

ความผิดอาญาฐานการเสนอบริการการทำแท้ง

อภิรมย์ อินทร์ตะสึบ¹
ดร.สุภัชลี เทพหัสติน ณ อยุธยา²

บทคัดย่อ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีจุดมุ่งหมายในการศึกษาความผิดอาญาฐานการเสนอบริการการทำแท้ง แนวความคิด ทฤษฎี รวมถึงวิธีการ ข้อดี ข้อเสีย ต่าง ๆ ของความผิดฐานดังกล่าว ของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี สาธารณรัฐฝรั่งเศส และสหรัฐอเมริกา เพื่อจะช่วยสร้างหลักเกณฑ์และแนวความคิดในทางกฎหมาย อันเป็นสาระสำคัญในการชี้แนะเพื่อนำมาสู่การเพิ่มเติมบทบัญญัติกฎหมายว่าด้วยความผิดฐานการเสนอบริการการทำแท้งในประเทศไทย ได้อย่างถูกต้อง ชัดเจน เหมาะสม มีประสิทธิภาพ และบังคับใช้ได้จริง เพื่อให้สอดคล้องกับสภาพความเป็นจริงของสังคมไทยในปัจจุบัน อีกทั้งจะยังมีส่วนช่วยผลักดันให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติกฎหมายว่าด้วยความผิดฐานการเสนอบริการการทำแท้งในประเทศไทยตามวัตถุประสงค์และภารกิจของกฎหมายอาญา

เมื่อคุณธรรมทางกฎหมายหรือสิ่งที่กฎหมายมุ่งประสงค์ที่จะคุ้มครองของความผิดอาญาฐานทำให้แท้งลูก คือ “ชีวิตในครรภ์มารดา” อันเป็นการคุ้มครอง “ประโยชน์” หรือ “คุณค่า” ดังนั้นในการที่จะให้สังคมมีความผาสุก มนุษย์ทุกคนต้องเคารพและไม่ละเมิดประโยชน์หรือคุณค่าของการอยู่ร่วมกัน ความผิดอาญาฐานการเสนอบริการการทำแท้งจึงสอดคล้องกับการคุ้มครองคุณธรรมทางกฎหมายของความผิดฐานทำให้แท้งลูก อีกทั้งเมื่อสภาพสังคมก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงทางเทคโนโลยี แต่ประมวลกฎหมายอาญาระบบนี้มีการประกาศใช้บังคับต่อกฎหมายลักษณะอาญามาตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม พ.ศ. 2500 อันเป็นเวลากว่า 59 ปีแล้ว จึงทำให้บางเรื่องไม่สอดคล้องเหมาะสมที่จะปรับใช้กับสถานการณ์ในปัจจุบันได้ ถ้ากฎหมายนั้นไม่สอดคล้องกับความเป็นจริงแล้ว ย่อมส่งผลต่อประสิทธิภาพในการบังคับใช้กฎหมายไม่ว่าทางใดทางหนึ่ง และเมื่อพิจารณาในเรื่องบริบททางสังคมไทยแล้วจะเห็นได้ว่า ประชาชนยังมีความเห็นว่าการทำแท้งยังเป็นสิ่งที่ผิดซึ่งส่วนใหญ่เป็นชาวพุทธที่ยึดถือเรื่องกฎแห่งกรรม

จากการศึกษากฎหมายเกี่ยวกับการเสนอบริการการทำแท้งในต่างประเทศพบว่า สหพันธ์รัฐสาธารณรัฐเยอรมนี สาธารณรัฐฝรั่งเศส สหรัฐอเมริกา รวมถึง 8 มลรัฐ ได้มีการบัญญัติความผิดฐานนี้ไว้อย่างชัดเจน แตกต่างกันไปเพียงรายละเอียดและถ้อยคำในตัวบทกฎหมายที่ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษตามที่กฎหมายแต่ละประเทศกำหนด บทกำหนดโทษที่กล่าวมา

¹ นักศึกษาหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ ปรีดี พนมยงค์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต

² ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์

ทั้งหมด สามารถสรุปได้ว่า บทลงโทษของแต่ละประเทศแบ่งออกได้เป็นกรณี 3 กรณี ได้แก่โทษปรับในอัตราที่สูง โทษจำคุก หรือต้องรับโทษทั้งสองอย่าง ซึ่งสามารถบังคับใช้กับผู้กระทำการฝ่าฝืนกฎหมายได้โดยตรง อันเป็นผลดีในเชิงป้องปรามอาชญากรรม มีประสิทธิภาพและสอดคล้องกับสภาพสังคม อันเป็นการครอบคลุมถึงกระบวนการป้องกันก่อนเริ่มการทำแท้ง ช่วยเพิ่มความปลอดภัยให้แก่หญิงที่ประสบปัญหาการตั้งครรภ์โดยไม่พร้อมเพราะเป็นการป้องกันการทำแท้งที่ไม่ถูกต้องและฝ่าฝืนต่อบทบัญญัติของกฎหมาย อีกทั้งยังสามารถช่วยป้องกันและลดปัญหาของสังคมที่จะเกิดจากปัญหาสุขภาพและภาวะแทรกซ้อนจากการเสนอบริการการทำแท้งโดยฝ่าฝืนต่อกฎหมาย ซึ่งอาจจะกลายเป็นปัญหาของสังคมและขยายวงกว้างโดยไม่สามารถควบคุมได้ในอนาคตอีกด้วย

