

แนวความคิดทางอาญาในการคุ้มครองคนตายของประเทศไทย

ความจริงที่หลีกเลี่ยงไม่ได้ (Necessary Truth) ประการหนึ่งคือ เมื่อมนุษย์ได้กำเนิดเกิดมาแล้ว สิ่งที่จะต้องประสบอย่างอย่างแน่นอนไม่ว่าจะช้าหรือเร็ว นั่นก็คือ “ความตาย” ซึ่งส่วนใหญ่แล้วตามความเชื่อ จารีตประเพณี ศาสนาและวัฒนธรรมของทุกสังคมเห็นว่ามันมนุษย์ไม่ควรถูกดูแลจนถึงแม้จะเป็นคนสิ้นไร้ไม้ตอกก็ตาม และโดยเฉพาะในกรณีของคนตายนั้นย่อมเห็นว่าควรจะให้ความเคารพและความรำลึกถึงผู้ที่เสียชีวิต ดังจะเห็นได้จากการประกอบพิธีต่างๆ ไม่ว่าจะเป็นการประกอบพิธีศพหรือพิธีที่แสดงถึงความรำลึกต่างๆ ซึ่งประเทศไทยที่มีประชากรหลายเชื้อชาติ ศาสนาและวัฒนธรรม ก็มีแนวความคิดดังกล่าวด้วยเช่นกัน ดังนั้นหากมีการกระทำอันไม่เหมาะสมอย่างรุนแรงต่อคนตาย ย่อมจะมีผลกระทบต่อความรู้สึกของคนในสังคมโดยเฉพาะอย่างยิ่งญาติมิตรของผู้เสียชีวิตนั้น รวมทั้งถือเป็นการกระทำที่ไม่คำนึงถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ที่คนตายนั้นเคยได้รับความคุ้มครองและเป็นการกระทำที่ไม่ให้ความเคารพต่อคนตายอีกด้วย

เมื่อกฎหมายอาญาซึ่งเป็นเครื่องมือสำคัญที่ทำให้สังคมมีความสงบ และเป็นระเบียบเรียบร้อย ก็ควรที่จะต้องมีการมาตรการทางอาญาเพื่อดำเนินการควบคุมการกระทำในลักษณะที่ไม่เหมาะสม หยาดคายหรือการกระทำอันเป็นการเสื่อมเสียต่อคนตายดังกล่าว แต่อย่างไรก็ตามเนื่องจากกฎหมายอาญาซึ่งมีมาตรการบังคับที่กระทบต่อผู้ที่ฝ่าฝืนอย่างรุนแรง ดังนั้นหากจะมีการบัญญัติกฎหมายอาญาขึ้นเพื่อคุ้มครองคนตายจากการกระทำอันไม่เหมาะสมเหล่านั้น ก็จำเป็นต้องพิจารณาถึงแนวความคิดของการคุ้มครองคนตาย เหตุผลและความจำเป็นในการกำหนดบทบัญญัติดังกล่าว พร้อมทั้งคำนึงถึงความเพียงพอของบทบัญญัติที่มีอยู่ว่ามีความเพียงพอหรือไม่อย่างไร โดยในบทที่ 2 นี้จะได้กล่าวถึง (1) ข้อความคิดพื้นฐานทางอาญาที่จะต้องคำนึงถึงซึ่งประกอบด้วย ภารกิจของกฎหมายอาญา หลักประกันในกฎหมายอาญา และวัตถุประสงค์ของการลงโทษ (2) แนวความคิดและความจำเป็นในการคุ้มครองคนตาย ซึ่งประกอบด้วย การพิจารณาถึงความหมายของคำว่า “คนตาย” ลักษณะของการกระทำที่ไม่เหมาะสมต่อคนตาย แนวความคิดที่แสดงถึงความเคารพและระลึกถึงคนตาย ความจำเป็นที่ควรมีกฎหมายให้คุ้มครองคนตาย และ (3) กฎหมายอาญาที่ให้คุ้มครองคนตายในประเทศไทย พร้อมทั้งพิจารณาถึงการกระทำที่กฎหมายอาญาในปัจจุบันยังคงมิได้กำหนดให้เป็นความผิดอีกด้วย

2.1 ข้อความคิดพื้นฐานทางอาญา

2.1.1 ภารกิจของกฎหมายอาญา¹

หลักเกณฑ์ที่เข้ามาควบคุมความประพฤติของมนุษย์ให้อยู่ร่วมกันในสังคมได้อย่างสงบและมีความเป็นระเบียบเรียบร้อยนั้น มีพัฒนาการมาตั้งแต่หลักเกณฑ์ที่เรียกกันว่า ระเบียบสังคม แต่เนื่องจากข้อจำกัดของระเบียบสังคมที่ปราศจากสภาพบังคับ ทำให้ปัจเจกบุคคลในสังคมจะประพฤติตามหลักเกณฑ์ดังกล่าวหรือไม่ก็ได้ ทำให้ผู้คนในสังคมเกิดความไม่แน่ใจว่าสังคมจะมีความเป็นระเบียบเรียบร้อย รัฐจึงจำเป็นต้องกำหนดหลักเกณฑ์ใหม่ซึ่งมีสภาพบังคับขึ้นมาซึ่งก็คือกฎหมาย โดยกฎหมายที่มีสภาพบังคับที่รุนแรงที่สุดก็คือ กฎหมายอาญา กล่าวคือ หากมีผู้ที่ประพฤติตนฝ่าฝืนจากหลักเกณฑ์ที่กฎหมายอาญากำหนดไว้ สภาพบังคับของกฎหมายอาญาก็จะมีผลกระทบต่อนักที่ฝ่าฝืนนั้น ทั้งในส่วนของทรัพย์สิน (ริบทรัพย์สินและปรับ) เสรีภาพหรือร่างกาย (กักขังและจำคุก) และแม้กระทั่งชีวิต (ประหารชีวิต)

กฎหมายอาญาเป็นกฎหมายที่คุ้มครองสังคม เพื่อให้เกิดความสงบและเป็นระเบียบเรียบร้อย จึงต้องมีมาตรการที่เป็นการป้องกันและปราบปรามการกระทำความผิด โดยเมื่อมีการกระทำความผิดอาญาเกิดขึ้นก็จำเป็นต้องมีการปราบปรามผู้กระทำความผิดนั้น ซึ่งการปราบปรามผู้กระทำความผิดนั้น ในขณะเดียวกันก็เป็นการป้องกันผู้กระทำความผิดมิให้กระทำการในลักษณะนี้ขึ้นอีกในอนาคต และยังเป็นการป้องกันมิให้บุคคลทั่วไปกระทำการเช่นนั้น โดยทำให้บุคคลทั่วไปเห็นว่า หากมีการกระทำที่ขัดต่อกฎหมาย ผู้ที่ฝ่าฝืนก็ต้องถูกลงโทษ นอกจากนั้นภารกิจของกฎหมายอาญายังเป็นการคุ้มครองคุณธรรมทางกฎหมาย ซึ่งสิ่งที่เรียกว่าคุณธรรมทางกฎหมายนี้คือ สิ่งทีหล่อหลอมให้การอยู่ร่วมกันของมนุษย์เป็นไปโดยปกติสุข เป็นสิ่งที่ไม่มีรูปร่าง เป็นสิ่งที่ไม่อาจสัมผัสได้โดยใช้ประสาทสัมผัส แต่เป็นสิ่งที่เป็คุณค่า (value) และเป็นคุณค่าที่จำเป็นที่เป็นพื้นฐานของการอยู่ร่วมกันของมนุษย์ โดยคุณธรรมที่กฎหมายยอมรับนี้มีทั้งคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคล และคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนรวม ซึ่งหากพิจารณาแล้วจะเห็นว่ากฎหมายอาญาได้มุ่งคุ้มครองถึงคุณภาพของการกระทำของมนุษย์ในขณะเดียวกันอีกด้วย

¹ คณิต ณ นคร, กฎหมายอาญาภาคทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2547), น. 40-46.

2.1.2 หลักประกันในกฎหมายอาญา²

เนื่องจากกฎหมายอาญามีสภาพบังคับที่รุนแรง รัฐจึงจำเป็นต้องมีการวางหลักประกันในกฎหมายอาญาขึ้น เพื่อเป็นหลักประกันสิทธิและเสรีภาพของบุคคล โดยหลักประกันในกฎหมายอาญาสำหรับประเทศไทยนั้น กำหนดอยู่ใน ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 2 วรรคหนึ่ง ซึ่งบัญญัติว่า “บุคคลจักต้องรับโทษในทางอาญาต่อเมื่อได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้ในขณะกระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดนั้น ต้องเป็นโทษที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย” หรือที่เรียกว่า หลัก “ไม่มีความผิดและไม่มีโทษ โดยไม่มีกฎหมาย” ซึ่งถือว่าเป็นหลักสากลที่ภาษาลาตินเรียกว่า “nullum crimen, nulla poena sine lege” โดยบทบัญญัติอันเป็นหลักประกันของกฎหมายอาญานี้มีเนื้อหา 4 ประการ คือ

- (1) การห้ามใช้กฎหมายจารีตประเพณีลงโทษทางอาญาแก่บุคคล
- (2) การห้ามใช้กฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งลงโทษทางอาญาแก่บุคคล
- (3) กฎหมายอาญาต้องบัญญัติให้ชัดเจนแน่นอน และ
- (4) กฎหมายอาญาไม่มีผลย้อนหลัง

จากเนื้อหาของหลักประกันของกฎหมายอาญาทั้ง 4 ประการดังกล่าว จะเห็นได้ว่าการกระทำใดที่จะถือว่าเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายอาญานั้น ต้องเป็นไปตามที่กฎหมายอาญาบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรอย่างชัดเจน โดยจะนำจารีตประเพณีหรือมาตรฐานทางศีลธรรมมาใช้ในตัดสินลงโทษว่าการกระทำนั้นเป็นการกระทำผิดกฎหมายอาญาโดยที่ไม่มีกฎหมายกำหนดไว้อย่างชัดเจนไม่ได้ นอกจากนั้นจะนำกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งมากำหนดหรือขยายบทกฎหมายที่มีอยู่เพื่อลงโทษการกระทำความผิดดังกล่าวก็ไม่ได้เช่นกัน แต่มีได้หมายความว่า การตีความกฎหมายอาญาจะต้องตีความตามตัวอักษรได้แต่เพียงอย่างเดียว โดยในบางกรณีการตีความตามตัวอักษรอย่างเดียวยังไม่อาจทำให้เข้าใจความหมายของกฎหมายได้ โดยเหตุนี้ จึงจำเป็นที่จะต้องหยั่งทราบเจตนารมณ์หรือความมุ่งหมายของกฎหมายนั้น³ กล่าวคือ ในบางกรณีต้องตีความตามเจตนารมณ์หรือความมุ่งหมายของบทบัญญัตินั้นด้วย

² เพิ่งอ้าง, น. 59-66.

³ หยุด แสงอุทัย, กฎหมายอาญา ภาค 1, พิมพ์ครั้งที่ 19, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2547), น. 43.

