

บทที่ 2

ความผิดฐานทำให้แท้งลูก ปัญหาและอุปสรรคในการบังคับใช้บทบัญญัติแห่ง กฎหมายว่าด้วยความผิดฐานทำให้แท้งลูกในประเทศไทย

ความผิดฐาน “ทำให้แท้งลูก” (abortion) ตามประมวลกฎหมายอาญาของไทยที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบัน มีความมุ่งหมายเพื่อคุ้มครองเด็กในครรภ์ของมารดา โดยได้กำหนดบทลงโทษแก่หญิงที่ทำให้ตนเองแท้งลูกหรือยินยอมให้บุคคลอื่นทำให้ตนแท้งลูกและบทลงโทษแก่ผู้อื่นที่ทำให้หญิงแท้งลูกไว้ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 301³ มาตรา 302⁴ และมาตรา 303⁵ โดยกฎหมายไม่เอาโทษแก่การพยายามกระทำความผิดของหญิงที่ทำให้ตนแท้งลูกหรือยินยอมให้บุคคลอื่นทำให้ตนเองแท้งลูกและผลของการกระทำนั้นไม่เป็นเหตุทำให้หญิงได้รับอันตรายสาหัสหรือทำให้หญิงถึงแก่ความตายตามมาตรา 304⁶ แต่อย่างไรก็ตามกฎหมายก็ได้กำหนดข้อยกเว้นของการทำแท้งได้โดยไม่ผิดกฎหมาย โดยจะต้องเป็นการกระทำด้วยเหตุผลทางการแพทย์ (จำเป็นต้อง

³ หญิงใดทำให้ตนเองแท้งลูก หรือยอมให้ผู้อื่นทำให้ตนแท้งลูก ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

⁴ ผู้ใดทำให้หญิงแท้งลูกโดยหญิงนั้นยินยอม ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ถ้าการกระทำนั้นเป็นเหตุให้หญิงรับอันตรายสาหัสอย่างอื่นด้วย ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินเจ็ดปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นสี่พันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ถ้าการกระทำนั้นเป็นเหตุให้หญิงถึงแก่ความตาย ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบปี และปรับไม่เกินสองหมื่นบาท

⁵ ผู้ใดทำให้หญิงแท้งลูก โดยหญิงนั้นไม่ยินยอม ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินเจ็ดปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ถ้าการกระทำนั้นเป็นเหตุให้หญิงรับอันตรายสาหัสอย่างอื่นด้วย ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งปีถึงสิบปี และปรับตั้งแต่สองพันบาทหรือสองหมื่นบาท

ถ้าการกระทำนั้นเป็นเหตุให้หญิงถึงแก่ความตาย ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ห้าปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่หนึ่งหมื่นบาทถึงสี่หมื่นบาท

⁶ ผู้ใดเพียงแต่พยายามกระทำความผิดตามมาตรา 301 หรือมาตรา 302 วรรคแรก ผู้นั้นไม่ต้องรับโทษ

กระทำเนื่องจากสุขภาพของหญิง) หรือด้วยเหตุผลทางกฎหมาย (หญิงมีครรภ์เนื่องจากการกระทำ ความผิดเกี่ยวกับเพศ) ตามมาตรา 305⁷

เนื่องจากประมวลกฎหมายอาญา ไม่ได้กำหนดนิยามของคำว่า “ทำแท้ง” เอาไว้ จึงทำให้เกิดปัญหาว่าการกระทำอย่างใดจึงจะถือว่าเป็นการทำแท้งอันจะเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา จึงต้องพิจารณาจากความหมายทั่วไป แนวความคิดเห็นของนักวิชาการ และแนวคำวินิจฉัยของศาลฎีกามาประกอบกัน ซึ่งสามารถแยกประเด็นในการพิจารณาความผิดฐานทำให้แท้งลูกได้ ดังนี้

2.1 ความหมายของการทำแท้ง

“ทำแท้ง” (Abortion) โดยรูปศัพท์ภาษาอังกฤษ หมายถึง การทำแท้งลูก การรีดลูก สิ่งที่เกิดขึ้นก่อนกำหนด⁸

ตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2542 ได้ให้ความหมายของคำว่า “ทำแท้ง” หมายถึง การรีดลูก มีเจตนาทำให้ทารกออกจากครรภ์มารดาก่อนถึงกำหนดและตาย

ตามคำนิยามขององค์การอนามัยโลก หมายถึง การสิ้นสุดของการตั้งครรภ์ก่อนที่เด็กจะสามารถมีชีวิตอยู่ได้ในครรภ์มารดา การตายคลอด (Dead born Fetus) หรือการตายของทารก หรือผลผลิตของการตั้งครรภ์ก่อนที่จะคลอดออกมาจากรก โดยไม่คำนึงถึงว่าการตั้งครรภ์นั้นเป็นระยะเวลาเท่าใด การตายของทารกดังกล่าวแสดงให้เห็นปรากฏโดยที่เด็กเมื่อออกมาแล้วไม่หายใจ หรือไม่แสดงอาการของชีวิตใดๆ เหล่านี้คือ หัวใจเต้น ชีพจรเต้นหรือสายสะดือเต้น รวมทั้งการเคลื่อนไหวของกล้ามเนื้อที่ร่างกายบังคับได้

การทำแท้งในทางการแพทย์ การแท้งบุตร หมายถึง การที่ผลผลิตจากการผสมพันธุ์ (Conceptive Product) หลุดออกจากสตรีและหมายถึงการสิ้นสุดการตั้งครรภ์ในระยะก่อนที่เด็กสามารถมีชีวิตอยู่ได้ (Stage of viability) ความหมายของคำว่า ระยะที่เด็กสามารถมีชีวิตอยู่ได้ยัง

⁷ ถ้าการกระทำความผิดดังกล่าวในมาตรา 301 และมาตรา 302 นั้นเป็นการกระทำของนายแพทย์ และ

- (1) จำเป็นต้องกระทำเนื่องจากสุขภาพของหญิงนั้น หรือ
- (2) หญิงมีครรภ์เนื่องจากการกระทำความผิดอาญาตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 276 มาตรา 277 มาตรา 282 มาตรา 283 หรือมาตรา 284

ผู้กระทำไม่มีความผิด

⁸ ราชบัณฑิตยสถาน. (2543). ศัพท์นิติศาสตร์อังกฤษ-ไทย ฉบับราชบัณฑิตยสถาน. หน้า 442.

⁹ W.H.O. (1992). ICD 10 and related health problems. p.12351 ; แสง บุญเฉลิมวิภาส และอนนก ขมจินดา. (2540). กฎหมายการแพทย์. หน้า 37.

ต่างกันในแต่ละสถาบัน (น้ำหนัก 400 กรัม ถึง 1,000 กรัมหรือตั้งครรภ์ 20 สัปดาห์ ถึง 28 สัปดาห์) ในสหรัฐอเมริกา The American College of Obstetricians and Gynecologists-ACOG ให้คำจำกัดความ การแท้งบุตรว่า หมายถึง เมื่อเด็กมีน้ำหนักต่ำกว่า 500 กรัม หรือตั้งครรภ์น้อยกว่า 20 สัปดาห์ เด็กน้ำหนัก 500 ถึง 999 กรัม หรือตั้งครรภ์ 20-28 สัปดาห์ เรียกว่า Immature ส่วนน้ำหนัก 1,000-2,499 กรัม หรือตั้งครรภ์ 29-36 สัปดาห์ เรียกว่า Premature สำหรับคณะแพทยศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัยใช้น้ำหนัก 1,000 กรัม หรือตั้งครรภ์ 28 สัปดาห์เป็นหลัก เช่นเดียวกับประเทศในแถบยุโรปมาก¹⁰

ในประเทศไทย ทางการแพทย์ “การแท้ง” หมายถึง การคลอดของทารกที่มีอายุครรภ์มารดาอ่อนกว่า 28 สัปดาห์หรือทารกที่คลอดมีน้ำหนักน้อยกว่า 1,000 กรัม ไม่ว่าการคลอดนั้นทารกจะมีชีวิตอยู่หรือไม่¹¹ แต่การแท้งในการแพทย์ในต่างประเทศที่มีเทคโนโลยีสูง หมายถึง การสิ้นสุดของการตั้งครรภ์เมื่อครรภ์อายุต่ำกว่า 20 สัปดาห์ หรือเมื่อเด็กที่มีน้ำหนักต่ำกว่า 500 กรัม

การแท้งบุตรแบ่งออกเป็น 2 ชนิด ดังนี้

1. การแท้งบุตรที่เกิดขึ้นเอง (Spontaneous abortion) คือ การแท้งบุตรที่เกิดขึ้นเองไม่มีการใช้ยา เครื่องมือ หรือวิธีการใดๆทั้งสิ้น ถ้าเกิดติดๆกันตั้งแต่ 3 ครั้งขึ้นไป เรียกว่า “การแท้งเป็นอาจิม” (Habitual abortion) หรืออาจหมายถึง การแท้งที่เกิดจากเหตุต่างๆที่ไม่เกี่ยวกับการกระทำ โดยตั้งใจจะให้เกิดการแท้ง แม้ว่าการแท้งเองไม่ผิดกฎหมายและมีใช้เรื่องที่ต้องปิดบัง สถิติของการแท้งเองก็ยังไม่แน่นอนนัก เนื่องจากการแท้งในระยะที่เพิ่งเริ่มตั้งครรภ์ อาจเกิดโดยผู้แท้งไม่ทราบโดยเข้าใจว่าเป็นเพียงประจำเดือนมาช้าไปเล็กน้อย นอกจากนั้นสตรีที่ไปทำแท้งมาอาจปิดบังความจริงไว้ ทำให้แพทย์เข้าใจว่าเป็นการแท้งเองก็ได้¹²

2. การทำแท้ง (Induced abortion) มี 2 ชนิด คือ

2.1 การทำแท้งเพื่อการรักษา (Therapeutic abortion) เป็นการแท้งโดยแพทย์โดยถูกต้องตามกฎหมายตามที่บัญญัติในประมวลกฎหมายอาญามาตรา 305

ก. ทำในรายที่หากปล่อยให้การตั้งครรภ์ดำเนินการต่อไปแล้ว อาจเป็นอันตรายอย่างร้ายแรงต่อชีวิต สุขภาพ หรือสุขภาพจิตของหญิงนั้น

ข. ในรายที่หากทารกในครรภ์ที่คลอดออกมาแล้ว ทารกนั้นอาจจะได้รับทุกข์ทรมานทางกาย หรือจิตพิการอย่างมาก

ค. ในรายที่หญิงตั้งครรภ์เนื่องจากถูกข่มขืนกระทำชำเรา

¹⁰ ศศิธร ประดิษฐ์พงษ์. (2543). สิทธิในการเป็นเจ้าของร่างกายกับการตัดสินใจทำแท้ง. หน้า 31.

¹¹ วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์. (2532). ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการลักลอบทำแท้งในประเทศไทย. หน้า 2.

¹² สุพร เกิดสว่าง. (2523). ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการลักลอบทำแท้งในประเทศไทย. หน้า 2.

การแท้งเพื่อการรักษาในข้อ ก. และข้อ ข. นั้น ต้องเป็นแพทย์ผู้ได้รับอนุญาตให้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมอย่างน้อย 2 นาย ทำการตรวจและมีความเห็นร่วมกันว่าจำเป็นต้องทำแท้งและยื่นต่อผู้อำนวยการโรงพยาบาลหรือผู้รักษาการแทนในโรงพยาบาลที่แพทย์นั้นประจำอยู่ ส่วนการทำแท้งตามข้อ ค. นั้น ต้องมีหลักฐานจากพนักงานสอบสวนหรือพนักงานเจ้าหน้าที่ยื่นต่อแพทย์ผู้ทำให้เรียบร้อยก่อน

กล่าวโดยสรุปการทำแท้งเพื่อรักษา หมายถึง การทำแท้งในกรณีที่กฎหมายอนุญาตให้ทำได้ ซึ่งปัจจุบันกฎหมายอนุญาตให้ทำแท้งได้เฉพาะในกรณีที่การตั้งครรภ์จะเป็นอันตรายร้ายแรงต่อสุขภาพมารดา และในกรณีที่ตั้งครรภ์จากการถูกข่มขืน

โดยทั่วไปแพทย์จะเป็นผู้ตัดสินใจว่ารายใดควรจะทำแท้งให้แม้ว่าจะมีเหตุผลถูกต้องตามกฎหมาย แพทย์ก็จะต้องชั่งตวงระหว่างผลได้และผลเสียของการทำแท้งในแต่ละรายด้วย ตัวอย่างเช่น ในรายที่มารดาเป็นโรคหัวใจขนาดเคยหัวใจวายมาแล้ว ซึ่งเป็นข้อบ่งชี้สำคัญอย่างหนึ่งในการทำแท้งเพื่อการรักษา หากได้พบกับมารดาเมื่อตั้งครรภ์ยังไม่เกิน 3 เดือน ส่วนใหญ่แพทย์จะแนะนำให้ทำแท้ง แต่ถ้าพบมารดาเป็นครั้งแรกเมื่อตั้งครรภ์ถึง 5-6 เดือน แพทย์อาจไม่ทำแท้งให้ หากพิจารณาเห็นว่าการทำแท้งจะมีอันตรายมากกว่าที่จะปล่อยให้ตั้งครรภ์ต่อไป¹³

2.2 การทำแท้งโทษอาญาหรือการรื้อดลูก (Criminal abortion) สำหรับประเทศไทย ยังไม่มีกฎหมายอนุญาตให้ทำแท้งได้โดยเสรี ดังนั้น การทำแท้งด้วยข้อบ่งชี้อื่น ซึ่งมีใช้การทำแท้งเพื่อการรักษา จึงเป็นการทำแท้งที่มีโทษทางอาญาทั้งสิ้น ถือเป็นการทำแท้งนอกเหนือข้อบัญญัติตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 305

ความผิดฐานทำให้แท้งลูกตามประมวลกฎหมายอาญามีได้มีการบัญญัตินิยามศัพท์เอาไว้ จึงเป็นปัญหาทางกฎหมายที่ต้องตีความและในตำรากฎหมายก็ยังมีความเห็นที่ไม่เป็นแนวทางเดียวกัน ซึ่งคำว่า “ทำให้แท้งลูก” ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 301-305 มีความหมายซึ่งอาจวิเคราะห์ได้เป็น 2 แนวทาง คือ

(1) ทำให้แท้งลูก หมายถึง การทำลายชีวิตเด็กในครรภ์ ซึ่งในตำรากฎหมายส่วนมากมักจะอธิบายแนวนี้ว่าเด็กในครรภ์มีชีวิตตั้งแต่ปฏิสนธิคือ เริ่มตั้งแต่ปฏิสนธิ หมายถึง เริ่มตั้งแต่ไข่และตัวอสุจิผสมกัน

อย่างไรก็ตามมีรายละเอียดข้อเท็จจริงทางวิทยาศาสตร์ที่ได้เพิ่มเติมความหมายของเด็กในครรภ์อีกคือ การปฏิสนธิหรือการผสมระหว่างไข่กับอสุจินั้นเกิดขึ้นในท่อนำไข่ (Fallopian tube) เมื่อผสมแล้วไข่ที่ผสมหรือตัวอ่อนจะแบ่งเซลล์ของตัวเองและท่อนำไข่จะหดรัดบีบไล่ตัวอ่อนเข้าไปในโพรงมดลูก ตัวอ่อนจะติดที่ผนังด้านในของโพรงมดลูก (Endometrium) และค่อยๆ ฝังตัวในผนัง

¹³ แหล่งเดิม. หน้า 3.

มดลูกนั้น แล้วออกส่วนของตัวอ่อนเข้าไปในผนังมดลูกเพื่อรับอาหารจากมารดาเพื่อเจริญเติบโต เป็นทารกต่อไป การฝังตัวของตัวอ่อนนี้เริ่มประมาณ 6-8 วัน ภายหลังการปฏิสนธิ ตัวอ่อนที่ไม่สามารถฝังตัวในผนังมดลูกได้ก็จะตายและถูกขับออกไปพร้อมกับประจำเดือนคราวต่อไปของหญิงที่เป็นมารดา ดังนั้น จากข้อเท็จจริงดังกล่าว ตัวอ่อนนั้นจะเจริญเป็นเด็กได้ก็ต้องมีการฝังตัวในผนังมดลูกหรือในที่เหมาะสมที่จะเจริญต่อไปได้ ตัวอ่อนที่ไม่มีการฝังตัวไม่อาจเจริญเติบโตเป็นเด็กต่อไปและก็จะตายไปในที่สุด ดังนั้น ตัวอ่อนที่เริ่มจากไข่และอสุจิผสมกันก่อนการฝังตัวนั้น ไม่น่าจะถือว่าเป็นการเริ่มชีวิตเด็ก¹⁴ ฉะนั้น ระยะเวลาที่เริ่มจากการการผสมของไข่กับอสุจิจนกระทั่งถึงก่อนการฝังตัวของตัวอ่อนสำเร็จนั้นยังไม่ถือเป็นการตั้งครรภ์

(2) ทำให้แท้งลูก หมายถึง การทำให้คลอดก่อนกำหนด หรือการทำให้การตั้งครรภ์สิ้นสุดลง (Termination of pregnancy) แนวความคิดนี้ถือเอาตัวหญิงตั้งครรภ์เป็นตัวกำหนด โดยอาศัยความเข้าใจของคนทั่วไปตามหลักพจนานุกรม ซึ่งอธิบายคำว่า “แท้ง” หมายถึง สิ้นสุดการตั้งครรภ์ก่อนกำหนด หรือคลอด โดยทารกในครรภ์ไม่สามารถมีชีวิตอยู่ได้ ในกฎหมายอังกฤษ (Offences Against the Person Act 1861) บัญญัติว่าหญิงทุกคนที่ตั้งครรภ์เจตนาทำตัวเองให้แท้งลูก โดยใช้ยาพิษหรือสารพิษหรือเครื่องมือใดๆ โดยผิดกฎหมายเพื่อทำให้ตนเองแท้งลูกมีความผิด ... กฎหมายอังกฤษจึงพิจารณาการตั้งครรภ์เป็นหลัก ในแง่กฎหมายเพื่อแพทย์เป็นที่ยอมรับกันว่าการตั้งครรภ์ยังไม่ถือว่าเริ่มขึ้นก่อนการฝังตัวของตัวอ่อน เพราะก่อนการฝังตัวนั้นร่างกายของหญิงยังไม่เกิดการเปลี่ยนแปลงใดๆ การเปลี่ยนแปลงจะเริ่มขึ้นเมื่อมีการฝังตัวของตัวอ่อนในผนังมดลูก โดยตัวอ่อนจะงอกเป็นรากเข้าไปยึดกับเซลล์ของผนังมดลูก แล้วจะมีการหลั่งฮอร์โมนจากต่อมได้สมองของหญิงนั้น การเปลี่ยนแปลงในตัวหญิงจึงน่าจะเป็นจุดเริ่มต้นของการตั้งครรภ์¹⁵

แม้ในบทบัญญัติของประมวลกฎหมายอาญาของไทยได้กำหนดบทลงโทษทั้งผู้ที่ทำให้หญิงแท้งลูกและตัวหญิงเองที่ทำให้ตนเองแท้งลูก แต่กฎหมายมิได้บัญญัติจุดเริ่มต้นของการ “เริ่มชีวิต” ในการทำแท้งซึ่งเป็นปัญหาสำคัญ เพราะเป็นข้อที่จะกำหนดความผิดฐานทำให้แท้งลูกได้ การที่กฎหมายต้องการคุ้มครองชีวิตทารกในครรภ์จะคุ้มครองเมื่อไข่กับอสุจิผสมกันหรือเมื่อมีการฝังตัวในมดลูกนั้นมิได้บัญญัติไว้ชัด แต่การทำลายชีวิตที่อยู่ในครรภ์ถือเป็นการทำแท้งโดยที่การทำในประมวลกฎหมายอาญาของไทยมิได้บัญญัติความหมายของการทำให้แท้งลูกไว้ ซึ่งศาลฎีกามีความเห็นจำกัดขอบเขตของคำว่า “แท้ง” เฉพาะกรณีที่ทำให้ลูกในครรภ์คลอดออกมาในลักษณะที่ไม่มีชีวิต ถ้าคลอดออกมาแล้วมีชีวิตก็เป็นเพียงพยายามทำแท้ง ซึ่งกฎหมายไม่เอาโทษ แม้ต่อมาทารกจะตายภายหลัง ผู้กระทำก็ไม่มีความผิดฐานฆ่าผู้อื่น

¹⁴ วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์. (2537). *กฎหมายทำแท้งข้อโต้แย้งที่ไม่ยุติ*. หน้า 104-105.

¹⁵ แหล่งเดิม. หน้า 109.

ความผิดฐานทำให้แท้งลูกนั้นมีความผิดทางกฎหมายเป็นการคุ้มครองชีวิตในครรภ์ แต่ไม่ได้ระบุว่า “ชีวิต” นั้นเริ่มเมื่อใด มีคำอธิบายว่า ทารกในครรภ์มีชีวิตตั้งแต่เริ่มปฏิสนธิหรือเริ่มตั้งแต่ไข่และตัวอสุจิผสมกัน ทำให้เกิดข้อถกเถียงดังนี้คือ การใช้เครื่องมือคุมกำเนิดบางประเภทอาจกลายเป็นการทำแท้ง เช่น ห่วงคุมกำเนิด (IUD) หรือวัสดุอื่นที่ทำหน้าที่รบกวนหรือระงับการฝังตัวของไข่ที่ผนังมดลูก เพราะก่อนที่มีการฝังตัวกับผนังมดลูกนั้น ไข่ได้ถูกผสมแล้ว ดังนั้น ถ้าถือว่าความผิดฐานทำแท้งเริ่มตั้งแต่ปฏิสนธิ การใช้ IUD ก็เป็นความผิดฐานทำแท้งทันที เพราะมีการรบกวนเยื่อผนังมดลูก ทำให้ตัวอ่อนที่ผสมแล้วไม่สามารถฝังตัวในผนังมดลูกได้ หรือฝังได้แต่ก็หลุดออกไปอย่างรวดเร็ว นอกจากนี้ปัจจุบันยังใช้ยาฉีดหรือยากินคุมกำเนิดภายหลังการร่วมเพศ คือหลังจากที่ไข่และอสุจิผสมกันแล้วจึงฉีดยาหรือกินยาเพื่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงของผนังมดลูก ไข่และอสุจิที่ผสมกันจะไข่ไม่มีการฝังตัวอันเป็นวิธีการคุมกำเนิดหลังร่วมเพศ หรือการนำไข่และอสุจิออกมาผสมกันภายนอกร่างกาย (ในหลอดแก้ว) เพื่อจะนำตัวอ่อนฉีดกลับเข้าไปในโพรงมดลูกของหญิงที่ยอมรับการตั้งครรภ์ ปกติจะใช้เวลา 3 ตัว เพื่อว่าตัวอ่อนบางตัวอาจไม่ฝังตัวและถูกทำลายไป การทำลายตัวอ่อนในกรณีเช่นนี้ แพทย์ที่ฉีดตัวอ่อนเข้าไปโดยเล็งเห็นว่าตัวอ่อนส่วนหนึ่งอาจถูกทำลายไปในร่างกายของหญิงนั้น กรณีเช่นนี้อาจถือว่าเป็นการทำแท้งให้หญิงแท้งลูกได้

ดังนั้น แนวความคิดที่ว่าชีวิตในครรภ์เริ่มจากการปฏิสนธิ การทำลายตัวอ่อนภายหลังปฏิสนธิแม้ยังไม่มีมีการฝังตัวของตัวอ่อนถือเป็นการทำให้แท้งลูกตามประมวลกฎหมายอาญา จึงไม่น่าจะถูกต้องสอดคล้องกับหลักทางวิทยาศาสตร์ตามที่ควรจะเป็น หากเรานำความรู้ทางวิทยาศาสตร์การแพทย์มาเสริมพื้นฐานทางกฎหมายที่ว่าความผิดฐานทำให้แท้งลูกเป็นการคุ้มครองชีวิตในครรภ์ สภาพความเป็นลูกในครรภ์เริ่มเมื่อมีการฝังตัวของไข่ที่ได้ผสมกับอสุจิ ฉะนั้นระยะเวลาที่เริ่มจากการผสมของไข่และอสุจิจนกระทั่งถึงก่อนการฝังตัวอ่อนสำเร็จนั้นยังไม่ถือว่าเป็นการตั้งครรภ์ ซึ่งจะทำให้การสกัดกั้นมิให้มีการฝังตัวของตัวอ่อนในโพรงมดลูกของหญิง เช่น กรณีการคุมกำเนิดโดยการใส่ห่วงจึงมิใช่การทำแท้งในความหมายของกฎหมาย เพราะความหมายของคำว่า “แท้ง” ในพจนานุกรมหมายถึง การคลอดก่อนกำหนด ซึ่งต้องหมายถึงการผ่านของการเป็นทารกเป็นสำคัญ ไข่ที่ผสมแล้วนั้น ไม่มีสภาพเป็นทารกจึงเรียกไม่ได้ว่าเป็นการทำแท้ง ดังนั้น น่าจะใช้คำว่า “การยุติการตั้งครรภ์” แทนคำว่า “แท้ง” เพราะสามารถเข้าใจได้ว่าการยุติการตั้งครรภ์จะเริ่มเป็นความผิดต่อเมื่อมีการตั้งครรภ์

สำหรับความหมายของ “การทำให้แท้งลูก” ตามประมวลกฎหมายอาญาของประเทศไทยนั้นไม่ได้บัญญัติไว้ แต่ได้มีคำอธิบายว่า หมายถึงการทำให้ลูกในครรภ์ตายในขณะที่อยู่ในครรภ์มารดา ส่วนลูกในครรภ์ หมายความว่า ลูกเริ่มตั้งแต่ตัวอสุจิของชายผสมกับไข่ในมดลูกของหญิง

ถ้าเป็นระยะก่อนหน้านั้น เช่น ร่วมประเวณีแล้วรีบใช้วิธีป้องกัน เพื่อไม่ให้สุจิของชายผสมกับไข่ของหญิงได้ ไม่เรียกว่าการทำให้แท้ง “ลูก” เพราะ “ลูก” ยังไม่เกิด ส่วนเมื่อใดจึงจะถือว่าเป็นการ “ทำให้แท้งลูก” และเมื่อใดถือว่าเป็นการ “ฆ่าคน” ซึ่งคำว่า “คน” ตามประมวลกฎหมายอาญามีลักษณะแตกต่างจากคำว่า “บุคคล” ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กล่าวคือ ถือเอาการคลอดเป็นหลัก การคลอดในที่นี้คือ การเจ็บครรภ์คลอดหรือกระบวนการที่ไม่ขาดตอนเป็นระยะเวลานานที่ส่งผลให้ทารกในครรภ์มารดาออกจากครรภ์ที่เรียกว่าเจ็บเบ่ง ส่วนการคลอดโดยการผ่าตัดก็ถือเอาการลงมือผ่าตัดเป็นการเจ็บครรภ์คลอด การทำอันตรายทารกในครรภ์ในขณะที่เจ็บครรภ์คลอดเป็นการทำอันตรายต่อมนุษย์ ซึ่งผู้กระทำอาจมีความผิดฐานฆ่าคนตายโดยเจตนาหรือประมาท หรือทำร้ายร่างกายคนโดยเจตนาหรือประมาทก็ได้¹⁶

อย่างไรก็ตาม มีบางความเห็นที่แย้งว่า การทำให้แท้งลูก หมายถึง การทำลายลูกในครรภ์ ตั้งแต่เริ่มปฏิสนธิไปจนถึงกำลังคลอดหรือคลอดออกมาแล้ว แต่ก่อนมีชีวิตอยู่รอดเป็นทารกจะเป็นการกระทำที่ลูกในมดลูกตายโดยยังไม่มีอาการคลอด หรือกระทำเมื่อกำลังคลอดก่อนอยู่รอดเป็นทารกมีสภาพเป็นบุคคลมีชีวิตเป็นการทำให้แท้ง แต่ต้องมีผลให้ลูกนั้นตายในครรภ์ หรือคลอดแล้วตายก่อนอยู่รอดมีชีวิต¹⁷ กล่าวคือมีการหายใจ ถือว่าสภาพความเป็นมนุษย์ได้เริ่มแล้ว การเริ่มต้นของสภาพความเป็นมนุษย์อาศัยเกณฑ์การเริ่มต้นสภาพบุคคลในทางแพ่งตามมาตรา 15 ดังที่บัญญัติว่า “สภาพบุคคลย่อมเริ่มแต่เมื่อคลอดแล้วอยู่รอดเป็นทารก และสิ้นสุดลงเมื่อตาย”¹⁸

ซึ่งเมื่อมาพิจารณาในภาษาอังกฤษที่ใช้คำว่า “Full Completion of Birth” สำหรับความหมายของการ “คลอด” นั้น และได้มีคำอธิบายทางตำราว่าหมายถึงคลอดหมดตัว และตามธรรมชาติการหายใจครั้งแรกของทารกก็จะเกิดเมื่อคลอดหมดตัวแล้วเช่นกัน เพราะในระหว่างการคลอดทรวงอกถูกเบียดจึงหายใจไม่ได้ เมื่อคลอดออกมาแล้วทรวงอกถูกคลายออกทันทีจึงทำให้ปอดขยายตัว ทารกเริ่มหายใจครั้งแรกพร้อมกับมีการกระตุ้นศูนย์ควบคุมการหายใจในสมองจากเหตุอื่นด้วย¹⁹ ดังนั้น ถ้าทารกอยู่ในครรภ์มารดาที่ยังไม่เริ่มสภาพบุคคลเพราะยังไม่คลอดออกมาอย่างไรเป็นการคลอดที่ทำให้เริ่มสภาพบุคคลก็ต้องถือเอา “การคลอดออกมาหมดตัว” จึงเป็นการคลอดสำเร็จ

¹⁶ หยุด แสงอุทัย. (2540). *กฎหมายอาญาภาค 2-3*. หน้า 361.

¹⁷ วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์. เล่มเดิม. หน้า 115.

¹⁸ หยุด แสงอุทัย. เล่มเดิม. หน้า 361.

¹⁹ จิตติ ดิงสภักดิ์. (2531). *คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญาภาค 2 ตอน 2 และภาค 3*. หน้า 2243-

2.2 วิวัฒนาการของกฎหมายทำแท้งในประเทศไทย

กฎหมายที่ถูกบัญญัติขึ้นในแต่ละสมัยย่อมเป็นไปตามสภาพเหตุการณ์ของสังคม เศรษฐกิจ การเมืองในขณะนั้นๆ และจะแปรเปลี่ยนไปตามเหตุการณ์หรือภาวะการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไปเพื่อความเหมาะสมในการบังคับใช้ บทบัญญัติว่าด้วยความผิดฐานทำแท้งก็เช่นเดียวกันได้ แปรเปลี่ยนไปตามภาวะความเจริญของสังคม เศรษฐกิจ และการเมืองตลอดจนวิทยาการและเทคโนโลยีต่างๆ ในส่วนของวิวัฒนาการกฎหมายเกี่ยวกับการทำแท้งนั้นได้มีวิวัฒนาการตั้งแต่สมัยโบราณจนถึงสมัยปัจจุบัน ดังนี้

2.2.1 กฎหมายตราสามดวง

กฎหมายตราสามดวงเกิดจากผลของการชำระสะสางและการรวบรวมกฎหมายของ พระบาทสมเด็จพระพุทธยอดฟ้าจุฬาโลก สาเหตุที่มีพระบรมราชโองการสะสางกฎหมายที่ใช้บังคับ อยู่ในขณะนั้นเนื่องจาก คดีหย่าระหว่างอำแดงป้อม กับนายบุญศรี ข้อเท็จจริงย่อของคดีมีดังนี้²⁰

ในปี 2347 อำแดงป้อม ฟ้องหย่าสามีชื่อ นายบุญศรี นายบุญศรี ให้การต่อพระเกษมว่า อำแดงป้อมมีชู้กับพระราชาอรรด และมาขอหย่ากับตน ตนไม่ยอมหย่าให้ อย่างไรก็ตาม ศาลได้ ตัดสินให้อำแดงป้อมหย่าได้ หลังจากฟังคำพิพากษาคดีแล้ว นายบุญศรี ได้ยื่นถวายฎีกาต่อรัชกาลที่ 1 โดยกราบทูลว่า อำแดงป้อมภรรยาของตนได้ยื่นขอหย่าจากตนต่อศาล และตนได้ให้การต่อพระ เกษมผู้เป็นตุลาการในขณะนั้นว่า อำแดงป้อมมีชู้กับพระราชาอรรดและยังมาขอหย่ากับตน นายบุญ ศรีไม่ยอมหย่าให้ นายบุญศรีกราบทูลด้วยว่า พระเกษมมิได้พิจารณาคำให้การของตน กลับไปเกี่ยว พาราตีอำแดงป้อม พระเกษมคัดข้อความให้แก่ลูกขุน ลูกขุนปรึกษากันแล้วลงความเห็น ว่า หญิง หย่าชายหย่าได้ ดังนั้นจึงตัดสินให้อำแดงป้อมกับนายบุญศรีขาดจากการเป็นสามีภรรยากันตาม กฎหมาย (ลักษณะฟัวเมีย)

พระบาทสมเด็จพระพุทธยอดฟ้าจุฬาโลกทรงพิจารณาข้อเท็จจริง มีพระราชวินิจฉัยว่า การยอมให้หญิงที่มีชู้และต้องการหย่าขาดจากสามี หย่าได้นั้นเป็นการยุติธรรมอย่างยิ่ง จึงมีพระ บรมราชโองการให้ตรวจสอบกฎหมายลักษณะฟัวเมีย ให้นำกฎหมายฉบับศาลหลวงมาเทียบกับ กฎหมายฉบับหอหลวงข้างที่ จากการเปรียบเทียบปรากฏว่า กฎหมายทุกฉบับมีข้อความตรงกัน คือ หญิงหย่าชาย หย่าได้ เมื่อทราบทราบผลการเปรียบเทียบในปีพุทธศักราช 2347 จึงมีพระบรมราช โองการให้ชำระสะสางกฎหมายทั้งหมดที่ใช้บังคับอยู่ในขณะนั้นจนกระทั่งเป็นกฎหมายตราสาม ดวง ต้นฉบับของกฎหมายฉบับนี้เขียนลงในต้นฉบับที่พับเป็นจีบและมี 3 ชุดด้วยกัน แต่ละชุดมี 41 เล่ม กฎหมายแต่ละบทหรือที่เรียกว่าแต่ละลักษณะมีเพียง 1 ฉบับหรือมากกว่านั้น กฎหมายชุดหนึ่ง เก็บไว้ในห้องเครื่อง เพื่อให้พระมหากษัตริย์ผู้ทรงใช้ อีกชุดหนึ่งนำไปเก็บไว้ที่หอหลวง ส่วนอีกชุด

²⁰ พิศาส สุกนธพันธุ์. (2524). *ข้อกฎหมายไทยว่าด้วยความผิดฐานทำแท้ง*. หน้า 1.

