



วิวัฒนาการความรับผิดทางอาญาเกี่ยวกับศพในประเทศไทย

The Evolution of Criminal Liability Regarding to “Corpses” in Thailand

สุรัสวดี แสนสุข¹

คณะศิลปศาสตร์และวิทยาการจัดการ มหาวิทยาลัยเกษตรศาสตร์ วิทยาเขตเฉลิมพระเกียรติจังหวัดสกลนคร
59 หมู่ 1 ตำบลเชียงเครือ อำเภอเมือง จังหวัดสกลนคร 47000 เมล์ติดต่อ: Surasawadee.s@ku.th

Suraswadee Saensuk

Faculty of Liberal Arts and Management Science, Kasetsart Chalermphrakiat
Sakon Nakhon Province Campus 59 Moo 1 Chiangkrua, Muang, Sakon Nakhon, 47000
E-mail: Surasawadee.s@ku.th

พลสิทธิ์ จิระสันติมนิ²

เลขานุการตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญศูนย์ราชการ
เฉลิมพระเกียรติ 80 พรรษา 5 ธันวาคม 2550 ถนนแจ้งวัฒนะ แขวงทุ่งสองห้อง เขตหลักสี่
กรุงเทพมหานคร 10210
เมล์ติดต่อ: Ponsite_ucd@hotmail.com

Phonsit Chirasantimano

Secretary of Judge Constitutional Court, Office of the Constitutional, The Government Complex Commemorating His Majesty the King's 80th Birthday Anniversary 5th December, B.E. 2550(2007)
120 Chaengwattana Road, Laksi Bangkok 10210, E-mail: Ponsite_ucd@hotmail.com

Received: May 22, 2020; Revised: August 17, 2020; Accepted: September 15, 2020

¹ ผู้ช่วยศาสตราจารย์ อาจารย์ประจำสาขานิติศาสตร์ คณะศิลปศาสตร์และวิทยาการจัดการ มหาวิทยาลัยเกษตรศาสตร์วิทยาเขตเฉลิมพระเกียรติจังหวัดสกลนคร (Lecturer, Assistant Professor, Faculty of Liberal Arts and Management Science, Kasetsart Chalermphrakiat Sakon Nakhon Province Campus)

² เลขานุการตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ (Secretary of Judge Constitutional Court, Office of the Constitutional)



บทคัดย่อ

บทความนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษาวิวัฒนาการกฎหมายความผิดทางอาญาที่เกี่ยวกับศพของไทย โดยอธิบายกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการปกป้องคุ้มครองศพตั้งแต่กฎหมายตราสามดวงจนถึงประมวลกฎหมายอาญา อย่างไรก็ตามเมื่อได้มีการบัญญัติพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 27) พ.ศ. 2562 ได้มีสาระสำคัญของกฎหมายที่บัญญัติขึ้นใหม่เป็นเรื่องแก้ไขเพิ่มเติมเกี่ยวกับการกระทำชำเราศพ การกระทำให้ศพเสียหาย และการดูหมิ่นเหยียดหยามศพ กฎหมายดังกล่าวมีปัญหาสำคัญในการบัญญัติโทษของการกระทำผิดเกี่ยวกับศพที่ได้มีการบัญญัติโทษที่ค่อนข้างสูง โดยไม่ได้พิจารณาให้สอดคล้องกับความผิดอาญาลักษณะอื่น ๆ โดยมีข้อสังเกตว่าได้มีการคุ้มครองศพมากกว่าการคุ้มครองบุคคลที่ยังมีชีวิตอยู่ ดังนั้นเพื่อแก้ปัญหาความไม่เป็นธรรมในเรื่องโทษข้างต้น ผู้เขียนเสนอแนะว่าควรบัญญัติกฎหมายในเรื่องดังกล่าวให้เป็นความผิดลหุโทษ ซึ่งจะก่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่ผู้กระทำความผิด และผู้เสียหายด้วย

คำสำคัญ: ศพ ดูหมิ่น ความร้บผิดทางอาญา



Abstract

The purpose of this article is to study the evolution of criminal liability of “Corpses” in Thailand. It aims to explain the evolution of laws relating to the corpses protection in Thai laws from the Three Seals Law to the present Thailand Penal Code. However, after having enacted Thailand Penal Code Amendment Act (No. 27) B.E. 2562 the essence of the laws is amended on the act of rape, mischief and defame corpses. The problem of the legislation for corpse-related offenses is the unproportioned criminal penalty punishment compared with other criminal offenses. It is note that the level of criminal liability gave protection to the corpses is higher than the protection of the living person. The authors suggest that a new legislation should be enacted for the offence to be Minor offence which will cause justice for offender and the victim as fair.

Keywords: Corpse, Insult, Criminal Liability



1. บทนำ

ความผิดเกี่ยวกับ ศพ ตามประมวลกฎหมายอาญาก่อนได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมใน พ.ศ.2557 แต่เดิมได้มุ่งคุ้มครองการใช้อำนาจรัฐในกระบวนการยุติธรรม มากกว่าการคุ้มครอง การกระทำแก่ศพโดยตรง แนวคิดเกี่ยวกับการบัญญัติกฎหมายในเรื่องศพที่บัญญัติในประมวล กฎหมายอาญามาตรา 366/1-366/4 ที่บัญญัติอยู่ในลักษณะที่ 13 ตามพระราชบัญญัติแก้ไข เพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 27) พ.ศ. 2562 นั้นมีแนวคิดหลักพื้นฐานเกี่ยวกับเกียรติและ ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์(Human Dignity) ที่บุคคลพึงมีตั้งแต่เกิดจนตายที่มีมาตั้งแต่เดิม

อย่างไรก็ตามเมื่อรัฐได้ออกกฎหมายแก้ไขโดยไม่มี การพิจารณาเรื่องโทษและการกำหนด ให้ความผิดของการกระทำดังกล่าวเป็นอาญาแผ่นดินย่อมทำให้เกิดปัญหาความย้อนแย้งใน กฎหมายเมื่อนำมาเปรียบเทียบกับ การกระทำอย่างเดียวกันที่ได้กระทำต่อมนุษย์ผู้ที่ยังมีชีวิต อยู่ ซึ่งสุดท้ายแล้วส่งผลให้ความผิดในเรื่องนี้ ไม่สามารถนำมาบังคับใช้ได้จริง ดังนั้นบทความ นี้มุ่งศึกษาวิวัฒนาการกฎหมายที่เกี่ยวกับการคุ้มครองศพ และข้อสังเกตบางประการที่น่าสนใจ จากการบัญญัติกฎหมายเพื่อใช้เป็นแนวทางในการแก้ไขหรือเปลี่ยนแปลงการกำหนดโทษของ การทำความผิดที่เกี่ยวกับศพ

2. แนวความคิดเกี่ยวกับกฎหมายอาญาเรื่อง “ศพ”

ในทางธรรมชาติ มนุษย์ไม่อาจจะดำรงตนได้อย่างโดดเดี่ยวลำพัง มนุษย์อยู่ร่วมกันใน สังคม และเมื่อมีการอยู่ร่วมกันในสังคมก็ย่อมจะมีความขัดแย้งเกิดขึ้น ดังนั้นสังคมมนุษย์จึงจะ ต้องมีการกฎเกณฑ์ขึ้นมาควบคุมกับสังคมและได้พัฒนาอย่างมีระบบแบบแผนจนกลายมาเป็น กฎหมาย ดังสุภาษิตที่ว่า “ubi societas, ibi jus”ที่มีความหมายว่าที่ได้มีสังคมที่นั่นย่อมมี กฎหมาย³

กฎหมายจึงมีความเกี่ยวข้องกับคนทุกคน ตั้งแต่เกิดจนถึงตาย ก่อนการเกิดก็ดูแล มารดา ระหว่างเกิดจนเติบโตก็มีการคุ้มครองชีวิต จนถึงแก่ความตาย เมื่อคนตายไปแล้วอาจ จะไม่มีอะไรที่คุ้มครอง แต่หลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ (Human Dignity) ที่มีการอธิบายถึง คุณลักษณะ จิตใจ คุณสมบัติเฉพาะตัวของมนุษย์เป็นสิ่งที่รัฐมีหน้าที่ที่จะต้องการความคุ้มครอง

³ ทวีเกียรติ มินะกะนิษฐ, *กฎหมายเบื้องต้นทางธุรกิจ*, พิมพ์ครั้งที่ 17 แก้ไขเพิ่มเติม (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2561), 18-19.

