

## บทความวิจัย

## ศึกษาเปรียบเทียบการทำแท้งในกฎหมายอาญาอิสลามและกฎหมายอาญาไทย

มรยัม แวหะยี\*, ซากาเรีย หะมะ\*\*

## บทคัดย่อ

งานวิจัยเรื่องนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อ 1) เพื่อศึกษาเกี่ยวกับบทบัญญัติการทำแท้งในกฎหมายอาญาอิสลาม 2) เพื่อศึกษาเกี่ยวกับบทบัญญัติการทำแท้งในกฎหมายอาญาไทย 3) เพื่อเปรียบเทียบเกี่ยวกับบทบัญญัติการทำแท้ง ในกฎหมายอาญาอิสลามและกฎหมายอาญาไทย โดยใช้หลักการวิเคราะห์ (Analysis) และเปรียบเทียบ (Comparative) เพื่อศึกษาว่าการทำแท้งในกฎหมาย ทั้งสองมีความเหมือนและความต่างกันอย่างไร

ผลการวิจัยพบว่า ทั้งกฎหมายอาญาอิสลามและกฎหมายอาญาไทยได้บัญญัติให้การทำแท้งเป็นความผิดทางอาญา ทั้งนี้เพื่อมุ่งหมายให้การคุ้มครองเด็กที่อยู่ในครรภ์มารดาเป็นสำคัญ ผู้กระทำให้เกิดการทำแท้งจะต้องได้รับโทษ เว้นแต่ในกรณีที่กฎหมายได้ยกเว้นโทษให้ กฎหมายอาญาอิสลามและกฎหมายอาญาไทยบัญญัติองค์ประกอบหลักของความผิดฐานทำแท้งไว้เหมือนกัน คือ 1) การกระทำ 2) หึงตั้งครรภ์ 3) เจตนา นอกจากนี้กฎหมายอาญาอิสลามยังบัญญัติให้ผู้กระทำมีความผิดฐานทำให้แท้งหากได้กระทำให้เกิดการทำแท้งโดยเจตนา กึ่งเจตนา หรือไม่เจตนา ในขณะที่กฎหมายอาญาไทยบัญญัติให้ผู้กระทำมีความผิดฐานทำให้แท้งเมื่อผู้กระทำมีเจตนาทำให้แท้งเท่านั้น บทลงโทษที่กำหนดไว้สำหรับความผิดฐานทำให้แท้งในกฎหมายอาญาอิสลามประกอบด้วยชุรเราะฮ์ กัฟฟาเราะฮ์ ตะอซีร์ ดิยะฮ์ กิศอศและถูกตัดสิทธิในมรดก ในขณะที่กฎหมายอาญาไทยบัญญัติให้ผู้กระทำมีความผิดฐานทำให้แท้งในกรณีที่กระทำให้ทารกตายในขณะที่อยู่ในครรภ์หรือ ถูกคลอดออกมาในลักษณะที่เสียชีวิตแล้วเท่านั้น บทลงโทษที่กำหนดไว้สำหรับผู้กระทำความผิดฐานทำให้แท้งลูกในกฎหมายอาญาไทยประกอบด้วย โทษจำคุก ปรับ หรือทั้งจำทั้งปรับ

**คำสำคัญ :** การทำแท้ง

\* นักศึกษาระดับปริญญาโท สาขาวิชาอิสลามศึกษา คณะอิสลามศึกษาและนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยฟาฏอนี

\*\* รองศาสตราจารย์ประจำคณะอิสลามศึกษาและนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยฟาฏอนี

## RESEARCH

*A Comparative Study of Abortion in Islamic and Thai Criminal Laws**Maryam Waehayee<sup>\*</sup>, Zakariya Hama<sup>\*\*</sup>***Abstract**

The aim of this research is 1) to study the provisions of abortion in the Islamic Criminal Law. 2) Study the provisions of abortion of the fetus in Thai criminal law 3) Comparison of fetal abortion provisions in Islamic and Thai criminal law where the researcher relies on the method of analysis and comparison in the study of similarities and the difference between the criminal laws.

The study concluded that fetal abortion is a criminal offense in Islamic and Thai criminal law. It is for the purpose of protecting the fetus in pregnancy on the ground, and that the perpetrator should be punished for what he did, except in the exceptional case. Certainly the Islamic Criminal Code and Thai had agreed to require the miscarriage of fetal error in three elements: 1) Abortion 2) Pregnant woman 3) Intention. The Islamic criminal law has gone to prove the criminal error of a person, who deliberately or unintentionally miscarried the fetus, While the Criminal Code of Thailand to prove the criminal error of those who deliberately abort the fetus only, and that the punishment of the culprit in the perspective of Islamic criminal law is in six things: jealousy, disbelief, arrogance, deity and punishment and prevention of inheritance. While we have seen the concept of fetal abortion in the perspective of Thai criminal law is only in the abortion of the fetus during pregnancy or the fetus is dead, and that the punishment of the offender is the introduction of imprisonment or fine or both.

**Keywords:** Abortion

---

\* Students of Master, Program in Islamic Studies, Fatoni University.

\*\* Assoc. Prof. and Lecturer Faculty of Islamic Studies and Law, Fatoni University.

## บทนำ

การทำแท้งไม่ใช่พฤติกรรมที่เพิ่งเกิดขึ้นในปัจจุบัน แต่เป็นพฤติกรรมที่เกิดขึ้นแล้วตั้งแต่ในอดีต ดังที่ปรากฏในยุคสมัยกรีกและโรมันโบราณ ซึ่งในยุคนั้นการทำแท้งสามารถกระทำได้อย่างเปิดเผยไม่ผิดกฎหมาย ต่อมาเริ่มมีกฎหมายการควบคุมการทำแท้งเป็นบางส่วน เช่น กฎหมายโรมันที่มีการแยกความผิดของการทำลายทารกก่อนคลอดและหลังคลอดทารก ถ้าทำลายทารกก่อนที่จะถูกคลอดออกมาถือว่าเป็นการทำลายทรัพย์สิน ถ้าทำลายหลังคลอดถือว่าเป็นการทำลายชีวิต ขณะเดียวกันหากอาศัยเหตุผลที่เกี่ยวกับเศรษฐกิจของครอบครัวหรือการตั้งครุฑโดยไม่ได้แต่งงาน หรือเมื่อการคลอดทารกเป็นอันตรายต่อมารดาจะไม่ถือเป็นข้อห้ามตามกฎหมายและมีการปฏิบัติกันทั่วไป (เพียงจิต ตันติจรัสโรตม, พ.ศ. 2551 : 19 )

ปัญหาการทำแท้งนับเป็นปัญหาที่ยังคงได้เถียงและหาข้อยุติไปในทางเดียวกันไม่ได้ บางประเทศเห็นว่าการทำแท้งนั้นเป็นสิทธิของบุคคลและเสรีภาพของสตรี จึงยอมให้มีการทำแท้งตามแต่หญิงจะร้องขอ เช่น รัสเซีย เป็นต้น ในขณะที่บางประเทศเห็นว่าการทำแท้งนั้นถือเป็นความผิดหรือยอมให้ทำแท้งได้ภายใต้เงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด เช่น ไทย เกาหลีใต้ (เพียงจิต ตันติจรัสโรตม, พ.ศ. 2551 : 81-113)

