

การตีความประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 199 ศึกษาขอบเขตความรับผิดชอบ
ปัญหาทางกฎหมาย กรณีกระทำต่อซากทารกหรือส่วนของซากทารก

ปฐวี คงย่อย

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต
สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ปรีดี พนมยงค์
มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์

พ.ศ. 2557

**Construction of Section 199 of the Penal Code: Focusing on the Extent of
Liability and Legal Problem Concerning Acts Committed upon a Whole
or Part of an Infant's Corpse**



Puttawee Kongyoy

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

Department of Law

Pridi Banomyong Faculty of Law, Dhurakij Pundit University

2014

หัวข้อวิทยานิพนธ์	การตีความประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 199 ศึกษาขอบเขตความรับผิดชอบกับปัญหาทางกฎหมาย กรณีกระทำต่อซากทารกหรือส่วนของซากทารก
ชื่อผู้เขียน	ปฐวิ คงชัย
อาจารย์ที่ปรึกษา	รองศาสตราจารย์ อัจฉริยา ชูตินันท์
สาขาวิชา	นิติศาสตร์
ปีการศึกษา	2556

บทคัดย่อ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีวัตถุประสงค์ในการศึกษา การตีความประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 199 ศึกษาขอบเขตความรับผิดชอบกับปัญหาทางกฎหมาย กรณีกระทำต่อซากทารกหรือส่วนของซากทารก เนื่องจากบทบัญญัติของมาตรา 199 ประมวลกฎหมายอาญาของไทยที่มีผลบังคับใช้อยู่ในปัจจุบัน ซึ่งได้บัญญัติว่า “ผู้ใดลอบฝัง ซ่อนเร้น ซักย้าย หรือทำลายศพ หรือส่วนของศพ เพื่อปิดบังการเกิด การตายหรือเหตุแห่งการตาย ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือปรับไม่เกินสองพันบาทหรือทั้งจำทั้งปรับ” จะเห็นได้ว่าบทบัญญัตินี้ได้มีการบัญญัติถึงกรณีซากทารกหรือส่วนของซากทารกไว้ด้วย จึงมีประเด็นในการตีความว่าจะนำบทบัญญัติของมาตรานี้ไปใช้ลงโทษบุคคลที่กระทำความผิดเกี่ยวกับการกระทำต่อซากทารกหรือส่วนของซากทารกได้หรือไม่ โดยเฉพาะการนำซากทารกมาใช้ประกอบพิธีทางไสยศาสตร์

จากการศึกษาพบว่า องค์ประกอบของความผิดตามมาตรา 199 ประกอบด้วย องค์ประกอบภายนอกได้แก่ (1) ลอบฝัง ซ่อนเร้น ซักย้าย หรือทำลาย (2) ศพ หรือส่วนของศพ องค์ประกอบภายในคือ (1) เจตนา (2) มูลเหตุชักจูงใจ เพื่อปิดบังการเกิด การตาย หรือเหตุแห่งการตาย การนำซากทารกไปประกอบพิธีทางไสยศาสตร์ด้วยการปลุกเสกเป็นกุมารทองนั้นเป็นการกระทำต่อซากทารกหรือส่วนของซากทารก นอกจากนี้ ยังมีมูลเหตุชักจูงใจที่จะปิดบังการเกิด การตาย หรือเหตุแห่งการตายของทารกแต่ประการใด ดังนั้นการกระทำความผิดดังกล่าวจึงไม่ครบองค์ประกอบของความผิดทั้งองค์ประกอบภายนอกและองค์ประกอบภายในตามมาตรา 199 การกระทำความผิดดังกล่าวถือว่าเป็นการกระทำที่ไม่เหมาะสมต่อซากทารกเท่านั้น ประกอบกับตามมาตรา 2 แห่งประมวลกฎหมายอาญาของไทย ได้บัญญัติหลักประกันกฎหมายอาญาเอาไว้ว่า หมายความว่า กฎหมายอาญาต้องตีความอย่างเคร่งครัด จะนำบทบัญญัตินี้มาใช้ลงโทษบุคคลตามหลักกฎหมายใกล้เคียงอย่างอื่นไม่ได้ ผู้กระทำความผิดในลักษณะที่นำซากทารกหรือส่วนของ

ซากทารกมาประกอบพิธีทางไสยศาสตร์จึงไม่ควรมีความผิดฐานปิดบังการเกิดการตายตาม มาตรา 19

จากการศึกษาดังกล่าว ผู้ศึกษาจึงเห็นควรแยกเป็น 2 กรณี กล่าวคือ

(1) บทบัญญัติประมวลกฎหมายอาญา ลักษณะ 3 ความผิดเกี่ยวกับการยุติธรรม หมวด 1 ความผิดต่อเจ้าพนักงานในการยุติธรรมมาตรา 199 เป็นบทบัญญัติที่กำหนดความผิด เกี่ยวกับการทำลายพยานหลักฐาน ทั้งนี้เพื่อให้พยานหลักฐานที่ใช้พิสูจน์การกระทำความผิดของ ผู้กระทำความผิดต้องถูกทำลาย ผู้ศึกษาจึงขอเสนอแนะให้มีการแก้ไขบทบัญญัติของมาตรา 199 โดยใช้ข้อความดังต่อไปนี้แทน

“ผู้ใดลอบฝัง ซ่อนเร้น ย้ายหรือทำลายศพหรือส่วนของศพ ซากทารกหรือส่วนของซาก ทารก เพื่อปิดบังการเกิด การตาย เหตุแห่งการตาย หรือกระทำความผิดอื่น ต้องระวางโทษจำคุก ไม่เกินหนึ่งปี หรือปรับไม่เกินสองพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

(2) กรณีการกระทำใดๆ อันเป็นการกระทำที่ไม่เหมาะสมต่อศพหรือส่วนของศพ ซากทารกหรือส่วนของซากทารก ผู้ศึกษาขอเสนอให้มีการกำหนดความผิดเกี่ยวกับการกระทำใด ๆ ที่ไม่เหมาะสมต่อศพขึ้นเป็นการเฉพาะเป็นความผิดอีกฐานหนึ่ง โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อเป็นการ ค้ำครองศพหรือส่วนของศพ ซากทารกหรือส่วนของซากทารก จากการกระทำที่ไม่เหมาะสมโดย ประการที่น่าจะเสียหายต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ (Human Dignity) โดยหมายรวมถึงการนำศพ หรือส่วนของศพ ซากทารกหรือส่วนของซากทารกไปใช้ในการประกอบพิธีทางไสยศาสตร์ด้วย

Thesis Title	Construction of Section 199 of the Penal Code: Focusing on the Extent of Liability and Legal Problem Concerning Acts Committed upon a Whole or Part of an Infant's Corpse
Author	Puttawee Kongyoy
Thesis Advisor	Assoc. Prof. Achariya Chutinun
Department	Law
Academic Year	2013

ABSTRACT

The objective of this thesis is to study construction of Section 199 of the Penal Code, particularly the extent of liability and legal problem concerning acts committed upon a whole or part of an infant's corpse. Considering Section 199 of Thai currently enforced Penal Code providing that whoever stealthily buries, conceals, removes or destroys a whole or part of a corpse in order to conceal the birth, the death, or the cause of death shall be liable to imprisonment for not exceeding one year or a fine of not exceeding two thousand Baht, or both; it can be seen that such provision does not mention about an infant's corpse or part of an infant's corpse. This, therefore, raises the construing issue of whether the provision of this section can be applied to punish the person whose evil act is committed upon a whole or part of an infant's corpse, especially that who uses a whole or part of an infant's corpse for black magic ritual.

It is found from the study that elements of the crime according to Section 199 are external elements, i.e. (i) stealthily buries, conceals, removes or destroys (ii) a whole or part of a corpse; and internal elements, i.e. (i) intent (ii) motive which is to conceal the birth, the death, or the cause of death. Taking an infant's corpse to use in black magic ritual, to make Kumarn Thong (black magic baby), is an act committed upon a whole or part of an infant's corpse. The motive of so doing is not to conceal the birth, the death, or the cause of death. The act is, therefore, not constituted of elements of crime according to Section 199, both external and internal elements. It is only deemed to be an inappropriate act committed on an infant's corpse or part of an infant's corpse. In addition, Section 2 of Thai Penal Code provides assurance about criminal law. This means criminal law must be strictly construed; the provision cannot be applied to punish a person

by Analogy. The person whose evil act is taking a whole or part of an infant's corpse to use in performing black magic ritual should not be guilty of concealing the birth or the death according to Section 199.

Due to the aforementioned findings, the author suggests the two followings;

(1) For Section 199 in Chapter 1 (Offenses against the Judicial Officials) of Title III (Offenses Relating to Public Justice) of the Penal Code which is the provision which prescribes an offense relating to destroying evidences so as to prevent evidences to be used for proving the commission of an offense of the offender from being destroyed; the author suggests that it should be amended. The provision should be as follows;

“Whoever stealthily buries, conceals, removes or destroys a whole or part of a corpse or an infant's corpse in order to conceal the birth, the death, the cause of death or the commission of other offense shall be liable to imprisonment for not exceeding one year or a fine of not exceeding two thousand Baht, or both

(2) For commission of an act which is not appropriate upon a whole or part of a corpse or an infant's corpse; the author suggests that it should be designated as another offense. There should be an offense which specifically prescribes about commission of an inappropriate act on a corpse and aims at protecting a whole or part of a corpse or an infant's corpse from an inappropriate act which is committed in a manner likely to harm to human dignity. Commission of the so offense should include taking a whole or part of a corpse or an infant's corpse to use in performing black magic ritual.

กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ สำเร็จลุล่วงได้ด้วยความสามารถและอนุเคราะห์อย่างยิ่งจาก รองศาสตราจารย์อัจฉริยา ชูตินันท์ ที่ให้ความเมตตาเป็นอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ โดยท่านได้สละเวลาอันมีค่ายิ่ง ช่วยชี้แนะให้ความรู้ คำแนะนำตั้งแต่ผู้เขียนเริ่มทำวิทยานิพนธ์ จวบจนสำเร็จสมบูรณ์ จึงขอกราบขอบพระคุณท่านเป็นอย่างสูง ที่ให้ความเมตตากรุณาแก่ผู้เขียน ตลอดมา

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณศาสตราจารย์ ดร.ไพศิษฐ์ พิพัฒน์กุล ที่กรุณาเป็น ประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. ปกป้อง ศรีสนิท และผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ธานี วรภัทร์ ที่กรุณาเป็นกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ ซึ่งอาจารย์ทุก ๆ ท่านได้กรุณาสละเวลา อันมีค่ายิ่งทำการตรวจพิจารณาให้ความรู้ คำแนะนำในการปรับปรุงแก้ไขวิทยานิพนธ์นี้ให้สมบูรณ์ มากยิ่งขึ้น

ผู้เขียนขอขอบคุณในความช่วยเหลือและกำลังใจจากเพื่อน ๆ นักศึกษากฎหมายอาญา รุ่น 53 ทุกท่าน ที่คอยเป็นกำลังใจอันสำคัญในการเขียนวิทยานิพนธ์จนสำเร็จลุล่วงไปได้ด้วยดี

สุดท้ายนี้ ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณบุคคลที่สำคัญอย่างยิ่ง คือคุณพ่อ คุณแม่ ของผู้เขียนที่ได้ให้กำลังใจและสนับสนุนผู้เขียนมาโดยตลอด

หากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ มีคุณค่าและประโยชน์ต่อการศึกษา ผู้เขียนขอมอบความดี ทั้งหมดให้แก่บิดา มารดา และครูบาอาจารย์ทุกคน ตลอดจนผู้แต่งตำราทุกท่านที่ผู้เขียนใช้อ้างอิง ในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ แต่หากมีความผิดพลาดและมีข้อบกพร่องอันเกิดจากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ผู้เขียนขอน้อมรับไว้แต่เพียงผู้เดียว

ปฐวิ คงย่อย

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย	ฅ
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ	จ
กิตติกรรมประกาศ.....	๗
บทที่	
1. บทนำ.....	1
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา.....	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา.....	5
1.3 สมมติฐานของการศึกษา.....	6
1.4 ขอบเขตของการศึกษา.....	6
1.5 วิธีดำเนินการศึกษา	7
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ.....	7
2. หลักการกำหนดความรับผิดชอบทางอาญาและปัญหาการตีความกรณีกระทำการปิดบัง ซ่อนเร้น ย้าย ทำลายศพ.....	8
2.1 หลักกำหนดความรับผิดชอบทางอาญา	8
2.1.1 หลักประกันในกฎหมายอาญา	9
2.1.2 คุณธรรมทางกฎหมายอาญากับการบัญญัติกฎหมาย.....	11
2.1.3 กฎหมายอาญา บนพื้นฐานการกระทำและกฎหมายอาญาบนพื้นฐาน ผู้ถูกกระทำ	14
2.1.4 ภารกิจกฎหมายอาญา.....	21
2.2 การตีความกฎหมายอาญา	22
2.2.1 ที่มาของกฎหมายอาญา.....	25
2.2.2 หลักเกณฑ์การตีความกฎหมายอาญา.....	27
2.2.3 วิธีการตีความกฎหมายและการตีความกฎหมายอาญา	28
2.2.4 ปัญหาการตีความกฎหมายอาญา.....	33
2.3 โครงสร้างความรับผิดชอบทางอาญา.....	34
2.3.1 โครงสร้างความรับผิดชอบทางอาญาระบบจารีตประเพณี	36
2.3.2 โครงสร้างความรับผิดชอบทางอาญาในระบบประมวลกฎหมาย.....	40

สารบัญ (ต่อ)

บทที่	หน้า
2.3.3 โครงสร้างการรับผิดชอบทางอาญาระบบผสม.....	43
2.4 ขอบเขตการรับผิดชอบพื้นฐานปิดบัง ซ่อนเร้น ย้าย ทำลายศพ ตามมาตรา 199.....	48
2.4.1 สภาพบุคคลตามระบบกฎหมายไทย.....	48
2.4.2 การเป็นมาและความรับผิดชอบพื้นฐานปิดบัง ซ่อนเร้น ย้าย ทำลายศพ ตามมาตรา 199	50
2.4.3 คุณธรรมทางกฎหมายกับการบัญญัติความรับผิดชอบพื้นฐานปิดบัง ซ่อนเร้น ย้าย ทำลายศพ ตามมาตรา 199.....	51
2.4.4 ขอบเขตการรับผิดชอบพื้นฐานปิดบัง ซ่อนเร้น ย้าย ทำลายศพ ตามมาตรา 199.....	52
3. ขอบเขตการรับผิดชอบทางอาญาเกี่ยวกับการกระทำความผิดต่อศพ หรือซากทารก หรือ ส่วนหนึ่งส่วนใดของศพหรือซากทารกตามกฎหมายอาญาของต่างประเทศ.....	58
3.1 ขอบเขตการรับผิดชอบทางอาญาเกี่ยวกับการกระทำความผิดต่อศพหรือซากทารกหรือ ส่วนหนึ่งส่วนใดของศพหรือซากทารกตามระบบกฎหมายคอมมอนลอว์.....	59
3.1.1 ขอบเขตการรับผิดชอบทางอาญาเกี่ยวกับการกระทำความผิดต่อศพหรือซากทารก หรือส่วนหนึ่งส่วนใดของศพหรือซากทารกตามระบบกฎหมาย ประเทศอังกฤษ.....	59
3.1.2 ขอบเขตการรับผิดชอบทางอาญาเกี่ยวกับการกระทำความผิดต่อศพหรือซากทารก หรือส่วนหนึ่งส่วนใดของศพหรือซากทารกตามระบบกฎหมาย ประเทศสหรัฐอเมริกา.....	64
3.2 ขอบเขตการรับผิดชอบทางอาญาเกี่ยวกับการกระทำความผิดต่อศพหรือซากทารกหรือ ส่วนหนึ่งส่วนใดของศพหรือซากทารกตามระบบกฎหมายซีวิลลอว์	73
3.2.1 ขอบเขตการรับผิดชอบทางอาญาเกี่ยวกับการกระทำความผิดต่อศพหรือซากทารก หรือส่วนหนึ่งส่วนใดของศพหรือซากทารกตามระบบกฎหมาย ประเทศเยอรมัน.....	73
4. วิเคราะห์เปรียบเทียบขอบเขตการรับผิดชอบทางอาญากรณีกระทำความผิดต่อศพหรือซาก ทารกหรือส่วนหนึ่งส่วนใดของศพหรือซากทารกตามกฎหมายไทยกับต่างประเทศ	76
4.1 วิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับการตีความและขอบเขตการรับผิดชอบพื้นฐานปิดบัง ซ่อนเร้น ทำลายศพ ตามมาตรา 199 ซึ่งไม่ครอบคลุมถึงกรณีการกระทำความผิดต่อซากทารก	76

สารบัญ (ต่อ)

บทที่	หน้า
4.1.1 วิเคราะห์ปัญหาการตีความเกี่ยวกับขอบเขตความหมายของศัพท์ ซากทารก.....	76
4.1.2 ปัญหาเกี่ยวกับขอบเขตความรับผิดชอบในส่วนของผู้เหตุชกใจ.....	82
4.2 วิเคราะห์คำพิพากษาศาลฎีกาและความเห็นทางกฎหมายเกี่ยวกับการกำหนด ความรับผิดชอบปิดบัง ซ่อนเร้น ทำลายศพ	85
4.3 วิเคราะห์เปรียบเทียบขอบเขตความรับผิดชอบปิดบัง ซ่อนเร้น ทำลายศพ ในประเทศไทยกับต่างประเทศ.....	88
4.4 เหตุผลความจำเป็นในการบัญญัติขอบเขตความรับผิดชอบตามมาตรา 199 ให้รวมถึง ซากทารกหรือส่วนหนึ่งส่วนใดของทารกและกำหนดความผิดอาญา เกี่ยวกับการ กระทำต่อศพ ส่วนหนึ่งส่วนใดของศพ หรือซากทารกหรือส่วนหนึ่งส่วนใดของ ซากทารก	93
5. บทสรุปและข้อเสนอแนะ.....	97
5.1 บทสรุป.....	97
5.2 ข้อเสนอแนะ	99
บรรณานุกรม.....	101
ภาคผนวก	107
ประวัติผู้เขียน	108

บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

ตามหลักทั่วไปบุคคลธรรมดาหมายถึง มนุษย์ทั่ว ๆ ไปที่มีชีวิตอยู่แต่ในทางกฎหมาย บุคคลธรรมดาจะมีความสำคัญมากกว่านั้น เพราะกฎหมายได้บัญญัติถึงสิทธิ หน้าที่และความรับผิดชอบของบุคคลเอาไว้ ไม่ว่าในทางแพ่ง ทางอาญา วิธีสบัญญัติ รวมถึงทางมหาชน¹ แต่การที่บุคคลใดจะมีสิทธิหรือมีหน้าที่ใด ๆ ตามที่กฎหมายบัญญัติบุคคลดังกล่าวต้องมี “สภาพบุคคล” แล้วเท่านั้น

ปัจจุบันกฎหมายอาญาของไทยมิได้มีการบัญญัติเกี่ยวกับ “สภาพบุคคล” เอาไว้แต่ประการใด ดังนั้นการพิจารณาความหมายของ “สภาพบุคคล” จึงต้องเป็นไปตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 15 วรรคแรก กล่าวคือ “สภาพบุคคลย่อมเริ่มแต่เมื่อคลอดแล้วอยู่รอดเป็นทารก...” บทบัญญัติดังกล่าวแสดงให้เห็นว่าสภาพบุคคลจะเริ่มต้นขึ้นได้ต่อเมื่ออยู่ภายใต้ต้องค์ประกอบ 2 ประการ คือ (1) คลอดแล้ว และ (2) อยู่รอดเป็นทารก

นอกจากนี้ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 15 วรรคสองยังบัญญัติรับรองสิทธิของทารกตั้งแต่อยู่ในครรภ์มารดาไว้ด้วยว่า “ทารกในครรภ์มารดาก็สามารถมีสิทธิต่าง ๆ ได้หากว่าภายหลังคลอดอยู่รอดเป็นทารก” จากบทบัญญัตินี้ จะเห็นได้ว่าในทางแพ่งถึงแม้จะมีการบัญญัติคุ้มครองสิทธิของบุคคลย้อนหลังขึ้นไปถึงขณะที่ยังเป็นทารกในครรภ์ก็ตาม แต่มีการตั้งเงื่อนไขว่า การที่ทารกผู้นั้นจะมีสิทธิต่าง ๆ ตามที่กฎหมายบัญญัติได้ ต้องเป็นทารกที่คลอดแล้วและอยู่รอดในภายหลังเท่านั้น

ในทางอาญาก็เช่นเดียวกัน ประมวลกฎหมายอาญาของไทย ได้ให้การคุ้มครองสถานะของผู้ที่มีสภาพบุคคลและผู้ที่ไม่ใช่สภาพบุคคลเอาไว้แตกต่างกัน เช่น มาตรา 288 บัญญัติว่า “ผู้ใดฆ่าผู้อื่นต้องระวางโทษประหารชีวิต จำคุกตลอดชีวิตหรือจำคุกตั้งแต่สิบห้าปีถึงยี่สิบปี” นั้นหมายความว่า บุคคลใดก็ตามที่ฆ่าเด็กหลังคลอดและมีชีวิตอยู่รอด แม้สามารถมีชีวิตอยู่ได้เพียงเสี้ยววินาทีเดียวก็ถือว่ามีความผิดฐานฆ่าคนตายโดยเจตนาตามมาตรานี้

¹ ปิยะนุช โปตะวนิช และคณะ. (ม.ป.ป.). *หลักทั่วไปของบุคคลธรรมดา*. แผนการสอนชุดวิชากฎหมายแพ่ง 1. มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช. หน้า 6.

แต่หากผู้ใดก็ตามที่ทำให้ทารกตายก่อนคลอดหรือในขณะคลอด ซึ่งทารกดังกล่าวยังไม่มีสภาพบุคคล ผู้กระทำจะไม่มี ความผิดฐานฆ่าคนตายโดยเจตนา แต่จะมีความผิดฐานทำให้แท้งลูกตาม มาตรา 301-303 แล้วแต่กรณี อาทิ มาตรา 302 บัญญัติว่า “ผู้ใดทำให้หญิงแท้งลูกโดยหญิงนั้น ยินยอม ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปีหรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาทหรือทั้งจำทั้งปรับ จากที่กล่าวมาจะเห็นได้ว่า “สภาพบุคคล” เป็นองค์ประกอบของความผิดที่ทำให้ผู้กระทำได้รับโทษ ตามกฎหมายแตกต่างกัน

อย่างไรก็ตาม จากปัญหาการทำแท้งในสังคมไทยที่ทวีความรุนแรงขึ้นในปัจจุบัน ได้ก่อให้เกิดการกระทำความผิดในรูปแบบใหม่ โดยพบว่าการลักลอบซื้อขายซากทารกเพื่อนำไปใช้ในพิธีทางไสยศาสตร์ ซึ่งเกี่ยวกับกรณีนี้ เป็นที่ถกเถียงกันว่า การกระทำความผิดกล่าวเป็นการกระทำซ่อนเร้น ย้ายหรือทำลายศพเพื่อปิดบังการเกิดการตายหรือเหตุแห่งการตาย ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 199 หรือไม่ หรือเป็นเพียงการกระทำที่ไม่เหมาะสมต่อซากทารกเท่านั้น อันนำมาซึ่งข้อถกเถียงในแวดวงนักวิชาการกฎหมาย เกี่ยวกับความถูกต้องเหมาะสมของการนำบทบัญญัติของกฎหมายมาตรา 199 มาบังคับใช้ ดังเช่น กรณีการนำซากทารกไปใช้ในพิธีทางไสยศาสตร์ 2 กรณี ซึ่งมีองค์ประกอบของความผิดที่แตกต่างกัน แต่ทั้ง 2 คดี ศาลกลับมีคำพิพากษาให้เป็นความผิดตามบทบัญญัติของประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 199 เช่นเดียวกัน

มาตรา 199 ประมวลกฎหมายอาญา บัญญัติไว้ว่า “ผู้ใดลอบฝัง ซ่อนเร้น ยักย้าย หรือทำลายศพหรือส่วนของศพเพื่อปิดบังการเกิด การตาย หรือเหตุแห่งการตาย ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือปรับไม่เกินสองพันบาทหรือทั้งจำทั้งปรับ”

คำพิพากษาในคดีแรกเป็นกรณีของนายหาญ รักษาจิตร หรือเฌรแอ ซึ่งถูกศาลพิพากษาให้จำคุกเป็นเวลา 1 ปี และห้ามดำเนินการหรือมีส่วนร่วมในกิจกรรมใด ๆ เกี่ยวกับไสยศาสตร์และเวทมนตร์คาถาต่าง ๆ มีกำหนด 5 ปี นับแต่วันพ้นโทษ² ข้อเท็จจริงของคดีนี้ฟังว่าศพของเด็กทารก ซึ่งเป็นองค์ประกอบของความผิดตามมาตรา 199 เป็นศพของเด็กทารก 9 เดือน ที่เกิดมาแล้วเสียชีวิต ซึ่งในทางกฎหมายถือว่ามีความผิดแล้ว ขณะเดียวกันอีกกรณีหนึ่งคือกรณีของนายโจว ฮอง ฮุน ชาวอังกฤษสัญชาติจีน ได้หวั่นถูกจับพร้อมของกลางเป็นซากทารกจำนวน 6 ซากที่ผ่านการปลุกเสกทางไสยศาสตร์แล้วและจะนำไปจำหน่ายเป็นกุมารทองในต่างประเทศ ข้อเท็จจริงในคดีนี้ฟังว่าซากทารกดังกล่าวมีที่มาจากคลินิกทำแท้งเถื่อน ซึ่งซากทารกเหล่านี้ในทางกฎหมายถือว่ายังไม่มี

² เกลนิวส์. (2555, 4 มิถุนายน). *คุกอ่วม เฌรแอ จอมขมังเวทย์ ปลุกเสกกุมารทอง-ทำน้ำมันพราย*. สืบค้นเมื่อ 21 ตุลาคม 2556, จาก <http://www.dailynews.co.th/Content.do?contentId=76155>

สภาพบุคคล แต่ศาลได้พิพากษามาตรา 199 ให้จำคุก 6 เดือน ปรับ 2,000 บาท โดยโทษจำคุกให้รอลงอาญา³

เห็นได้ว่าทั้งสองคดีมีข้อเท็จจริงมีความแตกต่างกันในเรื่ององค์ประกอบของความผิด โดยกรณีของนายหาญ รักษาจิตร นั้นองค์ประกอบของความผิดคือ ศพของทารกแรกเกิดซึ่งเสียชีวิตหลังคลอดซึ่งถือว่ามีสภาพบุคคลแล้ว ขณะที่องค์ประกอบของความผิดในกรณีของนายโจว สอง สุน นั้นเป็นเพียงซากทารกที่ยังไม่มีสภาพบุคคลเท่านั้น ถึงแม้ว่าองค์ประกอบของความผิดใน 2 กรณีนี้จะมีความแตกต่างกันแต่ผลของคำพิพากษากลับสอดคล้องไปในทิศทางเดียวกันได้ทำให้เกิดข้อถกเถียงเกี่ยวกับการนำมาตรา 199 แห่งประมวลกฎหมายอาญามาบังคับใช้กับทั้งสองกรณีมีความเหมาะสมแล้วหรือไม่ ทั้งนี้เนื่องจากการกระทำที่เป็นความผิดตามมาตรา 199 จะต้องมียุติกรรมประกอบภายนอกคือ (1) ลอบฝัง ซ่อนเร้น ย้าย หรือทำลาย (2) ศพ หรือส่วนของศพ องค์ประกอบภายในคือ (1) เจตนา (2) มูลเหตุชักจูงใจ เพื่อปิดบังการเกิด การตายหรือเหตุแห่งการตาย⁴ แต่การกระทำกรณีของ นาย โจว สอง สุน องค์ประกอบของความผิดเป็นซากทารกซึ่งยังมิได้มีสภาพบุคคลแต่ประการใด ดังนั้นถือได้ว่าการนำบทบัญญัติของมาตรา 199 แห่งประมวลกฎหมายอาญามาบังคับใช้กับกรณีนี้ เป็นการนำบทบัญญัติที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง มาตีความในลักษณะขยายความ โดยให้ความหมายของคำว่า ศพหรือส่วนของศพ ให้รวมถึง ซากทารกหรือส่วนของซากทารกด้วย

นอกจากนี้ มูลเหตุจูงใจของการกระทำความผิดอันเป็นองค์ประกอบภายในที่สำคัญของการกระทำความผิดฐานนี้ ก็เป็นที่วิพากษ์วิจารณ์เช่นเดียวกัน เนื่องจาก มาตรา 199 แห่งประมวลกฎหมายอาญา ได้กำหนดเจตนาพิเศษหรือมูลเหตุชักจูงใจไว้คือ เป็นการกระทำเพื่อปิดบังการเกิด การตาย หรือเหตุแห่งการตาย ดังนั้น จึงเห็นได้ว่า ความผิดตามมาตรา 199 เป็นความผิดเกี่ยวกับการทำลายพยานหลักฐาน⁵ มิได้มุ่งเพื่อนำมาใช้กับกรณีการกระทำอันไม่เหมาะสมต่อซากหรือศพ ซึ่งสอดคล้องกับความเห็นของศาสตราจารย์ ดร. ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ⁶ ที่ได้ให้ความเห็นต่อกรณีการนำซากทารกไปทำพิธีทางไสยศาสตร์ว่ามีเหตุให้ต้องพิจารณา 2 ประการคือ (1) เป็นการกระทำต่อศพหรือไม่ โดยการกระทำอันเป็นความผิดตามมาตรา 199 จะต้องเป็นการกระทำต่อ “ศพ” ซึ่ง

³ ผู้จัดการ. (2556). *คุก 6 เดือน หนักได้วันคำซากทารกทำกุมารทอง*. สืบค้นเมื่อ 31 ตุลาคม 2556, จาก <http://manager-online.myfri3nd.com/blog/2012/05/31/entry-75>

⁴ ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ ก (2556). *คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคความผิดและโทษ*. หน้า 111.

⁵ คำพิพากษาฎีกาที่ 6202/2538 (เนติ). หน้า 1522.

⁶ ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ ข (2554). “มันเป็นกรรมเวรของ “เณรแอ.” ปกิณกะกฎหมาย.” *วารสารนิติศาสตร์*, 25(4). หน้า 811-813

พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2525 ปรับปรุงแก้ไขใหม่ให้ความหมายของคำว่า “ศพ” หมายถึง “ร่างของคนตายแล้ว” และตามกฎหมายคนจะตายได้ต่อเมื่อต้องมีการเกิดเสียก่อน หากยังไม่มีเกิดก็จะเรียกว่า ตายไม่ได้ (2) มีมูลเหตุชักจูงใจเพื่อ “ปิดบังการเกิด การตายหรือเหตุแห่งการตาย...” หรือไม่ โดยยกตัวอย่างกรณีของนายหาญ รักษาจิตรหรือเณรแฉ่าว่าเป็นการกระทำอย่างเปิดเผยมีการเรียกชาวบ้านและสื่อมวลชนมาชมพิธีการปลุกเสกและยอมให้มีการถ่ายภาพได้ยอมมิใช่มีความมุ่งหมายเพื่อให้มีการกระทำต่อศพในทางที่เกี่ยวกับพยานหลักฐาน กล่าวคือ การย้ายหรือทำลายศพหรือส่วนของศพ เพื่อปิดบังการเกิด การตายหรือเหตุแห่งการตาย อันเป็นการทำลายหลักฐานในการกระทำความผิดทางอาญา แต่การกระทำดังกล่าว เป็นเพียงการทำให้ไปโดยความเชื่ออย่างมโนในพิธีกรรมทางไสยศาสตร์มิได้เกี่ยวข้องกับการก่ออาชญากรรมใด ๆ ดังนั้นความผิดเกี่ยวกับกรณีการนำซากทารกเพื่อนำมาใช้ประกอบพิธีทางไสยศาสตร์นี้ จึงไม่ควรเป็นความผิดตามมาตรา 199 แต่ควรเป็นเพียงความผิดตามมาตรา 388 “ผู้ใดกระทำการอันควรขายหน้าต่อหน้าธารกำนัล โดยเปลือยหรือเปิดเผยร่างกาย หรือกระทำการลามกอย่างอื่น ต้องระวางโทษปรับไม่เกินห้าร้อยบาท” เท่านั้น การนำบทบัญญัติของมาตรา 199 มาบังคับลงโทษกับกรณีของการนำซากทารกมาทำพิธีทางไสยศาสตร์นี้ จึงเป็นการขัดต่อบทบัญญัติมาตรา 2 แห่งประมวลกฎหมายอาญา⁷

ขณะเดียวกัน มีคดีที่น่าสนใจอีกคดีหนึ่งจำเลยในคดีนี้คือ นายสุชาติ ภูมิ และนายสุเทพ ชะบางบอน ผู้ช่วยและสัปเหร่อวัดไผ่เงินที่ร่วมกันกระทำการชุกซ่อนซากทารก จำนวน 2,002 ซากไว้ในสถานที่เก็บศพของวัด ศาลได้ตัดสินให้บุคคลทั้งสองมีความผิดฐานร่วมกันทำลายซ่อนเร้นพยานหลักฐานในการกระทำความผิด เพื่อช่วยเหลือผู้อื่นไม่ต้องรับโทษทางอาญา ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 184 อัตราโทษจำคุกไม่เกิน 5 ปีหรือปรับไม่เกิน 10,000 บาท ซึ่งองค์ประกอบของความผิดตามมาตรานี้ได้แก่ องค์ประกอบภายนอก (1) ทำให้เสียหาย ทำลายซ่อนเร้น เอาไปเสีย หรือทำให้สูญหายหรือไร้ประโยชน์ (2) พยานหลักฐานในการกระทำความผิดซึ่งในคดีนี้หมายถึงซากทารกจำนวน 2002 ซากและองค์ประกอบภายในคือ (1) เจตนา (2) มูลเหตุชักจูงใจอย่างใดอย่างหนึ่งได้แก่ (ก) ช่วยผู้อื่นไม่ต้องรับโทษ (2) เพื่อช่วยเหลือผู้อื่นได้รับโทษน้อยลง⁸ ซากทารกจำนวน 2002 ซากที่พบถือเป็นหลักฐานในคดีอาญาโดยสภาพบุคคลของซากทารกดังกล่าวมิได้เป็นองค์ประกอบของความผิดฐานนี้และการกระทำของบุคคลทั้งสองเป็นไปโดยมีมูลเหตุจูงใจเพื่อช่วยเหลือนางสาวลัญจกร จันทมนัส ผู้ต้องหาคดีลักลอบทำแท้งเถื่อนให้ไม่ต้องได้รับโทษในความผิดฐานทำให้แท้งลูกคำพิพากษาดังกล่าวจึงชอบแล้ว

⁷ แหล่งเดิม. หน้า 811-813.

⁸ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ ก แหล่งเดิม. หน้า 100-101.

สำหรับ มาตรา 2 วรรคแรก บัญญัติว่า “บุคคลจักต้องรับโทษทางอาญาต่อเมื่อได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้ในขณะกระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้และโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดนั้น ต้องเป็นโทษที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย” ซึ่งบทบัญญัตินี้หมายความว่า เฉพาะ “กฎหมายที่เกิดจากการบัญญัติ” เท่านั้นที่สามารถกำหนดว่าการกระทำใด การกระทำหนึ่ง เป็นการกระทำความผิดอาญา (Nullum crimen sine lege) และเฉพาะ “กฎหมายที่เกิดจากการบัญญัติ” เท่านั้นที่สามารถกำหนดโทษสำหรับการกระทำใดการกระทำหนึ่งได้ (Nulla poena sine lege) และทั้งสองประการที่กล่าวมาแล้วนั้นจะต้องมีอยู่แล้วก่อนการกระทำนั้น⁹

บทบัญญัติของมาตรานี้เป็นหลักประกันทางอาญา เนื่องจากการลงโทษทางอาญาเป็นมาตรการที่รุนแรงที่สุดของรัฐที่ใช้กับประชาชนในรัฐ ฉะนั้นรัฐจึงต้องบัญญัติกฎหมายอาญาให้ชัดเจนแน่นอนเท่าที่จะทำได้ และต้องตีความโดยเคร่งครัด มีอำนายบทบัญญัติของมาตรา 199 แห่งประมวลกฎหมายอาญาดังกล่าวมาลงโทษแก่ผู้กระทำความผิดในลักษณะเป็นกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งได้ เพราะขัดต่อหลักประกันในกฎหมายอาญาตามมาตรา 2 ถึงแม้การกระทำผิดของผู้กระทำจะก่อให้เกิดความรู้สึกในทางลบแก่มหาชนมากเพียงใดก็ตาม จากเหตุผลดังที่กล่าวมานี้ผู้ศึกษาจึงเห็นว่าควรมีการแก้ไขบทบัญญัติของประมวลกฎหมายอาญามาตรา 199 เพื่อให้ครอบคลุมถึงกรณีกระทำต่อซากทารกด้วย ทั้งนี้เพื่อคุ้มครองการทำลายพยานหลักฐานของรัฐและควรมีการบัญญัติความผิด กรณีมีการกระทำใด ๆ ที่ไม่เหมาะสมต่อศพ ส่วนของศพ ซากทารกหรือส่วนของซากทารก ในความผิดอีกฐานหนึ่งเพื่อให้ประมวลกฎหมายอาญาสามารถให้ความคุ้มครองแก่ชีวิตมนุษย์โดยสมบูรณ์ยิ่งขึ้น

1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา

1. เพื่อศึกษาถึงแนวคิด ทฤษฎีในการกำหนดความรับผิดในทางอาญา หลักประกันในทางกฎหมายอาญา การตีความกฎหมายอาญา คุณธรรมทางกฎหมายกับการบัญญัติกฎหมายอาญา
2. ศึกษาและวิเคราะห์ปัญหาการตีความเกี่ยวกับความหมายและขอบเขตความรับผิดทางอาญาตามมาตรา 199 เกี่ยวกับการกระทำต่อศพหรือซากทารก ส่วนของศพหรือส่วนของซากทารก โดยมีเจตนาปิดบังการเกิดการตายเพื่อการทำลายพยานหลักฐาน หรือเป็นการกระทำที่ไม่เหมาะสมในลักษณะอื่น
3. ศึกษาและวิเคราะห์เปรียบเทียบความหมายและขอบเขตความรับผิดทางอาญา กรณีกระทำต่อศพหรือซากทารก ส่วนของศพหรือส่วนของซากทารกตามกฎหมายไทยและต่างประเทศ

⁹ คณิศ ณ นคร ก (2556). *กฎหมายอาญาภาคทั่วไป*. หน้า 61.

4. เพื่อศึกษาหาแนวทางในการปรับปรุง แก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 199 ที่การกระทำต่อศพหรือซากทารก ส่วนของศพหรือส่วนของซากทารก โดยมีเจตนาปิดบังการเกิด การตาย ทั้งนี้เพื่อประโยชน์ในการดำเนินคดีของรัฐ โดยคุ้มครองมิให้พยานหลักฐานถูกทำลาย ตลอดจนกำหนดความรับผิดชอบเกี่ยวกับการกระทำที่ไม่เหมาะสมต่อศพหรือซากทารก ส่วนของศพ หรือซากทารกจากการกระทำที่ไม่เหมาะสมในลักษณะอื่น

1.3 สมมติฐานของการศึกษา

บทบัญญัติมาตรา 199 แห่งประมวลกฎหมายอาญา กำหนดขอบเขตความรับผิดชอบเพียง การกระทำใด ๆ ต่อศพหรือส่วนของศพ เพื่อปิดบังการเกิด การตายหรือเหตุแห่งการตายเท่านั้น โดย ไม่มีขอบเขตความรับผิดชอบครอบคลุมถึงการกระทำใด ๆ ต่อซากทารกหรือส่วนของซากทารกเพื่อ ปิดบังการเกิดการตายอันเป็นการทำลายหลักฐาน รวมทั้งยังไม่มีบทบัญญัติใดที่สามารถให้ความ คุ้มครองต่อกรณีการกระทำใด ๆ อันเป็นการไม่เหมาะสมต่อศพหรือซากทารก ส่วนของศพหรือ ส่วนของซากทารกในลักษณะอื่นอันเป็นการคุ้มครองสังคม

จากการศึกษาบทบัญญัติที่กำหนดความรับผิดชอบทางอาญาในต่างประเทศทั้งระบบ ประมวลกฎหมายและระบบกฎหมายจารีตประเพณี มีการกำหนดความรับผิดชอบในกรณีการกระทำ ใด ๆ ต่อซากทารกหรือส่วนของซากทารกเพื่อปิดบังการเกิดการตายอันเป็นการทำลายหลักฐาน ดังนั้น จึงควรมีการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติของประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 199 โดยไม่ควร จำกัดความมุ่งหมายแต่เพียงการให้ความคุ้มครองเฉพาะกรณีเป็นการกระทำต่อศพ เพื่อปิดบังการ เกิด การตาย หรือเหตุแห่งการตายเท่านั้น แต่ควรกำหนดขอบเขตความรับผิดชอบให้รวมถึงกรณีที่เป็น การกระทำต่อ ซากทารกหรือส่วนของซากทารกด้วย ตลอดจน ควรมีการบัญญัติความรับผิดชอบทาง อาญาในกรณีที่มีการกระทำใด ๆ ที่ไม่เหมาะสมต่อซากทารกหรือส่วนของซากทารกในลักษณะอื่น อีกบทหนึ่ง

1.4 ขอบเขตของการศึกษา

ในการศึกษาเกี่ยวกับ การตีความกฎหมายอาญา มาตรา 199 ศึกษาขอบเขตความรับผิดชอบ กับปัญหาทางกฎหมาย กรณีกระทำต่อซากทารกหรือส่วนหนึ่งส่วนใดของซากทารกในครั้งนี้ จะทำการศึกษาแนวคิด ทฤษฎีในการกำหนดความรับผิดชอบในทางอาญา หลักประกันในทางกฎหมาย อาญา การตีความกฎหมายอาญา คุณธรรมทางกฎหมายกับการบัญญัติกฎหมายอาญา ศึกษาปัญหา การตีความเกี่ยวกับความหมายและขอบเขตความรับผิดชอบทางอาญา กรณีกระทำต่อศพหรือซากของ ทารกหรือส่วนหนึ่งส่วนใดของศพหรือซากทารก โดยทำการเปรียบเทียบระหว่างกฎหมายไทยและ

กฎหมายต่างประเทศ เพื่อนำผลการศึกษาที่ได้ มาใช้เป็นแนวทางในการปรับปรุง แก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 199 เพื่อให้ครอบคลุมถึงลักษณะการกระทำต่อซากทารกหรือส่วนหนึ่งของซากทารก เพื่อเป็นการคุ้มครองชีวิตทารกต่อการกระทำที่ไม่เหมาะสม

1.5 วิธีดำเนินการศึกษา

วิทยานิพนธ์เล่มนี้ เป็นการศึกษาทางเอกสาร (Documentary Research) จากเอกสารทั้งภาษาไทยและภาษาต่างประเทศ รวมทั้งข้อมูลจากทางอินเทอร์เน็ต เช่น ตัวบทกฎหมาย หนังสือบทความ และงานวิจัยที่เกี่ยวข้อง รวมทั้งความเห็นของนักวิชาการสาขาต่าง ๆ เพื่อนำข้อมูลมารวบรวม เรียบเรียง วิเคราะห์ให้เกิดองค์ความรู้ อันนำมาซึ่งข้อสรุปเกี่ยวกับแนวทางแก้ไข ปรับปรุงบทบัญญัติของกฎหมาย มาตรา 199 ดังที่ได้กล่าวมาข้างต้น

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1. เพื่อให้ทราบถึงแนวคิด ทฤษฎีในการกำหนดความรับผิดชอบในทางอาญา หลักประกันในทางกฎหมายอาญา การตีความกฎหมายอาญา คุณธรรมทางกฎหมายกับการบัญญัติกฎหมายอาญา
2. เพื่อให้ทราบถึงปัญหาการตีความเกี่ยวกับความหมายและขอบเขตความรับผิดชอบทางอาญา มาตรา 199 เกี่ยวกับการกระทำต่อศพหรือซากทารก ส่วนของศพหรือส่วนของซากทารก โดยมีเจตนาปิดบังการเกิดการตายเพื่อการทำลายพยานหลักฐาน หรือเป็นการกระทำที่ไม่เหมาะสมในลักษณะอื่น
3. เพื่อให้ทราบถึงความหมายและขอบเขตความรับผิดชอบทางอาญา กรณีกระทำต่อศพหรือซากทารก ส่วนของศพหรือส่วนของซากทารกตามกฎหมายไทยและต่างประเทศ
4. เพื่อให้ทราบถึงแนวทางในการปรับปรุง แก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 199 ที่การกระทำต่อศพหรือซากทารก ส่วนของศพหรือส่วนของซากทารก โดยมีเจตนาปิดบังการเกิดการตาย ทั้งนี้เพื่อประโยชน์ในการดำเนินคดีของรัฐ โดยคุ้มครองมิให้พยานหลักฐานถูกทำลาย ตลอดจนกำหนดความรับผิดชอบเกี่ยวกับการกระทำที่ไม่เหมาะสมต่อศพหรือซากทารก ส่วนของศพหรือซากทารกจากการกระทำที่ไม่เหมาะสมในลักษณะอื่น

บทที่ 2

หลักการกำหนดความรับผิดชอบทางอาญาและปัญหาการตีความ กรณีกระทำการปิดบัง ช่อนเร้น ย้าย ทำลายศพ

แม้ว่ารัฐมีอำนาจในการกำหนดกฎหมายที่จะใช้เพื่อป้องกันอันตรายต่าง ๆ อันอาจจะเกิดขึ้นในสังคมและเพื่อให้สังคมมีความสงบเรียบร้อย แต่ก็มิใช่ว่ารัฐจะสามารถกำหนดกฎหมายได้ตามใจชอบ โดยเฉพาะกฎหมายอาญา การที่รัฐจะกำหนดว่าการกระทำความผิดใดเป็นความผิดอาญามีความเกี่ยวข้องกับหลักศีลธรรม จารีตประเพณี และความคิดเห็นของสังคมโดยรวมที่นำเสนอผ่านทางตัวแทนของประชาชนที่ไปทำหน้าที่ออกกฎหมาย และแม้ว่าจะอาศัยหลักศีลธรรมและจารีตประเพณีมาเป็นแนวทางในการกำหนดกฎหมายก็ตาม แต่การกระทำบางอย่างที่ถึงแม้ว่าจะผิดศีลธรรมหรือจารีตประเพณีมากมายเพียงใด แต่ไม่จำเป็นว่าต้องผิดกฎหมายอาญาเสมอไป เช่น การพูดเท็จถือว่าผิดศีลธรรมแต่ไม่ผิดกฎหมาย ทั้งนี้การกระทำใด ๆ เป็นความผิดตามกฎหมายอาญาได้ต่อเมื่อได้บัญญัติกฎหมายให้การกระทำความผิดดังกล่าวเป็นความผิดเท่านั้น¹⁰

2.1 หลักกำหนดความรับผิดชอบทางอาญา

ความรับผิดชอบทางอาญาจะเกิดขึ้นเมื่อมีการกระทำความผิดอันเป็นการกระทบกระเทือนต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือต่อผลประโยชน์ร่วมกันของคนในสังคม ความรับผิดชอบทางอาญามีวัตถุประสงค์เพื่อลงโทษ (Punish) ผู้กระทำความผิด โดยเจ้าหน้าที่ของรัฐจะเป็นผู้ดำเนินการเพื่อให้ได้มาซึ่งตัวผู้กระทำความผิดและเป็นผู้ลงโทษผู้กระทำความผิด ทั้งนี้ไม่ว่าจะมีผู้ได้รับความเสียหายโดยตรงจากการกระทำความผิดนั้นหรือไม่ก็ตาม

การพิจารณาว่าการกระทำใดควรมีความรับผิดชอบทางอาญาและต้องถูกลงโทษนั้น แนวคิดดั้งเดิม (Moral Wrongness Approach) เห็นว่าต้องเป็นการกระทำที่ผิดศีลธรรม (Moral Wrongness) เท่านั้น ซึ่งมีข้อโต้แย้งว่าการกระทำที่จะมีความรับผิดชอบทางอาญาได้จะไม่รวมถึงการกระทำที่เป็นเพียงการฝ่าฝืนผลประโยชน์ร่วมกันของคนในสังคมที่ยังไม่ชัดเจนว่าสังคมจะเห็นว่าการกระทำนั้นผิดศีลธรรมหรือไม่ นอกจากนี้ กฎเกณฑ์ทางศีลธรรมเบี่ยงเบนได้ง่าย เนื่องจากเป็นเรื่องของอารมณ์

¹⁰ ณัฐวัฒน์ สุทธิโชติน. (ม.ป.ป.). ทฤษฎีความรับผิดชอบทางอาญา กฎหมายอาญาและอาชญาวิทยาชั้นสูง
หน่วยที่ 2. หน้า 10.

ความรู้สึก มิใช่เหตุผลของเรื่องอย่างแท้จริง โดยผลของข้อโต้แย้งดังกล่าวประกอบกับความเฟื่องฟูของแนวความคิดมนุษยนิยม (Humanitarianism) ซึ่งถือว่าสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคล (Individual Autonomy) เป็นสิ่งที่มีอาจล่วงละเมิดได้ ทำให้แนวคิดเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางอาญาเปลี่ยนแปลงไป โดยเห็นว่าการกระทำที่เป็นปฏิปักษ์ต่อสิทธิหรือเสรีภาพหรือที่เป็นอันตรายต่อบุคคลอื่นเท่านั้นที่เป็นความผิดอาญา (Harms to Others' Approach) ซึ่งแม้แนวคิดนี้จะสามารถแก้ไขปัญหาคำนำอาญาความรู้สึกของคนในสังคมมาเป็นเครื่องมือในการกำหนดความรับผิดชอบอาญาได้ แต่ก็ยังไม่สามารถแก้ไขปัญหทั้งหมดได้ โดยหากถือตามแนวคิดนี้อย่างเคร่งครัดแล้วจะไม่สามารถกำหนดให้ผู้กระทำการบางอย่างมีความรับผิดชอบอาญาได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การกระทำที่ไม่เป็นอันตรายต่อบุคคลอื่นแต่อาจเป็นอันตรายต่อตัวผู้กระทำเองและมีผลกระทบทางอ้อมต่อสังคมส่วนรวม เช่น การขับขีรถจักรยานและรถจักรยานยนต์โดยไม่สวมหมวกนิรภัยหรือผู้ขับขี่รถยนต์ที่ไม่รัดเข็มขัดนิรภัย เป็นต้น¹¹

ต่อมา แนวความคิดเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางอาญาได้เปลี่ยนแปลงไป โดยเห็นว่า ควรใช้ “ความสงบเรียบร้อยของสังคม” เป็นเกณฑ์ในการพิจารณาว่าการกระทำใดสมควรมีความรับผิดชอบอาญา (Community Welfare Approach) ตามแนวคิดนี้ การกระทำที่มีผลกระทบต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนเท่านั้นที่เป็นความผิดอาญา แนวคิดนี้แก้ไขปัญหของแนวคิดดั้งเดิมและแนวคิดเกี่ยวกับการกระทำที่เป็นอันตรายต่อผู้อื่นได้ ทั้งยังมีลักษณะพลวัตรมากกว่า กล่าวคือ การกระทำใดที่สังคมหนึ่งถือว่ามีผลกระทบต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน อาจไม่เข้าลักษณะเป็นการกระทำที่มีผลกระทบต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนในอีกสังคมหนึ่งก็ได้ และการกระทำที่สังคมหนึ่งถือว่ามีผลกระทบต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนในช่วงเวลาหนึ่งอาจไม่เป็นการกระทำที่มีผลกระทบต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนในอีกช่วงเวลาหนึ่งก็ได้ เช่น เดิมกฎหมายไทยอนุญาตให้สูบบุหรี่ได้ แต่ต่อมาถือว่าสูบบุหรี่เป็นยาเสพติดต้องห้าม เป็นต้น¹²

2.1.1 หลักประกันในกฎหมายอาญา

การใช้อำนาจลงโทษทางอาญาแก่ผู้กระทำผิดเป็นการใช้อำนาจรัฐประเภทหนึ่งที่มีผลเป็นการลดทอนสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอย่างรุนแรง กฎหมายจึงได้กำหนดหลักประกันทั้งในทางสารบัญญัติและสับัญญัติ เกี่ยวกับการดำเนินคดีแก่ผู้กระทำผิดไว้อย่างเคร่งครัดไม่ว่า

¹¹ คณะกรรมการปรับปรุงกฎหมายเพื่อการพัฒนาประเทศ. (2547). รายงานศึกษาและข้อเสนอแนะเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ในการกำหนดโทษอาญา. สืบค้นเมื่อ 9 มกราคม 2557, จาก

www.lawreform.go.th/lawreform/index.php?option

¹² แหล่งเดิม, หน้า 2.

