

มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการกระทำความผิดต่อคนตายในประเทศไทย

ตามที่ได้กล่าวมาแล้วถึงแนวความคิดและความจำเป็นที่กฎหมายควรกำหนด มาตรการในการดำเนินการกับบุคคลผู้ที่กระทำการอันไม่เหมาะสม หยาบคายหรือกระทำการอัน เป็นการเสื่อมเสียต่อคนตาย ซึ่งประมวลกฎหมายอาญาในปัจจุบันได้มีการบัญญัติถึงการกระทำ ต่อคนตายอยู่บ้างในบางลักษณะ แต่เมื่อเปรียบเทียบกับบทบัญญัติของประเทศต่างๆ ที่กำหนดถึง มาตรการทางกฎหมายตามที่ได้กล่าวมาในบทที่ 3 จะเห็นถึงข้อจำกัดหรือข้อบกพร่องของ บทบัญญัติที่มีในกฎหมายไทยว่ามีความไม่ครอบคลุมถึงลักษณะของการกระทำต่อศพอย่าง เพียงพอ ซึ่งอาจก่อให้เกิดผลกระทบตามที่ได้กล่าวไว้ในบทที่ 2 ดังนั้นเมื่อได้เล็งเห็นถึงความ จำเป็นของบทบัญญัติในเรื่องนี้แล้ว การศึกษาวิเคราะห์ในบทนี้จึงได้นำบทบัญญัติของประเทศ ต่างๆ ที่ได้กล่าวมาแล้วนั้นมาศึกษาวิเคราะห์ถึงสิ่งที่กฎหมายมุ่งคุ้มครองประกอบกับลักษณะของ การกระทำต่อสิ่งที่กฎหมายให้ความคุ้มครองดังกล่าว พร้อมทั้งวิเคราะห์ถึงแนวทางในการบัญญัติ กฎหมายของไทยเพื่อเป็นประโยชน์แก่การปรับปรุง แก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายของไทยต่อไป

4.1 มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองการกระทำต่อเนื้อตัวหรือร่างของคนตาย

แนวทางการปฏิบัติตามจารีตประเพณีและความเชื่อทางศาสนาเมื่อบุคคลได้ตายลง นั้น ในสังคมของประเทศไทยนอกจากประชากรที่นับถือพุทธศาสนาซึ่งถือเป็นประชากรส่วนใหญ่ ของประเทศแล้ว ยังมีประชากรอีกจำนวนไม่น้อยที่นับถือศาสนาอื่น เช่น ประชากรที่นับถือคริสต์ ศาสนา หรือชาวมุสลิมที่นับถือศาสนาอิสลาม เป็นต้น โดยแนวทางการประกอบพิธีศพและการ จัดการกับศพมนุษย์ในแต่ละศาสนาก็กว้างมีความแตกต่างกันไป เช่น การตั้งสวดอภิธรรมศพแล้ว นำศพไปเผา โดยแบ่งเก้ากระดูกส่วนหนึ่งไปลอยอังคารและอีกส่วนหนึ่งให้ญาติมิตรเก็บไว้ สักการบูชา หรือการประกอบพิธีศพของชาวไทยเชื้อสายจีนที่มีการสวดศพแล้วนำศพไปฝังไว้ที่ สุสานหรือที่เรียกกันว่า ฮวงซุ้ย นอกจากนั้นการจัดการกับศพตามวัฒนธรรมของศาสนาอิสลาม และคริสต์ศาสนาก็กว้างจัดการด้วยวิธีการฝังเช่นกัน

ดังนั้นในการกระทำความผิดต่อคนตายในลักษณะที่เป็นการกระทำต่อเนื้อตัวหรือ ร่างของคนตายย่อมเกิดขึ้นได้ตั้งแต่มีความตายเกิดขึ้นเป็นต้นไป ทั้งในช่วงก่อน ขณะหรือหลังการ

ประกอบพิธีศพก็ตาม โดยก่อนการประกอบพิธีหรือในขณะการประกอบพิธีศพเช่น การตั้งศพเพื่อบำเพ็ญกุศลที่วัด ย่อมเห็นได้ชัดถึงความมีอยู่ของซากศพซึ่งเป็นสิ่งที่กฎหมายมุ่งจะให้ความคุ้มครอง หรือแม้แต่หลังการประกอบพิธีศพแล้วก็มีการจัดการกับซากศพด้วยวิธีการฝังศพไว้ที่สุสาน ซึ่งก็อาจมีการกระทำความผิดต่อเนื้อตัวหรือร่างของศพนั้นได้

ในส่วนของการกระทำความผิดที่ได้กระทำต่อเนื้อตัวหรือร่างของคนตายซึ่งนอกจากการกระทำต่อร่างของคนตายที่มีสภาพสมบูรณ์แล้ว ในบางกรณีการให้ความคุ้มครองต่อส่วนของศพนั้นอาจจะมีได้โดยศพนั้นอาจไม่ได้มีสภาพที่สมบูรณ์ เช่นอาจมีส่วนใดส่วนหนึ่งฉีกขาดออกมา ส่วนของศพที่ฉีกขาดออกมานั้นก็ถือเป็นส่วนซึ่งอาจมีการกระทำความผิดได้ หรือในกรณีที่ศพนั้นได้ประกอบพิธีด้วยการฌาปนกิจซึ่งจะเหลือส่วนที่เป็นเถ้ากระดูกก็อาจมีการกระทำความผิดต่อส่วนที่เป็นเถ้ากระดูกนี้ได้เช่นเดียวกัน นอกจากนี้ในกรณีของศพเด็กทารกที่ตายก่อนหรือขณะคลอดซึ่งไม่แน่ชัดว่าจะถือเป็นคนตายได้หรือไม่เนื่องจากยังไม่มีสภาพบุคคล ก็ควรได้รับความคุ้มครองเช่นเดียวกัน

โดยในประมวลกฎหมายอาญาของประเทศไทยได้มีการบัญญัติความผิดที่ได้กระทำต่อคนตายไว้ 2 มาตราคือ มาตรา 199 ซึ่งบัญญัติไว้ในลักษณะ 3 ความผิดเกี่ยวกับการยุติธรรม หมวด 1 ความผิดต่อเจ้าพนักงานในการยุติธรรม โดยกำหนดให้การลอบฝัง ซ่อนเร้น ย้ายหรือทำลายศพหรือส่วนของศพเป็นความผิดหากการกระทำนั้นเป็นการกระทำเพื่อปิดบังการเกิด การตายหรือเหตุแห่งการตาย และในมาตรา 327 ซึ่งบัญญัติไว้ในลักษณะ 11 ความผิดเกี่ยวกับเสรีภาพ และชื่อเสียง หมวด 3 ความผิดฐานหมิ่นประมาท โดยกำหนดให้การใส่ความผู้ตายต่อบุคคลที่สามเป็นความผิดโดยการใส่ความนั้นต้องน่าจะเป็นเหตุให้บิดา มารดา คู่สมรสหรือบุตรของผู้ตายเสียชื่อเสียง ถูกดูหมิ่นหรือถูกเกลียดชัง ซึ่งเมื่อพิจารณาตามบทบัญญัติของประเทศต่างๆ ที่ได้กล่าวมาในบทที่ 3 ในส่วนที่เป็นการกระทำความผิดต่อเนื้อตัวหรือร่างของคนตายซึ่งได้มีการให้ความคุ้มครองในด้านต่างๆ ดังต่อไปนี้

4.1.1 การให้ความคุ้มครองในด้านความรู้สึกของครอบครัวคนตายและความรู้สึกของคนในสังคม

บทบัญญัติที่กำหนดถึงการกระทำความผิดต่อคนตายในลักษณะที่เป็นการทำร้ายความรู้สึกของครอบครัวคนตายนั้มีปรากฏในบทบัญญัติของมลรัฐ Hawaii, Pennsylvania, Ohio, Alabama, Colorado, Kentucky และบทบัญญัติที่กำหนดถึงการกระทำความผิดต่อคนตายในลักษณะที่เป็นการทำร้ายความรู้สึกของคนในสังคมนั้นมีปรากฏในบทบัญญัติของมลรัฐ Ohio, Tennessee, Arkansas และ Oregon ของประเทศสหรัฐอเมริกา โดยบทบัญญัติเหล่านี้

มิได้กำหนดลักษณะเฉพาะของการกระทำที่จะถือเป็นการทำร้ายความรู้สึกของครอบครัวคนตาย หรือความรู้สึกของคนในสังคมไว้ ซึ่งเมื่อพิจารณาจากลักษณะของการกระทำที่ไม่เหมาะสม ไม่ถูกไม่ควรที่ได้กระทำต่อเนื้อตัวหรือร่างของคนตายแล้ว ย่อมเห็นได้ชัดว่าการกระทำต่อเนื้อตัว หรือร่างของคนตายดังกล่าวเป็นการกระทำต่อศพที่เป็นการทำร้ายความรู้สึกของครอบครัวคนตายหรือเป็นการทำร้ายความรู้สึกของคนในสังคม

ประมวลกฎหมายอาญาของไทยในมาตรา 199 ซึ่งได้บัญญัติไว้ในลักษณะ 3 ความผิดเกี่ยวกับการยุติธรรม ประกอบกับความผิดในมาตรานี้ต้องมีเจตนาพิเศษเพื่อปิดบังการเกิด การตายหรือเหตุแห่งการตาย จึงเห็นได้ชัดว่ามาตรา 199 นี้มีความมุ่งหมายที่จะให้ความคุ้มครองในด้านพยานหลักฐานโดยมิได้มีความมุ่งหมายในการให้ความคุ้มครองต่อความรู้สึกของครอบครัวคนตายหรือความรู้สึกของคนในสังคมแต่อย่างใด ส่วนบทบัญญัติในมาตรา 327 นั้น แม้บทบัญญัติของมาตรานี้จะได้กำหนดให้การใส่ความนั้นต้องน่าจะเป็นเหตุให้บิดา มารดา คู่สมรส หรือบุตรของผู้ตายเสียชื่อเสียง ถูกดูหมิ่นหรือถูกเกลียดชังก็ตามซึ่งนับว่ากฎหมายได้เล็งเห็นถึงความสัมพันธ์ของคนตายกับญาติมิตรที่ยังมีชีวิตอยู่ แต่การให้ความคุ้มครองในบทบัญญัตินี้มีข้อจำกัดอยู่หลายประการ ไม่ว่าจะเป็นการให้ความคุ้มครองต่อญาติที่ยังมีชีวิตเฉพาะการเสียชื่อเสียง ถูกดูหมิ่นหรือถูกเกลียดชังเท่านั้น โดยมิได้มุ่งให้ความคุ้มครองต่อความรู้สึกของญาติมิตรเหล่านั้นที่ให้ความเคารพและระลึกถึงผู้ตายแต่อย่างใด ประกอบกับบทบัญญัติในมาตรานี้ได้กล่าวถึงการกระทำที่เป็นการทำร้ายความรู้สึกของคนในสังคม และประการสุดท้ายในมาตรานี้จำกัดเฉพาะการกระทำที่เป็นการใส่ความเท่านั้น หากเป็นการกระทำทางกายภาพอื่นๆ ที่ไม่ใช่การใส่ความก็จะไม่ถือเป็นความผิดตามมาตรา 327