หนึ่งนำไปเก็บไว้ที่ลูกขุนศาลหลวง กฎหมายแต่ละชุดเมื่อรวมกันเรียกว่า ฉบับหลวงมีคราประทับ 3 ตรา ด้วยกัน คือ ราชสีห์ คชสีห์ และบัวแก้ว แสดงว่ากฎหมายนี้มีอำนาจสั่งการได้ ตลอดหัวเมือง ภายใต้บังคับของกลาโหม มหาคไทย และพระคลัง²¹

กฎหมายตราสามดวงมีทั้งหมด 29 ลักษณะ และพระอัยการเบ็ดเสร็จหรือลักษณะเบ็ดเสร็จ ไม่ปรากฏว่ามีบทบัญญัติว่าด้วยความผิดฐานทำให้แท้งลูก (โดยเฉพาะอย่างยิ่งบทว่าด้วยความผิดที่หญิงทำให้ตนเองแท้งลูก) บัญญัติไว้โดยตรงในกฎหมายฉบับนั้นแต่ประการใด แต่มีปรากฏในมาตรา 145 บทที่ 12 แห่งลักษณะเบ็ดเสร็จที่บัญญัติว่า ผู้ใดเอายาให้ท่านกิน ลูกในท้องท่านตายต้องถูกปรับทวน ประจาน และจำคุก และถ้าหญิงนั้นตาย ผู้นั้นมีโทษถึงตายด้วย ซึ่งอาจนำมาปรับใช้กับคดีความผิดฐานทำให้แท้งลูกโดยที่หญิงนั้นไม่ยินยอมโดยอนุโลม ในเรื่องนี้ขุนหลวงพระไกรสี (เทียม) นักกฎหมายสมัยรัชกาลที่ 5 เห็นว่า การทำแท้งโดยหญิงไม่ยินยอมอาจอยู่ในบังคับของมาตรา 143, 144 หรือมาตรา 145 ของบทที่ 12 แห่งลักษณะเบ็ดเสร็จ แล้วแต่ว่าข้อเท็จจริงในแต่ละคดีจะต้องด้วยบทบัญญัติของมาตราใด โดยขุนหลวงพระไกรสีกล่าวว่า

“รีดโดยผู้อื่น

.....ผู้ใดกระทำ.... โดยตั้งใจรีดลูกออกมาจากท้องหญิง ถึงแม้หญิงนั้นจะมีท้องจริงก็ดี หรือไม่มีท้องจริงก็ดี.....จะต้องมีโทษหนัก.... (นี่เป็นหลักกฎหมายอังกฤษ) ในกฎหมายไทยคงต้องโทษตามลักษณะเบ็ดเสร็จ บทที่ 149-150-151 กฎหมายราชบุรี²² เมื่อคดีมีกิริยาเข้าในบทใดบทหนึ่งเสร็จแล้ว ผู้กระทำต้องรับโทษตามกฎหมายนั้น”

กรณีหญิงทำให้ตนเองแท้งลูก ขุนหลวงพระไกรสีไม่มั่นใจว่าจะมีบทบัญญัติกฎหมายไทยบทใดลงโทษหญิงที่ทำให้ตนเองแท้งลูก ท่านกล่าวดังนี้

“รีดลูกโดยตัวหญิงเอง

.....หญิงใดมีครรภ์ตั้งใจจะเอาลูกออกจากท้องของตนก่อนเวลาที่ควร โดยหายาเบื่อเมาหรือของสิ่งอื่นๆกินเองเพื่อให้ลูกออก หรือหาเครื่องมือควักล้างจะให้ลูกออกด้วยประการใด หญิงนั้นต้องมีโทษ ข้อนี้กฎหมายไทยสงสัย เพราะยังไม่มีคำพิพากษาฎีกาหรือพระราชบัญญัติวางไว้แน่นอน ที่ว่ามาข้างต้นนี้เป็นแต่หลักกฎหมายที่ในประเทศอื่นเขาใช้กัน

²¹ คลอริช เวลส์. (2519). การปกครองและการบริหารของไทยสมัยโบราณ แปลโดย กาญจน์ สัมเกียรติกุลและยุพา ชมจันทร์. หน้า 263.

²² กฎหมายราชบุรี เป็นชื่อหนังสือ ว่าด้วยกฎหมายตราสามดวง ที่กรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์ ทรงจัดพิมพ์ขึ้น

ในเรื่องนี้กรมหลวงราชบุรีได้กล่าวไว้เป็นอย่างเดียวกันในคำบรรยายกฎหมายราชบุรีว่า ไม่มีบทบัญญัติกฎหมายไทยว่าด้วยความผิดฐานทำให้แท้งลูกโดยตรง²³ แต่ทรงเห็นว่ามาตรา 45 และมาตรา 150 บทที่ 12 แห่งลักษณะเบ็ดเสร็จอาจใช้บังคับคดีกับคดีที่ผู้อื่นทำให้หญิงแท้งลูกได้²⁴

ในความเห็นของกรมหลวงราชบุรีที่ว่า มาตรา 145 บัญญัติว่า “ผู้ใดให้ยาแก่ท่านกินลูกในท้องตาย....ให้.....เอาขึ้นขาทยังประจารแล้วจำไว้ ณ ลูก ถ้าตายทั้งแม่ทั้งลูกให้มันตายตกไปตามกัน” อาจนำไปปรับใช้กับคดีผู้อื่นทำให้หญิงแท้งลูกได้นั้น น่าจะเป็นไปได้ แต่ในมาตรา 150 ซึ่งบัญญัติว่า “ผู้ใดวิวาทกับหญิงมีครรภ์ ดีพันแทงหญิงมีครรภ์ ลูกในท้องตาย....ให้ไหมผู้ดีพันแทง..... ถ้าตายทั้งแม่ทั้งลูกให้ฆ่าผู้ดีพันให้ตายไปตามกัน” จะนำมาปรับใช้กับความผิดฐานแท้งลูกนั้นจะเหมาะสมหรือไม่ ผู้ศึกษามีความเห็นที่น่าจะเป็นเรื่องการกระทำความผิดฐานทำร้ายร่างกายเป็นเหตุให้หญิงได้รับอันตรายสาหัสจะเหมาะสมกว่า เพราะเหตุว่า เจตนาอยู่ในการทำร้ายร่างกายหญิง มิใช่เจตนาอยู่การทำให้หญิงแท้งลูก ซึ่งถ้านำไปปรับใช้กับคดีผู้อื่นทำให้หญิงแท้งลูกได้ ก็หมายความว่า กฎหมายความผิดฐานทำให้แท้งลูกในขณะนั้นมีได้เพ่งเล็งที่เจตนาว่ามีเจตนาทำให้แท้งลูกหรือไม่ แต่เพ่งเล็งที่ผลจากการกระทำ คือ ผลจากการกระทำออกมาเป็นการแท้งลูก ก็มีความผิดฐานทำให้แท้งลูก

สำหรับกฎหมายที่ลงโทษหญิงที่ทำให้ตนเองแท้งลูกนั้น กรมหลวงราชบุรีทรงเห็นว่าจะไม่มีอยู่ พระองค์เคยกล่าวไว้ในตอนหนึ่งของหนังสือเล็คเชอร์กฎหมายราชบุรีว่า “แม้มารดาไม่ยอมให้เกิด รีดออกเสีย เด็กนั้นไม่เป็นบุคคลเลยอย่างนี้ ดูสอนๆแต่เป็นสิ่งที่จริงได้กระมัง เพราะตามธรรมชาติอาญาทั้งหลายไม่ค่อยยอมทำโทษอาญาแก่ใคร เมื่อไม่มีกฎหมายว่าลงไปเป็นชัดเจนซึ่งในเรื่องรีดลูกเป็นข้อจนอยู่ ณ บัดนี้”²⁵

ต่อมาในรัชกาลที่ 5 มีการร่างพระราชบัญญัติกำหนดพระราชอาญาจำ (ร.ศ. 115)²⁶ และพระราชกำหนดประทุษร้ายต่อร่างกายและชีวิตมนุษย์ (ร.ศ.118)²⁷ ซึ่งร่างกฎหมายทั้งสองฉบับมิได้ประกาศใช้บังคับเป็นกฎหมายในขณะนั้นเพราะมีเหตุจำเป็นบางประการที่จะต้องมีการทำประมวลกฎหมาย กฎหมายลักษณะอาญา (ร.ศ. 127) จึงถูกร่างขึ้นและประกาศใช้แทนร่างกฎหมายทั้งสอง ใน พ.ศ. 2451 มีทั้งหมด 340 มาตราด้วยกัน อย่างไรก็ตามถึงแม้ร่างกฎหมายทั้งสองฉบับจะมีได้

²³ กรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์. (2458). เล็คเชอร์กฎหมายราชบุรี. หน้า 17

²⁴ แหล่งเดิม. หน้า 15-16.

²⁵ กรมหลวงราชบุรี. หน้าเดิม.

²⁶ ร่างพระราชบัญญัติกำหนดพระราชอาญาจำ ร.ศ. 115

²⁷ ร่างพระราชบัญญัติกำหนดความผิดฐานทำร้ายร่างกายและชีวิตมนุษย์ ร.ศ. 118

ประกาศใช้บังคับ แต่ก็สามารถนำมาศึกษาถึงลักษณะของกฎหมายไทยในเรื่องการทำแท้งในขณะนั้นได้เป็นอย่างดี

ร่างพระราชบัญญัติกำหนดพระราชอาญาจำ (ร.ศ. 115)

ในร่างพระราชบัญญัติ ร.ศ. 115 นี้มีบทบัญญัติว่าด้วยความผิดฐานทำให้แท้งลูกอยู่ด้วยดังนี้ว่า ผู้ใดเจตนาทำให้หญิงแท้งลูกไม่ว่าจะด้วยความยินยอมของหญิงหรือไม่ก็ตามต้องได้รับโทษ เว้นแต่ จะเป็นการทำแท้งด้วยความยินยอมของหญิงและมีเหตุที่จะอ้างได้ตามกฎหมาย ตามร่างพระราชบัญญัตินี้ ผู้ใดพยายามทำแท้งผู้อื่นจะต้องได้รับโทษ ดังมีรายละเอียดบัญญัติใน

มาตรา 64 “ผู้ใดจงใจริดลูกในครรภ์หญิง ที่ไม่ถึงกำหนดคลอดโดยไม่มีเหตุเพื่อป้องกันชีวิตหญิงมารดา ถ้าลูกนั้นไม่ตกคลอดได้ มีโทษจำไม่เกิน 3 ปี ถ้าลูกนั้นตกคลอดได้ตามประสงค์ มีโทษจำคุกไม่เกิน 7 ปี”

จะสังเกตได้ว่าในมาตรา 64 นี้โทษของความพยายามกระทำผิดฐานทำให้แท้งลูกมีโทษจำคุกไม่เกิน 3 ปี

นอกจากนี้ยังมีบทบัญญัติในมาตรา 67 เอาผิดแก่ผู้กระทำการ โดยเจตนาให้หญิงแท้งลูก แม้ว่าผลของการกระทำนั้น ทำให้เด็กในครรภ์คลอดออกมาในลักษณะมีชีวิตอยู่แต่ตายในภายหลัง ดังมีรายละเอียดดังนี้ “ผู้ใดจงใจกระทำการในครรภ์ ซึ่งมีชีวิตอยู่ให้ตายในครรภ์ด้วยประการใดๆ นอกจากที่ตั้งใจช่วยหญิงมารดา ถึงแม้ว่าทารกนั้นคลอดออกมาแล้วจึงตายก็ดี มีโทษจำคุกไม่เกิน 7 ปี”

ข้อที่น่าสังเกตในร่างพระราชบัญญัตินี้ว่า

1. ความผิดฐานทำร้ายร่างกายจนเป็นเหตุให้หญิงได้รับอันตรายสาหัสถึงแท้งลูกในมาตรา 68 นั้น ผู้ร่างได้จัดไว้ในหมวดว่าด้วยความผิดฐานทำให้แท้งลูก มิได้อยู่หมวดความผิดต่อร่างกาย เช่น มาตรา 297 แห่งประมวลกฎหมายอาญา

2. โทษสำหรับความผิดฐานทำให้แท้งลูก ตามร่างพระราชบัญญัตินี้มีอยู่เพียงสถานเดียว คือ โทษจำคุก แม้กระทั่งในมาตรา 68 ก็บัญญัติโทษจำคุกสถานเดียวเท่านั้นดังนี้

มาตรา 68 “ผู้ใดจงใจกระทำความร้ายหญิงมีครรภ์เป็นเหตุให้ทารกในครรภ์ต้องเป็นอันตรายตายเร็วด้วยประการใด แม้หญิงมารดาไม่มีเหตุถึงตาย เป็นแต่ทารกมีอันตรายเพราะความเจ็บป่วยของมารดา ต้องมีโทษจำคุกไม่เกิน 3 ปี”

จากข้อสังเกตทั้ง 2 ประการ ก่อให้เกิดความเข้าใจว่า กฎหมาย ในขณะนั้นมุ่งประสงค์จะคุ้มครองทารกในครรภ์ หรือชีวิตในครรภ์ จึงได้มีการวางโทษหนักคือ จำคุกเพียงสถานเดียว เพื่อเป็นการขู่และป้องปรามมิให้ผู้ใดล่วงละเมิดชีวิตในครรภ์ได้ โดยเฉพาะในมาตรา 68 นั้น เป็นการทำความร้ายหญิงมีครรภ์ แต่เป็นเหตุให้ทารกในครรภ์เป็นอันตรายเร็วหรือทารกมีอันตรายถึง

ตาย ถึงแม้ว่าผู้เป็นมารดาเพียงแค่เจ็บป่วย หรือไม่มีเหตุถึงตายก็มีโทษถึงขึ้นจำคุกไม่เกิน 3 ปี ซึ่งเท่ากับโทษฐานพยายามกระทำความผิดฐานทำให้แท้งลูกในมาตรา 64 ก็ยังทำให้เกิดความเข้าใจว่ากฎหมายในสมัยนั้นให้ความสำคัญแก่ชีวิตในครรภ์ จึงมีการวางกฎเกณฑ์ในการให้ความคุ้มครองแน่นอนเช่นนี้

ร่างพระราชกำหนดประทุษร้ายต่อร่างกายและชีวิตมนุษย์ (ร.ศ.118)

ในร่างพระราชกำหนดประทุษร้ายต่อร่างกายและชีวิตมนุษย์ (ร.ศ.118) ได้บัญญัติความผิดฐานกระทำให้แท้งลูก ในมาตรา 14-17 ไว้ดังนี้

มาตรา 14 ถ้าผู้ใดกระทำการอย่างใดๆด้วยความตั้งใจจะให้หญิงหนึ่งผู้ใดแท้งลูก จนเป็นเหตุให้หญิงนั้นแท้งบุตร พิจารณาเป็นสัตย์ ให้ลงทัณฑ์โทษผู้นั้น สถานหนึ่งให้จำคุกไว้มีกำหนดไม่เกิน 3 ปี กับจะให้ทำการหนักด้วยฤาไม้ก็ได้ฤาสถานหนึ่งให้ปรับ ฤาสถานหนึ่งทั้งจำคุก และทั้งปรับด้วย และถ้าทารกในครรภ์หญิงนั้นคืบได้แล้ว ก็ให้ลงทัณฑ์โทษหนักขึ้นดังนี้ คือ สถานหนึ่งให้จำคุกไว้มีกำหนดไม่เกินกว่า 7 ปี กับจะให้ทำการหนักด้วยฤาไม้ก็ได้ แล้วให้ปรับด้วย อีกโสดหนึ่ง เว้นแต่การที่ทำให้หญิงแท้งบุตรนั้น เป็นไปด้วยความตั้งใจจะช่วยชีวิตหญิงผู้มารดา ทารกนั้นให้รอดจากความตายโดยสุจริตจึงจะไม่มีโทษตามมาตรานี้

มาตรา 15 ถ้าผู้ใดกระทำความผิดดังกล่าวไว้ในมาตรา 14 โดยหญิงเจ้าตัวเขาไม่ยินยอม ให้ทำแก่เขา.....ให้ลงโทษผู้นั้น.....

มาตรา 16 ถ้าผู้ใดกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใด ด้วยความมุ่งหมายจะให้หญิงแท้งบุตร จนเป็นเหตุให้หญิงนั้นถึงแก่ความตายด้วยการที่กระทำนั้น....ให้ลงโทษผู้นั้น.....

มาตรา 17 ถ้าผู้ใดกระทำการใดๆด้วยความมุ่งหมายจะให้ทารกตายออกมาจากครรภ์ มารดาก็ดี ฤาจะให้ตายเมื่อคลอดออกมาแล้วก็ดี ถ้าทารกนั้นตายออกมาจากครรภ์ ฤาคลอดมาแล้ว จึงตายด้วยการที่กระทำนั้น....ให้ลงทัณฑ์โทษผู้นั้น.....เว้นไว้แต่การที่ทำนั้น เป็นไปด้วยความตั้งใจ เพื่อจะช่วยชีวิตมารดาของทารกนั้นให้รอดจากความตายโดยสุจริต จึงจะไม่มีโทษตามมาตรานี้

จากมาตรา 14-17 จะเห็นได้ว่า การทำแท้งจะเป็นด้วยความยินยอมของหญิงมีครรภ์ หรือไม่ ก็เป็นความผิด เว้นแต่ในกรณีการทำแท้งที่มีเหตุอ้างได้ตามกฎหมาย และหญิงมีครรภ์นั้นยินยอม และในร่างพระราชกำหนดดังกล่าวมีพัฒนาการกำหนดโทษสำหรับการทำแท้งที่เด็กในครรภ์จะคืบได้ (before quickening) และกำหนดโทษสำหรับการทำแท้งหลังจากที่เด็กในครรภ์คืบได้ (after quickening) เอาไว้ต่างกัน กล่าวคือ โทษสำหรับกรณีหลังสูงกว่ากรณีแรก อาจสืบเนื่องจากเหตุผลที่ว่า การคืบได้ของเด็กในครรภ์เป็นการแสดงสัญญาณของการมีชีวิตหรือความใกล้ที่จะเป็นมนุษย์มากยิ่งขึ้นกว่าเด็กในครรภ์ที่ยังคืบไม่ได้ ทำให้เกิดปัญหาที่ว่าเด็กในขณะนั้นมีชีวิตแล้วหรือไม่ และวิทยาศาสตร์ในขณะนั้นไม่เจริญถึงขั้นจะพิสูจน์ให้เห็นได้ชัดว่าตัวอ่อนในครรภ์มีระยะ

ของการพัฒนาอย่างไร จึงใช้ความรู้สึกของผู้เป็นมารดาเมื่อเด็กเป็นเกณฑ์พิจารณาถึงแม้ว่าพระพุทธรเจ้าจะได้แสดงพระพุทธรพจน์เกี่ยวกับกำเนิดของสรรพสัตว์ในพระพุทธรศาสนามานานกว่า 2,000 ปี มาแล้วก็ตาม

สำหรับบทบัญญัติที่ลงโทษหญิงที่ทำให้ตนเองแท้งลูกนั้นไม่มีปรากฏในมาตราใดในร่างพระราชกำหนดนี้ เช่นเดียวกับกฎหมายตราสามดวง ร่างพระราชบัญญัติ (ร.ศ. 115) ในประเด็นนี้มีคำอธิบายมาตรา 4 ในเอกสาร ร.5 ข.23/1²⁸ ความว่า บทบัญญัติของมาตรา 14 คลุมไปถึงเรื่องการทำหญิงทำให้ตนเองแท้งลูกด้วยซึ่งในคำอธิบายนี้มีผู้ไม่เห็นด้วย²⁹ โดยให้เหตุผลว่าถ้อยคำของมาตรา 14 ซึ่งถึงการกระทำที่บุคคลหนึ่งกระทำต่ออีกบุคคลหนึ่ง ไม่ใช่เรื่องของการกระทำที่หญิงทำต่อตนเอง แต่ถ้าคำอธิบายดังกล่าวถูกต้อง หรือถือได้ว่าเป็นความเห็นของผู้ร่างกฎหมายก็หมายความว่าความคิดที่จะลงโทษหญิงที่ทำให้ตนเองแท้งลูกได้เริ่มมีมาก่อนที่จะมีประมวลกฎหมายอาญา ในปัญหานี้ถ้าเราสามารถเทียบมาตรา 261 แห่งกฎหมายลักษณะอาญาเดิมมีความน่าเชื่อถือเดียวกับมาตรา 14..... แห่งร่างพระราชกำหนดฯ (ร.ศ.118) เพราะมาตรา 302 มีข้อความทำนองเดียวกับมาตรา 261³⁰ และมาตรา 263 แห่งกฎหมายลักษณะอาญาเดิม มีความทำนองเดียวกับมาตรา 15 แห่งร่างพระราชกำหนดฯ มาตรา 303 แห่งประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2499 ก็น่าที่จะมีความทำนองเดียวกับมาตรา 15 เพราะมาตรา 303 มีความทำนองเดียวกับมาตรา 263 แห่งกฎหมายลักษณะอาญา³¹ จะมีมาตราเดียวคือ มาตรา 301 แห่งประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2499 ซึ่งมีความทำนองเดียวกับมาตรา 260 ที่บัญญัติลงโทษหญิงผู้ซึ่งทำให้ตนเองแท้งลูกขาดหายไป ในร่างพระราชกำหนดนี้ ตามหลักกฎหมายมาตรา 2 ในประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2499 บุคคลจะต้องรับโทษในทางอาญาเมื่อได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้ในขณะนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้และโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดนั้นต้องเป็นโทษที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย ดังนั้น ถ้ายกเลิกมาตรา 301 ในประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2499 กฎหมายในส่วนนี้จะเกิดช่องว่าง (Law gap) กล่าวคือ กฎหมายอาญาจะลงโทษได้แต่เฉพาะบุคคลอื่นผู้ซึ่งกระทำให้หญิงแท้งลูกตามมาตรา 302 แต่จะไม่สามารถลงโทษหญิงมีครรภ์ที่ทำให้ตนเองแท้งลูก หรือยอมให้ผู้อื่นทำให้ตนเองแท้งลูก คำว่า “ผู้ใด” ในมาตรา 302 ไม่ได้หมายความว่าถึงตัวหญิงที่มีครรภ์และทำให้ตนเองแท้งลูก แต่หมายถึง “บุคคลที่สาม

²⁸ ร่างพระราชกำหนดว่าด้วยความผิดฐานทำร้ายร่างกายและชีวิตมนุษย์ ร.ศ. 118, หน้า 12 เอกสาร ร.5 ข.23/1 ณ หอจดหมายเหตุ.

²⁹ พิศวาส สุคนธพันธุ์. (2524). หน้าเดิม. หน้า 31.

³⁰ จิตติ ดิงศภัทรี. (มกราคม-กุมภาพันธ์). “ความผิดฐานทำให้แท้งลูก.” ดุลพาหนิตยสารกระทรวงยุติธรรม, 15(1). หน้า 20.

³¹ แหล่งเดิม.

ซึ่งกฎหมายไม่ได้จำกัดว่าจะเป็นใคร...เมื่อเป็นดังนี้ ผู้ศึกษาเห็นด้วยว่า มาตรา 14 แห่งพระราชกำหนดนี้จึงไม่น่าจะคลุมไปถึงเรื่องการที่หญิงทำให้ตนเองแท้งลูกด้วย ซึ่งจะก่อให้เกิดความเข้าใจได้ว่า กฎหมายในขณะนั้นยังไม่มีวัตถุประสงค์ลงโทษหญิงผู้ซึ่งทำให้ตนเองแท้งลูก อาจเป็นได้ว่าในขณะนั้นไม่มีปัญหาเรื่องหญิงทำลายลูกในครรภ์ตนก็เป็นได้

ในร่างพระราชกำหนดนี้ มีข้อสังเกตดังนี้

1. ในมาตรา 17 บัญญัติเอาผิดแก่ผู้ใดก็ตามที่ทำการด้วยเจตนาที่จะทำให้หญิงแท้งลูกหรือทำให้เด็กในครรภ์คลอดก่อนกำหนดในลักษณะที่มีชีวิตอยู่แต่ตายภายหลังคลอด เว้นแต่จะได้กระทำด้วยเจตนาสุจริตที่จะช่วยชีวิตหญิงมีครรภ์นั้น จะเห็นได้ว่าการทำให้เด็กในครรภ์คลอดก่อนกำหนด ในลักษณะที่มีชีวิตอยู่นั้น เป็นเพียงพยายามกระทำความผิดฐานทำให้แท้งลูกเท่านั้น แต่ในร่างพระราชกำหนดฉบับนี้ก็บัญญัติให้ลงโทษผู้ซึ่งเมื่อเด็กตายภายหลังคลอด เช่นเดียวกับการกระทำความผิดแห่งสำเร็จ ผู้ศึกษาเข้าใจว่า ผู้ร่างพระราชกำหนดฉบับนี้ยึดหลักเกณฑ์การคลอดก่อนกำหนด คือ โดยปกติการตั้งครรภ์ของมนุษย์เฉลี่ยใช้เวลา 40 สัปดาห์ หรือ 280 วัน เมื่อครบกำหนดก็จะเจ็บท้องและคลอดออกมาเองโดยธรรมชาติ แต่การกระทำที่ทำให้เด็กคลอดก่อนกำหนด จะทำให้เด็กมีลักษณะไม่สมบูรณ์เหมือนเด็กที่อยู่ในครรภ์จนครบกำหนดและคลอดเอง การเลี้ยงดูเด็กคลอดก่อนกำหนดให้เจริญเติบโตต่อไปเหมือนเด็กปกติจึงทำได้ยาก อายุเด็กในครรภ์ยิ่งน้อยเท่าไร การเลี้ยงดูก็ยิ่งยากเท่านั้น ร่างพระราชกำหนดฉบับนี้จึงกำหนดลงโทษทัณฑ์เสมือนการทำให้หญิงแท้งลูก คือ คลอดก่อนกำหนด

2. ในมาตรา 14, 17 บัญญัติถึงข้อยกเว้นทางการแพทย์ (เพื่อช่วยชีวิตหญิงมีครรภ์นั้น) ไว้ด้วยเช่นเดียวกับมาตรา 64,67 แห่งร่างพระราชบัญญัติ (ร.ศ. 115)

3. ร่างพระราชกำหนดฉบับนี้ มีความแตกต่างจากร่างพระราชบัญญัติ (ร.ศ. 115) ซึ่งบัญญัติห่างกันไม่นานเพียง 3 ปี เท่านั้น แต่ต่างก็มีได้มีโอกาสถูกประกาศใช้บังคับ คือ

ก. ตามร่างพระราชบัญญัติฯ (ร.ศ. 115) กำหนดโทษสำหรับการทำแท้งสถานเดียว คือ โทษจำคุก ในขณะที่ตามร่างพระราชกำหนดฉบับนี้มีหลายสถาน อาจเป็นประการใดประการหนึ่ง หรือหลายประการต่อไปนี้ คือ โทษจำคุก โทษทำงานหนัก โทษปรับ หรือถูกเนรเทศ

ข. ตามร่างพระราชบัญญัติฯ (ร.ศ. 115) ไม่ได้คำนึงถึงภาวะการคืบได้ (Quickening) ของเด็กในครรภ์แต่ประการใด ในขณะที่ร่างพระราชกำหนดฉบับนี้ กำหนดโทษสำหรับการทำแท้งก่อนที่เด็กในครรภ์จะคืบได้ เบากว่าโทษสำหรับการทำแท้งที่หลังเด็กคืบได้

2.2.2 กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127

กฎหมายลักษณะอาญา (ร.ศ. 127) ได้บัญญัติความผิดฐานทำแท้งทั้งหมด 5 มาตราด้วยกัน คือ ตั้งแต่มาตรา 260-264 อันมีใจความ ดังนี้

มาตรา 260 หญิงใดริดลูกให้แท้งก็ดี ยินยอมให้คนอื่นริดลูกให้แท้งก็ดี ท่านว่ามันมีความผิดต้องระวางโทษ.....

มาตรา 261 ผู้ใดริดลูกเขาให้แท้ง แม้ว่าหญิงยินยอมให้มันริดก็ดี ท่านว่ามันมีความผิดต้องระวางโทษ.....

มาตรา 262 ถ้าผู้กระทำผิด เช่นว่าในมาตรา 261 นั้น เป็นแพทย์ หรือเป็นผดุงครรภ์ก็ดี หรือเป็นคนทำโดยเห็นแต่สินจ้างรางวัลก็ดี ท่านให้ลงโทษมันตามที่บัญญัติไว้สำหรับความผิดเช่นนั้น ทวิขึ้นอีกหนึ่งในสามส่วน

มาตรา 263 ผู้ใดรู้ว่ายามีครรภ์ และหญิงมิได้อนุญาตให้มันริดลูก ถ้าแลมันกระทำร้ายด้วยกำลังกาย หรือด้วยประการหนึ่งประการใด ให้หญิงนั้นแท้งลูกไซ้ ท่านว่ามันมีความผิดต้องระวางโทษฐานประทุษร้ายแก่ร่างกายถึงสาหัส.....

มาตรา 264 ผู้ใดพยายามกระทำความผิดอย่างใดใดที่ท่านบัญญัติไว้ในมาตรา 260 และมาตรา 261 นั้น ท่านว่าเป็นการไม่สำคัญอย่าให้เอาโทษแก่มันเลย

กฎหมายลักษณะอาญา (ร.ศ. 127) เป็นกฎหมายที่บัญญัติชัดเจนเอาความผิดแก่หญิงที่ทำให้ตนเองแท้งลูก หรือยินยอมให้คนอื่นริดลูก แสดงให้เห็นว่า กฎหมายเริ่มมีวัตถุประสงค์ให้หญิงรับผิดชอบในการกระทำทำให้ตนเองแท้งลูก หรือยินยอมให้คนอื่นทำให้ตนเองแท้งลูก นอกจากนั้นกฎหมายลักษณะอาญานี้ ระบุการทำแท้งเป็นการกระทำความผิดกฎหมายโดยไม่มีข้อยกเว้นใดๆ ทั้งสิ้น เว้นแต่กรณีการพยายามทำแท้งที่เกิดขึ้นด้วยความยินยอมของหญิงนั้น กฎหมายไม่ลงโทษและกฎหมายฉบับนี้มีวัตถุประสงค์ในการลงโทษบุคคลที่มีอาชีพในทางแพทย์ หรือผดุงครรภ์หรือผู้ที่ทำการโดยเห็นแก่สินจ้างรางวัลทำให้หญิงแท้งลูก ต้องรับโทษหนักขึ้น ซึ่งจากมาตรา 262 นี้ ผู้ร่างกฎหมายอาจเห็นว่า บุคคลที่มีอาชีพเหล่านี้ มีหน้าที่ในการป้องกันโรคและการบำบัดโรคช่วยเหลือชีวิตมนุษย์ และการทำแท้งนั้นไม่ใช่เป็นการบำบัดโรค เพราะการตั้งครรภ์มิใช่การเจ็บป่วย เป็นการพิจารณาหน้าที่สมควรลงโทษหนัก

2.2.3 ประมวลกฎหมายอาญา (พ.ศ. 2500- ปัจจุบัน)

หลังจากได้บังคับใช้กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 มาเป็นเวลาประมาณ 38 ปี รัฐบาลเห็นความจำเป็นที่จะให้มีการแก้ไขกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ขึ้น ทั้งนี้ เพื่อให้สอดคล้องกับสภาพสังคมไทยที่ได้เปลี่ยนแปลงไป รัฐบาลจึงได้แต่งตั้งคณะกรรมการขึ้นเพื่อดำเนินการแก้ไขกฎหมายฉบับดังกล่าว และในระหว่างดำเนินการพิจารณาแก้ไขกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 อยู่ นั้น นายอาร์ กียอง ที่ปรึกษาชาวฝรั่งเศส ได้จัดทำบันทึกความเห็นเกี่ยวกับการทำแท้งขึ้นอย่างละเอียดเกี่ยวกับสถานภาพของการทำแท้งในต่างประเทศ ตั้งแต่สาธารณรัฐกรีกโบราณจนถึงกลางพุทธศักราช 2482 เพื่อแจกให้แก่สมาชิกคณะอนุกรรมการพิจารณาแก้ไขกฎหมายใช้ในการ

ประกอบพิจารณาในวาระแรก แต่บันทึกดังกล่าวมิได้กล่าวถึงสถานภาพของการทำแท้งตามกฎหมายไทยเอาไว้ด้วย³²

นายอาร์ กียอง กล่าวไว้ในบันทึกนั้นว่า แนวโน้มของการบัญญัติกฎหมายว่าด้วยความผิดฐานทำให้แท้งลูก มีอยู่ 3 ทางด้วยกัน คือ

1. การทำแท้ง (เท่ากับ) เป็นการฆ่าคน
2. บัญญัติให้การทำแท้งเป็นการกระทำที่ทำได้ตามกฎหมาย กล่าวคือ ไม่ถือว่าการทำแท้งเป็นอาชญากรรม และ
3. บัญญัติให้การทำแท้งเป็นความผิด แต่มีข้อยกเว้นให้บางประการ เช่น เหตุผลทางการแพทย์

ที่ประชุมอนุกรรมการตรวจพิจารณาการแก้ไขกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ได้ลงมติว่า ในการบัญญัติกฎหมายว่าด้วยความผิดฐานทำให้แท้งลูกนั้นควรพิจารณาถึงนโยบายของรัฐบาลที่จะเพิ่มประชากรด้วย เพราะในบันทึกของนายอาร์ กียอง ได้ชี้ให้เห็นว่ากฎหมายในประเทศต่างๆ มีบทบัญญัติห้ามการทำแท้งเอาไว้โดยเฉพาะประเทศใดที่มีนโยบายเพิ่มจำนวนประชากร และในที่สุดที่ประชุมอนุกรรมการพิจารณาตรวจการแก้ไขกฎหมาย เมื่อวันที่ 25 พฤศจิกายน พ.ศ. 2482 นายอาร์ กียอง ได้เสนอว่า กฎหมายไทยควรยอมให้มีการทำแท้งได้ในกรณีที่เป็นจำเป็น และ ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช ก็ได้เสนอให้กฎหมายไทยเดินสายกลาง ในที่สุดที่ประชุมลงมติให้บัญญัติว่า การทำแท้งเป็นความผิดตามกฎหมาย เว้นแต่จะทำได้ขึ้นเพื่อช่วยชีวิตหรือสุขภาพของหญิง สำหรับข้อยกเว้นเหตุทางกฎหมายนั้น ได้เพิ่มขึ้นในช่วงหลังของการแก้ไขกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 มาตรา 289 ทวิ ของร่างประมวลกฎหมายแห่งปี 2494 ฉบับที่ปรับปรุงแก้ไขแล้ว และที่จะนำเสนอต่อรัฐสภาบัญญัติถึงข้อยกเว้นว่าด้วยเหตุผลทางการแพทย์ ในกรณีการตั้งครรภ์ของหญิงนั้นเกิดจากคดีความผิดทางเพศ

ประมวลกฎหมายอาญา ประกาศใช้ในปลายปีพุทธศักราช 2499 มีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม พ.ศ. 2500 รวมบทบัญญัติเกี่ยวกับความผิดฐานทำให้แท้งลูกมีทั้งหมด 5 มาตรา คือ มาตรา 301-305 ซึ่งบทบัญญัตินี้มีความแตกต่างเพียงเล็กน้อยกับความผิดฐานทำให้แท้งลูกแห่งกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 กล่าวคือ หลักในประมวลกฎหมายอาญานั้น ผู้ใดจะทำให้เกิดการแท้งลูกมิได้ เว้นแต่จะทำได้ด้วยเหตุผลทางการแพทย์ (จำเป็นเพื่อสุขภาพของหญิง) หรือด้วยเหตุผลทางกฎหมาย (การตั้งครรภ์ของหญิงนั้นเกิดจากความผิดทางเพศ) และกฎหมายไม่ลงโทษฐานพยายามทำแท้งในกรณีหญิงทำให้ตนเองแท้งลูก หรือในกรณีที่หญิงยินยอมให้คนอื่นทำให้ตนแท้ง

³² พิศवास สุคนธรพันธุ์. เล่มเดิม. หน้า 5.

