

บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

สาเหตุสำคัญที่ทำให้มนุษย์สามารถดำรงเผ่าพันธุ์มาได้นับแต่อดีตจวบจนถึงปัจจุบัน คือ การขยายเผ่าพันธุ์ของมนุษย์ ซึ่งแต่เดิมทำได้วิธีเดียว คือ ต้องมีการร่วมประเวณีของชายหญิง เท่านั้น แต่ทั้งนี้ธรรมชาติก็ไม่ได้สร้างให้มนุษย์ทุกคนสามารถมีทายาทสืบสกุลได้เสมอไป มนุษย์บางคนไม่สามารถจะมีบุตรได้ เนื่องจากความบกพร่องทางพันธุกรรมที่มีมาแต่กำเนิด บางคนผ่านพ้นวัยเจริญพันธุ์มาแล้ว บางรายแม้อยู่ในช่วงวัยเจริญพันธุ์แต่ก็เป็นหมัน หรือมีความผิดปกติของระบบอวัยวะสืบพันธุ์ คู่สมรสหลายคู่จึงประสบปัญหาที่ไม่สามารถจะมีบุตรไว้สืบสกุลได้ ดังนั้นวงการแพทย์จึงได้พัฒนาเทคโนโลยีที่ช่วยบำบัดรักษาภาวะการมีบุตรยาก ซึ่งเรียกว่า "เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์" (Assisted Reproductive Technology) ซึ่งสามารถทำให้คู่สมรสจำนวนมากมีบุตรได้ตามความประสงค์ โดยมีเทคนิคและกรรมวิธีใหม่ๆเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ซึ่งได้ถูกพัฒนาขึ้นตลอดเวลา

อย่างไรก็ดีวิทยาการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ก็ยังมีปัญหาอุปสรรคบางประการ เนื่องจากมีผลกระทบต่อชีวิตมนุษย์เป็นอย่างมากเพราะเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ได้ส่งผลถึงการเปลี่ยนแปลงกระบวนทัศน์ของสังคมเกี่ยวกับการเริ่มต้นชีวิตตั้งแต่แรกเริ่มปฏิสนธิไปจนกระทั่งตาย จึงเกิดคำถามขึ้นว่าเมื่อการตั้งครรภ์ได้เกิดจากกระบวนการตามธรรมชาติแต่เพียงอย่างเดียวเท่านั้น แต่เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ก็สามารถทำให้หญิงตั้งครรภ์ได้ด้วยเช่นกัน จะถือว่าชีวิตมนุษย์เริ่มต้นตั้งแต่เมื่อใด ซึ่งเป็นคำถามที่นักวิทยาศาสตร์และนักกฎหมายจะต้องให้คำตอบต่อสังคม เนื่องจากขั้นตอนของการวิจัยหรือการทดลองนั้น เกี่ยวข้องกับร่างกายของมนุษย์ และเซลล์ต่าง ๆ ที่ล้วนเป็นสิ่งมีชีวิตทั้งสิ้น ดังนั้นการกระทำของแพทย์หรือผู้ที่เกี่ยวข้องจึงอาจจะเสี่ยงต่อการกระทำผิดจริยธรรมและกฎหมายที่มีบทบัญญัติเป็นความผิดเกี่ยวกับชีวิตและร่างกายของมนุษย์ โดยเฉพาะเรื่องเกี่ยวกับการคุ้มครองชีวิตในครรภ์มารดา อันได้แก่ บทบัญญัติที่เป็นความผิดฐานทำให้แท้งลูกในมาตรา 301 "หญิงใดทำให้ตนเองแท้งลูก หรือยอมให้ผู้อื่นทำให้ตนเองแท้งลูก ต้องระวางโทษ..." มาตรา 302 "ผู้ใดทำให้หญิงแท้งลูกโดยหญิงยินยอม ต้องระวางโทษ..." และมาตรา 303 "ผู้ใดทำให้หญิง

