



ปัญหาการบังคับใช้กฎหมายการยุติการตั้งครรภ์โดยชอบด้วยกฎหมายศึกษาตามพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 28) พ.ศ. 2564 มาตรา 305

Problems in the enforcement of the law on termination of pregnancy by education law under the Penal Code Amendment Act (No. 28), B.E. 2021, section 305.

เชิดพงศ์ จินดาสุวรรณ^{1*} และสามารถ วราดิศัย²

Cherdpong Jindasuwan^{1*} and Samart Waradisai²

¹ อาจารย์ประจำสาขาวิชานิติศาสตร์, คณะนิติศาสตร์, มหาวิทยาลัยหาดใหญ่

¹ Lecturer of Department of Law, Faculty of Law, Hatyai University.

¹ อาจารย์ประจำสาขาวิชารัฐประศาสนศาสตร์, คณะรัฐศาสตร์, มหาวิทยาลัยหาดใหญ่

¹ Department of Public Administration, Faculty of Political Science, Hatyai University.

*Corresponding author, E-mail: cherdpong@hu.ac.th

บทคัดย่อ

เนื่องจากประมวลกฎหมายอาญาซึ่งใช้บังคับมาตั้งแต่พ.ศ. 2499 กำหนดความผิดฐานทำให้แท้งลูกรวมห้ามาตราโดยบทบัญญัติทั้งห้ามาตรานั้น ไม่เคยมีการแก้ไขในเชิงหลักการอันเป็นสาระสำคัญมาก่อนเลยตั้งแต่บังคับใช้มา มีเพียงแต่การแก้ไขเพิ่มเติมโทษปรับขึ้น 10 เท่า เมื่อพ.ศ. 2560 ทำให้กฎหมายเรื่องการทำแท้งของประเทศไทยไม่มีความเหมาะสมกับสภาพสังคมในปัจจุบัน ต่อมาศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยที่ 4/2563 ลงวันที่ 19 กุมภาพันธ์ 2563 ว่า ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 301 ที่กำหนดความผิดแก่หญิงทำให้ตนแท้งหรือยินยอมให้ผู้อื่นทำแท้งเป็นความผิดอาญานั้น ขัดต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 28 ว่าด้วยสิทธิในเนื้อตัวร่างกาย ศาลรัฐธรรมนูญให้เหตุผลว่า การคุ้มครองสิทธิของทารกในครรภ์กับสิทธิของหญิงต้อง “สมดุล” กัน อาจต้องนำ “ช่วงระยะเวลาการตั้งครรภ์” มากำหนดเป็นหลักเกณฑ์ การปฏิเสธสิทธิของหญิงโดยไม่คำนึงเรื่องหลักเกณฑ์ระยะเวลาการตั้งครรภ์จึงกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของหญิงเกินความจำเป็นและไม่ได้สัดส่วน ด้วยเหตุนี้คณะรัฐมนตรีจึงได้มีมติเมื่อวันที่ 3 มีนาคม 2563 ให้แก้ไขกฎหมายอาญาว่าด้วยการทำแท้ง โดยเสนอแก้ไขสองมาตรา คือ มาตรา 301 และมาตรา 305 อย่างไรก็ตามด้วยระยะเวลาอันจำกัดที่ถูกล้อมค้อมมาจากคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญทำให้ที่ประชุมสภาผู้แทนราษฎรต้องพิจารณาร่างกฎหมายด้วยความรีบเร่งให้ทันภายใน 360 วันทำให้ประมวลกฎหมายอาญาว่าด้วยเรื่องการทำแท้งมีประเด็นปัญหาที่ตามมาเกิดกระแสวิพากษ์วิจารณ์ในสังคมว่าจะทำให้เกิดช่องว่างทางกฎหมายทำให้เกิดการกระทำความผิดหรือไม่ เช่น 305 (2) ที่กำหนดให้หญิงทำแท้งได้



หากมีความเสี่ยงอย่างมากหรือมีเหตุผลทางการแพทย์อันควรเชื่อได้ว่าหากทารกคลอดออกมาจะมีความผิดปกติถึงขนาดทุพพลภาพอย่างร้ายแรง การกำหนดไว้เช่นนี้เป็นการล้ำเส้นความเป็นมนุษย์และเหยียบย่ำผู้ทุพพลภาพ ผู้ทุพพลภาพไม่ได้มีความผิดหรือไม่ ขัดต่อรัฐธรรมนูญเรื่องกำหนดหลักการห้ามเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งความพิการ การกำหนดให้ตัดชีวิตโดยที่ไม่รู้ว่าหากทารกในครรภ์เกิดออกมาจะเป็นอย่างไรนั้นจึงไม่เป็นธรรมหรือไม่ นอกจากนี้ มาตรา 305 (3) ที่ให้หญิงยืนยันว่ามีอาการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศสามารถทำแท้งได้นั้นมีปัญหาการตีความอย่างมากว่าจะต้องมีหลักเกณฑ์ควบคุมเพียงใด เพราะหากเปิดช่องให้หญิงยืนยันตัวเองได้โดยปราศจากหลักเกณฑ์ควบคุม จะทำให้เกิดช่องในการทำแท้งของหญิงที่มีได้ถูกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศจริง ๆ หรือไม่