ลูก หรือในกรณีที่มีการทำแท้งด้วยความยินยอมของหญิงและผลของการกระทำไม่ทำให้หญิงได้รับอันตรายสาหัสอย่างอื่นหรือไม่ทำให้หญิงถึงแก่ความตาย

จากการศึกษาประวัติศาสตร์กฎหมายข้างต้นทำให้เราสามารถเข้าใจสภาพการณ์ของการประกาศใช้กฎหมายว่าด้วยความผิดฐานทำแท้งลูกได้ชัดเจนว่า แต่เดิมไม่มีบทบัญญัติในเรื่องนี้ชัดเจนเพียงพอ แต่ก็พอจะเทียบเคียงในมาตราอื่นเพื่อลงโทษความผิดฐานทำแท้งลูกได้ ต่อมากฎหมายเริ่มชัดเจนขึ้นตั้งแต่ร่างพระราชบัญญัติฯ (ร.ศ. 115) โดยวางหลักเกณฑ์ลงโทษบุคคลใดผู้ทำให้หญิงแท้งลูก เพื่อเป็นการคุ้มครองชีวิตในครรภ์ที่กำหนดลงแก่ผู้กระทำ คือ จำคุกสถานเดียว ซึ่งนับได้ว่าเป็นบทลงโทษที่ค่อนข้างรุนแรง ทั้งนี้เจตนารมณ์ของกฎหมายมุ่งที่จะคุ้มครองชีวิตในครรภ์เพราะเห็นความสำคัญของชีวิตที่กำลังจะเกิดมา ในร่างพระราชกำหนดฯ (ร.ศ. 118) ก็เช่นเดียวกัน มีบทบัญญัติลงโทษในเรื่องนี้เหมือนกับร่างพระราชบัญญัติฯ (ร.ศ. 115) ต่อมาเนื่องจากเหตุผลหลายประการดังกล่าวจึงได้คลายความเข้มงวดดังจะเห็นได้จาก ร่างพระราชกำหนดฯ (ร.ศ. 118) มีบทกำหนดโทษแก่ผู้กระทำความผิดฐานทำแท้งหลายสถานตั้งแต่ให้ทำการหนัก ปรับ จำคุก ทั้งยังได้แบ่งระยะเวลาการลงโทษ คือ ความผิดฐานทำแท้งก่อนเด็กคืบได้ โทษจะเบากว่าความผิดฐานทำแท้งหลังจากเด็กคืบได้ นอกจากนั้นไม่ลงโทษความผิดฐานพยายามทำแท้งที่เกิดขึ้นด้วยความยินยอมของหญิง ในกฎหมายลักษณะอาญา (ร.ศ. 127) ในขณะที่แต่เดิมร่างพระราชกำหนดฯ (ร.ศ. 118) ลงโทษผู้ที่ทำให้เด็กคลอดก่อนกำหนด และต่อมาตายภายหลังคลอด (เป็นความผิดฐานพยายามกระทำแท้ง) อย่างเดียวกันกับผู้กระทำให้หญิงมีครรภ์แท้งลูก นับได้ว่ากฎหมายได้ผ่อนคลายความเข้มงวดลงไปกว่าแต่ก่อนตามกาลเวลาและตามสภาพของสังคมที่ได้แปรเปลี่ยนไป แต่หลักของการคุ้มครองชีวิตในครรภ์ก็มีใช้ว่าจะถูกลบเลือนไป การทำแท้งยังคงเป็นความผิดกฎหมายที่ได้รับการยืนยันมาตลอดเวลา จนกระทั่งในปัจจุบันดังจะเห็นได้ในมาตรา 301-303 ในประมวลกฎหมายอาญาที่บัญญัติเป็นหลักเกณฑ์ให้ผู้ใดล่วงละเมิดชีวิตผู้อื่นให้ตกลงไป เพื่อให้สอดคล้องสภาพสังคมไทยที่เป็นสังคมพุทธมามกะอันมีศาสนาพุทธอยู่เหนือจิตใจและบุคลิกภาพในการเป็นคนเอื้อเฟื้อ มีเมตตา ดังนั้น การห้ามการทำลายชีวิตมนุษย์ด้วยกันจึงได้รับการยอมรับอย่างฝังแน่นมาเป็นเวลานาน³³

สำหรับเรื่องของความจำเป็นต้องทำแท้งที่อาจเกิดขึ้นแก่หญิงมีครรภ์นั้น ในเวลาต่อมาผู้ร่างได้เล็งเห็นความสำคัญดังจะเห็นได้ว่าในร่างพระราชบัญญัติฯ (ร.ศ. 115) ร่างพระราชกำหนดฯ (ร.ศ. 118) ประมวลกฎหมายอาญา ได้บัญญัติยกเว้นให้ด้วยเหตุผลทางการแพทย์ (จำเป็นเพื่อสุขภาพของหญิงมีครรภ์) กฎหมายไม่ลงโทษผู้ที่กระทำแท้งให้แก่หญิงมีครรภ์เพื่อช่วยชีวิต ในเวลา

³³ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์. (2521). “กฎหมาย : การลดอัตราเพิ่มประชากรกับการทำแท้ง.” วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 10(3). หน้า 358.

ต่อมาประมวลกฎหมายอาญา ได้เพิ่มเติมเหตุผลทางกฎหมาย (หญิงตั้งครรภ์จากความผิดทางเพศ) ซึ่งในประเด็นนี้อาจอธิบายได้ว่า ในสมัยก่อนปัญหาเกี่ยวกับหญิงตกเป็นเหยื่อคดีอาชญากรรมทางเพศไม่มีใครมี เช่นในสมัยปัจจุบัน จึงมิได้บัญญัติเหตุผลทางกฎหมายเป็นข้อยกเว้นให้มีการทำแท้งได้ แต่ในเมื่อปัจจุบันมีปัญหานี้ เพื่อความเป็นธรรมแก่หญิงที่มีปัญหานี้และเพื่อความสงบสุขของสังคมในเรื่องความจำเป็นนี้เป็นที่ถกเถียงกันอย่างมากในปัจจุบันว่าหญิงมีครรภ์มีความจำเป็นหลายๆด้านที่ต้องทำแท้ง เนื่องจากผลสะท้อนของปัญหา สังคม เศรษฐกิจ การเมือง เมื่อกฎหมายมีข้อยกเว้นเพียง 2 ประการดังกล่าว ก่อให้เกิดการลักลอบทำแท้งในกรณีที่มีความจำเป็นด้านอื่นๆ และไม่เข้าข่ายในมาตรา 305 (1) –(2) จึงเป็นปัญหาว່ว่าอย่างไร จึงเป็นความจำเป็นที่ต้องทำแท้งและทำแท้งได้ภายใต้เงื่อนไขได้บ้าง โดยไม่กระทบกระเทือนต่อความรู้สึกและศีลธรรมอันดีของประชาชนคนอื่นๆ กฎหมายจึงควรถูกบัญญัติขึ้นให้สอดคล้องกับ ค่านิยม วัฒนธรรม ประเพณี ศีลธรรม และความรู้สึกของประชาชนโดยทั่วไป แต่ในขณะเดียวกันก็ต้องสามารถที่จะลดความตึงเครียดในปัญหาของหญิงมีครรภ์ได้ ทั้งหมดจึงขึ้นอยู่กับว่าจะกำหนดนโยบายทางอาญาอย่างไร สังคมจึงจะเกิดประโยชน์สูงสุด และเกิดผลเสียน้อยที่สุด³⁴

2.3 ขอบเขตความผิดฐานทำให้แท้งลูกในส่วนที่เกี่ยวข้องกับเวลาที่กระทำ

การพิจารณาถึงขอบเขตของการกระทำที่เป็นความผิดฐานทำให้แท้งลูกในส่วนที่เกี่ยวข้องกับเวลา สามารถแยกพิจารณาได้เป็นสองส่วน คือ การพิจารณาถึงเวลาอันเป็นจุดเริ่มต้นของการกระทำอันจะถือว่าเป็นความผิดฐานทำให้แท้งลูก และส่วนที่สอง คือ การพิจารณาถึงเวลาอันเป็นจุดสิ้นสุดของการกระทำอันจะถือว่าเป็นความผิดฐานทำให้แท้งลูก

2.3.1 เวลาอันเป็นจุดเริ่มต้นของการกระทำผิด

ในการพิจารณาถึงเวลาอันเป็นจุดเริ่มต้นของการกระทำผิดฐานทำให้แท้งลูกว่าจะเริ่มต้น ณ จุดใดนั้น ย่อมขึ้นอยู่กับแนวความคิดเกี่ยวกับการเริ่มต้นชีวิตของทารกในครรภ์มารดา เพราะหากว่าชีวิตมนุษย์ของทารกในครรภ์มารดายังไม่เริ่มต้นขึ้นแล้ว การให้ความคุ้มครองชีวิตของทารกในครรภ์มารดาโดยกำหนดให้เป็นความผิดฐานทำให้แท้งลูกย่อมไม่อาจจะเกิดขึ้นได้ ปัญหาว่าชีวิตมนุษย์ของทารกโดยกำหนดให้เป็นความผิดฐานทำให้แท้งลูกย่อมไม่อาจจะเกิดขึ้นได้ ปัญหาว่าชีวิตมนุษย์ของทารกในครรภ์มารดาเริ่มขึ้นตั้งแต่เมื่อใดนั้น ในเรื่องนี้ได้มีแนวความคิดของนักวิชาการทั้งในประเทศไทยและต่างประเทศได้ให้แนวความคิดที่หลากหลายและแตกต่างกันออกไป ซึ่งอาจแยกได้กว้างๆดังนี้

- (1) แนวคิดที่เห็นว่าชีวิตมนุษย์เริ่มเมื่อมีการปฏิสนธิ (Fertilization)

³⁴ ลักขณา สิริเวชประเสริฐ. (2525). การศึกษากฎหมายกับปัญหาผู้ป่วยลักลอบทำแท้ง. หน้า 69.

ความเชื่อในทางศาสนาอิสลาม ได้กล่าวถึงชีวิตไว้ว่า ชีวิตของเด็กในครรภ์มารดาได้เริ่มต้นตั้งแต่การปฏิสนธิระหว่างเชื้อสุจิของชายกับไข่ของหญิง ดังที่ปรากฏในคัมภีร์อัลกุรอานว่า “เราไม่ได้สร้างสุเจ้าจากน้ำขึ้นต่ำดอกหรือ (อสุจิ) แล้วเราให้มัน (อสุจินั้น) อยู่ในที่อันมั่นคง (มดลูก) ช่วงระยะเวลาหนึ่งซึ่งเป็นที่รู้จักกัน แล้วเราก็ได้กำหนด (รูปร่างทารก) เพราะเรา (อัลลอฮ์) คือผู้ทรงกำหนดที่ดีเลิศ แท้ที่จริงเรา (อัลลอฮ์) ได้สร้างมนุษย์จากน้ำเชื้อหยดหนึ่งที่ถูกผสมแล้ว (ระหว่างเชื้อสุจิของชายกับไข่ของหญิง) เราได้ทดลองเขา แล้วเราได้ทำให้เขาเป็นผู้ไคยีน (และ) เป็นผู้มองเห็นและแท้ที่จริงเราได้สร้างมนุษย์จากน้ำ (อสุจิ) แล้วเราได้ทำให้มันเป็นน้ำอสุจิ (ที่เข้าไปฝังตัวอยู่) ในที่อยู่อันมั่นคง (มดลูก) แล้วเราได้ทำให้ก้อนเนื้อนั้นมีกระดูก แล้วเราได้ทำให้มีเนื้อหุ้มกระดูก แล้วเราได้ทำให้เขาเติบโตเป็นที่ถูกสร้างอื่น (คือจากที่ไม่ได้มีรูปร่างให้กลายเป็นรูปร่าง) ดังนั้น มหาจำเริญยิ่ง แต่อัลลอฮ์ผู้สร้างที่ดีเลิศ” นอกจากนี้ หลักในทางศาสนาอิสลามได้กล่าวถึงการทำลายชีวิตมนุษย์ไว้ว่า ชีวิตเป็นสิ่งที่จะละเมิดมิได้ ต้องได้รับการคุ้มครองตั้งแตอยู่ในครรภ์ เมื่อคลอดออกมามีความรับผิดชอบแล้วก็ได้รับความคุ้มครองตามบัญญัติของศาสนา ศาสนาอิสลามจึงถือว่า ชีวิตเริ่มต้นแล้วตั้งแต่เมื่อมีการปฏิสนธิ ยิ่งกว่านั้น ศาสนาอิสลามยังถือว่าแม้แต่การคุมกำเนิด โดยไม่ก้าวไปถึงขั้นทำแท้งก็ถือว่าผิดหลักศาสนา เพราะถือว่าพระอัลลอฮ์เจ้าเป็นผู้สร้างทุกสิ่งทุกอย่าง รวมทั้งชีวิตที่จะไม่การสืบทอดกันต่อไปในลักษณะที่ถูกต้องตามขนบธรรมเนียมประเพณี วัฒนธรรม ดังนั้น ชีวิตเริ่มต้นจากการปฏิสนธิจึงถือเป็นคำสั่งของพระเจ้าภายใต้เมตตาจิตของผู้เป็นบิดา มารดา หากผู้ทำให้ทำลายก็เป็นการละเมิดต่อพระเจ้าและถือเป็นบาป³⁵

แนวความคิดของศาสนาคริสต์ตามที่ปรากฏในเอกสารสังคายนาวาติกันครั้งที่ 2 โดยการนำของสมเด็จพระสันตะปาปาที่ 6 เห็นกันว่า ชีวิตจักต้องได้รับการปกป้องด้วยความเอาใจใส่อย่างเข้มงวดนับจากวินาทีแรกที่ปฏิสนธิ การทำแท้งและการฆ่าทารกแรกเกิดเป็นอาชญากรรมที่ร้ายแรง สิทธิที่จะมีชีวิตย่อมดำรงอยู่อย่างสมบูรณ์ในบุคคลสูงอายุ แม้จะชราภาพสักปานใดก็ตาม สิทธิดังกล่าวนี้ยังคงมีอยู่สมบูรณ์แม้ในคนป่วยที่ไม่มีทางเยียวยา สิทธิที่จะมีชีวิตอยู่ในทารกแรกเกิดก็มีไม่น้อยไปกว่าบุคคลที่เติบโตเป็นผู้ใหญ่แล้ว ในความเป็นจริงความเคารพในชีวิตมนุษย์ถูกเรียกร้องตั้งแต่วินาทีแรกที่กระบวนการแห่งชีวิตเริ่มต้น นับจากวินาทีที่ไข่ของมารดาผสมกับเชื้อของบิดา ชีวิตใหม่ได้เริ่มขึ้นแล้ว และชีวิตดังกล่าวนี้ไม่ใช่สมบัติของบิดาหรือมารดา หากแต่คือชีวิตของคนใหม่ที่กำลังเติบโตขึ้นทุกขณะ ชีวิตใหม่นี้ไม่ว่าจะพัฒนาเป็นมนุษย์ได้ หากว่าเขามีได้ มีสภาพเป็นมนุษย์มาแล้วตั้งแต่เกิด นักปราชญ์ชาวคริสต์มีความเห็นตรงกันว่า การทำแท้งเป็นการ

³⁵ คณิดา โพธิ์ชนะพันธ์. (2539). *การยอมรับของวัยรุ่นต่อการทำแท้ง : ศึกษากรณีนักเรียนระดับประกาศนียบัตรวิชาชีพ ประเภทวิชาพาณิชยกรรม*. หน้า 22.

ผ่านมนุษย์ การทำแท้งจึงเป็นการละเมิดกรรมสิทธิ์ของพระเจ้าต่อชีวิตนั้น ละเมิดต่อสิทธิของทารกผู้รับชีวิตนั้นมาเพื่อรับผิดชอบจนตลอดชีวิต ตลอดจนผู้ที่เกี่ยวข้องกับทารกผู้นั้น ซึ่งมีส่วนรับผิดชอบในชีวิตนั้นๆด้วย เช่น พ่อ แม่ ญาติ องค์การศาสนา สังคม ฯลฯ³⁶

แนวคิดตามศาสนาคริสต์นิกายโรมันคาทอลิก เชื่อว่า ชีวิตมนุษย์เริ่มขึ้นด้วยการปฏิสนธิของไข่และตัวอสุจิผ่าน zona pellucid ซึ่งระยะเวลาของการปฏิสนธินั้นจะรวดเร็วมากและจะก่อให้เกิดสภาพความเป็นมนุษย์ที่มีลักษณะเฉพาะ³⁷

ทัศนะของศาสนาคริสต์นิกายโรมันคาทอลิกนั้น ต่อต้านการกระทำทุกรูปแบบที่เป็นอุปสรรคขัดขวางต่อการถือกำเนิดชีวิตใหม่ เช่น การสำเร็จความใคร่ด้วยตนเอง การคุมกำเนิด เป็นต้น เหล่านี้ล้วนถือว่าเป็นความผิดและเป็นบาปทั้งสิ้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งการทำแท้งถือว่าเป็นการทำลายหัตถกิจของพระเจ้าโดยตรงทีเดียว ทั้งนี้เพราะการกำเนิดของชีวิต ได้เริ่มต้นขึ้นตั้งแต่มีการปฏิสนธิแล้ว³⁸ การทำแท้งจึงเท่ากับเป็นการฆ่าผู้ไร้เดียงสา (ทารกในครรภ์) ที่ไม่สามารถยอมรับได้อย่างแท้จริง³⁹

(2) แนวความคิดที่เห็นว่าชีวิตในครรภ์เริ่มเมื่อมีการปฏิสนธิประกอบกับมีวิญญาณเข้ามาจุติ

แนวคิดนี้ส่วนใหญ่มีพื้นฐานมาจากความเชื่อในทางศาสนา เช่น ความเชื่อในศาสนาฮิวโบราณ มีว่าทารกในครรภ์ที่มีอายุอ่อนกว่า 40 วัน นั้นยังไม่ถือว่ามีชีวิตเกิดขึ้น⁴⁰

ความเชื่อในทางศาสนาคริสต์ ได้แยกความแตกต่างระหว่าง Body และ Soul โดยในระยะแรกที่ไข่ผสมแล้วจะมี Nutritive soul คือ มีความเป็นอยู่เช่นเดียวกับพืช โดยสามารถดูดซึมและย่อยอาหารได้เท่านั้น และในระยะที่สองจึงมีวิญญาณแห่งความมีเหตุมีผลเข้ามาสิงสู่ (rational soul) เมื่อวิญญาณแห่งความมีเหตุมีผลเข้ามาสิงสู่ไข่ที่ผสมแล้วจึงแปรสภาพเป็นมนุษย์เต็มตัว ในยุคกลาง (Middle Ages) นักกฎหมายทางศาสนา (Cannon Lawyer) เชื่อว่าไข่จะมีความเป็นมนุษย์ตั้งแต่ 40 วัน นับแต่ปฏิสนธิสำหรับกรณีของเพศชาย และ 80 วัน สำหรับกรณีเพศหญิง⁴¹

³⁶ แหล่งเดิม. หน้า 21.

³⁷ Fritz K. Beller and Robert F. Weir. (1994). *Medical Aspects of the Beginning of Individual Lives in The Beginning of human life*. p.3.

³⁸ อำนวย ชัยโยธา. (2541). *ปัญหาจริยศาสตร์เชิงวิพากษ์*. หน้า 224.

³⁹ Rebert M. Reatch. (1994). *The Beginning of Full Moral Standing in The Beginning of human life*. p.21.

⁴⁰ Bates, J.E and Zawadzki, E.S. (1964). *Criminal Abortion : a study in medical sociology*. p.25.

⁴¹ Bernard Hung-Kay Luk. (1977). *Abortion in Chinese Law The American Journal of Comparative Law*. p.372-379.

(3) แนวคิดที่เห็นว่าชีวิตมนุษย์เริ่มเมื่อมีการฝังตัวของไข่ที่ได้มีการผสมกับอสุจิในผนังมดลูกของหญิง (approximately at the stage of implantation) หรือมีการตั้งครรภ์ (the moment of conception)

การตั้งครรภ์นั้นไม่ถือว่าเริ่มขึ้นก่อนที่จะมีการฝังตัวของตัวอ่อน เพราะก่อนหน้านี้จะมีการฝังตัวของตัวอ่อนนั้น ในด้านร่างกายของหญิงนั้นยังไม่เกิดการเปลี่ยนแปลงใดๆ การเปลี่ยนแปลงจะเริ่มเกิดขึ้นเมื่อมีการฝังตัวของตัวอ่อนในผนังมดลูก โดยตัวอ่อนจะงอกเป็นรากเข้าไปยึดกับเซลล์ของผนังมดลูก แล้วจะมีการหลั่งฮอร์โมนจากต่อมใต้สมองของหญิงนั้น การเปลี่ยนแปลงในตัวหญิงดังกล่าวน่าจะถือเป็นจุดเริ่มต้นของการตั้งครรภ์ อย่างไรก็ตามการตรวจสอบการฝังตัวของตัวอ่อนเป็นสิ่งที่ทำไม่ได้และระยะแรกของการฝังตัวตัวนั้นเอง ยังไม่แข็งแรงพออาจแตกแยกได้ง่าย ดังนั้น จึงมีผู้แสดงความเห็นว่าการถือเวลาเริ่มตั้งครรภ์น่าจะถือเอาวันที่ขาดประจำเดือนในเดือนนั้นเป็นจุดเริ่มตั้งครรภ์⁴² ในกลุ่มอิสลามและเยอรมันตะวันตก ก็เห็นว่าชีวิตมนุษย์ยังไม่เริ่มต้นจนกว่าไข่ที่ผสมแล้ว (zygote) นั้นจะมีการฝังกับผนังมดลูกแล้ว⁴³

ณ เวลาช่วงของการตั้งครรภ์ คุณลักษณะเฉพาะทางชีววิทยาของทารกในครรภ์ได้ถูกกำหนดโดยกฎเกณฑ์ทางพันธุกรรม เซลล์ที่ได้ปฏิสนธิจะมีโครงสร้างของโครโมโซมที่มีลักษณะเฉพาะที่จะพบได้ในเซลล์ทั้งหมดของมนุษย์ที่พัฒนาจากเซลล์นั้น ซึ่งจะมีลักษณะเฉพาะตัวบุคคลที่ไม่เหมือนใคร มนุษย์แต่ละคนมีคุณสมบัติขึ้นมาจากการประกอบขึ้นด้วยโครโมโซมของเซลล์ซึ่งมีคุณสมบัติสุดท้ายในฐานะเป็นมนุษย์ ซึ่งทารกในครรภ์มีส่วนประกอบของโครโมโซมอยู่แล้ว ตั้งแต่ ณ เวลาช่วงของการตั้งครรภ์ อีกประการหนึ่ง คือ ณ จุดนั้น มันมีความเป็นไปได้สูงมากที่เซลล์ที่ได้รับการฝังตัวนั้นจะพัฒนาไปเป็นมนุษย์ได้อย่างสมบูรณ์ จึงน่าจะถือจุดนี้เป็นจุดที่ทารกในครรภ์กลายเป็นมนุษย์⁴⁴ เพราะ ณ จุดนี้ทารกในครรภ์ได้มีพื้นฐานทางชีววิทยาสำหรับศักยภาพที่จำเป็นต่อมนุษย์ทุกประการแล้ว จึงถือได้ว่าทารกในครรภ์เป็นมนุษย์เมื่อเริ่มตั้งแต่ตั้งครรภ์

ความเชื่อว่าการตั้งครรภ์เริ่มต้นด้วยการฝังตัวมากกว่าที่จะเป็นด้วยการปฏิสนธิได้รับการสนับสนุนจากหลักการทางวิทยาศาสตร์หลายประการ กล่าวคือ ประการแรก ก่อนจะมีการฝังตัวก็จะเป็นที่แน่นอนว่าเซลล์อันไหนจะพัฒนาไปสู่ขั้นนอกสุดของ blast cyst (การเจริญเติบโต

⁴² Crystal K. David. (1989). *Embryo - arrest : The no-men's land between contraception and abortion*. p. 111-117.

⁴³ Luke T.Lee and John M.Paxman. (1974). *Legal Aspects of Menstrual Regulation*. p.154-155.

⁴⁴ Baruch Brody. (1975). *Abortion and Sanctity of Human Life : A Philosophical View*. p.80-90.

ของตัวอ่อนในขั้นต่อจาก Morula) และอันโหนดเข้าสู่การเป็นตัวอ่อน (embryo) เนื่องจากทั้งสองอย่างแสดงถึงโครงสร้างทาง DNA ที่เหมือนกัน ประการที่สอง ไข่ที่ปฏิสนธิแล้วนั้นยังไม่เป็นที่แน่นอนว่าจะมีการฝังตัวได้สำเร็จหรือไม่ เพราะตามหลักทางชีววิทยานั้น ความล้มเหลวของไข่ที่ปฏิสนธิแล้วและไม่สามารถฝังตัวได้ มีความเป็นไปได้สูงถึง 50-70 เปอร์เซ็นต์ ซึ่งก็หมายความว่า มีเพียงประมาณ 30 เปอร์เซ็นต์เท่านั้นที่ไข่ที่ปฏิสนธิแล้วจะสามารถฝังตัวได้สำเร็จ ประการที่สาม เมื่อพิจารณาจากแง่ของหญิงที่ตั้งครรภ์ผู้เป็นมารดานั้น จะแสดงถึงสัญญาณของการตั้งครรภ์ที่ต่อเนื่องเมื่อมีการฝังตัวเกิดขึ้นแล้วเท่านั้น ด้วยเหตุผลหลายประการดังกล่าวจึงน่าจะถือเอาจุดที่มีการฝังตัวของตัวอ่อนที่ผนังมดลูกเป็นจุดเริ่มต้นของการตั้งครรภ์⁴⁵

มีกฎหมายของหลายประเทศที่ได้ถือเอาจุดของการฝังตัวเป็นจุดเริ่มต้นของการตั้งครรภ์ เช่น ออสเตรเลีย นิวซีแลนด์ เยอรมัน และเนเธอร์แลนด์ ถือเอาจุดการฝังตัวเป็นจุดเริ่มต้นของการตั้งครรภ์

ในประเทศนิวซีแลนด์ ตามพระราชบัญญัติอาชญากรรม (The Crimes Act 1961) ตามมาตรา 182a ได้ให้ความหมายของ “การทำแท้ง” (miscarriage) ว่าหมายถึง (1) การทำลายหรือการตายของตัวอ่อนหรือทารกในครรภ์หลังจากการฝังตัวของตัวอ่อนที่ผนังมดลูก (2) การทำให้คลอดก่อนกำหนดหรือกำจัดตัวอ่อนหรือทารกในครรภ์หลังจากการฝังตัวของตัวอ่อนที่ผนังมดลูกแล้ว โดยไม่ได้มีวัตถุประสงค์เพื่อให้ทารกคลอดออกมาแล้วสามารถเติบโตพัฒนาได้⁴⁶

ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธสาธารณรัฐเยอรมันได้มีคำพิพากษาเมื่อวันที่ 25 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1975 วินิจฉัยเกี่ยวกับการเริ่มต้นชีวิตมนุษย์ว่า เมื่อพิจารณาตามหลักเกณฑ์ทางชีววิทยาสรีรวิทยาแล้ว ชีวิตมนุษย์จะเริ่มต้นขึ้นที่ช่วงเวลาประมาณ 14 วัน นับแต่ตั้งครรภ์ ซึ่งก็คือระยะการฝังตัวของตัวอ่อนที่ผนังมดลูกนั่นเอง⁴⁷

⁴⁵ Fritz Beller and Rebert F. Weir. Op.cit. pp.3-5.

⁴⁶ Ibid. p. 4.

⁴⁷ Edward Manier, William Liu and David Solomon. (1977). *Abortion : New Directions For policy studies*. pp.91-122,162-163.

ในประมวลกฎหมายอาญาของเยอรมัน (The Penal code or Strafgesetzbuch, StGB) มาตรา 218(1)⁴⁸ ได้มีบัญญัติไว้อย่างชัดเจนว่า การกระทำก่อนที่จะมีการฝังตัวในมดลูกของไข่ที่ผสมกับตัวอสุจิ ไม่ถือเป็นการยุติการตั้งครรภ์ตามกฎหมายฉบับนี้

สำหรับในประเทศไทย ซึ่งประชาชนส่วนใหญ่นับถือศาสนาพุทธ ได้มีคำอธิบายเกี่ยวกับจุดเริ่มต้นของชีวิตในครรภ์ ตามหลักคำสอนในพุทธศาสนา กล่าวถึงการตั้งครรภ์หรือการเกิดของชีวิตได้ว่า การตั้งครรภ์ของสตรีต้องประกอบด้วยองค์ประกอบ 3 ประการ คือ (1) บิดามารดาอยู่ร่วมกัน (มีเพศสัมพันธ์) (2) มารดามีประจำเดือน (คืออยู่ในวัยที่มีประจำเดือนและมีประจำเดือนปกติ) (3) มีสัตว์มาเกิด (คำว่าสัตว์ในความหมายของพุทธศาสนา หมายถึง สิ่งมีชีวิตที่มีจิต) เมื่อประกอบด้วยองค์ประกอบทั้ง 3 ประการนี้ การตั้งครรภ์ที่นำไปสู่การมีบุตรจึงจะมีขึ้น ถ้าไม่ครบองค์ประกอบทั้ง 3 ประการ การตั้งครรภ์ก็เกิดขึ้นไม่ได้ และได้อธิบายว่ามนุษย์ที่เกิดขึ้นในครรภ์ของมารดาเริ่มต้นเป็น “กลละ” ก่อนและพัฒนาเป็น “อภัพพะ” เป็น “เปลิ” เป็น “ฉนะ” และเป็น “ปัญจสาขา” ตามลำดับ ต่อจากนั้นจึงมีผล ขนและเล็บ ตามมา⁴⁹

จากการเกิดของทารกในครรภ์ตามหลักพุทธศาสนาที่ได้กล่าวมาแล้ว จึงเชื่อกันว่า ชีวิตเริ่มตั้งแต่เป็น “กลละ”⁵⁰ หรือในสัปดาห์แรกของการอยู่ร่วมกันของบิดามารดานั่นเอง ดังนั้น การทำแท้งเท่ากับเป็นการฆ่ามนุษย์ในหลักพระพุทธศาสนา และยังสอนอีกว่า การฆ่าชีวิตของสัตว์อื่น บุคคลอื่นโดยเจตนาเป็นบาป เป็นการละเมิดศีลข้อที่ 1 ในศีล 5 จะบาปมากบาปน้อยขึ้นอยู่กับเจตนาที่มีมากหรือน้อย และเงื่อนไขอื่นๆ อีกหลายอย่าง การทำแท้งย่อมบ่งถึงการกระทำที่ประกอบด้วยเจตนา ดังนั้น การทำแท้งจะนำไปด้วยเหตุผลใดๆก็ตาม เหตุผลเหล่านั้นย่อมไม่อาจทำให้การทำแท้งเป็นสิ่งที่ไม่บาปไปได้ เพราะการทำแท้งเป็นการทำลายชีวิตโดยเจตนา แม้ชีวิตของมนุษย์ผู้ถูกทำลายไปนั้นจะยังไม่สมบูรณ์เต็มที่ เพราะยังไม่ได้ออกมาดูโลกภายนอกก็ตาม⁵¹

⁴⁸ Section 218 Termination of pregnancy

(1) Whoever terminates a pregnancy shall be punished with imprisonment for not more than three year or a fine. Acts, the effects of which occur before the conclusion of the nesting of the fertilized egg in the uterus, shall not qualify as termination of pregnancy within the meaning of this law.

⁴⁹ คณิดา โพธิ์ชนะพันธ์. เล่มเดิม. หน้า 19-20.

⁵⁰ พระราชวรเมธี (ประยูร). (2536). ทำแท้ง : ตัดสินอย่างไร ชีวิตเริ่มต้นเมื่อไร การทำแท้งในทัศนะของพระพุทธศาสนา. หน้า 8.

⁵¹ อารดี ประสมทรัพย์. (2550). ทางเลือกที่จะทำแท้ง: การพิทักษ์สิทธิผู้หญิงของวิชาชีพที่เกี่ยวข้อง. หน้า 47-48.

กล่าวโดยสรุป ความเชื่อในทางศาสนาพุทธ เห็นว่า เมื่อบิดามารดามีเพศสัมพันธ์กัน มารดาอยู่ในวัยมีระดู พร้อมที่จะให้กำเนิดทารกได้ และมีวิญญาณเข้ามาเกิดหรือที่เรียกว่าปฏิสนธิ จิตหรือปฏิสนธิวิญญาณนั่นเอง องค์ประกอบทั้งสามนี้ต้องประจวบพร้อมกัน จึงทำให้เกิดการ ตั้งครรภ์ขึ้นและถือว่าชีวิตได้เริ่มแล้ว เป็นคนโดยสมบูรณ์ซึ่งปฏิสนธิจิตหรือปฏิสนธิวิญญาณนั้น ย่อมเกิดขึ้นพร้อมกับกลดหรือเมือก⁵² ดังนั้น ตามหลักทางพระพุทธศาสนาจึงถือว่า ชีวิตมนุษย์ เริ่มตั้งแต่เป็นกลดรูปตั้งแต่ปฏิสนธิหรือมีปฏิสนธิวิญญาณแล้ว ถ้าใครไปทำให้ชีวิตนี้สิ้นสุดก็ถือว่าฆ่ามนุษย์ตั้งแต่บัดนั้น⁵³ ซึ่งพระพุทธศาสนาเชื่อต่างกับนักชีววิทยา กล่าวคือ พุทธศาสนาเชื่อว่า ถ้าเพียงกระบวนการทางชีววิทยาทารกไม่สามารถเกิดและเติบโตเป็นมนุษย์ได้ เพราะกระบวนการทางชีววิทยาเป็นเพียงปรากฏการณ์ของสสาร สิ่งที่กำหนดให้ไข่ที่ผสมกับเชื้อสุจิแล้ว เจริญเติบโตอย่างมีระเบียบมีทิศทางและสามารถมีจิตสำนึกได้ ต้องไม่ใช่ตัวไข่และอสุจิที่เป็นเพียง วัตถุ หากต้องเป็นสิ่งที่อื่นที่มีอานุภาพซับซ้อน ซึ่งสิ่งนี้พุทธศาสนาเรียกว่า จิตที่เป็นปฐม คือ วิญญาณแรก ซึ่งจะปรากฏในครรภ์มารดาจนกระทั่งถึงมรณะ⁵⁴ ในทางพุทธศาสนา ความเป็นคน ไม่ได้วัดจากการมีอวัยวะครบถ้วนสมบูรณ์ หากแต่วัดจากการมีขันธห้าครบถ้วน ได้แก่ รูป เวทนา สัญญา สังขาร วิญญาณ⁵⁵ ซึ่งตรงกับแนวความคิดที่เห็นว่าชีวิตมนุษย์ในครรภ์เริ่มเมื่อมีการ ปฏิสนธิประกอบกับมีวิญญาณเข้ามาจุติด้วยนั่นเอง

นักวิชาการด้านกฎหมายและด้านการแพทย์ ได้อธิบายเกี่ยวกับจุดเริ่มต้นของชีวิตใน ครรภ์ในแง่มุมมองที่ต่างออกไปจากความเชื่อทางศาสนาพุทธดังกล่าว กล่าวคือ แต่เดิมที่วิทยาศาสตร์ การแพทย์ยังไม่เจริญมากนัก ได้มีการอธิบายถึงจุดเริ่มต้นของชีวิตในครรภ์ไว้ว่าชีวิตมนุษย์นั้นเริ่ม ตั้งแต่มีการปฏิสนธิ คือ ในการร่วมประเวณีจะมีการหลั่งของน้ำอสุจิไปยังอยู่ตรงรอยต่อของปาก มดลูกและช่องคลอดประมาณ 2-4 ลบ.ซม. ซึ่งประกอบด้วยจำนวนตัวอสุจิประมาณ 50 ล้านตัว ในจำนวนนี้จะมีตัวอสุจิที่สมบูรณ์ประมาณ 75% และจากจำนวน 75% นี้จะเป็นตัวอสุจิที่เดินทางไกลได้เพียงครั้งเดียว การเคลื่อนไหวของอสุจิจะเป็นแบบหมุนตัวและก๊อบไปข้างหน้า หากน้ำ เมือกปากมดลูก (Cervical mucus) มีความเหมาะสมภายใต้การควบคุมของฮอร์โมนรังไข่ เช่น ใน

⁵² ทศนีย์ หงส์ลดาธมภ์. (2518). *กำเนิดรูปร่างนั้นฉันใด : การเปรียบเทียบพระพุทธพจน์กับ วิทยาศาสตร์*. หน้า 12.