จะเป็นหลักไม่มีความผิด ไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมาย (Nullum crimen, nulla poena sine lege) อันเป็นหลักประกันในกฎหมายอาญา หรือ “หลักความชอบด้วยกฎหมาย” (Legality Principle) เป็นหลักที่สำคัญยิ่ง เป็นหัวใจของกฎหมายอาญาซึ่งใช้อำนาจรัฐทุกฝ่ายจะต้องถูกผูกมัดโดยหลักนี้¹³

หลักประกันในกฎหมายอาญานี้มีเนื้อหาแสดงถึงขอบเขตของอำนาจรัฐที่มีต่อประชาชนในรัฐ ทั้งนี้เนื่องจากโทษทางอาญามีผลกระทบกระเทือนต่อชีวิต ร่างกาย เสรีภาพ และทรัพย์สินของประชาชน กฎหมายอาญาจึงต้องมีลักษณะพิเศษหรือมีเอกลักษณ์ของตนเอง ซึ่งแบ่งเป็นหลักการย่อย 4 หลักการคือ

1. หลักการบัญญัติการกระทำที่เป็นความผิดต้องใช้ถ้อยคำที่ชัดเจน และต้องตีความบทบัญญัติดังกล่าวโดยเคร่งครัด (Nulla poena sine lege certa) การที่กฎหมายอาญาต้องชัดเจนแน่นอนนั้นก็เพื่อเป็นหลักประกันว่า สิ่งที่ถูกกฎหมายบัญญัตินั้น ตรงกับความประสงค์ของฝ่ายนิติบัญญัติอย่างแท้จริง และทั้งจะเป็นการป้องกันมิให้ศาลใช้กฎหมายตามใจชอบตามความรู้สึกของตน

2. หลักการห้ามใช้กฎหมายจารีตประเพณีลงโทษบุคคลในทางอาญา (Nulla poena sine lege scripta) มาตรา 2 ประมวลกฎหมายอาญาบัญญัติว่า “บุคคลจักต้องรับโทษทางอาญาต่อเมื่อได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้ในขณะกระทำนั้น บัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้” พึงสังเกตว่า กฎหมายอาญาเป็นกฎหมายที่เกิดจากการบัญญัติ กฎหมายจารีตประเพณีเป็นกฎหมายที่เกิดจากการปฏิบัติที่ต่อเนื่องกันมาอย่างสม่ำเสมอเป็นเวลานานของประชาชนจนเป็นที่ยอมรับกัน¹⁴ โดยที่กฎหมายจารีตประเพณีมิได้เกิดจากการบัญญัติ แต่เกิดจากการปฏิบัติจึงต้องห้ามมิให้นำมาใช้ในกฎหมายอาญา

3. ห้ามใช้กฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งลงโทษบุคคลในทางอาญา (Nulla poena sine lege stricta) ข้อเรียกร้องหนึ่งในกฎหมายอาญาคือ การกระทำใดที่จะเป็นความผิดอาญาหรือการกระทำใดที่จะต้องรับโทษหนักขึ้น การกระทำนั้นจะต้องได้รับการบัญญัติขึ้นไว้โดยเฉพาะ

4. หลักการห้ามใช้กฎหมายให้มีผลบังคับย้อนหลัง (Nulla poena sine lege praevia) หลัก nullum crimen, nulla poena sine lege (No crime nor punishment without law) หรือ Legality Principle หลักประกันในกฎหมายอาญาบัญญัติว่า “บุคคลใดจักต้องรับโทษในทางอาญาต่อเมื่อได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้ในขณะกระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้..” คำว่า “กฎหมายที่ใช้ในขณะกระทำ” นั้นย่อมแสดงให้เห็นว่ากฎหมายอาญาไม่มีผลย้อนหลังนั่นเอง

¹³ คณิต ณ นคร ข (2549). *กฎหมายอาญาภาคความผิด*. หน้า 4.

¹⁴ ปรีดี เกษมทรัพย์ ก (2526). *กฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป*. หน้า 21.

แนวคิดนี้ ได้แพร่หลายออกไปทั่วโลกและในปัจจุบันได้รับการยอมรับว่าเป็นหลักสากลในทางอาญา¹⁵

สำหรับในประเทศไทย เมื่อมีการปรับปรุงกฎหมายตามแบบอย่างประเทศในตะวันตก และมีการประกาศใช้กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 หลักประกันในกฎหมายอาญาได้รับการยอมรับว่าเป็นสิ่งที่ถูกต้องและได้รับการยอมรับอย่างสมบูรณ์ตลอดมา ดังจะเห็นได้จากที่ได้บัญญัติไว้ในหมวดที่ 2 ว่าด้วยการใช้กฎหมายลักษณะอาญามาตรา 7 “บุคคลควรรับอาญาต่อเมื่อมันได้กระทำการอันกฎหมายซึ่งใช้อยู่ในเวลาที่กระทำนั้นบัญญัติว่าเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ แลอาญาที่จะลงโทษผู้กระทำความผิดนั้น ก็ไม่ควรใช้อาญาอย่างอื่น นอกจากอาญาที่ได้บัญญัติไว้ในกฎหมาย”¹⁶

ซึ่งในปัจจุบันหลักดังกล่าวถูกนำมาบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญามาตรา 2 การใช้กฎหมายอาญามาตรา 2 วรรคแรก ว่า “บุคคลจักต้องรับโทษในทางอาญาต่อเมื่อได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้ในขณะกระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดนั้น ต้องเป็นโทษที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย”¹⁷ นอกจากนี้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ยังได้นำหลักประกันทางอาญามาบัญญัติรับรองสิทธิแก่ประชาชนไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 ส่วนที่ 1 สิทธิในกระบวนการยุติธรรมมาตรา 39 ว่า “บุคคลไม่ต้องรับโทษอาญา เว้นแต่ได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้อยู่ในเวลาที่กระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่บุคคลนั้นหนักกว่าโทษที่กำหนดไว้ในกฎหมายที่ใช้อยู่ในเวลาที่กระทำความผิดมิได้”¹⁸ การที่หลักนี้มีการบัญญัติรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญโดยชัดเจนนั้นจะมีผลทางกฎหมายคือ รัฐมีอำนาจออกกฎหมายใดมาลบล้างหลักของประมวลกฎหมายอาญามาตรา 2 ได้¹⁹

2.1.2 คุณธรรมทางกฎหมายอาญากับการบัญญัติกฎหมาย

นอกเหนือจากหน้าที่อื่น ๆ หน้าที่ของกฎหมายอาญาที่สำคัญประการหนึ่งคือ “การคุ้มครองคุณธรรมทางกฎหมาย” การคุ้มครองคุณธรรมทางกฎหมาย คือ การที่กฎหมายอาญายกระดับของ “สมบัติ” (Gut) เฉพาะอย่างขึ้นเป็น “คุณธรรมทางกฎหมาย” (Rechtsgut) กล่าวคือว่า

¹⁵ เกียรติจิตร วัจนะสวัสดิ์ (2549). *คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค 1*. หน้า 13.

¹⁶ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. *กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127*, ราชกิจจานุเบกษา กรุงเทพมหานครในพระบรมมหาราชวัง. เล่มที่ 25 ฉบับพิเศษ วันที่ 1 มิถุนายน รัตนโกสินทร์ศก 127. หน้า 206.

¹⁷ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. *พระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2499*. ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 73/ตอนที่ 95/ฉบับพิเศษ หน้า 1/ 15 พฤศจิกายน 2499.

¹⁸ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. *รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550*, ราชกิจจานุเบกษา. เล่มที่ 124 ตอนที่ 47 ก. วันที่ 24 สิงหาคม พ.ศ. 2550.

¹⁹ ศักดิ์ฤทธิ์ งามมิตรสมบูรณ์. (2550). *การกระทำความผิดต่อคนตาย*.

ในปทัสถาน (Norm) ทั้งหลายนั้นมีสมบัติบางอย่างแฝงอยู่เบื้องหลัง เช่น ปทัสถานที่ว่า “การฆ่าเป็นสิ่งที่ไม่สมควร” การที่ไม่สมควรนั้นก็เพราะว่า “ชีวิต” เป็นสิ่งพึงหวงแหน การบัญญัติมาตรา 288 ในประมวลกฎหมายอาญาก็เพื่อคุ้มครองชีวิตมนุษย์และโดยการบัญญัติความผิดฐานนี้จึงทำให้ชีวิตมนุษย์กลายเป็นคุณธรรมทางกฎหมายไป ความผิดอาญาแต่ละฐาน จึงได้บัญญัติขึ้นเพื่อคุ้มครองคุณธรรมทางกฎหมายอันหนึ่งอันใดหรือหลายอัน ในการทำอันตราย หรือก่ออันตรายต่อกรรมของการกระทำที่บทบัญญัติของกฎหมายอาญาต้องการจะคุ้มครองให้เกิดความมั่นคงนี้ เท่ากับเป็นการก่อให้เกิดผลที่ไม่พึงปรารถนาหรือผลที่ไม่เป็นธรรมนั้น²⁰

คุณธรรมทางกฎหมาย (Rechtsguter) หรือนิติสมบัติ เป็นแนวคิดที่นำมาใช้กำหนดความผิดอาญาของประเทศในกลุ่มประเทศภาคพื้นยุโรป โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ประเทศเยอรมันและกลุ่มประเทศที่ได้รับอิทธิพลของกฎหมายเยอรมัน²¹ โดยนักกฎหมายเห็นว่าคุณธรรมทางกฎหมายหรือนิติสมบัตินั้น คือ ประโยชน์ที่กฎหมายมุ่งคุ้มครองหรืออาจหมายถึงสถานะที่พึงปรารถนาในทางสังคมที่กฎหมายต้องการประกันจากการล่วงละเมิด²² แต่หากพิจารณาโดยเนื้อความรวมและเจตนารมณ์ของกฎหมายแล้วจะเห็นได้ว่า “คุณธรรมทางกฎหมายหรือนิติสมบัติ (Rechtsguter) หมายถึงสถานะความนึกคิดที่เป็นนามธรรม ซึ่งบทบัญญัติแห่งกฎหมายแต่ละฐานต้องการคุ้มครองมิให้วัตถุที่เป็นรูปร่างหรือบุคคลเท่านั้น²³ ดังนั้น คุณธรรมทางกฎหมายจึงมุ่งคุ้มครองประโยชน์หรือคุณค่าของการอยู่ร่วมกันอันเป็นที่มาของความผิดฐานต่าง ๆ ในกฎหมายอาญา

2.1.2.1 ประเภทของคุณธรรมทางกฎหมาย

คุณธรรมทางกฎหมาย หรือนิติสมบัติสามารถแยกได้เป็นสองประเภทคือ²⁴

- 1) คุณธรรมทางกฎหมาย หรือนิติสมบัติที่เป็นส่วนบุคคล (Individualrechtsgut) เช่น ชีวิต เสรีภาพต่าง ๆ กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน เกียรติยศชื่อเสียง
- 2) คุณธรรมทางกฎหมายหรือนิติสมบัติที่เป็นส่วนรวม (Universalrechtsgut) เช่น ความปลอดภัยของสาธารณชน ความมั่นคงของประเทศ เป็นต้น

²⁰ คณิต ฅ นคร ค (2556). *พื้นฐานความรู้เกี่ยวกับกฎหมายอาญา*. หน้า 90.

²¹ คณิต ฅ นคร ง (2543). *กฎหมายอาญาภาคทั่วไป*. หน้า 94.

²² คณิต ฅ นคร จ (2540). “คุณธรรมทางกฎหมายกับการใช้กฎหมายอาญา.” *รวมบทความด้านวิชาการของศาสตราจารย์ ดร. คณิต ฅ นคร*. หน้า 186.

²³ แหล่งเดิม.

²⁴ คณิต ฅ นคร จ เล่มเดิม. หน้า 186.

การแบ่งคุณธรรมทางกฎหมายออกเป็น 2 ประเภทข้างต้น มีประโยชน์ 4 ประการ ได้แก่

1) ประโยชน์ในการตีความกฎหมาย คือ ช่วยให้การบังคับใช้กฎหมายมีความถูกต้องตามเจตนารมณ์ที่ต้องการคุ้มครองปัจเจกชนหรือบุคคลและคุ้มครองสังคม

2) ประโยชน์ในการกำหนดผู้เสียหาย คือ เมื่อมีการกระทำความผิดกฎหมายในความผิดที่คุณธรรมทางกฎหมายเป็นคุณธรรมส่วนรวมย่อมถือว่า รัฐหรือสังคมเท่านั้นที่เป็นผู้เสียหาย รัฐจึงมีหน้าที่ต้องเข้าจัดการเพื่อคุ้มครองสภาวะความปกติสุขของส่วนรวมดังกล่าว ไม่ใช่หน้าที่ของเอกชน ในขณะที่ถ้ามีการกระทำต่อคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคลนั้น ผลเสียหายย่อมกระทบต่อปัจเจกบุคคลโดยตรง ไม่ได้เป็นผลเสียหายต่อสังคมโดยรวม ดังนั้นจึงเป็นสิทธิของผู้เสียหายที่จะดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดในความผิดที่มีคุณธรรมทางกฎหมายเป็นการคุ้มครองคุณธรรมส่วนบุคคลเพราะบุคคลย่อมมีหน้าที่ที่จะคุ้มครองสภาวะในชื่อเสียงของบุคคลอันเป็นคุณธรรมส่วนบุคคล ผู้เสียหายจึงมีสิทธิที่จะเลือกที่จะดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดหรือไม่ก็ได้ นอกจากนั้น หากผู้เสียหายและผู้กระทำความผิดสามารถตกลงกันได้ ผู้เสียหายและผู้กระทำความผิดย่อมสามารถยอมความระหว่างกันได้เช่นกัน

อย่างไรก็ตาม ในความผิดบางฐานอาจมีคุณธรรมทางกฎหมายทั้งคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนรวม และคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนปัจเจกบุคคล เช่น ความผิดฐานชิงทรัพย์ที่ต้องการคุ้มครองทั้งกรรมสิทธิ์ในทรัพย์และความปลอดภัยในชีวิตของบุคคลรวมถึงต้องการป้องกันสังคมไม่ให้เกิดภัยจากการละเมิดด้วยพฤติกรรมร้ายแรง

3) ประโยชน์ในการจัดหมวดหมู่ความผิด คือ ช่วยจัดกลุ่มความผิดที่มีคุณธรรมทางกฎหมายเหมือนกันให้อยู่ในกลุ่มเดียวกัน ช่วยให้การเรียนการสอนและการตีความกฎหมายเป็นระบบ

4) ประโยชน์ในการวินิจฉัยสิทธิในการป้องกันตนเองโดยชอบด้วยกฎหมาย (Right to Lawfully Defend) เพราะบุคคลที่เป็นผู้เสียหายย่อมมีสิทธิที่จะปกป้องตนเองจากการถูกคุกคามด้วยเหตุอันมิชอบด้วยกฎหมายที่ใกล้จะถึง²⁵

²⁵ ประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน มาตรา 32 “Self-defense

(1) A person who commits an act in self-defense does not act unlawfully.

(2) Self-defense means any defensive action that is necessary to avert an imminent unlawful attack on oneself or another.”

2.1.2.2 การสละคุณธรรมทางกฎหมาย

คุณธรรมทางกฎหมายเป็นแนวคิดที่คุ้มครองสถานะหรือประโยชน์ทั้งในส่วนรวมและส่วนปัจเจกบุคคล เมื่อความผิดดังกล่าวเป็นความผิดที่ละเมิดต่อคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคลโดยแท้ คุณธรรมทางกฎหมายดังกล่าวย่อมอยู่ในฐานะที่ผู้เสียหายสามารถสละได้

อย่างไรก็ตาม การสละคุณธรรมทางกฎหมายมีข้อสังเกต 3 ประการ คือ

(1) คุณธรรมทางกฎหมายที่จะสละได้ต้องเป็นคุณธรรมที่เป็นส่วนบุคคลโดยแท้ ไม่ใช่คุณธรรมที่เป็นส่วนรวมหรือที่มีคุณธรรมส่วนรวมรวมอยู่ด้วย เพราะคุณธรรมดังกล่าวยังมีส่วนรวมเป็นเจ้าของคุณธรรมหรือเป็นผู้เสียหายรวมอยู่ด้วย

(2) การสละคุณธรรมทางกฎหมายต้องเกิดขึ้น โดยผู้เสียหายรู้ว่า เมื่อผู้เสียหายได้สละคุณธรรมทางกฎหมายแล้วจะมีผลประการใดเกิดขึ้น เช่น การสมัครใจเข้าทะเลาะวิวาทกัน ย่อมทำให้ผู้สมัครใจดังกล่าวไม่เป็นผู้เสียหาย²⁶

(3) แม้จะเป็นคุณธรรมทางกฎหมายที่คุ้มครองเฉพาะปัจเจกบุคคล แต่คุณธรรมบางประเภทไม่สามารถสละได้ เช่น ชีวิตมนุษย์ ดังนั้น การล่วงละเมิดต่อคุณธรรมทางกฎหมายประเภทนี้ผู้เสียหายและผู้กระทำความผิดไม่สามารถตกลงยุติการดำเนินคดีต่อกันได้²⁷

2.1.3 กฎหมายอาญา บนพื้นฐานการกระทำและกฎหมายอาญาบนพื้นฐานผู้ถูกกระทำ

2.1.3.1 กฎหมายอาญาบนพื้นฐานการกระทำ

มาตรา 59 แห่งประมวลกฎหมายอาญา วรรคท้าย บัญญัติว่า “การกระทำหมายความว่า รวมถึงการให้เกิดผลอันหนึ่งอันใดขึ้นโดยงดเว้นการที่จักต้องกระทำเพื่อป้องกันผลนั้นด้วย”

การบัญญัติเช่นนี้ คำว่า “หมายรวมถึง” จึงหมายถึงความหมายของการกระทำซึ่งตามหลักกฎหมายอาญา บุคคลจะต้องรับผิดชอบในทางอาญาก็ต่อเมื่อมีการกระทำซึ่งเป็นข้อพิจารณาความรับผิดชอบเบื้องต้น สำหรับความหมายของการกระทำคือ การเคลื่อนไหวหรือไม่เคลื่อนไหวร่างกายได้บังคับของจิตใจซึ่งเรียกว่าโดยรู้สำนึก

ในความหมายของกฎหมาย การกระทำจึงมิได้หมายความว่าเฉพาะการเคลื่อนไหวร่างกายหรือไม่เคลื่อนไหวร่างกายเท่านั้น แต่หมายถึงการเคลื่อนไหวหรือไม่เคลื่อนไหวร่างกายจะต้องเป็นไปโดยการบังคับของจิตใจด้วย ดังนั้น การเคลื่อนไหวร่างกายของคนละเมอคนถูกสะกดจิต หรือการกระตุกที่เกิดขึ้นจากการสั่งการของไขสันหลังที่เรียกว่า “Reflex Action” หรืออาการ

²⁶ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 538-539/2483 ผู้สมัครใจเข้าวิวาทต่อสู้ทำร้ายกับเขาไม่เป็นผู้เสียหาย.

²⁷ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 59/2502 การตกลงกันใช้ปืนยิงคน โดยเชื่อว่า อยู่ยงคงกระพัน มีความผิดฐานฆ่าคนตายโดยเจตนา.

จากโรคลมชัก หรือการเคลื่อนไหวร่างกายของทารกย่อมไม่ถือว่าเป็นการกระทำในความหมายของกฎหมาย²⁸

การกระทำอาจแบ่งได้ 2 ประเภท คือ

1) การกระทำในเชิงบวก เป็นการกระทำที่แสดงออกภายนอกโดยการเคลื่อนไหวร่างกายโดยการบังคับของจิตใจ ซึ่งอาจจะกระทำเองหรือโดยผ่านผู้อื่น ดังนั้นการกระทำในเชิงบวกจึงอาจเกิดขึ้นได้ใน 2 กรณี คือ

(1) การกระทำโดยตรง เป็นการกระทำของบุคคลนั่นเอง เช่น การใช้ปืนยิงใช้มีดแทงโดยมีการคิดตกลงใจ และได้กระทำการตามที่คิดตกลงใจนั้น อนึ่งการกระทำโดยตรงผู้กระทำอาจจะไม่ได้กระทำการในทุกขั้นตอน แต่อาจอาศัยบุคคลอื่นเพื่อให้บรรลุถึงความต้องการนั้นก็ได้ โดยบุคคลอื่นนั้นขาดความคิดตกลงใจที่จะกระทำการนั้น เช่น การสะกดจิตผู้อื่นให้กระทำตามแทนตน การใช้กำลังแก่ผู้อื่นให้กระทำตามที่ตนต้องการ เช่น ก. ผลัก ข. ให้ไปชน ค. บาดเจ็บ เป็นต้น โดย ข. เองไม่ได้คิดตกลงใจที่กระทำการนั้นถือว่า ข. ไม่มีการกระทำในสายตาของกฎหมาย นอกจากนี้ การกระทำโดยตรงอาจจะกระทำโดยอาศัยสัตว์เป็นเครื่องมือก็ได้

(2) การกระทำโดยอ้อม การกระทำผิดในบางกรณี ผู้กระทำอาจจะไม่ได้กระทำเอง แต่ได้ใช้ให้บุคคลที่ไม่ต้องรับผิดชอบในทางอาญาเป็นเครื่องมือกระทำความผิดดังตัวอย่างเช่น ใช้เด็กอายุไม่เกิน 7 ปี กระทำความผิดถือว่าเป็นการกระทำโดยทางอ้อม ส่วนเด็กอายุไม่เกิน 7 ปีนั้นได้รับการยกเว้นโทษตามมาตรา 73 ใช้บุคคลที่ไม่สามารถรู้ผิดชอบหรือไม่สามารถบังคับตนเองได้ เพราะมีความผิดปกติทางจิต (กรณีของมาตรา 65 วรรคแรก) ให้กระทำความผิด ถือว่าเป็นการกระทำผิดทางอ้อมในขณะที่ผู้กระทำได้รับการยกเว้นโทษใช้บุคคลโดยการทำให้บุคคลนั้นสำคัญผิดในข้อเท็จจริง บุคคลนั้นจึงไม่มีเจตนากระทำความผิด เช่น ก. ประสงค์จะวางยาพิษ ข. ซึ่งนอนป่วยอยู่ จึงเอายาพิษให้คนที่ดูแลโดยหลอกว่าเป็นยาบำรุงกำลังขอให้ช่วยป้อนให้คนป่วยกิน คนดูแลหลงเชื่อจึงได้กระทำการนั้นถือว่า ก. ได้กระทำความผิดทางอ้อม ส่วนผู้ดูแลขาดเจตนาในการฆ่าคนตาย

2) การกระทำในเชิงลบ การกระทำในเชิงลบนี้เป็นการกระทำโดยไม่เคลื่อนไหวร่างกาย ซึ่งแบ่งออกเป็นสองกรณีคือ

(1) การกระทำโดยการงดเว้น ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 59 วรรคท้ายบัญญัติว่า “การกระทำให้หมายความรวมถึงการให้เกิดผลอันหนึ่งอันใดขึ้นโดยงดเว้นการที่จักต้องกระทำเพื่อป้องกันผลนั้นด้วย” โดยการพิจารณาหลักที่ว่าบุคคลนั้นมีหน้าที่ ซึ่งจักต้องป้องกันมิให้

²⁸ แสง บุญเฉลิมวิภาส. (2551). *หลักกฎหมายอาญา*. หน้า 5.

เกิดผลนั้นขึ้นและจเว้นไม่ทำ จึงจะถือว่าผู้นั้นกระทำเชิงลบโดย จเว้นการกระทำหน้าที่ในการ
 จักต้องป้องกันมิให้เกิดผลอาจเกิดจากเหตุหลายประการ อันได้แก่

(ก) หน้าที่ตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เช่น หน้าที่ที่บิดามารดาจำต้องอุปการะ
 เลี้ยงดูบุตร หากมารดาไม่ให้นมบุตรจนบุตรถึงแก่ความตาย ย่อมถือว่ามารดาฆ่าบุตรตายโดยการจ
 เว้น ส่วนจะเป็นการกระทำโดยเจตนาหรือโดยประมาท ย่อมขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงแล้วแต่กรณี
 ในขณะเดียวกันบุตรก็มีหน้าที่ต้องอุปการะเลี้ยงดูบิดามารดา การกระทำโดยการจเว้นจึงอาจ
 เกิดขึ้นจากการเป็นประกันซึ่งมีอยู่ในบทบัญญัติของกฎหมาย ดังเช่นกรณีของบิดามารดากับบุตร
 สามีและภริยา โดยเฉพาะกรณีของบิดามารดานั้นการเป็นประกันมิใช่เพียงการคุ้มครองชีวิตร่างกาย
 เท่านั้น แต่รวมถึงการคุ้มครองทรัพย์สินและความประพฤติดของบุตรด้วยสำหรับกรณีของสามีและ
 ภริยาการเป็นประกันถือเอาเพียงการคุ้มครองชีวิตและร่างกายเป็นเกณฑ์สำคัญ

(ข) หน้าที่เกิดจากการยอมรับโดยเฉพาะเจาะจง ซึ่งอาจเป็นการยอมรับปฏิบัติ
 หน้าที่โดยมีสัญญาหรือโดยไม่มีสัญญาก็ได้ กรณียอมรับโดยสัญญา เช่น การรับจ้างเป็นคนเลี้ยงเด็ก
 การเป็นพยาบาลดูแลผู้ป่วย เป็นคนดูแลความปลอดภัยของคนที่มาว่ายนํ้า เป็นต้น หรืออาจจะเกิด
 จากการยอมรับในทางข้อเท็จจริงโดยไม่มีสัญญาก็ได้ เช่น บิดาขอร้องให้เพื่อนบ้านช่วยดูแลเด็ก
 ในขณะที่ไม่อยู่บ้าน เมื่อเพื่อนบ้านรับคำ ย่อมก่อให้เกิดหน้าที่ขึ้นแล้ว

(ค) หน้าที่เกิดจากการกระทำก่อน ๆ ของตนเอง หมายถึงกรณีที่บุคคลกระทำ
 การลงไป อันเป็นการกระทำมาซึ่งอันตราย บุคคลนั้นย่อมมีหน้าที่ที่จะต้องป้องกันอันตรายนั้น
 เช่น การอาสาพาคนเมาสุราไปส่งบ้านย่อมถือว่าเกิดหน้าที่แล้ว การปล่อยคนเมาสุราเสียกลางทาง
 และเกิดอันตรายขึ้น ผู้อาสาไปส่งจะถูกรับผิด กฎหมายถือว่าเป็นการจเว้น ส่วนจะเป็นเรื่อง
 เจตนาหรือประมาทย่อมแล้วแต่ข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น ทำนองเดียวกับการจเว้นคนตาบอดข้ามถนน
 เมื่อจเว้นไปแล้วจะเปลี่ยนใจทิ้งคนตาบอดไว้กลางถนนไม่ได้ หน้าที่เกิดจากการกระทำก่อน ๆ ของตน
 เมื่อลงมือช่วยแล้วจะต้องช่วยให้ตลอด การทิ้งคนตาบอดไว้กลางถนน ถือได้ว่าเป็นการจเว้น
 ไม่กระทำหน้าที่ของตน

(ง) หน้าที่เกิดจากความสัมพันธ์พิเศษเฉพาะเรื่อง หน้าที่ในประการสุดท้ายนี้
 มิใช่หน้าที่ตามกฎหมายและมีได้เกิดจากสัญญา แต่เป็นหน้าที่ที่เกิดจากความสัมพันธ์พิเศษ
 เช่น ความสัมพันธ์ของบิดาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายกับบุตร ความสัมพันธ์ระหว่างป้าหลาน
 ซึ่งอุปการะเลี้ยงดูกันมาย่อมก่อให้เกิดหน้าที่ขึ้นจากความสัมพันธ์พิเศษนี้ เมื่อป้าได้รับความทุกข์
 เพราะป่วยหนักและช่วยตัวเองไม่ได้ หลานย่อมมีหน้าที่ต้องดูแล เป็นต้น

(2) การกระทำโดยการละเว้น การกระทำโดยการละเว้นนี้เป็นการกระทำในเชิงลบ คือเป็นการกระทำโดยไม่เคลื่อนไหวร่างกายอีกกรณีหนึ่ง กรณีดังกล่าวนี้เกิดขึ้นจากการที่กฎหมายบัญญัติให้บุคคลต้องกระทำการบางอย่างตามที่กฎหมายกำหนด หากไม่กระทำการย่อมถือได้ว่าเป็นความผิดบทบัญญัติซึ่งมักจะยกเป็นตัวอย่างเสมอ ได้แก่ กรณีของมาตรา 374 ซึ่งบัญญัติว่า “ผู้ใดเห็นผู้อื่นตกอยู่ในภยันตรายแห่งชีวิต ซึ่งตนอาจช่วยได้โดยไม่ควรกลัวอันตรายแก่ตนเองหรือผู้อื่น แต่ไม่ช่วยตามความจำเป็น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งเดือนหรือปรับไม่เกินหนึ่งพันบาทหรือทั้งจำทั้งปรับ”

บทบัญญัติมาตรา 374 นี้ เรียกว่าความผิดฐานไม่ช่วยเหลือผู้อื่นที่ตกอยู่ในภยันตรายแห่งชีวิต คุณธรรมทางกฎหมายหรือสิ่งที่กฎหมายประสงค์จะคุ้มครองในความผิดฐานนี้คือ ความปลอดภัยของสาธารณะ

2.1.3.2 กฎหมายอาญาบนพื้นฐานของผู้กระทำ

จากการพิจารณาถึงโครงสร้างความผิดอาญา การกระทำที่ครบองค์ประกอบภายนอก ยังไม่เพียงพอที่จะก่อให้เกิดความรับผิดทางอาญาได้ แต่จะต้องมีส่วนขององค์ประกอบภายในด้วย และส่วนขององค์ประกอบภายในที่สำคัญประการหนึ่งก็คือ เจตนาของผู้กระทำผิด โดยเจตนานี้จะคลุมถึงองค์ประกอบภายนอกของความผิดอาญา ดังนั้นในประมวลกฎหมายอาญามาตรา 59 วรรคแรก จึงบัญญัติเป็นหลักทั่วไปไว้ว่า “บุคคลจะต้องรับผิดในทางอาญาก็ต่อเมื่อได้กระทำโดยเจตนา เว้นแต่จะได้กระทำโดยประมาท ในกรณีที่กฎหมายบัญญัติให้ต้องรับผิดเมื่อได้กระทำโดยประมาท หรือเว้นแต่ในกรณีที่กฎหมายบัญญัติไว้โดยแจ้งชัดให้ต้องรับผิดแม้ไม่ได้กระทำโดยไม่เจตนา”

จากบทบัญญัตินี้ดังกล่าว กฎหมายได้วางไว้เป็นหลักทั่วไปไว้ว่า บุคคลจะต้องรับผิดในทางอาญาก็ต่อเมื่อได้กระทำโดยเจตนา ขณะเดียวกันก็กำหนดข้อยกเว้นไว้ ดังนี้

- 1) การกระทำโดยประมาท เฉพาะกรณีที่กฎหมายบัญญัติให้ต้องรับผิด
- 2) กรณีที่กฎหมายบัญญัติไว้ชัดแจ้งว่าต้องรับผิดแม้กระทำโดยไม่มีเจตนา เช่น มาตรา 16 แห่งพระราชบัญญัติศุลกากร พ.ศ. 2481 กำหนดให้ผู้กระทำรับผิดโดยมิพักต้องคำนึงว่าผู้กระทำกระทำโดยเจตนาหรือประมาท

3) ความผิดลหุโทษ ทั้งนี้เป็นไปตามบทบัญญัติในมาตรา 104 ซึ่งวางหลักว่าการกระทำ ความผิดลหุโทษตามประมวลกฎหมายนี้ แม้กระทำโดยไม่มีเจตนาก็เป็นความผิดเว้นแต่ตามบัญญัติ ความผิดนั้นจะมีความบัญญัติให้เห็นเป็นอย่างอื่น เช่น บทบัญญัติในมาตรา 391 ซึ่งแสดงว่าต้องมีเจตนากระทำจึงจะเป็นความผิด

การกระทำโดยเจตนา ความหมายของเจตนา ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 59 วรรคสองและวรรคสามบัญญัติว่า “กระทำโดยเจตนา ได้แก่กระทำโดยรู้สำนึกในการที่กระทำและในขณะที่เดียวกันผู้กระทำประสงค์ต่อผลหรือย่อมเล็งเห็นผลของการกระทำนั้น

ถ้าผู้กระทำมิได้รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิดจะถือว่าผู้กระทำประสงค์ต่อผลหรือย่อมเล็งเห็นผลของการกระทำนั้นมิได้”

จากบทบัญญัติดังกล่าว สามารถให้ความหมายของการกระทำโดยเจตนาได้ดังนี้ (1) ผู้กระทำต้องรู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิด (2) ผู้กระทำจะต้องประสงค์ต่อผลหรือย่อมเล็งเห็นผลของการกระทำนั้น

การพิจารณาความหมายของคำว่าเจตนาจะต้องพิจารณาบทบัญญัติในมาตรา 59 วรรคสองและวรรคสามประกอบกัน

1) ผู้กระทำต้องรู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิด หมายความว่า ผู้กระทำต้อง “รู้” ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบภายนอกของความผิดฐานนั้น ๆ ตัวอย่าง เช่น แดงโกรธ แดงหยิบปืนขึ้นมายิงไปที่หน้าอกของดำ ดำตาย แสดงว่า แดงมีเจตนาฆ่าดำ ถ้าจะถามว่าเพราะอะไรก็เพราะแดง “รู้” ว่าการกระทำของตนเป็นการ “ฆ่า” และรู้ว่าดำเป็น “ผู้อื่น” เป็นการ “รู้” ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบภายนอกของความผิดมาตรา 288 คือ ผู้ใดฆ่าผู้อื่น ซึ่งมาจากหลักที่ว่า องค์ประกอบภายนอกของความผิดอาญาแต่ละฐานคือ ผู้กระทำ การกระทำ และวัตถุแห่งการกระทำ เมื่อแดงรู้ว่าการกระทำของตนเป็นการ ฆ่า และรู้ว่าดำเป็นผู้อื่น ก็ถือว่าผ่านหลักเรื่องรู้ตามมาตรา 59 วรรคสาม

นักกฎหมายได้วางหลักเกี่ยวกับการรู้ข้อเท็จจริงที่เป็นองค์ประกอบของความผิดว่า การรู้ข้อเท็จจริงนั้น ผู้กระทำเพียงแต่รู้ในส่วนที่เป็นข้อเท็จจริงโดยทั่ว ๆ ไปเท่านั้นก็เพียงพอแล้ว ไม่จำเป็นต้องรู้ในรายละเอียดที่เฉพาะเจาะจงหรือจะกล่าวอีกนัยหนึ่งคือ การรู้นั้นไม่จำเป็นต้องรู้ในรายละเอียดตามความเป็นจริง แต่ก็ไม่ใช่เพียงแต่รู้ในสิ่งที่คาดว่าจะเป็นไปได้เท่านั้น ตัวอย่างเช่น ในความผิดฐานลักทรัพย์โดยมีอาวุธถ้าหากข้อเท็จจริงฟังได้ความว่า เจ้าพนักงานตำรวจซึ่งตามปกติพกอาวุธอยู่และได้เข้าไปลักทรัพย์ในบ้านผู้อื่นโดยมีอาวุธนั้นติดตัวเข้าไปก็ถือได้ว่าเป็นกรณีลักทรัพย์โดยมีอาวุธแล้ว ข้อเท็จจริงนั้นอาจจะเป็นข้อเท็จจริงในทางยืนยันหรือในทางปฏิเสธก็ได้ ข้อเท็จจริงในทางยืนยันซึ่งถือเป็นกรณีปกติเช่น ในความผิดฐานลักทรัพย์ ผู้กระทำต้องรู้ว่าทรัพย์นั้นเป็นของผู้อื่นหรือผู้อื่นเป็นเจ้าของรวมอยู่ด้วย ส่วนข้อเท็จจริงในทางปฏิเสธเช่น ในกรณีที่เจ้าพนักงานกระทำการโดยรู้ว่าตนไม่มีอำนาจในการนั้น แต่ก็ยังกระทำไปหรือบุคคลใดรู้ว่าตนไม่มีสิทธิสวมเครื่องแบบที่กฎหมายระบุไว้ แต่ก็ยังสวมเครื่องแบบนั้น เท่ากับว่าได้กระทำโดยรู้ข้อเท็จจริงที่เป็นองค์ประกอบของความผิดนั้นแล้ว

เกี่ยวกับบทบัญญัติที่เป็นเหตุการณ์เช่น หากผู้กระทำจะต้องรับโทษหนักขึ้นเพราะเหตุใด ผู้กระทำจะต้องรู้ข้อเท็จจริงที่เป็นองค์ประกอบของเหตุการณ์นั้น ซึ่งในเรื่องนี้ประมวลกฎหมายอาญาได้บัญญัติไว้ในมาตรา 62 วรรคสาม ความว่า “บุคคลจะต้องรับโทษหนักขึ้นโดยอาศัยข้อเท็จจริงใด บุคคลนั้นจะต้องได้รู้ข้อเท็จจริงนั้น” ถ้าผู้กระทำได้กระทำโดยไม่รู้ข้อเท็จจริงที่เป็นเหตุการณ์ก็ควรรับผิดชอบชั้นธรรมดาเท่านั้น นั่นคือรู้เท่าใดเจตนาเท่านั้น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1019/2504 จำเลยปิดกั้นเหมืองสาธารณะเพราะเชื่อมั่นโดยสุจริตว่าเป็นเหมืองของจำเลย จำเลยไม่มีความผิดตามมาตรา 228

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 148 /2513 ดำรวจเข้าค้นตัวจำเลยในที่เปลี่ยวไม่ได้แต่งเครื่องแบบ ไม่ได้แสดงหลักฐานว่าเป็นตำรวจต่างฝ่ายต่างไม่รู้จักกัน เพราะฉะนั้นการที่จำเลยต่อสู้ขัดขวางไม่ให้ตำรวจค้นเอาเงินหรือทรัพย์สินของจำเลยไป จำเลยไม่มีความผิดฐานต่อสู้ขัดขวางเจ้าพนักงาน ตามมาตรา 138

ฎีกาที่ 693/2526 จำเลยขอยืมรถยนต์จาก อ. ไปใช้ ซึ่งเป็นรถยนต์ที่มีป้ายวงกลมแสดงการเสียภาษีประจำปีและป้ายทะเบียนรถยนต์ซึ่งเป็นเอกสารปลอม เมื่อจำเลยไม่รู้อย่างแท้จริงดังกล่าว จำเลยก็ไม่มีความผิดฐานใช้เอกสารราชการปลอมตามมาตรา 268

ฎีกาที่ 5907/2546 วินิจฉัยว่าจำเลยตัดฟันต้นไม้ของผู้เสียหายโดยเข้าใจโดยสุจริตว่าผู้เสียหายอนุญาตแล้ว จำเลยจึงขาดเจตนากระทำความผิดฐานลักทรัพย์ ผู้กระทำจะมีเจตนากระทำความผิดฐานลักทรัพย์ ผู้กระทำจะต้องรู้ว่าการกระทำของตนเป็นการเอาทรัพย์สินของผู้อื่นไปโดยเจ้าของหรือผู้ครอบครองมิได้อนุญาต หากผู้กระทำ “เข้าใจผิด” ไปว่าเจ้าของหรือผู้ครอบครองอนุญาต ก็เท่ากับว่าผู้กระทำไม่รู้ว่าเอาทรัพย์สินของผู้อื่นไปโดยเจ้าของหรือผู้ครอบครองมิได้อนุญาต เป็นการไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบภายนอกของความผิดฐานลักทรัพย์ตามหลักในมาตรา 59 วรรคสามนั่นเอง “ไม่รู้ว่าไม่อนุญาต” เป็นการไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบภายนอกของความผิดฐานลักทรัพย์

องค์ประกอบภายนอกที่มีไขข้อเท็จจริงที่ต้องรู้หมายถึง องค์ประกอบภายนอกที่กฎหมายบัญญัติขึ้นเพื่อแสดงพฤติการณ์ดังกล่าวเรียกว่าพฤติการณ์ที่ประกอบการกระทำ เช่น น่าจะเกิดความเสียหายหรือจะเกิดความเสียหาย เช่น มาตรา 137 มาตรา 172 มาตรา 188 มาตรา 220 มาตรา 221 มาตรา 225-231 มาตรา 233 มาตรา 234 มาตรา 236 มาตรา 237 มาตรา 264 - 269 มาตรา 307 มาตรา 312 มาตรา 323 อันเป็นการมิชอบตามมาตรา 200 มาตรา 209 อันเป็นการเหยียดหยามศาสนาตามมาตรา 206 โดยประการที่ทำให้เด็กปราศจากผู้ดูแลตามมาตรา 306 โดยประการที่น่าจะทำให้เสียชื่อเสียงตามมาตรา 326 อันเป็นการรบกวนการครอบครองตามมาตรา 362

2) ผู้กระทำประสงค์ต่อผล หรือยอมเล็งเห็นผลของการกระทำนั้น

(1) ผู้กระทำต้องประสงค์ต่อผล คำว่า “ประสงค์ต่อผล” หมายถึงความประสงค์ที่จะให้เกิดผลขึ้นตามที่ตั้งใจนั้นโดยตรงกล่าวคือ ผู้กระทำได้กระทำโดยมุ่งหมายหรือโดยเจาะจงหรืออาจมุ่งหมายที่จะให้ความผิเกิดขึ้นทั่ว ๆ ไป โดยไม่เจาะจงต่อบุคคลก็ได้ เช่น ยิงปืนไปยังกลุ่มคนที่กำลังประชุมกันอยู่โดยมุ่งหมายจะให้คนใดคนหนึ่งถึงแก่ความตาย จะให้เกิดชุลมุนวุ่นวายขึ้นถือเป็นการฆ่าโดยเจตนาในกรณีนี้แล้ว กล่าวอีกนัยหนึ่ง ความมุ่งหมายหรือความต้องการในเรื่องประสงค์ต่อผลนี้อาจเป็นความต้องการที่แท้จริงหรือความต้องการที่รองลงมาก็ได้ เช่น ก. ต้องการฆ่า ข. จึงใช้อาวุธปืนยิง ข. ถึงแก่ความตายและโดยการยิงนั้นกระสุนปืนได้ทะลุเสื้อของ ข. ด้วย ดังนั้น ความต้องการที่แท้คือชีวิต ข. ความต้องการรองลงมา คือความเสียหายที่เสื้อ ข. ดังนั้น จึงได้แยกเจตนาประสงค์ต่อผลออกเป็น 2 ระดับ คือ

ระดับแรก เจตนาประสงค์ต่อผลโดยตรง ผู้กระทำตั้งใจกระทำการอันเป็นความผิดทางอาญาหรือกระทำการเป็นเงื่อนไขขององค์ประกอบความผิดทางอาญาซึ่งก่อให้เกิดผลเสียหายตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ โดยมีเป้าหมายที่ต้องการให้บรรลุผล แต่จะบรรลุผลนั้นอย่างแน่นอนหรือเพียงอาจจะบรรลุผลนั้นได้หรือบรรลุผลในทันทีทันใดหรือเป็นการกระทำเพียงขั้นตอนหนึ่งก่อนก็ได้

ระดับสอง เจตนาประสงค์ต่อผลโดยอ้อม ผู้กระทำมีเจตนากระทำการอย่างหนึ่ง แต่การกระทำให้เกิดผลดังเจตนาที่จำเป็นจะต้องเกิดผลข้างเคียงอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ กล่าวคือผู้กระทำได้กระทำโดยคาดเห็นได้ล่วงหน้าว่าผลนั้นจำเป็นต้องเกิดขึ้นจากการกระทำของเขา แต่ยังกระทำการนั้นเช่น ก. ต้องการฆ่า ข. จึงใช้อาวุธปืนยิง ข. ถึงแก่ความตายและโดยการยิงนั้นกระสุนปืนได้ทะลุเสื้อของ ข. ด้วย ดังนั้นความต้องการที่แท้คือชีวิต ข. ความต้องการที่รองลงมาคือ ความเสียหายของเสื้อ ข. ก. จึงมีความผิดฐานฆ่า ข. โดยเจตนาโดยตรงและมีความผิดฐานทำให้เสียทรัพย์โดยเจตนาโดยตรงเช่นเดียวกันคือ เป็นเจตนาประสงค์ต่อผลในระดับที่สอง

(2) ผู้กระทำยอมเล็งเห็นผล การพิจารณาเจตนายอมเล็งเห็นผล เป็นกรณีที่รองลงมาจากเรื่องประสงค์ต่อผลกล่าวคือ หากข้อเท็จจริงไม่ได้ความว่า ผู้กระทำได้กระทำโดยมุ่งหมายที่จะให้เกิดผลโดยตรงแล้ว จึงจะมาพิจารณาว่าเป็นเรื่องที่ผู้กระทำยอมเล็งเห็นผลของการกระทำนั้นได้หรือไม่โดยพิจารณาจากจิตใจของผู้กระทำ สำหรับปัญหาที่ว่าอย่างไรจึงจะถือว่าเป็นเจตนายอมเล็งเห็นผลได้นั้นเป็นเรื่องที่ต้องใช้ความละเอียดอ่อนในการพิจารณา เพราะเจตนายอมเล็งเห็นผลนี้มีความใกล้เคียงกับเจตนาประสงค์ต่อผลระดับที่สอง ขอบเขตเส้นแบ่งของเจตนาทั้งสองนี้ก็คือผลข้างเคียงอันจำเป็นจะต้องเกิดขึ้นอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ในเจตนาประสงค์ต่อผลระดับที่สองและความคาดการณ์ว่าผลมีโอกาสเป็นไปได้ในจินตนาการยอมเล็งเห็นผล อาจกล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่า

ผลข้างเคียงในกรณีแรกเกิดขึ้นในลักษณะสมบูรณ์กรณีหลังในลักษณะสัมพัทธ์ คือในกรณีของเจตนาข่มเหงเห็นผลนั้น ผลที่คาดเห็นว่าจะเกิดขึ้น และความเล็งของผลที่จะเกิดขึ้น ไม่จำเป็นต้องเกิดขึ้นทีเดียว เพียงแต่อาจเป็นไปได้ก็พอแล้ว

สำหรับกรณีเจตนาพิเศษ หากการกระทำนั้นผิดกฎหมายและผู้กระทำมีความชั่วก็เพียงพอที่จะลงโทษได้แล้ว โดยไม่คำนึงว่าเจตนาเป็นเจตนาดีหรือร้าย ดังเช่น ในความผิดต่อชีวิตหรือความผิดต่อร่างกาย เป็นต้น ส่วนความผิดที่ต้องมีองค์ประกอบภายในส่วนอื่นนอกจากเจตนาธรรมดาแล้ว จะบัญญัติเป็นเจตนาพิเศษในความผิดฐานนั้น ๆ เช่น ในความผิดฐานลักทรัพย์ ถ้าพึงกระทำโดยมีเจตนาธรรมดาเพียงอย่างเดียวยังไม่เป็นความผิด แต่จะมีความผิดต่อเมื่อกระทำโดยมีมูลเหตุชักจูงใจโดยทุจริตด้วยเช่นเดียวกับความผิดฐานลักขโมย หรือความผิดที่ต้องการส่วนของมูลเหตุชักจูงใจโดยทุจริตด้วยเช่นเดียวกับความผิดฐานลักขโมย นอโกง หรือความผิดที่ต้องการส่วนของมูลเหตุชักจูงใจอื่น ๆ

เจตนาพิเศษแตกต่างจากเจตนาธรรมดา เจตนาธรรมดามีทั้ง “ประสงค์ต่อผล” และ “เล็งเห็นผล” ส่วนเจตนาพิเศษนั้น เนื่องจากกฎหมายใช้คำว่า “เพื่อ” ผู้กระทำจึงต้องมีเจตนาโดยตรงมุ่งต่อการนั้นเท่านั้น จึงจะถือว่าผู้กระทำมีเจตนาพิเศษ กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ เจตนาพิเศษนี้ ไม่มีการเล็งเห็นผล

2.1.4 การกักกฎหมายอาญา

หลักเกณฑ์ที่เข้ามาควบคุมความประพฤติของมนุษย์ ให้อยู่ร่วมกันในสังคมได้อย่างสงบ และมีความเป็นระเบียบเรียบร้อยนั้น มีพัฒนาการตั้งแต่หลักเกณฑ์ที่เรียกกันว่า ระเบียบสังคม แต่เนื่องจากข้อจำกัดของระเบียบสังคมที่ปราศจากสภาพบังคับ ทำให้ปัจเจกบุคคลในสังคมจะประพฤติตามหลักเกณฑ์ดังกล่าวหรือไม่ก็ได้ ทำให้ผู้คนในสังคมเกิดความไม่แน่ใจว่า สังคมจะมีความเป็นระเบียบเรียบร้อย รัฐจึงต้องกำหนดหลักเกณฑ์ใหม่ซึ่งมีสภาพบังคับขึ้นมาซึ่งก็คือกฎหมาย โดยกฎหมายที่มีสภาพบังคับที่รุนแรงที่สุดคือ กฎหมายอาญา กล่าวคือ หากมีผู้ที่ประพฤติดนฝ่าฝืนจากหลักเกณฑ์ที่กฎหมายอาญากำหนดไว้ สภาพบังคับของกฎหมายอาญาก็จะมีผลกระทบต่อผู้ที่ฝ่าฝืนนั้น ทั้งในส่วนของบริษัทสิน (บริษัทและปรับ) เสรีภาพหรือร่างกาย (กักขังและจำคุก) และแม้กระทั่งชีวิต (ประหารชีวิต)

กฎหมายอาญาเป็นกฎหมายที่คุ้มครองสังคม เพื่อให้เกิดความสงบและเป็นระเบียบเรียบร้อย จึงต้องมีมาตรการที่เป็นการป้องกันและปราบปรามการกระทำความผิดโดยเมื่อมีการกระทำความผิดอาญาเกิดขึ้นก็จำเป็นต้องมีการปราบปรามผู้กระทำความผิดนั้น ซึ่งการปราบปรามผู้กระทำความผิดนั้น ขณะเดียวกันก็เป็นการป้องกันผู้กระทำความผิดมิให้กระทำการในลักษณะนี้ขึ้นอีกในอนาคต และยังเป็นการป้องกันมิให้บุคคลทั่วไปกระทำการเช่นนั้น โดยทำให้บุคคลทั่วไป

เห็นว่า หากมีการกระทำที่ขัดต่อกฎหมาย ผู้ที่ฝ่าฝืนก็จะต้องถูกลงโทษ นอกจากนั้นภารกิจของกฎหมายอาญายังเป็นการคุ้มครองคุณธรรมทางกฎหมาย ซึ่งเป็นสิ่งที่หล่อหลอมให้การอยู่ร่วมกันของมนุษย์เป็นไปโดยปกติสุข เป็นสิ่งที่ไม่มีรูปร่าง เป็นสิ่งที่ไม่มีอากัสม์ผัสได้โดยใช้ประสาทสัมผัส แต่เป็นสิ่งที่เปี่ยมคุณค่าที่จำเป็นและเป็นพื้นฐานของการอยู่ร่วมกันของมนุษย์ โดยคุณธรรมที่กฎหมายยอมรับนี้มีทั้งคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคล และคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนรวม ซึ่งหากพิจารณาแล้วจะเห็นได้ว่า กฎหมายอาญาได้มุ่งคุ้มครองถึงคุณภาพของการกระทำของมนุษย์ในขณะเดียวกันอีกด้วย²⁹

2.2 การตีความกฎหมายอาญา

ประเทศไทยเป็นประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมาย (Civil Law) ในการศึกษาความเป็นมาและแนวคิดการตีความกฎหมายของระบบประมวลกฎหมาย (Civil Law) นี้ สิ่งสำคัญคือการศึกษาถึงวิวัฒนาการของระบบกฎหมายโรมันซึ่งแบ่งออกได้เป็น 3 สมัยคือ³⁰

1. สมัยราชาธิปไตย (Monarchy) ในยุคแรกของกฎหมายโรมันยังปกครองด้วยระบบราชาณาจักร ประมาณ ปี 753 ก่อนคริสตกาล ประชาชนชาวโรมันอยู่รวมกันเป็นตระกูลหรือเป็นกลุ่มและมีหัวหน้าตระกูลเป็นผู้ทำการปกครองบังคับบัญชา ในสมัยกษัตริย์ Servius Tullius ได้มีการจัดแบ่งการปกครองออกเป็นควิริอา (Curia) มีทั้งหมด 30 ควิริอา ซึ่งรวมกันเป็นที่ประชุมใหญ่ เรียกว่า โคมิเทีย ควิริอาตา (Comitia Curiata) หรือสภาประชาชนเป็นผู้มอบหมายอำนาจเด็ดขาดให้กษัตริย์ในช่วงนี้กฎหมายต่าง ๆ ที่มีขึ้นจากกษัตริย์ทั้งหมดเรียกว่า Lex Regia ช่วงนี้กฎหมายจารีตประเพณีได้พัฒนาขึ้นอย่างช้า ๆ โดยถือว่าจารีตประเพณีเป็นกฎหมายศักดิ์สิทธิ์ต้องถือปฏิบัติอย่างเคร่งครัด

2. สมัยประชาธิปไตย (Republic) สมัยนี้อยู่ประมาณ 510-26 ปีก่อนคริสตกาล เป็นช่วงที่คนธรรมดาที่มีฐานะเรียกว่าพลีเบียนเข้ามามีบทบาทในการบริหารบ้านเมืองมากขึ้น และเริ่มมีการบีบคั้นให้มีการบันทึกกฎหมายไว้เป็นลายลักษณ์อักษรแทนที่จะใช้ความจำซึ่งอาจถูกบิดเบือนได้ เช่น กฎหมายสิบสองโต๊ะ ซึ่งนับว่าเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรฉบับแรกของโรมันนอกจากนี้ประมุขของรัฐก็ไม่ใช่กษัตริย์อีกต่อไป แต่เป็นคนธรรมดา 2 คน ที่ได้รับเลือกมีชื่อเรียกว่า คอนซูล (Consul)

²⁹ คณิต ฌ นคร ก เล่มเดิม. หน้า 40-46.

³⁰ แหล่งเดิม. หน้า 233.

3. สมัยจักรวรรดิ (Empire) ในตอนต้นคริสตศตวรรษที่ 2-3 เรียกว่า เป็นยุคทองของกฎหมายโรมัน เพราะโรมจึงเข้าสู่ยุคจักรวรรดิและราวคริสต์ศตวรรษที่ 2-3 เรียกว่า เป็นยุคทองของกฎหมายโรมัน เพราะถือว่ากฎหมายสมบูรณ์แบบที่สุดในสายตาของชาวโรมันแหล่งที่มาของกฎหมายคือ พระราชบัญญัติอันเนื่องมาจากพระราชอำนาจของจักรพรรดิตามรัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติอาจเป็นไปในรูปต่าง ๆ เช่น พระบรมราชโองการ พระราชวินิจฉัยที่จักรพรรดิทรงตัดสินคดีเป็นราย ๆ ไป เป็นต้น

จักรพรรดิที่มีความสำคัญในยุคดังกล่าวคือ จักรพรรดิจัสติเนียนพระองค์ขึ้นครองราชย์ราวปี ค.ศ. 527 ได้เริ่มจัดทำประมวลกฎหมายแทนที่เป็นกฎหมายเอกชนทั้งหมด ประมวลนี้มีชื่อเรียกว่า Corpus Juris Civilis โดยแบ่งออกเป็น 4 ภาค คือ ภาคแรก เรียกว่า Pandect หรือ Digest ภาคสองเป็นการนำเอา Pandect ที่สำคัญ ๆ มาจัดไว้เป็นหมวดหมู่ ภาคสาม เรียกว่า Condex และภาคสี่ เรียกว่า Novels วัตถุประสงค์ในการจัดทำประมวลกฎหมายนี้มี 2 ประการคือ เพื่อเป็นการบัญญัติกฎหมายที่มีผลบังคับใช้ทั่วอาณาเขตของอาณาจักรโรมัน อันเป็นที่เชื่อถือและอ้างอิงได้โดยสะดวก และเพื่อเป็นบทกฎหมายเพียงแหล่งเดียว ที่ใช้แทนบทกฎหมายทั้งหลายในอดีต ไม่มีบทกฎหมายอื่นใดอีกที่จะมาขัดหรือแย้งกับบทกฎหมายในประมวลกฎหมายนี้

จากการศึกษาพบว่าแนวคิดการตีความกฎหมายของระบบประมวลกฎหมาย (Civil Law) เนื่องมาจากชาวโรมันเชื่อในความศักดิ์สิทธิ์ของกฎหมายจารีตประเพณี ดังนั้นเมื่อนำจารีตประเพณีมาบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรจึงทำให้ถือความศักดิ์สิทธิ์ของตัวอักษรด้วย ดังนั้นการตีความกฎหมายก็ต้องถือตามที่ปรากฏเป็นตัวอักษรนั้นเป็นสำคัญ อย่างไรก็ตามเมื่อเวลาผ่านไปก็เกิดปัญหาว่าการปรับใช้กฎหมายตามตัวอักษรนั้นไม่สอดคล้องกับความเป็นธรรมในสังคม ดังนั้นจึงได้นำเอาความคิดที่ว่ากฎหมายที่แท้จริงคือ เหตุผลที่ถูกต้องซึ่งเป็นแนวความคิดของปรัชญากรีกมาปรุงแต่งกฎหมายให้เจริญขึ้น³¹ กล่าวคือ การตีความเพื่อหาความหมายที่แท้จริงของบทบัญญัติกฎหมาย การปรุงแต่งนี้ทำให้เกิดเป็นหลักวิชาในการใช้การตีความกฎหมายขึ้นมา

ในปัจจุบันหลักทั่วไปที่ถือเป็นแบบฉบับในการตีความกฎหมายในระบบประมวลกฎหมาย (Civil Law) มี 2 ประการคือ³² หลักการตีความตามหลักภาษา (Grammatical Interpretation) ใช้ในการตีความหมายจากถ้อยคำที่ผู้บัญญัติกฎหมายได้บัญญัติไว้ และหลักการตีความตามเหตุผลทางตรรก (Logical Interpretation) ใช้ในการตีความหมายจากความมุ่งหมายอันแท้จริงของกฎหมาย

³¹ ปรีดี เกษมทรัพย์ ข (2539). นิติปรัชญา. หน้า 123.

