



การพยายามกระทำความผิด : ศึกษากรณีการพยายามทำให้แท้งลูก
ตามมาตรา 304

โดย

นายพีรตน์ นนทสวัสดิ์ศรี

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตร

นิติศาสตรมหาบัณฑิต

สาขากฎหมายอาญา

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

ปีการศึกษา 2560

ลิขสิทธิ์ของมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

การพยายามกระทำความผิด : ศึกษากรณีการพยายามทำให้แท้งลูก
ตามมาตรา 304

โดย

นายพีรตณย์ นนทสวัสดิ์ศรี



วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตร
นิติศาสตรมหาบัณฑิต
สาขากฎหมายอาญา
คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
ปีการศึกษา 2560
ลิขสิทธิ์ของมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

EXAMING SECTION 304 OF THE CRIMINAL CODE IN THAILAND
DEALING WITH ATTEMPTED ABORTION

BY

MR. PERADON NONTHASAWATSRI



A THESIS SUBMITTED IN PARTIAL FULFILLMENT OF THE REQUIREMENTS
FOR THE DEGREE OF MASTER OF LAWS
CRIMINAL LAW
FACULTY OF LAW
THAMMASAT UNIVERSITY
ACADEMIC YEAR 2017
COPYRIGHT OF THAMMASAT UNIVERSITY

มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

คณะนิติศาสตร์

วิทยานิพนธ์

ของ

นายพีรตน์ นนทสวัสดิ์ศรี

เรื่อง

การพยายามกระทำความผิด: ศึกษากรณีการพยายามทำให้แท้งลูกตามมาตรา 304

ได้รับการตรวจสอบและอนุมัติ ให้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตร

นิติศาสตร์มหาบัณฑิต

เมื่อ วันที่ 10 สิงหาคม พ.ศ. 2561

ประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์



(ศาสตราจารย์ ดร. คณิต ณ นคร)

กรรมการและอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์



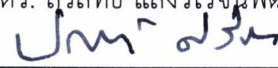
(ศาสตราจารย์ ดร. สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล)

กรรมการสอบวิทยานิพนธ์



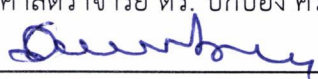
(อาจารย์ ดร. สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์)

กรรมการสอบวิทยานิพนธ์



(รองศาสตราจารย์ ดร. ปกป้อง ศรีสนิท)

คณบดี



(ศาสตราจารย์ ดร. อุดม รัฐอมฤต)

หัวข้อวิทยานิพนธ์

การพยายามกระทำความผิด : ศึกษากรณีการพยายาม

ทำให้แท้งลูกตามมาตรา 304

ชื่อผู้เขียน

นายพีรณัย นนทสวัสดิ์ศรี

ชื่อปริญญา

นิติศาสตรมหาบัณฑิต

สาขาวิชา/คณะ/มหาวิทยาลัย

กฎหมายอาญา

นิติศาสตร์

มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์

ศาสตราจารย์ ดร. สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล

ปีการศึกษา

2560

บทคัดย่อ

กฎหมายอาญาไทยมีแนวทางในการลงโทษการพยายามกระทำความผิดหลายแนวทาง ตั้งแต่การลงโทษการพยายามกระทำความผิดเสมือนความผิดสำเร็จไปจนถึงการยกเว้นโทษการพยายามกระทำความผิด ในความผิดที่ก่อให้เกิดความเสียหายร้ายแรง เช่น ความผิดต่อองค์พระมหากษัตริย์ กฎหมายจะลงโทษการพยายามกระทำความผิดฐานนั้นเสมือนความผิดสำเร็จ แต่หากเป็นความผิดอาญาทั่วไป แม้จะเป็นความผิดฐานฆ่าผู้อื่น กฎหมายจะลงโทษการพยายามกระทำความผิดน้อยกว่ากรณีความผิดสำเร็จ โดยจะลงโทษผู้กระทำความผิดเพียงสองในสามของโทษที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้น หรือลงโทษไม่เกินครึ่งหนึ่งของโทษที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นเท่านั้น หากเป็นการพยายามกระทำความผิดที่เป็นไปไม่ได้อย่างแน่แท้ ในขณะที่ความผิดบางฐานที่ก่อให้เกิดความเสียหายน้อยมาก เป็นความผิดเพียงเล็กน้อย กฎหมายจะไม่ลงโทษการพยายามกระทำความผิดฐานนั้น เช่น ความผิดฐานลหุโทษ แสดงให้เห็นว่า หลักความเป็นอันตรายของการกระทำนั้นมีผลในการกำหนดโทษของการพยายามกระทำความผิดตามกฎหมายอาญาเช่นกัน ซึ่งโดยหลักแล้วกฎหมายอาญาไทยจะลงโทษการพยายามกระทำความผิดน้อยกว่าความผิดสำเร็จ

อย่างไรก็ตามนอกจากการพยายามกระทำความผิดลหุโทษตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 105 ที่กฎหมายไม่ลงโทษในกรณีการพยายามกระทำความผิดแล้ว กฎหมายอาญาไทยยังไม่ลงโทษการพยายามกระทำความผิดฐานทำให้แท้งลูกตามมาตรา 304 ด้วย แม้ว่าความผิดฐานทำให้แท้งลูกจะไม่ใช่ความผิดลหุโทษก็ตาม โดยกรณีที่กฎหมายจะยกเว้นโทษในการพยายามกระทำความผิดฐานทำให้แท้งลูกนั้น ต้องเป็นการพยายามกระทำความผิดฐานทำให้แท้งลูกตามมาตรา 301 หรือมาตรา 302 วรรค 1 เท่านั้น กล่าวคือ เป็นกรณีที่หญิงพยายามทำให้ตนเองแท้งลูกตามมาตรา

301 หรือเป็นกรณีทำให้หญิงอื่นแท้งลูกโดยหญิงนั้นยินยอม และการกระทำความผิดดังกล่าวต้องไม่ทำให้หญิงมีครรภ์ได้รับอันตรายสาหัส หรือเสียชีวิต หากเป็นกรณีอื่นนอกเหนือจากนี้ ผู้กระทำไม่ได้รับประโยชน์ตามมาตรา 304 โดยเหตุผลที่กฎหมายอาญาไม่ลงโทษการพยายามทำให้แท้งลูกตามมาตรา 304 คือ เป็นเรื่องเล็กน้อยไม่สำคัญ และกฎหมายต้องการให้หญิงผู้เป็นมารดาเป็นผู้เลี้ยงดูทารก

แต่จากการศึกษาของผู้เขียนพบว่าช่วงเวลาของการกระทำความผิดฐานทำให้แท้งลูกตั้งเวลาอันเป็นจุดเริ่มต้นของการกระทำความผิด จนถึงเวลาอันเป็นจุดสิ้นสุดของการกระทำความผิด การกระทำของผู้กระทำสามารถก่อให้เกิดอันตรายทั้งต่อตัวหญิงมีครรภ์และทารกในครรภ์มารดาได้ทั้งสิ้น แม้ว่าการกระทำจะไม่บรรลุผล กล่าวคือ ทารกคลอดออกมาอย่างมีชีวิต แต่การทำแท้งก็อาจเป็นเหตุให้ทารกเสียชีวิตในภายหลัง หรืออาจก่อให้เกิดความผิดปกติต่อร่างกายของทารกได้ เมื่อการลงโทษการพยายามกระทำความผิดตามกฎหมายไทยพิจารณาจากความเสียหายอันเกิดจากการกระทำของผู้กระทำเป็นหลัก ทำให้การพยายามกระทำความผิดฐานทำให้แท้งลูกยังคงสมควรถูกลงโทษอยู่

นอกจากนั้นจากการศึกษาแนวทางในการลงโทษการพยายามกระทำความผิดฐานทำให้แท้งลูกตามกฎหมายต่างประเทศพบว่ามีความแตกต่าง 3 แนวทาง กล่าวคือ การลงโทษการพยายามทำให้แท้งลูกเสมือนความผิดสำเร็จ อันเป็นแนวคิดของกฎหมายฝรั่งเศส ที่ยึดถือหลักการลงโทษการพยายามกระทำความผิดในทางอัตรวิสัยโดยแท้ การลงโทษการพยายามทำให้แท้งลูกน้อยกว่าความผิดสำเร็จ อันเป็นแนวทางในการลงโทษตามกฎหมายอาญาเยอรมัน ซึ่งอาศัยความเสียหายจากการกระทำของผู้กระทำเป็นหลักในการลงโทษการพยายามกระทำความผิด และการไม่ลงโทษการพยายามทำให้แท้งลูก อันเป็นแนวทางในการลงโทษตามกฎหมายอาญาเกาหลีใต้ ซึ่งเห็นว่าความผิดฐานทำให้แท้งลูกเป็นความผิดเพียงเล็กน้อย ทำให้ประเทศเกาหลีใต้กำหนดโทษสำหรับความผิดฐานทำให้แท้งลูกไว้ต่ำเมื่อเทียบกับความผิดฐานอื่น โดยประเทศเกาหลีใต้เป็นประเทศที่ไม่ลงโทษการพยายามทำให้แท้งลูกในทุกกรณี อย่างไรก็ตามพบว่าทุกประเทศที่นำมาศึกษามีแนวคิดที่เหมือนกันประการหนึ่ง คือ ไม่มีการลงโทษหญิงที่พยายามทำให้ตนเองแท้งลูก

ผู้เขียนมีข้อเสนอว่ากฎหมายอาญาควรลงโทษการพยายามกระทำความผิดฐานทำให้ลูกตามมาตรา 304 เช่นเดียวกับความผิดฐานอื่น กล่าวคือ การลงโทษการพยายามทำให้ตนเองแท้งลูกตามมาตรา 304 ให้เป็นหน้าที่ของศาลในการใช้ดุลยพินิจว่าจะยกเว้นโทษให้กับผู้กระทำหรือไม่ แต่หากเป็นการลงโทษการพยายามทำให้หญิงอื่นแท้งลูกโดยหญิงนั้นยินยอมตามมาตรา 302 วรรค 1 ให้ลงโทษผู้กระทำในทุกกรณี

คำสำคัญ: การพยายามกระทำความผิด, ความผิดฐานทำให้แท้งลูก, การพยายามทำให้แท้งลูก

Thesis Title	EXAMING SECTION 304 OF THE CRIMINAL CODE IN THAILAND DEALING WITH ATTEMPTED ABORTION
Author	Mr. Peradon Nonthasawatsri
Degree	Master of Laws
Major Field/Faculty/University	Criminal Law Law Thammasat University
Thesis Advisor	Professor Surasak Likasitwatanakul, D.C.L.
Academic Years	2017

ABSTRACT

Section 304 of the Criminal Code in Thailand (the Code) dealing with attempted abortion specifies that punishments shall not be given for attempting abortions. In other sections of the Code, sanctions are specified for those who successfully seek abortions for themselves or procure an abortion for someone else, with and without consent.

The lack of sanction for attempted abortions is unexplained. Some Thai observers consider that mere attempts are not harmful, and women are encouraged to accept and raise the children who are born after attempted abortions. Yet even attempted abortion may cause prenatal injury with postnatal consequences. If the lack of punishment in the current code is predicated on lack of damage done in attempted abortions, it is clear that these may indeed be permanently harmful.

Moreover, the research said that in some country that allow woman to have an abortion such as France also have punishment for those who attempt to abort.

These findings suggest that the Code should indeed provide for punishment for attempted abortions. To do so, Section 304 of the Code might be amended to cover cases when the attempted abortion is done by the pregnant

woman, in which case courts may have discretion over whether to apply punishment. If others have sought the attempted abortion, then their sanctions should be less severe than in the case of fully achieved abortions.

Keywords: Criminal, Attempts, Abortion law, Attempted abortion



กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะไม่สามารถเกิดขึ้นมาได้เลยหากศาสตราจารย์ ดร.สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล ไม่ชี้แนะให้เห็นถึงประเด็นปัญหาเกี่ยวกับการลงมือในความผิดฐานทำให้แท้งลูก อันทำให้ผู้เขียนสามารถนำมาต่อยอดจนเกิดเป็นวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ขึ้น ผู้เขียนขอกราบขอพระคุณท่านเป็นอย่างยิ่งที่ได้ทำให้ผู้เขียนได้มีโอกาสศึกษาหัวข้อที่มีความน่าสนใจเป็นอย่างมากนี้ ตลอดเวลาในการทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ท่านอาจารย์ได้คอยให้คำแนะนำในหลาย ๆ ด้าน จนทำให้วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สามารถสำเร็จลงได้

ผู้เขียนขอกราบขอพระคุณท่าน ศาสตราจารย์ ดร.คณิต ณ นคร ที่ได้กรุณารับเป็นประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ รวมทั้งท่าน อาจารย์ ดร.สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์ และรองศาสตราจารย์ ดร.ปกป้อง ศรีสนิท ที่ได้กรุณารับเป็นกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ หากปราศจากความคิดเห็นและคำแนะนำของท่านอาจารย์ทั้งสามท่าน วิทยานิพนธ์ฉบับนี้คงไม่สามารถสำเร็จลงอย่างสมบูรณ์ได้

สุดท้ายนี้ผู้เขียนขอกราบขอพระคุณเป็นอย่างสูงต่อบิดา มารดา ที่ให้โอกาสทางการศึกษาแก่ผู้เขียนอย่างเต็มที่ และคอยเป็นกำลังใจให้ผู้เขียนเป็นอย่างดีเสมอมา และขอขอบคุณทุกคนที่มีส่วนช่วยให้การทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลงได้ด้วยดี

อนึ่ง หากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีประโยชน์ต่อการศึกษาค้นคว้าของผู้ที่สนใจ ผู้เขียนขอกราบเป็นกตเวทิตาแก่ครูบาอาจารย์ทุกท่านที่ได้ประสิทธิ์ประสาทวิชาความรู้แก่ผู้เขียน รวมทั้งบิดา มารดาที่คอยสนับสนุนและคอยให้กำลังใจ จนผู้เขียนสามารถจัดทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ให้สำเร็จลงตามความมุ่งหมายได้ และหากมีข้อบกพร่องประการใด ผู้เขียนขอน้อมรับไว้แต่เพียงผู้เดียว

นายพีรดนัย นนทสวัสดิ์ศรี

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย	(1)
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ	(3)
กิตติกรรมประกาศ	(5)
บทที่ 1 บทนำ	1
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา	4
1.3 สมมติฐานของการศึกษา	4
1.4 ขอบเขตของการศึกษา	5
1.5 วิธีการศึกษา	5
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับจากการศึกษา	5
บทที่ 2 แนวความคิดทั่วไปเกี่ยวกับการพยายามกระทำความผิดและความผิดฐานทำให้ แท้งลูก	6
2.1 ลักษณะทั่วไปของการพยายามกระทำความผิด	6
2.1.1 ขั้นตอนของการพยายามกระทำความผิด	7
2.1.2 ความหมายของการพยายามกระทำความผิด	10
2.1.3 หลักเกณฑ์ของการพยายามกระทำความผิด	11
2.1.3.1 องค์ประกอบภายนอก	11
2.1.3.2 องค์ประกอบภายใน	12
2.1.4 ประเภทของการพยายามกระทำความผิด	12
2.1.4.1 การพยายามกระทำความผิดโดยบังเอิญ	12
2.1.4.2 การพยายามกระทำความผิดที่ไม่อาจบรรลุได้อย่างแน่แท้	13

2.1.4.3 การถอนตัวจากการพยายามกระทำความผิด	16
2.2 หลักเกณฑ์การวินิจฉัยการลงมือกระทำความผิด	18
2.2.1 ทฤษฎีการกระทำแรก	18
2.2.2 ทฤษฎีการกระทำขั้นสุดท้าย	20
2.2.3 หลักความใกล้ชิดต่อผล	22
2.2.4 หลักความไม่คลุมเครือ	24
2.2.5 หลักการกระทำขั้นตอนที่สำคัญ	25
2.2.6 หลักความเป็นภัยอันตรายของการกระทำนั้น	26
2.3 การลงโทษกรณีพยายามกระทำความผิด	27
2.3.1 ทฤษฎีหลักในการลงโทษการพยายามกระทำความผิด	28
2.3.1.1 ทฤษฎีการลงโทษในทางภาวะวิสัย	28
2.3.1.2 ทฤษฎีการลงโทษในทางอัตตะวิสัย	31
2.3.2 ทฤษฎีผสมผสานในการลงโทษการพยายามกระทำความผิด	32
2.3.2.1 ทฤษฎีเกิดความรู้สึก	33
2.3.2.2 ทฤษฎีผสมผสานตามรูปแบบของ Roxin	34
2.4 แนวความคิดทั่วไปเกี่ยวกับความผิดฐานทำให้แท้งลูก	37
2.4.1 คำจำกัดความของการแท้ง	37
2.4.1.1 คำจำกัดความในทางการแพทย์	38
2.4.1.2 คำจำกัดความในทางกฎหมาย	38
2.4.2 คุณธรรมทางกฎหมายในความผิดฐานทำให้แท้งลูก	39
2.4.2.1 การเริ่มต้นของชีวิตในครรภ์มารดา	41
2.4.2.2 การเริ่มต้นของสภาพความเป็นมนุษย์	46
2.4.3 วิธีการกระทำอันเป็นความผิดฐานทำให้แท้งลูก	49
2.4.3.1 การทำให้แท้งลูกโดยอาศัยแรงทางกายภาพ	50
2.4.3.2 การทำให้แท้งลูกโดยการฉีดยา	50
2.4.3.3 การทำให้แท้งลูกโดยอาศัยอุปกรณ์	52
2.4.4 การบรรลุผลในความผิดฐานทำให้แท้งลูก	52
2.4.4.1 กรณีทารกคลอดออกมาในลักษณะไม่มีชีวิต	53
2.4.4.2 กรณีทารกคลอดออกมาในสภาพที่อาจมีชีวิตรอดต่อไปได้	54

บทที่ 3 การลงโทษการพยายามทำให้แท้งลูกตามกฎหมายต่างประเทศ	56
3.1 ประเทศฝรั่งเศส	56
3.1.1 การลงโทษการพยายามกระทำความผิด	56
3.1.2 การลงโทษการพยายามทำให้แท้งลูก	59
3.1.3 วิเคราะห์การลงโทษการพยายามทำให้แท้งลูก	62
3.1 ประเทศเยอรมนี	63
3.1.1 การลงโทษการพยายามกระทำความผิด	64
3.1.2 การลงโทษการพยายามทำให้แท้งลูก	66
3.1.3 วิเคราะห์การลงโทษการพยายามทำให้แท้งลูก	70
3.1 ประเทศเกาหลีใต้	71
3.1.1 การลงโทษการพยายามกระทำความผิด	72
3.1.2 การลงโทษการพยายามทำให้แท้งลูก	73
3.1.3 วิเคราะห์การลงโทษการพยายามทำให้แท้งลูก	74
บทที่ 4 การลงโทษการพยายามทำให้แท้งลูกตามกฎหมายไทย	77
4.1 ความผิดฐานทำให้แท้งลูกตามกฎหมายไทย	77
4.1.1 วิวัฒนาการของความผิดฐานทำให้แท้งลูกในประเทศไทย	77
4.1.2 ความผิดฐานทำให้แท้งลูกตามประมวลกฎหมายอาญา	80
4.1.2.1 ความผิดฐานทำให้แท้งลูกตามมาตรา 301	80
4.1.2.2 ความผิดฐานทำให้แท้งลูกตามมาตรา 302	82
4.1.2.3 ความผิดฐานทำให้แท้งลูกตามมาตรา 303	83
4.2 แนวคิดในการลงโทษการพยายามกระทำความผิดตามกฎหมายอาญา	83
4.2.1 บทบัญญัติเรื่องการพยายามกระทำความผิด	83
4.1.2.1 การพยายามกระทำความผิดตามมาตรา 80	84
4.1.2.2 การพยายามกระทำความผิดตามมาตรา 81	93
4.2.2 การลงโทษการพยายามกระทำความผิดตามกฎหมายไทย	99
4.3 การพยายามทำให้แท้งลูกตามกฎหมายไทย	103

4.3.1 กรณีลงมือทำทั้งแล้ว แต่ทำทั้งไปไม่ตลอด	103
4.3.2 กรณีลงมือทำทั้งไปตลอดแล้ว แต่การกระทำไม่บรรลุผล	103
4.3.3 กรณีการพยายามทำให้ทั้งลูกที่ไม่อาจบรรลุผลได้อย่างแน่แท้	104
4.3.3.1 เหตุแห่งซึ่งใช้ในการกระทำความผิด	104
4.3.3.2 เหตุแห่งวัตถุที่มุ่งหมายกระทำต่อ	105
4.3.4 กรณีการถอนตัวจากการพยายามทำให้ทั้งลูก	106
4.3.4.1 ผู้กระทำความผิดยังเสียเอง	106
4.3.4.2 ผู้กระทำกลับใจแก้ไข ไม่ให้เกิดการทั้งลูก	107
4.4 วิเคราะห์ประเด็นปัญหาเกี่ยวกับความผิดฐานทำให้ทั้งลูก	108
4.4.1 ขอบเขตของความผิดในส่วนที่เกี่ยวกับเวลาที่กระทำ	108
4.4.4.1 เวลาอันเป็นจุดเริ่มต้นของการกระทำความผิด	109
4.4.4.2 เวลาอันเป็นจุดสิ้นสุดของการกระทำความผิด	111
4.4.2 การลงมือในความผิดฐานทำให้ทั้งลูก	115
4.4.3 การบรรลุผลในความผิดฐานทำให้ทั้งลูก	118
4.5 การลงโทษการพยายามทำให้ทั้งลูกตามมาตรา 304	122
4.5.1 การพยายามทำให้ทั้งลูกตามมาตรา 304	123
4.5.1.1 กรณีลงมือทำทั้งแล้ว แต่กระทำไปไม่ตลอด	123
4.5.1.2 กรณีลงมือทำทั้งไปตลอดแล้ว แต่การกระทำไม่บรรลุผล	123
4.5.1.3 การพยายามทำให้ทั้งลูกที่ไม่อาจบรรลุผลได้อย่างแน่แท้	124
4.5.1.4 การพยายามทำให้ทั้งลูกโดยมงาย	126
4.5.2 ผลในทางกฎหมายของการพยายามทำให้ทั้งลูกตามมาตรา 304	127
4.5.2.1 การไม่ลงโทษการพยายามทำให้ทั้งลูกตามมาตรา 304	127
4.5.2.2 การถอนตัวจากการพยายามกระทำความผิดฐานทำให้ทั้งลูก	128
4.5.3 เหตุผลของการไม่ลงโทษการพยายามทำให้ทั้งลูกตามมาตรา 304	131
4.5.3.1 กรณีการพยายามทำให้ทั้งลูกตามมาตรา 301	131
4.5.3.2 กรณีการพยายามทำให้ทั้งลูกตามมาตรา 302	133
4.5.4 การลงโทษที่เหมาะสมสำหรับการพยายามทำให้ทั้งลูก	135
ตามมาตรา 304	
4.5.4.1 โทษสำหรับการพยายามทำให้ทั้งลูกตามมาตรา 301	135
4.5.4.2 โทษสำหรับการพยายามทำให้ทั้งลูก	136

ตามมาตรา 302 วรรค 1

4.5.4.3 อัตราโทษที่เหมาะสมสำหรับการพยายามทำให้แท้งลูก	137
บทที่ 5 บทสรุปและข้อเสนอแนะ	139
5.1 บทสรุป	139
5.2 ข้อเสนอแนะ	145
บรรณานุกรม	146
ภาคผนวก	
ภาคผนวก ก คณะกรรมการกฤษฎีกา รายงานการประชุมอนุกรรมการตรวจ แก้ไขประมวลกฎหมายอาญา ครั้งที่ 318/199/2485	153
ประวัติผู้เขียน	159

บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

กฎหมายอาญาไทยมีแนวทางในการลงโทษการพยายามกระทำความผิดหลายแนวทาง ตั้งแต่การลงโทษการพยายามกระทำความผิดเสมือนความผิดสำเร็จไปจนถึงการยกเว้นโทษการพยายามกระทำความผิด ในความผิดที่ก่อให้เกิดความเสียหายร้ายแรง เช่น ความผิดต่อองค์พระมหากษัตริย์ กฎหมายจะลงโทษการพยายามกระทำความผิดฐานนั้นเสมือนความผิดสำเร็จ แต่หากเป็นความผิดอาญาทั่วไป แม้จะเป็นความผิดฐานฆ่าผู้อื่น กฎหมายจะลงโทษการพยายามกระทำความผิดน้อยกว่ากรณีความผิดสำเร็จ โดยจะลงโทษผู้กระทำเพียงสองในสามของโทษที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นเท่านั้น

ในขณะที่ความผิดบางฐานที่ก่อให้เกิดความเสียหายน้อยมาก เป็นความผิดเพียงเล็กน้อย กฎหมายจะไม่ลงโทษการพยายามกระทำความผิดฐานนั้น เช่น ความผิดฐานลหุโทษ แสดงให้เห็นว่าหลักความเป็นอันตรายของการกระทำนั้นมีผลในการกำหนดโทษของการพยายามกระทำความผิดตามกฎหมายอาญาเช่นกัน ซึ่งโดยหลักแล้วกฎหมายอาญาไทยจะลงโทษการพยายามกระทำความผิดน้อยกว่าความผิดสำเร็จ

นอกจากนั้นแม้จะเป็นการพยายามกระทำความผิดที่ไม่มีความเป็นอันตราย เช่น การพยายามกระทำความผิดที่ไม่อาจบรรลุผลได้อย่างแน่แท้ หรือการพยายามกระทำความผิดโดยมลาย กฎหมายอาญาไทยก็ยังลงโทษการกระทำเหล่านั้นเช่นกัน โดยอาศัยเหตุผลว่าผู้กระทำได้เจตนากระทำการที่กฎหมายบัญญัติไว้เป็นความผิดแล้ว แม้ว่าผลแห่งการกระทำนั้นจะไม่อาจเกิดขึ้นได้เลยก็ตาม เพียงแต่โทษสำหรับการพยายามกระทำความผิดที่ไม่อาจบรรลุได้อย่างแน่แท้ หรือการพยายามกระทำความผิดโดยมลายจะน้อยกว่าโทษสำหรับการพยายามกระทำความผิดโดยบังเอิญที่มีความเป็นอันตรายมากกว่า

อย่างไรก็ตามแม้ผู้กระทำจะได้พยายามกระทำความผิดแล้ว แต่หากผู้กระทำได้ถอนตัวจากการพยายามกระทำความผิดนั้นโดยสมัครใจ อันเป็นการทำให้ความเป็นอันตรายจากการกระทำของผู้กระทำบรรเทาลงไปบ้าง กฎหมายก็ให้รางวัลแก่ผู้กระทำเป็นการยกเว้นโทษการพยายามกระทำ

ความผิดฐานนั้น¹ อันเป็นการยกเว้นโทษการพยายามกระทำความผิดโดยพิจารณาในแง่จิตใจของผู้กระทำและความเป็นอันตรายของการกระทำนั้น

จะเห็นได้ว่ากฎหมายอาญาไทยมีแนวคิดในการลงโทษและการยกเว้นโทษการพยายามกระทำความผิดโดยอิงกับความเป็นอันตรายของการกระทำและการพิจารณาในแง่จิตใจของผู้กระทำเสมอ

อย่างไรก็ตามนอกจากกฎหมายอาญาจะยกเว้นโทษการพยายามกระทำความผิดหลัโทษ และการถอนตัวจากการพยายามกระทำความผิดแล้ว ประมวลกฎหมายอาญายังยกเว้นโทษการพยายามกระทำความผิดในความผิดอาญาอีกฐานหนึ่งซึ่งเป็นความผิดอาญาที่ไม่ใช่ความผิดหลัโทษ นั่นคือ การพยายามทำให้แท้งลูกตามมาตรา 304

การยกเว้นโทษการพยายามทำให้แท้งลูกตามมาตรา 304 กฎหมายอาญาไม่ได้ยกเว้นโทษในความผิดฐานทำให้แท้งลูกในทุกกรณี แต่หากเป็นเฉพาะกรณีที่กฎหมายกำหนดไว้ในมาตรา 304 เท่านั้น กล่าวคือ การพยายามทำให้ตนเองแท้งลูกตามมาตรา 301 และการพยายามทำให้หญิงอื่นแท้งลูก โดยหญิงนั้นยินยอมตามมาตรา 302 วรรค 1 กล่าวคือ ต้องเป็นการพยายามทำให้หญิงอื่นแท้งลูกโดยหญิงมีครรภ์ไม่ได้รับบาดเจ็บสาหัสหรือเสียชีวิต

เหตุผลที่กฎหมายยกเว้นโทษให้การพยายามทำให้แท้งลูกตามมาตรา 304 ยังไม่มีความชัดเจน แต่มีผู้ให้ความเห็นว่า สาเหตุที่กฎหมายยกเว้นโทษการพยายามทำให้ตนเองแท้งลูกตามมาตรา 301 เป็นเพราะเป็นการกระทำต่อตนเอง และเมื่อทารกนั้นคลอดและสามารถอยู่รอดได้ การลงโทษหญิงจะทำให้ไม่มีคนดูแลทารกนั้น² ข้อนี้ก็ฟังดูมีเหตุผล แต่ผู้เขียนมีข้อสังเกตว่าหญิงที่มีเจตนาจะทำลายชีวิตทารกขณะยังอยู่ในครรภ์ ก็ไม่น่าจะยังมีความต้องการเลี้ยงดูทารกคนนั้นเมื่อคลอดออกมานอกครรภ์ หรือหากมีหญิงคนใดที่มีเจตนาจะเลี้ยงดูทารกดังกล่าวจริง ก็น่าจะเป็นการพิจารณา ยกเว้นโทษเป็นรายบุคคลไป ไม่ใช่ยกเว้นโทษเสียทุกกรณี

ในขณะที่สาเหตุที่กฎหมายยกเว้นโทษการพยายามทำให้หญิงอื่นแท้งลูกตามมาตรา 302 วรรค 1 มีผู้ให้ความเห็นว่า กฎหมายอาจถือว่าเป็นเรื่องไม่สำคัญ เพราะหญิงก็ยินยอมด้วย³ ผู้เขียนก็มีข้อสังเกตสำหรับความเห็นนี้เช่นกันว่า การพยายามทำลายทารกที่อาจเกิดมามีชีวิตไม่ถือ

¹ คณิต ฅ น นคร, กฎหมายอาญา ภาคทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 6, (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2560), น. 393.

² ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคความผิดและลหุโทษ, พิมพ์ครั้งที่ 15 (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2561), น. 268.

³ เพิ่งอ้าง.

เป็นเรื่องสำคัญเลยหรือ จริงอยู่ว่าในมุมมองด้านกฎหมายทารกในครรรค์อาจยังไม่มีสภาพความเป็นมนุษย์ แต่ในเมื่อกฎหมายให้การคุ้มครองชีวิตของทารกในครรรค์ แสดงว่ากฎหมายเห็นว่าชีวิตทารกในครรรค์ก็มีความสำคัญเช่นกัน ดังนั้นการพยายามกระทำอันตรายต่อสิ่งที่กฎหมายประสงค์จะคุ้มครองดังกล่าว ก็น่าจะเป็นเรื่องสำคัญที่กฎหมายควรให้การคุ้มครองและลงโทษผู้ที่พยายามกระทำการนั้น และการที่หญิงยินยอมผู้เขียนก็ไม่เห็นว่าจะเป็นสาระสำคัญของการกระทำความผิดฐานนี้แต่อย่างใด เพราะการที่กฎหมายกำหนดให้การทำแท้งตนเองแท้งลูกและการทำให้หญิงแท้งลูกโดยหญิงนั้นยินยอมเป็นความผิด แสดงว่ากฎหมายยอมรับว่าความปลอดภัยทางร่างกายของหญิงมีครรรค์กับชีวิตในครรรค์มารดาเป็นคุณธรรมทางกฎหมายที่แตกต่างหากจากกัน ความยินยอมของหญิงมีครรรค์ไม่อาจทำให้ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ หรือความยินยอมของหญิงมีผลต่อการพยายามกระทำผิดจริงกฎหมายก็น่าจะยกเว้นโทษให้กับผู้กระทำในกรณีที่หญิงมีครรรค์ได้รับอันตรายสาหัสหรือเสียชีวิตด้วย เพราะหญิงมีครรรค์ย่อมทราบดีขณะให้ความยินยอมว่าอาจเป็นผลที่เกิดขึ้นได้จากการทำแท้ง

นอกจากสาเหตุของการยกเว้นโทษจะไม่ได้มาจากการพิจารณาความเป็นอันตรายและการพิจารณาในแง่จิตใจของผู้กระทำแล้ว จากการศึกษาของผู้เขียนพบว่าในปัจจุบันความผิดฐานทำให้แท้งลูกในหลายประเทศ เช่น ฝรั่งเศส ก็มีการอนุญาตให้มีการทำแท้งเสรีมากขึ้น หญิงมีครรรค์ที่ต้องไปทำแท้งสามารถไปทำได้โดยไม่ต้องอาศัยเหตุผลหรือความจำเป็นใดตามกฎหมายดังเช่นประเทศไทย แต่ก็ต้องเป็นไปตามเงื่อนไขและขั้นตอนบางประการที่กฎหมายกำหนดเพื่อความปลอดภัยของตัวหญิงมีครรรค์เอง เช่น การกำหนดอายุครรรค์ที่อนุญาตให้มีการทำแท้งได้ เป็นต้น อย่างไรก็ตามแม้ประเทศฝรั่งเศสจะมีการอนุญาตให้มีการทำแท้งเสรีเพียงใด แต่กฎหมายฝรั่งเศสก็ยังคงลงโทษการทำแท้งโดยผิดกฎหมายอย่างเคร่งครัด กล่าวคือ กฎหมายฝรั่งเศสยังคงลงโทษการพยายามทำให้แท้งลูกโดยผิดกฎหมายอยู่ ทั้ง ๆ ที่ความผิดฐานทำให้แท้งลูกในกฎหมายฝรั่งเศสเป็นเพียงความผิดขั้นมัธยมโทษ ซึ่งโดยหลักกฎหมายจะไม่ลงโทษการพยายามกระทำผิด แสดงให้เห็นว่าเมื่อกฎหมายเปิดช่องทางให้ทำแท้งอย่างถูกกฎหมายแล้ว การทำแท้งโดยผิดกฎหมายก็ควรได้รับการลงโทษอย่างเคร่งครัด

ในขณะที่ประเทศไทยแม้ในปัจจุบันจะไม่ได้อนุญาตให้มีการทำแท้งเสรีเหมือนในต่างประเทศ แต่ก็มีการวิจัยทางวิชาการหลายงานที่สนับสนุนให้มีการเพิ่มเหตุในการทำแท้งตามกฎหมายมากมาย ซึ่งผู้เขียนเห็นด้วยกับงานวิจัยต่าง ๆ เหล่านั้น แต่อย่างไรก็ตามผู้เขียนกลับมีความเห็นเพิ่มเติมว่าหากในอนาคตประเทศไทยจะอนุญาตให้มีการทำแท้งเสรีได้จริง ประเทศไทยควรจะบัญญัติกฎหมายให้ครอบคลุมการลงโทษการทำแท้งที่ผิดกฎหมายเสียก่อน เพราะความผิดฐานทำให้แท้งลูกเป็นความผิดที่หาพยานหลักฐานมาพิสูจน์การกระทำของผู้กระทำยากอยู่แล้วในกรณีความผิดสำเร็จ หากกฎหมายไม่ลงโทษการพยายามกระทำผิดซึ่งอาจหาพยานหลักฐานได้ง่ายกว่า เช่น ในกรณีเจ้าหน้าที่ตำรวจจับกุมผู้กระทำขณะลงมือกระทำผิด ศาลก็คงไม่สามารถ

ลงโทษผู้กระทำในความผิดฐานทำให้แท้งลูกได้เลย ส่งผลให้ไม่ว่าจะอนุญาตให้มีการทำแท้งเสรีหรือไม่ ก็ไม่ต่างกัน เพราะผู้กระทำก็ไม่อาจถูกลงโทษได้อยู่ดี สิ่งที่แตกต่างกันมีเพียงการทำแท้งโดยผิดกฎหมายมีความอันตรายสูงกว่า (และอาจมีค่าใช้จ่ายสูงกว่า) เท่านั้น

ดังนั้นเพื่อให้การลงโทษการพยายามทำให้แท้งลูกตามมาตรา 304 สอดคล้องกับการลงโทษการพยายามกระทำความผิดตามกฎหมายอาญาไทย และเพื่อการบังคับโทษความผิดฐานทำให้แท้งลูกได้อย่างเหมาะสม วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะเป็นการศึกษาถึงแนวความคิดทั่วไปของการพยายามกระทำความผิด และแนวความคิดทั่วไปของความผิดฐานทำให้แท้งลูก เพื่อนำมาวิเคราะห์ถึงการลงโทษการพยายามกระทำความผิดฐานทำให้แท้งลูกที่เหมาะสมสำหรับประเทศไทยต่อไป

1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา

1.2.1 เพื่อศึกษาแนวคิดและความเป็นมาของการพยายามกระทำความผิดและแนวทางการลงโทษสำหรับการพยายามกระทำความผิดในกฎหมายต่างประเทศไทยและกฎหมายต่างประเทศ

1.2.2 เพื่อศึกษาความเป็นมาของความผิดฐานทำให้แท้งลูกและมาตรการลงโทษต่าง ๆ สำหรับประเทศไทยและในต่างประเทศ

1.2.3 เพื่อศึกษาถึงแนวทางการลงโทษในความผิดฐานพยายามทำแท้งในกฎหมายต่างประเทศเปรียบเทียบกับกฎหมายประเทศไทย

1.3 สมมติฐานของการศึกษา

การยกเว้นโทษให้การพยายามกระทำความผิดฐานทำแท้งตามมาตรา 304 ไม่อาจแก้ปัญหาการทำแท้งเถื่อนได้จริง ในทางกลับกันการไม่ลงโทษการกระทำความผิดดังกล่าวกลับสร้างช่องว่างให้ผู้กระทำความผิดอาศัยความรู้ความชำนาญเฉพาะตัวเพื่อให้ตนไม่ต้องรับโทษได้

ดังนั้นเพื่อให้กฎหมายทำแท้งสามารถบังคับใช้ได้จริงและเพื่อให้เหมาะสมกับสภาพสังคมที่เปลี่ยนแปลงไปจากในอดีต ผู้เขียนจึงเห็นควรว่าควรยกเลิกกฎหมายที่ยกเว้นโทษการพยายามทำแท้งในปัจจุบัน และให้นำหลักการลงโทษผู้ที่พยายามกระทำความผิดตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 80 และมาตรา 81 มาใช้บังคับกับการพยายามทำแท้ง โดยให้ยกเว้นแต่เฉพาะในกรณีของผู้กระทำที่เป็นหญิงมีครรภ์ตามมาตรา 301 ผู้เขียนเห็นว่าแม้ผู้กระทำจะสมควรได้รับโทษสำหรับกรณียกเว้นการกระทำความผิดเช่นกัน แต่กฎหมายควรเปิดช่องให้ศาลใช้ดุลพินิจในการพิจารณาโทษให้กับผู้กระทำได้ในบางกรณี เมื่อพิจารณาจากความจำเป็นของผู้กระทำ ความเสียหายที่เกิดขึ้น และเหตุผลประการอื่นประกอบกัน

1.4 ขอบเขตของการศึกษา

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้เน้นการศึกษาถึงแนวคิดและแนวทางในการลงโทษการพยายามกระทำความผิดในรูปแบบต่าง ๆ และศึกษาถึงลักษณะที่มาและความหมายของการทำแท้ง การทำแท้งในรูปแบบต่าง ๆ ปัญหาเรื่องจุดเริ่มต้นและจุดสิ้นสุดของความผิดฐานทำแท้ง ลักษณะของการพยายามทำแท้งในกรณีต่าง ๆ เพื่อนำมาใช้อธิบายถึงเหตุผลในการลงโทษหรือไม่ลงโทษการพยายามทำแท้ง

1.5 วิธีการศึกษา

ในการศึกษาจะใช้วิธีการศึกษาวิจัยเชิงเอกสาร (Documentary Research) โดยการศึกษาค้นคว้าและรวบรวมข้อมูลจากแหล่งความรู้ต่าง ๆ ทั้งตำราหนังสือ บทความ งานวิจัย วารสาร วิทยานิพนธ์ สารนิพนธ์ สื่อสิ่งพิมพ์ สื่ออิเล็กทรอนิกส์ และแนวคำพิพากษาของศาลฎีกาและคำวินิจฉัยของศาลทั้งภาษาไทยและภาษาต่างประเทศ

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับจากการศึกษา

1.6.1 ทำให้ทราบถึงแนวคิดและความเป็นมาของการพยายามกระทำความผิดและแนวทางในการลงโทษการพยายามกระทำความผิดในประเทศไทยและต่างประเทศ

1.6.2 ทำให้ทราบถึงความเป็นมาของความผิดฐานทำให้แท้งลูกและมาตรการลงโทษต่าง ๆ สำหรับประเทศไทยและต่างประเทศ

1.6.3 ทำให้ทราบถึงแนวทางการลงโทษในความผิดฐานพยายามทำแท้งในกฎหมายต่างประเทศเปรียบเทียบกับกฎหมายประเทศไทย

บทที่ 2

แนวความคิดทั่วไปเกี่ยวกับการพยายามกระทำความผิดและความผิดฐานทำให้แท้งลูก

การพยายามกระทำความผิดฐานทำให้แท้งลูกตามมาตรา 304 เป็นความผิดเดียวตามประมวลกฎหมายอาญานอกเหนือจากความผิดลหุโทษที่กฎหมายบัญญัติไม่ลงโทษในขั้นตอนของการพยายามกระทำความผิด อย่างไรก็ตามหลักการและเหตุผลของการไม่ลงโทษการพยายามกระทำความผิดฐานทำให้แท้งลูกตามมาตรา 304 ยังไม่ปรากฏเป็นที่แน่ชัดในทางตำรา

ในบทที่ 2 นี้จะเป็นการกล่าวถึงหลักทั่วไปเกี่ยวกับการพยายามกระทำความผิดและความผิดฐานทำให้แท้งลูก เนื่องจากผู้เขียนเห็นว่าการจะวินิจฉัยถึงเหตุผลการยกเว้นโทษการพยายามกระทำความผิดฐานทำให้แท้งลูกตามมาตรา 304 จำเป็นต้องศึกษาถึงแนวความคิดทั่วไปเกี่ยวกับการพยายามกระทำความผิดและความผิดฐานทำให้แท้งลูกเสียก่อน

ในเรื่องแนวความคิดทั่วไปเกี่ยวกับการพยายามกระทำความผิด จะเป็นการศึกษาถึงลักษณะทั่วไปของการพยายามกระทำความผิด หลักเกณฑ์ในการแบ่งแยกการเตรียมการกระทำความผิดและการลงมือกระทำความผิด เพื่อนำไปปรับใช้กับการลงมือกระทำความผิดฐานทำให้แท้งลูก ตลอดจนถึงทฤษฎีการลงโทษการพยายามกระทำความผิด อันเป็นการศึกษาว่าเหตุใดกฎหมายจึงลงโทษขั้นตอนของการพยายามกระทำความผิด ทั้ง ๆ ที่การกระทำไม่บรรลุผลตามเจตนาของผู้กระทำ เพื่อนำมาเปรียบเทียบกับเหตุผลในการไม่ลงโทษการพยายามกระทำความผิดฐานทำให้แท้งลูกว่าสอดคล้องกันหรือไม่

ในเรื่องแนวความคิดทั่วไปเกี่ยวกับความผิดฐานทำให้แท้งลูก จะเป็นการศึกษาถึงขอบเขตในการกระทำความผิดฐานทำให้แท้งลูก เพื่อนำไปวินิจฉัยว่าการกระทำที่จะเป็นความผิดฐานทำให้แท้งลูก ต้องลงกระทำความผิด ณ ช่วงเวลาใด หลักเกณฑ์ทั่วไปของความผิดฐานทำให้แท้งลูก ตลอดจนถึงผลของการกระทำความผิดฐานทำให้แท้งลูก เพื่อศึกษาถึงกรณีการบรรลุผล และการไม่บรรลุในความผิดฐานทำให้แท้งลูก

2.1 ลักษณะทั่วไปของการพยายามกระทำความผิด

ลักษณะทั่วไปของการพยายามกระทำความผิดที่จำเป็นต่อการศึกษาวิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีสาระสำคัญ ดังนี้

2.1.1 ขั้นตอนของการพยายามกระทำความผิด

กระทำการใดที่จะเป็นความผิดอาญาหรือไม่ สามารถพิจารณาได้จากบทบัญญัติของกฎหมายอาญาที่กำหนดหลักเกณฑ์แห่งการกระทำความผิดนั้นไว้¹ และเมื่อบุคคลใดได้กระทำการครบถ้วนตามหลักเกณฑ์แห่งการกระทำความผิดตามกฎหมาย การกระทำความผิดอาญาก็จะเกิดขึ้น

การกระทำที่เป็นความผิดอาญาอาจสามารถพิจารณาขั้นตอนของการกระทำเป็นลำดับได้ ดังนี้²

1. ขั้นตอนของการ “คิด” ที่จะกระทำความผิด (Conception)
2. ขั้นตอนของการ “ตกลงใจ” ที่จะกระทำความผิด (Resolution)
3. ขั้นตอนของการ “เตรียมการ” ที่จะกระทำความผิด (Preparation)
4. ขั้นตอนของการ “ลงมือ” กระทำความผิด (Commencement)

เมื่อผู้กระทำการเข้าสู่ขั้นตอนของการ “ลงมือ” กระทำความผิด การกระทำของผู้กระทำก็เป็นความผิดแล้ว ไม่ว่า “ผล” ของการกระทำความผิด (Consummation) จะบรรลุผลตามเจตนาของผู้กระทำหรือไม่ก็ตาม

เมื่อพิจารณาจากขั้นตอนของการกระทำความผิดอาญาทั้งสี่ขั้นตอนข้างแล้วจะพบว่าสามารถแบ่งสถานะของขั้นตอนแห่งการกระทำความผิดทางอาญาออกได้เป็น 2 สถานะด้วยกัน อันประกอบไปด้วยสถานะทางจิตใจ (Mind) และสถานะทางการกระทำ (Acts)³

สถานะทางจิตใจ (Mind) คือ สถานะที่ประกอบไปด้วยขั้นตอนของการ “คิด” และการ “ตกลงใจ” ที่จะกระทำความผิด ซึ่งเป็นสถานะที่อยู่ภายในจิตใจของผู้กระทำ เป็นเพียงเจตจำนงของผู้กระทำที่ต้องการจะกระทำความผิด แต่ยังไม่ได้แสดงเจตจำนงนั้นให้ปรากฏออกมาให้เห็นภายนอก

¹ ฤทธิรุจ เขมะวนิช, “การพยายามกระทำความผิด: ศึกษาเฉพาะหลักเกณฑ์การแบ่งแยกระหว่างการลงมือกระทำความผิดกับการเตรียมการกระทำความผิด”, (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2549), น. 16.

² เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1 บทบัญญัติทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 10 (ประเทศไทย: พลสยาม พรินต์, 2551), น. 539 และ จิตติ ดิงศภัทัย, กฎหมายอาญา ภาค 1, พิมพ์ครั้งที่ 11 (นนทบุรี, ศูนย์การพิมพ์เพชรรุ่งเรือง, 2555), น. 315.

³ ฤทธิรุจ เขมะวนิช, อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 1, น. 17.

สภาวะทางการกระทำ (Acts) คือ สภาวะที่ประกอบไปด้วยขั้นตอนของการ “ตระเตรียมการ” ที่จะกระทำความผิด และขั้นตอนของการ “ลงมือ” กระทำความผิด อันเป็นขั้นตอนที่ผู้กระทำได้ยืนยันเจตจำนงของตนให้ปรากฏออกมาให้เห็นภายนอกแล้ว แม้ว่าในท้ายที่สุดแล้วผลแห่งการกระทำจะไม่เป็นไปตามเจตจำนงของผู้กระทำก็ตาม

เหตุที่ต้องแบ่งแยกขั้นตอนของการกระทำความผิดทางอาญาออกเป็น 2 สภาวะเนื่องจากสภาวะทางจิตใจ (Mind) เป็นสภาวะที่ไม่มีผลอย่างใดในทางกฎหมาย⁴ กฎหมายอาญาจะไม่ลงโทษผู้ใดเพียงเพราะผู้นั้นมีจิตใจชั่วร้าย กฎหมายอาญาจะเริ่มลงโทษผู้กระทำก็ต่อเมื่อได้มีการกระทำการใด ๆ อันเป็นการทำให้เจตจำนงที่ต้องการกระทำความผิดนั้นปรากฏออกมาให้เห็นภายนอกอันเป็นสภาวะทางการกระทำ (Acts) เท่านั้น

อย่างไรก็ตามเป็นที่น่าสังเกตว่ามีบางกรณีที่กฎหมายอาญาลงโทษผู้กระทำความผิดตั้งแต่ในขั้นตอนของการ “ตกลงใจ” ที่จะกระทำความผิด อันเป็นขั้นตอนของการกระทำความผิดทางอาญาที่อยู่ในสภาวะทางจิตใจ (Mind) คือ ในกรณีที่บุคคลอย่างน้อยตั้งแต่ 2 คนขึ้นไปตกลงกันไปกระทำความผิด แม้จะยังไม่ได้มีการกระทำความผิดที่ได้ตกลงกันไว้ก็เป็นความผิดสำเร็จแล้ว⁵ โดยเรียกความผิดในลักษณะนี้ว่า “ความผิดฐานสมคบ” (Conspiracy) ในกฎหมายอาญาไทยก็มีความผิดในลักษณะนี้เช่นกัน คือ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 210 ความผิดฐานเป็นช่องโจร

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วในข้างต้นว่าสภาวะทางการกระทำ (Acts) ประกอบไปด้วยขั้นตอนของการตระเตรียมการกระทำความผิด และการลงมือกระทำความผิด แต่โดยหลักแล้วกฎหมายอาญาจะยังไม่ลงโทษผู้ที่ตระเตรียมการกระทำความผิด แม้ว่าจะเป็นการเริ่มแสดงออกซึ่งการกระทำแล้วก็ตาม⁶ เหตุผลเนื่องมาจาก

1. การตระเตรียมการกระทำความผิด “ยังห่างไกลกับความผิดสำเร็จเป็นอย่างมาก กรณีจึงยังไม่ถึงกับเป็นการกระทำที่เป็นการสันนิษฐานความรู้สึกในความถูกต้องของสาธารณชน”⁷

⁴ จิตติ ตังศภัทย์, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 2*, น. 317.

⁵ รณกรณ์ บุญมี, “ความผิดที่เป็นการเริ่มต้น: ศึกษาแนวความคิดของกฎหมายในระบบคอมมอนลอว์”, (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551), น. 19.

⁶ ฤทธิจุฑา เหมะวนิช, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 1*, น. 19.

⁷ คณิต ฦ นกร, *กฎหมายอาญา ภาคทั่วไป*, พิมพ์ครั้งที่ 6, (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2560), น. 382.

2. การเตรียมการกระทำความผิด “ยังไม่เป็นการแสดงออกที่น่าเชื่อถือได้อย่างเพียงพอถึงจิตใจที่จะเป็นอาชญากรอย่างแนบแน่น”⁸

แม้โดยหลักกฎหมายอาญาจะไม่ถือว่าการเตรียมการกระทำความผิดเป็นความผิดอาญาก็ตาม แต่ก็ยังมีบางกรณีที่กฎหมายอาญาได้กำหนดให้การเตรียมการกระทำความผิดเป็นความผิดแล้ว กล่าวคือ

1. การเตรียมการกระทำความผิดที่ร้ายแรงบางฐาน กฎหมายอาญาถือว่าการเตรียมการกระทำความผิดนั้นเป็น “ความผิดในตัวเอง” หรือเป็นความผิดสำเร็จ ตัวอย่างประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 107 ความผิดฐานสมคบ ตระเตรียม หรือพยายามปลงพระชนม์พระมหากษัตริย์, มาตรา 108 ความผิดฐานสมคบ ตระเตรียม หรือพยายามประทุษร้ายต่อองค์พระมหากษัตริย์หรือเสรีภาพของพระมหากษัตริย์ เป็นต้น⁹

2. การเตรียมการกระทำความผิดบางฐานที่อาจเป็นอันตรายต่อประชาชนหากเกิดความผิดสำเร็จ กฎหมายอาญาจึงป้องกันไว้ก่อนโดยลงโทษผู้กระทำความผิดตั้งแต่ขั้นตอนของการเตรียมการกระทำความผิด¹⁰ เช่น ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 219 การเตรียมการวางเพลิงที่บัญญัติให้ต้องได้รับโทษเท่ากับการพยายามวางเพลิง

นอกจากสองกรณีข้างต้นที่กฎหมายบัญญัติโดยชัดแจ้งให้การเตรียมการกระทำความผิดเป็นความผิดหรือต้องได้รับโทษเท่าการพยายามกระทำความผิดแล้ว ยังมีอีกกรณีหนึ่งที่แม้กฎหมายจะไม่ได้บัญญัติไว้โดยชัดแจ้งว่าการเตรียมการกระทำความผิดฐานนี้เป็นความผิดหรือต้องได้รับโทษเท่าการพยายามกระทำความผิด แต่โดยลักษณะแห่งการเตรียมการกระทำความผิดฐานนั้นกลับเป็นความผิดในตัวเองในความผิดอีกฐานหนึ่ง เช่น ในความผิดฐานฆ่าผู้อื่น ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 288 ไม่มีกฎหมายบัญญัติให้การเตรียมการกระทำความผิดฐานดังกล่าวเป็นความผิด แต่หากการฆ่าผู้อื่นนั้นได้กระทำโดยการใช้อาวุธปืนเป็นอาวุธในการกระทำความผิด ในขั้นตอนของการเตรียมการกระทำความผิดผู้กระทำความผิดต้องมีจัดหาอาวุธปืนเพื่อมาใช้

⁸ Johannes Andenaes, The General Part of the Criminal Law of Norway, Translated by Thomas P. Ogie, London: Sweet & Maxwell, 1965, p. 288 อ้างถึงใน เกียรติขจร วังนะสวัสดิ์, อ่าวแล้ว เชิงอรรถที่ 2, น. 540.

⁹ เกียรติขจร วังนะสวัสดิ์, อ่าวแล้ว เชิงอรรถที่ 2, น. 539.

¹⁰ คณิต ญ นคร, อ่าวแล้ว เชิงอรรถที่ 7, น. 383.

ในการกระทำความผิด หากผู้กระทำไม่มีใบอนุญาตให้ครอบครองปืนตามกฎหมาย ผู้กระทำความผิดมีความผิดฐานครอบครองอาวุธปืนโดยไม่ได้รับอนุญาตตาม พ.ร.บ. อาวุธปืน¹¹

โดยหลักขั้นตอนของการกระทำความผิดทางอาญาจะเริ่มมีผลในทางกฎหมายเมื่อผ่านขั้นตอนของการ “เตรียมการ” กระทำความผิดเข้าสู่ขั้นตอนของการ “ลงมือ” กระทำความผิด หากผลของการกระทำบรรลุผลตามเจตนาของผู้กระทำก็เป็นกรณี “ความผิดสำเร็จ” แต่หากผลของการกระทำไม่บรรลุผลตามเจตนาของผู้กระทำก็เป็นเพียง “การพยายามกระทำความผิด”

2.1.2 ความหมายของการพยายามกระทำความผิด

การพยายามกระทำความผิดเป็นการกระทำซึ่งผ่านพ้นขั้นตอนของการเตรียมการที่จะกระทำความผิดแต่ยังไม่เกิดเป็นความผิดสำเร็จ

การเตรียมการกระทำความผิด หมายถึง การกระทำการใด ๆ อันเป็นการช่วยเหลือหรือให้ความสะดวกแก่การลงมือกระทำความผิด¹² เพื่อให้ผู้กระทำพร้อมที่จะลงมือกระทำความผิดให้สำเร็จต่อไป¹³

ความผิดสำเร็จ หมายถึง กรณีที่ผู้กระทำได้กระทำการตามเจตนาจนเกิดผลครบถ้วนตามที่กฎหมายบัญญัติเป็นองค์ประกอบความผิดไว้¹⁴

ดังนั้นการพยายามกระทำความผิดจึงหมายถึง ความผิดที่อยู่ระหว่างการเตรียมการกระทำความผิดและความผิดสำเร็จ กล่าวคือ เป็นความผิดที่ผู้กระทำได้ลงมือกระทำความผิดแล้ว แต่การกระทำของผู้กระทำไม่บรรลุผลตามเจตนาของผู้กระทำ

2.1.3 หลักเกณฑ์ของการพยายามกระทำความผิด

กรณีจะถือว่าเป็นการพยายามกระทำความผิดต้องประกอบไปด้วยหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้

2.2.2.1 องค์ประกอบภายนอก (Objective)

1. ต้องมีผู้กระทำ หมายถึง บุคคลธรรมดา

¹¹ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 2*, น. 540.

¹² “รายงานการประชุมอนุกรรมการตรวจพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา” ครั้งที่ 120/101/2483, (วันศุกร์ที่ 6 กันยายน 2483), รายงานการประชุม คณะกรรมการกฤษฎีกา ตอน 8, เล่มที่ 2, ครั้งที่ 120/101/2483, น. 7.

¹³ จิตติ ดิงศภัทัย, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 2*, น. 325.

¹⁴ *เพ็งอ้าว*, น. 359.

2. ต้องมีการกระทำ หมายถึง “การเคลื่อนไหวร่างกายหรือไม่เคลื่อนไหวร่างกายโดยรู้สำนึก กล่าวคืออยู่ภายใต้บังคับของจิตใจ”¹⁵ การกระทำเป็นองค์ประกอบที่สำคัญที่สุดของกฎหมายอาญา หากปราศจากการกระทำ ความรับผิดทางอาญาก็เริ่มไม่ได้ เพราะหากปราศจากการกระทำที่ปรากฏออกมาภายนอก ก็คงเป็นเพียงขั้นตอนของการคิดและตกลงใจที่จะกระทำ ความผิดเท่านั้น ซึ่งโดยหลักกฎหมายอาญาไม่อาจลงโทษได้¹⁶

3. การกระทำของผู้กระทำต้องผ่านพ้นขั้นตอนของการเตรียมการกระทำความผิดและเข้าสู่ขั้นตอนของการลงมือกระทำความผิดแล้ว เนื่องจากในการวินิจฉัยการพยายามกระทำความผิดจำเป็นต้องดูเจตนาและการกระทำว่าถึงขั้นจะเป็นความผิดแล้วหรือยัง ซึ่งการกระทำของผู้กระทำจะเป็นความผิดก็ต่อเมื่อต้องถึงขั้นที่ชี้ให้เห็นถึงเจตนาของผู้กระทำอย่างปราศจากข้อสงสัยแล้ว¹⁷ จึงต้องมีการพิจารณาว่าเมื่อใดที่การกระทำจะผ่านพ้นขั้นตอนของการเตรียมการกระทำความผิดและเข้าสู่ขั้นตอนของการลงมือกระทำความผิด ซึ่งหลักเกณฑ์ของการแบ่งแยกการเตรียมการกระทำความผิดและการลงมือกระทำความผิดจะได้กล่าวถึงในบทถัดไป

4. การไม่บรรลุผล¹⁸ หมายถึง การกระทำนั้นยังไม่บรรลุผลเป็นความผิดสำเร็จตามเจตนาของผู้กระทำ

5. การพยายามกระทำความผิดต้องประกอบกับความผิดฐานใดฐานหนึ่งเสมอ ไม่อาจเป็นความผิดลอย ๆ ได้¹⁹ เนื่องการพยายามกระทำความผิดโดยตัวของมันเองไม่ใช่เนื้อหาของความผิด

2.2.2.2 องค์ประกอบภายใน (Subjective)

ผู้กระทำต้องมี “เจตนา” ในการกระทำความผิดและต้องเป็นการตัดสินใจเด็ดขาดปราศจากเงื่อนไข หมายถึง การตัดสินใจเด็ดขาดที่จะกระทำความผิดอาญาฐานใดฐานหนึ่งเป็นการเฉพาะ²⁰

¹⁵ เกียรติขจร วังนะสวัสดิ์, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 2*, น. 96.

¹⁶ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, *คำอธิบาย กฎหมายอาญา ภาคทั่วไป*, พิมพ์ครั้งที่ 19, (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2560), น. 45.

¹⁷ *เพ็งอ้าว*, น. 107.

¹⁸ *เพ็งอ้าว*, น. 111.

¹⁹ คณิต ฦ นคร, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 7*, น. 383.

²⁰ *เพ็งอ้าว*, น. 331.

ในการวินิจฉัยการพยายามกระทำความผิดการพิจารณาเรื่องเจตนาเป็นสิ่งที่สำคัญมาก เนื่องจากการพยายามกระทำความผิดต้องประกอบไปด้วยความผิดฐานใดฐานหนึ่งเสมอจึงจำเป็นต้องวินิจฉัยให้ได้ว่าผู้กระทำความผิดประสงค์จะกระทำความผิดฐานใด เพราะอาจมีในบางกรณีที่ผู้กระทำถูกจับกุมก่อนที่จะผลของการกระทำจะเกิด หรือในกรณีที่ผู้กระทำจะถูกจับกุมภายหลังที่ผลของการกระทำเกิดแล้วก็ยังมีความจำเป็นต้องพิจารณาว่าเป็นผลที่ผู้กระทำประสงค์จะให้เกิดหรือไม่

2.1.4 ประเภทของการพยายามกระทำความผิด

2.1.4.1 การพยายามกระทำความผิดโดยบังเอิญ (Attempts)

การพยายามกระทำความผิดโดยบังเอิญ คือ การพยายามกระทำความผิดที่ความผิดสำเร็จย่อมเกิดขึ้นได้เมื่อพิจารณาจากลักษณะของวัตถุที่ใช้ในการกระทำความผิด หรือเมื่อพิจารณาจากข้อเท็จจริงแห่งเรื่องจากลักษณะของการกระทำ²¹ โดยสามารถแบ่งได้เป็น 2 ประเภท ดังนี้

(1) การพยายามกระทำความผิดที่บริบูรณ์ (Complete Attempts)

การพยายามกระทำความผิดที่บริบูรณ์ หมายถึง การพยายามกระทำความผิดที่ผู้กระทำได้กระทำการทุกอย่างที่เขาจำเป็นต้องกระทำเพื่อให้การกระทำบรรลุผล (Last Acts) แต่การกระทำไม่บรรลุผลตามเจตนา²² ไม่ว่าจะเป็นเพราะเหตุแห่งวัตถุที่มุ่งหมายกระทำต่อตัวอย่าง ผู้กระทำยิงปืนใส่ผู้เสียหายโดยมีเจตนาฆ่า แต่ผู้เสียหายหลบได้ หรือกระสุนถูกผู้เสียหายแต่ไม่โดนจุดสำคัญทำให้ผู้เสียหายไม่ถึงแก่ความตาย เป็นต้น หรือการไม่บรรลุผลนั้นเป็นเพราะเหตุแห่งปัจจัยซึ่งใช้ในการกระทำความผิด ตัวอย่าง ยิงปืน แต่กระสุนปืนดำน เป็นต้น

(2) การพยายามกระทำความผิดไม่บริบูรณ์ (Incomplete Attempts)

การพยายามกระทำความผิดที่ไม่บริบูรณ์ หมายถึง การพยายามกระทำความผิดที่ผู้กระทำได้ลงมือกระทำการตามเจตนาของเขาให้ปรากฏออกมาภายนอกบางส่วนแล้ว แต่ยังไม่ได้กระทำถึงขั้นตอนสุดท้าย (Last Acts) ของการที่ผู้กระทำประสงค์จะกระทำเพื่อให้การกระทำบรรลุผล ไม่ว่าสาเหตุที่ทำให้การกระทำยังไม่ไปถึงขั้นตอนสุดท้ายนั้นจะมาจากตัวผู้กระทำเองหรือ

²¹ เพิ่งอ้าง, น. 393.

²² Anthony Duff, *Criminal Attempts*, (New York: Oxford University Press, 1996), p. 119.

ปัจจัยภายนอกก็ตาม²³ ตัวอย่าง ผู้กระทำความผิดขึ้นใจเพื่อจะยิงผู้เสียหาย แต่เปลี่ยนใจไม่ยิง หรือถูกบุคคลที่สามขัดขวางเสียก่อน เป็นต้น

มีผู้เห็นว่าการลงโทษการพยายามกระทำความผิดที่ไม่บริบูรณ์ (Incomplete Attempts) ควรมีความรุนแรงน้อยกว่าการลงโทษการพยายามกระทำความผิดที่บริบูรณ์ (Complete Attempts) ถ้าการพยายามกระทำความผิดที่ไม่บริบูรณ์เกิดจากการที่ผู้กระทำความผิดเลิกการกระทำของตนโดย “สมัครใจ”²⁴ ซึ่งจะได้กล่าวต่อไปในเรื่อง “การถอนตัวจากการกระทำความผิด” (Voluntary Abandonment)

2.1.4.2 การพยายามกระทำความผิดที่ไม่อาจบรรลุผลได้อย่างแน่แท้ (Impossibility Attempts)

การพยายามกระทำความผิดที่เป็นไปไม่ได้ อย่างแน่แท้ เป็นการพยายามกระทำความผิดที่ผลแห่งการกระทำไม่อาจบรรลุผลเป็นความผิดสำเร็จได้อย่างเด็ดขาด แม้ผู้กระทำจะมีเจตนากระทำความผิด และได้กระทำการนั้นลงไปจนตลอดแล้วก็ตาม โดยการไม่บรรลุผลอย่างแน่แท้ อาจเกิดขึ้นได้จาก 3 กรณี ดังนี้²⁵

(1) กรณีไม่บรรลุผลอย่างแน่แท้โดยข้อเท็จจริง (Factual Impossibility)

กรณีไม่บรรลุผลอย่างแน่แท้โดยข้อเท็จจริง (Factual Impossibility) หมายถึง การพยายามกระทำความผิดที่ผู้กระทำมีเจตนากระทำความผิด แต่การกระทำนั้นไม่อาจบรรลุผลได้อย่างแน่แท้ โดยเกิดจาก “ข้อเท็จจริง” บางประการที่ผู้กระทำ “ไม่ทราบ” ขณะที่ผู้กระทำลงมือกระทำความผิด ศาสตราจารย์ Wayne R. LaFave กล่าวว่า การพยายามกระทำความผิดในกรณีที่ เป็นไปไม่ได้ นี้ไม่อาจยกเป็นข้อแก้ตัวในข้อหาพยายามกระทำความผิดได้ เนื่องจากผู้กระทำมีเจตนากระทำความผิดแล้ว แม้ผลแห่งการกระทำไม่อาจสำเร็จลงได้เพราะพฤติการณ์ที่ผู้กระทำไม่อาจล่วงรู้ได้ก็ตาม ผู้กระทำก็ยังคงมีความผิด²⁶

²³ *Ibid.*, p. 119.

²⁴ *Ibid.*, p. 119.

²⁵ Wayne R. LaFave, Criminal Law, Fifth Edition, (St. Paul, Minnesota: West Publishing Co., 2010), pp. 631-645.

²⁶ *Ibid.*, p. 632.

ตัวอย่าง การพยายามลักทรัพย์จากกระเป๋าตังค์ที่ไม่มีเงินอยู่ในนั้น²⁷ ผู้กระทำเจตนาชิงปืนใส่ผู้เสียหาย แต่การกระทำไม่บรรลุผลเนื่องจากเหยื่อไม่ได้ยื่น ถังนั้น²⁸ หรือ ผู้กระทำใช้ปืนที่ไม่บรรจุกระสุนยิงผู้เสียหาย แต่ผู้กระทำเข้าใจว่าปืนมีกระสุน²⁹ เป็นต้น

โดยปกติเมื่อกล่าวถึงการพยายามกระทำความผิดที่เป็นไปไม่ได้อย่างแน่แท้ (Impossibility Attempts) มักจะหมายถึงกรณีที่ไม่บรรลุผลอย่างแน่แท้โดยข้อเท็จจริง ซึ่งเป็นกรณีที่กฎหมายลงโทษผู้กระทำเช่นเดียวกับการพยายามกระทำความผิดโดยบังเอิญ (Attempts)

(2) กรณีไม่บรรลุผลอย่างแน่แท้โดยข้อกฎหมาย (Legal Impossibility)

กรณีไม่บรรลุผลอย่างแน่แท้ตามข้อกฎหมาย (Legal Impossibility) เป็นแนวคิดของตามระบบกฎหมาย Common Law อันหมายถึงการกระทำที่เมื่อบรรลุเป็นผลสำเร็จแล้ว จะไม่เป็นการกระทำความผิดอาญา เนื่องจากเป็นการกระทำที่ไม่มีกฎหมายบัญญัติเป็นความผิด แม้ว่าผู้กระทำจะเชื่อว่าเขากำลังกระทำความผิดอาญาอยู่ก็ตาม ซึ่งจะทำให้ผู้กระทำไม่มีความรับผิดชอบทางอาญา³⁰

ตัวอย่าง การซื้อหรือรับไว้ซึ่งทรัพย์สินที่ได้มาจากการกระทำความผิด และ ผู้กระทำรู้ว่าเป็นทรัพย์สินที่ได้มาจากการกระทำความผิด ผู้กระทำจะมีความผิดฐานรับของโจร แต่ในคดี People v. Jaffe จำเลยไม่รู้ว่าเป็นทรัพย์สินที่ตนได้รับมาได้กลับคืนสู่เจ้าของแล้ว ทำให้สภาพแห่งความเป็นของโจรหมดไป แม้จำเลยจะรับทรัพย์สินนั้นไว้โดยเชื่อว่าเป็นทรัพย์สินที่ได้มาจากการกระทำความผิด จำเลยก็ไม่มีความผิดฐานรับของโจร³¹

²⁷ People v. Fiegelman, 33 Cal.App.2d 100, 91 P.2d 156 (1939). as cited in. Wayne R LaFave, *supra* note 25, p. 632.

²⁸ United States v. Duran, 96 F .3d 1495 (D.C.Cir.1996) as cited in. Wayne R LaFave, *supra* note 25, p. 632.

²⁹ State v. Damms, 9 Wis. 2d 183, 100 N.W. 2d 592 (1960) อ้างถึงใน เกียรติขจร วังนะสวัสดิ์, ภาษาอังกฤษสำหรับนักกฎหมาย (English for Lawyers) เกี่ยวกับ กฎหมายอาญา (Criminal Law) และกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (Criminal Procedure Law), พิมพ์ครั้งที่ 1, (กรุงเทพมหานคร: จีรัชการพิมพ์, 2548), น. 33.

³⁰ Wayne R LaFave, *supra* note 25, p. 631.

³¹ People v. Jaffe, 185 N.Y. 497, 78 N.E. 169 (1906) Retrieved February 18, 2018 from <https://www.courtlistener.com/opinion/3616193/people-v-jaffe/>.

(3). กรณีไม่บรรลุผลเพราะความเชื่อมงาย (Inherent Impossibility)

กรณีไม่บรรลุผลเพราะความเชื่อมงาย³² (Inherent Impossibility) เป็นกรณีที่ผู้กระทำให้วิธีการในการลงมือกระทำความผิดที่วิญญูชนเห็นว่าไม่อยู่บนพื้นฐานความเป็นจริง³³ ตัวอย่างของวิธีการกระทำความผิดที่ปรากฏสู่ศาลมากที่สุด คือ การใช้เวทย์มนตร์คาถา (Voodoo Doctor)

มีผู้ให้ความเห็นว่าผู้ที่พยายามกระทำความผิดโดยความเชื่อมงายเป็นบุคคลที่ไม่มีความเป็นอันตราย เนื่องจาก “ในมุมมองของวิญญูชนภายใต้ข้อเท็จจริงเดียวกันกับผู้กระทำซึ่งต้องการให้การกระทำความผิดบรรลุผล ย่อมไม่อาจคาดหวังผลสำเร็จจากการกระทำของผู้กระทำได้ การกระทำของผู้กระทำไม่อาจเป็นอันตรายต่อผลประโยชน์ส่วนรวม (Social Interest) ผู้กระทำจึงไม่สมควรถูกลงโทษ ไม่ว่าเขาจะมีเจตนาชั่วร้ายเพียงใดก็ตาม”³⁴

อย่างไรก็ตามมีผู้ให้ความเห็นในทางตรงกันข้ามว่า “ผู้ที่พยายามกระทำความผิดที่ไม่เกิดอันตราย ก็อาจลงมือกระทำความผิดซ้ำได้ ผู้ที่ใช้เวทย์มนตร์คาถาในการกระทำครั้งนี้ อาจใช้อาวุธปืนในการกระทำความผิดครั้งต่อไป ดังนั้นเพื่อเป็นการป้องปรามผู้กระทำ ผู้กระทำจึงสมควรถูกลงโทษ”³⁵

ดังนั้นในกรณีการพยายามกระทำความผิดที่เป็นไปไม่ได้อย่างแน่แท้โดยความเชื่อมงายจึงมีทั้งแนวคิดที่เห็นว่าควรลงโทษผู้กระทำและไม่ควรลงโทษผู้กระทำ

2.1.4.3 การถอนตัวจากการกระทำความผิด (Voluntary Abandonment)

การถอนตัวจากการกระทำความผิด หมายถึง กรณีที่ผู้กระทำลงมือกระทำความผิดแล้ว แต่ตัดสินใจไม่กระทำการต่อไปให้ตลอด หรือลงกระทำความผิดไปตลอดแล้ว แต่

³² เกียรติขจร วังนะสวัสดิ์, ภาษาอังกฤษสำหรับนักกฎหมาย (English for Lawyers) เกี่ยวกับ กฎหมายอาญา (Criminal Law) และกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (Criminal Procedure Law), พิมพ์ครั้งที่ 1, (กรุงเทพมหานคร: จีรัชการพิมพ์, 2548), น. 38.

³³ Wayne R LaFave., *supra note 25*, p. 638.

³⁴ Sayre, Criminal Attempts, 41 Harv.L.Rev. 821, 837 – 42 (1928) at 850 as cited in *Ibid.*, p. 639.

³⁵ Elkind, Impossibility in Criminal Attempts: A possibility in Criminal Attempts: A Theorist's Headache, 54 Va.L.Rev. 20 (1968), at 33-34 as cited in Wayne R LaFave., *supra note 25*, p. 639.