ดังนั้นเมื่อสภาพสังคมของประเทศไทยอาจมีการกระทำที่ไม่เหมาะสมต่อเนื้อตัว หรือร่างของคนตายได้ กฎหมายอาญาซึ่งมีความมุ่งหมายให้เกิดความสงบเรียบร้อยในสังคมจึงควรมีบทบัญญัติที่ให้ความคุ้มครองคนตายจากการกระทำต่อเนื้อตัวหรือร่างของคนตายที่เป็นการทำร้ายความรู้สึกของครอบครัวคนตายหรือความรู้สึกของคนในสังคม ในประเด็นนี้มีข้อสังเกตประการหนึ่งคือ หากประเทศไทยจะกำหนดให้มีบทบัญญัติที่ให้ความคุ้มครองเฉพาะความรู้สึกของครอบครัวคนตายแต่เพียงอย่างเดียว โดยไม่ได้กำหนดถึงการกระทำที่เป็นการทำร้ายความรู้สึกของคนในสังคมแล้ว ก็อาจมีปัญหาก่อขึ้นได้หากมีการกระทำที่ไม่เหมาะสมเกิดขึ้นกับศพที่ไม่มีญาติ การกระทำนั้นจะถือเป็นความผิดตามบทบัญญัตินี้หรือไม่ ซึ่งหากบทบัญญัตินั้นให้ความคุ้มครองถึงความรู้สึกของคนในสังคมแล้ว การให้ความคุ้มครองต่อการกระทำต่อศพนั้นคงจะไม่เกิดผลแตกต่างกันระหว่างศพที่มีญาติมิตรหรือศพที่ไม่มีญาติ นอกจากนั้นหากประเทศไทยได้

บัญญัติกฎหมายในลักษณะเดียวกับที่ปรากฏในสหรัฐอเมริกาอาจมีปัญหาในเรื่องของหลักประกันในกฎหมายอาญาในประการที่ว่า กฎหมายอาญาต้องบัญญัติให้ชัดเจนแน่นอน เนื่องจากการลงโทษทางอาญาเป็นมาตรการที่รุนแรงที่สุดที่รัฐใช้กับประชาชน ฉะนั้นรัฐจึงต้องบัญญัติกฎหมายอาญาให้ชัดเจนแน่นอนที่สุดเท่าที่สามารถจะทำได้ ในการบัญญัติกฎหมายอาญาจะต้องหลีกเลี่ยงการใช้ถ้อยคำที่กำกวมไม่แน่นอน ทั้งนี้เพื่อเป็นหลักประกันว่ากฎหมายที่บัญญัติขึ้นตรงกับเจตจำนงของฝ่ายนิติบัญญัติอย่างแท้จริง และทั้งจะเป็นเครื่องป้องกันมิให้ศาลใช้กฎหมายตามใจชอบหรือตามความรู้สึกของตน¹ ซึ่งต่างจากประเทศสหรัฐอเมริกาที่ศาลสามารถนำจารีตประเพณีมาใช้ในการตัดสินได้ หรือศาลสามารถสร้างหลักกฎหมายขึ้นมาใช้ในการตัดสินคดีได้ โดยในมลรัฐ Pennsylvania มีความเห็นในเรื่องนี้ว่า การกำหนดมาตรานี้ไม่ได้คลุมเครือ เพราะถือว่าเป็นการให้คำเตือนที่เพียงพอต่อบุคคลที่มีความรู้โดยทั่วไปว่าอะไรคือสิ่งที่ห้ามแล้ว ดังนั้นการบัญญัติกฎหมายในเรื่องนี้ต้องบัญญัติให้ชัดเจนถึงลักษณะของการกระทำที่ได้กระทำต่อเนื้อตัวหรือร่างของศพ หรือส่วนใดส่วนหนึ่งของศพที่กฎหมายถือเป็นความผิด ในขณะเดียวกันหากฝ่ายนิติบัญญัติเห็นว่าการให้ความคุ้มครองนี้ควรรวมถึงกรณีศพของเด็กที่ตายก่อนหรือขณะคลอด ซึ่งยังไม่มีสภาพบุคคลตามกฎหมายด้วยแล้ว ก็ควรกำหนดให้ชัดเจนลงไปในบทบัญญัตินั้น

4.1.2 การให้ความคุ้มครองในด้านการกระทำที่เป็นการละเมิด การรบกวนและการดูหมิ่นคนตาย

บทบัญญัติที่กำหนดถึงความผิดสำหรับการกระทำละเมิดต่อร่างของคนตายนั้น มีปรากฏในประมวลกฎหมายอาญาของประเทศฝรั่งเศส ซึ่งกำหนดถึงการกระทำละเมิดต่อร่างของศพไม่ว่าโดยวิธีใดก็ตาม ส่วนการกระทำที่เป็นการรบกวนร่างของคนตาย มีปรากฏในบทบัญญัติของมลรัฐ Texas ในประเทศสหรัฐอเมริกา และประมวลกฎหมายอาญา (Strafgesetzbuch StGB) ของประเทศเยอรมนี และในส่วนของการกระทำที่เป็นการรบกวนหรือดูหมิ่นศพในประเทศเยอรมนีได้กำหนดถึงการกระทำต่อร่างหรือส่วนของร่างของผู้ที่ตายแล้ว, ทารกที่ตายในครรภ์หรือส่วนของทารกดังกล่าว หรือส่วนที่เหลือ (ถ้า) ของผู้ที่ตายแล้วไว้อย่างชัดเจน

¹ คณิต ญ นคร, กฎหมายอาญาภาคทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2547), น. 66.

โดยในประเทศไทยตามที่ได้กล่าวมาแล้วว่าในสภาพสังคมตามขนบธรรมเนียมประเพณีนั้นย่อมมีร่างของคนตายซึ่งอาจมีการกระทำละเมิด การรบกวนหรือการดูหมิ่นต่อเนื้อตัวหรือร่างของคนตายเหล่านั้นได้ แต่ในประมวลกฎหมายอาญาของไทยในมาตรา 199 ที่กำหนดถึงการลอบฝัง ซ่อนเร้น ย้ายหรือทำลายศพหรือส่วนของศพซึ่งเข้าข่ายการกระทำที่เป็นการละเมิดการรบกวนคนตายได้ก็ตาม แต่ในมาตรา 199 นี้ก็มีข้อจำกัดที่การกระทำนั้นต้องเป็นการกระทำเพื่อปิดบังการเกิด การตายหรือเหตุแห่งการตาย และบทบัญญัติในมาตรา 199 ก็มีได้มีแนวความคิดในเรื่องความเคารพต่อคนตายและมีได้มีความมุ่งหมายในเรื่องความสงบของคนตายแต่อย่างใด ส่วนในมาตรา 327 ที่กำหนดความผิดสำหรับการใส่ความผู้ตายต่อบุคคลที่สาม โดยการใส่ความนั้นต้องน่าจะเป็นเหตุให้บิดา มารดา คู่สมรสหรือบุตรของผู้ตายเสียชื่อเสียง ถูกดูหมิ่นหรือถูกเกลียดชัง แม้การที่บิดา มารดา คู่สมรสหรือบุตรของผู้ตายเสียชื่อเสียง ถูกดูหมิ่นหรือถูกเกลียดชังนั้น ย่อมเห็นได้ชัดว่าผู้ตายที่ถูกใส่ความนั้นย่อมถูกดูหมิ่นด้วยอยู่ในตัว แต่ความมุ่งหมายของบทบัญญัติในมาตรา 327 นี้มุ่งคุ้มครองญาติของคนตายเท่านั้น ประกอบกับในมาตรา 327 นี้กำหนดถึงเฉพาะการกระทำที่เป็นการใส่ความเท่านั้น ซึ่งการกระทำที่เป็นการดูหมิ่นคนตายนั้นอาจเกิดจากการกระทำในลักษณะอื่นๆ นอกจากการใส่ความได้อีกด้วย

เมื่อพิจารณาถึงสภาพการณ์ของสังคมไทย ซึ่งอาจเกิดการกระทำที่เป็นการละเมิดการรบกวนหรือการดูหมิ่นต่อเนื้อตัวหรือร่างของคนตายได้ แต่กฎหมายอาญาที่มีอยู่กลับมีข้อจำกัดซึ่งไม่อาจให้ความคุ้มครองหากเกิดการกระทำเช่นนี้ได้ตามที่ได้กล่าวมาแล้ว ดังนั้นฝ่ายนิติบัญญัติจึงควรมีการแก้ไขปรับปรุงกฎหมายให้ครอบคลุมถึงการกระทำที่อาจเกิดขึ้นและเพื่อให้เกิดการปรับใช้กฎหมายได้สมตามเจตนารมณ์ของบทบัญญัติในเรื่องนั้นๆ นอกจากนั้น การบัญญัติกฎหมายที่ควรให้ครอบคลุมถึงการกระทำที่อาจเกิดขึ้นแล้ว ก็ควรกำหนดให้ชัดเจนถึงสิ่งนี้อาจถูกกระทำด้วย เช่น ส่วนใดส่วนหนึ่งของศพหรือถ้ากระดูกที่ได้มาปนกิจศพแล้ว หรือหากฝ่ายนิติบัญญัติเห็นควรให้รวมถึงกรณีของทารกที่ตายก่อนหรือขณะคลอด หรือส่วนของทารกดังกล่าวแล้วก็ควรกำหนดให้ชัดเจน เพื่อมิให้เกิดปัญหาการตีความกฎหมายหากเกิดการกระทำในลักษณะดังกล่าวขึ้นภายหลัง

