทางตรงกันข้าม เช่น สิ้นสภาพแห่งฐานะ สิทธิและหน้าที่เฉพาะตัว ทรัพย์สินมรดกตกทอดแก่ทายาท ทำให้ร่างกายมีสภาพเป็นศพ เป็นต้น และเนื่องจากการสิ้นสภาพบุคคล กฎหมายได้กำหนดว่าสิ้นสุดลงเมื่อตาย ดังนั้นจึงจำเป็นต้องศึกษาเกี่ยวกับการวินิจฉัยการตายว่าบุคคลนั้นตายลงเมื่อใด ด้วยสาเหตุใด เพื่อที่จะได้เป็นเครื่องบ่งชี้ว่าบุคคลนั้นสิ้นสภาพบุคคลแล้วหรือไม่

³² ผนวก รุจิกัณเฑาะ, "สถานะและปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับศพและชิ้นส่วนของศพ," หน้า 31.

ในการวินิจฉัยการตาย ส่วนใหญ่จะมีแพทย์เข้ามาเกี่ยวข้องด้วย เนื่องจากในทางวิชาชีพ แพทย์มีหน้าที่เกี่ยวข้องกับความตายด้วยดังนี้

- 1 วินิจฉัยการตาย
- 2 ออกใบรับรองการตายเพื่อประโยชน์ทางทะเบียนราษฎร
- 3 ให้ความเห็นในบางกรณีว่าผู้ตายได้ตายลงเมื่อใด

เมื่อแพทย์ลงความเห็นว่ายตายเมื่อใด สภาพบุคคลตามกฎหมายก็จะสิ้นสุดลงเมื่อนั้น ดังนั้น จึงจำเป็นต้องเสนอเกณฑ์การวินิจฉัยการตายทางการแพทย์ควบคู่กันไปกับเกณฑ์การวินิจฉัยการตาย ในทางกฎหมาย เพื่อประโยชน์ในการศึกษาวิจัย

- ความหมายทางการแพทย์

คำจำกัดความของการตายในทางการแพทย์แบ่งออกเป็น

ก. คำจำกัดความเดิม (Traditional Concept of Death)

กลไกการทำงานของร่างกายมนุษย์ มีระบบที่สำคัญในการดำรงชีวิตอยู่ 3 ระบบ คือ

ระบบประสาทกลาง ได้แก่ สมอง

ระบบไหลเวียน ได้แก่ หัวใจ หลอดเลือด

ระบบหายใจ ได้แก่ หลอดลม ปอด

สมองจะเป็นตัวควบคุมการทำงานของปอดและหัวใจ ให้การหายใจและการเต้นของหัวใจ เป็นจังหวะ การหายใจเป็นการรับเอาออกซิเจนเข้าไปในกระแสโลหิต การเต้นของหัวใจเป็นการลำเลียงออกซิเจนไปเลี้ยงร่างกาย สมอง หัวใจ และปอดให้มีชีวิต มีพลังงาน หากมีเหตุขัดข้องขึ้นที่ระบบใดจะทำให้อีก 2 ระบบที่เหลือเกิดขัดข้องไปด้วย ถ้าการหายใจเกิดหยุดจะทำให้เกิดภาวะการขาดออกซิเจนเกิดขึ้นทั่วร่างกาย หัวใจที่ขาดออกซิเจนก็ไม่สามารถที่จะเต้นต่อไปได้ เป็นผลให้เกิดการตายขึ้น และเนื่องจากระบบการหายใจสามารถตรวจได้ง่ายจากภายนอก โดยไม่จำเป็นต้องใช้เครื่องมือหรืออุปกรณ์พิเศษอื่นใด การวินิจฉัยการตายของแพทย์จึงพิจารณาที่ระบบการหายใจ และ

การเต้นของหัวใจเป็นหลัก การตายในทางการแพทย์จึงสามารถให้คำจำกัดความได้ว่า³³ “เป็นการสิ้นสุดของชีวิตซึ่งแสดงออกโดยการหยุดหายใจและหัวใจหยุดเต้น”³⁴

ข. คำจำกัดความตามประกาศแพทยสภาเรื่องเกณฑ์วินิจฉัยสมองตาย

แม้ว่าร่างกายมนุษย์ได้หยุดการหายใจและหัวใจหยุดเต้นอันมีความหมายว่ามนุษย์คนนั้นนั้นได้ถึงแก่ความตายแล้ว แต่เซลล์อวัยวะต่าง ๆ ยังไม่ตายตามไปด้วยด้วยทันทีทันใด เซลล์อวัยวะต่าง ๆ จะยังคงสามารถมีชีวิตและทำงานได้ต่อไปอีกชั่วระยะเวลาหนึ่ง เป็นระยะเวลาต่าง ๆ กัน เพราะอวัยวะแต่ละอย่าง มีความทนทานต่อการขาดออกซิเจนได้แตกต่างกัน และสามารถแสดงปฏิกิริยาต่าง ๆ เหมือนกับในขณะที่ยังมีชีวิตอยู่ เรียกว่า “ปฏิกิริยาเหนือชีวิต” อาทิ หลังจากว่าจะหยุดเต้น เซลล์ในสมองบางส่วนจะหยุดการทำงานภายใน 3 ถึง 6 นาที แต่บางส่วนทำงานได้อีกประมาณ 15 นาที ไตจะมีชีวิตอยู่ได้อีกประมาณ 1 ชั่วโมง กล้ามเนื้อจะมีชีวิตอยู่ได้อีก 4 ถึง 6 ชั่วโมง ผมและเล็บจะมีชีวิตอยู่และสามารถงอกยาวขึ้นได้อีกหลายวัน³⁵

ทั้งในปัจจุบัน วิทยาการสมัยใหม่ทางการแพทย์เจริญก้าวหน้าไปเป็นอันมาก ทำให้แพทย์สามารถที่จะกระตุ้นหัวใจที่หยุดเต้นให้เต้นใหม่ได้อีกครั้ง มีเครื่องช่วยหายใจ มีอุปกรณ์ที่ใช้สูบลมให้ทดแทนการเต้นของหัวใจ มีการปลูกถ่ายอวัยวะ (Organ Transplants) จากบุคคลหนึ่งไปยังอีกบุคคลหนึ่ง ซึ่งกรณีดังกล่าวนี้เป็นที่เห็นพ้อง และยอมรับกันโดยทั่วไปว่าบุคคลนั้น ๆ ยังไม่ตาย แม้ว่าหัวใจจะหยุดเต้นแล้ว

เห็นได้ชัดว่าคำจำกัดความของ “ความตาย” ที่ใช้หลักพิจารณาการหยุดหายใจและหัวใจหยุดเต้น ไม่อาจจะใช้ได้กับกรณีที่กำลังมาข้างต้นนี้ ในทางการแพทย์จึงมีความจำเป็นที่จะต้องหาคำจำกัดความของความตายเสียใหม่ ให้สามารถครอบคลุมและสอดคล้องกับวิทยาการสมัยใหม่ทางการแพทย์ โดยต้องพิจารณาว่าคนจะตายเมื่อปราศจากการทำงานของ 3 ระบบดังกล่าว กล่าวคือ สมองหยุดทำงานโดยตรวจด้วยการวัดคลื่นสมองด้วยไฟฟ้า หัวใจหยุดเต้น และหายใจเองไม่ได้ ทั้งสามประการนี้

³³ ประพัฒน์พงศ์ สุคนธ์, "การยกเว้นความรับผิดชอบในการทำให้ผู้ป่วยตายด้วยความสงสาร" (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท สาขาวิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2529), หน้า 50.

³⁴ สันต์ หัตถ์รัตน์, การดูแลรักษาผู้ป่วยที่หมดหวัง (กรุงเทพมหานคร: อมรินทร์การพิมพ์, 2521) (โครงการตำราศิริราช คณะแพทยศาสตร์ ศิริราชพยาบาล มหาวิทยาลัยมหิดล), หน้า 50.

³⁵ Glanville Williams, ed. Textbook of Criminal Law (London: Stevens & sons, 1978).

ประกอบกันถึงจะถือว่าคนตาย และการทำงานของสมองควรจะพิจารณาว่ามีความสำคัญที่สุด เพราะปัจจุบันนี้ยังไม่มีเครื่องมือใด ๆ จะใช้แทนสมองชั่วคราว หรือเสริมกันทำงานของสมองได้ เมื่อสมองไม่สามารถควบคุมการหายใจ จังหวะการเต้นของหัวใจ การหายใจหรือการเต้นของหัวใจยังดำเนินต่อไปเองไม่ได้ เว้นแต่จะใช้เครื่องมือวิทยาศาสตร์เข้าช่วยทำงานแทน การใช้เครื่องมือช่วยหายใจหรือการเต้นของหัวใจนั้น จุดประสงค์เพื่อให้อวัยวะต่าง ๆ ของร่างกาย รวมทั้งสมองด้วย ได้ออกซิเจนหล่อเลี้ยงอยู่ตามปกติ และหวังจะให้สมองที่เสียหายที่ไปนั้นได้กลับคืนทำหน้าที่ควบคุมกลไกต่าง ๆ ได้ดังเดิม ถ้าสมองเสียหายที่ไปอย่างถาวรแล้วย่อมไม่กลับมาปฏิบัติหน้าที่ได้อีก การใช้เครื่องมือช่วยหายใจ และเครื่องแทนการเต้นของหัวใจย่อมไม่ทำให้ผู้นั้นฟื้นคืนสติได้อย่างคนปกติ หากใช้ประคับประคองชีวิตคนนั้นต่อไปด้วยเครื่องมือดังกล่าว ย่อมไร้ประโยชน์และเกิดความสูญเสียทางเศรษฐกิจโดยไม่จำเป็น ดังนั้น วงการแพทย์จึงได้พิจารณาเอาระบบการทำงานของสมองมาเป็นหลักในการวินิจฉัยความตายแทนระบบการหายใจเดิม หรือที่เรียกว่าเกณฑ์การวินิจฉัยสมองตายนั่นเอง

ส่วนปัญหาเกี่ยวกับการยอมรับของกฎหมายในเรื่องนี้ เป็นปัญหาที่เกิดขึ้นในหลายประเทศ บางประเทศบัญญัติเป็นกฎหมายไว้ไม่ชัดเจน ยอมรับเอากันที่สมองตายเป็นการตายสิ้นสภาพบุคคลตามกฎหมาย บางประเทศเป็นเพียงการยอมรับทางการแพทย์ และบางประเทศก็ยังไม่ยอมรับหลักการนี้

สำหรับประเทศไทยนั้น ได้มีการผ่าตัดเปลี่ยนไตมาตั้งแต่ปี พ.ศ. 2515 และต่อมาได้มีการผ่าตัดเปลี่ยนหัวใจได้ที่โรงพยาบาลจุฬาลงกรณ์ เป็นเหตุให้ต้องมีการออกประกาศของโรงพยาบาลจุฬาลงกรณ์ เรื่องเกณฑ์ปฏิบัติเกี่ยวกับสมองตาย และเกณฑ์การวินิจฉัยสมองตาย เพื่อนำมาเป็นมาตรฐานในการใช้เปลี่ยนถ่ายอวัยวะที่จะเกิดขึ้นในครั้งต่อไป ต่อมาการปลูกถ่ายอวัยวะได้มีการแพร่หลายมากขึ้นในโรงพยาบาลต่าง ๆ ทำให้มีหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับสมองตาย และการวินิจฉัยสมองตายเกิดขึ้นมากมาย ซึ่งแต่ละแห่งก็มีความแตกต่างกัน ดังนั้น เพื่อทำให้เป็นมาตรฐานเดียวกัน แพทยสภาจึงได้ออกประกาศแพทยสภาเรื่องเกณฑ์วินิจฉัยสมองตายขึ้น เมื่อวันที่ 30 มิถุนายน 2532 แก้ไขเพิ่มเติมวันที่ 31 มีนาคม 2539 โดยมีเกณฑ์ที่สำคัญคือ

การวินิจฉัยสมองตายจะทำได้ในภาวะและเงื่อนไข ดังต่อไปนี้³⁶

³⁶ ผนวก รุจิภัณฑะ, "สถานะและปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับศพและชิ้นส่วนของศพ," หน้า 36.

1. ผู้ป่วยต้องไม่รู้สีกตัว (Deeply Comatose) โดยจะต้องแน่ใจว่าเหตุของการไม่รู้สีกตัวนี้ไม่ได้เกิดจาก
 - 1.1 พิษยา (Drug Intoxication) เช่น ยา ยาเสพติด ยานอนหลับ หรือยากล่อมประสาท เป็นต้น
 - 1.2 ภาวะอุณหภูมิในร่างกายต่ำ (Primary hypothermia)
 - 1.3 สภาวะผิดปกติของระบบต่อมไร้ท่อและเมตาบอลิก (Metabolic And Endocrine Disturbances)
 - 1.4 สภาวะช็อค
2. ผู้ป่วยที่รู้สีกตัวนั้นอยู่ในเครื่องช่วยหายใจ (Comatose Patient On Ventilator) เนื่องจากไม่หายใจ โดยจะต้องแน่ใจว่าเหตุของการหายใจไม่เกิดจากยาคลายกล้ามเนื้อ หรือยาอื่น ๆ
3. จะต้องมีข้อวินิจฉัยถึงสาเหตุของการไม่รู้สีกตัว และไม่หายใจในผู้ป่วยนั้น โดยที่ให้ออกซิเจนโดยปราศจากข้อสงสัยเลยว่า สภาวะของผู้ป่วยนี้เกิดขึ้นจากที่สมองเสียหาย โดยไม่มีหนทางเยียวยาได้อีกแล้ว
4. ถ้าผู้ป่วยอยู่ในสภาวะตรงข้ามเงื่อนไขที่กำหนด จะต้องทำการตรวจสอบเพื่อยืนยันสมองตาย
 - 4.1 ต้องไม่มีการเคลื่อนไหวใด ๆ ได้เองไม่มีอาการชัก
 - 4.2 ต้องไม่มีปฏิกิริยาของแกนสมองทั้ง 6 ประการ
 - 4.3 ไม่สามารถหายใจได้เอง ซึ่งทดสอบได้โดยการหยุดเครื่องช่วยหายใจ ให้ออกซิเจนทางสายยางเข้าไปในหลอดลม เป็นระยะเวลาอย่างน้อย 10 นาที แล้วคอยดูว่ามีการหายใจหรือไม่ ขณะที่ทดสอบควรมีค่าความดันของคาร์บอนไดออกไซด์ในกระแสเลือดไม่ต่ำกว่า 60 มม.ปรอท ถ้าสามารถวัดได้
 - 4.4 สภาวะการตรวจพบในข้อ 4.1 4.2 หรือ 4.3 นี้จะต้องไม่มีการเปลี่ยนแปลงเป็นเวลาอย่างน้อย 6 ชั่วโมง จึงจะถือว่าสมองตาย

เกณฑ์การวินิจฉัยสมองตายของไทย ได้ยึดถือหลักก้านสมองตายอย่างสิ้นเชิงและตลอดไป โดยอ้างอิงหลักเกณฑ์จากเกณฑ์ของโรงพยาบาลมหาวิทยาลัยมิชิแกน และจัดอยู่ในกลุ่มประเทศที่ยอมรับเกณฑ์สมองตายเป็นตาย แต่ไม่มีกฎหมายรับรอง

กล่าวโดยสรุป หากเป็นกรณีผู้ป่วยอยู่ในสภาวะหรือเหตุการณ์ธรรมชาติ ไม่หมดสติ ไม่ใช่เครื่องอุปกรณ์การช่วยชีวิตทางการแพทย์ และไม่ได้ป่วยด้วยโรคทางสมองทำให้ก้านสมองถูกทำลายทั้งหมดแล้วตายลง การประกาศการตายก็สามารถกระทำได้โดยวิธีการตรวจทางคลินิก โดยใช้การตรวจดูระบบการหายใจตามคำจำกัดความเดิม

แต่หากผู้ป่วยอยู่ในภาวะหรือเหตุการณ์ที่ผิดปกติ หมดสติ ไม่มีความรู้สึก มีการใช้อุปกรณ์ช่วยชีวิตทางการแพทย์ และทำการวินิจฉัยแล้วว่าการสมองถูกทำลายโดยสิ้นเชิงตลอดไป ไม่สามารถหายใจเองได้ อยู่ได้ด้วยเครื่องช่วยหายใจ และเมื่อหยุดเครื่องมือทุกอย่างก็จะหยุดเช่นนี้ การประกาศการตายจะกระทำต่อเมื่อมีการปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ว่าด้วยสมองตายเป็นเสียก่อน ตามคำจำกัดความในปัจจุบัน

- ความหมายทางกฎหมาย

แบ่งการตายออกเป็น 2 ประเภทคือ

ก. การตายทางกฎหมาย (Legal death)

การตายทางกฎหมาย คือการที่กฎหมายปฏิบัติกับบุคคลนั้นราวกับว่าได้ตายไปแล้วโดย (being Treated as if One were Dead) โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในเรื่องของทรัพย์สินเป็นความตายของบุคคลที่กฎหมายสันนิษฐาน ซึ่งความเป็นจริงบุคคลนั้นอาจจะยังไม่ตายก็ได้ เพียงแต่หายสาบสูญ ไม่มีผู้ใดพบเห็นหรือได้ข่าวคราว อันก่อให้เกิดปัญหาในเรื่องการจัดการทรัพย์สินของบุคคลนั้น เพื่อเป็นการแก้ปัญหาดังกล่าว โดยจัดให้มีผู้จัดการดูแลทรัพย์สินและผลประโยชน์อื่น ๆ หรือให้ทายาทตามกฎหมายมีสิทธิได้รับทรัพย์สินเป็นมรดกตามส่วนที่พึงได้รับตามกฎหมายกำหนด และจะได้จัดการดูแลทรัพย์สินนั้นต่อไป จึงมีความจำเป็นทางกฎหมายที่จะต้องสันนิษฐานว่า หากบุคคลใดได้หายไปจากภูมิลำเนาในช่วงระยะเวลาหนึ่ง โดยไม่มีผู้ใดทราบข่าวคราวหรือพบเห็น ก็ให้ถือว่าบุคคลนั้นเป็นบุคคลสาบสูญ หรือตายทางกฎหมาย

สำหรับประเทศไทย กรณีสาบสูญประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้กำหนดระยะเวลา 7 ปี ในกรณีธรรมดา และ 3 ปี ในกรณีที่บุคคลนั้นต้องอยู่ในสภาพสมรภูมิสงคราม เรือที่อัปปาง หรือตก อยู่ในสถานะที่จะเป็นอันตรายแก่ชีวิตประการอื่นใด (ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 64) ซึ่งหากต่อมาได้ปรากฏข้อเท็จจริงต่อศาลว่าบุคคลนั้นยังไม่ตาย ศาลจะมีคำสั่งเพิกถอนคำสั่งเดิมที่สั่ง ให้เป็นบุคคลสาบสูญได้ (ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 66)³⁷

ข. การตายที่เกิดขึ้นจริง

การตายที่เกิดขึ้นจริง คือ ต้องมีการตายเกิดขึ้นจริง ๆ (being dead) ซึ่งเป็นองค์ประกอบ สำคัญมีความผิดฐานฆ่าคนตายตามกฎหมายอาญา เมื่อการตายทางกฎหมายเป็นสิ่งสำคัญ ในบาง ประเทศจึงได้กำหนดนิยามของการตายเอาไว้เป็นการเฉพาะ ยกตัวอย่างเช่น มลรัฐแคนซัส ประเทศ สหรัฐอเมริกา ได้ออกกฎหมายกำหนดเวลาตายขึ้นในปี 2513 เป็นฉบับแรกของโลก

2.3 แนวคิดเกี่ยวกับการคุ้มครองศพ

2.3.1 ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 นับได้ว่าเป็นรัฐธรรมนูญฉบับแรกที่ได้บัญญัติ รับรองเรื่อง “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” โดยบัญญัติไว้ในมาตรา 4 ว่า “ศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ สิทธิและเสรีภาพของบุคคลย่อมได้รับความคุ้มครอง” มาตรา 26 บัญญัติว่า “การใช้อำนาจองค์กร ของรัฐทุกองค์กรต้องคำนึงถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์สิทธิและเสรีภาพตามบุตรบัญญัติแห่ง รัฐธรรมนูญนี้” และมาตรา 28 วรรคแรก บัญญัติว่า “บุคคลย่อมอ้างศักดิ์ศรีของเป็นมนุษย์ หรือใช้ สิทธิและเสรีภาพของตนได้เท่าที่ไม่ละเมิดสิทธิเสรีภาพของบุคคลอื่น ไม่เป็นปฏิปักษ์ต่อรัฐธรรมนูญ หรือไม่ขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน” ซึ่งต่อมารัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2550 ได้นำหลักการดังกล่าวมา บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน จากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญดังกล่าวนี้เอง มีความจำเป็นอย่าง

³⁷ ประพัฒน์พงศ์ สุคนธ์, "การยกเว้นความรับผิดชอบในการทำให้ผู้ป่วยตายด้วยความสงสาร," หน้า 50.

ยี่งที่จะต้องศึกษารายละเอียดในเรื่องดังกล่าว เพื่อให้เกิดความชัดเจนเกี่ยวกับสถานะของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ³⁸

2.3.1.1 ข้อความคิดว่าด้วยศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์

ในหัวข้อนี้จะกล่าวถึงความเป็นมาของการบัญญัติรับรองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ไว้ในบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ

ความหมายของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สารัตถะอันเป็นรากฐานของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สถานะของศักดิ์ศรีของเป็นมนุษย์ ขอบเขตการคุ้มครองของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ การใช้อำนาจขององค์กรรัฐกับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามมาตรฐานไทย การละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ และสถานะทางกฎหมายของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ การศึกษาในเรื่องดังกล่าวจึงเน้นการศึกษาเชิงเปรียบเทียบ โดยเฉพาะอย่างยิ่งจะศึกษาเปรียบเทียบกับ “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” ตามบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ (Grundgesetz) ของเยอรมัน ทั้งนี้เพราะเยอรมันเป็นประเทศหนึ่งที่ได้บัญญัติให้ความรับรองคุ้มครองเรื่อง “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” ไว้ในมาตราแรกของรัฐธรรมนูญเยอรมัน และได้มีการพัฒนาและกฎหมายปกครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์มาโดยตลอด³⁹

อีกทั้งโครงสร้างในทางเนื้อหาของรัฐธรรมนูญไทย ในส่วนที่เกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพ มีโครงสร้างใกล้เคียงกับรัฐธรรมนูญของเยอรมันอย่างยิ่ง ดังนั้น การศึกษาเรื่องศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ โดยเทียบกับเยอรมัน จึงน่าจะเป็นประโยชน์ต่อการทำความเข้าใจในเรื่องศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญของไทย

2.3.1.2 ความเป็นมาของการบัญญัติรับรองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ไว้ในบทบัญญัติรัฐธรรมนูญของต่างประเทศ⁴⁰

มีรัฐธรรมนูญที่รับรองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ กล่าวคือ รัฐธรรมนูญของประเทศเยอรมัน และรัฐธรรมนูญของประเทศแอฟริกาใต้ โดยทั้ง 2 ประเทศนี้ ต่างมีปัญหาในเรื่องการกระทำของมนุษย์ ในลักษณะที่แตกต่างกันออกไป ซึ่งอาจกล่าวได้ว่าที่มาของคำว่าศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ใน

³⁸ บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2555), หน้า 83.

³⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 83.

⁴⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 84.

รัฐธรรมนูญของทั้งสองประเทศนั้น ล้วนแต่แต่มีที่มาอันเจ็บปวดของมนุษย์ ของประเทศเยอรมันนั้น สืบเนื่องมาจากเหตุการณ์ในระหว่างสงครามโลกครั้งที่สอง กองกำลังความปลอดภัยของนาซีได้ดำเนินวิธีการต่างๆ ที่มนุษย์ไม่พึงปฏิบัติการแก่ชนชาติยิว เช่น โยนหัวสตรีนาเอาผมไปทอเป็นเครื่องนุ่งห่ม การใช้มนุษย์เป็นเครื่องทดลองยา โดยฉัดสารต่างๆ เข้าร่างกาย ผลร้ายที่เกิดแก่มนุษย์เหล่านั้น ไม่ว่าจะความพิการ ความตาย เหล่านาซีไม่เคยสนใจ หรือในค่ายกักกันมีการนำชาวยิว เข้าไปห้องโถงใหญ่มีก๊าซพิษออกมาทำลายชีวิต ซึ่งคาดว่าจะมีประมาณวันละกว่า 1000 คนที่ถูกทำลายชีวิตโดยวิธีนี้ ที่น่าสลดใจคือการเปิดปากศพเพื่อนำเอาฟันปลอมซึ่งส่วนมากเป็นทองคำออกมา

คาดกันว่ามีชาวยิวตายในช่วงสงครามโลกครั้งที่สองประมาณ 6,000,000 คน ด้วยความสำนึกที่มีต่อมนุษยชาติที่บรรดาเรานาซีได้กระทำต่อชาวยิว ด้วยเหตุผลนี้เองเมื่อมีการร่างรัฐธรรมนูญฉบับ 1949 (ฉบับปัจจุบัน) ในมาตรา 1 (1) ว่า “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นสิ่งที่ไม่อาจล่วงละเมิดได้ เป็นภาระหน้าที่ของรัฐที่จะต้องให้ความเคารพและให้ความคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” จะเป็นการสร้างเจตนาในนามของรัฐเยอรมันว่า ประเทศเยอรมันนั้นเคารพและจักคุ้มครองต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ จักไม่กระทำการดังที่สร้างกองทัพของตนได้กระทำต่อชาวยิวอีกต่อไปแล้ว

สำหรับกรณีของแอฟริกาใต้นั้น ในช่วงราวทศวรรษที่ 20 ชาวมืดขาวได้ปฏิบัติต่อชาวมืดดำซึ่งอยู่ในสังคมเดียวกัน เสมือนว่าชนมืดดำนั้นไม่ใช่คน เช่น ที่อยู่อาศัยจะต้องแยกจากกันอย่างเด็ดขาด การขึ้นรถประจำทางชาวมืดขาวเท่านั้นที่จะได้ขึ้นประตูหน้า ชนชาวมืดดำต้องขึ้นทางประตูหลัง ห้องน้ำสาธารณะก็ต้องแยก ส่วนการศึกษาชาวมืดดำแทบไม่มีโอกาสเลย

ผู้ใดฝ่าฝืนกฎเหล็กดังกล่าวนี้จะต้องถูกลงโทษอย่างหนัก เหตุการณ์ในแอฟริกาใต้นั้นที่มีการแบ่งแยกผิวอย่างกว้างขวางโดยการใช้ความรุนแรง นำไปสู่การเปลี่ยนแปลงสังคม ได้มีการบันทึกในรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1993 ของสาธารณรัฐแอฟริกาใต้ ในหมวด 1 ข้อ 1 ว่า “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นคุณค่าที่จะต้องยึดถือ”⁴¹

ดังนั้นจะเห็นได้ว่า ที่มาของการบัญญัติถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นั้น มาจากกันปฏิบัติที่มนุษย์กระทำต่อมนุษย์โหดร้ายทารุณ หรือการกระทำที่ไม่เหมาะสมสมควร การยืนยันถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ จึงเป็นการยืนยันถึงความเท่าเทียมกันในฐานะของความเป็นมนุษย์

⁴¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 85.

2.3.1.3 ความหมายของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์

กลับไปศึกษาความเป็นมาในประวัติศาสตร์ของคำว่าศักดิ์ศรี (dignitas) ในความหมายของชาวโรมัน หมายถึง เกียรติในทางส่วนบุคคลที่ปรากฏต่อสาธารณะ ดังนั้น ศักดิ์ศรีในความหมายของชาวโรมันจึงไม่ใช่เรื่องของบุคคลทุกคน หากแต่หมายถึงเฉพาะผู้ที่รับเกียรติจากสาธารณะ

แต่ศักดิ์ศรีในความเข้าใจของศาสนาคริสต์ หมายถึง ความเมตตาของพระเจ้า ซึ่งเกี่ยวข้องกับข้อเท็จจริงในทางศาสนาคริสต์ว่า มนุษย์นั้นถูกสร้างขึ้นตามความประสงค์ของพระเจ้าผู้เป็นเจ้าของ ดังนั้น ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ไม่อาจถูกทำลาย หรือถูกพรากไปได้โดยการกระทำของบุคคลอื่น คำสอนว่า มนุษย์ทุกคนเสมอเหมือนกันในสายตาของพระเจ้าผู้เป็นเจ้าของ เพราะต่างเป็นบุตรของพระเจ้าผู้เป็นเจ้าของทุกคน (Image of God) มนุษย์ คือ ฉายาของพระเจ้า มีศักดิ์ศรีอันศักดิ์สิทธิ์ที่ได้รับจากพระเจ้า ความเป็นมนุษย์จึงเป็นสิ่งสูงส่ง ไม่อาจปฏิบัติต่อมนุษย์เหมือนไม้มนุษย์ มนุษย์จะต้องมีความเคารพต่อกัน หรือรู้จักปรับใช้กันและกัน

ในศตวรรษที่ 18 ปรัชญาของคานท์ (Kant) ได้อธิบายคำว่า “ศักดิ์ศรี” ว่าหมายถึงความถึงความเป็นอิสระของมนุษย์ มีวัตถุประสงค์เพื่อมนุษย์จะสามารถบรรลุสู่ทรงคุณค่าอันดีงามได้ Kant มีความเชื่ออันมั่นคงต่อศักดิ์ศรีมีมาแต่กำเนิด (Inherent Dignity)

ในทางพุทธศาสนาถึงแม้จะมีได้มีการพูดถึงคำว่าศักดิ์ศรีไว้โดยตรง แต่พระพุทธองค์เคยตรัสไว้ใน “อัครัญสูตร” ว่า วรรณะทั้ง 4 อันประกอบด้วยกษัตริย์ พราหมณ์ แพทย์ สูตร นั้น สามารถปฏิบัติได้ทั้งในทางตามที่ดีและชั่ว ดังนั้นวรรณะ หรือชนชั้นจึงไม่ใช่เครื่องวัด ความผิดถูกดีชั่วของบุคคลเกิดจากคนเสมอกัน ไม่ใช่เกิดจากคนที่ไม่เสมอกัน⁴²

จะเห็นได้ว่าจากการให้คำนิยามคำว่า “ศักดิ์ศรี” จากการศึกษาทางประวัติศาสตร์ หลักปรัชญาความเชื่อทางศาสนา การศึกษาความหมายของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ บนพื้นฐานดังกล่าว ยังไม่เพียงพอต่อการทำความเข้าใจในทางหลักกฎหมาย

ความหมายของคำว่า “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” ในทางกฎหมาย นักกฎหมายของเยอรมัน Guenter Duerig ได้ให้คำอธิบายว่า “ศักดิ์ศรี” หมายถึง มนุษย์ทุกคนเป็นมนุษย์ด้วยอำนาจแห่งชีวิตของเขาเอง ซึ่งทำให้เขาแตกต่างจากความเป็นอยู่ในสภาวะธรรมชาติ ที่ปราศจากความเป็นส่วนบุคคล

⁴² เรื่องเดียวกัน, หน้า 86.

และการทำให้บรรลุเป้าหมายภายในขอบเขตส่วนบุคคลนั้น ย่อมขึ้นอยู่กับ การตัดสินใจของบุคคล นั้นเอง ในอันที่จะกำหนดตนเองและในการสร้างสภาพแวดล้อมของตนเอง

Klaus Stern ได้สรุปสาระสำคัญของ “ศักดิ์ศรีของเป็นมนุษย์” ว่าหมายถึง คุณค่ามี ลักษณะเฉพาะ และเป็นคุณค่าที่มีความผูกพันอยู่กับความเป็นมนุษย์ บุคคลในฐานะที่เป็นมนุษย์ทุกคนได้รับคุณค่าดังกล่าว โดยไม่จำเป็นต้องคำนึงถึงเพศ เชื้อชาติ ศาสนา วัย และคุณสมบัติอื่นๆ ของบุคคล⁴³

ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ของเยอรมันได้เคยวินิจฉัยในคดี KPD-Urteil โดยอธิบายว่า บุคคลในรัฐเสรีประชาธิปไตย ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ถือว่ามีคุณค่าสูงสุด เป็นสิ่งที่ไม่อาจล่วงละเมิดได้ เป็นสิ่งจะต้องให้ความเคารพ และต้องให้ความคุ้มครองจากรัฐ

จากการให้ความหมายของ “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” โดยนักนิติศาสตร์ และโดยคำพิพากษาของศาลธรรมนูญแห่งสหพันธ์ของเยอรมันนั้น สรุปได้ว่าศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นั้น เป็นคุณค่าที่มีลักษณะเฉพาะ อันสืบเนื่องมาจากของมนุษย์ และเป็นคุณค่าที่ผูกพันอยู่กับความเป็นมนุษย์เท่านั้น ด้วยไม่ขึ้นอยู่กับเงื่อนไขอื่นใด เช่น เชื้อชาติ ศาสนา ด้วยถือว่าศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ เป็นคุณค่าที่ไม่อาจล่วงละเมิดได้⁴⁴

2.3.2 การคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของผู้ตาย

“ศักดิ์ศรี” คือ การยอมรับของบุคคลในสังคม แม้ว่าพฤติกรรมที่บุคคลกระทำนั้น หรือต้องการกระทำนั้นๆอาจจะกำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญหรือไม่ก็ได้ ถือว่าเป็นเรื่องดีงาม สมควรยกย่อง และต้องถือปฏิบัติ จะเป็นองค์กร มติขององค์กร การยอมรับขององค์กรต่างๆนั้นด้วยก็ได้ สิทธิเสรีภาพ หรือ อำนาจและหน้าที่ก็ถือเป็นศักดิ์ศรีด้วยเช่นกัน

“มนุษย์” คือ บุคคลทั่วไปไม่เลือกว่าจะเป็นชนชาติใด เผ่า ศาสนา ผิวสี ภาษา และอื่นๆ ที่มีสภาพเป็นที่ยอมรับว่าเป็นส่วนหนึ่งของสังคม ตลอดจนองค์กร, องค์กร ที่อาศัยมติเป็นข้อปฏิบัติไปตามประสงค์ขององค์กร, องค์กรก็ให้ถือเป็นมนุษย์ด้วยเช่นกัน

⁴³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 87.

⁴⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 88.

ดังนั้น คำว่า “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” (Human Dignity) เป็นคำที่อธิบายความหมายของสิทธิมนุษยชน ในแง่ของการให้คุณค่าแก่ความเป็นคนว่า คนทุกคนมีคุณค่าเท่าเทียมกัน ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ เป็นหลักการสำคัญของสิทธิมนุษยชนที่กำหนดสิทธิที่ติดตัวมาตั้งแต่เกิด ใครจะละเมิดไม่ได้ และไม่สามารถถ่ายโอนให้แก่กันได้ สิทธินี้คือสิทธิในการมีชีวิตและมีความมั่นคงในการมีชีวิตอยู่ คนทุกคนที่เกิดมาบนโลกมีศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ดังนั้นการปฏิบัติต่อกันของผู้คนในสังคมจึงต้องเคารพความเป็นมนุษย์ ห้ามทำร้ายร่างกาย ทรมานอย่างโหดร้าย หรือกระทำการใดๆ ที่ถือเป็นการเหยียดหยามความเป็นมนุษย์

ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ได้รับการรับรองไว้ในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน กติการะหว่างประเทศ อนุสัญญาและปฏิญญาระหว่างประเทศหลายฉบับ สังคมปัจจุบันมักละเลยศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ เพราะมีการให้คุณค่าของคนแตกต่างกัน สังคมทั่วไปให้คุณค่าของความเป็นคนที่สถานภาพทางสังคมของผู้คน เช่น เป็นกำนัน เป็นนายทหาร เป็นนายกรัฐมนตรี เป็นผู้พิพากษา สถานภาพทางสังคมของคนแต่ละคน ไม่ใช่ตัวชี้วัดว่ามนุษย์หรือคนคนนั้นมีศักดิ์ศรีของมนุษย์หรือไม่ แต่ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ คือการให้คุณค่าความเป็นคนตามธรรมชาติของมนุษย์ไม่ว่าจะเกิดมาพิการ เป็นเด็ก เป็นผู้หญิง ผู้ชาย กะเทย เกิดมาเป็นคนปัญญาอ่อน หรือยากจน คนทุกคนที่เกิดมาถือว่ามีคุณค่าเท่ากัน ต้องปฏิบัติต่อกันเยี่ยงมนุษย์อย่างเสมอหน้ากัน เพราะการปฏิบัติต่อกันของผู้คนในสังคมอย่างเสมอหน้ากันเป็นการเคารพ ศักดิ์ศรีมนุษย์

การกระทำในลักษณะที่ไม่เหมาะสม หยาบคาย หรือการกระทำในทางที่เสื่อมเสียต่อคนตาย นั้น เป็นการกระทำที่กระทบต่อความเคารพนับถือ หรือกระทบต่อความรู้สึกของญาติมิตรของผู้เสียชีวิต และความรู้สึกของประชาชนในสังคมอย่างรุนแรง แม้ว่าประชาชนทั่วไปจะไม่ได้เป็นญาติมิตร หรือไม่ได้พบเห็นการกระทำอันไม่เหมาะสมอย่างร้ายแรงเหล่านั้นก็ตาม แต่เมื่อได้พบเห็นหรือเพียงแต่รับรู้ข่าวเหล่านั้นก็เกิดความรู้สึกหดหู่กับสภาพสังคม และรู้สึกเสียใจกับการกระทำนั้น

การกระทำความผิดดังกล่าวเป็นลักษณะที่อาจเรียกว่าหลงผิดคิดว่าสิ่งที่ตนทำเป็นสิ่งที่ถูกต้อง นอกจากนั้นยังมีการกระทำในลักษณะเดียวกันอีก แต่เป็นข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในเรือนจำของฝรั่งเศส ซึ่งผู้กระทำความผิดได้ทำร้ายเพื่อนนักโทษซึ่งต้องทำอยู่ในห้องเดียวกันจนเสียชีวิตแล้วเดือนเนือมากินด้วยความแค้น หรือการกระทำที่ไม่เหมาะสมซึ่งมีข้อเท็จจริงเกิดขึ้นจากมูลเหตุจูงใจในเรื่องชู้สาว โดยมีลักษณะที่เป็นการฆ่าแล้วทำการเนียนเอาไว้ว่าเพศชาย หรือกรณีของการกระทำอันไม่

เหมาะสมซึ่งเกิดจากผู้ใกล้ชิดกับคนตาย ไม่ว่าจะป็นกรณีที่ผู้กระทำเป็นบิดามารดาของเด็กที่เสียชีวิต ซึ่งบิดามารดาเหล่านั้นไม่มีความสามารถในการเลี้ยงดู จนกระทั่งเด็กเสียชีวิตลง แล้วไม่นำเด็กที่เสียชีวิตไปประกอบพิธีศพ แต่กลับนำเด็กนั้นไปทิ้งไว้ตามสถานที่ลับตาคน หรือจะเป็นการกระทำจากผู้ที่ไม่เกี่ยวข้องที่ต้องใกล้ชิดกับศพ เช่น สัปเหร่อ ซึ่งได้กระทำในลักษณะอนาจารศพ หรือการกระทำในลักษณะที่ไม่คำนึงว่าบุคคลนั้นใคร เป็นผู้ที่มีศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ หรือนอกจากนั้น ในบางครั้งอาจเป็นการกระทำต่ออวัยวะของศพ เช่น การที่คนร้ายทุบกำแพงวัดซึ่งใช้เก็บโกศที่บรรจุอัฐิ เศษกระดูกของคนตายทิ้ง เพื่อนำโกศทองเหลืองไปขาย ซึ่งเป็นสิ่งที่จะกระทบกระเทือนต่อความรู้สึกของครอบครัว และคนสังคม

ดังนั้น เมื่อพิจารณาจากลักษณะของการกระทำอันไม่เหมาะสมเหล่านี้ทำให้เห็นได้ว่า โดยส่วนใหญ่แล้วการกระทำอันไม่เหมาะสมนี้ จะกระทำในที่ลับตาคน ส่งผลให้พบการกระทำได้ยาก ประกอบกับผู้ที่ถูกกระทำโดยตรงจากการกระทำอันไม่เหมาะสมนี้ ไม่สามารถฟื้นขึ้นมาเรียกร้องอะไรได้ ยิ่งไปกว่านั้นในบางกรณีญาติหรือคนใกล้ชิดของคนตายนั้น กลับกลายมาเป็นผู้กระทำการอันไม่เหมาะสมเสียเอง นอกจากนั้นในหลายกรณี จะพบว่าผู้ที่เกี่ยวข้องในกระบวนการยุติธรรมเองมองว่าผู้กระทำความผิดเป็นโรคจิต จึงไม่ดำเนินคดี ซึ่งแท้ที่จริงแล้วจะเห็นได้ว่า ในกรณีในหลายกรณีผู้กระทำไม่ได้เป็นโรคจิตเสมอไป โดยบางทีก็ได้กระทำไปเพราะมีความแค้น หรือมีเหตุจูงใจอื่น

ในกรณีของผู้ที่มีความต้องการทางเพศกับศพ (Necrophilia or Necrophilism) จัดได้ว่าเป็นพวกกามวิตถาร⁴⁵ ซึ่งถือว่าเป็นพฤติกรรมที่เบี่ยงเบนไปจากพฤติกรรมของคนปกติทั่วไป เป็นความผิดปกติทางจิตใจด้วย ในทางจิตเวชศาสตร์จัดไว้ในกลุ่มเดียวกับกลุ่มบุคคลบุคลิกภาพแปรปรวน (Personal disorder) ซึ่งถ้าถือตามนิยามศัพท์ ในพระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2525 แล้ว ก็ต้องถือว่าเป็นโรคอย่างหนึ่ง แต่ความรับผิดชอบทางอาญาของบุคคลกลุ่มนี้ จะไม่ได้รับประโยชน์จากประมวลกฎหมายอาญามาตรา 65

2.3.3 การให้ความคุ้มครองบุคคลในครอบครัวและสังคม

นอกจากศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิ่งสำคัญอีกสิ่งหนึ่งที่มนุษย์ได้รับติดตัวมาตั้งแต่กำเนิด นั่นก็คือครอบครัว ซึ่งมีบิดามารดา ญาติมิตรต่าง ๆ ก่อให้เกิดความผูกพันทั้งจากสายเลือด และความ

⁴⁵ วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์, นิติเวชศาสตร์, พิมพ์ครั้งที่ 7 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2554), หน้า 328.

ใกล้ชิดสนิทสนมกัน และการเป็นส่วนหนึ่งของสังคม ที่ถือเป็นเครื่องมือที่ทำให้สังคมเกิดการพัฒนา ทั้งจากการประกอบหน้าที่การงาน การทำคุณงามความดีต่าง ๆ ให้แก่สังคม ซึ่งรัฐก็ได้ให้การตอบแทนการทำหน้าที่ของบุคคลที่ถือเป็นเครื่องจักรในการพัฒนาสังคม โดยการให้ความคุ้มครองดูแลต่าง ๆ

การคุ้มครองดูแลประการหนึ่งก็คือ การออกกฎหมายที่เป็นการรับรอง และคุ้มครองสิทธิต่าง ๆ โดยเฉพาะกฎหมายอาญา ซึ่งมีบทบัญญัติที่คุ้มครองในด้านต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นชีวิต ร่างกาย ทรัพย์สิน เสรีภาพ เกียรติยศ ชื่อเสียง และการคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ที่บุคคลอื่นจะมาทำประการใด ๆ อันเป็นการกระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ไม่ได้ ซึ่งกฎหมายได้คุ้มครองไปจนกระทั่งบุคคลเหล่านั้นเสียชีวิตลงไป

อย่างไรก็ตาม เมื่อคนตายได้สิ้นสภาพบุคคลไป แต่ความรู้สึกรู้สึกที่เป็นครอบครัว ความทรงจำ และคุณงามความดีที่ได้กระทำไว้ต่อญาติมิตร และสังคม ไม่ได้หายไปด้วย ซึ่งสิ่งที่สะท้อนให้เห็นถึงความเป็นครอบครัว ความเคารพนับถือ และการระลึกถึงผู้เสียชีวิตได้เป็นอย่างดี นั่นก็คือการประกอบพิธีศพ ซึ่งก็ขึ้นอยู่กับศาสนา ความเชื่อ จารีตประเพณี และวัฒนธรรม เช่น ชาวอียิปต์โบราณ เชื่อว่าคนตายจะเอากลับมาเกิดใหม่ เช่นเดียวกับปรากฏการณ์ทางธรรมชาติ เช่น พระอาทิตย์ พระจันทร์ น้ำขึ้นน้ำลง ล้วนแสดงให้เห็นว่าตายแล้วเกิดใหม่ทั้งสิ้น การที่คนยังไม่เคยกลับมาเกิดเพราะว่าวิญญาณกลับมาหาร่างกายไม่เจอ จึงมีผู้คิดรักษาศพไว้รอวิญญาณกลับมาด้วยการทำมัมมี่ ซึ่งเป็นวิทยาศาสตร์เคมีที่เจริญก้าวหน้ามาก ตลอดจนการสร้างปิรามิด หลุมฝังศพ โรงศพ ซึ่งล้วนแต่มาจากปรัชญาความเชื่อนั้นทั้งสิ้น จนกลายเป็นศาสนา และลัทธิความเชื่อของสังคมต่อมา

เห็นได้ว่าการจัดทำพิธีศพ ไม่ว่าจะเป็นความเชื่อทางศาสนาวัฒนธรรมใดก็ตาม ต่างให้ความเคารพนับถือต่อศพของผู้ที่เสียชีวิต นอกจากนั้น การประกอบพิธีศพในลักษณะต่าง ๆ ดังกล่าวยังมีขั้นตอนของการบรรจุศพ เพื่อเก็บไว้ตามสถานที่ต่าง ๆ หรือที่เรียกกันว่าอวงซุ้ย เพื่อให้ลูกหลานได้แสดงความเคารพ และได้ระลึกถึงผู้ตาย ตามวัฒนธรรมของชาวไทยที่หลังจากการฃาปนกิจจะมีการเก็บเถ้ากระดูกไว้ส่วนหนึ่ง เพื่อให้ญาติเก็บรักษาไว้เป็นสัญลักษณ์ของผู้ตาย

นอกจากการประกอบพิธีที่แสดงถึงความเคารพต่อศพคนตายแล้ว ยังมีกรณีของผู้ที่ได้แสดงเจตนาบริจาคร่างไว้ก่อนที่จะหมดลมหายใจ ให้กับนักศึกษาแพทย์ได้ใช้ในการศึกษาหาความรู้ในเรื่องของระบบร่างกาย ที่เรียกว่าอาจารย์ใหญ่ ซึ่งนักศึกษาแพทย์ทุกคนให้ความเคารพเทิดทูน และถือ

เสมือนเป็นญาติผู้ใหญ่ที่ประสิทธิ์ประสาทวิชาความรู้ให้กับนักศึกษาแพทย์ ซึ่งถือเป็นอีกวิธีหนึ่งที่แสดงให้เห็นถึงความคิดที่แสดงถึงความเคารพต่อคนตายเช่นกัน

กฎหมายอาญาของไทยในปัจจุบันยังไม่มีบทบัญญัติใดที่มีความมุ่งหมายเพื่อให้ความคุ้มครองต่อคนตายโดยตรง จะมีก็แต่เพียงบทบัญญัติที่กำหนดถึงการกระทำบางลักษณะต่อคนตาย แต่ก็มี ความหมายในเรื่องต่างๆ เช่น ความมุ่งหมายในด้านพยานหลักฐาน หรือความมุ่งหมายในการคุ้มครองบุคคลในครอบครัวของคนตายเท่านั้น

ทั้งนี้ในประเทศไทยมีแนวความคิดว่ามนุษย์เมื่อเกิดมามีสิทธิหน้าที่ที่กฎหมายได้รับรอง และคุ้มครองไว้ และสิทธิกฎหมายให้ความคุ้มครองตั้งแต่เมื่อมนุษย์ได้เกิดมาก็คือ ความคุ้มครองด้านศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ซึ่งบุคคลอื่นจะมากกระทำให้เกิดความเสียหาย หรือกระทำโดยไม่คำนึงถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของผู้อื่นไม่ได้ และเมื่อมนุษย์ซึ่งเคยได้รับความคุ้มครองดังกล่าวได้ตายลง การกระทำต่อคนตายดังกล่าวก็ควรปฏิบัติด้วยความเคารพ ซึ่งในหลายประเทศได้มีบทบัญญัติในเรื่องนี้ไว้

2.4 พื้นฐานความคิดเกี่ยวกับศาสนา พิธีกรรม และประเพณีเกี่ยวกับศพ

ประเทศไทยนั้นมีศาสนาพุทธเป็นศาสนาหลักของชาติ โดยส่วนใหญ่จึงมีธรรมเนียม และพิธีกรรมต่างๆ ตามความเชื่อและศาสนา และว่าด้วยเรื่องพิธีกรรมเกี่ยวกับศพนั้น ก็อาจมีความแตกต่างกันไปตามสังคม สภาพแวดล้อม และขนบธรรมเนียมในแต่ละท้องถิ่น

โดยการให้ความเคารพนับถือต่อศพนั้น ปรากฏในหลายลักษณะ เช่น การวางโลงศพไว้บนที่สูง การบวชเพื่ออุทิศส่วนบุญส่วนกุศลให้แก่ผู้มีพระคุณที่ล่วงลับไปแล้ว และในแง่มุมของกฎหมาย ก็ได้มีการให้ความคุ้มครองและเคารพต่อศพคนตาย เช่นที่ปรากฏในกฎหมายตราสามดวงมาแต่โบราณ

การให้เกียรติศพ และให้เกียรติครอบครัวของผู้ตายนั้นมีมาตั้งแต่สมัยโบราณ ตามที่ปรากฏในกฎหมายตราสามดวง ว่าห้ามไม่ให้เจ้าหน้าที่ยึดเอาศพไว้เป็นประกันการชำระหนี้ โดยเห็นว่าการประกอบพิธีศพนั้นเป็นเรื่องสำคัญ และเป็นเรื่องที่กระทบกระเทือนต่อจิตใจของผู้ที่ยังมีชีวิตอยู่ ดังนั้น การที่เจ้าหน้าที่ยึดศพไว้ ทำให้ญาติไม่สามารถประกอบพิธีกรรมตามศาสนาได้ ย่อมเป็นสิ่งที่ไม่ถูกต้องไม่ควรไม่เห็นแก่อนิจจัง จึงได้ห้ามไม่ให้มีการยึดศพเอา

2.4.1 พิธีกรรม และประเพณีเกี่ยวกับศพ⁴⁶

วิกฤตการณ์การตายในประเทศไทย วิกฤตการณ์สุดท้ายของชีวิตมนุษย์ที่มีความสำคัญที่สุด และเป็นปัญหาสากลที่มนุษย์ทุกคนในสังคมโลกต้องเผชิญก็คือความตาย ที่ส่งผลให้เกิดความเปลี่ยนแปลงทั้งในด้านความสัมพันธ์ในครอบครัว กิจกรรมทางเศรษฐกิจ อารมณ์ความรู้สึกนึกคิด ที่สมาชิกที่ยังมีชีวิตอยู่จะต้องเผชิญ เนื่องจากแบบแผนของชีวิตในครอบครัวต้องถูกสั่นสะเทือนจากความตายของบุคคลดังกล่าว จึงมีการพยายามหาทางกำจัดและป้องกันผลร้ายต่างๆ ดังจะเห็นได้จาก ประเพณี พิธีกรรมเกี่ยวกับการทำศพ ซึ่งปฏิบัติกันในรูปแบบแตกต่างกันไปตามปัจจัยต่างๆ เช่น ยุคสมัย สภาพภูมิศาสตร์ และประวัติศาสตร์ วัฒนธรรมของแต่ละสังคม

ประมาณพุทธศตวรรษที่ 12 ถึง 13⁴⁷ เมื่อมีการพัฒนาของสังคมเมืองเกิดขึ้น ในภาคตะวันออกเฉียงเหนือที่มีการติดต่อกับส่วนอำนาจทางลุ่มน้ำเจ้าพระยา ติดต่อกับต่างประเทศ กับศาสนาฮินดู และศาสนาพุทธเข้ามาเป็นศาสนาของภูมิภาค⁴⁸ เกิดการสร้างศาสนสถาน อิทธิพลความเชื่อที่เข้ามาใหม่ ไม่ได้ทำให้ความเชื่อดั้งเดิมของประชาชนที่นับถือผีเสื่อมลง แต่เป็นการนับถือควบคู่กันไปกับความเชื่อในเทพเจ้าของศาสนาฮินดู กับพุทธศาสนาที่เน้นความเชื่อในกฎแห่งกรรม ความเชื่อในวิญญูสงสาร คือ การเวียนว่ายตายเกิด ประเพณีเผาศพ น่าจะเป็นพิธีกรรมที่เข้ามาพร้อมกับศาสนาพุทธ เพราะในหมู่คนไทยที่มีได้นับถือพุทธศาสนา มักจะมีประเพณีการฝังศพคนตาย แม้ในกลุ่มชาวไทยสมัยโบราณนิยมฝังศพ และปักธงสีขาวไว้เหนือหลุมฝังศพ⁴⁹

ประเทศไทยส่วนใหญ่ใช้วิธีเผาศพ เมื่อได้เผาศพเสร็จแล้ว วันรุ่งขึ้นญาติของผู้ตายจะกลับมาที่วัด และเก็บเถ้ากระดูกที่เหลือจากการเผา มากองเรียงเป็นรูปคน ให้หันศีรษะไปทางทิศตะวันตก นิมนต์พระมาชักบังสุกุล พรมด้วยน้ำหอม เสร็จแล้วนำกระดูกบรรจุในผอบ เก็บไว้บูชาที่บ้าน หรือนำไปลอยน้ำ หรือได้นำไปบรรจุในเจดีย์ หรือธาตุที่สร้างเพื่อบรรจุอัฐิในวัด⁵⁰ หากผู้ตายมีตำแหน่งสูง

⁴⁶ ปราณี วงษ์เทศ, พิธีกรรมเกี่ยวกับการตายในประเทศไทย, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร: บริษัทอมรินทร์ ปับริ่งกรุป, 2534), หน้า 5.

⁴⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 6.

⁴⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 7.

⁴⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 8.

⁵⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 12.

จะได้ไฟศักดิ์สิทธิ์ที่พระราชทานจากกษัตริย์ ทุกคนจะยืนไว้อาลัยเป็นการให้เกียรติผู้ตายโดยมีการวางดอกไม้จันทน์ จะเห็นได้ว่ารูปแบบของพิธีศพเช่นนี้ จะแสดงถึงชื่อเสียงเกียรติคุณของผู้ตายและผู้ที่ยังมีชีวิตอยู่⁵¹ เนื่องจากความต้องการมีเกียรติ มีชื่อและได้รับการยอมรับทางสังคม รวมทั้งเหตุผลทางความสะดวกทางด้านด้านเศรษฐกิจของเจ้าภาพ อีกทั้งการที่ลูกหลานของผู้ตายบวชหน้าศพเพื่ออุทิศส่วนบุญส่วนกุศลให้ผู้ตาย เป็นการแสดงถึงความกตัญญูตเวทีต่อปู่ย่าตายาย⁵² อีกทั้งยังเป็นการแสดงออกถึงความเคารพนับถือญาติที่เสียชีวิตไปแล้วอีกด้วย หรือเมื่อถึงวันสำคัญทางศาสนาอิสลามทุกปี ลูกหลานจะไปอ่านคัมภีร์ที่หลุมฝังศพนำดอกไม้ไปสักการบูชา รวมทั้งช่วยกันทำความสะอาดหลุมฝังศพ เพื่อแสดงถึงความรักและกตัญญูตเวที แสดงถึงความเคารพต่อศพด้วย⁵³

ความเคารพนับถือต่อคนตายในประเทศไทย ซึ่งมีประชากรหลายเชื้อชาติ ศาสนา การจัดทำพิธีศพจะมีความแตกต่างกันไป เช่น การจัดทำพิธีศพตามวัฒนธรรมไทยที่มีการรดน้ำศพ หรือการสวดอิศริยมศพ มีการฌาปนกิจหรือการจัดทำพิธีศพของชาวไทยเชื้อสายจีน ซึ่งมีการสวดศพแล้วนำศพไปฝังที่ฮวงซุ้ย หรือการจัดทำพิธีศพของผู้นับถือศาสนาอิสลาม ที่มีข้อห้ามกระทำกรใด ๆ ที่ไม่เหมาะสมต่อร่างกายศพ ห้ามกล่าวถึงผู้ตายในทางไม่ดี รวมทั้งแนวทางปฏิบัติ เช่น การยืนขึ้นให้เกียรติแก่ศพนั้น เมื่อศพถูกยกขึ้น หรือเมื่อมีศพผ่าน แม้จะไม่ใช้ศพมุสลิมก็ตาม และต้องทำพิธีฝังภายใน 24 ชั่วโมง

พิธีศพตามความเชื่อของศาสนาอิสลามจะไม่ใช้การเผา เพราะเชื่อว่าไฟเป็นของร้อน และเชื่อว่ามนุษย์ถูกสร้างจากดิน มนุษย์จึงกลับไปในดิน และมนุษย์จะถูกให้ฟื้นขึ้นจากนั้นอีกครั้งหนึ่งในวันสิ้นโลก⁵⁴ ซึ่งหลักศรัทธาในวันพิพากษาหรือวันสิ้นโลก⁵⁵ นั้นเป็นวันพิพากษาส่วนสุดท้ายของโลก ที่พระเจ้าจะทรงตัดสินความดีความชั่วของมนุษย์ ปลุกผู้ตายทั้งหลายให้ฟื้นคืนชีพ รอฟังคำพิพากษาจากพระเจ้าในเรื่องความดีความชั่วของตนที่เคยทำไว้ ผู้ตายทั้งโลกที่เป็นมุสลิมและศาสนาอื่นๆ จะฟื้นคืนชีพในสภาพเปลือยเปล่า และถูกต้อนไปแออัดรวมกันในทุกแห่ง 1 ซึ่งเรียกว่า ดินแดนมหาสันนิบาตชีวิต เพื่อรอการพิพากษา

⁵¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 13.

⁵² เรื่องเดียวกัน, หน้า 10.

⁵³ ประพันธ์ เรื่องณรงค์, 100 เรื่องเมืองใต้, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์ อัมรินทร์, 2553), หน้า 298.

⁵⁴ เสวนีย์ จิตต์หมวด, วัฒนธรรมอิสลาม, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์ทางนำ, 2535), หน้า 335-338.

⁵⁵ ภัทรพร ศิริกาญจน, ความรู้พื้นฐานทางศาสนา, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2546), หน้า 107.

เช่นเดียวกับในศาสนาคริสต์ได้กล่าวถึง "วันพิพากษาโลก" (The Last of Judgement)⁵⁶ เพื่อให้มนุษย์ได้ตระหนักถึงอำนาจของพระเจ้า และเกรงกลัวต่อการกระทำความชั่ว วันนี้เป็นวันสำคัญของศาสนาคริสต์ที่พระบุตรจะเสด็จกลับมาโลกนี้อีกครั้งหนึ่ง เพื่อพิพากษามนุษย์ ชายและหญิง จะถูกปลุกขึ้นจากตายขึ้นมาสู่การพิพากษา

ฉะนั้น จึงเป็นที่มาของการฝังศพในศาสนาคริสต์และศาสนาอิสลาม เพราะชาวคริสต์และอิสลามเชื่อว่า สักวันหนึ่งพระเจ้าจะกลับมาพิพากษาพวกเขาในวันพิพากษาโลก จึงต้องเก็บรักษา ร่างกายฝังไว้ เพื่อรอวันที่พระเจ้ากลับมาทำการพิพากษา ซึ่งต่างจากพิธีกรรมการเผาศพในประเทศไทย ที่ไม่มีความเชื่อในลักษณะดังกล่าว แต่อย่างไรก็ตาม ในประวัติศาสตร์แต่เดิมนั้น ประเทศไทยก็ได้มีการฝังศพเช่นกัน และได้เริ่มมีการเผาศพเมื่อศาสนาพุทธแผ่ขยายเข้ามา จนกลายเป็นขนบธรรมเนียมและวัฒนธรรมของชาวพุทธ

หากมองในแง่มุมมองของกฎหมายนั้น ความเคารพนับถือต่อคนตายในประเทศไทย ซึ่งมีประชากรหลายเชื้อชาติ ศาสนา การจัดพิธีศพจะมีความแตกต่างกันไป ซึ่งไม่ว่าจะมีความเชื่อเกี่ยวกับพิธีกรรมและประเพณีเกี่ยวกับศพอย่างไร ก็ย่อมมีเกียรติ มีศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ ที่ย่อมได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย ดังนั้นการคุ้มครองศพและครอบครัวของผู้ตายนั้น ก็ควรจะมีกฎหมายที่ครอบคลุมบุคคลในทุกศาสนา เพื่อคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และเป็นหลักประกันความเสมอภาคตามรัฐธรรมนูญ

2.4.2 อาชญากรรมที่เกี่ยวกับศาสนา ขนบธรรมเนียมประเพณี และศีลธรรม

2.4.2.1 อาชญากรรมกับศาสนา⁵⁷

ศาสนาถือว่าเป็นสถาบันทางสังคมที่ยึดเหนี่ยวจิตใจสมาชิกของสังคม และส่งเสริมให้สมาชิกในสังคมปฏิบัติต่อกันถูกต้องตามครรลองครองธรรม เพื่อความสงบสุขในสังคม ฉะนั้นอาชญากรรมกับศาสนาจึงมีความสัมพันธ์กันอย่างใกล้ชิด จะเห็นได้จากการประกอบอาชญากรรมมักเกิดจากการกระทำผิดศีล 5 ข้อใดข้อหนึ่ง ได้แก่ การลักทรัพย์ ชิงทรัพย์ ปล้นทรัพย์ ฆ่าคนตาย ข่มขืนกระทำชำเรา เป็นต้น ซึ่งการประกอบอาชญากรรมดังกล่าวล้วนเกิดจากการผิดศีล 5 ทั้งสิ้น จึงอาจจะกล่าวได้ว่า มาตรการในการควบคุมอาชญากรรมมีต้นกำเนิดมาจากบทบัญญัติของศาสนาเป็นส่วนใหญ่

⁵⁶ <http://www.orthodox.or.th/index.php?content=history&lang=th>

⁵⁷ อัจฉริยา ชูตินันท์, อาชญาวิทยาและทัณฑวิทยา, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2557), หน้า

อนึ่งลักษณะของกฎหมายในปัจจุบันมิได้ยึดหลักแนวความคิด หรือหลักธรรมทางศาสนาแต่เพียงอย่างเดียวเท่านั้น แต่ยังประกอบด้วยเงื่อนไขข้อเรียกร้องทางสังคมด้านอื่น ๆ ซึ่งขัดต่อหลักศาสนาอยู่ด้วย อาทิเช่น การเรียกร้องให้มีโทษประหารชีวิตไว้ ในขณะที่หลักธรรมทางศาสนาสอนให้มีเมตตาธรรม เป็นต้น นอกจากนี้ในสังคมตะวันตกที่เคยถูกอิทธิพลของศาสนาคริสต์บีบบังคับมาแล้วในอดีต ได้มีความเห็นว่า ระเบียบหรือคำสั่งรวมทั้งกฎเกณฑ์ทางสังคมต่าง ๆ ไม่ใช่เกิดขึ้นจากความเชื่อทางศาสนาเสมอไป โดยให้เหตุผลดังนี้

1) มนุษย์ได้ปฏิเสธที่จะยอมรับกฎเกณฑ์ทางศาสนาที่กำหนดขึ้น เพื่อที่จะปกป้องและคุ้มครองผลประโยชน์ของนักบวช

2) กฎหมายอาญาในปัจจุบัน กำหนดขึ้นเพื่อที่จะปกป้องคุ้มครองสังคมส่วนรวม ไม่ใช่เพื่อผลประโยชน์ของศาสนาใดศาสนาหนึ่งโดยเฉพาะ ฉะนั้นกฎหมายอาญาจึงเป็นที่รวมของความรู้สึกและความเชื่อของบุคคลต่าง ๆ ว่าจะเป็นมาตรฐานในการปกป้องคุ้มครองสังคม

3) ความสำนึกบาป ในศาสนาไม่สามารถจะมาตัดสินพฤติกรรมของอาชญากรได้ เพราะคำว่าบาป ในแต่ละศาสนามีความหมายแตกต่างกัน

ตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบันจะเห็นได้ว่า ความเชื่อและค่านิยมในการนับถือศาสนา ยังคงมีอิทธิพลต่อการดำเนินชีวิตของคนในสังคม โดยปรากฏให้เห็นประจักษ์ได้ว่า ความหย่อนยานในการนับถือศาสนาย่อมมีส่วนผลักดันให้มนุษย์ขาดหลักธรรมประจำใจ อันนำไปสู่สาเหตุของการเกิดอาชญากรรม ศาสนา จึงถือว่ามีบทบาท ในส่วนของกระบวนการแก้ไขและป้องกันอาชญากรรม อีกทั้งยังถือว่าเป็นปัจจัยสำคัญในการควบคุมอาชญากรรม

2.4.2.2 อาชญากรรมกับขนบธรรมเนียมประเพณี⁵⁸

ขนบธรรมเนียมประเพณี ถือว่าเป็นสิ่งที่สมาชิกในสังคมยึดถือปฏิบัติสืบต่อกันมา และเป็นเครื่องยึดเหนี่ยวให้สมาชิกในสังคมเกิดความรู้สึกเป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน ดังนั้น เมื่อบ้านเมืองเปลี่ยนแปลงไป ความนึกคิด ความเชื่อ และความยึดถือในขนบธรรมเนียมประเพณีของสมาชิกในสังคมก็เปลี่ยนแปลงตามไปด้วยตามความเหมาะสมกับสภาพเหตุการณ์ และสิ่งแวดล้อมนั้น

⁵⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 32.

ขนบธรรมเนียมประเพณีนับว่ามีบทบาทต่อการควบคุมสังคมเป็นอย่างยิ่ง ดังจะเห็นได้จากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 4 วรรค 2 บัญญัติว่า “เมื่อใดไม่มีกฎหมายยกมาปรับคดีได้ ท่านให้วินิจฉัยคดีนั้นตามครรลองจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น” แม้ว่าขนบธรรมเนียมจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่นจะเป็นที่ยอมรับกันในสังคม แต่การฝ่าฝืนขนบธรรมเนียมประเพณีไม่จำเป็นจะต้องได้รับโทษของบ้านเมือง เพียงแต่ผู้ฝ่าฝืนอาจถูกตำหนิเท่านั้น

อย่างไรก็ตาม ในบางกรณีขนบธรรมเนียมประเพณีบางประเภทจะได้รับความคุ้มครองโดยกฎหมาย อาทิเช่น การไม่แข่งควีซื้อสิ่งของ นับเป็นมารยาทที่ดีของสังคมและเป็นขนบธรรมเนียมที่ควรจะปฏิบัติ แต่ในภาวะฉุกเฉิน อาทิเช่น ประเทศเกิดสงคราม หรือภาวะข้าวยากหมากแพง ต้องมีการแบ่งปันอาหาร การแข่งควีอาจจะเป็นการผิดกฎหมาย และถือว่าเป็นการประกอบอาชญากรรม เพราะก่อให้เกิดความไม่สงบเรียบร้อยในภาวะการณ์ดังกล่าวได้

โดยทั่ว ๆ ไปแล้ววิถีทางปฏิบัติต่อกันในสังคมเกิดขึ้นจากขนบธรรมเนียมประเพณีเป็นเรื่องแรก แต่ต่อมาวิถีทางการปฏิบัติต่อกันดังกล่าวจะต้องมีกฎหมายบังคับใช้ เพราะอาจจะเป็นความฉืดจางในขนบธรรมเนียมประเพณี หรืออาจจะเป็นขนบธรรมเนียมนั้นได้รับการยอมรับจากสังคมอย่างกว้างขวางจนต้องบัญญัติเป็นกฎหมายรับรองไว้ และในทางตรงข้าม อาจจะสามารถกล่าวได้ว่าขนบธรรมเนียมประเพณีที่ไม่ดีไม่งามบางประเภทอาจได้รับการยกเลิกโดยกฎหมายได้เช่นเดียวกัน อาทิเช่น การลงโทษผู้กระทำความผิดโดยวิธีตาต่อตาฟันต่อฟัน เป็นต้น

ดังนั้น อาจจะสามารถกล่าวได้ว่าความสัมพันธ์ของกฎหมายกับขนบธรรมเนียมประเพณีมี ทั้งความคล้ายคลึงและแตกต่างกัน กล่าวคือทางกฎหมายและขนบธรรมเนียมประเพณีมีความคล้ายคลึงในแง่ที่เป็นตัวกำหนดวิถีทางการแสดงออกถึงความประพฤติของสมาชิกในสังคม ส่วนในแง่ที่แตกต่างกันนั้นคือ ขนบธรรมเนียมประเพณีนั้นจำกัดอยู่ภายในชุมชนได้ชุมชนหนึ่ง ท้องถิ่นใดท้องถิ่นหนึ่งเท่านั้น แต่กฎหมายมีสภาพบังคับใช้ทั่วประเทศ นอกจากนี้ในการบังคับใช้กฎหมายจะต้องอาศัยเจ้าหน้าที่ อันได้แก่ตำรวจ แต่การบังคับสมาชิกในสังคมให้ปฏิบัติตามขนบธรรมเนียมประเพณีนั้นเป็นเรื่องมติมหาชน

ขนบธรรมเนียมประเพณีที่ไม่ดีงามบางประเภท อาทิเช่น การถือพักถือพวก การเคารพนอบน้อมต่อกลุ่มอภิสิทธิ์ชน อาจจะทำให้ไปสู่ปัญหาการเกิดอาชญากรรมได้ ฉะนั้น จึงเป็นหน้าที่ของนักชีววิทยาที่จะต้องศึกษาถึงผลดีและผลเสียของขนบธรรมเนียมประเพณีเหล่านั้นและวิเคราะห์ถึงการ

บัญญัติกฎหมายโดยเฉพาะกฎหมายอาญาว่าจะมีส่วนสนับสนุนหรือต่อต้านขนบธรรมเนียมประเพณีนั้นๆ พร้อมทั้งหาปัญหาทางต้องการชี้แจงที่อาจจะเกิดขึ้นจากขนบธรรมเนียมประเพณีดังกล่าว

2.4.2.3 อาชญากรรมกับศีลธรรม⁵⁹

ศีลธรรม หมายถึง ระเบียบปฏิบัติที่ทำให้คนเป็นคนดี มีศีล มีสัจจะ มีความกตัญญู ซึ่งอยู่ในส่วนลึกของจิตใจคน เป็นการยากที่จะแสดงออกหรือประกาศเกียรติคุณ นอกจากนี้ระดับศีลธรรมในจิตใจของคนนั้นย่อมจะสูงต่ำแตกต่างกัน ซึ่งขึ้นอยู่กับประสบการณ์และการเรียนรู้ของแต่ละคนที่แตกต่างกัน รวมทั้งค่านิยมของบุคคลที่แตกแตกต่างกันไปด้วย ฉะนั้น เป็นอันตรายอย่างยิ่งที่จะนำหลักศีลธรรมในใจของแต่ละคนมาตัดสินพฤติกรรมของคนอื่นว่าดีหรือชั่ว

ด้วยเหตุนี้กฎหมายจึงเข้ามามีบทบาทสำคัญในสังคม โดยเป็นตัวกำหนดพฤติกรรมของสมาชิกในสังคมที่จะพึงปฏิบัติต่อกัน อันเป็นหลักประกันของการมีศีลธรรมขั้นพื้นฐาน ในสังคมที่สมาชิกแต่ละคนสามารถเข้าใจและปฏิบัติได้ ซึ่งเป็นเครื่องมือในการควบคุมสังคมได้ประเภทหนึ่ง ฉะนั้น ข้อขัดแย้งระหว่างศีลธรรมและกฎหมายย่อมต้องเกิดขึ้นได้เสมอ เพราะความแตกต่างในด้านเนื้อหาและวัตถุประสงค์ กล่าวคือ กฎหมายเน้นที่การแสดงออกของความประพฤติ แต่ศีลธรรมเป็นเรื่องความรู้สึกภายในจิตใจที่กำหนดให้มนุษย์ควรจะทำอย่างไร ในขณะที่กฎหมายเป็นข้อห้ามไม่ให้มนุษย์ประพฤติปฏิบัติในสิ่งที่สังคมไม่ยอมรับ จะเห็นได้ว่าในสังคมใด ๆ ก็ตามจะมีลักษณะของความประพฤติที่ไม่พึงปรารถนาของสังคมอยู่ 3 ประเภท คือ 1 ความประพฤติที่ผิดกฎหมาย 2 ความประพฤติที่ผิดศีลธรรม และ 3 ความประพฤติที่ผิดทางกฎหมายและศีลธรรม

ดังนั้น เมื่ออาชญากรรมคือการกระทำผิดต่อกฎหมายบ้านเมือง ซึ่งผู้กระทำความผิดจะต้องได้รับโทษ พฤติกรรมที่เป็นอาชญากรรมจึงอาจมีลักษณะที่ผิดต่อกฎหมาย แต่ไม่ผิดศีลธรรม หรือเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายและผิดศีลธรรม สำหรับพฤติกรรมที่ผิดศีลธรรมแต่ไม่ผิดกฎหมาย สังคมย่อมไม่นับว่าเป็นอาชญากรรม เพราะสังคมเห็นว่าพฤติกรรมนั้นยังไม่ร้ายแรงถึงขนาดอยู่ในข่ายของการประกอบอาชญากรรม

⁵⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 33.

บทที่ 3

กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับความผิดเกี่ยวกับศพ

กฎหมายที่ให้ความคุ้มครองศพและคนในครอบครัวคนตายในประเทศไทยนั้น มีปรากฏมาตั้งแต่สมัยกฎหมายตราสามดวง และมีบทบัญญัติที่ให้ความคุ้มครองคนตายอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ในเรื่องมรดก ประมวลกฎหมายอาญา ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา และในปรากฏพระราชบัญญัติอื่น ๆ เช่น พระราชบัญญัติทะเบียนราษฎร พ.ศ. 2534 เป็นต้น ที่บัญญัติให้ความคุ้มครองนั้นก็เพราะว่ามนุษย์มีศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ที่ได้รับมาพร้อมกับการมีสภาพบุคคล โดยเฉพาะการคุ้มครองตามกฎหมายอาญา ซึ่งมีการคุ้มครองทั้งในด้านชีวิต ร่างกาย เกียรติยศ ชื่อเสียง เสรีภาพในทรัพย์สิน โดยเมื่อมนุษย์ได้เสียชีวิตลงก็มีกฎหมายที่เข้ามามีบทบาทในการจัดการศพของคนตาย ดังจะกล่าวต่อไปนี้

3.1 กฎหมายตราสามดวง

กฎหมายตราสามดวงว่าด้วยศพในพระราชกำหนดเก่า บัญญัติว่า

“ข้าหลวง เจ้าฝ่ายหน้าหลัง แล้วข้าเจ้าต่างกรม อาณาประชาราษฎร์ทั้งปวงจงทั่วด้วยหลวงบำเรอภักดีกราบทูลพระกรุณาว่า พระอ่างทองนอกราชการ ผู้เป็นเมืองชัชนาตองปรับไหมยากจนก็ถึงมรณาสัน ครั้นญาติพี่น้องจากเอาศพนั้นไปเผา เจ้าหน้ามาห้ามผีไว้ มิให้เผา และเอาศพนั้นค้างอยู่ มิได้เผาถึง 2 - 3 ขวบมาแล้วนั้น ทรงพระกรุณาตรัสเหนือเกล้าเหนือกระหม่อมสั่งว่า ลูกหนี้กลายเป็นเจ้าหนี้เป็นคนโลก ไม่ได้เห็นแก่อนิจจัง มาห้ามศพไว้ มิให้เอาไปเผานั้นไม่ชอบ แต่นี้สืบไปเมื่อหน้า ถ้าลูกหนี้นั้นตาย ห้ามอย่าให้ผู้เป็นเจ้าหนี้ห้ามศพไว้เป็นอันขาดทีเดียว ตกลงศพจึงให้เจ้าหนี้ทวงถามว่ากล่าวกันตามกฎหมายกระบิลเมือง”¹

กฎให้ไว้ ณ วัน 7 5 12 คำจุลศักราช 1087 ปีเสงสัพ ศก

¹ กัธร เลียงสังธรรม, กฎหมายตราสามดวง เล่มที่ 3, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์สุภาพใจ, 2548), หน้า 167.

การให้เกียรติศพ และให้เกียรติครอบครัวของผู้ตายนั้นมีมาตั้งแต่สมัยโบราณ ตามที่ปรากฏในกฎหมายตราสามดวงข้างต้น ว่าห้ามไม่ให้เจ้านี้ยึดเอาศพไว้เป็นประกันการชำระหนี้ โดยเห็นว่าการประกอบพิธีศพนั้นเป็นเรื่องสำคัญ และเป็นเรื่องที่กระทบกระเทือนต่อจิตใจของผู้ที่ยังมีชีวิตอยู่ ดังนั้น การที่เจ้านี้ยึดศพไว้ ทำให้ญาติไม่สามารถประกอบพิธีกรรมตามศาสนาได้ ย่อมเป็นสิ่งที่ไม่ถูกต้องไม่ควร ไม่เห็นแก่นิจจัง จึงได้ห้ามไม่ให้มีการยึดศพเอาไว้ ส่วนการชำระหนี้ที่เจ้านี้ยึดศพไว้ซึ่งได้ตายไปแล้วนั้น ก็ให้ไปว่ากันตามกฎหมายกระบิลเมือง หรือกฎหมายแพ่งนั่นเอง

3.2 กฎหมายลักษณะอาญา

ในกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 นั้น มีบทบัญญัติที่เกี่ยวกับศพปรากฏใน หมวด 3 ว่าด้วย อาญาและการลงโทษ ในส่วนของการประหารชีวิต มาตรา 15 บัญญัติว่า

“ศพของคนที่ต้องอาญาประหารชีวิตนั้น ถ้ามีญาติมาขอรับศพไปปลงก็ให้ให้ไป แต่ห้ามไม่ให้ไปทำการปลงศพคนที่ต้องโทษประหารชีวิตนั้นเป็นการเอิกเกริก”

คำอธิบาย²

1. ศพของผู้ที่ต้องลงอาญาประหารชีวิตนั้น จะมอบให้ได้ก็เฉพาะญาติของผู้ต้องลงอาญานั้น ปัญหาที่ว่าผู้มาขอรับศพเป็นญาติหรือไม่นั้นเป็นเรื่องที่เจ้าพนักงานจะต้องพิจารณาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และขนบธรรมเนียมการนับถือเครือญาติ

2. การฝ่าฝืนมาตรา 15 ไม่เป็นความผิด เพราะไม่มีบทบัญญัติให้เป็นความผิดในภาค 2

3. “เอิกเกริก” หมายความว่า ได้ทำการปลงศพเป็นการใหญ่ ซึ่งรวมถึงการทำบุญก่อนหน้า ปลงศพด้วย

ตัวอย่าง การมีขบวนแห่ศพ มีดนตรีบรรเลง มีมหรสพประกอบงานศพ เป็นการปลงศพอย่างเอิกเกริก แต่การที่ศพนั้นมีผู้มาเผามากมายอย่างเจียบๆ ไม่ใช่งานเอิกเกริก เพราะเป็นการแสดงความเคารพนับถือผู้ตายเป็นการส่วนตัว

² หยุด แสงอุทัย, คำอธิบายกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2548), หน้า 93-94.