ในกฎหมายอิสลามนั้นถือว่าทุกการกระทำที่เป็นการทำลายชีวิตของมนุษย์ ไม่ว่าจะเป็นชีวิตของทารกในครรภ์ หรือชีวิตที่คลอดออกมาเป็นมนุษย์สมบูรณ์แล้วก็ตามล้วนเป็นการกระทำที่ต้องห้าม เนื่องจากอิสลามได้ให้ความสำคัญกับชีวิตของมนุษย์ และการดำรงไว้ซึ่งการมีชีวิต โดยกำหนดให้เป็นหลักหนึ่งในหลักเจตนารมณ์แห่งบทบัญญัติอิสลาม 5 ประการคือ หลักการพิทักษ์ศาสนา ชีวิต ทรัพย์สิน สายตระกูลและศักดิ์ศรี และหลักการพิทักษ์สติปัญญา (มุหัมมัด สะอูด อิบน์ อะหมัด, ฮ.ศ. 1418 : 33) เจตนารมณ์ทั้งห้าประการนี้เป็นปัจจัยสำคัญของการดำรงอยู่ของมนุษย์ ถ้าหากว่าขาดปัจจัยหนึ่งปัจจัยใดไป การดำรงชีวิตของมนุษย์ในโลกนี้ก็ยากนักที่จะเป็นไปอย่างราบรื่น ยิ่งไปกว่านั้นอาจจะก่อให้เกิดความเสื่อมเสีย และความยุ่งเหยิง ปั่นป่วน และหากมีการละเมิดแล้วถือว่าได้กระทำความผิดและต้องรับโทษในการกระทำดังกล่าว (มุหัมมัด ฎอฮิร อิบน์ ซุร, ค.ศ. 1999 : 206)

พระองค์อัลลอฮ์ ﷻ ได้ตรัสไว้เกี่ยวกับการรักษาไว้ซึ่งชีวิตว่า

﴿وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ﴾

ความว่า “และจงอย่าได้ฆ่าชีวิต ที่อัลลอฮ์ﷻ ทรงห้ามไว้ นอกจากด้วยสิทธิอันชอบธรรมเท่านั้น” (อัลอันอาม 6 : 151 )

ท่านนบี ﷺ ได้ให้ความสำคัญกับการรักษาไว้ซึ่งชีวิตของทารก คือท่านได้เล็งเห็นการลงโทษหญิงที่สมรสแล้วที่ได้กระทำผิดประเวณี เนื่องจากนางกำลังตั้งครุฑอยู่ ในหะดีษของอัสตาดารมี ด้วยสายรายงานจาก อบู นะอีม จากบะซัร อิบน์ อัลมุสาอูร รายงานว่า

حَدَّثَنِي عَبْدُ اللَّهِ بْنُ بُرَيْدَةَ عَنْ أَبِيهِ قَالَ كُنْتُ جَالِسًا عِنْدَ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَجَاءَهُ امْرَأٌ مِنْ بَنِي غَامِدٍ فَقَالَتْ يَا نَبِيَّ اللَّهِ إِنِّي قَدْ زَيْتُ وَإِنِّي أُرِيدُ أَنْ تُطَهِّرَنِي فَقَالَ لَهَا ارْجِعِي فَلَمَّا كَانَ مِنَ الْعَدَاةِ أَتَتْهُ أَيْضًا فَاعْتَرَفَتْ عِنْدَهُ بِالزَّيْنِ فَقَالَتْ يَا نَبِيَّ اللَّهِ طَهِّرْنِي فَلَعَلَّكَ أَنْ تَرُدُّدَنِي كَمَا رَدَدْتَ مَا عَزَّ بْنَ مَالِكٍ فَوَاللَّهِ إِنِّي لَحَبْلِي فَقَالَ لَهَا النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ارْجِعِي حَتَّى تَلِدِي فَلَمَّا وَلَدَتْ جَاءَتْ بِالصَّبِيِّ تَحْمِلُهُ فِي خِرْقَةٍ فَقَالَتْ يَا نَبِيَّ اللَّهِ هَذَا قَدْ وَلَدْتُ قَالَ فَادْهَبِي فَأَرْضِعِيهِ ثُمَّ أَطْعِمِيهِ فَلَمَّا فَطَمَتْهُ جَاءَتْ بِالصَّبِيِّ فِي يَدِهِ كِسْرَةٌ خُبْزٍ فَقَالَتْ يَا نَبِيَّ اللَّهِ قَدْ فَطَمْتُهُ فَأَمَرَ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بِالصَّبِيِّ فَدَفَعَهُ إِلَى رَجُلٍ مِنَ الْمُسْلِمِينَ وَأَمَرَ بِهَا فَحْفِرَ لَهَا حُفْرَةً فَجُعِلَتْ فِيهَا إِلَى صَدْرِهَا ثُمَّ أَمَرَ النَّاسَ أَنْ يَرْجُمُوهَا

ความว่า อับดุลลอฮ์ อิบน์ บุรียดะฮ์ ได้บอกแก่ฉันจากพ่อของเขาว่า “ฉันได้นั่งอยู่พร้อมกันกับท่านนบี ﷺ ในขณะที่หญิงจากเผ่าฆอมมิดียได้มาหาท่านนบี ﷺ แล้วบอกแก่ท่านว่า แท้จริงแล้วฉันเป็นผู้ที่ผิดประเวณีและฉันประสงค์ให้ท่านทำ ให้ฉันเป็นผู้บริสุทธิ์ท่านนบี ﷺ ก็ได้บอกให้นางกลับไปก่อน ในวันถัดมาผู้หญิงคนนั้นได้กลับมาหาท่านนบี ﷺ อีกครั้ง เพื่อขอให้ท่านลงโทษนางเนื่องจากนาง ผิดประเวณี เหมือนเช่นที่ท่านนบี ﷺ ได้ลงโทษมาอิซ อิบน์ มาลิก นางได้กล่าวว่าแท้จริงนางนั้นตั้งครรภ์อยู่ ท่านนบี ﷺ จึงสั่งให้นางกลับไปคลอดลูกก่อนหลังจากที่นางคลอดลูกแล้ว นางได้มาหาท่านนบี ﷺ พร้อมกับลูกน้อยในอก แล้วบอกท่านนบี ﷺ ว่านางได้คลอดแล้ว ท่านนบี ﷺ ได้สั่งให้นางกลับไปให้นมลูกจนกระทั่งเด็กหย่านม นางก็ได้กลับมาหาท่านนบี ﷺ อีกพร้อมกับเด็กที่มีขึ้นนมปัง ท่านนบี ﷺ ได้ส่งเด็กให้กับชายมุสลิมคนหนึ่ง จากนั้นท่านได้สั่งให้นางลงไปหลุมที่ขุดไว้ระดับอก จากนั้นสั่งให้ผู้คนขว้างนางการปาด้วยหินจนเสียชีวิต (ฮัศดาร์มีย, ค.ศ. 2013 : เลขที่ 2369)

นักกฎหมายอิสลามมีมติที่เป็นเอกฉันท์ให้เลื่อนการลงโทษในกรณีหญิงที่ยังไม่ผ่านการสมรสที่ได้กระทำผิดประเวณีโดยยังจะไม่มีกรโบายจำนวน 100 ครั้ง หากว่าหญิงนั้นกำลังตั้งครรภ์จนกว่าหญิงจะคลอดเสียก่อน” (อันนะวารี, ค.ศ. 1930 : 201)

จากหลักฐานข้างต้นแสดงให้เห็นว่าอิสลามให้ความสำคัญต่อชีวิตของทารกที่อยู่ในครรภ์ แม้ว่าเกิดจากการผิดประเวณีก็ตาม ท่านนบี ﷺ ได้ยืดเวลาการลงโทษตามกฎหมายที่ ต้องกระทำต่อมารดาเนื่องจากความผิดฐานกระทำผิดประเวณี เพียงเพื่อรักษาชีวิตของทารกในครรภ์

ส่วนในตวับทกฎหมายของไทยก็ได้ระบุว่าการทำแท้งเป็นความผิดทางอาญา ซึ่งผู้ที่ละเมิดก็จะมี ความผิดและต้องได้รับโทษ ยกเว้นในสองกรณีเท่านั้นที่แพทย์สามารถทำแท้งให้ได้ ซึ่งกำหนดไว้ในประมวลกฎหมายอาญามาตรา 305 คือ มีเหตุจำเป็นต้องทำเนื่องจากสุขภาพของมารดา และการตั้งครรภ์นั้นเกิดจากการกระทำผิดอาญา

