

เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์กับเหตุทำแท้งได้โดยชอบด้วยกฎหมาย

โดยหลักการของการบัญญัติกฎหมาย รวมถึงการตีความของบทบัญญัติกฎหมาย เกี่ยวกับการคุ้มครองชีวิตในครรภ์มารดาในปัจจุบัน อยู่ในพื้นฐานของการปฏิสนธิและการตั้งครรภ์ ที่เป็นไปตามกระบวนการทางธรรมชาติ ซึ่งอาจกล่าวได้ว่าความผิดฐานทำให้แท้งลูกเป็นการ คุ้มครองชีวิตในครรภ์มารดา ดังนั้นการตีความกฎหมายเพื่อให้ความคุ้มครองแก่ชีวิตในที่นี้จึงต้อง ตีความเพื่อให้สอดคล้องกับสิ่งที่กฎหมายประสงค์จะคุ้มครอง คือ ชีวิตที่อยู่ในครรภ์มารดา แต่เมื่อ กระบวนการต่าง ๆ ไม่ได้อยู่บนพื้นฐานของกฎเกณฑ์ทางธรรมชาติ การให้ความคุ้มครองชีวิตที่ เกิดขึ้นก็ควรจะต้องมีความแตกต่างไปจากการคุ้มครองชีวิตในครรภ์มารดาตามมาตรา 301 และ มาตรา 302 รวมทั้งการคุ้มครองชีวิตและเสรีภาพ ชื่อเสียงของมารดาตามมาตรา 305

4.1 เหตุทำแท้งได้เนื่องจากสุขภาพของหญิง ตามมาตรา 305 (1)

การเริ่มต้นชีวิตในครรภ์มารดานั้น กฎหมายไม่ได้ให้ความหมายหรือนิยามไว้ โดยเฉพาะ แต่จะถือตามความเป็นจริงที่เข้าใจว่ามีการเริ่มต้นของชีวิตแล้ว นั่นก็คือเมื่อมีการ ปฏิสนธิระหว่างไข่กับอสุจิอันเป็นกระบวนการตามธรรมชาติ แต่ในระยะหลังได้มีการอธิบายให้ สอดคล้องกับความเป็นจริงทางวิทยาศาสตร์การแพทย์ นั่นคือต้องถือว่าชีวิตในครรภ์มารดาเริ่มต้น เมื่อไข่ผสมกับอสุจิและเกิดการฝังตัวของตัวอ่อนในโพรงมดลูก¹ แต่มีปัญหายู่ว่าในกรณีที่มีการ ผสมระหว่างไข่และอสุจิแล้ว แต่ยังไม่ฝังตัวในโพรงมดลูก กฎหมายควรจะให้ความคุ้มครอง เพียงใด เพราะกฎหมายที่มีอยู่อาจจะยังคุ้มครองไปไม่ถึง ซึ่งปัจจุบันการให้ความคุ้มครองชีวิตใน ครรภ์มารดานั้น ในทางกฎหมายอาญาให้การคุ้มครองในฐานะที่เป็นความผิดต่อชีวิตในครรภ์ มารดา ได้แก่ ความผิดในลักษณะ 10 หมวด 3 แห่งประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งเรียกว่า "ความผิด ฐานทำให้แท้งลูก" โดยมีสิ่งที่กฎหมายประสงค์จะคุ้มครองหรือคุณธรรมทางกฎหมาย คือ ชีวิตใน ครรภ์มารดา

¹ คณิต ฅ นคร, กฎหมายอาญาภาคความผิด, พิมพ์ครั้งที่ 9 (กรุงเทพมหานคร: วิญญู ขน 2549), น. 118.

การทำให้แท้งลูก หมายถึง การทำให้ลูกในครรภ์ตายในขณะที่อยู่ในครรภ์ ส่วน “ลูกในครรภ์” หมายความว่า ลูกเริ่มตั้งแต่ตัวอสุจิชายผสมกับไข่ในมดลูกของหญิง ถ้าเป็นระยะเวลา ก่อนหน้านั้น เช่น การร่วมประเวณีแล้วรีบใช้วิธีป้องกันเพื่อมิให้ตัวอสุจิผสมกับไข่ได้ ไม่เรียกว่าเป็นการทำให้แท้งลูก เพราะลูกยังไม่เกิด ฉะนั้นการกระทำให้แท้งลูกน่าจะหมายความว่า การทำลายลูกในครรภ์ตั้งแต่เริ่มปฏิสนธิไปจนถึงกำลังคลอด²

อย่างไรก็ตามในปัจจุบันเมื่อวิทยาการทางการแพทย์ได้พัฒนาขึ้นมาเป็นลำดับ ในส่วนของการใช้ การตีความกฎหมายอาญาจึงต้องมีการพัฒนาขึ้นตามไปด้วย โดยเริ่มตั้งแต่การตีความจุดเริ่มต้นของการให้ความคุ้มครองชีวิตของทารกในครรภ์มารดาว่ากฎหมายควรจะเข้าไปคุ้มครองตั้งแต่ขณะใด คือ ตั้งแต่ปฏิสนธิ ขณะที่เริ่มแบ่งเซลล์ ขณะที่ฝังตัวในมดลูกแล้ว หรือตั้งแต่เด็กเริ่มดิ้น จึงจะถือว่าชีวิตเกิดขึ้นและกฎหมายอาญาจะเข้าไปคุ้มครอง³ ในทางตำรากฎหมายสมัยก่อนจะอธิบายว่าเด็กในครรภ์มีชีวิตตั้งแต่ปฏิสนธิ ซึ่งถ้าเป็นเช่นนั้นการใส่ห่วงคุมกำเนิดในโพรงมดลูกเพื่อป้องกันไข่ที่ผสมกับอสุจิแล้วมิให้ฝังตัวในผนังมดลูกก็ถือว่าเป็นการทำแท้งด้วย แต่ข้อเท็จจริงทางการแพทย์ถือว่าหญิงนั้นยังไม่ตั้งครรภ์เพราะยังไม่มีเปลี่ยนแปลงของผนังมดลูก และไม่มีปฏิกิริยาของมดลูก คือตัวอ่อนยังไม่ได้ฝังตัว ดังนั้นเมื่อหญิงไม่ได้ตั้งครรภ์จึงไม่ควรถือว่าเป็นการทำแท้ง⁴ นอกจากนี้นักวิชาการบางท่านเห็นว่า “ลูกในครรภ์” เริ่มเมื่อมีการฝังตัวของไข่ที่มีการผสมกับตัวอสุจิกลายเป็นตัวอ่อนแล้วในโพรงมดลูกของหญิง เวลาแห่งการเริ่มที่เกิดจากการผสมของไข่กับอสุจิจนกระทั่งถึงการฝังตัวของตัวอ่อนสำเร็จนั้นยังไม่ถือเป็น “การตั้งครรภ์” ฉะนั้นการสกัดกั้นมิให้มีการฝังตัวของตัวอ่อนสำเร็จ เช่นกรณีการคุมกำเนิดแบบใส่ห่วงจึงมิใช่การทำแท้ง⁵ ซึ่งน่าจะพิจารณาเทียบเคียงกับกรณีชีวิตที่เกิดจากการปฏิสนธินอกร่างกายมนุษย์โดยใช้เทคโนโลยีทางการแพทย์ได้

นักวิชาการบางท่านได้ให้ความเห็นว่า การทำลายตัวอ่อนที่เกิดจากการนำไข่และอสุจิออกมาผสมนอกร่างกายโดยใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์การแพทย์ดังกล่าว ย่อมจะอ้าง

² จิตติ ดิงศรัทีย , “ความผิดฐานทำให้แท้งลูก”. จุลพาท 15 , 2522, น.15.

³ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, “ผสมเทียม : ปัญหาการให้กำเนิดและการทำแท้ง” , วารสารนิติศาสตร์ 25, 2 (2538), น.273.

⁴ วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์, กฎหมายการแพทย์, พิมพ์ครั้งที่ 1, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2546), น. 60.

⁵ คณิต ณ นคร, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1, น.118.

ว่าเป็นการทำแท้งให้หญิงคนใดคนหนึ่งไม่ได้ เพราะเกิดขึ้นนอกร่างกาย ดังนั้นกฎหมายที่ประสงค์จะคุ้มครองเด็กทารกในครรภ์มารดาน่าจะคุ้มครองเมื่อไข่ที่ผสมแล้วฝังตัวในผนังมดลูกของหญิง

แต่อย่างไรก็ตามแม้ว่าการทำลายตัวอ่อนที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ในปัจจุบันจะไม่ใช่ความผิดฐานทำให้แท้งลูกตามประมวลกฎหมายอาญา แต่เมื่อพิจารณาคุณธรรมทางกฎหมายของความผิดฐานทำแท้งแล้ว จะเห็นได้ว่าเป็นการคุ้มครองชีวิตในครรภ์มารดา ดังนั้นเมื่อเจตนารมณ์ของกฎหมายอาญาเป็นการมุ่งที่จะให้ความคุ้มครองแก่ชีวิต ก็ควรพิจารณาถึงชีวิตอันเกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ในปัจจุบันด้วย ว่าการกระทำในแต่ละวิธีการและขั้นตอนต่าง ๆ นั้น มีการทำลายชีวิตหรือไม่ อย่างไร และจะต้องมีการพิจารณากำหนดหลักเกณฑ์ต่าง ๆ ขึ้นเพื่อความชัดเจนในการปฏิบัติของแพทย์และนักวิจัย เพื่อให้สอดคล้องกับหลักการของประมวลกฎหมายอาญา โดยเฉพาะความผิดฐานทำให้แท้งลูก เนื่องจากเราไม่อาจปฏิเสธได้ว่าเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์มีประโยชน์ต่อมนุษยชนเป็นอย่างมากซึ่งล้วนแต่เป็นความต้องการพื้นฐานของมนุษย์ทั้งสิ้น เช่น การสนองความต้องการการมีบุตรสำหรับผู้ที่ไม่มีบุตรยาก รวมไปถึงความมุ่งหวังในการค้นคว้าวิจัยทางการแพทย์เพื่อบำบัดรักษาโรคบางอย่างที่เกิดขึ้นกับมนุษย์ โดยจะเห็นได้ว่าการใช้และการตีความกฎหมายในมุมมองของนักนิติศาสตร์จะมีการพัฒนาไปเรื่อยตามสภาพการณ์ทางวิชาการทางการแพทย์ ดังนั้นเมื่อเราไม่อาจปฏิเสธการใช้เทคโนโลยีดังกล่าวได้ จึงมีความจำเป็นที่จะต้องพัฒนากฎหมายในด้านต่าง ๆ เพื่อรองรับต่อการดำเนินการดังกล่าวด้วย โดยแยกพิจารณาปัญหาทางกฎหมายอาญาในความผิดฐานทำให้แท้งลูกซึ่งอาจเกิดขึ้นใน 2 ระยะ คือ ระยะที่ตัวอ่อนที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์นั้นยังอยู่นอกครรภ์มารดาและ ระยะที่ตัวอ่อนนั้นถูกนำกลับเข้าฝังตัวในมดลูกของหญิงที่จะตั้งครรภ์แล้ว

4.1.1 ปัญหาเกี่ยวกับตัวอ่อนที่ยังอยู่นอกครรภ์มารดา

ในกรณีของการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ มีวิธีการของการปฏิสนธินอกร่างกาย และการย้ายฝากตัวอ่อน (In Vitro Fertilization and Embryo Transfer) ซึ่งแพทย์จะนำไข่ออกจากรังไข่ นำมาผสมกับอสุจิแล้วฉีดกลับเข้าไปยังโพรงมดลูก เพื่อให้เกิดการตั้งครรภ์ต่อไป และในกระบวนการดังกล่าวก็จะต้องมีการจัดทำหรือกระตุ้นให้ไข่สุกหลายใบ (Super Ovulation) ทั้งนี้เพื่อที่จะให้มีโอกาสได้ไข่มากที่สุด โดยมีความจำเป็นทางเทคนิค ได้แก่ การนำไข่ออกจากรังไข่ การปฏิสนธิ และการย้ายตัวอ่อนกลับสู่โพรงมดลูก ซึ่งขั้นตอนต่าง ๆ นี้ อาจ

ต้องสูญเสียไข่หรือตัวอ่อนในต่อนใดต่อนหนึ่ง⁶ จึงเกิดปัญหาว่าการคุ้มครองชีวิตที่เกิดจากการปฏิสนธิดังกล่าวนั้น กฎหมายอาญาจะเข้าไปคุ้มครอง ณ ขณะใด เนื่องจากตัวอ่อนนั้นเป็นสิ่งที่ชีวิตซึ่งอาจเจริญเติบโตต่อไปเป็นมนุษย์ได้ ดังนั้นจึงควรศึกษาถึงวิธีการจัดการกับตัวอ่อนเหล่านี้เหมาะสม

ปัญหาของการใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์กับการทำแท้งจะนับจากการปฏิสนธิ เริ่มต้นตั้งแต่มีการรวมตัวกันระหว่างเซลล์สุจิกับไข่จนกลายเป็นตัวอ่อน แต่ถ้ายังไม่เกิดการตั้งครรภ์หรือยังไม่มีการฝังตัวของไข่กับอสุจิที่ได้รับผสมแล้ว ก็ยังไม่ถือว่าเป็นลูกในครรภ์เกิดขึ้น การกระทำใด ๆ ก่อนหน้านั้นจึงไม่ถือเป็นความผิดฐานทำให้แท้งลูก ดังนั้นไม่ว่าจะเป็นการกระทำใด ๆ ของมนุษย์ที่เรียกว่าเป็นการ "คุมกำเนิด" โดยไม่ว่าจะเป็นการคุมกำเนิดโดยการใส่ห่วง โดยวิธีการรับประทานยา ฉีดยา เพื่อกีดกันในการเดินทางของตัวอสุจิกับไข่ทำให้ไม่สามารถตั้งครรภ์ได้แล้ว ก็ไม่เป็นการกระทำความผิดฐานทำให้แท้งลูก เพราะยังไม่เกิดการฝังตัวในมดลูก ซึ่งก็เทียบได้กับการทำลายตัวอ่อนที่เกิดจากการนำไข่และตัวอสุจิออกมาผสมกันนอกร่างกายโดยใช้เทคโนโลยีทางการแพทย์ในปัจจุบันเช่นกัน เนื่องจากกฎหมายเรื่องความผิดฐานทำแท้งที่มีอยู่ไม่สามารถนำมาปรับใช้ได้กับกรณีของตัวอ่อนที่ยังมิได้ถูกฝังเข้าไปในครรภ์ดังที่กล่าวมาแล้ว

ดังนั้นในการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ในการผสมเทียมจนกลายเป็นตัวอ่อนในหลอดทดลอง กรณีเกิดตัวอ่อนหลายตัวหากแพทย์ผู้ทำการผสมเทียมต้องการนำตัวอ่อนเพียง 1-2 ตัวกลับไปในผนังมดลูกเพื่อให้เจริญเติบโต โดยคัดตัวอ่อนที่เหลือทิ้งนั้น จึงไม่ถือเป็นการกระทำความผิดฐานทำให้แท้งลูก เพราะยังไม่เกิดการฝังตัวของตัวอ่อนที่ผนังมดลูก และแม้ว่าจะมีการนำตัวอ่อนที่เกิดจากการปฏิสนธินอกร่างกายกลับเข้าไปในร่างกายเพื่อให้เกิดการฝังตัวในมดลูกและเจริญเติบโตต่อไปแล้ว ก็ยังเกิดปัญหาเกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองชีวิตดังกล่าวด้วยเช่นกัน เนื่องจากความสำเร็จในการใช้เทคนิคการปฏิสนธินอกร่างกายเพื่อบำบัดรักษาผู้มีบุตรยากนั้น อยู่ที่ทำให้ตัวอ่อนกลับเข้าไปฝังตัวในผนังมดลูกแล้วเจริญเติบโตต่อไปได้ ดังนั้นแพทย์จึงต้องนำไข่ที่ได้รับการผสมแล้วกลับเข้าไปในมดลูกของหญิงในจำนวนที่มากกว่า 1 ตัวอ่อนเพื่อเพิ่มโอกาสที่ตัวอ่อนนั้นจะฝังตัวในผนังมดลูก และในหลายกรณีจึงมีตัวอ่อน

⁶ ประมวล วิรุตมเสน, “เทคโนโลยีกับการกำเนิดชีวิต”, จุฬาลงกรณ์วารสาร 4.15 (เมษายน — มิถุนายน ,2535) , น. 18.

