การพยายามกระทำความผิด : ศึกษากรณีการพยายามทำให้แท้งลูกตามมาตรา 304
EXAMINING SECTION 304 OF THE CRIMINAL CODE IN THAILAND DEALING WITH ATTEMPTED ABORTION

พีรดนย์ นนทสวัสดิ์ศรี
Peradon Nonthasawatsri
นักศึกษาปริญญาโท หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขากฎหมายอาญา
คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ : peradon.non@gmail.com.
Graduate student of Master of Laws Program in Criminal Law, Faculty of Law,
Thammasat University. Email address : peradon.non@gmail.com

Received : July 30, 2018
Revised : December 7, 2018
Accepted : March 28, 2019

บทคัดย่อ

ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 304 กำหนดให้ผู้ที่พยายามกระทำความผิดฐานทำให้แท้งลูกจะไม่ต้องได้รับโทษ ต่อเมื่อเป็นกรณีที่ผู้กระทำเป็นหญิงมีครรภ์พยายามทำให้ตนเองแท้งลูก หรือกรณีที่ผู้อื่นพยายามทำให้หญิงแท้งลูกโดยหญิงยินยอม เมื่อหญิงนั้นไม่ได้รับอันตรายสาหัสหรือถึงแก่ความตาย อย่างไรก็ตามสาเหตุของการยกเว้นโทษให้กับการพยายามทำให้แท้งลูกในกรณีดังกล่าวยังไม่มีความชัดเจน นักนิติศาสตร์บางท่านให้ความเห็นว่าการพยายามทำให้แท้งลูกเป็นเรื่องเล็กน้อย ไม่สำคัญ และกฎหมายประสงค์จะให้หญิงเลี้ยงดูทารกซึ่งมีชีวิตรอดจากการพยายามทำแท้ง จึงไม่ลงโทษผู้กระทำที่เป็นหญิง แต่ทว่าในความเป็นจริงแล้วการพยายามทำให้แท้งลูกถือเป็นการกระทำที่ก่อให้เกิดอันตรายต่อทารกในครรภ์ไม่ต่างไปจากการทำแท้งสำเร็จเลย ในบทความนี้นอกจากจะเป็นการอธิบายถึงสาเหตุของการยกเว้นโทษการพยายามทำให้แท้งลูกแล้ว ยังเป็นการอธิบายถึงสาเหตุของการลงโทษการพยายามกระทำความผิดอีกด้วย เพื่ออาศัยเป็นเหตุผลในการเสนอให้กฎหมายลงโทษความผิดฐานพยายามทำให้แท้งลูกเช่นเดียวกับการพยายามกระทำความผิดในความผิดฐานอื่น ยกเว้นแต่ในกรณีของการที่หญิงพยายามทำให้ตนเองแท้งลูกที่ศาลอาจใช้ดุลพินิจในการยกเว้นโทษได้

คำสำคัญ

การพยายามกระทำความผิด, ความผิดฐานทำให้แท้งลูก, การพยายามทำให้แท้งลูก, เหตุยกเว้นโทษ

ABSTRACT

Section 304 of the Criminal Code in Thailand dealing with attempted abortion specifies that punishment shall not be given for those who attempts to aborts themselves or procure an abortion for someone else, with consent. However, the impunity for attempted abortions is unexplained. Some Thai observers consider that attempted abortion is not harm and women should raise their child who are born after attempted abortion, but in fact even attempted abortion may cause injury to children after birth. This article explains not only the reason why attempted abortion is not punishable but also the reason why Thai Criminal Law punish Criminal Attempts in order to suggest that the Criminal Code should provide for punishment for attempted abortion. To do so, Section 304 might be repealed, and Section 301 might be amended to cover

cases when the attempted abortion is done by the pregnant woman herself, the courts may have discretion whether to apply punishment.