⁵³ พระสมุทร ถาวรธมโม. (2539). *การศึกษาเปรียบเทียบปัญหาจริยธรรมเรื่องการทำแท้ง: ทรรศนะพุทธปรัชญา เกรวาทกับกฎหมายการทำแท้ง*. หน้า 82.

⁵⁴ พระราชวรมุนี (ประยุทธ์). เล่มเดิม. หน้า 6.

⁵⁵ สุนทร ฌ รังสี. (2532, มกราคม). “ทัศนะของพระพุทธศาสนาเกี่ยวกับการทำแท้ง.” *วารสาร อักษรจุฬา*, 1. หน้า 68-71.

ระยะกลางรอบเดือน (mid cycle) อสุจิจะสามารถเดินทางทะลุทะลวงผ่านปากมดลูกและโพรงมดลูกในอัตราความเร็วประมาณ 5-6 มม. ต่อนาที น้ำเมือกของโพรงมดลูกและปีกมดลูกจะมีคุณสมบัติในการดึงดูดและล่อให้ตัวอสุจิตั้งเรดาร์เข้าหาเป้าหมาย คือ ไข่ เพื่อทำการผสมได้เรียกกระบวนการนี้ว่า “capacitation” เมื่ออสุจิและไข่กลับกันที่ปลายท่อรังไข่ จะเกิดขบวนการก่อนปฏิสนธิ ซึ่งทางแพทย์เรียกว่า “syngamy” เชื้ออสุจิจะไขผ่านชั้นต่างๆ ของเซลล์ที่เลี้ยงและผนังของเซลล์ไข่ (oocyte) เข้าไปในไซโตพลาสซึมของไข่ ต่อจากนั้นจะเกิดปฏิกิริยาในชั้นหุ้มของไข่ให้ปิดมิด เพื่อกันอสุจิอื่นทะลุทะลวงเข้าไปผสมซ้ำสอง หลังจากนั้นจะมีการเปลี่ยนแปลงโครโมโซมและมีการแบ่งเซลล์ (mitotic division) เกิดขึ้น ซึ่งเป็นจุดเริ่มแรกของชีวิตใหม่ภายหลังขบวนการปฏิสนธิ⁵⁶

ต่อมา เมื่อวิทยาศาสตร์การแพทย์มีความเจริญก้าวหน้ามากขึ้น ได้มีการพัฒนาวิธีการคุมกำเนิดโดยการใส่ห่วงคุมกำเนิด (IUD) หรือวัสดุอื่นที่ทำหน้าที่รบกวนหรือระงับการฝังตัวของไข่ที่ผนังมดลูก แต่ก่อนที่จะมีการฝังตัวที่ผนังมดลูกนั้น ไข่ได้ถูกผสมและผ่านขั้นตอนการปฏิสนธิไปแล้ว นอกจากนี้ยังมีการใช้ยาฉีดหรือยากินคุมกำเนิดภายหลังการร่วมเพศ หรือหลังจากที่ไข่และอสุจิผสมกันแล้วจึงฉีดยา เพื่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงของผนังมดลูก ไข่และอสุจิที่ผสมกันภายนอกร่างกาย (ในหลอดแก้ว) เพื่อจะนำตัวอ่อนฉีดกลับเข้าไปในโพรงมดลูกของหญิงที่ยอมรับการตั้งครรภ์ ซึ่งปกติจะใช้ตัวอ่อน 3 ตัว เพื่อว่าตัวอ่อนบางตัวอาจไม่ฝังตัวและถูกทำลายไป กรณีเหล่านี้หากอธิบายถึงจุดเริ่มต้นของชีวิตในครรภ์ว่าเริ่มจากการปฏิสนธิตามแนวความเชื่อเดิมย่อมจะทำให้เกิดปัญหาว่าในกรณีต่างๆ ดังกล่าวย่อมถือเป็นความผิดฐานทำให้แท้งลูกทั้งสิ้น การอธิบายดังกล่าวจะทำให้วิทยาศาสตร์การแพทย์ไม่สามารถพัฒนาต่อไปได้ และเป็นคำอธิบายที่ไม่น่าจะถูกต้องสอดคล้องกับหลักวิทยาศาสตร์ตามที่ควรจะเป็น

การปฏิสนธิหรือการผสมระหว่างไข่และตัวอสุจินั้น เกิดขึ้นในท่อนำไข่ (fallopian tube) เมื่อผสมแล้วไข่ที่ผสมหรือตัวอ่อนจะแบ่งเซลล์ของตัวเอง และท่อนำไข่จะหดรัดบีบไล่ตัวอ่อนเข้าไปในโพรงมดลูก ตัวอ่อนจะติดที่ผนังด้านในของโพรงมดลูก (endometrium) และค่อยๆ ฝังตัวในผนังมดลูกนั้น แล้วรกส่วนของตัวอ่อนเข้าไปในผนังมดลูก เพื่อรับอาหารจากมารดาเพื่อเจริญเติบโตเป็นทารกต่อไป การฝังตัวของตัวอ่อนนี้เริ่มประมาณ 6-8 วัน ภายหลังจากปฏิสนธิ ตัวอ่อนที่ไม่สามารถฝังตัวในผนังมดลูกได้ก็จะตายและถูกขับออกไปพร้อมกับประจำเดือนคราวต่อไปของหญิงที่เป็นมารดา จากข้อเท็จจริงทางวิทยาศาสตร์ดังกล่าวจะเห็นได้ว่า ตัวอ่อนนั้นจะเจริญเป็นเด็กได้ก็ต้องมีการฝังตัวในผนังมดลูกหรือในที่ที่เหมาะสมที่จะเจริญต่อไปได้เสียก่อน ตัวอ่อนที่ไม่มีการฝังตัวไม่อาจเจริญเป็นเด็กต่อไปและก็จะตายไปในที่สุด ดังนั้น ตัวอ่อนที่เริ่มจากไข่และอสุจิ

⁵⁶ สุวัฒน์ จันทระจันท์. (2523). การทำแท้งกับปัญหาทางการแพทย์และสังคม. หน้า 121-122.

ผสมกันก่อนการฝังตัวนั้นไม่น่าจะถือเป็นการเริ่มชีวิตเด็ก ถ้ามองจากแนวความคิดนี้ว่าจะมีการแทงไข่จะต้องมีการตั้งครรภ์เสียก่อน การตั้งครรภ์จึงไม่น่าจะถือเอาการปฏิสนธิ (การที่ไข่และอสุจิผสมกัน) เพราะปัจจุบันการปฏิสนธิอาจทำได้ในหลอดทดลองหรือภายนอกร่างกาย การปฏิสนธิดังกล่าวย่อมไม่มีการตั้งครรภ์ และเมื่อนำตัวอ่อนที่ผสมแล้วใส่เข้าไปในมดลูกหญิงที่ตั้งครรภ์ การตั้งครรภ์ก็ยังมีได้เกิดขึ้นที่จนกว่าตัวอ่อนนั้นจะฝังตัวในผนังมดลูก ดังนั้น คงเห็นได้ว่าการตั้งครรภ์ในหญิงทั่วไปย่อมมิใช่เริ่มจากการปฏิสนธิ การทำลายตัวอ่อนก่อนการฝังตัวจึงมิใช่ทำให้การตั้งครรภ์สิ้นสุด เพราะการตั้งครรภ์ยังไม่เริ่ม ดังนั้น จึงไม่ใช่เป็นการทำให้แท้งลูก⁵⁷ ไข่ที่ผสมแล้วไม่มีสภาพเป็นทารก จึงเรียกไม่ได้ว่าเป็นการทำแท้ง⁵⁸

นักวิชาการบางท่าน เห็นว่า การเริ่มต้นชีวิตในครรภ์นั้น น่าจะเริ่มต้นเมื่อมีการฝังตัวของไข่ที่ได้ผสมกับอสุจิที่ผนังมดลูกแล้ว ระยะเวลาที่เริ่มจากการผสมของไข่กับอสุจิ จนกระทั่งถึงก่อนการฝังตัวของตัวอ่อนสำเร็จนั้นยังไม่ถือเป็นการตั้งครรภ์⁵⁹ ไม่เพียงแต่อสุจิผสมกับไข่แล้วเท่านั้น แต่ต้องถึงขั้นเดินทางไปฝังในผนังมดลูกแล้ว เพราะการผสมกันระหว่างอสุจิกับไข่ แม้จะเกิดจากปฏิสนธิแล้ว แต่ตราบใดที่ยังไม่มีการฝังตัวในผนังมดลูก ระหว่างนั้นก็ยังไม่มีการตั้งครรภ์ เมื่อไม่มีการตั้งครรภ์ การยุติการตั้งครรภ์หรือการทำแท้งย่อมมีไม่ได้ ดังนั้น การกระทำการผสมเทียมในหลอดทดลองก่อนฉีดเข้าไปในมดลูก แม้เกิดการปฏิสนธิแล้วก็ดี การใส่ห่วงคุมกำเนิดที่ทำให้ไข่ที่ผสมแล้วไม่สามารถฝังตัวในมดลูกได้ก็ดี ยังไม่อาจจะถือได้ว่าเป็นจุดเริ่มต้นของการกระทำความผิดได้ หากถูกทำลายไปเสียก่อนจึงไม่ใช่การทำแท้ง⁶⁰ ดังนั้น น่าจะใช้คำว่า “ยุติการตั้งครรภ์” แทนคำว่า “ทำแท้ง” เพราะสามารถเข้าใจได้เลยว่า การยุติการตั้งครรภ์จะเริ่มเป็นความผิดได้ต่อเมื่อมีการตั้งครรภ์⁶¹

ผู้เขียนเห็นว่า การพิจารณาถึงจุดเริ่มต้นของชีวิตในครรภ์มารดาเพื่อหาจุดเริ่มต้นของการกระทำความผิดฐานทำให้แท้งลูก เป็นเรื่องที่ยากเพราะไม่สามารถพิสูจน์ได้ว่าชีวิตในครรภ์มารดาได้เริ่มต้นขึ้นตั้งแต่เมื่อใด แต่จากหลักการทางวิทยาศาสตร์ที่ถือว่าไข่ที่ได้ผสมกับอสุจิแล้วที่เรียกว่า “การปฏิสนธิ” ก็ยังไม่มีคามแน่นอนว่าไข่ที่ผสมแล้วนั้น จะสามารถเดินทางไปฝังตัวใน

⁵⁷ วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์. (2537). “ความหมายของ “ทำให้แท้งลูก” ในกฎหมาย”. *หนังสือนิติเวชสาธก ฉบับกฎหมายทำแท้งข้อโต้แย้งที่ไม่ยุติ*. หน้า 105-110.

⁵⁸ วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์. (2537). “วัตถุกันกำเนิดในโพรงมดลูก ปัญหานิติเวชศาสตร์”. *หนังสือนิติเวชสาธก ฉบับกฎหมายทำแท้งข้อโต้แย้งที่ไม่ยุติ*. หน้า 51-52.

⁵⁹ คณิต ฌ นคร. (2553). *กฎหมายอาญาภาคความผิด*. หน้า 177.

⁶⁰ ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ์. (2538). “ปัญหาการให้กำเนิดและการทำแท้ง”. *วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์*, 25(2). หน้า 273.

⁶¹ แหล่งเดิม. หน้า 280.

ผนังมดลูกได้ การเจริญเติบโตของทารกในครรภ์มารดาจะสามารถเจริญเติบโตได้นั้นจะต้องมีการฝังตัวในผนังมดลูกเสียก่อน ฉะนั้นก่อนหน้าที่จะมีการฝังตัวในผนังมดลูกจึงยังไม่มีความแน่นอนว่าไข่ที่ผสมกับอสุจิแล้วนั้นจะสามารถเจริญเติบโตเป็นทารกได้ จุดเริ่มต้นของชีวิตในครรภ์มารดาจึงน่าจะเริ่มต้นเมื่อมีการฝังตัวในผนังมดลูกของไข่ที่ผสมกับอสุจิแล้ว

ประมวลกฎหมายอาญาของไทยได้ให้ความคุ้มครองชีวิตในครรภ์มารดาตั้งแต่เมื่อใดนั้น หากพิจารณาตามบทบัญญัติในมาตรา 301-303 ได้บัญญัติให้ความคุ้มครองชีวิตในครรภ์มารดาเริ่มต้นของการตั้งครรภ์โดยไม่กำหนดว่าจะมีอายุครรภ์เท่าใด ดังนั้นจึงน่าจะตีความได้ว่ากฎหมายอาญาของไทยให้ความคุ้มครองชีวิตในครรภ์มารดานับตั้งแต่เมื่อมีการตั้งครรภ์เกิดขึ้น ปัญหาว่าการตั้งครรภ์เกิดขึ้นนับตั้งแต่เวลาใดนั้น ควรจะต้องพิจารณาเป็นแต่ละกรณีๆไปเพื่อความเหมาะสมและเป็นธรรมแก่ทั้งมารดาและทารกด้วย

2.3.2 เวลาอันเป็นจุดสิ้นสุดของการกระทำความผิด

เมื่อพิจารณาถึงความผิดฐานทำให้แท้งลูกกับความผิดฐานฆ่าคนแล้ว ย่อมมีความสัมพันธ์กันอยู่ กล่าวคือ เมื่อความผิดฐานฆ่าคนเริ่มเกิดขึ้นเมื่อใด ขอบเขตของการกระทำที่เป็นความผิดฐานทำให้แท้งลูกย่อมสิ้นสุดลงเมื่อนั้น ดังนั้น ในการพิจารณาถึงปัญหาเกี่ยวกับเวลาอันเป็นจุดสิ้นสุดของการกระทำอันจะถือว่าเป็นความผิดฐานทำให้แท้งลูกนี้ จึงขึ้นอยู่กับแนวความคิดเกี่ยวกับการเริ่มต้นชีวิตมนุษย์ภายนอกครรภ์นั้นเอง เพราะหากว่าทารกในครรภ์เริ่มต้นมีสภาพความเป็นมนุษย์หรือมีชีวิตภายนอกครรภ์แล้ว ก็ย่อมเป็นจุดเริ่มต้นของความผิดฐานฆ่าผู้อื่นทันที ซึ่งปัญหว่าทารกเริ่มต้นสภาพความเป็นมนุษย์หรือมีชีวิตภายนอกครรภ์ตั้งแต่เมื่อใดนั้น ประเด็นนี้ได้มีแนวความคิดเห็นของนักวิชาการที่แตกต่างกันออกไป ดังนี้

2.3.2.1 ชีวิตภายนอกครรภ์เริ่มเมื่อมีการเจ็บครรภ์คลอดในกรณีคลอดตามธรรมชาติ หรือเมื่อเริ่มลงมือผ่าตัดในกรณีที่คลอดโดยการผ่าตัด

ตามแนวความเห็นนี้ เห็นว่า “การเริ่มสภาพความเป็นมนุษย์” ต่างกับการเริ่ม “สภาพบุคคล” ตามกฎหมายแพ่ง เพราะการเริ่มสภาพบุคคลตามกฎหมายแพ่งเป็นการเริ่มต้นของการเป็น “ประธานแห่งสิทธิ” (Subject of right) แต่การเริ่มสภาพความเป็นมนุษย์ในกฎหมายอาญาเป็นการเริ่ม “สภาพการที่จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย” (object of protection) ดังนี้ แนวความคิดในทางกฎหมายแพ่งจึงแตกต่างจากแนวความคิดในทางกฎหมายอาญา ซึ่งควรจะคุ้มครองตั้งแต่การเจ็บครรภ์คลอดหรือกระบวนการที่ไม่ขาดตอนเป็นระยะเวลานานที่ส่งผลให้ทารกในครรภ์มารดาออกจากครรภ์ที่เรียกว่า “เจ็บเบ่ง (true labor pain) ส่วนการคลอดโดยการผ่าตัดก็ถือเอาการลงมือ

ผ่าตัดแทนการเจ็บครรภ์คลอด เพราะ ณ จุดนั้น ชีวิตนั้นมีสภาพความเป็นมนุษย์แล้ว⁶² การทำลายชีวิตนั้นถือเป็นการฆ่าคนได้

ดังนั้น ถ้าถือตามแนวความเห็นนี้แล้ว การกระทำที่จะเป็นการทำแท้งได้นั้น ก็จะต้องกระทำต่อทารกในครรภ์ก่อนที่จะมีการเจ็บครรภ์คลอดหรือที่เรียกว่าเจ็บเบ่งกรณีคลอดตามธรรมชาติ หรือก่อนที่จะมีการลงมือผ่าตัดกรณีที่ทำการผ่าตัดแทนการคลอดตามธรรมชาตินั่นเอง

2.3.2.2 ชีวิตภายนอกครรภ์เริ่มมีการคลอดแต่ไม่ถึงกับคลอดหมดตัว

ท่านศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย ได้อธิบายไว้ว่า เมื่อทารกได้แยกตนเป็นอิสระจากมารดา คือ ถ้าทารกเริ่มคลอดหรือเริ่มทำตนเป็นอิสระจากมารดา โดยการเริ่มโผล่จากมดลูกไม่ว่าจะเล็กน้อยเพียงใดก็เป็น “คน” และถ้ามีการฆ่าในขณะนั้นก็เป็นการฆ่าคนตายตามมาตรา 288⁶³

บางท่านให้ความเห็นว่า ชีวิตภายนอกครรภ์มารดาเริ่มแต่เมื่อทารกหายใจครั้งแรก ประกอบกับการที่หัวใจทารกเต้น ด้วยเหตุผลที่ว่า ชีวิตทารกจะเริ่มต้นภายนอกร่างกายต้องเริ่มต้นอย่างคนทั่วไป คือ หัวใจต้องเต้นและต้องมีการหายใจด้วยปอด หากมีการเต้นของหัวใจอย่างเดียวโดยไม่หายใจ จะถือว่าชีวิตภายนอกเริ่มต้นแล้วยังไม่ได้⁶⁴ ซึ่งการที่ทารกจะหายใจครั้งแรกหรือมีการเต้นของหัวใจนั้น ไม่จำเป็นต้องมีการคลอดหมดตัวก็ได้ เช่น ในกรณีที่ทารกคลอดออกมาแล้ว แต่เท้าของทารกยังคงติดอยู่ในช่องคลอด ทารกก็อาจมีการหายใจและมีการเต้นของหัวใจในระหว่างคลอดอยู่นี้ก็ถือว่าชีวิตภายนอกครรภ์เริ่มต้นขึ้นแล้ว หากมีการกระทำต่อทารกในระหว่างช่วงเวลานี้ ก็เป็นความผิดฐานฆ่าคนได้

ดังนั้น ถ้าถือตามแนวความเห็นนี้แล้ว การกระทำที่จะเป็นการทำแท้งได้นั้นก็ต้องกระทำต่อทารกในครรภ์ก่อนที่จะเริ่มมีการคลอดนั่นเอง

2.3.2.3 ชีวิตภายนอกครรภ์เริ่มเมื่อทารกคลอดออกมาแล้ว (Complete extrusion) และมีลักษณะอย่างหนึ่งอย่างใดที่แสดงว่าทารกคลอดออกมามีชีวิต (Signs of live birth)⁶⁵

การคลอดต้องสมบูรณ์ก่อน คือ ตัวทารกต้องพ้นจากช่องคลอดออกมาทั้งตัว⁶⁶ การมีสภาพบุคคลนั้นต้องได้คลอดแล้วอยู่รอดเป็นทารก (born alive) เสียก่อน ซึ่งการคลอด หมายถึง การทำให้ทารกในครรภ์เป็นอิสระหลุดพ้นจากครรภ์มารดาทั้งหมด แม้ยังไม่ทันตัดสายรกก็ตาม เพราะการเจ็บครรภ์คลอดก็ดี การคลอดออกมาบางส่วนจนเกือบหมดแล้ว แต่ข้อเท้ายังติดอยู่กับ

⁶² คณิศ ฌ นกร. (2553). *กฎหมายอาญาภาคความผิด*. หน้า 34.

⁶³ หยุด แสงอุทัย. (2544). *กฎหมายอาญาภาค 2-3*. หน้า 212.

⁶⁴ สงกรานต์ นิยมเสน. (2515). *นิติเวชวิทยา*. หน้า 177.

⁶⁵ Simpson K. (1964). *Forensic Medicine*. pp. 156-161.

⁶⁶ J.C. Smith and Brian Hogan. (1993). *Criminal Law Cases and Materials*. p.391.

ช่องคลอดก็ดี ตราบใดที่ยังไม่พ้นจากครรภ์มารดาทั้งหมดจะถือว่า “คลอดแล้ว” ไม่ได้ คงเป็นเพียง “กำลังคลอด” หรือ “ขณะคลอด” เท่านั้นเอง⁶⁷ การคลอดที่ยังไม่สำเร็จสมบูรณ์ แม้ว่าส่วนใหญ่ของทารกจะออกมาแล้ว แต่ยังไม่หมดทั้งตัวก็ต้องถือว่ายังไม่คลอด แม้หัวใจเต้น มีชีพจรหรือคืบได้ เมื่อยังคลอดไม่หมด ก็ยังไม่มีสภาพบุคคลจึงยังไม่มีผู้อื่นให้ฆ่า ต้องถือว่ายังเป็นระยะเวลาที่อาจทำแท้งได้อยู่ เช่น ทารกออกจากช่องคลอดมาได้เกือบหมดทั้งตัวแล้ว ทำให้ตายเสีย ดังนี้ ยังเป็นการทำแท้งไม่ใช่ฆ่าคน เพราะยังไม่เรียกว่า “คลอดแล้ว”⁶⁸ จะถือว่า “คลอดไม่หมด” ยังคงอยู่ในระยะทำแท้งได้ ไม่เป็นการฆ่าคน⁶⁹ เพราะการกำหนดข้อเท็จจริงเพื่อลงโทษอาญาแก่บุคคลต้องชัดแจ้ง ไม่คลุมเครือ จึงต้องถือเอาการคลอดสำเร็จเป็นหลัก คือ เด็กเป็นอิสระอย่างแท้จริงจากครรภ์มารดา ดังนั้น เมื่อกฎหมายแพ่งถือเอาการคลอดแล้ว หรือคลอดสำเร็จบริบูรณ์เป็นเกณฑ์ประการหนึ่งในการเริ่มสภาพบุคคลก็ต้องถือเอาการคลอดออกหมดตัวเป็นการคลอดสำเร็จ มิฉะนั้นจะเป็นปัญหาที่กำหนดไม่ได้ว่าการคลอดบางส่วน ส่วนไหนบ้างจึงจะถือว่าเป็นการคลอดเพียงแต่ศีรษะโผล่ตัวยังอยู่ในช่องคลอดของมารดาเป็นแต่กำลังคลอด จะว่าคลอดแล้วไม่ได้ แต่ออกมาแล้วไหนจึงจะเป็นคลอดแล้ว ย่อมเป็นปัญหาได้ตลอดไปถ้าหากไม่ถือเอาการคลอดออกจนหมดตัวเป็นเกณฑ์⁷⁰

ตามแนวความคิดนี้ ถือเอาการเริ่มต้นของสภาพความเป็นมนุษย์โดยอาศัยเกณฑ์การเริ่มต้นสภาพบุคคลในทางแพ่งมาพิจารณา กล่าวคือ ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 15 วรรคแรก ได้บัญญัติไว้ว่า “สภาพบุคคลย่อมเริ่มแต่เมื่อคลอดและอยู่รอดเป็นทารกและสิ้นสุดลงเมื่อตาย”

ตามกฎหมายอังกฤษถือว่าทารกต้องคลอดออกจากครรภ์หมดตัว (Complete extrusion) จึงจะเป็นความผิดฐานฆ่าคน ถ้ากระทำในระหว่างที่ทารกกำลังคลอดหรือยังมีส่วนหนึ่งส่วนใด คงค้างอยู่ ไม่ใช่ความผิดฐานฆ่าคนและไม่เป็นความผิดฐานทำแท้ง⁷¹ แต่เป็นความผิดฐานทำลายชีวิตทารกตาม The Infant life Preservation Act 1929 ซึ่งบัญญัติว่า ผู้ใดเจตนาทำลายชีวิตทารกที่อาจคลอดและมีชีวิตรอดอยู่ (Capable of being alive) ก่อนที่จะแยกเป็นอิสระจากมารดา มีความผิดฐานทำลายชีวิตทารก⁷² ซึ่งระยะเวลาดังกล่าวได้แก่ เวลาก่อนคลอด โดยนับเอาตั้งแต่เวลาตามปกติ

⁶⁷ ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ. (2549). *คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคความผิดและโทษ*. หน้า 27.

⁶⁸ แหล่งเดิม. หน้า 60-61.

⁶⁹ Glanville Williams. (1978). *Textbook of Criminal Law*. p.250.

⁷⁰ จิตติ ดิงศภัทัย. (2545). *คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญาภาค 2 ตอน 2 และภาค 3*. หน้า 3-4.

⁷¹ Sanford H. Kadish and Monrad G. Paulsen. (1989). *Criminal Law and its processes : cases and materials*. p. 345.

⁷² Glazebrook, P.R. (1989). *Blackstone's statutes on criminal Law*. p.13.

ที่ทารกในครรภ์จะคลอดออกมาอย่างมีชีวิตได้ ซึ่งก็คือระยะเวลาภายหลัง 28 สัปดาห์ของการตั้งครรภ์ไปจนถึงก่อนที่จะคลอดออกมาหมดทั้งตัว ซึ่งกฎหมายได้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าระยะเวลาดังกล่าวเป็นระยะเวลาที่ทารกอาจเกิดมามีชีวิตรอดได้

สรุปคือ กฎหมายอังกฤษนั้น ได้แบ่งระยะเวลากระทำความผิดต่อทารกไว้ 3 ระยะ กล่าวคือ ระยะที่หนึ่ง ถ้ากระทำในระหว่างที่ทารกในครรภ์นั้นมีอายุไม่ถึง 28 สัปดาห์ ก็เป็นความผิดฐานทำแท้งตาม The Offences against Person Act 1861⁷³ ระยะที่สอง ถ้ากระทำในระหว่างที่ทารกในครรภ์นั้นมีอายุตั้งแต่ 28 สัปดาห์ ไปจนกระทั่งก่อนที่จะคลอดหมดตัว ก็เป็นความผิดฐานทำลายชีวิตเด็ก (Child destruction) ตาม The Infant Life Preservation Act 1929 มีโทษหนักกว่าทำแท้งแต่เบากว่าฆ่าผู้อื่น⁷⁴ ระยะที่สาม ถ้ากระทำในระหว่างที่ทารกคลอดออกมาหมดตัวและมีชีวิตรอดอยู่แล้ว ก็จะเป็นความผิดฐานฆ่า

ตามแนวความเห็นนี้การเริ่มต้นชีวิตภายนอกครรภ์นั้น นอกจากจะต้องมีการคลอดหมดตัวแล้ว ยังต้องมีลักษณะอย่างหนึ่งอย่างใดที่แสดงว่าทารกคลอดออกมามีชีวิตด้วย (Signs of live birth) ซึ่งลักษณะที่แสดงว่าทารกที่คลอดออกมามีชีวิต (Signs of live birth) นั้น ในทางนิติเวชศาสตร์มีอยู่หลายประการ เช่น การหายใจ การเต้นของหัวใจ การไหลเวียนของเลือดจากการเต้นของหัวใจ ตลอดจนการเปลี่ยนแปลงที่เกิดขึ้นกับระบบไหลเวียน การเคลื่อนไหวของร่างกาย การเคลื่อนไหวของกล้ามเนื้อ การตรวจพบลมในกระเพาะอาหาร ลักษณะของสายสะดือและผิวหนัง เป็นต้น แม้ว่าการหายใจจะถือว่าสำคัญที่สุด เพราะมีหลักฐานให้ตรวจได้จากปอด แต่การมีลมในปอดหรือปอดลอยนั้นก็ได้เป็นเครื่องยืนยันว่าทารกนั้นเกิดมามีชีวิตเสมอไป⁷⁵

กล่าวโดยสรุป ตามความเห็นนี้ ชีวิตนอกครรภ์มารดาจะเริ่มขึ้นก็ต่อเมื่อมีลักษณะทั้งสองประการประกอบกัน กล่าวคือ ต้องมีการคลอดหมดตัวและจะต้องมีลักษณะอย่างหนึ่งอย่างใดที่แสดงว่าทารกคลอดออกมามีชีวิต (Signs of live birth) ด้วย หากขาดอย่างใดอย่างหนึ่งก็จะถือว่าชีวิตนอกครรภ์เริ่มต้นขึ้นไม่ได้ เช่น กรณีที่ทารกมีการหายใจในระหว่างคลอด โดยที่เท้าของทารกยังอยู่ในช่องคลอดของมารดานั้น กรณีเช่นนี้ยังถือไม่ได้ว่ามีชีวิตตามกฎหมาย⁷⁶

ดังนั้น ถ้าถือตามแนวความเห็นนี้แล้ว การกระทำที่จะเป็นการทำแท้งได้นั้น ก็จะต้องทำต่อทารกในครรภ์ก่อนที่ทารกในครรภ์จะคลอดออกมาหมดตัวและมีชีวิตรอดอยู่นั่นเอง

⁷³ จิตติ ดิงศภัทรี. (2511). “ความผิดฐานทำแท้งลูก”. คุลพาท, 15(1). หน้า 15.

⁷⁴ Glanville Williams. Loc.cit

⁷⁵ Smith S. (1956). *Taylor's Principles and practice of Medical Jurisprudence*. p.98.

⁷⁶ Ibid. p. 98

ในทางวิชาการแล้วจะเห็นได้ว่ายังมีแนวความคิดเห็นที่แตกต่างกันอยู่และในประเทศไทยก็ยังไม่มีความพิพากษาศาลฎีกาที่ตีความในประเด็นปัญหาข้อนี้ ส่วนตัวผู้เขียนมีความเห็นพ้องด้วยกับความเห็นที่สอง ที่เห็นว่าชีวิตภายนอกครรภ์เริ่มเมื่อมีการคลอด แต่ไม่ถึงกับคลอดหมดตัว กล่าวคือ ถ้าทารกเริ่มคลอดหรือเริ่มทำตนเป็นอิสระจากมารดา โดยการเริ่มโผล่จากมดลูกไม่ว่าจะเล็กน้อยเพียงก็เป็น “คน” และถ้ามีการฆ่าในขณะนั้นก็เป็นการฆ่าคนตายตามมาตรา 288 เนื่องจากความผิดฐานฆ่าผู้อื่น เป็นความผิดที่กฎหมายมุ่งคุ้มครองบุคคลที่มีชีวิตแล้วเท่านั้น หากยังไม่มีสภาพเป็นบุคคลก็ไม่สามารถเป็นกรรมสำหรับการกระทำความผิดฐานฆ่าผู้อื่นได้ ซึ่งหากพิจารณาตามแนวความเห็นนี้แล้ว การกระทำที่จะเป็นการทำแท้งได้นั้นก็ต้องกระทำต่อทารกในครรภ์ก่อนที่จะเริ่มมีการคลอดนั่นเอง

2.4 ขอบเขตความผิดฐานทำแท้งลูกในส่วนที่เกี่ยวกับผลของการกระทำ

เนื่องจากบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายอาญาว่าด้วยความผิดฐานทำให้แท้งลูกบัญญัติไว้เพียงว่า “หญิงใดทำให้ตนเองแท้งลูก หรือยอมให้ผู้อื่นทำให้ตนเองแท้งลูก” และ “ผู้ใดทำให้หญิงแท้งลูก” เท่านั้น ยังไม่เป็นที่แน่ชัดว่าการกระทำความผิดฐานทำให้แท้งลูกตามบทบัญญัติดังกล่าวนั้น จะต้องทำให้เกิดผลอย่างใดจึงจะถือว่าเป็นการทำให้แท้งลูกอันเป็นความผิดสำเร็จตามบทบัญญัติดังกล่าว โดยปัญหานี้ได้มีแนวความเห็นที่แตกต่างออกไปซึ่งแบ่งได้อย่างกว้างๆ ดังต่อไปนี้

2.4.1 การทำแท้งต้องเป็นการทำให้ทารกในครรภ์ออกมาจากครรภ์ในลักษณะที่ไม่มีชีวิต

ท่านศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย อธิบายไว้ว่า “ริคลูก” ซึ่งตรงกับคำว่า “ทำให้แท้ง” ตามประมวลกฎหมายอาญาปัจจุบัน หมายถึง การกระทำใดๆที่เป็นเหตุให้ทารกในครรภ์ของหญิงออกมาจากครรภ์ในลักษณะที่เป็นสิ่งไม่มีชีวิต ทารกที่อยู่ในครรภ์จะเติบโตเท่าไรไม่เป็นข้อสำคัญ⁷⁷

ท่านรองศาสตราจารย์ ดร.ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ ได้อธิบายความหมายของการ “ทำให้แท้งลูก” ไว้ว่า หมายถึง การที่ทำให้เด็กในครรภ์คลอดออกมาอย่างไม่มีชีวิต การทำให้แท้งลูกจึงอาจมิได้จนถึงก่อนการคลอดสมบูรณ์ ถ้าเด็กในครรภ์คลอดออกอย่างไม่มีชีวิตก็เป็นการทำแท้ง⁷⁸

⁷⁷ หยุด แสงอุทัย. (2547). คำอธิบายกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127. หน้า 977.

⁷⁸ ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ. (2548). กฎหมายอาญาภาคความผิดและลหุโทษ. หน้า 59-60.

