

โครงสร้างความรับผิดชอบทางอาญาในความผิด
ฐานหญิงอายุครรภ์เกินสิบสองสัปดาห์ทำให้
ตนเองแท้งลูกหรือยอมให้ผู้อื่นทำให้แท้งลูก
Criminal liability structure for a woman
over twelve weeks of pregnancy causing
her own miscarriage or allowing someone
else to cause an abortion

วิรัตน์ นาทิพเวทย์*

Virat Natipvad

■ บทคัดย่อ

บทความวิชาการฉบับนี้มีวัตถุประสงค์เพื่ออธิบายความรับผิดชอบทางอาญาในความผิดฐานหญิงอายุครรภ์เกินสิบสองสัปดาห์ทำให้ตนเองแท้งลูกหรือยอมให้ผู้อื่นทำให้แท้งลูกตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 301 โดยผู้เขียนนำโครงสร้างความรับผิดชอบทางอาญามาเป็นเครื่องมือในการอธิบาย จากการศึกษพบว่า ประการที่หนึ่งประมวลกฎหมายอาญามาตรา 301 ลงโทษเฉพาะหญิงมีอายุครรภ์เกิน 12 สัปดาห์เท่านั้น กฎหมายไม่ได้กำหนดเงื่อนไขของการยุติการตั้งครรภ์แต่อย่างใดว่าหญิงที่มีอายุครรภ์ไม่เกิน 12 สัปดาห์ต้องอยู่ในความดูแลและให้คำปรึกษาของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม ประกอบกับข้อมูลของกรมอนามัย สำนักงานอนามัยการเจริญพันธุ์ ในปี 2562 พบว่า อัตราการคลอดแบบมีชีพเด็กในช่วงวัย 10 ถึง 14 ปี เท่ากับ 1.1 ต่อ 1 พันคน และอัตราการคลอดแบบมีชีพของหญิงอายุ 15-19 ปี เท่ากับ 31.3 ต่อ 1 พันคน ดังนั้น การยุติการตั้งครรภ์ของเด็กที่ยังไม่บรรลุนิติภาวะนั้น เมื่อกฎหมายเปิดกว้างให้สามารถทำแท้งได้ด้วยตนเองโดยไม่ต้องอยู่ในความดูแลและให้คำปรึกษาของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม อาจทำให้เด็กเป็นอันตรายจากการยุติการตั้งครรภ์ หรือเด็กเลือกใช้บริการคลินิกเถื่อนได้

* อาจารย์, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยทักษิณ

ประการที่สอง ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 305 เป็นกฎหมายที่ยกเว้นความผิดให้กับหญิงมีครรภ์ที่มีอายุครรภ์เกิน 12 สัปดาห์ และผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม รวมถึงผู้ที่ทำภายใต้การดูแลของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม ด้วย ทั้งนี้ ต้องอาศัยข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมตาม มาตรา 305 แห่งประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2564 ทั้งนี้ ตามข้อ 5 ของข้อบังคับแพทยสภา ดังกล่าว การยุติการตั้งครรภ์ในหญิงซึ่งอยู่ในสภาวะที่เกี่ยวข้องกับความผิดปกติทางด้านร่างกายหรือจิตใจที่ไม่สามารถตัดสินใจได้ด้วยตนเอง ต้องได้รับความยินยอมจากผู้แทนโดยชอบด้วยกฎหมาย หรือผู้ปกครองดูแล การที่ข้อบังคับแพทยสภา กำหนดให้ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมเป็นผู้ตัดสินใจในการยุติการตั้งครรภ์เพื่อประโยชน์สูงสุดของหญิงในกรณีผู้แทนโดยชอบด้วยกฎหมาย หรือผู้ปกครองดูแล ไม่ให้ความยินยอมโดยไม่มีเหตุอันสมควร หรือมีประโยชน์ขัดกันกับหญิง ซึ่งโดยหลักแล้วสิทธิในการตัดสินใจยุติการตั้งครรภ์เป็นสิทธิของหญิงโดยแท้ ประกอบกับเงื่อนไขในการยุติการตั้งครรภ์โดยชอบด้วยกฎหมายตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 305 (1) เป็นกรณีที่จำต้องกระทำเนื่องจากหากหญิงตั้งครรภ์ต่อไปจะเสี่ยงต่อการได้รับอันตรายต่อสุขภาพกาย หรือจิตใจของหญิงนั้น และประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 305 (2) จำเป็นต้องกระทำเนื่องจากมีความเสี่ยงอย่างมากหรือมีเหตุผลทางการแพทย์อันควรเชื่อได้ว่า หากทารกคลอดออกมาจะมีความผิดปกติถึงทุพพลภาพอย่างร้ายแรง ดังนั้น กฎหมาย

ควรให้ผู้ประกอบวิชาชีพตัดสินใจตัดสินใจเฉพาะกรณีจำเป็นเร่งด่วนที่เกี่ยวข้องกับสุขภาพของหญิงเท่านั้น ซึ่งหากไม่ยุติการตั้งครรภ์โดยเร็วจะทำให้หญิงมีครรภ์ถึงแก่ชีวิต หรือได้รับอันตรายสาหัส ส่วนกรณีที่ไม่จำเป็นเร่งด่วนไม่ถึงขนาดที่หากไม่ยุติการตั้งครรภ์โดยเร็วจะทำให้หญิงมีครรภ์ถึงแก่ชีวิต หรือได้รับอันตรายสาหัส หรือ กรณีตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 305 (2) การยุติการตั้งครรภ์ดังกล่าวนี้ ควรมีมาตรการทางกฎหมายให้ศาลเป็นคนกลางในการตัดสินใจ โดยถือเอาคำพิพากษาของศาลแทนการแสดงเจตนาเพื่อให้ก่อประโยชน์สูงสุดแก่หญิงมากที่สุด และเพื่อแก้ปัญหาการโต้แย้งในภายหลังหากหญิงที่ตั้งครรภ์หายจากภาวะผิดปกติทางด้านร่างกายหรือจิตใจที่ไม่สามารถตัดสินใจได้ด้วยตนเองโต้แย้งว่าผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมทำการยุติการตั้งครรภ์โดยไม่ได้รับความยินยอมจากตน

คำสำคัญ: การทำแท้งโดยชอบด้วยกฎหมาย, การยุติการตั้งครรภ์, โครงสร้างการรับผิดชอบทางอาญา, หญิงที่ตั้งครรภ์, อายุครรภ์เกิน 12 สัปดาห์

■ Abstract

This paper aims to explain the criminal liability of a woman with over twelve weeks of pregnancy causing a miscarriage of herself or allowing other persons to cause an abortion under the Section 301 of the Criminal Code as an explanation tool.

Firstly, it was found that Section 301 of the Criminal Code only applies to women with over 12 weeks of pregnancy. The law does not specify whether a woman with a pregnancy up to 12 weeks of gestation is required to be under the care and consultation of a qualified medical practitioner. Moreover, from the information of the Department of Health, Bureau of Reproductive Health in 2019, the live birth ratio of children between the ages of 10 to 14 was found to be 1.1 per 1,000 whereas the live birth ratio of women aged 15-19 years was 31.3 per 1,000. Consequently, since the self-abortion without the supervision and consultation of the medical practitioner is allowed by the law, termination of pregnancy of an underage child could endanger the child or encourage them to opt for illegal clinic service. Secondly, the Section 305 of the Criminal Code has described the offence exemption for pregnant women with over 12 weeks of pregnancy and medical practitioners, including those performed under the supervision of a medical practitioner. This is subjected to the Medical Council Regulation on Criteria for Termination of a Medical Pregnancy of a Medical Practitioner under Section 305 of the Criminal Code B.E. 2021. In accordance with Article 5 of the Medical Council of Thailand regulations, the termination of pregnancy for women in conditions related

to physical or mental disorders that are unable to make their own decisions, the consent of lawful representative or caregiver is required. Based on the regulations of the Medical Council, in case legal representatives or caregivers are not able to give a consent without sensible reason or any conflict of interest is concerned, the pregnancy termination will be legitimately depending on the women's decision. In addition, the pregnancy termination must be done if there is a mental or physical health risk to the pregnant women in line with the conditions for legal termination of pregnancy under the Criminal Code, Section 305 (1). Besides, according to the Criminal Code, Section 305 (2), pregnancy termination has to be done if there are substantial risks or convincing medical reasons of serious deformities and disabilities to the newborn baby. Therefore, the law should specifically allow legal practitioners to make a decision only in urgent case related to women's health or serious harm. In case of non-urgent condition or non-fatal required pregnancy termination in line with the Criminal Code, Section 305 (2), legal measures by the court as a decision-making mediator must be implemented. Consequently, the judgment of the court can be intentionally expressed the most benefit to the pregnant women as well as the legal resolutions of pregnant women for

any argument involving with their physical or mental disorders to the non-consensual pregnancy termination by the medical practitioner.

Keywords : legal abortion, termination of pregnancy, criminal liability structure, pregnant woman, over 12 weeks of gestational age

■ บทนำ

ปัญหาการทำแท้งเป็นปัญหาที่เกิดขึ้นในสังคมไทยมาช้านาน ในอดีตเราเรียกการทำแท้งว่า “รีดลูก” ซึ่งปรากฏตามกฎหมายตราสามดวงในพระธรรมนูญ มาตรา 4 (คนพล จันทร์หอม, 2564) การรีดลูกนั้นมีลักษณะของการกระทำเช่นเดียวกับการทำให้แท้งลูก กล่าวคือ เป็นการกระทำใดๆ ที่เป็นเหตุให้เด็กในครรภ์ของหญิงออกมาจากครรภ์ในลักษณะไม่มีชีวิต (หยุด แสงอุทัย, 2561) ในเวลาต่อมากฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ก็ได้มีการบัญญัติลงโทษการทำแท้งลูก ซึ่งได้บัญญัติไว้ในมาตรา 260¹ โดยมีเนื้อหาว่าลงโทษหญิงที่รีดลูกให้แท้ง หรือ

ยอมให้คนอื่นรีดลูกให้แท้ง และมาตรา 261² ได้บัญญัติโดยมุ่งลงโทษบุคคลอื่นที่รีดลูกของหญิง แม้ว่าหญิงจะยินยอมก็ตาม เห็นได้ว่าเป็นการบัญญัติกฎหมายที่มุ่งประสงค์จะลงโทษทางอาญาแก่หญิงและบุคคลอื่นที่ทำให้หญิงแท้งลูกไม่ว่าหญิงจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม

ต่อมาได้มีการบัญญัติเป็นความผิดอีกครั้งในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 301³ 302⁴ และมาตรา 303⁵ เป็นการบัญญัติกฎหมายที่มุ่งจะลงโทษการทำแท้งเช่นเดียวกับกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ซึ่งเป็นการบัญญัติกฎหมายที่มุ่งคุ้มครองสิทธิในชีวิตที่อยู่ในครรภ์มารดาโดยคุ้มครองตั้งแต่การปฏิสนธิจนถึงคลอด ดังนั้น คุณธรรมทางกฎหมายของมาตรา 301 ถึงมาตรา 303 คือ “ชีวิตในครรภ์มารดา” (คณิต ณ นคร, 2545) แสดงให้เห็นว่ากฎหมายอาญาของไทยในอดีตถือว่าการทำให้แท้งลูกเป็นการกระทำที่ละเมิดต่อกฎหมาย เป็นการกระทำที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ผู้กระทำความผิดถูกลงโทษทางอาญา และเป็นการคุ้มครองสิทธิในชีวิตของทารกในครรภ์มารดาสูงยิ่งกว่าสิทธิในชีวิตและร่างกายของหญิงที่ตั้งครรภ์ ดังนั้น มาตรการทางกฎหมายที่ผ่านมามองว่า การทำแท้ง เป็น

¹ กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 มาตรา 260 บัญญัติว่า “หญิงใดรีดลูกให้แท้งก็ดี มันยอมให้คนอื่นรีดลูกให้แท้งก็ดี ท่านว่ามันมีความผิด ต้องระวางโทษจำคุกเป็น 3 สถาน คือ สถานหนึ่งให้จำคุกไม่เกินกว่าสามปี สถานหนึ่งให้ปรับไม่เกินกว่าร้อยบาท สถานหนึ่งให้ลงโทษทั้งจำทั้งปรับเช่นว่ามาแล้วด้วยกัน”

² กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 มาตรา 261 บัญญัติว่า “ผู้ใดรีดลูกเขาให้แท้ง แม้ว่าหญิงยอมให้มันรีดก็ดี ท่านว่ามันมีความผิด ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่เดือนหนึ่งขึ้นไปจนถึงสามปี และให้ปรับตั้งแต่ยี่สิบบาทขึ้นไปจนถึงห้าร้อยบาท ด้วยอีกโสดหนึ่ง”

³ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 301 บัญญัติว่า “หญิงใดทำให้ตนเองแท้งลูก หรือยอมให้ผู้อื่นทำให้ตนแท้งลูก ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

⁴ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 302 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “ผู้ใดทำให้หญิงแท้งลูกโดยหญิงนั้นยินยอม ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

⁵ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 303 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “ผู้ใดทำให้หญิงแท้งลูกโดยหญิงนั้นไม่ยินยอม ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินเจ็ดปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นสี่พันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

อาชญากรรมมีความผิดและโทษทางอาญา โดยใช้กฎหมายอาญาเป็นเครื่องมือในการคุ้มครองการในครม.มารดาที่ไม่สามารถมีชีวิตและปกป้องสิทธิด้วยตนเองได้ (วรมน งามกุล, 2564)

เมื่อพิจารณาในเรื่องจริยธรรม มีการวิพากษ์ ปัญหาเรื่องการทำแท้งในมิติของปัญหาจริยธรรม มีการแบ่งออกเป็น 3 กลุ่ม กลุ่มแรก คือ กลุ่มอนุรักษนิยม (conservative) เห็นว่าการทำแท้งเป็นสิ่งที่ผิดกฎหมายในทุกกรณีเป็นการฆาตกรรมที่เป็นอาชกรต่อมวลมนุษยชาติ กลุ่มที่สอง กลุ่มเสรีนิยม (liberal) เห็นว่า การทำแท้งเป็นสิ่งที่ถูกต้องอย่างไม่มีเงื่อนไข หญิงย่อมเป็นเจ้าของร่างกายตน การตัดสินใจ ทำแท้งเป็นเรื่องส่วนบุคคล พวกที่สาม คือ พวกทัศนคติแบบกลาง ๆ (moderate) เป็นกลุ่มที่มองว่าการทำแท้งอาจถูกหรือผิดแตกต่างกันออกไปแต่ละกรณี การตัดสินใจเกี่ยวกับจริยธรรม การทำแท้งควรต้องพิจารณาจากสภาพแวดล้อม และองค์ประกอบต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้อง เช่น สาเหตุและจุดมุ่งหมายของการกระทำ (ลักษณวัต ปาละรัตน์, 2553)

เมื่อพิจารณาในเรื่องสิทธิมนุษยชนและกฎหมายนั้น มีการวิพากษ์ในส่วนของสิทธิมนุษยชน บนพื้นฐานที่ว่า สิทธิมนุษยชนเป็นสิทธิติดตัวมนุษย์ทุกคน ไม่ว่าบุคคลนั้นจะมีเชื้อชาติใด ภาษาหรือศาสนาใด ทุกคนล้วนมีความเท่าเทียมและมีสิทธิมนุษยชนที่ปราศจากการเลือกปฏิบัติ (ปกป้อง ศรีสนิท, 2563) เพื่อคุ้มครองสิทธิมนุษยชนนี้ รัฐจึงบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญบนพื้นฐานหลักคิดที่ว่า สิทธิและเสรีภาพของมนุษย์นั้นเป็นสิ่งที่มีความสำคัญและติดตัวมนุษย์แต่ละคนมาแต่กำเนิด ซึ่งเกิดขึ้นเองตาม

ธรรมชาติ เป็นสิ่งที่เปลี่ยนแปลงและเพิกถอนไม่ได้ (เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, 2561) ดังนั้นสิทธิมนุษยชนในบริบทเรื่องการทำแท้งนั้นในอดีตมีการพิจารณาว่าทารกในครรภ์มารดามีสิทธิในการดำรงชีวิตอยู่ (the right to life) หรือไม่ ซึ่งได้แบ่งออกเป็น 2 ฝ่าย ฝ่ายที่ต่อต้านการทำแท้งจะอ้างสิทธิดังกล่าวเพื่อปกป้องชีวิตของทารก ฝ่ายที่สอง เป็นฝ่ายที่สนับสนุนการทำแท้งมองว่า ทารกในครรภ์มารดาไม่มีสิทธิในการดำรงชีวิตอยู่โดยมีการยืนยันสิทธิในการเคารพต่อชีวิตส่วนตัว (right to privacy) ของมารดา (จริญ โฆษณานันท์, 2559) ส่วนในการวิพากษ์บริบททางกฎหมายนั้น หากมองในบริบทของสิทธิขั้นพื้นฐาน เป็นการปะทะกันระหว่างสิทธิในการกำหนดวิถีชีวิตตนเองของหญิงหรือเสรีภาพทั่วไปในการกระทำของบุคคล ปะทะกับสิทธิในชีวิตร่างกาย รวมทั้งศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของทารกในครรภ์มารดา ที่รัฐต้องแก้ปัญหาโดยการชี้แจงนำหลักสิทธิขั้นพื้นฐานของผู้ทรงสิทธิขั้นพื้นฐานของทั้งสองฝ่ายว่าฝ่ายใดสมควรได้รับการคุ้มครองมากกว่ากัน (ต่อพงศ์ กิตติยานุพงศ์, 2562)

เมื่อพิจารณาถึงบริบทของประเทศไทย ก่อนที่จะมีการแก้ไขประมวลกฎหมายอาญาที่เกี่ยวข้องกับการทำแท้งในปัจจุบันนั้น ได้มีปัญหาขึ้นสู่ศาลรัฐธรรมนูญในประเด็นเกี่ยวกับประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 301 ว่า ชัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 27 หรือ มาตรา 28 หรือไม่ ศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 4/2563 โดยวินิจฉัยว่า บทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 301 กระทบต่อสิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกายของหญิงเกินความจำเป็น ไม่เป็นไปตามหลักความ

ได้สัดส่วน และเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 28⁶ ดังนั้น ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 301 ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 28 แต่ไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 27⁷ โดยกำหนดค่าบังคับให้คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญนี้มีผลบังคับเมื่อพ้นสามร้อยหกสิบวัน นับแต่วันที่ศาลมีคำวินิจฉัย ปัจจุบันพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 28) พ.ศ. 2564 ได้ยกเลิกความในมาตรา 301 และ มาตรา 305 แห่งประมวลกฎหมายอาญา โดยมีการบัญญัติมาตรา 301 และมาตรา 305 แห่งประมวลกฎหมายอาญาเสียใหม่ บทความวิชาการฉบับนี้จึงมุ่งที่จะอธิบายกฎหมายเกี่ยวกับการทำแท้งอย่างเป็นระบบโดยผ่านการอธิบายเชิงโครงสร้าง ความรับผิดทางอาญามีประเด็นสำคัญดังนี้

ประการแรก โครงสร้าง ความรับผิดทางอาญาในความผิดฐานทำให้แท้งลูก

ประการที่สอง องค์ประกอบความรับผิดทางอาญาของความผิดฐานทำให้แท้งลูก

ประการที่สาม ไม่มีกฎหมายยกเว้นความผิดในการกระทำความผิดฐานทำให้แท้งลูก

ประการที่สี่ ไม่มีกฎหมายยกเว้นโทษในการกระทำความผิดฐานทำให้แท้งลูก

1. โครงสร้าง ความรับผิดทางอาญาในความผิดฐานทำให้แท้งลูก

โครงสร้าง ความรับผิดในทางอาญา หมายถึง องค์ประกอบในการที่บุคคลจะต้องรับผิดในทางอาญาตามความหมายอย่างกว้าง (คณพล จันทร์หอม, 2563) โดยองค์ประกอบของ

โครงสร้าง ความรับผิดในทางอาญามองประกอบด้วยกัน 3 ประการ ได้แก่ ประการแรก การกระทำ ครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติ ประการที่สอง การกระทำไม่มีกฎหมายยกเว้นความผิด และประการที่สาม การกระทำไม่มีกฎหมายยกเว้นโทษ (เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, 2562)

โครงสร้าง ความรับผิดทางอาญาในการนำมาพิจารณาองค์ประกอบว่าหญิงที่ตั้งครรภ์ มีความผิดและต้องรับโทษทางอาญาหรือไม่ จะต้องพิจารณาเชิงโครงสร้าง ความรับผิดทางอาญา ดังนี้

ข้อแรก การกระทำครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติหรือไม่ กล่าวคือ บุคคลจะมีความผิดและรับโทษทางอาญานั้น ต้องเป็นการกระทำที่ครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติ โดยมีรายละเอียด 4 ประการ ดังนี้ (1) มีการกระทำ (2) การกระทำนั้นครบองค์ประกอบภายนอกที่กฎหมายบัญญัติ (the external elements) ได้แก่ การกระทำของผู้กระทำและสิ่งที่เกี่ยวข้องจากการกระทำ อันบุคคลสามารถมองเห็นได้และสัมผัสได้ (วินัย ลำเลิศ, 2557) (3) การกระทำนั้นครบองค์ประกอบภายใน (the mental elements) เป็นสิ่งที่มองไม่เห็น หรือสัมผัสได้เพราะเป็นสิ่งที่อยู่ภายในจิตใจของผู้กระทำ (กรกฎ ทองชะโชค, 2560) และ (4) ผลของการกระทำสัมพันธ์กับการกระทำ (เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, 2562) ทั้งนี้ ต้องกระทำ ครบองค์ประกอบของความผิดตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 301 ซึ่งเป็นมาตราที่กำหนดความผิดฐานหญิงอายุครรภ์เกินสิบสองสัปดาห์ทำให้ตนเองแท้งลูกหรือยอมให้ผู้อื่นทำให้แท้งลูก

⁶ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 28 บุคคลย่อมมีสิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกาย

⁷ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 27 วรรคหนึ่ง บุคคลย่อมเสมอกันในกฎหมาย มีสิทธิและเสรีภาพ และได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน

ข้อที่สอง การกระทำไม่มีกฎหมายยกเว้นความผิดหรือไม่ แม้ว่าผู้ใดกระทำความผิดประกอบที่กฎหมายบัญญัติ ต้องพิจารณาเป็นลำดับต่อมาว่า มีกฎหมายยกเว้นความผิดหรือให้อำนาจกระทำหรือไม่ การพิจารณาเกี่ยวกับมาตรการทางกฎหมายที่ยกเว้นความผิดฐานหนึ่งๆ ทำให้ตนเองแท้งลูกหรือยอมให้ผู้อื่นทำให้ตนแท้งลูกนั้น เป็นไปตามหลักความชอบด้วยกฎหมาย (justification) เช่น อำนาจในการทำแท้งบางกรณี ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 305 ซึ่งเป็นกรณีที่บุคคลได้กระทำความผิดประกอบความรับผิดชอบทางอาญา แต่ไม่มีความรับผิดชอบทางอาญา เนื่องจากมีกฎหมายให้อำนาจกระทำได้ (ปกป้อง ศรีสนิท, 2559)

ข้อที่สาม การกระทำไม่มีกฎหมายยกเว้นโทษ มีข้อเท็จจริงบางประการที่เกี่ยวข้องกับการกระทำ หรือข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องกับผู้กระทำผิด เป็นการเฉพาะตัวซึ่งกฎหมายเห็นสมควรว่าต้องได้รับการยกเว้นโทษ (สุชัยสิทธิ์ เทพหัสดิน ณ อยุธยา, 2556) โดยบทความวิชาการนี้จะพิจารณาตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 65 มาตรา 73 มาตรา 74 และ มาตรา 304

2. โครงสร้างความรับผิดชอบทางอาญาส่วนที่ 1 การกระทำความผิดประกอบที่กฎหมายบัญญัติ

ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 301⁸ มีองค์ประกอบทางกฎหมายดังนี้

องค์ประกอบภายนอก

1. หญิงมีอายุครรภ์เกินสิบสองสัปดาห์
2. ทำให้ตนเองแท้งลูก หรือยอมให้ผู้อื่นทำให้ตนเองแท้งลูก