กลับใจไม่ให้การกระทำนั้นบรรลุผล ซึ่งการถอนตัวจากการกระทำความผิดต้องเป็นการถอนตัวโดยสมัครใจของผู้กระทำ โดยพิจารณาในแง่จิตใจของผู้กระทำ ไม่ใช่มาจากเหตุปัจจัยภายนอก³⁶ กล่าวคือ ต้องเป็นกรณีที่ผู้กระทำเห็นว่าถ้าเขากระทำไปให้ตลอดก็สามารถกระทำได้ แต่ผู้กระทำตัดสินใจที่จะไม่กระทำต่อเอง แม้ตามข้อเท็จจริง อาจจะกระทำต่อไปไม่ได้ก็ได้³⁷ ตัวอย่าง ผู้กระทำเล็งปืนไปที่ผู้เสียหาย แต่รู้สึกสงสาร จึงเปลี่ยนใจไม่ยิง

อย่างไรก็ตามหากเป็นกรณีที่ผู้กระทำตัดสินใจไม่กระทำการต่อไปให้ตลอด เพราะผู้กระทำเห็นว่าเขาไม่สามารถกระทำต่อไปได้ แม้ตามข้อเท็จจริง อาจจะกระทำต่อไปได้ก็ได้³⁸ ตัวอย่าง ผู้กระทำเล็งปืนไปที่ผู้เสียหาย แต่ได้ยินเสียงคนเดินมา เข้าใจว่าเป็นตำรวจ จึงเปลี่ยนใจไม่ยิง กรณีดังกล่าวไม่เป็นการยับยั้งโดยสมัครใจ แต่เป็นเพียงการพยายามกระทำความผิดที่ไม่บรรลุผลเท่านั้น เนื่องจากหากไม่มีปัจจัยภายนอกมาบีบบังคับ ผู้กระทำก็คงไม่ยับยั้งการกระทำของตน ดังนั้นจะถือว่าผู้กระทำยับยั้งการกระทำของตนโดยสมัครใจไม่ได้

คำพิพากษาที่มีชื่อเสียงเกี่ยวกับการยับยั้งโดยสมัคร คือ คดี People v. Staples³⁹ ข้อเท็จจริงปรากฏว่า ในเดือนตุลาคมปี ค.ศ. 1967 ในขณะที่ภรรยาของจำเลยไปเที่ยวจำเลยซึ่งเป็นนักคณิตศาสตร์ได้อาศัยชื่อปลอมเช่าอาคารสำนักงานแห่งหนึ่งซึ่งอยู่บนชั้นสองของตึกที่มีธนาคารอยู่ที่ชั้นล่าง โดยสำนักงานที่จำเลยเช่าอยู่เหนือธนาคารพอดี ภายในระยะเวลาเช่าจำเลยได้ทำการเจาะรูพื้นห้องของตนเองหลายแห่ง และได้ปิดรูทั้งหมดนั้นไว้ด้วยพรม ก่อนครบกำหนดสัญญาเช่าจำเลยได้เก็บอุปกรณ์ทั้งหมดไว้ในตู้ แต่เขากลับลืมกุญแจตู้ไว้ในห้อง ต่อมาเมื่อสัญญาเช่าครบกำหนด ผู้ให้เช่าได้พบอุปกรณ์ทั้งหมด และนำส่งตำรวจ จำเลยถูกจับกุมในเวลาต่อมา จำเลยให้การรับสารภาพว่าเขาได้วางแผนที่จะปล้นธนาคารจริง แต่ก่อนที่เขาจะเริ่มลงมือ เขาคิดได้ว่าเขาคงไม่สามารถใช้ชีวิตอย่างมีความสุขกับเงินที่ได้มาจากการลักทรัพย์ได้ เขาจึงตัดสินใจไม่กระทำการต่อไป อย่างไรก็ตามศาลพิพากษาว่า จำเลยมีความผิดฐานพยายามลักทรัพย์ และการกระทำของจำเลยไม่เป็นการยับยั้งโดยสมัครใจ โดยศาลให้ความเห็นว่าเหตุที่จำเลยไม่ลงมือกระทำผิดต่อเป็นเพราะ

³⁶ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 16*, น. 119.

³⁷ หยุต แสงอุทัย, *กฎหมายอาญา ภาค 1*, พิมพ์ครั้งที่ 20, (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551), น. 90 อ้างถึงใน *เพ็ญอ้าว*, น. 119.

³⁸ *เพ็ญอ้าว*, น. 90 อ้างถึงใน ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 16*, น. 119.

³⁹ People v. Staples, 6 Cal.App.3d 61, 85 Cal.Rptr.589 (1970) as cited in Wayne R LaFave., *supra* note 25, p. 640.

จำเลยกล่าวว่าเมื่อผู้ให้เข้ากลับเข้าครอบครองทรัพย์สินที่ให้เข้า ผู้ให้เข้าจะรู้ถึงการกระทำของจำเลย และส่งมอบอุปกรณ์ต่าง ๆ ของจำเลยแก่ตำรวจ การที่จำเลยยับยั้งการกระทำของตนเพราะเข้าใจว่า ตนไม่สามารถกระทำการต่อไปได้ ถือว่าจำเลยถูกขัดขวางไม่ให้กระทำการต่อไปให้ตลอด เป็นกรณีของการยับยั้งโดยไม่สมัครใจ

ผลของการยับยั้งการกระทำของตนโดยสมัครใจในบางประเทศกำหนดให้ลงโทษผู้กระทำน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนด⁴⁰ ในขณะที่บางประเทศกำหนดให้ผู้กระทำไม่ต้องรับโทษฐานพยายามกระทำความผิด⁴¹

2.2 หลักเกณฑ์การวินิจฉัยการลงมือกระทำความผิด

กรณีจะเป็นการพยายามกระทำความผิดได้นั้นนอกจากผู้กระทำจะต้องกระทำการโดยเจตนาแล้ว ผู้กระทำยังต้องกระทำการผ่านพ้นขั้นตอนของการ “เตรียมการ” กระทำความผิดและเข้าสู่ขั้นตอนของการ “ลงมือ” กระทำความผิดเสียก่อน ปัญหาที่ต้องพิจารณาคือการกระทำในลักษณะใดที่จะถือว่าผ่านพ้นขั้นตอนขั้นตอนของการเตรียมการ และเข้าสู่ขั้นตอนของการลงมือกระทำความผิดแล้ว

ตำราต่างประเทศได้ให้แนวทางในการแบ่งแยกขั้นตอนของการเตรียมการกระทำความผิดและการลงมือกระทำความผิดไว้หลายแนวทางด้วยกัน ดังนี้

2.2.1 ทฤษฎีการกระทำแรก (First Acts)

ทฤษฎีการกระทำแรก (First Acts) เป็นทฤษฎีที่เสนอว่า การลงมือกระทำความผิด คือ การกระทำใด ๆ ที่ได้กระทำลงเพื่อส่งเสริมเจตนาที่จะกระทำความผิดทางอาญา⁴² ซึ่งการกระทำดังกล่าวในตัวของมันเองอาจไม่เป็นการกระทำที่เป็นความผิด แต่หากกระทำไปโดยมี

⁴⁰ Swiss Penal Code

Article 23 “If the person concerned of his own accord does not complete the criminal act or if he assists in preventing the completion of the act, the court may reduce the sentence or waive any penalty.”.

⁴¹ German Penal Code

Section 24 “A person who of his own volition give up the further execution of the offence or prevents its completion shall not be liable for the attempt...”.

⁴² Antony Duff, *supra* note 22, p. 35.

เจตนาที่จะกระทำความผิดอาญา การกระทำนั้นก็เป็นความผิดและต้องถูกลงโทษ⁴³ ในทางกลับกันแม้จะมีเจตนาที่จะกระทำความผิด แต่หากยังไม่ได้มีการกระทำการใดอันเป็นการเปิดเผยเจตนา นั้นออกมา กฎหมายก็ยังไม่ลงโทษ⁴⁴

เหตุผล 2 ประการที่มีการขยายขอบเขตของกฎหมายพยายามกระทำความผิดดังกล่าว คือ

1. เจตนาเป็นความผิด ในขณะที่การกระทำเป็นเพียงหลักฐานยืนยันเจตนาเช่นนั้น⁴⁵

2. แม้จะเป็นเพียงการกระทำแรก แต่หากกระทำโดยองค์ประกอบที่อาจก่อให้เกิดผลร้ายแก่ชุมชนได้⁴⁶

ด้วยเหตุนี้จึงทำให้การกระทำแรกสมควรที่จะกำหนดให้เป็นความผิดทางอาญา ในฐานะการพยายามกระทำความผิด อย่างไรก็ตามทฤษฎีการกระทำแรกไม่ได้ต้องการขยายขอบเขตในการลงโทษจำเลยออกไปแต่อย่างใด การจะพิสูจน์ว่าจำเลยกระทำความผิดจริงนั้นเพียงแค่พิสูจน์ว่าการกระทำของจำเลยเป็นส่วนหนึ่งของการกระทำความผิดเช่นนั้นก็เพียงพอแล้ว กล่าวคือ หากปล่อยให้จำเลยกระทำการต่อไป การกระทำของจำเลยอาจบรรลุผลตามเจตนาของจำเลยได้⁴⁷

ตัวอย่าง การวางวัสดุไว้และจุดเทียนไขโดยมีเจตนาที่จะเผาของตัวเอง⁴⁸ การว่าจ้างให้ผู้อื่นลักทรัพย์⁴⁹ หรือการเขียนจดหมายเชื้อเชิญให้เด็กให้เด็กมาพบโดยมีเจตนาเพื่อจะกระทำชำเรา⁵⁰

ทฤษฎีการกระทำแรกมีจุดเด่นที่น่าสนใจอยู่ 2 ประการ⁵¹ คือ

⁴³ Scofield [1784] Cald 397, 403 (Lord Mansfield) as cited in *Ibid.*, p. 35.

⁴⁴ Antony Duff, *supra note* 22, p. 35.

⁴⁵ Sutton [1736] 2 Strange 1074 as cited in *Ibid.*, p. 35.

⁴⁶ Higgin [1801] 2 East 5, 21 as cited in Antony Duff, *supra note* 22, p. 35.

⁴⁷ Antony Duff, *supra note* 22, p. 35.

⁴⁸ Scofield [1784] Cald 397, 403 (Lord Mansfield) as cited in *Ibid.*, p. 35.

⁴⁹ Higgin [1801] 2 East 5, 21 as cited in Antony Duff, *supra note* 22, p. 35.

⁵⁰ Ransford [1874] 13 Cox CC 9, 16-17 as cited in Antony Duff, *supra note* 22, p. 35.

⁵¹ Antony Duff, *supra note* 22, p. 36.

1. ในการจะพิสูจน์การกระทำที่เป็นการพยายามกระทำความผิดตามทฤษฎีดังกล่าว ศาลเพียงแต่พิสูจน์ว่าจำเลยได้กระทำการ “บางอย่าง” โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อประกอบอาชญากรรมก็เพียงพอแล้ว

2. ทฤษฎีการกระทำแรกทำให้อำนาจเจ้าหน้าที่ตำรวจสามารถเข้าแทรกแซงการกระทำของผู้ที่ต้องสงสัยว่าจะกระทำความผิดได้ทันที โดยไม่ต้องรอให้ผู้ต้องสงสัยกระทำการที่เป็น การใกล้ชิดต่อความผิด ทำให้ประสิทธิภาพในการป้องปรามอาชญากรรมเพิ่มสูงขึ้น

แต่อย่างไรก็ตามในเวลาต่อมาศาลมีแนวโน้มที่จะไม่นำทฤษฎีการกระทำแรกมา บังคับใช้เนื่องจากทฤษฎีดังกล่าวมีขอบเขตในการลงโทษผู้กระทำที่กว้างเกินไป

ตัวอย่าง ในคดี Robles (1960)⁵² ข้อเท็จจริงปรากฏว่า จำเลยเขียนจดหมายจาก California ถึงผู้ผลิตเฮโรอีนใน Mexico เพื่อจะซื้อเฮโรอีน จำเลยถูกตัดสินว่ามีความผิดฐานพยายาม นำเข้าเฮโรอีน เพราะจำเลยได้ทำการ “เขียนจดหมายสั่งซื้อ” อันถือเป็นการกระทำแรกในการนำเข้า เฮโรอีน แต่หากพิจารณาอย่างถี่ถ้วนแล้วการเขียนจดหมายอาจไม่ใช่การกระทำแรกในการนำเข้า เฮโรอีนของจำเลยก็ได้ การกระทำแรกของจำเลยอาจเป็นการหาที่อยู่ของผู้ผลิตเฮโรอีนหรือการหยิบ ปากกาขึ้นมาเขียนจดหมาย⁵³ จะเห็นได้ว่า “การกระทำแรก” ในการกระทำความผิดใด ๆ นั้นไม่มีความแน่นอนและก่อให้เกิดการขยายขอบเขตการลงโทษจำเลยออกไปให้กว้างขึ้นกว่าที่ควรจะเป็น

การขยายขอบเขตการลงโทษให้กว้างเกินความจำเป็นก่อให้เกิดผลร้ายตามมา คือ กฎหมายอาญาจะละเมิดสิทธิเสรีภาพของภาพของประชาชนมากเกินไป เนื่องจากทฤษฎีการ กระทำแรกลงโทษผู้กระทำจากเจตนาที่จะกระทำความผิด แม้การกระทำนั้นจะไม่ใช่ความผิดก็ตาม ประกอบกับขอบเขตในการลงโทษมีความไม่ชัดเจนแน่นอน ทำให้ประชาชนไม่รู้ว่าการกระทำใดของ ตนจะเป็นความผิดและต้องถูกลงโทษ

และด้วยเหตุที่ทฤษฎีการกระทำแรกให้อำนาจเจ้าหน้าที่ตำรวจในการจับกุมผู้ ต้องสงสัยได้ก่อนมีการกระทำที่ใกล้ชิดต่อความผิดสำเร็จ แม้ในด้านหนึ่งอาจเป็นข้อดีที่ทำให้การ ป้องกันอาชญากรรมเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพมากขึ้น แต่ในอีกด้านหนึ่งก็อาจก่อให้เกิดการใช้ อำนาจในทางที่ผิดของเจ้าหน้าที่รัฐเพื่อให้ได้มาซึ่งพยานหลักฐานได้⁵⁴

⁵² 185 F Supp 82 (1960), 84 as cited in *Ibid.*, p. 36.

⁵³ Antony Duff, *supra* note 22, p. 36.

⁵⁴ *Ibid.*, p. 37.

นอกจากนั้นทฤษฎีการกระทำแรกยังไม่เปิดโอกาสให้ผู้กระทำลี้ภัยการกระทำของตนเอง⁵⁵ เนื่องจากทฤษฎีการกระทำแรกต้องการเพียง “การกระทำบางอย่าง” ของผู้กระทำเท่านั้น เมื่อผู้กระทำได้กระทำการใด ๆ ออกมาแล้ว แม้การกระทำนั้นจะยังไม่ใกล้ชิดต่อความผิดสำเร็จ อันอาจทำให้ผู้กระทำสามารถลี้ภัยไม่กระทำต่อได้ แต่ผู้กระทำก็ยังคงถูกลงโทษฐานพยายามกระทำความผิด ซึ่งการที่กฎหมายไม่เปิดโอกาสให้ผู้กระทำลี้ภัยการกระทำของตนเอง ส่งผลให้ความเสียหายที่อาจเกิดจากการกระทำของผู้กระทำย่อมเพิ่มมากขึ้น เนื่องจากผู้กระทำคิดว่าอย่างไรเสียก็ต้องโดนลงโทษอยู่ดีไม่ว่าจะกระทำการต่อไปหรือไม่ก็ตาม

2.2.2 ทฤษฎีการกระทำขั้นสุดท้าย (Last Acts)

ทฤษฎีการกระทำขั้นสุดท้าย (Last Acts) ถูกพัฒนาขึ้นเพื่อให้ผู้ที่มีเจตนาในการกระทำความผิดทางอาญามีโอกาสที่จะลี้ภัยการกระทำของตนเองได้ (locus poenitentiae)⁵⁶ โดยทฤษฎีดังกล่าวเสนอว่า การลงมือกระทำความผิด คือ กรณีที่ผู้กระทำได้กระทำการทุกอย่างซึ่งเขาจำต้องกระทำเพื่อให้ความผิดทางอาญาเกิดขึ้น

ทฤษฎีการกระทำขั้นสุดท้ายถูกนำมาใช้เป็นครั้งแรกในคดี *Eagleton*⁵⁷ ซึ่งมีข้อเท็จจริงว่า จำเลยหลอกลวงผู้ซื้อว่าได้บรรจุขนมปังจำนวนหนึ่งเพื่อส่งขายแก่ผู้ซื้อ โดยมีข้อตกลงว่าผู้ซื้อจะจ่ายเงินให้กับผู้ขายในภายหลัง แต่การหลอกลวงของจำเลยถูกเปิดเผยก่อนที่เขาจะได้รับชำระเงิน ศาลในคดีดังกล่าวพิพากษาว่าจำเลยมีความผิดฐานพยายามกระทำการเพื่อให้ได้มาซึ่งเงินของผู้ซื้อโดยการแสดงข้อความอันเป็นเท็จ แม้จำเลยจะยังไม่ได้รับชำระเงินจากผู้ซื้อก็ตาม เนื่องจากจำเลยไม่จำต้องกระทำการใดอีก นอกจากกรอให้ผู้ซื้อนำเงินมาชำระ การหลอกลวงจึงเป็นการกระทำขั้นสุดท้ายของจำเลยแล้ว ดังนั้นการกระทำของจำเลยจึงเป็นการพยายามกระทำความผิด

จากคำพิพากษาในคดี *Eagleton* แสดงให้เห็นว่าทฤษฎีการกระทำขั้นสุดท้ายพิจารณาที่การกระทำของผู้กระทำแต่เพียงอย่างเดียว หากการกระทำนั้นเป็นการกระทำสุดท้ายของผู้กระทำก็ถือเป็นกรณลงมือกระทำความผิดแล้ว แม้ข้อเท็จจริงจะปรากฏว่าความผิดสำเร็จจะเกิดขึ้นได้จะต้องอาศัยการกระทำของผู้เสียหายเข้ามาประกอบด้วยก็ตาม

⁵⁵ *Ibid.*

⁵⁶ *Ibid.*

⁵⁷ *Eagleton* [1855] 6 Cox CC 559 as cited in *Ibid.*, p. 37.

ในคดี Robinson⁵⁸ ก็มีการใช้หลักการกระทำขั้นสุดท้ายเช่นกัน ข้อเท็จจริงในคดีดังกล่าวมีว่า จำเลยสร้างเรื่องหลอกลวงว่ามีคนร้ายเข้ามาลักทรัพย์ในบ้านของเขา โดยมีเจตนาที่จะฉ้อโกงบริษัทประกัน จำเลยโทรศัพท์แจ้งตำรวจ แต่ถูกจับได้ก่อนที่จะได้ติดต่อกับบริษัทประกัน ศาลอุทธรณ์พิพากษายกฟ้องจำเลยฐานในความผิดฐานพยายามฉ้อโกง เนื่องจากการกระทำของจำเลยเป็นเพียงการเตรียมการกระทำความผิดเท่านั้นและยังไม่เกี่ยวพันใกล้ชิดกับความผิดสำเร็จ โดยศาลอุทธรณ์ให้เหตุผลเพิ่มเติมว่าการกระทำของจำเลยจะเป็นความผิดก็ต่อเมื่อจำเลยได้ติดต่อกับบริษัทเพื่อเรียกร้องเอาเงินเรียบร้อยแล้ว

แม้ทฤษฎีการกระทำขั้นสุดท้ายจะเปิดโอกาสให้ผู้กระทำสามารถล้มเลิกการกระทำของตนได้ (locus poenitentiae) แต่ทฤษฎีการกระทำขั้นสุดท้ายก็ยังเป็นทฤษฎีที่แคบเกินไปซึ่งทำให้ความผิดบางฐาน เช่น ความผิดฐานพยายามลักทรัพย์ หรือความผิดฐานพยายามข่มขืนกระทำชำเราไม่อาจเกิดขึ้นได้

ตัวอย่าง หากให้ทฤษฎีการกระทำขั้นสุดท้ายกับความผิดฐานลักทรัพย์ ในกรณีที่จำเลยยึดถือทรัพย์สินของผู้อื่น จำเลยจะมีความผิดฐานลักทรัพย์ (เนื่องจากจำเลยไม่ต้องกระทำการใดอีก เพื่อให้ได้มาซึ่งทรัพย์สินของผู้เสียหาย) แต่ถ้าจำเลยยังไม่ได้ยึดถือทรัพย์สินของผู้อื่น จำเลยก็จะไม่มีความผิดฐานลักทรัพย์ (การกระทำของจำเลยยังไม่เป็นการกระทำขั้นสุดท้าย เนื่องจากยังขาดการยึดถือทรัพย์สิน) จะเห็นได้ว่าความผิดฐานพยายามลักทรัพย์จะไม่สามารถมีได้ หากใช้ทฤษฎีการกระทำในขั้นสุดท้ายแต่เพียงลำพังในการวินิจฉัย

ดังนั้นภายหลังคดี Robinson จึงไม่เคยมีการใช้ทฤษฎีการกระทำขั้นสุดท้ายในการวินิจฉัยการพยายามกระทำความผิด โดยอาศัยแต่เพียงการกระทำของผู้กระทำแต่เพียงอย่างเดียว อีกเลย การวินิจฉัยการพยายามกระทำความผิดในคดีต่อ ๆ มาต้องอาศัยการกระทำที่เกี่ยวข้องใกล้ชิดกับความผิดสำเร็จ (Immediately Connected) หรือหลักความใกล้ชิดต่อผล (The Proximity Rule) เข้ามาประกอบการพิจารณาด้วยเสมอ⁵⁹

⁵⁸ Robinson [1915] 2 KB 342; Law Com. 102, para. 2.24 as cited in Antony Duff, *supra* note 22, p. 38.

⁵⁹ ฤทธิรุจ เขมะวนิช, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 1*, น. 60.

2.2.3 หลักความใกล้ชิดต่อผล (The Proximity Rule)

หลักความใกล้ชิดต่อผล (The Proximity Rule) ถือว่า การกระทำที่ควรถูกลงโทษคือการกระทำที่ใกล้ชิดต่อการก่อให้เกิดเป็นความผิดสำเร็จได้อย่างแน่ชัด⁶⁰ ปัญหาที่ต้องพิจารณาของหลักความใกล้ชิดต่อผล คือ ไม่สามารถหาความแน่นอนได้ว่าต้องกระทำการถึงเพียงใดจึงจะเรียกว่าเป็นการใกล้ชิดต่อผล⁶¹

แนวความคิดที่เคร่งครัดที่สุดเห็นว่าการกระทำของผู้กระทำต้องเป็นการกระทำขั้นสุดท้าย (Last proximate act) ซึ่งผู้กระทำต้องกระทำทุกอย่างที่เขาจำเป็นต้องกระทำ เพื่อให้บรรลุผลตามเจตนา หากใช้แนวคิดนี้ในการอธิบายการพยายามกระทำความผิด การฆ่าคนโดยการยิงปืนใส่ผู้ที่ต้องการจะฆ่า จะเป็นการพยายามกระทำความผิดเมื่อมีการลั่นไกปืนออกไปแล้วแต่กระสุนไม่ถูกผู้เสียหายหรือกระสุนถูกผู้เสียหาย แต่พลาดไม่โดนจุดสำคัญ ทำให้ผู้เสียหายไม่ตาย แต่ถ้าเพียงแต่เล็งปืนไปที่ผู้เสียหาย จะยังไม่เป็นการพยายามกระทำความผิด⁶² โดยคำพิพากษาที่ยืนยันว่าหลักความใกล้ชิดต่อผลต้องการการกระทำขั้นสุดท้าย คือ Regina v. Eagleton⁶³ ซึ่งแนวคิดนี้ก็คือ ทฤษฎีการกระทำขั้นสุดท้าย (Last Acts) นั่นเอง

อย่างไรก็ตามแนวคิดดังกล่าวก็ถูกโต้แย้งในเวลาต่อมาในคดี Roberts⁶⁴ ศาลในคดีดังกล่าวพิพากษาว่า จำเลยมีแม่พิมพ์โลหะสำหรับใช้ในการปลอมแปลงเงินตรา แม้จะยังขาดเครื่องมือที่จำเป็นบางอย่าง จำเลยก็มีความผิดฐานพยายามปลอมแปลงเงินตราแล้ว เนื่องจากการกระทำของจำเลยเกี่ยวพันใกล้ชิดกับความผิดสำเร็จ และสาเหตุที่จำเลยมีแม่พิมพ์โลหะดังกล่าวไว้ในครอบครอง ก็เพราะว่าต้องการที่จะปลอมแปลงเงินตรานั้นเอง จะเห็นได้ว่าแม้การที่จำเลยครอบครองแม่พิมพ์โลหะจะไม่ใช่การกระทำในขั้นสุดท้ายสำหรับการปลอมแปลงเงินตรา แต่ศาลก็เห็นว่าเป็นการกระทำที่ใกล้ชิดเพียงพอต่อความผิดสำเร็จแล้ว

เมื่อหลักความใกล้ชิดต่อผลไม่จำเป็นต้องเป็นการกระทำในขั้นสุดท้าย ดังนั้นการฆ่าคนโดยใช้ยาพิษทีละน้อย แม้จะต้องอาศัยยาพิษในปริมาณมากเพื่อจะฆ่าผู้เสียหาย การกระทำของ

⁶⁰ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, *อ้างแล้ว* เชิงอรรถที่ 16, น. 108.

⁶¹ Wayne R LaFave., *supra* note 25, p. 623.

⁶² *Ibid.*, p. 624.

⁶³ Eagleton [1855] 6 Cox CC 559 cited in *Ibid.*, p. 37.

⁶⁴ Roberts [1855] Dears 539 cited in Antony Duff, *supra* note 22, p. 38.

ผู้กระทำก็เป็นการใกล้ชิดต่อผลตั้งแต่การใช้ยาพิษในครั้งแรกแล้ว ไม่จำเป็นต้องรอนจนถึงการใช้ยาพิษในปริมาณที่จะฆ่าเป้าหมายได้⁶⁵

อีกแนวคิดหนึ่งที่น่าสนใจเกี่ยวกับการวินิจฉัยหลักความใกล้ชิดต่อผล คือ การวินิจฉัยการกระทำของผู้กระทำที่มีความใกล้ชิดต่อผลในทางกายภาพ (Physically proximate) ต่อเจตนาในการกระทำความผิด แนวคิดนี้กล่าวว่า สิ่งสำคัญไม่ได้อยู่ที่การวินิจฉัยถึงสิ่งที่ผู้กระทำได้กระทำลงไปแล้ว แต่เป็นสิ่งที่ผู้กระทำยังไม่ได้กระทำ นอกจากนั้นเวลาและสถานที่ที่ผู้กระทำวางแผนจะกระทำความผิดก็ต้องนำมาวินิจฉัยร่วมด้วยเสมอ⁶⁶ คำพิพากษาที่ใช้แนวคิดนี้ในการวินิจฉัยการพยายามกระทำความผิด คือ *People v. Rizzo*⁶⁷ ซึ่งกล่าวว่า ผู้กระทำที่วางแผนจะกระทำความผิดอาญาและมองหาโอกาสในการกระทำความผิด แต่โชคร้ายที่ไม่มีโอกาสในการกระทำความผิด ไม่สมควรมีความผิดฐานพยายามกระทำความผิด เช่น ผู้ที่วางแผนจะลักทรัพย์ในเคหสถาน แต่กลับถูกจับได้ขณะวิ่งหนีอยู่บนถนน เพราะจำไม่ได้ว่าสถานที่ที่ต้องการจะลักทรัพย์คือที่ไหน ไม่มีความผิดฐานพยายามลักทรัพย์ในเคหสถาน

2.2.4 หลักความไม่คลุมเครือ (The Unequivocal Rule)

หลักความไม่คลุมเครือ (The Unequivocal Rule) แยกการเตรียมการกระทำความผิดออกจากการลงมือกระทำความผิดโดยพิจารณาจากการกระทำ (objective)⁶⁸ เป็นหลัก โดยเสนอว่า “การกระทำจะเป็นการลงมือได้ก็ต่อเมื่อ การกระทำนั้นชี้ให้เห็นได้อย่างปราศจากความสงสัยตามสมควรว่ามุ่งหมายต่อผลอย่างใด”⁶⁹ กล่าวคือ การลงมือกระทำความผิดนั้นจะต้องเป็นการกระทำที่สามารถแสดงออกให้เห็นในตัวเองถึงเจตนาในทางอาญาโดยไม่ต้องอาศัยคำรับสารภาพของผู้กระทำ⁷⁰ การที่จะทราบว่าผู้กระทำมีเจตนาเช่นไรต้องพิจารณาจากการกระทำที่ได้แสดงออก

⁶⁵ Wayne R LaFave., *supra* note 25, p. 624.

⁶⁶ *Ibid.*, p. 624-625.

⁶⁷ *People v. Rizzo*, 246 N.Y. 334, 158 N.E. 888 (1927) cited in *Ibid.*, p. 625.

⁶⁸ จิตติ ติงศกัทธิย์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 2*, น. 329.

⁶⁹ Glanville Williams, *Criminal Law: The General Part*, 2nd ed., London: Stevens & Sons, 1961, p. 629 อ้างถึงใน เกียรติขจร วังนะสวัสดิ์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 2*, น. 551.

⁷⁰ เกียรติขจร วังนะสวัสดิ์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 2*, น. 551.

มาแล้วเท่านั้น จะพิจารณาจากสิ่งอื่นนอกจากการกระทำของผู้กระทำไม่ได้⁷¹ หากการกระทำนั้นไม่อาจแสดงให้เห็นได้ถึงเจตนาของผู้กระทำ หรือไม่อาจแสดงให้เห็นว่า “ผู้กระทำมีเจตนากระทำความผิดฐานใดในระหว่างความผิดหลายฐานที่อาจเป็นผลสำเร็จขั้นต่อไป” การกระทำนั้นจะเป็นเพียงการเตรียมการกระทำความผิด ส่งผลให้ผู้กระทำไม่มีความผิดแม้จะเป็นเพียงการพยายามกระทำความผิดก็ตาม

หลักความไม่คลุมเครือถูกนำมาใช้ในคดี *Campbell & Bradley v. Ward*⁷² ซึ่งมีข้อเท็จจริงว่า จำเลยทั้งสองและพวกจอดรถและเพื่อนของจำเลยได้เดินออกไปจากรถเพื่อเข้าไปยังรถอีกคันที่จอดอยู่ เมื่อเจ้าของรถคันนั้นกลับมา เพื่อนของจำเลยได้ออกมาจากรถและกลับมายังรถของจำเลยทันที โดยยังไม่ได้หยิบทรัพย์สินใดออกมาจากรถคันนั้นเลย ต่อมาจำเลยและพวกถูกจับได้ทั้งหมดรับสารภาพว่ามีเจตนาลักทรัพย์ แต่ศาลพิพากษาว่าจำเลยไม่มีความผิดฐานพยายามลักทรัพย์ เนื่องจากการกระทำของเพื่อนจำเลยที่ขึ้นไปบนรถคันนั้นยังไม่ชัดเจนจนถึงขนาดจะรับฟังได้ว่ามีเจตนาลักทรัพย์⁷³ จะเห็นได้ว่าศาลในคดีดังกล่าวอาศัยหลักความไม่คลุมเครือในการพิจารณาการกระทำของจำเลย เมื่อการกระทำของจำเลยยังคงมีความคลุมเครือว่ามีเจตนาจะกระทำการใด จึงยังไม่อาจถือว่าจำเลยได้ลงมือกระทำความผิดแล้ว แม้จะปรากฏข้อเท็จจริงว่าจำเลยให้การรับสารภาพแล้วก็ตาม

อย่างไรก็ตามหากหลักความไม่คลุมเครือถูกนำมาใช้อย่างเคร่งครัดจนเกินไปก็อาจทำให้การบังคับใช้กฎหมายการพยายามกระทำความผิดเป็นไปได้อย่างยาก เนื่องจากการกระทำบางอย่างแม้จะยังคลุมเครืออยู่บ้างเกี่ยวกับเจตนาของผู้กระทำ แต่ก็ถือได้ว่าใกล้ชิดต่อผลสำเร็จจนน่าจะเป็นอันตรายแล้ว⁷⁴ ยกตัวอย่าง การที่จำเลยจัดตั้งนิรภัยที่บรรจุธัญยา จำเลยอาจมีเจตนาลักทรัพย์ในตู้นิรภัย หรือจำเลยอาจมีเจตนาที่จะล่วงรู้ความลับที่ซ่อนอยู่ในตู้นิรภัยก็ได้ การกระทำดังกล่าวยังถือว่าคลุมเครืออยู่บ้าง แต่การกระทำของจำเลยถือว่าใกล้ชิดต่อความผิดสำเร็จแล้วไม่ว่าจำเลยจะมีเจตนาเป็นเช่นไรก็ตาม⁷⁵ หากบังคับใช้หลักความไม่คลุมเครืออย่างเคร่งครัดในการพิจารณาการกระทำของ

⁷¹ 1 Garraud no. 232 p. 489, Kenny no. 63 pp. 92 อ้างถึงคดี R. v. Robinson (1915) อ้างถึงใน จิตติ ดิงศภัทัย, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 2*, น. 329.

⁷² *Campbell & Bradley v. Ward* (1955) N.A.L.R. 471 cited in LaFave, *supra note* 25, p. 435.

⁷³ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 2*, น. 552.

⁷⁴ จิตติ ดิงศภัทัย, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 2*, น. 330.

⁷⁵ 1 Vidal no. 97 p. 150 อ้างถึงใน *เพ็ญอ้าว*, น. 329.

จำเลย การกระทำของจำเลยก็จะเป็นเพียงการเตรียมการกระทำความผิดเท่านั้น ทำให้กฎหมายไม่สามารถลงโทษจำเลยได้

2.2.5 หลักการกระทำขั้นตอนที่สำคัญ (The Substantial Steps)

หลักการกระทำขั้นตอนที่สำคัญ (The Substantial Steps) เป็นหลักที่มีแนวความคิดพื้นฐานตรงกันข้ามกับทฤษฎีการกระทำขั้นสุดท้าย (Last Acts) และหลักความใกล้ชิดต่อผล (The Proximity Rule) โดยหลักการกระทำขั้นตอนที่สำคัญเป็นหลักการที่พิจารณาว่า “ผู้กระทำได้กระทำให้สิ่งใดลงไปบ้าง” (What the actor has already done) ในขณะที่ทฤษฎีการกระทำขั้นสุดท้ายและหลักความใกล้ชิดต่อผลเป็นหลักการที่พิจารณาว่า “เหลือสิ่งใดบ้างที่ผู้กระทำจำต้องกระทำ” (What remain to be done)⁷⁶ การกระทำขั้นตอนที่สำคัญจึงอาจไม่ใช่การกระทำที่ใกล้ชิดต่อผลหรือเป็นการกระทำขั้นสุดท้าย

หลักการกระทำขั้นตอนที่สำคัญปรากฏอยู่ใน Model Penal Code ของสหรัฐอเมริกา⁷⁷ โดยวางหลักไว้ว่า บุคคลจะมีความผิดฐานพยายามกระทำความผิดเมื่อได้กระทำการหรือไม่กระทำการสิ่งใดอันเป็นการกระทำขั้นตอนที่สำคัญซึ่งมีความมุ่งหมายเป็นการกระทำความผิดทางอาญา⁷⁸ นอกจากนั้นจะต้องประกอบด้วยพยานหลักฐานสนับสนุนที่ชัดเจนที่จะแสดงถึงเจตนาของผู้กระทำด้วย⁷⁹ กล่าวคือ การกระทำของผู้กระทำจะเป็นการลงมือกระทำความผิดเมื่อได้กระทำการขั้นตอนที่สำคัญและมีพยานหลักฐานสนับสนุนการกระทำนั้น ซึ่งการกระทำใดจะเป็นการกระทำขั้นตอนที่สำคัญนั้นได้มีการบัญญัติไว้ใน Model Penal Code Section 5.01 (2)(a)-(g) เช่น การไปดักรอผู้เสียหาย การล่อให้ผู้เสียหายไปยังสถานที่ที่จะใช้ในการกระทำความผิด เป็นต้น

⁷⁶ ฤทธิรุจ เขมะวนิช, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 1*, น. 86.

⁷⁷ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 2*, น. 553.

⁷⁸ Model Penal Code

Section 5.01 (1)(c) “A person is guilty of an attempt to commit a crime if... he... does anything... is an act of omission constituting a substantial step in a course of conduct planned to culminate in his commission of the crime”.

⁷⁹ Model Penal Code

Section 5.01 (2) “...strongly corroborative of the actor’s criminal purpose...”.

2.2.6 หลักความเป็นอันตรายของการกระทำนั้น (The Criterion of Danger)

หลักนี้ถือว่าการกระทำจะเป็นการลงมือกระทำความผิดเมื่อ การกระทำนั้นเป็น ภัยอันตรายโดยตรงต่อคุณธรรมทางกฎหมาย⁸⁰ โดยคำนึงถึงความใกล้ชิดของอันตราย หรือการที่จะก่อ ความเสียหาย และความรู้สึกหวาดกลัวต่ออันตรายในความรู้สึกของชุมชนนั้น ๆ⁸¹

คุณธรรมทางกฎหมาย หมายถึง ผลประโยชน์ที่กฎหมายประสงค์จะคุ้มครอง ซึ่ง แตกต่างจาก “กรรมของการกระทำ” โดยคุณธรรมทางกฎหมายเป็นเรื่องของ “คุณค่า” ที่อยู่ เบื้องหลังของความผิดฐานต่าง ๆ ในขณะที่กรรมของการกระทำเป็นเรื่องของ “วัตถุ” ที่ถูกระทบ การละเมิดคุณธรรมทางกฎหมาย⁸² ตัวอย่าง ในความผิดฐานฆ่าผู้อื่น คุณธรรมทางกฎหมาย คือ “ชีวิต มนุษย์”⁸³ แต่กรรมของการกระทำ คือ “มนุษย์”

ในการวินิจฉัยการลงมือกระทำความผิดตามทฤษฎีความเป็นอันตรายของการ กระทำนั้นก่อนอื่นต้องพิจารณาก่อนว่าผู้กระทำเจตนาที่จะกระทำความผิดฐานใด ความผิดฐานนั้นมี คุณธรรมทางกฎหมายคืออะไร และคุณธรรมทางกฎหมายของความผิดฐานนั้นมีขอบเขตเพียงใด จากนั้นจึงพิจารณาว่าการกระทำของผู้กระทำกระทบขอบเขตของคุณธรรมทางกฎหมายหรือไม่ หาก การกระทำของผู้กระทำกระทบคุณธรรมทางกฎหมาย การกระทำนั้นก็เป็นการลงมือกระทำ ความผิด⁸⁴

ดังนั้นกรณีจะเป็นการลงมือกระทำความผิดตามหลักความเป็นอันตรายของการ กระทำนั้นได้ การกระทำของผู้กระทำต้องถึงขั้นเป็นอันตรายโดยตรงต่อผลประโยชน์ที่กฎหมายจะ คุ้มครองเสียก่อน

ตัวอย่าง ในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา กฎหมายประสงค์จะคุ้มครอง “เสรีภาพในทางเพศ”⁸⁵ การที่จำเลยมาหาผู้เสียหายซึ่งเป็นผู้หญิงที่อยู่บ้านกับลูกเพียงสองคนกลางดึก

⁸⁰ คณิต ณ นคร, *อ่าวแล้ว เชิงอรรถที่ 7*, น. 389; และ เกียรติจักร วัจนะสวัสดิ, *อ่าวแล้ว เชิงอรรถที่ 2*, น. 552.

⁸¹ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, *อ่าวแล้ว เชิงอรรถที่ 16*, น. 108.

⁸² คณิต ณ นคร, *อ่าวแล้ว เชิงอรรถที่ 7*, น. 160.

⁸³ คณิต ณ นคร, *กฎหมายอาญาคความผิด*, พิมพ์ครั้งที่ 11, (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2559), น. 106.

⁸⁴ ฤทธิรุจ เขมะวนิช, *อ่าวแล้ว เชิงอรรถที่ 1*, น. 112.

⁸⁵ คณิต ณ นคร, *อ่าวแล้ว เชิงอรรถที่ 83*, น. 522.

และใช้กำลังบีบบังคับผู้เสียหายไม่ให้ส่งเสียง แม้จำเลยจะยังไม่ได้กระทำชำเราผู้เสียหาย เนื่องจากจำเลยหนีไปเสียก่อน เพราะมีเพื่อนบ้านของผู้เสียหายมาเห็น แต่การกระทำของจำเลยก็ทำให้ผู้เสียหายกลัวว่าจะถูกข่มขืนกระทำชำเรา ประกอบกับลักษณะการจู๋จุ่มของจำเลย จำเลยจึงมีความผิดฐานพยายามข่มขืนกระทำชำเรา⁸⁶ จะเห็นได้ว่าการกระทำของจำเลยยังไม่ใช่การกระทำที่ใกล้ชิดต่อผล หรือเป็นการกระทำขั้นสุดท้ายในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา แต่การกระทำของจำเลยทำให้ผู้เสียหายกลัวว่าจะเกิดอันตรายต่อ “เสรีภาพในทางเพศ” ของตนแล้ว กล่าวคือ กลัวว่าจะถูกกระทำชำเรา การกระทำของจำเลยจึงเป็นการลงมือกระทำความผิด

2.3 การลงโทษกรณีพยายามกระทำความผิด

เมื่อทราบถึงหลักเกณฑ์ของการพยายามกระทำความผิดกับหลักเกณฑ์ในการพิจารณาการลงมือกระทำความผิดแล้ว สิ่งที่ต้องพิจารณาในลำดับต่อไปคือเหตุผลของการลงโทษการพยายามกระทำความผิดในทางตำราคืออะไร และโทษของการพยายามกระทำความผิดสมควรจะกำหนดอย่างไร

ทฤษฎีการลงโทษการพยายามกระทำความผิดในทางตำราโดยหลักมีอยู่ 2 ทฤษฎี คือ ทฤษฎีการลงโทษการพยายามกระทำความผิดในทางภาวะวิสัย อันเป็นทฤษฎีที่เน้นศึกษาที่ผลของการกระทำเป็นสำคัญ ส่งผลให้ทฤษฎีนี้เห็นว่าการลงโทษการพยายามกระทำความผิดไม่สมควรลงโทษเท่ากับความผิดสำเร็จ เพราะความเสียหายที่เกิดจากการพยายามกระทำความผิดน้อยกว่าความเสียหายที่เกิดจากความผิดสำเร็จ

ในขณะที่อีกทฤษฎีหนึ่งคือทฤษฎีการลงโทษการพยายามกระทำความผิดในทางอัตตะวิสัย อันเป็นทฤษฎีที่เน้นศึกษาที่เจตนาในการกระทำความผิดเป็นสำคัญ ทฤษฎีนี้จึงเห็นว่าการลงโทษการพยายามกระทำความผิดสมควรลงโทษเทียบเท่ากับความผิดสำเร็จ เนื่องจากเจตนาในการกระทำความผิดของทั้งสองกรณีเป็นเจตนาเดียวกัน

อย่างไรก็ตามทฤษฎีหลักทั้ง 2 ทฤษฎียังมีข้อบกพร่องบางประการถึงการอธิบายถึงสาเหตุของการลงโทษในบางกรณี ดังนั้นนักนิติศาสตร์จึงเห็นว่าการใช้เพียงทฤษฎีใดทฤษฎีหนึ่งในการอธิบายถึงสาเหตุของการลงโทษการพยายามกระทำความผิดนั้นไม่เพียงพอ จึงเกิดทฤษฎีผสมผสานระหว่าง 2 ทฤษฎีหลักเพื่อใช้อธิบายถึงสาเหตุของการลงโทษการพยายามกระทำความผิดให้สมบูรณ์ยิ่งขึ้น

⁸⁶ Ingram v. Commonwealth, 192 Va. 794, 66 S.E. 2d, (1951), สืบค้นเมื่อวันที่ 18 กุมภาพันธ์ 2561, จาก <https://www.leagle.com/decision/195191266se2d8461887>.

เพื่อประโยชน์ในการนำทฤษฎีการลงโทษการพยายามกระทำความผิดไปใช้อธิบายถึงสาเหตุของการลงโทษการพยายามกระทำความผิดของกฎหมายแต่ละประเทศรวมถึงกฎหมายไทย จึงขออธิบายทฤษฎีการลงโทษการพยายามกระทำความผิดในทางดำรัสทั้งทฤษฎีหลักและทฤษฎีผสมผสาน ดังต่อไปนี้

2.3.1 ทฤษฎีหลักในการลงโทษการพยายามกระทำความผิด

ทฤษฎีหลักในการลงโทษการพยายามกระทำความผิด มีอยู่ด้วยกันไปด้วย 2 ทฤษฎี ดังต่อไปนี้

2.3.1.1 ทฤษฎีลงโทษในทางภาวะวิสัย (Objective Theory)

ทฤษฎีการพยายามกระทำความผิดในทางภาวะวิสัยเป็นทฤษฎีที่มีพื้นฐานมาจากแนวความคิดที่พิจารณาการกระทำเป็นหลัก⁸⁷ เหตุผลในการลงโทษการพยายามกระทำความผิดตามทฤษฎีนี้อยู่ที่ความเป็นอันตรายของกรรมของการกระทำที่ระบุไว้ในองค์ประกอบความผิดเพียงอย่างเดียว⁸⁸

เหตุผลเนื่องมาจากในช่วงเวลาของการกระทำความผิดขั้นตอนต่าง ๆ ตั้งแต่ขั้นตอนของการเตรียมการกระทำความผิด การลงมือกระทำความผิด หรือแม้กระทั่งขั้นตอนของความผิดสำเร็จ ผู้กระทำล้วนกระทำไปโดยมี “เจตนาเดียวกัน” ทั้งสิ้น เมื่อพิจารณาจากเจตนาของผู้กระทำก็จะไม่สามารถแบ่งแยกขั้นตอนของการกระทำความผิดระหว่างขั้นตอนของการเตรียมการกระทำความผิดและขั้นตอนของการลงมือกระทำความผิดได้ ซึ่งจะก่อให้เกิดปัญหาเนื่องจากกฎหมายจะไม่ลงโทษผู้กระทำ หากอยู่เพียงในขั้นตอนของการเตรียมการกระทำความผิด

เมื่อไม่สามารถนำเรื่องที่เป็นนามธรรมอย่างเจตนาอันเป็นความรู้สึกนึกคิดในใจของผู้กระทำมาเป็นเกณฑ์ในการลงโทษผู้กระทำได้ จึงต้องให้น้ำหนักกับเรื่องที่เป็นรูปธรรมอย่างการกระทำของผู้กระทำซึ่งสะท้อนความเป็นจริงได้มากกว่า⁸⁹

⁸⁷ สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล, “การพยายามกระทำความผิดที่เป็นไปไม่ได้โดยแน่แท้”, วารสารนิติศาสตร์, ปีที่ 19, ฉบับที่ 4, น. 50, (2532).

⁸⁸ สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์, “ข้อความคิดและเหตุผลของการลงโทษการพยายามกระทำความผิดตามกฎหมายเยอรมัน”, ดุลพินิจ, ปีที่ 3, ฉบับที่ 56, น. 214 (กันยายน-ธันวาคม 2552).

⁸⁹ สิตานัน กลิ่นกำจรสุข, “การพยายามกระทำความผิด: ศึกษาในแง่เหตุผลของการลงโทษ”, (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2555), น. 31.

ด้วยเหตุนี้เหตุผลในการลงโทษผู้กระทำตามทฤษฎีนี้จึงไม่ได้อยู่ที่เจตนา (Taeterwillen)⁹⁰ แต่อยู่ที่ “อันตรายที่ใกล้จะเกิดผลที่ครอบคลุมความผิด” ดังนั้นการลงโทษก็ควรมีระดับที่แตกต่างกันไปโดยใช้ความเป็นอันตราย หรือความเสี่ยงต่อการที่จะเกิดผลเป็นเกณฑ์⁹¹ การที่ผู้กระทำเพียงแต่ “คิด” และ “ตกลงใจ” ที่จะลงมือกระทำความผิด ขั้นตอนทั้งสองยังเป็นเพียงสิ่งที่อยู่ในจิตใจของผู้กระทำ เมื่อผู้กระทำยังไม่ได้กระทำการใดตามที่ตกลงใจ ความเสี่ยงที่จะเกิดอันตรายต่อวัตถุที่ผู้กระทำมุ่งหมายจะกระทำต่อจากกระทำของผู้กระทำจึงยังไม่มี (ในขั้นตอนนี้ยังไม่มี การกระทำใด ๆ จากผู้กระทำ)

ในขั้นตอนของการเตรียมการกระทำความผิด แม้ความเสี่ยงที่จะเกิดอันตรายต่อวัตถุที่ผู้กระทำมุ่งหมายจะกระทำต่อจะสูงขึ้น เพราะผู้กระทำเริ่มกระทำการบางอย่างอันเป็นการเตรียมการลงมือกระทำความผิดแล้ว แต่ในขั้นตอนนี้ผู้กระทำก็ยังสามารถเปลี่ยนใจไม่ลงมือกระทำตามที่ได้เตรียมการไว้ได้ ซึ่งหากผู้กระทำเปลี่ยนใจไม่ลงมือกระทำต่อ ความเสี่ยงที่จะเกิดอันตรายก็ย่อมหมดไป ในขั้นตอนนี้โดยหลักกฎหมายจึงไม่ลงโทษผู้กระทำ เว้นแต่การเตรียมการนั้นจะมีความเสี่ยงที่จะก่อให้เกิดอันตรายอย่างมากต่อประชาชนหรือเป็นความผิดที่ฝ่ายนิติบัญญัติเห็นว่าควรลงโทษตั้งแต่ขั้นตอนของการเตรียมการกระทำความผิด

ในขั้นตอนของการลงมือกระทำความผิด ความเสี่ยงที่จะเกิดอันตรายต่อวัตถุที่ผู้กระทำมุ่งหมายจะกระทำต่อสูงขึ้นกว่าเดิมมาก แม้ว่าการที่อันตรายจะเกิดขึ้นหรือไม่นั้นอาจต้องอาศัยความสามารถของผู้กระทำและโชคบ้างก็ตาม หากผลของการกระทำบรรลุผลตามเจตนาของผู้กระทำ การกระทำของผู้กระทำก็เป็นความผิดสำเร็จ แต่หากผลของการกระทำไม่บรรลุผลตามเจตนาของผู้กระทำ การกระทำของผู้กระทำก็เป็นเพียงการพยายามกระทำความผิด ซึ่งระดับของโทษที่ผู้กระทำจะได้รับก็ควรแตกต่างไปจากกรณีความผิดสำเร็จเพราะมีความเป็นอันตรายน้อยกว่า แต่อย่างไรก็ตามในมุมมองของนักกฎหมายที่ยึดถือแนวคิดทางภาวะวิสัยอย่างเคร่งครัดนั้น มองถึงขนาดว่าหากไม่มีผลเกิดขึ้น ความรับผิดชอบก็ยังไม่เกิด

ทฤษฎีการพยายามกระทำความผิดในทางภาวะวิสัยจึงสามารถอธิบายความแตกต่างของการเตรียมการกระทำความผิดและการลงมือกระทำความผิดว่าอยู่ที่ความเป็นอันตรายต่อกรรมของการกระทำ ถ้าการกระทำของผู้กระทำนั้นน่าจะก่อให้เกิดอันตรายแก่กรรมของการกระทำ การกระทำนั้นก็อยู่ในขั้นตอนของการลงมือกระทำความผิด แต่ถ้าการกระทำของผู้กระทำ

⁹⁰ สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 88*, น., น. 214.

⁹¹ Jonathan Herring, *Criminal Law*, Forth edition (Great Britain: Plgrave Macmillan Law Masters, 2005), p. 460.

ยังไม่น่าจะก่อให้เกิดอันตรายแก่กรรมของการกระทำ การกระทำของผู้กระทำก็อยู่ในเพียงขั้นตอนของการเตรียมการกระทำความผิด

การจะพิจารณาว่าการกระทำของผู้กระทำน่าจะก่อให้เกิดอันตรายแก่กรรมของการกระทำหรือไม่ ในอดีตใช้ “ทฤษฎีมูลเหตุที่เหมาะสม” (die Adaequantztheorie) แต่ในปัจจุบันเป็นไปตามทฤษฎีความรับผิดชอบในทางภาวะวิสัย (die Lehre von der objektiven Zurechnung) ซึ่งอธิบายว่า “...การพยายามกระทำความผิดจะถือเป็นอันตรายต่อเมื่อวิญญูชนที่มีเหตุผลรู้ถึงเป้าหมายในการกระทำความผิดของผู้กระทำ และรู้ข้อเท็จจริงพิเศษอื่น ๆ ที่ผู้กระทำรู้ และจะต้องเห็นผลของการกระทำความผิดในขณะที่ลงมือกระทำนั้นว่ามีความเป็นไปได้ อย่างจริงจังที่ผลของการกระทำความผิดนั้นจะเกิดขึ้น...”⁹² โดย Professor Roxin ได้ขยายความไว้ว่าการวินิจฉัยการพยายามกระทำความผิดจะมีความเป็นอันตรายหรือไม่นั้น ให้พิจารณาว่าหากวิญญูชนที่สมมติขึ้นมามีความกลัวว่าห้ามการกระทำนั้น แสดงว่าการกระทำนั้นเป็นการพยายามกระทำ ความผิดที่เป็นอันตราย แต่หากวิญญูชนเห็นว่าการกระทำนั้นเป็นการกระทำที่ไร้สาระ แสดงว่าการกระทำนั้นเป็นการพยายามกระทำความผิดที่ไม่มีความเป็นอันตราย⁹³

ด้วยเหตุที่ทฤษฎีการพยายามกระทำความผิดในทางภาวะวิสัยลงโทษแต่เฉพาะการพยายามกระทำความผิด “ที่มีความเป็นอันตรายเท่านั้น” Professor Roxin จึงเสนอว่า ทฤษฎีการพยายามกระทำความผิดในทางภาวะวิสัย ควรที่จะเรียกชื่อใหม่เป็น “ทฤษฎี (ใหม่) ของความเป็นอันตราย” (die neuere Gefährlichkeitstheorie)⁹⁴

อย่างไรก็ตามแม้ว่าทฤษฎีการพยายามกระทำความผิดโดยภาวะวิสัยจะสามารถใช้อธิบายถึงความแตกต่างของการเตรียมการกระทำความผิดและการพยายามกระทำ ความผิดได้อย่างชัดเจน และสามารถอธิบายถึงเหตุผลที่กฎหมายลงโทษการพยายามกระทำ ความผิดเบากว่ากรณีความผิดสำเร็จ แต่ทว่าด้วยเหตุที่ทฤษฎีการพยายามกระทำความผิดโดยภาวะวิสัยอาศัย ความเป็นอันตรายที่ใกล้จะเกิดผลที่ครอบคลุมความผิดเป็นเกณฑ์ ดังนั้นหากเป็นกรณีที่การ กระทำความผิดของผู้กระทำไม่อาจก่อให้เกิดอันตรายต่อวัตถุแห่งการกระทำได้เลย หรือที่ในภาษา

⁹² สุรสิทธิ์ แสงวีโรจนพัฒน์, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 88*, น. 215.

⁹³ Vgl. Roxin, Strafrecht: Allgemeiner Teil, Brand II, 2003, บทที่ 29 หัวข้อที่ 27, อ้างถึงใน สุรสิทธิ์ แสงวีโรจนพัฒน์, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 88*, น. 215.

⁹⁴ สุรสิทธิ์ แสงวีโรจนพัฒน์, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 88*, น. 215.

กฎหมายเรียกว่า “การพยายามกระทำความผิดที่เป็นไปไม่ได้อย่างแน่แท้” กฎหมายก็จะไม่สามารถลงโทษผู้กระทำได้เลย ทำให้การลงโทษการพยายามกระทำความผิดตามทฤษฎีนี้มีข้อจำกัด

ในประเด็นดังกล่าวมีนักนิติศาสตร์ชาวอังกฤษ Professor Andrew Ashworth⁹⁵ มีความเห็นเชิงโต้แย้งเหตุผลในการลงโทษการพยายามกระทำความผิดในทางภาวะวิสัยว่า ไม่มีเหตุผลที่กฎหมายจะไม่ลงโทษการพยายามกระทำความผิดที่เป็นไปไม่ได้โดยแน่แท้ แต่กลับลงโทษการพยายามกระทำความผิดโดยบังเอิญ ในเมื่อไม่ปรากฏข้อแตกต่างที่ชัดเจน โดยยกตัวอย่างกรณีที่ใส่น้ำตาลลงในกาแฟโดยเข้าใจผิดว่าเป็นยาพิษ ซึ่งการกระทำนี้อาจมีอันตรายต่อสังคมตามความคิดของวิญญูชน ทำให้ผู้กระทำไม่สมควรได้รับโทษตามเหตุผลของทฤษฎีการพยายามกระทำความผิดในทางภาวะวิสัย แต่ทว่าผลที่ตามมาคือ ผู้กระทำจะมีโอกาสที่จะแสวงหาวิธีการใหม่เพื่อให้บรรลุผลตามเจตนา เช่น หายาพิษที่แท้จริงมาใส่ Andrew Ashworth เห็นว่าการใส่น้ำตาลลงในกาแฟข้างต้น ไม่มีความแตกต่างจากการยิงปืนเพื่อฆ่าผู้อื่น แต่เล็งไม่ดี จึงยังไม่ถูกเหยื่อแต่อย่างใด

กล่าวโดยสรุปแม้ว่าทฤษฎีการลงโทษการพยายามกระทำความผิดในทางภาวะวิสัยจะสามารถอธิบายสาเหตุของการไม่ลงโทษการเตรียมกระทำความผิดได้ แต่กลับไม่สามารถอธิบายถึงสาเหตุของการลงโทษการพยายามกระทำความผิดที่เป็นไปไม่ได้อย่างแน่แท้ได้ ดังนั้นการนำทฤษฎีการลงโทษการพยายามกระทำความผิดในทางภาวะวิสัยแต่เพียงลำพังมาอธิบายถึงสาเหตุของการลงโทษการพยายามกระทำความผิดจึงยังไม่เพียงพอ

2.3.1.2 ทฤษฎีการลงโทษในทางอัตตะวิสัย (Subjective Theory)

ทฤษฎีการพยายามกระทำความผิดในทางอัตตะวิสัยเป็นทฤษฎีที่มีแนวความคิดว่ากฎหมายอาญาควรลงโทษผู้กระทำตั้งแต่ผู้นั้นได้แสดงเจตนาออกมาให้ปรากฏภายนอกโดยการกระทำ โดยไม่คำนึงว่าผลแห่งการกระทำนั้นจะสำเร็จตามที่ผู้กระทำการต้องการหรือไม่⁹⁶ เหตุผลในการลงโทษการพยายามกระทำความผิดจึงอยู่ที่การยืนยันถึงเจตนาที่จะละเมิดต่อกฎหมายของผู้กระทำความผิด⁹⁷

เมื่อเหตุผลในการลงโทษอยู่ที่เจตนาของผู้กระทำ ในขณะที่ผลของการกระทำความผิดไม่ได้นำมาพิจารณาในการกำหนดโทษของผู้กระทำ ฉะนั้นไม่ว่าในกรณีความผิดสำเร็จหรือการพยายามกระทำความผิดผู้กระทำย่อมต้องได้รับโทษเท่ากัน เนื่องจากเจตนาในการกระทำ

⁹⁵ Andrew Ashworth, *Principle of Criminal Law*, Fifth edition (New York: Oxford University, 2006), pp 447-455 อ้างถึงใน สิตานัน กลิ่นกำจรสุข, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 89*, น. 34.

⁹⁶ สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 87*, น. 51.

⁹⁷ สุรสิทธิ์ แสงวีโรจนพัฒน์, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 88*, น. 214.

ความผิดฐานหนึ่ง ๆ ในทุกขั้นตอนของการกระทำนั้นย่อมเป็นเจตนาเดียวกัน ตั้งแต่ขั้นตอนของการ “คิด” ที่จะกระทำความผิดจนถึงขั้นตอนการเกิด “ผล” ขอบการกระทำความผิด ดังนั้นในขั้นตอนของการ “ลงมือ” กระทำความผิดซึ่งเป็นการแสดงเจตนาให้ปรากฏออกภายนอกโดยการกระทำอันเป็นขั้นตอนที่กฎหมายอาญาเริ่มลงโทษกับขั้นตอนของ “ผล” ของการกระทำความผิด ก็ย่อมเป็นเจตนาเดียวกันเช่นกัน ผู้กระทำจึงต้องระวางโทษสำหรับการกระทำของผู้กระทำเท่ากัน แม้ว่าผลแห่งการกระทำจะแตกต่างกันก็ตาม

ทฤษฎีการพยายามกระทำความผิดในทางอัตตะวิสัยทำให้ขอบเขตของการลงโทษการพยายามกระทำความผิดกว้างขึ้น สามารถลงโทษการพยายามกระทำความผิดที่เป็น “ไม่ได้ อย่างแน่แท้ได้”⁹⁸ ยกตัวอย่าง การใช้ยาที่ไม่อาจทำให้แท้งลูกได้ ถือเป็นการพยายามกระทำความผิดฐานทำให้แท้งลูก (RG 1,439,441) รวมทั้งการทำให้แท้งให้กับหญิงที่ไม่มีครรภ์ ก็ถือว่าเป็นการพยายามกระทำความผิดฐานทำให้แท้งลูก (RG 8,198,203)⁹⁹

อย่างไรก็ตามแม้ทฤษฎีการพยายามกระทำความผิดในทางอัตตะวิสัยจะสามารถอธิบายถึงเหตุผลในการลงโทษการพยายามกระทำความผิดที่เป็นไปไม่ได้ อย่างแน่แท้ได้ แต่ทฤษฎีดังกล่าวกลับไม่สามารถใช้อธิบายถึงความแตกต่างระหว่างการเตรียมการกระทำความผิด และการพยายามกระทำความผิดว่าเหตุใดกฎหมายอาญาจึงไม่ลงโทษการเตรียมการกระทำความผิด ทั้ง ๆ ที่การเตรียมการกระทำความผิดก็เป็นการที่ผู้กระทำทำให้เจตนาปรากฏออกมาภายนอกโดยการกระทำเช่นกัน และผู้กระทำก็มีเจตนาเช่นเดียวกันกับในขั้นตอนของการลงมือกระทำความผิด แต่กฎหมายกลับลงโทษแค่เพียงขั้นตอนของการลงมือกระทำความผิด ในขณะที่ทฤษฎีการพยายามกระทำความผิดในทางภาวะวิสัยสามารถอธิบายถึงข้อแตกต่างในจุดนี้ได้ ทำให้การใช้ทฤษฎีการพยายามกระทำความผิดในทางอัตตะวิสัยเพียงลำพังมาอธิบายถึงเหตุผลในการลงโทษการพยายามกระทำความผิดนั้นยังไม่สมบูรณ์เพียงพอเช่นกัน

2.3.2 ทฤษฎีผสมผสานในการลงโทษการพยายามกระทำความผิด

ทฤษฎีทั้งสองที่ได้กล่าวมาในข้างต้นไม่ว่าจะเป็น “ทฤษฎีการพยายามกระทำความผิดในทางภาวะวิสัย” และ “ทฤษฎีการพยายามกระทำความผิดในทางอัตตะวิสัย” เป็น 2 ทฤษฎีหลักที่ใช้อธิบายถึงเหตุผลในการลงโทษการพยายามกระทำความผิด แต่ 2 ทฤษฎีดังกล่าวก็ยังไม่สมบูรณ์ในตัวเอง ต่างก็มีข้อบกพร่องซึ่งสามารถใช้จุดแข็งของอีกทฤษฎีหนึ่งมาอธิบายเสริมได้

⁹⁸ เฟิงอ้วง, น. 216.

⁹⁹ Jescheck, Lehrbuch des Strafrechts, 4 Auflage 1988, p. 461-162 อ้างถึงใน เฟิงอ้วง, น. 216-217.

ดังนั้นเพื่อให้สามารถอธิบายถึงเหตุผลในการลงโทษการพยายามกระทำความผิดได้อย่างสมบูรณ์จึงได้มีการนำจุดแข็งของทั้ง 2 ทฤษฎีหลักมาอธิบายเสริมกันเกิดเป็นทฤษฎีใหม่ 2 ทฤษฎี คือ “ทฤษฎีเกิดความรู้สึก” และ “ทฤษฎีผสมผสานตามรูปแบบของ Roxin” ซึ่งมีรายละเอียด ดังนี้

2.3.2.1 ทฤษฎีเกิดความรู้สึก (Die Eindruckstheorie)

ทฤษฎีเกิดความรู้สึกเป็นทฤษฎีที่อยู่ตรงกลางระหว่างทฤษฎีภาวะวิสัยและทฤษฎีอัตตะวิสัย¹⁰⁰ จึงมีชื่อเรียกอีกชื่อหนึ่งว่า “ทฤษฎีภาวะวิสัยและอัตตะวิสัย” (objective-subjektive Theorie)¹⁰¹ มีเหตุผลในการลงโทษการพยายามกระทำความผิดอยู่ที่ “การก่อให้เกิดผลที่เป็นการสั่นสะเทือนระบบกฎหมาย” (rechtserschütternden Eindruck) ที่เกิดจากการกระทำของผู้กระทำความผิด¹⁰² กล่าวคือ “การกระทำของผู้กระทำความผิด ทำให้ความเชื่อมั่นของประชาชนต่อคุณค่าของระบบกฎหมายเสียไป และทำให้ศรัทธาของประชาชนในเรื่องที่กฎหมายจะไม่ถูกละเมิดหมดไป และจึงทำให้ความสงบสุขของสังคมเสียไป”¹⁰³ แม้จะไม่มี ความเสียหายเกิดขึ้นตามมาก็ตาม

การจะพิจารณา “ผลที่เป็นการสั่นสะเทือนระบบกฎหมาย” ต้องพิจารณาทั้งเจตนาในการกระทำความผิด และผลที่เกิดจากการกระทำความผิดเป็นสำคัญ หากผลแห่งการกระทำความผิดบรรลุผลตามเจตนาของผู้กระทำ ก็ย่อมก่อให้เกิดผลที่เป็นการสั่นสะเทือนต่อระบบกฎหมายมาก แต่หากผลแห่งการกระทำความผิดไม่บรรลุผลตามเจตนาของผู้กระทำ ผลที่เป็นการสั่นสะเทือนต่อระบบกฎหมายก็จะลดน้อยลง และจะยิ่งน้อยลงในการพยายามกระทำความผิดที่เป็นไปไม่ได้อย่างแน่นอน และในการเตรียมการกระทำความผิดตามลำดับ

ด้วยเหตุนี้ทฤษฎีเกิดความรู้สึกจึงสามารถอธิบายถึงเหตุผลในการลงโทษการพยายามกระทำความผิดที่เป็นไปไม่ได้อย่างแน่นอนได้ โดยอธิบายว่าแม้การพยายามกระทำความผิดที่เป็นไปไม่ได้จะแน่นอนจะไม่อาจบรรลุผลตามเจตนาของผู้กระทำอย่างแน่นอนก็ตาม แต่การกระทำของ

¹⁰⁰ สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 88*, น. 220.

¹⁰¹ คณิต ณ นคร, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 7*, น. 385.

¹⁰² สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 88*, น. 219.

¹⁰³ Jecheck, *Lenrbuch des Strafrechts*, 4.Auflage 1988, น. 462-463, อ้างถึงใน *เพ็งอ้าว*, น. 220.

ผู้กระทำก็ก่อให้เกิดผลที่เป็นการสันนิษฐานต่อระบบกฎหมายหรือได้ก่อให้เกิดความรู้สึกไม่ดีแล้วนั่นเอง¹⁰⁴

ในทางกลับกันการเตรียมการกระทำความผิด สาเหตุที่กฎหมายไม่ลงโทษก็เนื่องมาจากการเตรียมการกระทำความผิดยังไม่ก่อให้เกิดผลที่เป็นการสันนิษฐานต่อระบบกฎหมายเลย หรือแม้จะเกิดแต่ก็น้อยมากเสียจนไม่มีความจำเป็นจะต้องลงโทษทางอาญา¹⁰⁵

อย่างไรก็ตามแม้ทฤษฎีเกิดความรู้สึกจะสามารถอธิบายถึงสาเหตุของการไม่ลงโทษการเตรียมการกระทำความผิดและสาเหตุของการลงโทษการพยายามกระทำความผิดที่เป็นไปไม่ได้อย่างแน่แท้ได้ แต่ก็มีนิติศาสตร์ชาวเยอรมัน Professor Claus Roxin มีความเห็นว่าทฤษฎีเกิดความรู้สึกยังมีข้อบกพร่องอยู่บางประการ กล่าวคือ การจะวินิจฉัยว่าการกระทำใดเป็นการกระทำที่ทำให้ระบบกฎหมายสันนิษฐาน เป็นเรื่องของการวินิจฉัยในเชิงคุณค่า (ein Werturteil) ซึ่งเป็นเรื่องที่คลุมเครือ¹⁰⁶ Professor Roxin จึงได้เสนอทฤษฎีใหม่เพื่อใช้อธิบายถึงเหตุผลในการลงโทษการพยายามกระทำความผิด นั่นคือ “ทฤษฎีผสมผสานตามรูปแบบของ Roxin”

2.3.2.2 ทฤษฎีผสมผสานตามรูปแบบของ Roxin (die Vereinigungstheorie)

ดังที่ได้กล่าวมาในข้างต้นผู้ที่นำเสนอทฤษฎีนี้คือ Professor Claus Roxin ซึ่งได้แบ่งแยกเหตุผลในการลงโทษการพยายามกระทำความผิดออกเป็น 2 เหตุผล¹⁰⁷ โดยเหตุผลหลักคือ “ความเป็นอันตรายที่ใกล้ชิดต่อองค์ประกอบความผิด” อันเป็นเหตุผลเดียวกับทฤษฎีการลงโทษการพยายามกระทำความผิดในทางภาวะวิสัย ในขณะที่เหตุผลรองคือ “การละเมิดต่อบรรทัดฐานที่กระทบกระเทือนต่อกฎหมายที่ใกล้ชิดต่อการคุ้มครององค์ประกอบความผิด” หรืออาจกล่าวได้ว่าสาเหตุที่กฎหมายลงโทษการพยายามกระทำความผิดนั้น โดยหลักเป็นไปเพื่อการป้องกันการกระทำโดยเจตนาที่ก่อให้เกิดอันตรายที่ใกล้ชิดต่อองค์ประกอบความผิด แต่ในทางตรงกันข้ามแม้จะเป็นการกระทำที่ไม่อาจก่อให้เกิดอันตรายได้ กฎหมายก็ยังคงลงโทษการกระทำนั้นหากการ

¹⁰⁴ คณิต ณ นคร, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 7*, น. 385.

¹⁰⁵ Vgl. Roxin, Strafrecht: Allgemeiner Teil, Brand II, 2003, บทที่ 29 หัวข้อที่ 46, อ้างถึงใน สุรสิทธิ์ แสงวีโรจนพัฒน์, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 88*, น. 220.

¹⁰⁶ Vgl. Roxin, Strafrecht: Allgemeiner Teil, Brand II, 2003, บทที่ 29 หัวข้อที่ 46, อ้างถึงใน สุรสิทธิ์ แสงวีโรจนพัฒน์, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 88*, น. 220.

¹⁰⁷ สุรสิทธิ์ แสงวีโรจนพัฒน์, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 88*, น. 207.

กระทำนั้นเป็นการกระทำที่ละเมิดต่อบรรทัดฐานที่กระทบกระเทือนต่อกฎหมายที่ใกล้ชิดต่อการครองชีพประกอบความผิด¹⁰⁸

การที่ทฤษฎีดังกล่าวเน้น “ความเป็นอันตรายที่ใกล้ชิดต่อองค์ประกอบความผิด” เป็นหลัก เนื่องมาจากเป็นลักษณะเฉพาะของการพยายามกระทำความผิดที่เป็นไปได้ และยังรวมถึงการพยายามกระทำความผิดที่เป็นไปไม่ได้แต่มีความเป็นอันตรายอยู่ด้วย เพราะในการจะพิจารณาถึง “ความเป็นอันตราย” ของการพยายามกระทำความผิดจะต้องพิจารณาจากเหตุการณ์ขณะกระทำการ (ex-ante) ไม่ใช่เหตุการณ์ภายหลังการพยายามกระทำความผิด (ex-post)¹⁰⁹ การพิจารณาจากเหตุการณ์ที่เกิดในภายหลังการพยายามกระทำความผิด ย่อมเป็นการพิจารณาจากการกระทำที่ล้มเหลว ซึ่งโดยส่วนใหญ่จะแสดงให้เห็นแต่ความปราศจากอันตรายเสมอ ดังนั้นในการพิจารณาถึงความเป็นอันตรายของการพยายามกระทำความผิดจึงพิจารณาขณะกระทำการ โดยใช้วิธีสมมติบุคคลที่สามในฐานะวิญญูชนที่รู้ถึงเป้าหมายของผู้กระทำความผิดและรู้ถึงข้อเท็จจริงพิเศษอื่น ๆ เท่ากับผู้กระทำความผิด หากบุคคลที่สามเห็นว่าการพยายามกระทำความผิดนั้นยังก่อให้เกิดผลได้ การพยายามกระทำความผิดนั้นก็ยังเป็นการพยายามกระทำความผิดที่ยังมีความเป็นอันตรายอยู่¹¹⁰

ตัวอย่าง ผู้กระทำเจตนาจะใช้ปืนยิงผู้เสียหาย แต่ไม่รู้ว่าเป็นปืนที่ตนใช้ไม่ได้บรรจุกระสุน การกระทำของผู้กระทำจึงไม่อาจบรรลุผลได้อย่างแน่แท้ เพราะเหตุปัจจัยซึ่งใช้ในการกระทำความผิด

การจะพิจารณาถึงความเป็นอันตรายตามข้อเท็จจริงดังกล่าว ทำได้โดยการสมมติบุคคลที่สามในฐานะวิญญูชนที่รู้ถึงเป้าหมายของผู้กระทำความผิด ซึ่งในกรณีนี้คือประสงค์จะให้ผู้เสียหายถึงแก่ความตาย และรู้ถึงข้อเท็จจริงพิเศษอื่น ๆ เท่ากับผู้กระทำความผิด กล่าวคือ รู้ว่าปืนที่ใช้สามารถทำให้ผู้เสียหายถึงแก่ความตายได้ แต่ไม่รู้ว่าเป็นปืนไม่บรรจุกระสุน และต้องพิจารณาขณะกระทำความผิด กล่าวคือ ขณะกำลังยิงผู้เสียหาย บุคคลที่สามที่สมมติขึ้นย่อมเข้าใจว่าการกระทำของผู้กระทำอาจก่อให้เกิดผลเป็นความผิดสำเร็จได้ ดังนั้นการกระทำของผู้กระทำแม้จะเป็นการพยายามกระทำความผิดที่เป็นไปไม่ได้ แต่ก็มีความเป็นอันตรายอยู่

¹⁰⁸ Vgl. Roxin, Strafrecht: Allgemeiner Teil, Brand II, 2003, บทที่ 29 หัวข้อที่ 10, อ้างถึงใน เพ็งอ้าง, น. 207.