Keywords

criminal, attempts, abortion law, attempted abortion, impunity

บทนำ

การกระทำที่จะเป็นความผิดอาญาโดยหลักจะเริ่มพิจารณาเมื่อผู้กระทำได้กระทำการเข้าสู่ขั้นตอนของการ “ลงมือ” กระทำความผิด (Commencement) เนื่องจากเมื่อผู้กระทำได้ลงมือกระทำความผิดแล้ว กฎหมายได้กำหนดให้ผู้กระทำอาจมีความรับผิดในทางอาญาในทันที แม้ว่าสุดท้ายแล้วการกระทำนั้นจะไม่บรรลุผลตามเจตนาของผู้กระทำก็ตาม โดยหลักการดังกล่าวปรากฏในประมวลกฎหมายอาญามาตรา 80[1] เรื่องการพยายามกระทำความผิด อย่างไรก็ตามกฎหมายอาญาไทยไม่ได้ลงโทษการพยายามกระทำความผิดในทุกฐานความผิด กฎหมายไม่ลงโทษการพยายามกระทำความผิดในความผิดลหุโทษ ซึ่งเป็นการพยายามกระทำความผิดในความผิดที่ก่อให้เกิดความเสียหายเพียงเล็กน้อย[2] ไม่มีความจำเป็นต้องลงโทษ นอกจากความผิดลหุโทษแล้ว กฎหมายยังไม่ลงโทษการพยายามกระทำความผิดฐานทำให้แท้งลูกตามมาตรา 304[3] อีกด้วย อย่างไรก็ตามเหตุผลในการยกเว้นโทษการพยายามกระทำความผิดในกรณีหลังนี้กลับไม่ปรากฏแน่ชัด และด้วยเหตุที่ความผิดฐานทำให้แท้งลูกเป็นความผิดที่เกิดขึ้นบ่อยแต่กลับมีคดีปรากฏสู่ศาลไม่มากนัก ด้วยเหตุที่ผู้ที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการทำแท้งครั้งหนึ่ง ล้วนมีความผิดด้วยกันทั้งสิ้น ไม่ว่าจะเป็นตัวหญิงมีครรภ์เองหรือผู้ที่ลงมือทำแท้งก็ตาม เมื่อประกอบกับการที่กฎหมายยกเว้นโทษให้กับการพยายามทำให้แท้งลูกแล้ว ทำให้การลงโทษผู้กระทำในความผิดฐานทำให้แท้งลูกแทบไม่อาจเกิดขึ้นได้เลยในทางข้อเท็จจริง

ด้วยเหตุนี้การศึกษาการพยายามทำให้แท้งลูกจึงเป็นเรื่องสำคัญว่าสาเหตุที่กฎหมายยกเว้นโทษการพยายามทำให้แท้งลูกมีความสอดคล้องกับเหตุผลที่กฎหมายลงโทษการพยายามกระทำความผิดตามกฎหมายหรือไม่ เพื่อหาข้อสรุปสำหรับแนวทางในการลงโทษการพยายามทำให้แท้งลูกในกรณีต่าง ๆ ต่อไป โดยจะนำเสนอเป็นหัวข้อดังต่อไปนี้

1. การพยายามกระทำความผิดตามกฎหมายไทย

บทบัญญัติเรื่องการพยายามกระทำความผิดตามกฎหมายอาญาไทยอยู่ในประมวลกฎหมายอาญามาตรา 80 ถึงมาตรา 81 โดยมีหลักใหญ่ใจความที่เหมือนกัน กล่าวคือ กรณีจะเป็นการพยายามกระทำความผิดได้ ผู้กระทำจะต้องมี “เจตนา” ที่จะกระทำความผิด และได้กระทำการไปจนถึงขั้นตอนของการ “ลงมือ” กระทำความผิดแล้ว แต่การกระทำนั้น “ไม่บรรลุผล” ตามเจตนาของผู้กระทำ

การไม่บรรลุผลในการลงมือกระทำความผิดสามารถนำมาพิจารณาเพื่อแบ่งแยกประเภทของการพยายามกระทำความผิดตามกฎหมายไทยได้ ดังนี้[4]

1.1 กรณีการไม่บรรลุผลโดยบังเอิญ[5] ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 80 ซึ่งอาจเกิดจากการไม่บรรลุผลเพราะกระทำไปไม่ตลอด (Incomplete Attempts) หรืออาจเกิดจากการไม่บรรลุผลเพราะกระทำไปตลอดแล้ว แต่การกระทำไม่บรรลุผล (Complete Attempts) ก็ได้

