การทำแท้งเสรี ไม่ใช่การทำแท้งถูกกฎหมาย

ภัทรวดี ยังน้อย*

บทนำ

การทำความเข้าใจเกี่ยวกับการทำแท้งเสรี มีการวิพากษ์วิจารณ์กันตามกระแสสังคมเป็นช่วง ๆ โดยการพิจารณาประกอบกับการทำแท้งที่เป็นความผิดตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายอาญาที่มีอยู่ในปัจจุบัน และข้อยกเว้นของกฎหมายที่ให้มีการทำแท้งได้โดยไม่มีความผิดหรือเรียกว่าทำแท้งถูกกฎหมาย เพื่อให้เห็นแง่มุมว่ากฎหมายบังคับใช้อยู่ในปัจจุบันมีความเหมาะสมดีพอแล้วหรือไม่ก่อนที่จะเสนอให้มีการแก้ไขกฎหมายให้มีการทำแท้งอย่างเสรีโดยไม่ผิดกฎหมาย หรือควรหาแนวทางอื่นนอกจากกฎหมายว่ามีความเหมาะสมและเกิดประสิทธิภาพมากกว่าเพียงใด

บทความนี้ จึงเป็นการนำเสนอประเด็นการทำแท้งถูกกฎหมาย โดยมีเหตุอันสมควรตามที่กฎหมายบัญญัติไว้กับการเสนอให้มีการทำแท้งเสรีว่ามีความแตกต่างกันอย่างไร รวมทั้งกรณี การทำแท้งที่เป็นความผิดตามกฎหมาย

คำสำคัญ : การทำแท้งถูกกฎหมาย การทำแท้งเสรี

ประเด็นปัญหาการทำแท้งเสรีไม่ใช่การทำแท้งถูกกฎหมาย

ประเทศไทยกำลังประสบปัญหาสังคมในหลาย ๆ ด้าน โดยเฉพาะอย่างยิ่งปัญหาเกี่ยวกับเด็กและเยาวชนที่เกิดจากพ่อแม่ที่ไม่พร้อมจึงทอดทิ้งลูกให้อยู่กับญาติ หรือพ่อแม่ทำงานโดยไม่มีเวลาในการอบรมสั่งสอนทำให้เด็กไปอยู่ในร้านเกม ในสถานบันเทิง หรือในแหล่งอบายมุข ซึ่งนำไปสู่ปัญหายาเสพติด

---

* อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ

ปัญหาโสเภณี หรือปัญหาการตั้งครรภ์ก่อนวัยอันควร และปัญหาการทำแท้งตามมา จนมาถึงปี พ.ศ. ๒๕๕๓ **ที่ผ่านมาเมื่อมีการพบศพทารกสองพันกว่าศพที่ วัดไผ่เงิน จึงทำให้กระแสสังคมออกมาวิพากษ์วิจารณ์กันอย่างกว้างขวาง** ซึ่งแท้จริงแล้วการทำแท้งในสถานรับทำแท้งเถื่อนถือว่าไม่ใช่เรื่องใหม่ในสังคมไทย ปัญหานี้มีการนำมาขบคิดกันอยู่บ่อยครั้งแต่เฉพาะกรณีที่มีข่าวบางช่วงเท่านั้น แล้วกระแสความคิดเห็นเกี่ยวกับการทำแท้งก็จางหายไปโดยไม่มีการแก้ปัญหาทั้งในด้านสังคมหรือกฎหมายอย่างใด จนทำให้มีผู้ออกมาให้ความคิดเห็นว่าการทำแท้งกำลังเป็นเรื่องธรรมดาของสังคมไทย ที่มีแนวคิดด้านการมีเพศสัมพันธ์อย่างเสรีว่าเป็น "กิเลสนิยม"