การทำแท้งถือว่าการกระทำที่เป็นความผิด ผิดทั้งศีลธรรมและกฎหมาย ถูกบัญญัติไว้เป็น ความผิดร้ายแรงฐานฆ่าคนโดยเจตนาในกฎหมายอาญาอิสลาม และเป็นความผิดอาญาในกฎหมายอาญาไทย แต่ก็น่าประหลาดใจที่ปัญหาดังกล่าวยังคงเกิดขึ้นอยู่และยังมีหญิงไปทำแท้ง เป็นจำนวนมากในแต่ละปี จากสถิติงานวิจัยแสดงตัวเลขสถิติการทำแท้งของวัยรุ่นในประเทศไทยว่ามีจำนวนประมาณ 300,000 ราย ต่อปี

( เว็บไซต์ <http://womenhealth.or.th> . สืบค้นเมื่อ 30/11/2016 ) ได้รับบาดเจ็บหรือมีภาวะแทรกซ้อนจากการทำแท้งประมาณ 30,000 ราย และเสียชีวิตประมาณ 25 -30 รายต่อปี ( เว็บไซต์ <http://law.or.th/node/2942>. สืบค้นเมื่อ 21/10/2014 ) ซึ่งในสถิตินี้จะมีมุสลิมหรือไม่ ก็ไม่อาจรู้ได้ แต่สิ่งที่มุสลิมจะต้องพึงตระหนักนั่นก็คือ สิ่งที่เป็นข้อห้ามต่างๆจากอัลลอฮ์ เมื่อมนุษย์นั้นฝ่าฝืนกระทำ ความวุ่นวาย และการลงโทษจากพระองค์จะเกิดขึ้น และเนื่องจากที่มาของกฎหมายอิสลามและกฎหมายไทยแตกต่างกัน ส่งผลให้ตัวบทของกฎหมายในกฎหมายทั้งสองต่างกันด้วย ด้วยเหตุนี้ผู้วิจัยจึงเห็นว่าควรมีการศึกษาและเปรียบเทียบความเหมือนและความต่างของกฎหมายทั้งสองในเรื่องการทำแท้ง ทั้งนี้เพื่อมุ่งหวังว่าผลการศึกษาจะเป็นแนวทางในการหาทางออกเพื่อลดจำนวนผู้ที่ก่ออาชญากรรมการทำแท้งในสังคมลง และเพื่อเป็นประโยชน์แก่ผู้ที่มีความสนใจศึกษาหาความรู้ในเรื่องกฎหมายอิสลามและกฎหมายไทยต่อไป

### วัตถุประสงค์ของการวิจัย

1. เพื่อศึกษาเกี่ยวกับบทบัญญัติการทำแท้งในกฎหมายอาญาอิสลาม
2. เพื่อศึกษาเกี่ยวกับความผิดฐานทำแท้งในกฎหมายอาญาไทย
3. เพื่อเปรียบเทียบเกี่ยวกับบทบัญญัติการทำแท้ง ในกฎหมายอาญาอิสลามและกฎหมายอาญาไทย

### วิธีดำเนินการวิจัย

งานวิจัยเรื่องนี้เป็นงานวิจัยเอกสารที่มีการศึกษาเชิงเปรียบเทียบเรื่องการทำแท้ง ในกฎหมายอาญาอิสลามและกฎหมายอาญาไทย โดยเป็นวิจัยเชิงวิเคราะห์ (Analysis) และเชิงเปรียบเทียบ (Comparative) โดยมีจุดประสงค์หลักคือศึกษาสภาพความเหมือนและความแตกต่างของกฎหมายทั้งสองในเรื่องดังกล่าว

ข้อมูลในการศึกษาค้นคว้างานวิจัยนี้จะใช้ข้อมูลจากอัลกุรอาน อัลหะดีษ เอกสารชั้นต้น (Primary Sources) เช่น ประมวลกฎหมายอาญาไทย หนังสือที่เขียนโดยนักวิชาการเกี่ยวกับกฎหมาย และเอกสารชั้นรอง (Secondary Sources) เช่นหนังสือทั่วไปที่สามารถใช้อ้างอิงได้ทั้งภาษาไทย อาหรับ วิทยานิพนธ์ต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับเรื่องการทำแท้ง เป็นต้น

ในการศึกษาเรื่องนี้มีวิธีการดำเนินการวิจัยตามขั้นตอนต่อไปนี้

ทบทวนอัลกุรอาน อัลหะดีษ เอกสารปฐมภูมิและทุติยภูมิที่เกี่ยวข้อง เพื่อสามารถเปรียบเทียบในเรื่องการทำแท้งระหว่างกฎหมายอิสลามและกฎหมายไทย จากตำราภาษาไทยและภาษาอาหรับ และทำการวิเคราะห์ข้อมูลโดยใช้หลักการคิดเชิงวิเคราะห์ (Analysis) ซึ่งเป็นการคิดในลักษณะการแยกแยะส่วนย่อยออกจากส่วนรวมแล้วทำการเปรียบเทียบ (Comparative) ซึ่งเป็นการพิจารณาเทียบเคียงสิ่งต่างๆตั้งแต่สององค์ประกอบขึ้นไป เพื่อให้เห็นลักษณะที่เหมือนและแตกต่างกันระหว่างกฎหมายทั้งสอง

โดยมีขั้นตอนดังต่อไปนี้

- 1.1 นำข้อมูลที่ได้มาเทียบเคียงตามเกณฑ์
- 1.2 ประเมินผลการเปรียบเทียบ
- 1.3 สรุปผลการเปรียบเทียบ

### ขอบเขตของการวิจัย

ผู้วิจัยได้ทำการศึกษาถึงเรื่อง ศึกษาเปรียบเทียบการทำแท้งในกฎหมายอาญาอิสลามและกฎหมายอาญาไทยโดยมีขอบเขตการศึกษาดังนี้

1. ศึกษาเปรียบเทียบบทกฎหมายเกี่ยวกับการทำแท้งในกฎหมายอาญาอิสลามและกฎหมายอาญาไทย
2. ศึกษาเปรียบเทียบองค์ประกอบความผิดฐานทำให้แท้งลูก ในกฎหมายอาญาอิสลามและกฎหมายอาญาไทย
3. ศึกษาเปรียบเทียบบทโทษทางกฎหมายในความผิดฐานทำให้แท้งลูก ในกฎหมายอาญาอิสลามและกฎหมายอาญาไทย

### ข้อสรุป

จากผลการศึกษาเปรียบเทียบเรื่องการทำแท้งทั้งในกฎหมายอาญาอิสลามและกฎหมายอาญาไทย ทำให้ทราบว่าข้อบัญญัติของกฎหมายอาญาอิสลามและข้อบัญญัติของกฎหมายอาญาไทยในเรื่องของการทำแท้ง ดังนี้

#### 1. บทบัญญัติการทำแท้งในกฎหมายอาญาอิสลาม

การทำแท้งว่า หมายถึงการตั้งใจทำให้ทารกคลอดออกมาด้วยวิธีการต่างๆ ก่อนกำหนดแต่โดยสภาพทารกไม่อาจมีชีวิตอยู่รอดได้ (อับดุลลอฮ์ อัฏเฏาะรีกี, ม.ป.ป. : 166) การมีชีวิตอยู่ของทารกหลังจากที่คลอดออกมาแม้ชั่วระยะเวลาหนึ่ง แล้วต่อมาเด็กก็เสียชีวิต เช่นนี้ต้องพิจารณาถึงสาเหตุของการเสียชีวิต หากเด็กเสียชีวิตเนื่องจากผลของการกระทำที่หวังให้แท้งลูก ก็ถือเป็นความผิดฐานทำให้แท้งลูก แต่หากการเสียชีวิตของเด็กเกิดจากสาเหตุอื่นก็ไม่ถือว่าเป็นความผิดฐานทำให้แท้งลูกโดยให้ผู้ที่มิประสพการณ์หรือแพทย์เป็นผู้ตรวจสอบสาเหตุการเสียชีวิตของเด็ก (อิบรอฮีม อิบน์ มุหัมมัด กอลิม, ค.ศ. 2002 : 442-443)