2.1.3 วัตถุประสงค์ของการลงโทษ⁴

(1) การลงโทษเพื่อเป็นการแก้แค้นทดแทน (retribution)

เป็นการลงโทษเพื่อความยุติธรรม กล่าวคือ ผู้ใดกระทำความผิดก็จะต้องได้รับโทษ เป็นการตอบแทน ซึ่งการลงโทษเพื่อเป็นการแก้แค้นทดแทนนี้จะได้ผลเมื่อได้กระทำโดยรวดเร็ว และรุนแรง มิฉะนั้นแล้วประชาชนก็อาจขาดความเชื่อมั่นในกระบวนการยุติธรรม และอาจหาทางแก้แค้นผู้กระทำความผิดด้วยตนเอง

(2) การลงโทษเพื่อเป็นการข่มขู่ (deterrence)

การลงโทษผู้กระทำความผิดเพื่อเป็นการข่มขู่ นั้นเพื่อประโยชน์ 2 ประการ คือ ประการแรกเพื่อให้มีผลแก่ตัวผู้กระทำความผิดเอง (การป้องกันพิเศษ) คือทำให้ผู้กระทำความผิดซึ่งถูกลงโทษมีความเข็ดหลาบไม่กล้ากระทำความผิดซ้ำขึ้นอีก ประการที่สองเพื่อเป็นตัวอย่างให้คนทั่วไปเห็นว่าเมื่อกระทำความผิดแล้วจะต้องได้รับโทษ เพื่อให้คนทั่วไปที่ได้ทราบเกิดความเกรงกลัวไม่กล้ากระทำความผิดขึ้น (การป้องกันทั่วไป) หรือจะกล่าวอีกอย่างหนึ่งก็คือ เป็นการลงโทษผู้กระทำความผิดเพื่อให้เป็นแบบอย่าง ให้แก่บุคคลทั่วไปที่คิดจะกระทำความผิดอย่างเดียวกันให้งดเว้นความคิดนั้นเสีย

(3) การลงโทษเพื่อเป็นการตัดไม่ให้มีโอกากระทำความผิดได้อีก⁵ (incapacitation)

การลงโทษในลักษณะนี้ถือเป็นการทำให้ผู้กระทำหมดโอกาส หรือเป็นการตัดโอกาสมิให้ผู้กระทำความผิดกลับมากระทำความผิดซ้ำอีกชั่วระยะเวลาหนึ่งหรือตลอดไป เช่นการลงโทษประหารชีวิต การจำคุกตลอดชีวิตหรือการจำคุกที่มีกำหนดระยะยาว

(4) การลงโทษเพื่อเป็นการปรับปรุงแก้ไขตัวผู้กระทำความผิด (reformation)

การลงโทษในลักษณะนี้ ประสงค์จะป้องกันไม่ให้บุคคลที่ได้กระทำความผิดมาแล้วกลับกระทำความผิดซ้ำขึ้นอีก โดยการปรับปรุงแก้ไขให้ผู้กระทำความผิดกลับตัวเป็นพลเมืองดี

นอกจากมาตรการบังคับทางอาญาที่เรียกว่า “โทษ” แล้ว กฎหมายอาญายังได้กำหนด “วิธีการเพื่อความปลอดภัย” ซึ่งหมายถึง วิธีการเพื่อให้สังคมปลอดภัยจากการกระทำ

⁴ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค 1, พิมพ์ครั้งที่ 9, (กรุงเทพมหานคร : จีวรจักรพิมพ์, 2549), น. 812-814.

⁵ อุททิศ แสณโกติก, หลักกฎหมายอาญา : การลงโทษ, อุททิศานุสรณ์, น. 58. (อนุสรณ์ในงานพระราชทานเพลิงศพ ดร.อุททิศ แสณโกติก)

ความผิดของผู้กระทำความผิดในเวลาภายหลัง หรือเป็นวิธีการเพื่อความปลอดภัยเพื่อปฏิบัติต่อผู้ที่น่าจะกระทำความผิดขึ้นในอนาคต หรือเป็นวิธีการเพื่อให้สังคมปลอดภัยจากการกระทำความผิดซึ่งอาจจะเกิดขึ้นในอนาคตของผู้กระทำ ซึ่งเป็นเรื่องของ “การป้องกันพิเศษ”⁶ ขึ้นอีกด้วย

2.2 แนวความคิดและความจำเป็นในการคุ้มครองคนตาย

2.2.1 การพิจารณาความหมายของคำว่า “คนตาย”

การพิจารณาถึงความหมายของคำว่า “คนตาย” นั้นสามารถพิจารณาได้หลากหลายรูปแบบด้วยกัน ซึ่งในทางกฎหมายไทยได้ให้คำจำกัดความของการตายว่าเป็นการสิ้นสภาพบุคคลซึ่งแบ่งเป็น 3 ประเภท⁷ คือ ประเภทแรกได้แก่ การตายตามธรรมชาติ (Natural death) ประเภทที่สองได้แก่ การตายผิดธรรมชาติ (Unnatural death) และประเภทสุดท้ายได้แก่ การตายโดยผลของกฎหมายซึ่งก็คือการที่ศาลได้มีคำสั่งให้เป็นบุคคลสาบสูญ (ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 62) โดยในส่วนของความหมายของคำว่า “คนตาย” นั้นในบทบัญญัติของประมวลกฎหมายอาญามีได้กำหนดความหมายของคำว่า “คนตาย” ไว้ เช่นเดียวกับในบทบัญญัติของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งจะมีปรากฏก็แต่เพียงบทบัญญัติในมาตรา 15 ที่กำหนดว่า “สภาพบุคคลย่อมเริ่มเมื่อคลอดแล้วอยู่รอดเป็นทารกและสิ้นสุดลงเมื่อตาย” เท่านั้น ซึ่งในการพิจารณาถึงเรื่องของการได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายอาญานั้น นอกจากในเรื่องของความหมายของคำว่า “คนตาย” แล้วยังมีปัญหาในเรื่องที่เกี่ยวข้องอีก เช่น การจะถือว่าเป็น “คนตาย” ได้นั้นต้องมีสภาพบุคคลเกิดขึ้นก่อนแล้วหรือไม่ และการเริ่มสภาพบุคคลหรือสภาพความเป็นมนุษย์ที่จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายอาญาจะเกิดขึ้นเมื่อใด โดยในเรื่องนี้มีความเห็นเป็นสองแนวทางที่ต่างกันกล่าวคือ

ฝ่ายแรกเห็นว่า⁸ การเริ่มสภาพบุคคลตามกฎหมายแพ่งเป็นการเริ่มต้นของการเป็น “ประธานแห่งสิทธิ” (Rechtssubjekt หรือ subject of right หรือ subject of law) แต่การเริ่มสภาพ

⁶ คณิต ฅ นศร, อ้างแล้ว เจริญรณที่ 1, น. 400.

⁷ ธนพร วุฒิกวิภาค, “พยานหลักฐานเชิงวิทยาศาสตร์ในความผิดฐานฆ่าผู้อื่น,” (วิทยานิพนธ์มหาวิทยาลัย คณนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2545), น. 58.

⁸ คณิต ฅ นศร, กฎหมายอาญาภาคความผิด, พิมพ์ครั้งที่ 9, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2549), น. 72.

ความเป็นมนุษย์ในกฎหมายอาญาเป็นการเริ่ม “สภาพการที่จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย” หรือการเป็น “วัตถุของการคุ้มครอง” (Schutzobjekt หรือ object of protection) ดังนั้น แนวความคิดในทางกฎหมายแพ่งจึงแตกต่างจากแนวความคิดในกฎหมายอาญา ฉะนั้น การนำเอาแนวความคิดในทางกฎหมายแพ่งมาใช้ในทางกฎหมายอาญาจึงไม่ถูกต้อง โดยถือว่า “สภาพความเป็นมนุษย์” ถือเอา “การคลอด” เป็นหลัก ซึ่ง “การคลอด”⁹ มีอยู่สองอย่างคือ “การคลอดปกติ” ซึ่งเป็นการเริ่มสภาพความเป็นมนุษย์ที่ การเจ็บครรภ์คลอด หมายถึงขั้นตอนที่เป็นกระบวนการที่ไม่ขาดตอนเป็นระยะเวลานานที่ส่งผลให้ทารกในครรภ์มารดาออกจากครรภ์หรือเป็นกระบวนการของการเจ็บเบ่ง และ “การคลอดโดยการผ่าตัด” ที่เป็นการเริ่มสภาพความเป็นมนุษย์นั้น ถือเอาการเริ่มลงมือผ่าตัด แทนการเจ็บครรภ์คลอด ดังนั้นฝ่ายนี้จึงเห็นว่าไม่ใช่เรื่องของสภาพบุคคลตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์¹⁰ โดยต้องถือเอา “การคลอด” เป็นหลักที่ถือว่า “ทารกในการคลอด” มีสภาพความเป็นมนุษย์ ซึ่งถือเป็นกรรมของการกระทำต่อมนุษย์ได้

ฝ่ายที่สองเห็นว่า¹¹ การมีสภาพบุคคลนั้น จะต้องได้คลอดและอยู่รอด (born alive) เสียก่อน ซึ่งการคลอด หมายถึง การทำให้ทารกในครรภ์เป็นอิสระหลุดพ้นออกจากครรภ์มารดาทั้งหมด แม้ยังไม่ทันตัดสายรกก็ตาม เพราะการเจ็บครรภ์คลอดก็ดี การคลอดออกมาบางส่วนจนเกือบหมดแล้วแต่ข้อเท้ายังติดอยู่กับช่องคลอดก็ดี ตราบใดที่ยังไม่หลุดพ้นจากครรภ์มารดาทั้งหมด จะถือว่า “คลอดแล้ว” ไม่ได้ คงเป็นเพียง “กำลังคลอด” หรือ “ขณะคลอด” เท่านั้นเอง การกำหนดข้อเท็จจริงเพื่อลงโทษอาญาแก่บุคคลต้องชัดแจ้ง ไม่คลุมเครือ จึงต้องถือเอาการคลอดสำเร็จเป็นหลัก คือเด็กเป็นอิสระอย่างแท้จริงจากครรภ์มารดา ดังนั้นเมื่อกฎหมายแพ่งถือเอาการคลอดแล้วหรือคลอดสำเร็จบริบูรณ์เป็นเกณฑ์ประการหนึ่งในการเริ่มสภาพบุคคลก็ต้องถือเอาการคลอดออกหมดตัวเป็นการคลอดสำเร็จ มิฉะนั้นจะเป็นปัญหาที่กำหนดไม่ได้ว่าการคลอดบางส่วน ส่วนไหนบ้างจึงจะถือเอาเป็นการคลอด เพียงแต่ศีรษะโผล่ตัวยังอยู่ในช่องคลอดของมารดาเป็นแต่กำลัง

⁹ เพิ่งอ้าง, น. 71.

¹⁰ หยุต แสงอุทัย, กฎหมายอาญา ภาค 2-3, พิมพ์ครั้งที่ 10, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2544), น. 186.

¹¹ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคความผิดและโทษ, พิมพ์ครั้งที่ 3, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2549), น. 27.