4.1.3 การให้ความคุ้มครองในด้านการกระทำที่เป็นการครอบครอง การซื้อขายศพมนุษย์หรือการได้อำนาจไปซึ่งทรัพย์สินจากศพมนุษย์

บทบัญญัติที่กำหนดถึงความผิดสำหรับการกระทำที่เป็นการครอบครอง การซื้อขายศพมนุษย์ มีปรากฏอยู่ในบทบัญญัติของมลรัฐ Arizona, Texas ของประเทศสหรัฐอเมริกา และใน

ประมวลกฎหมายอาญาของประเทศญี่ปุ่น ซึ่งการที่มีบทบัญญัติในลักษณะนี้ทำให้เกิดความชัดเจนว่าศพมนุษย์ไม่สามารถครอบครองหรือซื้อขายกันได้หากไม่มีอำนาจตามกฎหมาย และบทบัญญัติที่กำหนดถึงความผิดสำหรับการกระทำเพื่อให้ได้มาซึ่งทรัพย์สินที่ติดอยู่กับศพมนุษย์นั้น มีปรากฏอยู่ในบทบัญญัติของมลรัฐ Arizona, Texas ของประเทศสหรัฐอเมริกา โดยในส่วนของ การเอาไปซึ่งทรัพย์สินที่ติดอยู่กับศพนี้ในกฎหมายไทยเห็นว่าการกระทำเช่นนี้อาจเป็นการกระทำความผิดเกี่ยวกับทรัพย์ได้ เช่นการเอาอวัยวะที่ยังติดกับศพไป เช่นการเอาฟันทอง ฟันปลอม และแขนขาปลอมไปนั้นแม้ทรัพย์จะยังติดอยู่กับศพก็ถือเป็นกรรมสิทธิ์ของทายาท² ทำให้การเอาทรัพย์ไปเช่นนี้เป็นความผิดได้ นอกจากนั้นการฆ่าคนแล้วเอาทรัพย์ไปจากศพ ก็เป็นความผิดฐานลักทรัพย์ได้เช่นเดียวกัน เพราะทรัพย์เป็นมรดกตกทอดแก่ทายาท และไม่ใช่ทรัพย์ที่ไม่มีผู้ใดครอบครอง (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1626/2500 (เนติ.) น.1544) ดังนั้นการกระทำในลักษณะ ที่เป็นการเอาไปซึ่งทรัพย์สินที่ติดอยู่กับศพสามารถใช้บทบัญญัติในความผิดเกี่ยวกับทรัพย์มาปรับใช้ได้ ซึ่งการกระทำที่เป็นการเอาทรัพย์สินไปจากศพนี้ก็เป็นที่เห็นได้ชัดถึงความมุ่งหมายของ ผู้กระทำความผิดที่มีความต้องการทรัพย์สิน ฉะนั้นการนำบทบัญญัติความผิดเกี่ยวกับทรัพย์มาปรับใช้กับการกระทำนี้ก็สมตามความมุ่งหมายของบทบัญญัติแล้ว

ส่วนการครอบครองและการซื้อขายศพนั้น ประมวลกฎหมายอาญาของไทยไม่มีบทบัญญัติที่กำหนดความผิดในเรื่องนี้ไว้ แต่นอกจากการกระทำโดยชอบด้วยกฎหมาย เช่นการครอบครองศพไว้โดยชอบด้วยกฎหมายเพื่อทำการศึกษาของโรงพยาบาลแล้ว ตามความรู้สึกของคนในสังคมก็ไม่ยอมรับให้มีการกระทำความดังกล่าว โดยเห็นว่าเป็นเรื่องที่ผิดศีลธรรม หากเกิดการกระทำในลักษณะดังกล่าวอาจส่งผลให้มาตรฐานทางศีลธรรมของคนในสังคมต่ำลงได้ ดังนั้นหาก รัฐโดยฝ่ายนิติบัญญัติเห็นว่าการครอบครองและการซื้อขายศพเป็นการกระทำที่ไม่อาจยอมรับได้ก็ควรมีการบัญญัติกฎหมายเพื่อห้ามมิให้มีการกระทำในลักษณะดังกล่าวขึ้น ทั้งนี้ย่อมก่อให้เกิดความชัดเจนว่าสังคมไทยไม่ยอมรับการกระทำในลักษณะเช่นนี้อีกด้วย นอกจากนั้นควรกำหนดให้ชัดเจนถึงการให้ความคุ้มครองต่อส่วนของศพซึ่งอาจเป็นอวัยวะภายในของคนตาย หรือในกรณีของศพเด็กที่ตายในครรภ์มารดาซึ่งยังไม่มีสภาพบุคคลตามกฎหมายด้วย

² หยุด แสงอุทัย, กฎหมายอาญา ภาค 2-3, พิมพ์ครั้งที่ 10, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2544), น. 264.

4.1.4 การให้ความคุ้มครองในด้านการกระทำที่เป็นการกระทำทางเพศต่อศพมนุษย์

บทบัญญัติที่กำหนดถึงความผิดสำหรับการกระทำผิดทางเพศต่อคนตายนั้น มีปรากฏใน Sexual Offences Act 2003 ของประเทศอังกฤษ และปรากฏบทบัญญัติที่กำหนดความผิดนี้ในหลายมลรัฐของประเทศสหรัฐอเมริกา โดยในประเทศไทยซึ่งอาจเกิดการกระทำทางเพศต่อศพของมนุษย์ได้ตามที่ได้กล่าวมาแล้วนั้น แต่ในประมวลกฎหมายอาญากลับมิได้มีบทบัญญัติที่กำหนดความผิดสำหรับการกระทำทางเพศต่อคนตายแต่อย่างใด โดยในความผิดเกี่ยวกับเพศในประมวลกฎหมายอาญาของไทยก็มีข้อจำกัดที่ผู้ถูกกระทำต้องเป็นผู้ที่มีชีวิต ในขณะที่การปฏิบัติต่อคนตายตามวัฒนธรรมของไทยนั้นต้องกระทำด้วยความเคารพ ฉะนั้นหากเกิดการกระทำที่ไม่เหมาะสมทางเพศต่อคนตายก็ควรกำหนดความผิดเฉพาะสำหรับการกระทำนี้ ทั้งนี้แนวความคิดของการบัญญัติความผิดสำหรับการกระทำทางเพศโดยทั่วไปนี้เกิดจากการกระทำที่ฝ่าฝืนความยินยอมหรือการกระทำที่ไม่เหมาะสมทางเพศตามบทบัญญัติในความผิดเกี่ยวกับเพศที่เห็นว่าการกระทำทางเพศที่เป็นความผิดนี้มีความไม่เหมาะสมซึ่งรัฐไม่ยอมรับกับการกระทำเช่นนี้ประกอบกับแนวความคิดที่เห็นว่าการปฏิบัติกับคนตายควรปฏิบัติด้วยความเคารพ ดังนั้นรัฐโดยฝ่ายนิติบัญญัติจึงควรมีบทบัญญัติที่กำหนดความผิดสำหรับการกระทำทางเพศต่อคนตายโดยเฉพาะ ซึ่งการกระทำที่จะถือเป็นความผิดนั้นไม่เฉพาะแต่การล่วงล้ำหรือการชำเราศพเท่านั้น ควรบัญญัติให้ครอบคลุมถึงการกระทำทางในทุกลักษณะเช่นการสัมผัสเพื่อความมุ่งหมายทางเพศต่อคนตายให้ชัดเจนด้วย

4.1.5 การให้ความคุ้มครองในด้านการกระทำที่เป็นการขุด เคลื่อนย้ายหรือเอาไปซึ่งศพมนุษย์

บทบัญญัติที่กำหนดถึงความผิดสำหรับการกระทำที่เป็นการขุด เคลื่อนย้ายหรือเอาไปซึ่งศพมนุษย์นั้น มีปรากฏในบทบัญญัติของมลรัฐ Colorado, Tennessee, Arkansas, Oregon, Alaska, Arizona, Maine และมลรัฐ Texas ในประเทศสหรัฐอเมริกา และในประมวลกฎหมายอาญาของประเทศอิตาลี ซึ่งนอกจากได้กำหนดถึงการเคลื่อนย้ายศพหรือส่วนหนึ่งของศพแล้ว ยังได้กำหนดถึงการเคลื่อนย้ายเข้าหรือการทำให้เจ้าของคนตายกระจัดกระจายด้วย และประมวลกฎหมายอาญาของประเทศเยอรมนีซึ่งนอกจากกำหนดความผิดสำหรับการเอาศพ ส่วนของศพ หรือเอากะโหลกไปแล้ว ยังกำหนดถึงกรณีของทารกที่ตายในครรภ์หรือส่วนของทารกนั้นให้ได้รับความคุ้มครองไว้อย่างชัดเจนด้วย

