

บทที่ 2

หลักการและแนวคิดเกี่ยวกับการทำแท้งเพื่อคุ้มครองสิทธิของหญิงมีครรภ์

ปัญหาการลักลอบทำแท้งเถื่อนในปัจจุบันมีปริมาณเพิ่มมากขึ้นสืบเนื่องมาจากปัจจัยหลายประการด้วยกันซึ่งสาเหตุหนึ่งที่เกิดจากการลักลอบทำแท้งเถื่อนกันอย่างกว้างขวางไม่เกรงกลัวกฎหมายคือสภาพการบังคับใช้กฎหมายในปัจจุบันที่มักจะขาดความชัดเจนแน่นอนทำให้ผู้ที่เกี่ยวข้องต่างมีการตีความกฎหมายไปในทางที่เป็นคุณแก่ตนเพื่อหลีกเลี่ยงกฎหมาย ปัญหาการทำแท้งเถื่อนจึงยังคงเป็นปัญหาสำคัญที่ควรได้รับการแก้ไข

2.1 แนวคิดพื้นฐานและวิวัฒนาการของกฎหมายทำแท้งในประเทศไทย

ประมวลกฎหมายอาญาของไทยที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันกำหนดให้การทำแท้งเป็นความผิด ประกอบด้วยความผิดในกรณีหญิงทำให้ตนเองแท้งหรือยินยอมให้ผู้อื่นทำให้ตนเองแท้งตามมาตรา 301 ความผิดในกรณีผู้ที่ทำให้หญิงแท้งโดยหญิงนั้นยินยอมตามมาตรา 302 และความผิดในกรณีผู้ที่ทำให้หญิงแท้งโดยหญิงนั้นไม่ยินยอมตามมาตรา 303 ความผิดฐานทำแท้งทั้งสามมาตราดังกล่าว กฎหมายทำโทษเมื่อทำแท้งสำเร็จ หากเป็นการพยายามทำแท้งตามมาตรา 304 กฎหมายยังคงถือว่าเป็นความผิดแต่ไม่ลงโทษซึ่งใช้กับกรณีหญิงที่พยายามทำแท้งหรือยอมให้ผู้อื่นทำแท้งแต่ไม่สำเร็จและผู้ที่ยกยอให้หญิงแท้งโดยหญิงนั้นยินยอมเพราะถือว่าผู้กระทำเปลี่ยนใจรักษาชีวิตทารกในครรภ์ เท่ากับเป็นการให้อภัยโดยกฎหมาย¹ นอกจากกรณีดังกล่าว กฎหมายเปิดช่องให้มีการยุติการตั้งครรภ์หรือทำแท้งได้ตามมาตรา 305 โดยไม่เป็นความผิดเฉพาะกรณีเพื่อสุขภาพของมารดาและกรณีที่การตั้งครรภ์นั้นเกิดขึ้นจากการกระทำผิดทางเพศโดยมีเงื่อนไขว่าการทำแท้งในทั้งสองกรณีนี้จะต้องกระทำโดยแพทย์เท่านั้น

กฎหมายอนุญาตให้มีการยุติการตั้งครรภ์หรือทำแท้งได้เฉพาะกรณีเพื่อสุขภาพของมารดาและในกรณีที่การตั้งครรภ์นั้นเกิดขึ้นจากการกระทำผิดทางเพศแม้จะเปิดช่องไว้บ้างสำหรับหญิงที่ตั้งครรภ์อันไม่พึงประสงค์ แต่ก็เป็นการเปิดโอกาสให้หญิงตั้งครรภ์เพียงส่วนหนึ่งเท่านั้น ด้วยเหตุนี้หญิงที่ตั้งครรภ์ไม่พึงประสงค์จึงเลือกทางออกด้วยการยุติการตั้งครรภ์หรือทำแท้งเถื่อนซึ่งผลที่ตามมาคือโรคแทรกซ้อนที่เกิดจากการทำแท้งสภาพของสังคมในปัจจุบันได้มีการ

¹ สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล. (2547). ปัญหาพิเศษในกฎหมายอาญา. น. 166.