เมื่อมาตรการบังคับใช้ในประมวลกฎหมายอาญาในปัจจุบันล้าหลัง ไม่มีประสิทธิภาพในการยับยั้งการกระทำความผิด และไม่อาจควบคุมปัญหาอาชญากรรมของการทำแท้งได้ ซึ่งหากปล่อยไว้ปัญหาเหล่านี้อาจจะขยายวงกว้างออกไปและยากต่อการแก้ไขปัญหานั้น อันจะส่งผลกระทบต่อความปลอดภัย สุขภาพ อนามัยของหญิงที่ประสบปัญหาตั้งครรภ์โดยไม่พร้อม ซึ่งรัฐควรมีมาตรการและควรตระหนักถึงความสำคัญของปัญหาที่เกิดขึ้น

การเสนอให้มีการเพิ่มเติมบทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญาฐานการเสนอบริการการทำแท้ง จึงเป็นแนวทางที่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมายอาญาและจะสามารถช่วยป้องกันและแก้ไขอาชญากรรมการทำแท้งได้

1. บทนำ

ปัญหาการทำแท้งในประเทศไทยเป็นปัญหาสังคมที่มีการถกเถียงกันมาเป็นระยะเวลานาน โดยมีการวิเคราะห์ข้อดี ข้อเสีย และเหตุผลทางด้านศีลธรรม ว่าประเทศไทยควรบัญญัติกฎหมายให้มีการทำแท้งโดยถูกกฎหมายได้หรือไม่ ซึ่งปัญหาดังกล่าวก็ยังไม่ได้ข้อสรุปที่ชัดเจนว่าจะมีแนวทางการแก้ปัญหาลักษณะการลักลอบทำแท้งโดยผิดกฎหมายนี้อย่างไรซึ่งในปัจจุบันตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 305 ระบุเหตุที่ผู้กระทำความผิดมีอำนาจทำแท้งได้โดยชอบด้วยกฎหมายตามกฎหมายปัจจุบันมีอยู่เพียง 2 เหตุ คือ 1. เหตุเกี่ยวกับชีวิตมารดา และ 2. เหตุเกี่ยวกับอาชญากรรม (คณิต ณ นคร ,2553 น.182-183) การกระทำได้โดยชอบด้วยกฎหมายเพราะเหตุทั้งสองนี้ ต้องกระทำโดยแพทย์ แต่เนื่องจากสภาพสังคมปัจจุบัน ปัญหาของวัยรุ่น หรือหญิงที่ประสบปัญหาการตั้งครรภ์โดยไม่พร้อม ขยายและกระจายตัวเป็นวงกว้างเพิ่มขึ้นเรื่อยๆ และปัญหาการตั้งครรภ์โดยไม่พร้อมนี้ เป็นปัญหาที่หญิงที่ประสบปัญหาดังกล่าวไม่ต้องการให้สังคมรับรู้ จึงเกิดความหวาดกลัวและอับอายที่จะปรึกษาครอบครัวหรือไปปรึกษาแพทย์ อีกทั้งสังคมยังมองว่า ผู้หญิงที่ประสบภาวะตั้งครรภ์ไม่พร้อมเป็นปัญหาสังคม จึงนำมาสู่การหาทางออกที่ไม่ปลอดภัยและมีความเสี่ยงที่จะเป็นอันตรายต่อชีวิตโดยการเลือกซื้อยาทำแท้งที่ผิดกฎหมายมาแก้ปัญหาคตั้งครรภ์ไม่พร้อมดังกล่าว

ในขณะที่ปัญหาเรื่องการแก้ปัญหาการทำแท้งยังคงดำเนินอยู่นั้น ขณะเดียวกันการเปลี่ยนแปลงทางสังคมก็ก่อให้เกิดวิวัฒนาการทางเทคโนโลยีที่มีความก้าวหน้าอย่างรวดเร็วและทันสมัย และมีผู้อาศัยโอกาสจากช่องทางทางเทคโนโลยี ลักลอบขายยาหรืออุปกรณ์ที่ช่วยส่งเสริมในการทำแท้งอย่างแพร่หลาย ทั้งผ่านช่องทางอินเทอร์เน็ต สังคมออนไลน์ รวมถึงช่องทางร้านค้าสาธารณะอื่น ๆ โดยบรรยาย แอบอ้าง ถึงสรรพคุณว่าสามารถทำแท้งได้และไม่มีอันตรายและผลข้างเคียงใด ๆ ทำให้หญิงที่ประสบปัญหาการตั้งครรภ์ไม่พร้อมถูกชักจูงใจและหลงเชื่อว่ายาทาแท้งเหล่านั้นไม่เป็นอันตรายและตัดสินใจเลือกซื้อยาทำแท้งเพื่อแก้ปัญหาการตั้งครรภ์ไม่พร้อมดังกล่าว ซึ่งประเทศไทยไม่สามารถบังคับใช้กฎหมายไปเอาผิดกับบุคคลผู้กระทำความผิดได้ เนื่องจากประมวลกฎหมายอาญาไม่มีการบัญญัติความผิดฐานการเสนอบริการการทำแท้งไว้ ผู้กระทำความผิดจึงอาศัยช่องว่างของกฎหมาย ลักลอบกระทำการดังกล่าว เพื่อผลกำไร โดยไม่เกรงกลัวต่อกฎหมายและไม่คำนึงถึงอันตรายที่จะเกิดขึ้นแก่หญิงที่ประสบปัญหาการตั้งครรภ์โดยไม่พร้อม ว่าจะได้รับอันตรายหรือเกิดปัญหาสุขภาพระยะยาวตามมาหรือไม่ และอาจจะเป็นอันตรายถึงขั้นเสียชีวิตได้