การทำแท้งจึงเป็นผลที่ตามมาจากพวกกิเลสนิยมจนเป็นปัญหาสังคมมากขึ้นทุกวันและนำไปสู่การเสนอความคิดเห็นให้มีการทำแท้งอย่างเสรี ซึ่งฝ่ายที่สนับสนุนในด้านสังคมก็มองว่าเป็นการแก้ปัญหาการทอดทิ้งเด็ก ทำให้เกิดปัญหาเด็กเร่ร่อนจนนำไปสู่ปัญหาการเป็นอาชญากรในอนาคต ซึ่งก็จะวนกลับมาเป็นปัญหาสังคมในด้านต่าง ๆ อีกมากมาย แต่ในมุมมองของคนที่ยึดถือด้านศีลธรรมก็มองว่าเป็นการสนับสนุนให้มีการทำบาปแบบไร้จิตสำนึกและขัดต่อหลักศาสนาพุทธโดยสิ้นเชิง

จากความคิดเห็นในเรื่องการทำแท้งตามที่ได้กล่าวมาไม่ว่าจะเป็นทางใดทุกความเห็น ต่างก็มีเหตุผลด้วยกันทั้งสิ้น แต่ในแง่มุมของนักกฎหมายผู้เขียนต้องการให้มีการทำความเข้าใจ การทำแท้งเสรีกับการทำแท้งถูกกฎหมายเสียก่อนว่าเป็นเรื่องเดียวกันหรือไม่ โดยทั่วไปทุกคนย่อมเข้าใจดีว่าการทำแท้งเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งมีการบัญญัติไว้หลายมาตราตั้งแต่มาตรา ๓๐๑ ถึงมาตรา ๓๐๕ โดยบทบัญญัติในมาตรา ๓๐๑ ถึงมาตรา ๓๐๔ เป็นบทบัญญัติที่กฎหมายกำหนดการกระทำที่เป็นการทำแท้งที่เป็นความผิดกฎหมายดังนี้

มาตรา ๓๐๑ หญิงใดทำให้ตนเองแท้งลูก หรือยอมให้ผู้อื่นทำให้ตนแท้งลูก ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน ๓ ปี หรือปรับไม่เกิน ๖,๐๐๐ บาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

องค์ประกอบ

๑. หญิงใด

๒. ทำให้ตนเองแท้งลูกหรือยอมให้ผู้อื่นทำให้ตนแท้งลูก

๓. เจตนา

ผู้กระทำคือ **หญิงใด** จะเห็นได้ว่ามาตรา ๓๐๑ นั้น**ผู้ที่กระทำความผิดจะต้องเป็นหญิงที่ตั้งครรภ์เท่านั้น**

การกระทำคือ ทำให้ตนเองแท้งลูก **ซึ่งไม่จำกัดวิธี** อาจจะใช้กำลังทำร้ายตนเองหรือยอมให้ผู้อื่นใช้กำลังทำร้ายตนเองหรือทุบถีบที่หน้าท้องหรือใช้วิธีอื่น เช่น กินยาบางประเภทเพื่อให้เด็กที่อยู่ในครรภ์ไม่สามารถคลอดแล้วรอดอยู่ออกมาเป็นบุคคลหรือคลอดออกมาแล้ว แต่ไม่มีสภาพเป็นบุคคล

คำว่า **"แท้งลูก"** หมายถึง การทำให้เด็กที่ปฏิสนธิขึ้นในครรภ์ของหญิงถูกทำลายก่อนที่จะคลอด หรือแม้แต่คลอดออกมาแล้ว**ไม่มีสภาพเป็นบุคคล** ดังนั้นการแท้งลูกอาจจะแท้งตั้งแต่เด็กนั้นอยู่ในครรภ์มารดา หรือเด็กนั้นอาจจะคลอดออกมาแล้ว**แต่ยังไม่มีสภาพเป็นบุคคลคือถึงแก่ความตายไปเสียก่อน** ก็อยู่ในความหมายของคำว่าแท้งลูกทั้งสิ้น **แต่ถ้าเด็กคลอดออกมามีชีวิตเพียงชั่ววินาทีเดียว**แล้วถึงแก่ความตายเช่นนี้ไม่ใช่เป็นแท้งลูกตามความหมายของประมวลกฎหมายอาญา แต่อาจจะเป็นตามความรู้สึกหรือความเข้าใจของบุคคลโดยทั่วไป ดังนั้นการที่ทำให้เด็กคลอดออกมาก่อนกำหนดแต่เด็กมีชีวิตอยู่แล้วตายลงในระยะเวลาต่อมา จึงไม่ใช่ทำให้แท้งลูกสำเร็จตามความหมายของกฎหมาย (คำพิพากษาฎีกาที่ ๗๘๘/๒๕๑๐ ประกอบกับฎีกา ๕๖๖/๒๕๐๒)