แท้งลูกโดยหญิงไม่ยินยอม ต้องระวางโทษ..." ซึ่งในปัจจุบันอาจมีข้อจำกัดในกรณีของการคุ้มครองชีวิตที่เกิดมาจากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ในกรณีที่มีการนำไข่และเชื้อสpermsออกมาผสมกันภายนอกร่างกายจนเกิดการปฏิสนธิและเกิดเป็นตัวอ่อนขึ้น ซึ่งตัวอ่อนนั้นสามารถพัฒนาเจริญเติบโตต่อไปเป็นมนุษย์ได้ หรือกรณีที่มีการผสมระหว่างไข่และสpermsแล้ว แต่ยังไม่ได้ฝังตัวในโพรงมดลูก กฎหมายควรจะให้ความคุ้มครองเพียงใด ซึ่งตามกฎหมายไทยยังไม่มีบทพิจารณาถึงจุดนี้ เพราะถือว่าสภาพของชีวิตยังไม่เริ่มต้น จะเห็นได้ว่ากฎหมายที่มีอยู่ยังคุ้มครองไปไม่ถึง ดังนั้นหากต้องการจะให้มีการคุ้มครองตัวอ่อนที่ยังไม่ถูกฝังในครรภ์มารดา ก็น่าจะมีการปรับปรุงกฎหมายในเรื่องนี้ให้ชัดเจน รวมทั้งในกรณีที่ทำให้เกิดการตั้งครรภ์โดยการบังคับฉีดเชื้อสpermsหรือตัวอ่อนเข้าไปในโพรงมดลูกของหญิงด้วย ปัญหาสำคัญที่จะต้องพิจารณาคือ กฎหมายอาญาจะเข้าไปคุ้มครองชีวิตที่เกิดขึ้นในขั้นตอนใดจึงเหมาะสมกับการให้ความคุ้มครองในทางกฎหมายอาญา โดยคำนึงถึงความสำคัญของการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ด้วย

จากนวัตกรรมใหม่ๆ ในการสร้างทารกชนิดที่แหวกแนวผิดปกติไปเกินกว่าที่ธรรมชาติจะทำได้นี้ ล้วนเป็นวิธีการที่ยังไม่มีกฎหมายเข้าไปรับรองและคุ้มครองเนื่องจากกฎหมายต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องที่มีอยู่ในปัจจุบันล้วนแต่เป็นกฎหมายที่ถูกบัญญัติขึ้นมาเพื่อใช้กับการกำเนิดของเด็กตามธรรมชาติเท่านั้น กฎหมายที่มีอยู่จึงไม่สอดคล้องกับความเจริญก้าวหน้าทางเทคโนโลยี และเมื่อนำกฎหมายดังกล่าวมาปรับใช้กับการตั้งครรภ์ที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ จึงอาจมีข้อบกพร่องและไม่สามารถขจัดปัญหาที่เกิดขึ้นได้อย่างมีประสิทธิภาพ ซึ่งหากตีความเคร่งครัดตามความหมายของกฎหมายดังกล่าวแล้ว ก็จะทำให้เกิดปัญหาเกี่ยวกับการคุ้มครองชีวิตได้ ดังนั้นนักกฎหมายจึงควรตีความกฎหมายอาญาให้สามารถบังคับใช้ได้มีประสิทธิภาพและทันต่อสถานการณ์ทางสังคม และวิทยาศาสตร์ที่เปลี่ยนแปลงไปตามลำดับ โดยสารนิพนธ์ฉบับนี้มุ่งที่จะศึกษาถึงกรณีเหตุทำแท้งได้โดยชอบด้วยกฎหมาย ตามมาตรา 305 กับปัญหาต่างๆ ที่เกี่ยวกับการตั้งครรภ์โดยการใช้นวัตกรรมทางการแพทย์ ซึ่งอาจจะมีกรณีที่เกิดความจำเป็นในทางการแพทย์ที่จะต้องทำลายตัวอ่อนที่ฝังตัวในครรภ์ของหญิงมากเกินไปเกินกว่าความต้องการของแพทย์และหญิงนั่นเอง จนอาจเกิดอันตรายต่อสุขภาพของหญิงได้ หรือกรณีมีความจำเป็นต้องทำลายตัวอ่อนที่อยู่นอกมดลูกและยังมีได้ฝังตัวที่ผนังมดลูก จึงต้องพิจารณาเกี่ยวกับความผิดอาญาฐานทำแท้ง ซึ่งการที่จะกำหนดแนวทางในการคุ้มครองตัวอ่อนเหล่านั้นไม่ให้ถูกทำลายไปโดยปราศจากเหตุผล จะต้องอ้างอิงบทบัญญัติมาตรา 305 (1) ที่อนุญาตให้แพทย์ทำแท้งได้ หากเป็นเหตุจำเป็นเนื่องจากสุขภาพของหญิงนั้น ซึ่งถือเป็น

