

**ปัญหาการบังคับใช้กฎหมายอาญาว่าด้วยการกระทำชำเราและอนาจารศพ
: ศึกษากรณีโรคจิตเภทประเภทชอบมีเพศสัมพันธ์กับศพ***

**Problem about the Enforcement on the Act of Sexual Penetration and
Sexual Conduct : Study in Cases of Schizophrenia, the Type of
Sexual Encounter with a Corpse**

เจมิญช์ ชูเลิศ**
Jaymin Choolert

วันที่รับบทความ 20 กรกฎาคม 2563; วันแก้ไขบทความ 18 ตุลาคม 2563; วันตอบรับบทความ 11 ธันวาคม 2563

บทคัดย่อ

บทความนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษาถึงปัญหาและผลกระทบของการบังคับใช้กฎหมายว่าด้วยการกระทำชำเราและอนาจารศพกรณีผู้กระทำมีลักษณะที่เป็นโรคจิตเภทประเภทชอบมีเพศสัมพันธ์กับศพโดยศึกษาถึงการบัญญัติความผิดฐานกระทำชำเราและอนาจารศพ ได้แก่ ลักษณะและความหมายของผู้กระทำการกระทำและวัตถุแห่งการกระทำให้สอดคล้องกับลักษณะพฤติกรรมผู้กระทำความผิดกรณีโรคจิตเภทประเภทชอบมีเพศสัมพันธ์กับศพ เพื่อการนำมาตราการบังคับทางอาญาไม่ว่าจะเป็นการบังคับโทษและการบังคับใช้วิธีการเพื่อความปลอดภัยที่ยังไม่ชัดเจนครอบคลุมและเหมาะสมต่อการเยียวยาผู้กระทำความผิดที่มีพฤติกรรมกระทำความผิดทางเพศต่อศพเพื่อหาแนวทางในการแก้ไขเยียวยาบำบัดผู้กระทำผิด รวมถึงแนวคิด ทฤษฎี ตลอดจนหลักเกณฑ์ต่าง ๆ ที่นำมาเป็นเงื่อนไขการบัญญัติความผิดฐานกระทำชำเราและอนาจารศพ เพื่อปรับใช้กับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นว่ามีความเหมาะสมมากน้อยเพียงใด มีมาตรการอย่างไรในการเยียวยาแก้ไขผู้กระทำความผิดรวมถึงผลยับยั้งการกระทำความผิดซ้ำอีก โดยศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศและนำมาเป็นแนวทางในการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติที่เหมาะสมที่จะนำมาบังคับใช้กับความผิดฐานกระทำชำเราและอนาจารศพได้อย่างมีประสิทธิภาพ

คำสำคัญ: ชำเราศพ, อนาจารศพ, เพศสัมพันธ์กับศพ, การกระทำทางเพศต่อศพ

* บทความนี้เป็นส่วนหนึ่งของวิทยานิพนธ์ หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์ นักศึกษาหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์

** ที่อยู่ : คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์ เลขที่ 148 ถนนเสรีไทย แขวงคลองจั่น เขตบางกะปิ กรุงเทพฯ 10240

E-mail : jaymin.cho@stu.nida.ac.th

Abstract

This article aims to study the problems and impacts of law enforcement on the act of misconduct and indecent acts in cases of schizophrenia, the type of sexual encounter with a corpse by studying the provision of Sexual penetration and Sexual conduct, the nature and meaning of the perpetrator. Acts and objects of action are in line with the behavior of the offender, the type of schizophrenia, the sex with the corpse. To implement criminal enforcement measures, whether it is mandatory sentencing and enforcement of safety procedures that are not yet clear, comprehensive and appropriate for the treatment of offenders who commit sexual offences against corpses to find ways to remedy the perpetrators, including the concept of sexual misconduct. The theory, as well as the criteria adopted as a condition of the provision of misdemeanor and indecent corpses. to justify the fact that it is appropriate and what are the measures to correct the offender and the re-offending deterrent effect. It is a way of studying and comparing it to international law and adopting an appropriate provision that will effectively apply to the perpetrators of crimes and indecent assaults.

Keywords: corpse, indecent acts, sexual conduct, sexual contact, sexual penetration, sexual intercourse, sexual deviation, sex with corpse, sex to corpse

1. บทนำ

ประเทศไทยได้มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 22) พ.ศ. 2558 ซึ่งได้เพิ่มเติมลักษณะ 13 ของภาค 2 ภาคความผิดอันเป็นลักษณะความผิดเกี่ยวกับศพ ในมาตรา 366/1 ถึงมาตรา 366/4 ซึ่งเป็นเรื่องการกระทำชำเราศพ การอนาจารศพ การทำให้เสียหายซึ่งศพและการกระทำอันเป็นการดูหมิ่นเหยียดหยามศพ เหตุผลในการแก้ไขเพิ่มเติมความผิดเกี่ยวกับศพเพื่อคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของผู้ตาย คุ้มครองสิทธิของบุคคลในครอบครัว เกียรติยศ และชื่อเสียงของผู้ตาย รวมทั้งเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนด้วย และคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิของบุคคลในครอบครัว เกียรติยศ ชื่อเสียง ตลอดจนความเป็นอยู่ส่วนตัว¹ นอกจากนั้นในการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายดังกล่าวไม่ได้กำหนดให้ความผิดดังกล่าวเป็นความผิดอันยอมความได้ กล่าวคือ ความผิดในลักษณะ 13 นี้จึงไม่ใช่ความผิดต่อส่วนตัว แต่ถือเป็นความผิดต่อแผ่นดิน รัฐจึงเป็นผู้เสียหาย ฉะนั้น บุคคลใดที่พบเห็นการกระทำ หรือผู้ซึ่งมีหน้าที่ดูแลสถานที่จัดเก็บศพ ก็สามารถกล่าวโทษ (แจ้งความ) ต่อพนักงานสอบสวนเพื่อให้ดำเนินคดีได้ และแม้ไม่มีผู้ใดมากล่าวโทษ พนักงานสอบสวนก็มีอำนาจสอบสวนได้เอง ต่อมาวันที่ 24 พฤษภาคม พ.ศ. 2562 ได้มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 27) พ.ศ. 2562 โดยปรับปรุงบทนิยาม คำว่า “กระทำชำเรา”² โดยตัดบทนิยามคำว่า “การกระทำชำเรา” ที่กำหนดอยู่ในมาตรา 276 วรรคสอง และมาตรา 277 วรรคสอง และนำมากำหนดไว้ในมาตรา 1 (18) เพื่อจะได้ไม่ต้องบัญญัติบทนิยาม “การกระทำชำเรา” ซ้ำกันในหลายมาตรา ไม่ว่าจะเป็นในบทบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศและบทบัญญัติความผิดเกี่ยวกับศพในประมวลกฎหมายอาญาให้ชัดเจนและสอดคล้องกับลักษณะการกระทำชำเราตามธรรมชาติในมาตรา 366/1

อย่างไรก็ตาม การกระทำชำเราหรืออนาจารศพอาจเกิดขึ้นได้หลายกรณี เช่น กรณีที่ไม่ได้มีเจตนาที่จะกระทำชำเราหรืออนาจารศพมาตั้งแต่แรก เพียงแต่บุคคลที่ตนเจตนาจะข่มขืนกระทำชำเราหรืออนาจารนั้นได้เสียชีวิตไปก่อนแล้ว หรือกรณีที่มิได้เจตนากระทำชำเราหรืออนาจารศพโดยกระทำด้วยเหตุที่มีภาวะผิดปกติทางเพศเป็นโรคจิตเภทประเภทชอบมีเพศสัมพันธ์กับศพ ซึ่งจัดอยู่ในประเภทหนึ่งของโรคทางจิตเวชศาสตร์ที่เรียกว่า Necrophilia หมายถึง ผู้ที่มีความต้องการทางเพศกับศพและเสเพลสังวาสหรือกระทำทางเพศกับผู้เสียชีวิตไปแล้ว กรณีนี้ถือว่าเป็นโรคจิตเวชกลุ่มหนึ่งซึ่งมีความผิดปกติทางเพศเป็นอาการสำคัญที่เรียกว่าโรค “กามวิตถาร” หรือ “กามวิปริต” โรคนี้ได้ถูกจัดไว้ตามระบบการจำแนกโรคขององค์การอนามัยโลก

¹ สภานิติบัญญัติแห่งชาติ, ‘เอกสารประกอบการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่...) พ.ศ. ...’ (กำหนดบทนิยามคำว่า “เจ้าพนักงาน” ความผิดเกี่ยวกับศพ ความผิดเกี่ยวกับการคุกคามและการแก้ไขอัตราโทษ ปรับสำหรับความผิดลหุโทษ, บรรจุระเบียบวาระการประชุมสภานิติบัญญัติแห่งชาติ ครั้งที่ 19/2557, (30 ตุลาคม 2557).

² พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 27) พ.ศ. 2562 มาตรา 3 ให้เพิ่มความต่อไปนี้เป็น (18) (ของ มาตรา 1) แห่งประมวลกฎหมายอาญา (18) “กระทำชำเรา หมายความว่า กระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำโดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำล่วงล้ำอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น”

ICD-10³ (International Statistical Classification of Diseases And Related Health Problems 10th Revision-1992) ว่าเป็นความผิดปกติของความพึงพอใจทางเพศ (Disorders of Sexual Preference) หรือในระบบอเมริกันตามการจำแนกของสมาคมจิตแพทย์อเมริกัน⁴ (American Psychiatric Association: APA) เรียกว่า “Paraphilia” ลักษณะอาการสำคัญของผู้ป่วยกลุ่มนี้ คือ การมีความรู้สึกหรือมีอาการตื่นเต้นทางเพศ ด้วยวิธีการซึ่งผิดธรรมชาติและเป็นอันตรายต่อสังคม นอกจากนั้น ผู้ป่วยยังมีความคิดหมกมุ่นอยู่กับการได้รับความสุขทางเพศกับศพ ผู้ป่วยส่วนใหญ่มักจะไปค้นหาศพตามสุสานหรือบางรายใช้วิธีการขโมยศพเพื่อตอบสนองความต้องการทางเพศของตนในรูปแบบของการสัมผัสหรือล่วงล้ำส่วนใดส่วนหนึ่งของศพ หรืออาจถึงขั้นมีความผิดปกติรุนแรงจนอาจทำการฆ่าผู้อื่นเพื่อสนองอารมณ์เร่ร่อนทางเพศหากไม่ได้รับการบำบัดรักษา เสียชีวิตจิตใจและพฤติกรรมความผิดปกติดังกล่าว⁵

จะเห็นได้ว่า แม้กฎหมายไทยจะมีการแก้ไขเพิ่มเติมโดยให้ความสำคัญกับศพหรือคนตายมากขึ้น แต่บทบัญญัติความผิดฐานกระทำชำเราและกระทำอนาจารศพของประเทศไทยนั้นยังมีประเด็นที่น่าสังเกตหลายประการ เนื่องจากผู้กระทำชำเราและอนาจารศพมีความผิดปกติทางด้านสภาพจิตใจของผู้กระทำเพียงแต่มีการกระทำเพื่อสนองความใคร่มาเกี่ยวข้อง บุคคลเหล่านั้นจึงเกิดความอับอายที่จะเข้ารับการบำบัดรักษาด้วยตนเองเนื่องจากสังคมมองว่าพฤติกรรมดังกล่าวเป็นเพียงพฤติกรรมความผิดปกติทางเพศหรือเป็นพฤติกรรมที่มีลักษณะเบี่ยงเบนทางเพศซึ่งเป็นเรื่องน่ารังเกียจอันตรายและเป็นเพียงความแตกต่างทางด้านรสนิยมเท่านั้น⁶ โดยไม่ได้มองว่าเป็นอาการป่วยของสภาพจิตใจ ส่งผลให้ผู้กระทำดังกล่าวเหล่านั้นไม่ได้รับการบำบัดดูแลรักษาที่เหมาะสมส่งผลให้เกิดปัญหาและผลกระทบของการบังคับใช้กฎหมายว่าด้วยการกระทำชำเราและอนาจารศพกรณีผู้กระทำมีลักษณะที่เป็นโรคจิตเภทประเภทชอบมีเพศสัมพันธ์กับศพ ไม่ว่าจะเป็นการบัญญัติความผิดฐานกระทำชำเราและอนาจารศพ มาตราการบังคับทางอาญาได้แก่ การบังคับโทษและการบังคับใช้วิธีการเพื่อความปลอดภัยที่ยังไม่ชัดเจนครอบคลุมและเหมาะสมต่อการเยียวยาผู้กระทำความผิดที่มีพฤติกรรม การกระทำความผิดทางเพศ ปัญหาดังกล่าวเป็นเหตุให้แนวทางในการเยียวยาแก้ไขผู้กระทำความผิดรวมถึงผลยับยั้งการกระทำความผิดซ้ำถูกมองข้ามไป ดังนั้นบทบัญญัติกฎหมายอาญาว่าด้วยการกระทำชำเราและอนาจารศพอย่างไรจึงจะเหมาะสมที่จะนำมาบังคับใช้กับความผิดฐานกระทำชำเราและอนาจารศพได้อย่างมีประสิทธิภาพ ตลอดจนปัจจัยใดที่ส่งผลให้เกิดพฤติกรรมการกระทำชำเราและอนาจารศพอันเป็นการกระทำบกพร่องสิทธิของบุคคลในครอบครัว เกียรติยศ และชื่อเสียง ตลอดจนศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของผู้ตาย เพื่อทำความเข้าใจ

³ ICD, ‘F65 .- Disorders of sexual preference’ (ICD code, 2020) < <https://www.icd-code.de/icd/code/F65-.html>> accessed 20 January 2020

⁴ American Psychiatric Association, ‘ICD vs. DSM’ (American Psychiatric Association, October, 2009) <<https://bit.ly/2VsoHXq>> accessed 25 January 2019

⁵ สมภพ เรืองตระกูล, *ความผิดปกติทางเพศ* (เรือนแก้วการพิมพ์ 2546) 78.