รับวัฒนธรรมทางตะวันตกเข้ามาอย่างมากมายมีความเจริญทางวัตถุและสังคมอยู่ภายใต้อิทธิพลของสื่อต่างๆ สถานเริงรมย์ สิ่งอำนวยความสะดวก ปัญหาเสพติด ครอบครัวแตกแยกการย้ายถิ่นห่างไกลจากครอบครัวเข้าสู่สังคมเมืองเพื่อการศึกษาและหางานทำให้เกิดปัญหาการตั้งครุฑมากขึ้น และเนื่องจากการทำแท้ง เป็นเรื่องผิดกฎหมายของไทยซึ่งมีเพียง 2 กรณีที่สามารถทำแท้งได้คือเมื่อการตั้งครุฑจะเป็นอันตรายต่อสุขภาพของหญิงตั้งครุฑนั้นหรือกรณีถูกข่มขืนในแต่ละปีจึงมีการลักลอบทำแท้งในจำนวนที่สูงมากและมีแนวโน้มว่าปัญหานี้จะรุนแรงมากขึ้นเมื่อหญิงประสบปัญหาและเลือกทางออกโดยการทำแท้งทำให้เกิดการทำแท้งที่ไม่ปลอดภัยขึ้น²

จากการที่ได้มีการสำรวจสถานการณ์ในการทำแท้งในประเทศไทย³ ในปีพ.ศ. 2542 พบว่าหญิงที่เข้ามารักษาดังกล่าวจากภาวะแทรกซ้อนจากการทำแท้งเองและในโรงพยาบาลของรัฐจะมีอายุครรภ์เฉลี่ยขณะทำแท้งอยู่ที่ 13 สัปดาห์ ซึ่งเป็นช่วงอายุครรภ์ที่เสี่ยงต่ออันตรายและพบว่าภาวะแทรกซ้อนที่เป็นสาเหตุให้กลุ่มตัวอย่างที่ทำแท้งเองต้องเข้ารับการรักษายาบาลในโรงพยาบาลส่วนใหญ่เป็นการติดเชื้อและมดลูกทะลุ เนื่องจากการทำแท้งในขณะอายุครรภ์หลายสัปดาห์และผู้ให้บริการส่วนใหญ่เป็นผู้ไม่มีความรู้ทางการแพทย์ ซึ่งวิธีการทำแท้งที่นิยมใช้ในการทำแท้งนอกโรงพยาบาลที่เก็บข้อมูลได้ส่วนใหญ่มีการใช้วิธีที่เสี่ยงต่ออันตรายและการติดเชื้อได้แก่การสอดใส่สิ่งของเหลวต่างๆ หรืออุปกรณ์ของแข็งเข้าทางช่องคลอด เน้นยาทางช่องคลอดรับประทานยาเม็ดและบีบนิ้วบริเวณหน้าท้อง ซึ่งวิธีการทำแท้งตามที่กล่าวมาเหล่านี้หากกระทำโดยผู้ที่ขาดความรู้ความสามารถแล้วหญิงย่อมตกอยู่ในภาวะเสี่ยงต่ออันตรายที่จะเกิดขึ้นจากการเลือกวิธีการทำแท้งที่ไม่ถูกต้องและเหมาะสมหากหญิงมีครรภ์เลือกที่จะทำแท้งในโรงพยาบาลแพทย์ผู้ทำแท้งส่วนใหญ่จะใช้เครื่องมือขูดมดลูก เน้นยาทางช่องคลอดฉีดยาหรือน้ำเกลือทางเส้นเลือด ซึ่งพบว่าผู้ที่มาทำแท้งในโรงพยาบาลจะมีภาวะแทรกซ้อนน้อยกว่าผู้ที่มาทำแท้งจากสถานที่อื่นๆ เนื่องจากผู้ทำแท้งเป็นแพทย์ที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญและในโรงพยาบาลมีอุปกรณ์เครื่องมือทางการแพทย์ที่ครบถ้วนทันสมัยส่งผลให้หญิงที่มาใช้บริการได้รับความปลอดภัยมากกว่าการทำแท้งในสถานที่อื่น

² นภาพร หะวานนท์. (2538). การตั้งครุฑไม่พึงประสงค์และการยุติการตั้งครุฑ: ประเด็นท้าทายนโยบายการให้บริการของรัฐ. วารสารวิจัยระบบสาธารณสุข.