องค์ประกอบภายใน

1. ผู้กระทำรู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบภายนอกของความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 301 ประกอบมาตรา 59 วรรคสาม
2. ผู้กระทำประสงค์ต่อผลหรือเล็งเห็นผล ทำให้หญิงแท้งลูก

2.1 องค์ประกอบภายนอกในส่วนผู้กระทำในความผิดฐานหญิงอายุครรภ์เกินสิบสองสัปดาห์ทำให้ตนเองแท้งลูกหรือยอมให้ผู้อื่นทำให้แท้งลูก

ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 301 ได้กำหนดเพื่อบ่งประสงค์จะลงโทษหญิงที่ตั้งครรภ์เป็นหลัก และต้องเป็นหญิงที่มีอายุครรภ์เกิน 12 สัปดาห์เท่านั้น ดังนั้น จึงเป็นกรณีที่ผู้กระทำผิดจะต้องเป็นหญิงมีครรภ์ (ไกรฤทธิ เกษมสันต์, 2559) และต้องเป็นหญิงมีครรภ์ที่อายุครรภ์เกินสิบสองสัปดาห์ขึ้นไป หากหญิงมีอายุครรภ์ยังไม่เกิน 12 สัปดาห์ การกระทำย่อมไม่ครบองค์ประกอบภายนอกความผิดทางอาญาตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 301 การทำให้ตนเองแท้งลูกจึงไม่มีความผิด สรุปได้ว่า ในช่วงอายุครรภ์ไม่เกิน 12 สัปดาห์ เป็นสิทธิของหญิงโดยแท้ในการเลือกที่จะยุติการตั้งครรภ์ (ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ และรณกรณ์ บุญมี, 2564) ทั้งนี้ มีประเด็นที่ต้องพิจารณาดังนี้

ประการที่หนึ่ง กฎหมายกำหนดเพียงอายุครรภ์แต่ไม่ได้กำหนดอายุของหญิงมีครรภ์ แสดงว่าหญิงมีครรภ์เมื่อเข้าสู่วัยเจริญพันธุ์ หากอายุครรภ์ไม่เกิน 12 สัปดาห์ก็สามารถทำแท้งได้ด้วยตนเองอย่างไม่จำกัดวิธี ไม่ว่า

⁸ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 301 บัญญัติว่า “หญิงใดทำให้ตนเองแท้งลูกหรือยอมให้ผู้อื่นทำให้ตนแท้งลูกขณะมีอายุครรภ์เกินสิบสองสัปดาห์ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหกเดือน หรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

หญิงจะทำแท้งด้วยตนเอง หรือยอมให้ผู้อื่นทำให้ หญิงแท้งลูกก็ไม่มี ความผิดทางอาญาแต่อย่างใด หากพิจารณาข้อมูลจากรายงานประจำปี 2563 ของสำนักอนามัยการเจริญพันธุ์ ในการติดตามสถานการณ์การตั้งครรภ์ในวัยรุ่นของประเทศไทยโดยใช้ 3 ตัวชี้วัด คือ อัตราการคลอดมีชีพในหญิงอายุ 10-14 ปี อัตราการคลอดมีชีพในหญิงอายุ 15-19 ปี และร้อยละการตั้งครรภ์ซ้ำในหญิงอายุต่ำกว่า 20 ปี ปรากฏข้อเท็จจริงว่า อัตราการคลอดแบบมีชีพในหญิงอายุ 10-14 ปี ในปี พ.ศ. 2562 เท่ากับ 1.1 ต่อ 1 พันคน อัตราการคลอดมีชีพในหญิงอายุ 15-19 ปี พ.ศ. 2562 เท่ากับ 31.3 ต่อพัน และร้อยละการตั้งครรภ์ซ้ำในหญิงอายุต่ำกว่า 20 ปี พ.ศ. 2562 เท่ากับ 14.94 (กรมอนามัย สำนักอนามัยการเจริญพันธุ์, 2563) จึงเกิดคำถามว่าเหมาะสมเพียงใดการที่กฎหมายกำหนดให้หญิงอายุต่ำกว่า 20 ปีซึ่งมีอายุครรภ์ไม่เกิน 12 สัปดาห์ สามารถทำแท้งด้วยตนเองโดยชอบด้วยกฎหมาย โดยไม่ต้องได้รับการตรวจและรับคำปรึกษาทางเลือกจากผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมและผู้ประกอบวิชาชีพอื่นตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุขประกาศกำหนดโดยคำแนะนำของแพทยสภาและหน่วยงานที่เกี่ยวข้องตามกฎหมายว่าด้วยการป้องกันและแก้ไขปัญหาการตั้งครรภ์ในวัยรุ่น ผู้เขียนเห็นว่า ควรที่จะมีมาตรการทางกฎหมายกำหนดให้การยุติการตั้งครรภ์กรณีที่มีหญิงมีอายุครรภ์ไม่เกิน 12 สัปดาห์อยู่ในความดูแลและให้คำปรึกษาของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมเท่านั้น เพราะหากกฎหมายไม่มีบทลงโทษหญิงกรณีดังกล่าว จะเป็นการเปิดโอกาสให้หญิงเลือกใช้บริการคลินิกทำแท้งเถื่อน และ

อาจก่อให้เกิดอันตรายต่อสุขภาพกายของหญิงได้ ประกอบกับหญิงที่มีอายุ 10-14 ปี การตัดสินใจของหญิงที่ช่วงอายุดังกล่าวไม่เหมือนการตัดสินใจของบุคคลที่บรรลุนิติภาวะ หากตัดสินใจยุติการตั้งครรภ์ควรอยู่ในความดูแลของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมอย่างยิ่ง

ประการที่สอง การเริ่มต้นนับอายุครรภ์นั้น เราจะเริ่มนับเมื่อไร และอย่างไรนั้นประมวลกฎหมายอาญาไม่ได้กำหนดระยะเวลาเริ่มต้นของการนับอายุครรภ์ไว้ แต่เมื่อพิจารณาเทียบเคียงจากข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมมาตรา 305 แห่งประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2564 ข้อ 6 กำหนดว่า การวินิจฉัยอายุครรภ์ของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมให้เป็นไปตามมาตรฐานวิชาชีพเวชกรรม ซึ่งโดยพื้นฐานของการดูแลผู้ป่วยของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมจะมีการตรวจหลายรูปแบบ เช่น คิดจากประจำเดือนครั้งสุดท้าย ขนาดมดลูก หรือตรวจด้วยอัลตราซาวนด์ (วิบูลพรรณ จิตะดิolk และเพชร ศรีปัน, 2564) แต่โดยวิสัยของหญิงมีครรภ์การนับอายุครรภ์ที่หญิงสามารถทำได้ด้วยตนเอง น่าจะเป็นการนับอายุครรภ์โดยวิธีคิดจากประจำเดือนครั้งสุดท้าย ดังนั้น ผู้เขียนเห็นว่า เมื่อประมวลกฎหมายอาญามาตรา 301 กำหนดให้การยุติการตั้งครรภ์โดยชอบด้วยกฎหมายขึ้นอยู่กับอายุครรภ์ไม่เกิน 12 สัปดาห์ กฎหมายควรที่จะกำหนดระยะเวลาการนับอายุครรภ์ว่าเริ่มนับตั้งแต่เมื่อใด เพื่อเป็นประโยชน์แก่ตัวหญิงเองในการเลือกที่จะยุติการตั้งครรภ์นั้นว่าเป็นการยุติการตั้งครรภ์ที่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ และเพื่อลดการโต้แย้งในชั้นศาลว่าหญิงไม่รู้ข้อเท็จจริงว่าตนอายุครรภ์เกิน 12 สัปดาห์

2.2 องค์ประกอบภายนอกส่วนการกระทำของความผิดฐานหญิงอายุครรภ์เกินสิบสองสัปดาห์ทำให้ตนเองแท้งลูกหรือยอมให้ผู้อื่นทำให้แท้งลูก

เดิมกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 มาตรา 260 ใช้คำว่า “รีดลูก” หมายถึง การกระทำใด ๆ ที่เป็นเหตุให้เด็กในครรภ์ของหญิงออกมาจากครรภ์ในลักษณะเป็นสิ่งที่ไม่มีชีวิต (หยุด แสงอุทัย, 2561) และประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 301 ใช้คำว่า “ทำให้แท้งลูก” หมายถึง การที่บุคคลกระทำโดยเจตนาจะยุติการตั้งครรภ์โดยการทำการแท้งหรือขับตัวอ่อนหรือทารกออกจากมดลูกของหญิงก่อนที่ทารกจะสามารถมีชีวิตอยู่ได้ด้วยตนเอง (คนพล จันทร์หอม, 2564) ซึ่งการทำให้แท้งลูกนั้นไม่จำกัดวิธี เช่น ใช้เครื่องสุญญากาศดูดออกจากช่องคลอด (MVA), การใช้ยา Prostaglandins ซึ่งมีราคาแพง ปัจจุบันประเทศไทยใช้ยา Synthetic Prostaglandins E2 หรือ Misoprostal มาใช้ในการยุติการตั้งครรภ์แทน (ปฏิพล สันธนาคร, 2554), ใช้เครื่องมือดูดออกจากช่องคลอด (D & C), ใช้ยายุติการตั้งครรภ์นอกกระบบบริการสาธารณสุข, ยาน้ำสตรี, ยาต้มสมุนไพร, ใช้อุปกรณ์ของแข็งสอดหรือกระทุ้งเข้าทางช่องคลอด, บีบนวด เค้นบริเวณหน้าท้อง, ใส่สายยางหรือฉีดยาใด ๆ เข้าทางช่องคลอด, จงใจให้เกิดอุบัติเหตุโดยวิธีใดวิธีหนึ่ง (กรมอนามัย สำนักอนามัย การเจริญพันธุ์, 2562)

ทั้งนี้ การทำให้แท้งลูกที่จะเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 301 นี้ อาจเกิดจากการที่หญิงทำให้ตนเองแท้งลูก หรือยอมให้ผู้อื่นกระทำแก่หญิง ทั้งนี้ กรณีการยอมให้ผู้อื่นทำให้ตนเองแท้งลูกต้องเกิดจากความสมัครใจ

ของหญิงที่ไม่ได้เกิดขึ้นจากการที่หญิง ถูกบังคับ ขู่เข็ญ หรือหลอกลวง (ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ และ วรรณกรณ์ บุญมี, 2564ข)

2.3 องค์ประกอบภายในส่วนของความผิดฐานหญิงอายุครรภ์เกินสิบสองสัปดาห์ทำให้ตนเองแท้งลูกหรือยอมให้ผู้อื่นทำให้แท้งลูก

การพิจารณาว่าผู้กระทำได้กระทำโดยเจตนาครบองค์ประกอบภายในความรับผิดชอบตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 301 หรือไม่ต้องพิจารณา 2 ประการด้วยกัน ประการที่ 1 พิจารณาส่วนรู้ กล่าวคือ รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิดและ ประการที่ 2 พิจารณาส่วนต้องการให้เกิดขึ้นจริงของข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิดหรือส่วนประสงค์ต่อผลหรือยอมเล็งเห็นผลของการกระทำ (คณิต ณ นคร, 2563)

การพิจารณาส่วนรู้นั้นหญิงที่ตั้งครรภ์ต้องรู้ว่าตนมีอายุครรภ์เกิน 12 สัปดาห์ และรู้ว่าการกระทำของตนเป็นการทำให้แท้งลูก หรือการกระทำของผู้อื่นจะส่งผลให้ตนแท้งลูกแต่ก็ยินยอมให้กระทำ ดังนั้น การที่หญิงมีครรภ์เกิน 12 สัปดาห์จะมีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 301 ได้ หญิงนั้นต้องทราบข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบภายนอกของความผิดทั้งหมด หากหญิงเข้าใจว่าอายุครรภ์ของตนไม่เกิน 12 สัปดาห์แต่ในความเป็นจริงนั้นหญิงมีอายุครรภ์กว่า 12 สัปดาห์แล้วนั้นหญิงสามารถอ้างประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59 วรรคสามว่า การที่ตนไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบภายนอกของความผิดตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 301 นั้นจะถือว่าตนมีเจตนาประสงค์ต่อผล หรือยอมเล็งเห็นผลของการกระทำนั้นมิได้ หญิงนั้นไม่มี

ความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 301 เพราะการกระทำไม่ครบองค์ประกอบภายใน ไม่เป็นไปตามโครงสร้างความผิดทางอาญา

การพิจารณาในส่วนความต้องการนั้น หญิงมีอายุครรภ์เกิน 12 สัปดาห์ต้องมีเจตนาประสงค์ต่อผล คือ ความปรารถนาที่จะให้ทารกคลอดออกมาในลักษณะที่ไม่มีชีวิตและกระทำเช่นนั้นลงไป หรือ มีเจตนาเล็งเห็นผล คือ ผู้กระทำเล็งเห็นได้ว่าผลนั้นจะเกิดขึ้นอย่างแน่นอน เท่าที่จิตใจของบุคคลในภาวะเช่นนั้นจะเล็งเห็นได้ (จิตติ ติงศักทีย, 2555) จะทำให้แท้งลูก จึงจะถือว่าการกระทำนั้นครบองค์ประกอบภายในของความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 301

3. โครงสร้างความรับผิดทางอาญาส่วนที่ 2 ไม่มีกฎหมายยกเว้นความผิดในการกระทำความผิดฐานหญิงอายุครรภ์เกินสิบสองสัปดาห์ทำให้ตนเองแท้งลูกหรือยอมให้ผู้อื่นทำให้แท้งลูก

การที่หญิงมีอายุครรภ์เกิน 12 สัปดาห์กระทำความผิดครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติตามโครงสร้างความรับผิดทางอาญา ส่วนที่ 1 การพิจารณาว่าผู้กระทำความผิดและต้องรับโทษทางอาญาหรือไม่ ยังต้องพิจารณาต่อมาว่า มีกฎหมายใดหรือไม่ที่ให้อำนาจหรือบัญญัติให้การกระทำนั้นไม่เป็นความผิดทางอาญา

ซึ่งประมวลกฎหมายอาญามาตรา 305^๑ ได้บัญญัติบัญญัติให้การทำแท้งไม่เป็นความผิดทางอาญาโดยมีข้อที่ต้องพิจารณา ดังนี้

ประการที่ 1 ผู้ที่หญิงยอมให้ทำให้ตนแท้งลูกนั้นต้องเป็นผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม ซึ่งมีอำนาจทำแท้งโดยไม่ผิดกฎหมาย รวมถึงผู้ที่ทำภายใต้การดูแลของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมด้วย (ทวีเกียรติ มินะกะนิษฐ และ รณกรณ์ บุญมี, 2564) และการยุติการตั้งครรภ์ต้องพิจารณาข้อบังคับของแพทยสภา ว่าด้วยหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมตาม มาตรา 305 แห่งประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2564 ทั้งนี้ ตามข้อบังคับดังกล่าวได้กำหนดให้การยุติการตั้งครรภ์ต้องกระทำในสถานพยาบาลของรัฐและสถานพยาบาลของเอกชนตามกฎหมายว่าด้วยสถานพยาบาลด้วย

ประการที่ 2 ต้องพิจารณาเงื่อนไขตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 305 (1) ถึง (5) หากเข้าเงื่อนไขหนึ่งเงื่อนไขใด หญิงที่มีอายุครรภ์เกิน 12 สัปดาห์ ก็จะไม่มีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 301 และแพทย์ รวมทั้งรวมถึงผู้ที่ทำภายใต้การดูแลของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมก็จะไม่มีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 302

^๑ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 305 บัญญัติว่า ถ้าการกระทำความผิดตามมาตรา 301 หรือมาตรา 302 เป็นการกระทำของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมและตามหลักเกณฑ์ของแพทยสภาในกรณีดังต่อไปนี้ ผู้กระทำไม่มีความผิด

- (1) จำเป็นต้องกระทำเนื่องจากหากหญิงตั้งครรภ์ต่อไปจะเสี่ยงต่อการได้รับอันตรายต่อสุขภาพทางกายหรือจิตใจของหญิงนั้น
- (2) จำเป็นต้องกระทำเนื่องจากมีความเสี่ยงอย่างมากหรือมีเหตุผลการแพทย์อันควรเชื่อได้ว่าหากทารกคลอดออกมาจะมีความผิดปกติถึงขนาดทุพพลภาพอย่างร้ายแรง
- (3) หญิงยืนยันต่อผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมว่าตนมีครรภ์เนื่องจากมีการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศ
- (4) หญิงซึ่งมีอายุครรภ์ไม่เกินสิบสองสัปดาห์ยืนยันที่จะยุติการตั้งครรภ์
- (5) หญิงซึ่งมีอายุครรภ์เกินสิบสองสัปดาห์ แต่ไม่เกินยี่สิบสัปดาห์ ยืนยันที่จะยุติการตั้งครรภ์ภายหลังการตรวจและรับคำปรึกษาทางเลือกจากผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมและผู้ประกอบวิชาชีพอื่นตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุขประกาศกำหนดโดยคำแนะนำของแพทยสภาและหน่วยงานที่เกี่ยวข้องตามกฎหมายว่าด้วยการป้องกันและแก้ไขปัญหาการตั้งครรภ์ในวัยรุ่น

เงื่อนไขข้อแรก จำเป็นต้องกระทำเนื่องจาก หากหญิงตั้งครรภ์ต่อไปจะเสี่ยงต่อการได้รับ อันตรายต่อสุขภาพทางกายหรือจิตใจของหญิงนั้น ปัญหาสุขภาพกาย เช่น โรคพิษแห่งครรภ์โรคไตวาย (ปฏิพล สันธนาคร, 2554) ความดันโลหิตสูง โรคหัวใจ ตั้งครรภ์นอกมดลูก โรคของมดลูก ต่าง ๆ วัฒนธรรมอย่างร้ายแรง ความดันโลหิตสูง อย่างรุนแรง และโรคอื่น ๆ ที่อันตรายต่อการ ตั้งครรภ์ หรือต่อตัวหญิงเอง (วิสูตร ฟองศิริไพบูลย์, 2551) ส่วนกรณีของปัญหาสุขภาพทางจิตของ หญิงตั้งครรภ์ ต้องได้รับการรับรองหรือเห็นชอบจาก ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมที่มีใบผู้กระทำการ ยุติการตั้งครรภ์ อย่างน้อย 1 คน¹⁰ ทางปฏิบัตินั้น แพทย์จะต้องมีข้อมูลเรื่องการประเมินสุขภาพจิต และลงบันทึกการวินิจฉัยในเวชระเบียน โดยต้อง ได้รับการรับรองหรือเห็นชอบจากแพทย์อีกคน ที่ไม่ใช่ผู้ทำการยุติการตั้งครรภ์ และการคัดกรอง โรคซึมเศร้า อาจใช้แบบคัดกรองของกรม สุขภาพจิต : 2Q, 9Q ถ้าได้คะแนนตั้งแต่ 13 ขึ้นไปสมควรส่งพบแพทย์เพื่อดูแลโรคซึมเศร้า ต่อไป (วิบูลพรรณ จิตะดิลก และเพชร ศรีปน, 2564)

เงื่อนไขข้อที่สอง จำเป็นต้องกระทำ เนื่องจากมีความเสี่ยงอย่างมากหรือมีเหตุผล ทางการแพทย์อันควรเชื่อได้ว่า หากทารกคลอด ออกมาจะมีความผิดปกติถึงขนาดทพพลภาพ อย่างร้ายแรง กล่าวคือ ทารกที่คลอดออกมา มีความเสี่ยงอย่างมากที่จะมีความผิดปกติ ถึงขนาดทพพลภาพอย่างร้ายแรง เช่น มีความ

พิการอย่างรุนแรงเป็นโรคทางพันธุกรรมอย่าง ร้ายแรง หรือทพพลภาพประการอื่นอย่างร้ายแรง ทั้งนี้ แพทย์จะต้องให้คำแนะนำทางพันธุศาสตร์ (genetic counseling) แก่หญิงตั้งครรภ์ มีการ บันทึกผลการตรวจ การให้คำปรึกษาหรือแนะนำ ทางพันธุศาสตร์ และข้อบ่งชี้ไว้ในเวชระเบียน และต้องได้รับการรับรองหรือเห็นชอบจาก ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมที่มีใบผู้กระทำการ ยุติการตั้งครรภ์อย่างน้อย 1 คน¹¹

ทั้งนี้ มีข้อที่ผู้ประกอบวิชาชีพแพทย์ต้อง ระวังคือ หากการยุติการตั้งครรภ์นั้นในหญิงที่ อยู่ในสภาวะที่เกี่ยวข้องกับความผิดปกติทาง ด้านร่างกายหรือจิตใจที่ไม่สามารถตัดสินใจได้ ด้วยตนเอง ต้องได้รับความยินยอมจากผู้แทน โดยชอบด้วยกฎหมาย หรือผู้ปกครองดูแล¹² เมื่อ พิจารณาเอกสาร “ข้อบังคับแพทย์สภาสู่การปฏิบัติ เกี่ยวกับการยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ฉบับ ใหม่ มาตรา 305 แห่งประมวลกฎหมายอาญา 2564” พบว่า มีการอธิบายขยายความว่า กรณี การตัดสินใจหรือให้ ความยินยอมนั้น หญิงสามารถตัดสินใจได้ด้วยตนเอง หรือกรณีที่ ไม่สามารถตัดสินใจได้ด้วยตนเอง เช่น มีความ ผิดปกติทางร่างกายหรือจิตใจให้ใช้ตามหลัก กฎหมาย (วิบูลพรรณ จิตะดิลก และเพชร ศรีปน, 2564) ในเบื้องต้นผู้เขียนเห็นว่าความ ข้อความดังกล่าวมีสาระสำคัญที่ความผิดปกติ ทางด้านร่างกายหรือจิตใจของหญิงที่ถึงขนาด ทำให้หญิงที่ตั้งครรภ์อยู่ในภาวะที่ไม่สามารถ ตัดสินใจได้ด้วยตนเองได้ ไม่ได้หมายความว่าถึง

¹⁰ ข้อบังคับแพทย์สภาว่าด้วยหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมตามมาตรา 305 แห่งประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2564 ข้อ 4 (1)

¹¹ ข้อบังคับแพทย์สภาว่าด้วยหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมตามมาตรา 305 แห่งประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2564 ข้อ 4 (2)

¹² ข้อบังคับแพทย์สภาว่าด้วยหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมตามมาตรา 305 แห่งประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2564 ข้อ 5 วรรคหนึ่ง

ที่หญิงที่ตั้งครรภ์เป็นผู้เยาว์แต่อย่างใด แต่หากหญิงที่ตั้งครรภ์เป็นผู้เยาว์และมีความผิดปกติทางด้านร่างกายหรือจิตใจของหญิงที่ถึงขนาดทำให้หญิงที่ตั้งครรภ์อยู่ในภาวะที่ไม่สามารถตัดสินใจด้วยตนเองได้ก็อยู่ในบังคับข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมตามมาตรา 305 แห่งประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2564 ข้อ 5 วรรคหนึ่ง เช่นเดียวกัน

ตามกฎหมายความผิดปกติทางด้านร่างกายหรือจิตใจของหญิงที่ถึงขนาดทำให้หญิงที่ตั้งครรภ์อยู่ในภาวะที่ไม่สามารถตัดสินใจด้วยตนเองได้นั้น เมื่อพิจารณาถึงหลักเกณฑ์ทางกฎหมายแพ่งของประเทศไทย พบว่าประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 28 กำหนดให้บุคคลวิกลจริตผู้ใด ถ้าคู่สมรสก็ดี ผู้บุพการีกล่าวคือ บิดา มารดา ปู่ย่า ตายาย ทวดก็ดี ผู้สืบสันดานกล่าวคือ ลูก หลาน เหลน ลื้อก็ดี ผู้ปกครองหรือผู้พิทักษ์ก็ดี ผู้ซึ่งปกครองดูแลบุคคลนั้นอยู่ก็ดี หรือพนักงานอัยการก็ดี ร้องขอต่อศาลให้สั่งให้บุคคลวิกลจริตผู้นั้นเป็นคนไร้ความสามารถ ศาลจะสั่งให้บุคคลวิกลจริตผู้นั้นเป็นคนไร้ความสามารถก็ได้ แสดงว่าคนไร้ความสามารถ คือ บุคคลวิกลจริต ซึ่งถูกศาลสั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถ แล้วจัดให้อยู่ในความควบคุมของผู้อนุบาล (นิมิต ชินเครือ, 2559)