คลอดจะว่าคลอดแล้วไม่ได้ แต่ออกมาแค่ไหนจึงจะเป็นคลอดแล้ว ย่อมเป็นปัญหาได้ตลอดไปถ้าหากไม่ถือเอาการคลอดออกจนหมดตัวเป็นเกณฑ์¹²

ส่วนการวินิจฉัยถึงการตายนั้น การกำหนดเงื่อนไขการตายแบบดั้งเดิม¹³ (Classical criteria) ถือเอาการหยุดหายใจและหัวใจหยุดเต้น ซึ่งทั้งสองระบบมีโอกาสที่จะได้รับการช่วยเหลือให้กลับฟื้นขึ้นใหม่ได้ และโดยเฉพาะการหายใจนั้นแม้จะหยุดโดยสิ้นเชิงแล้วก็ยังสามารถใช้เครื่องมือเข้าทำหน้าที่แทนได้ ส่วนการทำงานของสมองนั้นยังไม่มีทางที่จะมีเครื่องมือใดใช้แทนได้ ดังนั้นถ้าสมองตายคนนั้นก็หายใจเองไม่ได้ (นอกจากใช้เครื่องช่วยหายใจ) และหัวใจก็จะหยุดเต้นในที่สุดและไม่มีทางที่จะให้สมองที่ตายแล้วกลับฟื้นคืนมาได้ ฉะนั้นในระยะหลังจึงมีแนวความคิดว่าควรจะต้องถือเอาการทำงานของสมองเป็นเกณฑ์ โดยถือเอาการหยุดทำงานของแกนสมองเป็นข้อบ่งชี้ว่าบุคคลนั้นถึงแก่ความตายแล้ว ซึ่งคำว่า สมองตาย (brain death) เดิมเป็นศัพท์เทคนิคที่ใช้กันแพร่หลายเฉพาะในวงการแพทย์ แต่ต่อมาเมื่อวิทยาศาสตร์ทางการแพทย์ได้พัฒนาไปจนถึงขั้นสามารถเปลี่ยนหรือปลูกถ่ายอวัยวะได้ และเกิดปัญหาที่จะต้องวินิจฉัยว่า เมื่อไรจึงจะถือว่าบุคคลถึงแก่ความตาย คำว่าสมองตายจึงได้มีการกล่าวถึงในวงกว้าง แต่การกล่าวถึงคำว่า สมองตาย ยังอาจมีความเข้าใจที่แตกต่างกันบางประการ เพราะการตายของสมองอาจเกิดขึ้นได้ในตำแหน่งที่ต่างกัน เป็นต้นว่า การตายของเปลือกสมอง (cerebral cortex) การตายของแกนสมองหรือก้านสมอง (brain stem) ดังนั้น หากจะกล่าวถึงภาวะสมองตายที่จะถือเป็นเกณฑ์ว่าบุคคลนั้นได้เสียชีวิตแล้ว ก็คงต้องวินิจฉัยให้ชัดเจนว่าเป็นภาวะที่ก้านสมองของบุคคลนั้นได้หยุดทำงานโดยสิ้นเชิง เพราะก้านสมองเป็นส่วนที่ควบคุมการดำรงชีวิตทั้งหมดของมนุษย์ ควบคุมประสาทอัตโนมัติ นอกจากนั้นยังเป็นศูนย์ควบคุมให้เปลือกสมองทำงานได้ถูกต้องอีกด้วย ถ้าก้านสมองไม่ทำงานการหายใจจะหยุดทันที แต่หัวใจจะยังคงเต้นต่อไปอีกระยะหนึ่งถ้ายังมีออกซิเจนอยู่และจะหยุดเต้นในที่สุดเพราะขาดการควบคุมจากก้านสมอง¹⁴ ดังนั้นการถือว่าสมอง

¹² จิตติ ดิงศภัทิย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 2 และภาค 3, พิมพ์ครั้งที่ 6, (เนติบัณฑิตยสภา, 2545), น. 3-4.

¹³ วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์, นิติเวชศาสตร์, พิมพ์ครั้งที่ 7, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2544), น. 328.

¹⁴ แสงว บัญเฉลิมวิภาส และ อเนก ยมจินดา, กฎหมายการแพทย์, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2546), น. 183-184.

ตายจึงถือการตายของก้านสมอง¹⁵ ส่วนกรณีที่มีการตายของเปลือกสมองเพียงอย่างเดียว แต่ก้านสมองยังไม่ตาย บุคคลนั้นยังสามารถหายใจเองได้ ลืมตาได้เป็นครั้งคราว แต่ไม่รู้ตัว พูดไม่ได้ อาจส่งเสียงครางหรือร้องเบาๆ แสดงความเจ็บปวดได้ ลูกตากรอกไปมาได้ ม่านตายังมีปฏิกิริยาต่อแสง กรณีนี้เรียกว่ามีชีวิตอยู่ในลักษณะเป็นพืช (Persistent Vegetative State) สาเหตุการตายของเปลือกสมอง อาจเกิดจากการขาดอากาศที่เกิดขึ้นชั่วคราว (Cerebral anoxia) และเวลาที่ขาดอากาศนั้นไม่นานพอที่จะทำให้ก้านสมองตาย (ก้านสมองมีความทนต่อการขาดอากาศได้นานกว่าเปลือกสมอง) ภาวะเช่นนี้อาจจะคงอยู่ได้เป็นปี ถ้าได้รับการพยาบาลที่ดี ดังนั้น ภาวะของเปลือกสมองตาย จึงไม่ถือว่าสมองตายเพราะส่วนก้านสมองยังทำงานได้อยู่¹⁶ ซึ่งตามที่กล่าวมาก็เป็นที่สอดคล้องกับในประกาศแพทยสภา เรื่องเกณฑ์การวินิจฉัยสมองตาย¹⁷ ซึ่งได้กำหนดว่า บุคคลผู้ซึ่งได้รับการวินิจฉัยว่าสมองตาย ถือว่าบุคคลนั้นถึงแก่ความตาย โดยได้กำหนดว่า สมองตายหมายถึง การที่ก้านสมองถูกทำลายจนสิ้นสุดการทำงานโดยสิ้นเชิงตลอดไป

แม้ว่าในบางประเทศได้มีการออกกฎหมายบัญญัติถึงนิยามของความตาย แต่สำหรับประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายบัญญัติถึงคำนิยามของคำว่าความตายไว้ จะมีก็เพียงแต่ในการวินิจฉัยการตายในทางการแพทย์ที่ถือตรงกันตามประกาศแพทยสภา เรื่องเกณฑ์การวินิจฉัยสมองตาย¹⁸ ซึ่งการที่ประเทศไทยไม่มีกฎหมายที่ให้คำนิยามเกี่ยวกับการตายไว้ ปลดปล่อยให้ขึ้นอยู่กับพยานหลักฐานและดุลพินิจของศาลนั้นเป็นสิ่งที่สมควรและถูกต้องแล้ว เพราะปัญหาในเรื่องการตายเป็นปัญหาข้อเท็จจริงที่ศาลสามารถใช้ดุลพินิจไปตามพยานหลักฐาน และหลักเกณฑ์ทางการแพทย์ที่ใช้ในปัจจุบันได้อย่างไม่มีข้อจำกัด ซึ่งจะทำให้เกิดความยุติธรรมและสอดคล้องกับความเจริญก้าวหน้าทางการแพทย์และทำให้กฎหมายนั้นไม่ล้าสมัย การกำหนดเช่นนี้นั้นถือว่าดีกว่าการที่ศาลจะต้องถูกจำกัดให้ตีความตามนิยามของกฎหมายซึ่งต่อไปอาจล้าสมัยและไม่เป็น

¹⁵ วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์, อ้างแล้ว เชิงบรรณที่ 13, น. 331.

¹⁶ เฟิงอ้าง

¹⁷ ประกาศแพทยสภา เรื่อง “เกณฑ์การวินิจฉัยสมองตาย” ลงวันที่ 30 มิถุนายน 2532 และประกาศแพทยสภา เรื่อง “เกณฑ์การวินิจฉัยสมองตาย” (ฉบับ 2) พ.ศ. 2539 ลงวันที่ 31 มีนาคม 2539

¹⁸ เฟิงอ้าง

ธรรมสำหรับวงการแพทย์¹⁹ นอกจากนั้นในหลายกรณีความหมายของคำว่า “คนตาย” “ผู้ตาย” หรือ “ศพ” ในแต่ละบทบัญญัติก็มีความหมายแตกต่างกันไป เช่นในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 327 นั้นหมายความว่า²⁰ บุคคลที่ศาลสั่งให้เป็นคนสาบสูญและถือว่าตายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 62 ด้วย หรือใน มาตรา 199 ที่บัญญัติรวมถึงส่วนหนึ่งส่วนใดของศพด้วย เช่นกระดูกที่เผาแล้วก็ยังคงเป็นส่วนหนึ่งของศพ²¹ ฉะนั้นการที่จะพิจารณาว่าความหมายใดเป็นความหมายที่ถูกต่อนั้นต้องพิจารณาประกอบกันทั้งลักษณะของการกระทำและสิ่งที่กฎหมายในแต่ละบทบัญญัตินั้นมุ่งให้ความคุ้มครองจึงจะเกิดประโยชน์และความเหมาะสมมากกว่า

2.2.2 ลักษณะของการกระทำที่ไม่เหมาะสมต่อคนตาย

การกระทำในลักษณะที่ไม่เหมาะสม หยาดคายหรือการกระทำในทางที่เสื่อมเสียต่อคนตายนั่น เป็นการกระทำที่กระทบต่อความเคารพนับถือ หรือกระทบต่อความรู้สึกของญาติมิตรของผู้เสียชีวิตและความรู้สึกของประชาชนในสังคมอย่างรุนแรง แม้ว่าประชาชนทั่วไปจะมีได้เป็นญาติมิตรหรือไม่ได้พบเห็นการกระทำอันไม่เหมาะสมอย่างร้ายแรงเหล่านั้นก็ตาม แต่เมื่อได้พบเห็นหรือเพียงแต่ได้ยินข่าวเหล่านั้นก็เกิดความรู้สึกหดหู่กับสภาพสังคม และรู้สึกอนาถใจกับการกระทำนั้น ซึ่งการกระทำเหล่านี้ปรากฏในหน้าหนังสือพิมพ์อยู่เนืองๆ ด้วยกัน เช่น การกินศพ ซึ่งตามข่าวพบที่ อำเภอเมืองนครพนม ที่มีชายอายุประมาณ 50 ปี แอบกินเนื้อศพ โดยตัดชิ้นเนื้อและอวัยวะภายในของศพที่ญาติผู้ตายนำมาทำพิธีเผา²² ซึ่งการกระทำนี้จัดได้ว่ามีอาการหลงผิด (Delusion) เช่นเดียวกับกรณีชื้อย²³ ที่ฆ่าเด็กแล้วนำเนื้อมารับประทานเป็นอาหารโดยที่เข้าใจว่า

¹⁹ สุภัสสร ภูเจริญศิลป์, “ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการปลุกถ่ายอวัยวะ,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2533), น. 79-80.

²⁰ หยุต แสงอุทัย, *อ่างแล้ว เชิงอรรถที่ 10* น. 249.

²¹ จิตติ ดิงศรัทีย, *คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 1*, พิมพ์ครั้งที่ 7, (สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2543), น. 433.

²² <http://www.thainewyork.com/modules.php?op=modload&name=News&file=article&sid=514&newlang=tha>

²³ “จิตแพทย์ชี้เหตุกินศพป่วยจิตประเภทหลงผิด”, *มติชน* (31 มีนาคม 2548) น. 10.