³ สุวรรณา วรคามิน และนงลักษณ์ บุญไทย. (2544). สรุปผลการสำรวจสถานการณ์การแท้งในประเทศไทย ปี 2542. กองวางแผนครอบครัวและประชากร.

2.1.1 การคุ้มครองสิทธิของหญิงมีครรภ์ตามหลักสากล

การศึกษาพบว่าไม่มีกฎหมายระหว่างประเทศที่บัญญัติเกี่ยวกับการทำแท้งไว้โดยเฉพาะ แต่มีกฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับการทำแท้งนั้นคือกฎหมายที่วางกรอบกำหนดเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชน

2.1.1.1 ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Universal Declaration of Human)

สิทธิที่จะมีชีวิต (Right to life) ถูกระบุไว้ในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Universal Declaration of Human) ของสหประชาชาติเมื่อปี 1948 ซึ่งประเทศไทยได้ลงชื่อสนับสนุนด้วยในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนเขียนไว้ว่า “มนุษย์ทุกคนมีสิทธิที่จะมีชีวิตอยู่อย่างเสรี และมีความปลอดภัยในชีวิต (Everyone has the right to life, liberty and security of person)”

ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนเป็นการประกาศเจตนารมณ์ในความร่วมมือระหว่างประเทศที่มีความสำคัญในการวางกรอบเบื้องต้นเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนและเป็นเอกสารหลักด้านสิทธิมนุษยชนฉบับแรก โดยที่ประชุมสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติให้การรับรองตามข้อมติที่ 217 A (III) เมื่อวันที่ 10 ธันวาคม พ.ศ. 2491 ก็ได้ให้ความสำคัญแก่สิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐานดังจะเห็นได้จากวรรค 5 ของคำปรารภที่กล่าวว่า “ด้วยเหตุที่บรรดาประชาชนแห่งสหประชาชาติได้ยืนยันไว้ในกฎบัตรถึงความเชื่อมั่นในสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐานในศักดิ์ศรีและคุณค่าของตัวบุคคลและในความเสมอภาคกันแห่งสิทธิทั้งของชายและหญิงและได้ตัดสินใจที่จะส่งเสริมความก้าวหน้าทางสังคมตลอดจนมาตรฐานแห่งชาติให้ดีขึ้นได้มีเสรีภาพมากขึ้น⁴

ปฏิญญาสากลฉบับนี้ได้ให้การรับรองสิทธิในร่างกายไว้ในมาตราที่ 3 ว่า บุคคลมีสิทธิในการดำรงชีวิตในเสรีธรรมและความมั่นคงแห่งร่างกายในเรื่องของสตรีนั้น⁵ อาจจะกล่าวว่าสิทธิมนุษยชนและสิทธิของสตรีนั้นมีความเกี่ยวเนื่องกันเพราะสตรีก็เป็นมนุษย์ชนย่อมได้รับสิทธิที่เสมอภาคเท่าเทียมกับบุรุษจากวัตถุประสงค์และหลักการขององค์การสหประชาชาติ ซึ่งกำหนดไว้ใน (3) เพื่อบรรลุความร่วมมือระหว่างประเทศในการแก้ปัญหาทางเศรษฐกิจ สังคม วัฒนธรรมหรือปัญหามนุษยชาติระหว่างประเทศ และเพื่อส่งเสริมและสนับสนุนการเคารพในสิทธิมนุษยชนและ

⁴ “Whereas the peoples of the United Nations have in the Charter reaffirmed their faith in fundamental human rights, in the dignity and worth of the human person and in the equal rights of men and women and have determined to promote social progress and better standards of life in larger freedom.”

⁵ Article 3 : Everyone has the right to life, liberty and security of person.

⁶ วสันต์ หาญณรงค์. (2549). ปัญหาเกี่ยวกับข้อบังคับของประมวลกฎหมายอาญาความผิดฐานทำแท้ง. การศึกษาอิสระนิติศาสตรมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยรามคำแหง. น. 40.