คำสำคัญ: การทำแท้ง

Abstract

Due to the Criminal Code, which has been in force since B.E. 1956 defines the offense of causing abortion in total of five sections by the provisions of those five sections There has never been a substantial principled amendment since it came into force, but the only amendment to increase the penalty by 10 times in 2017 makes Thailand's abortion law unsuitable for today's society. Subsequently, the Constitutional Court has issued a ruling No. 4/2020 dated February 19, 2020 that Article 301 of the Penal Code stating that an offense against a woman causing an abortion or allowing another person to have an abortion is a crime. contrary to the constitution, section 28 on the right to the body The Constitutional Court argued that The protection of the rights of the unborn child and the rights of the woman must be "balanced". The "pregnancy period" may be used as a basis. The denial of a woman's rights, regardless of the gestational age norm, therefore unnecessarily and disproportionately affects the woman's rights and liberties. For this reason, the Cabinet has passed a resolution on March 3, 2020 to amend the Ayala Law on Abortion. By proposing two amendments, Article 301 and Article 305. However, due to the limited time bound by the decision of the Constitutional Court, the House of Representatives had to expedite the draft law within 360 days, making the Criminal Code on The issue of abortion has been the issue of social criticism as to whether it creates a legal gap, for example, 305(2) which allows women to have an abortion if they are at high risk or for official reasons. A doctor should believe that if the baby is born there will be a deformity to the extent of serious disability. This designation crosses the line of humanity and tramples on the disabled. Are people with disabilities not guilty? contrary to the



constitution on prescribing principles prohibiting discrimination on the grounds of disability It is therefore unfair to impose a deprivation of life without knowing if the fetus will be born or not. In addition, Section 305 (3), which requires a woman to confirm that an abortion is committed by sex, is problematic. A very strong interpretation of how much of a regulatory criterion must be met. Because if opening a channel for women to confirm themselves without control rules Will there be gaps in the abortion of women who have not actually been sexually abused?

Keyword: Abortion

บทนำ

เนื่องจากประมวลกฎหมายอาญาซึ่งใช้บังคับมาตั้งแต่พ.ศ. 2499 กำหนดความผิดฐานทำให้แท้งลูกรวมห้ามาตราโดยบทบัญญัติทั้งห้ามาตรานั้น ไม่เคยมีการแก้ไขในเชิงหลักการอันเป็นสาระสำคัญมาก่อนเลยตั้งแต่บังคับใช้มา มีเพียงแต่การแก้ไขเพิ่มเติมโทษปรับขึ้น 10 เท่า เมื่อพ.ศ. 2560 ทำให้กฎหมายเรื่องการทำแท้งของประเทศไทยไม่มีความเหมาะสมกับสภาพสังคมในปัจจุบัน

ต่อมาศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยที่ 4/2563 ลงวันที่ 19 กุมภาพันธ์ 2563 ว่า ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 301 ที่กำหนดความผิดแก่หญิงทำให้ตนแท้งหรือยินยอมให้ผู้อื่นทำแท้งเป็นความผิดอาญานั้น ขัดต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 28 ว่าด้วยสิทธิในเนื้อตัวร่างกาย ศาลรัฐธรรมนูญให้เหตุผลว่า การคุ้มครองสิทธิของทารกในครรภ์กับสิทธิของหญิงต้อง “สมดุล” กัน อาจต้องนำ “ช่วงระยะเวลาการตั้งครรภ์” มากำหนดเป็นหลักเกณฑ์ การปฏิเสธสิทธิของหญิงโดยไม่คำนึงเรื่องหลักเกณฑ์ระยะเวลาการตั้งครรภ์จึงกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของหญิงเกินความจำเป็นและไม่ได้สัดส่วน และนอกจากนี้ศาลรัฐธรรมนูญยังได้กำหนดคำบังคับให้คำวินิจฉัยดังกล่าวว่าให้มีผลเมื่อพ้น 360 วันนับแต่วันที่ศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัย ซึ่งจะตรงกับ 12 กุมภาพันธ์ 2564 ดังนั้น หากไม่มีการแก้ไขกฎหมายภายในเวลาดังกล่าว มาตรา 301 จะเป็นอันสิ้นผลไปตามคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ เป็นเหตุให้หญิงที่ทำให้ตนแท้งหรือยินยอมให้ผู้อื่นทำแท้งจะไม่มี ความผิดโดยไม่ต้องพิจารณาเรื่องระยะเวลาตั้งครรภ์ ด้วยเหตุนี้คณะรัฐมนตรีจึงได้มีมติเมื่อวันที่ 3 มีนาคม 2563 ให้แก้มาตรา 301 ตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ต่อมา 17 พฤศจิกายน 2563 มีมติเห็นชอบร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา เพื่อเสนอร่างกฎหมายดังกล่าวเข้าสู่การพิจารณาของสภา โดยเสนอแก้ไขสองมาตรา คือ มาตรา 301 และ มาตรา 305¹ อย่างไรก็ตามด้วยระยะเวลาอันจำกัดที่ถูกผูกมัดมาจากคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญทำให้ที่ประชุมสภาผู้แทนราษฎรต้องพิจารณาร่างกฎหมายด้วยความรีบเร่งให้ทันภายใน 360 วันทำให้ประมวล

¹ Law. กฎหมายเดิม เอาผิดหญิงทำแท้ง.(15 มีนาคม 2564). สืบค้นจาก:

<https://ilaw.or.th/node/5816>.



กฎหมายอาญาว่าด้วยเรื่องการทำแท้งมีประเด็นปัญหาที่ตามมาเกิดกระแสวิพากษ์วิจารณ์ในสังคมว่าจะทำให้เกิดช่องว่างทางกฎหมายทำให้เกิดการกระทำความผิดหรือไม่ ซึ่ง ประมวลกฎหมายอาญาฉบับที่แก้ไขใหม่ แตกต่างไปสองมาตรา คือ มาตรา 301 และมาตรา 305 ส่วนมาตราอื่น ๆ ที่ไม่ได้แก้ไข จึงมีสาระสำคัญและบทลงโทษเท่าเดิม โดยสองมาตราที่แก้ไขแล้ว มีเนื้อหา ดังนี้

