

เหตุทำแท้งได้โดยชอบด้วยกฎหมาย

ความผิดฐานทำแท้งเป็นความผิดที่กฎหมายบัญญัติขึ้นและมีที่มาจากศีลธรรมในสังคม คือเป็นเรื่องที่บุคคลในสังคมนั้น ๆ เห็นกันโดยทั่วไปว่าสิ่งนั้นเป็นสิ่งที่ไม่ถูกต้อง หรือไม่ควรทำ ซึ่งอาจมีรากฐานทางความคิดมาจากความเชื่อทางปรัชญา หรือศาสนาของคนในสังคมนั้น ๆ และเนื่องจากกฎหมายอาญาคือกฎหมายที่กำหนดว่าสิ่งใดเป็นความผิด ดังนั้นโดยธรรมชาติของกฎหมายอาญาจึงไม่อาจหลีกเลี่ยงได้จากศีลธรรมในสังคม ซึ่งเป็นความรู้สึกร่วมทางสังคมว่าสิ่งใดถูกสิ่งใดผิดเช่นเดียวกัน

2.1 การทำแท้งตามมาตรา 301 ถึงมาตรา 305

“การทำแท้ง” หมายถึง ริดดูรก มีเจตนาทำให้ทารกออกจากครรภ์มารดา ก่อนถึงกำหนด และตาย ซึ่งต้องหมายถึงการผ่านของทารกเป็นสำคัญ ไข่ที่ผสมแล้วไม่มีสภาพเป็นทารก จึงเรียกไม่ได้ว่าเป็นการแท้ง¹ ดังนั้นน่าจะใช้คำว่า “การยุติการตั้งครรภ์” แทนคำว่า “ทำแท้ง” เพราะสามารถเข้าใจได้เลยว่า การยุติการตั้งครรภ์จะเริ่มเป็นความผิดได้ต่อเมื่อมีการตั้งครรภ์²

การยุติการตั้งครรภ์ (The termination of pregnancy) หมายถึง การให้การเจริญเติบโตของชีวิตในครรภ์ยุติลงนอกจากการคลอดตามปกติ³ แต่เรามักใช้ตามรูปศัพท์ภาษาอังกฤษ “ทำแท้ง” (Abortion) หมายถึง การทำแท้งลูก การริดดูรก สิ่งที่เกิดก่อนกำหนด

¹ วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์, “วัตถุกันกำเนิดในโพรงมดลูก ปัญหานิติเวชศาสตร์”, ในหนังสือ กฎหมายทำแท้งข้อโต้แย้งที่ยังไม่ยุติ. (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์เจนเดอร์เพลส, 2537), น.51-52.

² ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, “ผสมเทียม : ปัญหาการให้กำเนิดและการทำแท้ง”, วารสารนิติศาสตร์ 25, 2 (2538), น.280.

³ เฟื่องอ้าง, น.280.

ในความหมายหนึ่ง

Abortion means any untimely delivery voluntarily procured with intent to destroy the fetus. It may be committed at any time before the natural birth of the child.⁴

การทำแท้งเป็นการทำให้เด็กคลอดออกมาโดยไม่มีชีวิตด้วยความจงใจ ในเวลาก่อนถึงกำหนดคลอดตามธรรมชาติ

ตามพจนานุกรมไทยฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ.2525 ได้ให้ความหมายของการแท้งไว้ว่า หมายถึง การสิ้นสุดการตั้งครรภ์ก่อนกำหนดคลอดโดยที่ลูกในครรภ์ไม่สามารถมีชีวิตอยู่ได้

ตามคำนิยามขององค์การอนามัยโลกคำว่า “การแท้งบุตร” หมายถึง การสิ้นสุดของการตั้งครรภ์ก่อนที่เด็กจะสามารถมีชีวิตอยู่ได้นอกครรภ์มารดา

ส่วนในทางการแพทย์ “ทำแท้ง” หมายถึง การคลอดของทารกที่มีอายุครรภ์มารดาอ่อนกว่า 28 สัปดาห์ หรือทารกที่คลอดมีน้ำหนักน้อยกว่า 1,000 กรัมไม่ว่าการคลอดนั้นทารกจะมีชีวิตอยู่หรือไม่⁵ ถ้าหากการตายเกิดขึ้นกับทารกที่มีอายุกว่า 28 สัปดาห์หรือทารกมีน้ำหนักเกินกว่า 1,000 กรัม ถือเป็นกรณีทารกตายคลอด (Deadborn fetus) อันได้แก่ การที่ทารกตายขณะอยู่ในครรภ์มารดา เมื่อคลอดออกมาโดยไม่มีอาการแสดงถึงการมีชีวิต เช่น ไม่ร้อง ไม่หายใจ ไม่เคลื่อนไหว ไม่ตอบสนองต่อการกระตุ้น และหัวใจไม่เต้น ซึ่งในทางกฎหมายถือว่าเป็นการแท้งเหมือนกัน⁶ แต่ในปัจจุบันการที่วิทยาศาสตร์การแพทย์ก้าวหน้าไปมาก การดูแลทารกแรกคลอดที่มีน้ำหนักน้อยให้มีชีวิตรอดต่อไปสามารถกระทำได้ดีขึ้น ในต่างประเทศจึงมีผู้เห็นว่า ควรถือว่า “การแท้ง” หมายถึงการคลอดของทารกที่มีอายุครรภ์อ่อนกว่า 20 สัปดาห์หรือทารกที่คลอดน้ำหนักน้อยกว่า

⁴ Glanville Williams, The Sanctity of Life and Criminal (Law London 1958), p.139.

⁵ วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์, “นิติเวชศาสตร์”, (กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2532), น.233.

⁶ แสง บุญเฉลิมวิภาส และ อเนก ยมจินดา, กฎหมายการแพทย์, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2540) น.37.

500 กรัมไม่ว่าทารกจะมีชีวิตอยู่หรือไม่ก็ตาม⁷ ส่วนการแท้งเมื่อครรภ์อายุระหว่าง 20-27 สัปดาห์หรือเมื่อเด็กหนักระหว่าง 500-999 กรัม เรียกว่าการคลอดแบบ Immature⁸

อย่างไรก็ตามการดูแลทารกแรกคลอดที่มีน้ำหนัก 500-999 กรัมให้สามารถมีชีวิตรอดต้องใช้เทคโนโลยีทางการแพทย์ที่สูงมาก ดังนั้นสำหรับในประเทศไทยความหมายของการทำแท้งน่าจะยังคงใช้การคลอดของทารกที่มีอายุครรภ์มารดาอ่อนกว่า 28 สัปดาห์หรือทารกที่คลอดมีน้ำหนักน้อยกว่า 1,000 กรัมไม่ว่าทารกจะมีชีวิตอยู่หรือไม่ก็ตาม

ในการกำหนดความหมายของ “การแท้งบุตร” หรือ “Abortion” นั้นในแต่ละประเทศได้กำหนดความหมายไว้ โดยมีนิยามที่แตกต่างกันออกไป คือ

ในศาสนาอิวโบรธาณ ได้กำหนดความหมายของคำว่า แท้งบุตร หมายถึง การที่ทารกในครรภ์มีอายุอ่อนกว่า 40 วันถือว่ายังไม่มีชีวิตเกิดขึ้น การทำแท้งทารกที่อายุไม่เกิน 40 วันจึงไม่มีความผิด จะถือว่ามีความผิดฐานทำแท้งได้ทารกจะต้องมีอายุอยู่ในครรภ์มารดาเกิน 40 วัน

ในกฎหมายอินเดีย มาตรา 312 ได้กำหนดความหมายของการทำแท้งบุตรว่า หมายถึง การทำให้ทารกในครรภ์คลอดก่อนกำหนด การฆ่าทารกขณะที่ส่วนใดส่วนหนึ่งโผล่ออกมาจากช่องคลอดมีความผิดเท่ากับฆ่าคนโดยไม่ต้องรอให้ทารกคลอดออกมาหมดทั้งตัวก่อน⁹

กฎหมายเยอรมัน มาตรา 218 กำหนดความหมายของการทำแท้งบุตรว่าหมายถึง การทำลายทารกในการคลอด¹⁰

กฎหมายฝรั่งเศส กำหนดความหมายของการทำแท้งบุตรว่าหมายถึง การทำให้ทารกคลอดก่อนกำหนดซึ่งมีผลทำให้ทารกถึงแก่ความตาย การพยายามทำแท้งในกฎหมายฝรั่งเศสก็ลงโทษผู้กระทำความผิดเพราะกฎหมายถือว่าการพยายามกระทำความผิดเท่ากับความผิดสำเร็จ

⁷ Pritchard SA and Macdonal PC, 6 ed., Williams Obstetrics, (New York : Applton Century-Crofts, 1980), pp.587-621.