กินเนื้อมนุษย์แล้วจะสามารถรักษาอาการของโรคได้เป็นลักษณะที่เรียกว่าหลงผิดคิดว่าสิ่งที่ตนเองทำเป็นสิ่งที่ถูกต้อง นอกจากนั้นยังมีการกระทำในลักษณะเดียวกันอีก แต่เป็นข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในเรือนจำของฝรั่งเศส ซึ่งผู้กระทำผิดได้ทำร้ายเพื่อนนักโทษซึ่งต้องขังอยู่ในห้องเดียวกันจนเสียชีวิตแล้วฉีกเนื้อมากินด้วยความแค้น²⁴ หรือการกระทำที่ไม่เหมาะสมซึ่งมีข้อเท็จจริงเกิดขึ้นจากมูลเหตุจูงใจในเรื่องชู้สาว โดยมีลักษณะที่เป็นการฆ่าแล้วทำการฉีกเนื้ออวัยวะเพศ (ชาย) หรือกรณีของการกระทำอันไม่เหมาะสมซึ่งเกิดจากผู้ใกล้ชิดกับคนตาย ไม่ว่าจะเป็นกรณีที่ผู้กระทำเป็นบิดามารดาของเด็กที่เสียชีวิต ซึ่งบิดามารดาเหล่านั้นไม่มีความสามารถในการเลี้ยงดูจนกระทั่งเด็กเสียชีวิตลง แล้วไม่ได้นำเด็กที่เสียชีวิตไปประกอบพิธีศพแต่กลับนำเด็กนั้นไปทิ้งไว้ตามสถานที่ลับตาคนต่างๆ หรือจะเป็นการกระทำจากผู้ที่ไม่โดยหน้าที่แล้วต้องใกล้ชิดกับศพ เช่น สัปเหร่อซึ่งได้กระทำในลักษณะอนาจารต่อศพ หรือกระทำในลักษณะที่ไม่คำนึงถึงว่าบุคคลนั้นเคยเป็นผู้ที่มีศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ หรือนอกจากนั้นในบางครั้งอาจเป็นการกระทำต่ออวัยวะของศพ เช่น การที่คนร้ายทุบกำแพงวัดซึ่งใช้เก็บโกศซึ่งบรรจุอัฐิ แล้วเทศษะกระดูกของศพคนตายทิ้งเพื่อนำโกศทองเหลืองที่ใส่กระดูกไปขาย²⁵ และเกิดการกระทำในลักษณะดังกล่าวอีกหลายครั้ง²⁶ ซึ่งชาวบ้านที่ได้ทราบเรื่องต่างรุมสาปแช่งให้ได้รับผลกระทบโดยเร็ว ดังนั้นเมื่อพิจารณาจากลักษณะของการกระทำอันไม่เหมาะสมเหล่านี้ทำให้เห็นได้ว่า โดยส่วนใหญ่แล้วการกระทำอันไม่เหมาะสมนี้จะกระทำในที่ลับตาคนส่งผลให้พบการกระทำได้ยาก ประกอบผู้ที่ถูกกระทำโดยตรงจากการกระทำอันไม่เหมาะสมนี้ไม่สามารถฟื้นขึ้นมาเพื่อเรียกร้องอะไรได้ ยิ่งไปกว่านั้นในบางกรณีญาติหรือคนใกล้ชิดของคนตายเหล่านั้น กลับกลายมาเป็นผู้กระทำการอันไม่เหมาะสมเสียเอง นอกจากนั้นในหลายกรณีจะพบว่าผู้ที่เกี่ยวข้องในกระบวนการยุติธรรมมองว่าผู้กระทำเป็นโรคจิตจึงไม่ดำเนินคดี ซึ่งแท้ที่จริงแล้วจะเห็นได้ว่าในหลายกรณีผู้กระทำไม่ได้เป็นโรคจิตเสมอไป โดยบ้างก็ได้กระทำไปเพราะมีความแค้นหรือมีมูลเหตุจูงใจประการอื่น หรือในกรณีของผู้ที่มีความต้องการทางเพศกับศพ (Necrophilia or Necrophillism) ที่จัดได้ว่าเป็นพวกกามวิตถาร²⁷ ซึ่งถือว่า

²⁴ “ฆ่ากินศพ! ฉีกเนื้อปอด-เนื้ออกเคี้ยวสดฯ”, ไทยรัฐ ปีที่ 58 ฉบับที่ 17883 (7 มกราคม 2550) น. 14.

²⁵ http://www.komchadluek.net/2006/07/28/a001_31893.php?news_id=31893

²⁶ http://www.komchadluek.net/2007/05/09/n001_114493.php?news_id=114

²⁷ วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์, อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 13, น. 199.

เป็นพฤติกรรมที่เบี่ยงเบนไปจากพฤติกรรมของคนปกติทั่วไป เป็นความผิดปกติทางจิตใจ โดยในทางจิตเวชศาสตร์ จัดไว้ในกลุ่มเดียวกับ บุคลิกภาพแปรปรวน (Personality disorder) ซึ่งถ้าถือตามนิยามศัพท์ใน พ.ร.บ.วิชาชีพเวชกรรม พ.ศ.2525 แล้วก็ต้องถือว่าเป็นโรคอย่างหนึ่ง แต่ความรับผิดชอบทางอาญาของบุคคลกลุ่มนี้จะไม่ได้รับประโยชน์จากประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 65

2.2.3 แนวคิดที่แสดงถึงการเคารพและการระลึกถึงคนตาย

สิ่งหนึ่งที่มนุษย์ได้รับติดตัวมาพร้อมกับการกำเนิดนอกจากศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์แล้ว นั่นก็คือครอบครัว ซึ่งมีทั้งบิดา มารดา ญาติมิตรต่างๆ มากมาย ก่อให้เกิดความผูกพันทั้งจากทางสายเลือดและความใกล้ชิดสนิทสนมกัน และการเป็นส่วนหนึ่งของสังคม ที่ถือเป็นเครื่องมือที่ทำให้สังคมเกิดการพัฒนา ทั้งจากการประกอบหน้าที่การงาน การทำคุณงามความดีต่างๆ ให้แก่สังคม ซึ่งรัฐก็ได้ให้การตอบแทนการทำหน้าที่ของบุคคลที่ถือเป็นเครื่องจักรในการพัฒนาสังคมโดยการให้ความคุ้มครองดูแลต่างๆ ซึ่งการคุ้มครองดูแลประการหนึ่งก็คือ การออกกฎหมายที่เป็นการรับรองและคุ้มครองสิทธิต่างๆ โดยเฉพาะกฎหมายอาญาซึ่งมีบทบัญญัติที่คุ้มครองในด้านต่างๆ ไม่ว่าจะเป็นชีวิต ร่างกาย ทรัพย์สิน เสรีภาพ เกียรติยศชื่อเสียง และการคุ้มครองถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ที่บุคคลอื่นจะมากกระทำประการใดๆ อันเป็นการกระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ไม่ได้ ซึ่งกฎหมายได้คุ้มครองไปจนกระทั่งบุคคลเหล่านั้นเสียชีวิตลง แต่อย่างไรก็ตามเมื่อคนตายได้สิ้นสภาพบุคคลไป แต่ความรู้สึกที่เป็นครอบครัว ความทรงจำและคุณงามความดีที่ได้กระทำไว้ต่อญาติมิตรและสังคมไม่ได้หายไปด้วย ซึ่งสิ่งที่สะท้อนให้เห็นถึงความเป็นครอบครัว ความเคารพนับถือและการระลึกถึงผู้เสียชีวิตได้เป็นอย่างดี นั่นก็คือ การประกอบพิธีศพ ซึ่งจะขึ้นอยู่กับศาสนา ความเชื่อ จารีตประเพณีและวัฒนธรรม เช่น ชาวอียิปต์โบราณเชื่อว่าคนตายแล้วจะกลับมาเกิดใหม่ เช่นเดียวกับปรากฏการณ์ทางธรรมชาติ เช่น พระอาทิตย์ พระจันทร์ น้ำขึ้นน้ำลง ฯลฯ ล้วนแสดงให้เห็นว่าตายแล้วเกิดใหม่ทั้งสิ้น และการที่คนยังไม่เคยกลับมาเกิดก็เพราะว่าวิญญาณกลับมาหาร่างกายไม่เจอ จึงมีผู้คิดรักษาศพไว้รอวิญญาณกลับมา โดยการทำมัมมี่ ซึ่งเป็นวิทยาศาสตร์เคมีที่เจริญก้าวหน้ามาก ตลอดจนการสร้างปิรามิด หลุมฝังศพ โลงศพ ซึ่งล้วนแต่มาจากปรัชญาความเชื่อนั้นทั้งสิ้น จนกลายเป็นศาสนาและลัทธิความเชื่อของสังคมต่อมา²⁸ หรือ

²⁸ มาลี ศรีเพชรภูมิ, ปรัชญาเบื้องต้น, (เพชรบุรี : โครงการจัดทำตำรา คณะวิชามนุษยศาสตร์ และสังคมศาสตร์ สหวิทยาลัยทราวดี เพชรบุรี, 2531), น. 7.

ความเคารพนับถือต่อคนตายในประเทศไทยซึ่งมีประชากรหลายเชื้อชาติศาสนา การจัดพิธีศพก็จะมีความแตกต่างกันไป เช่น การจัดทำพิธีศพตามวัฒนธรรมไทยที่มีการรดน้ำศพหรือการสวดอภิธรรมศพ แล้วมีการฌาปนกิจ หรือการจัดทำพิธีศพของชาวไทยเชื้อสายจีนซึ่งมีการสวดศพ แล้วนำศพไปฝังที่ฮวงซุ้ย หรือการจัดทำพิธีศพของผู้ที่นับถือศาสนาอิสลามที่มีข้อห้ามกระทำการใดๆ ที่ไม่เหมาะสมต่อร่างกายของศพ ห้ามกล่าวถึงผู้ตายในทางไม่ดี รวมทั้งแนวทางปฏิบัติ เช่น การย่นขึ้นให้เกียรติแก่ศพนั้นเมื่อศพถูกยกขึ้นหรือเมื่อมีศพผ่านแม้จะไม่ใช้ศพมุสลิมก็ตามและต้องทำพิธีฝังภายในเวลา 24 ชั่วโมง โดยจะไม่ใช้การเผา เพราะเชื่อว่าไฟเป็นของร้อน และเชื่อว่ามนุษย์ถูกสร้างจากดิน มนุษย์จึงกลับลงไปดิน และมนุษย์ก็จะถูกให้ฟื้นขึ้นจากนั้นอีกครั้งหนึ่งในวันสิ้นโลก²⁹ ซึ่งเห็นได้ว่าการจัดทำพิธีศพไม่ว่าจะเป็นความเชื่อทางศาสนา หรือวัฒนธรรมใดก็ตาม ต่างก็ให้ความสำคัญนับถือต่อผู้ที่เสียชีวิต นอกจากนั้นการประกอบพิธีศพในลักษณะต่างๆ ดังกล่าวแล้วยังมีขั้นตอนของการบรรจุศพเพื่อเก็บไว้ตามสถานที่ต่างๆ หรือที่เรียกกันว่า ฮวงซุ้ย เพื่อให้ลูกหลานได้แสดงความเคารพ และได้ระลึกถึงต่อไป หรือตามวัฒนธรรมของชาวไทยที่หลังจากการฌาปนกิจแล้ว ก็จะมีการเก็บเถ้ากระดูกไว้ส่วนหนึ่งเพื่อให้ญาติเก็บรักษาไว้เป็นสัญลักษณ์ของผู้ตายเพื่อเป็นสิ่งระลึกถึงต่อไป

นอกจากการประกอบพิธีศพที่จะแสดงถึงความเคารพต่อคนตายแล้ว ยังมีกรณีของผู้ที่ได้แสดงเจตนาบริจาคร่างไว้ก่อนที่จะหมดลมหายใจให้กับนักศึกษาแพทย์ได้ใช้ในการศึกษาหาความรู้ในเรื่องของระบบร่างกายที่เรียกว่า “อาจารย์ใหญ่” ซึ่งนักศึกษาแพทย์ทุกคนให้ความเคารพและเทิดทูนและถือเสมือนเป็นญาติผู้ใหญ่ที่ประสิทธิ์ประสาทวิชาความรู้ให้ด้วยร่างทั้งร่างกับนักศึกษาแพทย์³⁰ ซึ่งถือเป็นอีกกรณีหนึ่งที่แสดงให้เห็นถึงแนวความคิดที่แสดงถึงความเคารพต่อคนตายเช่นกัน

²⁹ เสาวนีย์ จิตต์หมวด, วัฒนธรรมอิสลาม, พิมพ์ครั้งที่ 3, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์ทางนำ, 2535), น.335-338.