หลายตัวสามารถเข้าไปฝังตัวอยู่ที่ผนังมดลูกได้สำเร็จ⁷ ส่งผลให้เกิดการตั้งครรภ์แฝดซึ่งในบางครั้งก็เกินกว่าความต้องการของคู่สามีภรรยา ปัญหาคือ อาจมีการขอให้แพทย์ทำแท้งตัวอ่อนนั้นซึ่งอาจเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายหรือฝ่าฝืนจรรยาแพทย์ได้ นอกจากนั้นในบางกรณีหากมีตัวอ่อนฝังตัวที่ผนังมดลูกมากเกินไปจนอาจทำให้เกิดอันตรายต่อหญิงที่ตั้งครรภ์ เกิดการคลอดก่อนกำหนด หรือทำให้หญิงนั้นแท้งครรภ์ได้ ก็อาจมีความจำเป็นที่จะต้องทำลายตัวอ่อนในครรภ์มารดาเพื่อรักษาชีวิตของมารดาไว้ ซึ่งเป็นไปตามมาตรา 305 (1) โดยแพทย์จะทำลายตัวอ่อนนั้นโดยใช้เทคนิคที่ทำให้ตัวอ่อนหยุดการเจริญเติบโตและสลายไปในร่างกาย กลายเป็นอาหารให้กับตัวอ่อนที่เหลืออยู่ ทำให้ไม่มีการคลอดออกมาในสภาพที่ไม่มีชีวิต จึงเกิดประเด็นปัญหาทางกฎหมายว่าการกระทำความดังกล่าว ถือเป็นความผิดฐานทำให้แท้งลูกตามมาตรา 301 หรือไม่ เนื่องจากบทบัญญัติเดิมที่เกี่ยวกับการคุ้มครองชีวิตในครรภ์มารดาหรือความผิดฐานทำให้แท้งลูกนั้นอาจไม่เพียงพอที่จะรองรับการดำเนินการต่าง ๆ เกี่ยวกับการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ในแต่ละกรณีได้

การที่จะกำหนดหลักเกณฑ์การให้ความคุ้มครองชีวิตอันเกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ในกรณีเป็นชีวิตที่อยู่นอกครรภ์มารดา สำหรับประเทศไทยนั้นเนื่องจากปัจจุบันยังไม่มีกฎหมายที่ชัดเจน และมีปัญหาที่เกิดขึ้นในการคุ้มครองตัวอ่อนที่อยู่นอกร่างกาย คือการจัดการเกี่ยวกับตัวอ่อนเหล่านั้น ทั้งในแง่ของการดำเนินการกับตัวอ่อนที่เหลืออยู่หรือที่ยังมิได้นำไปใช้ และในแง่ของการนำตัวอ่อนที่เหลือจากการปฏิสนธิแล้วไปทำการทดลองรวมทั้งการใช้ประโยชน์ในทางการแพทย์ ซึ่งในปัจจุบันกฎหมายไทยยังไม่ปรากฏว่ามีกฎหมายที่ใช้บังคับกับกรณีการจัดการและการทดลองเกี่ยวกับตัวอ่อนดังกล่าว และไม่สามารถใช้กฎหมายอาญาฐานทำแท้งได้กับการทำลายตัวอ่อนที่อยู่นอกครรภ์มารดาเหล่านี้จึงทำให้เกิดช่องว่างของกฎหมายขึ้น ดังนั้นจึงมีความจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องกำหนดแนวทางเกี่ยวกับการจัดการและทดลองตัวอ่อนเหล่านี้ให้เหมาะสม ซึ่งสิ่งสำคัญที่ต้องนำมาใช้ประกอบการพิจารณา คือ ประเด็นเกี่ยวกับความเป็นชีวิตของตัวอ่อนเหล่านั้น และการเริ่มต้นของชีวิตดังกล่าว โดยจะต้องพิจารณาถึงข้อพิจารณาทางจริยธรรม ศาสนา รวมทั้งทางการแพทย์และทางกฎหมายประกอบกัน

⁷ จักรกฤษณ์ ควรวจน์ และคณะ, “รายงานการวิจัยการผสมเทียมโดยให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทน”, สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, 2549, น. 20.

ฉะนั้นในนิยามของความหมายของคำว่า "แท้ง" ในประมวลกฎหมายอาญาก็ควรที่จะกำหนดขอบเขตของความหมายให้แน่ชัดว่าประสงค์จะให้ความหมายครอบคลุมไปถึงไหน และควรจะต้องพัฒนาครอบคลุมไปถึงเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ซึ่งถือเป็นการให้กำเนิดทารกอีกวิธีหนึ่งด้วย เพราะความเจริญก้าวหน้าของเทคโนโลยีในปัจจุบัน การให้กำเนิดทารก หรือการตั้งครรภ์ไม่ได้เกิดขึ้นเฉพาะการร่วมประเวณีระหว่างชายและหญิงเพียงอย่างเดียวเท่านั้น

สำหรับแนวทางในการจัดเก็บตัวอ่อนในประเทศอังกฤษได้กำหนดเป็นกฎหมายไว้อย่างชัดเจนใน Human Fertilization and Embryology Act (HFE) 1990 โดยกำหนดเป็นหลักการว่า บุคคลใดก็ตามไม่สามารถที่จะจัดเก็บหรือใช้ประโยชน์จากตัวอ่อนได้ เว้นแต่จะทำได้กระทำโดยได้รับอนุญาต⁸ แต่การให้อนุญาตนั้นไม่สามารถให้ได้ในกรณีต่อไปนี้ (1) เก็บหรือใช้ประโยชน์จากตัวอ่อนที่ตัวอ่อนนั้นมีอายุเกินกว่า 14 วันหลังจากวันที่เกิดการปฏิสนธิแล้ว... (โดยอายุของตัวอ่อนนั้นไม่นับรวมระยะเวลาที่อยู่ในระหว่างการแช่แข็งตัวอ่อน)⁹ หมายความว่าตัวอ่อนที่มีอายุเกินกว่า 14 วันจะไม่สามารถเก็บรักษาไว้หรือนำมาใช้ประโยชน์ได้เลยไม่ว่ากรณีใดๆ นอกจากนี้การให้ความยินยอมหรืออนุญาตในการเก็บรักษาตัวอ่อนนั้นยังมีเงื่อนไขเฉพาะสำหรับผู้ที่เกี่ยวข้องในการดำเนินการโดยกำหนดว่า ตัวอ่อนที่เก็บรักษาอยู่นั้นไม่สามารถนำไปใช้กับบุคคลใดๆ ได้ หากไม่ได้รับความยินยอมจากผู้อนุญาตในการจัดเก็บตัวอ่อน และตัวอ่อนที่เก็บจะต้องไม่ถูกเก็บเกินกว่าระยะเวลาที่กฎหมายกำหนด หากเก็บไว้เกินกว่าระยะเวลาที่กำหนดจะต้องมีการขออนุญาตให้มีการทำลายตัวอ่อนนั้น¹⁰ โดยระยะเวลาของการจัดเก็บแช่แข็งตัวอ่อนตามกฎหมาย

⁸ Human Fertilization and Embryology Act 1990 , section 3 (2) "Prohibitions in connection with embryos"

(2) No person shall place in a woman

(a) a live embryo other than a human embryo, or

(b) any live gametes other than human gametes

⁹ section 3 (3) (a)

(3) A licence cannot authorise

(a) keeping or using an embryo after the appearance of the primitive streak

¹⁰ section 14 (1) (b) (c) "Conditions of storage licences"

(1) The following shall be conditions of every licence authorising the storage of gametes or embryos

นั้น กฎหมายให้จัดเก็บแช่แข็งตัวอ่อนได้ไม่เกิน 5 ปี ส่วนเซลล์สืบพันธุ์สามารถจัดเก็บได้ไม่เกิน 10 ปี นอกจากนี้บทบัญญัติในเรื่องของความยินยอมในตารางแนบท้าย (HFE) ในเรื่องของความยินยอมยังกล่าวอีกว่า ตัวอ่อนที่ถูกสร้างขึ้นโดยการปฏิสนธินอกร่างกายจะต้องไม่ถูกเก็บรักษาไว้ เว้นแต่จะได้รับความยินยอมจากผู้เป็นเจ้าของเซลล์สืบพันธุ์ให้ทำการเก็บรักษาตัวอ่อนนั้นไว้ได้ และตัวอ่อนจะต้องถูกเก็บไว้ตามความประสงค์ของผู้ให้ความยินยอมทุกประการ

จะเห็นได้ว่าตามแนวทางการให้ความคุ้มครองตัวอ่อนที่ยังมีได้นำไปใช้ในการเจริญพันธุ์ของประเทศอังกฤษ กำหนดการคุ้มครองตัวอ่อนไว้อย่างชัดเจนว่าการที่ผู้ใดจะทำการเก็บรักษาตัวอ่อนจะต้องได้รับอนุญาตเสียก่อน และตัวอ่อนที่จะทำการเก็บไว้ใช้ประโยชน์ได้นั้นจะต้องมีอายุไม่เกินกว่า 14 วันหลังจากที่เกิดการปฏิสนธิแล้ว โดยระยะเวลาในการแช่แข็งตัวอ่อนจะต้องไม่เกินกว่า 5 ปี โดยเงื่อนไขเกี่ยวกับการเก็บรักษาตัวอ่อนจะต้องเป็นไปตามความประสงค์ของผู้เป็นเจ้าของเซลล์สืบพันธุ์

4.1.2 ปัญหาเกี่ยวกับตัวอ่อนที่อยู่ในครรภ์มารดา

ในปัจจุบันมีการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์เพื่อช่วยผู้ที่ประสบปัญหาภาวะการมีบุตรยาก โดยต้องอาศัยวิธีการทางการแพทย์ในการนำไข่และอสุจิออกมาปฏิสนธิภายนอกร่างกายจนเกิดเป็นตัวอ่อน แล้วนำกลับเข้าไปในครรภ์มารดาอีกครั้งหนึ่ง เพื่อให้ตัวอ่อนนั้นเจริญเติบโตต่อไปเป็นทารก ซึ่งปัญหาที่เกิดขึ้นคือในการนำตัวอ่อนเข้าไปเพื่อให้เกิดการฝังตัวในโพรงมดลูกนั้น อาจต้องนำเข้าไปมากกว่าหนึ่งตัวเพื่อเพิ่มโอกาสในการฝังตัว ทำให้ในบางกรณีอาจเกิดการฝังตัวของตัวอ่อนและเจริญเติบโตต่อไปในครรภ์มารดาได้มากกว่าหนึ่งตัวเช่นกัน ซึ่งถ้าเกิดขึ้นมากเกินไปก็อาจเกินจากความต้องการ หรือทำให้เป็นอันตรายต่อร่างกายของหญิงที่ตั้งครรภ์ได้ และผู้ที่เกี่ยวข้องอาจขอให้แพทย์ทำแท้งหรือทำลายตัวอ่อนนั้น ซึ่งทำให้เกิดข้อที่น่า

(b) that gametes or embryos which are or have been stored shall not be supplied to a person otherwise than in the course of providing treatment services unless that person is a person to whom a licence applies,

(c) that no gametes or embryos shall be kept in storage for longer than the statutory storage period and, if stored at the end of the period, shall be allowed to perish, and

สงสัยว่าการตั้งใจลดจำนวนแฝดที่เกิดขึ้น โดยการทำลายตัวอ่อนในครรภ์นั้นเป็นเรื่องที่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ เพราะเหตุผลที่สำคัญของการทำแท้งกรณีนี้คือ การกระทำเพื่อสุขภาพของหญิงผู้ตั้งครรภ์

กฎหมายของประเทศอังกฤษได้กล่าวถึงการยุติการตั้งครรภ์ไว้ในมาตรา 5 (2) แห่งพระราชบัญญัติการทำแท้ง ค.ศ. 1967 (Abortion Act 1967) ซึ่งถูกแก้ไขโดยมาตรา 32 (5) แห่งพระราชบัญญัติการผสมเทียมตัวอ่อนของมนุษย์ ค.ศ. 1990 (Human Fertilization and Embryology Act 1990)

Abortion Act 1967 ข้อบังคับเพิ่มเติม ตามมาตรา 5 (2)¹¹ บัญญัติว่า

“(2) เพื่อให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของบทกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการทำแท้ง การกระทำของบุคคลใดที่ก่อให้เกิดหญิงผู้ตั้งครรภ์แท้งลูก บุคคลนั้นกระทำผิดกฎหมาย เว้นเสียแต่ว่าบุคคลนั้นได้กระทำภายใต้มาตรา 1 ของพระราชบัญญัตินี้ และในกรณีที่ในครรภ์ของหญิงนั้นมีทารกมากกว่าหนึ่งคน ให้ถือว่าการกระทำใดก็ตามที่ทำให้หญิงนั้นแท้งลูกคนหนึ่งคนใดเป็นการกระทำภายใต้มาตรา 1 ของพระราชบัญญัตินี้ก็ต่อเมื่อปรากฏว่า

(ก)การดำเนินการทำแท้งทารกคนหนึ่งคนใดเป็นไปตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในอนุมาตรา (1) ง ของมาตรา 1 หรือ

(ข) การดำเนินการทำแท้งทารกคนหนึ่งคนใดเป็นไปตามเงื่อนไขอื่น ๆ ที่กำหนดไว้ในมาตรา 1”

¹¹ Section 5 (2) “Supplementary provisions”

(2) For the purposes of the law relating to abortion, anything done with intent to procure [a woman's miscarriage (or, in the case of a woman carrying more than one foetus, her miscarriage of any foetus) is unlawfully done unless authorised by section 1 of this Act and, in the case of a woman carrying more than one foetus, anything done with intent to procure her miscarriage of any foetus is authorised by that section if

(a) the ground for termination of the pregnancy specified in subsection (1)(d) of that section applies in relation to any foetus and the thing is done for the purpose of procuring the miscarriage of that foetus, or

(b) any of the other grounds for termination of the pregnancy specified in that section applies].

