

ปัญหาการคุ้มครองทารกในครรภ์มารดาศึกษากรณี การทำแท้งระหว่างคลอด และกรณีทารกคลอดออกมาแล้วถึงแก่ความตายในภายหลัง¹

จิรายุ สุขวิทย์²

จากการศึกษาเกี่ยวกับปัญหาการคุ้มครองทารกในครรภ์มารดา ศึกษากรณี การทำแท้งระหว่างคลอด และกรณีทารกคลอดออกมาแล้วถึงแก่ความตายในภายหลัง มีจุดประสงค์เพื่อศึกษาถึงประวัติ ความเป็นมาของการกำหนดความผิดฐานทำให้แท้งลูกในประมวลกฎหมายอาญาของประเทศไทยและกฎหมายต่างประเทศ ตลอดจนแนวคิด ทฤษฎีที่เกี่ยวข้อง ทำให้ผู้ศึกษาได้เข้าใจถึงการคุ้มครองสิทธิของทารกในครรภ์มารดา รวมถึงการคุ้มครองสิทธิของมารดาที่ตั้งครรภ์จากการกระทำความผิดทางอาญา พบว่าในต่างประเทศนั้นให้ความสำคัญกับสิทธิของทารกในครรภ์มารดาอย่างมาก โดยเฉพาะอย่างยิ่งประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ที่มีแนวคิดมาจากศาสนาคริสต์ มองว่าแม้จะเป็นเพียงทารกในครรภ์มารดาก็มีชีวิตและจิตวิญญาณไม่ต่างกับมนุษย์ทั่วไป จากแนวความคิดนี้เองจึงมีการบัญญัติกฎหมายที่ใช้คุ้มครองทารก ในส่วนของปัญหาการทำแท้งในประเทศไทยในปัจจุบันทวีความรุนแรงยังคงไม่ได้รับการแก้ไขอย่างถูกต้อง โดยเฉพาะอย่างยิ่งการทำแท้งเถื่อนหรือการทำแท้งที่ผิดกฎหมาย โดยกรมอนามัยระบุว่า ในปี 2558 มีสถิติการทำแท้ง โดยเป็นการทำแท้งเองถึงร้อยละ 56.9 ของการทำแท้งในประเทศ จึงเห็นได้อย่างชัดเจนว่ากว่าครึ่งของการทำแท้งเป็นการทำแท้งที่ผิดกฎหมาย กล่าวคือมิใช่การทำแท้งหรือยุติการตั้งครรภ์โดยชอบด้วยกฎหมายของแพทย์ แม้จะมีการบัญญัติความผิดฐานทำให้แท้งลูกไว้ในประมวลกฎหมายอาญา ไว้ทั้งสิ้นถึง 5 มาตรา ได้แก่ ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 301 ถึงมาตรา 305 แต่ในความเป็นจริงปัญหาการกระทำความผิดฐานทำให้แท้งลูกมิได้ลดลงแต่อย่างใด นี่แสดงให้เห็นว่าการบัญญัติกฎหมายที่เกี่ยวกับการทำแท้งไว้ในประมวลกฎหมายอาญายังไม่เพียงพอต่อการแก้ปัญหการทำแท้งในไทย และส่งผลให้ไม่สามารถคุ้มครองทารกในครรภ์ มารดาได้เพียงพอตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งการคุ้มครองทารกในครรภ์มารดาจากการทำแท้งระหว่างคลอดและกรณีที่ทารกคลอดออกมาแล้วถึงแก่ความตายในภายหลัง

จากการศึกษาทำให้ทราบว่าปัญหาในการคุ้มครองทารกในครรภ์มารดาศึกษากรณีการทำแท้งระหว่างคลอดและกรณีที่ทารกคลอดออกมาแล้วถึงแก่ความตายในภายหลังมีหลายประการ ดังต่อไปนี้

¹ บทความนี้เรียบเรียงการศึกษาอิสระ เรื่อง ปัญหาการคุ้มครองทารกในครรภ์มารดา ศึกษากรณีการทำแท้งระหว่างคลอด และกรณีทารกคลอดออกมาแล้วถึงแก่ความตายในภายหลัง โดยมีอาจารย์ที่ปรึกษา คือ รองศาสตราจารย์ ดร. พันธุ์เทพ วิฑิตอนันต์ และคณะกรรมการสอบ คือ รองศาสตราจารย์พัฒนา เรือนใจดี และอาจารย์ ดร.ฐาณู ศิริยุทธีวัฒนา

² นักศึกษาปริญญาโท หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต (ส่วนกลาง) คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง

1. ปัญหาการไม่มีบทนิยามความหมายของการทำแท้งบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา

แม้ว่าประเทศไทยจะมีบทบัญญัติลงโทษผู้กระทำความผิดฐานทำให้แท้งลูกไว้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 301-303 แต่ไม่ปรากฏว่ามีการบัญญัตินิยามความหมายของคำว่า “การทำแท้ง” นั้นหมายความว่าอย่างไร ทำให้ไม่สามารถทราบได้ว่าการทำแท้งนั้นสิ้นสุดลงเมื่อใด การไม่กำหนดบทนิยามของการทำแท้งนี้เองทำให้เกิดช่องว่างขึ้นในการคุ้มครองทารกในขณะคลอด เช่น ขณะกำลังคลอดอยู่นั้นทารกยังไม่ออกจากครรภ์มารดาทั้งตัว จะลงโทษผู้กระทำความผิดอย่างไรระหว่างลงโทษผู้กระทำความผิดฐานทำให้แท้งลูกตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 301 ถึง มาตรา 303 หรือว่าจะลงโทษผู้กระทำความผิดฐานฆ่าผู้อื่นตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 288 ช่องว่างของการลงโทษผู้กระทำความผิดต่อทารกนี้เองทำให้ไม่สามารถคุ้มครองทารกในครรภ์มารดาได้ โดยจะแก้ไขได้ต้องบัญญัติบทนิยามของคำว่า “ทำแท้ง” ให้ชัดเจน

2. ปัญหามาตรการทางกฎหมายที่ใช้คุ้มครองทารกในขณะคลอด

ปัญหาของการคุ้มครองทารกในระหว่างคลอดของประเทศไทยเกิดขึ้นเนื่องจากประเทศไทยมีการกำหนดอัตราโทษในการลงโทษผู้กระทำความผิดฐานทำให้แท้งลูกโดยมิได้คำนึงถึงอายุครรภ์ของทารกในครรภ์มารดา หากศึกษากฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการทำแท้งในต่างประเทศพบว่าในบางประเทศ เช่น ประเทศอังกฤษ ได้กำหนดอัตราโทษของการทำลายเด็กทารกในระหว่างคลอดหรือใกล้คลอดเอาไว้มากกว่าการทำลายทารกในครรภ์มารดาในขณะที่อายุครรภ์ยังน้อยอยู่ ทั้งนี้เนื่องจากทารกที่อยู่ในระหว่างคลอดหรือใกล้คลอดนั้นมีความสมบูรณ์ของร่างกายใกล้เคียงกับความเป็นมนุษย์ จึงสมควรได้รับการคุ้มครองมากยิ่งขึ้น

นอกจากเหตุผลที่กล่าวมาข้างต้นแล้ว ยังมีปัญหาในการคุ้มครองทารกในขณะคลอดว่าหากมีกระทำความผิดต่อทารกในขณะที่กำลังอยู่ในกระบวนการคลอดจะลงโทษผู้กระทำความผิดอย่างไร เพราะจะลงโทษผู้กระทำความผิดฐานฆ่าคนตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 288 ก็ไม่ได้ เนื่องจากทารกในขณะคลอดออกมาไม่ทั้งตัวยังไม่มีความเป็น “บุคคล” ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 288 อีกทั้งจะลงโทษผู้กระทำความผิดฐานทำให้แท้งตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 301 ถึง 303 ก็ไม่เหมาะสมเพราะสภาพของทารกในขณะคลอดแทบจะออกมาเป็นมนุษย์โดยสมบูรณ์อยู่แล้ว การลงโทษผู้กระทำความผิดทำให้แท้งลูกอาจไม่สอดคล้องกับผลของการกระทำ จึงเกิดเป็นช่องว่างของการคุ้มครองทารกในขณะคลอดขึ้น

3. ปัญหามาตรการทางกฎหมายที่ใช้คุ้มครองทารกกรณีที่เกิดการคลอดออกมาแล้วถึงแก่ความตายในภายหลัง

ตามประมวลกฎหมายอาญาในประเทศไทย การกระทำระหว่างที่ทารกอยู่ในครรภ์มารดาจนเป็นเหตุให้ทารกนั้นถึงแก่ความตายในขณะที่เกิดมา กล่าวคือ เกิดการคลอดออกมาไม่มีชีวิต หรือตายคลอด จะเป็นความผิดฐานทำให้แท้งลูกตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 301, 302 หรือ 303 แล้วแต่กรณี แต่หากเป็นกรณีที่ผู้กระทำความผิดกระทำต่อทารกในครรภ์มารดาจนแล้วทารกไม่ตายในครรภ์แต่คลอดออกมาแล้วถึงแก่ความตายในภายหลังกรณีดังกล่าวเห็นว่าเป็นผลลัพท์ของการกระทำคือความตายของทารก