ในมาตรา ๓๐๑ **หญิงนั้นอาจจะไม่ทำให้ตนเองแท้งลูกเองหรืออาจจะให้คนอื่นเป็นผู้กระทำก็ได้** หญิงนั้นก็ยังคงมีความผิดอยู่นั่นเอง แต่ขอให้สังเกตว่าเป็นกรณีที่หญิงยินยอม ถ้าหญิงไม่ยินยอมก็ย่อมไม่เป็นความผิด ส่วนในแง่ของตัวผู้กระทำถ้าหญิงยินยอมก็ต้องพิจารณาตามมาตรา ๓๐๒ **ถ้าเป็นกรณีหญิงไม่ยินยอมแม้หญิงไม่ผิดแต่ตัวผู้กระทำก็จะต้องรับผิดตามมาตรา ๓๐๓** ซึ่งความยินยอมในที่นี้ต้องเกิดจากความยินยอมโดยสมัครใจ ไม่ใช่เพราะถูกบังคับหลอกลวงหรือทำให้เกิดความสำคัญผิด

เจตนา คือมีเจตนาตามธรรมดา โดยประสงค์ต่อผลหรือย่อมเล็งเห็นผลที่จะทำให้ตนเองแท้งลูก

มาตรา ๓๐๒ ผู้ใดทำให้หญิงแท้งลูกโดยหญิงนั้นยินยอม ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน ๕ ปี หรือปรับไม่เกิน ๑๐,๐๐๐ บาทหรือทั้งจำทั้งปรับ

ถ้าการกระทำนั้นเป็นเหตุให้หญิงรับอันตรายสาหัสอย่างอื่นด้วย ผู้กระทำต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน ๗ ปี หรือปรับไม่เกิน ๑๔,๐๐๐ บาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ถ้าการกระทำนั้นเป็นเหตุให้หญิงถึงแก่ความตาย ผู้กระทำต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน ๑๐ ปี และปรับไม่เกิน ๒๐,๐๐๐ บาท

องค์ประกอบ

๑. ผู้ใด

๒. ทำให้หญิงแท้งลูกโดยหญิงนั้นยินยอม

๓. เจตนา

คำว่า **"ผู้ใด"** ในมาตรา ๓๐๒ ไม่จำกัดว่าต้องเป็นชายหรือหญิง จะเป็นความผิดตามมาตรา ๓๐๒ นั่นต้องเป็นเรื่องหญิงยินยอม และ**ผู้กระทำเริ่มต้นด้วยเจตนาที่จะทำแท้ง** เมื่อมีการแท้งลูกเกิดขึ้นก็คงมีความผิดตามมาตรา ๓๐๒ วรรคแรก อย่างไรก็ตามหากการทำแท้งนั้นเล็งเห็นผลว่าหญิงจะต้องได้รับบาด

เจ็บจากการเตะ การถีบ หรือการเอานิ้วกรีดที่หน้าท้องจงเป็นการทำร้ายตามมาตรา ๒๙๕ เมื่อเกิดผลคือทำให้หญิงแท้งลูกก็ย่อมเป็นความผิดตามมาตรา ๒๙๗ (๕) อีกบทหนึ่งด้วย เป็นการกระทำกรรมเดียวผิดต่อกฎหมายหลายบทต้องลงโทษตามมาตรา ๒๙๗ (๕) ซึ่งเป็นบทหนัก