⁶ ประธาน วัฒนาวณิชย์, ‘อาชญากรรมทางเพศ: กฎหมายกับพฤติกรรมศาสตร์’ (2528) 13 วารสารนิติศาสตร์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2, 8-11.

ในการบังคับใช้กฎหมายอาญาที่สอดคล้องกับพฤติกรรมการกระทำชำเราและอนาจารศพอย่างเหมาะสมและก่อให้เกิดความยุติธรรมในสังคม⁷

2. การบังคับใช้กฎหมายอาญาว่าด้วยการกระทำชำเราและอนาจารศพในประเทศไทย

ในปัจจุบัน กฎหมายไทยในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดในลักษณะของโรจิตเภทประเภทขอมมีเพศสัมพันธ์กับศพ ได้แก่ บทบัญญัติความผิดฐานกระทำชำเราและอนาจารศพ ดังนี้

ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 366/1 “ผู้ใดกระทำเพื่อสนองความใคร่ของตนโดยการใช้อวัยวะเพศของตนล่วงล้ำอวัยวะเพศ ทวารหนักหรือช่องปากของศพ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปีหรือปรับไปเกินหกหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 366/2 “ผู้ใดกระทำอนาจารแก่ศพ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสองปีหรือปรับไม่เกินสี่หมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

สำหรับการกระทำความผิดดังกล่าว กฎหมายได้บัญญัติเป็นสองฐานความผิดอันเป็นการเน้นบทบาทการลงโทษตามลักษณะความร้ายแรงของการกระทำเพื่อให้เกิดความเหมาะสมต่อสถานการณ์ที่เกิดขึ้นสำหรับผู้กระทำซึ่งได้กระทำชำเราหรืออนาจารศพและเป็นการแสดงออกถึงการเคารพและให้เกียรติผู้ตาย ดังนั้นเมื่อผู้กระทำได้กระทำชำเราหรืออนาจารศพและศาลพิพากษาว่าผู้กระทำได้กระทำความผิดฐานกระทำชำเราและอนาจารศพตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 366/1 หรือมาตรา 366/2 ผลของการพิพากษาว่าได้กระทำความผิดดังกล่าว ได้แก่

1) ผู้กระทำได้ต้องได้รับโทษจำคุกไม่เกินสามปีหรือปรับไม่เกินหกหมื่นบาทหรือทั้งจำทั้งปรับในความผิดฐานกระทำชำเราศพตามมาตรา 366/1 หรือจำคุกไม่เกินสองปีหรือปรับไม่เกินสี่หมื่นบาทหรือทั้งจำทั้งปรับในความผิดฐานกระทำอนาจารศพตามมาตรา 366/2 ส่วนการใช้สิ่งอื่นใดสอดใส่เข้าไปในอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่นจะไม่ใช่ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราอีกต่อไป แต่ได้กำหนดให้เป็นความผิดฐานอนาจารในลักษณะร้ายแรงที่ผู้กระทำได้ต้องได้รับโทษหนักขึ้น

2) ศาลอาจกำหนดเงื่อนไขคุมประพฤติระหว่างที่ศาลมีคำสั่งรอกการกำหนดโทษหรือรอกการลงโทษโดยเข้าเงื่อนไขตามมาตรา 56⁸ ซึ่งหากศาลได้คำนึงถึงอายุ ประวัติ ความประพฤติ สถิติปัญหา การศึกษาอบรม สุขภาพ ภาวะแห่งจิต นิสัย อาชีพ และสิ่งแวดล้อมของผู้นั้น หรือสภาพความผิด หรือการรู้สึกความผิด และพยายามบรรเทาผลร้ายที่เกิดขึ้น หรือเหตุอื่นอันควรปรานีแล้ว โดยศาลจะพิจารณาว่าจะกำหนดเงื่อนไขคุมประพฤติแก่ผู้กระทำความผิดข้อเดียวหรือหลายข้อหรือไม่กำหนดเลยก็ได้

3) ศาลอาจกำหนดวิธีการเพื่อความปลอดภัย ได้แก่ การกักกัน การห้ามเข้าเขตกำหนด การเรียกประกันทัณฑ์บน คุมตัวไว้ในสถานพยาบาล และการห้ามประกอบอาชีพบางอย่าง⁹ มาใช้กับผู้กระทำความผิด

⁷ สุวิทนา อารีพรรค, *ความผิดปกติทางจิต* (จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 2524) 1.

⁸ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 56

⁹ ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 39

โดยมีพฤติกรรมที่อาจก่ออันตรายแก่บุคคลหรือทรัพย์สินของผู้อื่นหรือเป็นกรณีที่มีการกระทำความผิดเกิดขึ้นแล้วแต่มีแนวโน้มที่จะกระทำความผิดขึ้นอีกในอนาคต โดยวิธีการเพื่อความปลอดภัยแต่ละวิธีจะพิจารณาจากลักษณะของผู้กระทำความผิด

3. วิเคราะห์สภาพปัญหา

เนื่องจากปัญหาการบังคับใช้กฎหมายอาญาว่าด้วยการกระทำชำเราและอนาจารศพกรณีโรคจิตเภทประเภทขอบมีเพศสัมพันธ์กับศพนั้นมีหลายประการ ผู้เขียนจึงขออธิบายสภาพปัญหาออกเป็น 3 หัวข้อตามลำดับความสำคัญตั้งปัญหาเล็กจนถึงปัญหาหลักโดยแต่ละหัวข้อนั้นมีความสอดคล้องและเกี่ยวเนื่องกัน ได้แก่ การกำหนดความผิดอาญากับความสอดคล้องของพฤติกรรมผู้กระทำ คำนิยามและความหมายของผู้มีกระทำที่มีจิตบกพร่อง โรคจิตหรือจิตฟั่นเฟือน กับการบังคับใช้วิธีการเพื่อความปลอดภัย และมาตรการบังคับทางอาญา

3.1 การกำหนดความผิดอาญากับความสอดคล้องของพฤติกรรมผู้กระทำ

พฤติกรรมของผู้กระทำชำเราและอนาจารศพกรณีโรคจิตเภทประเภทขอบมีเพศสัมพันธ์กับศพนั้นค่อนข้างมีหลากหลายประเภทและหลากหลายพฤติกรรมที่แตกต่างกัน การที่กฎหมายบัญญัติให้ลักษณะการกระทำมีคำจำกัดความในเรื่องของการกระทำไว้จำกัดเฉพาะการกระทำใดการกระทำหนึ่งนั้นอาจไม่เหมาะสมในการปรับใช้ระหว่างข้อเท็จจริงและบทบัญญัติกฎหมาย ได้แก่

- 1) กรณีผู้กระทำที่มีอวัยวะเพศหญิงได้มีเพศสัมพันธ์กับศพ¹⁰ กรณีเช่นนี้ย่อมไม่มีความผิดฐานกระทำชำเราศพ เพียงแต่มีความผิดฐานกระทำอนาจารศพ เพราะการกระทำไม่ครบองค์ประกอบภายนอกของความผิดฐานกระทำชำเราศพ ได้แก่ “การใช้อวัยวะเพศของตนล่วงล้ำอวัยวะเพศ ทวารหนักหรือช่องปากของศพ” เนื่องจากอวัยวะเพศหญิงไม่สามารถกระทำโดยการล่วงล้ำอวัยวะเพศ ทวารหนักหรือช่องปากของศพได้ ดังนั้นการที่ผู้กระทำที่มีอวัยวะเพศหญิงได้มีเพศสัมพันธ์กับศพและมีความผิดเพียงฐานกระทำอนาจารศพ และ
- 2) กรณีผู้กระทำมีเพศสัมพันธ์กับศพโดยใช้ “วัตถุอย่างใดอย่างหนึ่ง” ล่วงล้ำเข้าไปในทวารหนักหรือช่องปากของศพเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ ก็ไม่อาจตีความว่าเป็นการกระทำชำเราศพได้ตามถ้อยคำในตัวบทอันเป็นองค์ประกอบภายนอกของความผิดฐานกระทำชำเราศพมีเพียงการตีความให้เป็นความผิดฐานกระทำอนาจารศพเท่านั้น

จากทั้งสองกรณีที่ว่ากล่าวมาแล้วนั้น จะเห็นได้ว่ากฎหมายใหม่ได้กำหนดคำนิยามของการกระทำชำเราใหม่โดยให้สอดคล้องกับการกระทำชำเราตามธรรมชาติ ดังนี้ “กระทำชำเรา หมายความว่า กระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ โดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำล่วงล้ำอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น” ซึ่งสิ่งที่แตกต่างไปจากเดิมคือ “การใช้สิ่งอื่นใดหรืออวัยวะอื่นใดของผู้กระทำสอดใส่อวัยวะเพศหรือ

¹⁰ Carla Valentine, ‘Dead Inside: Female Necrophilia UK Law and the Penetration Paradox’ (ACADEMIA, 2018) <<https://bit.ly/2lfc529>> accessed 19 December 2019

ทวารหนักของผู้เสียหายเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ” โดยถูกเปลี่ยนไปให้เป็นเหตุเพิ่มโทษของการกระทำอนาจาร ดังนั้น การที่ผู้กระทำใช้นิ้วสอดใส่อวัยวะเพศของผู้เสียหายหรือการใช้สิ่งอื่นใดก็ตาม เช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6336/2557 วินิจฉัยว่า “การกระทำของจำเลยที่ใช้ปากอมอวัยวะเพศของผู้เสียหายที่ 3 จากนั้นจับอวัยวะเพศของผู้เสียหายที่ 3 ใส่เข้าไปในทวารหนักของจำเลยถือได้ว่าเป็นการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศของผู้เสียหายที่ 3 มาตรา 277 วรรคสอง การกระทำของจำเลยจึงเป็นความผิดฐานกระทำชำเรา” จากเดิมผู้กระทำเคยมีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา (rape) แต่ปัจจุบันผู้กระทำจะมีความผิดฐานกระทำอนาจารโดยการล่วงล้ำ (sexual assault by penetration) ซึ่งเป็นการกระทำอนาจารที่มีเหตุเพิ่มโทษ แต่เมื่อพิจารณาตามกฎหมายเดิม ความหมายของการกระทำชำเราตามกฎหมายเดิมนั้นมีความสอดคล้องกับหลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ หลักการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องเพศ¹¹ ในขณะที่กฎหมายใหม่ในความผิดฐานกระทำอนาจารโดยการล่วงล้ำ (sexual assault by penetration) แม้จะมีการกำหนดโทษเท่ากับความผิดฐานกระทำชำเรา แต่ในแง่ของความเสียหายที่เกิดจากมุมมองของสังคมและผู้เสียหาย การถูกกระทำความรุนแรงดังกล่าวกลับเป็นเพียงความผิดฐานกระทำอนาจารโดยการล่วงล้ำ (sexual assault by penetration) อาจเป็นสิ่งที่สะท้อนให้เห็นถึงความไม่เท่าเทียมกันของหลักการเคารพศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เพราะในแง่ของสังคมนั้น ย่อมประณามข้อหา “กระทำชำเรา” มากกว่าข้อหา “อนาจาร” ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่า เจตนาอันแท้จริงของผู้กระทำที่มีความผิดฐานกระทำอนาจารโดยการล่วงล้ำนั้น ไม่ได้มีเจตนาเพียงแค่กระทำอนาจารไม่ว่าลักษณะของการกระทำจะมีการล่วงล้ำหรือไม่ แต่ผู้กระทำมีเจตนาที่จะกระทำชำเราผู้เสียหายหรือศพอย่างแน่แท้ เพียงแต่เป็นการกระทำที่มีลักษณะแตกต่างไปจากการกระทำชำเราตามธรรมชาติเท่านั้น

3.2 คำนิยามและความหมายของผู้มีกระทำที่มีจิตบกพร่อง โรคจิตหรือจิตฟั่นเฟือน กับการบังคับใช้วิธีการเพื่อความปลอดภัย

การพิจารณาความหมายของผู้กระทำที่มีจิตบกพร่อง โรคจิตหรือจิตฟั่นเฟือน ตลอดจนความหมายทางการแพทย์และความหมายทางกฎหมายเกี่ยวกับผู้มีความผิดปกติทางจิตจะพบว่าการจำแนกโรคในทางการแพทย์นั้นมีความละเอียดมากเป็นการแบ่งกลุ่มผู้ป่วยจิตเวชเป็นกลุ่ม ๆ เพื่อให้เกิดความถูกต้องในการรักษาโรค แต่หากผู้ป่วยจิตเวชเหล่านี้กระทำความผิดอาญา การใช้มาตรการทางกฎหมายเพื่อลงโทษหรือยกเว้นจะต้องพิจารณาให้สอดคล้องกับหลักกฎหมายซึ่งหากวิเคราะห์ปัญหาดังกล่าวจะพบว่าการจำแนกโรคทางจิตเวชในทางการแพทย์จะครอบคลุมในลักษณะกว้าง กล่าวคือ¹² ผู้ที่มีปัญญาอ่อน (mental retardation) ผู้ที่เป็นโรคจิต (psychosis) โรควิตกกังวล (neurotic) ผู้ที่มีความผิดปกติทางเพศ (Sexual deviation) ผู้ที่ติด

¹¹ คิวดี เกิดเจริญ, ‘ผลกระทบจากการบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมความผิดฐานกระทำชำเราตามพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พ.ศ. 2550 ต่อความผิดฐานอนาจาร’ (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 2552)

¹² แสง บุญเฉลิมวิภาส, *นิติเวชศาสตร์และกฎหมายการแพทย์*, (พิมพ์ครั้งที่ 2 สำนักพิมพ์วิญญูชน 2556) 105-106.