³² กิตติศักดิ์ ประกิต. (2547). ความเป็นมาและหลักการใช้นิติวิธีในระบบซีวิลลอว์ และคอมมอนลอว์. หน้า 50.

อย่างไรก็ตาม ในการตีความหมายจากความมุ่งหมายอันแท้จริงของกฎหมายในระบบชีวิตลอร์ว มีทฤษฎีที่แพร่หลายอยู่ 2 ทฤษฎีคือ³³

1) ทฤษฎี Subjective Theory ถือว่า ผู้ตีความกฎหมายจะต้องค้นหา วัตถุประสงค์ของผู้บัญญัติกฎหมายในการบัญญัติกฎหมายนั้น ๆ ขึ้นมา

2) ทฤษฎี Objective Theory ถือว่า ต้องค้นหาความมุ่งหมายของกฎหมายนั้น ๆ เอง ในฐานะที่เป็นอิสระต่างหากจากความมุ่งหมายของผู้บัญญัติกฎหมายโดยถือว่า เมื่อได้ประกาศใช้กฎหมายใดแล้ว ก็ควรถือว่ากฎหมายนั้นได้หลุดพ้นจากระบวนการบัญญัติกฎหมายนั้นแล้ว และมีความหมายเป็นเอกเทศขึ้นมาต่างหาก

กรณีการตีความที่ต้องคำนึงถึงตัวอักษรและเจตนารมณ์ของกฎหมายที่แฝงอยู่นี้ ได้มีแนวความคิดของนักกฎหมายสวิส คือ Eugen Huber ได้อธิบายให้เห็นถึงความสัมพันธ์ระหว่าง 2 สิ่ง ไว้อย่างน่าสนใจ โดยแบ่งเป็นวิวัฒนาการของการตีความกฎหมายลายลักษณ์อักษรออกเป็น 3 ขั้นตอนคือ³⁴

1) ในยุคแรก ระบบกฎหมายเป็นระบบที่ไม่มีความสลับซับซ้อนในทางความคิดของนักนิติศาสตร์ในยุคนี้ ภาษากฎหมายก็เหมือนกับภาษาธรรมดาที่แสดงความคิดออกมาในยุคนี้ มักตีความกันตามตัวอักษร ถ้อยคำของกฎหมายในตอนนั้นไม่มีการใช้ถ้อยคำซับซ้อน และขอบเขตความหมายของกฎหมายก็ชัดเจน

2) ในยุคที่สอง คนเริ่มมองเจตนารมณ์ของกฎหมาย ซึ่งคำและข้อความถูกกำหนดโดยความสัมพันธ์ระหว่างถ้อยคำในประโยคหรือวากยสัมพันธ์ (Syntax) และบริบทหรือข้อความแวดล้อม (Context) มากขึ้น แต่ข้อความก็ยังประกอบด้วยคำง่าย ๆ มีศัพท์เทคนิคพิเศษบ้าง ยังมีการใช้ข้อความคิด (Concept) ไม่มากนัก เพราะฉะนั้น เทคนิคในการตีความจึงไม่สูงมาก เพราะการหาขอบเขตความหมายจากข้อความแวดล้อม (Context) ยังใช้วิธีง่าย ๆ อยู่

3) ในยุคที่สาม ความสำคัญของเจตนารมณ์ของกฎหมายเริ่มเด่นชัดขึ้น ภาษากฎหมายมีลักษณะเป็นข้อความคิด (Concept) และเป็นคำทั่วไปมากยิ่งขึ้น การตีความให้ตรงกับเจตนารมณ์เป็นการยากมาก ตัวอักษรเริ่มลดความสำคัญลงไปบ้าง และผู้ตีความต้องใช้ความสามารถมากในการค้นหาความมุ่งหมายของถ้อยคำต่าง ๆ และต้องมุ่งตีความให้ถ้อยคำนั้นสัมพันธ์กับเจตนารมณ์ตลอดเวลา

³³ อักษราทร จุฬารัตน ก (2512, ธันวาคม). “หลักทั่วไปของการตีความในกฎหมายอิตาลี.” *วารสารนิติศาสตร์*, 1(3), หน้า 85.

³⁴ รองพล เจริญพันธ์. (2520). *กฎหมายแห่งหลักทั่วไป เล่ม 1*. หน้า 153-154.

ดังนั้น ทศนคติที่ถือว่าบทบัญญัติของกฎหมายนั้นแฝงด้วยเหตุผลในตัวเอง บทบัญญัตินั้นย่อมใช้ครอบคลุมไปถึงกรณีต่าง ๆ ทำให้นักกฎหมายในระบบประมวลกฎหมาย (Civil Law) มีการตีความตามตัวอักษรควบคู่ไปกับเจตนารมณ์ของกฎหมาย ซึ่งผลที่ได้ทำให้เกิดการตีความอย่างกว้าง การตีความอย่างแคบ ต่อไปอีกชั้นหนึ่ง กล่าวคือกรณีที่ระบบประมวลกฎหมาย (Civil Law) สามารถที่จะค้นหาเจตนารมณ์ของกฎหมายได้อย่างกว้างขวางภายใต้หลักความเป็นธรรม แนวคิดนี้เป็นผลทำให้เกิดวิธีการตีความโดยอาศัยประวัติความเป็นมาของการจัดทำกฎหมาย (Historical Interpretation) เป็นวิธีการที่ช่วยค้นหาเจตนารมณ์ของกฎหมาย หลักการตีความนี้เป็นแนวความคิดที่พัฒนาขึ้นในระบบกฎหมายเยอรมัน ซึ่งเป็นวิธีการค้นหาเจตนารมณ์ของกฎหมายจากตัวร่างกฎหมายเดิมที่เสนอต่อสภา บันทึกลักษณะและเหตุผล บันทึกชี้แจงในการเสนอร่างกฎหมาย เป็นต้น นอกจากนี้แนวคิดของกฎหมายโรมันดังกล่าวยังนำมาใช้ในการตอบปัญหาการตีความกฎหมายกรณีที่บทบัญญัติของกฎหมายนั้นมิได้กล่าวถึงอย่างแจ่มชัด เนื่องจากมีเหตุการณ์อย่างใดอย่างหนึ่งเกิดขึ้นและผู้บัญญัติกฎหมายไม่สามารถคาดเห็นล่วงหน้า กรณีดังกล่าวทำให้เกิดแนวความคิดการตีความที่เรียกว่า การตีความตามความมุ่งหมายหรือวัตถุประสงค์ในทางสังคม (End or Purpose) ของกฎหมาย (Teleological Interpretation หรือ Sociological Interpretation) เป็นแนวคิดที่เกิดขึ้นในระบบกฎหมายฝรั่งเศสและระบบกฎหมายเยอรมัน มีแนวคิดที่ว่า การตีความกฎหมายนั้นต้องพิจารณาคุณธรรมทางกฎหมายที่กฎหมายประสงค์จะคุ้มครองและเป็นไปตามจริยศาสตร์ทางสังคม³⁵ การตีความกฎหมายไม่จำเป็นต้องใช้เจตนารมณ์ของผู้บัญญัติกฎหมาย ความหมายของบทบัญญัติกฎหมายจะแปรเปลี่ยนไปตามสมัย แนวคิดนี้มีนัยตามหลักกฎหมายโรมันที่ว่า กฎหมายนั้นเป็นหลักเกณฑ์ทางสังคมที่เป็นบรรทัดฐานความประพฤติในทางสังคมด้านความยุติธรรม และความชัดเจนทางกฎหมาย นอกจากนี้ หลักการตีความตามความมุ่งหมายหรือวัตถุประสงค์ในทางสังคม (End or Purpose) ของกฎหมาย มีนักกฎหมายให้ความเห็นว่า เป็นวิธีการตีความโดยขยายความ (Extensive Interpretation)³⁶

2.2.1 ที่มาของกฎหมายอาญา

ซีซาร์ เบ็คคาร์เรีย (Cesare Beccaria) นักปรัชญาด้านกฎหมายอาญาคนสำคัญในสมัยคริสต์ศตวรรษที่ 18 ได้เสนอแนวคิดที่เป็นการวางรากฐานกฎหมายอาญาไว้ว่า การที่รัฐสามารถออกกฎหมายกำหนดการกระทำใดที่รัฐห้ามมิให้กระทำ เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคมส่วนรวมได้นั้น เนื่องจาก “ทฤษฎีสัญญาประชาคม” (Social Contract) ที่ประชาชนยินยอมพร้อมใจ

³⁵ สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์. (2538, มิถุนายน). “การตีความตามกฎหมายอาญาเยอรมัน.” *วารสารนิติศาสตร์*, 25(2). หน้า 296.

³⁶ อักษราทร จุฬารัตน. เล่มเดิม. หน้า 51.

กันยกอำนาจของตนให้กับรัฐ เพื่อให้รัฐเป็นตัวแทนของตนในการทำหน้าที่ดูแลรักษาความสงบเรียบร้อย ประชาชนจึงต้องยินยอมที่จะจำกัดเสรีภาพของตนเองบางประการ โดยให้สัญญาว่าจะไม่กระทำการบางอย่าง หรืออาจต้องกระทำการบางอย่าง ที่จำเป็นต่อการรักษาความสงบของสังคมส่วนรวม เสรีภาพที่ประชาชนยอมเสียสละนี้ รัฐได้บัญญัติออกมาเป็นสิ่งที่เรียกว่า “กฎหมาย” เพื่อกำหนดสิ่งที่ห้ามกระทำ และสิ่งที่บังคับให้กระทำ หากฝ่าฝืนจะมีบทลงโทษ รัฐจึงมีอำนาจที่จะออกกฎหมายเพื่อกำหนดข้อห้ามเพื่อควบคุมความประพฤติของมนุษย์ในสังคมไว้ หากผู้ใดฝ่าฝืนจะถูกลงโทษ

สัญญาประชาคม (Social contract) ที่เบ็คการ์เรียบเรียงไว้ในส่วนที่เกี่ยวกับกฎหมายอาญามีหลักการสำคัญคือ

1) ถ้าประชาชนดำรงชีวิตอยู่โดยไม่มีรัฐ ผลประโยชน์ของประชาชนก็จะประสบปัญหาความขัดแย้งไม่มีที่สิ้นสุด แล้วประชาชนจะไม่มี ความมั่นคงปลอดภัยและไม่มีความสุขเลยแม้แต่เน้อย

2) เมื่อเป็นดังนั้น ประชาชนจึงยินยอมพร้อมใจมอบเสรีภาพบางส่วนของตนเพื่อรักษาไว้ซึ่งความมั่นคงปลอดภัยและความสุขโดยส่วนรวม ผลก็คือ ประชาชนต้องยินยอมให้สัญญาว่าตนเองจะต้องไม่กระทำการบางอย่าง และจะกระทำการบางอย่าง ข้อสัญญาดังกล่าวนี้ก็คือกฎหมาย (Laws) เอง

นอกจากนี้ เบ็คการ์เรีย ยังได้อธิบายกรอบจำกัดของรัฐในการออกกฎหมายไว้ด้วยว่า รัฐมีอำนาจและขอบเขตอำนาจดังนี้

1) รัฐได้รับข้อสัญญาประชาชนแต่ละคน ประชาชนได้จัดตั้งรัฐของพวกเขาเพื่อที่จะปกป้องข้อสัญญาร่วมกันของประชาชนโดยกฎหมายและการลงโทษ รัฐจึงมีความชอบธรรมโดยความยินยอมของประชาชน

2) แม้รัฐจะมีความชอบธรรม แต่รัฐบาลไม่อาจใช้อำนาจกระทำทุกอย่างตามอำเภอใจ อำนาจนี้ถูกจำกัดโดย “สัญญาประชาคม” (Social Contract) เบ็คการ์เรียอ้างว่าประชาชนต้องการเสรีภาพมากที่สุดเท่าที่จะมากได้ และยินยอมที่จะจำกัดเสรีภาพของตนเองเพียงเพื่อความมั่นคงปลอดภัยของประชาชนเท่านั้น ดังนั้นรัฐซึ่งมีหน้าที่ป้องกันความมั่นคงปลอดภัยของประชาชนจะสามารถละเมิดล่วงล้ำเสรีภาพของประชาชนได้แต่เพียงเท่าที่จำเป็นอย่างยิ่งเท่านั้น

3) ประเด็นความจำเป็นของรัฐมีขอบเขตเพียงใด รัฐต้องสร้างสิ่งที่สามารถสนองการสืบเสาะแสวงหารายบุคคลเกี่ยวกับความมั่นคงปลอดภัยและความสุข จุดมุ่งหมายของรัฐจึงควรเป็น การดูแล “ประโยชน์ส่วนรวม” (Common Utility) เท่านั้น โดยมีจุดหมายปลายทางเพื่อ “ความสุขอันยิ่งใหญ่ที่สุดที่จะแบ่งปันกันในกลุ่มคนจำนวนมากที่สุด”

จากแนวคิดเรื่องสัญญาประชาคมดังกล่าว สรุปได้ว่า รัฐได้ใช้อำนาจตามฉันทานุมัติที่ได้รับจากประชาชนมาออกกฎหมายเพื่อควบคุมความประพฤติของคนในสังคม เพื่อคุ้มครองป้องกันภัยที่เกิดขึ้นแก่สังคม เพื่อให้สังคมโดยรวมเกิดความสงบสุข สำหรับการควบคุมความประพฤติของคนในสังคมโดยการออกข้อกำหนดที่เป็นข้อห้ามมิให้ปฏิบัติ หากผู้ใดฝ่าฝืนข้อห้ามนั้นจะถูกลงโทษ เรียกว่าเป็นการกำหนดกฎหมายอาญา ซึ่งจะมีการกำหนดไว้ว่าการกระทำอย่างไรบ้างที่จะเป็นความผิดอาญา³⁷

2.2.2 หลักเกณฑ์การตีความกฎหมายอาญา

ทัศนคติที่ถือว่าบทบัญญัติของกฎหมายนั้นแฝงด้วยเหตุผลในตัวเอง บทบัญญัตินั้นย่อมใช้ครอบคลุมไปถึงกรณีต่าง ๆ ทำให้นักกฎหมายในระบบประมวลกฎหมาย (Civil Law) มีการตีความตามตัวอักษรควบคู่ไปกับเจตนารมณ์ของกฎหมาย แนวคิดนี้เป็นผลทำให้เกิดวิธีการตีความโดยอาศัยประวัติความเป็นมาของการจัดทำกฎหมาย (Historical Interpretation) เป็นวิธีการที่ช่วยค้นหาเจตนารมณ์ของกฎหมาย หลักการตีความนี้เป็นแนวความคิดที่พัฒนาขึ้นในระบบกฎหมายเยอรมัน ซึ่งเป็นวิธีการค้นหาเจตนารมณ์ของกฎหมายจากตัวร่างกฎหมายเดิมที่เสนอต่อสภา บันทึกลักษณะและเหตุผล บันทึกชี้แจงในการเสนอร่างกฎหมาย เป็นต้น นอกจากนี้แนวคิดของกฎหมายโรมันดังกล่าวยังนำมาใช้ในการตอบปัญหาการตีความกฎหมายกรณีที่บทบัญญัติของกฎหมายนั้นมิได้กล่าวถึงอย่างแจ่มชัด เนื่องจากมีเหตุการณ์อย่างใดอย่างหนึ่งเกิดขึ้น และผู้บัญญัติกฎหมายไม่สามารถคาดเห็นล่วงหน้า กรณีดังกล่าวทำให้เกิดแนวความคิดการตีความที่เรียกว่า การตีความตามความมุ่งหมายหรือวัตถุประสงค์ในทางสังคม (End or Purpose) ของกฎหมาย (Teleological Interpretation หรือ Sociological Interpretation) เป็นแนวคิดที่เกิดขึ้นในระบบกฎหมายฝรั่งเศสและระบบกฎหมายเยอรมัน มีแนวคิดที่ว่า การตีความกฎหมายนั้นต้องพิจารณาคุณธรรมทางกฎหมายที่กฎหมายประสงค์จะคุ้มครองและเป็นไปตามจริยศาสตร์ทางสังคม³⁸ การตีความกฎหมายไม่จำเป็นต้องใช้เจตนารมณ์ของผู้บัญญัติกฎหมาย ความหมายของบทบัญญัติกฎหมายจะแปรเปลี่ยนไปตามสมัย แนวคิดนี้มีนัยตามหลักกฎหมายโรมันที่ว่า กฎหมายนั้นเป็นหลักเกณฑ์ทางสังคมที่เป็นบรรทัดฐานความประพฤติในทางสังคมด้านความยุติธรรม และความชัดเจนทางกฎหมาย นอกจากนี้ หลักการตีความตามความมุ่งหมายหรือวัตถุประสงค์ในทางสังคม (End or Purpose) ของกฎหมายมีนักกฎหมายให้ความเห็นว่าเป็นวิธีการตีความโดยขยายความ (Extensive Interpretation)³⁹

³⁷ ฌ็อง-ฌัก ลูคัส. เล่มเดิม. หน้า 9-10.

³⁸ สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์. เล่มเดิม. หน้า 296.

³⁹ อักษราทร จุฬารัตน. (2541, กันยายน). “การตีความกฎหมาย.” *วารสารพระธรรมทูต* 43 (ฉบับพิเศษ), 43(1). หน้า 51.

2.2.3 วิธีการตีความกฎหมายและการตีความกฎหมายอาญา

สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์⁴⁰ อธิบายรูปแบบของการตีความทางอาญาว่าอาจแบ่งได้เป็น 4 รูปแบบ คือ

1) การตีความตามตัวอักษร หมายถึง การแสดงให้เห็นถึงความหมายทางกฎหมายจากความหมายของภาษา (Sprachsinn) อย่างไรก็ตาม ความหมายตามตัวอักษรอาจเป็นความหมายที่ใช้กันอยู่โดยทั่วไป ความหมายของถ้อยคำที่เป็นไปได้ และความหมายทางกฎหมาย คำพิพากษาของศาลแห่งอาญาจักรไรช์แผนกคดีอาญา เคยเห็นว่า การตีความกฎหมายแต่ละฉบับจะต้องไม่เคร่งครัดกับถ้อยคำจนเกินไป การตีความตามตัวอักษรอย่างเคร่งครัดอาจก่อให้เกิดผลที่เป็นการจัดแย้งกับเจตนารมณ์ของกฎหมาย

2) การตีความตามประวัติศาสตร์ รูปแบบของการตีความดังกล่าวอาจพิจารณาว่าอะไรคือสิ่งที่ฝ่ายนิติบัญญัติในอดีตคำนึงถึง เมื่อบัญญัติกฎหมายใด ๆ ขึ้นมา อะไรคือสิ่งที่ฝ่ายนิติบัญญัติคำนึงถึงเมื่อใช้หรือดเว้นที่จะใช้ข้อความคิดที่เฉพาะเจาะจงอย่างใดอย่างหนึ่ง อย่างไรก็ตาม รูปแบบของการตีความดังกล่าว เมื่อเวลาผ่านไปแล้วเกิดสถานการณ์ใหม่ ๆ ความรู้ใหม่ ๆ รูปแบบของความผิดอาญาใหม่ ๆ ขึ้น ซึ่งสิ่งเหล่านี้ฝ่ายนิติบัญญัติในอดีตไม่อาจที่จะคาดการณ์ได้ล่วงหน้า การตีความตามประวัติศาสตร์ จึงเป็นการจำกัดกฎหมายให้อยู่แต่ในช่วงเวลาที่บัญญัติกฎหมายฉบับนั้น ๆ ขึ้น

3) การตีความตามระบบ รูปแบบของการตีความดังกล่าวพิจารณาจากตำแหน่งขององค์ประกอบความผิดที่บัญญัติไว้ในกฎหมายแต่ละฉบับ รวมตลอดถึงหมวดหมู่ทางกฎหมายด้วยเหตุนี้ คุณค่าของการตีความดังกล่าวจึงขึ้นอยู่กับความถูกต้องของการจัดระบบตำแหน่งของกฎหมายที่ตีความ

4) การตีความตามเจตนารมณ์ รูปแบบการตีความดังกล่าว ไม่เพียงแต่พิจารณาจากสิ่งที่กฎหมายประสงค์จะคุ้มครอง หากแต่พิจารณาถึงคุณค่าของการกระทำในทางจริยศาสตร์สังคมด้วย อย่างไรก็ตาม การตีความในรูปแบบดังกล่าวไม่แต่เฉพาะตีความให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมายแต่ละฉบับเท่านั้น หากแต่ยังต้องตีความให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ของระบบกฎหมาย ด้วยเหตุนี้ การตีความกฎหมายแต่ละฉบับจึงไม่ใช่การตีความให้เป็นไปตามกฎหมายและเจตนารมณ์ของกฎหมายแต่ละฉบับเท่านั้น หากต้องตีความให้สอดคล้องกับเจตนารมณ์โดยทั่วไปของระบบทางกฎหมายด้วย

⁴⁰ สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์. (2551). *การตีความกฎหมายอาญา* (รายงานผลงานส่วนบุคคลนี้เป็นส่วนหนึ่งของกรอบหลักสูตร “ผู้พิพากษาผู้บริหารในศาลชั้นต้น” รุ่นที่ 6 สถาบันพัฒนาข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ. 2551 สถาบันพัฒนาข้าราชการศาลยุติธรรม). หน้า 1-4.

สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์ ได้ให้ความเห็นเกี่ยวกับการตีความกฎหมายอาญาเพิ่มเติมว่า กฎหมายอาญาเป็นกฎหมายที่บัญญัติว่าการกระทำหรือละเว้นการกระทำใดเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ ดังนั้นกฎหมายอาญาต้องตีความโดยเคร่งครัด กล่าวคือ ต้องตีความเฉพาะการกระทำหรือละเว้นการกระทำเท่าที่ระบุไว้ในกฎหมายเท่านั้น จึงเป็นความผิด ศาลจะตีความกฎหมายอาญาในทางขยายความไปเอาผิดกับการกระทำที่ไม่เป็นความผิดมาลงโทษไม่ได้หรือจะตีความย้อนหลังไปลงโทษการกระทำซึ่งขณะกระทำไม่เป็นความผิดไม่ได้เช่นเดียวกันและจะตีความไปเพิ่มโทษผู้กระทำความผิดให้รับโทษหนักขึ้นก็ไม่ได้ อย่างไรก็ตาม หลักการตีความกฎหมายอาญาโดยเคร่งครัดดังกล่าว เป็นหลักการตีความกฎหมายในระบบ Common Law ซึ่งมีความเป็นมาทางประวัติศาสตร์ที่ทางศาลพยายามจะจำกัดอำนาจในการตรากฎหมายที่มีโทษทางอาญาของฝ่ายนิติบัญญัติ ซึ่งแต่เดิมเป็นอำนาจของศาลในการกำหนด Common Law Crime ดังนั้นเมื่อฝ่ายนิติบัญญัติออกกฎหมายที่มีโทษทางอาญามา ศาลจึงตีความกฎหมายดังกล่าวให้แคบเข้าไว้ โดยไม่คำนึงถึงเจตนารมณ์ในการออกกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติแต่อย่างใด ในปัจจุบันศาล Common Law ก็ไม่ได้ตีความอย่างเคร่งครัดเสียจนไม่คำนึงถึงเจตนารมณ์ในการออกกฎหมายแล้ว หลักการตีความโดยเคร่งครัดดังกล่าว จึงไม่ควรที่จะนำมาใช้กับระบบกฎหมาย Civil Law อย่างไรก็ตาม ไม่ได้หมายความว่า ในการตีความกฎหมายอาญา จะไม่อาจตีความกฎหมายโดยเคร่งครัด หากเจตนารมณ์ของฝ่ายนิติบัญญัติต้องการให้ขอบเขตในการใช้กฎหมายดังกล่าวแคบ ศาลก็ต้องตีความอย่างเคร่งครัด หลักจึงไม่ได้อยู่ที่ว่าจะต้องตีความกฎหมายโดยเคร่งครัดทุกกรณีไป แต่ต้องดูตามเจตนารมณ์ของกฎหมายเป็นสำคัญว่า ในกรณีดังกล่าวกฎหมายต้องการให้ตีความอย่างแคบหรืออย่างกว้าง⁴¹

อย่างไรก็ตาม หลักสำคัญในการใช้กฎหมายคือการนำกฎหมายมาปรับเข้ากับข้อเท็จจริงที่มีกรณีต้องใช้กฎหมายนั้น ๆ การปรับบทกฎหมายก็ต้องปรับตามตัวอักษรของกฎหมาย ส่วนการตีความกฎหมายเกิดขึ้นได้ในกรณีดังต่อไปนี้⁴²

1) กรณีที่บทบัญญัติของกฎหมายมีข้อเคลือบแคลงสงสัย มีความหมายหลายนัย การจะปรับบทบัญญัติของกฎหมายตามตัวอักษรจึงกระทำไม่ได้ จำเป็นต้องหาเจตนารมณ์อันแท้จริงของกฎหมายนั้นว่ามีประการใด หรืออาจกล่าวได้อีกทางหนึ่งว่า ถ้าตัวบทกฎหมายชัดเจนอยู่แล้วก็ไม่ต้องตีความกฎหมายนั้น

2) กรณีที่ข้อความในบทบัญญัติแห่งกฎหมายเคลือบคลุม จะต้องมีการตีความก่อนที่จะปรับตัวบทกฎหมายให้เข้ากับปัญหาที่ต้องวินิจฉัยนั้น

⁴¹ สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์. เล่มเดิม. หน้า 5.

⁴² ธานินทร์ กรัยวิเชียร ก (2550). คำแนะนำนักศึกษากฎหมาย. หน้า 176-195.

พระยาเทพวิฑูร (บุญช่วย วณิกกุล) ได้กล่าวไว้ในหนังสือ คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1-2 มาตรา 1-240 ตอนหนึ่งว่า:

“...การแปลหรือตีความในกฎหมายนั้นมีหลักในชั้นต้นว่า จะต้องแปลถ้อยคำ และเนื้อความที่ปรากฏในกฎหมายตามที่เข้าใจกันตามความหมายธรรมดา เว้นแต่ คำที่ใช้ในทางวิชาการก็ต้องแปลตามวิชาการนั้น ๆ และถ้อยคำใดอาจแปลได้ตามความหมายธรรมดาอย่างหนึ่ง และทางวิชาการอย่างหนึ่ง เป็นหน้าที่ของฝ่ายที่อ้างเป็นคำใช้ทางวิชาการต้องแสดงให้เห็นปรากฏในกรณีข้อเคลือบแคลงสงสัย มีแนวทางที่จะช่วยในการแปลหรือตีความได้หลายประการ แต่ที่สำคัญคือ

(1) พิจารณาเทียบข้อความอื่นในมาตราเดียวกันหรือในมาตราอื่น บทอื่นในกฎหมายเดียวกัน หรือในกฎหมายอื่นในเรื่องเดียวกัน หรือคล้ายคลึงกัน

(2) ดูความประสงค์ในการออกกฎหมายนั้น ซึ่งอาจเปลี่ยนแปลงหลักกฎหมายหรือบทกฎหมายที่เป็นอยู่ในขณะที่ออกกฎหมายอันเป็นปัญหานั้นหรือไม่ ถ้ามีข้อสงสัยแล้ว สันนิษฐานว่าไม่ประสงค์จะเปลี่ยนกฎหมายเดิม

(3) พิจารณาเรื่องที่ดำเนินมาในร่างกฎหมายนั้น เช่น ร่างเดิม รายงาน และร่างที่แก้ไขมาเป็นลำดับ ประกอบ ด้วยข้อได้เถียงในการแก้ไขร่างนั้น ๆ ...”⁴³

สำหรับความหมายของคำธรรมดาที่ใช้ในกฎหมายนั้น ศาลฎีกาถือตามความหมายที่ปรากฏในพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 79/2509 พระราชบัญญัติป่าไม้ฯ มาตรา 40 บัญญัติห้ามมิให้ผู้ใดนำไม้หรือของป่า ผ่านด่านป่าไม้ ในระหว่างเวลาดังแต่พระอาทิตย์ตกถึงเวลาพระอาทิตย์ขึ้น เว้นแต่จะได้รับอนุญาต ฯลฯ แต่พระราชบัญญัติป่าไม้ฯ ไม่มีวิเคราะห้ศัพท์คำว่าผ่าน ก็ต้องตีความตามความหมายธรรมดา (ตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน) ซึ่งหมายถึง กิริยาที่ล่องผ่านไป คัดไป ลัดไป หรือข้ามไป ฉะนั้นเมื่อคดีได้ความว่าจำเลยเพียงแต่นำไม้เข้ามาในเขตด่านป่าไม้ จะแปลว่าจำเลยได้นำไม้ผ่านป่าไม้ไม่ได้ จำเลยไม่มีความผิดตามมาตรา 41

3) คำที่มีความหมายจำเพาะ (a term of art หรือ a word of art) คำใดมีกฎหมายบัญญัติไว้ว่ามีความหมายอย่างไร ในการใช้หรือการตีความกฎหมายฉบับนั้น โดยเฉพาะย่อมจะต้องเป็นไปตามนั้นแม้จะขัดต่อความหมายธรรมดาหรือฝืนความรู้สึกของคนทั่วไปก็ตาม

ในพระราชบัญญัติอากรค่าน้ำ มีวิเคราะห้ไว้ว่า คำว่า “สัตว์น้ำ” ให้หมายความถึงบัวด้วย ด้วยเหตุที่บัวเป็นที่อาศัยของปลา การใช้เครื่องมือจับสัตว์น้ำบางอย่างเป็นการทำลายพันธุ์ปลามากเกินไปจนสมควร จึงพิเคราะห์ดูตามลักษณะเครื่องมือที่ใช้ ฤดูกาลและสถานที่ที่บุคคลทำการจับสัตว์น้ำ

⁴³ พระยาเทพวิฑูร. (2509). คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1-2 มาตรา 1-240. หน้า 22-24.

ผลจึงเป็นว่า การนำแหวนชนิดไปทอดปลา แต่ไปทอดเอาบัวเข้า ต้องมีความผิดตามกฎหมาย เพราะเหตุว่าบัวเป็นท่อน้ำของปลา การทำลายบัว จึงถือเท่ากับเป็นการทำลายปลาโดยมิชอบด้วยกฎหมาย⁴⁴

ตามที่ศาสตราจารย์ ม.ร.ว.เสนีย์ ปราโมช ให้คำอธิบายนี้ ย่อมเห็นได้ชัดว่ากฎหมายมีความประสงค์จะคุ้มครองบัว เช่นเดียวกับสัตว์น้ำ แต่แทนที่จะระบุเรื่องบัวเป็นเอกเทศเพื่อความสะดวก ก็ระบุไว้ในบทนิยามคำว่า สัตว์น้ำ ให้รวมถึงบัว ด้วย เรียกคำประเพณีว่า “a term of art” ยิ่งกว่านั้น แม้กฎหมายมิได้บัญญัติไว้แจ้งชัดในบทนิยามดังกล่าว ในบางคดี ศาลก็ต้องตีความเหมือนกันว่า เรื่องใดอยู่ในข่ายของคำนิยามศัพท์นั้น

สำหรับการตีความกฎหมายอาญา โดยที่กฎหมายอาญาเป็นกฎหมายที่กำหนดความผิดและวางโทษไว้ และการลงโทษทางอาญาเป็นการตัดสิทธิเสรีภาพของบุคคลและสร้างความทุกข์ทรมานให้ผู้ต้องรับโทษอาญาโดยแท้ การตีความกฎหมายที่มีโทษทางอาญา จึงแตกต่างไปจากการตีความกฎหมายอื่นกล่าวคือ ต้องตีความโดยเคร่งครัดตามตัวอักษรในบทกฎหมายเท่านั้นว่าจำเลยได้กระทำการซึ่งกฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิดอาญาหรือไม่ ถ้าหากการกระทำของจำเลยไม่ตรงตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายตามตัวอักษรจะถือว่าจำเลยกระทำความผิดอาญาไม่ได้⁴⁵

ศาสตราจารย์พระยาอรรถกรีย์นิพนธ์ กล่าวไว้ในประเด็นนี้ว่า “การแปลกฎหมายอาญามีหลักต่างกว่ากฎหมายแพ่ง เช่นเทียบกับบทกฎหมายใกล้เคียงไม่ได้ อาทิด้วยบทกล่าวว่า ผู้ใดกระทำให้เจตนาให้ผู้หนึ่งผู้ใดถึงแก่ความตาย ท่านว่ามันฆ่าคนโดยเจตนา แต่ถ้าฆ่าตัวเองจะนำบทนี้มาลงโทษไม่ได้ เพราะไม่มีกฎหมายบัญญัติโดยตรงว่าผิด ทั้งนี้ย่อมลืมนำเป็นกรณีของการตีความของศาล ไม่มีอะไรห้ามมิให้ศาลตีความ หลักการตีความ ย่อมใช้ได้ทั่วไปทั้งทางแพ่งและทางอาญาทางอาญาการตีความต้องใช้หลักเคร่งครัดไม่ใช่ Extensive ต้องตีความโดยเด็ดขาด ไม่ใช่ขยายความโดยหลักนี้ ศาลมีอำนาจจะค้นหาเจตนาของผู้ร่างว่า ผู้ร่างมีความมุ่งหมายอย่างไร แต่ศาลจะตีความให้ฝ่าฝืนลายลักษณ์อักษรที่เขียนไว้ไม่ได้ ต้องตีความเพียงภายในลายลักษณ์อักษร...”⁴⁶

การตีความกฎหมายที่มีโทษทางอาญาโดยเคร่งครัดนี้ มีหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้คือ

1) การตีความกฎหมายอาญา จะขยายความในบทบัญญัติเพื่อลงโทษหรือเพิ่มโทษให้หนักขึ้นไม่ได้

⁴⁴ ราชบัณฑิตยสถาน. (2527). *บทนิยาม 50 ปี ราชบัณฑิตยสถาน*. หน้า 37-39.

⁴⁵ นพรัตน์ อริยะสันติชัย. (ม.ป.ป.). *การตีความกฎหมาย*. สืบค้นเมื่อ 22 พฤศจิกายน 2556, จาก <http://nophanat5116854.blogspot.com/2012/02/1.html>

⁴⁶ พระยาอรรถกรีย์นิพนธ์. (2521). *กฎหมายอาญาพิศดาร พ.ศ. 2489 อนุสรณ์งานพระราชทานเพลิงศพ พระยาอรรถกรีย์นิพนธ์*. หน้า 113. อ้างถึงใน เกียรติจิกร วังนะสวัสดิ์ ก เล่มเดิม. หน้า 29.

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1315/2503 ปลอมดวงตรานกยูงกัณฑ์ อันเป็นดวงตราราชการ กรมสรรพสามิตลงในแม่พิมพ์ไฟ และใช้แม่พิมพ์นั้นพิมพ์ไฟผ่องเงินและไฟสีสีปลอม โดยเจตนา หลอกลวงให้ผู้อื่นหลงเชื่อว่าเป็นไฟที่ต้องตามกฎหมายนั้น เมื่อดวงตรานกยูงกัณฑ์นั้นเป็นเพียง เครื่องหมายในการค้าของกรมสรรพสามิตผลิตขึ้น การใช้ดวงตรานกยูงกัณฑ์บนไฟนั้น จึงหาใช่ เป็นการใช้ดวงตราตามความหมายของกฎหมายไม่ การกระทำของจำเลยจึงเป็นเพียงเจตนาทำไฟ ปลอมเท่านั้น (วินิจฉัยตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1010/2494)

2) การตีความกฎหมายอาญาให้มีผลย้อนหลังเป็นโทษแก่บุคคลใดไม่ได้ บุคคลจักต้อง รับโทษในทางอาญา ต่อเมื่อได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้ในขณะกระทำ นั้นบัญญัติเป็นความผิด และกำหนดโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดนั้นต้องเป็นโทษที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย⁴⁷

คำสั่งศาลฎีกาที่ 920/2536 ประกาศคณะรักษาความสงบเรียบร้อยของชาติ ฉบับที่ 26 (ประกาศ ร.ส.ช. ฉบับที่ 26) เป็นกฎหมายที่มีโทษทางอาญาที่ใช้บังคับย้อนหลังในเรื่องของการ มีทรัพย์สินร่ำรวยผิดปกติผิดวิสัยของผู้ประกอบอาชีพโดยสุจริต ชัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ การปกครองราชอาณาจักรพุทธศักราช 2534 จึงใช้บังคับไม่ได้

3) ถ้ากฎหมายที่ใช้ในขณะกระทำความผิด แตกต่างกับกฎหมายที่ใช้ในภายหลังการ กระทำความผิด ให้ใช้กฎหมายในส่วนที่เป็นคุณแก่ผู้กระทำความผิดไม่ว่าในทางใด⁴⁸

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 395/2501 จำเลยทำผิดขณะใช้กฎหมายเก่า แต่ในขณะพิจารณา คดี ได้มีการใช้กฎหมายใหม่แล้ว และกฎหมายใหม่กำหนดโทษขึ้นสูงกว่ากฎหมายเก่า ศาลใช้ กฎหมายใหม่ลงโทษ

4) เมื่อกฎหมายไม่ระบุไว้ชัดเจน จะตีความให้เป็นโทษแก่จำเลยไม่ได้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1038/2504 ปัญหาที่ว่า “การที่ศาลจะปรับจำเลยเป็นรายวันอีกนั้น จะต้องนับแต่วันใด” ที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกาวินิจฉัยว่าพระราชบัญญัติกำหนดความผิดเกี่ยวกับ ห้างหุ้นส่วนจดทะเบียนฯ พ.ศ. 2499 มาตรา 3 มีความในวรรคท้ายกำหนดโทษว่า “ฝ่าฝืนตามมาตรานี้ต้องระวางโทษปรับไม่เกินห้าพันบาทและปรับอีกไม่เกินวันละห้าสิบบาท จนกว่าจะได้ปฏิบัติให้ ถูกต้อง” ตามพระราชบัญญัตินี้ไม่มีที่ใดระบุไว้ชัดเจนว่า “จนกว่าจะได้ปฏิบัติให้ถูกต้องนี้” ให้เริ่มนับตั้งแต่วันใดจึงจะแปลว่า กฎหมายประสงคฺจะให้นับแต่วันที่จำเลยถูกจับ หรือเจ้าพนักงาน สอบสวนจำเลยตามฟ้องโจทก์ซึ่งโจทก์ถือว่าเป็นวันที่ความผิดปรากฏถึงฎีกาโจทก์หาได้ไม่ เมื่อกฎหมายไม่ได้ระบุ หรือมีข้อความชัดเจนให้ถือเอาวันที่จำเลยถูกจับ หรือวันที่เจ้าพนักงาน สอบสวนเริ่มนับสำหรับปรับจำเลยเป็นรายวันเช่นนี้แล้ว ศาลจะแปลให้เป็นโทษแก่จำเลยไม่ได้

⁴⁷ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 2 วรรคหนึ่ง.

⁴⁸ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 3 วรรคหนึ่ง.

นอกจากนี้ การที่จะฟังว่าจำเลยกระทำผิดหรือไม่ก็ด้วยศาลเป็นผู้ชี้ขาด จะถือเอาวันที่เข้าพนักงานสอบสวนจำเลยว่าเป็นวันที่จำเลยกระทำผิดแล้วไม่ได้ละนั้น ข้อความที่ว่า “จนกว่าจะได้ปฏิบัติให้ถูกต้องนี้” จึงหมายความว่าให้เริ่มนับแต่วันที่ศาลได้พิพากษาว่าจำเลยมีความผิดแล้ว เป็นต้นไป

2.2.4 ปัญหาการตีความกฎหมายอาญา

ในการตีความกฎหมาย หลักที่ได้รับการยอมรับทั่วไปคือ การตีความกฎหมายตามลายลักษณ์อักษรและการตีความตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย ปัญหาคือในกรณีการตีความตามหลักเกณฑ์ทั้ง 2 ประการนั้นจะถือหลักอย่างไร

1) ต้องตีความตัวอักษรก่อน หากมีข้อสงสัยจึงจะตีความเพื่อแสวงหาเจตนารมณ์ของกฎหมายหรือไม่

2) ถ้าการตีความตามเจตนารมณ์กับตัวอักษรขัดกัน จะยึดการตีความตามสิ่งใด

การตีความกฎหมายไทยนั้น ได้รับอิทธิพลมาจากอังกฤษมาเป็นอย่างมากถึงขนาดมีผู้กล่าวว่า “ศาลไทยได้ยึดถือหลักการตีความของอังกฤษอย่างชนิดที่เรียกว่าเป็นการประทับรอยพิมพ์ไทยแท้”⁴⁹ โดยอ้างหลักการตีความกฎหมายไทยซึ่ง ศาสตราจารย์พระยานิติศาสตร์ไพศาลได้เรียบเรียงไว้ในหนังสือ “หลักวินิจัยกฎหมาย” เมื่อ พ.ศ. 2463 หน้า 5 ว่า

“กฎหมายไม่ยอมให้ใครเอาคำนอกเหนือพระราชบัญญัติมาวินิจฉัยเพราะกฎหมายถือว่าถ้อยคำที่ใช้ในพระราชบัญญัตินั้นเป็นสำคัญ ผู้ว่าต้องได้มีความหมายตามที่เขียนไว้ความในใจของผู้ร่างมิเป็นประการใดไม่สำคัญ...” โดยเห็นว่าหลักดังกล่าวนี้เป็นหลักเดียวกันกับการตีความกฎหมายของอังกฤษ

เหตุที่เป็นดังนี้ก็เพราะอิทธิพลของระบบกฎหมายอังกฤษมีอยู่ในระบบกฎหมายไทยอยู่ตั้งแต่ก่อนการปฏิรูประบบกฎหมายไทย โดยไทยมีข้อตกลงกับนานาประเทศว่ากรณีที่ระบบกฎหมายไทยไม่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับกฎหมายพาณิชย์ใด ก็ให้นำบทบัญญัติของอังกฤษใช้บังคับ และแม้ต่อมาเมื่อมีการปฏิรูปกฎหมายไทยก็ได้้นำกฎหมายอังกฤษหลายลักษณะมาเป็นหลักในการบัญญัติกฎหมาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎหมายวิธีสบัญญัติได้แก่ กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาและกฎหมายลักษณะพยาน ได้มีอิทธิพลของกฎหมายอังกฤษอย่างลึกซึ้ง

นอกจากนี้ในระยะของการปฏิรูปกฎหมายไทยยังได้ส่งนักกฎหมายไปศึกษาจากประเทศอังกฤษ รวมทั้งการจ้างนักกฎหมายอังกฤษมาเป็นที่ปรึกษาราชการ เป็นกรรมการเป็นผู้พิพากษาศาลฎีกา ก็ยังเป็นผลทำให้ระบบกฎหมายของอังกฤษเข้ามามีอิทธิพลในกฎหมายไทยอย่างลึกซึ้งยิ่งขึ้น ดังจะเห็นได้จากหลักการตีความของอังกฤษ ปรากฏอยู่ในการตีความของศาลฎีกา เช่น การตีความในเรื่องเจตนาร้าย (Mens Rea) ในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3332/488 ผู้รับอนุญาตชักลาก

⁴⁹ ธานินทร์ กรัยวิเชียร ข (2521). การตีความกฎหมาย. หน้า 402.

ทำไมก่อนเจ้าพนักงานตีตราอนุญาตโดยเจ้าพนักงานอนุญาตเช่นนี้เสมอมาตัดสินว่าเมื่อจำเลยกระทำการโดยได้รับคำสั่งอนุญาตด้วยวาจาจากเจ้าพนักงาน และเป็นวิธีการที่เคยปฏิบัติกันมาก่อน เชื่อว่ากระทำโดยสุจริตใจหาใช่เป็นการบังอาจหรือเจตนาต่อการกระทำผิดทางอาญาไม่

จากอิทธิพลดังกล่าวของระบบกฎหมายอังกฤษต่อระบบกฎหมายไทยนี้เองจึงทำให้วงการนิติศาสตร์ไทยมักถือหลักการตีความว่าต้องตีความตามตัวอักษรก่อนหากตัวอักษรไม่ชัดเจนก็ใช้กฎหมายไปตามนั้นแต่หากตัวอักษรไม่ชัดเจนหรือมีปัญหา จึงจะมาพิจารณาความมุ่งหมายของกฎหมายนั้น ๆ เป็นหลักการตีความ⁵⁰

2.3 โครงสร้างการรับผิดทางอาญา

ความผิดอาญา เกิดจากทฤษฎีสัญญาประชาคมที่ประชาชนมอบอำนาจให้รัฐออกกฎหมายเพื่อควบคุมและป้องกันสังคมให้พ้นจากการกระทำที่เป็น “ภัยอันตรายต่อผู้อื่น” (Harm to others) โดยการออกกฎหมายเพื่อควบคุมความประพฤติของบุคคลในสังคมและมีการกำหนดข้อห้ามมิให้ปฏิบัติหากผู้ใดฝ่าฝืนจะถูกลงโทษทางอาญา

ความผิดอาญาอาจแบ่งพิจารณาออกเป็น 4 ประเภท คือ ความผิดอาญาในแง่ของกฎหมาย ความผิดอาญาในแง่ของการกระทำ ความผิดอาญาในแง่ของเจตนา และความผิดอาญาในแง่ของการดำเนินคดี ซึ่งมีสาระสำคัญดังนี้⁵¹

1. ความผิดอาญาในแง่กฎหมาย

ความผิดอาญา หมายถึง การกระทำที่ฝ่าฝืนต่อกฎหมายอาญาซึ่งความผิดอาญาในแง่ของกฎหมายแบ่งออกเป็น 2 ประเภท คือ ความผิดในตัวเอง (mala in se) และความผิดเพราะกฎหมายห้าม (mala prohibita)

(1) ความผิดในตัวเอง (mala in se) การกระทำความผิดบางประเภท แม้ว่าจะเกิดขึ้นในต่างพื้นที่ ต่างเวลา แต่มนุษย์มักเห็นว่าการกระทำนั้นเป็นความผิด เพราะมนุษย์มีมโนธรรมที่จะคิดได้ว่าสิ่งนั้นเป็นความผิดซึ่งโดยทั่วไปแล้วมโนธรรมที่ว่านั้นมักตั้งอยู่บนพื้นฐานของหลักศีลธรรม การกระทำที่เป็นความผิดเช่นนี้มีความหมายตามตัวอักษรหมายถึง “สิ่งที่เป็นความชั่วร้ายในตัวเอง” (Evil in itself) การกระทำเช่นนี้ เมื่อมีผู้ใดกระทำขึ้น สังคมจะถือว่าเป็นการฝ่าฝืนต่อความรู้สึกทางศีลธรรมของคนในสังคม เพราะเหตุว่าสังคมถือว่าสิ่งนั้นเป็นความชั่วร้ายและเป็นความผิด

⁵⁰ สุนทร มณีสวัสดิ์. (ม.ป.ป.). การใช้การตีความกฎหมายและบททั่วไป (เอกสารประกอบการสอน วิชากฎหมายแพ่ง 1). หน้า 28-29.

⁵¹ ณัฐวัจน์ สุทธิโยธิน. เล่มเดิม.

(2) ความผิดเพราะกฎหมายห้าม (Mala prohibita) การกระทำความผิดประเภทนี้มี ความหมายตามตัวอักษรหมายถึง การกระทำความชั่วเพราะสิ่งนั้นสังคมห้ามไม่ให้กระทำ (Evil because prohibited) ความผิดเช่นนี้ไม่สามารถมองเห็นหรือรู้สึกรู้ว่าเป็นความชั่วร้ายในตัวเอง แต่ที่ เป็นความผิดก็เพราะกระทำในสิ่งที่กฎหมายห้าม

2. ความผิดอาญาในแง่ของการกระทำ

การกระทำหมายถึง การเคลื่อนไหวหรือไม่เคลื่อนไหวร่างกายโดยรู้สำนึกกล่าวคือ อยู่ภายใต้บังคับของจิตใจ ความผิดอาญาในแง่ของการกระทำจึงแบ่งออกเป็น 3 ประเภทคือ

(1) ความผิดโดยการเคลื่อนไหวร่างกายและความผิดโดยการไม่เคลื่อนไหวร่างกาย หมายความว่า การเคลื่อนไหวร่างกายของผู้กระทำก่อให้เกิดความผิดขึ้นความผิดโดยการ ไม่เคลื่อนไหวร่างกาย หมายความว่าแม้ว่าผู้กระทำจะไม่ได้เคลื่อนไหว แต่ก็ก่อให้เกิดความผิด ขึ้นมาได้ แบ่งออกเป็น 2 ประเภทคือ (1) ความผิดที่เกิดจากการงดเว้น หมายความว่า การให้เกิดผล อันใดขึ้นโดยการงดเว้นการที่จักต้องกระทำเพื่อป้องกันผลนั้น⁵² (2) ความผิดที่เกิดจากการละเว้น หมายความว่า ความผิดอันเกิดจากการไม่กระทำ เช่น ไม่ช่วยผู้ที่ตกอยู่ในภยันตรายแห่งชีวิต⁵³

(2) ความผิดที่ต้องมีผลปรากฏและความผิดที่ไม่ต้องมีผลปรากฏ (1) ความผิดที่ต้องมี ผลปรากฏ เช่น ความผิดฐานฆ่าคนตายตามมาตรา 288 จะต้องปรากฏว่ามีคนตาย (2) ความผิดที่ ไม่ต้องมีผลปรากฏ เช่น ความผิดฐานแจ้งความเท็จแก่เจ้าพนักงานตามมาตรา 137 เมื่อมีการ แจ้งความเท็จต่อเจ้าพนักงานแล้ว ก็ถือว่าเป็นความผิดสำเร็จแล้ว โดยไม่ต้องคำนึงถึงว่าเจ้าพนักงาน จะเชื่อหรือไม่

(3) ความผิดธรรมดาและความผิดซับซ้อน ความผิดธรรมดา คือ ความผิดที่เกิดจากการ กระทำอันเดียว หรือเป็นความผิดที่เกิดขึ้นและสิ้นสุดลงในขณะที่เดียวกับที่ได้กระทำการนั้นเอง ความผิดซับซ้อน แบ่งออกเป็น (1) ความผิดต่อเนื่อง คือ ความผิดที่เกิดจากการกระทำที่เป็นความผิด ติดต่อกันเนื่องกันอยู่ชั่วระยะหนึ่ง เช่น ความผิดฐานมีอาวุธปืนไว้ในความครอบครองโดยไม่ได้รับ อนุญาต ความผิดฐานหมิ่นประมาทด้วยป้ายโฆษณา แต่ความผิดฐานบุกรุกไม่ถือว่าเป็นความผิด ต่อเนื่อง (2) ความผิดที่ยืดออกไป ได้แก่ ความผิดที่เข้าหลักเกณฑ์ดังนี้ มีการกระทำความผิดหลาย อันโดยผู้กระทำความผิดคนเดียวกัน มีการละเมิดกฎหมายในฐานะความผิดอันเดียวกัน และ มีจุดประสงค์อันเดียวกันในการกระทำหลายอันนั้น ตัวอย่างเช่น นายเมธีข่มขืนนางสาววนิดา ติดต่อกันสามวัน รวม 9 ครั้ง ถือเป็นความผิดที่ยืดออกไป ครอบคลุมหลักเกณฑ์ทั้งสามข้อโดยถือเป็น กรรมเดียว (3) ความผิดเป็นปกติธุระ คือ ความผิดที่ต้องมีการกระทำซ้ำ ๆ กันจึงจะเป็นความผิด

⁵² ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59 วรรคท้าย.

⁵³ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 374.

เช่น ความผิดฐานให้ที่พำนัก ซ่อนเร้นแก่ผู้ร้ายเป็นปกติฐะตามมาตรา 214(4) ความผิดซ้อนมิได้หลายประการ ได้แก่ (1) การกระทำความผิดกรรมเดียว แต่โดยการกระทำหลายอัน เช่น ทำร้ายร่างกายผู้เสียหายหลาย ๆ ครั้ง (2) การกระทำความผิดกรรมเดียว แต่ละเมิดกฎหมายหลายบท เช่น แดงยิงปืนใส่ค่า 1 นัด กระสุนถูกคาบาคเจ็บและกระสุนเลยไปถูกขาตาย (3) ความผิดอันเดียว เกิดจากการกระทำหลายอัน เช่น นื้อโกลงตามมาตรา 341 มีการแสดงข้อความเท็จและได้รับทรัพย์ไปซึ่งการกระทำแต่ละอันไม่เป็นความผิด เมื่อรวมกันเข้าจึงจะเป็นความผิด (4) ความผิดซึ่งเกิดขึ้น เพราะรวมการกระทำแต่ละอันซึ่งเป็นความผิดในตัวเองเข้าด้วยกัน เช่น ความผิดฐานชิงทรัพย์ เกิดขึ้นเพราะมีการลักทรัพย์ รวมกับการทำร้ายร่างกาย

3. ความผิดอาญาในแง่เจตนา แบ่งออกเป็น ความผิดที่กระทำโดยเจตนา⁵⁴ ความผิดที่กระทำโดยประมาท⁵⁵ ความผิดที่ไม่ต้องมีเจตนาและไม่ต้องประมาท⁵⁶ ความผิดนอกเหนือเจตนา⁵⁷ และความผิดที่ต้องรับผิดในผลสุดท้ายแห่งเจตนา⁵⁸

4. ความผิดอาญาในแง่ของการดำเนินคดี แบ่งออกเป็น ความผิดอาญาแผ่นดิน⁵⁹ และความผิดอันยอมความได้⁶⁰

สรุปแล้วความผิดอาญาอาจแบ่งพิจารณาได้เป็น 4 ประเภท คือ ความผิดอาญาในแง่ของกฎหมาย ความผิดอาญาในแง่ของการกระทำ ความผิดอาญาในแง่ของเจตนา และความผิดอาญาในแง่ของการดำเนินคดี

2.3.1 โครงสร้างการรับผิดทางอาญาระบบจารีตประเพณี

การรับผิดทางอาญาตามระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) มีแนวคิดว่าการพิจารณาถึงเรื่องความรับผิดทางอาญาของบุคคล จะต้องพิจารณาควบคู่กันระหว่างส่วนที่เป็นภววิสัย (Objective) ซึ่งเป็นส่วนของการกระทำ และส่วนที่เป็นอัตวิสัย (Subjective) ซึ่งเป็นส่วนของจิตใจตามภาษิตว่า “การกระทำจะไม่ใช่ความผิดถ้าไม่มีเจตนาร้าย” ซึ่งเป็นแนวคิดที่เกิดขึ้นในสมัยกลางที่ศาสนาคริสต์มีอิทธิพลต่อกระบวนการยุติธรรมทางอาญา

⁵⁴ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 288.