การจัดการกับศพมนุษย์ในประเทศไทยนั้น เมื่อบุคคลได้ตายลงก็จะมีกระบวนการพิธีกรรมตามวัฒนธรรมทางศาสนาเช่นการตั้งศพบำเพ็ญกุศลก่อนนำไปฌาปนกิจซึ่งในระหว่างการตั้งศพบำเพ็ญกุศลหรือตั้งแต่เมื่อบุคคลได้ตายลงจนถึงก่อนการประกอบพิธีฌาปนกิจศพนี้อาจมีการเคลื่อนย้ายหรือเอาศพไปเกิดขึ้นได้ นอกจากการประกอบพิธีที่มีการฌาปนกิจศพแล้วยังมีการประกอบพิธีศพที่เป็นการฝังศพซึ่งอาจมีการขุดศพ เคลื่อนย้ายหรือเอาไปซึ่งศพได้อีกด้วย ซึ่งหากการขุดศพขึ้นมา การเคลื่อนย้ายหรือการเอาศพไปนั้นเป็นการกระทำโดยไม่มีอำนาจที่จะกระทำได้แล้ว ย่อมเป็นการกระทำที่ไม่เป็นที่ยอมรับในสังคม ซึ่งบทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญาได้กำหนดความผิดสำหรับการกระทำที่เป็นการขุดศพขึ้นมาแต่อย่างใด ส่วนการเคลื่อนย้ายศพนั้นแม้ในประมวลกฎหมายอาญามาตรา 199 จะได้กำหนดความผิดสำหรับการกระทำที่เป็นการย้ายศพก็ตาม แต่การย้ายศพนั้นต้องเป็นการกระทำเพื่อปิดบังการเกิด การตาย หรือเหตุแห่งการตาย ซึ่งบทบัญญัตินี้มีความมุ่งหมายในเรื่องของการคุ้มครองพยานหลักฐานมากกว่าการคุ้มครองถึงการให้ความเคารพต่อศพที่ไม่ควรถูกกระทำในทางที่ไม่เหมาะสม นอกจากนั้นในส่วนของการเอาไปซึ่งศพมนุษย์นั้น กฎหมายที่อาจนำมาปรับใช้กับการกระทำเช่นนี้ก็จะต้องพิจารณาถึงความผิดเกี่ยวกับทรัพย์ ซึ่งในปัจจุบันยังไม่มีข้อความชัดเจนว่าศพจะถือเป็นทรัพย์ได้หรือไม่กล่าวคือแม้ศพจะถือได้ว่าเป็นวัตถุที่มีรูปร่างแน่นอนและมีคุณค่าซึ่งอาจถือเป็นทรัพย์ได้ก็ตาม แต่โดยจารีตประเพณีและความรู้สึกในทางศีลธรรมอันดีของบุคคลทั่วไป ไม่ประสงค์ที่จะมองว่าศพเป็นวัตถุอย่างหนึ่งดังท่อนไม้และท่อนฟืน แต่ประสงค์จะคิดว่าเป็นสิ่งพิเศษ เพราะเคยมีชีวิตมีความรู้สึกอยู่ การปฏิบัติต่อศพในบางครั้งจึงเป็นเรื่องพิเศษมีการเสี่ยงชีวิตเพื่อช่วงชิงศพในการรบ แม้จะต้องลงทุนเสียเงินหรือเสี่ยงชีวิตเพิ่มขึ้นก็ทำกัน³ นอกจากนั้นในการพิจารณาความผิดเกี่ยวกับทรัพย์นี้ต้องพิจารณาในส่วนของการหวงกัน การครอบครองหรือกรรมสิทธิ์ด้วย

ดังนั้นรัฐโดยฝ่ายนิติบัญญัติจึงควรกำหนดให้มีความผิดสำหรับการกระทำที่เป็นการขุดศพขึ้นมาโดยไม่มีเหตุอันควร เนื่องจากปัจจุบันมิได้มีการกำหนดความผิดสำหรับการกระทำในลักษณะนี้ ส่วนการเคลื่อนย้ายศพหรือส่วนหนึ่งส่วนใดของศพนั้นเพื่อให้เกิดความคุ้มครองอย่างชัดเจนนอกเหนือจากบทบัญญัติที่มีอยู่ซึ่งมีข้อจำกัดในการดำเนินคดีกับการกระทำนั้นที่ต้องเป็นการเคลื่อนย้ายเพื่อปิดบังการเกิด การตายหรือเหตุแห่งการตายจึงจะถือเป็นความผิด และการเอา

³ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคความผิดและโทษ, พิมพ์ครั้งที่ 3, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2549), น. 157.

ศพหรือส่วนหนึ่งส่วนใดของศพไปนั้น หากมีการบัญญัติเฉพาะถึงความผิดสำหรับการกระทำนี้ ย่อมทำให้เกิดความชัดเจนว่าการกระทำนี้เป็นความผิด โดยไม่จำเป็นต้องไปพิจารณาถึงความผิดเกี่ยวกับทรัพย์ ซึ่งในบางกรณีผู้กระทำต้องมีเจตนาโดยทุจริตที่กระทำเพื่อแสวงหาประโยชน์อันมิควรได้โดยชอบด้วยกฎหมายประกอบด้วย นอกจากนั้นการบัญญัติความผิดสำหรับการกระทำที่เป็นการขุด เคลื่อนย้ายหรือการเอาไปซึ่งศพหรือส่วนหนึ่งส่วนใดของศพโดยเฉพาะแล้ว ย่อมก่อให้เกิดความมุ่งหมายของบทบัญญัตินี้อย่างชัดเจนและสอดคล้องกับแนวความคิดที่เห็นว่าต้องให้ความเคารพต่อคนตาย โดยไม่ต้องคำนึงถึงว่าการเคลื่อนย้ายศพนั้นเป็นการกระทำเพื่อปิดบังการเกิด การตายหรือเหตุแห่งการตายหรือไม่ และไม่ต้องคำนึงด้วยว่าการเอาศพหรือส่วนของศพไปนั้น ศพมนุษย์ที่ถูกเอาไปนั้นมีญาติหวงกันไว้หรือไม่ นอกจากนั้นในวัฒนธรรมของไทยซึ่งเมื่อได้ทำการฌาปนกิจศพแล้วก็จะมีการเก็บเถ้ากระดูกไว้ส่วนหนึ่งเพื่อให้ญาติมิตรของคนตายได้เก็บรักษาไว้เพื่อสักการบูชาและให้การระลึกถึงคนตายด้วยดังนั้นหากมีการบัญญัติกฎหมายขึ้นก็ควรคำนึงถึงส่วนของเถ้ากระดูกที่ญาติมิตรได้เก็บรักษาไว้ด้วย นอกจากนั้นควรให้ความคุ้มครองถึงกรณีของศพเด็กที่ตายก่อนหรือขณะคลอดซึ่งยังไม่มีสภาพบุคคลตามกฎหมายด้วย เนื่องจากศพของเด็กที่ตายก่อนหรือขณะคลอดดังกล่าวก็มีความผูกพันกับญาติมิตรที่ยังมีชีวิตอยู่เช่นเดียวกับศพของมนุษย์ที่เคยมีสภาพบุคคล และการกระทำในลักษณะดังกล่าวหากเกิดขึ้นกับศพของเด็กที่ตายก่อนหรือขณะคลอดกับศพของมนุษย์ที่เคยมีสภาพบุคคลแล้ว ความรู้สึกของญาติมิตรและความรู้สึกของคนในสังคมก็คงรู้สึกเช่นเดียวกัน ดังนั้นหากได้กำหนดให้ชัดเจนก็จะเป็นการหลีกเลี่ยงปัญหาที่อาจจะเกิดข้อถกเถียงซึ่งอาจมีขึ้นได้

4.1.6 การให้ความคุ้มครองในด้านการกระทำที่เป็นการชำแหละ การทุบตี การทำให้เสียรูปและการทำลายศพมนุษย์

บทบัญญัติที่กำหนดความผิดสำหรับการชำแหละ การทุบตี การทำให้เสียรูปและการทำลายศพมนุษย์นั้น มีปรากฏในบทบัญญัติของมลรัฐ Arkansas, Oregon, Indiana, Alaska, Arizona, Maine และ Texas ของประเทศสหรัฐอเมริกา และในประมวลกฎหมายอาญาของประเทศอิตาลี โดยในประเทศไทยนั้นหากเกิดการกระทำที่เป็นการชำแหละ การทุบตี การทำให้เสียรูปหรือการทำลายศพมนุษย์นั้น บทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญาที่จะสามารถนำมาปรับใช้กับการกระทำเหล่านี้ได้มีปรากฏอยู่ในมาตรา 199 ในส่วนของการทำลายศพหรือส่วนของศพซึ่งมีข้อจำกัดตามที่ได้กล่าวมาแล้วประกอบกับความมุ่งหมายของมาตรา 199 ก็เป็นความมุ่งหมายในการคุ้มครองพยานหลักฐานมากกว่าความมุ่งหมายที่จะมิให้เกิดการกระทำที่ไม่เหมาะสมต่อคนตาย

นอกจากนั้นในความผิดเกี่ยวกับทรัพย์ซึ่งได้แก่ความผิดฐานทำให้เสียทรัพย์นั้นก็ไม่ชัดเจนว่าสามารถนำมาปรับใช้ได้หรือไม่ ทั้งความไม่ชัดเจนที่ว่าศพจะถือเป็นทรัพย์หรือไม่และในส่วนของ การหวงกันหรือความเป็นเจ้าของศพ ซึ่งหากเห็นว่าทนายทเป็นเจ้าของศพแล้วปัญหาที่เกิดขึ้นตามมา ก็คือ ผลทางกฎหมายที่แตกต่างกันระหว่างการกระทำในลักษณะเดียวกันต่อศพที่มีญาติหวงกัน กับศพที่ไม่มีญาติหวงกัน ดังนั้นรัฐโดยฝ่ายนิติบัญญัติควรกำหนดความผิดสำหรับการกระทำใน ลักษณะที่เป็นการชำแหละ การทุบตี การทำให้เสียรูปและการทำลายศพหรือส่วนของศพมนุษย์ไว้ ให้ชัดเจน เพื่อให้สอดคล้องกับความรู้สึกของมาตรฐานทางสังคมที่เห็นว่าคนตายนั้นควรได้รับการ ปฏิบัติด้วยความเคารพ นอกจากนี้ควรให้ความคุ้มครองถึงกรณีศพของเด็กที่ตายก่อนหรือขณะ คลอดซึ่งยังไม่มีสภาพบุคคลตามกฎหมายด้วย เนื่องจากหากมีการกระทำในลักษณะดังกล่าวเกิดขึ้น กับศพของเด็กที่ยังไม่มีสภาพบุคคล คนในสังคมย่อมมีความรู้สึกไม่ต่างกับการกระทำต่อศพที่ เคยมีสภาพบุคคลแล้วแต่อย่างใด

4.1.7 การให้ความคุ้มครองในด้านการกระทำที่เป็นการยึดหน่วงศพหรือการผิดสัญญาเตรียมศพ มนุษย์