⁸ G. Williams, Textbook of Criminal Law, (London : Steven & Sons, 1983), p.250.

⁹ จิตติ ติงศภัทิย์, กฎหมายอาญาภาค 2 ตอน 2 และ ภาค 3, หัวข้อ 106.

¹⁰ คณิศ ฌ นคร, กฎหมายอาญาภาคความผิด, พิมพ์ครั้งที่ 8, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2548), น.46.

จากนิยามของความหมายการทำแท้งบุตรในแต่ละประเทศมีความหมายโดยรวมที่เหมือนกัน คือ จะถือเป็นการทำแท้งบุตรได้จะต้องเป็นการทำให้ทารกถึงแก่ความตายก่อนคลอดออกมา

ส่วนความเห็นในทางศาสนาและทางกฎหมายตรงกันว่าชีวิตมนุษย์นั้นอุบัติขึ้นเมื่อมีการปฏิสนธิ คือไข่และอสุจิผสมกัน การทำแท้งจึงเป็นการทำลายชีวิตที่เกิดขึ้นแล้วในครรภ์มารดา ในหลายๆสังคมจึงไม่ยอมรับการกระทำนี้ และถือเป็นความผิดอาญาด้วย กฎหมายไทยก็เช่นเดียวกัน โดยประมวลกฎหมายอาญาถือว่าเป็นความผิดอาญาฐานทำให้แท้งลูกตั้งที่บัญญัติไว้ในมาตรา 301 มาตรา 302 และมาตรา 303

ในทางกฎหมายความผิดฐานทำแท้งในประมวลกฎหมายอาญา คำว่า“แท้ง” ไม่มีการกำหนดคำนิยามกันไว้ว่าความหมายแท้จริงมีความหมายกว้างเพียงใด จึงต้องพิจารณาโดยอาศัยความเข้าใจของสามัญชนทั่วไปและแนววินิจฉัยของศาลฎีกาประกอบ มีคำพิพากษาฎีกา 667/2510¹¹ วินิจฉัยไว้ว่า แท้งลูกต้องเป็นกรณีกระทำให้ลูกในครรภ์ของผู้ถูกทำร้ายคลอดออกมาในลักษณะที่ลูกนั้นไม่มีชีวิต คำว่า “การทำให้แท้งลูก” ตามประมวลกฎหมายอาญาใช้คำว่า “Induced Abortion” อาจให้คำนิยามได้ว่า “แท้ง” หมายถึง การที่ทารกในครรภ์มารดาคลอดออกมาโดยปราศจากชีวิต¹² หรือการทำให้ทารกในครรภ์ตายก่อนกำหนดที่จะคลอดออกมา¹³ ซึ่งถือเป็นคำนิยามที่เป็นการตีความในตัวบทเท่านั้น

¹¹ คำพิพากษาฎีกาที่ 677/2510 “หญิงมีครรภ์ได้เจ็ดเดือนถูกจำเลยกระแทบบริเวณท้องเวลา 15 นาฬิกา น้ำทูนหัวเด็กในครรภ์แตกก่อน หญิงไปโรงพยาบาลเมื่อเวลา 19 นาฬิกา หญิงคลอดลูกเวลา 21 นาฬิกา เด็กอยู่ได้ 8 วันก็ตายเนื่องจากเป็นโรคปอดบวม จำเลยถูกหาว่าทำร้ายร่างกายหญิงถึงแท้งลูกตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 295 (5) ศาลวินิจฉัยว่าการทำร้ายร่างกายถึงแท้งลูกตามมาตรา 295 (5) ต้องเป็นกรณีที่กระทำให้ลูกในครรภ์ของผู้ถูกทำร้ายคลอดออกมาในลักษณะที่ไม่มีชีวิต ส่วนการคลอดก่อนกำหนดเวลาในลักษณะที่เด็กยังมีชีวิตอยู่ ต่อมาอีก 8 วันจึงตาย ดังกรณีของหญิงรายนี้ไม่เป็นการทำให้ได้รับอันตรายสาหัสถึงแท้งลูก ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 295 (5) ” , เนติบัณฑิตยสภา น.1012.

¹² พรชัย สุนทรพันธุ์, “กฎหมายว่าด้วยการทำแท้ง”, บทบัญญัติ เล่มที่ 34 ตอน 1 , 2520, น.100.

¹³ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, อ่างแล้ว เชิงอรรถที่ 2 , น. 29 - 31.

ในกฎหมายอาญาของไทยเราเดิมที่ได้มีการบัญญัติในเรื่องการทำแท้งไว้ในกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 โดยบัญญัติห้ามการรีดลูกไว้ถือเป็นความผิดอย่างเด็ดขาดไม่มีข้อยกเว้นความผิดไว้แต่อย่างใด ซึ่งแตกต่างกับในประมวลกฎหมายอาญาที่ใช้อยู่ในปัจจุบันที่ไม่ถือว่าความผิดฐานทำให้แท้งลูกเป็นความผิดเด็ดขาดคืออนุญาตให้มีการทำแท้งได้ในบางกรณี¹⁴ ดังเช่น มาตรา 305 ซึ่งอนุญาตให้แพทย์กระทำได้นี้เนื่องจากจำเป็นต้องรักษาสุขภาพของหญิง หรือหญิงนั้นมีครรภ์เนื่องจากการกระทำความผิดตามมาตรา 276 มาตรา 277 มาตรา 282 มาตรา 283 หรือมาตรา 284 ซึ่งในกรณีดังกล่าวแพทย์ทำให้หญิงนั้นแท้งลูกได้โดยไม่มี ความผิด หรือแม้แต่จะทำให้แท้งลูกโดยผู้กระทำเป็นหญิงหรือผู้อื่นโดยอยู่ในชั้นพยายามกระทำ ความผิดยังไม่เป็นผลสำเร็จ กฎหมายก็ยกเว้นโทษให้แก่ผู้กระทำ ความผิดไม่ต้องรับโทษ¹⁵

ความมุ่งหมายของกฎหมายทั้งสองฉบับตรงกัน คือเพื่อลงโทษต่อหญิงมีครรภ์ที่ทำให้ตนเองแท้งลูกไม่ว่าจะเป็นวิธีการใดก็ตาม เพื่อให้ทารกที่อยู่ในครรภ์คลอดออกมา ก่อนกำหนดอันควร โดยไม่มีชีวิต หรือยอมให้ผู้อื่นทำให้ตนแท้งลูก ไม่ว่าบุคคลผู้นั้นจะเป็นใคร แต่มีจุดประสงค์ตรงตามทีหญิงมีครรภ์ต้องการ และเป็นเหตุให้เด็กคลอดออกมาแต่มีชีพคลอดตามปกติหรือในเวลาที่เป็นไปตามที่แพทย์กำหนดไว้

ในประมวลกฎหมายอาญาจะเป็นความผิดฐานทำให้แท้งลูกได้จะต้องประกอบไปด้วย

- (1) หญิงนั้นจะต้องมีครรภ์ คือมีทารกอยู่ในครรภ์
- (2) หญิงนั้นทำให้ตนเองแท้งลูก หรือยินยอมให้ผู้อื่นทำให้ตนแท้งลูก
- (3) มีการกระทำหรืองดการกระทำอันทำให้เกิดการแท้งลูก

การตั้งครรภ์เป็นประสบการณ์ที่ยิ่งใหญ่ที่สุดอย่างหนึ่งของหญิงในวัยเจริญพันธุ์ ตลอดระยะเวลาประมาณ 9 เดือนของการตั้งครรภ์หญิงนั้นจะได้มีโอกาสสัมผัสกับพัฒนาการของทารกในครรภ์ตั้งแต่ช่วงระยะเวลาที่เด็กนั้นปฏิสนธิขึ้นมาจนกระทั่งคลอดออกจากครรภ์ ทารกในครรภ์ไม่สามารถเจริญเติบโตได้หากปราศจากอาหารที่ผ่านทางสายรกของมารดา ขณะที่มารดาก็

¹⁴ วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์, “ความผิดฐานทำให้แท้งลูก”. บทบัญญัติ 23, 2508.น.787.