ยาเสพติดหรือผู้ที่มีบุคลิกภาพผิดปกติ (personality disorder) ล้วนถือได้ว่าเป็นผู้ป่วยซึ่งควรจะได้รับ การรักษา แต่หากมองในแง่ของกฎหมาย กฎหมายจะไม่ลงโทษหรือยกเว้นโทษให้ในความผิดปกติบางประเภท เท่านั้นโดยถือหลักว่าความเจ็บป่วยหรือความผิดปกติทางจิตจะต้องถึงขนาดที่กระทำโดยไม่รู้ผิดชอบหรือ ไม่สามารถบังคับตนเองได้เท่านั้นกฎหมายจึงจะยกโทษให้เพราะโดยหลักทั่วไปเมื่อคนทำผิดก็ต้องถูกลงโทษ การที่จะไม่ลงโทษหรือลดโทษให้ผู้ใดจะต้องมีเหตุผลพิเศษและเหตุผลพิเศษในกรณีที่มีความผิดปกติทางจิตนี้ บุคคลนั้นจะต้องมีความผิดปกติถึงขนาดไม่รู้ผิดชอบหรือไม่สามารถบังคับตนเองได้ในขณะที่กระทำนั้น ด้วยเหตุนี้ผู้ที่มีความผิดปกติทางจิตบางอย่างเช่นผู้ที่เป็นโรคจิตกึ่งวกลผู้ที่มีบุคลิกภาพผิดปกติผู้ที่มีความ ผิดปกติทางเพศหรือผู้ที่ติดยาเสพติดจึงไม่อยู่ในข่ายที่จะได้รับการยกเว้นโทษตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 65 เว้นแต่ผู้กระทำความผิดหรืออนาจารศพจะมีความผิดปกติอย่างอื่น เช่น มีอาการของโรคจิตถึงขนาด ไม่สามารถรู้ผิดชอบหรือไม่สามารถบังคับตนเองได้ปนอยู่ด้วย เหตุผลที่กฎหมายไม่ยกเว้นโทษหรือลดโทษให้ บุคคลเหล่านี้ก็เพราะว่าบุคคลเหล่านี้ยังมีความรู้ผิดชอบหรือสามารถบังคับตนเองได้อยู่แม้ว่าจะมีความผิดปกติ ในทางจิตใจที่จะชักนำให้ทำอะไรต่างไปจากคนธรรมดาได้ง่ายแต่สิ่งจูงใจนั้นก็ไม่ถึงขนาดทำให้ความรู้ผิดชอบ และความสามารถบังคับสูญเสียไปความผิดปกติทางจิตที่กฎหมายกำหนดเป็นเหตุยกเว้นโทษไว้ในมาตรา 65 ไม่ว่าจะเป็นเพราะจิตบกพร่อง โรคจิตหรือจิตฟั่นเฟือน

หากพิจารณาจากการจำแนกโรคทางจิตเวชในปัจจุบันจะไม่พบคำว่า “จิตบกพร่อง” แต่หากพิจารณา ความหมายที่กล่าวมาแล้วหมายถึงผู้ที่สมองไม่เจริญเติบโตตามวัยหรือบกพร่องมาแต่กำเนิดหรือเสื่อมลงเพราะ ความชรา “จิตบกพร่อง” จึงหมายถึง คนปัญญาอ่อนตามการจัดแบ่งกลุ่มของโรคทางจิตเวช (ICD 10) นั่นเอง คำว่า “โรคจิต” นั้น คำอธิบายในทางกฎหมายและความเข้าใจทางการแพทย์จะใกล้เคียงกันซึ่งคำว่า “โรคจิต” จัดอยู่ในกลุ่มที่ 3 โรคจิตเภทพฤติกรรมแบบจิตเภทและความหลงผิดตามการจัดแบ่งกลุ่มของโรคทางจิตเวช (ICD 10) ส่วนคำว่า “จิตฟั่นเฟือน” ไม่มีใช้ในทางจิตเวชศาสตร์และยังคงมีความเห็นที่แตกต่างกันอยู่มาก โดยฝ่ายหนึ่งมีความเห็นว่าควรหมายถึงผู้ที่มีความหลงผิดประสาทหลอนและแปลผิด แต่อีกฝ่ายเห็นว่า หมายถึงภาวะแปรปรวนทางจิตใจซึ่งหมายความว่าความครอบคลุมถึงโรคทางจิตเวชได้หลายกลุ่มเช่นโรค ประสาทบุคลิกภาพผิดปกติในการควบคุมตนเองหรือกลุ่มอาการทางจิตเนื่องจากสมองพิการ เป็นต้น ผู้เขียน มีความเห็นว่าควรตัดคำว่า “จิตฟั่นเฟือน” ออกไปเพื่อป้องกันมิให้เกิดความสับสนในการบังคับใช้กฎหมาย นอกจากนั้น แนวคำพิพากษาศาลฎีกาได้อธิบายถึงอาการของจำเลยโดยไม่ได้ระบุถึงอาการดังกล่าวว่าหมายถึง โรคทางจิตเวชชนิดใดแต่มีกล่าวไปอย่างรวม ๆ ในการให้เหตุผลในคำพิพากษาว่าจำเลยเป็นโรคจิตหรือจิต ฟั่นเฟือน ส่วนการทำความเข้าใจของจิตแพทย์ในฐานะพยานผู้เชี่ยวชาญที่เสนอต่อศาลนั้นการวินิจฉัยทางคลินิก จะยึดตามการวินิจฉัยขององค์การอนามัยโลกฉบับ ICD-10¹³ โดยจะมีการตั้งคณะผู้ตรวจวินิจฉัยและ บำบัดรักษาทางนิติจิตเวชซึ่งประกอบไปด้วยจิตแพทย์พยาบาล นักจิตวิเคราะห์และนักอาชีวบำบัด ซึ่งในการ ตรวจวินิจฉัยบำบัดรักษาทางนิติจิตเวชจะทำการสอบประวัติผู้กระทำผิดดูประวัติการรักษา พฤติการณ์แห่งคดี ขณะที่กระทำความผิดโดยอิงตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย จากนั้นจะจัดการประชุมเพื่อวินิจฉัยทางนิติจิตเวช

¹³ American Psychiatric Association, ‘ICD vs. DSM’ (n 5)

และรายงานผลการวินิจฉัย ในขณะที่ศาลจะฟังข้อเท็จจริงว่าผู้กระทำความผิดเป็นบุคคลที่มีความผิดปกติทางจิตหรือไม่นั้นศาลจะพิจารณาจากประวัติการกระทำผิดในครั้งก่อน ๆ ความเสียใจก่อนกระทำความผิด กริยาอาการของผู้กระทำผิดก่อนการกระทำความผิดผู้กระทำความผิดมีเรื่องโกรธเคืองกับผู้ถูกกระทำมาก่อนหรือไม่ จะเห็นได้ว่าหลักเกณฑ์ในการวินิจฉัยว่าบุคคลใดมีความผิดปกติทางจิตหรือไม่ ในทางทฤษฎีจิตแพทย์และศาลจะใช้หลักเกณฑ์เดียวกัน แต่ในทางปฏิบัติแนวคำพิพากษาของศาลมักจะไม่ได้เดินตามความเห็นของจิตแพทย์ กรณีเช่นนี้ผู้เขียนมีความเห็นว่าแนวทางการใช้ดุลพินิจของศาลในเรื่องของการให้เหตุผลเกี่ยวกับความผิดปกติทางจิตของผู้กระทำความผิดค่อนข้างมีหลายแนวทางและไม่สอดคล้องกับแนวทางการวินิจฉัยของแพทย์ เพียงแต่รักษาสถานะในการใช้อำนาจในการรักษากฎหมายก็ว่าได้ ปัญหาดังกล่าวส่งผลกระทบต่อการให้ความคุ้มครองผู้ป่วยจิตเวชหลายประการทำให้ผู้ที่มีความผิดปกติทางจิตอีกเป็นจำนวนมากที่ไม่ได้รับความคุ้มครองตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายซึ่งในปัจจุบันยังไม่มีมาตรการที่ชัดเจนในเรื่องดังกล่าว

3.3 มาตรการบังคับทางอาญา

แนวทางการนำมาตราการบังคับทางอาญาที่มาใช้สำหรับผู้กระทำความผิดฐานกระทำชำเราและอนาจารศพ นอกจากการบังคับโทษจำคุกหรือปรับจะมีมาตรการใดที่อาจแก้ไขเยียวยาพฤติกรรมของผู้กระทำชำเราหรืออนาจารศพกรณีโรคจิตเภทประเภทชอบมีเพศสัมพันธ์กับศพได้ ซึ่งเมื่อพิจารณาตามกฎหมายอาญาแล้วอาจพบว่าวิธีการเลี้ยงโทษจำคุกระยะสั้น ได้แก่ การรอกการกำหนดโทษหรือรอกการลงโทษโดยกำหนดเงื่อนไขคุมประพฤติบางประการที่อาจบรรลุดุประพฤติของกฎหมายอาญาได้¹⁴ นอกจากนั้นการนำมาตราการเกี่ยวกับวิธีการเพื่อความปลอดภัยมาใช้ก็มีแนวทางที่อาจช่วยเหลือผู้กระทำความผิดได้เช่นกัน แต่ขอบเขตของกฎหมายอาญาดังกล่าวนั้นค่อนข้างมีจำกัด ส่งผลให้การบรรลุดุประพฤติของการลงโทษนั้นใกล้เคียงความเป็นจริงออกไป ผู้เขียนจึงได้อธิบายปัญหาในหัวข้อการบังคับโทษและการบังคับใช้วิธีการเพื่อความปลอดภัย ดังต่อไปนี้

1) การบังคับโทษ

ในเรื่องของโทษทางอาญาสำหรับความผิดฐานกระทำชำเราและอนาจารศพนั้นความผิดหลักที่ผู้กระทำจะได้รับคือโทษจำคุกหรือปรับหรือทั้งจำทั้งปรับ โดยกฎหมายไม่ได้กำหนดเหตุยกเว้นโทษหรือเหตุลดโทษไว้ในตัวบทกฎหมายแต่อย่างใดและผู้กระทำที่ได้กระทำชำเราหรืออนาจารศพนั้นก็ไม่เข้าข่ายที่จะต้องได้รับยกเว้นโทษหรือลดโทษให้ตามมาตรา 65 ตามที่ได้กล่าวกันมาแล้ว ดังนั้นการกระทำความผิดประกอบความผิดตามโครงสร้างความรับผิดชอบทางอาญา ผู้กระทำต้องรับโทษตามที่กฎหมายบัญญัติไว้

จะเห็นได้ว่าผู้กระทำชำเราหรืออนาจารศพกรณีโรคจิตเภทประเภทชอบมีเพศสัมพันธ์กับศพอาจไม่ได้รับการบำบัดรักษาอย่างเหมาะสมและอาจนำไปสู่การกระทำความผิดซ้ำอีกในอนาคตอันเนื่องมาจากความผิดปกติทางจิตหรือความผิดปกติทางเพศ ทั้งนี้ทั้งนั้น กฎหมายก็ได้กำหนดให้มีการรอกการกำหนดโทษหรือรอกการลงโทษอันเป็นประโยชน์แก่ผู้กระทำความผิดโดยเงื่อนไขที่ว่า กรณีผู้กระทำความผิดซึ่งมีโทษจำคุกหรือปรับและในคดีนั้นศาลจะลงโทษจำคุกไม่เกิน 5 ปีไม่ว่าจะลงโทษปรับด้วยหรือไม่ก็ตามหรือลงโทษปรับ

¹⁴ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, *กฎหมายอาญาภาคความผิด เล่ม 2* (พิมพ์ครั้งที่ 5, สำนักพิมพ์จักรีการพิมพ์ 2550) 74-75.