¹⁰⁹ สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์, อ้างแล้ว เจียงอรรถที่ 88, น. 207.

¹¹⁰ Vgl. Roxin, Strafrecht: Allgemeiner Teil, Brand II, 2003, บทที่ 29 หัวข้อที่ 11, อ้างถึงใน เพ็งอ้าง, น. 208.

เมื่อการกระทำของผู้กระทำมีความเป็นอันตรายที่ใกล้ชิดต่อองค์ประกอบความผิด แม้ความเสียหายที่เกิดขึ้นจะน้อยกว่ากรณีความผิดสำเร็จ ผู้กระทำก็สมควรได้รับโทษตามกฎหมาย แต่อย่างไรก็ตามเมื่อความเสียหายที่เกิดขึ้นน้อยกว่ากรณีความผิดสำเร็จทำให้โทษสำหรับการพยายามกระทำความผิดที่มีความเป็นอันตรายน้อยกว่ากรณีความผิดสำเร็จ

ในทางกลับกันการพยายามกระทำความผิดที่เป็นไปไม่ได้โดยแน่แท้ก็อาจไม่มีความเป็นอันตรายอยู่เลยก็ได้ หากว่าเมื่อมีการสมมติบุคคลที่สามในฐานะวิญญูชนที่รู้ถึงเป้าหมายของผู้กระทำความผิดและรู้ถึงข้อเท็จจริงพิเศษอื่น ๆ เท่ากับผู้กระทำความผิดขึ้นมาแล้ว บุคคลที่สามดังกล่าวก็ยังประเมินว่าการกระทำของผู้กระทำไม่อาจก่อให้เกิดผลได้¹¹¹

ตัวอย่าง ผู้กระทำเจตนาฆ่าผู้เสียหาย โดยการใช้ยาพิษ แต่กลับใช้ยา “ที่เป็นที่รู้จักกันโดยทั่วไป” ว่าไม่มีความเป็นอันตรายแต่อย่างใด (แต่ผู้กระทำเข้าใจว่าเป็นยาพิษ)

การจะพิจารณาถึงความเป็นอันตรายตามข้อเท็จจริงดังกล่าว ทำได้โดยการสมมติบุคคลที่สามในฐานะวิญญูชนที่รู้ถึงเป้าหมายของผู้กระทำความผิด ซึ่งในกรณีนี้คือประสงคจะให้ผู้เสียหายถึงแก่ความตาย และรู้ถึงข้อเท็จจริงพิเศษอื่น ๆ เท่ากับผู้กระทำความผิด กล่าวคือ รู้ว่ายาพิษสามารถใช้ฆ่าคนได้ แต่บุคคลที่สามดังกล่าวย่อมรู้ว่ายาที่ผู้เสียหายใช้ “ไม่มีความเป็นอันตราย” เนื่องจากเป็นยา “ที่เป็นที่รู้จักกันโดยทั่วไป” ว่าไม่มีความเป็นอันตราย การที่ผู้เสียหายเข้าใจไปเองว่ายาที่มีความเป็นอันตราย ไม่ใช่ข้อเท็จจริงพิเศษที่บุคคลที่สามต้องรู้เท่ากับผู้กระทำ เมื่อพิจารณาขณะกระทำความผิด บุคคลที่สามย่อมเห็นว่าการกระทำดังกล่าว ไม่อาจก่อให้เกิดผลได้อย่างเด็ดขาด การกระทำของผู้กระทำจึงเป็นการพยายามกระทำความผิดที่เป็นไปไม่ได้ ที่ไม่มีความเป็นอันตราย

เมื่อเป็นการพยายามกระทำความผิดที่เป็นไปไม่ได้ ที่ไม่มีความเป็นอันตราย หากอาศัยเหตุผลหลักตามทฤษฎีผสมผสานของ Roxin มาอธิบาย ย่อมไม่อาจลงโทษผู้กระทำได้ แต่อย่างไรก็ตามเหตุผลรองของทฤษฎีดังกล่าว คือ “การละเมิดต่อบรรทัดฐานที่กระทบกระเทือนต่อกฎหมายที่ใกล้ชิดต่อการครบองค์ประกอบความผิด” แม้การกระทำของผู้กระทำจะไม่มีความเป็นอันตราย แต่เหตุผลดังกล่าวไม่ได้อาศัย “ความเป็นอันตราย” อันเป็นเรื่องทางภาวะวิสัยมาพิจารณา แต่เป็นการนำ “เจตนาในการกระทำความผิด” อันเป็นเรื่องทางอัตตะวิสัยมาพิจารณา กล่าวคือ แม้การกระทำของผู้กระทำจะไม่ได้ก่อให้เกิดความเป็นอันตราย แต่หากผู้กระทำได้

¹¹¹ Vgl. Roxin, Strafrecht: Allgemeiner Teil, Brand II, 2003, บทที่ 29 หัวข้อที่ 12, อ้างถึงใน สุรสิทธิ์ แสงวีโรจนพัฒน์, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 88*, น. 208.

กระทำการไปโดยมีเจตนาที่จะกระทำความผิดอาญา การกระทำของผู้กระทำก็เป็นการละเมิดต่อบรรทัดฐานทางกฎหมาย สมควรถูกลงโทษเช่นกัน¹¹²

ทฤษฎีผสมผสานของ Roxin สามารถอธิบายความแตกต่างของการเตรียมการกระทำความผิดกับการลงมือกระทำความผิดได้ กล่าวคือ แม้ในขั้นตอนของการเตรียมการกระทำความผิด อาจมีความเสี่ยงที่จะเกิดอันตรายได้ แต่หากผู้กระทำเปลี่ยนใจไม่กระทำการต่อไป ความเสี่ยงที่จะเกิดอันตรายนั้นย่อมลดลง ซึ่งแตกต่างจากการลงมือกระทำความผิดที่ความเสี่ยงที่จะเกิดอันตรายนั้นมีขึ้นตั้งแต่เริ่มต้นลงมือกระทำความผิดแล้ว

นอกจากนั้นสาเหตุที่กฎหมายลงโทษการเตรียมการกระทำความผิดในบางกรณีเนื่องจากฝ่ายนิติบัญญัติเห็นว่าการเตรียมการกระทำความผิดบางอย่าง “มีความเป็นอันตรายเป็นพิเศษ” แม้ว่าจะห่างไกลจากการเกิดผล¹¹³ ดังนั้นจึงควรลงโทษผู้กระทำเสียก่อนที่จะกระทำการจะบรรลุผล

2.4 แนวความคิดทั่วไปเกี่ยวกับความผิดฐานทำให้แท้งลูก

แนวความคิดทั่วไปเกี่ยวกับความผิดฐานทำให้แท้งลูก ที่มีความจำเป็นต่อการศึกษาวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ มีสาระสำคัญดังนี้

2.4.1 คำจำกัดความของการแท้ง

คำจำกัดความของ “การแท้งลูก” มีความสำคัญในแง่ของการพิจารณาผลของการกระทำความผิดฐานทำให้แท้งลูก ด้วยเหตุที่เจตนาของผู้กระทำในการกระทำความผิดคือการทำให้ชีวิตในครรภ์มารดาสิ้นสุดลงหรือการแท้ง แต่อย่างไรก็ตามกฎหมายอาญาไทยไม่เคยกำหนดคำนิยามของการแท้งอย่างชัดเจน อันส่งผลให้ความผิดฐานทำให้แท้งลูกเกิดความไม่แน่นอนในการบังคับใช้ว่าเมื่อไรการกระทำของผู้กระทำจึงจะเป็นความผิดสำเร็จ

¹¹² Vgl. Roxin, Strafrecht: Allgemeiner Teil, Brand II, 2003, บทที่ 29 หัวข้อที่ 12, อ้างถึงใน สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 88*, น. 208.

¹¹³ Vgl. Roxin, Strafrecht: Allgemeiner Teil, Brand II, 2003, บทที่ 29 หัวข้อที่ 16, อ้างถึงใน สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 88*, น. 210.

2.4.1.1 คำจำกัดความในทางการแพทย์

ในทางการแพทย์¹¹⁴การแท้งบุตร หมายถึง การสิ้นสุดของตั้งครรภ์ก่อนที่เด็กจะมีชีวิตอยู่ได้นอกครรภ์มารดา และหมายความถึงการสิ้นสุดของการตั้งครรภ์ก่อน 28 สัปดาห์แรก หรือทารกมีน้ำหนักตัวต่ำกว่า 1,000 กรัม

แต่ด้วยเหตุที่วิทยาศาสตร์ทางการแพทย์ก้าวหน้าไปมาก องค์การอนามัยโลกจึงเปลี่ยนคำนิยามข้างต้นใหม่เป็น การสิ้นสุดของการตั้งครรภ์ก่อน 20 สัปดาห์ หรือทารกที่มีน้ำหนักต่ำกว่า 500 กรัม และเรียกการสิ้นสุดการตั้งครรภ์ก่อน 20-21 สัปดาห์และเด็กที่มีน้ำหนักระหว่าง 500-999 กรัม ว่าเป็นการคลอดก่อนกำหนด (Immature)¹¹⁵

การที่องค์การอนามัยโลกใช้อายุครรภ์ 20 สัปดาห์หรือน้ำหนักของทารก 500 กรัมเป็นเกณฑ์ในการกำหนดคำนิยามของการแท้งลูกเนื่องมาจาก ทารกที่มีชีวิตอยู่ในครรภ์มารดาน้อยกว่า 20 สัปดาห์ หรือทารกที่คลอดออกมาแต่น้ำหนักน้อยกว่า 500 กรัม แม้จะคลอดออกมาจากครรภ์มารดาอย่างมีชีวิต แต่ในทางการแพทย์ก็ไม่อาจช่วยให้มีชีวิตรอดต่อไปได้ กล่าวคือทารกในลักษณะดังกล่าวจะต้องตายในที่สุดนั่นเอง

2.4.1.2 คำจำกัดความในทางกฎหมาย

ในต่างประเทศคำจำกัดความของการแท้งลูกนั้นยังมีความแตกต่างกัน ขึ้นอยู่กับกฎหมายของประเทศนั้น ๆ¹¹⁶ กล่าวคือ

กฎหมายอังกฤษ แต่เดิมทารกในครรภ์มารดาจะต้องดิ้นได้ (quicken) เสียก่อนจึงจะเป็นความผิดฐานทำให้แท้งลูก และต้องทำให้ทารกตายก่อนจะคลอดออกมามีชีวิต ถ้าคลอดออกมามีชีวิตแล้วตายจะเป็นความผิดฐานฆ่าผู้อื่น ต่อมามีการประกาศใช้พระราชบัญญัติ The Offences Against The Person Act 1861 มาตรา 58 กำหนดให้ “...ผู้ที่มีเจตนาจะทำให้หญิงแท้งลูกโดยใช่ยาพิษ วัตถุอื่นซึ่งเป็นพิษหรือสิ่งอื่นใด ไม่ว่าหญิงนั้นจะตั้งครรภ์หรือไม่ก็ตาม โดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย (Unlawfully) มีความผิดและต้องได้รับโทษ...” บทบัญญัติดังกล่าวเป็นการเปลี่ยนแปลงหลักเดิมที่ว่าทารกในครรภ์จะต้องดิ้นได้จึงจะเป็นความผิดฐานทำให้แท้งลูก เนื่องจากบทบัญญัติดังกล่าวกำหนดให้การกระทำต่อหญิงที่ไม่ตั้งครรภ์ก็เป็นความผิดเช่นกัน ซึ่งหญิงที่ไม่ตั้งครรภ์ย่อมไม่มี

¹¹⁴ สุวัฒน์ จันทรจำนง, การทำแท้งกับปัญหาทางการแพทย์และสังคม, พิมพ์ครั้งที่ 1, (กรุงเทพมหานคร: รุ่งเรืองสาส์นการพิมพ์, 2525), น. 32.

¹¹⁵ เพ็ญอ้าง, น. 32.

¹¹⁶ จิตติ ดิงศรัทธี, กฎหมายอาญาภาค 2 ตอน 2 และภาค 3, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพมหานคร: เนติบัณฑิตยสภา, 2545), น. 247 – 252.

ทารกในครรภ์ให้ตื่นได้ และบทบัญญัติดังกล่าวยังส่งผลให้การกระทำในชั้นพยายามเป็นความผิดสำเร็จด้วย

กฎหมายอาญาอินเดีย ตามประมวลกฎหมายอาญาอินเดีย (India Penal Code 1860) การทำให้แท้งลูก หมายถึง การทำให้ทารกในครรภ์คลอดออกมาก่อนครบกำหนด แต่หากเป็นการทำให้ทารกที่กำลังคลอดถึงแก่ความตาย แม้ว่าทารกจะยังไม่หายใจก็ตาม จะเป็นความผิดฐานฆ่าผู้อื่น (Homicide)

กฎหมายอาญาสวีเดน การยุติการตั้งครรภ์ (Terminate a pregnancy) คือ การทำให้ทารกในครรภ์คลอดก่อนกำหนด ซึ่งโดยปกติมีผลทำให้เด็กตาย

กฎหมายอาญาฝรั่งเศส การทำให้แท้งลูก คือ การทำให้ทารกในครรภ์คลอดก่อนกำหนด (Un expulsion premature) แม้คลอดออกมาแล้วไม่ตายก็เป็นความผิด แต่หากทำแล้วไม่คลอดออกมาจะเป็นเพียงขั้นตอนของการพยายามกระทำความผิด

กฎหมายอาญาเยอรมัน การทำให้แท้งลูก หมายถึง การทำลายทารกในครรภ์ซึ่งอยู่ในมดลูกหรือทำให้แท้งออกมา ถ้าทารกในครรภ์ตายเพราะสาเหตุอื่นที่ไม่ได้มาจากการทำแท้ง ก็เป็นเพียงขั้นตอนของการพยายามกระทำความผิด

2.4.2 คุณธรรมทางกฎหมายในความผิดฐานทำให้แท้งลูก

ในความผิดอาญาด้านต่าง ๆ ของแต่ละประเทศนั้น จะมีสิ่งที่เรียกว่า “คุณธรรมทางกฎหมาย” (Rechtsgut)¹¹⁷ เป็นพื้นฐานในทางความคิดเสมออยู่ด้วยเสมอ ไม่ว่าผู้บัญญัติจะได้คำนึงถึง “คุณธรรมทางกฎหมาย” ก่อนการบัญญัติหรือไม่ก็ตาม เนื่องจากความผิดอาญาแต่ละฐานเกิดขึ้นจาก “บรรทัดฐานทางสังคม” (Norms) ซึ่งเป็นมาตรฐานที่สังคมนับถือเป็นแนวทางปฏิบัติ และ “บรรทัดฐานทางสังคม” ดังกล่าวก็เกิดจาก “คุณธรรมทางกฎหมาย” อีกทีหนึ่ง เช่น ในสังคมหนึ่งมี “บรรทัดฐานทางสังคม” ว่า การข่มขืนเป็นสิ่งที่ยอมรับไม่ได้ ไม่สมควรทำ ซึ่งสาเหตุที่สังคมไม่ยอมให้มีการข่มขืนเพราะว่าสังคมเห็นว่า “ชีวิตมนุษย์” เป็นสิ่งที่มีคุณค่า เป็นสิ่งที่พึงหวงแหน ดังนั้น “ชีวิตมนุษย์” จึงชอบที่จะได้รับความคุ้มครองโดยกฎหมายอาญา จึงเป็นเหตุให้มีการบัญญัติความผิดฐานฆ่าผู้อื่นขึ้น¹¹⁸

“คุณธรรมทางกฎหมาย” (Rechtsgut) ไม่ใช่สิ่งที่เป็นรูปธรรมซึ่งสามารถสัมผัสได้โดยประสาทสัมผัสทั้งห้า แต่เป็นสิ่งที่มีความเป็นนามธรรม เป็นสิ่งที่เป็น “ประโยชน์” (Interest)

¹¹⁷ ศาสตราจารย์ ดร.ปรีดี เกษมทรัพย์ เรียก Rechtsgut ว่า “นิติสมบัติ” อ้างถึงใน คณิต อนุสร, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 7, น. 157.

¹¹⁸ คณิต อนุสร, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 7, น. 157.

หรือ “คุณค่า” (Wert) ในการอยู่ร่วมกันของมนุษย์ในสังคม ซึ่งการที่มนุษย์จะใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันอย่างเป็นปกติในสังคมนั้น มนุษย์ทุกคนจะต้องเคารพและไม่ละเมิดสิ่งที่เป็ “ประโยชน์” หรือ “คุณค่า” ของการอยู่ร่วมกัน กล่าวคือ ต้องไม่ละเมิดต่อ “คุณธรรมทางกฎหมาย” ดังนั้นจึงอาจให้คำนิยามของ “คุณธรรมทางกฎหมาย” ได้ว่า

“คุณธรรมทางกฎหมาย” (Rechtsgut) หมายถึง “ประโยชน์หรือคุณค่าของการอยู่ร่วมกันที่กฎหมายคุ้มครอง” หรือ “ประโยชน์ที่กฎหมายคุ้มครอง”¹¹⁹

อย่างไรก็ตาม “คุณธรรมทางกฎหมาย” กับ “กรรมแห่งการกระทำ” ต้องถือว่าเป็นคนละอย่างกัน ดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่า “คุณธรรมทางกฎหมาย” เป็นสิ่งที่มีความเป็นนามธรรม เป็นสิ่งที่เป็อุดมคติอยู่เบื้องหลังความผิดฐานต่าง ๆ ในขณะที่ “กรรมแห่งการกระทำ” นั้น เป็วัตถุที่ถูกกระทบจากการกระทำละเมิด “คุณธรรมทางกฎหมาย”¹²⁰ เช่น ความผิดฐานฆ่าผู้อื่น มี “คุณธรรมทางกฎหมาย” คือ ชีวิตมนุษย์ แต่มีกรรมแห่งการกระทำ คือ มนุษย์ เป็ต้น

ความผิดฐานทำให้แท้งลูกก็มี “คุณธรรมทางกฎหมาย” เป็พื้นฐานความคิดเช่นเดียวกัน แต่เดิมมีความเห็นว่าความผิดฐานทำให้แท้งลูกเป็นการทำลาย “ความหวังของบิดาที่จะมีบุตรสืบตระกูล”¹²¹ แต่ในปัจจุบันมีความเห็นเปลี่ยนไปเป็นว่าเป็นการทำลาย “ชีวิตในครรภ์มารดา”¹²² ซึ่งเป็นสิ่งที่กฎหมายประสงค์จะคุ้มครองแยกต่างหากจาก “ความปลอดภัยในร่างกาย” ของหญิงผู้เป็มารดา

แนวคิดเรื่อง “ชีวิตในครรภ์มารดา” มาจากแนวคิดที่ว่า การเริ่มต้นของชีวิตนั้น ไม่ใช่เริ่มต้นเมื่อมีการคลอด ทารกที่อยู่ในครรภ์มารดา แม้จะยังไม่มีสภาพความเป็นมนุษย์ กฎหมายก็ถือว่าเป็นสิ่งที่ควรได้รับความคุ้มครองแล้ว หากมีผู้มากระทำการอันเป็นการละเมิดต่อทารกที่อยู่ในครรภ์มารดา ผู้กระทำก็มีความผิดและสมควรได้รับโทษตามกฎหมาย อย่างไรก็ตามทารกที่อยู่ในครรภ์มารดาเป็นเพียงวัตถุที่ถูกกระทบจากการกระทำละเมิดเท่านั้น สิ่งที่เป็นนามธรรมอยู่เบื้องหลังความผิดฐานนี้ คือ “ชีวิตในครรภ์มารดา”

¹¹⁹ Vgl. Hans-Joachim Rudolphi, Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch: Band I, Allgemeiner Teil, Frankfurt am Main 1975, vor § 1, S. 4 อ้างถึงใน เพิ่งอ้าง, น. 160.

¹²⁰ คณิต ณ นคร, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 7, น. 160.

¹²¹ คณิต ณ นคร, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 83, น. 223.

¹²² เพิ่งอ้าง, น. 228.

ข้อที่น่าพิจารณาในประเด็นคุณธรรมทางกฎหมายในความผิดฐานทำให้แท้งลูก คือ ชีวิตในครรภ์มารดาเริ่มต้นเมื่อใด ซึ่งจะเป็นประโยชน์ในการวินิจฉัยถึงเวลาที่กฎหมายเริ่มต้นคุ้มครองทารกในครรภ์มารดา นอกจากนั้นข้อที่น่าพิจารณาอีกประการหนึ่ง คือ สภาพความเป็นป็นมนุษย์เริ่มต้นเมื่อใด เนื่องจากการคุ้มครองชีวิตในครรภ์มารดาจะสิ้นสุดลงเมื่อทารกในครรภ์มารดามีสภาพความเป็นมนุษย์ การกระทำใด ๆ ต่อทารกภายหลังช่วงเวลาดังกล่าวจะไม่ใช่ความผิดฐานทำให้แท้งลูก

2.4.2.1 การเริ่มต้นของชีวิตในครรภ์มารดา

การศึกษาแนวคิดเรื่องการเริ่มต้นชีวิตในครรภ์มารดา เป็นการศึกษาช่วงเวลาที่ยกกฎหมายเริ่มต้นคุ้มครองชีวิตในครรภ์มารดาในฐานะที่เป็นคุณธรรมทางกฎหมายในความผิดฐานทำให้แท้งลูก เพื่อนำไปพิจารณาว่าผู้กระทำความผิดต้องลงมือกระทำความผิดตั้งแต่ช่วงเวลาใด การกระทำของผู้กระทำจึงจะเป็นความผิดฐานทำให้แท้งลูก โดยแนวคิดเกี่ยวกับการเริ่มต้นของชีวิตในครรภ์มารดา มีดังนี้

(1) แนวคิดที่เห็นว่าชีวิตมนุษย์เริ่มเมื่อมีการปฏิสนธิ (Fertilization)

การปฏิสนธิ หมายถึง การหลอมรวมกันของเซลล์สืบพันธุ์ของเพศผู้และเพศเมียซึ่งในกรณีของมนุษย์หมายถึง “อสุจิ” ของเพศชาย และ “ไข่” ของเพศหญิง

แนวคิดดังกล่าวเป็นแนวคิดทางศาสนาเสียเป็นส่วนใหญ่ ศาสนาคริสต์มีความเห็นว่าชีวิตควรได้รับการเอาใจใส่อย่างเข้มงวด นับตั้งแต่วินาทีแรกที่ “ปฏิสนธิ” ส่งผลให้การทำแท้งและการฆ่าทารกแรกเกิด (Infanticide) เป็นอาชญากรรมร้ายแรง สิทธิที่จะมีชีวิตอยู่ของคนสูงอายุย่อมมีอยู่อย่างสมบูรณ์ แม้ว่าจะมีอายุมากเพียงใดก็ตาม เช่นเดียวกันกับสิทธิที่จะมีชีวิตอยู่ของผู้ป่วยที่ไม่ทางรักษา ดังนั้นสิทธิที่จะมีชีวิตอยู่ของทารกในครรภ์มารดาก็ย่อมมีเช่นเดียวกันกับบุคคลที่เติบโตเป็นผู้ใหญ่ไปแล้ว ไม่มีใครมีสิทธิมาพรากสิทธินั้นไปได้ นับตั้งแต่วินาทีที่มีการปฏิสนธิชีวิตใหม่ก็ได้ถือกำเนิดขึ้นแล้ว และชีวิตใหม่นี้ต่างก็แตกต่างจากชีวิตของตัวมารดา ชีวิตดังกล่าวจึงไม่ใช่สมบัติของบิดาและมารดาที่จะพรากไปได้ นักปราชญ์ชาวคริสต์บางคนถือว่าการทำแท้งเป็นการฆ่ามนุษย์เลยทีเดียว¹²³

¹²³ คณิดา โพธิ์ชนะพันธ์. “การยอมรับของวัยรุ่นต่อการทำแท้ง: ศึกษากรณีนักเรียนระดับประกาศนียบัตร วิชาชีพ ประเภทวิชาพาณิชยกรรม,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะสังคมวิทยาและมานุษยวิทยา มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2539), น. 21.

ศาสนาคริสต์นิกายโรมันคาทอลิก เชื่อว่า ชีวิตมนุษย์เริ่มต้นด้วยการปฏิสนธิของไข่และตัวอสุจิผ่านเยื่อหุ้มของเซลล์ไข่ (Zona pellucida) ซึ่งระยะเวลาของการปฏิสนธิจะรวดเร็วมากและก่อให้เกิดสภาพความเป็นมนุษย์ที่มีลักษณะเฉพาะ¹²⁴ ศาสนาคริสต์นิกายโรมันคาทอลิกต่อต้านการกระทำทุกรูปแบบที่เป็นอุปสรรคต่อการถือกำเนิดชีวิตใหม่ เช่น การสำเร็จความใคร่ด้วยตนเอง การคุมกำเนิด โดยเฉพาะการทำแท้ง¹²⁵

ศาสนาอิสลามก็เช่นกันโดยได้กล่าวถึงไว้ในคัมภีร์อัลกุรอานว่าชีวิตของเด็กในครรภ์เริ่มต้นตั้งแต่การปฏิสนธิระหว่างเชื้ออสุจิของชายกับไข่ของหญิง ศาสนาอิสลามถือว่าการทำแท้ง หรือแม้แต่การคุมกำเนิดเป็นการกระทำที่ผิดหลักคำสอนของศาสนา เนื่องจากเป็นการละเมิดต่อพระเจ้าและถือเป็นบาป¹²⁶

ดังนั้นตามแนวคิดนี้การคุมกำเนิดโดยวิธีการป้องกันการฝังตัวของตัวอ่อนในผนังมดลูก ก็จะเป็นความผิดฐานทำให้แท้งลูกไปเสียหมด เนื่องจากเวลาที่เป็นจุดเริ่มต้นในการกระทำความผิดมิตั้งแต่การปฏิสนธิ ตัวอ่อนที่เกิดจากการปฏิสนธิสามารถเป็นวัตถุแห่งการกระทำ ความผิดฐานทำให้แท้งลูกได้แล้ว การกระทำใด ๆ อันมีผลเป็นการทำให้ตัวอ่อนที่เกิดจากการปฏิสนธิไม่สามารถพัฒนาไปเป็นทารกได้จึงเป็นความผิดฐานทำให้แท้งลูก

ศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย มีความเห็นไปในทางเดียวกันกับแนวคิดนี้ว่า “ลูกในครรภ์” เริ่มตั้งแต่ “ตัวอสุจิของชายผสมกับไข่ในมดลูกของหญิง” การกระทำในระยะก่อนหน้านั้น เช่น การคุมกำเนิดโดยป้องกันไม่ให้ตัวอสุจิของชายผสมกับไข่ของหญิงได้ ไม่เรียกว่าเป็นการทำให้แท้งลูก เพราะลูกยังไม่เกิด¹²⁷

¹²⁴ Fritz K. Beller and Robert F. Weir, “Medical Aspects of the Beginning of Individual Lives”, in *The Beginning of human life*, (Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 1994), p. 3 อ้างถึงใน อุษณีย์ เมธสุทธิ, “อำนาจทำแท้งตามกฎหมาย”, (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2552), น. 9.

¹²⁵ อำนวย ยัสโยธา, ปัญหาจริยศาสตร์เชิงวิพากษ์, (กรุงเทพมหานคร: ภาควิชาปรัชญาและศาสนา คณะมนุษยศาสตร์และสังคมศาสตร์ สถาบันราชภัฏสงขลา, 2541), น. 224.

¹²⁶ คณิดา โพธิ์ชนะพันธ์, อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 123, น. 21.

¹²⁷ หยุด แสงอุทัย, กฎหมายอาญา ภาค 2-3, พิมพ์ครั้งที่ 10 (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2544), น. 212.

(2) แนวคิดที่เห็นว่าชีวิตในครรภ์เริ่มมีการปฏิสนธิ ประกอบกับมีวิญญาณ เข้ามาจุติ

แนวคิดนี้มีพื้นฐานมาจากความเชื่อทางศาสนาเช่นกัน เช่น ในศาสนายิวโบราณ มีความเชื่อว่า ทารกในครรภ์มารดาที่อายุน้อยกว่า 40 วันนั้น ยังไม่ถือว่ามีชีวิตเกิดขึ้น¹²⁸

ในยุคกลาง (Middle Age) นักกฎหมายทางศาสนา (Canon Lawyer) เชื่อว่าไข่จะมีความเป็นมนุษย์ตั้งแต่ 40 วัน นับตั้งแต่มีการปฏิสนธิสำหรับกรณีในเพศชาย และ 80 วัน นับตั้งแต่มีการปฏิสนธิสำหรับในกรณีของเพศหญิง โดยศาสนาคริสต์มีความเชื่อว่ามนุษย์มีทั้งส่วนที่เป็นร่างกาย (Body) และวิญญาณ (Soul) ในระยะแรกของการปฏิสนธิ ไข่ที่ผสมแล้ว (Body) จะมีเพียง “วิญญาณสำหรับดูแลร่างกาย” (Nutritive Soul) ซึ่งมีความเป็นอยู่เช่นเดียวกับพืช สามารถทำได้เพียงดูดซึมสารอาหารและย่อยอาหารเท่านั้น ในระยะที่สองจึงจะมี “วิญญาณแห่งความเป็นสัตว์” อันเป็น “วิญญาณแห่งการแสดงความรู้สึก” (Sentient Soul) เข้ามาสิงสู่ และในระยะสุดท้ายจึงจะมี “วิญญาณแห่งความมีเหตุผล” (Rational Soul) เข้ามาสิงสู่ ในระยะสุดท้ายนี้ไข่ที่ผสมแล้ว (Body) จึงจะถือว่าเป็นมนุษย์เต็มตัว¹²⁹

ในทางพุทธศาสนา ตามพุทธบัญญัติที่ว่าด้วยปาราชิก ได้บัญญัติไว้ว่า “โยปน ภิกขุ สลฺลิจฺจ มนุสฺสวિકคหํ ชีวิตา โวโรเปยฺย... อยมปิ ปาราชิกโก โหติ อสฺวาโส” ซึ่งแปลว่า “ภิกษุใดจงใจพราศชีวิตมนุษย์: ภิกษุนี้เป็นปาราชิก หมดสิทธิอยู่ร่วมกับสงฆ์”¹³⁰

คำว่า “มนุสฺสวિકคหํ” หรือ “ชีวิตมนุษย์” ได้แก่ จิตที่เป็นปฐม คือ วิญญาณแรกซึ่งปรากฏในครรภ์มารดาจนกระทั่งถึงมรณะ¹³¹ ในอรรถกถาได้อธิบายความหมายของคำว่า “จิตที่เป็นปฐม” ไว้ว่าเป็น “ปฏิสนธิจิตของสัตว์ที่มีขันธห้า” และมีการอธิบายเพิ่มเติมว่า “กับทั้ง

¹²⁸ Bates J.E. and Zawadzki E.S., *Criminal Abortion: a study in medical sociology*, (Illinois: Springfield, 1964), p. 25 อ้างถึงใน อุษณีย์ เมธสุทธิ, “อำนาจทำแท้งตามกฎหมาย”, (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2552), น. 10.

¹²⁹ Bernard Hung-Kay Luk, “Abortion in Chinese Law”, *The American Journal of Comparative Law* 25 (1964), p. 25 อ้างถึงใน อุษณีย์ เมธสุทธิ, “อำนาจทำแท้งตามกฎหมาย”, (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2552), น. 10.

¹³⁰ พระธรรมปิฎก (ประยุทธ์ ปยุตโต), ทำแท้ง: ตัดสินอย่างไร ชีวิตเริ่มต้นเมื่อไร การทำแท้งในทัศนะของพระพุทธศาสนา, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: มูลนิธิพุทธธรรม, 2538), น. 4-5.

¹³¹ วินย. 1/181/137 อ้างถึงใน เพ็งอ้วน, น. 6.

กลลรูป ที่เกิดด้วยพร้อมปฐมจิตนั้น” ท่านสมเด็จพระพุทธโฆษาจารย์ได้อธิบายว่า ถ้อยคำดังกล่าวเป็นการอธิบายว่าการเกิดขึ้นของชีวิตมนุษย์ต้องประกอบไปด้วยส่วนที่เป็นร่างกายและจิตใจ¹³² กล่าวคือ ทางด้านจิตใจ ได้แก่ ส่วนที่เป็นปฐมจิตและอรุณชันสามที่เกิดร่วมกับปฐมจิตนั้น และทางด้านร่างกาย ได้แก่ กลลรูปที่เกิดมาพร้อมกับปฐมจิต

นอกจากนี้ยังมีข้อความในพระสูตรที่พระพุทธเจ้าตรัสเกี่ยวกับการกำเนิดชีวิตมนุษย์ไว้ว่า

“ภิกษุทั้งหลาย เมื่อใดมารดาบิดาร่วมกัน 1 มารดาอยู่ในฤดู (ช่วงเวลาไข่สุก) 1 และคันธัพพะเข้าไปตั้งอยู่แล้ว 1 เพราะประมุของค์ประกอบ 3 ประการอย่างนี้ ก็มีการก้าวลงแห่งครรภ์”¹³³

เมื่อพิจารณาจากพุทธพจน์ดังกล่าว การกำเนิดมนุษย์จึงต้องประกอบไปด้วยองค์ประกอบ 3 ประการ ดังนี้

1. บิดามารดาได้ร่วมกัน คือ มีเพศสัมพันธ์กัน
2. มารดาอยู่ในระยะฤดู คือ การมีเพศสัมพันธ์กันดังกล่าว ต้องกระทำในช่วงที่มารดาจะให้กำเนิดบุตรได้ หรืออยู่ในช่วงระยะไข่สุก
3. คันธัพพะได้ตั้งขึ้น

ในอรรถกถาได้มีการอธิบายคำว่า “คันธัพพะ” หมายถึง สัตว์ผู้ไปเกิด เป็นการกล่าวถึงสัตว์ทั้งตัวที่มีปฐมจิตรวมอยู่ด้วย¹³⁴

ดังนั้นจึงอาจกล่าวได้ว่าในทางพุทธศาสนาการกำเนิดของชีวิตมนุษย์ถือตามแนวคิดที่ว่าต้องมีการปฏิสนธิ ประกอบกับมีวิญญาณเข้ามาจุตินั่นเอง

(3) แนวคิดที่เห็นว่าชีวิตมนุษย์เริ่มเมื่อมีการฝังตัวของไข่ที่ได้มีการผสมกับตัวอสุจิในผนังมดลูกของหญิง

แนวคิดนี้พัฒนาไปไกลกว่าแนวคิดแรกๆ ที่เห็นว่าชีวิตมนุษย์เริ่มเมื่อมีการปฏิสนธิ แต่สำหรับแนวคิดนี้นอกจากจะมีการปฏิสนธิแล้ว ตัวอ่อนต้องมีการฝังตัวในผนังมดลูกด้วย เรียกว่า “มีการตั้งครรภ์” ดังนั้นการตั้งครรภ์จะไม่เริ่มจนกว่าจะมีการฝังตัวของตัวอ่อนในผนังมดลูก เพราะก่อนหน้านี้จะมีฝังตัวของตัวอ่อนนั้น ร่างกายของหญิงตั้งครรภ์จะไม่เกิดการเปลี่ยนแปลงใด ๆ อันเป็นสัญญาณบ่งบอกว่ามีอีกหนึ่งชีวิตในร่างกาย

¹³² พระธรรมปิฎก (ประยุทธ์ ปยุตโต), *อ่างแล้ว เชิงอรรถที่ 130*, น. 7.

¹³³ ม.ม.12/452/487 อ้างถึงใน *เพ็งอ่าง*, น. 9.

¹³⁴ พระธรรมปิฎก (ประยุทธ์ ปยุตโต), *อ่างแล้ว เชิงอรรถที่ 130*, น. 11.

แนวคิดดังกล่าวได้รับการสนับสนุนจากหลักการทางวิทยาศาสตร์หลายประการ กล่าวคือ ประการแรก ก่อนจะมีการฝังตัวก็ยังไม่เป็นที่แน่นอนว่าเซลล์อันไหนจะพัฒนาไปสู่ขั้นนอกสุดของ Blastocyst (การเจริญเติบโตของตัวอ่อนในขั้นต่อจาก Morula) และอันไหนเข้าสู่การเป็นตัวอ่อน (Embryo) เนื่องจากทั้งสองอย่างแสดงถึงโครงสร้างทาง DNA ที่เหมือนกัน ประการที่สอง แม้ไข่จะปฏิสนธิแล้วแต่ก็มีโอกาสที่จะไม่สามารถฝังตัวได้สูง และประการสุดท้าย หญิงตั้งครรภ์จะแสดงออกซึ่งอาการตั้งครรภ์เมื่อมีการฝังตัวของตัวอ่อนในผนังมดลูกแล้วเท่านั้น¹³⁵

มีกฎหมายของหลายประเทศที่ถือเอา “จุดของการฝังตัว” เป็นจุดเริ่มต้นของการตั้งครรภ์ เช่น ออสเตรเลีย นิวซีแลนด์ เยอรมนี และเนเธอร์แลนด์¹³⁶

ในประเทศนิวซีแลนด์ The Crime Act 1961 มาตรา 182 a ได้ให้นิยามของ “การทำให้แท้งลูก” (Miscarriage) ไว้ดังนี้

(1) การทำลายหรือทำให้ตัวอ่อนหรือทารกในครรภ์ภายหลังการฝังตัวของตัวอ่อนในผนังมดลูก (implantation) ถึงแก่ความตาย หรือ

(2) การทำให้คลอดก่อนกำหนดหรือการกำจัดตัวอ่อนหรือทารกในครรภ์ภายหลังที่ตัวอ่อนได้ฝังตัวในผนังมดลูกแล้ว ซึ่งไม่ได้ทำไปโดยมีจุดประสงค์ให้ทารกคลอดออกมาแล้วเจริญเติบโตต่อไปได้ (Viable)¹³⁷

¹³⁵ Fritz K. Beller and Robert F. Weir, *supra* note 68, pp. 3-5 อ้างถึงใน อุษณีย์ เมธสุทธิ, “อำนาจทำแท้งตามกฎหมาย”, (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2552), น. 12.

¹³⁶ อุษณีย์ เมธสุทธิ, “อำนาจทำแท้งตามกฎหมาย”, (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2552), น. 12.

¹³⁷ The Crime Act 1961

Section 182 a Miscarriage defined

“For the purposes of sections 183 to 187 of this Act the term “Miscarriage” means

(a) The destruction of death of an embryo or fetus after implantation; or

(b) The premature expulsion or removal of an embryo of fetus after implantation, otherwise than for the purpose of inducing the birth of a fetus believed to be viable or removing a fetus that has died.”.

เช่นเดียวกันกับประเทศเยอรมนี ประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน (Strafgesetzbuch) มาตรา 218 กำหนดให้ การกระทำการก่อนการฝังตัวของไข่ในผนังมดลูก ไม่ให้ถือว่าเป็นการทำให้แท้งลูกตามประมวลกฎหมายนี้¹³⁸

ศาสตราจารย์ ดร. คณิต ฌ นคร มีความเห็นไปในแนวทางเดียวกับความเห็นนี้ว่า “ลูกในครรภ์” เริ่มเมื่อมีการฝังตัวของไข่ที่ได้มีการผสมกับตัวสุจิจนกลายเป็นตัวอ่อนแล้วในโพรงมดลูกของหญิง”¹³⁹

2.4.2.2 การเริ่มต้นของสภาพความเป็นมนุษย์

แม้ว่าในมุมมองของกฎหมายทารกที่อยู่ในครรภ์มารดาจะยังไม่มีสภาพความเป็นมนุษย์ จึงไม่อาจเป็นกรรมในการกระทำความผิดฐานฆ่าผู้อื่นได้ แต่อย่างไรก็ตามความผิดฐานทำให้แท้งลูกและความผิดฐานฆ่าผู้อื่นก็ยังคงมีความสัมพันธ์กันในเรื่องของช่วงเวลาคุ้มครองตามกฎหมาย เนื่องจากเวลาที่สิ้นสุดการคุ้มครองชีวิตในครรภ์มารดาจะเป็นเวลาเดียวกันกับเวลาที่กฎหมายเริ่มต้นคุ้มครองชีวิตมนุษย์ กล่าวคือ เมื่อทารกคลอดออกมาจนมีสภาพความเป็นมนุษย์ ทารกดังกล่าวจะไม่อาจเป็นกรรมในการกระทำความผิดฐานทำให้แท้งลูกได้อีก

ดังนั้นการศึกษาแนวคิดเรื่องการเริ่มต้นสภาพความเป็นมนุษย์ จึงเป็นการศึกษาเวลาอันเป็นจุดสิ้นสุดในการคุ้มครองตามกฎหมายของความผิดฐานทำให้แท้งลูกในอีกทางหนึ่ง โดยแนวคิดเกี่ยวกับการเริ่มต้นสภาพความเป็นมนุษย์ มีดังนี้

(1) สภาพความเป็นมนุษย์เริ่มต้นเมื่อมี “การคลอด” เป็นหลัก¹⁴⁰

“การคลอด” มีอยู่สองอย่างคือ “การคลอดปกติ” และ “การคลอดโดยการผ่าตัด” โดยสภาพความเป็นมนุษย์จะเริ่มต้นเมื่ออยู่ในขั้นเริ่มต้นของทั้งกระบวนการคลอดปกติและการคลอดโดยการผ่าตัด

สำหรับการคลอดปกติจะเริ่มตั้งแต่มีการเจ็บครรภ์คลอด (true labor pain) จนถึงมีการคลอดทารกออกมา ส่วนการคลอดโดยการผ่าตัดจะเริ่มตั้งแต่ลงมือผ่าตัด ตามความเห็นนี้ “ทารกในการคลอด” มีสภาพความเป็นมนุษย์แล้ว แม้จะยังอยู่ครรภ์มารดาก็ตาม การทำ

¹³⁸ Section 218 “...Acts effect occur of which occur before the conclusion of the nidation shall not be deemed to be an abortion within the meaning of this law...”.

¹³⁹ คณิต ฌ นคร, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 83*, น. 229.

¹⁴⁰ vgl. Etwa Harro Otto, Grundkurs Strafrecht: Die einzelnen Delikte, S. 5, Rundnummer 4 อ้างถึงใน คณิต ฌ นคร, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 83*, น. 98.

อันตรายทการในการคลอด เป็นการทำอันตรายต่อมนุษย์ กล่าวคือ ทารกในกระบวนการดังกล่าวเป็นกรรมของความผิดฐานฆ่าผู้อื่นได้แล้ว¹⁴¹

ดังนั้นตามความเห็นนี้การกระทำที่จะเป็นความผิดฐานทำแท้งได้ต้องกระทำก่อนมีการคลอด กล่าวคือ สำหรับการคลอดปกติต้องกระทำก่อนมีการเจ็บครรภ์คลอด และสำหรับการคลอดโดยการผ่าตัดต้องกระทำก่อนมีการลงมือผ่าตัด

(2) สภาพความเป็นมนุษย์เริ่มต้นเมื่อเริ่มคลอด แต่ไม่จำเป็นต้องคลอด

หมดตัว

ความเห็นนี้เป็นของศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย ซึ่งได้อธิบายไว้ว่าคำว่า “คน” ตามประมวลกฎหมายอาญา แตกต่างจาก “สภาพบุคคล” ตามประมวลกฎหมายแพ่ง หากทารกเริ่มคลอดออกจากครรภ์มารดาไม่ว่าจะโผล่มาเพียงใดก็ตาม ก็ถือว่าเป็น “คน” ตามประมวลกฎหมายอาญาแล้ว ถ้ามีการฆ่าในขณะนั้น ผู้กระทำก็มีความผิดฐานฆ่าผู้อื่นไม่ใช่ทำให้ผู้อื่นแท้งลูก แต่หากถือว่า “คน” ตามประมวลกฎหมายอาญาเหมือนกับ “สภาพบุคคล” ตามประมวลกฎหมายแพ่ง การฆ่าทารกในระหว่างการคลอดก็เป็นความผิดฐานทำแท้งไปเสียทุกกรณี เนื่องจากในช่วงเวลานั้นทารกยังไม่มีสภาพบุคคล¹⁴²

กฎหมายอาญาอินเดียก็อาศัยแนวคิดนี้ในการกำหนดสภาพความเป็นมนุษย์เช่นกัน เนื่องจากตามกฎหมายอาญาของอินเดียการฆ่าทารกระหว่างการคลอด แม้จะยังไม่ได้คลอดหมดตัว เป็นการกระทำความผิดฐานฆ่าผู้อื่น (Homicide)

(3) สภาพความเป็นมนุษย์เริ่มต้นเมื่อคลอดหมดตัว และอยู่รอดเป็นทารก

ความเห็นนี้เห็นว่าสภาพความเป็นมนุษย์ตามประมวลกฎหมายอาญาเหมือนกับสภาพบุคคลตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ศาสตราจารย์จิตติ ดิงศรัทียได้อธิบายว่า การกระทำอันเป็นความผิดฐานทำให้แท้งลูกสิ้นสุดลงเมื่อเด็กที่คลอดมีสภาพบุคคล¹⁴³ ซึ่งสภาพบุคคลเริ่มต้นเมื่อคลอดและอยู่รอดเป็นทารก ดังนั้นตามความเห็นนี้การคลอดต้องสมบูรณ์ก่อน คือทารกต้องพ้นช่องคลอดออกมาหมดทั้งตัว¹⁴⁴ การที่ทารกคลอดออกมาเพียงส่วนใดส่วนหนึ่ง ยังไม่ถือ

¹⁴¹ คณิต ณ นคร, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 83, น. 98-99.

¹⁴² หยุด แสงอุทัย, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 124, น. 212.

¹⁴³ จิตติ ดิงศรัทีย, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 116, น. 246.

¹⁴⁴ Simpson K., *Forensic Medicine*, (London: Edward Arnold Ltd., 1964), pp. 156-

161 อ้างถึงใน อุษณีย์ เมธสุทธิ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 136, น. 20.

ว่าเป็นการ “คลอดแล้ว” แม้ส่วนใหญ่จะคลอดพ้นช่องคลอดออกมาและเหลือเพียงส่วนใดส่วนหนึ่งในช่องคลอด ก็ยังถือว่าเป็นเพียง “กำลังคลอด” หรือ “ขณะคลอด” เท่านั้น หากมีการกระทำความผิดต่อทารกในช่วงขณะคลอดตามความเห็นนี้ผู้กระทำจะไม่มีคามผิดฐานฆ่าผู้อื่น แต่ยังคงเป็นความผิดฐานทำให้แท้งลูกอยู่¹⁴⁵ ซึ่งจะแตกต่างจากในความเห็นที่สองในกรณีเดียวกันที่ถือว่าการฆ่าทารกในขณะที่กำลังคลอดเป็นความผิดฐานฆ่าผู้อื่น

ปัญหาของแนวคิดนี้ที่ยังเป็นที่ถกเถียงกันก็คือ อย่างไรก็ตามจึงเรียกว่าเป็น “การอยู่รอดเป็นทารก” มีความเห็นที่น่าสนใจอยู่ 2 แนวทาง ดังนี้

1. แนวทางแรกเห็นว่า เมื่อทารกหายใจครั้งแรกประกอบกับการที่หัวใจของทารกเต้น¹⁴⁶ หากมีการเต้นของหัวใจอย่างเดียวโดยไม่หายใจ จะยังถือว่าชีวิตของทารกเริ่มยังไม่ได้ ศาสตราจารย์จิตติ ดิงศรัทย์มีความเห็นแย้งกับแนวทางนี้ โดยให้เหตุผลว่า หากถือว่าการที่ทารกคลอดออกมาอยู่รอดเมื่อหัวใจเต้นประกอบกับการหายใจ ในกรณีที่ทารกคลอดออกมาแล้วยังไม่หายใจ แต่มีลักษณะต่าง ๆ แสดงถึงการมีชีวิตแล้ว ต่อมาอีกครั้งชั่วโมงแพทย์ได้ทำการช่วยให้ทารกสามารถหายใจได้ เช่นนี้จะต้องถือว่านับตั้งแต่เวลาที่ทารกคลอดออกมาเป็นเวลาครึ่งชั่วโมง ทารกคนดังกล่าวจะยังไม่มีสภาพความเป็นมนุษย์ หากในระหว่างนั้นมีผู้มาฆ่าเด็กเสียก่อน ก็ย่อมไม่เป็นความผิดฐานฆ่าผู้อื่น คงเป็นได้แต่เพียงความผิดฐานทำให้แท้งลูก ทั้ง ๆ ที่เป็นการกระทำต่อตัวเด็กโดยตรง¹⁴⁷

2. แนวทางที่สองเห็นว่า เพียงแค่ทารกแสดง “สัญญาณของการมีชีวิต” (Sign of Live birth) อย่างหนึ่งอย่างใดก็เพียงพอแล้ว โดยสัญญาณของการมีชีวิต คือ ลักษณะอย่างใดอย่างหนึ่งที่แสดงว่าทารกที่คลอดออกมามีชีวิต ซึ่งในทางนิติเวชศาสตร์มีอยู่หลายประการ เช่น “... การหายใจ การเต้นของหัวใจ การไหลเวียนของเลือดจากการเต้นของหัวใจ ตลอดจนการเปลี่ยนแปลงที่เกิดขึ้นกับระบบไหลเวียน การเคลื่อนไหวของร่างกาย การเคลื่อนไหวของกล้ามเนื้อ การตรวจพบลมในกระเพาะอาหาร ลักษณะของสายสะดือผิวนิ่ง เป็นต้น แม้ว่าการหายใจจะถือว่าสำคัญที่สุด

¹⁴⁵ จิตติ ดิงศรัทย์, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 116*, น. 252-253.

¹⁴⁶ สงกรานต์ นิยมเสน, *นิติเวชวิทยา*, พิมพ์ครั้งที่ 5, (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2506): น. 177 อ้างถึงใน ไฉไล ชุ่มฤทธิ์, “กฎหมายว่าด้วยการทำแท้ง” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2523) น. 57.

¹⁴⁷ ไฉไล ชุ่มฤทธิ์, “กฎหมายว่าด้วยการทำแท้ง” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2523) น. 59.

เพราะมีหลักฐานให้ตรวจได้จากปอด แต่การมีลมในปอดหรือปอดลอยน้ำนั้นก็ได้เป็นเครื่องยืนยันว่าทารกนั้นเกิดมามีชีวิตเสมอไป”¹⁴⁸

นอกจากนั้นในกฎหมายอังกฤษมีการบัญญัติความผิดฐาน “ทำลายเด็ก” (Child Destruction) อันเป็นการคุ้มครองทารกที่สามารถเกิดมามีชีวิต แต่เสียชีวิตก่อนที่จะมีสภาพความเป็นมนุษย์ด้วย¹⁴⁹ ซึ่งการกระทำในความผิดฐานดังกล่าวก็เป็นการกระทำต่อ “ทารกในครรภ์” เช่นกัน เพียงแต่ต้องเป็นทารกที่มีอายุครรภ์ 28 สัปดาห์ขึ้นไปจึงจะมีเป็นความผิดฐานนี้¹⁵⁰ กล่าวคือ หากผู้กระทำความผิดก่อนการมีอายุครรภ์ 28 สัปดาห์ การกระทำของผู้กระทำจะเป็นความผิดฐานทำให้แท้งลูก แต่หากทารกมีอายุครรภ์ตั้งแต่ 28 สัปดาห์ขึ้นไปแล้ว ผู้กระทำจะมีความผิดฐานทำลายเด็กแทน ดังนั้นจึงอาจกล่าวได้ว่าในบางประเทศที่มีการบังคับใช้ความผิดในลักษณะนี้ เวลาค้นพบเป็นจุดสิ้นสุดในการกระทำความผิดฐานทำให้แท้งลูกอาจไม่ใช่เวลาที่เริ่มต้นสภาพความเป็นมนุษย์ก็ได้

¹⁴⁸ Smith S., *Taylor's Principles and Practice of Medical Jurisprudence*, (London: J and A Churchill Ltd., 1956), p. 98 อ้างถึงใน อุษณีย์ เมธสุทธิ, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 136*, น.. 22.

¹⁴⁹ **English Infant Life (Preservation) Act 1929**

Section 1 [Punishment for child destruction] (1) “Subject as hereinafter in this subsection provided, any person who, with intent to destroy the life of child capable of being born alive, by any willful act causes a child to die before it has an existence independent of its mother, shall be guilty of felony, to wit, of child destruction, and shall be liable on conviction thereof on indictment to penal servitude for life of the mother.”.

¹⁵⁰ **English Infant Life (Preservation) Act 1929**

Section 1 [Punishment for child destruction] (2) “For the purposes of this Act, evidence that a woman had at any material time been pregnant for a period of twenty-eight weeks or more shall be *prima facie* proof that she was at that time pregnant of a child capable of being born alive.”.

2.4.3 วิธีการกระทำอันเป็นความผิดฐานทำให้แท้งลูก

วิธีการทำให้แท้งลูกนั้นไม่จำกัดวิธีไม่ว่าจะเป็นการใช้แรงทางกายภาพ เช่น การกรีดท้องเอาลูกออกมาหรือเอาของแหลมสอดเพื่อทำลายทารกในครรภ์¹⁵¹ หรือการขูดมดลูก การกินยาที่ทำให้แท้งลูก การใช้น้ำเกลือเข้มข้นฉีดเข้าถึงน้ำหล่อเด็ก แม้ว่าวิธีที่ใช้ในการทำแท้งจะมีมากแต่จำเป็นต้องเลือกวิธีที่เหมาะสมกับอายุครรภ์ นอกจากนั้นอายุครรภ์ที่มากขึ้น ความเสี่ยงที่จะเกิดอันตรายต่อหญิงมีครรภ์ก็จะยิ่งมากขึ้นตามไปด้วย

เพื่อประโยชน์ในการวินิจฉัยการลงมือกระทำผิด ผู้เขียนขอจำแนกการกระทำอันเป็นความผิดฐานทำให้แท้งลูก โดยอาศัยวิธีการในการกระทำเป็นเกณฑ์ ดังนี้

2.4.3.1 การทำให้แท้งลูกโดยอาศัยแรงทางกายภาพ

การทำให้แท้งลูกโดยอาศัยแรงทางกายภาพมีความเกี่ยวข้องกับความผิดฐานทำให้ผู้อื่นได้รับอันตรายสาหัสโดยการแท้งลูก เนื่องจากโดยลักษณะแห่งการกระทำมีความใกล้เคียงกัน แตกต่างกันตรงที่เจตนา ดังนั้นการจะวินิจฉัยว่าการกระทำของผู้กระทำเป็นความผิดฐานใดจึงต้องพิจารณาจากลักษณะแห่งการกระทำของผู้กระทำว่าประสงค์ให้เกิดผลอย่างไร หากผู้กระทำประสงค์จะให้ผู้อื่นเสียหายได้รับบาดเจ็บ การกระทำของผู้กระทำก็เป็นความผิดฐานทำให้ผู้อื่นได้รับอันตรายสาหัสโดยการแท้งลูก แต่หากผู้กระทำประสงค์จะให้ผู้อื่นเสียหายแท้งลูก การกระทำของผู้กระทำก็เป็นความผิดฐานทำให้แท้งลูก

ตัวอย่าง การใช้มือกดท้องหญิงมีครรภ์ เพื่อให้เกิดการแท้ง เป็นการกระทำโดยมีเจตนาทำให้แท้งลูก เพราะเมื่อพิจารณาจากลักษณะแห่งการกระทำเป็นเพียงการทำให้แท้งลูกเท่านั้น

แต่หากข้อเท็จจริงเปลี่ยนเป็นว่า ผู้กระทำเตะหรือถีบท้องของหญิงมีครรภ์หลายที จนหญิงแท้งลูก แม้จะเป็นการทำให้แท้งโดยมีเจตนาทำแท้ง แต่เมื่อพิจารณาจากลักษณะแห่งการกระทำ การกระทำของผู้กระทำย่อมเป็นเจตนาทำร้าย (โดยเล็งเห็นผล) มากกว่าเจตนาทำแท้ง ผู้กระทำถึงมีความผิดฐานทำร้ายร่างกายผู้อื่นจนเป็นเหตุให้ได้รับอันตรายสาหัส

อย่างไรก็ตามข้อพิจารณาข้างต้นจะไม่นำมาใช้กับกรณีที่ผู้กระทำเป็นหญิงมีครรภ์เอง เพราะการทำร้ายร่างกายตนเองของหญิงมีครรภ์ไม่เป็นความผิดอาญา ดังนั้นหากหญิงมีครรภ์ทำร้ายตนเองโดยมีเจตนาทำให้แท้งลูก หญิงมีครรภ์ก็ย่อมมีความผิดฐานทำให้ตนเองแท้งลูกเสมอ

¹⁵¹ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคความผิดและลหุโทษ, พิมพ์ครั้งที่ 9, (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2555), น. 252.

2.4.3.2 การทำให้แท้งลูกโดยการช้ยา (Medical Abortion)

สาเหตุที่ผู้เขียนจำแนกการทำให้แท้งลูกโดยการช้ยาออกมาเป็นกรณีต่างหาก เนื่องจากการทำให้แท้งลูกโดยการช้ยาเป็นวิธีที่อาจเกิดปัญหาความเป็นไปไม่ได้โดยแน่แท้ของผลแห่งการกระทำขึ้นได้ หากผู้กระทำช้ยาที่ไม่มีผลเป็นการแท้งลูกเป็นเครื่องมือในการกระทำ ความผิด นอกจากนั้นการทำให้แท้งลูกโดยการช้ยาไม่จำเป็นต้องกระทำการครั้งเดียวเพื่อให้เกิดการแท้ง ผู้กระทำอาจกินหรือให้ผู้เสียหายกินยาทีละน้อย จนกว่าจะครบปริมาณที่มีผลเป็นการทำให้แท้งลูกก็ได้

ยาที่มีผลทำให้แท้งลูกมี 2 ชนิด¹⁵² ดังนี้

1. ชนิดแรก คือ ยาที่มีสารต่อต้านฮอโมนโปรเจสเตโรน (Progesterone) ซึ่งส่งผลเป็นการป้องกันไม่ให้ตัวอ่อนสามารถฝังตัวในเยื่อโพรงมดลูกได้ ซึ่งจะช้ได้ผลดีที่สุดในการยุติการตั้งครรภ์ที่อายุครรภ์ไม่เกิน 63 วัน หรือ 9 สัปดาห์ (นับจากวันแรกของประจำเดือนครั้งสุดท้าย) นอกจากนั้นยังสามารถนำมาช้เป็นยาคุมกำเนิดฉุกเฉินภายหลังมีเพศสัมพันธ์ได้อีกด้วย ตัวอย่าง ยาไมฟิพริสโตน (Mifepristone) ซึ่งในปัจจุบันอยู่ในระหว่างการพิจารณาที่จะนำมาช้ในประเทศไทย

2. ชนิดที่สอง คือ ยาในกลุ่มพรอสตาแกลนดิน (Prostaglandin) เป็นยาที่เคยช้รักษาโรคกระเพาะอาหารอักเสบ โดยมีผลข้างเคียงทำให้ปากมดลูกบางและมดลูกบีบตัว ซึ่งในปัจจุบันองค์การอาหารและยาประกาศให้เป็นยาควบคุมพิเศษ สามารถช้ได้เฉพาะในโรงพยาบาลเท่านั้น ตัวอย่าง ยา Misoprostol

ด้วยเหตุที่การช้ยาในกลุ่มพรอสตาแกลนดินเพียงอย่างเดียวเพื่อยุติการตั้งครรภ์ให้ประสิทธิภาพไม่ดี และก่อให้เกิดผลข้างเคียงตามมามากมาย องค์การอนามัยโลกจึงได้คิดค้นสูตรยาขึ้นใหม่โดยการนำยาพรอสตาแกลนดินมาช้ร่วมกับยาต่อต้านโปรเจสเตโรน ซึ่งมีประสิทธิภาพในการยุติการตั้งครรภ์สูงในอายุครรภ์ไม่เกิน 63 วัน หรือ 9 สัปดาห์ โดยสูตรยาดังกล่าวคือ ให้กิน Mifepristone (ยาต่อต้านโปรเจสเตโรน) 200 มิลลิกรัม จากนั้นอีก 36-48 ชั่วโมง ให้ตามด้วยการกิน Misoprostol (ยาในกลุ่มพรอสตาแกลนดิน) 400 ไมโครกรัม หรือ ตามด้วยการช้ Misoprostol 800 ไมโครกรัม เหน็บทางช่องคลอด ซึ่งหากกินยาตามสูตรดังกล่าวจะส่งผลให้เกิดการแท้งภายหลังกินยาประมาณ 4-6 ชั่วโมง

¹⁵² กิริติ ลีละพงศ์วัฒนา, “การช้ยายุติการตั้งครรภ์ (Medical Abortion Pill)”, สืบค้นเมื่อวันที่ 20 กุมภาพันธ์ 2561 , จาก <https://goo.gl/ahuCMJ>.

แสดงให้เห็นว่ายาทุกชนิดไม่มีผลเป็นการทำให้แท้งลูก และการใช้ยาต้องอยู่ภายใต้การดูแลของแพทย์อย่างใกล้ชิด การใช้ยาในปริมาณที่น้อยจนเกินไปอาจทำให้การแท้งมีประสิทธิภาพน้อยลงหรือไม่อาจเกิดการแท้งเลยก็ได้ แต่หากใช้ยาในปริมาณมากจนเกินไปก็อาจส่งผลข้างเคียงที่เป็นอันตรายต่อตัวผู้ใช้ยาได้ แต่ไม่ว่าจะใช้ยาในปริมาณเท่าใดก็ตามก็เกิดข้างเคียงกับผู้ใช้ได้เสมอ การทำให้แท้งลูกโดยการใช้ยาจึงเป็นการกระทำที่เป็นอันตราย แม้จะใช้ในปริมาณน้อยก็ตาม

2.4.3.3 การทำให้แท้งลูกโดยอาศัยอุปกรณ์

สาเหตุที่ผู้เขียนจำแนกการทำให้แท้งลูกโดยอาศัยอุปกรณ์ออกจากการทำให้แท้งลูกโดยอาศัยแรงทางกายภาพ เนื่องจากการทำให้แท้งลูกโดยอาศัยอุปกรณ์แสดงให้เห็นถึงเจตนาที่ต้องการ “ทำแท้ง” ชัดเจนมากกว่าการอาศัยแรงทางกายภาพ โดยอุปกรณ์ในกรณีนี้ หมายถึง อุปกรณ์หรือเครื่องมือที่สามารถทำให้เกิดการแท้งลูกได้ เมื่อพิจารณาจากวิธีใช้ และการใช้อุปกรณ์หรือเครื่องมือดังกล่าวจำเป็นต้องอาศัยความรู้ความสามารถของผู้กระทำในระดับหนึ่ง ซึ่งโดยส่วนใหญ่มักเป็นวิธีที่หมอทำแท้งเลือกเลือกใช้

ตัวอย่าง การสวนน้ำยาเข้าโพรงมดลูก โดยผ่านท่อขนาดเล็ก ๆ เข้าทางปากมดลูกจากนั้นจึงฉีดสารเหลวบางชนิด เช่น สารเคมี น้ำสบู่ ต่างทับทิม แอลกอฮอล์ น้ำมันเบนซิน สารเหลวเหล่านี้เป็นของแปลกปลอมที่ค่อนข้างสกปรกมีผลให้เด็กตายพร้อม ๆ กับการอักเสบติดเชื้อมดลูกจึงปบรัดตัวเกิดการตกเลือดและมีการแท้งติดตามมา

หรือการสอดใส่วัสดุแปลกปลอมไว้ในโพรงมดลูก ที่พบบ่อย ได้แก่ สอดสายยางสำหรับสวนปัสสาวะเข้าไปขดงออยู่ในโพรงมดลูก บางแห่งใช้กิ่งไม้ขนาดเล็ก หรือหญ้าปล้องแทน ระยะเวลาที่มดลูกหดตัวเพื่อขับไล่วัสดุแปลกปลอมออกจากโพรงมดลูกนั้นใช้เวลานาน จึงทำให้เกิดการแท้งค้างแต่อันตรายที่สำคัญก็คือ การอักเสบติดเชื้อเช่นเดียวกัน

จะเห็นได้ว่าวิธีการทำแท้งเหล่านี้ต้องอาศัยความรู้ความชำนาญเฉพาะตัวของผู้กระทำเพื่อให้การกระทำบรรลุผล และเกิดผลข้างเคียงต่อหญิงมีครรภ์น้อยที่สุด ไม่ใช่วิธีการที่ใครก็สามารถจะกระทำได้ วิธีการทำแท้งในลักษณะนี้มักก่อให้เกิดอาการแทรกซ้อนอันอาจเป็นอันตรายต่อหญิงมีครรภ์ได้หากผู้กระทำไม่มีความชำนาญมากพอ¹⁵³

¹⁵³ ไม่ปรากฏชื่อผู้แต่ง, “ทำแท้ง, วิธีการทำแท้ง และผลอันตรายที่จะเกิดขึ้น”, สืบค้นเมื่อวันที่ 22 กุมภาพันธ์ 2561, จาก http://icare.kapook.com/abort_content2.php.

2.4.4 การบรรลุผลในความผิดฐานทำให้แท้งลูก

การจะวินิจฉัยการพยายามกระทำความผิดฐานทำให้แท้งลูกจำเป็นต้องทราบถึงกรณีที่ผลของการกระทำความผิดบรรลุผลตามเจตนาของผู้กระทำความผิดเสียก่อน ซึ่งผลแห่งการกระทำความผิดฐานนี้คือ “การแท้ง” จากการศึกษาถึงคำจำกัดของการแท้ง¹⁵⁴ ทำให้ทราบว่าแต่ละประเทศที่บัญญัติให้การทำให้แท้งลูกเป็นความผิดมีแนวคิดที่แตกต่างกัน โดยสามารถแบ่งออกได้เป็น 2 แนวทาง ดังนี้

2.4.4.1 กรณีทารกคลอดออกมาในลักษณะไม่มีชีวิต

ศาสตราจารย์ ดร. หยุต แสงอุทัย ได้อธิบายความหมายของคำว่า “รีดลูก” หรือ “ทำให้แท้ง” ว่า “เป็นการกระทำให้เด็กในครรภ์ของหญิงออกมาจากครรภ์ในลักษณะที่เป็นสิ่งไม่มีชีวิต นับตั้งแต่เด็กเริ่มปฏิสนธิจนถึงก่อนคลอด การเอาเด็กออกมาต้องถือว่าเป็นการรีดลูก”¹⁵⁵

ศาสตราจารย์ ดร.ทวีเกียรติ มินะกะนิษฐ ได้ให้คำอธิบายไว้ว่า การทำแท้ง คือ การทำให้เด็กในครรภ์คลอดออกมาอย่างไม่มีชีวิต ถ้าเด็กในครรภ์คลอดออกมาอย่างมีชีวิตแล้วตายในภายหลัง แม้ความตายจะเป็นผลมาจากการทำแท้งก็ตาม ก็เป็นเพียงการพยายามทำแท้ง และไม่เป็นความผิดฐานฆ่าผู้อื่นด้วย¹⁵⁶

ตามประมวลกฎหมายเยอรมัน มาตรา 218 บัญญัติว่า การทำให้แท้งลูก คือ การทำลายลูกในครรภ์ซึ่งอยู่ในมดลูก หรือโดยทำให้แท้งออกมา ถ้าลูกในครรภ์ตายเพราะเหตุอื่น ไม่ใช่เป็นเพราะผลของการกระทำ ก็เป็นความผิดในชั้นพยายาม แสดงว่า ต้องทำให้ลูกในครรภ์ตายจึงจะเป็นความผิดสำเร็จ¹⁵⁷

¹⁵⁴ ดูหัวข้อที่ 2.4.1, น. 37.

¹⁵⁵ หยุต แสงอุทัย, คำอธิบายกฎหมายลักษณะอาญา, พิมพ์ครั้งที่ 5, (กรุงเทพฯ: แพรวพินทยา, 2497), น. 1015.

¹⁵⁶ ทวีเกียรติ มินะกะนิษฐ, อ้าวแล้ว เจิงอรรถที่ 151, น. 250.

¹⁵⁷ จิตติ ดิงศรัทย์, อ้าวแล้ว เจิงอรรถที่ 116, น. 248.

แนวคำวินิจฉัยของศาลฎีกาของไทยนั้น ได้ให้ความหมายของคำว่า “ทำให้แท้งลูก” หมายถึง “การที่ลูกในครรภ์คลอดออกมาในลักษณะที่ไม่มีชีวิต ถ้าเด็กคลอดออกมามีชีวิตแต่มาตายภายหลัง ไม่เป็นการทำให้แท้งลูก”¹⁵⁸

ดังนั้นตามแนวคิดนี้การกระทำที่จะบรรลุผลเป็นความผิดฐานทำให้แท้งลูก คือ การที่บุคคลกระทำโดยเจตนาที่จะทำลายชีวิตของทารกในครรภ์มารดาหรือทำให้ทารกคลอดออกมาในลักษณะที่ไม่มีชีวิต หากทารกคลอดออกมาอย่างมีชีวิต แล้วตายลงในภายหลัง แม้ความตายจะเป็นผลมาจากการกระทำดังกล่าว เป็นเพียงการพยายามกระทำความผิดเท่านั้น

2.4.4.2 กรณีทารกคลอดออกมาในสภาพที่ไม่อาจมีชีวิตรอดต่อไปได้

คำว่า “แท้งลูก” ในทางการแพทย์ หมายถึง “การคลอดของทารกที่มีอายุอยู่ในครรภ์มารดาอ่อนกว่า 20 สัปดาห์ หรือทารกที่คลอดมีน้ำหนักน้อยกว่า 500 กรัม ไม่ว่าการคลอดนั้นทารกจะมีชีวิตรอดอยู่หรือไม่”¹⁵⁹

การคลอดของทารกที่มีอายุอยู่ในครรภ์มารดาอ่อนกว่า 20 สัปดาห์เป็นการคลอดก่อนกำหนด แม้จะสามารถมีชีวิตรอดอยู่ในขณะคลอดได้ แต่ก็ไม่สามารถมีชีวิตรอดต่อไปได้ รวมถึงทารกที่คลอดออกมามีน้ำหนักน้อยกว่า 500 กรัม แม้จะไม่ใช่การคลอดก่อนกำหนดและมีชีวิตรอดอยู่ในขณะคลอดก็ตาม แต่ก็ไม่สามารถมีชีวิตรอดต่อไปได้เช่นกัน กล่าวคือการคลอดของทารกทั้ง 2 ลักษณะ จะต้องตายไปในที่สุดนั่นเอง

ศาสตราจารย์ ดร.คณิต ณ นคร อธิบายว่า “การทำให้แท้งลูก คือ การทำให้ลูกในครรภ์ตายขณะอยู่ในครรภ์ หรือทำให้ลูกในครรภ์คลอดออกมาก่อนกำหนด แต่โดยสภาพที่ไม่อาจมีชีวิตรอดได้”¹⁶⁰ ตามความเห็นดังกล่าวเป็นการนํานิยามของ “การทำให้แท้งลูก” ตามความหมายในทางกฎหมายและความหมายในทางการแพทย์มาอธิบายร่วมกันเพื่อให้เกิดความสอดคล้องกัน

ในกฎหมายอินเดีย ความผิดฐานทำให้แท้งลูก หมายความว่า การทำให้ลูกในท้องคลอดออกมาจากมดลูกก่อนกำหนด ณ เวลาใดเวลาหนึ่ง ระหว่างมีครรภ์ก่อนครบ

¹⁵⁸ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 677/2510 (ปช.) น. 1012 อ้างถึงใน คณิต ณ นคร, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถ* ที่ 83, น. 229.

¹⁵⁹ วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์, *นิติเวชศาสตร์*, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2532), น. 233.

¹⁶⁰ คณิต ณ นคร, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถ* ที่ 83, น. 229.

ระยะเวลาของการมีครรภ์ แต่กระทำเมื่อเด็กดั้นได้มีกำหนดโทษสูงขึ้น แต่ถ้ากระทำให้เด็กที่กำลังคลอดถึงแก่ความตาย เป็นความผิดฐานฆ่าคน¹⁶¹

แต่อย่างไรก็ตามมีผู้ให้ความเห็นว่าความหมายทางกฎหมายของคำว่า “แท้งลูก” อาจแตกต่างจากความเข้าใจทางการแพทย์ โดยความหมายในทางกฎหมายและตามความเข้าใจของวิญญูชนเข้าใจว่าการแท้งเป็นการทำให้ลูกในครรภ์คลอดออกมาไม่มีชีวิต ดังนั้นความหมายที่ว่าแท้งหมายถึงการคลอดก่อนกำหนด ไม่ว่าเด็กจะมีชีวิตรอดหรือไม่ ย่อมขัดแย้งกับความเข้าใจของคนธรรมดาทั่วไป ซึ่งกลายเป็นว่าเด็กที่คลอดก่อนกำหนดแล้วมีชีวิตรอดอยู่ในขณะคลอดมีสภาพบุคคลแล้วตามประมวลกฎหมายอาญาแพ่ง แต่ไม่มีสภาพความเป็นมนุษย์ตามประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งขัดแย้งกันเอง ไม่อาจนำความหมายในทางการแพทย์มาปรับใช้กับความผิดฐานทำให้แท้งลูกได้¹⁶²

ดังนั้นตามแนวคิดนี้การกระทำที่จะบรรลุผลเป็นความผิดฐานทำให้แท้งลูก คือ การที่บุคคลกระทำโดยเจตนาที่จะทำลายชีวิตของทารกในครรภ์มารดาหรือทำให้ทารกในครรภ์มารดาคลอดออกมาในสภาพที่อาจมีชีวิตรอดต่อไปได้ แม้ว่าในขณะคลอด ทารกจะยังมีชีวิตอยู่ก็ตาม

¹⁶¹ จิตติ ดิงศรัทีย, *อ้าวแล้ว เจิงอรรถที่ 116*, น. 248.

¹⁶² *เพ็งอ้าว*, น. 250.