ในกรณีที่เกิดออกมาล้มตายโลกแล้ว แต่ตามกฎหมายไทยไม่สามารถลงโทษผู้กระทำในความผิดฐานฆ่าผู้อื่นตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 288 ได้ เพราะศาลไทยยังมองว่าทารกในครรภ์แม่ใกล้คลอดหรือคลอดออกมายังไม่หมดทั้งตัวยังไม่ใช้ผู้อื่น ตามนิยามของคำว่า “ผู้อื่น” นอกจากนี้แล้ว จะลงโทษผู้กระทำฐานทำให้แท้งลูกตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 301 ถึง 303 ก็ยังไม่ได้เช่นกัน

ดังนั้นหากเกิดกรณีดังกล่าวจะลงโทษผู้กระทำได้แต่เพียงความผิดฐานพยายามทำแท้ง ซึ่งมีโทษน้อยกว่าเทียบกับความรุนแรงของการกระทำที่กระทำต่อทารกผู้หนึ่งถึงแต่ความตาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งทารกที่ใกล้คลอดหรืออยู่ในขณะคลอด ที่ทารกแทบจะมีร่างกายใกล้เคียงกับมนุษย์ผู้หนึ่งแล้ว นอกจากนี้ กรณีที่ผู้กระทำได้กระทำต่อทารกในครรภ์มารดาแล้วทารกไม่ตายผู้ศึกษามีความเห็นว่าเป็นช่องว่างของกฎหมาย เพราะการกระทำในลักษณะเดียวกันหรือการกระทำที่มีความรุนแรงเท่ากัน มีเจตนาเดียวกัน และยังให้ผลบานปลายในลักษณะเดียวกัน กลับมีโทษต่างกันมาก และส่งผลให้ไม่สามารถคุ้มครองทารกได้อย่างมีประสิทธิภาพ

4. ปัญหาการไม่สามารถลงโทษผู้กระทำความผิดเนื่องจากมีกฎหมายยกเว้นโทษให้สำหรับการพยายามกระทำความผิดฐานทำให้แท้งลูก

หากพิจารณาตามประมวลกฎหมายอาญาของประเทศไทยพบว่า หากผู้กระทำความผิดมีเจตนากระทำความผิดแล้วแม้ความผิดที่กระทำยังไม่บรรลุผลสำเร็จผู้กระทำก็ยังคงต้องรับโทษในฐานพยายามกระทำความผิดในมาตรานั้น ๆ อยู่แน่นอนเช่นความผิดฐานทำร้ายร่างกายประมวลกฎหมายอาญามาตรา 295 แม้ผู้กระทำลงมือกระทำแล้วแต่กระทำความผิดไม่สำเร็จก็ยังคงต้องรับผิดฐานพยายามทำร้ายร่างกาย แต่ในความผิดฐานทำให้แท้งลูก เมื่อผู้กระทำเจตนากระทำความผิดแล้วแต่ความผิดนั้นไม่สำเร็จบรรลุผล กลับไม่สามารถลงโทษผู้กระทำในความผิดฐานพยายามทำให้แท้งลูกได้ ที่เป็นเช่นนี้เพราะประมวลกฎหมายอาญามาตรา 304 บัญญัติให้การพยายามกระทำความผิดฐานทำให้แท้งลูกตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 301 และมาตรา 302 วรรคแรกไม่ต้องรับโทษ

ในส่วนของการกำหนดให้หญิงที่พยายามทำให้ตนแท้งลูกนั้นไม่มีความผิดเพราะกฎหมายเห็นว่าสังคมไทยเป็นสังคมที่สถาบันครอบครัวมีความสำคัญ ดังนั้นแม้หญิงจะเจตนาทำแท้งอันเป็นความผิดต่อกฎหมายแต่เมื่อเป็นเพียงพยายามกระทำความผิดที่ทารกในครรภ์ยังไม่เสียชีวิตจึงสมควรอย่างยิ่งที่จะยกเว้นโทษให้ แต่ในส่วนของการกำหนดให้ผู้ที่ทำให้หญิงแท้งลูกโดยหญิงยินยอมตามมาตรา 302 วรรคแรก หากการทำนั้นเป็นเพียงการพยายามกระทำความผิดผู้กระทำนั้นไม่ต้องรับโทษ การบัญญัติยกเว้นโทษเช่นนี้มีปัญหามากเพราะเมื่อผู้กระทำเจตนากระทำต่อทารกในครรภ์มารดาแล้ว แต่กลับไม่สามารถลงโทษผู้กระทำความผิดได้ผู้กระทำอาจจะกลับมากระทำความผิดซ้ำ ทำเป็นอันตรายต่อทารกในครรภ์มารดาอย่างมาก