³⁰ <http://www.manager.co.th/Campus/ViewNews.aspx?NewsID=9480000040>

2.2.4 ความจำเป็นที่ควรมีกฎหมายคุ้มครองคนตาย

เมื่อพิจารณาจากแนวคิดที่แสดงถึงการเคารพและการระลึกถึงคนตาย ประกอบกับเนื้อหาตามที่ได้กล่าวไว้ในหัวข้อข้อความคิดพื้นฐานทางอาญาแล้ว จะสามารถพิจารณาถึงคุณค่าที่จำต้องมีการคุ้มครองคนตาย ซึ่งสามารถแยกพิจารณาได้ดังนี้

1) ด้านภารกิจของกฎหมายอาญา

ภารกิจที่สำคัญของกฎหมายอาญาประการหนึ่งคือ ต้องการให้เกิดความสงบและเป็นระเบียบเรียบร้อยขึ้นในสังคม ซึ่งหากปล่อยให้มีการกระทำต่อคนตาย โดยไม่มีมาตรการทางกฎหมายอาญามาดำเนินการกับการกระทำเหล่านี้ จะส่งผลกระทบหลายประการ ทั้งจากญาติมิตรของผู้เสียชีวิตที่มีความเคารพรักและมีความผูกพันต่อผู้ตาย ซึ่งจะเกิดความโกรธแค้นบุคคลที่กระทำไม่เหมาะสมอย่างรุนแรงต่อคนตายนั่น จนอาจเกิดการแก้แค้นหรือการกระทำอย่างอื่นอันนำไปสู่การกระทำความผิดอาญาต่อไป ซึ่งหากกฎหมายอาญากำหนดให้มีมาตรการเพื่อนำบุคคลผู้กระทำการอันไม่เหมาะสมนั้นเข้าสู่กระบวนการทางกฎหมายได้ ก็จะเป็นการบรรเทาความโกรธแค้นในใจของญาติและผู้ใกล้ชิดของคนตายเหล่านั้นไปได้ นอกจากนั้นในกรณีของผู้กระทำการอันไม่เหมาะสมต่อศพบางประเภท เช่นพวกที่มีความต้องการทางเพศกับศพ ซึ่งจัดเป็นพวกกามวิตถารที่หมายถึง การมีความสุขทางเพศที่เกิดจากการได้ร่วมเพศกับศพ³¹ ซึ่งบุคคลพวกนี้อาจมีความต้องการร่วมเพศกับศพที่ตายใหม่ๆ ทำให้อาจเป็นแรงจูงใจให้กระทำความผิดฐานอื่นเสียก่อน เช่น การฆ่าเหยื่อให้ตายเสียก่อน แล้วจึงร่วมเพศกับศพ ซึ่งจะต้องโทษเฉพาะการฆ่าผู้อื่นเท่านั้น

ดังนั้น หากกฎหมายอาญามีได้มีการกำหนดให้การกระทำที่ไม่เหมาะสมอย่างรุนแรงนี้เป็นความผิด แล้วก็จะเกิดการกระทำในลักษณะดังกล่าวขึ้นอย่างต่อเนื่อง ซึ่งเป็นการสะท้อนให้เห็นถึงความเสื่อมทรามของสังคม ประชาชนในสังคมรู้สึกอนาถใจกับการกระทำดังกล่าว ในขณะที่รัฐไม่ได้เห็นการกระทำเหล่านี้เป็นปัญหาที่จะต้องแก้ไข หรือเท่ากับว่าเป็นการยอมรับการกระทำเหล่านี้ แล้วจะถือว่าสังคมมีความสงบและเป็นระเบียบเรียบร้อยได้อย่างไร

2) ด้านหลักประกันในกฎหมายอาญา

การกระทำการอันไม่เหมาะสมอย่างรุนแรงต่อคนตายนั่น ตามความรู้สึกของคนโดยทั่วไปนั้น ย่อมรับไม่ได้กับการกระทำในลักษณะดังกล่าว ซึ่งหากรัฐมิได้บัญญัติให้การกระทำ

³¹ วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 13, น. 213.

นั้นเป็นความผิดกฎหมาย หรือกฎหมายที่มีอยู่บัญญัติถึงการกระทำเพียงบางประเภทซึ่งไม่ครอบคลุมถึงการกระทำในลักษณะที่ไม่เหมาะสมอื่นๆ ด้วยแล้ว ย่อมก่อให้เกิดผลเสียหลายประการ เช่น การแก้แค้นกันเองของญาติผู้ตาย หรือก่อให้เกิดการกระทำที่ไม่เหมาะสมในลักษณะดังกล่าวมากขึ้น โดยรัฐไม่ได้มีมาตรการเพื่อป้องกันหรือแก้ไข ในขณะที่ทางกระแสนของสังคมเรียกร้องให้มีการดำเนินคดีกับผู้กระทำการนั้นอย่างรุนแรง ประกอบกับตามความรู้สึกของพนักงานเจ้าหน้าที่ที่เห็นควรว่าการกระทำในลักษณะดังกล่าวสมควรต้องมีการดำเนินคดี จนเกิดการใช้การตีความตบทกฎหมายที่มีอยู่จนเกินกว่าเจตนารมณ์ของกฎหมาย ซึ่งเป็นการขัดต่อหลักประกันของกฎหมายอาญาในประการที่ห้ามใช้กฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งกำหนดหรือขยายบทกฎหมายอาญาที่มีอยู่แล้ว³² และอาจเป็นการขัดต่อหลักประกันในกฎหมายอาญา ที่เรียกร้องให้กฎหมายอาญาต้องบัญญัติให้ชัดเจนแน่นอน กล่าวคือการบัญญัติกฎหมายอาญาจะต้องหลีกเลี่ยงถ้อยคำที่กำกวมไม่แน่นอน เพื่อป้องกันมิให้ผู้ใช้กฎหมาย ใช้กฎหมายตามใจชอบหรือตามความรู้สึกของตน

3) ด้านวัตถุประสงค์ของการลงโทษ

เมื่อเกิดการกระทำอันไม่เหมาะสมอย่างรุนแรงต่อคนตาย ทำให้ญาติมิตรของผู้ตายเกิดความไม่พอใจผู้กระทำเหล่านั้น จนอยากจะทำการแก้แค้นเช่นเดียวกับการถูกระทำความผิดอื่นๆ อย่างไรก็ตาม หากมีบทบัญญัติของกฎหมายกำหนดความผิดและมีมาตรการลงโทษแก่ผู้กระทำการอันไม่เหมาะสมเหล่านั้น ก็พอที่จะบรรเทาความแค้นของญาติมิตรผู้ตายไปได้บ้างและเป็นการให้ผู้กระทำได้รับผลตอบแทนจากการกระทำของตน ซึ่งเป็นการสอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของการลงโทษเพื่อการแก้แค้นทดแทนด้วย

นอกจากนั้น หากมีการดำเนินคดีกับผู้กระทำเหล่านั้น ก็จะเป็นประโยชน์ตามหลักการลงโทษเพื่อเป็นการข่มขู่ 2 ประการคือ ประการแรก เพื่อเป็นตัวอย่างให้คนทั่วไปเห็นว่าหากมีการกระทำในลักษณะที่ไม่เหมาะสมดังกล่าวแล้วจะต้องถูกดำเนินคดี เมื่อบุคคลทั่วไปทราบก็จะเกรงกลัวไม่กล้ากระทำการอันไม่เหมาะสมเหล่านั้น ประการที่สองคือ เมื่อผู้กระทำถูกดำเนินคดีก็จะเกิดความเข็ดหลาบไม่กล้าที่จะกระทำในลักษณะเช่นเดิมอีก ซึ่งถือเป็นการลดจำนวนการกระทำในลักษณะที่ไม่เหมาะสมต่อคนตายที่อาจจะเกิดขึ้นต่อไป หรือ

ในกรณีที่ผู้กระทำมีโอกาสที่จะกระทำความผิดซ้ำอีก ก็จะต้องลงโทษผู้กระทำการอันไม่เหมาะสมโดยวิธีการปรับปรุงแก้ไข ไม่ว่าจะเป็นการอบรมทางศีลธรรมและศาสนาหรือการ

³² คณิต ฦ นคร, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 1, น. 62.

รักษาพยาบาล หรือแม้กระทั่งการตัดผู้กระทำการอันไม่เหมาะสมออกจากสังคมชั่วระยะเวลาหนึ่ง เพื่อให้แน่ใจได้ว่าเขาจะไม่กลับไปกระทำการในลักษณะที่ไม่เหมาะสมดังกล่าวนี้อีก

ตามที่กล่าวมาแล้วนั้น เป็นการชี้ให้เห็นถึงความจำเป็นในการมีบทบัญญัติที่จะคุ้มครองคนตายจากการกระทำอันไม่เหมาะสมอย่างร้ายแรง อย่างไรก็ตามสิ่งที่ต้องพิจารณาต่อไปคือ ปัญหาในเรื่องความครบถ้วนของบทกฎหมายที่มีอยู่ในปัจจุบัน ว่ามีความครอบคลุมการกระทำในลักษณะต่างๆ หรือไม่อย่างไร

2.3 กฎหมายอาญาที่ให้ความคุ้มครองคนตายในประเทศไทย

สิ่งที่มนุษย์ได้รับมาพร้อมกับการมีสภาพบุคคลนั้นก็คือ การได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย โดยเฉพาะการคุ้มครองตามกฎหมายอาญา ซึ่งมีการคุ้มครองทั้งในด้านชีวิต ร่างกาย เกียรติยศชื่อเสียง เสรีภาพและทรัพย์สิน โดยเมื่อมนุษย์ได้เสียชีวิตลงก็มีกฎหมายที่เข้ามามีบทบาทในการจัดการกับศพของคนตายก็คือ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในเรื่องพินัยกรรม ซึ่งได้บัญญัติไว้ในมาตรา 1646 และ มาตรา 1649 ว่า

มาตรา 1646 “บุคคลใดจะแสดงเจตนาโดยพินัยกรรมกำหนดการเผื่อตายในเรื่องทรัพย์สินของตนเอง หรือในการต่างๆ อันจะให้เกิดเป็นผลบังคับได้ตามกฎหมายเมื่อตนตายก็ได้”

มาตรา 1649 “ผู้จัดการมรดกซึ่งผู้ตายตั้งไว้ย่อมมีอำนาจและหน้าที่ที่ในอันที่จะจัดการศพของผู้ตาย เว้นแต่ผู้ตายจะได้ตั้งบุคคลอื่นไว้โดยเฉพาะให้จัดการตั้งว่านั้น

ถ้าผู้ตายมิได้ตั้งผู้จัดการมรดกหรือบุคคลใดไว้ให้เป็นผู้จัดการศพ หรือทายาทมิได้มอบหมายตั้งให้บุคคลใดเป็นผู้จัดการศพบุคคลผู้ได้รับทรัพย์สินมรดกโดยพินัยกรรมหรือโดยสิทธิโดยธรรมเป็นจำนวนมากที่สุด เป็นผู้ที่มีอำนาจและตกอยู่ในหน้าที่ต้องจัดการศพ เว้นแต่ศาลจะเห็นเป็นการสมควรตั้งบุคคลอื่นให้จัดการเช่นนั้น ในเมื่อบุคคลผู้มีส่วนได้เสียคนใดคนหนึ่งร้องขอขึ้น”

โดยหากพิจารณาตามบทบัญญัติมาตรา 1646 จะเห็นได้ว่า นอกจากพินัยกรรมจะกำหนดการเผื่อตายเรื่องทรัพย์สินแล้ว ยังกำหนดการอื่นๆ ที่จะให้มีผลได้เมื่อตาย อาทิเช่น การกำหนดเรื่องศพ และการจัดการศพ³³ เช่น ผู้ตายกำหนดในพินัยกรรมยกศพให้โรงพยาบาลได้³⁴

³³ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ และ มานิตย์ จุมปา, คำอธิบายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยมรดก, พิมพ์ครั้งที่ 2 , (กรุงเทพมหานคร : นิติธรรม, 2548), น. 309.