มาตรา 301 กำหนดให้หญิงทำให้ตนเองแท้งลูกหรือยอมให้ผู้อื่นทำให้ตนแท้งลูกขณะมีอายุครรภ์เกิน 12 สัปดาห์ โดยที่ไม่เข้าเงื่อนไขอื่น ๆ ตามมาตรา 305 มีโทษจำคุกไม่เกินหกเดือน หรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ จะเห็นได้ว่าอัตราโทษลดลงจากประมวลกฎหมายอาญาเดิม

มาตรา 305 เพิ่มเหตุยกเว้นความผิดแก่หญิงที่ทำให้ตนเองแท้ง หรือผู้ที่ทำให้หญิงแท้งโดยหญิงยินยอมไว้กว้างขึ้น หากเป็นการกระทำของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมและตามหลักเกณฑ์ของแพทยสภา ในกรณีดังต่อไปนี้ ผู้กระทำไม่มีความผิด

(1) จำเป็นต้องกระทำเนื่องจากหากหญิงตั้งครรภ์ต่อไปจะเสี่ยงต่อการได้รับอันตรายต่อสุขภาพทางกายหรือจิตใจของหญิงนั้น

(2) จำเป็นต้องกระทำเนื่องจากมีความเสี่ยงอย่างมากหรือมีเหตุผลทางการแพทย์อันควรเชื่อได้ว่าหากทารกคลอดออกมาจะมีความผิดปกติถึงขนาดทุพพลภาพอย่างร้ายแรง

(3) หญิงยืนยันต่อผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมว่าตนมีครรภ์เนื่องจากการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศ ประมวลกฎหมายอาญาเดิมก็กำหนดเหตุยกเว้นความผิดที่คล้ายกันไว้ แต่มีประเด็นปัญหาว่า คดีความผิดเกี่ยวกับเพศนั้นต้องมีการดำเนินคดีในกระบวนการยุติธรรมหรือไม่ ซึ่งอาจจะส่งผลกระทบเป็นภาระของหญิงที่จะทำแท้งว่า ต้องพิสูจน์ถึงการกระทำผิดดังกล่าวอันอาจส่งผลต่อจิตใจ ในมาตรา 305 (3) ใหม่จึงกำหนดเพียงให้หญิง “ยืนยัน” ด้วยตนเอง ก็จะไม่เป็นภาระต่อหญิงที่ต้องพิสูจน์ถึงการถูกกระทำทางเพศ

(4) หญิงซึ่งมีอายุครรภ์ไม่เกิน 12 สัปดาห์ยืนยันที่จะยุติการตั้งครรภ์ โดยการนับระยะเวลาขึ้นกับผู้ช่วยศาสตราจารย์ธรรณกร บุนนิต อาจารย์ประจำศูนย์กฎหมายอาญา คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ได้อธิบายไว้ในเฟซบุ๊กส่วนตัวว่านับจากวันแรกของการประจำเดือนครั้งล่าสุด

(5) หญิงซึ่งมีอายุครรภ์เกินสิบสองสัปดาห์ แต่ไม่เกินยี่สิบสัปดาห์ ยืนยันที่จะยุติการตั้งครรภ์ ภายหลังจากตรวจและรับคำปรึกษาทางเลือกจากผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมและผู้ประกอบวิชาชีพอื่นตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุขประกาศกำหนดโดยคำแนะนำของแพทยสภา และหน่วยงานที่เกี่ยวข้องตามกฎหมายว่าด้วยการป้องกันและแก้ไขปัญหาการตั้งครรภ์ในวัยรุ่น ทั้งนี้ กรณีตามมาตรา 305 (1) – (3) หญิงสามารถทำแท้งได้โดยไม่มีข้อจำกัดเรื่องอายุครรภ์² หากพิจารณากฎหมาย

² Law. กฎหมายอาญาแก้ไขใหม่ #ทำแท้งปลอดภัย ได้ในอายุครรภ์ 12 สัปดาห์. (15 มีนาคม 2564). สืบค้นจาก <https://ilaw.or.th/node/5816>.

ดังกล่าวจะเห็นได้ว่ามีข้อที่ต้องพิจารณาปัญหาที่จะตามดังนี้³

305 (2) ที่กำหนดให้หญิงทำแท้งได้หากมีความเสี่ยงอย่างมากหรือมีเหตุผลทางการแพทย์อันควรเชื่อได้ว่าหากทารกคลอดออกมาจะมีความผิดปกติถึงขนาดทุพพลภาพอย่างร้ายแรง การกำหนดไว้เช่นนี้เป็นการล้ำเส้นความเป็นมนุษย์และเหยียบย่ำผู้ทุพพลภาพ ผู้ทุพพลภาพไม่ได้มีความผิด แต่สภาพแวดล้อมในสังคมต่างหากที่ไม่เอื้อแก่การดำรงชีวิตของผู้ทุพพลภาพ ในรัฐธรรมนูญได้กำหนดหลักการห้ามเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งความพิการ การกำหนดให้ตัดชีวิตโดยที่ไม่รู้ว่าทารกในครรภ์เกิดออกมาจะเป็นอย่างไรนั้นจึงไม่เป็นธรรม

มาตรา 305 (3) ที่ให้หญิงยืนยันว่ามีการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศสามารถทำแท้งได้นั้นมีปัญหาการตีความอย่างมากกว่าจะต้องมีหลักเกณฑ์ควบคุมเพียงใด เพราะหากเปิดช่องให้หญิงยืนยันตัวเองได้โดยปราศจากหลักเกณฑ์ควบคุม จะทำให้เกิดช่องในการทำแท้งของหญิงที่มีได้ถูกกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศจริง ๆ หรือไม่