แนวคำวินิจฉัยของศาลฎีกาของไทยนั้น ได้ให้ความหมายของ “การทำให้แท้งลูก” ไว้ว่า จะต้องเป็นกรณีที่ทำให้ลูกในครรภ์คลอดออกมาในลักษณะที่ไม่มีชีวิต⁷⁹

กฎหมายอังกฤษตาม Common Law แต่เดิม จะเป็นความผิดฐานทำให้แท้งได้ จะต้องเป็นการทำให้ลูกนั้นตายก่อนคลอดออกมามีชีวิต ถ้าลูกคลอดออกมามีชีวิตแล้วจึงตาย เป็นความผิดฐานฆ่าคน ต่อมาเมื่อพระราชบัญญัติเอาผิดแก่คนใช้ยาพิษหรือสิ่งอื่น หรือทำด้วยวิธีอื่นโดยเจตนาให้แท้งลูก ไม่ว่าหญิงจะมีครรภ์หรือไม่ เป็นการเปลี่ยนหลักที่ว่าต้องให้ลูกในครรภ์คืบได้เสียก่อน และถือเอาการกระทำเพียงขึ้นพยายามคือใช้ยาหรือเครื่องมือทำให้แท้ง เป็นความผิดสำเร็จไปเลย ไม่ต้องให้ลูกออกมาในลักษณะที่ไม่มีชีวิตเสียก่อนอย่างเดิม⁸⁰

2.4.2 การทำแท้งเป็นการทำให้ทารกในครรภ์ตายในขณะที่อยู่ในครรภ์หรือทำให้ลูกคลอดออกมาก่อนกำหนดแต่โดยสภาพที่ไม่อาจมีชีวิตรอดได้⁸¹ไม่ว่าจะตายภายหลังคลอดนานเท่าใด

“ทำให้แท้งลูก” ก็คือ ทำให้ลูกในครรภ์ตายในขณะที่อยู่ในครรภ์หรือทำให้ลูกในครรภ์คลอดออกมาก่อนกำหนดแต่โดยสภาพที่ไม่อาจมีชีวิตรอดได้⁸¹ การคลอดก่อนกำหนดในที่นี้หมายความว่า เป็นการทำให้ลูกในครรภ์คลอดก่อนถึงเวลาที่ทารกจะคลอดออกมาตามธรรมชาติของทารกนั้น ไม่ว่าจะคลอดโดยมีหรือไม่มีชีวิตก็ตาม กล่าวคือ ต้องมีผลให้ลูกนั้นตายในครรภ์หรือคลอดแล้วตายก่อนอยู่มีชีวิต⁸² ซึ่งก็หมายความว่า แม้ทารกเกิดมาจะมีสภาพบุคลิกหรือแสดงอาการของการมีชีวิต แต่ถ้าทารกนั้นไม่อาจมีชีวิตอยู่นอกครรภ์มารดาได้ โดยไม่ว่าจะตายภายหลังคลอดนานเท่าใด ผู้กระทำให้ทารกคลอดย่อมต้องถือว่าเป็นการทำให้แท้งลูกทั้งสิ้น⁸³ โดยผลคือความตายที่เกิดขึ้นนั้นมีความสัมพันธ์กับการกระทำของผู้กระทำความผิดกล่าว

ในกรณีที่การทำแท้งทำให้ทารกคลอดออกมาและยังมีชีวิตอยู่ แต่ทารกนั้นก็ไม่มีชีวิตรอดได้ และเมื่อต่อมาทารกนั้นถึงแก่ความตายโดยปราศจากการกระทำใดๆต่อทารกนั้นหลัง

⁷⁹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 677/2510 (เนติบัณฑิตยสภา) หน้า 1012 “หญิงมีครรภ์ได้เจ็ดเดือนถูกจำเลยกระแทบบริเวณท้องเวลา 15 นาฬิกา น้ำทูนหัวเด็กในครรภ์แตกก่อน หญิงไปโรงพยาบาลเมื่อเวลา 19 นาฬิกา หญิงคลอดลูกเวลา 21 นาฬิกา เด็กอยู่ได้ 8 วันก็ตาย เนื่องจากเป็นโรคปอดบวม จำเลยถูกหาว่าทำร้ายร่างกายหญิงถึงแท้งลูกตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 295(5) ศาลวินิจฉัยว่าการทำร้ายร่างกายถึงแท้งลูกตามมาตรา 295(5) ต้องเป็นกรณีที่กระทำให้ลูกในครรภ์ของผู้ถูกทำร้ายคลอดออกมาในลักษณะที่ไม่มีชีวิต ส่วนการคลอดก่อนกำหนดเวลาในลักษณะที่เด็กยังมีชีวิตอยู่ ต่อมาอีก 8 วันจึงตาย ดังกรณีของหญิงรายนี้ไม่เป็นการทำให้ได้รับอันตรายสาหัสถึงแท้งลูก ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 295(5)”

⁸⁰ จิตติ ดิงสภักดิ์, เล่มเดิม, หน้า 246.

⁸¹ คณิต ณ นคร, เล่มเดิม, หน้า 177.

⁸² จิตติ ดิงสภักดิ์, เล่มเดิม, หน้า 250.

⁸³ วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์, เล่มเดิม, หน้า 108.

การคลอด ดังนี้ การกระทำย่อมเป็นความผิดฐานทำให้แท้งลูกที่เป็นความผิดสำเร็จ แต่ถ้าได้มีการกระทำใดๆต่อทารกที่คลอดออกมาก่อนกำหนดดังกล่าวให้ถึงแก่ความตายไปก่อนที่จะถึงแก่ความตายไปเอง การกระทำในกรณีนี้นักนิติศาสตร์มีความเห็นเป็นสองฝ่าย กล่าวคือ ฝ่ายหนึ่งเห็นว่าเป็นการกระทำที่เป็นความผิดฐานพยายามทำให้แท้งลูกกระหนาบหนึ่งและเป็นความผิดฐานฆ่าผู้อื่นที่เป็นความผิดสำเร็จอีกกระหนาบหนึ่ง แต่อีกฝ่ายหนึ่งเห็นว่ากรณีเป็นการกระทำที่เป็นความผิดฐานทำให้แท้งที่เป็นความผิดสำเร็จและเป็นความผิดฐานฆ่าผู้อื่นเป็นความผิดสำเร็จ กรณีเป็นการกระทำอันเป็นกรรมเดียวเป็นความผิดต่อกฎหมายหลายบท⁸⁴

กฎหมายฝรั่งเศส การทำให้แท้ง คือ ทำให้คลอดก่อนกำหนด (un expulsion premature) แม้คลอดออกมาไม่ตายก็เป็นความผิด ถ้าทำแล้วไม่คลอดออกมาเป็นเพียงขั้นพยายาม⁸⁵

กฎหมายสวิสเซอร์แลนด์ การทำให้แท้ง คือ ทำให้ลูกในครรภ์คลอดก่อนกำหนด (un expulsion premature) ซึ่งโดยปกติก็มีผลให้ทารกตาย ถ้ากระทำเมื่อเริ่มมีการคลอด ส่วนหนึ่งส่วนใดของทารกโผล่จากช่องคลอดแล้ว เป็นการฆ่าทารก (Infanticide) ตามนี้ไม่เป็นการขัดแย้งว่าทารกต้องคลอดออกมาไม่มีชีวิตหรือไม่ แต่เป็นที่เข้าใจว่าปกติย่อมคลอดมาไม่มีชีวิต ถ้าคลอดออกมามีชีวิตแล้วจึงตายก็เป็นการฆ่าคน

กฎหมายอินเดีย ความผิดฐานทำให้แท้งลูก หมายความว่า การทำให้ลูกในท้องคลอดออกจากมดลูกก่อนกำหนด ณ เวลาใดเวลาหนึ่งระหว่างมีครรภ์ก่อนครบระยะเวลาของการมีครรภ์ ถ้ากระทำเมื่อเด็กคืบได้แล้วมีกำหนดโทษสูงขึ้น แต่ถ้ากระทำให้ทารกกำลังคลอดถึงแก่ความตายเป็นความผิดฐานฆ่าคน⁸⁶

ส่วนความเห็นทางการแพทย์เกี่ยวกับความหมายของคำว่า “ทำให้แท้ง” เป็นการวินิจฉัยโดยมุมมองทางวิทยาศาสตร์ ซึ่งอาศัยเกณฑ์วินิจฉัยจากอายุในครรภ์มารดาและน้ำหนักของทารก โดยความเห็นทางการแพทย์ในประเทศไทย “แท้งลูก” หมายถึง การคลอดของทารกที่มีอายุอยู่ในครรภ์มารดา ก่อน 28 สัปดาห์ หรือทารกที่คลอดมีน้ำหนักน้อยกว่า 1,000 กรัม ไม่ว่าการคลอดนั้นทารกจะมีชีวิตรอดอยู่หรือไม่⁸⁷ แต่โดยที่ขณะนี้ความก้าวหน้าทางการแพทย์ได้พัฒนาไปอย่างมาก การดูแลทารกแรกคลอดที่มีน้ำหนักตัวน้อยให้มีชีวิตรอดต่อไปสามารถกระทำได้ดีขึ้น ในต่างประเทศจึงถือกันว่าการแท้ง หมายถึง การคลอดของทารกที่มีอายุในครรภ์มารดาอ่อนกว่า 20

⁸⁴ คณิต ณ นคร. (2553). *กฎหมายอาญาภาคความผิด*. หน้า 34-35.

⁸⁵ จิตติ ดิงศภัทัย. (2511). “ความผิดฐานทำให้แท้งลูก”. *จุลพาทย*, 15(1). หน้า 12.

⁸⁶ จิตติ ดิงศภัทัย. *เล่มเดิม*. หน้า 248.

⁸⁷ วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์. (2530). *นิติเวชศาสตร์*. หน้า 233.

ลึบคาหลังมา หรือทารกที่คลอดมีน้ำหนักน้อยกว่า 500 กรัม ไม่ว่าการคลอดนั้นทารกจะมีชีวิตอยู่หรือไม่ก็ตาม⁸⁸

จากความเห็นที่แตกต่างกันดังกล่าว จะเห็นได้ว่า ตามแนวคำพิพากษากฎีกานั้นจำกัดขอบเขตของคำว่า “แท้ง” เฉพาะกรณีที่ทำให้ทารกตายในครรภ์หรือคลอดออกมาในลักษณะที่ไม่มีชีวิตเท่านั้น ในขณะที่คำอธิบายของนักกฎหมายบางท่านเห็นว่า การทำให้ลูกในครรภ์คลอดออกมาก่อนกำหนด แต่โดยสภาพที่ไม่อาจมีชีวิตอยู่ได้ ก็ถือว่าเป็นการทำแท้งลูกเช่นกัน

สำหรับความเห็นของผู้เขียนนั้น เห็นว่า เนื่องจากความผิดฐานทำให้แท้งลูกนั้นกฎหมายประสงค์ที่จะคุ้มครองชีวิตในครรภ์มารดาให้สามารถมีชีวิตอยู่รอดได้ จนกระทั่งมีชีวิตภายนอกครรภ์ได้ต่อไปด้วย การที่มีบุคคลอื่นมากระทำให้ทารกในครรภ์มารดาไม่สามารถมีชีวิตอยู่ภายนอกครรภ์ได้ โดยมีเจตนาที่จะกระทำเพื่อให้ทารกไม่สามารถมีชีวิตอยู่รอดภายนอกครรภ์ต่อไปได้ แม้จะออกมาจากครรภ์มารดาทารกยังมีชีวิตอยู่เพียงชั่วขณะหนึ่งก็ตาม แต่โดยสภาพแล้วไม่สามารถที่จะมีชีวิตอยู่รอดต่อไป ก็ถือว่าเป็นความผิดฐานทำให้แท้งลูก ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษฐานทำให้แท้งลูก

2.5 ปัญหาและอุปสรรคทั่วไปในการบังคับใช้กฎหมายเกี่ยวกับการทำแท้ง

การมีบทบัญญัติว่าด้วยความผิดฐานทำให้แท้งลูกที่เคร่งครัด โดยกำหนดให้การทำแท้งเป็นความผิดและมีโทษจำคุกเพียง 2 วรรค คือ เหตุอันเกี่ยวกับสุขภาพของหญิง และเหตุอันเกี่ยวกับการกระทำความผิดอาญาสำหรับความผิดเกี่ยวกับเพศ ตามมาตรา 305 เท่านั้น ได้ส่งผลให้หญิงตั้งครรภ์ที่มีความจำเป็นต้องทำแท้ง ได้รับความกดดันและมีความต้องการที่จะทำแท้งเพิ่มมากขึ้น เนื่องจากสภาพความเป็นจริงในสังคมปัจจุบันมีความเปลี่ยนแปลงไปมาก ซึ่งเป็นผลสะท้อนมาจากปัญหาสังคม เศรษฐกิจ การเมือง เช่น ในกรณีที่ทารกในครรภ์มีความผิดปกติทางกายหรือจิตใจอย่างรุนแรงและไม่อาจเยียวยาได้ หรือในกรณีที่มีความจำเป็นเนื่องจากความกดดันทางเศรษฐกิจ หญิงมีฐานะยากจนหรือมีบุตรเป็นจำนวนมากอยู่แล้ว ทำให้ไม่มีเงินพอที่จะเลี้ยงดูบุตรที่จะเกิดขึ้นมาได้ ซึ่งตัวหญิงเองก็ได้ทราบถึงความจำเป็นดังกล่าวและก็ได้หาทางป้องกันมิให้มีการตั้งครรภ์ โดยใช้วิธีการการคุมกำเนิดที่กระทำโดยแพทย์แล้ว แต่การคุมกำเนิดล้มเหลวหรือเกิดความผิดพลาด ทำให้เกิดการตั้งครรภ์ขึ้น หรือแม้แต่กรณีที่กฎหมายอนุญาตให้ทำแท้งได้ อย่างกรณีเหตุเนื่องจากสุขภาพของหญิงนั้น ก็ยังไม่มีความแน่นอนว่าความหมายรวมถึงสุขภาพกายและสุขภาพจิต หรือหมายความว่าเฉพาะสุขภาพกายของหญิงนั้นเท่านั้น เป็นต้น แต่ก็ไม่สามารถทำแท้งอย่างถูกต้องตามกฎหมายได้ เนื่องจากไม่เข้าข่ายข้อยกเว้นตามกฎหมาย ทำให้หญิงตั้งครรภ์ต้อง

⁸⁸ Pritchard Ja. (1980). *MacDonald PC: Williams Obstetrics*. pp. 587-621.

ไปลักลอบทำแท้งอย่างผิดกฎหมายกันอย่างแพร่หลาย และก็มีมักจะได้รับอันตรายจากการทำแท้ง โดยไม่ถูกวิธีทางการแพทย์ เช่น มดลูกทะลุ เกิดการอักเสบติดเชื้อ รกค้าง เกิดการอุดตันของเส้นเลือด บาดทะยัก เกิดการตกเลือด เป็นต้น ซึ่งบางรายอาจถึงแก่ชีวิต ทำให้รัฐเสียประชากร อีกทั้งยังส่งผลเสียต่อเศรษฐกิจของชาติด้วย เพราะโรงพยาบาลของรัฐต้องรับผู้ป่วยที่มีภาวะแทรกซ้อนจากการทำแท้งของหมอเถื่อน ทำให้สูญเสียงบประมาณไปโดยไม่สมควร

ปัญหาและอุปสรรคเกี่ยวกับการบังคับใช้กฎหมายเกี่ยวกับการทำแท้งในปัจจุบัน มีอุปสรรคจากหลายสาเหตุด้วยกัน ดังนี้

2.5.1 อุปสรรคอันเกิดมาจากความเชื่อทางศาสนา

หลักการในทุกศาสนาที่มีตรงกันคือ การถือว่าชีวิตมนุษย์เป็นสิ่งที่มีความสำคัญ การฆ่ามนุษย์ผู้บริสุทธิ์เป็นการกระทำที่ผิด จึงทำให้มีการถือว่าการทำแท้งเป็นการกระทำที่ผิด เพราะมีลักษณะใกล้เคียงกับการฆ่ามนุษย์โดยตรง แต่อย่างไรก็ตาม แต่ละศาสนาก็มีทัศนะในเรื่องนี้แตกต่างกันออกไปโดยขึ้นอยู่กับผู้มีอำนาจตัดสินของศาสนานั้นๆ

เนื่องจากคนส่วนใหญ่ในประเทศไทย นับถือศาสนาพุทธ ศาสนาคริสต์ และศาสนาอิสลาม ซึ่งมีความเชื่อว่าการทำแท้งเป็นบาป ไม่ว่าจะทำแท้งด้วยสาเหตุอะไรก็ตาม กฎหมายอาญาลบที่ใช้ในปัจจุบันอนุญาตให้ทำแท้งได้ในบางกรณี ได้แก่ กรณีเนื่องจากสุขภาพของหญิงนั้นยังมีความไม่ชัดเจนว่าหมายความว่ารวมถึงสุขภาพกายและสุขภาพจิต หรือหมายความว่าเฉพาะสุขภาพกายของหญิงเท่านั้น จึงทำให้แพทย์เกิดความไม่แน่ใจที่จะทำแท้งให้หญิงในกรณีนี้ เพราะเห็นว่ากฎหมายไม่ได้บัญญัติอนุญาตไว้อย่างชัดเจนและกลัวบาปตามความเชื่อในศาสนาของตน จึงขอกล่าวถึงศาสนา 3 ศาสนาที่มีผู้นับถือมากที่สุดในประเทศไทย ดังนี้

2.5.1.1 ศาสนาพุทธ

(1) เจตคติของบุคคลต่างๆเกี่ยวกับการทำแท้ง

การทำแท้งในทัศนะพุทธศาสนา คือ การทำลายชีวิตที่ยังอยู่ในครรภ์ให้ตายไปขณะที่ยังไม่คลอดออกมาสู่โลกภายนอก ทางพระพุทธศาสนามีหลักที่จะตัดสินในการทำแท้งตามหลักองค์ประกอบของปาณาติบาต 5 อย่าง โดยมีเจตนาเป็นหลัก คือ

- 1) สัตว์นั้นมีชีวิต
- 2) รู้ว่าสัตว์นั้นมีชีวิต
- 3) มีจิตคิดจะฆ่า
- 4) มีความเพียรพยายามที่จะฆ่า

5) สัตว์นั้นตายเพราะความเพียรพยายามนั้น⁸⁹

หลักคำสอนทางพระพุทธศาสนาที่ชัดเจนเรื่องการทำแท้ง มีภาษาบาลีว่า คพุกปาตนา การทำครรภ์ให้ตกไป ถ้าภิกษุรูปใดปรองยาให้หญิงนั้นแท้งลูก ภิกษุนั้นเป็นอาบัติปาราชิก (ขาดจากความเป็นภิกษุ ในข้อหาฆ่าคนตาย) ฉะนั้น การทำแท้งเท่ากับเป็นการฆ่าคน แล้วมนุษย์เกิดขึ้นในช่วงไหน ในอรรถกถาจารย์ท่านอธิบายว่าเกิดขึ้นในขณะที่การปฏิสนธิถือว่าเป็นมนุษย์แล้ว แล้วปฏิสนธิขึ้นขณะไหน ตามหลักมหาตัตตมหาสังขยสูตร คนที่จะเกิดขึ้นมานั้นต้องมีองค์ประกอบ 3 ประการ คือ

- 1) มารดาบิดาอยู่ร่วมกัน
- 2) มารดาอยู่ในวัยอุจจาระเจริญพันธุ์
- 3) คันธัพพะเข้ามาจุติ

ตัวคันธัพพะ ก็คือ การปฏิสนธิวิญญาน มีปฏิสนธิวิญญานเข้าไปอยู่นั้น เมื่อเชื้อฝ่ายพ่อและแม่ผสมกันแล้ว ในขณะนั้นมันจะเกิดคันธัพพะจุติมาเป็นองค์ประกอบที่ 3 องค์ประกอบที่ 3 ก็คือ ปฏิสนธิวิญญาน ปฏิสนธิวิญญานนี้แหละ คือ ขณะปฏิสนธิวิญญานแล้ว สัตว์ในครรภ์จะเล็กมากเป็นกลดะหนึ่ง (กลดะ คือ เป็นน้ำใส มีลักษณะเป็นเมือก เป็นจุดเริ่มต้นแห่งการเจริญเติบโต)

ดังนั้น ถ้าใครไปทำกลดะให้ตกไปถือว่าฆ่ามนุษย์แล้ว พระพุทธศาสนาจึงไม่เห็นด้วยกับการทำแท้ง ถ้าเป็นพระทำก็ถึงกับขาดจากความเป็นภิกษุ แต่ถ้าเป็นฆราวาสศีลก็ขาดเป็นบาป⁹⁰

สรุปได้ว่า การทำแท้งเท่ากับเป็นการฆ่ามนุษย์ ในหลักพระพุทธศาสนาถือว่าเป็นการฆ่าชีวิต เพราะชีวิตเริ่มต้นตั้งแต่มีปฏิสนธิวิญญานหรือมีตัวคันธัพพะแล้ว ดังที่พระพุทธองค์ตรัสไว้ในมหาตัตตมหาสังขยสูตรที่ว่า การปฏิสนธิของคนนั้นจะต้องมีองค์ประกอบ 3 ประการ คือ

- 1) พ่อแม่อยู่ร่วมกัน
- 2) แม่มีไข่สุก (ตามธรรมชาติ)
- 3) มีวิญญานมาปฏิสนธิ (คันธัพพะ) หรือมีสัตว์มาเกิด

พระพุทธศาสนาไม่มีบทบัญญัติ หรือมีข้ออนุญาต หรือเปิดโอกาสให้มีการทำแท้ง เพราะเป็นการทำลายชีวิตสัตว์ให้ตกไป พระพุทธศาสนาถือว่าการเริ่มต้นชีวิตมนุษย์ เมื่อสามีภริยาอยู่ร่วมกัน ภรรยาไข่สุก เมื่อเชื้อมาผสมกันถือว่าเป็นตัว ในทางพระพุทธศาสนาไม่เพียงแต่สอง

⁸⁹ พระสมุทฺธ ถาวรธมฺโม (ทาทอง). (2539). *การศึกษาเปรียบเทียบปัญหาจริยธรรมเรื่องการทำแท้ง : ทัศนะพุทธปรัชญาเถรวาทกับกฎหมายการทำแท้ง*. หน้า 167.

⁹⁰ แหล่งเดิม. หน้า 168.

อย่างนี้ผสมกันเท่านั้น จะมีวิญญาณเข้ามาปฏิสนธิด้วย ดังนั้น ชีวิตเริ่มตั้งแต่อยู่ในครรภ์ที่เรียกว่า เป็นกลดแล้ว ถ้าใครไปทำลายก็ถือว่าเป็นการทำลายชีวิตแล้ว⁹¹

การทำแท้งที่ปรากฏในคัมภีร์ พระวินัยปิฎก มหาวีกังค์ (วินัย. 1/186/116-117 มหาจุฬา ไตรปิฎก) มีดังนี้

1) หญิงคนหนึ่ง ในขณะที่สามีไม่อยู่ ประพศินอกใจ ได้เสียกับชายชู้จนตั้งครรภ์ นาง จึงไปหาพระภิกษุที่นางอุปถัมภ์อยู่ ขอร้องให้ช่วยทำแท้ง ภิกษุนั้นได้จัดหายาช่วยให้นางทำแท้งได้ สำเร็จ ทำให้เด็กในครรภ์ตาย

2) หญิงสองคน มีสามีคนเดียวกัน คนหนึ่งเป็นหมัน อีกคนหนึ่งไม่เป็นหมัน หญิง หมันกล่าวว่าถ้าหญิงที่ไม่เป็นหมันนั้นคลอดบุตร จะได้สิทธิครองสมบัติทั้งหมดตามประเพณี หญิง หมันนั้นจึงไปขอร้องภิกษุที่นางอุปถัมภ์ให้ช่วยบอกวิธีทำแท้ง ภิกษุนั้น ได้จัดหายามาช่วยให้นาง เอาไปทำแท้งให้แก่หญิงที่ไม่เป็นหมันได้สำเร็จ ทำให้เด็กในครรภ์ตาย

3) เรื่องในลักษณะเดียวกัน ภิกษุจัดยาช่วยให้หญิงหมันทำแท้งหญิงที่ไม่เป็นหมันได้ สำเร็จ ทำให้มารดาและเด็กตายทั้งสองคน

4) หญิงตั้งครรภ์คนหนึ่ง ขอร้องให้ภิกษุที่นางอุปถัมภ์บอกวิธีทำแท้ง ภิกษุนั้นบอกให้ นางรัดครรภ์ นางรัดครรภ์ทำแท้งได้สำเร็จ

5) หญิงตั้งครรภ์คนหนึ่ง ขอร้องให้ภิกษุที่นางอุปถัมภ์บอกวิธีทำแท้ง ภิกษุนั้นบอกให้ นางใช้ของร้อนนาคครรภ์ นางนาคครรภ์ด้วยของร้อนจนแท้งลูก

ฉะนั้นทั้ง 5 กรณีดังกล่าวมา พระพุทธเจ้าตรัสว่า “ภิกษุที่ทำอย่างนั้น ต้องอาบัติ ปาราชิกขาดจากการเป็นภิกษุ” เพราะถือว่าภิกษุนั้นฆ่ามนุษย์⁹²

ทางพระพุทธศาสนาถือว่า การทำแท้งเป็นการทำลายชีวิตมนุษย์ เพราะพุทธศาสนา เชื่อว่าเมื่ออสุจิ (Sperm) ผสมกันกับไข่ (Ovum) จะมีวิญญาณมาปฏิสนธิทันที จากนั้นด้วยอำนาจ ของวิญญาณนี้เองจะพัฒนาให้มีการแบ่งตัวของเซลล์มากขึ้น เป็นการเริ่มต้นของชีวิตแล้ว และ พัฒนาเจริญเติบโตมาเป็นมนุษย์ได้ ช่วงระยะเวลาของการปฏิสนธิวิญญานนั้นจะต้องมาปฏิสนธิ ภายใน 7 วัน ถ้าไม่สามารถปฏิสนธิภายใน 7 วัน การปฏิสนธิก็จะหมดสภาพไป เมื่อเริ่มมีการ ปฏิสนธิแล้วในช่วงที่มีการไหลตัวไปยังผนังมดลูกนั้น อาจจะมีกรรมมาตัดรอนในช่วงนั้น ทำให้ ชีวิตนั้นตายได้ เพราะว่าการตายนั้นมิได้ทุกขณะ เริ่มตั้งแต่มีปฏิสนธิจนถึงตายนั่นเอง⁹³

⁹¹ แหล่งเดิม. หน้า 169.

⁹² จำเียร ช่วงโชติ และคณะ. (2516). จิตวิทยารับรู้และการเรียนรู้. หน้า 171-172.

⁹³ พระสมุทร ถาวร (ทางทอง). เล่มเดิม. หน้า 173.

ดังนั้น การทำแท้งในทัศนะพระพุทธศาสนานั้น ถือว่าเป็นความผิด เป็นบาป เพราะถือว่าชีวิตเริ่มตั้งแต่มีปฏิสนธิในครรภ์แล้ว เมื่อมีการประชุมแห่งองค์ประกอบ 3 ประการ คือ มารดาบิดาอยู่ร่วมกัน มารดามีระดูพร้อมที่จะมีบุตร แล้วมีสัว์มาเกิด และการทำแท้งก็ถือว่าผิดหลักปาณาติบาตเพราะมีเจตนาที่จะทำให้แท้งลูก

(2) เกณฑ์ตัดสินทางจริยธรรมเกี่ยวกับการทำแท้งตามทัศนะพุทธปรัชญา

หลักเกณฑ์การวินิจฉัยเกี่ยวกับการฆ่าสัตว์ตามหลักพุทธปรัชญาว่าการกระทำแบบใดจะมีโทษมากหรือโทษน้อย มีบาปมากหรือบาปน้อย มีหลักการที่ควรพิจารณา ดังนี้⁹⁴

1) ต้องดูที่สัตว์นั้นเองว่าถ้าสัตว์นั้นเป็นสัตว์เล็ก เป็นสัตว์ชั้นต่ำ เป็นสัตว์มีคุณน้อยหรือเป็นสัตว์มีโทษ การทำลายชีวิตจึงเป็นบาปน้อย ถ้าสัตว์นั้นมีคุณความดีมาก เช่น บิดา มารดา การฆ่าหรือการทำลายชีวิตก็เป็นบาปมากที่เรียกว่าอนันตริยกรรม ที่จัดว่าเป็นบาปหนักที่สุดในทางพระพุทธศาสนา และผู้ใดมีคุณประโยชน์ต่อสังคมมาก มีคุณธรรมมาก การฆ่าก็เป็นบาปมาก หรือการฆ่านุชย์ซึ่งเป็นสัตว์ที่มีศักยภาพในการทำความดีมาก ก็เป็นบาปมากกว่าการฆ่าสัตว์เดรัจฉาน ซึ่งเป็นสัตว์ที่มีศักยภาพในการทำความดีน้อย การฆ่าทำให้โทษมากโทษน้อยแตกต่างกันออกไป แต่ถึงอย่างไรก็ถือว่าเป็นการทำลายชีวิตเหมือนกัน

2) ต้องดูที่เจตนาของผู้กระทำ ถ้าผู้กระทำมีเจตนาที่รุนแรง มีความรู้ลึกเกลียดชังเกลียดแค้นมุ่งร้าย มุ่งจะทำลาย กลั่นแกล้ง รังแก ข่มเหง เบียดเบียน อย่างนี้ถือว่าเป็นบาปมาก มีโทษมาก แต่ถ้ามีเจตนาไม่รุนแรงหรือมีเจตนาในทางที่ดี ก็มีโทษน้อย เช่น คนป้องกันตัวเองไม่ได้มีเจตนาที่จะทำร้ายใคร

3) ต้องดูที่ความพยายาม ถ้ามีการเตรียมการมีการวางแผนการอย่างจริงจัง ตามขั้นตอน ทำด้วยความมุ่งมั่นที่จะฆ่าให้ตายด้วยความอาฆาตอย่างรุนแรง ก็เป็นบาปมาก แต่ถ้าทำด้วยอารมณ์ชั่ววูบ แม้จะมีกิเลสรุนแรง แต่ก็มีบาปเบาว่า

อย่างไรก็ตาม เพื่อให้มีลักษณะที่ยึดหยุ่นต่อเกณฑ์ตัดสินทางจริยธรรมในเรื่องนี้ และมีผลไปในทางปฏิบัติ ทางพุทธศาสนาจึงได้มีการพิจารณาให้เกณฑ์รองลงมาช่วยตัดสิน ซึ่งจะช่วยให้การตัดสินเรื่องการฆ่า หรือที่เป็นความดีความชั่ว หรือมีโทษมากโทษน้อยให้เป็นไปอย่างรัดกุมและรอบคอบมากขึ้น ดังนี้

1) พิจารณาตัดสินตามเกณฑ์หลัก

ในการวินิจฉัยเกณฑ์ตัดสินเรื่องการฆ่าแท้งที่เป็นปัญหาจริยธรรมนี้ ต้องตัดสินความเป็นกุศลหรืออกุศลเป็นหลักแกนกลาง แล้วขยายลดลงตามลำดับ นอกจากนั้นให้ใช้ความสำนึกกับความดีความชั่วของตนเองอย่างที่เราเรียกว่ามโนธรรม ที่เป็นรากฐานของหลักหิริโอตตัปปะ

⁹⁴ พระเทพเวที (ประยุทธ์ ปยุตโต). (2536). *ทำแท้ง : ตัดสินอย่างไร?*. หน้า 19

นอกจากนั้นก็พิจารณาผลของการกระทำอันจะเกิดแก่ตนเองและผู้อื่น หรือบุคคลในสังคมที่เกี่ยวข้องโดยการวินิจฉัยถือเอาเจตนาเป็นหลักตัดสินว่าเป็นไปในทางดีหรือไม่ดี

1.1) พิจารณามูลเหตุว่าเป็นเจตนาที่เกิดจากกุศลมูล คือ อโลภะ ไม่มีความโลภ เลี้ยงชีพ โดยสุจริต อโทสะ ไม่มีความอาฆาตเคียดแค้นหรือความพยาบาทต่อผู้อื่น ไม่มีความหลงผิด มีปัญญารู้เท่าทัน มีสติสัมปชัญญะสมบูรณ์ หรือเกิดจากอกุศลคือ มีโลภะ โมหะ ที่เกิดขึ้นในลักษณะตรงกันข้ามกับข้างต้น

1.2) พิจารณาถึงสภาวะการณ์ที่มีสภาพเกื้อกูลแก่ชีวิตจิตใจหรือไม่ส่งเสริมหรือบั่นทอนคุณภาพและสมรรถภาพของจิตใจหรือไม่ หรือช่วยให้กุศลธรรมทั้งหลายมีความเจริญงอกงามตลอดจนมีผลต่อบุคลิกภาพอย่างไร⁹⁵

2) พิจารณาตัดสินตามเกณฑ์รอง

ในเกณฑ์รองนี้ เป็นลักษณะของความสำนึกเกี่ยวกับความดีความชั่วของตนเอง โดยใช้หลัก “มโนธรรม” ในการพิจารณา ดังนี้

2.1) ใฝ่มนธรรม คือ ความรู้สึกผิดชอบชั่วดีของตนเอง โดยพิจารณาว่าการกระทำนั้นตนเองดีเทียบตนเองได้หรือไม่ เสียความเคารพตนหรือไม่

2.2) การพิจารณาการยอมรับของวิญญูชนหรือนักปราชญ์หรือบัณฑิตชนว่า เป็นสิ่งที่วิญญูชนยอมรับหรือไม่ ชื่นชมสรรเสริญหรือตำหนิติเตียนอย่างไร

2.3) พิจารณาลักษณะและผลของการกระทำต่อตนเองและต่อผู้อื่นโดยใช้โยนิโสมนสิการคือ การพิจารณาโดยแยกคาวว่า

ก. เป็นการเบียดเบียนตน เบียดเบียนผู้อื่น ทำให้ตนเองหรือผู้อื่นเดือดร้อนหรือไม่

ข. เป็นไปเพื่อประโยชน์สุขหรือเป็นไปเพื่อโทษทุกข์ทั้งแก่ตนเองและผู้อื่นหรือไม่

ฉะนั้น พอสรุปได้ว่าการพิจารณาเกณฑ์ตัดสินพิจารณาความดีความชั่ว โดยดูที่ผลนี้สามารถจะพิจารณาได้ 3 ลักษณะ คือ

1) พิจารณาว่าการกระทำนั้นส่งผลเป็นทุกข์หรือสุขแก่ตนเอง

2) พิจารณาว่าการกระทำนั้นส่งผลเป็นทุกข์หรือสุขแก่ผู้อื่น

3) พิจารณาว่าการกระทำนั้นส่งผลเป็นทุกข์หรือสุขแก่ตนเองและผู้อื่น

อนึ่ง เงื่อนไขที่จะนำมาพิจารณาในเรื่องการฆ่าสัตว์มีบาปมากหรือบาปน้อยประการหนึ่ง ขึ้นอยู่กับเจตนาเป็นกุศลหรืออกุศล การทำปาณาติบาตนั้น การทำแต่ละครั้งจะต้องมี

⁹⁵ พระเทพเวที (ประยุทธ์ ปยุตโต). (2532). *พุทธธรรม*. หน้า 179

เป้าหมายที่แน่ชัดว่าทำไปเพื่ออะไร ทำไปเพราะเห็นแก่ความสนุกหรือทำไปเพื่อประโยชน์ต่อชีวิต และสังคมอย่างไร จริงอยู่การทำลายชีวิตซึ่งกันและกันคงไม่มีใครหรือสัตว์เหล่าใดต้องการ ล้วนแต่ได้รับการปกป้องหรือหนีเอาตัวรอดด้วยกันทั้งนั้น แต่ที่ทำไปเพื่อประโยชน์กับอีกฝ่ายหนึ่งเช่น ปู ปลา กุ้ง และเนื้อสัตว์อื่นๆ ทุกชนิดที่เป็นอาหารของมนุษย์ ย่อมเป็นประโยชน์แก่สุขภาพร่างกายของมนุษย์ ซึ่งมนุษย์ผู้ใดที่ทำงานหนักๆตามมติทางการแพทย์ว่าสุขภาพต้องการอาหารเป็นเนื้อสัตว์ถึง 80 แคลอรี เพราะเนื้อสัตว์นั้นจะนำไปสร้างกล้ามเนื้อให้แข็งแรง แต่ถ้ามุขนุย์ที่ทำงานหนักขาดสารอาหารพวกนี้ไป ก็ทำงานหนักไม่ได้ เพราะจะเกิดความอ่อนแอ กลายเป็นคนเกียจคร้านไป ดังนั้น การปณาดิบาดกับสัตว์ที่เป็นอาหาร แม้ว่าจะเป็นบาปหรือเป็นการเบียดเบียนชีวิตกันและกันก็ตาม แต่ก็เพื่อประโยชน์แก่ชีวิตและจิตใจ ซึ่งก็ตรงกับเกณฑ์การตัดสินหลักทางจริยธรรมข้อที่ว่าด้วย “เป็นสภาพที่เกื้อกูลแก่ชีวิตจิตใจหรือไม่ เช่น ทำให้จิตใจไร้โรคปลดปล่อย ผ่องใสสมบูรณ์หรือไม่ ส่งเสริมหรือบั่นทอนคุณภาพและสมรรถภาพของจิตใจในการช่วยให้กุศลกรรมเจริญงอกงามขึ้นหรือไม่ ตลอดจนมีผลต่อบุคลิกภาพอย่างไร” และตรงกับเกณฑ์ร่วมหรือเกณฑ์รองข้อที่ว่าด้วย “เป็นไปเพื่อความสุหรือทุกข์แก่ตนเองและคนอื่นอย่างไร” แต่การกระทำปณาดิบาดทุกครั้งกับสัตว์ที่เป็นอาหาร ควรมีความสำนึกอยู่เสมอว่าทำไปก็เพื่อชีวิตให้อยู่รอด ประกอบสัมมาอาชีพได้โดยสะดวก มีสุขภาพกายที่ไร้โรคภัยไข้เจ็บ แม้จะเชื่อว่าปณาดิบาดหรือหากจะมีความเสียหายอยู่บ้างก็ทำไปเพื่อประโยชน์ส่วนใหญ่ ซึ่งหลักจริยธรรมทางพุทธศาสนานั้นมีลักษณะยืดหยุ่นไปตามสภาพแวดล้อมและสังคมที่มีความจำเป็นอย่างมีเหตุผลอันชอบธรรม เกณฑ์ตัดสินจริยธรรมในพระพุทธศาสนา ในทางปฏิบัติแล้วมีลักษณะสัมพัทธ์ (relative)⁹⁶

สรุปได้ว่า พุทธศาสนาไม่ได้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับเรื่องความผิดหรือบาปของการทำแท้งไว้โดยตรง แต่หลักการของศาสนาได้ให้ความสำคัญต่อชีวิตโดยมีหลักที่ว่าสัตว์โลกย่อมมีความรัก ชีวิตของตนเองเสมอไม่ว่าจะเป็นมนุษย์หรือสัตว์ การทำลายชีวิตย่อมเป็นบาป ทำให้พุทธศาสนิกชนถือว่าการทำแท้งไม่ว่าด้วยเหตุผลอื่นใดเป็นบาปเพราะเป็นการทำลายชีวิตมนุษย์ โดยถือว่าทารกในครรภ์อยู่ในวิสัยที่จะพัฒนาขึ้นเป็นชีวิตมนุษย์โดยสมบูรณ์

2.5.1.2 ศาสนาคริสต์

สำหรับศาสนาคริสต์แม้จะมีหลายนิกาย แต่ทุกนิกายก็เห็นตรงกัน ว่าพระเจ้าเป็นผู้สร้างมนุษย์และการทำแท้งเป็นบาป

โดยนิกายโรมันคาทอลิกมีผู้นำทางศาสนาที่มีอำนาจตัดสินปัญหาขัดแย้ง ในเรื่องความเชื่อทางศาสนาถือองค์สันตปาปา โดยส่วนใหญ่เห็นว่าการทำแท้งเป็นสิ่งที่บาปที่ควรประณามอย่าง

⁹⁶ ลิวลี สิริไล. (2529). การศึกษาเชิงวิเคราะห์พุทธจริยศาสตร์ จริยธรรม และเกณฑ์ตัดสินปัญหาจริยธรรมทางการแพทย์ในสมัยปัจจุบัน. หน้า 111.