ดูแลและรักษา⁴ ดังนั้น กฎหมายจึงมีความจำเป็นที่จะต้องมีการคุ้มครองคนตายและศพของคนตายด้วย หรือแม้แต่ในทางศาสนา ยกตัวอย่าง เช่น ศาสนาพุทธที่ปรากฏในสังคมไทยที่จะมีการรดน้ำศพ การตั้งศพเพื่อจัดสวดอภิธรรมตามประเพณี และการทำพิธีฌาปนกิจ โดยมีความเชื่อที่จะทำให้วิญญาณของผู้ตายมีความสงบร่มเย็น รวมถึงยังเป็นการให้เกียรติแก่ผู้วายชนม์อีกด้วย

นอกจากความเชื่อในทางศาสนาพุทธแล้ว แม้แต่ชุมชนชาวไทยที่นับถือศาสนาอื่น อาทิ ศาสนาคริสต์ก็จะมีพิธีกรรมทางศาสนาที่เกี่ยวกับการจัดการศพ มีการทำพิธีส่งวิญญาณ และไว้อาลัยแก่ผู้ตายเพื่ออำลาผู้ล่วงลับครั้งสุดท้ายก่อนนำลงไปฝังดินตามหลักความเชื่อของกลุ่มตน

จึงเห็นได้ว่าสังคมไทย เป็นสังคมที่ให้ความเคารพและยกย่องให้เกียรติแก่ผู้ตายเป็นอย่างมาก และหากมีบุคคลใดมากระทำการอันเป็นการเสื่อมเสียแก่ผู้ตาย หรือมีการกระทำที่ไม่เคารพแก่ศพผู้ตายก็ย่อมกระทบต่อความรู้สึกหรือจิตใจของญาติผู้ตาย ก่อให้เกิดความไม่พอใจและอาจเกิดการกระทบกระทั่งกันและปัญหาต่าง ๆ ตามมาในสังคม อันก่อให้เกิดความไม่สงบและยังเป็นการไม่เคารพถึงศักดิ์ศรีและความเป็นมนุษย์ที่ผู้ตายเคยมีมาก่อนอีกด้วย

กฎหมายจึงจำเป็นที่จะต้องเข้ามาให้การคุ้มครองศักดิ์ศรีของผู้ตาย เพราะไม่เช่นนั้นหากการกระทำที่เสื่อมเสียแก่ผู้ตายหรือกระทำต่อศพได้แม้ว่าในบางความเห็นจะมองว่าคนตายไม่มีชื่อเสียง แต่ถ้ามีการกระทำที่ไม่เหมาะสมต่อศพ เช่น การเข้าไปกระทำชำเราหรือสนองความใคร่ในทางเพศต่อศพในสุสาน สังคม หรือญาติพี่น้องของผู้ตายก็อาจจะมีความรู้สึกไม่พอใจหรือแม้จะเกิดกับศพที่ไม่มีญาติก็ตามหากมีการกระทำที่ไม่เหมาะสมแก่ศพ ผู้ที่มาพบเห็นก็อาจจะไม่เกิดความสบายใจได้ จนเป็นที่มาของการเรียกร้องให้กำหนดความผิดต่อการกระทำที่ไม่เหมาะสมต่อศพขึ้น⁵

เครื่องมือหนึ่งที่รัฐจะใช้ควบคุมสังคมให้มีความสงบเรียบร้อยคือ การนำกฎหมายมาบังคับใช้ และกฎหมายที่มีความเหมาะสมคือ กฎหมายอาญา เพราะกฎหมายอาญาเป็นกฎหมายที่บัญญัติห้ามมิให้กระทำการใดหรือบังคับให้ต้องมีการกระทำการใด ทั้งยังกำหนดให้การฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามเป็นความผิดและผู้กระทำจะต้องได้รับการลงโทษ⁶ โดยในกฎหมาย

⁴ มูลนิธิพัฒนาวัฒนธรรม, เครือข่ายส่งเสริมสิทธิและเข้าความยุติธรรม, กลุ่มด้วยใจ, *คู่มือฉบับย่อการลงพื้นที่แสวงหาข้อเท็จจริงกรณีการละเมิดสิทธิมนุษยชน (เด็กและผู้หญิง)* (กรุงเทพฯ: พีเพรส, 2557), 1-5.

⁵ Tyler Trent OCHOA, "JONES, Christine Newman, Defiling the Dead: Necrophilia and the Law." *Whittier L. Rev.* 18 (1996): 539.

⁶ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, *คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1 เล่ม 1*, พิมพ์ครั้งที่ 11 (กรุงเทพฯ: กรุงเทพมหานคร, 2562), 1.



อาญาของไทยนับแต่อดีตจนถึงปัจจุบันได้มีการกำหนดความผิดที่เกี่ยวกับการกระทำความผิดที่ไม่เหมาะสมต่อผู้ตายและศพไว้อยู่แล้ว ตามลำดับช่วงเวลาดังนี้

3. วิวัฒนาการกฎหมายเรื่องศพตามประมวลกฎหมายอาญาของไทย

3.1 ช่วงก่อนประกาศใช้ประมวลกฎหมายอาญา

ประมวลกฎหมายอาญา ได้มีการกำหนดให้มีการบังคับใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม พ.ศ. 2500 เป็นต้นไป⁷ แต่ก่อนหน้าที่จะมีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายอาญานั้น แม้จะมีกฎหมายที่เกี่ยวข้องศพจะได้มีบัญญัติไว้บ้าง แต่ไม่ได้เด่นชัด หรือไม่มีลักษณะคุ้มครองที่เฉพาะเจาะจงเหมือนในประมวลกฎหมายอาญา ได้แก่ กฎหมายตราสามดวง และกฎหมายลักษณะอาญา เป็นต้น โดยแบ่งเป็น 2 ช่วง คือ

3.1.1 ช่วงกฎหมายตราสามดวง

กฎหมายไทยก็มีได้กำหนดฐานความผิดที่จะลงโทษผู้ที่จะกระทำความผิดที่ไม่เหมาะสมต่อศพ โดยเฉพาะเจาะจง แต่บัญญัติแทรกไว้ในกฎหมายตราสามดวง ในบางเรื่องที่เกี่ยวข้อง ได้แก่

1) พระไอยการลักษณะผัวเมีย มาตรา 30⁸ ที่อธิบายถึง ความผิดของภริยาที่ร่วมประเวณีกับชายอื่น ระหว่างที่ศพของสามีของตนยังตั้งอยู่ในบ้าน ทั้งชายและหญิงที่ร่วมประเวณีนั้นมีความผิดฐานเป็นชู้เนื้อผิ⁹

2) พระไอยการลักษณะโจร มาตรา 164¹⁰ ที่อธิบายถึง การห้ามมิให้มีการเคลื่อนย้ายศพจากสถานที่ที่ศพพบ ข้ามแดนหรือข้ามเขตไปทำการเผาศพหรือฝังศพ ณ สถานที่อื่นใด¹¹

⁷ ประกาศใช้โดย พระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2499 มาตรา 3 (ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 73 ตอนที่ 95 หน้า 1 (ฉบับพิเศษ) ลงวันที่ 15 พฤศจิกายน 2499)

⁸ พระไอยการลักษณะผัวเมีย มาตรา 30 บัญญัติว่า “ผัวตายหงายไว้ทั้งโลง สก(ศพ) ยังอยู่กับเรือน หญิงเมียนั้น น้ำตาตกแลคล้อยใจกำหนดชกเอาชายมานอน แลผีตายหงายรบกวนอยู่ดั่งนั้น ถ้าพี่น้องชายผู้ตายรู้เห็นเอาความมาร้องฟ้อง เมื่อสวนลับจับแท้แท้จริงไซ้ ท่านให้สานตะกร้อตากลอยครอบศีศะหญิงนั้นลงเพียงตา ให้ทะเลรอบเรือนที่ผีผัวอยู่นั้นสามารถแล้วให้หม้ายชู้เป็นเบี้ย 10 แสน ให้แก่ญาติพี่น้องเผ่าผีผู้ตาย”

⁹ คณพล จันทน์หอม, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิด เล่ม 2, พิมพ์ครั้งที่ 2 แก้ไขเพิ่มเติม (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2559), 532.