มาตรา ๓๐๒ วรรคสอง

ต้องเป็นเรื่องหญิงได้รับ**อันตรายสาหัสอย่างอื่น**คือ หมายความว่าต้องเป็นกรณีตามมาตรา ๒๙๗ (๑) ถึง (๘) แต่ไม่ใช่ (๕) เพราะ (๕) นั้นเป็นองค์ประกอบความผิดตามมาตรา ๓๐๒ อยู่แล้ว ตัวอย่าง เช่น หญิงยินยอมให้ชายทำให้แท้งลูกโดยการทำร้ายร่างกาย กรณีเช่นนี้เป็นความผิดตามมาตรา ๓๐๒ วรรคแรก และเป็นความผิดตามมาตรา ๒๙๗ (๕) เพราะเล็งเห็นผลได้อยู่ในตัวว่า การใช้กำลังทำร้ายเป็นการทำร้ายและเมื่อเป็นเหตุให้หญิงแท้งลูกจึงเป็นอันตรายสาหัสตามมาตรา ๒๙๗ (๕) **หากการทำแท้งนั้นเป็นเหตุให้หญิงเสียความสามารถในการสืบพันธุ์**นอกจากเป็นความผิดตามมาตรา ๒๙๗(๕) และมาตรา ๒๙๗ (๒) เพิ่มเข้ามาอีกอนุมาตราหนึ่งแล้ว และยังเป็นความผิดตาม**มาตรา ๓๐๒ วรรคสองอีกด้วย เพราะเป็นเหตุให้หญิงได้รับอันตรายสาหัสอย่างอื่น ซึ่งในที่นี้ก็คือการเสียความสามารถในการสืบพันธุ์** อย่างไรก็ตามตามมาตรา ๓๐๒ วรรคสองนั้นโทษเบากว่ามาตรา ๒๙๗ กล่าวคือโทษตามมาตรา ๒๙๗ นั้นถึง ๑๐ ปี ต้องลงโทษบทหนักตามมาตรา ๒๙๗ อยู่นั่นเอง **แต่ถ้าเป็นกรณีหญิงไม่ยินยอม** ผู้กระทำจะมีความผิดตามมาตรา ๒๙๗ (๒) และ (๕) และมีความผิดตามมาตรา ๓๐๓ วรรคสอง ซึ่งมีโทษตั้งแต่ ๑ ปี ถึง ๑๐ ปี ในกรณีเช่นนี้ ต้องลงโทษตามมาตรา ๓๐๓ วรรคสอง ซึ่งเป็นบทหนักกว่า

มาตรา ๓๐๓ ผู้ใดทำให้หญิงแท้งลูกโดยหญิงนั้นไม่ยินยอม ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน ๗ ปี หรือปรับไม่เกิน ๑๔,๐๐๐ บาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ถ้าการกระทำนั้นเป็นเหตุให้หญิงรับอันตรายสาหัสอย่างอื่นด้วยผู้กระทำต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ ๑ ปี ถึง ๑๐ ปี และปรับตั้งแต่ ๒,๐๐๐ บาท ถึง ๒๐,๐๐๐ บาท

ถ้าการกระทำนั้นเป็นเหตุให้หญิงถึงแก่ความตาย ผู้กระทำต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ ๕ ปี ถึง ๒๐ ปี และปรับตั้งแต่ ๑๐,๐๐๐ บาท ถึง ๔๐,๐๐๐ บาท

การกระทำความผิดตามมาตรา **๓๐๓ ไม่แตกต่างไปจากมาตรา ๓๐๒ เพียงแต่ว่ากรณี** ตามมาตรา **๓๐๓ นั้น หญิงไม่ยินยอม** เมื่อหญิงไม่ยินยอมโทษในทางกฎหมายจึงเปลี่ยนแปลง

มาตรา ๓๐๔ ผู้ใดเพียงแต่พยายามกระทำความผิดตามมาตรา ๓๐๑ หรือมาตรา ๓๐๒ วรรคแรก ผู้นั้นไม่ต้องรับโทษ

กรณีที่หญิงทำให้ตนเองแท้งลูกมีบทบัญญัติเพียงวรรคเดียว ดังนั้นแม้หญิงจะได้รับอันตรายสาหัส หญิงนั้นก็ยังคงได้รับการยกเว้นโทษอยู่ตามมาตร ๓๐๔

จากบทบัญญัติของประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๑ ถึงมาตรา ๓๐๔ จะเห็นได้ว่าหญิงที่ตั้งครรภ์ทำแท้งด้วยตนเองหรือยินยอมให้บุคคลอื่นทำแท้งให้ หญิงนั้นก็มีความผิดตามกฎหมาย ส่วนผู้อื่นที่ทำให้หญิงนั้นแท้งลูกไม่ว่าหญิงนั้นจะยินยอมหรือไม่ ผู้กระทำให้หญิงแท้งย่อมมีความผิดตามกฎหมาย ดังนั้นสถานรับทำแท้งเถื่อนจึงมีความผิดแม้ว่าหญิงนั้นจะไปใช้บริการด้วยความยินยอมก็ตาม แต่กฎหมายมีข้อยกเว้นไว้ในมาตรา ๓๐๕ ดังนี้

มาตรา ๓๐๕ ถ้าการกระทำความผิดดังกล่าวในมาตรา ๓๐๑ และ ๓๐๒ นั้นเป็นการกระทำของนายแพทย์และ

(๑) จำเป็นต้องกระทำเนื่องจากสุขภาพของหญิงนั้น หรือ

(๒) หญิงมีครรภ์เนื่องจากการกระทำความผิดอาญา ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา ๒๗๖ มาตรา ๒๗๗ มาตรา ๒๘๒ มาตรา ๒๘๓ หรือมาตรา ๒๘๔

ผู้กระทำไม่มีความผิด

ข้อสังเกต

๑. การกระทำตามมาตรา ๓๐๕ **นั้นต้องเป็นการกระทำของแพทย์** ดังนั้นหญิงที่ทำให้ตนเองแท้งลูกตามมาตรา ๓๐๑ จะไม่มีความผิดถ้าหญิงที่ตั้งครรภ์นั้นเป็นแพทย์ แต่ถ้าหญิงไม่ได้ทำเองยอมให้ผู้อื่นกระทำถ้าผู้อื่นที่กระทำเป็นแพทย์ก็ตกอยู่ในความหมายของมาตรา ๓๐๕ เช่นเดียวกัน

๒. มาตรา ๓๐๕ นี้คุ้มครองแต่เฉพาะ**กรณีที่หญิงยินยอมเท่านั้น** เพราะฉะนั้นถ้าหญิงไม่ยินยอมก็ไม่มีทางที่จะเข้าหลักเกณฑ์ตามมาตรา ๓๐๕ ได้ มาตรา ๓๐๕ **ไม่ได้คลุมถึงกรณีตามมาตรา ๓๐๓** แต่อย่างไรก็ตามเมื่อเป็นการกระทำของแพทย์แม้จะเป็นอันตรายสาหัสหรือมีความตายเกิดขึ้นในเวลาต่อมาถ้าเข้าหลักเกณฑ์มาตรานี้แพทย์ไม่มีความผิด

๓. เหตุที่จะนำมาประกอบทำให้ผู้กระทำที่เป็นแพทย์ไม่ต้องรับผิดก็คือการกระทำนั้นต้องกระทำไปเพื่อ**ความจำเป็นเนื่องมาจากสุขภาพของหญิงนั้น** แม้กฎหมายจะไม่ได้เขียนว่าอันตรายต่อสุขภาพของหญิงนั้นจะต้องถึงขั้นรุนแรง แต่ก็เป็นที่เข้าใจได้ว่าน่าจะต้องถึงขนาดรุนแรงที่สมควรจะทำแท้งโดยเอาความรู้สึกของบุคคลธรรมดาทั่ว ๆ ไปมาเป็นข้อประกอบการพิจารณา มีข้อน่าคิดว่าถ้าข้อเท็จจริงแน่ชัด

ว่าเด็กที่คลอดออกมานั้นจะ**พิการแขนขาหรือตาบอด** เช่นนี้เป็นเหตุที่จะทำแท้งแล้วไม่เป็นความผิดหรือไม่ พิจารณาตามตัวบทจะเห็นได้ว่ากฎหมายคุ้มครองแต่เฉพาะมารดาเท่านั้นไม่ได้ไปคุ้มครองถึงเด็ก