4. การที่ไม่ให้ปลงศพโดยเอิกเกริกนั้น ก็เพื่อจะไม่ให้บุคคลรู้สึกว่าคุณที่ตนต้องถูกลองอาญาประหารชีวิตเป็นผู้ที่ควรจะได้รับเกียรติยศ นอกจากนี้การปลงศพโดยเอิกเกริกอาจทำให้ประชาชนรู้สึกว่าการกระทำของผู้ต้องโทษไม่ใช่การเลวทราม และอาจมีบุคคลบางคนที่ยอมสละชีวิตเพื่อจะได้เห็นศพของตนได้รับการปลงศพโดยเอิกเกริก ซึ่งเป็นทางหนึ่งที่เป็นการยุยงให้บุคคลกระทำความผิดอาญาซึ่งมักจะเป็นความผิดที่สำคัญ

3.3 ประมวลกฎหมายอาญา

กรณีของการกระทำการอันไม่เหมาะสมต่อคนตายนั้น กฎหมายที่เข้ามาเกี่ยวข้องหรือให้ความคุ้มครองสิทธิของผู้ตายและครอบครัวของผู้ตายก็ต้องพิจารณาตามกฎหมายอาญา ซึ่งการพิจารณาว่าการกระทำใดเป็นความผิดกฎหมายอาญา และบุคคลจะต้องรับผิดในทางอาญาเมื่อใดนั้น ต้องพิจารณาองค์ประกอบของความผิด³ ดังนี้

1. การกระทำนั้นครบ “องค์ประกอบ” ที่กฎหมายบัญญัติ
2. การกระทำไม่มีกฎหมายยกเว้นความผิด
3. การกระทำไม่มีกฎหมายยกเว้นโทษ

โดยหลักเกณฑ์ในข้อ 1 เป็นการพิจารณาว่า การกระทำของผู้นั้นครบองค์ประกอบความผิด⁴ กล่าวคือครบ “องค์ประกอบภายนอก” และ “องค์ประกอบภายใน” หรือไม่ ซึ่งองค์ประกอบภายนอก ได้แก่ การพิจารณาข้อเท็จจริงในส่วนต่าง ๆ ตามบทบัญญัติของความผิดแต่ละฐาน ซึ่งประกอบด้วยข้อเท็จจริงในส่วนต่าง ๆ ดังนี้

- (1) ผู้กระทำ
- (2) การกระทำ
- (3) กรรมของการกระทำ
- (4) ผลของการกระทำ (ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล)

³ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค 1, พิมพ์ครั้งที่ 9 (กรุงเทพมหานคร: จีระการพิมพ์, 2549), หน้า 81.

⁴ สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล, คำอธิบายความผิดเกี่ยวกับทรัพย์ตามประมวลกฎหมายอาญา, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2548), หน้า 14-16.

ในส่วนองค์ประกอบภายใน ซึ่งเป็นสิ่งที่อยู่ภายในจิตใจของผู้กระทำ โดยองค์ประกอบภายใน⁵ (The mental element) ได้แก่ เจตนา ประมาท ไม่เจตนาไม่ประมาท นอกจากนั้นในบางความผิด กฎหมายกำหนดให้ผู้กระทำต้องมีเจตนาพิเศษ หรือมูลเหตุชกแจงใจด้วย

กฎหมายที่ให้ความคุ้มครองศพ และครอบครัวคนตายโดยเฉพาะ ปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายอาญา ในลักษณะ 13 ว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับศพ อีกทั้งยังมีกฎหมายที่มีอยู่ก่อนการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายในลักษณะ 13 เข้ามา ได้แก่กฎหมายที่ว่าด้วยเรื่องการลอบฝัง ซ่อนเร้น และทำลายศพ ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 199 กฎหมายว่าด้วยการดูหมิ่นผู้ตามตามมาตรา 326 และบทบัญญัติความผิดเกี่ยวกับศาสนา ในมาตรา 207

3.3.1 ความผิดเกี่ยวกับศพในลักษณะ 13

ในลักษณะ 13 ว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับศพนั้น เป็นกฎหมายที่มีการแก้ไขเพิ่มเติมเข้ามาใหม่ ซึ่งมีผลใช้บังคับ เมื่อวันที่ 13 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2558 ตามร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 22) พ.ศ. 2558 (กำหนดคานิยามคำว่า “เจ้าพนักงาน”)

โดยเหตุผลของการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา คือ “เนื่องจากประมวลกฎหมายอาญา ยังไม่ได้กำหนดความผิดเกี่ยวกับศพ ได้แก่ การกระทำชำเราศพ การกระทำอนาจารศพ การกระทำให้ศพเสียหาย และการดูหมิ่นเหยียดหยามศพ อันเป็นการละเมิดต่อสิทธิของบุคคลในครอบครัว เกียรติยศ และชื่อเสียง สมควรให้มีบทบัญญัติความผิดดังกล่าว”⁶

ประมวลกฎหมายอาญา ลักษณะ 13 “ความผิดเกี่ยวกับศพ” ได้บัญญัติลักษณะของการกระทำความผิดเกี่ยวกับศพไว้ 4 ลักษณะ ซึ่งยังมีความจำเป็นที่จะมีกฎหมายมากำหนดความรับผิดชอบต่อการกระทำอันไม่เหมาะสมกับศพอีกหลายลักษณะการกระทำ ทำให้เห็นถึงข้อจำกัดและข้อบกพร่องของบทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญาของไทยที่ไม่ครอบคลุมถึงลักษณะของการกระทำความผิดต่อศพในหลายลักษณะการกระทำ ความผิดเกี่ยวกับศพตามประมวลกฎหมายอาญาของไทย มี 4 ฐานความผิดดังต่อไปนี้

3.3.1.1 ความผิดฐานกระทำชำเราศพ

ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 366/1 บัญญัติว่า

⁵ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิดและลหุโทษ, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2549), หน้า 15.

⁶ สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา, “เรื่องร่างพระราชบัญญัติที่เสนอสภานิติบัญญัติแห่งชาติ จำนวน 9 ฉบับ,” (21 ตุลาคม 2557).

“ผู้ใดกระทำชำเราศพ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกิน หกหมื่นบาท หรือ ทั้งจำทั้งปรับ

การกระทำชำเราตามวรรคหนึ่ง หมายความว่า การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ โดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของศพ หรือการใช้ สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของศพ”

คำว่า “ชำเรา” หมายความว่า ลึง ล้วงเข้าไป⁷

ความผิดฐานกระทำชำเราศพตามมาตรา 366 / 1 บัญญัติให้ การกระทำชำเราศพเป็น ความผิดมีอัตราโทษจำคุกไม่เกิน 3 ปี หรือปรับไม่เกิน 60,000 บาท หรือทั้งจำทั้งปรับ ซึ่งอัตราโทษนี้ ลดหลั่นลงมาจากความผิดฐานกระทำชำเราผู้อื่น ตามมาตรา 276 ซึ่งมีโทษจำคุกตั้งแต่ 4 ถึง 20 ปี และปรับตั้งแต่ 8000 ถึง 40,000 บาท

ลักษณะของการกระทำชำเราตามมาตรานี้ ได้ให้คำจำกัดความไว้ในมาตรา 366/1 วรรคสอง โดยนำเรื่อง “การกระทำชำเราบุคคล” ตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 276 วรรคสอง แห่งประมวล กฎหมายอาญา ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พ.ศ. 2550 มากำหนดให้ใช้กับกรณีการกระทำแก่ศพด้วย เพื่อให้หลักการ “การกระทำชำเรา” ระหว่างบุคคลกับศพเป็นไปด้วยสอดคล้องกัน และไม่ให้เกิดปัญหาในการตีความ

อย่างไรก็ตาม การกระทำชำเราศพและการกระทำอนาจารแก่ศพเป็นการกระทำกับสิ่งที่ไม่ใช่ ชีวิต ซึ่งแตกต่างจากการกระทำบุคคล จึงได้แยกบัญญัติให้เห็นอย่างชัดเจน กล่าวคือในการกระทำ ชำเราจะมีลักษณะของการกระทำในทำนองเดียวกัน แต่ก็ได้กำหนดบทนิยามการกระทำชำเราศพไว้ ต่างหากในมาตรา 366/1 วรรคสอง ไม่ได้อนุโลมให้ใช้บทนิยามของการกระทำชำเราของบุคคลต่อ บุคคลตามมาตรา 276 วรรคสอง

ถ้าหากในภายหลังปรากฏว่า การกำหนดบทนิยามคำว่า “การกระทำชำเรา” ตามกฎหมาย ทั้งในมาตรา 276 วรรคสอง และมาตรา 366/1 วรรคสอง ทำให้ความหมายของถ้อยคำผิดแผก แตกต่างไปจากความหมายที่ควรจะเป็นตามธรรมชาติ หรือที่สังคมยอมรับมาเป็นเวลานาน และส่งผล กระทบต่อระบบกฎหมายหรือการบังคับใช้กฎหมาย ก็เป็นเรื่องที่จะต้องเสนอให้มีการแก้ไขปรับปรุง ต่อไป นอกจากนี้ในการตีความกฎหมาย คำใดที่กฎหมายบัญญัติบทนิยามไว้ ย่อมเป็นคำที่มี ความหมายพิเศษจึงต้องตีความหมายตามบทนิยาม และไม่ใช้ความหมายธรรมดาตามพจนานุกรม⁸

⁷ ราชบัณฑิตยสถาน, พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ.2554, หน้า 379.

⁸ สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา, "เรื่องร่างพระราชบัญญัติที่เสนอสภานิติบัญญัติแห่งชาติ จำนวน 9 ฉบับ."

อัตราโทษสำหรับความผิดฐานนี้ ได้บัญญัติโดยเทียบเคียงกับอัตราโทษสำหรับความผิดฐาน ช่มชู้นกระทำชำเรา ตามมาตรา 276 แห่งประมวลกฎหมายอาญา แต่เนื่องจากการกระทำแก่ศพ จึงกำหนดอัตราโทษให้ลดหลั่นลงมา และการกำหนดอัตราโทษจำคุกต่ออัตราโทษปรับตามร่าง พระราชบัญญัตินี้ จะใช้อัตราโทษจำคุก 1 ปีต่ออัตราโทษปรับ 20,000 บาท ซึ่งเป็นการกำหนดอัตรา โทษให้สอดคล้องกับกฎหมายเฉพาะที่มีการปรับปรุงหรือแก้ไขเพิ่มเติมอัตราโทษ จากเดิมที่ใช้อัตรา โทษจำคุก 1 ปีต่อโทษปรับ 2000 ทั้งนี้ เพื่อให้สอดคล้องกับสภาพการณ์ในปัจจุบัน โดยคณะกรรมการ พิจารณาปรับปรุงประมวลกฎหมายอาญา สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ได้ยกร่าง การพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา เพื่อปรับปรุงอัตราโทษตามกฎหมายใหม่นี้ให้ สอดคล้องกันทั้งประมวลกฎหมาย และเสนอไปยังกระทรวงยุติธรรม (เรื่องเสร็จที่ 271-272 / 2550)

ในต่างประเทศ ประเทศเยอรมนี ประมวลกฎหมายอาญาเยอรมันมีบทบัญญัติความผิดฐาน รบกวนความสงบสุขของผู้ตาย (disturb the peace of the death) กำหนดอัตราโทษจำคุกไม่เกิน 3 ปี และในประเทศอังกฤษกฎหมาย Sexual Offence Act 2003 มีบทบัญญัติความผิดฐานล่วงล้ำ ร่างกายศพ (sexual penetration of a corpse) บัญญัติถึงการล่วงล้ำร่างกายศพ กำหนดอัตราโทษ จำคุกไม่เกินหกเดือน⁹

3.3.1.2 ความผิดฐานกระทำอนาจารแก่ศพ

ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 366/2 บัญญัติว่า

“ผู้ใดกระทำอนาจารแก่ศพ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสองปี หรือปรับไม่เกินสี่หมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

คำว่า อนาจาร หมายความว่า ประพฤติชั่ว ความประพฤติที่น่าอับอาย (น.), ลามก น่าบัดสี ทำ ให้เป็นที่น่าอับอาย เป็นที่น่ารังเกียจแก่ผู้อื่นในด้านความดีงาม (ว.)¹⁰

ความผิดฐานกระทำอนาจารแก่ศพ ตามมาตรา 366/2 บัญญัติให้การกระทำอนาจารแก่ศพ เป็นความผิด ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 2 ปี หรือปรับไม่เกิน 40,000 บาท หรือทั้งจำทั้งปรับ อัตรา โทษนี้ได้บัญญัติโดยเทียบเคียงกับอัตราโทษสำหรับความผิดฐานกระทำอนาจารตามมาตรา 278 แห่ง ประมวลกฎหมายอาญา แต่เนื่องจากการกระทำแก่ศพ จึงบัญญัติอัตราโทษให้ลดหลั่นลงมา สำหรับลักษณะของการกระทำอนาจารนั้น ก็เหมือนกับการกระทำอนาจารแก่บุคคลอื่น ซึ่งศาลฎีกา ได้วางแนวคำวินิจฉัยไว้ว่า คือการกระทำที่ไม่สมควรในทางเพศ เช่น กอด จูบ ลูบคลำ หรือแตะเนื้อ

⁹ เรื่องเดียวกัน.

¹⁰ ราชบัณฑิตยสถาน, พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ.2554, หน้า 1368.

ต้องตัวร่างกาย (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4024/2534 คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3953/2539 และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5694/2541)

การบัญญัติให้การกระทำอนาจารแก่ศพเป็นความผิดนี้ สามารถเทียบเคียงได้กับความผิดฐานรบกวนความสงบสุขของผู้ตาย (disturb the peace of the death) ในประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน และความผิดฐานล่วงล้ำร่างกายศพ (sexual penetration of a corpse.) ซึ่งบัญญัติถึงการล่วงล้ำร่างกายศพ โดยไม่จำกัดเฉพาะกันล่วงล้ำอวัยวะเพศเท่านั้น ตามกฎหมาย Sexual Offence Act 2003 ของประเทศอังกฤษได้เช่นกัน

3.3.1.3 ความผิดฐานทำให้ศพเสียหาย

ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 366/3 บัญญัติว่า

“ผู้ใดโดยไม่มีเหตุอันสมควร ทำให้เสียหาย เคลื่อนย้าย ทำลาย ทำให้เสื่อมค่า ทำให้ไร้ประโยชน์ ซึ่งศพ ส่วนของศพ อัฐิ หรือเถ้าของศพ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

ความผิดฐานทำให้ศพเสียหาย ตามมาตรา 366/3 บัญญัติให้การกระทำโดยไม่มีเหตุอันสมควร ทำให้เสียหาย เคลื่อนย้าย ทำลาย ทำให้เสื่อมค่า ทำให้ไร้ประโยชน์ซึ่งศพ ส่วนของศพ อัฐิ หรือเถ้าของศพเป็นความผิด ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 3 ปี หรือปรับไม่เกิน 60,000 บาท หรือทั้งจำทั้ง

ลักษณะของการกระทำต่อศพอันเป็นความผิดฐานทำให้ศพเสียหายนั้น จะคล้ายกับความผิดฐานทำให้เสียทรัพย์ตามมาตรา 358 แห่งประมวลกฎหมายอาญา เช่น การตัดอวัยวะหรือส่วนของศพไปขาย การแขวนคอศพ ทบตีศพ แต่มีข้อแตกต่างที่เพิ่มขึ้นจากความผิดฐานทำให้เสียทรัพย์ตามมาตรา 358 คือ ต้องมีพฤติการณ์ประกอบการกระทำที่ต้องกระทำโดยไม่มีเหตุอันสมควร หากเป็นการกระทำหรือมีเหตุอันสมควรแล้วจะไม่เป็นความผิด เช่น การที่เจ้าพนักงานในกระบวนการยุติธรรมกระทำการชันสูตรพลิกศพ การเคลื่อนย้ายศพเพื่อประกอบพิธีกรรมทางศาสนา หรือการปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรการกุศลเมื่อมีเหตุการณ์ที่มีผู้เสียชีวิต

นอกจากนั้นมาตรา 366/3 ได้กำหนดให้การเคลื่อนย้ายศพโดยไม่มีเหตุอันสมควรเป็นความผิด เพื่อป้องกันการเคลื่อนย้ายศพโดยไม่มีเหตุอันสมควร เช่น การนำศพไปแห่ประจาน หรือการขูดหลุมฝังศพเพื่อเอาทรัพย์สินที่ฝังรวมอยู่กับศพ ซึ่งการเคลื่อนย้ายในรูปแบบการยกร่างมาจากมาตรา 411 แห่งประมวลกฎหมายอาญาอาติาลี

มาตรา 411 แห่งประมวลกฎหมายอาญาอาิตาลี ที่บัญญัติว่า “ผู้ใดทำลาย กำจัด หรือเคลื่อนย้ายศพหรือส่วนของศพ หรือทำให้เจ้าของศพกระจัดกระจาย ต้องได้รับโทษจำคุกตั้งแต่ 2 ปีถึง 7 ปี”

โดยการเคลื่อนย้ายศพซึ่งเป็นความผิดตามมาตรา 366/3 นี้ ต่างกับการเคลื่อนย้ายศพตามมาตรา 199 แห่งประมวลกฎหมายอาญา เพราะการเคลื่อนย้ายศพซึ่งเป็นความผิดตามมาตรา 366/3 ไม่ต้องการเจตนาพิเศษ เพื่อปิดบังการเกิด การตาย หรือเหตุแห่งการตายเหมือนกับมาตรา 199 ดังกล่าว

อัตราโทษสำหรับความผิดฐานนี้ ได้บัญญัติโดยเทียบเคียงกับอัตราโทษสำหรับความผิดฐานทำให้เสียชีวิต ตามมาตรา 158 แห่งประมวลกฎหมายอาญา

ในต่างประเทศ บทบัญญัติลักษณะนี้คล้ายกับประมวลกฎหมายอาญาอาิตาลี การลบหลู่ศพมีอัตราโทษจำคุก 1 ปีถึง 3 ปี การทำให้เสียโฉม ฉีกขาด กระทำทารุณโหดร้าย หรือลามกหยาบโลนต่อศพ มีอัตราโทษจำคุกตั้งแต่ 3 ปีถึง 6 ปี การทำลาย กำจัด การเคลื่อนย้ายศพ หรือส่วนของศพ มีอัตราโทษจำคุกตั้งแต่ 2 ปีถึง 7 ปี และหากเป็นการทำให้เจ้าของศพกระจัดกระจาย และการกระทำในสุสานหรือสถานที่ฝังศพ สถานที่เก็บศพ คูแผลศพ ต้องรับโทษเพิ่มขึ้น โดยความผิดเหล่านี้ไม่ใช่ความผิดอันยอมความได้ และถือเป็นอาชญากรรมอันเป็นปรปักษ์ต่อความรู้สึกทางศาสนาและการเคารพคนตาย

การกระทำความผิดตามมาตรา 366/3 นอกจากจะกระทำต่อศพแล้ว ยังรวมถึงการกระทำต่อ อัฐิและเจ้าของศพด้วย

“อัฐิ” ตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน หมายถึง กระดูกคนที่เผาแล้ว

ดังนั้น จึงไม่รวมกระดูกของสัตว์

“เจ้าของศพ” คือ สิ่งที่เป็นผงละเอียดยของศพ ที่เหลือจากเอาไฟเผาจนมอดแล้ว

ทั้งอัฐิและเจ้าของศพ ถือเป็นส่วนหนึ่งของศพได้ แต่กฎหมายต้องการบัญญัติไว้ให้ชัดเจนยิ่งขึ้น

สำหรับการกระทำความผิดสุสานหรือสถานที่ฝังศพนั้น เป็นความผิดฐานทำให้เสียชีวิตตามมาตรา 358 อยู่แล้วมาตรา 366/3 จึงไม่บัญญัติถึงการกระทำทางสุสานหรือสถานที่ฝังศพอีก¹¹

¹¹ สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา, "เรื่องร่างพระราชบัญญัติที่เสนอสภานิติบัญญัติแห่งชาติ จำนวน 9 ฉบับ."

3.3.1.4 ความผิดฐานดูหมิ่นเหยียดหยามศพ

ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 366/4 บัญญัติว่า

“ผู้ใดกระทำความผิดใด ๆ อันเป็นการดูหมิ่นเหยียดหยามศพ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามเดือน หรือปรับไม่เกินห้าพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

ความผิดฐานดูหมิ่นเหยียดหยามศพตามมาตรา 366/4 บัญญัติให้การกระทำความผิดใด ๆ อันเป็นการดูหมิ่นเหยียดหยามศพ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 3 เดือน หรือปรับไม่เกิน 5000 หรือทั้งจำทั้งปรับ

ลักษณะของการดูหมิ่นเหยียดหยามศพตามมาตรา 366/4 นี้ เป็นการกระทำความผิดใด ๆ อันเป็นการดูหมิ่นเหยียดหยามศพ การดูหมิ่นเหยียดหยามศพจึงมีความหมายกว้าง ไม่ว่าจะกระทำการดูหมิ่นเหยียดหยามด้วยวาจา หรือการแสดงกิริยาอาการเหยียดหยามศพด้วยประการใด ๆ เช่น การด่าทอ ศพการปัสสาวะรดศพ นอกจากนั้น มีแนวคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2809/2511 วินิจฉัยว่า การดูหมิ่นเป็นการเหยียดหยาม ทำให้อับอายขายหน้า ลดคุณค่า ถูกเหยียดหยามต่อผู้ถูกดูหมิ่น อาจเป็นคำตำหนิ หยาบคาย ไม่สุภาพ หรือทำด้วยกิริยาอย่างอื่น เช่น ยกเท้าให้ เปลือยกาย ให้ของลับ อีกด้วย

อัตราโทษสำหรับความผิดฐานนี้ กำหนดให้สูงกว่าอัตราโทษสำหรับความผิดฐานดูหมิ่นบุคคลตามมาตรา 393 เนื่องจากความผิดเกี่ยวกับศพ มีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองความสงบสุขของสังคมสมควรกำหนดบทบัญญัติในลักษณะป้องกันและปราบปราม ไม่ให้มีการกระทำใด ๆ ที่ไม่บังควร หรือไม่ให้การเคารพแก่ศพ

ในต่างประเทศ อาจเทียบเคียงได้กับประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน ที่บัญญัติไว้ในหมวดความผิดว่าด้วยอาชญากรรมเกี่ยวกับศาสนาและปรัชญาแห่งชีวิต (crime which relate to religion and philosophy of life) ได้แก่ ความผิดฐาน disturb the peace of the death ตาม section 168 และ ประมวลกฎหมายอิตาลี มีความผิดฐาน “Verification of the Corpse” หรือ “ดูหมิ่นศพ” ตาม มาตรา 410

ประมวลกฎหมายอาญาอิตาลีมาตรา 410 บัญญัติว่า

“ผู้ใดดูหมิ่นศพต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ 1 ปีถึง 3 ปี ถ้าผู้ใดกระทำความผิดทำให้ศพเสียหาย หรือกระทำการใด ๆ อันเป็นการทารุณศพ หรือจะทำอนาจารแก่ศพ ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สามปีถึงหกปี”

อนึ่ง เนื่องจากความผิดเกี่ยวกับศพ ตามมาตรา 366/1 ถึงมาตรา 366/4 ในลักษณะ 13 ดังกล่าวข้างต้น เป็นการกระทำแก่บุคคลที่ตายแล้ว จึงได้กำหนดให้เป็นความผิดอาญาแผ่นดิน ไม่ใช่

ความผิดอันยอมความได้ รัฐจึงดำเนินคดีได้โดยไม่จำเป็นต้องมีการร้องทุกข์กล่าวโทษ แต่ถ้ารัฐไม่ดำเนินคดี ทายาทซึ่งเป็นผู้เสียหายสามารถฟ้องร้องคดีได้เอง¹²

3.3.2 ความผิดฐานลอบฝัง ซ่อนเร้น ย้าย หรือทำลายศพ

ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 199 บัญญัติว่า

“ผู้ใดลอบฝัง ซ่อนเร้น ย้ายหรือทำลายศพ หรือส่วนของศพ เพื่อปิดบังการเกิด การตาย หรือเหตุแห่งการตาย ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือปรับไม่เกินสองพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

องค์ประกอบความผิด

- (1) ลอบฝังซ่อนเร้นย้ายหรือทำลาย
- (2) ศพหรือส่วนของศพ
- (3) โดยเจตนา
- (4) เพื่อปกปิดการเกิดการตายหรือเหตุแห่งการตาย

ผู้ช่วยศาสตราจารย์บุญเพราะ แสงเทียน ได้ให้คำอธิบายไว้ว่า¹³

“ลอบฝัง” หมายความว่า การเอาศพ หรือส่วนของศพไปฝัง อย่างปกปิดไม่ให้ใครทราบ

“ซ่อนเร้น” หมายความว่า การเอาศพ หรือส่วนของศพ ไปไว้ยังที่ซึ่งไม่มีผู้ใดทราบ หรือพบเห็น

“ย้าย” หมายความว่า การทำให้ศพ หรือส่วนของศพ เคลื่อนที่ไปจากที่อยู่เดิม

“ทำลาย” หมายความว่า การทำให้ศพ หรือส่วนของศพสิ้นสภาพ

“โดยเจตนา” หมายความว่า รู้ว่าสิ่งที่ตนกระทำนั้นเป็นศพหรือส่วนของศพ และมีเจตนาพิเศษ

“เพื่อปิดบังการเกิด” หมายความว่า เพื่อมิให้บุคคลอื่นรู้ว่ามีารเกิดและอยู่รอด และต่อมาได้ตายลง

“เพื่อปิดบังการตาย” หมายความว่า เพื่อมิให้บุคคลอื่นรู้ว่าการตายเกิดขึ้น

“เพื่อปิดบังสาเหตุการตาย” หมายความว่า เพื่อมิให้บุคคลอื่นรู้ถึงสาเหตุแห่งการตาย

¹² เรื่องเดียวกัน.

¹³ บุญเพราะ แสงเทียน, กฎหมายอาญา 2 (ภาคความผิด) แนวประยุกต์, หน้า 229.

มาตรานี้มีข้อความทำนองเดียวกับมาตรา 197 แห่งกฎหมายลักษณะอาญาเดิมโดยมีการเปลี่ยนแปลงเล็กน้อย ความมุ่งหมายของมาตรานี้อยู่ในหมวดความผิดต่อเจ้าพนักงานในการยุติธรรม เกี่ยวกับการทำลายพยานหลักฐาน ไม่ใช่ความผิดต่อสาธารณชนดังกฎหมายลักษณะอาญาเดิม เอกชนจึงไม่อาจเป็นผู้เสียหายได้¹⁴

มาตรานี้เป็นการลงโทษการกระทำที่ปกปิดการเกิดการตายซึ่งรวมถึงการตายของบุคคลทั่วไป ไม่เฉพาะแต่เด็กดังเช่นกฎหมายอังกฤษซึ่งมีพระราชบัญญัติโดยเฉพาะ เช่น Offences Against the Person Act 2003 ลงโทษการกระทำให้แท้งและการซ่อนเด็ก ไม่ว่าจะคลอดออกมามีชีวิตหรือไม่ Infant Life (Preservation) Act 1929 ลงโทษการทำลายทารกที่ยังไม่คลอดที่ปฏิสนธิแล้ว 28 สัปดาห์ขึ้นไป และ Infanticide Act 1983 ลงโทษมารดาจิตใจไม่ปกติซึ่งฆ่าบุตรอายุไม่เกิน 12 เดือน การตีความบทบัญญัติอาจแตกต่างกันไป¹⁵

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 712/2511 การลอบฝัง ซ่อนเร้น หรือทำลายศพตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 199 ต้องกระทำด้วยความมุ่งหมายเพื่อปกปิดการเกิด การตาย หรือเหตุแห่งการตาย จึงจะเป็นความผิด ข้อเท็จจริงได้ความว่า นายตำรวจยิง ส. ตาย จำเลยได้ย้ายศพ และเผาศพ เมื่อ 2 วันต่อมา โดยมารดาและภริยาของ ส. ผู้ตายยินยอม เพราะว่าได้มีการชันสูตรพลิกศพแล้ว ไม่ใช่เพื่อปกปิดการตายหรือเหตุแห่งการตาย จำเลยจึงไม่มีความผิดตามมาตรา 199

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1202/2520 ผู้ว่าราชการจังหวัดและตำรวจเห็นการฆ่าคนคนตายโดยเจตนา แต่ไม่จับกุมผู้กระทำความผิด กลับไปให้โกยเลือดและนำศพไปทิ้ง เพื่อช่วยผู้กระทำความผิด มีความผิดตามมาตรา 157, 200, 184, 199

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6255/2534 จำเลยทำร้ายผู้ตายเป็นเหตุให้ถึงแก่ความตาย จำเลยรีบนำศพออกจากบ้านไปตั้งบำเพ็ญกุศลที่วัดเพื่อทำการฌาปนกิจ โดยไม่แจ้งให้บิดามารดาของผู้ตาย และพนักงานเจ้าหน้าที่ทราบ เมื่อมีผู้ขอดูศพผู้ตาย จำเลยไม่ยอมให้ดู เป็นการเคลื่อนย้ายศพโดยมีเจตนาเพื่อปิดบังการตาย หรือเหตุแห่งการตาย อันเป็นความผิดตามกฎหมายอาญามาตรา 199

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4683/2541 ส.ฆ่าผู้ตายแล้วย้ายศพผู้ตายจากที่เกิดเหตุไป 20 เมตร โดยยังอยู่ในที่เปิดเผยสามารถถูกพบได้โดยง่าย ไม่มีลักษณะเป็นการย้ายเพื่อปิดบังการตาย หรือเหตุแห่งการตาย จึงไม่มีความผิดตามมาตรา 199

¹⁴ ดูคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6202/2538 และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1522/2538.

¹⁵ จิตติ ดิงศรัทย์, กฎหมายอาญาภาค 2 ตอน 1, พิมพ์ครั้งที่ 8 (กรุงเทพมหานคร: เนติบัณฑิตยสภา, 2548), หน้า

จะเห็นได้ว่าหากผู้กระทำได้ลอบฝัง ซ่อนเร้น ย้าย หรือทำลายศพ หรือส่วนของศพ แต่ไม่ได้กระทำเพื่อปิดบังการเกิดการตาย หรือเหตุแห่งการตาย แม้การกระทำดังกล่าวจะเป็นการกระทำที่ไม่เหมาะสมต่อคนตาย ผู้กระทำก็ไม่มี ความผิดตามมาตรานี้แต่อย่างใด นอกจากนั้นในบางกรณีหากมีการนำศพไปตั้งบำเพ็ญกุศลไว้ที่วัดเพื่อทำการฌาปนกิจ แม้การกระทำนั้นจะเป็นการกระทำที่เหมาะสมตามวัฒนธรรม แต่หากการกระทำนั้นทำไปด้วยมีเจตนาที่จะปิดบังการตาย หรือเหตุแห่งการตายของผู้ตายก็จะเป็นการกระทำ ความผิดตามมาตรา 199 นี้¹⁶

ดังนั้น แม้บทบัญญัตินี้จะได้กำหนดถึงลักษณะของการกระทำทำต่อศพไว้ก็ตาม แต่สิ่งที่กฎหมายมุ่งจะคุ้มครอง หรือคุณธรรมทางกฎหมายของความผิดฐานนี้ คือ “ความเด็ดขาดแห่งอำนาจรัฐในการยุติธรรม”¹⁷ ดังที่บทบัญญัติในมาตรานี้ได้กำหนดไว้ในลักษณะ 3 ความผิดเกี่ยวกับการยุติธรรม ซึ่งความผิดตามมาตรา 199 นี้เป็นความผิดเกี่ยวกับการทำลายพยานหลักฐาน¹⁸ มากกว่าที่จะคุ้มครองถึงการกระทำอันไม่เหมาะสมต่อผู้ตาย

3.3.3 ความผิดฐานหมิ่นประมาทผู้ตาย¹⁹

ในประมวลกฎหมายอาญาลักษณะ 11 ความผิดเกี่ยวกับเสรีภาพและชื่อเสียง หมวด 3 ความผิดฐานหมิ่นประมาท

ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 327 บัญญัติว่า

“ผู้ใดใส่ความผู้ตายต่อบุคคลที่สาม และการใส่ความนั้นน่าจะเป็นเหตุให้ บิดา มารดา คู่สมรส หรือบุตรของผู้ตาย เสียชื่อเสียง ถูกดูหมิ่น หรือถูกเกลียดชัง ผู้นั้นกระทำความผิดฐานหมิ่นประมาท ต้องระวางโทษตั้งบัญญัติไว้ในมาตรา 326 นั้น”

ตามบทบัญญัตินี้ สามารถแยกองค์ประกอบภายนอกได้เป็น

- (1) ผู้ใด
- (2) ใส่ความ
- (3) ผู้ตาย

¹⁶ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, กฎหมายอาญาภาคความผิด เล่ม 1 คำอธิบายเกี่ยวกับกรรมเดียวผิดกฎหมายบทเดียว บทเฉพาะ บททั่วไป บทธรรมดา บทอกรรจ์ บทเบา บทหนัก ถามตอบความผิดเกี่ยวกับการปกครอง และความผิดเกี่ยวกับการยุติธรรม, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร: จีราทัศน์การพิมพ์, 2548), หน้า 295.

¹⁷ คณิต ฒ นคร, กฎหมายอาญาภาคความผิด, หน้า 834.

¹⁸ ไพรศดุ คำพิพากษาฎีกาที่ 6202/2538 (เนติ.) หน้า 1522.

¹⁹ คณิต ฒ นคร, กฎหมายอาญาภาคความผิด, หน้า 199.

(4) ต่อบุคคลที่สาม

(5) การใส่ความนั้นน่าจะเป็นเหตุให้บิดา มารดา คู่สมรส หรือบุตรผู้ตายเสียชื่อเสียง ถูกดูหมิ่น หรือถูกเกลียดชัง

ซึ่งจะเห็นได้ว่าบทบัญญัติในมาตรานี้ เป็นการกระทำในลักษณะที่เป็นการใส่ความต่อผู้ตาย แต่เป็นเพียงการเอาคนที่ตายแล้วมาเป็นองค์ประกอบความผิด เพราะตามประเพณีของไทยนั้น การหมิ่นประมาทผู้ตายย่อมทำให้บุคคลที่ยังมีชีวิตอยู่พลอยเสียชื่อเสียงไปด้วย²⁰

ฉะนั้น แม้บทบัญญัติในมาตรา 327 นี้จะบัญญัติถึงการกระทำ (ใส่ความ) ต่อผู้ตายก็ตาม แต่สิ่งที่มาตรานี้มุ่งจะคุ้มครอง หรือคุณธรรมของความผิดฐานนี้ คือ “ชื่อเสียงของผู้ตายที่กระทบต่อบุคคลในครอบครัว”²¹

3.3.4 ความผิดเกี่ยวกับศาสนา

ความผิดฐานก่อความวุ่นวายในที่ประชุมศาสนิกชน ตามมาตรา 207 ซึ่งบัญญัติว่า

“ผู้ใดก่อให้เกิดการวุ่นวายขึ้นในที่ประชุมศาสนิกชนเวลาประชุมกัน นมัสการหรือกระทำพิธีกรรมตามศาสนาใด ๆ โดยชอบด้วยกฎหมาย ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือปรับไม่เกินสองพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

ตามบทบัญญัตินี้ สามารถแยกองค์ประกอบภายนอกได้เป็น

(1) ผู้ใด

(2) ก่อให้เกิดการวุ่นวาย

(3) ในที่ประชุมศาสนิกชนเวลาประชุมกัน นมัสการหรือกระทำพิธีกรรมตามศาสนาใด ๆ โดยชอบด้วยกฎหมาย

ลักษณะของการกระทำผิดตามมาตรานี้ คือ การก่อให้เกิดความวุ่นวายขึ้นในที่ประชุมศาสนิกชน นมัสการหรือการกระทำพิธีกรรมตามศาสนา โดยคำว่า “พิธีกรรมตามศาสนา” นั้นรวมถึงการสวดศพ การเผาศพ หรือฝังศพ การประกอบพิธีศพตามพิธีกรรมทางศาสนา ซึ่งเป็นการคุ้มครองคนตายในประการที่ไม่ให้บุคคลใดมากระทำการรบกวนในการประกอบพิธีศพ แต่การคุ้มครองนี้ก็มีข้อจำกัด กล่าวคือ บทบัญญัตินี้ไม่ได้บัญญัติรวมความถึงการกระทำลักษณะที่ไม่เหมาะสมหลังจากการประกอบ

²⁰ หยุต แสงอุทัย, กฎหมายอาญาภาค 2-3, พิมพ์ครั้งที่ 10 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2544), หน้า 186.

²¹ คณิต ณ นคร, กฎหมายอาญาภาคความผิด, หน้า 72.

พิธีศพ หรือกรณีที่ไม่ได้มีการประกอบพิธีศพตามพิธีกรรมตามศาสนาแต่อย่างใด ซึ่งอาจมองได้ว่าเป็นการคุ้มครองการประกอบพิธีกรรมตามศาสนามากกว่าที่จะประสงค์คุ้มครองคนตาย

3.4 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

3.4.1 ว่าด้วยเรื่องสภาพบุคคล

บุคคลที่เกิดมานั้นจะมีสภาพบุคคล และสิ้นสุดสภาพบุคคลตามกฎหมายหรือตายเมื่อใดนั้น บัญญัติในมาตรา 15 ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

มาตรา 15 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า

“สภาพบุคคลย่อมเริ่มแต่เมื่อคลอดและอยู่รอดเป็นทารก และสิ้นสุดลงเมื่อตาย”

3.4.2 กฎหมายว่าด้วยการจัดทำศพ

มาตรา 1646 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า

“บุคคลใดจะแสดงเจตนาโดยพินัยกรรมกำหนดการเผื่อตายในเรื่องทรัพย์สินของตนเอง หรือในการต่าง ๆ อันจะให้เกิดเป็นผลบังคับได้ตามกฎหมายเมื่อตนตายก็ได้”

มาตรา 1649 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า

“ผู้จัดการมรดกซึ่งผู้ตายตั้งไว้ย่อมมีอำนาจและหน้าที่ในอันที่จะจัดการการทำศพของผู้ตาย เว้นแต่ผู้ตายจะได้ตั้งบุคคลอื่นไว้โดยเฉพาะให้จัดการตั้งว่านั้น

ถ้าผู้ตายมิได้ตั้งผู้จัดการมรดกหรือบุคคลใดไว้ให้เป็นผู้จัดการทำศพ หรือทายาทมิได้มอบหมายตั้งให้บุคคลใดเป็นผู้จัดการทำศพ บุคคลผู้ได้รับทรัพย์มรดกโดยพินัยกรรมหรือโดยสิทธิโดยธรรมเป็นจำนวนมากที่สุด เป็นผู้ที่มีอำนาจและตกอยู่ในหน้าที่ต้องจัดการทำศพ เว้นแต่ศาลจะเห็นเป็นการสมควรตั้งบุคคลอื่นให้จัดการเช่นนั้น ในเมื่อบุคคลผู้มีส่วนได้เสียคนหนึ่งร้องขอขึ้น”

โดยหากพิจารณาตามบทบัญญัติมาตรา 1646 จะเห็นได้ว่า นอกจากพินัยกรรมจะกำหนดการเผื่อตายเรื่องทรัพย์สินแล้ว ยังกำหนดการอื่น ๆ ที่จะให้มีผลได้เมื่อตาย อาทิเช่น การกำหนดเรื่องศพ และการจัดการศพ²² เช่น ผู้ตายกำหนดในพินัยกรรมยกศพให้โรงพยาบาลได้²³ และในขณะที่เดียวกันผู้ตายอาจไม่ได้กำหนดถึงเรื่องการจัดการกับศพไว้ในพินัยกรรมก็เป็นได้ ซึ่งเมื่อ

²² บวรศักดิ์ อวรรณโณ และ มานิตย์ จุมปา, คำอธิบายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยมรดก, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: นิติธรรม, 2548), หน้า 309.

²³ โปรดดู คำพิพากษาฎีกาที่ 1174 / 2508 (เนติ.) น.1836.

พิจารณาประกอบกับมาตรา 1649 ที่กำหนดถึงเฉพาะผู้มีหน้าที่จัดการศพผู้ตายไว้ เพื่อหลีกเลี่ยงการแย่งกัน หรือเกี่ยงกันไม่ยอมทำศพผู้ตาย²⁴ ซึ่งหากได้พิจารณาถึงบทบัญญัติทั้งสองมาตราดังกล่าว จะเห็นได้ว่า หากผู้ตายได้กำหนดการเพื่อตาย หรือกำหนดการจัดการกับศพของตนที่สามารถบังคับได้ตามกฎหมายไว้อย่างไร ก็ให้มีผลตามนั้น (มาตรา 1646) หรือในกรณีที่ผู้ตายไม่ได้กำหนดถึงการจัดการกับศพไว้ ก็ให้เป็นอำนาจหน้าที่ของบุคคลที่กฎหมายกำหนดไว้ในมาตรา 1649 ให้จัดการศพของผู้ตาย โดยในบทบัญญัติทั้งสองมอาการนี้ไม่ได้กำหนดถึงผลของการฝ่าฝืนการจัดการศพตามความประสงค์ของผู้ตายด้วย หรือการที่ผู้ตายมีหน้าที่จัดการศพ แต่ไม่ได้ดำเนินการจัดการหรือประกอบพิธีศพแต่อย่างใด

3.5 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

3.5.1 มาตรา 149

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 149 บัญญัติว่า

“ความตายผิดธรรมชาติเกิด มีขึ้น ณ ที่ใด ให้เป็นหน้าที่ของสามี ภริยา ญาติ มิตรสหายหรือผู้ปกครองของผู้ตายที่รู้เรื่องการตายเช่นนั้น จัดการดังต่อไปนี้

- (1) เก็บศพไว้ ณ ที่ซึ่งพบศพนั้นเองเพียงพอที่จะทำได้
- (2) ไปแจ้งความต่อเจ้าพนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจโดยเร็วที่สุด

หน้าที่ดังกล่าวในวรรคต้นนั้นมีตลอดถึงผู้อื่น ซึ่งได้พบศพในที่ซึ่งไม่มีสามี ภริยา ญาติ มิตรสหายหรือผู้ปกครองของผู้ตายอยู่ในที่นั้นด้วย

ผู้ใดได้ละเลยไม่ทำหน้าที่ดังบัญญัติไว้ในมาตรานี้ ต้องระวางโทษปรับไม่เกินหนึ่งพันบาท”

3.5.2 มาตรา 150 ทวิ

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 150 ทวิ บัญญัติว่า

“ผู้ใดกระทำการใด ๆ แก่ศพหรือสภาพแวดล้อมในบริเวณที่พบศพก่อนการชันสูตรพลิกศพ เสรีจสีนในประการที่น่าจะทำให้การชันสูตรพลิกศพหรือผลทางคดีเปลี่ยนแปลงไป เว้นแต่จำเป็นต่อองค์กระทำเพื่อป้องกันอันตรายแก่อนามัยของประชาชน หรือเพื่อประโยชน์แห่งสาธารณสุขอื่น ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หกเดือนถึงสองปี หรือปรับตั้งแต่หนึ่งหมื่นบาทถึงสี่หมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

²⁴ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ และ มานิตย์ จุมปา, คำอธิบายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยมรดก, หน้า 388.

องค์ประกอบความผิด

- (1) การกระทำใด ๆ
- (2) ศพหรือสภาพแวดล้อมในบริเวณที่พบศพ
- (3) ก่อนการชันสูตรพลิกศพเสร็จสิ้น
- (4) ในประการที่น่าจะทำการชันสูตรพลิกศพหรือผลในทางคดีเปลี่ยนแปลงไป

3.6 พระราชบัญญัติอื่นๆ

3.6.1 พระราชบัญญัติการทะเบียนราษฎร พ.ศ. 2534

มาตรา 4 (11) บัญญัติว่า “ศพ” หมายความว่า ร่างกายของคนตาย

มาตรา 4 (9) บัญญัติว่า “คนตาย” หมายความว่า คนที่สิ้นชีวิต

มาตรา 24 บัญญัติว่า

“ห้ามมิให้ผู้ใดเก็บ ฝัง เผา ทำลายหรือย้ายศพไปจากสถานที่หรือบ้านที่มีการตาย เว้นแต่ได้รับอนุญาตจากนายทะเบียนผู้รับแจ้ง

เมื่อใดได้รับอนุญาตตามวรรคหนึ่งแล้ว ห้ามมิให้เก็บ ฝัง เผา ทำลายหรือย้ายศพ ผิดไปจากสถานที่ที่ระบุไว้ในใบอนุญาตนั้น เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากนายทะเบียนผู้แจ้ง

มาตรา 47 บัญญัติว่า

“ผู้ใด...

(2) ไม่ปฏิบัติตามมาตรา 18 มาตรา 19 มาตรา 21 มาตรา 23 มาตรา 30 มาตรา 33 มาตรา 34 มาตรา 39 วรรคหนึ่งหรือวรรคสอง มาตรา 41 หรือ มาตรา 42 ต้องระวางโทษปรับไม่เกินหนึ่งพันบาท”

3.7 กฎหมายว่าด้วยทรัพย์สิน

3.7.1 ที่มาและเหตุผลในการกำหนดความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สิน

ความผิดอาญาเกี่ยวกับทรัพย์สินนั้น มีกำเนิดมาจากความรู้สึกหึงหวงกันทรัพย์สินของมนุษย์มาแต่โบราณ กล่าวคือ เมื่อมนุษย์เริ่มหวงกันทรัพย์สินที่ทำมาหาได้ จึงก่อให้เกิดการยอมรับและเคารพซึ่งกันและกัน ในการยึดถือครอบครอง และความเป็นเจ้าของ ทำให้เห็นพ้องต้องกันว่า การที่บุคคลใด

กระทำด้วยประการใด ๆ อันมิชอบ เพื่อให้ได้มาซึ่งทรัพย์สินของผู้อื่น ย่อมเป็นการกระทำที่ไม่ชอบ ผู้เป็นเจ้าของหรือผู้ครอบครองย่อมมีความชอบธรรมที่จะใช้กำลังป้องกัน ตลอดจนแก้แค้นทดแทนเอาแก่ผู้นั้นได้ ลักษณะเช่นนี้นับเป็นการกระทำที่เป็นความผิดในตัวเอง (mala in se)²⁵ เนื่องจากมีพื้นฐานมาจากสามัญสำนึก หรือความรู้สึกผิดชอบชั่วดี ที่เกิดจากการประพฤติปฏิบัติต่อกันมาเป็นเวลานาน พฤติการณ์เช่นนี้ ทุกสังคมต่างยอมรับว่าเป็นสิ่งที่ต้องห้ามและขัดต่อศีลธรรม²⁶

เมื่อสังคมมนุษย์เจริญขึ้นตามกาลเวลา ความต้องการกฎหมายที่มีเอกภาพมาใช้เป็นเครื่องมือเพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ทางสังคมย่อมมีมากขึ้น จึงเกิดการจัดทำประมวลกฎหมายขึ้น ก่อให้เกิดความจำเป็นให้กฎหมายต้องเป็นสิ่งที่มีความหลักเกณฑ์ สามารถหาเหตุผลเชื่อมโยงกันได้อย่างเป็นระบบ ความผิดอาญาฐานต่าง ๆ มีขึ้นเพื่อคุ้มครองสิ่งทีละเอียดอ่อน และไม่ใช้สิ่งที่มีรูปร่าง เช่น วัตถุหรือบุคคล แต่เป็นสภาพที่กฎหมายต้องการประกันการล่วมละเมิด ซึ่งเรียกว่า “คุณธรรมทางกฎหมาย”²⁷ และเห็นว่าบุคคลชอบที่จะได้รับความคุ้มครองโดยกฎหมายอาญา และเห็นว่ากฎหมายอาญาไม่มีหน้าที่นอกเหนือจากนี้

3.7.2 ศพในแง่มุมของทรัพย์สิน

เมื่อบุคคลได้สิ้นสภาพบุคคลลงสิทธิและอำนาจต่าง ๆ ที่มีต่อร่างกายและทรัพย์สินย่อมต้องหมดลงตามไป เหลือไว้เพียงแต่ร่างกายที่ปราศจากลมหายใจหรือศพ ซึ่งเจ้าของร่างกายนั้นไม่สามารถที่จะดำเนินการใด ๆ ต่อไปได้อีก ทำให้เกิดปัญหาว่าใครจะเป็นผู้มีสิทธิจัดการศพนั้น หากเป็นกรณีของการปลงศพตามประเพณี กฎหมายได้กำหนดตัวบุคคลที่จะมาดำเนินการไว้แล้ว แต่ปัญหาไม่ได้ยุติลงเพียงเท่านั้น เนื่องจากศพยังคงสภาพอยู่ชั่วขณะหนึ่ง ประกอบกับความเจริญทางด้านทางการแพทย์สามารถทำให้ศพยังคงมีสภาพอยู่ได้นานกว่าเดิม ทำให้สามารถนำศพไปดำเนินการ หรือใช้ประโยชน์ในด้านอื่น ๆ ได้อีก เช่น ประโยชน์ทางการแพทย์ ไม่ว่าจะเป็นการบริจาคร่างกายเพื่อประโยชน์ในการศึกษาของนักเรียนแพทย์ หรือในการปลูกถ่ายอวัยวะ

เมื่อเป็นเช่นนี้ ก็อาจเกิดปัญหาในเรื่องการแย่งการครอบครอง หรือทำอันตรายต่อศพได้ ซึ่งหากมีข้อพิพาทเกิดขึ้น จะนำบทกฎหมายใดมาใช้บังคับนั้น จำเป็นต้องทราบเสียก่อนว่าศพนั้นมี

²⁵ คณิต ฒ นคร, กฎหมายอาญาภาคความผิด, หน้า 11.

²⁶ แสง บุญเฉลิมวิภาส, "ทฤษฎีกฎหมายสามชั้นมองในแง่กฎหมายอาญา," ใน 60 ปี ดร.ปรีดี เกษมทรัพย์: รวมบทความในโอกาสเกษียณอายุราชการ, สมยศ เชื้อไทย, บรรณาธิการ (กรุงเทพมหานคร: พี เค พรินติ้งเฮาส์, 2531), หน้า 141-142.

²⁷ คณิต ฒ นคร, กฎหมายอาญาภาคความผิด, หน้า 11.

สถานะเช่นไรในทางกฎหมาย จะมีสถานะเป็นทรัพย์สินตามความหมายของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์หรือไม่ และตกทอดเป็นมรดกหรือไม่ เพื่อที่จะได้นำกฎหมายมาใช้บังคับได้อย่างถูกต้องเหมาะสม โดยจะพิจารณาจากกฎหมายลักษณะทรัพย์สิน ดังต่อไปนี้

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 137 บัญญัติว่า

“ทรัพย์สิน หมายความว่า วัตถุที่มีรูปร่าง”

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 138 บัญญัติว่า

“ทรัพย์สินสิน หมายความว่า รวมทั้งทรัพย์สินและวัตถุที่ไม่มีรูปร่าง ซึ่งอาจมีราคาและอาจถือเอาได้”

ในเรื่องของทรัพย์สินนั้น ความหมายดังกล่าวจะนำมาใช้อย่างไร ได้มีความเห็นทางนิติศาสตร์ เป็น 2 แนว คือ

แนวทางแรก เป็นความเห็นส่วนใหญ่ของคณะกรรมการพิจารณาและปรับปรุงประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1 ซึ่งเห็นว่า คำว่า “ทรัพย์สิน” ไม่จำเป็นต้องเป็นทรัพย์สินเสมอไป เพราะทรัพย์สินที่ยังไม่อาจถือเอาได้ย่อมไม่เป็นทรัพย์สิน การพิจารณาว่าสิ่งใดเป็นทรัพย์สินนั้น จึงไม่จำเป็นต้องพิจารณามาตรา 137 มาตรา 138 ประกอบกัน²⁸

แนวทางที่สอง เห็นว่า ต้องพิจารณามาตรา 137 และมาตรา 138 ประกอบกัน ดังนั้น ทรัพย์สินจึงต้องเป็นวัตถุที่มีรูปร่างซึ่งอาจมีราคาและอาจถือเอาได้ด้วย ซึ่งในความเห็นที่สองนี้มีนักนิติศาสตร์หลายท่านได้ให้ความเห็นสนับสนุนไว้ ดังนี้

ศาสตราจารย์บัญญัติ สุชีวะ เห็นว่า “เพื่อให้ได้ความหมายอันแท้จริงของคำว่าทรัพย์สินและทรัพย์สิน จำเป็นที่จะต้องพิจารณาตามมาตรา 137 และมาตรา 138 ประกอบกัน กล่าวคือ คำว่า “ทรัพย์สิน” นอกจากจะหมายถึงวัตถุที่มีรูปร่างแล้ว ยังต้องเป็นวัตถุที่มีรูปร่างซึ่งมีราคาและอาจถือเอาได้ด้วย ส่วนคำว่า “ทรัพย์สินสิน” นั้นหมายถึง วัตถุที่มีรูปร่างซึ่งอาจมีราคาหรืออาจถือเอาได้ประการหนึ่ง และยังหมายถึงวัตถุที่ไม่มีรูปร่างซึ่งอาจมีราคาและอาจถือเอาได้อีกประการหนึ่งด้วย

²⁸ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, "ข้อเสนอแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1," (กันยายน 2534): 311.

ทรัพย์สินและทรัพย์สินจะต้องประกอบด้วยหลักเกณฑ์ 2 ประการ หากขาดหลักเกณฑ์ข้อใดข้อหนึ่งไป ก็จะเป็นทรัพย์สินหรือทรัพย์สินไม่ได้ เช่น มนุษย์แม้จะมีรูปร่าง ก็ไม่อาจมีราคาซื้อขายกันได้ ฉะนั้น มนุษย์จึงไม่ใช่ทรัพย์สิน²⁹

อาจารย์กนก อินทร์พรชัย ให้ความเห็นว่า “คำว่า “ทรัพย์สิน” นอกจากจะหมายถึง วัตถุที่มีรูปร่าง ยังหมายความรวมถึงวัตถุซึ่งมีราคาและอาจถือเอาได้ด้วย ส่วนวัตถุที่ไม่มีรูปร่างนั้น จะเป็นทรัพย์สินได้ต่อเมื่ออาจมีราคาและอาจถือเอาได้³⁰

ดังนั้นทรัพย์สินและทรัพย์สิน จึงมีลักษณะสำคัญอยู่ 2 ประการคือ

- 1 มีรูปร่างกับไม่มีรูปร่างและ
- 2 ต้องอาจมีราคาและอาจถือเอาได้

คำว่า “อาจมีราคา” นั้นหมายถึง “Value” ซึ่งหมายถึง คุณค่าของวัตถุที่มีอยู่ในตัวของมัน แม้จะซื้อขายกันไม่ได้ แต่อาจมีคุณค่าเพื่อประโยชน์ในการใช้สอยทางเศรษฐกิจ หรือมีคุณค่าทางจิตใจ

มาตรา 138 ไม่ได้บังคับว่า วัตถุจะต้องมีราคาและขายกันได้ วัตถุได้ถ้าเพียงแต่อาจมีราคา ก็สามารถอยู่ในความหมายของคำทรัพย์สินได้ วัตถุชิ้นหนึ่งอาจมีราคาสำหรับคนหนึ่ง สมัยหนึ่ง หรือในท้องถิ่นหนึ่ง แต่สำหรับอีกคนหนึ่งสมัย 1 อีกท้องถิ่นหนึ่ง อาจจะไม่มีการซื้อขายก็ได้ หรือวัตถุชิ้นนั้น อาจจะมีราคาที่เป็นค่าในทางศีลธรรมของสังคมหนึ่งก็ได้

คำว่า “ถือเอาได้” เพียงแต่วัตถุเป็นของอาจมีราคาเท่านั้น ไม่เพียงพอที่จะเป็นทรัพย์สินตามมาตรา 138 แต่จะต้องเป็นวัตถุที่ถือเอาได้ด้วย การถือเอาตามความหมายในมาตรา 138 นอกจากจะหมายถึงการหยิบจับ ถือเอาด้วยมือ ยังหมายรวมถึงการเข้าหวงกัน หรือคำว่า “appropriated” ที่หมายความถึง การเข้าถือสิทธิด้วย ฉะนั้นแม้วัตถุชิ้นหนึ่งจะไม่มีรูปร่าง ไม่สามารถนำมือไปหยิบจับได้ แต่หากเป็นวัตถุที่บุคคลสามารถเข้าไปถือสิทธิได้ ก็เป็นทรัพย์สินตามกฎหมายได้เช่นกัน

การเข้าถือเอาในที่นี้ หมายถึงการถือสิทธิโดยทั่วไป ไม่จำกัดเฉพาะว่าจะต้องเป็นการถือกรรมสิทธิ์ เป็นทรัพย์สินถืออย่างอื่นก็ได้ เช่น สิทธิครอบครอง ลิขสิทธิ์ และไม่จำเป็นต้องเป็นวัตถุที่มีบุคคล

²⁹ บัญญัติ สุชีวะ, คำอธิบายกฎหมายลักษณะทรัพย์สิน (กรุงเทพมหานคร: จีระการพิมพ์, 2545), หน้า 3-4.

³⁰ กนก อินทร์พรชัย, “วิชากฎหมายแพ่งลักษณะทรัพย์สินและทรัพย์สิน,” ใน รวมคำบรรยายภาค 1 สมัย 51, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์เนติบัณฑิตยสภา, 2541), หน้า 124.

เข้าถึงสิทธิไว้ก็ได้ แค่เพียงอาจถือเอาได้ก็เพียงพอ เช่น สัตว์ต่าง ๆ ที่อยู่ในป่าไม่มีเจ้าของ หรือ พลังงานธรรมชาติ เป็นต้น

3.7.3 ศพเป็นทรัพย์สินหรือไม่

“ร่างกาย” ในสมัยก่อนมีการใช้กฎหมายลักษณะทาสกันอยู่ ชีวิตร่างกายของมนุษย์ตกอยู่ในสถานะเทียบเท่ากับวัตถุ หรือทรัพย์สินสมบัติอย่างหนึ่งของเจ้านาย ที่ตกลงแลกเปลี่ยนซื้อขายกันได้ แต่ปัจจุบันได้ยกเลิกกฎหมายลักษณะทาสไปแล้ว ทำให้มนุษย์ทุกคนมีสิทธิและเสรีภาพในร่างกายของตนเอง จึงไม่อาจถือเอาได้ ในส่วนของราคานั้นร่างกายของมนุษย์ไม่อาจมีราคาได้ เมื่อไม่อาจถือเอาได้ และไม่อาจมีราคาได้ ร่างกายของเราจึงไม่ใช่ทรัพย์สินอย่างแน่นอน

“ศพ” จากที่กล่าวมาแล้วร่างกายมนุษย์ไม่สามารถที่จะเป็นทรัพย์สินได้ เนื่องจากไม่อาจถือเอาได้ แต่เมื่อมนุษย์ได้เสียชีวิตลง ร่างกายกลายเป็นศพซึ่งปราศจากเจ้าของที่มีสิทธิครอบครอง แต่เนื่องจากศพไม่ได้สูญสลายหรือสิ้นสภาพไปในทันทีที่ผู้ตายเสียชีวิต ประกอบกับเจริญทางด้าน การแพทย์สามารถนำไปใช้ประโยชน์ได้อีกในหลายเรื่อง ดังนั้น เมื่อศพกลายเป็นสิ่งที่มีประโยชน์ก็ อาจจะมีการนำศพไปใช้ประโยชน์ในด้านต่าง ๆ เสมือนวัตถุชิ้นหนึ่ง ซึ่งอาจนำไปสู่ปัญหาต่อไปว่าใคร จะเป็นเจ้าของ หรือเป็นผู้มีสิทธิจัดการศพ และศพสามารถที่จะจำหน่ายจ่ายโอนกันได้หรือไม่

ประเด็นในเรื่องนี้เคยขึ้นเป็นคดีมาสู่การพิจารณาของศาลฎีกา โดยคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1174 / 2508 วินิจฉัยว่า การที่ผู้ตายทำพิธีกรรมทำพินัยกรรมอุทิศศพของตนให้แก่กรมมหาวิทยาลัย แพทยศาสตร์นั้น เห็นว่าตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1646 นอกจากผู้ตายจะแสดง เจตนากำหนดการเผื่อตายไว้ในกรต่าง ๆ แล้ว หากชอบด้วยกฎหมายแล้ว แม้จะไม่เกี่ยวกับทรัพย์สิน ก็ มีผลบังคับได้ตามพินัยกรรม ดังนั้น พินัยกรรมจึงสมบูรณ์ไม่เป็นโมฆะ ซึ่งในคดีนี้โจทก์ฎีกาว่า ศพของ ผู้ตายไม่ใช่ทรัพย์สิน แต่ในคดีนี้ศาลฎีกาไม่ได้วินิจฉัยในประเด็นว่าศพเป็นทรัพย์สินหรือไม่

ในประเด็นปัญหานี้นักนิติศาสตร์หลายท่านได้ให้ความเห็นไว้ ดังต่อไปนี้

ศาสตราจารย์จิตติ ติงศภัทย์ เห็นว่า “ร่างกายของมนุษย์ไม่เป็นทรัพย์สิน แม้แต่ส่วนที่ขาดหลุด จากร่างกาย หรือศพมนุษย์ก็ไม่เป็นทรัพย์สินเช่นเดียวกัน ตัดผมจากศีรษะเอาไป ตัดเนื้อคนหนึ่งไปปะให้ อีกคนหนึ่ง ควักตาคนหนึ่งไปใส่ให้อีกคนหนึ่ง หรือถ่ายโลหิตจากคนหนึ่งไปยังอีกคนหนึ่ง อาจเป็นการ ทำร้ายร่างกาย แต่ไม่ใช่ลักทรัพย์ นอกจากจะได้รับความว่าส่วนของร่างกายที่ขาดหลุดออกไปแล้วนั้นมิใช่

ถือเอาแล้ว จึงเป็นทรัพย์สินที่ลักได้ เช่น ผมที่มีผู้หวงแหนเพื่อใช้ทำเป็นวิกเสริมแต่งทรงผมซื้อขายกันได้ โลหิตที่เก็บไว้ใช้ในทางการแพทย์ซื้อขายกันได้ แต่ถ้าจับคนมาถ่ายโลหิตเอาตัวๆ คงจะไม่เป็นลัก ทรัพย์สินหรือชิงทรัพย์สิน เพราะเจ้าของโลหิตก็ไม่ได้ถือเอาโลหิตที่ถูกถ่ายไปเป็นทรัพย์สินของตน อย่างไรก็ตามถ้าเจ้าของแสดงเจตนาถือเอาเป็นทรัพย์สินก็อาจทำได้ตั้งแต่ขณะที่หลุดจากร่างกาย ก็เป็นทรัพย์สินและ ผลิตฐานลักทรัพย์สินได้ และศพจะกลายเป็นทรัพย์สินก็ต่อเมื่อมีผู้ถือเอา เช่น ศพที่ได้อุทิศให้กับ สถานพยาบาล ไม่ใช่ศพที่ตั้งทำพิธีอยู่ในบ้านก่อนที่จะเผาหรือฝัง ไม่เป็นศพที่มีผู้ถือเอา”³¹

ศาสตราจารย์ ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช เห็นว่า “อะไรเป็นทรัพย์สินหรือไม่ ต้องวินิจฉัยกันตาม หลักเกณฑ์ในมาตรา 99 (มาตรา138) โดยสำคัญคือ จะต้องอาจมีราคาและถือสิทธิเอาได้ ซึ่งถ้าเป็น เรื่องที่มีคนตัดแขน ตัดขาศพไม่มีญาติไปขายให้แก่โรงพยาบาล โรงพยาบาลรับซื้อไว้สำหรับใช้ ทำการศึกษาค้นคว้า ก็อาจเป็นเรื่องที่พอจะถือได้ว่าเป็นของที่อาจมีราคาซื้อขายกันได้ เมื่อ โรงพยาบาลรับซื้อไว้ละยึดถือหวงแหน พอจะปรับได้ว่าเป็นทรัพย์สิน ตามความหมายในมาตรา 99 (มาตรา 138 ใหม่) แต่ถ้าเป็นศพชนิดที่ไม่มีมีการซื้อขายดังกล่าว แต่ผู้ตายยกให้โดยไม่ได้เรียกเอาราคา ค่างวดอะไร ย่อมเป็นการยากที่จะปรับเอาว่าเป็นทรัพย์สินตามมาตรา 19 (มาตรา 138 ใหม่)”³²

ศาสตราจารย์บัญญัติ สุชีวะ เห็นว่า “มนุษย์เรา แม้จะมีรูปร่าง แต่ก็ไม่มีอาจมีราคาซื้อขายกัน ได้ ศพมนุษย์ที่ต้องไว้เพื่อประโยชน์ในการศึกษาของแพทย์ย่อมมีราคาและถือเอาได้ จึงเป็นทรัพย์สิน ส่วนศพมนุษย์โดยทั่ว ๆ ไปนั้น ถ้าญาติพี่น้องยังคงหวงแหน และกราบไหว้บูชา ก็อาจถือได้ว่ามีราคา จึงเป็นทรัพย์สิน แต่ถ้าศพที่ไม่มีญาติ ไม่มีผู้ใดประสงค์จะหวงแหนเก็บรักษาไว้ ยังไม่มีราคา จึงไม่ใช่ ทรัพย์สิน”³³

³¹ จิตติ ดิงศักดิ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญาภาค 2 ตอน 2 และภาค 3, พิมพ์ครั้งที่ 7 (กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2553), หน้า 522-523.

³² ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยครอบครัวมรดก (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2508), หน้า 427.

³³ บัญญัติ สุชีวะ, "ความหมายของประเภทของทรัพย์สินและทรัพย์สิน," ใน เอกสารการสอนชุดวิชากฎหมายว่าด้วย ทรัพย์สิน, พิมพ์ครั้งที่ 7 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช, 2529), หน้า 7.

อาจารย์อัมพร ณ ตะกั่วทุ่ง เห็นว่า “ปัญหาคือคิดว่า “ศพ” เป็นทรัพย์สินหรือไม่ เห็นว่าถ้าเจ้าของมรดก เป็นแพทย์ต้องศพไว้ใช้ในการค้นคว้า ศพก็อาจมีราคา จึงเป็นทรัพย์สิน แต่ถ้าเจ้าของร่างกายเองทำพิธีกรรมอุทิศศพให้แก่โรงพยาบาล ศพไม่น่าจะใช้ทรัพย์สินเพราะไม่มีราคา”³⁴

อาจารย์กนก อินทร์มพรรย์ เห็นว่า “ศพที่ใช้อยู่ในโรงเรียนแพทย์มีไม่เพียงพอ จึงต้องสั่งซื้อศพมาจากต่างประเทศ เพื่อให้นักเรียนแพทย์ได้ใช้ ซึ่งในจุดนี้ ศพเป็นทรัพย์อย่างแน่นอน แต่ในกรณีของศพโจรที่ไม่มีญาติ ไม่มีใครสนใจ ไม่มีใครดูแลหวางแหน ท่านอาจารย์บัญญัติเห็นโน้มเอียงว่า อาจจะไม่ใช้ทรัพย์สิน ซึ่งผมเองก็ไม่ค่อยสนใจเท่าไรนัก เพราะว่าการเป็นทรัพย์สินหรือไม่เป็นทรัพย์สิน ไม่น่าขึ้นอยู่กับการที่ว่ามีใครเข้าไปสนใจ หรือไม่มีใครไปยึดถือหรือไม่ เพราะกฎหมายใช้คำแต่เพียงว่าถือเอาได้เท่านั้น”³⁵

ศาสตราจารย์ ดร. หยุด แสงอุทัย เห็นว่า “ศพและส่วนของร่างกายที่ติดกับศพย่อมไม่ใช่ทรัพย์สิน”³⁶

ศาสตราจารย์ ดร. คณิต ณ นคร เห็นว่า “ทรัพย์สิน ในความหมายของกฎหมายอาญา หมายความว่ารวมถึง ศพหรือส่วนของศพด้วย แต่ไม่หมายถึงร่างกายหรือส่วนของร่างกายมนุษย์ที่ยังมีชีวิตอยู่”³⁷

รองศาสตราจารย์ ดร. ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ เห็นว่าไม่ว่าศพจะเป็นทรัพย์สินหรือไม่ ศพก็ไม่อาจเป็นวัตถุแห่งการลักทรัพย์หรือทำให้เสียทรัพย์สินได้ เพราะขณะกลายเป็นศพยังไม่มีใครเข้าถือกรรมสิทธิ์ และการครอบครอง ศพจึงเป็นเสมือนไปไม้ไปหญ้าที่ร่วงหล่นลงบนพื้นดินตามธรรมชาติ แม้จะเป็นวัตถุที่มีรูปร่างเป็นทรัพย์สิน ครอบครองที่ยังไม่มีใครเข้าหวงกันเป็นกรรมสิทธิ์ ก็ไม่เป็นวัตถุแห่งการกระทำความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สิน ใครจะเก็บเอาไปหรือทำลายเสียหรือนำไปใช้ประโยชน์อย่างใดก็ได้ ต่อเมื่อมี

³⁴ อัมพร ณ ตะกั่วทุ่ง, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยมรดก, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร: นิติบรรณาการ, 2542), หน้า 8.

³⁵ กนก อินทร์มพรรย์, "วิชากฎหมายแพ่งลักษณะทรัพย์สินและทรัพย์สิน," ใน รวมคำบรรยายภาค 1 สมัย 51, หน้า.

³⁶ หยุด แสงอุทัย, กฎหมายอาญาภาค 2-3, หน้า 264.

³⁷ คณิต ณ นคร, กฎหมายอาญาภาคความผิด, หน้า 227.

การยึดถือเอาแล้ว เช่น ศพของ “ซีอูย” ถ้าใครจะมาเอาไปหรือทำลายเสีย ย่อมเป็นการลักทรัพย์หรือทำให้เสียทรัพย์แล้วแต่กรณี³⁸

ศพไม่ใช่มรดกที่จะตกทอดแก่ทายาท หากไม่ได้ถือศพเป็นทรัพย์เรื่องนี้ก็ไม่มีปัญหา แต่หากจะถือว่าศพเป็นทรัพย์ก็เป็นมรดกไม่ได้ เพราะไม่ใช่สิ่งที่เจ้ามรดกมีอยู่ก่อนตาย จะว่าได้มาภายหลังตายก็ไม่ได้ เพราะเมื่อตายแล้วอำนาจแห่งกรรมสิทธิ์ก็ย่อมหมดไปตามการสิ้นสภาพแห่งบุคคล จึงจะทำการพิทักษ์กรรมยกให้ศพของตนเป็น “มรดก” แก่ใครก็ได้ จะทำได้ก็แต่เพียงการกำหนดการเผื่อตายไว้ในเรื่องการจัดการศพของตนให้เป็นไปตามเจตนาก่อนตายเท่านั้น³⁹

จากแนวความคิดของนักนิติศาสตร์ข้างต้น โดยส่วนใหญ่จะมีความเห็นว่า

1. ศพจะเป็นทรัพย์ต่อเมื่อผู้ประสงค์เข้าถือเอา หรือหวงแหน กราบไหว้บูชาหรือนำไปใช้ประโยชน์อย่างอื่นได้ แต่หากศพนั้นไม่มีผู้ใดประสงค์เข้าถือเอา หรือหวงแหนเอาไว้แล้วนั้น ย่อมไม่เป็นที่ทรัพย์

2. เห็นว่าศพไม่เป็นที่ทรัพย์ จึงไม่เป็นมรดกอันจะตกทอดแก่ทายาทได้ เพราะเกิดขึ้นเนื่องมาจากการตายของเจ้าของมรดก

ส่วนตัวผู้เขียนเห็นว่า ศพนั้นเป็นที่ทรัพย์ แต่เป็นที่ทรัพย์ที่มีคุณค่า แม้จะเป็นศพไร้ญาติที่ไม่มีใครต้องการก็ตาม เพราะว่าการที่เป็นทรัพย์ที่มีคุณค่านั้น ยกตัวอย่างเช่น พระพุทธรูป เป็นทรัพย์ที่มีคุณค่าทางจิตใจ มีคุณค่าทางศาสนา การตัดเศียรพระพุทธรูปแล้วเอาไปขาย จึงมีบทบัญญัติต่างหาก เฉพาะ และมีอัตราโทษอันหนักกว่าการทำให้เสียทรัพย์ หรือการลักทรัพย์ธรรมดา

³⁸ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, มุมมองใหม่ในกฎหมายอาญา, หน้า 125.

³⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 125-126.

บทที่ 4

การกระทำความผิดต่อศพในกฎหมายต่างประเทศ

การกำหนดให้การกระทำความผิดต่อศพเป็นความผิดนั้นมุ่งคุ้มครองด้านศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ซึ่งมีแนวความคิดมาจาก มนุษย์เมื่อเกิดมามีสิทธิหน้าที่ที่กฎหมายได้รับรองและคุ้มครองไว้ และสิ่งที่กฎหมายให้ความคุ้มครองตั้งแต่เมื่อมนุษย์ได้เกิดมาก็คือ ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ที่บุคคลอื่นจะมากกระทำให้เกิดความเสียหาย หรือกระทำโดยไม่คำนึงถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของผู้อื่นไม่ได้ และเมื่อมนุษย์ซึ่งเคยได้รับความคุ้มครองดังกล่าวได้ตายลง การกระทำต่อคนตายดังกล่าวก็ควรปฏิบัติด้วยความเคารพ ซึ่งในหลายประเทศได้มีบทบัญญัติในเรื่องนี้ไว้

จากการศึกษาถึงลักษณะของการกระทำความผิด และสิ่งที่กฎหมายไม่ให้ความคุ้มครองนั้น พบว่าการกระทำความผิดต่อศพนั้นเกิดขึ้นได้หลายลักษณะด้วยกัน ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับว่าประเทศนั้นๆ เห็นว่าการกระทำต่อศพในลักษณะใดมีความเหมาะสม และเกิดผลกระทบที่รุนแรงจนต้องมีการควบคุมการกระทำนั้น โดยการบัญญัติเป็นความผิดสำหรับการกระทำดังกล่าว ซึ่งลักษณะของการกระทำที่จะถือเป็นความผิดในแต่ละประเทศก็มีทั้งส่วนที่เหมือนแตกต่างกันออกไป นอกจากนั้นในบทบัญญัติบางประเทศอาจไม่ได้กำหนดถึงลักษณะของการกระทำที่ชัดเจนแต่กำหนดถึงผลที่เกิด หรืออาจเกิดขึ้นจากการกระทำนั้นให้เป็นความผิด ส่วนความมุ่งหมายของบทบัญญัติที่ให้ความคุ้มครองคนตายนั้น มีความหมายที่แตกต่างกันไป เช่น ความมุ่งหมายที่จะให้ความคุ้มครองต่อความรู้สึกของคนในครอบครัว หรือคนในสังคม หรือความมุ่งหมายในการให้ความเคารพต่อคนตาย หรือความมุ่งหมายในเรื่องปรัชญาแห่งชีวิตที่ให้ความสำคัญต่อความสงบของคนตาย เป็นต้น ซึ่งจากความมุ่งหมายดังกล่าว ทำให้นอกจากจะมีการให้ความคุ้มครองถึงการกระทำต่อร่างกายหรือส่วนหนึ่งส่วนใดของคนตาย หรือถ้ากระดูกของคนตาย ในบางกรณีกฎหมายให้ความคุ้มครองถึงสถานที่ฝังศพ หรือสิ่งระลึกถึงคนตาย เช่น โถศ อนุสาวรีย์ หรือป้ายหน้าหลุมฝังศพ เป็นต้น นอกจากนั้นความมุ่งหมายของกฎหมายบางลักษณะ เช่น ในเรื่องของพยานหลักฐาน หรือการรบกวนความสงบสุขของคนตาย อาจกำหนดให้ความคุ้มครองถึงกรณีของการกระทำต่อทารกที่ตายก่อนหรือขณะคลอด ซึ่งยังไม่มีสภาพบุคคลได้อีกด้วย

การกระทำอันไม่สมควรต่อศพนั้น เป็นสิ่งที่นานาประเทศให้ความสำคัญ และให้ความคุ้มครองคนตาย ตลอดจนครอบครัวและญาติผู้ที่ได้รับผลกระทบจากการกระทำอันไม่เหมาะสมนั้น ซึ่งปรากฏอยู่ในกฎหมายของหลายประเทศ ยกตัวอย่างเช่น

ประเทศเยอรมนี มีกฎหมายเกี่ยวกับการกระทำความผิดต่อศพ ไว้ในหมวด 11 ว่าด้วยอาชญากรรมเกี่ยวกับศาสนาและปรัชญาแห่งชีวิต (Crimes which relate to religion and philosophy) แห่งประมวลกฎหมายอาญาเยอรมนี ซึ่งมีบทบัญญัติความผิดฐานรบกวนพิธีกรรมเกี่ยวกับศพ¹ และฐานรบกวนความสงบสุขของผู้ตาย (disturb the peace of the death.) กำหนดอัตราโทษจำคุกไม่เกินสามปี² ซึ่งในความผิดฐานรบกวนความสงบสุขของผู้ตายนี้ ยังมีบทบัญญัติแยกย่อยออกไปอีก ได้แก่ ความผิดเกี่ยวกับการยกย้ายเอาไปซึ่งศพ³ การทำลายสถานที่ฝังศพ และการดูหมิ่นสถานที่ฝังศพ⁴ อีกทั้งแม้แต่การพยายามกระทำความผิด⁵ ดังกล่าวก็มีความผิดด้วย ซึ่งกฎหมายอาญาของประเทศไทยไม่ได้บัญญัติอย่างชัดเจนลงไปในตัวบทว่าการพยายามกระทำความผิดในความผิดเกี่ยวกับศพเป็นความผิดซึ่งต้องได้รับโทษ เหมือนเช่นประมวลกฎหมายอาญาเยอรมนี (Strafgesetzbuch StGB) ได้กำหนดไว้

ประเทศสหรัฐอเมริกา เป็นอีกประเทศหนึ่งที่ใช้ระบบคอมมอนลอว์ (Common Law) ก็ปรากฏแนวความคิดเช่นเดียวกันกับในหลายประเทศ ที่เห็นว่าควรปฏิบัติศพมนุษย์ด้วยความเคารพ

¹ Section 167a Disturbing a funeral.

Whosoever intentionally or knowingly disturbs a funeral shall be liable to imprisonment not exceeding three years or a fine.

² สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา, "เรื่องร่างพระราชบัญญัติที่เสนอสถานะติบัญญัติแห่งชาติ จำนวน 9 ฉบับ."

³ Section 168 Desecration of graves etc.

(1) Whosoever unlawfully takes away the body or parts of the body of a deceased person, a dead fetus or parts thereof or the ashes of a deceased person from the custody of the person entitled thereto or whosoever commits defamatory mischief on them, shall be liable to imprisonment not exceeding three years or a fine.

⁴ Section 168 Desecration of graves etc.

(2) Whosoever destroys or damages the place where a body is laid in state, a burial site or a public memorial for the dead or whosoever commits defamatory mischief on them shall incur the same penalty.

⁵ Section 168 Desecration of graves etc.

(3) The attempt shall be punishable.

เช่นเดียวกับกันกับเมื่อศพนั้นยังมีชีวิต และยังให้ความสำคัญต่อความรู้สึกของสมาชิกในครอบครัวที่ยังมีชีวิตอยู่ ต่อการกระทำต่อศพที่จะก่อให้เกิดความรู้สึกสะเทือนใจ และความรู้สึกที่ชอกช้ำของสมาชิกในครอบครัวคนตาย

ตามกฎหมายคอมมอนลอว์ ความผิดที่เป็นกระทำอันไม่เหมาะสมต่อร่างกายของคนตายสามารถฟ้องร้องการรบกวนโดยมุ่งร้ายหรือผิดกฎหมายต่อร่างกายของคนตายหลังจากฝังศพไปแล้ว หรือการเปิดเผยให้เห็นศพโดยไม่มีพิธีฝังศพที่เหมาะสม หรือการขายนศพเพื่อมุ่งหมายกำไรหรือผลประโยชน์ส่วนตัว หรือเพื่อชำระหนี้สำหรับศึกษา หรือการขุดศพขึ้นมา เว้นแต่เป็นความตั้งใจของคนตายในระหว่างที่ยังมีชีวิตอยู่ หรือเป็นกรณีที่มีความจำเป็นโดยความยินยอมของญาติคนตาย⁶

แนวความคิดสำหรับการกระทำต่อศพ ที่เป็นการทำร้ายความรู้สึกของคนในครอบครัวของคนตายนั้น มีปรากฏชัดเจนใน Model Penal Code ของประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งได้มีการกำหนดห้ามการดูหมิ่นวัตถุที่ฝังศพ โดยได้มีการให้ความหมายของ “การดูหมิ่น” ว่าเป็นการกระทำให้เสียรูปไป การทำลาย การทำให้สกปรก หรือการกระทำทารุณอื่น ๆ ทางกายภาพ ในทางที่ผู้กระทำรู้ว่า จะเป็นการทำร้ายความรู้สึกของบุคคลที่น่าจะสังเกตเห็นหรือพบเห็นการกระทำของเขา⁷ โดยในส่วนของ การกระทำผิดต่อศพนั้น ได้มีการบัญญัติไว้ใน Article 250⁸ ในเรื่องการจลาจล การกระทำที่ขัดต่อความสงบสุขและศีลธรรมอันดีของประชาชนและความผิดที่เกี่ยวข้อง⁹ และยังปรากฏในบทบัญญัติของหลายมลรัฐ ดังจะกล่าวต่อไป

ประเทศอังกฤษ เป็นประเทศหนึ่งที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law System) ซึ่งแต่เดิมนั้น ศาลในระบบคอมมอนลอว์จะนำจารีตประเพณีมาใช้ในการตัดสินคดี เกิดเป็นแนวทางปฏิบัติที่ศาลในคดีหลัง ๆ ยึดถือตาม จนกลายเป็นหลักกฎหมายที่เกิดจากคำพิพากษาของ

⁶ Rollin M. Perkins, ed. *Perkins on Criminal Law*(New York: Mineola, 1969), p. 398.