และในขณะเดียวกันผู้ตายอาจมิได้กำหนดถึงเรื่องการจัดการกับศพไว้ในพินัยกรรมก็เป็นได้ ซึ่งเมื่อพิจารณาประกอบกับมาตรา 1649 ที่กำหนดถึงเฉพาะผู้มีหน้าที่จัดการศพผู้ตายไว้ เพื่อหลีกเลี่ยงการแย่งกัน หรือเกี่ยงกันไม่ยอมทำศพผู้ตาย³⁵ ซึ่งหากได้พิจารณาถึงบทบัญญัติทั้งสองมาตราดังกล่าวจะเห็นได้ว่า หากผู้ตายได้กำหนดการเผื่อตายหรือกำหนดการจัดการกับศพของตนที่สามารถบังคับได้ตามกฎหมายไว้อย่างไร ก็ให้มีผลตามนั้น (มาตรา 1646) หรือในกรณีที่ผู้ตายมิได้กำหนดถึงการจัดการกับศพไว้ ก็ให้เป็นอำนาจหน้าที่ของบุคคลที่กฎหมายกำหนดไว้ในมาตรา 1649 ให้จัดการศพของผู้ตาย โดยในบทบัญญัติทั้งสองมาตรานี้มิได้กำหนดถึงผลของการฝ่าฝืนการจัดการศพตามความประสงค์ของผู้ตายหรือการที่ผู้มีหน้าที่จัดการศพมิได้ดำเนินการจัดการหรือประกอบพิธีศพแต่อย่างใด

ส่วนกรณีของการกระทำการอันไม่เหมาะสมต่อคนตายนั้น กฎหมายที่เข้ามาเกี่ยวข้องหรือให้ความคุ้มครองสิทธิของคนตายก็ต้องพิจารณาตามกฎหมายอาญา ซึ่งการพิจารณาว่าการกระทำใดเป็นความผิดกฎหมายอาญาและบุคคลจะต้องรับผิดชอบในทางอาญาเมื่อ³⁶

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

โดยหลักเกณฑ์ในข้อ 1 เป็นการพิจารณาว่าการกระทำของผู้นั้นครบองค์ประกอบความผิด³⁷ กล่าวคือครบ “องค์ประกอบภายนอก” และ “องค์ประกอบภายใน” หรือไม่ ซึ่งองค์ประกอบภายนอกได้แก่การพิจารณาข้อเท็จจริงในส่วนต่างๆ ตามบทบัญญัติของความผิดแต่ละฐาน ซึ่งประกอบด้วยข้อเท็จจริงในส่วนต่างๆ ดังนี้คือ (1) ผู้กระทำ (2) การกระทำ (3) กรรมของการกระทำ (4) ผลของการกระทำ (ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล) และองค์ประกอบภายในซึ่งเป็นสิ่งที่อยู่ภายในจิตใจของผู้กระทำ โดยองค์ประกอบภายใน³⁸ (The mental

³⁴ โปรดดู คำพิพากษาฎีกาที่ 1174/2508 (เนติ.) น.1836.

³⁵ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ และ มานิตย์ จุมปา, อ้างแล้ว *เชิงอรรถที่* 33, น. 388.

³⁶ เกียรติขจร วังนะสวัสดิ์, อ้างแล้ว *เชิงอรรถที่* 4, น. 81.

³⁷ สุธศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล, *คำอธิบายความผิดเกี่ยวกับทรัพย์ ตามประมวลกฎหมายอาญา*, พิมพ์ครั้งที่ 4, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2548), น. 14-16.

³⁸ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, อ้างแล้ว *เชิงอรรถที่* 11, น.15.

elements) ได้แก่ เจตนา ประมาท ไม่เจตนาไม่ประมาท นอกจากนั้นในบางความผิดกฎหมายกำหนดให้ผู้กระทำความผิดต้องมีเจตนาพิเศษหรือมูลเหตุชักจูงใจด้วย

ดังนั้น เมื่อมนุษย์สิ้นสภาพบุคคลแล้ว กฎหมายอาญาของไทยในปัจจุบันจะได้มีการคุ้มครองคนตายหรือไม่อย่างไรรันั้น สามารถแยกพิจารณาได้เป็น

2.3.1 กฎหมายที่บัญญัติให้ “คนตาย” เป็นองค์ประกอบของความผิด

2.3.1.1 ความผิดฐาน “ลอบฝัง ซ่อนเร้น ย้าย ทำลายศพ เพื่อปิดบังการเกิด การตาย หรือเหตุแห่งการตาย”³⁹ ในประมวลกฎหมายอาญา ลักษณะ 3 ความผิดเกี่ยวกับการยุติธรรม หมวด 1 ความผิดต่อเจ้าพนักงานในการยุติธรรม ตามมาตรา 199 บัญญัติว่า “ผู้ใดลอบฝัง ซ่อนเร้น ย้ายหรือทำลายศพหรือส่วนของศพเพื่อปิดบังการเกิด การตายหรือเหตุแห่งการตาย ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือปรับไม่เกินสองพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

ตามบทบัญญัตินี้สามารถแยกองค์ประกอบภายนอกของความผิดได้เป็น (1) ผู้ใด (2) ลอบฝัง ซ่อนเร้น ย้าย หรือทำลาย และ (3) ศพ หรือส่วนของศพ ซึ่งหากพิจารณาถึงลักษณะของการกระทำตามความผิดในมาตรานี้ซึ่งได้แก่ การกระทำที่เป็นการลอบฝัง ซ่อนเร้น ย้ายหรือทำลายศพหรือส่วนของศพนั้นอาจถือเป็นส่วนหนึ่งของการกระทำอันไม่เหมาะสมต่อศพ ซึ่งผู้กระทำอาจมีความผิดตามมาตรานี้ได้ แต่เมื่อพิจารณาถึงองค์ประกอบภายในของความผิดที่ประกอบด้วย (1) เจตนาธรรมดา และ (2) เจตนาพิเศษ หรือมูลเหตุชักจูงใจ ที่กระทำการนั้นเพื่อปิดบังการเกิด การตายหรือเหตุแห่งการตาย พบว่า หากผู้กระทำได้ลอบฝัง ซ่อนเร้น ย้ายหรือทำลายศพหรือส่วนของศพ แต่มิได้เป็นการกระทำเพื่อปิดบังการเกิด การตายหรือเหตุแห่งการตายแล้ว แม้การกระทำดังกล่าวจะเป็นการกระทำที่ไม่เหมาะสมต่อคนตาย ผู้กระทำก็ไม่มีควมรับผิดชอบตามมาตรานี้แต่อย่างใด นอกจากนั้นในบางกรณีหากมีการนำศพไปตั้งบำเพ็ญกุศลที่วัดเพื่อทำการฌาปนกิจ แม้การกระทำนั้นจะเป็นการกระทำที่เหมาะสมตามวัฒนธรรม แต่หากการกระทำ

³⁹ เกียรติขจร วังนะสวัสดิ์, กฎหมายอาญาภาคความผิด เล่ม 1 คำอธิบายเกี่ยวกับกรรมเดียวผิดกฎหมายบทเดียว บทเฉพาะ บททั่วไป บทธรรมดา บททกวรรค์ บทเบา บทหนัก ถามตอบ ความผิดเกี่ยวกับการปกครอง และความผิดเกี่ยวกับการยุติธรรม, พิมพ์ครั้งที่ 4, (กรุงเทพมหานคร : จีรรัชการพิมพ์, 2548), น. 295.

นั้นได้กระทำไปโดยมีเจตนาที่จะปิดบังการตายหรือเหตุแห่งการตายของผู้ตาย ก็จัดเป็นการกระทำความผิดตาม มาตรา 199 นี้ได้ (คำพิพากษาฎีกาที่ 6255/2534 (เนติ.) น.2345)

ดังนั้น แม้บทบัญญัตินี้จะได้กำหนดถึงลักษณะของการกระทำต่อศพไว้ก็ตามแต่สิ่งที่กฎหมายมุ่งจะคุ้มครองหรือคุณธรรมทางกฎหมายของความผิดฐานนี้ คือ “ความเด็ดขาดแห่งอำนาจรัฐในการยุติธรรม”⁴⁰ ดังที่บทบัญญัติในมาตรานี้ได้กำหนดไว้ใน ลักษณะ 3 ความผิดเกี่ยวกับการยุติธรรม ซึ่งความผิดตาม มาตรา 199 นี้เป็นความผิดเกี่ยวกับการทำลายพยานหลักฐาน (คำพิพากษาฎีกาที่ 6202/2538 (เนติ.) น.1522) มากกว่าที่จะคุ้มครองถึงการกระทำอันไม่เหมาะสมต่อคนตาย

2.3.1.2 ความผิดฐานหมิ่นประมาทผู้ตาย⁴¹ ในประมวลกฎหมายอาญา ลักษณะ 11 ความผิดเกี่ยวกับเสรีภาพและชื่อเสียง หมวด 3 ความผิดฐานหมิ่นประมาท ตามมาตรา 327 บัญญัติว่า “ผู้ใดใส่ความผู้ตายต่อบุคคลที่สามและการใส่ความนั้นน่าจะเป็นเหตุให้ บิดา มารดา คู่สมรสหรือบุตรของผู้ตายเสียชื่อเสียง ถูกดูหมิ่นหรือถูกเกลียดชัง ผู้นั้นกระทำความผิดฐานหมิ่นประมาท ต้องระวางโทษดังบัญญัติไว้ในมาตรา 326 นั้น”

ตามบทบัญญัตินี้สามารถแยกองค์ประกอบภายนอกได้เป็น (1) ผู้ใด (2) ใส่ความ (3) ผู้ตาย (4) ต่อบุคคลที่สาม และ (5) การใส่ความนั้นน่าจะเป็นเหตุให้บิดา มารดา คู่สมรสหรือบุตรผู้ตายเสียชื่อเสียง ถูกดูหมิ่นหรือถูกเกลียดชัง ซึ่งจะเห็นได้ว่าบทบัญญัติในมาตรานี้เป็นการกระทำในลักษณะที่เป็นการใส่ความต่อผู้ตาย แต่เป็นเพียงการเอาคนที่ตายไปแล้วมาเป็นองค์ประกอบของความผิด เพราะตามประเพณีของไทยนั้น การหมิ่นประมาทผู้ตายย่อมทำให้บุคคลที่ยังมีชีวิตอยู่พลอยเสียชื่อเสียงไปด้วย⁴² ฉะนั้นแม้บทบัญญัติในมาตรา 327 นี้จะบัญญัติถึงการกระทำ (ใส่ความ) ต่อผู้ตายก็ตาม แต่สิ่งที่มาตรานี้มุ่งที่จะคุ้มครองหรือคุณธรรมของความผิดฐานนี้คือ “ชื่อเสียงของผู้ตายที่กระทบต่อบุคคลในครอบครัว”⁴³

⁴⁰ คณิต ฅ นศร, อ้างแล้ว เชนอรรทที่ 8, น. 834.

⁴¹ เฟ่งอ้าง, น. 199.

⁴² หยุด แสงอุทัย, อ้างแล้ว เชนอรรทที่ 10, น. 249.

⁴³ คณิต ฅ นศร, อ้างแล้ว เชนอรรทที่ 8, น. 199.