⁵⁵ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 291.

⁵⁶ ประมวลกฎหมายอาญา ความผิดลหุโทษมาตรา 380.

⁵⁷ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 290.

⁵⁸ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 224.

⁵⁹ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 288.

⁶⁰ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 333.

สำหรับโครงสร้างความรับผิดทางอาญาตามระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ ประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายนี้ได้แก่ ประเทศอังกฤษ ประเทศสหรัฐอเมริกา ได้วางโครงสร้างความรับผิดทางอาญาออกเป็น 2 ส่วน คือ ส่วนที่เป็นการกระทำในสิ่งที่ผิดกฎหมาย (Actus Reus) และส่วนที่เป็นเจตนาร้ายหรือจิตใจที่ชั่วร้าย

2.3.1.1 การกระทำในสิ่งที่ผิดกฎหมาย (Actus Reus)

การกระทำความผิด (Actus Reus) หมายถึง การกระทำในสิ่งที่กฎหมายบัญญัติไว้ว่าเป็นความผิด จุดเริ่มต้นของการพิจารณาความรับผิดคือ จะต้องมีการกระทำเพราะกฎหมายอาญามุ่งลงโทษสิ่งที่เป็นการกระทำจะไม่ลงโทษสิ่งที่เป็นความคิด คำว่า การกระทำ (Actus) ตรงกับคำว่า Act หมายถึง การกระทำ ส่วน Reus ตรงกับคำว่า Wrong หมายถึง ความผิด การกระทำ (Actus) ประกอบด้วยสาระสำคัญ 3 ประการ คือ อิริยาบถ พฤติการณ์ประกอบอิริยาบถและผลของอิริยาบถและพฤติการณ์ประกอบอิริยาบถนั้น ส่วนที่เรียกว่า ความผิด (Reus) เป็นการพิจารณาว่าการกระทำนั้นมีกฎหมายบัญญัติว่าเป็น “ความผิด” หรือไม่ ซึ่งในที่นี้จะต้องพิจารณาตามบทบัญญัติของกฎหมาย ถ้าหากไม่มีกฎหมายกำหนดว่าเป็นความผิด ก็ถือว่าขาดองค์ประกอบของความผิดแล้ว การพิจารณาส่วนนี้เรียกว่าความผิดกฎหมาย (Reus)

1) การกระทำความผิด (Actus Reus) หมายถึง การกระทำในสิ่งที่กฎหมายบัญญัติไว้ว่าเป็นความผิด จุดเริ่มต้นของการพิจารณาความรับผิดคือ จะต้องมีการกระทำ เพราะกฎหมายอาญาลงโทษสิ่งที่เป็นการกระทำ จะไม่ลงโทษสิ่งที่เป็นความคิด

การกระทำ Actus ตรงกับคำว่า Act หมายถึง การกระทำ ส่วน Reus ตรงกับคำว่า Wrong หมายถึง ความผิด การกระทำ (Actus) ประกอบด้วยสาระสำคัญ 3 ประการ คือ อิริยาบถ พฤติการณ์ประกอบอิริยาบถ และผลของอิริยาบถและพฤติการณ์ประกอบอิริยาบถนั้น

(1) อิริยาบถ (Origin Movement) หมายถึง การเคลื่อนไหวหรือไม่เคลื่อนไหวส่วนใดส่วนหนึ่งของร่างกายโดยรู้สำนึก ซึ่งเป็นการเคลื่อนไหวที่อยู่ภายใต้การบังคับของจิตใจ หากเคลื่อนไหวร่างกายโดยไม่รู้สำนึก เป็นการเคลื่อนไหวที่ไม่อยู่ภายใต้การบังคับของจิตใจ

(2) พฤติการณ์ประกอบอิริยาบถ (Circumstance) การเคลื่อนไหวหรือไม่เคลื่อนไหวส่วนใดส่วนหนึ่งของร่างกาย ขึ้นอยู่กับพฤติการณ์ขณะนั้น

(3) ผลของอิริยาบถและพฤติการณ์ประกอบอิริยาบถนั้น เป็นผลของการกระทำที่เกิดขึ้น ซึ่งแบ่งออกเป็น

ก) ผลที่สำเร็จในตัว ตัวอย่างเช่น ไล่ความผู้อื่นต่อบุคคลที่สาม โดยประการที่น่าจะทำให้ผู้อื่นนั้นเสียชื่อเสียง ถูกดูหมิ่น หรือถูกเกลียดชัง ถือว่ากระทำความผิดฐานหมิ่นประมาทแล้วไม่ต้องพิจารณาว่าผู้ที่ได้ฟังจะเชื่อหรือไม่ก็ตาม

ข) ผลที่ต้องอาศัยผลสุดท้ายที่จะเกิดขึ้นเป็นสำคัญ เช่น ความผิดฐานฆ่าคนตาย ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 288 ผู้ใดฆ่าผู้อื่น ต้องระวางโทษประหารชีวิต จำคุกตลอดชีวิต หรือจำคุกตั้งแต่สิบห้าปีถึงยี่สิบปี⁶¹ นอกจากจะต้องมีการกระทำความผิดและกระทำโดยเจตนาแล้ว ยังต้องปรากฏว่ามีความตายของผู้ถูกกระทำเกิดขึ้นเป็นผลสุดท้ายเสียก่อน จึงจะเป็นความผิดตามมาตรานี้ได้

การพิจารณาเรื่องการกระทำตามที่กล่าวมาแล้วข้างต้นนี้ เป็นการพิจารณาเฉพาะส่วนที่เป็นการกระทำ (Actus) เท่านั้นซึ่งหมายถึงการพิจารณาการกระทำว่าครบตามองค์ประกอบความผิดของฐานความผิดนั้นหรือยัง หากครบแล้วก็ถือว่าเป็นการกระทำ (Actus) แล้วอย่างไรก็ดีถึงแม้ว่าจะเป็นการกระทำ (Actus) แล้ว แต่ก็ยังต้องพิจารณาต่อไปอีกว่าการกระทำนั้นมีความหมายบัญญัติว่าเป็น “ความผิด” หรือไม่ ซึ่งในที่นี้จะต้องพิจารณาตามบทบัญญัติของกฎหมาย ถ้าหากไม่มีกฎหมายกำหนดว่าเป็นความผิดก็ถือว่าขาดองค์ประกอบของความผิดแล้ว การพิจารณาส่วนนี้เรียกว่า ความผิด (Reus)

2.3.1.2 เจตนาร้าย (Mens Rea)

ส่วนเจตนาร้าย (Mens Rea) คือ สิ่งที่บ่งบอกสถานะที่แท้จริงของจิตใจ อันเกี่ยวกับจิตใจที่ชั่วร้าย (Evil Mind) ในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ คำว่า เจตนาร้าย ครอบคลุมทั้งส่วนที่เป็นการกระทำโดยเจตนา (Intention) และส่วนที่เป็นการกระทำโดยประมาทโดยรู้ตัว (Recklessness)

เจตนาร้ายสำหรับระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ถือว่าเจตนาร้าย (Mens Rea) คือ สิ่งที่บ่งบอกสถานะที่แท้จริงของจิตใจ อันเกี่ยวกับจิตใจที่ชั่วร้าย (Evil Mind) นอกจากนี้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ คำว่า เจตนาร้าย ครอบคลุมทั้งส่วนที่เป็นการกระทำโดยเจตนา (Intention) และส่วนที่เป็นการกระทำประมาทโดยไม่รู้ตัว (Recklessness)

นอกจากการแยกองค์ประกอบความรับผิดทางอาญาซึ่งแบ่งออกเป็นสองส่วนคือ ส่วนที่เป็นการกระทำและส่วนที่เป็นเรื่องของจิตใจที่ชั่วร้ายดังที่กล่าวมาแล้ว ตามระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ได้วางหลักการเกี่ยวกับความรับผิดทางอาญาที่เป็นหัวใจสำคัญของโครงสร้างความรับผิดทางอาญาไว้ 5 ประการ คือ การทำความผิด จิตใจที่ชั่วร้าย ความสอดคล้องต้องกันระหว่างการกระทำกับผล ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำกับผล และผลร้ายที่เกิดขึ้น⁶²

1) การทำความผิด (Actus Reus) หมายถึง การทำความผิดตามที่กฎหมายบัญญัติ ตัวอย่างเช่น นายแดงใช้ปืนขนาด 11 มม. ยิงไปโดนนายดาที่ศีรษะ (เป็นเหตุให้นายดาถึงแก่ความตาย)

⁶¹ ประมวลกฎหมายอาญา, ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 73/ตอนที่ 95/ฉบับพิเศษ หน้า 1/15 พุทธศักราช 2499

⁶² กิตติพงษ์ กิตยารักษ์. (2538). คำบรรยายประกอบวิชากฎหมายอาญาชั้นสูง ภาค 1/2538 (หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง).

2) จิตใจที่ชั่วร้าย (Mens Rea) หมายถึง เจตนาของผู้กระทำที่มุ่งร้าย ตัวอย่างเช่น นายแดงมีเจตนาฆ่านายดา (จึงใช้ปืนขนาด 11 ม.ม. ยิงไปโดนนายดาที่ศีรษะเป็นเหตุให้นายดาถึงแก่ความตาย)

3) ความสอดคล้องต้องกันระหว่างการกระทำและผล (Concurrence) หมายถึง การพิจารณาว่าเจตนาที่มุ่งร้ายนั้นมีความสอดคล้องต้องกันกับการกระทำหรือไม่

4) ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำกับผล (Causation) หมายถึง การพิจารณาความเป็นเหตุเป็นผลระหว่างการกระทำและผลของการกระทำ โดยต้องพิจารณาว่าการกระทำนั้นมีความเกี่ยวข้องกับผลของการกระทำหรือไม่อย่างไร ผลของการกระทำที่เกิดขึ้นเป็นผลมาจากการกระทำนั้นหรือไม่ เป็นผลโดยตรงหรือผลโดยอ้อม ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล (Causation) เปรียบเทียบได้กับสะพานเชื่อมระหว่างการกระทำและผล ตัวอย่างเช่น นายแดงมีเจตนาฆ่านายดา จึงใช้ปืนขนาด 11 ม.ม. ยิงไปโดนนายดาที่ศีรษะนายดาถึงแก่ความตาย ตัวอย่างอีกกรณีหนึ่ง นายแดงมีเจตนาฆ่านายดา จึงใช้ปืนยิงไปโดนนายดาที่ขาได้รับบาดเจ็บ แต่นายดาไม่รักษาแผลให้ดี กลายเป็นบาดทะยักและถึงแก่ความตาย ทั้งสองกรณีมีส่วนที่เหมือนกันคือ มีเจตนาร้ายของผู้กระทำ มีการกระทำ มีผลร้ายจากการกระทำเกิดขึ้นคือความตายของนายดา แต่ก็มีส่วนที่แตกต่างกันที่ต้องพิจารณา คือ ผลร้ายหรือผลของการกระทำที่เกิดขึ้นคือความตายของนายดานั้น มีความสัมพันธ์กับการกระทำเพียงใด มีความใกล้ชิดต่อผลเพียงใด

5) ผลร้ายที่เกิดขึ้น (Harm) หมายถึง ผลร้ายที่เกิดขึ้นอันเป็นผลมาจากการกระทำและเจตนาร้ายนั้น ตามกรณีตัวอย่างข้างต้น ความตายของนายดาคือผลร้ายที่เกิดขึ้น

สำหรับคำว่า เจตนาร้าย (Mens Rea) เป็นคำในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ซึ่งมีความหมายว่า Guilty Mind ปรากฏในภาษิตกฎหมาย Actus non facit reum nisi mens sit rea ซึ่งเป็นแนวทางการวินิจฉัยความรับผิดชอบทางอาญาของระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ โดยมีหลักว่าการพิจารณาความรับผิดชอบทางอาญานั้น นอกจากจะต้องพิจารณาในส่วนของการกระทำภายนอกที่เรียกว่าการกระทำความผิด (Actus Reus) แล้วยังจะต้องพิจารณาในส่วน of จิตใจที่เรียกว่าจิตใจที่ชั่วร้าย (Mens Rea) ด้วย

อย่างไรก็ดีในเรื่องเกี่ยวกับการนำหลักจิตใจที่ชั่วร้าย (Mens Rea) มาในการพิจารณาความรับผิดชอบทางอาญานี้ นักวิชาการกฎหมาย เช่น ศาสตราจารย์ แสวง บุญเฉลิมวิภาส เห็นว่าการนำหลักจิตใจที่ชั่วร้าย (Mens Rea) มาใช้อธิบายกับประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมาย (Civil Law) นั้นไม่ถูกต้องเหมาะสม และไม่สอดคล้องกับความหมายที่ประมวลกฎหมายอาญาได้ให้ไว้เพราะความหมายของเจตนาที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญานั้น เป็นความหมายของเจตนาในเรื่องการรู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิด และประสงค์ต่อผลหรือยอมเล็งเห็นผล

อันมีลักษณะเป็นบททั่วไป แต่ไม่ได้มีความหมายว่าเป็นเจตนาดีหรือเจตนาร้ายแต่ประการใด ถ้าหากการกระทำนั้นผิดกฎหมายและผู้กระทำความชั่วก็เพียงพอที่จะลงโทษได้แล้ว⁶³ ดังนั้น จึงควรที่จะทำการศึกษเกี่ยวกับโครงสร้างความรับผิดชอบอาญาในระบบจารีตประเพณี (Common Law) และระบบประมวลกฎหมาย (Civil Law) แยกต่างหากกัน

2.3.2 โครงสร้างความรับผิดชอบอาญาในระบบประมวลกฎหมาย

ในระบบประมวลกฎหมาย คำว่า “ความผิดอาญา” (Verbrechen/Crime) โดยทั่วไป มักจะหมายถึง ความผิดอาญฐานต่าง ๆ ในประมวลกฎหมายอาญาภาคความผิด เนื่องจากประมวลกฎหมายอาญาภาคความผิดได้บัญญัติถึงความผิดอาญฐานต่าง ๆ และรายละเอียดเกี่ยวกับการกระทำที่ประกอบขึ้นเป็นความผิดอาญฐานนั้นเอาไว้ นักนิติศาสตร์ของประเทศเยอรมันพบว่า ความผิดอาญาทุก ๆ ฐาน มีข้อสาระสำคัญที่เหมือนกัน ซึ่งหากขาดข้อสาระสำคัญนี้แล้ว แม้เพียงข้อ สาระสำคัญเดียว การกระทำนั้นจะไม่เป็นความผิดอาญา ข้อสาระสำคัญที่เหมือนกันของความผิด อาญาในทุก ๆ ฐาน จึงประกอบขึ้นเป็น “โครงสร้างความผิดอาญา”⁶⁴

ณัฐวัฒน์ สุทธิโยธิน⁶⁵ กล่าวว่า การพิจารณาความรับผิดชอบอาญาตามระบบประมวล กฎหมาย ต้องพิจารณาถึงตัวผู้กระทำและการกระทำของบุคคลนั้น โดยมีลำดับขั้นตอนการพิจารณา ตามลำดับคือ (1) องค์ประกอบของความผิด (2) ความผิดกฎหมาย และ(3) ความชั่ว

ประเทศที่ใช้ประมวลกฎหมายหรือระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร ในการศึกษาครั้งนี้ จะยกตัวอย่างกรณีของประเทศฝรั่งเศส และประเทศเยอรมัน ดังมีรายละเอียดดังนี้

2.3.2.1 ประเทศฝรั่งเศส

ประเทศฝรั่งเศสถือเป็นต้นแบบของกฎหมายในระบบ Civil Law ซึ่งมีการวินิจฉัย เป็นโครงสร้าง ดังนี้⁶⁶

1. องค์ประกอบทางกฎหมาย หมายถึง การกระทำใดจะเป็นความผิดและถูกลงโทษ ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายบัญญัติไว้ว่าการกระทำเช่นนั้นเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้
2. องค์ประกอบของการกระทำ หมายถึง กิริยาอาการของบุคคลที่ได้แสดงออกมา ภายนอก ซึ่งกระทำให้เกิดเป็นความผิดขึ้นโดยการกระทำนั้นจะแสดงออกมาในลักษณะกระทำการ หรืองดเว้นกระทำการก็ได้

⁶³ แสวง บุญเฉลิมวิภาส. (2551). *หลักกฎหมายอาญา*. หน้า 60-61.

⁶⁴ คณิต ณ นคร ค เล่มเดิม. หน้า 30.

⁶⁵ ณัฐวัฒน์ สุทธิโยธิน. เล่มเดิม. หน้า 53-54.

⁶⁶ ชานนท์ ศรีศาสตร์. (2545). *เหตุยกเว้นโทษในกฎหมายอาญา*. หน้า 5-7.

3. องค์ประกอบทางจิตใจ หมายถึง ความประสงค์ของผู้กระทำซึ่งอยู่ในจิตใจ โดยองค์ประกอบนี้จะพิจารณาถึงหลักเจตนาและหลักประมาทของผู้กระทำ

4. องค์ประกอบส่วนของความไม่เป็นธรรม ซึ่งจะพิจารณาว่าการกระทำความผิดอาญานั้นจะต้องเป็นการทำร้ายหรือละเมิดใน 2 ส่วนสำคัญคือ ละเมิดกฎหมายที่บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร และละเมิดคุณธรรมทางกฎหมาย

ในปัจจุบันประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศส ค.ศ. 1992 ได้มีการบัญญัติถึง “เหตุจากการกระทำ (Cause Objective) ซึ่งเป็นเหตุยกเว้นความผิด (Justification) และเหตุจากตัวผู้กระทำ (Cause Subjective) ซึ่งเป็นเหตุยกเว้นความผิด (Justification) และเหตุจากตัวผู้กระทำ (Cause Subjective) ซึ่งเป็นเหตุยกเว้นโทษ” ใหม่โดยให้มีผลในทางกฎหมายเป็นอย่างเดียวกันคือ “ไม่มีความรับผิดในทางอาญา” กล่าวคือมิได้มีการแยกถึงความแตกต่างในผลของการกระทำว่าการกระทำอย่างใดเป็นเหตุจากการกระทำ (Cause Objective) ซึ่งเป็นเหตุยกเว้นความผิด (Justification) หรือการกระทำอย่างใดเป็นเหตุจากตัวผู้กระทำ (Cause Subjective) ซึ่งเป็นเหตุยกเว้นโทษเหมือนประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศสเดิม⁶⁷

อย่างไรก็ตาม แม้ว่าปัจจุบันประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศสจะได้บัญญัติถึงเหตุจากการกระทำ (Cause Objective) ซึ่งถือเป็นเหตุยกเว้นความผิดและเหตุจากตัวผู้กระทำ (Cause Subjective) ซึ่งถือเป็นเหตุยกเว้นโทษ รวมกันไปโดยไม่มีการแยกถึงความแตกต่างในผลว่ากรณีใดเป็นเหตุยกเว้นความผิดหรือในกรณีใดเป็นเหตุยกเว้นโทษ โดยบัญญัติถึงผลขั้นสุดท้ายว่าบุคคลไม่มีความรับผิดทางอาญาก็ตาม แต่ในทางทฤษฎีก็ยังมีกรอบอธิบายแยกแยะว่ากรณีใดเป็นเหตุยกเว้นความผิดหรือในกรณีใดเป็นเหตุยกเว้นโทษตามทฤษฎีดั้งเดิม ซึ่งเป็นการอธิบายถึงเหตุเพื่อนำไปสู่ผลในขั้นสุดท้ายว่าทำไมบุคคลไม่ต้องรับผิดในทางอาญา⁶⁸

2.3.2.2 ประเทศเยอรมัน

หลักกฎหมายอาญาของเยอรมันพิจารณาความรับผิดทางอาญาของบุคคลจากโครงสร้างความรับผิดหลัก 3 ประการคือ

1) การกระทำครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติ (Tatbestandsmassigkeit) คือ การกระทำครบองค์ประกอบความผิดตามที่กฎหมายบัญญัติเป็นฐานความผิดไว้ได้แก่ องค์ประกอบของการกระทำ และความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล องค์ประกอบภายใน ได้แก่ เจตนา มุลเหตุชกใจหรือประมาท และกรณีไม่เจตนาหรือประมาท เช่น ความผิดลหุโทษ และความรับผิดที่ไม่ต้องการเจตนา (Strict Liability)

⁶⁷ สุรเศรษฐ์ หน้า 49. (2549). นิติวิธีกับการวินิจฉัยความผิดอาญาของไทย. หน้า 44-46.

⁶⁸ แหล่งเดิม. หน้า 47-50.

2) ความผิด (Rechtswidrigkeit) เป็นเนื้อหาของการกระทำ ซึ่งกฎหมายเห็นว่าเป็นสิ่งที่ไม่สมควร ในกรณีที่การกระทำนั้นครบองค์ประกอบตามกฎหมาย แต่มีเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจทำได้ การกระทำนั้นจะไม่ใช่ความผิด

3) ความชั่ว (Schuld) เป็นส่วนประกอบทางเนื้อหาของความผิดอาญาที่พิจารณาที่ตัวผู้กระทำผิดว่าเป็นผู้ที่น่าตำหนิ อันเนื่องมาจากความรู้สึกลึกซึ้งชอบ หรือมีเหตุอื่นที่สังคมสามารถตำหนิผู้กระทำได้ เมื่อได้กระทำการอันเป็นความผิด ดังนั้น ถ้าผู้กระทำไม่อาจถูกตำหนิจากการที่เขากระทำผิด ผู้นั้นไม่ต้องรับโทษเพราะขาดความชั่ว

ถ้ารับเหตุยกเว้นความผิดตามหลักกฎหมายเยอรมันนั้นจะถูกจัดอยู่ในโครงสร้างส่วนที่ 2 คือส่วนความผิด กล่าวคือ หากผู้กระทำการครบองค์ประกอบตามกฎหมาย แต่มีเหตุที่มีอำนาจกระทำได้ ผู้นั้นก็จะได้รับยกเว้นความผิด ซึ่งในคำอธิบายเกี่ยวกับเรื่องนี้ รองศาสตราจารย์ ณรงค์ ใจหาญ ได้แยกเหตุยกเว้นความผิดออกเป็น 4 ลักษณะคือ

1) การใช้สิทธิป้องกันตนเองหรือผู้อื่นโดยชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งมาจากเหตุผลที่ว่า “ความถูกต้องไม่จำเป็นต้องอ่อนข้อให้กับความไม่ถูกต้อง” (Rechtbraucht Unrecht nicht auszuweichen)

2) การสละคุณธรรมทางกฎหมายโดยบุคคลผู้มีส่วนได้เสีย คือความยินยอมของผู้ถูกระทำและเป็นความยินยอมที่ไม่ขัดต่อผลประโยชน์ของส่วนรวม ผู้กระทำก็ไม่มี ความผิด ซึ่งหลักกฎหมายอาญาเยอรมันได้บัญญัติไว้โดยชัดแจ้งในขณะที่กฎหมายอาญาของไทยมิได้บัญญัติไว้แต่ได้นำมาใช้เป็นหลักกฎหมายทั่วไป

3) การล่วงละเมิดคุณธรรมทางกฎหมายอย่างหนึ่ง เพื่อรักษาไว้ซึ่งคุณธรรมทางกฎหมายที่เห็นว่า เช่น การให้อำนาจนายแพทย์ที่จะทำแท้งอย่างถูกต้องตามกฎหมาย เพราะสุขภาพของหญิง เพื่อรักษาทารกในครรภ์ ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 305(1)

4) การใช้สิทธิตามกฎหมาย หรือการกระทำหน้าที่ตามกฎหมาย เช่น การแสดงความคิดเห็นในสภาที่ได้รับเอกสิทธิ์ตามรัฐธรรมนูญ เป็นต้น

นอกจากนี้ ยังมีเหตุที่ผู้กระทำผิดไม่มีความผิด เนื่องจากผู้กระทำไม่อาจถูกตำหนิได้ เพราะขาดความชั่ว ซึ่งเป็นเหตุยกเว้นความผิดที่อยู่ในโครงสร้างส่วนที่ 3 เช่น ความไม่รู้ผิดชอบ เพราะความอ่อนวัย เช่น เด็กอายุไม่เกิน 14 ปี กระทำความผิด ความไม่รู้ผิดชอบเพราะสภาพจิตใจ เช่น จิตบกพร่อง มึนเมาเพราะถูกขี้ใจให้เสพ เป็นต้น⁶⁹

หลักในการวินิจฉัยความรับผิดทางอาญาตามกฎหมายอาญาเยอรมัน ดร. คณิต ฌ นคร ได้อธิบายไว้ว่าต้องพิจารณาจากโครงสร้างทั้ง 3 ส่วนอย่างครบถ้วน ได้แก่ โครงสร้างส่วนองค์ประกอบ ส่วนความผิด และส่วนความชั่ว หากขาดข้อสาระสำคัญประการหนึ่งประการใดแล้ว

⁶⁹ ณรงค์ ใจหาญ. (2526). ความสำคัญผิดในเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจทำได้. หน้า 5-9.

การกระทำนั้นย่อมไม่มีความผิดอาญา และข้อสาระสำคัญทั้งสามประการของความผิดอาญานี้ เกี่ยวข้องสัมพันธ์กันอย่างเรียงลำดับจากข้อสาระสำคัญในทางรูปแบบ คือ “การครอบครองประกอบที่กฎหมายบัญญัติ” ไปสู่ข้อสาระสำคัญในทางเนื้อหา คือ “ความผิดกฎหมาย” และ “ความชั่ว” และในข้อสาระสำคัญในทางเนื้อหาด้วยกันนั้น ความผิดกฎหมายมาก่อนความชั่ว เหตุนี้ในการวินิจฉัย การกระทำใดว่าผิดอาญาหรือไม่ ต้องเรียงลำดับจากการพิจารณาว่าเป็นการกระทำที่ครอบครองประกอบที่กฎหมายบัญญัติหรือไม่ เป็นการกระทำที่มีความผิดกฎหมายหรือไม่ และเป็นการกระทำที่มีความชั่วหรือไม่ ดังนั้น หากการวินิจฉัยแล้ว ไม่ครอบครองประกอบไม่ต้องพิจารณาข้อที่ 2 หรือข้อที่ 3 ต่อไป⁷⁰

2.3.3 โครงสร้างการรับผิดทางอาญาระบบผสม

การรับผิดทางอาญาของไทย เป็นการรับผิดทางอาญาแบบผสม เนื่องจากได้รับอิทธิพลมาจากกฎหมายทั้งในระบบ Civil Law และ Common Law การศึกษาเรื่อง การตีความกฎหมายอาญามาตรา 199 ศึกษาขอบเขตความรับผิด ปัญหาทางกฎหมาย กรณีกระทำต่อซากทารก หรือส่วนหนึ่งส่วนใดของซากทารกในครั้งนี้ จะทำการศึกษาโครงสร้างการรับผิดทางอาญาระบบกฎหมายของไทย ตามคำอธิบายของรองศาสตราจารย์ ดร.เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์ และศาสตราจารย์ ดร. คณิต ฌ นกร ดังมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

รองศาสตราจารย์ ดร. เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์⁷¹ ได้อธิบายโครงสร้างการรับผิดทางอาญาตามประมวลกฎหมายอาญาของไทยว่า โดยแบ่งเป็น 3 โครงสร้างย่อย ได้แก่ (1) การกระทำครอบครองประกอบที่กฎหมายบัญญัติ (2) การกระทำไม่มีความผิดอาญา และ (3) การกระทำไม่มีความผิดอาญาโทษ ผลคือถ้าการกระทำครบโครงสร้างทุกข้อ ย่อมทำให้ผู้กระทำความผิดต้องรับผิดในทางอาญา หากขาดโครงสร้างข้อใดข้อหนึ่ง ผู้กระทำย่อมไม่มีความผิดหรือไม่ต้องรับโทษในทางอาญา ซึ่งมีรายละเอียดดังนี้

1. การกระทำครอบครองประกอบที่กฎหมายบัญญัติ ประกอบไปด้วย 4 หลักเกณฑ์ดังนี้

1) มีการกระทำการกระทำคือการเคลื่อนไหวร่างกายหรือไม่เคลื่อนไหวร่างกาย โดยรู้สำนึกคืออยู่ภายใต้บังคับของจิตใจ กล่าวคือ (1) มีความคิดที่จะกระทำ (2) มีการตกลงใจที่จะกระทำตามที่คิดไว้ และ (3) ได้กระทำไปตามที่ตกลงใจ ดังนั้นการเคลื่อนไหวหรือไม่เคลื่อนไหวร่างกายโดยไม่รู้สำนึก คือไม่อยู่ภายใต้บังคับของจิตใจย่อมไม่เข้าหลักเกณฑ์ข้อ (1) (2) และ (3) ของการรู้สำนึก จึงไม่ถือว่ามีกระทำความผิด เช่น การเคลื่อนไหวหรือไม่เคลื่อนไหวร่างกายของเด็กไร้เดียงสา คนวิกลจริตหรือคนมีเมฆาสุราถึงขนาดไม่รู้สภาพหรือสาระใน

⁷⁰ คณิต ฌ นกร ก เล่มเดิม. หน้า 68-78.

⁷¹ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์ ก เล่มเดิม. หน้า 113-116.

การกระทำของตน คนเป็นลมบ้าหมูหรือคนละเมอหรือคนที่ร่างกายกระตุก เป็นต้น ในขณะที่เดียวกัน การเคลื่อนไหวร่างกาย เพราะถูกผลัก ถูกชน หรือถูกจับมือให้กระทำขณะเผลอ หรือเพราะถูกสะกดจิตก็ไม่ถือว่ามี การกระทำ เพราะเคลื่อนไหวร่างกายโดยไม่รู้สำนึก เป็นต้น แต่ต้องถือว่าในกรณีเช่นนี้ คนที่ผลักที่ชนหรือจับมือเขาขณะเผลอ เป็นผู้กระทำผิดเองโดยใช้บุคคล ที่ไม่มีการกระทำเป็นเครื่องมือ หากเป็นผู้ใช้ตามมาตรา 84 ไม่ เพราะผู้ใช้ตามมาตรา 84 ต้องเป็น การก่อให้เกิดผู้อื่นกระทำความผิด เมื่อผู้อื่นไม่มีการกระทำก็ย่อมไม่มีการก่อให้เกิดกระทำผิดอันจะเป็น ผู้ใช้ ตามมาตรา 84 ได้

นอกจากนี้ การกระทำให้หมายถึง การงดเว้นการที่จำต้องทำเพื่อป้องกันผลนั้นด้วย โดยมีหลักเกณฑ์คือ (1) เป็นการงดเว้นหรือไม่เคลื่อนไหวร่างกายโดยรู้สำนึก (2) ผู้งดเว้นไม่กระทำ มีหน้าที่ต้องกระทำ และ (3) เป็นหน้าที่ต้องกระทำเพื่อป้องกันมิให้เกิดผลนั้นขึ้นโดยหน้าที่ต้อง กระทำอาจเกิดจาก (1) หน้าที่ ตามที่กฎหมายบัญญัติ (2) หน้าที่อันเกิดจากการยอมรับโดยเจาะจง (3) หน้าที่อันเกิดจากการกระทำก่อน ๆ ของตนและ (4) หน้าที่อันเกิดจากความสัมพันธ์เฉพาะเรื่อง

2) การกระทำครบองค์ประกอบภายนอกของความผิดนั้น⁷² องค์ประกอบภายนอก ของความผิดอาญาต่าง ๆ ประกอบด้วย 3 ส่วนคือ (1) ผู้กระทำ (2) การกระทำ และ (3) วัตถุแห่งการ กระทำโดยมีรายละเอียด ดังนี้

ผู้กระทำต้องเป็นบุคคลเท่านั้น อาจเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลก็ได้บางฐาน ความผิดอาจกำหนดคุณสมบัติของผู้กระทำไว้เป็นการเฉพาะ เช่น ผู้กระทำความผิดตำแหน่งหน้าที่ ราชการ ต้องเป็นเจ้าพนักงานหรือผู้กระทำความผิดตามมาตรา 353 ต้องเป็นผู้ได้รับมอบหมายให้ จัดการทรัพย์สินของผู้อื่น เป็นต้น

3) วัตถุแห่งการกระทำ เช่น ความผิดฐานวางเพลิง เผาทรัพย์สินของผู้อื่นตาม ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 217 ทรัพย์สินของผู้อื่นเป็นวัตถุแห่งการกระทำ เป็นต้น

4) การกระทำนั้นครบองค์ประกอบภายในของความผิดนั้น การกระทำที่ครบ องค์ประกอบภายในของความผิดอาญา ได้แก่

(1) เจตนา สำหรับประเด็นที่ว่า การรู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบ ของความผิดนั้นจะมีขอบเขตเพียงใด นักกฎหมายได้วางหลักการเกี่ยวกับการรู้ข้อเท็จจริงอันเป็น องค์ประกอบของความผิดไว้ว่า การรู้ข้อเท็จจริงนั้น ผู้กระทำเพียงแต่รู้ในส่วนที่เป็นข้อเท็จจริงโดย ทัว ๆ ไป เท่านั้นก็เพียงพอแล้ว ไม่จำเป็นต้องรู้ในรายละเอียดที่เฉพาะเจาะจง โดยขอบเขตของการรู้ ควรจะอยู่ระหว่าง Actual Knowledge กับ Potential knowledge คำว่า Actual Knowledge หมายถึง

⁷² เกียรติจักร วัจนะสวัสดิ์ ข (2544). รวมคำบรรยายกฎหมายอาญา มาตรา 59-106 ภาค 1 สมัย 4 (การบรรยายครั้งที่ 4 วันที่ 29 มิถุนายน 2544). หน้า 25-38.

การรู้รายละเอียดตามความเป็นจริง ส่วนคำว่า Potential knowledge หมายถึง การรู้ในสิ่งที่คาดว่าจะเป็นไปได้ ตัวอย่างเช่น ความผิดฐานลักทรัพย์ผู้กระทำเพียงแค่รู้ข้อเท็จจริงในส่วนประกอบประกอบว่าสิ่งที่เอาไปนั้น ไม่ใช่ทรัพย์ของตนแต่เป็นทรัพย์ของผู้อื่นหรือที่ผู้อื่นเป็นเจ้าของอยู่ด้วย ก็ถือว่าเพียงพอต่อขอบเขตของการรู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิดแล้ว โดยผู้กระทำไม่จำเป็นต้องรู้ไปถึงรายละเอียดว่า ทรัพย์นั้นเป็นกรรมสิทธิ์ของผู้อื่น หรือสิ่งที่เอาไปนั้นเป็นทรัพย์ตามความหมายของกฎหมายหรือไม่

เจตนา ได้แก่ เจตนาตามความเป็นจริง คือ เจตนาประสงค์ต่อผลหรือเจตนาเล็งเห็นผลตามมาตรา 59 วรรคสอง และ (2) เจตนาโดยผลของกฎหมายตามมาตรา 60 โดยส่วนของเจตนาเล็งเห็นผล หมายความว่า เล็งเห็นได้ว่าผลนั้นจะเกิดได้อย่างแน่นอน หมายถึง แน่แน่นอนตามความรู้สึกรู้ใจของจิตใจมิใช่แน่นอนโดยสมบูรณ์⁷³ และ/หรือเท่าที่จิตใจของบุคคลในฐานะเช่นนั้นจะเล็งเห็นได้ หมายความว่า บุคคลที่ยกขึ้นมานั้นจะเปรียบเทียบมิใช่บุคคลสามัญทั่วไป หรือวิญญูชน แต่ให้ถือเอาบุคคลในสภาพเดียวกับผู้กระทำมาเปรียบเทียบวินิจฉัย ส่วนเจตนาโดยผลเป็นเรื่องเจตนาโอน กล่าวคือ เป็นการโอนเจตนาจากผู้ที่จำเลยตั้งใจจะกระทำไปยังผู้ซึ่งได้รับผลร้ายจากการกระทำนั้น

(2) ประมาท ได้แก่ (1) ประมาทโดยการกระทำ ตามมาตรา 59 วรรค 4 คือ การกระทำที่มีใจโดยเจตนา แต่กระทำโดยปราศจากความระมัดระวัง ซึ่งบุคคลในภาวะเช่นนั้นจักต้องมีตามวิสัยและพฤติการณ์ และผู้กระทำอาจใช้ความระมัดระวังเช่นนั้นได้ แต่หากได้ใช้ให้เพียงพอไม่ และมีกฎหมายบัญญัติไว้โดยเฉพาะให้ต้องรับผิดชอบ เมื่อได้กระทำโดยประมาท (2) ประมาทโดยไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิดตามมาตรา 62 และมาตรา 59 วรรคสาม และ (3) ประมาทโดยสำคัญผิดในข้อเท็จจริง ตามมาตรา 62 วรรคสอง และมาตรา 62 วรรคหนึ่ง

(3) ไม่เจตนาและไม่ประมาท (Strict Liability) ได้แก่ การที่กฎหมายบัญญัติไว้โดยเคร่งครัด ว่าให้รับผิดชอบแม้มิได้เจตนาและประมาทก็ตาม ตามมาตรา 59 วรรคแรก ได้แก่ ความผิดที่ปรากฏในภาคกฎหมายโทษทั้งหลาย

2. การกระทำไม่มีกฎหมายยกเว้นความผิด

เมื่อเราพิจารณาโครงสร้างความรับผิดทางอาญาข้อที่ 1 ว่าเป็นการกระทำที่ครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติแล้ว ต่อมาจึงพิจารณาโครงสร้างข้อนี้ว่า การกระทำมีกฎหมายยกเว้นความผิดหรือไม่

⁷³ บัญญัติกฎหมายเหตุฉกัที่ 1204/2520.

กฎหมายยกเว้นความผิดในประมวลกฎหมายอาญา เช่น เรื่องป้องกันมาตรา 68 ทำแท้งตามมาตรา 305 หญิงถูกข่มขืนแล้วแพทย์เป็นคนทำแท้งให้แพทย์ไม่มีความผิดดุจเดียวกับเรื่องป้องกัน การแสดงความคิดเห็นหรือข้อความใดโดยสุจริตตามมาตรา 329 ยกเว้นความผิดฐานหมิ่นประมาท เป็นต้น

กฎหมายยกเว้นความผิดที่ไม่ได้มีการบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร เช่น หลักในเรื่อง “ความยินยอม” ซึ่งถือว่าเป็น “หลักกฎหมายทั่วไป” ความยินยอมยกเว้นความผิดได้ในบางกรณี ถ้าเป็นความยินยอมที่ไม่ขัดต่อสำนึกศีลธรรมอันดี เช่น การที่คนไข้ยอมให้แพทย์ตัดอวัยวะเพื่อรักษาชีวิต นักมวยยอมให้มีการกระทบกระทั่งร่างกายในการต่อมวยบนเวทีตามกติกา นักกีฬายินยอมให้มีการกระทบกระทั่งร่างกายกันในการเล่นกีฬา หลักในเรื่องความยินยอมเรานำมาใช้เพื่อยกเว้นความผิดในทางที่เป็นคุณ เพราะฉะนั้นนำมาใช้ได้ โดยไม่ขัดต่อหลักมาตรา 2 อันเป็นคุณแก่นักมวยคนที่ชนนักมวยอีกคนหนึ่งล้มลงไป นักมวยคนที่ถูกชนถึงแก่ความตาย

กฎหมายยกเว้นความผิดในรัฐธรรมนูญ เช่น ให้เอกสิทธิ์แก่ผู้ที่กล่าวถ้อยคำในระหว่างที่มีการประชุมสภาอย่างนี้เป็นต้น

กฎหมายยกเว้นความผิดในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ตัวอย่าง นายคำปลุกต้นไม้ต้นหนึ่งไว้ในที่ดินของนายคำซึ่งติดต่อกับที่ดินของนายแดง พอต้นไม้โตรากไม้ก็รุกเข้าไปในที่ดินของนายแดง นายแดงไม่พอใจก็ตัดรากไม้ทิ้ง ทั้งตรงสถานที่ที่ตัดอยู่ในที่ของนายแดง แต่รากไม้มาจากต้นไม้ของนายคำ พอตัดแล้วต้นไม้ก็ตาย ครอบครองประกอบที่กฎหมายบัญญัติในที่นี้ก็คือมาตรา 358 ทำให้เสียทรัพย์ กล่าวคือ “ผู้ใดทำให้เสียหาย ทำลาย ทำให้เสื่อมค่า หรือทำให้ประโยชน์ซึ่งทรัพย์ของผู้อื่นเป็นเจ้าของรวมอยู่ด้วย ผู้นั้นกระทำความผิดฐานทำให้เสียทรัพย์” นายแดงมีการกระทำ การกระทำนั้นครบองค์ประกอบภายนอก ครบองค์ประกอบภายในของความผิดตามมาตรา 358 คือผู้กระทำความผิดมีเจตนา จะถือผู้กระทำมีเจตนาที่ต่อเมื่อผู้กระทำจะต้อง “รู้” ข้อเท็จจริงซึ่งเป็นองค์ประกอบภายนอก องค์ประกอบภายนอกของความผิดทำให้เสียทรัพย์คือ ผู้ใดทำลาย... ทรัพย์ของผู้อื่น ขณะที่นายแดงตัดรากไม้ของนายคำ นายแดงรู้ว่าเป็นการทำลายทรัพย์ของนายคำ ต่อไปอีกก็คือ เมื่อผู้กระทำรู้แล้ว ผู้กระทำต้องประสงค์ต่อผล นายแดงประสงค์ที่จะให้ทรัพย์ของนายคำเสียหายแน่นอนเพราะตัดฟันรากไม้ด้วยความไม่พอใจ เพราะฉะนั้นเห็นว่า นายแดงมีเจตนาทำให้เสียทรัพย์ของนายคำ การที่ต้นไม้ของนายคำตายก็เป็น “ผลโดยตรง” จากการที่นายแดงตัดตามหลักในเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล

เพราะฉะนั้นการกระทำของนายแดงต่อทรัพย์ของนายคำนั้นครบตามองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติตามมาตรา 358 แต่นายแดงไม่ต้องรับผิดตามมาตรา 358 เพราะมีกฎหมายยกเว้นความผิด กล่าวคือ นายแดงมีอำนาจกระทำได้ เนื่องจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1347

บัญญัติ เจ้าของที่ดินอาจใช้สิทธิ “ตัดรากไม้” ซึ่งรุกเข้ามาจากที่ดินติดต่อและเอาไว้เสีย การที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บัญญัติเช่นนี้ แสดงว่าให้อำนาจแก่เจ้าของที่ดินที่จะตัดรากไม้ที่รุกล้ำเข้ามาและ มีอำนาจกระทำได้

นอกจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1347 มาตราอื่น ๆ เช่นการจัดการงานนอกสั่งตามมาตรา 395 มาตรา 397 การทำบุบสลายหรือทำลายทรัพย์สินหนึ่งสิ่งใดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 450 ผู้ครอบครองอสังหาริมทรัพย์มาสัตว์ที่เข้ามาทำความเสียหายในอสังหาริมทรัพย์ตามมาตรา 452 เป็นต้น

3. การกระทำไม่มีกฎหมายยกเว้นโทษ

เมื่อกระทำครบโครงสร้างข้อที่ 1 และ 2 แล้ว ลำดับสุดท้ายที่ต้องพิจารณาว่า บุคคลจักต้องรับโทษทางอาญาหรือไม่ ก็คือการพิจารณาว่าการกระทำนั้นมีกฎหมายยกเว้นโทษหรือไม่ การกระทำที่กฎหมายยกเว้นโทษ ตามประมวลกฎหมายอาญา เช่น การกระทำความผิดโดยจำเป็น⁷⁴ การกระทำความผิดของเด็กอายุไม่เกิน 7 ปี และไม่เกิน 14 ปี⁷⁵ การกระทำความผิดของคนวิกลจริต⁷⁶ การกระทำความผิดของผู้มีเมตตา⁷⁷ การกระทำความผิดตามคำสั่งที่มีชอบด้วยกฎหมายของเจ้าพนักงาน⁷⁸ การกระทำความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สินในบางความผิดระหว่างสามีภรรยา⁷⁹

นอกจากนั้นกฎหมายยังยกเว้นโทษในกรณีที่ความผิดอยู่ในชั้นพยายามแต่ผู้กระทำความผิดยังยั้งหรือกลับใจ⁸⁰ หรือเป็นการพยายามทำแท้งตามมาตรา 301 และ 302 วรรคแรก⁸¹ และการพยายามกระทำความผิดหลุโทษ⁸²

การวินิจฉัยความรับผิดอาญาของบุคคลนั้น จำเป็นต้องวินิจฉัยตามลำดับโครงสร้างของความรับผิด กล่าวคือ ต้องเริ่มพิจารณาจากโครงสร้างที่ 1 เสมอ และจากโครงสร้างที่ 1 ให้พิจารณาโครงสร้างที่ 2 และ ที่ 3 ตามลำดับ ไม่สามารถพิจารณาข้ามลำดับได้ เนื่องจากจะให้ผลที่แตกต่างกัน

สำหรับ ศาสตราจารย์ ดร. คณิต ฦ นกร ได้อธิบายองค์ประกอบของความรับผิดทางอาญาตามประมวลกฎหมายอาญาของไทยว่าประกอบด้วย 3 ส่วนหลัก ได้แก่

⁷⁴ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 67.

⁷⁵ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 73 และ 74.

⁷⁶ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 65.

⁷⁷ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 66.

⁷⁸ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 70.

⁷⁹ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 71 วรรคแรก.

⁸⁰ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 82.

⁸¹ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 304.

⁸² ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 105.

1) การกระทำ ได้แก่ การกระทำโดยตรง คือการเคลื่อนไหวร่างกายโดยที่การกระทำจะมีกระบวนการดำเนินเป็นขั้นตอน เริ่มตั้งแต่คิดที่จะกระทำ ตกลงใจ และสุดท้ายคือการกระทำไปตามที่ตกลงใจนั้น นอกจากนี้การกระทำให้รวมถึงการงดเว้นการที่จำต้องกระทำเพื่อป้องกันผลด้วย หรือที่เรียกว่า การงดเว้น และการกระทำทั้งสองลักษณะ ต้องกระทำโดยรู้สึกลึกในการกระทำคือ มีเจตจำนงกับการกระทำ การใดปราศจากเจตจำนง เช่น การละเมอ การเคลื่อนไหวของร่างกาย อันเกิดจากการสะท้อนของประสาทที่ปราศจากอำนาจการควบคุมของจิต (Reflex) ไม่ถือเป็นการกระทำตามความหมายของกฎหมาย แต่ทั้งนี้ การรู้สำนึกในการกระทำหาใช่องค์ประกอบของเจตนาไม่ แต่ถือว่าเป็นองค์ประกอบของการกระทำ

2) ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล ความผิดอาญาแบ่งเป็น 2 ประเภทคือ (1) ความผิดอาญาที่ต้องการผล และ (2) ความผิดอาญาที่ผู้กระทำต้องรับโทษหนักขึ้น เนื่องจากผล เช่น ความผิดฐานฆ่าผู้อื่น ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 288 หรือความผิดอาญาที่ผู้กระทำต้องรับโทษหนักขึ้นเนื่องจากผลนั้น เช่น ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 295, 297 และ 290 เป็นต้น ในการวินิจฉัยความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล ก็คือความรับผิดชอบเกิดขึ้นจากผลโดยตรงของการกระทำ ได้แก่ การวินิจฉัยความรับผิดชอบตามทฤษฎีเงื่อนไข (Condition Sine Qua non) เป็นทฤษฎีตามหลักวิทยาศาสตร์ ทฤษฎีผลธรรมดา ทฤษฎีเหตุแทรกแซง จากผู้เสียหายเองจากเหตุธรรมชาติ หรือจากผู้กระทำผิด

3) เจตนา ได้แก่ เจตนาตามมาตรา 59 คือ การรู้ข้อเท็จจริง อันเป็นองค์ประกอบของความผิด ขณะเดียวกันผู้กระทำก็ประสงค์ต่อผลหรือเล็งเห็นผลของการกระทำนั้นเจตนาจึงมีสองส่วน คือ ส่วนรู้ข้อเท็จจริง อันเป็นองค์ประกอบของความผิด และส่วนประสงค์ต่อผลหรือเล็งเห็นผล ส่วนแรกคือ ส่วนรู้ ส่วนที่สองคือ ส่วนต้องการ นอกจากนี้เจตนาสามารถแบ่งได้เป็นเจตนาโดยตรงและเจตนาโดยอ้อมด้วย

2.4 ขอบเขตความรับผิดชอบปิดบัง ช่อนเร้น ย้าย ทำลายศพ ตามมาตรา 199

2.4.1 สภาพบุคคลตามระบบกฎหมายไทย

การเริ่มสภาพบุคคลหมายถึง การเริ่มสภาวะความเป็นผู้ทรงสิทธิหน้าที่ตามกฎหมาย โดยในปัจจุบัน การเริ่มสภาพบุคคลของบุคคลธรรมดาของประเทศไทย เป็นไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 15 วรรค 1 บัญญัติว่า “สภาพบุคคลย่อมเริ่มแต่เมื่อคลอดแล้วอยู่รอดเป็นทารก และสิ้นสุดลงเมื่อตาย”⁸³ การเริ่มสภาพบุคคลคือการเริ่มมีสิทธิและหน้าที่

⁸³ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. พระราชบัญญัติให้ใช้บทบัญญัติบรรพ 1 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่ได้ตรวจชำระใหม่ พ.ศ. 2535, ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 139/ตอนที่ 42 / หน้า 1/ 8 เมษายน 2535.

ตามกฎหมาย เมื่อสภาพบุคคลได้มีขึ้น แล้วบุคคลนั้นก็จะได้รับการรับรองและคุ้มครองสิทธิและหน้าที่โดยกฎหมายทันที จากบทบัญญัติมาตรา 15 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ดังกล่าวสรุปได้ว่า สภาพบุคคลของบุคคลธรรมดาจะเริ่มขึ้นเมื่อปรากฏข้อเท็จจริง 2 ประการคือ (1) ทารกได้คลอดแล้ว และ(2) อยู่รอดเป็นทารก⁸⁴

1) ทารกได้คลอดแล้ว ตามความเห็นของนักนิติศาสตร์ในปัจจุบัน เห็นว่าการคลอดน่าจะหมายถึง การที่ร่างกายทารกพ้นออกจากครรภ์มารดาจนหมดทั้งตัวแล้ว โดยไม่มีส่วนใดส่วนหนึ่งติดอยู่กับช่องคลอด และสามารถดำรงชีวิตได้ด้วยตนเอง โดยไม่ต้องพึ่งอากาศและสารอาหารจากร่างกายมารดาอีกต่อไป หากเป็นการคลอดด้วยวิธีการผ่าคลอดทางช่องท้อง การคลอดก็จะหมายถึง การนำเอาร่างกายทารกออกจากมดลูกของมารดาทั้งตัวแล้ว⁸⁵ ส่วนการตัดสายสะดือหรือการคลอดรกที่เกิดขึ้นหลังจากการคลอดทารกออกมาทั้งตัวไม่ใช่สาระสำคัญของการเริ่มต้นสภาพบุคคล เพราะสายสะดือไม่ถือเป็นส่วนหนึ่งของร่างกายทารก และการคลอดรกก็เป็นการแยกส่วนของร่างกายทารกออกจากร่างกายมารดาโดยเด็ดขาดเท่านั้น

2) คลอดออกมาแล้วอยู่รอดเป็นทารก (Living Child) หมายถึง เมื่อร่างกายทารกคลอดออกจากร่างกายมารดาหมดทั้งตัวแล้ว ทารกมีชีวิตรอด (Vivant) ในอดีตข้อเท็จจริงที่ว่าทารกมีชีวิตรอดหรือไม่พิจารณาจากความสามารถในการหายใจได้อย่างอิสระของทารก หากทารกเริ่มหายใจแล้วก็มีสภาพบุคคลทันที แม้จะเป็นการหายใจเพียงเล็กน้อยก็ตาม ในการพิสูจน์ถึงการหายใจของทารก ทำได้โดยการตรวจปอดของทารกด้วยวิธีทางนิติเวชศาสตร์ เช่น ตรวจสอบการลอยน้ำของปอด ตรวจสอบสีของปอด เป็นต้น อย่างไรก็ตามในทางการแพทย์ การหายใจที่เกิดขึ้นเมื่อทารกคลอดออกมาทั้งตัวแล้วมิได้บ่งบอกว่าทารกมีชีวิตรอดแล้วเสมอไป เพราะทารกอาจมีชีวิตรอดหลังการคลอดแล้วโดยที่ยังไม่เริ่มหายใจก็ได้ หรือทารกอาจเริ่มหายใจตั้งแต่ขณะที่ร่างกายยังไม่คลอดออกมาทั้งตัวก็ได้ นอกจากนี้ การหายใจของทารกก็มีข้อเท็จจริงเพียงประการเดียวที่แสดงว่าทารกมีชีวิตหลังการคลอด เพราะยังมีอาการแสดงอื่น ๆ อีกที่บ่งบอกได้เช่นนั้น เช่น เต้นของหัวใจ การเต้นของชีพจรที่สายสะดือ การเคลื่อนไหวของกล้ามเนื้อหรืออวัยวะต่าง ๆ ที่อยู่ในอำนาจบังคับของจิตใจ เป็นต้น⁸⁶ ในปัจจุบัน “อยู่รอดเป็นทารก” จึงพิจารณาจากข้อเท็จจริงอื่น ๆ ที่แสดงถึงการมีชีวิตรอดของทารก ประกอบด้วย การร้องของทารก การเคลื่อนไหวของทารก ฯลฯ โดยมีเงื่อนไขว่าข้อเท็จจริงเหล่านี้จะต้องปรากฏขึ้น หลังจากที่ทารกคลอดออกมาทั้งตัวแล้วเท่านั้น แม้จะปรากฏขึ้นเพียงชั่วขณะก็ตาม

⁸⁴ จิตติ ดิงศภิษฐ์. (2529). กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยบุคคล. หน้า 5-6.