¹⁵ จิตติ ติงศภทิตย์, “ความผิดฐานทำให้แท้งลูก”. ตุลพาห 15, 2522,น.10.

จะได้รับประสบการณ์ที่สำคัญ เช่นเมื่อทารกเริ่มเดิน เตะ หรือเมื่อแม่ได้ยินเสียงหัวใจของเด็กเต้น ความสัมพันธ์ระหว่างแม่และเด็กจึงเป็นไปอย่างลึกซึ้งเกินกว่าที่ผู้ไม่เคยสัมผัสจะอธิบายได้¹⁶

หญิงเท่านั้นเป็นเพศที่จะตั้งครรภ์และออกลูกได้¹⁷ แต่การจะตั้งครรภ์ได้นั้นหญิงต้องมีความสมบูรณ์อยู่ในสภาวะที่เหมาะสมตามธรรมชาติ มีไข่ตกตามปกติและได้ผสมเชื้อกับอสุจิของชายในเวลาที่เหมาะสมพอดี จึงเกิดการตั้งครรภ์ ซึ่งกระบวนการเหล่านี้เป็นเรื่องที่ธรรมชาติกำหนดไว้ให้

ทางชีววิทยามีคำอธิบายการเริ่มต้นของชีวิตในครรภ์ คือในเวลาของการตกไข่ (14 วันก่อนที่ประจำเดือนจะมา) ไข่จะออกจากรังไข่และผ่านไปยังปีกมดลูก เวลานี้มีระดูขาวเป็นจำนวนมากและช่วยให้สเปิร์มสามารถเข้าไปได้สะดวก ทุกสิ่งพร้อมสำหรับการปฏิสนธิ ถ้ามีเพศสัมพันธ์คือการปล่อยน้ำเชื้อเข้าไปในช่องคลอด ไข่ยังคงอยู่ในปลายสุดของท่อใกล้กับรังไข่ สเปิร์มผ่านจากช่องคลอดเข้าไปในมดลูกแล้วเข้าไปในท่อ การปฏิสนธิเป็นการเกี่ยวข้องของระหว่างไข่ 1 ฟองกับสเปิร์มเป็นล้านๆตัวโดยจะมีเพียงหนึ่งตัวเท่านั้นที่จะเข้าไปในไข่ได้ เมื่อไข่ผสมกับอสุจิจะเกิดเป็นตัวอ่อนในครรภ์มารดา¹⁸

ตามหลักการแพทย์ มนุษย์ซึ่งจะปฏิสนธิต้องประกอบด้วยธาตุของบุรุษและสตรีผสมกัน ธาตุของบุรุษคือ สเปิร์ม (Sperm) ส่วนสตรีนั้นคือ ไข่ (Ovum) ลักษณะที่สเปิร์ม (Sperm) จะผสมกับไข่ (Ovum) คือชายและหญิงได้ร่วมประเวณีกัน แล้วเชื้ออสุจิของฝ่ายชายได้ตกค้างอยู่ในช่องคลอด และขังอยู่ในหลืบตรงคอมดลูกของฝ่ายหญิง ภายหลังสเปิร์มได้เคลื่อนเข้าไปในมดลูก เมื่อได้พบกับไข่ของสตรีที่หล่นเลื่อนลงมาเจอกับสเปิร์มก็จะผสมกัน รวมเป็นชนิดเดียวกัน หัวของสเปิร์มจะกลายเป็นชีวิตมนุษย์ หางจะค่อยๆหายไปจนหมดโดยผสมเจอกันไปด้วย จะเกิดเป็นจุดใสๆเหมือนน้ำมันหยดหนึ่งปรากฏอยู่ กลายเป็นสิ่งมีชีวิตพร้อมที่จะขยายและเจริญต่อไปตามลำดับจนครบกำหนดคลอด ซึ่งตั้งแต่ไข่ผสมกับสเปิร์ม เรียกว่าการปฏิสนธิ เมื่อปฏิสนธิแล้วจึง

¹⁶ จักรกฤษณ์ ควรพจน์ และคณะ, “รายงานการวิจัยการผสมเทียมโดยให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทน”, สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, 2549, น.28.

¹⁷ คำพิพากษาฎีกาที่ 157/2524 “เพศของบุคคลธรรมดาตามกฎหมายรับรอง และถือเอาตามกำเนิดหญิงตามพจนานุกรม คือคนที่ออกลูกได้”, เนติบัณฑิตยสภา น.146.

¹⁸ คาธาลีน ดอลโต และคณะ, สิ่งไม่รู้ที่ควรรู้ในการตั้งครรภ์, แปลโดย แก้วจันทร์ , ทิพย์ ไชยสุริยะ, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์เดลีพี, 2537), น.102.

เกิดการตั้งครรภ์ (Pregnancy) แล้วเปลี่ยนจากไข่ (Ovum) มาเป็น Embryo ไปจนอายุ 3 เดือนจึงเปลี่ยนเป็นตัวอ่อนในครรภ์มารดา (Fetus)¹⁹

ในประมวลกฎหมายอาญา ความผิดฐานทำให้แท้งลูกตามมาตรา 301-303 มีสิ่งกฏหมายประสงค์จะคุ้มครอง คือ ทารกในครรภ์ของมารดา²⁰ เริ่มนับตั้งแต่เชื้ออสุจิผสมกับไข่ในมดลูกของหญิง ถ้าไม่มีการผสมก็คือว่าไม่มีทารกในครรภ์มารดา แม้จะเจตนากระทำให้เกิดการตายอย่างไรก็ไม่ถือว่าเป็นการทำให้แท้ง เพราะไม่มีการผสมของเชื้ออสุจิกับไข่²¹ หรืออาจจะกล่าวได้ว่าการจะตั้งครรภ์ได้ หญิงนั้นจะต้องมีความสมบูรณ์อยู่ในภาวะที่เหมาะสม มีการตกของไข่ตามปกติและได้ผสมกับเชื้ออสุจิของชายในช่วงเวลาที่ไข่สุกพอดี ถือเป็นกรตั้งครรภ์ตามธรรมชาติ เพราะเกิดจากการร่วมประเวณีระหว่างชายหญิง²² อย่างไรก็ตามการทำให้เกิดการตั้งครรภ์นี้อาจมีกระบวนการบางอย่างผิดไปจากที่ธรรมชาติกำหนดไว้ในบางขั้นตอนได้ ซึ่งแยกออกได้เป็น การตั้งครรภ์ตามกระบวนการตามธรรมชาติ และการตั้งครรภ์ที่ผิดธรรมชาติ²³

1) การตั้งครรภ์ตามธรรมชาติ ได้แก่ การตั้งครรภ์ที่เกิดจากการร่วมประเวณีระหว่างหญิงชาย (Sexual intercourse) ขณะที่ทั้งคู่มีความพร้อมที่จะทำให้เกิดการปฏิสนธิในครรภ์ของหญิงได้ ซึ่งถ้าเกิดจากการยินยอมพร้อมใจด้วยกันทั้งสองฝ่าย ย่อมไม่มีปัญหาทางกฎหมาย เรียกว่าเป็นการตั้งครรภ์ตามธรรมชาติโดยชอบด้วยกฎหมาย แต่อย่างไรก็ตามอาจเกิดการตั้งครรภ์เนื่องจากการกระทำความผิดอาญาตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 276 มาตรา 277 มาตรา 282 หรือมาตรา 284 ซึ่งการตั้งครรภ์ที่เกิดจากการกระทำความผิดดังกล่าวจะเป็นเหตุให้หญิงมีสิทธิให้แพทย์ทำแท้งได้ ดังจะกล่าวต่อไปในภายหลัง

2) การตั้งครรภ์ผิดธรรมชาติ ได้แก่ การทำให้หญิงตั้งครรภ์โดยกระบวนการที่ไม่เป็นไปตามธรรมชาติทั้งหมด กล่าวคือตั้งครรภ์โดยปราศจากการล่วงล้ำของอวัยวะเพศชาย หรือ

¹⁹ ไฉไล ชุ่มฤทธิ์, “กฎหมายว่าด้วยการทำแท้ง”, (วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัย คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2523) น.51-52.