นอกจากนั้น ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาได้มีบทบัญญัติที่กำหนดถึงหน้าที่ของบุคคลเมื่อพบการตายโดยผิดธรรมชาติ⁴⁴ ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตรา 149 และ มาตรา 150 ทวิ ซึ่งบัญญัติว่า

มาตรา 149 “ความตายโดยผิดธรรมชาติเกิดขึ้น ณ ที่ใด ให้เป็นหน้าที่ของสามี ภริยา ญาติ มิตรสหายหรือผู้ปกครองของผู้ตายที่รู้เรื่องการตายเช่นนั้นจัดการดังต่อไปนี้

- (1) เก็บศพไว้ ณ ที่ซึ่งพบนั้นเองเพียงพอที่จะทำได้
- (2) ไปแจ้งความแก่พนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจโดยเร็วที่สุด

หน้าที่ดังกล่าวในวรรคต้นมีตลอดถึงผู้อื่น ซึ่งได้พบศพในที่ไม่มีสามีภริยา ญาติ มิตรสหายหรือผู้ปกครองของผู้ตายอยู่ในที่นั้นด้วย

ผู้ใดละเลยไม่กระทำหน้าที่ดังบัญญัติไว้ในมาตรานี้ มีความผิดต้องระวางโทษปรับไม่เกินหนึ่งพันบาท”

มาตรา 150 ทวิ “ผู้ใดกระทำการใดๆ แก่ศพหรือสภาพแวดล้อมในบริเวณที่พบศพ ก่อนการชันสูตรพลิกศพเสร็จสิ้น ในประการที่น่าจะทำการชันสูตรพลิกศพหรือผลทางคดีเปลี่ยนแปลงไป เว้นแต่จำเป็นต้องกระทำเพื่อป้องกันอันตรายแก่อนามัยของประชาชนหรือเพื่อประโยชน์สาธารณะอย่างอื่น ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หกเดือนถึงสองปี หรือปรับตั้งแต่หนึ่งหมื่นบาทถึงสี่หมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งเป็นการกระทำโดยทุจริตหรือเพื่ออำพรางคดี ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษเป็นสองเท่าของโทษที่กำหนดไว้สำหรับความผิดนั้น”

นอกจากนี้ยังมี บทบัญญัติในพระราชบัญญัติการทะเบียนราษฎร พ.ศ. 2534 ใน มาตรา 21 และ มาตรา 24 (มีบทกำหนดโทษของการฝ่าฝืนใน มาตรา 47) ซึ่งได้บัญญัติในลักษณะทำนองเดียวกันกับประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 149 และ มาตรา 150 ทวิ อีกด้วย ซึ่งตาม มาตรา 149 ที่กฎหมายกำหนดให้เก็บศพไว้ ณ ที่ซึ่งพบศพ และนำความดังกล่าวแจ้งแก่พนักงานโดยเร็ว ประกอบกับมาตรา 150 ทวิ ที่กำหนดมิให้กระทำการใดๆ อันจะเป็นการเปลี่ยนแปลงสภาพศพ เพื่อมุ่งถึงประโยชน์ในการพิสูจน์การตาย ฉะนั้นจึงเห็นได้ว่าบทบัญญัตินี้เป็นการกำหนดความผิดอาญาแก่ผู้ที่ทำให้การตรวจสอบค้นหาความจริงเสียหาย เป็นการกระทำต่อ “ความเด็ดขาดแห่งอำนาจรัฐในการยุติธรรม” ทำนองเดียวกับความผิดตาม มาตรา 199 แห่ง

⁴⁴ คณิต ฅ นคร, กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา, พิมพ์ครั้งที่ 7, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2549), น. 476-477.

ประมวลกฎหมายอาญา ดังนั้นบทบัญญัติเหล่านี้มิได้มุ่งให้การคุ้มครองโดยตรงต่อการกระทำอันไม่เหมาะสมหรือการกระทำในลักษณะที่ก่อให้เกิดความเสื่อมเสียต่อคนตาย

2.3.2 กฎหมายอาญาในลักษณะที่อาจพิจารณาได้ว่าการกระทำต่อคนตายเป็นความผิด

2.3.2.1 กฎหมายอาญาที่บัญญัติความผิดเกี่ยวกับชีวิต ร่างกาย

ความผิดเกี่ยวกับชีวิต สิ่งที่เกี่ยวข้องเป็นคุณธรรมทางกฎหมายของความผิดต่อชีวิต คือ ชีวิตมนุษย์⁴⁵ ซึ่งมีองค์ประกอบภายนอกคือ การฆ่าผู้อื่น ซึ่ง “ผู้อื่น” หมายถึง ผู้ที่มีสภาพบุคคลในขณะที่ถูกฆ่า⁴⁶ ฉะนั้นหากผู้ถูกกระทำตายแล้วย่อมไม่มีความผิดฐานฆ่าผู้อื่น เพราะขาดองค์ประกอบแต่อย่างใดก็ตามในส่วนผลอาจมีความผิดฐานอื่นได้⁴⁷ เช่น พยายามฆ่าผู้อื่นที่เป็นไปไม่ได้⁴⁸อย่างแน่แท้

ในกรณีของความผิดเกี่ยวกับร่างกายนั้น คุณธรรมทางกฎหมายของความผิดต่อความปลอดภัยของร่างกาย คือ ความปลอดภัยของร่างกาย⁴⁹ โดยในความผิดเกี่ยวกับร่างกายนี้มีองค์ประกอบภายนอกที่เป็นกรรมของการกระทำคือ “ผู้อื่น” ซึ่งต้องมีสภาพบุคคลอยู่ในขณะถูกทำร้าย ฉะนั้นหากทำร้ายผู้ตายไปแล้วก็ไม่เป็นความผิด (คำพิพากษาศาลฎีกา ที่ 668,669/2521 (เนติ. น.435) แต่อาจเป็นการพยายามตามมาตรา 81 ได้⁵⁰

2.3.2.2 กฎหมายอาญาที่บัญญัติความผิดเกี่ยวกับศาสนา

ความผิดฐานก่อความวุ่นวายในที่ประชุมศาสนิกชน ตามมาตรา 207 ซึ่งบัญญัติว่า “ผู้ใดก่อให้เกิดการวุ่นวายขึ้นในที่ประชุมศาสนิกชนเวลาประชุมกัน นมัสการหรือกระทำพิธีกรรมตามศาสนาใดๆ โดยชอบด้วยกฎหมาย ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือปรับไม่เกินสองพัน

⁴⁵ คณิต ณ นคร, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 8, น. 70.

⁴⁶ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 11, น. 27.

⁴⁷ Wayne R. La Fave, Criminal Law, 3rd, West Group 2000, p. 655 อ้างถึงใน ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 11, น. 27.

⁴⁸ L’Affaire Bordereau, Crim 16 jan. 1986 D.1986, 265,RSC. 1986 p. 839 obs. A. Vitu, et p. 849 obs. G. Laverseur อ้างถึงใน ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 11, น. 27.

⁴⁹ คณิต ณ นคร, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 8, น. 113.

⁵⁰ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 11, น. 49.

บาท หรือทั้งจำทั้งปรับ” ซึ่งลักษณะของการกระทำความผิดตามมาตรานี้คือ การก่อให้เกิดความวุ่นวายขึ้นในที่ประชุมศาสนิกชน นมัสการหรือการทำพิธีกรรมตามศาสนา โดยคำว่า “พิธีกรรมตามศาสนา” นั้นรวมถึงการสวดศพ การเผาหรือฝังศพ การประกอบพิธีศพตามพิธีกรรมทางศาสนา ซึ่งเป็นการคุ้มครองคนตายในประการที่มีให้บุคคลใดมากระทำการรบกวนในการประกอบพิธีศพ แต่การคุ้มครองนี้ก็มีข้อจำกัด กล่าวคือบทบัญญัตินี้มีได้บัญญัติรวมความถึงการกระทำในลักษณะที่ไม่เหมาะสมหลังจากการประกอบพิธีศพหรือกรณีที่มีได้มีการประกอบพิธีศพตามพิธีกรรมตามศาสนาแต่อย่างใด ซึ่งอาจมองได้ว่าเป็นการคุ้มครองการประกอบพิธีกรรมตามศาสนามากกว่าความประสงค์ที่จะมุ่งคุ้มครองคนตาย

2.3.2.3 กฎหมายอาญาที่บัญญัติความผิดเกี่ยวกับทรัพย์

ในความผิดเกี่ยวกับทรัพย์นี้ สิ่งที่จะต้องพิจารณาถึงประการหนึ่งก็คือ การพิจารณาว่าศพเป็นทรัพย์หรือไม่ ซึ่งประมวลกฎหมายอาญาไม่ได้นิยามความหมายของคำว่า “ทรัพย์” ไว้แต่อย่างใด แต่โดยที่กฎหมายต่างๆ ย่อมเกี่ยวข้อเชื่อมโยงกัน คำว่า “ทรัพย์” จึงต้องมีความหมายตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 137 ซึ่งสิ่งที่จะเป็นทรัพย์ได้จะต้องเป็น “วัตถุที่มีรูปร่าง” เท่านั้น⁵¹ นอกจากนี้ความหมายของคำว่าทรัพย์นี้ต้องเป็นวัตถุที่มีรูปร่างที่ไม่ไร้ค่าหรือราคาเสียทีเดียว⁵² เพราะการจะถือเป็นทรัพย์ที่อาจถูกกระทำในความผิดเกี่ยวกับทรัพย์นี้ ต้องเป็นทรัพย์ที่มีเจ้าของ ซึ่งทรัพย์สืบตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 138 เท่านั้น จึงจะมีการถือเอาเป็นเจ้าของได้ ไม่แต่เพียงเป็นวัตถุมีรูปร่างเป็นทรัพย์ตามมาตรา 137 เท่านั้น⁵³ ซึ่งเมื่อพิจารณาจะเห็นได้ชัดว่าศพเป็นวัตถุที่มีรูปร่างแน่นอนและศพย่อมเป็นสิ่งที่อยู่ในสำนึกของคนทั่วไปซึ่งอย่างน้อยศพก็มีคุณค่าแก่ผู้เป็นญาติสนิทมิตรสหาย ก่อนที่จะถูกนำไปเผาหรือฝัง และแม้มีการเผาหรือฝังแล้ว ก็มีหลายกรณีที่เอากระดูกขุดขึ้นมาทำพิธีกันใหม่ จึงต้องถือว่าศพย่อมมีคุณค่าในตัวเองอยู่ ดังนั้นเมื่อพิจารณาแล้วย่อมเห็นได้ว่าศพน่าจะเป็นทรัพย์ได้⁵⁴ แต่อย่างไรก็ตามโดยจารีตประเพณีและความรู้สึกในทางศีลธรรมอันดีของบุคคลทั่วไป ไม่ประสงค์ที่จะมองว่าศพเป็นวัตถุอย่างหนึ่งดังท่อนไม้และท่อนหิน แต่ประสงค์จะคิดว่าเป็นสิ่งพิเศษ เพราะเคยมีชีวิตมีความรู้สึกอยู่ การปฏิบัติต่อศพในบางครั้งจึงเป็นเรื่องพิเศษมีการเสี่ยงชีวิต เพื่อช่วงชิงศพในการรบ

⁵¹ สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 37, น. 36.

⁵² คณิต ฌ นคร, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 8, น. 300.

⁵³ จิตติ ดิงศัทพ์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 12, น. 540.

⁵⁴ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 11, น. 157.