บทบัญญัติที่กำหนดความผิดสำหรับการยึดหน่วงศพนั้นมีปรากฏในบทบัญญัติของ มลรัฐ Alaska ของประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งการยึดหน่วงศพที่ถือว่าเป็นความผิดนั้น เป็นการยึด หน่วงศพเพื่อการชำระหั่นหรือเพื่อเรียกร้องสิทธิหรือเพื่อวางเงื่อนไขหรือนำมาชำระหั่นหรือ จนนกว่าจะนำเงินมาชำระหั่นหรือค่าใช้จ่าย โดยการกระทำในลักษณะนี้อาจเกิดขึ้นในสังคมของ ประเทศไทยได้เช่นกัน โดยอาจเกิดขึ้นในกรณีของการที่ผู้ตายเสียชีวิตในขณะที่ได้รับการรักษาใน โรงพยาบาลและญาติมิตรไม่จ่ายค่ารักษาพยาบาลหรืออาจเกิดจากการมีค่าใช้จ่ายในการเตรียม ศพซึ่งญาติของคนตายไม่ชำระหั่นดังกล่าวนั้น เป็นต้น ซึ่งในการกำหนดว่าการกระทำเช่นนั้นควร เป็นความผิดหรือไม่นั้น ขึ้นอยู่กับว่ารัฐได้พิจารณาถึงการกระทำในลักษณะนี้อย่างไร โดยอาจเห็น ว่า แม้การยึดหน่วงศพเพื่อเรียกร้องให้มีการชำระหั่นจะเป็นการไม่เหมาะสมเนื่องจากการยึดหน่วง ศพไว้ทำให้ญาติไม่สามารถนำศพไปประกอบพิธีได้ และการยึดหน่วงศพไว้ดังกล่าวเสมือนหนึ่งว่า เป็นการยึดทรัพย์สินเอาไว้เป็นหลักประกันเพื่อให้มีการชำระหั่นซึ่งตามความรู้สึกของคนในสังคม ย่อมไม่ยอมรับกับการยึดศพของมนุษย์ไว้เสมือนเป็นหลักประกันการชำระหั่นดังทรัพย์สินทั่วไปไม่ แต่การกระทำอันเป็นการยึดหน่วงศพไว้เพื่อเรียกร้องสิทธิในการได้รับชำระหั่นนั้นนั้นก็มิได้ปรากฏการ กระทำใดที่แสดงออกถึงความไม่เคารพต่อคนตายหรือเป็นการกระทำที่กระทบต่อศักดิ์ศรีความ เป็นมนุษย์ของผู้ตายแต่อย่างใด ดังนั้นกฎหมายอาญาซึ่งมีสภาพบังคับที่รุนแรงก็ไม่ควรกำหนด

ความผิดทางอาญาเพียงเพราะการกระทำที่ไม่เหมาะสมดังกล่าว หรือรัฐอาจเห็นว่าการยึดหนังสือดังกล่าวจะส่งผลกระทบต่อความรู้สึกของคนในสังคม โดยเห็นว่าเพียงการเป็นหนี้สินกันถึงกับต้องมีการยึดหนังสือให้มี การประกอบพิธีศพเป็นการกระทำเกินกว่าเหตุเพราะการเรียกร้องให้ชำระหนี้สามารถเรียกร้องให้ชำระหนี้ทางแพ่งได้อยู่แล้ว หรืออาจเห็นว่าการกระทำในลักษณะดังกล่าวจะเป็นการทำให้มาตรฐานทางศีลธรรมของคนในสังคมต่ำลงก็อาจบัญญัติให้ชัดเจนว่าการกระทำนั้นเป็นความผิดได้เช่นกัน ส่วนบทบัญญัติความผิดสำหรับการกระทำผิดสัญญาในการเตรียมศพมนุษย์นั้น มีปรากฏในบทบัญญัติของมลรัฐ Alabama, Kentucky, Arizona ของประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งการทำสัญญาเตรียมศพมนุษย์นั้นเป็นการเตรียมศพเพื่อนำไปประกอบพิธีศพโดยการเกิดสัญญาเตรียมศพเป็นการเกิดขึ้นของสัญญาตามกฎหมายแพ่ง ดังนั้นเมื่อมีการผิดสัญญาขึ้นก็ควรนำมาตรการตามกฎหมายแพ่งมาบังคับใช้ นอกจากนั้นลำพังแต่เพียงแค่การผิดสัญญาเตรียมศพมนุษย์ในกรณีทั่วไป เช่น เตรียมศพไม่แล้วเสร็จภายในเวลาที่ตกลงกันไว้ โดยมิได้มีการกระทำไม่เหมาะสมต่อคนตายแต่อย่างใดก็ไม่ควรนำมาตรการทางอาญาไปปรับใช้กับการผิดสัญญาเตรียมศพดังกล่าว

4.2 มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองการกระทำต่อสถานที่ฝังศพ หรือสิ่งระลึกถึงคนตาย

การประกอบพิธีศพตามวัฒนธรรมที่ปรากฏในประเทศไทย ไม่ว่าจะเป็นการสวดอภิธรรมศพแล้วประกอบพิธีฌาปนกิจศพ แล้วนำเถ้ากระดูกส่วนหนึ่งไปลอยอังคารและอีกส่วนหนึ่งให้ญาติเก็บรักษาไว้ซึ่งโดยทั่วไปก็นำเถ้ากระดูกไปใส่ไว้ในโกศเพื่อให้ลูกหลานสักการบูชาและได้ระลึกถึงผู้ที่จากไป หรือการจัดการกับศพด้วยพิธีฝังศพ ซึ่งโดยทั่วไปการฝังศพในสุสานจะมีสิ่งที่แสดงให้รู้ว่าหลุมฝังศพใดเป็นญาติผู้เสียชีวิตของตน เช่น ป้ายหน้าหลุมฝังศพหรือหินศิลาบนหลุมฝังศพ เป็นต้น ดังนั้นนอกจากการกระทำที่ไม่เหมาะสมที่ควรกำหนดให้เป็นความผิดที่ได้กระทำต่อเนื้อตัวหรือร่างของคนตายตามที่ได้กล่าวมาแล้วนั้น ยังอาจเกิดการกระทำที่ไม่เหมาะสมต่อสถานที่ฝังศพ หรือสิ่งระลึกถึงคนตายอื่นๆ ขึ้นได้ด้วยเช่นกัน

โดยในประมวลกฎหมายอาญาของไทย มาตรา 206⁴ ซึ่งบัญญัติไว้ในลักษณะ 4 ความผิดเกี่ยวกับศาสนา ซึ่งกำหนดความผิดสำหรับการกระทำด้วยประการใดๆ แก่วัตถุหรือสถานที่ อันเป็นที่เคารพในทางศาสนาของหมู่ชนใด อันเป็นการเหยียดหยามศาสนา แต่แม้ว่าสุสานจะเป็นสถานที่อันควรให้ความเคารพหรือสิ่งระลึกถึงคนตายเช่น โศศิไล้ถ้ำกระดูก หรือป้ายหรือหินศิลาที่แสดงถึงคนตายจะเป็นวัตถุที่ควรได้รับการปฏิบัติด้วยความเคารพก็ตาม แต่สถานที่ฝังศพ สุสานหรือสิ่งระลึกถึงคนตายอื่นๆ นั้นไม่อาจถือเป็นวัตถุหรือสถานที่ทางศาสนาได้ ประกอบกับการกระทำต่อสิ่งเหล่านี้ในทางที่ไม่เหมาะสมก็ไม่ถือว่าเป็นการเหยียดหยามศาสนาหากการกระทำนั้นมิได้เกิดขึ้นในสถานที่อันเป็นที่เคารพในทางศาสนา และในส่วนของความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สินนั้นตามที่ได้กล่าวมาแล้วว่าความรู้สึกโดยทั่วไปของคนในสังคมย่อมไม่ยอมรับหากจะถือว่าคนตายเป็นทรัพย์สินเช่นเดียวกันโดยธรรมเนียมและโดยความรู้สึกของคนในสังคมที่มีต่อสถานที่ฝังศพหรือสิ่งระลึกถึงคนตายต่างๆ ย่อมให้ความเคารพต่อสถานที่ฝังศพและสิ่งระลึกถึงคนตายเช่นเดียวกับการให้ความเคารพต่อคนตาย ฉะนั้นหากมีการกระทำที่ไม่เหมาะสมต่อสถานที่ฝังศพหรือสิ่งระลึกถึงคนตายแล้ว จะนำบทบัญญัติความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สินมาใช้ก็คงเป็นการไม่เหมาะสมและไม่เป็นที่ยอมรับของคนในสังคมเช่นเดียวกัน ประกอบกับการกระทำที่ไม่เหมาะสมต่อสถานที่ฝังศพหรือสิ่งระลึกถึงคนตายที่เป็นการขัดต่อความรู้สึกอันดีของคนในสังคมนั้น ในบางกรณีผู้กระทำก็มิได้มีความมุ่งหมายที่จะได้ประโยชน์ในทางทรัพย์สินแต่อย่างใด เช่นการกระทำที่เป็นการรบกวนหรือการดูหมิ่นสถานที่ฝังศพหรือสิ่งระลึกถึงคนตาย เป็นต้น โดยเมื่อพิจารณาถึงบทบัญญัติของประเทศต่างๆ ที่ได้กล่าวมาในบทที่ 3 ในส่วนที่เป็นการกระทำความผิดต่อสถานที่ฝังศพหรือสิ่งระลึกถึงคนตายแล้ว จะเห็นได้ถึงการให้ความคุ้มครองในด้านต่างๆ เช่น การให้ความคุ้มครองจากการกระทำละเมิด การรบกวน การดูหมิ่นและการทำลายหรือทำให้สถานที่ฝังศพหรือสิ่งระลึกถึงคนตายเสียหาย เป็นต้น

โดยบทบัญญัติที่กำหนดความผิดสำหรับการกระทำที่เป็นการละเมิดสถานที่ฝังศพ มีปรากฏในบทบัญญัติของมลรัฐ Texas ในประเทศสหรัฐอเมริกา ประมวลกฎหมายอาญาของประเทศอิตาลี และประมวลกฎหมายอาญาของประเทศฝรั่งเศส โดยในประมวลกฎหมายอาญาของประเทศอิตาลี และประมวลกฎหมายอาญาของประเทศฝรั่งเศสที่นอกจากจะกำหนดถึงความผิด

⁴ มาตรา 206 “ผู้ใดกระทำด้วยประการใดๆ แก่วัตถุหรือสถานที่อันเป็นที่เคารพในทางศาสนาของหมู่ชนใด อันเป็นการเหยียดหยามศาสนานั้น ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งปีถึงเจ็ดปี หรือปรับตั้งแต่สองพันบาทถึงหนึ่งหมื่นสี่พันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