บทที่ 3

การลงโทษการพยายามทำให้แท้งลูกตามกฎหมายต่างประเทศ

การลงโทษการพยายามทำให้แท้งลูกตามกฎหมายมีหลายแนวทางขึ้นอยู่กับทัศนคติที่ประเทศนั้น ๆ มีต่อการทำแท้ง ตลอดจนถึงแนวความคิดในการลงโทษการพยายามกระทำความผิดของแต่ละประเทศ ดังนั้นเพื่อประโยชน์ในการกำหนดแนวทางในการลงโทษการพยายามทำให้แท้งลูกที่เหมาะสมตามกฎหมายไทย จึงมีความจำเป็นต้องศึกษาแนวทางในการลงโทษการพยายามทำให้แท้งลูกตามกฎหมายต่างประเทศเสียก่อน

จากการศึกษาของผู้เขียนพบว่าแนวทางในการลงโทษการพยายามทำให้แท้งลูกตามกฎหมายต่างประเทศ มีด้วยกัน 3 แนวทาง ดังนี้

3.1 ประเทศฝรั่งเศส

ประเทศฝรั่งเศสเป็นประเทศที่ยึดถือแนวคิดในการลงโทษทางอัตตะวิสัย (Subjective Theory) อย่างเคร่งครัด ส่งผลให้การพยายามกระทำความผิดตามกฎหมายอาญาฝรั่งเศสมีโทษเสมือนกรณีความผิดสำเร็จ

โดยแนวคิดในการลงโทษการพยายามทำให้แท้งลูกตามกฎหมายอาญาฝรั่งเศส มีดังนี้

3.1.1 การลงโทษการพยายามกระทำความผิด

กฎหมายอาญาฝรั่งเศสไม่ได้ลงโทษการพยายามกระทำความผิดในทุกฐานความผิด กฎหมายอาญาฝรั่งเศสแบ่งความผิดอาญาออกไว้อย่างมีเอกลักษณ์และเป็นระบบ เรียกว่าการแบ่งประเภทความผิดอาญาแบบไตรภาค (Tripartite Classification)¹ ต่างจากกับการแบ่งประเภทของความผิดอาญาส่วนใหญ่ที่แบ่งประเภทแบบทวิภาค (Bipartite Classification)² โดยกฎหมายอาญาฝรั่งเศสแบ่งความผิดอาญาออกเป็น 3 ประเภทตามความร้ายแรงของความผิดและโทษ³ ดังนี้

¹ อุทัย อาทิวะ, โทษในกฎหมายอาญาฝรั่งเศส, น. 4.

² เพ็งอ้าง, น. 4.

³ French Penal Code

Article 111 – 1 “Criminal offences are categorised as according to their seriousness as felonies, misdemeanours or petty offences.”.

1. ความผิดอาญาชั้นอุกฤษโทษ (Felony) เป็นความผิดอาญาที่ร้ายแรงที่สุดและมีอัตราโทษสูงสุด ประกอบไปด้วย ความผิดที่มีอัตราโทษจำคุกตลอดชีวิต ความผิดที่มีอัตราโทษจำคุกอย่างสูงไม่เกิน 30 ปี ความผิดที่มีอัตราโทษจำคุกอย่างสูงไม่เกิน 20 ปี และความผิดที่มีอัตราโทษจำคุกอย่างสูงไม่เกิน 15 ปี และอัตราโทษจำคุกขั้นต่ำของทุกความผิดต้องไม่ต่ำกว่า 10 ปี⁴

2. ความผิดอาญาชั้นมัจยโทษ (Misdemeanour) เป็นความผิดอาญาที่โทษร้ายแรงรองลงมา ประกอบไปด้วย ความผิดอาญาที่มีโทษจำคุก ความผิดอาญาที่โทษปรับ เป็นต้น⁵

3. ความผิดอาญาชั้นลหุโทษ (Petty Offence) เป็นความผิดอาญาเพียงเล็กน้อย ไม่มีความร้ายแรง ซึ่งมีเพียงโทษปรับเท่านั้น⁶

การแบ่งกลุ่มประเภทความผิดโดยอาศัยโทษเป็นเกณฑ์ในลักษณะดังกล่าว ทำให้ผู้ศึกษากฎหมายอาญาฝรั่งเศสทราบในทันทีที่ดูอัตราโทษที่กฎหมายกำหนดว่าความผิดฐานนั้นเป็น

⁴ French Penal Code

Article 131 – 1 “The penalties incurred by natural persons for the commission of felonies are:

1. criminal imprisonment for life of life criminal detention;
2. criminal imprisonment or criminal detention for a maximum of thirty years;
3. criminal imprisonment or criminal detention for a maximum of twenty years;
4. criminal imprisonment or criminal detention for a maximum of fifteen years;

The minimum period for a fixed term of criminal imprisonment or criminal detention is ten years.”.

⁵ French Penal Code

Article 131 – 3 “The penalties incurred by natural persons for the commission of misdemeanours are:

1. imprisonment;
2. a fine...”.

⁶ French Penal Code

Article 131 – 12 “The penalties incurred by natural persons for the commission of petty offences are:

1. fine...”.

ความผิดประเภทใด และประเภทของความผิดนี้ก็จะมีการวินิจฉัยเรื่องการลงโทษการพยายามกระทำความผิดตามกฎหมายอาญาฝรั่งเศส เนื่องจากโดยหลักกฎหมายอาญาฝรั่งเศสจะลงโทษการพยายามกระทำความผิดเฉพาะในความผิดชั้นอุกฤษโทษเท่านั้น ความผิดประเภทอื่นไม่อาจมีการพยายามกระทำความผิดได้⁷ ตัวอย่าง ความผิดฐานฆ่าผู้อื่นโดยเจตนาตามมาตรา 221 – 1 มีอัตราโทษจำคุกอย่างสูง 30 ปี แสดงว่าความผิดฐานฆ่าผู้อื่นโดยเจตนาเป็นความผิดชั้นอุกฤษโทษ จึงสามารถลงโทษผู้กระทำความผิดฐานพยายามกระทำความผิดได้ เป็นต้น

โทษสำหรับการพยายามกระทำความผิดตามกฎหมายอาญาฝรั่งเศส คือ ผู้กระทำต้องระวางโทษเสมือนกรณีความผิดสำเร็จ แสดงให้เห็นว่านักกฎหมายอาญาฝรั่งเศสมีเห็นว่าการลงโทษผู้กระทำความผิดควรพิจารณาจาก “เจตนา” ของผู้กระทำเป็นสำคัญ เมื่อผู้กระทำลงมือกระทำความผิดโดยเจตนาแล้ว ไม่ว่าการกระทำนั้นจะบรรลุผลเป็นความผิดสำเร็จหรือไม่ ผู้กระทำต้องระวางโทษในระดับเดียวกัน แม้ว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นจากกรณีที่การกระทำไม่บรรลุผลจะมีน้อยกว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นจากกรณีที่กระทำบรรลุผลก็ตาม แต่ในทางปฏิบัติศาลมักลงโทษผู้กระทำในกรณีของการพยายามกระทำความผิดเบากว่ากรณีความผิดสำเร็จ

อย่างไรก็ตามแม้โดยหลักความผิดอาญาชั้นมัธยโทษจะไม่มีโทษการพยายามกระทำความผิด แต่หากกฎหมายกำหนดไว้เป็นการเฉพาะให้ลงโทษกรณีพยายามกระทำความผิดได้⁸ เช่น ความผิดฐานการกระทำการรุนแรงในทางเพศ (Sexual Aggressions) นอกเหนือจากการข่มขืนกระทำชำเราตามมาตรา 222 – 27 มีอัตราโทษจำคุกอย่างสูง 5 ปี⁹ แสดงว่าความผิดฐานดังกล่าวเป็นความผิดชั้นมัธยโทษ ซึ่งโดยหลักกฎหมายไม่ลงโทษในขั้นตอนของการ

⁷ French Penal Code

Article 121 – 4 “The perpetrator of an offence is the person who...

2. attempts to commit a felony...”.

⁸ French Penal Code

Article 121 – 4 “The perpetrator of an offence is the person who...

2. attempts to commit a felony or, in the case provided for by Statue, a misdemeanor.”.

⁹ French Penal Code

Article 222 – 27 “Sexual aggressions other than rape are punished by five years’ imprisonment...”.

พยายามกระทำความผิด อย่างไรก็ตามมาตรา 222 – 31 ได้กำหนดให้การพยายามกระทำความผิดฐานดังกล่าวต้องได้รับโทษเสมือนความผิดสำเร็จ¹⁰

ในขณะที่ความผิดอาญาชั้นลหุโทษกฎหมายไม่ลงโทษการพยายามกระทำความผิดในทุกกรณี เนื่องจากเป็นความผิดเพียงเล็กน้อยเท่านั้น

3.1.2 การลงโทษการพยายามทำให้แท้งลูก

การทำให้แท้งถูกกำหนดเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศส ค.ศ. 1810 (French Penal Code 1810) ซึ่งในขณะนั้นความผิดฐานทำให้แท้งลูกเป็นความผิดขั้นมัธยโทษ แต่กฎหมายก็กำหนดให้การพยายามทำให้แท้งลูกต้องได้รับโทษเสมือนความผิดสำเร็จ¹¹

ต่อมาในปี ค.ศ. 1975 มีการประกาศใช้รัฐบัญญัติ “เวย์” (Veil Law) ทำให้ประเทศฝรั่งเศสกลายเป็นหนึ่งในประเทศที่อนุญาตให้มีการทำแท้งเสรีภายใต้เงื่อนไขบางประการได้ กล่าวคือ

1. การทำแท้งต้องกระทำโดยแพทย์หรือพยาบาลผดุงครรภ์ ในโรงพยาบาลของรัฐหรือโรงพยาบาลเอกชนที่ขึ้นทะเบียนกับกระทรวงสาธารณสุข¹²

¹⁰ French Penal Code

Article 222 – 31 “Attempt to commit the misdemeanors set out under Articles 222 – 27 to 222 – 30 is punished by the same penalties.”.

¹¹ French Penal Code 1810

Article 317 “A person performing or attempting to perform an illegal abortion on a pregnant or supposedly pregnant woman, with or without her consent, is subject to one to five years’ imprisonment and payment of a fine of 1,800 – 100,000 French francs.”.

¹² Public Health Code

Article L2212 – 2 “The voluntary termination of a pregnancy can only be practiced by a doctor or, for the only cases where it is carried out medically, by a midwife.

It can only take place in a health facility, public or private, or under an agreement between the practitioner or a planning or family education center or a health center and such facility, in conditions laid down by decree in Council of State.”.

2. การทำแท้งต้องกระทำภายในระยะเวลา 12 สัปดาห์แรกของอายุครรภ์¹³

3. ในกรณีที่หญิงมีครรภ์เป็นผู้เยาว์ หญิงมีครรภ์ต้องพบบุคคลอื่นซึ่งบรรลุนิติภาวะมาด้วย¹⁴

4. หญิงมีครรภ์ที่มีความประสงค์จะทำแท้งต้องผ่านการปรึกษาจากแพทย์และนักสังคมสงเคราะห์ โดยการปรึกษาแพทย์เป็นไปเพื่อให้ทราบข้อมูล วิธีการ ความเสี่ยงของการทำแท้ง และหญิงต้องผ่านการสัมภาษณ์โดยนักสังคมสงเคราะห์ด้วย แต่ทั้งนี้ทั้งนั้นผลของการสัมภาษณ์ไม่มีผลบังคับให้หญิงต้องเปลี่ยนใจแต่อย่างใด¹⁵

ในปัจจุบันการทำแท้งโดยฝ่าฝืนต่อเงื่อนไขดังกล่าวก็ยังคงเป็นการกระทำที่มีโทษทางอาญา (Illegal Abortion) ซึ่งเป็นไปตามประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศสประกอบกับประมวลกฎหมายสาธารณสุขฝรั่งเศส (Public Health Code) โดยการกระทำที่เป็นความผิดฐานทำให้แท้งลูกตามกฎหมายอาญาฝรั่งเศสในปัจจุบันมีดังนี้

1. ความผิดฐานทำให้แท้งลูกโดยหญิงนั้นไม่ยินยอมมีโทษจำคุก 5 ปี และโทษปรับ¹⁶

¹³ Public Health Code

Article L2212 – 1 “A pregnant woman who does not want to continue a pregnancy can ask a doctor to terminate her pregnancy. This interruption can only be performed before the end of the twelfth week of pregnancy.”.

¹⁴ Public Health Code

Article L2212 – 7 “If the woman is a minor who is not emancipated, the consent of one of the holders of parental authority or, where applicable, of the legal representative is collected. This consent is attached to the request that it presents to the physician outside the presence of any other person...”.

¹⁵ Public Health Code

Article L2212 – 3 “The physician requested by a woman to terminate her pregnancy must, at the first visit, inform her of the medical and surgical methods of termination of pregnancy and the risks and potential side effects...”.

¹⁶ Public Health Code

2. ความผิดฐานทำให้หญิงอื่นแท้งลูก ซึ่งได้กระทำไปโดยมีพฤติการณ์อย่างใดอย่างหนึ่งดังต่อไปนี้ กล่าวคือ การทำแท้งภายหลังระยะเวลาที่กฎหมายกำหนด เว้นแต่จะมีเหตุผลในทางการแพทย์, การทำแท้งโดยบุคคลซึ่งไม่ใช่แพทย์, การทำแท้งในสถานที่ที่ไม่ใช่โรงพยาบาลของรัฐหรือโรงพยาบาลเอกชนที่ขึ้นทะเบียนกับกระทรวงสาธารณสุข มีโทษจำคุก 2 ปี และโทษปรับ¹⁷

เมื่อพิจารณาจากโทษของความผิดฐานทำให้แท้งลูกข้างต้นพบว่าความผิดฐานทำให้แท้งลูกเป็นความผิดขั้นมัธยโทษ โดยหลักกฎหมายอาญาฝรั่งเศสจะไม่ลงโทษในขั้นตอนของการพยายามกระทำความผิด เว้นแต่จะมีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นการเฉพาะให้ลงโทษการพยายามกระทำความผิดฐานนั้น ซึ่งประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศสและประมวลกฎหมายสาธารณสุขไม่ได้มีการบัญญัติให้ลงโทษการพยายามทำให้แท้งลูกโดยหญิงนั้นไม่ยินยอมแต่อย่างใด

Article L2222 – 1 “As stated in Article 223 – 10 of the Penal Code reproduced below:

“The termination of pregnancy without the consent of the person concerned is punished by five years’ imprisonment and a fine of 75,000 euros”.

¹⁷ **Public Health Code**

Article L2222 – 2 “The interruption of the pregnancy of another person is punished by two years of imprisonment and a fine of 30,000 euros when it is practiced, knowingly, in one of the following circumstances:

(1) After the expiry of the period in which it is authorized by law, unless it is practiced for a medical reason;

(2) By a person who does not have the status of doctor;

(3) In a place other than a public hospital or a private hospital which satisfies the conditions provided for by law, or outside the framework of an agreement concluded in accordance with the procedure laid down in Article L. 2212-2.

This offense is punishable by five years' imprisonment and a fine of 75,000 euros if the offender habitually practices it.

The attempt of the offenses provided for in this article is punishable by the same penalties.”.

อย่างไรก็ตามในความผิดฐานทำให้หญิงอื่นแท้งลูกตามตามประมวลกฎหมาย
 สาธารณสุขมาตรา L2222 – 2 กฎหมายกำหนดให้ลงโทษการพยายามกระทำความผิดเสมือน
 ความผิดสำเร็จด้วย

กล่าวโดยสรุปในปัจจุบันแม้ประเทศฝรั่งเศสจะเป็นหนึ่งในประเทศที่อนุญาตให้มี
 การทำแท้งเสรี โดยอยู่ภายใต้เงื่อนไขบางประการก็ตาม แต่แนวคิดดั้งเดิมเกี่ยวกับการลงโทษการ
 พยายามทำให้แท้งลูกเสมือนความผิดสำเร็จก็ยังคงอยู่

3.1.3 วิเคราะห์การลงโทษการลงโทษการพยายามทำให้แท้งลูก

เป็นที่น่าสังเกตว่าประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศสเองก็ไม่ได้ลงโทษการพยายาม
 กระทำความผิดในทุกฐานความผิด เนื่องจากประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศสแบ่งประเภทความผิด
 อาญาแบบไตรภาค (Tripartite Classification) อันเป็นการแบ่งความผิดอาญาออกเป็น 3 ประเภท
 ตามความร้ายแรงและโทษของความผิดฐานนั้น ประกอบไปด้วย ความผิดอาญาชั้นอุกฤษโทษ
 (Felony), ความผิดอาญาชั้นมัธยโทษ (Misdemeanour) และความผิดอาญาชั้นลหุโทษ (Petty
 Offence) แสดงให้เห็นว่านอกจากกฎหมายอาญาฝรั่งเศสจะอาศัย “เจตนา” ของผู้กระทำความผิด
 หลักเกณฑ์ในการกำหนดโทษของผู้กระทำแล้ว กฎหมายอาญาฝรั่งเศสยังอาศัย “ความเป็นอันตราย”
 ของการกระทำความผิดเป็นหลักเกณฑ์ในการกำหนดลำดับขั้นของความผิด อันจะมีผลในการกำหนดโทษ
 ของความผิดฐานนั้น ๆ ด้วย ซึ่งหลักเกณฑ์ดังกล่าวเป็นหลักเกณฑ์ของทฤษฎีการลงโทษในทางภาวะ
 วิสัย กล่าวคือ ความผิดอาญาชั้นอุกฤษโทษเป็นการกระทำที่ก่อให้เกิดอันตรายร้ายแรง เช่น ความผิด
 ฐานผู้อื่นตามมาตรา 221 – 1 ดังนั้นการพยายามกระทำความผิดที่อาจก่อให้เกิดอันตรายร้ายแรง
 ดังกล่าวก็สมควรถูกลงโทษเช่นกัน

ในขณะที่ความผิดอาญาชั้นมัธยโทษเป็นการกระทำที่ก่อให้เกิดอันตรายเช่นกัน
 แต่อาจไม่ก่อให้เกิดอันตรายมาก เช่น ความผิดฐานทำลักทรัพย์ตามมาตรา 311 – 3 การพยายามกระทำ
 ความผิดฐานดังกล่าวกฎหมายอาญาฝรั่งเศสไม่ลงโทษในขั้นตอนของการพยายามกระทำความผิด
 เนื่องจากกฎหมายมองว่าการกระทำดังกล่าวก่อให้เกิดอันตรายไม่มาก แต่หากการพยายามกระทำ
 ความผิดชั้นมัธยโทษฐานใดที่กฎหมายมองว่ามีความเป็นอันตราย กฎหมายอาจกำหนดไว้เป็นการ
 เฉพาะให้ลงโทษการพยายามกระทำความผิดฐานนั้นได้ เช่น การพยายามทำให้แท้งลูกตามประมวล
 กฎหมายสาธารณสุข

ในขณะที่การพยายามกระทำความผิดลหุโทษกฎหมายไม่ลงโทษเลย เพราะการ
 พยายามกระทำความผิดฐานดังกล่าวขาดความเป็นอันตรายในสายตาของกฎหมาย

ประเด็นที่น่านำมาวิเคราะห์เกี่ยวกับการลงโทษการพยายามทำให้แท้งลูกตามกฎหมายฝรั่งเศส คือ เหตุใดประเทศที่กำหนดให้มีการทำแท้งเสรีอย่างประเทศฝรั่งเศส กลับยังลงโทษการพยายามทำให้แท้งลูกซึ่งเป็นความผิดขั้นมัธยโทษ

ในความคิดเห็นของผู้เขียนเห็นว่า เนื่องจากประเทศฝรั่งเศสได้อนุญาตให้การทำแท้งอย่างเสรีเป็นอย่างมาก ผู้ที่ต้องการไปทำแท้งไปจำเป็นต้องมีเหตุผลความจำเป็นทางด้านสุขภาพหรือเศรษฐกิจก็สามารถไปทำได้ กฎหมายฝรั่งเศสเพียงแต่กำหนดเงื่อนไขบางประการซึ่งเป็นไปเพื่อความปลอดภัยของตัวหญิงมีครรภ์เอง ไม่ว่าจะเป็น การทำแท้งต้องทำโดยผู้ที่เป็้นแพทย์, การทำแท้งต้องกระทำในโรงพยาบาล และต้องมีการปรึกษาแพทย์และนักสังคมสงเคราะห์ก่อนมีการทำแท้งเสมอ นอกจากนั้นกฎหมายฝรั่งเศสถึงขั้นอนุญาตให้ผู้เยาว์สามารถทำแท้งได้โดยไม่จำเป็นต้องอาศัยความยินยอมจากผู้ปกครอง เพียงแต่พาผู้ที่บรรลุนิติภาวะมาด้วยก็เพียงพอแล้ว แสดงให้เห็นว่ากฎหมายอาญาฝรั่งเศสเปิดโอกาสให้หญิงมีครรภ์เข้าถึงโอกาสในการทำแท้งอย่างถูกกฎหมายสูง

อีกหนึ่งเงื่อนไขสำคัญในการทำแท้งตามกฎหมายฝรั่งเศส คือ การทำแท้งจะทำได้ต่อเมื่อทารกมีอายุครรภ์ไม่เกิน 12 สัปดาห์เท่านั้น เนื่องจากการทำแท้งภายหลังอายุครรภ์ 12 สัปดาห์อาจมีความเสี่ยงที่จะเกิดอันตรายต่อหญิงมีครรภ์ได้ อย่างไรก็ตามการทำแท้งภายหลังอายุครรภ์ 12 สัปดาห์ก็อาจมีได้ แต่เงื่อนไขในการทำแท้งก็จะเข้มงวดขึ้นมากและต้องมีเหตุจำเป็นในการทำแท้งด้วย

เมื่อกฎหมายทำให้การทำแท้งเป็นการกระทำที่ถูกกฎหมายเมื่อปฏิบัติตามเงื่อนไขแล้ว กฎหมายก็ควรควบคุมการทำแท้งที่ไม่ได้ปฏิบัติตามกฎหมายตามกฎหมายอย่างเคร่งครัดเช่นกัน เพราะการทำแท้งนอกเหนือไปจากเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด เช่น การทำแท้งโดยผู้ที่ไม่ใช่แพทย์ซึ่งไม่มีความรู้ความชำนาญ, การทำแท้งในสถานที่ที่ไม่ใช่โรงพยาบาล ทำให้ไม่มีเครื่องมือหรืออุปกรณ์ที่เพียงพอ หรือการทำแท้งภายหลังอายุครรภ์ 12 สัปดาห์ ล้วนเป็นการกระทำที่อาจก่อให้เกิดอันตรายทั้งสิ้น แม้จะเป็นเพียงขั้นตอนของการพยายามกระทำความผิดก็ตาม ดังนั้นการพยายามทำให้แท้งลูกจึงเป็นการกระทำที่สมควรถูกลงโทษ และเมื่อประกอบกับแนวคิดในการลงโทษการพยายามกระทำความผิดตามกฎหมายฝรั่งเศส การพยายามทำให้แท้งลูกจึงได้รับโทษเสมือนความผิดสำเร็จ

3.2 ประเทศเยอรมนี

ประเทศเยอรมนีเป็นประเทศที่ยึดถือแนวคิดในการลงโทษในทางภาวะวิสัย (Objective Theory) เป็นหลัก ส่งผลให้การลงโทษการพยายามกระทำความผิดตามกฎหมายอาญาเยอรมันจะเบากว่าการลงโทษกรณีความผิดสำเร็จ

โดยแนวคิดในการลงโทษการพยายามทำให้แท้งลูกตามกฎหมายอาญาเยอรมัน มีดังนี้

3.2.1 การลงโทษการพยายามกระทำความผิด

แต่เดิมประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน ค.ศ. 1871 ได้แบ่งความผิดอาญาออกเป็น 3 ประเภท คือ ความผิดอาญาร้ายแรง (Felony) ความผิดอาญาทั่วไป (Misdemeanour) และความผิดลหุโทษ (Contravention) อย่างไรก็ตามในเวลาต่อมาในปี ค.ศ. 1975 ประเทศเยอรมนีได้ยกเลิกความผิดอาญาประเภทความผิดลหุโทษ (Contravention) และได้บัญญัติ “กฎหมายว่าด้วยการกระทำที่ฝ่าฝืนระเบียบ” (Administrative Offences) ขึ้นมาใช้บังคับแทน แต่ความผิดตามกฎหมายดังกล่าว ก็ไม่ใช่ความผิดอาญาอีกต่อไป¹⁸

ในปัจจุบันประเทศเยอรมันแบ่งประเภทความผิดอาญาแบบทวิภาค (Bipartite Classification) กล่าวคือ แบ่งความผิดออกเป็น 2 ประเภทตามความร้ายแรงของความผิดและโทษประเภทแรก คือ ความผิดอาญาชั้นร้ายแรง (Felony) อันเป็นความผิดที่มีโทษจำคุกขั้นต่ำตั้งแต่หนึ่งปีขึ้นไป และประเภทที่สอง คือ ความผิดอาญาทั่วไป (Misdemeanour) อันเป็นความผิดที่มีโทษขั้นต่ำน้อยกว่าหนึ่งปีหรือโทษปรับ¹⁹

ประมวลกฎหมายอาญาเยอรมันกำหนดให้การพยายามกระทำความผิดชั้นร้ายแรงต้องได้รับโทษ ในขณะที่การพยายามกระทำความผิดอาญาทั่วไปต้องได้รับโทษต่อเมื่อมีกฎหมายกำหนดไว้โดยเฉพาะเท่านั้น

โทษสำหรับกรณีการพยายามกระทำความผิดตามกฎหมายอาญาเยอรมันนั้น กฎหมายกำหนดให้ลงโทษเบากว่าโทษที่กำหนดไว้ในกรณีความผิดสำเร็จสำหรับความผิดฐานนั้น ๆ

¹⁸ คณิต ณ นคร, กฎหมายอาญา ภาคทั่วไป. พิมพ์ครั้งที่ 6. (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2560), น. 167.

¹⁹ German Penal Code

Section 12 “(1) Felonies are unlawful acts punishable by a minimum sentence of one year’s imprisonment.

(2) Misdemeanors are unlawful acts punishable by a lesser minimum term of imprisonment or by a fine.

(3) Aggravations or mitigations provided for under the provisions of the General Part, or under especially serious or less serious cases in the Special Part, shall be irrelevant to this classification.”.

และโทษสำหรับการพยายามกระทำความผิดที่ไม่อาจบรรลุผลได้อย่างแน่แท้ ศาลจะใช้ดุลพินิจลงโทษผู้กระทำน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดหรือไม่ลงโทษเลยก็ได้

การพยายามกระทำความผิดที่ไม่อาจบรรลุผลได้อย่างแน่แท้ตามกฎหมายอาญาเยอรมัน กฎหมายได้แบ่งออกเป็น 2 กรณี ดังนี้

1. การพยายามกระทำความผิดที่เป็นไปไม่ได้อย่างแน่แท้ เพราะเหตุแห่งวัตถุที่มุ่งหมายกระทำต่อ อันเป็นการพยายามกระทำความผิดที่เมื่อพิจารณาจากลักษณะของการกระทำ (Handlung)²⁰ ความผิดสำเร็จไม่อาจเกิดขึ้นได้เลย

2. การพยายามกระทำความผิดที่เป็นไปไม่ได้อย่างแน่แท้ เพราะเหตุแห่งปัจจัยซึ่งใช้ในการกระทำความผิด อันเป็นการพยายามกระทำความผิดที่เมื่อพิจารณาจากเครื่องมือที่ผู้กระทำเลือกใช้ในการกระทำความผิดแล้ว ความผิดสำเร็จไม่อาจเกิดขึ้นได้เลย

โดยกฎหมายกำหนดให้ศาลใช้ดุลพินิจว่าจะลงโทษผู้กระทำน้อยลงหรือไม่ลงโทษผู้กระทำเลยก็ได้ตามความเหมาะสม²¹

อย่างไรก็ตามการพยายามกระทำความผิดที่ไม่อาจบรรลุผลได้อย่างแน่แท้ตามกฎหมายอาญาเยอรมันไม่ได้หมายความว่าความรวมถึงการกระทำโดยความมกมาย (irrealer Versuch) โดยกฎหมายอาญาเยอรมันอธิบายว่า การกระทำโดยความมกมายนั้น กฎหมายไม่พิจารณาว่าเป็นการ

²⁰ คณิต ญ นคร, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 18*, น. 336

²¹ **German Penal Code**

Section 23 “(1) Any attempt to commit a felony entails criminal liability, this applies to attempted misdemeanors only if expressly so provided by law.

(2) An attempt may be punished more leniently than the completed offence section.

(3) If the offender due to gross ignorance fails to realise that the attempt could under no circumstances have led to the completion of the offence due to the nature of its object or the means by which it was to be committed, the court may order a discharge, or mitigate the sentence as it sees fit.”.

พยายามกระทำความผิดตามกฎหมายเลย เนื่องจากการกระทำของผู้กระทำอยู่นอกเหนือความเข้าใจของวิญญูชนทั่วไป ส่งผลให้กฎหมายไม่ลงโทษการกระทำโดยความมกมาย²²

กฎหมายอาญาเยอรมันได้กำหนดหลักเกณฑ์ในการลดโทษไว้ในมาตรา 49 ซึ่งแบ่งออกเป็น 2 กรณี²³ ดังนี้

1. มาตรา 49 (1) เป็นกรณีที่ให้นำมาใช้เมื่อกฎหมายกำหนดให้ลงโทษผู้กระทำเบาว่าโทษที่กฎหมายกำหนด โดยให้ลดโทษที่ลงแก่ผู้กระทำลงตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในมาตรา 49 (1) ซึ่งการพยายามกระทำความผิดเป็นกรณีที่กฎหมายกำหนดให้ลงโทษผู้กระทำเบาว่าที่กฎหมายกำหนด ดังนั้นลดโทษกรณีการพยายามกระทำความผิดจึงต้องเป็นไปตามมาตรา 49 (1) เช่นกัน

2. เป็นกรณีที่กฎหมายกำหนดให้ศาลเป็นผู้ใช้ดุลพินิจในการลดโทษที่จะแก่ผู้กระทำความผิดได้ ศาลจะลงโทษผู้กระทำขั้นต่ำสุดตามที่กฎหมายกำหนดไว้ หรือศาลจะลงโทษปรับแทนโทษจำคุกก็ได้ การพยายามกระทำความผิดที่ไม่อาจบรรลุผลได้อย่างแน่แท้เป็นกรณีที่กฎหมายอนุญาตให้ศาลใช้ดุลพินิจในการลงโทษผู้กระทำน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดได้ การลดโทษการพยายามกระทำความผิดที่เป็นไม่ได้้อย่างแน่แท้จึงต้องเป็นไปตาม มาตรา 49 (2)

3.2.2 การลดโทษการพยายามทำให้แท้งลูก

ความผิดฐานทำให้แท้งลูกตามกฎหมายอาญาเยอรมันสามารถแบ่งออกได้เป็น 2 กรณี โดยอาศัยตัวผู้กระทำความผิดเป็นเกณฑ์²⁴ ดังนี้

²² Michael Bohlander, Principles of German Criminal Law, (North America: Hart Publishing) pp 145 – 146.

²³ **German Pena; Code**

Section 49 “(1) If the law requires or allows for mitigation under this provision, the following shall apply...

(2) If the court may in its discretion mitigate the sentence pursuant to a law which refers to this provision, it may reduce the sentence to the statutory minimum or impose a fine instead of imprisonment.”.

²⁴ **German Penal Code**

Section 218 “(1) Whosoever terminates a pregnancy shall be liable to imprisonment not exceeding three or a fine. Acts the effects of occur before the

1. กรณีผู้กระทำเป็นผู้อื่นซึ่งไม่ใช่ตัวหญิงมีครรภ์ ถ้าได้กระทำไปโดยความยินยอมของหญิงมีครรภ์ ผู้กระทำต้องได้รับโทษจำคุกไม่เกิน 3 ปีหรือปรับ แต่หากได้กระทำไปโดยหญิงมีครรภ์ไม่ยินยอมหรือทำให้หญิงมีครรภ์ได้รับบาดเจ็บสาหัสจะต้องได้รับโทษหนักขึ้น คือจำคุกตั้งแต่ 6 เดือน ถึง 5 ปี

2. กรณีผู้กระทำเป็นหญิงมีครรภ์เอง กฎหมายกำหนดให้ผู้กระทำต้องรับโทษจำคุกไม่เกิน 1 ปี หรือปรับ ปัญหาคือถ้าหญิงมีครรภ์ไม่ได้เป็นผู้กระทำให้ตนเองแท้งลูก แต่เป็นผู้ที่ให้ความยินยอมให้ผู้อื่นทำให้ตนแท้งลูก หญิงมีครรภ์จะมีความผิดกฎหมายด้วยหรือไม่

เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติในความผิดฐานทำให้แท้งลูกตามกฎหมายอาญาเยอรมันจะเห็นได้ว่า โทษที่กฎหมายกำหนดสำหรับความผิดฐานทำให้แท้งลูกไม่ว่าจะเป็นกรณีใดก็ตามไม่มีกรณีที่กฎหมายกำหนดโทษจำคุกขั้นต่ำเกิน 1 ปีเลย ดังนั้นความผิดฐานทำให้แท้งลูกตามกฎหมายอาญาเยอรมันจึงเป็นความผิดอาญาที่มีโทษจำคุกขั้นต่ำไม่เกิน 1 ปี เป็นความผิดอาญาประเภท ความผิดอาญาทั่วไป (Misdemeanour) ซึ่งเป็นประเภทความผิดที่โดยหลักกฎหมายจะไม่ลงโทษผู้กระทำในขั้นตอนของการพยายามกระทำความผิด ยกเว้นจะมีการบัญญัติไว้เป็นการเฉพาะให้ลงโทษกรณีพยายามกระทำความผิดด้วย

แม้ว่าความผิดฐานทำให้แท้งลูกจะเป็นความผิดอาญาทั่วไป ที่โดยหลักกฎหมายจะไม่ลงโทษในขั้นตอนของการพยายามกระทำความผิด แต่อย่างไรก็ตามเมื่อกฎหมายอาญาเยอรมันได้กำหนดให้มีการลงโทษการพยายามทำให้แท้งลูกไว้เป็นการเฉพาะ²⁵ ดังนั้นความผิดฐานทำให้แท้ง

conclusion of the nidation shall not be deemed to be an abortion within the meaning of this law.

(2) In especially serious cases the penalty shall be imprisonment from six months to five years. An especially serious case typically occurs if the offender

1. acts against the will of the pregnant woman; or
2. through gross negligence causes a risk of death or serious injury to the pregnant woman.

(3) If the act is committed by the pregnant woman the penalty shall be imprisonment not exceeding one year or a fine...”.

²⁵ German Penal Code

Section 218 (4) “The attempt shall be punishable...”

ลูกจึงมีการลงโทษการพยายามกระทำความผิดได้ โดยโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดคือไม่เกินสามในสี่ส่วนของโทษที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดฐานทำให้แท้งลูกซึ่งขึ้นอยู่กับแต่ละกรณี

นอกจากนั้นด้วยเหตุที่กฎหมายอาญาเยอรมันลงโทษการพยายามทำกระทำความผิดที่ไม่อาจบรรลุผลได้อย่างแน่แท้ แตกต่างออกไปจากการพยายามกระทำความผิดโดยทั่วไป ดังนั้นจึงมีความจำเป็นที่จะต้องวินิจฉัยเสียก่อนว่า การพยายามทำให้แท้งลูกในแต่ละกรณีเป็นการพยายามกระทำความผิดประเภทใด

โดยประมวลกฎหมายอาญาเยอรมันแบ่งออกเป็น 2 กรณี คือ การพยายามกระทำความผิดที่ไม่อาจบรรลุผลได้อย่างแน่แท้เพราะสภาพของวัตถุแห่งการกระทำความผิด และการพยายามกระทำความผิดที่ไม่อาจบรรลุผลได้อย่างแน่แท้เพราะวิธีที่ใช้ในการกระทำความผิด ซึ่งแยกพิจารณาได้เป็น 2 กรณี ดังนี้

1. กรณีการพยายามทำให้แท้งลูกที่ไม่อาจบรรลุผลได้อย่างแน่แท้เพราะเหตุแห่งวัตถุที่มุ่งหมายกระทำต่อ วัตถุแห่งการกระทำความผิดสำหรับความผิดฐานทำให้แท้งลูกคือ ทารกในครรภ์²⁶ ดังนั้น การกระทำต่อหญิงที่ไม่ได้ตั้งครรภ์หรือการที่หญิงทำให้ตนเองแท้งลูกโดยเข้าใจว่าตนตั้งครรภ์ จึงเป็นการพยายามทำให้แท้งลูกซึ่งไม่อาจบรรลุผลได้อย่างแน่แท้²⁷

2. กรณีพยายามทำให้แท้งลูกที่ไม่อาจบรรลุผลได้อย่างแน่แท้เพราะเหตุแห่งปัจจัยซึ่งใช้ในการกระทำความผิด วิธีที่ใช้ในการทำแท้งแท้งนั้นมีหลายวิธี กรณีจะเป็นการพยายามทำให้แท้งลูกที่เป็นไปไม่ได้ อย่างแน่แท้ต้องเป็นกรณีที่วิธีที่ใช้ในการทำแท้งไม่อาจบรรลุผลได้เลย เช่น การทำให้แท้งลูกอาจทำได้โดยใช้ยาที่ทำให้แท้งลูกได้ ถ้าผู้กระทำใช้ยาที่ไม่มีผลให้เกิดการแท้งลูก แต่ผู้กระทำเข้าใจว่าเป็นยาที่ทำให้แท้งลูกได้ การแท้งก็ไม่อาจเกิดขึ้นได้ เป็นต้น

แต่หากข้อเท็จจริงเปลี่ยนเป็นว่า ยาที่ใช้มีผลที่ทำให้แท้งลูกได้ แต่ผู้กระทำใช้ยานั้นในปริมาณที่ไม่มากพอที่จะก่อให้เกิดผลเป็นการแท้งลูกได้ กรณีดังกล่าวคงเป็นเพียงการพยายามทำให้แท้งลูกโดยทั่วไปเท่านั้น

การพยายามกระทำความผิดที่เป็นไปไม่ได้ อย่างแน่แท้ กฎหมายอาญาเยอรมันกำหนดให้ศาลจะลงโทษผู้กระทำน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้ก็ได้หรือจะไม่ลงโทษผู้กระทำเลยก็ได้

²⁶ คณิต ณ นคร, กฎหมายอาญา ภาคความผิด, พิมพ์ครั้งที่ 11, (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2559), น. 228.

²⁷ จิต ดิงศรัทีย, กฎหมายอาญาภาค 2 ตอน 2 และภาค 3, น. 259-260.

ซึ่งแตกต่างจากการพยายามกระทำความผิดโดยบังเอิญซึ่งกฎหมายกำหนดให้ลงโทษผู้กระทำน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดเช่นกัน แต่จะไม่ลงโทษเลยไม่ได้

นอกจากนั้นประมวลกฎหมายอาญาเยอรมันยังได้กำหนดให้กรณีหญิงมีครรภ์พยายามทำให้ตนเองแท้งลูกไม่มีความรับผิดทางอาญากรณีพยายามกระทำความผิดด้วย²⁸ เนื่องจากแม้ว่ากฎหมายอาญาเยอรมันจะมีการลงโทษหญิงที่ทำให้ตนเองแท้งลูกตามมาตรา 218 (4) ก็ตาม แต่กฎหมายอาญาเยอรมันยังคงยอมให้มีการทำแท้งได้เช่นกันหากเป็นกรณีตามมาตรา 218a²⁹ กล่าวคือ

1. หญิงมีครรภ์ที่มีความประสงค์จะทำแท้งต้องเข้ารับการปรึกษาอย่างน้อยขั้นต่ำเป็นเวลา 3 วันก่อนการทำแท้ง

2. การทำแท้งต้องกระทำโดยแพทย์ที่มีใบอนุญาต

3. ทารกต้องมียุครรภ์ไม่เกิน 12 สัปดาห์

นอกจากนั้นกฎหมายอาญาเยอรมันมีการแยกความรับผิดของหญิงมีครรภ์ในความผิดฐานทำให้แท้งลูกออกจากบุคคลอื่นอย่างชัดเจน และกำหนดโทษสำหรับความผิดฐานทำให้ตนเองแท้งลูกไว้ต่ำกว่า แสดงว่าแม้กฎหมายอาญาเยอรมันจะมีบทบัญญัติกฎหมายเพื่อคุ้มครองทารกในครรภ์มารดา แต่กฎหมายอาญาเยอรมันก็ยังคงให้การคุ้มครองหญิงมีครรภ์ด้วย โดยการเปิดช่องทางให้หญิงสามารถทำแท้งได้ในกรณีอายุครรภ์ไม่เกิน 12 สัปดาห์หรือหากการทำแท้งดังกล่าวได้กระทำลงโดยตัวหญิงมีครรภ์เอง แต่ยังเป็นเพียงขั้นตอนของการพยายามกระทำความผิด กฎหมายก็ยังคงไม่เอาโทษ ซึ่งแตกต่างจากการที่ผู้อื่นพยายามทำให้หญิงแท้งลูกที่กฎหมายลงโทษ แม้จะเป็นกรณีที่หญิงมีครรภ์ให้ความยินยอมก็ตาม

²⁸ German Penal Code

Section 218 (4) “...The pregnant woman shall not be liable for attempt.”.

²⁹ German Penal Code

Section 218a “(1) The offence under section 218 shall not be deemed fulfilled if

1. the pregnant woman requests the termination of the pregnancy and demonstrates to the physician by certificate pursuant to section 219 (2) 2nd sentence that she obtained counselling at least three days before the operation;

2. the termination of the pregnancy is performed by a physician; and

3. not more than twelve weeks have elapsed since conception...”

3.2.3 วิเคราะห์การลงโทษการพยายามทำให้แท้งลูก

ประเทศเยอรมนีเป็นประเทศที่มีแนวทางในการลงโทษการพยายามกระทำความผิดน้อยกว่าความผิดสำเร็จ เนื่องจากกฎหมายอาญาเยอรมันมีแนวคิดในการลงโทษการพยายามกระทำความผิดโดยอาศัยเหตุผลในการลงโทษในทางภาวะวิสัยเป็นหลัก เมื่อการพยายามกระทำความผิดมีความเป็นอันตรายน้อยกว่าความผิดสำเร็จ โทษสำหรับการพยายามกระทำความผิดจึงต้องน้อยกว่ากรณีความผิดสำเร็จเช่นกัน แม้จะเป็นการพยายามกระทำความผิดที่เป็นไปไม่ได้อย่างแน่แท้ซึ่งไม่อาจก่อให้เกิดอันตรายได้ กฎหมายอาญาเยอรมันก็ยังคงลงโทษการกระทำความผิดดังกล่าวเช่นกัน โดยเห็นว่าเพราะผู้กระทำมีเจตนากระทำการอันเป็นการละเมิดต่อกฎหมายแล้ว แสดงให้เห็นว่านอกจากทฤษฎีภาวะวิสัยแล้ว กฎหมายอาญาเยอรมันยังนำเอาทฤษฎีอัตตะวิสัยมาเป็นเหตุผลในการลงโทษการพยายามกระทำความผิดด้วย เพียงแต่ไม่ได้ใช้เป็นเหตุผลหลัก

กฎหมายอาญาเยอรมันมีการแบ่งประเภทของความผิดแบบทวิภาค (Bipartite Classification) เป็นการแบ่งประเภทความผิดออกเป็น 2 ประเภทตามความร้ายแรงของความผิดและโทษ กล่าวคือ ความผิดอาญาชั้นร้ายแรง (Felony) และความผิดอาญาทั่วไป (Misdemeanour) อันเป็นการนำเอาทฤษฎีภาวะวิสัยมาเป็นเกณฑ์ในกำหนดประเภทของความผิดและระดับโทษ โดยกำหนดให้ความผิดที่อาจก่อให้เกิดอันตรายร้ายแรงเมื่อบรรลุผลมีอัตราโทษสูง และถูกกำหนดเป็นความผิดอาญาชั้นร้ายแรง เช่น ความผิดฐานฆ่าผู้อื่น³⁰ ในขณะที่ความผิดที่อาจก่อให้เกิดอันตรายไม่ร้ายแรงมากนัก แต่ก็ยังคงเป็นการกระทำที่สมควรถูกห้ามปรามมีอัตราโทษต่ำลงมา และกำหนดให้เป็นความผิดอาญาทั่วไปเท่านั้น เช่น ความผิดฐานลักทรัพย์³¹ เป็นต้น

การลงโทษการพยายามกระทำความผิดตามกฎหมายอาญาเยอรมันก็เช่นเดียวกันกับกฎหมายอาญาฝรั่งเศส กล่าวคือ ความผิดอาญาชั้นร้ายแรง กฎหมายอาญาเยอรมันลงโทษการพยายามกระทำความผิดในทุกฐานความผิด ในขณะที่ความผิดอาญาทั่วไป โดยหลักกฎหมายอาญาเยอรมันไม่ลงโทษการพยายามกระทำความผิด เว้นแต่จะมีกฎหมายกำหนดไว้

³⁰ German Penal Code

Sections 211 “(1) Whosoever commits murder under the conditions of this provision shall be liable to imprisonment for life....”.

³¹ German Penal Code

Sections 242 “(1) Whosoever takes chattels belonging to another away from another with the intention of unlawfully appropriating them for himself or a third person shall be liable to imprisonment not exceeding five years or a fine.”.

โดยเฉพาะ ซึ่งความผิดฐานทำให้แท้งลูกก็เป็นหนึ่งในความผิดอาญาทั่วไปที่กฎหมายกำหนดให้การพยายามกระทำความผิดต้องได้รับโทษ

ความผิดฐานทำให้แท้งลูกตามกฎหมายอาญาเยอรมันมีอยู่ด้วยกันทั้งสิ้น 3 กรณี คือ ความผิดฐานทำให้ตนเองแท้งลูก ความผิดฐานทำให้หญิงอื่นแท้งลูกโดยหญิงนั้นยินยอม ความผิดฐานทำให้หญิงอื่นแท้งลูกโดยหญิงนั้นไม่ยินยอม ซึ่งกฎหมายอาญาเยอรมันลงโทษการพยายามทำให้แท้งลูกเฉพาะแต่ในความผิดฐานทำให้หญิงอื่นแท้งลูกเท่านั้น (ไม่ว่าหญิงจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม) ในขณะที่การพยายามทำให้ตนเองแท้งลูก กฎหมายอาญาเยอรมันไม่ลงโทษ

ผู้เขียนเห็นว่าสาเหตุที่กฎหมายอาญาลงโทษการพยายามทำให้แท้งลูกทั้ง ๆ ที่เป็นความผิดอาญาทั่วไปเนื่องมาจากการทำแท้งเป็นการกระทำที่มีความเป็นอันตราย แม้ว่าจะเป็นการทำแท้งไม่สำเร็จก็ตาม เนื่องจากผลจากการทำแท้งอาจส่งผลกระทบต่อทารกที่คลอดออกมาได้ เช่น ทารกอาจมีความผิดปกติทางร่างกาย เป็นต้น

ในขณะที่หากเป็นการกระทำโดยหญิงมีครรภ์เอง แม้จะเป็นการกระทำที่กฎหมายห้าม แต่เมื่อพิจารณาแล้วจะพบว่าการที่หญิงมีครรภ์จะลงมือทำให้ตนเองแท้งลูก ต้องมีสาเหตุมาจากความจำเป็นบางอย่าง แม้จะเป็นการทำลายชีวิตของทารกในครรภ์ แต่ก็เป็นการกระทำที่รวมการทำร้ายร่างกายตนเองอยู่ในตัวด้วย คงไม่มีผู้ใดที่ต้องการทำให้ตนเองเจ็บตัว ในเมื่อผลแห่งการกระทำไม่เกิด จึงไม่มีความจำเป็นที่จะต้องลงโทษซ้ำเติมหญิงแต่ประการใด

กรณีจะแตกต่างจากผู้กระทำที่ไม่ใช่หญิงมีครรภ์ที่ไม่มีความจำเป็นแต่ประการใดที่จะทำให้หญิงแท้งลูก แม้จะเป็นคำร้องขอของหญิงมีครรภ์ก็ตาม และหากเป็นการกระทำโดยหญิงไม่ให้ความยินยอมยิ่งไม่มีความจำเป็นที่จะต้องไม่ลงโทษผู้กระทำแต่อย่างใด

กล่าวโดยสรุปผู้เขียนเห็นว่าสาเหตุที่กฎหมายอาญาเยอรมันลงโทษการพยายามทำให้แท้งลูก เพราะเป็นการกระทำที่มีความเป็นอันตราย แต่เมื่อพิจารณาในแง่ผู้กระทำแล้ว หญิงมีครรภ์มีความจำเป็นในการกระทำความผิดฐานนี้มากกว่าผู้อื่น เมื่อการกระทำไม่บรรลุผล กฎหมายจึงไม่มีความจำเป็นต้องลงโทษผู้กระทำที่เป็นหญิงมีครรภ์

3.3 ประเทศเกาหลีใต้

ประเทศเกาหลีใต้เป็นประเทศที่มีแนวคิดในการลงโทษการพยายามกระทำความผิด แต่กฎหมายอาญาเกาหลีใต้ไม่ลงโทษการพยายามทำให้แท้งลูก โดยมีประเด็นที่น่าสนใจ ดังนี้

3.3.1 การลงโทษการพยายามกระทำความผิด

การพยายามกระทำความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาเกาหลีได้มี 3 ประเภท³²
ดังนี้

1. การพยายามกระทำความผิดโดยบังเอิญ กล่าวคือ เป็นกรณีที่ผู้กระทำไม่ได้
สมัครใจให้การกระทำของตนไม่บรรลุผล แต่การไม่บรรลุผลมาจากเหตุปัจจัยภายนอก

2. การพยายามกระทำความผิดที่ไม่อาจบรรลุผลได้อย่างแน่แท้ กล่าวคือ เป็น
กรณีที่การกระทำความผิดไม่อาจบรรลุผลได้อย่างเด็ดขาด เพราะเหตุแห่งปัจจัยที่ใช้ในการกระทำ
ความผิด หรือเพราะเหตุแห่งวัตถุที่มุ่งหมายกระทำต่อ กรณีดังกล่าวศาลจะลงโทษผู้กระทำต่อเมื่อการ
กระทำนั้นยังมีความเป็นอันตรายอยู่ โดยโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำอาจน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดหรือ
ศาลอาจยกเว้นโทษให้แก่ผู้กระทำก็ได้

3. การถอนตัวจากการพยายามกระทำความผิด กล่าวคือ เป็นกรณีที่ผู้กระทำ
สมัครใจยุติการกระทำของตนหรือสมัครใจป้องกันผลที่อาจเกิดจากการกระทำของตน กฎหมายกำหนดให้
ศาลลงโทษผู้กระทำน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดหรือจะยกเว้นให้แก่ผู้กระทำก็ได้

กฎหมายกำหนดให้อาจลงโทษการพยายามกระทำความผิดน้อยกว่าความผิด
สำเร็จได้³³ กล่าวคือ การลงโทษการพยายามกระทำความผิดอาจลงโทษเสมือนความผิดสำเร็จได้
เช่นกัน

³² Korea Legislation Research Institute, Introduction to Korean Law, (Heidelberg: Springer, 2013) p. 161.

³³ Republic of Korea Criminal Code

Article 225 “(1) When an intended crime is not completed or if the intended result does not occur, it shall be punishable as an attempt crime.

(2) The punishment for attempted crime may be mitigated than that of consummated crime.”.

นอกจากนั้นประมวลกฎหมายอาญาเกาหลีใต้ไม่ได้ลงโทษการพยายามกระทำความผิดในทุกฐานความผิด แต่จะลงโทษเฉพาะความผิดที่มีการกำหนดไว้เป็นการเฉพาะให้มีการลงโทษในขั้นตอนของการพยายามกระทำความผิดเท่านั้น³⁴³⁵

3.3.2 การลงโทษการพยายามทำให้แท้งลูก

ประเทศเกาหลีใต้อนุญาตให้มีการทำแท้งเพียงไม่กี่กรณีเท่านั้น ได้แก่ เพราะสุขภาพของหญิงนั้น, การตั้งครรภ์จากการข่มขืน, การตั้งครรภ์เพราะเกิดจากการแต่งงานในเครือญาติ³⁶ ประเทศเกาหลีใต้ไม่ได้อนุญาตการทำแท้งเพราะเหตุผลทางเศรษฐกิจ

ความผิดฐานทำให้แท้งประมวลกฎหมายอาญาเกาหลีใต้ประกอบไปด้วยความผิดฐานทำให้ตนเองแท้งลูก, ความผิดฐานทำให้ผู้อื่นแท้งลูกโดยหญิงนั้นยินยอม, ความผิดฐานทำให้แท้งลูกโดยหญิงนั้นไม่ยินยอม และความผิดฐานทำให้แท้งลูกโดยหญิงนั้นยินยอมที่กระทำโดยผู้เป็นแพทย์

³⁴ Republic of Korea Criminal Code

Article 229 “The punishment for attempted crimes shall be specifically provided in each Article concerned.”.

³⁵ Korea Legislation Research Institute, *supra* note 26, p. 161.

³⁶ Mother and Child Care Act 1973

Article 14 “(1) The doctor may conduct an induced abortion operation with the consent of the woman herself and her spouse only in the following cases:

1. Where she or her spouse suffers from any eugenic or genetic mental handicap or physical disease as prescribed by the Presidential Decree;
2. Where she or her spouse suffers from any infectious disease as prescribed by the Presidential Decree;
3. Where she is impregnated by a rape or quasi-rape;
4. Where the pregnancy is taken place between blood relatives or matrimonial relatives who are unable to marry legally; and
5. Where the maintenance of the pregnancy injures or might injure the health of the mother’s body for the health or medical reason.”.

แม้ประเทศเกาหลีใต้จะเป็นประเทศที่มีลงโทษความผิดฐานทำให้แท้งในหลายแต่กรณี แต่อย่างไรก็ตามประมวลกฎหมายอาญาเกาหลีใต้ไม่มีการบัญญัติให้ลงโทษการพยายามทำให้แท้งลูกแม้สักกรณีเดียว

3.3.3 วิเคราะห์การลงโทษการพยายามทำให้แท้งลูก

ประเทศเกาหลีใต้เป็นประเทศที่มีแนวคิดในการลงโทษความผิดฐานทำให้แท้งลูกที่แตกต่างไปจากประเทศอื่น กล่าวคือ มีการเพิ่มโทษผู้กระทำที่เป็นแพทย์ที่ทำให้หญิงแท้งลูก โดยหญิงนั้นยินยอม หากได้กระทำไปโดยไม่ได้รับอนุญาตตามกฎหมายด้วย สาเหตุที่กฎหมายอาญาเกาหลีใต้ลงโทษแพทย์ที่ทำให้หญิงแท้งลูก เนื่องมาจากวัตถุประสงค์ที่ต้องการปราบปรามการทำแท้งเถื่อนให้หมดไป³⁷

สาเหตุหนึ่งที่ประเทศเกาหลีใต้เคร่งครัดเรื่องกฎหมายทำแท้ง เพราะประเทศเกาหลีใต้เป็นหนึ่งในประเทศที่ประสบปัญหาเรื่อง “การทำแท้งจากการคัดเลือกในทางเพศ” (Sex-Selective Abortion) เนื่องมาจากวัฒนธรรมที่นิยมเพศชาย (Cultural: Male Favouritism) ประเทศเกาหลีใต้ผู้ชายมักเป็นผู้ได้รับมรดกของบิดาผู้เป็นหัวหน้าครอบครัวเสมอ ประกอบกับในอดีตกฎหมายแพ่งเกาหลีกำหนดให้ทุกครอบครัวต้องมีหัวหน้าครอบครัวซึ่งหัวหน้าครอบครัวมักเป็นผู้ชายที่มีอายุมากที่สุดในการครอบครัวยุคก่อนหน้านั้น หัวหน้าครอบครัวจะเป็นเสมือนตัวแทนของครอบครัวแทนสมาชิกคนอื่น ๆ ทำให้หัวหน้าครอบครัวมีอำนาจมากในครอบครัว³⁸ ทำให้คนเกาหลีต้องการที่จะมีบุตรชายมากกว่าบุตรสาว ดังนั้นเมื่อเกิดการตั้งครรภ์และมีการตรวจพบว่าทารกในครรภ์เป็นเพศหญิง จึงเป็นอีกหนึ่งสาเหตุหลักที่ทำให้หญิงมีครรภ์เลือกที่จะทำแท้ง ส่งผลให้อัตราส่วนระหว่างเพศชายต่อเพศหญิงในประเทศเกาหลีใต้มีความแตกต่างกันมาก แม้ว่าในปัจจุบันกฎหมายฉบับดังกล่าวจะไม่ได้บังคับใช้แล้ว แต่แนวคิดที่ต้องการบุตรที่เป็นชายก็ยังคงมีอยู่ในสังคมเกาหลีใต้

ประเทศเกาหลีใต้เป็นอีกหนึ่งประเทศที่ไม่ได้ลงโทษการพยายามกระทำความผิดในทุกฐานความผิด แต่จะลงโทษเฉพาะในความผิดที่มีการกำหนดไว้เป็นการเฉพาะเท่านั้น ซึ่งเป็นที่น่าสังเกตว่าแม้ประเทศเกาหลีใต้จะมีกฎหมายทำแท้งที่เคร่งครัดแต่กฎหมายอาญาเกาหลีใต้ไม่มีการ

³⁷ Woong Kyu Sung, “Abortion in South Korea: The Law and the Reality,” *International Journal of Law, Policy and the Family*, Volume 26, p.278-305 (December 2012).

³⁸ *Ibid.*, p.278-305.

ลงโทษการพยายามทำให้แท้งลูกในทุกกรณี แม้จะเป็นการกระทำโดยฝ่าฝืนความยินยอมของหญิงมีครรภ์ หรือการกระทำนั้นจะทำให้หญิงมีครรภ์ได้รับบาดเจ็บสาหัสหรือถึงแก่ความตายก็ตาม

เมื่อพิจารณาจากโทษของความผิดฐานทำให้แท้งลูกจะพบว่าความผิดฐานทำให้ลูกเป็นความผิดที่มีโทษเบามาก ในความผิดฐานทำให้ตนเองแท้งลูกและความผิดฐานทำให้หญิงอื่นแท้งลูกโดยหญิงนั้นยินยอม ซึ่งต้องระวางโทษเช่นเดียวกัน มีโทษจำคุกไม่เกิน 1 ปีหรือปรับ อันมีโทษเทียบเท่าความผิดฐานหมิ่นประมาทในที่สาธารณะตามมาตรา 311³⁹ ที่ไม่มีการพยายามกระทำความผิดเช่นกัน

ในขณะที่ความผิดฐานทำให้หญิงอื่นแท้งลูก โดยหญิงนั้นไม่ยินยอม มีโทษจำคุกไม่เกิน 2 ปีเท่านั้น อันมีโทษเทียบเท่าความผิดฐานทำลายศพตามมาตรา 159⁴⁰ ซึ่งไม่มีการพยายามกระทำความผิดเช่นกัน

ความผิดทั้งสองฐานที่ยกมาเปรียบเทียบจะเห็นได้ว่าเป็นความผิดที่มีความเป็นอันตรายน้อย แม้จะเป็นความผิดสำเร็จก็ก่อให้เกิดความเสียหายไม่มาก โทษสำหรับการกระทำความผิดฐานดังกล่าวเลยน้อยตามไปด้วย

เปรียบเทียบกับความผิดฐานลักทรัพย์ตามมาตรา 329⁴¹ ซึ่งเป็นความผิดที่โทษจำคุกไม่เกิน 6 ปีหรือปรับ และความผิดฐานฆ่าผู้อื่นตามมาตรา 250⁴² ซึ่งมีโทษประหารชีวิต หรือ

³⁹ Republic of Korea Penal Code

Article 311 “A person who publicly insults another shall be punished by imprisonment or imprisonment without prison labor for not more than one year...”.

⁴⁰ Republic of Korea Penal Code

Article 159 “A person who defiles a corpse, remains, or the hair of the dead, shall be punished by imprisonment for not more than two years...”.

⁴¹ Republic of Korea Penal Code

Article 329 “A person who steals another’s property shall be punished by imprisonment for not more than six years...”

Article 342 “A person who attempt to commit any crimes of Article 329 through 341 shall be punished.”⁰

⁴² Republic of Korea Penal Code

จำคุกตลอดชีวิต หรือจำคุกไม่เกิน 5 ปี ความผิดทั้งสองฐานล้วนเป็นความผิดที่มีโทษสูง แสดงว่ากฎหมายอาญาเกาหลีมองว่าเป็นการกระทำที่มีความเป็นอันตราย ก่อให้เกิดความเสียหายมาก ซึ่งความผิดเหล่านี้ล้วนเป็นความผิดที่มีโทษฐานพยายามกระทำความผิดทั้งสิ้น

เมื่อพิจารณาแล้วพบว่า กฎหมายอาญาเกาหลีมองว่าการทำแท้งเป็นการกระทำที่สมควรถูกห้ามปราม แต่ก็ไม่ใช้การกระทำที่เป็นก่อให้เกิดอันตรายมากมายแต่อย่างใด เนื่องจากเป็นเพียงการทำลายทารกในครรภ์มารดา ซึ่งยังไม่มีสภาพความเป็นมนุษย์ ไม่มีความจำเป็นต้องกำหนดบทลงโทษที่สูงในความผิดฐานดังกล่าว ส่งผลให้การพยายามกระทำความผิดฐานดังกล่าวกฎหมายมองว่าไม่มีความจำเป็นต้องลงโทษไปด้วยนั่นเอง

กล่าวโดยสรุปกฎหมายอาญาเกาหลีไม่ได้ “ยกเว้นโทษ” ให้กับการพยายามทำให้แท้งลูก แต่กฎหมายอาญาเกาหลีไม่ได้กำหนดให้การพยายามทำให้แท้งลูกเป็นการกระทำที่เป็นความผิดตั้งแต่แรกแล้ว จึงไม่อาจลงโทษผู้กระทำ อันเป็นไปตามหลัก “ไม่มีความผิด ไม่มีโทษ โดยไม่มีกฎหมาย” (*nullum crimen sine lege*)

Article 250 “(1) A person who kills another shall be punished by death, or imprisonment for life or for at least five years.”

Article 254 “Attempts to commit the crimes in the proceeding four Articles shall be punished.”.

บทที่ 4

การลงโทษการพยายามทำให้แท้งลูกตามกฎหมายไทย

การพยายามทำให้แท้งลูกตามกฎหมายอาญาไทยตั้งแต่กฎหมายลักษณะอาญาจนถึงประมวลกฎหมายอาญาฉบับปัจจุบัน กฎหมายไม่เคยลงโทษผู้กระทำความผิดเป็นกรณีที่มีเหตุอันสมควร พยายามทำให้ตนแท้งลูก หรือกรณีที่ผู้อื่นพยายามทำให้หญิงแท้งลูก โดยหญิงนั้นยินยอม และหญิงมีครรภ์ไม่ได้รับบาดเจ็บสาหัสหรือถึงแก่ความตาย ซึ่งเป็นความผิดเดียวนอกจากความผิดหุโทษที่กฎหมายไม่ลงโทษกรณีพยายามกระทำความผิด

อย่างไรก็ตามกฎหมายอาญาไทยไม่ปรากฏเหตุผลในทางตำราที่แน่ชัดถึงสาเหตุที่ไม่ลงโทษการพยายามทำให้แท้งลูก ทั้ง ๆ ที่ในความผิดฐานอื่นกฎหมายก็ลงโทษกรณีพยายามกระทำความผิดตามปกติ ดังนั้นในบทนี้จะเป็นการศึกษาถึงแนวคิดของการไม่ลงโทษการพยายามกระทำความผิดฐานทำให้แท้งลูก โดยจะศึกษาตั้งแต่แนวคิดในการลงโทษการพยายามกระทำความผิด ว่ามีเหตุผลในการลงโทษการพยายามกระทำความผิดอย่างไร ความผิดฐานทำให้แท้งลูกมีขอบเขตในการกระทำความผิดอย่างไร ต้องกระทำการถึงขั้นไหนจึงจะเรียกว่าเป็นการลงมือกระทำความผิด เหตุผลของการไม่ลงโทษการพยายามทำให้แท้งลูก ตลอดจนปัญหาในทางทฤษฎีและในทางปฏิบัติของการไม่ลงโทษการพยายามทำให้แท้งลูก

4.1 ความผิดฐานทำให้แท้งลูกตามกฎหมายไทย

ความผิดฐานทำให้แท้งลูกเป็นความผิดที่อยู่คู่กับสังคมไทยมาเป็นเวลานานและมีการเปลี่ยนแปลงบ้างไปตามยุคสมัย โดยมีประเด็นที่น่าสนใจ ดังนี้

4.1.1 วิวัฒนาการของความผิดฐานทำให้แท้งลูกในประเทศไทย

ก่อนมีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายอาญาในฉบับในปัจจุบันเคยมีการบังคับใช้กฎหมายอาญามาหลายฉบับ ซึ่งแต่ละฉบับก็มีเนื้อหาเปลี่ยนแปลงไปตามสังคมในยุคสมัย การกระทำบางอย่างที่เคยเป็นความผิดในอดีตอาจไม่เป็นความผิดในปัจจุบัน หรือการกระทำบางอย่างที่เป็นความผิดในปัจจุบันอาจไม่เป็นความผิดในอดีตก็ได้ นอกจากนั้นโทษที่บังคับเอาแก่ผู้กระทำความผิดก็เปลี่ยนแปลงไปเช่นกัน อาจกล่าวได้ว่ากฎหมายอาญาก็มีการวิวัฒนาการ มีการเปลี่ยนแปลงไปตามยุคสมัยโดยขึ้นอยู่กับบริบททางสังคมไทย

ความผิดฐานทำให้แท้งลูกก็เป็นความผิดฐานหนึ่งที่วิวัฒนาการอย่างมากในประเทศไทย ในสมัยกรุงรัตนโกสินทร์ตอนต้น ประเทศไทยใช้กฎหมายตราสามดวง ซึ่งเป็นกฎหมายที่

รวบรวมมาจากกฎหมายเก่าที่ใช้ในสมัยกรุงศรีอยุธยา ในเรื่องของการทำให้แท้งลูกนั้น กรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์ ได้ทรงอธิบายไว้ในลักษณะบุคคล ในคำบรรยาย¹ ดังนี้

ในเรื่องฆ่าเด็กในครรภ์มารดาตาย มีกฎหมายอยู่ในลักษณะเบ็ดเสร็จ 2 บท

มาตรา 145 บัญญัติว่า “ผู้ใดให้ยาแก่ท่านกิน ลูกในท้องตาย ให้เอาตัวแม่มันพึ่งหนึ่งตั้งไหมทิวคุณเปนสินไหมกึ่งพินัยกึ่ง แล้วให้ทวน 60 ทีเอาขึ้นขาอย่างประจានแล้วจำไว้ณะคูก ถ้าตายทั้งแม่ทั้งลูก ให้มันตายตกไปตามกัน”²

มาตรา 150 บัญญัติว่า “ผู้วิวาทกับหญิงมีครรภ์ ตีฟันแทงหญิงมีครรภ์ลูกในท้องตาย แม่มีบาดเจ็บ ให้ไหมผู้ตีฟันแทงโดยขนาด ถ้าตายทั้งแม่ทั้งลูกให้ฆ่าผู้ตีฟันแทงให้ตกไปตามกัน”³

กรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์มีความเห็นว่าบทกฎหมายมาตรา 145 และมาตรา 150 ในกฎหมายตราสามดวงไม่ใช่บทบัญญัติเรื่องทำให้แท้งลูกโดยตรง แต่ก็มีสาระสะท้อนให้เห็นว่ากฎหมายตราสามดวงคุ้มครองลูกในครรภ์ซึ่งยังไม่ได้เกิดมาบ้างในบางกรณี แต่บทบัญญัติทั้ง 2 มาตราที่ใช้เฉพาะในกรณีที่หญิงมีครรภ์ไม่ยินยอมให้กระทำเท่านั้น นอกจากนั้นยังไม่ปรากฏบทบัญญัติที่ลงโทษหญิงมีครรภ์ที่ทำให้ตัวเองแท้งลูกด้วย

จากบทบัญญัติทั้ง 2 มาตราข้างต้นจึงอาจพอสรุปได้ว่าในยุคสมัยที่กฎหมายตราสามดวงบังคับใช้กฎหมายจะคุ้มครองสิทธิของทารกในครรภ์มารดา ก็ต่อเมื่อมารดาไม่ได้ให้ยินยอมในการกระทำนั้นด้วยเท่านั้น และกฎหมายไม่ได้ยอมรับว่าทารกในครรภ์มารดาเป็น “บุคคล” ตามกฎหมาย การทำให้ทารกในครรภ์มารดาตายไม่ว่าด้วยวิธีการใดก็ไม่เป็นความผิดฐานฆ่าผู้อื่น จึงจำเป็นต้องบัญญัติความผิดอื่นขึ้นมาเป็นอีกฐานความผิดหนึ่งต่างหาก

¹ “คำบรรยายของพระเจ้าฟ้าง้าว กรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์”, พระนคร: กรุงเทพฯบรรณาการ, 2468, น. 14-18 อ้างถึงใน พิชัยศักดิ์ หยางกูร, “กฎหมายเกี่ยวกับการทำแท้ง” ใน ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการลักลอบทำแท้งในประเทศไทย, จัดทำโดย สุพร เกิดสว่าง, พิมพ์ครั้งที่ 1, (กรุงเทพฯ: ธีระการพิมพ์, 2523), น. 15.

² กฎหมายตราสามดวง ฉบับราชบัณฑิตยสถาน เล่ม 2 (กรุงเทพมหานคร: ราชบัณฑิตยสถาน, 2550), น. 514.

³ เพิ่งอ้าง.

ความผิดฐานทำแท้งเริ่มมีการบังคับใช้ในไทย เมื่อมีการประกาศใช้กฎหมายอาญาสมัยใหม่ของไทยฉบับแรก คือ กฎหมายลักษณะอาญา รตนโกสินทรศก 127⁴ ซึ่งได้บัญญัติให้การทำแท้งตนเองหรือผู้อื่นแก่ลูกเป็นความผิด อยู่ในหมวด 3 โดยเรียกว่า “ความผิดฐานรีดลูก”

มาตรา 260 บัญญัติว่า “หญิงใดรีดลูกให้แท้งก็ดี มัณยอมให้คนอื่นรีดลูกให้แท้งก็ดี ท่านว่ามามีความผิดต้องรวางโทษานุโทษเป็นสามฐาน คือฐานหนึ่งให้จำคุกไม่เกินกว่าสามปี ฐานหนึ่งให้ปรับไม่เกินกว่าร้อยบาท ฐานหนึ่งให้ลงโทษทั้งจำทั้งปรับเช่นว่ามาแล้วด้วยกัน”

มาตรา 261 บัญญัติว่า “ผู้ใดรีดลูกเขาให้แท้ง แม้ว่าหญิงยอมให้มันรีดก็ดี ท่านว่ามามีความผิด ต้องรวางโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งเดือนขึ้นไปจนถึงสามปี แลให้ปรับตั้งแต่ยี่สิบบาทขึ้นไปจนถึงห้าร้อยบาทด้วยอีกโสดหนึ่ง”

มาตรา 262 บัญญัติว่า “ถ้าผู้กระทำความผิด เช่นว่ามาในมาตรา 261 เป็นแพทย์หรือเป็นแพทย์ผดุงครรภ์ก็ดี หรือเป็นทำโดยเห็นแก่สินจ้างรางวัลก็ดี ท่านให้ลงโทษมันตามที่บัญญัติไว้สำหรับความผิดเช่นนั้น ทวิขึ้นอีกหนึ่งในสามส่วน”

มาตรา 264 บัญญัติว่า “ผู้ใดรู้ยู่่ว่าหญิงมีครรภ์ แลหญิงมิได้อนุญาตให้มันรีดลูก ถ้าแลมันกระทำความร้ายด้วยกำลังกาย หรือด้วยประการหนึ่งประการใด ให้หญิงนั้นแท้งลูกใช้ ท่านว่ามามีความผิด ต้องรวางโทษฐานประทุษร้ายแก่ร่างกายถึงสาหัส ดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 256 และมาตรา 257 นั้น”

มาตรา 265 บัญญัติว่า “ผู้ใดพยายามจะกระทำความผิดอย่างใดใดที่ท่านบัญญัติไว้ในมาตรา 260 และมาตรา 261 นั้น ท่านว่าเปนการไม่สำคัญ อย่าให้เอาโทษแก่มันเลย”

กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ไม่ได้ใช้คำว่า “ทำให้แท้งลูก” แต่ใช้คำว่า “รีดลูกให้แท้ง” โดยศาสตราจารย์ ดร. หยุต แสงอุทัย ได้อธิบายว่า “เป็นการกระทำที่เด็กในครรภ์ของหญิงออกมาจากครรภ์ในลักษณะที่เป็นสิ่งไม่มีชีวิต นับตั้งแต่เด็กเริ่มปฏิสนธิจนถึงก่อนคลอด การเอาเด็กออกมาต้องถือว่าเป็นการรีดลูก”⁵

ดังนั้นลักษณะของการกระทำจึงไม่จำเป็นต้องเป็นการ “รีด” จริง ๆ แต่เพียง “กระทำการใด ๆ ให้เด็กในครรภ์คลอดออกมาในลักษณะไม่มีชีวิต” ก็เพียงพอแล้ว แม้โดยลักษณะ

⁴ สุวัฒน์ จัทรจำนง, การทำแท้งกับปัญหาทางการแพทย์และสังคม, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพฯ: ห.จ.ก. รุ่งเรืองการพิมพ์, 2525), น. 46.

⁵ หยุต แสงอุทัย, คำอธิบายกฎหมายลักษณะอาญา, พิมพ์ครั้งที่ 5, (กรุงเทพฯ: แพรวพิทยา, 2497), น. 1015.