2. แนวความคิด ทฤษฎี เกี่ยวกับความผิดอาญาฐานการเสนอบริการการทำแท้ง

2.1 ความหมายของการทำแท้ง ทำให้แท้งลูก หมายถึง การทำลายชีวิตเด็กในครรภ์ ซึ่งในตำรากฎหมายส่วนมาก มักจะอธิบายแนวนี้ว่าเด็กในครรภ์มีชีวิตตั้งแต่ปฏิสนธิคือ เริ่มตั้งแต่ปฏิสนธิหมายถึง เริ่มตั้งแต่ไข่และตัวอสุจิผสมกัน (วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์, 2537 น.104)

2.2 สาเหตุและผลกระทบของการทำให้แท้งลูก สืบเนื่องมาจากการท้องปัญหาการตั้งครรภ์โดยไม่พร้อมในปัจจุบัน เป็นปัญหาสังคมที่ขยายวงกว้างและมีแนวโน้มที่จะเพิ่มขึ้นอย่างรวดเร็วภายในระยะเวลาอันสั้น หญิงตั้งครรภ์ที่ประสบปัญหาเหล่านี้ จะต้องเผชิญกับแรงกดดัน แรงบีบบังคับทางสังคม ครอบครัว ส่งผลกระทบต่อสภาวะจิตใจโดยตรง อันนำไปสู่การแก้ไขปัญหามาโดยการทำแท้งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย (อรัญ สุวรรณบุบผา, 2518 น.133)

2.3 หลักการกำหนดความผิดอาญา กฎหมายอาญา คือ บรรดากฎหมายทั้งหลายที่ระบุถึงความผิดอาญา โทษ วิธีการ เพื่อความปลอดภัยและมาตรการบังคับทางอาญาอื่น และเป็นกฎหมายที่กำหนดให้ความผิดอาญา เป็นเงื่อนไขของการใช้โทษวิธีการเพื่อความปลอดภัย และมาตรการบังคับทางอาญาอื่นนั้น (คณิต ณ นคร, 2553, น. 32-33.) กฎหมายอาญา ได้แก่ กฎหมายที่บัญญัติความผิดและโทษ (หยุด แสงอุทัย, 2552, น. 92) กฎหมายเป็นเครื่องมือของรัฐที่มีวัตถุประสงค์เพื่อใช้ในการดำเนินการต่าง ๆ กฎหมายแต่ละฉบับจึงย่อมมีภารกิจของตัวเอง โดยในส่วนของกฎหมายอาญามีภารกิจที่สำคัญ ได้แก่ ภารกิจในการคุ้มครองสังคม ภารกิจในการปราบปรามและในการป้องกันการกระทำความผิด ภารกิจในการคุ้มครองคุณธรรมทางกฎหมาย และในการคุ้มครองคุณภาพของการกระทำ (คณิต ณ นคร, 2553 น. 44-50.)

2.4 โครงสร้างความรับผิดชอบทางอาญา

การวินิจฉัยความรับผิดตามทฤษฎีกฎหมายเยอรมัน แนวความคิดในการวินิจฉัยตามโครงสร้างความผิดอาญา โดยแยกออกเป็น 3 ส่วนคือ 1) องค์ประกอบตามที่กฎหมายบัญญัติ (Tatbestandsmäßigkeit) 2) ความผิดกฎหมาย (Rechtswidrigkeit) 3) ความชั่ว (Schuld) (คณิต ณ นคร, 2557 น. 73.)

การวินิจฉัยโครงสร้างความรับผิดตามทฤษฎีกฎหมายฝรั่งเศส (รัตนชัย อนุตรพงษ์สกุล, 2543, น.17) การวินิจฉัยความรับผิดโครงสร้างความรับผิดอาญา การกระทำอันใดอันหนึ่งจะพึงถือว่าเป็นความผิดและต้องถูกลงโทษ จึงต้องประกอบด้วยข้อสาระสำคัญ 3 ประการคือ (1) ข้อสาระทางกฎหมาย (2) ข้อสาระทางการกระทำ (3) ข้อสาระทางเจตนา (วิจิตร ลุฑิตานนท์, 2507, หน้า 79-152.)

โครงสร้างของความผิดอาญาในระบบคอมมอนลอว์ประกอบไปด้วยสาระสำคัญ 2 ประการ ด้วยกันกล่าวคือ 1. การกระทำความผิด (Actus reus) 2. เจตนาร้าย (Mens rea) (สุภัสสดี เทพหัสดิน ณ อยุธยา, 2556 น.52)

2.5 แนวความคิดพื้นฐานของความผิดอาญาที่เป็นการก่ออันตรายตามหลักกฎหมายเยอรมัน

ในทางตำรากฎหมายอาญาเยอรมัน เราอาจแบ่งประเภทของความผิดอาญาออกได้เป็นหลายรูปแบบด้วยกัน ซึ่งรูปแบบหนึ่งของการแบ่งประเภทความผิดอาญา คือ การแบ่งความผิดอาญาเป็นความผิดอาญาที่เป็นการทำร้าย และความผิดอาญาที่เป็นการก่ออันตราย (Verletzungs- und Gefährungsdelikte) (สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์ , 2536 น.8) จุดแบ่งระหว่างความผิดอาญาที่เป็นการทำร้ายและความผิดอาญาที่เป็นการก่ออันตราย อยู่ตรงที่ว่าการกระทำของการกระทำของแต่ละองค์ประกอบความผิด (das Handlungsobjekt des Tatbestandes) นั้น ได้รับความเสียหายหรือเป็นแต่เพียงน่าจะได้รับอันตรายเท่านั้น (สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์ , 2536 น.8)