ด้วยเหตุนี้จึงเป็นเรื่องที่มีเหตุผลในการทำแท้งด้วยเหตุจำเป็นโดยการยุติการตั้งครรภ์ของทารกบางราย ไม่ใช่การยุติการตั้งครรภ์ทั้งหมด

Abortion Act 1967 การสิ้นสุดทางการแพทย์ของการตั้งครรภ์ ตามมาตรา 1¹²
บัญญัติว่า

¹² Section 1 “Medical termination of pregnancy”

(1) Subject to the provisions of this section, a person shall not be guilty of an offence under the law relating to abortion when a pregnancy is terminated by a registered medical practitioner if two registered medical practitioners are of the opinion, formed in good faith

(a) that the pregnancy has not exceeded its twenty-fourth week and that the continuance of the pregnancy would involve risk, greater than if the pregnancy were terminated, of injury to the physical or mental health of the pregnant woman or any existing children of her family; or

(b) that the termination is necessary to prevent grave permanent injury to the physical or mental health of the pregnant woman; or

(c) that the continuance of the pregnancy would involve risk to the life of the pregnant woman, greater than if the pregnancy were terminated; or

(d) that there is a substantial risk that if the child were born it would suffer from such physical or mental abnormalities as to be seriously handicapped.

(2) In determining whether the continuance of a pregnancy would involve such risk of injury to health as is mentioned in paragraph (a) [or (b)] of subsection (1) of this section, account may be taken of the pregnant woman's actual or reasonably foreseeable environment.

(3) Except as provided by subsection (4) of this section, any treatment for the termination of pregnancy must be carried out in a hospital vested in [the Secretary of State for the purposes of his functions under the National Health Service Act 1977 or the National Health Service (Scotland) Act 1978 [or in a hospital vested in a National Health

“มาตรา 1

(1) ภายใต้บทบัญญัติของมาตรานี้ บุคคลไม่มีความผิดตามกฎหมายภายใต้บทบัญญัติเกี่ยวกับการทำแท้ง เมื่อการตั้งครรภ์ได้ถูกทำให้สิ้นสุดลงโดยบุคคลทางการแพทย์ที่ได้ลงทะเบียนกับทางการแล้วอย่างน้อยสองคนได้ลงความเห็นด้วยความสุจริต และเป็นธรรมดาว่า

(ก) หากปรากฏว่าอายุครรภ์ของหญิงนั้นไม่เกินยี่สิบสี่สัปดาห์ และการตั้งครรภ์ต่อไปของหญิงนั้นจะก่อให้เกิดอันตรายต่อตัวหญิงเองทั้งทางร่างกาย และจิตใจ หรือการตั้งครรภ์นั้นจะก่อให้เกิดอันตรายต่อบุตรอื่น ๆ ที่ยังมีชีวิตอยู่ของตัวหญิงผู้ตั้งครรภ์นั้นเอง หรือ

(ข) การยุติการตั้งครรภ์เป็นสิ่งที่จำเป็นในการป้องกันอันตรายที่มีลักษณะถาวร และร้ายแรงอย่างยิ่งต่อร่างกาย และจิตใจของหญิงผู้ตั้งครรภ์นั้นเอง หรือ

(ค) หากปรากฏว่าการตั้งครรภ์ต่อไปจะก่อให้เกิดอันตรายต่อชีวิตของหญิงผู้ตั้งครรภ์มากกว่าการยุติการตั้งครรภ์ หรือ

(ง) หากปรากฏว่ามีปัจจัยเสี่ยงที่สำคัญ และมีความเป็นไปได้ว่า เมื่อเด็กในครรภ์ของหญิงนั้นกำเนิดออกมาจะมีความผิดปกติทางกาย หรือจิตใจ อันเป็นเหตุนำไปสู่ให้เด็กนั้นมีความพิการที่ร้ายแรงติดตัวแต่กำเนิด

Service trust] or in a place approved for the purposes of this section by the Secretary of State.

(3A) The power under subsection (3) of this section to approve a place includes power, in relation to treatment consisting primarily in the use of such medicines as may be specified in the approval and carried out in such manner as may be so specified, to approve a class of places.

(4) Subsection (3) of this section, and so much of subsection (1) as relates to the opinion of two registered medical practitioners, shall not apply to the termination of a pregnancy by a registered medical practitioner in a case where he is of the opinion, formed in good faith, that the termination is immediately necessary to save the life or to prevent grave permanent injury to the physical or mental health of the pregnant woman.

(2) อันตรายที่อาจเกิดขึ้นกับสุขภาพหากมีการตั้งครุฑต่อไปตามความหมายของบทบัญญัติในข้อ 1. หรือ 2. ของอนุมาตรา 1 นั้น หมายความว่ารวมถึงอันตรายที่สามารถสังเกตเห็นได้ว่าจะเกิดขึ้นจริง และอันตรายที่สามารถสังเกตเห็นได้ว่าเป็นไปได้อาจจะเกิดขึ้น

(3) เว้นแต่จะเป็นกรณีที่ปรากฏตามอนุมาตรา 4 ของมาตรานี้ การทำแท้งจะต้องดำเนินการในโรงพยาบาลเฉพาะที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติการบริการสาธารณสุขแห่งชาติ คริสต์ศักราช 1977 หรือพระราชบัญญัติการสาธารณสุขแห่งชาติ (สก๊อตแลนด์) คริสต์ศักราช 1978 หรือในโรงพยาบาลที่กำหนดไว้ใน Primary Care Trust หรือ National Service trust หรือในโรงพยาบาลที่ได้รับความเห็นชอบโดยมติคณะรัฐมนตรีตามวัตถุประสงค์ของบทบัญญัติในมาตรานี้

อำนาจในการอนุมัติภายใต้อนุมาตรานี้ขึ้นอยู่กับการรักษา และการดำเนินการทำแท้งนั้นรวมถึงอำนาจในการอนุมัติการใช้ยา และการระบุระดับของโรงพยาบาล

(4) อนุมาตรา (3) ของมาตรานี้ และอนุมาตรา (1) เท่าที่เกี่ยวข้องกับความเห็นของแพทย์ผู้ลงทะเบียนสองคนในการดำเนินการทำแท้ง จำต้องนำไปใช้ในกรณีที่แพทย์ดังกล่าวมีความเห็นโดยสุจริต และเป็นธรรมว่า การทำแท้งเป็นความจำเป็น และเร่งด่วนในการรักษาชีวิตของหญิงผู้ตั้งครุฑ หรือการทำแท้งเป็นความจำเป็น และเร่งด่วนในป้องกันอันตรายที่มีลักษณะถาวร และร้ายแรงอย่างยิ่งต่อร่างกาย และจิตใจของหญิงผู้ตั้งครุฑนั่นเอง"

สำหรับประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายว่าด้วยการทำแท้งในลักษณะดังกล่าว แต่ผู้เขียนมีความเห็นว่าเมื่อตัวอ่อนที่ปฏิสนธิจนรูปร่างได้ฝังตัวในโพรงมดลูก หรือในครรภ์ของหญิงแล้ว ก็จะต้องได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายที่มีอยู่ เนื่องจากมีลักษณะเดียวกันกับการฝังตัวโดยธรรมชาติที่กฎหมายให้ความคุ้มครองไว้อยู่แล้ว คือความผิดฐานทำให้แท้งลูกตามมาตรา 301 หรือมาตรา 302 และหากมีความจำเป็นจะต้องทำลายตัวอ่อนนั้นก็ต้องพิจารณาตามหลักเกณฑ์ของข้อยกเว้นในมาตรา 305 ต่อไป

จากปัญหาในเรื่อง วิธีการในการทำลายตัวอ่อนที่เกิดจากการฝังตัวมากเกินไปจนความต้องการจนอาจกลายเป็นอันตรายต่อสุขภาพของหญิงผู้เป็นมารดา เป็นการทำลายตัวอ่อนให้ย่อยสลายไปในครรภ์มารดาและจะกลายเป็นอาหารของตัวอ่อนที่เหลืออยู่ โดยไม่มีการคลอดออกมาเป็นทารกหรือตัวอ่อนใด ๆ ทั้งสิ้น" ดังนั้นจะถือว่าการกระทำในลักษณะดังกล่าวเป็นความผิดฐานทำแท้งหรือไม่นั้น สิ่งที่จะต้องนำมาพิจารณาประการแรกคือ การให้ความหมายของคำว่า "ทำแท้ง" ซึ่งได้กล่าวมาแล้วข้างต้น

ในความหมายหนึ่ง การทำแท้ง คือ การทำให้ทารกในครรภ์คลอดออกมาก่อนกำหนด โดยไม่มีชีวิตรอดได้ ถ้ายึดตามความหมายนี้การทำให้ตัวอ่อนที่เกิดการฝังตัวแล้วตายในครรภ์ก็ไม่ได้ถือว่าเป็นความผิดฐานทำแท้ง เนื่องจากตัวอ่อนนั้นได้ถูกทำลายให้ย่อยสลายไปโดยไม่มีกรคลอดออกมา

แต่อีกในความหมายหนึ่งการทำให้แท้งลูก หมายถึง การทำให้ลูกในครรภ์ตายในขณะที่อยู่ในครรภ์¹³ ส่วน “ลูกในครรภ์” หมายความว่าลูกเริ่มตั้งแต่ตัวอสุจิชายผสมกับไข่ในมดลูกของหญิง ถ้าเป็นระยะเวลาก่อนหน้านั้น เช่น ร่วมประเวณีแล้วรีบใช้วิธีป้องกันเพื่อมิให้ตัวอสุจิผสมกับไข่ได้ไม่เรียกว่าเป็นการทำให้แท้งลูก ซึ่งถ้ายึดตามความหมายนี้การทำลายตัวอ่อนที่ฝังตัวในครรภ์แล้วก็จะถือเป็นการทำแท้งตามประมวลกฎหมายอาญา

อย่างไรก็ตามปัญหาของการทำลายตัวอ่อนที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ในกรณีที่มีเหตุจำเป็นที่กล่าวมานั้น ประเด็นสำคัญน่าจะมีได้อยู่ที่การให้ความหมายหรือคำนิยามเกี่ยวกับการกระทำว่าเป็นความผิดฐานทำแท้งหรือไม่ แต่ควรที่จะพิจารณาให้ความสำคัญในประเด็นเกี่ยวกับความจำเป็นที่จะต้องกระทำและอำนาจในการกระทำของแพทย์มากกว่า

ในเรื่องนี้ผู้เขียนมีความเห็นว่า เมื่อตัวอ่อนได้ฝังตัวในผนังมดลูกแล้ว ก็ควรจะได้รับการคุ้มครองภายใต้บทบัญญัติของกฎหมายที่มีอยู่ คือบทบัญญัติว่าด้วยความผิดฐานทำให้แท้งลูกได้ แม้ว่าการทำลายตัวอ่อนนั้นจะส่งผลให้ตัวอ่อนนั้นสลายไปโดยไม่มีกรคลอดออกมาในลักษณะที่ไม่มีชีวิตก็ตาม แต่ทั้งนี้แม้จะถือว่าเป็นความผิดฐานทำให้แท้งลูกแล้วแต่ก็ยังมีข้อที่ควรจะต้องพิจารณาต่อไปก็คือ เหตุทำแท้งได้โดยชอบด้วยกฎหมายซึ่งเป็นเหตุอันเนื่องมาจากสุขภาพของหญิง ตามมาตรา 305 (1) เช่นถ้าปล่อยไว้ให้หญิงตั้งครรภ์ต่อไปหญิงอาจได้รับอันตรายได้ ซึ่งถือเป็นเหตุที่กฎหมายยอมรับให้กระทำโดยถือว่าเป็นเรื่องที่ไม่เป็นความผิดหากได้กระทำไปเนื่องจากความจำเป็นตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ในมาตรา 305 (1)

กฎหมายอาญาได้กำหนดข้อยกเว้นเกี่ยวกับความผิดฐานทำแท้งไว้ในมาตรา 305 ซึ่งบัญญัติว่า “ถ้าการกระทำความผิดดังกล่าวในมาตรา 301 และมาตรา 302 นั้นเป็นการกระทำของแพทย์ และ (1) จำเป็นต้องกระทำเนื่องจากสุขภาพของหญิง...ผู้กระทำไม่มีความผิด” ซึ่งถือเป็น

¹³ หยุด แสงอุทัย, กฎหมายอาญาภาค 2-3 , พิมพ์ครั้งที่ 7 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2538) , น. 212.