ข้อกำหนดที่ยอมรับกันหลายประเทศ การที่กฎหมายอนุญาตในกรณีนี้เพราะมีชีวิตของมารดาเข้ามาเกี่ยวข้อง จึงต้องบัญญัติทางเลือกให้แก่หญิง ที่จะยุติการตั้งครรภ์ หรือปล่อยให้มีการตั้งครรภ์ต่อไป ทั้งนี้เพื่อป้องกันอันตรายที่จะเกิดกับหญิง โดยการที่แพทย์จะทำแท้งตามมาตรา 305 (1) ได้นั้น จะต้องได้รับความยินยอมจากหญิงก่อนเท่านั้น

สำหรับเหตุทำแท้งได้โดยชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา 305 (2) คือ หญิงมีครรภ์ เนื่องจากการกระทำความผิดอาญาตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 276 มาตรา 277 มาตรา 282 มาตรา 283 และมาตรา 284 โดยเหตุผลของการทำแท้งประการนี้ คือ เมื่อหญิงถูกข่มขืนกระทำชำเรา แล้วเกิดตั้งครรภ์ขึ้นมา ย่อมเป็นธรรมดาที่หญิงจะไม่ประสงค์จะอุ้มครรภ์เด็กที่เกิดมาจากการกระทำที่ตนมิได้สมัครใจ ก็ควรยอมให้แพทย์ทำแท้งได้โดยจะต้องได้รับความยินยอมจากหญิงก่อน ดังนั้นจึงเกิดข้อสงสัยขึ้นว่า หากเป็นกรณีหญิงตั้งครรภ์จากการถูกบังคับ ชู้เชื้อโดยที่หญิงไม่ยินยอม แต่การกระทำดังกล่าวไม่เป็น “การข่มขืนกระทำชำเรา” เพราะไม่ครบองค์ประกอบความผิดของการข่มขืนกระทำชำเราตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 276 คือหากเป็นการตั้งครรภ์ที่มีได้เกิดจากการร่วมประเวณีระหว่างชายหญิงตามธรรมชาติ แต่หญิงนั้นตั้งครรภ์จากการถูกบังคับขึ้นใจฉีดยาหรือตัวอ่อนที่เกิดจากการปฏิสนธิระหว่างไข่กับอสุจิในหลอดทดลองเข้าไปในโพรงมดลูก เพื่อให้เชื้ออสุจิหรือตัวอ่อนนั้นเข้าไปฝังตัวที่ผนังมดลูกของหญิง ดังนั้นหญิงนั้นจะสามารถให้แพทย์ทำแท้งได้ตามมาตรา 305 (2) ได้หรือไม่ ในเมื่อก็เป็นการตั้งครรภ์ที่เกิดจากการถูกบังคับ ชู้เชื้อโดยที่หญิงไม่ยินยอม ซึ่งถือเป็นสาระสำคัญของการข่มขืนกระทำชำเราตามมาตรา 276 เช่นเดียวกัน หญิงที่ตั้งครรภ์จากการถูกบังคับฉีดยาหรือตัวอ่อนเข้าไปในโพรงมดลูกโดยผ่านทางช่องคลอดนั้นจะสามารถได้รับการคุ้มครองตามมาตรา 305 (2) ด้วยหรือไม่ เป็นสิ่งที่นักกฎหมายจะต้องพิจารณาต่อไปเพื่อหาแนวทางที่เหมาะสมในการปรับใช้กฎหมายที่มีอยู่ หรือบัญญัติกฎหมายเพิ่มเติมให้ชัดเจน ครอบคลุมถึงกรณีดังกล่าวด้วย