²⁰ คณิต ฌ นคร, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 10*, น.77.

²¹ หยุด แสงอุทัย, *กฎหมายอาญาภาค 2-3 พิมพ์ครั้งที่ 7* (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2538), น.211.

²² ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 2*, น.27-28.

²³ *เพ็ญอ้าง*, น.275.

ขาดการร่วมประเวณีระหว่างชายกับหญิงนั่นเอง ซึ่งปัจจุบันสามารถกระทำได้โดยการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ดังจะกล่าวต่อไปในบทที่ 3

นอกจากนี้โดยหลักการแพทย์แล้ว วิธีการทำแท้งมีอยู่ไม่กี่วิธี เช่น การขูดมดลูก การใช้เครื่องดูด หรือ M.R. การฉีดน้ำเกลือเข้มข้นเข้าไปในโพรงมดลูกโดยผ่านทางหน้าท้อง การใช้ฮอร์โมนฉีดเข้าโพรงมดลูก²⁴ แต่สภาพสังคมไทยกับกฎหมายไม่สอดคล้องกัน บริการทำแท้งเถื่อนของหมอเถื่อนจึงมีบทบาทต่อหญิงที่ต้องการทำแท้งค่อนข้างมาก และทำให้วิธีการทำแท้งเพิ่มวิธีการมากขึ้น เช่น การบีบหรือเค้นมดลูก การกินหรือฉีดยาขับเลือด การฉีดสารหรือวัสดุเข้าไปในโพรงมดลูก ซึ่งนักทำแท้งอาชีพหรือหมอเถื่อนนั้นก็ฉลาดพอที่จะไม่ทำให้แท้งในทันทีทันใดที่ทำ เพราะถ้ายังไม่เกิดการแท้งขึ้นก็ยังมีโทษ โดยวิธีที่หมอเถื่อนใช้กันมากคือ การฉีดสารเข้าไปในช่องคลอด หรือทำให้ปากมดลูกเปิดมีการฉีดขาดของถุงที่หุ้มทารกอยู่ ทารกก็จะตายในท้องแล้วคลอดออกมาภายหลังที่ทำภายใน 24 หรือ 48 ชั่วโมง การแท้งจึงมิได้เกิดขึ้นขณะทำ แต่หลังจากทำแล้วหญิงจะไปแท้งลูกที่บ้าน บางวิธีไม่อาจทำให้เกิดผลสำเร็จเท่านั้นแต่ยังทำให้หญิงที่ตั้งครรภ์ต้องเกิดโรคแทรกซ้อนตามมา และบางรายรักษาไม่ทันต้องจบชีวิตก่อนวัยอันควร ดังนั้นจะเห็นได้ว่าการทำแท้งโดยผู้กระทำที่ไม่ใช่แพทย์จะก่อให้เกิดอันตรายอย่างน่าวิตก แต่ถ้าเป็นการกระทำแท้งของแพทย์โดยวิธีการที่ถูกต้อง เหมาะสมกับอายุครรภ์แล้ว โอกาสที่จะได้รับอันตรายน้อยมาก แต่ทั้งนี้อันตรายจากการทำแท้งจะสูงขึ้นตามอายุครรภ์ โดยเฉพาะหลังการตั้งครรภ์ 3 เดือนแรก

2.2 เหตุทำแท้งได้โดยชอบด้วยกฎหมาย

ตามบทบัญญัติของมาตรา 305 ของประมวลกฎหมายอาญาได้กำหนดเหตุที่แพทย์สามารถทำแท้งได้โดยไม่ผิดกฎหมายไว้ 2 กรณี คือ

(1) จำเป็นต้องกระทำเนื่องจากสุขภาพของหญิงนั้น หรือ

(2) หญิงมีครรภ์เนื่องจากการกระทำความผิดทางอาญาตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา

276 มาตรา 277 มาตรา 282 มาตรา 283 หรือมาตรา 284

²⁴ มูลนิธิเพื่อนหญิง , ประมวลทัศนะว่าด้วยปัญหาการทำแท้งจากมุมมองของนักสิทธิสตรี ปรัชญา เศรษฐศาสตร์ , พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์เจนเดอร์เพรส ,2537) , น. 63-65.

ดังที่กล่าวมาแล้วว่าการทำแท้งนั้นในแต่ละชุมชนแต่ละสังคมอาจมองกันคนละด้าน สังคมหนึ่งอาจเห็นเป็นเรื่องทารุณโหดร้ายไม่มีมนุษยธรรม และเป็นการขัดต่อศีลธรรมอันดีอย่าง ร้ายแรง ก็จะมีบทกฎหมายเอาผิดและลงโทษอย่างเข้มงวดกวดขันมาก จะอนุญาตให้เฉพาะกรณีที่ จำเป็นจริงๆ หรือถึงขนาดห้ามโดยเด็ดขาด แต่ขณะเดียวกันสังคมหนึ่งอาจจะไม่เห็นว่าเป็นการขัด ต่อศีลธรรมแต่อย่างใด อาจจะทำกฎหมายอนุญาตให้มีการทำแท้ง หรือแม้แต่ในสังคมเดียวกัน ในเวลาหนึ่งอาจจะห้ามโดยเด็ดขาดไม่มีข้อยกเว้น แต่เมื่อกาลเวลาเปลี่ยนแปลงความเห็นของ สังคมอาจจะค่อยๆ ยอมรับและเห็นว่าเป็นการจำเป็น เช่นประเทศไทยแต่เดิมในกฎหมายลักษณะ อาญา ร.ศ. 127 ไม่มีบทบัญญัติอนุญาตให้ทำแท้งได้โดยเด็ดขาด ต่อเมื่อประกาศใช้ประมวล กฎหมายอาญา พ.ศ. 2500 จึงมีบทบัญญัติมาตรา 305 นี้ขึ้น อนุญาตให้มีการทำแท้งได้เฉพาะใน บางกรณีเท่านั้น คือในเบื้องต้นต้องเป็นการทำแท้งตามมาตรา 301 และ 302 เสียก่อน²⁵

การทำแท้งโดยชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา 305 นี้ กฎหมายให้อำนาจเฉพาะผู้เป็น แพทย์เท่านั้นที่จะทำได้ ซึ่งหมายถึงผู้กระทำต้องเป็นแพทย์ หรือหญิงที่กระทำตนเอง เมื่อหญิงนั้น เป็นแพทย์แล้วทำตนเองก็ต้องถือว่าเป็นการกระทำของแพทย์ด้วย แพทย์ในที่นี้ไม่ได้จำกัดว่าเป็น แพทย์ชั้นไหน คงหมายถึงแพทย์ที่ประกอบกิจการนั้นได้โดยชอบด้วยกฎหมายว่าด้วยการประกอบ โรคศิลป์ ถ้าการทำแท้งเป็นการกระทำของแพทย์ผู้ที่อยู่ในข่ายของมาตรา 301 และมาตรา 302 อันจะตกอยู่ในฐานะผู้กระทำผิดก็ได้รับยกเว้นความผิด คือแพทย์หญิงซึ่งกระทำต่อตนเอง หรือ แพทย์ผู้กระทำให้หญิงแท้งลูกโดยหญิงยินยอมไม่มีความผิด²⁶

สาระสำคัญของมาตรา 305 คือ การทำแท้งโดยตัวหญิงเอง หรือหญิงยินยอมให้ กระทำได้ การกระทำนั้นแม้จะทำให้หญิงได้รับอันตรายสาหัสหรือถึงตายก็ได้รับยกเว้นโทษทั้งนั้น แต่หากเป็นกรณีการทำแท้งโดยหญิงมีครรภ์ไม่ยินยอมแล้ว แม้ว่าเป็นการกระทำของนายแพทย์ และจำเป็นต้องกระทำเพื่อสุขภาพของหญิง นายแพทย์ก็ไม่พ้นความผิดอาญาฐานทำให้แท้งลูกไป ได้

การที่กฎหมายจะอนุญาตให้ทำแท้งได้นั้น สาระที่สำคัญที่สุดในเบื้องต้นก็คือ “ความ ยินยอมของหญิง” ซึ่งการยินยอมนี้หญิงจะต้องทราบว่าการกระทำเช่นนั้นอาจทำให้แท้งลูก หรือ ทราบการกระทำของผู้อื่นทำให้ตนแท้งลูกก็ยินยอมให้ผู้อื่นทำให้ตนแท้งลูก โดยควรพิจารณาคำว่า

²⁵ พรชัย สุนทรพันธุ์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 12*, น.105.