วัตถุประสงค์ของการวิจัย

1. เพื่อศึกษาแนวคิดทฤษฎีว่าด้วยการทำแท้งเกี่ยวกับการยุติการตั้งครรภ์ตาม
- มาตรา 305 แห่งประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2564
2. เพื่อศึกษาและวิเคราะห์ถึงปัญหาที่เกิดจากบทบัญญัติประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 305
 3. เพื่อศึกษาและวิเคราะห์เปรียบเทียบหลักเกณฑ์และเงื่อนไขประกอบการทำแท้ง
 4. เพื่อศึกษาแนวทางการพัฒนาแก้ไขปรับปรุงประมวลกฎหมายมาตรา 305 ในส่วนเกี่ยวกับการทำแท้งให้มีหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนและเป็นแนวทางปฏิบัติ

แนวคิด ทฤษฎี กรอบแนวคิด

ความเชื่อทางศาสนากับการยุติการตั้งครรภ์ คุณธรรมทางกฎหมายกับการยุติ การตั้งครรภ์ มุมมองทางสังคมกับการยุติการตั้งครรภ์ และแนวความคิดเกี่ยวกับมูลเหตุการณยุติการตั้งครรภ์ โดยขอบด้วยกฎหมาย ปรากฏรายละเอียดดังนี้

1. ความเชื่อทางศาสนากับการยุติการตั้งครรภ์
- ทุกศาสนามีคำสอนที่ชัดเจนว่า ห้ามการฆ่าชีวิต รวมถึงห้ามการทำแท้งด้วย เพราะเชื่อว่าชีวิตมนุษย์ได้เริ่มต้นขึ้นแล้วตั้งแต่ยังอยู่ในครรภ์แม้จะยังไม่ได้เกิดมาก็ตาม การทำลายชีวิตจึงถือเป็นบาป

กล่าวโดยเฉพาะถึงศาสนาพุทธ การตั้งครรภ์จะเกิดมีได้ต้องอาศัยองค์ประกอบ 3 ประการ

- 1) บิดามารดามีความสัมพันธ์ทางเพศ 2) มารดาอยู่ในวัยที่จะให้กำเนิดทารกได้ และ 3) มีคันธัพพะเข้าไป

³ ไทยรัฐ. (10 มีนาคม 2564). ราชกิจจานุ พ.ร.บ.แก้ไขเพิ่มเติม หญิง อายุครรภ์ไม่เกิน 12 สัปดาห์ ทำแท้งได้ สืบค้นจาก <https://www.thairath.co.th/news/politic/2027464>



อยู่ในใจของมารดาที่ได้รับเชื่อจากบิดาแล้ว พุทธศาสนาถือว่าตัวอ่อนที่เพิ่งปฏิสนธินั้นมีสภาพเป็นคนแล้ว โดยสมบูรณ์ มีชั้น 5 ครบถ้วน การทำแท้งจึงเป็นเสมือนการฆ่ามนุษย์ และเป็นการผิดศีลข้อที่หนึ่ง เป็นบาปในทุกรณี ไม่ว่าจะทำเพราะสาเหตุใดก็ตาม⁴

คำถามที่น่าพิจารณาคือ จะมีกรณีใดบ้างหรือไม่ที่ทำแท้งได้ศาสนาพุทธมองว่าการฆ่าเป็นบาปเสมอ ไม่ว่าจะฆ่าด้วยเหตุผลใดก็ตาม แต่บาปดังกล่าวมีลำดับความหนักเบาตามเงื่อนไขหลาย ๆ ประการ ซึ่งเงื่อนไขหนึ่งที่ทำให้การฆ่าเป็นบาปขึ้นเบาก็คือ ความจำเป็นที่ประกอบด้วยเหตุผลเพียงพอ การทำแท้งเพราะ ความจำเป็นมิได้หมายความว่าคนทำไม่บาป แต่หากทำเพราะความจำเป็นย่อมถือเป็นบาปขึ้นเบา และ ต้องได้รับผลกระทบตามมา⁵

ในพระคัมภีร์ของศาสนาคริสต์ แม้ไม่มีประเด็นถกเถียงกันว่า การทำแท้งเป็นการทำลายชีวิตมนุษย์ หรือไม่นั้น เพราะในสมัยที่เขียนพระคัมภีร์ ยังไม่มีปัญหานี้ ต่อมาเมื่อเริ่มมีปัญหาการทำแท้งเกิดขึ้น นักปราชญ์ ชาวคริสต์มีความเห็นตรงกันว่า การทำแท้งเป็นการฆ่ามนุษย์ การทำแท้งจึงเป็นการละเมิดกรรมสิทธิ์ของ พระเจ้าต่อชีวิตนั้น ละเมิดต่อสิทธิของทารกผู้รับชีวิตนั้นมาที่จะต้องรับผิดชอบชีวิตไปจนตลอดชีวิต ตลอดจน ผู้เกี่ยวข้องกับทารกผู้นั้นซึ่งมีส่วนรับผิดชอบด้วย เช่น พ่อ แม่ ญาติ องค์การศาสนา สังคม ฯลฯ

นอกจากนั้น ในอดีตยังมีความเชื่อว่า กามารมณ์เป็นเรื่องเลวร้าย เพศสัมพันธ์ที่เป็นไปเพื่อวัตถุประสงค์ เพื่อสนองความใคร่หรือความพึงพอใจของตน มิใช่เป็นไปเพื่อให้กำเนิดทารก จึงเป็นเรื่องชั่วร้ายเช่นกัน ส่วนการตั้งครุภนั้นเป็นพระประสงค์ของพระเจ้า หญิงตั้งครุภจะต้องอุ้มท้องจนถึงเวลาให้กำเนิดไม่ว่าผลที่ตามมาจะเป็นอย่างไร ดังนั้น จึงได้มีการใช้กฎหมายห้ามยุติการตั้งครุภเพื่อลดกิจกรรมทางเพศซึ่งเป็นเรื่อง ชั่วร้าย