การไม่บรรลุผลเพราะกระทำไปไม่ตลอด (Incomplete Attempts) หมายถึง กรณีที่ผู้กระทำลงมือกระทำความผิดแล้ว แต่ไม่สามารถกระทำการให้ครบถ้วนตามที่ประสงค์ได้ เพราะมีเหตุการณ์บางอย่างมาขัดขวางไว้ ทำให้

---

[1] ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 80 บัญญัติว่า “ผู้ใดลงมือกระทำความผิดแต่กระทำไปไม่ตลอด หรือกระทำไปตลอดแล้วแต่การกระทำไม่บรรลุผล ผู้นั้นพยายามกระทำความผิด,”

[2] ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคความผิดและลหุโทษ, พิมพ์ครั้งที่ 15 (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2561), น. 406.

[3] ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 304 บัญญัติว่า “ผู้ใดเพียงแต่พยายามกระทำความผิดตามมาตรา 301 หรือมาตรา 302 วรรคแรก ผู้นั้นไม่ต้องรับโทษ,”

[4] เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1 บทบัญญัติทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 10 (แก้ไขเพิ่มเติม) (ประเทศไทย : สำนำพิมพ์พลสยาม พรินติ้ง, 2551) หน้า 439 – 440.

[5] คณิต ณ นคร, กฎหมายอาญา ภาคทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 6, (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2560), น. 393.

ผู้กระทำต้องหยุดการกระทำนั้นโดยไม่สมัครใจ ซึ่งอาจเกิดจากเหตุปัจจัยภายนอกหรืออาจเกิดจากตัวผู้กระทำเองก็ได้ เช่น การที่ผู้กระทำถูกจับกุมขณะกำลังเล็งปืนไปทางผู้เสียหาย เป็นต้น

การไม่บรรลุผลเพราะกระทำไปตลอดแล้ว แต่การกระทำไม่บรรลุผล (Complete Attempts) หมายถึง กรณีที่ผู้กระทำลงมือกระทำการทุกอย่างที่ผู้กระทำเชื่อว่าจำต้องกระทำเพื่อให้การกระทำนั้นบรรลุผลเป็นความผิดสำเร็จแล้ว แต่การกระทำนั้นกลับไม่บรรลุผลตามเจตนา ซึ่งอาจเกิดจากปัจจัยที่ใช้ในการกระทำความผิด หรือวัตถุที่มุ่งหมายกระทำต่อก็ได้ เช่น ยิงปืน (ที่บรรจุกระสุน) แต่กระสุนปืนด้าน เป็นต้น

1.2 การไม่บรรลุผลอย่างแน่แท้ ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 81 เป็นการพยายามกระทำความผิดที่ไม่ว่าจะกระทำการอย่างใด ก็ไม่อาจจะบรรลุผลเป็นความผิดสำเร็จได้เลย[6] โดยอาจเกิดขึ้นได้จาก 2 กรณี คือ

การไม่บรรลุผลอย่างแน่แท้ เพราะเหตุแห่งปัจจัยซึ่งใช้ในการกระทำความผิด ซึ่งหมายถึงวิธีการหรือเครื่องมือที่ใช้ในการกระทำความผิดมีความบกพร่อง จนไม่อาจทำให้ความผิดสำเร็จเกิดขึ้นได้ เช่น การใช้ปืนไม่บรรจุกระสุนยิงเหยื่อ เป็นต้น

การไม่บรรลุผลอย่างแน่แท้ เพราะเหตุแห่งวัตถุที่มุ่งหมายกระทำต่อ ซึ่งหมายถึงกรณีที่วิธีการที่ใช้ในการกระทำความผิดไม่บกพร่อง แต่สาเหตุที่ทำให้ความผิดสำเร็จไม่อาจเกิดขึ้นได้ คือ เป้าหมายในการกระทำความผิดของผู้กระทำ เช่น ยิงปืนไปที่ต่อไม้ โดยเข้าใจว่าเป็นเหยื่อ (ซึ่งเหยื่อต้องยังมีชีวิตอยู่ เพียงแต่ไม่ได้อยู่ ณ ที่ตรงนั้น) จะเห็นได้ว่าไม่ว่าจะยิงอย่างไรเหยื่อก็ไม่มีทางเสียชีวิต