⁸⁵ วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์. (2532). นิติเวชศาสตร์ Forensic Medicine. หน้า 298.

⁸⁶ แหล่งเดิม.

กล่าวโดยสรุปว่า สภาพบุคคลตามระบบกฎหมายแพ่งของไทย เริ่มต้นเมื่อร่างกายทารกคลอดออกจากครรภ์มารดาหมดทั้งตัว และทารกมีชีวิตรอดหลังจากการคลอด ดังนั้นโดยหลักทั่วไป หากทารกยังไม่คลอดออกมาทั้งตัวหรือคลอดออกมาทั้งตัวแล้วแต่ไม่สามารถมีชีวิตรอดได้ย่อมไม่มีสภาพบุคคล และไม่มีสิทธิและหน้าที่ต่าง ๆ ตามกฎหมายแพ่งได้ เช่นเดียวกับการคุ้มครองใด ๆ ตามประมวลกฎหมายอาญาด้วย ดังเช่น การจะลงโทษบุคคลตามฐานความผิด “ย้ายทำลายศพ” ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 199 ได้ การกระทำความผิดดังกล่าวจะต้องครบองค์ประกอบของความผิดตามมาตรา 199 โดยในส่วนของวัตถุที่มุ่งหมายกระทำต่อ ต้องเป็น “ศพ” และก่อนจะเป็น “ศพ” ได้ ศพดังกล่าวจะต้องเคยมีสภาพบุคคลก่อน กล่าวคือต้องเกิดมาแล้วอยู่รอดเป็นทารกก่อน เมื่อตายก็เป็นศพ หากผู้ใดมีเจตนากระทำต่อศพอย่างหนึ่งอย่างใด โดยมีเจตนาเพื่อปิดบังการเกิด การตาย ก็จะมีผลตามมาตราดังกล่าวนี้ ขณะเดียวกัน หากทารกมีอายุอยู่รอดเป็นทารกได้ วัตถุที่มุ่งหมายกระทำต่อ ถือเป็นเพียง “ซาก” ทารกเท่านั้น ผู้ใดกระทำต่อซากทารกโดยมีเจตนาเพื่อปิดบังการเกิดการตายก็ไม่อาจเป็นความผิดตามมาตรา 199 นี้ เนื่องจากทารกดังกล่าวยังไม่มีสภาพบุคคลมีผลทำให้ไม่ครบองค์ประกอบของความผิดตามมาตราดังกล่าว การคุ้มครองบุคคลตามประมวลกฎหมายอาญาตามความผิดฐานนี้ จึงมีขอบเขตการคุ้มครองเฉพาะบุคคลที่เคยมีสภาพบุคคลเท่านั้น มิได้ครอบคลุมไปถึงซากทารก ที่ยังมีเคยมีสภาพบุคคลมาก่อน

2.4.2 ความเป็นมาและความผิดฐานปิดบัง ซ่อนเร้น ย้าย ทำลายศพ ตามมาตรา 199

แต่เดิมกฎหมายอาญาของไทย มิได้จัดทำในรูปประมวลกฎหมาย แต่มีลักษณะเป็นกฎหมายแต่ละฉบับไป เช่น กฎหมายลักษณะโจร ลักษณะวิวาท เป็นต้น ในรัชกาลพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว ซึ่งได้มีการจัดทำประมวลกฎหมายอาญาขึ้นเป็นครั้งแรก ความผิดฐานปิดบังการเกิด การตาย หรือเหตุแห่งการตาย จึงได้ปรากฏเป็นครั้งแรกในประมวลกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 นี้ ในมาตรา 197 ความว่า “ถ้าผู้ใดเจตนาจะซ่อนเร้นความเกิดความตาย แลมันหลบเอาศพไปซ่อนไปฝังหรือไปทำลายเสีย ท่านว่ามันมีความผิด ต้องรวางโทษานุโทษเป็นสามฐาน คือ ฐานหนึ่งให้จำคุกไม่เกินกว่าปีหนึ่ง ฐานหนึ่งให้ปรับไม่เกินกว่าห้าร้อยบาท ฐานหนึ่งให้ลงโทษทั้งจำทั้งปรับ เช่นว่ามาแล้วด้วยกัน”⁸⁷

ต่อมาเมื่อมีการประกาศใช้ ประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2499 ความผิดฐานปิดบังการเกิด การตาย หรือเหตุแห่งการตาย ได้ปรากฏอยู่ในลักษณะ 3 ความผิดเกี่ยวกับการยุติธรรม หมวด 1 ความผิดต่อเจ้าพนักงานในการยุติธรรมมาตรา 199 ความว่า “ผู้ใดลอบฝัง ซ่อนเร้น ย้ายหรือทำลาย

⁸⁷ มาตรา 197 กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127. ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 25 ฉบับพิเศษ วันที่ 1 มิถุนายน รัตนโกสินทร์ศก 127 หน้า 206.

ศพหรือส่วนของศพ เพื่อปิดบังการเกิด การตาย หรือเหตุแห่งการตาย ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือปรับไม่เกินสองพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

ประมวลกฎหมายอาญาของไทย มีการแก้ไขเพิ่มเติมรวมทั้งสิ้น 21 ฉบับ แต่สำหรับมาตรา 199 นี้ มิได้เคยมีการปรับปรุงแก้ไขแต่ประการใด

เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติของกฎหมายมาตรา 199 นี้ แล้วพบว่าจุดมุ่งหมายของการร่าง เป็นไปเพื่อคุ้มครองหลักฐานอันเกี่ยวเนื่องกับการกระทำผิดกฎหมายในลักษณะของการปิดบังซ่อนเร้นศพซึ่งมีสภาพบุคคลแล้ว แต่อาจถูกซ่อนเร้น ย้ายหรือทำลาย อันเป็นการขัดขวางการสืบสวนสอบสวนของเจ้าหน้าที่ตำรวจอันนำมาซึ่งการนำบุคคลผู้กระทำความผิดมาลงโทษตามกฎหมาย เจตนารมณ์เบื้องต้นของการบัญญัติกฎหมายมาตรานี้ จึงมิได้มีเจตนาบัญญัติให้ครอบคลุมถึงการปิดบังซ่อนเร้น ทำลายซากศพที่เกิดจากการทำแท้งแต่ประการใด

2.4.3 คุณธรรมทางกฎหมายกับการบัญญัติความผิดฐานปิดบัง ซ่อนเร้น ย้าย ทำลายศพตามมาตรา 199

การกำหนดให้มีความผิดอาญาถือเป็นสิ่งสำคัญที่จำเป็นสำหรับการอยู่ร่วมกันของมนุษย์ในสังคมทั้งสิ้น ซึ่งพื้นฐานของบทบัญญัติความผิดฐานต่าง ๆ ในประมวลกฎหมายอาญาประกอบไปด้วย ผู้กระทำ การกระทำ กรรมของการกระทำ ผลของการกระทำ รวมตลอดถึงคุณธรรมทางกฎหมาย ซึ่งเป็นพื้นฐานในทางความคิดเสมอ ไม่ว่าผู้บัญญัติจะได้คำนึงถึงคุณธรรมทางกฎหมายก่อนการบัญญัติหรือไม่ คำว่า ชีวิต ร่างกาย ความปลอดภัยของร่างกาย อนามัย เสรีภาพ ทรัพย์สิน หรือสิทธิ เหล่านี้คือ คุณธรรมทางกฎหมาย⁸⁸

คุณธรรมทางกฎหมายแบ่งได้เป็น 2 ประเภทคือ คุณธรรมที่เป็นส่วนบุคคล (Individualrechtsgut) เช่น ชีวิต ร่างกายและกรรมสิทธิ์ และคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนรวม (Universalrechtsgut) เช่น ความปลอดภัยในการจราจร ความมั่นคงเชื่อถือของระบบแลกเปลี่ยนเงินตราและเอกภาพของดินแดน โดยทั่วไปคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคลเป็นคุณธรรมที่ผู้ที่เป็นเจ้าของสามารถละได้ แต่สำหรับชีวิตมนุษย์ แม้จะเป็นคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคลก็ไม่อาจละกันได้

ความผิดฐานปิดบังการเกิด การตาย หรือเหตุแห่งการตายมาตรา 199 ซึ่งบัญญัติว่า “ผู้ใดลอบฝัง ซ่อนเร้น ย้ายหรือทำลายศพ หรือส่วนของศพ เพื่อปิดบังการเกิด การตาย หรือเหตุแห่งการตาย ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือปรับไม่เกินสองพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

⁸⁸ เกียรติขจร วังนะสวัสดิ์ ก เล่มเดิม, หน้า 14.

ศาสตราจารย์ ดร. คณิต ฒ นคร ได้อธิบายเกี่ยวกับคุณธรรมทางกฎหมายของความผิดฐานนี้ไว้ว่า คือ “ความเด็ดขาดแห่งอำนาจรัฐในการยุติธรรม”⁸⁹ ดังที่บทบัญญัติในมาตรานี้ได้กำหนดไว้ในลักษณะ 3 ความผิดเกี่ยวกับการยุติธรรมซึ่งเป็นความผิดเกี่ยวกับการทำลายพยานหลักฐานมากกว่าจะเป็นการคุ้มครองถึงการกระทำอันไม่เหมาะสมต่อคนตาย

เมื่อพิจารณาจากคุณธรรมทางกฎหมายตามมาตรา 199 นี้ จะเห็นได้ว่าเป็นคุณธรรมทางกฎหมายที่มีอาจสละได้ เนื่องจากมิใช่เป็นคุณธรรมที่เป็นส่วนบุคคลโดยแท้ เนื่องจากเป็นคุณธรรมที่เป็นส่วนรวม ดังนั้น การล่วงละเมิดคุณธรรมทางกฎหมายประเภทนี้ ผู้เสียหายและผู้กระทำความผิดไม่สามารถตกลงยุติการดำเนินคดีต่อกันได้ ดังนั้น ผู้เสียหายตามมาตรา 199 หมายถึง รัฐ ย่อมมีสิทธิดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดและมีอาจสละคุณธรรมทางกฎหมายได้

2.4.4 ขอบเขตความรับผิดชอบปิดบัง ซ่อนเร้น ย้าย ทำลายศพ ตามมาตรา 199

ประเทศไทยมีโครงสร้างความรับผิดชอบทางอาญาแบบผสม เนื่องจากได้รับอิทธิพลมาจากทั้งในระบบ Civil Law และ Common Law สำหรับประมวลกฎหมายอาญามาตรา 199 ซึ่งบัญญัติไว้ว่า “ผู้ใดลอบฝัง ซ่อนเร้น ย้ายหรือทำลายศพหรือส่วน ของศพเพื่อปิดบังการเกิด การตายหรือเหตุแห่งการตาย ต้องระวางโทษ จำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือปรับไม่เกินสองพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัตินี้ดังกล่าว การจะเป็นความผิดฐาน “ย้ายย้ายทำลายศพ” ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 199 นี้ จะต้องพิจารณาโครงสร้างความรับผิดชอบตามประมวลกฎหมายอาญา และการครอบครองประกอบความผิด

กรณีที่มีการนำซากทารกหรือส่วนหนึ่งส่วนใดของซากทารกซึ่งได้จากการทำแท้งเถื่อนไปเพื่อไปใช้ในพิธีทางไสยศาสตร์ ต้องแบ่งการพิจารณาเป็น 2 กรณีคือ กรณีผู้ทำแท้งเถื่อนแถมารดาตั้งครรภ์และมีเจตนาที่จะทำลายซากทารกเพื่อมิให้เป็นพยานหลักฐานในการกระทำความผิด และกรณีของบุคคลที่ต้องการนำซากทารกหรือส่วนหนึ่งส่วนใดของซากมาทำพิธีทางไสยศาสตร์โดยพิจารณาโครงสร้างความรับผิดชอบทางอาญาดังนี้

1) การกระทำครอบครองประกอบที่กฎหมายบัญญัติหรือไม่ องค์ประกอบดังกล่าวประกอบด้วย

ก. องค์ประกอบภายนอก ได้แก่ (1) ลอบฝัง ซ่อนเร้น ย้ายหรือทำลาย (2) ศพหรือส่วนของศพ

การกระทำ ได้แก่ การลอบฝัง ซ่อนเร้น ย้ายหรือทำลายศพหรือส่วนของศพ เพื่อปิดบังการเกิดการตาย

⁸⁹ คณิต ฒ นคร ข เล่มเดิม. หน้า 864.

ศพ หมายความว่า ร่างกายของคนตาย ส่วนการเกิดนั้น หมายถึง การเกิดอย่างมีชีวิต เด็กตายในท้องโดยคลอดออกมาอย่างไม่มีชีวิตย่อมไม่เป็นศพ เพื่อเมื่อไม่มีชีวิตก็ไม่อาจตายและเป็นศพได้⁹⁰ ดังนั้นการกระทำตามมาตรา 199 นี้ จะต้องเป็นการกระทำต่อ “ศพ” ตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2525 ปรับปรุงแก้ไขใหม่ ศพ หมายความว่า “ร่างของคนที่ยังตายแล้ว” และตามกฎหมาย คนจะตายได้ต้องมีการเกิดและมีสภาพบุคคลก่อน โดย “สภาพบุคคล” ตามบทกฎหมายของไทยนั้นต้องเป็นไปตามมาตรา 15 วรรค 1 ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หมายความว่า “สภาพบุคคลย่อมเริ่มแต่เมื่อคลอดแล้ว อยู่รอดเป็นทารก และสิ้นสุดลงเมื่อตาย” ด้วยบทภาษาอังกฤษบัญญัติว่า “Personality begins with the full completion of birth” ดังนั้นสภาพบุคคลของบุคคลธรรมดาจึงเริ่มขึ้นเมื่อมีองค์ประกอบ 2 ข้อคือ

ก) มีการคลอด ประเด็นในทางกฎหมายเกี่ยวกับการคลอดคือ อย่างไรจึงจะเรียกว่ามีการคลอด ซึ่งตามบทบัญญัติภาษาอังกฤษให้ความหมายว่า สภาพบุคคลย่อมเริ่มเมื่อมีการคลอดที่สำเร็จบริบูรณ์แล้ว หรือเมื่อทารกคลอดจากครรภ์มารดาหมดทั้งตัว หากอวัยวะของทารกทุกส่วนยังไม่พ้นจากครรภ์มารดา ย่อมไม่ถือว่าเป็นการคลอดตามกฎหมาย ซึ่งต่างจากความหมายทางการแพทย์ที่ว่า การคลอดถือว่าเริ่มตั้งแต่มีการเจ็บท้องคลอด และสิ้นสุดเมื่อเด็กและรกคลอดแล้ว รวมทั้งการหดรัดตัวของมดลูกซึ่งกินเวลา 15-20 ชั่วโมง

จะเห็นได้ว่า การคลอดทางการแพทย์มีระยะเวลาคลอดสมบูรณ์ยาวนานกว่าในทางกฎหมาย นอกจากนี้ การคลอดตามกฎหมายไทยนั้น ไม่จำเป็นต้องพิจารณาการตัดสายสะดือหรือสายรก ตามที่ด้วยบทภาษาอังกฤษของไทยใช้แต่คำว่า “With the full completion of birth” เท่านั้น แนวทางตีความของนักกฎหมายถือว่า สายรกเป็นส่วนที่ไม่มีประโยชน์ต่อทารก เมื่อทารกได้คลอดแล้ว ทารกจะต้องหายใจเอง ทดแทนการใช้ออกซิเจนจากมารดาผ่านทางสายรก ดังนั้นจะตัดสายรกหรือไม่ ไม่ใช่ข้อสำคัญในการพิจารณาว่าเป็นการคลอดแล้วแต่ประการใด⁹¹ ซึ่งแตกต่างจากหลายประเทศ เช่น ประมวลกฎหมายแพ่งสวิสมาตรา 31 บัญญัติไม่ให้ถือว่าการคลอดสำเร็จบริบูรณ์ หากยังมีได้ทำการตัดสายสะดือทารก⁹²

⁹⁰ คำพิพากษาฎีกาที่ 1118/2466 รศ. 7 หน้า 722. “...เด็กคลอดออกมาไม่ปรากฏว่ามีชีวิตไม่อาจถูกฆ่าตายได้...”

⁹¹ จิตติ ดิงสัทย์. (2529). *กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยบุคคล*. หน้า 2.

⁹² ชาตรี เรื่องพรรณรงค์. (ม.ป.ป.). *คำบรรยายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยบุคคล Civil & Commercial Code (Persons) Laws 111: กฎหมายว่าด้วยบุคคล*. หน้า 1.

ข) การอยู่รอดเป็นทารก หมายถึง เมื่อทารกคลอดแล้วมีชีวิต ด้วยภาษาอังกฤษใช้คำว่า “Personality begins with the full Completion of birth as a living child” ปัญหาที่จะรู้ได้อย่างไรว่าเด็กคลอดแล้วอยู่รอดเป็นทารกหรือไม่ ในทางการแพทย์พิจารณาจากการที่เด็กคลอดแล้วมีการแสดงปฏิกิริยาแห่งชีวิตอย่างใดอย่างหนึ่ง (Sign of Separate Existence) เช่น การหายใจ การเต้นของหัวใจ การเต้นของสายสะดือ การเต้นของกล้ามเนื้อ การเคลื่อนไหวของร่างกาย เป็นต้น ให้ถือว่าทารกคลอดแล้วมีชีวิต

องค์การอนามัยโลกได้ตกลงให้คำจำกัดความของทารกคลอดมีชีวิตว่า “การคลอดมีชีวิตคือการที่ผลิตผลของการปฏิสนธิถูกขับออกมาจากร่างกายมารดาหมดทั้งตัว โดยมีได้คำนึงถึงระยะเวลาการตั้งครรภ์ และเมื่อทารกนั้นออกมาจากร่างกายหมดแล้ว มีการหายใจหรือแสดงหลักฐานของการมีชีวิต เป็นต้นว่า หัวใจ สายสะดือมีการเต้น มีการเคลื่อนไหวชัดเจนของกล้ามเนื้อที่อยู่ในอำนาจของจิตใจ โดยไม่คำนึงว่ามีการตัดสายสะดือแล้วหรือไม่ หรือทารกยังติดอยู่กับมารดาหรือไม่ การคลอดเช่นนี้ถือว่าเป็นการคลอดมีชีวิต”

นอกจากนี้ในบางประเทศเช่น ประมวลกฎหมายแพ่งของสเปน มาตรา 30 ถือหลักว่าเด็กจะมีสภาพเป็นบุคคลต่อเมื่อมีรูปร่างหน้าตาเป็นมนุษย์ มีชีวิตอยู่รอดเป็นเวลา 24 ชั่วโมง และประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส มาตรา 314, 725, 906 ถือหลักว่า ถ้าเด็กไม่สามารถมีชีวิตต่อไปได้ เพราะคลอดก่อนกำหนดหรือเพราะมีร่างกายผิดปกติย่อมไม่ถือว่าเป็นสภาพเป็นบุคคล⁹³

ความสำคัญของ “สภาพบุคคล” ตามมาตรา 199 คือ หากยังไม่มีสภาพบุคคลก็เป็นคนที่ตาย หรือ “ศพ” ไม่ได้ ดังนั้นหากทารกดังกล่าว เป็นเพียง “ซาก” ซึ่งหมายถึง ทารกที่ยังไม่มีความเป็นสภาพบุคคล ซากดังกล่าว ก็ไม่ใช่ “ศพ” ที่จะนำมาเป็นองค์ประกอบของความผิดตามมาตรา 199 ได้

(1) องค์ประกอบภายใน ได้แก่

ก. เจตนา

ข. มูลเหตุชกุงใจ เพื่อปิดบังการเกิด การตาย หรือเหตุแห่งการตาย

ส่วนขององค์ประกอบภายใน นอกจากจะต้องมีเจตนาลอบฝัง ซ่อนเร้น ทำลายศพแล้ว ผู้กระทำความผิดต้องมี “มูลเหตุชกุงใจ” เพื่อ “ปิดบังการเกิด การตาย หรือเหตุแห่งการตาย...” โดยมีความมุ่งหมายเพื่อกระทำความผิดในทางที่เกี่ยวกับพยานหลักฐาน กล่าวคือ เป็นการย้ายหรือทำลายศพ หรือส่วนของศพ เพื่อปิดบัง ซ่อนเร้น กลบเกลื่อนหลักฐานในกรณีที่เกี่ยวข้องกับความผิดทางอาญา เช่น ทำร้ายผู้ตายแล้วรีบนำศพไปวัดเพื่อฌาปนกิจโดยไม่แจ้งบิดามารดาของผู้ตายและเจ้าหน้าที่

⁹³ แหล่งเดิม. หน้า 15.

เมื่อมีผู้มาขออุศพลีไม่ให้ดู เป็นการย้ายศพเพื่อปิดบังการตายหรือเหตุแห่งการตาย⁹⁴ แต่ถ้าย้ายศพและเผาไฟเพราะกลัวจะเน่าโดยที่ศพนั้นมีการชันสูตรแล้ว ไม่ใช่กระทำเพื่อปกปิดการตายหรือเหตุแห่งการตาย⁹⁵ ไม่มีความผิดตามมาตรานี้

หลักการดังกล่าวมาวิเคราะห์เกี่ยวกับกรณี การปิดบัง ซ่อนเร้น ทำลายซึ่งพยานหลักฐานจากหลักฐานทำแท้งเถื่อน และนำซากทารกหรือส่วนใดส่วนหนึ่งของซากทารกไปใช้ในพิธีทางไสยศาสตร์ พบว่า

กรณีการปิดบัง ซ่อนเร้น ทำลายซึ่งพยานหลักฐานจากหลักฐานทำแท้งเถื่อน มีองค์ประกอบภายนอกคือ (1) การปิดบัง ซ่อนเร้น ย้าย หรือทำลาย (2) ซากทารก และองค์ประกอบภายในคือ (1) เจตนาทำลายซากทารก (2) มูลเหตุจูงใจ เพื่อปิดบัง การเกิด การตาย หรือเหตุแห่งการตาย กรณีดังกล่าวจะเห็นได้ว่า การกระทำการปิดบัง ซ่อนเร้น ทำลายซึ่งพยานหลักฐานจากหลักฐานทำแท้งเถื่อนนั้น เป็นการกระทำที่ไม่ครบองค์ประกอบภายในของมาตรา 199 ทั้งนี้เนื่องจากองค์ประกอบของการกระทำความผิดดังกล่าว เป็น “ซากทารก” มิใช่เป็น “ศพ” ดังนั้นการกระทำของผู้กระทำจึงไม่มีความผิดในฐานนี้

ขณะเดียวกัน กรณีการนำซากทารกไปใช้ในพิธีทางไสยศาสตร์ มีองค์ประกอบภายนอกคือ (1) ประกอบพิธีทางไสยศาสตร์ (2) ซากทารก และองค์ประกอบภายในคือ (1) การกระทำที่ไม่เหมาะสมต่อซากทารก (2) โดยมีมูลเหตุจูงใจเพื่อประกอบพิธีทางไสยศาสตร์ ซึ่งเมื่อพิจารณาทั้งในส่วนขององค์ประกอบภายในและองค์ประกอบภายนอกแล้ว ผู้ศึกษามีความเห็นว่าการนำซากทารกมาทำพิธีทางไสยศาสตร์ เป็นการกระทำที่ได้เป็นความผิดตามมาตรา 199 แห่งประมวลกฎหมายอาญาแต่ประการใด

นอกจากนี้ หลักประกันในทางกฎหมายอาญาของไทย ปรากฏอยู่ในมาตรา 2 ประมวลกฎหมายอาญาซึ่งบัญญัติไว้ว่า “บุคคลจักต้องรับโทษทางอาญาต่อเมื่อได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้ในขณะกระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้” หลักดังกล่าวก็คือหลัก “ไม่มีความผิด ไม่มีโทษ โดยไม่มีกฎหมาย” หรือเรียกกันในภาษาละติน (Latin Maxims) ว่า “Nullum crimen, Nulla poena sine lege” ซึ่งหลักดังกล่าวเป็นหลักสากลที่ใช้กันทั่วโลก โดยแบ่งเนื้อหาออกเป็น 4 ประการ ได้แก่

- (1) การห้ามใช้จารีตประเพณีลงโทษทางอาญาแก่บุคคล
- (2) ห้ามใช้กฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งลงโทษทางอาญาแก่บุคคล
- (3) กฎหมายอาญาต้องบัญญัติให้ชัดเจนและแน่นอน

⁹⁴ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6255/2534 ฎส.10. หน้า 192.

⁹⁵ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 717/2511. หน้า 806.

(4) กฎหมายอาญาไม่มีผลย้อนหลัง⁹⁶

นั่นหมายความว่า การจะตีความกฎหมายเพื่อเอาผิดบุคคลหนึ่งบุคคลใดตามมาตรา 199 แห่งประมวลกฎหมายอาญานั้น ต้องคำนึงถึงหลักประกันในกฎหมายอาญาด้วย โดยห้ามใช้กฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งลงโทษอาญาแก่บุคคล เพราะหากยอมให้มีการใช้กฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งได้แล้วผลก็จะกลายเป็นว่า การลงโทษการกระทำความผิดการกระทำหนึ่งหรือไม่นั้นจะขึ้นอยู่กับความรู้สึกในเรื่องผิดถูกของบุคคลจนเกินขอบเขต ซึ่งในเรื่องความรู้สึกอันเป็นเรื่องในทางอัตวิสัยนั้น ในทางกฎหมายแล้วเป็นสิ่งไม่พึงปรารถนาและเป็นสิ่งที่ต้องหลีกเลี่ยง เหตุผลประการหลังนี้จึงเป็นเหตุผลในทางนโยบายทางอาญา ดังนั้น การห้ามใช้กฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในกฎหมายอาญา จึงหมายความว่า การห้ามใช้กฎหมายอาญาที่เกินเลยขอบเขตของบทบัญญัติที่พึงหาได้จาก การตีความกฎหมาย ตัวอย่างในกรณีนี้ได้แก่ คดีการลักกระแสไฟฟ้า ตามคำพิพากษาฎีกาที่ 877/2501 การลักกระแสไฟฟ้า มีความผิดตามมาตรา 334 ทั้งนี้โดยการขยายความคำว่า ทรัพย์ตามมาตรา 334 ให้รวมถึง “ทรัพย์สิน” ด้วย ทั้งนี้เพราะกระแสไฟฟ้านั้นเป็นทรัพย์สินตาม ป.พ.พ. มาตรา 138 โดยศาสตราจารย์จิตติ ดิงศภัทย์ ได้บันทึกในท้ายฎีกานี้ว่า

“ในประมวลกฎหมายอาญาก็ใช้สองคำนี้ปะปนอยู่เหมือนกัน เริ่มด้วยจั่วหน้าลักษณะ 12 ความผิดเกี่ยวกับทรัพย์ ก็รวมความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สินอยู่ด้วย ในมาตรา 338 การขู่เอาประโยชน์ในทรัพย์สิน เรียกว่า ทำความผิดฐานริดทรัพย์มาตรา 352 วรรคสอง ทรัพย์ตกมาอยู่ในครอบครองผู้ยกออกเป็นทรัพย์สินหายๆ เป็นต้น เมื่อพิจารณาโดยจริงจึงเข้าก็เห็นอยู่ว่าคำว่าทรัพย์หรือทรัพย์สินนั้นหาได้ใช้แยกต่างกันโดยเคร่งครัดเสมอไปไม่ นอกจากนี้การลักทรัพย์หมายถึงการลักทรัพย์เคลื่อนที่ได้ ซึ่ง ป.พ.พ. เรียกว่า สंहาริมทรัพย์ คำว่าสंहาริมทรัพย์ใน ป.พ.พ. ก็หมายความว่ารวมถึงแรงแห่งธรรมชาติ เช่น แรงไฟฟ้าด้วยนั่นเอง แม้จะถือว่าแรงไฟฟ้าเป็นวัตถุไม่มีรูปร่าง แต่มีราคาและถือเอาได้ และนำพาไปเสียจากเจ้าของได้ ทั้งสามารถวัดปริมาณที่เอาไปได้ด้วย ดังนั้นจึงไม่มีเหตุอะไรที่จะเอาแรงไฟฟ้าของเขาไปโดยเจตนาทุจริตแล้วไม่ผิดฐานลักทรัพย์เหมือนเอาทรัพย์อื่น ๆ ของเขาไป⁹⁷

หลักประกันในกฎหมายอาญา ที่กล่าวถึงการห้ามใช้กฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในกฎหมายอาญานั้น มีเนื้อหาครอบคลุมทุก ๆ ส่วนของบทบัญญัติของกฎหมายที่มีเนื้อหาเป็นกฎหมายอาญา อันได้แก่ ส่วนที่เป็นเรื่องของ “การครอบครองประกอบที่กฎหมายบัญญัติ” ส่วนที่เป็นเรื่องของ “ความผิดกฎหมาย” ส่วนที่เป็นเรื่องของ “ความชั่ว” ส่วนที่เป็นเรื่องของ “เหตุยกเว้นโทษ

⁹⁶ คณิต ณ นคร ก เล่มเดิม. หน้า 66.

⁹⁷ จิตติ ดิงศภัทย์ หมายเหตุท้ายฎีกาที่ 877/2501.

เฉพาะตัว”⁹⁸ ส่วนที่เป็นเรื่องของเงื่อนไขแห่งการลงโทษทางอาญา และส่วนที่เกี่ยวกับมาตรการ บังคับทางอาญา แต่ทั้งนี้ไม่รวมถึงเงื่อนไขให้อำนาจดำเนินคดี เช่น การร้องทุกข์ เพราะเงื่อนไขให้อำนาจดำเนินคดี เป็นกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา⁹⁹

จากหลักประกันกฎหมายอาญาดังกล่าวสรุปได้ว่า กรณีการลงโทษแก่บุคคลที่กระทำความผิดอาญาจึงไม่สามารถตีความโดยเทียบกฎหมายใกล้เคียงได้ และการกระทำดังกล่าวต้องครบ องค์ประกอบของความผิดตามที่กฎหมายกำหนด หากขาดองค์ประกอบหนึ่งองค์ประกอบใดไป จะไม่สามารถลงโทษบุคคลดังกล่าวได้ ด้วยเหตุนี้ “การทำลายซากทารกหรือส่วนของซากทารก” ในกรณีการทำแท้งเถื่อนเพื่อปิดบังการเกิด การตายหรือเหตุแห่งการตาย การกระทำดังกล่าวจึงไม่ เป็นความผิดตามมาตรา 199 เนื่องจาก คำว่า “ศพ” หมายถึงร่างของคนที่ไม่มีชีวิตและต้องมีสภาพ บุคคลก่อนที่จะเสียชีวิต หากไม่เคยมีสภาพบุคคลมาก่อนเลย เช่นกรณีของซากทารกซึ่งได้มาจากการ ทำแท้ง คลอดออกมาในลักษณะไม่มีชีวิต จะไม่เรียกว่า “ศพ” แต่เรียกว่า “ซาก” ด้วยหลักประกันกฎหมายอาญาที่ห้ามใช้กฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งมาตีความเพื่อเอาผิดกับบุคคลที่ กระทำความผิด ดังนั้นบทบัญญัติของมาตรา 199 ประมวลกฎหมายอาญาที่บัญญัติไว้ว่า “ผู้ใดลอบ ฝัง ซ่อนเร้น ย้ายหรือทำลายศพหรือส่วนของศพ เพื่อปิดบังการเกิด การตายหรือเหตุแห่งการตาย ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือปรับไม่เกินสองพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ” จึงไม่อาจขยาย ความมาตรา 199 นี้ไปเอาผิดกับผู้ทำแท้งเถื่อนแก่การค้าตั้งครรภ์ในกรณีมีการปิดบังการเกิด การตาย หรือเหตุแห่งการตายได้

นอกจากนี้ กรณีการนำซากทารกดังกล่าวไปใช้ในพิธีทางไสยศาสตร์ ผู้ทำพิธี ไสยศาสตร์ก็มิได้มีเจตนาที่จะปิดบังการตายหรือเหตุแห่งการตายของซากทารกแต่ประการใด โดยมีเจตนาที่จะนำซากทารกไปทำพิธีทางไสยศาสตร์ตามทางความเชื่อเท่านั้น เจตนาดังกล่าวจึง มีองค์ประกอบของความผิดตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 199 ซึ่งต้องเป็นเจตนาที่จะปิดบัง การเกิด การตายหรือเหตุแห่งการตาย ดังนั้น จึงไม่อาจตีความกฎหมายอาญาโดยใช้หลักกฎหมาย ไกล่เคียงอย่างยิ่ง โดยขยายความบทบัญญัติของประมวลกฎหมายอาญามาตรา 199 ไปเอาผิดกับผู้นำ ซากทารกไปทำพิธีไสยศาสตร์ได้เช่นเดียวกัน

⁹⁸ คณิต ณ นคร จ (2529, มิถุนายน). “เหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัว.” *วารสารนิติศาสตร์*, 2(16). หน้า 142.

⁹⁹ คณิต ณ นคร ช (2555). *กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา*. หน้า 173-188.

บทที่ 3

ขอบเขตความรับผิดชอบทางอาญาเกี่ยวกับการกระทำต่อศพหรือซากทารก หรือส่วนหนึ่งส่วนใดของศพหรือซากทารก ตามกฎหมายอาญาของต่างประเทศ

การกระทำต่อศพหรือซากทารก หรือส่วนหนึ่งส่วนใดของศพหรือซากทารก ในกฎหมายต่างประเทศ มีการกระทำในลักษณะต่าง ๆ เช่น การปิดบังซ่อนเร้นศพโดยมีเจตนารมณ์ที่มุ่งกระทำต่อพยานหลักฐานในการดำเนินคดี การรบกวนศพ เช่น ศพถูกขุด ถูกขโมย สถานที่ฝังศพถูกทำให้เสียหาย และ การคูห่มั่นเหยียดหยามศพด้วยวิธีการต่าง ๆ

ในส่วนของศพหรือซากทารกหรือส่วนหนึ่งส่วนใดของศพหรือซากทารก ในบางประเทศจะให้ความสำคัญกับการปกปิดการเกิดการตายของทารกที่เสียชีวิต โดยมีการบัญญัติให้บุคคลที่ปกปิดหรือพยายามปกปิดการเกิดการตายของทารก มีความผิดตามกฎหมาย ทั้งนี้เนื่องจากทารกที่เสียชีวิตแรกคลอด จำเป็นต้องได้รับการพิสูจน์สภาพบุคคลว่า เป็นทารกที่ตายก่อนคลอดซึ่งหมายถึงการทำแท้ง หรือเกิดมามีชีวิตอยู่แล้วเสียชีวิต ซึ่งหมายถึงผู้กระทำมีความผิดฐานฆ่าผู้อื่น เช่นเดียวกับบทบัญญัติของกฎหมายไทย ประเทศที่ประมวลกฎหมายอาญาให้ความสำคัญแก่บุคคลเฉพาะผู้ที่เคยมีสภาพบุคคล ผลการพิสูจน์สภาพบุคคลของซากทารกจึง มีความสำคัญในฐานะเป็นองค์ประกอบของความผิด หากมีการปกปิดการเกิดการตายเกิดขึ้น ย่อมถือได้ว่าเป็นการจงใจทำลายหลักฐานการเกิดของทารก ซึ่งเป็นการกระทำที่ขัดต่อบทบัญญัติของกฎหมาย อย่างไรก็ตามในบางประเทศได้ให้ความสำคัญทารกในครรภ์ไว้เช่นเดียวกับผู้ที่เคยมีสภาพบุคคล มีผลทำให้ สภาพบุคคลมีใช้องค์ประกอบของความผิดของการกระทำความผิดฐานปกปิดการเกิดการตายของทารก

3.1 ขอบเขตความรับผิดชอบทางอาญาเกี่ยวกับการกระทำต่อศพหรือซากทารกหรือส่วนหนึ่งส่วนใดของศพหรือซากทารกตามระบบกฎหมายคอมมอนลอว์

ในการศึกษาเกี่ยวกับขอบเขตความรับผิดชอบทางอาญาเกี่ยวกับการกระทำต่อศพหรือซากทารกหรือส่วนหนึ่งส่วนใดของศพหรือซากทารกตามระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ ในครั้งนี้ ผู้ศึกษาจะทำการศึกษา ใน 2 ประเทศ กล่าวคือ ประเทศอังกฤษและประเทศสหรัฐอเมริกา ดังมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

3.1.1 ขอบเขตความรับผิดชอบทางอาญาเกี่ยวกับการกระทำต่อศพหรือซากทารกหรือส่วนหนึ่งส่วนใดของศพหรือซากทารกตามระบบกฎหมายประเทศอังกฤษ

3.1.1.1 สภาพบุคคลตามระบบกฎหมายประเทศอังกฤษ

ระบบกฎหมายอังกฤษ มีความเห็นว่า สภาพบุคคล เริ่มต้นเมื่อทารกหลุดออกจากร่างกายมารดาทั้งตัว หรือเมื่อร่างกายทารกหลุดพ้นเป็นอิสระจากร่างกายมารดาหมดทั้งตัว โดยไม่มีร่างกายส่วนใดของทารกอยู่ในร่างกายมารดาอีกซึ่งแนวความคิดนี้สอดคล้องกับ “หลักเกิดมามีชีวิต” (Born Alive Rule) ตามระบบกฎหมาย Common Law และปรากฏอยู่ในฐานความผิดอาญาที่เกี่ยวข้องกับชีวิตมนุษย์ เช่น ความผิดฐานฆ่าผู้อื่น (Homicide) ความผิดฐานประทุษร้าย (Assault) เป็นต้น โดยหลักกฎหมายดังกล่าว กำหนดให้ฐานความผิดเหล่านี้ ให้ความสำคัญคุ้มครองแก่นมนุษย์ที่เกิดมามีชีวิตแล้วเท่านั้น

กฎหมายประเทศอังกฤษ ได้อธิบายจุดเริ่มต้นของสภาพบุคคลของมนุษย์ไว้ว่า เริ่มต้นขึ้นเมื่อปรากฏข้อเท็จจริง 2 ประการ คือ 1. ร่างกายทารกหลุดออกจากร่างกายมารดาทั้งตัว (Completely outside her mother, wholly born) และ 2. ทารกนั้นสามารถดำรงอยู่ได้อย่างอิสระจากร่างกายมารดา (Independent existence) แม้จะเป็นเพียงช่วงระยะเวลาสั้น ๆ ก็ตาม ในอดีตทารกจะสามารถอยู่ได้อย่างอิสระหรือไม่จะต้องพิสูจน์ว่าหัวใจของทารกเริ่มต้นแล้ว¹⁰⁰ แต่ในปัจจุบันมิได้เป็นเช่นนั้น โดยจะต้องพิสูจน์ว่า ทารกมีระบบหมุนเวียนโลหิตที่เป็นอิสระ (Independent Circulation) จาumarดาและมีระบบหายใจที่เป็นอิสระจากราumarดาหรือสามารถหายใจได้ด้วยตนเองแล้วด้วย¹⁰¹ การมีระบบหายใจที่เป็นอิสระจากราumarดาหรือสามารถหายใจได้ด้วยตนเอง ไม่ต้องพิจารณาว่าทารกจะสามารถอยู่รอดนอกครรภ์มารดาหรือมีการตัดสายสะดือแล้วหรือไม่ แต่จะพิจารณาจากหลักฐาน

¹⁰⁰ Glanville I. Williams. (1983). *Textbook of criminal law*. pp. 290.

¹⁰¹ Jonathan Herring. (2005). *Criminal Law*. p. 194.

ที่บ่งบอกว่าทารกเริ่มหายใจเอาอากาศภายนอกเข้าไปในร่างกายแล้ว เช่น มีปริมาณออกซิเจนในเลือดที่ปอดสูง ซึ่งแสดงให้เห็นว่า มีการแลกเปลี่ยนออกซิเจนที่ถุงลมในปอดแล้ว เป็นต้น¹⁰²

3.1.1.2 ความรับผิดชอบทางอาญาเกี่ยวกับการกระทำต่อศพหรือซากทารกหรือส่วนหนึ่งส่วนใดของศพหรือซากทารกตามระบบกฎหมายประเทศอังกฤษ

สหราชอาณาจักรหรือประเทศอังกฤษนั้น แต่เดิมศาลได้นำจารีตประเพณีมาใช้ตัดสินคดี จนเกิดเป็นแนวปฏิบัติในศาลที่คดีหลัง ๆ ได้ยึดถือปฏิบัติตาม คือหลักกฎหมายจากคำพิพากษาของศาล ในปัจจุบันฝ่ายนิติบัญญัติมีอำนาจออกกฎหมายลายลักษณ์อักษรด้วยระบบกฎหมายอังกฤษจึงมีความผิดทางอาญา 2 ลักษณะคือ

1) ความผิดอาญาที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร หรือความผิดอาญาตามคอมมอนลอว์ ซึ่งเกิดจากหลักการที่ศาลคอมมอนลอว์นำจารีตประเพณีมาตัดสินคดีและเกิดเป็นแนวปฏิบัติ ดังนั้น ความผิดในลักษณะนี้ ถึงแม้จะไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้ก็ตาม แต่ศาลก็มีหลักในการตัดสินความผิดได้ การกระทำความผิดต่อคนตายในประเทศอังกฤษจะถือเป็นความผิด Common Law Offence ได้แก่

(1) ผู้กระทำความผิดจัดการศพ เพื่อขัดขวางการสอบสวนของเจ้าหน้าที่ชันสูตรศพ
(2) โดยไม่มีอำนาจตามกฎหมายที่เคลื่อนย้ายศพจากสุสานที่ฝังศพไม่ว่ามีเหตุจงใจหรือวัตถุประสงค์ใด ๆ ก็ตาม

(3) โดยไม่มีอำนาจที่จัดการกับศพในการผ่าเพื่อการศึกษา เป็นต้น¹⁰³

กรณีของผู้กระทำความผิดโดยการจัดการศพอย่างใดอย่างหนึ่ง โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อขัดขวางการสอบสวนของเจ้าหน้าที่ มีตัวอย่างเกิดขึ้นในคดี Godward (1998) 1 Cr App R(S) 385 ศาลได้ให้ความเห็นว่า ปัจจัยที่สำคัญที่สุดในการขัดขวางแนวทางปฏิบัติแห่งความยุติธรรมโดยการปกปิดศพ คือ เจตนาของผู้กระทำผิด กล่าวคือ ถ้าเป้าหมายเป็นการขัดขวางกระบวนการยุติธรรมและทำให้ยากในการฟ้องร้องผู้กระทำความผิดหรือบุคคลอื่น ผู้กระทำความผิดก็สมควรได้รับการลงโทษขั้นสูงในระดับที่เหมาะสม แต่หากเขาขาดเจตนาดังกล่าว การตัดสินลงโทษที่เบาลงก็จะเป็นการเหมาะสม ซึ่งข้อเท็จจริงในคดีนี้ ผู้กระทำความผิดปกปิดสถานที่ที่ศพถูกทิ้งไว้อยู่ในตู้เสื้อผ้าเป็นเวลานาน 5 เดือน ทั้งที่เจ้าหน้าที่ตำรวจได้ตามจำเลยถึง 2 ครั้ง คดีนี้ ศาลพิพากษาลงโทษจำคุก 4 ปีลดโทษเหลือจำคุก 3 ปี¹⁰⁴ เช่นเดียวกับคดี R.V. Gareth Neil Butterworth ซึ่งการกระทำของจำเลยคือ

¹⁰² ตามพงศ์ ขอบอิสระ. (2552). ปัญหาการเริ่มต้นสภาพความเป็นมนุษย์ กับการคุ้มครองในกฎหมายอาญา. หน้า 24-26.

¹⁰³ Lan Mclean and Peter Morrish. (2973). *Harris's Criminal Law*. p. 258.

¹⁰⁴ See R. v. Godward (Chery Alison).

การที่จำเลยได้ปกปิดศพของบุคคลที่ตายจากการใช้ยาเกินขนาด ซึ่งศาลในคดีนี้เห็นว่าผู้กระทำความผิดมีการกระทำโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อปกปิดการกระทำความผิดฐานใช้ยา ศาลจึงพิพากษาลงโทษจำคุก 3 ปี ฐานขัดขวางเจ้าหน้าที่ชันสูตรศพ นอกจากนั้นในคดี Whiteley (2001) 2 CR App R(S) 119 ข้อเท็จจริงของคดีนี้ ผู้กระทำความผิดมิได้มีส่วนร่วมในการตายของผู้ตาย แต่ผู้กระทำได้ช่วยเคลื่อนย้ายศพของผู้ตายซึ่งเป็นผู้ติดยาจากที่พัก (แฟลต) ที่ผู้ตายเสียชีวิตไปซ่อนไว้ในตู้น้ำ โดยศาลเห็นว่าการกระทำความผิดดังกล่าวเป็นการแทรกแซงกระบวนการยุติธรรม และเป็นการกระทำที่ก่อให้เกิดความโศกเศร้าต่อบุคคลผู้สูญเสียญาติหรือเพื่อนสนิท และเป็นการตัดสิทธิคนตายที่จะได้รับการฝังที่เหมาะสม รวมทั้งก่อให้เกิดความกังวลต่อญาติของบุคคลนั้นว่าตายไปแล้วหรือไม่ เมื่อมีการพยายามปิดบังการตายนั้น ศาลได้ลงโทษจำคุก 30 เดือน โดยลดโทษให้เหลือ 18 เดือน¹⁰⁵

ส่วนกรณีการไม่มีอำนาจตามกฎหมายที่เคลื่อนย้ายศพจากสุสานที่ฝังศพและการไม่มีอำนาจในการจัดการกับศพในการผ่าเพื่อการศึกษา มีที่มาจาก ในอดีตมีการขโมยศพเกิดขึ้นเป็นที่แพร่หลายจนเป็นเรื่องปกติสำหรับญาติพี่น้องและเพื่อนของคนตาย จนเกิดการปกป้องศพด้วยการนำโลงเหล็กไปใช้หรือการปกป้องหลุมศพด้วยบาร์เหล็ก (Mort Safes) การขโมยศพเกิดขึ้นนอกจากจะเป็นการขโมยเสื้อผ้าและเครื่องประดับจากผู้ที่ตายแล้ว ยังเป็นการขโมยร่างของศพเพื่อนำไปขายเพื่อใช้การศึกษาด้านสรีรศาสตร์ทางการแพทย์ อันเป็นผลมาจากการขยายตัวของโรงเรียนแพทย์ที่เกิดขึ้นเป็นจำนวนมาก¹⁰⁶

2) ความผิดตามลายลักษณ์อักษร หรือความผิดอาญาที่กฎหมายบัญญัติ (Statutory Law Offence) ความผิดอาญาประเภทนี้ เกิดจากการที่ฝ่ายนิติบัญญัติตรากฎหมายลายลักษณ์อักษรขึ้นมาเนื่องจากความจำเป็นบางประการของสังคมหรือเมื่อเกิดความผิดเป็นคดีใหม่ ซึ่งยังไม่เคยเกิดคำพิพากษาไว้ อาจกล่าวได้ว่าเป็นข้อยกเว้นของคอมมอนลอว์¹⁰⁷

ความผิดตามลายลักษณ์อักษรหรือความผิดอาญาที่กฎหมายบัญญัติไว้ ในปัจจุบันนี้ปรากฏว่า ระบบกฎหมายของประเทศอังกฤษมีการกำหนดความผิดสำหรับการกระทำที่เป็นการปิดบังอำพราง ซ่อนเร้น ลอบฝังซากทารกหรือส่วนใดส่วนหนึ่งของทารก ปรากฏอยู่ในบทบัญญัติของพระราชบัญญัติการกระทำความผิดกฎหมายต่อบุคคล ค.ศ. 1861 (Offences against the Person Act 1861) พระราชบัญญัติฉบับนี้ออกโดยรัฐสภาของสหราชอาณาจักรบริเตนใหญ่และไอร์แลนด์เป็นบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดต่อบุคคลเอาไว้ โดยความผิดที่เกี่ยวข้องกับการ

¹⁰⁵ ศักดิ์ฤทธิ์ งามมิตรสมบูรณ์. (2550). *การกระทำความผิดต่อคนตาย*. หน้า 33-34.

¹⁰⁶ *Body snatching*. Retrieved November 22, 2013, from http://en.wikipedia.org/wiki/Body_snatching

¹⁰⁷ สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล. (2547). *ปัญหาพิเศษในกฎหมายอาญา*. หน้า 18.

ปิดบังการเกิด การตายของซากทารก บัญญัติอยู่ในมาตรา 60¹⁰⁸ ซึ่งเป็นบทบัญญัติโดยตรงของการปกปิดการเกิดของเด็กโดยตรง เป็นบทบัญญัติที่บัญญัติขึ้นซึ่งมีผลบังคับใช้แทน พระราชบัญญัติการกระทำผิดกฎหมายต่อบุคคล ค.ศ. 1828 (Offences Against the Person Act 1828) มาตรา 14 ซึ่งมีผลบังคับใช้ในสหราชอาณาจักร เวลส์ รวมถึงเบอร์มิวดา และพระราชบัญญัติการกระทำต่อบุคคลไอร์แลนด์ ค.ศ. 1829 (Offences Against Person (Ireland) Act 1829

มาตรา 60 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดต่อบุคคล ค.ศ. 1861 (Offences against the Person Act 1861) บัญญัติไว้ว่า “ถ้าหญิงให้กำเนิดเด็ก แล้วบุคคลใด ๆ พยายามปิดบังการเกิดโดยการจัดการอย่างลับ ๆ ต่อศพของเด็กดังกล่าว ไม่ว่าเด็กนั้นจะตายก่อนขณะหรือหลังเกิด จะต้องมีความผิดและถูกฟ้องร้องในการไต่ตรองอย่างรอบคอบของศาลให้มีโทษจำคุกไม่เกิน 2 ปี”

ความผิดตามมาตรา 60 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดต่อบุคคล ค.ศ. 1861 (Offences against the Person Act 1861) เป็นความผิดฐานปกปิดการเกิดของเด็ก ซึ่งเป็นการกระทำของบุคคลที่เกี่ยวข้องกับการคลอเคลียถึงพ่อแม่ของเด็กที่มีส่วนร่วมในการกระทำใด ๆ อันเป็นการปกปิดการเกิดหรือการจงใจไม่แจ้งการเสียชีวิตของเด็ก (Offences against the Person Act 1861) การกระทำดังกล่าวจะเห็นได้ว่า มีความเกี่ยวข้องโดยตรงเกี่ยวกับการปกปิดหลักฐานของกระบวนการยุติธรรมในคดีฆาตกรรมเด็กโดยตรง สหราชอาณาจักรจึงได้บัญญัติความผิดฐานนี้ขึ้นมาเป็นความผิดฐานหนึ่งโดยเฉพาะ

กล่าวโดยสรุป จากการศึกษาเกี่ยวกับระบบกฎหมายสหราชอาณาจักรเกี่ยวกับการลอบฝังซ่อนเร้น ซ้ำทำลายศพ หรือส่วนของศพ เพื่อปิดบังการเกิด การตาย หรือเหตุแห่งการตาย พบว่าได้มีการแยกการดำเนินคดีเกี่ยวกับการปิดบังซ่อนเร้นทำลายศพ อันสืบเนื่องมาจากความพยายามในการขัดขวางการสอบสวนของเจ้าหน้าที่ชันสูตรศพ กับการปิดบังซ่อนเร้นทำลายศพออกจากกัน

¹⁰⁸ Offences Against the Person Act 1861

Section 60 If any woman shall be delivered of a child, every person who shall, by any secret disposition of the dead body of the said child, whether such child died before, at, or after its birth, endeavour to conceal the birth thereof, shall be guilty of a misdemeanor, and being convicted thereof shall be liable, at the discretion of the court, to be imprisoned for any term not exceeding two years, with or without hard labour: Provided, that if any person tried for the murder of any child shall be acquitted thereof, it shall be lawful for the jury by whose verdict such person shall be acquitted to find, in case it shall so appear in evidence, that the child had recently been born, and that such person did, by some secret disposition of the dead body of such child, endeavour to conceal the birth thereof, and thereupon the court may pass such sentence as if such person had been convicted upon an indictment for the concealment of the birth.