กฎหมายอาญาอิสลามได้แบ่งช่วงของอายุครรภ์ของทารกในครรภ์ในการกำหนดความผิดฐานทำให้แท้งออกเป็น 3 ระยะคือ

1. ระยะอันนุญพะฮ์หรือช่วง 40 วันแรกของการตั้งครรภ์
2. ระยะของกอนเลียดและกอนเนื่อ หรือระยะหลังจาก 40 วันแรกและก่อนอายุครรภ์ถึง 4 เดือน
3. ระยะที่ทารกในครรภ์ถูกเป่าวิญญาณเข้าร่าง หรือระยะหลังจากที่อายุครรภ์ครบ 4 เดือนหรือ 120

วัน

ซึ่งนักวิชาการอิสลามมีความเห็นต่างออกเป็น 3 ทศนะ ทศนะที่ 1 ถือว่าการทำแท้งจะถือเป็นความผิดและต้องได้รับโทษเมื่อทำให้เกิดการแท้งในระยะหลังจากที่วิญญาณถูกเป่าเข้าร่างแล้วเท่านั้น(อับน อาบิติน, ฮ.ศ. 1404 :314) ทศนะที่ 2 ถือว่าการทำแท้งเป็นความผิดและต้องได้รับโทษเมื่อทำให้เกิดการแท้งในระยะของอัลอะละเกาะและอัลมูฏะฮะฮ์ คือระยะที่ทารกเริ่มมีอวัยวะปรากฏเป็นรูปร่างของมนุษย์ (อับน อาบิติน, ฮ.ศ. 1404 :314. อัรรอหมลี, ค.ศ. 2003 : 442. อัลบะฮูตี, ฮ.ศ. 1402 : 220 และอัลบุนญี, ม.ป.ป. : 89 ) และทศนะที่ 3 ถือว่าผู้กระทำมีความผิดฐานทำให้แท้งเมื่อก่อให้เกิดการแท้งโดยไม่ได้คำนึงถึงระยะหรืออายุของการตั้งครรภ์(อัลเกาะรอฟี, ค.ศ. 1994 : 419. อิบน์ หิซม์, ฮ.ศ. 1352 : 33-34. อับน อาบิติน, ฮ.ศ. 1404 : 185. วะฮะบะฮ์ อัชชูฮัยลี, ค.ศ. 1989: 557. อัลบะฮูลี, ฮ.ศ. 1368: 464. ยูสุฟ อัลกีอรวูอีย, ค.ศ. 1997: 178 และอัลเมาสุอะฮ์ อัลฟิสิกียะฮ์ อัลกูเวตียะฮ์, ม.ป.ป. : 57 )

กฎหมายอาญาอิสลามให้ความเห็นชอบในการทำแท้งเนื่องจากสุขภาพของมารดา กล่าวคือหากปล่อยให้การตั้งครรภ์ดำเนินต่อไป จะเป็นอันตรายร้ายแรงต่อสุขภาพหรือชีวิตของมารดา เพราะในทางกฎหมายไทยเห็นว่าชีวิตของหญิง มีครรภ์หรือชีวิตของผู้ที่เป็นมารดาเป็นประโยชน์ทางกฎหมายสูงกว่าชีวิตทารกที่อยู่ในครรภ์ซึ่งเป็นประโยชน์ในทางกฎหมายน้อยกว่า และในกฎหมายอิสลามถือว่า มารดา คือต้นกำเนิด (อะค้อล) ส่วนทารกคือแขนงออกมา (ฟุร้วอ) จึงต้องสละลูก โดยคำนึงถึงการรักษาชีวิตของมารดาเป็นสำคัญ โดยยึดกฎของ "การเลือกทำในสิ่งที่เป็นอันตรายน้อยกว่า" กล่าวคือ การเลือกปฏิบัติในสิ่งที่เป็นอันตรายน้อยกว่า เมื่อไม่สามารถป้องกัน 2 อันตรายที่เกิดขึ้นพร้อมกันได้ และ การยึดเอาประโยชน์ซึ่งที่สำคัญกว่า เมื่อมี 2 ประโยชน์พร้อมกัน(มุหัมมัด อะลี อัลบาร, ค.ศ. 1991 : 433)

การทำแท้งเนื่องจากสุขภาพของทารก กฎหมายอาญาอิสลามเห็นชอบให้สามารถทำแท้งได้ในกรณีที่ไม่สามารถที่จะรักษาความผิดปกติของทารกในครรภ์ได้ในช่วงระยะก่อนการเป่าวิญญาณเข้าร่างทารกและจะไม่อนุญาตให้ทำแท้งในช่วงหลังการเป่าวิญญาณเข้าร่างทารก ถึงแม้ผลการตรวจทางการแพทย์จะยืนยันว่าทารกมีรูปร่างพิการก็ตาม(ยูสุฟ อัลก็อรฏอวีย, ค.ศ. 1997: 178 และญาด อัลหัก อะลี, ค.ศ. 1994 : 3105-3107)

การทำแท้งเนื่องจากการตั้งครรภ์ที่เกิดจากการถูกระงับการตั้งครรภ์ กฎหมายอาญาอิสลามอนุญาตให้หญิงทำแท้งในกรณีที่การตั้งครรภ์เกิดจากการถูกระงับการตั้งครรภ์ได้ในช่วงก่อนเป่าวิญญาณเข้าร่างทารกหรือก่อน 120 วันเท่านั้น หากกระทำหลังจากนี้อิสลามไม่อนุญาต(อัลบูฏี, ม.ป.ป. : 142-159 และยูสุฟ อัลก็อรฏอวีย, ค.ศ. 1997: 178)

การทำแท้งเนื่องจากการตั้งครรภ์ที่เกิดจากการผิดประเวณี กฎหมายอาญาอิสลามไม่อนุญาตให้ทำแท้งในกรณีที่การตั้งครรภ์นั้นเกิดจากการผิดประเวณีระหว่างชายกับหญิง(ยูสุฟ อัลก็อรฏอวีย, ค.ศ. 1997: 178)

องค์ประกอบของความผิดฐานทำแท้ง กฎหมายอิสลามบัญญัติองค์ประกอบหลักสำหรับความผิดฐานทำแท้ง คือ การกระทำ หญิงตั้งครรภ์ และเจตนา(มะอฺมูน อรเราะฟาอีย, ค.ศ. 2011: 1405)

จุดประสงค์ของการกำหนดความผิดฐานทำแท้งในกฎหมายอาญาอิสลามคือมุ่งหมายให้การคุ้มครองเด็กที่อยู่ในครรภ์มารดาเป็นสำคัญ ส่วนการกำหนดบทลงโทษในความผิดดังกล่าวนั้นก็เพื่อที่จะปกป้องสังคมจากอาชญากรรมต่าง ๆ ที่จะคอยมาคุกคามความผาสุกและความเป็นระเบียบเรียบร้อยของปัจเจกบุคคลในสังคม และเพื่อสร้างสังคม ให้ร่มเย็นเป็นสุข(มะอฺมูน อรเราะฟาอีย, ค.ศ. 2011: 1404 และคอและห์ บะชีร, ค.ศ. 2012-2013 : 47)

ผู้ที่ต้องได้รับโทษในความผิดฐานทำแท้งตามกฎหมายอาญาอิสลามกำหนดให้ผู้ที่ต้องได้รับโทษในความผิดฐานทำแท้งคือผู้ที่ทำให้หญิงตั้งครรภ์เกิดการแท้งไม่ว่าจะเป็นตัวหญิงเอง หรือบุคคลอื่นเช่นหมอเถื่อน สามี เป็นต้น รวมทั้งผู้ที่มีส่วนเกี่ยวข้องในการกระทำให้เกิดการแท้งอย่างตัวการ ผู้ใช้และผู้สนับสนุนให้การช่วยเหลือในการทำแท้งนั้น