²⁶ จิตติ ดิงศภักดิ์, *คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 2 ภาค 3*, พิมพ์ ครั้งที่ 6 (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์จักรีการพิมพ์, 2545) ,น.269.

“ยินยอม” เป็นกรณีๆไป คือ หญิงต้องมีส่วนร่วมและยินยอมให้ทำแท้ง เมื่อหญิงยินยอมแล้วแพทย์จึงสามารถทำแท้งได้ โดยการทำแท้งของแพทย์ต้องประกอบไปด้วยเงื่อนไขประการใดประการหนึ่งคือ จำเป็นต้องทำแท้งเพื่อสุขภาพของหญิงนั้น หรือหญิงมีครรภ์เนื่องจากการกระทำความผิดอาญาตามที่ระบุไว้

2.2.1 เหตุทำแท้งได้เนื่องจากสุขภาพของหญิง

บทบัญญัติมาตรา 305(1) กฎหมายยอมรับให้แพทย์สามารถทำแท้งได้เมื่อจำเป็นต้องกระทำเนื่องจากสุขภาพของหญิงนั้น เช่นถ้าปล่อยไว้ให้หญิงมีครรภ์ต่อไป หรือให้มีการคลอด หญิงจะได้รับอันตราย เป็นต้นว่า เพราะหญิงเป็นโรคหัวใจ อาจทำให้ตายได้

คำว่า “เนื่องจากสุขภาพของหญิง” นั้นยังไม่มีคำพิพากษาฎีกาเป็นบรรทัดฐานว่าความหมายแค่นั้น แต่มีผู้แสดงความเห็นว่า อันตรายต่อสุขภาพนี้จะเป็นสุขภาพทางกาย หรือทางจิตก็ได้ แล้วแต่กรณีนั้นๆไป

องค์การอนามัยโลกได้ให้นิยามคำว่า “สุขภาพ” คือ ความผาสุกในทางร่างกาย จิตใจ และสังคม ไม่ใช่เพียงปราศจากโรคหรือความเจ็บป่วยเท่านั้น (Health is complete physical mental and social well being not merely the absence of disease and infirmity.)²⁷

เมื่อได้พิจารณาคำนิยามว่า “สุขภาพ” ขององค์การอนามัยโลกนั้นมีการให้ความหมายที่กว้างมากไม่เหมาะที่จะนำมาตีความบทบัญญัติในกฎหมายอาญาในกรณีนี้ ทั้งนี้เนื่องจากการกำหนดบทนิยามขององค์การอนามัยโลกมีความมุ่งหมายทางการแพทย์โดยเฉพาะหากนำมาตีความกฎหมายอาญาจะทำให้การตีความคลาดเคลื่อนไปจากเจตนารมณ์แห่งบทบัญญัติ ซึ่งตามมาตรา 305(1) นี้ผู้เขียนเห็นว่าน่าจะมี ความหมายเฉพาะสุขภาพทางกายของหญิงเท่านั้น เพราะคำว่าสุขภาพจิตนั้นเป็นคำกว้างมาก ถ้านำมาใช้กับบทบัญญัติในกฎหมายอาญาจะทำให้กฎหมายอาญาขาดความชัดเจนและแน่นอน

การทำแท้งลูกเพื่อสุขภาพของหญิงนั้นในทางนิติเวชศาสตร์เรียกว่า Therapeutic abortion หมายถึง การทำแท้งเพื่อรักษาโรคบางชนิดซึ่งอาจเกิดขึ้นได้โดยตรงจากการตั้งครรภ์ หากตั้งครรภ์จะต้องทำแท้งเสีย มิเช่นนั้นจะเป็นอันตรายแก่มารดา เช่น Toxaemia of Pregnancy โดยโรคบางอย่างที่เป็นอยู่ก่อน การตั้งครรภ์ทำให้โรคนั้นกำเริบ ถ้าทำให้แท้งเสียหญิงนั้นหรือ

²⁷ แสง บุญเฉลิมวิภาส, “เหตุทำแท้งได้โดยไม่ผิดกฎหมาย : ปัญหาและแนวทางการแก้ไข”, วารสารนิติศาสตร์ปีที่19ฉบับที่1, (มิถุนายน, 2532), น.71.

ผู้ป่วยจะมีอาการดีขึ้น เช่นโรคหัวใจบางชนิดเป็นต้น ดังนั้นการทำให้แท้งจึงมีจุดประสงค์เพื่อรักษาโรคของหญิงนั้น หรือสุขภาพของหญิงนั้นโดยตรง

ในประเด็นเกี่ยวกับปัญหาการทำแท้งนี้ กระทรวงสาธารณสุขโดยแพทยสภาได้เคยมีหนังสือหารือคณะกรรมการกฤษฎีกาว่าแพทย์จะอาศัยข้อกฎหมายตามมาตรา 305(1) ทำแท้งให้แก่หญิงตั้งครรภ์ที่ติดเชื้อโรคเอดส์ได้หรือไม่ เพราะการติดเชื้อจะมีผลกระทบต่อสุขภาพร่างกาย จิตใจ และสังคมของหญิงมีครรภ์ ซึ่งองค์การอนามัยโลกมีคำนิยามของ “สุขภาพ” หมายความว่าครอบคลุมถึงความสุข ความสมบูรณ์ทั้งทางร่างกาย จิตใจ และการอยู่ในสังคมได้อย่างปกติสุข ซึ่งคณะกรรมการกฤษฎีกาได้มีความเห็นว่า²⁸

“มาตรา 305(1) เป็นบทบัญญัติยกเว้นความผิดต่อความโดยเคร่งครัด ซึ่งบทบัญญัตินี้ดังกล่าวมีความหมายแต่เพียงว่า แพทย์อาจทำให้หญิงแท้งลูกได้โดยไม่มีความผิด เฉพาะกรณีจำเป็นเนื่องจาก “การมีครรภ์” เป็นอันตรายต่อสุขภาพของหญิงเท่านั้น ไม่หมายความว่ารวมถึงสุขภาพของทารกที่เกิดมาด้วย ซึ่งเป็นกรณียังไม่มีการบัญญัติไว้ แพทย์จึงไม่สามารถอาศัยมาตรา 305(1) ทำแท้งให้หญิงมีครรภ์ที่ติดเชื้อโรคเอดส์ได้”

คณะกรรมการกฤษฎีกา (กรมการร่างกฎหมายคณะที่ 5)²⁹ มีความเห็นว่า “แพทย์ไม่อาจอาศัยมาตรา 305(1) แห่งประมวลกฎหมายอาญาทำให้หญิงที่เป็นโรคเอดส์แท้งลูกได้โดยไม่มีความผิด เพราะแม้จะทำให้แท้งลูกได้ หญิงที่เป็นโรคเอดส์ก็จะไม่หายจากโรคเอดส์ได้ และก็จะตายเนื่องจากโรคดังกล่าวในที่สุด”

ในเรื่องนี้นั้นมีบางความเห็นให้เหตุผลคัดค้านว่า จากการที่หญิงติดเชื้อโรคเอดส์ย่อมมีอายุไม่ยืนยาวและมีความทุกข์ว่าบุตรที่จะคลอดอาจได้รับเชื้อโรคร้ายเข้าด้วย และแม้ว่าบุตรดังกล่าวจะไม่ติดเชื้อร้ายแต่ตัวผู้เป็นมารดาจะต้องเสียชีวิตก่อนเวลาอันควร และทำให้บุตรกลายเป็นเด็กกำพร้า ดังนั้นการทำแท้งย่อมลดความกดดันได้ระดับหนึ่ง ซึ่งย่อมเป็นผลดีต่อสุขภาพของมารดาแน่นอน

อย่างไรก็ตามผู้เขียนมีความเห็นว่า การที่คณะกรรมการกฤษฎีกาเห็นว่า “ถึงอย่างไรหญิงมารดานั้นก็ต้องตายอยู่ดี” ไม่น่าจะชอบด้วยเหตุผล ทำนองเดียวกับการจะอ้างว่าถ้าจำเลยไม่ฆ่าผู้เสียหายที่กำลังป่วยอยู่ ผู้เสียหายก็คงตายเพราะโรคร้ายอยู่ดี โดยมีได้พิจารณาข้อเท็จจริง

²⁸ ปารีชาติ พันธุ์พานิช, “เหตุทำแท้งได้โดยชอบด้วยกฎหมาย”, (วิทยานิพนธ์นิติศาสตร์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2542), น.5.