¹⁰ พระไอยการลักษณะโจร มาตรา 164 บัญญัติว่า “ผู้ใดทะนงองอาจห้ามผีข้ามแขวงข้ามด่านข้ามแดนไปฝังไปเผาก็ดี ผีนอกพระนครเอาเข้าไปในพระนครก็ดี ผู้ใดทำดั่งนี้ละเมิด ให้ไหม้ทั้งพวกจงทุกคน”

¹¹ คณพล จันทน์หอม, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิด เล่ม 2, 532.

3) พระไอยการเบตเสริจ มาตรา 152¹² ที่อธิบายถึง การที่กฎหมายได้กำหนดบัญญัติ ความรับผิดชอบที่นำศพเอาไปทิ้งในบ้านหรือเรือนหรือสวนไร่นาหรือบริเวณบ้านของผู้อื่น¹³

4) พระราชกำหนดเกล้าอย่าให้เจ้าหนี้ห้ามศพ¹⁴ ที่อธิบายถึง การบัญญัติห้ามมิให้ เจ้าหนี้ยึดหน่วงศพของลูกหนี้ไว้ไม่ให้ญาตินำไปทำการเผาถ้าหากยังไม่ชำระหนี้ให้ครบเสียก่อน ซึ่งกฎหมายได้กำหนดไว้ต่อว่าหากเจ้าหนี้ตายก็จะต้องให้ทำการปลงศพเสียก่อนจึงค่อยไปว่ากล่าวทวงถามหนี้กันตามกฎหมายที่หลัง

ทั้งนี้ เมื่อพิจารณากฎหมายตราสามดวงที่กำหนดความรับผิดชอบเกี่ยวกับศพก็สามารถ วิเคราะห์ได้ว่ากฎหมายในสมัยก่อนนั้น ได้ให้เกียรติกับผู้ตายอย่างชัดเจน ดังที่ปรากฏอยู่ใน พระไอยการลักษณะณั้วเมียที่มีการกำหนดลงโทษชายและหญิงในความผิดฐานที่เป็นชู้กันแม้ว่า ฝ่ายสามีของหญิงจะตายกลายเป็นศพไปแล้วก็ตาม ซึ่งเป็นการแสดงถึงความเคารพและให้ เกียรติในเรื่องศักดิ์ศรีของผู้ตายว่าการร่วมประเวณีต่อหน้าหรือในบริเวณที่ตั้งศพของสามีเป็นการ กระทำที่ไม่ให้เกียรติแก่ผู้ตาย หรือในเรื่องของการเคลื่อนย้ายศพหรือทำการฝังหรือเผาศพ ณ สถานที่อื่นใด ที่กฎหมายพระไอยการลักษณะโจร มาตรา 164 มีความต้องการป้องกันไม่ให้เกิดการขโมยศพ หรือมีการนำศพไปทำพิธีในสถานที่ที่ไม่สมควรหรือที่ไม่เหมาะสม รวมถึง ยังมีพระไอยการเบตเสริจ มาตรา 152 ที่กำหนดความรับผิดชอบไม่ให้มีการนำเอาศพของผู้อื่น ไปทิ้งในบ้านเรือนหรือที่อกสวนไร่นาของผู้อื่นที่ไม่ใช่ญาติ ซึ่งนอกจากจะเป็นการป้องกันไม่ให้ เชื้อโรคแพร่กระจายแล้ว ยังต้องการที่จะคุ้มครองศพที่จะต้องมีการทำพิธีกรรมทางศาสนา อย่างถูกต้องเพื่อเป็นการให้เกียรติผู้ตายไม่ให้ต้องถูกทิ้งขว้างหรืออยู่กับผู้อื่นที่ไม่รู้จักกลายเป็น ศพไม่มีญาติหรือถูกปล่อยทิ้งไว้ไม่มีใครมาดูแล อีกทั้งยังปรากฏอยู่ในกฎหมายพระราชกำหนด แกล้าอย่าให้เจ้าหนี้ห้ามศพ ที่แต่เดิมเคยมีคดีว่าลูกหนี้ถึงแก่ความตาย ญาติพี่น้องจะมาเอาศพไป ทำพิธีกรรมทางศาสนาแต่เจ้าหนี้ไม่ยอมไม่ให้เผาศพ ศพจึงตั้งไว้อยู่ถึง 2-3 ปี โดยไม่ได้มีการทำ

¹² พระไอยการเบตเสริจ มาตรา 152 บัญญัติว่า “ผู้ใดเอาผีไปไว้ในเรือนท่าน ให้พลีบ้านเรือนท่านเล้า หามหนึ่ง หัวหมูเมียงหมากพลุกด้วยอ้อยให้หมอละเอียดด้วยใจ และให้พระสงฆ์สวดมนต์ทำบุญเอาเบี้ย 12000 ให้ แก่หมอล ถ้าเอาผีไปซัดไว้ในที่ไร่นาเรือนสวนท่าน ให้พลีเล้าขวิดหนึ่งไก่อัดหนึ่ง เข้าสารเมียงหมากพลุกขวิดจัดตรง สวดพระพุทธรูป 3-5 วัน ถ้ามีพลีเรือนที่บ้านไร่นาเรือนสวนท่าน ผู้คนของท่านเจ็บไข้ ให้ปรับไหมถ้าตายหาย ให้ทำค่าของซึ่งตายหายนั้นเปนสามส่วน ให้มันใช้ส่วนหนึ่ง เพราะมันหาพิจารณาได้”

¹³ คนพล จันทน์หอม, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิด เล่ม 2, 532.

¹⁴ พระราชกำหนดเกล้าอย่าให้เจ้าหนี้ห้ามศพ ความว่า “กฎให้แก่พระสุริยวงศาดี ช้ายขวาในนอก ให้กฎหมาย บอกแก่เจ้าพญาแลพญาพระหลวงเมืองเจ้าราชนิกุลขุนหมื่นฝ่ายทหารพลเรือนแลข้าหลวงจ้าวฝ่ายหน้าหลังแลข้าจ้าว ต่างกรมแลอนาประชาราษฎร์ทั้งปวงจงทั่วด้วยหลวงบำเรอกักตักกราบทูลพระกรุณาว่า พระอาจทองนอกราชการ ผู้เปนเมืองไซขนาดต้องปรับไหมยากจนถึงมรณาสัน ครั้นญาติพี่น้องจะเอาศพนั้นไปเผา เจ้าหนี้มาห้ามผีไว้มิให้เผา แลศพนั้นค้างอยู่มิได้เผาถึง 2-3 ขวบมาแล้วนั้น ทรงพระกรุณาตรัสเหนือเกล้าเหนือกระหม่อมสั่งว่า ลูกนี้ตายไปแล้ว เจ้านี้เป็นคนโลภมิได้เห็นแก่นิจจัง มาห้ามศพไว้มิให้เอาไปเผานั้นมิชอบ แต่นี้สืบไปเมื่อหน้า ถ้าแลลูกนั้นตาย ห้ามอย่า ให้ผู้เปนเจ้าหนีไปห้ามศพไว้เปนอันขาดที่เกตุยว ต่อปลงศพแล้ว จึงให้เจ้าหนีทวงถามว่ากล่าวกันตามกฎหมายกระบิลเมือง”



พิธีทางศาสนา เป็นการไม่ให้เกียรติแก่คนตาย กฎหมายจึงได้เข้ากำหนดให้ต้องทำการปลงศพ ลูกหนี้ให้เสร็จเสียก่อนจึงจะทำการทวงหนี้ได้¹⁵