กฎหมายอาญาอิสลามกำหนดบทลงโทษสำหรับความผิดฐานทำแท้ง คือ การจำคุกหรือการจำคุก การตี 100 ครั้ง การกีดกัน การถูกตัดสิทธิ์ในมรดก และการจำคุกฟาระฮ์ ซึ่งบทลงโทษเหล่านี้จะถูกนำมาบังคับใช้กับผู้กระทำผิดฐานทำแท้ง โดยพิจารณาถึงองค์ประกอบอย่างอื่นด้วย เช่น ผู้กระทำ เจตนาของผู้กระทำ หรือผลที่เกิดกับทารกที่ขับให้ออกจากครรภ์มารดา เป็นต้น

## 2. ความผิดฐานทำแท้งในกฎหมายอาญาไทย

กฎหมายอาญาไทยได้ให้ความหมายของการทำแท้งไว้ว่าหมายถึงการทำให้ทารกในครรภ์ตายในขณะที่อยู่ในครรภ์หรือคลอดออกมาในลักษณะที่ไม่มีชีวิต แต่ถ้าคลอดออกมาแล้วมีชีวิตอยู่ แม้เพียงชั่วระยะเวลาหนึ่งแล้วเด็กจึงตาย ย่อมไม่ถือว่าเป็นการทำแท้ง ไม่ว่าทารกจะมีอายุครรภ์เท่าใดหรือมีน้ำหนักตัวเท่าไร (สุพจน์ เชื้อประกอบกิจ, พ.ศ. 2546: 89-90)

กฎหมายอาญาไทยให้ความเห็นชอบในการทำแท้งเนื่องจากสุขภาพของมารดา กล่าวคือหากปล่อยให้การตั้งครรภ์ดำเนินต่อไป จะเป็นอันตรายร้ายแรงต่อสุขภาพหรือชีวิตของมารดา (สุพร เกิดสว่าง, พ.ศ. 2523: 3) เพราะในทางกฎหมายไทยเห็นว่าชีวิตของหญิง มีครรภ์หรือชีวิตของผู้ที่เป็นมารดาเป็นประโยชน์ทางกฎหมายสูงกว่าชีวิตทารกที่อยู่ในครรภ์ซึ่งเป็นประโยชน์ในทางกฎหมายน้อยกว่า คำว่าสุขภาพหมายถึงรวมถึงสุขภาพกายและสุขภาพจิตของมารดา (นวลนวิ ศรีประโหม, พ.ศ. 2537: 67) แต่เนื่องจากกฎหมายไม่ได้กำหนดความหมายหรือโรคทางจิตใจให้ชัดเจน จึงเกิดปัญหาในการตีความความหมายของสุขภาพทางจิตของหญิงมีครรภ์ อาจทำให้แพทย์ไม่กล้าที่จะทำแท้งให้เนื่องจากกลัวได้รับผลทางอาญา (กันยา สุวรรณแสง, พ.ศ. 2538: 2)

การทำแท้งเนื่องจากสุขภาพของทารกกฎหมายอาญาไทยอนุญาตให้หญิงทำแท้งได้เมื่อทารกที่อยู่ในครรภ์มีความพิการติดตัวมาแต่กำเนิด และหากความผิดปกติของทารกในครรภ์ส่งผลให้สุขภาพจิตของหญิงแย่ แพทย์ก็สามารถทำแท้งให้หญิงได้ด้วยเหตุผลในเรื่องสุขภาพจิตของหญิงตามคำพิพากษาฎีกาที่ 5637/2533 เพราะศาลยอมรับความจำเป็นทางสุขภาพจิตของหญิงเป็นส่วนหนึ่งที่อ้างเป็นเหตุทำแท้งได้ตามประมวลกฎหมายอาญาดังกล่าว (จิตติ ดิงศรัทีย, พ.ศ. 2532: 2262)

การทำแท้งเนื่องจากการตั้งครรภ์ที่เกิดจากการถูกระงับการตั้งครรภ์ตามกฎหมายอาญาไทยอนุญาตให้หญิงที่ตั้งครรภ์เนื่องจากการถูกระงับการตั้งครรภ์สามารถทำแท้งได้โดยไม่จำกัดว่าอายุครรภ์เท่าใด (ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 มาตรา 277 มาตรา 282 มาตรา 283 หรือมาตรา 284)

การทำแท้งเนื่องจากการตั้งครรภ์ที่เกิดจากการผิดประเวณีกฎหมายอาญาไทยไม่อนุญาตให้ทำแท้งในกรณีที่การตั้งครรภ์นั้นเกิดจากการผิดประเวณีระหว่างชายกับหญิง แต่อนุญาตให้เด็กหญิงที่มีอายุไม่เกินสิบแปดปีที่ตั้งครรภ์สามารถทำแท้งได้ แม้ว่าการตั้งครรภ์จะเกิดจากการยินยอมของเด็กหญิงในการร่วมประเวณีก็ตาม เพราะในทางกฎหมายถือว่าเด็กที่อายุไม่เกินสิบแปดปียังไม่สามารถที่จะตัดสินใจว่าสิ่งใดถูกผิดด้วยตนเองได้ (ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 282 วรรคหนึ่ง)

องค์ประกอบของความผิดฐานทำแท้ง ประมวลกฎหมายอาญาบัญญัติองค์ประกอบหลักสำหรับความผิดฐานทำแท้ง คือ การกระทำ หญิงตั้งครรภ์ และเจตนา

จุดประสงค์ของการกำหนดความผิดฐานทำแท้งในกฎหมายอาญาไทยคือมุ่งหมายให้การคุ้มครองเด็กที่อยู่ในครรภ์มารดาเป็นสำคัญ ส่วนการกำหนดบทลงโทษในความผิดดังกล่าวนั้นก็เพื่อที่จะปกป้องสังคมจากอาชญากรรมต่าง ๆ ที่จะคอยมาคุกคามความผาสุกและความเป็นระเบียบเรียบร้อยของปัจเจกบุคคลในสังคม และเพื่อสร้างสังคม ให้ร่มเย็นเป็นสุข

กฎหมายอาญาไทยได้กำหนดให้ผู้ที่ต้องได้รับโทษในความผิดฐานทำแท้งคือผู้ที่ทำให้หญิงตั้งครรภ์เกิดการแท้งไม่ว่าจะเป็นตัวหญิงเอง หรือบุคคลอื่นเช่นหมอลือเถื่อน สามเณร เป็นต้น รวมทั้งผู้ที่มีส่วนเกี่ยวข้องในการกระทำให้เกิดการแท้งอย่างตัวการ ผู้ใช้และผู้สนับสนุนให้การช่วยเหลือในการทำแท้งนั้น

บทลงโทษในความผิดฐานทำให้แท้งที่ได้บัญญัติไว้ในกฎหมายอาญาไทย คือ โทษจำคุก หรือปรับ หรือทั้งจำทั้งปรับ

### 3. เปรียบเทียบบทบัญญัติการทำแท้ง ในกฎหมายอาญาอิสลามและกฎหมายอาญาไทย

3.1 ความหมายของการทำแท้ง กฎหมายอาญาอิสลามให้ความหมายของการทำแท้งมีส่วนที่เหมือนและส่วนที่ต่างกับที่กฎหมายอาญาไทยได้บัญญัติไว้ ในส่วนที่เหมือนคือการทำแท้ง หมายถึง การกระทำใดที่กระทำเพื่อให้ทารกที่อยู่ในครรภ์เสียชีวิตตั้งแต่อยู่ในครรภ์หรือคลอดออกมาในสภาพที่ทารกไม่มีชีวิต