2. คุณธรรมทางกฎหมายกับการยุติการตั้งครุภ

ข้อถกเถียงเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางอาญาของการยุติการตั้งครุภและเหตุยกเว้นความรับผิดชอบซึ่งทำให้ การยุติการตั้งครุภในบางกรณีเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายนั้น เกี่ยวพันกับคุณธรรมทางกฎหมาย 2 ประการ ได้แก่ชีวิตที่ยังไม่เกิดขึ้นของตัวอ่อนในครรภ์ของหญิง กับชีวิตและร่างกายของหญิง

⁴ พระราชาวรมณี (ประยูรธ), ทำแท้ง: ตัดสินอย่างไร ชีวิตเริ่มต้นเมื่อไร การทำแท้งในทัศนะของพระพุทธศาสนา, (กรุงเทพฯ: มูลนิธิพุทธธรรม, 2536), น. 3-4; สมภาร พรหมทา, พุทธศาสนากับปัญหาจริยศาสตร์: ทัศนะของพุทธศาสนา เกี่ยวกับปัญหาโสเภณี ทำแท้ง และการรูดขาด, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์พุทธชาติ, 2535), น. 115-120.

⁵ สมภาร พรหมทา, พุทธศาสนากับปัญหาจริยศาสตร์: ทัศนะของพุทธศาสนาเกี่ยวกับปัญหาโสเภณี ทำแท้งและการรูดขาด, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์พุทธชาติ, 2535), น. 130-134.

3. ชีวิตที่ยังไม่เกิดขึ้นของตัวอ่อนในครรภ์ของหญิง

ชีวิตที่ยังไม่เกิดขึ้นของตัวอ่อนในครรภ์ของหญิง เป็นคุณธรรมทางกฎหมายที่รัฐพึงคุ้มครอง⁶ รัฐมีหน้าที่ในการยอมรับและปกป้องสิทธิในชีวิตและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของชีวิตของตัวอ่อนในครรภ์เพราะทารกในครรภ์เป็นชีวิตที่มีการพัฒนาเป็นอิสระ ไม่ใช่เป็นเพียงส่วนหนึ่งของร่างกายของหญิงผู้เป็นมารดา และในที่สุด ตัวอ่อนในครรภ์ก็จะพัฒนาไปเป็นทารกและเป็นสมาชิกคนหนึ่งของสังคม

นอกจากนั้น ยังมีนักวิชาการกล่าวถึงสิทธิในชีวิต (Right to life) ด้วย โดยอธิบายว่าสิ่งที่จะมีสิทธิอย่างใดอย่างหนึ่งได้จะต้องเป็นสิ่งซึ่งมีผลประโยชน์ได้ และสิ่งที่จะมีผลประโยชน์ได้ จะต้องเป็นสิ่งซึ่งมีความต้องการ มีจุดมุ่งหมาย และมีความสามารถบางประการ ตัวอ่อนในครรภ์เป็นผู้ที่จะมีผลประโยชน์ในอนาคตได้ ตัวอ่อนในครรภ์จึงเป็นผู้มีสิทธิในชีวิตได้

ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ (Bundesverfassungsgericht) ของเยอรมนีได้เคยวินิจฉัยไว้ เมื่อวันที่ 25 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1975 ว่า ทารกในครรภ์ย่อมมีสิทธิในชีวิตที่จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายตามข้อ 2 วรรค 2 แห่งกฎหมายพื้นฐานของเยอรมนี

ในแง่ของการเคลื่อนไหวทางสังคม ฝ่ายที่เห็นว่ารัฐควรห้ามการทำแท้งทุกกรณีคือ ฝ่ายอนุรักษ์นิยมหรือฝ่ายขวา ซึ่งได้รับอิทธิพลของแนวความคิดมาจากคำสอนเกี่ยวกับศีลธรรม ซึ่งให้ความสำคัญกับตัวอ่อนในครรภ์ของหญิง โดยอธิบายว่า ตัวอ่อนในครรภ์เป็นมนุษย์หรือเป็นบุคคล ซึ่งมีสิทธิที่จะเกิดมาเป็นมนุษย์ และมีค่าเท่า ๆ กับบุคคลที่เกิดมาแล้ว 16 นอกจากนั้น ฝ่ายอนุรักษ์นิยมยังมองว่า การเจริญเติบโตของตัวอ่อน ในครรภ์ของหญิงจนเป็นทารกมีลักษณะต่อเนื่องกัน และในแต่ละช่วงเวลาก็มีคุณค่าเท่าเทียมกัน การจะขีดเส้นแบ่งว่าตั้งแต่เมื่อใดควรคุ้มครองตัวอ่อนในครรภ์มารดาจึงเป็นเรื่องที่เป็นไปไม่ได้และไม่มีเหตุผลรองรับ⁷ แนวทางการเคลื่อนไหวลักษณะนี้ อาจเรียกได้อีกอย่างว่า แนวทาง Pro-Life

กล่าวโดยสรุป รัฐที่ยึดถือสิทธิในชีวิตเป็นคุณธรรมทางกฎหมายที่สำคัญกว่า หรือยึดถือแนวทางอนุรักษ์นิยม จึงควรกำหนดเป็นหลักว่า การทำแท้งเป็นความผิดตามกฎหมายเพื่อแสดงจุดยืนว่ารัฐรับรองและ คุ้มครองสิทธิในชีวิต และไม่ส่งเสริมให้มีการทำลายชีวิตที่ยังไม่เกิดขึ้น และเพื่อเป็นการทำให้ประชาชน ตระหนักว่า การยุติการตั้งครรภ์เป็นการทำลายชีวิตมนุษย์ สมควรที่จะประณามการกระทำนั้น รัฐที่ยึดถือ แนวทางนี้ คือ ประเทศเยอรมนี⁷