จากการศึกษาค้นคว้าในปัญหาการคุ้มครองทารกในครรภ์มารดาศึกษากรณีการทำแท้งระหว่างคลอดและกรณีที่ทารกคลอดออกมาแล้วถึงแก่ความตายในภายหลัง ผู้ศึกษาพบว่าข้อเสนอแนะ คือ

1. ข้อเสนอแนะของปัญหาการไม่มีบทนิยามความหมายของการทำแท้งบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา คือ

การบัญญัตินิยามความหมายของการทำแท้งนั้นต้องพิจารณาจากแนวคิดการเริ่มสภาพการเป็นมนุษย์ เพราะแนวคิดนี้ทำให้ทราบจุดเริ่มต้นของการเป็นมนุษย์ อันเป็นจุดเดียวกับการสิ้นสุดการเป็นทารก หากทราบว่าความเป็นทารกสิ้นสุดลงเมื่อใดก็สามารถนิยามความหมายของการทำแท้งได้

โดยแนวคิดการเริ่มต้นความเป็นมนุษย์ที่เหมาะสมกับกฎหมายไทยคือ แนวคิดว่าสภาพการเป็นมนุษย์เริ่มต้นเมื่อทารกในครรภ์มารดาคลอดออกมาพ้นจากช่องคลอดหมดแล้วทั้งตัว เพราะเห็นว่าสอดคล้องกับการเริ่มต้นสภาพบุคคลตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 15 ที่กำหนดว่าให้สภาพบุคคลเริ่มต้นเมื่อคลอดแล้วอยู่รอดเป็นทารก ซึ่งคำว่าคลอดแล้วอยู่รอดเป็นทารกนั้นเป็นไปตามหลักการคลอดมีชีวิต (Born Alive Rule) อันเป็นหลักที่คุ้มครองสิทธิของบุคคลย้อนหลังไปตั้งแต่เป็นทารกในครรภ์มารดา แต่จะคุ้มครองต่อเมื่อทารกมีการเกิดออกมาแล้วอยู่รอดเท่านั้น ซึ่งการเกิดออกมาแล้วอยู่รอดต้องเป็นกรณีที่คลอดหมดแล้วทั้งตัวและเป็นอิสระจากมารดาแล้วแล้วเท่านั้น

จึงเสนอแนะให้ตีความหรือบัญญัติบทนิยามของคำว่าทำแท้งให้หมายถึง “การกระทำที่เป็นการทำลายทารกในครรภ์มารดาไม่ว่าด้วยวิธีใด ๆ ก่อนทารกนั้นคลอดออกมาแล้วทั้งตัว”

2. ข้อเสนอแนะของปัญหามาตรการทางกฎหมายที่ใช้คุ้มครองทารกในขณะคลอด คือ

เนื่องจากทารกในขณะคลอดหรือมีอายุใกล้คลอดประมาณยี่สิบแปดสัปดาห์ มีร่างกายสมบูรณ์ใกล้เคียงกับมนุษย์คนหนึ่งแล้วจึงควรได้รับการคุ้มครองมากกว่าทารกในอายุครรภ์ปกติ แต่กฎหมายไทยกลับไม่มีบทบัญญัติที่เพิ่มโทษสำหรับการกระทำต่อทารกในขณะคลอดหรือใกล้คลอดได้โดยเฉพาะ อีกทั้งยังมีปัญหาการเกิดช่องว่างของกฎหมายที่ใช้คุ้มครองทารกหากเกิดการกระทำต่อทารกในระยะเวลาใกล้คลอดหรือในระหว่างคลอดที่ทารกยังไม่คลอดออกมาครบทั้งตัว เนื่องจากไม่สามารถลงโทษผู้กระทำความผิดฐานฆ่าผู้อื่นได้จะลงโทษผู้กระทำความผิดได้ก็แต่เพียงความผิดฐานทำให้แท้งลูกซึ่งมีโทษที่น้อยมากเมื่อเทียบกับกระทำต่อทารกที่เกือบมีชีวิตสมบูรณ์เทียบเท่ามนุษย์คนหนึ่ง