แห่งการกระทำจะไม่ใช้การรื้อก็ตาม เช่น อาจเป็นการให้กินยา นอกจากนั้นเคยมีการเสนอจะให้จากคำว่า “รื้อลูก” มาเป็น “ทำให้แท้งลูก” ตอนมีการแก้ไขประมวลกฎหมายอาญาด้วยเหตุผลว่าภาษาอังกฤษนั้นใช้คำว่า “Miscarry” ซึ่งมีความหมายว่า “ทำให้แท้งลูก” แต่ก็ยังคงใช้คำเดิมอยู่ เพราะที่ประชุมเห็นว่าคำว่า “รื้อลูก” คนเข้าใจกันแล้ว ว่าเป็นการทำให้แท้ง แม้ไม่ได้ทำโดยวิธีรื้อก็ตาม⁶

4.1.2 ความผิดฐานทำให้แท้งลูกตามประมวลกฎหมายอาญา

บทบัญญัติที่เกี่ยวกับความผิดฐานทำให้แท้งลูกตามประมวลกฎหมายอาญาไทยในปัจจุบันมีด้วยกันทั้งสิ้นห้ามาตรา แบ่งเป็นบทบัญญัติที่กำหนดความผิดสามมาตรา บทบัญญัติที่เป็นการยกเว้นโทษ และบทบัญญัติที่เป็นกรยกเว้นความผิด อย่างละหนึ่งมาตรา โดยในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะกล่าวถึงเฉพาะบทบัญญัติที่กำหนดความผิด และบทบัญญัติที่เป็นกรยกเว้นโทษเท่านั้น

บทบัญญัติที่กำหนดความผิดมีทั้งสิ้น 3 มาตรา โดยมีใจความสำคัญ ดังนี้

4.1.2.1 ความผิดฐานทำให้แท้งลูกตามมาตรา 301

บทบัญญัติตามมาตรา 301⁷ เป็นบทกำหนดความผิดแก่หญิงมีครรภ์ที่ทำให้ตนเองแท้งลูก หรือยอมให้ผู้อื่นทำให้ตนเองแท้งลูก โดยเรียกความผิดฐานนี้ว่า ความผิดฐานทำให้ตนเองแท้งลูกหรือยอมให้ผู้อื่นทำให้ตนเองแท้งลูก

ความผิดตามมาตรา 301 สามารถแบ่งได้เป็น 2 ลักษณะ คือ หญิงทำต่อตนเอง และหญิงยอมให้ผู้อื่นกระทำ โดยความยินยอมของหญิงต้องเกิดขึ้นโดยสมัครใจไม่ได้เกิดจากการขู่เข็ญ ช่มชู้ หรือบังคับ และหญิงต้องรู้ว่าการกระทำของผู้อื่นดังกล่าวเป็นการทำแท้งและจะส่งผลทำให้ตนเองแท้งลูก แต่ก็ยังยอมให้กระทำ⁸

⁶ รายงานการประชุมอนุกรรมการตรวจพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา ครั้งที่ 55, 166/2482.

⁷ ประมวลกฎหมายอาญา

มาตรา 301 “หญิงใดทำให้ตนเองแท้งลูกหรือยอมให้ผู้อื่นทำให้ตนเองแท้งลูก ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”.

⁸ ทวีเกียรติ มินะกะนิษฐ, คำอธิบาย กฎหมายอาญา ภาคความผิดและลหุโทษ, พิมพ์ครั้งที่ 15 แก้ไขเพิ่มเติม, (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2561), น. 263.

การกระทำที่อาจทำให้แท้งลูกได้นั้นไม่จำกัดวิธี ผู้กระทำจะทำโดยวิธีการใดก็ได้ หากหญิงมีครรภ์แท้งลูกการกระทำก็เป็นความผิดสำเร็จ แต่หากไม่แท้งก็เป็นเพียงการพยายามกระทำความผิด

ศาสตราจารย์ ดร. ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ มีความเห็นเกี่ยวกับความผิดตามมาตรา 301 ว่า ความผิดตามมาตรา 301 เป็นความผิดเพียงมาตราเดียวตามประมวลกฎหมายอาญาไทย ที่ยังคงลงโทษผู้กระทำเฉพาะเพศหญิงเท่านั้น เป็นกฎหมายที่เข้าข่ายการเลือกปฏิบัติในทางเพศ (Sexual Discrimination) และยังเป็นกรณีที่หญิงกระทำต่อตนเองด้วยสมควรจะยกเลิกไม่ควรบัญญัติเป็นความผิดอีกต่อไป⁹

ด้วยความเคารพ ผู้เขียนไม่เห็นด้วยกับความเห็นดังกล่าว โดยมีข้อโต้แย้ง 2 ประการ ดังที่จะได้กล่าวต่อไปนี้

1. ผู้เขียนเห็นว่าความผิดตามมาตรา 301 ไม่เป็นการเลือกปฏิบัติทางเพศแต่ประการใด เนื่องจากคุณสมบัติของผู้ที่จะเป็นผู้กระทำตามมาตรา 301 ได้ ต้องเป็น “เพศหญิง” เท่านั้น เนื่องจาก “เพศชาย” ไม่อาจตั้งครรภ์ได้ และสาเหตุที่หญิงมีครรภ์เป็นผู้ลงมือทำแท้งตนเองหรือยอมให้ผู้อื่นลงมือทำแท้งตน ก็ย่อมมาจากเหตุจำเป็นบางประการ การจะลงโทษหญิงมีครรภ์ร้ายแรงเท่าผู้กระทำที่ไม่ใช่หญิงมีครรภ์ หรือการจะลงโทษผู้กระทำอื่นเบาเทียบเท่ากับหญิงมีครรภ์ย่อมไม่สมเหตุสมผล

2. แม้ว่าโดยลักษณะแห่งการกระทำตามบทบัญญัติในมาตรานี้อาจเป็นการที่หญิงมีครรภ์กระทำต่อตนเอง หญิงมีครรภ์ก็ยังคงมีความผิดฐานทำให้ตนเองแท้งลูก เนื่องจาก “ทารกในครรภ์มารดา” ซึ่งยังไม่เป็นมนุษย์เป็น “กรรมของการกระทำ” ที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายในความผิดฐานนี้แตกต่างหากจาก “หญิงมีครรภ์” ซึ่งเป็นมนุษย์ เหตุผลเบื้องหลังของการบัญญัติความผิดอาชญาฐานทำให้แท้งลูก คือ เพื่อคุ้มครอง “ชีวิตในครรภ์มารดา” กฎหมายคุ้มครองทารกที่อยู่ในครรภ์ที่อาจเกิดมาเป็นมนุษย์ในอนาคต แม้จะยังให้ความคุ้มครองไม่เท่ากับมนุษย์ที่มี “สภาพความเป็นมนุษย์” แล้วก็ตาม

ดังนั้นเมื่อกรรมของการกระทำความผิดตามมาตรา 301 ไม่ใช่หญิงมีครรภ์ ผู้กระทำจึงไม่อาจอ้างได้ว่าการทำแท้งเป็นการกระทำต่อตนเองเพื่อให้หลุดพ้นความรับผิดชอบอาญาได้

กล่าวโดยสรุปผู้เขียนมีความเห็นว่าแม้ว่าความผิดฐานทำให้แท้งลูกตามมาตรา 301 จะไม่ได้บัญญัติขึ้นเพื่อคุ้มครองหญิงมีครรภ์ ทำให้หญิงมีครรภ์ไม่อาจอ้างเหตุให้หลุดพ้น

⁹ เพิ่งอ้าง, น. 263.

ความรับผิดชอบเพราะเป็นการกระทำต่อตนเองได้ก็ตาม แต่การที่หญิงมีครรภ์ทำให้แท้งตนเองแท้งลูกหรือยอมให้ผู้อื่นทำให้ตนเองแท้งลูก ย่อมมีสาเหตุมาจากความจำเป็นบางประการเสมอ ผู้กระทำที่เป็นหญิงมีครรภ์จึงควรมีความผิดฐานทำให้แท้งลูกอยู่ แต่ควรได้รับโทษน้อยกว่าผู้กระทำที่เป็นบุคคลอื่นซึ่งเป็นไปตามที่บัญญัติไว้ตามมาตรา 301 บทบัญญัติตามมาตรา 301 จึงชอบดีแล้ว

4.1.2.2 ความผิดฐานทำให้แท้งลูกตามมาตรา 302

บทบัญญัติตามมาตรา 302¹⁰ เป็นบทกำหนดความผิดแก่ผู้ทำให้หญิงอื่นแท้งลูก แม้ว่าหญิงนั้นจะยินยอมให้ทำก็ตาม โดยเรียกความผิดฐานนี้ว่า ความผิดฐานทำให้หญิงแท้งลูกโดยหญิงยินยอม

ผู้กระทำในความผิดฐานนี้ หมายถึง บุคคลใดก็ได้แต่ต้องไม่ใช่ตัวหญิงมีครรภ์เอง การกระทำที่อาจทำให้หญิงแท้งลูกจะใช้วิธีการใดก็ได้เช่นกัน เพียงแต่ต้องกระทำภายใต้ความยินยอมของหญิงมีครรภ์ หากหญิงมีครรภ์แท้งลูกก็เป็นความผิดสำเร็จ แต่หากไม่แท้งก็เป็นการพยายามกระทำความผิด

นอกจากนั้นหญิงมีครรภ์ที่ยินยอม หรือช่วยเหลือในการทำให้ตนเองแท้งลูก ไม่อาจเป็นผู้สนับสนุนในการกระทำความผิดฐานนี้ได้อีก เนื่องจากมีบทบัญญัติที่กำหนดโทษของหญิงมีครรภ์ไว้เป็นการเฉพาะอยู่แล้วในมาตรา 301 และเช่นเดียวกันแม้หญิงมีครรภ์จะเป็นผู้ใช้ให้ผู้อื่นกระทำความผิดฐานนี้ หญิงมีครรภ์ก็ไม่มี ความผิดฐานใช้ให้ผู้อื่นกระทำความผิดฐานทำให้แท้งลูกเช่นกัน¹¹ หากการกระทำของผู้กระทำทำให้หญิงได้รับอันตรายสาหัสหรือถึงแก่ความตาย ผู้กระทำย่อมต้องได้รับโทษหนักขึ้น

ความผิดฐานทำให้หญิงแท้งลูกโดยหญิงยินยอมก็เช่นเดียวกันกับความผิดฐานทำให้ตนเองแท้งหรือยอมให้ผู้อื่นทำให้ตนเองแท้งลูก ตรงที่กฎหมายไม่ได้คุ้มครองหญิงมีครรภ์

¹⁰ ประมวลกฎหมายอาญา

มาตรา 302 “ผู้ใดทำให้หญิงแท้งลูกโดยหญิงนั้นยินยอม ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ถ้าการกระทำนั้นเป็นเหตุให้หญิงรับอันตรายสาหัสอย่างอื่นด้วย ผู้กระทำต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินเจ็ดปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นสี่พันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ถ้าการกระทำนั้นเป็นเหตุให้หญิงถึงแก่ความตาย ผู้กระทำต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบปี และปรับไม่เกินสองหมื่นบาท”.

¹¹ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 8*, น. 252.

หากแต่เป็นชีวิตในครุภพมารดา ดังนั้นการให้ความยินยอมของหญิงในการกระทำอันตรายต่อร่างกายของตน จึงไม่อาจยกขึ้นมาเป็นข้อต่อสู้ให้ผู้กระทำหลุดพ้นความรับผิดได้

4.1.2.3 ความผิดฐานทำให้แท้งลูกตามมาตรา 303

บทบัญญัติตามมาตรา 303¹² เป็นบทกำหนดความผิดแก่ผู้ที่ทำให้หญิงอื่นแท้งลูก แต่หญิงนั้นไม่ได้ยินยอมให้กระทำ โดยเรียกความผิดฐานนี้ว่า ความผิดฐานทำให้หญิงแท้งลูกโดยหญิงไม่ยินยอม

ผู้กระทำในความผิดฐานนี้ หมายถึง บุคคลใดก็ได้แต่ต้องไม่ใช่ตัวหญิงมีครรภ์เอง การกระทำที่อาจทำให้หญิงแท้งลูกจะใช้วิธีการใดก็ได้เช่นกัน เพียงแต่ต้องเป็นการกระทำที่ฝ่าฝืนความยินยอมของหญิงมีครรภ์จึงจะเป็นความผิดตามมาตรา 303 หากหญิงมีครรภ์แท้งลูกก็เป็นความผิดสำเร็จ แต่หากหญิงมีครรภ์ไม่แท้งลูกก็เป็นเพียงการพยายามกระทำความผิด

หากการกระทำของผู้กระทำทำให้หญิงได้รับอันตรายสาหัสหรือถึงแก่ความตาย ผู้กระทำย่อมต้องได้รับโทษหนักขึ้น

4.2 แนวคิดในการลงโทษการพยายามกระทำความผิดตามกฎหมายอาญา

การจะพิจารณาการลงโทษการพยายามทำให้แท้งลูกตามกฎหมายไทยได้ จำเป็นต้องทราบถึงแนวคิดในการลงโทษการพยายามกระทำความผิดตามกฎหมายไทยเสียก่อน ดังนี้

4.2.1 บทบัญญัติเรื่องการพยายามกระทำความผิด

ในประเทศไทยมีกฎหมายที่ลงโทษการพยายามกระทำความผิดเช่นกัน โดยบัญญัติอยู่ในมาตรา 80 ถึงมาตรา 82 ตามที่ได้อธิบายไปในบทที่ 2 ว่าขั้นตอนของการกระทำความผิดอาจแบ่งออกได้เป็น 4 ขั้นตอน คือ “คิด” “ตกลงใจ” “เตรียมการ” และ “ลงมือ” ในขั้นตอนของการ “คิด” และ “ตกลงใจ” นั้นกฎหมายไม่ลงโทษ เนื่องจากเป็นเพียงสิ่งที่อยู่ภายในใจของบุคคล トラบใดที่ยังไม่มีการกระทำตามสิ่งที่ได้ตกลงใจไว้ แม้จะเป็นเจตนาที่ชั่วร้ายกฎหมายก็ไม่ลงโทษ

¹² ประมวลกฎหมายอาญา

มาตรา 303 “ผู้ใดทำให้หญิงแท้งลูกโดยหญิงนั้นไม่ยินยอม ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินเจ็ดปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นสี่พันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ถ้าการกระทำนั้นเป็นเหตุให้หญิงรับอันตรายสาหัสอย่างอื่นด้วย ผู้กระทำต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งปีถึงสิบปี และปรับตั้งแต่สองพันบาทถึงสองหมื่นบาท

ถ้าการกระทำนั้นเป็นเหตุให้หญิงถึงแก่ความตาย ผู้กระทำต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ห้าปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่หนึ่งหมื่นบาทถึงสี่หมื่นบาท”.

ในขั้นตอนของการ “ตระเตรียมการ” กระทำความผิด แม้จะมีการกระทำให้สิ่งที่คิดปรากฏออกมาภายนอกบางส่วนแล้ว แต่โดยหลักกฎหมายก็ยังไม่ลงโทษในขั้นตอนของการ “ตระเตรียมการ” กระทำความผิด เว้นแต่ในบางฐานความผิดที่กฎหมายกำหนดให้ลงโทษแม้เพียงในขั้นตอนของการตระเตรียมการกระทำความผิด โดยให้ถือว่า การตระเตรียมการกระทำความผิดเป็นความผิดในตัวเอง ตัวอย่าง ในความผิดฐานพยายามปลงพระชนม์พระมหากษัตริย์ หรือถือว่า การตระเตรียมการมีโทษเท่ากับความสำเร็จ ตัวอย่าง ความผิดฐานวางเพลิงเผาทรัพย์ หรืออาจเป็นกรณีที่การตระเตรียมการกระทำความผิดฐานหนึ่งอาจเป็นการกระทำที่กฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิดในตัวเองอีกฐานหนึ่ง ตัวอย่าง ในการตระเตรียมเพื่อฆ่าผู้อื่น ผู้กระทำอาจจำเป็นต้องหาอาวุธปืนมาเพื่อใช้ในการกระทำความผิด ถ้าหากผู้กระทำไม่มีใบอนุญาตให้พกพาอาวุธปืน ผู้กระทำก็จะมีความผิดฐานมีปืนไว้ในครอบครองโดยไม่ได้รับอนุญาต ตาม พ.ร.บ.อาวุธปืน¹³

กฎหมายจะเริ่มลงโทษผู้กระทำเมื่อเข้าสู่ขั้นตอนของการ “ลงมือ” กระทำความผิดแล้ว ซึ่งถือเป็นการพยายามกระทำความผิดไปในตัวด้วย กล่าวคือ หากการลงมือกระทำความผิดไม่บรรลุผลสำเร็จตามเจตนาของผู้กระทำ ก็จะเป็นเพียงการพยายามกระทำความผิด แต่หากบรรลุผลสำเร็จตามเจตนาของผู้กระทำ ก็จะเป็นกรณีของความผิดสำเร็จ

ประมวลกฎหมายอาญาแบ่งการพยายามกระทำความผิดออกเป็นทั้งสิ้น 2 กรณี ตามลักษณะความร้ายแรงแห่งการกระทำ รวมถึงระดับโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิด ดังนี้

4.2.1.1 การพยายามกระทำความผิดตามมาตรา 80

การพยายามกระทำความผิดตามหลักทั่วไป หรือ “การพยายามกระทำความผิดที่เป็นไม่ได้โดยบังเอิญ”¹⁴ อยู่ในมาตรา 80 ซึ่งบัญญัติว่า

“ผู้ใดลงมือกระทำความผิด แต่กระทำไปไม่ตลอด หรือกระทำไปตลอดแล้วแต่การกระทำนั้นไม่บรรลุผล ผู้นั้นพยายามกระทำความผิด

ผู้ใดพยายามกระทำความผิด ผู้นั้นต้องระวางโทษสองในสามส่วนของโทษที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้น”

¹³ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1 บทบัญญัติทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 10 (แก้ไขเพิ่มเติม) (กรุงเทพมหานคร : พลสยาม พรินติ้ง, 2551) น. 439-440.

¹⁴ สิตานัน กลิ่นกำจรสุข, “การพยายามกระทำความผิด: ศึกษาในแง่เหตุผลของการลงโทษ”, (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2555), น. 10.

กรณีจะถือว่าเป็นการพยายามกระทำความผิดได้ จะต้องประกอบไปด้วยหลักเกณฑ์ 3 ประการ ดังนี้¹⁵

(1) ผู้กระทำจะต้องมี “เจตนา” กระทำความผิด

เหตุที่ต้องวินิจฉัยให้แน่ชัดว่าผู้กระทำต้องมีเจตนากระทำความผิดเนื่องจากในบางฐานความผิดที่เกิดขึ้นในกรณีความผิดสำเร็จคาบเกี่ยวกับผลที่เกิดจากการพยายามกระทำความผิดในความผิดอีกฐานหนึ่ง ซึ่งมีระวางโทษต่างกันขึ้นอยู่กับว่าผู้กระทำเจตนากระทำความผิดฐานใด

ตัวอย่าง ผู้กระทำทำให้ผู้เสียหายบาดเจ็บ ผู้กระทำอาจมีเจตนากระทำความผิดต่อผู้เสียหายได้อย่างน้อย 2 เจตนา คือ เจตนาฆ่า และเจตนาทำร้าย ในกรณีที่ผู้กระทำมีเจตนาฆ่าแสดงว่าผู้กระทำประสงค์จะให้ผู้เสียหายตาย แต่ผู้เสียหายไม่ตายเพียงแค่บาดเจ็บ การกระทำไม่บรรลุผลตามเจตนาของผู้กระทำ การกระทำของผู้กระทำจึงเป็นการพยายามฆ่าผู้เสียหาย ผู้กระทำต้องระวางโทษสองในสามส่วนในความผิดฐานฆ่าคนตาย

แต่ในทางกลับกันหากผู้กระทำมีเจตนาเพียงทำร้ายผู้เสียหาย และผลที่เกิดขึ้นคือผู้เสียหายบาดเจ็บ แสดงว่าการกระทำบรรลุผลตามเจตนาของผู้กระทำ การกระทำของผู้กระทำเป็นความผิดสำเร็จ ผู้กระทำมีความผิดฐานทำร้ายร่างกายผู้เสียหาย และต้องระวางโทษฐานทำร้ายร่างกาย แสดงให้เห็นว่าเมื่อเจตนาต่างกัน ระดับความชั่วร้ายต่างกัน โทษที่จะลงแก่ผู้กระทำก็ย่อมต่างกัน

นอกจากนั้นการที่ผู้กระทำทำให้ผู้เสียหายบาดเจ็บอาจเกิดจากความ “ประมาท” ก็ได้ หากผู้กระทำไม่ได้มีทั้งเจตนาฆ่าและเจตนาทำร้าย ผู้กระทำก็มีความผิดเพียงประมาทเป็นเหตุให้ผู้อื่นได้รับอันตรายแก่กาย¹⁶ อันเป็นความผิดลหุโทษเท่านั้น และหาก “ผล” แห่งการกระทำไม่เกิด ผู้กระทำก็จะไม่มีความผิดเลยเพราะในความผิดลหุโทษไม่ต้องรับโทษฐานพยายามกระทำความผิด¹⁷ และเมื่อการพยายามกระทำความผิดต้องการ “เจตนา” ฉะนั้นเมื่อไม่มีเจตนา แม้จะเป็นการกระทำโดย “ประมาท” ผู้กระทำก็ไม่ต้องรับผิดในความผิดฐานพยายามกระทำความผิด เพราะกฎหมายไทยไม่ลงโทษในกรณีการพยายามกระทำความผิดโดยประมาท

¹⁵ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 13*, น. 540.

¹⁶ **มาตรา 390** “ผู้ใดกระทำโดยประมาท และการกระทำนั้นเป็นเหตุให้ผู้อื่นรับอันตรายแก่กายหรือจิตใจ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งเดือน หรือปรับไม่เกินหนึ่งพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”.

¹⁷ **มาตรา 105** “ผู้ใดพยายามกระทำความผิดลหุโทษ ผู้นั้นไม่ต้องรับโทษ”.

(2) ผู้กระทำได้กระทำการถึงขั้นตอนของการลงมือกระทำความผิด

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วในบทที่ 2 หัวข้อที่ 2.2 เรื่อง “หลักเกณฑ์การวินิจฉัยการลงมือกระทำความผิด” ว่าแนวทางในการวินิจฉัยการลงมือกระทำความผิดนั้นมีหลายแนวทาง โดยขึ้นอยู่กับว่าแต่ละประเทศจะนำแนวทางไหนไปปรับใช้กับกฎหมายอาญาของประเทศตนตามความเหมาะสม

สำหรับประเทศไทยในทางปฏิบัติศาลไทยยึดถือ “หลักความใกล้ชิดต่อผล” (The Proximity Rule) มาโดยตลอดในการวินิจฉัยเรื่องการกระทำความผิด¹⁸ โดยศาสตราจารย์ ประมุข สุวรรณศร ได้วางแนวคำวินิจฉัยที่ยังคงใช้เป็นแนวทางปฏิบัติของศาลไทยมาจนถึงปัจจุบัน ว่า “...จะมีความผิดฐานพยายามได้ จำเลยจะต้องก้าวเดินไปข้างหน้าอย่างมากพอตามระยะทางที่จะนำไปสู่ความผิดที่จำเลยมุ่งกระทำ ดังนั้นถ้าจำเลยได้กระทำการขั้นสุดท้ายที่จำเลยตั้งใจกระทำเพื่อให้ความผิดสำเร็จเกิดขึ้น การกระทำของจำเลยก็ถือว่าใกล้ชิดต่อผล...”¹⁹

อย่างไรจึงจะเรียกว่า “ใกล้ชิดต่อผล” ศาลไทยยึดถือแนวคิดของทฤษฎี “การกระทำขั้นสุดท้าย” (Last Acts) เป็นหลัก โดยถือว่า หากผู้กระทำได้กระทำการขั้นสุดท้ายซึ่งจำต้องกระทำเพื่อให้การกระทำนั้นบรรลุผล ถือว่าการกระทำนั้นใกล้ชิดต่อผล เป็นการลงมือกระทำความผิดแล้ว และการกระทำนั้นสุดท้ายดังกล่าวหมายถึงการกระทำของตัวผู้กระทำความผิด โดยไม่ต้องพิจารณาอีกว่าจะต้องมีการกระทำของผู้เสียหายเข้ามาเกี่ยวข้องหรือไม่²⁰

ตัวอย่าง จำเลยต้องการฆ่าผู้เสียหายโดยการวางยาพิษในอาหาร การกระทำขั้นสุดท้ายของจำเลยคือการที่จำเลยใส่ยาพิษลงไปในอาหาร เพราะจำเลยไม่ต้องกระทำการใดอีก นอกจากรอให้ผู้เสียหายมากินอาหารที่ใส่ยาพิษ ถือว่าจำเลยลงมือกระทำความผิดแล้ว แม้สุดท้ายแล้วผู้เสียหายจะไม่ได้กินอาหารนั้นก็ตาม²¹

นอกจากนั้นในบางกรณีแม้จะไม่ใช่ “การกระทำขั้นสุดท้าย” จริง ๆ ของผู้กระทำ ก็ถือเป็นการลงมือกระทำความผิดได้ หากว่าการกระทำนั้น “เป็นส่วนหนึ่งของการที่ประสงค์จะกระทำติดต่อกันจนใกล้ชิดต่อผล” อันเป็นการ “ขยายหลักการกระทำขั้นสุดท้าย” ออกไปให้กว้างขึ้นกว่าเดิม

¹⁸ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 13*, น. 554.

¹⁹ คำพิพากษาฎีกาที่ 1203/2491 น. 1386-1390.

²⁰ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบาย *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 13*, น. 542-543.

²¹ คำพิพากษาฎีกาที่ 2143/2536 (ฎ.ส.ล. 10, น. 92) อ้างถึงใน เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 13*, น. 543.

ตัวอย่าง ผู้กระทำได้ฆ่าผู้เสียหายโดยการใช้ปืนยิง หากยึดถือตามหลัก “การกระทำขั้นสุดท้าย” กรณีจะถือว่าเป็นการใกล้ชิดต่อผลได้ก็ต่อเมื่อผู้กระทำได้ “ลั่นไกปืน” แล้วเท่านั้น แต่หากอาศัยการขยายหลักการกระทำขั้นสุดท้ายออกไป เพียงแค่ผู้กระทำ “เล็งปืน” ไปยังผู้เสียหาย ก็เป็นการลงมือกระทำความผิดได้แล้ว เพราะการ “เล็งปืน” เป็นส่วนหนึ่งของการกระทำที่หากได้กระทำต่อไปอาจบรรลุผลเป็นความผิดสำเร็จได้

ดังนั้นในทางตำราและคำพิพากษาศาลฎีกาของไทย จึงมีการ “ขยาย” หลักการกระทำขั้นสุดท้ายออกไป เพื่อประโยชน์ในการวินิจฉัยเรื่องการลงมือกระทำความผิด²²

แต่หากข้อเท็จจริงปรากฏว่า ผู้กระทำเพียงแต่ชักปืนออกมา แต่ยังไม่ได้เล็งปืนไปยังผู้เสียหาย แม้การชักปืนจะเป็นส่วนหนึ่งของการที่ประสงค์จะกระทำความผิดต่อกันจนใกล้ชิดต่อผลก็ตาม แต่การกระทำดังกล่าวก็ยังไม่มีความคลุมเครืออยู่มากกว่าผู้กระทำมีเจตนาเช่นไร เนื่องจากการชักปืนอาจเป็นเพียงเจตนาชู่ก็ได้ ดังนั้นเพียงแค่การชักปืนจึงยังไม่ถือเป็นการลงมือกระทำความผิดตามความเห็นนี้

อย่างไรก็ตามศาสตราจารย์ ดร.คณิต ฒ นคร มีความเห็นแย้งกับแนวคำพิพากษาของศาลฎีกาว่า “การถือเอาความใกล้ชิดต่อผลกับความผิดสำเร็จเป็นเกณฑ์ของศาลฎีกานั้น เป็นการพิจารณาในทางรูปแบบ (Formal) จนเกินไป ไม่ควรถือเอาเป็นแบบอย่าง เพราะทำให้ความผิดสำเร็จกับการพยายามกระทำความผิดใกล้ชิดกันจนเกินเหตุ” โดยอธิบายว่า การลงกระทำความผิด เริ่มเมื่อผู้กระทำได้กระทำการตามที่ผู้กระทำเห็นว่า การกระทำของตนเป็นการเริ่มต้นที่จะนำไปสู่ความผิดสำเร็จ

ศาสตราจารย์ ดร.คณิต ฒ นคร จึงได้เสนอว่า การลงมือกระทำความผิดเริ่มเมื่อการกระทำนั้นเป็นอันตรายโดยตรงต่อคุณธรรมทางกฎหมาย²³ อันเป็นแนวคิดของทฤษฎีความเป็นอันตรายของการกระทำนั้น (The Criterion of Danger) แนวคิดเช่นนี้ปรากฏในกรณีพนักงานอัยการใช้ดุลยพินิจสั่งฟ้องผู้กระทำผิดตามพระราชบัญญัติการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ.2522 ตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7562/2540 ดังนี้ “การที่ผู้ต้องหาจัดหาเงินสดเป็นจำนวนมาก โดยนำเอาธนบัตรฉบับละ 100 บาท กับธนบัตรฉบับละ 20 บาท เย็บติดกันเป็นชุด ๆ รวมเป็น

²² เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, *อ้างแล้ว* เชิงอรรถที่ 13, น. 545.

²³ Vgl. Hans-Heinrich Jescheck, Lehrbuch des Strafrechts: Allgemeiner Teil, S. 465; Hans Welzel, Das Deutsche, S. 190 อ้างถึงใน คณิต ฒ นคร, กฎหมายอาญา ภาคทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 6, (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2560), น. 389.

เงินชุดละ 120 บาท แล้วใช้ตราอย่างประทับรูปยันต์ลงที่ธนบัตร 20 บาท พร้อมกับแผ่นโฆษณาหาเสียง ภาพผู้สมัคร และมีเอกสารบัญชีต่าง ๆ บรรจุใส่กล่องไว้ภายในบ้านของผู้ต้องหาที่เกิดเหตุซึ่งอยู่ภายใน เขตเลือกตั้ง และเป็นระยะเวลาที่ใกล้ชิดกับวันลงคะแนนเสียงเลือกตั้ง แม้จะยังไม่ให้เงินดังกล่าวแก่ ผู้ใด การกระทำความผิดดังกล่าวก็เป็นการลงมือกระทำความผิดฐานให้ทรัพย์สินแก่ผู้อื่นแล้ว เพราะการกระทำ ทั้งหลายทั้งปวงประกอบระยะเวลาดังกล่าวเป็นอันตราขายโดยตรงและใกล้ชิดกระทำความผิดความบริสุทธิ์ ยุติธรรมของการเลือกตั้ง ทำให้เป็นเพียงการเตรียมการซึ่งไม่มีความผิดไม่”²⁴

นักนิติศาสตร์ของไทยส่วนน้อยที่เห็นด้วยกับทฤษฎีนี้ ศาสตราจารย์ (พิเศษ) ดร.กมลชัย รัตนสภาวะ ให้ความเห็น²⁵ บทบัญญัติเรื่องการพยายามกระทำความผิดตามกฎหมายอาญาไทยได้รับอิทธิพลมาจากประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน จึงควรให้กำหนดหลักเกณฑ์ ในการแบ่งแยกการเตรียมการกระทำความผิดและการลงมือกระทำความผิดไปในการทำนองเดียวกับ กฎหมายเยอรมัน ซึ่งเป็นไปตามทฤษฎีความเป็นอันตราขายของการกระทำนั้น

นอกจากนั้นยังมีความเห็นในทางทฤษฎีที่อาศัยลักษณะแห่ง “การ กระทำ” เป็นเกณฑ์ในการวินิจฉัยการลงมือกระทำความผิด โดยแยกพิจารณาว่าการกระทำความผิด นั้น เป็นการกระทำความผิดกรรมเดียวหรือการกระทำความผิดหลายกรรม²⁶ ดังนี้

ถ้าเป็นการกระทำความผิดประกอบด้วยกรรมกรรมเดียว อันเป็นการ กระทำ “ในทางธรรมชาติ” ที่เป็น “อันหนึ่งอันเดียว” กับการกระทำความผิด

ตัวอย่าง ในการยิงผู้เสียหาย ผู้กระทำได้ขึ้นนกปืนก่อนที่จะลั่นไกปืน ถือได้ว่าเป็นการกระทำอันเป็นอันหนึ่งอันเดียวกับการกระทำความผิด ถ้าผู้กระทำได้กระทำการ ในทางธรรมชาติที่เป็นอันหนึ่งอันเดียวกับการกระทำความผิดแล้ว การกระทำของผู้กระทำก็เป็นการ

²⁴ แสง บุญเฉลิมวิภาส “คดีประวัติศาสตร์ข้อเสีย 11.4 ล้วนที่บุรีรัมย์ เป็นการ “ลงมือ” กระทำความผิดแล้วหรือยัง” บนเส้นทางแห่งหลักนิติธรรม น. 176 อ้างถึงใน คณิต ณ นคร, กฎหมายอาญา ภาคทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 6, (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2560), น. 389-390.

²⁵ กมลชัย รัตนสภาวะ, สัมมนากฎหมายอาญาชั้นปริญญาโท, พิมพ์ครั้งที่ 1, (กรุงเทพมหานคร: นิติธรรม, 2538), น. 8 – 9.

²⁶ หยุต แสงอุทัย, กฎหมายอาญา ภาค 1, พิมพ์ครั้งที่ 20, (กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551), น. 86 – 87; และ ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 19 แก้ไขเพิ่มเติม, (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2551), น.109.

ลงมือกระทำความผิด ดังนั้นในกรณีการยิงปืนข้างต้น เพียงแค่ผู้กระทำขึ้นนกจ้องจะยิง ก็เป็นการลงมือกระทำความผิดแล้ว เพราะหากไม่ขึ้นนกและจ้องจะยิง ก็ไม่อาจลั่นไกปืนได้

ถ้าเป็นการกระทำความผิดประกอบด้วยกรรมหลายกรรม “ถ้าผู้กระทำได้กระทำความผิดกรรมหนึ่งลงไป หรือกระทำความผิดอันเป็นการกระทำในทางธรรมชาติกับกรรมใดกรรมหนึ่งดังกล่าว ก็ถือเป็นการลงมือกระทำความผิดแล้ว”²⁷

ตัวอย่าง ความผิดฐานลักทรัพย์ในเคหสถาน ต้องประกอบไปด้วย การกระทำที่เป็นการลักทรัพย์และการเข้าไปในเคหสถาน ดังนั้นหากปรากฏข้อเท็จจริงว่าผู้กระทำได้เข้าไปในเคหสถาน แม้จะยังไม่ได้แตะต้องทรัพย์ใด ก็ถือเป็นการลงมือกระทำความผิดฐานลักทรัพย์ในเคหสถานแล้ว หรือแม้จะยังไม่ทันจะได้เข้าไปในเคหสถาน แต่หากพิสูจน์ได้ว่าผู้กระทำมีเจตนาที่จะลักทรัพย์ เพียงแต่พบผู้กระทำกำลังปืนประตูลับบ้าน อันเป็นการกระทำในทางธรรมชาติของการเข้าไปในเคหสถาน ก็ถือเป็นการลงมือกระทำความผิดฐานลักทรัพย์ในเคหสถานแล้วเช่นกัน

เมื่อพิจารณาจากทั้งสองความเห็นและหลักการวินิจฉัยการลงมือกระทำความผิดในทางตำราอื่น ๆ ผู้เขียนมีความเห็นเกี่ยวกับแนวทางในการวินิจฉัยการลงมือกระทำความผิดดังนี้

1. ทฤษฎีการกระทำแรก เป็นทฤษฎีที่ตัดปัญหาเรื่องความแตกต่างของการเตรียมการกระทำความผิดกับการลงมือกระทำความผิดได้ดีที่สุด เนื่องจากทฤษฎีดังกล่าวถือว่าผู้กระทำลงมือกระทำความผิดเมื่อเริ่มกระทำการเลยทีเดียว เช่น การส่งจดหมายเพื่อใช้ให้ผู้อื่นกระทำความผิด ก็สามารถถือว่าผู้กระทำลงมือกระทำความผิดตั้งแต่วันที่ส่งจดหมาย ทฤษฎีนี้จึงไม่มีความจำเป็นต้องพิจารณาการเตรียมการกระทำความผิดเพราะได้กลืนเป็นส่วนหนึ่งของการลงมือกระทำความผิดไปแล้ว แต่ดังที่ได้กล่าวมาตลอดแล้วว่าผลในทางกฎหมายของการเตรียมการกระทำความผิดกับการลงมือกระทำความผิดนั้นแตกต่างกัน การตีความตามทฤษฎีนี้จึงเป็นการตีความที่กว้างจนเกินไป ไม่เหมาะสมจะนำมาปรับใช้ในการวินิจฉัยการลงมือกระทำความผิด

2. ทฤษฎีการกระทำขั้นสุดท้าย แม้จะเป็นทฤษฎีที่แยกความแตกต่างของการเตรียมการกระทำความผิดกับการลงมือกระทำความผิดได้ค่อนข้างชัดเจน คือ เมื่อผู้กระทำได้กระทำการขั้นสุดท้ายแล้วก็เป็นการลงมือกระทำความผิด การกระทำก่อนหน้านั้นเป็นเพียงการเตรียมการกระทำความผิด แต่ก็เป็นการตีความที่แคบจนเกินไปเช่นกัน เช่น ในกรณีการฆ่าคนด้วยการยิงปืน การกระทำขั้นสุดท้ายคือ “การลั่นไกปืน” เพราะผู้กระทำไม่จำเป็นต้องกระทำการอะไรอีกแล้ว เพื่อให้การกระทำบรรลุผล แต่การต้องรอจนผู้กระทำลั่นไกปืนจึงจะเข้าจับกุมผู้กระทำได้

²⁷ ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ, *อ้าวแล้ว เจิงอรรถที่ 26*, น. 109.

ก็ดูจะสายเกินไปเสียแล้วสำหรับการป้องกันไม่การกระทำบรรลุผล ทำให้ในบางข้อเท็จจริงหากยึดถือตามทฤษฎีนี้ การกระทำของผู้กระทำจะบรรลุผลหรือไม่ อาจต้องขึ้นอยู่กับโชคเล่ห์ทีเดียว ดังนั้นการอาศัยทฤษฎีนี้วินิจฉัยการลงมือกระทำความผิด ก็ดูเป็นการไม่เหมาะสมเช่นกัน

3. หลักความไม่คลุมเครือ เป็นแนวคิดที่ยึดถือการกระทำของผู้กระทำเป็นสำคัญ และอาศัยเจตนาของผู้กระทำเป็นเครื่องยืนยันเจตนา หากการกระทำนั้นไม่อาจยืนยันเจตนาของผู้กระทำได้ก็ไม่ถือว่าเป็นการลงมือกระทำความผิด ซึ่งตามความเห็นของผู้เขียนการอาศัยการกระทำแต่เพียงอย่างเดียวเป็นเครื่องชี้เจตนาทำให้การบังคับใช้กฎหมายเป็นไปได้ยาก เนื่องจากโดยปกติแล้วการพิจารณาแต่เพียงการกระทำแต่เพียงอย่างเดียว แล้วจะบอกว่าผู้กระทำมีเจตนาอย่างไรเป็นเรื่องที่ยาก หากวินิจฉัยผิดพลาดก็อาจส่งผลกระทบต่อฐานความผิดของผู้กระทำ หรืออาจถึงขนาดไม่เป็นการลงมือกระทำความผิดเลยก็ได้ ผู้เขียนจึงไม่เห็นด้วยกับทฤษฎีนี้

4. หลักการกระทำในขั้นตอนที่สำคัญ เป็นหลักที่นำ “การกระทำ” ของผู้กระทำมาเป็นหลักในการวินิจฉัยการลงมือกระทำความผิดมากเกินไป หากผู้กระทำกระทำการตามบทบัญญัติที่กฎหมายกำหนดไว้ว่าเป็นการกระทำขั้นตอนที่สำคัญประกอบกับมีพยานหลักฐานสนับสนุนที่ชัดเจนที่แสดงให้เห็นถึงเจตนาของผู้กระทำ การกระทำของผู้กระทำก็เป็นการลงมือกระทำความผิดแล้ว แม้ว่าการกระทำของผู้กระทำจะไม่ใกล้ชิดต่อผลหรือไม่มีความเป็นภัยอันตรายต่อสิ่งที่กฎหมายประสงค์จะคุ้มครองก็ตาม ผู้เขียนจึงเห็นว่าหลักการกระทำในขั้นตอนที่สำคัญจึงไม่เหมาะสมกับประเทศไทย

5. หลักความใกล้ชิดต่อผล เป็นหลักที่ไม่มีความแน่นอนในการวินิจฉัย ว่าการกระทำอย่างไรจึงจะเรียกว่าเป็นการใกล้ชิดต่อผล หากตีความเคร่งครัดจนเกินไปการจะลงโทษการพยายามการกระทำความผิดก็จะเป็นไปได้ยาก

ตัวอย่าง ในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา แนวคำพิพากษาของศาลฎีกาตีความเคร่งครัดถึงขนาดว่า กรณีจะเป็นการลงมือกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราได้อวัยวะเพศชายต้องจรดอยู่ปากช่องคลอดพยายามสอดใส่หรือพร้อมที่จะสอดใส่ชำเราได้²⁸

แต่หากจำเลยเพียงกดตัวผู้เสียหายลงกับพื้น ใช้มือชกท้องและปากของผู้เสียหาย และฉีกกระชากกระโปรงของผู้เสียหายจนขาด แต่มีผู้เข้าช่วยเหลือผู้เสียหายเสียก่อน การ

²⁸ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5448/2557, สืบค้นเมื่อวันที่ 8 มีนาคม 2561, จาก <https://goo.gl/NzwXNt/>.

กระทำของจำเลยยังไม่เป็นการลงมือกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา²⁹ ผู้เขียนเห็นว่าการตีความของศาลดังกล่าว ไม่อาจลงโทษผู้กระทำให้เหมาะสมกับความผิดได้

6. การวินิจฉัยการลงกระทำความผิดโดยพิจารณาจากลักษณะของการกระทำ ก็ยังเป็นหลักที่มีข้อบกพร่องบางประการ กล่าวคือ การพิจารณาการกระทำในทางธรรมชาติอันเป็นอันหนึ่งอันเดียวกับการกระทำนั้นมีความไม่แน่นอน อาจก่อให้เกิดข้อโต้แย้งได้ว่าการกระทำในลักษณะเดียวกัน แต่วินิจฉัยการลงมือกระทำความผิดต่างกัน

ตัวอย่าง การยิงปืน ถ้าผู้กระทำความผิดขึ้นนกจิ้งจะยิงปืน ก็ถือว่าเป็นการกระทำในทางธรรมชาติอันเป็นอันหนึ่งอันเดียวกับการยิงปืน ดังนั้นการขึ้นนกจิ้งจะยิงปืนก็เป็นการลงมือกระทำความผิดตามหลักนี้ได้ ในทางกลับกันการชักปืน ก็เป็นการกระทำในทางธรรมชาติอันเป็นอันหนึ่งอันเดียวกับการยิงปืนเช่นกัน เพราะหากไม่มีการชักปืน ก็คงไม่สามารถยิงปืนได้ ดังนั้นการชักปืนก็ควรถือเป็นการลงมือกระทำความผิดตามหลักนี้เช่นกัน หลักนี้จึงไม่มีความแน่นอนว่าช่วงเวลาใดของการกระทำในทางธรรมชาตินั้นที่จะถือว่าเป็นการลงมือกระทำความผิด

7. หลักความเป็นภยันตรายของการกระทำนั้น เป็นหลักที่วินิจฉัยการลงมือกระทำความผิดโดยพิจารณาจาก ความเป็นภยันตรายต่อสิ่งที่กฎหมายประสงค์จะคุ้มครอง ดังนั้นหลักนี้จึงไม่ต้องรอให้การกระทำของผู้กระทำใกล้ชิดต่อผลก็อาจเป็นการลงมือกระทำความผิดได้ เนื่องจากการกระทำที่เป็นภยันตรายต่อสิ่งที่กฎหมายประสงค์จะคุ้มครองอาจจะยังไม่ใกล้ชิดต่อผลก็ได้ ซึ่งจะแตกต่างจากหลักความใกล้ชิดต่อผล ที่การกระทำที่ยังไม่ใกล้ชิดต่อผลอาจเป็นภยันตรายต่อสิ่งที่กฎหมายประสงค์จะคุ้มครองแล้ว

ตัวอย่าง ในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา เปรียบเทียบกับการวินิจฉัยโดยอาศัยหลักความใกล้ชิดต่อผล การที่ผู้กระทำกดผู้เสียหายลงกับพื้นแล้วฉีกเสื้อผ้าของผู้เสียหาย ยังไม่เป็นการใกล้ชิดต่อผล เนื่องจาก “ผล” ของการกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา คือ ต้องมีการกระทำชำเรา

ในขณะที่การกระทำดังกล่าวเป็นการใกล้ชิดต่อภยันตรายต่อสิ่งที่กฎหมายประสงค์จะคุ้มครองแล้ว เนื่องจาก “คุณธรรมทางกฎหมาย” ของความผิดฐานนี้ คือ “เสรีภาพในทางเพศ”³⁰ เพียงแค่ผู้กระทำกดตัวผู้เสียหายลงกับพื้นแล้วฉีกกระชากเสื้อผ้าให้ขาด ก็เป็น

²⁹ คำพิพากษาฎีกาที่ 11065/2554, สืบค้นเมื่อวันที่ 8 มีนาคม 2561, จาก <http://www.decha.com/article/section/Counsel/10755>.

³⁰ คณิต ณ นคร, กฎหมายอาญา ภาคความผิด, พิมพ์ครั้งที่ 11 แก้ไขปรับปรุง, (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2559), น. 522.

การกระทำที่ทำให้ผู้เสียรู้สึกว่าจะถูกละเมิดเสรีภาพในทางเพศแล้ว ดังนั้นการกระทำของผู้กระทำหากอาศัยหลักความเป็นภัยอันตรายของการกระทำนั้นวินิจฉัย ก็จะเป็นการลงมือกระทำความผิดแล้ว ทำให้สามารถลงโทษผู้กระทำให้เหมาะสมกับความผิดได้ ผู้เขียนจึงเห็นว่าควรนำหลักความเป็นภัยอันตรายของการกระทำนั้นมาเป็นหลักในการแบ่งแยกการเตรียมการกระทำความผิดและการลงมือกระทำความผิดตามกฎหมายอาญาไทย

กล่าวโดยสรุป ผู้เขียนเห็นว่าการวินิจฉัยเรื่องการลงมือกระทำความผิดหากอาศัยหลักความเป็นภัยอันตรายของการกระทำนั้นจะมีความเหมาะสมกับหลักวินิจัยอื่น ๆ เพราะสามารถลงโทษผู้กระทำได้เหมาะสมกับความผิดที่ได้กระทำและสามารถป้องกันความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นกับสิ่งที่กฎหมายประสงค์คุ้มครองได้มากกว่าการใช้หลักวินิจัยอื่น

(3) การกระทำของผู้กระทำต้องไม่บรรลุผล

การไม่บรรลุผลในเรื่องการพยายามกระทำความผิด หมายถึง ผลไม่เกิด สมดังเจตนาของผู้กระทำ³¹ ไม่ใช่ไม่เกิดผลขึ้นเลย เช่น ผู้กระทำต้องการฆ่าเหยื่อ ผู้กระทำได้กระทำการทุกอย่างที่ตนจำเป็นต้องกระทำเพื่อให้เหยื่อตายแล้ว แต่เหยื่อเพียงแต่ได้รับบาดเจ็บ กรณีเช่นนี้แม้จะเกิดผลขึ้นกับเหยื่อคือ “การบาดเจ็บ” แต่การกระทำของผู้กระทำก็ “ไม่บรรลุผล” เนื่องจากผลที่ผู้กระทำต้องการให้เกิดขึ้นคือความตายของเหยื่อ เมื่อเหยื่อไม่ตาย จึงเป็นเพียงการพยายามกระทำความผิดเท่านั้น

การไม่บรรลุในกรณีนี้เรียกว่า “การไม่บรรลุผลโดยบังเอิญ”³² ซึ่งอาจเกิดจากเหตุ 2 ประการ³³

1. การไม่บรรลุผลเพราะกระทำไปไม่ตลอด (Incomplete Attempts) หมายถึง กรณีที่ผู้กระทำได้ลงมือกระทำความผิดแล้ว แต่ไม่สามารถกระทำการให้ครบถ้วนตามที่ผู้กระทำประสงค์ได้ เนื่องจากมีเหตุการณ์บางอย่างมาขัดขวาง ทำให้ผู้กระทำต้องยุติการกระทำนั้นโดยไม่สมัครใจ ซึ่งอาจเกิดจากเหตุปัจจัยภายนอกหรือเกิดจากตัวผู้กระทำเองก็ได้³⁴ แต่หากผู้กระทำสมัครใจยุติการกระทำนั้นด้วยตนเอง จะไม่ใช่กรณีไม่บรรลุผลเพราะเหตุนี้

³¹ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, *อ้างแล้ว* เชิงอรรถที่ 26, น. 111.

³² คณิต ณ นคร, *กฎหมายอาญา ภาคทั่วไป*, พิมพ์ครั้งที่ 6, (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2560), น. 393; ดู *เพ็ญอ้าง*, น. 111.

³³ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, *อ้างแล้ว* เชิงอรรถที่ 13, น. 107-108.

³⁴ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, *อ้างแล้ว* เชิงอรรถที่ 26, น. 111.

ตัวอย่าง “จำเลยยกปืนที่บรรจุกระสุนซึ่งพร้อมที่จะยิงได้ จ้องไปยังผู้เสียหายโดยมีเจตนาจะยิง แต่มีอุปสรรคมาขัดขวางโดยมีผู้รื้อห้ามและเข้าไปกอดจำเลยไว้ จำเลยยิงผู้เสียหายไม่สำเร็จ ถือว่าเป็นการกระทำไปไม่ตลอด...”³⁵

2. การไม่บรรลุผลเพราะกระทำไปตลอดแล้ว แต่การกระทำไม่บรรลุผล (Complete Attempts) หมายถึง กรณีที่ผู้กระทำได้ลงมือกระทำการทุกอย่างที่จำเป็นต้องกระทำ เพื่อให้การกระทำนั้นบรรลุผลเป็นความผิดสำเร็จแล้ว แต่การกระทำนั้นไม่บรรลุผลตามเจตนา ซึ่งการไม่บรรลุผลนั้นอาจเกิดจาก “ปัจจัยที่ใช้ในการกระทำความผิด” เช่น ยิงปืนแต่กระสุนด้าน เป็นการไม่บรรลุผลโดยบังเอิญ หรือการไม่บรรลุผลอาจเกิดจาก “วัตถุประสงค์ที่ผู้กระทำมุ่งหมายจะกระทำต่อ” เช่น ยิงปืนไปทางผู้เสียหาย แต่ผู้เสียหายหลบได้³⁶

4.2.1.2 การพยายามกระทำความผิดตามมาตรา 81

การพยายามกระทำความผิดที่ไม่อาจบรรลุผลได้อย่างแน่แท้ อยู่ในมาตรา 81 ซึ่งบัญญัติว่า

“ผู้ใดกระทำการโดยมุ่งต่อผลซึ่งกฎหมายบัญญัติเป็นความผิด แต่การกระทำนั้นไม่สามารถจะบรรลุผลได้อย่างแน่แท้ เพราะเหตุปัจจัยที่ใช้ในการกระทำ หรือเหตุแห่งวัตถุประสงค์ที่มุ่งหมายกระทำต่อ ให้ถือว่าผู้นั้นพยายามกระทำความผิด แต่ให้ลงโทษไม่เกินกึ่งหนึ่งของโทษที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้น

ถ้าการกระทำได้กล่าวในวรรคแรกได้กระทำไปด้วยความเชื่อแน่วแน่ว่าจะไม่ลงโทษก็ได้”

การพยายามกระทำความผิดในกรณีนี้เหมือนกับการพยายามกระทำความผิดตามหลักทั่วไปตรงที่ผู้กระทำต้องมีเจตนากระทำความผิด ผู้กระทำต้องกระทำการถึงขั้นลงมือกระทำความผิด และการกระทำของผู้กระทำต้องไม่บรรลุผล เพียงแต่การไม่บรรลุผลของการกระทำต้องไม่ใช่การไม่บรรลุผลโดยบังเอิญ แต่เป็นการไม่บรรลุผลอย่างแน่แท้

³⁵ คำพิพากษาศาลฎีกา ที่ 1746/2518 น. 2435 อ้างถึงใน เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, อ้างแล้ว *เชิงอรรถที่ 13*, น. 557.

³⁶ คำพิพากษาศาลฎีกา ที่ 864/2502 น. 1219 อ้างถึงใน ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ, อ้างแล้ว *เชิงอรรถที่ 26*, น. 108.

การไม่บรรลุผลอย่างแน่แท้ตามมาตรา 81 หมายถึง กรณีที่ไม่ว่าจะกระทำการอย่างใด ก็ไม่มีทางบรรลุผลเป็นความผิดสำเร็จได้เลย³⁷ แต่เดิมการพยายามกระทำความผิดที่เป็นไปไม่ได้อย่างแท้ ไม่ถือว่าเป็นความผิดอาญาและผู้กระทำไม่ต้องได้รับโทษ³⁸

การไม่บรรลุผลอย่างแน่แท้ตามมาตรา 81 อาจเกิดขึ้นได้ 2 กรณี³⁹
กล่าวคือ

(1) การไม่บรรลุผลอย่างแน่แท้ เพราะ เหตุปัจจัยซึ่งใช้ในการกระทำ

ความผิด

“ปัจจัย” ในกรณีนี้ หมายถึง วิธีการหรือเครื่องมือเครื่องใช้ที่ใช้ในการกระทำความผิด การไม่บรรลุผลในกรณีนี้จึงหมายถึง กรณีที่วิธีการหรือเครื่องมือเครื่องใช้ที่ใช้ในการกระทำความผิดมีความบกพร่องจนทำให้ความผิดสำเร็จไม่อาจเกิดขึ้นได้อย่างเด็ดขาด

ตัวอย่าง ผู้กระทำใช้ปืนที่ไม่บรรจุกระสุนยิงไปที่เป้าหมาย (แต่ผู้กระทำเข้าใจว่าปืนมีกระสุน) โดยมีเจตนาฆ่า ย่อมไม่อาจทำให้เป้าหมายถึงแก่ความตายได้ เป็นการไม่บรรลุผลอย่างแน่แท้เพราะเหตุปัจจัยซึ่งใช้ในการกระทำ

ซึ่งกรณีจะแตกต่างจากการใช้ปืนที่มีกระสุนยิงไปที่เป้าหมาย โดยมีเจตนาฆ่า แต่กระสุนด้าน ทำให้ยิงไม่ออก แม้การกระทำจะไม่บรรลุผลเหมือนกัน แต่ในกรณีหลังนี้การกระทำอาจบรรลุผลได้ (ถ้ากระสุนไม่ด้าน) เพียงแต่เพราะความบังเอิญ (บังเอิญที่กระสุนด้าน) ทำให้การกระทำไม่บรรลุผล

(2) การไม่บรรลุผลอย่างแน่แท้ เพราะ เหตุแห่งวัตถุที่มุ่งหมายกระทำต่อ

“วัตถุ” ในกรณีนี้ หมายถึง เป้าหมายในการกระทำความผิดของผู้กระทำ ซึ่งอาจเป็นบุคคลหรือสิ่งของก็ได้ และการไม่บรรลุผลในกรณีนี้ ต้องไม่มีข้อบกพร่องในส่วนของปัจจัยที่ใช้ในการกระทำความผิด⁴⁰

ตัวอย่าง ผู้กระทำการใช้ปืนบรรจุกระสุนฆ่าเป้าหมาย แต่ผู้กระทำกลับใช้ปืนยิงไปที่ตอไม้ โดยผู้กระทำเข้าใจผิดว่าเป็นเป้าหมาย (ซึ่งในขณะนั้นเป้าหมายยังมีชีวิตอยู่ แต่ไม่ได้อยู่ ณ ที่นั้น) กรณีดังกล่าวเป็นการไม่บรรลุผลอย่างแน่แท้เพราะเหตุแห่งวัตถุที่มุ่งหมายกระทำต่อ

³⁷ คณิต ณ นคร, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 32, น. 336.

³⁸ เพิ่งอ้าง, น. 336.

³⁹ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 26, น. 113-116.

⁴⁰ เพิ่งอ้าง, น. 115.

อย่างไรก็ตามประเด็นปัญหามีว่า ในกรณีที่ผู้กระทำเข้าใจว่าวัตถุแห่งการกระทำมีอยู่ แต่ในความเป็นจริงไม่มีวัตถุแห่งการกระทำ เช่น การยิงศพ โดยเข้าใจว่าเป็นมนุษย์ที่มีชีวิต การกระทำของผู้กระทำจะเป็นการพยายามกระทำความผิดที่ไม่อาจบรรลุผลได้อย่างแน่แท้ ตามมาตรา 81 หรือ เป็นการกระทำที่ขาดองค์ประกอบความผิด ซึ่งทำให้การกระทำไม่เป็นความผิด ในประเด็นดังกล่าวมีความเห็นทางกฎหมายแตกต่างกัน ดังนี้

1. การจะเป็นการพยายามกระทำความผิดได้ไม่ว่าจะเป็นมาตรา 80 หรือมาตรา 81 ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบภายนอกของความผิดต้องมีอยู่ครบถ้วนเสียก่อน ดังนั้น หากขาดข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบภายนอกของความผิดแล้ว ผู้กระทำก็ไม่ต้องรับผิดฐานพยายามเลยไม่ว่าจะเป็นพยายามตามมาตรา 80 หรือมาตรา 81 แม้ผู้กระทำจะมีเจตนาชั่วร้ายหรือผู้กระทำจะเข้าใจว่าการกระทำของตนครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติไว้เป็นความผิดก็ตาม⁴¹

ตามความเห็นนี้การฆ่าคนที่ตายไปแล้ว โดยยิงไปที่ศพของคนๆนั้น โดยเข้าใจว่าคนๆนั้นยังมีชีวิตอยู่ จึงเป็นการกระทำที่ขาดองค์ประกอบภายนอกของความผิดคือ “ผู้อื่น” เมื่อไม่มี “ผู้อื่น” ให้ฆ่าอีกแล้ว การกระทำนั้นก็ไม่อาจเป็นความผิดได้เลย แม้การพยายามกระทำความผิดก็ไม่มี ความผิด

ผู้ที่เห็นด้วยกับความเห็นแรกนี้มีศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย, ศาสตราจารย์จิตติ ติงศัททิต์, ศาสตราจารย์สัญญาชัย สัจจานิช, ศาสตราจารย์ ดร.เกียรติขจร วัจนะ สวัสดิ์

2. ความเห็นนี้ถือว่า การขาดองค์ประกอบภายนอกของความผิดผู้กระทำยังมีความผิดฐานพยายามที่ไม่อาจบรรลุผลได้อย่างแน่แท้ตามมาตรา 81 ได้อยู่ โดยให้เหตุผลว่าผู้กระทำมีเจตนาโดย “มุ่งโดยตรงต่อผลซึ่งกฎหมายบัญญัติเป็นความผิด” แล้ว จึงควรลงโทษผู้กระทำอันเป็นเหตุผลในการลงโทษตามทฤษฎีอัตตะวิสัย (Subjective Theory) ที่ลงโทษผู้กระทำตามเจตนาของผู้กระทำ

ฝ่ายที่สองมีความเห็นว่ามาตรา 80 บัญญัติขึ้นต้นมาตราว่า “ผู้ใดลงมือกระทำความผิด...” แต่ในมาตรา 81 กลับบัญญัติขึ้นต้นว่า “ผู้ใดกระทำการ โดยมุ่งต่อผลซึ่งกฎหมายบัญญัติเป็นความผิด...” แสดงว่ามาตรา 80 จะเป็นการพยายามกระทำความผิดได้ผู้กระทำต้องกระทำการครบองค์ประกอบความผิดตามกฎหมายเสียก่อน ซึ่งแตกต่างไปจากในมาตรา 81 ที่กฎหมายต้องการเพียงแค่เจตนาในการกระทำความผิดเท่านั้น การกระทำของผู้กระทำไม่จำเป็นต้องครบ

⁴¹ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 13*, น. 471.

องค์ประกอบความผิดตามกฎหมาย และในตอนท้ายของมาตรา 81 บัญญัติว่า “...ให้ถือว่าผู้นั้นพยายามกระทำความผิด” แสดงว่าไม่ใช่การพยายามกระทำความผิดตามหลักทั่วไปในมาตรา 80⁴²

ตามความเห็นนี้การฆ่าคนที่ตายไปแล้ว โดยการยิงไปที่ศพของคนๆ นั้น โดยเข้าใจว่าคนๆ นั้นยังมีชีวิตอยู่ จึงมิเป็นการพยายามกระทำความผิดที่เป็นไปไม่ได้อย่างแน่แท้ตาม มาตรา 81 เนื่องจากแม้จะไม่มี “ผู้อื่น” อันเป็นองค์ประกอบภายนอกของความผิดฐานฆ่าผู้อื่นแล้วก็ตาม แต่ขณะที่กระทำความผิดผู้กระทำมีเจตนาที่ชั่วร้ายแล้ว จึงควรลงโทษผู้กระทำ

ผู้เขียนมีความเห็นคล้ายตามความเห็นที่สอง ว่าการที่ผู้กระทำเข้าใจว่า วัตถุแห่งการกระทำมีอยู่ แต่ในความเป็นจริงไม่มีวัตถุแห่งการกระทำ เป็นการพยายามกระทำความผิดที่เป็นไปไม่ได้อย่างแน่แท้ ตามมาตรา 81 เหตุผลเนื่องมาจากการพยายามกระทำความผิดที่เป็นไปไม่ได้อย่างแท้ เป็นการกระทำที่ไม่อาจบรรลุเป็นความผิดสำเร็จได้เลย ทำให้ไม่อาจเกิดอันตรายจากการกระทำของผู้กระทำได้ ซึ่งโดยหลักแล้วกฎหมายไม่น่าจะลงโทษ แต่เหตุที่กฎหมายลงโทษการกระทำดังกล่าว เนื่องจากผู้กระทำมีเจตนาที่จะกระทำความผิดอันเป็น “เจตนาร้าย” แล้ว และได้มีการกระทำการบางอย่างอันเป็นการทำให้เจตจำนงของตนปรากฏออกมาภายนอก แม้การกระทำนั้นจะไม่อาจบรรลุได้อย่างเด็ดขาด แต่ก็ถือเป็นการกระทำที่น่าตำหนิ สมควรลงโทษผู้กระทำ เพื่อให้ผู้กระทำแสวงหาวิธีการอื่นเพื่อให้การกระทำบรรลุผลต่อไป แต่ด้วยเหตุที่ผลแห่งการกระทำของผู้กระทำไม่อาจเกิดอันตรายได้ กฎหมายจึงลงโทษผู้กระทำน้อยกว่ากรณีการพยายามกระทำความผิดตามหลักทั่วไปที่อาจเกิดอันตรายได้

นอกจากนี้ตามความเห็นที่สอง การกระทำของผู้กระทำแม้จะขาดองค์ประกอบความผิด เนื่องจากไม่มีวัตถุแห่งการกระทำ แต่มาตรา 81 บัญญัติว่า “...ให้ถือว่าผู้นั้นพยายามกระทำความผิด” ย่อมแสดงให้เห็นว่า การกระทำของผู้กระทำโดยตัวของมันเองไม่ใช่ “การพยายามกระทำความผิด” (เนื่องจากขาดองค์ประกอบความผิด) แต่กฎหมายให้ “ถือว่า” เป็นการพยายามกระทำความผิด

ดังนั้น “การยิงศพโดยเข้าใจว่าเป็นผู้อื่น” โดยหลักเป็นการขาดองค์การกระทำที่ขาดองค์ประกอบความผิด เนื่องจากขาด “ผู้อื่น” อันเป็นวัตถุแห่งการกระทำ แต่เมื่อผู้กระทำได้กระทำการโดย “มุ่งต่อผลซึ่งกฎหมายบัญญัติเป็นความผิด” กล่าวคือ เป็นการกระทำที่หากบรรลุตามเจตนาของผู้กระทำ การกระทำนั้นจะเป็นความผิด ซึ่งในกรณีนี้คือ “เจตนาฆ่า” แม้การกระทำนั้นจะไม่อาจบรรลุผลได้อย่างแน่แท้ เพราะเหตุแห่งวัตถุที่มุ่งหมายกระทำต่อ ซึ่งในกรณีนี้คือ “ไม่มี

⁴² เฟิงอ้วง, น. 473.

ผู้อื่นให้ฆ่า” จึง “ถือว่า” ผู้กระทำความผิดพยายามกระทำความผิด และผู้กระทำความผิดได้รับโทษที่เหมาะสมกับเจตนาร้ายและการกระทำของตน

นอกจากบทบัญญัติเรื่องการพยายามกระทำความผิดที่ไม่อาจบรรลุผลอย่างแน่แท้ตามมาตรา 81 วรรค 1 แล้ว บทบัญญัติตามประมวลกฎหมายอาญายังมีการบัญญัติลงโทษการกระทำบางอย่างที่โดยสภาพไม่อาจบรรลุผลเป็นความผิดสำเร็จได้เช่นกันเมื่อพิจารณาจากวิธีการที่ใช้ในการกระทำความผิด นั่นคือ การพยายามกระทำความผิดโดยมงาย

การพยายามกระทำความผิดโดยมงายอยู่ในมาตรา 81 วรรค 2 ซึ่งบัญญัติว่า

“ถ้าการกระทำดังกล่าวในวรรคแรกได้กระทำไปโดยความเชื่ออย่างมงาย ศาลจะไม่ลงโทษก็ได้”

“ความมงาย” ตามมาตรานี้ ต้องหมายถึงการกระทำด้วยความมงายที่ไม่อาจบรรลุผลเป็นความผิดได้เลย ถ้าเป็นความมงายที่ส่งผลเป็นความผิดได้ไม่ใช่เรื่องของความมงายตามมาตรา⁴³ เช่น หญิงเอาลูกกวาดบนแผ่นเหล็กเผาไฟด้วยความเชื่ออย่างสุจริต ย่อมเป็นความผิดและสมควรถูกลงโทษ⁴⁴

แม้จะมีกฎหมายกำหนดโทษไว้อย่างชัดเจนแก่กรณีกระทำผิดด้วยความเชื่อมงาย แต่ทว่าในทางปฏิบัติกลับไม่เคยปรากฏคดีขึ้นสู่ศาล เนื่องจากข้อจำกัดในการพิสูจน์พยานหลักฐาน ซึ่งการพิสูจน์ข้อเท็จจริงในเรื่องไสยศาสตร์นั้นเป็นไปได้⁴⁵ มาตรา 81 วรรค 2 ได้ถูกอธิบายว่า⁴⁶ การพยายามกระทำความผิดตามมาตรา 81 อยู่ภายใต้เงื่อนไข 2 ประการเช่นเดียวกันกับการพยายามกระทำความผิดที่ไม่อาจบรรลุผลได้อย่างแน่แท้ตามวรรคแรก กล่าวคือ ต้องเป็นการกระทำที่มุ่งต่อผลซึ่งกฎหมายบัญญัติเป็นความผิด แต่การกระทำนั้นไม่สามารถบรรลุผลได้อย่างแน่แท้เพราะเหตุปัจจัยซึ่งใช้ในการกระทำ เช่น การเสกหนังสือควายเข้าห้องโดยมีเจตนาทำร้ายร่างกาย การใช้น้ำมันทาห้องโดยมีเจตนาทำแท้ง และด้วยวัตถุที่มุ่งหมายกระทำต่อ

⁴³ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 26*, น. 116.

⁴⁴ G. Williams, Homicide and the Supernatural, 65 L.Q. Rev. 491 (1949) อ้างถึงใน *เพ็งอ้าว*, น. 112.

⁴⁵ สิตานัน กลิ่นกำจรสุข, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 14*, น. 17.

⁴⁶ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, “กฎหมายอาญากับความมงาย (ส่วนที่ 2)”, *วารสารอัยการ*, ปีที่ 7 ฉบับที่ 84, น. 11, (2527) อ้างถึงใน *เพ็งอ้าว*, น. 18.

มีความเห็นทางวิชาการต่อเรื่องการพยายามกระทำความผิดโดยมงายนี้

2 ความเห็น ดังนี้⁴⁷

1. ความเห็นแรกเป็นความเห็นของศาสตราจารย์ ดร.คณิต ณ นคร ซึ่งมองว่าไม่ควรลงโทษในการกระทำความผิดดังกล่าว เนื่องจากบทบัญญัติดังกล่าวเป็นเพียงรากเหง้าของความเชื่อเดิมในสังคม⁴⁸ ดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่าในทางปฏิบัติการพยายามกระทำความผิดโดยมงายไม่มีการฟ้องร้องและดำเนินคดีในศาล เนื่องจากการพิสูจน์พยานหลักฐานไม่อาจกระทำได้

2. ความเห็นนี้มองว่าแม้การพยายามกระทำความผิดโดยมงายโดยสภาพแล้วไม่เป็นอันตราย แต่ก็ได้แสดงออกถึงเจตนาอันชั่วร้ายของผู้กระทำแล้ว ในแง่จิตใจของผู้กระทำนั้นไม่ต่างไปจากการพยายามกระทำความผิดโดยทั่วไป หากไม่ลงโทษผู้กระทำก็เท่ากับเป็นการปล่อยให้ผู้กระทำต่อไปโดยเปลี่ยนวิธีการไปเรื่อย ๆ แต่มีเจตนาร้ายเหมือนเดิม จนเมื่อรู้ว่ามีวิธีมงายใช้ไม่ได้ผล เขาอาจเปลี่ยนไปใช้วิธีอื่นซึ่งอันตรายมากกว่า หรือมีประสิทธิภาพมากกว่าเพื่อให้ความผิดสำเร็จตามเจตนา⁴⁹ อย่างไรก็ตามหากการกระทำนั้นไม่ก่อให้เกิดอันตรายเลยและศาลเห็นว่าผู้กระทำสามารถแก้ไขตัวเองได้โดยไม่ต้องถูกลงโทษ กฎหมายก็ให้ศาลใช้ดุลยพินิจในการไม่ลงโทษผู้กระทำก็ได้

ผู้เขียนมีความเห็นคล้ายตามแนวความเห็นที่สอง เหตุผลเป็นเช่นเดียวกับการพยายามกระทำความผิดที่ไม่อาจบรรลุผลได้อย่างแท้ กล่าวคือ ผู้กระทำมี “เจตนาร้าย” ที่จะกระทำความผิด และได้มีการกระทำการบางอย่างอันเป็นการแสดงให้เจตจำนงนั้นปรากฏออกมาภายนอกแล้ว เพียงแต่วิธีการที่ผู้กระทำเลือกใช้นั้นไม่อาจบรรลุผลได้เท่านั้น หากยกประโยชน์ให้ผู้กระทำไม่ต้องได้รับโทษจากการกระทำของตน ย่อมเป็นการเปิดโอกาสให้ผู้กระทำแสวงหาวิธีการอื่นเพื่อให้การกระทำของตนบรรลุผล ดังนั้นจึงสมควรที่จะลงโทษผู้กระทำเช่นกัน เพียงแต่เมื่อพิจารณาจากวิธีการที่ผู้กระทำเลือกใช้และระดับของความอันตรายของการกระทำแล้ว โทษสำหรับการพยายามกระทำความผิดโดยมงายจึงควรน้อยกว่าการพยายามกระทำความผิดโดยบังเอิญและการพยายามกระทำความผิดที่ไม่อาจบรรลุผลได้อย่างแน่แท้

⁴⁷ สิตานัน กลิ่นกำจรสุข, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 14*, น. 18.

⁴⁸ คณิต ณ นคร, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 32*, น. 336-337.

⁴⁹ Ryu. Contemporary Problems of Criminal Attempts, 32 N.Y.U.L. Rev. 1170, p. 1189 (1957) อ้างถึงใน ทวีเกียรติ มินะกะนิษฐ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 26*, น. 116.

4.2.2 การลงโทษการพยายามกระทำความผิดตามกฎหมายไทย

สำหรับการลงโทษการพยายามกระทำความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาไทย นั้นแบ่งออกเป็นหลายระดับ ดังต่อไปนี้

1. ความผิดอาญาบางฐานลงโทษการพยายามกระทำความผิดเสมือนความผิด สำเร็จ เช่น การพยายามปลงพระชนม์พระมหากษัตริย์ตามมาตรา 107 วรรค 2 เป็นต้น โดยการ พยายามกระทำความผิดในกรณีนี้หมายถึง การพยายามกระทำความผิดตามมาตรา 80 และการ พยายามกระทำความผิดที่ไม่อาจบรรลุผลได้อย่างแน่แท้ตามมาตรา 81 ด้วย ไม่ว่าจะเป็นการพยายาม กระทำความผิดกรณีใด กฎหมายจะลงโทษผู้กระทำเสมือนความผิดสำเร็จทุกกรณี

แต่การถอนตัวจากการกระทำความผิดฐานปลงพระชนม์พระมหากษัตริย์ตาม มาตรา 82 กฎหมายไม่ลงโทษฐานพยายามกระทำความผิด ตลอดจนถึงการเตรียมการกระทำ ความผิดด้วย⁵⁰

2. การพยายามกระทำความผิดโดยบังเอิญตามมาตรา 80 กฎหมายจะลงโทษ ผู้กระทำน้อยกว่าโทษที่กฎหมายบัญญัติไว้สำหรับความผิดนั้นเสมอ โดยโทษสำหรับการพยายาม กระทำความผิดนั้นจะไม่เกินสองในสามส่วนของโทษที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้น

3. การพยายามกระทำความผิดที่ไม่อาจบรรลุผลได้อย่างแน่แท้ตามมาตรา 81 กฎหมายจะลงโทษผู้กระทำน้อยกว่าการพยายามกระทำความผิดโดยทั่วไป โดยโทษสำหรับการ พยายามกระทำความผิดที่เป็นไปไม่ได้ อย่างแน่แท้จะไม่เกินกึ่งหนึ่งของโทษที่กฎหมายกำหนดไว้ สำหรับความผิดฐานนั้น

4. การพยายามกระทำความผิดที่ไม่อาจบรรลุผลได้อย่างแน่แท้ตามมาตรา 81 วรรค 2 ซึ่งได้กระทำไปโดยความเชื่อมกมาย กฎหมายเปิดช่องให้ศาลใช้ดุลยพินิจในการยกเว้นโทษ ให้กับผู้กระทำความผิดได้ แต่หากศาลจะลงโทษก็ต้องลงโทษไม่เกินกึ่งหนึ่งของโทษที่กฎหมายกำหนด ไว้สำหรับความผิดฐานนั้น เพราะเป็นการพยายามกระทำความผิดที่เป็นไม่อาจบรรลุผลได้อย่างแน่แท้ เช่นกัน

5. การพยายามกระทำความผิดบางฐานกฎหมายไม่โทษผู้กระทำ เช่น การ พยายามกระทำความผิดลหุโทษตามมาตรา 105 เนื่องจากความผิดลหุโทษเป็นความผิดเพียงเล็กน้อย

⁵⁰ คณิต ญ นคร, อ้างแล้ว เชิงบรรณที่ 30, น. 826.