⁷ Sue Titus Reid, ed. *Supra Note 9*, p. 320.

⁸ "Model Penal Code," ed. The Institute(1985,).

⁹ Model Penal Code : Official draft and Explanatory note : Complete text of Model Penal Code as adopted at the 1962 Annual Meeting of the American Law Institute at Washington D.C., May 24,1962 Philadelphia, Pa : The Institute, 1985, page 188-195.

ศาล แต่ในปัจจุบันฝ่ายนิติบัญญัติมีอำนาจออกกฎหมายลายลักษณ์อักษรด้วย ฉะนั้นในระบบกฎหมายของอังกฤษจึงมีความผิดอาญาอยู่ 2 ลักษณะ คือ¹⁰

1. ความผิดกฎหมายที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร หรือความผิดอาญาตามคอมมอนลอว์ (Common law Offence) ซึ่งเกิดขึ้นจากหลักการที่ศาลคอมมอนลอว์นำจารีตประเพณีมาตัดสิน และเกิดเป็นแนวปฏิบัติที่ศาลในคดีต่อๆ มายึดถือตามจนกลายเป็นบรรทัดฐาน ดังนั้นความผิดในลักษณะนี้ ถึงแม้ว่าจะไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้ก็ตาม แต่ศาลก็มีหลักบรรทัดฐานตัดสินความผิดและลงโทษได้

2. ความผิดตามกฎหมายลายลักษณ์อักษร หรือความผิดอาญาตามที่กฎหมายบัญญัติ (Statutory law Offence) ความผิดอาญาประเภทนี้ เกิดจากการที่ฝ่ายนิติบัญญัติตรากฎหมายลายลักษณ์อักษรขึ้นมาเนื่องจากความจำเป็นบางประการของสังคม หรือเมื่อเกิดความผิดเป็นคดีใหม่ซึ่งยังไม่มีคำพิพากษาตัดสินไว้ ซึ่งอาจกล่าวได้ว่าเป็นข้อยกเว้นในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์

ตามจารีตประเพณีแต่เดิมของอังกฤษนั้นเห็นว่า “ศพมนุษย์” ไม่ถือว่าเป็นทรัพย์สิน จึงทำให้เกิดการขโมยศพขึ้นตามความต้องการของโรงเรียนกายวิภาค แม้จะถือว่าเป็นศพที่ไม่เป็นทรัพย์สิน แต่ศพก็ได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายโดยวิธีการอื่น ซึ่งปัจจุบันการกระทำที่หยาบคาย หรือการกระทำที่อนาจารต่อศพนั้น อาจไม่ต้องมีความตั้งใจที่จะเอาศพไปอย่างถาวร¹¹ ก็ถือเป็นความผิดอาญาตาม common law offence ดังจะกล่าวถึงรายละเอียดต่อไป

ประเทศอิตาลี ประมวลกฎหมายอาญาอิตาลี กำหนดความผิดเกี่ยวกับศพไว้ในหมวด 1 ว่าด้วยอาชญากรรมอันเป็นปรปักษ์ต่อความรู้สึกทางศาสนา¹² และหมวด 2 ว่าด้วยอาชญากรรมอันเป็นปรปักษ์ต่อคนตาย บัญญัติถึงการละเมิดต่อสถานที่ฝังศพ การลบหลู่สุสาน ศพ หรือเถ้าของศพ การรบกวนพิธีศพ การทำให้ศพเสียโฉม การกระทำทารุณต่อศพ การทำลาย กำจัด หรือเคลื่อนย้ายศพ หรือส่วนใดส่วนหนึ่งของศพ การปิดบังอำพรางศพ เป็นต้น ดังจะกล่าวถึงรายละเอียดต่อไป

¹⁰ สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนากุล, ปัญหาพิเศษในกฎหมายอาญา (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2547), หน้า 18.

¹¹ Williams, G., *Textbook of Criminal Law*, p. 679.

¹² **The Italy Penal code**, Title 4. Crimes Against Religious Sentiment and Reverence for the Dead, Chapter 2. Crimes Against Reverence for the Dead, Article 407-413.

ประเทศฝรั่งเศส ได้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการคุ้มครองศพและบุคคลในครอบครัวของผู้ตาย ดังปรากฏในประมวลกฎหมายอาญาของฝรั่งเศส (French Penal Code)¹³ หมวด 5 ว่าด้วยการกระทำความผิดต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ในลักษณะ 4 เรื่องการฝ่าฝืนความเคารพนับถือต่อคนตาย ได้บัญญัติคุ้มครองคนตายไว้ดังนี้ ได้แก่ การกระทำที่เป็นการละเมิดต่อสถานที่ฝังศพ สิ่งของที่ระลึกถึงคนตาย หรือการละเมิดต่อร่างของศพ อีกทั้งยังมีการกำหนดโทษหนักสำหรับการกระทำต่อศพบางลักษณะอีกด้วย¹⁴

ประเทศญี่ปุ่น ได้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการคุ้มครองศพและบุคคลในครอบครัวของผู้ตาย ดังปรากฏในประมวลกฎหมายอาญาของญี่ปุ่น (Japan Penal Code 1907)¹⁵ ได้แก่ การกระทำความผิดต่อศพในลักษณะที่เป็นการรบกวนการประกอบพิธีศพ, การดูหมิ่นสถานที่สักการบูชา เนื่องจากที่ประเทศญี่ปุ่นนั้นมีศาลเจ้าเป็นจำนวนมาก และเทพเจ้าบางศาลเจ้านั้นก็คือมนุษย์ที่เมื่อมีชีวิตอยู่ได้กระทำความดีไว้มาก เมื่อได้ล่วงลับไปแล้วจึงมีการตั้งศาลเจ้าขึ้นเพื่อระลึกถึงบุคคลนั้น นอกจากนี้ยังมีการกระทำความผิดต่อศพในเรื่องการทำลาย ละทิ้งซึ่งศพ หรือการลอบฝังศพ และการขุดสุสาน ดังจะกล่าวถึงในรายละเอียดต่อไป

ลักษณะการกระทำความผิดต่อศพในกฎหมายของประเทศต่างๆ นั้น มีทั้งลักษณะของการกระทำความผิดซึ่งมีองค์ประกอบความผิดเกี่ยวข้องกับกฎหมายไทย และลักษณะของการกระทำความผิดซึ่งยังไม่ปรากฏอย่างชัดเจนในประมวลกฎหมายอาญาของไทย ดังจะกล่าวต่อไปนี้

4.1 ลักษณะของการกระทำซึ่งมีองค์ประกอบความผิดเกี่ยวข้องกับกฎหมายไทย

ลักษณะของการกระทำความผิดต่อศพซึ่งมีองค์ประกอบความผิดเกี่ยวข้อง หรือคล้ายคลึงกับกฎหมายไทยนั้น จะกล่าวถึงกรณีที่กฎหมายต่างประเทศมีองค์ประกอบความผิดทางอาญาในส่วนของ “ลักษณะของการกระทำ” ที่เหมือนหรือคล้ายคลึงในสาระสำคัญ กับประมวลกฎหมายอาญาของไทย

¹³ Title 2. Offences against the human persons, Chapter 5. Offences against the Dignity of person, Section 4. Violation of Respect for The Dead, Article 225-17, Article 225-18, Article 225-18-1.

¹⁴ French Penal Code, Article 225-18.

¹⁵ Chapter 24. Crimes Related to Places of Worship and Graves, Article 188-192.

ในลักษณะที่ 13 การกระทำความผิดต่อศพ ซึ่งได้แก่ลักษณะของการกระทำดังต่อไปนี้ คือ การกระทำชำเราศพ การกระทำอนาจารศพ การทำให้ศพเสียหาย และการดูหมิ่นศพ

4.1.1 การกระทำชำเราศพ

4.1.1.1 ประเทศสหรัฐอเมริกา

ในประเทศสหรัฐอเมริกานั้น การกระทำต่อศพที่เป็นความผิดทางเพศ เช่น การร่วมประเวณีกับศพ ได้มีการอธิบายว่า การร่วมประเวณีกับศพ มีความหมายว่าเป็นโรคที่มีแรงดึงดูดใจที่ผิดปกติกับความตายและคนตาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งการมีแรงดึงดูดใจของบุคคลที่มีความต้องการทางเพศกับศพ ซึ่งถือเป็นความผิดปกติทางกายหรือจิต เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างจิตเภท และถูกจัดอยู่ในกลุ่มของความผิดปกติที่เรียกว่า “กามวิปริต”¹⁶ ซึ่งในประเทศสหรัฐอเมริกา ได้มีวิธีการที่หลากหลายในเรื่องของความรับผิดชอบทางอาญา สำหรับการร่วมเพศร่วมประเวณีกับศพ

การกำหนดบทบัญญัติเกี่ยวกับการกระทำชำเราศพในประเทศสหรัฐอเมริกานั้น อาจแบ่งเป็น 2 ประเภท ได้แก่ การบัญญัติห้ามอย่างชัดเจน เช่นในมลรัฐเคนตักกี มลรัฐโอรีกอน มลรัฐออริโซนา มลรัฐอินเดียนา มลรัฐอลาสกา และมลรัฐจอร์เจีย เป็นต้น และการบัญญัติอย่างกว้างซึ่งสามารถตีความจากบทบัญญัติว่าด้วย “การกระทำความผิดต่อศพในลักษณะที่เป็นการทำร้ายความรู้สึกของคนในครอบครัวหรือสังคม” เช่น มลรัฐโอไฮโอ มลรัฐฮาวาย มลรัฐเพนซิลเวเนีย มลรัฐอลาบามา และมลรัฐโคโลราโด เป็นต้น

(ก) การกระทำชำเราศพซึ่งมีบทบัญญัติห้ามชัดเจน มีดังต่อไปนี้

มลรัฐเคนตักกี

บทบัญญัติของการกระทำความผิดต่อศพในมลรัฐเคนตักกี ได้กำหนดถึงการกระทำความผิดทางเพศต่อศพไว้อย่างชัดเจน ดังนี้

Section 520.120 (2)¹⁷ บัญญัติว่า

¹⁶ Tyler Trent Ochoa and Christine Newman, "Defiling the Dead : Necrophilia and the Law," Whittier Law Review, Spring (1997).

¹⁷ The Kentucky Revised Statutes.

Title L : Kentucky penal code.

“(2) การกระทำความผิดต่อศพเป็น Class A misdemeanor เว้นแต่เป็นการกระทำความผิดหรือพยายามกระทำความผิดเกี่ยวกับการล่วงละเมิดทางเพศ หรือกระทำการร่วมประเวณีกับศพ หรือไตร่ตรองที่จะไม่เตรียมการฝังศพหรือเผาศพ หลังจากได้รับคำตอบแทนที่ได้ตกลงในสัญญา เป็น Class D felony”

มลรัฐเคนตักกีเป็นอีกมลรัฐหนึ่งที่บัญญัติให้การร่วมประเวณีกับศพเป็นความผิด และเพราะเป็นการกระทำความผิดที่กระทบกระเทือนจิตใจของคนในครอบครัว และเป็นการหยาบเกียรติผู้ตาย รวมถึงครอบครัวที่ยังมีชีวิตอยู่ จึงได้กำหนดโทษเป็นมหันตโทษ หรือโทษสถานหนักแก่ผู้กระทำความผิด เพื่อวัตถุประสงค์เป็นการข่มขู่ไม่ให้เป็นเยี่ยงอย่าง อีกทั้งเป็นการลงโทษผู้กระทำความผิดให้เช็ดหลาย

มลรัฐโอรีกอน

ในบทบัญญัติของการกระทำความผิดศพของมลรัฐโอรีกอนนั้น ได้กำหนดถึงการกระทำความผิดทางเพศต่อศพไว้อย่างชัดเจน ดังนี้

Section 116.087 (1) (a)¹⁸ การกระทำความผิดต่อศพในระดับแรก บัญญัติว่า

Chapter 525 Riot, Disorderly conduct, and Related offences.

Section 525.120 Abuse of corpse.

(2) Abuse of a corpse is a Class A misdemeanor, unless the act attempted or committed involved sexual intercourse or deviate sexual intercourse with the corpse or the deliberate failure to prepare, bury, or cremate a corpse after the acceptance of remuneration in accordance with any contract negotiated, in which case it is a Class D felony.

¹⁸ Oregon Revised Statutes (ORS) 2013.

Volum 04 - Criminal Procedure, Crimes - Chapters 131-170.

Chapter 166 Offenses Against Public Order; Firearms and Other Weapons; Racketeering.

PUBLIC ORDER OFFENSES.

CRIMES AND PUNISHMENTS.

RIOT, DISORDERLY CONDUCT, HARASSMENT AND RELATED OFFENSES.

Section 166.087 Abuse of corpse in the first degree.

(1) A person commits the crime of abuse of corpse in the first degree if the person:

(a) Engages in sexual activity with a corpse or involving a corpse; or

(2) Abuse of corpse in the first degree is a Class B felony.

“(1) บุคคลกระทำความผิดต่อศพในระดับแรก ถ้าเขา

(a) เข้าร่วมในการมีเพศสัมพันธ์กับศพ หรือเกี่ยวกับศพ

(2) การกระทำความผิดต่อศพในระดับแรกเป็น Class D felony (มหันตโทษ)”

มลรัฐอริโซนา

ใน Section 32-1364 ข้อ D และข้อ E¹⁹ บัญญัติว่า

¹⁹ Arizona Revised Statutes.

Title 32 - Professions and Occupations.

Chapter 12 funeral directors and embalmers.

Article 3 Regulation and Enforcement.

Section 32-1364. Crimes against the dead: classification.

A. It is unlawful for a person, without the authority of law or as normally required to store, prepare, disinfect or embalm a dead human body according to standards of practice in the funeral industry, to mutilate a dead human body.

B. It is unlawful for a person, without the authority of law, to disinter or remove a dead human body or any part of a dead human body from its sepulcher, grave or other interment site, or from the place where the body is awaiting disposition, with malice or wantonness or with the intent to sell or dissect the body.

C. It is unlawful for a person, without the authority of law, to obtain or convert property that is located with or affixed to a dead human body or any part of a dead human body with the intent to deprive the decedent or the decedent's estate of the property.

D. It is unlawful for a person to engage in necrophilia. A person engages in necrophilia by:

1. Having sexual intercourse with a dead human body.

2. Having sexual contact with a dead human body, other than the contact normally required to store, prepare, disinfect or embalm a dead human body according to standards of practice in the funeral industry.

E. For the purposes of subsection D:

1. "Sexual contact" means any direct or indirect touching, including oral contact, fondling or manipulating of any part of the genitals, anus or female breast by any part of the body or by any object.

2. "Sexual intercourse" means penetration into the vulva or anus by any part of the body or by any object or masturbatory contact with the penis or vulva.

F. A person who violates this section is guilty of a class 4 felony.

“D. บุคคลที่เข้าร่วมในการชำเราศพ เป็นความผิดกฎหมาย หากบุคคลที่เข้าร่วมในการชำเราศพ โดย:

1 มีความสัมพันธ์ทางเพศกับศพมนุษย์ (การร่วมประเวณีกับศพ)

2 มีความสัมพันธ์ทางเพศกับศพมนุษย์, อย่างอื่น ๆ ที่นอกจากความสัมพันธ์ที่ต้องการทั่วไปในการเก็บรักษา, ตระเตรียม, ซ้ำระล้าง หรือดองศพมนุษย์ ตามมาตรฐานของการปฏิบัติในธุรกิจของงานศพ

E. สำหรับจุดประสงค์ของ D:

1. “สัมพันธ์ทางเพศ” หมายถึง การสัมผัสโดยตรงหรือโดยอ้อมก็ตาม รวมถึงความสัมพันธ์เปิดปาก, กอด หรือจับต้องส่วนใดก็ตามที่เกี่ยวข้องกับเอาไว้ว่าสืบพันธุ์, ทวารหนัก หรือหน้าอกของผู้หญิง ด้วยส่วนใดส่วนหนึ่งของร่างกายของผู้กระทำ หรือด้วยวัตถุใดก็ตาม

2. “การร่วมประเวณี” หมายถึง การล่วงล้ำเข้าไปในแคมช่องคลอด หรือทวารหนักด้วยส่วนใดของร่างกาย หรือด้วยวัตถุใด หรือการกระตุ้นตนเองเพื่อให้ถึงจุดสุดยอดด้วยอวัยวะเพศชาย หรือแคมช่องคลอด

มลรัฐอินเดียนา

บทบัญญัติของการกระทำความผิดศพในมลรัฐอินเดียนา ได้กำหนดถึงการกระทำความผิดทางเพศต่อศพไว้อย่างชัดเจน ดังนี้

ใน Indiana (IC) 35-45-11-2 ส่วนที่ 2²⁰ บัญญัติว่า

“บุคคลผู้รู้หรือตั้งใจ :

(2) มีเพศสัมพันธ์ หรือกระทำทางเพศที่ผิดปกติกับศพ; หรือ

²⁰ Indiana Code.

Chapter 11 abuse of a corpse.

Section 35-45-11-2: Abuse of corpse.

A person who knowingly or intentionally:

(2) has sexual intercourse or sexual deviate conduct with the corpse; or

(3) opens a casket with the intent to commit an act described in subdivision (1) or (2); commits abuse of a corpse, a Class D felony.

(3) เปิดโรงศพโดยตั้งใจจะกระทำตามที่กำหนดใน (1) หรือ (2)

การกระทำของต่อศพเป็นคลาส Class D felony”

ในการกระทำความผิดทางเพศต่อศพในมลรัฐอินเดียนา มีตัวอย่างของการกระทำความผิดในคดี Steven Workman v. State of Indiana ซึ่งจำเลยเป็นอดีตสามีของผู้ตาย โดยในคืนวันเกิดเหตุจำเลยทะเลาะกับผู้ตาย และจำเลยเมาดื่มสุรา หลังจากนั้นจำเลยได้แบกปืนไรเฟิลไปที่ห้องนอนของผู้ตาย แล้วยิงศีรษะผู้ตาย โดยมีลูกวัย 3 ปี ยืนอยู่ในที่เกิดเหตุ และในเช้าวันต่อมาจำเลยพยายามร่วมประเวณีกับศพ แต่ทำไม่สำเร็จ อย่างไรก็ตามเขาได้กระทำการล่วงล้ำ (สอดใส่) ด้วยนิ้วของจำเลยกับช่องคลอดของศพ

มลรัฐอลาสกา

บทบัญญัติของการกระทำความผิดศพในมลรัฐอลาสกา ได้กำหนดถึงการกระทำความผิดทางเพศต่อศพไว้อย่างชัดเจน ดังนี้

มลรัฐอลาสกา ใน Section 11.61.130 (a) (2)²¹ บัญญัติว่า

“(a) บุคคลกระทำความผิดเกี่ยวกับศพ, ถ้า

(2) บุคคลนั้นเกี่ยวข้องกับการล่วงล้ำ (สอดใส่) เพื่อผลในทางเพศต่อศพ”

มลรัฐโรด ไอแลนด์

บทบัญญัติของการกระทำความผิดศพในมลรัฐโรด ไอแลนด์ ได้กำหนดถึงการกระทำความผิดทางเพศต่อศพไว้อย่างชัดเจน โดยห้ามการร่วมประเวณีกับศพโดยเฉพาะ ในบทบัญญัติว่าด้วยการมี

²¹ Alaska Statutes 2014.

Title 11. CRIMINAL LAW.

Chapter 61 OFFENSES AGAINST PUBLIC ORDER

Sec. 11.61.130. Misconduct involving a corpse.

(a) A person commits the crime of misconduct involving a corpse if

(2) the person engages in sexual penetration of a corpse;

เพศสัมพันธ์กับศพ (Necrophilia) ซึ่งถือว่าเป็นโรครจิตอย่างหนึ่ง ใน Section 11-20-1.2²² ซึ่งได้กำหนดบทลงโทษสำหรับการกระทำความผิดดังกล่าว โดยให้จำคุกไม่น้อยกว่า 1 ปี แต่ไม่เกิน 10 ปี

มลรัฐจอร์เจีย

บทบัญญัติของการกระทำความผิดศพในมลรัฐจอร์เจีย ได้กำหนดถึงการกระทำความผิดทางเพศต่อศพไว้อย่างชัดเจน โดยห้ามการร่วมประเวณีกับศพโดยเฉพาะ ในบทบัญญัติว่าด้วยการมีเพศสัมพันธ์กับศพ (Necrophilia) ซึ่งถือว่าเป็นโรครจิตอย่างหนึ่ง ใน Section 16-6-7²³ ซึ่งได้กำหนดบทลงโทษสำหรับการกระทำความผิดดังกล่าว โดยให้จำคุกไม่น้อยกว่า 1 ปี แต่ไม่เกิน 10 ปี

(ข) การกระทำชำเราศพซึ่งมีบทบัญญัติอย่างกว้าง มีดังต่อไปนี้

การกระทำชำเราศพซึ่งมีบทบัญญัติอย่างกว้างนี้ เป็นกรณีที่รัฐนั้นๆ ไม่ได้บัญญัติถึงเรื่องการกระทำชำเราศพให้เป็นความผิดโดยตรง แต่สามารถตีความจากบทบัญญัติที่เขียนไว้อย่างกว้างๆ เช่น ในประเทศสหรัฐอเมริกา หลายมลรัฐมีฐานความผิดว่าด้วย “การกระทำความผิดต่อศพในลักษณะที่เป็นการทำร้ายความรู้สึกของคนในครอบครัว หรือสังคม”

²² State of Rhode Island General Laws.

TITLE 11: Criminal Offenses.

CHAPTER 11-20 : Graves and Corpses.

Section 11-20-1.2 Necrophilia.

Any person who performs the act of first degree sexual assault upon a dead human body shall be guilty of the crime of necrophilia. Any person convicted of the crime of necrophilia shall be punished by imprisonment for not less than one nor more than ten (10) years and may be fined in an amount not to exceed ten thousand dollars (\$10,000).

²³ GEORGIA CODE.

TITLE 16. CRIMES AND OFFENSES.

CHAPTER 6. SEXUAL OFFENSES.

Section 16-6-7. Necrophilia.

(a) A person commits the offense of necrophilia when he performs any sexual act with a dead human body involving the sex organs of the one and the mouth, anus, penis, or vagina of the other.

(b) A person convicted of the offense of necrophilia shall be punished by imprisonment for not less than one nor more than ten years.

กรณีการกระทำความผิดต่อศพในลักษณะที่เป็นการทำร้ายความรู้สึกของคนในครอบครัว

แนวความคิดสำหรับการกระทำความผิดต่อศพ ที่เป็นการทำร้ายความรู้สึกของคนในครอบครัวของคนตายนั้น มีปรากฏชัดเจนใน Model Penal Code ของประเทศสหรัฐอเมริกา ได้มีการบัญญัติไว้ใน Article 250²⁴ ในเรื่องการจลาจล การกระทำที่ขัดต่อความสงบสุขและศีลธรรมอันดีของประชาชน และความผิดที่เกี่ยวข้อง

โดยจุดประสงค์ของการบัญญัติ Article 250 นี้ได้แก่ การจัดระบบของบทบัญญัติสำหรับการกระทำที่ไม่เหมาะสม เล็กๆ น้อยๆ เดิมที่มีความคลุมเครือและมีการกำหนดโทษหลากหลายที่ไม่ชัดเจน เพื่อจัดให้มีลำดับชั้นของโทษอย่างมีเหตุผล และโดยเฉพาะอย่างยิ่งเพื่อจำกัดความมีสภาพมีอิสระในการคิดของศาลชั้นต้นที่กำหนดการลงโทษจำคุกในสาระสำคัญของการฝ่าฝืนความผิดเล็กน้อยๆ และเป็นการลดความเหลื่อมล้ำของความผิดที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน กับความผิดที่ถูกจัดการโดยบัญญัติพิเศษ เพื่อที่ความผิดอื่นๆ จะได้ไม่ถูกมองข้ามในการดำเนินคดีอย่างเดียวกับพฤติกรรมของการกระทำที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน เช่น ใน Section 250.10²⁵ ที่บัญญัติเกี่ยวกับการกระทำความผิดต่อศพว่า

“เว้นแต่ได้รับอำนาจกฎหมาย, ผู้ใดกระทำความผิดต่อศพ ในประการที่ผู้ผู้นั้นรู้ว่าเป็นการทำร้ายความรู้สึกตามธรรมดาของครอบครัวคนตาย ผู้นั้นต้องได้รับโทษในระดับลหุโทษ”

บทบัญญัติที่กำหนดให้การกระทำความผิดต่อศพจะถือเป็นความผิด หากการกระทำนั้นเป็นการทำร้ายความรู้สึกของคนในครอบครัวคนตายนั้น บทบัญญัตินี้ไม่กำหนดถึงลักษณะเฉพาะของการกระทำที่กฎหมายถือว่าเป็นการทำร้ายความรู้สึกของบุคคลที่ยังมีชีวิตอยู่ ซึ่งเป็นสมาชิกในครอบครัวของคนตายที่ถูกกระทำ ซึ่งการบัญญัติกฎหมายในลักษณะนี้ เป็นการบัญญัติโดยไม่ได้คำนึงถึงลักษณะของ

²⁴ Model Penal Code : Official draft and Explanatory note : Complete text of Model Penal Code as adopted at the 1962 Annual Meeting of the American Law Institute at Washington D.C., May 24, 1962 Philadelphia, Pa : The Institute, 1985, page 188-195.

²⁵ Section 250.10 : Abuse of Corpse.

Except as authorized by law, a person who treats a corpse in a way that he knows would outrage ordinary family sensibilities commits a misdemeanor.

การกระทำ โดยผู้กระทำจากกระทำต่อศพลักษณะใดก็ตาม หากการกระทำนั้นก่อให้เกิดผลเป็นการทำร้ายความรู้สึกโดยทั่วไปของครอบครัวคนตาย การกระทำนั้นก็อาจเป็นความผิดฐานนี้ได้

กล่าวคือในบัญญัตินี้ มุ่งให้ความคุ้มครองต่อความรู้สึกของคนในครอบครัวคนตายเป็นสำคัญ มากกว่าการกำหนดถึงลักษณะของการกระทำต่อศพ ที่จะถือเป็นความผิด

อีกทั้งการลงโทษตามความผิดในฐานนี้เป็นการลงโทษในระดับลหุโทษหรือโทษเบา ซึ่งถือเป็นการลงโทษเพื่อห้ามปรามไม่ให้กระทำความผิดในลักษณะเช่นนี้

มลรัฐที่มีการบัญญัติไว้อย่างกว้างให้สามารถตีความการกระทำชำเราศพเป็นความผิดตามฐาน “การกระทำความผิดต่อศพในลักษณะที่เป็นการทำร้ายความรู้สึกของคนในครอบครัว” ได้แก่ มลรัฐโอไฮโอ มลรัฐฮาวาย มลรัฐเพนซิลเวเนีย มลรัฐอลาบามา มลรัฐโคโลราโด และมลรัฐเคนตักกี เป็นต้น

กรณีการกระทำความผิดต่อศพในลักษณะที่เป็นการทำร้ายความรู้สึกของคนในสังคม

การกระทำความผิดต่อศพในลักษณะที่เป็นการทำร้ายความรู้สึกของคนในสังคม หรือการกระทำต่อศพที่เป็นการละเมิดต่อความรู้สึกของวิญญาณชนที่ถือเป็นความผิดนั้น มีปรากฏในหลายมลรัฐ เช่น มลรัฐโอไฮโอ ซึ่งมีบทบัญญัติดังนี้

มลรัฐโอไฮโอใน Section 2927.01 (b) และ (c)²⁶ บัญญัติว่า

²⁶ Ohio revised code.

Title [29] XXIX CRIMES – PROCEDURE.

Chapter 2927: MISCELLANEOUS OFFENSES.

Section 2927.01 Abuse of a corpse.

(B) No person, except as authorized by law, shall treat a human corpse in a way that would outrage reasonable community sensibilities.

(C) Whoever violates division (B) of this section is guilty of gross abuse of a corpse, a felony of the fifth degree.

“(b) ไม่ว่าบุคคลใดก็ตาม, ยกเว้นได้รับอำนาจโดยกฎหมาย, จะกระทำกับศพมนุษย์ในทางที่รู้ว่าจะทำให้ร้ายความรู้สึกโดยทั่วไปของคนในสังคม

(c) ผู้ที่ฝ่าฝืน (b) ของมาตรานี้ เป็นความผิดต่อการกระทำความผิดต่อศพทั้งหมด, เป็น felony ระดับ 5”

กรณีการกระทำความผิดต่อคนตายในลักษณะที่เป็นการทำร้ายความรู้สึกของคนในสังคมนั้น ลักษณะของการบัญญัติกฎหมายนี้เป็นเช่นเดียวกับการบัญญัติถึงการกระทำต่อคนตายที่เป็นการทำร้ายความรู้สึกโดยทั่วไปของคนในครอบครัวคนตาย กล่าวคือ ไม่ได้ระบุถึงลักษณะของการกระทำต่อคนตายไว้โดยเฉพาะ ฉะนั้นหากมีการกระทำต่อคนตาย และการกระทำนั้นถือได้ว่าเป็นการทำร้ายความรู้สึกคนในสังคม หรือไม่เป็นที่ยอมรับของคนในสังคมแล้ว การกระทำนั้นก็ถือว่าเป็นความผิดฐานการกระทำผิดต่อศพได้

แต่อย่างไรก็ตาม ในบทบัญญัติที่คุ้มครองถึงความรู้สึกของคนในสังคมนั้น ไม่ได้จำกัดเฉพาะว่าต้องเป็นการทำร้ายความรู้สึกของคนในครอบครัวคนตายเท่านั้น ดังนั้นหากการกระทำต่อคนตายนั้นเป็นการกระทำที่ครอบครัวยอมรับหรือยินยอมให้มีการกระทำนั้นได้ แต่การกระทำต่อคนตายนั้นเป็นการทำร้ายความรู้สึกของคนในสังคม การกระทำนั้นย่อมเป็นความผิดฐานนี้ได้ และในขณะเดียวกัน หากการกระทำนั้นเป็นการกระทำที่เป็นการทำร้ายความรู้สึกของคนในครอบครัวคนตาย และเป็นการทำร้ายความรู้สึกของคนในสังคมด้วยแล้ว ย่อมถือว่าเป็นความผิดในฐานนี้ได้เช่นเดียวกัน

มลรัฐที่มีการบัญญัติอย่างกว้างให้สามารถตีความการกระทำชำเราศพเป็นความผิดตามฐานการกระทำความผิดต่อคนตายในลักษณะที่เป็นการทำร้ายความรู้สึกของคนในสังคม ได้แก่ มลรัฐโอไฮโอ มลเทนเนสซี มลรัฐอาร์คันซอ และมลรัฐโอรีกอน เป็นต้น

(ค) การตีความของศาล ในบทบัญญัติเกี่ยวกับการข่มขืน

ในส่วนการตีความของศาล ในบทบัญญัติเกี่ยวกับการข่มขืน ให้รวมถึงการร่วมประเวณีกับศพ เช่น มลรัฐแมสซาชูเซตส์และเทนเนสซี ที่เห็นว่าการข่มขืนไม่จำเป็นต้องมีชีวิต โดยเฉพาะศาลฎีกาของเทนเนสซี ที่เห็นว่าไม่ควรถึงสถานการณ์ที่บังเอิญว่าผู้เสียหายตายแล้ว ทำให้การกระทำที่

ไม่ถือเป็นความผิดฐานข่มขืน หรือให้เป็นความผิดที่เบาลง เพราะเท่ากับเป็นการสนับสนุนผู้ข่มขืนให้ฆ่าเหยื่อ

ต่างจากการตีความของมลรัฐต่างๆ เช่น เพนซิลเวเนีย ถือว่าล่วงล้ำเหยื่อที่ตายแล้ว ไม่ถือเป็นความผิดฐานข่มขืน (Com. V. Sudler, 436 A.2d 1376, 496 Pa. 295, Sup 1981) หรือมลรัฐอลาบามา ถือว่าถ้าผู้กระทำได้ตายก่อนที่จำเลยมีความตั้งใจที่จะร่วมประเวณี ซึ่งไม่สามารถแสดงถึงการใช้กำลังบังคับผู้ถูกกระทำ ดังนั้น การกระทำดังกล่าวไม่ถือเป็นความผิดฐานข่มขืน (Padgett v. State, 668 So. 2d 78 Ala. Crime. App. 1995)

ส่วนในมลรัฐมิชิแกน ที่ถือว่าการร่วมประเวณีกับศพ ไม่เป็นความผิดฐานข่มขืน เพราะคนตายไม่ใช่บุคคล ไม่สามารถกล่าวอ้างอะไรได้ ไม่มีความยินยอมที่จะถูกกระทำได้ และเป็นไปไม่ได้ที่จะให้การอนุญาตทั้งกายภาพและทางจิตใจเหมือนกับบุคคลที่มีชีวิต (People v. Hutner Mich. Ct. App. 1995) และ

ในมลรัฐแคลิฟอร์เนีย ซึ่งเห็นว่าการข่มขืนเป็นการร่วมประเวณี โดยขัดต่อความยินยอมของบุคคล เป็นการทำร้ายความรู้สึกของผู้ถูกข่มขืน ดังนั้น ความผิดฐานข่มขืนต้องเป็นการกระทำต่อผู้เสียหายที่มีชีวิต เพราะคนตายไม่สามารถยินยอมหรือคัดค้านได้ (People v. Kelly 1 Cal. 4th 495, 3 Cal. Rptr. 2d 677, 822 P.2d 385 (1992)) นอกจากนี้ ได้มีการอธิบายเพิ่มเติมด้วยว่า ถ้าผู้กระทำไม่รู้ว่าความจริงแล้วผู้ถูกข่มขืนไม่มีชีวิตแล้ว ผู้กระทำอาจยังมีความผิดฐานพยายามข่มขืนได้ในขณะที่หากผู้กระทำตั้งใจที่จะร่วมประเวณีกับศพ การกระทำนั้นไม่เป็นความผิดฐานข่มขืน และไม่มีความผิดฐานพยายามข่มขืนอีกด้วย (People v. Thompson 12 Cal. App. 4th 195, 15 Cal. Rptr. 2d 333 (1993)) กล่าวคือ ผู้กระทำจะสามารถถูกดำเนินคดีฐานพยายามข่มขืนได้หรือไม่ ขึ้นอยู่กับว่าจำเลยเชื่อว่าผู้ถูกกระทำยังมีชีวิตอยู่ในเวลาที่เขาพยายามร่วมประเวณีหรือไม่ ถ้าผู้กระทำเชื่อว่าผู้ถูกกระทำยังมีชีวิตอยู่ จำเลยอาจมีความผิดฐานพยายามข่มขืน ในทางตรงกันข้าม ถ้าจำเลยตั้งใจตลอดเวลาที่จะร่วมประเวณีกับศพ จำเลยมีความผิดฐานข่มขืนและพยายามข่มขืนแต่อย่างใด

4.1.1.2 ประเทศอังกฤษ

ความผิดเกี่ยวกับเพศตาม Sexual Offences Act 2003

ประเทศอังกฤษปรากฏในกฎหมาย Sexual Offences Act 2003 กำหนดความผิดที่กระทำต่อศพไว้ในหมวดความผิดเกี่ยวกับเพศ โดยกำหนดความผิดเกี่ยวกับศพไว้ในหมวดความผิดอื่นๆ อันมีลักษณะความผิดไม่ร้ายแรง เช่น มีทบัญญัติความผิดฐานล่วงล้ำร่างกายศพ (sexual penetration of a corpse) บัญญัติถึงลักษณะการล่วงล้ำร่างกายศพ กำหนดอัตราโทษจำคุกไม่เกินหกเดือน²⁷

การกระทำความผิดทางเพศต่อคนตายนั้น มีปรากฏบทบัญญัติที่กำหนดไว้อย่างชัดเจนในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ ซึ่งในประเทศอังกฤษ มีการบัญญัติไว้อย่างชัดเจนใน Sexual Offences Act 2003²⁸ ซึ่งได้กำหนดความรับผิดสำหรับการกระทำอันไม่เหมาะสมต่อศพไว้ในหมวด 42 ความผิดอื่น ๆ มาตรา 70²⁹ การล่วงเกินทางเพศต่อศพ ซึ่งกำหนดว่า

“(1) บุคคลจะเป็นผู้กระทำความผิดฐานนี้ถ้า

- (a) เขามีเจตนาที่จะกระทำการล่วงล้ำร่างกาย (สอดใส่) โดยเฉพาะในส่วนของร่างกายหรือใช้สิ่งใดก็ตาม
- (b) สิ่งที่ถูกล่วงล้ำ (สอดใส่) นั้น คือส่วนใดส่วนหนึ่งของร่างกายของคนตาย
- (c) เขารู้ หรือเขาละเลยว่าการกระทำนั้นเป็นการสอดใส่

²⁷ สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา, "เรื่องร่างพระราชบัญญัติที่เสนอสภานิติบัญญัติแห่งชาติ จำนวน 9 ฉบับ."

²⁸ <http://www.opsi.gov.uk/acts/acts2003/30042-b.htm>

²⁹ Sexual Offences Act 2003.

Section 70. Sexual penetration of a corpse.

(1) A person commits an offence if,

- (a) he intentionally performs an act of penetration with a part of his body or anything else,
- (b) what is penetrated is a part of the body of a dead person,
- (c) he knows that, or is reckless as to whether, that is what is penetrated, and
- (d) the penetration is sexual.

(2) A person guilty of an offence under this section is liable,

- (a) on summary conviction, to imprisonment for a term not exceeding 6 months or a fine not exceeding the statutory maximum or both;
- (b) on conviction on indictment, to imprisonment for a term not exceeding 2 years.

(d) การล่วงล้ำ (สอดใส่) นั้น เป็นการกระทำที่มุ่งผลในทางเพศ

(2) บุคคลผู้กระทำความผิดภายใต้มาตรานี้ มีความรับผิดชอบต่อไป

(a) ในกรณีที่เป็นการล่วงล้ำของศาลที่ตัดสินก่อนคำตัดสินของคณะลูกขุน ในประเด็นที่ไม่มีข้อพิพาททางข้อเท็จจริง ต้องรับโทษ, จำคุกไม่เกิน 6 เดือน หรือปรับไม่เกินที่กฎหมายกำหนด หรือทั้งจำทั้งปรับ

(b) ในกรณีที่มีการฟ้องร้องดำเนินคดี โดยผ่านการพิจารณาในประเด็นข้อเท็จจริง โดยคณะลูกขุนว่าการกระทำความผิด ต้องรับโทษจำคุกไม่เกิน 2 ปี”

องค์ประกอบภายในของความผิดฐานนี้คือ³⁰ ความตั้งใจกระทำล่วงล้ำต่อร่างกายของผู้ตาย การกระทำที่เป็นการล่วงล้ำดังกล่าว อาจทำโดยส่วนใดส่วนหนึ่งของร่างกายของผู้กระทำความผิด หรือโดยวัตถุอื่นใด โดยผู้กระทำความผิดต้องรู้หรือละเลยว่สิ่งที่เขาล่วงล้ำ คือส่วนของร่างกายของผู้ตาย (ศพ) ตัวอย่างที่แสดงถึงการรู้ เช่น การกระทำต่อศพที่อยู่ในสถานที่เก็บศพ เพื่อรอการฝังศพ หรือเผา ซึ่งการล่วงล้ำนั้นต้องเป็นการมุ่งหวังในทางเพศ แต่ผู้กระทำจะไม่มีผิดตามมาตรานี้ ถ้าผู้กระทำเชื่อว่าผู้ถูกกระทำยังมีชีวิตอยู่ โดยที่ความจริงแล้วผู้ถูกกระทำตายไปแล้ว³¹ หรือผู้ถูกกระทำตายในระหว่างการร่วมประเวณี เว้นแต่ถูกกระทำรู้และยังคงทำการล่วงล้ำต่อไป³²

การมุ่งผลในทางเพศนั้น มีบทบัญญัติมาตรา 78³³ ของ Sexual Offences Act 2003 บัญญัติว่า

“สำหรับวัตถุประสงค์ของส่วนนี้ (ยกเว้นมาตรา 71), การล่วงล้ำ การสัมผัส หรือการกระทำอย่างอื่นที่เป็นการมุ่งผลในทางเพศ ถ้าวิญญูชนเห็นว่า

(a) สภาวะหรือจุดประสงค์ใดก็ตามของบุคคลใดที่เกี่ยวข้องกับการกระทำดังกล่าว, เพราะโดยลักษณะของมันเป็นการมุ่งผลทางเพศ, หรือ

³⁰ Diane Brich and other, ed. *Supra Note 4*, p. 281.

³¹ <http://www.opsi.gov.uk/acts/en2003/03en42-b.htm>

³² J.C. Smith and Bran Hogan, ed. *Supra Note 7*, p. 747.

³³ *Sexual Offences Act 2003*.

(b) เพราะโดยลักษณะทั่วไปของมัน อาจเป็นการมุ่งผลในทางเพศ และเพราะสถานะของมัน หรือจุดประสงค์ของบุคคลใดก็ตามที่เกี่ยวข้อง (หรือทั้งสองอย่าง) เป็นลักษณะการมุ่งผลในทางเพศ”

มาตรา 78 (a) เป็นการครอบคลุมการกระทำที่วิญญูชนพิจารณาได้ว่า เป็นการมุ่งผลในทางเพศ เนื่องจากโดยลักษณะของการกระทำ เช่น การร่วมเพศ ขณะที่มาตรา 78 (b) เป็นการครอบคลุมการกระทำที่วิญญูชนพิจารณาว่า อาจเป็นหรืออาจไม่เป็นความมุ่งหวังในทางเพศ ขึ้นอยู่กับสภาพแวดล้อมหรือความตั้งใจของผู้กระทำ (หรือทั้งสองอย่าง) เช่น การใช้นิ้วล้วงล้ำอวัยวะเพศของหญิง อาจเป็นการมุ่งหวังทางเพศ หรืออาจทำโดยเหตุผลทางการแพทย์ เพื่อตัดสินใจว่าการกระทำนั้นเป็นการมุ่งหวังทางเพศหรือไม่ วิญญูชนจึงจำเป็นต้องพิจารณาลักษณะ หรือสภาวะแวดล้อมของการกระทำนั้น³⁴

กล่าวคือหากการกระทำของแพทย์ มีจุดประสงค์เพื่อความพึงพอใจทางเพศ โดยแสดงจากสถานการณ์หรือข้อความใดๆ ที่แสดงว่าจุดประสงค์ของแพทย์มิได้เป็นการกระทำเพื่อทดสอบทางการแพทย์ โดยเจตนาอันบริสุทธิ์ก็สามารถสรุปได้ว่า เป็นการกระทำที่มุ่งผล ในทางเพศ

4.1.1.3 ประเทศเยอรมนี

ประเทศเยอรมนีมีกฎหมายเกี่ยวกับการกระทำความผิดต่อศพ อยู่ในหมวด 11 ว่าด้วยอาชญากรรมเกี่ยวกับศาสนาและปรัชญาแห่งชีวิต (Crimes which relate to religion and philosophy) แห่งประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน (Strafgesetzbuch StGB) บทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญาของประเทศเยอรมันนั้น ไม่ได้บัญญัติความผิดในเรื่องการกระทำชำเราศพไว้ อย่างชัดเจน แต่มีบัญญัติไว้อย่างกว้างๆ ซึ่งสามารถตีความจากบทบัญญัติที่ว่าด้วย “การกระทำที่เป็นการรบกวนความสงบสุขของผู้ตาย” (Disturb the peace of the death.)

มาตรา 168³⁵ แห่งประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน บัญญัติเรื่องเกี่ยวกับการรบกวนความสงบสุขของผู้ตายไว้ว่า

³⁴ <http://www.opsi.gov.uk/acts/en2003/03en42-b.htm>

³⁵ Section 168. Desecration of graves etc.

(1) Whosoever unlawfully takes away the body or parts of the body of a deceased person, a dead fetus or parts thereof or the ashes of a deceased person from the custody of the person entitled thereto or

“(1) บุคคลใด โดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย เอาไปซึ่งร่างหรือส่วนใดส่วนหนึ่งของร่างของผู้ที่ตายแล้ว, ทารกที่ตายในครรภ์หรือส่วนของทารกนั้น หรือส่วนที่เหลือของผู้ที่ตายแล้ว (ถ้า) ไปจากความดูแลของผู้ที่มีสิทธิ หรือผู้ที่ได้รับมอบหมายให้ดูแล หรือบุคคลใดกระทำการอันเป็นการรบกวน ซึ่งเป็นการดูหมิ่นสิ่งเหล่านั้น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี ...

(3) บุคคลใดพยายามกระทำความผิดดังกล่าว ต้องระวางโทษ”

การกระทำที่ถือเป็นการรบกวนความสงบสุขของผู้ตายตามประมวลกฎหมายอาญา (Strafgesetzbuch StGB) ของประเทศเยอรมนีนั้น ถือเอาการกระทำต่อคนตายในลักษณะต่างๆ มาจัดเป็นการรบกวนความสงบสุขของคนตายด้วย เช่น การกระทำชำเราศพ การเอาไป หรือการดูหมิ่นศพหรือส่วนของศพ และการกระทำต่อสถานที่ฝังศพ เช่น การทำลาย ทำให้เสียหายซึ่งสถานที่ฝังศพ สถานที่สาธารณะสำหรับระลึกถึงคนตาย หรือการดูหมิ่นสถานที่ดังกล่าว ซึ่งจะได้กล่าวโดยละเอียดต่อไป

4.1.1.4 ประเทศฝรั่งเศส

ประเทศฝรั่งเศสได้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการคุ้มครองศพและบุคคลในครอบครัวของผู้ตาย ดังปรากฏในประมวลกฎหมายอาญาของฝรั่งเศส (French Penal Code)³⁶ หมวด 5 ว่าด้วยการกระทำความผิดต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ในลักษณะ 4 เรื่องการฝ่าฝืนความเคารพนับถือต่อคนตาย ซึ่งบทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญาของประเทศฝรั่งเศสนั้น ไม่ได้บัญญัติความผิดในเรื่องการกระทำชำเราศพไว้อย่างชัดเจน แต่บัญญัติไว้อย่างกว้างๆ ซึ่งสามารถตีความจากบทบัญญัติที่ว่าด้วย “การกระทำที่เป็นการละเมิดต่อศพ”

บทบัญญัติที่กำหนดถึงการกระทำในลักษณะที่เป็นการละเมิดต่อศพ(ร่างของคนตาย) นั้น ปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายอาญาของประเทศฝรั่งเศส ได้บัญญัติคุ้มครองคนตายไว้ดังนี้

whosoever commits defamatory mischief on them, shall be liable to imprisonment not exceeding three years or a fine.

(2) Whosoever destroys or damages the place where a body is laid in state, a burial site or a public memorial for the dead or whosoever commits defamatory mischief on them shall incur the same penalty.

(3) The attempt shall be punishable.

³⁶ Title 2. Offences against the human persons, Chapter 5. Offences against the Dignity of person, Section 4. Violation of Respect for The Dead, Article 225-17, Article 225-18, Article 225-18-1.

ประมวลกฎหมายอาญาของประเทศฝรั่งเศส มาตรา 225-17³⁷ บัญญัติว่า

“การกระทำละเมิดอันใดก็ตามที่เกี่ยวกับร่างของศพ, ไม่ว่าโดยวิธีใดก็ตาม ต้องได้รับโทษจำคุก 1 ปี และปรับ 15,000 ยูโร”

ดังนั้น เมื่อได้พิจารณาถึงกฎหมายที่กำหนดให้การกระทำละเมิดต่อคนตาย หรือการละเมิดต่อเนื้อตัวร่างของศพก็ตาม จะเห็นได้ว่ากฎหมายนั้นใช้ถ้อยคำในลักษณะที่ผู้กระทำ ได้กระทำละเมิดต่อสิ่งที่กฎหมายคุ้มครอง โดยมีได้ระบุเฉพาะถึงลักษณะของการกระทำในลักษณะใดลักษณะหนึ่ง ฉะนั้นหากมีการกระทำต่อสิ่งที่กฎหมายมุ่งคุ้มครองในลักษณะต่าง ๆ เช่น การกระทำความผิดทางเพศต่อศพ การขุดหรือเคลื่อนย้ายศพ การชำแหละ หรือทำลายศพ การทำให้ศพเสียรูป เป็นต้น ถือเป็น การกระทำละเมิดต่อคนตายได้อีกประการหนึ่งด้วย

4.1.2 การกระทำอนาจารแก่ศพ

คำว่า “การกระทำอนาจาร” นี้ ศาลฎีกาได้วางแนวคำวินิจฉัยไว้ว่า คือการกระทำที่ไม่สมควรในทางเพศ เช่น กอด จูบ ลูบคลำ หรือแตะเนื้อต้องตัวร่างกาย (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4024/2534 คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3953/2539 และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5694/2541)

การบัญญัติให้การกระทำอนาจารแก่ศพเป็นความผิดนี้ สามารถเทียบเคียงได้กับความผิดฐานรบกวนความสงบสุขของผู้ตาย (disturb the peace of the death) ในประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน และความผิดฐานล่วงล้ำร่างกายศพ (sexual penetration of a corpse) ซึ่งบัญญัติถึงการ

³⁷ French PENAL CODE.

TITLE II OFFENCES AGAINST THE HUMAN PERSON.

CHAPTER V OFFENCES AGAINST THE DIGNITY OF PERSONS.

SECTION IV VIOLATIONS OF RESPECT FOR THE DEAD.

ARTICLE 225-17.

Any violation of the physical integrity of a corpse, by any means, is punished by one year's imprisonment and a fine of €15,000.

The violation or desecration of tombs, burials grounds or monuments erected to the memory of the dead, committed by any means, is punished by one year's imprisonment and a fine of €15,000.

The penalty is increased to two years' imprisonment and to a fine of €30,000 where the offences defined under the previous paragraph were accompanied by a violation of the physical integrity of the corpse.

ล่องลำร่างกายศพ โดยไม่จำกัดเฉพาะกันล่องลำอวัยวะเพศเท่านั้น ตามกฎหมาย Sexual Offence Act 2003 ของประเทศอังกฤษได้เช่นกัน

4.1.2.1 ประเทศสหรัฐอเมริกา

กฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกานั้น ไม่ได้บัญญัติถึงความผิดเกี่ยวกับการอนาจารศพไว้อย่างชัดเจน แต่สามารถตีความให้การกระทำอนาจารต่อศพเป็นความผิดได้ตามฐาน “การกระทำความผิดต่อคนตายในลักษณะที่เป็นการทำร้ายความรู้สึกของคนในครอบครัว หรือสังคม”

กล่าวคือ หากการกระทำซึ่งถือว่าเป็นการ “อนาจาร” ศพ เกิดขึ้น แล้วเป็นการทำร้ายความรู้สึกของบุคคลที่ยังมีชีวิตอยู่ ซึ่งเป็นสมาชิกในครอบครัวของคนตายที่ถูกกระทำ การกระทำนั้นก็อาจเป็นความผิดฐานนี้ได้ การบัญญัติกฎหมายในลักษณะนี้ เป็นการบัญญัติโดยไม่ได้คำนึงถึงลักษณะของการกระทำ โดยผู้กระทำจากกระทำต่อศพลักษณะใดก็ตาม หากการกระทำนั้นก่อให้เกิดผลเป็นการทำร้ายความรู้สึกโดยทั่วไปของครอบครัวคนตาย ก็อาจเป็นความผิดฐานดังกล่าวได้

กรณีการกระทำความผิดต่อคนตายในลักษณะที่เป็นการทำร้ายความรู้สึกของคนในสังคมนั้น ลักษณะของการบัญญัติกฎหมายนี้ เป็นเช่นเดียวกับการบัญญัติถึงการกระทำต่อคนตายที่เป็นการทำร้ายความรู้สึกโดยทั่วไปของคนในครอบครัวคนตาย กล่าวคือ ไม่ได้ระบุถึงลักษณะของการกระทำต่อคนตายไว้โดยเฉพาะ ฉะนั้นหากมีการกระทำต่อคนตาย และการกระทำนั้นถือได้ว่าเป็นการทำร้ายความรู้สึกคนในสังคม หรือไม่เป็นที่ยอมรับของคนในสังคมแล้ว การกระทำนั้นถือได้ว่าเป็นความผิดฐานการกระทำผิดต่อศพได้

4.1.2.2 ประเทศอังกฤษ

การกระทำอนาจารแก่ศพนี้ สามารถเทียบเคียงได้กับความผิดเกี่ยวกับเพศ ซึ่งประเทศอังกฤษปรากฏในกฎหมาย Sexual Offences Act 2003 กำหนดความผิดที่กระทำต่อศพไว้ในหมวดความผิดเกี่ยวกับเพศ โดยกำหนดความผิดเกี่ยวกับศพไว้ในหมวดความผิดอื่นๆ อันมีลักษณะความผิดไม่ร้ายแรง เช่น มีบทบัญญัติความผิดฐานล่องลำร่างกายศพ (sexual penetration of a corpse) บัญญัติถึงลักษณะการล่องลำร่างกายศพ กำหนดอัตราโทษจำคุกไม่เกินหกเดือน³⁸

³⁸ สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา, "เรื่องร่างพระราชบัญญัติที่เสนอสภานิติบัญญัติแห่งชาติ จำนวน 9 ฉบับ."

การกระทำความผิดทางเพศต่อคนตายนั้น ปรากฏบัญญัติใน Sexual Offences Act 2003³⁹ ซึ่งได้กำหนดความรับผิดสำหรับการกระทำอันไม่เหมาะสมต่อศพไว้ในหมวด 42 ความผิดอื่น ๆ มาตรา 70⁴⁰ การล่วงเกินทางเพศต่อศพ ซึ่งกำหนดว่า

“(1) บุคคลจะเป็นผู้กระทำความผิดฐานนี้ถ้า

- (a) เขามีเจตนาที่จะกระทำการล่วงล้ำร่างกาย (สอดใส่) โดยเฉพาะในส่วหนึ่งของร่างกายหรือใช้สิ่งใดก็ตาม
- (b) สิ่งที่ถูกล่วงล้ำ (สอดใส่) นั้น คือส่วนใดส่วนหนึ่งของร่างกายของคนตาย
- (c) เขารู้ หรือเขาละเลยว่าการกระทำนั้นเป็นการสอดใส่
- (d) การล่วงล้ำ (สอดใส่) นั้น เป็นการกระทำที่มุ่งผลในทางเพศ

(2) บุคคลผู้กระทำความผิดภายใต้มาตรานี้ มีความรับผิดดังต่อไปนี้

- (a) ในกรณีที่เป็นการฟ้องร้องดำเนินคดีที่ตัดสินก่อนคำตัดสินของคณะลูกขุน ในประเด็นที่ไม่มีข้อพิพาททางข้อเท็จจริง ต้องรับโทษ จำคุกไม่เกิน 6 เดือน หรือปรับไม่เกินที่กฎหมายกำหนด หรือทั้งจำทั้งปรับ
- (b) ในกรณีที่มีการฟ้องร้องดำเนินคดี โดยผ่านการพิจารณาในประเด็นข้อเท็จจริง โดยคณะลูกขุนว่ามีการกระทำความผิด ต้องรับโทษจำคุกไม่เกิน 2 ปี”

องค์ประกอบภายในของความผิดฐานนี้คือ⁴¹ ความตั้งใจกระทำล่วงล้ำต่อร่างกายของผู้ตาย การกระทำที่เป็นการล่วงล้ำดังกล่าว อาจทำโดยส่วนใดส่วนหนึ่งของร่างกายของผู้กระทำความผิด หรือโดยวัตถุอื่นใด โดยผู้กระทำความผิดต้องรู้หรือละเลยว่าสิ่งที่เขาล่วงล้ำ คือส่วนของร่างกายของผู้ตาย (ศพ) ซึ่งการล่วงล้ำนั้นต้องเป็นการมุ่งหวังในทางเพศ แต่ผู้กระทำจะไม่มีผิดตามมาตรานี้

³⁹ <http://www.opsi.gov.uk/acts/acts2003/30042-b.htm>

⁴⁰ Sexual Offences Act 2003, Section 70 Sexual penetration of a corpse.

⁴¹ other, D. B. a., *Supra Note 4*, p. 281.

ถ้าผู้กระทำเชื่อว่าผู้ถูกกระทำยังมีชีวิตอยู่ โดยที่ความจริงแล้วผู้ถูกกระทำตายไปแล้ว⁴² หรือผู้ถูกกระทำตายในระหว่างการร่วมประเวณี เว้นแต่ผู้กระทำรู้และยังคงทำการล่วงล้ำต่อไป⁴³

โดยในส่วนของ การมุ่งผลในทางเพศนั้น มีบทบัญญัติมาตรา 78⁴⁴ ของ Sexual Offences Act 2003 บัญญัติว่า

“สำหรับวัตถุประสงค์ของส่วนนี้ (ยกเว้นมาตรา 71), การล่วงล้ำ การสัมผัส หรือการกระทำอย่างอื่นที่เป็นการมุ่งผลในทางเพศ ถ้าวิญญูชนเห็นว่า

(a) สภาวะหรือจุดประสงค์ใดก็ตามของบุคคลใดที่เกี่ยวข้องกับการกระทำดังกล่าว, เพราะโดยลักษณะของมันเป็นการมุ่งผลทางเพศ, หรือ

(b) เพราะโดยลักษณะทั่วไปของมัน อาจเป็นการมุ่งผลในทางเพศ และเพราะสภาวะของมันหรือจุดประสงค์ของบุคคลใดก็ตามที่เกี่ยวข้อง (หรือทั้งสองอย่าง) เป็นลักษณะการมุ่งผลในทางเพศ”

มาตรา 78 (a) เป็นการครอบคลุมการกระทำที่วิญญูชนพิจารณาได้ว่า เป็นการมุ่งผลในทางเพศ เนื่องจากโดยลักษณะของการกระทำ เช่น การร่วมเพศ ขณะที่มาตรา 78 (b) เป็นการครอบคลุมการกระทำที่วิญญูชนพิจารณาว่า อาจเป็นหรืออาจไม่เป็นความมุ่งหวังในทางเพศ ขึ้นอยู่กับสภาพแวดล้อมหรือความตั้งใจของผู้กระทำ (หรือทั้งสองอย่าง) เช่น การใช้นิ้วล่วงล้ำอวัยวะเพศของหญิง อาจเป็นการมุ่งหวังทางเพศ หรืออาจทำโดยเหตุผลทางการแพทย์ เพื่อตัดสินใจว่าการกระทำนั้นเป็นการมุ่งหวังทางเพศหรือไม่ วิญญูชนจึงจำเป็นต้องพิจารณาลักษณะ หรือสภาวะแวดล้อมของการกระทำนั้น⁴⁵

กล่าวคือหากการกระทำของแพทย์ มีจุดประสงค์เพื่อความพึงพอใจทางเพศ โดยแสดงจากสถานการณ์หรือข้อความใดๆ ที่แสดงว่าจุดประสงค์ของแพทย์มิได้เป็นการกระทำเพื่อทดสอบทางการแพทย์ โดยเจตนาอันบริสุทธิ์ก็สามารถสรุปได้ว่า เป็นการกระทำที่มุ่งผลในทางเพศ และเป็นความผิดตามฐานนี้ได้

⁴² <http://www.opsi.gov.uk/acts/en2003/03en42-b.htm>.

⁴³ Hogan, J. C. S. a. B., *Supra Note 7*, p. 747.

⁴⁴ **Sexual Offences Act 2003**, Section 78.

⁴⁵ <http://www.opsi.gov.uk/acts/en2003/03en42-b.htm>.

ตามจารีตประเพณีแต่เดิมของอังกฤษนั้นเห็นว่า “ศพมนุษย์” ไม่ถือว่าเป็นทรัพย์สิน จึงทำให้เกิดการขโมยศพขึ้นตามความต้องการของโรงเรียนกายวิภาค แม้จะถือว่าเป็นทรัพย์สิน แต่ศพก็ได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายโดยวิธีการอื่น ซึ่งปัจจุบันการกระทำที่หยาบคาย หรือการกระทำที่อนาจารต่อศพนั้น อาจไม่ต้องมีความตั้งใจที่จะเอาศพไปอย่างถาวร⁴⁶ ก็ถือเป็นความผิดอาญาตาม common law offence

4.1.2.3 ประเทศเยอรมนี

ประเทศเยอรมนีมีกฎหมายเกี่ยวกับการกระทำความผิดต่อศพ อยู่ในหมวด 11 ว่าด้วยอาชญากรรมเกี่ยวกับศาสนาและปรัชญาแห่งชีวิต (Crimes which relate to religion and philosophy) แห่งประมวลกฎหมายอาญาเยอรมนี (Strafgesetzbuch StGB) บทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญาของประเทศเยอรมนีนั้น ไม่ได้บัญญัติความผิดในเรื่องการกระทำอนาจารศพไว้อย่างชัดเจน แต่มีบัญญัติไว้อย่างกว้างๆ ซึ่งสามารถตีความจากบทบัญญัติที่ว่าด้วย “การกระทำที่เป็นการรบกวนความสงบสุขของผู้ตาย” (Disturb the peace of the death.)

มาตรา 168⁴⁷ แห่งประมวลกฎหมายอาญาเยอรมนี บัญญัติเรื่องเกี่ยวกับการรบกวนความสงบสุขของผู้ตายไว้ว่า

“(1) บุคคลใด โดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย เอาไปซึ่งร่างหรือส่วนใดส่วนหนึ่งของร่างของผู้ที่ตายแล้ว, ทารกที่ตายในครรภ์หรือส่วนของทารกนั้น หรือส่วนที่เหลือของผู้ที่ตายแล้ว (ถ้า) ไปจากความดูแลของผู้ที่มีสิทธิ หรือผู้ที่ได้รับมอบหมายให้ดูแล หรือบุคคลใดกระทำการอันเป็นการรบกวน ซึ่งเป็นการดูหมิ่นสิ่งเหล่านั้น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี ...

(3) บุคคลใดพยายามกระทำความผิดดังกล่าว ต้องระวางโทษ”

⁴⁶ Williams, G., *Textbook of Criminal Law*, p. 679.

⁴⁷ Section 168 Desecration of graves etc.

(1) Whosoever unlawfully takes away the body or parts of the body of a deceased person, a dead fetus or parts thereof or the ashes of a deceased person from the custody of the person entitled thereto or whosoever commits defamatory mischief on them, shall be liable to imprisonment not exceeding three years or a fine....

(3) The attempt shall be punishable.

การกระทำที่ถือเป็นการรบกวนความสงบสุขของผู้ตายตามประมวลกฎหมายอาญา (Strafgesetzbuch StGB) ของประเทศเยอรมนีนั้น ถือเอาการกระทำต่อคนตายในลักษณะต่างๆ มาจัดเป็นการรบกวนความสงบสุขของคนตายด้วย เช่น การกระทำชำเราศพ การกระทำอนาจารต่อศพ การเอาไป หรือการดูหมิ่นศพหรือส่วนของศพ และการกระทำต่อสถานที่ฝังศพ เช่น การทำลาย ทำให้เสียหายซึ่งสถานที่ฝังศพ สถานที่สาธารณะสำหรับระลึกถึงคนตาย หรือการดูหมิ่นสถานที่ดังกล่าว ซึ่งจะได้กล่าวโดยละเอียดต่อไป

4.1.2.4 ประเทศฝรั่งเศส

ประเทศฝรั่งเศสได้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการคุ้มครองศพและบุคคลในครอบครัวของผู้ตาย ดังปรากฏในประมวลกฎหมายอาญาของฝรั่งเศส (French Penal Code)⁴⁸ หมวด 5 ว่าด้วยการกระทำความผิดต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ในลักษณะ 4 เรื่องการฝ่าฝืนความเคารพนับถือต่อคนตาย ซึ่งบทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญาของประเทศฝรั่งเศสนั้น ไม่ได้บัญญัติความผิดในเรื่องการกระทำอนาจารศพไว้อย่างชัดเจน แต่บัญญัติไว้อย่างกว้างๆ ซึ่งสามารถตีความจากบทบัญญัติที่ว่าด้วย “การกระทำที่เป็นการละเมิดต่อศพ”

ประมวลกฎหมายอาญาของประเทศฝรั่งเศส มาตรา 225-17⁴⁹ บัญญัติว่า

“การกระทำละเมิดอันใดก็ตามที่เกี่ยวข้องกับร่างของศพ, ไม่ว่าจะโดยวิธีใดก็ตาม ต้องได้รับโทษจำคุก 1 ปี และปรับ 15,000 ยูโร”

ดังนั้น เมื่อได้พิจารณาถึงกฎหมายที่กำหนดให้การกระทำละเมิดต่อคนตาย หรือการละเมิดต่อเนื้อตัวร่างของศพก็ตาม จะเห็นได้ว่ากฎหมายนั้นใช้ถ้อยคำในลักษณะที่ผู้กระทำ ได้กระทำละเมิดต่อสิ่งที่กฎหมายคุ้มครอง โดยมีได้ระบุเฉพาะถึงลักษณะของการกระทำในลักษณะใดลักษณะหนึ่ง ฉะนั้นหากมีการกระทำต่อสิ่งที่กฎหมายมุ่งคุ้มครองในลักษณะต่าง ๆ เช่น การกระทำความผิดทาง

⁴⁸ Title 2. Offences against the human persons, Chapter 5. Offences against the Dignity of person, Section 4. Violation of Respect for The Dead, Article 225-17, Article 225-18, Article 225-18-1.

⁴⁹ French PENAL CODE.

ARTICLE 225-17

Any violation of the physical integrity of a corpse, by any means, is punished by one year's imprisonment and a fine of €15,000.

เพศต่อศพ การกระทำอนาจารศพ การขุดหรือเคลื่อนย้ายศพ การชำแหละ หรือทำลายศพ การทำให้ศพเสียรูป เป็นต้น ถือเป็นการกระทำละเมิดต่อคนตายได้อีกประการหนึ่งด้วย

4.1.3 การเคลื่อนย้าย การทำลาย ทำให้เสียหายซึ่งศพ

4.1.3.1 ประเทศสหรัฐอเมริกา

ในประเทศสหรัฐอเมริกา การกระทำต่อศพที่เป็นความผิดเกี่ยวกับการเคลื่อนย้าย การทำลาย ทำให้เสียหายแก่ศพนั้น มีการกำหนดบทบัญญัติซึ่งอาจแบ่งเป็น 2 ประเภท ได้แก่ การบัญญัติห้ามอย่างชัดเจน เช่นในมลรัฐโคโลราโด มลรัฐอาร์คันซอ มลรัฐโอริกอน มลรัฐเทกซัส มลรัฐเมน มลรัฐอริโซนา และมลรัฐอลาสกา เป็นต้น และการบัญญัติอย่างกว้างซึ่งสามารถตีความจากบทบัญญัติว่าด้วย “การกระทำความผิดต่อศพในลักษณะที่เป็นการทำร้ายความรู้สึกของคนในครอบครัวหรือสังคม” เช่น มลรัฐโอไฮโอ มลรัฐฮาวาย มลรัฐเพนซิลเวเนีย มลรัฐอลาบามา และมลรัฐเทนเนสซี เป็นต้น

(ก) การเคลื่อนย้าย การทำลาย ทำให้เสียหายซึ่งศพ ที่มีบทบัญญัติห้ามชัดเจน มีดังต่อไปนี้

มลรัฐโคโลราโด (Colorado)

การเคลื่อนย้ายศพโดยไม่ได้รับความยินยอม

มลรัฐโคโลราโด ใน Section 18-13-101 (1) (a)⁵⁰ บัญญัติว่า

“(1) บุคคลกระทำความผิดต่อศพ ถ้า, ไม่มีบทบัญญัติหรือคำสั่งของศาลให้อำนาจไว้, เขาหรือเธอ:

⁵⁰ Colorado Revised Statutes 2014.

TITLE 18 CRIMINAL CODE.

ARTICLE 13 Miscellaneous Offenses.

Section 18-13-101. Abuse of a corpse.

(1) A person commits abuse of a corpse if, without statutory or court-ordered authority, he or she:

(a) Removes the body or remains of any person from a grave or other place of sepulcher without the consent of the person who has the right to dispose of the remains pursuant to section 15-19-106.

(a) เคลื่อนย้ายศพหรือซากของบุคคลใดก็ตาม จากสุสานหรือสถานที่ฝังศพ โดยมีได้รับความยินยอมของบุคคลซึ่งมีสิทธิจัดการศพตาม Section 15-19-160”

โดยใน Section 18-13-101 (1) (a) นี้บุคคลซึ่งมีสิทธิจัดการศพตาม Section 15-19-160 หมายถึง ญาติที่มีชีวิตอยู่หรือเพื่อนสนิทที่มีชีวิตอยู่นั้นเอง

มลรัฐอาร์คันซอ

การขุด เคลื่อนย้าย ซ้ำแหละ หรือทำให้ศพเสียรูป

มลรัฐอาร์คันซอ ใน Section 5-60-101 (a) (1)⁵¹ บัญญัติว่า

“(a) บุคคลกระทำความผิดต่อศพถ้า, ยกเว้นมีอำนาจโดยกฎหมาย, เขาหรือเธอรู้ว่า;

(1) ขุดขึ้นมา, เคลื่อนย้าย, ซ้ำแหละเพื่อการศึกษา หรือทำให้ศพเสียรูปไป”

มลรัฐโอริกอน

การขุด เคลื่อนย้าย หรือขนศพโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย

มลรัฐโอริกอน ใน Section 116.085 (1) (b)⁵² บัญญัติว่า

⁵¹ Arkansas code of 1987.

Title 5 Criminal Offenses.

Subtitle 6. Offenses Against Public Health, Safety, Or Welfare.

Chapter 60 General Provisions.

Subchapter 1 General Provisions.

Section 5-60-101. Abuse of a corpse.

(a) A person commits abuse of a corpse if, except as authorized by law, he or she knowingly:

(1) Disinters, removes, dissects, or mutilates a corpse; or

⁵² Oregon Revised Statutes (ORS) 2013.

Section 166.085 Abuse of corpse in the second degree

(1) A person commits the crime of abuse of corpse in the second degree if, except as otherwise authorized by law, the person intentionally:

(b) Disinters, removes or carries away a corpse.

“(1) บุคคลกระทำความผิดต่อศพในระดับ 2 ถ้า, ยกเว้นได้รับอำนาจในกฎหมาย, บุคคล
ตั้งใจที่จะ:

(b) ขุดขึ้นมา, เคลื่อนย้าย หรือขนศพไป”

มลรัฐเทกซัส

การขุด รบกวอน ทำให้เสียหาย ขนย้าย และการปิดบังการขุดศพโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย

มลรัฐเทกซัสใน Section 42.08 (a) (2)⁵³ บัญญัติว่า

“(a) บุคคลกระทำความผิดถ้า, โดยไม่ได้รับอนุญาตตามกฎหมาย, เขารู้ว่าเป็นการ

(1) ขุด รบกวอน ทำให้เสียหาย ผ่าเพื่อการศึกษาทั้งหมดหรือบางส่วน ขนย้ายไป หรือกระทำ
ในลักษณะล่วงละเมิดต่อศพมนุษย์

(2) ปิดบังศพมนุษย์โดยรู้ว่าเป็นการขุดขึ้นมาได้ไม่ชอบด้วยกฎหมาย”

มลรัฐเมน

การขุด เคลื่อนย้าย ซ่อนเร้น ทำให้เสียรูป หรือทำลายซึ่งศพ

มลรัฐเมนใน Section 508 ข้อ 1⁵⁴ การกระทำผิดต่อศพ บัญญัติว่า

⁵³ Texas Statutes.

Title 9: OFFENSES AGAINST PUBLIC ORDER AND DECENCY.

Chapter 42: DISORDERLY CONDUCT AND RELATED OFFENSES.

Section 42.08: ABUSE OF CORPSE.

(a) A person commits an offense if the person, without legal authority, knowingly:

(1) disinters, disturbs, damages, dissects, in whole or in part, carries away, or treats in an offensive manner a human corpse;

(2) conceals a human corpse knowing it to be illegally disinterred;

⁵⁴ Maine revised statutes.

Title 17-A: MAINE CRIMINAL CODE.

Part 2: SUBSTANTIVE OFFENSES.

Chapter 21: OFFENSES AGAINST PUBLIC ORDER.

Section 508. Abuse of corpse.

“1. บุคคลมีความผิดฐานกระทำความผิดต่อศพ ถ้าเขาโดยเจตนา และโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย เปิดเผย, ขุดขึ้นมา, เคลื่อนย้าย, ซ่อนเร้น, ทำให้เสียรูป หรือทำลายซึ่งศพมนุษย์ หรือส่วนใดหรือเถ้าของศพนั้น”

ในมลรัฐเมนนั้น นอกจากจะกำหนดความผิดสำหรับการขุด การเคลื่อนย้าย หรือการซ่อนเร้นศพหรือส่วนใดส่วนหนึ่งของศพมนุษย์หรือเถ้าของศพแล้ว ยังได้กำหนดความผิดสำหรับการเคลื่อนย้ายหลุมฝังศพ หรือสิ่งที่ระลึกแทนคนตายใน Section 507-A ข้อ 1 และข้อ 3

3. ผู้ฝ่าฝืนอนุมาตรา 1 เป็นการกระทำผิด Class D crime”

มลรัฐอริโซนา

การขุด หรือการเคลื่อนย้ายศพ

มลรัฐอริโซนา ใน Section 32-1364 ข้อ B⁵⁵ บัญญัติว่า

“B. การขุดขึ้นมา หรือการเคลื่อนย้ายศพมนุษย์หรือส่วนใดก็ตามของศพ จากหลุมฝังศพสุสาน หรือสถานที่ฝังศพอื่นๆ หรือจากสถานที่ซึ่งศพรอการจัดการ ด้วยความประสงค์ร้ายหรือมุ่งร้าย หรือด้วยความตั้งใจที่จะขาย หรือผ่าศพเพื่อการศึกษา โดยปราศจากอำนาจตามกฎหมาย เป็นการไม่ชอบด้วยกฎหมาย”

มลรัฐอลาสกา

การขุด เคลื่อนย้าย ปิดบัง หรือตัดชิ้นส่วนของศพ

มลรัฐอลาสกา ใน Section 11.61.130 (a) (1)⁵⁶ บัญญัติว่า

1. A person is guilty of abuse of corpse if he intentionally and unlawfully disinters, digs up, removes, conceals, mutilates or destroys a human corpse, or any part or the ashes thereof.

⁵⁵ Arizona Revised Statutes.

Section 32-1364. Crimes against the dead: classification.

B. It is unlawful for a person, without the authority of law, to disinter or remove a dead human body or any part of a dead human body from its sepulcher, grave or other interment site, or from the place where the body is awaiting disposition, with malice or wantonness or with the intent to sell or dissect the body.

⁵⁶ Alaska Statutes 2014.

“(a) บุคคลกระทำความผิดเกี่ยวกับศพ ถ้า

(1) เว้นแต่ได้รับอนุญาตตามกฎหมาย หรือในกรณีฉุกเฉิน, บุคคลนั้นจงใจขุดออกมา, เคลื่อนย้าย, ปิดบัง, หรือตัดชิ้นส่วนของศพ”

ตัวอย่างของการกระทำที่ไม่เหมาะสม เช่น มีการกล่าวหาถึงการกระทำของเจ้าหน้าที่ตำรวจ ในชิคาโกที่จัดการอย่างไม่ถูกต้องกับศพหญิงรายหนึ่งที่หนัก 500 ปอนด์ ซึ่งตายด้วยโรคหัวใจล้มเหลว สืบเนื่องมาจากโรคอ้วน โดยมีการกล่าวอ้างว่าเจ้าหน้าที่ไม่ให้ความเคารพต่อศพ และวิจารณ์อย่างเหยียดหยามเกี่ยวกับศพว่าพนักงานไม่สามารถเคลื่อนย้ายได้ และไปให้เด็ก ๆ บริเวณนั้นจ้องมองศพที่เปลือย และให้คนมามุงดูที่บ้านหลังที่เกิดเหตุที่พบศพ ซึ่งพบโดยลูก ๆ อายุ 7 และ 11 ปีของเธอ เพื่อนบ้านกล่าวว่า เมื่อเจ้าหน้าที่ 8 เคลื่อนย้ายศพ พวกเขาลากศพโดยดึงข้อเท้ามาตามชั้นบันไดจากห้องใต้ดิน และผ่านสนามหญ้าโดยให้ทุกคนในบริเวณนั้นดูได้⁵⁷ เป็นต้น

แต่ในบางกรณีการกระทำบางลักษณะต่อศพก็ไม่ใช่ความผิด เช่น กรณีที่พ่อฝังร่างของลูกเขาที่แต่งตัวอย่างเหมาะสม และใส่ไว้ในกล่องไม้ที่แข็งแรงในสุสานในฟาร์มของเขา โดยการฝังร่างของเด็กโดยไม่มีพิธีทางศาสนา ไม่มีการแจ้งไปยังเพื่อนและญาติ แสดงว่าเขาขาดสัญชาตญาณของความ เป็นพ่อ แต่มันไม่ได้ฝ่าฝืนกฎหมาย โดยศาลตัดสินว่าประเพณีของประเทศกำหนดเพียงให้พ่อฝังศพลูกอย่างเหมาะสม กล่าวคือมีการแต่งตัวให้ศพอย่างเหมาะสมเมื่อนำไปสถานที่ฝังศพ แล้วฝังไว้ใต้ดินหรือในสุสาน เพื่อที่จะไม่เป็นการล่วงละเมิด หรือความเสียหายต่อผู้อื่น เช่น ไม่อาจนำศพไปไว้กลางถนนหรือทิ้งลงในลำธาร ซึ่งเป็นการล่วงละเมิดต่อความรู้สึกที่เหมาะสม หรือความเสียหายต่อสุขภาพของชุมชน⁵⁸

คดี Commonwealth of Pennsylvania v. Shawna Lore, 478 A.2d 841, 338 Pa. Super. 42, Super. 1984 ซึ่งข้อเท็จจริงในคดีนี้ จำเลยมิได้เป็นผู้ฆ่าคนตาย แต่จำเลยได้ร่วมกับ

Sec. 11.61.130. Misconduct involving a corpse.

(a) A person commits the crime of misconduct involving a corpse if

(1) except as authorized by law or in an emergency, the person intentionally disinters, removes, conceals, or mutilates a corpse;

⁵⁷ Sue Titus Reid, ed. *Criminal Law*, 4th. Ed ed.(Florida State University, 1998), p. 321.

⁵⁸ Rollin M. Perkins, ed. *Supra Note 6*, pp. 398-399.