เหตุเกี่ยวกับชีวิตมารดา และจะต้องเป็นการกระทำของแพทย์เท่านั้น โดยต้องเป็นกรณีที่ไม่มีทางเลือกอื่น เพราะถ้ามีทางเลือกอื่นก็ไม่ใช้กรณี “จำเป็นเนื่องจากสุขภาพของหญิง”¹⁴

ดังนั้นปัญหาที่เกิดจากการให้ความคุ้มครองตัวอ่อนที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ในกรณีที่ตัวอ่อนนั้นอยู่ในครรภ์มารดา คือ การมีความจำเป็นที่จะต้องใส่ตัวอ่อนที่นำออกมาปฏิสนธิกันภายนอกเข้าไปในครรภ์ของหญิงในจำนวนที่มากกว่า 1 ตัว ทำให้มีความเป็นไปได้ที่ตัวอ่อนนั้นจะเกิดการฝังตัวในครรภ์มากกว่า 1 ตัวเช่นกัน ซึ่งบางกรณีอาจมากเกินไปจนความต้องการของแพทย์และหญิงที่มาขอรับบริการจนทำให้มีปัญหาเกิดขึ้น เช่น ปัญหาเกี่ยวกับการเลี้ยงดูทารกที่จะเกิดขึ้น ปัญหาเกี่ยวกับสุขภาพของหญิงที่ตั้งครรภ์ รวมทั้งปัญหาเกี่ยวกับการเจริญเติบโตของตัวอ่อนที่อยู่ในครรภ์ ซึ่งปัญหาต่าง ๆ นี้จะนำไปสู่ความจำเป็นที่จะต้องมีการทำลายตัวอ่อนที่อยู่ในครรภ์มารดานั้น ทั้งนี้อาจเนื่องมาจากการร้องขอของหญิงที่ตั้งครรภ์เอง หรือจากกรณีที่แพทย์เห็นว่ามีความจำเป็นที่จะต้องทำลายชีวิตตัวอ่อนนั้นเพื่อรักษาชีวิตของตัวอ่อนที่เหลือ หรือเพื่อรักษาชีวิตของมารดาเอง

จากประเด็นปัญหาและความจำเป็นต่างๆ ที่กล่าวมานั้นจะเห็นได้ว่ามีเพียงเหตุเดียวเท่านั้น ที่เป็นเหตุที่กฎหมายยอมรับและอนุญาตให้ทำแท้งได้ตามมาตรา 305 (1) คือ การทำลายตัวอ่อนที่มีสาเหตุจากความจำเป็นที่จะต้องรักษาชีวิตของหญิงที่ตั้งครรภ์ ซึ่งหากไม่ทำเช่นนั้นจะทำให้เป็นอันตรายต่อสุขภาพของหญิงได้ ทั้งนี้จะต้องได้รับความยินยอมจากหญิงผู้ตั้งครรภ์และไม่อาจหลีกเลี่ยงโดยวิธีอื่นได้แล้ว

ในเรื่องของหลักเกณฑ์ในการทำลายตัวอ่อนนั้นผู้เขียนเห็นว่าเป็นเรื่องที่ต้องพิจารณาจากแพทย์และนักกฎหมายจะต้องกำหนดให้ชัดเจนว่าใครจะเป็นผู้ตัดสินใจว่าจะทำลายตัวอ่อนตัวใด ภายใต้หลักเกณฑ์อย่างไร และจะทำลายเป็นจำนวนเท่าใดจึงจะถือว่าเป็นเรื่องจำเป็นที่กฎหมายยอมรับได้

4.2 เหตุทำแท้งได้เนื่องจากการกระทำความผิดทางเพศ ตามมาตรา 305 (2)

มาตรา 305 (2) ได้ยกเว้นความผิดของการกระทำของแพทย์ในมาตรา 301 และมาตรา 302 ไว้ โดยแพทย์มีอำนาจกระทำให้หญิงแท้งลูกได้หากหญิงนั้นยินยอม ในกรณีหญิงตั้งครรภ์จากการกระทำความผิดทางเพศ ตามมาตรา 276 มาตรา 277 มาตรา 282 มาตรา 283

¹⁴ คณิต ณ นคร, อ่างแล้ว เชิงอรรถที่ 1, น.120.

หรือมาตรา 284 โดยไม่มีความผิด ซึ่งจะเห็นได้ว่าความผิดที่ระบุไว้ในมาตรา 305(2) นั้นถือเป็นเหตุที่เกี่ยวกับความผิดในทางธุรกิจธรรมทั้งสิ้น

อำนาจทำแท้งให้แก่หญิงที่ตั้งครรภ์ของแพทย์ ตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญามาตรา 305(2) นั้นต้องเป็นกรณีที่ “หญิงนั้นมีครรภ์เนื่องจากการกระทำความผิดอาญาที่เป็นความผิดเกี่ยวกับเพศ” โดยเฉพาะในมาตรา 276 ซึ่งมีองค์ประกอบความผิด คือหญิงนั้นจะต้อง “ถูกกระทำชำเรา”

มาตรา 276 แห่งประมวลกฎหมายอาญา บัญญัติว่า

“มาตรา 276 ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นโดยขู่脅ด้วยประการใดๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยผู้อื่นนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้ผู้อื่นนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดพันบาทถึงสี่หมื่นบาท

การกระทำชำเราตามวรรคหนึ่ง หมายความว่า การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำโดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น หรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งได้กระทำโดยมีหรือใช้อาวุธปืนหรือวัตถุระเบิด หรือโดยร่วมกระทำความผิดด้วยกันอันมีลักษณะเป็นการโทรมหญิงหรือกระทำกับชายในลักษณะเดียวกัน ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สิบห้าปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่สามหมื่นบาทถึงสี่หมื่นบาท หรือจำคุกตลอดชีวิต”

องค์ประกอบภายนอก

- (1) ผู้ใด
- (2) ข่มขืนกระทำชำเรา
- (ก) โดยขู่脅ด้วยประการใดๆ
- (ข) โดยใช้กำลังประทุษร้าย
- (ค) โดยผู้อื่นนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือ
- (ง) โดยทำให้ผู้อื่นนั้นเข้าใจผิดว่าเป็นบุคคลอื่น
- (3) ผู้อื่น

องค์ประกอบภายใน

- (1) เจตนา
- (2) เจตนาพิเศษ คือ “เพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ” โดยการใช้
- (ก) อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศของผู้อื่น

(ข) อวัยวะเพศของผู้กระทำความกระทำความทรมานกับทวารหนักของผู้อื่น

(ค) อวัยวะเพศของผู้กระทำความกระทำความทรมานกับช่องปากของผู้อื่น

(ง) สิ่งอื่นใดกระทำความทรมานกับอวัยวะเพศของผู้อื่น

(จ) สิ่งอื่นใดกระทำความทรมานกับทวารหนักของผู้อื่น

เหตุฉกรรจ์ตามวรรคสาม

การกระทำความผิดตามวรรคแรก

(1) กระทำโดย “มี” อาวุธปืน หรือวัตถุระเบิด

(2) กระทำโดย “ใช้” อาวุธปืน หรือวัตถุระเบิด หรือ

(3) กระทำโดยร่วมกระทำความผิดด้วยกันอันมีลักษณะเป็นการ “โทรมหญิง” หรือกระทำความทรมานในลักษณะเดียวกัน

ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา (Rape) เป็นความผิดเกี่ยวกับเพศ โดยมีคุณธรรมที่กฎหมายประสงค์จะคุ้มครอง คือ เสรีภาพในทางเพศ¹⁵ หรือเสรีภาพในการที่จะกำหนดความสัมพันธ์ในทางเพศด้วยตนเอง กล่าวคือขึ้นกับความพอใจของหญิงว่าตนต้องการมีเพศสัมพันธ์ (Sexual intercourse) กับใคร โดยความยินยอมต้องเกิดก่อนการกระทำชำเรา ทั้งนี้เป็นไปตามหลักการที่ได้รับการยอมรับและบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญว่า บุคคลย่อมใช้สิทธิและเสรีภาพของตนได้เท่าที่ไม่ละเมิดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอื่น ไม่เป็นปฏิปักษ์ต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน การใช้สิทธิเสรีภาพของตนจนไปล่วงละเมิดเสรีภาพในทางเพศของบุคคลอื่นอันถือว่าเป็นเรื่องที่น่าอับอายในสังคม จึงถือเป็นเรื่องที่ต้องศีลธรรมและถือเป็นภารกิจของกฎหมายอาญาที่จะต้องเข้ามาคุ้มครองสังคมและคุ้มครองคุณธรรมทางกฎหมาย

คำว่า “ข่มขืนกระทำชำเรา” ตามความหมายในทางกฎหมายแต่เดิม คำว่าชำเราเป็นเรื่องของการล่วงล้ำระหว่างชายกับหญิงเท่านั้น โดยการใช้อวัยวะเพศชายกระทำความทรมานกับอวัยวะเพศหญิงและล่วงล้ำเข้าไปในช่องคลอด ซึ่งตามแนวคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1133/2509¹⁶ ได้วางแนวไว้ว่า

¹⁵ เฟิงอ้าง ,น.325.

¹⁶ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1133/2509 “จำเลยได้กระทำชำเราผู้เสียหายจนของลับของจำเลยได้เข้าไปในของลับผู้เสียหายราว 1 องคุลี เช่นนี้ ถือได้ว่าเป็นการกระทำชำเราสำเร็จตามความหมายของประมวลกฎหมายอาญาก่อนมีการแก้ไขปีพ.ศ.2550 มาตรา 277 แล้ว การที่ทางพิจารณาไม่ปรากฏว่ามีน้ำอสุจิของจำเลยออกมาอยู่ที่ของลับของผู้เสียหาย หรือที่ของลับของ

แม้ล่วงล้ำเข้าไปในช่องคลอดเพียงองคุลีเดียว (ความยาวหนึ่งองคุลีเท่ากับข้อปลายของนิ้วกลาง) ก็ถือว่าเป็นการชำรุดแล้ว แต่กฎหมายใหม่ได้นิยามความหมายของลักษณะการชำรุดกระทำชำเราเพิ่มขึ้นมาจากบทบัญญัติเดิมไว้ว่า การกระทำชำเราหมายถึงความถึงการสอดหรือใส่อวัยวะเพศ วัตถุ หรืออวัยวะใดเข้าไปในอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น หรือใช้ปากกระทำกับอวัยวะเพศของผู้อื่นหรือใช้อวัยวะเพศกระทำกับปากของผู้อื่นเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ คำว่า "เพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ" ที่บัญญัติเพิ่มเติมเข้าไปใหม่นี้ แสดงว่าหากเป็นการทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้เสียหายเองผู้กระทำย่อมไม่มีความผิด¹⁷ ทั้งนี้ไม่ว่าจะเป็นการกระทำกับเพศเดียวกันหรือคนละเพศ เนื่องจากกฎหมายใหม่นั้น เปลี่ยนเป็นกำหนดให้เป็นการชำรุดกระทำชำเรา "ผู้อื่น" ซึ่งแสดงได้ว่าการขยายกรอบการกระทำให้กว้างขวางมากขึ้น มุ่งคุ้มครองประเภทของเหยื่อให้กว้างขึ้น หมายรวมถึงทั้งเด็กหญิง เด็กชาย และรวมถึงหญิงซึ่งอยู่ในฐานะภรรยาด้วย ซึ่งในกรณีหญิงที่เป็นภรณานั้นมีการต่อท้ายว่าให้เป็นความผิดที่ย่อมความได้ มีโทษลดหลั่นไปตามลำดับ¹⁸

การ "ชำรุดกระทำชำเรา" ตามมาตรา 276 วรรค 1 และวรรค 2 ที่ได้แก้ไขใหม่นั้น ในแง่ของ "ผู้กระทำ" และ "ผู้ถูกกระทำ" จะเป็นเพศเดียวกันหรือต่างเพศกันก็ได้ และอาจจะเป็นคู่สมรสกันก็ได้ ดังนั้นชายกระทำต่อหญิง หรือชายกระทำต่อชาย หรือหญิงกระทำต่อชาย หรือหญิงกระทำต่อหญิง ชายกระทำต่อหญิงซึ่งเป็นภรณาก็ได้ หรือหญิงกระทำต่อชายซึ่งเป็นสามีก็ได้ โดยเป็นการกระทำโดยขู่เข็ญด้วยประการใดๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยผู้ถูกกระทำอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้ผู้ถูกกระทำเข้าใจผิดว่าผู้กระทำเป็นบุคคลอื่น

จำเลยนั้น เป็นเรื่องสำเร็จความใคร่แล้วหรือไม่เป็นอีกส่วนหนึ่ง ไม่เป็นเหตุให้เห็นว่าจำเลยกระทำชำเราไม่สำเร็จ หรือเป็นเพียงชั้นพยายาม ", เนติบัณฑิตยสภา น.1361.

¹⁷ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, "หญิงชำรุดชาย กฎหมายสะท้อนอารมณ์", วารสารกฎหมายใหม่ 5 เล่มที่ 86 (สิงหาคม 2550), น. 61.

¹⁸ ปิยธิดา เจิมหรรษา และ อุทัยวรรณ แจ่มสุริย์, รายงานการสัมมนาทางวิชาการ เรื่อง "มาตรการใหม่ทางกฎหมายอาญา : ภูมิธรรมในการคุ้มครองเด็กที่เป็นเหยื่ออาชญากรรมทางเพศ วันที่ 13 มกราคม 2541", สถาบันกฎหมายอาญา สำนักงานอัยการสูงสุดร่วมกับองค์การทุนเพื่อเด็กแห่งสหประชาชาติ (UNICEF), น. 44.

“ชู้เชื้อ” ด้วยประการใดๆ คือ การกระทำให้ผู้ถูกระงับกล่าวว่าจะได้รับอันตรายในอนาคต ไม่ว่าจะเป็นอันตรายต่อชีวิต ร่างกาย ชื่อเสียง เสรีภาพ และทรัพย์สินของผู้หญิงนั่นเอง รวมถึงของผู้คนที่เกี่ยวข้องด้วย เช่น บิดา บุตร เป็นต้น

“ใช้กำลังประทุษร้าย” คือ การใช้กำลังกระทำต่อกาย หรือจิตใจของบุคคลไม่ว่าจะเป็นแนวทางกายภาพ หรือด้วยวิธีอื่นใดรวมถึงการกระทำใดๆซึ่งเป็นเหตุให้บุคคลอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ ไม่ว่าใช้ยา สกดจิต หรือวิธีอื่นที่คล้ายคลึงกัน เช่น ใช้กำลังจับแขนขาของหญิงในการข่มขืนกระทำชำเรา

“โดยผู้ถูกระงับอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้” คือ ผู้นั้นไม่สามารถขัดขืนได้โดยสภาพของผู้นั้นเอง เช่น ข่มขืนกระทำชำเราหญิงขณะหมดสติ หรือ หญิงทำงานเป็นลูกจ้างอยู่ในบ้านของชายและถูกชายข่มขู่หากไม่ยินยอมให้ชายกระทำชำเราจะส่งตัวหญิงให้ตำรวจดำเนินคดีในข้อหาหลบหนีเข้าเมือง หญิงอยู่ในภาวะเสียเปรียบไม่อาจต่อสู้ขัดขืนชายซึ่งเป็นนายจ้างของตนได้ ถือไม่ได้ว่าหญิงยินยอมให้ชายกระทำชำเรา (ฎีกาที่ 7721/2549)

“โดยทำให้ผู้ถูกระงับนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น” เช่น ทำให้หญิงซึ่งนอนหลับเข้าใจว่าตนเป็นสามีของหญิง การกระทำจะเป็นความผิดตามมาตรา 276 ผู้กระทำจะต้องไม่ยินยอม หากยินยอมโดยสมัครใจ การกระทำก็มีโทษการ “ข่มขืน” แม้จะเป็นการ “กระทำชำเรา” ก็ตาม

จะเห็นได้ว่าความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา¹⁹ ความยินยอมเป็นสาระสำคัญ¹⁹ หากผู้ถูกระงับยินยอมให้ร่วมประเวณีโดยสมัครใจแล้ว การกระทำของผู้กระทำก็ไม่เป็นความผิด เช่น การที่ชายอีกคนหนึ่งช่วยจับขาหญิงถ่วงออกในการร่วมประเวณีโดยสมัครใจของหญิงเช่นนั้น การกระทำของชายอีกคนหนึ่งดังกล่าวก็ไม่มีผิดไปด้วยเช่นกัน (ฎีกาที่ 313/2528) หรือลอบกระทำชำเราหญิงขณะนอนหลับ พอหญิงรู้สึกตัวตื่นขึ้นจึงถีบ ทำให้ชายนั้นวิ่งหนีไป ดังนั้นจะเห็นได้ว่าการที่ผู้กระทำได้ทำก่อนถูกถิบนั่นเป็นการข่มขืนใจหญิง เพราะคำว่า “ข่มขืน” ย่อมหมายความว่ารวมถึงการที่หญิงไม่สมัครใจด้วย จึงเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา

¹⁹ นวลจันทร์ ทศนชัยกุล, “การศึกษาความผิดเกี่ยวกับเพศ : กรณีข่มขืนกระทำชำเรา”, รายงานการวิจัย (กรุงเทพมหานคร : สาขากระบวนการยุติธรรม ภาควิชารัฐศาสตร์, 2489) , น. 49.