การพิจารณาว่าเป็นคนวิกลจริตหรือไม่ นั้นพิจารณาจาก อาการไม่ปกติ สติไม่สมบูรณ์ ไม่สามารถรู้ผิดชอบว่าตนได้พูดหรือได้กระทำอะไรลงไป หรือมีลักษณะอาการบ้าแบบติดตัว ทั้งนี้ อาการบ้าดังกล่าวไม่จำเป็นต้องตลอดเวลา แต่มีลักษณะเป็นประจำ (วิญญูฐา แสงสุข และ

จิตติพร ลิ้มแหลมทอง, 2557) หรือพวกสมองพิการ (นิมิต ชินเครือ, 2559) ทั้งนี้ มีตัวอย่างคำพิพากษาศาลฎีกาที่วางบรรทัดฐานเกี่ยวกับลักษณะการเป็นบุคคลวิกลจริต เช่น มีอาการป่วยทางจิตเวช แสดงตนเป็นเทพเจ้า ส่งเสียงเอะอะวอยวายโดยไม่รู้สีกตัว (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2522/2560) มีอาการไม่รู้สีกตัวเอง ไม่รู้จักสถานที่และเวลาพูดจาไม่รู้เรื่องบ้างซึ่งนายแพทย์เรียกอาการเช่นนี้ว่า สมองเสื่อมหรือวิกลจริตและไม่มีโอกาสที่จะรักษาให้หายได้ทั้งเดินทางไปไหนไม่ได้อีกด้วย (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 74/2527) จากตัวอย่างดังกล่าวล้วนแล้วแต่เป็นความผิดปกติทางด้านร่างกายหรือจิตใจหากเกิดแก่หญิงย่อมถึงขนาดทำให้หญิงที่ตั้งครรภ์อยู่ในภาวะที่ไม่สามารถตัดสินใจด้วยตนเองทั้งสิ้น

การพิจารณาถึงผู้ที่สามารถให้ความยินยอมในการยุติการตั้งครรภ์ได้ ตามข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมตามมาตรา 305 แห่งประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2564 ข้อ 5 วรรคหนึ่ง กำหนดให้ “ผู้แทนโดยชอบด้วยกฎหมาย หรือผู้ปกครองดูแล” เป็นผู้มีความยินยอมและจากการศึกษาเอกสาร “ข้อบังคับแพทยสภาสู่การปฏิบัติเกี่ยวกับการยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ฉบับใหม่ มาตรา 305 แห่งประมวลกฎหมายอาญา 2564” มีการอธิบายขยายความคำว่า “ผู้แทนโดยชอบด้วยกฎหมาย หรือผู้ปกครองดูแล” ในลักษณะการยกตัวอย่างที่เป็นสาระสำคัญ คือ ผู้แทนโดยชอบธรรม เป็นผู้มีความจปกครองผู้เยาว์โดยชอบด้วยกฎหมาย หรือผู้ที่รับจดทะเบียนผู้เยาว์เป็นบุตร ผู้ได้รับ

มอบอำนาจจากศาลให้ใช้อำนาจปกครองผู้นุบาล หรือผู้พิทักษ์ และหมายความรวมถึงผู้ดูแลหญิงตามข้อเท็จจริงด้วย เช่นเจ้าหน้าที่ผู้ดูแลในสถานพินิจ เป็นต้น (วิบูลพรรณ จิตะดิลก และเพชร ศรีปน, 2564)

กรณีที่ปรากฏข้อเท็จจริงว่า ไม่มีผู้แทนโดยชอบธรรม หรือผู้ปกครองดูแล หรือมีแต่บุคคลดังกล่าวไม่ให้ความยินยอมโดยไม่มีเหตุอันสมควร หรือมีประโยชน์ขัดกันกับหญิง ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมอาจทำการยุติการตั้งครรภ์ให้หญิงได้ หากเป็นไปเพื่อประโยชน์สูงสุดของหญิง ผู้เขียนเห็นว่า ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 305 (1) เป็นจำเป็นต้องกระทำเนื่องจากหากหญิงตั้งครรภ์ต่อไปจะเสี่ยงต่อการได้รับอันตรายต่อสุขภาพทางกายหรือจิตใจของหญิงนั้น และประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 305 (2) จำเป็นต้องกระทำเนื่องจากมีความเสี่ยงอย่างมาก หรือมีเหตุผลทางการแพทย์อันควรเชื่อได้ว่า หากทารกคลอดออกมาจะมีความผิดปกติถึงขนาดทุพพลภาพอย่างร้ายแรง ดังนั้น กรณีที่ไม่มีผู้แทนโดยชอบด้วยกฎหมาย หรือผู้ปกครองดูแล หรือมีแต่บุคคลดังกล่าวไม่ให้ความยินยอมโดยไม่มีเหตุอันสมควร หรือมีประโยชน์ขัดกันกับหญิง กฎหมายควรกำหนดเงื่อนไข กรณีผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมมีอำนาจการตัดสินใจที่จะยุติการตั้งครรภ์ เพื่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดแก่หญิง ควรแยกมาตรการทางกฎหมายออกเป็น กรณีจำเป็นเร่งด่วนกับกรณีที่ไม่จำเป็นเร่งด่วน

กรณีที่จำเป็นเร่งด่วนที่หากไม่ยุติการตั้งครรภ์จะทำให้หญิงได้รับอันตรายสาหัสอื่น ๆ ที่นอกเหนือจากการแท้งลูก ถือว่าเป็นความจำเป็นของแพทย์ที่ต้องยุติการตั้งครรภ์เพื่อประโยชน์สูงสุดของหญิง ซึ่งกรณีดังกล่าวนี้

สมเหตุสมผลที่แพทย์ต้องตัดสินใจโดยเร่งด่วน ทั้งนี้ ในอดีตมีความเห็นในทางวิชาการมองว่า ถ้าแพทย์จำเป็นต้องรื้อลูกเพื่อช่วยชีวิตของมารดา แพทย์ก็มีอำนาจทำได้ตามกฎหมายจารีตประเพณีซึ่งนำมายกเว้นความผิดได้ แต่สำหรับผู้ที่ไม่ยอมรับกฎหมายจารีตประเพณี ก็อาจยกเหตุจำเป็นมายกเว้นโทษได้ (หยุด แสงอุทัย, 2561)

กรณีไม่จำเป็นเร่งด่วน กรณีไม่ถึงขนาดที่หากไม่ยุติการตั้งครรภ์โดยเร็วจะทำให้หญิงมีครรภ์ถึงแก่ชีวิต หรือได้รับอันตรายสาหัส หรือกรณีตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 305 (2) การยุติการตั้งครรภ์ดังกล่าวนี้ ควรมีมาตรการทางกฎหมายกำหนดให้ให้ศาลเป็นผู้ตัดสิน โดยการบัญญัติกฎหมายให้พนักงานอัยการยื่นคำร้องต่อศาล ให้ศาลทำการการไต่สวนฉุกเฉิน และให้นำสืบผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมในฐานะพยานผู้เชี่ยวชาญมาให้ข้อเท็จจริงต่อศาล เมื่อศาลมีคำสั่งอย่างไร ให้ใช้คำพิพากษาของศาลแทนการแสดงเจตนาของหญิงจะเหมาะสมยิ่งกว่าและเป็นไปเพื่อประโยชน์สูงสุดของหญิง และเป็นการลดความขัดแย้งระหว่างหญิงมีครรภ์กับผู้ประกอบวิชาชีพ หากภายหลังหญิงมีครรภ์กลับคืนสู่ภาวะปกติทางกายหรือจิตใจและปรากฏว่าหญิงไม่ได้ต้องการที่จะยุติการตั้งครรภ์

ข้อระวัง กรณีที่หญิงตั้งครรภ์ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 เราจะไม่นำข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมตามมาตรา 305 แห่งประมวลกฎหมายอาญา

พ.ศ. 2564 มาใช้บังคับ เพราะว่าการยุติการตั้งครรภ์ต้องเป็นไปตาม มาตรา 26 ของพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 และประกาศแพทยสภาที่ 95(8)/2558 เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขการยุติการตั้งครรภ์แทน มาตรา 26 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าวได้กำหนดให้การยุติการตั้งครรภ์แทนต้องกระทำโดยผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม และได้รับความยินยอมเป็นหนังสือจากสามี และภริยาที่ขอบด้วยกฎหมายที่ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนและหญิงที่รับการตั้งครรภ์แทนนั้น หญิงที่ตั้งครรภ์แทนจะแสดงเจตนาเพียงฝ่ายเดียวไม่ได้ (วิรัตน์ นาคิพเวทย์, 2564)

เงื่อนไขข้อที่ 3 หญิงยินยอมต่อผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมว่าตนมีครรภ์เนื่องจากมีการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศ (ตามประมวลกฎหมายอาญา ลักษณะ 9 ความผิดเกี่ยวกับเพศ) กรณีที่หญิงมีอายุครรภ์ไม่เกิน 12 สัปดาห์ หญิงสามารถที่จะยุติการตั้งครรภ์โดยอาศัยประมวลกฎหมายอาญามาตรา 305 (5) ยินยอมต่อแพทย์ที่จะยุติการตั้งครรภ์ หากหญิงมีอายุครรภ์เกิน 12 สัปดาห์ และประสงค์จะยุติการตั้งครรภ์ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 305 (4) หญิงต้องยินยอมเป็นลายลักษณ์อักษรต่อผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมว่าตนตั้งครรภ์เนื่องจากมีการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศ โดยหญิงอาจให้ข้อเท็จจริงยืนยันดังกล่าวได้¹³ เช่น สำเนาบันทึกประจำวันร้องทุกข์

(วิบูลพรรณ ฐิตะดิลก และเพชร ศรีปิ่น, 2564)

เงื่อนไขข้อที่ 4 หญิงซึ่งมีอายุครรภ์ไม่เกินสิบสองสัปดาห์ ยืนยันที่จะยุติการตั้งครรภ์ ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมสามารถยุติการตั้งครรภ์ได้ตามมาตรฐานการประกอบวิชาชีพเวชกรรม หรือแนะนำส่งต่อตามระบบของสถานพยาบาลโดยไม่ชักช้า¹⁴

เงื่อนไขข้อที่ 5 หญิงซึ่งมีอายุครรภ์เกินสิบสองสัปดาห์ แต่ไม่เกินยี่สิบสัปดาห์ ยืนยันที่จะยุติการตั้งครรภ์ภายหลังการตรวจและรับคำปรึกษาทางเลือกจากผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมและผู้ประกอบวิชาชีพอื่นตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุขประกาศกำหนดโดยคำแนะนำของแพทยสภา และหน่วยงานที่เกี่ยวข้องตามกฎหมายว่าด้วยการป้องกันและแก้ไขปัญหาการตั้งครรภ์ในวัยรุ่น ทั้งนี้ ต้องมีเอกสารแสดงว่าได้รับการตรวจและรับคำปรึกษาทางเลือกจากผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม และผู้ประกอบวิชาชีพอื่นตามที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุขประกาศกำหนด¹⁵

4. โครงสร้างความรับผิดชอบทางอาญาส่วนที่ 3 ไม่มีกฎหมายยกเว้นโทษในการกระทำความผิดฐานทำให้แท้งลูก

เมื่อพิจารณา การกระทำของหญิงครองคู่ประกอบความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 301 และการกระทำไม่เข้าเงื่อนไขยกเว้นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา

¹³ ข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมตามมาตรา 305 แห่งประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2564 ข้อ 4 (3)

¹⁴ ข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมตามมาตรา 305 แห่งประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2564 ข้อ 4 (4)

¹⁵ ข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมตามมาตรา 305 แห่งประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2564 ข้อ 4 (5)

มาตรา 305 ลำดับต่อมาต้องพิจารณาว่ามีกฎหมายยกเว้นโทษหรือไม่ ซึ่งประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 65 มาตรา 73 มาตรา 74 และ มาตรา 304 กำหนดเหตุยกเว้นโทษไว้

4.1 เหตุยกเว้นโทษตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 65 วรรคหนึ่ง