ส่วนที่ต่างคือกฎหมายอาญาอิสลามได้กำหนดให้ทารกที่ถูกคลอดออกมาหรือถูกเอ้อออกมาจากครรภ์มารดาในสภาพที่ทารกมีชีวิตแล้วได้เสียชีวิตลงเนื่องจากผลของการกระทำดังกล่าวนั้นเป็นการเสียชีวิตเนื่องจากการทำแท้งและผู้กระทำมีความผิดและต้องรับโทษในความผิดฐานทำให้แท้งลูก ส่วนกฎหมายอาญาไทยได้จำกัดเฉพาะว่าทารกที่ถูกทำแท้งจะต้องเสียชีวิตตั้งแต่ในครรภ์หรือเสียชีวิตในขณะที่คลอดเท่านั้นถึงจะถือเป็นการทำแท้ง หากคลอดออกมาในสภาพที่มีชีวิตแล้วได้เสียชีวิตลงแม้ว่าสาเหตุของการเสียชีวิตของทารกหลังจากนั้นจะเกิดจากผลที่ได้กระทำก็ตามจะไม่ถือว่าทารกเสียชีวิตจากการทำแท้งและผู้กระทำก็ไม่มี ความผิดฐานทำให้แท้ง

3.2 พัฒนาการและอายุของทารกในครรภ์ กฎหมายอาญาอิสลามให้ความสำคัญกับอายุของทารกในครรภ์ในการกำหนดความผิดแก่ผู้กระทำให้เกิดการแท้ง ซึ่งนักวิชาการอิสลามมีความเห็นต่างออกเป็น 3 ทศนะ คือ ทศนะที่ 1 ถือว่าการทำแท้งจะถือเป็นความผิดและต้องได้รับโทษเมื่อทำให้เกิดการแท้งในระยะหลังจากที่วิญญูณถูกเป่าเข้าร่างแล้วเท่านั้น ทศนะที่ 2 ถือว่าการทำแท้งเป็นความผิดและต้องได้รับโทษเมื่อทำให้เกิดการแท้งในระยะของอัลอะละเกาะและอัลมูฏะซะฮ์ คือระยะที่ทารกเริ่มมีอวัยวะปรากฏเป็นรูปร่างของมนุษย์ และทศนะที่ 3 ถือว่าผู้กระทำมีความผิดฐานทำให้แท้งเมื่อก่อให้เกิดการแท้งโดยไม่ได้นำถึงระยะหรืออายุของการตั้งครรภ์ ซึ่งทศนะที่ 3 นี้มีความเหมือนกันกับกฎหมายอาญาไทยที่ถือว่าผู้กระทำมีความผิดฐานทำให้แท้งเมื่อก่อให้เกิดการแท้งขึ้นในทุกระยะของการตั้งครรภ์

3.3 การทำแท้งที่เห็นชอบด้วยกฎหมาย กฎหมายอาญาอิสลามเห็นชอบให้การทำแท้งเนื่องจากสุขภาพของมารดาสามารถกระทำได้ทั้งก่อนที่วิญญูณจะถูกเป่าเข้าร่างทารกและหลังจากที่วิญญูณถูกเป่าเข้าร่างแล้ว ซึ่งเป็นกรณีเดียวเท่านั้นที่อิสลามเห็นชอบให้กระทำหลังจากที่วิญญูณถูกเป่าเข้าร่างแล้ว ส่วนกรณีอื่นเช่น การทำแท้งเนื่องจากสุขภาพของทารก ทารกมีความผิดปกติหรือพิการอย่างร้ายแรง หรือการแท้งที่การตั้งครรภ์เกิดจากการถูกกระทำชำเรา นักวิชาการเห็นชอบให้กระทำก่อนที่วิญญูณจะถูกเป่าเข้าร่างทารกเท่านั้นและไม่อนุญาตให้กระทำหลังจากนั้น ส่วนการทำแท้งในกรณีที่การตั้งครรภ์เกิดจากการผิดประเวณีอิสลามไม่อนุญาตให้กระทำทั้งก่อนหรือหลังจากวิญญูณถูกเป่าเข้าร่าง เพราะถือว่าผิดประเวณีเป็นการกระทำที่ยินยอมพร้อมใจกันทั้งฝ่ายชายและฝ่ายหญิงแล้ว ส่วนการทำแท้งที่เห็นชอบด้วยกฎหมายในกฎหมายอาญาไทย สามารถทำแท้งได้ในสองกรณีนั้นคือ กฎหมายเห็นชอบให้ทำแท้งเนื่องจากสุขภาพของมารดาและกรณีที่สองคือเนื่องจากการตั้งครรภ์ที่เกิดจากการทำความผิดทางอาญาตามที่บัญญัติไว้ใน มาตรา 276 มาตรา 277 มาตรา 282 มาตรา 283 หรือมาตรา 284 ทั้งนี้กฎหมายอาญาไทยไม่ได้วางเงื่อนไขของการเป่าวิญญูณใส่ทารกในครรภ์ ดังนั้นเมื่อมีสองกรณีที่ได้กล่าวมาข้างต้นหญิงตั้งครรภ์สามารถที่จะทำแท้งในระยะใดของการตั้งครรภ์ก็ได้

3.4 องค์ประกอบของความผิดฐานทำให้แท้ง กฎหมายอาญาอิสลามและกฎหมายอาญาไทยบัญญัติองค์ประกอบหลักของความผิดฐานทำให้แท้งไว้เหมือนกันดังนี้

1. การกระทำ
2. หุญตั้งครรรค์
3. เจตนา

1. การกระทำ หมายถึงการกระทำให้ลูกในครรภ์ของผู้ถูกทำร้ายคลอดออกมาก่อนที่จะมีสภาพที่สมบูรณ์ หรือคลอดออกมาในลักษณะที่ลูกนั้นไม่มีชีวิต หรือคลอดออกมาในสภาพที่มีชีวิตแล้วได้เสียชีวิตลงเนื่องจากผลของการกระทำตามที่บัญญัติเพิ่มเติมไว้ในกฎหมายอาญาอิสลาม ดังนั้นการกระทำใดก็ตามที่ส่งผลให้หญิงเกิดการแท้งลูก หรือการรูดเว้นกระทำใดที่ส่งผลให้หญิงเกิดการแท้งลูกนั้น ผู้กระทำไม่ว่าจะเป็นหญิงเองหรือผู้อื่นก็มีความผิดฐานทำให้แท้งลูกตามกฎหมายอาญาอิสลามและกฎหมายอาญาไทย

2. หุญตั้งครรรค์ ความผิดฐานทำให้แท้งลูกนั้น เป็นการกระทำต่อชีวิตในครรภ์มารดา ดังนั้นหญิงที่ทำแท้งนั้นต้องตั้งครรรค์อยู่ หากไม่ได้ตั้งครรรค์ถือว่าขาดองค์ประกอบภายนอก เพราะไม่อาจทำให้แท้งลูกได้

3. เจตนา การกระทำความผิดฐานทำให้แท้งลูกนั้น จะต้องมิเจตนาเป็นองค์ประกอบด้วย ไม่ว่าจะเป็นการกระทำของหญิงผู้เป็นมารดา หรือการกระทำของผู้อื่นก็ตาม ผู้กระทำต้องมีเจตนาทำให้แท้ง กล่าวคือผู้กระทำต้องกระทำโดยรู้สำนึก และรู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบความผิด รู้ว่าตนเองตั้งครรรค์และรู้ว่าการกระทำนั้นเป็นการทำให้ตนแท้งลูก หากผู้กระทำไม่รู้ว่าจะแท้งนั้นตั้งครรรค์อยู่ ผู้กระทำก็ไม่มีเจตนากระทำ ความผิด