“ความใคร่” คือ ความพอใจในทางเพศ ไม่จำเป็นต้องถึงกับร่วมประเวณีก็ได้²⁰

ในแง่ของการกระทำนั้นต้องเป็นการกระทำเพื่อสนองความใคร่ในทางกามารมณ์ของผู้กระทำ ไม่ใช่เพื่อสำเร็จความใคร่ ฉะนั้นจึงไม่จำเป็นต้องมีการหลั่งใด ๆ Model Penal Code 1962 มาตรา 213.0 ได้ให้คำจำกัดความของการข่มขืนกระทำชำเราให้รวมถึงการข่มขืนทางช่องคลอด หรือทางทวารหนักโดยการล้วงล้ำของอวัยวะเพศ หรือเพียงถูไถโดยไม่จำเป็นต้องหลั่งน้ำอสุจิ²¹ โดยการกระทำไม่จำเป็นต้องมีการล้วงล้ำก็ได้ เพราะมาตรา 276 วรรคสอง ใช้คำว่า “กระทำกับ” ฉะนั้นแค่การใช้อวัยวะเพศกระทำกับอวัยวะเพศก็เป็นการกระทำชำเราแล้วโดยไม่ต้องมีการสอดใส่ ดังนั้นหากชายใช้อวัยวะเพศของตนถูไถอยู่ที่ปากช่องคลอดด้านนอก โดยมีเจตนาเพื่อสนองความใคร่ของชายแม้ยังไม่มีล้วงล้ำเข้าไปก็เป็นการ “กระทำชำเรา” อันเป็นความผิดสำเร็จแล้ว ซึ่งตามข้อเท็จจริงนี้ตามกฎหมายเดิมถือว่าเป็นเพียงพยายามกระทำชำเราเท่านั้น และอวัยวะของผู้ถูกกระทำไม่จำเป็นต้องเป็นเพียงอวัยวะเพศเท่านั้น แต่ยังรวมถึงทวารหนักและช่องปากของผู้ถูกกระทำด้วย ดังนั้นหากชายนำอวัยวะเพศของตน “ล้วงล้ำ” เข้าไปในทวารหนัก หรือช่องปากของหญิงก็จะเป็นการกระทำชำเรา ซึ่งแต่เดิมถือเป็นเพียงกระทำอนาจารเท่านั้น ตามกฎหมายใหม่นี้หากผู้กระทำใช้อวัยวะเพศของตน “ถูไถ” กับ “อวัยวะเพศ” หรือ “ทวารหนัก” หรือ “ช่องปาก” ของผู้ถูกกระทำ หากเป็นการกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำก็ถือเป็นการกระทำชำเราอันเป็นความผิดสำเร็จตามบทบัญญัติที่ว่า “เป็นการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับทวารหนักหรือช่องปากของผู้กระทำ”

จากบทบัญญัติที่ว่า “ผู้กระทำอาจใช้สิ่งอื่นใดนอกจากอวัยวะเพศกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น” ดังนั้นหากผู้กระทำใช้วัตถุใดๆสอดใส่ หรือเพียงแค่กระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้ถูกกระทำ ก็ถือเป็นการกระทำชำเราตามมาตรา 276 แล้ว แต่หากเป็นการใช้ “สิ่งอื่นใด” กระทำกับ “ช่องปาก” ของผู้ถูกกระทำแม้จะเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำก็ไม่ใช่การกระทำชำเราตามวรรคสอง ดังนั้นหากมีการใช้อวัยวะเพศเทียมสอดใส่ “ช่องปาก” ของผู้ถูกกระทำ แม้จะเพื่อ “สนองความใคร่ของผู้กระทำ” ก็มีใช้การกระทำชำเราตามวรรคสอง เพราะ

²⁰ เกียรติขจร วังนะสวัสดิ์, “กฎหมายอาญาภาคความผิด เล่ม 2”, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพมหานคร : จีรชการพิมพ์), 2550, น.338.

²¹ Model Penal Code Official Draft and Explanatory note, The American Law Institute 1985, Article 213.0 (2) “Sexual intercourse” includes intercourse per os or per anum, with some penetration however slight; emission is not required.

วรรคสองระบุถึงการใช้ “สิ่งอื่นใด” กระทำกับ “อวัยวะเพศ” หรือ “ทวารหนัก” ของผู้ถูกระทำเท่านั้นไม่รวมถึง “ช่องปาก” ด้วย โดย “สิ่งอื่นใด” นั้นหมายถึง วัตถุอื่นใด หรือ วัตถุอื่น ๆ นอกจากอวัยวะเพศ เช่น มือหรือปากของผู้กระทำก็ได้ หรืออาจหมายถึงอวัยวะเพศเทียมก็ได้

ทั้งนี้การกระทำที่ได้กล่าวมาทั้งหมดอาจเป็นการกระทำของชายต่อหญิง ชายต่อชาย หญิงต่อหญิง หรือหญิงต่อชายก็ได้ หรืออาจเป็นคู่สมรสกันก็ได้ ซึ่งจะเห็นได้ว่าการกระทำซ้ำเราตามกฎหมายใหม่นี้ เป็นการขยายความหมายของ “กระทำซ้ำเรา” ออกไปอย่างกว้างขวาง จึงทำให้การกระทำซึ่งแต่เดิมถือเพียงแค่ว่าเป็น “อนาจาร” กลายเป็น “กระทำซ้ำเรา” มากมายหลายกรณี ดังนั้นการกระทำอนาจารโดยที่ไม่เป็นการกระทำซ้ำเราจึงจำกัดแคบลง เหลืออยู่เฉพาะกรณี²²

(1) ผู้กระทำใช้อวัยวะเพศของตน “กระทำกับอวัยวะอื่น” ของผู้ถูกระทำนอกจากอวัยวะเพศ ทวารหนักหรือช่องปาก

(2) ผู้กระทำใช้ “สิ่งอื่นใด” (นอกจากอวัยวะเพศ) เช่น มือ ปาก หรือวัตถุอื่นใด กระทำกับอวัยวะอื่น ๆ ของผู้ถูกระทำนอกจากอวัยวะเพศหรือทวารหนัก อันเป็นการไม่สมควรในทางเพศ

อย่างไรก็ตามเนื่องจากการกระทำซ้ำเราได้ขยายความออกไปอย่างกว้างขวาง ไม่จำเป็นต้องมีการนำอวัยวะเพศล้วงล้าเข้าไปเพราะเพียงแต่เป็นการ “กระทำกับ” โดยความหมายของการกระทำซ้ำเรา ก็เพียงใช้อวัยวะเพศ (ไม่ว่า) กระทำ (อะไร) กับอวัยวะเพศ ก็เป็นการกระทำซ้ำเราได้แล้ว²³ ฉะนั้นหากเป็นการใช้อวัยวะเพศชายเพียง “ถูไถ” อยู่ที่ปากช่องคลอดของหญิงด้านนอก เพียงเท่านี้ก็เป็นกระทำซ้ำเราสำเร็จแล้วแม้จะเกิดการยับยั้งขึ้นก็ไม่น่าจะใช้การ “พยายามกระทำซ้ำเรา” อีกต่อไปแล้ว เพราะเป็นความผิดสำเร็จเลยทีเดียวย และในกรณีที่ผู้กระทำเพียงแต่ใช้ “สิ่งอื่นใด” นอกจากอวัยวะเพศของตน เช่น ใช้วัตถุดังเช่นอวัยวะเพศเทียม หรือมือหรือปากแตะต้องกับ “อวัยวะเพศ” หรือทวารหนักของผู้ถูกระทำโดยมีเจตนาเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ ก็เป็นการกระทำซ้ำเราอันเป็นความผิดสำเร็จแล้วโดยไม่ต้องมีการสอดใส่แต่อย่างใด เพราะถือเป็นการ “กระทำกับ” ตามความหมายของกฎหมายนี้แล้ว

เนื่องมาจากการขยายความหมายของ “การกระทำซ้ำเรา” ให้กว้างขวางมากยิ่งขึ้นโดยไม่จำกัดเฉพาะการนำอวัยวะเพศชาย “สอดใส่” เข้าไปในอวัยวะเพศหญิงเท่านั้น มาตรา 276

²² เกียรติขจร วังนะสวัสดิ์, อ้างแล้ว *เชิงอรรถที่ 20*, น.309.

²³ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, “วัยรุ่นชายสำส่อนตามสบายกฎหมายสนับสนุน”, *วารสารกฎหมายใหม่ 5 เล่มที่ 89*, (พฤศจิกายน 2550), น.62-63.

วรรคสองที่แก้ไขใหม่จึงได้มีการกำหนดเจตนาพิเศษขึ้นด้วยการกระทำในรูปแบบต่างๆนั้นจะเป็นการ “กระทำซ้ำเรา” ได้ก็ต่อเมื่อเป็นการกระทำเพื่อสนองความใคร่ในทางกามารมณ์ของผู้กระทำ²⁴ เท่านั้น มิใช่เพื่อความสนุกสนาน หรือเพื่อทำร้ายร่างกาย ดังนั้นหากมีการใช้วัตถุใดๆ กระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้ถูกกระทำจะเป็นการ “กระทำซ้ำเรา” ก็ต่อเมื่อมีเจตนาพิเศษตามกฎหมายกำหนด คือ “เป็นการกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ” เท่านั้น โดยการใช้สิ่งอื่นใด (ที่ไม่ใช่อวัยวะเพศ) กระทำกับอวัยวะเพศ หรือทวารหนักของผู้อื่นนั้น ไม่มีการกำหนดว่าจะเอาอะไร มาทำอะไร ทำอย่างไร และทำถึงแค่ไหนจึงจะเป็นความผิดสำเร็จ²⁵

จะเห็นได้ว่าประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 ที่แก้ไขใหม่นี้มุ่งให้ความคุ้มครองบุคคลทุกเพศโดยไม่จำกัดว่าเป็นหญิงหรือชาย ทั้งเด็กและผู้ใหญ่²⁶ เนื่องจากรูปแบบของการล่วงละเมิดทางเพศแปรเปลี่ยนไปตามสังคม มีการกระทำร่วมกันทางทวารหนักหรือการใช้วัตถุอื่นใดแทนอวัยวะเพศ หลักการตามร่างกฎหมายนี้ทำให้การพิสูจน์ความผิดของจำเลยง่ายขึ้น²⁷ และมีการให้ความคุ้มครองที่ขยายเพิ่มขึ้น เกิดความผิดง่ายขึ้นโดยถือเป็นการกระทำซ้ำเราทั้งสิ้น แต่อาจจะมีปัญหาในแง่ทางวิชาการ หรือในแง่ของปัญหาสังคมจิตวิทยาเกิดขึ้น นอกจากนี้ยังได้มีการบัญญัติเพิ่มเติมในการคุ้มครองภรรยาหรือสามีที่จะไม่ให้ถูกล่วงเกินทางเพศจากคู่สมรสหากไม่ได้รับความยินยอม เพื่อลดปัญหาความรุนแรงในครอบครัวที่จะเกิดขึ้น²⁸

จากการทำแท้งของนายแพทย์ที่กฎหมายยกเว้นความผิดให้ตามมาตรา 305(2) นั้น จะเห็นได้ว่าจุดประสงค์ของกฎหมายต้องการที่จะคุ้มครองหญิงที่เกิดการตั้งครรภ์จากการถูกข่มขืนทางเพศเพื่อป้องกันความเสียหายแก่ชื่อเสียงของหญิง เพราะเด็กที่เกิดมาไม่ได้เกิดมาจากความสมัครใจของหญิง แต่ถูกข่มขืนกระทำซ้ำเราตามมาตรา 276 มาตรา 277 มาตรา 282 มาตรา 283 หรือมาตรา 284 ซึ่งเป็นบทบัญญัติในความผิดเกี่ยวกับเพศ โดย “การข่มขืนกระทำซ้ำเรา” ตามมาตรา 276 มีคุณธรรมทางกฎหมาย คือ เสรีภาพทางเพศ กล่าวคือ เสรีภาพในการที่จะกำหนดความสัมพันธ์ทางเพศด้วยตนเอง มาตรานี้หญิงเป็นผู้เสียหายถือเป็นการกระทำผิดต่อตัว

²⁴ เฟิงอ้วง, น.62-63.

²⁵ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, อ้วงแล้ว เชิงอรรถที่ 17, หน้า 58-61.

²⁶ สราวุธ เบญจกุล, “กฎหมายใหม่กับการคุ้มครองผู้เสียหายในความผิดฐานข่มขืนกระทำซ้ำเรา”, วารสารกฎหมายใหม่, (สิงหาคม 2550), น.37.

²⁷ ปิยธิดา เจริญรักษา และ อุทัยวรรณ แจ่มสุริย์, อ้วงแล้ว เชิงอรรถที่ 18, น. 31.

²⁸ สราวุธ เบญจกุล, อ้วงแล้ว เชิงอรรถที่ 26, น.37.