จากการศึกษาพบว่าในกฎหมายของประเทศอังกฤษมีการบัญญัติกฎหมาย The Infant Life Preservation Act 1929 อันเป็นกฎหมายที่เพิ่มโทษสำหรับการกระทำต่อทารกในขณะคลอดหรือใกล้คลอดไว้ สามารถนำมาปรับใช้กับกฎหมายไทยได้ ผู้ศึกษาจึงเสนอแนะให้เพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญาในมาตรา 301/1 ดังนี้

มาตรา 301/1 “หากการกระทำตามมาตรา 301 มาตรา 302 และมาตรา 303 เป็น การกระทำขณะที่อายุครรภ์เกินกว่ายี่สิบแปดสัปดาห์ต้องระวางโทษหนักกว่าที่บัญญัติไว้สำหรับมาตรานั้น ๆ กึ่งหนึ่ง”

3. ข้อเสนอแนะของปัญหามาตรการทางกฎหมายที่ใช้คุ้มครองทารกกรณีที่คลอดออกมาแล้วถึงแก่ความตายในภายหลัง

เนื่องจากกฎหมายตามกฎหมายไทยหากเป็นกรณีที่ผู้กระทำที่ผู้กระทำกระท่อทารกในครรรภ์มารดาขณะแล้วทารกไม่ตายในครรรภ์แต่คลอดออกมาแล้วถึงแก่ความตายในภายหลัง กรณีนี้ทั้งที่มีความตายของทารกที่คลอดออกมาแล้วเกิดขึ้นแต่ไม่สามารถลงโทษผู้กระทำในความผิดฐานฆ่าผู้อื่นตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 288 ได้ หรือจะลงโทษผู้กระทำฐานทำให้แท้งลูกตามมาตรา 301 ถึง มาตรา 303 ก็ไม่ได้ เพราะนิยามของการทำแท้งไม่รวมถึงการที่ทารกคลอดออกมาแล้วถึงแก่ความตายในภายหลัง กรณีดังกล่าวนี้จึงลงโทษผู้กระทำได้เพียงความผิดฐานทำให้แท้งลูกซึ่งเป็นโทษที่น้อยมากหากเทียบกับการกระทำของผู้กระทำความผิด

ดังนั้นผู้ศึกษาจึงเสนอแนะให้บัญญัติความหมายของการทำแท้งอันเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาเพิ่มเติมดังนี้ “การทำแท้งให้หมายรวมถึงการที่ทารกนั้นคลอดแล้วถึงแก่ความตายในภายหลัง เนื่องจากการกระทำนั้น”

4. ข้อเสนอแนะของปัญหาการไม่สามารถลงโทษผู้กระทำความผิดเนื่องจากมีกฎหมายยกเว้นโทษให้สำหรับการพยายามกระทำความผิดฐานทำให้แท้งลูก

เนื่องจากการที่ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 304 บัญญัติให้การพยายามกระทำความผิดของผู้ที่ทำให้หญิงแท้งลูกโดยหญิงนั้นยินยอม ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 302 วรรค 1 เป็นความผิดที่กฎหมายยกเว้นโทษให้ ทำให้เกิดปัญหาในการนำผู้กระทำความผิดต่อทารกในครรรภ์มารดามาลงโทษ ผู้ศึกษาจึงเสนอแนะให้ แก้ไขบทบัญญัติของประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 304 เสียใหม่ จากเดิมที่บัญญัติว่า “ผู้ใดเพียงแต่พยายามกระทำความผิดตามมาตรา 301 หรือมาตรา 302 วรรคแรก ผู้นั้นไม่ต้องรับโทษ”

ให้เปลี่ยนเป็น “ผู้ใดเพียงแต่พยายามกระทำความผิดตามมาตรา 301 ผู้นั้นไม่ต้องรับโทษ”

เอกสารอ้างอิง

ไกรฤกษ์ เกษมสันต์. **ประมวลกฎหมายอาญา ภาคความผิดมาตรา 288 - มาตรา 366**. พิมพ์ครั้งที่ 10.

กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์เนติบัณฑิตยสภา, 2559.

คณิต ฅ นคร. **กฎหมายอาญาภาคความผิด**. พิมพ์ครั้งที่ 9 แก้ไขเพิ่ม. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2549.

จิตติ ดิงศรัทย์. **กฎหมายอาญาภาค 2 ตอนที่ 2 และภาค 3**. พิมพ์ครั้งที่ 7. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์เนติบัณฑิตยสภา, 2553.

ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ. **มุมมองใหม่ในกฎหมายอาญา**. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2552.