ฆาตกรและบุคคลอื่นปิดบังการตาย โดยจำเลยช่วยทำความสะอาดห้องที่ผู้ตายถูกยิง ทำความสะอาดบันไดที่ศพถูกลากมาเพื่อทำการหั่นแยกเป็นชิ้นส่วน และจำเลยร่วมกับบุคคลอื่นไปซื้อของที่จำเป็นต้องใช้ในการหั่นศพ และจำเลยได้โยนชิ้นส่วนของศพที่อยู่ในถุงขยะลงในแม่น้ำ ถือเป็นการกระทำความผิดต่อศพ เป็นต้น

สิ่งที่ได้กล่าวข้างต้นนั้น จัดอยู่ในความผิดอาญาตามคอมมอนลอว์ (Common law Offence) ซึ่งแม้กฎหมายลายลักษณ์อักษรไม่ได้มีการกำหนดให้การกระทำดังกล่าวเป็นความผิดก็ตาม แต่ศาลของประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ดังกล่าว ก็สามารถลงโทษการกระทำเหล่านั้นได้

แต่ในส่วนของ การพิจารณากฎหมายอาญา สำหรับการกระทำความผิดต่อศพ จะได้นำกฎหมายที่มีการบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรของประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์มาพิจารณา โดยในประเทศสหรัฐอเมริกา มีการบัญญัติถึงการกระทำความผิดต่อคนตายไว้ในบทบัญญัติของหลายมลรัฐ

(ข) การเคลื่อนย้าย การทำลาย ทำให้เสียหายซึ่งศพที่มีบทบัญญัติอย่างกว้าง มีดังต่อไปนี้

การเคลื่อนย้าย การทำลาย ทำให้เสียหายซึ่งศพที่มีบัญญัติอย่างกว้างนี้ เป็นกรณีที่รัฐนั้นๆ ไม่ได้บัญญัติถึงเรื่องการเคลื่อนย้าย การทำลาย ทำให้เสียหายซึ่งศพให้เป็นความผิดโดยตรง แต่สามารถตีความจากบทบัญญัติที่เขียนไว้อย่างกว้างๆ เช่น ในประเทศสหรัฐอเมริกา หลายมลรัฐมีฐานความผิดว่าด้วย “การกระทำความผิดต่อศพในลักษณะที่เป็นการทำร้ายความรู้สึกของคนในครอบครัว หรือสังคม”

กฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกานั้น ไม่ได้บัญญัติถึงความผิดเกี่ยวกับการเคลื่อนย้าย การทำลาย ทำให้เสียหายซึ่งศพไว้อย่างชัดเจน แต่สามารถตีความให้การเคลื่อนย้าย การทำลาย ทำให้เสียหายซึ่งศพเป็นความผิดได้ตามฐาน “การกระทำความผิดต่อคนตายในลักษณะที่เป็นการทำร้ายความรู้สึกของคนในครอบครัว หรือสังคม”

กล่าวคือ หากการกระทำซึ่งถือว่าการเคลื่อนย้าย การทำลาย ทำให้เสียหายซึ่งศพเกิดขึ้นแล้วเป็นการทำร้ายความรู้สึกของบุคคลที่ยังมีชีวิตอยู่ ซึ่งเป็นสมาชิกในครอบครัวของคนตายที่ถูกกระทำ หรือเป็นการทำร้ายความรู้สึกของคนในสังคม การกระทำนั้นๆ ก็อาจเป็นความผิดฐานนี้ได้ การ

บัญญัติกฎหมายในลักษณะนี้ เป็นการบัญญัติโดยไม่ได้คำนึงถึงลักษณะของการกระทำ โดยผู้กระทำ จากกระทำต่อศพลักษณะใดก็ตาม หากการกระทำนั้นก่อให้เกิดผลเป็นการทำร้ายความรู้สึกโดยทั่วไป ของครอบครัวคนตาย หรือคนในสังคม ก็อาจเป็นความผิดฐานดังกล่าวได้

โดยตามกฎหมายคอมมอนลอว์ ถือว่าเป็นความผิดที่กระทำไม่เหมาะสมต่อร่างกายของคน ตาย และสามารถฟ้องร้องการรบกวนในมุ้งร้ายหรือผิดกฎหมายต่อร่างกายของคนตายหลังจากฝังศพ ไปแล้ว หรือการเปิดเผยให้เห็นศพโดยไม่มีพิธีฝังศพที่เหมาะสม หรือการขยาศพเพื่อมุ่งหมายกำไรหรือ ผลประโยชน์ส่วนตัว หรือเพื่อฆ่าแหละสำหรับศึกษา หรือการขุดศพขึ้นมา เว้นแต่เป็นความตั้งใจของ คนตายในระหว่างที่ยังมีชีวิตอยู่ หรือเป็นกรณีที่มีความจำเป็นโดยความยินยอมของญาติคนตาย⁵⁹

นอกจากนั้นการจัดการหรือการทำลายศพ โดยมีเจตนาที่จะขัดขวางการสอบสวนที่จะมีขึ้น ก็ จะมีโทษระดับ misdemeanor ตามคอมมอนลอว์⁶⁰ เช่นเดียวกันกับการโยนศพลงแม่น้ำก็มีโทษ ระดับ misdemeanor แม้ว่าจะเป็นร่างกายของเด็กที่คลอดออกมาตาย แต่หากการกระทำดังกล่าว เป็นไปตามการประกอบพิธีศพ ก็จะไม่ถือเป็นความไม่เหมาะสม หรือการเผาศพไม่เป็นความผิด เว้น แต่เป็นเพื่อจุดมุ่งหมายที่จะขัดขวางการสอบสวนตามกฎหมาย หรือการทำอันตรายเป็นต่อศพโดยมุ่ง ร้าย⁶¹

4.1.3.2 ประเทศอังกฤษ

ตามจารีตประเพณีแต่เดิมของอังกฤษนั้นเห็นว่า “ศพมนุษย์” ไม่ถือว่าเป็นทรัพย์สิน จึงทำให้เกิด การขโมยศพขึ้นตามความต้องการของโรงเรียนกายวิภาค แม้จะถือว่าเป็นศพไม่เป็นทรัพย์สิน แต่ศพก็ได้รับ การคุ้มครองตามกฎหมายโดยวิธีการอื่น ซึ่งปัจจุบันการกระทำที่หยาบคาย หรือการกระทำที่อนาจาร ต่อศพนั้น อาจไม่ต้องมีความตั้งใจที่จะเอาศพไปอย่างถาวร⁶² ก็ถือเป็นความผิดอาญาตาม common law offence

ความผิดตาม Common Law Offence

⁵⁹ Perkins, R. M., *Perkins on Criminal Law*, p. 398.

⁶⁰ J.C. Smith and Brain Hogan, *Criminal Law Case and Materials*, (Oxford University), page 393.

⁶¹ Rollin M. Perkins, *supra* note 6, page 398.

⁶² Glanville Williams, *Textbook of Criminal Law*, (London: Stevens & sons, 1978), page 679.

ความผิดที่ได้กระทำต่อคนตายในประเทศอังกฤษที่จะถือว่าเป็นความผิดอาญาตาม
Common Law Offence นั้นได้แก่⁶³

1. ผู้กระทำความผิดจัดการเคลื่อนศพขัดขวางการสอบสวนของเจ้าพนักงานชั้นสุตรพลิกศพ
2. เคลื่อนย้ายศพไปจากสุสานที่ฝังศพโดยปราศจากอำนาจตามกฎหมาย ไม่ว่าจะเหตุจงใจหรือ
วัตถุประสงค์ของการย้ายคืออะไรก็ตาม
3. จัดการผ่าศพเพื่อการศึกษา โดยปราศจากอำนาจตามกฎหมาย เป็นต้น

นอกจากนั้น การทิ้งศพไว้โดยไม่ฝัง เมื่อมีพันธะตามกฎหมายต่อผู้ตายและสามารถที่จะ
จัดการฝังศพได้อย่างเหมาะสม แต่ไม่ได้จัดการอย่างเหมาะสม, ขัดขวางการฝังศพที่เหมาะสมตาม
กฎหมาย หรือในกรณีเป็นการขัดขวางแนวทางปฏิบัติในกระบวนการยุติธรรม โดยการปกปิดศพ ก็
เป็นการกระทำความผิดตาม Common Law Offence เช่นกัน

4.1.3.3 ประเทศอิตาลี

ประเทศอิตาลี ประมวลกฎหมายอาญาอิตาลี กำหนดความผิดเกี่ยวกับศพไว้ในหมวด 1 ว่า
ด้วยอาชญากรรมอันเป็นปรปักษ์ต่อความรู้สึกทางศาสนา⁶⁴ และหมวด 2 ว่าด้วยอาชญากรรมอันเป็น
ปรปักษ์ต่อคนตาย บัญญัติถึงการละเมิดต่อสถานที่ฝังศพ การลบหลู่สุสาน ศพ หรือเถ้าของศพ การ
รบกวนพิธีศพ การทำให้ศพเสียโฉม การกระทำทารุณต่อศพ การทำลาย กำจัด หรือเคลื่อนย้ายศพ
หรือส่วนใดส่วนหนึ่งของศพ การปิดบังอำพรางศพ เป็นต้น

การกระทำความผิดต่อศพที่เป็นการทำลาย หรือเคลื่อนย้ายศพ

ประมวลกฎหมายอาญาของประเทศอิตาลีในมาตรา 411⁶⁵ การทำลายหรือเคลื่อนย้ายศพ
บัญญัติว่า

⁶³ Ian Mclean and Peter Morrish, ed. *Harris's Criminal Law*(London: Sweet & Maxwell, 1973), p. 258.

⁶⁴ **The Italy Penal code**, Title 4. Crimes Against Religious Sentiment and Reverence for the Dead, Chapter 2. Crimes Against Reverence for the Dead, Article 407-413.

⁶⁵ **The Italy Penal code**.

Article 411. Destruction or Removal of a Corpse.

“ผู้ใดทำลาย กำจัด หรือเคลื่อนย้ายศพหรือส่วนใดของศพ หรือเคลื่อนย้ายเถ้าของศพ หรือทำให้เถ้าของศพกระจัดกระจาย ต้องรับต้องได้รับโทษจำคุกตั้งแต่ 2 ถึง 7 ปี

หากการกระทำตามวรรคหนึ่ง เป็นการกระทำในสุสานหรือสถานที่ฝังศพ สถานที่เก็บหรือดูแลศพ ต้องรับโทษเพิ่มขึ้น”

ในส่วนของการกระทำความผิดต่อศพที่เป็นการเคลื่อนย้าย ทำลาย หรือทำให้เสียหายนั้น ปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายอาญาของไทยใน มาตรา 366/3⁶⁶ ซึ่งประเทศไทยได้ร่างมาตรานี้โดยเอาแบบอย่างมาจากประมวลกฎหมายอาญาของประเทศอิตาลี⁶⁷ จึงมีความคล้ายคลึงกันอยู่มาก แต่อย่างไรก็ดี ประเทศไทยก็ไม่ได้รับเอาฐานความผิดที่กระทำต่อศพของประเทศอิตาลีมาทั้งหมด

4.1.3.4 ประเทศเยอรมนี

ในประเทศเยอรมนีมีกฎหมายเกี่ยวกับการกระทำความผิดต่อศพ ไว้ในหมวด 11 ว่าด้วยอาชญากรรมเกี่ยวกับศาสนาและปรัชญาแห่งชีวิต (Crimes which relate to religion and philosophy) แห่งประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน ซึ่งมีบทบัญญัติความผิดฐานรบกวนความสงบสุขของผู้ตาย (disturb the peace of the death.) กำหนดอัตราโทษจำคุกไม่เกินสามปี⁶⁸ ซึ่งในความผิดฐานนี้ ยังมีบทบัญญัติแยกย่อยออกไปอีก ได้แก่ ความผิดเกี่ยวกับการยกย้ายเอาไปซึ่งศพ การทำลายสถานที่ฝังศพ และการดูหมิ่นสถานที่ฝังศพ อีกทั้งแม้แต่การพยายามกระทำความผิดดังกล่าวก็มีความผิดด้วย ซึ่งกฎหมายอาญาของประเทศไทยไม่ได้บัญญัติอย่างชัดเจนลงไปในตัวบทว่าการพยายามกระทำความผิดในความผิดเกี่ยวกับศพเป็นความผิดซึ่งต้องได้รับโทษ เหมือนเช่นประมวลกฎหมายอาญาเยอรมันได้กำหนดไว้

การยกย้าย เอาไปซึ่งศพ

Whoever destroys, suppresses or removes a corpse, or any part thereof, or removes or disperse its ashes, shall be punished by imprisonment for from two to seven years.

⁶⁶ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 366/3 บัญญัติว่า

“ผู้ใดโดยไม่มีเหตุอันสมควร ทำให้เสียหาย เคลื่อนย้าย ทำลาย ทำให้เสื่อมค่า หรือทำให้ไร้ประโยชน์ ซึ่งศพ ส่วนของศพ อัฐิ หรือเถ้าของศพ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

⁶⁷ สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา, "เรื่องร่างพระราชบัญญัติที่เสนอสภานิติบัญญัติแห่งชาติ จำนวน 9 ฉบับ."

⁶⁸ เรื่องเดียวกัน.

ประมวลกฎหมายอาญาของประเทศเยอรมนี ได้กำหนดให้มีความรับผิดชอบสำหรับกรณีการเอาศพ หรือส่วนของศพ รวมถึงทารกที่ตายในครรภ์หรือส่วนของทารกนั้น ไปจากบุคคลผู้มีสิทธิดูแล ตามมาตรา 168 (1)⁶⁹ บัญญัติว่า

“(1) บุคคลใด โดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย เอาไปซึ่งร่างหรือส่วนใดส่วนหนึ่งของร่างของผู้ที่ตายแล้ว, ทารกที่ตายในครรภ์หรือส่วนของทารกนั้น หรือส่วนที่เหลือของผู้ที่ตายแล้ว (ถ้า) ไปจากความดูแลของผู้ที่มีสิทธิ หรือผู้ที่ได้รับมอบหมายให้ดูแล หรือบุคคลใดกระทำการอันเป็นการรบกวน ซึ่งเป็นการดูหมิ่นสิ่งเหล่านั้น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี”

ในส่วนของการยกย้ายหรือเอาไปซึ่งศพหรือส่วนใดส่วนหนึ่งของศพนั้น ประมวลกฎหมายอาญาของไทยในมาตรา 366/3⁷⁰ ก็ได้บัญญัติไว้ทำนองเดียวกัน และต้องเป็นการกระทำโดย “ไม่มีเหตุอันสมควร” ด้วย แต่ที่กฎหมายไทยให้ความคุ้มครองไปถึงคือ ในส่วนของการคุ้มครองทารกที่ตายในครรภ์ ซึ่งกฎหมายไทยถือว่าทารกในครรภ์มารดานั้นยังไม่มีสภาพบุคคล จึงยังไม่ได้รับการคุ้มครองอย่างสมบูรณ์ตามกฎหมาย อีกทั้งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 15 ได้กำหนดว่าสภาพบุคคลสิ้นสุดลงเมื่อตาย ดังนั้นจะมีปัญหาในกรณีที่เมื่อยังทารกไม่คลอด ยังไม่มีสภาพบุคคลตามกฎหมาย จะถือว่าตายกลายเป็น “ศพ” เมื่อใด เพราะหากตีความว่าเมื่อยังไม่มีสภาพบุคคลจะไปสิ้นสุดสภาพบุคคลหรือตายตามกฎหมายเมื่อใด

ซึ่งในเรื่องนี้ประมวลกฎหมายอาญา (Strafgesetzbuch StGB) ของประเทศเยอรมนี ในมาตรานี้ได้กำหนดครอบคลุมไปถึงทารกที่ตายในครรภ์หรือส่วนของทารกนั้นไว้อย่างชัดเจน เพื่อเลี่ยงปัญหาในเรื่องการตีความสภาพบุคคลดังกล่าว

4.1.3.5 ประเทศฝรั่งเศส

⁶⁹ Section 168 Desecration of graves etc.

(1) Whosoever unlawfully takes away the body or parts of the body of a deceased person, a dead fetus or parts thereof or the ashes of a deceased person from the custody of the person entitled thereto or whosoever commits defamatory mischief on them, shall be liable to imprisonment not exceeding three years or a fine.

⁷⁰ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 366/3 บัญญัติว่า

“ผู้ใดโดยไม่มีเหตุอันสมควร ทำให้เสียหาย เคลื่อนย้าย ทำลาย ทำให้เสื่อมค่า หรือทำให้ไร้ประโยชน์ ซึ่งศพ ส่วนของศพ อัฐิ หรือเถ้าของศพ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

ประเทศฝรั่งเศสได้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการคุ้มครองศพและบุคคลในครอบครัวของผู้ตาย ดังปรากฏในประมวลกฎหมายอาญาของฝรั่งเศส (French Penal Code) หมวด 5 ว่าด้วยการกระทำความผิดต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ในลักษณะ 4 เรื่องการฝ่าฝืนความเคารพนับถือต่อคนตาย ซึ่งบทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญาของประเทศฝรั่งเศสนั้น ไม่ได้บัญญัติความผิดในเรื่องการกระทำอนาจารศพไว้อย่างชัดเจน แต่บัญญัติไว้อย่างกว้างๆ ซึ่งสามารถตีความจากบทบัญญัติที่ว่าด้วย “การกระทำที่เป็นการละเมิดต่อศพ”

ประมวลกฎหมายอาญาของประเทศฝรั่งเศส มาตรา 225-17⁷¹ บัญญัติว่า

“การกระทำละเมิดอันใดก็ตามที่เกี่ยวกับร่างของศพ, ไม่ว่าโดยวิธีใดก็ตาม ต้องได้รับโทษจำคุก 1 ปี และปรับ 15,000 ยูโร”

ดังนั้น เมื่อได้พิจารณาถึงกฎหมายที่กำหนดให้การกระทำละเมิดต่อคนตาย หรือการละเมิดต่อเนื้อตัวร่างของศพก็ตาม จะเห็นได้ว่ากฎหมายนั้นใช้ถ้อยคำในลักษณะที่ผู้กระทำ ได้กระทำละเมิดต่อสิ่งที่กฎหมายคุ้มครอง โดยมีได้ระบุเฉพาะถึงลักษณะของการกระทำในลักษณะใดลักษณะหนึ่ง ฉะนั้นหากมีการกระทำต่อสิ่งที่กฎหมายมุ่งคุ้มครองในลักษณะต่าง ๆ เช่น การกระทำความผิดทางเพศต่อศพ การกระทำอนาจารศพ การขุดหรือเคลื่อนย้ายศพ การชำแหละ หรือทำลายศพ การทำให้ศพเสียรูป เป็นต้น ถือเป็นการกระทำละเมิดต่อคนตายได้อีกประการหนึ่งด้วย

4.1.3.6 ประเทศญี่ปุ่น

ประเทศญี่ปุ่นได้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการคุ้มครองศพและบุคคลในครอบครัวของผู้ตาย ดังปรากฏในประมวลกฎหมายอาญาของญี่ปุ่น (Japan Penal Code 1907)⁷² เช่น การทำลาย ละทิ้งซึ่งศพ หรือการลอบฝังศพ และการขุดสุสาน

การทำลาย ละทิ้ง หรือครอบครองศพโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย

⁷¹ French PENAL CODE.

ARTICLE 225-17.

Any violation of the physical integrity of a corpse, by any means, is punished by one year's imprisonment and a fine of €15,000.

⁷² Japan Penal Code 1907, Chapter 24. Crimes Related to Places of Worship and Graves, Article 188-192.

ประมวลกฎหมายอาญาของญี่ปุ่น ในมาตรา 190⁷³ บัญญัติว่า

“บุคคลที่ทำลาย ละทิ้ง หรือครอบครอง โดยไม่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งศพ, เล้า หรือผมของคนตาย, หรือสิ่งของที่อยู่ในโลงศพ ต้องระวางโทษจำคุกร่วมกับการใช้แรงงานไม่เกินสามปี”

กฎหมายที่บัญญัติให้การครอบครอง หรือการซื้อขายศพมนุษย์โดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย เป็นความผิดนั้น เป็นบัญญัติที่ทำให้เกิดความชัดเจนว่าศพมนุษย์ไม่สามารถครอบครอง หรือซื้อขายกันได้ หากไม่มีอำนาจตามกฎหมาย ซึ่งหากไม่มีบทบัญญัติเช่นนี้ อาจจะต้องนำบทบัญญัติความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สินมาใช้ ซึ่งยังไม่มีความแน่ชัดว่าจะสามารถนำมาปรับใช้กับศพมนุษย์ ได้หรือไม่

ในมาตรา 190 เดิมซึ่งบัญญัติในลักษณะเดียวกับเดียวกันในบทบัญญัตินี้ ได้มีการอธิบายว่า สิ่งที่ถูกกฎหมายมุ่งจะคุ้มครองคือ ความสงบสุขของสาธารณะ และศีลธรรมอันดี โดยไม่ได้คุ้มครองผลประโยชน์ของบุคคลที่เกี่ยวกับสิทธิในทรัพย์สิน และคำว่า “ศพ” ในที่นี้ให้รวมถึงทารกที่ตายในครรภ์มารดาที่ตั้งครรภ์ตั้งแต่ 4 เดือนขึ้นไปด้วย⁷⁴

4.1.4 การดูหมิ่นเหยียดหยามศพ

4.1.4.1 ประเทศสหรัฐอเมริกา

กฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกานั้น ไม่ได้บัญญัติถึงความผิดเกี่ยวกับการดูหมิ่นเหยียดหยามศพไว้อย่างชัดเจน แต่สามารถตีความให้การกระทำซึ่งเป็นการดูหมิ่นเหยียดหยามศพเป็นความผิดได้ตามฐาน “การกระทำความผิดต่อคนตายในลักษณะที่เป็นการทำร้ายความรู้สึกของคนในครอบครัว หรือสังคม”

⁷³ JAPAN PENAL CODE (Act No.45 of 1907).

Chapter XXIV. Crimes Related to Places of Worship and Graves.

Article 190. (Destruction of Corpses).

A person who damages, abandons or unlawfully possesses a corpse, the ashes or hair of a dead person, or an object placed in a coffin shall be punished by imprisonment with work for not more than 3 years.

⁷⁴ Translated and Annotated by William J. Sebald, ed. The Criminal Code of Japan(Kobe: Japan, 1936), pp. 139-140.

กล่าวคือ หากการกระทำซึ่งถือว่าการดูหมิ่นเหยียดหยามศพเกิดขึ้น แล้วเป็นการทำร้ายความรู้สึกของบุคคลที่ยังมีชีวิตอยู่ ซึ่งเป็นสมาชิกในครอบครัวของคนตายที่ถูกกระทำ การกระทำนั้นนี้อาจเป็นความผิดฐานนี้ได้ การบัญญัติกฎหมายในลักษณะนี้ เป็นการบัญญัติโดยไม่ได้คำนึงถึงลักษณะของการกระทำ โดยผู้กระทำจากกระทำต่อศพลักษณะใดก็ตาม หากการกระทำนั้นก่อให้เกิดผลเป็นการทำร้ายความรู้สึกโดยทั่วไปของครอบครัวคนตาย ก็อาจเป็นความผิดฐานดังกล่าวได้

กรณีการกระทำความผิดต่อคนตายในลักษณะที่เป็นการทำร้ายความรู้สึกของคนในสังคมนั้น ลักษณะของการบัญญัติกฎหมายนี้ เป็นเช่นเดียวกับการบัญญัติถึงการกระทำต่อคนตายที่เป็นการทำร้ายความรู้สึกโดยทั่วไปของคนในครอบครัวคนตาย กล่าวคือ ไม่ได้ระบุถึงลักษณะของการกระทำต่อคนตายไว้โดยเฉพาะ ฉะนั้นหากมีการกระทำต่อคนตาย และการกระทำนั้นถือได้ว่าเป็นการทำร้ายความรู้สึกคนในสังคม หรือไม่เป็นที่ยอมรับของคนในสังคมแล้ว การกระทำนั้นก็ถือว่าเป็นความผิดฐานการกระทำผิดต่อศพได้

มลรัฐเมน (Maine)

การดูหมิ่นคนตาย

มลรัฐเมน (maine) ใน Section 507⁷⁵ การดูหมิ่นและการทำลาย บัญญัติว่า

“1. บุคคลมีความผิดฐานดูหมิ่นและทำลาย ถ้าเขาตั้งใจจะดูหมิ่นอนุสาวรีย์สาธารณะ หรือสิ่งก่อสร้างใดก็ตาม, สถานที่สักการบูชาหรือสถานที่ฝังศพใดก็ตาม, หรือสิ่งก่อสร้างของเอกชนใดก็ตามที่เขาไม่ได้เป็นเจ้าของ

⁷⁵ Maine revised statutes.

Section 507. Desecration and defacement.

1. A person is guilty of desecration and defacement if he intentionally desecrates any public monument or structure, any place of worship or burial, or any private structure not owned by him.
2. As used in this section, "desecrate" means marring, defacing, damaging or otherwise physically mistreating, in a way that will outrage the sensibilities of an ordinary person likely to observe or discover the actions.
3. Desecration is a Class D crime.

2. ภายใต้มาตรานี้, “การดูหมิ่น” หมายถึง การทำให้เสื่อมเสีย, ทำลาย, ทำให้เสียหาย หรือ การกระทำอย่างอื่นทางกายภาพ, ในทางที่จะทำร้ายความรู้สึกโดยทั่วไปของบุคคลที่สังเกตเห็น หรือ พบกันการกระทำนั้น

3. การดูหมิ่นเป็น Class D crime”

4.1.4.2 ประเทศเยอรมนี

ในประเทศเยอรมนีมีกฎหมายเกี่ยวกับการกระทำความผิดต่อศพ ไว้ในหมวด 11 ว่าด้วยอาชญากรรมเกี่ยวกับศาสนาและปรัชญาแห่งชีวิต (Crimes which relate to religion and philosophy) แห่งประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน เนื่องจากกฎหมายเยอรมันไม่ได้กำหนดความผิดฐานดูหมิ่นเหยียดหยามศพไว้โดยเฉพาะ บัญญัติเพียงแค่การดูหมิ่นสถานที่ฝังศพ⁷⁶ เท่านั้น แต่อย่างไรก็ตาม สามารถตีความให้การดูหมิ่นเหยียดหยามศพเป็นความผิดตามฐาน “การรบกวนความสงบสุขของผู้ตาย” (disturb the peace of the death.) ได้ ซึ่งจะกล่าวถึงโดยละเอียดต่อไป

4.1.4.3 ประเทศอิตาลี

ประเทศอิตาลี ประมวลกฎหมายอาญาอิตาลี กำหนดความผิดเกี่ยวกับศพไว้ในหมวด 1 ว่าด้วยอาชญากรรมอันเป็นปรปักษ์ต่อความรู้สึกทางศาสนา⁷⁷ และหมวด 2 ว่าด้วยอาชญากรรมอันเป็นปรปักษ์ต่อคนตาย บัญญัติถึงการละเมิดต่อสถานที่ฝังศพ การลบหลู่สุสาน ศพ หรือเถ้าของศพ การรบกวนพิธีศพ การทำให้ศพเสียโฉม การกระทำทารุณต่อศพ การทำลาย กำจัด หรือเคลื่อนย้ายศพ หรือส่วนใดส่วนหนึ่งของศพ การปิดบังอำพรางศพ เป็นต้น

การลบหลู่ศพ

กฎหมายที่บัญญัติให้การลบหลู่เป็นความผิดนั้น ปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายอาญาของประเทศอิตาลี ในมาตรา 410 วรรคแรก⁷⁸ ซึ่งได้บัญญัติว่า

⁷⁶ Section 168. Desecration of graves etc.

(2) Whosoever destroys or damages the place where a body is laid in state, a burial site or a public memorial for the dead or whosoever commits defamatory mischief on them shall incur the same penalty.

⁷⁷ The Italy Penal code, Title 4. Crimes Against Religious Sentiment and Reverence for the Dead, Chapter 2. Crimes Against Reverence for the Dead, Article 407-413.

⁷⁸ Italian Penal Code.

“ผู้ใดกระทำการอันเป็นการลบหลู่ศพ หรือเถ้าของศพ ต้องได้รับโทษจำคุกตั้งแต่ 1 ถึง 3 ปี”

กฎหมายที่กำหนดให้การดูหมิ่นคนตายเป็นความผิดนั้น ในประมวลกฎหมายอาญาของประเทศไทย มาตรา 327⁷⁹ ได้ปรากฏความคุ้มครองในลักษณะดังกล่าวด้วยเช่นกัน แต่จำกัดเฉพาะการกระทำที่เป็นการใส่ความเท่านั้น และการใส่ความนั้น ต้องน่าจะเป็นเหตุให้บิดามารดา คู่สมรส หรือบุตรของผู้ตายเสียชื่อเสียง ถูกดูหมิ่น หรือถูกเกลียดชัง จึงจะถือเป็นความผิด ซึ่งต่างจากบทบัญญัติในประเทศต่างๆ ซึ่งไม่จำกัดเฉพาะการกระทำที่เป็นการใส่ความเท่านั้น และไม่คำนึงถึงว่าการดูหมิ่นนั้นจะก่อให้เกิดผลกระทบต่อบุคคลในครอบครัวของคนตายหรือไม่ นอกจากนี้ การกำหนดความผิดที่เป็นการดูหมิ่นคนตายในต่างประเทศนั้น ได้มีการกำหนดให้ความคุ้มครองถึงสถานที่ฝังศพ หรือสิ่งระลึกถึงคนตายประการอื่นด้วย

4.1.4.4 ประเทศฝรั่งเศส

ประเทศฝรั่งเศสได้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการคุ้มครองศพและบุคคลในครอบครัวของผู้ตาย ดังปรากฏในประมวลกฎหมายอาญาของฝรั่งเศส (French Penal Code)⁸⁰ หมวด 5 ว่าด้วยการกระทำความผิดต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ในลักษณะ 4 เรื่องการฝ่าฝืนความเคารพนับถือต่อคนตาย ซึ่งบทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญาของประเทศฝรั่งเศสนั้น ไม่ได้บัญญัติความผิดในเรื่องการกระทำอนาจารศพไว้อย่างชัดเจน แต่บัญญัติไว้อย่างกว้างๆ ซึ่งสามารถตีความจากบทบัญญัติที่ว่าด้วย “การกระทำที่เป็นการละเมิดต่อศพ”

ประมวลกฎหมายอาญาของประเทศฝรั่งเศส มาตรา 225-17⁸¹ บัญญัติว่า

Article 410 Vilification of Corpse.

Whoever commits an act of vilification on corpse or its ashes shall be punished by imprisonment for from one to three years.

⁷⁹ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๒๗ บัญญัติว่า

“ผู้ใดใส่ความผู้ตายต่อบุคคลที่สาม และการใส่ความนั้นน่าจะเป็นเหตุให้ บิดา มารดา คู่สมรส หรือบุตรของผู้ตาย เสียชื่อเสียง ถูกดูหมิ่น หรือถูกเกลียดชัง ผู้นั้นกระทำความผิดฐานหมิ่นประมาทต้องระวางโทษดังบัญญัติไว้ในมาตรา 326 นั้น”

⁸⁰ Title 2. Offences against the human persons, Chapter 5. Offences against the Dignity of person, Section 4. Violation of Respect for The Dead, Article 225-17, Article 225-18, Article 225-18-1.

⁸¹ French PENAL CODE.

ARTICLE 225-17.

“การกระทำละเมิดอันใดก็ตามที่เกี่ยวกับร่างของศพ, ไม่ว่าโดยวิธีใดก็ตาม ต้องได้รับโทษจำคุก 1 ปี และปรับ 15,000 ยูโร”

ดังนั้น เมื่อได้พิจารณาถึงกฎหมายที่กำหนดให้การกระทำละเมิดต่อคนตาย หรือการละเมิดต่อเนื้อตัวร่างของศพก็ตาม จะเห็นได้ว่ากฎหมายนั้นใช้ถ้อยคำในลักษณะที่ผู้กระทำ ได้กระทำละเมิดต่อสิ่งที่กฎหมายคุ้มครอง โดยมีได้ระบุเฉพาะถึงลักษณะของการกระทำในลักษณะใดลักษณะหนึ่ง ฉะนั้นหากมีการกระทำต่อสิ่งที่กฎหมายมุ่งคุ้มครองในลักษณะต่าง ๆ เช่น การกระทำความผิดทางเพศต่อศพ การกระทำอนาจารศพ การขุดหรือเคลื่อนย้ายศพ การชำแหละ หรือทำลายศพ การทำให้ศพเสียรูป เป็นต้น ถือเป็นการกระทำละเมิดต่อคนตายได้อีกประการหนึ่งด้วย

4.2 ลักษณะของการกระทำความผิดต่อศพที่ไม่ปรากฏในกฎหมายไทย

ลักษณะของการกระทำความผิดต่อศพที่ไม่ปรากฏในกฎหมายไทยนั้น กล่าวคือเป็นลักษณะของการกระทำที่นอกเหนือจากบทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญา ลักษณะที่ 13 ว่าด้วย “ความผิดเกี่ยวกับศพ” ของไทยทั้ง 4 มาตรา ได้แก่ การกระทำชำเราศพ การกระทำอนาจารศพ การทำให้ศพเสียหาย และการดูหมิ่นเหยียดหยามศพ ซึ่งลักษณะของการกระทำที่แตกต่างจากบทบัญญัติทั้ง 4 มาตรานี้ สามารถแยกเป็นลักษณะของการกระทำได้ดังต่อไปนี้

4.2.1 การขุดศพ หรือสถานที่ฝังศพ

เป็นบทบัญญัติที่ปรากฏในประเทศสหรัฐอเมริกาในหลายๆ มลรัฐ และในประเทศญี่ปุ่น มีบทบัญญัติห้ามไม่ให้มีการขุดสุสาน เป็นต้น ซึ่งลักษณะของการกระทำที่ทั้งสองประเทศกำหนดเป็นความผิดนั้น มีรายละเอียดดังต่อไปนี้

4.2.1.1 ประเทศสหรัฐอเมริกา

บทบัญญัติที่ว่าด้วยการขุดศพและสถานที่ฝังศพนั้น ปรากฏในหลายมลรัฐ เช่น มลรัฐเทนเนสซี มลรัฐอาร์คันซอ มลรัฐโอริกอน มลรัฐเทกซัส มลรัฐเมน มลรัฐอริโซนา มลรัฐอลาสกา เป็นต้น

Any violation of the physical integrity of a corpse, by any means, is punished by one year's imprisonment and a fine of €15,000.

มลรัฐเทนเนสซี (Tennessee)

ขุดศพขึ้นโดยไม่มีเหตุอันควร

ประมวลกฎหมายอาญาของมลรัฐเทนเนสซี ใน Section 39-17-312 (a) (2)⁸² บัญญัติว่า

“(a) บุคคลกระทำความผิด, ยกเว้นมีเอกสิทธิ์ตามกฎหมาย, ถ้าผู้นั้นโดยรู้ว่;

(2) ขุดศพที่ประกอบพิธีฝังศพแล้วขึ้นมา หรือที่ฝังแล้วโดยประการอื่น”

การขุดศพที่จะเป็นความผิดตามมาตรา นี้ อาจเป็นศพที่ประกอบพิธีแล้วฝัง หรือเป็นการฝังด้วยวิธีอื่นก็ได้ ถือเป็น การบัญญัติให้ความคุ้มครองศพที่ค่อนข้างกว้าง และอาจจะไม่สามารถนำมาปรับใช้กับประเทศไทยได้ เพราะความเชื่อของศาสนาคริสต์นั้น ให้ความสำคัญกับวันพิพากษาโลก ที่เชื่อว่าพระเจ้าจะกลับมาพิพากษาทั้งคนเป็นและคนที่ตายไปแล้ว โดยการปลุกขึ้นมาจากหลุมศพ แล้วทำการพิพากษา ดังนั้นศาสนาคริสต์จึงได้ให้ความสำคัญกับร่างของศพที่ฝังไปแล้ว ถึงขนาดห้ามไม่ให้ขุดขึ้นมาเลย ไม่ว่าจะโดยเหตุผลใด ในขณะที่ประเทศไทยนั้น เป็นประเทศที่มีศาสนาพุทธเป็นศาสนาประจำชาติ ซึ่งคนที่นับถือศาสนาพุทธนั้นมีวิธีจัดการกับศพทั้งเผาและฝัง กรณีการฝัง เช่นในการฝังศพของคนจีน ที่มีการสร้างฮวงซุ้ยสวยงามนั้น เมื่อถึงเวลาหนึ่งที่ป่าช้าเต็ม ไม่มีที่ฝังศพแล้วนั้น ก็จะมีการทำพิธีล้างป่าช้า โดยการขุดเอาศพหรือกระดูกขึ้นมาทำพิธี เพื่อจะได้มีพื้นที่ฝังศพใหม่ๆต่อไป ดังนั้นจึงไม่เหมาะที่จะนำบทบัญญัตินี้มาปรับใช้กับสภาพสังคมไทย

มลรัฐอาร์คันซอ (Arkansas)

การขุด เคลื่อนย้าย ข้ำแหละ หรือทำให้ศพเสียรูป

มลรัฐอาร์คันซอ ใน Section 5-60-101 (a) (1)⁸³ บัญญัติว่า

⁸² Tennessee Code.

Title 39 Criminal Offenses.

Chapter 17 Offenses Against Public Health, Safety and Welfare.

Part 3 Disorderly Conduct and Riots.

Section 39-17-312. Abuse of corpse.

(a) A person commits an offense who, without legal privilege, knowingly:

(2) Disinters a corpse that has been buried or otherwise interred; or

- “(a) บุคคลกระทำความผิดต่อศพถ้า, ยกเว้นมีอำนาจโดยกฎหมาย, เขาหรือเธอรู้ว่า;
 (1) ขุดขึ้นมา, เคลื่อนย้าย, ซ้ำแหละเพื่อการศึกษา หรือทำให้ศพเสียรูปไป”

มลรัฐโอริกอน (Oregon)

การขุด เคลื่อนย้าย หรือขนส่งโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย

มลรัฐโอริกอน ใน Section 116.085 (1) (b)⁸⁴ บัญญัติว่า

“(1) บุคคลกระทำความผิดต่อศพในระดับ 2 ถ้า, ยกเว้นได้รับอำนาจในกฎหมาย, บุคคลตั้งใจที่จะ:

- (b) ขุดขึ้นมา, เคลื่อนย้าย หรือขนส่งไป”

มลรัฐเทกซัส (Texas)

การขุด ครอบครอง ทำให้เสียหาย ขนย้าย และการปิดบังการขุดศพโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย

มลรัฐเทกซัสใน Section 42.08 (a) (2)⁸⁵ บัญญัติว่า

“(a) บุคคลกระทำความผิดถ้า, โดยไม่ได้รับอนุญาตตามกฎหมาย, เขาหรือเธอรู้ว่าเป็นการ

⁸³ Arkansas code of 1987.

Section 5-60-101. Abuse of a corpse.

- (a) A person commits abuse of a corpse if, except as authorized by law, he or she knowingly:
 (1) Disinters, removes, dissects, or mutilates a corpse; or

⁸⁴ Oregon Revised Statutes (ORS) 2013.

Section 166.085 Abuse of corpse in the second degree.

(1) A person commits the crime of abuse of corpse in the second degree if, except as otherwise authorized by law, the person intentionally:

- (b) Disinters, removes or carries away a corpse.

⁸⁵ Texas Statutes.

Section 42.08: ABUSE OF CORPSE

(a) A person commits an offense if the person, without legal authority, knowingly:

(1) disinters, disturbs, damages, dissects, in whole or in part, carries away, or treats in an offensive manner a human corpse;

(2) conceals a human corpse knowing it to be illegally disinterred;

(1) ขุด รบกวน ทำให้เสียหาย ฝ่าเพื่อการศึกษาทั้งหมดหรือบางส่วน ขนย้ายไป หรือกระทำ
ในลักษณะล่วงละเมิดต่อศพมนุษย์

(2) ปิดบังศพมนุษย์โดยรู้ว่าเป็นการขุดขึ้นมาได้ไม่ชอบด้วยกฎหมาย”

มลรัฐเมน (Maine)

การขุด เคลื่อนย้าย ซ่อนเร้น ทำให้เสียรูป หรือทำลายซึ่งศพ

มลรัฐเมนใน Section 508 ข้อ 1⁸⁶ การกระทำผิดต่อศพ บัญญัติว่า

“1. บุคคลมีความผิดฐานกระทำความผิดต่อศพ ถ้าเขาโดยเจตนา และโดยไม่ชอบด้วย
กฎหมาย เปิดเผย, ขุดขึ้นมา, เคลื่อนย้าย, ซ่อนเร้น, ทำให้เสียรูป หรือทำลายซึ่งศพมนุษย์ หรือส่วนใด
หรือเถ้าของศพนั้น”

ในมลรัฐเมนนั้น นอกจากจะกำหนดความผิดสำหรับการขุด การเคลื่อนย้าย หรือการซ่อนเร้น
ศพหรือส่วนใดส่วนหนึ่งของศพมนุษย์หรือเถ้าของศพแล้ว ยังได้กำหนดความผิดสำหรับการ
เคลื่อนย้ายหลุมฝังศพ หรือสิ่งที่ระลึกแทนคนตายใน Section 507-A ข้อ 1 และข้อ 3⁸⁷ บัญญัติว่า

“1. ไม่มีบุคคลใดจะโดยตั้งใจหรือโดยรู้ว่าเป็นการทำลาย, การตัดส่วนสำคัญของร่างกายคน
ตาย, การทำให้ศพเสียรูป หรือการเคลื่อนย้ายหลุมฝังศพ, อนุสาวรีย์, หินศิลาบนหลุมฝังศพ, สิ่งที่เป็น
เครื่องหมาย หรือสถานที่ก่อสร้างอื่นๆ หรือสิ่งที่ได้ออกแบบไว้สำหรับเป็นการระลึกถึงคนตาย หรือ
ส่วนหรือเศษที่แตกออกมาของสิ่งอื่น หรือรั้ว ราว ขอบ หรือสิ่งปิดล้อมอื่นสำหรับการฝังศพ”

⁸⁶ Maine revised statutes.

Section 508. Abuse of corpse.

1. A person is guilty of abuse of corpse if he intentionally and unlawfully disinters, digs up, removes, conceals, mutilates or destroys a human corpse, or any part or the ashes thereof.

⁸⁷ Maine revised statutes.

Section 507-A. Interference with cemetery or burial ground.

1. No person may intentionally or knowingly destroy, mutilate, deface, injure or remove any tomb, monument, gravestone, marker or other structure placed or designed as a memorial for the dead, or any portion or fragment of any such memorial, or any fence, railing, curb or other enclosure for the burial of the dead.

3. Any person who violates subsection 1 commits a Class D crime.

3. ผู้ฝ่าฝืนอนุมาตรา 1 เป็นการกระทำความผิด Class D crime”

มลรัฐอริโซนา (Arizona)

การขุด หรือการเคลื่อนย้ายศพ

มลรัฐอริโซนา ใน Section 32-1364 ข้อ B⁸⁸ บัญญัติว่า

“B. การขุดขึ้นมา หรือการเคลื่อนย้ายศพมนุษย์หรือส่วนใดก็ตามของศพ จากหลุมฝังศพ สุสาน หรือสถานที่ฝังศพอื่นๆ หรือจากสถานที่ซึ่งศพรอการจัดการ ด้วยความประสงค์ร้ายหรือมุ่งร้าย หรือด้วยความตั้งใจที่จะขาย หรือผ่าศพเพื่อการศึกษา โดยปราศจากอำนาจตามกฎหมาย เป็นการไม่ชอบด้วยกฎหมาย”

มลรัฐอลาสกา (Alaska)

การขุด เคลื่อนย้าย ปิดบัง หรือตัดชิ้นส่วนของศพ

มลรัฐอลาสกา ใน Section 11.61.130 (a) (1)⁸⁹ บัญญัติว่า

“(a) บุคคลกระทำความผิดเกี่ยวกับศพ ถ้า

(1) เว้นแต่ได้รับอนุญาตตามกฎหมาย หรือในกรณีฉุกเฉิน, บุคคลนั้นจงใจขุดออกมา, เคลื่อนย้าย, ปิดบัง, หรือตัดชิ้นส่วนของศพ”

4.2.1.2 ประเทศญี่ปุ่น

⁸⁸ Arizona Revised Statutes.

Section 32-1364. Crimes against the dead: classification.

B. It is unlawful for a person, without the authority of law, to disinter or remove a dead human body or any part of a dead human body from its sepulcher, grave or other interment site, or from the place where the body is awaiting disposition, with malice or wantonness or with the intent to sell or dissect the body.

⁸⁹ Alaska Statutes 2014.

Sec. 11.61.130. Misconduct involving a corpse.

(a) A person commits the crime of misconduct involving a corpse if

(1) except as authorized by law or in an emergency, the person intentionally disinters, removes, conceals, or mutilates a corpse;

ประเทศญี่ปุ่นได้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการคุ้มครองศพและบุคคลในครอบครัวของผู้ตาย ดังปรากฏในประมวลกฎหมายอาญาของญี่ปุ่น (Japan Penal Code 1907)⁹⁰ ได้แก่ การกระทำความผิดต่อศพในลักษณะที่เป็นการรบกวนการประกอบพิธีศพ, การดูหมิ่นสถานที่สักการบูชา นอกจากนี้ยังมีการกระทำความผิดต่อศพในเรื่องการทำลาย ละทิ้งซึ่งศพ หรือการลอบฝังศพ และการขุดสุสาน

การขุดสุสาน

ประมวลกฎหมายอาญาของประเทศญี่ปุ่น ในมาตรา 189⁹¹ การขุดสุสาน บัญญัติว่า

“บุคคลผู้ซึ่งขุดสุสาน ต้องถูกลงโทษจำคุกหรือร่วมกับการใช้แรงงานไม่เกิน 2 ปี”

ประเทศญี่ปุ่นเป็นประเทศที่นับถือศาสนาพุทธ ซึ่งไม่ได้ใช้วิธีเผาศพแบบประเทศไทย แต่ใช้วิธีฝังศพเหมือนคนจีน และเป็นประเทศที่มีศาลเจ้ามากมาย ซึ่งศาลเจ้าเหล่านั้นส่วนมากไม่ได้เป็นเทพยดาหรือพระเจ้า แต่เป็นมนุษย์ธรรมดาที่ประกอบคุณงามความดีมากๆ เมื่อตายลงจึงมีคนในหมู่บ้านนั้นๆ จัดทำศาลเจ้าขึ้นมาเพื่อเป็นที่กราบไหว้ขอพรและระลึกถึงคุณงามความดี ซึ่งในหลายที่ก็เป็นสุสานหรือสถานที่ฝังศพของวีรบุรุษผู้นั้น ดังนั้นในประเทศญี่ปุ่นจึงให้ความสำคัญกับสุสานหรือศาลเจ้ามาก เพราะเห็นว่าผู้ที่ประกอบคุณงามความดีไว้มากนั้น เมื่อตายลงก็ไม่ควรถูกรบกวนโดยการขุดสุสาน จึงกำหนดให้การกระทำนี้เป็นความผิด

อีกทั้งการกำหนดโทษให้จำคุกหรือร่วมกับการใช้แรงงานนั้น เป็นการลงโทษเพื่อวัตถุประสงค์เป็นการข่มขู่ไม่ให้ผู้อื่นกระทำเช่นนั้น และยังเป็นการลงโทษเพื่อให้ผู้กระทำความผิดเข็ดหลาบอีกด้วย

⁹⁰ Chapter 24. Crimes Related to Places of Worship and Graves, Article 188-192.

⁹¹ JAPAN PENAL CODE. (Act No.45 of 1907)

Article 189. (Excavation of Graves)

A person who excavates a grave shall be punished by imprisonment with work for not more than 2 years.

4.2.2 การทำให้ศพเสียรูป หั่นหรือทุบตีศพ ทำลาย ละทิ้งศพ

ประเทศที่บัญญัติให้การทำให้ศพเสียรูป หั่นหรือทุบตีศพ ทำลาย หรือการละทิ้งศพ เป็นความผิดนั้น ได้แก่ ประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศอังกฤษ และประเทศญี่ปุ่น เป็นต้น ลักษณะของการกระทำเหล่านี้ ยังไม่ปรากฏในกฎหมายไทยอย่างชัดเจน ซึ่งมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

4.2.2.1 ประเทศสหรัฐอเมริกา

การทำให้ศพเสียรูป หั่นหรือทุบตีศพ ทำลาย หรือการละทิ้งศพ ปรากฏในหลายๆ มลรัฐ ได้แก่ มลรัฐอาร์คันซอ มลรัฐโอริกอน มลรัฐเมน มลรัฐริโซนา มลรัฐอินเดียน่า และมลรัฐอลาสกา เป็นต้น

มลรัฐอาร์คันซอ (Arkansas)

การขุด เคลื่อนย้าย ซ้ำแหละ หรือทำให้ศพเสียรูป

มลรัฐอาร์คันซอ ใน Section 5-60-101 (a) (1)⁹² บัญญัติว่า

“(a) บุคคลกระทำความผิดต่อศพถ้า, ยกเว้นมีอำนาจโดยกฎหมาย, เขาหรือเธอรู้ว่า;

(1) ขุดขึ้นมา, เคลื่อนย้าย, ซ้ำแหละเพื่อการศึกษา หรือทำให้ศพเสียรูปไป”

มลรัฐโอริกอน (Oregon)

การทำให้ศพเสียรูป หั่นหรือทุบตีศพ

มลรัฐโอริกอนใน Section 116.087 (1) (b)⁹³ บัญญัติว่า

“(1) บุคคลกระทำความผิดต่อศพในระดับแรก ถ้าเขา

⁹² Arkansas code of 1987.

Section 5-60-101. Abuse of a corpse.

(a) A person commits abuse of a corpse if, except as authorized by law, he or she knowingly:

(1) Disinters, removes, dissects, or mutilates a corpse; or

⁹³ Oregon Revised Statutes (ORS) 2013.

Section 116.087 Abuse of corpse in the first degree.

(1) A person commits the crime of abuse of corpse in the first degree if the person:

(b) Dismembers, mutilates, cuts or strikes a corpse.

(b) ตัดศพออกเป็นส่วนๆ ทำให้ศพเสียรูป หั่นหรือทุบตีศพ”

มลรัฐเมน (Maine)

การขุด เคลื่อนย้าย ซ่อนเร้น ทำให้เสียรูป หรือทำลายซึ่งศพ

มลรัฐเมนใน Section 508 ข้อ 1⁹⁴ การกระทำผิดต่อศพ บัญญัติว่า

“1. บุคคลมีความผิดฐานกระทำความผิดต่อศพ ถ้าเขาโดยเจตนา และโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย เปิดเผย, ขุดขึ้นมา, เคลื่อนย้าย, ซ่อนเร้น, ทำให้เสียรูป หรือทำลายซึ่งศพมนุษย์ หรือส่วนใดหรือเถ้าของศพนั้น”

มลรัฐอริโซนา (Arizona)

การเก็บรักษาศพโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย

มลรัฐอริโซนา ใน Section 32-1364 ข้อ A⁹⁵ บัญญัติว่า

“A. การกระทำของบุคคลใดก็ตาม โดยปราศจากอำนาจตามกฎหมาย หรือโดยไม่มีความจำเป็นที่จะเก็บรักษา, ตรวจจับ, ซ้ำระล้าง (ฆ่าเชื้อโรค) หรือดองศพมนุษย์ตามมาตรฐานของการปฏิบัติในธุรกิจของงานศพ, ทำให้ศพมนุษย์เสียรูป (ตัดแขนขาหรือส่วนสำคัญของศพมนุษย์) เป็นความผิดตามกฎหมาย”

มลรัฐอินเดียนา (Indiana)

การทำให้ศพเสียรูป

มลรัฐอินเดียนา ใน Section IC 35-45-11-2 ส่วนที่ 2 (1)⁹⁶ บัญญัติว่า

⁹⁴ Maine revised statutes.

Section 508. Abuse of corpse.

1. A person is guilty of abuse of corpse if he intentionally and unlawfully disinters, digs up, removes, conceals, mutilates or destroys a human corpse, or any part or the ashes thereof.

⁹⁵ Arizona Revised Statutes.

Section 32-1364. Crimes against the dead: classification.

A. It is unlawful for a person, without the authority of law or as normally required to store, prepare, disinfect or embalm a dead human body according to standards of practice in the funeral industry, to mutilate a dead human body.

“บุคคลผู้รู้หรือตั้งใจ:

(1) ทำให้ศพเสียรูป”

มลรัฐอลาสกา (Alaska)

การขุด เคลื่อนย้าย ปิดบัง หรือตัดชิ้นส่วนของศพ

มลรัฐอลาสกา ใน Section 11.61.130 (a) (1)⁹⁷ บัญญัติว่า

“(a) บุคคลกระทำความผิดเกี่ยวกับศพ ถ้า

(1) เว้นแต่ได้รับอนุญาตตามกฎหมาย หรือในกรณีฉุกเฉิน, บุคคลนั้นจงใจขุดออกมา, เคลื่อนย้าย, ปิดบัง, หรือตัดชิ้นส่วนของศพ”

4.2.2.2 ประเทศอังกฤษ

ความผิดตาม common law offence

ความผิดที่ได้กระทำต่อคนตายในประเทศอังกฤษที่จะถือว่าเป็นความผิดอาญาตาม common law offence นั้นได้แก่⁹⁸

1. ผู้กระทำความผิดจัดการเคลื่อนศพขัดขวางการสอบสวนของเจ้าพนักงานชั้นสุตรพลิกศพ
2. เคลื่อนย้ายศพไปจากสุสานที่ฝังศพโดยปราศจากอำนาจตามกฎหมาย ไม่ว่าเหตุจงใจหรือ วัตถุประสงค์ของการย้ายคืออะไรก็ตาม

⁹⁶ Indiana Code.

Section 35-45-11-2: Abuse of corpse.

A person who knowingly or intentionally:

(1) mutilates a corpse;

⁹⁷ Alaska Statutes 2014.

Sec. 11.61.130. Misconduct involving a corpse.

(a) A person commits the crime of misconduct involving a corpse if

(1) except as authorized by law or in an emergency, the person intentionally disinters, removes, conceals, or mutilates a corpse;

⁹⁸ Ian Mclean and Peter Morrish, Harris's Criminal Law, (London: Sweet & Maxwell, 1973), page 258.

3. จัดการศพเพื่อการศึกษา โดยปราศจากอำนาจตามกฎหมาย เป็นต้น

นอกจากนั้น การทิ้งศพไว้โดยไม่ฝัง เมื่อมีพันธะตามกฎหมายต่อผู้ตายและสามารถที่จะจัดการฝังศพได้อย่างเหมาะสม แต่ไม่ได้จัดการอย่างเหมาะสม, ขัดขวางการฝังศพที่เหมาะสมตามกฎหมาย หรือในกรณีเป็นการขัดขวางแนวทางปฏิบัติในกระบวนการยุติธรรม โดยการปกปิดศพ ก็เป็นการกระทำความผิดตาม common law offence เช่นกัน

ตามจารีตประเพณีแต่เดิมของอังกฤษนั้นเห็นว่า “ศพมนุษย์” ไม่ถือว่าเป็นทรัพย์สิน จึงทำให้เกิดการขโมยศพขึ้นตามความต้องการของโรงเรียนกายวิภาค แม้จะถือว่าเป็นทรัพย์สิน แต่ศพก็ได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายโดยวิธีการอื่น ซึ่งปัจจุบันการกระทำที่หยาบคาย หรือการกระทำที่อนาจารต่อศพนั้น อาจไม่ต้องมีความตั้งใจที่จะเอาศพไปอย่างถาวร⁹⁹ ก็ถือเป็นความผิดอาญาตาม common law offence

4.2.2.3 ประเทศญี่ปุ่น

ประเทศญี่ปุ่นได้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการคุ้มครองศพและบุคคลในครอบครัวของผู้ตาย ดังปรากฏในประมวลกฎหมายอาญาของญี่ปุ่น (Japan Penal Code 1907)¹⁰⁰ ได้แก่ การกระทำความผิดต่อศพในลักษณะที่เป็นการรบกวนการประกอบพิธีศพ, การดูหมิ่นสถานที่สักการบูชา เนื่องจากที่ประเทศญี่ปุ่นนั้นมีศาลเจ้าเป็นจำนวนมาก และเทพเจ้าบางศาลเจ้านั้นก็คือมนุษย์ที่เมื่อมีชีวิตอยู่ได้กระทำคุณงามความดีไว้มาก เมื่อได้ล่วงลับไปแล้วจึงมีการตั้งศาลเจ้าขึ้นเพื่อระลึกถึงบุคคลนั้น นอกจากนี้ยังมีการกระทำความผิดต่อศพในเรื่องการทำลาย ละทิ้งซึ่งศพ หรือการลอบฝังศพ และการขุดสุสาน เป็นต้น

การทำลาย ละทิ้ง หรือครอบครองศพโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย

ประมวลกฎหมายอาญาของญี่ปุ่น ในมาตรา 190¹⁰¹ บัญญัติว่า

⁹⁹ Glanville Williams, *Textbook of Criminal Law*, (London: Stevens & sons, 1978), page 679.

¹⁰⁰ Chapter 24. Crimes Related to Places of Worship and Graves, Article 188-192.

¹⁰¹ JAPAN PENAL CODE. (Act No.45 of 1907)

“บุคคลที่ทำลาย ละทิ้ง หรือครอบครอง โดยไม่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งศพ, เล้า หรือผมของคนตาย, หรือสิ่งของที่อยู่ในโลงศพ ต้องระวางโทษจำคุก ร่วมกับการใช้แรงงานไม่เกินสามปี”

กฎหมายที่บัญญัติให้การครอบครอง หรือการซื้อขายศพมนุษย์โดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย เป็นความผิดนั้น เป็นบัญญัติที่ทำให้เกิดความชัดเจนว่าศพมนุษย์ไม่สามารถครอบครอง หรือซื้อขายกันได้ หากไม่มีอำนาจตามกฎหมาย ซึ่งหากไม่มีบทบัญญัติเช่นนี้ อาจจะต้องนำบทบัญญัติความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สินมาใช้ ซึ่งยังไม่มีความแน่ชัดว่าจะสามารถนำมาปรับใช้กับศพมนุษย์ ได้หรือไม่

โดยในมาตรา 190 เดิมซึ่งบัญญัติในลักษณะเดียวกับเดียวกันในบทบัญญัตินี้ ได้มีการอธิบายว่า สิ่งที่ถูกกฎหมายมุ่งจะคุ้มครองคือ ความสงบสุขของสาธารณะ และศีลธรรมอันดี โดยไม่ได้คุ้มครองผลประโยชน์ของบุคคลที่เกี่ยวกับสิทธิในทรัพย์สิน และคำว่า “ศพ” ในที่นี้ให้รวมถึงทารกที่ตายในครรภ์มารดาที่ตั้งครรภ์ตั้งแต่ 4 เดือนขึ้นไปด้วย¹⁰²

4.2.3 การปิดบัง ซ่อนเร้น ลอบฝังศพ

4.2.3.1 ประเทศสหรัฐอเมริกา

มลรัฐเทกซัส (Texas)

การขุด ครอบครอง ทำให้เสียหาย ขนย้าย และการปิดบังการขุดศพโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย

มลรัฐเทกซัสใน Section 42.08 (a) (2)¹⁰³ บัญญัติว่า

“(a) บุคคลกระทำความผิดถ้า, โดยไม่ได้รับอนุญาตตามกฎหมาย, เขารู้ว่าเป็นการ

A person who damages, abandons or unlawfully possesses a corpse, the ashes or hair of a dead person, or an object placed in a coffin shall be punished by imprisonment with work for not more than 3 years.

¹⁰² The Criminal Code of Japan, Translated and Annotated by William J. Sebald (Kobe: Japan, 1936), page 139-140.

¹⁰³ Texas Statutes.

Section 42.08: ABUSE OF CORPSE.

(a) A person commits an offense if the person, without legal authority, knowingly:

(1) disinters, disturbs, damages, dissects, in whole or in part, carries away, or treats in an offensive manner a human corpse;

(2) conceals a human corpse knowing it to be illegally disinterred;

(1) ขุด ครอบงวน ทำให้เสียหาย ฝ่าเพื่อการศึกษาทั้งหมดหรือบางส่วน ขนย้ายไป หรือกระทำ
ในลักษณะล่วงละเมิดต่อศพมนุษย์

(2) ปิดบังศพมนุษย์โดยรู้ว่าเป็นการขุดขึ้นมาได้ไม่ชอบด้วยกฎหมาย”

มลรัฐเมน (Maine)

การขุด เคลื่อนย้าย ซ่อนเร้น ทำให้เสียรูป หรือทำลายซึ่งศพ

มลรัฐเมนใน Section 508 ข้อ 1¹⁰⁴ การกระทำผิดต่อศพ บัญญัติว่า

“1. บุคคลมีความผิดฐานกระทำความผิดต่อศพ ถ้าเขาโดยเจตนา และโดยไม่ชอบด้วย
กฎหมาย เปิดเผย, ขุดขึ้นมา, เคลื่อนย้าย, ซ่อนเร้น, ทำให้เสียรูป หรือทำลายซึ่งศพมนุษย์ หรือส่วนใด
หรือเถ้าของศพนั้น”

ในมลรัฐเมนนั้น นอกจากจะกำหนดความผิดสำหรับการขุด การเคลื่อนย้าย หรือการซ่อนเร้น
ศพหรือส่วนใดส่วนหนึ่งของศพมนุษย์หรือเถ้าของศพแล้ว ยังได้กำหนดความผิดสำหรับการ
เคลื่อนย้ายหลุมฝังศพ หรือสิ่งที่ระลึกแทนคนตายใน Section 507-A ข้อ 1 และข้อ 3

มลรัฐอลาสกา (Alaska)

การขุด เคลื่อนย้าย ปิดบัง หรือตัดชิ้นส่วนของศพ

มลรัฐอลาสกา ใน Section 11.61.130 (a) (1)¹⁰⁵ บัญญัติว่า

“(a) บุคคลกระทำความผิดเกี่ยวกับศพ ถ้า

¹⁰⁴ Maine revised statutes.

Section 508. Abuse of corpse.

1. A person is guilty of abuse of corpse if he intentionally and unlawfully disinters, digs up, removes, conceals, mutilates or destroys a human corpse, or any part or the ashes thereof.

¹⁰⁵ Alaska Statutes 2014.

Sec. 11.61.130. Misconduct involving a corpse.

(a) A person commits the crime of misconduct involving a corpse if

(1) except as authorized by law or in an emergency, the person intentionally disinters, removes, conceals, or mutilates a corpse;

(1) เว้นแต่ได้รับอนุญาตตามกฎหมาย หรือในกรณีฉุกเฉิน, บุคคลนั้นจงใจขุดออกมา, เคลื่อนย้าย, ปิดบัง, หรือตัดชิ้นส่วนของศพ”

4.2.3.2 ประเทศอังกฤษ

การปิดบัง ซ่อนเร้น ลอบฝังศพ

กฎหมายที่กำหนดความผิดสำหรับการกระทำที่เป็นการปิดบังอำพราง ซ่อนเร้น ลอบฝังศพ หรือส่วนใดส่วนหนึ่งของศพนั้น มีปรากฏอยู่ในบทบัญญัติ Offences against the Person Act 1861 ของประเทศอังกฤษ

บทบัญญัติใน Offences Against The Person Act 1861 มาตรา 60¹⁰⁶ ได้กำหนดถึงการจัดการอย่างลับๆ ต่อศพของเด็ก เพื่อการปิดบังการเกิดไว้ว่า

“ถ้าหญิงใดให้กำเนิดเด็ก แล้วบุคคลใดพยายามปิดบังการเกิด โดยการจัดการอย่างลับๆ ต่อศพของเด็กดังกล่าว ไม่ว่าจะเด็กนั้นจะตายก่อน ขณะ หรือหลังจากการเกิด จะต้องมีความผิดและถูกฟ้องร้องในการไต่ตรองอย่างรอบคอบของศาล ให้มีโทษจำคุกไม่เกิน 2 ปี”

บทบัญญัติที่กำหนดความผิดสำหรับการปิดบัง ซ่อนเร้น หรือลอบฝังศพมนุษย์นั้น ใน Offences Against The Person Act 1861 ของประเทศอังกฤษ มีการกำหนดไว้เป็นพิเศษ หรือกำหนดไว้อย่างชัดเจนถึงการกระทำต่อศพของเด็ก ไม่ว่าจะเด็กนั้นจะตายก่อน ขณะ หรือภายหลังเกิดก็ตาม และแม้จะเป็นบัญญัติที่กำหนดถึงความผิดสำหรับการปิดบังการเกิดก็ตาม แต่หากการกระทำต่อศพเด็กนั้น ไม่ว่าจะผู้กระทำจะได้กระทำลักษณะใดก็ตาม หากถือเป็นการจัดการอย่างลับๆ ต่อศพของเด็กนั้น ก็ถือเป็นการปิดบังการเกิด ซึ่งเป็นความผิดตามบทบัญญัตินี้ ในขณะที่บทบัญญัติของประเทศอื่น ที่กำหนดความผิดสำหรับการกระทำในลักษณะนี้ ไม่จำกัดเฉพาะการกระทำที่เป็นการปิดบังการ

¹⁰⁶ Offences against the Person Act 1861.

Section 60

If any woman shall be delivered of a child, every person who shall, by any secret disposition of the dead body of the said child, whether such child died before, at, or after its birth, endeavour to conceal the birth thereof, shall be guilty of (an offence), and being convicted, thereof shall be liable, at the discretion of the court, to be imprisoned for any term not exceeding two years.

เกิดเท่านั้น ซึ่งจะเห็นได้ว่าแม้การบัญญัติกฎหมายให้การกระทำในลักษณะเดียวกันเป็นความผิด แต่ความมุ่งหมายของบัญญัตินั้น อาจมีความแตกต่างกันไปก็เป็นได้

โดยการกระทำที่เป็นการขัดขวางการฝังศพที่เหมาะสมตามกฎหมาย ที่ถือเป็นความผิด common law offence¹⁰⁷ นั้น ในคดี Godward¹⁰⁸ (1998) 1 Cr App R (S) 385 นั้น ศาลได้ให้ความเห็นว่า ปัจจัยที่สำคัญที่สุดในการขัดขวางแนวทางปฏิบัติแห่งความยุติธรรมโดยการปกปิดศพ คือเจตนาของผู้กระทำความผิด กล่าวคือ ถ้าเป้าหมายเป็นการขัดขวางกระบวนการยุติธรรม และทำให้ยากในการฟ้องร้องผู้กระทำความผิดหรือบุคคลอื่น ผู้กระทำความผิดก็สมควรได้รับการลงโทษขั้นสูงในระดับที่เหมาะสม แต่หากเขาขาดเจตนาดังกล่าว การตัดสินโทษที่เบาลงก็จะเป็นการเหมาะสม ซึ่งข้อเท็จจริงในคดีนี้ ผู้กระทำความผิดปกปิดสถานที่ที่ศพถูกทิ้งไว้อยู่ในตู้เสื้อผ้าเป็นเวลาประมาณ 5 เดือน ทั้งที่เจ้าหน้าที่ตำรวจได้ถามจำเลยถึงสองครั้ง คดีนี้ศาลพิพากษาลงโทษจำคุก 4 ปี ลดโทษเหลือจำคุก 3 ปี

เช่นเดียวกับในคดี R.v. Gareth Neil Butterworth ซึ่งการกระทำของจำเลยคือ การที่จำเลยได้ปกปิดศพของบุคคลที่ตายจากการใช้ยาเกินขนาด ซึ่งศาลในคดีนี้เห็นว่าผู้กระทำความผิดไม่ได้กระทำความผิดด้วยความตระหนกตกใจ แต่ทำโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อปกปิดการกระทำความผิดฐานใช้ยา ศาลจึงพิพากษาลงโทษจำคุก 3 ปี ฐานขัดขวางเจ้าหน้าที่ชั้นสูตรพลิกศพ

นอกจากนั้นในคดี Whiteley (2001) 2 Cr App R (S) 119 ซึ่งข้อเท็จจริงคดีนี้ ผู้กระทำความผิดไม่ได้มีส่วนร่วมในความตายของผู้ตาย แต่ผู้กระทำได้ช่วยเหลือเคลื่อนย้ายศพของผู้ตายซึ่งเป็นผู้ติดยาจากที่พัก (แฟลต) ที่ผู้ตายเสียชีวิตไปซ่อนในคูณ้ำ โดยศาลเห็นว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการแทรกแซงการบริหารกระบวนการยุติธรรม และเป็นการการกระทำที่ก่อให้เกิดความโศกเศร้าต่อบุคคลผู้สูญเสีย ญาติหรือเพื่อนสนิท และเป็นการตัดสินคนตายที่จะได้รับการฝังอย่างเหมาะสม รวมทั้งก่อให้เกิดความกังวลต่อญาติว่าบุคคลนั้นตายไปแล้วหรือไม่ เมื่อมีการพยายามปิดบังการตายนั้น ศาลได้ลงโทษจำคุก 30 เดือน โดยได้ลดโทษให้เหลือ 18 เดือน

4.2.3.3 ประเทศอิตาลี

¹⁰⁷ Diane Birch and other, ed. *Blackstone's Criminal Practice 2005*(Oxford University, 2005), p. 724.

¹⁰⁸ See. R.v Godward (Cheryl Alison).

ประมวลกฎหมายอาญาอิตาลี กำหนดความผิดเกี่ยวกับศพไว้ในหมวด 1 ว่าด้วยอาชญากรรมอันเป็นปรปักษ์ต่อความรู้สึกทางศาสนา¹⁰⁹ และหมวด 2 ว่าด้วยอาชญากรรมอันเป็นปรปักษ์ต่อคนตาย บัญญัติถึงการละเมิดต่อสถานที่ฝังศพ การลบหลู่สุสาน ศพ หรือเถ้าของศพ การรบกวนพิธีศพ การทำให้ศพเสียโฉม การกระทำทารุณต่อศพ การทำลาย กำจัด หรือเคลื่อนย้ายศพ หรือส่วนใดส่วนหนึ่งของศพ การปิดบังอำพรางศพ เป็นต้น

การปิดบังอำพรางศพ

ประมวลกฎหมายอาญาของประเทศอิตาลี ในมาตรา 412¹¹⁰ การปิดบังอำพรางศพ บัญญัติไว้ว่า

“ผู้ใดปิดบังอำพรางศพ หรือส่วนใดของศพ หรือซ่อนเร้นเถ้าของศพ ต้องได้รับโทษจำคุกไม่เกิน 3 ปี”

4.2.3.4 ประเทศญี่ปุ่น

ประเทศญี่ปุ่นได้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการคุ้มครองศพและบุคคลในครอบครัวของผู้ตาย ดังปรากฏในประมวลกฎหมายอาญาของญี่ปุ่น (Japan Penal Code 1907)¹¹¹ ได้แก่ การกระทำความผิดต่อศพในลักษณะที่เป็นการรบกวนการประกอบพิธีศพ, การดูหมิ่นสถานที่สักการบูชา นอกจากนี้ยังมีการกระทำความผิดต่อศพในเรื่องการทำลาย ละทิ้งซึ่งศพ หรือการลอบฝังศพ, และการขุดสุสาน เป็นต้น

การลอบฝังศพของบุคคลที่ตายผิดธรรมชาติ

¹⁰⁹ The Italy Penal code, Title 4. Crimes Against Religious Sentiment and Reverence for the Dead, Chapter 2. Crimes Against Reverence for the Dead, Article 407-413.

¹¹⁰ Italian Penal Code.

Article 412 Concealment of a Corpse

Whoever conceals a corpse, or a part thereof, or hides its ashes, shall be punished by imprisonment for up to three years.

¹¹¹ Chapter 24. Crimes Related to Places of Worship and Graves, Article 188-192.

ประมวลกฎหมายอาญาของประเทศญี่ปุ่น ในมาตรา 192¹¹² การลอบฝังศพของบุคคลที่ตาย ผิดธรรมชาติ บัญญัติว่า

“บุคคลใดซึ่งไม่เกี่ยวกับการสอบสวนที่เป็นการชันสูตร และฝังบุคคลที่ตายโดยผิดธรรมชาติ ต้องรับโทษปรับไม่เกินหนึ่งแสนเยน หรือปรับเล็กน้อย”

4.2.4 การรบกวนพิธีกรรมเกี่ยวกับศพ

4.2.4.1 ประเทศเยอรมนี

ในประเทศเยอรมนีมีกฎหมายเกี่ยวกับการกระทำความผิดต่อศพ ไว้ในหมวด 11 ว่าด้วย อาชญากรรมเกี่ยวกับศาสนาและปรัชญาแห่งชีวิต (Crimes which relate to religion and philosophy) แห่งประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน ซึ่งมีบทบัญญัติความผิดฐานรบกวนพิธีกรรม เกี่ยวกับศพ และฐานรบกวนความสงบสุขของผู้ตาย (disturb the peace of the death.) กำหนด อัตราโทษจำคุกไม่เกินสามปี ซึ่งในความผิดฐานรบกวนความสงบสุขของผู้ตายนี้ ยังมีบทบัญญัติแยก ย่อยออกไปอีก ได้แก่ ความผิดเกี่ยวกับการยกย้ายเอาไปซึ่งศพ การทำลายสถานที่ฝังศพ และการดู หมิ่นสถานที่ฝังศพ อีกทั้งแม้แต่การพยายามกระทำความผิดดังกล่าวก็มีความผิดด้วย

การรบกวนพิธีเกี่ยวกับศพ

มาตรา 167a¹¹³ แห่งประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน บัญญัติในเรื่องการรบกวนพิธีเกี่ยวกับ ศพว่า

“บุคคลใดก็ตามกระทำการอันเป็นการรบกวนพิธีศพโดยเจตนา หรือโดยรับรู้ถึงการกระทำ นั้น บุคคลนั้นต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับ”

¹¹² JAPAN PENAL CODE. (Act No.45 of 1907)

Article 192. (Secret Burial of Persons Dying from an Unnatural Death)

A person who, without a postmortem examination, buries a person who died an unnatural death shall be punished by a fine of not more than 100,000 yen or a petty fine.

¹¹³ Section 167a Disturbing a funeral

Whosoever intentionally or knowingly disturbs a funeral shall be liable to imprisonment not exceeding three years or a fine.

บทบัญญัติเกี่ยวกับการรบกวนการประกอบพิธีศพนั้น ในประมวลกฎหมายอาญาของไทยก็บัญญัติไว้ในส่วนของความผิดเกี่ยวกับศาสนา ซึ่งกำหนดไว้ในมาตรา 207¹¹⁴ โดยบัญญัติห้ามไม่ให้ผู้ใดก่อให้เกิดความวุ่นวายในการทำพิธีกรรมตามศาสนา ซึ่งไม่ว่าจะเป็นการประกอบพิธีกรรมทางศาสนาใดก็ตาม ก็ได้รับความคุ้มครองตามมาตรานี้ อีกทั้งโทษตามมาตรานี้เป็นการลงโทษตามทฤษฎีการลงโทษเพื่อเป็นการข่มขู่ ซึ่งเป็นการลงโทษผู้กระทำความผิด อีกทั้งเป็นการขู่ที่พบเห็นให้ไม่กระทำการรบกวนพิธีศพ หากไม่อย่างก็ได้รับโทษเช่นนั้น

4.2.4.2 ประเทศอิตาลี

การรบกวนการประกอบพิธีศพ

ประมวลกฎหมายอาญาของประเทศอิตาลี ในมาตรา 409¹¹⁵ การรบกวนงานศพ บัญญัติว่า

“นอกเหนือจากกรณีตามมาตรา 405 ผู้ใดขัดขวาง หรือทำลายงานฝังศพหรือพิธีศพ ต้องได้รับโทษไม่เกิน 1 ปี”

4.2.4.3 ประเทศญี่ปุ่น

ประเทศญี่ปุ่นได้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการคุ้มครองศพและบุคคลในครอบครัวของผู้ตาย ดังปรากฏในประมวลกฎหมายอาญาของญี่ปุ่น (Japan Penal Code 1907)¹¹⁶ ได้แก่ การกระทำความผิดต่อศพในลักษณะที่เป็นการรบกวนการประกอบพิธีศพ, การดูหมิ่นสถานที่สักการบูชา นอกจากนี้ยังมีการกระทำความผิดต่อศพในเรื่องการทำลาย ละทิ้งซึ่งศพ หรือการลอบฝังศพ, และการขุดสุสาน

การรบกวนการประกอบพิธีศพ

¹¹⁴ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๒๐๗ บัญญัติว่า

“ผู้ใดก่อให้เกิดความวุ่นวายขึ้นในที่ประชุมศาสนิกชน เวลาประชุมกัน นมัสการ หรือกระทำพิธีกรรมตามศาสนาใดๆ โดยชอบด้วยกฎหมาย ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือปรับไม่เกินสองพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

¹¹⁵ Italian Penal Code.

Article 409 Disturbing a Funeral or Funeral Service.

Whoever, apart from the case designated in Article 405, prevents or disrupts a funeral or a funeral service shall be punished by imprisonment for up to one year.

¹¹⁶ Chapter 24. Crimes Related to Places of Worship and Graves, Article 188-192.

ประมวลกฎหมายอาญาของประเทศญี่ปุ่น ในมาตรา 188 (2)¹¹⁷ การรบกวนการบริการทางศาสนา บัญญัติว่า

“(2) บุคคลในรบกวนการเทศนา, การสักการบูชา หรืองานศพ ต้องรับโทษจำคุก ไม่ว่าจะต้องใช้แรงงานหรือไม่ ไม่เกิน 1 ปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนเยน”

4.2.5 การกระทำต่อสุสาน และสิ่งทีระลึกถึงคนตาย

4.2.5.1 ประเทศเยอรมนี

ในประเทศเยอรมนีมีกฎหมายเกี่ยวกับการกระทำความผิดต่อศพ ไว้ในหมวด 11 ว่าด้วยอาชญากรรมเกี่ยวกับศาสนาและปรัชญาแห่งชีวิต (Crimes which relate to religion and philosophy) แห่งประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน ซึ่งมีบทบัญญัติความผิดฐานรบกวนพิธีกรรมเกี่ยวกับศพ และฐานรบกวนความสงบสุขของผู้ตาย (disturb the peace of the death.) กำหนดอัตราโทษจำคุกไม่เกินสามปี ซึ่งในความผิดฐานรบกวนความสงบสุขของผู้ตายนี้ ยังมีบทบัญญัติแยกย่อยออกไปอีก ได้แก่ ความผิดเกี่ยวกับการยกย้ายเอาไปซึ่งศพ การทำลายสถานที่ฝังศพ และการดูหมิ่นสถานที่ฝังศพ อีกทั้งแม้แต่การพยายามกระทำความผิดดังกล่าวก็มีความผิดด้วย

การทำลายสถานที่ฝังศพ

ประมวลกฎหมายอาญาของประเทศเยอรมนี (Strafgesetzbuch StGB) มาตรา 168 (2)¹¹⁸ ในความผิดฐานการรบกวนความสงบสุขของคนตาย บัญญัติว่า

(2) บุคคลใดทำลาย หรือทำให้เสียหายแก่สถานที่ตั้งศพ, สถานที่ฝังศพ หรือสถานที่สาธารณะสำหรับระลึกถึงคนตาย หรือบุคคลใดกระทำการอันเป็นการรบกวน ซึ่งเป็นการดูหมิ่นสถานที่นั้น ต้องระวางโทษเช่นนี้ด้วย

¹¹⁷ JAPAN PENAL CODE.

Article 188. (Profaning Places of Worship: Interference with Religious Service)

(2) A person who interferes with a sermon, worship or a funeral service shall be punished by imprisonment with or without work for not more than 1 year or a fine of not more than 100,000 yen.

¹¹⁸ Section 168 Desecration of graves etc.

(2) Whosoever destroys or damages the place where a body is laid in state, a burial site or a public memorial for the dead or whosoever commits defamatory mischief on them shall incur the same penalty.