หญิงโดยตรง ดังนั้นถ้าหญิงเกิดตั้งครรภ์และไม่ประสงค์ที่จะคุมครรภ์ที่เกิดจากการใช้กำลังบังคับ มาตรา 305(2) จึงอนุญาตให้แพทย์ทำแท้งให้กับหญิงได้ เพราะหากกฎหมายไม่เปิดช่องให้แพทย์ทำแท้งได้โดยไม่ผิดกฎหมาย แพทย์ย่อมไม่มีอำนาจที่จะกระทำได้ ทำให้หญิงที่ถูกข่มขืนกระทำชำเรา และเด็กที่เกิดมาอยู่ในสังคมโดยไม่มีความสุข กฎหมายจึงกำหนดมาตรา 305(2) มาเพื่อ คุมครองหญิงที่ถูกข่มขืนกระทำชำเรา ในความผิดทางเพศดังกล่าว²⁹

การผสมเทียมโดยให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทน (Surrogacy) เป็นการผสมเทียมโดยการฉีดเชื้อ มีวิธีการและขั้นตอนคือ มีการฉีดน้ำเชื้ออสุจิหรือตัวอ่อนที่เกิดจากการปฏิสนธิระหว่างไข่กับอสุจิเข้าไปในช่องคลอดของฝ่ายหญิงไม่ว่าจะเป็นบริเวณปากมดลูก โพรงมดลูก ท่อนำรังไข่ หรือที่มดลูกในช่วงที่มีการตกไข่ เพื่อให้เกิดการปฏิสนธิระหว่างตัวอสุจิกับไข่ในรูปร่างของฝ่ายหญิงนั้น และเพื่อให้ตัวอ่อนที่ฉีดเข้าไปฝังตัวที่ผนังมดลูกของหญิงทำให้หญิงนั้นตั้งครรภ์โดยไม่ต้องมีเพศสัมพันธ์ทางเพศกับฝ่ายชายตามวิธีการทางธรรมชาติ³⁰ คือไม่จำเป็นต้องมีการล่วงล้ำของอวัยวะเพศชายเข้าไปในอวัยวะเพศของฝ่ายหญิง ซึ่งหากเป็นการนำเชื้ออสุจิหรือตัวอ่อนเข้าไปในโพรงมดลูกของหญิงโดยหญิงยินยอมก็ย่อมจะไม่เกิดปัญหา เพราะเป็นความสมัครใจของหญิงที่ต้องการที่จะให้มีการตั้งครรภ์เกิดขึ้น ดังนั้นความผิดในทางอาญาก็ไม่เกิดขึ้น แต่หากเป็นกรณีถูกบังคับให้ตั้งครรภ์แทนโดยไม่ยินยอม คือถ้าการนำเชื้ออสุจิหรือตัวอ่อนเข้าไปอยู่ในโพรงมดลูกของหญิงเกิดจากการถูกข่มขืน การบังคับ เช่นมีการจับมือ จับเท้าหญิงไว้เพื่อจะบังคับฉีดเชื้ออสุจิหรือตัวอ่อนเข้าไปทางช่องคลอดของฝ่ายหญิง โดยมีจุดประสงค์คือต้องการให้หญิงที่ถูกบังคับข่มขืนใจนั้นตั้งครรภ์ และหากต่อมาหญิงตั้งครรภ์จากการกระทำดังกล่าว จะเห็นได้ว่าการที่หญิงถูกบังคับฉีดน้ำเชื้อนี้เป็นกรณีที่หญิงถูกบังคับให้ตั้งครรภ์แทนโดยไม่ยินยอม ข้อที่ควรพิจารณาประการแรกก็คือ หญิงนั้นสามารถให้แพทย์ทำแท้งให้ตามมาตรา 305 (2) ได้หรือไม่ เนื่องจากเมื่อมีการถูกบังคับข่มขืนใจโดยการฉีดน้ำเชื้ออสุจิหรือตัวอ่อนเข้าไปในช่องคลอด ซึ่งผลของการกระทำดังกล่าวทำให้หญิงตั้งครรภ์ เช่นเดียวกับการกระทำชำเราก็คือการทำให้เชื้ออสุจิของชายเข้าไปในมดลูกของหญิงจนทำให้หญิงเกิดการตั้งครรภ์ได้เช่นกัน ที่ต่างกันคือการฉีดน้ำเชื้ออสุจิหรือตัวอ่อนนั้นเป็นการทำให้เชื้ออสุจิเข้าไปในช่องคลอดหรืออวัยวะเพศของหญิงโดยเต็มจิตยา โดยมีวัตถุประสงค์ของการกระทำคือ เพื่อให้หญิงนั้นตั้งครรภ์ ส่วนการกระทำชำเราทำให้เชื้ออสุจิเคลื่อนเข้าไปในช่อง

²⁹ ชมพรรณ รัตนกร, “การผสมเทียมกับปัญหาความรับผิดชอบในทางอาญา”, (วิทยานิพนธ์สาขาวิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต), 2543, น. 91.

³⁰ จักรกฤษณ์ ครอบพจน์, *อ่วงแล้ว เชิงอรรถที่ 7*, น.13.

คลอดหรืออวัยวะเพศของหญิงด้วยอวัยวะเพศชายโดยการบังคับร่วมประเวณี โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ ดังนั้นแล้วจะเห็นได้ว่าการกระทำทั้งสองวิธีนั้นต่างกันที่วัตถุประสงค์กระทำต่อหญิง และวัตถุประสงค์หรือเจตนาในการกระทำ แต่ผลของการกระทำนั้นทำให้หญิงตั้งครรภ์โดยไม่สมัครใจเหมือนกัน เมื่อเป็นเช่นนี้การได้รับความคุ้มครองของหญิงที่ถูกข่มขืนฉ้อฉลหรือตัวอ่อนเข้าไปในร่างกาย จะได้รับการคุ้มครองตามมาตรา 276 ด้วยหรือไม่ในเมื่อผลของการกระทำที่เกิดขึ้น คือมีการตั้งครรภ์เช่นเดียวกัน

อำนาจทำแท้งให้แก่หญิงที่ตั้งครรภ์ของแพทย์ตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญามาตรา 305(2) ต้องเป็นกรณีที่ “หญิงนั้นมีครรภ์เนื่องจากการกระทำความผิดอาญาตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 276 และมาตรา 277 ซึ่งมีองค์ประกอบความผิดคือ หญิงนั้นจะต้องถูกข่มขืนกระทำชำเรา”³¹

“ข่มขืนกระทำชำเรา” หมายถึง การกระทำชำเราโดยหญิงไม่สมัครใจ หรือใช้กำลังบังคับหญิง มีการฝ่าฝืนความยินยอมของหญิง ซึ่งความผิดฐานนี้ความยินยอมของหญิงถือเป็นสาระสำคัญ หากหญิงยินยอมก็ไม่ใช่ความผิดเลย

“การกระทำชำเรา” หมายถึง การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำโดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น หรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น

ดังนั้นจะเห็นได้ว่าการบังคับให้หญิงตั้งครรภ์แทนโดยการใช้เข็มฉีดยาฉีดเชื้ออสุจิหรือตัวอ่อนเข้าไปเพื่อให้เกิดการฝังตัวในโพรงมดลูกโดยฉีดเข้าทางช่องคลอดนั้น เมื่อนำมาพิจารณาเปรียบเทียบกับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามมาตรา 276 แล้ว จะเห็นได้ว่าเป็นการใช้วัตถุอื่นใด (เข็มฉีดยา) กระทำกับอวัยวะเพศของหญิงโดยที่หญิงไม่ยินยอมแต่ถูกบังคับโดยขู่เข็ญด้วยประการใดๆโดยใช้กำลังประทุษร้าย หรือโดยที่หญิงนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ โดยมีเจตนาในการกระทำคือ “เพื่อให้หญิงนั้นตั้งครรภ์” ซึ่งหากพิจารณาการกระทำดังกล่าวโดยคร่าวๆ ก็ถือได้ว่าเป็นการกระทำที่ครบองค์ประกอบของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามกฎหมายใหม่แล้ว หากแต่ประเด็นที่สำคัญคือ การบังคับให้หญิงตั้งครรภ์แทนโดยฉีดเชื้ออสุจิหรือตัวอ่อนเข้าทางช่องคลอดของหญิงนั้น มิได้เป็นการกระทำซึ่งเกิดจากความใคร่ คือการกระทำความผิดกล่าวมิใช่เป็นการกระทำเพื่อสนองความใคร่ในทางกามารมณ์ของผู้กระทำ ซึ่งถือเป็นเจตนาพิเศษของการข่มขืนกระทำชำเราตามมาตรา 276 หากแต่การฉีดเชื้ออสุจิหรือตัวอ่อนผ่านทางช่องคลอดของ

³¹ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, อ่างแล้ว เชิงอรรถที่ 3 , น.281.

หญิงนั้น ผู้กระทำมีความมุ่งหมายหรือเจตนาประสงค์ที่จะให้หญิงนั้นเกิดการตั้งครรภ์ ซึ่งไม่เกี่ยวกับการกระทำเพื่อสนองความใคร่เลยแม้แต่น้อย แต่ดูเหมือนจะเป็นการกระทำที่มีเจตนาไปในทางการแพทย์เสียมากกว่า

เมื่อการถูกบังคับขืนใจหรือข่มขืนหรือตัวอ่อนเข้าทางช่องคลอดของหญิงนั้นไม่ถือเป็นการ “กระทำชำเรา” ตามมาตรา 276 เนื่องจากเมื่อดูเทียบตามบทบัญญัติแล้วการกระทำดังกล่าวเป็นเพียงแค่ “ถูกข่มขืน แต่ไม่ได้ถูกชำเรา”³² เพราะขาดเจตนาพิเศษของการกระทำคือ “เป็นการกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ” ดังนั้นจึงถือได้ว่าหญิงนั้นมิได้ตั้งครรภ์จากการกระทำความผิดทางเพศ แพทย์จึงไม่สามารถที่จะทำแท้งให้แก่หญิงได้ตามมาตรา 305 (2) ดังนี้จะเห็นได้ว่า บทบัญญัติเรื่องเหตุจำเป็นในมาตรา 305 (2) ซึ่งตามมาตรานี้หญิงจะต้องถูกกระทำชำเราด้วย ยังมีข้อบกพร่องที่ควรปรับปรุงแก้ไข เพราะหากหญิงตั้งครรภ์เนื่องจากการกระทำอนาจาร หรือกรณีถ้าหญิงถูกข่มขืนใจให้ตั้งครรภ์โดยวิธีการทำผสมเทียมแล้ว ซึ่งหากตีความคำว่า “ชำเรา” ของศาลฎีกาอย่างเคร่งครัดแพทย์ย่อมไม่อาจทำแท้งให้กับหญิงในกรณีนั้นได้ ซึ่งเมื่อพิจารณาวัตถุประสงค์ของความจำเป็นในเรื่องนี้แล้วจะเห็นว่าไม่เป็นไปตามวัตถุประสงค์ดังกล่าวโดยแท้จริง

ประเด็นที่ต้องพิจารณาต่อมาก็คือ การนำเชื้ออสุจิหรือตัวอ่อนฉีดเข้าไปในมดลูกของหญิงโดยหญิงนั้นไม่ยินยอม คือมีการบังคับขืนใจเพื่อจะฉีดเชื้ออสุจิเข้าไปในมดลูกของหญิงที่ไม่ยินยอม เพื่อให้มีการเข้าไปผสมกับไข่ของหญิง หรือฉีดตัวอ่อนเข้าไปในมดลูกของหญิงดังกล่าว ผู้กระทำจะมีความผิดตามกฎหมายอาญาเพียงใด

ในกรณีของการที่จะฉีดเชื้ออสุจิหรือตัวอ่อนเข้าไปในโพรงมดลูกของหญิงโดยขั้นตอนจะต้องมีการจับหญิงถอดกางเกง และพยายามที่จะฉีดเชื้ออสุจิเข้าไป แม้จะกระทำได้สำเร็จถึงขั้นเชื้ออสุจิหรือตัวอ่อนเข้าไปอยู่ในโพรงมดลูกของหญิงอันเป็นความผิดสำเร็จ ก็ไม่ถือเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 เพราะขาดเจตนาพิเศษของการกระทำ คือ เป็นการกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ ดังนั้น ผู้กระทำอาจจะได้รับโทษเพียงความผิดฐานทำร้ายร่างกายหญิงตามมาตรา 295 เท่านั้น ถ้าถึงแก่อันตรายสาหัสก็มีความผิดตามมาตรา 297 หรือถ้าถึงแก่ความตายก็มีความผิดตามมาตรา 291 แล้วแต่ความร้ายแรงของการกระทำ ทั้งๆที่ผลที่เกิดจากการกระทำทั้งการฉีดเชื้ออสุจิหรือตัวอ่อนเข้าไปในโพรงมดลูกของหญิงกับการกระทำชำเรานั้น คือสามารถทำให้ตั้งครรภ์ได้ทั้งสองกรณี เป็นการกระทำที่เป็นการบังคับจิตใจและฝ่าฝืนความยินยอมของหญิงเหมือนกัน รวมทั้งความเสียหายในร่างกาย ชื่อเสียง

³² เฟิงอ้วง , น.282.

เกียรติยศ ก็ไม่แตกต่างอะไรไปกับการถูกข่มขืนกระทำชำเรา เพราะต้องอับอายและต้องตั้งครมรค์ โดยที่หญิงไม่ยินยอมเช่นกัน แต่กฎหมายที่มารองรับและลงโทษผู้กระทำผิดนั้นต่างกัน คือหาก หญิงผู้เสียหายได้รับอันตรายแก่ร่างกายไม่ถึงกับสาหัสจากการที่ถูกชายผู้นั้นฉีดยาเข้าไป โทษของผู้กระทำผิดมีเพียงเล็กน้อย คือเพียงต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสองปี หรือปรับไม่เกินสี่ พันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับตามอัตราโทษของมาตรา 295 ซึ่งเมื่อเทียบกับอัตราโทษในมาตรา 276 จะเห็นได้ว่าอัตราโทษในมาตรา 276 ร้ายแรงกว่า คือผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ ปีถึงยี่สิบปีและปรับตั้งแต่แปดพันบาทถึงสี่หมื่นบาท และถ้าเข้าองค์ประกอบตามมาตรา 276 วรรคสองซึ่งได้กระทำโดยมี หรือใช้อาวุธปืน หรือวัตถุระเบิด หรือโดยร่วมกันกระทำความผิด ด้วยกัน อันมีลักษณะเป็นการโทรมหญิง อัตราโทษก็จะเพิ่มขึ้นไปอีก คือต้องระวางโทษจำคุก ตลอดชีวิต

สรุปแล้วจะเห็นได้ว่า ผลจากการกระทำความผิดทั้ง 2 กรณีดังกล่าวนี้เหมือนกัน คือเกิดการตั้งครมรค์โดยที่หญิงไม่ยินยอม ทำให้ต้องอับอายเสียชื่อเสียง เสียเกียรติยศได้เท่าๆกัน แต่หากเพียงเจตนาในการกระทำแตกต่างกันเท่านั้น คือการบังคับให้หญิงอื่นตั้งครมรค์แทนโดยไม่ ยินยอมนั้นเป็นการกระทำที่มีเจตนาเพื่อให้เชื้ออสุจิและตัวอ่อนที่ฉีดเข้าไปในโพรงมดลูกของหญิง ได้เกิดการฝังตัวในผนังมดลูกของหญิงนั้น เพื่อก่อให้เกิดการตั้งครมรค์ขึ้น ซึ่งไม่ถือว่าเป็นความผิดที่ เกี่ยวกับเพศ แต่การข่มขืนกระทำชำเรา นั้น ผู้กระทำมีเจตนาพิเศษตามมาตรา 276 คือ เป็นการ กระทำเพื่อสนองความใคร่ของตน ซึ่งถือเป็นความผิดที่เกี่ยวกับเพศ

ดังนั้นจะเห็นได้ว่าแม้มีข้อแตกต่างเพียงเล็กน้อยของการกระทำทั้งสองอย่างนี้ แต่ ผู้กระทำความผิดกลับได้รับการลงโทษตามประมวลกฎหมายอาญาที่แตกต่างกันมากมาย ส่วน ประเด็นที่ควรนำมาพิจารณาต่อมาก็คือ การกระทำที่เป็นการขู่เข็ญ บังคับ จับแขนจับขา³³ เพื่อทำ การฉีดยาเข้าไปในโพรงมดลูกของหญิงนั้น อาจถือได้ว่าเป็นความผิดต่อเสรีภาพ ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 309³⁴ ซึ่งมีอัตราโทษจำคุกไม่เกินสามปีหรือปรับไม่เกินหกพัน บาทหรือทั้งจำทั้งปรับ ได้เช่นกัน

³³ วชิรินทร์ สังข์แก้ว “ข่มขืนกระทำชำเรา : อดีต ปัจจุบัน อนาคต ”, มูลนิธิ 4,1, (มกราคม - กุมภาพันธ์ 2550), น. 70.