ผู้กระทำความผิดอาญาจะได้รับการยกเว้นโทษตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 65¹⁶ นั้นต้องประกอบด้วย 2 เงื่อนไข เงื่อนไขแรกกระทำความผิดเพราะมีจิตบกพร่อง โรคจิตหรือจิตฟั่นเฟือน เงื่อนไขที่สอง กระทำในขณะที่ไม่สามารถรู้ผิดชอบ หรือไม่สามารถบังคับตนเองได้ (คณพล จันทร์หอม, 2563)

เงื่อนไขแรก กระทำความผิดเพราะมีจิตบกพร่อง โรคจิต หรือจิตฟั่นเฟือน เมื่อพิจารณาความหมายของคำว่า “จิตบกพร่อง” หมายถึง ความผิดปกติที่เกิดจากความผิดปกติของระบบสมองและประสาท ไม่ว่าจะเป็นมาตั้งแต่กำเนิดหรือเกิดขึ้นภายหลังและเป็นอยู่อย่างเรื้อรังหรือถาวร (สรุद्धิ เกษมสุข และวรรณวิภา เมืองถ้ำ, 2562) ได้แก่ ผู้ที่สมองไม่เจริญเติบโตตามวัยหรือบกพร่องมาแต่กำเนิด หรือเสื่อมลงเพราะความชรา ปัญญาอ่อน พวกที่บาดเจ็บจนต้องตัดเนื้อสมองบางส่วนทิ้ง (ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ และรณกรณ์ บุญมี, 2564ก) คำว่า “โรคจิต” หมายถึง ภาวะหรือโรคจิตผิดปกติเชิงพยาธิวิทยาประกอบด้วยโรคจิตภายนอก เช่น การบาดเจ็บ การติดเชื้อ และโรคจิตจากภายใน เช่น จิตเภทเป็นโรคทางจิตเวชที่มีความผิดปกติของสมองแสดงออกทางความคิด ความรู้สึก และพฤติกรรม ที่มีระดับความรุนแรงที่หลากหลาย

และมีแนวโน้มที่จะมีอาการต่อเนื่องระยะยาวโดยอาจมีช่วงที่อาการดีขึ้นเป็นระยะ (กระทรวงสาธารณสุข, กรมสุขภาพจิต, สำนักบริหารระบบบริการสุขภาพจิต, 2560) คลุ้มคลั่ง หวาดระแวงได้ (คณพล จันทร์หอม, 2563) คำว่า “จิตฟั่นเฟือน” หมายถึง ผู้ที่มีความหลงผิด (delusion) ประสาทหลอน (hallucination) หรือแปลผิด (illusion) (ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ และรณกรณ์ บุญมี, 2564ก) ซึ่งอาการหลงผิดกล่าวคือ การมีบุคคลมีความคิดหรือความเชื่อที่ไม่ตรงกับความเป็นจริงซึ่งไม่สามารถเปลี่ยนแปลงได้เช่น การหลงผิดว่ามีคนจะมาทำร้าย การหลงผิดว่าตนเองยิ่งใหญ่ มีความสามารถพิเศษ (กระทรวงสาธารณสุข, กรมสุขภาพจิต, สำนักบริหารระบบบริการสุขภาพจิต, 2560) อาการประสาทหลอน (hallucination) คือ การรับรู้ผิดปกติ โดยที่จริงแล้วไม่มีอะไรเกิดขึ้นในสิ่งแวดล้อม ซึ่งมี 5 ชนิด (1) ประสาทหลอนทางการสัมผัส (2) ประสาทหลอนทางการรับรส เช่น รู้สึกว่ามีคนวางยาพิษ (3) ประสาทหลอนทางการได้กลิ่น และ (4) ประสาทหลอนทางสายตา มองเห็นวัตถุโดยไม่มีสิ่งนั้นอยู่จริง ประสาทหลอนทางหู ได้ยินเสียงที่จริง ๆ แล้ว ไม่มีสิ่งนั้น (รุ่งศรี แสงแก้วศรี, 2552) และอาการแปลผิด (illusion) คือ ความผิดปกติของการรับรู้ ที่บุคคลตีความหมายหรือแปลความของสิ่งกระตุ้นผิดจากความเป็นจริง หรือเปลี่ยนสิ่งที่ ได้เห็น ได้ยิน หรือสัมผัส เปลี่ยนไปจากความเป็นจริง เช่น เห็นสายน้ำเกลือเป็นงู ได้กลิ่นน้ำหอมเป็นกลิ่นศพ ได้ยินเสียงลมเป็นเสียงปีศาจร้อง (รัชดาภรณ์ ใจอ้าย, ม.ป.ป.)

¹⁶ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 65 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “ผู้ใดกระทำความผิด ในขณะที่ไม่สามารถรู้ผิดชอบ หรือไม่สามารถบังคับตนเองได้เพราะมีจิตบกพร่อง โรคจิตหรือจิตฟั่นเฟือน ผู้นั้นไม่ต้องรับโทษสำหรับความผิดนั้น”

เงื่อนไขที่สอง กระทำในขณะที่ไม่สามารถรู้ผิดชอบ หรือไม่สามารถบังคับตนเองได้ คำว่า “ไม่สามารถรู้ผิดชอบ” หมายถึง ไม่รู้ว่าเป็นการกระทำที่ควรทำหรือไม่ แต่ไม่จำเป็นต้องถึงขนาดรู้ว่าการกระทำของตนเป็นความผิดกฎหมาย และคำว่า “ไม่สามารถบังคับตนเองได้” หมายถึง ไม่สามารถจะห้ามจิตใจ มิให้บังคับร่างกายให้กระทำการนั้นได้ (วินัย ล้าเลิศ, 2557)

ทั้งนี้ การพิจารณาว่าเข้าเงื่อนไขข้อนี้หรือไม่ นั้นเบื้องต้นต้องปรากฏว่า “มีการกระทำโดยรู้สำนึกเสียก่อน และเข้าใจสาระสำคัญของการกระทำ” เพราะหากผู้กระทำได้กระทำลงไปโดยไม่อยู่ภายใต้บังคับของจิตใจ หรือผู้กระทำได้กระทำลงไปโดยไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบภายนอกของความผิด การกระทำนั้นจะขาดองค์ประกอบความรับผิดชอบไปเลย จึงไม่ต้องพิจารณาถึงเหตุยกเว้นโทษอีก เช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 8743/2544 จำเลยป้อนยาอ่อนถึงขนาดไม่อาจรู้ได้ว่าการตัดสินใจห้ามเป็นผิดกฎหมาย กรณีจึงมิใช่จำเลยกระทำผิดในขณะที่ไม่สามารถรู้ผิดชอบเพราะมีจิตบกพร่องตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 65 วรรคหนึ่งเท่านั้น แต่ถึงขั้นที่ถือได้ว่าจำเลยกระทำโดยมิได้รู้สำนึกในการที่กระทำทั้งมิได้รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิด การกระทำของจำเลยจึงไม่มีความผิด เพราะขาดเจตนาตามมาตรา 59 (ศาลฎีกา, ม.ป.ป.)

หากผู้กระทำกระทำความผิด ในขณะที่ไม่สามารถรู้ผิดชอบ หรือไม่สามารถบังคับตนเองได้เพราะมีจิตบกพร่อง โรคจิตหรือจิตฟั่นเฟือน แต่ปรากฏข้อเท็จจริงว่า ผู้กระทำความผิดยังสามารถรู้ผิดชอบอยู่บ้าง หรือยังสามารถบังคับตนเองได้บ้าง ผู้นั้นต้องรับโทษ

สำหรับความผิดนั้น แต่ศาลจะลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นเพียงใดก็ได้ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 65 วรรคสอง เช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 331/2513 จำเลยคลอดบุตรแล้วเป็นโรคบ้าเลือดมีอาการผิดปกติไปจากคนธรรมดาคุมดีคุมร้าย ซึ่งถือว่าเป็นโรคจิตหรือจิตฟั่นเฟือนบางขณะไม่มีความรู้สึกผิดชอบเยี่ยงบุคคลธรรมดา แต่ยังสามารถรู้ผิดชอบอยู่บ้างหรือยังสามารถบังคับตนเองได้บ้าง จำเลยจึงต้องรับผิดดั่งที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 65 วรรคสอง (ศาลฎีกา, ม.ป.ป.)

4.2 เหตุยกเว้นโทษตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 73 และ 74

จากศึกษาข้อมูล พบว่า จำนวนของหญิงอายุ 10-14 ปี ได้มีการคลอดบุตรใน ปี พ.ศ. 2562 มีจำนวน 2,180 คน (กรมอนามัย, สำนักอนามัย การเจริญพันธุ์, 2563) ทั้งการพิจารณาถึงเหตุยกเว้นโทษตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 73 และมาตรา 74 นั้น เป็นกรณีที่หญิงมีอายุครรภ์เกิน 12 สัปดาห์ เพราะอายุครรภ์ไม่เกิน 12 สัปดาห์ หญิงที่ทำให้ตนแท้งลูกหรือยอมให้ผู้อื่นทำให้ตนแท้งลูกย่อมไม่มีความผิดเพราะเป็นการกระทำที่ขาดองค์ประกอบความรับผิดชอบ ผู้กระทำไม่มีความผิดตามกฎหมายอาญา

เหตุยกเว้นโทษตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 73 และมาตรา 74 เป็นกรณีการยกเว้นโทษเด็กที่ตั้งครรภ์และมีอายุครรภ์เกิน 12 สัปดาห์ นั้น ซึ่งตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 73 เป็นกรณีที่เด็กอายุยังไม่เกินสิบปี กระทำการอันกฎหมายบัญญัติเป็นความผิดเด็กนั้นไม่ต้องรับโทษ และตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 74 นั้นเป็นเด็กอายุกว่าสิบปีแต่ยัง

ไม่เกินสิบห้าปี กระทำการอันกฎหมายบัญญัติเป็นความผิด เด็กนั้นไม่ต้องรับโทษ ซึ่งเป็นเหตุยกเว้นโทษ ดังนั้น หากหญิงอายุไม่เกินสิบปี หรือเด็กอายุกว่าสิบปีแต่ยังไม่เกินสิบห้าปี หากได้กระทำให้ตนแท้งลูกหรือยอมให้ผู้อื่นทำให้ตนแท้งลูก ก็จะได้รับยกเว้นโทษตามกฎหมาย ทั้งนี้ อายุของเด็กนั้นเราพิจารณาขณะกระทำผิดเป็นสำคัญ (คณพล จันทร์หอม, 2563) ทั้งนี้ จะไม่พิจารณาขณะถูกจับกุมหรือพิจารณาคดี

ปัจจุบันมีการเสนอ ร่าง พ.ร.บ.แก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ ..) พ.ศ. แก้ไขอายุของเด็ก ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 73 วรรคแรก โดยแก้ไขอายุของเด็กจากไม่เกินสิบปี แก้ไขเป็น เด็กอายุไม่เกินสิบสองปี หากกระทำความผิดตามกฎหมายไม่ต้องรับโทษ และแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 74 วรรคแรก แก้ไขอายุเด็กจากเด็กอายุกว่าสิบปี แต่ไม่เกินสิบห้าปี เป็น เด็กอายุกว่าสิบสองปี แต่ไม่ถึงสิบห้าปี หากกระทำความผิดตามกฎหมาย บัญญัติไม่ต้องรับโทษ โดยที่ประชุมสภาผู้แทนราษฎรมีมติรับหลักการด้วยคะแนนเสียง 282 ต่อ 0 ขาดออกเสียง 1 (ผู้จัดการออนไลน์, 2564)

ทั้งนี้ แม้ว่าประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 73 และมาตรา 75 จะกำหนดจะเป็นเหตุยกเว้นโทษกรณีที่เด็กมีอายุครบถ้วน 12 สัปดาห์ กระทำความผิดประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 301 เหมือนกัน แต่กรณีที่เด็กอายุไม่เกิน 10 ปี พนักงานสอบสวนส่งตัวเด็กให้พนักงานเจ้าหน้าที่ตามกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองเด็ก เพื่อดำเนินการคุ้มครองสวัสดิภาพตามกฎหมายว่าด้วยการนั้นตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 73 วรรคสอง แต่กรณีที่เด็กอายุกว่าสิบปี แต่ไม่เกินสิบห้าปีนั้นกระทำการอันกฎหมาย