สำหรับการละเมิดสถานที่ฝังศพแล้วยังได้กำหนดความผิดสำหรับการละเมิดต่อสิ่งระลึกถึงคนตายด้วย เช่น โศกใส่ศพและอนุสาวรีย์ที่สร้างเพื่อระลึกถึงคนตาย เป็นต้น ส่วนการรบกวนสถานที่ฝังศพหรือสิ่งระลึกถึงคนตายนั้มีปรากฏในประมวลกฎหมายอาญา (Strafgesetzbuch StGB) ของประเทศเยอรมนี ในเรื่องการรบกวนความสงบของคนตาย ซึ่งได้กำหนดให้การรบกวนซึ่งเป็นการดูหมิ่นสถานที่ฝังศพหรือสถานที่สาธารณะสำหรับระลึกถึงคนตายเป็นความผิด ซึ่งนอกจากการรบกวนซึ่งเป็นการดูหมิ่นที่กำหนดให้เป็นความผิดในประเทศเยอรมนีแล้ว ในบทบัญญัติของมลรัฐ Maine ของประเทศสหรัฐอเมริกาประมวลกฎหมายอาญาของประเทศอิตาลี และประเทศญี่ปุ่นก็ได้กำหนดความผิดสำหรับการดูหมิ่นสถานที่ฝังศพหรือสิ่งระลึกถึงคนตายอื่นๆ อีกด้วย และนอกจากนั้นบทบัญญัติในมลรัฐ Maine ของประเทศสหรัฐอเมริกาและในประมวลกฎหมายอาญา (Strafgesetzbuch StGB) ของประเทศเยอรมนียังได้กำหนดให้การทำลายหรือการทำให้สถานที่ฝังศพหรือสิ่งระลึกถึงคนตายเสียหายนั้นเป็นความผิดนั้นอีกด้วย

ประมวลกฎหมายอาญาของไทยมิได้กำหนดความผิดสำหรับการกระทำที่เป็นการละเมิด การรบกวน การดูหมิ่นและการทำลายหรือทำให้สถานที่ฝังศพหรือสิ่งระลึกถึงคนตายเสียหายไว้โดยเฉพาะ และแม้การกระทำละเมิด การรบกวนและการทำลายหรือทำให้สถานที่ฝังศพหรือสิ่งระลึกถึงคนตายเสียหายนั้นอาจนำบทบัญญัติในความผิดเกี่ยวกับทรัพย์มาปรับใช้ได้หากการกระทำละเมิด การรบกวน การทำลายหรือการทำให้เสียหายนั้นเป็นการกระทำที่ครอบคลุมประกอบความผิดตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ เช่นความผิดฐานทำให้เสียทรัพย์หรือความผิดฐานบุกรุก เป็นต้น แต่อย่างไรก็ตามเมื่อพิจารณาถึงบทบัญญัติของประเทศต่างๆ ที่ได้กำหนดถึงความผิดสำหรับการกระทำที่เป็นการละเมิด การรบกวน การดูหมิ่นและการทำลายหรือทำให้สถานที่ฝังศพหรือสิ่งระลึกถึงคนตายเสียหายแล้ว ย่อมเห็นได้ว่าบทบัญญัติที่กำหนดความผิดสำหรับการกระทำเหล่านี้เกิดขึ้นจากแนวความคิดที่เห็นว่าคนตายควรได้รับการปฏิบัติด้วยความเคารพและไม่ต้องการให้เกิดการกระทำอันเป็นการรบกวนความสงบของคนตาย ซึ่งนอกจากการปฏิบัติต่อคนตายด้วยความเคารพแล้ว ยังรวมถึงการปฏิบัติด้วยความเคารพต่อสถานที่ฝังศพหรือสิ่งระลึกถึงคนตายอีกด้วย จึงได้บัญญัติให้การกระทำที่ไม่เหมาะสมเช่น การกระทำละเมิด การรบกวน การดูหมิ่นและการทำลายหรือทำให้สถานที่ฝังศพหรือสิ่งระลึกถึงคนตายเสียหายให้เป็นความผิด ดังนั้นเมื่อประเทศไทยซึ่งมีแนวความคิดเช่นเดียวกับในประเทศที่มีบทบัญญัตินี้ดังกล่าว ประกอบการกระทำในลักษณะดังกล่าวอาจเกิดขึ้นในสังคมไทยได้จึงควรกำหนดให้มีกฎหมายคุ้มครองการกระทำในลักษณะดังกล่าวให้ชัดเจน เพื่อเป็นการให้ความคุ้มครองต่อสถานที่ฝังศพ

และสิ่งระลึกถึงคนตายตามแนวความคิดของคนในสังคมและทำให้พนักงานเจ้าหน้าที่สามารถนำกฎหมายมาปรับใช้ได้เหมาะสมตามความมุ่งหมายของบทบัญญัตินั้นๆ

4.3 มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองพยานหลักฐาน

การคุ้มครองมิให้มีการกระทำต่อคนตายในลักษณะที่ไม่เหมาะสมนั้น นอกจากแนวความคิดที่เห็นว่าการปฏิบัติต่อคนตายนั้นควรกระทำด้วยความเคารพและเป็นการคำนึงถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ในขณะที่เคยมีชีวิตอยู่แล้ว ในบางกรณีการกระทำบางลักษณะต่อคนตายก็ส่งผลกระทบต่อกระบวนการยุติธรรมในเรื่องของพยานหลักฐานอีกด้วย เช่น การปิดบัง ซ่อนเร้นหรือลอบฝัง การขุด เคลื่อนย้ายหรือเอาไปซึ่งศพ และการทำลายศพเป็นต้น ซึ่งบทบัญญัติของประเทศต่างๆ ตามที่ได้กล่าวมาในบทที่ 3 ที่กำหนดถึงการกระทำในลักษณะต่างๆ ที่อาจมีผลกระทบต่อพยานหลักฐานนั้นได้แก่ การกระทำที่เป็นการจัดการกับศพเพื่อขัดขวางการสอบสวนของเจ้าหน้าที่ชันสูตรศพ ซึ่งถือเป็นความผิดตามคอมมอนลอว์ (common law offence) แล้วยังมีบทบัญญัติที่กำหนดความผิดสำหรับการกระทำที่เป็นการปิดบังอำพราง ซ่อนเร้น ลอบฝังศพหรือส่วนใดส่วนหนึ่งของศพซึ่งมีปรากฏอยู่ในบทบัญญัติ Offences against the Person Act 1861 ของประเทศอังกฤษ ซึ่งกำหนดถึงปิดบังการเกิดโดยการจัดการอย่างลับๆ ต่อศพของเด็ก ไม่ว่าเด็กนั้นจะตายก่อน ขณะหรือหลังคลอดก็ตาม และบทบัญญัติของมลรัฐ Alaska, Maine และ Texas ของประเทศสหรัฐอเมริกา และในประมวลกฎหมายอาญาของประเทศอิตาลีและญี่ปุ่น ส่วนบทบัญญัติที่กำหนดความผิดสำหรับการขุด เคลื่อนย้ายหรือเอาไปซึ่งศพนั้นมีปรากฏในบทบัญญัติของมลรัฐ Colorado, Tennessee, Arkansas, Oregon, Alaska, Arizona, Maine และมลรัฐ Texas ในประเทศสหรัฐอเมริกา และในประมวลกฎหมายอาญาของประเทศอิตาลี ญี่ปุ่นและประเทศเยอรมนี โดยในประมวลกฎหมายอาญาของประเทศเยอรมนี ซึ่งกำหนดให้การเอาศพหรือส่วนของศพมนุษย์ไปจากบุคคลผู้มีสิทธิดูแลนั้นเป็นความผิด ซึ่งรวมถึงการเอาศพของทารกที่ตายในครรภ์หรือส่วนของทารกนั้นไปด้วย และบทบัญญัติของมลรัฐ Arkansas, Oregon, Indiana, Alaska, Arizona, Maine และ Texas ของประเทศสหรัฐอเมริกา และในประมวลกฎหมายอาญาของประเทศอิตาลีกำหนดความผิดสำหรับการตัด การหั่น การชำแหละ การทุบตี การทำให้เสียรูปหรือการทำลายศพหรือส่วนใดส่วนหนึ่งของศพมนุษย์

โดยกฎหมายอาญาของไทยก็ได้ปรากฏบทบัญญัติที่กำหนดความผิดสำหรับการกระทำต่อคนตายที่เป็นการกระทบต่อกระบวนการยุติธรรมของไทยในเรื่องของพยานหลักฐาน ในประมวลกฎหมายอาญามาตรา มาตรา 199 ซึ่งได้กำหนดถึงการลอบฝัง ซ่อนเร้น ย้ายหรือทำลาย

ศพหรือส่วนของศพที่เป็นการกระทำเพื่อปิดบังการเกิด การตายหรือเหตุแห่งการตายให้เป็นความผิด โดยเมื่อพิจารณาประกอบกับการที่บทบัญญัติในมาตรานี้ได้กำหนดไว้ใน ลักษณะ 3 ความผิดเกี่ยวกับการยุติธรรม ย่อมทำให้เกิดความชัดเจนว่าบทบัญญัตินี้มีความมุ่งหมายที่จะให้ความคุ้มครองด้านพยานหลักฐาน นอกจากนั้นในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาในมาตรา 149 ที่กฎหมายกำหนดให้เก็บศพไว้ ณ ที่ซึ่งพบศพ และนำความดังกล่าวแจ้งแก่พนักงานโดยเร็ว ประกอบกับมาตรา 150 ทวิ ที่กำหนดมิให้กระทำใดๆ อันจะเป็นการเปลี่ยนแปลงสภาพศพเพื่อมุ่งถึงประโยชน์ในการพิสูจน์การตาย ก็เป็นบทบัญญัติที่ให้ความคุ้มครองในด้านพยานหลักฐานเพื่อมิให้มีการตรวจสอบค้นหาความจริงในกระบวนการยุติธรรมได้รับความเสียหาย อย่างไรก็ตามเมื่อพิจารณาถึงบทบัญญัติ Offences against the Person Act 1861 ของประเทศอังกฤษ และประมวลกฎหมายอาญาของประเทศเยอรมนี ซึ่งได้กำหนดอย่างชัดเจนถึงการกระทำต่อศพของทารกแม้ว่าทารกนั้นจะตายก่อนคลอดก็ตาม และในประเทศญี่ปุ่นได้กำหนดให้การทำลายศพที่จะถือเป็นความผิดนั้นให้รวมถึงการกระทำต่อศพของทารกที่มารดาได้ตั้งครรภ์ตั้งแต่ 4 เดือนขึ้นไปด้วย ซึ่งในประเด็นนี้ในประมวลกฎหมายอาญามาตรา 199 ได้กำหนดถึงการกระทำต่อศพหรือส่วนของศพ ซึ่งศพก็คือร่างของคนตายแล้ว และตามกฎหมายคนจะตายได้ก็ต้องมีการเกิด (เป็นคน) เสียก่อน ถ้ายังไม่เกิดก็จะเรียกว่า (คน) ตายไม่ได้⁵ ฉะนั้นหากศพของทารกที่ตายในครรภ์หรือทารกที่ตายก่อนคลอดนี้จึงไม่ใช่ศพที่จะเป็นองค์ประกอบของความผิดตาม มาตรา 199 นี้ ดังนั้นหากบทบัญญัติในมาตรา 199 ซึ่งมีความมุ่งหมายเพื่อมิให้มีการกระทำต่อศพในทางที่เกี่ยวกับพยานหลักฐาน ต้องการให้ความคุ้มครองถึงกรณีของศพทารกที่ตายในครรภ์หรือทารกที่ตายก่อนหรือขณะคลอดด้วยแล้วก็ควรจะกำหนดไว้ให้ชัดเจน