ผู้เขียนได้ทำการศึกษาค้นคว้าความผิดอาญาฐานการเสนอบริการการทำแท้งในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (civil law) และประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (common law) โดยในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ได้บัญญัติความผิดฐานการเสนอบริการการทำแท้งไว้ใน มาตรา 219a และได้บัญญัติครอบคลุมถึงความผิดฐานจำหน่ายยาหรืออุปกรณ์ที่ช่วยในการทำแท้งไว้ใน มาตรา 219b โดยกำหนดความผิดฐานนี้เป็นความผิดที่เป็นการก่ออันตราย เช่นเดียวกับสาธารณรัฐฝรั่งเศสและสหรัฐอเมริกา โดยสาธารณรัฐฝรั่งเศสได้บัญญัติความผิดฐานการเสนอบริการการทำแท้งไว้ในพระราชบัญญัติสาธารณสุข มาตรา L.647 ส่วนสหรัฐอเมริกาก็ได้มีการบัญญัติความผิดฐานการเสนอบริการการทำแท้งไว้ในประมวลกฎหมายอาญาและวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 1462 ในหมวดการนำเข้าหรือการขนส่งเรื่องลามกอนาจาร จากการพิจารณาความผิดอาญาฐานการเสนอบริการการทำแท้งของต่างประเทศมาแล้ว จะพบว่าในความผิดฐานการเสนอบริการการทำแท้งของต่างประเทศได้บัญญัติให้การกระทำใดอันเป็นการเสนอบริการการทำแท้งเป็นความผิดอาญาซึ่งบัญญัติถึงโทษที่ผู้กระทำความผิดต้องได้รับ

ทั้งโทษจำคุกหรือโทษปรับ หรือทั้งจำและปรับ โดยที่ในต่างประเทศ ได้แก่ สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน ได้มีการบัญญัติความผิดฐานเสนอบริการการทำแท้งไว้ในประมวลกฎหมายอาญา ในหมวดความผิดฐานทำให้แท้งลูก เช่นเดียวกับฝรั่งเศส และสหรัฐอเมริกา รวมถึงในหลายๆรัฐในสหรัฐอเมริกา ได้บัญญัติให้การกระทำการเสนอบริการการทำแท้งเป็นความผิดอาญา เช่นเดียวกัน แต่สำหรับในประเทศไทยยังไม่มีมีการบัญญัติให้กรณการเสนอบริการการทำแท้งเป็นความผิดอาญา

2.6 ขอบเขตความผิดฐานทำให้แท้งลูก “ทำให้แท้งลูก” ก็คือ ทำให้ลูกในครรภ์ตายในขณะที่อยู่ในครรภ์หรือทำให้ลูกในครรภ์คลอดออกมาก่อนกำหนดแต่โดยสภาพไม่อาจมีชีวิตรอดได้ (คณิต ณ นคร, 2557, น. 177) การคลอดก่อนกำหนดในที่นี้ หมายความว่า เป็นการทำให้ลูกในครรภ์คลอดก่อนถึงเวลาที่ทารกจะคลอดออกมาตามธรรมชาติของทารกนั้น ไม่ว่าจะคลอดโดยมีหรือไม่มีชีวิตก็ตาม กล่าวคือ ต้องมีผลให้ลูกนั้นตายในครรภ์หรือคลอดแล้วตายก่อนมีชีวิต (จิตติ ตึงศภัทย์, 2536, น. 2042) ซึ่งก็หมายความว่า แม้ทารกเกิดมาจะมีสภาพบุคคลหรือแสดงอาการของการมีชีวิต แต่ถ้าทารกนั้นไม่อาจมีชีวิตอยู่นอกครรภ์มารดาได้ โดยไม่ว่าจะตายภายหลังคลอดนานเท่าใด ผู้กระทำให้ทารกคลอดย่อมต้องถือว่าเป็นการทำให้แท้งลูกทั้งสิ้น (วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์, 2537, น. 108) โดยผลคือความตายที่เกิดขึ้นนั้นมีความสัมพันธ์กับการกระทำของผู้กระทำดังกล่าว

2.7 ทฤษฎีทางอาชญาวิทยา ทฤษฎีการควบคุมสังคม ความมุ่งหมายในการควบคุมสังคมคือการก่อให้เกิดการประพฤติปฏิบัติตามบรรทัดฐานของสังคม (Social Norms) จะสร้างความเป็นปึกแผ่น และการดำรงอยู่ของกลุ่มบุคคลหรือสังคม (ประธาน วัฒนวานิชย์, 2546 , น. 56.) ทฤษฎีการป้องกันสังคมการป้องกันสังคมโดยทั่วไปมักจะแบ่งออกเป็น 2 ขั้นตอน (ประธาน วัฒนวานิชย์, 2546, น. 56.) คือ ขั้นตอนการป้องกันก่อนการเกิดอาชญากรรม และขั้นตอนการป้องกันภายหลังจากอาชญากรรมได้ขึ้นแล้วเพื่อมิให้เกิดขึ้นอีก