เนื่องด้วยประเทศอังกฤษมีการพัฒนาระบบกฎหมายขึ้นมาจากจารีตประเพณี ดังนั้น จึงมีกฎหมายที่เกี่ยวข้อง 2 ลักษณะกล่าวคือลักษณะของความผิดที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร ซึ่งยึดถือตามคำพิพากษาของศาลในอดีตมาเป็นบรรทัดฐาน ซึ่งความผิดที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษรนี้เอง ที่มีปรากฏพบว่ามุ่งเน้นการคุ้มครองการกระทำต่อศพ อันหมายถึง บุคคลที่มีสภาพของบุคคลแล้วตายในลักษณะที่มีเจตนาขัดขวางการสอบสวนของเจ้าหน้าที่ชันสูตรศพในกระบวนการยุติธรรม โดยการทำลายปิดบังซ่อนเร้นศพ อันเป็นหลักฐานสำคัญในการกระทำความผิด นอกจากนี้ระบบกฎหมายจารีตประเพณีที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษรยังมีคำพิพากษาที่ครอบคลุมไปถึงการทำลายสถานที่ฝังศพ รวมถึงขโมยศพอันเป็นผลมาจากในอดีต ที่สืบเนื่องมาจากมีการการทำลายสุสานเพื่อขโมยทรัพย์สิ้นจากศพ และการขโมยศพไปขายเพื่อใช้ในการศึกษาด้านการแพทย์ที่เกิดขึ้นมากในอดีตนั่นเอง

ส่วนความผิดตามลายลักษณ์อักษรมาตรา 60 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดต่อบุคคล ค.ศ. 1861 (Offences against the Person Act 1861) เป็นบทบัญญัติที่บัญญัติขึ้นมาในภายหลัง เกี่ยวข้องกับการปกปิดการเกิด การตายของทารกโดยตรง ซึ่งเป็นการบัญญัติเพิ่มเติมจากกฎหมายจารีตประเพณีซึ่งมีมาแต่เดิม ภายใต้บทบัญญัตินี้ ได้มีการบัญญัติครอบคลุมถึงทารกที่เสียชีวิต ทั้งก่อนคลอด ขณะคลอดและหลังคลอดเอาไว้ โดยบุคคลที่จัดการอย่างหนึ่งอย่างใดต่อซากทารกหรือศพของทารก เป็นการกระทำความผิดในฐานนี้ทั้งสิ้น และมีโทษจำคุกไม่เกิน 2 ปี บทบัญญัติตามมาตรา 60 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดต่อบุคคล ค.ศ. 1861 เป็นไปตามความผิดในการทำลายชีวิตทารกที่สามารถแบ่งออกได้เป็น 3 ระยะคือ (1) ความผิดฐานทำให้แท้งลูก (Abortion) หมายถึงทารกที่เสียชีวิตก่อนคลอด (2) ความผิดฐานทำลายเด็ก (Child Destruction) หมายถึงทารกที่เสียชีวิตขณะคลอด และ (3) ความผิดฐานฆ่าผู้อื่น (Homicide) หมายถึงทารกที่เสียชีวิตภายหลังคลอด ถึงแม้สภาพบุคคลจะมีความสำคัญที่จำเป็นต้องได้รับการพิสูจน์เพื่อดำเนินคดีต่อผู้กระทำความผิดกฎหมายว่า ผู้กระทำความผิดได้กระทำความผิดในฐานใด ได้แก่ ความผิดฐานทำให้แท้งลูก ความผิดฐานทำลายเด็ก และความผิดฐานฆ่าผู้อื่น แต่ในส่วนของการปิดบัง ซ่อนเร้น ทำลายศพหรือซากทารก หรือส่วนหนึ่งส่วนใดของศพหรือซากทารก ไม่ว่าศพหรือซากทารกดังกล่าวจะเคยมีสภาพบุคคลหรือไม่ มิได้มีผลแตกต่างกันในด้านองค์ประกอบของความผิดตามความผิดในฐานการปิดบังซ่อนเร้นทำลายศพนี้แต่ประการใด

สภาพบุคคลตามความหมายของบทบัญญัติของกฎหมายประเทศอังกฤษ หมายถึง การที่เด็กได้แสดงให้เห็นถึงสัญญาณของการมีชีวิตเมื่อแยกจากมารดาแล้ว โดยไม่จำเป็นต้องหมายถึงการหายใจหรือการเกิดโดยสมบูรณ์ ในคดีแพ่ง สัญญาณของชีวิตหลังคลอดที่สมบูรณ์ของ

ทารกที่ได้รับการยอมรับเป็นหลักฐานของการเกิดแล้วมีชีวิตอยู่ คือ การร้องไห้ การเคลื่อนไหวของร่างกาย หรือการเคลื่อนไหวแขนขาหรือกล้ามเนื้อ เป็นต้น¹⁰⁹

3.1.2 ขอบเขตความรับผิดชอบทางอาญาเกี่ยวกับการกระทำต่อศพหรือซากทารกหรือส่วนหนึ่งส่วนใดของศพหรือซากทารกตามระบบกฎหมายประเทศสหรัฐอเมริกา

3.1.2.1 สภาพบุคคลตามระบบกฎหมายประเทศสหรัฐอเมริกา

ในอดีต กฎหมายอาญาของแต่ละมลรัฐในประเทศสหรัฐอเมริกา ต่างมีหลักเกณฑ์ในการทำนองเดียวกันว่า สภาพบุคคลเริ่มต้นเมื่อทารกคลอดออกมาทั้งตัวแล้วสามารถดำรงอยู่ได้อย่างอิสระจากมารดา ซึ่งมีหลักการจากหลักเกิดมามีชีวิตตามระบบกฎหมาย Common Law ดั้งเดิมของประเทศอังกฤษ แต่ในปัจจุบันหลักเกณฑ์ดังกล่าวได้เปลี่ยนแปลงไปในหลายมลรัฐ แต่บางมลรัฐยังคงใช้หลักเกิดมามีชีวิตเช่นเดิม โดยมีหลักเกณฑ์ที่ประกอบด้วย 2 องค์ประกอบ กล่าวคือ ประการแรก ทารกคลอดออกจากร่างกายมารดาทั้งตัว (Fully Brought Forth) และประการที่สองคือ ทารกมีอาการที่แสดงว่ามีชีวิตที่เป็นอิสระของตนเองแล้ว (Separate Existence/Independent Existence)

ในองค์ประกอบประการแรก กฎหมายอาญาของแต่ละมลรัฐต่างกำหนดลักษณะเดียวกัน ซึ่งกำหนดให้หมายความว่า ร่างกายทารกคลอดออกจากร่างกายมารดาหมดทั้งตัวแล้ว ส่วนในองค์ประกอบที่สอง กฎหมายแต่ละมลรัฐจะกำหนดหลักเกณฑ์ที่แตกต่างกัน แต่มักจะประกอบด้วยข้อเท็จจริงในลักษณะเดียวกัน ได้แก่ การเริ่มหายใจ การมีระบบหมุนเวียนที่เป็นอิสระ และการตัดสายสะดือ โดยหลักเกณฑ์แต่ละมลรัฐอาจประกอบด้วยข้อเท็จจริงเพียงอย่างเดียวหรือหลายอย่างก็ได้ แต่ในบางมลรัฐจะกำหนดหลักเกณฑ์ที่นอกเหนือไปจากข้อเท็จจริงทั้งสามข้างต้น เพื่อเปิดโอกาสให้ผู้วินิจฉัยใช้ดุลพินิจเป็นกรณีไป เช่น

มลรัฐเดลาแวร์ (Delaware) หลักเกณฑ์เรื่องสภาพบุคคล ถูกกำหนดไว้ในคำพิพากษาของศาลในคดีก่อน แต่จะต้องพิจารณากฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษรประกอบด้วย โดยผู้พิพากษาในศาลชั้นต้นแห่งมลรัฐเดลาแวร์ (Superior Court of Delaware) ได้กล่าวไว้ในคำพิพากษาคดี State v Jackson (2000 WI 33113958) ปี ค.ศ. 2000 ว่า ความเป็นมนุษย์ตามกฎหมายอาญามลรัฐเดลาแวร์ (Delaware Criminal Code) หมายถึง มนุษย์ที่เกิดมาและมีชีวิตแล้ว¹¹⁰ ส่วนมนุษย์ที่เกิดมา

¹⁰⁹ *Infant-deaths*. Retrieved November 9, 2014, from <http://forensicpathologyonline.com/e-book/sexual-assaults/infant-deaths>

¹¹⁰ Delaware Code, Title 11 [Crimes and Criminal Procedure], Part I. [Delaware Criminal Code], Chapter 2 [General Provisions Concerning Offenses], Section 222 [General definitions], (22) “Person means a human being who has been born and is alive...”

ชีวิตเมื่อใดนั้นต้องพิจารณาจาก Vital Statistics act ซึ่งเป็นกฎหมายที่ศาลอื่น ๆ ได้นำมาใช้ในการวินิจฉัยเรื่องการเริ่มต้นสภาพบุคคลเช่นเดียวกัน ในกฎหมายดังกล่าวกำหนดว่า การเกิดมามีชีวิตหมายถึง การที่ทารกในครรภ์มารดาหลุดออกจากร่างกายมารดาโดยสมบูรณ์ โดยไม่ต้องพิจารณาถึงระยะเวลาของการตั้งครรภ์ และเมื่อร่างกายทารกแยกออกจากร่างกายมารดาแล้ว พิจารณาถึงการหายใจของทารกหรือปรากฏหลักฐานอื่นใดที่แสดงว่าทารกมีชีวิตแล้ว ได้แก่ การเต้นของหัวใจ ชีพจรที่สายสะดือ หรือการเคลื่อนไหวที่เห็นได้ชัดของกล้ามเนื้อที่อยู่ในอำนาจบังคับของจิตใจ (Voluntary Muscle) โดยไม่ต้องพิจารณาว่ามีการตัดสายสะดือแล้วหรือไม่ หรือร่ายกอดอยู่กับตัวทารกหรือไม่ ทั้งนี้ การเต้นของหัวใจจะต้องมิใช่การบีบตัวของหัวใจชั่วคราว และการหายใจจะต้องมิใช่การพยายามหายใจเพียงชั่วคราวหรือการหอบ¹¹¹

จากหลักเกณฑ์ดังกล่าวข้างต้น พิจารณาได้ว่า การวินิจฉัยว่าทารกคลอดออกมาแล้วมีชีวิตหรือไม่จะพิจารณาจากข้อเท็จจริงที่แสดงว่า ทารกมีชีวิตเพียงอย่างหนึ่งอย่างใดเท่านั้น สอดคล้องกับความหมายของการเกิดมามีชีวิตตามแนวคิดทางการแพทย์

มลรัฐแคลิฟอร์เนีย หลักเกณฑ์เรื่องการเริ่มต้นสภาพบุคคลมีการเปลี่ยนแปลงหลายครั้ง เริ่มจากการนำหลักการเกิดมามีชีวิตในเป็นหลักเกณฑ์จากนั้น ปี ค.ศ. 1970 มีการแก้ไขกฎหมายอาญา (Californis penal code) ในความผิดฐานฆ่าผู้อื่นโดยเจตนา (Murder) ซึ่งมีสาเหตุมาจากความเห็นของผู้พิพากษาฎีกาท่านหนึ่งในคดี Keeler v Superior Court of Amador Count ในปี ค.ศ. 1970 ที่ปฏิเสธหลักการเกิดมามีชีวิต โดยให้ความเห็นว่า ทารกในครรภ์ที่ติดได้มีสภาพความเป็นมนุษย์ตามกฎหมาย Common Law แล้ว¹¹² ส่งผลให้มีการเพิ่มคำว่า “ตัวอ่อน (Fetus)” เข้าไป

¹¹¹ Delaware Code, Title 16 [Health and Safety], Part II. [Vital Statistics], Chapter 3 [General Provisions], Section 3101[definitions], (G) “Live birth” is defined as the complete expulsion or extraction from its mother of a product of conception (irrespective of the duration of pregnancy) which, after such separation, breathes or shows any other evidence of life such as beating of the heart pulsations of the umbilical cord or definite movement of votary muscles, whether or not the umbilical cord has been cut or the placenta is attached. Heartbeats are to be distinguished from transient cardiac contractions respirations are to be distinguished from fleeting respiratory efforts or gasps.

¹¹² Keeler v the Superior Court of Amador County [1970]470 P.2d 617 “...BURKE, Acting Chief Justice (dissenting)...Thus, at common law, the killing of a quickend child was severely punished, since that child was considered to be a human being...”

เป็นกรรมแห่งการกระทำตามความผิดฐานฆ่าผู้อื่นอีกประการหนึ่ง¹¹³ ต่อมาในคดี *People v Smith* ปี ค.ศ. 1976 ผู้พิพากษาในคดีนี้ให้คำว่า “ตัวอ่อน” นี้ หมายความว่าหมายถึงทารกในครรภ์ที่สามารถอยู่รอดนอกครรภ์มารดาแล้วในช่วงเวลานั้น ดังนั้น กฎหมายอาญาของมลรัฐแคลิฟอร์เนียในช่วงเวลานี้ จึงให้ความหมายของ สภาพบุคคลเริ่มต้นต่อเมื่อทารกสามารถอยู่รอดนอกครรภ์มารดาแล้ว¹¹⁴

อย่างไรก็ตาม ศาลฎีกาคดี *People v Davis* ปี ค.ศ. 1994 ให้ตีความความหมายของคำว่า “ตัวอ่อน” ให้หมายถึง ทารกในครรภ์มารดาที่มีอายุ 7-8 สัปดาห์ โดยไม่ต้องพิจารณาว่าทารกจะสามารถอยู่รอดนอกครรภ์มารดาหรือไม่ เนื่องจากศาลฎีกาคดีนี้เห็นว่าการแก้ไขกฎหมายอาญาในปี ค.ศ. 1970 มีวัตถุประสงค์เพื่อให้ตัวอ่อนได้รับการคุ้มครองในฐานะของชีวิตที่จะพัฒนาเป็นมนุษย์ ในอนาคตเท่านั้น มิใช่ในฐานะของชีวิตที่มีความเป็นมนุษย์ นอกจากนี้ ค.ศ. 2005 ศาลอุทธรณ์ในคดี *People v Valdez* ได้ให้เหตุผลเพิ่มเติมว่า แม้การแก้ไขกฎหมายอาญาดังกล่าวจะเพิ่มคำว่า “ตัวอ่อน” ในความผิดฐานฆ่าผู้อื่นโดยเจตนา¹¹⁵ แต่กลับมิได้เพิ่มคำว่า “ตัวอ่อน” ในความผิดฐานฆ่าผู้อื่นโดยไม่เจตนา การแก้ไขกฎหมายในลักษณะนี้ จึงมีวัตถุประสงค์เพียงเพื่อคุ้มครองชีวิตตัวอ่อน เทียบเท่าชีวิตมนุษย์เท่านั้น มิได้พิจารณาว่าตัวอ่อนมีสภาพความเป็นมนุษย์แล้วแต่อย่างใด ด้วยเหตุนี้ ศาลจึงเห็นว่าตัวอ่อนในครรภ์มารดายังไม่มีสภาพบุคคลตามกฎหมายอาญาของมลรัฐแคลิฟอร์เนีย แต่การตีความเกี่ยวกับกรรมของการกระทำในความผิดฐานฆ่าผู้อื่นโดยเจตนาให้มีความหมายครอบคลุมไปถึงทารกที่อยู่ในครรภ์มารดด้วย

กล่าวโดยสรุป ศาลในคำพิพากษา ปี ค.ศ. 1994 ได้กลับแนวการตีความของศาลในคำพิพากษาปี ค.ศ. 1976 และวางบรรทัดฐานใหม่ในการตีความเรื่องการเริ่มต้นสภาพบุคคล ส่งผลให้หลักเกณฑ์ในเรื่องดังกล่าวเปลี่ยนกลับมาใช้หลักเกิดมามีชีวิตเช่นเดิม ในปัจจุบัน กฎหมายอาญามลรัฐแคลิฟอร์เนีย จึงคงนำหลักเกิดมามีชีวิตมาใช้เป็นหลักเกณฑ์เรื่องการเริ่มต้นสภาพบุคคล โดยพิจารณาว่า สภาพความเป็นมนุษย์เริ่มต้นเมื่อทารกในครรภ์คลอดออกมาทั้งตัวและมีชีวิตแล้วเท่านั้น

¹¹³ California penal Code, Part 1 [of Crimes and Punishments], Title 8 [of Crimes against the Person], Chapter 1 [Homicide], Section 187 [Murder defined], (a) Murder is the unlawful killing of a human being , or a fetus, with malice aforethought....

¹¹⁴ *People v Smith* [1976], 59 Cal.App. 3d 751 “...Legally and factually, a non-viable fetus does not possess the capability for independent existence and has not attained the status of independent human life... In sum, we construe, the ruling of the trial court was correct, and its order is affirmed...”

¹¹⁵ California Penal Code, Part 1 [of Crimes and Punishments], Title 8 [of Crimes against the Person], Chapter 1 [Homicide], Section 192 [Manslaughter: voluntary, involuntary, and vehicular], Manslaughter is the unlawful killing of a human being without malice. It is of three kinds; ...

อย่างไรก็ตามเกี่ยวกับกรณีความผิดฐานฆ่าผู้อื่น หลายมลรัฐได้เริ่มมีการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายอาญา เพื่อกำหนดให้ทารกในครรภ์ได้รับการคุ้มครองตามฐานความผิดต่อชีวิตมนุษย์ด้วย โดยไม่ต้องพิจารณาว่าทารกนั้นจะสามารถมีชีวิตอยู่นอกครรภ์มารดาหรือไม่ ซึ่งวิธีการแก้ไขเพิ่มเติมสามารถแบ่งเป็น 2 ลักษณะคือ 1. การแก้ไขให้ทารกในครรภ์ตกเป็นกรรมแห่งการกระทำตามความผิดฐานฆ่าผู้อื่น เช่น มลรัฐอริโซนา (Arizona) กฎหมายอาญาได้กำหนดให้ความผิดฐานฆ่าผู้อื่นโดยเจตนา หมายถึง การกระทำที่เป็นเหตุให้บุคคลอื่นถึงแก่ความตายโดยเจตนา ซึ่งคำว่า “บุคคลอื่น” ในที่นี้ หมายถึง ทารกที่ยังไม่เกิดด้วย โดยทารกที่ยังไม่เกิด หมายถึง ทารกที่อยู่ในมดลูก ไม่ว่าจะอยู่ในพัฒนาการขั้นตอนใดก็ตาม¹¹⁶ เพื่อกำหนดให้กรรมแห่งการกระทำตามความผิดฐานฆ่าผู้อื่นให้รวมถึงทารกที่ยังไม่เกิดด้วย นอกจากนี้ บางมลรัฐได้แก้ไขให้ทารกในครรภ์มีสภาพบุคคลภายใต้ความผิดอาญาฐานอื่นนอกเหนือไปจากความผิดฐานฆ่าผู้อื่นด้วย เช่น มิสซิสซิปปี¹¹⁷ และอลาบามา¹¹⁸ เป็นต้น

3.1.2.2 ความรับผิดชอบทางอาญาเกี่ยวกับการกระทำต่อศพหรือซากทารก หรือส่วนหนึ่งส่วนใดของศพหรือซากทารกตามระบบกฎหมายประเทศสหรัฐอเมริกา

เนื่องจากระบบกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา มีความแตกต่างจากระบบกฎหมายของประเทศอื่น โดยในแต่ละมลรัฐสามารถบัญญัติกฎหมายของตนเองและมีผลบังคับใช้ภายในมลรัฐได้ สำหรับการศึกษาครั้งนี้ ผู้ศึกษาจะทำการศึกษาเฉพาะบทบัญญัติของกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการกระทำ ความผิดในลักษณะเป็นการปิดบังการเกิดการตาย และการย้ายทำลายศพ เพื่อนำมาเปรียบเทียบกับบทบัญญัติมาตรา 199 ประมวลกฎหมายอาญาของไทยต่อไป

ประเทศสหรัฐอเมริกา มีการแยกบทบัญญัติเกี่ยวกับการปิดบังการเกิด การตายของทารก เป็นคนละฐานความผิดกับการทำลายศพ โดยการปกปิดการเกิดการตาย ของทารกเป็นความผิดฐานปิดบังการเกิด (Concealing Birth) ซึ่งบัญญัติครอบคลุมถึงทารกทั้งที่เสียชีวิตก่อนคลอดและหลังคลอด ดังนั้นสภาพบุคคลของทารกจึงไม่เป็นองค์ประกอบของความผิดฐานนี้แต่ประการใด อย่างไรก็ตาม สภาพบุคคลของทารกยังเป็นองค์ประกอบของความผิดที่สำคัญที่จะได้รับการพิสูจน์ว่า ผู้กระทำความผิดสมควรถูกดำเนินคดีในฐานความผิดใด ระหว่างความผิดฐานทำให้แท้งลูก กับความผิดฐานฆ่าผู้อื่น

¹¹⁶ Arizona Statutes, Title 13 [criminal Code], Chapter 11 [Homicide], Section 13-1105 [First degree murder; classification], A.

¹¹⁷ Mississippi Code, Title 97 [Crimes], Chapter 3. [crimes against the Person], Section 97-3-37.

¹¹⁸ Alabama Code, Title 13A [Criminal code], Chapter 6. [Offenses Involving Danfer to the Person], Article 1[homicide], Section 13A-6-1. [Definitions], A.

ตัวอย่างบทบัญญัติของฐานความผิด เกี่ยวกับการเกิดการตายของทารก ได้แก่ บทบัญญัติของมลรัฐเคนทักกี ซึ่งบัญญัติความผิดฐานนี้ไว้ใน Ky. Acts ch.b406, sec.b 259530.030b เกี่ยวกับการปิดบังการเกิดของทารก บัญญัติว่า

(1) บุคคลมีความผิด หากกระทำการปกปิดการเกิด การตาย ของทารกโดยมีเจตนาเพื่อป้องกันการพิสูจน์การตายหรือการมีชีวิตอยู่ของทารกขณะแรกคลอด

(2) การปกปิดการเกิดของทารกดังกล่าวเป็นความผิดอาญา¹¹⁹

กฎหมายสถานิติบัญญัติของรัฐวอชิงตัน บัญญัติฐานความผิดเกี่ยวกับการปกปิดการเกิดไว้ใน RCW 9.02.050 ความว่า บุคคลที่พยายามที่จะปกปิดการเกิดของเด็กโดยการจัดการอย่างหนึ่งอย่างใดกับซากทารกไม่ว่าจะเป็นทารกที่เสียชีวิตก่อนหรือหลังการเกิด บุคคลดังกล่าวจะต้องมีความผิดทางอาญาร้ายแรง¹²⁰

มีตัวอย่างคดีที่เกี่ยวกับซากทารกเกิดขึ้นที่มลรัฐเพนซิลวาเนีย เมื่อมีผู้พบซากทารก 6 ซากถูกซ่อนอยู่ในผนังคอนกรีตและตู้เสื้อผ้า และพบชิ้นส่วนของซากที่หกลในเขตที่ดิน เนื่องจาก การสลายตัวของซากดังกล่าว ทำให้เป็นเรื่องยากที่จะพิสูจน์ถึงสภาพบุคคล โดยตามกฎหมายของสหรัฐอเมริกา หากพิสูจน์ได้ว่า ทารกมีอย่างน้อยเพียงหนึ่งลมหายใจ ซึ่งเป็นการยืนยันการมีชีวิตอยู่หลังคลอด จำเลยในคดีนี้จะถูกตั้งข้อหาฆาตกรรมทันที สำหรับคดีนี้ผู้กระทำความผิดให้การรับสารภาพว่าได้ก่อเหตุฆาตกรรมในช่วงระหว่างปี ค.ศ. 1996 -2010 โดยยินดีที่จะชดเชยค่าใช้จ่ายต่าง ๆ และได้รับโทษจำคุก 20-40 ปี ในเรือนจำ¹²¹

ในคดี Roe v. Wade ศาลสูงของประเทศสหรัฐอเมริกาตัดสินว่า ทารกในครรภ์มารดา ไม่ใช่บุคคลที่ได้รับการคุ้มครองตาม The Fourteenth Amendment กล่าวคือ ทารกในครรภ์มารดา ไม่มีสภาพบุคคล สภาพของบุคคลเกิดขึ้นภายหลังการเกิดและมีชีวิตเท่านั้น

ส่วนการกระทำที่เป็นความผิดฐานปกปิดการตาย (Concealing Death) เป็นบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการปกปิดหลักฐานอันเป็นการขัดขวางการดำเนินงานของเจ้าหน้าที่ชันสูตร การปกปิด

¹¹⁹ *Concealing birth of infant*. Retrieved November 9, 2014, from www.lrc.ky.gov/Statutes/statute.aspx?id=19997

¹²⁰ *Concealing birth*. Retrieved October 31, 2013, from <http://apps.leg.wa.gov/rcw/default.aspx?cite=9.02.050>

¹²¹ *Sharon Smith. The death of Zahra Baker has helped to re-write G.S. 14-401.22 to make it a felony to disturb or dismember human remains*. Retrieved November 22, 2013, from <http://1490wstp.com/news/zahras-law/>

การตาย โดย การชักย้ายทำลายศพ ของระบบกฎหมายประเทศสหรัฐอเมริกา พบว่าในแต่ละมลรัฐ ได้มีบทบัญญัติของกฎหมายเกี่ยวกับการกระทำความผิดต่างกันไปดังต่อไปนี้

มลรัฐจอร์เจีย ได้บัญญัติไว้ในกฎเกณฑ์และรหัสของจอร์เจีย (Georgia Statutes and Codes) หัวข้อ § 16-10-31 การปกปิดการตายของบุคคลอื่น (Concealing Death of Another Person) ระบุว่า “บุคคลที่ทำการปกปิดการตายของบุคคลอื่น อันเป็นอุปสรรคต่อการค้นพบ ไม่ว่าบุคคลดังกล่าวถูกฆ่าตายโดยผิดกฎหมาย หรือเป็นหลักฐานของการกระทำความผิดอาญา ต้องระวางโทษ จำคุก ไม่น้อยกว่า 1 ปี ถึง 10 ปี ปรับไม่น้อยกว่า 1,000 เหรียญ หรือไม่เกิน 5,000 เหรียญ ทั้งจำ ทั้งปรับ¹²²

มลรัฐอิลลินอยส์ บัญญัติไว้ใน 720 ILCS 5/9-3.4 ให้คำนิยามของคำว่า “ปกปิด” หมายถึง การกระทำได้ ๆ เพื่อวัตถุประสงค์ในการป้องกันหรือการชะลอการค้นพบการเสียชีวิตโดยการฆาตกรรม การปกปิดการตายของบุคคลที่ถูกฆาตกรรมถือเป็นความผิดชั้นที่ 3 (Class 3)

นอกจากนี้ยังมีบทบัญญัติไว้ใน 720 ILCS 5/9-3.5 เป็นกรณีการปกปิดการตายของบุคคลกรณีที่ไม่ได้เกิดจากการฆาตกรรม ผู้กระทำความผิดทำการปกปิดการตายของบุคคลโดยการชักย้ายร่างกายของผู้ตายไปจากสถานที่เสียชีวิต โดยมีความตั้งใจที่จะปกปิดข้อมูลเกี่ยวกับสถานที่หรือลักษณะของการเสียชีวิตของบุคคลหรือปกปิดตัวตนของบุคคลใด ๆ ที่มีข้อมูลเกี่ยวกับการเสียชีวิตของบุคคลโดยความผิดในหมวดนี้ ไม่นำไปใช้กับการเคลื่อนย้ายศพโดยบุคลากรทางการแพทย์ เจ้าหน้าที่ดับเพลิง เจ้าหน้าที่ผู้บังคับใช้กฎหมาย ผู้ตรวจสอบทางการแพทย์ หรือกรรมการงานศพที่ได้รับอนุญาต หรือโดยบุคคลที่ทำหน้าที่ดูแลบุคลากรทางการแพทย์ เจ้าหน้าที่ดับเพลิง เจ้าหน้าที่ผู้บังคับใช้กฎหมาย ผู้ตรวจสอบการเสียชีวิตทางการแพทย์ หรือการบริหารงานศพโดยได้รับอนุญาต ความผิดอาญาตามบทบัญญัตินี้ เป็นความผิดอาญาชั้นที่ 4 (Class 4)¹²³

¹²² *Concealing Death*. Retrieved October 31, 2013, from <http://statutes.laws.com/georgia/title-16/chapter-10/article-2/16-10-31#sthash.pdKLUBZP.dpuf>

O.C.G.A. 16-10-31 (2010)

16-10-31. Concealing death of another person

A person who, by concealing the death of any other person, hinders a discovery of whether or not such person was unlawfully killed is guilty of a felony and upon conviction shall be punished by imprisonment for not less than one nor more than ten years, a fine of not less than \$1,000.00 nor more than \$5,000.00, or both.

¹²³ *CRIMINAL OFFENSES*. Retrieved November 22, 2013, from <http://www.ilga.gov/legislation/ilcs/ilcs4.asp?ActID=1876&ChapterID=53&SeqStart=12000000&SeqEnd=13400000>

สำหรับมลรัฐแคลิฟอร์เนีย มีบทบัญญัติกรณีการปกปิดการเสียชีวิตจากอุบัติเหตุไว้ในรหัสแคลิฟอร์เนีย § 152 โดยมีบัญญัติว่า ผู้ใดที่พยายามปกปิดการตายจากอุบัติเหตุของบุคคล มีความผิดอาญา โทษจำคุกไม่เกิน 1 ปี หรือปรับไม่น้อยกว่า 1,000 ดอลลาร์ ถึง 10,000 ดอลลาร์ หรือทั้งจำทั้งปรับ โดยการปกปิดตายโดยอุบัติเหตุหมายความว่า (1) การดำเนินการใด ๆ ที่ชัดเจนในอันที่จะซ่อนเร้นศพหรือขัดขวางการค้นพบศพของหน่วยงานและสมาชิกในครอบครัว (2) การทำลายหลักฐานของร่างผู้ตาย ซึ่งรวมถึงของเหลวและเนื้อเยื่อ (3) การทำลายลักษณะทางกายภาพที่เกิดขึ้นจริงของการเสียชีวิต¹²⁴

มลรัฐนอร์ท แคโรไลนา บัญญัติไว้ใน § 14-401.22 เรื่องการปกปิดการตาย การรบกวนศพ โดยบัญญัติว่า

(ก) บุคคลใด ๆ ที่มีเจตนาที่จะปกปิดการตาย โดยไม่แจ้งให้ผู้มีอำนาจบังคับใช้กฎหมายทราบถึงเหตุแห่งการเสียชีวิตของบุคคล หรือแอบฝัง ซ่อนเร้นศพ เป็นความผิดอาญาระดับ 1 (Class 1)

(ข) บุคคลใดช่วยเหลือบุคคลอื่นหรือให้คำปรึกษาในการปกปิดการตายของบุคคลที่กระทำความผิด มีความผิดอาญาระดับ 1 (Class 1)

(ค) ผู้ใดจงใจรบกวนศพโดยวิธีการใด ๆ รวมทั้งการเปลี่ยนแปลงทางกายภาพหรือกระทำหรือพยายามที่จะกระทำการใด ๆ กับร่างของศพเป็นความผิดอาญาระดับ 1 (Class 1) โดยความผิดในหมวดนี้ ไม่ใช้บังคับกับ (1) การกระทำด้านการแพทย์ (2) การกระทำที่เป็นส่วนหนึ่งของงานวิจัยทางวิทยาศาสตร์ หรือการรักษาทางการแพทย์หรือการวินิจฉัยโรค

¹²⁴ Concealing Death. Retrieved October 31, 2013, from <http://statutes.laws.com/georgia/title-16/chapter-10/article-2/16-10-31#sthash.pdKLUBZP.dpuf>

(a) Every person who, having knowledge of an accidental death, actively conceals or attempts to conceal that death, shall be guilty of a misdemeanor punishable by imprisonment in a county jail for not more than one year, or by a fine of not less than one thousand dollars (\$1,000) nor more than ten thousand dollars (\$10,000), or by both that fine and imprisonment.

(b) For purposes of this section, “to actively conceal an accidental death” means any of the following:

(1) To perform an overt act that conceals the body or directly impedes the ability of authorities or family members to discover the body.

(2) To directly destroy or suppress evidence of the actual physical body of the deceased, including, but not limited to, bodily fluids or tissues.

(3) To destroy or suppress the actual physical instrumentality of death.

(3) การกระทำเกี่ยวกับงานศพ ที่ได้รับอนุญาตและได้มาตรฐานด้านการปฏิบัติ (4) การดำเนินงาน โดยมีจุดประสงค์ในการแยกส่วนของร่างกายให้สอดคล้องกับมาตรฐานปกติและประเพณีของการปฏิบัติทางการแพทย์ (5) การกระทำโดยนักโบราณคดีมืออาชีพตามที่กำหนดไว้ใน GS 70-28(4) การแสดงตามบทบัญญัติของมาตรา 3 ของบทที่ 70 บทบัญญัติทั่วไป (6) การดำเนินงานที่มีจุดประสงค์ตามกฎหมายอื่น

(ง) บุคคลที่พยายามปกปิดหลักฐานการเสียชีวิตของผู้อื่นโดยเจตนา และจงใจตัดชิ้นส่วนหรือทำลายศพโดยวิธีการใด ๆ รวมทั้งการลบหรือกำจัดส่วนหนึ่งส่วนใดของร่างกายเป็นความผิดอาญาชั้นสูง

(จ) ผู้ใดฝ่าฝืน บทบัญญัติ (ง) ด้วยรู้ว่าศพไม่ได้เสียชีวิตจากสาเหตุตามธรรมชาติจะมีความผิดตามคลาส D ของความผิดทางอาญา

(ฉ) บทบัญญัตินี้ หมายความว่าถึง ร่างผู้เสียชีวิต ส่วนของร่างและรวมถึงอวัยวะหรือกระดูก¹²⁵

¹²⁵ 2010 North Carolina Code Chapter 14 Criminal Law. Article 52 - Miscellaneous Police Regulations. 14-401.22. Concealment of death, from http://www.ncga.state.nc.us/EnactedLegislation/Statutes/PDF/BySection/Chapter_14/GS_14-401.22.pdf 2010 North Carolina Code

§ 14-401.22. Concealment of death; disturbing human remains; dismembering human remains.

(a) Any person who, with the intent to conceal the death of a person, fails to notify a law enforcement authority of the death or secretly buries or otherwise secretly disposes of a dead human body is guilty of a Class I felony.

(b) Any person who aids, counsels, or abets any other person in concealing the death of a person is guilty of a Class A1 misdemeanor.

(c) Any person who willfully (i) disturbs, vandalizes, or desecrates human remains, by any means, including any physical alteration or manipulation of the human remains, or (ii) commits or attempts to commit upon any human remains any act of sexual penetration is guilty of a Class I felony. This subsection does not apply to:

(1) Acts by a first responder or others providing medical care.

(2) Acts committed as part of scientific or medical research, treatment, or diagnosis.

(3) Acts performed by a licensed funeral director or embalmer consistent with standard practice.

(4) Acts committed for the purpose of extracting body parts in accordance with usual and customary standards of medical practice.

นอกจากนี้ บุคคลที่พยายามปกปิดหลักฐานการเสียชีวิตของผู้อื่นโดยเจตนาและจงใจ แยกชิ้นส่วนของศพหรือทำลายซากศพโดยวิธีการใด ๆ โดยการลบส่วนของร่างกายหรือกำจัดส่วน หนึ่งส่วนใดของร่างกาย เป็นความผิดขั้นสูงของความผิดทางอาญา

จากการศึกษาบทบัญญัติของกฎหมายอาญาระดับมลรัฐ ของประเทศสหรัฐอเมริกาแล้ว พบว่า มีการแยกฐานความผิดระหว่างการปกปิดการเกิดการตายของทารก (Concealing Birth) กับฐานความผิดเกี่ยวกับการข่มข้ายทำลายศพเพื่อขัดขวางการดำเนินงานของเจ้าหน้าที่ชันสูตรศพ ออกจากกัน บทบัญญัติเกี่ยวกับการปิดบังการเกิดการตายของทารกมีการบัญญัติครอบคลุมทั้งทารก ที่มีสภาพบุคคลแล้ว และยังมีสภาพบุคคล ดังนั้น สภาพบุคคลจึงมิได้เป็นองค์ประกอบสำคัญของความผิดฐานนี้ อย่างไรก็ตามการตายของทารกดังกล่าว หากพิสูจน์ได้ว่า มีสภาพบุคคล บุคคลที่ กระทำความผิดโดยก่อให้เกิดการตายนั้น จะถูกตั้งข้อหาฆาตกรรม แต่หากพิสูจน์ได้ว่า ซากทารก ดังกล่าว ไม่มีสภาพบุคคล ผู้กระทำความผิดจะถูกตั้งข้อหาเพียงการทำให้แท้งลูกเท่านั้น ส่วนฐานความผิดเกี่ยวกับการข่มข้ายทำลายศพ (Concealing Death) มีจุดมุ่งหมายใกล้เคียงกับ บทบัญญัติประมวลกฎหมายอาญามาตรา 199 ของไทย กล่าวคือ มุ่งเน้นการให้ความสำคัญเกี่ยวกับการทำลายหลักฐาน อันเป็นการขัดขวางการดำเนินการของเจ้าหน้าที่ชันสูตร อันนำมาซึ่งการ ดำเนินการต่อผู้กระทำความผิดตามกระบวนการยุติธรรม

(5) Acts by a professional archaeologist as defined in G.S. 70-28(4) acting pursuant to the provisions of Article 3 of Chapter 70 of the General Statutes.

(6) Acts committed for any other lawful purpose.

(d) Any person who attempts to conceal evidence of the death of another by knowingly and willfully dismembering or destroying human remains, by any means, including removing body parts or otherwise obliterating any portion thereof, shall be guilty of a Class H felony.

(e) Any person who violates subsection (d) of this section, knowing or having reason to know the human remains are of a person that did not die of natural causes, shall be guilty of a Class D felony.

(f) As used in this section, "human remains" means any dead human body in any condition of decay or any significant part of a dead human body, including any limb, organ, or bone. (2005-288, s. 1; 2011-193, s. 1.)

3.2 ขอบเขตความรับผิดชอบทางอาญาเกี่ยวกับการกระทำต่อศพหรือซากทารกหรือส่วนหนึ่งส่วนใดของศพหรือซากทารกตามระบบกฎหมายซีวิลลอว์

ในการศึกษาเกี่ยวกับขอบเขตความรับผิดชอบทางอาญาเกี่ยวกับการกระทำต่อศพหรือซากทารกหรือส่วนหนึ่งส่วนใดของศพหรือซากทารกตามระบบกฎหมายซีวิลลอว์ ในครั้งนี้ ผู้ศึกษาจะทำการศึกษาระบบกฎหมายของประเทศเยอรมันดังมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

3.2.1 ขอบเขตความรับผิดชอบทางอาญาเกี่ยวกับการกระทำต่อศพหรือซากทารกหรือส่วนหนึ่งส่วนใดของศพหรือซากทารกตามระบบกฎหมายประเทศเยอรมัน

3.2.1.1 สภาพบุคคลตามระบบกฎหมายประเทศเยอรมัน

ประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน มิได้กำหนดหลักเกณฑ์การเริ่มต้นสภาพบุคคลเอาไว้อย่างชัดเจน แต่เรื่องดังกล่าวอธิบายไว้ในกฎหมายอาญาเกี่ยวกับกรรมแห่งการกระทำตามความผิดฐานฆ่าผู้อื่น ซึ่งเป็นการตีความของนักกฎหมายเยอรมันว่า การคุ้มครองความเป็นมนุษย์ตามกฎหมายอาญามีขอบเขตมากน้อยเพียงใด ในอดีตนักกฎหมายเยอรมันเห็นว่าบุคคลจะเริ่มตกเป็นกรรมแห่งการกระทำตามความผิดฐานฆ่าผู้อื่นได้ ต่อเมื่อบุคคลนั้นเป็นมนุษย์ที่มีชีวิต (Living Human Being) ซึ่งหมายรวมถึงทารกที่ร่างกายคลอดออกจากครรภ์มารดาเพียงบางส่วนแล้วด้วย¹²⁶ แต่ในปัจจุบันนักกฎหมายเยอรมันถือเอา การคลอด เป็นหลักเกณฑ์ที่สำคัญในการพิจารณาเรื่องการเริ่มต้นสภาพบุคคลเนื่องจากการคลอดมิใช่สภาวะหรือความเป็นอยู่อย่างนั้นเองตามธรรมชาติ แต่เป็นสิ่งที่ต้องอาศัยการกระทำของมนุษย์ นักกฎหมายเยอรมันจึงเห็นว่าทารกในการคลอดหรือทารกที่เข้าสู่กระบวนการเกิดแล้ว มีสภาพบุคคล ดังนั้นเมื่อกระบวนการเกิดได้เริ่มต้นขึ้นหรือมารดาเข้าสู่ระยะการคลอดแล้ว สภาพบุคคลของทารกย่อมเริ่มขึ้นด้วยเช่นกัน¹²⁷

ในการทำความเข้าใจความเห็นแนวนี้นี้จึงต้องพิจารณาถึงวิธีการคลอดตามหลักการแพทย์ซึ่งปัจจุบันมี 2 วิธีคือ วิธีการคลอดทางช่องคลอดและวิธีการผ่าคลอดทางช่องท้อง

ในการคลอดด้วยวิธีการคลอดทางช่องคลอด (Virginal Childbirth) ข้อเท็จจริงที่แสดงว่ามารดาเข้าสู่ระยะของการคลอด คือ “อาการเจ็บครรภ์จริง (True Labor Pain)” เนื่องจากเป็นอาการที่ตรวจพบได้ในกรณีที่มารดาเข้าสู่ระยะคลอดอย่างแน่นอน เมื่อมารดาเริ่มมีอาการเจ็บครรภ์จริงจึงถือว่าการคลอดทางช่องคลอดได้เริ่มขึ้นแล้ว ดังนั้น ในกรณีที่เป็นการคลอดทางช่องคลอด ทารกจะเริ่มมีสภาพบุคคลเมื่อมารดาเริ่มมีอาการเจ็บครรภ์จริง

ส่วนในการคลอดด้วยวิธีการผ่าคลอดทางช่องท้อง (Caesarean Section) มี 2 ขั้นตอนตามลำดับ คือ การผ่าตัดที่ผนังหน้าท้อง (Abdominal Incision) และการผ่าตัดที่กล้ามเนื้อดลูก

¹²⁶ Foreign Office (Great Britain). (1950-1952). *Manual of German Law: Volume II*. p. 98.

¹²⁷ คณิต ณ นคร ข เล่มเดิม. หน้า 71-72 .

(Uterine Incision) การเริ่มผ่าตัดที่กล้ามเนื้อมดลูกจึงเป็นจุดเริ่มต้นของการผ่าคลอดทางช่องท้อง ดังนั้น ในกรณีที่เป็นการผ่าคลอดทางช่องท้อง ทารกจะเริ่มมีสภาพบุคคลเมื่อผู้ทำคลอดเริ่มผ่าตัดที่กล้ามเนื้อมดลูกเพื่อนำทารกออกมา หากผู้ทำคลอดเพิ่งเริ่มผ่าตัดที่ผนังหน้าท้อง ทารกก็จะยังไม่มีสภาพบุคคล¹²⁸

3.2.1.2 ความรับผิดชอบทางอาญาเกี่ยวกับการกระทำต่อศพหรือซากทารก หรือส่วนหนึ่ง ส่วนใดของศพหรือซากทารกตามระบบกฎหมายประเทศเยอรมัน

สำหรับความผิดฐานปิดบังการเกิด การตาย หรือเหตุแห่งการตาย ตามประมวลกฎหมายอาญาของเยอรมนีนั้น บัญญัติไว้ใน บทที่ 11 การกระทำที่เกี่ยวข้องกับศาสนาและอุดมการณ์ ประกอบด้วย 4 มาตรา ได้แก่ มาตรา 166 เกี่ยวข้องกับ การหมิ่นประมาทของศาสนา อุดมการณ์ ทางศาสนา และสมาคมทางศาสนา การรบกวนการดำเนินงานและกิจกรรมต่าง ๆ ของศาสนา มาตรา 167 การกระทำที่มีขอบโดยเจตนาและไม่เหมาะสมต่อ กิจการทางศาสนาและการกระทำของการเคารพบูชาของศาสนา มาตรา 167a เป็นการให้ความคุ้มครองการจัดงานศพโดยผู้ใดจงใจ หรือเจตนาขัดขวางงานศพ ต้องระวางโทษปรับหรือจำคุกไม่เกิน 3 ปี และมาตรา 168 ประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน เป็นบทบัญญัติที่ใกล้เคียงกับมาตรา 199 ประมวลกฎหมายอาญาของไทย มากที่สุด โดยบัญญัติไว้ว่า “(1) ผู้ใดกระทำโดยมิชอบด้วยกฎหมายด้วยการนำร่างหรือส่วนของ ร่างของคนตาย ทารกในครรภ์ที่ตายแล้วหรือชิ้นส่วนนั้น หรือเถ้าถ่านของคนตายจากการ ครอบครองของผู้มีสิทธิ ผู้กระทำความเสียหาย หรือทำให้เสื่อมเสียชื่อเสียง ต้องระวางโทษปรับ หรือจำคุกไม่เกินสามปี (2) ผู้ใดทำลายหรือทำความเสียหายแก่หลุมฝังศพหรือในสุสานหรือทำให้ เสื่อมเสียชื่อเสียง ก็เป็นความผิดเช่นเดียวกัน (3) ความพยายามที่จะกระทำก็ถือเป็นความผิด เช่นเดียวกัน¹²⁹

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติของความผิดฐานปิดบังการเกิด การตายหรือเหตุแห่งการตาย ตามมาตรา 168(1) แห่งประมวลกฎหมายอาญาเยอรมันนี้ พบว่าบทบัญญัตินี้ เจตนารมณ์ของ

¹²⁸ ตามพงศ์ ขอบอิสระ. แหล่งเดิม.

¹²⁹ German Criminal Code. Section 168 Desecration of graves etc

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

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

(3) The attempt shall be punishable.

กฎหมายมุ่งเน้นในเรื่องของการกระทำที่ไม่เหมาะสมกับร่างของบุคคลที่ตายแล้ว ทั้งมีสภาพบุคคล และไม่มีสภาพบุคคล มิได้มุ่งเน้นในด้านการคุ้มครองเกี่ยวกับการกระทำที่เป็นการปกปิด ซ่อนเร้น ทำลายศพ โดยเจตนาที่จะขัดขวางการดำเนินงานของเจ้าหน้าที่ชั้นสูงในกระบวนการยุติธรรม แต่ประการใด

สรุป

บทที่ 4

วิเคราะห์เปรียบเทียบขอบเขตความรับผิดชอบทางอาญา กรณีกระทำต่อศพหรือซากทารกหรือส่วนหนึ่งส่วนใดของศพหรือซากทารก ตามกฎหมายไทยกับต่างประเทศ

ในการศึกษาเรื่องการตีความประมวลกฎหมายอาญามาตรา 199 ศึกษาขอบเขตความรับผิดชอบกับปัญหาทางกฎหมาย กรณีกระทำต่อซากทารกหรือส่วนหนึ่งส่วนใดของซากทารก มีรายละเอียดของการศึกษาดังต่อไปนี้

4.1 วิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับการตีความและขอบเขตความรับผิดชอบฐานปิดบัง ซ่อนเร้น ทำลายศพ ตามมาตรา 199 ซึ่งไม่ครอบคลุมถึงกรณีการกระทำต่อซากทารก

มาตรา 199 ประมวลกฎหมายอาญาของไทย บัญญัติไว้ว่า “ผู้ใดลอบฝัง ซ่อนเร้น ยักย้าย หรือทำลายศพหรือส่วนของศพเพื่อปิดบังการเกิด การตาย หรือเหตุแห่งการตาย ต้องระวางโทษ จำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือปรับไม่เกินสองพันบาทหรือทั้งจำทั้งปรับ” การกระทำที่จะเป็นความผิดตามมาตรา 199 ได้ จะต้องประกอบด้วย องค์ประกอบ 2 ประการ ได้แก่ องค์ประกอบภายนอก ได้แก่ (1) ลอบฝัง ซ่อนเร้น ย้าย หรือทำลาย (2) ศพหรือส่วนของศพ และองค์ประกอบภายใน ได้แก่ (1) เจตนา และ (2) มูลเหตุจูงใจ เพื่อปิดบังการเกิด การตายหรือเหตุแห่งการตาย หากการกระทำดังกล่าวไม่ครบองค์ประกอบตามที่กฎหมายได้บัญญัติไว้ดังที่กล่าวมานี้ ย่อมมิอาจเป็นการกระทำ ความผิดฐานปิดบังซ่อนเร้นทำลายศพ ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 199 ได้

4.1.1 วิเคราะห์ปัญหาการตีความเกี่ยวกับขอบเขตความหมายของศพกับซากทารก

หากพิจารณาจากมุมมองของบุคคลทั่วไป สภาพบุคคลหรือความเป็นมนุษย์ของบุคคลใด ๆ ย่อมเริ่มต้นขึ้นเมื่อบุคคลนั้นเกิด ซึ่ง “การเกิด” (Birth) หมายถึง ช่วงเวลาที่ทารกในครรภ์ มารดาออกสู่โลกภายนอก และหากพิจารณาจากแนวคิดทางการแพทย์ ความเป็นมนุษย์ย่อมเริ่มต้นขึ้นเมื่อบุคคลนั้นคลอดออกจากร่างกายมารดา ซึ่ง “การคลอด” (Labor) หมายถึง กระบวนการเกิดของทารกในครรภ์มารดา

จากจุดเริ่มต้นสภาพของบุคคลข้างต้นจะเห็นว่า มีแนวคิดสอดคล้องกันโดยถือเอา “การเกิด” หรือ “การคลอด” เป็นการศึกษาส่วนแนวคิดเรื่องการเริ่มต้นสภาพบุคคลตามกฎหมาย

อาญาจะต้องพิจารณาจากฐานความผิดที่คุ้มครองชีวิตโดยตรง ซึ่งจะมี 2 ลักษณะคือ ฐานความผิดที่คุ้มครองชีวิตมนุษย์ เช่น ความผิดฐานฆ่าผู้อื่น และฐานความผิดที่คุ้มครองชีวิตในครรภ์ ได้แก่ ความผิดฐานทำให้แท้งลูก แม้ฐานความผิดทั้งสองต่างมีคุณธรรมทางกฎหมายใกล้เคียงกันกล่าวคือเป็นคุณธรรมที่มีจุดมุ่งหมายในการให้ความคุ้มครองชีวิตเช่นเดียวกัน แต่เป็นชีวิตที่มีสภาพแตกต่างกัน โดยฐานความผิดที่คุ้มครองชีวิตมนุษย์จะคุ้มครองชีวิตที่มีสภาพของบุคคลแล้ว ส่วนฐานความผิดที่คุ้มครองชีวิตในครรภ์จะคุ้มครองชีวิตในครรภ์มารดา ฐานความผิดทั้งสองสะท้อนให้เห็นแนวคิดทางกฎหมายอาญาที่แยกแยะ “ชีวิต” ของมนุษย์ ออกเป็น 2 ลักษณะคือ ชีวิตที่มีสภาพบุคคล กับชีวิตในครรภ์มารดา สิ่งที่สร้างความแตกต่างระหว่างชีวิตในฐานความผิดทั้งสองคือ “การเกิด” อันถือได้ว่าเป็นจุดเริ่มต้นความเป็นมนุษย์ตามกฎหมายอาญา หรือจุดเริ่มต้นสภาพบุคคลนั่นเอง

การทำลายชีวิตทารกที่ถือเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาของไทย แบ่งได้เป็น 2 ระยะ คือ การทำลายชีวิตทารกขณะที่ยังอยู่ในครรภ์มารดาซึ่งถือเป็นความผิดฐานทำให้แท้งลูก โดยหญิงนั้นยินยอมหรือไม่ยินยอมแล้วแต่กรณี ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 301¹³⁰ มาตรา 302¹³¹ 303¹³² โดยคุณธรรมทางกฎหมายของความผิดฐานนี้จะเป็นการคุ้มครองชีวิตในครรภ์มารดา สำหรับทารกที่เสียชีวิตจากความผิดฐานนี้ จะเรียกว่า “ซากทารก” เนื่องจากถือว่าทารกดังกล่าวยังมิได้มีสภาพบุคคล ส่วนอีกระยะหนึ่งคือ การทำลายชีวิตของทารกที่มีสภาพบุคคลแล้ว ถือเป็นความผิดฐานฆ่าผู้อื่น ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 288 ซึ่งคุณธรรมทางกฎหมายของความผิดฐานนี้ เป็นการคุ้มครองชีวิตมนุษย์ทารกที่เสียชีวิตจากการกระทำความผิด

¹³⁰ มาตรา 301 หญิงใดทำให้ตนเองแท้งลูก หรือยอมให้ผู้อื่นทำให้ตนแท้งลูก ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ.

¹³¹ ผู้ใดทำให้หญิงแท้งลูกโดยหญิงนั้นยินยอม ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ถ้าการกระทำนั้นเป็นเหตุให้หญิงรับอันตรายสาหัสอย่างอื่นด้วย ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินเจ็ดปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นสี่พันบาทหรือทั้งจำทั้งปรับ

ถ้าการกระทำนั้นเป็นเหตุให้หญิงถึงแก่ความตาย ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบปี และปรับไม่เกินสองหมื่นบาท.

¹³² มาตรา 303 ผู้ใดทำให้หญิงแท้งลูกโดยหญิงนั้นไม่ยินยอม ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินเจ็ดปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นสี่พันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ถ้าการกระทำนั้นเป็นเหตุให้หญิงรับอันตรายสาหัสอย่างอื่นด้วย ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งปีถึงสิบปี และปรับตั้งแต่สองพันบาทถึงสองหมื่นบาท

ถ้าการกระทำนั้นเป็นเหตุให้หญิงถึงแก่ความตาย ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ห้าปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่หนึ่งหมื่นบาทถึงสี่หมื่นบาท.