ยัง ส่วนนิกายโปรเตสแตนต์นั้นไม่เข้มงวดนัก โดยมีลักษณะเสรี นิยมมากกว่าเพราะเป็นนิกายที่แยกตัวออกมาภายหลังและไม่เคร่งมากนัก

(1) นิกายโรมันคาทอลิก

นิกายโรมันคาทอลิก มีความเชื่อว่ามีชีวิตใหม่เริ่มต้นเมื่อมีการปฏิสนธิ ดังนั้นการทำลายไข่ก็ดี ก้อนเลือดก็ดี หรือทารกในครรภ์ก็ดี ย่อมเป็นการฆ่าคนตายและต้องห้ามโดยเด็ดขาด⁹⁷ ซึ่งถือว่าการทำแท้งเป็นการทำลายหัตถกิจของพระเจ้าโดยตรง จึงได้มีบทบัญญัติห้ามไว้ว่า “...เจ้าจึงไม่ฆ่าทารกโดยการทำแท้ง เจ้าต้องไม่ทำลายสิ่งสร้าง” (Didache 2:2) และมีข้อยกเว้นเพียงกรณีเดียวคือ การทำแท้งโดยอ้อม อาจกระทำได้เพื่อการผ่าตัด เพื่อรักษาโรคร้ายของมารดา เป็นเหตุให้ทารกในครรภ์ถูกทำลายไปด้วย การกระทำดังกล่าวนี้ถือว่าเป็นการผ่าตัดเพื่อช่วยชีวิตมารดา มิใช่เป็นการทำลายชีวิตในครรภ์⁹⁸

เมื่อได้ศึกษาจากเอกสารสังคายนาสวดกันครั้งที่สอง ได้กล่าวถึงสิทธิของทารกในการดำรงชีวิตอยู่ดังนี้⁹⁹

“สิทธิที่จะมีชีวิตย่อมดำรงอยู่อย่างสมบูรณ์ในบุคคลสูงอายุ แม้จะชราภาพสักปานใดก็ตาม สิทธิดังกล่าวนี้ยังคงมีอยู่สมบูรณ์แม้ในคนป่วยที่ไม่มีทางเยียวยา

สิทธิที่จะมีชีวิตอยู่นี้ในทารกแรกเกิดมิได้น้อยไปกว่าบุคคลที่เติบโตเป็นผู้ใหญ่แล้ว ในความเป็นจริง ความเคารพในชีวิตรมนุษย์ถูกเรียกร้องตั้งแต่วินาทีแรกที่กระบวนการแห่งชีวิตเริ่มต้น นับจากวินาทีที่ไข่ของมารดาผสมกับเชื้อของบิดา ชีวิตใหม่ได้เริ่มต้นขึ้นแล้วและชีวิตดังกล่าวนี้ไม่ใช่สมบัติของบิดาหรือมารดา หากแต่คือชีวิตของมนุษย์คนใหม่ที่กำลังเติบโตขึ้นทุกขณะ ชีวิตใหม่นี้จะไม่อาจพัฒนาเป็นมนุษย์ได้ หากว่าเรามีได้มีสภาพเป็นมนุษย์มาแล้วตั้งแต่เกิด”

การสังคายนาสวดกันครั้งที่สองโดยการนำของสมเด็จพระสันตะปาปาปอลที่หกได้มีมติประณามการทำแท้งอย่างรุนแรง ในความว่า “ชีวิตจักต้องได้รับการปกป้องด้วยความเอาใจใส่อย่างเข้มงวด นับจากวินาทีแรกที่ปฏิสนธิ การทำแท้งและการฆ่าทารกแรกเกิดเป็นอาชญากรรมที่ร้ายแรง” และยังได้แสดงทัศนคติต่อการทำแท้งไว้ในข้อ 14 ว่า “(การคุมกำเนิดเป็น) การขัดขวางโดยตรงต่อลำดับขั้นตอนการให้กำเนิดปฏิสนธิแล้ว การทำแท้งที่เกิดขึ้นจากเจตนาและการกระทำโดยตรง แม้จะอ้างเหตุผลในทางรักษาพยาบาล ทั้งสองประการนี้ก็ต้องปิดออกไปให้อยู่นอกวิถีที่ถูกต้องของการควบคุมกำเนิดโดยเด็ดขาด”¹⁰⁰

⁹⁷ วัฒนา รัตนวิจิตร. (2521-2522). *กฎหมายและการทำแท้งในประเทศไทย*. หน้า 10.

⁹⁸ แหล่งเดิม.

⁹⁹ Austin Llanery. (1982). *Vatican council II*. p.445.

¹⁰⁰ อำนวย ยศโยธา. (2541). *ปัญหาจริยศาสตร์เชิงวิพากษ์*. หน้า 224.

จากเอกสารสังคายนาวาทีกันครั้งที่สองจึงพบว่า คริสต์ศาสนามีการต่อต้านการทำแท้งอย่างรุนแรง เพราะถือว่าการทำแท้งเป็นการที่ผิดศีลธรรมโดยไม่มีข้อยกเว้น เนื่องจากเห็นว่าทารกที่อยู่ในครรภ์มีสภาพเป็นคนแล้วโดยสมบูรณ์นับจากวินาทีแรกที่ปฏิสนธิ จึงมีสิทธิที่จะมีชีวิตรอดเท่าเทียมกัน

พระสันตะปาปา ปิอุส ที่สิบเอ็ด ได้แสดงทัศนะเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิของทารกในครรภ์ไว้ในสาส์นว่าด้วย การแต่งงานของคริสตชนว่า “ทารกที่ยังไม่เกิดมีความเป็นมนุษย์ในจิตใจ และความหมายเดียวกับชีวิตของมารดา ยิ่งกว่านั้นมนุษย์ทุกผู้แม้แต่ทารกในครรภ์มารดา ล้วนเป็นผู้ที่ได้รับสิทธิในชีวิตโดยตรงจากพระผู้เป็นเจ้า... ชีวิตของมนุษย์ผู้บริสุทธิ์ไม่ว่าจะอยู่ในฐานะใด ล้วนเป็นสิ่งที่ได้รับมาจากพระผู้เป็นเจ้าตั้งแต่วินาทีแรกของการเริ่มมีขึ้น การประทุษร้ายหรือการก้าวร้าวโดยตรงต่อชีวิตอันละเมิดมิได้นั้น จัดเป็นการละเมิดกฎเกณฑ์ที่สำคัญ ซึ่งหากไม่มีกฎเกณฑ์อันนั้นแล้วมนุษย์จะอยู่ในสังคมโดยปลอดภัยไม่ได้... การทำให้ความตายเกิดขึ้น ไม่ว่ากับมารดาหรือทารกย่อมเป็นการขัดต่อบทบัญญัติของพระผู้เป็นเจ้าและเสียงแห่งธรรมชาติที่ว่า “เจ้าต้องไม่ฆ่า” ชีวิตทั้งสองฝ่ายมีค่าเสมอกันไม่มีใครมีสิทธิที่จะทำลายชีวิตได้”¹⁰¹

เมื่อวันที่ 13 มกราคม 2547 อดีตพระสันตะปาปา จอห์นปอล ที่สอง ทรงเคยปราศรัยซึ่งมีข้อความบางส่วนว่า เราจำเป็นต้องเคารพชีวิตของแต่ละบุคคล ทุกสิ่งเริ่มต้นจากพื้นฐานอันสำคัญ แห่งสิทธิมนุษยชนคือ สิทธิในการมีชีวิต เช่น การทำแท้ง การฆ่าตัวตายโดยชราภาพ ฯลฯ เป็นการลดคุณค่าของมนุษย์ให้เป็นเพียงสิ่งของชิ้นหนึ่ง การมีหรือไม่มีชีวิตตามสั่งโดยมนุษย์เป็นการไม่เห็นความจำเป็นและความสำคัญของจริยธรรม การวิจัยวิทยาศาสตร์ก็มองข้ามความศักดิ์สิทธิ์ของชีวิตและสิทธิมนุษยชน เราจะต้องส่งเสริมศักดิ์ศรีของมนุษย์ทุกคนโดยเริ่มจากเด็กในครรภ์ เราต้องทำนุบำรุงรักษามันออกดอกออกผล....

ในปัจจุบันสมเด็จพระสันตะปาปา เบเนดิกต์ที่ 16 ประมุขสูงสุดแห่งพระศาสนจักรโรมันคาทอลิก ทรงร่วมประณามโครงการสนับสนุนการทำแท้งในทวีปแอฟริกา โดยโครงการนี้เกิดขึ้นเนื่องจากหลายฝ่ายเล็งเห็นว่า วัยรุ่นแอฟริกาส่วนมากมักจะตั้งครรถ์แบบไม่พึงประสงค์ จึงเกิดแนวคิดป้องกันปลายเหตุจากการคุมกำเนิดด้วยการทำแท้ง ซึ่งได้ร่วมคัดค้านด้วยการตรัสว่า “นี่คือการทำลายชีวิตผู้บริสุทธิ์อย่างโจ่งแจ้ง ทั้งที่คนๆนั้น ยังไม่ได้ทำอะไรผิดเลย อย่างไรก็ตาม สถานการณ์ที่ยากลำบากเช่นนี้ อาจนำไปสู่ความรุนแรงยิ่งขึ้นในอนาคต ดังนั้น เวลาที่พวกท่านเทศน์สอนพระวาจาของพระเยซู จงย้ำเตือนให้คนทั้งหลาย ได้ตระหนักถึงสิทธิการมีชีวิตที่เด็กทารกผู้บริสุทธิ์พึงมี เพราะว่า มนุษย์ทุกคนมีสิทธิเท่าเทียมกันในสายพระเนตรของพระเจ้าโดยไม่มีข้อยกเว้นใดๆทั้งสิ้น”

¹⁰¹ แหล่งเดิม. หน้า 229.

การที่ฝ่ายนิยายโรมันแคธอลิก ห้ามการทำแท้งโดยเด็ดขาดนั้น มีปัญหาที่สามที่ควรได้รับการพิจารณาสองประการคือ¹⁰²

1) เมื่อฝ่ายนิยายโรมันแคธอลิก อ้างว่าการทำแท้งเป็นการ “ทำลายชีวิตโดยเจตนา” นั้น มีปัญหาว่า “ชีวิต” มีความหมายเพียงใด และยังมีปัญหาต่อไปอีกว่าชีวิตเริ่มต้นจริงเมื่อใด

ชีวิตเริ่มต้นเมื่อไข่หลุดพ้นออกไปไข่หรือไม่ เพราะไข่จะต้องไปผสมกับน้ำกามของชาย หรือว่าชีวิตเริ่มเมื่อไข่ได้ผสมจนกลายเป็นเซลล์ที่มีชีวิต (Zygote) แล้ว จุดนี้เป็นจุดที่สำคัญ เพราะถ้าทุกสิ่งทุกอย่างเป็นไปตามปกติ อีกเก้าเดือนก็จะกลายเป็นทารก หรือว่าชีวิตเริ่มเมื่อไข่ได้เกาะกับผนังมดลูกและเริ่มมีรูปร่างของตัวอ่อนในครรภ์ (Embryo) ทั้งนี้ เนื่องจากหญิงจะทำแท้งไม่ได้จนกว่าไข่จะได้ฝังตัวในผนังมดลูกแล้ว

Dr. George W. Corner ได้ให้ความเห็นว่า ปัญหาเรื่องไข่ที่ยังมิได้ผสมจะเป็นสิ่งมีชีวิตหรือไม่ ในแง่หนึ่งต้องถือว่าไม่มีชีวิต เพราะโดยตัวของมันเองไม่อาจก่อกำเนิดอะไรได้ และตัวของมันเองก็สามารถคงสภาพอยู่เพียงวันหนึ่งหรือสองวันเท่านั้น แต่ในอีกแง่หนึ่งก็อาจถือได้ว่ามีชีวิต เพราะตัวมันเองประกอบด้วยชีวภาพที่จำเป็นสำหรับชีวิต เพียงแต่จะต้องได้รับการส่งเสริมจากเซลล์ในน้ำกามเพื่อให้มีชีวิตและเจริญเติบโตต่อไป อาจกล่าวได้ว่าเซลล์ไข่ของมนุษย์นั้นมิใช่ชีวิต

ในฐานะความเห็นของนักกฎหมาย ศาสตราจารย์ Glanville Williams ได้ให้ข้อคิดเห็นว่าสำหรับช่วงระยะเวลาก่อนมีการถือกำเนิดขึ้นนั้น ฝ่ายนิติบัญญัติอาจกำหนดจุดเริ่มต้นที่จะให้การคุ้มครองทางกฎหมายได้ นั่นก็คือระยะเวลาที่ทารกในครรภ์อาจมีชีวิตอยู่รอดได้ (Viability) โดยถือเอาเมื่อการตั้งครรภ์ครบยี่สิบแปดสัปดาห์ การขีดเส้นโดยถือเอาระยะเวลายี่สิบแปดสัปดาห์นี้น่าจะเป็นที่ยอมรับของสังคม เพราะโดยข้อเท็จจริงแล้วการทำแท้งภายหลังที่มีการตั้งครรภ์เกินสี่เดือนนั้นมิใช่น้อยมาก

ในระหว่างระยะเวลาที่ทารกในครรภ์เริ่มเคลื่อนไหว (Quickening) และระยะเวลาที่ทารกในครรภ์อาจมีชีวิตอยู่รอดได้¹⁰³ อาจมีคนคิดว่าควรจะต้องถือเอาช่วงเวลาที่สมองของทารกเริ่มทำงาน เพราะวิญญูณนั้นจะต้องมีส่วนสัมพันธ์กับจิตใจ และจิตใจก็จะมีไม่ได้ถ้ายังไม่มีสมอง โดยการใช้เครื่องตรวจไฟฟ้าวัดคลื่นสมองของทารกในครรภ์ ปรากฏว่าเครื่องตรวจดังกล่าวสามารถวัดคลื่นสมองของทารกในครรภ์ได้ในเดือนที่เจ็ด ซึ่งเป็นระยะเวลาก่อนหน้าระยะเวลาที่อาจคลอดออกมามีชีวิตรอด (Viability) เพียงเล็กน้อย ดังนั้น ถ้าตกลงให้ถือเอาระยะเวลาดำเนินการตั้งครรภ์เดือนที่เจ็ดเป็นระยะเวลาที่กฎหมายจะให้ความคุ้มครองแก่ทารกในครรภ์แล้ว ก็ย่อมจะขจัดปัญหาทางสังคมเกี่ยวกับการทำแท้งไปได้

¹⁰² วัฒนา รัตนวิจิตร, เล่มเดิม, หน้า 10.

2) นอกจากปัญหาที่ว่าชีวิตเริ่มต้นเมื่อใดแล้ว ปัญหาอีกประการคือฝ่ายนิกายโรมันคาทอลิกได้เรียกร้องเกี่ยวกับ “ความสงบของชีวิต” จริงหรือไม่

การเรียกร้องมิให้มีการกระทำใดๆ ที่มีความรุนแรงนับเป็นเรื่องที่น่าขบถแต่เท่าที่เป็นฝ่ายนิกายโรมันคาทอลิก มิได้มีจุดยืนที่ต่อต้านการฆ่าอย่างเช่น ฝ่ายที่เรียกร้องความสงบอื่นๆ เช่น พวก Quakers หรือพวกสนับสนุนคานธี ได้กระทำนั้น ในทางตรงข้ามจากประวัติศาสตร์ ฝ่ายนิกายโรมันคาทอลิกได้มีส่วนร่วมในการรบบราฆ่าฟัน เช่น สงครามครูเสดที่ได้ใช้กำลังต่อมนุษยชาติ โดยอ้างพระผู้เป็นเจ้าและอัสสาสนา ดังนั้น การที่ฝ่ายนิกายโรมันคาทอลิก เรียกร้องเกี่ยวกับความสงบของชีวิต และชีวิตของทารกที่ยังไม่ถึงกำเนิดจึงดูเหมือนว่าเป็นการเรียกร้องที่ปราศจากความจริงใจ

ฉะนั้น หลักของฝ่ายนิกายโรมันคาทอลิกในเรื่องการเกิดของมนุษยชาติ ก็คือ จะต้องไม่ให้มีการควบคุมหรือวางข้อกำหนดกฎเกณฑ์ใดๆทั้งสิ้น จึงทำให้การทำแท้งถือเป็นบาปอย่างร้ายแรง โดยไม่มีข้อยกเว้น ซึ่งเป็นการพิจารณาที่ปราศจากการวิเคราะห์ปัญหาของสังคมที่เกิดขึ้น

การที่คริสตจักรถือว่าการทำแท้งเป็นบาปก็ด้วยเหตุผลจากการถือว่าทารกในครรภ์เป็นมนุษย์ แต่จะเริ่มเป็นมนุษย์ในตอนที่ไหนนั้น แม้ผู้รู้ในวงการศาสนาเองก็ยังไม่ลงรอยกันอยู่บ้าง ซึ่งแบ่งได้เป็น 2 ความเห็น ได้แก่ ความเห็นแรก ถือว่าทารกในครรภ์เป็นมนุษย์ตั้งแต่เริ่มปฏิสนธิ และความเห็นที่สองเห็นว่าทารกในครรภ์เริ่มเป็นมนุษย์เมื่อมีจิตวิญญาณในระยะเวลาหลังการปฏิสนธิมาแล้ว ความขัดแย้งในเรื่องความเห็นเกี่ยวกับความผิดบาปของการทำแท้งจึงแตกต่างกันออกไปตามทัศนะของผู้รู้และผู้นำทางศาสนา แต่ส่วนใหญ่แล้วนิกายโรมันคาทอลิกมักถือว่าการทำแท้งเป็นสิ่งผิดบาปร้ายแรง

(2) นิกายโปรเตสแตนต์

เริ่มแรกนั้น ฝ่ายนิกายโปรเตสแตนต์ยังมีความเห็นคัดค้านความคิดเกี่ยวกับการคุมกำเนิดและการทำแท้งอยู่โดยเหตุที่ว่าเป็นการกระทำที่ขัดต่อศีลธรรมและกฎของพระเจ้า ต่อมาการตีความของพระเจ้าได้เปลี่ยนแปลงไป โดยฝ่ายนิกายโปรเตสแตนต์ได้ยอมรับการเกิดของทารกอาจก่อให้เกิดอันตรายต่อชีวิตของผู้เป็นมารดาได้ และโดยเหตุนี้การจำกัดขนาดของครอบครัว โดยวิธีบางอย่างจึงเป็นสิ่งที่ชอบด้วยเหตุผล ซึ่งไม่เห็นเป็นรูปธรรมชัดเจนมากขึ้น เมื่อมีการประชุมของฝ่ายนิกายโปรเตสแตนต์ที่ลอนดอนเมื่อปี 1930 (Lambeth Conference) ซึ่งได้มีมติเห็นชอบในการคุมกำเนิด โดยมีเงื่อนไขได้¹⁰³

ในการประชุมเมื่อปี 1958 ได้มีมติว่า พระผู้เป็นเจ้าได้กำหนดจำนวนบุตรตามความสำนึกของบิดามารดา การวางแผนครอบครัวจึงเป็นสิทธิและเป็นปัจจัยสำคัญในชีวิต ครอบครัว

¹⁰³ แหล่งเดิม, หน้า 13.

ของชาวคริสต์ที่จะต้องกำหนด โดยอาศัยทรัพยากรและความสามารถของครอบครัว ตลอดจนพิจารณาถึงความต้องการของประชากรและปัญหาของสังคม รวมทั้งสิทธิของชนรุ่นหลังนิกายโปรเตสแตนต์จึงอนุญาตให้ทำแท้งได้ ในกรณีที่จำเป็น เพราะชีวิตมนุษย์จะมีวิญญาณหลัง 46 วัน ดังนั้นถ้าจะมีการทำแท้ง นิกายโปรเตสแตนต์จะนำข้ออ้างดังกล่าวว่าการทำแท้งนั้นไม่เป็นบาป

จนกระทั่งในปี 1968 ซึ่งมีการประชุม American Baptist Convention ได้มีมติยอมรับว่าการทำแท้งควรเป็นเรื่องการตัดสินใจส่วนตัว และได้เรียกร้องให้มีการออกกฎหมายว่า

1) การทำให้ตั้งครรภ์สิ้นสุดลงก่อนสัปดาห์ที่สิบสอง ให้เป็นไปตามคำร้องขอของบุคคลที่เกี่ยวข้อง และให้ถือว่าเป็นวิธีการเลือกทางการแพทย์ที่ควบคุมโดยกฎหมายว่าด้วยเวชกรรม

2) หลังจากช่วงเวลาดังกล่าวการทำให้การตั้งครรภ์สิ้นสุดลงจะต้องกระทำแต่โดยเฉพาะแพทย์ที่ได้รับอนุญาตตามคำขอของบุคคลที่เกี่ยวข้อง และด้วยเหตุผลตามที่สถาบันกฎหมายอเมริกัน (American Law Institute) ได้กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายอาญานั้น (ซึ่งได้แก่ การเสี่ยงต่อสุขภาพกายหรือทางจิตใจของมารดา การเสี่ยงต่อการที่เด็กจะเกิดมาโดยมีร่างกายหรือจิตใจผิดปกติ การตั้งครรภ์เนื่องจากถูกข่มขืน ฯลฯ)

ในการประชุมใหญ่ของ United Presbyterian Church ในปี 1962 ก็ได้พูดถึงปัญหาว่าการช่วยชีวิตมารดาหรือการช่วยชีวิตบุตรในครรภ์นั้น อะไรควรจะมีค่ามากกว่า นอกจากนั้นในการประชุมใหญ่ของ United Presbyterian Church ในปี 1968 ที่ประชุมก็ได้เรียกร้องให้มีการยกเลิก กฎหมายห้ามการทำแท้ง และให้มีการห้ามแต่เฉพาะการทำแท้งที่กระทำโดยบุคคลซึ่งไม่ใช่แพทย์ที่ได้รับอนุญาต ทั้งนี้ โดยให้การตัดสินใจในการทำแท้งขึ้นอยู่กับแพทย์และคนไข้เอง¹⁰⁴

2.5.1.3 ศาสนาอิสลาม

ส่วนศาสนาอิสลามก็มีความคล้ายกับศาสนาคริสต์ตรงที่ถือว่าพระเจ้าเป็นผู้สร้างมนุษย์และการทำแท้งเป็นบาป ศาสนานี้เป็นระบบแห่งการดำเนินชีวิตที่พระเจ้าประทานให้แก่มนุษย์เป็นศาสนาที่ประทานมาจากพระผู้เป็นเจ้า และมีได้ถูกก่อตั้งโดยมนุษย์คนใด ข้อห้ามในอิสลามมีหลายข้อ รวมทั้งห้ามคุมกำเนิดและทำแท้ง ในคัมภีร์อัลกุรอานได้กล่าวถึง กำเนิดและพัฒนาชีวิตในครรภ์มารดาว่าอัลเลาะห์ (พระผู้เป็นเจ้า) ได้ทรงแจ้งให้มนุษย์ได้ทราบถึงการเริ่มต้นแห่งชีวิตไว้ในหลายๆอายะห์ (โองการ) ของคัมภีร์ซึ่งมีอยู่ในซูเราะห์ (บท) ต่างๆที่ชี้ให้เห็นถึงกระบวนการสร้างของพระองค์ที่มีลักษณะเป็นขั้นตอนและแสดงให้เห็นถึงพัฒนาการของชีวิตมนุษย์ในครรภ์มารดาอีกด้วย¹⁰⁵ และได้มีบทบัญญัติห้ามฆ่าทารก เช่น บทบัญญัติที่ว่า “...จงอย่าประหารเด็กของ

¹⁰⁴ วัฒนา รัตนวิจิตร. เล่มเดิม. หน้า 13-14.

¹⁰⁵ กัทพร สิริกาญจน และคณะ (2546). *ความรู้พื้นฐานทางศาสนา*. หน้า 81-88.

เจ้าเพราะกลัวว่าจะทำให้เจ้ายากจนลง เราจะเป็นผู้เกื้อหนุนเจ้าและเด็กๆ เหล่านี้....” (The Koran VI,151:XVII: 13) จากหลักคำสอนนี้จึงกล่าวได้ว่าการทำแท้งและการฆ่าทารกถือว่าเป็นบาป¹⁰⁶

ดร.สุชามุคติน บินมุซา อะฟานะห์ สูติแพทย์แห่งประเทศริยาร์ด ได้ให้ทัศนะเกี่ยวกับการทำแท้งทารกที่พบว่ามีความผิดปกติ ดังนี้ ในนามของอัลเลาะห์ มวลการสรรเสริญในนามของอัลเลาะห์ มวลการสรรเสริญเป็นสิทธิ์แต่อัลเลาะห์ ขอพรและความสันติสุขจงมีแด่ศาสนาของอัลเลาะห์ การมีชีวิตของทารกเป็นชีวิตที่มีศักดิ์สิทธิ์ จำเป็นต้องรักษาไว้ เมื่อแพทย์หลายท่านลงความเห็นว่าการทำแท้งทารกได้พิจารณาดังนี้ ถ้าหากความพิการนี้เป็นสิ่งที่ติดตัวทารก เช่น ดวงตาพิการ เป็นต้น ในกรณีนี้ห้าม (ฮะรอม) ทำแท้ง โดยไม่มีเงื่อนไข แต่ถ้าหากความพิการนี้เป็นอันตราย อนุญาตให้ทำแท้งได้ก่อนใส่วิญญูณ และไม้อนุญาตให้ทำแท้งภายหลังจากใส่วิญญูณแล้ว และถ้าหากปล่อยทารกไว้แล้วจะเกิดอันตรายกับผู้เป็นมารดา ก็อนุญาตให้ทำแท้งได้โดยไม่มีข้อแม้ใดๆ

การทำแท้งก่อนที่ทารกในครรภ์จะมีวิญญูณนั้น คือ ก่อนจะตั้งครรภ์ได้สี่เดือน อุละมาอ์ นิติศาสตร์อิสลามมีทัศนะต่างกัน โดยที่กลุ่มหนึ่งมีทัศนะว่า อนุญาตให้ทำแท้งได้ไม่หะรอมแต่อย่างใด ทั้งนี้โดยคิดว่ายังไม่มีชีวิต จึงไม่เรียกว่าเป็นการฆ่าและไม่เป็นที่ต้องห้าม อีกกลุ่มหนึ่งมีทัศนะว่าหะรอมหรือก็มักโรหะห์ เพราะมีสภาพพร้อมที่จะมีชีวิต กล่าวคือ มีการเตรียมพร้อมที่จะมีชีวิต ในเรื่องนี้ท่านอิหม่ามหม่อซาลีบีได้มีทัศนะแย้งว่า ถือเป็นการฆ่าสิ่งที่มีอยู่แล้ว ซึ่งมีระยะดังต่อไปนี้

ระยะแรกของการมี คือ ในช่วงที่อสุจิเข้าไปในรังไข่ (มดลูก) เข้าไปร่วมกับน้ำของผู้หญิงซึ่งมีสภาพพร้อมในการที่จะมีชีวิต (หมายถึง หลังจากมดลูกมีน้ำเข้าไปผสมกันแล้ว) หากทำลาย (ทำแท้ง) ช่วงนี้ถือว่าเป็นความผิดที่เรียกว่า “ญินายะฮ์”

ระยะที่สองของการมี คือ ในช่วงที่เป็นเลือดก้อนหรือเนื้อก้อน ซึ่งหากทำแท้งในช่วงนี้ถือเป็นการฮินายะฮ์ที่รุนแรง

ระยะที่สามของการมี คือ ในช่วงที่มีวิญญูณแล้ว หากทำแท้งในช่วงนี้ถือเป็นการฮินายะฮ์ที่รุนแรงที่สุด¹⁰⁷

จากทัศนะของนักวิชาการเห็นพ้องกันว่า ห้ามทำแท้งทารกที่ตั้งครรภ์ผ่าน 120 ไปแล้ว ทั้งนี้เพราะวิญญูณได้ถูกใส่เข้าไปในทารกแล้ว เมื่อผ่านกำหนดเวลาดังกล่าวตามทัศนะของนักวิชาการส่วนใหญ่ เพราะมีหะดิษที่เล่าจากอับดุลลาห์ บุตร มัสฮูด (ร.ค) ว่าท่านศาสนทูต (ซ.ล)

¹⁰⁶ อำนวย ยศโยธา, เล่มเดิม, หน้า 225.

¹⁰⁷ เมธิกาญจน์ ช้างหัวหน้า, (2552). ความชอบธรรมในการทำแท้งกรณีชีวิตในครรภ์มารดาไม่สมบูรณ์. หน้า 68.

ผู้สัจจะและคัมให้การรับรอง สัจจะได้เล่าให้พวกเราฟังว่า คนใดก็ตามในหมู่พวกเจ้านั้น การสร้างเขาจะถูกรวมอยู่ในกรรมมารดาเป็นเวลาสี่สิบวัน หลังจากนั้นจะกลายเป็นก้อนเลือดในเวลาเท่ากันนั้น หลังจากนั้นจะกลายเป็นก้อนเนื้อในเวลาเท่ากันนั้น หลังจากนั้นอัลเลาะห์จะส่งเทวทูต (ญิบรีล) มา และเขาจะถูกบัญชาไว้สี่ประการคือ ปัจจัยยังชีพของเขา อายุขัยของเขา การงานของเขาชั่วหรือดี และหลังจากนั้นวิญญาณจะถูกใส่เข้าไปในร่างกายของเขา มีข้อยกเว้นจากข้อกำหนดดังกล่าวเพียงสภาพเดียวเท่านั้น คือ เมื่อคณะแพทย์ที่เชื่อถือได้และเป็นผู้เชี่ยวชาญได้ยืนยันว่า การปล่อยกรรมไว้จะก่อให้เกิดอันตรายอย่างแน่นอนแก่ชีวิตของผู้เป็นมารดา จึงอนุญาตให้ทำแท้งได้

ทางสถานิติศาสตร์อิสลามขององค์การสันนิบาตโลกอิสลาม ที่นครมักกะห์ได้มีมติไว้ดังนี้ เมื่อตั้งครรภ์ได้ 120 วัน ไม่อนุญาตให้ทำแท้ง ถึงแม้การตรวจทางการแพทย์ยืนยันว่า ทารกมีรูปร่างพิการ ยกเว้นเมื่อปรากฏตามรายงานของคณะแพทย์ผู้เชี่ยวชาญยืนยันว่า การปล่อยทารกในครรภ์ไว้จะเป็นอันตรายอย่างแน่นอนกับผู้เป็นมารดา จึงอนุญาตให้ทำแท้งได้ไม่ว่าทารกจะพิการหรือไม่ก็ตาม เพื่อป้องกันอันตรายที่ใหญ่หลวงที่สุดจากอันตรายทั้งสองอย่าง (คือ อันตรายที่เกิดกับชีวิตของมารดาและอันตรายที่เกิดกับทารกจากการทำแท้ง)¹⁰⁸

ดร.มุซมิล ชิดดีกี อดีตประธานสมาคมอิสลามแห่งอเมริกาเหนือ ได้ให้คำตอบว่า “นักนิติศาสตร์อิสลาม ถือว่า การทำแท้งเป็นที่อนุญาตเมื่อ ชีวิตของผู้เป็นแม่ตกอยู่ในอันตรายเท่านั้น” ในกรณีที่แม่ต้องเสี่ยงอันตราย ถึงขั้นเสียชีวิตได้นั้น การทำแท้งก็ไม่มีเรื่องของเวลามาจำกัด การทำแท้งสามารถทำได้ トラบใดที่ความเสี่ยงนั้น เป็นความเสี่ยงที่แท้จริง ไม่ใช่เพียงการคาดเดา¹⁰⁹

อย่างไรก็ตาม จากการประชุมสัมมนาองค์กรส่งเสริมชีวิตระดับเอเชีย แปซิฟิก ครั้งที่ 14 เกี่ยวกับ ความรัก ชีวิตและครอบครัว เรื่อง คุณค่าชีวิตจากมุมมองหลากหลายความเชื่อ ณ บ้านผู้หว่าน สามพราน ในวันที่ 12-14 พฤศจิกายน 2007 ซึ่งเป็นการสัมมนาเกี่ยวกับการคุ้มครองศักดิ์ศรีและความศักดิ์สิทธิ์ของชีวิต ประกาศโดยเจตนาให้ทุกคนร่วมสร้าง “วัฒนธรรมแห่งชีวิต” ขจัด “วัฒนธรรมแห่งความตาย” ที่เข้ามาในสังคมมนุษย์ในรูปแบบต่างๆ

ซึ่ง ดร.ยูซุฟ (Dr. Intiyaz Tusu) จากศาสนาอิสลาม ให้แนวคิดเรื่องความศักดิ์สิทธิ์ของชีวิตตามความเชื่อของอิสลามโดยใช้คำสอนของโอรานและของท่านมุฮัมหมัดเกี่ยวกับคุณค่าและความเคารพเพื่อการรักษาไว้ซึ่งชีวิต “พระเจ้ารักและเมตตาต่อมนุษยชาติ ชีวิตเป็นของประทานและของมอบจากพระเจ้า ชีวิตเป็นของพระเจ้า และพระเจ้าเท่านั้นมีสิทธิที่จะให้และรับชีวิตคืน... อิสลามห้ามทำแท้งไม่ว่าจะอยู่ในแวดล้อมใด หรือช่วงไหนของการตั้งครรภ์...”¹¹⁰

¹⁰⁸ แหล่งเดิม, หน้า 69.