จากการศึกษาตามโครงสร้างความรับผิดชอบอาญาของระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (civil law) ของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี สาธารณรัฐฝรั่งเศส รวมถึงระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common law) นั้น ผู้เขียนพบว่าการวิเคราะห์ตามโครงสร้างความผิดอาญาเยอรมันโดยศึกษาแนวความผิดอาญาที่เป็นการก่ออันตรายประกอบการวินิจฉัยนั้นสมบูรณ์มากที่สุด เนื่องจากความผิดตามมาตรา 219a การเสนอบริการการทำแท้งตามประมวลกฎหมายอาญาเยอรมันเป็นความผิดอาญาที่มีแนวความคิดพื้นฐานจากหลักความผิดอาญาที่เป็นการก่ออันตราย ในทางตำรากฎหมายอาญาเยอรมัน เราอาจแบ่งประเภทของความผิดอาญาออกได้เป็นหลายรูปแบบด้วยกัน ซึ่งรูปแบบหนึ่งของการแบ่งประเภทความผิดอาญา คือ การแบ่งความผิดอาญาเป็นความผิดอาญาที่เป็นการทำร้าย และความผิดอาญาที่เป็นการก่ออันตราย (Verletzungs- und Gefährdungsdelikte) (สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์ , 2536 น.7) จุดแบ่งระหว่างความผิดอาญาที่เป็นการทำร้ายและความผิดอาญาที่เป็นการก่ออันตราย อยู่ตรงที่ว่ากรรมของการกระทำของแต่ละ

องค์ประกอบความผิด (das Handlungsobjekt des Tatbestandes) นั้น (สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์ ,2536 น.8)ได้รับความเสียหายหรือเป็นแต่เพียงน่าจะได้รับอันตรายเท่านั้น ในกรณีของความผิดอาญาที่เป็นการทำร้าย จะเป็นความผิดสำเร็จก็ต่อเมื่อกรรมของการกระทำได้รับความเสียหายอย่างแท้จริง ในทางตรงกันข้าม ในกรณีของความผิดอาญาที่เป็นการก่ออันตราย ในกรณีของความผิดอาญาที่เป็นการก่ออันตราย การที่กรรมของการกระทำเป็นแต่เพียงน่าจะได้รับอันตราย ก็เป็นความผิดสำเร็จแล้ว ทั้งนี้เพราะความผิดอาญาที่เป็นการก่ออันตราย กฎหมายลงโทษผู้กระทำเพื่อเป็นการป้องกันอันตราย และคุณธรรมทางกฎหมาย ด้วยเหตุนี้ แม้ว่าผลที่เป็นความเสียหายจะยังไม่เกิดขึ้นก็ตามก็สามารถลงโทษผู้กระทำได้แล้วหากการกระทำนั้นเป็นการก่ออันตราย (สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์ ,2536 น.9)

ดังนั้นหากพิจารณาจากหลักกฎหมายเยอรมันข้างต้น เมื่อคุณธรรมทางกฎหมายของความผิดอาญาฐานทำให้แท้งลูก ตามประมวลกฎหมายอาญาของไทย คือ การคุ้มครอง “ชีวิตในครรภ์มารดา” และการกระทำที่มีลักษณะอันเป็นการเสนอบริการการทำแท้งก็เป็นการกระทำที่น่าจะเป็นอันตรายต่อชีวิตในครรภ์มารดาแล้ว หากนำแนวความผิดอาญาที่เป็นการก่ออันตรายตามกฎหมายเยอรมันเพื่อนำไปเป็นแนวทางการปรับใช้และวางหลักเกณฑ์ในการบัญญัติกฎหมายอาญาไทยในความผิดฐานการเสนอบริการการทำแท้งจะทำให้กฎหมายมีความชัดเจน สอดคล้องกับสภาพสังคมในปัจจุบันมากยิ่งขึ้น

เมื่อพิจารณาถ้อยคำในบทบัญญัติกฎหมาย คุณธรรมทางกฎหมายของความผิดฐานทำให้แท้งลูก รวมถึงแนวคำพิพากษาของศาลฎีกาในการกำหนดความผิดอาญาที่เป็นการก่ออันตรายดังกล่าวข้างต้นแล้ว จะเห็นว่าประเทศไทยมีบทบัญญัติความผิดอาญาที่เป็นการก่ออันตรายมานานแล้ว อีกทั้งความผิดฐานการเสนอบริการการทำแท้งของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันซึ่งเป็นบทบัญญัติความผิดอาญาที่เป็นการก่ออันตราย รวมถึงสาธารณรัฐฝรั่งเศส สหรัฐอเมริกาและมลรัฐต่างๆ อีก 8 รัฐ ก็มีบทบัญญัติความผิดอาญาฐานการเสนอบริการการทำแท้ง แม้ว่าถ้อยคำนั้นจะมีความแตกต่างกันก็ตาม แต่ผลของถ้อยคำนั้น ก็คือ กฎหมายกำหนดความผิดเพื่อลงโทษแก่ผู้เสนอการบริการการทำแท้งทั้งสิ้น