๔. ส่วนกรณีตามอนุมาตราสองนั้นไม่ใช่เป็นเรื่องเพื่อสุขภาพของหญิงแต่เนื่องจากหญิง ถูกกระทำความผิดตามมาตรา ๒๗๖ คือความผิดฐานข่มขืน มาตรา ๒๗๗ ฐานกระทำชำเรา มาตรา ๒๘๒, ๒๘๓ หรือ ๒๘๔ ก็เป็นเรื่องฐานจัดหาหญิงหรือพาหญิงไปเพื่อการอนาจาร **ในกรณีนี้ก็เห็นได้อยู่ในตัวว่าหญิงนั้นต้องชอกช้ำอยู่แล้ว** ที่ตนเป็นเหยื่ออาชญากรรมจากการกระทำความผิดดังกล่าวแต่ยังต้องมาเลี้ยงลูกซึ่งเกิดจากโจรอีกก็เป็นการซ้ำเติมอีกชั้นหนึ่ง เช่นนี้กฎหมายจึงให้ความคุ้มครองที่จะให้หญิงนั้นทำแท้ง

จากบทบัญญัติของมาตรา ๓๐๕ ทำให้เห็นได้ว่าการกระทำที่ถือว่าเป็นการทำแท้งตามมาตรา ๓๐๑ และมาตรา ๓๐๒ ที่เป็นความผิดตามกฎหมาย ผู้กระทำจะไม่มีความผิดกฎหมายตามบทบัญญัตินั้น ๆ จึงอาจเรียกได้ว่า เป็นการทำแท้งที่ถูกกฎหมาย ซึ่งจะเห็นได้ว่าต้องมีลักษณะสำคัญ ๒ ประการประกอบกันคือ ประการที่หนึ่ง ผู้กระทำต้องมีคุณสมบัติเป็นแพทย์ และประการที่สอง การแท้งนั้นต้องมีเหตุแห่งความจำเป็นในการทำแท้งเฉพาะที่กฎหมายกำหนดไว้ ๒ ข้อเท่านั้น **จึงทำให้เห็นได้ว่าการทำแท้งถูกกฎหมายเป็นการทำแท้งที่อยู่บนเหตุผลอันสมควร แก่หญิงผู้ตั้งครรภ์ในสภาพที่ไม่พร้อมทั้งทางด้านร่างกายและสังคม แต่ถ้าการทำแท้งเสรีเป็น การเรียกร้องให้มีการยกเลิกบทบัญญัติการทำแท้ง มาตรา ๓๐๑-๓๐๒ อันเป็นการกระทำที่เป็นความผิด ตามกฎหมาย โดยไม่มีเหตุผลอันสมควรเหมือนกับการทำแท้งถูกกฎหมายตามมาตรา ๓๐๕ ดังที่ได้กล่าวมาแล้ว**

ท้ายที่สุดนี้ผู้เขียนมีความคิดเห็นว่าการแก้ไขกฎหมายเป็นการแก้ปัญหาที่ปลายเหตุ เพราะถึงแม้จะมีกฎหมายหรือไม่มีกฎหมายการทำแท้ง ปัญหาการตั้งครรภ์โดยไม่พร้อมหรือไม่ได้ตั้งใจ ก็ยังคงเป็นปัญหาสังคมที่แสดงให้เห็นถึงการขาดจิตสำนึกในด้านความรับผิดชอบของเยาวชน หรือชายหญิงที่รักสนุกและหากยังปล่อยให้มีการวิพากษ์วิจารณ์กันไปตามกระแสข่าวแล้วก็จางหายไป โดยไม่หาวิธีการปลูกจิตสำนึกด้านศีลธรรมให้แก่เยาวชน การแก้ไขกฎหมายให้มีโทษหนักขึ้นหรือไม่มีกฎหมายก็ไม่ทำให้ปัญหาลดลงจากสังคมได้ แต่อาจจะทำให้ปัญหามีมากขึ้นอีกด้วย

บรรณานุกรม

ไกรฤกษ์ เกษมสันต์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๒๘๘ - มาตรา ๓๖๖ ,สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, กรุงเทพฯ. ๒๕๕๐