4.4 มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และพิธีกรรมทางศาสนา

4.4.1 การให้ความคุ้มครองคนตายด้านศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์

ปัจจุบันการให้ความคุ้มครองในเรื่องศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นั้นเป็นที่ยอมรับกันอย่างแพร่หลายซึ่งรวมถึงในประเทศไทยด้วย โดยเมื่อมนุษย์เกิดมายุ่อมได้รับความคุ้มครองและได้รับการปฏิบัติอย่างมีเกียรติและมีศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ ซึ่งบุคคลอื่นจะกระทำการที่ไม่

⁵ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, “มันเป็นกรรมเวรของเธอนะ”, ปกิณกะกฎหมาย, วารสารนิติศาสตร์, ปีที่ 25 ฉบับที่ 4 (ธันวาคม 2538), น. 812.

เหมาะสมที่เป็นการกระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของผู้อื่นไม่ได้ และเมื่อมนุษย์ซึ่งเคยได้รับความคุ้มครองในเรื่องศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ได้ตายลง ความอาลัย ความผูกพันและความรู้สึกของญาติมิตรที่มีต่อคนตายนั้ก็ยังคงอยู่เสมือนผู้ตายยังมีชีวิตอยู่และได้แสดงออกต่อคนตายด้วยความเคารพ ฉะนั้นหากมีการกระทำที่ไม่เหมาะสมต่อคนตายเกิดขึ้นนอกจากเป็นการกระทำที่ไม่ให้ความเคารพต่อคนตายแล้วยังอาจถือได้ว่าเป็นการกระทำที่กระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของผู้อื่นอีกด้วย

โดยในประมวลกฎหมายอาญาของประเทศไทยไม่มีบทบัญญัติใดที่กำหนดความผิดสำหรับการกระทำต่อคนตายที่กระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์โดยเฉพาะ จะมีก็แต่เพียงบทบัญญัติในมาตรา 327 ในเรื่องการใส่ความผู้ตายต่อบุคคลที่สาม แต่สิ่งที่มาตรานี้มุ่งที่จะคุ้มครองหรือคุณธรรมของความผิดฐานนี้คือ “ชื่อเสียงของผู้ตายที่กระทบต่อบุคคลในครอบครัว”⁶ เนื่องจากการใส่ความผู้ตายตามมาตรานี้จะเป็นความผิดเมื่อการใส่ความนั้นน่าจะเป็นเหตุให้บิดามารดา คู่สมรสหรือบุตรผู้ตายเสียชื่อเสียง ถูกดูหมิ่นหรือถูกเกลียดชัง โดยเมื่อพิจารณาถึงบทบัญญัติในประเทศต่างๆ ตามที่ได้กล่าวมาในบทที่ 3 ซึ่งได้บัญญัติความผิดสำหรับการกระทำในลักษณะต่างๆ ต่อคนตายซึ่งการกระทำบางลักษณะดังกล่าวอาจถือเป็นการกระทำที่กระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ด้วย ได้แก่ บทบัญญัติที่กำหนดถึงการกระทำความผิดต่อคนตายในลักษณะที่เป็นการทำร้ายความรู้สึกของครอบครัวคนตายหรือความรู้สึกของสังคม เนื่องจากบทบัญญัตินี้รวมถึงการกระทำในทุกลักษณะที่เป็นการทำร้ายความรู้สึกของคนในครอบครัวคนตายหรือความรู้สึกของคนในสังคม ซึ่งการกระทำที่เป็นการทำร้ายความรู้สึกดังกล่าวนี้ย่อมเป็นการกระทำในลักษณะที่ไม่สมควรกระทำต่อคนตายซึ่งเคยได้รับความคุ้มครองในเรื่องศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ด้วย เช่นเดียวกับบทบัญญัติอื่นๆ อันได้แก่บทบัญญัติที่กำหนดถึงการกระทำความผิดต่อคนตายในลักษณะที่เป็นการละเมิด การรบกวนและการดูหมิ่นคนตาย หรือบทบัญญัติที่กำหนดถึงการกระทำความผิดต่อคนตายในลักษณะที่เป็นการครอบครอง การซื้อขายศพมนุษย์ซึ่งแสดงให้เห็นว่าไม่ควรมีการปฏิบัติต่อศพมนุษย์เหมือนดังทรัพย์สินทั่วไปที่จะซื้อขายกันได้ หรือบทบัญญัติที่กำหนดถึงการกระทำความผิดต่อคนตายในลักษณะที่เป็นการกระทำทางเพศ หรือการขูดเคลื่อนย้าย เอาไปซึ่งศพ การชำแหละ ทบตี ทำให้เสียรูปหรือทำลายศพมนุษย์ ซึ่งในบทบัญญัตินี้ดังกล่าวได้กำหนดความผิดสำหรับการกระทำในลักษณะต่างๆ ที่ไม่เหมาะสมต่อคนตาย

⁶ คณิต ธนนคร, กฎหมายอาญาภาคความผิด, พิมพ์ครั้งที่ 9, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2549), น. 199.

โดยเฉพาะ ซึ่งเป็นการกระทำต่อผู้ที่เคยได้รับความคุ้มครองในเรื่องศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ดังนั้น บทบัญญัติต่างๆ ดังกล่าวจึงอาจถือเป็นบทบัญญัติที่มุ่งให้ความคุ้มครองถึงในเรื่องศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ด้วย

ดังนั้นเมื่อในประเทศไทยได้มีแนวความคิดและการปฏิบัติต่อคนตายด้วยความเคารพ และมีความรู้สึกเสมือนว่าบุคคลนั้นยังมีชีวิตอยู่ จึงควรมีบทบัญญัติที่ให้ความคุ้มครองคนตายโดยคำนึงถึงว่าคนตายนั้นเคยเป็นผู้ที่ได้รับความคุ้มครองถึงเรื่องศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ด้วย ซึ่งจะเห็นได้ว่าบทบัญญัติที่คำนึงถึงความคุ้มครองในด้านศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นี้เป็นบทบัญญัติที่กำหนดถึงการกระทำในลักษณะที่ไม่เหมาะสมต่อคนตายซึ่งอาจเป็นการกระทำในลักษณะอื่นเช่นเดียวกับที่ได้กล่าวมาในหัวข้อก่อนหน้านี้แล้ว

4.4.2 การให้ความคุ้มครองคนตายด้านพิธีกรรมทางศาสนา

การประกอบพิธีศพถือเป็นสิ่งหนึ่งที่แสดงให้เห็นถึงแนวความคิดว่าควรมีการปฏิบัติต่อคนตายด้วยความเคารพ โดยสิ่งที่แสดงออกถึงความเคารพได้แก่ การสวดอภิธรรมศพ งานบำเพ็ญกุศลเกี่ยวกับความตาย การอาบน้ำศพ การวางศพไว้บนที่สูงหรือการยืนขึ้นเมื่อศพถูกยกขึ้น หรือเมื่อมีศพหรือขบวนศพผ่าน เป็นต้น โดยเมื่อพิจารณาถึงบทบัญญัติของประเทศต่างๆ ตามที่ได้กล่าวมาแล้วในบทที่ 3 ซึ่งมีบทบัญญัติที่กำหนดความผิดสำหรับการรบกวนการประกอบพิธีศพ ในประมวลกฎหมายอาญาของประเทศอิตาลี ญี่ปุ่น และประเทศเยอรมนี ซึ่งในประมวลกฎหมายอาญาของไทยก็มีบัญญัติเรื่องนี้ไว้ในความผิดเกี่ยวกับศาสนา ในมาตรา 207 โดยกำหนดห้ามมิให้ผู้ใดก่อให้เกิดการรบกวนในการทำพิธีกรรมตามศาสนา ซึ่งถือว่าการประกอบพิธีศพตามศาสนาไม่ว่าศาสนาใดก็ตาม ก็ได้รับความคุ้มครองตามมาตรานี้เช่นกัน แต่การประกอบพิธีศพที่จะได้รับความคุ้มครองตามมาตรานี้ต้องเป็นการประกอบพิธีศพที่ถือเป็นการประกอบพิธีกรรมตามศาสนาเท่านั้น

ตามที่ได้กล่าวมาทั้งหมดนี้หากจะต้องมีการแก้ไขปรับปรุงกฎหมายอาญาของไทยในเรื่องการกระทำความผิดต่อคนตายเกิดขึ้น นอกจากการพิจารณาถึงสิ่งที่กฎหมายควรให้ความคุ้มครองตามที่ได้กล่าวมาแล้วนั้น ยังมีประเด็นที่ต้องคำนึงถึงหลายประการ เช่น ในเรื่องของการกำหนดโทษ ซึ่งมีความเห็นที่แตกต่างกันไป บ้างเห็นสมควรกำหนดบทลงโทษที่รุนแรง เพื่อเป็นการข่มขู่มิให้เกิดการกระทำในลักษณะนี้ หรือบ้างเห็นว่าไม่ควรกำหนดบทลงโทษที่รุนแรง เนื่องจากมิใช่การกระทำต่อบุคคลและในบางกรณีผู้กระทำควรได้รับการเยียวยาทางการแพทย์มากกว่าการลงโทษทางกฎหมาย ซึ่งในเรื่องนี้ผู้เขียนเห็นว่าในการกำหนดบทลงโทษนั้นขึ้นอยู่กับความมุ่งหมาย