2. แนวคิดในการลงโทษการพยายามกระทำความผิด

แม้ว่าในหลายประเทศจะมีแนวคิดในการลงโทษการพยายามกระทำความผิดเหมือนกัน กล่าวคือ ผู้กระทำยังคงมีความผิดรับผิดทางอาญา แม้ว่าการกระทำนั้นจะไม่บรรลุผลเป็นความผิดสำเร็จก็ตาม อย่างไรก็ตามอัตราโทษสำหรับการพยายามกระทำความผิดของแต่ละประเทศกลับมีความแตกต่างกันออกไปตามแนวคิดในการลงโทษการพยายามกระทำความผิด ซึ่งมีแนวคิดหลักด้วยกัน 2 แนวคิด ประกอบได้ด้วย

2.1 ทฤษฎีการลงโทษในทางภาวะวิสัย (Objective Theory) เป็นทฤษฎีการลงโทษการพยายามกระทำความผิดที่มีพื้นฐานมาจากแนวคิดที่พิจรณาการกระทำเป็นหลัก[7] เหตุผลในการลงโทษการพยายามกระทำความผิดอยู่ที่ความเป็นอันตรายของการกระทำที่ระบุไว้ในองค์ประกอบความผิดเพียงอย่างเดียว[8] เมื่อความเป็นอันตรายของการพยายามกระทำความผิดย่อมมีน้อยกว่ากรณีความผิดสำเร็จเสมอ ทำให้อัตราโทษของการพยายามกระทำความผิดน้อยกว่ากรณีความผิดสำเร็จเช่นกัน แต่อย่างไรก็ตามในกรณีที่การกระทำนั้นไม่มีความเป็นอันตรายเลย เช่น ในกรณีการพยายามกระทำความผิดที่ไม่อาจบรรลุผลได้อย่างแน่แท้ จะไม่สามารถอาศัยทฤษฎีดังกล่าวลงโทษได้

2.2 ทฤษฎีการลงโทษในทางอัตวิสัย (Subjective Theory) เป็นทฤษฎีที่มีแนวคิดว่ากฎหมายอาญาควรลงโทษผู้กระทำตั้งแต่ผู้นั้นได้แสดงเจตนาออกให้ปรากฏภายนอกโดยการกระทำ โดยไม่คำนึงว่าผลแห่งการกระทำนั้นจะบรรลุผลตามเจตนาหรือไม่[9] เมื่อเจตนาของผู้กระทำในการกระทำความผิดทุกขั้นตอนล้วนเป็น “เจตนาเดียวกัน” ดังนั้นไม่ว่าการกระทำจะบรรลุผลหรือไม่จึงไม่สำคัญ ผู้กระทำย่อมต้องระวางโทษเท่ากันไม่ว่าจะเป็นการพยายามกระทำความผิดหรือความผิดสำเร็จ

ในขณะที่ประเทศไทยนอกจากจะมีการลงโทษการพยายามกระทำความผิดที่ไม่อาจบรรลุผลได้อย่างแน่แท้แล้ว อัตราโทษสำหรับการพยายามกระทำความผิดตามมาตรา 80 ยังเป็นเพียงสองในสามส่วนของโทษที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้น ๆ เท่านั้น แสดงให้เห็นว่าการอาศัยทฤษฎีใดเพียงทฤษฎีเดียวมาลงโทษการพยายาม

---

[6] คณิต ณ นคร, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 5*, น. 336.

[7] สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล,”การพยายามกระทำความผิดที่เป็นไปไม่ได้อย่างแน่แท้,” วารสารนิติศาสตร์, ฉบับที่ 4, ปีที่ 19, น. 50 (2535).

[8] สุรสิทธิ์ แสงวิโรจนพัฒน์, “ข้อความคิดและเหตุผลของการลงโทษการพยายามกระทำความผิดตามกฎหมายเยอรมัน,” ดุลพาห, ปีที่ 3, ฉบับที่ 56, น. 214, (กันยายน - ธันวาคม 2552).

[9] สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 7*, น. 51.