¹⁰⁹ บรรจง บินกาซัน. (2546). *ทุกคำถาม : อิสลามมีคำตอบ*. หน้า 12-13.

¹¹⁰ แหล่งเดิม, หน้า 70.

จึงกล่าวได้ว่าในพระคัมภีร์ของศาสนาอิสลาม คือ มหาคัมภีร์อัลกุระอาน ไม่มีบทบัญญัติไว้โดยตรงว่า การทำแท้งเป็นบาปหรือไม่ แต่จากการที่ศาสนานี้เน้นในเรื่องให้มีการเพิ่มพลเมืองอิสลามให้มากขึ้น เช่น ผู้ชายมีภรรยาได้หลายคน และมีบทบัญญัติไว้ว่า “...จงอย่าประหารเด็กของเจ้า เพราะกลัวว่าเจ้าจะยากจนลง เราจะเป็นผู้เกื้อหนุนเจ้าและเด็กๆเหล่านั้น...” ทำให้น่าจะถือว่าการทำแท้งเป็นบาป ทั้งนี้ก็ขึ้นอยู่กับทัศนะหรือการตีความอธิบายของผู้นำทางศาสนาซึ่งมักเป็นผู้นำชุมชนในสังคมอิสลาม

2.5.2 ปัญหาจากความไม่ชัดเจนของตัวบทกฎหมายและการตีความของคณะกรรมการกฤษฎีกา

เนื่องจากประมวลกฎหมายอาญา ได้บัญญัติข้อยกเว้นในกรณีที่ผู้กระทำแท้งไม่มีความผิดไว้ในมาตรา 305 แต่ยังมีข้อสงสัยในเรื่องของการตีความการทำแท้งในกรณีสุขภาพของหญิงว่าจะรวมถึงสุขภาพทางจิตของหญิงด้วยหรือไม่ และจากการตีความกฎหมายของคณะกรรมการกฤษฎีกาที่เกี่ยวกับการทำแท้งจากความไม่ชัดเจนของคำว่า “สุขภาพของหญิง” โดยประเด็นเรื่อง “สุขภาพของหญิง” กระทรวงสาธารณสุขได้ขอให้แพทยสภาเสนอแนะแนวทางปฏิบัติเกี่ยวกับหญิงตั้งครรภ์ที่ติดเชื้อโรคเอดส์ว่า แพทย์จะสามารถทำแท้งให้กับหญิงได้โดยอาศัยมาตรา 305(1) ได้หรือไม่ แพทยสภาจึงได้มีหนังสือปกปิด ค่วนที่สุด ที่ พส.01/484 ลงวันที่ 25 ตุลาคม 2532 ถึงสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ความว่า เนื่องจากสถานการณ์ในปัจจุบันเชื้อโรคเอดส์ได้แพร่กระจายสู่ประชาชนอย่างกว้างขวางและรวดเร็ว ซึ่งในจำนวนของผู้ที่ติดเชื้อโรคเอดส์มีหญิงอาชีพพิเศษที่ตั้งครรภ์รวมอยู่ด้วย แพทยสภาในฐานะองค์กรวิชาชีพอิสระได้กำหนดวัตถุประสงค์หลักในการช่วยเหลือ แนะนำ เผยแพร่ และให้การศึกษากับประชาชนและองค์กรอื่นในเรื่องที่เกี่ยวกับการแพทย์และสาธารณสุข ซึ่งในการนี้ได้รับข้อหารือจากกระทรวงสาธารณสุขขอให้แพทยสภาเสนอแนะแนวทางปฏิบัติเกี่ยวกับผู้ที่ติดเชื้อเอดส์ที่ตั้งครรภ์ให้ด้วย คณะกรรมการแพทยสภาได้พิจารณาปัญหาดังกล่าวในการประชุมคณะกรรมการแพทยสภาครั้งที่ 11/2532 เมื่อวันที่ 12 ตุลาคม 2532 แล้วมีความเห็นว่า “ผู้ที่ติดเชื้อโรคเอดส์ที่ตั้งครรภ์มีผลกระทบต่อสุขภาพร่างกาย จิตใจ และสังคมอย่างมาก และคำนึงของคำว่า “สุขภาพ” ขององค์การอนามัยโลกมีความหมายของการมีสุขภาพดี มิได้หมายถึงเฉพาะปราศจากโรคและความพิการเท่านั้น หากแต่หมายความครอบคลุมถึงความสุข ความสมบูรณ์ทั้งทางกาย ทางใจ และอยู่ในสังคมได้อย่างปกติสุข” คณะกรรมการแพทยสภาจึงมีมติให้หารือคณะกรรมการกฤษฎีกาว่า แพทย์จะอาศัยข้อยกกฎหมายตามที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 305(1) ในกรณีดังกล่าวได้หรือไม่ คณะกรรมการกฤษฎีกา (กรรมการร่างกฎหมาย คณะที่ 5) จึงได้พิจารณาปัญหาที่หารือโดยได้ฟังคำชี้แจงของผู้แทนกระทรวงสาธารณสุข (กรมควบคุมโรคติดต่อ) ผู้แทนแพทยสภา และผู้แทนกรม

อัยการ ซึ่งผู้แทนกระทรวงสาธารณสุขและผู้แทนแพทยสภาชี้แจงข้อเท็จจริงเพิ่มเติมว่าในปัจจุบันโรคนี้ ยังไม่มียาที่จะรักษาโรคเอดส์ให้หายได้ ดังนั้นถึงอย่างไรผู้ที่เป็โรคเอดส์ก็จะตายเนื่องจากโรคดังกล่าวในที่สุด สำหรับหญิงที่เป็นโรคเอดส์และมีครรภ์ การมีครรภ์อาจทำให้อาการของโรคเอดส์กำเริบเร็วกว่ากรณีที่ไม่ม่ครรภ์ การทำให้หญิงที่เป็นโรคเอดส์แท้งลูกอาจมีผลให้หญิงนั้นมีชีวิตยืนยาวไปได้อีกระยะหนึ่งเท่านั้น และก็จะตายเนื่องจากโรคดังกล่าวในที่สุด ส่วนทารกที่เกิดจากหญิงที่เป็นโรคเอดส์จะมีโอกาสติดเชื้อโรคเอดส์ได้ประมาณร้อยละ 30-50 และแม้ทารกที่เกิดมาจะไม่ติดเชื้อโรคเอดส์ตั้งแต่คลอด แต่ก็มีโอกาสติดเชื้อจากมารดาได้ในภายหลัง

คณะกรรมการกฤษฎีกา (กรรมการร่างกฎหมาย คณะที่ 5) ได้พิจารณาปัญหาดังกล่าวแล้วเห็นว่า ปัญหาว่าแพทย์จะอาศัยมาตรา 305(1) แห่งประมวลกฎหมายอาญา ทำให้หญิงที่เป็นโรคเอดส์แท้งลูกโดยไม่มีความผิดได้หรือไม่นั้น ประมวลกฎหมายอาญาได้บัญญัติให้หญิงที่ทำให้ตนเองแท้งลูกหรือยอมให้ผู้อื่นทำให้ตนเองแท้งลูก หรือผู้ที่ทำให้หญิงแท้งลูกเป็นผู้กระทำความผิดฐานทำให้แท้งลูก และต้องรับโทษอาญาตามที่กฎหมายกำหนด (มาตรา 301 มาตรา 302 และมาตรา 303) และประมวลกฎหมายอาญาได้บัญญัติยกเว้นให้ผู้กระทำความผิดฐานทำให้แท้งลูกตามมาตรา 301 และมาตรา 302 ไม่ต้องมีความผิดตามมาตรา 305 ถ้าการกระทำความผิดเป็นการกระทำของแพทย์และจำเป็นต้องกระทำเนื่องจากสุขภาพของหญิงนั้น หรือหญิงมีครรภ์จากการกระทำความผิดอาญาตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 276 มาตรา 277 มาตรา 282 มาตรา 283 หรือมาตรา 284 เนื่องจากกฎหมายอาญาจะต้องอาศัยการตีความโดยเคร่งครัด การตีความมาตรา 305 ซึ่งเป็นบทยกเว้นความผิดดังกล่าวในประมวลกฎหมายอาญา จึงต้องตีความโดยเคร่งครัดด้วย บทยกเว้นที่ว่า “จำเป็นต้องกระทำเนื่องจากสุขภาพของหญิงนั้น” ตามมาตรา 305(1) จึงหมายความว่า แพทย์อาจทำให้หญิงแท้งลูกได้โดยไม่มีความผิดเฉพาะในกรณีจำเป็นเนื่องจากการมีครรภ์จะเป็นอันตรายต่อสุขภาพของหญิงนั้นเท่านั้น แต่ไม่หมายความรวมถึงสุขภาพของทารกที่จะเกิดมาแต่อย่างใดด้วย กรณีจะถือว่าการมีครรภ์จะเป็นอันตรายต่อสุขภาพของหญิงหรือไม่ จึงเป็นข้อเท็จจริงที่แพทย์จะต้องวินิจฉัยเป็นกรณีๆไป สำหรับกรณีที่หารือนี้ เมื่อข้อเท็จจริงปรากฏจากคำชี้แจงของผู้แทนกระทรวงสาธารณสุขและผู้แทนแพทยสภาว่าโรคเอดส์เป็นโรคที่รักษาไม่หายและผู้ที่เป็โรคเอดส์ก็ต้องตายเนื่องจากโรคดังกล่าวในที่สุด การทำให้หญิงเป็นโรคเอดส์แท้งลูกจึงไม่ใช่กรณีจำเป็นต้องกระทำเนื่องจากสุขภาพของหญิงนั้น เพราะแม้ว่าจะทำให้แท้งลูกแล้ว หญิงที่เป็นโรคเอดส์นั้นก็จะไม่หายจากโรคเอดส์ได้และก็จะตายเนื่องจากโรคดังกล่าวในที่สุด คณะกรรมการกฤษฎีกา (กรรมการร่างกฎหมาย คณะที่ 5) จึงเห็นว่า แพทย์ไม่อาจอาศัยมาตรา 305(1) แห่งประมวลกฎหมายอาญา ทำให้หญิงที่เป็นโรคเอดส์แท้งลูกได้โดยไม่มีความผิด

ความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกามีข้อโต้แย้ง 2 ประการ ประการแรกคือ ความเห็นที่ว่าแพทย์อาจทำให้หญิงแท้งลูกได้โดยไม่มีความผิด เฉพาะกรณีจำเป็นเนื่องจากการมีครรภ์จะเป็นอันตรายต่อสุขภาพของหญิงเท่านั้น ไม่หมายความว่ารวมถึงสุขภาพของทารกที่เกิดมาด้วย ถึงแม้ข้อเท็จจริงจะปรากฏว่าทารกที่เกิดจากหญิงที่เป็นโรคเอดส์มีโอกาสติดเชื้อโรคจากหญิงนั้นก็ตามแพทย์ก็ไม่อาจอาศัยมาตรา 305(1) ทำแท้งให้กับหญิงที่เป็นโรคเอดส์ได้ เพราะแม้จะทำให้หญิงแท้งลูกแล้วหญิงที่เป็นโรคเอดส์ก็จะไม่หายจากโรคเอดส์ได้ และก็จะตายเนื่องจากโรคนี้อย่างแน่นอนที่สุด การตีความของคณะกรรมการกฤษฎีกาดังกล่าว คำว่า “สุขภาพ” หมายความว่าเฉพาะสุขภาพกายของหญิงเท่านั้น ไม่รวมถึงสุขภาพจิต

บางท่านเห็นว่า หญิงที่ติดเชื้อ HIV นั้นตามธรรมชาติย่อมได้รับความทุกข์ทรมานจิตใจอยู่แล้วว่าชีวิตของเขาอาจไม่ยืนยาว และยิ่งหญิงนั้นตั้งครรภ์ก็จะมีทุกข์ทรมานมากขึ้นเมื่อคลอดบุตรแล้ว บุตรอาจได้รับเชื้อโรคร้ายเข้าด้วย และแม้ว่าบุตรของเขาจะไม่ติดโรคร้าย แต่ตัวเขาซึ่งเป็นมารดา อาจจะต้องเสียชีวิตก่อนเวลาอันควร จะทำให้บุตรของเขาต้องกลายเป็นเด็กกำพร้า และถ้าแพทย์ทำแท้งให้ตามที่เขาต้องการย่อมสามารถช่วยลดความกดดันได้ในระดับหนึ่ง ซึ่งย่อมเป็นผลดีต่อสุขภาพของหญิงแน่นอน แต่การที่คณะกรรมการกฤษฎีกาเห็นว่า “การทำให้หญิงซึ่งเป็นโรคเอดส์แท้งลูกจึงไม่ใช่กรณีจำเป็นต้องกระทำเนื่องจากสุขภาพของหญิงนั้น เพราะแม้ว่าจะทำให้หญิงแท้งลูก แล้วหญิงที่เป็นโรคเอดส์นั้นก็ยังไม่หายจากโรคเอดส์ได้และก็จะตายเนื่องจากโรคนี้อย่างแน่นอนที่สุด” นั้น คงแปลได้ว่าหญิงที่เป็นโรคเอดส์อย่างไรก็ต้องตายจากโรคเอดส์อยู่แล้ว ซึ่งไม่ชอบด้วยเหตุผลทางอันเนื่องมาจากการอ้างว่า ถ้าจำเลยไม่ฆ่าผู้เสียหายที่กำลังป่วยอยู่ ผู้เสียหายก็คงตายเพราะโรคร้ายอยู่ดี โดยมีได้พิจารณาถึงข้อเท็จจริงตามที่ผู้แทนกระทรวงสาธารณสุขและผู้แทนแพทยสภาเสนอว่า “การทำให้หญิงที่เป็นโรคเอดส์แท้งลูกอาจทำให้หญิงมีชีวิตยืนยาวต่อไปได้”

การตีความโดยเคร่งครัดข้างต้นย่อมทำให้การทำแท้งให้หญิงตั้งครรภ์ที่มีปัญหาสุขภาพจิต ซึ่งการเจ็บป่วยทางจิตจะทำให้ผู้ป่วยมีแบบแผนของพฤติกรรม ความคิด และอารมณ์ที่ไม่ปกติ เช่น พุดจาไม่สมเหตุสมผล หรือไม่อยู่กับความเป็นจริง โกรธโดยไม่ทราบสาเหตุถึงขั้นฆวนทะเลาะวิวาท หรือทำร้ายร่างกายผู้อื่น บางครั้งก็ทำให้เกิดความเสียหายหรือทำลายสิ่งของโดยไม่ได้ตั้งใจ ซึ่งมีผลต่อตัวทารกที่จะคลอดออกมาจากหญิงที่มีปัญหาสุขภาพจิตดังกล่าวด้วย กลายเป็นการกระทำที่มีความผิดทางอาญาทั้งสิ้น ทำให้แพทย์ไม่กล้าทำการยุติการตั้งครรภ์ให้แก่หญิงที่มีปัญหาสุขภาพจิต

2.6 ข้อจำกัดทางกฎหมายเกี่ยวกับการทำแท้งในกรณีที่มีมารดามีปัญหาทางจิต

ปัจจุบันการทำแท้งเป็นปัญหาที่ยังโต้เถียงและหาข้อยุติไปในทางเดียวกันไม่ได้ บางประเทศเห็นว่าการทำแท้งนั้นเป็นสิทธิและเสรีภาพของสตรี จึงยอมให้มีการทำแท้งได้โดยเสรี ในขณะที่ในบางประเทศเห็นว่าการทำแท้งนั้นขัดต่อสิทธิในการจะมีชีวิตอยู่ของทารกในครรภ์ มารดาจึงบัญญัติให้การทำแท้งเป็นความผิดหรือยอมให้ทำแท้งได้ภายใต้เงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด¹¹¹

กฎหมายไทยได้รองรับสิทธิของทารกในครรภ์มารดาไว้ ดังจะเห็นได้จากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 15 วรรคสอง ซึ่งบัญญัติว่า “ทารกในครรภ์มารดาก็สามารถมีสิทธิต่างๆ ได้ หากว่าภายหลังคลอดแล้ว อยู่รอดเป็นทารก” นอกจากนั้นยังได้ให้ความคุ้มครองโดยบัญญัติให้การทำแท้งลูกนั้นเป็นความผิดอาญาฐานหนึ่งโดยเฉพาะ แยกจากความผิดต่อชีวิตและร่างกาย เนื่องจากทารกในครรภ์มารดา ยังไม่เป็น “บุคคล” เพราะยังไม่มีสภาพบุคคล¹¹²

ความผิดฐานทำให้แท้งลูกก็มีความสัมพันธ์เกี่ยวข้องกับความผิดต่อชีวิต เนื่องจากการทำให้แท้งลูกนั้นต้องเป็นการกระทำในระหว่างทารกแรกปฏิสนธิในครรภ์มารดาไปจนคลอดแล้ว แต่ก่อนมีสภาพบุคคล เมื่อทารกนั้นมีสภาพบุคคล การฆ่าทารกก็เป็นความผิดฐานฆ่าผู้อื่น ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 288 หรือ 289 แล้วแต่กรณี ดังนั้น การกระทำเดียวกัน แม้จะห่างกันเพียงไม่กี่วินาที ก็อาจมีผลเป็นความผิดต่างกัน กล่าวคือ เป็นความผิดฐานทำให้แท้งลูกหรือฐานฆ่าผู้อื่นก็ได้ และความผิดฐานทำให้แท้งลูกก็อาจมีความสัมพันธ์กับความผิดต่อร่างกาย เพราะการกระทำบางอย่างที่มุ่งให้หญิงแท้งลูกนั้น อาจมีลักษณะเป็นการทำร้าย และผู้กระทำอาจต้องรับผิดฐานทำร้ายร่างกายผู้อื่นตามมาตรา 295 หรือ 297 แล้วแต่กรณี

อย่างไรก็ตาม ถึงแม้ว่าตามประมวลกฎหมายอาญาจะกำหนดให้การทำแท้งเป็นความผิด แต่ก็มิได้ยกเว้นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 305 เป็นกรณีที่เป็นการข่มขืนที่กฎหมายไม่เอาผิดกับนายแพทย์ผู้กระทำให้หญิงแท้งลูก ซึ่งเป็นเรื่องที่แพทย์สามารถทำแท้งได้ในกรณีจำเป็นเนื่องจากสุขภาพของหญิงนั้นหรือเป็นกรณีที่หญิงมีครรภ์เนื่องจากการกระทำความผิดอาญาตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 276 มาตรา 277 มาตรา 282 มาตรา 283 และมาตรา 284 และต้องได้รับความยินยอมจากหญิงนั้น

¹¹¹ เนื่องจากทุกประเทศยังหาข้อยุติดังกล่าวไม่ได้ ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Universal Declaration of Human Rights 1984) หรืออนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชน จึงไม่ได้กำหนดให้สิทธิของทารกในครรภ์มารดาที่จะมีชีวิตนั้นเป็นสิทธิมนุษยชน

¹¹² ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 15 วรรคแรก.

ข้อยกเว้นที่กฎหมายไม่เอาผิดกับนายแพทย์ผู้กระทำให้อวัยวะแก่ผู้รับ ซึ่งเป็นเรื่องที่แพทย์สามารถทำแท้งได้ในกรณีจำเป็นเนื่องจากสุขภาพของหญิงนั้น เพิ่งได้รับการบัญญัติตอนร่างประมวลกฎหมายอาญา ส่วนในกฎหมายลักษณะอาญามีแต่เพียงบทบัญญัติโทษในเรื่องทำแท้ง แต่ไม่ปรากฏบทบัญญัติทำนองเดียวกับมาตรา 305(1) นี้ เพียงแต่ปรากฏตามคำอธิบายทางตำราว่าถ้าแพทย์จำต้องรัดลูกเพื่อช่วยเหลือชีวิตของมารดา ก็ให้แพทย์มีอำนาจทำได้ตามกฎหมายจารีตประเพณี แต่สำหรับผู้ที่ไม่ยอมรับกฎหมายจารีตประเพณีก็อาจยกกฎหมายลักษณะอาญามาตรา 49 มาเป็นเหตุยกเว้นโทษได้ ต่อมาเมื่อมีการร่างประมวลกฎหมายอาญาเมื่อปี พ.ศ. 2482 ที่ประชุมได้อภิปรายประเด็นนี้กันอย่างกว้างขวางโดย นายอาร์.กียอง ซึ่งเป็นที่ปรึกษากฎหมายชาวฝรั่งเศสได้ทำบันทึกและชี้แจงให้ที่ประชุมอนุกรรมการตรวจพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญาทราบเกี่ยวกับกฎหมายทำแท้งของประเทศต่างๆ ดังนี้

- 1) ถือว่าการรัดลูกเป็นผิดกฎหมายทีเดียวโดยไม่มีข้อยกเว้น เช่น กฎหมายฝรั่งเศส
- 2) ถือว่าการรัดลูกไม่เป็นความผิดกฎหมาย แต่เอาผิดต่อเมื่อไม่ไปให้แพทย์ที่มีคุณสมบัติรัดลูก เช่น กฎหมายไซเวียตริสเซีย
- 3) ถือว่าการรัดลูกเป็นผิดกฎหมาย แต่ยอมให้รัดลูกในบางกรณี เช่น โดยความจำเป็นเพื่อให้มารดาพ้นอันตรายถึงแก่ชีวิตและอนามัย เช่น กฎหมายสวิต และ
- 4) บังคับให้รัดลูกในกรณีเมื่อหญิงมีครรภ์กับบุคคลที่ไม่พึงปรารถนา เช่น เป็นโรคหรือเพื่อรักษาความบริสุทธิ์แห่งเลือด เช่น เยอรมัน

ในที่สุดที่ประชุมเห็นควรเดินสายกลางอย่างกฎหมายสวิต โดยกำหนดเป็นหลักการไว้ว่าการรัดลูกเป็นความผิดตามกฎหมายอาญา แต่ยอมให้รัดลูกได้ในบางกรณีโดยไม่มีผิด คือให้แพทย์ผู้ทรงคุณวุฒิเป็นผู้รัดลูกและการรัดนั้นมิจุดประสงค์เพื่อช่วยชีวิตหรืออนามัยของมารดา¹¹³ โดยกำหนดเงื่อนไขไว้ให้ชัดเจนว่า แพทย์ชนิดใดมีอำนาจรัดลูกได้และจะรัดลูกได้ในกรณีใดบ้าง¹¹⁴ ซึ่งมีที่มาจากมูลเหตุจำเป็นในเรื่องการทำแท้งได้ เป็นเรื่องของประโยชน์สองอันเกิดปะทะกัน การเลือกทำลายประโยชน์ที่ด้อยกว่าเพื่อรักษาประโยชน์ที่เหนือกว่าและเป็นทางเลือกทางเดียวนั้น ถือเป็นการกระทำที่ชอบธรรม¹¹⁵

¹¹³ แสวง บุญเฉลิมวิภาส. (2532, มิถุนายน). “เหตุทำแท้งได้โดยไม่ผิดกฎหมาย : ปัญหาและแนวทางแก้ไข.” วารสารนิติศาสตร์. 19,(2). หน้า 70-71.

¹¹⁴ สุพจน์ เชื้อประกอบกิจ. (2546). สิทธิในการทำแท้งของหญิงมีครรภ์ที่ติดเชื้อเอดส์. หน้า 103-104.

¹¹⁵ คณิต ฦ นกร. (2548). ประมวลกฎหมายอาญา : หลักกฎหมายอาญา : หลักกฎหมายและพื้นฐานการเข้าใจ. หน้า 259.

บทบัญญัติตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 305(1) ที่กฎหมายยอมรับให้แพทย์สามารถทำแท้งได้เนื่องจากสุขภาพของหญิง นับได้ว่าเป็นข้อกำหนดที่ยอมรับกันในหลายประเทศ สำหรับเหตุผลในทางด้านวิชาการของบทบัญญัตินี้เกิดขึ้นจากหลักการชั่งน้ำหนักประโยชน์ระหว่างทั้งสองสิ่งที่ขัดแย้งกัน คือ ชีวิตของมารดา กับชีวิตของทารกที่อยู่ในครรภ์ กล่าวคือ ถ้าปล่อยให้หญิงนั้นคลอดทารกออกมา หญิงนั้นจะมีอันตรายถึงแก่ชีวิต ซึ่งกฎหมายเห็นว่าชีวิตของหญิงมีครรภ์หรือชีวิตของผู้ที่จะเป็นมารดาเป็นประโยชน์ทางกฎหมายที่สูงกว่าชีวิตของทารกที่อยู่ในครรภ์ ซึ่งเป็นประโยชน์ทางกฎหมายที่มีน้ำหนักน้อยกว่า จึงยอมให้แพทย์ทำแท้งให้เพื่อรักษาชีวิตของมารดาไว้ หลักกฎหมายดังกล่าวนี้ ศาลสูงแห่งอาณาจักรไรช์ของเยอรมันได้นำมาวินิจฉัยคดีตั้งแต่ปี ค.ศ. 1927¹¹⁶ เป็นเรื่องที่แพทย์ทำแท้งให้แก่หญิงผู้เป็นมารดา ซึ่งตามหลักกฎหมายเยอรมันแล้ว การกระทำของแพทย์เป็นความผิด เพราะกฎหมายในขณะนั้นได้ห้ามไว้อย่างชัดเจนในมาตรา 218 (3) ซึ่งบัญญัติว่า “ห้ามฆ่าทารกในครรภ์” โดยไม่มีการอ้างข้อยกเว้นหรือสิ่งที่เป็นไปได้ในกรณีของภยันตรายที่จะเกิดขึ้นต่อชีวิตของมารดา ฉะนั้น ถ้าเราพิจารณาถ้อยคำในตัวบทแล้วแพทย์จะต้องมีความผิดอย่างแน่นอน การที่ศาลอ้างเหตุแห่งความชอบธรรมมาเป็นข้ออ้างว่าแพทย์สามารถทำแท้งให้แก่หญิงได้นี้ กลายเป็นทฤษฎีใหม่ว่าการทำแท้งในกรณีดังกล่าวเป็นเรื่องไม่ผิดกฎหมาย (The principle of interest balancing)¹¹⁷ คือ หลักการชั่งน้ำหนักประโยชน์ คือรักษาประโยชน์ทางกฎหมายที่มีคุณค่าหรือน้ำหนักมากกว่า โดยการสละประโยชน์ทางกฎหมายที่มีคุณค่าหรือน้ำหนักน้อยกว่า หรือ นักวิชาการบางท่านเรียกว่า ทฤษฎีความชั่วร้ายที่น้อยกว่า (The theory of lesser evil) ซึ่งนักกฎหมายตะวันตกได้พัฒนาหลักนี้ขึ้นในศตวรรษที่ 19 ซึ่งหลักการชั่งน้ำหนักประโยชน์หรือทฤษฎีความชั่วร้ายน้อยกว่านี้ เป็นหลักที่ว่าบุคคลสามารถกระทำการอันเป็นการละเมิดต่อกฎหมายได้ หากการกระทำดังกล่าวเป็นไปได้เพื่อรักษาประโยชน์ที่สูงกว่า ถือเป็นการกระทำที่ชอบธรรมซึ่งกฎหมายยอมรับได้ และผู้กระทำความผิดไม่ต้องรับผิดชอบในทางอาญาสำหรับการกระทำนั้น¹¹⁸

การทำแท้งโดยชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา 305(1) ซึ่งถือเป็นข้อยกเว้นความผิดของการทำแท้งตามมาตรา 301 และมาตรา 302 กรณีมีความจำเป็นต้องกระทำเนื่องจากสุขภาพของหญิงที่จะถือว่าเป็นการทำแท้งเพื่อรักษา (Therapeutic abortion) ต้องมีลักษณะของการกระทำ ดังนี้

1. ต้องเป็นการกระทำของนายแพทย์เท่านั้น

คำว่า “นายแพทย์” หมายถึง แพทย์หรือแพทย์ผู้ได้รับประกาศนียบัตรทางกฎหมาย ไม่ได้กำหนดคุณสมบัติของนายแพทย์ เช่น ต้องเป็นแพทย์ปริญญานัน สาขาใด เพราะเห็นว่าใน

¹¹⁶ แสวง บุญเฉลิมวิภาส. เล่มเดิม. หน้า 69-70.

¹¹⁷ กลนิติ ณ นคร. (2552). “เหตุทำแท้งได้ตามกฎหมายเยอรมัน”. อัยการนิเทศ, 41(3). หน้า 353.

¹¹⁸ สุพจน์ เชื้อประกอบกิจ. เล่มเดิม. หน้า 101-102.

ต่างจังหวัดหรือในชนบทห่างไกลยังขาดแคลนหาแพทย์ได้ยาก¹¹⁹ แพทย์ในที่นี้ไม่ได้จำกัดว่าเป็นแพทย์ชั้นไหน คงหมายความว่าแพทย์ที่ประกอบกิจการนั้นได้โดยชอบด้วยกฎหมายการประกอบโรคศิลป์¹²⁰ พอจะกล่าวเป็นบรรทัดฐานได้ว่านายแพทย์ที่จะทำแท้งโดยไม่มีความคิดเห็น ต้องไม่ใช่บุคคลดังต่อไปนี้¹²¹

1) แพทย์ปริญาที่รับทำแท้งเพื่อเห็นแก่อำิสสินจ้าง โดยที่ไม่มีข้อบ่งชี้ตามที่กำหนดไว้ในกฎหมายอาญามาตรา 305 หรือจงใจใช้ช่องว่างของกฎหมายกระทำการทำแท้งเพื่อผลประโยชน์ส่วนตัว

2) เจ้าหน้าที่บุคลากรทางการแพทย์ จากการสำรวจพบว่าเป็นพยาบาลผดุงครรภ์ และบุรุษพยาบาลที่เปิดสถานรักษาพยาบาลส่วนตัว รับทำแท้งตามบ้าน ตามโรงแรมหรือสถานที่นัดพบ

3) บุคคลที่นอกเหนือจากข้อ 1) และข้อ 2) รับทำแท้งโดยคิดค่าบริการต่ำ เป็นการทำให้แท้งแบบเคลื่อนที่หรือรับทำตามบ้าน

ดังนั้น “นายแพทย์” คือ ผู้ที่ได้ขึ้นทะเบียนและได้รับอนุญาตให้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมตามพระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2525¹²² จะเป็นสูตินรีแพทย์หรือไม่ ไม่สำคัญ ควรสังเกตด้วยว่า หญิงที่ทำให้ตนแท้ง ถ้าเป็นแพทย์ก็ได้รับประโยชน์จากมาตรา 305 ได้¹²³

2. หญิงนั้นต้องยินยอม แต่หากหญิงไม่ยินยอม แพทย์อาจอ้างเรื่องการกระทำความผิดด้วยความจำเป็นตามมาตรา 67 ได้ เช่น แพทย์จำเป็นต้องทำแท้งให้หญิงมีครรภ์ที่ประสบอุบัติเหตุรถยนต์โดยทันที เพื่อช่วยชีวิตของหญิงนั้น แต่หญิงนั้นสลบไปไม่อาจให้ความยินยอมได้ แพทย์จำเป็นต้องทำแท้งเพื่อให้หญิงพ้นจากอันตรายที่ใกล้จะถึงและไม่สามารถหลีกเลี่ยงให้พ้นโดยวิธีอื่นใดได้ แพทย์ย่อมได้รับยกเว้นโทษตามมาตรา 67¹²⁴

3. จำเป็นต้องกระทำเนื่องจากสุขภาพของหญิงนั้น

¹¹⁹ สมศักดิ์ สิงห์พันธุ์. (2524). *คำอธิบายกฎหมายอาญา เล่ม 4*. หน้า 121.

¹²⁰ จิตติ ดิงศกัทธิ. เล่มเดิม. หน้า 2261-2262.

¹²¹ เกศริน ศักดิ์กำจร. (2539). *ทัศนคติต่อการทำแท้ง ศึกษาเปรียบเทียบแพทย์และนักกฎหมาย*. หน้า 23.

¹²² คำว่า “วิชาชีพเวชกรรม” ตามความหมายตามพระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2525 มาตรา 4 ให้ความหมายว่า วิชาชีพที่กระทำต่อมนุษย์เกี่ยวกับการตรวจโรค การวินิจฉัยโรค การบำบัดโรคหรือเพื่อระงับความรู้สึก และหมายความรวมถึงการกระทำตลยกรรม การใช้รังสี การฉีดยาหรือสาร สารสอดใส่ตัวใดเข้าไปในร่างกายเพื่อการคุมกำเนิด การเสริมสวยหรือการบำรุงร่างกายด้วย.

¹²³ สุพร เกิดสว่าง. เล่มเดิม. หน้า 20.

¹²⁴ สุพจน์ เชื้อประกอบกิจ. เล่มเดิม. หน้า 121.