ประมวลกฎหมายอาญาของไทยก็มีบทบัญญัติที่ใกล้เคียงกับความผิดฐานนี้ คือกล่าวถึงการทำลาย ทำให้เสียหายแก่ศพ ซึ่งปรากฏในมาตรา 366/3¹¹⁹ แต่ไม่ได้บัญญัติให้ครอบคลุมไปถึงการทำลายสถานที่ฝังศพ หรือสถานที่ตั้งของศพ ซึ่งแม้ว่าประเทศไทยจะเป็นเมืองพุทธ ทำการเผาศพเป็นหลัก ไม่ได้ฝังศพเหมือนในต่างประเทศ แต่อย่างไรก็ตามเมื่อเผาศพย่อมต้องมีโกศบรรจุอัฐิ ซึ่งบางแห่งก็สร้างเป็นสิ่งปลูกสร้างถาวรอยู่ในวัด หรือบางบ้านก็สร้างโกศเก็บอัฐิบุพการีไว้ในบ้าน ซึ่งเป็นสิ่งที่แสดงให้เห็นว่าสิ่งนี้เป็นสิ่งระลึกถึงผู้ตาย หากมีผู้มากระทำการอันไม่เหมาะสมต่อโกศหรือที่ตั้งของศพ หรือส่วนของศพนี้ ย่อมเป็นการทำร้ายความรู้สึกของบุคคลในครอบครัว

อีกทั้งประชากรในประเทศไทยก็ไม่ได้นับถือศาสนาพุทธแต่เพียงอย่างเดียว ยังมีผู้นับถือศาสนาคริสต์ อิสลามและอื่นๆ ที่ทำการฝังศพ ดังที่ปรากฏวงซุ้มหรือสถานที่ฝังศพตามโบสถ์ต่างๆ ดังนั้นจึงควรบัญญัติกฎหมายให้ครอบคลุมถึงการทำลาย ทำให้เสียหายต่อสถานที่ฝังศพหรือที่ตั้งของศพด้วย

การดูหมิ่นสถานที่ฝังศพ

ประมวลกฎหมายอาญาของประเทศเยอรมนี (Strafgesetzbuch StGB) มาตรา 168 (2) ส่วนท้าย ได้กำหนดความรับผิดเกี่ยวกับการดูหมิ่นสถานที่ฝังศพ หรือสถานที่สาธารณะสำหรับระลึกถึงคนตายไว้อย่างชัดเจน ซึ่งประมวลกฎหมายอาญาของประเทศไทยไม่ได้มีบทบัญญัติในเรื่องนี้

ว่าด้วยเรื่องของการดูหมิ่นนั้น ประมวลกฎหมายอาญาของประเทศไทยได้กำหนดบทลงโทษสำหรับการดูหมิ่นไว้อยู่ 2 เรื่อง คือการดูหมิ่นผู้ตาย¹²⁰ และการดูหมิ่นเหยียดหยามศพ¹²¹ เท่านั้น ไม่ได้ให้ความคุ้มครองไปถึงสถานที่ฝังศพเหมือนกฎหมายอาญาของประเทศเยอรมนี

¹¹⁹ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 366/3 บัญญัติว่า

“ผู้ใดโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร ทำให้เสียหาย เคลื่อนย้าย ทำลาย ทำให้เสื่อมค่า หรือทำให้ไร้ประโยชน์ ซึ่งศพ ส่วนของศพ อัฐิ หรือเถ้าของศพ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

¹²⁰ ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 327 บัญญัติว่า

“ผู้ใดใส่ความผู้ตายต่อบุคคลที่สามและการใส่ความนั้นน่าจะเป็นเหตุให้ บิดา มารดา คู่สมรสหรือบุตรของผู้ตายเสียชื่อเสียง ถูกดูหมิ่นหรือถูกเกลียดชัง ผู้นั้นกระทำความผิดฐานหมิ่นประมาท ต้องระวางโทษตั้งบัญญัติไว้ในมาตรา 326 นั้น”

¹²¹ ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 366/4 บัญญัติว่า

“ผู้ใดกระทำความผิดด้วยประการใด ๆ อันเป็นการดูหมิ่นเหยียดหยามศพ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามเดือน หรือปรับไม่เกินห้าพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

4.2.5.2 ประเทศสหรัฐอเมริกา

มลรัฐเท็กซัส (Texas)

การละเมิดต่อสถานที่ฝังศพ

มลรัฐเท็กซัสใน Section 42.08 (a) (5)¹²² บัญญัติว่า

“(a) บุคคลกระทำความผิด ถ้า, ไม่ได้รับอนุญาตตามกฎหมาย, เขารู้ว่าเป็นการ

(5) ทำลายวัฒนธรรม, ทำให้เสียหาย, หรือกระทำในลักษณะล่วงละเมิดบริเวณที่ศพมนุษย์ถูกฝังอยู่ ไม่ว่าจะชั่วคราวหรือถาวร”

มลรัฐเมน (Maine)

การครอบครอง หรือการซื้อขายสุสาน หรือสิ่งระลึกถึงคนตายโดยผิดกฎหมาย

กฎหมายที่มีการบัญญัติถึงความผิดสำหรับการครอบครอง การขาย หรือการแลกเปลี่ยนสุสาน หรือสิ่งระลึกถึงคนตายโดยผิดกฎหมาย มีปรากฏอยู่ในบทบัญญัติของมลรัฐเมน Section 507-B¹²³ ครอบครองหรือซื้อขายหินศิลาบนหลุมฝังศพโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งบัญญัติไว้ดังนี้

¹²² Texas Statutes.

Section 42.08: ABUSE OF CORPSE.

(a) A person commits an offense if the person, without legal authority, knowingly:

(5) vandalizes, damages, or treats in an offensive manner the space in which a human corpse has been interred or otherwise permanently laid to rest.

¹²³ Maine revised statutes.

Section 507-B. Illegal possession or sale of gravestones.

1. No person may possess, sell, attempt to sell, offer for sale, transfer or dispose of any tomb, monument, gravestone, marker or other structure placed or designed as a memorial for the dead, or any portion or fragment of any such memorial, knowing or having reasonable cause to know that it has been illegally removed from a cemetery or burial ground.

2. Any person who violates subsection 1 commits a Class C crime.

3. Any person who violates subsection 1 is liable to the following for triple damages to be recovered in a civil action :

A. The municipality or, in the case of unorganized territory, the county in which the cemetery or burial ground is located;

“1. ไม่มีบุคคลใดจะสามารถครอบครอง, ขาย, พยายามขายเสนอขาย, แลกเปลี่ยน หรือโอน สุสาน, อนุสาวรีย์, หินศิลาบนหลุมฝังศพ, สิ่งที่เป็นเครื่องหมาย หรือสิ่งก่อสร้างซึ่งได้ถูกวางหรือ ออกแบบไว้เป็นอนุสาวรีย์ของคนตาย, หรือส่วนใดส่วนหนึ่ง หรือส่วนที่แตกออกมาจากอนุสรณ์ ดังกล่าว โดยรู้หรือมีเหตุอันสมควรที่จะรู้ ว่าเป็นการเคลื่อนย้ายโดยผิดกฎหมายจากสุสานหรือสถานที่ ฝังศพ”

การเคลื่อนย้ายหลุมฝังศพ หรือสิ่งทีระลึกแทนคนตาย

ในมลรัฐเมนนั้น นอกจากจะกำหนดความผิดสำหรับการขุด การเคลื่อนย้าย หรือการซ่อนเร้น ศพหรือส่วนใดส่วนหนึ่งของศพมนุษย์หรือเถ้าของศพแล้ว ยังได้กำหนดความผิดสำหรับการ เคลื่อนย้ายหลุมฝังศพ หรือสิ่งทีระลึกแทนคนตายใน Section 507-A ข้อ 1 และข้อ 3¹²⁴ บัญญัติว่า

“1. ไม่มีบุคคลใดจะโดยตั้งใจหรือโดยรู้ว่าเป็นการทำลาย, การตัดส่วนสำคัญของร่างกายคน ตาย, การทำให้ศพเสียรูป หรือการเคลื่อนย้ายหลุมฝังศพ, อนุสาวรีย์, หินศิลาบนหลุมฝังศพ, สิ่งที่เป็น เครื่องหมาย หรือสถานที่ก่อสร้างอื่นๆ หรือสิ่งที่ได้ออกแบบไว้สำหรับเป็นการระลึกถึงคนตาย หรือ ส่วนหรือเศษที่แตกออกมาของสิ่งทีอื่น หรือรั้ว ราว ขอบ หรือสิ่งปิดล้อมอื่นสำหรับการฝังศพ”

3. ผู้ฝ่าฝืนอนุมาตรา 1 เป็นการกระทำผิด Class D crime”

4.2.5.3 ประเทศอิตาลี

B. A cemetery association authorized to bring suit and recover damages by the municipality or, in the case of unorganized territory, the county in which the cemetery or burial ground is located; or

C. A historical society authorized to bring suit and recover damages by the municipality or, in the case of unorganized territory, the county in which the cemetery or burial ground is located.

¹²⁴ Maine revised statutes.

Section 507-A. Interference with cemetery or burial ground.

1. No person may intentionally or knowingly destroy, mutilate, deface, injure or remove any tomb, monument, gravestone, marker or other structure placed or designed as a memorial for the dead, or any portion or fragment of any such memorial, or any fence, railing, curb or other enclosure for the burial of the dead.

3. Any person who violates subsection 1 commits a Class D crime.

ประมวลกฎหมายอาญาอิตาลี กำหนดความผิดเกี่ยวกับศพไว้ในหมวด 1 ว่าด้วยอาชญากรรมอันเป็นปรปักษ์ต่อความรู้สึกทางศาสนา¹²⁵ และหมวด 2 ว่าด้วยอาชญากรรมอันเป็นปรปักษ์ต่อคนตาย บัญญัติถึงการละเมิดต่อสถานที่ฝังศพ การลบหลู่สุสาน ศพ หรือเถ้าของศพ การรบกวนพิธีศพ การทำให้ศพเสียโฉม การกระทำทารุณต่อศพ การทำลาย กำจัด หรือเคลื่อนย้ายศพ หรือส่วนใดส่วนหนึ่งของศพ การปิดบังอำพรางศพ เป็นต้น

การลบหลู่หลุมฝังศพ

ประมวลกฎหมายอาญาของประเทศอิตาลี ในมาตรา 408¹²⁶ การลบหลู่หลุมฝังศพ บัญญัติว่า “ผู้ใด ในสุสานหรือในสถานที่ฝังศพ กระทำการอันเป็นการลบหลู่หลุมฝังศพ ที่ฝังศพ โศกใส่ศพ หรือสิ่งอื่นใดที่ออกแบบมาเพื่อแสดงความเคารพต่อคนตาย หรือเพื่อคุ้มครองหรือตกแต่งสุสาน ต้องได้รับโทษจำคุกตั้งแต่ 6 เดือนถึง 3 ปี”

การกระทำที่เป็นการละเมิดต่อสถานที่ฝังศพ และสิ่งของที่ระลึกถึงคนตาย

ในประมวลกฎหมายอาญามาตรา 407 ของประเทศอิตาลี นอกจากจะกำหนดให้การกระทำละเมิดต่อสถานที่ฝังศพเป็นความผิดแล้ว ยังได้กำหนดความผิดสำหรับการกระทำละเมิดต่อสิ่งของที่ระลึกถึงคนตาย เช่น โศกใส่ศพ หรืออนุสาวรีย์ซึ่งได้สร้างขึ้นเพื่อระลึกถึงผู้ตายด้วย

ประมวลกฎหมายอาญาของประเทศอิตาลี ในมาตรา 407¹²⁷ การละเมิดสถานที่ฝังศพ บัญญัติว่า

“ผู้ใดละเมิดหลุมฝังศพ ที่ฝังศพ หรือโศกใส่ศพ ต้องได้รับโทษจำคุกตั้งแต่ 1 ถึง 5 ปี”

¹²⁵ The Italy Penal code, Title 4. Crimes Against Religious Sentiment and Reverence for the Dead, Chapter 2. Crimes Against Reverence for the Dead, Article 407-413.

¹²⁶ The Italy Penal code.
Article 408 Vilification of Tombs.

Whoever, in cemeteries or other places of burial, commits acts of vilification on tombs, sepulchers or urns, or on things designed to show respect for the dead, or for the protection or ornament of cemeteries, shall be punished by imprisonment for from six months to three years.

¹²⁷ Italian Penal Code.
Article 407 Violation of Burial Places.

Whoever violates a tomb, sepulcher or urn shall be punished by imprisonment for from one five years.

4.2.5.4 ประเทศฝรั่งเศส

ประเทศฝรั่งเศสได้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการคุ้มครองศพและบุคคลในครอบครัวของผู้ตาย ดังปรากฏในประมวลกฎหมายอาญาของฝรั่งเศส (French Penal Code)¹²⁸ หมวด 5 ว่าด้วยการกระทำความผิดต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ในลักษณะ 4 เรื่องการฝ่าฝืนความเคารพนับถือต่อคนตาย ได้บัญญัติคุ้มครองคนตายไว้ดังนี้ ได้แก่ การกระทำที่เป็นการละเมิดต่อสถานที่ฝังศพ สิ่งของที่ระลึกถึงคนตาย หรือการละเมิดต่อร่างของศพ อีกทั้งยังมีการกำหนดโทษหนักสำหรับการกระทำต่อศพบางลักษณะอีกด้วย¹²⁹

ดังนั้น เมื่อได้พิจารณาถึงกฎหมายที่กำหนดให้การกระทำละเมิดต่อคนตาย ทั้งในส่วนของการละเมิดต่อสถานที่ฝังศพ สิ่งระลึกถึงคนตายอื่น ๆ หรือการละเมิดต่อเนื้อตัวร่างของศพก็ตาม จะเห็นได้ว่ากฎหมายนั้นใช้ถ้อยคำในลักษณะที่ผู้กระทำ ได้กระทำละเมิดต่อสิ่งที่กฎหมายคุ้มครอง โดยมิได้ระบุเฉพาะถึงลักษณะของการกระทำในลักษณะใดลักษณะหนึ่ง ฉะนั้นหากมีการกระทำต่อสิ่งที่กฎหมายมุ่งคุ้มครองในลักษณะต่าง ๆ เช่น การกระทำความผิดทางเพศต่อศพ การขุดหรือเคลื่อนย้ายศพ การชำแหละ หรือทำลายศพ การทำให้ศพเสียรูป เป็นต้น ถือเป็น การกระทำละเมิดต่อคนตายได้ อีกประการหนึ่งด้วย

การกระทำที่เป็นการละเมิดต่อสถานที่ฝังศพ และสิ่งของที่ระลึกถึงคนตาย

ในประมวลกฎหมายอาญาของประเทศฝรั่งเศส มาตรา 225-17 วรรค 2 นอกจากจะกำหนดให้การกระทำละเมิดต่อสถานที่ฝังศพเป็นความผิดแล้ว ยังได้กำหนดความผิดสำหรับการกระทำละเมิดต่อสิ่งของที่ระลึกถึงคนตาย เช่น โกวใส่ศพ หรืออนุสาวรีย์ซึ่งได้สร้างขึ้นเพื่อระลึกถึงผู้ตายด้วย

ประมวลกฎหมายอาญาของประเทศฝรั่งเศส ในมาตรา 225-17 วรรคสอง¹³⁰ บัญญัติว่า

¹²⁸ Title 2. Offences against the human persons, Chapter 5. Offences against the Dignity of person, Section 4. Violation of Respect for The Dead, Article 225-17, Article 225-18, Article 225-18-1.

¹²⁹ French Penal Code, Article 225-18.

¹³⁰ French PENAL CODE.

“การละเมิด หรือการลบหลู่หลุมฝังศพ พื้นที่ฝังศพ อนุสาวรีย์ซึ่งสร้างขึ้นเพื่อระลึกถึงผู้ตาย, ไม่ว่าจะกระทำโดยวิธีใดก็ตาม ต้องได้รับโทษจำคุก 1 ปี และปรับ 15,000 ยูโร”

อีกทั้งกฎหมายได้กำหนดให้ผู้กระทำละเมิดต่อหลุมฝังศพ พื้นที่ฝังศพ อนุสาวรีย์ซึ่งได้สร้างขึ้นเพื่อระลึกถึงผู้ตาย ต้องรับโทษหนักขึ้นในกรณีที่ได้กระทำการละเมิดต่อศพ(ร่างของศพ)ด้วย ตาม มาตรา 225-17 วรรค 3

ประมวลกฎหมายอาญาของประเทศฝรั่งเศส มาตรา 225-17 วรรคสาม¹³¹ บัญญัติว่า

“โทษจะเพิ่มขึ้นเป็นโทษจำคุก 2 ปี และปรับ 30,000 ยูโร ถ้าการกระทำความผิดในวรรคก่อนมีการกระทำละเมิดต่อร่างของศพด้วย”

การกระทำที่เป็นการละเมิดต่อศพ สถานที่ฝังศพ และสิ่งทีระลึกถึงคนตาย โดยเหตุเพราะวัฒนธรรม เชื้อชาติ เผ่าพันธุ์ หรือศาสนา

ประมวลกฎหมายอาญาของประเทศฝรั่งเศส ในมาตรา 225-18¹³² บัญญัติว่า

“การกระทำความผิดที่บัญญัติไว้ในมาตราก่อน หากได้กระทำโดยเหตุที่ผู้ตายเป็นสมาชิกหรือไม่เป็นสมาชิกของกลุ่มวัฒนธรรม, เชื้อชาติ, เผ่าพันธุ์ หรือศาสนา ไม่ว่าจะเป็ความจริง หรือการคาดคะเนว่าผู้ตายเป็นสมาชิกหรือไม่ ต้องได้รับโทษเพิ่มขึ้นเป็นจำคุก 3 ปี และปรับ 45,000 ยูโร

The violation or desecration of tombs, burials grounds or monuments erected to the memory of the dead, committed by any means, is punished by one year's imprisonment and a fine of €15,000.

¹³¹French PENAL CODE.

ARTICLE 225-17

...

The penalty is increased to two years' imprisonment and to a fine of €30,000 where the offences defined under the previous paragraph were accompanied by a violation of the physical integrity of the corpse.

¹³² French PENAL CODE.

ARTICLE 225-18

Where the offences defined under the previous article were committed by reason of the membership or non-membership, true or supposed, of the deceased persons to any given ethnic group, nation, race or religion, penalties are increased to three years' imprisonment and to a fine of €45,000 in for the offences defined under the first two paragraphs of article 225-17 and to five years' imprisonment and to a fine of €75,000 in relation to the offence defined by the last paragraph of that article.

สำหรับการกระทำตามมาตรา 225-17 วรรคแรกและวรรคสอง และโทษจำคุก 5 ปี และปรับ 75,000 ยูโร สำหรับการกระทำตามวรรคท้าย”

การกระทำที่เป็นการละเมิดต่อศพ สถานที่ฝังศพ และสิ่งทีระลึกถึงคนตาย จะเป็นเหตุให้ผู้กระทำความผิดรับโทษหนักขึ้น หากได้กระทำการละเมิดลงไปเพราะเหตุที่ผู้ตายเป็นสมาชิกหรือไม่เป็นสมาชิกของกลุ่มวัฒนธรรม เชื้อชาติ เผ่าพันธุ์ หรือศาสนา ไม่ว่าจะเป็ความจริงหรือเป็นเพียงการคาดคะเนว่าผู้ตายเป็นสมาชิกหรือไม่ ตามมาตรา 225-18

4.2.5.5 ประเทศญี่ปุ่น

ประเทศญี่ปุ่นได้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการคุ้มครองศพและบุคคลในครอบครัวของผู้ตาย ดังปรากฏในประมวลกฎหมายอาญาของญี่ปุ่น (Japan Penal Code 1907)¹³³ ได้แก่ การกระทำความผิดต่อศพในลักษณะที่เป็นการรบกวนการประกอบพิธีศพ, การดูหมิ่นสถานที่สักการบูชา นอกจากนี้ยังมีการกระทำความผิดต่อศพในเรื่องการทำลาย ละทิ้งซึ่งศพ หรือการลอบฝังศพ และการขุดสุสาน

การดูหมิ่นสถานที่สักการบูชา

ประมวลกฎหมายอาญาของประเทศญี่ปุ่น ในมาตรา 118¹³⁴ การดูหมิ่นสถานที่สักการบูชา บัญญัติว่า

“(1) บุคคลใดในที่สาธารณะ ดูหมิ่นสถานที่สักการบูชา, วัด, สุสาน หรือสถานที่ใดก็ตามที่ไว้สักการบูชา ต้องถูกลงโทษจำคุกไม่ว่าจะต้องใช้แรงงานด้วยหรือไม่ เป็นเวลาไม่เกิน 6 เดือน หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนเยน”

¹³³ Chapter 24. Crimes Related to Places of Worship and Graves, Article 188-192.

¹³⁴ JAPAN PENAL CODE.

Article 188. (Profaning Places of Worship; Interference with Religious Service)

(1) A person who in public profanes a shrine, temple, cemetery or any other place of worship shall be punished by imprisonment with or without work for not more than 6 months or a fine of not more than 100,000 yen.

4.2.6 การผิดสัญญาเตรียมศพ

การผิดสัญญาเตรียมศพเป็นบทบัญญัติที่ปรากฏในประเทศสหรัฐอเมริกา ในบทบัญญัติของมลรัฐอลาบามา และมลรัฐเคนตักกี เป็นต้น

4.2.6.1 มลรัฐอลาบามา (Alabama)

การผิดสัญญาเตรียมศพ

มลรัฐอลาบามา ใน Chapter 11 ความผิดฐานขัดขวางคำสั่งและความปลอดภัย

Article 1. ความผิดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนและความเหมาะสม

Section 13-11-13¹³⁵ การกระทำความผิดต่อศพ

“(a) ...การกระทำผิดต่อศพอาจรวมถึง โดยรู้และมีเจตนาที่จะทำสัญญารับรองว่าจะทำการดองศพ, เผาศพ หรือเตรียมศพมนุษย์สำหรับจัดการ แต่เมื่อตามความเป็นจริง การบริการนั้นไม่ได้กระทำตามที่แสดงไว้

(b) การกระทำความผิดต่อศพเป็น Class C felony”

ในมาตรานี้เป็นเรื่องเกี่ยวกับการผิดสัญญาเตรียมศพ ซึ่งน่าจะอยู่ในส่วนของกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แต่มลรัฐอลาบามาได้บัญญัติให้การทำสัญญารับรองว่าจะทำการดองศพ เผาศพ หรือเตรียมศพมนุษย์สำหรับจัดการ แต่ผิดสัญญา กล่าวคือบริการไม่เป็นไปตามที่ตกลงกัน ให้เป็นความผิด อีกทั้งยังกำหนดโทษแบบมหันตโทษ หรือโทษสถานหนักแก่ผู้ที่กระทำการผิดข้อตกลงในสัญญาทำศพ

¹³⁵ Alabama Code.

Title 13A: CRIMINAL CODE.

Chapter 11: OFFENSES AGAINST PUBLIC ORDER AND SAFETY.

Article 1: OFFENSES AGAINST PUBLIC ORDER AND DECENCY.

Section 13A-11-13: ABUSE OF CORPSE.

(a) A person commits the crime of abuse of a corpse if, except as otherwise authorized by law, he knowingly treats a human corpse in a way that would outrage ordinary family sensibilities. Abuse of a corpse may include knowingly and willfully signing a certificate as having embalmed, cremated, or prepared a human body for disposition when, in fact, the services were not performed as indicated.

(b) Abuse of a corpse is a Class C felony.

ดังกล่าว ย่อมเห็นได้ว่าในมลรัฐนี้ ได้ให้ความสำคัญต่อการเตรียมศพหรือพิธีศพอย่างมาก โดยกำหนดให้ผู้ที่ผิดสัญญาตามกฎหมายแพ่งนั้น มีความผิดและรับโทษทางอาญาในสถานหนักอีกด้วย

4.2.6.2 มลรัฐเคนตักกี (Kentucky)

การผิดสัญญาเตรียมศพ

มลรัฐเคนตักกี ใน Chapter 525 การก่อกองศพ การกระทำที่ไม่เหมาะสม และความผิดที่เกี่ยวข้อง

Section 520.120¹³⁶ การกระทำความผิดต่อศพ

“(1) บุคคลจะมีความผิดฐานกระทำต่อศพ เว้นแต่จะได้รับมอบอำนาจโดยกฎหมาย, ผู้ใดเจตนากระทำต่อศพในทางที่จะเป็นการทำร้ายความรู้สึกโดยทั่วไปของครอบครัว และบุคคลจะเป็นผู้กระทำความผิดต่อศพ ถ้าผู้นั้นเข้าทำสัญญาโดยมีการรับค่าตอบแทน เพื่อเตรียมศพสำหรับการทำพิธีฝังศพหรือเผาศพ และผู้นั้นเจตนาที่จะทำให้ไม่สามารถเตรียมการฝังศพหรือการเผาศพที่จะเป็นไปตามสัญญา

(2) การกระทำความผิดต่อศพเป็น Class A misdemeanor เว้นแต่เป็นการกระทำหรือพยายามกระทำเกี่ยวกับการล่วงเกินทางเพศ หรือกระทำการร่วมประเวณีกับศพ หรือไตร่ตรองที่จะไม่เตรียมการฝังศพหรือเผาศพ หลังจากได้รับค่าตอบแทนตามที่ได้ตกลงในสัญญา เป็น Class D felony”

¹³⁶ The Kentucky Revised Statutes.

Section 525.120 Abuse of corpse.

(1) A person is guilty of abuse of a corpse when except as authorized by law he intentionally treats a corpse in a way that would outrage ordinary family sensibilities. A person shall also be guilty of abuse of a corpse if that person enters into a contract and accepts remuneration for the preparation of a corpse for burial or the burial or cremation of a corpse and then deliberately fails to prepare, bury, or cremate that corpse in accordance with that contract.

(2) Abuse of a corpse is a Class A misdemeanor, unless the act attempted or committed involved sexual intercourse or deviate sexual intercourse with the corpse or the deliberate failure to prepare, bury, or cremate a corpse after the acceptance of remuneration in accordance with any contract negotiated, in which case it is a Class D felony.

ในมาตรานี้เป็นเรื่องเกี่ยวกับการผิดสัญญาเตรียมศพ ซึ่งน่าจะอยู่ในส่วนของกฎหมายแพ่ง และพาณิชย์ แต่ได้บัญญัติให้การทำสัญญารับรองว่าจะทำการเผาศพ ฝังศพ หรือเตรียมศพมนุษย์ แล้วผิดสัญญา กล่าวคือไม่ได้ทำการเผาหรือฝังศพตามที่ตกลงกัน ให้เป็นความผิด แต่ตามมาตรานี้ได้กำหนดเงื่อนไขอีกประการหนึ่งคือ ต้องได้รับค่าตอบแทนด้วยถึงจะเป็นความผิดตามมาตรานี้ หากผู้ได้รับปากจะจัดการเผาหรือฝังศพโดยไม่ได้รับค่าตอบแทน แล้วผิดสัญญาไม่ได้กระทำการเช่นนั้น ย่อมไม่ เป็นความผิดตามมาตรานี้

อีกทั้งยังกำหนดโทษแบบมหันตโทษ หรือโทษสถานหนักแก่ผู้ที่กระทำการผิดข้อตกลงใน สัญญาทำศพดังกล่าว ย่อมเห็นได้ว่าในมลรัฐนี้ ได้ให้ความสำคัญต่อการเตรียมศพหรือพิธีศพอย่างมาก โดยกำหนดให้ผู้ผิดสัญญาตามกฎหมายแพ่งนั้น มีความผิดและรับโทษทางอาญาในสถานหนักอีกด้วย ถือเป็น การกำหนดโทษเพื่อข่มขู่ไม่ให้เป็นเยี่ยงอย่าง และลงโทษหนักเพื่อให้ผู้กระทำความผิดเข็ด หลาบ

4.2.7 การซื้อขายศพมนุษย์ การส่งต่อหรือโอนศพมนุษย์

4.2.7.1 ประเทศสหรัฐอเมริกา

มลรัฐเท็กซัส

การซื้อขายศพมนุษย์ และการส่งต่อหรือโอนศพมนุษย์

มลรัฐเท็กซัส ใน Section 42.08 (a) ข้อ (3) และ (4)¹³⁷ บัญญัติว่า

“(a) บุคคลกระทำความผิดถ้า, โดยไม่ได้รับอนุญาตตามกฎหมาย, เขา¹³⁷รู้ว่าเป็นการ

(3) ขายหรือซื้อศพมนุษย์ หรือทำการค้าในทางใดทางหนึ่งซึ่งศพมนุษย์

(4) ส่งต่อหรือโอน หรือกระทำการเพื่อส่งต่อหรือโอนศพมนุษย์ไปยังสถานที่อื่นนอกรัฐ”

¹³⁷ Texas Statutes.

Section 42.08: ABUSE OF CORPSE.

(a) A person commits an offense if the person, without legal authority, knowingly:

(3) sells or buys a human corpse or in any way traffics in a human corpse;

(4) transmits or conveys, or procures to be transmitted or conveyed, a human corpse to a place outside the state; or

กฎหมายที่บัญญัติให้การครอบครอง หรือการซื้อขายศพมนุษย์โดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย เป็นความผิดนั้น เป็นบัญญัติที่ทำให้เกิดความชัดเจนว่าศพมนุษย์ไม่สามารถครอบครอง หรือซื้อขายกันได้ หากไม่มีอำนาจตามกฎหมาย ซึ่งหากไม่มีบทบัญญัติเช่นนี้ อาจจะต้องนำบทบัญญัติความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สินมาใช้ ซึ่งยังไม่มีความแน่ชัดว่าจะสามารถนำมาปรับใช้กับศพมนุษย์ ได้หรือไม่

มลรัฐอริโซนา (Arizona)

การขายศพมนุษย์

การกระทำความผิดต่อศพในลักษณะที่เป็นการขายศพมนุษย์ ปรากฏในกฎหมายของมลรัฐอริโซนา ใน Section 3 2-1364 ข้อ B¹³⁸ บัญญัติว่า

“การขุดขึ้นมา หรือการเคลื่อนย้ายศพมนุษย์ หรือส่วนใดก็ตามของศพ จากหลุมฝังศพ, สุสาน, หรือสถานที่ฝังศพอื่นๆ หรือจากสถานที่ซึ่งศพไปรอการจัดการ ด้วยความประสงค์ร้ายหรือความหวังร้าย หรือด้วยความตั้งใจที่จะขายศพ หรือผ่าศพเพื่อการศึกษาก็ตาม โดยปราศจากอำนาจตามกฎหมาย, เป็นการไม่ชอบด้วยกฎหมาย”

กฎหมายที่บัญญัติให้การครอบครอง หรือการซื้อขายศพมนุษย์โดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย เป็นความผิดนั้น เป็นบัญญัติที่ทำให้เกิดความชัดเจนว่าศพมนุษย์ไม่สามารถครอบครอง หรือซื้อขายกันได้ หากไม่มีอำนาจตามกฎหมาย ซึ่งหากไม่มีบทบัญญัติเช่นนี้ อาจจะต้องนำบทบัญญัติความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สินมาใช้ ซึ่งยังไม่มีความแน่ชัดว่าจะสามารถนำมาปรับใช้กับศพมนุษย์ ได้หรือไม่

4.2.8 การเอาไปซึ่งทรัพย์สินที่ติดอยู่กับศพ

4.2.8.1 ประเทศสหรัฐอเมริกา

มลรัฐเทกซัส

การเอาไปซึ่งทรัพย์สินที่ติดอยู่กับศพ

¹³⁸ Arizona Revised Statutes.

Section 32-1364. Crimes against the dead; classification.

B. It is unlawful for a person, without the authority of law, to disinter or remove a dead human body or any part of a dead human body from its sepulcher, grave or other interment site, or from the place where the body is awaiting disposition, with malice or wantonness or with the intent to sell or dissect the body.

กฎหมายที่บัญญัติความผิดสำหรับการกระทำ เพื่อให้ได้มาซึ่งทรัพย์สินที่ติดอยู่กับศพมนุษย์ นั้น มีปรากฏอยู่ในบทบัญญัติของมลรัฐเท็กซัส

มลรัฐเท็กซัสใน Section 31.03¹³⁹ ได้มีการบัญญัติถึงการขโมยทรัพย์สินจากศพมนุษย์ หรือ หลุมฝังศพ โดยไม่ว่าทรัพย์สินนั้นจะมีคุณค่าเท่าใด โดยผู้กระทำเจตนาที่จะตัดสิทธิเจ้าของทรัพย์สิน นั้น โดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย

มลรัฐอริโซนา (Arizona)

การเอาไปซึ่งทรัพย์สินที่ติดอยู่กับศพ

กฎหมายที่บัญญัติความผิดสำหรับการกระทำ เพื่อให้ได้มาซึ่งทรัพย์สินที่ติดอยู่กับศพมนุษย์ นั้น มีปรากฏอยู่ในบทบัญญัติของมลรัฐอริโซนา ซึ่งมีบทบัญญัติดังนี้

มลรัฐอริโซนาใน Section 3 2-1364 ข้อ C¹⁴⁰ บัญญัติว่า

“การได้มาหรือเปลี่ยนแปลงทรัพย์สินที่อยู่ หรือที่ติดกับศพมนุษย์ หรือส่วนใดของมนุษย์ ด้วยความตั้งใจตัดสิทธิ์ของคนตาย หรือกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินของคนตาย โดยปราศจากอำนาจตามกฎหมาย, เป็นการไม่ชอบด้วยกฎหมาย”

4.2.9 การยึดหน่วงศพ

4.2.9.1 ประเทศสหรัฐอเมริกา

มลรัฐอลาสกา (Alaska)

กฎหมายที่บัญญัติความผิดสำหรับการกระทำที่เป็นการยึดหน่วงศพนั้น มีปรากฏใน บทบัญญัติของมลรัฐอลาสกา ของประเทศสหรัฐอเมริกา ใน Section 11.61.130 (a) (3)¹⁴¹ ดังนี้

¹³⁹ <http://tlo2.tlc.state.tx.us/statutes/docs/PE/content/word/pe.007.00.000031.00.doc>

¹⁴⁰ Arizona Revised Statutes.

Section 32-1364. Crimes against the dead; classification.

C. It is unlawful for a person, without the authority of law, to obtain or convert property that is located with or affixed to a dead human body or any part of a dead human body with the intent to deprive the decedent or the decedent's estate of the property.

¹⁴¹ Alaska Statutes 2014.

“(a) บุคคลกระทำความผิดเกี่ยวกับศพ ถ้า

(3) บุคคลนั้นยึดหน่วงศพเพื่อการชำระหนี้ หรือเพื่อเรียกร้องสิทธิ หรือเพื่อหวังเงินไข หรือเพื่อนำมาชำระหนี้ หรือจนกว่าจะนำเงินมาชำระหนี้หรือค่าใช้จ่าย”

4.2.10 การครอบครอง เก็บศพ และการใช้ศพโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย

4.2.10.1 ประเทศสหรัฐอเมริกา

มลรัฐอริโซนา (Arizona)

การเก็บรักษาศพโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย

มลรัฐอริโซนา ใน Section 32-1364 ข้อ A¹⁴² บัญญัติว่า

“A. การกระทำของบุคคลใดก็ตาม โดยปราศจากอำนาจตามกฎหมาย หรือโดยไม่มีอำนาจจำเป็นที่จะเก็บรักษา, ตระเตรียม, ชำระล้าง (ฆ่าเชื้อโรค) หรือดองศพมนุษย์ตามมาตรฐานของการปฏิบัติในธุรกิจของงานศพ, ทำให้ศพมนุษย์เสียรูป (ตัดแขนขาหรือส่วนสำคัญของศพมนุษย์) เป็นความผิดตามกฎหมาย”

4.2.10.2 ประเทศอิตาลี

ประมวลกฎหมายอาญาอิตาลี กำหนดความผิดเกี่ยวกับศพไว้ในหมวด 1 ว่าด้วยอาชญากรรมอันเป็นปรปักษ์ต่อความรู้สึกทางศาสนา¹⁴³ และหมวด 2 ว่าด้วยอาชญากรรมอันเป็นปรปักษ์ต่อคนตาย บัญญัติถึงการละเมิดต่อสถานที่ฝังศพ การลบหลู่สุสาน ศพ หรือเถ้าของศพ การรบกวนพิธีศพ การทำ

Sec. 11.61.130. Misconduct involving a corpse.

(a) A person commits the crime of misconduct involving a corpse if

(3) the person detains a corpse for a debt or demand or upon a lien or charge.

¹⁴² Arizona Revised Statutes.

Section 32-1364. Crimes against the dead: classification.

A. It is unlawful for a person, without the authority of law or as normally required to store, prepare, disinfect or embalm a dead human body according to standards of practice in the funeral industry, to mutilate a dead human body.

¹⁴³ The Italy Penal code, Title 4. Crimes Against Religious Sentiment and Reverence for the Dead, Chapter 2. Crimes Against Reverence for the Dead, Article 407-413.

ให้ศพเสียโฉม การกระทำทารุณต่อศพ การทำลาย กำจัด หรือเคลื่อนย้ายศพ หรือส่วนใดส่วนหนึ่งของศพ การปิดบังอำพรางศพ เป็นต้น

การใช้ศพโดยไม่ชอบกฎหมาย

ประมวลกฎหมายอาญาของประเทศอิตาลี ในมาตรา 413¹⁴⁴ การใช้ศพโดยไม่ชอบกฎหมาย บัญญัติว่า

“ผู้ใดตัดศพหรือส่วนหนึ่งของศพ หรือใช้ศพหรือส่วนใดของศพด้วยประการอื่นใด เพื่อวัตถุประสงค์ทางวิทยาศาสตร์ หรือเพื่อการสอนให้ความรู้ โดยไม่มีอำนาจตามกฎหมาย ต้องได้รับโทษจำคุกไม่เกิน 6 เดือน หรือปรับไม่เกิน 200,000 ลีร์

หากผู้กระทำความผิดกระทำต่อศพหรือส่วนใดของศพ โดยรู้ว่าศพนั้นถูกทำให้ฉีกขาด ถูกปิดบังอำพราง หรือถูกเคลื่อนย้ายไปผู้อื่น ต้องได้รับโทษเพิ่มขึ้น”

4.2.10.2 ประเทศญี่ปุ่น

ประเทศญี่ปุ่นได้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการคุ้มครองศพและบุคคลในครอบครัวของผู้ตาย ดังปรากฏในประมวลกฎหมายอาญาของญี่ปุ่น (Japan Penal Code 1907)¹⁴⁵ ได้แก่ การกระทำความผิดต่อศพในลักษณะที่เป็นการรบกวนการประกอบพิธีศพ, การดูหมิ่นสถานที่สักการบูชา นอกจากนี้ยังมีการกระทำความผิดต่อศพในเรื่องการทำลาย ละทิ้งซึ่งศพ หรือการลอบฝังศพ และการขุดสุสาน

การทำลาย ละทิ้ง หรือครอบครองศพโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย

¹⁴⁴ Italian Penal Code.

Article 413 Unlawful Use of a Corpse

Whoever dissects or otherwise uses a corpse, or a part thereof, for scientific, or instructional purposes, in cases not authorized by law, shall be punished by imprisonment for up to six months or by a fine of up to 200,000 lire.

The punishment shall be increased if the act was committed on a corpse, or on a part thereof, which the offender knows to have been mutilated, concealed or removed by others.

¹⁴⁵ Chapter 24. Crimes Related to Places of Worship and Graves, Article 188-192.

ประมวลกฎหมายอาญาของญี่ปุ่น ในมาตรา 190¹⁴⁶ บัญญัติว่า

“บุคคลที่ทำลาย ละทิ้ง หรือครอบครอง โดยไม่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งศพ, เล้า หรือผมของคนตาย, หรือสิ่งของที่อยู่ในโลงศพ ต้องระวางโทษจำคุกร่วมกับการใช้แรงงานไม่เกินสามปี”

กฎหมายที่บัญญัติให้การครอบครอง หรือการซื้อขายศพมนุษย์โดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย เป็นความผิดนั้น เป็นบัญญัติที่ทำให้เกิดความชัดเจนว่าศพมนุษย์ไม่สามารถครอบครอง หรือซื้อขายกันได้ หากไม่มีอำนาจตามกฎหมาย ซึ่งหากไม่มีบทบัญญัติเช่นนี้ อาจจะต้องนำบทบัญญัติความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สินมาใช้ ซึ่งยังไม่มีคำแนะนำว่าจะสามารถนำมาปรับใช้กับศพมนุษย์ ได้หรือไม่

โดยในมาตรา 190 เดิมซึ่งบัญญัติในลักษณะเดียวกับเดียวกันในบทบัญญัตินี้ ได้มีการอธิบายว่า สิ่งที่ถูกกฎหมายมุ่งจะคุ้มครองคือ ความสงบสุขของสาธารณะ และศีลธรรมอันดี โดยไม่ได้คุ้มครองผลประโยชน์ของบุคคลที่เกี่ยวกับสิทธิในทรัพย์สิน และคำว่า “ศพ” ในที่นี้ให้รวมถึงทารกที่ตายในครรภ์มารดาที่ตั้งครรภ์ตั้งแต่ 4 เดือนขึ้นไปด้วย¹⁴⁷

4.2.11 ความรับผิดของนิติบุคคล ในกรณีกระทำความผิดต่อศพ

ประเทศฝรั่งเศสได้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการคุ้มครองศพและบุคคลในครอบครัวของผู้ตาย ดังปรากฏในประมวลกฎหมายอาญาของฝรั่งเศส (French Penal Code)¹⁴⁸ หมวด 5 ว่าด้วยการกระทำความผิดต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ในลักษณะ 4 เรื่องการฝ่าฝืนความเคารพนับถือต่อคนตาย ได้บัญญัติคุ้มครองคนตายไว้ดังนี้

ความรับผิดของนิติบุคคล ในกรณีการกระทำความผิดต่อศพ

¹⁴⁶ JAPAN PENAL CODE.

Article 190. (Destruction of Corpses)

A person who damages, abandons or unlawfully possesses a corpse, the ashes or hair of a dead person, or an object placed in a coffin shall be punished by imprisonment with work for not more than 3 years.

¹⁴⁷ The Criminal Code of Japan, Translated and Annotated by William J. Sebald (Kobe: Japan, 1936), page 139-140.

¹⁴⁸ Title 2. Offences against the human persons, Chapter 5. Offences against the Dignity of person, Section 4. Violation of Respect for The Dead, Article 225-17, Article 225-18, Article 225-18-1.

ประมวลกฎหมายอาญาของประเทศฝรั่งเศส ได้กำหนดให้นิติบุคคลมีความผิดทางอาญาตาม มาตรา 225-18-1¹⁴⁹ ในความผิดที่กำหนดภายใต้มาตรา 225-17 และมาตรา 225-18 อีกด้วย

กล่าวคือหากนิติบุคคลได้กระทำการละเมิดต่อศพ(ร่างของศพ) หรือละเมิดต่อสถานที่ฝังศพ และสิ่งของที่ระลึกถึงคนตาย นิติบุคคลนั้นมีความผิดตามมาตรา 225-18-1 ประกอบมาตรา 225-17 และ หากการกระทำละเมิดดังกล่าว ทำลงไปเพราะเหตุที่ผู้ตายเป็นสมาชิกหรือไม่เป็นสมาชิกของกลุ่ม วัฒนธรรม เชื้อชาติ เผ่าพันธุ์ หรือศาสนา ไม่ว่าจะ เป็นความจริงหรือเป็นเพียงการคาดคะเนว่าผู้ตาย เป็นสมาชิกหรือไม่ นิติบุคคลนั้นมีความผิดตามมาตรา 225-18-1 ประกอบมาตรา 225-18

ดังนั้น เมื่อได้พิจารณาถึงกฎหมายที่กำหนดให้การกระทำละเมิดต่อคนตาย ทั้งในส่วนของการละเมิดต่อสถานที่ฝังศพ สิ่งระลึกถึงคนตายอื่น ๆ หรือการละเมิดต่อเนื้อตัวร่างของศพก็ตาม จะ เห็นได้ว่ากฎหมายนั้นใช้ถ้อยคำในลักษณะที่ผู้กระทำได้กระทำการละเมิดต่อสิ่งที่กฎหมายคุ้มครอง โดย มิได้ระบุเฉพาะถึงลักษณะของการกระทำในลักษณะใดลักษณะหนึ่ง ฉะนั้นหากมีการกระทำต่อสิ่งที่ กฎหมายมุ่งคุ้มครองในลักษณะต่าง ๆ เช่น การกระทำความผิดทางเพศต่อศพ การขุดหรือเคลื่อนย้าย ศพ การชำแหละ หรือทำลายศพ การทำให้ศพเสียรูป เป็นต้น ถือเป็น การกระทำละเมิดต่อคนตายได้ อีกประการหนึ่งด้วย

4.2.12 การกระทำความผิดต่อศพในลักษณะที่เป็นการทำร้ายความรู้สึกของคนโดยทั่วไป ในครอบครัว และสังคม

การกระทำความผิดต่อศพในลักษณะที่เป็นการทำร้ายความรู้สึกของคนโดยทั่วไปใน ครอบครัว และสังคมเป็นฐานความผิดในประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่หลายๆ มลรัฐใช้เป็นบทบัญญัติหลักของความผิดเกี่ยวกับศพ บางมลรัฐบัญญัติให้เป็นความผิดทั้งการกระทำความผิด

¹⁴⁹ French Penal Code.

ARTICLE 225-18-1

Legal persons may incur criminal liability for the offence defined under article 225-17 and 225-18, pursuant to the conditions set out under article 121-2.

The penalties incurred by legal persons are:

1° a fine, pursuant to the conditions set out under article 131-38;

2° the penalties enumerated under 2° to 9° of article 131-39;

3° the penalty referred to under 1° of article 131-39 for the offences referred to under article 225-18.

The prohibition referred to in 2° of article 131-39 applies to the activity in the exercise of which or on the occasion of the exercise of which the offence was committed.

ต่อศพในลักษณะที่เป็นการทำร้ายความรู้สึกของคนโดยทั่วไปใน “ครอบครัว” และ “สังคม” บางมลรัฐบัญญัติเพียง การกระทำความผิดต่อศพในลักษณะที่เป็นการทำร้ายความรู้สึกของคนโดยทั่วไปในครอบครัว หรือ สังคม เพียงอย่างเดียวอย่างหนึ่ง ดังจะกล่าวโดยละเอียดดังต่อไปนี้

4.2.12.1 มลรัฐโอไฮโอ (Ohio)

ในมลรัฐโอไฮโอ นั้น นอกจากจะกำหนดถึงการกระทำความผิดต่อคนตาย ในลักษณะต่างๆ แล้ว ยังปรากฏการกระทำความผิดต่อศพในลักษณะที่เป็นการทำร้ายความรู้สึกโดยทั่วไปของครอบครัว และการกระทำความผิดต่อศพในลักษณะที่เป็นการทำร้ายความรู้สึกโดยทั่วไปของสังคมอีกด้วย

การกระทำความผิดต่อศพในลักษณะที่เป็นการทำร้ายความรู้สึกของคนทั่วไปของครอบครัว

กฎหมายที่บัญญัติให้การกระทำต่อศพ ที่ผู้กระทำรู้ว่าเป็นการทำร้ายความรู้สึกโดยทั่วไปของครอบครัวคนตายเป็นความผิด เช่นเดียวกับที่ปรากฏใน Model Penal Code นั้น มีปรากฏในหลายมลรัฐด้วยกัน ซึ่งในมลรัฐโอไฮโอ นั้นมีบทบัญญัติดังนี้

กฎหมายของมลรัฐโอไฮโอ ใน Section 2927.01 (a) และ (c)¹⁵⁰ บัญญัติว่า

“(a) บุคคลใดก็ตาม, เว้นแต่ได้รับอำนาจโดยกฎหมาย, จะกระทำการใดๆ กับศพมนุษย์ในทางที่บุคคลนั้นรู้อยู่แล้วว่าจะทำร้ายความรู้สึกโดยทั่วไปของบุคคลในครอบครัว

(c) บุคคลใดฝ่าฝืน (a) ของมาตรานี้ มีความผิดต่อศพชั้น misdemeanor ระดับ 2”

บทบัญญัติที่กำหนดให้การกระทำต่อศพจะถือเป็นความผิด หากการกระทำนั้นเป็นการทำร้ายความรู้สึกของคนในครอบครัวคนตายนั้น บทบัญญัตินี้ไม่กำหนดถึงลักษณะเฉพาะของการกระทำ

¹⁵⁰ Baldwin's Ohio Revised code.

Section 2927.01 Abuse of a corpse.

(A) No person, except as authorized by law, shall treat a human corpse in a way that the person knows would outrage reasonable family sensibilities.

(C) Whoever violates division (A) of this section is guilty of abuse of a corpse, a misdemeanor of the second degree.

ที่กฎหมายถือว่าเป็นการทำร้ายความรู้สึกของบุคคลที่ยังมีชีวิตอยู่ ซึ่งเป็นสมาชิกในครอบครัวของคนตายที่ถูกกระทำ ซึ่งการบัญญัติกฎหมายในลักษณะนี้ เป็นการบัญญัติโดยไม่ได้คำนึงถึงลักษณะของการกระทำ โดยผู้กระทำจากกระทำต่อศพลักษณะใดก็ตาม หากการกระทำนั้นก่อให้เกิดผลเป็นการทำร้ายความรู้สึกโดยทั่วไปของครอบครัวคนตาย การกระทำนั้นก็อาจเป็นความผิดฐานนี้ได้

กล่าวคือในบัญญัตินี้ มุ่งให้ความคุ้มครองต่อความรู้สึกของคนในครอบครัวคนตายเป็นสำคัญมากกว่าการกำหนดถึงลักษณะของการกระทำต่อศพ ที่จะถือเป็นความผิด

อีกทั้งการลงโทษตามมาตรานี้เป็นการลงโทษในระดับลหุโทษหรือโทษเบา ซึ่งถือเป็นการลงโทษเพื่อห้ามปรามไม่ให้กระทำความผิดในลักษณะเช่นนี้

การกระทำความผิดต่อศพในลักษณะที่เป็นการทำร้ายความรู้สึกของคนในสังคม

การกระทำความผิดต่อศพในลักษณะที่เป็นการทำร้ายความรู้สึกของคนในสังคม หรือการกระทำต่อศพที่เป็นการละเมิดต่อความรู้สึกของวิญญาณซึ่งถือเป็นความผิดนั้น มีปรากฏในมลรัฐโอไฮโอซึ่งมีบทบัญญัติดังนี้

มลรัฐโอไฮโอใน Section 2927.01 (b) และ (c)¹⁵¹ บัญญัติว่า

“(b) ไม่ว่าบุคคลใดก็ตาม, ยกเว้นได้รับอำนาจโดยกฎหมาย, จะกระทำกับศพมนุษย์ในทางที่รู้ว่าจะทำร้ายความรู้สึกโดยทั่วไปของคนในสังคม

(c) ผู้ที่ฝ่าฝืน (b) ของมาตรานี้ เป็นความผิดต่อการกระทำความผิดต่อศพทั้งหมด, เป็น felony ระดับ 5”

การกระทำความผิดต่อคนตายในลักษณะที่เป็นการทำร้ายความรู้สึกของคนในสังคมนี้ ลักษณะของการบัญญัติกฎหมายนี้เป็นเช่นเดียวกับการบัญญัติถึงการกระทำต่อคนตายที่เป็นการทำ

¹⁵¹ Ohio revised code.

Section 2927.01 Abuse of a corpse.

(B) No person, except as authorized by law, shall treat a human corpse in a way that would outrage reasonable community sensibilities.

(C) Whoever violates division (B) of this section is guilty of gross abuse of a corpse, a felony of the fifth degree.

ร้ายความรู้สึกโดยทั่วไปของคนในครอบครัวคนตาย กล่าวคือ ไม่ได้ระบุถึงลักษณะของการกระทำต่อคนตายไว้โดยเฉพาะ ฉะนั้นหากมีการกระทำต่อคนตาย และการกระทำนั้นถือได้ว่าเป็นการทำร้ายความรู้สึกคนในสังคม หรือไม่เป็นที่ยอมรับของคนในสังคมแล้ว การกระทำนั้นก็ถือว่าเป็นความผิดฐานการกระทำผิดต่อศพได้

แต่อย่างไรก็ตาม ในบทบัญญัติที่คุ้มครองถึงความรู้สึกของคนในสังคมนั้น ไม่ได้จำกัดเฉพาะว่าต้องเป็นการทำร้ายความรู้สึกของคนในครอบครัวคนตายเท่านั้น ดังนั้นหากการกระทำต่อคนตายนั้นเป็นการกระทำที่ครอบครัวยอมรับหรือยินยอมให้มีการกระทำนั้นได้ แต่การกระทำต่อคนตายนั้นเป็นการทำร้ายความรู้สึกของคนในสังคม การกระทำนั้นย่อมเป็นความผิดฐานนี้ได้ และในขณะเดียวกัน หากการกระทำนั้นเป็นการกระทำที่เป็นการทำร้ายความรู้สึกของคนในครอบครัวคนตาย และเป็นการทำร้ายความรู้สึกของคนในสังคมด้วยแล้ว ย่อมถือว่าเป็นความผิดในฐานนี้ได้เช่นเดียวกัน

4.2.12.2 มลรัฐฮาวาย (Hawaii)

ในมลรัฐฮาวายนั้น นอกจากจะกำหนดถึงการกระทำความผิดต่อคนตาย ในลักษณะต่างๆ แล้ว ยังได้กำหนดการกระทำความผิดต่อศพ ในลักษณะที่เป็นการทำร้ายความรู้สึกโดยทั่วไปของครอบครัวอีกด้วย โดยจัดอยู่ในหมวดความผิดเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน

การกระทำความผิดต่อศพในลักษณะที่เป็นการทำร้ายความรู้สึกของคนทั่วไปของครอบครัว

Chapter 711 ความผิดเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน

Section 711-1108¹⁵² การกระทำความผิดต่อศพ

¹⁵² Hawaii Revised Statutes.

Division 5: CRIMES AND CRIMINAL PROCEEDINGS.

Title 37: HAWAII PENAL CODE Codification.

Chapter 711: OFFENSES AGAINST PUBLIC ORDER.

Section 711-1108 : Abuse of a corpse.

(1) A person commits the offense of abuse of a corpse if, except as authorized by law, the person treats a human corpse in a way that the person knows would outrage ordinary family sensibilities.

(2) Abuse of a corpse is a misdemeanor.

“(1) บุคคลกระทำความผิดต่อศพ ถ้า, ยกเว้นมีอำนาจตามกฎหมาย, บุคคลกระทำกับศพ ในทางที่บุคคลรู้ว่าเป็นการทำร้ายความรู้สึกโดยทั่วไปของครอบครัว

(2) การกระทำความผิดต่อศพเป็น misdemeanor”

ในบัญญัตินี้ มุ่งให้ความคุ้มครองต่อความรู้สึกของคนในครอบครัวคนตายเป็นสำคัญ มากกว่า การกำหนดถึงลักษณะของการกระทำต่อศพที่จะถือเป็นความผิด

4.2.12.3 มลรัฐเพนซิลเวเนีย (Pennsylvania)

สำหรับมลรัฐเพนซิลเวเนียนั้น นอกจากจะกำหนดถึงการกระทำความผิดต่อคนตาย ใน ลักษณะต่างๆ แล้ว ยังได้กำหนดการกระทำความผิดต่อศพ ในลักษณะที่เป็นการทำร้ายความรู้สึก โดยทั่วไปของครอบครัวอีกด้วย โดยจัดอยู่ในหมวดความผิดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนและความเหมาะสม

การกระทำความผิดต่อศพในลักษณะที่เป็นการทำร้ายความรู้สึกของคนทั่วไปของ ครอบครัว

Title 18 อาชญากรรมและความผิด

Part 2 ความหมายของความผิดพิเศษ

Article F ความผิดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนและความเหมาะสม

Chapter 55 การก่อจลาจล, การกระทำที่ขัดต่อความสงบสุขและศีลธรรมอันดีของ ประชาชน และความผิดที่เกี่ยวข้อง

Section 5510¹⁵³ การกระทำความผิดต่อศพ

¹⁵³ Pennsylvania Consolidated Statutes 2012.

Title 18 - CRIMES AND OFFENSES.

Part II Definition of Specific Offenses.

Article F. Offenses Against Public Order and Decency.

Chapter 55 - Riot, Disorderly Conduct and Related Offenses.

Section 5510 - Abuse of corpse.

“ยกเว้นมีอำนาจโดยกฎหมาย, บุคคลผู้กระทำต่อศพ ในทางที่เขารู้ว่าจะเป็นการทำร้ายความรู้สึกโดยทั่วไปของครอบครัว เป็นการกระทำผิด misdemeanor ระดับ 2”

โดยในมลรัฐเพนซิลเวเนียเห็นว่า การที่กฎหมายบัญญัติเช่นนี้ ไม่ถือเป็นโทษเพราะเหตุที่คุ้มครอง ตามที่รัฐธรรมนูญกำหนด เพราะถือว่าเป็นการให้คำเตือนที่เพียงพอต่อบุคคลที่มีความรู้ โดยทั่วไป ว่าอะไรคือสิ่งที่ห้าม

กล่าวคือในบัญญัตินี้ มุ่งให้ความคุ้มครองต่อความรู้สึกของคนในครอบครัวคนตายเป็นสำคัญ มากกว่าการกำหนดถึงลักษณะของการกระทำต่อศพ ที่จะถือเป็นความผิด

อีกทั้งการลงโทษตามมาตรานี้เป็นการลงโทษในระดับลหุโทษหรือโทษเบา ซึ่งถือเป็นการลงโทษเพื่อห้ามปรามไม่ให้กระทำความผิดในลักษณะเช่นนี้

การกระทำที่ถือว่าเป็นการกระทำความผิดต่อศพ มีปรากฏขึ้นในหลายคดี เช่น ในคดี Commonwealth of Pennsylvania v. Clarice Smith, 567 A.2d 1070, 389 Pa. Super. 606, Super. 1989 ถือว่าการปิดบังศพของลูกสาวจำเลยวัย 3 ปี จากเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจ และการไม่จัดการสำหรับพิธีศพ โดยปล่อยให้ศพถูกกัดกินโดยหนู และกลายเป็นมัมมี่ เป็นข้อเท็จจริงที่ได้สนับสนุนการตัดสินว่าเป็นการกระทำความผิดต่อศพ

หรือในคดี Commonwealth of Pennsylvania v. Shawna Lore, 478 A.2d 841, 338 Pa. Super. 42, Super. 1984 ซึ่งข้อเท็จจริงในคดีนี้ จำเลยมิได้เป็นผู้ฆ่าคนตาย แต่จำเลยได้ร่วมกับฆาตกรและบุคคลอื่นปิดบังการตาย โดยจำเลยช่วยทำความสะอาดห้องที่ผู้ตายถูกยิง ทำความสะอาดบันไดที่ศพถูกลากมาเพื่อทำการหั่นแยกเป็นชิ้นส่วน และจำเลยร่วมกับบุคคลอื่นไปซื้อของที่จำเป็นต้องใช้ในการหั่นศพ และจำเลยได้โยนชิ้นส่วนของศพที่อยู่ในถุงขยะลงในแม่น้ำ ถือเป็นการกระทำความผิดต่อศพ เป็นต้น

4.2.12.4 มลรัฐอลาบามา (Alabama)

Except as authorized by law, a person who treats a corpse in a way that he knows would outrage ordinary family sensibilities commits a misdemeanor of the second degree.

ในมลรัฐอลาบามา¹⁵⁴ นั้น นอกจากจะกำหนดถึงการกระทำความผิดต่อคนตาย ในลักษณะต่างๆ แล้ว ยังได้กำหนดการกระทำความผิดต่อศพ ในลักษณะที่เป็นการทำร้ายความรู้สึกโดยทั่วไปของครอบครัวอีกด้วย โดยจัดอยู่ในหมวดความผิดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนและความประพฤตินี้ที่เหมาะสม

การกระทำความผิดต่อศพในลักษณะที่เป็นการทำร้ายความรู้สึกของคนทั่วไปของครอบครัว

มลรัฐอลาบามาใน Section 13A-11-13. (a)¹⁵⁴ บัญญัติว่า

“(a) บุคคลกระทำความผิดต่อคนตายถ้า, ยกเว้นได้รับอนุญาตไว้เป็นอย่างอื่นตามกฎหมาย, เขารู้ว่าการกระทำกับศพมนุษย์ในทางที่เป็นการทำร้ายความรู้สึกโดยทั่วไปของครอบครัว...”

4.2.12.5 มลรัฐโคโลราโด (Colorado)

ในมลรัฐโคโลราโด¹⁵⁵ นั้น นอกจากจะกำหนดถึงการกระทำความผิดต่อคนตาย ในลักษณะต่างๆ แล้ว ยังได้กำหนดการกระทำความผิดต่อศพ ในลักษณะที่เป็นการทำร้ายความรู้สึกโดยทั่วไปของครอบครัวอีกด้วย โดยจัดอยู่ในหมวดความผิดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนและความประพฤตินี้ที่เหมาะสม

การกระทำความผิดต่อศพในลักษณะที่เป็นการทำร้ายความรู้สึกของคนทั่วไปของครอบครัว

มลรัฐโคโลราโดใน Section 18-13-101 (1) (b)¹⁵⁵ บัญญัติว่า

¹⁵⁴ Alabama Code.

Section 13A-11-13: ABUSE OF CORPSE.

(a) A person commits the crime of abuse of a corpse if, except as otherwise authorized by law, he knowingly treats a human corpse in a way that would outrage ordinary family sensibilities. Abuse of a corpse may include knowingly and willfully signing a certificate as having embalmed, cremated, or prepared a human body for disposition when, in fact, the services were not performed as indicated.

(b) Abuse of a corpse is a Class C felony.

¹⁵⁵ Colorado Revised Statutes 2014.

Section 18-13-101. Abuse of a corpse.

(1) บุคคลกระทำความผิดต่อศพ ถ้า, ไม่มีบัญญัติ หรือคำสั่งของศาลให้อำนาจไว้, เขาหรือเธอ:

(b) การกระทำความผิดต่อศพ หรือซากศพของบุคคลอื่น ในทางที่เป็นการทำร้ายความรู้สึกตามธรรมเนียมของครอบครัว...”

4.2.12.6 มลรัฐเคนตักกี (Kentucky)

การกระทำความผิดต่อศพในลักษณะที่เป็นการทำร้ายความรู้สึกของคนทั่วไปของครอบครัว

ในมลรัฐเคนตักกีนั้น นอกจากจะกำหนดถึงการกระทำความผิดต่อคนตาย ในลักษณะต่างๆ แล้ว ยังได้กำหนดการกระทำความผิดต่อศพ ในลักษณะที่เป็นการทำร้ายความรู้สึกโดยทั่วไปของครอบครัวอีกด้วย

มลรัฐเคนตักกีใน Section 520.120 (1)¹⁵⁶ บัญญัติว่า

“(1) บุคคลจะมีความผิดฐานกระทำต่อศพ เว้นแต่จะได้รับมอบอำนาจกฎหมาย, ผู้ใดเจตนากระทำต่อศพในทางที่เป็นการทำร้ายความรู้สึกโดยทั่วไปของคนในครอบครัว...”

4.2.12.7 มลรัฐเทนเนสซี (Tennessee)

การกระทำความผิดต่อศพในลักษณะที่เป็นการทำร้ายความรู้สึกของคนในสังคม

(1) A person commits abuse of a corpse if, without statutory or court-ordered authority, he or she:

(a) Removes the body or remains of any person from a grave or other place of sepulcher without the consent of the person who has the right to dispose of the remains pursuant to section 15-19-106, C.R.S; or

(b) Treats the body or remains of any person in a way that would outrage normal family sensibilities.

¹⁵⁶ The Kentucky Revised Statutes.

Section 525.120 Abuse of corpse.

(1) A person is guilty of abuse of a corpse when except as authorized by law he intentionally treats a corpse in a way that would outrage ordinary family sensibilities. A person shall also be guilty of abuse of a corpse if that person enters into a contract and accepts remuneration for the preparation of a corpse for burial or the burial or cremation of a corpse and then deliberately fails to prepare, bury, or cremate that corpse in accordance with that contract.

มลรัฐเทนเนสซีใน Section 39-17-312 (a) (1)¹⁵⁷ บัญญัติว่า

“(a) บุคคลกระทำความผิด, ยกเว้นมีเอกสิทธิ์ตามกฎหมาย, ถ้าผู้นั้นโดยรู้ว่า

(1) การกระทำต่อร่างของศพ ในลักษณะล่วงละเมิดต่อความรู้สึกของบุคคลทั่วไป”

ในบทบัญญัติที่คุ้มครองถึงความรู้สึกของคนในสังคมนั้น ไม่ได้จำกัดเฉพาะว่าต้องเป็นการทำร้ายความรู้สึกของคนในครอบครัวคนตายเท่านั้น ดังนั้นหากการกระทำต่อคนตายนั้นเป็นการกระทำที่ครอบครัวยอมรับหรือยินยอมให้มีการกระทำนั้นได้ แต่การกระทำต่อคนตายนั้นเป็นการทำร้ายความรู้สึกของคนในสังคม การกระทำนั้นย่อมเป็นความผิดฐานนี้ได้ และในขณะเดียวกัน หากการกระทำนั้นเป็นการกระทำที่เป็นการทำร้ายความรู้สึกของคนในครอบครัวคนตาย และเป็นการทำร้ายความรู้สึกของคนในสังคมด้วยแล้ว ย่อมถือว่าเป็นความผิดในฐานนี้ได้เช่นเดียวกัน

4.2.12.8 มลรัฐอาร์คันซอ (Arkansas)

การกระทำความผิดต่อศพในลักษณะที่เป็นการทำร้ายความรู้สึกของคนในสังคม

มลรัฐอาร์คันซอใน Section 5-60-101 (a) (2)¹⁵⁸ บัญญัติว่า

“(a) บุคคลกระทำความผิดต่อศพ ถ้า, ยกเว้นมีอำนาจโดยกฎหมาย, เขาหรือเธอโดยรู้ว่า;

(2) การกระทำทางกายภาพต่อศพ ในลักษณะล่วงละเมิดต่อความรู้สึกของวิญญาณ”

4.2.12.9 มลรัฐมลรัฐโอเรกอน (Oregon)

การกระทำความผิดต่อศพในลักษณะที่เป็นการทำร้ายความรู้สึกของคนในสังคม

¹⁵⁷ Tennessee Code.

Section 39-17-312. Abuse of corpse.

(a) A person commits an offense who, without legal privilege, knowingly:

(1) Physically mistreats a corpse in a manner offensive to the sensibilities of an ordinary person;

¹⁵⁸ Arkansas code of 1987.

Section 5-60-101. Abuse of a corpse.

(a) A person commits abuse of a corpse if, except as authorized by law, he or she knowingly:

(2) (A) Physically mistreats or conceals a corpse in a manner offensive to a person of reasonable sensibilities.

มลรัฐโอริกอนใน Section 116.085 (1) (a)¹⁵⁹ ประกอบกับ Section 166.085 (3)

“(1) บุคคลกระทำความผิดต่อศพในระดับ 2 ถ้า, ยกเว้นได้รับอำนาจโดยกฎหมาย, บุคคลตั้งใจที่จะ:

(a) กระทำผิดต่อศพ ;

(3) ในมาตรานี้และมาตรา 116.087 “การกระทำความผิดต่อศพ” รวมถึงการกระทำต่อศพโดยบุคคลใดก็ตาม ในลักษณะที่ไม่ถูกยอมรับด้วยมาตรฐานการยอมรับโดยคนทั่วไปของสังคม หรือการกระทำความผิดของผู้มีวิชาชีพ ในลักษณะไม่เป็นที่ยอมรับโดยทั่วไป ว่าเป็นการดำเนินการที่เหมาะสมโดยสมาชิกอื่นของวิชาชีพเดียวกันตาม ที่ถูกให้ความหมายโดยกฎหมายที่เหมาะสมของวิชาชีพ”

ในบทบัญญัติของมลรัฐโอริกอนนี้ นอกจากจะกำหนดถึงการกระทำต่อศพในลักษณะที่ไม่เหมาะสม และไม่ถูกยอมรับโดยมาตรฐานโดยทั่วไปของสังคมแล้ว ยังได้กำหนดถึงการกระทำต่อศพของผู้ที่มีวิชาชีพเกี่ยวข้องกับศพ ซึ่งจำต้องปฏิบัติต่อศพนั้นอย่างเหมาะสม ตามมาตรฐานของวิชาชีพนั้น ซึ่งมาตรฐานของผู้มีวิชาชีพที่เกี่ยวข้องนี้ อาจมีมาตรฐานของการปฏิบัติที่สูงกว่ามาตรฐานของการยอมรับโดยทั่วไปของคนในสังคม กล่าวคือ หากได้กระทำต่อศพในลักษณะที่ไม่เป็นที่ยอมรับโดยทั่วไปของบุคคลในวิชาชีพนั้น ก็ถือเป็นการกระทำความผิดต่อศพในบทบัญญัติดังกล่าวเช่นกัน

โดยตามกฎหมายคอมมอนลอว์ ถือว่าความผิดที่กระทำไม่เหมาะสมต่อร่างกายของคนตายสามารถฟ้องร้องการรบกวนในมุ้งร้ายหรือผิดกฎหมายต่อร่างกายของคนตายหลังจากฝังศพไปแล้ว หรือการเปิดเผยให้เห็นศพโดยไม่มีพิธีฝังศพที่เหมาะสม หรือการขายศพเพื่อมุ่งหมายกำไรหรือ

¹⁵⁹ Oregon Revised Statutes (ORS) 2013.

Section 166.085 Abuse of corpse in the second degree.

(1) A person commits the crime of abuse of corpse in the second degree if, except as otherwise authorized by law, the person intentionally:

(a) Abuses a corpse; or...

(3) As used in this section and ORS 166.087, “abuse of corpse” includes treatment of a corpse by any person in a manner not recognized by generally accepted standards of the community or treatment by a professional person in a manner not generally accepted as suitable practice by other members of the profession, as may be defined by rules applicable to the profession.

ผลประโยชน์ส่วนตัว หรือเพื่อฆ่าแหละสำหรับศึกษา หรือการขุดศพขึ้นมา เว้นแต่เป็นความตั้งใจของคนตายในระหว่างที่ยังมีชีวิตอยู่ หรือเป็นกรณีที่มีความจำเป็นโดยความยินยอมของญาติคนตาย¹⁶⁰

นอกจากนั้นการจัดการหรือการทำลายศพ โดยมีเจตนาที่จะขัดขวางการสอบสวนที่จะมีขึ้น ก็จะมีโทษระดับ misdemeanor ตามคอมมอนลอว์¹⁶¹ เช่นเดียวกันกับการโยนศพลงแม่น้ำก็มีโทษระดับ misdemeanor แม้ว่าจะเป็นร่างกายของเด็กที่คลอดออกมาตาย แต่หากการกระทำดังกล่าวเป็นไปตามการประกอบพิธีศพ ก็จะไม่ถือเป็นความไม่เหมาะสม หรือการเผาศพไม่เป็นความผิด เว้นแต่เป็นเพื่อจุดมุ่งหมายที่จะขัดขวางการสอบสวนตามกฎหมาย หรือการทำอันตรายต่อศพโดยมุ่งร้าย¹⁶²

แนวความคิดสำหรับการกระทำต่อศพ ที่เป็นการทำร้ายความรู้สึกของคนในครอบครัวของคนตายนั้น มีปรากฏชัดเจนใน Model Penal Code ของประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งได้มีการกำหนดห้ามการดูหมิ่นวัตถุที่ฝังศพ โดยได้มีการให้ความหมายของ “การดูหมิ่น” ว่าเป็นการกระทำให้เสียรูปไป การทำลาย การทำให้สกปรก หรือการกระทำทารุณอื่น ๆ ทางกายภาพ ในทางที่ผู้กระทำรู้ว่า จะเป็นการทำร้ายความรู้สึกของบุคคลที่น่าจะสังเกตเห็นหรือพบเห็นการกระทำของเขา¹⁶³ โดยในส่วนของ การกระทำผิดต่อศพนั้น ได้มีการบัญญัติไว้ใน Article 250¹⁶⁴ ในเรื่องการจลาจล การกระทำที่ขัดต่อความสงบสุขและศีลธรรมอันดีของประชาชนและความผิดที่เกี่ยวข้อง

โดยจุดประสงค์ของการบัญญัติ Article 250 นี้ได้แก่ การจัดระบบของบทบัญญัติสำหรับการกระทำที่ไม่เหมาะสม เล็กๆ น้อยๆ เดิมที่มีความคลุมเครือและมีการกำหนดโทษหลากหลายที่ไม่ชัดเจน เพื่อจัดให้มีลำดับชั้นของโทษอย่างมีเหตุผล และโดยเฉพาะอย่างยิ่งเพื่อจำกัดความมีสภาพมีอิสระในการคิดของศาลชั้นต้นที่กำหนดการลงโทษจำคุกในสาระสำคัญของการฝ่าฝืนความผิดเล็กๆ น้อยๆ และเป็นการลดความเหลื่อมล้ำของความผิดที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของ

¹⁶⁰ Rollin M. Perkins, *Perkins on Criminal Law*, (Mineola, New York, 1969) page 398.

¹⁶¹ J.C. Smith and Brain Hogan, *Criminal Law Case and Materials*, (Oxford University), page 393.

¹⁶² Rollin M. Perkins, *supra* note 6, page 398.

¹⁶³ Sue Titus Reid, *supra* note 9, page 320.

¹⁶⁴ Model Penal Code : Official draft and Explanatory note : Complete text of Model Penal Code as adopted at the 1962 Annual Meeting of the American Law Institute at Washington D.C., May 24,1962 Philadelphia, Pa : The Institute, 1985, page 188-195.

ประชาชน กับความผิดที่ถูกจัดการโดยบัญญัติพิเศษ เพื่อที่ความผิดอื่นๆ จะได้ไม่ถูกมองข้ามในการดำเนินคดีอย่างเดียวกับพฤติกรรมของการกระทำที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน เช่น ใน Section 250.10¹⁶⁵ ที่บัญญัติเกี่ยวกับการกระทำความผิดต่อศพ

ตัวอย่างของการกระทำที่ไม่เหมาะสม เช่น มีการกล่าวหาถึงการกระทำของเจ้าหน้าที่ตำรวจในชิคาโกที่จัดการอย่างไม่ถูกต้องกับศพหญิงรายหนึ่งที่หนัก 500 ปอนด์ ซึ่งตายด้วยโรคหัวใจล้มเหลวสืบเนื่องมาจากโรคอ้วน โดยมีการกล่าวอ้างว่าเจ้าหน้าที่ไม่ให้ความเคารพต่อศพ และวิจารณ์อย่างหยาบคายเกี่ยวกับศพว่าหนักจนไม่สามารถเคลื่อนย้ายได้ และไปให้เด็ก ๆ บริเวณนั้นจ้องมองศพที่เปลือย และให้คนมามุงดูที่บ้านหลังที่เกิดเหตุที่พบศพ ซึ่งพบโดยลูก ๆ อายุ 7 และ 11 ปีของเธอ เพื่อนบ้านกล่าวว่า เมื่อเจ้าหน้าที่ 8 เคลื่อนย้ายศพ พวกเขาลากศพโดยดึงข้อเท้ามาตามชั้นบันไดจากห้องใต้ดิน และผ่านสนามหญ้าโดยให้ทุกคนในบริเวณนั้นดูได้¹⁶⁶ เป็นต้น

แต่ในบางกรณีการกระทำบางลักษณะต่อศพก็ไม่ใช่ความผิด เช่น กรณีที่พ่อฝังร่างของลูกเขาที่แต่งตัวอย่างเหมาะสม และใส่ไว้ในกล่องไม้ที่แข็งแรงในสุสานในฟาร์มของเขา โดยการฝังร่างของเด็กโดยไม่มีพิธีทางศาสนา ไม่มีการแจ้งไปยังเพื่อนและญาติ แสดงว่าเขาขาดสัญชาตญาณของความเป็นพ่อ แต่มันไม่ได้ฝ่าฝืนกฎหมาย โดยศาลตัดสินว่าประเพณีของประเทศกำหนดเพียงให้พ่อฝังศพลูกอย่างเหมาะสม กล่าวคือมีการแต่งตัวให้ศพอย่างเหมาะสมเมื่อนำไปสถานที่ฝังศพ แล้วฝังไว้ใต้ดินหรือในสุสาน เพื่อที่จะไม่เป็นการล่วงละเมิด หรือความเสียหายต่อผู้อื่น เช่น ไม่อาจนำศพไปไว้กลางถนนหรือทิ้งลงในลำธาร ซึ่งเป็นการล่วงละเมิดต่อความรู้สึกที่เหมาะสม หรือความเสียหายต่อสุขภาพของชุมชน¹⁶⁷

คดี Commonwealth of Pennsylvania v. Shawna Lore, 478 A.2d 841, 338 Pa. Super. 42, Super. 1984 ซึ่งข้อเท็จจริงในคดีนี้ จำเลยมิได้เป็นผู้ฆ่าคนตาย แต่จำเลยได้ร่วมกับฆาตกรและบุคคลอื่นปิดบังการตาย โดยจำเลยช่วยทำความสะอาดห้องที่ผู้ตายถูกยิง ทำความสะอาด

¹⁶⁵ Section 250.10 Abuse of Corpse.

Except as authorized by law, a person who treats a corpse in a way that he knows would outrage ordinary family sensibilities commits a misdemeanor.

¹⁶⁶ Sue Titus Reid, *Criminal Law*, 4th Ed., (Florida State University, 1998), page 321.

¹⁶⁷ Rollin M. Perkins, *supra* note 6, page 398-399.

บันไดที่ศพถูกลากมาเพื่อทำการหั่นแยกเป็นชิ้นส่วน และจำเลยร่วมกับบุคคลอื่นไปซื้อของที่ จำเป็นต้องใช้ในการหั่นศพ และจำเลยได้โยนชิ้นส่วนของศพที่อยู่ในถุงขยะลงในแม่น้ำ ถือเป็นการ กระทำความผิดต่อศพ เป็นต้น

สิ่งที่ได้กล่าวข้างต้นนั้น จัดอยู่ในความผิดอาญาตามคอมมอนลอว์ (Common Law Offence) ซึ่งแม้กฎหมายลายลักษณ์อักษรไม่ได้มีการกำหนดให้การกระทำความผิดดังกล่าวเป็นความผิดก็ตาม แต่ศาลของประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ดังกล่าว ก็สามารถลงโทษการกระทำเหล่านั้นได้

แต่ในส่วนของการพิจารณากฎหมายอาญา สำหรับการกระทำความผิดต่อศพ จะได้นำ กฎหมายที่มีการบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรของประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์มา พิจารณา โดยในประเทศสหรัฐอเมริกามีการบัญญัติถึงการกระทำความผิดต่อคนตายไว้ในบทบัญญัติ ของหลายมลรัฐ

4.2.13 การรบกวนความสงบสุขของผู้ตาย

4.2.13.1 ประเทศเยอรมนี

ในประเทศเยอรมนีมีกฎหมายเกี่ยวกับการกระทำความผิดต่อศพ ไว้ในหมวด 11 ว่าด้วย อาชญากรรมเกี่ยวกับศาสนาและปรัชญาแห่งชีวิต (Crimes which relate to religion and philosophy) แห่งประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน ซึ่งมีบทบัญญัติความผิดฐานรบกวนพิธีกรรม เกี่ยวกับศพ และฐานรบกวนความสงบสุขของผู้ตาย (disturb the peace of the death.) กำหนด อัตราโทษจำคุกไม่เกินสามปี ซึ่งในความผิดฐานรบกวนความสงบสุขของผู้ตายนี้ ยังมีบทบัญญัติแยก ย่อยออกไปอีก ได้แก่ ความผิดเกี่ยวกับการยกย้ายเอาไปซึ่งศพ การทำลายสถานที่ฝังศพ และการดู หมิ่นสถานที่ฝังศพ อีกทั้งแม้แต่การพยายามกระทำความผิดดังกล่าวก็มีความผิดด้วย ซึ่งกฎหมาย อาญาของประเทศไทยไม่ได้บัญญัติอย่างชัดเจนลงไปในตัวบทว่าการพยายามกระทำความผิดใน ความผิดเกี่ยวกับศพเป็นความผิดซึ่งต้องได้รับโทษ เหมือนเช่นประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน (Strafgesetzbuch StGB) ได้กำหนดไว้

การรบกวนความสงบสุขของผู้ตาย (Disturb the peace of the death.)

มาตรา 168¹⁶⁸ แห่งประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน บัญญัติเรื่องเกี่ยวกับการรบกวนความสงบสุขของผู้ตายไว้ว่า

“(1) บุคคลใด โดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย เอาไปซึ่งร่างหรือส่วนใดส่วนหนึ่งของร่างของผู้ที่ตายแล้ว, ทารกที่ตายในครรภ์หรือส่วนของทารกนั้น หรือส่วนที่เหลือของผู้ที่ตายแล้ว (ถ้า) ไปจากความดูแลของผู้ที่มีสิทธิ หรือผู้ที่ได้รับมอบหมายให้ดูแล หรือบุคคลใดกระทำการอันเป็นการรบกวน ซึ่งเป็นการดูหมิ่นสิ่งเหล่านั้น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี

(2) บุคคลใดทำลาย หรือทำให้เสียหายแก่สถานที่ตั้งศพ, สถานที่ฝังศพ หรือสถานที่สาธารณะสำหรับระลึกถึงคนตาย หรือบุคคลใดกระทำการอันเป็นการรบกวน ซึ่งเป็นการดูหมิ่นสถานที่นั้น ต้องระวางโทษเช่นนั้นด้วย

(3) บุคคลใดพยายามกระทำความผิดดังกล่าว ต้องระวางโทษ”

การกระทำที่ถือเป็นการรบกวนความสงบสุขของผู้ตายตามประมวลกฎหมายอาญา (Strafgesetzbuch StGB) ของประเทศเยอรมนีนั้น ถือเอาการกระทำต่อคนตายในลักษณะต่างๆ มาจัดเป็นการรบกวนความสงบสุขของคนตายด้วย เช่น การเอาไป หรือการดูหมิ่นศพหรือส่วนของศพ และการกระทำต่อสถานที่ฝังศพ เช่น การทำลาย ทำให้เสียหายซึ่งสถานที่ฝังศพ สถานที่สาธารณะสำหรับระลึกถึงคนตาย หรือการดูหมิ่นสถานที่ดังกล่าว ซึ่งจะได้กล่าวถึงต่อไป

นอกจากความผิดฐานการรบกวนความสงบสุขของผู้ตายตามประมวลกฎหมายอาญาของประเทศเยอรมนี ซึ่งได้กำหนดถึงการกระทำต่อร่างหรือส่วนของศพแล้ว ยังได้กำหนดให้ความคุ้มครองถึงทารกในครรภ์หรือส่วนของทารกดังกล่าวด้วย และส่วนที่เหลือ (ถ้ากระดูก) ของผู้ที่ตายแล้วไว้ อย่างชัดเจนอีกด้วย ยิ่งไปกว่านั้น ในมาตรา 168 (2) ของประมวลกฎหมายอาญา (Strafgesetzbuch

¹⁶⁸ Section 168 Desecration of graves etc.