ฐานนี้จะเรียกว่าศพ ดังนั้นการตีความว่าทารกที่เสียชีวิตดังกล่าวจะเป็นซากทารกหรือศพ จึงอยู่ที่ “สภาพบุคคล” เป็นสำคัญ นอกจากนี้การมีสภาพบุคคลหรือไม่ ยังมีผลไปถึงความผิดฐานปิดบัง ซ่อนเร้น ทำลายศพ ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 199 บุคคลใดที่มีเจตนาปิดบัง ซ่อนเร้น ทำลายซากทารก จะไม่มีความผิดฐานนี้ เนื่องจากความผิดฐานนี้ จะให้ความคุ้มครองเฉพาะบุคคลที่เสียชีวิตที่เคยมีสภาพบุคคลหรือเป็น “ศพ” เท่านั้น

สำหรับการตีความขอบเขตของ “สภาพบุคคล” เพื่อแยกระหว่าง “ศพ” กับ “ซากทารก” ตามระบบประมวลกฎหมายอาญาของไทย ยังคงเป็นปัญหาที่ยังไม่มีข้อสรุปที่แน่ชัด เนื่องจากประมวลกฎหมายอาญามีได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการเริ่มต้น “สภาพบุคคล” เอาไว้ให้ชัดเจน ทำให้ สภาพบุคคลตามประมวลกฎหมายอาญายังคงเป็นปัญหาทางวิชาการอยู่ในปัจจุบันซึ่งอาจก่อให้เกิดปัญหา ช่องว่างของกฎหมาย ปัญหาความไม่แน่นอนของสถานะทางกฎหมายของทารกที่เสียชีวิต ที่ทำให้ไม่ได้รับการคุ้มครองหรือได้รับการคุ้มครองที่ไม่เหมาะสม ดังนั้นจึงมีความจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องหาข้อสรุปดังกล่าวให้แน่นอนและชัดเจน ปราศจากช่องว่าง เพื่อให้ชีวิตมนุษย์ทุกชีวิตได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายอาญาโดยสมบูรณ์

สำหรับกฎหมายต่างประเทศ การตีความเกี่ยวกับจุดเริ่มต้นของการเกิด “สภาพบุคคล” ตามประมวลกฎหมายอาญา ยังมิได้เป็นไปในทิศทางเดียวกัน โดยความเห็นของนักกฎหมายปัจจุบันได้แบ่งเป็น 2 แนวคิดที่แตกต่างกันดังนี้

แนวคิดแรก การเริ่มต้นสภาพบุคคลเริ่มต้นเมื่อคลอด ดังปรากฏในหลักการเกิดมามีชีวิตของระบบกฎหมาย Common Law ซึ่งมีอิทธิพลต่อแนวคิดเกี่ยวกับการเริ่มต้น สภาพบุคคลของประเทศอังกฤษ โดยถือว่าเกณฑ์การเริ่มต้นสภาพบุคคล ประกอบด้วย (1) เมื่อทารกคลอดออกจากร่างกายมารดาหมดทั้งตัว หรือเมื่อร่างกายทารกหลุดพ้นเป็นอิสระจากร่างกายมารดาหมดทั้งตัว โดยไม่มีร่างกายส่วนใดของทารกอยู่ในร่างกายมารดาอีกและ (2) ทารกนั้นสามารถดำรงอยู่ได้อย่างอิสระจากมารดา ซึ่งการดำรงอยู่อย่างอิสระจากมารดา ต้องพิสูจน์ว่าทารกมีระบบหมุนเวียนโลหิตที่เป็นอิสระจากมารดา และมีระบบหายใจที่เป็นอิสระจากมารดาหรือสามารถหายใจได้ด้วยตนเองหรือไม่ ทั้งนี้ไม่ต้องพิจารณาว่าทารกจะสามารถอยู่รอดนอกครรภ์มารดาหรือมีการตัดสายสะดือแล้วหรือไม่ แต่จะพิจารณาจากหลักฐานที่บ่งบอกว่า ทารกเริ่มหายใจเอาอากาศภายนอกเข้าไปในร่างกายแล้ว เช่น ปรากฏมีปริมาณออกซิเจนในเลือดที่ปอดสูง ซึ่งแสดงให้เห็นว่ามีการแลกเปลี่ยนออกซิเจนที่ถูกลมในปอดแล้ว เป็นต้น

สำหรับประเทศสหรัฐอเมริกาในบางรัฐ ยังคงตีความจุดเริ่มต้นสภาพบุคคลเอาไว้โดยถือหลักเกิดมามีชีวิตเช่นเดียวกับระบบกฎหมายอังกฤษโดยถือหลัก 2 องค์ประกอบ ได้แก่ ประการแรก ทารกคลอดออกจากร่างกายมารดาทั้งตัว (Fully Brought Forth) หมายความว่าร่างกาย

ทารกคลอดออกจากร่างกายมารดาหมดทั้งตัวแล้ว และประการที่สองคือ ทารกมีอาการที่แสดงว่ามีชีวิตที่เป็นอิสระของตนเองแล้ว (Separate Existence/Independent Existence) กฎหมายแต่ละมลรัฐจะกำหนดหลักเกณฑ์ที่แตกต่างกัน แต่มักจะประกอบด้วยข้อเท็จจริงในลักษณะเดียวกัน ได้แก่ การเริ่มหายใจ การมีระบบหมุนเวียนที่เป็นอิสระและการตัดสายสะดือ โดยหลักเกณฑ์แต่ละมลรัฐอาจประกอบด้วยข้อเท็จจริงเพียงอย่างเดียวหรือหลายอย่างก็ได้ แต่ในบางมลรัฐจะกำหนดหลักเกณฑ์ที่นอกเหนือไปจากข้อเท็จจริงทั้งสามข้างต้น เพื่อเปิดโอกาสให้ผู้วินิจฉัยใช้ดุลพินิจเป็นกรณีไป เช่น ในมลรัฐเดลาแวร์ (Delaware Criminal Code) ให้ความหมายของ “สภาพบุคคล” ไว้ว่า หมายถึง มนุษย์ที่เกิดมาและมีชีวิตแล้ว พิจารณาจากการที่ทารกในครรภ์มารดาหลุดออกจากร่างกายมารดาโดยสมบูรณ์ โดยไม่ต้องพิจารณาถึงระยะเวลาของการตั้งครรภ์ และเมื่อร่างกายทารกแยกออกจากร่างกายมารดาแล้ว ทารกได้หายใจหรือปรากฏหลักฐานอื่นใดที่แสดงว่าทารกมีชีวิตแล้ว ได้แก่ การเต้นของหัวใจ ชีพจรที่สายสะดือหรือมีการเคลื่อนไหวที่เห็นได้ชัดของกล้ามเนื้อที่อยู่ในอำนาจบังคับของจิตใจ (Voluntary Muscle) โดยไม่ต้องพิจารณาว่ามีการตัดสายสะดือแล้วหรือไม่ หรือรยังคงติดอยู่กับตัวทารกหรือไม่ ทั้งนี้ การเต้นของหัวใจจะต้องมิใช่การบีบตัวของหัวใจชั่วคราว และการหายใจจะต้องมิใช่การพยายามหายใจเพียงชั่วคราวหรือการหอบ

เช่นเดียวกับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย สภาพบุคคลของบุคคลจะเริ่มขึ้นต่อเมื่อปรากฏข้อเท็จจริง 2 ประการคือ (1) ทารกได้คลอดแล้ว และ (2) อยู่รอดเป็นทารก โดยการคลอดแล้ว หมายถึง การที่ร่างกายทารกพ้นออกจากครรภ์มารดาจนหมดทั้งตัวแล้ว โดยไม่มีส่วนใดส่วนหนึ่งติดอยู่กับช่องคลอด และสามารถดำรงชีวิตได้ด้วยตนเอง โดยไม่ต้องพึ่งอากาศและสารอาหารจากร่างกายมารดาอีกต่อไป หากเป็นการคลอดด้วยวิธีการผ่าคลอดทางช่องท้อง การคลอดก็จะหมายถึง การนำเอาร่างกายทารกออกจากมดลูกของมารดาทั้งตัวแล้ว ส่วนการตัดสายสะดือหรือการคลอดรกที่เกิดขึ้นหลังจากการคลอดทารกออกมาทั้งตัวไม่ใช่สาระสำคัญของการเริ่มต้นสภาพบุคคล เพราะสายสะดือไม่ถือเป็นส่วนหนึ่งของร่างกายทารก และการคลอดรกก็เป็นการแยกส่วนของร่างกายทารกออกจากร่างกายมารดาโดยเด็ดขาดเท่านั้นและการอยู่รอดเป็นทารกในอดีต ข้อเท็จจริงที่ว่าทารกมีชีวิตรอดหรือไม่พิจารณาจากความสามารถในการหายใจได้อย่างอิสระของทารก หากทารกเริ่มหายใจแล้วก็มีสภาพบุคคลทันที แม้จะเป็นการหายใจเพียงเล็กน้อยก็ตาม ในการพิสูจน์ถึงการหายใจของทารก ทำได้โดยการตรวจปอดของทารกด้วยวิธีทางนิติเวชศาสตร์ เช่น ตรวจสอบการลอยน้ำของปอด ตรวจสอบสีของปอด เป็นต้น แต่ในปัจจุบัน “อยู่รอดเป็นทารก” พิจารณาจากข้อเท็จจริงอื่น ๆ ที่แสดงถึงการมีชีวิตรอดของทารกร่วมด้วยเช่น การร้องของทารก การเคลื่อนไหวของทารก ฯลฯ โดยมีเงื่อนไขว่าข้อเท็จจริงเหล่านี้จะต้องปรากฏขึ้นหลังจากที่ทารกคลอดออกมาทั้งตัวแล้วเท่านั้น แม้จะปรากฏขึ้นเพียงชั่วขณะก็ตาม

การตีความขอบเขตความหมายของศพกับซากทารกสำหรับแนวทางแรกนี้ จึงถือว่า หากทารกเสียชีวิตก่อนคลอด หรือถึงแม้คลอดแล้วแต่มีอายุอยู่รอดเป็นทารก ซึ่งหมายถึงไม่ครบ องค์ประกอบที่จะเริ่มมี “สภาพบุคคล” ตามกฎหมาย ทารกที่เสียชีวิตนั้นคือ “ซากทารก” แต่หาก ทารกดังกล่าว มีสภาพบุคคลโดยสมบูรณ์ตามกฎหมาย แม้เพียงเสี้ยววินาทีหนึ่ง ทารกดังกล่าว เรียกว่า ศพ

ส่วนแนวคิดที่สอง “สภาพบุคคล” เริ่มเมื่อมีกระบวนการคลอด ดังเช่นระบบกฎหมาย ของประเทศเยอรมัน ซึ่งถือเอาการคลอด เป็นหลักเกณฑ์สำคัญในการพิจารณาเรื่องการเริ่มต้น สภาพบุคคล เนื่องจากการคลอดมิใช่สภาวะหรือความเป็นอยู่อย่างนั้นเองตามธรรมชาติ แต่เป็นสิ่งที่ ต้องอาศัยการกระทำของมนุษย์ นักกฎหมายเยอรมันจึงเห็นว่า ทารกในการคลอด หรือทารกที่เข้าสู่ กระบวนการเกิดแล้วมีสภาพบุคคล ดังนั้นเมื่อกระบวนการเกิดได้เริ่มต้นขึ้นหรือมารดาเข้าสู่ระยะ การคลอดแล้ว สภาพบุคคลของทารกย่อมเริ่มขึ้นด้วยเช่นกัน

การคลอดตามหลักการแพทย์ในปัจจุบันมี 2 วิธี คือการคลอดด้วยวิธีการคลอดทางช่อง คลอด (Virginal Childbirth) ข้อเท็จจริงที่แสดงว่ามารดาเข้าสู่ระยะของการคลอด คือ “อาการเจ็บ ครรภ์จริง (True Labor Pain)” เนื่องจากเป็นอาการที่ตรวจพบได้ในกรณีที่มารดาเข้าสู่ระยะคลอด อย่างแน่นอน เมื่อมารดาเริ่มมีอาการเจ็บครรภ์จริงจึงถือว่าการคลอดทางช่องคลอดได้เริ่มขึ้นแล้ว ดังนั้น ในกรณีที่เป็นการคลอดทางช่องคลอด ทารกจะเริ่มมีสภาพบุคคลเมื่อมารดาเริ่มมีอาการเจ็บ ครรภ์จริง ส่วนในการคลอดด้วยวิธีการผ่าคลอดทางช่องท้อง (Caesarean Section) มี 2 ขั้นตอน ตามลำดับ คือ การผ่าตัดที่ผนังหน้าท้อง (Abdominal Incision) และการผ่าตัดที่กล้ามเนื้อมดลูก (Uterine Incision) การเริ่มผ่าตัดที่กล้ามเนื้อมดลูกจึงเป็นจุดเริ่มต้นของการผ่าคลอดทางช่องท้อง ดังนั้น ในกรณีที่เป็นการผ่าคลอดทางช่องท้อง ทารกจะเริ่มมีสภาพบุคคลเมื่อผู้ทำคลอดเริ่มผ่าตัด ที่กล้ามเนื้อมดลูกเพื่อนำทารกออกมา หากผู้ทำคลอดเพิ่งเริ่มผ่าตัดที่ผนังหน้าท้อง ทารกก็จะยังไม่มี สภาพบุคคล

การตีความขอบเขตความหมายของศพกับซากทารกสำหรับแนวทางที่สองนี้ จะหมายความว่า ทารกที่เสียชีวิตก่อนเข้าสู่กระบวนการคลอด จะถูกเรียกว่า “ซากทารก” แต่หาก ทารกดังกล่าวเข้าสู่กระบวนการคลอดแล้ว และถึงแม้ว่าจะเสียชีวิตระหว่างกระบวนการคลอด ก็ถือว่าทารกดังกล่าวคือ “ศพ”

อย่างไรก็ตาม มีข้อพิจารณาเกี่ยวกับการคุ้มครองชีวิตของทารกในครรภ์มารดาจากกรณี ความผิดฐานฆ่าผู้อื่นโดยเจตนาของมลรัฐแคลิฟอร์เนีย ประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งจากคดี Keeler v Superior Court of Amador Count ในปี ค.ศ. 1970 ที่ได้ปฏิเสธหลักการเกิดมีชีวิตโดยผู้พิพากษา ท่านหนึ่งในคดีดังกล่าวมีความเห็นว่า ทารกในครรภ์ที่ติดได้มีสภาพความเป็นมนุษย์หรือมีสภาพ

บุคคลแล้ว ส่งผลให้กฎหมายอาญาของมลรัฐมีการเพิ่มคำว่า “ตัวอ่อน” เข้าไปเป็นกรรมแห่งการกระทำตามความผิดฐานฆ่าผู้อื่นอีกประการหนึ่งด้วย จากนั้น ในคดี *People v Smith* ปี ค.ศ. 1976 กลับให้ตีความว่า สภาพบุคคลเริ่มต้นเมื่อทารกในครรภ์สามารถอยู่รอดนอกครรภ์มารดาแล้ว ใน ค.ศ. 1994 ศาลฎีกาในคดี *People v Davis* ได้ตีความเกี่ยวกับเรื่องนี้ใหม่อีกครั้ง โดยให้ตัวอ่อน หมายถึง ทารกในครรภ์มารดาที่มีอายุ 7-8 สัปดาห์ โดยไม่ต้องพิจารณาว่าทารกจะสามารถอยู่รอดนอกครรภ์มารดาหรือไม่ และมีความเห็นเกี่ยวกับการแก้ไขกฎหมายในปี ค.ศ. 1970 ว่าการแก้ไขกฎหมายดังกล่าวมีเจตนารมณ์เพื่อให้ทารกในครรภ์มารดาได้รับการคุ้มครองในฐานะของชีวิตที่จะพัฒนาไปเป็นมนุษย์ในอนาคต แต่มิได้มีเจตนาที่จะแก้ไขกฎหมายเพื่อเปลี่ยนแปลงเงื่อนไขของ “สภาพบุคคล” ความเห็นดังกล่าวจึงกลายเป็นบรรทัดฐานของการตีความกฎหมายอาญาของมลรัฐแคลิฟอร์เนียในปัจจุบัน กล่าวคือ กรณีของความหมายของ “สภาพบุคคล” ยังคงยึดหลักการเกิดมีชีวิต เช่นเดิม แต่ในกรณีของความผิดฐานฆ่าผู้อื่นได้กำหนดให้ทารกในครรภ์ได้รับการคุ้มครองเช่นเดียวกับผู้มีสภาพบุคคลตามกฎหมาย โดยไม่ต้องพิจารณาถึงว่า ทารกดังกล่าวจะสามารถมีชีวิตรอดอยู่นอกครรภ์มารดาหรือไม่

ในปัจจุบันหลายมลรัฐของประเทศสหรัฐอเมริกาได้มีการแก้ไขกฎหมายอาญาเพื่อให้ทารกในครรภ์มารดาได้รับการคุ้มครองในฐานะชีวิตมนุษย์ โดยไม่ต้องพิจารณาว่าทารกนั้นจะสามารถมีชีวิตรอดนอกครรภ์มารดาหรือไม่ เช่น แก้ไขให้ทารกในครรภ์มารดาเป็นกรรมแห่งการกระทำตามความผิดฐานฆ่าผู้อื่นด้วย เช่น มลรัฐอริโซนา ซึ่งกฎหมายได้กำหนดให้ ความผิดฐานฆ่าผู้อื่นโดยเจตนา หมายถึง การกระทำที่เป็นเหตุให้บุคคลอื่นถึงแก่ความตายโดยเจตนา ซึ่งคำว่า “บุคคลอื่น” ในที่นี้ หมายรวมถึง ทารกที่ยังไม่เกิดด้วยโดยทารกที่ยังไม่เกิด หมายถึง ทารกที่อยู่ในมดลูก ไม่ว่าจะอยู่ในพัฒนาการขั้นตอนใดก็ตาม ดังนั้นในบางมลรัฐ สภาพบุคคล จึงมิได้เป็นองค์ประกอบของความผิดฐานฆ่าผู้อื่น นอกจากนี้ ในบางมลรัฐ ทารกในครรภ์ยังมีสภาพบุคคลภายใต้ความผิดอาญาฐานอื่นนอกเหนือไปจากฐานฆ่าผู้อื่นด้วย เช่น มลรัฐมิสซิสซิปปี และอลาบามา เป็นต้น

เมื่อพิจารณาหลักการตีความกฎหมายอาญาของไทยแล้วพบว่าจะต้องตีความโดยเคร่งครัด และต้องตีความทั้งตามตัวอักษรและเจตนารมณ์ของกฎหมายไปพร้อม ๆ กัน หมายความว่า การตีความกฎหมายอาญาห้ามตีความกฎหมายเกินตัวบท โดยในกรณีที่เกิดช่องว่างของกฎหมายขึ้นจากการตีความที่ถูกต้องแล้ว จะไม่สามารถนำกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งมาปรับใช้เพื่อลงโทษผู้กระทำได้ ด้วยเหตุนี้ การที่มาตรา 199 ประมวลกฎหมายอาญาบัญญัติไว้ว่า “ผู้ใดลอบฝัง ซ่อนเร้น ยักยอก หรือทำลายศพหรือส่วนของศพเพื่อปิดบังการเกิด การตาย หรือเหตุแห่งการตาย ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือปรับไม่เกินสองพันบาทหรือทั้งจำทั้งปรับ” จึงมีอาชญากรรมความหมาย

ของคำว่า “ศพและส่วนของศพ” ตามบทบัญญัติของกฎหมายนี้ให้หมายรวมถึง “ซากทารกหรือส่วนของซากทารก” ได้ ด้วยเหตุนี้ จึงสมควรมีการแก้ไขปรับปรุงบทบัญญัติของประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 199 ให้ครอบคลุมไปถึง “ซากหรือส่วนของซากทารก” ด้วย เพื่อให้ประมวลกฎหมายอาญาสามารถให้ความคุ้มครองแก่ชีวิตมนุษย์ได้โดยสมบูรณ์มากยิ่งขึ้น

4.1.2 ปัญหาเกี่ยวกับขอบเขตความรับผิดชอบในส่วน of มุลเหตุชักจูงใจ

มูลเหตุชักจูงใจ ปรากฏอยู่ทั้งในประมวลกฎหมายแพ่ง กฎหมายอาญาและกฎหมายปกครอง ซึ่งมูลเหตุชักจูงใจที่ปรากฏอยู่ในกฎหมายต่าง ๆ ที่กล่าวมาล้วนมีขอบเขตที่แตกต่างกัน มูลเหตุชักจูงใจในกฎหมายแพ่ง หมายถึง สาเหตุใด ๆ ก็ตามที่ชักจูงใจหรือกระตุ้นให้บุคคลสมัครใจที่จะเข้าทำนิติกรรม ส่วนมูลเหตุชักจูงใจในกฎหมายอาญา หมายถึง เจตนาพิเศษซึ่งเป็นองค์ประกอบภายในอย่างหนึ่งนอกเหนือจากเจตนาขณะ that มุลเหตุชักจูงใจในกฎหมายปกครอง จะใช้ในบริบทของมูลเหตุในการออกคำสั่งทางปกครอง ซึ่งแบ่งเป็น 2 ประเภท คือ มูลเหตุทางข้อเท็จจริง และมูลเหตุทางกฎหมาย

มูลเหตุชักจูงใจ (Motive) ในทางกฎหมายอาญาได้แก่ เหตุผลส่วนตัวหรือวัตถุประสงค์ในทำที่สุดของผู้กระทำความผิด มูลเหตุชักจูงใจมิใช่เจตนา แต่เป็นจุดมุ่งหมายที่ซ่อนไว้หลังเจตนาแห่งการกระทำ¹³³ กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ มูลเหตุชักจูงใจคือสาระสำคัญทางด้านจิตใจที่ก่อให้เกิดการกระทำผิดและมีส่วนก่อให้เกิดการกระทำผิดนั้น ๆ

ในเรื่องของเจตนา เมื่อศึกษาเกี่ยวกับโครงสร้างความรับผิดชอบตามระบบกฎหมายจารีตประเพณีพบว่า ได้อธิบายความหมายเกี่ยวกับเรื่องเจตนา ไว้แตกต่างจากระบบกฎหมายของไทย โดยเจตนาของระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ ได้แก่ ประเทศอังกฤษ สหรัฐอเมริกา ได้วางโครงสร้างการรับผิดชอบทางอาญาออกเป็น 2 ส่วน คือ ส่วนที่เป็นการกระทำในสิ่งที่ผิดกฎหมาย และส่วนที่เป็นเจตนาร้าย หรือจิตใจชั่วร้าย โดยคำว่า เจตนาร้าย นั้นครอบคลุมในส่วนที่เป็นการกระทำโดยเจตนา และการกระทำโดยประมาทไม่รู้ตัว ซึ่งเป็นเจตนาในส่วน of เจตนาทั่วไปเท่านั้น โดยมีได้มีการบัญญัติถึง เจตนาพิเศษ ดังเช่นปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายอาญาของไทยแต่ประการใด ด้วยเหตุนี้ ผู้ศึกษาจึงเห็นพ้องกับความเห็นของนักวิชาการกฎหมายของไทย เช่น ศาสตราจารย์ แสวง บุญเฉลิมวิภาส¹³⁴ ที่เห็นว่า การนำหลัก Mens Rea มาใช้อธิบายกับประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมาย (Civil Law) นั้นไม่ถูกต้องเหมาะสม และไม่สอดคล้องกับความหมายที่ประมวลกฎหมายอาญาได้ให้ไว้เพราะความหมายของเจตนาที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญานั้น เป็นความหมายของเจตนาในเรื่องการรู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิด และประสงค์ต่อผลหรือยอม

¹³³ ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ ก. (2550). คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคทั่วไป. หน้า 75.

¹³⁴ แสวง บุญเฉลิมวิภาส. (2551). หลักกฎหมายอาญา. หน้า 60-61.

เล็งเห็นผล อันมีลักษณะเป็นบททั่วไป แต่ไม่ได้มีความหมายว่าเป็นเจตนาดีหรือเจตนาร้าย แต่ประการใด

ขณะเดียวกันในระบบกฎหมายอาญาของประเทศเยอรมัน ซึ่งเป็นประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมายเช่นเดียวกับประเทศไทย ได้มีการบัญญัติเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางอาญาของบุคคลในเรื่ององค์ประกอบภายในเอาไว้ว่าหมายถึง เจตนา มูลเหตุชกแจงใจ หรือประมาท ซึ่งใกล้เคียงกับระบบกฎหมายอาญาของประเทศไทย

โดยปกติ การพิจารณาองค์ประกอบภายในของการกระทำความผิดจะมุ่งพิจารณาเจตนาเป็นสำคัญ ถ้าได้ความว่า บุคคลกระทำผิดโดยเจตนาที่เพียงพอที่จะวินิจฉัยความรับผิดชอบโดยไม่ต้องคำนึงว่าบุคคลนั้นจะกระทำด้วยสาเหตุหรือมูลเหตุชกแจงใจประการใด ดังเช่น ความผิดต่อชีวิต ถ้าได้ความว่า ผู้นั้นกระทำโดยเจตนาถือว่าต้องรับผิดชอบแม้จะฆ่าโดยมีมูลเหตุชกแจงใจที่เกิดจากความโกรธหรือการฆ่าด้วยความสงสารต้องการช่วยให้ผู้อื่นพ้นทุกข์ (Mercy Killing) ก็ตามแต่ในการกระทำผิดอาญาบางฐานลำพังเจตนาอย่างเดียว ยังไม่เพียงพอที่จะถือว่าผู้กระทำมีความผิดฐานนั้น แต่ต้องได้ความว่า ผู้นั้นได้กระทำความผิดโดยมีมูลเหตุชกแจงใจเป็นองค์ประกอบของความผิดด้วย หรือที่เรียกว่า เจตนาพิเศษ¹³⁵ ซึ่งกฎหมายจะใช้คำว่า “เพื่อ” หรือ “โดย” เช่น ความผิดฐานโกงเจ้าหนี้ ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 349 นอกจากผู้กระทำความผิดโดยเจตนาแล้ว ยังต้องกระทำเพื่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้รับจำนำด้วย หรือในความผิดฐานลักทรัพย์ ตามมาตรา 334 นอกจากผู้กระทำจะต้องกระทำโดยเจตนาแล้ว จะต้องได้ความว่าผู้นั้นมีมูลเหตุชกแจงใจ “โดยทุจริต” กล่าวคือ เพื่อแสวงหาประโยชน์ที่มิควรได้โดยชอบด้วยกฎหมายสำหรับตนเองหรือผู้อื่น¹³⁶

ในส่วนของประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 199 ซึ่งบัญญัติไว้ว่า “ผู้ใดลอบฝัง ซ่อนเร้น ยักยอก หรือทำลายศพหรือส่วนของศพเพื่อปิดบังการเกิด การตาย หรือเหตุแห่งการตาย ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือปรับไม่เกินสองพันบาทหรือทั้งจำทั้งปรับ” เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติของมาตรานี้จะเห็นได้ว่า หากมีผู้หนึ่งผู้ใด ลอบฝัง ซ่อนเร้น ยักยอก หรือทำลายศพหรือส่วนของศพ โดยการกระทำความผิดดังกล่าว มิได้กระทำโดยมีความประสงค์ในการปิดบังการเกิดการตายหรือเหตุแห่งการตายซึ่งเป็นการกระทำที่มุ่งประสงค์ต่อหลักฐานการกระทำความผิด เช่น มีความประสงค์ในการกระทำต่อศพเพื่อทำพิธีทางไสยศาสตร์ ดังกรณีของนายหาญ รักษาจิตร ที่ได้นำศพของทารกไปทำกุมารทอง ถือว่าการกระทำของนายหาญดังกล่าวมิได้อยู่ในขอบเขตของความรับผิดชอบในมูลเหตุชกแจงใจในความผิดฐานปิดบังซ่อนเร้นทำลายศพ เนื่องจากการกระทำความผิดดังกล่าวเป็นเพียง

¹³⁵ ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ ก เล่มเดิม.

¹³⁶ คณิต ณ นคร ช (2547). กฎหมายอาญาภาคทั่วไป. หน้า 157.

การกระทำไปโดยความเชื่อในพิธีกรรม มิได้มีเจตนาในการปิดบังการเกิด การตายหรือเหตุแห่งการตาย ในแง่ของการกลบเกลื่อนหลักฐานในการกระทำความผิด แต่ประการใด

ดังที่ได้กล่าวไปแล้วว่า กฎหมายอาญาเป็นกฎหมายที่กำหนดความผิดและวางโทษไว้ และการลงโทษทางอาญาเป็นการดัดสิทธิเสรีภาพของบุคคลและสร้างความทุกข์ทรมานให้ผู้ต้องรับโทษอาญาโดยแท้การตีความกฎหมายที่มีโทษทางอาญาจึงแตกต่างไปจากการตีความกฎหมายอื่น กล่าวคือ ต้องตีความโดยเคร่งครัดตามตัวอักษรในบทกฎหมายเท่านั้น และห้ามใช้กฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งมาพิจารณาโทษทางอาญา ดังนั้นจากบทบัญญัติของมาตรา 199 แห่งประมวลกฎหมายอาญานี้ บัญญัติเจตนาพิเศษเอาไว้ว่าต้องเป็นการกระทำที่เกี่ยวกับการปิดบังซ่อนเร้นทำลายศพ อันเป็นลักษณะของการทำลายหลักฐานของการกระทำผิดเท่านั้น ดังนั้นจึงมีอาจขยายความไปเอาผิดต่อบุคคลที่กระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดต่อศพ หรือส่วนของศพ ซากหรือส่วนของซากทารก อันมิได้มีเจตนาในการปิดบังซ่อนเร้นทำลายศพได้ อย่างไรก็ตาม การกระทำความผิดดังกล่าวเป็นการกระทำที่ไม่เหมาะสมต่อศพ หรือส่วนของศพ ซากหรือส่วนของซากทารกที่ชาวพุทธส่วนใหญ่ไม่อาจยอมรับได้ ขณะเดียวกันเมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติของประมวลกฎหมายอาญาของไทยที่มีผลบังคับใช้อยู่ในปัจจุบัน กลับไม่มีบทบัญญัติใดให้ความคุ้มครองเกี่ยวกับการกระทำที่ไม่เหมาะสมต่อศพหรือส่วนของศพ หรือซากหรือส่วนของซากทารกจากการกระทำที่ไม่เหมาะสมในลักษณะต่าง ๆ ทั้งที่ผู้กระทำสมควรได้รับโทษจากการกระทำของตนอย่างพอควรแก่เหตุของการกระทำ

อนึ่ง ความผิดตามมาตรา 199 ซึ่งบัญญัติไว้ในลักษณะ 3 ความผิดเกี่ยวกับการยุติธรรม ซึ่งต้องมีเจตนาพิเศษเพื่อปิดบังการเกิด การตายหรือเหตุแห่งการตาย จึงเห็นได้ว่ามาตรา 199 ประมวลกฎหมายอาญาดังกล่าว มีความมุ่งหมายหรือมีเจตนารมณ์ที่จะให้ความคุ้มครองด้านพยานหลักฐานโดยมิได้มีความมุ่งหมายที่จะให้ความคุ้มครองต่อร่างของผู้ตาย ซึ่งถึงแม้จะเสียชีวิตไปแล้ว แต่การกระทำต่อคนตายอันมีลักษณะที่ไม่เหมาะสมดังกล่าวย่อมส่งผลกระทบต่อความรู้สึกของครอบครัวผู้ตาย และสังคม ด้วยเหตุนี้ ผู้ศึกษาจึงเห็นว่า ควรมีการบัญญัติฐานความผิดเกี่ยวกับการกระทำที่ไม่เหมาะสมกับศพหรือส่วนของศพ หรือซากหรือส่วนของซากทารกขึ้นมาใหม่อีกฐานความผิดหนึ่ง เพื่อให้กฎหมายอาญาของไทย สามารถให้การคุ้มครองต่อชีวิตมนุษย์ทั้งชีวิตที่เกิดขึ้นแล้วและชีวิตที่ยังมิได้มีสภาพความเป็นมนุษย์ ซึ่งถึงแม้ตายไปแล้ว ให้ได้รับการคุ้มครองจากการกระทำที่ไม่เหมาะสมในลักษณะต่าง ๆ ให้สมบูรณ์มากยิ่งขึ้น

4.2 วิเคราะห์คำพิพากษาศาลฎีกาและความเห็นทางกฎหมายเกี่ยวกับการกำหนดความรับผิดชอบปิดบัง ซ่อนเร้น ทำลายศพ

จากปัญหาการทำแท้งในสังคมไทยที่ทวีความรุนแรงมากขึ้นในปัจจุบัน ประกอบกับความเชื่อโยงเกี่ยวกับพิธีทางไสยศาสตร์ยังมีได้หมดไปจากสังคมไทย ทำให้เกิดรูปแบบของการกระทำผิดใหม่ ๆ เกิดขึ้น เช่น กรณีของเนรแอหรือนายหาญ รักษาจิตร ซึ่งได้นำซากหรือศพของทารกไปใช้ในพิธีทางไสยศาสตร์ โดยเอาซากหรือศพของทารกมาย่างไฟเพื่อทำพิธีทำลูกกรอกกุมารทอง ซึ่งคดีดังกล่าว ศาลพิพากษาให้จำเลยมีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 199 ให้ลงโทษจำคุกเป็นเวลา 1 ปี¹³⁷ จากกรณีของคำพิพากษาในคดีดังกล่าว ศาสตราจารย์ ดร.ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ มีความเห็นว่า ไม่เห็นด้วยกับคำพิพากษาในคดีนี้ โดยมีความเห็นว่า จำเลยไม่สมควรที่จะมีความผิดในฐานนี้ เนื่องจากประการแรก การกระทำตามมาตรา 199 นี้ จะต้องเป็นการกระทำต่อ “ศพ” ซึ่งพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2525 ปรับปรุงแก้ไขใหม่ ได้ให้ความหมายของ “ศพ” ว่า หมายความว่า ร่างของคนที่ตายแล้ว และตามกฎหมาย คนที่ตายได้จะต้องมีการเกิดก่อน หากยังไม่เกิดก็ยังไม่สามารถเรียกว่า คนตายได้ หมายความว่า ทารกที่ถูกนำมาใช้ในพิธีทางไสยศาสตร์กรณีของนายหาญ รักษาจิตรนี้ จะต้องเป็นศพของทารกที่เคยมีสภาพบุคคลแล้วเท่านั้น หากใช้เด็กที่เสียชีวิตในขณะมารดาตั้งครรภ์หรือได้ซากทารกมาจากการทำแท้งเถื่อน ซากทารกดังกล่าวจึงมิใช่ศพ ที่จะนำมาเป็นองค์ประกอบของความผิดตามมาตรา 199 นี้ได้

นอกจากนี้ การกระทำของนายหาญ ยังต้องเป็นไปโดยมี “มูลเหตุจงใจ” เพื่อ “ปิดบัง การเกิด การตาย หรือเหตุแห่งการตาย..” ซึ่งกรณีของนายหาญ รักษาจิตร ซึ่งได้กระทำการอย่างซากหรือศพของทารกอย่างเปิดเผย โดยเรียกชาวบ้าน และสื่อมวลชนมาสังเกตการณ์ในการทำพิธี และยอมให้มีการถ่ายภาพได้ด้วย การกระทำความผิดดังกล่าวจึงไม่มีความมุ่งหมายไปในทางที่จะกระทำต่อศพในทางที่เกี่ยวกับพยานหลักฐาน กล่าวคือ การย้ายหรือทำลายศพหรือส่วนของศพ เพื่อปิดบัง ซ่อนเร้น กลบเกลื่อนหลักฐานในกรณีที่เกี่ยวข้องกับความผิดทางอาญา แต่การกระทำความผิดดังกล่าวยังเป็นไปโดยความเชื่ออย่างมงายในทางพิธีกรรม ไม่เกี่ยวกับอาชญากรรมใด ๆ ดังนั้นการกระทำของนายหาญ รักษาจิตร จึงไม่มีองค์ประกอบในเรื่องมูลเหตุจงใจไปในทางเพื่อปิดบังการเกิด การตาย หรือเหตุแห่งการตาย อันจะเป็นองค์ประกอบของความผิดตามมาตรา 199 ได้

เมื่อพิจารณาตามความเห็นของศาสตราจารย์ ดร.ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ เกี่ยวกับความผิดฐานปิดบัง ซ่อนเร้น ทำลายศพ สรุปได้ว่า บุคคลที่จะกระทำความผิดฐานนี้ได้ บุคคลดังกล่าวจะต้องมีการกระทำที่ครบองค์ประกอบตามที่กฎหมายบัญญัติ ซึ่งประกอบไปด้วย 4 หลักเกณฑ์กล่าวคือ (1) มีการกระทำ อันหมายถึง การกระทำอย่างหนึ่งอย่างใดในการปิดบังการเกิด การตาย หรือเหตุแห่ง

¹³⁷ ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ ข เล่มเดิม, หน้า 811.

การตาย (2) การกระทำความผิดก่อการประทุษร้ายนอกของความคิด ได้แก่ มีผู้กระทำการกระทำ และมีวัตถุแห่งการกระทำ (3) วัตถุแห่งการกระทำความผิด ตามบทบัญญัติของมาตรา 199 ประมวลกฎหมายอาญานี้ หมายถึง ร่างของผู้ที่เสียชีวิตที่เคยมีสภาพบุคคลมาก่อน และ (4) การกระทำนั้นประกอบประกอบภายในของความคิดนั้น ซึ่งองค์ประกอบภายในตามมาตรา 199 ประมวลกฎหมายอาญา เจตนาในที่นี้หมายถึง มูลเหตุจูงใจ เพื่อ “ปิดบังการเกิด การตาย หรือ เหตุแห่งการตาย..” หากขาดองค์ประกอบในข้อใดข้อหนึ่งดังที่กล่าวมานี้ ผู้กระทำก็จะ ไม่มีความผิดฐานนี้

ขณะเดียวกัน เมื่อพิจารณา คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4683/2541 ซึ่งจำเลยในคดีดังกล่าวกระทำความผิดฐานย้ายศพเพื่อปิดบังการตายหรือเหตุแห่งการตาย โดยข้อเท็จจริงเมื่อปรากฏจากการนำสืบของโจทก์ว่า ศพของผู้ตายถูกเคลื่อนย้ายไปเพียง 20 เมตรและย้ายไปอยู่ในที่เปิดเผยสามารถถูกพบได้โดยง่าย จากกรณีดังกล่าวนี้ ศาลจึงตัดสินว่าการกระทำของจำเลยไม่มีลักษณะเป็นการย้ายเพื่อปิดบังการตายหรือเหตุแห่งการตาย อันเป็นมูลเหตุจูงใจหรือเจตนาพิเศษของความผิดฐานนี้ ด้วยเหตุนี้จึงพิจารณาพิพากษาว่าจำเลยไม่มีความผิดในฐานนี้

ทำนองเดียวกับ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 773/2502 กรณีของนายไปล์ผู้ตายกับนายไสวจำเลยทู่เมียงกันจนนายไปล์ผู้ตายเตะปากนายไสวจำเลยไปทีหนึ่ง นายไสวจำเลยคิดว่าไม่สะดวกดินนายไปล์ถูกแฉกค้อนทันที นายไปล์ยังไม่ทันทำอะไรต่อไป นายแหวนจำเลยอยู่ที่บ้านของตนเห็นนายไสวจำเลยซึ่งเป็นน้องชายถูกนายไปล์เตะปาก จึงพลอยเจ็บแค้นวิ่งมาเตะนายไปล์ มิได้คบคิดกันมาก่อน แต่อย่างใดนายไปล์ตายเพราะถูกตีค้อนหัก ความตายของนายไปล์จึงเป็นผลจากการกระทำของนายไสวจำเลย นายไสวจำเลยจึงมีความผิดฐานฆ่าคนโดยเจตนา ส่วนนายแหวนจำเลยผิดเพียงฐานกระทำให้นายไปล์ได้รับอันตรายแก่กาย

ข้อเท็จจริงของคดีนี้ในส่วนที่เป็นความผิดฐานย้ายศพทำลายศพ คือ ตอนที่จำเลยทั้งสองช่วยกันหามนายไปล์ผู้ตายไปทิ้งน้ำ ซึ่งถือว่าการกระทำในส่วนนี้ มีเจตนาพิเศษเพื่อมิให้ผู้ใดพบศพ อันเป็นการปิดบังการเกิด การตายหรือสาเหตุแห่งการตาย ศาลจึงพิพากษาให้จำเลยทั้งสองร่วมกันกระทำความผิดฐานย้ายและซ่อนเร้นศพเพื่อปกปิดการตายและเหตุแห่งการตายของนายไปล์

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 8329/2540 หลังจากจำเลยที่ 1 ฆ่าผู้ตายแล้ว จำเลยที่ 1 ร่วมกับจำเลยที่ 2 และที่ 3 ซ่อนเร้นศพผู้ตายโดยทิ้งศพพร้อมด้วยรถยนต์กระบะของผู้ตายลงไปในบ่อดินลูกรังเพื่อปิดบังการตาย ศาลพิพากษาว่า จำเลยที่ 1 มีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 199 ฐานซ่อนเร้นศพจำคุก 1 ปี จำเลยที่ 2 และที่ 3 มีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 199 จำคุกคนละ 1 ปี

คำพิพากษาฎีกาที่ 8158/2544 มีคนร้ายจำจับตัวนายณรงค์ นางมาลี และนางสาวปทุมทอง ทั้งสามมัดด้วยเชือกและผ้าห่มห่อหุ้มไว้ภายในร้านแสงชัยพาณิชย์ แล้วบังคับให้นายณรงค์และนางสาวปทุมทอง ลงลายมือชื่อสั่งจ่ายและกรอกข้อความในเช็คและนำเช็คนั้นไปเรียกเก็บเงินจากธนาคาร จากนั้นคนร้ายได้ใช้ค้อนปอนด์ทุบตีศีรษะของนายณรงค์และใช้เชือกกับผ้ารัดคอจนผู้ตายทั้งสามถึงแก่ความตายตามลำดับ แล้วนำศพของผู้ตายใส่โองีงใช้ปูนซีเมนต์โบกทับและนำไปทิ้ง ศาลพิพากษาในกรณีมาตร 199 ให้จำคุก 1 ปี

คำพิพากษาฎีกาที่ 278/2545 หลังจากที่ถูกจำเลยทั้ง 4 ยิงฟันและแทงประทุษร้ายร่างกายนายวิเชียรโดยเจตนาฆ่าและโดยไตร่ตรองไว้ก่อน เป็นเหตุให้นายวิเชียรถึงแก่ความตายแล้ว หลังจากนั้นจำเลยทั้งสี่ร่วมกันช่วยซ่อนเร้น ย้าย และทำลายศพผู้ตาย โดยใช้น้ำมันราดและจุดไฟเผาศพเพื่อปิดบังการตายและเหตุแห่งการตายของผู้ตาย กรณีความผิดฐานนี้ศาลพิพากษาให้จำคุกจำเลยคนละ 1 ปี จำเลยให้การรับสารภาพเป็นประโยชน์แก่การพิจารณา มีเหตุบรรเทาโทษลดให้กึ่งหนึ่งตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 78 ประกอบมาตรา 52 (ที่ถูกลดมาตรา 52(2)) ขอให้ทำลายศพจำคุก คนละ 6 เดือน

อย่างไรก็ตาม การปิดบัง การเกิด การตายหรือเหตุแห่งการตายนั้น มิได้หมายความว่าความตั้งใจในการทำลายศพเสมอไป หากเพียงเป็นการกระทำความผิดอย่างหนึ่งอย่างใดที่หลีกเลี่ยงมิให้เจ้าหน้าที่ทราบถึงสาเหตุแห่งการตาย ก็ถือเป็นเจตนาพิเศษหรือมูลเหตุจงใจในการปิดบัง ซ่อนเร้น ทำลายศพแล้ว ดังคำพิพากษาฎีกาที่ 6255/2534 โจทก์บรรยายฟ้องว่าภายหลังจากจำเลยได้ฆ่า ส.ถึงแก่ความตายแล้ว จำเลยได้ปกปิดความจริงไม่บอกให้บิดามารดาผู้ตายทราบถึงการเจ็บป่วยของผู้ตาย และเมื่อผู้ตายถึงแก่ความตายแล้ว จำเลยรีบนำศพจากบ้าน ไปตั้งบำเพ็ญกุศลที่วัดเพื่อทำการฌาปนกิจโดยมิได้แจ้งให้พนักงานเจ้าหน้าที่ทราบ เมื่อมีผู้ขอศพผู้ตาย จำเลยก็ไม่ยอมให้ดู ตามพฤติการณ์ดังกล่าวนี้ ศาลพิจารณาแล้วเห็นว่าจำเลยมีเจตนาที่จะปิดบังการตายหรือเหตุแห่งการตายของผู้ตาย การกระทำของจำเลยจึงเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 199

เมื่อศึกษาเกี่ยวกับคำพิพากษาศาลฎีกาที่ผ่านมามีพบว่า องค์ประกอบภายในของการกระทำความผิด ในส่วนของมูลเหตุจงใจ ทุกคดีจะเป็นการกระทำต่อศพ โดยมีมูลเหตุจงใจในการปิดบัง ซ่อนเร้น ทำลายศพในลักษณะการพยายามปิดบังทำลายหลักฐานของการกระทำความผิดทั้งสิ้น มิได้มีความเกี่ยวข้องกับการกระทำที่ไม่เหมาะสมกับศพหรือส่วนของศพ ซากหรือส่วนของซากทารกแต่ประการใด ดังนั้น ในส่วนของการกระทำที่ไม่เหมาะสมต่อศพ ไม่ว่าจะเป็นการนำศพหรือส่วนของศพ ซากหรือส่วนของซากทารก มาทำพิธีทางไสยศาสตร์ดังกล่าว ผู้ศึกษาเห็นว่าควรมีการเพิ่มเติมฐานความผิดเกี่ยวกับการกระทำที่ไม่เหมาะสมต่อศพหรือส่วนของศพ ซากทารกหรือส่วนของซากทารกในประมวลกฎหมายอาญาเป็นอีกฐานความผิดหนึ่ง ทั้งนี้เพื่อเป็นการ

คุ้มครองศีลธรรมอันดีและความสงบสุขของสังคมโดยภาพรวม มิให้มีการนำศพหรือส่วนของศพ ซากทารกหรือส่วนของซากทารก มากระทำการใด ๆ อันเป็นการไม่เหมาะสมและไม่เป็นที่ยอมรับ ของสังคม

4.3 วิเคราะห์เปรียบเทียบขอบเขตความผิดฐานปิดบัง ซ่อนเร้น ทำลายศพ ในประเทศไทยกับ ต่างประเทศ

ระบบกฎหมายของประเทศอังกฤษนั้น แต่เดิมศาลได้นำจารีตประเพณีมาใช้ตัดสินคดี จนเกิดเป็นแนวปฏิบัติในศาลที่คดีหลัง ๆ ได้ยึดถือปฏิบัติตามคือหลักกฎหมายจากคำพิพากษาของ ศาล ต่อมาฝ่ายนิติบัญญัติมีอำนาจออกกฎหมายลายลักษณ์อักษร มีผลทำให้ประเทศอังกฤษใช้ กฎหมายจากที่มา 2 ระบบ คือ จากแนวการปฏิบัติตามคำพิพากษาที่เคยมีอยู่เดิมและกฎหมายลาย ลักษณ์อักษร

เมื่อศึกษากฎหมายของประเทศอังกฤษเกี่ยวกับการปิดบังซ่อนเร้นทำลายศพ อันมีลักษณะใกล้เคียงกับการกระทำความผิดตามมาตรา 199 แห่งประมวลกฎหมายอาญาของไทย พบว่า กรณีที่ผู้กระทำความผิดได้จัดการกับศพอย่างใดอย่างหนึ่ง โดยมีวัตถุประสงค์ที่จะขัดขวาง การสอบสวนของเจ้าหน้าที่ มีตัวอย่างจากคำพิพากษาของศาลเกิดขึ้นในคดี Godward (1998) 1 Cr App R(S) 385 ศาลได้ให้ความเห็นว่า ปัจจัยที่สำคัญที่สุดในการขัดขวางแนวทางปฏิบัติแห่ง ความยุติธรรมโดยการปกปิดศพ คือ เจตนาของผู้กระทำความผิด กล่าวคือถ้าเป้าหมายเป็นการขัดขวาง กระบวนการยุติธรรมและทำให้ยากต่อการฟ้องร้องผู้กระทำความผิดหรือนุคคลอื่น ผู้กระทำความผิดก็สมควรได้รับการลงโทษขั้นสูงในระดับที่เหมาะสม แต่หากเขาขาดเจตนาดังกล่าว การตัดสินลงโทษที่เบาลงก็จะเป็นการเหมาะสม ซึ่งข้อเท็จจริงในคดีนี้ ผู้กระทำความผิดปกปิด สถานที่ที่ศพถูกทิ้งไว้อยู่ในตู้เสื้อผ้าเป็นเวลานาน 5 เดือน ทั้งที่เจ้าหน้าที่ตำรวจได้ถามจำเลยถึง 2 ครั้ง คดีนี้ ศาลพิพากษาลงโทษจำคุก 4 ปี ลดโทษเหลือจำคุก 3 ปี เช่นเดียวกับคดี R.V. Gareth Neil Butterworth ซึ่งการกระทำของจำเลยคือ การที่จำเลยได้ปกปิดศพของบุคคลที่ตายจากการใช้ยา เกินขนาด ซึ่งศาลในคดีนี้เห็นว่า ผู้กระทำความผิดมีการกระทำโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อปกปิดการ กระทำความผิดฐานใช้ยา ศาลจึงพิพากษาลงโทษจำคุก 3 ปี ฐานขัดขวางเจ้าหน้าที่ชันสูตรศพ นอกจากนั้นในคดี Whiteley (2001) 2 CR App R (S) 119 ข้อเท็จจริงของคดีนี้ ผู้กระทำความผิด มิได้มีส่วนร่วมในการตายของผู้ตาย แต่ผู้กระทำได้ช่วยเคลื่อนย้ายศพของผู้ตายซึ่งเป็นผู้ติดยาจากที่ พัก (แฟลต) ที่ผู้ตายเสียชีวิตไปซ่อนไว้ในคุน้ำ โดยศาลเห็นว่าการกระทำความผิดดังกล่าวเป็นการแทรกแซง กระบวนการยุติธรรม และเป็นการกระทำที่ก่อให้เกิดความโศกเศร้าต่อบุคคลผู้สูญเสียญาติหรือ เพื่อนสนิท และเป็นการตัดสิทธิคนตายที่จะได้รับการฝังที่เหมาะสม รวมทั้งก่อให้เกิดความกังวลต่อ

ญาติของบุคคลนั้นว่าตายไปแล้วหรือไม่ เมื่อมีการพยายามปิดบังการตายนั้น ศาลได้ลงโทษจำคุก 30 เดือน โดยลดโทษให้เหลือ 18 เดือน

สำหรับบทบัญญัติของกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษร พบในกรณีของการปิดบังอำพราง ซ่อนเร้น ลอบฝังซากทารกหรือส่วนหนึ่งส่วนใดของซากทารก ซึ่งปรากฏอยู่ในบทบัญญัติของพระราชบัญญัติการกระทำผิดกฎหมายต่อบุคคล ค.ศ. 1861 มาตรา 60 เป็นบทบัญญัติโดยตรงที่เกี่ยวกับการปกปิดการเกิดของเด็ก โดยบัญญัติไว้ว่า “ถ้าหญิงให้กำเนิดเด็ก แล้วบุคคลใด ๆ พยายามปิดบังการเกิดโดยการจัดการอย่างลับ ๆ ต่อศพของเด็กดังกล่าวไม่ว่าเด็กนั้นจะตายก่อน ขณะหรือหลังเกิด จะต้องมีความผิดและถูกฟ้องร้องในการไต่ตรองอย่างรอบคอบของศาล ให้มีโทษจำคุกไม่เกิน 2 ปี”

เห็นได้ว่าความผิดตามมาตรา 60 แห่งพระราชบัญญัติการกระทำผิดกฎหมายต่อบุคคล ค.ศ. 1861 เป็นความผิดฐานปกปิดการเกิดของเด็ก ซึ่งเป็นการกระทำของบุคคลที่เกี่ยวข้องกับการคลอดรวมถึงพ่อแม่ของเด็กที่มีส่วนร่วมในการกระทำใด ๆ อันเป็นการปกปิดการเกิดหรือการไม่แจ้งการเสียชีวิตของเด็ก โดยระบบกฎหมายของประเทศอังกฤษได้บัญญัติฐานความผิดนี้ให้เป็นฐานความผิดหนึ่งขึ้นโดยเฉพาะ เป็นที่น่าสังเกตว่ามาตรา 60 แห่งพระราชบัญญัติการกระทำผิดกฎหมายต่อบุคคล ค.ศ. 1861 นี้ บัญญัติครอบคลุมถึงทารกที่เสียชีวิตทั้งก่อนคลอด ขณะคลอดและหลังคลอดเอาไว้ โดยบุคคลที่กระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดต่อซากหรือส่วนหนึ่งส่วนใดของซากทารกแล้วมีตามที่บัญญัติไว้ในความผิดฐานนี้ทั้งสิ้น โดยมีได้คำนึงถึงสภาพบุคคลของทารกแต่ประการใด

ส่วนประเทศสหรัฐอเมริกา เนื่องจากระบบกฎหมายมีความแตกต่างจากประเทศอื่นในลักษณะที่ แต่ละมลรัฐสามารถบัญญัติกฎหมายของตนเองและมีผลบังคับใช้ภายในมลรัฐได้ ทำให้การศึกษาเกี่ยวกับความผิดฐานปิดบัง ซ่อนเร้น ทำลายศพ จำเป็นต้องศึกษากฎหมายในแต่ละมลรัฐ โดยพบว่าการแยกบทบัญญัติเกี่ยวกับการปิดบังการเกิด การตายของทารกเป็นคนละฐานความผิดกับการทำลายศพที่มีเจตนาฆาตในการกระทำต่อหลักฐานการกระทำผิดอันเป็นการขัดขวางกระบวนการสอบสวนของเจ้าหน้าที่ตำรวจ

การปิดบังการเกิดการตายของทารกถูกบัญญัติไว้ในความผิดฐานปิดบังการเกิด (Concealing Birth) ซึ่งบัญญัติครอบคลุมถึงทารกทั้งที่เสียชีวิตก่อนคลอดและหลังคลอด ดังนั้นสภาพบุคคลของทารกจึงไม่เป็นองค์ประกอบของความผิดฐานนี้ เช่น มลรัฐเคนทักกีซึ่งบัญญัติความผิดฐานนี้ไว้ใน Ky. Acts ch.406, sec.b 259530.030b เกี่ยวกับการปิดบังการเกิดของทารก บัญญัติว่า (1) บุคคลมีความผิด หากกระทำการปกปิดการเกิด การตาย ของทารก โดยมีเจตนาเพื่อป้องกันการพิสูจน์การตายหรือการมีชีวิตอยู่ของทารกขณะแรกคลอด (2) การปกปิด

การเกิดของทารกดังกล่าวเป็นความผิดอาญา เช่นเดียวกับ บทบัญญัติของกฎหมายของมลรัฐวอชิงตัน บัญญัติฐานความผิดเกี่ยวกับการปกปิดการเกิดไว้ใน RCW 9.02.050 ความว่า บุคคลที่พยายามที่จะปกปิดการเกิดของเด็กโดยการจัดการอย่างหนึ่งอย่างใดกับซากทารกไม่ว่าจะเป็นทารกที่เสียชีวิตก่อนหรือหลังการเกิด บุคคลดังกล่าวจะต้องมีความผิดทางอาญาร้ายแรง

ขณะที่ การกระทำที่เป็นความผิดฐานปกปิดการตาย (Concealing Death) เป็นบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการปกปิดหลักฐานอันเป็นการขัดขวางการดำเนินงานของเจ้าหน้าที่ชันสูตร การปกปิดการตาย โดยการชักย้ายทำลายศพของระบบกฎหมายประเทศสหรัฐอเมริกา พบว่า ในแต่ละมลรัฐได้มีบทบัญญัติของกฎหมายเกี่ยวกับการกระทำดังกล่าวแตกต่างกันไป

มลรัฐจอร์เจีย ได้บัญญัติไว้ในกฎเกณฑ์และรหัสของจอร์เจีย (Georgia Statutes and Codes) หัวข้อ § 16-10-31 –การปกปิดการตายของบุคคลอื่น (Concealing death of another person) ความว่า “บุคคลที่ทำการปกปิดการตายของบุคคลอื่น อันเป็นอุปสรรคต่อการค้นพบ ไม่ว่าบุคคลดังกล่าวถูกฆ่าตายโดยผิดกฎหมาย หรือเป็นหลักฐานของการกระทำความผิดอาญา ต้องระวางโทษจำคุก ไม่น้อยกว่า 1 ปี ถึง 10 ปี ปรับไม่น้อยกว่า 1,000 เหรียญ หรือไม่เกิน 5,000 เหรียญ ทั้งจำทั้งปรับ