³⁴ มาตรา 309 บัญญัติว่า “ผู้ใดข่มขืนใจผู้อื่นให้กระทำการใด ไม่กระทำการใด หรือ จำยอมต่อสิ่งใดโดยทำให้กลัวว่า จะเกิดอันตราย ต่อชีวิต ร่างกาย เสรีภาพ ชื่อเสียง หรือทรัพย์สิน ของผู้ถูกข่มขืนใจนั้นเอง หรือ ของ ผู้อื่น หรือโดยใช้กำลังประทุษร้ายจนผู้ถูกข่มขืนใจ ต้องกระทำ

จากปัญหาที่เกิดขึ้นดังกล่าวผู้เขียนมีความเห็นว่า กฎหมายควรจะแก้ไขมาตรา 276 ให้ครอบคลุมถึงการที่หญิงถูกข่มขืนฉ้อสุจริตหรือตัวอ่อนเข้าไปในโพรงมดลูกด้วยเพราะเป็นเหตุการณ์ที่มีโอกาสเกิดขึ้นได้ เพื่อที่จะได้มีกฎหมายเข้ามาบังคับใช้กับเรื่องนี้โดยตรง

ปัญหามีอยู่ว่าเมื่อการบังคับหญิงให้ตั้งครรภ์แทนโดยการฉ้อสุจริตหรือตัวอ่อนเข้าทางช่องคลอดของหญิงไม่ถือเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามมาตรา 276 ดังนี้แล้วหากหญิงนั้นเกิดตั้งครรภ์จากการกระทำดังกล่าว แม้เป็นการตั้งครรภ์โดยที่หญิงไม่ยินยอม และหญิงไม่ประสงค์จะตั้งครรภ์ต่อไป แพทย์ก็ไม่มีอำนาจตามกฎหมายที่จะทำแท้งให้กับหญิงตามมาตรา 305 (2) ได้ เนื่องจากการบังคับฉ้อสุจริตหรือตัวอ่อนเข้าไปในโพรงมดลูกของหญิงนั้น มิใช่การกระทำผิดทางเพศ คือมิใช่การกระทำผิดในทางที่เกี่ยวกับฐานผิดตาม มาตรา 305 (2) บัญญัติไว้ ดังนี้แล้วจะเห็นได้ว่าการตีความกฎหมายดังกล่าวไม่เป็นไปตามเจตนารมณ์ของมาตรา 305 (2) ที่มีวัตถุประสงค์เพื่ออนุญาตให้แพทย์ทำแท้งให้กับหญิงที่เกิดตั้งครรภ์และไม่ประสงค์ที่จะอุ้มครรภ์ที่เกิดจากการใช้กำลังบังคับ เพราะถือว่าเป็นที่น่าสงสาร สังคมควรให้ความเห็นใจแก่หญิงเป็นอย่างมาก เป็นเหตุที่หลีกเลี่ยงไม่ได้ เพื่อป้องกันความเสื่อมเสียชื่อเสียงของหญิง³⁵

ทั้งนี้เมื่อผลที่เกิดขึ้นจากการถูกบังคับฉ้อสุจริตหรือตัวอ่อนเข้าไปในโพรงมดลูกของหญิง กับการกระทำชำเรา นั้นเหมือนกัน คือ ทำให้เกิดการตั้งครรภ์โดยถูกบังคับหรือโดยไม่ยินยอม ซึ่งถ้าเป็นการตั้งครรภ์ที่เกิดจากการกระทำผิดทางเพศแล้ว กฎหมายอนุญาตให้แพทย์สามารถทำแท้งให้กับหญิงผู้ตั้งครรภ์นั้นได้โดยไม่ผิดกฎหมาย มาตรา 305(2) แต่หากเป็น

การนั้น ไม่กระทำการนั้น หรือจ่ายอมต่อสิ่งนั้น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปีหรือปรับไม่เกินหกพันบาทหรือทั้งจำทั้งปรับ

ถ้าความผิดตามวรรคแรกได้กระทำโดยมีอาวุธหรือโดยร่วมกระทำความผิดด้วยกันตั้งแต่ ห้าคนขึ้นไป หรือได้กระทำเพื่อให้ผู้ถูกข่มขืนใจทำ ถอน ทำให้เสียหาย หรือทำลายเอกสารสิทธิอย่างใด ผู้กระทำต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปีหรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาทหรือทั้งจำทั้งปรับ

ถ้ากระทำโดยอ้างอำนาจอันยี่หรือช่องใจไม่ว่าอันยี่ หรือ ช่องใจนั้นจะมีอยู่หรือไม่ ผู้กระทำต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งปีถึงเจ็ดปีและปรับตั้งแต่สองพันบาทถึงหนึ่งหมื่นสี่พันบาท”

³⁵ จิงติ ดิงศรัทีย , คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 2 ภาค 3, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์จักรีการพิมพ์, 2545) ,น.269.

กรณีหญิงนั้นตั้งครรภ์จากการถูกบังคับขืนใจหรือตัวอ่อนเข้าไปในโพรงมดลูกของหญิงโดยผ่านทางช่องคลอด แม้จะเป็นการตั้งครรภ์โดยที่หญิงนั้นไม่ยินยอม และหญิงนั้นไม่ต้องการตั้งครรภ์ต่อไปแล้ว แพทย์ก็ไม่มีอำนาจที่จะทำแท้งให้กับหญิงได้ เพราะไม่ถือเป็นการตั้งครรภ์เนื่องจากเหตุการณ์กระทำความผิดทางเพศตามมาตรา 305 (2) จึงทำให้เกิดช่องว่างของกฎหมายขึ้น เนื่องจากกฎหมายที่มีอยู่ในปัจจุบันไปไม่ถึงสภาพปัญหาที่อาจจะเกิดขึ้น ซึ่งหากใช้วิธีการตีความขยายความโดยการเทียบเคียงกับกฎหมายที่มีอยู่มาปรับใช้เพื่อให้มาตรา 305 (2) ครอบคลุมถึงกรณีที่หญิงตั้งครรภ์จากการถูกบังคับขืนใจหรือตัวอ่อนเข้าไปในโพรงมดลูกของหญิงให้สามารถทำแท้งได้ เพราะถือเป็นการตั้งครรภ์ที่เกิดจากความไม่ยินยอมดังเช่นที่มาตรา 305 (2) กำหนด ดังนี้แม้จะเป็นการตีความในทางที่เป็นคุณแก่ผู้กระทำความผิด (แพทย์ผู้ทำแท้งหรือหญิงผู้ตั้งครรภ์) แต่ก็ไม่สามารถที่จะทำได้ เนื่องจากตามมาตรา 305 (2) เหตุที่ทำให้แพทย์มีอำนาจทำแท้งได้นั้นต้องเป็นการตั้งครรภ์ที่เกิดจากการกระทำความผิดทางเพศ หรือเกิดจากการกระทำผิดในทางธุรกิจศีลธรรมเท่านั้น ในเมื่อการตั้งครรภ์จากการถูกบังคับขืนใจหรือตัวอ่อนเข้าไปในโพรงมดลูกของหญิงไม่ใช่การกระทำอันเป็นความผิดทางเพศ จึงไม่ถือเป็นการข่มขืนกระทำชำเราตามมาตรา 276 เพราะการกระทำความผิดดังกล่าวเป็นการกระทำที่ปราศจากความใคร่ ซึ่งถือเป็นเจตนาพิเศษของการข่มขืนกระทำชำเรา ทำให้ไม่ครบองค์ประกอบความผิดของมาตรา 276 ดังนี้ หากจะหยิบประเด็นเรื่องความยินยอมของหญิงมาตีความ โดยขยายความไปถึงว่า "การตั้งครรภ์โดยการถูกบังคับขืนใจหรือตัวอ่อนเข้าไปในโพรงมดลูกของหญิงนั้น เป็นการตั้งครรภ์โดยที่หญิงไม่ยินยอมเช่นเดียวกับการตั้งครรภ์ที่เกิดจากการข่มขืนกระทำชำเรา กล่าวคือเป็นการตั้งครรภ์โดยหญิงไม่ยินยอมทั้งสองกรณี จึงควรอนุญาตให้หญิงทำแท้งได้ตามมาตรา 305 (2)" ซึ่งเมื่อพิจารณาแล้วจะเห็นได้ว่าการตีความโดยขยายความดังกล่าวนี้ไม่สามารถจะทำได้ เนื่องจากในมาตรา 305 (2) บัญญัติว่าต้องเป็นการตั้งครรภ์ที่เกิดจากการกระทำความผิดทางเพศโดยที่หญิงไม่ยินยอมเท่านั้น แพทย์จึงจะมีอำนาจทำแท้งให้กับหญิงได้ จะเห็นได้ว่าในประเด็นของความยินยอมหรือถูกบังคับนั้นจะต้องเป็นความยินยอมที่เกี่ยวกับการกระทำความผิดทางเพศ หรือการกระทำผิดในทางธุรกิจศีลธรรมเท่านั้น การยินยอมของหญิงในกรณีอื่นที่ไม่เกี่ยวกับการกระทำความผิดทางเพศตามที่กฎหมายบัญญัติก็ไม่น่าจะเกี่ยวข้อง

ดังนั้นเนื่องจากการบังคับขืนใจหรือตัวอ่อนเข้าไปในโพรงมดลูกของหญิง โดยมีเจตนาเพื่อให้หญิงนั้นตั้งครรภ์ อันเป็นการกระทำที่ปราศจากความใคร่ในทางกามารมณ์ จึงไม่ถือเป็นการข่มขืนกระทำชำเรา เนื่องจากการกระทำไม่ครบองค์ประกอบความผิด เพราะขาดเจตนาพิเศษตามมาตรา 276 ดังนั้นในเมื่อการกระทำความผิดดังกล่าวไม่ครบองค์ประกอบความผิดตามกฎหมาย

แล้ว การจะไปตีความให้การบังคับซื้อหรือตัวอ่อนเข้าไปในโพรงมดลูกของหญิงเป็นการกระทำความผิดทางเพศตามมาตรา 276 ด้วยนั้นจึงไม่น่าจะทำได้ แม้จะเป็นการตีความไปในทางที่เป็นคุณก็ตาม แต่หากมีการตีความโดยขยายความไปเช่นนั้นก็ไม่สามารถทำได้ เพราะมันไม่ใช่แค่เป็นการเทียบเคียงกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง เนื่องจากการตีความกฎหมาย หมายถึง การค้นหาความหมายทั่วไปของกฎหมายโดยมีความมุ่งหมายเพื่อที่จะนำไปปรับใช้กับข้อเท็จจริงในแต่ละคดี³⁶ แต่ในกรณีนี้ถือเป็นการเพิ่มเหตุอันขึ้นขึ้นมาใหม่ หรือเป็นการเพิ่มบทบัญญัติอันขึ้นขึ้นมาใหม่เลยทีเดียว ซึ่งทำให้มันเกินขอบเขตของการบังคับใช้กฎหมายที่มีอยู่ เพราะการบังคับซื้อหรือตัวอ่อนเข้าไปในโพรงมดลูกของหญิงนั้น แม้จะเป็นการกระทำโดยหญิงไม่ยินยอม แต่ก็ไม่ใช่ความผิดในทางศีลธรรมตามที่กฎหมายกำหนด คือ ไม่ใช่การข่มขืนกระทำชำเราอันถือเป็นการกระทำความผิดทางเพศอย่างหนึ่ง ดังนั้นจึงตีความเพื่อให้เป็นเหตุยกเว้นความผิดตามมาตรา 305 (2) ไม่ได้ จึงส่งผลทำให้เกิดช่องว่างของกฎหมาย เกิดปัญหาหญิงที่ตั้งครรภ์จากการถูกบังคับในกรณีนี้ไม่ได้รับการดูแลและกฎหมายไม่มีทางออกที่เหมาะสมให้ ทำให้ไม่เป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมายอาญาตามมาตรา 305 (2) ที่สงสาร เห็นใจหญิงที่ตั้งครรภ์โดยไม่ยินยอม

ข้อพิจารณาประการที่สอง คือ การที่หญิงถูกบังคับซื้อหรือตัวอ่อนเข้าไปทางช่องคลอด ถือเป็นการผิดอาญาฐานพาไปเพื่อการอนาจาร ตามมาตรา 284 หรือไม่

มาตรา 284 แห่งประมวลกฎหมายอาญา บัญญัติว่า

“มาตรา 284 ผู้ใดพาผู้อื่นไปเพื่อการอนาจาร โดยใช้อุบายหลอกลวง ชูเชื้อ ใช้กำลัง ประทุษร้ายใช้อำนาจครอบงำผิดคลองธรรม หรือใช้วิธีข่มขืนใจด้วยประการอื่นใด ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งปีถึงสิบปี และปรับตั้งแต่สองพันบาทถึงสองหมื่นบาท

ผู้ใดซ่อนเร้นบุคคลซึ่งถูกพาไปตามวรรคแรก ต้องระวางโทษเช่นเดียวกับผู้พาไปนั้น”
องค์ประกอบภายนอก (วรรคแรก)

- (1) ผู้ใด
- (2) พาไปโดย
- (ก) ใช้อุบายหลอกลวง
- (ข) ชูเชื้อ

³⁶ Hermann Blei, Strafrecht : Allgemeiner Teil, 16 voellig neubearbeitete Auflage, C.H. Bedid Verlagsbuchhandlung, Muenchen, 1975, S. 26. Edmund Mezger, strafrecht, 3 Auflage Verlag von Dundal Humblot, Berlin und Muenchen, 1949, s. 79.