(1) Whosoever unlawfully takes away the body or parts of the body of a deceased person, a dead fetus or parts thereof or the ashes of a deceased person from the custody of the person entitled thereto or whosoever commits defamatory mischief on them, shall be liable to imprisonment not exceeding three years or a fine.

(2) Whosoever destroys or damages the place where a body is laid in state, a burial site or a public memorial for the dead or whosoever commits defamatory mischief on them shall incur the same penalty.

(3) The attempt shall be punishable.

StGB) ของประเทศเยอรมนี ยังได้กำหนดให้การทำลาย การทำให้เสียหาย หรือการดูหมิ่นสถานที่ตั้ง ศพ, สถานที่ฝังศพ หรือสถานที่สาธารณะสำหรับระลึกถึงคนตาย เป็นการรบกวนความสงบสุขของผู้ตายเช่นกัน ซึ่งในประมวลกฎหมายอาญาของไทยในลักษณะ 13 ว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับศพ ไม่ได้กล่าวถึงการกระทำที่เป็นการรบกวนความสงบสุขของคนตายไว้เหมือนประเทศเยอรมนี

4.2.13.2 ประเทศสหรัฐอเมริกา (มลรัฐเท็กซัส)

การกระทำที่เป็นการรบกวนความสงบของคนตาย

มลรัฐเท็กซัสใน Section 42.08 (a) (1)¹⁶⁹ บัญญัติว่า

“(a) บุคคลกระทำความผิด ถ้า, โดยไม่ได้รับอนุญาตตามกฎหมาย, เขารู้ว่าเป็นการ (1) ขุด, รบกวน, ทำให้เสียหาย, ฝ่าฝืนเพื่อการศึกษาทั้งหมดหรือบางส่วน, ขนย้ายไป หรือกระทำในลักษณะล่วงละเมิดต่อศพมนุษย์”

4.2.14 การกระทำที่เป็นการละเมิดต่อศพ

ประเทศฝรั่งเศส

บทบัญญัติที่กำหนดถึงการกระทำ ในลักษณะที่เป็นการละเมิดต่อศพ (ร่างของคนตาย) นั้นปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายอาญาของประเทศฝรั่งเศส หมวด 5 ว่าด้วยการกระทำความผิดต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ในลักษณะ 4 เรื่องการฝ่าฝืนความเคารพนับถือต่อคนตาย ได้บัญญัติคุ้มครองคนตายไว้ดังนี้

ประมวลกฎหมายอาญาของประเทศฝรั่งเศส มาตรา 225-17¹⁷⁰ บัญญัติว่า

¹⁶⁹ Texas Statutes.

Section 42.08: ABUSE OF CORPSE.

(a) A person commits an offense if the person, without legal authority, knowingly:

(1) disinters, disturbs, damages, dissects, in whole or in part, carries away, or treats in an offensive manner a human corpse;

¹⁷⁰ French PENAL CODE.

ARTICLE 225-17

Any violation of the physical integrity of a corpse, by any means, is punished by one year's imprisonment and a fine of €15,000.

“การกระทำละเมิดอันใดก็ตามที่เกี่ยวกับร่างของศพ, ไม่ว่าโดยวิธีใดก็ตาม ต้องได้รับโทษจำคุก 1 ปี และปรับ 15,000 ยูโร

การละเมิดหรือการลบหลู่หลุมฝังศพ พื้นที่ฝังศพ อนุสาวรีย์ซึ่งสร้างขึ้นเพื่อระลึกถึงผู้ตาย, ไม่ว่าจะกระทำโดยวิธีใดก็ตาม ต้องได้รับโทษจำคุก 1 ปี และปรับ 15,000 ยูโร

โทษจะเพิ่มขึ้นเป็นโทษจำคุก 2 ปี และปรับ 30,000 ยูโร ถ้าการกระทำความผิดในวรรคก่อนมีการกระทำละเมิดต่อร่างของศพด้วย”

ดังนั้น เมื่อได้พิจารณาถึงกฎหมายที่กำหนดให้การกระทำละเมิดต่อคนตาย ทั้งในส่วนของ การละเมิดต่อสถานที่ฝังศพ สิ่งระลึกถึงคนตายอื่น ๆ หรือการละเมิดต่อเนื้อตัวร่างของศพก็ตาม จะเห็นได้ว่ากฎหมายนั้นใช้ถ้อยคำในลักษณะที่ผู้กระทำ ได้กระทำละเมิดต่อสิ่งที่กฎหมายคุ้มครอง โดยมิได้ระบุเฉพาะถึงลักษณะของการกระทำในลักษณะใดลักษณะหนึ่ง ฉะนั้น หากมีการกระทำต่อสิ่งที่กฎหมายมุ่งคุ้มครองในลักษณะต่าง ๆ เช่น การกระทำความผิดทางเพศต่อศพ การขุดหรือเคลื่อนย้ายศพ การชำแหละ หรือทำลายศพ การทำให้ศพเสียรูป เป็นต้น ถือเป็น การกระทำละเมิดต่อคนตายได้อีกประการหนึ่งด้วย

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

The violation or desecration of tombs, burials grounds or monuments erected to the memory of the dead, committed by any means, is punished by one year's imprisonment and a fine of €15,000.

The penalty is increased to two years' imprisonment and to a fine of €30,000 where the offences defined under the previous paragraph were accompanied by a violation of the physical integrity of the corpse.

บทที่ 5

บทวิเคราะห์กฎหมายว่าด้วยกระทำความผิดเกี่ยวกับศพ

ประมวลกฎหมายอาญา ลักษณะ 13 “ความผิดเกี่ยวกับศพ” ได้บัญญัติลักษณะของการกระทำความผิดเกี่ยวกับศพไว้ 4 ลักษณะ ซึ่งยังมีความจำเป็นที่จะมีกฎหมายมากำหนดความรับผิดชอบต่อการกระทำอันไม่เหมาะสมกับศพอีกหลายลักษณะการกระทำ ซึ่งเมื่อเปรียบเทียบกับลักษณะของการกระทำความผิดต่อศพในต่างประเทศตามที่ได้กล่าวมาแล้วในบทที่ 4 นั้นจะเห็นถึงข้อจำกัดและข้อบกพร่องของบทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญาของไทยที่ไม่ครอบคลุมถึงลักษณะของการกระทำความผิดต่อศพในหลายลักษณะการกระทำ ดังนั้น เมื่อเล็งเห็นถึงความสำคัญของการมีการกระทำความผิดบางฐาน การศึกษาและวิเคราะห์ในบทวิเคราะห์นี้จึงจะนำบทบัญญัติของต่างประเทศที่ได้กล่าวมาแล้วนั้น มาศึกษาเปรียบเทียบและวิเคราะห์สิ่งที่กฎหมายมุ่งประสงค์จะคุ้มครอง อีกทั้งวิเคราะห์ผลดีผลเสียของกฎหมายต่างประเทศ เพื่อหาแนวทางในการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญาของไทยในลักษณะที่ 13 เพื่อเป็นประโยชน์ต่อสังคมต่อไป

5.1 คำนิยามของคำว่า “ศพ”

พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554 “ศพ” หมายความว่า ซากผี หรือร่างคนตายที่แล้ว¹

จากคำนิยามจะเห็นได้ว่า ตามความเข้าใจ “ศพ” หมายความว่า ร่างกายของคนตาย หรืออีกนัยหนึ่งจะเป็นศพก็ต่อเมื่อบุคคลนั้นได้เสียชีวิต หรือตายนั่นเอง และ “การตาย” ในความหมายทั่วไปคือการสิ้นใจ โดยยึดหลักการหมดลมหายใจเป็นหลัก ทั้งนี้ไม่ว่าการตายนั้นจะเกิดขึ้นจากสาเหตุใดก็ตาม เช่น การตายจากธรรมชาติ จากความเจ็บป่วย จากอุบัติเหตุ จากการฆ่าตัวตาย หรือจากการฆาตกรรมก็ตาม หากสาเหตุนั้นทำให้บุคคลหมดลมหายใจก็จะถือว่าบุคคลนั้นได้ตายแล้ว

¹ ราชบัณฑิตยสถาน, พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ.2554, หน้า 1136.

คำว่า “ศพ” ในความหมายทั่วไป จึงหมายถึงร่างกายของบุคคลที่ตายแล้ว โดยไม่คำนึงว่าการตายจะเกิดขึ้นโดยวิธีใด บุคคลนั้นจะมีสภาพบุคคลทางกฎหมายหรือไม่ หากเป็นสิ่งที่เชื่อได้ว่าบุคคลนั้นได้หมดลมหายใจแล้ว ร่างกายหรืออวัยวะของบุคคลนั้น จะเรียกว่า ศพ²

ความหมายของศพในทางการแพทย์นั้น พิจารณาจากการตายของบุคคลเป็นหลัก เช่นเดียวกับความเข้าใจของคนทั่วไป เมื่อใดที่บุคคลตาย เมื่อนั้นร่างกายของบุคคลก็จะกลายเป็นศพ แต่ในทางการแพทย์มีกฎเกณฑ์ในการวินิจฉัยการตายที่มีมาตรฐานชัดเจนแน่นอน เรียกว่า “เกณฑ์สมองตาย” เป็นกรณีที่กำหนดสมองของผู้ป่วยถูกทำลายจนสิ้นเชิงและตลอดไป ทำให้หยุดหายใจ ไม่รู้สึกตัว หัวใจหยุดเต้น แต่ยังคงอยู่ได้ด้วยเครื่องช่วยหายใจ และเครื่องปอด หัวใจเทียม หากหยุดเครื่องมือเหล่านี้ทุกอย่างก็จะหยุด และผู้ป่วยจะตายในที่สุด ฉะนั้นจึงถือว่าในขณะที่ใช้เครื่องช่วยหายใจนั้น ผู้ป่วยได้ตายในทางการแพทย์ และถือว่าบุคคลนั้นเป็นศพแล้ว เมื่อเป็นศพแล้วแพทย์ก็สามารถที่จะนำอวัยวะที่ยังไม่เสื่อมสภาพนั้นออกจากศพ เพื่อนำไปทำการปลูกถ่ายให้แก่ผู้ป่วยได้ต่อไปได้ ดังนั้น วงการแพทย์จึงได้พิจารณาเอาระบบการทำงานของสมองมาเป็นหลักในการวินิจฉัยความตายแทนระบบการหายใจเดิม หรือที่เรียกว่าเกณฑ์การวินิจฉัยสมองตายนั่นเอง

ส่วนปัญหาเกี่ยวกับการยอมรับของกฎหมายในเรื่องนี้ เป็นปัญหาที่เกิดขึ้นในหลายประเทศ บางประเทศบัญญัติเป็นกฎหมายไว้ไม่ชัดเจน ยอมรับเอาคนที่สมองตายเป็นการตายสิ้นสภาพบุคคลตามกฎหมาย บางประเทศเป็นเพียงการยอมรับทางการแพทย์ และบางประเทศก็ยังไม่ยอมรับหลักการนี้

กล่าวโดยสรุป ความหมายของศพในทางการแพทย์จึงยึดถือจากเวลาของการตายเป็นหลัก หากเป็นกรณีการตายเกิดจากสาเหตุธรรมดาที่ไม่เกี่ยวกับการตายทางสมอง สิ่งที่ยังชี้ถึงการตายคือ การที่บุคคลนั้นหยุดหายใจ และหัวใจหยุดเต้น จึงกลายเป็นศพซึ่งเป็นกรณีเดียวกับความหมายของศพตามความเข้าใจของสามัญชนทั่วไป แต่หากเป็นกรณีของการตายที่มีสาเหตุมาจากก้านสมองถูกทำลายโดยสิ้นเชิงและตลอดไป ทางทางการแพทย์จะถือว่าบุคคลนั้นได้ตาย และกลายเป็นศพในขณะนั้น ไม่ว่าบุคคลนั้นจะยังหายใจอยู่ด้วยเครื่องช่วยหายใจก็ตาม ซึ่งกรณีนี้ความหมายของศพ อาจจะไม่ตรง

² ฌวนา รุจิกัณเฑาะ, "สถานะและปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับศพและชิ้นส่วนของศพ," หน้า 10-11.

กับความหมายของสามัญชนทั่วไป และอาจจะก่อให้เกิดความสับสน และกระทบกระเทือนต่อความรู้สึกของญาติพี่น้องของผู้ป่วย³

ส่วนประเด็นเรื่องสมองตายกลายเป็นผัก (a vegetable existence) แล้วหากมีผู้อื่นมากระทำความผิดต่อผู้ที่สมองตาย เช่น กระทำชำเรา เอาปืนมายิงหัว หรือทำร้ายร่างกายผู้ที่สมองตายแล้วนั้น จะเป็นความผิดหรือไม่ มีคดีที่เกิดขึ้นในต่างประเทศและศาลได้ตัดสินว่า แพทย์ที่ทำให้เครื่องมือช่วยชีวิตเสียนั้น ไม่มีความผิดฐานฆ่าคนตาย แต่คนที่ทำให้ใจทกอยู่ในสภาพสมองตายต่างหากมีความผิด⁴ ดังนั้นหากจะถือว่า “ตาย” ตั้งแต่สมองตายแล้วนั้น ถ้าในระหว่างนั้นมีใครมาเอาปืนยิง ผู้นั้นก็คงไม่มีความผิดฐานฆ่าผู้อื่น แต่จะผิดฐานพยายามฆ่าหรือไม่ต้องดูเป็นอีกกรณีหนึ่ง⁵ ทำนองเดียวกันก็ไม่ผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเพราะขาดองค์ประกอบภายนอกของความผิด เป็นต้น แต่อย่างไรก็ตามยังเป็นความผิดที่ได้กระทำต่อศพอยู่

ความหมายของศพในแง่มุมของกฎหมาย มีกฎหมายที่นิยามความหมายของคำว่าศพ ได้แก่ พระราชบัญญัติการทะเบียนราษฎร พ.ศ. 2499⁶ ที่นิยามว่า “ศพ” หมายความว่า ร่างกายของคนตาย และ “คนตาย” หมายความว่า คนที่เสียชีวิตนั้น แสดงให้เห็นว่ากฎหมายไม่ได้กำหนดหลักเกณฑ์ไว้อย่างชัดเจนว่า ศพ คืออะไร และควรมีสภาพหรือมีลักษณะเช่นใด แต่กำหนดเชื่อมโยงกับการตายเอาไว้เช่นเดียวกันในทางแพทย์ กล่าวคือบุคคลจะกลายเป็นศพก็ต่อเมื่อบุคคลนั้นได้ตายแล้ว

อีกทั้งในเรื่องเกี่ยวกับการเกิดการตายนั้น ปรากฏในประมวลกฎหมายแพ่ง มาตรา 15 ที่บัญญัติว่า “สภาพบุคคลย่อมเริ่มแต่เมื่อคลอดแล้วอยู่รอดเป็นทารก และสิ้นสุดลงเมื่อตาย” เมื่อตายแล้วก็กลายเป็นศพ ตามความหมายที่คนทั่วไปเข้าใจ แต่ยังมีปัญหาเกี่ยวกับการเกิด กล่าวคือยังมีคำถามว่าเมื่อยังไม่เกิด ยังไม่มีสภาพบุคคล แล้วจะตายได้หรือไม่ เด็กทารกในครรภ์ที่ยังไม่คลอด ไม่มีสภาพบุคคล หากตายขึ้นมาจะถือว่าเป็น “ศพ” หรือไม่ เป็นต้น

เมื่อกฎหมายไม่ได้มีการจำกัดความ หรือมีกฎเกณฑ์การวินิจฉัยที่แน่นอนเกี่ยวกับความตายเอาไว้เหมือนกฎเกณฑ์ทางการแพทย์ กฎหมายกำหนดไว้เพียงแค่เรื่องของการสิ้นสภาพบุคคลเท่านั้น

³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 13.

⁴ In re Quinlan, 70 N.J. 10, 355 A. 2d 67 976.

⁵ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, มุมมองใหม่ในกฎหมายอาญา, หน้า 128.

⁶ www.krisdika.go.th.

ซึ่งได้กำหนดเชื่อมโยงไว้กับการตายเช่นเดียวกัน ทำให้เมื่อเวลาใดที่จะต้องวินิจฉัยเกี่ยวกับการตายหรือเกี่ยวกับศพ นักกฎหมายก็ต้องตีความตามความเข้าใจของตนเองบ้าง อ้างอิงจากความเห็นของนักกฎหมายท่านอื่นบ้าง อ้างอิงจากกฎเกณฑ์ทางการแพทย์บ้าง ซึ่งอาจจะทำให้ความหมายจากการตีความไม่สอดคล้องถูกต้องตรงกันนัก

จากการที่ไม่มีคำนิยามใดที่มีความชัดเจนเพียงพอในอันที่จะกล่าวถึงความสมบูรณ์ของศพ ทำให้มีปัญหาก่อเกิดขึ้นตามมา คือ ร่างกายของคนที่ตายที่จะถือว่าเป็นศพนั้น จะต้องเป็นร่างของบุคคลที่มีสภาพบุคคลและเสียชีวิตลงเท่านั้นหรือไม่ หากเป็นกรณีของทารกที่เสียชีวิตในครรภ์มารดาจะถือว่าเป็นทารกนั้นเป็นศพแล้วหรือไม่ หรือในกรณีของการทำเด็กหลอดแก้ว ที่ตัวอ่อนที่เกิดขึ้นไม่สามารถเจริญเติบโตได้ และทางแพทย์ได้นำตัวเหล่านั้นไปทำลาย จะถือว่าเป็นการทำลายศพหรือไม่ เพราะหากตีความว่าทารกในครรภ์ที่ตายหรือเด็กหลอดแก้วที่ถูกทำลายนี้มีสภาพเป็นศพ การดำเนินการใด ๆ ก็จะต้องนำบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับศพมาบังคับใช้ด้วย ซึ่งปัญหาดังกล่าวนี้ มีแนวคิดเป็นสองแนวดังต่อไปนี้

แนวความคิดแรก ปรากฏในกฎหมายเกี่ยวกับศพของประเทศญี่ปุ่น คำว่า “ศพ” ในมาตรา 190 เดิมของประมวลกฎหมายอาญาญี่ปุ่น ให้รวมถึงทารกที่ตายในครรภ์มารดาที่ตั้งครรภ์ตั้งแต่ 4 เดือนขึ้นไปด้วย⁷ การที่กฎหมายอาญาของประเทศญี่ปุ่นนั้น บัญญัติให้การกระทำความผิดต่อเด็กในครรภ์มารดาที่มีอายุครรภ์สี่เดือนขึ้นไป เป็นการกระทำความผิดต่อศพ เป็นการแสดงให้เห็นว่าประเทศญี่ปุ่นเห็นว่า เด็กทารกที่อยู่ในครรภ์มารดาซึ่งยังไม่มีสภาพบุคคลนั้น จะเป็นศพไม่ได้ เพราะยังไม่มีอาการเกิด ยังไม่มีสภาพบุคคล ยังไม่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย แต่กฎหมายของประเทศญี่ปุ่นได้บัญญัติอย่างชัดเจนให้ได้รับความคุ้มครองว่าเป็นศพ ดังนั้นการกระทำความผิดต่อเด็กทารกที่มีอายุครรภ์ตั้งแต่สี่เดือนขึ้นไป จึงเป็นการกระทำความผิดต่อศพด้วย

อย่างไรก็ดี มีนักวิชาการมีแนวคิดเห็นเป็นอีกแนวว่า จะเป็นศพได้ต้องมีการเกิดหรือมีการคลอดก่อน หากยังไม่มีอาการเกิดหรือมีการคลอด ก็จะยังไม่สามารถตายได้ เมื่อไม่ตายก็ไม่เป็นศพ ฉะนั้นทารกที่อยู่ในครรภ์แม้จะยังหายใจ ยังดิ้นอยู่แต่ไม่สามารถอยู่ได้ตามลำพัง ฉะนั้นจึงไม่ถือว่าเป็น

⁷ The Criminal Code of Japan, Translated and Annotated by William J. Sebald (Kobe: Japan, 1936), page 139-140.

“ศพ” แต่เป็น “ซาก”⁸ ดังนั้นการกระทำความผิดต่อศพทารกที่ยังไม่มีการคลอดหรือยังไม่มีสภาพบุคคล ก็ไม่เป็นความผิดตามลักษณะ 13 การกระทำความผิดเกี่ยวกับศพ แต่เป็นความผิดเพียงการทำแท้งเท่านั้น

แต่อย่างไรก็ตามผู้เขียนเห็นว่าการที่จะเป็นศพได้นั้น ไม่ได้คำนึงถึงว่าบุคคลที่ตายนั้นจะมีสภาพบุคคลตามกฎหมายหรือไม่ และไม่จำเป็นว่าจะต้องมีสภาพบุคคลตามกฎหมายก่อน เนื่องจาก “สภาพบุคคล” ตามกฎหมายแพ่งนั้น เป็นเพียงการกำหนดให้สิทธิทางแพ่งตามกฎหมายเท่านั้น แต่กฎหมายควบคุมคุ้มครองคุณค่าของการมีชีวิตตั้งแต่อยู่ในครรภ์มารดา ดังนั้นแม้จะยังไม่คลอดก็สามารถเป็น “ศพ” ที่ได้รับความคุ้มครองตามความหมายของกฎหมายอาญาได้

5.2 วิเคราะห์ลักษณะของการกระทำความผิดต่อศพในต่างประเทศเปรียบเทียบกับกฎหมายไทย

ลักษณะของการกระทำที่กฎหมายต่างประเทศและกฎหมายไทยกำหนดองค์ประกอบความผิดไว้เหมือนหรือคล้ายกันมีอยู่ 4 ลักษณะการกระทำ ซึ่งแบ่งแยกตามประมวลกฎหมายอาญาลักษณะ 13 “ความผิดเกี่ยวกับศพ” ได้แก่ การข่มขืนกระทำชำเราศพ, การกระทำอนาจารแก่ศพ, การเคลื่อนย้าย การทำลาย ทำให้เสียหายซึ่งศพ และการดูหมิ่นศพ ส่วนลักษณะการกระทำความผิดที่ไม่มีองค์ประกอบเหมือนหรือคล้ายกับประมวลกฎหมายอาญาของไทยนั้น ก็มีอยู่หลายลักษณะซึ่งสามารถวิเคราะห์ความเหมือน ความแตกต่าง และสาระสำคัญ ดังต่อไปนี้

5.2.1 ลักษณะของการกระทำความผิดที่คล้ายกับประมวลกฎหมายอาญาของไทย ในลักษณะที่ 13

5.2.1.1 การกระทำชำเราศพ

ประมวลกฎหมายอาญาของไทยมาตรา 366/1⁹ ได้บัญญัติให้การกระทำชำเราศพเป็นความผิด โดยในวรรคสองนั้น ได้ให้คำนิยามของคำว่า “การกระทำชำเรา” เอาไว้ เหมือนในมาตรา 276 ที่ว่าด้วยการข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น

⁸ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, "ปกิณกะกฎหมาย, มันเป็นกรรมเวรของเณรแอ," วารสารนิติศาสตร์ 4, ป.25 (2538): 811.

⁹ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 366/1 บัญญัติว่า

ส่วนในประเทศสหรัฐอเมริกา นั้น การกระทำต่อศพที่เป็นความผิดทางเพศ เช่น การร่วมประเวณีกับศพ ได้มีการอธิบายว่า การร่วมประเวณีกับศพ มีความหมายว่าเป็นโรคที่มีแรงดึงดูดใจที่ผิดปกติกับความตายและคนตาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งการมีแรงดึงดูดใจของบุคคลที่มีความต้องการทางเพศกับศพ ซึ่งถือเป็นความผิดปกติทางกายหรือจิต เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างจิตเภท และถูกจัดอยู่ในกลุ่มของความผิดปกติที่เรียกว่า “กามวิปริต”¹⁰ ซึ่งในประเทศสหรัฐอเมริกา ได้มีวิธีการที่หลากหลายในเรื่องของความรับผิดชอบทางอาญา สำหรับการร่วมเพศร่วมประเวณีกับศพ

การกำหนดบทบัญญัติเกี่ยวกับการกระทำชำเราศพในประเทศสหรัฐอเมริกานั้น อาจแบ่งเป็น 2 ประเภท ได้แก่ การบัญญัติห้ามอย่างชัดเจน เช่นในมลรัฐเคนตักกี มลรัฐโอรีกอน มลรัฐออริโซนา มลรัฐอินเดียนา มลรัฐอลาสกา และมลรัฐจอร์เจีย เป็นต้น และการบัญญัติอย่างกว้างซึ่งสามารถตีความจากบทบัญญัติว่าด้วย “การกระทำความผิดต่อศพในลักษณะที่เป็นการทำร้ายความรู้สึกของคนในครอบครัวหรือสังคม”¹¹ เช่น มลรัฐโอไฮโอ มลรัฐฮาวาย มลรัฐเพนซิลเวเนีย มลรัฐลาบามา และมลรัฐโคโลราโด เป็นต้น

กรณีแรก การบัญญัติห้ามอย่างชัดเจน เช่นในมลรัฐเคนตักกีและมลรัฐโอรีกอนได้ห้ามอย่างชัดเจน ทั้งกำหนดโทษเป็นมหันตโทษ หรือโทษสถานหนักแก่ผู้ที่กระทำความผิดฐานกระทำชำเราศพ มีเพศสัมพันธ์กับศพ หรือเกี่ยวกับศพ เพื่อวัตถุประสงค์เป็นการข่มขู่ไม่ให้เป็นเยี่ยงอย่าง อีกทั้งเป็นการลงโทษผู้กระทำความผิดให้เด็ดขาด ซึ่งการกำหนดฐานความผิดนั้นเป็นการบัญญัติให้มีการกระทำหลายๆการกระทำในมาตราเดียว ไม่ได้แยกเป็นฐานกระทำชำเราเป็นความผิดฐานเดียวโดยเฉพาะเหมือน มาตรา 366/1 ของประเทศไทย

บทบัญญัติของมลรัฐออริโซนา มีความแตกต่างจากมลรัฐอื่นๆ ที่อนุมาตราถัดมาได้ให้คำนิยามของคำว่า “สัมพันธ์ทางเพศ” และ “การร่วมประเวณี” เอาไว้ เหมือนกับประมวลกฎหมายอาญา

“ผู้ใดกระทำชำเราศพ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกิน หกหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ การกระทำชำเราตามวรรคหนึ่ง หมายความว่า การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำโดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของศพ หรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของศพ”

¹⁰ Newman, T. T. O. a. C., "Defiling the Dead : Necrophilia and the Law," *Whittier Law Review*.

¹¹ Model Penal Code : Official draft and Explanatory note : Complete text of Model Penal Code as adopted at the 1962 Annual Meeting of the American Law Institute at Washington D.C., May 24,1962 Philadelphia, Pa : The Institute, 1985, page 188-195.

มาตรา 276¹² ที่ได้อธิบายความหมายของการกระทำชำเราไว้ใน วรรคสอง (มาตรา 366/1 นั้นให้นำ วรรคสอง ของมาตรา 276 มาใช้ด้วย) ซึ่งความหมายที่ได้ให้ไว้ในข้อ E. ของมลรัฐอริโซนา นั้นค่อนข้าง ชัดเจนและไม่คลุมเครือเหมือนในมาตรา 366/1 วรรคสองของไทย ที่ปัจจุบันก็ยังมีข้อโต้แย้งกันอยู่ มาก

ความผิดฐานกระทำชำเราศพของมลรัฐอินเดียนานั้น กำหนดถึงการกระทำทางเพศที่ผิดปกติ กับศพ¹³ ด้วย ซึ่งน่าจะเทียบได้กับ “การใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศ และทวารหนัก” ตามวรรค สอง มาตรา 276 ของไทย ส่วนในมลรัฐอิลลาซกานนั้น กำหนดถึงการล่วงล้ำ สอดใส่ เพื่อผลในทางเพศ ซึ่งไม่ได้จำกัดว่าต้องเป็นการสอดใส่อวัยวะเพศเท่านั้น กรณีนี้น่าจะเทียบได้กับ “การใช้สิ่งอื่นใด กระทำกับอวัยวะเพศ และทวารหนัก” ตามวรรคสอง มาตรา 276 ของไทย

บทบัญญัติของการกระทำความผิดศพในมลรัฐโรด ไอแลนด์ และมลรัฐจอร์เจีย นั้น ได้กำหนด ถึงการกระทำความผิดทางเพศต่อศพไว้อย่างชัดเจน โดยห้ามการร่วมประเวณีกับศพโดยเฉพาะ ใน บทบัญญัติว่าด้วยการมีเพศสัมพันธ์กับศพ (Necrophilia) ซึ่งถือว่าเป็นโรคจิตอย่างหนึ่ง ใน Section 11-20-1.2¹⁴ ซึ่งได้กำหนดบทลงโทษสำหรับการกระทำดังกล่าว โดยให้จำคุกไม่น้อยกว่า 1 ปี แต่ไม่

¹² ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 บัญญัติว่า

“ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นโดยขู่เข็ญด้วยประการใดๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยผู้อื่นนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถ ขัดขืนได้ หรือโดยทำให้ผู้อื่นนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดพันบาทถึง สี่หมื่นบาท

การกระทำชำเราตามวรรคหนึ่ง หมายความว่า การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำโดยการใช้อวัยวะเพศของ ผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น หรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น ...”

¹³ คดี Steven Workman v. State of Indiana ซึ่งจำเลยเป็นอดีตสามีของผู้ตาย โดยในคืนวันเกิดเหตุจำเลยทะเลาะ กับผู้ตาย และจำเลยเมาตีมีสุรา หลังจากนั้นจำเลยได้แบกปืนไรเฟิลไปที่ห้องนอนของผู้ตาย แล้วยิงศีรษะผู้ตาย โดยมีลูกวัย 3 ปี ยืนอยู่ในที่เกิดเหตุ และในเช้าวันต่อมาจำเลยพยายามร่วมประเวณีกับศพ แต่ทำไม่สำเร็จ อย่างไรก็ตามเขาได้กระทำการล่วงล้ำ (สอดใส่) ด้วยนิ้วของจำเลยกับช่องคลอดของศพ

¹⁴ State of Rhode Island General Laws

TITLE 11: Criminal Offenses

CHAPTER 11-20 : Graves and Corpses

Section 11-20-1.2 Necrophilia.

Any person who performs the act of first degree sexual assault upon a dead human body shall be guilty of the crime of necrophilia. Any person convicted of the crime of necrophilia shall be punished by imprisonment for not less than one nor more than ten (10) years and may be fined in an amount not to exceed ten thousand dollars (\$10,000).

เกิน 10 ปี ในกรณีนี้ได้มองว่าผู้กระทำความผิดฐานกระทำชำเราศพนั้นเป็นผู้ป่วยทางจิตเวชด้วย ซึ่งนอกจากโทษจำคุกแล้ว อาจถูกกักตัวเพื่อบำบัดรักษาในสถานพยาบาลอีกด้วย

กรณีที่สอง การกระทำชำเราศพซึ่งมีบัญญัติอย่างกว้างนี้ เป็นกรณีที่รัฐนั้นๆ ไม่ได้บัญญัติถึงเรื่องการกระทำชำเราศพให้เป็นความผิดโดยตรง แต่สามารถตีความจากบทบัญญัติที่เขียนไว้อย่างกว้างๆ เช่น ในประเทศสหรัฐอเมริกา หลายมลรัฐมีฐานความผิดว่าด้วย “การกระทำความผิดต่อศพในลักษณะที่เป็นการทำร้ายความรู้สึกของคนในครอบครัว หรือสังคม”

แนวความคิดสำหรับการกระทำต่อศพ ที่เป็นการทำร้ายความรู้สึกของคนในครอบครัวของคนตายนั้น มีปรากฏชัดเจนใน Model Penal Code ของประเทศสหรัฐอเมริกา ได้มีการบัญญัติไว้ใน Article 250¹⁵ ในเรื่องการจลาจล การกระทำที่ขัดต่อความสงบสุขและศีลธรรมอันดีของประชาชน และความผิดที่เกี่ยวข้อง

จุดประสงค์ของการบัญญัติ Article 250 นี้ได้แก่ การจัดระบบของบทบัญญัติสำหรับการกระทำที่ไม่เหมาะสม เล็กๆ น้อยๆ เดิมที่มีความคลุมเครือและมีการกำหนดโทษหลากหลายที่ไม่ชัดเจน เพื่อจัดให้มีลำดับชั้นของโทษอย่างมีเหตุผล และโดยเฉพาะอย่างยิ่งเพื่อจำกัดความมีสภาพมีอิสระในการคิดของศาลชั้นต้นที่กำหนดการลงโทษจำคุกในสาระสำคัญของการฝ่าฝืนความผิดเล็กๆ น้อยๆ และเป็นการลดความเหลื่อมล้ำของความผิดที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน กับความผิดที่ถูกจัดการโดยบัญญัติพิเศษ เพื่อที่ความผิดอื่นๆ จะได้ไม่ถูกมองข้ามในการดำเนินคดีอย่างเดียวกับพฤติกรรมของการกระทำที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน

บทบัญญัติที่กำหนดให้การกระทำต่อศพจะถือเป็นความผิด หากการกระทำนั้นเป็นการทำร้ายความรู้สึกของคนในครอบครัวคนตายนั้น บทบัญญัตินี้ไม่กำหนดถึงลักษณะเฉพาะของการกระทำที่กฎหมายถือว่าเป็นการทำร้ายความรู้สึกของบุคคลที่ยังมีชีวิตอยู่ ซึ่งเป็นสมาชิกในครอบครัวของคนตายที่ถูกกระทำ ซึ่งการบัญญัติกฎหมายในลักษณะนี้ เป็นการบัญญัติโดยไม่ได้คำนึงถึงลักษณะของ

¹⁵ Model Penal Code : Official draft and Explanatory note : Complete text of Model Penal Code as adopted at the 1962 Annual Meeting of the American Law Institute at Washington D.C., May 24,1962 Philadelphia, Pa : The Institute, 1985, page 188-195.

การกระทำ โดยผู้กระทำจากกระทำต่อศพลักษณะใดก็ตาม หากการกระทำนั้นก่อให้เกิดผลเป็นการทำร้ายความรู้สึกโดยทั่วไปของครอบครัวคนตาย การกระทำนั้นก็อาจเป็นความผิดฐานนี้ได้

กล่าวคือในบัญญัตินี้ มุ่งให้ความคุ้มครองต่อความรู้สึกของคนในครอบครัวคนตายเป็นสำคัญ มากกว่าการกำหนดถึงลักษณะของการกระทำต่อศพ ที่จะถือเป็นความผิด อีกทั้งการลงโทษตามความผิดในฐานนี้เป็น การลงโทษในระดับลหุโทษหรือโทษเบา ซึ่งถือเป็น การลงโทษเพื่อห้ามปรามไม่ให้กระทำความผิดในลักษณะเช่นนี้ ซึ่งมลรัฐที่มีการบัญญัติไว้อย่างกว้างให้สามารถตีความการกระทำชำเราศพเป็นความผิดตามฐาน “การกระทำความผิดต่อศพในลักษณะที่เป็นการทำร้ายความรู้สึกของคนในครอบครัว” ได้แก่ มลรัฐโอไฮโอ มลรัฐฮาวาย มลรัฐเพนซิลเวเนีย มลรัฐอลาบามา มลรัฐโคโลราโด และมลรัฐเคนตักกี เป็นต้น

การกระทำความผิดต่อศพในลักษณะที่เป็นการทำร้ายความรู้สึกของคนในสังคม หรือการกระทำต่อศพที่เป็นการละเมิดต่อความรู้สึกของวิญญาณที่ถือเป็นความผิดนั้น ลักษณะของการบัญญัติกฎหมายนี้เป็นเช่นเดียวกับการบัญญัติถึงการกระทำต่อคนตายที่เป็นการทำร้ายความรู้สึกโดยทั่วไปของคนในครอบครัวคนตาย กล่าวคือ ไม่ได้ระบุถึงลักษณะของการกระทำต่อคนตายไว้โดยเฉพาะ ฉะนั้นหากมีการกระทำต่อคนตาย และการกระทำนั้นถือได้ว่าเป็นการทำร้ายความรู้สึกคนในสังคมหรือไม่เป็นที่ยอมรับของคนในสังคมแล้ว การกระทำนั้นก็ถือว่าเป็นความผิดฐานการกระทำผิดต่อศพได้

แต่อย่างไรก็ตาม ในบทบัญญัติที่คุ้มครองถึงความรู้สึกของคนในสังคมนั้น ไม่ได้จำกัดเฉพาะว่าต้องเป็นการทำร้ายความรู้สึกของคนในครอบครัวคนตายเท่านั้น ดังนั้นหากการกระทำต่อคนตายนั้นเป็นการกระทำที่ครอบครัวยอมรับหรือยินยอมให้มีการกระทำนั้นได้ แต่การกระทำต่อคนตายนั้นเป็นการทำร้ายความรู้สึกของคนในสังคม การกระทำนั้นย่อมเป็นความผิดฐานนี้ได้ และในขณะเดียวกัน หากการกระทำนั้นเป็นการกระทำที่เป็นการทำร้ายความรู้สึกของคนในครอบครัวคนตาย และเป็นการทำร้ายความรู้สึกของคนในสังคมด้วยแล้ว ย่อมถือว่าเป็นความผิดในฐานนี้ได้ เช่นเดียวกัน ซึ่งมลรัฐที่มีการบัญญัติอย่างกว้างให้สามารถตีความการกระทำชำเราศพเป็นความผิดตามฐานการกระทำความผิดต่อคนตายในลักษณะที่เป็นการทำร้ายความรู้สึกของคนในสังคม ได้แก่ มลรัฐโอไฮโอ มลรัฐเทนเนสซี มลรัฐอาร์คันซอ และมลรัฐโอรีกอน เป็นต้น

การตีความของศาล ในบทบัญญัติเกี่ยวกับ “การข่มขืน” ให้รวมถึงการร่วมประเวณีกับศพ เช่น มลรัฐแมสซาชูเซตส์และเทนเนสซี ที่เห็นว่าการข่มขืนไม่จำเป็นต้องมีชีวิต โดยเฉพาะ ศาลฎีกาของเทนเนสซี ที่เห็นว่าไม่ควรถึงสถานการณ์ที่บังเอิญว่าผู้เสียหายตายแล้ว ทำให้การกระทำที่ไม่ถือเป็นการข่มขืน หรือให้เป็นความผิดที่เบาลง เพราะเท่ากับเป็นการสนับสนุนผู้ข่มขืนให้ฆ่าเหยื่อ

ต่างจากการตีความของมลรัฐต่างๆ เช่น เพนซิลเวเนีย ถือว่าล่วงล้ำเหยื่อที่ตายแล้ว ไม่ถือเป็นความผิดฐานข่มขืน หรือมลรัฐอลาบามา ถือว่าถ้าผู้กระทำได้ตายก่อนที่จำเลยมีความตั้งใจที่จะร่วมประเวณี ซึ่งไม่สามารถแสดงถึงการใช้กำลังบังคับผู้ถูกกระทำ ดังนั้น การกระทำดังกล่าวไม่ถือเป็นความผิดฐานข่มขืน หรือในมลรัฐมิชิแกน ที่ถือว่าการร่วมประเวณีกับศพ ไม่เป็นความผิดฐานข่มขืน เพราะคนตายไม่ใช่บุคคล ไม่สามารถกล่าวอ้างอะไรได้ ไม่มีความยินยอมที่จะถูกกระทำได้ และเป็นไปไม่ได้ที่จะให้การอนุญาตทั้งกายภาพและทางจิตใจเหมือนกับบุคคลที่มีชีวิต¹⁶

ในมลรัฐแคลิฟอร์เนีย ซึ่งเห็นว่าการข่มขืนเป็นการร่วมประเวณี โดยขัดต่อความยินยอมของบุคคล เป็นการทำร้ายความรู้สึกของผู้ถูกข่มขืน ดังนั้น ความผิดฐานข่มขืนต้องเป็นการกระทำต่อผู้เสียหายที่มีชีวิต เพราะคนตายไม่สามารถยินยอมหรือคัดค้านได้¹⁷ นอกจากนั้น ได้มีการอธิบายเพิ่มเติมด้วยว่า ถ้าผู้กระทำไม่รู้ว่าความจริงแล้วผู้ถูกข่มขืนไม่มีชีวิตแล้ว ผู้กระทำอาจยังมีความผิดฐานพยายามข่มขืนได้ ในขณะที่หากผู้กระทำตั้งใจที่จะร่วมประเวณีกับศพ การกระทำนั้นไม่เป็นความผิดฐานข่มขืน และไม่เป็นการผิดฐานพยายามข่มขืนอีกด้วย¹⁸ กล่าวคือ ผู้กระทำจะสามารถถูกดำเนินคดีฐานพยายามข่มขืนได้หรือไม่ ขึ้นอยู่กับว่าจำเลยเชื่อว่าผู้ถูกกระทำยังมีชีวิตอยู่ในเวลาที่เขาพยายามร่วมประเวณีหรือไม่ ถ้าผู้กระทำเชื่อว่าผู้ถูกกระทำยังมีชีวิตอยู่ จำเลยอาจมีความผิดฐานพยายามข่มขืน ในทางตรงกันข้าม ถ้าจำเลยตั้งใจตลอดเวลาที่จะร่วมประเวณีกับศพ จำเลยมีความผิดฐานข่มขืนและพยายามข่มขืนแต่อย่างใด

ความเห็นและเหตุผลทั้งสองแง่มุมของศาลนั้นมีความน่าสนใจเป็นอย่างยิ่งที่จะนำมาศึกษาและปรับเข้ากับฐานข่มขืนกระทำชำเราศพของไทย เนื่องจากเป็นกฎหมายใหม่ และยังไม่มีคำ

¹⁶ People v. Hutner Mich. Ct. App. 1995

¹⁷ People v. Kelly 1 Cal. 4th 495, 3 Cal. Rptr. 2d 677, 822 P.2d 385 (1992)

¹⁸ People v. Thompson 12 Cal. App. 4th 195, 15 Cal. Rptr. 2d 333 (1993)

พิพากษาในเรื่องนี้ออกมา การนำแนวคำพิพากษาต่างประเทศมาศึกษาเปรียบเทียบเหตุผลจึงน่าจะ
เป็นประโยชน์อย่างมาก

ความผิดที่กระทำต่อศพไว้ในหมวดความผิดเกี่ยวกับเพศของประเทศอังกฤษปรากฏใน
กฎหมาย Sexual Offences Act 2003¹⁹ โดยกำหนดความผิดเกี่ยวกับศพไว้ในหมวดความผิดอื่น ๆ
อันมีลักษณะความผิดไม่ร้ายแรง เช่น มีบทบัญญัติความผิดฐานล่วงล้ำร่างกายศพ (sexual
penetration of a corpse) บัญญัติถึงลักษณะการล่วงล้ำร่างกายศพ กำหนดอัตราโทษจำคุกไม่เกิน
หกเดือน²⁰

การกระทำความผิดทางเพศต่อคนตายนั้น มีปรากฏบทบัญญัติที่กำหนดไว้อย่างชัดเจนใน
ประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ ซึ่งในประเทศอังกฤษ มีการบัญญัติไว้อย่างชัดเจนใน
Sexual Offences Act 2003 ซึ่งได้กำหนดความรับผิดสำหรับการกระทำอันไม่เหมาะสมต่อศพไว้ใน
หมวด 42 ความผิดอื่น ๆ มาตรา 70²¹ การล่วงเกินทางเพศต่อศพ ซึ่งองค์ประกอบภายในของ
ความผิดฐานนี้คือ ความตั้งใจกระทำล่วงล้ำต่อร่างกายของผู้ตาย การกระทำที่เป็นการล่วงล้ำดังกล่าว
อาจทำโดยส่วนใดส่วนหนึ่งของร่างกายของผู้กระทำความผิด หรือโดยวัตถุอื่นใด โดยผู้กระทำความผิด
ต้องรู้หรือละเลยว่สิ่งที่เขาล่วงล้ำ คือส่วนของร่างกายของผู้ตาย (ศพ) ตัวอย่างที่แสดงถึงการรู้ เช่น

¹⁹ <http://www.opsi.gov.uk/acts/acts2003/30042-b.htm>

²⁰ สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา, "เรื่องร่างพระราชบัญญัติที่เสนอสถานติบัญญัติแห่งชาติ จำนวน 9 ฉบับ."

²¹ **Sexual Offences Act 2003**

Section 70. Sexual penetration of a corpse.

(1) A person commits an offence if

- (a) he intentionally performs an act of penetration with a part of his body or anything else,
- (b) what is penetrated is a part of the body of a dead person,
- (c) he knows that, or is reckless as to whether, that is what is penetrated, and
- (d) the penetration is sexual.

(2) A person guilty of an offence under this section is liable

- (a) on summary conviction, to imprisonment for a term not exceeding 6 months or a fine not exceeding the statutory maximum or both;
- (b) on conviction on indictment, to imprisonment for a term not exceeding 2 years.

การกระทำต่อศพที่อยู่ในสถานที่เก็บศพ เพื่อรอการฝังศพหรือเผา ซึ่งการล่วงล้ำนั้นต้องเป็นการมุ่งหวังในทางเพศ แต่ผู้กระทำจะไม่มีคามผิดตามมาตรา 78 ถ้าผู้กระทำเชื่อว่าผู้ถูกกระทำยังมีชีวิตอยู่ โดยที่ความจริงแล้วผู้ถูกกระทำตายไปแล้ว หรือผู้ถูกกระทำตายในระหว่างการร่วมประเวณี เว้นแต่ถูกกระทำรู้และยังคงทำการล่วงล้ำต่อไป

การมุ่งผลในทางเพศนั้น มีบทบัญญัติมาตรา 78²² ของ Sexual Offences Act 2003 มาตรา 78 (a) เป็นการครอบคลุมการกระทำที่วิญญูชนพิจารณาได้ว่า เป็นการมุ่งผลในทางเพศ เนื่องจากโดยลักษณะของการกระทำ เช่น การร่วมเพศ ขณะที่มาตรา 78 (b) เป็นการครอบคลุมการกระทำที่วิญญูชนพิจารณาว่า อาจเป็นหรืออาจไม่เป็นความมุ่งหวังในทางเพศ ขึ้นอยู่กับสภาพแวดล้อมหรือความตั้งใจของผู้กระทำ (หรือทั้งสองอย่าง) เช่น การใช้นิ้วล่วงล้ำอวัยวะเพศของหญิง อาจเป็นการมุ่งหวังทางเพศ หรืออาจทำโดยเหตุผลทางการแพทย์ เพื่อตัดสินว่าการกระทำนั้นเป็นการมุ่งหวังทางเพศหรือไม่ วิญญูชนจึงจำเป็นต้องพิจารณาลักษณะ หรือสภาวะแวดล้อมของการกระทำนั้น

กล่าวคือหากการกระทำของแพทย์ มีจุดประสงค์เพื่อความพึงพอใจทางเพศ โดยแสดงจากสถานการณ์หรือข้อความใดๆ ที่แสดงว่าจุดประสงค์ของแพทย์มิได้เป็นการกระทำเพื่อทดสอบทางการแพทย์ โดยเจตนาอันบริสุทธิ์ก็สามารถสรุปได้ว่า เป็นการกระทำที่มุ่งผลในทางเพศ

ประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน (Strafgesetzbuch StGB) ไม่ได้บัญญัติความผิดในเรื่องการกระทำชำเราศพไว้อย่างชัดเจน แต่มีบัญญัติไว้อย่างกว้างๆ ซึ่งสามารถตีความจากบทบัญญัติที่ว่าด้วย “การกระทำที่เป็นการรบกวนความสงบสุขของผู้ตาย” (Disturb the peace of the death.)²³ ที่ถือเอาการกระทำต่อคนตายในลักษณะต่างๆ มาจัดเป็นการรบกวนความสงบสุขของคนตายด้วย เช่น

²² Ibid.

²³ Section 168 Desecration of graves etc.

(1) Whosoever unlawfully takes away the body or parts of the body of a deceased person, a dead fetus or parts thereof or the ashes of a deceased person from the custody of the person entitled thereto or whosoever commits defamatory mischief on them, shall be liable to imprisonment not exceeding three years or a fine.

(2) Whosoever destroys or damages the place where a body is laid in state, a burial site or a public memorial for the dead or whosoever commits defamatory mischief on them shall incur the same penalty.

(3) The attempt shall be punishable.

การกระทำชำเราศพ การเอาไป หรือการดูหมิ่นศพหรือส่วนของศพ และการกระทำต่อสถานที่ฝังศพ เช่น การทำลาย ทำให้เสียหายซึ่งสถานที่ฝังศพ สถานที่สาธารณะสำหรับระลึกถึงคนตาย หรือการดูหมิ่นสถานที่ดังกล่าว ซึ่งจะได้กล่าวโดยละเอียดต่อไป

ประเทศฝรั่งเศสได้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการคุ้มครองศพและบุคคลในครอบครัวของผู้ตาย ดังปรากฏในประมวลกฎหมายอาญาของฝรั่งเศส (French Penal Code)²⁴ หมวด 5 ว่าด้วยการกระทำความผิดต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ในลักษณะ 4 เรื่องการฝ่าฝืนความเคารพนับถือต่อคนตาย ซึ่งไม่ได้บัญญัติความผิดในเรื่องการกระทำชำเราศพไว้อย่างชัดเจน แต่บัญญัติไว้อย่างกว้างๆ ซึ่งสามารถตีความจากบทบัญญัติที่ว่าด้วย “การกระทำที่เป็นการละเมิดต่อศพ” จะเห็นได้ว่ากฎหมายนั้นใช้ถ้อยคำในลักษณะที่ผู้กระทำ ได้กระทำละเมิดต่อสิ่งที่กฎหมายคุ้มครอง โดยมีได้ระบุเฉพาะถึงลักษณะของการกระทำในลักษณะใดลักษณะหนึ่ง ฉะนั้นหากมีการกระทำต่อสิ่งที่กฎหมายมุ่งคุ้มครองในลักษณะต่าง ๆ เช่น การกระทำความผิดทางเพศต่อศพ การขุดหรือเคลื่อนย้ายศพ การชำแหละ หรือทำลายศพ การทำให้ศพเสียรูป เป็นต้น ถือเป็นการกระทำละเมิดต่อคนตายได้อีกประการหนึ่งด้วย

5.2.1.2 การกระทำอนาจารแก่ศพ

ความผิดฐานกระทำอนาจารแก่ศพนั้น ปรากฏในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 366/2²⁵ คำว่า “การกระทำอนาจาร” นี้ ศาลฎีกาของไทยได้วางแนวคำวินิจฉัยไว้ว่า คือการกระทำที่ไม่สมควรในทางเพศ เช่น กอด จูบ ลูบคลำ หรือแตะเนื้อต้องตัวร่างกาย²⁶

การบัญญัติให้การกระทำอนาจารแก่ศพเป็นความผิดนี้ สามารถเทียบเคียงได้กับความผิดฐานรบกวนความสงบสุขของผู้ตาย (disturb the peace of the death)²⁷ ในประมวลกฎหมายอาญา

²⁴ Title 2. Offences against the human persons
Chapter 5. Offences against the Dignity of person
Section 4. Violation of Respect for The Dead
Article 225-17, Article 225-18, Article 225-18-1

²⁵ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 366/2 บัญญัติว่า
“ผู้ใดกระทำอนาจารแก่ศพ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสองปี หรือปรับไม่เกินสี่หมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

²⁶ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4024/2534.
คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3953/2539.
คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5694/2541.

²⁷ Section 168 Desecration of graves etc.

เยอรมัน และความผิดฐานล่วงล้ำร่างกายศพ (sexual penetration of a corpse)²⁸ ซึ่งบัญญัติถึงการล่วงล้ำร่างกายศพ โดยไม่จำกัดเฉพาะกันล่วงล้ำอวัยวะเพศเท่านั้น ตามกฎหมาย Sexual Offence Act 2003 ของประเทศอังกฤษได้เช่นกัน

กฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาไม่ได้บัญญัติถึงความผิดเกี่ยวกับการอนาจารศพไว้อย่างชัดเจน แต่สามารถตีความให้การกระทำอนาจารต่อศพเป็นความผิดได้ตามฐาน “การกระทำความผิดต่อคนตายในลักษณะที่เป็นการทำร้ายความรู้สึกของคนในครอบครัว หรือสังคม” กล่าวคือ หากการกระทำซึ่งถือว่าเป็นการ “อนาจาร” ศพ เกิดขึ้น แล้วเป็นการทำร้ายความรู้สึกของบุคคลที่ยังมีชีวิตอยู่ ซึ่งเป็นสมาชิกในครอบครัวของคนตายที่ถูกกระทำ การกระทำนั้นก็อาจเป็นความผิดฐานนี้ได้ การบัญญัติกฎหมายในลักษณะนี้ เป็นการบัญญัติโดยไม่ได้คำนึงถึงลักษณะของการกระทำ โดยผู้กระทำจากกระทำต่อศพลักษณะใดก็ตาม หากการกระทำนั้นก่อให้เกิดผลเป็นการทำร้ายความรู้สึกโดยทั่วไปของครอบครัวคนตาย ก็อาจเป็นความผิดฐานดังกล่าวได้

กรณีการกระทำความผิดต่อคนตายในลักษณะที่เป็นการทำร้ายความรู้สึกของคนในสังคมนั้น ลักษณะของการบัญญัติกฎหมายนี้ เป็นเช่นเดียวกับการบัญญัติถึงการกระทำต่อคนตายที่เป็นการทำร้ายความรู้สึกโดยทั่วไปของคนในครอบครัวคนตาย กล่าวคือ ไม่ได้ระบุถึงลักษณะของการกระทำต่อคนตายไว้โดยเฉพาะ ฉะนั้นหากมีการกระทำต่อคนตาย และการกระทำนั้นถือได้ว่าเป็นการทำร้ายความรู้สึกคนในสังคม หรือไม่เป็นที่ยอมรับของคนในสังคมแล้ว การกระทำนั้นก็ถือได้ว่าเป็นความผิดฐานการกระทำผิดต่อศพได้

ส่วนในประเทศอังกฤษการกระทำอนาจารแก่ศพนี้ สามารถเทียบเคียงได้กับความผิดเกี่ยวกับเพศ ซึ่งปรากฏในกฎหมาย Sexual Offences Act 2003²⁹ กำหนดความผิดที่กระทำต่อศพไว้ใน

(1) Whosoever unlawfully takes away the body or parts of the body of a deceased person, a dead fetus or parts thereof or the ashes of a deceased person from the custody of the person entitled thereto or whosoever commits defamatory mischief on them, shall be liable to imprisonment not exceeding three years or a fine.

(2) Whosoever destroys or damages the place where a body is laid in state, a burial site or a public memorial for the dead or whosoever commits defamatory mischief on them shall incur the same penalty.

(3) The attempt shall be punishable.

²⁸ สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา, "เรื่องร่างพระราชบัญญัติที่เสนอสภานิติบัญญัติแห่งชาติ จำนวน 9 ฉบับ."

หมวดความผิดเกี่ยวกับเพศ โดยกำหนดความผิดเกี่ยวกับศพไว้ในหมวดความผิดอื่นๆ อันมีลักษณะความผิดไม่ร้ายแรง เช่น มีบทบัญญัติความผิดฐานล่วงล้ำร่างกายศพ (sexual penetration of a corpse) บัญญัติถึงลักษณะการล่วงล้ำร่างกายศพ กำหนดอัตราโทษจำคุกไม่เกินหกเดือน การกระทำความผิดทางเพศต่อคนตายนั้นได้กำหนดความรับผิดสำหรับการกระทำอันไม่เหมาะสมต่อศพไว้ในหมวด 42 ความผิดอื่น ๆ มาตรา 70³⁰ การล่วงเกินทางเพศต่อศพ และมาตรา 78³¹ การมุ่งผลในทางเพศ ซึ่งมีองค์ประกอบเกี่ยวกับการข่มขืนกระทำชำเราตั้งที่กล่าวมาแล้วข้างต้น

ตามจารีตประเพณีแต่เดิมของอังกฤษนั้นเห็นว่า “ศพมนุษย์” ไม่ถือว่าเป็นทรัพย์สิน จึงทำให้เกิดการขโมยศพขึ้นตามความต้องการของโรงเรียนกายวิภาค แม้จะถือว่าเป็นศพไม่เป็นทรัพย์สิน แต่ศพก็ได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายโดยวิธีการอื่น ซึ่งปัจจุบันการกระทำที่หยาบคาย หรือการกระทำที่อนาจารต่อศพนั้น อาจไม่จำเป็นต้องมีความตั้งใจที่จะเอาศพไปอย่างถาวร ก็ถือเป็นความผิดอาญาตาม common law offence

ประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน (Strafgesetzbuch StGB) ไม่ได้บัญญัติความผิดในเรื่องการกระทำอนาจารต่อศพไว้อย่างชัดเจน แต่มีบัญญัติไว้อย่างกว้างๆ ซึ่งสามารถตีความจากบทบัญญัติที่ว่าด้วย “การกระทำที่เป็นการรบกวนความสงบสุขของผู้ตาย” (Disturb the peace of the death.)

²⁹ <http://www.opsi.gov.uk/acts/acts2003/30042-b.htm>

³⁰ Sexual Offences Act 2003

Section 70 Sexual penetration of a corpse

(1) A person commits an offence if

- (a) he intentionally performs an act of penetration with a part of his body or anything else,
- (b) what is penetrated is a part of the body of a dead person,
- (c) he knows that, or is reckless as to whether, that is what is penetrated, and
- (d) the penetration is sexual.

(2) A person guilty of an offence under this section is liable

- (a) on summary conviction, to imprisonment for a term not exceeding 6 months or a fine not exceeding the statutory maximum or both;
- (b) on conviction on indictment, to imprisonment for a term not exceeding 2 years.

³¹ Ibid.

มาตรา 168³² ถือเอาการกระทำต่อคนตายในลักษณะต่างๆ มาจัดเป็นการรบกวนความสงบสุขของคนตายด้วย เช่น การกระทำชำเราศพ การเอาไป หรือการดูหมิ่นศพหรือส่วนของศพ และการกระทำต่อสถานที่ฝังศพ เช่น การทำลาย ทำให้เสียหายซึ่งสถานที่ฝังศพ สถานที่สาธารณะสำหรับระลึกถึงคนตาย หรือการดูหมิ่นสถานที่ดังกล่าว ซึ่งจะได้กล่าวโดยละเอียดต่อไป

ส่วนบทบัญญัติเกี่ยวกับการคุ้มครองศพและบุคคลในครอบครัวของผู้ตายของประเทศฝรั่งเศส ดังปรากฏในประมวลกฎหมายอาญาของฝรั่งเศส (French Penal Code)³³ หมวด 5 ว่าด้วยการกระทำความผิดต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ในลักษณะ 4 เรื่องการฝ่าฝืนความเคารพนับถือต่อคนตาย ซึ่งบทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญาของประเทศฝรั่งเศสนั้น ไม่ได้บัญญัติความผิดในเรื่องการกระทำอนาจารศพไว้อย่างชัดเจน แต่บัญญัติไว้อย่างกว้างๆ ซึ่งสามารถตีความจากบทบัญญัติที่ว่าด้วย “การกระทำที่เป็นการละเมิดต่อศพ” เมื่อได้พิจารณาถึงกฎหมายที่กำหนดให้การกระทำละเมิดต่อคนตาย หรือการละเมิดต่อเนื้อตัวร่างของศพก็ตาม จะเห็นได้ว่ากฎหมายนั้นใช้ถ้อยคำในลักษณะที่ผู้กระทำ ได้กระทำละเมิดต่อสิ่งที่กฎหมายคุ้มครอง โดยมีได้ระบุเฉพาะถึงลักษณะของการกระทำในลักษณะใดลักษณะหนึ่ง ฉะนั้นหากมีการกระทำต่อสิ่งที่กฎหมายมุ่งคุ้มครองในลักษณะต่าง ๆ เช่น การกระทำความผิดทางเพศต่อศพ การกระทำอนาจารศพ การขุดหรือเคลื่อนย้ายศพ การชำแหละ

³² Section 168 Desecration of graves etc.

(1) Whosoever unlawfully takes away the body or parts of the body of a deceased person, a dead fetus or parts thereof or the ashes of a deceased person from the custody of the person entitled thereto or whosoever commits defamatory mischief on them, shall be liable to imprisonment not exceeding three years or a fine.

(2) Whosoever destroys or damages the place where a body is laid in state, a burial site or a public memorial for the dead or whosoever commits defamatory mischief on them shall incur the same penalty.

(3) The attempt shall be punishable.

³³ Title 2. Offences against the human persons

Chapter 5. Offences against the Dignity of person

Section 4. Violation of Respect for The Dead

Article 225-17, Article 225-18, Article 225-18-1

หรือทำลายศพ การทำให้ศพเสียรูป เป็นต้น ถือเป็นการกระทำละเมิดต่อคนตายได้อีกประการหนึ่งด้วย

5.2.1.3 การเคลื่อนย้าย การทำลาย ทำให้เสียหายซึ่งศพ

ประมวลกฎหมายอาญาของไทย ได้กำหนดความผิดเกี่ยวกับการเคลื่อนย้าย การทำลาย ทำให้เสียหายแก่ศพไว้ในมาตรา 366/3³⁴ ซึ่งยังกล่าวรวมไปถึงการกระทำต่อส่วนของศพ อัฐิ และเถ้าของศพอีกด้วย

ในประเทศสหรัฐอเมริกา การกระทำต่อศพที่เป็นความผิดเกี่ยวกับการเคลื่อนย้าย การทำลาย ทำให้เสียหายแก่ศพนั้น มีการกำหนดบทบัญญัติซึ่งอาจแบ่งเป็น 2 ประเภท ได้แก่ การบัญญัติห้ามอย่างชัดเจน เช่นในมลรัฐโคโลราโด มลรัฐอาร์คันซอ มลรัฐโอริกอน มลรัฐเทกซัส มลรัฐเมน มลรัฐอริโซนา และมลรัฐอลาสกา เป็นต้น และการบัญญัติอย่างกว้างซึ่งสามารถตีความจากบทบัญญัติว่าด้วย “การกระทำความผิดต่อศพในลักษณะที่เป็นการทำร้ายความรู้สึกของคนในครอบครัวหรือสังคม” เช่น มลรัฐโอไฮโอ มลรัฐฮาวาย มลรัฐเพนซิลเวเนีย มลรัฐอลาบามา และมลรัฐเทนเนสซี เป็นต้น

กรณีแรก มีบทบัญญัติห้ามชัดเจน ปรากฏในมลรัฐต่อไปนี้ มลรัฐอาร์คันซอ มลรัฐโอริกอน มลรัฐเทกซัส มลรัฐเมน มลรัฐอริโซนา มลรัฐอลาสกา ซึ่งในมลรัฐดังกล่าวมานี้ มีองค์ประกอบคล้ายกัน คือบัญญัติให้การขุด เคลื่อนย้ายศพ เป็นความผิด จะมีความแตกต่างเป็นพิเศษในมลรัฐโคโลราโด ใน Section 18-13-101 (1) (a)³⁵ บุคคลซึ่งมีสิทธิจัดการซากศพตาม Section 15-19-

³⁴ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 366/3 บัญญัติว่า

“ผู้ใดโดยไม่มีเหตุอันสมควร ทำให้เสียหาย เคลื่อนย้าย ทำลาย ทำให้เสื่อมค่า ทำให้ไร้ประโยชน์ ซึ่งศพ ส่วนของศพ อัฐิ หรือเถ้าของศพ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกิน หกหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

³⁵ Colorado Revised Statutes 2014

TITLE 18 CRIMINAL CODE

ARTICLE 13 Miscellaneous Offenses

Section 18-13-101. Abuse of a corpse.

(1) A person commits abuse of a corpse if, without statutory or court-ordered authority, he or she:

(a) Removes the body or remains of any person from a grave or other place of sepulcher without the consent of the person who has the right to dispose of the remains pursuant to section 15-19-106, C.R.S.; or

160 หมายถึง ญาติที่มีชีวิตอยู่หรือเพื่อนสนิทที่มีชีวิตอยู่นั้นเอง ซึ่งความผิดในฐานนี้มืองค์ประกอบเพิ่มเติมเข้ามา คือ ความยินยอมของบุคคลซึ่งมีสิทธิจัดการศพ

กรณีที่สอง มีบทบัญญัติอย่างกว้าง การเคลื่อนย้าย การทำลาย ทำให้เสียหายซึ่งศพที่มีบัญญัติอย่างกว้างนี้ เป็นกรณีที่รัฐนั้นๆ ไม่ได้บัญญัติถึงเรื่องการเคลื่อนย้าย การทำลาย ทำให้เสียหายซึ่งศพให้เป็นความผิดโดยตรง แต่สามารถตีความจากบทบัญญัติที่เขียนไว้อย่างกว้างๆ เช่น ในประเทศสหรัฐอเมริกา หลายมลรัฐมีฐานความผิดว่าด้วย “การกระทำความผิดต่อศพในลักษณะที่เป็นการทำร้ายความรู้สึกของคนในครอบครัว หรือสังคม”

กล่าวคือ หากการกระทำซึ่งถือว่าเป็นการเคลื่อนย้าย การทำลาย ทำให้เสียหายซึ่งศพเกิดขึ้นแล้วเป็นการทำร้ายความรู้สึกของบุคคลที่ยังมีชีวิตอยู่ ซึ่งเป็นสมาชิกในครอบครัวของคนตายที่ถูกกระทำ หรือเป็นการทำร้ายความรู้สึกของคนในสังคม การกระทำนั้นก็อาจเป็นความผิดฐานนี้ได้ การบัญญัติกฎหมายในลักษณะนี้ เป็นการบัญญัติโดยไม่ได้คำนึงถึงลักษณะของการกระทำ โดยผู้กระทำจากกระทำต่อศพลักษณะใดก็ตาม หากการกระทำนั้นก่อให้เกิดผลเป็นการทำร้ายความรู้สึกโดยทั่วไปของครอบครัวคนตาย หรือคนในสังคม ก็อาจเป็นความผิดฐานดังกล่าวได้

ตามกฎหมายคอมมอนลอว์ ถือว่าเป็นความผิดที่กระทำไม่เหมาะสมต่อร่างกายของคนตาย และสามารถฟ้องร้องการรบกวนในมุ้งร้ายหรือผิดกฎหมายต่อร่างกายของคนตายหลังจากฝังศพไปแล้ว หรือการเปิดเผยให้เห็นศพโดยไม่มีพิธีฝังศพที่เหมาะสม หรือการขยศพเพื่อมุ่งหมายกำไรหรือผลประโยชน์ส่วนตัว หรือเพื่อฆ่าแหละสำหรับศึกษา หรือการขุดศพขึ้นมา เว้นแต่เป็นความตั้งใจของคนตายในระหว่างที่ยังมีชีวิตอยู่ หรือเป็นกรณีที่มีความจำเป็นโดยความยินยอมของญาติคนตาย³⁶

นอกจากนั้นการจัดการหรือการทำลายศพ โดยมีเจตนาที่จะขัดขวางการสอบสวนที่จะมีขึ้น ก็จะมีโทษระดับ misdemeanor ตามคอมมอนลอว์³⁷ เช่นเดียวกันกับการโยนศพลงแม่น้ำก็มีโทษระดับ misdemeanor แม้ว่าจะเป็นร่างกายของเด็กที่คลอดออกมาตาย แต่หากการกระทำดังกล่าวเป็นไปตามการประกอบพิธีศพ ก็จะไม่ถือเป็นความไม่เหมาะสม หรือการเผาศพไม่เป็นความผิด เว้น

³⁶ Rollin M. Perkins, *Perkins on Criminal Law*, (Mineola, New York, 1969) page 398.

³⁷ J.C. Smith and Brain Hogan, *Criminal Law Case and Materials*, (Oxford University), page 393.

แต่เป็นเพื่อจุดมุ่งหมายที่จะขัดขวางการสอบสวนตามกฎหมาย หรือการทำอันตรายต่อศพโดยมุ่งร้าย³⁸

ส่วนในประเทศอังกฤษ ตามจารีตประเพณีแต่เดิมนั้นเห็นว่า “ศพมนุษย์” ไม่ถือว่าเป็นทรัพย์สิน จึงทำให้เกิดการขโมยศพขึ้นตามความต้องการของโรงเรียนกายวิภาค แม้จะถือว่าศพไม่เป็นทรัพย์สิน แต่ศพก็ได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายโดยวิธีการอื่น ซึ่งปัจจุบันการกระทำที่หยาบคาย หรือการกระทำที่อนาจารต่อศพนั้น อาจไม่ต้องมีความตั้งใจที่จะเอาศพไปอย่างถาวร ก็ถือเป็นความผิดอาญาตาม common law offence ได้แก่³⁹

1. ผู้กระทำความผิดจัดการเคลื่อนศพขัดขวางการสอบสวนของเจ้าพนักงานชั้นสุตรพลีกศ
2. เคลื่อนย้ายศพไปจากสุสานที่ฝังศพโดยปราศจากอำนาจตามกฎหมาย ไม่ว่าจะเหตุจูงใจหรือวัตถุประสงค์ของการย้ายคืออะไรก็ตาม
3. จัดการผ่าศพเพื่อการศึกษา โดยปราศจากอำนาจตามกฎหมาย เป็นต้น

นอกจากนั้น การทิ้งศพไว้โดยไม่ฝัง เมื่อมีพันธะตามกฎหมายต่อผู้ตายและสามารถที่จะจัดการฝังศพได้อย่างเหมาะสม แต่ไม่ได้จัดการอย่างเหมาะสม, ขัดขวางการฝังศพที่เหมาะสมตามกฎหมาย หรือในกรณีเป็นการขัดขวางแนวทางปฏิบัติในกระบวนการยุติธรรม โดยการปกปิดศพ ก็เป็นการกระทำความผิดตาม common law offence เช่นกัน

ในส่วนของการกระทำความผิดต่อศพที่เป็นการเคลื่อนย้าย ทำลาย หรือทำให้เสียหายนั้น ปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายอาญาของไทยใน มาตรา 366/3⁴⁰ ซึ่งประเทศไทยได้ร่างมาตรานี้โดยเอาแบบอย่างมาจากประมวลกฎหมายอาญาของประเทศอิตาลี⁴¹ จึงมีความคล้ายคลึงกันอยู่มาก แต่อย่างไรก็ดี ประเทศไทยก็ไม่ได้รับเอาฐานความผิดที่กระทำต่อศพของประเทศอิตาลีมาทั้งหมด

³⁸ Rollin M. Perkins, supra note 6, page 398.

³⁹ Ian Mclean and Peter Morrish, Harris's Criminal Law, (London: Sweet & Maxwell, 1973), page 258.

⁴⁰ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 366/- บัญญัติว่า

“ผู้ใดโดยไม่มีเหตุอันสมควร ทำให้เสียหาย เคลื่อนย้าย ทำลาย ทำให้เสื่อมค่า หรือทำให้ไร้ประโยชน์ ซึ่งศพ ส่วนของศพ อัฐิ หรือเถ้าของศพ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

⁴¹ สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา, "เรื่องร่างพระราชบัญญัติที่เสนอสถานติบัญญัติแห่งชาติ จำนวน 9 ฉบับ."

ในประเทศเยอรมนีมีบทบัญญัติความผิดฐานรบกวนความสงบสุขของผู้ตาย (disturb the peace of the death.) กำหนดอัตราโทษจำคุกไม่เกินสามปี⁴² ซึ่งในความผิดฐานนี้ ยังมีบทบัญญัติแยกย่อยออกไปอีก ได้แก่ ความผิดเกี่ยวกับการยกย้ายเอาไปซึ่งศพ การทำลายสถานที่ฝังศพ และการดูหมิ่นสถานที่ฝังศพ อีกทั้งแม้แต่การพยายามกระทำความผิดดังกล่าวก็มีความผิดด้วย ซึ่งกฎหมายอาญาของประเทศไทยไม่ได้บัญญัติอย่างชัดเจนลงไปในตัวบทว่าการพยายามกระทำความผิดในความผิดเกี่ยวกับศพเป็นความผิดซึ่งต้องได้รับโทษ เหมือนเช่นประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน (Strafgesetzbuch StGB) ได้กำหนดไว้ อีกทั้งเรื่องนี้ได้กำหนดครอบคลุมไปถึงทารกที่ตายในครรภ์ หรือส่วนของทารกนั้นไว้อย่างชัดเจน เพื่อเลี่ยงปัญหาในเรื่องการตีความสภาพบุคคลดังกล่าว

ในส่วนของการยกย้ายหรือเอาไปซึ่งศพหรือส่วนใดส่วนหนึ่งของศพนั้น ประมวลกฎหมายอาญาของไทยในมาตรา 366/3⁴³ ก็ได้บัญญัติไว้ทำนองเดียวกัน และต้องเป็นการกระทำโดย “ไม่มีเหตุอันสมควร” ด้วย แต่ที่กฎหมายไทยให้ความคุ้มครองไปไม่ถึงคือ ในส่วนของการคุ้มครองทารกที่ตายในครรภ์ ซึ่งกฎหมายไทยถือว่าทารกในครรภ์มารดานั้นยังไม่มีสภาพบุคคล จึงยังไม่ได้รับการคุ้มครองอย่างสมบูรณ์ตามกฎหมาย อีกทั้งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 15 ได้กำหนดว่าสภาพบุคคลสิ้นสุดลงเมื่อตาย ดังนั้นจะมีปัญหาในกรณีที่เมื่อยังทารกไม่คลอด ยังไม่มีสภาพบุคคลตามกฎหมาย จะถือว่าตายกลายเป็น “ศพ” เมื่อใด เพราะหากตีความว่าเมื่อยังไม่มีสภาพบุคคลจะไปสิ้นสุดสภาพบุคคลหรือตายตามกฎหมายเมื่อใด

ประเทศฝรั่งเศสได้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการคุ้มครองศพและบุคคลในครอบครัวของ เรื่องการฝ่าฝืนความเคารพนับถือต่อคนตาย ซึ่งบทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญาของประเทศฝรั่งเศสนั้น ไม่ได้บัญญัติความผิดในเรื่องการกระทำอนาจารศพไว้อย่างชัดเจน แต่บัญญัติไว้อย่างกว้างๆ ซึ่งสามารถตีความจากบทบัญญัติที่ว่าด้วย “การกระทำที่เป็นการละเมิดต่อศพ”⁴⁴ ซึ่งเมื่อได้พิจารณาถึง

⁴² เรื่องเดียวกัน.

⁴³ อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 36.

⁴⁴ French PENAL CODE

TITLE II OFFENCES AGAINST THE HUMAN PERSON

CHAPTER V OFFENCES AGAINST THE DIGNITY OF PERSONS

SECTION IV VIOLATIONS OF RESPECT FOR THE DEAD

ARTICLE 225-17

กฎหมายที่กำหนดให้การกระทำละเมิดต่อคนตาย หรือการละเมิดต่อเนื้อตัวร่างของศพก็ตาม จะเห็นได้ว่ากฎหมายนั้นใช้ถ้อยคำในลักษณะที่ผู้กระทำ ได้กระทำละเมิดต่อสิ่งที่กฎหมายคุ้มครอง โดยมีได้ระบุเฉพาะถึงลักษณะของการกระทำในลักษณะใดลักษณะหนึ่ง ฉะนั้นหากมีการกระทำต่อสิ่งที่กฎหมายมุ่งคุ้มครองในลักษณะต่าง ๆ เช่น การกระทำความผิดทางเพศต่อศพ การกระทำอนาจารศพ การขุดหรือเคลื่อนย้ายศพ การชำแหละ หรือทำลายศพ การทำให้ศพเสียรูป เป็นต้น ถือเป็นการกระทำละเมิดต่อคนตายได้อีกประการหนึ่งด้วย

ประมวลกฎหมายอาญาของญี่ปุ่น (Japan Penal Code 1907)⁴⁵ การทำลาย ละทิ้ง หรือครอบครองศพโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้น กฎหมายที่บัญญัติให้การครอบครอง หรือการซื้อขายศพมนุษย์โดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย เป็นความผิดนั้น เป็นบัญญัติที่ทำให้เกิดความชัดเจนว่าศพมนุษย์ไม่สามารถครอบครอง หรือซื้อขายกันได้ หากไม่มีอำนาจตามกฎหมาย ซึ่งหากไม่มีบทบัญญัติเช่นนี้อาจจะต้องนำบทบัญญัติความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สินมาใช้ ซึ่งยังไม่มีคำแนะนำว่าจะสามารถนำมาปรับใช้กับศพมนุษย์ ได้หรือไม่

ในมาตรา 190 เดิมซึ่งบัญญัติในลักษณะเดียวกับเดียวกันในบทบัญญัตินี้ ได้มีการอธิบายว่าสิ่งที่กฎหมายมุ่งจะคุ้มครองคือ ความสงบสุขของสาธารณะ และศีลธรรมอันดี โดยไม่ได้คุ้มครองผลประโยชน์ของบุคคลที่เกี่ยวกับสิทธิในทรัพย์สิน และคำว่า “ศพ” ในที่นี้ให้รวมถึงทารกที่ตายในครรภ์มารดาที่ตั้งครรภ์ตั้งแต่ 4 เดือนขึ้นไปด้วย ซึ่งการบัญญัติเช่นนี้น่าสนใจมาก เพราะเป็นการให้คำนิยาม ความคุ้มครองครอบคลุมไปถึงทารกในครรภ์มารดาที่ยังไม่มีสภาพบุคคลตามกฎหมาย หากถูกกระทำที่ไม่เหมาะสม ก็เป็นความผิดด้วยเช่นกัน ซึ่งในประเทศไทยนั้นคำจำกัดความของคำว่า “ศพ” ยังไม่มีความแน่ชัด หากสามารถบัญญัติให้ชัดเจนเช่นนี้ได้ น่าจะแก้ไขความไม่ชัดเจนดังกล่าวได้

Any violation of the physical integrity of a corpse, by any means, is punished by one year's imprisonment and a fine of €15,000.

The violation or desecration of tombs, burials grounds or monuments erected to the memory of the dead, committed by any means, is punished by one year's imprisonment and a fine of €15,000.

The penalty is increased to two years' imprisonment and to a fine of €30,000 where the offences defined under the previous paragraph were accompanied by a violation of the physical integrity of the corpse.