3.บทสรุป

การกำหนดความผิดทางอาญามีความสำคัญต่อการกำหนดพฤติกรรมของคนในสังคม และมีผลต่อประสิทธิภาพในการบังคับใช้กฎหมาย จากการศึกษาแนวความคิด ทฤษฎี ที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดความผิดฐานการเสนอบริการการทำแท้งของต่างประเทศ พบว่าสำหรับประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law)และประเทศที่ไม่ใช้ระบบประมวลกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) ล้วนแล้วแต่นำความผิดอาญาฐานการเสนอบริการการทำแท้งมาบัญญัติไว้เป็นความผิดอาญาเพื่อลงโทษแก่ผู้กระทำความผิดทั้งสิ้น ทั้งนี้แสดงให้เห็นว่าประเทศเหล่านี้ได้ตระหนักถึงความปลอดภัยของหญิงที่ตั้งครรภ์ เพื่อที่จะคุ้มครองและป้องกันมิให้ชีวิตใน

ครรภ์มารดา รวมถึงตัวของหญิงที่ตั้งครรภ์ได้รับอันตรายจากการเสนอบริการการทำแท้งที่ผิดกฎหมาย

ประเทศไทยได้มีบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 301 และ มาตรา 302 กำหนดให้การทำแท้งเป็นสิ่งที่ผิดกฎหมาย ไม่ว่าจะในกรณีหญิงยอมให้ผู้อื่นกระทำ หรือในกรณีหญิงเป็นผู้กระทำให้ตนเองแท้งลูกก็ตาม แต่การกระทำความผิดในลักษณะที่เป็นการเสนอการบริการการทำแท้งนั้น เป็นลักษณะการกระทำที่เป็นต้นเหตุที่จะทำให้หญิงที่ตั้งครรภ์บางคนนี้อาจจะไม่มีความคิดที่จะตัดสินใจทำแท้งในตอนแรก แต่เนื่องจากการกระทำในลักษณะดังกล่าวเข้าถึงได้ง่าย มีการเสนอบริการในรูปแบบต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นยาทำแท้ง โดยระบุขั้นตอนและวิธีใช้ส่งผ่านช่องทางอินเทอร์เน็ต ส่งผ่านช่องทางไปรษณีย์ซึ่งยากแก่การตรวจสอบ หรือจะเป็นการเปิดสถานบริการการทำแท้งที่ผิดกฎหมาย ซึ่งการทำแท้งที่นิยมก็มีหลากหลายวิธีการ อาทิเช่น บริการโดยการบีบนิ้วคั้นมดลูก หรือใช้เครื่องมือทางการแพทย์เป็นอุปกรณ์ช่วยเพื่อให้บรรลุซึ่งวัตถุประสงค์ในการทำแท้งดังกล่าว เพราะฉะนั้นการเสนอบริการการทำแท้งในลักษณะดังกล่าวข้างต้นเป็นการกระทำที่เป็นการเพิ่มโอกาสในการกระทำความผิดเป็นการเพิ่มโอกาสที่คนจะทำลายสิ่งที่กฎหมายต้องการคุ้มครอง คือชีวิตในครรภ์มารดาได้ง่ายขึ้น เมื่อคุณธรรมทางกฎหมายหรือสิ่งที่กฎหมายมุ่งประสงค์ที่จะคุ้มครองของความผิดอาญาฐานทำให้แท้งลูก คือ “ชีวิตในครรภ์มารดา” อันเป็นการคุ้มครอง “ประโยชน์” หรือ “คุณค่า” ดังนั้นในการที่จะให้สังคมมีความสุขมนุษย์ทุกคนต้องเคารพและไม่ละเมิดประโยชน์หรือคุณค่าของการอยู่ร่วมกัน ความผิดอาญาฐานการเสนอบริการการทำแท้งจึงสอดคล้องกับการคุ้มครองคุณธรรมทางกฎหมายของความผิดฐานทำให้แท้งลูก อีกทั้งเมื่อสภาพสังคมก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงทางเทคโนโลยี แต่ประมวลกฎหมายอาญาดังนี้มีประกาศใช้บังคับต่อกฎหมายลักษณะอาญามาตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม พ.ศ. 2500 อันเป็นเวลากว่า 59 ปีแล้ว จึงทำให้บางเรื่องไม่สอดคล้องเหมาะสมที่จะปรับใช้กับสถานการณ์ในปัจจุบันได้ ถ้ากฎหมายนั้นไม่สอดคล้องกับความเป็นจริงแล้ว ย่อมส่งผลกระทบต่อประสิทธิภาพในการบังคับใช้กฎหมายไม่ว่าทางใดทางหนึ่ง และเมื่อพิจารณาในเรื่องบริบททางสังคมไทยแล้วจะเห็นได้ว่า ประชาชนยังมีความเห็นว่าการทำแท้งยังเป็นสิ่งที่ผิดซึ่งส่วนใหญ่เป็นชาวพุทธที่ยึดถือเรื่องกฎแห่งกรรม

จากการศึกษากฎหมายเกี่ยวกับการเสนอบริการการทำแท้งในต่างประเทศพบว่า สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี สาธารณรัฐฝรั่งเศส สหรัฐอเมริกา รวมถึง 8 มลรัฐที่ได้กล่าวมาแล้ว ในบทที่ 3 ได้มีการบัญญัติความผิดฐานนี้ไว้อย่างชัดเจน แตกต่างกันเพียงรายละเอียดและสาระสำคัญในตัวบทกฎหมายที่ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษตามที่กฎหมายแต่ละประเทศบัญญัติไว้ บทบัญญัติโทษที่กล่าวมาทั้งหมด สามารถสรุปสาระสำคัญได้ว่า

1. สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

“ผู้ใด เสนอ บอกกล่าว แนะนำ ซึ่งการทำแท้ง หรือเรียกร้องให้มีการทำแท้งโดยตนเองหรือผู้อื่น หรือซึ่งปัจจัย วัตถุประสงค์ หรือวิธีการที่ใช้ในการทำแท้ง โดยมีการชี้แจงสรรพคุณ หรือประโยชน์ในลักษณะทรัพย์สินหรือศีลธรรมอันดี”

2. สาธารณรัฐฝรั่งเศส

“ผู้ใดกระทำการใด ๆ เพื่อได้ช่วยเหลือบุคคลอื่นเพื่อการยุติการตั้งครรภ์ ไม่ว่าจะโดยการเผยแพร่การเสนอบริการชวนเชื่อ หรือประชาสัมพันธ์เกี่ยวกับสถานประกอบการ”

3. สหรัฐอเมริกา

“ผู้ใดนำเข้ามาในราชอาณาจักร โดยบริการด่วนพิเศษ คอมพิวเตอร์แบบตบโต้ ซึ่งยาใด ๆ บทความ หรือ สิ่งที่ได้รับการออกแบบดัดแปลง หรือมีไว้สำหรับกระบวนการการทำแท้งที่ไม่เหมาะสม ผิดศีลธรรม โดยการเขียน นามบัตร แผ่นพับหนังสือเกี่ยวกับการบริการทำแท้ง”

จะเห็นได้ว่าจากบทบัญญัติของกฎหมายทั้งสามประเทศดังกล่าวสามารถบังคับใช้กับผู้ทำแท้งฝ่าฝืนกฎหมายได้โดยตรง อันเป็นผลดีในเชิงป้องปรามอาชญากรรม เพื่อให้สามารถช่วยลดปริมาณการลักลอบทำแท้ง อันเป็นการป้องกันภัยอันตรายต่อชีวิตในครรภ์มารดา ซึ่งการลงโทษหรือการใช้กฎหมายอาญาในการปราบปรามการกระทำความผิด จะต้องกระทำเพื่อให้เกิดความรู้สึกต่อผู้กระทำความผิดและบุคคลทั่วไปว่า สังคมไม่ยอมรับการกระทำของเขา และในขณะเดียวกันก็ต้องกระทำเพื่อเตือนบุคคลทั่วไปด้วยว่า หากมีการกระทำเช่นนั้น เกิดขึ้นอีกก็จะต้องมีการลงโทษเช่นเดียวกัน ดังนั้น หากการใช้กฎหมายอาญาในการปราบปรามการกระทำความผิดเป็นไปโดยถูกต้องแล้ว การใช้กฎหมายอาญาก็ย่อมจะบรรลุวัตถุประสงค์ของการป้องกันทั่วไปหรือการป้องกันโดยอ้อมตามภารกิจของกฎหมายอาญา

และจากการศึกษาแนวความคิดของความผิดอาญฐานการเสนอบริการการทำแท้งตาม มาตรา 219 a แห่งประมวลกฎหมายอาญาเยอรมันได้กำหนดให้เป็นความผิดอาญาที่มีลักษณะเป็นการก่ออันตราย ซึ่งข้อพิจารณาความผิดอาญาจะมีความสมควรลงโทษอยู่ในตัวเองเสมอซึ่งความสมควรลงโทษของความผิดอาญาที่มีลักษณะเป็นการก่ออันตรายนั้น เกิดจากแนวความคิดที่ว่า การกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งของผู้กระทำความผิดเป็นอันตรายต่อคุณธรรมทางกฎหมายที่บุคคลอื่นได้รับความคุ้มครองแล้ว โดยที่กรรมของการกระทำเป็นแต่เพียงน่าจะได้รับอันตราย กฎหมายก็ลงโทษผู้กระทำความผิดเพื่อเป็นการป้องกันอันตรายและป้องกันคุณธรรมทางกฎหมาย แม้ผลที่เป็นความเสียหายจะยังไม่เกิดขึ้นก็ตามก็สามารถลงโทษผู้กระทำความผิดได้แล้ว ด้วยเหตุนี้ผู้เขียนจึงได้ข้อสรุปว่าการเสนอการบริการทำแท้งในลักษณะนี้ไม่ได้เป็นการก่ออันตรายต่อตัวหญิงที่ตั้งครรภ์อย่างเดียว แต่ยังเป็นการทำลายคุณธรรมทางกฎหมาย คือชีวิตในครรภ์มารดาที่กำลังจะเกิดมา เพราะหากไม่ไปทำลายชีวิตในครรภ์มารดานั้น ชีวิตเหล่านั้นก็จะเติบโตมาตามขั้นตอนของธรรมชาติ คลอดออกมามีชีวิตอยู่รอดแต่ไปยุติโดยการทำแท้งใน

ลักษณะดังกล่าวข้างต้น ในลักษณะความผิดอาญาโดยทั่วไปแล้วจะต้องมีผลจากการกระทำเกิดขึ้น แต่ความผิดลักษณะนี้เป็นการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผล ใกล้ที่จะทำลายคุณธรรมทางกฎหมาย คือชีวิตที่อยู่ในครม.มารดาจะถูกทำลายอันเนื่องมาจากสิ่งที่ผู้กระทำเสนอไปนั้นก็จะไปทำลายคุณธรรมทางกฎหมายของความผิดฐานทำให้แท้งลูก มันจึงเป็นภัยอันตรายต่อชีวิตในครม.มารดา อีกทั้งแนวความคิดพื้นฐานที่มีลักษณะเป็นการก่ออันตรายนี้ไม่ใช่แนวความคิดที่ใหม่แต่ได้ปรากฏอยู่ในหลักกฎหมายอาญาของไทยมานานแล้ว จึงมีความสอดคล้องหากนำมาปรับใช้กับกฎหมายอาญาของไทยมากที่สุด