แม้ในกรณีความผิดสำเร็จ⁵¹ นอกจากนั้นความผิดลหุโทษส่วนมากเป็นความผิดที่ไม่ต้องการเจตนา โดยสภาพจึงไม่อาจมีการพยายามกระทำความผิดได้

จากระดับการลงโทษการพยายามกระทำความผิดที่แบ่งออกได้เป็นหลายระดับ ตั้งแต่ลงโทษเหมือนความผิดสำเร็จไปจนถึงไม่ลงโทษ จึงอาจกล่าวได้ว่าการใช้แนวคิดพื้นฐานเรื่องเหตุ ในการลงโทษการพยายามกระทำความผิดเพียงแนวคิดเดียวมาอธิบายย่อมไม่สมบูรณ์ เนื่องจากหาก ใช้ทฤษฎีการลงโทษทางภาวะวิสัยมาอธิบายกฎหมายอาญาไทยก็น่าจะลงโทษการพยายามกระทำความผิดที่เป็นไม่ได้้อย่างแน่แท้ได้ เพราะเป็นการกระทำที่ไม่ก่อให้เกิดอันตราย แต่หากใช้ทฤษฎีการลงโทษทางอัตตะวิสัยมาอธิบาย แม้จะสามารถอธิบายเรื่องการลงโทษกรณีการพยายามกระทำความผิดที่เป็นไม่ได้้อย่างแน่แท้ได้ แต่ก็ไม่สามารถอธิบายได้ว่าทำไมจึงไม่ลงโทษเท่ากันในทุกกรณี ความผิด

การอธิบายเรื่องเหตุผลในการลงโทษการพยายามกระทำความผิดตามกฎหมายอาญาไทยจึงควรใช้แนวคิดพื้นฐานทั้งสองอธิบายประกอบกันหรือแนวคิดของทฤษฎีผสมผสาน ซึ่งมีอยู่ทฤษฎีด้วยกัน คือ ทฤษฎีเกิดความรู้สึก และทฤษฎีผสมผสานของ Roxin

ทฤษฎีเกิดความรู้สึก เป็นทฤษฎีที่ลงโทษการพยายามกระทำความผิดเนื่องจากการกระทำความผิดเป็นการกระทำที่ก่อให้เกิดผลที่เป็นการสันสะเทือนต่อระบบกฎหมาย อันหมายถึง การทำให้ความเชื่อมั่นของประชาชนว่ากฎหมายว่าจะไม่ถูกละเมิดเสียไป หากการกระทำนั้นบรรลุผลตามเจตนาของผู้กระทำ ผลที่เป็นการสันสะเทือนระบบกฎหมายก็มีมาก แต่หากการกระทำนั้นไม่บรรลุผลตามเจตนาของผู้กระทำ ผลที่เป็นการสันสะเทือนระบบกฎหมายก็จะน้อยลง ส่งผลให้ผู้พยายามกระทำความผิดได้รับโทษน้อยกว่ากรณีความผิดสำเร็จ

นอกจากนั้นการพยายามกระทำความผิดที่เป็นไปไม่ได้ ก็ก่อให้เกิดผลที่เป็นการสันสะเทือนระบบกฎหมายเช่นกัน แม้จะน้อยมากก็ตาม ฉะนั้นกฎหมายจึงยังลงโทษการกระทำนั้นเช่นกัน ในขณะที่การเตรียมการกระทำความผิดกฎหมายไม่ลงโทษ เนื่องจากก่อให้เกิดที่เป็นการสันสะเทือนระบบกฎหมายน้อยมาก จนไม่มีความจำเป็นต้องลงโทษผู้กระทำ

แต่อย่างไรก็ตามการจะวินิจฉัยถึงการสันสะเทือนระบบกฎหมาย เป็นการวินิจฉัยในเชิงคุณค่า เป็นเรื่องที่คลุมเครือจนเกินไป ผู้เขียนเห็นว่าไม่ควรใช้สิ่งที่มีความไม่แน่นอนมาเป็นเกณฑ์ในการกำหนดโทษของผู้กระทำ

⁵¹ F. Desportes et F. Le Gunehec, Le Nouveau Droit Penal, Tome 1, Droit penal general, Economica 1998, no. 113 อ้างถึงใน ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 8, น. 406.

ในขณะที่ทฤษฎีผสมผสานของ Roxin เป็นทฤษฎีที่อธิบายว่า การลงโทษการพยายามกระทำความผิดแบ่งได้เป็น 2 เหตุผล โดยมีเหตุผลหลักคือความเป็นอันตรายที่ใกล้ชิดต่อองค์ประกอบความผิด และเหตุผลรองคือการละเมิดต่อบรรทัดฐานที่กระทบกระเทือนต่อกฎหมายที่ใกล้ชิดต่อการคุ้มครององค์ประกอบความผิด หรืออาจกล่าวได้ว่า เป็นการอาศัยทฤษฎีการลงโทษในทางภาวะวิสัยมาเป็นเหตุผลหลัก ในขณะที่อาศัยทฤษฎีการลงโทษในทางอัตตะวิสัยมาเป็นเหตุผลรอง

กล่าวคือ โดยหลักทฤษฎีดังกล่าวลงโทษผู้กระทำเนื่องจากการกระทำของผู้กระทำอาจก่อให้เกิดอันตรายได้ ไม่ว่าจะเป็นกรณีความผิดสำเร็จ การพยายามกระทำความผิด หรือแม้กระทั่งการพยายามกระทำความผิดที่เป็นไปไม่ได้ แต่อาจมีความเป็นอันตราย แต่หากการกระทำของผู้กระทำไม่อาจก่อให้เกิดอันตรายได้ แต่ก็ยังเป็นการกระทำที่ได้กระทำไปโดยมีเจตนาที่จะกระทำความผิด ผู้กระทำก็สมควรถูกลงโทษเช่นกัน

จากการศึกษาทฤษฎีในการลงโทษการพยายามกระทำความผิดทั้งหมดที่กล่าวมา ผู้เขียนมีความเห็นว่า กฎหมายไทยลงโทษการพยายามกระทำความผิดตามทฤษฎีผสมผสานของ Roxin โดยมีเหตุผลดังต่อไปนี้

1. ประมวลกฎหมายอาญาไทยมีการลงโทษเป็นลำดับขั้นเช่นเดียวกับกฎหมายอาญาเยอรมัน โดยกำหนดให้ลงโทษกรณีความผิดสำเร็จสูงกว่าการพยายามกระทำความผิด กำหนดให้ลงโทษการพยายามกระทำความผิดสูงกว่าการพยายามกระทำความผิดที่ไม่อาจบรรลุผลได้อย่างแน่แท้ และกำหนดให้ลงโทษการพยายามกระทำความผิดสูงกว่าการพยายามกระทำความผิดที่ไม่อาจบรรลุผลได้อย่างแน่แท้โดยความมุงาย

เมื่อพิจารณาตามลำดับโดยอาศัยโทษที่ลงแก่ผู้กระทำเป็นเกณฑ์จะพบว่า กฎหมายกำหนดโทษตามระดับความร้ายแรงของความอันเป็นอันตรายอันเกิดจากการกระทำนั้น ตัวอย่าง กรณีความผิดสำเร็จเป็นกรณีที่เกิดความเสียหายมากที่สุด ในขณะที่การพยายามกระทำความผิด แม้จะเกิดความเสียหายบ้าง แต่ก็ย่อมน้อยกว่ากรณีความผิดสำเร็จอย่างแน่นอน โทษสำหรับการพยายามกระทำความผิดจึงน้อยกว่าความผิดสำเร็จ อันเป็นการวินิจฉัยโดยอาศัยความเป็นอันตรายเป็นหลัก

ในขณะที่การพยายามกระทำความผิดที่ไม่อาจบรรลุผลได้อย่างแน่แท้ แม้จะไม่ปรากฏว่ามีความเป็นอันตราย แต่ผู้กระทำก็มีเจตนาที่จะกระทำความผิด อันเป็นเจตนาที่จะละเมิดต่อบทบัญญัติทางกฎหมาย และได้แสดงเจตนานั้นผ่านการกระทำของตนแล้ว เพียงแต่ด้วยข้อเท็จจริงบางอย่างที่ผู้กระทำไม่ทราบขณะกระทำ ทำให้การกระทำไม่อาจบรรลุผลได้อย่างแน่แท้ กฎหมายจึงยังสมควรลงโทษผู้กระอยู่ เพียงแต่ลงโทษน้อยกว่าการพยายามกระทำความผิดโดยบังเอิญ

นอกจากนั้นการพยายามกระทำความผิดที่ไม่อาจบรรลุผลได้อย่างแน่แท้ โดยความมั่งงาย เป็นการกระทำไม่อาจก่อให้เกิดอันตรายได้เช่นกัน แต่ผู้กระทำก็มีเจตนาที่จะกระทำความผิด และได้แสดงเจตนาขึ้นผ่านการกระทำของตนแล้ว กฎหมายจึงกำหนดให้ผู้กระทำจึงสมควรต้องรับโทษอยู่ แต่ด้วยวิธีการที่ผู้กระทำเลือกใช้ ทำให้การกระทำไม่อาจบรรลุผลได้อย่างเด็ดขาด ซึ่งห่างไกลจากการเกิดอันตรายมากกว่าการพยายามกระทำความผิดที่ไม่อาจบรรลุผลได้อย่างแน่แท้เสียอีก กฎหมายจึงกำหนดให้ศาลมีดุลยพินิจในการไม่ลงโทษผู้กระทำได้

2. เหตุผลอีกประการหนึ่งที่ยืนยันว่ากฎหมายอาญาไทยไม่ได้อาศัยทฤษฎีการลงโทษในทางอัตตะวิสัยเป็นเหตุผลหลักในการลงโทษการพยายามกระทำความผิด เนื่องจากหากใช้ทฤษฎีการลงโทษในทางอัตตะวิสัยเป็นเหตุผลหลักในการลงโทษการพยายามกระทำความผิด กรณีความผิดสำเร็จ การพยายามกระทำความผิด และการพยายามกระทำความผิดที่เป็นไปไม่ได้ อย่างแน่แท้ ก็ควรต้องได้รับโทษเท่ากันเหมือนกับกฎหมายอาญาฝรั่งเศส เนื่องจากไม่ว่าจะเป็นกรณีใดผู้กระทำย่อมกระทำไปโดยมีเจตนาเช่นเดียวกัน

ดังนั้นเมื่อกฎหมายอาญาไทยลงโทษการพยายามกระทำความผิดน้อยกว่ากรณีความผิดสำเร็จ จึงเป็นเครื่องยืนยันว่ากฎหมายอาญาไทยไม่ได้อาศัยทฤษฎีการลงโทษในทางอัตตะวิสัยเป็นเหตุผลในการลงโทษการพยายามกระทำความผิด

3. การที่กฎหมายไม่ลงโทษการเตรียมการกระทำความผิดเนื่องจากการเตรียมการกระทำความผิดเป็นการกระทำที่ห่างไกลต่อการเกิดผลของการกระทำความผิดมาก ความเป็นอันตรายจากการเตรียมการกระทำความผิดยังมีน้อยเมื่อเทียบกับการลงมือกระทำความผิด ดังนั้นกฎหมายจึงไม่ลงโทษการเตรียมการกระทำความผิดแม้ผู้กระทำมีเจตนาที่จะกระทำความผิดก็ตาม

4. มีบางกรณีที่กฎหมายลงโทษการพยายามกระทำความผิดเสมือนความผิดสำเร็จ หรือลงโทษการเตรียมการกระทำความผิด เนื่องมาจากการที่ทฤษฎีผสมผสานของ Roxin มีเหตุผลรองในการลงโทษการพยายามกระทำความผิดอยู่ที่การละเมิดต่อบรรทัดฐานที่กระเทือนต่อระบบกฎหมาย นอกจากจะเป็นการใช้ทฤษฎีการลงโทษในทางอัตตะวิสัยมาเป็นเหตุผลรองแล้ว ยังเป็นการเปิดโอกาสให้ฝ่ายนิติบัญญัติกำหนดความว่าความผิดใดมีความจำเป็นต้องลงโทษ ซึ่งในการเตรียมการกระทำความผิดบางฐานหรือการพยายามกระทำความผิดบางฐานเป็นสิ่งที่อันตรายพิเศษ แม้ว่าจะห่างไกลต่อการเกิดผล แต่ก็สมควรถูกลงโทษ

ด้วยเหตุผลที่กล่าวมาในข้างต้นผู้เขียนจึงมีความเห็นว่าการลงโทษการพยายามกระทำความผิดตามกฎหมายไทย ได้รับอิทธิพลจากทฤษฎีผสมผสานของ Roxin

4.3 การพยายามทำให้แท้งลูกตามกฎหมายไทย

การพยายามกระทำความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา อาจเกิดขึ้นเพราะผู้กระทำความผิดกระทำความผิด แต่กระทำไปไม่ตลอด กับผู้กระทำความผิดไปตลอดแล้ว แต่การกระทำไม่บรรลุผล กรณีการพยายามทำให้แท้งลูกก็เช่นเดียวกัน โดยอาจแยกพิจารณาได้ ดังนี้

4.3.1 กรณีลงมือทำแท้งแล้ว แต่ทำแท้งไปไม่ตลอด

กรณีนี้เป็นการพยายามกระทำความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 80 ประเภทแรก คือ การลงมือกระทำความผิดไปไม่ตลอด เป็นกรณีที่ผู้กระทำความผิดทำแท้งไปแล้ว แต่ไม่สามารถจะกระทำให้ครบถ้วนตามที่ผู้กระทำประสงค์จะกระทำโดยไม่สมัครใจ⁵² การพยายามกระทำความผิดประเภทนี้ต้องเป็นกรณีที่ผู้กระทำไม่อาจกระทำต่อไปได้ ไม่ว่าจะเพราะรู้สึกว่าจะไม่สามารถกระทำต่อไปให้ครบถ้วนได้ หรือเพราะมีเหตุภายนอกมาขัดขวางไม่ให้กระทำต่อไปได้ก็ตาม

ตัวอย่างที่ 1 ผู้กระทำเป็นหญิงมีครรภ์ต้องการที่จะทำแท้ง จึงใช้มือทุบหน้าท้องของตนเองเพื่อหวังจะให้เกิดการแท้งลูก แต่ก่อนที่จะเกิดการแท้ง สามีของผู้กระทำผ่านมาเห็นจึงเข้ามาห้ามไว้ไม่ให้กระทำต่อ ดังนี้ การกระทำของผู้กระทำเป็นการลงมือทำแท้ง แต่ทำแท้งไปไม่ตลอด เป็นเพียงการพยายามทำให้ตนเองแท้งลูกเท่านั้น

ตัวอย่างที่ 2 ผู้กระทำได้รับการว่าจ้างจากหญิงมีครรภ์ให้ทำแท้งให้ ในขณะที่ผู้กระทำกำลังลงมือทำแท้งหญิงมีครรภ์ ผู้กระทำก็ถูกตำรวจบุกเข้าขัดขวางและจับกุมได้เสียก่อนจะได้ลงมือทำแท้งครบทุกขั้นตอน ดังนี้ การกระทำของผู้กระทำเป็นการลงมือทำแท้ง แต่ทำแท้งไปไม่ตลอด เป็นเพียงการพยายามทำให้หญิงแท้งลูกโดยหญิงยินยอมเท่านั้น

ตัวอย่างที่ 3 ผู้กระทำเป็นสามีของหญิงมีครรภ์ ผู้กระทำไม่ต้องการให้ทารกคลอดออกมาเพราะไม่มีเงินเลี้ยงดู ผู้กระทำจึงเอายาที่ผลทำให้แท้งลูกให้ภรรยากินโดยมีเจตนาจะให้เกิดการแท้งลูก ซึ่งภรรยาไม่รู้เรื่องยาดังกล่าวแต่ประการใด แต่ก่อนที่ภรรยาจะกินยาดังกล่าว มีผู้มาพบเข้าและได้ร้องห้ามไว้ ดังนี้ การกระทำของผู้กระทำเป็นการลงมือทำแท้ง แต่ทำแท้งไปไม่ตลอด เป็นเพียงการพยายามทำให้หญิงแท้งลูกโดยหญิงไม่ยินยอมเท่านั้น

4.3.2 กรณีลงมือทำแท้งไปตลอดแล้ว แต่การกระทำไม่บรรลุผล

กรณีนี้เป็นการพยายามกระทำความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 80 ประเภทที่สอง คือ การลงมือทำแท้งไปตลอด ครบทุกขั้นตอนแล้ว แต่การกระทำนั้นไม่บรรลุผล เป็นกรณีที่ผู้กระทำได้กระทำการทุกอย่างที่จำเป็นต้องกระทำเพื่อให้การกระทำบรรลุผล แต่การกระทำ

⁵² ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ, อ้างแล้ว เจียงอรรถที่ 26, น. 111.

นั้นไม่บรรลุผลตามเจตนา ไม่ว่าจะเป็เพราะเหตุแห่งวัตถุที่เขามุ่งหมายกระทำต่อ หรือเพราะเหตุแห่งปัจจัยซึ่งใช้ในการกระทำความผิด แต่ทั้งนี้การกระทำของผู้กระทำต้องมีโอกาสที่จะบรรลุผลด้วย

ตัวอย่างที่ 1 หญิงมีครรภ์ต้องการทำแท้งลูก จึงกินยาที่มีผลทำให้แท้งลูก แต่ทารกกลับไม่แท้ง ดังนี้ การกระทำของหญิงมีครรภ์เป็นการลงมือทำแท้ง ที่กระทำไปตลอดแล้ว แต่การกระทำไม่บรรลุผล เป็นเพียงการพยายามทำให้ตนเองแท้งลูกเท่านั้น

ตัวอย่างที่ 2 ผู้กระทำได้รับการว่าจ้างจากหญิงมีครรภ์ให้ทำแท้งให้ เมื่อผู้กระทำลงมือทำแท้งหญิงมีครรภ์ครบถ้วนทุกขั้นตอนแล้ว ปรากฏว่าทารกกลับไม่แท้ง ดังนี้ การกระทำของผู้กระทำเป็นการลงมือทำแท้ง ที่กระทำไปตลอดแล้ว แต่การกระทำไม่บรรลุผล เป็นเพียงการพยายามทำให้หญิงแท้งลูกโดยหญิงยินยอมเท่านั้น

ตัวอย่างที่ 3 ผู้กระทำต้องการให้ภรรยาแท้งลูก จึงลงมือกดท้องภรรยาโดยมีเจตนาให้เกิดการแท้ง โดยภรรยาไม่ยินยอม แต่ทารกกลับไม่แท้ง ดังนี้ การกระทำของผู้กระทำเป็นเพียงการลงมือทำแท้ง ที่กระทำไปตลอดแล้ว แต่การกระทำไม่บรรลุผล เป็นเพียงการพยายามทำให้หญิงแท้งลูกโดยหญิงไม่ยินยอมเท่านั้น

การไม่บรรลุผลในความผิดฐานทำให้แท้งลูกในกรณีนี้จำเป็นต้องพิจารณา “ผลแห่งการกระทำความผิด” เป็นสำคัญ ซึ่งประเด็นผลแห่งการกระทำความผิดในความผิดฐานทำให้แท้งลูก ว่า อย่งไรจึงจะเรียกว่าเป็นการแท้ง ผู้เขียนจะได้กล่าวถึงในภายหลัง

4.3.3 กรณีการพยายามทำให้แท้งลูกที่ไม่อาจบรรลุผลได้อย่างแน่แท้

การพยายามกระทำความผิดที่ไม่อาจบรรลุผลได้อย่างแน่แท้ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 81 เป็นการกระทำที่ไม่อาจบรรลุผลเป็นความผิดสำเร็จได้อย่างเด็ดขาด ซึ่งการไม่อาจบรรลุผลได้อย่างแน่แท้เกิดได้จาก 2 กรณี คือ เพราะเหตุแห่งปัจจัยซึ่งใช้ในการกระทำความผิด หรือเพราะเหตุแห่งวัตถุที่มุ่งหมายกระทำต่อ

4.3.3.1 เพราะเหตุแห่งปัจจัยซึ่งใช้ในการกระทำความผิด

การพยายามทำให้แท้งลูกที่ไม่อาจบรรลุผลได้อย่างแน่แท้ในกรณีนี้เป็นกรณีที่วิธีการหรือเครื่องมือซึ่งใช้การทำให้แท้งทำให้การกระทำไม่อาจบรรลุผลเป็นความผิดได้อย่างเด็ดขาด เช่น การใช้ยาที่ไม่มีผลทำให้แท้งลูกได้ กรณีการพยายามทำให้แท้งลูกที่ไม่อาจบรรลุได้อย่างแน่แท้เพราะเหตุแห่งปัจจัยซึ่งใช้ในการกระทำความผิดไม่มีปัญหาให้ต้องพิจารณามากนัก หากปัจจัยซึ่งใช้ในการกระทำความผิดทำให้ไม่อาจบรรลุผลเป็นความผิดสำเร็จได้ ก็เป็นการพยายามทำให้แท้งลูกที่ไม่อาจบรรลุผลได้อย่างแน่แท้ในกรณีนี้โดยไม่ต้องสงสัย

4.3.3.2 เพราะเหตุแห่งวัตถุที่มุ่งหมายกระทำต่อ

การพยายามทำให้แท้งลูกที่ไม่อาจบรรลุผลได้อย่างแน่แท้ในกรณีนี้เป็นกรณีที่วิธีที่ใช้ในการทำแท้งไม่มีข้อบกพร่อง แต่ข้อบกพร่องอยู่ที่วัตถุแห่งการกระทำความผิด ซึ่งวัตถุแห่งการกระทำความผิดฐานทำให้แท้งลูก คือ ทารกในครรภ์มารดา อย่างไรก็ตามปัญหาของการพยายามทำให้แท้งลูกที่เป็นไปไม่ได้ได้อย่างแน่แท้ในกรณีคือ การทำแท้งหญิงที่ไม่ได้ตั้งครรภ์ จะถือเป็นการพยายามทำให้แท้งลูกที่เป็นไปไม่ได้ได้อย่างแน่แท้ เพราะเหตุแห่งวัตถุที่มุ่งหมายกระทำต่อ หรือเป็นการกระทำที่ไม่เป็นความผิดเลย เพราะกระทำไปไม่ครบองค์ประกอบความผิด

ในประเด็นดังกล่าวเป็นกรณีเดียวกับกรณี ยิงศพ โดยเข้าใจว่าเป็นมนุษย์ที่มีชีวิต ซึ่งเป็นกรณีที่ผู้กระทำเข้าใจผิดว่ามีวัตถุแห่งการกระทำอยู่ (ในที่นี้คือ ทารกในครรภ์มารดา) แต่ในความเป็นจริงนั้นไม่มีอยู่ (เนื่องจากหญิงไม่ได้ตั้งครรภ์) ซึ่งกรณีดังกล่าวอาจเกิดขึ้นกับผู้กระทำที่เป็นหญิงมีครรภ์ตามมาตรา 301 หรือผู้กระทำที่เป็นบุคคลอื่นซึ่งไม่ใช่หญิงมีครรภ์ตามมาตรา 302 และมาตรา 303 ก็ได้ เช่น หญิงมีครรภ์เข้าใจว่าตนเองตั้งครรภ์จึงไปให้หมอทำแท้ง และหมอก็เข้าใจว่าหญิงตั้งครรภ์จึงทำแท้งให้ เป็นต้น

ดังที่ได้กล่าวมาแล้ว⁵³ ว่ามีความเห็นเกี่ยวกับประเด็นดังกล่าวแตกต่างกันไป 2 แนวทาง ดังนี้

1. ศาสตราจารย์จิตติ ดิงศภัทย์มีความเห็นว่า ความผิดทำให้แท้งลูกจำเป็นต้องมี “หญิงมีครรภ์” เพราะถ้าไม่มีครรภ์ ก็ไม่มีทารกที่จะทำให้แท้ง⁵⁴ หญิงมีครรภ์จึงเป็นองค์ประกอบความผิดตามกฎหมาย ดังนั้นการทำแท้งหญิงที่ไม่ได้ตั้งครรภ์จึงเป็นการกระทำที่ขาดองค์ประกอบความผิดที่กฎหมายบัญญัติเป็นความผิด ผู้กระทำจึงไม่มีความผิดฐานทำให้แท้งลูกเลย แม้เพียงขั้นตอนของการพยายามก็ตาม เนื่องจากกรณีจะเป็นการพยายามกระทำความผิดได้ การกระทำต้องเป็นความผิดเสียก่อน⁵⁵

2. ศาสตราจารย์ ดร.ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ มีความเห็นว่า “แม้ผลของความผิดที่มุ่งกระทำนั้นจะเป็นไปไม่ได้ แต่การพยายามกระทำความผิดนั้นเป็นไปได้เสมอ”⁵⁶ การ

⁵³ ดู หัวข้อที่ 4.2.1.2 (2), น. 94-95.

⁵⁴ จิตติ ดิงศภัทย์, กฎหมายอาญา ภาค 1, พิมพ์ครั้งที่ 11, (นนทบุรี: ศูนย์การพิมพ์เพชรรุ่ง, 2555), น. 377.

⁵⁵ เพ็งอ้าง, น. 380.

⁵⁶ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 26, น. 115.

ลงโทษผู้กระทำความผิดตาม มาตรา 81 เพราะผู้กระทำมีเจตนาในการกระทำความผิดที่ร้ายแรงเช่นเดียวกับผู้กระทำความผิดตาม มาตรา 80 นอกจากนั้น มาตรา 81 ไม่ได้บัญญัติขึ้นต้นเช่นเดียวกับ มาตรา 80 ที่ว่า “ผู้ใดลงมือกระทำความผิด” แต่ใช้ถ้อยคำว่า “ผู้ใดกระทำการโดยมุ่งต่อผลซึ่งกฎหมายบัญญัติเป็นความผิด” การกระทำความผิดตาม มาตรา 81 จึงไม่จำเป็นต้องครบองค์ประกอบความผิดเสียก่อนต่างกับการพยายามกระทำความผิดตาม มาตรา 80 และในตอนท้ายของมาตรา 81 กฎหมายบัญญัติว่า “ให้ถือว่าผู้นั้นพยายามกระทำความผิด” แสดงว่าการกระทำความผิดตาม มาตรา 81 ไม่ใช่การพยายามกระทำความผิดตามหลักทั่วไปตาม มาตรา 80⁵⁷ ดังนั้นการทำให้ถึงแก่ความตายที่ไม่ได้ตั้งครมภ์ตามความเห็นนี้ แม้จะเป็นการกระทำที่ขาดองค์ประกอบความผิด แต่ก็ถือว่าเป็นการพยายามทำให้ถึงแก่ความตายที่เป็นไปไม่ได้ อย่างแน่แท้ตาม มาตรา 81

ตามความเห็นของผู้เขียน ผู้เขียนมีความเห็นคล้อยตามกับความเห็นที่สองว่า การทำให้ถึงแก่ความตายที่ไม่ได้ตั้งครมภ์เป็นการพยายามทำให้ถึงแก่ความตายที่เป็นไปไม่ได้ อย่างแน่แท้ตาม มาตรา 81 เนื่องจากผู้กระทำได้กระทำการไปโดยมีจิตใจชั่วร้ายต้องการที่จะทำลายชีวิตของทารกในครรภ์มารดาแล้ว แต่การกระทำนั้นไม่อาจบรรลุผลได้อย่างแน่แท้ เพราะ ทารกในครรภ์มารดานั้นไม่มีอยู่จริง จึงไม่มีความเสียหายเกิดขึ้น แต่อย่างไรก็ตามด้วยเหตุที่การพยายามกระทำความผิดที่ไม่อาจบรรลุได้อย่างแน่แท้เป็นการลงโทษผู้กระทำเพราะผู้กระทำมีเจตนาจะกระทำการอันเป็นการละเมิดต่อบทบัญญัติในทางกฎหมาย เมื่อผู้กระทำมีเจตนาชั่วร้ายเช่นนั้น และได้กระทำการอันเป็นกัน แสดงเจตนาให้ปรากฏออกมาภายนอกแล้ว แม้จะไม่มี ความเสียหายเกิดขึ้น ผู้กระทำก็ยังสมควรได้รับโทษ

4.3.4 กรณีการถอนตัวจากการพยายามกระทำความผิด

กรณีนี้เป็นการไม่บรรลุผลเพราะตัวผู้กระทำ “สมัครใจ” เองแตกต่างจากการพยายามกระทำความผิดตาม มาตรา 80 ส่งผลให้ผู้กระทำไม่มีความผิดฐานพยายามแม้จะได้มีการลงมือกระทำความผิดไปแล้ว ซึ่งแยกเป็น 2 กรณี คือ การพยายามทำให้ถึงแก่ความตายที่ไม่ได้ตลอด เพราะผู้กระทำยังเสียเอง และการพยายามทำให้ถึงแก่ความตายที่ไม่ได้ตลอดแล้ว แต่ผู้กระทำกลับใจแก้ไขไม่ให้เกิดการกระทำนั้นบรรลุผล

4.3.4.1 ผู้กระทำยังเสียเอง

ผู้กระทำต้อง “ลงมือ” ทำแล้วแต่ก่อนที่การกระทำจะบรรลุผล ผู้กระทำได้ยับยั้งไม่กระทำการต่อไปให้ตลอด “โดยสมัครใจ” กล่าวคือ ต้องเป็นกรณีที่ผู้กระทำ

⁵⁷ เกียรติขจร วังสวัสดิ์, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 13*, น. 573.

สามารถลงมือกระทำการต่อไปให้การกระทำบรรลุผลได้ หากผู้กระทำการต้องการ แต่ผู้กระทำเลือกที่จะไม่กระทำต่อเอง แม้ตามข้อเท็จจริงอาจจะกระทำต่อไปไม่ได้ก็ตาม⁵⁸

ตัวอย่าง หมอทำแท้งเถื่อนกำลังจะทำแท้งหญิง แต่รู้สึกสงสาร จึงเปลี่ยนใจไม่กระทำต่อ หรือหญิงกินยาให้ตัวเองแท้งลูก แต่เกิดเปลี่ยนใจไม่กินต่อให้ครบตามปริมาณที่จะทำให้เกิดการแท้งลูก

แต่หากผู้กระทำรู้สึกว่าการกระทำไม่สามารถจะกระทำการต่อไปได้ จึงเลิกกระทำ แม้ตามข้อเท็จจริงผู้กระทำจะสามารถกระทำต่อไปได้ก็ตาม ก็ไม่ใช่กรณีการยับยั้งเสียเอง ผู้กระทำย่อมไม่ได้รับประโยชน์ตาม มาตรา 82 ผู้กระทำยังคงต้องได้รับโทษฐานพยายามกระทำความผิดอยู่

ตัวอย่าง หมอทำแท้งเถื่อนกำลังจะทำแท้งหญิง แต่ได้ยินเสียงรถตำรวจ เข้าใจว่าจะมาจับกุมตน จึงตัดสินใจไม่ทำแท้งต่อ หรือหญิงกินยาทำให้ตัวเองแท้งลูก แต่หายาที่จะต้องกินต่อเพื่อให้ครบตามปริมาณไม่เจอ จึงเปลี่ยนใจไม่กิน การกระทำของผู้กระทำทั้งสองกรณีย่อมไม่ใช่การยับยั้งเสียเอง แต่เป็นการพยายามกระทำความผิดตาม มาตรา 80

4.3.4.2 ผู้กระทำกลับใจแก้ไขไม่ให้การกระทำนั้นบรรลุผล

ต้องเป็นกรณีที่ผู้กระทำได้ลงมือกระทำการทุกอย่างที่จำเป็นต้องการกระทำ เพื่อให้เกิดการแท้งลูก แต่ผู้กระทำได้ “สมัครใจ” กลับใจแก้ไขไม่ให้การกระทำนั้นบรรลุผล เช่น หมอทำแท้งเถื่อนลงมือทำแท้งหญิงมีครรภ์แล้ว แต่ก่อนที่หญิงจะแท้งลูก หมอเถื่อนรู้สึกสงสารจึงพาไปโรงพยาบาล และทำให้หญิงมีครรภ์ไม่แท้งลูก หรือหญิงมีครรภ์กินยาที่ทำให้ตนเองแท้งลูกครบตามปริมาณแล้ว แต่เกิดเปลี่ยนใจ พาตัวเองไปโรงพยาบาล ทำให้ตนเองไม่แท้งลูก

แต่หากการกลับใจแก้ไขดังกล่าวไม่มีผลให้การกระทำนั้นไม่บรรลุผล ผู้กระทำย่อมไม่ได้รับประโยชน์จากการกระทำของตน อย่างไรก็ตามการทำให้แท้งโดยส่วนมากไม่ว่าจะเป็นการทำแท้งด้วยตนเองหรือการทำแท้งโดยผู้อื่น ผู้ที่เกี่ยวข้องในการทำแท้งมักเป็นผู้มีส่วนร่วมในการกระทำความผิด ส่งผลให้การที่ผู้กระทำกลับใจแก้ไขในการพยายามกระทำความผิดฐานทำให้แท้งลูกมีผลให้การกระทำไม่บรรลุผลเสมอ อย่างไรก็ตามหากการกระทำที่ได้กระทำไปแล้วนั้นเป็นความผิด ผู้กระทำต้องได้รับโทษสำหรับความผิดฐานนั้น ๆ ด้วย

⁵⁸ ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ, *อ้าวแล้ว เจิงอรรถที่ 26*, น. 119.

4.4 วิเคราะห์ประเด็นปัญหาเกี่ยวกับความผิดฐานทำให้แท้งลูก

ความผิดฐานทำให้แท้งลูกตามกฎหมายอาญายังมีประเด็นที่มีความไม่ชัดเจนในบางประเด็น ก่อให้เกิดปัญหาในการวินิจฉัยความรับผิดในทางอาญาของผู้กระทำ ตลอดจนถึงการวินิจฉัยในเรื่องการพยายามกระทำความผิดฐานดังกล่าว

เพื่อความสะดวกในการศึกษาเรื่องการพยายามทำให้แท้งลูกตามมาตรา 304 ผู้เขียนเห็นว่าควรศึกษาประเด็นบางอย่างเกี่ยวกับความผิดฐานทำให้แท้งลูกเพื่อให้เกิดความชัดเจน โดยขอแบ่งเป็น 3 ประเด็น ดังนี้

4.4.1 ขอบเขตของความผิดในส่วนที่เกี่ยวกับเวลาที่กระทำ

ขอบเขตของความผิดอาญาในส่วนที่เกี่ยวกับเวลาที่กระทำมีความสำคัญในการวินิจฉัยว่าการกระทำของผู้กระทำอยู่ในขอบเขตของความผิดฐานนั้นหรือไม่ การวินิจฉัยการพยายามกระทำความผิดก็เช่นกัน เนื่องจากการพยายามกระทำความผิดต้องมีการ “ลงมือ” กระทำความผิด ถ้าผู้กระทำลงมือกระทำความผิดก่อนเวลาที่เป็นจุดเริ่มต้นของการกระทำความผิด ผู้กระทำย่อมไม่มีความผิดฐานนั้น และหากผู้กระทำลงมือกระทำภายหลังจากเวลาอันเป็นจุดสิ้นสุดของการกระทำความผิด ผู้กระทำก็ย่อมไม่มีความผิดฐานนั้นเช่นกัน และไม่เป็นการพยายามกระทำความผิดด้วย

ตัวอย่าง ในความผิดฐานฆ่าผู้อื่น ขอบเขตของความผิดในส่วนที่เกี่ยวกับเวลาที่กระทำคือช่วงเวลาที่มีชีวิตอยู่ กล่าวคือ ตั้งแต่มีสภาพบุคคลจนถึงสิ้นสภาพบุคคล ดังนั้นการกระทำอันตรายเป็นเป้าหมายก่อนมีสภาพบุคคล หรือหลังสิ้นสภาพบุคคลแล้ว จึงไม่อาจเป็นความผิดฐานทำให้แท้งลูกได้

ประมวลกฎหมายอาญาไม่ได้กำหนดขอบเขตของความผิดฐานทำให้แท้งลูกในส่วนที่เกี่ยวกับเวลาที่กระทำไว้ ทำให้มีปัญหว่าการลงมือกระทำความผิดของผู้กระทำยังเป็นการพยายามทำให้แท้งลูกหรือไม่ แต่ดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่าคุณธรรมทางกฎหมายของความผิดฐานทำให้แท้งลูก คือ “ชีวิตในครรภ์มารดา” แสดงว่าช่วงเวลาการกระทำจะเป็นความผิดฐานทำให้แท้งลูกได้จะต้องเป็นช่วงเวลาตั้งแต่การเริ่มต้นของชีวิตในครรภ์มารดา ไปจนถึงการช่วงเวลาของการสิ้นสุดของชีวิตในครรภ์มารดา

สำหรับประเด็นการสิ้นสุดของชีวิตในครรภ์มารดา ด้วยเหตุที่กฎหมายอาญาไทยไม่มีแนวคิดการลงโทษการทำลายชีวิตเด็กที่อาจอยู่รอดเป็นทารก (Child Destruction) หรือความผิดฐานฆ่าเด็กขณะแรกคลอด ดังนั้นการสิ้นสุดของชีวิตในครรภ์มารดาจึงสัมพันธ์กับการเริ่มต้นสภาพความเป็นมนุษย์ กล่าวคือ เมื่อทารกหมดสิ้นความคุ้มครองในฐานะชีวิตในครรภ์มารดา ทารกย่อมได้รับความคุ้มครองในฐานะชีวิตมนุษย์ทันที

ดังนั้นเพื่อประโยชน์ในการศึกษาการพยายามทำให้แท้งลูกต่อไป ผู้เขียนจึงเห็นควรที่จะกำหนดขอบเขตของความผิดฐานทำให้แท้งลูกในส่วนที่เกี่ยวกับเวลาที่กระทำให้ชัดเจน โดยขอบเขตของความผิดฐานทำให้แท้งลูกในส่วนที่เกี่ยวกับเวลาที่กระทำแบ่งออกได้เป็น 2 ช่วง ดังนี้

4.4.1.1 เวลาอันเป็นจุดเริ่มต้นของการกระทำความผิด

เวลาอันเป็นจุดเริ่มต้นในการกระทำความผิดฐานทำให้แท้งลูก คือ เวลาที่ชีวิตในครรภ์มารดาเริ่มต้น สำหรับประเด็นเรื่องการคุ้มครองชีวิตทารกในครรภ์มารดาเริ่มต้นเมื่อใดนั้นในประเทศไทยยังไม่มีแนวคำวินิจฉัยของศาลฎีกาตัดสินไว้ และแม้จะเป็นเรื่องยากที่จะหาข้อยุติที่แน่นอนและยอมรับได้ เพราะเป็นเรื่องที่เป็นนามธรรมและเป็นการยากที่จะหาพยานหลักฐานมาสนับสนุน⁵⁹ แต่ผู้เขียนเห็นว่าการหาข้อยุติให้กับปัญหาดังกล่าวจะเป็นประโยชน์สำหรับการวินิจฉัยความผิดฐานทำให้แท้งลูกอย่างมาก

แนวคิดเกี่ยวกับการเริ่มต้นของ “ชีวิตทารกในครรภ์มารดา” สามารถแบ่งได้เป็น 3 แนวคิด กล่าวคือ

1. แนวคิดที่เห็นว่าชีวิตมนุษย์เริ่มเมื่อมีการปฏิสนธิ (Fertilization) ซึ่งมีความเห็นว่าชีวิตมนุษย์เริ่มต้นเมื่อเกิดการหลอมรวมกันของเซลล์สืบพันธุ์ของเพศชาย (อสุจิ) กับเซลล์สืบพันธุ์ของเพศหญิง (ไข่) หรือการปฏิสนธิ ศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย มีความเห็นไปในแนวทางเดียวกันกับแนวความเห็นนี้ว่า “ลูกในครรภ์” เริ่มตั้งแต่ “ตัวอสุจิของชายผสมกับไข่ในมดลูกหญิง”⁶⁰.

ผู้เขียนไม่เห็นด้วยกับความเห็นนี้ เนื่องจากผู้เขียนเห็นว่าหากยึดตามแนวความคิดนี้เป็นหลัก การคุมกำเนิดโดยวิธีการป้องกันการฝังตัวของตัวอ่อนที่เกิดจากการปฏิสนธิในผนังมดลูกหญิงจะกลายเป็นความผิดฐานทำให้แท้งลูกทันที เนื่องจากการคุมกำเนิดโดยวิธีการดังกล่าวไม่ได้ป้องกันการปฏิสนธิ แต่เป็นการป้องกันการฝังตัวของตัวอ่อนในผนังมดลูกอันเป็นกระบวนการภายหลังการปฏิสนธิ จึงเป็นช่วงเวลาที่ชีวิตของทารกในครรภ์มารดาเริ่มต้นแล้ว การกระทำของผู้กระทำจึงเป็นความผิดฐานทำให้แท้งลูก ทั้ง ๆ ที่การคุมกำเนิดไม่ควรเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย ผู้เขียนจึงไม่เห็นด้วยกับความเห็นนี้

2. แนวคิดที่เห็นว่าชีวิตมนุษย์เริ่มเมื่อมีการปฏิสนธิ ประกอบกับมีวิญญูณมาจุติ กล่าวคือ นอกจากจะมีการปฏิสนธิกันระหว่างเซลล์ไข่กับเซลล์อสุจิแล้ว จะต้องมีการ

⁵⁹ อุษณีย์ เมธสุทธิ, , “อำนาจทำแท้งตามกฎหมาย”, (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2552), น. 17.

⁶⁰ หยุด แสงอุทัย, , กฎหมายอาญา ภาค 2-3, พิมพ์ครั้งที่ 10 (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2544), น. 212.

วิญญาณมาจุติด้วยจึงจะเป็นการเริ่มต้นของชีวิตทารกในครรภ์มารดา ซึ่งการมีวิญญาณมาจุตินั้นเป็นความเชื่อในทางศาสนา อย่างไรก็ตามจะเรียกว่ามีวิญญาณมาจุตินั้นขึ้นอยู่กับความเชื่อของศาสนาต่าง ๆ โดยส่วนมากจะเป็นการกำหนดระยะเวลาตั้งแต่มีการปฏิสนธิ ตัวอย่าง ศาสนายิวโบราณ เชื่อว่า ทารกในครรภ์มารดาที่อายุอ่อนกว่า 40 วันนั้น ไม่ถือว่าเป็นชีวิตเกิดขึ้น

ผู้เขียนไม่เห็นด้วยกับความเห็นนี้ เนื่องจากผู้เขียนเห็นว่ามีความเป็นนามธรรมมากเกินไป ในปัจจุบันวิทยาการทางการแพทย์เจริญก้าวหน้าไปมาก การแพทย์สามารถพิสูจน์ถึงระยะเวลาการเจริญเติบโตของตัวอ่อนในครรภ์มารดาได้แล้ว ซึ่งมีความแน่นอนกว่าการอาศัยความเชื่อเรื่องการจุติของวิญญาณซึ่งไม่มีความแน่นอน

3. แนวคิดที่เห็นว่าชีวิตมนุษย์เริ่มเมื่อมีการฝังตัวของไข่ที่ได้รับการผสมกับตัวสุจิในผนังมดลูกของหญิง อันเป็นแนวคิดที่พัฒนาต่อยอดมาจากแนวคิดแรกว่านอกจากจะเกิดการปฏิสนธิแล้ว ตัวอ่อนที่เกิดจากการปฏิสนธิจะต้องฝังตัวในผนังมดลูกด้วย เนื่องจากการฝังตัวของตัวอ่อนในผนังมดลูกจะทำให้เกิดการตั้งครรภ์ อันก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงทางร่างกายของหญิง รวมถึงการเปลี่ยนแปลงของตัวอ่อนจนกลายเป็นทารกด้วย ศาสตราจารย์ ดร.คณิต ฒ นคร เห็นด้วยกับแนวคิดนี้ โดยมีความเห็นว่า “ลูกในครรภ์” เริ่มเมื่อมีการฝังตัวของไข่ที่ได้มีการผสมกับตัวสุจิจนกลายเป็นตัวอ่อนแล้วในผนังมดลูกของหญิง⁶¹

ผู้เขียนมีความคิดเห็นว่าเวลาอันเป็นจุดเริ่มต้นสำหรับการกระทำความผิดฐานทำให้แท้งลูกควรเป็น “เวลาที่มีการฝังตัวของไข่ที่ได้รับการปฏิสนธิแล้วที่ผนังมดลูกของหญิง หรือเวลาที่เริ่มตั้งครรภ์” โดยมีเหตุผลดังนี้ คือ

1. การใช้การฝังตัวของตัวอ่อนในผนังมดลูกของหญิงเป็นเวลาอันเป็นจุดเริ่มต้นในการกระทำความผิดจะสามารถแก้ปัญหาเรื่องการใช้ห่วงคุมกำเนิด (Intrauterine device) ในการคุมกำเนิดได้ เนื่องจากหลักการทำงานของห่วงคุมกำเนิดคือจะทำให้สภาพในโพรงมดลูกนั้นไม่เหมาะสมสำหรับการฝังตัวของไข่หลังการปฏิสนธิแล้ว ซึ่งสามารถใช้ป้องกันการตั้งครรภ์ได้ การคุมกำเนิดถือเป็นการวางแผนครอบครัวประการหนึ่งสำหรับครอบครัวที่ยังไม่ประสงค์จะมีบุตรเป็นนโยบายของรัฐที่อนุญาตให้ประชาชนทำได้โดยไม่ผิดกฎหมาย ต่างจากการทำแท้งที่เป็นการ “ยุติการตั้งครรภ์” ซึ่งเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย รัฐห้ามไม่ให้กระทำ ดังนั้นเมื่อการใช้ห่วงคุมกำเนิดเป็นการคุมกำเนิดวิธีหนึ่งซึ่งต้องมีการปฏิสนธิของอสุจิและไข่ หากอาศัยแนวคิดว่าจุดเริ่มต้นของการกระทำความผิดคือการปฏิสนธิ ก็จะทำให้การคุมกำเนิดเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย ซึ่งไม่สอดคล้องกับนโยบายของรัฐ

⁶¹ คณิต ฒ นคร, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 30, น. 229.

2. ในปัจจุบันมีเทคโนโลยีที่ช่วยในการเจริญพันธุ์สำหรับผู้ที่มีบุตรยากวิธีหนึ่ง คือ การปฏิสนธินอกร่างกาย หรือ เด็กหลอดแก้ว (IVF) โดยการนำเซลล์ไข่กับอสุจิไปผสมกันในห้องปฏิบัติการ แล้วค่อยย้ายกลับเข้าไปในผนังมดลูกหญิงเพื่อให้เกิดการฝังตัวและตั้งครรภ์ต่อไป ปัญหาที่เกิดขึ้นก็คือหากในระหว่างที่ตัวอ่อนที่ปฏิสนธิแล้วอยู่ในหลอดทดลอง ก่อนการนำไปฝังตัวในผนังมดลูก มีผู้ที่ต้องการทำลายตัวอ่อนโดยการทำลายหลอดทดลองเพื่อไม่ให้ตัวอ่อนได้ฝังตัวในผนังมดลูก ผู้กระทำจะมีความผิดฐานใด ซึ่งหากอาศัยแนวคิดที่ว่าเวลาอันเป็นจุดเริ่มต้นของการกระทำ ความผิดคือการปฏิสนธิ ผู้กระทำอาจมีความผิดฐานทำให้แท้งได้ (แม้ความจริงแล้วตัวอ่อนจะไม่ได้อยู่ในครรภ์มารดาก็ตาม) แต่หากอาศัยแนวคิดที่ว่าเวลาอันเป็นจุดเริ่มต้นของการกระทำ ความผิดคือการฝังตัวของตัวอ่อนในผนังมดลูก ผู้กระทำจะมีความผิดเพียงทำให้เสียทรัพย์เท่านั้น

กล่าวโดยสรุป ตามความเห็นของผู้เขียนเวลาอันเป็นจุดเริ่มต้นในการกระทำ ความผิดฐานทำให้แท้งลูก คือ นับตั้งแต่เวลาที่ตัวอ่อนที่ได้รับการปฏิสนธิฝังตัวในผนังมดลูก การกระทำใด ๆ อันเป็นการป้องกันไม่ให้เกิดการปฏิสนธิ หรือเป็นการป้องกันไม่ให้เกิดการฝังตัวของตัวอ่อนในผนังมดลูก ไม่เป็นการกระทำ ความผิดฐานทำให้แท้งลูก

4.4.1.2 เวลาอันเป็นจุดสิ้นสุดของการกระทำ ความผิด

ด้วยเหตุที่ประมวลกฎหมายอาญาไม่มีการบัญญัติความผิดฐานทำลายเด็กเหมือนในประเทศอังกฤษ (Child Destruction) ทำให้เวลาอันเป็นจุดสิ้นสุดในการกระทำ ความผิดฐานทำให้แท้งลูกสัมพันธ์กับเวลาอันเป็นจุดเริ่มต้นในการกระทำ ความผิดฐานฆ่าผู้อื่น กล่าวคือ แนวคิดเรื่องเวลาอันเป็นจุดสิ้นสุดในการกระทำ ความผิดฐานทำให้แท้งลูกก็คือแนวคิดเรื่อง การเริ่มต้นสภาพความเป็นมนุษย์นั่นเอง

แนวคิดเกี่ยวกับการเริ่มต้น “สภาพความเป็นมนุษย์” มีด้วยกัน 3 แนวคิด กล่าวคือ

1. สภาพความเป็นมนุษย์เริ่มต้นเมื่อมีการคลอดเป็นหลัก (Process of Birth) กล่าวคือ หากเป็น “การคลอดปกติ” สภาพความเป็นมนุษย์จะเริ่มต้นเมื่อมีการเจ็บครรภ์คลอด ในขณะที่หากเป็น “การคลอดโดยการผ่าตัด” สภาพความเป็นมนุษย์จะเริ่มต้นเมื่อมีการลงมือผ่าตัด

ผู้เขียนไม่เห็นด้วยกับความเห็นนี้ เนื่องจากตามความเห็นแรกที่เห็นว่า สภาพความเป็นมนุษย์เริ่มต้นเมื่อมีการคลอดเป็นหลักนั้น ผู้เขียนเห็นว่าการจะกล่าวว่าการกระทำต่อทารกในครรภ์ที่อยู่กระบวนการคลอดเป็นความผิดฐานฆ่าผู้อื่น ทั้ง ๆ ที่ไม่ได้กระทำต่อตัวทารกโดยตรง เป็นการขยายขอบเขตความคุ้มครองในความผิดฐานฆ่าผู้อื่นออกไปกว้างจนเกินความจำเป็น

2. สภาพความเป็นมนุษย์เริ่มต้นเมื่อคลอด (Partially Born) แต่ไม่จำเป็นต้องคลอดหมดตัว กล่าวคือ ถ้าทารกได้แยกตนเป็นอิสระจากมารดาเพียงบางส่วน ก็ย่อมถือว่าเป็น

เป็นบุคคลหรืออาจเป็นวัตถุในการกระทำความผิดฐานทำฆ่าผู้อื่นได้แล้ว⁶² แม้ทารกจะยังไม่หายใจก็ตาม

3. สภาพความเป็นมนุษย์เริ่มต้นเมื่อคลอดหมดตัว และอยู่รอดเป็นทารก (Wholly Born) กล่าวคือ ทารกต้องคลอดออกจากร่างกายมารดาทั้งตัว โดยไม่มีร่างกายส่วนใดอยู่ในร่างกายมารดาอีก นอกจากนั้นทารกที่คลอดออกมาจะต้องคลอดแล้วอยู่รอด (Born Alive) ตามแนวคิดนี้ ถือเอาการเริ่มต้นสภาพความเป็นมนุษย์โดยอาศัยหลักเกณฑ์การเริ่มต้นสภาพบุคคลตามกฎหมายแพ่ง

เนื่องจากแนวคิดเกี่ยวกับการเริ่มต้นสภาพความเป็นมนุษย์ตามความเห็นที่สองและความเห็นที่สามมีความสัมพันธ์ใกล้เคียงกันมาก ดังนั้นผู้เขียนจึงขอวิเคราะห์แนวคิดที่สองและแนวคิดสามในเชิงเปรียบเทียบกัน กล่าวคือ

การยึดตามความเห็นที่สามผู้เขียนเห็นว่าอาจทำให้เกิดปัญหาในการบังคับใช้กฎหมายฉบับปัจจุบัน เนื่องจากประเทศไทยไม่มีบทบัญญัติความผิดฐานทำลายเด็กเหมือนกับกฎหมายอังกฤษ หากการกระทำอันตรายต่อทารกระหว่างคลอด ผู้กระทำจะมีความรับผิดชอบทางอาญาฐานใด เพื่อให้เกิดความชัดเจนในการพิจารณา ผู้เขียนขอแยกประเด็นพิจารณาเป็นกรณีต่าง ๆ ดังต่อไปนี้

กรณีที่ 1 กรณีหญิงกระทำต่อตนเองหรือยินยอมให้ผู้อื่นกระทำต่อตนเอง
ตัวอย่างที่ 1 ผู้กระทำซึ่งเป็นหญิงมีครรภ์ซึ่งมีเจตนาที่จะทำแท้ง ใช้มือบีบคอทารกที่อยู่ในระหว่างคลอด

ตัวอย่างที่ 2 หญิงมีครรภ์ต้องการที่จะทำแท้ง จึงไปว่าจ้างให้ผู้กระทำซึ่งเป็นแพทย์ทำแท้งให้ ในระหว่างทำคลอด ผู้กระทำจึงใช้มือบีบคอทารก

หากทารกที่อยู่ในระหว่างคลอดถึงแก่ความตาย กล่าวคือ เมื่อคลอดพ้นจากครรภ์มารดาแล้วไม่มีสภาพบุคคล การกระทำของผู้กระทำจาก ตัวอย่างที่ 1 และ ตัวอย่างที่ 2 ตามแนวความเห็นที่สามถือเป็นความผิดฐานทำให้แท้งแท้งลูก ตามมาตรา 301 หรือมาตรา 302 เท่านั้น

อย่างไรก็ตามหากทารกที่อยู่ในระหว่างคลอดไม่ถึงแก่ความตาย ไม่ว่าจะมิสาเหตุมาจากมีผู้มาขัดขวาง หรือทารกคลอดพ้นจากครรภ์มารดาแล้วยังมีสภาพบุคคล การกระทำ

⁶² หยุต แสงอุทัย, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 60*, น. 186.

ของหญิงมีครรภ์ตามแนวความเห็นที่สามถือเป็นเพียงความผิดฐานพยายามทำให้แท้งลูกเท่านั้น ซึ่งตามมาตรา 304⁶³ ทำให้ผู้กระทำไม่ต้องรับโทษ

ในขณะที่หากยึดตามความเห็นที่สอง จะถือว่าทารกที่อยู่ในระหว่างคลอดเป็นกรรมของการกระทำความผิดฐานฆ่าผู้อื่นได้แล้ว การกระทำอันตรายต่อทารกที่อยู่ในระหว่างคลอดแม้ยังไม่มีสภาพบุคคล ถือเป็นการกระทำอันตรายต่อมนุษย์ ดังนั้นหากทารกดังกล่าวถึงแก่ความตาย การกระทำของผู้กระทำตาม ตัวอย่างที่ 1 จึงเป็นความผิดฐานฆ่าผู้อื่น ตามมาตรา 288⁶⁴ แต่หากไม่ถึงแก่ความตาย การกระทำของผู้กระทำจะเป็นความผิดฐานพยายามฆ่า ซึ่งมีอัตราโทษแตกต่างจากความผิดฐานทำให้แท้งลูกมาก

นอกจากนั้นการกระทำของผู้กระทำตาม ตัวอย่างที่ 2 เป็นการกระทำโดยไตร่ตรองไว้ก่อน เนื่องจากได้รับการว่าจ้างมา ทำให้ผู้กระทำมีความผิดฐานฆ่าผู้อื่นโดยไตร่ตรองไว้ก่อน ตามมาตรา 289 (4)⁶⁵ ซึ่งมีอัตราโทษสถานเดียวคือประหารชีวิต และหญิงมีครรภ์ในฐานะที่เป็นผู้ว่าจ้างอาจมีความผิดฐานเป็นผู้ใช้ให้กระทำความผิดตามมาตรา 289 (4) ซึ่งต้องระวางโทษประหารชีวิตเช่นเดียวกัน

กรณีที่ 2 กรณีทำให้หญิงแท้งลูกโดยหญิงไม่ยินยอม

ตัวอย่าง ผู้กระทำเป็นแพทย์ต้องการทำแท้งหญิงมีครรภ์ จึงใช้มือบีบคอทารกในระหว่างคลอด โดยที่หญิงไม่ได้ให้ความยินยอม ปรากฏว่าทารกคลอดพ้นจากครรภ์มารดาโดยไม่มีสภาพบุคคล

หากยึดตามความเห็นที่สาม การกระทำของผู้กระทำจะเป็นความผิดฐานทำให้หญิงแท้งลูกโดยหญิงไม่ยินยอมตามมาตรา 303

⁶³ ประมวลกฎหมายอาญา

มาตรา 304 “ผู้ใดเพียงแต่พยายามกระทำความผิดตามมาตรา 301 หรือมาตรา 302 วรรคแรก ผู้นั้นไม่ต้องรับโทษ”.

⁶⁴ ประมวลกฎหมายอาญา

มาตรา 288 “ผู้ใดฆ่าผู้อื่น ต้องระวางโทษประหารชีวิต จำคุกตลอดชีวิต หรือจำคุกตั้งแต่สิบห้าปีถึงยี่สิบปี”.

⁶⁵ ประมวลกฎหมายอาญา

มาตรา 289 (4) “ผู้ใด... ฆ่าผู้อื่นโดยไตร่ตรองไว้ก่อน... ต้องระวางโทษประหารชีวิต”.

แต่ในกรณีนี้แม้ทารกจะคลอดพ้นจากครรภ์มารดาโดยมีสภาพบุคคล ผู้กระทำก็ยังคงต้องรับโทษฐานพยายามทำให้หญิงแท้งลูกโดยหญิงไม่ยินยอมตามมาตรา 303 ประกอบ มาตรา 80

ในขณะที่หากยึดตามความเห็นที่สอง หากทารกคลอดพ้นจากครรภ์มารดา โดยไม่มีสภาพบุคคล การกระทำของผู้กระทำจะเป็นความผิดฐานฆ่าผู้อื่นตามมาตรา 288 แต่หากทารกคลอดออกมาโดยมีสภาพบุคคล การกระทำของผู้กระทำจะเป็นความผิดฐานพยายามฆ่าผู้อื่นตามมาตรา 288 ประกอบมาตรา 80

กรณีที่ 3 กรณีทำให้หญิงแท้งลูกโดยประมาท

ตัวอย่าง ผู้กระทำเป็นแพทย์ซึ่งไม่ได้มีเจตนาที่ต้องการจะทำแท้งแต่อย่างใด แต่ด้วยความไม่ระมัดระวัง ทำให้ทารกตายก่อนมีสภาพบุคคล

หากยึดตามความเห็นที่สามแม้ความตายของทารกจะมาจากการกระทำโดยประมาทของผู้กระทำ แต่ผู้กระทำก็ไม่ได้มีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา เนื่องจากประมวลกฎหมายอาญาไม่มีบทบัญญัติความผิดฐานทำให้แท้งลูกโดยประมาท ผู้กระทำจึงไม่ต้องรับผิดแม้ทารกถึงแก่ความตายก็ตาม

ในขณะที่หากยึดตามความเห็นที่สอง เมื่อถือว่าทารกที่อยู่ในระหว่างคลอด แม้ยังไม่มีสภาพบุคคลเป็นมนุษย์ที่มีชีวิตแล้ว เมื่อทารกตายเพราะความประมาทของผู้กระทำ การกระทำของผู้กระทำจะเป็นความผิดฐานกระทำการโดยประมาทเป็นเหตุให้ผู้อื่นถึงแก่ความตายตามมาตรา 291⁶⁶ ซึ่งจะเห็นว่าความรับผิดของผู้กระทำแตกต่างกับกรณีตามแนวความเห็นที่สามมาก

จากกรณีศึกษาต่าง ๆ ที่ผู้เขียนได้ยกมาข้างต้นจะพบว่าแนวคิดเกี่ยวกับการเริ่มต้นสภาพความเป็นมนุษย์มีผลต่อความรับผิดในทางอาญาของผู้กระทำเป็นอย่างมาก การกระทำเดียวกัน ภายใต้สถานการณ์เดียวกัน อาจมีความรับผิดทางอาญาแตกต่างกัน ตั้งแต่ไม่ต้องรับผิดทางอาญาเลย ไปจนถึงต้องระวางโทษประหารชีวิตสถานเดียว ดังนั้นเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรม ผู้เขียนจึงเห็นควรว่ากฎหมายอาญาไทยควรถือเอาแนวคิดที่ว่า สภาพความเป็นมนุษย์เริ่มต้นเมื่อคลอด แต่ไม่จำเป็นต้องคลอดหมดตัว เป็นหลักจะทำให้คุ้มครองชีวิตของทารกได้มากกว่า เนื่องจากสามารถลงโทษผู้กระทำได้ทุกกรณีความผิดและมีความเหมาะสมกับความร้ายแรงแห่งการกระทำ ประกอบกับ

⁶⁶ ประมวลกฎหมายอาญา

มาตรา 291 “ผู้ใดกระทำโดยประมาท และการกระทำนั้นเป็นเหตุให้ผู้อื่นถึงแก่ความตาย ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบปี และปรับไม่เกินสองหมื่นบาท”.

การกระทำต่อทารกระหว่างคลอด แม้จะยังไม่มีสภาพบุคคล ก็เป็นการกระทำต่อ “ตัวทารก” โดยตรงแล้ว หากใช่เป็นการกระทำต่อ “ทารกในครรภ์มารดา” ดังเช่นในความผิดฐานทำให้แท้งลูกแต่อย่างใด

นอกจากนั้นผู้เขียนมีความเห็นว่า “สภาพบุคคล” กับ “สภาพความเป็นมนุษย์” เป็นสิ่งที่แตกต่างกัน ไม่อาจใช้เกณฑ์เดียวกันในการวินิจฉัยได้ ในขณะที่สภาพบุคคลเป็นเรื่องของประธานแห่งสิทธิ เป็นเรื่องของการที่บุคคลจะเป็นผู้ทรงสิทธิตามกฎหมายแพ่ง แต่สภาพความเป็นมนุษย์นั้นเป็นเรื่องของการเป็นวัตถุแห่งการกระทำตามกฎหมายอาญา เป็นเรื่องของการที่มนุษย์อาจถูกคุ้มครองตามความประสงค์ของกฎหมาย⁶⁷

ดังนั้นในความเห็นของผู้เขียนเวลาอันเป็นจุดสิ้นสุดของความผิดฐานทำให้แท้งลูก คือ “เมื่อทารกเริ่มคลอดออกมาจากโพรงมดลูก แต่ไม่จำเป็นต้องคลอดหมดทั้งตัว” การกระทำที่จะเป็นความผิดฐานทำให้แท้งลูกต้องกระทำก่อนเวลาที่ทารกเริ่มคลอด ถ้าได้กระทำภายหลังเวลาดังกล่าวผู้กระทำจะไม่มี ความผิดฐานทำให้แท้งลูก แต่จะเป็นความผิดฐานฆ่าผู้อื่นแทน

กล่าวโดยสรุปในความเห็นของผู้เขียนความผิดฐานทำให้แท้งลูกผู้กระทำ จะมีความผิดก็ต่อเมื่อได้ลงมือกระทำความผิดภายหลังเวลาที่ “มีการฝังตัวของไข่ที่ได้รับการปฏิสนธิ แล้วที่ผนังมดลูกของหญิงหรือเวลาที่เริ่มตั้งครรภ์” แต่ต้องลงมือก่อนเวลาที่ “ทารกเริ่มคลอดออกมาจากโพรงมดลูก แต่ไม่จำเป็นต้องคลอดหมดตัว”

4.4.2 การลงมือกระทำความผิดฐานทำให้แท้งลูก

เมื่อกำหนดขอบเขตของความผิดฐานทำให้แท้งลูกอันเกี่ยวกับเวลาที่กระทำได้แล้ว สิ่งที่ต้องพิจารณาต่อมาคือการกระทำแค่นั้นของผู้กระทำจึงจะเรียกว่าเป็นการ “ลงมือ” กระทำความผิดไม่ใช่การ “เตรียมการ” กระทำความผิด เนื่องจากการเตรียมการกระทำความผิดฐานทำให้แท้งลูกกฎหมายไม่ลงโทษ

ผู้เขียนมีความเห็นว่าหลักเกณฑ์ที่เหมาะสมที่จะนำมาใช้ในการแบ่งแยกการเตรียมการกระทำความผิดกับการลงมือกระทำความผิด คือ หลักความเป็นอันตรายของการกระทำนั้น ที่วินิจฉัยการลงมือกระทำความผิดโดยพิจารณาจากความเป็นอันตรายต่อสิ่งที่กฎหมายประสงค์จะคุ้มครอง ดังนั้นในความผิดฐานทำให้แท้งลูกซึ่งมีสิ่งที่กฎหมายประสงค์จะคุ้มครอง คือ ชีวิตในครรภ์มารดา⁶⁸ ดังการกระทำที่จะเป็นการลงมือกระทำความผิดฐานทำให้แท้งลูกได้ จึงต้องเป็น การกระทำที่ใกล้ชิดต่อความเป็นอันตรายต่อชีวิตในครรภ์มารดา

⁶⁷ คณิต ญ นคร, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 30, น. 100.

⁶⁸ คณิต ญ นคร, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 30, น. 228.

จากการศึกษาวิธีการในการทำให้แท้งลูก ผู้เขียนจึงขออธิบายการลงมือกระทำ ความผิดฐานทำให้แท้งลูก โดยอาศัยวิธีการในการทำให้แท้งลูกเป็นเกณฑ์ในการพิจารณา ดังนี้

1. การทำให้แท้งลูกโดยใช้แรงกายภาพ เป็นการใช้แรงทางกายภาพกระทำกับ ร่างกายของหญิงมีครรภ์โดยตรง ผู้กระทำไม่จำเป็นต้องมีความรู้ความสามารถมากนัก เพียงแต่ต้อง ทราบว่าการกระทำของตนอาจทำให้หญิงแท้งลูกได้ อย่างไรก็ตามการกระทำดังกล่าวต้องไม่รุนแรงถึง ขั้นก่อให้เกิดเจตนาเล็งเห็นผลเป็นการทำร้ายร่างกาย มิฉะนั้นแม้หญิงจะแท้งลูก แต่ผู้กระทำจะมี ความผิดฐานทำร้ายร่างกายผู้อื่นจนเป็นเหตุให้ได้รับอันตรายสาหัส ไม่ใช่ความผิดฐานทำให้แท้งลูก

ผู้เขียนมีความเห็นว่าการทำให้แท้งลูกโดยใช้แรงกายภาพ ควรมีการลงมือกระทำ ความผิดตั้งแต่ตอนที่ผู้กระทำเริ่มใช้แรงกระทำต่อหญิงมีครรภ์ ตัวอย่าง ผู้กระทำต้องการทำให้หญิง แท้งลูกโดยการเอามือกดที่หน้าท้องของหญิงเพื่อทำการรีดลูก การลงมือกระทำความผิดคือตั้งแต่ตอนที่ ผู้กระทำเอามือแตะที่หน้าท้องหญิงและออกแรง แม้จะยังไม่ได้ออกแรงเต็มที่ หรือทำการรีดลูกต่อก็ ตาม เนื่องจากการกระทำดังกล่าวอาจก่อให้เกิดอันตรายแก่ทารกในครรภ์แล้ว การกระทำของผู้กระทำสมควรถูกขัดขวางตั้งแต่ตอนนั้น

2. การทำให้แท้งลูกโดยใช้ยา เป็นการใช้ยาที่มีผลทำให้แท้งลูก ซึ่งในปัจจุบันมียา 2 ชนิด ที่มีผลทำให้แท้งลูกได้ คือ ยาต่อต้านฮอร์โมนโปรเจสเตอโรน และยาฟลออสตาแกลนดิน ซึ่ง องค์การอนามัยโลกได้ออกสูตรยาแนะนำสำหรับการใช้เพื่อการยุติการตั้งครรภ์ไว้ เนื่องจากการใช้ยา ไม่ครบตามปริมาณที่กำหนดอาจทำให้ประสิทธิภาพของยาลดลงถึงขนาดทำให้การแท้งลูกไม่เกิดขึ้น อย่างไรก็ตามยาดังกล่าวถือเป็นยาที่ต้องใช้ตามแพทย์สั่ง เพราะอาจเกิดผลข้างเคียงเป็นอันตรายต่อผู้ ใช้ได้ไม่ว่าจะใช้ในปริมาณเท่าใดก็ตาม

ผู้เขียนมีความเห็นว่าการทำให้แท้งลูกโดยใช้ยา ควรมีการลงมือกระทำ ความผิดตั้งแต่ตอนที่ผู้กระทำเริ่มกินยาตัวแรกเลยทีเดียว แม้ว่าตามสูตรยาขององค์การอนามัยโลกจะ กำหนดว่าการที่จะทำให้ยามีประสิทธิภาพสูงสุดหรือทำให้แท้งนั้นต้องกินยาหลายตัวก็ตาม เนื่องจาก ยาทั้งสองชนิดดังกล่าวจัดเป็นยาอันตรายที่ต้องกินตามแพทย์สั่ง การกินยาแม้เพียงปริมาณเล็กน้อยก็ อาจทำให้ผู้ใช้ยาได้รับอันตราย ซึ่งแม้จะไม่มีผลเป็นการแท้ง แต่การเกิดอันตรายแก่หญิงมีครรภ์ก็ย่อม ก่อให้เกิดอันตรายต่อทารกในครรภ์ตามมา ดังนั้นจึงไม่มีความจำเป็นต้องรอให้กินยาจนครบปริมาณ แต่ประการใด การกินยาตั้งแต่ตัวแรก เป็นการลงมือกระทำความผิดแล้ว

นอกจากนั้นหากเป็นกรณีที่ผู้กระทำไม่ได้เป็นผู้กินยานั้นเอง แต่เป็นผู้เอายาให้ หญิงมีครรภ์กิน การกระทำของผู้กระทำจะถือเป็น การลงมือกระทำความผิดตั้งแต่เวลาที่ผู้กระทำเอายาให้หญิงมีครรภ์กินแล้ว โดยไม่ต้องพิจารณาเลยว่าหญิงมีครรภ์จะได้กินยานั้นหรือไม่ เนื่องจาก ผู้กระทำไม่ต้องกระทำการใดอีกแล้วนอกจากรอให้หญิงมีครรภ์กินยา

3. การทำให้แท้งลูกโดยใช้เครื่องมือหรืออุปกรณ์ เป็นการทำให้แท้งลูกที่ต้องการเครื่องมือหรืออุปกรณ์ใดก็ตามที่มีผลเป็นการแท้งลูกได้ ซึ่งวิธีการนี้ต้องอาศัยความรู้ความชำนาญของผู้กระทำ เพราะเป็นวิธีการที่อันตรายและก่อให้เกิดผลข้างเคียงมาก มักเกิดขึ้นในกรณีของการทำแท้งในคลินิกทำแท้งเถื่อน ดังนั้นในการพิจารณาการลงมือกระทำตามวิธีนี้ควรพิจารณาจากทั้งสองฝ่ายประกอบกัน คือ ฝ่ายหญิงมีครรภ์ที่ยินยอมให้ผู้อื่นทำให้ตนเองแท้งลูก และฝ่ายผู้ทำให้หญิงมีครรภ์แท้งลูกโดยหญิงนั้นยินยอม

ในกรณีผู้อื่นทำให้หญิงแท้งลูกโดยหญิงนั้นยินยอม ผู้เขียนเห็นว่าไม่จำเป็นต้องรอให้ผู้กระทำเริ่มต้นทำแท้งแล้วจึงจะเป็นการลงมือกระทำผิด เพียงแค่ผู้กระทำกำลังจะเริ่มต้นทำแท้งก็ถือเป็นการลงมือกระทำผิดได้แล้ว ตัวอย่าง การสวนน้ำยาเข้าโพรงมดลูก โดยผ่านท่อขนาดเล็ก ๆ เข้าทางปากมดลูกจากนั้นจึงฉีดสารเหลวบางชนิดเข้าไป ผู้เขียนเห็นว่าไม่จำเป็นต้องรอให้ผู้กระทำสอดท่อเข้าไปในช่องคลอดเสียก่อนจึงจะเป็นการลงมือกระทำผิด เพียงแค่ผู้กระทำเตรียมอุปกรณ์ทุกอย่างเท่าที่จำเป็นสำหรับการทำแท้งประกอบกับอยู่ในท่าทางที่กำลังจะทำแท้ง และหญิงมีครรภ์ขึ้นขาหยั่งเตรียมพร้อมสำหรับการทำแท้ง ก็ถือการใกล้ชิดต่อความเป็นอันตรายต่อชีวิตในครรภ์มารดา เป็นการลงมือกระทำผิดได้แล้ว เนื่องจากเมื่อพิจารณาการกระทำทั้งสองประกอบกัน ก็สามารถแสดงให้เห็นได้แล้วว่ามิเจตนาทำแท้ง แต่หากหญิงมีครรภ์ยังไม่ขึ้นขาหยั่ง แม้ผู้กระทำจะเตรียมอุปกรณ์พร้อมแล้ว ก็ยังถือว่าเป็นเพียงขั้นตอนของการเตรียมการกระทำผิดอยู่⁶⁹

ในกรณีที่หญิงมีครรภ์ยินยอมให้ผู้อื่นทำให้ตนเองแท้งลูกก็เช่นกัน ผู้เขียนมีความเห็นว่าแค่การแสดงความยินยอมของหญิงมีครรภ์ ตัวอย่าง การที่หญิงขึ้นขาหยั่ง ยังไม่อาจถือได้ว่าหญิงมีครรภ์ลงมือกระทำผิดแล้ว แม้ว่าจะเป็น “การกระทำขั้นสุดท้าย” ของหญิงมีครรภ์ก็ตาม เพราะหญิงมีครรภ์ไม่ต้องกระทำการใดอีกแล้วเพื่อให้เกิดการแท้งลูก นอกจากรอให้ผู้ทำแท้งทำแท้งตนเท่านั้น แต่เหตุที่ผู้เขียนเห็นว่าไม่ควรถือเอาการแสดงความยินยอมเพียงอย่างเดียวเป็นการลงมือกระทำผิด เนื่องจากยังไม่มีกรกระทำใดที่แสดงให้เห็นอย่างชัดเจนว่ามีเจตนาทำแท้ง เพราะการขึ้นขาหยั่งอาจทำไปโดยมีเจตนาอื่นก็ได้ ดังนั้นการลงมือกระทำผิดของหญิงมีครรภ์จึงต้องถือเอาการกระทำของผู้ทำแท้งมาประกอบด้วยเช่นกัน กล่าวคือ ต้องรอให้ผู้ทำแท้งเตรียมอุปกรณ์ที่จำเป็นสำหรับการทำแท้งและอยู่ในท่าทางที่กำลังจะทำแท้ง จึงจะถือว่าเป็นการใกล้ชิดต่อผล เป็นการ

⁶⁹ อย่างไรก็ตามศาลฝรั่งเศสเคยตัดสินว่า การทำความสะอาดเครื่องมือและขูดมดลูกด้วยวาสุลินเพื่อทำแท้ง เป็นการพยายามทำให้แท้งลูก Merle & Vitu no.370 p.359 note 19 อ้างถึงใน จิตติ ดิงศภิทัย, กฎหมายอาญา ภาค 1, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 54, น. 342.