²⁹ เฟิงอ้าง, น.24.

ตามที่ผู้แทนกระทรวงสาธารณสุขและผู้แทนแพทยสภาที่เสนอว่า “การทำแท้งอาจทำให้หญิงมีชีวิตยืนยาวต่อไปได้”

ดังนั้นผู้เขียนจึงเห็นว่าในเรื่องนี้ควรมีการแก้ไขกฎหมายโดยบัญญัติความหมายของคำว่าสุขภาพให้ชัดเจน และในกรณีที่ถือว่าการมีครรภ์จะเป็นอันตรายต่อสุขภาพของหญิงหรือไม่ นั้น เป็นข้อเท็จจริงที่แพทย์จะต้องวินิจฉัยเป็นกรณีๆไป

ข้อโต้แย้งอีกประการ คือการที่คณะกรรมการกฤษฎีกาได้มีความเห็นว่า³⁰

“บทบัญญัติมาตรา 305 ซึ่งเป็นบทยกเว้นความผิดฐานทำแท้งลูกในประมวลกฎหมายอาญา จึงต้องตีความโดยเคร่งครัด”

ในส่วนนี้ผู้เขียนมีความเห็นว่าประเด็นความเห็นดังกล่าวน่าจะไม่ต้อง แต่หากควรพิจารณาในทางกลับกันเพราะกฎหมายอาญามุ่งลงโทษคน ดังนี้ถ้าเป็นบทบัญญัติเพื่อลงโทษจึงควรตีความโดยเคร่งครัด แต่กรณีถ้ากฎหมายเป็นบทบัญญัติยกเว้นโทษอันเป็นคุณแก่ผู้กระทำการตีความโดยเคร่งครัดจะกลายเป็นการตีความที่ขัดกับหลักการตีความกฎหมายอาญาอย่างชัดแจ้ง เพราะเป็นการตีความที่เป็นผลร้ายแก่ผู้กระทำความผิด

ด้วยเหตุนี้จึงหมายความว่า เมื่อรัฐได้ออกบทบัญญัติที่แจ้งชัดระบุว่าการกระทำหรือการไม่กระทำอย่างใดเป็นความผิดอาญาแล้วก็ถือว่าเฉพาะความผิดกรณีนั้นๆเท่านั้นเป็นความผิดจะไปรวมถึงกรณีอื่นด้วยไม่ได้ กรณีที่กฎหมายอาญาต้องกำหนดไว้ว่าจะต้องตีความโดยเคร่งครัด (Nullum Crimen Nulla Poena Sine Lege) ก็เพื่อไม่ให้มีการตีความโดยการเทียบเคียงที่จะเป็นผลร้ายกับผู้ต้องหาหรือผู้ถูกกล่าวหา ซึ่งจะทำให้หลักประกันสิทธิส่วนบุคคล สิทธิของประชาชนไม่มีความหมาย แต่หลักนี้มีข้อยกเว้นว่าถ้าเป็นการตีความในทางที่เป็นคุณกับจำเลยหรือผู้ต้องหา ไม่มีข้อห้าม³¹ นำบทบัญญัติที่ใกล้เคียงมาใช้เพื่อเป็นคุณ เช่น เหตุที่ทำให้การกระทำชอบด้วยกฎหมาย เหตุที่กฎหมายยกเว้นโทษ หรือเหตุผลหย่อนโทษ³² อนึ่งกฎหมายอาญาห้ามเฉพาะการเทียบเคียงเพื่อเป็นโทษแต่ไม่ห้ามการตีความโดยการขยายความ ดังนั้นหากมาตรา 305 นี้ต้องตีความโดยเคร่งครัด และการตีความว่า “จำเป็นต้องกระทำเนื่องจากสุขภาพของหญิงนั้น”

³⁰ เฟิงอ๋าง ,น.26.

³¹ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค 1, พิมพ์ครั้งที่ 8, (กรุงเทพมหานคร : หจก.จิรัชการพิมพ์ , 2546) ,น.18-20.

³² หยุด แสงอุทัย, กฎหมายอาญาภาค 1, พิมพ์ครั้งที่ 19, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2547) ,น.43-45.

หมายความว่าถึงการตั้งครุภจะเป็นอันตรายถึงชีวิตหญิงเท่านั้นแล้ว มาตรา 305 (1) ก็อาจไม่จำเป็นต้องบัญญัติไว้ก็ได้เพราะการทำแท้งในกรณีเช่นนี้ย่อมไม่ต้องรับโทษอยู่แล้วโดยบทบัญญัติของมาตรา 67(2) แห่งประมวลกฎหมายอาญา³³ นอกจากนั้นบทบัญญัติมาตรา 305 ก็เป็นบทยกเว้นความผิดของจำเลยหรือผู้ต้องหา ไม่อยู่ในหลักกฎหมายมาตรา 2 จึงสามารถตีความโดยการขยายความคำว่า “สุขภาพ” ของหญิง หมายความว่ารวมถึงสุขภาพจิตเพื่อเป็นคุณกับจำเลยได้

เพราะฉะนั้นการที่มาตรา 305 บัญญัติยกเว้นให้แพทย์ทำแท้งได้โดยไม่ถือเป็นความผิด ควรจะพิจารณาให้เป็นคุณแก่ผู้กระทำความผิดด้วย หากไม่แล้วการตีความว่าจำเป็นดังกล่าวต้องมีอันตรายถึงชีวิตก็จะขัดกับตัวบท เพราะตัวบทมาตรา 305 (1) มิได้บัญญัติให้เป็นเช่นนี้ เนื่องจากเจตนารมณ์ของมาตรา 305 บัญญัติขึ้นเพื่อช่วยเหลือและคุ้มครองหญิงมีครรภ์ การที่มาตรา 305(1) อนุญาตให้แพทย์ทำแท้งได้เพื่อสุขภาพของมารดา แต่กฎหมายไม่ได้บัญญัติไว้ว่าต้องเป็นอันตรายถึงขนาดไหนที่จะเรียกว่าเป็นอันตรายถึงขั้นอนุญาตให้แพทย์ทำแท้งให้ได้ จึงต้องให้ศาลเป็นผู้วินิจฉัยตามระดับความคิดเห็นของวิญญูชนโดยทั่วไปว่าถึงขนาดจำเป็นต้องกระทำให้แท้งลูกหรือไม่

ดังนั้นถ้ากฎหมายไทยจะกำหนดว่าแค่ไหนเพียงไรเป็นอันตรายต่อสุขภาพของมารดา จะช่วยให้แพทย์ผู้ทำแท้งมีความกล้าที่จะทำแท้งโดยถูกต้องตามกฎหมาย เพราะมีฉะนั้นแล้วถ้ากฎหมายมิได้กำหนดไว้ตรงๆ แพทย์ก็ไม่กล้าที่จะทำแท้งในกรณีเพื่อสุขภาพของมารดา เพราะไม่แน่ใจว่ากฎหมายจะถือว่าเป็นอันตรายต่อสุขภาพหรือไม่ ปัญหาการลักลอบทำแท้งก็จะมีอยู่ต่อไปอย่างแน่นอน

ความจำเป็นตามมาตรา 305(1) เป็นความจำเป็นที่กฎหมายยอมรับซึ่งเป็นการปฏิเสธการกระทำที่ไม่ถูกต้อง การใช้ความจำเป็นเป็นข้อต่อสู้นี้อาจถือเป็นการสะท้อนให้เห็นถึงความโน้มเอียงของสังคมไทยในกรณีที่เกิดความขัดแย้งของประโยชน์ และวิถีทางเดียวที่จะรักษาประโยชน์ที่ชอบด้วยกฎหมายจากภัยอันตรายที่ใกล้จะถึง โดยการทำลายประโยชน์ที่ชอบด้วย