⁴⁵ Chapter 24. Crimes Related to Places of Worship and Graves

5.2.1.4 การดูหมิ่นศพ

ประมวลกฎหมายอาญาของไทยในลักษณะ 13 ความผิดเกี่ยวกับศพ ได้กำหนดความผิดเกี่ยวกับการดูหมิ่นเหยียดหยามศพไว้ในมาตรา 366/4⁴⁶ โดยกำหนดโทษจำคุกไม่เกินสามเดือน หรือปรับไม่เกินห้าพันบาท อีกทั้งยังมีบทบัญญัติเกี่ยวกับการดูหมิ่นคนตายในมาตรา 327⁴⁷ ซึ่งจำกัดเฉพาะการกระทำที่เป็นการใส่ความเท่านั้น และการใส่ความนั้น ต้องน่าจะเป็นเหตุให้บิดามารดา คู่สมรส หรือบุตรของผู้ตายเสียชื่อเสียง ถูกดูหมิ่น หรือถูกเกลียดชัง จึงจะถือเป็นความผิด ซึ่งต่างจากบทบัญญัติในประเทศต่างๆ ซึ่งไม่จำกัดเฉพาะการกระทำที่เป็นการใส่ความเท่านั้น และไม่คำนึงถึงว่าการดูหมิ่นนั้นจะก่อให้เกิดผลกระทบต่อบุคคลในครอบครัวของคนตายหรือไม่ มาตรา 327 ให้ความคุ้มครองแก่บิดามารดา บุตร และคู่สมรสของผู้ตาย แต่ไม่ได้ให้ความคุ้มครองศักดิ์ศรีของศพโดยตรง นอกจากนั้น การกำหนดความผิดที่เป็นการดูหมิ่นคนตายในต่างประเทศนั้น ได้มีการกำหนดให้ความคุ้มครองถึงสถานที่ฝังศพ หรือสิ่งระลึกถึงคนตายประการอื่นด้วย

ส่วนในกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา⁴⁸ ไม่ได้บัญญัติถึงความผิดเกี่ยวกับการดูหมิ่นเหยียดหยามศพไว้อย่างชัดเจน แต่สามารถตีความให้การกระทำซึ่งเป็นการดูหมิ่นเหยียดหยามศพเป็นความผิดได้ตามฐาน “การกระทำความผิดต่อคนตายในลักษณะที่เป็นการทำร้ายความรู้สึกของคนในครอบครัว หรือสังคม” กล่าวคือ หากการกระทำซึ่งถือว่าการดูหมิ่นเหยียดหยามศพเกิดขึ้น แล้วเป็นการทำร้ายความรู้สึกของบุคคลที่ยังมีชีวิตอยู่ ซึ่งเป็นสมาชิกในครอบครัวของคนตายที่ถูกกระทำการกระทำนั้นก็อาจเป็นความผิดฐานนี้ได้ การบัญญัติกฎหมายในลักษณะนี้ เป็นการบัญญัติโดยไม่ได้คำนึงถึงลักษณะของการกระทำ โดยผู้กระทำจากกระทำต่อศพลักษณะใดก็ตาม หากการกระทำนั้นก่อให้เกิดผลเป็นการทำร้ายความรู้สึกโดยทั่วไปของครอบครัวคนตาย ก็อาจเป็นความผิดฐานดังกล่าวได้

⁴⁶ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 366/4 บัญญัติว่า

“ผู้ใดกระทำความผิดด้วยประการใด ๆ อันเป็นการดูหมิ่นเหยียดหยามศพ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน สามเดือน หรือปรับไม่เกินห้าพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

⁴⁷ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 327 บัญญัติว่า

“ผู้ใดใส่ความผู้ตายต่อบุคคลที่สาม และการใส่ความนั้นน่าจะเป็นเหตุให้ บิดา มารดา คู่สมรส หรือบุตรของผู้ตาย เสียชื่อเสียง ถูกดูหมิ่น หรือถูกเกลียดชัง ผู้นั้นกระทำความผิดฐานหมิ่นประมาทต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามเดือน หรือปรับไม่เกินห้าพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

แต่ยังมีกฎหมายในบางมลรัฐที่บัญญัติลักษณะของการกระทำฐานดูหมิ่นศพไว้อย่างชัดเจน เช่น มลรัฐเมน (Maine) ใน Section 507⁴⁸ มาตรฐานไม่ได้บัญญัติถึงการดูหมิ่นตัวศพไว้อย่างชัดเจน แต่เป็นการให้ความคุ้มครองสถานที่ฝังศพ สิ่งก่อสร้างหรืออนุสาวรีย์ต่างๆ แต่สิ่งที่น่าสนใจคือในข้อ 2 เป็นการให้คำนิยามของคำว่า “อนาจาร” ไว้ในตัวบท ซึ่งไม่ปรากฏในประมวลกฎหมายอาญาของไทย และการบัญญัติคำนิยามดังกล่าว เป็นการช่วยให้การตีความง่ายขึ้น

ส่วนในประเทศเยอรมนี เนื่องจากกฎหมายเยอรมันไม่ได้กำหนดความผิดฐานดูหมิ่นเหยียดหยามศพไว้โดยเฉพาะ บัญญัติเพียงแค่การดูหมิ่นสถานที่ฝังศพเท่านั้น แต่อย่างไรก็ตาม สามารถตีความให้การดูหมิ่นเหยียดหยามศพเป็นความผิดตามฐาน “การรบกวนความสงบสุขของผู้ตาย” (disturb the peace of the death.) ได้ ซึ่งจะกล่าวถึงโดยละเอียดต่อไป

ประมวลกฎหมายอาญาอิตาลี กำหนดความผิดเกี่ยวกับศพไว้ในหมวด 1 ว่าด้วยอาชญากรรมอันเป็นปรปักษ์ต่อความรู้สึกทางศาสนา⁴⁹ และหมวด 2 ว่าด้วยอาชญากรรมอันเป็นปรปักษ์ต่อคนตาย บัญญัติถึงการละเมิดต่อสถานที่ฝังศพ การลบหลู่สุสาน ศพ หรือเถ้าของศพ การรบกวนพิธีศพ การทำให้ศพเสียโฉม การกระทำทารุณต่อศพ การทำลาย กำจัด หรือเคลื่อนย้ายศพ หรือส่วนใดส่วนหนึ่ง

⁴⁸ Maine revised statutes

Title 17-A: MAINE CRIMINAL CODE

Part 2: SUBSTANTIVE OFFENSES

Chapter 21: OFFENSES AGAINST PUBLIC ORDER

Section 507. Desecration and defacement

1. A person is guilty of desecration and defacement if he intentionally desecrates any public monument or structure, any place of worship or burial, or any private structure not owned by him.

2. As used in this section, "desecrate" means marring, defacing, damaging or otherwise physically mistreating, in a way that will outrage the sensibilities of an ordinary person likely to observe or discover the actions.

3. Desecration is a Class D crime.

⁴⁹ The Italy Penal code

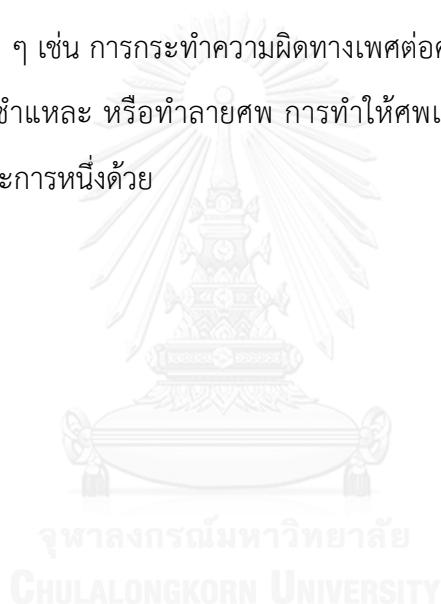
Title 4. Crimes Against Religious Sentiment and Reverence for the Dead

Chapter 2. Crimes Against Reverence for the Dead

Article 407-413

ของศพ การปิดบังอำพรางศพ เป็นต้น กฎหมายที่บัญญัติให้การลบลู่เป็นความผิดนั้น ปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายอาญาของประเทศอิตาลี ในมาตรา 410 วรรคแรก⁵⁰

ประเทศฝรั่งเศสสบทบบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญาของประเทศฝรั่งเศสนั้น ไม่ได้บัญญัติความผิดในเรื่องการกระทำอนาจารศพไว้อย่างชัดเจน แต่บัญญัติไว้อย่างกว้างๆ ซึ่งสามารถตีความจากบทบัญญัติที่ว่าด้วย “การกระทำที่เป็นการละเมิดต่อศพ” ดังนั้น เมื่อได้พิจารณาถึงกฎหมายที่กำหนดให้การกระทำละเมิดต่อคนตาย หรือการละเมิดต่อเนื้อตัวร่างของศพก็ตาม จะเห็นได้ว่ากฎหมายนั้นใช้ถ้อยคำในลักษณะที่ผู้กระทำ ได้กระทำละเมิดต่อสิ่งที่กฎหมายคุ้มครอง โดยมีได้ระบุเฉพาะถึงลักษณะของการกระทำในลักษณะใดลักษณะหนึ่ง ฉะนั้นหากมีการกระทำต่อสิ่งที่กฎหมายคุ้มครองในลักษณะต่าง ๆ เช่น การกระทำความผิดทางเพศต่อศพ การกระทำอนาจารศพ การขูดหรือเคลื่อนย้ายศพ การชำแหละ หรือทำลายศพ การทำให้ศพเสียรูป เป็นต้น ถือเป็นการกระทำละเมิดต่อคนตายได้อีกประการหนึ่งด้วย



⁵⁰ The Italian Penal Code

Article 410 Vilification of Corpse.

Whoever commits an act of vilification on corpse or its ashes shall be punished by imprisonment for from one to three years.

ตารางที่ 1 ลักษณะของการกระทำซึ่งมีองค์ประกอบความผิดเกี่ยวข้องกับกฎหมายไทย

ลักษณะของ การกระทำ	สหรัฐอเมริกา	อังกฤษ	เยอรมนี	อิตาลี	ฝรั่งเศส	ญี่ปุ่น	ไทย
1.การ กระทำ ชำเราศพ	State of Rhode Island General Laws. (ดูภาคผนวก ถ.)	Sexual Offences Act 2003. sexual penetration of a corpse. (ดูภาคผนวก ต.)	Strafgesetzbuch StGB : Disturb the peace of the death. (ดูภาคผนวก ซ.)	-	French Penal Code. (ดูภาคผนวก ฉ.)	-	ปอ. 366/1 (ดูหน้า 59)
2.การ กระทำ อนาจารแก่ ศพ	-	Sexual Offences Act. 2003. มาตรา 70 และมาตรา 78 (ดูภาคผนวก ต.)	Strafgesetzbuch StGB : Disturb the peace of the death. มาตรา 168 (ดูภาคผนวก ซ.)	-	French Penal Code. (ดูภาคผนวก ฉ.)	-	ปอ. 366/2 (ดูหน้า 60)
3.การ เคลื่อนย้าย การทำลาย ทำให้ เสียหายซึ่ง ศพ	Colorado Revised Statutes 2014. (ดูภาคผนวก จ.)	Common Law Offence. (ดูภาคผนวก ต.)	Disturb the peace of the death. (ดูภาคผนวก ซ.)	Italian Penal Code : Article 408 Vilification of Tombs. (ดูภาคผนวก ฎ.)	Violations of respect for the dead. (ดูภาคผนวก ฉ.)	Japan Penal Code 1907. (ดูภาคผนวก ฏ.)	ปอ. 366/3 (ดูหน้า 61)
4.การดูหมิ่น ศพ	Maine revised statutes : Section 507. Desecration and defacement. (ดูภาคผนวก ซ.)	-	Disturb the peace of the death. (ดูภาคผนวก ซ.)	Italian Penal Code : Article 410. (ดูภาคผนวก ฎ.)	Violations of respect for the dead. (ดูภาคผนวก ฉ.)	-	ปอ. 366/4 (ดูหน้า 63)

5.2.2 ลักษณะของการกระทำความผิดที่อาจนำมาบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญาของไทย

5.2.2.1 การขุดศพหรือสถานที่ฝังศพ การเอาไปซึ่งศพ และการละทิ้งศพ

บทบัญญัติที่ว่าด้วยการขุดศพและสถานที่ฝังศพของประเทศสหรัฐอเมริกา ปรากฏในหลายมลรัฐ เช่น มลรัฐเทนเนสซี มลรัฐอาร์คันซอ มลรัฐโอริกอน มลรัฐเทกซัส มลรัฐเมน มลรัฐอริโซนา มลรัฐอลาสกา เป็นต้น ซึ่งมีองค์ประกอบความผิดคล้ายกัน กล่าวคือบัญญัติว่าการขุดศพ หรือสถานที่ฝังศพ และการเอาไปซึ่งศพนั้น เป็นความผิด ส่วนการทำให้ศพเสียรูป หั่นหรือทุบตีศพ ทำลาย หรือการละทิ้งศพ ปรากฏในหลายๆ มลรัฐ ได้แก่ มลรัฐอาร์คันซอ มลรัฐโอริกอน มลรัฐเมน มลรัฐอริโซนา มลรัฐอินเดียนา และมลรัฐอลาสกา เป็นต้น

ประมวลกฎหมายอาญาของมลรัฐเทนเนสซี เป็นกรณีขุดศพที่ประกอบพิธีฝังศพแล้ว หรือที่ฝังแล้วโดยประการอื่น⁵¹ เป็นการให้ความคุ้มครองกับศพที่ประกอบพิธีกรรมทางศาสนาแล้ว เป็นการให้ความสำคัญกับศาสนาและความเชื่อของชาวคริสต์ที่ว่า เมื่อถึงวันพิพากษาโลกนั้น ร่างกายของมนุษย์ที่ตายไปแล้ว จะต้องฟื้นกลับมาเพื่อฟังคำพิพากษาของพระเจ้า⁵² ดังนั้น ด้วยความเชื่อเช่นว่านี้ จึงให้ความสำคัญกับร่างกายของศพมาก คุ้มครองไม่ให้ขุดขึ้นมาในลักษณะล่วงละเมิดต่อศพโดยไม่ชอบ

มลรัฐเทกซัส มลรัฐอลาสกา และ มลรัฐโอริกอน มีบทบัญญัติว่าด้วยการขุด รบกวน ทำให้เสียหาย ขนย้าย และการปิดบังการขุดศพโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย⁵³ บทบัญญัติในกลุ่มนี้นั้นแบ่งเป็น

⁵¹ Tennessee Code

Title 39 Criminal Offenses

Chapter 17 Offenses Against Public Health, Safety and Welfare

Part 3 Disorderly Conduct and Riots

Section 39-17-312. Abuse of corpse.

(a) A person commits an offense who, without legal privilege, knowingly:

(2) Disinters a corpse that has been buried or otherwise interred; or

⁵² <http://www.orthodox.or.th/index.php?content=history&lang=th>

⁵³ Texas Statutes

Title 9: OFFENSES AGAINST PUBLIC ORDER AND DECENCY

สองกลุ่ม (1) นั้นเป็นกรณีการขุดศพขึ้นมาธรรมดา ส่วนกรณี (2) เป็นการขุดขึ้นมาโดยไม่ชอบแล้ว ปิดบังไว้ เป็นการบัญญัติให้ผิดทั้งขณะขุดศพ และหลังจากขุดศพต่อเนื่องกัน โดยคุณธรรมทางกฎหมายที่มุ่งคุ้มครองนั้นก็คือการคุ้มครองศพไม่ให้ถูกขุดขึ้นมา ด้วยเหตุผลทางศาสนาดังกล่าว และเพื่อความสงบเรียบร้อยของสังคม

ในมลรัฐเมนนั้น กำหนดความผิดสำหรับการขุด การเคลื่อนย้าย หรือการซ่อนเร้นศพ หรือ ส่วนได้ส่วนหนึ่งของศพมนุษย์หรือเถ้าของศพ⁵⁴ กรณีนี้จึงมีความครอบคลุมมากกว่าบทบัญญัติของมลรัฐอื่นๆ เนื่องจากมีการคุ้มครองครอบคลุมไปถึงส่วนหนึ่งส่วนใดของศพ และเถ้าของศพด้วย สอดคล้องกับ มาตรา 336/3⁵⁵ ที่ให้ความคุ้มครองถึงส่วนของศพ อัฐิ หรือเถ้าของศพ แต่ต่างกันที่ลักษณะของการกระทำความผิดนั้น ต้องเป็นการทำให้เสียหาย เคลื่อนย้าย ทำลาย ทำให้เสื่อมค่า ไม่ได้ระบุนถึงการขุด และซ่อนเร้นเหมือนบทบัญญัติของมลรัฐเมน

Chapter 42: DISORDERLY CONDUCT AND RELATED OFFENSES

Section 42.08: ABUSE OF CORPSE

(a) A person commits an offense if the person, without legal authority, knowingly:

(1) disinters, disturbs, damages, dissects, in whole or in part, carries away, or treats in an offensive manner a human corpse;

(2) conceals a human corpse knowing it to be illegally disinterred;

⁵⁴ Maine revised statutes

Title 17-A: MAINE CRIMINAL CODE

Part 2: SUBSTANTIVE OFFENSES

Chapter 21: OFFENSES AGAINST PUBLIC ORDER

Section 508. Abuse of corpse

1. A person is guilty of abuse of corpse if he intentionally and unlawfully disinters, digs up, removes, conceals, mutilates or destroys a human corpse, or any part or the ashes thereof.

⁵⁵ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 366/3 บัญญัติว่า

“ผู้ใดโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร ทำให้เสียหาย เคลื่อนย้าย ทำลาย ทำให้เสื่อมค่า หรือทำให้ไร้ประโยชน์ ซึ่งศพ ส่วนของศพ อัฐิ หรือเถ้าของศพ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

ลักษณะการกระทำความผิดที่เป็นการขุด หรือการเคลื่อนย้ายศพ ในมลรัฐอริโซนา⁵⁶ ต้องมีเจตนาพิเศษคือ ต้องกระทำด้วยความประสงค์ร้าย หรือตั้งใจจะเอาไปขาย หรือนำไปเพื่อฝ่าฝืนการศึกษา โดยไม่ได้รับความยินยอม ไม่ชอบด้วยกฎหมายด้วย จึงเป็นบทบัญญัติที่ต่างไปจากบทบัญญัติของมลรัฐอื่น และบทบัญญัติทั้งสี่มาตราของประมวลกฎหมายอาญาของไทยนั้น ไม่ได้บัญญัติเจตนาพิเศษลงไปเช่นเดียวกับมาตรานี้

ประเทศญี่ปุ่นเป็นประเทศที่นับถือศาสนาชินโตและศาสนาพุทธ ซึ่งโดยส่วนใหญ่ไม่ได้ใช้วิธีเผาศพแบบประเทศไทย แต่ใช้วิธีฝังศพคล้ายวัฒนธรรมจีน และเป็นประเทศที่มีศาลเจ้ามากมาย ซึ่งศาลเจ้าเหล่านั้นส่วนมากไม่ได้เป็นเทพดาหรือพระเจ้า แต่เป็นมนุษย์ธรรมดาที่ประกอบคุณงามความดีมากๆ เมื่อตายลงจึงมีคนในหมู่บ้านนั้นๆ จัดทำศาลเจ้าขึ้นมาเพื่อเป็นที่กราบไหว้ขอพรและระลึกถึงคุณงามความดี ซึ่งในหลายที่ก็เป็นสุสานหรือสถานที่ฝังศพของวีรบุรุษผู้นั้น ดังนั้นในประเทศญี่ปุ่นจึงให้ความสำคัญกับสุสานหรือศาลเจ้ามาก เพราะเห็นว่าผู้ที่ประกอบคุณงามความดีไว้มากนั้น เมื่อตายลงก็ไม่ควรถูกรบกวนโดยการขุดสุสาน จึงกำหนดให้การกระทำนี้เป็นความผิด

อีกทั้งที่น่าสนใจคือ การกำหนดโทษให้จำคุกร่วมกับการใช้แรงงาน⁵⁷ นั้น เป็นการลงโทษเพื่อวัตถุประสงค์เป็นการข่มขู่ไม่ให้ผู้อื่นกระทำเช่นนั้น และยังเป็นการลงโทษเพื่อให้ผู้กระทำความผิดเข็ด

⁵⁶ Arizona Revised Statutes

Title 32 - Professions and Occupations

Chapter 12 funeral directors and embalmers

Article 3 regulation and Enforcement

Section 32-1364. Crimes against the dead: classification

B. It is unlawful for a person, without the authority of law, to disinter or remove a dead human body or any part of a dead human body from its sepulcher, grave or other interment site, or from the place where the body is awaiting disposition, with malice or wantonness or with the intent to sell or dissect the body.

⁵⁷ JAPAN PENAL CODE (Act No.45 of 1907)

Chapter XXIV. Crimes Related to Places of Worship and Graves

Article 190. (Destruction of Corpses)

หลายอีกด้วย นับเป็นการผ่อนผันโทษให้ผู้ที่กระทำความผิดฐานนี้ไม่ต้องรับโทษจำคุกอย่างเดียว แต่ให้ใช้แรงงานควบคุมไปด้วย เนื่องจากการชดศพนั้นอาจมองได้ว่าเป็นการกระทำในลักษณะลหุโทษ ซึ่งหากมีการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายไทย ให้การชดศพเป็นความผิดด้วย ก็เห็นควรว่าให้นำการกำหนดโทษในลักษณะผ่อนผันแบบกฎหมายประเทศญี่ปุ่นมาใช้ร่วมด้วย

การชดศพที่จะเป็นความผิดตามที่กล่าวมานี้ อาจเป็นศพที่ประกอบพิธีแล้วฝัง หรือเป็นการฝังด้วยวิธีอื่นก็ได้ ถือเป็นการบัญญัติให้ความคุ้มครองศพที่ค่อนข้างกว้าง และอาจจะนำมาปรับใช้กับประเทศไทยได้ เพราะความเชื่อของศาสนาคริสต์นั้น ให้ความสำคัญกับวันพิพากษาโลก ที่เชื่อว่าพระเจ้าจะกลับมาพิพากษาทั้งคนเป็นและคนที่ตายไปแล้ว โดยการปลุกขึ้นมาจากหลุมศพ แล้วทำการพิพากษา ดังนั้นศาสนาคริสต์จึงได้ให้ความสำคัญกับร่างของศพที่ฝังไปแล้ว ถึงขนาดห้ามไม่ให้ขุดขึ้นมาเลย ไม่ว่าจะโดยเหตุผลใด ในขณะที่ประเทศไทยนั้น เป็นประเทศที่มีศาสนาพุทธเป็นศาสนาประจำชาติ ซึ่งคนที่นับถือศาสนาพุทธนั้นมีวิธีจัดการกับศพทั้งเผาและฝัง กรณีการฝัง เช่นในการฝังศพของคนจีน ที่มีการสร้างฮวงซุ้ยนั้น เมื่อถึงเวลาหนึ่งที่ป่าชำเต็ม ไม่มีที่ฝังศพแล้วนั้น ก็จะมีการทำพิธีล้างป่าชำ โดยการขุดเอาศพหรือกระดูกขึ้นมาทำพิธี เพื่อจะได้มีพื้นที่ฝังศพใหม่ๆ ต่อไป จึงไม่อาจถือได้ว่าการขุดขึ้นมาเฉยๆ โดยไม่มีเจตนาพิเศษเป็นความผิดอาญาไปได้ แต่เมื่อพิจารณาตามเหตุการณ์ที่เคยปรากฏก็มีการขุดศพขึ้นมาทำเครื่องรางของขลังโดยไม่ชอบ จึงอาจนำลักษณะการกระทำที่เป็นการ “ขุดศพ ขึ้นมาโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย” มาบัญญัติเพิ่มเติมเป็นอีกลักษณะหนึ่งของการกระทำความผิดในลักษณะ 13 ของประมวลกฎหมายอาญา

ส่วนกรณีการละทิ้งศพ ผู้เขียนเห็นว่ามีความจำเป็นด้วยเหตุผลทางด้านอนามัย จึงน่าจะกำหนดเป็นความผิด แต่อาจจะกำหนดให้เป็นเพียงลหุโทษเท่านั้น เนื่องจากเป็นลักษณะการกระทำความผิดที่ไม่ร้ายแรงมากนัก

5.2.2.2 การปิดบัง ซ่อนเร้น ลอบฝังศพ

ในประเทศสหรัฐอเมริกา ปรากฏฐานความผิดเกี่ยวกับการปิดบัง ซ่อนเร้น ลอบฝังศพโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ในมลรัฐเทกซัส มลรัฐเมน และ มลรัฐโอลาสกา ซึ่งมีลักษณะของการกระทำคล้าย

A person who damages, abandons or unlawfully possesses a corpse, the ashes or hair of a dead person, or an object placed in a coffin shall be punished by imprisonment with work for not more than 3 years.

กับมาตรา 199⁵⁸ ประมวลกฎหมายอาญาของไทยที่บัญญัติให้การลอบฝัง ซ่อนเร้น ย้ายหรือทำลายศพหรือส่วนของศพ แต่ที่แตกต่างคือกฎหมายไทยมีเจตนาพิเศษเพื่อปิดบังการเกิด การตาย หรือเหตุแห่งการตาย ซึ่งเป็นเหตุผลในการคุ้มครองพยานหลักฐาน ไม่ได้คุ้มครองการปิดบังซ่อนเร้นศพที่ทำโดยไม่ชอบ แต่กฎหมายของสหรัฐอเมริกาที่บัญญัติว่า “โดยไม่ได้รับอนุญาตตามกฎหมาย”⁵⁹ ซึ่งหากมีการกระทำลักษณะเช่นนี้เกิดขึ้นที่ประเทศไทย ก็ไม่เป็นความผิด เนื่องจากไม่ได้มีเจตนาพิเศษเพื่อปิดบังการเกิดการตายดังกล่าว จึงเห็นว่าควรมีบทบัญญัติลักษณะเช่นนี้ในลักษณะ 13 ประมวลกฎหมายอาญา เพื่อเป็นการกำหนดลักษณะของการกระทำให้ครอบคลุมยิ่งขึ้น ซึ่งหมายความว่าแม้จะไม่มีเจตนาพิเศษดังกล่าว แต่เป็นการทำโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายก็เป็นความผิด

กฎหมายที่กำหนดความผิดสำหรับการกระทำที่เป็นการปิดบังอำพราง ซ่อนเร้น ลอบฝังศพหรือส่วนใดส่วนหนึ่งของศพของประเทศอังกฤษนั้น มีปรากฏอยู่ในบทบัญญัติ Offences Against The Person Act 1861⁶⁰ มีการกำหนดไว้เป็นพิเศษ หรือกำหนดไว้อย่างชัดเจนถึงการกระทำต่อศพของเด็ก ไม่ว่าจะเด็กนั้นจะตายก่อน ขณะ หรือภายหลังเกิดก็ตาม และแม้จะเป็นบัญญัติที่กำหนดถึง

⁵⁸ ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 199 บัญญัติว่า

“ผู้ใดลอบฝัง ซ่อนเร้น ย้ายหรือทำลายศพ หรือส่วนของศพ เพื่อปิดบังการเกิด การตาย หรือเหตุแห่งการตาย ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือปรับไม่เกินสองพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

⁵⁹ Texas Statutes

Title 9: OFFENSES AGAINST PUBLIC ORDER AND DECENCY

Chapter 42: DISORDERLY CONDUCT AND RELATED OFFENSES

Section 42.08: ABUSE OF CORPSE

(a) A person commits an offense if the person, without legal authority, knowingly:

(1) disinters, disturbs, damages, dissects, in whole or in part, carries away, or treats in an offensive manner a human corpse;

(2) conceals a human corpse knowing it to be illegally disinterred;

⁶⁰ Offences against the Person Act 1861

Section 60

If any woman shall be delivered of a child, every person who shall, by any secret disposition of the dead body of the said child, whether such child died before, at, or after its birth, endeavour to conceal the birth thereof, shall be guilty of (an offence), and being convicted, thereof shall be liable, at the discretion of the court, to be imprisoned for any term not exceeding two years.

ความผิดสำหรับการปิดบังการเกิดก็ตาม แต่หากการกระทำต่อศพเด็กนั้น ไม่ว่าจะผู้กระทำจะได้กระทำลักษณะใดก็ตาม หากถือเป็นการจัดการอย่างลับๆ ต่อศพของเด็กนั้น ก็ถือเป็นการปิดบังการเกิด ซึ่งเป็นความผิดตามบทบัญญัตินี้ ในขณะที่บทบัญญัติของประเทศอื่น ที่กำหนดความผิดสำหรับการกระทำในลักษณะนี้ ไม่จำกัดเฉพาะการกระทำที่เป็นการปิดบังการเกิดเท่านั้น ซึ่งจะเห็นได้ว่าแม้การบัญญัติกฎหมายให้การกระทำในลักษณะเดียวกันเป็นความผิด แต่ความมุ่งหมายของบัญญัตินั้น อาจมีความแตกต่างกันไปก็เป็นได้ โดยการกระทำที่เป็นการขัดขวางการฝังศพที่เหมาะสมตามกฎหมาย ที่ถือเป็นความผิด Common Law Offence⁶¹ นั้น ศาลได้ให้ความเห็นว่า ปัจจัยที่สำคัญที่สุดในการขัดขวางแนวทางปฏิบัติแห่งความยุติธรรมโดยการปกปิดศพ คือ เจตนาของผู้กระทำความผิด กล่าวคือ ถ้าเป้าหมายเป็นการขัดขวางกระบวนการยุติธรรม และทำให้ยากในการฟ้องร้องผู้กระทำความผิดหรือบุคคลอื่น ผู้กระทำความผิดก็สมควรได้รับการลงโทษขั้นสูงในระดับที่เหมาะสม แต่หากเขาขาดเจตนาดังกล่าว การตัดสินโทษที่เบาลงก็จะเป็นการเหมาะสม

ในกฎหมายอาญาอิตาลีนั้น บัญญัติเพียงการปิดบังอำพรางศพ หรือส่วนใดของศพ หรือซ่อนเร้นเถ้าของศพ เป็นความผิดเท่านั้น⁶² โดยไม่ได้บัญญัติถึงเจตนาพิเศษ และไม่ได้กล่าวว่าต้องกระทำโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายถึงจะเป็นความผิด ต่างกับประมวลกฎหมายอาญาของประเทศญี่ปุ่น ในมาตรา 192 การลอบฝังศพของบุคคลที่ตายผิดธรรมชาติ บัญญัติคล้ายกับมาตรา 199 ของไทย ที่มีวัตถุประสงค์เพื่อเป็นการคุ้มครองพยานหลักฐานมากกว่าการกระทำอันไม่เหมาะสมต่อศพ

กรณีการปิดบัง ซ่อนเร้น ลอบฝังศพโดยไม่มีเจตนาพิเศษเพื่อปิดบังการเกิด การตาย หรือเหตุแห่งการตายนั้น ผู้เขียนเห็นว่าควรจะกำหนดเป็นความผิด แต่อาจจะกำหนดเป็นเพียงความผิดลหุโทษเท่านั้น เนื่องจากเห็นว่าไม่เป็นลักษณะการกระทำที่เป็นความผิดร้ายแรง และเห็นว่าเจตนาพิเศษควรเป็นเหตุเพิ่มโทษ แต่การปิดบัง ซ่อนเร้น และลอบฝังศพธรรมดาเป็นความผิดธรรมดา

⁶¹ Diane Birch and other, *Blackstone's Criminal Practice 2005*, (Oxford University), page 724.

⁶² *Italian Penal Code*

Article 412 Concealment of a Corpse

Whoever conceals a corpse, or a part thereof, or hides its ashes, shall be punished by imprisonment for up to three years.

5.2.2.3 การกระทำต่อสุสาน และสิ่งของที่ระลึกถึงคนตาย

ประมวลกฎหมายอาญาของไทยก็มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการทำลาย ทำให้เสียหายแก่ศพ ซึ่งปรากฏในมาตรา 366/3⁶³ แต่ไม่ได้กล่าวถึงการกระทำต่อสุสาน และสิ่งของที่ระลึกถึงคนตายเอาไว้

ในขณะที่ประมวลกฎหมายอาญาของประเทศเยอรมนี (Strafgesetzbuch StGB) มาตรา 168 (2)⁶⁴ ในความผิดฐานการรบกวนความสงบสุขของคนตาย บัญญัติถึงการทำลายสถานที่ฝังศพ ซึ่งเป็นการห้ามมิให้บุคคลใดทำลาย หรือทำให้เสียหายแก่สถานที่ตั้งศพ สถานที่ฝังศพ หรือสถานที่สาธารณะสำหรับระลึกถึงคนตาย หรือบุคคลใดกระทำการอันเป็นการรบกวน ซึ่งเป็นการดูหมิ่นสถานที่เป็นความผิด ซึ่งบทบัญญัติของไทยที่ใกล้เคียงกับความผิดฐานนี้ คือกล่าวถึงการทำลาย ทำให้เสียหายแก่ศพ ซึ่งปรากฏในมาตรา 366/3⁶⁵ แต่ไม่ได้บัญญัติให้ครอบคลุมไปถึงการทำลายสถานที่ฝังศพ หรือสถานที่ตั้งของศพ ซึ่งแม้ว่าประเทศไทยจะเป็นเมืองพุทธ ทำการเผาศพเป็นหลัก ไม่ได้ฝังศพเหมือนในต่างประเทศ แต่อย่างไรก็ตามเมื่อเผาเสร็จจะมีการบรรจุอัฐิลงโกศ ซึ่งบางแห่งก็สร้างเป็นสิ่งปลูกสร้างถาวรอยู่ในวัด หรือบางบ้านก็เก็บโกศอัฐิบูชาไว้ในบ้าน ซึ่งเป็นสิ่งที่แสดงให้เห็นว่าสิ่งนี้เป็นสิ่งระลึกถึงผู้ตาย หากมีผู้มากระทำการอันไม่เหมาะสมต่อโกศหรือที่ตั้งของศพหรือส่วนของศพนี้ย่อมเป็นการทำร้ายความรู้สึกของบุคคลในครอบครัว อีกทั้งประชากรในประเทศไทยก็ไม่ได้นับถือศาสนาพุทธแต่เพียงอย่างเดียว ยังมีผู้นับถือศาสนาคริสต์ อิสลามและอื่นๆ ที่ทำการฝังศพ ดังที่ปรากฏฮวงซุ้ยหรือสุสานฝังศพตามโบสถ์ต่างๆ ดังนั้นจึงควรบัญญัติกฎหมายให้ครอบคลุมถึงการทำลาย ทำให้เสียหายต่อสถานที่ฝังศพหรือที่ตั้งของศพด้วย

อีกทั้งในประมวลกฎหมายอาญาของประเทศเยอรมนี (Strafgesetzbuch StGB) มาตรา 168 (2) ส่วนท้าย ได้กำหนดความรับผิดเกี่ยวกับการดูหมิ่นสถานที่ฝังศพ หรือสถานที่สาธารณะ

⁶³ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 366/4 บัญญัติว่า

“ผู้ใดโดยไม่มีเหตุอันสมควร ทำให้เสียหาย เคลื่อนย้าย ทำลาย ทำให้เสื่อมค่า หรือทำให้ไร้ประโยชน์ ซึ่งศพ ส่วนของศพ อัฐิ หรือเถ้าของศพ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

⁶⁴ Section 168 Desecration of graves etc.

(2) Whosoever destroys or damages the place where a body is laid in state, a burial site or a public memorial for the dead or whosoever commits defamatory mischief on them shall incur the same penalty.

⁶⁵ อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 59.

สำหรับระลึกถึงคนตายไว้อย่างชัดเจน ซึ่งประมวลกฎหมายอาญาของประเทศไทยไม่ได้มีบทบัญญัติในเรื่องนี้ แต่ว่าด้วยเรื่องของการดูหมิ่นนั้น ประมวลกฎหมายอาญาของประเทศไทยได้กำหนดบทลงโทษสำหรับการดูหมิ่นไว้อยู่ 2 เรื่อง คือการดูหมิ่นผู้ตาย⁶⁶ และการดูหมิ่นเหยียดหยามศพ⁶⁷ เท่านั้น ไม่ได้ให้ความคุ้มครองไปถึงสถานที่ฝังศพเหมือนกฎหมายอาญาของประเทศเยอรมนี

ประมวลกฎหมายอาญาของอิตาลี ในมาตรา 408 การลบหลู่หลุมฝังศพ⁶⁸ บัญญัติให้กระทำการอันเป็นการลบหลู่หลุมฝังศพ ที่ฝังศพ หรือสิ่งอื่นใดที่ออกแบบมาเพื่อแสดงความเคารพต่อคนตาย หรือเพื่อคุ้มครองหรือตกแต่งสุสาน เป็นความผิด และยังได้กำหนดความผิดสำหรับการกระทำละเมิดต่อสิ่งทีระลึกถึงคนตาย เช่น อนุสาวรีย์ซึ่งได้สร้างขึ้นเพื่อระลึกถึงผู้ตายด้วย สิ่งเหล่านี้ยังไม่ปรากฏในประมวลกฎหมายอาญาของไทย ซึ่งกฎหมายอาญาของไทยในมาตรา 366/4⁶⁹ นั้นไม่ได้ให้ความคุ้มครองไปถึงการดูหมิ่นที่ฝังศพ หรือสิ่งอื่นใดที่ออกแบบมาเพื่อแสดงความเคารพต่อคนตายด้วย คงบัญญัติคุ้มครองเพียงแค่การดูหมิ่นเหยียดหยามศพ หากมีการเพิ่มเติมความคุ้มครองให้ครอบคลุมไปถึงหลุมฝังศพ โภศิสัยศพ หรือสิ่งอื่นใดที่ออกแบบมาเพื่อแสดงความเคารพต่อคนตายด้วยก็น่าจะเป็นการเหมาะสมกับสภาวะสังคมไทย

ส่วนในประมวลกฎหมายอาญาของประเทศฝรั่งเศส บัญญัติให้การละเมิด หรือการลบหลู่หลุมฝังศพ พื้นที่ฝังศพ อนุสาวรีย์ซึ่งสร้างขึ้นเพื่อระลึกถึงผู้ตาย ไม่ว่าจะกระทำโดยวิธีใดก็ตาม ต้องได้รับ

⁶⁶ ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 327 บัญญัติว่า

“ผู้ใดใส่ความผู้ตายต่อบุคคลที่สามและการใส่ความนั้นน่าจะเป็นเหตุให้ บิดา มารดา คู่สมรสหรือบุตรของผู้ตายเสียชีวิต เสียชื่อเสียง ถูกดูหมิ่นหรือถูกเกลียดชัง ผู้นั้นกระทำความผิดฐานหมิ่นประมาท ต้องระวางโทษดังบัญญัติไว้ในมาตรา 326 นั้น”

⁶⁷ ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 366/4 บัญญัติว่า

“ผู้ใดกระทำความผิดใด ๆ อันเป็นการดูหมิ่นเหยียดหยามศพ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามเดือน หรือปรับไม่เกินห้าพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

⁶⁸ The Italy Penal code

Title 4. Crimes Against Religious Sentiment and Reverence for the Dead

Chapter 2. Crimes Against Reverence for the Dead

Article 408 Vilification of Tombs.

Whoever, in cemeteries or other places of burial, commits acts of vilification on tombs, sepulchers or urns, or on things designed to show respect for the dead, or for the protection or ornament of cemeteries, shall be punished by imprisonment for from six months to three years.

⁶⁹ อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 62.

โทษจำคุก และปรับ ดังนั้น เมื่อได้พิจารณาถึงกฎหมายที่กำหนดให้การกระทำละเมิดต่อคนตาย ทั้งใน ส่วนของการละเมิดต่อสถานที่ฝังศพ สิ่งระลึกถึงคนตายอื่น ๆ หรือการละเมิดต่อเนื้อตัวร่างของศพก็ตาม จะเห็นได้ว่ากฎหมายนั้นใช้ถ้อยคำในลักษณะที่ผู้กระทำ ได้กระทำละเมิดต่อสิ่งที่กฎหมายคุ้มครอง โดยมีได้ระบุเฉพาะถึงลักษณะของการกระทำในลักษณะใดลักษณะหนึ่ง ฉะนั้นหากมีการกระทำต่อสิ่งที่กฎหมายมุ่งคุ้มครองในลักษณะต่าง ๆ เช่น การกระทำความผิดทางเพศต่อศพ การขูดหรือเคลื่อนย้ายศพ การชำแหละ หรือทำลายศพ การทำให้ศพเสียรูป เป็นต้น ถือเป็นกรกระทำละเมิดต่อคนตายได้อีกประการหนึ่งด้วย อีกทั้งกฎหมายได้กำหนดให้ผู้กระทำละเมิดต่อหลุมฝังศพ พื้นที่ฝังศพ อนุสาวรีย์ซึ่งได้สร้างขึ้นเพื่อระลึกถึงผู้ตาย ต้องรับโทษหนักขึ้นในกรณีที่ได้กระทำการละเมิดต่อศพ(ร่างของศพ)ด้วย ตามมาตรา 225-17 วรรค 3⁷⁰ และหากการกระทำที่เป็นการละเมิดต่อศพ สถานที่ฝังศพ และสิ่งทีระลึกถึงคนตาย จะเป็นเหตุให้ผู้กระทำต้องรับโทษหนักขึ้น หากได้กระทำการละเมิดลงไปเพราะเหตุที่ผู้ตายเป็นสมาชิกหรือไม่เป็นสมาชิกของกลุ่มวัฒนธรรม เชื้อชาติ เผ่าพันธุ์ หรือศาสนา ไม่ว่าจะเป็ความจริงหรือเป็นเพียงการคาดคะเนว่าผู้ตายเป็นสมาชิกหรือไม่ ตามมาตรา 225-18⁷¹

⁷⁰French PENAL CODE

ARTICLE 225-17

The penalty is increased to two years' imprisonment and to a fine of €30,000 where the offences defined under the previous paragraph were accompanied by a violation of the physical integrity of the corpse.

⁷¹ French PENAL CODE

TITLE II OFFENCES AGAINST THE HUMAN PERSON

CHAPTER V OFFENCES AGAINST THE DIGNITY OF PERSONS

SECTION IV VIOLATIONS OF RESPECT FOR THE DEAD

ARTICLE 225-18

Where the offences defined under the previous article were committed by reason of the membership or non-membership, true or supposed, of the deceased persons to any given ethnic group, nation, race or religion, penalties are increased to three years' imprisonment and to a fine of €45,000 in for the offences defined under the first two paragraphs of article 225-17 and to five years' imprisonment and to a fine of €75,000 in relation to the offence defined by the last paragraph of that article.

5.2.2.4 การซื้อขายศพมนุษย์ การส่งต่อศพมนุษย์

ในประเทศสหรัฐอเมริกาบัญญัติให้การซื้อขายศพมนุษย์ การส่งต่อหรือโอนศพมนุษย์เป็นความผิด ดังปรากฏในมลรัฐเท็กซัสและมลรัฐออริโชนา⁷² ที่บัญญัติให้การครอบครอง หรือการซื้อขายศพมนุษย์โดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย เป็นความผิดนั้น เป็นบัญญัติที่ทำให้เกิดความชัดเจนว่าศพมนุษย์ไม่สามารถครอบครอง หรือซื้อขายกันได้ หากไม่มีอำนาจตามกฎหมาย ซึ่งหากไม่มีบทบัญญัติเช่นนี้อาจจะต้องนำบทบัญญัติความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สินมาใช้ ซึ่งยังไม่มีความแน่ชัดว่าจะสามารถนำมาปรับใช้กับศพมนุษย์ ได้หรือไม่ และประเทศไทยยังไม่มีข้อกำหนดความผิดลักษณะดังกล่าวไว้ในประมวลกฎหมายอาญา

ในประเทศไทยนั้นยังมีความเชื่อเกี่ยวกับทางไสยศาสตร์ ที่นำร่างกายศพหรือส่วนของศพมาประกอบพิธีทางไสยศาสตร์ เช่น การเอาศพเด็กทารกมาทำเป็นกุมารทอง⁷³ การขโมยศพแล้วนำชิ้นส่วนหน้าผากศพที่ตายโหงมาทำปิ่นหนึ่ง⁷⁴ การนำส่วนของกะโหลกศีรษะมาประกอบพิธีเรียกดวงวิญญาณ การขายศพหญิงสาวเพื่อนำมาแต่งงานให้กับคนจีน โดยผู้ที่ซื้อศพไปเอาศพไปทำพิธีและร่วมประเวณีกับศพ ด้วยความเชื่อที่ว่าดวงวิญญาณของหญิงสาวที่เป็นภรรยา นั้นจะช่วยให้ทำมาค้าขายเจริญ คอยช่วยหนุนธุรกิจของสามีที่เป็นคน⁷⁵ เป็นต้น เกิดปัญหาการนำศพหรือชิ้นส่วนศพมาประกอบพิธีทางไสยศาสตร์แล้วนำออกขาย ซึ่งเป็นปัญหาเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของสังคม

⁷² Texas Statutes

Title 9: OFFENSES AGAINST PUBLIC ORDER AND DECENCY

Chapter 42: DISORDERLY CONDUCT AND RELATED OFFENSES

Section 42.08: ABUSE OF CORPSE

(a) A person commits an offense if the person, without legal authority, knowingly:

(3) sells or buys a human corpse or in any way traffics in a human corpse;

(4) transmits or conveys, or procures to be transmitted or conveyed, a human corpse to a place outside the state; or

⁷³ <http://www.thairath.co.th/content/263118>

⁷⁴ <http://www.pptvthailand.com/news/10061>

⁷⁵ <https://www.youtube.com/watch?v=H6Cthc6LH5A>

เนื่องจากการลอบขุดและขโมยศพไปจากหลุมฝังศพหรือที่เก็บศพ เพื่อมาทำวัตถุตั้งกล่าว ผู้เขียนจึงเห็นว่าควรนำลักษณะการกระทำเช่นนี้มาบัญญัติเป็นความผิดด้วยเช่นกัน เพื่อคุ้มครองศักดิ์ศรีของศพ และความรู้สึกของคนในครอบครัวผู้ตาย อีกทั้งเพื่อเป็นการรักษาความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีต่อสังคมด้วย

5.2.2.5 การใช้ศพโดยไม่ชอบกฎหมาย

ส่วนในเรื่องการใช้ศพโดยไม่ชอบกฎหมาย ประมวลกฎหมายอาญาของประเทศอิตาลี⁷⁶ บัญญัติให้การใช้ศพหรือส่วนใดของศพด้วยประการอื่นใด เพื่อวัตถุประสงค์ทางวิทยาศาสตร์ หรือเพื่อการสอนให้ความรู้ โดยไม่มีอำนาจตามกฎหมาย ต้องได้รับโทษจำคุก หรือปรับ หากผู้กระทำความผิดกระทำต่อศพหรือส่วนใดของศพ โดยรู้ว่าศพนั้นถูกทำให้ฉีกขาด ถูกปิดบังอำพราง หรือถูกเคลื่อนย้ายไปผู้อื่น ต้องได้รับโทษเพิ่มขึ้น กฎหมายที่บัญญัติให้การครอบครอง หรือการซื้อขายศพมนุษย์โดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย เป็นความผิดนั้น เป็นบัญญัติที่ทำให้เกิดความชัดเจนว่าศพมนุษย์ไม่สามารถครอบครอง หรือซื้อขายกันได้ หากไม่มีอำนาจตามกฎหมาย ซึ่งหากไม่มีบทบัญญัติเช่นนี้ อาจจะต้องนำบทบัญญัติความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สินมาใช้ ซึ่งยังไม่มีความแน่ชัดว่าจะสามารถนำมาปรับใช้กับศพมนุษย์ ได้หรือไม่ แต่อย่างไรก็ตามผู้เขียนเห็นว่าการใช้ศพหรือส่วนใดของศพด้วยประการอื่นใด เพื่อวัตถุประสงค์ทางวิทยาศาสตร์ หรือเพื่อการสอนให้ความรู้ โดยไม่มีอำนาจตามกฎหมาย หรือโดยไม่ได้รับอนุญาตนั้น ควรกำหนดไว้เป็นความผิด เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยในสังคม

5.2.2.6 ความรับผิดชอบของนิติบุคคล ในกรณีกระทำความผิดต่อศพ

ประมวลกฎหมายอาญาของประเทศฝรั่งเศส ได้กำหนดให้นิติบุคคลมีความผิดทางอาญาตามมาตรา 225-18-1⁷⁷ ในความผิดที่กำหนดภายใต้มาตรา 225-17 และมาตรา 225-18 อีกด้วย

⁷⁶ Italian Penal Code

Article 413 Unlawful Use of a Corpse

Whoever dissects or otherwise uses a corpse, or a part thereof, for scientific, or instructional purposes, in cases not authorized by law, shall be punished by imprisonment for up to six months or by a fine of up to 200,000 lire.

The punishment shall be increased if the act was committed on a corpse, or on a part thereof, which the offender knows to have been mutilated, concealed or removed by others.

⁷⁷ French Penal Code

ARTICLE 225-18-1

กล่าวคือหากนิติบุคคลได้กระทำการละเมิดต่อศพ (ร่างของศพ) หรือละเมิดต่อสถานที่ฝังศพ และสิ่งที
 ระลึกถึงคนตาย นิติบุคคลนั้นมีความผิดตามมาตรา 225-18-1 ประกอบมาตรา 225-17 และหากการ
 กระทำละเมิดดังกล่าว ทำลงไปเพราะเหตุที่ผู้ตายเป็นสมาชิกหรือไม่เป็นสมาชิกของกลุ่มวัฒนธรรม
 เชื้อชาติ เผ่าพันธุ์ หรือศาสนา ไม่ว่าจะ เป็นความจริงหรือเป็นเพียงการคาดคะเนว่าผู้ตายเป็นสมาชิก
 หรือไม่ นิติบุคคลนั้นมีความผิดตามมาตรา 225-18-1 ประกอบมาตรา 225-18 ดังนั้น เมื่อได้พิจารณา
 ถึงกฎหมายที่กำหนดให้การกระทำละเมิดต่อคนตาย ทั้งในส่วนของการละเมิดต่อสถานที่ฝังศพ สิ่ง
 ระลึกถึงคนตายอื่น ๆ หรือการละเมิดต่อเนื้อตัวร่างของศพก็ตาม จะเห็นได้ว่ากฎหมายนั้นใช้ถ้อยคำใน
 ลักษณะที่ผู้กระทำได้กระทำการละเมิดต่อสิ่งที่กฎหมายคุ้มครอง โดยมีได้ระบุเฉพาะถึงลักษณะของการ
 กระทำในลักษณะใดลักษณะหนึ่ง ฉะนั้นหากมีการกระทำต่อสิ่งที่กฎหมายมุ่งคุ้มครองในลักษณะต่าง
 ๆ เช่น การกระทำความผิดทางเพศต่อศพ การขูดหรือเคลื่อนย้ายศพ การชำแหละ หรือทำลายศพ
 การทำให้ศพเสียรูป เป็นต้น ถือเป็นการกระทำละเมิดต่อคนตายได้อีกประการหนึ่งด้วย

กรณีให้นิติบุคคลมีความรับผิดทางอาญานั้น ศาลไทยเคยวางหลักไว้ในคำพิพากษาศาลฎีกา
 ว่า นิติบุคคลมีความรับผิดได้ ภายใต้เงื่อนไขสามประการ⁷⁸ ได้แก่

- (1) กระทำภายในขอบวัตถุประสงค์ของนิติบุคคล
- (2) กระทำโดยบุคคลผู้มีอำนาจทำการ และ
- (3) นิติบุคคลได้รับประโยชน์

ดังนั้นการให้นิติบุคคลมีความรับผิดทางอาญาดังเช่นกฎหมายของฝรั่งเศสย่อมน่าจะมีได้ แต่
 อย่างไรก็ตามอาจลงโทษได้เพียงเฉพาะโทษปรับเท่านั้น

Legal persons may incur criminal liability for the offence defined under article 225-17 and 225-18,
 pursuant to the conditions set out under article 121-2.

The penalties incurred by legal persons are:

1° a fine, pursuant to the conditions set out under article 131-38;

2° the penalties enumerated under 2° to 9° of article 131-39;

3° the penalty referred to under 1° of article 131-39 for the offences referred to under article 225-

18.

The prohibition referred to in 2° of article 131-39 applies to the activity in the exercise of which or
 on the occasion of the exercise of which the offence was committed.

⁷⁸ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 787-788/2506 หน้า 1341.

ตารางที่ 2 ลักษณะของการกระทำความผิดที่อาจนำมาบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญาของไทย

ลักษณะของการกระทำ	สหรัฐอเมริกา	อังกฤษ	เยอรมนี	อิตาลี	ฝรั่งเศส	ญี่ปุ่น
1.การขุดศพหรือสถานที่ฝังศพ การเอาไปซึ่งศพ และการละทิ้งศพ	Tennessee Code : Section 39-17-312. Abuse of corpse (ดูภาคผนวก ท.)	-	-	-	-	Japan Penal Code 1907 : Article 190. (Destruction of Corpses.) (ดูภาคผนวก ฎ.)
2.การปิดบังซ่อนเร้น ลอบฝังศพ	Texas Statutes Section 42.08: Abuse of corpse. (ดูภาคผนวก ช.)	Offences Against The Person Act 1861.(ดูภาคผนวก ต.)	-	Italian Penal Code : Article 412 . (ดูภาคผนวก ฎ.)	-	Japan Penal Code 1907 : Article 192. (ดูภาคผนวก ฎ.)
3.การกระทำต่อสุสาน และสิ่งทีระลึกถึงคนตาย	-	-	(Strafgesetzbuch StGB) มาตรา 168 (2) (ดูภาคผนวก ซ.)	The Italy Penal code : Article 408 (ดูภาคผนวก ฎ.)	French Penal Code : Article 225-17.(ดูภาคผนวก ฉ.)	-
4.การซื้อขายศพมนุษย์ การส่งต่อศพมนุษย์	Texas Statutes Section 42.08 : Abuse of corpse. (ดูภาคผนวก ช.)	-	-	-	-	-
5.การใช้ศพโดยไม่ชอบกฎหมาย	-	-	-	Italian Penal Code : Article 413. (ดูภาคผนวก ฎ.)	-	-
6.ความรับผิดชอบของนิติบุคคลในกรณีกระทำความผิดต่อศพ	-	-	-	-	French Penal Code : Article 225-18-1 (ดูภาคผนวก ฉ.)	-

5.2.3 ลักษณะของการกระทำความผิดที่เกี่ยวกับศพยังไม่สอดคล้องกับบริบทของสังคมไทยในปัจจุบัน

5.2.3.1 การตัดศพ การทำให้ศพเสียรูป การหั่นหรือทุบตีศพ

กฎหมายที่บัญญัติให้การตัดศพ การทำให้ศพเสียรูป การหั่นหรือทุบตีศพ เป็นความผิดทางอาญา ปราบกฏในมลรัฐโอริกอน มลรัฐเมน มลรัฐอินเดียนา และ มลรัฐออลาสกา เป็นการกำหนดลักษณะความผิดให้เฉพาะเจาะจงยิ่งขึ้น เพื่อคุ้มครองไม่ให้มีการกระทำความผิดดังกล่าว อันเป็นการกระทำที่ไม่เหมาะสมต่อศพ ซึ่งลักษณะของการกระทำเช่นนี้นั้นสามารถเปรียบเทียบได้กับ “การทำให้เสียหายหรือทำให้ไร้ประโยชน์ซึ่งศพ” ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 366/3 ของไทยได้อยู่แล้ว จึงอาจไม่มีความจำเป็นที่จะต้องระบุลักษณะของการกระทำให้ละเอียดถึงเพียงนี้ ส่วนในมลรัฐอาร์คันซอมีลักษณะของการกระทำความผิดที่ต่างกับมลรัฐอื่นคือ “การชำแหละเพื่อการศึกษา”⁷⁹ โดยไม่มีอำนาจตามกฎหมาย ที่บัญญัติให้เฉพาะเจาะจงเช่นนี้ เนื่องจากสภาพสังคมในสหรัฐอเมริกานั้น มีการขโมยศพเพื่อนำมาผ่าทำการศึกษากันอยู่มาก จึงได้บัญญัติให้เป็นความผิดโดยเฉพาะ ส่วนในประเทศไทยนั้น การมีการกระทำลักษณะนี้เกิดขึ้น ก็อาจนำมาตรา 366/3 มาปรับใช้ดังกล่าวข้างต้นได้เช่นกัน ส่วนบทบัญญัติของมลรัฐอริโซนาที่กำหนดให้การเก็บรักษา ตระเตรียม หรือดองศพ ในการปฏิบัติในธุรกิจของงานศพนั้นเป็นความผิดอาญา⁸⁰ ซึ่งลักษณะของการกระทำความผิดดังกล่าวเป็นการผิดสัญญาในทาง

⁷⁹ Arkansas code of 1987

Title 5 Criminal Offenses

Subtitle 6. Offenses Against Public Health, Safety, Or Welfare

Chapter 60 General Provisions

Subchapter 1 General Provisions

Section 5-60-101. Abuse of a corpse.

(a) A person commits abuse of a corpse if, except as authorized by law, he or she knowingly:

(1) Disinters, removes, dissects, or mutilates a corpse; or

⁸⁰ Arizona Revised Statutes

Title 32 - Professions and Occupations

Chapter 12 funeral directors and embalmers

Article3 regulation and Enforcement

Section 32-1364. Crimes against the dead: classification

แพ่งด้วย แต่เนื่องจากการกระทำต่อศพนั้นเป็นการกระทบกระเทือนต่อความรู้สึกของคนที่ยังมีชีวิตอยู่ จึงเป็นเหตุผลที่มีการบัญญัติการกระทำดังกล่าวให้เป็นความผิดอยู่ในกลุ่มการทำให้ศพเสียรูป ซึ่งเห็นว่าในสังคมไทยปัจจุบันนั้นยังไม่มีที่ใช้

5.2.3.2 การดูหมิ่นสถานที่สักการบูชา

ประมวลกฎหมายอาญาของประเทศญี่ปุ่น บัญญัติถึงการดูหมิ่นสถานที่สักการบูชา⁸¹ เช่น วัด สุสาน หรือสถานที่ใดก็ตามที่ไว้สักการบูชา ต้องถูกลงโทษจำคุกไม่ว่าจะต้องใช้แรงงานด้วยหรือไม่ เหตุผลเพราะด้วยลักษณะสังคมญี่ปุ่นจะมีศาลเจ้าซึ่งเป็นสุสานที่ฝังศพ เป็นจำนวนมาก และได้รับการเคารพนับถืออย่างแพร่หลาย จึงบัญญัติให้การกระทำความผิดที่เป็นการดูหมิ่นศาล อีกทั้งเจ้าสถานที่สักการบูชาดังกล่าวเป็นความผิดอาญา แต่เนื่องจากสภาพสังคมไทยนั้น หากมีการกระทำอันไม่เหมาะสมต่อสถานที่สักการบูชาเช่นว่า ก็อาจเป็นความผิดตามมาตรา 206 การกระทำด้วยประการใด ๆ แก้วัดหรือสถานอันเป็นที่เคารพในทางศาสนาของหมู่ชนใดได้อยู่แล้ว จึงไม่เห็นควรที่จะนำมาบัญญัติอีก

5.2.3.3 การรบกวนพิธีกรรมเกี่ยวกับศพ

ในเรื่องเกี่ยวกับการรบกวนการประกอบพิธีศพนั้น ในประมวลกฎหมายอาญาของไทยมีบทบัญญัติไว้ในส่วนของความผิดเกี่ยวกับศาสนา ซึ่งกำหนดไว้ในมาตรา 207⁸² โดยบัญญัติห้ามไม่ให้ผู้ใดก่อให้เกิดความวุ่นวายในการทำพิธีกรรมตามศาสนา ซึ่งไม่ว่าจะเป็นการประกอบพิธีกรรมทาง

A. It is unlawful for a person, without the authority of law or as normally required to store, prepare, disinfect or embalm a dead human body according to standards of practice in the funeral industry, to mutilate a dead human body.

⁸¹ JAPAN PENAL CODE (Act No.45 of 1907)

Chapter XXIV. Crimes Related to Places of Worship and Graves

Article 188. (Profaning Places of Worship: Interference with Religious Service)

(1) A person who in public profanes a shrine, temple, cemetery or any other place of worship shall be punished by imprisonment with or without work for not more than 6 months or a fine of not more than 100,000 yen.

⁸² ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 207 บัญญัติว่า

“ผู้ใดก่อให้เกิดการวุ่นวายขึ้นในที่ประชุมศาสนิกชนเวลาประชุมกัน นมัสการหรือกระทำพิธีกรรมตามศาสนาใด ๆ โดยชอบด้วยกฎหมาย ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือปรับไม่เกินสองพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

ศาสนาใดก็ตาม ก็ได้รับความคุ้มครองตามมาตรานี้ อีกทั้งโทษตามมาตรานี้เป็น การลงโทษตามทฤษฎี การลงโทษเพื่อเป็นการข่มขู่ ซึ่งเป็นการลงโทษผู้กระทำความผิด อีกทั้งเป็นการขู่ผู้ที่พบเห็นให้ไม่ กระทำการรบกวนพิธีกรรมเกี่ยวกับศพ⁸³ หากไม่อย่าได้รับโทษเช่นนั้น

ประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน บัญญัติในเรื่องการรบกวนพิธีเกี่ยวกับศพว่ากระทำการอัน เป็นการรบกวนพิธีศพโดยเจตนา หรือโดยรู้ถึงการกระทำนั้น บุคคลนั้นต้องระวางโทษ ซึ่งหมายถึง เป็นการรบกวนพิธีศพโดยเจตนาตนเอง⁸⁴ ส่วนประมวลกฎหมายอาญาของประเทศอิตาลี ในมาตรา 409⁸⁵ การรบกวนงานศพ เป็นบทบัญญัติที่ให้ความสำคัญกับการประกอบพิธีศพเป็นอย่างมาก เนื่อง ด้วยเหตุผลทางศาสนา ไม่ได้มีเหตุผลเพื่อคุ้มครองตัวศพแต่อย่างใด ซึ่งในสังคมไทยก็ไม่ปรากฏ ลักษณะของการกระทำความผิดดังกล่าวที่เกิดขึ้นจนเป็นปัญหาในสังคม จึงเห็นว่ายังไม่มีควมจำเป็น ที่จะนำบทบัญญัติลักษณะดังกล่าวมาปรับใช้กับประเทศไทย

ประมวลกฎหมายอาญาของประเทศญี่ปุ่นบัญญัติถึง การรบกวนการบริการทางศาสนาว่า บุคคลในรบกวนการเทศนา การสักการบูชา หรืองานศพ ต้องรับโทษจำคุก ไม่ว่าจะต้องใช้แรงงาน หรือไม่ ไม่เกิน 1 ปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนเยน⁸⁶ ญี่ปุ่นเป็นอีกประเทศหนึ่งให้ความสำคัญกับการ

⁸³ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, ประมวลกฎหมายอาญาฉบับอ้างอิง, พิมพ์ครั้งที่ 21 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2551), หน้า 208.

⁸⁴ Section 167a Disturbing a funeral

Whosoever intentionally or knowingly disturbs a funeral shall be liable to imprisonment not exceeding three years or a fine.

⁸⁵ Italian Penal Code

Article 409 Disturbing a Funeral or Funeral Service.

Whoever, apart from the case designated in Article 405, prevents or disrupts a funeral or a funeral service shall be punished by imprisonment for up to one year.

⁸⁶ JAPAN PENAL CODE (Act No.45 of 1907)

Chapter XXIV. Crimes Related to Places of Worship and Graves

Article 188. (Profaning Places of Worship; Interference with Religious Service)

(2) A person who interferes with a sermon, worship or a funeral service shall be punished by imprisonment with or without work for not more than 1 year or a fine of not more than 100,000 yen.

ประกอบพิธีเกี่ยวกับศพ เกี่ยวกับศาลเจ้าเป็นอย่างมาก จึงกำหนดให้ลักษณะการกระทำดังกล่าวเป็นความผิดอาญา โดยมีบทลงโทษให้ใช้แรงงานด้วย

แต่เนื่องจากประมวลกฎหมายอาญาของไทยในมาตรา 207 นั้นเป็นกรณีก่อให้เกิดความวุ่นวายในการทำพิธีกรรมทางศาสนา หรือในที่ประชุมศาสนิก ซึ่งพิธีกรรมเกี่ยวกับศพ เช่น การสวดศพ การสวดฉลองกระดูกนั้นเป็นพิธีกรรมทางศาสนา⁸⁷ อยู่แล้ว ดังนั้นการก่อความวุ่นวายในพิธีศพจึงสามารถปรับเป็นความผิดตามมาตรา 207 ได้ อีกทั้งผู้เขียนเห็นว่าพิธีศพก็เป็นเพียงพิธีกรรมตาอย่างหนึ่ง จึงเห็นว่าไม่ควรกำหนดให้เป็นความผิดดังเช่นในต่างประเทศ

5.2.3.4 การครอบครอง การขาย หรือการแลกเปลี่ยนสุสาน

ประเทศสหรัฐอเมริกาที่บัญญัติให้การละละเมิดต่อสถานที่ฝังศพเป็นความผิดนั้น ปรากฏในมลรัฐเท็กซัส กระทำในลักษณะล่วงละเมิดบริเวณที่ศพมนุษย์ถูกฝังอยู่ ไม่ว่าจะชั่วคราวหรือถาวรเป็นความผิด⁸⁸ ส่วนกฎหมายที่มีการบัญญัติถึงความผิดสำหรับการครอบครอง การขาย หรือการแลกเปลี่ยนสุสาน หรือสิ่งที่ระลึกคนตายโดยผิดกฎหมาย มีปรากฏอยู่ในบทบัญญัติของมลรัฐเมน ครอบครองหรือซื้อขายหินศิลาบนหลุมฝังศพโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย⁸⁹ ซึ่งนอกจากจะกำหนด

⁸⁷ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, กฎหมายอาญาภาคความผิด, พิมพ์ครั้งที่ 8 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2552), หน้า 89.

⁸⁸ Texas Statutes

Title 9: OFFENSES AGAINST PUBLIC ORDER AND DECENCY

Chapter 42: DISORDERLY CONDUCT AND RELATED OFFENSES

Section 42.08: ABUSE OF CORPSE

(a) A person commits an offense if the person, without legal authority, knowingly:

(5) vandalizes, damages, or treats in an offensive manner the space in which a human corpse has been interred or otherwise permanently laid to rest.

⁸⁹ Maine revised statutes

Title 17-A: MAINE CRIMINAL CODE

Part 2: SUBSTANTIVE OFFENSES

Chapter 21: OFFENSES AGAINST PUBLIC ORDER

Section 507-B. Illegal possession or sale of gravestones

ความผิดสำหรับการขุด การเคลื่อนย้าย หรือการซ่อนเร้นศพหรือส่วนใดส่วนหนึ่งของศพมนุษย์หรือ
 骸ของศพแล้ว ยังได้กำหนดความผิดสำหรับการเคลื่อนย้ายหลุมฝังศพ หรือสิ่งทีระลึกแทนคนตายใน
 บทบัญญัติเกี่ยวกับการกระทำความผิดต่อหลุมฝังศพในสหรัฐอเมริกา นั้น มีเหตุผลมาจากความเชื่อ
 ทางศาสนาคริสต์ ซึ่งในประเทศไทยนั้น แม้จะมีการฝังศพแบบชาวคริสต์และชาวมุสลิม แต่ก็ยังไม่
 ปรากฏการกระทำที่เป็นการขโมยป้ายหลุมฝังศพ หรือหินศิลา หรือฮวงซุ้ย จนถึงขนาดเป็นการ
 กระทบต่อความรู้สึกของคนในสังคมโดยทั่วไป เนื่องจากความเชื่อและวัฒนธรรมทางศาสนาของไทยที่
 แตกต่างจากในต่างประเทศที่บัญญัติให้ลักษณะการกระทำเช่นนี้เป็นความผิด จึงเห็นว่ายังไม่มีความ
 จำเป็นที่จะนำลักษณะการกระทำความผิดดังกล่าวมาใช้กับประเทศไทย

5.2.3.5 การผิดสัญญาเตรียมศพ

กฎหมายไทยไม่ได้บัญญัติให้การผิดสัญญาเตรียมศพเป็นความผิดอาญา ซึ่งหากมีกรณีนี้
 เกิดขึ้น คงต้องว่ากันไปตามกฎหมายแพ่งในเรื่องผิดสัญญาทางแพ่ง

การผิดสัญญาเตรียมศพเป็นบทบัญญัติที่ปรากฏในประเทศสหรัฐอเมริกา⁹⁰ ในมลรัฐอลา
 บามา และมลรัฐเคนตักกี เป็นต้น ในมลรัฐอลาบามาเป็นเรื่องเกี่ยวกับการผิดสัญญาเตรียมศพ ซึ่ง

1. No person may possess, sell, attempt to sell, offer for sale, transfer or dispose of any tomb, monument, gravestone, marker or other structure placed or designed as a memorial for the dead, or any portion or fragment of any such memorial, knowing or having reasonable cause to know that it has been illegally removed from a cemetery or burial ground.

2. Any person who violates subsection 1 commits a Class C crime.

3. Any person who violates subsection 1 is liable to the following for triple damages to be recovered in a civil action :

A. The municipality or, in the case of unorganized territory, the county in which the cemetery or burial ground is located;

B. A cemetery association authorized to bring suit and recover damages by the municipality or, in the case of unorganized territory, the county in which the cemetery or burial ground is located; or

C. A historical society authorized to bring suit and recover damages by the municipality or, in the case of unorganized territory, the county in which the cemetery or burial ground is located.

⁹⁰ Alabama Code

น่าจะอยู่ในส่วนของกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แต่ได้บัญญัติให้การทำสัญญารับรองว่าจะทำการดองศพ เฝาศพ หรือเตรียมศพมนุษย์สำหรับจัดการ แต่ผิดสัญญา กล่าวคือบริการไม่เป็นไปตามที่ตกลงกัน ให้เป็นความผิด อีกทั้งยังกำหนดโทษแบบมหันตโทษ หรือโทษสถานหนักแก่ผู้ที่กระทำการผิดข้อตกลงในสัญญาทำศพดังกล่าว ย่อมเห็นได้ว่าในมลรัฐนี้ ได้ให้ความสำคัญต่อการเตรียมศพหรือพิธีศพอย่างมาก โดยกำหนดให้ผู้ที่ผิดสัญญาตามกฎหมายแพ่งนั้น มีความผิดและรับโทษทางอาญาในสถานหนักอีกด้วย ส่วนในมลรัฐเคนตักก็ได้บัญญัติให้การทำสัญญารับรองว่าจะทำการเฝาศพ ผังศพ หรือเตรียมศพมนุษย์ แล้วผิดสัญญา กล่าวคือไม่ได้ทำการเฝาศพหรือผังศพตามที่ตกลงกัน ให้เป็นความผิด แต่ตามมาตรานี้ได้กำหนดเงื่อนไขอีกประการหนึ่งคือ ต้องได้รับค่าตอบแทนด้วยถึงจะเป็นความผิดตามมาตรา นี้ หากผู้ใดรับปากจะจัดการเฝาศพหรือผังศพโดยไม่ได้รับค่าตอบแทน แล้วผิดสัญญาไม่ได้กระทำการ เช่นนั้น ย่อมไม่เป็นความผิดตามมาตรา นี้ อีกทั้งยังกำหนดโทษแบบมหันตโทษ หรือโทษสถานหนักแก่ผู้ที่กระทำการผิดข้อตกลงในสัญญาทำศพดังกล่าว ย่อมเห็นได้ว่าในมลรัฐนี้ ได้ให้ความสำคัญต่อการเตรียมศพหรือพิธีศพอย่างมาก โดยกำหนดให้ผู้ที่ผิดสัญญาตามกฎหมายแพ่งนั้น มีความผิดและรับโทษทางอาญาในสถานหนักอีกด้วย ถือเป็นกาหนดโทษเพื่อข่มขู่ไม่ให้เป็นเยี่ยงอย่าง และลงโทษหนักเพื่อให้ผู้กระทำความผิดเข็ดหลาบ

5.2.3.6 การเอาไปซึ่งทรัพย์สินที่ติดอยู่กับศพ

ความผิดฐานนี้ปรากฏในประเทศสหรัฐอเมริกา ในมลรัฐเท็กซัส และมลรัฐจอร์เจีย ที่บัญญัติให้การขโมยทรัพย์สินจากศพมนุษย์ หรือหลุมฝังศพ โดยไม่ว่าทรัพย์สินนั้นจะมีคุณค่าเท่าใด โดย

Title 13A: CRIMINAL CODE.

Chapter 11: OFFENSES AGAINST PUBLIC ORDER AND SAFETY

Article 1: OFFENSES AGAINST PUBLIC ORDER AND DECENCY

Section 13A-11-13: ABUSE OF CORPSE

(a) A person commits the crime of abuse of a corpse if, except as otherwise authorized by law, he knowingly treats a human corpse in a way that would outrage ordinary family sensibilities. Abuse of a corpse may include knowingly and willfully signing a certificate as having embalmed, cremated, or prepared a human body for disposition when, in fact, the services were not performed as indicated.

(b) Abuse of a corpse is a Class C felony.

ผู้กระทำเจตนาที่จะตัดสิทธิเจ้าของทรัพย์สินนั้น โดยไม่ชอบด้วยกฎหมายเป็นความผิด⁹¹ ซึ่งเป็นการบัญญัติให้ความคุ้มครองการเอาไปซึ่งทรัพย์สินที่ติดอยู่กับศพ โดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย อันเป็นการคุ้มครองตัวศพไม่ให้มีการกระทำใดๆ ต่อศพหรือหลุมฝังศพ เพื่อจะเอาทรัพย์สินที่ติดอยู่กับศพไป ซึ่งในกฎหมายต่างประเทศที่บัญญัติเช่นนี้ เพราะในอดีตการฝังศพนั้นจะประดับเครื่องประดับ และอัญมณีนบนร่างกายของศพจำนวนมากน้อยแล้วแต่ฐานะ จึงบัญญัติเช่นนี้ไว้เพื่อไม่ให้เป็นการทำให้ศพเสียรูปแล้วเอาทรัพย์สินไป ซึ่งในสังคมไทยนั้นแม้จะมีการฝังศพอยู่บ้าง แต่ก็ไม่ได้ให้ความสำคัญกับการใส่ทรัพย์สินมีค่าลงไปมากนัก อีกทั้งหากมีการเอาไปซึ่งทรัพย์สินที่ติดอยู่กับศพ ก็สามารถปรับบทให้ผิดฐานลักทรัพย์ได้อยู่แล้ว จึงเห็นว่าไม่มีความจำเป็นที่จะนำมาบัญญัติเป็นความผิดในประมวลกฎหมายอาญาของไทย

5.2.3.7 การยึดหน่วงศพ การครอบครอง และการใช้ศพโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย

บทบัญญัติเกี่ยวกับการยึดหน่วงศพนั้น ปรากฏในประเทศสหรัฐอเมริกา ในมลรัฐอลาสกา⁹² ซึ่งบัญญัติให้การยึดหน่วงศพเพื่อการชำระหนี้ หรือเพื่อเรียกร้องสิทธิ หรือเพื่อหวังเงื่อนไข หรือเพื่อนำมาชำระหนี้ หรือจนกว่าจะนำเงินมาชำระหนี้หรือค่าใช้จ่ายเป็นความผิด บทบัญญัติลักษณะนี้น่าจะเหมาะสมกับสังคมไทยในสมัยก่อน เนื่องจากในกฎหมายตราสามดวงนั้นห้ามอย่างชัดเจนไม่ให้มีการยึดหน่วงเอาศพไว้เพื่อการชำระหนี้เช่นกัน แต่ในปัจจุบันนั้นก็ไม่มีปรากฏความผิดในลักษณะนี้ในประมวลกฎหมายอาญาของไทย อาจจะได้ด้วยพฤติการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไป จึงเห็นว่าไม่ควรมีบทบัญญัติลักษณะเช่นนี้เป็นความผิดเช่นกัน

⁹¹ <http://tlo2.tlc.state.tx.us/statutes/docs/PE/content/word/pe.007.00.000031.00.doc>

⁹² Alaska Statutes 2014

Title 11. CRIMINAL LAW

Chapter 61 OFFENSES AGAINST PUBLIC ORDER

Sec. 11.61.130. Misconduct involving a corpse.

(a) A person commits the crime of misconduct involving a corpse if

(3) the person detains a corpse for a debt or demand or upon a lien or charge.

5.2.3.8 การกระทำความผิดต่อศพในลักษณะที่เป็นการทำร้ายความรู้สึกของคน โดยทั่วไปในครอบครัว และสังคม

การกระทำความผิดต่อศพในลักษณะที่เป็นการทำร้ายความรู้สึกของคนโดยทั่วไปในครอบครัว และสังคมเป็นฐานความผิดในประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่หลายๆ มลรัฐใช้เป็นบทบัญญัติหลักของความผิดเกี่ยวกับศพ บางมลรัฐบัญญัติให้เป็นความผิดทั้งการกระทำความผิดต่อศพในลักษณะที่เป็นการทำร้ายความรู้สึกของคนโดยทั่วไปใน “ครอบครัว” และ “สังคม” บางมลรัฐบัญญัติเพียง การกระทำความผิดต่อศพในลักษณะที่เป็นการทำร้ายความรู้สึกของคนโดยทั่วไปในครอบครัว หรือ สังคม เพียงอย่างเดียวหนึ่ง ดังจะกล่าวต่อไปนี้

กฎหมายที่บัญญัติให้การกระทำความผิด ที่ผู้กระทำรู้ว่าเป็นการทำร้ายความรู้สึกโดยทั่วไปของครอบครัวคนตายเป็นความผิด เช่นเดียวกับที่ปรากฏใน Model Penal Code⁹³ นั้น มีปรากฏในหลายมลรัฐด้วยกัน ซึ่งในมลรัฐโอไฮโอ มลรัฐฮาวาย มลรัฐเพนซิลเวเนีย มลรัฐอลาบามา มลรัฐโคโลราโด มลรัฐเคนตักกี เป็นต้น บทบัญญัติที่กำหนดให้การกระทำความผิดจะถือเป็นความผิด หากการกระทำนั้นเป็นการทำร้ายความรู้สึกของคนในครอบครัวคนตายนั้น บทบัญญัตินี้ไม่กำหนดถึงลักษณะเฉพาะของการกระทำ ที่กฎหมายถือว่าเป็นการทำร้ายความรู้สึกของบุคคลที่ยังมีชีวิตอยู่ ซึ่งเป็นสมาชิกในครอบครัวของคนตายที่ถูกกระทำ ซึ่งการบัญญัติกฎหมายในลักษณะนี้ เป็นการบัญญัติโดยไม่ได้คำนึงถึงลักษณะของการกระทำ โดยผู้กระทำจากกระทำต่อศพลักษณะใดก็ตาม หากการกระทำนั้นก่อให้เกิดผลเป็นการทำร้ายความรู้สึกโดยทั่วไปของครอบครัวคนตาย การกระทำนั้นก็อาจเป็นความผิดฐานนี้ได้ กล่าวคือในบัญญัตินี้ มุ่งให้ความคุ้มครองต่อความรู้สึกของคนในครอบครัวคนตาย เป็นสำคัญ มากกว่าการกำหนดถึงลักษณะของการกระทำต่อศพ ที่จะถือเป็นความผิด อีกทั้งการลงโทษตามมาตรานี้เป็นการลงโทษในระดับลหุโทษหรือโทษเบา ซึ่งถือเป็นการลงโทษเพื่อห้ามปรามไม่ให้กระทำความผิดในลักษณะเช่นนี้

การกระทำความผิดต่อศพในลักษณะที่เป็นการทำร้ายความรู้สึกของคนในสังคม หรือการกระทำต่อศพที่เป็นการละเมิดต่อความรู้สึกของวิญญาณที่ถือเป็นความผิดนั้น มีปรากฏในมลรัฐ

⁹³ Model Penal Code : Official draft and Explanatory note : Complete text of Model Penal Code as adopted at the 1962 Annual Meeting of the American Law Institute at Washington D.C., May 24, 1962 Philadelphia, Pa : The Institute, 1985, page 188-195.

โอไฮโอ มลรัฐเทนเนสซี มลรัฐอาคันซอ มลรัฐโอรีกอน เป็นต้น ลักษณะของการบัญญัติกฎหมายนี้เป็นเช่นเดียวกับการบัญญัติถึงการกระทำต่อคนตายที่เป็นการทำร้ายความรู้สึกโดยทั่วไปของคนในครอบครัวคนตาย กล่าวคือ ไม่ได้ระบุถึงลักษณะของการกระทำต่อคนตายไว้โดยเฉพาะ ฉะนั้นหากมีการกระทำต่อคนตาย และการกระทำนั้นถือได้ว่าเป็นการทำร้ายความรู้สึกคนในสังคม หรือไม่เป็นที่ยอมรับของคนในสังคมแล้ว การกระทำนั้นก็ถือว่าเป็นความผิดฐานการกระทำผิดต่อศพได้ แต่อย่างไรก็ตาม ในบทบัญญัติที่คุ้มครองถึงความรู้สึกของคนในสังคมนั้น ไม่ได้จำกัดเฉพาะว่าต้องเป็นการทำร้ายความรู้สึกของคนในครอบครัวคนตายเท่านั้น ดังนั้นหากการกระทำต่อคนตายนั้นเป็นการกระทำที่ครอบครัวยอมรับหรือยินยอมให้มีการกระทำนั้นได้ แต่การกระทำต่อคนตายนั้นเป็นการทำร้ายความรู้สึกของคนในสังคม การกระทำนั้นย่อมเป็นความผิดฐานนี้ได้ และในขณะเดียวกัน หากการกระทำนั้นเป็นการกระทำที่เป็นการทำร้ายความรู้สึกของคนในครอบครัวคนตาย และเป็นการ

ตามกฎหมายคอมมอนลอว์ ถือว่าความผิดที่กระทำไม่เหมาะสมต่อร่างกายของคนตายสามารถฟ้องร้องการรบกวนในมุ้งร้ายหรือผิดกฎหมายต่อร่างกายของคนตายหลังจากฝังศพไปแล้ว หรือการเปิดเผยให้เห็นศพโดยไม่มีพิธีฝังศพที่เหมาะสม หรือการขายศพเพื่อมุ่งหมายกำไรหรือผลประโยชน์ส่วนตัว หรือเพื่อชำระหนี้สำหรับศึกษา หรือการขุดศพขึ้นมา เว้นแต่เป็นความตั้งใจของคนตายในระหว่างที่ยังมีชีวิตอยู่ หรือเป็นกรณีที่มีความจำเป็นโดยความยินยอมของญาติคนตาย

นอกจากนั้นการจัดการหรือการทำลายศพ โดยมีเจตนาที่จะขัดขวางการสอบสวนที่จะมีขึ้น ก็จะมีโทษระดับ misdemeanor ตามคอมมอนลอว์⁹⁴ เช่นเดียวกันกับการโยนศพลงแม่น้ำก็มีโทษระดับ misdemeanor แม้ว่าจะเป็นร่างกายของเด็กที่คลอดออกมาตาย แต่หากการกระทำดังกล่าวเป็นไปตามการประกอบพิธีศพ ก็จะไม่ถือเป็นความไม่เหมาะสม หรือการเผาศพไม่เป็นความผิด เว้นแต่เป็นเพื่อจุดมุ่งหมายที่จะขัดขวางการสอบสวนตามกฎหมาย หรือการทำอันตรายต่อศพโดยมุ้งร้าย

แนวความคิดสำหรับการกระทำต่อศพ ที่เป็นการทำร้ายความรู้สึกของคนในครอบครัวของคนตายนั้น มีปรากฏชัดเจนใน Model Penal Code ของประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งได้มีการกำหนดห้ามการดูหมิ่นวัตถุที่ฝังศพ โดยได้มีการให้ความหมายของ “การดูหมิ่น” ว่าเป็นการกระทำให้เสียรูปไป การทำลาย การทำให้สกปรก หรือการกระทำทารุณอื่น ๆ ทางกายภาพ ในทางที่ผู้กระทำรู้ว่า จะ

⁹⁴ J.C. Smith and Brain Hogan, *Criminal Law Case and Materials*, (Oxford University), page 393.