3.1.2 ช่วงประกาศใช้ กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127

เมื่อมีการประกาศใช้กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 กฎหมายดังกล่าวก็ได้พัฒนาโดยมีการกำหนดบทบัญญัติที่เกี่ยวกับศพไว้ 2 มาตรา คือ มาตรา 15 และ มาตรา 197 สามารถอธิบายได้ดังต่อไปนี้คือ

กฎหมายลักษณะอาญา มาตรา 15¹⁶ ได้อธิบายให้เห็นว่าศพผู้ที่ต้องโทษประหารชีวิตแม้ว่าไม่สมควรที่จะได้รับเกียรติยศในการจัดการศพอย่างเอกรีก เพราะอาจจะทำให้ประชาชนรู้สึกว้าวุ่นว่าจะเป็นผู้กระทำความผิดแต่ก็ยังได้รับเกียรติยศยกย่องทำให้อาจเป็นการยุยงให้เกิดการกระทำผิดได้¹⁷

อย่างไรก็ดีการฝ่าฝืนในเรื่องดังกล่าวก็มีข้อสังเกตที่ว่า กฎหมายลักษณะอาญาในเรื่องดังกล่าวไม่ได้กำหนดความผิดและโทษไว้ ทำให้แม้จะมีการฝ่าฝืนจัดงานศพแก่ผู้ถูกประหารชีวิตอย่างเอกรีก เช่น มีขบวนแห่ศพ มีมหรสพประกอบงานศพ ฯลฯ ญาติพี่น้องของผู้กระทำก็ไม่ต้องรับผิดจากการฝ่าฝืนตามมาตรา¹⁸

การกำหนดความรับผิดอีกเรื่องหนึ่งเกี่ยวกับศพในคือ กฎหมายลักษณะอาญา มาตรา 197¹⁹ ที่ได้อธิบายถึงความผิดเกี่ยวกับเรื่องของกรกระทำคามผิดฐานซ่อนเร้นความเกิดความตาย โดยผู้ที่กระทำความผิดมาตรานี้จะต้องมีเจตนาพิเศษที่จะซ่อนเร้นความเกิดความตาย²⁰ โดยมาตราดังกล่าวเป็นพื้นฐานในการที่มาใช้ในการบัญญัติความรับผิดเกี่ยวกับศพในประมวลกฎหมายอาญา

จากการที่กฎหมายลักษณะอาญาได้มีการบัญญัติเกี่ยวกับศพไว้ จึงพิจารณาได้ว่ากฎหมายดังกล่าวได้มีการบัญญัติความรับผิดขึ้นเพื่อให้ความเคารพศพและคำนึงถึงผู้ตาย ดังใน

¹⁵ สถาบันปรีดี พนมยงค์, *กฎหมายตราสามดวงฉบับพิมพ์มหาวิทยาลัยวิชาธรรมศาสตร์และการเมือง (แก้ไขปรับปรุงใหม่) เล่ม 3* (กรุงเทพฯ: สถาบันปรีดี พนมยงค์, 2548), 166-167.

¹⁶ กฎหมายลักษณะอาญา มาตรา 15 บัญญัติว่า “ศพของคนที่ต้องอาญาประหารชีวิตนั้น ถ้ามีญาติมาขอรับศพไปปลงก็ให้ไป แต่ห้ามมิให้ไปทำการปลงศพคนโทษที่ต้องประหารชีวิตนั้นเป็นการเอกรีก”

¹⁷ หยุด แสงอุทัย, *คำอธิบายกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127*, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2548), 93-94.

¹⁸ *เรื่องเดียวกัน*.

¹⁹ กฎหมายลักษณะอาญา มาตรา 197 บัญญัติว่า “ถ้าผู้ใดเจตนาจะซ่อนเร้นความเกิดความตาย แลมันลอบเอาศพไปซ่อนไปฝังหรือไปทำลายเสีย ท่านว่ามันมีความผิด ต้องระวางโทษจำคุกเป็นสามสถานคือ สถานหนึ่งให้จำคุกไม่เกินกว่าปีหนึ่ง สถานหนึ่งให้ปรับไม่เกินกว่าห้าร้อยบาท สถานหนึ่งให้ลงโทษทั้งจำทั้งปรับ เช่นว่ามาแล้วด้วยกัน”

²⁰ หยุด แสงอุทัย, *คำอธิบายกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127*, 320.

มาตรา 15 ที่กำหนดว่าแม้จะเป็นผู้กระทำความผิดอาญาแผ่นดินจนจะต้องได้รับโทษประหาร แต่กฎหมายก็ไม่ได้ห้ามไม่ให้มีการดำเนินพิธีกรรมเกี่ยวกับศพ มีเพียงห้ามมิให้การจัดงานศพอย่างเอิกเกริกเท่านั้น แต่ยังคงกำหนดให้ญาติสามารถมารับศพเพื่อประกอบพิธีกรรมทางศาสนาตามความเชื่อได้ จึงเป็นการแสดงถึงการให้ความเคารพแก่ผู้ตายที่ปรากฏอยู่ในสังคมไทยมาตั้งแต่อดีต

3.2 ช่วงประกาศใช้ประมวลกฎหมายอาญา

นับแต่ประมวลกฎหมายอาญาของไทยได้มีการประกาศเมื่อวันที่ 1 มกราคม พ.ศ. 2500 ในช่วงแรกความผิดที่เกี่ยวกับศพมีบัญญัติอยู่ใน มาตรา 199 ที่เขียนถึงการกระทำต่อศพ เรื่องของการคุ้มครองศพไม่ให้ถูกย้ายหรือทำลาย แต่คุ้มครองศพเพียงกรณีเหตุจากการปิดบังการตายหรือเหตุแห่งการตาย นอกจากมาตรา 199 แล้วกฎหมายอาญาในช่วงนี้เพียงบัญญัติความคุ้มครองเกี่ยวเนื่องกับการหมิ่นประมาทผู้ตายที่ปรากฏในมาตรา 327 ที่มุ่งคุ้มครองชื่อเสียงของคนตายเท่านั้นไม่ได้คุ้มครองศพคนตายโดยตรง ซึ่งเกิดปัญหาตามมาภายหลังจากการใช้ประมวลกฎหมายอาญามีผู้ที่กระทำให้สิ่งที่ไม่สมควรแก่ศพเพิ่มมากขึ้นทำให้เกิดเป็นปัญหาของสังคมตามมาไม่ว่าจะเป็นการทำลายศพในด้านอื่น ๆ การดูหมิ่นเหยียดหยามศพ การกระทำชำเราศพ ฯลฯ จนเป็นปัญหาในเรื่องของความชัดเจนในการบังคับใช้กฎหมายเพื่อกำหนดความรับผิดและโทษเพราะไม่อาจจะลงโทษผู้กระทำตามปัญหาจากการกระทำดังที่ได้กล่าวมาในข้างต้นได้ ต่อมาจึงได้มีการบัญญัติเพิ่มเติมในความผิดเกี่ยวกับศพไว้ในพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 22) พ.ศ. 2558 ขึ้นเพื่อให้เกิดความชัดเจนในการกำหนดความผิดและเป็นการป้องปรามไม่ให้เกิดความผิดที่เกี่ยวกับศพ

ดังนั้นในการอธิบายถึงความเป็นมาของความผิดที่เกี่ยวกับศพในประมวลกฎหมายอาญาของไทยจึงสามารถแบ่งช่วงเวลาออกได้ดังต่อไปนี้

3.2.1 ประมวลกฎหมายอาญา ก่อนประกาศใช้ พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 22) พ.ศ. 2558

เมื่อมีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายอาญา ในช่วงแรกก็ได้กำหนดความผิดเกี่ยวกับศพไว้เป็นการเฉพาะเจาะจง จะมีเพียงความผิดฐานลอบฝัง ซ่อนเร้น ย้ายหรือทำลายศพตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 199²¹ เท่านั้น ที่ปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งผู้กระทำความผิดตามมาตรานี้ จะต้องมีความเจตนาพิเศษเพื่อปิดบังการเกิด การตายและเหตุแห่งการ

²¹ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 199 บัญญัติว่า “ผู้ใดลอบฝัง ซ่อนเร้น ย้ายหรือทำลายศพหรือส่วนของศพเพื่อปิดบังการเกิด การตายหรือเหตุแห่งการตาย ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือปรับไม่เกินสองหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”