แม้จะต้องลงทุนเสียเงินหรือเสี่ยงชีวิตเพิ่มขึ้นก็ทำกัน หรือเมื่อคนตายแล้วกระทำต่อศพในทาง อูจาตลามกก็ดี ทำทารุณกรรมต่อศพ หรือกระทำการต่างๆ อันเป็นการประจานหรือไม่สมควรก็ดี มี ผลกระทบกระเทือนต่อความรู้สึกของผู้ที่พบเห็นดุจดังทำต่อคนที่มีชีวิต จึงทำให้ไม่อาจปลงใจได้ว่า ศพเป็นวัตถุอย่างหนึ่ง⁵⁵ ซึ่งในประเด็นปัญหานี้ก็มีความเห็นทางกฎหมายที่แตกต่างกันไป ได้แก่ ฝ่ายที่เห็นว่าศพและส่วนของร่างกายที่ติดกับศพเช่นผมที่ยังติดกับศพย่อมไม่เป็นทรัพย์สิน แต่ถ้าได้ แยกออกมาเช่นตัดผมจากศพผู้ตายซึ่งเป็นสตรีไว้ขายก็เป็นทรัพย์สินได้⁵⁶ หรือความเห็นที่ว่า ศพ มนุษย์ไม่เป็นทรัพย์สิน แต่ศพจะกลายเป็นทรัพย์สินก็ต่อเมื่อมีผู้ถือเอา เช่นศพที่อุทิศให้สถานพยาบาล ไม่ใช่ศพที่ตั้งทำพิธีกรรมอยู่ในบ้านก่อนที่จะเผาหรือฝัง⁵⁷ หรือฝ่ายที่เห็นว่า ทรัพย์สินในความหมาย ของกฎหมายอาญาหมายถึงความรวมถึงศพหรือส่วนของศพ⁵⁸ หรือความเห็นที่ว่า ศพที่มีการหรงกัน ไว้ก็อาจเป็นทรัพย์สินได้⁵⁹ อย่างศพของชื้อยที่มีการดองไว้เพื่อศึกษา หรือศพในสภาพมัมมี่ เป็นต้น

นอกจากนั้น ในความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สินยังมียอดประกอบที่สำคัญอีกประการหนึ่ง นั่นก็คือ ทรัพย์สินต้องมีเจ้าของกรรมสิทธิ์หรือการครอบครอง ฉะนั้นตามหลักกฎหมายในความผิด เกี่ยวกับทรัพย์สิน หากศพนั้นเป็นศพที่ไม่มีญาติหรือศพที่ไม่มีการหรงกัน ก็จะไม่มีการครอบครอง กรรมสิทธิ์ ก็ไม่เป็นวัตถุแห่งการกระทำความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สิน⁶⁰ ทำให้ไม่สามารถพิจารณาถึงการ กระทำต่อศพว่าเป็นความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สินได้ แต่หากศพนั้นเป็นศพที่ยังมีทายาทหรงกันอยู่ก็อาจ พิจารณาตามลักษณะของการกระทำต่อศพว่าเป็นการกระทำความผิดต่อทรัพย์สิน (ศพ) ได้ เช่น การ เอาศพหรือส่วนของศพไปก็จะเป็นความผิดฐานลักทรัพย์สิน หรือการทำให้ศพเสียหายหรือทำลายศพ (โดยไม่มีอำนาจที่จะกระทำ) ก็จะเป็นความผิดฐานทำให้เสียทรัพย์สิน เป็นต้น ซึ่งหากมีการกระทำอัน ไม่เหมาะสมต่อคนตายเกิดขึ้น โดยไม่มีบทบัญญัติที่กำหนดถึงความผิดสำหรับการกระทำต่อคน ตายโดยเฉพาะ และจะต้องนำบทบัญญัติในความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สินมาปรับใช้ นอกจากจะเป็นการ

⁵⁵ เฟิงอ้วง

⁵⁶ หยุด แสงอุทัย, อ่างแล้ว เจริญธรรมที่ 10, น. 264.

⁵⁷ จิตติ ดิงศภัทัย, อ่างแล้ว เจริญธรรมที่ 12, น. 524.

⁵⁸ คณิต ณ นคร, อ่างแล้ว เจริญธรรมที่ 8, น. 332.

⁵⁹ สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล, อ่างแล้ว เจริญธรรมที่ 37, น. 37.

⁶⁰ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, “ทางออกของแพทย์ในกรณีการปลูกถ่ายอวัยวะมนุษย์,” วารสารนิติศาสตร์, ปีที่ 21 ฉบับที่ 2 (มิถุนายน 2534), น. 251.

ใช้กฎหมายที่ไม่ตรงตามเจตนารมณ์ของบทบัญญัติในความผิดเกี่ยวกับทรัพย์แล้วยังอาจเกิดความไม่เป็นธรรมสำหรับการกระทำอย่างเดียวกันแต่ผลของกฎหมายต่างกันขึ้น คือ การกระทำต่อคนตายในลักษณะอย่างเดียวกัน การกระทำต่อศพที่มีญาติหวงกันเป็นความผิด แต่การกระทำต่อศพที่ไม่มีญาติหวงกันไม่เป็นความผิด

อย่างไรก็ตาม ในความผิดเกี่ยวกับทรัพย์นี้ อาจเป็นการกระทำต่อทรัพย์ที่ติดอยู่กับศพได้อีกด้วย เช่น อวัยวะเทียม เช่น ฟันทอง ฟันปลอม และแขนขาปลอม เป็นทรัพย์ แม้จะยังติดอยู่กับศพก็ตกเป็นกรรมสิทธิ์ของทายาท⁶¹ นอกจากนั้นการฆ่าคนแล้วเอาทรัพย์ไปจากศพ ก็เป็นความผิดฐานลักทรัพย์ได้เช่นเดียวกัน เพราะทรัพย์เป็นมรดกตกทอดแก่ทายาท และไม่ใช้ทรัพย์ที่ไม่มีผู้ใดครอบครอง (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1626/2500 (เนติ.) น.1544)

2.3.3 กฎหมายอาญาอื่นซึ่งไม่อาจนำมาใช้คุ้มครองการกระทำต่อคนตายได้

กฎหมายอาญาที่บัญญัติในลักษณะอื่นซึ่งไม่อาจเป็นการกระทำต่อคนตายได้นั้น เกิดจากโดยสภาพลักษณะของการกระทำหรือลักษณะของกรรมของการกระทำต่างๆ ไม่สามารถเกิดขึ้นกับคนที่ตายแล้วได้ ดังนั้นการให้การคุ้มครองทั้งในส่วนของสิทธิและเสรีภาพตามกฎหมายที่มีอยู่ไม่สามารถนำมาปรับใช้ได้ เช่น ความผิดต่อเสรีภาพ หรือความผิดเกี่ยวกับเพศ เป็นต้น

ความผิดต่อเสรีภาพนั้น ย่อมหมายถึง เสรีภาพทุกชนิด ไม่ว่าจะเป็นเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น เสรีภาพในการพูด หรือในการแสดงออกต่างๆ ด้วย อย่างไรก็ตามเสรีภาพเหล่านี้รวมแล้วก็สามารถแบ่งออกได้เป็น 2 ลักษณะคือ เสรีภาพในการกระทำหรือไม่กระทำตามที่ตนต้องการ และเสรีภาพในการเคลื่อนไหวไปมา⁶² ซึ่งเมื่อบุคคลได้เสียชีวิตลงเสรีภาพเหล่านั้นย่อมสิ้นสุดลงตามไปด้วย ดังนั้นกฎหมายจึงไม่สามารถให้ความคุ้มครองในเรื่องเสรีภาพของคนตายได้แต่อย่างใด

ความผิดเกี่ยวกับเพศ เช่น การข่มขืนกระทำชำเรา องค์ประกอบความผิดในส่วนการกระทำ ประการแรกคือ ผู้ถูกกระทำเป็นผู้อื่น⁶³ ซึ่งผู้อื่นหมายถึงผู้ที่มีชีวิต ไม่ใช่ศพ⁶⁴ หรือการ

⁶¹ หยุต แสงอุทัย, อ้างแล้ว เชิงบรรณที่ 10, น. 264.

⁶² ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, อ้างแล้ว เชิงบรรณที่ 11, น. 74.

⁶³ มาตรา 276 วรรคหนึ่ง “ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นโดยขู่เข็ญด้วยประการใดๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยผู้อื่นนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้ผู้อื่นนั้นเข้าใจ

อนาจารก็ต้องเป็นการกระทำต่อบุคคลเนื่องจากคุณธรรมทางกฎหมายของความผิดฐานอนาจาร⁶⁵ คือ เสรีภาพในทางเพศ กล่าวคือสิทธิที่จะกำหนดเรื่องทางเพศด้วยตนเอง (กรณีกระทำอนาจารบุคคลอายุกว่าสิบห้าปี) หรือความบริสุทธิ์ในทางเพศของเด็ก (กรณีกระทำอนาจารเด็ก) ดังนั้นจึงเห็นได้ว่าบทบัญญัติในเรื่องนี้มีได้มุ่งที่จะให้ความคุ้มครองไปถึงในกรณีของบุคคลที่เสียชีวิตแล้วแต่อย่างไร

จากที่ได้กล่าวมาถึงบทบัญญัติที่ปรากฏในปัจจุบัน จะเห็นถึงข้อจำกัดหลายประการในการคุ้มครองถึงการกระทำอันไม่เหมาะสมต่อคนตาย เช่น ในประมวลกฎหมายอาญามาตรา 199 ที่มุ่งหมายมิให้มีการกระทำต่อศพในทางที่เกี่ยวกับพยานหลักฐาน ซึ่งหากการกระทำดังกล่าวมิได้กระทำเพื่อปิดบังการเกิด การตายหรือเหตุแห่งการตายก็ไม่ใช่ความผิด หรือในกรณีของมาตรา 327 ที่มีให้มีการใส่ความผู้ตายก็เพื่อมุ่งหมายที่จะคุ้มครองมิให้บิดา มารดา คู่สมรสหรือบุตรของผู้ตายเสียชื่อเสียง โดยแม้หากมีการใส่ความต่อผู้ตายแต่การใส่ความนั้นไม่น่าจะเป็นเหตุให้ญาติที่กฎหมายกำหนดไว้นั้นเสียชื่อเสียงก็จะเป็นความผิดแต่อย่างใด นอกจากนั้นในมาตรา 327 กำหนดความผิดเฉพาะการกระทำที่เป็นการใส่ความเท่านั้น

นอกจากนั้น ในความผิดเกี่ยวกับศาสนาที่ต้องเป็นการรบกวนพิธีกรรมเช่นการเผาหรือฝังศพตามศาสนาเท่านั้นถึงจะเป็นความผิด มิได้คุ้มครองถึงการกระทำในลักษณะอื่นๆ ที่มีใช้การรบกวนการประกอบพิธีและหากเป็นการกระทำต่อศพในขณะที่มิใช่การประกอบพิธีตามศาสนาแล้ว ก็ไม่อาจถือเป็นความผิดได้ หรือในบทบัญญัติความผิดเกี่ยวกับชีวิตร่างกายนั้น โดยสภาพย่อมไม่สามารถนำมาใช้กับการกระทำต่อคนตายได้ ประกอบกับข้อความในกฎหมายนั้นได้บัญญัติไว้ว่าต้องเป็นการกระทำต่อ “ผู้อื่น” เช่นเดียวกับในกรณีของความผิดต่อทรัพย์ที่ยังขาดความชัดเจนทั้งในปัญหาที่ว่า “ศพ” เป็นทรัพย์หรือไม่ และหากเป็นทรัพย์บุคคลใดจะถือเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ หรือหากเป็นการกระทำต่อศพที่ไม่มีญาติจะไม่ใช่ความผิดหรืออย่างไร

ผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่นต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดพันบาทถึงสี่หมื่นบาท”

⁶⁴ Droit Pénal Spécial, Goyet ed. 7 (Rousselet & Patin no. 571 p. 384) อ้างถึงในจิตติ ดิงศรัทีย, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 1, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 21 น. 718.

⁶⁵ คณิต ฌ นคร, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 8, น. 419, 422.

ดังนั้น เพื่อประโยชน์ในการพิจารณาว่าบทบัญญัติที่มีอยู่ในปัจจุบันนี้ควรได้ปรับปรุงแก้ไขประการใดบ้าง ทั้งในส่วน of สิ่งที่กฎหมายมุ่งจะคุ้มครองและในส่วน of ลักษณะของการกระทำที่กฎหมายควรคำนึงถึง จึงจำต้องพิจารณาถึงบทบัญญัติของประเทศต่างๆ ดังจะได้กล่าวในบทต่อไป