เป็นการทำร้ายความรู้สึกของบุคคลที่น่าจะสังเกตเห็นหรือพบเห็นการกระทำของเขา โดยในส่วนของ การกระทำผิดต่อศพนั้น ได้มีการบัญญัติไว้ใน Article 250 ในเรื่องการจลาจล การกระทำที่ขัดต่อ ความสงบสุขและศีลธรรมอันดีของประชาชนและความผิดที่เกี่ยวข้อง

จุดประสงค์ของการบัญญัติ Article 250⁹⁵ นี้ได้แก่ การจัดระบบของบทบัญญัติสำหรับการ กระทำที่ไม่เหมาะสม เล็กๆ น้อยๆ เดิมที่มีความคลุมเครือและมีการกำหนดโทษหลากหลายที่ไม่ ชัดเจน เพื่อจัดให้มีลำดับชั้นของโทษอย่างมีเหตุผล และโดยเฉพาะอย่างยิ่งเพื่อจำกัดความมีสภาพมี อิสระในการคิดของศาลชั้นต้นที่กำหนดการลงโทษจำคุกในสาระสำคัญของการฝ่าฝืนความผิดเล็กๆ น้อยๆ และเป็นการลดความเหลื่อมล้ำของความผิดที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของ ประชาชน กับความผิดที่ถูกจัดการโดยบัญญัติพิเศษ เพื่อที่ความผิดอื่นๆ จะได้ไม่ถูกมองข้ามในการ ดำเนินคดีอย่างเดียวกับพฤติกรรมของการกระทำที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของ ประชาชน เช่น ใน Section 250.10 ที่บัญญัติเกี่ยวกับการกระทำความผิดต่อศพ

สิ่งที่ได้กล่าวข้างต้นนั้น จัดอยู่ในความผิดอาญาตามคอมมอนลอว์ (Common Law Offence) ซึ่งแม้กฎหมายลายลักษณ์อักษรไม่ได้มีการกำหนดให้การกระทำความผิดดังกล่าวเป็นความผิดก็ตาม แต่ศาลของประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ดังกล่าว ก็สามารถลงโทษการกระทำเหล่านั้นได้ แต่ในส่วนของ การพิจารณากฎหมายอาญา สำหรับการกระทำความผิดต่อศพ จะได้นำกฎหมายที่มี การบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรของประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์มาพิจารณา โดยใน ประเทศสหรัฐอเมริกา มีการบัญญัติถึงการกระทำความผิดต่อคนตายไว้ในบทบัญญัติของหลายมลรัฐ

5.2.3.9 การรบกวนความสงบสุขของผู้ตาย

ในประเทศเยอรมนีมีกฎหมายเกี่ยวกับการกระทำความผิดต่อศพ ไว้ในหมวด 11 ว่าด้วย อาชญากรรมเกี่ยวกับศาสนาและปรัชญาแห่งชีวิต (Crimes which relate to religion and philosophy) แห่งประมวลกฎหมายอาญาเยอรมนี ซึ่งมีบทบัญญัติความผิดฐานรบกวนพิธีกรรม เกี่ยวกับศพ และฐานรบกวนความสงบสุขของผู้ตาย (disturb the peace of the death.)⁹⁶

⁹⁵ Model Penal Code : Official draft and Explanatory note : Complete text of Model Penal Code as adopted at the 1962 Annual Meeting of the American Law Institute at Washington D.C., May 24,1962 Philadelphia, Pa : The Institute, 1985, page 188-195.

⁹⁶ Section 168 Desecration of graves etc.

กำหนดอัตราโทษจำคุกไม่เกินสามปี ซึ่งในความผิดฐานรบกวนความสงบสุขของผู้ตายนี้ ยังมีบทบัญญัติแยกย่อยออกไปอีก ได้แก่ ความผิดเกี่ยวกับการยกย้ายเอาไปซึ่งศพ การทำลายสถานที่ฝังศพ และการดูหมิ่นสถานที่ฝังศพ อีกทั้งแม้แต่การพยายามกระทำความผิดดังกล่าวก็มีความผิดด้วย ซึ่งกฎหมายอาญาของประเทศไทยไม่ได้บัญญัติอย่างชัดเจนลงไปในตัวบทว่าการพยายามกระทำความผิดในความผิดเกี่ยวกับศพเป็นความผิดซึ่งต้องได้รับโทษ เหมือนเช่นประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน (Strafgesetzbuch StGB) ได้กำหนดไว้

การกระทำที่ถือเป็นการรบกวนความสงบสุขของผู้ตายตามประมวลกฎหมายอาญาของประเทศเยอรมันนั้น ถือเอาการกระทำต่อคนตายในลักษณะต่างๆ มาจัดเป็นการรบกวนความสงบสุขของคนตายด้วย เช่น การเอาไป หรือการดูหมิ่นศพหรือส่วนของศพ และการกระทำต่อสถานที่ฝังศพ เช่น การทำลาย ทำให้เสียหายซึ่งสถานที่ฝังศพ สถานที่สาธารณะสำหรับระลึกถึงคนตาย หรือการดูหมิ่นสถานที่ ซึ่งนอกจากความผิดฐานการรบกวนความสงบสุขของผู้ตายได้กำหนดถึงการกระทำต่อร่างหรือส่วนของศพแล้ว ยังได้กำหนดให้ความคุ้มครองถึงทารกในครรภ์หรือส่วนของทารกดังกล่าวด้วย และส่วนที่เหลือ (ถ้ากระดูก) ของผู้ตายแล้วไว้อย่างชัดเจนอีกด้วย ยิ่งไปกว่านั้น ในมาตรา 168 (2) ของประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน ยังได้กำหนดให้การทำลาย การทำให้เสียหาย หรือการดูหมิ่นสถานที่ตั้งศพ, สถานที่ฝังศพ หรือสถานที่สาธารณะสำหรับระลึกถึงคนตาย เป็นการรบกวนความสงบสุขของผู้ตายเช่นกัน ซึ่งในประมวลกฎหมายอาญาของไทยในลักษณะ 13 ว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับศพ ไม่ได้กล่าวถึงการกระทำที่เป็นการรบกวนความสงบสุขของคนตายไว้เหมือนประเทศเยอรมนี

(1) Whosoever unlawfully takes away the body or parts of the body of a deceased person, a dead fetus or parts thereof or the ashes of a deceased person from the custody of the person entitled thereto or whosoever commits defamatory mischief on them, shall be liable to imprisonment not exceeding three years or a fine.

(2) Whosoever destroys or damages the place where a body is laid in state, a burial site or a public memorial for the dead or whosoever commits defamatory mischief on them shall incur the same penalty.

(3) The attempt shall be punishable.

5.2.3.10 การกระทำที่เป็นการละเมิดต่อศพ

ประมวลกฎหมายอาญาของประเทศฝรั่งเศส บัญญัติให้การกระทำละเมิดอันใดก็ตามที่เกี่ยวข้องกับร่างของศพ ไม่ว่าจะโดยวิธีใดก็ตาม ต้องได้รับโทษ และการละเมิดหรือการลบหลู่หลุมฝังศพ พื้นที่ฝังศพ อนุสาวรีย์ซึ่งสร้างขึ้นเพื่อระลึกถึงผู้ตาย ไม่ว่าจะกระทำโดยวิธีใดก็ตาม ต้องได้รับโทษจำคุก 1 ปี และปรับ 15,000 ยูโร และโทษจะเพิ่มขึ้นเป็นโทษจำคุก 2 ปี และปรับ 30,000 ยูโร ถ้าการกระทำ ความผิดในวรรคก่อนมีการกระทำละเมิดต่อร่างของศพด้วย⁹⁷

ดังนั้น เมื่อได้พิจารณาถึงกฎหมายที่กำหนดให้การกระทำละเมิดต่อคนตาย ทั้งในส่วนของ การละเมิดต่อสถานที่ฝังศพ สิ่งระลึกถึงคนตายอื่น ๆ หรือการละเมิดต่อเนื้อตัวร่างของศพก็ตาม จะ เห็นได้ว่ากฎหมายนั้นใช้ถ้อยคำในลักษณะที่ผู้กระทำ ได้กระทำละเมิดต่อสิ่งที่กฎหมายคุ้มครอง โดย มิได้ระบุเฉพาะถึงลักษณะของการกระทำในลักษณะใดลักษณะหนึ่ง ฉะนั้นหากมีการกระทำต่อสิ่งที่ กฎหมายมุ่งคุ้มครองในลักษณะต่าง ๆ เช่น การกระทำความผิดทางเพศต่อศพ การขุดหรือเคลื่อนย้าย ศพ การชำแหละ หรือทำลายศพ การทำให้ศพเสียรูป เป็นต้น ถือเป็นการกระทำละเมิดต่อคนตายได้ อีกประการหนึ่งด้วย ซึ่งการบัญญัติอย่างกว้างในลักษณะนี้ไม่ปรากฏในกฎหมายของไทย และเห็นว่า กฎหมายของประเทศไทยควรจะบัญญัติลักษณะการกระทำที่เป็นความผิดไว้ให้ชัดเจน ดีกว่าการ บัญญัติอย่างกว้างเช่นบทบัญญัติฐานนี้ของประเทศฝรั่งเศส

⁹⁷ French PENAL CODE

TITLE II OFFENCES AGAINST THE HUMAN PERSON

CHAPTER V OFFENCES AGAINST THE DIGNITY OF PERSONS

SECTION IV VIOLATIONS OF RESPECT FOR THE DEAD

ARTICLE 225-17

Any violation of the physical integrity of a corpse, by any means, is punished by one year's imprisonment and a fine of €15,000.

The violation or desecration of tombs, burials grounds or monuments erected to the memory of the dead, committed by any means, is punished by one year's imprisonment and a fine of €15,000.

The penalty is increased to two years' imprisonment and to a fine of €30,000 where the offences defined under the previous paragraph were accompanied by a violation of the physical integrity of the corpse.

ตารางที่ 3 ลักษณะของการกระทำความผิดที่ยังไม่สอดคล้องกับบริบทของสังคมไทยในปัจจุบัน

ลักษณะของการกระทำ	สหรัฐอเมริกา	อังกฤษ	เยอรมนี	อิตาลี	ฝรั่งเศส	ญี่ปุ่น
1.การตัดศพ การทำให้ศพเสียรูป การหันหรือทุบตีศพ	Arkansas code of 1987 : Abuse of a corpse.	-	-	-	-	-
2.การดูหมิ่นสถานที่สักการบูชา	-	-	-	-	-	Japan Penal Code 1907 : Article 188.
3.การรบกวนพิธีกรรมเกี่ยวกับศพ	-	-	Section 167a Disturbing a funeral. (ดูภาคผนวก ซ.)	-	-	Japan Penal Code 1907. (ดูภาคผนวก ก.)
4.การครอบครอง การขาย หรือการแลกเปลี่ยนสุสาน	Texas Statutes Section 42.08. (ดูภาคผนวก ธ.)	-	-	-	-	-
5.การผิดสัญญาเตรียมศพ	Alabama Code Section 13A-11-13: Abuse of a corpse. (ดูภาคผนวก ก.)	-	-	-	-	-
6.การเอาไปซึ่งทรัพย์สินที่ติดอยู่กับศพ	Texas Statutes Arizona Statutes. (ดูภาคผนวก ธ.)	-	-	-	-	-
7.การยึดหน่วงศพ การครอบครอง และการใช้ศพโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย	Alaska Statutes. (ดูภาคผนวก ข.)	-	-	-	-	-
8.การกระทำที่เป็นการทำร้ายความรู้สึกของคนในครอบครัวสังคม	Model Penal Code : Article 250.	-	-	-	-	-
9.การรบกวนความสงบสุขของผู้ตาย	-	-	(Disturb the peace of the death.)	-	-	-
10.การกระทำที่เป็นการละเมิดต่อศพ	-	-	-	-	French Penal Code : (ดูภาคผนวก ฉ.)	-

บทที่ 6

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

6.1 บทสรุป

บุคคลทุกคนย่อมเป็นผู้มีเกียรติและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ติดตัวมาตั้งแต่เกิด และเมื่อได้เสียชีวิตลงกลายเป็นศพ ก็ยังมีเกียรติและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ที่ควรได้รับความเคารพ และได้รับการปฏิบัติอย่างมีเหมาะสมอยู่เช่นเดิมเหมือนในขณะที่ยังมีชีวิตอยู่ แม้ว่าร่างกายที่มีชีวิตครองกับร่างกายที่ไม่มีชีวิตครองอยู่จะแตกต่างกันในเรื่องของการเป็นผู้ทรงสิทธิ์ตามกฎหมาย แต่ในทางสังคมและทางความเป็นจริง ศพมนุษย์ก็ยังเป็นสิ่งที่บุคคลทั่วไปให้ความเคารพนับถืออยู่ เห็นได้จากทุกชาติทุกศาสนาและทุกวัฒนธรรมย่อมมีความรู้สึกร่วมกันในความผูกพันของญาติมิตร เพื่อนฝูง ซึ่งได้ปรากฏออกมาในรูปแบบของพิธีศพ เมื่อมีผู้ใดตายย่อมมีการจัดทำพิธีศพให้สมเกียรติ สมศักดิ์ศรีเท่าที่บุคคลนั้นมี จะแตกต่างกันไปเพียงพิธีศพ ซึ่งขึ้นอยู่กับความเชื่อ วัฒนธรรมและศาสนาเท่านั้น เช่น ศาสนาพุทธใช้วิธีเผาศพ ศาสนาอิสลาม¹ และศาสนาคริสต์ใช้วิธีฝังศพเช่นเดียวกับคนจีนที่ฝังศพในฮวงซุ้ย เป็นต้น แต่ที่เหมือนกันคือทุกชาติ ทุกศาสนาให้ความสำคัญกับศพ โดยการการจัดทำพิธีให้แก่ผู้ตาย แม้กระทั่งเป็นศพไร้ญาติ ทางวัดและมูลนิธิต่าง ๆ ก็จัดการทำศพให้² ศพจึงเป็นร่างของมนุษย์ที่มีเกียรติ มีศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ที่ควรได้รับความคุ้มครองเช่นเดียวกับมนุษย์ที่ยังมีชีวิตอยู่ ซึ่งบุคคลอื่นจะมากกระทำการใด ๆ อันเป็นการกระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นั้นไม่ได้ ศพจึงเป็นสิ่งที่คนรักและให้ความเคารพโดยเฉพาะบุคคลในครอบครัว ดังนั้นการกระทำใด ๆ ที่ไม่สมควรต่อศพ จึงไม่ได้เป็นเพียงการกระทำต่อสิ่งของเท่านั้น เพราะเป็นการกระทำที่กระทบต่อสิทธิมนุษยชน และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของผู้ตาย อีกทั้งยังเป็นการทำร้ายความรู้สึกของคนในครอบครัวของผู้ตาย หรือในบางกรณีอาจเป็นการกระทำอาจเป็นการทำร้ายความรู้สึกของคนในสังคมทั่วไปที่ได้พบเห็นหรือรับรู้การกระทำอันไม่เหมาะสมดังกล่าว

¹ การิม อับดุลเลาะห์, คู่มืออิสลามเบื้องต้น, หน้า 144-155.

² <http://puttakunnathum.com/1-5-54.html>

ดังนั้นการกำหนดให้การกระทำความผิดต่อศพเป็นความผิดอาญานั้น มาจากแนวความคิดที่มุ่งคุ้มครองสิทธิและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์แม้บุคคลนั้นจะตายไปแล้ว อีกทั้งยังมุ่งคุ้มครองสิทธิของบุคคลในครอบครัว เกียรติยศ และชื่อเสียงต่างๆ อีกด้วย เพราะการกระทำความผิดต่อศพนั้นไม่เพียงแต่เป็นการกระทำที่ละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของผู้ตายเท่านั้น ยังเป็นการกระทำที่กระทบต่อความรู้สึก ความเป็นอยู่ทางสังคมของครอบครัวและญาติของผู้ตายอีกด้วย จึงมีเหตุผลให้ต้องกำหนดเป็นความผิดเพื่อมุ่งคุ้มครองและเยียวยาความรู้สึก ไม่ให้ผู้ตาย ครอบครัว และศีลธรรมอันดีของสังคมถูกรบกวนจากการกระทำความผิดดังกล่าว

แม้ว่าประมวลกฎหมายอาญาของประเทศไทยจะมีบทบัญญัติเกี่ยวกับศพ (ก่อนที่จะมีการแก้ไขเพิ่มเติมใน พ.ศ. 2557) เช่น ในประมวลกฎหมายอาญามาตรา 199 และมาตรา 327 แต่ทั้งสองมาตรานี้ก็ไม่ได้มีความมุ่งหมายที่จะคุ้มครองศพโดยตรง โดยในมาตรา 199 นั้น สิ่งที่มีมุ่งจะคุ้มครองหรือคุณธรรมทางกฎหมายของความผิดฐานนี้ คือ “ความเดือดขาดแห่งอำนาจรัฐในกระบวนยุติธรรม”³ ซึ่งมาตรานี้ได้กำหนดเจตนาพิเศษหรือมูลเหตุชักจูงใจ คือ เป็นการกระทำเพื่อปิดบังการเกิด การตาย หรือเหตุแห่งการตาย ดังนั้นจึงเป็นมาตราที่เป็นเรื่องของพยานหลักฐาน⁴ มากกว่าที่จะมุ่งคุ้มครองถึงการกระทำความผิดต่อศพ และในมาตรา 327 นั้นเป็นการบัญญัติถึงการหมิ่นประมาท “คนตาย” ซึ่งเมื่อมีความผิดฐานดูหมิ่นเหยียดหยาม “ศพ” แล้วก็ย่อมนำมาปรับใช้กับการกระทำที่เป็นการดูหมิ่นศพไม่ได้

ประมวลกฎหมายอาญาของประเทศไทยมีการแก้ไขเพิ่มเติมเป็นลักษณะใหม่ คือ ลักษณะ 13 การกระทำความผิดเกี่ยวกับศพให้มีความผิดเกี่ยวกับศพ ซึ่งมีลักษณะของการกระทำความผิดต่อศพ 4 ฐานความผิด ได้แก่ ความผิดฐานการกระทำชำเราศพ, ความผิดฐานการกระทำอนาจารแก่ศพ, ความผิดฐานการกระทำให้ศพเสียหาย และความผิดฐานการดูหมิ่นเหยียดหยามศพก็ตาม แต่ในความผิดเกี่ยวกับศพทั้งสี่ฐานความผิดนี้ ก็ยังคงให้ความคุ้มครองได้ไม่ครอบคลุมเพียงพอ เนื่องจากยังคงมีปัญหาในเรื่องไม่มีคำนิยามของคำว่า “ศพ” อย่างชัดเจน และยังมีกรณีตามมาตรา 199 ประมวลกฎหมายอาญาของไทยที่บัญญัติให้การลอบฝัง ซ่อนเร้น ย้ายหรือทำลายศพหรือส่วนของศพ โดยมีเจตนาพิเศษเพื่อปิดบังการเกิด การตาย หรือเหตุแห่งการตาย ซึ่งเป็นเหตุผลในการคุ้มครอง

³ คณิต ฒ นคร, กฎหมายอาญาภาคความผิด, หน้า 834.

⁴ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6202/2538 (เนติ.) หน้า 1522.

พยานหลักฐาน ไม่ได้คุ้มครองการปิดบังซ่อนเร้นศพที่ทำโดยไม่ชอบ อีกทั้งในมาตรา 366/3 บัญญัติ แต่เพียงการกระทำต่อเนื้อตัวร่างกายศพ ไม่ได้กล่าวถึงการกระทำต่อสุสาน และสิ่งที่ระลึกถึงคนตาย เอาไว้ จึงเป็นการให้ความคุ้มครองที่ไม่ครอบคลุมเพียงพอ เนื่องจากประเทศไทยเป็นเมืองพุทธที่นิยม เผาศพเป็นส่วนมาก เมื่อเผาเสร็จย่อมตั้งมีโกศบรรจุอัฐิ การกระทำต่อสิ่งเหล่านี้จึงน่าจะได้รับความ คุ้มครองด้วยเช่นกัน ส่วนกรณีการยึดหน่วงศพ การครอบครอง และการใช้ศพโดยไม่ชอบด้วย กฎหมายนั้นยังไม่มีบทบัญญัติมาคุ้มครองเช่นกัน

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จึงมุ่งศึกษาถึงลักษณะของการกระทำความผิดต่อศพในกฎหมายของ ประเทศต่างๆ ซึ่งก็มีมาตรการทางกฎหมาย การกำหนดโทษ และคุณธรรมทางกฎหมายหรือสิ่งที่ กฎหมายต้องการคุ้มครองแตกต่างกันไป ได้แก่ คุ้มครองการกระทำอันไม่เหมาะสมทางเพศต่อศพใน Sexual Offence Act 2003 ของประเทศอังกฤษ การคุ้มครองการกระทำอันไม่เหมาะสมต่อศพใน ประมวลกฎหมายอาญาของประเทศอิตาลี การคุ้มครองความสงบสุขของคนตายตามประมวล กฎหมายอาญาของประเทศเยอรมัน การคุ้มครองความสงบสุขของครอบครัวและสังคมของประเทศ สหรัฐอเมริกา การคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และความเคารพนับถือต่อคนตายตามประมวล กฎหมายอาญาของประเทศฝรั่งเศส หรือการคุ้มครองสิ่งสักการบูชาในประมวลกฎหมายอาญาของ ประเทศญี่ปุ่น

ด้วยเหตุนี้จึงทำให้เล็งเห็นถึงความสำคัญของการบัญญัติเพิ่มเติม และแก้ไขประมวลกฎหมาย อาญา ลักษณะที่ 13 การกระทำความผิดเกี่ยวกับศพ ให้มีคำนิยามของคำว่า “ศพ” อย่างชัดเจน ทั้ง เพิ่มเติมลักษณะของการกระทำความผิดที่ไม่เหมาะสมต่อศพ เช่น การกระทำความผิดต่อคนตายใน ลักษณะที่เป็นการขุดศพ ขันมาโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย การละทิ้ง หรือครอบครองศพโดยไม่ชอบ ด้วยกฎหมาย การปิดบัง ซ่อนเร้น ลอบฝังศพ การลอบหลั่งต่อสุสาน และสิ่งที่ระลึกถึงคนตาย การซื้อ ขายศพมนุษย์ การส่งต่อศพมนุษย์ การใช้ศพโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย เป็นต้น จะสามารถเพิ่ม ประสิทธิภาพในการบังคับใช้กฎหมาย เป็นการคุ้มครองเกียรติและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของคนตาย และครอบครัว อีกทั้งเพื่อเป็นการรักษาความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของสังคม เพื่อป้องกัน ไม่ให้มีการกระทำที่ไม่เหมาะสมต่อศพอีก และเพื่อคุ้มครองศักดิ์ศรีของศพซึ่งเคยเป็นมนุษย์ผู้ทรง เกียรติให้มากขึ้น รัฐจึงควรกำหนดกฎหมายให้เป็นหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนเพื่อใช้ในการปฏิบัติร่วมกัน

6.2 ข้อเสนอแนะ

จากการศึกษาวิจัยในเรื่องการกระทำความผิดต่อศพนี้ ผู้เขียนเห็นว่าควรมีการปรับปรุงแก้ไข และเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา ลักษณะ 13 การกระทำความผิดเกี่ยวกับศพ เพื่อป้องกันไม่ให้เกิดการกระทำอันไม่เหมาะสมต่อศพเกิดขึ้นในสังคมอีก และเพื่อเป็นการลงโทษผู้กระทำความผิดให้เด็ดขาด และไม่ให้เป็นเยี่ยงอย่างแก่สังคม ซึ่งในการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายนั้นมีข้อพิจารณาดังต่อไปนี้

1. การขุดศพที่กฎหมายในต่างประเทศบัญญัติเป็นความผิดดังกล่าวมาแล้วนั้น อาจเป็นศพที่ประกอบพิธีแล้วฝัง หรือเป็นการฝังด้วยวิธีอื่นก็ได้ ถือเป็นการบัญญัติให้ความคุ้มครองศพที่ค่อนข้างกว้าง และอาจจะนำมาปรับใช้กับประเทศไทยได้ค่อนข้างน้อย เพราะความเชื่อของศาสนาคริสต์นั้นให้ความสำคัญกับวันพิพากษาโลก ที่เชื่อว่าพระเจ้าจะกลับมาพิพากษาทั้งคนเป็นและคนที่ตายไปแล้ว โดยการปลุกขึ้นมาจากหลุมศพแล้วทำการพิพากษา ดังนั้นศาสนาคริสต์จึงได้ให้ความสำคัญกับร่างของศพที่ฝังไปแล้ว ถึงขนาดห้ามไม่ให้ขุดขึ้นมาเลย ไม่ว่าจะโดยเหตุผลใด ในขณะที่ประเทศไทยนั้น เป็นประเทศที่มีศาสนาพุทธเป็นศาสนาหลักของชาติ ซึ่งคนที่นับถือศาสนาพุทธนั้นไม่มีวิธีการกับศพทั้งเผาและฝัง กรณีการฝัง เช่นในการฝังศพของคนจีน ที่มีการสร้างฮวงซุ้ยนั้น เมื่อถึงเวลาหนึ่งที่ป่าช้าเต็ม ไม่มีที่ฝังศพแล้วนั้น ก็จะมีการทำพิธีล้างป่าช้า โดยการขุดเอาศพหรือกระดูกขึ้นมาทำพิธี เพื่อจะได้มีพื้นที่ฝังศพใหม่ๆ ต่อไป จึงไม่อาจถือได้ว่าการขุดขึ้นมาเฉยๆ โดยไม่มีเจตนาพิเศษเป็นความผิดอาญาไปได้ แต่เมื่อพิจารณาตามเหตุการณ์ที่เคยปรากฏก็มีการขุดศพขึ้นมาทำเครื่องรางของขลังโดยไม่ชอบ จึงอาจนำลักษณะการกระทำที่เป็นการ “ขุดศพ ขึ้นมาโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย” มาบัญญัติเพิ่มเติมเป็นอีกลักษณะหนึ่งของการกระทำความผิดในลักษณะ 13 ของประมวลกฎหมายอาญา แต่อย่างไรก็ตาม ในส่วนของโทษอาจกำหนดให้เป็นเพียงลหุโทษ เพราะเห็นว่าไม่ใช่ความผิดร้ายแรงนัก

2. กรณีการละทิ้ง หรือครอบครองศพโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้น ปรากฏในประมวลกฎหมายอาญาของญี่ปุ่นว่าบุคคลที่ทำลาย ละทิ้ง หรือครอบครอง โดยไม่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งศพ เล้า หรือผมของคนตาย หรือสิ่งของที่อยู่ในโลงศพ ต้องระวางโทษจำคุกร่วมกับการใช้แรงงาน ในกรณีการละทิ้งศพนี้ ผู้เขียนเห็นว่ามีความจำเป็นด้วยเหตุผลทางด้านอนามัย จึงน่าจะกำหนดเป็นความผิด แต่อาจกำหนดให้เป็นเพียงลหุโทษเท่านั้น เนื่องจากเป็นลักษณะการกระทำความผิดที่ไม่ร้ายแรงมากนัก

3. กรณีการปิดบัง ซ่อนเร้น ลอบฝังศพในประเทศสหรัฐอเมริกา ปรากฏฐานความผิดเกี่ยวกับการปิดบัง ซ่อนเร้น ลอบฝังศพโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งมีลักษณะของการกระทำคล้ายกับมาตรา 199 ประมวลกฎหมายอาญาของไทยที่บัญญัติให้การลอบฝัง ซ่อนเร้น ย้ายหรือทำลายศพหรือส่วนของศพ แต่ที่แตกต่างคือกฎหมายไทยมีเจตนาพิเศษเพื่อปิดบังการเกิด การตาย หรือเหตุแห่งการตาย ซึ่งเป็นเหตุผลในการคุ้มครองพยานหลักฐาน ไม่ได้คุ้มครองการปิดบังซ่อนเร้นศพที่ทำโดยไม่ชอบ แต่กฎหมายของสหรัฐอเมริกานั้นบัญญัติว่า “โดยไม่ได้รับอนุญาตตามกฎหมาย” ซึ่งหากมีการกระทำลักษณะเช่นนี้เกิดขึ้นที่ประเทศไทย ก็ไม่เป็นความผิด เนื่องจากไม่ได้มีเจตนาพิเศษเพื่อปิดบังการเกิด การตายดังกล่าว จึงเห็นว่าควรมีบทบัญญัติลักษณะเช่นนี้ในลักษณะ 13 ประมวลกฎหมายอาญา เพื่อเป็นการกำหนดลักษณะของการกระทำให้ครอบคลุมยิ่งขึ้น ซึ่งหมายความว่าแม้จะไม่มีเจตนาพิเศษดังกล่าว แต่เป็นการทำโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายและเป็นความผิด

ส่วนกรณีการกระทำที่เป็นการปิดบังอำพราง ซ่อนเร้น ลอบฝังศพหรือส่วนใดส่วนหนึ่งของศพของประเทศอังกฤษนั้น ใน Offences Against The Person Act 1861 มีการกำหนดไว้เป็นพิเศษ หรือกำหนดไว้อย่างชัดเจนถึงการกระทำต่อศพของเด็ก ไม่ว่าจะเด็กนั้นจะตายก่อน ขณะ หรือ ภายหลังเกิดก็ตาม และแม้จะเป็นบัญญัติที่กำหนดถึงความผิดสำหรับการปิดบังการเกิดก็ตาม แต่หากการกระทำต่อศพเด็กนั้น ไม่ว่าจะผู้กระทำจะได้กระทำลักษณะใดก็ตาม หากถือเป็นการจัดการอย่างลับๆ ต่อศพของเด็กนั้น ก็ถือเป็นการปิดบังการเกิด ซึ่งเป็นความผิดตามบทบัญญัตินี้ ในขณะที่บทบัญญัติของประเทศอื่น ที่กำหนดความผิดสำหรับการกระทำในลักษณะนี้ ไม่จำกัดเฉพาะการกระทำที่เป็นการปิดบังการเกิดเท่านั้น ซึ่งจะเห็นได้ว่าแม้การบัญญัติกฎหมายให้การกระทำในลักษณะเดียวกันเป็นความผิด แต่ความมุ่งหมายของบัญญัตินั้น อาจมีความแตกต่างกันไปก็เป็นได้ โดยการกระทำที่เป็นการขัดขวางการฝังศพที่เหมาะสมตามกฎหมาย ที่ถือเป็นการผิด Common Law Offence นั้น ศาลได้ให้ความเห็นว่า ปัจจัยที่สำคัญที่สุดในการขัดขวางแนวทางปฏิบัติแห่งความยุติธรรมโดยการปกปิดศพ คือ เจตนาของผู้กระทำความผิด กล่าวคือ ถ้าเป้าหมายเป็นการขัดขวางกระบวนการยุติธรรม และทำให้ยากในการฟ้องร้องผู้กระทำความผิดหรือบุคคลอื่น ผู้กระทำความผิดก็สมควรได้รับการลงโทษขั้นสูงในระดับที่เหมาะสม แต่หากเขาขาดเจตนาดังกล่าว การตัดสินโทษที่เบาลงก็จะเป็นการเหมาะสม

กรณีการปิดบัง ซ่อนเร้น ลอบฝังศพโดยไม่มีเจตนาพิเศษเพื่อปิดบังการเกิด การตาย หรือเหตุแห่งการตายนั้น ผู้เขียนเห็นว่าควรจะกำหนดเป็นความผิดเหมือนในลักษณะของกฎหมายอังกฤษตามที่กล่าวข้างต้น แต่อาจจะกำหนดเป็นเพียงความผิดลหุโทษเท่านั้น เนื่องจากเห็นว่าไม่เป็นลักษณะการกระทำที่เป็นความผิดร้ายแรง และเห็นว่าเจตนาพิเศษควรเป็นเหตุเพิ่มโทษ แต่การปิดบัง ซ่อนเร้น และลอบฝังศพธรรมดาเป็นความผิดธรรมดา

4. การกระทำอันไม่เหมาะสมอันเป็นการลบลู่ต่อสุสาน และสิ่งทีระลึกถึงคนตายนั้น ประมวลกฎหมายอาญาของไทยก็มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการทำลาย ทำให้เสียหายแก่ศพ ซึ่งปรากฏในมาตรา 366/3 และการดูหมิ่นศพในมาตรา 366/4 แต่ไม่ได้กล่าวถึงการกระทำต่อสุสาน และสิ่งทีระลึกถึงคนตายเอาไว้ดังเช่นกฎหมายของต่างประเทศ ซึ่งแม้ว่าประเทศไทยจะเป็นเมืองพุทธ ทำการเคารพเป็นหลัก ไม่ได้ฝังศพเหมือนในต่างประเทศ แต่อย่างไรก็ตามเมื่อเคารพย่อมมีการบรรจุอัฐิลงในโกศ ซึ่งบางแห่งก็สร้างเป็นสิ่งปลูกสร้างถาวรอยู่ในวัด หรือบางบ้านก็เก็บโกศอัฐิบุพการีไว้ในบ้าน ซึ่งเป็นสิ่งที่แสดงให้เห็นว่าสิ่งนี้เป็นสิ่งระลึกถึงผู้ตาย หากมีผู้มากระทำการอันไม่เหมาะสมต่อโกศหรือที่ตั้งของศพหรือส่วนของศพนี้ ย่อมเป็นการทำร้ายความรู้สึกของบุคคลในครอบครัว อีกทั้งประชากรในประเทศไทยก็ไม่ได้นับถือศาสนาพุทธแต่เพียงอย่างเดียว ยังมีผู้นับถือศาสนาคริสต์ อิสลามและอื่นๆ ที่ทำการฝังศพ ดังที่ปรากฏของซุ้ยหรือสุสานฝังศพตามโบสถ์ต่างๆ ดังนั้นจึงควรบัญญัติกฎหมายให้ครอบคลุมถึงการดูหมิ่น ทำลาย ทำให้เสียหายต่อสถานที่ฝังศพหรือที่ตั้งของศพด้วย

ส่วนกรณีการขาย หรือการแลกเปลี่ยนสุสาน หรือสิ่งทีระลึกคนตายโดยผิดกฎหมาย ครอบครองหรือซื้อขายหินศิลาบนหลุมฝังศพโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย การเคลื่อนย้ายหลุมฝังศพ หรือสิ่งทีระลึกแทนคนตายใน ที่บัญญัติให้เป็นความผิดทางอาญานั้น มีเหตุผลมาจากความเชื่อทางศาสนาคริสต์ ซึ่งในประเทศไทยนั้น แม้จะมีการฝังศพแบบชาวคริสต์และชาวมุสลิม แต่ก็ยังไม่ปรากฏการกระทำที่เป็นเหตุให้กระทบต่อสังคม จึงเห็นว่ายังไม่มีความจำเป็นที่จะนำลักษณะการกระทำผิดดังกล่าวมาใช้กับประเทศไทย

5. การซื้อขายศพมนุษย์ การส่งต่อศพมนุษย์ ประเทศไทยยังไม่มีกำหนดความผิดลักษณะดังกล่าวไว้ในประมวลกฎหมายอาญา อีกทั้งในประเทศไทยยังเกิดปัญหาการนำชิ้นส่วนศพมาประกอบพิธีทางไสยศาสตร์แล้วนำออกขาย เช่น กุมารทอง ปั้นเหน่ง น้ำมันพราย เป็นต้น ดังนั้นจึงเป็นปัญหาเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของสังคม เนื่องจากมีการลอบขุดและขโมยศพไปจากหลุมฝังศพหรือที่

เก็บศพ เพื่อมาทำวัตถุดังกล่าว ผู้เขียนจึงเห็นว่าควรนำลักษณะการกระทำเช่นนี้มาบัญญัติเป็นความผิดด้วยเช่นกัน เพื่อคุ้มครองศักดิ์ศรีของศพ และความรู้สึกของคนในครอบครัวผู้ตาย อีกทั้งเพื่อเป็นการรักษาความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีต่อสังคมด้วย

6. เรื่องการใช้ศพโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย เพื่อวัตถุประสงค์ทางวิทยาศาสตร์ หรือเพื่อการสอนให้ความรู้ โดยไม่มีอำนาจตามกฎหมายให้เป็นความผิดนั้น หากไม่มีอำนาจตามกฎหมาย ซึ่งหากไม่มีบทบัญญัติเช่นนี้ อาจจะต้องนำบทบัญญัติความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สินมาใช้ ซึ่งยังไม่มีคำแนะนำว่าจะสามารถนำมาปรับใช้กับศพมนุษย์ ได้หรือไม่ แต่อย่างไรก็ตามผู้เขียนเห็นว่าการใช้ศพหรือส่วนใดของศพด้วยประการอื่นใด เพื่อวัตถุประสงค์ทางวิทยาศาสตร์ หรือเพื่อการสอนให้ความรู้ โดยไม่มีอำนาจตามกฎหมาย หรือโดยไม่ได้รับอนุญาตนั้น ควรกำหนดไว้เป็นความผิด เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยในสังคม

7. กรณีให้นิติบุคคลมีความรับผิดทางอาญานั้น ศาลไทยเคยวางหลักไว้ในคำพิพากษาศาลฎีกาว่า นิติบุคคลมีความรับผิดได้ ภายใต้เงื่อนไขสามประการ⁵ ได้แก่ ได้ทำตามวัตถุประสงค์ของนิติบุคคล ทำโดยบุคคลผู้มีอำนาจกระทำการ และนิติบุคคลได้รับประโยชน์ ดังนั้นการให้นิติบุคคลมีความรับผิดทางอาญาดังเช่นกฎหมายของฝรั่งเศสย่อมน่าจะมีได้ แต่อย่างไรก็ตามอาจลงโทษได้เพียงเฉพาะโทษปรับเท่านั้น

ส่วนกรณีการกระทำผิดต่อศพในลักษณะที่เป็นการทำร้ายความรู้สึกของคนโดยทั่วไปในครอบครัว และสังคม, การรบกวนความสงบสุขของผู้ตาย และการกระทำที่เป็นการละเมิดต่อศพนั้น เนื่องจากประเทศไทยใช้ระบบประมวลกฎหมาย การบัญญัติให้ลักษณะการกระทำเป็นความผิด จึงควรต้องบัญญัติให้ชัดเจน ไม่ควรกำหนดในลักษณะกว้างๆ เช่นบทบัญญัติทั้งสามกรณีดังกล่าว เพราะจะเป็นการขัดกับมาตรา 2 ที่บัญญัติให้บุคคลจักต้องรับผิดทางอาญาต่อเมื่อได้ทำการอันกฎหมายในขณะนั้นบัญญัติเป็นความผิด และกำหนดโทษไว้ ผู้เขียนจึงเห็นว่าไม่ควรนำบทบัญญัติลักษณะนี้มากำหนดเป็นความผิดในประมวลกฎหมายอาญาของไทย

เมื่อประเทศไทยมีแนวความคิดว่าการปฏิบัติต่อคนตายนั้น จะต้องกระทำด้วยความเคารพ และต้องคำนึงถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ที่เขาเคยได้รับความคุ้มครองมาในขณะที่ยังมีชีวิต ประกอบ

⁵ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 787-788/2506 หน้า 1341.

กับหลักประกันของกฎหมายอาญาที่กำหนดว่าการจะลงโทษทางอาญาแก่บุคคลใด ต้องมีกฎหมายบัญญัติไว้อย่างชัดเจนว่าการกระทำนั้นเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ ฉะนั้นจึงต้องมีการแก้ไขเพิ่มเติมในส่วนของการกระทำความผิดต่อคนตาย เพื่อให้เกิดความชัดเจนว่าในประเทศไทยได้ให้ความคุ้มครองคนตายเช่นเดียวกับในประเทศอื่นๆ นอกจากนั้นทางสารบัญญัติ การบัญญัติกฎหมายฐานความผิดดังกล่าวข้างต้นควรกำหนดให้ครอบคลุมถึงการกระทำในหลายลักษณะ เพื่อให้เกิดความชัดเจนว่ารัฐไม่ต้องการให้เกิดการกระทำที่ไม่เหมาะสม และเพื่อให้เจ้าหน้าที่ผู้บังคับใช้กฎหมายสามารถใช้คนนั้นได้ถูกต้อง และสมตามความมุ่งหมายของบทบัญญัตินั้น ซึ่งการกระทำอันไม่เหมาะสมต่อศพในบางลักษณะนั้น หากบัญญัติให้เป็นลักษณะของการกระทำที่เป็นความผิด จะเป็นการเพิ่มความคุ้มครองศักดิ์ศรีของศพซึ่งเคยดำรงเป็นมนุษย์ให้มากขึ้น



รายการอ้างอิง

Hogan, J. C. S. a. B., ed. *Supra Note 7*.

"Model Penal Code." edited by Institute, T., 188-195, 1985,.

Morrish, I. M. a. P., ed. *Harris's Criminal Law*. London: Sweet & Maxwell, 1973.

Newman, T. T. O. a. C. *Defiling the Dead : Necrophilia and the Law*. Whittier Law Review, Spring (1997).

other, D. B. a., ed. *Blackstone's Criminal Practice 2005*: Oxford University, 2005.

other, D. B. a., ed. *Supra Note 4*.

Perkins, R. M., ed. *Perkins on Criminal Law*. New York: Mineola, 1969.

———, ed. *Supra Note 6*.

Reid, S. T., ed. *Criminal Law*. 4th. Ed ed: Florida State University, 1998.

———, ed. *Supra Note 9*.

Sebald, T. a. A. b. W. J., ed. *The Criminal Code of Japan*. Kobe: Japan, 1936.

Williams, G., ed. *Textbook of Criminal Law*. London: Stevens & sons, 1978.

กนก อินทร์พรชัย. วิชากฎหมายแพ่งลักษณะทรัพย์และทรัพย์สิน. ใน รวมคำบรรยายภาค 1 สมัย
51. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์เนติบัณฑิตยสภา, 2541.

การิม อับดุลละห์. คู่มืออิสลามเบื้องต้น. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วงศ์เสงี่ยม.

กำธร เลี้ยงสังธรรม. กฎหมายตราสามดวง เล่มที่ 3. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์
สุภาพใจ, 2548.

เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. กฎหมายอาญาภาคความผิด เล่ม 1 คำอธิบายเกี่ยวกับกรรมเดียวผิด
กฎหมายบทเดียว บทเฉพาะ บททั่วไป บทธรรมดา บทฉกรรจ์ บทเบา บทหนัก ถ้ามตอบ
ความผิดเกี่ยวกับการปกครอง และความผิดเกี่ยวกับการยุติธรรม. พิมพ์ครั้งที่ 4.

กรุงเทพมหานคร: จีราทัศน์การพิมพ์, 2548.

———. คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค 1. พิมพ์ครั้งที่ 9. กรุงเทพมหานคร: จีรัชการพิมพ์, 2549.

คณิต ฌ นคร. กฎหมายอาญาภาคความผิด. พิมพ์ครั้งที่ 9. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน,
2549.

———. คุณธรรมทางกฎหมายกับการใช้กฎหมายอาญา. วารสารอัยการ ปีที่ 3, ฉบับที่ 1
(มกราคม 2523): 55-58.

- จิตติ ติงศภัทย์. กฎหมายอาญาภาค 2 ตอน 1. พิมพ์ครั้งที่ 8. กรุงเทพมหานคร: เนติบัณฑิตยสภา, 2548.
- . คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญาภาค 2 ตอน 2 และภาค 3. พิมพ์ครั้งที่ 7. กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2553.
- ณวกา รุจิกันหะ. สถานะและปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับศพและชิ้นส่วนของศพ. วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต, สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. 2545.
- ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ. กฎหมายอาญาภาคความผิด. พิมพ์ครั้งที่ 8. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2552.
- . คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิดและลหุโทษ. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2549.
- . ทางออกของแพทย์ในกรณีการปลูกถ่ายอวัยวะมนุษย์. วารสารนิติศาสตร์, 2 (2534).
- . ปกิณกะกฎหมาย, มันเป็นกรรมเวรของแฉก. วารสารนิติศาสตร์ 4, ป.25 (2538): 811.
- . ประมวลกฎหมายอาญาฉบับอ้างอิง. พิมพ์ครั้งที่ 21. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2551.
- . มุมมองใหม่ในกฎหมายอาญา. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2552.
- บรรเจิด สิงคะเนติ. หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์. พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2555.
- บวรศักดิ์ อุวรรณโณ และ มานิตย์ จุมปา. คำอธิบายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยมรดก. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร: นิติธรรม, 2548.
- บัญญัติ สุชีวะ. ความหมายของประเภทของทรัพย์และทรัพย์สิน. ใน เอกสารการสอนชุดวิชากฎหมายว่าด้วยทรัพย์สิน. พิมพ์ครั้งที่ 7. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช, 2529.
- . คำอธิบายกฎหมายลักษณะทรัพย์. กรุงเทพมหานคร: จีระวิชาการพิมพ์, 2545.
- บุญเพราะ แสงเทียน. กฎหมายอาญา 2 (ภาคความผิด) แนวประยุกต์. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพมหานคร: บริษัท วิทย์พัฒน์ จำกัด, 2542.
- ประพัฒน์พงศ์ สุคนธ์. การยกเว้นความรับผิดชอบในการทำให้ผู้ป่วยตายด้วยความสงสาร. วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต, สาขาวิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. 2529.
- ประพันธ์ เรืองณรงค์. 100 เรื่องเมืองใต้. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์ อัมรินทร์, 2553.
- ปรานี วงษ์เทศ. พิธีกรรมเกี่ยวกับการตายในประเทศไทย. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพมหานคร: บริษัท อัมรินทร์ ปริ้นติ้งกรุ๊ป, 2534.

- ปุระชัย เปี่ยมสมบูรณ์. อาชญาวิทยา: สหวิทยาการว่าด้วยปัญหาอาชญากรรม. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2531.
- ภัทรพร ศิริกาญจน. ความรู้พื้นฐานทางศาสนา. พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2546.
- ราชบัณฑิตยสถาน. พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ.2554. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพมหานคร: บริษัท ศิริวัฒนาอินเตอร์พริ้นท์ จำกัด (มหาชน), 2556.
- รีดเดอร์ส ไตเจสต์. พื้นฐานแห่งกายมนุษย์. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร: บริษัท อมรินทร์พริ้นติ้ง แอนด์พับลิชชิ่ง จำกัด, 2543.
- วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์. นิติเวชศาสตร์. พิมพ์ครั้งที่ 7. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2554.
- ศรีนิตา พรหมหิตาธร. บทสรุปของเรื่องสิทธิที่จะตาย. วารสารอัยการ, 90 (มิถุนายน 2528): 21-24.
- สันต์ หัตถ์รัตน์. การดูแลรักษาผู้ป่วยที่หมดหวัง. กรุงเทพมหานคร: อมรินทร์การพิมพ์, 2521.
(โครงการตำราศิริราช คณะแพทยศาสตร์ ศิริราชพยาบาล มหาวิทยาลัยมหิดล).
- สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. ข้อเสนอแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1. (กันยายน 2534): 311.
- สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา. เรื่องร่างพระราชบัญญัติที่เสนอสภานิติบัญญัติแห่งชาติ จำนวน 9 ฉบับ. (21 ตุลาคม 2557).
- สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล. คำอธิบายความผิดเกี่ยวกับทรัพย์ตามประมวลกฎหมายอาญา. พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2548.
- สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล. ปัญหาพิเศษในกฎหมายอาญา. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2547.
- เสนีย์ ปราโมช, ม. ร. ว. ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยครอบครัวมรดก. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2508.
- เสวนีย์ จิตต์หมวด. วัฒนธรรมอิสลาม. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์ทางนำ, 2535.
- แสวง บุญเฉลิมวิภาส. ทฤษฎีกฎหมายสามชั้นมองในแง่กฎหมายอาญา. ใน เชื้อไทย, ส. (บรรณาธิการ), 60 ปี ดร.ปรีดี เกษมทรัพย์: รวมบทความในโอกาสเกษียณอายุราชการ. กรุงเทพมหานคร: พี เค พรินติ้งเฮ้าส์, 2531.
- . ปัญหาเจตนาในกฎหมายอาญา. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 2524.
- หยุด แสงอุทัย. กฎหมายอาญาภาค 2-3. พิมพ์ครั้งที่ 10. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2544.

- . กฎหมายอาญาภาคทั่วไป. พิมพ์ครั้งที่ 14. กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2520.
- . การกำหนดโทษสำหรับความผิดในประมวลกฎหมายอาญา. อุลพาน, ฉบับที่ 7 (สิงหาคม 2503): 931-933.
- . คำอธิบายกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2548.
- อัจฉริยา ชูตินันท์. อาชญาวิทยาและทัณฑวิทยา. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2557.
- อัมพร ณ ตะกั่วทุ่ง. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยมรดก. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพมหานคร: นิติบรรณาการ, 2542.
- อุทิศ แสนโกศิก. กฎหมายอาญา ภาค 1. กรุงเทพมหานคร: เรือนแก้วการพิมพ์, 2525.





ภาคผนวก

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

ภาคผนวก ก.
Alabama Code

Title 13A: CRIMINAL CODE.

Chapter 11: OFFENSES AGAINST PUBLIC ORDER AND SAFETY

Article 1: OFFENSES AGAINST PUBLIC ORDER AND DECENCY

Section 13A-11-13: ABUSE OF CORPSE

(a) A person commits the crime of abuse of a corpse if, except as otherwise authorized by law, he knowingly treats a human corpse in a way that would outrage ordinary family sensibilities. Abuse of a corpse may include knowingly and willfully signing a certificate as having embalmed, cremated, or prepared a human body for disposition when, in fact, the services were not performed as indicated.

(b) Abuse of a corpse is a Class C felony.

ภาคผนวก ข.

Alaska Statutes 2014

Title 11. CRIMINAL LAW

Chapter 61 OFFENSES AGAINST PUBLIC ORDER

Sec. 11.61.130. Misconduct involving a corpse.

- (a) A person commits the crime of misconduct involving a corpse if
- (1) except as authorized by law or in an emergency, the person intentionally disinters, removes, conceals, or mutilates a corpse;
 - (2) the person engages in sexual penetration of a corpse; or
 - (3) the person detains a corpse for a debt or demand or upon a lien or charge.
- (b) Misconduct involving a corpse is a class A misdemeanor.

ภาคผนวก ค.**Arizona Revised Statutes****Title 32 - Professions and Occupations**

Chapter 12 funeral directors and embalmers

Article 3 regulation and Enforcement

Section 32-1364. Crimes against the dead; classification

A. It is unlawful for a person, without the authority of law or as normally required to store, prepare, disinfect or embalm a dead human body according to standards of practice in the funeral industry, to mutilate a dead human body.

B. It is unlawful for a person, without the authority of law, to disinter or remove a dead human body or any part of a dead human body from its sepulcher, grave or other interment site, or from the place where the body is awaiting disposition, with malice or wantonness or with the intent to sell or dissect the body.

C. It is unlawful for a person, without the authority of law, to obtain or convert property that is located with or affixed to a dead human body or any part of a dead human body with the intent to deprive the decedent or the decedent's estate of the property.

D. It is unlawful for a person to engage in necrophilia. A person engages in necrophilia by:

1. Having sexual intercourse with a dead human body.
2. Having sexual contact with a dead human body, other than the contact normally required to store, prepare, disinfect or embalm a dead human body according to standards of practice in the funeral industry.

E. For the purposes of subsection D:

1. "Sexual contact" means any direct or indirect touching, including oral contact, fondling or manipulating of any part of the genitals, anus or female breast by any part of the body or by any object.

2. "Sexual intercourse" means penetration into the vulva or anus by any part of the body or by any object or masturbatory contact with the penis or vulva.

F. A person who violates this section is guilty of a class 4 felony.



ภาคผนวก ง.

Arkansas code of 1987

Title 5 Criminal Offenses

Subtitle 6. Offenses Against Public Health, Safety, Or Welfare

Chapter 60 General Provisions

Subchapter 1 General Provisions

Section 5-60-101. Abuse of a corpse.

(a) A person commits abuse of a corpse if, except as authorized by law, he or she knowingly:

(1) Disinters, removes, dissects, or mutilates a corpse; or

(2) (A) Physically mistreats or conceals a corpse in a manner offensive to a person of reasonable sensibilities.

(B) A person who conceals a corpse in a manner offensive to a person of reasonable sensibilities that results in the corpse remaining concealed is continuing in a course of conduct under § 5-1-109(e)(1)(B).

(C) (i) As used in this section, "in a manner offensive to a person of reasonable sensibilities" means in a manner that is outside the normal practices of handling or disposing of a corpse.

(ii) "In a manner offensive to a person of reasonable sensibilities" includes without limitation the dismembering, submerging, or burning of a corpse.

(b) Abuse of a corpse is a Class C felony.

ภาคผนวก จ.

Colorado Revised Statutes 2014

TITLE 18 CRIMINAL CODE

ARTICLE 13 Miscellaneous Offenses

Section 18-13-101. Abuse of a corpse.

(1) A person commits abuse of a corpse if, without statutory or court-ordered authority, he or she:

(a) Removes the body or remains of any person from a grave or other place of sepulcher without the consent of the person who has the right to dispose of the remains pursuant to section 15-19-106, C.R.S; or

(b) Treats the body or remains of any person in a way that would outrage normal family sensibilities.

(2) Abuse of a corpse is a class 2 misdemeanor.

ภาคผนวก ฉ.**French PENAL CODE****TITLE II OFFENCES AGAINST THE HUMAN PERSON****CHAPTER V OFFENCES AGAINST THE DIGNITY OF PERSONS****SECTION IV VIOLATIONS OF RESPECT FOR THE DEAD****ARTICLE 225-17**

Any violation of the physical integrity of a corpse, by any means, is punished by one year's imprisonment and a fine of €15,000.

The violation or desecration of tombs, burials grounds or monuments erected to the memory of the dead, committed by any means, is punished by one year's imprisonment and a fine of €15,000.

The penalty is increased to two years' imprisonment and to a fine of €30,000 where the offences defined under the previous paragraph were accompanied by a violation of the physical integrity of the corpse.

ARTICLE 225-18

Where the offences defined under the previous article were committed by reason of the membership or non-membership, true or supposed, of the deceased persons to any given ethnic group, nation, race or religion, penalties are increased to three years' imprisonment and to a fine of €45,000 in for the offences defined under the first two paragraphs of article 225-17 and to five years' imprisonment and to a fine of €75,000 in relation to the offence defined by the last paragraph of that article.

ARTICLE 225-18-1

Legal persons may incur criminal liability for the offence defined under article 225-17 and 225-18, pursuant to the conditions set out under article 121-2.

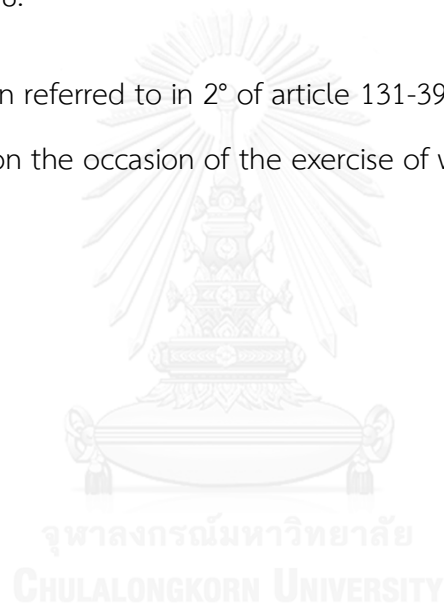
The penalties incurred by legal persons are:

1° a fine, pursuant to the conditions set out under article 131-38;

2° the penalties enumerated under 2° to 9° of article 131-39;

3° the penalty referred to under 1° of article 131-39 for the offences referred to under article 225-18.

The prohibition referred to in 2° of article 131-39 applies to the activity in the exercise of which or on the occasion of the exercise of which the offence was committed.



ภาคผนวก ช.
GEORGIA CODE

TITLE 16. CRIMES AND OFFENSES

CHAPTER 6. SEXUAL OFFENSES

Section 16-6-7. Necrophilia

(a) A person commits the offense of necrophilia when he performs any sexual act with a dead human body involving the sex organs of the one and the mouth, anus, penis, or vagina of the other.

(b) A person convicted of the offense of necrophilia shall be punished by imprisonment for not less than one nor more than ten years.

ภาคผนวก ซ.

German criminal code

CHAPTER ELEVEN : OFFENCES RELATED TO RELIGION AND IDEOLOGY

Section 166 Defamation of religions, religious and ideological associations

(1) Whosoever publicly or through dissemination of written materials (section 11(3)) defames the religion or ideology of others in a manner that is capable of disturbing the public peace, shall be liable to imprisonment not exceeding three years or a fine.

(2) Whosoever publicly or through dissemination of written materials (section 11(3)) defames a church or other religious or ideological association within Germany, or their institutions or customs in a manner that is capable of disturbing the public peace, shall incur the same penalty.

Section 167 Disturbing the exercise of religion

(1) Whosoever

1. intentionally and inappropriately disturbs a religious service or an act of religious worship of a church or other religious association within Germany or

2. commits defamatory mischief at a place dedicated to the religious worship of such a religious association

shall be liable to imprisonment not exceeding three years or a fine.

(2) The ceremonies of an ideological association within Germany shall be equivalent to religious worship.

Section 167a Disturbing a funeral

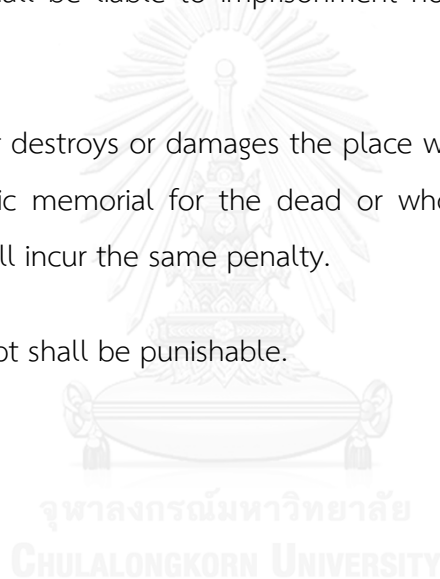
Whosoever intentionally or knowingly disturbs a funeral shall be liable to imprisonment not exceeding three years or a fine.

Section 168 Desecration of graves etc

(1) Whosoever unlawfully takes away the body or parts of the body of a deceased person, a dead foetus or parts thereof or the ashes of a deceased person from the custody of the person entitled thereto or whosoever commits defamatory mischief on them, shall be liable to imprisonment not exceeding three years or a fine.

(2) Whosoever destroys or damages the place where a body is laid in state, a burial site or a public memorial for the dead or whosoever commits defamatory mischief on them shall incur the same penalty.

(3) The attempt shall be punishable.



ภาคผนวก ฉ.
Hawaii Statutes

Division 5: CRIMES AND CRIMINAL PROCEEDINGS

Title 37: HAWAII PENAL CODE Codification.

Chapter 711: OFFENSES AGAINST PUBLIC ORDER

Section 711-1108 : Abuse of a corpse.

(1) A person commits the offense of abuse of a corpse if, except as authorized by law, the person treats a human corpse in a way that the person knows would outrage ordinary family sensibilities.

(2) Abuse of a corpse is a misdemeanor. [L 1972, c 9, pt of §1; gen ch 1993]

COMMENTARY ON §711-1108

This section prohibits any sort of outrageous treatment of a human corpse, including sexual contact (necrophilia) and physical abuse. It does not, of course, relate to legally authorized activities of undertakers and physicians. Knowledge that ordinary family sensibilities would be outraged must be proved.

Previous Hawaii law prohibited the disinterment, disturbance, or scattering of any human body that has been legally interred.[1] Section 711-1108 is more comprehensive in coverage.

ภาคผนวก ก.
Indiana Code

Chapter 11 abuse of a corpse

Section 35-45-11-1: Applicability of chapter

(a) This chapter does not apply to the use of a corpse for:

- (1) scientific;
- (2) medical;
- (3) organ transplantation;
- (4) historical;
- (5) forensic; or
- (6) investigative; purposes.

(b) This chapter does not apply to:

- (1) a funeral director;
- (2) an embalmer; or
- (3) an employee of an individual described in subdivision (1) or (2); engaged in the individual's normal scope of practice and employment.

Section 35-45-11-2: Abuse of corpse

A person who knowingly or intentionally:

- (1) mutilates a corpse;
- (2) has sexual intercourse or sexual deviate conduct with the corpse; or
- (3) opens a casket with the intent to commit an act described in subdivision (1) or (2); commits abuse of a corpse, a Class D felony.

ภาคผนวก ก.
Italian Penal Code

Title 4. Crimes Against Religious Sentiment and Reverence for the Dead

Chapter 2. Crimes Against Reverence for the Dead

Article 407-413

Article 407 Violation of Burial Places.

Whoever violates a tomb, sepulcher or urn shall be punished by imprisonment for from one five years.

Article 408 Vilification of Tombs.

Whoever, in cemeteries or other places of burial, commits acts of vilification on tombs, sepulchers or urns, or on things designed to show respect for the dead, or for the protection or ornament of cemeteries, shall be punished by imprisonment for from six months to three years.

Article 409 Disturbing a Funeral or Funeral Service.

Whoever, apart from the case designated in Article 405, prevents or disrupts a funeral or a funeral service shall be punished by imprisonment for up to one year.

Article 410 Vilification of Corpse.

Whoever commits an act of vilification on corpse or its ashes shall be punished by imprisonment for from one to three years.

Article 411 Destruction or Removal of a Corpse.

Whoever destroys, suppresses or removes a corpse, or any part thereof, or removes or disperse its ashes, shall be punished by imprisonment for from two to seven years.

Article 412 Concealment of a Corpse

Whoever conceals a corpse, or a part thereof, or hides its ashes, shall be punished by imprisonment for up to three years.

Article 413 Unlawful Use of a Corpse

Whoever dissects or otherwise uses a corpse, or a part thereof, for scientific, or instructional purposes, in cases not authorized by law, shall be punished by imprisonment for up to six months or by a fine of up to 200,000 lire.

The punishment shall be increased if the act was committed on a corpse, or on a part thereof, which the offender knows to have been mutilated, concealed or removed by others.

ภาคผนวก ก.

JAPAN PENAL CODE (Act No.45 of 1907)

Chapter XXIV. Crimes Related to Places of Worship and Graves

Article 188. (Profaning Places of Worship; Interference with Religious Service)

(1) A person who in public profanes a shrine, temple, cemetery or any other place of worship shall be punished by imprisonment with or without work for not more than 6 months or a fine of not more than 100,000 yen.

(2) A person who interferes with a sermon, worship or a funeral service shall be punished by imprisonment with or without work for not more than 1 year or a fine of not more than 100,000 yen.

Article 189. (Excavation of Graves)

A person who excavates a grave shall be punished by imprisonment with work for not more than 2 years.

Article 190. (Destruction of Corpses)

A person who damages, abandons or unlawfully possesses a corpse, the ashes or hair of a dead person, or an object placed in a coffin shall be punished by imprisonment with work for not more than 3 years.

Article 191. (Excavation of Graves and Damage of Corpses)

A person who commits the crime proscribed under Article 189 and damages, abandons or unlawfully possesses a corpse, the ashes or hairs of a dead person, or

an object placed in a coffin shall be punished by imprisonment with work for not less than 3 months but not more than 5 years.

Article 192. (Secret Burial of Persons Dying from an Unnatural Death)

A person who, without a postmortem examination, buries a person who died an unnatural death shall be punished by a fine of not more than 100,000 yen or a petty fine.



ภาคผนวก ร.

The Kentucky Revised Statutes

Title L : Kentucky penal code

Chapter 525 Riot, Disorderly conduct, and Related offences.

Section 525.120 Abuse of corpse.

(1) A person is guilty of abuse of a corpse when except as authorized by law he intentionally treats a corpse in a way that would outrage ordinary family sensibilities. A person shall also be guilty of abuse of a corpse if that person enters into a contract and accepts remuneration for the preparation of a corpse for burial or the burial or cremation of a corpse and then deliberately fails to prepare, bury, or cremate that corpse in accordance with that contract.

(2) Abuse of a corpse is a Class A misdemeanor, unless the act attempted or committed involved sexual intercourse or deviate sexual intercourse with the corpse or the deliberate failure to prepare, bury, or cremate a corpse after the acceptance of remuneration in accordance with any contract negotiated, in which case it is a Class D felony.

Effective: July 15, 2002

History: Amended 2002 Ky. Acts ch. 276, sec. 8, effective July 15, 2002. --

Amended 2000 Ky. Acts ch. 490, sec. 1, effective July 14, 2000. -- Created 1974

Ky. Acts ch. 406, sec. 222, effective January 1, 1975.

ภาคผนวก ๗.**Maine revised statutes****Title 17-A: MAINE CRIMINAL CODE**

Part 2: SUBSTANTIVE OFFENSES

Chapter 21: OFFENSES AGAINST PUBLIC ORDER

Section 507. Desecration and defacement

1. A person is guilty of desecration and defacement if he intentionally desecrates any public monument or structure, any place of worship or burial, or any private structure not owned by him.

2. As used in this section, "desecrate" means marring, defacing, damaging or otherwise physically mistreating, in a way that will outrage the sensibilities of an ordinary person likely to observe or discover the actions.

3. Desecration is a Class D crime.

Section 507-A. Interference with cemetery or burial ground

1. No person may intentionally or knowingly destroy, mutilate, deface, injure or remove any tomb, monument, gravestone, marker or other structure placed or designed as a memorial for the dead, or any portion or fragment of any such memorial, or any fence, railing, curb or other enclosure for the burial of the dead.

2. Subsection 1 does not apply to any person:

A. Who performs an act as authorized under Title 13, section 1371; or

B. Who meets the requirements governing eminent domain as established by state or federal law.

3. Any person who violates subsection 1 commits a Class D crime.

Section 507-B. Illegal possession or sale of gravestones

1. No person may possess, sell, attempt to sell, offer for sale, transfer or dispose of any tomb, monument, gravestone, marker or other structure placed or designed as a memorial for the dead, or any portion or fragment of any such memorial, knowing or having reasonable cause to know that it has been illegally removed from a cemetery or burial ground.

2. Any person who violates subsection 1 commits a Class C crime.

3. Any person who violates subsection 1 is liable to the following for triple damages to be recovered in a civil action :

A. The municipality or, in the case of unorganized territory, the county in which the cemetery or burial ground is located;

B. A cemetery association authorized to bring suit and recover damages by the municipality or, in the case of unorganized territory, the county in which the cemetery or burial ground is located; or

C. A historical society authorized to bring suit and recover damages by the municipality or, in the case of unorganized territory, the county in which the cemetery or burial ground is located.

Section 508. Abuse of corpse

1. A person is guilty of abuse of corpse if he intentionally and unlawfully disinters, digs up, removes, conceals, mutilates or destroys a human corpse, or any part or the ashes thereof.

2. It is a defense to prosecution under this section that the actor was a physician, scientist or student who had in his possession, or used human bodies or

parts thereof lawfully obtained, for anatomical, physiological or other scientific investigation or instruction.

3. Abuse of corpse is a Class D crime.



ภาคผนวก ฅ.

Ohio revised code

Title [29] XXIX CRIMES - PROCEDURE

Chapter 2927: MISCELLANEOUS OFFENSES

Section 2927.01 Abuse of a corpse.

(A) No person, except as authorized by law, shall treat a human corpse in a way that the person knows would outrage reasonable family sensibilities.

(B) No person, except as authorized by law, shall treat a human corpse in a way that would outrage reasonable community sensibilities.

(C) Whoever violates division (A) of this section is guilty of abuse of a corpse, a misdemeanor of the second degree. Whoever violates division (B) of this section is guilty of gross abuse of a corpse, a felony of the fifth degree.

ภาคผนวก ฉ.

Oregon Revised Statutes (ORS) 2013

Volum 04 - Criminal Procedure, Crimes - Chapters 131-170

Chapter 166 Offenses Against Public Order; Firearms and Other Weapons;
Racketeering

PUBLIC ORDER OFFENSES

CRIMES AND PUNISHMENTS

RIOT, DISORDERLY CONDUCT, HARASSMENT AND RELATED OFFENSES

Section 166.085 Abuse of corpse in the second degree

(1) A person commits the crime of abuse of corpse in the second degree if, except as otherwise authorized by law, the person intentionally:

- (a) Abuses a corpse; or
- (b) Disinters, removes or carries away a corpse.

(2) Abuse of corpse in the second degree is a Class C felony.

(3) As used in this section and ORS 166.087, “abuse of corpse” includes treatment of a corpse by any person in a manner not recognized by generally accepted standards of the community or treatment by a professional person in a manner not generally accepted as suitable practice by other members of the profession, as may be defined by rules applicable to the profession.

Section 166.087 Abuse of corpse in the first degree

(1) A person commits the crime of abuse of corpse in the first degree if the person:

- (a) Engages in sexual activity with a corpse or involving a corpse; or
- (b) Dismembers, mutilates, cuts or strikes a corpse.

(2) Abuse of corpse in the first degree is a Class B felony.

Chapter 147 — Victims of Crime and Acts of Mass Destruction
PROCEDURE IN CRIMINAL MATTERS GENERALLY
COMPENSATION OF CRIME VICTIMS

Section 147.005 Definitions.

As used in ORS 147.005 to 147.367 unless the context requires otherwise:

(15) “Victim” means:

(b) In the case of abuse of corpse in any degree, the corpse or a relative of the corpse.



ภาคผนวก ด.

Pennsylvania Consolidated Statutes 2012

Title 18 - CRIMES AND OFFENSES

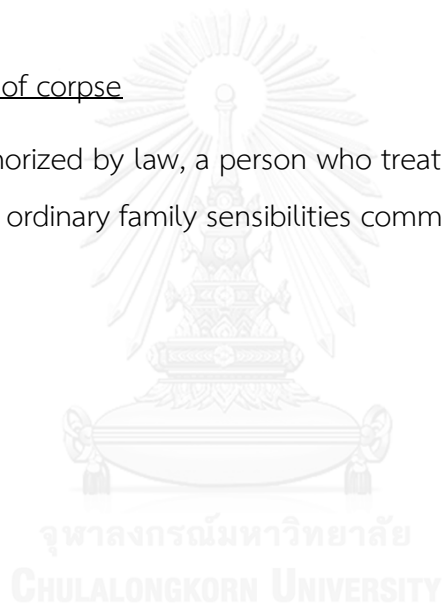
Part II Definition of Specific Offenses.

Article F. Offenses Against Public Order and Decency.

Chapter 55 - Riot, Disorderly Conduct and Related Offenses.

Section 5510 - Abuse of corpse

Except as authorized by law, a person who treats a corpse in a way that he knows would outrage ordinary family sensibilities commits a misdemeanor of the second degree.



ภาคผนวก ต.

United kingdom

Sexual Offences Act 2003.

70 Sexual penetration of a corpse.

(1) A person commits an offence if

- (a) he intentionally performs an act of penetration with a part of his body or anything else,
- (b) what is penetrated is a part of the body of a dead person,
- (c) he knows that, or is reckless as to whether, that is what is penetrated, and
- (d) the penetration is sexual.

(2) A person guilty of an offence under this section is liable

- (a) on summary conviction, to imprisonment for a term not exceeding 6 months or a fine not exceeding the statutory maximum or both;
- (b) on conviction on indictment, to imprisonment for a term not exceeding 2 years.

Offences against the Person Act 1861

Section 60

If any woman shall be delivered of a child, every person who shall, by any secret disposition of the dead body of the said child, whether such child died before, at, or after its birth, endeavour to conceal the birth thereof, shall be guilty of (an offence), and being convicted, thereof shall be liable, at the discretion of the court, to be imprisoned for any term not exceeding two years.

ภาคผนวก ก.**State of Rhode Island General Laws****TITLE 11: Criminal Offenses**

CHAPTER 11-20 : Graves and Corpses

Section 11-20-1 Disinterment of body.

Every person who shall, without proper authorization, disinter, dig up, remove, or carry away any human body from its place of sepulture, or who shall knowingly conceal any such body so disinterred or carried away, shall be imprisoned not exceeding ten (10) years or fined not exceeding one thousand dollars (\$1,000).

Section 11-20-1.1 Mutilation of dead human bodies – Penalties – Exemptions.

(a) Except as provided in this section, a person who dissects or mutilates a dead human body is guilty of a felony punishable by imprisonment for not more than three (3) years, or a fine of not more than five thousand dollars (\$5,000), or both.

(b) This section does not apply to:

- (1) A physician or surgeon acting on the order of a court of competent jurisdiction, a coroner or other qualified officer, a licensed funeral director or a licensed embalmer;
- (2) Dissection to determine the cause of death when authorized by the nearest living kin of the deceased;
- (3) Unclaimed dead human bodies delivered by state or county authorities to regularly chartered institutions for scientific research;

- (4) The necessary mutilation incident to embalming a dead human body when authorized by nearest living kin, a court of competent jurisdiction or other qualified officer; or
- (5) Conduct authorized by the Uniform Anatomical Gift Act, chapter 18.6 of title 23.

Section 11-20-1.2 Necrophilia.

Any person who performs the act of first degree sexual assault upon a dead human body shall be guilty of the crime of necrophilia. Any person convicted of the crime of necrophilia shall be punished by imprisonment for not less than one nor more than ten (10) years and may be fined in an amount not to exceed ten thousand dollars (\$10,000).

Section 11-20-2 Desecration of grave.

Every person who shall willfully and maliciously destroy, mutilate, deface, cover over, injure or remove any tomb, monument, gravestone, American Flag, or other structure or thing placed or designed for a memorial of the dead, or any fence, railing, curb, or other thing intended for the protection or for the ornament of any tomb, monument, gravestone, or other structure of the like character and designed for that purposes, or of any enclosure for the sepulture of the dead, or dig or plow up, cultivate or build upon or within any enclosure or plot of ground used and occupied for the sepulture of the dead, or shall commit any nuisance in it, or wantonly disturb, remove, or in any way desecrate the contents of any grave in any enclosure or plot of ground, shall be guilty of a felony and shall be imprisoned not less than one year and not exceeding three (3) years, and/or be fined not more than five thousand dollars (\$5,000), or both and shall, in addition to imprisonment and/or fine, be ordered to make full restitution to any person, business or entity incurring the expense of repairing the grave.

Section 11-20-3 Removal of marker on veteran's grave.

(a) Every person who maliciously or without authorization removes an American Flag in the vicinity of a veteran's grave or from a flag staff in a cemetery shall be imprisoned not exceeding sixty (60) days or fined not exceeding one hundred dollars (\$100).

(b) Every person who shall, without right, remove from any grave a marker that was authorized to be placed by the cemetery to designate that the grave was the grave of a deceased veteran shall be imprisoned not exceeding one hundred and twenty (120) days or fined not exceeding five hundred dollars (\$500) for a first offense, and shall be imprisoned not exceeding one hundred and twenty (120) days or fined not exceeding one thousand dollars (\$1,000) for a second offense.

(c) Every person, firm, partnership or corporation who shall purchase, sell or destroy any veteran's grave marker shall be subject to the same penalties provided in subsection (b) of this section.

ภาคผนวก ท.
Tennessee Code

Title 39 Criminal Offenses

Chapter 17 Offenses Against Public Health, Safety and Welfare

Part 3 Disorderly Conduct and Riots

Section 39-17-312. Abuse of corpse.

(a) A person commits an offense who, without legal privilege, knowingly:

- (1) Physically mistreats a corpse in a manner offensive to the sensibilities of an ordinary person;
- (2) Disinters a corpse that has been buried or otherwise interred; or
- (3) Disposes of a corpse in a manner known to be in violation of law.

(b) A person commits an offense who, without legal authority or privilege, knowingly offers to sell, sells, offers to purchase or purchases previously buried human skeletal remains. Any remains seized in violation of this subsection (b) shall be confiscated and subject to disposition as provided for in §§ 11-6-104 and 11-6-119.

(c) A violation of this section is a Class E felony.

ภาคผนวก ๕.
Texas Statutes

Title 9: OFFENSES AGAINST PUBLIC ORDER AND DECENCY

Chapter 42: DISORDERLY CONDUCT AND RELATED OFFENSES

Section 42.08: ABUSE OF CORPSE

(a) A person commits an offense if the person, without legal authority, knowingly:

(1) disinters, disturbs, damages, dissects, in whole or in part, carries away, or treats in an offensive manner a human corpse;

(2) conceals a human corpse knowing it to be illegally disinterred;

(3) sells or buys a human corpse or in any way traffics in a human corpse;

(4) transmits or conveys, or procures to be transmitted or conveyed, a human corpse to a place outside the state; or

(5) vandalizes, damages, or treats in an offensive manner the space in which a human corpse has been interred or otherwise permanently laid to rest.

(b) An offense under this section is a Class A misdemeanor.

(c) In this section, "human corpse" includes:

(1) any portion of a human corpse;

(2) the cremated remains of a human corpse; or

(3) any portion of the cremated remains of a human corpse.

(d) If conduct constituting an offense under this section also constitutes an offense under another section of this code, the actor may be prosecuted under either section or both sections.

(e) It is a defense to prosecution under this section that the actor:

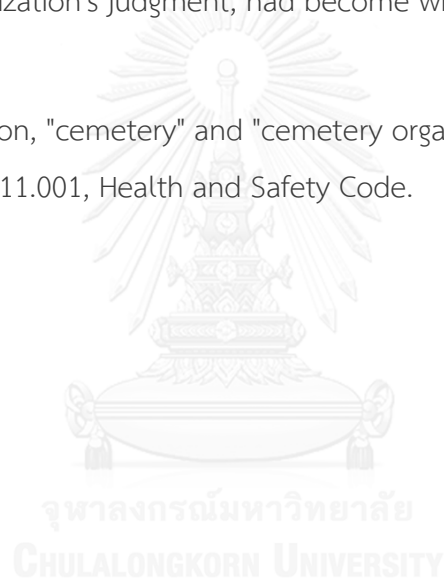
(1) as a member or agent of a cemetery organization, removed or damaged anything that had been placed in or on any portion of the organization's cemetery in violation of the rules of the organization; or

(2) removed anything:

(A) placed in the cemetery in violation of the rules of the cemetery organization; or

(B) placed in the cemetery by or with the cemetery organization's consent but that, in the organization's judgment, had become wrecked, unsightly, or dilapidated.

(f) In this section, "cemetery" and "cemetery organization" have the meanings assigned by Section 711.001, Health and Safety Code.



ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์

นางสาวเอมวิภา กิติมา เกิดเมื่อวันที่ 5 กรกฎาคม พ.ศ. 2531 สำเร็จการศึกษาระดับมัธยมศึกษาจาก โรงเรียนสามัคคีวิทยาคม จังหวัดเชียงราย สำเร็จการศึกษาระดับปริญญาตรีนิติศาสตรบัณฑิต จากมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ เมื่อปีการศึกษา 2553