ตาย²² ยกตัวอย่างเช่น จำเลยทำร้ายผู้ตายจนเป็นเหตุให้ผู้ตายถึงแก่ความตาย แล้วรีบนำศพไปเผาปนกิจที่วัดโดยไม่แจ้งให้บิดามารดาผู้ตายและพนักงานเจ้าหน้าที่ทราบ เมื่อมีผู้ขอศพผู้ตายจำเลยก็ไม่ยอมให้ดูเป็นการย้ายศพโดยมีเจตนาเพื่อปิดบังการตายหรือเหตุแห่งการตาย²³ แต่ถ้าเป็นการย้ายศพไปเผา โดยมารดาและภริยาผู้ตายยินยอม และได้ชั้นสูตรพลิกศพแล้วก็ไม่ใช้ความผิดตามมาตรา²⁴

จากการศึกษา พบว่า ในเรื่องดังกล่าว เป็นการคุ้มครองศพเพื่อมิให้ถูกปิดบังการตาย จากทั้งการทำงานของเจ้าพนักงานในการยุติธรรมในการดำเนินคดีเพื่อหาถึงสาเหตุการตาย สอดคล้องกับการออกพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ในปี พ.ศ. 2542²⁵ มาตรา 150 ทวิ²⁶ ที่บัญญัติโทษแก่ผู้กระทำการใด ๆ แก่ศพก่อนการชันสูตรพลิกศพเสร็จสิ้นอันจะทำให้ผลทางคดีเปลี่ยนแปลงไป อันเป็นการคุ้มครองสิทธิของผู้ตายและบรรดาญาติพี่น้องให้ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเพื่อจะได้รู้ถึงสาเหตุการตายที่ถูกต้องและได้นำศพมาทำพิธีกรรมทางศาสนาที่เหมาะสมตามความเชื่อของตน

อย่างไรก็ดี การคุ้มครองศพในประมวลกฎหมายอาญาในช่วงนั้นก็ยังไม่ครอบคลุม อันเนื่องมาจากมีการปรากฏกระทำความผิดเกี่ยวกับศพและกระทำที่ไม่เหมาะสมต่อศพมากขึ้นกว่าในสมัยก่อน อาทิ การกระทำชำเราศพ การกระทำอนาจารศพ การทำให้ศพเสียหาย การทำลายศพ (ต้องไม่มีเจตนาพิเศษเพื่อปิดบังการตายหรือเหตุแห่งการตาย) และการดูหมิ่นเหยียดหยามศพ ส่งผลทำให้การบังคับใช้กฎหมายอาญาที่ผ่านมาก็ได้มีความพยายามในการปรับใช้กฎหมายในบางฐานความผิดเพื่อมาลงโทษผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับศพ ดังนี้คือ

1) การพยายามนำความผิดฐานทำให้เสียทรัพย์ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 358²⁷ มาปรับใช้กับในเรื่องของการทำให้ศพเสียหาย ในกรณีที่มีการกระทำที่ไม่เหมาะสม

²² จิตติ ดิงศภัทย์, *กฎหมายอาญาภาค 2 ตอน 1*, พิมพ์ครั้งที่ 8 (กรุงเทพฯ: จีรรัชการพิมพ์, 2548), 435.

²³ คำพิพากษาฎีกาที่ 6255/2534 ฎีกาสำนักรงเสริมเล่ม 10, 192.

²⁴ คำพิพากษาฎีกาที่ 717/2511, 806, ดู จิตติ ดิงศภัทย์, *กฎหมายอาญาภาค 2 ตอน 1*, 435.

²⁵ พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (ฉบับที่ 21) พ.ศ. 2542

²⁶ ประมวลวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 150 ทวิ บัญญัติว่า “ผู้ใดกระทำการใด ๆ แก่ศพหรือสภาพแวดล้อมในบริเวณที่พบศพก่อนการชันสูตรพลิกศพเสร็จสิ้น ในประการที่น่าจะทำการชันสูตรพลิกศพหรือผลทางคดีเปลี่ยนแปลงไป เว้นแต่จำเป็นต้องกระทำเพื่อป้องกันอันตรายแก่อนามัยของประชาชนหรือเพื่อประโยชน์สาธารณะอย่างอื่น ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หกเดือนถึงสองปี หรือปรับตั้งแต่หนึ่งหมื่นบาทถึงสี่หมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งเป็นการกระทำโดยทุจริตหรือเพื่ออำพรางคดี ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษเป็นสองเท่าของโทษที่กำหนดไว้สำหรับความผิดนั้น”

²⁷ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 358 บัญญัติว่า “ผู้ใดทำให้เสียหาย ทำลาย ทำให้เสื่อมค่าหรือทำให้ไร้ประโยชน์ซึ่งทรัพย์ของผู้อื่นหรือผู้อื่นเป็นเจ้าของรวมอยู่ด้วย ผู้นั้นกระทำความผิดฐานทำให้เสียทรัพย์ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

ต่อศพ เช่น การทุบตีศพ เอาเท้าถีบศพ ปัสสาวะรดศพ ทำลายศพให้เกิดความเสียหาย ฯลฯ ซึ่งถือเป็นการทำให้เกิดความเสียหาย

ดังนั้น การนำประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 358 เรื่องการทำให้เสียทรัพย์มาใช้กับศพทำให้เกิดแนวคิดที่แตกต่างกัน โดยฝ่ายที่สนับสนุนว่าศพเป็นทรัพย์ก็ได้ให้เหตุผลว่าศพเป็นวัตถุที่มีรูปร่างแน่นอนและศพก็ย่อมมีคุณค่าแก่ญาติผู้ตาย ดังนั้นฝ่ายนี้จึงเห็นว่าศพก็น่าจะเป็นทรัพย์ได้²⁸ การทำให้ศพเสียหายจึงจะต้องเป็นความผิดฐานทำให้เสียทรัพย์

อย่างไรก็ดีมีข้อสังเกตฝ่ายคัดค้านที่เห็นว่าศพไม่เป็นทรัพย์ก็จะให้เหตุผลว่าตามจารีตประเพณีและความรู้สึกอันดีของบุคคลทั่ว ๆ ไป ไม่ประสงค์จะมองว่าศพเป็นเหมือนวัตถุชิ้นหนึ่งดังเช่นสิ่งของ หรือเครื่องใช้ และหากมีการกระทำทารุณกรรมต่อศพในทางที่ไม่เหมาะสมก็อาจจะเกิดความกระทบกระเทือนต่อความรู้สึกได้ จึงไม่อาจคิดว่าศพเป็นวัตถุชนิดหนึ่งที่เป็นทรัพย์เหมือนสิ่งของทั่วไป ฝ่ายนี้จึงเห็นว่าศพไม่ถือว่าเป็นทรัพย์การทำลายศพควรจะมี ความผิดฐานอื่นที่ไม่ใช่การทำให้เสียทรัพย์²⁹

ดังนั้นด้วยจากเหตุผลทั้งในฝ่ายสนับสนุนและฝ่ายที่คัดค้านที่ต่างให้เหตุผลในการพิจารณาว่าศพเป็นทรัพย์หรือไม่ จึงทำให้เกิดปัญหาข้อโต้แย้งในการพิจารณา จนเป็นที่มาเกี่ยวกับเรื่องการกำหนดความรับผิดที่เกี่ยวกับศพในประมวลกฎหมายอาญาขึ้นในภายหลัง

2) การพยายามนำความผิดฐานหมิ่นประมาทผู้ตายตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 327³⁰ มาปรับใช้กับการกระทำที่ไม่เหมาะสมต่อศพเพื่อที่จะคุ้มครองชื่อเสียงของผู้ตายไม่ให้เสียหาย จนไปกระทบต่อบุคคลที่สามคือบิดา มารดา บุตร สามี ภริยา เช่น สบประมาทต่อหน้าศพผู้ตายว่าเป็นคนคดโกง เป็นคนไม่ดี จนทำให้ญาติได้รับความอับอายถูกดูหมิ่นเกลียดชัง เพราะตามขนบธรรมเนียมประเพณีของไทย การหมิ่นประมาทถูกผู้ตายย่อมทำให้บุคคลที่มีชีวิตอยู่พลอยเสื่อมเสียชื่อเสียงไปด้วย³¹

อย่างไรก็ดี การคุ้มครองดังกล่าวก็เป็นการคุ้มครองที่ค่อนข้างจำกัด เพราะหากเกิดการกระทำที่ไม่เหมาะสมต่อศพ แต่ไม่ถึงขนาดใส่ความผู้ตาย เช่น ด่าทอศพว่าทุเรศเหมือนสุนัข

²⁸ ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิดและโทษ, พิมพ์ครั้งที่ 17 แก้ไขเพิ่มเติม (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2562), 335.