ถ้าปรากฏว่าผู้นั้นไม่เคยรับโทษจำคุกมาก่อน หรือเคยรับโทษจำคุกมาก่อนแต่เป็นโทษสำหรับความผิดที่ได้กระทำโดยประมาท หรือความผิดลหุโทษ หรือเป็นโทษจำคุกไม่เกิน 6 เดือน หรือเคยรับโทษจำคุกมาก่อน แต่พ้นโทษจำคุกมาแล้วเกินกว่า 5 ปี แล้วมากระทำความผิดอีก โดยความผิดในครั้งหลังเป็นความผิดที่ได้กระทำโดยประมาทหรือความผิดลหุโทษ โดยศาลอาจกำหนดเงื่อนไขเพื่อคุมความประพฤติที่เหมาะสมและสอดคล้องกับการแก้ไขพฤติกรรมของผู้กระทำ ซึ่งเงื่อนไขคุมประพฤติสำหรับผู้กระทำซ้ำเราและอนาจารศพกรณีโรคจิตเภทประเภทขบมีเพศสัมพันธ์กับศพ ได้แก่ การให้ผู้กระทำได้รับการบำบัดรักษาความบกพร่องทางร่างกายหรือจิตใจหรืออาการป่วยทางจิตเวชของจำเลยให้หายตามมาตรา 56 (4) โดยอาจกำหนดเงื่อนไขอื่น ๆ ตามที่ศาลเห็นสมควรเพื่อแก้ไขฟื้นฟูหรือป้องกันมิให้จำเลยกระทำหรือมีโอกากระทำความผิดขึ้นอีกตามมาตรา 56 (5) ประกอบด้วย เช่นนี้ยังถือว่ากฎหมายเปิดโอกาสให้ผู้กระทำความผิดทางเพศได้รับการบำบัดรักษาความบกพร่องทางร่างกายหรือจิตใจตลอดจนเงื่อนไขอื่น ๆ เพื่อฟื้นฟูหรือป้องกันมิให้ผู้กระทำความผิดกระทำหรือมีโอกากระทำความผิดขึ้นอีก โดยศาลจะใช้ดุลพินิจในการกำหนดระยะเวลาหรืออาจแก้ไขเพิ่มเติมหรือเพิกถอนคำสั่งได้โดยชอบ แต่มาตรการเหล่านี้ก็ถือเป็นเพียงวิธีการหลีกเลี่ยงการลงโทษจำคุกระยะสั้นโดยมีเงื่อนไขว่าผู้กระทำต้องกระทำความผิดครั้งแรกหรือเคยกระทำความผิดมาก่อนแต่เป็นโทษที่ได้กระทำโดยประมาทหรือความผิดลหุโทษเท่านั้น อีกทั้งยังเป็นมาตรการที่เกิดจากดุลพินิจของศาล ผู้เขียนมีความเห็นว่า ด้วยข้อจำกัดของมาตรการเสริมทางอาญาตามมาตรา 56 ดังกล่าวไม่อาจยับยั้งการกระทำของผู้มีความผิดปกติทางเพศซึ่งมีพฤติกรรมในลักษณะที่ต้องการมีเพศสัมพันธ์กับศพได้ครอบคลุมและเหมาะสมโดยเฉพาะผู้กระทำซ้ำเราหรืออนาจารศพที่ได้เคยกระทำความผิดมาแล้ว

2) การบังคับใช้วิธีการเพื่อความปลอดภัย

ในกระบวนการหลังพ้นโทษศาลอาจนำวิธีการเพื่อความปลอดภัยมาใช้ซึ่งมีทั้งมาตรการที่คุ้มครองสังคมให้ปลอดภัยจากการก่อเหตุร้าย ได้แก่ การกักกัน การห้ามเข้าเขตกำหนด การเรียกประกันทัณฑ์บน คุมตัวไว้ในสถานพยาบาล และการห้ามประกอบอาชีพบางอย่างมาใช้กับผู้กระทำความผิดโดยมีพฤติกรรมที่อาจก่ออันตรายแก่บุคคลหรือทรัพย์สินของผู้อื่นหรือเป็นกรณีที่มีการกระทำความผิดเกิดขึ้นแล้วแต่มีแนวโน้มที่จะกระทำผิดขึ้นอีกในอนาคต โดยวิธีการเพื่อความปลอดภัยแต่ละวิธีจะพิจารณาจากลักษณะของผู้กระทำความผิด โดยมาตรการบำบัดแก้ไขซึ่งต้องกระทำควบคู่กับการสืบค้นบำบัดผู้กระทำความผิดเพื่อให้สังคมมีความปลอดภัยจากอันตรายซึ่งเกิดจากผู้กระทำ¹⁵ การจะใช้วิธีการเพื่อความปลอดภัยวิธีใดจึงจะเหมาะสมนั้นขึ้นอยู่กับสภาพของบุคคลที่จะไปกระทำความผิดและความสามารถที่จะแก้ไขตนเองด้วย ซึ่งวิธีการเพื่อความปลอดภัยที่เหมาะสมกับการแก้ไขเยียวยาพฤติกรรมความผิดปกติทางจิตของผู้กระทำซ้ำเราและ อนาจารศพ ได้แก่ การบังคับใช้วิธีการเพื่อความปลอดภัยตามมาตรา 48¹⁶ เป็นการบังคับใช้โดยวิธีการควบคุมตัวไว้ในสถานพยาบาลในกรณีศาลมีคำสั่งให้ใช้วิธีการเพื่อความปลอดภัยโดยสั่งคุมตัวไว้ในสถานพยาบาลเพื่อการบำบัดรักษาให้หายเป็นปกติก่อนที่จะออกมาสู่สังคม กรณีศาลเห็นว่าการปล่อยตัวผู้มีจิตบกพร่อง โรคจิต

¹⁵ ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคทั่วไป (พิมพ์ครั้งที่ 12, สำนักพิมพ์วิญญูชน 2553) 244.

¹⁶ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 48

หรือจิตฟั่นเฟือน ซึ่งไม่ต้องรับโทษหรือได้รับการลดโทษตามมาตรา 65 จะเป็นการไม่ปลอดภัยแก่ประชาชน ศาลจะสั่งให้ส่งไปคุมตัวไว้ในสถานพยาบาลก็ได้และคำสั่งนี้ศาลจะเพิกถอนเสียเมื่อใดก็ได้ อย่างไรก็ตาม พฤติกรรมของผู้กระทำชำเราหรือนาจารศพนั้น ไม่เข้าข่ายตามความหมายของลักษณะจิตบกพร่อง โรคจิต หรือจิตฟั่นเฟือนตามมาตรา 65 ส่งผลให้ไม่อาจบังคับใช้วิธีการเพื่อความปลอดภัยตามมาตรา 48 ที่จะส่งตัวผู้กระทำความผิดไปบำบัดรักษาในสถานพยาบาลได้ วิธีการเพื่อความปลอดภัยประเภทนี้จึงใช้ได้เพียงบางกรณีเท่านั้น วิธีการเพื่อความปลอดภัยอีกอย่างที่ศาลอาจสั่งให้นำมาใช้เพื่อกำหนดขอบเขตการกระทำความผิด ได้แก่ การห้ามประกอบอาชีพบางอย่าง กล่าวคือ ผู้กระทำความผิดมักจะอาศัยโอกาสการกระทำชำเราหรือนาจารศพจากการงานที่เขาประกอบเป็นอาชีพ เช่น อาชีพเกี่ยวกับการจัดการศพ เป็นต้น การที่ศาลสั่งห้ามบุคคลใดบุคคลหนึ่งประกอบอาชีพอย่างใดอย่างหนึ่งโดยเฉพาะก็เพื่อป้องกันมิให้ผู้นั้นอาศัยการประกอบอาชีพดังกล่าวเพื่อกระทำความผิด ซึ่งศาลมีอำนาจสั่งได้ 2 กรณี คือ ห้ามประกอบอาชีพหรือวิชาชีพนั้น โดยมีกำหนดเวลาไม่เกิน 5 ปี นับแต่วันพ้นโทษ อย่างไรก็ตามวิธีการนี้อาจไม่ได้ผลในการแก้ไขเยียวยาความผิดปกติทางจิตของผู้กระทำชำเราและนาจารศพกรณีโรคจิตเภทประเภทชอบมีเพศสัมพันธ์กับศพได้เท่าที่ควร เพียงแต่เป็นการแก้ไขต้นเหตุได้เท่านั้น

4. การบังคับใช้กฎหมายอาญาว่าด้วยการกระทำชำเราและนาจารศพในต่างประเทศ

ความผิดที่เกี่ยวข้องกับการกระทำชำเราและนาจารศพที่ปรากฏในกฎหมายต่างประเทศ ได้แก่ ประเทศอังกฤษ ความผิดเกี่ยวกับศพ หมวดความผิดอันมีลักษณะความผิดไม่ร้ายแรงแห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดทางเพศ ค.ศ. 2003 (Sexual Offence Act 2003)¹⁷ ประเทศสหรัฐอเมริกาว่า 40 มลรัฐได้มีการบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับการกระทำไม่เหมาะสมทางเพศต่อศพ

นอกจากนั้น ประเทศที่ไม่ได้มีบทกฎหมายที่บัญญัติไว้โดยเฉพาะ เช่น ประเทศเยอรมัน ความผิดฐานรบกวนความสงบสุขของคนตาย (Disturb The Peace of The Death) แห่งประมวลกฎหมายอาญาประเทศเยอรมัน กำหนดความผิดเกี่ยวกับศพ หมวด 11 ว่าด้วยอาชญากรรมเกี่ยวกับศาสนาและปรัชญาแห่งชีวิต (Crimes Which Relate to Religion and Philosophy) ประเทศฝรั่งเศส ความผิดฐานละเมิดต่อความเคารพสำหรับคนตาย (Violentions of Respect for The Dead) แห่งประมวลกฎหมายอาญาประเทศฝรั่งเศส (French Penal Code) หมวด 5 ว่าด้วยการกระทำความผิดต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ และประเทศอิตาลี ความผิดฐานลบหลู่ศพหรือเจ้าของศพ กระทำให้ศพเสียโฉม ฉีกขาด กระทำทารุณโหดร้ายหรือหยาบโหนต่อศพ แห่งประมวลกฎหมายอาญาประเทศอิตาลี หมวด 2 ว่าด้วยอาชญากรรมอันเป็นปรีกษ์ต่อคนตาย เป็นต้น ผู้เขียนได้ทำการศึกษาถึงการบังคับใช้กฎหมายอาญาในส่วนที่เป็นความผิดเกี่ยวกับศพที่ผู้เขียนมีความเห็นว่าอาจเข้าข่ายความผิดดังกล่าวมาทำการศึกษาและวิเคราะห์เพิ่มเติมด้วย

¹⁷ Home Office Communication Directorate, 'Setting the Boundaries Reforming the Law on Sex Offences Volume I' (Home Office Building a Safe, Just and Tolerant Society, July 2000) 144-145.