ลงมือกระทำความผิด ถ้าผู้ทำทั้งพร้อมที่จะทำทั้งแล้วแต่หญิงมีครรภ์ยังไม่ได้ขึ้นขาหยั่ง ก็ยังเป็นเพียงขั้นตอนของการพยายามกระทำความผิดเท่านั้น

กล่าวโดยสรุปวิธีการทำให้แท้งลูกโดยใช้เครื่องมือหรืออุปกรณ์ ในความเห็นของผู้เขียนกรณีจะเป็นการลงมือกระทำความผิดได้ต้องอาศัยการกระทำของทั้งผู้ทำแท้งและหญิงมีครรภ์ประกอบกัน กล่าวคือ ผู้ทำแท้งต้องเตรียมอุปกรณ์เท่าที่จำเป็นสำหรับการทำแท้งประกอบกับต้องอยู่ในท่าทางที่พร้อมจะทำแท้ง และหญิงมีครรภ์ต้องขึ้นขาหยั่งแล้ว หากมีเพียงการกระทำใดการกระทำหนึ่ง ผู้เขียนเห็นว่ายังไม่ถือว่าเป็นการลงมือกระทำความผิด

4.4.3 การบรรลุผลในความผิดฐานทำให้แท้งลูก

ประมวลกฎหมายหมายอาญาไม่ได้กำหนดไว้ว่าอย่างไรจึงจะเรียกว่าเป็นการแท้งลูกอันเป็นความผิดสำเร็จของความผิดฐานทำให้แท้งลูก การวินิจฉัยผลแห่งการกระทำความผิดฐานทำให้แท้งลูกเป็นเรื่องสำคัญ เนื่องจากการบรรลุผลและการไม่บรรลุผลในความผิดฐานนี้ส่งผลทางกฎหมายแตกต่างกันอย่างมาก ในบางกรณีการพยายามกระทำความผิดฐานทำให้แท้งลูกกฎหมายไม่ลงโทษผู้กระทำ ดังนั้นจึงมีความจำเป็นต้องพิจารณาการบรรลุผลในความผิดฐานทำให้แท้งลูกตามกฎหมายไทย เพื่อหาข้อยุติที่เหมาะสมสำหรับปัญหาว่ากรณีใดจึงจะเป็นความผิดสำเร็จ

แม้ประมวลกฎหมายอาญาจะไม่ได้กำหนดนิยามของ “การแท้ง” ไว้อย่างชัดเจน แต่ความเห็นในทางตำราของกฎหมายอาญาไทยส่วนใหญ่ ยึดถือมาโดยตลอดว่า การแท้ง คือ การทำให้ทารกในครรภ์คลอดออกอย่างไม่เป็นชีวิต⁷⁰ โดยไม่ต้องพิจารณาอายุครรภ์ของทารก⁷¹

นอกจากความเห็นในทางตำราแล้ว คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 677/2510 (ประชุมใหญ่) ได้เคยวางแนววินิจฉัยเกี่ยวกับ “การแท้ง” ในความผิดตามมาตรา 297 (5) ไว้ว่า “การกระทำอันจะเป็นความผิดฐานทำร้ายผู้อื่นจนเป็นเหตุให้ผู้ถูกทำร้ายรับอันตรายสาหัสถึงแท้งลูกตามมาตรา 297 (5) นั้น จะต้องเป็นกรณีที่กระทำให้ลูกในครรภ์ของผู้ถูกทำร้ายคลอดออกมาในลักษณะที่ลูกนั้นไม่มีชีวิต ส่วนการคลอดก่อนกำหนดเวลาในลักษณะที่เด็กยังมีชีวิตรอดอยู่ต่อมาอีก 8 วันแล้วถึงตายดังนี้ ไม่เป็นการทำให้ได้รับอันตรายสาหัสถึงแท้งลูกตามมาตรา 297 (5)”⁷²

⁷⁰ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 8*, น. 264.

⁷¹ หยุต แสงอุทัย, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 60*, น. 977.

⁷² คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 677/2510 น. 1012 อ้างถึงใน คณิต ณ นคร, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 30*, น. 229.

ศาสตราจารย์ ดร.คณิต ฒ นคร มีความเห็นว่า ความเห็นของศาลฎีกาที่ว่า “แท้งลูกจะต้องเป็นกรณีที่กระทำให้ลูกในครรภ์คลอดออกมาในลักษณะที่ลูกนั้นไม่มีชีวิต” เป็นความเห็นที่ไม่สอดคล้องกับความเห็นทางการแพทย์⁷³ โดยความเห็นทางการแพทย์ “การแท้งลูก” หมายถึง “การคลอดของทารกที่มีอายุอยู่ในครรภ์มารดาอ่อนกว่า 28 สัปดาห์ หรือทารกที่คลอดมีน้ำหนักน้อยกว่า 500 กรัม ไม่ว่าการคลอดนั้นทารกจะมีชีวิตรอดอยู่หรือไม่”⁷⁴

การคลอดของทารกที่อายุครรภ์ก่อน 28 สัปดาห์ เป็นการคลอดก่อนกำหนด แม้ทารกจะมีชีวิตอยู่ได้ในขณะคลอด แต่ก็ไม้อาจมีชีวิตรอดต่อไปได้ ในทำนองเดียวกันกับทารกที่คลอดออกมามีน้ำหนักน้อยกว่า 500 กรัม แม้จะได้คลอดตามกำหนด ทารกก็ไม่อาจมีชีวิตรอดต่อไปได้เช่นเดียวกัน

ศาสตราจารย์ ดร.คณิต ฒ นคร ไม่เห็นพ้องด้วยกับแนวคำวินิจฉัยของศาลฎีกา แต่มีความเห็นว่า “การทำให้แท้งลูก” ควรหมายถึง การทำให้ทารกในครรภ์ตายขณะอยู่ในครรภ์ หรือทำให้ทารกในครรภ์คลอดออกมาก่อนกำหนด ในสภาพที่ไม้อาจมีชีวิตรอดต่อไปได้⁷⁵

ผู้เขียนมีความเห็นว่าแม้คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 677/2510 (ประชุมใหญ่) จะเป็นการวินิจฉัยเกี่ยวกับ “การแท้ง” เหมือนกับความผิดฐานทำให้แท้งลูก แต่ไม่น่าจะนำมาเป็นนิยามของ “การแท้ง” ของความผิดฐานทำให้แท้งลูกตามมาตรา 301 ถึงมาตรา 305 ได้ เนื่องจากเจตนาในการกระทำความผิดของความผิดทั้งสองกลุ่มนั้นแตกต่างกัน กล่าวคือ เจตนาในการกระทำความผิดตามมาตรา 297 (5) เป็นเจตนาทำร้าย เป็นเจตนาที่มีต่อ “หญิงมีครรภ์” ไม่ใช่เจตนาที่มีต่อ “ทารกในครรภ์” ผู้กระทำไม่ได้มีเจตนาที่จะให้เกิดการ “แท้งลูก” เพียงแต่กฎหมายกำหนดให้ “การแท้ง” เป็นความผิดที่ทำให้ผู้กระทำต้องรับโทษหนักขึ้นเนื่องจากผล ฉะนั้นการตีความผลที่เกิดขึ้นนอกเหนือจากเจตนาดังกล่าวควรเป็นการตีความอย่างแคบ เพราะผู้กระทำไม่ได้มีเจตนาที่จะให้เกิดผลนั้น

ในขณะที่ “การแท้ง” ในความผิดฐานทำให้แท้งลูกตามมาตรา 301 ถึงมาตรา 305 เป็นความผิดที่ผู้กระทำมี “เจตนา” ที่จะกระทำต่อ “ทารกในครรภ์” จริง ๆ การตีความเรื่อง “การแท้ง” จึงควรเป็นการตีความเพื่อคุ้มครอง “ชีวิตในครรภ์มารดา” อันเป็นสิ่งที่กฎหมายประสงค์

⁷³ คณิต ฒ นคร, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 30, น. 181.

⁷⁴ วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์, นิติเวชศาสตร์, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2532), น. 233.

⁷⁵ คณิต ฒ นคร, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 30, น. 229.

จะคุ้มครอง การคุ้มครองเพียงแค่การกระทำที่ทำให้ทารกคลอดออกมาในลักษณะที่ไม่มีชีวิต จึงเป็นการตีความที่แคบจนเกินไป

ตามความเห็นในทางการแพทย์ การคลอดของทารกก่อนอายุครรภ์ 28 สัปดาห์ หรือการที่ทารกคลอดออกมาโดยมีน้ำหนักน้อยกว่า 500 กรัม ย่อมไม่อาจทำให้ทารกมีชีวิตรอดต่อไปได้ แต่ในปัจจุบันเนื่องจากด้วยความเจริญก้าวหน้าทางการแพทย์ทำให้สามารถเลี้ยงทารกที่มีอายุครรภ์น้อยกว่า 28 สัปดาห์ ให้มีชีวิตเจริญเติบโตต่อไปได้ ทำให้มีผู้ให้ความเห็นว่า การแท้งควรถือเมื่อทารกที่คลอดมีน้ำหนักน้อยกว่า 500 กรัมก็เพียงพอแล้ว⁷⁶

ในขณะที่องค์การอนามัยโลกจะใช้เกณฑ์อายุครรภ์น้อยกว่า 22 สัปดาห์ เป็นเกณฑ์ แต่ในยุโรปหรือในสหรัฐอเมริกาจะใช้เกณฑ์การแท้งเมื่ออายุครรภ์น้อยกว่า 20 สัปดาห์ เหตุที่กำหนดเกณฑ์เรื่องอายุครรภ์แตกต่างกัน สาเหตุเนื่องมาจากความสามารถในการเลี้ยงทารกที่คลอดก่อนกำหนดให้มีชีวิตรอดนั้นต่างกัน⁷⁷ แต่ผู้เขียนมีความเห็นว่ากฎหมายควรใช้ถ้อยคำว่า “การคลอดก่อนกำหนด ในสภาพที่ไม่อาจมีชีวิตรอดต่อไปได้” น่าจะเพียงพอแล้ว

เนื่องจากการทำแท้งสามารถทำให้ทารกในครรภ์คลอดออกมาก่อนกำหนด ในสภาพที่ไม่อาจมีชีวิตรอดต่อไปได้เช่นกัน แม้ขณะคลอดทารกจะยังมีชีวิตอยู่ แต่สุดท้ายทารกที่คลอดออกมาก่อนกำหนดเกินไปก็ย่อมต้องตายอยู่ดี หากกฎหมายตีความ “การแท้ง” เป็นเพียงแค่การทำให้ทารกคลอดออกมาอย่างไม่มีชีวิตก็ย่อมก่อให้เกิดปัญหาช่องว่างทางกฎหมายตามมา กล่าวคือ หากผู้กระทำได้ทำให้ทารกในครรภ์คลอดออกมาก่อนอายุครรภ์ 28 สัปดาห์ แล้วทารกยังมีชีวิตรอดอยู่ ณ ขณะคลอด การกระทำของผู้กระทำก็จะเป็นเพียงการพยายามกระทำความผิดฐานทำให้แท้งลูก ซึ่งหากผู้กระทำเป็นตัวยุติเองหรือได้กระทำไปโดยความยินยอมของหญิงมีครรภ์ ผู้กระทำก็ย่อมไม่ได้รับโทษ แม้ภายหลังทารกคนดังกล่าวจะไม่อาจมีชีวิตรอดต่อไปได้ก็ตาม

ดังนั้นเพื่อประโยชน์ในการคุ้มครองทารกในครรภ์ในการกระทำความผิดฐานทำให้แท้งลูก ผู้เขียนจึงเห็นพ้องด้วยกับความเห็นของศาสตราจารย์ ดร.คณิต ณ นคร ว่า การทำให้แท้งลูก ควรหมายถึง การทำให้ทารกในครรภ์ตายขณะอยู่ในครรภ์ (คลอดออกมาอย่างไม่มีชีวิต) หรือ การทำให้ทารกในครรภ์คลอดก่อนกำหนด ในสภาพที่ไม่อาจมีชีวิตรอดต่อไปได้ (แม้ขณะคลอดจะมีชีวิตรอดก็ตาม)

⁷⁶ วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์, นิติเวชสาธก ฉบับ กฎหมายทำแท้ง ข้อโต้แย้งที่ไม่ยุติ, พิมพ์ครั้งที่ 1, (กรุงเทพมหานคร: เจเนเตอร์เพรส, 2537), น. 31.

⁷⁷ MedThai, “การแท้งลูก: สาเหตุการแท้ง & อาการแท้งบุตร & การรักษา ฯลฯ”, สืบค้นเมื่อวันที่ 11 กุมภาพันธ์ 2561, จาก <https://goo.gl/qvxfkt>.

อย่างไรก็ตามการกำหนดให้การบรรลุผลในความผิดฐานทำให้แท้งลูก หมายความว่ารวมถึง การทำให้ทารกในครรภ์คลอดก่อนกำหนด ในสภาพที่ไม่อาจมีชีวิตรอดต่อไปได้ มี ปัญหาประการหนึ่ง กล่าวคือ หากทารกซึ่งกำลังคลอด อยู่ในสภาพที่ไม่อาจมีชีวิตรอดต่อไปได้ การ กระทำอันตรายต่อทารกในระหว่างคลอด จะเป็นความผิดฐานทำให้แท้งลูก หรือเป็นความผิดต่อชีวิต

ตัวอย่างที่ 1 หญิงมีครรภ์ตั้งครรถ์ได้ 5 เดือนมาคลอดลูกที่โรงพยาบาล ผู้กระทำ ซึ่งเป็นแพทย์ต้องการทำให้แท้งหญิงแท้งลูก จึงรอจังหวะที่ทารกกำลังคลอด ใช้มือบีบคอทารกจน เสียชีวิต โดยหญิงไม่ยินยอม

ตัวอย่างที่ 2 หญิงมีครรภ์มาคลอดลูกที่โรงพยาบาลตามกำหนดคลอด ผู้กระทำ ซึ่งเป็นแพทย์ต้องการทำให้หญิงแท้งลูก จึงรอจังหวะที่ทารกกำลังคลอด ใช้มือบีบคอทารกจนเสียชีวิต โดยหญิงไม่ยินยอม ในทางข้อเท็จจริงพิสูจน์ได้ว่าทารกคนดังกล่าวสามารถมีชีวิตรอดต่อไปได้ หากไม่ มีการทำร้ายโดยผู้กระทำ

ในประเด็นดังกล่าว รองศาสตราจารย์ ดร.คนพล จันทน์หอม มีความเห็นว่า⁷⁸ ควรพิจารณาก่อนว่า ทารกที่กำลังคลอดสามารถมีชีวิตรอดต่อไปได้หรือไม่ หากไม่มีการกระทำของผู้กระทำ ถ้าทารกไม่สามารถมีชีวิตรอดต่อไปได้ แม้จะไม่มี การกระทำของผู้กระทำ ผู้กระทำมีความผิดฐานทำให้แท้งลูกเท่านั้น ข้อเท็จจริงตาม ตัวอย่างที่ 1 แสดงให้เห็นว่าทารกดังกล่าวคลอดออกมาโดยมี อายุครรภ์ต่ำกว่า 28 สัปดาห์ ซึ่งในทางการแพทย์ถือว่าทารกไม่อาจมีชีวิตรอดต่อไป ดังนั้นแม้จะไม่มี การกระทำไม่มีการทำร้ายโดยผู้กระทำ ทารกก็ต้องตายอยู่ดี การกระทำของผู้กระทำจึงเป็นความผิดฐานทำให้หญิงแท้งลูกโดยหญิงไม่ยินยอมตามมาตรา 303 เท่านั้น

ในขณะที่ตาม ตัวอย่างที่ 2 ทารกดังกล่าวคลอดตามกำหนด และในทาง ข้อเท็จจริงก็พิสูจน์ได้ว่าทารกสามารถมีชีวิตรอดต่อไปได้ หากไม่มีการทำร้ายโดยผู้กระทำ ดังนั้นเมื่อ ความตายของทารกเกิดจากการกระทำของผู้กระทำ ผู้กระทำจึงมีความผิดฐานฆ่าผู้อื่นตามมาตรา 288

ด้วยความเคารพผู้เขียนเห็นว่าข้อวินิจฉัยดังกล่าวมีข้อบกพร่องบางประการ เนื่องจากหากถือว่า การบรรลุผลของความผิดฐานทำให้แท้งลูก คือ การที่ทารกคลอดออกมาอย่างไม่มีชีวิต หรือทารกคลอดออกมาก่อนกำหนด ในสภาพที่ไม่อาจมีชีวิตรอดต่อไปได้ ย่อมส่งผลให้ทารกที่ คลอดก่อนกำหนด แต่อยู่ในสภาพที่ไม่อาจมีชีวิตรอดต่อไปได้ ไม่อาจตกเป็นกรรมในการกระทำ ความผิดฐานทำให้แท้งลูกได้อีก เนื่องจากไม่มีสภาพความเป็นสิ่งมีชีวิตในครรภ์มารดาแล้ว และใน

⁷⁸ คนพล จันทน์หอม, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิด เล่ม 1, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2561), น. 140.

ขณะเดียวกันผู้กระทำก็ไม่ได้มีความผิดต่อชีวิต เนื่องจากแม้จะมิได้มีการกระทำของผู้กระทำ ทารกก็ต้องถึงแก่ความตายอยู่ดี การกระทำของผู้กระทำไม่อาจเป็นทั้งความผิดฐานทำให้แท้งลูกหรือความผิดฐานฆ่าผู้อื่นได้ทั้งสิ้น ประกอบกับเวลาอันเป็นจุดสิ้นสุดในการกระทำความผิดฐานทำให้แท้งลูก คือ เมื่อทารกเริ่มคลอด แต่ไม่จำเป็นต้องคลอดหมดตัว ดังนั้นในขณะที่ผู้กระทำลงมือทำร้ายทารกระหว่างคลอด การกระทำของผู้กระทำจึงไม่อาจเป็นความผิดฐานทำให้แท้งลูกได้อีก

อย่างไรก็ตามแม้ว่าการกระทำของผู้กระทำจะไม่อาจเป็นความผิดฐานทำให้แท้งลูก แต่ผู้กระทำได้กระทำการไปโดยมุ่งต่อผลซึ่งกฎหมายบัญญัติเป็นความผิดฐานทำให้แท้งลูก แม้ว่าการกระทำนั้นจะไม่อาจบรรลุผลได้อย่างแน่แท้ เพราะวัตถุที่มุ่งกระทำต่อนั้นแท้งไปแล้ว กฎหมายถือว่าผู้นั้นพยายามกระทำความผิด เป็นการพยายามกระทำความผิดที่ไม่อาจบรรลุผลได้อย่างแน่แท้ กรณีเป็นเช่นเดียวกับยิงศพ โดยเข้าใจว่ามีชีวิต หรือทำแท้ง โดยเข้าใจว่าตั้งครรภ์ แต่ความจริงไม่ได้ตั้งครรภ์ หากผู้กระทำเป็นหญิงมีครรภ์หรือได้กระทำไปโดยรับความยินยอมจากหญิงมีครรภ์ ผู้กระทำไม่ต้องรับโทษตามมาตรา 304 แต่หากเป็นการกระทำโดยหญิงมีครรภ์ไม่ยินยอม ผู้กระทำยังคงต้องได้รับโทษตามมาตรา 303 ประมวลมาตรา 81

เมื่อพิจารณาตามความคิดเห็นของผู้เขียน กรณีจะเป็นการพยายามทำให้แท้งลูกได้จะต้องเป็นกรณีที่ “ทารกในครรภ์คลอดออกมาอย่างมีชีวิต” เท่านั้น ปัญหาที่ว่าหากทารกในครรภ์คลอดตามกำหนด และในขณะคลอดยังมีชีวิต แต่ได้เสียชีวิตในเวลาต่อมา โดยสาเหตุมาจากการทำแท้ง กรณีดังกล่าวผลในทางกฎหมายจะเป็นอย่างไร ในประเด็นนี้ผู้เขียนมีความเห็นว่ากรณีดังกล่าวเป็นเพียงการพยายามทำให้แท้งลูกเท่านั้น เนื่องจากทารกคลอดออกมาตามกำหนดแล้ว แม้จะตายลงในภายหลังเพราะสาเหตุมาจากการทำแท้ง แต่ในขณะที่ทารกคลอดออกมาทารกคนนั้นสามารถมีชีวิตรอดต่อไปได้ หากแพทย์ดูแลรักษาได้ดีพอ ต่างกับการคลอดก่อนกำหนด ในสภาพที่ไม่อาจมีชีวิตรอดต่อไปได้ ที่ทารกไม่อาจมีชีวิตรอดได้เลย ดังนั้นผู้เขียนจึงเห็นว่ากรณีนี้เป็นเพียงการพยายามทำให้แท้งลูกเท่านั้น

4.5 การลงโทษพยายามทำให้แท้งลูกตามมาตรา 304

จากการศึกษาเรื่องความผิดฐานทำให้แท้งลูก ทำให้ทราบว่า การพยายามทำให้แท้งลูกสามารถเกิดขึ้นได้ ไม่ว่าจะเป็นการพยายามทำให้ตนเองแท้งลูก หรือการพยายามทำให้หญิงแท้งลูก ซึ่งโดยหลักผู้ที่พยายามกระทำความผิดย่อมต้องได้รับโทษตามกฎหมาย แม้ว่าการกระทำจะไม่บรรลุผล อย่างไรก็ตามความผิดฐานพยายามทำให้แท้งลูกมีความแตกต่างกันออกไป ด้วยผลแห่ง

ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 304⁷⁹ ทำให้ผู้กระทำไม่ต้องรับโทษ แม้การกระทำนั้นอาจก่อให้เกิดอันตรายแก่ชีวิตในกรณีมาดาก็ตาม

4.5.1 การพยายามทำให้แท้งลูกตามมาตรา 304

ไม่ใช่ทุกกรณีของการพยายามทำให้แท้งลูกตามมาตรา 304 ที่จะทำให้ผู้กระทำไม่ต้องรับโทษ แต่เป็นเฉพาะการพยายามทำให้ตนเองแท้งลูกหรือยอมให้ผู้อื่นทำให้ตนเองแท้งลูก หรือการพยายามทำให้หญิงแท้งลูกโดยหญิงยินยอม ภายใต้เงื่อนไขว่า หญิงต้องไม่ได้รับอันตรายสาหัส อย่งอื่น หรือเสียชีวิต เท่านั้นจึงจะเป็น เพื่อความสะดวกในการวินิจฉัย

การพยายามทำให้แท้งลูกตามมาตรา 304 อาจเกิดขึ้นได้จากหลายกรณีตาม มาตรา 80 มาตรา 81 และมาตรา 82 โดยผู้เขียนขอแบ่งการพิจารณาออกเป็นหลายกรณี ดังนี้

4.5.1.1 กรณีลงมือทำแท้งแล้ว แต่กระทำไปไม่ตลอด

เป็นกรณีที่ผู้กระทำลงมือกระทำความผิดแล้ว แต่ถูกขัดขวางหรือยุติการกระทำโดยไม่สมัครใจ ก่อนที่จะได้กระทำการครบทุกขั้นตอน

ตัวอย่างที่ 1 ผู้กระทำซึ่งเป็นหญิงมีครรภ์ ต้องการทำให้ตนเองแท้งลูก จึงใช้มือทุบท้องของตนเอง แต่สามีผ่านมาเห็นเลยเข้ามาห้ามไว้ ดังนี้ ผู้กระทำได้ลงมือกระทำความผิดแล้ว แต่ยังไม่ได้กระทำการครบถ้วนทุกขั้นตอน เนื่องจากถูกบุคคลที่สามขัดขวางโดยไม่สมัครใจ เป็นการพยายามทำให้ตนเองแท้งลูกตามมาตรา 301 ประกอบมาตรา 80

ตัวอย่างที่ 2 หญิงมีครรภ์ต้องการทำแท้ง จึงมาจ้างผู้กระทำให้ทำแท้งให้ ขณะที่ผู้กระทำกำลังลงมือทำแท้ง ผู้กระทำถูกตำรวจบุกเข้ามาจับกุม ทำให้ไม่สามารถทำแท้งครบตามขั้นตอนได้ การกระทำของผู้กระทำเป็นความผิดฐานพยายามทำให้หญิงแท้งลูก โดยหญิงยินยอม ตามมาตรา 302 วรรค 1 ประกอบมาตรา 80 และหญิงมีครรภ์มีความผิดฐานยอมให้ผู้อื่นพยายามทำให้ตนเองแท้งลูกตามมาตรา 301 ประกอบมาตรา 80

4.5.1.2 กรณีลงมือทำแท้งไปตลอดแล้ว แต่การกระทำไม่บรรลุผล

เป็นกรณีที่ผู้กระทำได้ลงมือทำแท้งครบทุกขั้นตอนที่ผู้กระทำประสงค์จะกระทำแล้ว แต่การกระทำนั้นไม่บรรลุผล ซึ่งการไม่บรรลุผลในความผิดฐานทำให้แท้งคือ การที่ทารกคลอดออกมาอย่างมีชีวิต หากเป็นกรณีที่ทารกคลอดออกมาก่อนกำหนด แต่อยู่ในสภาพที่ไม่อาจมีชีวิตรอดต่อไปได้ ถือว่าการกระทำนั้นบรรลุผลเป็นความผิดสำเร็จเช่นกัน

⁷⁹ ประมวลกฎหมายอาญา

มาตรา 304 “ผู้ใดเพียงแต่พยายามกระทำความผิดตามมาตรา 301 หรือมาตรา 302 วรรคแรก ผู้นั้นไม่ต้องรับโทษ”.

ตัวอย่างที่ 1 หญิงมีครรภ์ต้องการทำแท้ง จึงมาจ้างผู้กระทำให้ทำแท้งให้ผู้กระทำลงมือทำแท้งหญิงครบทุกขั้นตอนแล้ว แต่ทารกคลอดออกมาอย่างมีชีวิต ดังนั้นการกระทำของผู้กระทำเป็นการลงมือทำแท้งไปตลอดแล้ว แต่การกระทำไม่บรรลุผล ผู้กระทำมีความผิดฐานพยายามทำให้หญิงแท้งลูก โดยหญิงยินยอมตามมาตรา 302 วรรค 1 ประกอบมาตรา 80 และหญิงมีความผิดฐานยอมให้ผู้อื่นพยายามทำให้ตนเองแท้งลูกตามมาตรา 301 ประกอบ 80

ตัวอย่างที่ 2 หญิงตั้งครรภ์ได้ 5 เดือนต้องการทำแท้ง จึงมาว่าจ้างผู้กระทำให้ทำแท้งให้ ผู้กระทำลงมือทำแท้งครบทุกขั้นตอนแล้ว ปรากฏว่าทารกคลอดออกมาอย่างมีชีวิต แต่ตายลงในภายหลัง ดังนั้นแม้ทารกจะคลอดออกมาอย่างมีชีวิต ก็ต้องถือเป็นกรณีทำแท้งสำเร็จ ไม่ใช่การพยายามทำให้แท้งลูก เนื่องจากทารกที่คลอดออกมามีอายุครรภ์เพียง 5 เดือน ซึ่งน้อยกว่า 28 สัปดาห์ ทำให้ทารกดังกล่าวแม้จะคลอดออกมาอย่างมีชีวิต แต่ก็ไม่สามารถมีชีวิตรอดต่อไปได้ ถือว่าการกระทำบรรลุผลตามเจตนาของผู้กระทำแล้ว ผู้กระทำมีความผิดฐานทำให้หญิงแท้งลูก โดยหญิงยินยอมตามมาตรา 302 และหญิงมีความผิดฐานยอมให้ผู้อื่นทำให้ตนเองแท้งลูกตามมาตรา 301

4.5.1.3 การพยายามทำให้แท้งลูกที่ไม่อาจบรรลุผลได้อย่างแน่แท้

การพยายามทำให้แท้งลูกที่ไม่อาจบรรลุผลได้อย่างแน่แท้ เป็นการพยายามทำให้แท้งลูกที่อาจบรรลุผลเป็นความผิดสำเร็จได้อย่างเด็ดขาด โดยการไม่บรรลุผลอาจเกิดขึ้นจาก 2 สาเหตุ คือ

(1) ปัจจัยซึ่งใช้ในการกระทำความผิด

การไม่บรรลุผลเพราะเหตุดังกล่าว หมายถึง วิธีการหรือเครื่องมือที่ใช้ในการกระทำความผิดมีความบกพร่อง ทำให้การกระทำไม่อาจบรรลุผลได้⁸⁰

ตัวอย่าง หญิงมีครรภ์ต้องการทำให้ตนเองแท้งลูก จึงกินยาซึ่ง “เข้าใจว่า” มีผลทำให้เกิดการแท้งลูก แต่ข้อเท็จจริงปรากฏว่ายาดังกล่าวไม่อาจทำให้แท้งลูกได้ ดังนั้น การกระทำของผู้กระทำเป็นการพยายามกระทำความผิดที่ไม่อาจบรรลุผลได้อย่างแน่แท้ตามมาตรา 301 ประกอบมาตรา 81 เพราะเครื่องมือที่ผู้กระทำเลือกใช้ในการกระทำความผิด (ในกรณีนี้คือ ยา) ไม่อาจทำให้เกิดการแท้งได้

(2) วัตถุประสงค์มุ่งหมายกระทำต่อ

การไม่บรรลุผลเพราะเหตุดังกล่าว ต้องเป็นกรณีที่มิชอบบกพร่องในเรื่องปัจจัยซึ่งใช้ในการกระทำความผิด แต่วัตถุประสงค์ที่ผู้กระทำมุ่งหมายกระทำต่อ ทำให้การกระทำไม่อาจบรรลุผล

⁸⁰ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 26, น. 114.

ได้อย่างแน่แท้⁸¹ ซึ่งในกรณีของความผิดฐานทำให้แท้งลูก หมายถึง กรณีไม่มีทารกในครรภ์มารดาให้ทำแท้ง

ตัวอย่างที่ 1 หญิงเข้าใจผิดว่าตัวเองตั้งครรภ์ ต้องการทำแท้ง จึงไปว่าจ้างผู้กระทำให้ทำแท้งให้ ผู้กระทำให้ทำแท้งหญิงโดยใช้เครื่องมือที่อาจทำให้แท้งลูกได้ แต่หญิงไม่แท้ง เพราะหญิงไม่ได้ตั้งครรภ์ตั้งแต่แรก ดังนี้ การกระทำของผู้กระทำเป็นความผิดฐานพยายามทำให้หญิงแท้งลูกที่ไม่อาจบรรลุผลได้อย่างแน่แท้ โดยหญิงยินยอมตามมาตรา 302 วรรค 1 ประกอบมาตรา 81 และหญิงมีความผิดฐานยอมให้ผู้อื่นพยายามทำให้ตนเองแท้งลูกที่ไม่อาจบรรลุผลได้อย่างแน่แท้ตามมาตรา 301 ประกอบมาตรา 81

นอกจากกรณีการทำแท้งโดยเข้าใจผิดว่าหญิงตั้งครรภ์แล้ว ผู้เขียนเห็นว่า มีอีกกรณีหนึ่งที่เป็นกรณียกเว้นการพยายามทำให้แท้งลูกที่ไม่อาจบรรลุผลได้อย่างแน่แท้ เพราะเหตุแห่งวัตถุที่มุ่งหมายกระทำต่อ คือ กรณีทำแท้งทารกในขณะคลอดพ้นจากครรภ์มารดา แต่ยังคลอดไม่หมดตัว หรือทารกคลอดพ้นจากครรภ์มารดาแล้ว โดยทารกดังกล่าวอยู่ในสภาพที่ไม่อาจมีชีวิตรอดต่อไปได้

ตัวอย่างที่ 2 ผู้กระทำเป็นหญิงซึ่งตั้งครรภ์ได้ 5 เดือน คลอดลูกก่อนกำหนด ปรากฏว่าทารกคลอดออกมาอย่างมีชีวิต แต่ผู้กระทำมีเจตนาจะทำให้ทารกตาย ผู้กระทำจึงใช้มือบีบคั้นทารกจนตาย ดังนี้การกระทำของผู้กระทำเป็นความผิดฐานพยายามทำให้ตนเองแท้งลูกที่ไม่อาจบรรลุผลได้อย่างแน่แท้ตามมาตรา 301 ประกอบมาตรา 81

สาเหตุที่ผู้เขียนเห็นว่ากรณียกเว้นการกระทำของผู้กระทำตาม ตัวอย่างที่ 2 เป็นการพยายามกระทำความผิดที่ไม่อาจบรรลุผลได้อย่างแน่แท้ มีสาเหตุดังนี้

1. แม้ว่าผู้กระทำจะกระทำการเมื่อพ้นเวลาอันเป็นจุดสิ้นสุดในการกระทำความผิดฐานทำให้แท้งลูก คือ เมื่อทารกเริ่มคลอด แต่ยังคลอดไม่หมดตัว ทำให้การกระทำของผู้กระทำไม่อาจเป็นความผิดฐานทำให้แท้งลูกหรือแม้แต่การพยายามทำให้แท้งลูกก็ตาม แต่ผู้กระทำก็ได้กระทำการโดยมุ่งต่อผลซึ่งกฎหมายบัญญัติเป็นความผิด คือ การทำแท้ง การกระทำของผู้กระทำจึงอาจถือว่าเป็นการพยายามกระทำความผิดที่ไม่อาจบรรลุผลได้อย่างแน่แท้ตามมาตรา 81 ได้

กรณีดังกล่าวเปรียบเทียบกับกับกรณี ยิงศพ โดยเข้าใจว่าเป็นมนุษย์มีชีวิตที่ผู้กระทำได้กระทำการเมื่อพ้นเวลาอันเป็นจุดสิ้นสุดในการกระทำความผิดฐานฆ่าผู้อื่นเช่นกัน คือ เมื่อสิ้นสุดสิ้นสุดสภาพความเป็นมนุษย์ แต่กรณีดังกล่าวผู้กระทำยังคงมีความผิดฐานพยายามฆ่าผู้อื่นที่ไม่อาจบรรลุผลได้อย่างแน่แท้ตามมาตรา 81 เช่นกัน⁸²

⁸¹ เพ็งอ้าง, น. 115.

⁸² เพ็งอ้าง.

2. ผู้เขียนมีความเห็นว่า “ทารกที่คลอดออกมาก่อนกำหนดอย่างมีชีวิตแต่อยู่ในสภาพที่ไม่มีชีวิตรอดต่อไปได้” เป็นกรณีของการแท้งลูกแล้ว ดังนั้นทารกที่อยู่ในสภาพดังกล่าวจึงไม่อาจตกเป็นวัตถุแห่งการกระทำความผิดฐานทำให้แท้งลูกได้ การกระทำของผู้กระทำจึงไม่อาจเป็นความผิดฐานทำให้แท้งลูกหรือการพยายามกระทำความผิดฐานทำให้แท้งลูก แต่เมื่อผู้กระทำได้กระทำการโดยมุ่งต่อผลซึ่งกฎหมายบัญญัติเป็นความผิด คือ การทำแท้ง การกระทำของผู้กระทำจึงถือว่าเป็นการพยายามกระทำความผิดที่ไม่อาจบรรลุผลได้อย่างแน่แท้ตามมาตรา 81 ได้

กรณีดังกล่าวเปรียบเทียบกับกรณี ยิงศพ โดยเข้าใจว่าเป็นมนุษย์มีชีวิตเช่นกัน ที่ผู้กระทำได้กระทำต่อ “ศพ” ซึ่งไม่ใช่มนุษย์ที่มีสภาพบุคคล จึงไม่อาจเป็นวัตถุแห่งการกระทำความผิดฐานฆ่าผู้อื่นได้ แต่กรณีดังกล่าวผู้กระทำยังคงมีความผิดฐานพยายามฆ่าผู้อื่นที่ไม่อาจบรรลุผลได้อย่างแน่แท้ตามมาตรา 81

3. การกระทำของผู้กระทำไม่อาจเป็นความผิดฐานฆ่าผู้อื่นได้ แม้ว่าจะได้กระทำต่อตัวทารก และได้กระทำภายหลังเวลาอันเป็นจุดเริ่มต้นในการกระทำความผิดฐานฆ่าผู้อื่น คือ “เมื่อทารกเริ่มคลอด แต่ไม่จำเป็นต้องคลอดหมดตัว” ก็ตาม เนื่องจากการกระทำของผู้กระทำไม่มีความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลตามทฤษฎีเงื่อนไข ซึ่งมีหลักและสาระสำคัญคือ “ถ้าไม่มีการกระทำอันใดอันหนึ่งแล้ว ผลจะไม่เกิด ถือว่าผลเกิดจากการกระทำนั้น แม้ว่าผลจะเกิดจากการกระทำอันอื่น ๆ ด้วยก็ตาม ในทางตรงกันข้าม หากไม่มีการกระทำอันใดอันหนึ่งแล้ว ผลก็ยังเกิดอยู่นั่นเอง ก็จะถือว่าผลเกิดจากการกระทำอันใดอันหนึ่งไม่ได้”⁸³ กล่าวคือ หากทารกที่คลอดออกมาอยู่ในสภาพที่ไม่มีชีวิตรอดต่อไปได้ แม้จะไม่มีกระทำความผิดของผู้กระทำ จะถือว่าความตายของทารกเกิดจากการกระทำของผู้กระทำไม่ได้

ดังนั้นเมื่อทารกอยู่ในสภาพที่อาจมีชีวิตรอดต่อไปได้ตั้งแต่แรกแล้ว ทำให้สุดท้ายทารกดังกล่าวต้องถึงแก่ความตายอยู่ดี แม้จะไม่มีกระทำความผิดจากผู้กระทำ ดังนั้นการกระทำของผู้กระทำจึงไม่อาจเป็นความผิดฐานทำให้แท้งลูกได้

4.5.1.4 การพยายามทำให้แท้งลูกโดยมงาย

การพยายามกระทำความผิดโดยมงายเป็นการพยายามกระทำความผิดที่โดยสภาพแล้ววิธีการที่ผู้กระทำเลือกใช้ในการกระทำความผิดไม่อาจบรรลุผลได้อย่างแน่แท้ แต่ด้วยเหตุที่ผู้กระทำมีเจตนาชั่วร้ายไม่ต่างจากการพยายามกระทำความผิดตามมาตรา 80 หากไม่ลงโทษผู้

⁸³ เกียรติขจร วังนะสวัสดิ์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 13, น. 315

พยายามกระทำความผิดโดยมงาย อาจทำให้ผู้กระทำแสวงหาวิธีการกระทำอื่น จนอาจเกิดภัยอันตรายขึ้นกับเป้าหมายแห่งการกระทำได้

ตัวอย่าง หญิงมีครรภ์ต้องการทำแท้ง จึงไปว่าจ้างผู้กระทำให้ทำแท้งให้ผู้กระทำใช้เวชภัณฑ์คาถาสาบให้ทารกในครรภ์ตายขณะอยู่ในครรภ์ ดังนี้ จะเห็นได้ว่าการกระทำของผู้กระทำไม่อาจบรรลุผลได้อย่างแน่แท้ เพราะวิธีการที่ผู้กระทำเลือกใช้ในการกระทำความผิด เป็นวิธีการที่มงาย ไร้สาระ ผู้กระทำมีความผิดฐานพยายามทำให้หญิงแท้งลูกโดยมงาย โดยหญิงยินยอมตามมาตรา 302 วรรค 1 ประกอบมาตรา 81 วรรค 2 และหญิงมีความผิดฐานยอมพยายามทำให้ตนเองแท้งลูกโดยมงายตามมาตรา 301 ประกอบมาตรา 81 วรรค 2

4.5.2 ผลในทางกฎหมายของการพยายามทำให้แท้งลูกตามมาตรา 304

การไม่ลงโทษการพยายามกระทำความผิดฐานทำให้แท้งลูกตามมาตรา 304 ก่อให้เกิดประเด็นที่น่าสนใจเกี่ยวกับผลในทางกฎหมายของบทบัญญัติดังกล่าว ดังนี้

4.5.2.1 การไม่ลงโทษการพยายามทำให้แท้งลูกตามมาตรา 304

ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 304 กำหนดให้ การพยายามทำให้ตนเองแท้งลูกหรือยอมให้ผู้อื่นพยายามทำให้ตนเองแท้งลูกตามมาตรา 301 หรือการพยายามทำให้หญิงแท้งลูก โดยหญิงยินยอมตามมาตรา 302 วรรค 1 ไม่ต้องลงโทษ โดยความเห็นที่แตกต่างกันเกี่ยวกับการไม่ลงโทษผู้กระทำตามมาตรา 304 อยู่ 2 แนวทาง ดังนี้

1. บทบัญญัติตามมาตรา 304 เป็นบทยกเว้นโทษ นักนิติศาสตร์ไทยส่วนใหญ่มีความเห็นว่าบทบัญญัติตามมาตรา 304 เป็นบทยกเว้นโทษในกรณีของการพยายามกระทำความผิดเช่นเดียวกับการยกเว้นโทษการพยายามกระทำความผิดลหุโทษตามมาตรา 105⁸⁴ กล่าวคือการพยายามทำให้แท้งลูกตามมาตรา 304 ยังเป็นความผิด เพียงแต่กฎหมายไม่ลงโทษ เนื่องจากโดยหลักการพยายามกระทำความผิดต้องได้รับโทษตามหลักเกณฑ์ในมาตรา 80 และมาตรา 81

2. บทบัญญัติตามมาตรา 304 ไม่เป็นความผิดอาญา ศาสตราจารย์ ดร. คณิต ฌ นคร มีความเห็นว่า บทบัญญัติตามมาตรา 304 ไม่ใช่เรื่องของเหตุยกเว้นโทษทางกฎหมาย แต่เป็นเรื่องที่กฎหมายไม่บัญญัติให้ให้การพยายามทำให้ตนเองแท้งลูก หรือการยอมให้ผู้อื่นพยายามทำให้ตนเองแท้งลูกตามมาตรา 301 และการพยายามทำให้หญิงแท้งลูก โดยหญิงยินยอมตามมาตรา

⁸⁴ ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 8*, น. 268; และดู คณพล จันทน์หอม, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 78*, น. 145.

302 วรรค 1 เป็นการกระทำที่เป็นความผิดอาญา⁸⁵ เป็นกรณีของหลัก “ไม่มีความผิด ไม่มีโทษ โดยไม่มีกฎหมาย”

ผู้เขียนมีความเห็นว่าการพยายามทำให้แท้งลูกโดยหลักเป็นความผิดตามกฎหมายแล้ว เนื่องจากบทบัญญัติเรื่องการพยายามกระทำความผิดเป็นบทบัญญัติทั่วไป ที่กำหนดให้ผู้ที่ลงมือกระทำความผิดโดยเจตนามีความผิดฐานพยายาม แม้ว่าการกระทำจะไม่บรรลุผลในเวลาต่อมาก็ตาม ดังนั้นการกระทำใดที่กระทำไปโดยเจตนาและโดยสภาพอาจมีการพยายามกระทำความผิดได้ ผู้กระทำอาจมีความผิดฐานพยายามกระทำความผิดฐานนั้นได้ทั้งสิ้นและต้องระวางโทษตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนดสำหรับการพยายามกระทำความผิด ยกเว้นในกรณีความผิดที่กฎหมายยกเว้นโทษในขั้นตอนของการพยายาม เช่น การพยายามกระทำความผิดหลอกลวง เป็นต้น

4.5.2.2 การถอนตัวจากการพยายามกระทำความผิดฐานทำให้แท้งลูก

ด้วยเหตุที่บทบัญญัติตามมาตรา 304 ไม่ลงโทษการพยายามทำให้แท้งลูกเหมือนในความผิดฐานอื่น ทำให้ผลในทางกฎหมายของการถอนตัวจากการพยายามทำให้แท้งลูกตามมาตรา 301 หรือมาตรา 302 วรรค 1 ไม่มีมีความแตกต่างกันกับผลในทางกฎหมายการพยายามทำให้แท้งลูกตามมาตรา 301 หรือมาตรา 302 วรรค 1 เนื่องจากผู้กระทำไม่ต้องรับโทษเช่นเดียวกัน แต่เมื่อพิจารณาในแง่จิตใจของผู้กระทำแล้วจะพบว่าแตกต่างกัน

สาเหตุที่กฎหมายไม่ลงโทษกรณีการถอนตัวจากการกระทำความผิดนั้น ในอดีตนักนิติศาสตร์ใช้ “ทฤษฎีสะพานทอง” (Theorie von der goldenen Brücke) ของ Alselm von Feuerbach ซึ่งอธิบายว่า การที่กฎหมายไม่ลงโทษการถอนตัวจากการพยายามกระทำความผิดเป็นนโยบายทางอาญาของรัฐที่ต้องการจูงใจให้ผู้กระทำยกเลิกการกระทำของตนก่อนที่การกระทำนั้นจะบรรลุผลเป็นความผิดสำเร็จ และจูงใจให้บุคคลป้องกันผลที่เกิดจากการกระทำของตน โดยมีการไม่ลงโทษเป็นสิ่งตอบแทน⁸⁶

ต่อมาได้มีการนำเสนอทฤษฎีใหม่ซึ่งใช้ในการอธิบายการไม่ลงโทษการพยายามกระทำความผิด นั่นคือ “ทฤษฎีอภัยโทษ” (Gnadentheorie) โดยอธิบายว่า การที่กฎหมายไม่ลงโทษการถอนตัวจากการพยายามกระทำความผิด เพราะกฎหมายประสงค์ที่จะให้อภัยแก่ผู้กระทำความผิด เนื่องจากการถอนตัวของผู้กระทำแสดงให้เห็นว่าผู้กระทำไม่มีเจตนาที่จะกระทำความผิดอีก

⁸⁵ คณิต ฅ นศร, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 30, น. 231-232.

⁸⁶ คณิต ฅ นศร, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 32, น. 398-399.

ต่อไป การไม่ลงโทษตามทฤษฎีนี้จึงมีลักษณะเป็นการให้รางวัลแก่ผู้กระทำ ทฤษฎีนี้จึงมีชื่อเรียกอีกอย่างว่า “ทฤษฎีให้รางวัล” (Belonugstheorie)⁸⁷

นอกจากนี้ยังมีผู้ให้ความเห็นว่าเหตุผลสำคัญอีกประการหนึ่งที่กฎหมายยกเว้นโทษให้กับผู้กระทำ คือ การถอนตัวจากการกระทำความผิดแสดงให้เห็นว่าผู้กระทำไม่มีเจตนาที่แน่วแน่ว่าจะกระทำความผิดฐานนั้น⁸⁸ เพราะหากผู้กระทำมีเจตนาแน่วแน่ที่จะกระทำความผิดฐานนั้นจริง ผู้กระทำคงไม่ถอนตัวจากการกระทำของตนเป็นแน่ ทำให้ไม่มีความจำเป็นที่จะต้องลงโทษผู้กระทำ จึงเรียกทฤษฎีนี้ว่า “ทฤษฎีวิัตถุประสงค์ของการลงโทษ” (Stafzwecktheorie) เนื่องจากวิัตถุประสงค์ของการลงโทษได้ตกไปแล้วนั่นเอง⁸⁹

อย่างไรก็ตามเมื่อการพยายามทำให้แท้งลูกตามมาตรา 304 กำหนดยกเว้นโทษฐานพยายามกระทำความผิดแก่ผู้กระทำ ทำให้ความผิดฐานทำให้แท้งลูกตามมาตรา 301 และมาตรา 302 วรรค 1 ไม่มีความจำเป็นต้องพิจารณาเรื่องการถอนตัวจากการกระทำความผิดอีกต่อไป เพราะไม่ว่าผู้กระทำจะได้ถอนตัวจากการกระทำความผิดหรือไม่ หากการกระทำของผู้กระทำไม่บรรลุผลเป็นความผิดสำเร็จ ผู้กระทำย่อมได้รับการยกเว้นโทษเช่นเดียวกัน

ดังนั้นในกรณีการถอนตัวจากการกระทำความผิด ผลในทางกฎหมายสำหรับผู้กระทำที่ไม่ทำแท้งหญิงมีครรภ์ต่อไปเพราะความสงสารกับผู้กระทำที่ไม่ทำแท้งหญิงมีครรภ์ต่อไปเพราะกลัวตำรวจย่อมไม่แตกต่างกัน เมื่อพิจารณาถึงเหตุผลในการยกเว้นโทษการยับยั้งหรือกลับใจแก้ไขจึงเกิดผลประหลาด 2 ประการ ดังนี้

1. เหตุผลประการแรกในการยกเว้นโทษการถอนตัวจากการกระทำความผิด คือ เป็นการให้รางวัลแก่ผู้ที่ถอนตัวจากการกระทำความผิด ซึ่งเมื่อพิจารณาในแง่ผู้กระทำแล้ว ในตอนแรกผู้กระทำมีเจตนาร้ายที่ต้องการให้การกระทำของตนบรรลุผลเป็นความผิด แต่ต่อมาผู้กระทำสำนึกได้จึงเปลี่ยนใจไม่ว่าในขั้นตอนใดก่อนการกระทำบรรลุผล ผู้กระทำไม่มีเจตนาร้ายอีกต่อไป จึงสมควรที่จะยกเว้นโทษให้แก่ผู้กระทำ เพื่อเป็นการจูงใจให้ผู้กระทำยับยั้งการกระทำของตนไม่ให้บรรลุผลเป็นความผิด

⁸⁷ เฟิงอ้วง, น. 399.

⁸⁸ Johannes Andenaes, The General Part of the Criminal Law of Norway, Translated by Thomas P. Ogie. (London: Sweet & Maxwell, 1965), p. 299 อ้างถึงใน เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 13, น. 587.

⁸⁹ คณิต ณ นคร, อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 32, น. 399.

ในขณะที่การพยายามกระทำความผิดนั้น ผู้กระทำมีเจตนาที่กระทำความผิดอยู่ตลอดเวลา ผู้กระทำไม่ได้ความสำนึกหรือกระทำการใดเพื่อป้องกันไม่ให้เกิดการกระทำของตนบรรลุผลเลย แต่เหตุที่ทำให้ผู้กระทำกระทำการไปไม่ตลอดเป็นเพราะปัจจัยภายนอก ผู้กระทำหยุดการกระทำของตน (หรือถูกขัดขวาง) โดยความไม่สมัครใจ ผู้กระทำยังคงต้องการที่จะลงมือกระทำความผิดต่อไป แต่ผู้กระทำเข้าใจว่าตนไม่สามารถทำได้

แต่ด้วยผลของมาตรา 304 ทำให้ผู้กระทำที่ลงมือทำทั้งไปไม่ตลอด เพราะถูกขัดขวาง หรือเพราะเข้าใจว่ามีข้อเท็จจริงที่ทำให้ไม่สามารถกระทำต่อไปได้ ได้รับประโยชน์เช่นเดียวกับผู้กระทำที่ยับยั้งการกระทำของตน เพราะไม่ต้องการให้เกิดผลขึ้น ซึ่งผู้เขียนไม่เห็นด้วยเนื่องจากผู้เขียนเห็นว่า กฎหมายไม่ควรให้ประโยชน์กับการกระทำที่ไม่บรรลุผลเพราะโชคหรือความบังเอิญเท่ากับการกระทำที่ไม่บรรลุผลเพราะผู้กระทำตัดสินใจถอนตัวจากการกระทำนั้น

2. เหตุผลอีกประการหนึ่งที่กฎหมายยกเว้นโทษการถอนตัวจากการกระทำความผิด คือ ผู้กระทำยังไม่มีเจตนาแน่วแน่ที่จะกระทำความผิดฐานนั้น ๆ เพราะหากผู้กระทำมีเจตนาแน่วแน่ที่กระทำความผิดจริง ก็คงไม่ยับยั้งการกระทำของตน เช่น การที่หมอทำแท้งเถื่อนไม่ทำแท้งหญิงต่อ เพราะรู้สึกสงสาร แสดงว่าหมอทำแท้งเถื่อนยังไม่มีเจตนาที่แน่วแน่ว่าจะทำแท้งหญิง จึงไม่มีความจำเป็นต้องลงโทษหมอทำแท้งเถื่อนแต่อย่างใด

ในขณะที่การพยายามกระทำความผิดผู้กระทำมีเจตนาแน่วแน่ที่กระทำความผิดฐานนั้นแล้ว เพียงแต่ผู้กระทำถูกขัดขวางหรือเข้าใจว่ามีข้อเท็จจริงที่ทำให้ผู้กระทำไม่อาจกระทำการต่อไปให้ตลอดได้ แต่เจตนาที่จะกระทำความผิดของผู้กระทำยังคงมีอยู่เสมอ เช่น การที่หมอทำแท้งเถื่อนไม่ทำแท้งหญิงต่อ เพราะกลัวถูกตำรวจจับ หรือถูกตำรวจจับกุม หมอทำแท้งเถื่อนมีเจตนาแน่วแน่ที่จะทำแท้งต่อไปให้ตลอด เพียงแต่ไม่สามารถทำได้เพราะถูกขัดขวางเท่านั้น

เมื่อพิจารณาจากเจตนาของผู้กระทำแล้ว ผู้กระทำที่ไม่มีเจตนาแน่วแน่ที่จะกระทำความผิดก็สมควรได้รับโทษน้อยกว่าผู้ที่มีเจตนาแน่วแน่ที่จะกระทำความผิด แต่ผลของมาตรา 304 ส่งผลให้หมอทำแท้งเถื่อนที่ถูกตำรวจจับกุมก่อนที่จะลงมือทำแท้งให้ตลอด แต่ยังมีเจตนาที่จะทำแท้งอยู่ (ในตอนถูกจับกุม) กับหมอทำแท้งเถื่อนที่สำนึกได้ ไม่มีเจตนาที่ทำแท้งแล้ว ได้รับการยกเว้นโทษเหมือนกัน

กล่าวโดยสรุปผู้เขียนมีความเห็นว่าแทนที่การถอนตัวจากการกระทำความผิดจะถูกนำมาใช้กับผู้กระทำที่สำนึกและเปลี่ยนแปลงการกระทำของตนให้ได้รับประโยชน์ในทุกฐานความผิด แต่ในความผิดฐานทำให้แท้งลูกตามมาตรา 301 และมาตรา 302 วรรค 1 ผู้กระทำกลับได้รับประโยชน์จากการที่ผู้กระทำไม่สามารถกระทำการให้ตลอดหรือการไม่บรรลุผลของการกระทำแทน ซึ่งในบางกรณีสาเหตุของการที่ผู้กระทำไม่สามารถกระทำการให้ตลอดหรือการกระทำไม่บรรลุ

นั้นมาจากความบังเอิญหรือโชค ไม่ใช่ความต้องการของผู้กระทำ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าเป็นสิ่งที่ไม่สมควรนำมาใช้เป็นสาเหตุของการยกเว้นโทษแก่ผู้กระทำแต่อย่างใด

4.5.3 เหตุผลของการไม่ลงโทษการพยายามทำให้แท้งลูกตามมาตรา 304

ความผิดฐานทำให้หญิงแท้งลูกโดยหญิงนั้นไม่ยินยอมตาม มาตรา 303 แม้จะเป็นขั้นตอนของการพยายามกระทำความผิด ผู้กระทำย่อมต้องได้รับโทษในความผิดฐานพยายามทำให้แท้งลูก

นอกจากนั้นแม้จะเป็นการพยายามทำให้หญิงแท้งลูกโดยหญิงนั้นยินยอมก็ตาม แต่หากการกระทำนั้นเป็นเหตุให้หญิงมีครรภ์ได้รับอันตรายสาหัสอย่างอื่น หรือเสียชีวิต ผู้กระทำก็ต้องได้รับโทษในความผิดฐานพยายามทำให้แท้งลูกเช่นกัน

แต่อย่างไรก็ตามหากเป็นการพยายามทำให้ตนเองแท้งลูกตามมาตรา 301 หรือการพยายามทำให้หญิงแท้งลูกโดยหญิงนั้นยินยอม โดยหญิงมีครรภ์ไม่ได้รับอันตรายสาหัสอย่างอื่น หรือเสียชีวิตตามมาตรา 302 วรรค 1 กฎหมายบัญญัติไม่ลงโทษผู้กระทำตาม มาตรา 304 ซึ่งความผิดฐานทำให้แท้งลูกในกรณีนี้แตกต่างจากความผิดฐานอื่นในประมวลกฎหมายอาญา นอกจากความผิดลหุโทษที่กฎหมายไม่ลงโทษผู้กระทำในขั้นตอนของการพยายามกระทำความผิด

ในทางตำราไม่ปรากฏเหตุผลในการยกเว้นโทษการพยายามทำให้แท้งลูกตามมาตรา 304 ไว้อย่างชัดเจน ดังนั้นเพื่อประโยชน์ในการพิจารณาถึงเหตุผลในการยกเว้นโทษ ผู้เขียนจึงขอแบ่งการพยายามทำให้แท้งลูกตามมาตรา 304 ออกเป็น 2 กรณี ดังนี้

4.4.4.1 กรณีการพยายามทำให้แท้งลูกตามมาตรา 301

ศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย ให้เหตุผลว่า สาเหตุที่กฎหมายไม่ลงโทษหญิงมีครรภ์ เนื่องจากเพื่อเป็นการยับยั้งชั่งใจมิให้หญิงนั้นกระทำความผิดอีก

ศาสตราจารย์ ดร.ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ มีความเห็นว่า สาเหตุที่กฎหมายไม่ลงโทษหญิงมีครรภ์กรณีการพยายามกระทำความผิดฐานทำให้แท้งลูก เนื่องจากการกระทำต่อตนเองประกอบกับการไม่บรรลุผลในความผิดฐานทำให้แท้งลูก คือ การที่ทารกในครรภ์คลอดออกมาอย่างมีชีวิต เมื่อทารกคลอดออกมาอย่างมีชีวิต ทารกย่อมต้องการการเลี้ยงดูจากผู้เป็นมารดา การลงโทษหญิงจึงอาจทำให้ไม่มีใครเลี้ยงดูทารกนั้นได้⁹⁰

ด้วยความเคารพ ผู้เขียนไม่เห็นพ้องด้วยกับความเห็นดังกล่าวเนื่องจากหญิงมีครรภ์ที่กระทำความผิดฐานทำให้ตนเองแท้งลูกย่อมมีเจตนาที่จะทำลายทารกในครรภ์ตั้งแต่วินาทีที่กระทำความผิดแล้วด้วยเหตุผลความจำเป็นบางประการ การที่การกระทำไม่บรรลุผลไม่ได้ทำให้

⁹⁰ ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ, *อ้าวแล้ว เจิงอรรถที่ 8*, น. 268.

เหตุจำเป็นดังกล่าวหมดไปแต่ประการใดเพราะทารกยังคงมีชีวิต ดังนั้นการยกเว้นโทษให้กับผู้กระทำ ทุกกรณีโดยอาศัยเหตุผลว่าทารกต้องการการเลี้ยงดูจากผู้เป็นมารดา (ซึ่งในกรณีนี้คือผู้กระทำ) จึงไม่น่าจะเป็นการให้เหตุผลที่ถูกต้องนัก เพราะหากปล่อยให้ทารกกลับไปอยู่ในความดูแลของผู้กระทำ ก็ย่อมเป็นการทำให้ภาระที่ผู้กระทำต้องกำจัดการทิ้งไปกลับมา และอาจนำไปสู่การกระทำความผิดอื่นได้ ดังนั้นกฎหมายจึงควรลงโทษการพยายามทำให้ตนเองแท้งลูกตามมาตรา 301 ด้วย

ในขณะที่การพยายามทำให้ตนเองแท้งลูกตามกฎหมายอาญาเยอรมัน ผู้กระทำไม่ต้องรับโทษเลย แม้ว่าการทำให้ตนเองแท้งลูกจะยังคงเป็นความผิดอยู่ก็ตาม เนื่องจากแม้กฎหมายอาญาเยอรมันจะยังมีการลงโทษหญิงที่ทำให้ตนเองแท้งลูก แต่กฎหมายอาญาเยอรมันก็มีการผ่อนคลายกฎหมายเกี่ยวกับการทำแท้งโดยกำหนดให้การทำแท้งสามารถกระทำได้โดยแพทย์ ในกรณีที่อายุครรภ์ไม่เกิน 12 สัปดาห์ ซึ่งประเทศไทยยังไม่มีการบังคับใช้แนวคิดนี้เช่นเดียวกับกฎหมายอาญาเยอรมัน กฎหมายทำแท้งของไทยยังมีความเคร่งครัดมากกว่ากฎหมายอาญาเยอรมันอยู่มาก ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่าการยกเว้นโทษให้กับหญิงที่พยายามทำให้ตนเองแท้งลูกตามมาตรา 301 ในทุกกรณี จึงยังคงไม่มีสอดคล้องกับกฎหมายอาญาไทยในปัจจุบัน

อย่างไรก็ตามแม้ว่าผู้เขียนจะเห็นหญิงที่พยายามทำให้ตนเองแท้งลูกตามมาตรา 301 ควรถูกลงโทษ แต่ผู้เขียนมีความเห็นว่ากฎหมายไม่ควรลงโทษผู้กระทำในทุกกรณีเช่นกัน เนื่องจากไม่มีผู้ใดตั้งใจที่จะตั้งครภ์โดยมีเจตนาจะไปทำแท้ง การทำแท้งเป็นเจตนาที่เกิดขึ้นภายหลังการตั้งครภ์ และสาเหตุที่ผู้กระทำต้องไปทำแท้งก็เพราะความจำเป็นบางประการที่อยู่นอกเหนือเหตุทำแท้งตามกฎหมาย ดังนั้นแม้ไม่ต้องการที่จะกระทำ แต่การทำแท้งก็เป็นทางเลือกสุดท้ายที่ผู้กระทำเลือกที่จะกระทำเพื่อแก้ปัญหาดังกล่าว

แต่เมื่อความผิดฐานทำให้แท้งลูกไม่ได้คุ้มครองหญิงมีครรภ์ แต่เป็นความผิดที่คุ้มครองชีวิตในครรภ์มารดา ผู้กระทำจึงไม่อาจยกเหตุความจำเป็นดังกล่าวมาทำให้ผู้กระทำไม่ต้องรับโทษจากการกระทำของตน แต่เมื่อการกระทำของผู้กระทำไม่บรรลุ ทารกในครรภ์ไม่ถึงแก่ความตายประกอบกับเป็นการกระทำต่อตนเอง และเมื่อพิจารณาร่วมกับความจำเป็นของผู้กระทำแล้ว กฎหมายจึงควรเปิดช่องให้ยกเว้นโทษให้แก่ผู้กระทำในบางกรณีได้

ในเป็นกรณีหญิงมีครรภ์พยายามทำให้ตนเองแท้งลูกแม้ว่าหญิงจะได้รับอันตรายสาหัส หญิงมีครรภ์ก็ยังคงได้รับการยกเว้นโทษตามกฎหมาย เหตุผลน่าจะเป็นเพราะความผิดฐานนี้เป็นการกระทำต่อตนเอง จึงไม่มีความจำเป็นต้องบัญญัติให้หญิงมีครรภ์ต้องได้รับโทษหนักขึ้นเนื่องจากผล

นอกจากนั้นในกรณีหญิงมีครรภ์ถึงแก่ความตาย ไม่มีความจำเป็นต้องพิจารณาเรื่องความรับผิดชอบของตัวหญิง เนื่องจากโทษทางอาญาเป็นอันระงับไป เนื่องจากการตายของผู้กระทำความผิดตาม มาตรา 38

4.4.4.2 กรณีการพยายามทำให้แท้งลูกตามมาตรา 302

สำหรับกรณีที่ผู้กระทำไม่ใช่หญิงมีครรภ์ กฎหมายยกเว้นโทษในขั้นตอนของการพยายามกระทำความผิดเฉพาะแต่ในกรณีที่หญิงมีครรภ์ยินยอมให้ทำแท้ง โดยการทำแท้งต้องไม่ทำให้หญิงมีครรภ์ได้รับอันตรายสาหัสหรือถึงแก่ความตายเท่านั้น

เหตุผลที่กฎหมายยกเว้นโทษการพยายามทำให้แท้งลูกในกรณีนี้ ในทางตำราไม่ได้กล่าวไว้อย่างแน่ชัด แต่มีผู้ให้ความเห็นว่า เหตุผลที่กฎหมายไม่ลงโทษเนื่องจากเป็นเรื่องไม่สำคัญ เพราะหญิงให้ความยินยอม⁹¹ สาเหตุที่ให้เหตุผลเช่นนี้น่าจะมาจากถ้อยคำตามกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 มาตรา 265 ซึ่งบัญญัติว่า “ผู้ใดพยายามจะกระทำความผิดใดใดที่ท่านบัญญัติไว้ในมาตรา 260 และมาตรา 261 นั้น ท่านว่าเป็นการไม่สำคัญ อย่าให้เอาโทษแก่มันเลย” แม้ประมวลกฎหมายอาญาฉบับปัจจุบันจะไม่ได้ใช้ถ้อยคำว่า “ท่านว่าเป็นการไม่สำคัญ” แล้วก็ตาม แต่เนื่องจากกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 กับประมวลกฎหมายอาญายกเว้นโทษการพยายามทำให้แท้งลูกในกรณีเหมือนกัน ประมวลกฎหมายอาญาจึงน่าจะใช้เหตุผลเดียวกันกับกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127

อย่างไรก็ตามเหตุผลดั้งเดิมที่กฎหมายลักษณะอาญาไม่ลงโทษการพยายามทำให้แท้งลูกไม่ใช่เพราะเป็นเรื่องไม่สำคัญ เนื่องจากแต่เดิมร่างมาตรา 264 มีข้อความเพียงว่า “การพยายามกระทำความผิดตามมาตรา 260 หรือมาตรา 261 วรรค 1 นั้น ไม่ต้องลงอาญาแก่ผู้กระทำ”⁹² ไม่ได้มีถ้อยคำว่า “ท่านว่าไม่เป็นการสำคัญ” แต่ประการใด โดยสาเหตุที่กฎหมายไม่ลงโทษการพยายามกระทำความผิดเนื่องมาจาก “ไม่อาจพิสูจน์ได้”⁹³ ในขณะที่ถ้อยคำว่า “ท่านว่าเป็นการไม่สำคัญ” ได้เพิ่มเติมเข้ามาในภายหลัง เพราะกลัวว่าจะเข้าใจว่าการทำให้แท้งลูกเป็นเรื่องที่ “ทำได้สนุกดี ทำเล่นได้”⁹⁴

⁹¹ เพ็งอ้าง, น. 268.

⁹² รายงานการประชุมอนุกรรมการตรวจพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา ครั้งที่ 318/199/2485.

⁹³ เพ็งอ้าง.

⁹⁴ เพ็งอ้าง.

ด้วยความเคารพ ผู้เขียนไม่เห็นด้วยกับความเห็นที่ว่า การพยายามทำให้แท้งลูกเป็นเรื่องไม่สำคัญ เนื่องจากอันตรายจากการทำแท้งมีผลต่อทารกที่รอดชีวิตจากการทำแท้งด้วยทารกที่รอดชีวิตจากการทำแท้งอาจได้รับผลกระทบจากเครื่องมือทำแท้งขณะอยู่ในครรภ์ ส่งผลให้ทารกมีความผิดปกติทางร่างกายภายหลังคลอด ซึ่งหากไม่มีการทำแท้ง ก็คงไม่อาจการผิดปกติเช่นว่านี้ เมื่อความผิดฐานทำให้แท้งลูกเป็นความผิดที่บัญญัติขึ้นเพื่อคุ้มครอง “ชีวิตในครรภ์มารดา” ความผิดฐานดังกล่าวก็ควรคุ้มครองถึงอัตราเสี่ยงที่จะเกิดอันตรายต่อชีวิตในครรภ์มารดาคด้วย เมื่อการกระทำของผู้กระทำมีความเสี่ยงที่จะก่อให้เกิดอันตรายต่อชีวิตในครรภ์มารดาแล้ว ผู้กระทำก็สมควรถูกลงโทษ

นอกจากนั้นผู้เขียนยังไม่เห็นด้วยกับความเห็นที่ว่า การพยายามทำให้แท้งลูกเป็นเรื่องที่ไม่อาจพิสูจน์ได้ ผู้เขียนเข้าใจว่าการพยายามทำให้แท้งลูกที่ไม่อาจพิสูจน์ได้นั้นหมายถึงกรณีการพยายามทำให้แท้งลูกที่กระทำไปตลอดแล้ว แต่การกระทำไม่บรรลุผล เนื่องจากเมื่อทารกคลอดออกมาอย่างมีชีวิตการจะพิสูจน์ว่ามีการทำแท้งเกิดขึ้นย่อมเป็นเรื่องที่พิสูจน์ได้ยาก นอกจากนี้ความผิดฐานทำให้แท้งลูกเป็นความผิดที่ผู้เกี่ยวข้องในการกระทำความผิดกล่าวอ้างอาจมีความผิดทั้งสิ้น

ตัวอย่าง หญิงมีครรภ์ต้องการทำแท้ง จึงมาว่าจ้างผู้กระทำให้ทำแท้งให้ผู้กระทำลงมือทำแท้งหญิงมีครรภ์ครบทุกขั้นตอนแล้ว แต่ทารกคลอดออกมาอย่างมีชีวิต ดังนั้นผู้กระทำมีความผิดฐานทำให้หญิงแท้งลูก โดยหญิงยินยอมตามมาตรา 302 วรรค 1 ประกอบมาตรา 80 และหญิงมีความผิดฐานยอมให้ผู้อื่นพยายามทำให้ตนเองแท้งลูกตามมาตรา 301 ประกอบมาตรา 80

จากข้อเท็จจริงข้างต้นจะพบว่าทั้งผู้กระทำที่เป็นผู้ลงมือทำแท้งและหญิงมีครรภ์ที่เป็นผู้ยอมให้ผู้อื่นทำแท้งมีความผิดทั้งสิ้น ทำให้หญิงซึ่งยอมให้ผู้อื่นทำให้ตนเองแท้งลูกไม่กล้าบอกคนอื่นว่าไปทำแท้งมาเพราะกลัวจะมีความผิดไปด้วย ประกอบกับเมื่อทารกรอดชีวิต ทำให้พยานหลักฐานที่จะพิสูจน์ว่ามีการทำแท้งเกิดขึ้นเป็นไปได้ยาก

แต่กรณีการพยายามทำให้แท้งลูกไม่ได้เกิดจากกรณีการทำให้แท้งไปตลอดแล้ว แต่การกระทำไม่บรรลุผลแต่เพียงอย่างเดียว แต่อาจเกิดจากกรณีการลงมือทำแท้งไปไม่ตลอดได้ ซึ่งในกรณีดังกล่าวนี้การจะหาพยานหลักฐานมาพิสูจน์ว่ามีการทำแท้งเกิดขึ้นย่อมไม่ใช่เรื่องยาก เช่น การที่เจ้าหน้าที่ตำรวจบุกเข้าจับกุมคลินิกทำแท้ง และพบหมอกำลังลงมือทำแท้งหญิง เป็นต้น แสดงให้เห็นว่าการพยายามทำให้แท้งลูกไม่ใช่เรื่องที่อาจพิสูจน์ได้เสมอไป ยังมีกรณีการพยายามทำให้แท้งลูกในอีกหลายกรณีที่สามารถพิสูจน์ถึงการกระทำได้

อย่างไรก็ตามผู้เขียนมีความเห็นว่าการอาศัยเหตุผลว่า “เป็นเรื่องที่ไม่อาจพิสูจน์ได้” ไม่สามารถนำมาเป็นเหตุผลในการยกเว้นโทษได้ เนื่องจากการพิสูจน์ว่ามีความผิดอาญาเกิดขึ้นหรือไม่ จำเลยเป็นผู้กระทำความผิดตามฟ้องหรือไม่ เป็นเรื่องของการพิสูจน์

พยานหลักฐาน ซึ่งโดยหลักแล้วโจทก์จะต้องเป็นผู้นำสืบพิสูจน์ความผิดจำเลย⁹⁵ หากไม่สามารถพิสูจน์ได้ว่าการทำแท้งเกิดขึ้นและไม่อาจพิสูจน์ได้ว่าจำเลยเป็นผู้ทำแท้งจริง ศาลย่อมไม่อาจพิพากษาลงโทษผู้กระทำได้อยู่แล้ว⁹⁶ แม้จะเป็นกรณีความผิดสำเร็จก็ตาม จึงไม่จำเป็นต้องอาศัยเหตุผลเรื่องเป็นเรื่องที่ไม่อาจพิสูจน์ได้มาเป็นเหตุผลในการยกเว้นโทษแต่อย่างใด

4.5.4 การลงโทษที่เหมาะสมสำหรับการพยายามทำให้แท้งลูกตามมาตรา 304

ปัญหาของการไม่ลงโทษการพยายามทำให้แท้งลูกตามมาตรา 304 ข้างต้น ทำให้ผู้เขียนมีความเห็นว่ากฎหมายควรลงโทษการพยายามทำให้แท้งลูกตามมาตรา 304 เช่นเดียวกับความผิดอื่น โดยเรื่องการลงโทษการพยายามทำให้แท้งลูกตามมาตรา 304 ผู้เขียนมีข้อสังเกต 3 ประการ ดังนี้

4.5.4.1 โทษสำหรับการพยายามทำให้แท้งลูกตามมาตรา 301

การพยายามกระทำความผิดฐานทำให้แท้งลูกตามมาตรา 301 เป็นการพยายามทำให้ตนเองแท้งลูก อันเป็นการกระทำของหญิงมีครรภ์ผู้ซึ่งเป็นมารดาของทารกในครรภ์เอง ซึ่งสาเหตุที่กฎหมายที่ยกเว้นโทษการพยายามกระทำความผิดในกรณีนี้เนื่องมาจากต้องการให้ทารกที่คลอดออกมามีผู้เลี้ยงดู⁹⁷ ผู้เขียนไม่เห็นด้วยกับเหตุผลดังกล่าว เนื่องจากผู้กระทำ (หญิงมีครรภ์) มีเจตนาที่ต้องการทำลายชีวิตทารกดังกล่าวตั้งแต่อยู่ในครรภ์ ด้วยเหตุผลความจำเป็นบางอย่าง การที่ทารกคลอดออกมาอย่างมีชีวิตอาจไม่ทำให้เจตนาที่ต้องการทำลายชีวิตของทารกดังกล่าวเปลี่ยนแปลงไปแต่ประการใด เพราะความจำเป็นดังกล่าวอาจยังไม่หมดไป ดังนั้นการยกเว้นโทษให้กับผู้กระทำในทุกกรณีโดยอาศัยเหตุผลเพราะผู้กระทำเป็นแม่ของทารกที่เกิดมา เพื่อให้ผู้กระทำได้เลี้ยงดูทารก จึงเป็นเหตุผลที่ไม่ถูกต้องนัก

อย่างไรก็ตามไม่ว่าผู้ใดตั้งครรภ์ โดยมีเจตนาเพื่อไปทำแท้ง การทำแท้งเป็นเจตนาที่เกิดขึ้นภายหลังการตั้งครรภ์ เพราะผู้กระทำมีความจำเป็นบางประการทำให้ไม่อาจเลี้ยงดูทารกที่อาจคลอดออกมาได้ และเหตุผลดังกล่าวก็ไม่สอดคล้องกับเหตุทำแท้งตามบทบัญญัติในมาตรา 305 ทำให้หญิงมีครรภ์ต้องเลือกวิธีการแก้ปัญหาโดยการทำแท้ง แต่ด้วยเหตุที่ความผิดฐานทำให้แท้งลูกเป็นบทบัญญัติที่คุ้มครอง “ชีวิตในครรภ์มารดา” ไม่ใช่ “หญิงมีครรภ์” ด้วยเหตุนี้กฎหมายจึงควรลงโทษการกระทำที่ละเมิดต่อกฎหมายและอาจก่อให้เกิดภัยอันตรายต่อชีวิตในครรภ์มารดาเสมอ แม้จะ

⁹⁵ ณรงค์ ใจหาญ, หลักกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เล่ม 2, พิมพ์ครั้งที่ 5, (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2556) น. 248.