กระทำความผิดตามกฎหมายไทยไม่อาจทำได้ อย่างไรก็ตาม Professor Claus Roxin ได้เสนอทฤษฎีในการลงโทษการพยายามกระทำความที่อาจนำมาใช้อธิบายการลงโทษการพยายามกระทำความผิดตามกฎหมายไทยได้ โดยนำเอาสองทฤษฎีหลักข้างต้นมาผสมผสานกัน เรียกว่า “ทฤษฎีผสมผสานตามรูปแบบของ Roxin”

ทฤษฎีผสมผสานตามรูปแบบของ Roxin กล่าวว่าเหตุผลหลักในการลงโทษการพยายามกระทำความผิด คือ “ความเป็นภยันตรายที่ใกล้ชิดต่อองค์ประกอบความผิด” กล่าวคือ สาเหตุที่กฎหมายลงโทษการพยายามกระทำความผิด เพราะการพยายามกระทำความผิดมีความเป็นอันตราย แต่เมื่อความเป็นอันตรายนั้นมีน้อยกว่ากรณีความผิดสำเร็จ อัตราโทษสำหรับการพยายามกระทำความผิดจึงเบากว่ากรณีความผิดสำเร็จ ในขณะที่เหตุผลรองในการลงโทษการพยายามกระทำความผิด คือ “การละเมิดต่อบรรทัดฐานที่กระทบกระเทือนต่อกฎหมายที่ใกล้ชิดต่อการครบองค์ประกอบความผิด” หรือ เป็นการลงโทษผู้กระทำที่มีเจตนาจะกระทำความผิดนั่นเอง แม้ว่าการกระทำนั้นจะไม่ก่อให้เกิดอันตรายใด ๆ ก็ตาม ทำให้กฎหมายต้องลงโทษการพยายามกระทำความผิดที่ไม่อาจบรรลุผลได้อย่างแน่แท้ด้วย จะเห็นได้ว่าทฤษฎีผสมผสานตามรูปแบบของ Roxin สามารถนำมาใช้อธิบายถึงแนวทางในการลงโทษการพยายามกระทำความผิดตามกฎหมายไทยได้อย่างถูกต้องและเหมาะสม[10]

3. การพยายามทำให้แท้งลูกตามกฎหมายไทย

ความผิดฐานทำให้แท้งลูกเป็นความผิดที่ต้องการ “เจตนา” จึงอาจเป็นความผิดที่มีการพยายามกระทำความผิดได้เช่นเดียวกับในความผิดฐานอื่น แม้อาจมีบางกรณีที่กฎหมายยกเว้นโทษให้ก็ตาม แต่การ “พยายาม” ย่อมเกิดขึ้นได้เสมอ ซึ่งการพยายามทำให้แท้งลูกอาจเกิดขึ้นได้จาก 2 กรณี ดังนี้

3.1 การพยายามทำให้แท้งลูกที่กระทำไปไม่ตลอด เป็นกรณีที่ลงมือกระทำความผิดฐานทำให้แท้งลูกแล้ว แต่ผู้กระทำไม่อาจกระทำต่อไปได้เพราะถูกขัดขวางไว้ เช่น การที่ผู้ทำแท้งถูกจับกุมขณะกำลังลงมือทำแท้งหญิงในคลินิกทำแท้งเถื่อน เป็นเต้น กรณีดังกล่าวแม้จะเป็นกรณีที่พบได้บ่อย แต่ในกรณีแบบนี้จะไม่สามารถลงโทษผู้กระทำได้ เนื่องจากการทำแท้งในคลินิกทำแท้งเถื่อนมักเกิดจากความยินยอมของหญิงมีครรภ์เสมอ จึงเป็นกรณีของการทำให้หญิงแท้งลูก โดยหญิงยินยอมตามมาตรา 302 เมื่อเป็นเพียงการพยายามกระทำความผิด จึงไม่สามารถลงโทษผู้กระทำได้

3.2 การพยายามทำให้แท้งลูกที่กระทำไปตลอดแล้ว แต่การกระทำไม่บรรลุผล เป็นกรณีที่ลงมือกระทำความผิดฐานทำให้แท้งลูกไปครบทุกขั้นตอนแล้ว แต่เด็กคลอดออกมาอย่างมีชีวิต กรณีดังกล่าวก็เป็นเพียงการพยายามทำให้แท้งลูกเช่นเดียวกัน เนื่องจากไม่เกิดการแท้งเกิดขึ้น อย่างไรก็ตามปัญหามีอยู่ว่าหากเป็นกรณีที่ทารกคลอดออกมาในสภาพที่ไม่อาจมีชีวิตรอดต่อไปได้ เพียงแต่ในขณะคลอดยังมีชีวิต ความเห็นในทางวิชาการ[11]และคำพิพากษาศาลฎีกา[12]ไม่ถือว่าเป็นการแท้ง จึงเป็นเพียงการพยายามทำให้แท้งลูกเท่านั้น แต่ผู้กระทำกลับไม่ต้องมีความรับผิดในทางอาญาใด ๆ แม้ว่าในท้ายที่สุดแล้วทารกที่คลอดออกมาจะถึงแก่ความตายในภายหลังก็ตาม