²⁹ เรื่องเดียวกัน.

³⁰ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 327 บัญญัติว่า “ผู้ใดใส่ความผู้ตายต่อบุคคลที่สามและการใส่ความนั้น น่าจะเป็นเหตุให้บิดา มารดา คู่สมรสหรือบุตรของผู้ตายเสียชื่อเสียง ถูกดูหมิ่นหรือถูกเกลียดชัง ผู้นั้นกระทำความผิดฐานหมิ่นประมาท ต้องระวางโทษดังบัญญัติไว้ในมาตรา 326”

³¹ หยุต แสงอุทัย, กฎหมายอาญา ภาค 2-3, พิมพ์ครั้งที่ 11 แก้ไขปรับปรุง (กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556), 271.



หรือสัตว์เลื้อยคลาน เขี้ยดยอดหมายว่าศพสกปรกน่ารังเกียจ เป็นฝิปอบ³² เป็นต้น ซึ่งกฎหมายในเรื่องของหมิ่นประมาทผู้ตายก็ไม่อาจที่จะมาคุ้มครองศพผู้ตายได้ เพราะการกระทำดังกล่าวไม่ใช่การหมิ่นประมาทผู้ตาย แต่เป็นการดูหมิ่นเขี้ยดยอดหมายศพเท่านั้น และกฎหมายก็ไม่สามารถปรับกับความผิดฐานดูหมิ่นซึ่งหน้าได้ เพราะศพไม่ถือเป็น "ผู้อื่น" ในองค์ประกอบกฎหมายอาญามาตรา 393³³ ทำให้กฎหมายอาญาในช่วงเวลาดังกล่าวยังไม่มีการกำหนดว่าการดูหมิ่นเขี้ยดยอดหมายศพเป็นความผิดอันจะลงโทษผู้กระทำได้ จึงทำให้เกิดปัญหาเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิของผู้ตายและเกิดความขัดแย้งในสังคมเพราะญาติพี่น้องของผู้ตายได้รับความเสียหายแก่จิตใจและอาจเกิดผลกระทบต่อสังคม อันเกิดจากการที่กฎหมายไม่อาจนำมาบังคับใช้เพื่อการลงโทษผู้กระทำผิดได้อย่างเหมาะสม

ดังนั้น จากปัญหาที่เกิดขึ้นไม่ว่าจะเป็นในเรื่องของการทำให้ศพเสียหายหรือการดูหมิ่นเขี้ยดยอดหมายศพ การชำเราศพ จึงเป็นที่มาในการแก้ไขเพิ่มเติมในความผิดที่เกี่ยวกับศพขึ้นในภายหลัง

3.2.2 ประมวลกฎหมายอาญา หลังประกาศใช้ พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 22) พ.ศ. 2558

จากปัญหาที่เกิดขึ้นในการปรับใช้กฎหมายอาญาเพื่อคุ้มครองความผิดที่เกี่ยวกับศพ ได้แก่ การกระทำชำเราศพ การกระทำอนาจารต่อศพ การกระทำให้ศพเสียหายและการดูหมิ่นเขี้ยดยอดหมายศพอันเป็นการละเมิดสิทธิของผู้ตาย³⁴ ซึ่งแต่เดิมกฎหมายอาญายังมิได้มีการกำหนดขึ้น จึงเป็นที่มาของการประกาศพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 22) พ.ศ. 2558 ซึ่งได้มีการบัญญัติความผิดเกี่ยวกับศพให้มีผลบังคับใช้ตั้งแต่วันที่ 14 กุมภาพันธ์ 2558 เป็นต้นไป โดยปรากฏเพิ่มเติมขึ้นเป็นลักษณะที่ 13 ความผิดเกี่ยวกับศพ มีทั้งหมด 4 มาตรา ดังนี้คือ

มาตรา 366/1³⁵ ได้บัญญัติถึงความผิดในการกระทำชำเราศพ และได้ให้ความหมาย

³² ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิดและโทษ, 407.

³³ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 393 บัญญัติว่า "ผู้ใดดูหมิ่นผู้อื่นซึ่งหน้าหรือด้วยการโฆษณา ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งเดือน หรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ"

³⁴ หมายเหตุ: พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 22) พ.ศ. 2558

³⁵ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 366/1 (ในพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 22) พ.ศ. 2558) บัญญัติว่า "ผู้ใดกระทำชำเราศพ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปีหรือปรับไม่เกินหกหมื่นบาทหรือทั้งจำทั้งปรับ"

การกระทำชำเราตามวรรคหนึ่ง หมายความว่า การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำโดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของศพ หรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของศพ"

ของการกระทำซ้ำเราที่มีความหมายเดียวกับมาตรา 276 วรรคสอง เพียงแต่เปลี่ยนจากคำว่า กระทำต่อ“ของผู้อื่น” มาเป็น กระทำต่อ “ของศพ” เท่านั้น

แต่อย่างไรก็ตามฐานความผิดเกี่ยวกับศพมาตรานี้ มีข้อสังเกตว่าไม่ได้ใช้คำว่า “ข่มขืนกระทำชำเรา” เหมือนเช่นในความผิดเกี่ยวกับเพศ เพราะว่า “ศพ” หมายถึง ร่างกายของคนตายไปแล้ว หากยังไม่ตายก็ไม่ใช่ศพ³⁶ การกระทำชำเราต่อซากศพที่เป็นสิ่งที่ไร้ชีวิตจิตใจ จึงไม่อาจถูกข่มขืนกระทำชำเราได้ กฎหมายจึงใช้แต่เพียงคำว่า “กระทำชำเรา” ในฐานความผิดนี้เท่านั้น³⁷

มาตรา 366/2³⁸ ได้บัญญัติถึงความผิดเกี่ยวกับการกระทำอนาจารศพ ซึ่งการกระทำอนาจารแก่ศพ ได้แก่ การกระทำอันไม่สมควรทางเพศกับศพการจับอวัยวะเพศ ลูกคล้ำ ร่างกายหรือกระทำใด ๆ ต่อศพ แต่ไม่ถึงกับมีการกระทำชำเราต่อศพ³⁹

อย่างไรก็ดี การกระทำความผิดในมาตรานี้ต้องพิจารณาจากเจตนาของผู้กระทำ ความผิดเป็นหลัก ยกตัวอย่าง เช่น หากแพทย์ชันสูตรศพมีความจำเป็นในการต้องการพิสูจน์ศพและจำเป็นต้องจับต้องอวัยวะเพศหรือทวารหนักของศพก็ตาม แต่ถ้าทำไปเพื่อเจตนาค้นหาหลักฐานหรือเพื่อการสอบสวนคดีในทางนิติเวช การกระทำดังกล่าวของแพทย์ก็ไม่ใช่ความผิด

มาตรา 366/3⁴⁰ บัญญัติถึงความผิดที่เกี่ยวกับศพในเรื่องการทำลายหรือการทำให้ศพเสียหาย ซึ่งมีลักษณะใกล้เคียงกับความผิดฐานทำให้เสียทรัพย์ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 358 แต่ความแตกต่างในเรื่องนี้คือจะต้องมีวัตถุประสงค์ของการกระทำคือจะต้องกระทำต่อตัวศพเท่านั้น แต่หากเป็นการกระทำต่อทรัพย์สินหรือสิ่งของอย่างอื่นที่ติดตัวศพ เช่น ทำลายนาฬิกา โทรศัพท์มือถือ แว่นตา หรือ ทรัพย์สินอื่น ๆ ที่ผู้ตายสวมใส่อยู่ ก็จะไม่ใช่ความผิดตามมาตรานี้

มาตรา 366/4⁴¹ กฎหมายได้บัญญัติถึงการกระทำความผิดฐานดูหมิ่นเหยียดหยามศพ กล่าวคือเป็นการกระทำในลักษณะดูหมิ่น สบประมาท ไม่ให้เกียรติต่อศพ โดยกรณีการกระทำดังกล่าวนั้น แม้จะกระทำโดยไม่มีคนพบเห็นหรือได้ยินก็ตาม แต่การกระทำดังกล่าวก็เป็น

³⁶ คำพิพากษาฎีกาที่ 13262/2558 ฎีกาสำนักรับรองการประจำศาลฎีกาเล่ม 10, 85.