4.1 การกำหนดความผิด

การกำหนดความผิดสามารถจำแนกออกเป็น 2 ประเภท ได้แก่ การบัญญัติความผิดฐานกระทำความชำเราหรืออนาจารศพไว้เป็นบทเฉพาะและการบัญญัติความผิดที่มีบริบทเกี่ยวข้องกับการกระทำความชำเราและอนาจารศพ

4.1.1 การบัญญัติความผิดฐานกระทำความชำเราหรืออนาจารศพไว้เป็นบทเฉพาะ

การบัญญัติความผิดฐานกระทำความชำเราหรืออนาจารศพไว้เป็นบทเฉพาะ คือ การบัญญัติความผิดฐานกระทำความชำเราและอนาจารศพไว้เป็นฐานความผิดที่ชัดเจน ประกอบด้วยลักษณะของการกระทำซึ่งเป็นการกระทำความชำเราศพและลักษณะของการกระทำอนาจารศพ ได้แก่ ประเทศอังกฤษ ประเทศสหรัฐอเมริกา มลรัฐ Georgia มลรัฐ Rhode Island มลรัฐ Alaska มลรัฐ Nevada มลรัฐ Arizona มลรัฐ Indiana มลรัฐ New Jersey มลรัฐ California มลรัฐ Washington และมลรัฐ Florida อย่างไรก็ตาม คำนิยามหรือคำจำกัดความการกระทำความชำเราหรืออนาจารศพไว้ในตัวบทโดยตรง มีเพียงประเทศอังกฤษ ประเทศสหรัฐอเมริกา มลรัฐ Nevada มลรัฐ Arizona มลรัฐ Indiana มลรัฐ New jersey มลรัฐ California มลรัฐ Washington และมลรัฐ Florida ที่อธิบายไว้เท่านั้น

4.1.2 การบัญญัติความผิดที่มีบริบทเกี่ยวข้องกับการกระทำความชำเราและอนาจารศพ

การบัญญัติความผิดที่มีบริบทเกี่ยวข้องกับการกระทำความชำเราและอนาจารศพ คือ การบัญญัติความผิดที่สามารถพิจารณาขอบเขตลักษณะการกระทำความชำเราและอนาจารศพให้เป็นความผิดได้ด้วยการตีความตามบทบัญญัติลายลักษณ์อักษรอย่างกว้าง ซึ่งกฎหมายจะกำหนดให้เป็นความผิดฐานล่วงละเมิดศพหรือรบกวนความสงบสุขของศพหรือสถานที่ฝังศพ หรือการกระทำความชำเราโดยไม่ว่าด้วยวิธีใดต่อศพ โดยไม่มีบทบัญญัติเฉพาะสำหรับการมีเพศสัมพันธ์กับคนตาย แต่ห้ามมิให้มีการใช้ศพที่ผิดศีลธรรม การมีเพศสัมพันธ์กับศพอาจส่งผลต่อความรู้สึกของสมาชิกครอบครัวเช่นกัน ได้แก่ ประเทศสหรัฐอเมริกา มลรัฐ Colorado มลรัฐ Arkansas มลรัฐ Ohio มลรัฐ Tennessee ประเทศเยอรมัน ประเทศฝรั่งเศสและประเทศอิตาลี

4.2 การนำมาตรการทางอาญามาใช้บังคับ

เมื่อผู้กระทำถูกพิพากษาว่าได้กระทำความผิดฐานกระทำความชำเราหรืออนาจารศพหรือการกระทำล่วงละเมิดทางเพศต่อศพตามกฎหมายอาญาที่ได้บัญญัติไว้ในแต่ละประเทศที่ได้กล่าวมาแล้วนั้นและผู้กระทำความผิดต้องได้รับโทษจำคุกหรือปรับตามความรับผิดชอบที่ศาลได้พิจารณาพิพากษา สิ่งที่ต้องพิจารณาต่อไปคือโทษที่จะใช้ลงแก่ผู้กระทำนั้นจะเข้าโครงสร้างความรับผิดชอบอาญาหรือไม่ หรือหากไม่เข้าโครงสร้างความรับผิดชอบอาญา แต่ศาลพิจารณาแล้วว่าผู้กระทำเข้าข่ายที่จะสามารถลดโทษได้หรือไม่ขึ้นอยู่กับลักษณะของผู้กระทำที่ใช้บังคับในประเทศนั้น ๆ การพิจารณาและพิพากษาคดีในต่างประเทศมีวิธีพิจารณาที่แตกต่างกันเนื่องจากระบบกฎหมายที่แต่ละประเทศเลือกใช้นั้นมีหลักในการพิจารณาตามระบบกฎหมาย แบ่งออกเป็น 2 ระบบ คือ ระบบคอมมอนลอว์และระบบซีวิลลอว์ โดยในประเทศที่ใช้ระบบคอมมอนลอว์อาจมีการใช้ลูกขุนร่วมพิจารณากับผู้พิพากษาโดยลูกขุนจะวินิจฉัยชี้ขาดว่าจำเลยกระทำความผิดหรือไม่ ส่วนผู้พิพากษาจะเป็น

ผู้กำหนดโทษที่จะลงแก่จำเลย ส่วนในระบบซีวิลลอว์ ผู้พิพากษาจะทำหน้าที่ในการพิจารณาและพิพากษาคดี โดยในคำพิพากษาจะวินิจฉัยชี้ขาดว่าจำเลยได้กระทำความผิดหรือไม่ หากจำเลยกระทำความผิดก็จะกำหนดโทษสำหรับความผิดนั้น ๆ ด้วย

4.2.1 การบังคับโทษ

1) โทษ

ประเทศอังกฤษที่กำหนดแนวทางการปรับใช้กฎหมายไว้ในบทบัญญัติฐานความผิด โดยกำหนดในมาตรา 70 พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำผิดทางเพศ ค.ศ. 2003 (Sexual Offences Act 2003)¹⁸ เพื่อสร้างขอบเขตการใช้ดุลพินิจของศาลอันเป็นการบัญญัติวิธีการพิจารณาพิพากษาความรับผิดชอบของผู้กระทำซ้ำเราไว้ 2 แนวทาง ได้แก่ การให้ศาลพิจารณาพิพากษาลงโทษแก่ผู้กระทำตามความหนักเบาของอัตราโทษ รวมถึงการกำหนดเหตุเพิ่มโทษซึ่งโทษที่ผู้กระทำจะต้องรับโทษหนักขึ้นกรณีเป็นการกระทำผิดซ้ำหรือกระทำความผิดโดยมีเหตุฉกรรจ์ แต่หากกรณีที่ผู้กระทำจะต้องรับโทษหนักขึ้นโดยมีเหตุลดโทษตามที่ศาลเห็นสมควรหรือกรณีที่การกระทำความผิดไม่ประกอบด้วยเหตุฉกรรจ์ เนื่องจากกฎหมายได้บัญญัติขอบเขตของการลงโทษด้วยการบัญญัติให้อำนาจศาลในการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำตามลักษณะความร้ายแรงของการกระทำได้โดยกำหนดโทษจำคุกไม่เกิน 2 ปี ศาลอาจกำหนดวิธีการอย่างใดอย่างหนึ่งใน 2 วิธี ได้แก่ การให้บำเพ็ญประโยชน์ต่อสังคมหรือการใช้วิธีการเพื่อความปลอดภัยแก่ผู้กระทำความผิดโดยไม่เป็นการตัดอำนาจศาลในการใช้ดุลพินิจการนำโทษปรับเป็นจำนวนเงินมาใช้ลงแก่ผู้กระทำได้อีกด้วย

ในส่วนของกฎหมายอาญาของประเทศสหรัฐอเมริกาได้มีการบัญญัติการกระทำที่เป็นความผิดและกำหนดโทษสำหรับความผิดนั้น ๆ ในมาตราเดียวกันแต่ละมลรัฐได้กำหนดบทลงโทษสำหรับความผิดฐานกระทำอนาจารหรือชำเราศพไว้ คือ โทษจำคุก โทษปรับหรือทั้งจำทั้งปรับ โดยอัตราโทษนั้นก็จะมี ความแตกต่างกันไปตามการบัญญัติกฎหมายของแต่ละมลรัฐ¹⁹ ประเภทความผิดอาญาออกเป็น 2 ประเภทใหญ่ ๆ คือ ความผิดมัยโทษ (Misdemeanor) หรือเป็นความผิดอุกฉกรรจ์ (Felony) อัตราโทษจึงขึ้นอยู่กับความร้ายแรงของความผิด กฎหมายอาญาของสหรัฐอเมริกา มีการแบ่งรูปแบบของการลงโทษให้มีความหลากหลายเหมาะสมกับผู้กระทำความผิดแต่ละประเภทโดยมุ่งแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิดเป็นสำคัญ ซึ่งบางรัฐอาจจำแนกประเภทความผิดเล็กน้อยซึ่งจะไม่มีโทษจำคุก เรียกว่า Infraction, Violation หรือ Petty

¹⁸ Sentencing Council, 'Sexual Offences Act 2003 Part 5: Other Offences' (SGC, 1 April 2014) <<https://www.sentencingcouncil.org.uk/wp-content/uploads/Sexual-offences-definitive-guideline-Web.pdf>> accessed 28 October 2019

¹⁹ Felicia Anyogu and Carol Arinze-Umobi, 'Morbidity Defilement: A Case for Specific Statutory Recognition in Nigeria' (2015) 10 Journal of Resourcefulness and Distinction, 5.

Offense²⁰ มีกฎหมายบัญญัติถึงการให้อำนาจโดยชอบด้วยกฎหมายกระทำความผิดและบัญญัติถึงกรณีกระทำอนาจารศพ ยกเว้นความผิดแก่กระทำความผิดเป็นการกระทำตามปกติที่จำเป็นในการเก็บรักษา, เตรียม, ข้าราชการหรือการดองศพตามมาตรฐานของการปฏิบัติในธุรกิจของงานศพ การแพทย์และวิทยาศาสตร์ศพ นอกจากนี้ยังมีกฎหมายบัญญัติถึงการให้อำนาจโดยชอบด้วยกฎหมายกระทำความผิดและบัญญัติถึงกรณีกระทำอนาจารศพ ยกเว้นความผิดแก่กระทำความผิดเป็นการกระทำตามปกติที่จำเป็นในการเก็บรักษา, เตรียม, ข้าราชการหรือการดองศพตามมาตรฐานของการปฏิบัติในธุรกิจของงานศพ การแพทย์และวิทยาศาสตร์ศพ

การบังคับโทษในประเทศเยอรมัน มีระบบการลงโทษจำกัดอยู่แค่การจำคุกและการปรับเท่านั้น ส่วนเหตุยกเว้นในประเทศเยอรมันไม่ได้กำหนดไว้ในความผิดฐานรบกวนความสงบสุขของศพแต่อย่างใด แต่น่าจะพิจารณาตามกรณีและข้อเท็จจริงเป็นกรณีไป โดยได้อนุญาตให้มีการจำคุกตลอดชีวิตได้ แต่จะกระทำได้เพียงแต่อาชญากรรมที่ร้ายแรง การลงโทษจะเป็นไปตามโครงสร้างความรับผิดชอบในแบบของระบบกฎหมายซีกัลลอว์²¹ ได้แก่ มีการกระทำครอบครองประกอบความผิดตามที่กฎหมายบัญญัติ หากผู้กระทำได้กระทำความผิดซึ่งครอบครองประกอบภายนอกและองค์ประกอบภายในผู้กระทำความผิดซึ่งเป็นการรบกวนความสงบสุขของคนตาย²² ที่ไม่อาจพิสูจน์ได้ว่ากระทำความผิดโดยมีกฎหมายให้อำนาจไว้ ก็ถือว่ามีความผิด และหากการกระทำความผิดของบุคคลผู้กระทำความผิดหรืออนาจารศพได้รับการตรวจพิสูจน์แล้วว่าเป็นผู้มีความบกพร่องทางจิตที่ไม่อาจบังคับตนเองได้ก็จัดว่าเป็นผู้กระทำความผิดที่ปราศจากความชั่วซึ่งกฎหมายก็จะยกเว้นโทษให้

2) วิธีการเลี้ยงโทษจำคุก

ประเทศอังกฤษ Criminal Justice Act 2003 การกำหนดความผิดให้เป็นไปในทางที่จะสามารถเยี่ยวแก้ไขพฤติกรรมของบุคคลผู้กระทำความผิดหรืออาชญากรรมเพื่อการป้องกันสังคมและลดอาชญากรรม²³ การลงโทษแบ่งออกเป็น 2 ประเภทใหญ่ ๆ ได้แก่ การลงโทษในเรือนจำและการลงโทษในชุมชน กล่าวคือ กฎหมายอาญาของประเทศอังกฤษได้กำหนดให้มีการใช้ “มาตรการลงโทษในชุมชน” (Community Orders) กำหนดให้ผู้กระทำความผิดทำงานบริการแก่สังคมและชุมชน เป็นการให้อำนาจศาลมีคำสั่งให้ผู้กระทำได้รับการเยียวยาแก้ไขพฤติกรรมโดยใช้วิธีการแก้ไขฟื้นฟูพฤติกรรมและจิตใจผู้กระทำความผิด คือ ให้ทำงานบริการแก่สังคมหรือชุมชนเพื่อชดเชยปัญหานักโทษล้นคุก ซึ่งนักโทษเหล่านั้นจะต้องเป็นนักโทษผู้กระทำความผิดอาญาประเภทลหุโทษหรือความผิดเล็กน้อยที่ต้องรับโทษจำคุกในระยะสั้น (The Adversary Council on The Penal System) เลือกแนวทางแก้ไขที่เหมาะสมและได้ประสิทธิภาพแทนการลงโทษจำคุกผู้ต้องหาในเรือนจำ และวิธีการที่เป็นส่วนหนึ่งก็คือการกำหนด “มาตรการลงโทษในชุมชน” (Community Orders)²⁴

²⁰ ณรงค์ ใจหาญ และคณะ, ‘ศึกษาความเป็นไปได้ในการกำหนดขั้นต่ำโทษและการนำไปปรับใช้ในประมวลกฎหมายอาญา’ (2549) 53 ตุลาคม, 115.

²¹ สุภัสสรี เทพหัสดิน ณ อยุธยา, ‘โครงสร้างความผิดอาญา: ศึกษากระบวนการคิดของกฎหมายอาญาเยอรมันเพื่อปรับใช้กับกฎหมายอาญาไทย’ (2556) 32 วารสารธรรมศาสตร์, 56-57.

²² German Criminal Code. (Strafgesetzbuch, StGB), Section 168 Disturbing the Peace of the Dead.