⁶ คณิต ฌ นคร, กฎหมายอาญาภาคความผิด, พิมพ์ครั้งที่ 11, (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2559), น. 22

⁷ ตูมาตรา 218 ประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน

กฎหมายที่เกี่ยวข้อง

1. กฎหมายประเทศไทย

ประมวลกฎหมายอาญาเดิมกำหนดบทลงโทษแก่หญิงที่ทำให้ตนเองแท้งหรือยินยอมให้ผู้อื่นทำให้ตนเองแท้งไว้ในมาตรา 301 มีโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกิน 60,000 บาท หรือทั้งจำทั้งปรับ ส่วนความผิดสำหรับผู้ที่ทำให้หญิงแท้งลูก กฎหมายกำหนดไว้สองกรณี

กรณีแรก มาตรา 302 ผู้ที่ทำให้หญิงแท้งลูก โดยที่หญิงนั้นยินยอม มีโทษจำคุกไม่เกินห้าปี หรือปรับไม่เกิน 100,000 บาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

กรณีที่สอง มาตรา 303 ผู้ที่ทำให้หญิงแท้งลูกโดยที่หญิงไม่ยินยอม มีโทษหนักกว่ากรณีแรก จำคุกไม่เกินเจ็ดปี หรือปรับไม่เกิน 140,000 บาท หรือทั้งจำทั้งปรับและทั้งสองกรณีหากการทำแท้งให้แก่หญิงเป็นเหตุให้หญิงรับอันตรายสาหัสอย่างอื่นด้วยหรือหญิงถึงแก่ความตาย ผู้ที่ทำให้แท้งให้หญิงต้องรับโทษหนักขึ้น

มาตรา 304 ได้วางหลักไว้ว่า การพยายามทำแท้ง ตามมาตรา 301 และ 302ไม่ต้องรับโทษ

มาตรา 305 กำหนดเหตุยกเว้นความผิดแก่หญิงที่ทำให้ตนเองแท้ง หรือผู้ที่ทำให้หญิงแท้งโดยหญิงยินยอม จะไม่มีความผิด ถ้าเป็นการกระทำของนายแพทย์ และ

(1) จำเป็นต้องกระทำเนื่องจากสุขภาพของหญิงนั้น หรือ

(2) หญิงมีครรภ์เนื่องจากการกระทำความผิดทางเพศ

2. กฎหมายต่างประเทศ

1) ประเทศโปแลนด์

การทำแท้งเป็นเรื่องผิดกฎหมายในประเทศโปแลนด์ ยกเว้นในกรณี ที่การตั้งครรภ์นั้นได้กระทำเพื่อเป็นการช่วยชีวิตของหญิงหรือเพื่อรักษาสุขภาพกายของหญิงหรือเพื่อรักษาสุขภาพจิตใจของหญิงหรือเกิดจากการถูกข่มขืนหรือร่วมการประเวณีระหว่างบุคคลในสายเลือดเดียวกัน (Incest) โดยอายุครรภ์ที่จะทำแท้งได้นั้นต้องกระทำภายใน 12 สัปดาห์และอนุญาตให้กระทำในกรณีเพื่อเป็นการช่วยชีวิตของหญิงหรือเพื่อรักษาสุขภาพทางกายของหญิงหรือกรณีที่เกิดจากการถูกข่มขืนหรือการร่วมประเวณีระหว่างบุคคลในครอบครัวเดียวกันหรือตัวอ่อนในครรภ์จะพิการอย่างรุนแรงโดยได้รับการยืนยันจากนรีแพทย์

2) ประเทศกรีซ

อนุญาตให้สามารถทำแท้งได้โดยความยินยอมของหญิงนั้นภายใต้เงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดหากการทำแท้งนั้นได้กระทำโดยแพทย์ซึ่งหญิงสามารถร้องขอทำแท้งได้อย่างเสรีภายในขอบเขตอายุครรภ์ไม่เกิน 12 สัปดาห์หากอายุครรภ์เกินกว่านั้นจะสามารถทำแท้งได้ต่อเมื่อเข้าเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด ซึ่งเหตุที่สามารถร้องขอทำแท้งได้ของประเทศกรีซนั้นมีอยู่หลายสาเหตุด้วยกันอาทิเช่นเพื่อช่วยชีวิตของหญิงทารกในครรภ์มีความผิดปกติ เป็นต้น แต่อย่างไรก็ตามหากอายุครรภ์เกิน 12 สัปดาห์จะสามารถทำแท้งได้ต่อนั้นต้องปรากฏว่าทารกในครรภ์มีความผิดปกติอย่างรุนแรงหรือหญิงนั้นเสี่ยงต่ออันตรายต่อร่างกายและจิตใจหรือเข้าเงื่อนไขอื่น ๆ ตามที่กฎหมายกำหนดอายุครรภ์ เกิน 24 สัปดาห์การทำแท้งในขณะอายุ



ครรภ์หลายสัปดาห์ย่อมมีผลกระทบบต่อความปลอดภัยในชีวิตและร่างกายของหญิงและยังขัดต่อหลักทางด้านศีลธรรมอันดี ในแต่ละประเทศจึงมีการกำหนดขอบเขตในการอนุญาตให้สามารถทำแท้งแตกต่างกันออกไปโดยมีการกำหนดให้หญิงที่ต้องการทำแท้งในขณะอายุครรภ์หลายสัปดาห์จะสามารถทำแท้งได้เฉพาะเข้าเงื่อนไขทางการแพทย์หรือเงื่อนไขตามที่กฎหมายบัญญัติไว้เท่านั้น

วิธีดำเนินการวิจัย

1. การวิจัยเอกสาร (Documentary research) เป็นการรวบรวมข้อมูล จากเอกสารทางวิชาการ แนวคิดทฤษฎี วารสารสิ่งพิมพ์ รายงานการวิจัย วิทยานิพนธ์และเอกสารอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง

2. การสัมภาษณ์เชิงลึก (In-depth interview) สำหรับวิธีการกำหนดระเบียบการวิจัยหรือกระบวนการวิจัย โดยกระบวนการวิจัยเชิงคุณภาพ ด้วยการสัมภาษณ์เชิงลึกนั้น ในการกำหนดกระบวนการวิจัยครั้งนี้ ได้กำหนดให้มีกระบวนการวิจัยโดยสัมภาษณ์พูดคุยและเก็บรวบรวมข้อมูลโดยการจดบันทึกและบันทึกเสียง โดยมีการออกแบบโครงสร้างข้อคำถามที่สามารถนำไปใช้สัมภาษณ์

นอกจากนี้การศึกษาวิจัยโดยสัมภาษณ์เชิงลึกมีความยืดหยุ่นในกรอบแนวคิดของการวิจัยเชิงปริมาณ โดยเปิดโอกาสให้ผู้ให้สัมภาษณ์สามารถแสดงความคิดเห็นหรือให้ข้อมูลอย่างเต็มที่ ซึ่งเป็นประโยชน์อย่างยิ่งต่อการเข้าใจทัศนคติของผู้ให้สัมภาษณ์เกี่ยวกับประเด็นที่ผู้วิจัยต้องการศึกษา

ผลการวิจัย

ตามที่พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 28) พ.ศ. 2564 ไว้ในมาตรา 305 ซึ่งผู้วิจัยเห็นว่าการกำหนดข้อยุติการตั้งครรภ์โดยชอบด้วยกฎหมาย 5 ประการ คือ

1) จำเป็นต้องกระทำเนื่องจากหากหญิงตั้งครรภ์ต่อไปจะเสี่ยงต่อการได้รับอันตรายต่อสุขภาพทางกายหรือจิตใจของหญิงนั้น

2) จำเป็นต้องกระทำเนื่องจากมีความเสี่ยงอย่างมากหรือมีเหตุผลทางการแพทย์อันควรเชื่อได้ว่าหากทารกคลอดออกมาจะมีความผิดปกติถึงขนาดทุพพลภาพอย่างร้ายแรง

3) หญิงยืนยันต่อผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมว่าตนมีครรภ์เนื่องจากการกระทำผิดเกี่ยวกับเพศ ประมวลกฎหมายอาญาเดิมก็กำหนดเหตุยกเว้นความผิดที่คล้ายกันไว้ แต่มีประเด็นปัญหาว่า ความผิดเกี่ยวกับเพศนั้นต้องมีการดำเนินคดีในกระบวนการยุติธรรมหรือไม่ ซึ่งอาจจะส่งผลกระทบเป็นภาระของหญิงที่จะทำแท้งว่า ต้องพิสูจน์ถึงการกระทำผิดดังกล่าวอันอาจส่งผลกระทบต่อจิตใจ ในมาตรา 305 (3) ใหม่จึงกำหนดเพียงให้หญิง “ยืนยัน” ด้วยตนเอง ก็จะไม่เป็นภาระต่อหญิงที่ต้องพิสูจน์ถึงการถูกกระทำทางเพศ

4) หญิงซึ่งมีอายุครรภ์ไม่เกิน 12 สัปดาห์ยืนยันที่จะยุติการตั้งครรภ์ โดยการนับระยะเวลาที่ผู้ช่วยศาสตราจารย์รณกรณ์ บุญมี อาจารย์ประจำศูนย์กฎหมายอาญา คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ได้อธิบายไว้ในเฟซบุ๊กส่วนตัวว่านับจากวันแรกของประจำเดือนครั้งล่าสุด

5) หญิงซึ่งมีอายุครรภ์เกินสิบสองสัปดาห์ แต่ไม่เกินยี่สิบสัปดาห์ ยืนยันที่จะยุติการตั้งครรภ์ ภายหลังจากตรวจและรับคำปรึกษาทางเลือกจากผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมและผู้ประกอบวิชาชีพอื่นตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุขประกาศกำหนดโดยคำแนะนำของแพทยสภา และหน่วยงานที่เกี่ยวข้องตามกฎหมายว่าด้วยการป้องกันและแก้ไขปัญหาการตั้งครรภ์ในวัยรุ่น ทั้งนี้ กรณีตามมาตรา 305 (1) – (3) หญิงสามารถทำแท้งได้โดยไม่มีข้อจำกัดเรื่องอายุ

มาตรการดังกล่าวยังมีปัญหาการตีความและขาดหลักเกณฑ์ควบคุมมาทำให้เกิดปัญหาด้านการบังคับใช้ให้และเกิดช่องทางกฎหมายตามมา