4. การยกเว้นโทษการพยายามทำให้แท้งลูกตามกฎหมายไทย

การพยายามทำให้แท้งลูกที่จะได้รับการยกเว้นโทษตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 304 ต้องเป็นการพยายามกระทำความผิดในมาตรา 301 หรือ มาตรา 302 วรรคแรก เท่านั้น กล่าวคือ ต้องเป็นกรณีของการพยายามทำให้ตนเองแท้งลูก หรือการพยายามทำให้หญิงแท้งลูกโดยหญิงยินยอม และหญิงไม่ได้รับอันตรายสาหัสหรือเสียชีวิตเท่านั้น

เหตุผลในการยกเว้นโทษการพยายามทำให้แท้งลูกยังไม่ปรากฏแน่ชัด ศาสตราจารย์ ดร.ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ ให้ความเห็นว่า สาเหตุที่กฎหมายไม่ลงโทษหญิงมีครรภ์กรณีการพยายามกระทำความผิดฐานทำให้แท้งลูกตามมาตรา 301 เนื่องจากเป็นการกระทำต่อตนเองประกอบกับการไม่บรรลุผลในความผิดฐานทำให้แท้งลูก คือ การที่

---

[10] Vgl. Roxin, Strafrecht : Allgemeiner Teil, Brand II, 2003, บทที่ 29 หัวข้อที่ 10, อ้างถึงใน สุรสิทธิ์ แสงวิโรจนพัฒน *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 8*, น. 207.

[11] ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 2,* น. 250.

[12] คำพิพากษาฎีกาที่ 677/2510 (ปช.) น. 1012.

ทารกคลอดออกมาอย่างมีชีวิต เมื่อทารกคลอดออกมาอย่างมีชีวิตก็ย่อมต้องการการเลี้ยงดูจากผู้เป็นบิดามารดา การลงโทษหญิงมีครรภ์จะทำให้ไม่มีใครเลี้ยงดูทารก[13] อย่างก็ไรก็ตามผู้เขียนมีความเห็นว่าหญิงมีครรภ์ในฐานะเป็นผู้กระทำได้ลงมือทำแท้งโดยมีเจตนาเพื่อทำลายชีวิตในครรภ์ ซึ่งโดยส่วนมากแล้วมักเกิดจากความจำเป็นบางประการที่ไม่อาจเลี้ยงดูทารกต่อไปได้ การที่การกระทำไม่บรรลุผล ไม่ได้ทำให้ภาระที่เกิดจากการตั้งครรภ์ที่มีต่อหญิงมีครรภ์หมดไปในทุกกรณีแต่ประการใด การให้เด็กกลับไปอยู่ในความดูแลของผู้ซึ่งไม่ต้องการให้เขาเกิดมาตั้งแต่แรกไม่น่าใช่วิธีแก้ปัญหาที่ถูกต้อง ดังนั้นผู้เขียนจึงไม่เห็นด้วยกับการยกเว้นโทษให้กับผู้กระทำในทุกกรณีโดยอาศัยเหตุผลนี้