บัญญัติเป็นความผิด เด็กนั้นไม่ต้องรับโทษ แต่ให้ศาลมีอำนาจที่จะดำเนินการประการใดประการหนึ่งใน ตามที่ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 74 ดังนี้

ประการที่หนึ่ง ว่ากล่าวตักเตือนเด็กนั้นแล้วปล่อยตัวไป และถ้าศาลเห็นสมควรจะเรียกบิดา มารดา ผู้ปกครอง หรือบุคคลที่เด็กนั้นอาศัยอยู่มาตักเตือนด้วยก็ได้

ประการที่สอง ถ้าศาลเห็นว่า บิดา มารดา หรือผู้ปกครองสามารถดูแลเด็กนั้นได้ ศาลจะมีคำสั่งให้มอบตัวเด็กนั้นให้แก่บิดา มารดา หรือผู้ปกครองไป โดยวางข้อกำหนดให้บิดา มารดา หรือผู้ปกครองระวังเด็กนั้นไม่ให้ก่อเหตุร้าย ตลอดเวลาที่ศาลกำหนดซึ่งต้องไม่เกินสามปี และกำหนดจำนวนเงินตามที่เห็นสมควรซึ่งบิดา มารดา หรือผู้ปกครองจะต้องชำระต่อศาลไม่เกินครึ่งละหนึ่งหมื่นบาท ในเมื่อเด็กนั้นก่อเหตุร้ายขึ้น

ถ้าเด็กนั้นอาศัยอยู่กับบุคคลอื่นนอกจากบิดา มารดา หรือผู้ปกครอง และศาลเห็นว่า ไม่สมควรจะเรียกบิดา มารดา หรือผู้ปกครองมาวางข้อกำหนดดังกล่าวข้างต้น ศาลจะเรียกตัวบุคคลที่เด็กนั้นอาศัยอยู่มาสอบถามว่าจะยอมรับข้อกำหนดทำนองที่บัญญัติไว้สำหรับบิดา มารดา หรือผู้ปกครองดังกล่าวมาข้างต้นหรือไม่ก็ได้ ถ้าบุคคลที่เด็กนั้นอาศัยอยู่ยอมรับข้อกำหนดเช่นนั้น ก็ให้ศาลมีคำสั่งมอบตัวเด็กให้แก่บุคคลนั้นไปโดยวางข้อกำหนดดังกล่าว

ประการที่สาม ในกรณีที่ศาลมอบตัวเด็กให้แก่บิดา มารดา ผู้ปกครอง หรือบุคคลที่เด็กนั้นอาศัยอยู่ตามที่กล่าวมาในประการที่สอง ศาลจะกำหนดเงื่อนไขเพื่อคุ้มครองประพฤติดังนั้นเช่นเดียวกับที่บัญญัติไว้ในมาตรา 56 ด้วยก็ได้

ในกรณีเช่นว่านี้ให้ศาลแต่งตั้งพนักงานคุมประพฤติหรือพนักงานอื่นใดเพื่อคุมความประพฤติเด็กนั้น

ประการที่สี่ ถ้าเด็กนั้นไม่มีบิดา มารดา หรือผู้ปกครอง หรือมีแต่ศาลเห็นว่าไม่สามารถดูแลเด็กนั้นได้หรือถ้าเด็กอาศัยอยู่กับบุคคลอื่นนอกจากบิดา มารดา หรือผู้ปกครอง และบุคคลนั้นไม่ยอมรับข้อกำหนดดังกล่าวในประการที่สอง ศาลจะมีคำสั่งให้มอบตัวเด็กนั้นให้อยู่กับบุคคลหรือองค์การที่ศาลเห็นสมควรเพื่อดูแล อบรม และสั่งสอนตามระยะเวลาที่ศาลกำหนดก็ได้ ในเมื่อบุคคลหรือองค์การนั้นยินยอม ในกรณีเช่นว่านี้ให้บุคคลหรือองค์การนั้นมีอำนาจเช่นผู้ปกครองเฉพาะเพื่อดูแล อบรม และสั่งสอน รวมถึงตลอดถึงการกำหนดที่อยู่และการจัดให้เด็กมีงานทำตามสมควร หรือให้ดำเนินการคุ้มครองสวัสดิภาพเด็กตามกฎหมายว่าด้วยการนั้นก็ได้

ประการที่ห้า ส่งตัวเด็กนั้นไปยังโรงเรียน หรือสถานฝึกและอบรม หรือสถานที่ซึ่งจัดตั้งขึ้นเพื่อฝึกและอบรมเด็ก ตลอดระยะเวลาที่ศาลกำหนด แต่อย่าให้เกินกว่าที่เด็กนั้นจะมีอายุครบสิบแปดปี

4.3 เหตุยกเว้นโทษตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 304

ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 304 บัญญัติว่า “ผู้ใดเพียงแต่พยายามกระทำความผิดตามมาตรา 301 หรือมาตรา 302 วรรคแรก ผู้นั้นไม่ต้องรับโทษ” เมื่อพิจารณาถึงกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 มาตรา 264 บัญญัติว่า “ผู้ใดพยายามกระทำความผิดอย่างใดใดที่ท่านบัญญัติไว้ในมาตรา 260 และมาตรา 261 นั้น ท่านว่าเป็นการไม่สำคัญ อย่าให้เอาโทษแก่มันเลย” แต่เดิมตามกฎหมายลักษณะอาญา

ร.ศ. 127 มองว่า การพยายามริดลูกเป็นความผิดเล็กน้อย และเมื่อได้ทำการริดลูกไปครั้งหนึ่งแล้วไม่สำเร็จ การที่กฎหมายไม่เอาโทษจะเป็นการยับยั้งไม่ให้หญิงทำการริดลูกเป็นค่ารบที่สอง (หยุด แสงอุทัย, 2561) ทั้งนี้ เมื่อมีพิจารณาประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 304 ถือว่าเป็นการกระทำเล็กน้อยและเป็นการทำให้หญิงระงับความผิดที่จะทำให้แท้งลูกในเวลาต่อมา

การพยายามกระทำความผิดตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 80 นั้นเป็นกรณีที่ผู้กระทำความผิดกระทำความผิดแต่กระทำไปไม่ตลอดหรือกระทำไปตลอดแล้วแต่การกระทำนั้นไม่บรรลุผล ผู้นั้นพยายามกระทำความผิดและการพยายามกระทำความผิดตามมาตรา 81 นั้นเป็นการกระทำนั้นไม่สามารถจะบรรลุผลได้อย่างแน่แท้ เพราะเหตุปัจจัยซึ่งใช้ในการกระทำหรือเหตุแห่งวัตถุที่มุ่งหมายกระทำต่อ ให้ถือว่าผู้นั้นพยายามกระทำความผิด

กรณีพยายามกระทำความผิดนั้น เมื่อผู้กระทำได้ลงมือกระทำความผิดโดยเจตนาแล้ว ต้องพิจารณา 2 กรณีคือ กรณีที่หนึ่ง ไม่บรรลุผลเพราะกระทำไม่ตลอด กรณีที่สอง กระทำไปตลอดแล้วแต่การกระทำไม่บรรลุผล จากกรณีที่หนึ่งนั้นเป็นกรณีที่ผู้กระทำได้ลงมือกระทำความผิดแล้วแต่ไม่บรรลุผลเพราะกระทำไม่ตลอด เนื่องจากผู้กระทำไม่สามารถจะกระทำได้ครบถ้วนตามที่ผู้กระทำได้ประสงค์ ผู้กระทำจำต้องยุติการกระทำนั้นโดยไม่สมัครใจ ไม่ว่าจะเป็นเพราะเหตุภายนอกหรือภายในของผู้กระทำผิดเองก็ตาม (ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ และรณกรณ์ บุญมี, 2564ก) ตัวอย่างเช่น หญิงมีอายุครรภ์ 9 เดือน กำลังเอามือทุบท้องตนเอง แต่สามีของหญิงดึงมือได้ทัน ทำให้ไม่เกิดการแท้งลูก

เกิดขึ้น ส่วนกรณีที่สองนั้น ผู้กระทำได้ลงมือกระทำและกระทำไปโดยตลอดแล้ว แต่การกระทำนั้นไม่บรรลุผล เป็นกรณีที่ผู้กระทำได้ลงมือกระทำความผิดไปโดยตลอดแล้ว แต่มีเหตุขัดขวางไม่ให้เกิดการกระทำนั้นบรรลุผล (วินัย ล้าเลิศ, 2560) ทั้งนี้ เมื่อพิจารณาถึงบริบทของพยายามกระทำความผิดตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 301 ประกอบมาตรา 80 นั้น ความผิดฐานทำให้แท้งลูกจะสำเร็จหรือไม่อยู่ที่ว่า ทารกในครรภ์คลอดออกมาอย่างมีชีวิตหรือไม่ (ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ และรณกรณ์ บุญมี, 2564) ตัวอย่างเช่นหญิงมีครรภ์ 9 เดือนได้เอามือทุบท้องตนเองโดยมีเจตนาที่จะให้ตนแท้งลูก ปรากฏว่าทารกในครรภ์คลอดสำเร็จ บริบูรณ์ออกมาทั้งตัว แต่ว่าจะมีสภาพบุคคลเพียงชั่วขณะหนึ่งและถึงแก่ความตาย ตามกฎหมายถือว่าเป็นการลงมือโดยเจตนาทำให้แท้งลูก และได้ลงมือกระทำไปตลอดแล้ว แต่การกระทำนั้นไม่บรรลุผล คือ ไม่มีการแท้งลูก

ข้อสังเกตหากเป็นกรณีที่หญิงมีอายุครรภ์กว่า 12 สัปดาห์ ทำให้ตนเองแท้งลูก หรือยอมให้ผู้อื่นทำให้ตนแท้งลูก แต่ทารกในครรภ์คลอดออกมาชีวิต แม้ปรากฏว่าผลจากการทำแท้งนั้นเป็นเหตุให้หญิงมีครรภ์ได้รับอันตรายสาหัส กฎหมายก็ยกเว้นโทษให้กับหญิง แตกต่างจาก

กรณีที่บุคคลอื่นทำให้หญิงแท้งลูกโดยหญิงนั้นยินยอม ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 302¹⁷ เมื่อทารกคลอดออกมามีชีวิตและได้รับยกเว้นโทษตามมาตรา 304 แต่หากปรากฏข้อเท็จจริงว่าหญิงมีครรภ์ได้ได้รับอันตรายสาหัส¹⁸ หรือถึงแก่ความตาย¹⁹ ผู้พยายามทำให้หญิงแท้งลูกตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 302 วรรคสอง หรือวรรคสาม ประกอบมาตรา 80 แล้วแต่กรณี ก็ไม่ได้รับยกเว้นโทษตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 304 แต่อย่างใด ทั้งนี้การยกเว้นโทษตามมาตรา 304 ยังหมายความว่ารวมถึงการพยายามกระทำผิดตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 81 อีกด้วย²⁰

■ บทสรุปและข้อเสนอแนะ

การพิจารณาตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 301 ในความผิดฐานหญิงอายุครรภ์เกินสิบสองสัปดาห์ทำให้ตนเองแท้งลูก หรือยอมให้ผู้อื่นทำให้แท้งลูก โดยนำโครงสร้างความรับผิดชอบตามกฎหมายมาใช้เป็นเครื่องมือในการอธิบายนั้น ทำให้เห็นว่าการที่จะพิจารณาว่าบุคคลใดจะมีความผิดและต้องรับโทษทางอาญานั้น ต้องพิจารณาว่า การกระทำนั้นครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติหรือไม่ ไม่มี

¹⁷ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 302 วรรคหนึ่ง ผู้ใดทำให้หญิงแท้งลูกโดยหญิงนั้นยินยอม ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

¹⁸ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 302 วรรคสอง ถ้าการกระทำนั้นเป็นเหตุให้หญิงรับอันตรายสาหัสอย่างอื่นด้วย ผู้กระทำต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินเจ็ดปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนสี่หมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

¹⁹ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 302 วรรคสาม ถ้าการกระทำนั้นเป็นเหตุให้หญิงถึงแก่ความตาย ผู้กระทำต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบปี และปรับไม่เกินสองแสนบาท