³⁷ คนพล จันทน์หอม, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิด เล่ม 2, 534.

³⁸ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 366/2 บัญญัติว่า “ผู้ใดกระทำอนาจารแก่ศพ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสองปีหรือปรับไม่เกินสี่หมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

³⁹ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิดและลหุโทษ, 406.

⁴⁰ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 366/3 บัญญัติว่า “ผู้ใดไม่มีเหตุอันสมควร ทำให้เสียหาย เคลื่อนย้ายทำลาย ทำให้เสื่อมค่าหรือทำให้ไร้ประโยชน์ ซึ่งศพ ส่วนของศพ อัฐิ หรือเถ้าของศพ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปีหรือปรับไม่เกินหกหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

⁴¹ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 366/4 บัญญัติว่า “ผู้ใดกระทำความผิดด้วยประการใด ๆ อันเป็นการดูหมิ่นเหยียดหยามศพ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามเดือน หรือปรับไม่เกินห้าพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”



ความผิดเพราะความผิดฐานนี้เอาผิดผู้ที่กระทำต่อศพโดยตรง โดยจะต้องมีข้อสำคัญเช่นเดียวกับความผิดฐานดูหมิ่นผู้อื่นซึ่งหน้า ที่จะต้องมีผู้อยู่ในขณะที่มีการดูหมิ่น⁴² ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 393⁴³ แต่ในส่วนของกรดูหมิ่นศพจะต้องมีศพอยู่บริเวณที่มีการกระทำเกิดขึ้น เช่น ต่ำทศพในศาลาสวดศพ หรือในงานบำเพ็ญกุศล แม้ว่าในขณะนั้นจะยังไม่มีคนมาร่วมงานศพเลยก็ตาม⁴⁴

3.3.3 ประมวลกฎหมายอาญา หลังประกาศใช้ พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 27) พ.ศ. 2562

ในการแก้ไขประมวลกฎหมายอาญาในครั้งนี้ ได้มีการปรับปรุงคำนิยามของคำว่า “กระทำชำเรา” ในบทบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศและบทบัญญัติเกี่ยวกับศพในประมวลกฎหมายอาญาของไทยให้มีความสอดคล้องกับลักษณะของการกระทำชำเราตามธรรมชาติ

ในประมวลกฎหมายอาญามาตรา 366/1⁴⁵ ที่ได้มีการเปลี่ยนแปลงแก้ไขในครั้งใหม่นี้ ได้มีการเปลี่ยนแปลงเพื่อให้สอดคล้องกับคำว่า “กระทำชำเรา” ในฐานความรับผิดชอบในทางเพศตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 ที่ได้มีการตัดความหมายของคำว่า “กระทำชำเรา” ตามวรรคสองในมาตรา 276 และได้ไปกำหนดคำว่ากรกระทำชำเราในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 1 (18)⁴⁶ แทน

เมื่อพิจารณาถึงประมวลกฎหมายอาญามาตรา 366/1 จะเห็นว่าจะไม่ได้มีความหมายของคำว่ากระทำชำเราเหมือนในความผิดบทบัญญัติเกี่ยวกับทางเพศ แต่จะมีการบัญญัติกรกระทำเฉพาะที่สอดคล้องกับประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 1 (18) ที่ใช้คำว่า “สนองความใคร่โดยใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำล่วงล้ำอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น” เหมือนกันเพื่อให้แยกจากปัญหาของคำว่ากระทำชำเราที่ไม่สามารถใช้กับศพได้เพราะศพไม่มีสภาพจิตใจที่จะถูกข่มขืนกระทำชำเราได้ ทำให้บทบัญญัติในกฎหมายใช้คำว่าสนองความใคร่แทน

⁴² ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, *ประมวลกฎหมายอาญา ฉบับอ้างอิง*, พิมพ์ครั้งที่ 42 แก้ไขเพิ่มเติม (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2562), 719.

⁴³ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 393 บัญญัติว่า “ผู้ใดดูหมิ่นผู้อื่นซึ่งหน้าหรือด้วยการโฆษณา ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งเดือน หรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

⁴⁴ คณพล จันทน์หอม, *คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิด เล่ม 2*, 538.

⁴⁵ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 366/1 บัญญัติว่า “ผู้ใดกระทำเพื่อสนองความใคร่ของตน โดยการใช้อวัยวะเพศของตนล่วงล้ำอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของศพ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปีหรือปรับไม่เกินหกหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

⁴⁶ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 1 (18) บัญญัติว่า “กระทำชำเรา หมายความว่า กระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ โดยใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำล่วงล้ำอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น”

จึงเห็นได้ว่าการแก้ไขความรับผิดเกี่ยวกับศพในครั้งนี้จึงมีการแก้ไขให้เกิดความชัดเจนในการปรับใช้คำให้มีความเหมาะสม และยังคงหลักการเดิมซึ่งก็คือการลงโทษการกระทำที่ไม่เหมาะสมต่อศพในทางเพศเพื่อป้องกันและปรามไม่ให้ผู้กระทำการอันไม่เหมาะสมกับศพได้

ดังนั้น จากการศึกษาวิวัฒนาการความรับผิดเกี่ยวกับศพในกฎหมายอาญาของไทยนั้นพบว่าในเรื่องดังกล่าวได้มีวิวัฒนาการปรากฏมาตั้งแต่ในสมัยกฎหมายตราสามดวง และได้มีการพัฒนากฎหมายตามความจำเป็นของสังคมในแต่ละยุคแต่ละสมัยจวบจนปัจจุบันที่สังคมมีความสลับซับซ้อนเพิ่มมากขึ้น มีการกระทำที่ไม่เหมาะสมต่อศพผู้ตายเพิ่มมากขึ้น กฎหมายจึงได้มีการกำหนดความรับผิดเพิ่มเติมในกฎหมายลักษณะอาญา เรื่อยมาจนมาถึงประมวลกฎหมายอาญาของไทยในปัจจุบัน ซึ่งการกำหนดความรับผิดเกี่ยวกับศพก็จะมีเพื่อแก้ไขความไม่ชัดเจนในเรื่องของการกระทำที่ไม่เหมาะสมต่อศพ จึงเป็นเหตุผลที่สำคัญที่กฎหมายไทยจำเป็นต้องได้มีการบัญญัติความผิดเกี่ยวกับศพขึ้นมาไว้โดยเฉพาะ

อย่างไรก็ตาม แม้กฎหมายไทยจะได้พยายามแก้ไขปัญหาดต่อการกระทำที่ไม่เหมาะสมเกี่ยวกับศพ โดยได้มีการปรับปรุงเพิ่มเติมกฎหมายขึ้นมากก็ตาม แต่เมื่อพิจารณาถึงความผิดเกี่ยวกับศพที่ได้บัญญัติขึ้นก็ยังไม่มีความสอดคล้องทั้งหมดกับกฎหมายอาญาในความผิดลักษณะอื่น ๆ โดยเฉพาะในเรื่องของความผิดเกี่ยวกับบทบัญญัติความผิดเกี่ยวกับชื่อเสียงที่กฎหมายใช้บังคับกับบุคคลผู้มีชีวิตกลับบัญญัติเป็นเพียงความผิดลหุโทษ แต่เมื่อนำมาใช้กับศพกลับเป็นความผิดอาญาแผ่นดินที่กฎหมายกำหนดโทษหนักกว่ากระทำต่อคนเป็น เช่นในความผิดฐานดูหมิ่นหากกระทำกับบุคคลที่ยังมีชีวิตกฎหมายก็กำหนดให้เป็นความผิดเพียงลหุโทษ เป็นต้น ทำให้เกิดกฎหมายดังกล่าวมีรูปแบบการคุ้มครองผู้ที่เสียชีวิตแล้ว มากกว่าผู้ที่ยังมีชีวิตอยู่

4. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

4.1 บทสรุป

บัดนี้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 366/1 – 366/4 ของไทย บัญญัติถึงการกระทำต่อศพนั้นถือเป็นการกระทำที่ไม่สมควร ทั้งเป็นการกระทำที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนซึ่งแต่เดิมมิได้มีการบัญญัติเป็นการเฉพาะเจาะจง ต่อมาเมื่อมีการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญาฉบับที่ 22 และฉบับที่ 27 ทำให้มีการบัญญัติกฎหมายเพื่อคุ้มครองเกี่ยวกับศพในเรื่องการสนองความใคร่ การกระทำอนาจารต่อเกียรติยศชื่อเสียง และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ แม้ว่าผู้ผู้นั้นจะเสียชีวิตไปแล้วก็ตาม



ประเด็นที่น่าสนใจ คือ การกำหนดความผิดนั้นเหมาะสมแล้วหรือไม่ กล่าวคือ อย่างไม่ได้กล่าวมาในข้างต้นแล้วว่าการกระทำเราต่อคนที่มีชีวิตในบางเรื่องเป็นความผิดที่ยอมความไม่ได้ เช่น กรณีมิได้เกิดต่อหน้าธารกำนัล การกระทำชำเราตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 วรรคหนึ่ง หรือ การกระทำอนาจารตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 278 วรรคหนึ่ง ฯลฯ ขณะที่หากกระทำต่อศพกลับเป็นความผิดที่ยอมความไม่ได้ โดยอาจเกิดจากความบกพร่องในการเพิ่มเติมความผิดดังกล่าว รวมถึงความผิดในเรื่องอนาจารซึ่งหากกระทำต่อคนมีชีวิตก็เป็นความผิดที่สามารถยอมความได้ แต่หากกระทำต่อศพกลับเป็นความผิดที่ไม่สามารถยอมความได้ หรือความผิดฐานดูหมิ่นเหยียดหยาม ซึ่งหากกระทำต่อผู้ที่มีชีวิตก็เป็นความผิดเพียงลหุโทษตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 393 เท่านั้น แต่เมื่อกระทำกับศพจะกลายเป็นความผิดอาญาแผ่นดิน ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 366/4⁴⁷ ทำให้จากที่ได้ศึกษามาผู้เขียนพิจารณาได้ว่าการกระทำตามที่ได้กล่าวมาต่อผู้ที่เคยเป็นมนุษย์ (ศพ) จะมีความผิดที่หนักกว่ากระทำต่อมนุษย์ที่ยังมีชีวิต ซึ่งหากพิจารณาจากความประสงค์ในการคุ้มครองศพก็ไม่น่ามีการกำหนดความผิดให้ความรุนแรงเช่นนั้น เพราะกฎหมายย่อมประสงค์ที่จะมีการคุ้มครองคนที่มีชีวิตมากกว่าคนที่ตายไปแล้ว

4.2 ข้อเสนอแนะ

เนื่องจากการบัญญัติความผิดต่อศพขึ้นมานั้นได้มีการกำหนดโทษที่ค่อนข้างสูงอันเป็นความผิดที่ยอมความไม่ได้ ปัญหาที่เกิดขึ้นจะเห็นได้ว่าการแก้ไขกฎหมายอาญาเป็นเรื่อง ๆ โดยไม่พิจารณาถึงโทษอื่นทั้งความผิดที่เป็นหลัก ก็อาจจะทำให้การแก้ไขไม่เกิดประโยชน์เท่าที่ควรจะเป็น ดังเช่นในกรณีตามที่ได้เสนอในบทความนี้ ดังนั้นในการกำหนดโทษควรได้รับการพิจารณาแก้ไข ยกตัวอย่างเช่น เรื่องการดูหมิ่นเหยียดหยามศพในมาตรา 366/4 หากสามารถนำองค์ประกอบความผิดเกี่ยวกับการดูหมิ่นเหยียดหยามศพไปบัญญัติไว้ในวรรคสองของประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 393 ได้ก็น่าจะช่วยทำให้เกิดความเป็นธรรมเพิ่มมากขึ้น เป็นต้น ส่วนจะบัญญัติให้มีความรับผิดอย่างไรก็เป็นเรื่องที่จะต้องมีการศึกษาค้นคว้าในลำดับถัดไป

นอกจากในเรื่องของการดูหมิ่นเหยียดหยามศพแล้ว เรื่องสนองความใคร่ของตนต่อศพ การทำอนาจารต่อศพ การทำเสียหาย เคลื่อนย้าย ทำลาย ทำให้เสื่อมค่าต่อศพ ส่วนของศพ หรืออัฐิของศพ หากสามารถนำมาปรับเข้ากับหมวดความผิดลหุโทษได้ก็น่าจะช่วยแก้ปัญหาการกำหนดความผิดให้เหมาะสมได้ เพราะความผิดลหุโทษเป็นลักษณะของความรับผิดเด็ดขาดที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยในสังคม เมื่อมีการกระทำความผิดเกิดขึ้นรัฐก็สามารถลงโทษผู้กระทำความผิดได้ทันที⁴⁸ ดังนี้ หากนำความผิดเกี่ยวกับศพ (มาตรา 366/1 – 366/4) มาบัญญัติ

⁴⁷ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิดและลหุโทษ, 407.

⁴⁸ เรื่องเดียวกัน, 411.



ไว้ในส่วนของความผิดลหุโทษได้ก็น่าจะช่วยให้การลงโทษผู้กระทำความผิดที่เกี่ยวกับศพได้อย่างเป็นธรรมและมีความยุติธรรมเพิ่มมากขึ้น

เพราะมีเช่นนั้นหากยังไม่มีกรแก้ไขจะส่งผลให้ผู้เขียนเห็นว่ากฎหมายอาญาของไทยที่แก้ไขใหม่จะคุ้มครองคนตายที่กลายเป็นศพแล้วมากกว่าคนเป็นที่ยังมีชีวิต.....



References

- Cross Cultural Foundation, HAP, and Duayjai Group. *Handbook on Fact-Finding in Cases of human rights violation (Woman and Children)*. Bangkok: Pripres, 2014. [in Thai]
- Jitti Tingsaphat. *Criminal Law Part II Book I*. 8th ed. Bangkok: Chirarat Printing Ltd., Part, 2005. [in Thai]
- Kanaphon Chanhom. *An Explanation on Criminal Law: Offences, Book II*. 2nd rev.ed. Bangkok: Winyuchon, 2016. [in Thai]
- Kiatkajorn Vajanasawat. *An Explanation on Criminal Law Part I*. 10th ed. Bangkok: Khung Siam Printing (Thailand Co., Ltd.), 2019. [in Thai]
- OCHOA, Tyler Trent. "JONES, Christine Newman, Defiling the Dead: Necrophilia and the Law." *Whittier L. Rev.* 18 (1996): 539.
- Pridi Banomyong Institute. *Three Seals Law: The University of Moral and Political Sciences Edition, Revised Book I*. Bangkok: Sukkhapabjai, 2005. [in Thai]
- Taweekiat Meenakanit. *An Explanation on Criminal Law: Offences and Petty Offences*. 17th rev.ed. Bangkok: Winyuchon, 2019. [in Thai]
- Taweekiat Meenakanit. *Criminal Law: The References*. 42th rev.ed. Bangkok: Winyuchon, 2019. [in Thai]
- Yud Sang-U-Tai. *An Explanation on the Criminal Law of Siam R.S. 127*. 6th ed. Bangkok: Winyuchon, 2005. [in Thai]
- Yud Sang-U-Tai. *Criminal Law Part II-III*. 11th rev.ed. Bangkok: Thammasat University Press, 2013. [in Thai]