²³ ณรงค์ ใจหาญ และคณะ (n 20) 18

²⁴ ณรงค์ ใจหาญ และคณะ (n 20) 19.

ประเทศสหรัฐอเมริกา มีมาตรการที่ศาลกำหนดโดยให้มีสภาพบังคับทางอาญาที่มีการนำมาใช้มากพอกับการจำคุกเช่นเดียวกัน คือ “การคุมประพฤติ” กล่าวคือ ในการกำหนดโทษ เมื่อศาลได้พิจารณาตีพิพากษาความผิดแล้วมีการกำหนดโทษจำคุกและรอการลงโทษ กรณีนี้จะมีการกำหนดเงื่อนไขคุมประพฤติด้วยก็ได้ แต่การคุมประพฤติในกฎหมายอาญาของประเทศไทยคือมาตรการที่ศาลกำหนดได้โดยไม่จำเป็นต้องระวางโทษจำคุกก่อน กรณีนี้จึงเปรียบได้กับการรอการกำหนดโทษ ซึ่งการคุมประพฤติก็เป็นสภาพบังคับที่ถูกใช้มากพอ ๆ กับการจำคุกเช่นกัน มาตรการบังคับทางอาญาซึ่งนำมาใช้แทนโทษจำคุกนั้นจะมีความสัมพันธ์กับรูปแบบการลงโทษมาตรการหนึ่งซึ่งนำมาใช้แทนโทษทางอาญาในประเทศไทยคือการนำ “มาตรการบริการสังคม” มาใช้²⁵

ประเทศเยอรมันได้กำหนดกฎหมายในเรื่องการกักขังระยะสั้นไว้ด้วย พร้อมทั้งกำหนดบทบัญญัติย่อยพิเศษเกี่ยวกับการคุมประพฤติการปล่อยตัวไว้ เพื่อลดการลงโทษในรูปแบบดังกล่าว โดยศาลอาจมีคำสั่งให้คุมประพฤติผู้กระทำความผิดได้ ทั้งนี้จำกัดอยู่แต่เพียงการลงโทษจำคุกไม่เกิน 2 ปี และอาจได้รับการปล่อยตัวโดยมีเงื่อนไขคุมประพฤติในกรณีที่ได้รับโทษไปแล้ว 2 ใน 3 หรืออาจได้รับการปล่อยตัวภายใต้เงื่อนไขพิเศษในกรณีที่ได้รับโทษไปแล้ว 1 ใน 2

4.2.2 การบังคับใช้วิธีการเพื่อความปลอดภัย

ผู้กระทำชำเราหรืออนาจารศพกรณีโรคจิตเภทประเภทขบมีเพศสัมพันธ์กับศพ พบว่าผู้กระทำมีความผิดปกติทางจิตประเภทหนึ่งที่เกิดจากความตึงเครียดหรือการมีเพศสัมพันธ์หรือกระทำการอื่นใดเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ การบังคับโทษอาจไม่ทำให้ผู้กระทำได้รับการเยียวยาอย่างถูกต้อง แต่วิธีการเพื่อความปลอดภัยที่ศาลสั่งให้ผู้กระทำความผิดได้รับการบำบัดรักษาตัวทางจิตเวชเท่านั้นที่จะเป็นวิธีการที่ตรงตามวัตถุประสงค์ของการลงโทษ ประเทศอังกฤษจึงมีมาตรการสั่งบำบัดรักษาโรคจิต (Mental Health Treatment)²⁶ ตามกฎหมายอาญาของอังกฤษเมื่อมีคดีอาญาซึ่งผู้กระทำความผิดมีความผิดปกติทางจิตและหลังจากที่ศาลได้พิพากษาว่าได้กระทำความผิด ศาลจะไม่แยกการกำหนดโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำกับวิธีการเพื่อความปลอดภัยออกจากกัน แต่กฎหมายอาญาของอังกฤษให้อำนาจศาลเลือกใช้มาตรการทางอาญาได้ตามลักษณะความร้ายแรงของการกระทำความผิดและสภาพจิตใจของผู้กระทำรวมไปถึงการป้องกันสังคมและลดปัญหาอาชญากรรม โดยหลักเกณฑ์การลงโทษถูกกำหนดขึ้นโดย Criminal Justice Act 2003 ให้อำนาจศาลในการออกคำสั่งให้ผู้กระทำความผิดดังกล่าวต้องเข้ารับการบำบัดรักษาอาการทางจิต (Mental Health Treatment Requirement) ภายในระยะเวลาที่กำหนดได้ตามรายงานของจิตแพทย์ที่ได้ขึ้นทะเบียนไว้กับสมาคมจิตแพทย์ของอังกฤษ (A Chartered Psychologist) เพื่อบำบัดแก้ไขเยียวยาฟื้นฟูสภาพจิตใจเหล่านั้น ทั้งนี้ กฎหมายก็ให้อำนาจศาลในการพิจารณากรณีผู้กระทำความผิดและถูกตัดสินลงโทษจำคุกมีความผิดปกติทางจิต ศาลก็จะสั่ง

²⁵ ณรงค์ ไชยาญ และคณะ (n 20) 23.

²⁶ Mental Health Act 1983 Part II Compulsory Admission to Hospital and Guardianship General provisions as to applications and recommendations Article 12. General provisions as to medical recommendations.

ให้คุมตัวจำเลยไว้ในแผนการลงโทษจำคุกโดยรับฟังความเห็นจากแพทย์ผู้เชี่ยวชาญจากหลักฐานเป็นหนังสือหรือวาจาจากแพทย์ที่ขึ้นทะเบียน 2 คน ซึ่งต้องถึงขนาดที่สมควรถูกควบคุมตัว โดยจะได้รับการคุ้มครองไว้เพื่อรอการพิจารณาเท่านั้น นอกจากนั้น ในกรณีที่ผู้กระทำชำเราศพไม่ได้มีความผิดปกติถึงขนาดที่จะต้องถูกส่งตัวไปบำบัดรักษาอาการทางจิต แนวทางการปรับใช้กฎหมายอาญาความผิดฐานกระทำชำเราศพได้กล่าวถึงความ เป็นโรคจิตเภทประเภทขอมมีเพศสัมพันธ์กับศพ โดยให้ถือว่าเป็นผู้กระทำความผิดทางเพศอย่างหนึ่ง ผู้กระทำ ความผิดดังกล่าวนอกจากมาตรการสั่งบำบัดรักษาโรคจิต (Mental Health Treatment) ยังมีมาตรการ มาตรการสั่งให้เข้าโปรแกรม (Programme Requirement) ได้แก่ โปรแกรมการบำบัดรักษาผู้กระทำความผิดทาง เพศ กล่าวคือ หลังจากผู้กระทำความผิดทางเพศถูกศาลพิพากษาว่าได้กระทำความผิดและกำหนดโทษที่จะลง แก่ผู้กระทำแล้ว ในประเทศอังกฤษยังมีระบบการบำบัดรักษาที่เป็นการบำบัดรักษาเยี่ยงยาแก้ไขผู้กระทำความ ผิดให้กลับคืนสู่สังคมโดยการพิจารณาดีของศาลและมีคำสั่งให้มีการปฏิบัติหรือดำเนินการเพื่อลดอัตรา ความเสี่ยงของผู้กระทำความผิดทางเพศ

ในส่วนของมาตรการบังคับทางอาญาประเทศสหรัฐอเมริกา มีการแบ่งรูปแบบการลงโทษที่มีความ หลากหลาย มีการจำแนกประเภทและการพิจารณาความผิดที่เหมาะสมกับผู้กระทำแต่ละประเภทเพื่อมุ่งแก้ไข และฟื้นฟูผู้กระทำความผิด มาตรการบังคับทางอาญาซึ่งนำมาใช้แทนโทษจำคุกนั้นจะมีความสัมพันธ์กับรูปแบบ การลงโทษมาตรการหนึ่งซึ่งนำมาใช้แทนโทษทางอาญาในประเทศ สหรัฐอเมริกา คือ การนำ “มาตรการบริการ สังคม” มาใช้สำหรับผู้กระทำชำเราหรืออนาจารศพกรณีโรคจิตเภทประเภทขอมมีเพศสัมพันธ์กับศพ เมื่อศาลพิพากษาว่าได้กระทำความผิดตามบทบัญญัติกฎหมายแต่ละมลรัฐ การพิจารณาดีและพิพากษา ว่าได้กระทำความผิด ส่วนใหญ่แล้วศาลจะพิพากษาลงโทษจำคุกจำเลยพร้อมกับการนำมาตราการแก้ไขฟื้นฟู ผู้กระทำความผิดมาใช้พิจารณาและมีคำสั่งให้จำเลยได้ปฏิบัติ กล่าวคือ ศาลจะสั่งให้มีการกำหนดโทษจำคุก พร้อมกับวิธีการเพื่อความปลอดภัยตามลักษณะอาการความผิดปกติทางจิตของผู้กระทำ โดยศาลกำหนด ลงโทษจำคุก และในระหว่างที่รอคำพิพากษา ศาลจะออกคำสั่งเกี่ยวกับวิธีการเพื่อความปลอดภัยให้จำเลย ปฏิบัติตาม ได้แก่ การห้ามประกอบอาชีพบางอย่าง การกำหนดระยะเวลาสิ้นสุดของคำสั่งศาลในการใช้มาตรการ เสริมทางอาญาและการกำหนดให้หน่วยงานทางการแพทย์มีส่วนร่วมในมาตรการเสริมทางอาญาด้วย²⁷

ประเทศเยอรมันมีมาตรการฟื้นฟูแก้ไขและความปลอดภัย อันเป็นรูปแบบของการบังคับใช้โทษ อย่างหนึ่ง มาตรการดังกล่าวได้แยกออกเป็น 2 ประการ คือ มาตรการ กักขัง ซึ่งได้แก่ การนำตัวไปไว้ในโรงพยาบาล โดยมาตรการนี้ใช้บังคับต่อผู้กระทำความผิดที่มีปัญหาทางจิตรุนแรง²⁸ มาตรการบังคับทาง อาญาของผู้กระทำชำเราหรืออนาจารศพตามความผิดฐานรบกวนความสงบสุข ของคนตาย มาตรา 168 แห่ง ประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน กรณีเมื่อพบว่าการกระทำความผิดดังกล่าวเกิดจากความผิดปกติทางจิตของ ผู้กระทำ บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญาเยอรมันว่าด้วยมาตรการเพื่อการฟื้นฟูและการป้องกัน

²⁷ ณรงค์ ใจหาญ และคณะ (n 20) 23-24.

²⁸ กานดา ปานดำ, ‘การบังคับโทษปรับ: ศึกษากรณีบังคับให้ทำงานแทนค่าปรับ’ (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท มหาวิทยาลัยธุรกิจ บัณฑิตย 2556)

ซึ่งหลักเกณฑ์การส่งจำเลยซึ่งป่วยทางจิตไปบังคับรักษายังโรงพยาบาลโรคจิต 1) ผู้กระทำความผิดขณะที่ขาดความสามารถในการกระทำความผิดอาญา (เนื่องจากมีความผิดปกติทางจิตตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 20) หรือในขณะที่ความสามารถในการกระทำความผิดอาญามีจำกัด (เนื่องจากสภาวะแห่งจิตตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 21) 2) ศาลจะสั่งให้ส่งตัวผู้นั้นไปบังคับรักษายังสถานบำบัดรักษาผู้ป่วยโรคจิตถ้าผลการประเมินเกี่ยวกับตัวผู้นั้นและความผิดที่ผู้นั้นกระทำให้เป็นที่ยอมรับได้ว่าผู้นั้นจะกระทำความผิดอาญาร้ายแรงเนื่องจากสภาพแห่งจิตและผู้นั้นมีความเป็นอันตรายต่อสังคม”²⁹

จากการศึกษากฎหมายในต่างประเทศ ได้แก่ ประเทศอังกฤษ ประเทศสหรัฐอเมริกา ประกอบด้วย มลรัฐ Georgia มลรัฐ Rhode Island มลรัฐ Nevada มลรัฐ Alaska มลรัฐ Arizona มลรัฐ Indiana มลรัฐ Illinois มลรัฐ New Jersey มลรัฐ California มลรัฐ Washington มลรัฐ Florida มลรัฐ Colorado มลรัฐ Arkansas มลรัฐ Ohio และมลรัฐ Tennessee ประเทศเยอรมัน ประเทศฝรั่งเศสและประเทศอิตาลี พบว่าการบัญญัติความผิดที่เกี่ยวข้องกับการกระทำชำเราและอนาจารศพนั้นมีความคล้ายคลึงกัน ส่วนมาตรการทางอาญามีการบัญญัติที่แตกต่างกันออกไปตามแนวการบังคับใช้กฎหมายของแต่ละประเทศ ดังต่อไปนี้