ในส่วนของเจตนา นอกจากจะมีส่วนที่เหมือนกันระหว่างสองกฎหมายแล้ว ยังมีส่วนที่ต่างกันด้วย ในส่วนของความต่างคือกฎหมายอาญาอิสลามถือว่าผู้กระทำที่กระทำการใดโดยมีเจตนาให้เกิดการแท้งขึ้น ผู้กระทำจะมีความผิดฐานทำให้แท้งโดยเจตนา และหากผู้กระทำไม่ได้มีเจตนาให้เกิดการแท้งแต่การกระทำของตนส่งผลให้หญิงตั้งครรรค์เกิดการแท้งขึ้น ผู้กระทำจะมีความผิดฐานทำให้แท้งโดยไม่เจตนาหรือถึงเจตนา ผู้กระทำมีความผิดและต้องรับโทษในความผิดนั้นแต่โทษที่ได้รับจะเบากว่าในกรณีที่เจตนา ทั้งนี้ก็เนื่องจากคำว่าแท้งหมายถึงเกิดความเสียหาย เมื่อเกิดความเสียหายขึ้นผู้กระทำก็ต้องชดใช้ไม่ว่าจะเจตนาหรือไม่ก็ตาม

ส่วนกฎหมายอาญาไทยจะถือว่าผู้กระทำมีความผิดฐานทำให้แท้งลูกก็ต่อเมื่อผู้กระทำมีเจตนาที่จะกระทำเท่านั้น

3.5 กฎหมายอาญาอิสลามกำหนดให้ผู้ที่ทำให้เกิดการแท้งไม่ว่าจะเป็นตัวหญิงตั้งครรรค์เองหรือผู้อื่นเป็นผู้กระทำ หากกระทำโดยเจตนาผู้กระทำจะต้องจ่ายชุรเราะฮ์และกัฟฟาเราะฮ์จากทรัพย์สินของผู้กระทำเอง แต่หากผู้กระทำให้เกิดการแท้งในลักษณะถึงเจตนาหรือไม่เจตนาผู้กระทำต้องจ่ายชุรเราะฮ์และกัฟฟาเราะฮ์ร่วมกับอากิละฮ์ของเขา ส่วนกฎหมายอาญาไทยกำหนดให้ผู้กระทำมีความผิดเฉพาะเมื่อกระทำโดยเจตนาเท่านั้น และโทษที่จะได้รับคือจำคุก หรือปรับหรือทั้งจำทั้งปรับ

3.6 กฎหมายอาญาอิสลามและกฎหมายอาญาไทยบัญญัติว่าผู้ที่ต้องได้รับโทษในความผิดฐานทำให้แท้งก็คือผู้ที่ทำให้เกิดการแท้งไม่ว่าจะเป็นตัวหญิงเองและหรือบุคคลอื่น ส่วนผู้ที่มีส่วนในการทำแท้ง เช่น ตัวการ ผู้ใช้ ผู้ช่วยเหลือหรือผู้สนับสนุนก็มีความผิดและโทษที่จะได้รับขึ้นอยู่กับแต่ละความผิดที่ได้กระทำ

3.7 จุดประสงค์ของการกำหนดความผิดฐานทำให้แท้ง กฎหมายอาญาอิสลาม และกฎหมายอาญาไทยต่างก็มีเป้าหมายของการกำหนดความผิดฐานทำให้แท้งเหมือนกันคือมุ่งหมายให้การคุ้มครองเด็กที่อยู่ในครรภ์มารดาเป็นสำคัญ ส่วนการกำหนดบทลงโทษในความผิดดังกล่าวนั้นก็เพื่อที่จะปกป้องสังคมจากอาชญากรรมต่าง ๆ ที่จะคอยมาคุกคามความผาสุกและความเป็นระเบียบเรียบร้อยของปัจเจกบุคคลในสังคม และเพื่อสร้างสังคม ให้ร่มเย็นเป็นสุข

3.8 การพยายามทำให้แท้งลูก ในกฎหมายอาญาอิสลามไม่ถือเป็นความผิดฐานทำให้แท้ง แต่ผู้กระทำจะต้องสำนึกตัวและขออภัยโทษจากอัลลอฮ์ □ ในสิ่งที่ได้กระทำลงไป และกฎหมายอาญาไทย เช่นเดียวกันไม่ถือเป็นความผิดฐานทำให้แท้งสำหรับผู้ที่ไม่เคยพยายามกระทำให้เกิดการแท้ง

3.9 ความแตกต่างของบทลงโทษระหว่างกฎหมายอาญาอิสลามและกฎหมายอาญาไทยที่กำหนดไว้สำหรับความผิดฐานทำให้แท้ง ในกฎหมายอิสลามจะกำหนดให้มีบทลงโทษที่หลากหลายให้เหมาะสมกับความผิด ประกอบด้วย การจ่ายชুরเราะฮ์ จ่ายดัยยะฮ์ การตะอูซีร์ การกักตอด การถูกตัดลิ้นในมรดก และการจ่ายกัฟฟาเราะฮ์ ส่วนในกฎหมายไทยก็จะมีโทษจำคุก โทษปรับ และทั้งจำทั้งปรับ

### ข้อเสนอแนะ

#### 1. ข้อเสนอแนะเพื่อการนำผลการวิจัยไปใช้

1.1 กฎหมายไทยควรบัญญัติให้เป็นความผิดฐานทำให้แท้งในกรณีที่ทำให้เกิดการแท้งโดยกึ่งเจตนา หรือไม่เจตนา ทั้งนี้เพื่อให้หญิงตั้งครรภ์ระมัดระวังและดูแลตัวเองในขณะที่ตั้งครรภ์ หรือผู้อื่นก็ต้องปฏิบัติตัว ต่อหญิงตั้งครรภ์อย่างดี ด้วยความระมัดระวังและทะนุถนอม โดยที่บทลงโทษอาจจะเบาว่าการกระทำที่เกิดจากการเจตนา

1.2 กฎหมายไทยควรพิจารณาถึงสาเหตุการเสียชีวิตของทารกในกรณีที่ทารกถูกคลอดออกมาในสภาพที่มีชีวิตแล้วได้เสียชีวิตลง หากสาเหตุการเสียชีวิตของทารกเกิดจากผลของการกระทำ ผู้กระทำควรมีความผิดฐานทำให้แท้งเหมือนกรณีที่ทารกถูกคลอดออกมาในสภาพที่เสียชีวิต

1.3 ในกรณีของการพยายามทำแท้ง กฎหมายควรบัญญัติให้เป็นความผิดเช่นเดียวกับความผิดฐานพยายามในอาชญากรรมประเภทอื่น ที่เพียงแค่นำไปกระทำหรือเตรียมการก็ถือว่าเป็นความผิดมีโทษแล้ว

#### 2. ข้อเสนอแนะเพื่อการวิจัยครั้งต่อไป

1. ควรศึกษาเปรียบเทียบเกี่ยวกับการทำแท้งในกรณีเนื่องจากสุขภาพของทารกในครรภ์ เช่นสุขภาพกาย คือกายพิการ และสุขภาพจิต คือเด็กปัญญาอ่อน หรือออทิสติก เป็นต้น

2. ควรศึกษาเกี่ยวกับผู้ที่มีส่วนในการกระทำความผิดทางอาญาทั้งของกฎหมายอาญาไทยและกฎหมายอาญาอิสลาม