สำหรับเหตุผลในการยกเว้นโทษการพยายามกระทำความผิดฐานทำให้แท้งลูกตามมาตรา 302 วรรคแรก ศาสตราจารย์ ดร.ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ มีความเห็นว่า กรณีเป็นเรื่องไม่สำคัญ เนื่องจากทารกรอดชีวิต ประกอบกับหญิงให้ความยินยอม[14] จึงไม่มีความจำเป็นต้องลงโทษ แต่จากการศึกษาถึงวิธีการทำแท้งและผลข้างเคียงจากทำแท้งจะพบว่า วิธีการทำแท้งในหลาย ๆ วิธีนั้นแม้ว่าในท้ายที่สุดทารกจะคลอดออกมาอย่างมีชีวิต แต่อาจส่งผลให้เกิดอันตรายต่อทารกดังกล่าวได้ เช่น ทารกที่พิการตั้งแต่กำเนิด เป็นต้น นอกจากนั้นความยินยอมของหญิงแม้จะมีผลในการกำหนดฐานความผิดในทางอาญา แต่ก็ไม่อาจนำมาอ้างเป็นเหตุผลให้หลุดพ้นความรับผิดได้ไม่ เนื่องจากความปลอดภัยของหญิงมีครรภ์ในความผิดฐานทำให้แท้งลูกไม่ใช่สิ่งที่กฎหมายประสงค์จะคุ้มครอง โดยสังเกตได้จากการที่กฎหมายกำหนดให้หญิงที่ทำให้ตนเองแท้งลูกมีความผิด ซึ่งโดยหลักแล้วการทำร้ายร่างกายตนเองไม่อาจเป็นความผิดได้ แสดงให้เห็นว่ากฎหมายมุ่งคุ้มครองชีวิตในครรภ์มารดาเป็นหลักนั่นเอง

5. บทวิเคราะห์การยกเว้นโทษการพยายามทำให้แท้งลูกตามมาตรา 304

เมื่อพิจารณาจากเหตุผลในการลงโทษการพยายามกระทำความผิดกับเหตุผลในการยกเว้นโทษการพยายามทำให้แท้งลูกในทางวิชาการจะพบว่าไม่มีความสอดคล้องกันแต่อย่างใด ในขณะที่เหตุผลหลักในการลงโทษการพยายามกระทำความผิดคือ ความเป็นภยันตรายที่ใกล้ชิดต่อองค์ประกอบความผิด หากจะยกเว้นโทษการพยายามทำให้แท้งลูกก็ต้องแสดงให้เห็นว่าการพยายามทำให้แท้งลูกนั้นไม่มีความเป็นอันตราย หรือมีความเป็นอันตรายน้อยมากจนไม่มีความจำเป็นต้องลงโทษ ดังเช่นในความผิดลหุโทษ แต่การพยายามทำให้แท้งลูกกลับไม่เป็นเช่นนั้น เนื่องจากในการทำแท้งแม้ว่าสุดท้ายแล้วจะไม่บรรลุผล แต่ก็อาจก่อให้เกิดอันตรายต่อทารกที่มีชีวิตรอดจากการทำแท้งได้

ในขณะที่เหตุผลรองในการลงโทษการพยายามกระทำความผิด คือ การละเมิดต่อบรรทัดฐานที่กระทบกระเทือนต่อกฎหมายที่ใกล้ชิดต่อการครบองค์ประกอบความผิด หรือการมีเจตนาที่จะกระทำความผิด การจะยกเว้นโทษการพยายามทำให้แท้งลูกก็ต้องแสดงให้เห็นว่าผู้กระทำไม่มีเจตนาที่กระทำความผิดต่อไป หรือได้กระทำการบางอย่างอันเป็นการบรรเทาผลร้ายที่อาจเกิดจากการกระทำของตน ดังเช่นในเรื่องของการยกเว้นโทษการพยายามกระทำความผิดจากการถอนตัวจากการพยายามกระทำความผิดตามมาตรา 82 ซึ่งเป็นกรณีที่ผู้กระทำสมัครใจยุติการกระทำของตนก่อนที่จะกระทำการต่อไปให้ตลอด หรือสมัครใจแก้ไขการกระทำของตนก่อนที่การกระทำนั้นจะบรรลุผล โดยผู้ที่ถอนตัวจากการพยายามกระทำความผิดตามกรณีดังกล่าว จะได้รับการยกเว้นโทษจากการพยายามกระทำความผิดฐานนั้น ๆ

แต่ผู้กระทำซึ่งได้ประโยชน์ตามมาตรา 304 ไม่จำเป็นต้องแสดงให้เห็นเจตนาเช่นว่านั้น เพราะหากการกระทำนั้นไม่บรรลุผลโดยไม่สมัครใจ การกระทำของผู้กระทำก็จะถูกพิจารณาเป็นเพียงการพยายามกระทำความผิดและได้รับการยกเว้นโทษตามกฎหมายเช่นเดียวกัน