จากที่ได้กล่าวมาทั้งหมดข้างต้นผู้เขียนจึงเชื่อมั่นว่าความผิดฐานการเสนอบริการการทำแท้งจะสามารถแก้ปัญหาที่ต้นเหตุโดยจะช่วยลดและตัดโอกาสในการทำความผิดได้มากขึ้น ดังนั้นเมื่อการทำแท้งยังเป็นสิ่งที่ผิดกฎหมายและสภาพสังคมก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงทางเทคโนโลยีที่ก้าวหน้าและทันสมัยเพิ่มมากขึ้น การกระทำที่เป็นการเสนอบริการการทำแท้งนั้นส่งผลกระทบต่อชีวิตในครม.มารดาและตัวของหญิงที่ประสบปัญหาภาวะการท้องไม่พร้อมโดยตรง อีกทั้งยังส่งผลโดยตรงต่อความสงบสุข และศีลธรรมอันดีงามของประเทศโดยรวม ผู้เขียนจึงเห็นควรว่าควรที่จะเพิ่มบทกำหนดโทษความผิดฐานการเสนอบริการการทำแท้งไว้ในประมวลกฎหมายอาญาไว้เป็นการเฉพาะ เพื่อคุ้มครองภัยอันตรายที่จะเกิดแก่ชีวิตในครม.มารดาอันเป็นคุณธรรมทางกฎหมายของความผิดฐานทำให้แท้งลูก และคุ้มครองป้องกันการอยู่ร่วมกันของประชาชนในสังคมให้มีความปกติสุข อันเป็นภารกิจหลักของกฎหมายอาญา

4. ข้อเสนอแนะ

เพื่อให้ประมวลกฎหมายอาญา มีความเหมาะสมและสอดคล้องกับสภาพสังคมไทยในปัจจุบัน ผู้เขียนเห็นว่าควรเพิ่มเติมบทบัญญัติความผิดอาญาฐานการเสนอบริการการทำแท้งไว้ในประมวลกฎหมายอาญา เห็นสมควรดังนี้

“ ผู้ใดเสนอ บอกกล่าว แนะนำ หรืออธิบายเนื้อหาของสิ่งนั้นในที่สาธารณะ ในที่กลางชุมชน หรือโดยการทำให้แพร่หลายซึ่งสิ่งบันทึก เพื่อประโยชน์ในลักษณะทรัพย์สิน หรือในทางที่ขัดต่อศีลธรรมอันดี ซึ่งการทำแท้ง หรือการเรียกร้องให้ทำแท้งโดยตนเองหรือผู้อื่น หรือซึ่งปัจจัย วัตถุ หรือวิธีการที่ใช้ในการทำแท้ง โดยมีการชี้แจงสรรพคุณ”

บรรณานุกรม

คณิต ฒ นคร. (2553). *กฎหมายอาญาภาคความผิด*. พิมพ์ครั้งที่ 10. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน.

_____. (2553). *กฎหมายอาญาภาคทั่วไป*. พิมพ์ครั้งที่ 10. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน.

ประธาน วัฒนาวณิชย์. (2546). *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับอาชญาวิทยา*. กรุงเทพฯ : ประกายพริก.

- วิจิตร ลุฬิตานนท์. (2507). คำอธิบายกฎหมายอาญา (ภาค 1). พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์. (2537). กฎหมายทำแท้ง : ข้อโต้แย้งที่ไม่ยุติ . กรุงเทพฯ : เจนเดอร์เพรส.
- จิตติ ติงศภัทย์. (2536). คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 1. กรุงเทพฯ : สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา.
- หยุด แสงอุทัย. (2552). ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- อรัญ สุวรรณบุบผา. (2518). หลักอาชญาวิทยา. กรุงเทพฯ : ไทยวัฒนาพานิช.
- คณิต ณ นคร. เหตุทำแท้งได้ตามกฎหมายเยอรมัน. มาตรการทางกฎหมายกับปัญหาการทำแท้ง: ทางออกอยู่ที่ไหน . สถาบันกฎหมายอาญา สำนักงานอัยการสูงสุด.
- รัตนชัย อนุตรพงษ์สกุล. (2543). อิทธิพลกฎหมายตะวันตกที่มีผลต่อการวินิจฉัยความผิดทางอาญาของ ไทย . วิทยานิพนธ์ปริญญา มหาบัณฑิต . กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์. (2536). ผลของการกระทำในทางอาญา ศึกษาเฉพาะกรณีผลที่เป็นการก่ออันตราย. กรุงเทพฯ:คณะนิติศาสตร์.มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- สุภัชสี เทพหัสดิน ณ อยุธยา. (2556). โครงสร้างของความผิดอาญา : ศึกษากระบวนการคิดของกฎหมายอาญาเยอรมันเพื่อปรับใช้กับกฎหมายอาญาไทย. กรุงเทพฯ : คณะนิติศาสตร์ปรีดี พนมยงค์. มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.
- FRANCE Code of Public Health (as amended by Law 75-17)
- German Criminal Code (Strafgesetzbuch, StGB)
- U.S. Code: Title 18 – CRIMES AND CRIMINAL PROCEDURE