³³ มาตรา 67 “ผู้ใดกระทำความผิดด้วยความจำเป็น”

(1) เพราะอยู่ในที่บังคับ หรือภายใต้อำนาจซึ่งไม่สามารถหลีกเลี่ยงหรือขัดขืนได้ หรือ

(2) เพราะเพื่อให้ตนเอง หรือผู้อื่นพ้นจากภัยอันตรายที่ใกล้จะถึงและไม่สามารถหลีกเลี่ยงให้พ้นโดยวิธีอื่นใดได้ เมื่อภัยอันตรายนั้นตนมิได้ก่อให้เกิดขึ้นเพราะความผิดของตนถ้าการกระทำนั้นไม่เป็นการเกินสมควรแก่เหตุแล้ว ผู้นั้นไม่ต้องรับโทษ

กฎหมายอีกอันหนึ่งซึ่งสังคมเห็นว่ามีความค่าน้อยกว่า ดังนั้นแล้วจะเห็นได้ว่าการกระทำดังกล่าวถือเป็นความผิดอยู่ อย่างไรก็ตามหากพิจารณาในด้านบุคคลผู้กระทำความผิดแล้ว จะเห็นได้ว่า เมื่อชีวิตของบุคคลใดตกอยู่ในภาวะแห่งการเสี่ยงการที่เขาต้องรักษาชีวิตของตนเองโดยการทำลายชีวิตของผู้อื่น ซึ่งสังคมไม่อาจตำหนิได้ ในกรณีเช่นนี้การกระทำดังกล่าวเป็นความผิดแต่ผู้กระทำอาจได้รับการให้อภัยเพราะถือว่าเป็นความจำเป็นที่กฎหมายยกโทษให้³⁴

สำหรับความจำเป็นตามมาตรา 305 (1) นี้จะถือความเห็นของใครเป็นผู้พิจารณายังเป็นปัญหาที่ยังไม่มีคำพิพากษาฎีกาวินิจฉัย ซึ่งแม้แต่แพทย์เองก็ยังไม่เห็นตรงกันก็ได้ ดังนั้นความจำเป็นในกฎหมายจึงยังไม่มีมาตรการใดที่จะเป็นเครื่องตัดสินการทำแท้งของแพทย์นอกจากเพื่อช่วยชีวิตของมารดาจริงๆแล้ว ก็ไม่มีใครเสี่ยงที่จะทำ แม้เป็นการกระทำเพื่อช่วยชีวิตมารดาโดยตรงก็ตามจะทำกันแต่เฉพาะในโรงพยาบาลใหญ่ๆของรัฐเท่านั้น เพราะหากเกิดกรณีที่ผู้ทำแท้งเห็นว่าจำเป็นแต่พนักงานสอบสวนไม่เห็นด้วย ผู้ทำแท้งจะตกเป็นผู้ต้องหาหรือจำเลยไปได้โดยง่าย³⁵

2.2.2 เหตุทำแท้งได้เนื่องจากหญิงถูกข่มขืน

สำหรับกรณีข้อยกเว้นจากการกระทำของแพทย์ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 305(2) กฎหมายบัญญัติให้สามารถทำแท้งได้เมื่อหญิงตั้งครรภ์เนื่องจากการกระทำความผิดอาญาตามมาตรา 276 มาตรา 277 ฐานข่มขืนซ้ำเรา มาตรา 282 มาตรา 283 หรือมาตรา 284 ฐานจัดหาหญิงหรือพาหญิงไปเพื่อการอนาจาร ซึ่งถือเป็นความผิดเกี่ยวกับเพศ ผู้ถูกกระทำคือหญิง ผลของการกระทำความผิดอาจทำให้หญิงต้องตั้งครรภ์ จึงเป็นที่น่าสงสาร สังคมควรให้ความเห็นใจแก่หญิงเป็นอย่างมาก เป็นเหตุที่หลีกเลี่ยงไม่ได้ และเพื่อป้องกันความเสื่อมเสียชื่อเสียงของหญิง รัฐจึงถือเป็นนโยบายทางอาญาที่จะต้องหาทางแก้ไขให้กับหญิง จึงมีบทบัญญัติมาตรา 305(2) ขึ้นมาเพื่อช่วยเหลือหญิง

วัตถุประสงค์ของข้อยกเว้นความผิดตามอนุมาตรานี้ไม่เกี่ยวกับความจำเป็นเพื่อสุขภาพแต่เหตุผลที่กฎหมายอนุญาตให้ทำแท้งในกรณีนี้ได้ก็โดยเห็นว่า เมื่อหญิงไม่ประสงค์จะคุม

³⁴ กุสุมา จินดาทิพย์, “ความจำเป็นที่กฎหมายยอมรับ” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตร์ มหาวิทยาลัย คณະนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์), น.32-38.

³⁵ วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 14*, น.806.

ครรภ์เด็กที่เกิดจากการใช้กำลังบังคับ ก็ควรให้แพทย์ทำแท้งให้ได้เพื่อป้องกันความเสื่อมเสียแก่ชื่อเสียงของหญิง³⁶

ในกรณีที่หญิงมีครรภ์เนื่องจากการกระทำผิดทางเพศ กฎหมายให้ความเห็นใจแก่หญิงผู้เคราะห์ร้ายเหล่านั้น ประมวลกฎหมายอาญาจึงมีบทบัญญัติมาตรา 305(2) อนุญาตให้แพทย์ทำแท้งให้กับหญิงที่ตั้งครรภ์ได้ ถ้ามีการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศดังต่อไปนี้

2.2.2.1 หญิงใดถูกข่มขืนกระทำชำเราโดยขู่เชือดด้วยประการใดๆโดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยหญิงนั้นอยู่ในสถานะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้หญิงนั้นเข้าใจผิดว่าผู้กระทำเป็นบุคคลอื่น (มาตรา 276) ซึ่งได้แก่ มีการกระทำร่วมประเวณีระหว่างชายกับหญิง ดังนั้นตามมาตรานี้หญิงผู้นั้นต้องถูกชำเราด้วย คือเป็นการกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำโดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น หรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศ หรือทวารหนักของผู้อื่น โดยมีเจตนาเพื่อสนองความใคร่ ดังนี้แล้วหากหญิงเกิดตั้งครรภ์ขึ้นมาจากการกระทำความผิดทางเพศดังกล่าวโดยไม่สมัครใจ ก็ถือได้ว่าหญิงนั้นตั้งครรภ์จากการกระทำความผิดทางอาญา เป็นการตั้งครรภ์โดยที่หญิงไม่ยินยอม มีผลให้แพทย์สามารถทำแท้งให้ได้ตามมาตรา 305 (2)

2.2.2.2 เด็กหญิงอายุยังไม่เกินสิบห้าปี และมีผู้กระทำชำเราเด็กหญิงไม่ว่าเด็กหญิงจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม (มาตรา 277) เหตุผลที่ประมวลกฎหมายอาญาไม่ถือเอาความยินยอมของเด็กหญิงอายุไม่เกินสิบห้าปี³⁷ เป็นข้อสำคัญก็เพราะถือว่าเด็กหญิงอายุเพียงเท่านี้ไม่มีความรู้ดีรับผิดชอบพอที่จะให้ความยินยอมได้ และส่วนใหญ่ยังมีความเจริญเติบโตและพัฒนาการทางด้านต่างๆเช่น ร่างกาย จิตใจ สติปัญญา การศึกษาอบรม และประสบการณ์ไม่เพียงพอ หากปล่อยให้ตั้งครรภ์โดยที่เด็กอายุยังน้อยไม่สามารถช่วยตัวเองได้เท่าที่ควร จะเป็นการ

³⁶ จิตติ ติงศภทีย, อ่างแล้ว เชิงอรรถที่ 26 ,น. 271.