- (ค) ใช้กำลังประทุษร้าย
- (ง) ใช้อำนาจครอบงำผิดคลองธรรม หรือ
- (จ) ใช้วิธีข่มขืนใจด้วยประการอื่นใด
- (3) ผู้อื่น

องค์ประกอบภายใน

- (1) เจตนาธรรมดา
- (2) เจตนาพิเศษ คือ “เพื่อการอนาจาร”

เหตุฉกรรจ์ตามวรรคสาม

องค์ประกอบภายนอก

- (1) ผู้ใด
- (2) ชอนเร้น
- (3) บุคคลซึ่งถูกพาไปตามวรรคแรก

องค์ประกอบภายใน

เจตนาธรรมดา

ความผิดตามวรรคแรกและวรรคสองเป็น “ความผิดอันยอมความได้”

แนวความคิดในการคุ้มครองผู้ถูกระทำในความผิดฐานกระทำอนาจาร (Indecent Assault) มุ่งไปถึงการคุ้มครองเสรีภาพในทางเพศของทั้งชายและหญิง ความผิดฐานกระทำอนาจารนี้เป็นการกระทำที่เป็นความผิดในตัวเอง (Mala in se) มีแนวความคิดและที่มาคล้ายคลึงกับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา (Rape) หากแต่มีลักษณะของการกระทำที่รุนแรงน้อยกว่า และได้จำกัดเพศของผู้กระทำและผู้ถูกระทำไว้แต่ประการใด ดังนั้นจึงเป็นได้ทั้งชายและหญิง

การกระทำอนาจารจะมีขอบเขตเพียงใดนั้น มีความเห็นไว้ต่างกัน ดังนี้

ดร.เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์ นิยามกระทำอนาจารหมายถึง การกระทำที่ไม่สมควรในทางเพศ อาจเป็นการกระทำต่อเนื้อตัวผู้เสียหาย หรืออาจให้ผู้เสียหายกระทำต่อเนื้อตัวของผู้กระทำโดยเป็นการกระทำต่อเนื้อตัวของบุคคลโดยตรง เช่น กอด ปล้ำ หอมแก้ม และจับหน้าอกหญิง การกระทำที่ไม่สมควรในทางเพศอันเป็นการกระทำอนาจารนั้น ให้พิจารณาการกระทำนั้นจากที่ปรากฏออกมาภายนอก หากคนทั่วไปเห็นว่าไม่สมควรในทางเพศก็เป็นอนาจาร แม้ผู้กระทำ

จะมีได้กระทำได้เพื่อความใคร่หรือกามารมณ์ แต่กระทำไปด้วยเหตุอื่นๆ เช่น เพื่อแก้แค้น หรือโกรธแค้นก็ตาม³⁷

ศาสตราจารย์ ดร. คณิต ณ นคร ให้ความหมายของการกระทำอนาจาร คือ การกระทำที่ในทางภาวะวิสัยเป็นการละเมิดหรือฝ่าฝืนความรู้สึกอับอายในทางเพศโดยทั่วไปอย่างร้ายแรง และเป็นการกระทำที่ในทางอัตวิสัยได้ถูกกระทำลงด้วยความต้องการทางเพศ หรือความใคร่³⁸

รองศาสตราจารย์ ดร. ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ นิยามกระทำอนาจาร หมายความว่า ความประพฤติที่น่าอับอาย ลามก น่าบัดสี ทำให้เป็นที่อับอายเป็นที่รังเกียจแก่ผู้อื่นในทางเพศ³⁹

ความผิดอาญาฐานพาไปเพื่อการอนาจาร ตามมาตรา 284 มีเจตนาพิเศษ คือ “เพื่อการอนาจาร” เท่านั้น ไม่จำเป็นต้อง “เพื่อสนองความใคร่ของผู้อื่น” ซึ่งการพาไปเพื่อการอนาจารนั้นเป็นความผิดสำเร็จทันทีที่มีการพาไป แม้ยังไม่มีการทำอนาจารเลย การกระทำก็เป็นความผิดสำเร็จแล้วตั้งแต่มีการพาไป “เพื่อการอนาจาร” ซึ่งหมายความว่า หากพาไปโดยมีมูลเหตุจูงใจเพื่อทำอนาจาร ก็เป็นความผิดสำเร็จทันทีที่มีการพาไป (ฎีกา 1436/2498) ไม่จำเป็นต้องถึงขั้นร่วมประเวณีเสียก่อน แต่หากขณะพาไปผู้กระทำไม่มีเจตนาพิเศษ “เพื่อการอนาจาร” เช่น พาไปเที่ยว การกระทำก็ไม่ใช่ความผิดตามมาตรา 284 วรรคแรก ซึ่งการจะดูว่ามีเจตนาพิเศษ “เพื่อการอนาจาร” หรือไม่นั้น ไม่ได้ดูขณะที่ทำอนาจารแต่ต้องดูขณะที่มีการ “พาไป” เท่านั้น

กรณีบังคับซื้อหรือขู่หรือตัวอ่อนเข้าไปในโพรงมดลูกจะทำได้ต้องมีการกระทำแรกเริ่ม คือ มีการ “พาไป” โดยอาจใช้กลอุบายหลอกลวง ขู่เข็ญ ใช้กำลังประทุษร้าย ใช้อำนาจครอบงำผิดคลองธรรม หรือใช้วิธีข่มขืนใจด้วยประการอื่นใด และขั้นตอนต่อมา คือ มีการจับหญิงถอดกางเกง แล้วใช้เข็มฉีดยาฉีดเชื้ออสุจิหรือตัวอ่อนเข้าไปในช่องคลอด ซึ่งขั้นตอนนี้อาจทำให้ต้องมีการแตะต้อง หรือสัมผัสกับอวัยวะเพศของหญิงโดยที่หญิงไม่ยินยอม ถือได้ว่าเป็นการกระทำที่ไม่สมควรในทางเพศ และในขณะนั้นอาจมีการขู่เข็ญ ข่มขืนใจ บังคับให้หญิงกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง หรือข่มขืนใจบังคับไม่ให้กระทำการใดๆ ซึ่งในกรณีนี้อาจเป็นการบังคับข่มขืนใจให้หญิงนอน

³⁷ เกียรติขจร วังนะสวัสดิ์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 20* , น. 226.

³⁸ คณิต ณ นคร, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1* , น. 420.

³⁹ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, *คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิดและโทษ*, พิมพ์ครั้งที่ 3 แก้ไขเพิ่มเติม, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน ,2549), น.120.

อยู่เฉยๆไม่ให้ขัดขึ้น หรือบังคับให้หญิงถ่างขาออกเพื่อความสะดวกในการทำการฉีดเชื้ออสุจิ หรือตัวอ่อนเข้าทางช่องคลอดของหญิง โดยอาจมีการขู่ข่ม หรือใช้กำลังประทุษร้าย

เมื่อวิเคราะห์ดูแล้วจะเห็นได้ว่า การทำให้หญิงตั้งครรภ์โดยการบังคับฉีดเชื้ออสุจิหรือตัวอ่อนเข้าทางช่องคลอดของหญิงเพื่อให้เชื้ออสุจิหรือตัวอ่อนเกิดการฝังตัวที่ผนังมดลูกนั้น แม้การกระทำมิได้มีเจตนาเพื่อสนองความใคร่ แต่ก็มีอาการกระทำหลายอย่างที่ถือเป็นการกระทำที่ไม่สมควรในทางเพศ เช่น การจับหญิงถอดกางเกงขึ้นใน การสัมผัสหรือแตะต้องอวัยวะเพศของหญิง รวมทั้งการใช้เข็มฉีดยา ซึ่งถือเป็นสิ่งอื่นใดตามมาตรา 276 วรรคสอง เป็นอุปกรณ์ที่ใช้ในการฉีดเชื้ออสุจิหรือตัวอ่อน โดยใช้เข็มฉีดยาฉีดเข้าไปผ่านทางช่องคลอดของหญิง เพื่อให้หญิงนั้นตั้งครรภ์ ซึ่งหากการกระทำดังที่กล่าวมาแล้วเป็นการกระทำโดยที่หญิงไม่ยินยอม โดยการใช้กำลัง บังคับ ขู่ข่มด้วยประการใดๆแล้ว ก็จะได้ถือว่าเป็นการกระทำอนาจารตามมาตรา 278 เนื่องจากเป็นการกระทำที่ไม่สมควร และทำให้อับอายในทางเพศ และหากมีการพาหญิงไปโดยใช้อุบาย หลอกลวง ขู่ข่ม ใช้กำลังประทุษร้าย ใช้อำนาจครอบงำผิดคลองธรรม หรือใช้วิธีข่มขืนใจด้วยประการอื่นใด โดยมีวัตถุประสงค์ในการที่จะพาหญิงไปเพื่อทำการบังคับฉีดเชื้ออสุจิหรือตัวอ่อนเข้าไปในมดลูก ก็ถือได้ว่าเป็นการกระทำที่มีเจตนาพิเศษ คือ มีการพาไปเพื่อการอนาจาร ซึ่งถือเป็นความผิดเกี่ยวกับเพศตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 284 ที่เป็นเหตุให้หญิงที่ตั้งครรภ์จากการกระทำความผิดดังกล่าวสามารถให้แพทย์ทำแท้งให้ได้โดยชอบด้วยกฎหมาย ตามมาตรา 305 (2) แพทย์มีอำนาจในการทำแท้งได้โดยชอบด้วยกฎหมาย หากหญิงนั้นตั้งครรภ์จากการถูกกระทำผิดทางเพศ ตามมาตรา 276 มาตรา 277 มาตรา 282 มาตรา 283 หรือมาตรา 284

ฉะนั้นหากหญิงตั้งครรภ์จากการถูกบังคับฉีดเชื้ออสุจิหรือตัวอ่อนเข้าไปในมดลูกไม่ประสงค์จะตั้งครรภ์ต่อไปแล้ว ก็จะสามารถได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายมาตรา 305(2) ที่ให้แพทย์มีอำนาจที่จะทำแท้งให้แก่หญิงได้โดยชอบด้วยกฎหมาย

ในกรณีนี้มีประเด็นสำคัญที่ควรจะนำมาพิจารณา คือ เมื่อเกิดความผิดที่เกี่ยวกับการให้กำเนิดโดยใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์นั้น การนำกฎหมายที่มีอยู่มาใช้โดยตรงจะทำได้อย่างไร ในเมื่อทุกมาตราไม่ได้บัญญัติเกี่ยวข้องกับการตั้งครรภ์โดยใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์โดยตรง เหตุผลเพราะในขณะร่างกฎหมายอาญายังไม่มีความผิดในทางอาญาที่เกี่ยวกับการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์มาเกี่ยวข้อง อาจเป็นเพราะเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ในขณะนั้นยังไม่เป็นที่นิยมแพร่หลาย กับอีกเหตุผลคือวัตถุประสงค์หลักของการร่างกฎหมายอาญาออกมาใช้บังคับนั้น ผู้ร่างประสงค์จะคุ้มครองการให้กำเนิดแบบธรรมชาติ ไม่ได้ประสงค์ที่จะคุ้มครองการให้กำเนิดแบบผิดธรรมชาติ จึง

ทำให้กฎหมายอาญาของเราไม่ได้ครอบคลุมไปถึงความผิดที่เกี่ยวข้องกับการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์⁴⁰

ดังนั้นการจะนำเอาเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์เข้ามาเกี่ยวข้องกับ ความรับผิดชอบในทางอาญา จึงจำเป็นต้องออกกฎหมายระบุไว้ให้ชัดเจนในมาตราต่างๆที่เกี่ยวข้อง กับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ โดยการปรับปรุงแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมาย อาญาให้ครอบคลุมถึงการกระทำความผิดที่เกี่ยวข้องกับการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทาง การแพทย์ เพื่อออกมารับรองความผิดอาญาที่เกิดขึ้นกับกรรมวิธีในการผสมเทียมในวิธีการ ต่างๆ เพราะหากไม่มีกฎหมายอาญามารองรับ เมื่อเกิดปัญหาขึ้นมา จะนำกฎหมายอาญามาตรา ไดมาปรับบทเพื่อใช้ก็คงจะไม่ถูกต้อง จึงจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องออกกฎหมายอาญาในมาตรา ต่างๆที่เกี่ยวข้องกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ออกมาใช้โดยตรง

กรณีหญิงตั้งครรภ์จากการถูกบังคับฉีดเชื้ออสุจิหรือตัวอ่อนเข้าไปในโพรงมดลูกโดย ผ่านทางช่องคลอด เมื่อกฎหมายที่มีอยู่ในปัจจุบันไม่สามารถคุ้มครองหญิงจากการกระทำดังกล่าว ได้ เนื่องจากกฎหมายที่มีอยู่ไม่สามารถตีความขยายไปถึงสภาพปัญหาที่เกิดขึ้นได้ และถึงแม้จะ นำกฎหมายที่มีอยู่มาปรับใช้กับปัญหาที่เกิดขึ้นได้ แต่ก็เป็นการใช้ไม่สมควร เพราะกฎหมายไม่ได้ บัญญัติไว้เป็นการเฉพาะโดยตรง ดังนั้นการปรับใช้กฎหมายที่มีอยู่จึงไม่เหมาะสม ฉะนั้นจึงต้องมีการบัญญัติกฎหมายขึ้นมาใหม่ในการยกเว้นความผิดของแพทย์โดยตรง โดยการเพิ่มอนุมาตรา 305 เป็นเหตุยกเว้นความผิดขึ้นอีกเหตุหนึ่ง ในกรณีหญิงที่ตั้งครรภ์จากการถูกบังคับฉีดเชื้ออสุจิ หรือตัวอ่อนเข้าไปในโพรงมดลูกโดยที่หญิงไม่ยินยอม และหญิงไม่ประสงค์จะตั้งครรภ์ต่อไป ซึ่งถือ เป็นการตั้งครรภ์ที่เกิดจากการถูกบังคับโดยใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์โดยตรง เนื่องจากสภาพปัญหาดังกล่าวไม่ใช่เหตุการณ์ที่ไม่มีโอกาสเกิดขึ้น แต่การถูกบังคับให้ตั้งครรภ์ แทนโดยใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์นั้นสามารถเกิดขึ้นได้ในปัจจุบัน

กรณีที่ที่น่าสนใจคือ หากเป็นหญิงรับจ้างตั้งครรภ์แทน ที่ในตอนแรกได้ให้ความ ยินยอมที่จะให้แพทย์ทำการฉีดเชื้ออสุจิหรือตัวอ่อนเข้าไปในโพรงมดลูกโดยผ่านทางช่องคลอด เพื่อให้เกิดการฝังตัวของเชื้ออสุจิและตัวอ่อนที่ผนังมดลูก เมื่อเกิดการตั้งครรภ์ขึ้นแล้ว หากต่อมา หญิงผู้รับตั้งครรภ์แทนนั้นเกิดเปลี่ยนใจโดยไม่ประสงค์จะอุ้มครรภ์ต่อไป ต้องการที่จะให้แพทย์ทำแท้งให้ ดังนั้นจะทำได้หรือไม่ และจะมีความผิดตามมาตรา 301 หรือไม่ จากกรณีดังกล่าวผู้เขียนมี ความเห็นว่า หญิงผู้รับตั้งครรภ์แทนนั้นสามารถที่จะให้แพทย์ทำแท้งให้ได้ตามมาตรา 305 (1) ซึ่ง

⁴⁰ ชมพรณ รัตนกร, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 29, น.92.

ถือเป็นเหตุทำแท้งได้เนื่องจากสุขภาพของหญิง คือหากมีการตั้งครรภ์ต่อไปอาจก่อให้เกิดปัญหาเป็นอันตรายต่อสุขภาพของหญิงนั้นได้ แต่ถ้การตั้งครรภ์นั้นมิได้เป็นอันตรายต่อสุขภาพของหญิงแล้ว แพทย์ก็ไม่มีอำนาจตามกฎหมายที่จะทำแท้งให้ได้ตามมาตรา 305 (1)