ของบทบัญญัติอื่นๆ ประกอบกับในเรื่องการกำหนดบทลงโทษนั้นต้องพิจารณาตามความมุ่งหมายหรือนโยบายของรัฐด้วยว่ามีความต้องการให้เกิดการปฏิบัติตามกฎหมายนั้นเพียงใด และลักษณะของการกระทำนั้นมีปรากฏมากน้อยหรือมีผลกระทบที่รุนแรงเพียงใดประกอบกัน ซึ่งตัวอย่างของบทบัญญัติที่น่าสนใจในเรื่องนี้ได้แก่ บทบัญญัติของสหรัฐอเมริกาในมลรัฐ Ohio ที่กำหนดบทลงโทษสำหรับการกระทำผิดต่อศพที่เป็นการทำร้ายความรู้สึกของครอบครัวคนตายให้มีบทลงโทษที่เบากว่า การกระทำต่อคนตายซึ่งจะมีผลกระทบต่อความรู้สึกของสังคม หรือบทบัญญัติในมลรัฐ Oregon ที่กำหนดบทลงโทษเป็น 2 ระดับโดยขึ้นอยู่กับความรุนแรงของการกระทำ ความผิด เป็นต้น หรือในเรื่องของการให้ความหมายของถ้อยคำบางลักษณะที่ไม่มีความชัดเจน เช่น การให้ความหมายของคำว่า “ศพมนุษย์” ที่จะได้รับควบคุมครองตามบทบัญญัติของมลรัฐ Texas ที่ให้รวมถึง ส่วนใดส่วนหนึ่งของศพมนุษย์ ซากศพที่เผาแล้วของศพมนุษย์และส่วนใดส่วนหนึ่งของซากศพที่เผาแล้วของศพมนุษย์ หรือการให้ความหมายของคำว่า “การดูหมิ่น” ในบทบัญญัติของมลรัฐ Maine ซึ่งได้กำหนดลักษณะของการดูหมิ่นในบทบัญญัตินั้นว่าหมายถึง การทำให้เสื่อมเสีย ทำลาย ทำให้เสียหายหรือการกระทำอย่างอื่นทางกายภาพ, ในทางที่จะทำร้ายความรู้สึกโดยทั่วไปของบุคคลที่สังเกตเห็นหรือพบการกระทำนั้น หรือการให้ความหมายของคำว่า “สัมพันธ์ทางเพศ” หรือ “การร่วมประเวณี” ในบทบัญญัติของมลรัฐ Arizona โดยได้ให้ความหมายของความสัมพันธ์ทางเพศไว้อย่างชัดเจนว่า หมายถึง การสัมผัสโดยตรงหรือโดยอ้อมก็ตาม, รวมถึงความสัมพันธ์ด้วยปาก, กอดหรือจับต้องส่วนใดก็ตามที่เกี่ยวข้องกับอวัยวะสืบพันธุ์, ทวารหนักหรือหน้าอกผู้หญิงด้วยส่วนใดส่วนหนึ่งของร่างกายผู้กระทำหรือด้วยวัตถุใดก็ตาม หรือความหมายของคำว่า การร่วมประเวณีว่าหมายถึง การล้วงล้ำเข้าไปในแคมช่องคลอดหรือทวารหนักด้วยส่วนใดของร่างกายหรือด้วยวัตถุใดหรือการกระตุ้นตนเองเพื่อให้ถึงจุดสุดยอดด้วยอวัยวะเพศชายหรือแคมช่องคลอด เป็นต้น หรือในเรื่องของเหตุยกเว้นความผิดที่กฎหมายบัญญัติไว้ ซึ่งโดยส่วนใหญ่จะได้บัญญัติไว้อย่างชัดเจนในบทบัญญัติของประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายแบบคอมมอนลอว์ ซึ่งโดยทั่วไปก็จะกำหนดว่า “เว้นแต่เป็นการกระทำที่มีอำนาจตามกฎหมาย” แต่อย่างไรก็ตามในบางมลรัฐได้มีบทบัญญัติกำหนดไว้เป็นพิเศษนอกจากการได้รับอนุญาตตามกฎหมายอีกด้วย เช่น ในมลรัฐ Indiana กำหนดให้การกระทำความผิดต่อศพไม่ใช้กับการใช้ศพเพื่อวัตถุประสงค์ทางวิทยาศาสตร์ทางการแพทย์ การเปลี่ยนถ่ายอวัยวะ ทางประวัติศาสตร์ ทางกฎหมายหรือการสอบสวน หรือไม่ใช้กับผู้อำนวยการโรงประกอบพิธีฌาปนกิจศพ คนดองศพ เป็นต้น มลรัฐ Alaska กำหนดว่านอกจากการได้รับอนุญาตตามกฎหมายแล้วยังรวมถึงการกระทำในกรณีฉุกเฉินด้วย มลรัฐ Maine กำหนดข้อต่อสู้ในการดำเนินคดีเป็นพิเศษสำหรับแพทย์ นักวิทยาศาสตร์หรือ

นักเรียนที่ครอบครองหรือใช้ศพ เพื่อการสอบสวน การศึกษาทางกายวิภาค สรีรวิทยาหรือทางวิทยาศาสตร์อื่นๆ หรือในมลรัฐ Texas กำหนดข้อต่อสู้ในการดำเนินคดีเป็นพิเศษสำหรับสมาชิกหรือตัวแทนขององค์การสุสาน เป็นต้น หรือในมลรัฐ Colorado ซึ่งกำหนดยกเว้นความผิดไว้ นอกจากโดยบทบัญญัติแล้วยังรวมถึงการกระทำตามคำสั่งของศาลอีกด้วย ซึ่งในประเทศไทยไม่จำเป็นต้องบัญญัติถึงการได้รับอำนาจตามกฎหมายแต่อย่างไร เนื่องจากโครงสร้างความรับผิดทางอาญาของไทย ในโครงสร้างความรับผิดประการที่สอง ซึ่งก็คือ เหตุยกเว้นความผิด หรือเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ ดังนั้นการกระทำที่ผู้กระทำมีอำนาจตามกฎหมายย่อมทำให้การกระทำเหล่านั้นไม่ถือเป็นความผิดตามโครงสร้างความรับผิดได้อยู่แล้วโดยมีจำต้องบัญญัติไว้ในบทบัญญัติของกฎหมายแต่อย่างใด

แต่ในส่วนของความยินยอมนั้นต้องแยกให้ดี เนื่องจากความยินยอมของผู้เสียหายมี 2 ลักษณะ⁷ คือ

1. ความยินยอมของผู้เสียหายที่เป็นเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ ซึ่งการกระทำนั้นเป็นการกระทำที่ไม่ผิดกฎหมาย หรือความยินยอมทำให้การกระทำที่ครบองค์ประกอบภายนอกและครบองค์ประกอบภายในไม่เป็นความผิด โดยถือว่าความยินยอมนั้นยกเว้นการกระทำ ความผิด ซึ่งหลักนี้ศาลฎีกาของไทยใช้คำว่า “หลักกฎหมายทั่วไป” ซึ่งสามารถนำมาใช้ได้ทั้งๆ ที่ไม่มีบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร โดยไม่ขัดต่อหลักในมาตรา 2 ทั้งนี้เพราะเป็นการนำมาใช้เพื่อเป็นคุณแก่ผู้กระทำ กล่าวคือเพื่อ “ยกเว้นความผิด” ให้แก่ผู้กระทำความผิดนั่นเอง⁸ ซึ่งหลักของความยินยอมนี้ต้องประกอบด้วย⁹ 1) เป็นความยินยอมอันบริสุทธิ์ 2) ความยินยอมนั้นไม่ขัดต่อความสำนึกในศีลธรรมอันดี และ 3) เป็นความยินยอมที่มีอยู่จนถึงขณะกระทำการอันกฎหมายบัญญัติเป็นความผิด

2. ความยินยอมของผู้เสียหายที่เป็นส่วนหนึ่งของข้อเท็จจริงที่เป็นองค์ประกอบของความผิด ซึ่งการกระทำนั้นจะถือเป็นการกระทำที่ขาดองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติ หรือกล่าวได้ว่าเป็นความยินยอมที่ทำให้การกระทำไม่เป็นความผิด เนื่องจากขาดองค์ประกอบภายนอก¹⁰

⁷ คณิต ฅ นคร, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1, น. 204.

⁸ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค 1, พิมพ์ครั้งที่ 9, (กรุงเทพมหานคร: จีระการพิมพ์, 2549), น. 416.

⁹ เพิ่งอ้าง

¹⁰ เพิ่งอ้าง, น. 419.

ฉะนั้นในการบัญญัติกฎหมายต้องคำนึงถึงความมุ่งหมายของการบัญญัติว่าในกรณีใดที่กฎหมายประสงค์จะให้เป็นการผิดเมื่อมีการฝ่าฝืนต่อความยินยอม หรือกฎหมายต้องการให้การฝ่าฝืนต่อความยินยอมเป็นองค์ประกอบของความผิด การบัญญัติก็ต้องบัญญัติไว้อย่างชัดเจนว่าการกระทำเช่นนั้นจะเป็นความผิดต่อเมื่อมีการฝ่าฝืนต่อความยินยอมเพื่อให้การกระทำที่ฝ่าฝืนต่อความยินยอมดังกล่าวเป็นความผิด เนื่องจากการฝ่าฝืนต่อความยินยอมดังกล่าวถือได้ว่าเป็นส่วนหนึ่งขององค์ประกอบของความผิด โดยหากการกระทำนั้นมิได้ฝ่าฝืนต่อความยินยอม การกระทำนั้นย่อมไม่เป็นความผิด เนื่องจากการกระทำนั้นไม่ครบองค์ประกอบของความผิดตามโครงสร้างความรับผิดในประการแรก