⁹⁶ เพ็ญอ่าง, น. 280-281.

⁹⁷ ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ, อ้าวแล้ว เจิงอรรถที่ 8, น. 268.

เป็นการกระทำเพราะเหตุจำเป็นก็ตาม ดังนั้นการพยายามทำให้ตนเองแท้งลูกจึงควรเป็นการกระทำที่เป็นความผิดและสมควรถูกลงโทษ เพียงแต่ศาลอาจใช้ดุลพินิจในการยกเว้นโทษให้แก่ผู้กระทำได้เป็นกรณีไป

4.5.4.2 โทษสำหรับการพยายามทำให้แท้งลูกตามมาตรา 302 วรรค 1

การพยายามกระทำความผิดฐานทำให้แท้งลูกตามมาตรา 302 วรรค 1 เป็นกรณีการพยายามทำให้หญิงอื่นแท้งลูกโดยหญิงนั้นยินยอม และหญิงนั้นไม่ได้รับอันตรายสาหัสหรือเสียชีวิต ซึ่งสาเหตุที่กฎหมายยกเว้นโทษให้การพยายามกระทำความผิดตามมาตรานี้ไม่ชัดเจน แต่มีผู้บอกว่าเพราะการพยายามทำให้แท้งลูกนั้นพิสูจน์ได้ยาก⁹⁸ ซึ่งผู้เขียนไม่เห็นด้วย เนื่องจากผู้เขียนเห็นว่าการพยายามทำให้แท้งลูกในบางกรณีพิสูจน์ได้ง่ายกว่ากรณีความผิดสำเร็จเสียอีก ตัวอย่าง ในกรณีที่ตำรวจจับกุมผู้กระทำขณะกำลังลงมือทำแท้งผู้อื่น เป็นต้น

นอกจากนี้ยังมิให้ผู้ให้ความเห็นว่าสาเหตุที่กฎหมายไม่โทษการพยายามทำให้แท้งลูกเนื่องจากเพราะเป็นการไม่สำคัญ⁹⁹ ผู้เขียนก็ไม่เห็นด้วยกับความเห็นนี้อีกเช่นกัน เนื่องจาก การทำให้แท้งลูกเป็นการทำลายชีวิตของทารกในครรภ์มารดา เป็นการทำลายโอกาสที่จะมีชีวิตของทารกในครรภ์มารดา แม้การกระทำจะไม่บรรลุผลแต่การพยายามกระทำความผิดก็เป็นการกระทำที่อาจนำไปสู่ผลดังกล่าวได้ และผู้กระทำก็ไม่ได้กระทำการใดเพื่อป้องกันการบรรลุผลนั้นเลยแตกต่างจากการยับยั้งเสียเองหรือกลับใจแก้ไขโดยสมัครใจ นอกจากนี้แม้ทารกที่คลอดออกมาจะชีวิตแต่ก็มีโอกาสที่การทำแท้งนั้นจะก่อให้เกิดความผิดปกติทางร่างกายแก่เด็กได้ แสดงให้เห็นว่าแม้จะเป็นเพียงการพยายามทำให้แท้งลูก แต่ก็สามารถก่อให้เกิดอันตรายได้เสมอ การจะกล่าวว่าการพยายามทำให้แท้งลูกเป็นเรื่องไม่สำคัญเพราะทารกรอดชีวิตแล้ว เป็นการกล่าวที่ไม่ถูกต้องอย่างยิ่ง

ในขณะที่การพยายามทำให้แท้งลูกตามมาตรา 301 มีเหตุผลในการยกเว้นโทษ คือ เพื่อให้หญิงมีครรภ์ได้เล็งดูทารกในครรภ์ ซึ่งเป็นเหตุผลที่เหมาะสมในระดับหนึ่ง เนื่องด้วยความสัมพันธ์ระหว่างมารดากับบุตร แต่ในกรณีของการพยายามทำให้แท้งลูกตามมาตรา 302 วรรค 1 ผู้เขียนเห็นว่าไม่อาจใช้เหตุผลในทำนองเดียวกันนั้นมาอธิบายได้ ความสัมพันธ์ของผู้กระทำตามมาตรา 302 วรรค 1 กับเด็กยังห่างไกลกันกว่าความสัมพันธ์ระหว่างหญิงมีครรภ์กับเด็ก ผู้กระทำตามมาตรา 302 วรรค 1 คงไม่ต้องการเล็งดูเด็กที่ตนต้องการจะทำให้แท้งแน่

⁹⁸ รายงานการประชุมอนุกรรมการตรวจพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา ครั้งที่ 318/199/2485.

⁹⁹ ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ, *อ้าวแล้ว เจิงอรรถที่ 8*, น. 268.

ดังนั้นผู้เขียนจึงเห็นว่ากฎหมายไม่มีความจำเป็นที่จะยกเว้นโทษให้กับผู้กระทำความผิดนี้แต่ประการใด

4.5.4.3 อัตราโทษที่เหมาะสมสำหรับการพยายามทำให้แท้งลูก

จากการศึกษาแนวทางในการลงโทษการพยายามทำให้แท้งลูกตามกฎหมายต่างประเทศพบว่ามีความหลากหลายในการลงโทษการพยายามทำให้แท้งลูกที่แตกต่างกัน 3 แนวทาง คือ การลงโทษการพยายามทำให้แท้งลูกเสมือนความผิดสำเร็จ การลงโทษการพยายามทำให้แท้งลูกน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดสำเร็จ และการไม่ลงโทษการพยายามทำให้แท้งลูก ซึ่งผู้เขียนมีความเห็นว่าการพยายามทำให้แท้งลูกตามมาตรา 304 สมควรลงโทษ อย่างไรก็ตามยังมีปัญหาว่าอัตราโทษที่เหมาะสมสำหรับการพยายามทำให้แท้งลูกตามมาตรา 304 ควรเป็นอย่างไร

ดังที่ได้ศึกษามาแล้วในหัวข้อที่ 4.2.2 กฎหมายอาญาไทยมีการลงโทษเป็นลำดับขั้น โดยหลักกฎหมายจะลงโทษผู้กระทำสำหรับกรณีความผิดสำเร็จมากกว่ากรณีการพยายามกระทำความผิด อย่างไรก็ตามมีความผิดในบางฐานที่กฎหมายอาญาจะลงโทษผู้กระทำเสมือนความผิดสำเร็จ ตัวอย่าง ความผิดฐานพยายามปลงพระชนม์พระมหากษัตริย์ตามมาตรา 107 สรรค 2 เนื่องจากสาเหตุที่กฎหมายลงโทษการพยายามกระทำความผิดน้อยกว่าความผิดเป็นเพราะความเสียหายที่เกิดจากการพยายามกระทำความผิดย่อมน้อยกว่าความเสียหายที่เกิดจากกรณีความผิดสำเร็จเสมอ อย่างไรก็ตามในความผิดบางฐาน เช่น ความผิดฐานปลงพระชนม์พระมหากษัตริย์ เป็นความผิดที่แม้จะเป็นเพียงการพยายามกระทำความผิด ก็ก่อให้เกิดความเสียหายมาก เป็นการทำอันตรายต่อ “ความมั่นคงแห่งราชอาณาจักร”¹⁰⁰ เมื่อการกระทำของผู้กระทำก่อให้เกิดความเสียหายมาก การลงโทษผู้กระทำจึงต้องสูงกว่าการพยายามกระทำความผิดอื่น

ความผิดฐานทำให้แท้งลูกมีคุณธรรมทางกฎหมาย คือ “ชีวิตในครรภ์มารดา” เป็นเรื่องของปัญหาในทางจริยธรรม ชีวิตในครรภ์มารดาแม้จะยังไม่สภาพความเป็นมนุษย์ แต่ชีวิตในครรภ์มารดาก็มีสิทธิในการมีชีวิต กฎหมายจึงจำเป็นต้องขยายขอบเขตการคุ้มครองมายังสิ่งมีชีวิตในครรภ์มารดาด้วย อย่างไรก็ตามด้วยเหตุที่ชีวิตในครรภ์ก็ยังไม่สภาพความเป็นมนุษย์ โทษสำหรับการกระทำความผิดต่อชีวิตในครรภ์มารดาจึงเบาว่าโทษสำหรับการกระทำความผิดต่อชีวิตมนุษย์มาก ดังนั้นความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการทำแท้งจึงไม่ได้สูงมากพอถึงขนาดที่จะทำให้การพยายามทำให้แท้งลูกต้องถูกลงโทษเสมือนความผิดสำเร็จ

อย่างไรก็ตามการพยายามทำให้แท้งลูกตามมาตรา 80 ก็ยังเป็นการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหาย แม้ว่าทารกที่คลอดออกมาจะมีชีวิต แต่ทารกที่เกิดจากการทำแท้ง

¹⁰⁰ คณิต ณ นคร, *อ้างแล้ว* เชิงอรรถที่ 30, น. 825.

อาจมีความผิดปกติอื่น ๆ ทางร่างกายได้ ดังนั้นการพยายามทำให้แท้งลูกจึงยังสมควรถูกลงโทษ เพียงแต่โทษสำหรับการพยายามทำให้แท้งลูกควรน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับกรณีความผิดสำเร็จ เนื่องจากความเสียหายที่เกิดจากการพยายามทำให้แท้งลูกน้อยกว่าความเสียหายที่เกิดจากการแท้งลูกสำเร็จเสมอ

นอกจากนั้นในกรณีของการพยายามทำให้แท้งลูกที่ไม่อาจบรรลุผลได้อย่างแน่แท้ตามมาตรา 81 ตัวอย่าง การกินยาที่ไม่มียาทำให้แท้งลูก หรือการทำแท้งหญิงที่ไม่ได้ตั้งครรภ์ แม้ข้อเท็จจริงจะปรากฏว่าการกระทำของผู้กระทำไม่อาจก่อให้เกิดความเสียหายได้เลย แต่ผู้กระทำก็ได้กระทำการไปโดยมุ่งต่อผลซึ่งกฎหมายบัญญัติเป็นความผิด การกระทำของผู้กระทำเป็นการกระทำที่น่าตำหนิ ผู้กระทำจึงสมควรได้รับโทษเช่นกัน เพียงแต่โทษสำหรับการพยายามทำให้แท้งลูกที่ไม่อาจบรรลุผลได้อย่างแน่แท้ตามมาตรา 81 ควรน้อยกว่ากรณีการพยายามกระทำความผิดตามมาตรา 80

สำหรับกรณีการพยายามทำให้แท้งลูกที่ได้กระทำไปโดยความเชื่อซึ่งมุ่งมายตามมาตรา 81 วรรค 2 เช่น การใช้ยาคุมกำเนิดเพื่อให้หญิงแท้งลูก แม้จะเป็นการกระทำที่ไม่มีทางเกิดความเสียหายได้อย่างเด็ดขาด แต่ผู้กระทำก็มีเจตนาในการกระทำความผิดไม่ต่างไปจากการทำให้แท้งลูกโดยวิธีการอื่น ๆ เพียงแต่วิธีการที่ผู้กระทำเลือกใช้ไม่อาจก่อให้เกิดความเสียหายได้เท่านั้น หากยกประโยชน์ให้ผู้กระทำไป ผู้กระทำอาจเปลี่ยนวิธีการที่ใช้ในการกระทำความผิดใหม่จนสามารถหาวิธีการที่ทำให้เกิดความเสียหายได้ ดังนั้นผู้เขียนจึงเห็นว่ากฎหมายควรลงโทษการพยายามกระทำความผิดในกรณีนี้ด้วยเช่นกัน แต่ด้วยเหตุที่วิธีการที่ผู้กระทำเลือกใช้ ห่างไกลต่อการที่จะเกิดความเสียหายมาก ศาลอาจใช้ดุลยพินิจในการไม่ลงโทษผู้กระทำก็ได้

ในขณะที่การถอนตัวจากการกระทำความผิดฐานทำให้แท้งลูกตามมาตรา 82 ตัวอย่าง ผู้กระทำกำลังจะทำแท้งหญิงมีครรภ์ แล้วเกิดเปลี่ยนใจไม่กระทำต่อ เพราะรู้สึกสงสาร หรือผู้กระทำทำแท้งให้หญิงมีครรภ์ไปแล้ว แต่ก่อนที่จะคลอดออกมา ผู้กระทำนำตัวหญิงไปส่งที่โรงพยาบาล ทำให้สามารถช่วยชีวิตทารกไว้ได้ทัน ผู้เขียนเห็นว่าไม่มีความจำเป็นที่จะต้องลงโทษผู้กระทำแต่อย่างใด เพราะนอกจากความเสียหายจากการกระทำความผิดฐานทำให้แท้งลูกจะไม่เกิดขึ้นแล้ว ผู้กระทำยังได้กระทำการบางอย่างเพื่อป้องกันไม่ให้เกิดความเสียหายขึ้นด้วย กฎหมายจึงควรยกประโยชน์ให้ผู้กระทำ

กล่าวโดยสรุปอัตราโทษที่เหมาะสมสำหรับการพยายามกระทำความผิดฐานทำให้แท้งลูกตามมาตรา 301 และมาตรา 302 วรรค 1 ให้เป็นไปตามหลักการลงโทษการพยายามกระทำความผิดตามมาตรา 80 และมาตรา 81 เช่นเดียวกับในความผิดฐานอื่น และหากผู้กระทำถอนตัวจากการกระทำความผิด ผู้กระทำไม่ต้องรับโทษสำหรับการพยายามทำให้แท้งลูกตามมาตรา 82

บทที่ 5

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

5.1 บทสรุป

กล่าวโดยสรุป กรณีจะเป็นการกระทำความผิดฐานทำให้แท้งลูก ผู้กระทำต้องลงมือกระทำความผิดตั้งแต่เวลาที่ตัวอ่อนที่เกิดจากการปฏิสนธิฝังตัวในผนังมดลูกหญิง แต่ต้องกระทำก่อนเวลาที่ทารกคลอดพ้นครรภ์มารดา แต่ไม่จำเป็นต้องคลอดออกมาทั้งตัว แค่เพียงส่วนใดส่วนหนึ่งของทารกคลอดออกมาก็เพียงพอแล้ว การกระทำนอกเหนือจากช่วงเวลาดังกล่าว ตัวอย่าง การคุมกำเนิด โดยป้องกันการปฏิสนธิ หรือการกระทำต่อทารกในระหว่างคลอด จะไม่เป็นความผิดฐานทำให้แท้งลูกทั้งสิ้น

วิธีการในการกระทำความผิดไม่ใช่สาระสำคัญ เพียงแต่โดยลักษณะแห่งการกระทำ จะต้องแสดงให้เห็นว่าผู้กระทำมีเจตนา “ทำแท้ง” ไม่ใช่เจตนา “ทำร้าย” มิฉะนั้นการกระทำของผู้กระทำจะไม่เป็นความผิดฐานทำให้แท้งลูกเช่นกัน ตัวอย่าง การเตะที่ท้องของหญิงมีครรภ์หลายที โดยมีเจตนาจะให้หญิงแท้งลูก แต่โดยลักษณะแห่งการกระทำแสดงให้เห็นว่าผู้กระทำมีเจตนาทำร้ายหญิงมีครรภ์โดยเล็งเห็นผล หากหญิงแท้งลูก การกระทำของผู้กระทำอาจเป็นความผิดฐานทำร้ายร่างกายผู้อื่นจนเป็นเหตุให้ได้รับอันตรายสาหัสได้

แม้วิธีการในการทำแท้งจะไม่ใช่สาระสำคัญ แต่การจะวินิจฉัยการลงมือกระทำความผิด จำเป็นต้องวินิจฉัยจากวิธีการที่ผู้กระทำเลือกใช้เป็นสำคัญ เนื่องจากผู้เขียนเห็นพ้องกับหลักความเป็นภัยอันตรายของการกระทำนั้น (The Criterion of Danger) ดังนั้นการกระทำใดที่ใกล้ชิดต่อความอันตรายของชีวิตในครรภ์มารดาก็ถือเป็นการลงมือกระทำความผิดได้ โดยไม่จำเป็นต้องเป็นการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผลแต่อย่างใด ตัวอย่าง การทำแท้งโดยวิธีการขูดมดลูก ซึ่งกระทำโดยการใช้อุปกรณ์ในการขูดมดลูกแห่เข้าไปขูดมดลูก¹ การกระทำที่เป็นการใกล้ชิดต่อผล อาจต้องถึงขนาดรอดให้ผู้กระทำแห่เครื่องมือเข้าไปในช่องคลอดของหญิงแล้ว แต่เพียงแค่การเตรียมเครื่องมือให้พร้อม และหญิงขึ้นขาหยั่งเรียบร้อยแล้ว ก็เป็นการกระทำที่ใกล้ชิดต่อความเป็นอันตรายของชีวิตในครรภ์มารดาแล้ว ดังนั้นการกระทำใดของผู้กระทำจะถือเป็นการลงมือกระทำความผิด ต้องพิจารณาวิธีการในการทำแท้งประกอบด้วยเสมอ

¹ ไม่ปรากฏชื่อผู้แต่ง, ทำแท้งเถื่อนมีผลอย่างไร, สืบค้นเมื่อวันที่ 10 มีนาคม 2561, จาก <https://www.doctor.or.th/article/detail/7537>.

เมื่อผู้กระทำความผิดกระทำความผิดแล้ว การกระทำของผู้กระทำก็เป็นการพยายามกระทำความผิดฐานทำให้แท้งลูกทันที และหากการทำให้แท้งสำเร็จ ผู้กระทำก็จะมีความผิดฐานทำให้แท้งลูก อย่างไรก็ตามกฎหมายอาญาไทยไม่ได้ให้คำนิยามของการแท้งไว้อย่างชัดเจน แม้จะมีคำพิพากษาศาลฎีกาหลักเกี่ยวกับการแท้งไว้² แต่ก็ไม่ใช่ว่าการวินิจฉัยในความผิดฐานทำให้แท้งลูกโดยตรงในประเด็นนี้มีความเห็นแตกต่างกันออกเป็น 2 แนวทาง

1. ความเห็นแรกเห็นว่าการแท้ง คือ การที่ทารกในครรภ์ตายตั้งแต่อยู่ในครรภ์ หรือคลอดออกมาอย่างไม่มีชีวิต หากทารกคลอดออกมาอย่างมีชีวิตแล้วตายลงในภายหลัง แม้จะมีสาเหตุมาจากการแท้ง ก็เป็นเพียงการพยายามกระทำความผิด

2. ความเห็นที่สองเห็นว่าการแท้ง คือ การที่ทารกในครรภ์คลอดออกมาอย่างไม่มีชีวิต หรือคลอดออกมาก่อนกำหนด ในสภาพที่ไม่อาจมีชีวิตรอดต่อไปได้ แม้ทารกจะคลอดออกมาอย่างมีชีวิตก็ตาม

ผู้เขียนเห็นด้วยกับความเห็นที่สอง เนื่องจากสามารถตีความคุ้มครองทารกในครรภ์ได้ครอบคลุมกว่าความเห็นแรก เนื่องจากทารกที่คลอดก่อนกำหนด ในสภาพที่ไม่อาจมีชีวิตรอดต่อไปได้ ก็ไม่มีความแตกต่างไปจากการคลอดออกมาอย่างไม่มีชีวิต การจะลงโทษผู้กระทำในกรณีหลังเบากว่าผู้กระทำในกรณีแรก (หรือไม่ลงโทษ ในกรณีการพยายามกระทำความผิดตามมาตรา 304) เป็นการลงโทษผู้กระทำไม่เหมาะสมกับความผิดที่กระทำ

เมื่อพิจารณาประกอบกับหลักเกณฑ์ในการพยายามกระทำความผิดตามกฎหมายอาญาไทย กรณีจะเป็นการพยายามทำให้แท้งลูกอาจเกิดขึ้นได้ 4 กรณีดังนี้

1. การพยายามทำให้แท้งลูกไปไม่ตลอดตามมาตรา 80 กล่าวคือ ผู้กระทำได้ลงมือทำให้แท้งแล้ว แต่ผู้กระทำไม่สามารถกระทำการให้ครบถ้วนตามที่ผู้กระทำประสงค์จะกระทำได้ โดยผู้กระทำไม่สมัครใจ ตัวอย่าง หญิงมีครรภ์กินยาที่มีผลทำให้แท้งลูกได้แล้ว แต่ก่อนที่จะกินยาจนครบตามปริมาณ มีผู้อื่นนำยาไปทิ้งเสียก่อน หรือผู้ทำแท้งเถื่อนลงมือทำแท้งหญิงมีครรภ์ แต่ก่อนที่จะตามวิธีการครบถ้วน กลับถูกตำรวจจับกุมได้เสียก่อน เป็นต้น

2. การพยายามทำให้แท้งลูกไปตลอดแล้วตามมาตรา 80 แต่ทารกคลอดออกมาอย่างมีชีวิต กล่าวคือ ผู้กระทำได้ลงมือกระทำการทุกอย่างที่เขาเชื่อว่าจะทำให้เกิดการแท้งลูกแล้ว ตัวอย่าง หญิงมีครรภ์กินยาที่มีผลทำให้แท้งลูกครบตามปริมาณแล้ว หรือผู้ทำแท้งเถื่อนกระทำการทุกอย่างครบถ้วนตามวิธีการที่เขาเลือกใช้แล้ว แต่สุดท้ายทารกกลับคลอดออกมาอย่างมีชีวิต แม้ว่าทารกที่

² คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 677/2510 น. 1012 อ้างถึงใน คณิต ฒ นคร, กฎหมายอาญา ภาคความผิด, พิมพ์ครั้งที่ 11 แก้ไขเพิ่มเติม (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2560), น. 229.

คลอດออกมาจะตายลงในภายหลังโดยมีสาเหตุมาจากการทำแท้งก็ตาม หากไม่ใช่ทารกที่คลอດก่อนกำหนด ในสภาพที่ไม่อาจมีชีวิตรอดต่อไปได้ กรณีก็เป็นเพียงการพยายามทำให้แท้งลูกเท่านั้น

3. การพยายามทำให้แท้งลูก ที่ไม่อาจบรรลุผลได้อย่างแน่แท้ เพราะเหตุปัจจัยที่ใช้ในการทำแท้งตามมาตรา 81 กล่าวคือ วิธีการที่ผู้กระทำเลือกใช้ในการทำแท้ง ทำให้การแท้งไม่อาจเกิดขึ้นได้อย่างเด็ดขาด ตัวอย่าง หญิงมีครรภ์กินยาที่ไม่มีผลทำให้แท้งลูก โดยมีเจตนาจะทำแท้ง เป็นต้น

4. การพยายามทำให้แท้งลูก ที่ไม่อาจบรรลุผลได้อย่างแน่แท้ เพราะเหตุแห่งวัตถุที่มุ่งหมายกระทำต่อตามมาตรา 81 กล่าวคือ ผู้กระทำเลือกใช้วิธีการที่มีผลเป็นการแท้งลูกแล้ว แต่วัตถุแห่งการกระทำความผิดของผู้กระทำ ไม่สามารถทำให้เกิดการแท้งได้อย่างเด็ดขาด ซึ่งวัตถุในการกระทำความผิดฐานทำให้แท้งลูก คือ ลูกในครรภ์³ ตัวอย่าง หญิงซึ่งเข้าใจว่าตนตั้งครรภ์ กินยาที่มีผลทำให้แท้งลูก โดยมีเจตนาจะทำแท้ง หรือผู้ทำแท้งเถื่อนทำแท้งหญิงซึ่งไม่ได้ตั้งครรภ์ เป็นต้น

โดยหลักไม่ว่าจะเป็นการพยายามกระทำความผิดฐานใดก็ตาม กฎหมายจะลงโทษผู้กระทำเสมอ เว้นแต่การพยายามกระทำผิดลหุโทษ โดยโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำเป็นไปตามมาตรา 80 และมาตรา 81 กล่าวคือ หากเป็นการพยายามกระทำผิดตามมาตรา 80 กฎหมายจะลดโทษให้ผู้กระทำเหลือไม่เกินสองในสามส่วนของโทษที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้น และหากเป็นการพยายามกระทำผิดที่เป็นไปไม่ได้ อย่างแน่แท้ตามมาตรา 81 กฎหมายกำหนดให้ลงโทษผู้กระทำไม่เกินครึ่งหนึ่งของโทษที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้น

อย่างไรก็ตามหากเป็นการพยายามทำให้แท้งลูกตามมาตรา 304 กล่าวคือ การพยายามทำให้ตนเองแท้งลูกตามมาตรา 301 หรือการพยายามทำให้หญิงอื่นแท้งลูกโดยหญิงนั้นยินยอม และหญิงนั้นไม่ได้รับอันตรายสาหัสหรือเสียชีวิตตามมาตรา 302 วรรค 1 กฎหมายกลับยกเว้นโทษให้แก่ผู้กระทำ โดยมีผู้ให้เหตุผลในการยกเว้นโทษการพยายามทำให้แท้งลูกตามมาตรา 304 ไว้ 2 ประการดังนี้

1. การพยายามทำให้แท้งลูกตามมาตรา 304 เป็นเรื่องเล็กน้อยไม่สำคัญ เพราะทารกคลอດออกมาอย่างมีชีวิต และหญิงมีครรภ์ก็ไม่ได้รับอันตรายสาหัสหรือเสียชีวิต

ในประเด็นนี้ผู้เขียนไม่เห็นพ้องด้วยเนื่องจากแม้ว่าทารกจะคลอດออกมาอย่างมีชีวิตในขณะคลอດ แต่ก็มีโอกาสที่การทำแท้งจะส่งผลให้ทารกที่คลอດออกมาตายลงในภายหลัง หรือมีความผิดปกติทางร่างกายได้ แสดงให้เห็นว่าความเสียหายอันเกิดจากการพยายามทำให้แท้งลูกยังคงมี

³ เฟิงอ้าง, น. 228.

อยู่ เมื่อมีความเสียหายจากการกระทำของผู้กระทำแม้ความเสียหายจะน้อยกว่ากรณีทำแท้งสำเร็จ แต่ผู้กระทำก็สมควรถูกลงโทษ เพียงแต่โทษที่ลงแก่ผู้กระทำก็สมควรน้อยกว่ากรณีความผิดสำเร็จ

2. การพยายามทำให้ตนเองแท้งลูกตามมาตรา 301 เป็นการที่หญิงกระทำต่อร่างกายของตนเอง และเมื่อทารกที่คลอดออกมามีชีวิต การลงโทษหญิงมีครรภ์ก็อาจทำให้เด็กที่เกิดมาไม่มีมารดาคอยเลี้ยงดูได้

ในประเด็นนี้ผู้เขียนไม่เห็นด้วยเช่นกัน เนื่องจากผู้กระทำย่อมมีเจตนาที่จะทำลายชีวิตของทารกตั้งแต่ขณะอยู่ในครรภ์มารดาแล้ว การที่ทารกคลอดออกมาอย่างมีชีวิต ไม่น่าจะเป็นเหตุให้ผู้กระทำเปลี่ยนแปลงเจตนาของตนได้ทุกกรณี หากปล่อยให้ทารกกลับไปอยู่ในความดูแลของผู้กระทำ ผู้กระทำอาจลงมือกระทำความผิดซ้ำได้

อย่างไรก็ตามการที่หญิงมีครรภ์ตัดสินใจลงมือทำแท้ง ย่อมเป็นเพราะเกิดจากความจำเป็นบางประการ เนื่องจากย่อมไม่มีผู้ใดที่ต้องการตั้งครรภ์ โดยมีเจตนาเพื่อจะไปทำแท้ง ประกอบกับเหตุทำแท้งตามกฎหมายอาญาในปัจจุบันยังมีน้อยและไม่ครอบคลุมต่อสภาพปัญหาต่าง ๆ ที่หญิงมีครรภ์ต้องประสบ ทำให้หญิงมีครรภ์ไม่มีทางเลือกอื่น นอกจากไปทำแท้งเพื่อเป็นการแก้ปัญหา แต่ด้วยเหตุที่บทบัญญัติความผิดฐานทำให้แท้งลูก เป็นบทบัญญัติที่คุ้มครองชีวิตในครรภ์มารดา ไม่ใช่หญิงมีครรภ์ กฎหมายจึงไม่อาจยกเว้นโทษให้กับผู้กระทำในทุกกรณีได้

ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่าเพื่อไม่ให้เกิดการลงโทษเป็นการซ้ำเติมผู้กระทำมากจนเกินไป กฎหมายควรเปิดโอกาสให้ศาลใช้ดุลพินิจในการยกเว้นโทษให้กับผู้กระทำได้ โดยให้พิจารณาจากเหตุจำเป็นที่ทำให้ผู้กระทำต้องทำแท้ง ความเสียหายที่เกิดขึ้นกับทารกที่คลอดออกมา และพฤติการณ์อื่นประกอบกัน

3. การพยายามทำให้แท้งลูกตามมาตรา 304 เป็นเรื่องพิสัจนียาก เนื่องจากเมื่อทารกคลอดออกมาอย่างมีชีวิต ย่อมไม่มีซากทารกให้พิสูจน์ว่ามีการทำแท้งเกิดขึ้น ประกอบกับการทำให้แท้งลูกตามกรณีในมาตรา 304 เป็นการกระทำที่ผู้เกี่ยวข้องทุกฝ่ายล้วนมีความผิด ดังนั้นเมื่อมีการทำแท้งเกิดขึ้น ไม่ว่าทารกจะแท้งหรือไม่ก็ตาม ย่อมไม่มีฝ่ายใดนำไปแจ้งเจ้าหน้าที่ตำรวจ

ในประเด็นนี้ผู้เขียนมีความเห็นว่าไม่ใช่การพยายามทำให้แท้งลูกทั้งหมดจะเป็นเรื่องที่พิสัจนียาก กรณีที่การพยายามทำให้แท้งลูกเป็นเรื่องพิสัจนียากเป็นเพียงกรณีการทำแท้งไปตลอดแล้ว แต่การกระทำไม่บรรลุผลเท่านั้น แต่หากเป็นกรณีการทำแท้งไปไม่ตลอด ยังคงสามารถพิสูจน์ว่ามีการทำแท้งได้อยู่ เช่น เจ้าหน้าที่ตำรวจบุกจับกุมแพทย์ขณะกำลังลงมือทำแท้ง เป็นต้น

อย่างไรก็ตามประเด็นเรื่องการพิสูจน์ว่ามีการทำแท้งเกิดขึ้นหรือไม่นั้น เป็นเรื่องของ การพิสูจน์พยานหลักฐาน เป็นหน้าที่ของพนักงานสอบสวนและกระบวนการยุติธรรม หากไม่สามารถพิสูจน์ได้ว่ามีการทำแท้งเกิดขึ้น แม้จะเป็นการทำแท้งสำเร็จ ก็ย่อมไม่อาจลงโทษผู้กระทำได้อยู่แล้ว

ดังนั้นประเด็นของการพิสูจน์ถึงการกระทำดังกล่าว ผู้จึงมีความเห็นว่าจะไม่นำมาใช้อธิบายถึงเหตุผลในการยกเว้นโทษการพยายามทำให้แท้งลูกตามมาตรา 304 ได้

นอกจากผู้เขียนจะไม่เห็นด้วยกับเหตุผลในการยกเว้นการพยายามทำให้แท้งลูกตามมาตรา 304 ในทางตำราแล้ว ผู้เขียนยังมีความเห็นว่าการยกเว้นโทษให้การพยายามทำให้แท้งลูกตามมาตรา 304 ก่อให้เกิดปัญหาตามมา 4 ประการ ดังนี้

1. การยกเว้นโทษการพยายามทำให้แท้งลูกตามมาตรา 304 ทำให้การปราบปรามการทำแท้งเถื่อนเป็นไปได้ยากมากขึ้น เนื่องจากกฎหมายไม่สามารถลงโทษผู้กระทำความผิดได้ เพราะบทบัญญัติเกี่ยวกับความผิดฐานทำให้แท้งลูกตามมาตรา 301 และมาตรา 302 เป็นบทบัญญัติที่ทำให้ผู้เกี่ยวข้องในการทำแท้งเป็นผู้กระทำความผิดทุกคน ไม่ว่าจะเป็นผู้ทำแท้งเถื่อน ผู้ช่วยของผู้ทำแท้งแท้ง ตลอดจนถึงหญิงมีครรภ์ และมักกระทำในสถานที่ที่เป็นส่วนตัวปราศจากบุคคลภายนอก ทำให้เมื่อมีการทำแท้งเกิดขึ้น ไม่มีผู้ใดไปแจ้งกับเจ้าหน้าที่ตำรวจเพราะกลัวถูกดำเนินคดี ประกอบกับพยานหลักฐานในความผิดฐานทำให้แท้งลูกมักถูกทำลายได้ง่าย ไม่ว่าจะเป็นศพของทารกหรือเครื่องมือที่ใช้ในการทำแท้ง แม้จะจับตัวผู้กระทำได้ แต่ก็ไม่มีพยานหลักฐานมาพิสูจน์การกระทำความผิดของผู้กระทำ

อย่างไรก็ตามหากเป็นการพยายามทำให้แท้งลูกไปไม่ตลอดตามมาตรา 80 ตัวอย่างกรณีเจ้าหน้าที่ตำรวจสามารถจับกุมผู้ทำแท้งเถื่อนได้ขณะกำลังทำแท้ง พยานหลักฐานในการพิสูจน์ความผิดของผู้กระทำย่อมปรากฏชัด แต่ด้วยผลแห่งมาตรา 304 ทำให้ไม่สามารถลงโทษผู้กระทำได้ แสดงว่าไม่จะเป็นการทำแท้งสำเร็จหรือทำแท้งไม่สำเร็จ ก็ไม่สามารถลงโทษผู้กระทำได้สักกรณี

2. กฎหมายอาญาไทยมีแนวคิดในเรื่องการยกโทษให้กับผู้ถอนตัวจากการพยายามกระทำความผิดตามมาตรา 82 โดยมีเงื่อนไขว่าต้องเป็นการถอนตัวโดยสมัครใจเท่านั้น ซึ่งการถอนตัวจากการกระทำความผิดและการพยายามกระทำความผิดนั้นทำให้การกระทำไม่บรรลุผลเหมือนกัน แต่ผลในทางกฎหมายโดยหลักแล้วมีความต่างกัน กล่าวคือ การถอนตัวจากการกระทำความผิดตามมาตรา 82 กฎหมายยกเว้นโทษฐานพยายามกระทำความผิดให้แก่ผู้กระทำ ในขณะที่การพยายามกระทำความผิด ตามมาตรา 80 และมาตรา 81 กฎหมายเพียงแต่ลดโทษให้แก่ผู้กระทำเท่านั้น

เหตุที่เป็นเช่นนี้เนื่องจากสาเหตุที่การกระทำของผู้กระทำไม่บรรลุในกรณีการถอนตัวจากการกระทำความผิดตามมาตรา 82 เพราะผู้กระทำยังลังเลหรือกลับใจแก้ไขโดยสมัคร ไม่มีการกระทำนั้นบรรลุผล ตัวอย่าง ผู้ทำแท้งเถื่อนกำลังจะสอดเครื่องมือเข้าไปในช่องคลอดของหญิงเพื่อทำแท้ง แต่รู้สึกสงสาร จึงเปลี่ยนใจไม่กระทำต่อ เป็นต้น จะเห็นได้ว่าสาเหตุที่ทำให้การกระทำไม่บรรลุผลมาจากตัวผู้กระทำเอง ผู้กระทำรู้สึกว่าการกระทำความผิดต่อไป แม้เขาจะสามารถกระทำต่อไปได้ กฎหมายจึงให้ประโยชน์แก่ผู้กระทำ

ในขณะที่สาเหตุที่ทำให้การกระทำของผู้กระทำไม่บรรลุผลในกรณีการพยายามกระทำ ความผิดตามมาตรา 80 เพราะปัจจัยภายนอกมาขัดขวาง ทำให้ผู้กระทำต้องยับยั้งการกระทำของตนเองโดยไม่สมัครใจ ตัวอย่าง ผู้ทำแท้งกำลังจะสอดเครื่องมือเข้าไปในช่องคลอดของหญิงเพื่อทำแท้ง แต่ได้ยินเสียงตำรวจ ผู้กระทำจึงเปลี่ยนใจไม่กระทำต่อ เป็นต้น จะเห็นได้ว่าสาเหตุที่ทำให้การกระทำไม่บรรลุผลไม่ได้มาจากตัวผู้กระทำ แม้ผู้กระทำจะยับยั้งการกระทำของตนเองเช่นเดียวกัน แต่ไม่ได้เกิดจากความสมัครใจ แต่เกิดจากความรู้สึกว่าเขาไม่สามารถกระทำความผิดต่อไปได้ แม้เขาต้องการที่จะกระทำก็ตาม กฎหมายจึงไม่ให้ประโยชน์แก่ผู้กระทำ แต่เมื่อความเสียหายที่เกิดขึ้นน้อยกว่ากรณีความผิดสำเร็จ กฎหมายจึงลดโทษให้แก่ผู้กระทำ

แต่ด้วยผลแห่งมาตรา 304 ทำให้ผู้พยายามทำให้แท้งลูกได้รับประโยชน์เช่นเดียวกับผู้ถอนตัวจากการกระทำความผิดฐานทำให้แท้งลูก ซึ่งผู้กระทำไม่เห็นด้วย เพราะเมื่อพิจารณาตัวผู้กระทำเป็นหลักแล้ว ผู้พยายามทำให้แท้งลูกไม่ได้กระทำการใดอันเป็นการป้องกันไม่ให้เกิดการแท้งหรือเปลี่ยนแปลงเจตนาของตนเอง อันสมควรให้กฎหมายให้ประโยชน์เลย

3. การยกเว้นโทษให้การพยายามทำให้แท้งลูกตามมาตรา 304 ทำให้กฎหมายไม่สามารถลงโทษผู้กระทำให้เหมาะสมกับการกระทำของตน ตัวอย่าง ผู้กระทำทำแท้งให้หญิงมีครรภ์ แต่ทารกในครรภ์คลอดออกมาตามกำหนดอย่างมีชีวิต แต่ต่อมาทารกตายลงในภายหลัง โดยมีสาเหตุมาจากการทำแท้ง กรณีดังกล่าวเป็นเพียงการพยายามทำให้แท้งลูกเท่านั้น แต่ด้วยผลแห่งมาตรา 304 ทำให้ผู้กระทำไม่ต้องได้รับโทษจากการกระทำของตน และยังไม่สามารถลงโทษผู้กระทำในความผิดฐานฆ่าผู้อื่นได้ เพราะผู้กระทำไม่ได้กระทำการใดอันเป็นการ “ฆ่า” ทารกนอกครรภ์มารดา

4. สาเหตุที่กฎหมายลงโทษการพยายามกระทำความผิดตามความเห็นของผู้เขียนมาจากทฤษฎีผสมผสานของ Roxin ซึ่งอาศัยความเป็นภัยอันตรายที่ใกล้ชิดต่อการครบองค์ประกอบความผิดเป็นเหตุผลหลักในการลงโทษ โดยอธิบายว่าแม้การพยายามกระทำความผิดจะเป็นการกระทำไม่บรรลุผล แต่ก็เป็นการกระทำที่ยังก่อให้เกิดความเสียหาย จึงสมควรลงโทษผู้กระทำ การพยายามทำให้แท้งลูกก็เป็นการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายเช่นกัน กฎหมายจึงสมควรลงโทษการพยายามทำให้แท้งลูกเช่นเดียวกับความผิดฐานอื่น เพียงแต่เมื่อความเสียหายจากการพยายามทำให้แท้งลูกน้อยกว่ากรณีทำแท้งสำเร็จ กฎหมายจึงควรลงโทษผู้กระทำน้อยกว่ากรณีความผิดสำเร็จ

นอกจากนั้นแม้จะเป็นการพยายามทำให้แท้งที่เป็นไปไม่ได้อย่างแน่นอนตามมาตรา 81 แม้จะเป็นการกระทำที่ไม่ก่อให้เกิดความเสียหาย แต่ก็เป็นการกระทำที่ผู้กระทำมีเจตนาจะละเมิดต่อบทบัญญัติทางกฎหมาย เป็นการกระทำที่น่าตำหนิ จึงสมควรผู้กระทำเช่นกัน ซึ่งเป็นไปตามเหตุผลรองในการลงโทษการพยายามกระทำความผิดตามทฤษฎีนี้ คือ การละเมิดต่อบรรทัดฐานที่กระทบกระเทือนต่อกฎหมายที่ใกล้ชิดต่อการครบองค์ประกอบความผิด

จากปัญหาของการไม่ลงโทษการพยายามทำให้แท้งลูกทั้ง 4 ประการข้างต้น และข้อโต้แย้งของผู้เขียนเกี่ยวกับสาเหตุแห่งการยกเว้นโทษการพยายามทำให้แท้งลูก ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่ากฎหมายควรลงโทษการพยายามทำให้แท้งลูกเช่นเดียวกับความผิดอื่น

5.2 ข้อเสนอแนะ

ผู้เขียนมีความเห็นว่าการพยายามกระทำความผิดฐานทำให้แท้งลูกควรได้รับโทษตามกฎหมายโดยแบ่งออกเป็น 2 กรณี คือ

1. การพยายามกระทำความผิดฐานทำให้ตนเองแท้งลูก ให้ศาลมีอำนาจใช้ดุลยพินิจในการยกเว้นโทษให้กับผู้กระทำได้ ถ้าศาลเห็นว่าผู้กระทำได้ลงมือกระทำไปด้วยความจำเป็นและการกระทำของผู้กระทำไม่ได้ทำให้ทารกที่เกิดมาได้รับอันตรายมากนัก

2. การพยายามกระทำความผิดฐานทำให้หญิงอื่นแท้งลูก โดยหญิงนั้นยินยอม ผู้กระทำต้องได้รับโทษสำหรับการพยายามกระทำความผิด โดยไม่มีการยกเว้นโทษให้โดยใด

โดยโทษสำหรับการพยายามกระทำความผิดฐานทำให้แท้งลูกเป็นไปตามหลักเกณฑ์ในมาตรา 80 และมาตรา 81 แล้วแต่กรณี

ผู้เขียนเห็นว่าควรแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา ดังนี้

1. เพิ่มวรรค 2 ในมาตรา 301 โดยบัญญัติว่า

“ถ้าการกระทำตามวรรค 1 เป็นเพียงการพยายามกระทำความผิด ศาลจะไม่ลงโทษผู้กระทำก็ได้”

2. ยกเลิกความในมาตรา 304

บรรณานุกรม

หนังสือและบทความในหนังสือ

เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1 บทบัญญัติทั่วไป. พิมพ์ครั้งที่ 10.

กรุงเทพมหานคร : พลสยาม พรินต์, 2551.

_____. ภาษาอังกฤษสำหรับนักกฎหมาย (English for Lawyers) เกี่ยวกับกฎหมายอาญา (Criminal Law) และกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (Criminal Procedure Law). พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพมหานคร: จีรัชการพิมพ์, 2548.

กมลชัย รัตนสากวงศ์. สัมมนากฎหมายอาญาชั้นปริญญาโท. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2538.

คณพล จันทน์หอม. คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคความผิด เล่ม 1. พิมพ์ครั้งที่ 3 กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2561.

คณิต ณ นคร. กฎหมายอาญา ภาคความผิด. พิมพ์ครั้งที่ 11 แก้ไขปรับปรุงใหม่. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2559.

_____. กฎหมายอาญา ภาคทั่วไป. พิมพ์ครั้งที่ 6. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2560.

จิตติ ดิงศภัทัย. กฎหมายอาญา ภาค 1. พิมพ์ครั้งที่ 11. นนทบุรี: ศูนย์การพิมพ์เพชรรุ่งเรือง จำกัด, 2555.

_____. กฎหมายอาญาภาค 2 ตอน 2 และภาค 3. พิมพ์ครั้งที่ 6. กรุงเทพมหานคร : จีรัช การพิมพ์, 2545.

ณรงค์ ใจหาญ. หลักกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เล่ม 2. พิมพ์ครั้งที่ 5. กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2556.

ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ. คำอธิบาย กฎหมายอาญา ภาคความผิดและลหุโทษ. พิมพ์ครั้งที่ 15 กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2561.

_____. คำอธิบาย กฎหมายอาญา ภาคทั่วไป. พิมพ์ครั้งที่ 19. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2560.

พิชัยศักดิ์ หยางกูร. “กฎหมายเกี่ยวกับการทำแท้ง” ใน ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการลักลอบทำแท้งในประเทศไทย. จัดทำโดย สุพร เกิดสว่าง. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพมหานคร : ธีระการพิมพ์, 2523.

วิฑูรย์ อังประพันธ์. นิติเวชศาสตร์. พิมพ์ครั้งที่ 5. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2532.

_____. นิติเวชสาธก ฉบับ กฎหมายทำแท้ง ข้อโต้แย้งที่ไม่ยุติ. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์เจนเดอร์เพรส, 2537.

สงกรานต์ นิยมเสน. นิติเวชวิทยา. พิมพ์ครั้งที่ 5. พระนคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2506.

สุพร เกิดสว่าง. ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการลักลอบทำแท้งในประเทศไทย. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพมหานคร : ธีระการพิมพ์, 2523.

สุวัฒน์ จัทรจำนง. การทำแท้งกับปัญหาทางการแพทย์และสังคม. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพมหานคร : รุ่งเรืองการพิมพ์, 2525.

หยุด แสงอุทัย. กฎหมายอาญา ภาค 1. พิมพ์ครั้งที่ 20. กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551.

_____. กฎหมายอาญา ภาค 2-3. พิมพ์ครั้งที่ 10. กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2544.

_____. คำอธิบายกฎหมายลักษณะอาญา. พิมพ์ครั้งที่ 5. กรุงเทพมหานคร : แพรวพิทยา, 2497.

อานวย ยัสโยธา. ปัญหาจริยศาสตร์เชิงวิพากษ์. กรุงเทพมหานคร : ภาควิชาปรัชญาและศาสนา คณะมนุษยศาสตร์และสังคมศาสตร์ สถาบันราชภัฏสงขลา, 2541.

บทความวารสาร

ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ. “กฎหมายอาญากับความมั่งงาย (ส่วนที่ 2)”. วารสารอัยการ. ปีที่ 7 ฉบับที่ 84. (2527).

วิลาสินี พนานครทรัพย์. “การทำแท้ง: มุมมองที่แตกต่างกัน”. วารสารสังคมวิทยามานุษยวิทยา. เล่มที่ 1. ปีที่ 30. (มกราคม-มิถุนายน 2554) : 107.

แสวง บุญเฉลิมวิภาส “คดีประวัติศาสตร์ชื่อเสียง 11.4 ล้านที่บุรีรัมย์ เป็นการ “ลงมือ” กระทำ ความผิดแล้วหรือยัง” บนเส้นทางแห่งหลักนิติธรรม. ในหนังสือรวมบทความเนื่องในโอกาส เกษียณราชการอายุราชการศาสตราจารย์ ดร. คณิต ณ นคร พิมพ์ครั้งที่ 1 เดือนตุลา, 2540

สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล. “การพยายามกระทำความผิดที่เป็นไปไม่ได้โดยแน่แท้”. วารสารนิติศาสตร์. ฉบับที่ 4 ปีที่ 19. (2532).

สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์. “ข้อความคิดและเหตุผลของการลงโทษการพยายามกระทำความผิดตามกฎหมายเยอรมัน”. ตุลพาท. ปีที่ 3. ฉบับที่ 56 (กันยายน-ธันวาคม 2552).

วิทยานิพนธ์

คณิดา โพธิ์ชนะพันธ์. “การยอมรับของวัยรุ่นต่อการทำแท้ง: ศึกษากรณีนักเรียนระดับประกาศนียบัตรวิชาชีพ ประเภทวิชาพาณิชยกรรม.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะสังคมวิทยาและมานุษยวิทยา มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2539.

จักรกฤษณ์ คงแก้ว. “อาชญากรรมที่ไม่มีผู้เสียหาย: ศึกษาเฉพาะความผิดฐานทำให้แท้งลูก”.

วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2555.

ไฉไล ชุ่มฤทธิ์. “กฎหมายว่าด้วยการทำแท้ง” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2523.

ตามพงศ์ ขอบอิสระ. “ปัญหาการเริ่มต้นสภาพความเป็นมนุษย์กับการคุ้มครองในกฎหมายอาญา”

วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต สาขากฎหมายอาญา คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2522.

ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ. “การพยายามกระทำความผิดที่เป็นไปไม่ได้อย่างแน่แท้”. วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2524.

รณกรณ์ บุญมี. “ความผิดที่เป็นการเริ่มต้น: ศึกษาแนวความคิดของกฎหมายในระบบคอมมอนลอว์”.

วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551.

ฤทธิรุจ เขมะวนิช. “การพยายามกระทำความผิด: ศึกษาเฉพาะหลักเกณฑ์การแบ่งแยกระหว่างการลงมือกระทำความผิดกับการเตรียมการกระทำความผิด”. วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2549.

สิดานันท์ กลั่นกำจรสุข. “การพยายามกระทำความผิด: ศึกษาในแง่เหตุผลของการลงโทษ”.

วิทยานิพนธ์นิติศาสตร์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2555.

อัสนี ภูมิมะวัน. “การลงโทษการพยายามกระทำความผิด”. สารนิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2546.

อุษณีย์ เมธสุทธิ. “อำนาจทำแท้งตามกฎหมาย”. วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2552.

สื่ออิเล็กทรอนิกส์

MedThai. “การแท้งลูก: สาเหตุการแท้ง & อาการแท้งบุตร & การรักษา ฯลฯ.”

<https://goo.gl/qvxfkt>, 11 กุมภาพันธ์ 2561.

MGR Online. “จับคานั่งคาเขา คลินิกทำแท้งเถื่อนกลางเมืองชุมแพ เปิดมานานกว่า 20 ปี.”

<http://www.manager.co.th/QOL/ViewNews.aspx?NewsID=9600000009500>, 30

สิงหาคม 2560.

ไทยรัฐออนไลน์. “ย้อนรอยสุสานทารก 2.002 ศพ วัดไผ่เงิน ดวงวิญญาณที่ไม่มีโอกาสร้องขอชีวิต.”

<https://www.thairath.co.th/content/463755>, 31 สิงหาคม 2560.

ไม่ปรากฏชื่อผู้แต่ง. “ทำแท้ง. วิธีการทำแท้ง และผลอันตรายที่จะเกิดขึ้น.”

http://icare.kapook.com/abort_content2.php, 22 กุมภาพันธ์ 2561.

ไม่ปรากฏชื่อผู้แต่ง. “Hope Hoffman.” [http://theabortionsurvivors.com/abortion-survivors-](http://theabortionsurvivors.com/abortion-survivors-and-their-stories/hope-hoffman/)

[and-their-stories/hope-hoffman/](http://theabortionsurvivors.com/abortion-survivors-and-their-stories/hope-hoffman/), 24 กุมภาพันธ์ 2561.

ไม่ปรากฏชื่อผู้แต่ง. “ทำแท้งเถื่อนมีผลอย่างไร.” <https://www.doctor.or.th/article/detail/7537>.

10 มีนาคม 2561.

กิริติ ลีละพงศ์วัฒนา. “การใช้ยายุติการตั้งครรภ์ (Medical Abortion Pill).”

<https://goo.gl/ahuCMJ>, 20 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2561, 8 มีนาคม 2561.

คำพิพากษาฎีกาที่ 11065/2554. <http://www.decha.com/article/section/Counsel/10755>, 8

มีนาคม 2561.

คำพิพากษาฎีกาที่ 5448/2557. <https://goo.gl/NzwXNt/>, 8 มีนาคม 2561.

อื่น ๆ

กฎหมายลักษณะอาญา

ประมวลกฎหมายอาญา

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

BOOKS

- Andenaes. The General Part of the Criminal Law of Norway. Translated by Thomas P. Ogie. London: Sweet & Maxwell, 1965.
- Andrew Ashworth. Principle of Criminal Law. Fifth edition New York: Oxford University, 2006.
- Anthony Duff. Criminal Attempts. New York: Oxford University Press, 1996.
- Bates J.E. and Zawadzki E.S.. Criminal Abortion: a study in medical sociology. Illinois: Springfield, 1964.
- Jonathan Herring. Criminal Law. Forth edition. Great Britain: Plgrave Macmillan Law Masters, 2005.
- Korea Legislation Research Institute. Introduction to Korean Law. Heidelberg: Springer, 2013.
- LaFave. Wayne R. Criminal Law. Fifth Edition. St. Paul. Minnesota: West Publishing Co., 2010.
- Michael Bohlander. Principles of German Criminal Law. North America: Hart Publishing, 2009.
- Simpson K.. Forensic Medicine. London: Edward Arnoid Ltd., 1964.
- Smith S.. Taylor's Principles and Practice of Medical Jurisprudence. London: J and A Churchill Ltd., 1956.

ARTICLES

- Bernard Hung-Kay Luk. "Abortion in Chinese Law". The American Journal of Comparative Law 25 (1964).
- Woong Kyu Sung. "Abortion in South Korea: The Law and the Reality." International Journal of Law, Policy and the Family. Volume 26. p.278-305 (December 2012).

ELECTRONIC MEDIAS

Ingram v. Commonwealth. 192 Va. 794. 66 S.E. 2d. (1951) Retrieved February 18, 2018 from <https://www.leagle.com/decision/195191266se2d8461887>.

People v. Jaffe, 185 N.Y. 497, 78 N.E. 169 (1906) Retrieved February 18, 2018 from <https://www.courtlistener.com/opinion/3616193/people-v-jaffe/>.

OTHERS

Criminal Code of French Republic

Criminal Code of Germany

Criminal Code of Korea

French Public Health Code

Model Penal Code

ภาคผนวก



ภาคผนวก ก

คณะกรรมการกฤษฎีกา รายงานการประชุมอนุกรรมการ
 ตรวจสอบการแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา
 ครั้งที่ 318/199/2485

24

คณะกรรมการกฤษฎีกา
 รายงานการประชุมอนุกรรมการตรวจสอบการแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา
 ครั้งที่ ๓๑๘/๑๙๙/๒๔๘๕
 วันพฤหัสบดีที่ ๒๔ พฤษภาคม ๒๕๔๕

ผู้มาประชุม คือ

(๑) นายประมุข สุวรรณธร	กรรมการ
(๒) นายพิชาน บูลยง	กรรมการ
(๓) นายเปี่ยม เดชวณิช	กรรมการ
(๔) นายวงศ์ ตักพลี	กรรมการ
(๕) หม่อมเจ้าสกลวรรณกร วรวรรณ	กรรมการ
(๖) นายพุก แสงอุทัย	ผู้ตรวจงาน
นายวิเชียร บุญนาค	ผู้ตรวจงาน
นายนาวาเอก จวิทย์ นาวานาวาสวัสดิ์ ร.น.	ศึกษารายการที่อื่น
นายอุทัย แสงมณี	ศึกษารายการที่อื่น
นายจำรัส โปษยานนท์	ศึกษารายการที่อื่น
นายสิทธิ จุฬานนท์	ศึกษารายการที่อื่น
นายอรุณกร ศรียานนท์	ศึกษารายการที่อื่น
นายเทียน มุณนาค	ศึกษารายการที่อื่น

เปิดประชุมเวลา ๙.๐๐ นาฬิกา

โดยที่ประธานและรองประธานอนุกรรมการศึกษารายการที่อื่น ที่ประชุมจึงลงมติ
 ให้นายวงศ์ ตักพลี เป็นประธาน

ประธาน ก - ขอในที่ประชุมว่า มาตรา ๒๒๖ ตรี ซึ่งมีความว่า "ผู้ใดริบ
 ถูกเจ้าให้แก่ง โดยหนึ่งเป็นยอมให้ริบ มีความผิดของระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปี และปรับไม่
 เกินหนึ่งพันบาท"

"ถ้าในการกระทำความผิด มีปากเขียนถึงศาล ผู้กระทำความผิดของระวางโทษจำคุก
 ทั้งห้าปีถึงเจ็ดปี และปรับตั้งแต่ห้าร้อยบาทถึงสองพันบาท"

นายประมุข ก - ถ้าไปริบถูกเขาโดยเขาไม่ยินยอมก็เป็นการทำร้ายร่างกาย

ประธาน ก - เขามาตรา ๒๒๖ ตรี

นายประมุข ก - ถ้าถูกออกมาที่เขามาตรา ๒๒๖

-ประธาน-

ประชาน ๑ - แต่มีแง่คิดเรื่องเจตนา
 นายประมุล ๑ - เหมือนกับตัวอย่างเรื่องเจตนาหักนิ้ว
 ประชาน ๑ - แต่นี่ที่รักลูกไม่มีเจตนาจะทำร้ายร่างกาย
 นายประมุล ๑ - บุตรในกรรมเป็นส่วนหนึ่งของร่างกาย
 ประชาน ๑ - กรณีนี้ก็เช่นเดียวกับอนาจาร เหมือนกัน
 ม.จ.สกล ๑ - เจตนาจะทำนิทราอย่างไรก็ต้องเจาะจงไปอย่างนั้น
 นายประมุล ๑ - คนหนึ่งเอาอาหารของคนหนึ่งไปกิน อีกคนหนึ่งไปเก็บของ
 เอาอาหารออก จะว่าไม่มีเจตนาทำร้ายร่างกายกระนั้นหรือ
 ม.จ.สกล ๑ - ไปเอา motive ไม่ปะปนกับเจตนา
 ประชาน ๑ - ในกรณีอื่นทำซ้ำเราถึงมีมากเจ็บหรือถึงตาย ทำไมจึงไม่
 ถือว่าเป็นการทำร้ายร่างกาย
 นายประมุล ๑ - รักลูกมีเจตนาให้เจ็บ
 ประชาน ๑ - อาจทำให้ลูกออกโดยไม่เจ็บก็ได้
 นายประมุล ๑ - มาตรานี้พูดถึงกรณีที่ไม่ยินยอม
 ประชาน ๑ - อย่างเอาเข้าไปใส่ในอาหารให้เขารับประทาน เพื่อให้ลูกออก
 จะถือว่าเป็นการทำร้ายร่างกายหรือ ข้าพเจ้าเห็นว่าไม่เป็น
 นายประมุล ๑ - อย่างเอากรอกไปทำให้เขาทุลัก เขาไม่เจ็บปวดอย่างไร
 เรายังถือว่าเป็นการทำร้ายร่างกายเหมือนกัน
 นายวิชาญ ๑ - มาตรา ๒๕๖ ไม่มีปัญหาเรื่องเจตนาเลย คือเมื่อมีเจตนาจะทำ
 ร้ายร่างกาย ผลภายหลังเกิดขึ้นตั้งแต่เมื่อใดไว้ในมาตรา ๒๕๖ ก็เป็นผลความมาตรา ๒๕๖
 นายประมุล ๑ - ข้าพเจ้าเห็นว่าการกระทำให้แทงลูกเป็นการกระทำที่มีเจตนา
 ทำร้ายร่างกายเหมือนกัน เพราะไม่อาจแยกลูกในครรภ์กับร่างกายของมารดาให้ออกจากกัน
 ได้ ต้องถือว่าเป็นส่วนเดียวกัน
 ม.จ.สกล ๑ - ทางวิทยาศาสตร์ได้พิสูจน์แน่นอนแล้วว่า เลือดของมารดาอาจ
 ทั่วถึงกันได้
 นายประมุล ๑ - ข้าพเจ้าเห็นกับอาหารที่รับประทานแล้วอยู่ในกะเพาะยังไม่
 ย่อยก็เป็นส่วนหนึ่งของร่างกาย
 นายวิชาญ ๑ - ผู้กระทำตามมาตรานี้ไม่มีเจตนาทำร้ายร่างกายมารดา
 นายประมุล ๑ - มีเจตนาจะให้ลูกในครรภ์เขากาย กินไปแล้วลูกไม่ตาย แต่
 มารดาได้รับความเจ็บปวด พิสูจน์ได้ว่าเป็นผลของยา จะไม่ถือว่าเป็นการทำร้ายร่างกายหรือ

-ประชาน-

ประธาน ฯ - ในกรณีนั้นอาจเป็นการอาชญาเห็นผลได้

ม.จ.สกล ฯ - ในทางอุกมคติ การวิกลูกของห่าควมสมรรถภาพ ถ้าทำให้
หนึ่งเจ็ดก็ไม่มี ผู้กระทำจึงไม่มีเจตนาทำให้ร้ายแรง

นายประมุล ฯ - ไปคิดอีก คือทำร้ายร่างกายผู้กระทำต้องประสงค์เพื่อเงิน
พวก อาจทำให้เจ็บ แต่ทำให้หูชาก็เป็นทำร้ายร่างกาย

ม.จ.สกล ฯ - แยกทำในกรณีความวิกลูกเป็นอีกคนหนึ่ง

นายประมุล ฯ - ในทางกฎหมายไม่ได้นับเช่นนั้น

ม.จ.สกล ฯ - อย่างคนเอาแหวนอมไว้ในปาก แหวนมีกลายเป็นร่างกายไม่

ควมหรือ

ประธาน ฯ - อย่างกลืนแหวนลงไปในห้อง เขาอาจให้ยาพิษให้ออกได้ ไม่
ใช่ทำร้ายร่างกายอย่างใดเลย

นายพิชาน ฯ - abortion เป็นเรื่องมาเด็กที่ยังไม่ออกจากครรภ์ คือ
เมื่อเด็กคลอดออกมาข้างนอกจึงจะถือว่าเป็นบุคคล เด็กที่อยู่ในครรภ์เป็นวัตถุแห่งความผิด
แต่ไม่เกี่ยวกับมารดา เป็นการกระทำของเด็กโดยผ่านมารดาเขาไป

ประธาน ฯ - นายประมุล ฯ ไปคิดว่าเด็กในห้องเป็นส่วนหนึ่งของร่างกาย

ม.จ.สกล ฯ - ถ้าจะว่าเป็นการทำร้ายร่างกายของเด็กในครรภ์เขาเจ้าก็

ยอม

ประธาน ฯ - กฎหมายยังไม่รับรองว่าเด็กเป็นบุคคล

นายประมุล ฯ - ฉายอมรับว่าเด็กในครรภ์ไม่ใช่ร่างกายของหนึ่งก็มีไว้ได้

ประธาน ฯ - ความผิดอยู่ที่ความผิดฐานทำร้ายร่างกายและวิกลูก ผู้กระทำ
มีเจตนาทำร้าย ทารกที่อยู่ในครรภ์ได้รับความรับรองของกฎหมายสำหรับรูปร่างและกฎหมาย
เอาผิดฐานวิกลูก

ที่ประชุมเห็นว่าควรมีร่างมาตรา ๒๒๖ ทวิ เพราะผู้กระทำมีเจตนาจะทำ
ร้ายร่างกายใคร จึงให้ใช้ฉกษณ้อย่างเดียวกับร่างมาตรา ๒๒๖ ที่ตกลงมาแล้ว

นายประมุล ฯ - ความที่ใช่คำเช่นนั้น เกรงว่าจะเข้าใจว่ามีเจตนากระทำ
มุ่งประสงค์ถึงการทำให้แท้งลูก

ประธาน ฯ - ต้องมีเจตนาทำให้แท้งลูก

นายประมุล ฯ - ในเรื่องหนึ่งยินยอมขอเห็นได้ว่ามีเจตนาวิกลูก แต่มาตรา
๒๒๖ ทวิ จะเข้าใจไปว่ามีเจตนากระทำเท่านั้น ที่เราเคยใช้มานั้นดูเหมือนเราใช้คำว่า
"ทำร้ายใคร.....เพื่อ" ยกตัวอย่างเช่นเอาเปลือกกล้วยไปวางไว้หน้าประตูโดยเจตนาว่า
ถ้าคนเดินออกมาจะไต่หกล้ม ผู้กระทำไม่ทราบว่ามีลูกในครรภ์ หนึ่งหกล้มเลยแท้งลูก ภาษ
ไทยว่าทำให้แท้งแท้งลูก

-ม.จ.-

ม.จ.สกล ๑ - ไม่ใช่ การเอาเปลือกกล้วยไปวางเป็นเรื่องทำร้ายร่างกาย
นายเพียบ ๑ - กรณีนั้นเป็นการกระทำโหด
ประธาน ๑ - คงจะเข้าใจไปไม่ถึงอย่างนายประมุข ๑ ว่า ถ้าจะไปใช้คำ
ว่า "เป็นเหตุให้" จะลำบาก

ม.จ.สกล ๑ - หลักอันนี้เราเข้ามาแล้ว

นายประมุข ๑ - สำหรับพินยอมเข้าใจได้ว่ามีเจตนาทำให้แท้งลูก

ม.จ.สกล ๑ - คำว่า "กระทำให้แท้งลูก" ควรอ่านเป็นคำเดียวกัน
ผู้ของหมวดก็แสดงอยู่ในตัวแล้ว

นายประมุข ๑ - ใช้คำว่า "ทำให้แท้งลูก" ขยี้ใช้คำว่า "กระทำ"

ม.จ.สกล ๑ - ถ้าใช้คำว่า "กระทำ" จะเป็นคำทางนากออกไป

นายประมุข ๑ - ก็คือคำว่า "กระทำ" จะหมายถึง act

ที่ประชุมเห็นว่าควรใช้คำว่า "ทำให้แท้งลูก"

นายประมุข ๑ - ส่วนวรรคสองใช้คำว่า "ถ้าในการกระทำความผิด..." ได้
เพราะหมายถึงการกระทำความผิดหนึ่ง

ที่ประชุมได้ลงมติด้วยนายประมุข ๑ ฉะนั้นร่างมาตรา ๒๒๐ จึงมีข้อความดังนี้
"หญิงใดทำโทษตนเองแท้งลูกหรือยอมให้ผู้อื่นทำโทษตนเองแท้งลูก มีความผิดต้องระวางโทษ
จำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินห้าร้อยบาทหรือทั้งจำทั้งปรับ"

ร่างมาตรา ๒๒๑ มีข้อความดังนี้ "ผู้ใดทำให้หญิงแท้งลูกโดยหญิงนั้นยินยอม มี
ความผิดต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี และปรับไม่เกินห้าร้อยบาท

"ถ้าในการกระทำความผิดนั้น หญิงได้รับอันตรายสาหัสอย่างอื่นด้วย ผู้กระทำต้องระวาง
โทษจำคุกไม่เกินห้าปีและปรับไม่เกินหนึ่งพันบาท

"ถ้าในการกระทำความผิดนั้นหญิงถึงแก่ความตาย ผู้กระทำต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน
เจ็ดปีและปรับไม่เกินห้าพันบาท"

ร่างมาตรา ๒๒๒ ทวิ มีข้อความดังนี้ "ผู้ใดทำให้หญิงแท้งลูกโดยหญิงนั้นไม่ยินยอม
มีความผิดต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปี และปรับไม่เกินหนึ่งพันบาท

"ถ้าในการกระทำความผิดนั้น หญิงได้รับอันตรายสาหัสอย่างอื่นด้วย ผู้กระทำต้องระวาง
โทษจำคุกตั้งแต่ห้าปีถึงเจ็ดปี และปรับตั้งแต่ห้าพันบาทถึงสองพันบาท

"ถ้าในการกระทำความผิดนั้นหญิงถึงแก่ความตาย ผู้กระทำต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สาม
ปีถึงสิบห้าปี และปรับตั้งแต่หนึ่งพันบาทถึงห้าพันบาท"

ประธาน ๑ ขอให้พิจารณาร่างมาตรา ๒๒๔ ซึ่งมีข้อความว่า "การรวมอาชญากรรม
ทำความผิดตามมาตรา ๒๒๐ หรือมาตรา ๒๒๑ วรรค ๑ นั้น ไม่ต้องลงอาชญากรรมกระทำ"

ม.จ.สกล ๑ - ถ้อยคำไม่เป็นประโยค ควรแก้ด้วยร่างมาตรา ๔๓

-ประธาน-

ประธาน ฯ - ในทางฉันทกัมมกิจไม่ก็ ถ้ายกกับทำโคสนุกติ ทำเล่นโค
นายประมูต ฯ - เติมเขากลับจะเข้าใจเช่นนั้น เขาจึงใช้คำว่า "ทำว่า
เป็นการไม่สำคัญ"

นายพิชาต ฯ - ข้อสำคัญที่ไม่เอาโทษการพยายามก็คือไม่อาจพิสูจน์ได้
ม.จ.สกล ฯ - ควรใช้คำว่า "ถ้าการกระทำผิดตามมาตรา ๒๖๐ หรือมาตรา
๒๖๑ วรรค ๑ เป็นแต่เพียงพยายาม ผู้กระทำไม่คงรับอาญา" แต่ขอให้พิจารณาว่าเมื่อใช้
คำว่า "การกระทำ" จะว่า "เป็นแต่เพียงพยายาม" ไก่หรือไม่

นายประมูต ฯ - อ่านร่างมาตรา ๔๔ เสนอที่ประชุม ถ้าจะไม่ให้ชัดก็
เอาคำในร่างมาตรา ๔๔ มาใช้ ใช้คำว่า "ผู้ใดลงมือกระทำความผิดตามมาตรา ๒๖๐ หรือ
มาตรา ๒๖๑ วรรค ๑ แต่กระทำไปไม่ตลอดหรือกระทำไปตลอดแล้ว....."

ประธาน ฯ - กฎหมายต้องแสดงศีลธรรม วัฒนธรรม การที่จะบัญญัติว่าเป็น
ความผิด แต่ไม่เอาโทษนั้น อย่างในเรื่องจำเป็นพอเห็นได้ แต่สำหรับมาตรานี้ น่าเกลียด ทำ
ผิดแล้วทำไมจึงไม่ลงอาญา

ม.จ.สกล ฯ - ใช้คำว่า "ผู้ใดเพียงพยายามกระทำความผิด" จะไต่หรือไม่

นายประมูต ฯ - ควรใช้คำว่า "ผู้ใดเพียงแต่พยายาม..."

ประธาน ฯ - ดีกว่าตอน

ที่ประชุมให้ใช้คำในร่างมาตรา ๒๖๑ ทั้งนี้ "ผู้ใดเพียงแต่พยายามกระทำความ
ผิดตามมาตรา ๒๖๐ หรือมาตรา ๒๖๑ วรรค ๑ ผู้นั้นไม่คงรับอาญา"

ประธาน ฯ - ขอให้พิจารณา ร่างมาตรา ๒๖๔ ตรี ซึ่งมีความว่า "การริบถ
หรือการยอมให้ริบถซึ่งแพทย์โรคพิษ หรือแพทย์ประกาศนียบัตร เป็นผู้กระทำ เพื่อป้องกัน
ภัยอันตรายแก่ชีวิต หรือภัยอันตรายอันร้ายแรงแก่อนามัยของหญิงซึ่งไม่มีทางอื่นจะป้องกันได้นั้น
ไม่ต้องลงอาญาแก่ผู้กระทำ"

นายพิชาต ฯ - บางประเทศได้ยอมให้ริบถได้ เช่นในกรณีหญิงถูกข่มขืนชั่วเร
แต่กรรมการชุดนี้ไม่ไปไกลแค่นั้น

นายประมูต ฯ - คิดว่าควรเติมเรื่อง rape ไปด้วย

นายพิชาต ฯ - เป็นปัญหาในทางนโยบายว่าจะควรบัญญัติแค่ไหน

ประธาน ฯ - เรื่องนี้ได้สอบถามไปทางกรมสาธารณสุข กรมสาธารณสุขไม่
เห็นความจำเป็นที่จะมีบทบัญญัติเช่นนี้ เกรงว่าจะเป็นช่องทางอาศัยมาตรานี้เป็นโล่ง คือเราไม่
ถึงขั้นที่จะมีมาตรานี้

นายประมูต ฯ - ขาดเจ้าเห็นแย้งเหมือนกัน คือสมัยนี้อธิบดีกรมสาธารณสุขยัง
ไม่ไว้ใจแพทย์

-ประธาน

ประธาน ฯ - จะไปในทางอุดมคติมากไมก็
 ม.จ.สกล ฯ - บุคคลที่มีความวาทะเลียงโดยเฉียบไม่ไ้กัน น่าจะเป็นคนกระ
 ทำผิดอาชามากกว่าคนธรรมดา เราวางกฎหมายป้องกันการทำผิดทางอาชาก็ต้องคิดถึง
 ข้อนี้นี้ด้วย

นายประมุข ฯ - ถ้าจะให้ทุกขณิทัศน์นั้นไปอยู่ที่คนอื่นจะดีกว่าไหม เช่นเอาไปให้
 อธิบดีกรมสาธารณสุขหรือศาลหลวงประจำจังหวัด

นายพิราณ ฯ - กฎหมายสวัสดิการวิญญู เพราะหนังสือมีผู้กรรณเสาศาสตร์ ศาลสถ
 โทษให้

นายประมุข ฯ - หลักที่ถูก ถ้าหนังสือถูกข่มขืนเรา ไม่น่าจะเอาโทษ
 ที่ประชุมเห็นว่าปัญหานี้เป็นปัญหาสำคัญ ควรจะได้รับการพิจารณาโดยละเอียด
 วันนี้ก็หมดเวลาประชุมแล้ว จึงให้เลื่อนการพิจารณาไปพิจารณาในวันอังคารที่ ๒ มิถุนายน
 ๒๔๔๕ เวลา ๑๐.๐๐ น.

ปิดประชุมเวลา ๑๖.๐๕ น.

พ.ต. ๑๕/๖/๒๕
 บัณฑิต

สิทธิ สิมพ์

ทนาย

ประวัติผู้เขียน

ชื่อ

นายพีรดนัย นนทสวัสดิ์ศรี

วันเดือนปีเกิด

24 กุมภาพันธ์ 2536

วุฒิการศึกษา

ปีการศึกษา 2557: นิติศาสตร์บัณฑิต

มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

ผลงานทางวิชาการ

พีรดนัย นนทสวัสดิ์ศรี. “การพยายามกระทำความผิด : ศึกษากรณีการพยายามทำให้แท้งลูกตาม
มาตรา 304”. วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2561.