อย่างไรก็ตามเมื่อความเจริญก้าวหน้าทางวิทยาศาสตร์การแพทย์มีการเปลี่ยนแปลงและพัฒนาไปอย่างรวดเร็ว จึงควรพิจารณาว่าบทบัญญัติของกฎหมายที่มีอยู่ในปัจจุบัน โดยเฉพาะเหตุที่อนุญาตให้แพทย์สามารถทำแท้งได้ตามมาตรา 305 นั้นยังคงเหมาะสมกับสภาพการณ์ในปัจจุบันหรือไม่ เมื่อปัจจุบันการตั้งครรภ์ของหญิงไม่จำเป็นต้องเกิดจากการร่วมประเวณีระหว่างชายหญิงตามธรรมชาติเท่านั้น แต่เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ก็สามารถทำให้หญิงเกิดการตั้งครรภ์ได้ด้วยเช่นกัน ดังเช่นกรณีที่กล่าวมา จึงอาจทำให้เกิดปัญหา หรือช่องว่างในการบังคับใช้กฎหมายที่มีอยู่กับการตั้งครรภ์โดยการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ซึ่งจะต้องนำมาศึกษาวิเคราะห์ เพื่อหาแนวทางการแก้ไขต่อไป

1.2 วัตถุประสงค์ในการศึกษา

1. เพื่อศึกษาถึงความเจริญก้าวหน้าทางวิทยาศาสตร์เกี่ยวกับการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์กับผลกระทบทางกฎหมายที่เกิดขึ้น โดยเฉพาะปัญหากฎหมายอาญาที่เกี่ยวกับเหตุทำแท้งได้โดยชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา 305 เพื่อทราบถึงสภาพของปัญหาต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นในกรณีหญิงตั้งครรภ์โดยใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์
2. เพื่อทราบถึงสถานะของกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบัน ตลอดจนทราบถึงช่องว่างหรือข้อบกพร่องของเหตุทำแท้งได้โดยชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา 305
3. เพื่อนำผลการศึกษาวิจัยไปพิจารณาความเหมาะสมและหาแนวทางการกำหนดหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนเกี่ยวกับการตั้งครรภ์โดยใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ทั้งนี้เพื่อความชัดเจนในการให้ความคุ้มครองทางกฎหมายแก่หญิงที่ตั้งครรภ์จากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์

1.3 สมมติฐานการศึกษาวิจัย

ประมวลกฎหมายอาญามีมาตราที่เกี่ยวข้องกับการให้ความคุ้มครองทารกในครรภ์ คือ มาตรา 301 มาตรา 302 มาตรา 303 และมาตราที่ให้ความคุ้มครองมารดาที่ตั้งครรภ์ตามมาตรา 305 โดยกฎหมายอนุญาตให้แพทย์มีอำนาจให้กับหญิงที่ตั้งครรภ์ได้ 2 กรณี คือ กรณีจำเป็นต้องกระทำเนื่องจากเหตุสุขภาพของหญิง และกรณีหญิงมีครรภ์เนื่องจากการกระทำ ความผิดทางเพศตามมาตรา 276 มาตรา 277 มาตรา 282 และมาตรา 284 โดยหญิงผู้ตั้งครรภ์ไม่ประสงค์จะตั้งครรภ์ต่อไป แต่เนื่องจากในขณะร่างกฎหมายอาญา ยังไม่มีความผิดในทางอาญาที่เกี่ยวกับการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ดังนั้นวัตถุประสงค์หลักของการร่างกฎหมายอาญาออกมาบังคับใช้นั้น ผู้ร่างประสงค์จะคุ้มครองการให้กำเนิดแบบธรรมชาติแต่เพียงอย่างเดียว จึงทำให้กฎหมายอาญาในปัจจุบันไม่ครอบคลุมไปถึงความผิดที่เกี่ยวข้องกับการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ฉะนั้นการจะนำกฎหมายที่มีอยู่มาใช้โดยตรงจะทำได้ อย่างไร ในเมื่อทุกมาตราไม่ได้บัญญัติไว้โดยตรง จึงทำให้เกิดช่องว่างของกฎหมายที่เกี่ยวกับการตั้งครรภ์โดยใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ สารนิพนธ์ฉบับนี้จะกล่าวถึงการตั้งครรภ์โดยใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์กับปัญหาการทำแท้งได้โดยชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา 305 อันได้แก่ ปัญหาการทำลายตัวอ่อนที่อยู่นอกและในครรภ์มารดา รวมทั้งปัญหาการทำแท้งในกรณีที่หญิงตั้งครรภ์จากการถูกบังคับฉีดเชื้ออสุจิเข้าไปทางช่องคลอด ซึ่งเป็น