สรุปและอภิปรายผล

พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 28) พ.ศ. 2564 มาตรา 305 การใช้กฎหมายอาญาเพื่อแก้ปัญหาการยุติการตั้งครรภ์โดยชอบด้วยกฎหมาย ยังไม่สามารถแก้ไขปัญหาการทำแท้งได้อย่างมีประสิทธิภาพเนื่องจากยังเกิดปัญหาด้านการตีความ และการบังคับใช้ได้แก่ มาตรา 305 (2) ที่กำหนดให้หญิงทำแท้งได้หากมีความเสี่ยงอย่างมากหรือมีเหตุผลทางการแพทย์อันควรเชื่อได้ว่าหากทารกคลอดออกมาจะมีความผิดปกติถึงขนาดทุพพลภาพอย่างร้ายแรง ซึ่งการตีความคำว่าร้ายแรงในกรณีนี้ จะมีความหมายครอบคลุมเพียงใด จะต้องทุพพลภาพถึงขั้นที่ไม่สามารถดูแลตัวเองได้เท่านั้นหรือไม่ เพราะในประเด็นนี้ต้องไม่ลืมว่าทารกในครรภ์ยังมีโอกาสเติบโต เรียนรู้พัฒนาตัวเองได้ จึงควรให้โอกาสทารกให้ได้เกิดมาหรือไม่ และผู้ใดจะเป็นผู้ชี้วัดว่าความร้ายแรงของความทุพพลภาพนั้นถึงขนาดที่จะทำแท้งได้ รวมถึงอายุครรภ์ที่ตรวจพบความทุพพลภาพร้ายแรงนั้นด้วย ในส่วนนี้ภาครัฐจะต้องออกมาตรการในการควบคุมไว้รองรับด้วยการกำหนดความนิยาม หรือประเภทของความทุพพลภาพร้ายแรงไว้ให้ชัดเจน โดยต้องไม่ลืมว่าในรัฐธรรมนูญได้กำหนดหลักการห้ามเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งความพิการ การกำหนดให้ตัดชีวิตโดยที่ไม่รู้ว่าหากทารกในครรภ์เกิดออกมาจะเป็นอย่างไรนั้นจึงไม่เป็นธรรม

มาตรา 305 (3) ที่ให้ “หญิงยืนยัน” ว่ามีการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศสามารถทำแท้งได้ ในทางปฏิบัติการระบุให้หญิงที่ถูกระทำทางเพศทำแท้งได้ มีปัญหาการตีความอย่างมาก เนื่องถูกระทำทางเพศในกรณีที่จะทำแท้งได้นั้น จะมีมาตรการคัดกรองอย่างไร จะต้องให้หญิงต้องไปแจ้งความเป็นหลักฐานก่อนว่าถูกระทำความผิดทางเพศ หรือต้องฟ้องร้องดำเนินคดีให้ถึงที่สุดเพราะเจ้าหน้าที่อ้างหลักสันนิษฐานไว้ก่อนว่าบุคคลเป็นผู้บริสุทธิ์มาใช้กับกรณีนี้ หากระบุไว้เพียงเช่นนั้นก็จะกลายเป็นว่า ต้องรอจนคลอดลูกออกมาเสียแล้ว ไม่สามารถทำแท้งได้ และในบางกรณีเหยื่อของอาชญากรรมทางเพศก็ไม่กล้าไปแจ้งความ จึงมีข้อเสนอให้ “หญิงยืนยัน” ด้วยตนเองขึ้นมา ให้หญิงรับผิดชอบตนเอง ซึ่งการเปิดช่องไว้อย่างกว้างโดยไม่มีมาตรการคัดกรองหรือควบคุมเช่นนี้ทำให้อาจเกิดกรณีที่ผู้หญิงบางคนซึ่งมิได้ถูกระทำทางเพศ แต่ตั้งครรภ์เนื่องจากความไม่พร้อม ใช้ใช้ทางนี้มาทำแท้งได้ ดังนั้น กรณีนี้จึงจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องกำหนดมาตรฐานในการคัดกรองขั้นต่ำไว้เพื่อป้องกันปัญหาดังกล่าว



มาตรการที่สำคัญอีกประการหนึ่งรัฐควรจัดเตรียมไว้คือการกำหนดขั้นตอนการให้คำปรึกษาแก่ผู้ที่ประสบปัญหาหรือต้องการจะทำแท้ง ที่กระทบต่อสภาพร่างกายและจิตใจ และที่สำคัญต้องกำหนดให้ยุติการตั้งครรภ์ต้องกระทำในโรงพยาบาลเท่านั้น โดยอาจจะเป็นโรงพยาบาลของรัฐหรือของเอกชนก็ได้ มาตรการนี้จะช่วยคุ้มครองหญิงให้ปลอดภัยจากเหตุแทรกซ้อนที่อาจบังเอิญเกิดขึ้น และยังสามารถควบคุม มิให้คลินิกทำแท้งเถื่อนเกิดขึ้นหรือมีจำนวนมากขึ้นได้ด้วย

เอกสารอ้างอิง

พระราชวรมนี (ประยุทธ์), ทำแท้ง: ตัดสินอย่างไร ชีวิตเริ่มต้นเมื่อไร การทำแท้งในทัศนะของ

พระพุทธศาสนา, (กรุงเทพฯ: มูลนิธิพุทธธรรม, 2536), น. 3-4; สมภาร พรมทา, พุทธศาสนากับปัญหาจริยศาสตร์: ทัศนะของพุทธศาสนา เกี่ยวกับปัญหาโสเภณี ทำแท้ง และการรุกราน, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์พุทธชาติ, 2535), น. 115-120.

สมภาร พรมทา, พุทธศาสนากับปัญหาจริยศาสตร์: ทัศนะของพุทธศาสนาเกี่ยวกับปัญหาโสเภณี ทำแท้งและการรุกราน, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์พุทธชาติ, 2535), น. 130-134.

คณิต ณ นคร, กฎหมายอาญาภาคความผิด, พิมพ์ครั้งที่ 11, (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2559), น. 22

Law. กฎหมายเดิม เอาผิดหญิงทำแท้ง.(15 มีนาคม 2564). สืบค้นจาก<https://ilaw.or.th/node/5816>.

Law. กฎหมายอาญาแก้ไขใหม่ #ทำแท้งปลอดภัย ได้ในอายุครรภ์ 12 สัปดาห์. (15 มีนาคม 2564).

สืบค้นจาก<https://ilaw.or.th/node/5816>.

ไทยรัฐ. (10 มีนาคม 2564). ราชกิจจาฯ พ.ร.บ.แก้ไขเพิ่มเติม หญิง อายุครรภ์ไม่เกิน 12 สัปดาห์ ทำแท้ง ได้สืบค้นจาก <https://www.thairath.co.th/news/politic/2027464>