³⁷ คำพิพากษาฎีกาที่ 755/2536 “ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเด็กหญิงอายุไม่เกิน 15ปี ตาม ป.อ. มาตรา 277 วรรคแรกนั้น ขณะเกิดเหตุผู้เสียหายมีอายุ 14ปีเศษ น่าจะมีความรู้เรื่องเพศได้พอสมควร ทั้งก่อนเกิดเหตุ ผู้เสียหายรักใคร่ชอบพอกับจำเลยมาก่อน ที่ผู้เสียหายยินยอมให้จำเลยเข้าไปกระทำชำเราภายในบ้านและสถานที่อื่นก็ด้วยความสมัครใจและยินยอมของผู้เสียหาย จึงเห็นควรลงโทษจำเลยในอัตราขั้นต่ำของกฎหมาย” , ส่งเสริมเล่ม 3 น. 174.

ตัดอนาคตของเด็กที่จะก้าวต่อไป เพราะผลของการตั้งครรภ์เป็นที่อับอาย ทั้งหากคลอดบุตรที่เกิดจากการกระทำผิดทางเพศของชายเหล่านั้นก็อาจได้ประชากรที่ไม่มีคุณภาพ ดังนั้นถ้าเด็กนั้นอายุไม่เกินสิบห้าปี ผู้กระทำชำเราเด็กหญิงมีความผิด หากเด็กหญิงตั้งครรภ์แพทย์สามารถทำแท้งให้เด็กหญิงที่ถูกกระทำชำเราตามมาตรา 277 ได้โดยไม่มี ความผิด

2.2.2.3 เพื่อสนองความใคร่ผู้อื่น เป็นธุระจัดหา ล่อไป หรือพาไปเพื่อการอนาจารชายหรือหญิง แม้ผู้นั้นจะยินยอม(มาตรา 282) คำว่า “อนาจาร” มีความหมายว่า การกระทำที่ไม่สมควรในทางเพศต่อร่างกายของผู้อื่น เช่นการกอดจูบคลำร่างกายของชายหรือหญิงหรือเป็นการแสดงความใคร่ทางเพศ เช่นเอาของลับของตนไปสัมผัสกับอวัยวะของชายด้วยกันที่ว่าไม่สมควรในทางเพศนั้น มีคำพิพากษาฎีกาที่ 353/2476 (เนติ) หน้า315 หมายความว่าจำกัดลงไปถึงการประเวณี หรือความใคร่³⁸

2.2.2.4 หญิงไม่ว่าอายุเท่าใด ถูกจัดให้ไปกระทำอนาจารดังกล่าวแล้วใน 2.2.2.3 โดยถูกใช้อุบายหลอกลวง ชูเชิญ ใช้กำลังประทุษร้าย ถูกอำนาจครอบงำผิดคลองธรรม หรือถูกข่มขืนใจด้วยประการใด(มาตรา 283)³⁹

2.2.2.5 หญิงไม่ว่าอายุเท่าใด ถูกพาไปเพื่อการอนาจารโดยใช้อุบายหลอกลวง ชูเชิญ ใช้กำลังประทุษร้าย ใช้อำนาจครอบงำผิดคลองธรรม หรือใช้วิธีข่มขืนใจด้วยประการอื่นใด(มาตรา 284)⁴⁰ หากหญิงตั้งครรภ์ขึ้นมาแพทย์สามารถทำแท้งให้กับหญิงได้โดยไม่มี ความผิด

³⁸ หยุต แสงอุทัย, อ่างแก้ว เชียงธรรมที่ 21, น. 282-284.

³⁹ คำพิพากษาฎีกาที่ 582/2527 “การที่จำเลยชักเด็กหญิงทั้งสามไปอยู่ด้วย อ้างว่า จะหัดลิเกให้แต่ก็มีหัดให้ กลับให้คำประเวณีโดยขู่ว่าจะส่งไปต่างจังหวัด จนเด็กหญิงคนหนึ่งจำต้องยอมไปกับชาย และชายนั้นพยายามกระทำมิดีมีร้ายในระหว่างทาง ดังนี้จำเลยกระทำการเป็นธุระจัดหาหรือชักพาเด็กหญิงอายุไม่เกิน 13ปีไปเพื่อการอนาจาร เพื่อให้สำเร็จความใคร่ผู้อื่น เป็นความผิดมาตรา 283 วรรคสาม”,เนติบัณฑิตยสภา น.2539.

⁴⁰ คำพิพากษาฎีกาที่ 1514/2532 “จำเลยที่ 1 พาผู้เสียหายไปยังบ่อเลี้ยงปลาและดึงตัวผู้เสียหายลงมาจากรถ จำเลยที่ 1 กอดจูบผู้เสียหาย จำเลยที่ 2 กระชากกางเกงของผู้เสียหายออก ผู้เสียหายดิ้นหลุดแล้วกระโดดลงไปในบ่อเลี้ยงปลา จำเลยที่ 1 ที่ 2 กับพวกพุดข่มขู่ว่าถ้าไม่ขึ้นมาจะตามลงไปกดให้ตายบ้าง จะเอาไฟฟ้าช็อตบ้าง ที่มีพวกของจำเลยบางคนถอดเสื้อกางเกง

ผู้เขียนเห็นว่ามาตรา 276 มาตรา 277 มาตรา 282 และมาตรา 284 เป็นบทบัญญัติในความผิดเกี่ยวกับเพศ การข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นตามมาตรา 276 มีคุณธรรมทางกฎหมายของความผิดฐานนี้ คือ เสรีภาพทางเพศ กล่าวคือ เสรีภาพในการที่จะกำหนดความสัมพันธ์ทางเพศด้วยตนเอง มาตรานี้หญิงเป็นผู้เสียหาย ถือเป็นกรกระทำผิดต่อตัวหญิงโดยตรง ดังนั้นถ้าหญิงเกิดตั้งครรภ์และไม่ประสงค์จะอุ้มครรภ์ที่เกิดจากการใช้กำลังบังคับ ก็น่าจะอนุญาตให้ทำแท้งได้ เพื่อเปิดทางให้หญิงมีทางเลือกมากกว่าเดิม มาตรา 305 (2) จึงอนุญาตให้แพทย์ทำแท้งให้กับหญิงได้

อย่างไรก็ตามอีกข้อหนึ่งที่น่าพิจารณาเกี่ยวกับมาตรา 305 (2) คือการทำแท้งตามมาตรานี้กฎหมายบัญญัติให้ทำเมื่อมีการกระทำผิดอาญาตามมาตรา 276 มาตรา 277 มาตรา 282 มาตรา 283 หรือมาตรา 284 ซึ่งตามหลักกฎหมายแล้วให้ถือว่าจำเลยต้องเป็นผู้บริสุทธิ์อยู่จนกว่าศาลจะได้มีคำพิพากษาว่ามีความผิด ดังนั้นจะต้องรอให้มีคำพิพากษาถึงที่สุดก่อนหรือไม่แพทย์จึงจะทำแท้งได้ เพราะหากรอจนกว่าถึงที่สุดก็คงจะล่วงเลยเวลาที่สามารทำแท้งได้ หรือเด็กนั้นอาจจะคลอดออกมาก่อนแล้ว ซึ่งในทางปฏิบัติแพทย์อาจตัดสินใจทำแท้งให้ เมื่อได้รับหลักฐานการแจ้งความว่าหญิงถูกข่มขืนมาและอ้างเหตุสำคัญผิดในข้อเท็จจริงว่ามีอำนาจทำได้ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 62 ได้⁴¹ ดังนั้นในเรื่องนี้จึงเป็นเรื่องที่ควรมีการปรับปรุงกฎหมายให้สามารถขจัดอุปสรรคเหล่านี้ เช่น โดยการวางหลักเกณฑ์ในการพิจารณาให้สามารถกระทำได้โดยความเห็นของคณะแพทย์หรือผู้มีหน้าที่โดยเฉพาะภายในเวลาที่ไม่น่าเป็นต้น

ออกหมด บางคนเหลือแต่กางเกงใน เป็นเหตุให้ผู้เสียหายไม่กล้าขึ้นต้องทนทรมานอยู่ในบ่อ และที่ผู้เสียหายขึ้นจากบ่อเพราะถูกหลอกกว่าพวกจำเลยกลับไปหมดแล้ว ผู้เสียหายจึงขึ้นมาแล้วถูกจำเลยที่ 1 ที่ 2 กับพวกจับตัวข่มขืนกระทำชำเรา การกระทำของจำเลยที่ 1 ที่ 2 ผิดมาตรา 284” , ส่งเสริมเล่ม 11 ,น.6.

⁴¹ ปารีชาติ พันธุ์พานิช,อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 28, น.53.