1) การกำหนดความผิด แบ่งออกเป็น การบัญญัติความผิดฐานกระทำความชำเราและอนาจารศพไว้เป็นบทเฉพาะ โดยอาจมีการกำหนดคำจำกัดความหรือคำนิยามการกระทำชำเราและอนาจารศพไว้ในตัวบทหรืออาจไม่ได้กำหนดคำจำกัดความหรือคำนิยามไว้ด้วยก็ได้ ซึ่งได้แก่ ประเทศอังกฤษ ประเทศสหรัฐอเมริกา มลรัฐ Georgia มลรัฐ Rhode Island มลรัฐ Alaska มลรัฐ Nevada มลรัฐ Arizona มลรัฐ Indiana มลรัฐ New Jersey มลรัฐ California มลรัฐ Washington และมลรัฐ Florida และการบัญญัติความผิดที่มีบริบทเกี่ยวข้องกับการกระทำชำเราและอนาจารศพ ได้แก่ ประเทศสหรัฐอเมริกา มลรัฐ Colorado มลรัฐ Arkansas มลรัฐ Ohio มลรัฐ Tennessee ประเทศเยอรมัน ประเทศฝรั่งเศสและประเทศอิตาลี ซึ่งการแบ่งประเภทการกำหนดความผิดดังกล่าวนี้สะท้อนให้เห็นถึงเจตนารมณ์ในการบังคับใช้กฎหมาย โดยประเทศที่มีการบัญญัติความผิดฐานกระทำความชำเราและอนาจารศพไว้เป็นบทเฉพาะนั้นจะมีการบังคับใช้กฎหมายที่มีการกำหนดขอบเขตของความผิดและกำหนดโทษตามความร้ายแรงของลักษณะการกระทำระหว่างการกระทำชำเราศพและอนาจารศพ ส่วนประเทศที่มีการบัญญัติความผิดที่มีบริบทเกี่ยวข้องกับการกระทำชำเราและอนาจารศพ จะให้ความสำคัญกับการตีความอย่างกว้างเพื่อให้พฤติกรรมมีความหลากหลายครอบคลุมกับพฤติกรรมการกระทำความผิดต่อศพซึ่งกรณีนี้ลักษณะการกระทำจะรวมถึงการดูหมิ่นศพ การทำให้เสียหายซึ่งศพ และการกระทำอื่น ๆ ที่แสดงออกถึงการไม่เคารพศพ เป็นต้น

2) แนวทางการใช้กฎหมายของประเทศอังกฤษและประเทศสหรัฐอเมริกามีแนวทางในการบังคับใช้กฎหมายอาญาความผิดฐานกระทำความชำเราและอนาจารศพในแนวของการยอมรับความผิดปกติทางเพศของผู้กระทำที่เป็นโรคจิตเภทประเภทชอบมีเพศสัมพันธ์กับศพ ขณะที่ประเทศเยอรมันไม่ได้รับบุชต์เจนในเรื่องของผู้กระทำกรณีโรคจิตเภทประเภทชอบมีเพศสัมพันธ์กับศพ แต่แนวทางการตีความของผู้กระทำที่มีความ

²⁹ ชิงชัย ศรีประสิทธิ์, ‘มาตรการทางกฎหมายในการบังคับรักษาผู้ป่วยทางจิต’ (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2546)

ผิดปกติจะพิจารณารวมถึงผู้กระทำที่มีความผิดปกติทางเพศซึ่งเป็นผู้มีความผิดปกติทางจิตที่เกิดจากความบกพร่องทางร่างกายด้วย ซึ่งทั้งสามประเทศมีมุมมองทางด้านกฎหมายสอดคล้องไปกับแนวทางของจิตแพทย์และข้อมูลรายงานทางจิตของผู้กระทำจากจิตแพทย์

3) การบังคับโทษในประเทศอังกฤษ มีการกำหนดความรับผิดของผู้กระทำไว้ในตัวบทบัญญัติอย่างชัดเจนซึ่งเป็นแนวทางการลงโทษที่สร้างขอบเขตให้แก่การใช้ดุลพินิจของศาล โดยบัญญัติเหตุเพิ่มโทษซึ่งเป็นเหตุลดโทษไว้ เหตุลดโทษเป็นไปตามที่ศาลเห็นสมควร ส่วนเหตุยกเว้นโทษไม่ได้กำหนดไว้เนื่องจากมีการบัญญัติถึงเจตนาพิเศษไว้ในตัวบทแล้ว ประเทศสหรัฐอเมริกาไม่ได้กำหนดแนวทางการลงโทษหรือความรับผิดไว้ละเอียดอย่างประเทศอังกฤษ แต่มีเหตุยกเว้นความผิดให้แก่การกระทำของแพทย์และบุคคลที่เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติงานเกี่ยวกับศพ ดังนั้น ประเทศอังกฤษและประเทศสหรัฐอเมริกามีในรูปแบบของการลงโทษจำคุกควบคู่กับการบังคับใช้มาตรการบำบัดรักษาให้เหมาะสมกับพฤติกรรมของผู้กระทำ โดยให้อำนาจศาลสั่งให้ผู้กระทำต้องได้รับการเยียวยาแก้ไขพฤติกรรมแทนการลงโทษจำคุกกระยะสั้น เงื่อนไขคุมประพฤติของประเทศสหรัฐอเมริกามีเป็นมาตรการที่ศาลสามารถกำหนดได้โดยไม่ต้องมีการระวางโทษจำคุกก่อนต่างกับประเทศเยอรมันที่จะกำหนดมาตรการกักขังระยะสั้นและศาลอาจมีคำสั่งให้ใช้ดุลพินิจในการกำหนดเงื่อนไขคุมประพฤติแก่ผู้กระทำความผิด กรณีต้องเข้าหลักเกณฑ์ตามที่กฎหมายกำหนดด้วย

4) การบังคับใช้วิธีการเพื่อความปลอดภัย เนื่องจากการยอมรับความผิดปกติทางเพศกรณีโรคจิตเภทประเภทชอบมีเพศสัมพันธ์กับศพ ทำให้ประเทศอังกฤษและประเทศสหรัฐอเมริกามีแนวคำพิพากษาให้ผู้กระทำรับโทษจำคุกควบคู่กับมาตรการฟื้นฟูสภาพจิตใจของผู้กระทำความผิด โดยประเทศอังกฤษจะใช้มาตรการการสั่งบำบัดรักษาอากรทางจิตหรือมาตรการการสั่งให้เข้าโปรแกรมสำหรับผู้กระทำความผิดทางเพศ กรณีดังกล่าวหมายถึงกรณีที่ไม่เข้าหลักเกณฑ์ความผิดปกติดังกล่าวต้องสั่งให้บำบัดรักษาในสถานพยาบาล ส่วนประเทศสหรัฐอเมริกามีแนวคำพิพากษาในการลงโทษจำคุกควบคู่กับมีคำสั่งให้ผู้กระทำความผิดฐานกระทำชำเราหรืออนาจารศพห้ามประกอบอาชีพบางอย่างและกำหนดระยะเวลาการใช้มาตรการเสริมทางอาญา รวมถึงการกำหนดให้หน่วยงานทางการแพทย์มีส่วนร่วมในมาตรการเสริมทางอาญาด้วย ประเทศเยอรมันมีมาตรการฟื้นฟูแก้ไขและความปลอดภัยในส่วนที่เกี่ยวข้องกับผู้กระทำที่มีความผิดปกติค่อนข้างรุนแรง ซึ่งการพิจารณาผู้กระทำความผิดจะพิจารณาอย่างละเอียดโดยมีหลักเกณฑ์และเงื่อนไขตามบทบัญญัติกฎหมายกำหนดไว้อย่างชัดเจนในประมวลกฎหมายอาญาเยอรมันในเรื่องการนำตัวผู้กระทำความผิดส่งไปบำบัดรักษาในสถานพยาบาล แต่การบังคับใช้กฎหมายในส่วนนี้ กฎหมายอาญาเยอรมันนำวิธีการเพื่อความปลอดภัยโดยการบังคับรักษาจำเลยควบคู่กับการลงโทษและใช้วิธีการสับเปลี่ยนแทนที่กันระหว่างการบังคับโทษและวิธีการเพื่อความปลอดภัยหรือทั้งสองอย่างก่อนหรือหลังกันได้ แล้วแต่กรณี โดยพิจารณาว่าวิธีใดจะเป็นการแก้ไขพฤติกรรมของจำเลยได้ง่ายกว่ากัน

5. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

คงปฏิเสธไม่ได้ว่าการกระทำของผู้กระทำชำเราหรืออนาจารศพกรณีโรคจิตเภทประเภทชอบมีเพศสัมพันธ์กับศพซึ่งมีความผิดปกติทางจิตในลักษณะพฤติกรรมความผิดปกติทางเพศนั้นจะต้องได้รับการบำบัดรักษา เจตนาของพวกเขาก็ไม่ได้เกิดจากสภาพจิตใจชั่วร้ายเป็นองค์ประกอบหลักของการกระทำ แม้ในทางกฎหมายอาญาจะไม่ลดโทษหรือยกเว้นโทษให้ก็ตาม แต่โดยเนื้อแท้ของผู้กระทำชำเราหรืออนาจารศพก็ไม่ได้กระทำความผิดโดยมีจิตใจชั่วร้ายเป็นองค์ประกอบหลักของการกระทำ อีกทั้งการกระทำความผิดต่อศพยังเป็นการกระทำที่มีลักษณะไม่รุนแรงก้าวร้าวและเป็นการก่อกวนอันตรายให้แก่บุคคลอื่นโดยตรงเพียงแต่เป็นการกระทำที่ขัดต่อความรู้สึกหรือศีลธรรมจรรยาของสังคมและขัดต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของผู้ตาย แต่อย่างไรก็ตาม อาชญากรรมที่มีลักษณะของวัตถุแห่งการกระทำที่ไม่มีชีวิต ไม่มีสภาพจิตใจที่จะกระทบกระเทือนต่อความรู้สึกเมื่อถูกระทำเช่นนี้ ก็เปรียบเสมือนว่าเป็นอาชญากรรมที่ไม่มีความรุนแรงต่อเหยื่อที่ถูกกระทำจนบางครั้งมีคนเรียกการกระทำในลักษณะเช่นนี้ว่า “อาชญากรรมไร้เหยื่อ” ทั้งนี้ นอกจากการบัญญัติให้การกระทำความผิดเป็นความผิดแล้ว ยังต้องมีมาตรการทางกฎหมายอาญาที่ถือว่าเป็นเรื่องสำคัญอย่างยิ่งในการเยียวยาแก้ไขพฤติกรรมและสภาพจิตใจซึ่งมีความผิดปกติหลังจากที่ผู้กระทำผิดรับโทษแล้ว หากการบัญญัติความผิดฐานกระทำชำเราและอนาจารศพขึ้นเพื่อให้ผู้กระทำได้รับโทษทางอาญาโดยไม่มีมาตรการใด ๆ แก้ไขเยียวยาผู้กระทำซึ่งมีความผิดปกติทางเพศ กรณีโรคจิตเภทประเภทชอบมีเพศสัมพันธ์กับศพอย่างชัดเจนและเหมาะสม การแก้ไขปัญหานี้ เป็นเพียงการแก้ไขปัญหาที่ปลายเหตุโดยปราศจากการแก้ไขที่ต้นเหตุ นั่นคืออาการทางจิต ซึ่งทำให้การแสวงหาความสุขทางเพศของบุคคลเหล่านั้นผิดแผกแตกต่างจากบุคคลทั่วไป ไม่อาจแสวงหาความสุขทางเพศจากบุคคลที่มีชีวิตแต่กลับมีความสุขทางเพศกับศพ บุคคลเหล่านี้จึงต้องได้รับการบำบัดรักษาเพื่อเป็นผลยับยั้งการกระทำความผิดซ้ำอีกเมื่อได้รับโทษแล้ว เพราะการลงโทษผู้กระทำความผิดดังกล่าวเหล่านี้เมื่อลงโทษแล้วอาจจะไม่บรรลุวัตถุประสงค์ของการลงโทษหรือไม่มีมาตรการทางอาญาที่เหมาะสมหรือวิธีการเพื่อความปลอดภัยที่ชัดเจน