มลรัฐอิลลินอยส์บัญญัติไว้ใน 720 ILCS 5/9-3.4 ให้คำนิยามของคำว่า “ปกปิด” หมายถึง การกระทำใด ๆ เพื่อวัตถุประสงค์ในการป้องกันหรือการชะลอการค้นพบการเสียชีวิตโดยการฆาตกรรม การปกปิดการตายของบุคคลที่ถูกฆาตกรรมถือเป็นความผิดชั้นที่ 3 (Class 3) นอกจากนี้ ยังมีบทบัญญัติไว้ใน 720 ILCS 5/9-3.5 เป็นกรณีการปกปิดการตายของบุคคลกรณีที่ไม่ได้เกิดจากการฆาตกรรม ผู้กระทำความผิดทำการปกปิดการตายของบุคคลโดยการชักย้ายร่างกายของผู้ตายไปจากสถานที่เสียชีวิต โดยมีความตั้งใจที่จะปกปิดข้อมูลเกี่ยวกับสถานที่หรือลักษณะของการเสียชีวิตของบุคคลหรือปกปิดตัวตนของบุคคลใด ๆ ที่มีข้อมูลเกี่ยวกับการเสียชีวิตของบุคคล โดยความผิดในหมวดนี้ไม่นำไปใช้กับการเคลื่อนย้ายศพโดยบุคลากรทางการแพทย์ เจ้าหน้าที่ดับเพลิง เจ้าหน้าที่ผู้บังคับใช้กฎหมาย ผู้ตรวจสอบทางการแพทย์ หรือกรรมการงานศพที่ได้รับอนุญาต หรือโดยบุคคลที่ทำหน้าที่ดูแลบุคลากรทางการแพทย์ เจ้าหน้าที่ดับเพลิง เจ้าหน้าที่ผู้บังคับใช้กฎหมาย ผู้ตรวจสอบการเสียชีวิตทางการแพทย์ หรือการบริหารงานศพโดยได้รับอนุญาต ความผิดอาญาตามบทบัญญัตินี้ เป็นความผิดอาญาชั้นที่ 4 (Class 4)

มลรัฐแคลิฟอร์เนีย มีบทบัญญัติกรณีการปกปิดการเสียชีวิตจากอุบัติเหตุ ไว้ในรหัสแคลิฟอร์เนีย § 152 โดยมีบัญญัติว่า ผู้ใดที่พยายามปกปิดการตายจากอุบัติเหตุของบุคคลมีความผิดอาญา โทษจำคุกไม่เกิน 1 ปี หรือปรับไม่น้อยกว่า 1,000 ดอลลาร์ ถึง 10,000 ดอลลาร์ หรือทั้งจำทั้งปรับ

มลรัฐนอร์ทแคโรไลนา บัญญัติไว้ใน § 14-401.22 เรื่องการปกปิดการตาย การรบกวนศพโดยบัญญัติว่า (ก) บุคคลใด ๆ ที่มีเจตนาที่จะปกปิดการตายโดยไม่แจ้งให้ผู้มีอำนาจบังคับใช้กฎหมายทราบถึงเหตุแห่งการเสียชีวิตของบุคคล หรือแอบฝัง ซ่อนเร้นศพ เป็นความผิดอาญาระดับ 1 (Class 1)... (ง) บุคคลที่พยายามปกปิดหลักฐานการเสียชีวิตของผู้อื่น โดยเจตนา และจงใจตัดชิ้นส่วนหรือทำลายศพโดยวิธีการใด ๆ รวมทั้งการลบหรือกำจัดส่วนหนึ่งส่วนใดของร่างกาย เป็นความผิดอาญาชั้นสูง (จ) ผู้ใดฝ่าฝืน บทบัญญัติ (ง) ด้วยรู้ว่าศพไม่ได้เสียชีวิตจากสาเหตุตามธรรมชาติจะมีความผิดตามคลาส D ของความผิดทางอาญา (ฉ) บทบัญญัตินี้ หมายความว่าถึงร่างผู้เสียชีวิต ส่วนของร่างและรวมถึงอวัยวะหรือกระดูก

จากการศึกษาบทบัญญัติของกฎหมายอาญาระดับมลรัฐของประเทศสหรัฐอเมริกาแล้ว กล่าวโดยสรุปได้ว่าการแยกฐานความผิดระหว่างการปกปิดการเกิดการตายของทารก (Concealing Birth) กับฐานความผิดเกี่ยวกับการยักยักทำลายศพเพื่อขัดขวางการดำเนินงานของเจ้าหน้าที่ชันสูตรศพออกจากกัน บทบัญญัติเกี่ยวกับการปิดบังการเกิดการตายของทารกมีการบัญญัติให้การคุ้มครองครอบคลุมทั้งทารกที่มีสภาพบุคคลแล้ว และยังไม่มีสภาพบุคคล ดังนั้น สภาพบุคคลจึงมิได้เป็นองค์ประกอบสำคัญของความผิดฐานนี้ ส่วนฐานความผิดเกี่ยวกับการยักยักทำลายศพ (Concealing Death) มีจุดมุ่งหมายใกล้เคียงกับ บทบัญญัติประมวลกฎหมายอาญามาตรา 199 ของไทย กล่าวคือ มุ่งเน้นการให้ความสำคัญเกี่ยวกับการทำลายหลักฐาน อันเป็นการขัดขวางการดำเนินการของเจ้าหน้าที่ชันสูตร อันนำมาซึ่งการดำเนินการต่อผู้กระทำความผิดตามกระบวนการยุติธรรม

มีข้อสังเกตประการหนึ่ง เกี่ยวกับความผิดฐานปกปิดการเกิด (Concealing Birth) ของทารกในระบบกฎหมายของประเทศอังกฤษและประเทศสหรัฐอเมริกา ความผิดฐานนี้มีจุดมุ่งหมายในการบัญญัติขึ้นเพื่อให้การคุ้มครองเกี่ยวกับการเกิดและตายของทารกจากการทำแท้งโดยตรง มิได้หมายรวมถึงบุคคลที่เสียชีวิตโดยกรณีอื่น เช่น จากความผิดฐานฆ่าผู้อื่น ฯลฯ ถึงแม้ต้องมีการพิสูจน์สภาพบุคคลของทารก แต่ก็เกินไปเพราะสภาพบุคคลยังเป็นองค์ประกอบของความผิดระหว่างความผิดฐานทำให้ผู้อื่นแท้งลูก กับความผิดฐานฆ่าผู้อื่น หากทารกที่ตายยังไม่มีสภาพบุคคล ผู้กระทำความผิดมีความผิดเพียงฐานทำให้ผู้อื่นแท้งลูกซึ่งบทลงโทษน้อยกว่า แต่หากทารกดังกล่าวมีสภาพบุคคลแล้ว ผู้กระทำจะมีความผิดฐานฆ่าผู้อื่นซึ่งเป็นบทหนักกว่า แต่กรณีของการปิดบังซ่อนเร้น ทำลายซากทารก ซึ่งอาจเป็นการกระทำที่ต่อเนื่องกัน ไม่ว่าทารกที่เสียชีวิตจะมีสภาพบุคคลแล้วหรือไม่ก็ตาม ก็มีได้นำเอาสภาพบุคคลของทารกดังกล่าวมาเป็นองค์ประกอบของความผิดในฐานนี้แต่ประการใด

ส่วนประเทศเยอรมัน จากการศึกษาบทบัญญัติของประมวลกฎหมายอาญาของเยอรมัน ผู้ศึกษาไม่พบบทบัญญัติใดที่บัญญัติเกี่ยวข้องกับการปิดบังซ่อนเร้นทำลายศพอันมีลักษณะเป็นการ จัดขวางการดำเนินงานของเจ้าหน้าที่โดยตรง มีเพียงบทบัญญัติที่เกี่ยวกับการกระทำที่เกี่ยวข้องกับ ศาสนาและอุดมการณ์ ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 168 บัญญัติไว้ว่า “(1) ผู้ใดกระทำโดยมิชอบด้วย กฎหมายด้วยการนำร่างหรือส่วนของร่างของคนตาย ทารกในครรภ์ที่ตายแล้วหรือชิ้นส่วนนั้น หรือเถ้าถ่านของคนตายจากการครอบครองของผู้มีสิทธิ ผู้กระทำความเสียหาย หรือทำให้เสื่อมเสีย ชื่อเสียง ต้องระวางโทษปรับหรือจำคุกไม่เกินสามปี” ซึ่งเจตนารมณ์ของกฎหมายตามบทบัญญัตินี้ มุ่งเน้นให้การคุ้มครองในเรื่องการกระทำที่ไม่เหมาะสมกับร่างของบุคคลที่ตายแล้ว ทั้งที่มีสภาพ บุคคลและไม่เคยมีสภาพบุคคล อันเกี่ยวข้องกับการศาสนา โดยมีเจตนารมณ์เกี่ยวกับการปิดบัง ซ่อนเร้นทำลายศพแต่ประการใด

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติของกฎหมายต่างประเทศดังที่กล่าวมาแล้ว เปรียบเทียบกับ บทบัญญัติของกฎหมายอาญาของไทยพบว่า ประเทศไทยมิได้มีการบัญญัติเกี่ยวกับการปิดบังการ เกิด (Concealing Birth) และการตายของทารกจากการทำแท้งไว้ในประมวลกฎหมายอาญา แต่ประการใด อีกทั้งประเทศไทยยังมิได้มีบทบัญญัติของกฎหมายเกี่ยวกับการทำแท้งโดยตรง จึงทำ ให้ยังเป็นช่องว่างของกฎหมายไทยอยู่ในปัจจุบัน สำหรับ มาตรา 199 แห่งประมวลกฎหมายอาญา เทียบเคียงได้กับการจัดการอย่างใดอย่างหนึ่งกับศพ ตามที่เคยมีคำพิพากษาเอาไว้ในระบบกฎหมาย ของประเทศอังกฤษ และบทบัญญัติฐานการย้ายทำลายศพ (Concealing Death) ของมลรัฐต่าง ๆ ในประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งประเทศทั้งสองได้มีการแยกความผิดฐานนี้ ออกจากการปิดบังการเกิด การตายของทารกแรกเกิดที่ตายจากการทำแท้ง ส่วนประเทศเยอรมัน ไม่พบบทบัญญัติเกี่ยวกับการ ปิดบังซ่อนเร้นทำลายศพ อันมีเจตนารมณ์ในลักษณะของการจัดขวางการทำงานของเจ้าหน้าที่ ชันสูตรหรือพนักงานสอบสวน พบเพียงการกระทำที่ไม่เหมาะสมต่อศพในลักษณะอื่น ซึ่งมี เจตนารมณ์ให้ความคุ้มครองต่อบุคคลที่เสียชีวิตแล้วจากการกระทำที่ไม่เหมาะสมในลักษณะใด ลักษณะหนึ่ง อันเกี่ยวข้องกับการศาสนา มิได้มีเจตนารมณ์เกี่ยวข้องกับการจัดขวางการดำเนินงาน ของเจ้าหน้าที่ชันสูตรหรือพนักงานสอบสวนแต่อย่างใด

จากการศึกษาดังที่กล่าวมานี้ ผู้ศึกษาจึงเห็นควรที่จะเสนอให้เพิ่มฐานความผิดเกี่ยวกับ การกระทำที่ไม่เหมาะสมต่อศพหรือส่วนของศพ ซากหรือส่วนของซากทารก อีกฐานความผิดหนึ่ง แยกต่างหากจากความผิดฐานย้ายทำลายศพ ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 199 ซึ่งเป็นฐาน ความผิดเกี่ยวกับการยุติธรรมอันสืบเนื่องมาจาก การจัดขวางการทำงานของเจ้าหน้าที่ชันสูตรหรือ พนักงานสอบสวนเกี่ยวกับพยานหลักฐานในการกระทำความผิด ทั้งนี้เพื่อให้ระบบกฎหมายอาญา ของไทย สามารถให้การคุ้มครองต่อบุคคลทั้งในขณะที่เสียชีวิตไปแล้วได้ครอบคลุมยิ่งขึ้น

4.4 เหตุผลความจำเป็นในการบัญญัติขอบเขตความรับผิดชอบตามมาตรา 199 ให้รวมถึงซากทารก หรือส่วนหนึ่งส่วนใดของทารกและกำหนดความผิดอาญา เกี่ยวกับการกระทำต่อศพ ส่วนหนึ่งส่วนใดของศพ หรือซากทารกหรือส่วนหนึ่งส่วนใดของซากทารก

มาตรา 199 ประมวลกฎหมายอาญา เป็นบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการกระทำต่อศพ โดยการกระทำความผิดดังกล่าวได้แก่ การลอบฝัง ซ่อนเร้น ย้ายหรือทำลายศพ หรือส่วนของศพเพื่อปิดบัง การเกิด การตาย หรือเหตุแห่งการตาย

ศพ หมายความว่า ร่างกายของคนตายส่วนการเกิดหมายถึงการเกิดอย่างมีชีวิต เด็กที่ตายในท้องหรือคลอดออกมาอย่างไม่มีชีวิตหรือเด็กที่คลอดออกมาจากการทำแท้งซึ่งไม่มีชีวิตนั้น ย่อมไม่เป็นศพ เพราะเมื่อไม่มีชีวิตก็ไม่อาจตายและเป็นศพได้ และผู้กระทำความผิดต้องมี “มูลเหตุชักจูงใจ” เพื่อปิดบังการเกิด การตาย และเหตุแห่งการตาย ด้วย

4.4.1 การปิดบังซ่อนเร้นทำลายศพ โดยมีเจตนาทำให้ตนเองหรือช่วยให้ผู้อื่นไม่ต้องรับโทษ ตามประมวลกฎหมายอาญาของไทย มีบทบัญญัติของความผิดฐานทำให้แท้งลูก ในลักษณะ 10 ความผิดเกี่ยวกับชีวิตและร่างกาย หมวด 3 ความผิดฐานทำให้แท้งลูกโดยมิชอบธรรม ทางกฎหมาย มุ่งประสงค์ที่จะคุ้มครองชีวิตในครรภ์มารดา มาตรา 301-305 ซึ่งกำหนดว่า ในกรณีที่ หญิงใดทำให้ตนเองแท้งลูกหรือยอมให้ผู้อื่นทำให้แท้งลูก หญิงนั้นมีความผิดฐานทำให้แท้งลูก ผู้ใดทำให้หญิงแท้งลูกโดยหญิงนั้นยินยอมหรือโดยหญิงนั้นไม่ยินยอม ผู้นั้นมีความผิดฐานทำให้แท้งลูก และหากการทำแท้งนั้นเป็นเหตุให้หญิงได้รับอันตรายสาหัสอย่างอื่นด้วยหรือเป็นเหตุ ให้หญิงนั้นถึงแก่ความตาย ผู้กระทำความผิดต้องได้รับโทษหนักขึ้น เห็นได้ชัดเจนว่าความผิดฐานทำให้แท้งลูกเกิดได้ทั้งจากการกระทำของตนเองหรือการกระทำของผู้อื่น แม้หญิงนั้นจะให้ความยินยอมหรือไม่ให้ความยินยอม ผู้กระทำก็ต้องรับผิดชอบตามที่กฎหมายกำหนดหากการกระทำนั้นทำให้หญิงแท้ง ซึ่งมีข้อสังเกตประการหนึ่งคือ ความผิดฐานทำให้แท้งลูกนี้ มิได้มีการบัญญัติต่อเนื่องไปถึงการ ปกปิด การเกิด การตายของทารกจากการทำแท้งซึ่งถือเป็นหลักฐานในการกระทำความผิดเอาไว้ แต่ประการใด

อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาถึงบทบัญญัติของกฎหมายพบว่า มีบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับ การทำลายพยานหลักฐาน หมายถึง การทำให้เสียหาย ทำลาย ซ่อนเร้น เอาไปเสียหรือทำให้สูญหาย หรือทำให้ไร้ประโยชน์ซึ่งพยานหลักฐานในการกระทำความผิด โดยมีมูลเหตุชักจูงใจคือเพื่อจะช่วยเหลือผู้อื่นมิให้ต้องรับโทษหรือรับโทษน้อยลง ดังคำพิพากษา หมายเลขคดีดำที่ ค.362/2554 กรณีซาก ทารก 2002 ศพ ในวัดไผ่เงิน นายสุเทพ ชะบางบอน สัปเหร่อวัดไผ่เงินโชตนาราม จำเลยในคดีนี้ ข้อเท็จจริงฟังว่า ได้รับซากทารกจากอดีตผู้ช่วยพยาบาลคนหนึ่งที่เปิดคลินิกทำแท้งเถื่อนย่าน หอนงแหม มาทำลายตั้งแต่วันที่ 1 พฤศจิกายน 2552- 13 พฤศจิกายน 2553 ศาลเห็นว่าจำเลย

มีความผิดตามมาตรา 184 ประกอบมาตรา 83 อันเป็นการกระทำความผิดหลายกรรมให้เรียงกระทง ลงโทษจำคุก 2,002 กระทง ๆ ละ 4 เดือน รวมจำคุก 8,008 เดือน จำเลยให้การรับสารภาพเป็น ประโยชน์ต่อการพิจารณา เห็นควรลดโทษให้กระทงละกึ่งหนึ่ง คงจำคุกเป็นเวลา 4,004 เดือน แต่เมื่อรวมโทษทุกกระทงแล้ว ให้จำคุก 20 ปี ตามมาตรา 91

ส่วนนางสาว ลัญญกร จันทนัส อดีตผู้ช่วยพยาบาล พนักงานอัยการฝ่ายคดีอาญา ธนบุรี 5 (ตลิ่งชัน) ได้ยื่นฟ้องเป็นจำเลยต่อศาลจังหวัดตลิ่งชันในความผิดฐานประกอบ สถานพยาบาล โดยไม่ได้รับอนุญาต ประกอบวิชาเวชกรรม โดยไม่ได้ขึ้นทะเบียนและรับอนุญาต และทำให้หญิงอื่นแท้งลูกโดยหญิงนั้นยินยอม อันเป็นความผิดตามพระราชบัญญัติสถานพยาบาล พ.ศ. 2541 มาตรา 16 และ 57 พระราชบัญญัติประกอบวิชาเวชกรรม พ.ศ. 2525 มาตรา 26 และ 43 และประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 302 ประกอบมาตรา 33 และ 91 โดยมีได้มีการฟ้อง นางสาวลัญญกร ตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 184 แต่ประการใด

บทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 184 บัญญัติไว้ว่า “ผู้ใดเพื่อจะช่วยเหลือผู้อื่น มิให้ต้องรับโทษ หรือให้รับโทษน้อยลง ทำให้เสียหาย ทำลาย ซ่อนเร้น เอาไปเสีย หรือทำให้สูญหาย หรือไร้ประโยชน์ ซึ่งพยานหลักฐานในการกระทำความผิดต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปีหรือ ปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ” เป็นความผิดเกี่ยวกับการทำลายหลักฐาน โดยมี องค์ประกอบของความผิดคือ

องค์ประกอบภายนอก (1) ทำให้เสียหาย ทำลาย ซ่อนเร้น เอาไปเสีย หรือทำให้สูญหาย หรือไร้ประโยชน์ (2) ซึ่งพยานหลักฐานในการกระทำความผิด

องค์ประกอบภายใน (1) เจตนาธรรมดา (2) มูลเหตุจงใจอย่างใดอย่างหนึ่งดังต่อไปนี้คือ (ก) เพื่อช่วยให้ผู้อื่นไม่ต้องรับโทษ หรือ (ข) เพื่อช่วยให้ผู้อื่นได้รับโทษน้อยลง

มีข้อพิจารณาเกี่ยวกับมาตรานี้คือองค์ประกอบความผิดที่สำคัญว่าการทำลาย พยานหลักฐานนั้นต้องเป็นไปเพื่อจะช่วยเหลือผู้อื่นมิให้ต้องรับโทษ หรือให้รับโทษน้อยลง แต่หากเป็น การกระทำของผู้กระทำความผิดเอง ย่อมเป็นไปเพื่อให้ตนเองไม่ต้องรับโทษหรือให้รับโทษน้อยลง ดังนี้ไม่ถือเป็นความผิดตามมาตรา 184 ดังนั้นในกรณีซากทารก 2,002 ศพ ซึ่งเป็นที่แน่ชัดว่า นายสุเทพ ชะบางบอน สัปเหร่อวัดไผ่เงินโชตนารามมิได้มีส่วนร่วมในการกระทำความผิดในฐานะ ทำให้แท้งลูก แต่ได้กระทำการซ่อนเร้นซากทารกอันเป็นพยานหลักฐานในการพิสูจน์การกระทำ ความผิดเป็นการช่วย นางสาว ลัญญกร จันทนัส อดีตผู้ช่วยพยาบาล เพื่อมิให้ต้องได้รับโทษ ดังนั้นการกระทำของนายสุเทพ ชะบางบอน จึงมีความผิดตามมาตรา 184 อย่างไรก็ตาม ในกรณีอื่น การจะพิสูจน์ว่าผู้กระทำความผิดได้กระทำลงไปเพื่อช่วยปิดบังการกระทำความผิดของผู้อื่นหรือไม่ เป็นเรื่องที่พิสูจน์ได้ยากเนื่องจากผู้กระทำความผิดอาจไม่ให้การรับสารภาพว่าเหตุที่กระทำลงไปนั้น

เป็นการกระทำเพื่อช่วยในการปิดบังการกระทำความผิดของผู้ใด ทำให้ขาดองค์ประกอบของความผิดตามมาตรา 184 กล่าวโดยสรุป มาตราดังกล่าวนี้ ไม่สามารถเอาผิดต่อนางสาวลัญญกร ซึ่งเป็นผู้กระทำความผิดฐานฐานทำให้แท้งลูก เนื่องจากองค์ประกอบของความผิดต้องเป็นการช่วยปิดบังการกระทำความผิดของผู้อื่นเท่านั้น แต่หาได้รวมถึงการปิดบังการกระทำความผิดของตนเองด้วยไม่

ขณะเดียวกัน มาตรา 199 ซึ่งบัญญัติไว้ว่า “ผู้ใดลอบฝัง ซ่อนเร้น ย้ายหรือทำลายศพหรือส่วนของศพ เพื่อปิดบังการเกิด การตาย หรือเหตุแห่งการตาย ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือปรับไม่เกินสองพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ” ซึ่งมีองค์ประกอบของความผิดคือ

องค์ประกอบภายนอกได้แก่ (1) ลอบฝัง ซ่อนเร้น ย้าย หรือทำลาย (2) ศพ หรือส่วนของศพ และองค์ประกอบภายในได้แก่ (1) เจตนาฆรรคมดา (2) มูลเหตุชดชงใจ เพื่อปิดบังการเกิดการตาย หรือเหตุแห่งการตาย โดย ศพหรือส่วนของศพ ซึ่งเป็นองค์ประกอบภายนอกตามความหมายของบทบัญญัตินี้ หมายความว่าร่างกายของคนตาย การเกิดหมายถึง การเกิดอย่างมีชีวิต เด็กตายในท้อง โดยคลอดออกมามีชีวิตย่อมไม่เป็นศพ เพราะเมื่อไม่มีชีวิตก็ไม่อาจตายและเป็นศพได้ ดังนั้น มาตรา 199 ดังกล่าวนี้ก็ไม่อาจเอาผิดต่อนางสาวลัญญกร จันทนัส ได้เช่นเดียวกัน

จากคดีดังกล่าวจะเห็นได้ว่าไม่มีกฎหมายใดของไทยที่มีบัญญัติอยู่ในขณะนี้ สามารถเอาผิดต่อนางสาวลัญญกร จันทนัส ในกรณีที่มีการปิดบัง การเกิดการตายของทารกจากการทำแท้ง ซึ่งยังไม่มีสภาพบุคคล แต่มีปรากฏอยู่ในระบบกฎหมายอาญาของประเทศอังกฤษและประเทศสหรัฐอเมริกา จากเหตุผลดังที่กล่าวมานี้ เพื่อความสงบสุขของสังคมโดยรวม ควรมีการแก้ไขบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายอาญามาตรา 199 ให้ครอบคลุมถึงการกระทำต่อซากทารกหรือส่วนของซากทารก เพื่อปิดบังการเกิด การตาย เหตุแห่งการตาย และการกระทำความผิดอื่นด้วย ทั้งนี้เพื่อให้บทบัญญัติของมาตรา 199 ดังกล่าว สามารถบังคับใช้กับผู้กระทำความผิดในกรณีการปิดบังการเกิด การตาย ของทารกที่มาจากการทำแท้ง ซึ่งเป็นทารกที่เสียชีวิตขณะที่ยังไม่มีสภาพบุคคลด้วย

4.4.2 การปิดบังซ่อนเร้นทำลายศพ โดยมีเจตนาเพื่อประกอบพิธีทางไสยศาสตร์

การจะเอาผิดต่อบุคคลที่กระทำการปิดบังซ่อนเร้นทำลายศพตามมาตรา 199 แห่งประมวลกฎหมายอาญาได้ การกระทำความผิดดังกล่าวจะต้องครบองค์ประกอบตามที่กฎหมายกำหนด โดยองค์ประกอบภายนอกได้แก่ (1) ลอบฝัง ซ่อนเร้น ย้าย หรือทำลาย (2) ศพ หรือส่วนของศพ และองค์ประกอบภายในได้แก่ (1) เจตนาฆรรคมดา (2) มูลเหตุชดชงใจ เพื่อปิดบังการเกิดการตายหรือเหตุแห่งการตาย

ส่วนการทำลายพยานหลักฐาน ตามมาตรา 184 แห่งประมวลกฎหมายอาญา องค์ประกอบภายนอก (1) ทำให้เสียหาย ทำลาย ซ่อนเร้น เอาไปเสีย หรือทำให้สูญหายหรือไร้ประโยชน์ (2) ซึ่งพยานหลักฐานในการกระทำความผิด และองค์ประกอบภายใน (1) เจตนาธรรมดา (2) มูลเหตุจงใจอย่างใดอย่างหนึ่งดังต่อไปนี้คือ (ก) เพื่อช่วยให้ผู้อื่นไม่ต้องรับโทษ หรือ (ข) เพื่อช่วยให้ผู้อื่นได้รับโทษน้อยลง

กรณีของนายหาญ รักษาจิตร หรือเณรแอ ซึ่งได้กระทำความผิดโดยประกอบพิธีไสยศาสตร์ด้วยการนำซากทารกมาอย่างเพื่อเอาน้ำมนต์จากซากทารกมาทำยาเสน่ห์และนำซากทารกไปทำกุมารทอง ไม่มีความชัดเจนแห่งคดีว่าได้ซากทารกมาโดยวิธีใด แต่ในกรณีของนายโหวตอง สุน ชาวอังกฤษสัญชาติไต้หวัน ข้อเท็จจริงของคดีพบว่าได้ซื้อซากทารกดังกล่าวมาจากคลินิกทำแท้งเถื่อน จะเห็นได้ว่า การได้มาซึ่งซากทารกในคดีนี้ได้มาโดยการซื้อขายซึ่งเป็นการกระทำที่ส่งผลเสียหายต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของซากทารกในเชิงสังคมและวัฒนธรรมอย่างรุนแรง ถึงแม้ซากทารกดังกล่าวจะยังไม่มีความเป็นมนุษย์ตามกฎหมายก็ตาม ขณะที่พิจารณาในแง่ของมูลเหตุจงใจในการกระทำความผิด ก็มีได้มีเจตนาเพื่อเป็นการทำลายพยานหลักฐานเพื่อช่วยเหลือให้บุคคลที่กระทำความผิดฐานทำให้แท้งลูกให้ไม่ต้องได้รับโทษหรือได้รับโทษน้อยลงตามองค์ประกอบของความผิดมาตรา 184 แต่ประการใด เนื่องด้วยมีเจตนาเพื่อนำซากทารกดังกล่าวนี้ไปประกอบพิธีทางไสยศาสตร์ ขณะเดียวกัน ซากทารกก็มีได้เป็นองค์ประกอบของความผิด ฐานปิดบังซ่อนเร้นทำลายศพตามมาตรา 199 แต่ประการใดเช่นเดียวกัน

จากกรณีดังกล่าวมานี้จะเห็นได้ว่า ไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายใดที่มีผลบังคับใช้อยู่ในปัจจุบัน สามารถเอาผิดต่อบุคคลที่นำซากทารกที่ได้จากการทำแท้งไปประกอบพิธีทางไสยศาสตร์ได้ อนึ่ง การกระทำความผิดดังกล่าวมิได้เป็นไปเพื่อการทำลายพยานหลักฐานหรือปิดบังซ่อนเร้นการเกิด การตาย หรือเหตุแห่งการตาย อันเป็นองค์ประกอบของความผิดตามมาตรา 199 ดังนั้น กรณีการนำซากทารกไปประกอบพิธีทางไสยศาสตร์ ผู้ศึกษาจึงเห็นควรที่จะบัญญัติความผิดขึ้นใหม่อีกฐานหนึ่ง เพื่อใช้บังคับต่อบุคคลที่กระทำการอันเป็นการไม่เหมาะสมต่อศพ หรือส่วนของศพ ซากทารกหรือส่วนของซากทารก ในลักษณะโดยประการที่น่าจะทำให้เสียหายต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ถึงแม้ว่า ซากทารกดังกล่าวจะไม่เคยมีสภาพบุคคลก็ตาม

บทที่ 5

บทสรุป และข้อเสนอแนะ

5.1 บทสรุป

จากการศึกษาเรื่อง การตีความประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 199 ศึกษาขอบเขตความรับผิดชอบปัญหาทางกฎหมาย กรณีกระทำต่อซากทารกหรือส่วนหนึ่งส่วนใดของซากทารกสรุปได้ดังนี้

กรณีปัญหาเกี่ยวกับการตีความและขอบเขตความรับผิดชอบฐานปิดบัง ซ่อนเร้น ทำลายศพ ตามมาตรา 199 ซึ่งไม่ครอบคลุมถึงกรณีการกระทำต่อซากทารก พบว่าการตีความเกี่ยวกับขอบเขตของ สภาพบุคคล เพื่อแยกระหว่าง “ศพ” กับ “ซากทารก” ตามประมวลกฎหมายอาญาต่างประเทศ มีแนวคิดที่แตกต่างกัน 2 แนวคิดคือ สภาพบุคคลเริ่มต้นเมื่อคลอด กับสภาพบุคคลเริ่มต้นเมื่อมีกระบวนการคลอด แต่เมื่อพิจารณาหลักการตีความกฎหมายอาญาของไทย พบว่าจะต้องตีความโดยเคร่งครัด และต้องตีความทั้งตามตัวอักษรและเจตนารมณ์ของกฎหมายไปพร้อม ๆ กัน การที่ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 199 บัญญัติไว้ว่า “ผู้ใดลอบฝัง ซ่อนเร้น ยักยอก หรือทำลายศพ หรือส่วนของศพ เพื่อปิดบังการเกิด การตาย หรือเหตุแห่งการตาย ต้องระวางโทษจำคุก ไม่เกินหนึ่งปี หรือปรับไม่เกินสองพันบาทหรือทั้งจำทั้งปรับ” มีอาจตีความหมายของคำว่า “ศพและส่วนของศพ” ตามบทบัญญัตินี้ให้รวมถึง “ซากทารกหรือส่วนของซากทารก” ได้ ด้วยเหตุนี้ผู้ศึกษาจึงเห็นควรเสนอให้มีการแก้ไขบทบัญญัติประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 199 เพื่อให้การคุ้มครอง “ซากทารกหรือส่วนของซากทารก” เพื่อประโยชน์ในการดำเนินการทางกฎหมายต่อผู้ที่มุ่งทำลายพยานหลักฐานของการกระทำความผิด

สำหรับคำพิพากษาศาลฎีกาและความเห็นทางกฎหมายของนักวิชาการด้านกฎหมาย สรุปได้ว่า กรณีนำซากทารกมาทำพิธีทางไสยศาสตร์ การกระทำที่เป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 199 ต้องเป็นการกระทำต่อ “ศพ” ซึ่งหมายความว่าถึงร่างของคนที่ตายแล้ว หากใช้เด็กที่เสียชีวิตในขณะมารดาตั้งครรภ์หรือได้ซากทารกมาจากการทำแท้งเถื่อน ซากทารกดังกล่าวจึงมิใช่ศพอันเป็นองค์ประกอบของความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 199 นอกจากนี้ องค์ประกอบของความผิดที่สำคัญอีกประการหนึ่งคือ มูลเหตุจูงใจซึ่งต้องเป็นการปิดบังการเกิด การตาย และเหตุแห่งการตาย สำหรับกรณีที่มีการนำซากทารกหรือส่วนของซากทารก

มาทำพิธีทางไสยศาสตร์ ผู้กระทำมิได้มีมูลเหตุจูงใจที่จะปิดบังการเกิด การตายหรือเหตุแห่งการตาย แต่ประการใด ดังนั้น การนำซากทารกมาทำพิธีทางไสยศาสตร์ จึงขาดองค์ประกอบของความผิด ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 199 ผู้กระทำจึงไม่ควรที่จะมีความผิดฐานนี้

ในส่วนของการศึกษาเกี่ยวกับขอบเขตความผิดฐานปิดบัง ซ่อนเร้น ทำลายศพ เปรียบเทียบประเทศไทยกับต่างประเทศ จากการศึกษาระบบกฎหมายของประเทศอังกฤษพบว่า ประเทศอังกฤษใช้กฎหมายจากที่มา 2 ระบบ คือ จากแนวการปฏิบัติตามคำพิพากษาที่เคยมีอยู่เดิม และกฎหมายลายลักษณ์อักษร กรณีความผิดที่มีลักษณะปิดบังซ่อนเร้นทำลายศพ อันมีลักษณะใกล้เคียงกับการกระทำความผิดตามมาตรา 199 แห่งประมวลกฎหมายอาญาของไทย พบว่าเป็นกรณีที่ผู้กระทำความผิดได้จัดการกับศพอย่างใดอย่างหนึ่ง โดยมีวัตถุประสงค์ที่จะขัดขวางการสอบสวนของเจ้าหน้าที่ เช่น มี กรณีจำเลยปกปิดศพจากการใช้ยาเกินขนาด สำหรับบทบัญญัติของกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษร พบในกรณีของการปิดบังอำพราง ซ่อนเร้น ลอบฝังซากทารก หรือส่วนของซากทารก ซึ่งปรากฏอยู่ในบทบัญญัติของพระราชบัญญัติการกระทำผิดกฎหมาย ต่อบุคคล ค.ศ. 1861 มาตรา 60 เป็นบทบัญญัติโดยตรงที่เกี่ยวกับการปกปิดการเกิดของเด็ก ซึ่งเป็นความผิดฐานปกปิดการเกิดและการตายของเด็กอันเกิดจากการทำแท้ง เป็นที่น่าสังเกตว่า มาตรานี้ บัญญัติครอบคลุมถึงทารกที่เสียชีวิตทั้งก่อนคลอด ขณะคลอดและหลังคลอดโดยมิได้คำนึงถึงสภาพบุคคลของทารกแต่ประการใด

สำหรับ ระบบกฎหมายสหรัฐอเมริกามีการแยกฐานความผิดระหว่างการปกปิดการเกิด การตายของทารก (Concealing Birth) กับฐานความผิดเกี่ยวกับการขี้ขายทำลายศพเพื่อขัดขวางการดำเนินงานของเจ้าหน้าที่ชันสูตรศพออกจากกัน บทบัญญัติเกี่ยวกับการปิดบังการเกิดการตายของทารกมีการบัญญัติให้การคุ้มครองครอบคลุมทั้งทารกที่มีสภาพบุคคลแล้ว และยังไม่ีสภาพบุคคล ดังนั้น สภาพบุคคลจึงมิได้เป็นองค์ประกอบสำคัญของความผิดฐานนี้ ส่วนฐานความผิดเกี่ยวกับการขี้ขายทำลายศพ (Concealing Death) มีจุดมุ่งหมายใกล้เคียงกับ บทบัญญัติประมวลกฎหมายอาญามาตรา 199 ของไทย กล่าวคือ มุ่งเน้นการให้ความสำคัญเกี่ยวกับการทำลายหลักฐาน อันเป็นการขัดขวางการดำเนินการของเจ้าหน้าที่ชันสูตร อันนำมาซึ่งการดำเนินการต่อผู้กระทำความผิดตามกระบวนการยุติธรรม

ประเทศเยอรมัน จากการศึกษาบทบัญญัติของประมวลกฎหมายอาญาของเยอรมัน ผู้ศึกษาไม่พบบทบัญญัติใดที่บัญญัติเกี่ยวข้องกับการปิดบังซ่อนเร้นทำลายศพอันมีลักษณะเป็นการขัดขวางการดำเนินงานของเจ้าหน้าที่โดยตรง มีเพียงบทบัญญัติที่เกี่ยวกับการกระทำที่เกี่ยวข้องกับ ศาสนาและอุดมการณ์ ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 168 บัญญัติไว้ว่า “(1) ผู้ใดกระทำโดยมิชอบด้วยกฎหมายด้วยการนำร่างหรือส่วนของร่างของคนตาย ทารกในครรภ์ที่ตายแล้วหรือชิ้นส่วนนั้น หรือ

เจ้าหน้าที่ของคนตายจากการครอบครองของผู้มีสิทธิ ผู้กระทำความเสียหาย หรือทำให้เสื่อมเสียชื่อเสียง ต้องระวางโทษปรับหรือจำคุกไม่เกินสามปี” ซึ่งเจตนารมณ์ของกฎหมายตามบทบัญญัตินี้ มุ่งเน้นให้การคุ้มครองในเรื่องการกระทำที่ไม่เหมาะสมกับร่างของบุคคลที่ตายแล้ว ทั้งที่มีสภาพบุคคลและไม่เคยมีสภาพบุคคล อันเกี่ยวข้องกับการศาสนา โดยมีเจตนารมณ์เกี่ยวกับการปิดบังซ่อนเร้นทำลายศพแต่ประการใด

ด้วยเหตุผลความจำเป็นเนื่องจากประมวลกฎหมายอาญาของไทยในปัจจุบันยังมิได้มีบทบัญญัติใดที่ให้ความคุ้มครองจากการกระทำใด ๆ เพื่อปิดบังการกระทำความผิดอื่น กรณีกระทำต่อซากทารกหรือส่วนของซากทารก ทั้งที่ซากทารกหรือส่วนของซากทารกนั้นเป็นพยานหลักฐานสำคัญในการพิสูจน์การกระทำความผิดของบุคคลว่า ได้กระทำความผิดฐานทำให้แท้งลูกหรือได้กระทำความผิดฐานฆ่าคนตาย และบทบัญญัติของความผิดฐานทำให้แท้งลูก ตามมาตรา 301-305 ในปัจจุบันนี้ ก็ได้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับกรณีการปกปิด การเกิดของทารกจากการทำแท้งเอาไว้ นอกจากนี้ยังพบว่ายังไม่มีบทบัญญัติใดที่จะบัญญัติถึงกรณีการกระทำใด ๆ ต่อศพหรือส่วนของศพ ซากทารกหรือส่วนของซากทารก จากการกระทำที่ไม่เหมาะสมอีกด้วย

ด้วยเหตุนี้ผู้ศึกษาจึงเห็นควรที่จะเสนอให้มีการแก้ไขบทบัญญัติมาตรา 199 โดยให้การคุ้มครองซากทารกหรือส่วนของซากทารกจากการกระทำอันมีลักษณะปิดบังการกระทำความผิดอื่น อันมีลักษณะเพื่อเป็นการทำลายพยานหลักฐานในการพิสูจน์ความรับผิดชอบ และเสนอให้มีการเพิ่มฐานความผิดเกี่ยวกับการกระทำที่ไม่เหมาะสมต่อศพหรือส่วนของศพ ซากทารกหรือส่วนของซากทารก ขึ้นอีกฐานความผิดหนึ่งแยกต่างหากจากความผิดฐานยกย้ายทำลายศพ ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 199 ซึ่งเป็นฐานความผิดเกี่ยวกับการยุติธรรมอันสืบเนื่องมาจากการขัดขวางการทำงานของเจ้าหน้าที่ชันสูตรหรือพนักงานสอบสวนเกี่ยวกับพยานหลักฐานในการกระทำความผิด ทั้งนี้เพื่อให้ระบบกฎหมายอาญาของไทย สามารถให้การคุ้มครองต่อบุคคลแม้ได้เสียชีวิตไปแล้ว รวมถึงให้ความคุ้มครองต่อศีลธรรมอันดีและความสงบสุขของสังคมได้ครอบคลุมยิ่งขึ้น

5.2 ข้อเสนอแนะ

จากเหตุผลและความจำเป็นที่บทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายอาญาของไทยในปัจจุบันยังมิได้มีบทบัญญัติใดที่ให้ความคุ้มครองจากการกระทำใด ๆ เพื่อปิดบังการกระทำความผิดอื่น กรณีกระทำต่อซากทารกหรือส่วนของซากทารก ทั้งที่ซากทารกหรือส่วนของซากทารกนั้นเป็นพยานหลักฐานสำคัญในการพิสูจน์การกระทำความผิดของบุคคลว่า ได้กระทำความผิดฐานทำให้แท้งลูกหรือได้กระทำความผิดฐานฆ่าคนตาย และบทบัญญัติของความผิดฐานทำให้แท้งลูก ตามมาตรา 301-305 ในปัจจุบันนี้ ก็ได้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับกรณีการปกปิด การเกิด

ของทารกจากการทำแท้งเอาไว้ นอกจากนี้ ยังไม่มีบทบัญญัติใดที่จะบัญญัติถึงกรณีการกระทำใด ๆ ต่อศพหรือส่วนของศพ ซากทารกหรือส่วนของซากทารก จากการกระทำที่ไม่เหมาะสมโดยประการที่น่าจะเสียหายต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์อีกด้วย ดังนั้นผู้ศึกษาจึงขอเสนอแนะให้มีการแก้ไขและเพิ่มเติมบทบัญญัติของประมวลกฎหมายอาญาของไทย ดังต่อไปนี้

1. บทบัญญัติประมวลกฎหมายอาญา ลักษณะ 3 ความผิดเกี่ยวกับการยุติธรรม หมวด 1 ความผิดต่อเจ้าพนักงานในการยุติธรรม มาตรา 199 เป็นบทบัญญัติที่กำหนดความผิดเกี่ยวกับการทำลายพยานหลักฐาน ทั้งนี้เพื่อให้พยานหลักฐานที่ใช้พิสูจน์การกระทำความผิดของผู้กระทำความผิดต้องถูกทำลาย ผู้ศึกษาจึงขอเสนอแนะให้มีการแก้ไขบทบัญญัติของมาตรา 199 จากเดิมที่มีการบัญญัติไว้ว่า

“ผู้ใดลอบฝัง ซ่อนเร้น ย้ายหรือทำลายศพหรือส่วนของศพ เพื่อปิดบังการเกิด การตาย หรือเหตุแห่งการตาย ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือปรับไม่เกินสองพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

โดยใช้ข้อความดังต่อไปนี้แทน

“ผู้ใดลอบฝัง ซ่อนเร้น ย้ายหรือทำลายศพหรือส่วนของศพ ซากทารกหรือส่วนของซากทารก เพื่อปิดบังการเกิด การตาย เหตุแห่งการตาย หรือกระทำความผิดอื่น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือปรับไม่เกินสองพันบาทหรือทั้งจำทั้งปรับ”

2. กรณีการกระทำใด ๆ อันเป็นการกระทำที่ไม่เหมาะสมต่อศพหรือส่วนของศพ ซากทารกหรือส่วนของซากทารก ผู้ศึกษาขอเสนอให้มีการกำหนดความผิดเกี่ยวกับการกระทำใด ๆ ที่ไม่เหมาะสมต่อศพหรือส่วนของศพ ซากทารกหรือส่วนของซากทารกขึ้นเป็นการเฉพาะเป็นความผิดอีกฐานหนึ่ง โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อเป็นการคุ้มครองศพหรือส่วนของศพ ซากทารกหรือส่วนของซากทารก จากการกระทำที่ไม่เหมาะสมโดยประการที่น่าจะเสียหายต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ (Human Dignity) โดยหมายรวมถึงการนำศพหรือส่วนของศพ ซากทารกหรือส่วนของซากทารกไปใช้ในการประกอบพิธีทางไสยศาสตร์ด้วย



บรรณานุกรม

บรรณานุกรม

ภาษาไทย

- กิตติพงษ์ กิตยารักษ์. (2538). *คำบรรยายประกอบวิชากฎหมายอาญาชั้นสูง ภาค 1/2538* (หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง). กรุงเทพฯ: หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง.
- กิตติศักดิ์ ปรกิติ. (2547). *ความเป็นมาและหลักการใช้นิติวิธีในระบบชีวิลลอว์ และคอมมอนลอว์* (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. (2544). *รวมคำบรรยายกฎหมายอาญา มาตรา 59-106 ภาค 1 สมัย 4* (การบรรยายครั้งที่ 4 วันที่ 29 มิถุนายน 2544). กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา.
- _____. (2549). *คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค 1* (พิมพ์ครั้งที่ 9,แก้ไขเพิ่มเติม). กรุงเทพฯ: จีรรัชการพิมพ์.
- คณะกรรมการปรับปรุงกฎหมายเพื่อการพัฒนาประเทศ. (2547). *รายงานศึกษาและข้อเสนอแนะเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ในการกำหนดโทษอาญา*. สืบค้นเมื่อ 9 มกราคม 2557, จาก www.lawreform.go.th/lawreform/index.php?option
- คณิต ณ นคร. (2529, มิถุนายน). “เหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัว.” *วารสารนิติศาสตร์*, 2(16).
- _____. (2540). “คุณธรรมทางกฎหมายกับการใช้กฎหมายอาญา.” *รวมบทความด้านวิชาการของศาสตราจารย์ ดร. คณิต ณ นคร*.
- _____. (2543). *กฎหมายอาญาภาคทั่วไป*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- _____. (2547). *กฎหมายอาญาภาคทั่วไป*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- _____. (2549). *กฎหมายอาญาภาคความผิด* (พิมพ์ครั้งที่ 10 แก้ไขปรับปรุงใหม่). กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- _____. (2555). *กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา* (พิมพ์ครั้งที่ 8). กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- _____. (2556). *พื้นฐานความรู้เกี่ยวกับกฎหมายอาญา* (แก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 11). กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- _____. (2556). *กฎหมายอาญาภาคทั่วไป* (พิมพ์ครั้งที่ 5). กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน.
- จิตติ ตังศภัทย์. (2529). *กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยบุคคล* (พิมพ์ครั้งที่ 6). กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

- ชาตรี เรืองเดชณรงค์. (ม.ป.ป.). คำบรรยายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยบุคคล *Civil & Commercial Code (Persons) Laws 111: กฎหมายว่าด้วยบุคคล. คณะสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่.*
- ชานนท์ ศรีศาสตร์. (2545). *เหตุยกเว้นโทษในกฎหมายอาญา* (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท). กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.
- ณรงค์ ใจหาญ. (2526). *ความสำคัญผิดในเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจทำได้* (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท). กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- ณัฐวัฒน์ สุทธิโยธิน. (ม.ป.ป.). *ทฤษฎีความรับผิดชอบทางอาญา กฎหมายอาญาและอาชญาวิทยาชั้นสูง หน่วยที่ 2*. (เอกสารการสอน กฎหมายอาญาและอาชญาวิทยาชั้นสูง). นนทบุรี: มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช.
- เคลวินัส. (2555, 4 มิถุนายน). *คุกอ่วม เณรแอ จอมขมังเวทย์ ปลุกเสกกุมารทอง-ทำน้ำมันพราย. สืบค้นเมื่อ 21 ตุลาคม 2556, จาก*
<http://www.dailynews.co.th/Content.do?contentId=76155>
- ตามพงศ์ ชอบอิสระ. (2552). *ปัญหาการเริ่มต้นสภาพความเป็นมนุษย์กับการคุ้มครองในกฎหมายอาญา* (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท). กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ. (2550). *คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคทั่วไป*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- _____. (2554). “มันเป็นกรรมเวรของ “เณรแอ.” ปกติกะกฎหมาย.” *วารสารนิติศาสตร์*, 25(4). ศูนย์นิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- _____. (2556). *คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคความผิดและลหุโทษ* (พิมพ์ครั้งที่ 10 แก้ไขเพิ่มเติม). กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- ธานินทร์ กรัยวิเชียร. (2521). *การตีความกฎหมาย* (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ: คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.
- _____. (2550). *คำแนะนำนักศึกษากฎหมาย*. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- นพรัตน์ อริยะสันติชัย. (ม.ป.ป.). *การตีความกฎหมาย*. สืบค้นเมื่อ 22 พฤศจิกายน 2556, จาก
<http://nophanat5116854.blogspot.com/2012/02/1.html>
- ปรีดี เกษมทรัพย์. (2526). *กฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป* (พิมพ์ครั้งที่ 5). กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- _____. (2539). *นิติปรัชญา*. กรุงเทพฯ: เดือนตุลา.
- ปิยะนุช โปตะวนิช และคณะ. (ม.ป.ป.). *หลักทั่วไปของบุคคลธรรมดา* (แผนการสอนชุดวิชากฎหมายแพ่ง 1). นนทบุรี: มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช.

- ผู้จัดการ. (2556). *คุก 6 เดือน หนุมได้หัววันค้าซากทารกทำกุมารทอง*. สืบค้นเมื่อ 31 ตุลาคม 2556, จาก <http://manager-online.myfri3nd.com/blog/2012/05/31/entry-75>
- ผู้จัดการออนไลน์. (ม.ป.ป.). *สัปเหร่อวัดไผ่เงินปฏิเสชซากทารก 2,002 ศพ*. สืบค้นเมื่อ 9 มกราคม 2557, จาก <http://www2.manager.co.th/Politics/ViewNews.aspx?NewsID=9540000014510>
- พระยาเทพวิฑูร. (2509). *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1-2 มาตรา 1-240*. กรุงเทพฯ: เนติบัณฑิตยสภา.
- รองพล เจริญพันธ์. (2520). *กฎหมายแพ่งหลักทั่วไป เล่ม 1*. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- ราชบัณฑิตยสถาน. (2527). *บทนิยาม 50 ปี ราชบัณฑิตยสถาน*. กรุงเทพฯ: กรุงเทพมหานครพิมพ์.
- วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์. (2532). *นิติเวชศาสตร์ Forensic Medicine* (พิมพ์ครั้งที่ 5). กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง.
- ศักดิ์ฤทธิ งามมิตรสมบูรณ์. (2550). *การกระทำความผิดต่อคนตาย* (วิทยานิพนธ์ปริญญา มหาบัณฑิต). กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- สราวุธ เบญจกุล. (ม.ป.ป.). *ผู้พิพากษาแจกกฎหมาย “ทำแท้ง”*. สืบค้นเมื่อ 9 มกราคม 2557, จาก <http://www.thairath.co.th/content/region/128565>.
- สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. *พระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2499*. ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 73/ตอนที่ 95/ฉบับพิเศษ หน้า 1/ 15 พฤศจิกายน 2499.
- _____. *พระราชบัญญัติให้ใช้บทบัญญัติบรรพ 1 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่ได้ตรวจชำระใหม่ พ.ศ. 2535*, ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 139/ตอนที่ 42 / หน้า 1/ 8 เมษายน 2535.
- _____. *รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550*, ราชกิจจานุเบกษา. เล่มที่ 124 ตอนที่ 47 ก. วันที่ 24 สิงหาคม พ.ศ. 2550.
- _____. *กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 217*, ราชกิจจานุเบกษา กรุงเทพมหานครในพระบรมมหาราชวัง. เล่มที่ 25 ฉบับพิเศษ วันที่ 1 มิถุนายน รัตนโกสินทร์ศก 127.
- สุนทร มณีสวัสดิ์. (ม.ป.ป.). *การใช้การตีความกฎหมายและบททั่วไป* (เอกสารประกอบการสอน ชุติวิชากฎหมายแพ่ง 1). นนทบุรี: มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช
- สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล. (2547). *ปัญหาพิเศษในกฎหมายอาญา*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- สุรเศรษฐ์ หน้างาม. (2549). *นิติวิธีกับการวินิจฉัยความผิดอาญาของไทย* (วิทยานิพนธ์ปริญญา มหาบัณฑิต). กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.

สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์. (2538, มิถุนายน). “การตีความตามกฎหมายอาญาเยอรมัน.”

วารสารนิติศาสตร์, 25(2).

_____. (2551). *การตีความกฎหมายอาญา* (รายงานผลงานส่วนบุคคลนี้เป็นส่วนหนึ่งของการ
อบรม หลักสูตร “ผู้พิพากษาผู้บริหารในศาลชั้นต้น”). กรุงเทพฯ: สถาบันพัฒนา
ข้าราชการศาลยุติธรรม.

แสวง บุญเฉลิมวิภาส. (2551). *หลักกฎหมายอาญา* (พิมพ์ครั้งที่ 4). กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

อัคราทร จุฬารัตน์, (2541, กันยายน). การตีความกฎหมาย, *วารสารพระธรรมนุญ 43* (ฉบับพิเศษ)
43(1).

_____. (2512, ธันวาคม). “หลักทั่วไปของการตีความในกฎหมายอาญา.” *วารสารนิติศาสตร์*,
1(3).

อัจฉริยา ชูตินันท์. (2557). *คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิด* (พิมพ์ครั้งที่ 5). กรุงเทพฯ:
มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์.

ภาษาต่างประเทศ

Body snatching. Retrieved November 22, 2013, from

http://en.wikipedia.org/wiki/Body_snatching

Concealing birth of infant. Retrieved November 9, 2014, from www.lrc.ky.gov/Statutes/statute.aspx?id=19997

Concealing birth. Retrieved October 31, 2013, from

<http://apps.leg.wa.gov/rcw/default.aspx?cite=9.02.050>

Concealing Death. Retrieved October 31, 2013, from <http://statutes.laws.com/georgia/title-16/chapter-10/article-2/16-10-31#sthash.pdKLUBZP.dpuf>

CRIMINAL OFFENSES. Retrieved November 22, 2013, from

<http://www.ilga.gov/legislation/ilcs/ilcs4.asp?ActID=1876&ChapterID=53&SeqStart=12000000&SeqEnd=13400000>

Foreign Office. (1950-1952). (Great Britain). *Manual of German Law: Volume II*. London:

H.M. Stationery Office.

Glanville I. (1983). *Williams, Textbook of criminal law* (2nd ed). Stevens.

Infant-deaths. Retrieved November 9, 2014, from <http://forensicpathologyonline.com/e-book/sexual-assaults/infant-deaths>

Jonathan Herring. (2005). *Criminal Law* (4th ed). Basingstoke: Palgrave Macmillan.

Lan Mclean and Peter Morrish. (1973). *Harris's Criminal Law*. London: Sweet & Maxwell.

Sharon Smith. The death of Zahra Baker has helped to re-write G.S. 14-401.22 to make it a felony to disturb or dismember human remains. Retrieved November 22, 2013, from <http://1490wstp.com/news/zahras-law/>

ประวัติผู้เขียน

ชื่อ-สกุล

ประวัติการศึกษา

ประวัติการทำงาน

ปฐวี คงอ้อย

นิติศาสตรบัณฑิต

ปีการศึกษา 2549 มหาวิทยาลัยรามคำแหง

ปีการศึกษา 2555 เนติบัณฑิต สมัยที่ 65

ทนายความ

การเคหะแห่งชาติ