กล่าวโดยสรุปการยกเว้นโทษให้กับการพยายามกระทำความผิดฐานทำให้แท้งลูกตามมาตรา 304 ขัดกับเหตุผลให้การลงโทษการพยายามกระทำความผิด และทำให้ไม่สามารถบังคับใช้กฎหมายเกี่ยวความผิดฐานทำให้แท้งลูกได้อย่างเต็มประสิทธิภาพ ดังนั้นกฎหมายอาญาไทยจึงควรลงโทษการพยายามทำให้แท้งลูกเช่นเดียวกับการพยายามกระทำความผิดฐานอื่น

---

[13] ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 2,* น. 268.

[14] *เพิ่งอ้าง*, น. 268.

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

การยกเว้นโทษให้กับการพยายามกระทำความผิดฐานทำให้แท้งลูกก่อให้เกิดปัญหาในทางปฏิบัติ เนื่องจากทำให้การลงโทษผู้กระทำความผิดฐานทำให้แท้งลูกเป็นไปได้ยากมากขึ้น และยังส่งผลให้ผู้กระทำไม่ได้รับโทษที่เหมาะกับความร้ายแรงของการกระทำของตน นอกจากนั้นการยกเว้นโทษในความผิดฐานพยายามทำให้แท้งลูกยังมีความไม่สอดคล้องกับเหตุผลในการลงโทษการพยายามกระทำความผิดตามกฎหมายไทยอีกด้วย

ดังนั้นเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรมผู้เขียนขอเสนอให้มีการลงโทษการพยายามทำให้แท้งลูกเช่นเดียวกับความผิดฐานอื่น โดยเสนอให้มีการยกเลิกมาตรา 304 ซึ่งเป็นบทบัญญัติยกเว้นโทษการพยายามทำให้แท้งลูก

อย่างไรก็ตามในกรณีของมาตรา 301 ด้วยเหตุที่การทำแท้งเป็นการกระทำที่มักเกิดจากความจำเป็นของหญิงมีครรภ์เป็นส่วนใหญ่ การจะลงโทษผู้กระทำซึ่งเป็นหญิงมีครรภ์ในทุกกรณีจึงอาจก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมได้ ผู้เขียนจึงขอเสนอให้ศาลใช้ดุลพินิจในการยกเว้นโทษให้กับผู้กระทำที่เป็นหญิงมีครรภ์ได้ โดยพิจารณาจากความจำเป็นของหญิงมีครรภ์และเหตุอื่นประกอบกัน

ในขณะที่หากเป็นการกระทำของผู้ที่ไม่ใช่หญิงมีครรภ์ แม้ว่าจะได้กระทำไปโดยความยินยอมของหญิงมีครรภ์ตามมาตรา 302 ผู้เขียนมีความเห็นกฎหมายควรลงโทษการพยายามกระทำความผิดในกรณีนี้ในทุกกรณี

บรรณานุกรม

หนังสือและบทความในหนังสือ

เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1 บทบัญญัติทั่วไป. พิมพ์ครั้งที่ 10 (แก้ไขเพิ่มเติม). ประเทศไทย : สำนำพิมพ์พลสยาม พรินติ้ง, 2551.

คณิต ณ นคร. กฎหมายอาญา ภาคทั่วไป. พิมพ์ครั้งที่ 6. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2560.

ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ. คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคความผิดและลหุโทษ. พิมพ์ครั้งที่ 15. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2561.

บทความ

สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล. “การพยายามกระทำความผิดที่เป็นไปไม่ได้อย่างแน่แท้.” วารสารนิติศาสตร์. ฉบับที่ 4. ปีที่ 19. (2535).

สุรสิทธิ์ แสงวิโรจนพัฒน์. “ข้อความคิดและเหตุผลของการลงโทษการพยายามกระทำความผิดตามกฎหมายเยอรมัน.” ดุลพาห. ปีที่ 3. ฉบับที่ 56. (กันยายน - ธันวาคม 2552).

เอกสารอื่น ๆ

คำพิพากษาฎีกาที่ 677/2510 (ปช.)

ประมวลกฎหมายอาญา

BOOK

Vgl. Roxin. Strafrecht : Allgemeiner Teil. Brand II, 2003