เหตุเกี่ยวกับชีวิตมารดาที่แพทย์จะยุติการตั้งครรภ์หรือทำแท้งได้นั้นต้องกระทำเพื่อสุขภาพของหญิง อาจเป็นการช่วยชีวิตมารดา เช่น หญิงที่เป็นโรคหัวใจ หญิงเป็นโรคไต เป็นโรคปอด หรือโรคเบาหวาน เป็นต้น จะเห็นได้ว่าสาเหตุเหล่านี้บางครั้งก็ถึงขั้นเป็นอันตรายแก่หญิงขณะมีครรภ์หรือมีอันตรายในขณะที่ทำคลอดได้ เพื่อให้หญิงพ้นอันตรายต่อชีวิต ร่างกายหรืออนามัย บางครั้งจำเป็นต้องทำให้หญิงแท้งลูกเนื่องจากสุขภาพของหญิงดังกล่าวแล้ว แต่บางครั้งก็ไม่ถึงขั้นจำเป็นต้องทำให้แท้งลูก กล่าวคือ เพียงแต่ให้การพยาบาลดูแลรักษาก็ได้ อย่างไรก็ตามถ้าจำเป็นต้องกระทำให้หญิงแท้งลูกเพื่อสุขภาพของหญิงนั้น กฎหมายก็อนุญาตให้แพทย์กระทำให้หญิงแท้งลูกได้ กฎหมายไม่ได้กำหนดไปว่าความจำเป็นที่ต้องกระทำเพื่อสุขภาพนั้น จำเป็นต่อสุขภาพแค่ไหนอย่างไร จึงเป็นอำนาจของนายแพทย์ในการวินิจฉัยชี้ขาดว่าจำเป็นที่จำต้องกระทำเนื่องจากสุขภาพของหญิงหรือไม่ เช่น ผู้ป่วยเป็นโรคร้ายแรง แพทย์ต้องให้ยาซึ่งจะมีผลต่อหญิงและเด็ก เช่น อาจทำให้เด็กพิการ แพทย์สามารถทำแท้งได้

สุขภาพทางกายของหญิง อันเป็นข้อบ่งชี้ที่แพทย์อาจจะทำแท้งได้ แบ่งเป็น 2 ชนิด คือ¹²⁵

1.1 ข้อบ่งชี้ที่อาจนำมาเป็นเหตุให้การทำแท้ง (Relative indication) มีหลายประการ เนื่องจากเหตุผลที่แพทย์จำเป็นต้องทำแท้ง ได้เปลี่ยนแปลงไปจากเดิมมาตลอดจนวิธีการรักษาหญิงที่ตั้งครรภ์ หรือผลกระทบต่อการทารกในครรภ์ ปัจจุบันแพทย์สามารถแก้ปัญหาได้เกือบทุกโรคโดยไม่จำเป็นต้องพิจารณาสั่งการทำแท้ง มีบางโรคเท่านั้นที่ไม่มีทางเลือกเหลือ หากปล่อยทิ้งไว้ อาจจะทำให้เกิดอันตรายต่อผู้ป่วยได้ เช่น

1) โรคหัวใจ (Heart disease) หญิงที่เป็นโรคหัวใจระหว่างการตั้งครรภ์ จะเป็นสาเหตุให้เกิดอันตรายจากการตายของมารดาสูง เนื่องจากการตกเลือด ครรภ์เป็นพิษและติดเชื้อทางการแพทย์ได้แบ่งความรุนแรงของโรคหัวใจเป็น 4 พวก คือ

- ก. โรคหัวใจที่ทำงานได้ตามปกติ
- ข. โรคหัวใจที่ทำงานแล้วรู้สึกเหนื่อยง่าย
- ค. โรคหัวใจที่ทำงานไม่ได้เลย
- ง. โรคหัวใจที่แพทย์ห้ามทำงานทุกชนิด

โรคหัวใจประเภทที่ ก. และ ง. ถ้าปล่อยไว้ครบกำหนดคลอด จะมีความเสี่ยงต่อชีวิตอยู่มาก หากไม่ได้รับการดูแลอย่างถูกวิธีจากแพทย์ โดยเฉพาะในหญิงมีครรภ์สูงอายุ

2) โรคหัดเยอรมัน (Rubella, German measles) หัดเยอรมันจะมีผลของไวรัสต่อการทารกในระยะไตรมาสแรกๆ ของการตั้งครรภ์ ซึ่งอยู่ระหว่างการเจริญเติบโตของตัวอ่อน (period

¹²⁵ พระสมุทร ถาวรธมโม (ทาทอง). เล่มเดิม. หน้า 139-140.

of blastocyst) ที่กำลังสร้างอวัยวะต่างๆ ถ้าปล่อยให้คลอออกมา อาจเกิดความพิการของทารก ที่พบ คือ หัวใจรั่วแต่กำเนิด หูหนวก ต้อกระจก ปัญญาอ่อน หรือร่างกายทั่วไปไม่แข็งแรง

3) โรคปัญญาอ่อน พี.เค.ยู (Phenly Ketonuria) เป็นโรคที่เกิดจากความผิดปกติทางกรรมพันธุ์โครโมโซมธรรมดา ซึ่งมีความบกพร่องของเอนไซม์ตัวแรก ที่จะเปลี่ยนกรดแอมิโน ทำให้มีสารเป็นพิษ ทำให้เกิดความพิการต่อการเจริญเติบโตของสมองของทารกในครรภ์

4) โรคโลหิตจางชนิดกรรมพันธุ์ (Thalassemia) โรคนี้เกิดจากความผิดปกติของยีนส์ในโครโมโซมที่ไม่ใช่ชนิดเพศ (Autosomal recessive) ที่สร้างฮีโมโกลบิน ซึ่งพบมากในประชากรทางภาคตะวันออกเฉียงเหนือของประเทศไทย เช่น นครราชสีมา อุรธานี ขอนแก่น สุรินทร์ โดยเฉพาะคนลาวเขมรตรงรอยต่อกับประเทศไทย เป็นต้น เด็กที่เกิดมาจะป่วยเป็นโรคโลหิตจางชนิดเรื้อรังตลอดชีวิต อันเป็นอุปสรรคต่อการประกอบอาชีพ เป็นปัญหาสังคมในด้านคุณภาพของประชากร และเศรษฐกิจพอสมควร

5) โรคปัญญาอ่อน (Down's Syndrome) โรคปัญญาอ่อน ชาวบ้านรู้จักกันดีเพราะเด็กปัญญาอ่อนในบ้านเรามีมากพอสมควร จนมีโรงพยาบาลไว้คอยดูแลและรักษาเด็กที่ป่วยเป็นโรคนี้โดยเฉพาะ คนฝรั่งและคนจีนก็ป่วยเป็นโรคนี้ไม่น้อยกว่าบ้านเรา สถิติพบว่าการเป็นโรคนี้ถึง 1 ต่อ 600 รายของประชาชนทั่วไป สาเหตุเกิดจากความเพิ่มผิดปกติของโครโมโซม คู่ที่ 21 ในจำนวน 23 คู่ ที่มนุษย์เรามี ดังนั้น ปัญญาอ่อนจะมีโครโมโซมเกินมนุษย์ธรรมดาไป 1 อัน (รวมเป็น 17 อัน)

3.2 ข้อบ่งชี้ที่จำเป็นต้องทำแท้ง (Absolute indication) ส่วนมากจะเป็นโรคร้ายแรงที่เกิดกับหญิงที่เป็นมารดา เช่น

- 1) มะเร็งเกิดเลือด
- 2) มะเร็งปากมดลูก
- 3) มะเร็งรังไข่
- 4) มะเร็งเต้านมบางชนิด

การที่แพทย์ทำแท้งได้ในบางกรณีจำเป็นต้องกระทำเนื่องจากสุขภาพของหญิงนั้น ตามมาตรา 305(1) กฎหมายบัญญัติว่า “ต้องกระทำเนื่องจากสุขภาพของหญิงนั้น” โดยไม่ได้ให้คำจำกัดความคำว่า “สุขภาพ” อย่างชัดเจน แต่มีนักกฎหมายมีความเห็นแตกต่างกันดังนี้

1) คำว่า “สุขภาพ” นี้จะเป็นสุขภาพกายหรือจิตใจก็ได้¹²⁶ โดยอ้างมาจาก R.V.Borme (1939) Smith & Hogan p.347 เป็นคดีเด็กหญิงอายุ 12 ปี มีครรภ์จากการถูกโทรมหญิง โดยวิธีการที่น่าตกใจมาก ผู้พิพากษากล่าวในการวินิจฉัยความชอบธรรมของแพทย์ในการทำแท้งว่า ถ้าแพทย์

¹²⁶ จิตติ ดิงศกัณท์, เล่มเดิม, หน้า 2262.

เชื่อว่าการมีครรภ์อยู่ต่อไปจะทำให้หญิงกลายเป็นผู้ถูกทำลายทางกายหรือจิตใจ (Physical or Mental wreck) ก็ถือเป็นการกระทำเพื่อสงวนชีวิตของหญิงไว้ได้ ประกอบกับมีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5637/2533 โจทก์ขณะเป็นหญิงมีครรภ์ได้ไปปรึกษาแพทย์ที่โรงพยาบาลจำเลยที่ 1 เพื่อขอคำแนะนำในการป้องกันการติดเชื้อหัดเยอรมัน จำเลยที่ 2 แพทย์ผู้ตรวจจึงได้ฉีดวัคซีน M.M.R. ให้โจทก์ต่อมา โจทก์ทราบว่าวัคซีนดังกล่าวห้ามใช้กับหญิงมีครรภ์ โจทก์ไปขอคำปรึกษาจากแพทย์อีก แพทย์แจ้งว่าวัคซีนที่ฉีดให้โจทก์ไม่เป็นอันตรายต่อทารกในครรภ์ แต่โจทก์ยืนยันจะทำแท้ง แพทย์เห็นว่าโจทก์มีสุขภาพจิตแย่มาก จึงยอมทำแท้งให้ ดังนี้ เมื่อข้อเท็จจริงฟังได้ว่า โจทก์ทำแท้งเพราะกลัวไปเองว่าทารกในครรภ์จะคลอดออกมาพิการมิใช่เพราะวัคซีน M.M.R. ที่จำเลยที่ 2 ฉีดให้โจทก์ ทำให้ทารกในครรภ์ของโจทก์พิการ การกระทำของจำเลยที่ 2 จึงไม่เป็นการละเมิดต่อโจทก์ แสดงว่าศาลก็ยอมรับข้อเท็จจริงที่เป็นยุติว่า “ที่นายแพทย์ ศ. ทำแท้งให้โจทก์ก็เนื่องจากสุขภาพจิตของโจทก์แย่มาก” และ “โจทก์ทำแท้งเพราะกลัวไปเองว่าทารกในครรภ์จะคลอดออกมาพิการ” แสดงให้เห็นว่าศาลเองก็ยอมรับว่าสุขภาพจิตเป็นส่วนหนึ่งของ “สุขภาพของหญิง” ตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญามาตรา 305 (1) นั่นเอง ดังนั้น จึงเห็นได้ชัดว่าศาลยอมรับความจำเป็นทางสุขภาพจิตของหญิงเป็นส่วนหนึ่งที่จะเป็นเหตุทำแท้งได้ตามประมวลกฎหมายอาญาดังกล่าว¹²⁷ โดยพิจารณาจากความตอนหนึ่งในคำพิพากษาศาลฎีกากล่าวว่า “นายแพทย์ ศ. ทำแท้งให้เพราะเห็นว่าสุขภาพจิตของโจทก์แย่มาก ข้อเท็จจริงจึงฟังได้ว่าโจทก์ทำแท้งเพราะกลัวไปเองว่าทารกในครรภ์จะคลอดออกมาพิการมิใช่เพราะวัคซีน M.M.R. ที่จำเลยที่ 2 ฉีดให้โจทก์ ทำให้ทารกในครรภ์ของโจทก์พิการ จำเลยที่ 2 จึงมิได้กระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อเป็นเหตุให้โจทก์แท้งลูกและได้รับความเสียหาย” ฝ่ายกระทรวงสาธารณสุขร่วมกับสำนักงานอัยการสูงสุดน่าจะถือเอาคำพิพากษานี้เป็นแนวทางที่จะกำหนดวิธีปฏิบัติต่างๆ ในการทำแท้งโดยอ้างสุขภาพจิตออกมาให้ชัดเจน เพื่อให้ผู้ปฏิบัติจะสามารถปฏิบัติได้โดยไม่ต้องกังวลกับข้อกฎหมายใดๆ อีก¹²⁸

2) หากพิจารณาจากคำจำกัดความเรื่องสุขภาพตามความหมายขององค์การอนามัยโลก ให้คำจำกัดความเรื่องสุขภาพไว้ว่า ให้รวมถึงสุขภาพทางกายและทางจิตใจไว้ด้วย ทำให้เกิดความเข้าใจที่ได้เคยปฏิบัติกันมา โดยสามัญสำนึกของสติแพทย์จึงยึดหลักตามคำนิยามขององค์การอนามัยโลกเป็นหลัก¹²⁹ (Health is complete physical, mental and social well-being not merely the absence of disease and infirmity)

¹²⁷ สุพจน์ เชื้อประกอบกิจ. เล่มเดิม. หน้า 218.

¹²⁸ วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์. เล่มเดิม. หน้า 145.

¹²⁹ สุวัฒน์ จันทระจันง. เล่มเดิม. หน้า 39-40.

3) พิจารณาจากหลักการตีความกฎหมายอาญา ซึ่งถือเป็นหลักที่สำคัญ กฎหมายอาญาต้องตีความโดยเคร่งครัด ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 2 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “บุคคลจักต้องรับโทษทางอาญาต่อเมื่อได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้ในขณะกระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้และโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดนั้น ต้องเป็นโทษที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย” หรืออาจกล่าวได้ว่า “ไม่มีโทษ โดยไม่มีกฎหมาย”

ซึ่งหลักในเรื่องการตีความกฎหมายเป็นเรื่องของการตีความกฎหมายที่เกิดจากบทบัญญัติหรือเป็นเรื่องของการตีความตัวบทกฎหมาย เมื่อกฎหมายได้รับการบัญญัติขึ้นแล้วย่อมถือว่าเจตจำนงของประชาชนได้แสดงออกทางกฎหมายที่ได้บัญญัติขึ้นนั้น การตีความกฎหมายจึงต้องกระทำให้สอดคล้องกับเจตจำนงของประชาชนที่ได้บัญญัติขึ้นนั้น การตีความกฎหมายจึงต้องกระทำให้สอดคล้องกับเจตจำนงของประชาชนที่มีอยู่ในกฎหมาย ผู้ใช้กฎหมาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งศาล จะต้องผูกมัดกับความหมายของตัวบทกฎหมายที่ยังรู้ได้โดยหลักเกณฑ์ของการตีความกฎหมายที่ยอมรับกันทั่วไปเท่านั้น และโดยการตีความเช่นนั้นจะต้องสามารถนำไปใช้ได้กับทุกกรณีเหมือนกัน ความถูกต้องและความชอบธรรมของคำพิพากษาจึงอยู่ที่สอดคล้องกับเจตจำนงของประชาชนที่ได้แสดงออกทางบทบัญญัติของกฎหมาย แม้ว่าผู้พิพากษาจะมีความเป็นอิสระในการพิจารณาพิพากษาอรรถคดี แต่ผู้พิพากษาก็ต้องเคารพกฎหมายหรือต้องอยู่ในอาณัติของกฎหมายหน้าที่ของผู้พิพากษาในการตีความกฎหมาย ก็คือ การหาความหมายของกฎหมายในการวินิจฉัย เฉพาะกรณีในการตีความกฎหมายผู้พิพากษาจึงต้องกระทำหน้าที่ให้ดีที่สุด กล่าวคือ จะต้องกระทำหน้าที่ให้ถึงขนาดจนเป็นที่คาดหมายได้ว่าในเรื่องทำนองเดียวกัน ผู้พิพากษาอื่นก็ต้องวินิจฉัยเช่นเดียวกันนั้น การตีความต้องมีลักษณะของความเป็นภาวะวิสัยที่สามารถตรวจสอบความถูกต้องได้¹³⁰ กล่าวโดยสรุป หลักการตีความโดยเคร่งครัดเป็นการห้ามมิให้ศาลตีความขยายความตามใจชอบเท่านั้น อันนี้เป็นคำพูดที่น่าจะถูกต้อง ถ้าการตีความโดยการขยายความเป็นการตีความตามความมุ่งหมายของกฎหมายตามที่ปรากฏตามตัวบทกฎหมายแล้ว ศาลยุติธรรมก็ชอบที่จะต้องทำ น่าจะเป็นอย่างนั้นมากกว่า¹³¹

คำว่า “สุภาพ” ตามมาตรา 305(1) นี้มีความหมายเฉพาะทางกายของหญิงเท่านั้น เพราะคำว่า สุภาพจิตนั้นเป็นคำกว้าง ถ้าหากจะนำมาใช้กับบทบัญญัติในกฎหมายอาญาจะทำให้กฎหมายอาญาขาดความชัดเจนและแน่นอน ยิ่งถ้าพิจารณาจากบทนิยาม คำว่า สุภาพขององค์การอนามัยโลกก็จะพบว่าองค์การอนามัยโลกได้ให้ความหมายไว้กว้างมาก ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าไม่น่าจะ

¹³⁰ คณิต ณ นคร. (2554). *กฎหมายอาญาภาคทั่วไป*. หน้า 49-50.

¹³¹ คณิต ณ นคร. (2540). *รวมบทความด้านวิชาการของศาสตราจารย์ ดร.คณิต ณ นคร อัยการสูงสุด เรื่องการตีความกฎหมายอาญา*. หน้า 234.

นำมาตีความบทบัญญัติในกรณีนี้ ทั้งนี้เนื่องจากการกำหนดบทนิยามขององค์การอนามัยโลกมีความมุ่งหมายเพื่อทางการแพทย์โดยเฉพาะ หากนำมาตีความกฎหมายอาญาจะทำให้การตีความคลาดเคลื่อนไปจากเจตนารมณ์แห่งบทบัญญัติ ปัญหาที่น่าคิดต่อไปก็คือว่าถ้าหากมิใช่อันตรายถึงแก่ชีวิต แต่เป็นอันตรายแก่นามขของหญิงในกรณีอื่น เช่น ถ้าปล่อยให้หญิงคลอดลูก หญิงจะเสียสติหรือวิกลจริต กรณีเช่นนี้แพทย์จะทำแท้งให้ได้หรือไม่ ในประเด็นนี้นักกฎหมายท่านนี้มีความเห็นว่าแพทย์สามารถทำแท้งให้ได้อยู่แล้ว โดยอาศัยพระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม ถือว่าเป็นการป้องกันโรคที่เกิดกับหญิงจึงไม่จำเป็นต้องขยายความในมาตรา 305(1) ให้รวมถึงอนามขของหญิงในกรณีอื่น ในประเทศอังกฤษ ศาลได้วินิจฉัยคดี R.V. Bourne (1939) ให้แพทย์ทำแท้งให้กับเด็กหญิงอายุ 12 ปี ซึ่งตั้งครรภ์เพราะถูกโทรมหญิงได้โดยผู้พิพากษาให้เหตุผลในความชอบธรรมที่แพทย์ทำแท้งว่า ถ้าแพทย์เชื่อว่าการมีครรภ์อยู่ต่อไปจะทำให้หญิงกลายเป็นผู้ถูกทำลายทางกายหรือจิตใจ (physical or mental wreck) คดีนี้ ถ้าเทียบกับบทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญาก็คงจะเป็นเรื่องมาตรา 305 (2)¹³²

4) มีนักกฎหมายบางท่านไม่ได้ให้คำจำกัดความในเรื่อง “สุขภาพ” ไว้อย่างชัดเจน แต่ให้แนวทางในการแก้ไขปัญหาดังกล่าวให้สอดคล้องกับความเป็นจริงว่าควรขยายข้อยกเว้นในประมวลกฎหมายอาญามาตรา 305 โดยบัญญัติเพิ่มเติมให้ชัดเจนว่า ให้แพทย์สามารถทำแท้งให้แก่หญิงได้ โดยความยินยอมของหญิงตั้งครรภ์ ในกรณีที่มีความจำเป็นเพื่อป้องกันอันตรายอันจะเกิดแก่สุขภาพทางกาย หรือทางจิตใจของหญิงนั้น¹³³

5) เคยมีหนังสือกระทรวงสาธารณสุข (ที่ สธ.0100/5173 ลว. 27 พฤศจิกายน 2532) ถึงคณะกรรมการกฤษฎีกาหรือการตีความกฎหมายในมาตรา 305 (1) เกี่ยวกับการทำแท้งให้แก่หญิงที่ติดเชื่อเอดส์ว่าจะอาศัยมาตรา 305 (1) นี้ เพื่อทำแท้งได้หรือไม่ จากนั้นได้มีหนังสือตอบจากสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา (ที่ นร.0801/036 ลว. 18 มกราคม 2533) โดยความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกา (กรรมการร่างกฎหมาย คณะที่ 5) เห็นว่าแพทย์ไม่อาจอาศัยมาตรา 305 (1) แห่งประมวลกฎหมายอาญาทำแท้งให้แก่หญิงที่เป็นโรคเอดส์ได้ โดยถือว่าไม่ใช่กรณีจำเป็นต้องกระทำเนื่องจากสุขภาพของหญิง เพราะแม้ว่าจะทำให้แท้งลูกแล้ว หญิงที่เป็นโรคเอดส์นั้นก็ยังไม่หายจากโรคเอดส์ได้ และก็จะตายเนื่องจากโรคดังกล่าวในที่สุด แม้ในระหว่างการตั้งครรภ์หญิงตั้งครรภ์นั้นจะมีความทุกข์ทางด้านจิตใจ เพราะวิตกกังวลว่าทารกที่คลอดออกมาจะติดเชื่อเอดส์จากตน และหากทารกไม่ติดเชื่อเอดส์จากตนก็อาจมีความกังวลว่าหากคลอดออกมาแล้วและหญิงนั้นต้องตายในที่สุด ใครจะเป็นผู้ดูแลทารกที่คลอดออกมา ซึ่งจากความเห็นของคณะกรรมการ

¹³² แสง บุญเฉลิมวิภาส. เล่มเดิม. หน้า 71-72.

¹³³ ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ. (2538). เหตุเกิดตรงทางแยก จุดตัดที่ควรคำนึงของกฎหมาย. หน้า 65.

กฎหมายดังกล่าว มีความเห็นว่า ถ้อยคำในมาตรา 305 (1) หมายความว่า เฉพาะสุขภาพทางกายเท่านั้น ไม่รวมถึง สุขภาพทางจิต

ดังนั้น เมื่อกฎหมายยังไม่ชัดเจนพอ โดยเฉพาะในเรื่องที่เกี่ยวกับสุขภาพของมารดา มิได้ระบุว่าเป็นเรื่องของสุขภาพกายหรือสุขภาพจิต ทำให้ยากต่อการปฏิบัติของแพทย์ เพราะเกิดปัญหาว่าการทำแท้งของแพทย์ดังกล่าวถือว่าเป็นความผิดทางอาญาหรือไม่ ทำให้แพทย์ต้องเสี่ยงต่อการกระทำผิดจนเป็นเหตุให้หญิงที่ตั้งครรภ์ต้องพึ่งพาการทำแท้งโดยอาศัยเหตุและวิธีการที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ที่เรียกว่า การลักลอบทำแท้งเถื่อน ซึ่งทำโดยผู้ที่เป็นแพทย์และมีไข้แพทย์กัน อย่างเปิดเผยในรูปแบบของประกาศ โฆษณาว่ารับปรึกษาวางแผนครอบครัวและดำเนินการ โดยปิดลับ เพราะผู้ทำแท้งไม่อาจจะอ้างข้อยกเว้นความผิดตามมาตรา 305 ได้¹³⁴

โดยที่การศึกษาสำรวจทัศนคติของบุคคลหลายอาชีพ เช่น แพทย์ นักเรียนแพทย์ พยาบาล ครู และอาจารย์มหาวิทยาลัย ออกมาในแนวเดียวกันว่า กฎหมายที่เกี่ยวกับการทำให้แท้งลูก ในประมวลกฎหมายอาญาในปัจจุบันมีบทบัญญัติในส่วนยกเว้นความผิดที่แคบเกินไป ซึ่งสร้างความยุ่งยากทั้งแก่แพทย์ผู้ปฏิบัติ โดยเฉพาะในเรื่องความไม่ชัดเจนของคำว่า “สุขภาพ” นั้น รวมถึงสุขภาพจิตด้วยหรือไม่ และสร้างความไม่เป็นธรรมในทางสาธารณสุข เพราะคนที่ร่ำรวยอาจเดินทางไปทำแท้งที่ประเทศอื่นที่กฎหมายไม่เคร่งครัด หรือจ้างนายแพทย์ที่ยอมเสี่ยงทำกฎหมายนั้นต้องรับกับสภาพสังคม แม้มีผู้เห็นว่าไม่ควรเขียนกฎหมายนำสังคมก็ตาม แต่เรื่องการทำแท้งนั้นในปัจจุบันเป็นเรื่องที่กฎหมายแย้งกับสภาพสังคม จนคนไม่ทำตามกฎหมาย กฎหมายที่คนไม่เคารพ ไม่เป็นกฎหมายที่ดีอีกต่อไป จึงน่าจะมีการปรับปรุงกฎหมายเรื่องนี้¹³⁵

2.7 ข้อพิจารณาเกี่ยวกับข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับการยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ตามมาตรา 305 แห่งประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2548

การที่ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 305 (1) บัญญัติอนุญาตให้แพทย์ทำแท้งได้โดยถือว่าไม่มีความผิดในกรณีจำเป็นต้องกระทำเนื่องจากสุขภาพของหญิง ไม่ได้บัญญัติชัดเจนว่า “สุขภาพ” หมายถึง สุขภาพทางกายหรือสุขภาพทางจิตใจ ในกรณีที่มีความเครียดอย่างสูงหากทราบว่าการตั้งครรภ์ของตนพิการหรือเป็นโรคร้ายแรงที่ไม่สามารถรักษาให้หายได้ หรือเป็นโรคทางจิตใจที่มีผลต่อพยาธิสภาพต่อร่างกาย นอกจากนี้มาตรา 305(1) ยังไม่รวมถึงสุขภาพทารกในครรภ์ที่พิการหรือเป็นโรคร้ายแรง

¹³⁴ วินิช ผลเกิด. (2541). ทัศนะของบุคลากรทางการแพทย์ทหารที่มีต่อการทำแท้งเสรี ศึกษากรณี : กรมแพทย์ทหารอากาศ กองบัญชาการสนับสนุนทหารอากาศ (หออ. บนอ.) หน้า 25.

¹³⁵ สุพร เกิดสว่าง. เล่มเดิม. หน้า 24.

มีปัญหาว่าแพทย์จะทำแท้งให้หญิงตั้งครรภ์ที่เป็นโรคเอดส์ได้หรือไม่ เนื่องจากหญิงมีความเครียดสูงเพราะวิตกกังวลว่าทารกในครรภ์จะเกิดการติดเชื้อจากตน ในการนี้แพทยสภาได้รับข้อหารือจากกระทรวงสาธารณสุขขอให้แพทยสภาเสนอแนะทางปฏิบัติเกี่ยวกับผู้ที่ติดเชื้อโรคเอดส์ที่ตั้งครรภ์ให้ด้วย คณะกรรมการแพทยสภาได้พิจารณาปัญหาดังกล่าวในการประชุมคณะกรรมการแพทยสภาครั้งที่ 11/2532 เมื่อวันที่ 12 ตุลาคม 2532 แล้วมีความเห็นว่า “ผู้ที่ติดเชื้อโรคเอดส์ที่ตั้งครรภ์มีผลกระทบต่อสุขภาพร่างกาย จิตใจ และสังคมอย่างมาก และคำนึงถึงคำว่า “สุขภาพ” ขององค์การอนามัยโลกมีว่า ความหมายของการมีสุขภาพดี มิได้หมายถึง เฉพาะการปราศจากโรคและความพิการเท่านั้น หากแต่หมายความครอบคลุมถึงความสุข ความสมบูรณ์ทั้งทางกาย ทางใจ และอยู่ในสังคมได้อย่างปกติสุข” คณะกรรมการแพทยสภาจึงมีมติให้หารือคณะกรรมการกฤษฎีกาว่า แพทย์จะอาศัยข้อกฎหมายตามที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายอาญามาตรา 305 (1) ในกรณีดังกล่าวได้หรือไม่

คณะกรรมการกฤษฎีกา (กรรมการร่างกฎหมาย คณะที่ 5) ได้พิจารณาปัญหาดังกล่าวแล้ว เห็นว่า การตีความมาตรา 305 ซึ่งเป็นบทยกเว้นความผิดดังกล่าวในประมวลกฎหมายอาญาดูแลความโดยเคร่งครัด บทยกเว้นที่ว่า “จำเป็นต้องกระทำเนื่องจากสุขภาพของหญิงนั้นนั้น” ตามมาตรา 305 (1) จึงหมายความว่า แพทย์อาจทำให้หญิงแท้งลูกได้โดยไม่มีความผิดเฉพาะในกรณีจำเป็นต้องกระทำเนื่องจากการมีครรภ์จะเป็นอันตรายต่อสุขภาพของหญิงนั้นเท่านั้น แต่ไม่หมายความรวมถึงสุขภาพของทารกที่จะเกิดมาแต่อย่างใดด้วย กรณีจะถือว่าการมีครรภ์จะเป็นอันตรายต่อสุขภาพของหญิงหรือไม่นั้น จึงเป็นข้อเท็จจริงที่แพทย์จะต้องวินิจฉัยเป็นกรณีๆ ไป เมื่อข้อเท็จจริงปรากฏจากคำชี้แจงของผู้แทนกระทรวงสาธารณสุขและผู้แทนแพทยสภาว่าโรคเอดส์นั้นเป็นโรคที่รักษาไม่หายและผู้ที่ติดเชื้อโรคเอดส์จะต้องตายเนื่องจากโรสดังกล่าวในที่สุด การทำให้หญิงที่เป็นโรคเอดส์แท้งลูกจึงไม่ใช่กรณีจำเป็นต้องกระทำเนื่องจากสุขภาพของหญิงนั้น เพราะแม้จะทำให้หญิงแท้งลูกแล้ว หญิงที่เป็นโรคเอดส์นั้นก็จะไม่หายจากโรคเอดส์และก็ต้องตายเนื่องจากโรสดังกล่าวในที่สุด จึงเห็นว่าแพทย์ไม่อาจอาศัยมาตรา 305 (1) แห่งประมวลกฎหมายอาญา ทำให้หญิงที่เป็นโรคเอดส์แท้งลูกได้โดยไม่มีความผิด

การตีความของคณะกรรมการกฤษฎีกาดังกล่าว คำว่า “สุขภาพ” หมายความว่าเฉพาะสุขภาพกายของหญิงเท่านั้น ไม่รวมถึงสุขภาพจิตของหญิงแต่อย่างใดด้วย

หญิงที่ติดเชื้อ HIV นั้น ตามธรรมชาติย่อมได้รับความทุกข์ทรมานจิตใจอยู่แล้วว่า ชีวิตของเขาอาจไม่ยืนยาว และยิ่งหญิงนั้นตั้งครรภ์ก็จะมีทุกข์ทรมานยิ่งเมื่อคลอดบุตรแล้ว บุตรอาจได้รับเชื้อโรคร้ายเข้าด้วย และแม้ว่าบุตรของเขาจะไม่ติดเชื้อโรคร้าย แต่ตัวเขาซึ่งเป็นมารดาอาจจะต้องเสียชีวิตก่อนเวลาอันควร จะทำให้บุตรของเขาต้องกลายเป็นเด็กกำพร้า และถ้าแพทย์ทำ

แพทย์ให้ตามที่เขาต้องการย่อมสามารถช่วยลดความกดดันได้ในระดับหนึ่ง ซึ่งย่อมเป็นผลดีต่อสุขภาพของหญิงนั้นด้วยอย่างแน่นอน

สำหรับหญิงตั้งครรภ์ที่เป็นโรคเอดส์ดังกล่าวข้างต้น และหากตรวจพบว่าทารกในครรภ์พิการหรือไม่สมบูรณ์ หากหญิงมีความเครียดและต้องการขอให้แพทย์ทำแท้งให้ แต่แพทย์ส่วนใหญ่จะไม่ทำแท้งให้เนื่องจากกลัวว่าจะมีความผิดกฎหมาย จึงเป็นปัญหาและอุปสรรคอย่างมาก ทำให้หญิงที่ไม่มีทางออกที่จะแก้ไขปัญหานี้ ดังนั้น แพทย์สภาจึงออกข้อบังคับที่ใช้ในระหว่างแพทย์กันเองเรียกว่า “ข้อบังคับแพทย์สภาว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับการยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ตามมาตรา 305 แห่งประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2548” ซึ่งได้กล่าวถึงหากเกิดกรณีที่หญิงตั้งครรภ์มีความเครียดอย่างรุนแรง เนื่องจากพบว่าทารกในครรภ์มีหรือมีความเสี่ยงสูงที่จะมีความพิการอย่างรุนแรง หรือเป็น หรือมีความเสี่ยงสูงที่จะเป็นโรคพันธุกรรมอย่างรุนแรง เมื่อหญิงนั้นได้รับการตรวจวินิจฉัยและการปรึกษาแนะนำทางพันธุศาสตร์ (Genetic counseling) และมีการลงนามรับรองในเรื่องดังกล่าวข้างต้น โดยผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมที่มีใช้ผู้กระทำการยุติการตั้งครรภ์อย่างน้อยหนึ่งคน ให้ถือว่าหญิงมีครรภ์มีปัญหาสุขภาพจิตตาม (2)

ผู้เขียนเห็นว่าเนื่องจากปัจจุบัน วิชาการทางการแพทย์มีความเจริญก้าวหน้าขึ้นเป็นอย่างมาก แพทย์สามารถตรวจพบว่าหญิงตั้งครรภ์มีปัญหาทางด้านสุขภาพจิตหรือไม่ และปัญหาสุขภาพจิตดังกล่าวจะส่งผลเสียต่อทารกในครรภ์หรือต่อตัวหญิงที่ตั้งครรภ์นั้นหรือไม่เพียงใด ซึ่งหากแพทย์ตรวจพบปัญหาสุขภาพจิตของหญิงตั้งครรภ์ดังกล่าว แต่ไม่สามารถทำแท้งให้แก่หญิงตั้งครรภ์โดยอาศัยเหตุตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 305 (1) ซึ่งบัญญัติอนุญาตให้ทำแท้งได้เฉพาะกรณีเนื่องจาก “สุขภาพของหญิง” โดยไม่ได้บัญญัติชัดเจนว่าสุขภาพนั้น หมายความว่าสุขภาพทางกายหรือสุขภาพทางจิตใจ จึงเกิดปัญหาในการตีความว่ารวมถึงสุขภาพจิตด้วยหรือไม่ ทำให้แพทย์ส่วนใหญ่เกิดความลังเลที่จะทำแท้ง แพทย์สภาจึงแก้ปัญหานี้โดยออกข้อบังคับนี้เพื่อให้แพทย์สามารถปฏิบัติให้เป็นไปในทางเดียวกัน โดยถือว่ากรณีตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 305 (1) ให้หมายความว่ารวมถึงสุขภาพกาย และสุขภาพจิตของหญิงตั้งครรภ์ด้วย เพื่อให้แพทย์สามารถทำการยุติการตั้งครรภ์ให้แก่หญิงตั้งครรภ์ที่มีปัญหาทางด้านสุขภาพจิตได้ แต่อย่างไรก็ตามข้อบังคับนี้มีใช้กฎหมาย หากแพทย์ทำแท้งให้หญิงในกรณีนี้ถือว่าแพทย์มีความผิดฐานทำแท้งให้หญิงโดยไม่เข้าข้อยกเว้นตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 305 ซึ่งถือว่ากรณีนี้เป็นปัญหาทางกฎหมายที่เป็นอุปสรรคในการหาทางออกให้แก่หญิงตั้งครรภ์

แม้ข้อบังคับนี้เป็นเรื่องที่แพทย์กำหนดขึ้นเอง ไม่เกี่ยวกับประมวลกฎหมายอาญาก็ตาม แต่การที่ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 305(1) ไม่ได้ระบุให้ชัดเจนว่า คำว่า “สุขภาพ” รวมถึง “สุขภาพจิต” ด้วย เช่น กรณีที่หญิงเกิดความเครียดอย่างรุนแรงเมื่อรู้ว่าทารกในครรภ์ ของตนพิการ

อย่างรุนแรงหรือเป็นโรคร้ายแรงได้ หรือกรณีที่หญิงมีปัญหาทางด้านสุขภาพจิตซึ่งมิใช่เกิดจากความเครียด แต่เป็นโรคที่เกี่ยวกับพยาธิสภาพต่อร่างกาย เพื่อเป็นการตีความให้สามารถปฏิบัติได้ตรงต่อเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นจริงและเกิดขึ้นบ่อยครั้ง ทั้งนี้เป็นเพราะกฎหมายไม่ได้บัญญัติให้ชัดเจนแน่นอน และถือว่าการทำแท้งเป็นความประสงค์ของหญิงผู้เป็นเจ้าของครรภ์ให้สามารถช่วยแก้ไขปัญหาต่างๆในอนาคตที่จะตามมาอีกมากมาย เช่น ปัญหาอันเกิดจากสุขภาพของหญิงที่จะมีผลต่อทารกในครรภ์ หรือปัญหาที่เกี่ยวกับการลักลอบทำแท้ง เป็นต้น