การบัญญัติให้พฤติกรรมของผู้กระทำที่มีลักษณะเป็นโรคจิตเภทประเภทชอบมีเพศสัมพันธ์กับศพซึ่งไม่สอดคล้องกับการแก้ไขเยียวยาผู้กระทำที่มีความผิดปกติทางจิตได้ เหล่านี้ล้วนแต่ไม่สอดคล้องกับเจตนารมณ์กฎหมายที่แท้จริง ทำให้อาจเกิดปัญหาการบังคับใช้กฎหมายอาญา การขาดมาตรการที่เหมาะสมและวิธีการเพื่อความปลอดภัยสำหรับผู้มีพฤติกรรมเบี่ยงเบนทางเพศอย่างชัดเจนและครอบคลุมเพื่อบำบัดเยียวยาแก้ไขป้องกันการกระทำความผิดซ้ำ ส่งผลให้กฎหมายอาญาซึ่งเป็นกฎหมายที่มีวัตถุประสงค์ในการป้องกันการกระทำความผิดและแก้ไขผู้กระทำไม่ให้กระทำความผิดซ้ำเพื่อให้กลับคืนสู่สังคมได้อย่างปกติก็อาจไม่บรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าวผู้เขียนมีความเห็นว่า มาตรการบังคับทางอาญาดังกล่าวยังไม่สามารถบังคับใช้กับผู้กระทำความผิดซึ่งกระทำชำเราและอนาจารศพได้อย่างเหมาะสมและสอดคล้องกับหลักการป้องกันมิให้ผู้กระทำผิดก่ออันตรายต่อสังคมขึ้นอีกในอนาคตอันเป็นวิธีการเพื่อความปลอดภัย จึงอาจยังไม่สามารถแก้ไขเยียวยาผู้กระทำความผิดฐานกระทำชำเราและอนาจารศพได้อย่างเป็นรูปธรรมตามวัตถุประสงค์ของการใช้บังคับกฎหมายอาญา ดังนั้น จากการบังคับใช้วิธีการเพื่อความปลอดภัย การกักกัน การห้ามเข้าเขตกำหนด การเรียกประกันทัณฑ์บนและการห้ามประกอบอาชีพบางอย่าง ซึ่งนำมาใช้บังคับกับผู้กระทำความผิดฐานกระทำชำเรา

และอนาจารศพที่มีความผิดปกติทางจิตไม่สามารถยับยั้งหรือทุเลาอาการทางจิตนั้นได้ซ้ำยังอาจก่อให้เกิดอาการเรื้อรังนำไปสู่ความผิดปกติร้ายแรงที่เป็นภัยอันตรายต่อสังคม อย่างไรก็ตามกฎหมายยังได้กำหนดให้มีมาตรการบำบัดผู้มีความผิดปกติตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 48 ซึ่งเป็นกรณีที่ศาลสามารถมีดุลพินิจในการสั่งให้ผู้กระทำความผิดที่มีความผิดปกติทางจิตที่หากปล่อยตัวอาจจะเป็นการไม่ปลอดภัยแก่ประชาชนได้ กรณีเช่นนี้จะบังคับใช้ได้ก็ต่อเมื่อเป็นผู้กระทำจะต้องมีจิตบกพร่อง โรคจิต หรือจิตฟั่นเฟือนซึ่งไม่ต้องรับโทษหรือได้รับการลดโทษตามมาตรา 65 เท่านั้น ไม่รวมถึงกรณีของผู้กระทำชำเราหรืออนาจารศพเนื่องจากลักษณะของผู้กระทำดังกล่าวเป็นเพียงผู้มีความผิดปกติทางเพศอันเป็นความผิดปกติทางจิตที่ไม่ร้ายแรงตามคำนิยามของผู้มีจิตบกพร่อง โรคจิตหรือจิตฟั่นเฟือน ดังนั้น การบังคับใช้วิธีการเพื่อความปลอดภัยตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 12 จึงยังไม่สามารถแก้ไขเยียวยาผู้กระทำความผิดฐานกระทำชำเราและอนาจารศพได้ตามวัตถุประสงค์ของการใช้บังคับกฎหมายอาญา

สำหรับกฎหมายอาญาของไทย แม้ว่าความผิดฐานกระทำชำเราและอนาจารศพและมาตรการทางอาญาจะบัญญัติในแนวทางที่มีความคล้ายคลึงกับบทบัญญัติต่างประเทศ แต่เมื่อพิจารณาในรายละเอียดแล้วจะพบว่า ปัญหาการบังคับใช้กฎหมายดังกล่าวกับความสอดคล้องกับหลักอาชญาวิทยานั้น ไม่สามารถบรรลุตามวัตถุประสงค์ของการบัญญัติกฎหมายอาญาได้ ซึ่งจะพิจารณาตามลำดับดังต่อไปนี้

1) ปัญหาการกำหนดความผิดฐานกระทำชำเราและอนาจารศพ คือ การกำหนดคำจำกัดความหรือคำอธิบายความหมายของคำว่ากระทำชำเราให้ลักษณะของการกระทำเป็นการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำล่วงล้ำอวัยวะเพศ ทวารหนักหรือช่องปากของศพ เป็นการให้คำจำกัดความของการกระทำชำเราไว้อย่างแคบส่งผลให้ไม่สอดคล้องกับลักษณะของพฤติกรรมการมีเพศสัมพันธ์กับศพ ตามการจำแนกประเภทของผู้กระทำที่เป็นโรคจิตเภทประเภทขอมมีเพศสัมพันธ์กับศพ รวมถึงวัตถุอื่นใดที่ใช้กระทำชำเราศพเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำก็ไม่ใช่ความผิดฐานกระทำชำเราศพ ตามมาตรา 366/1 แม้ว่าความร้ายแรงของลักษณะของการกระทำจะเท่ากับการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำล่วงล้ำอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของศพก็ตาม นอกจากนั้นผู้กระทำบางประเภทยังได้กระทำให้เสียหายซึ่งศพเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ ซึ่งจะเข้าองค์ประกอบความผิดของมาตรา 366/3 ซึ่งไม่สอดคล้องกับลักษณะของโรคจิตเภทประเภทขอมมีเพศสัมพันธ์กับศพเช่นเดียวกัน

2) ปัญหาคำนิยามและความหมายของผู้กระทำที่มีจิตบกพร่อง โรคจิตหรือจิตฟั่นเฟือนกับการบังคับใช้วิธีการเพื่อความปลอดภัย เนื่องจากประมวลกฎหมายอาญาของไทยได้บัญญัติให้การกระทำของผู้กระทำที่มีจิตบกพร่อง โรคจิตหรือจิตฟั่นเฟือน ตามมาตรา 65 เท่านั้นที่เข้าหลักเกณฑ์การบังคับใช้วิธีการเพื่อความปลอดภัยตามมาตรา 48 ได้ ทำให้การบำบัดรักษาความผิดปกติทางจิตที่กฎหมายไทยให้เหตุผลไม่ตรงกับความหมายทางการแพทย์ การส่งตัวผู้กระทำความผิดฐานกระทำชำเราหรืออนาจารศพซึ่งมีความผิดปกติทางจิตที่สมควรได้รับการบำบัดรักษามีโอกาสที่ศาลจะไม่สั่งให้ผู้นั้นได้รับการบำบัดรักษาเนื่องจากเงื่อนไขในบทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าว

3) ปัญหาเกี่ยวกับมาตรการบังคับทางอาญา ในเรื่องของการบังคับโทษตามความผิดฐานกระทำชำเราและอนาจารศพของไทย ศาลจะส่งลงโทษผู้กระทำให้จำคุกหรือปรับตามฐานความผิดที่กำหนดไว้ในกฎหมาย

โดยการลงโทษจำคุกหรือปรับไม่อาจทำให้แก้ไขเยียวยาพฤติกรรมของผู้กระทำและไม่สามารถบรรลุวัตถุประสงค์ของการลงโทษตามหลักทฤษฎีการลงโทษทางอาญาได้ แม้ว่ากฎหมายอาญาจะมีแนวทางให้ศาลสามารถการกำหนดโทษหรือการลงโทษและกำหนดเงื่อนไขคุมประพฤติด้วยวิธีการทางจิตของผู้กระทำซึ่งเป็นวิธีที่สามารถแก้ไขปัญหาคาความผิดปกติทางเพศของผู้กระทำได้ แต่ด้วยเงื่อนไขและหลักเกณฑ์ของกฎหมายมาตรา 56 ทำให้ผู้กระทำความผิดซ้ำหรือผู้กระทำความผิดติดนิสัยไม่ได้รับการรักษาอาการทางจิตแต่อย่างใดหรือกรณีที่ศาลมีดุลพินิจกำหนดเงื่อนไขคุมประพฤติเป็นอย่างอื่นแทนการรักษาอาการทางจิต เช่นนี้ก็ไม่อาจทำให้ความมุ่งหมายของการลงโทษทางอาญาได้บรรลุวัตถุประสงค์ได้ ในส่วนของวิธีการเพื่อความปลอดภัยที่ศาลอาจใช้ดุลพินิจในการกำหนดให้ผู้กระทำชำระหรืออนาจารศพด้วยวิธีการกักกันห้ามเข้าเขตกำหนด การเรียกประกันทัณฑ์บนและการห้ามประกอบอาชีพบางอย่างก็อาจแก้ไขปัญหาดังกล่าวได้เพียงต้นเหตุเท่านั้น เพราะไม่ใช่แนวทางการรักษาอาการทางจิตที่มีความผิดปกติทางเพศของผู้กระทำ ไม่อาจทุเลาหรือยับยั้งอาการทางจิตได้ ซ้ำยังก่อให้เกิดอาการเรื้อรังที่อาจนำไปสู่ความผิดปกติร้ายแรงทำให้สังคมเกิดความไม่ปลอดภัยอีกด้วย

ปัญหาที่เกิดขึ้นในการบังคับใช้กฎหมายอาญาว่าด้วยการกระทำชำเราและอนาจารศพกรณีโรคจิตเภทประเภทขบมีเพศสัมพันธ์กับศพ มีทางที่จะแก้ไขได้ ผู้เขียนจึงมีข้อเสนอแนะดังต่อไปนี้

1) กฎหมายอาญาของไทยควรมีการแก้ไขเพิ่มเติมความผิดฐานกระทำชำเราตามมาตรา 366/1 ซึ่งบัญญัติว่า “ผู้ใดกระทำเพื่อสนองความใคร่ของตนโดยการใช้อวัยวะเพศของตนล่วงล้ำอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของศพ ต้องระวางโทษ...”

แก้ไขเป็น “ผู้ใดกระทำเพื่อสนองความใคร่ของตนโดยการใช้อวัยวะเพศของตนหรือใช้วัตถุอื่นใดล่วงล้ำอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของศพ”

2) กฎหมายอาญาของไทยควรมีการแก้ไขเพิ่มเติมความผิดฐานกระทำอนาจารศพตามมาตรา 366/2 ซึ่งบัญญัติว่า “ผู้ใดกระทำอนาจารแก่ศพ ต้องระวางโทษ...”

แก้ไขเป็น “ผู้ใดกระทำอนาจารแก่ศพ เว้นแต่ได้กระทำตามปกติที่จำเป็นในการรักษา ตระเตรียมชำระล้างหรือการดองศพหรือกระทำการอื่นใดอันเป็นไปตามมาตรฐานการปฏิบัติเกี่ยวกับศพ ต้องระวางโทษ...”

3) ให้ศาลมีอำนาจตรวจผู้กระทำความผิดนั้นว่าเป็นผู้มีความผิดปกติทางเพศที่เป็นโรคจิตเภทประเภทขบมีเพศสัมพันธ์กับศพและมีแนวโน้มที่จะกระทำความผิดซ้ำรวมถึงกักขังจนตายต่อผู้อื่นอีกหรือไม่ หากเป็นเช่นนั้นให้แพทย์เสนอความเห็นว่าคุณค่าดังกล่าวจำเป็นต้องได้รับการรักษาในสถานพยาบาลหรือรับการรักษาโดยวิธีอื่นอย่างไร ให้ศาลมีคำสั่งไปตามรายงานของแพทย์ โดยให้มีอำนาจในการสั่งให้ใช้วิธีการเพื่อความปลอดภัย กรณีส่งตัวผู้กระทำไปบำบัดรักษาอาการทางจิตหรืออาการทางเพศ โดยรับฟังความเห็นของแพทย์เฉพาะทางเกี่ยวกับผู้กระทำความผิดทางเพศโดยตรง ตลอดจนการกำหนดระยะเวลาในการรักษาและรายงานต่อศาล

4) ให้ศาลกำหนดโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดกรณีโรคจิตเภทประเภทขบมีเพศสัมพันธ์กับศพตามลักษณะความร้ายแรงของการกระทำโดยใช้ดุลพินิจในการพิจารณาความรู้ผิดชอบของผู้กระทำหรือการที่

ผู้กระทำความผิดปกติทางจิตที่ไม่สามารถบังคับตนเองได้ตามมาตรา 65 วรรคสอง ศาลจะลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้เพียงใดก็ได้

5) ให้ศาลมีอำนาจกำหนดวิธีการอย่างใดอย่างหนึ่งกรณีโทษจำคุกกระยะสั้นเพื่อหลีกเลี่ยงปัญหานักโทษล้นคุก เช่น การให้บำเพ็ญประโยชน์หรือการทำงานบริการสังคมเพื่อเป็นการแก้ไขฟื้นฟูพฤติกรรมร่วมกับการฟื้นฟูจิตใจของผู้กระทำ

ให้ศาลมีอำนาจในการออกคำสั่งให้ผู้กระทำชำเราหรือนางรศพรณีโรคจิตเภทประเภทชอบมีเพศสัมพันธ์กับศพให้เข้ารับการรักษากับจิตแพทย์เกี่ยวกับความผิดปกติทางเพศโดยตรง รวมถึงมีการทำรายงานต่อศาลตลอดระยะเวลาที่ได้รับการรักษา