²⁰ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 81 “ผู้ใดกระทำการโดยมุ่งต่อผลซึ่งกฎหมายบัญญัติเป็นความผิด แต่การกระทำนั้นไม่สามารถจะบรรลุผลได้อย่างแน่แท้ เพราะเหตุปัจจัยซึ่งใช้ในการกระทำหรือเหตุแห่งวัตถุที่มุ่งหมายกระทำต่อ ให้ถือว่าผู้นั้นพยายามกระทำผิด แต่ให้ลงโทษไม่เกินกึ่งหนึ่งของโทษที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้น

ถ้าการกระทำดังกล่าวในวรรคแรกได้กระทำไปโดยความเชื่ออย่างสมชาย ศาลจะไม่ลงโทษก็ได้”

กฎหมายยกเว้นความผิดหรือไม่ ไม่มีกฎหมายยกเว้นโทษหรือไม่ ทำให้เห็นภาพรวมของการพิจารณากฎหมายและจุดที่ต้องพิจารณาและพัฒนากฎหมายอย่างเป็นระบบซึ่งผู้เขียนมีข้อสังเกตดังนี้

ประการแรก การที่กฎหมายกำหนดให้หญิงที่มีอายุครรภ์ไม่เกิน 12 สัปดาห์ สามารถทำให้ตนเองแท้งลูกหรือยอมให้ผู้อื่นทำให้ตนแท้งลูกนั้น ไม่เป็นความผิดทางอาญา โดยกฎหมายไม่ได้กำหนดเงื่อนไขใด ๆ เพื่อสร้างสวัสดิการด้านสุขภาพที่ดีของหญิง ซึ่งการที่กฎหมายกำหนดเช่นนี้ ทำให้หญิงที่มีอายุครรภ์เกิน 12 สัปดาห์สามารถที่จะเลือกใช้บริการทำแท้งเถื่อน ทั้งนี้ ปัจจุบันการแพทย์ของประเทศไทยมีความเจริญก้าวหน้าเป็นอย่างมาก หากกฎหมายกำหนดให้เงื่อนไขการทำแท้งของหญิงมีอายุครรภ์ไม่เกิน 12 สัปดาห์ ต้องอยู่ในความดูแลของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมตามกฎหมายจึงจะได้รับการยกเว้นความผิด จะเป็นประโยชน์กับสุขภาพหญิงยิ่งกว่าการเปิดกว้างทางกฎหมายเช่นนั้น

ประการที่สอง การที่การบังคับใช้ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 305 ให้การกระทำที่จะได้รับการยกเว้นความผิดต้องเป็นการกระทำของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมและตามหลักเกณฑ์ของแพทย์สภาซึ่งตามข้อบังคับแพทย์สภาว่าด้วยหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมตาม มาตรา 305 แห่งประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2564 พบว่า ตามข้อบังคับแพทย์สภาว่าดังกล่าว ในข้อ 5 กรณีที่หากการยุติการตั้งครรภ์นั้นในหญิงที่อยู่ในสภาวะที่เกี่ยวข้องกับความผิดปกติทางด้านร่างกายหรือจิตใจที่ไม่สามารถตัดสินใจได้ด้วยตนเอง ต้องได้รับความยินยอม

จากผู้แทนโดยชอบด้วยกฎหมาย หรือผู้ปกครองดูแล และกรณีที่ปรากฏข้อเท็จจริงว่า ไม่มีผู้แทนโดยชอบด้วยกฎหมาย หรือผู้ปกครองดูแล หรือมีแต่บุคคลดังกล่าวไม่ให้ความยินยอมโดยไม่มีเหตุอันสมควร หรือมีประโยชน์ขัดกันกับหญิงผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมอาจทำการยุติการตั้งครรภ์ให้หญิงได้ หากเป็นไปเพื่อประโยชน์สูงสุดของหญิง ซึ่งการให้ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมเป็นผู้ตัดสินใจกรณีผู้แทนโดยชอบด้วยกฎหมาย หรือผู้ปกครองดูแล ไม่ให้ความยินยอมโดยไม่มีเหตุอันสมควร หรือมีประโยชน์ขัดกันกับหญิง ไม่เหมาะสมสมควรต้องเป็นกรณีที่จำเป็นเร่งด่วนเท่านั้นหากไม่ยุติการตั้งครรภ์โดยเร็ว จะทำให้หญิงมีครรภ์เกิดอันตรายถึงแก่ชีวิตหรือได้รับอันตรายสาหัส

■ บรรณานุกรม

- กรกฎ ทองชะโชค. (2560). *กฎหมายอาญา บทบัญญัติทั่วไป* (พิมพ์ครั้งที่ 2). สงขลา: นาศิลป์โฆษณา.
- กรมอนามัย, สำนักอนามัยการเจริญพันธุ์. (2562). *รายงานเฝ้าระวังการแท้งประเทศไทย พ.ศ. 2562*. ค้นเมื่อ 21 ธันวาคม 2565, จาก https://rh.anamai.moph.go.th/webupload/migrated/files/rh/n330_d1a80b22d8a4daa87_6f459095915af6d_Ebook_Abortion_62.pdf
- กระทรวงสาธารณสุข, กรมสุขภาพจิต, สำนักบริหารระบบบริการสุขภาพจิต. (2560). *คู่มือการดูแลผู้ป่วยโรคจิตเภทสำหรับโรงพยาบาลในเขตสุขภาพ* (ฉบับแพทย์) (พิมพ์ครั้งที่ 2). นนทบุรี: ผู้แต่ง.

- เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. (2561). *หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน* (พิมพ์ครั้งที่ 4). กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน.
- เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. (2562). *คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1 เล่ม 1* (พิมพ์ครั้งที่ 11). กรุงเทพฯ: กรุงเทพมหานครพาณิชย์.
- ไกรฤกษ์ เกษมสันต์. (2559). *คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาคความผิด มาตรา 288-มาตรา 366* (พิมพ์ครั้งที่ 10). กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา.
- คณพล จันทน์หอม. (2563). *หลักพื้นฐานกฎหมายอาญา เล่ม 1*. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน.
- คณพล จันทน์หอม. (2564). *คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิด เล่ม 2* (พิมพ์ครั้งที่ 6). กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน.
- คณิต ณ นคร. (2545). *กฎหมายอาญาภาคความผิด* (พิมพ์ครั้งที่ 8). กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน.
- คณิต ณ นคร. (2563). *กฎหมายอาญาภาคทั่วไป* (พิมพ์ครั้งที่ 7). กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน.
- จรัญ โฆษณานนท์. (2559). *สิทธิมนุษยชนไร้พรมแดน : ปรัชญา กฎหมาย และความเป็นจริงทางสังคม* (พิมพ์ครั้งที่ 3). กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติธรรม.
- จิตติ ติงศภักย์. (2555). *กฎหมายอาญา ภาค 1* (พิมพ์ครั้งที่ 11) กรุงเทพฯ: เนติบัณฑิตยสภา.
- ต่อพงศ์ กิตติยานุพงศ์. (2562). *ทฤษฎีสิทธิขั้นพื้นฐาน* (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน.
- ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ และรณกรณ์ บุญมี. (2564ก). *กฎหมายอาญา ภาคทั่วไป* (พิมพ์ครั้งที่ 22). กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน.
- ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ และรณกรณ์ บุญมี. (2564ข). *คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคความผิดและลหุโทษ* (พิมพ์ครั้งที่ 18). กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน.
- นิमित ชินเครือ. (2559). *กฎหมายแพ่ง* (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์รามคำแหง.
- ปกป้อง ศรีสนิท. (2559). *กฎหมายอาญาระดับสูง*. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน.
- ปกป้อง ศรีสนิท. (2563). *สิทธิมนุษยชนในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา* (พิมพ์ครั้งที่ 1). กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน.
- ปฏิพล สันธนาคร. (2554). การศึกษาเปรียบเทียบประสิทธิภาพของยาไมโสพรอสตอล ขนาด 400 และ 600 ไมโครกรัมเหน็บทางช่องคลอด ในการยุติการตั้งครรภ์ที่อายุครรภ์น้อยกว่า 20 สัปดาห์ ในโรงพยาบาลศรีสะเกษ. *วารสารการแพทย์ โรงพยาบาลศรีสะเกษ สุรินทร์ บุรัมย์*, 26(2), 230-131.
- ผู้จัดการออนไลน์. (2564). *สภารับหลักการร่างแก้ไข ป.อาญาฯ เด็กอายุต่ำกว่า 12 ปี ไม่ต้องรับโทษ*. ค้นเมื่อ 22 มีนาคม 2565, จาก <https://mgronline.com/politics/detail/9640000091493>
- รัชดาภรณ์ ใจอ้าย (ม.ป.ป.). *เอกสารประกอบการสอนรายวิชา 619252 การพยาบาลสุขภาพจิตและจิตเวช 2 เรื่องการพยาบาลผู้ที่มีปัญหาทางจิตเวชด้านความคิดและการรับรู้*. ค้นเมื่อ 23 ธันวาคม 2564, จาก <http://sutir.sut.ac.th:8080/sutir/bitstream/123456789/4894/1/42.pdf>

- รุ่งศรี แสงแก้วศรี. (2552). ประสิทธิภาพการจัดการกับอาการหิวแหว่งของผู้ป่วยโรคจิตเภทในจังหวัดพิษณุโลก. *วารสารพยาบาลศาสตร์* 3(1), 18-33.
- ลักษณะวัตน์ ปาละรัตน์. (2553). *ปรัชญาภาวะสตรี*. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง.
- วรมน รามางกุล. (2564). แนวคิดและความเป็นมาของกฎหมายเกี่ยวกับการยุติการตั้งครรภ์ในประเทศไทย. *วารสารดุลพินิจ*, 68(1), 1-34.
- วินัย ลำเลิศ. (2557). *กฎหมายอาญา 1* (พิมพ์ครั้งที่ 4). กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง.
- วิรัตน์ นาทิพเวทย์. (2564). ความรับผิดชอบทางอาญาและกระบวนการยุติการตั้งครรภ์แทนในกรณีหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน. *วารสารกระบวนการยุติธรรม*, 14(2), 37-56.
- วิบูลพรรณ จิตะดิลก และเพชร ศรีปน. (2564). จากข้อบังคับแพทยสภาสู่การปฏิบัติข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับการยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ฉบับใหม่ตามมาตรา 305 แห่งประมวลกฎหมายอาญา 2564. ค้นเมื่อ 21 ธันวาคม 2564, จาก <https://tmc.or.th/Media/media-2021-08-20-10-53-06.pdf>
- วิสูตร ฟองศิริไพบูลย์. (2551). แพทย์ยุติการตั้งครรภ์ (ทำแท้ง) ให้อำนาจหญิงภายใต้เงื่อนไขที่แพทยสภากำหนด: กฎเกณฑ์ทันยุคที่แพทย์ไทยทุกคนต้องรู้. *วารสารเวชบันทึกศิริราช*, 1(2), 114-123.
- วิณัฐา แสงสุข และจิตติพร ลิ้มแหลมทอง. (2557). *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป* (พิมพ์ครั้งที่ 4). กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง.
- ศาลฎีกา. (ม.ป.ป.). *ระบบสืบค้นคำพิพากษา คำสั่ง คำร้อง และคำวินิจฉัยศาลฎีกา*. ค้นเมื่อ 28 ธันวาคม 2564, จาก <http://deka.supremecourt.or.th/search>
- สุภัสส์ เทพหัสดิน ณ อยุธยา. (2556). โครงสร้างความรู้ผิดอาญา: ศึกษากระบวนการคิดของกฎหมายอาญาเยอรมันเพื่อปรับใช้กับกฎหมายอาญาไทย. *วารสารธรรมศาสตร์*, 32(3), 40-73.
- สรุฒิ เกษมสุข และวรรณวิภา เมืองถ้ำ. (2562). ความผิดปกติทางจิตในกฎหมายอาญา : ศึกษาเฉพาะคำศัพท์ นิยาม และการตีความทางกฎหมาย. *วารสารกฎหมายสุขภาพและสาธารณสุข*, 5(1), 41-55.
- หยุด แสงอุทัย. (2556). *กฎหมายอาญา ภาค 2-3* (พิมพ์ครั้งที่ 11). กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัย-ธรรมศาสตร์.
- หยุด แสงอุทัย. (2561). *คำอธิบายกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127* (พิมพ์ครั้งที่ 7). กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน.