## บรรณานุกรม

- กิตติพงศ์ แซ่เจ็ง, (2556). “สถิติสธ.พบหญิงตายเพราะทำแท้ง 25-30 คนต่อปี บาดเจ็บ 30,000”. จากอินเทอร์เน็ต <https://ilaw.or.th/node/2942>.
- กันยา สุวรรณแสง, (2538). *จิตวิทยาทั่วไป General Psychology*. อักษรพิทยา. กรุงเทพมหานคร.
- จิตติ ตังศรีทิพย์, (2532). *คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 2 ตอนที่ 2 และภาค 3*. สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา. กรุงเทพมหานคร.
- ญาด อัลหัก อะลี, (1994). *บุหฺษ วะ พะตาวา อิสลามีย์ ฟิ เกาะฎอฺยา มุอาติเราะฮฺ. อัลอัซฮัร อัลชะรีฟ : อัลอะมานะฮฺ อัลอามมะฮฺ ลี ลุญญะฮฺ อัลอุลยา ลี อัลดะอฺวะฮฺ อัลอิสลามียะฮฺ*.
- นวลฉวี ศรีประโหม, (2537). *การทำแท้งในสังคมไทยกับมุมมองของพุทธศาสนา*. มหาวิทยาลัยเชียงใหม่.
- เพียงจิต ตันติจรัสวโรดม, (2551). *สิทธิเสรีภาพในการทำแท้งของหญิง*. มหาวิทยาลัยรามคำแหง. กรุงเทพมหานคร.
- มะอฺมูน อีรเราะฟาอียฺ, (2011). “ญะรีมะฮฺ อัลอิญฮาดฺ ฟิ อัตตัชรีอฺ อัลญินาอียฺ อัลอิสลามียะฮฺ: อัครากานุฮฺ วา อุฎาตฺฮฺ (ดิรอชะฮฺ ฟิกฮียะฮฺ มุกอรอนะฮฺ)”. วารสาร อัลอุลุม อินซานียะฮฺ มหาวิทยาลัย อันนะญาร์ อัลวะญะฮียะฮฺ. ฉบับที่ 25(5).
- มุหัมมัด ฎอฮิร อิบน์ ฆุร, มะกอศิด อัช ชัรอียะฮฺ อัล อิสลามียะฮฺ, ดาร อัลมะกอฮิซ, อัลอูรดูน, 1999, หน้า: 206.
- มุหัมมัด สะอูด อิบน์ อะหมัด, (1418). *มะกอศิด อัชชะรีอะฮฺ อัลอิสลามียะฮฺ*. ดาร อัลอิเราะฮฺ.
- มุหัมมัด อะลี อัลบาร, (1991). *อัลญะนีน อัลมะฆูฮฺ วะ อัลอัมรอกฺ อัลวะรอฮียะฮฺ*. ดาร อัลเกาะลัม. ตีมชก.
- มูลนิธิเพื่อสุขภาพและสิทธิอนามัยการเจริญพันธุ์ของสตรี (แห่งประเทศไทย) สอส. (2556). “สถิติและสถานการณ์การแท้งในประเทศไทย”. จากอินเทอร์เน็ต <http://www.womenhealth.or.th/home-facts-abortion.html>
- ญุสฟู อัลกัฏฏอวียฺ, (1997). *อัลหะลาล วะ อัลหะรอม ฟิ อัลอิสลาม*. พิมพ์ครั้งที่ 22. มักตะบะฮฺ วะฮฺบะฮฺ. วะฮฺบะฮฺ อัลชูฮัยลี, (1989). *อัลฟิกฮฺ อัลอิสลามีย์ วะ อะดิลละตุฮฺ*, พิมพ์ครั้งที่ 3. เล่ม 3. ดาร อัลฟิก. ตีมชก.
- ศอแลห์ บะชีร, (2012-2013). *อัลหิมายะฮฺ อัลญินาอียะฮฺ ลี อัลญะนีน ฟิ ฎะอฺ อัลมุมารอสะฮฺ อัลญิบียะฮฺ อัลหะดีษะฮฺ ดิรอชะฮฺ มุกอรอนะฮฺ*. วิทยานิพนธ์ ฟิ อัลกอนูน ฟัรอา อัลอุฎ วะ อัลมัสอูลียะฮฺ. กุลลียะฮฺ อัลหุกู มหาวินยาลัย ญะซาอิร.
- สุพจน์ เชื้อประกอบกิจ, (2546). *สิทธิในการทำแท้งของหญิงมีครรภ์ที่ติดเชื้อเอดส์*, วิทยานิพนธ์นิติศาสตร์ มหาบัณฑิต. คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง.
- สุพร เกิดสว่าง, (2523). *ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการลักลอบทำแท้งในประเทศไทย*. ธีระการพิมพ์. กรุงเทพมหานคร.
- อัครามีย, (2013). *อัลมุสนัด อัลญามิอุ (สุนัน อัครามีย)*. ดาร อัลบาชอิร อัลอิสลามียะฮฺ.
- อันนะวารี, (1930). *เศาะเหียะฮฺ มุสลิม บิ ชัรหิ อันนะวารี*. เล่ม 11. อัลมิกรียะฮฺ บิ อัลอัซฮัร. อิดาเราะฮฺ มุหัมมัด อับดุลลาฏีฟ.

- อับนุ หิซัม, อะบี มุหัมมัด อะลี อับนุ อะหมัด อับนุ สะอีด อับนุ หิซัม. (1352). **อัลมะหัลลา**. เล่ม 11. อิดาเราะฮ์ ฆุอะบาอะฮ์ อัลมุญีรียะฮ์ ลี มุหัมมัด มุญีร อัลดิมชากียะฮ์. อียิปต์.
- อับนุ อาปิตีน, มุหัมมัด อามีน อัชชะฮีร์ บิ อับนุ อาปิตีน.(1404). **หาซียะฮ์ อับนุ อาปิตีน อัลมุสัมมาฮ์ หาซียะฮ์ ร็อด อัลมุหตาร อะลา อัลดัร อัลมุคตาร**. พิมพ์ครั้งที่ 3. เล่ม 1,3. มะฏอบีฮ์ มุศฏาะฟา อัลบาบี อัลหัลบี.อียิปต์.
- อับรอฮีม อับนุ มุหัมมัด กอลิม, (2002). “**อะหกาม อัลอิญฮาย์ ฟิ อัลฟิฆะฮ์ อัลอิสลามียะฮ์**”. วิทยานิพนธ์ปริญญาโท มหาวิทยาลัยอัลอิมาม มุหัมมัด อับนุ สะอูด อัลอิสลามียะฮ์.
- อับดุลลอฮ์ อัลฆะรีฟี่,(ม.ป.ป.).**ตันซีม อันนัศลฺ วา เมากิฟ อัชชะรีอะฮ์ อัลอิสลามียะฮ์ มิน ฮุ. ม.ป.ท.**
- อรร็อมลี, ชัมสุดดีน มุหัมมัด อับนุ อะบี อัลอับบาส อะหมัด, (2003). **นิฮายะฮ์ อัลมุหตาดญ์ อีลา ชัรหฺ อัลมัน ฮาญญ์ ฟิ อัลฟิฆะฮ์ อะลา มัชฮับ อัลอิมาม อัชชาฟีอียะฮ์**. พิมพ์ครั้งที่ 3. เล่ม 8. ดาร อัลกูตุบ อัลอิสลามียะฮ์. เบรุต.
- อัลเกาะรอฟี,ชะฮาบุดดีน อะหมัด อับนุ อิดริส อัลเกาะรอฟี, (1994). **อัชชะเคีเราะฮ์**. เล่ม4 . มุหัมมัด หัจญี. ดาร อัลซัอรับี อัลอิสลามียะฮ์. เบรุต.
- อัลบะอูลี ,บัรุดดีน อะบี อับดุลลอฮ์ มุหัมมัด อับนุ อะลี ,(1368). **มุคตะศ็อร อัลพะตาวา อัลมิศรียะฮ์ ลี อิบนิ ตัยมียะฮ์. ดาร อัลกูตุบ อัลอิสลามียะฮ์**. เบรุต.
- อัลบะฮูตี, มัสนูร อับนุ ญุส อับนุ อิดริส อัลบะฮูตี, (1402).**กิชัฟ อัลกินาฮ์ อัน มะตัน อัลอิกันนาฮ์**.เล่มที่ 6. ดาร อัลฟิกร์. เบรุต.
- อัลญูฏี, มุหัมมัด สะอีด รอฆอน, (1976). **มัซอะละฮ์ ตะหดีด อันนัศลฺ วีกอยะฮ์ วะ อีลาญา**. มัคตะบะฮ์ อัลฟา รอบี.
- อัลเมาสุอะฮ์ อัลฟิฆียะฮ์ อัลญะเวดียะฮ์. มติณกัวิชาการอาวุโสของซาอูดิอารเบีย เลขที่ 140 วันที่ 20/6/1407. เล่ม 2.