เรื่องที่จะพิจารณาหาแนวทางการแก้ไขเพื่อปิดช่องว่างของกฎหมายที่เกิดขึ้นจากการตั้งครม. โดยการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์

1.4 ขอบเขตของการศึกษาวิจัย

ศึกษาถึงเหตุของการทำแท้งได้โดยชอบด้วยกฎหมายตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 305 และศึกษาถึงลักษณะของการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ในปัจจุบัน โดยศึกษาเฉพาะกรณีปัญหาที่ทำให้เกิดช่องว่างในการบังคับใช้กฎหมายตามมาตรา 305 กับการตั้งครม.ที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ทั้งในกรณีกฎหมาย อนุญาตให้แพทย์ทำแท้งได้เนื่องจากเหตุทางสุขภาพของหญิงตามมาตรา 305 (1) และกรณีหญิง ตั้งครม.จากการกระทำความผิดทางเพศตามมาตรา 305 (2) พร้อมทั้งศึกษาหาแนวทางที่เหมาะสมและชัดเจนในการแก้ปัญหาช่องว่างของการให้ความคุ้มครองตามกฎหมายที่เกี่ยวข้อง ดังกล่าว

1.5 วิธีการศึกษาวิจัย

ในการศึกษาวิจัยนี้ได้ใช้วิธีการศึกษาแบบวิจัยเอกสาร (Documentary Research) ทั้งที่เป็นแหล่งข้อมูลปฐมภูมิ (Primary Source) อันได้แก่ บทบัญญัติกฎหมาย คำพิพากษาของ ศาล และแหล่งข้อมูลทุติยภูมิ (Secondary Source) อันได้แก่ หนังสือ และตำราทางวิชาการ บทความในวารสารวิชาการ และรายงานการศึกษาวิจัย รวมทั้งความคิดเห็นของนักวิชาการ โดย นำข้อมูลมารวบรวมเรียบเรียงเพื่อวิเคราะห์ให้เป็นระบบ เพื่อให้เกิดองค์ความรู้ในการทำวิจัย ทั้งนี้ เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ในการทำวิจัยดังที่กล่าวมาแล้วข้างต้น

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1. เพื่อให้ทราบถึงเหตุการทำแท้งได้โดยชอบด้วยกฎหมายของประเทศไทย
2. เพื่อทราบถึงลักษณะของการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ในปัจจุบัน
3. เพื่อให้ทราบถึงช่องว่างหรือปัญหาที่เกิดขึ้นจากการบังคับใช้กฎหมายที่มีอยู่กับการตั้งครม.ที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์

4. เพื่อหาแนวทางในการปรับปรุงและเพิ่มเติมบทบัญญัติกฎหมายให้สามารถอุดช่องว่างของปัญหาที่อาจเกิดขึ้น ในกรณีที่กฎหมายที่มีอยู่ในปัจจุบันไม่สามารถให้ความคุ้มครองครอบคลุมไปถึงการตั้งครรภ์ที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ได้