เสรีภาพของทุกคนโดยไม่จำกัดเพศ เชื้อชาติ ภาษา ศาสนา ดังนั้นสิทธิมนุษยชนจึงเป็นของสตรีหรือมวลสตรีก็มีสิทธิมนุษยชนด้วยและไม่ใช่มืออย่างธรรมดาแต่มีเท่าเทียมกับบุรุษด้วย

นอกจากสตรีจะได้รับคุ้มครองโดยหลักสิทธิมนุษยชนในฐานะมนุษยชาติด้วย ตามประกาศปริญญาดว่าด้วยสิทธิมนุษยชนขององค์การสหประชาชาติแล้วเอกสารฉบับที่ถือว่าสำคัญที่วางหลักการคุ้มครองสตรีไว้โดยเฉพาะคืออนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีทุกรูปแบบ ซึ่งองค์การสหประชาชาติ ได้ประกาศให้ประเทศต่างๆ ได้ลงนามเป็นภาคี ในการประชุมสมัยที่ 34 เมื่อวันที่ 18 ธันวาคม พ.ศ.2522 และประกาศใช้ในปี 2534 เมื่อได้รับการรับรองจาก 20 ประเทศ ปัจจุบันได้มีประเทศต่างลงนามให้สัตยาบัน (Ratification) หรือ ภาคนานูวัติ (Accession) อนุสัญญานี้แล้ว 99 ประเทศ รวมทั้งประเทศไทยที่ได้ร่วมลงนามเป็นภาคีในอนุสัญญาดังกล่าว

ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนได้มีคำปรารภเกี่ยวกับสิทธิของเด็กในการมีชีวิต “ด้วยเหตุที่การยอมรับศักดิ์ศรีประจำตัว และสิทธิซึ่งเสมอกันและไม่อาจโอนแก่กันได้ของสมาชิกทั้งปวงแห่งครอบครัวมนุษยเป็นรากฐานของเสรีภาพ ความยุติธรรม และสันติภาพในพิภพด้วยเหตุที่การเฝ้าเฉย และคูหมิ่นเหยียดหยามสิทธิมนุษยชนได้ก่อให้เกิดการอันป่าเถื่อน โหดร้ายทารุณ ซึ่งได้กระทบกระเทือนมโนธรรมของมนุษยชาติอย่างรุนแรง และโดยเหตุที่ได้มีการประกาศปณิธานอันสูงสุดของสามัญชนว่าถึงวาระแห่งโลกแล้วที่มนุษย์จะมีเสรีภาพในการพูดและในความเชื่อถือรวมทั้งมีเสรีภาพจากความกลัวและความต้องการ

ด้วยเหตุที่เป็นสิ่งจำเป็นสิทธิมนุษยชนควรได้รับความคุ้มครองโดยหลักนิติธรรมถ้าไม่พึงประสงค์ให้มนุษย์ต้องถูกบีบบังคับให้หาทางออกโดยการกบฏต่อพระราชและการกดขี่อันเป็นที่พึงแห่งสุดท้าย

ด้วยเหตุที่ประชาชนแห่งสหประชาชาติได้ยืนยันไว้ในกฎบัตรถึงความเชื่อมั่นในสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐานในศักดิ์ศรีและคุณค่าของตัวบุคคลและในความเสมอกันแห่งสิทธิของทั้งชายและหญิงและได้ตัดสินใจที่จะส่งเสริมความก้าวหน้าทางสังคมตลอดจนมาตรฐานแห่งชาติให้ดีขึ้นได้มีเสรีภาพมากขึ้น

ด้วยเหตุที่รัฐสมาชิกได้ปฏิญาณที่จะให้ได้มาโดยร่วมมือกับสหประชาชาติซึ่งการส่งเสริมการเคารพและการถือปฏิบัติโดยสากลต่อสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน

ด้วยเหตุที่ความเข้าใจตรงกันในเรื่องสิทธิและเสรีภาพมีความสำคัญยิ่งเพื่อให้ปฏิญานี้เกิดสัมฤทธิ์ผลอย่างเต็มเปี่ยม

ดังนั้น บัดนี้สมัชชาจึงประกาศให้ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนนี้เป็นมาตรฐานร่วมกันแห่งความสำเร็จสำหรับประชาชนทั้งหลายและประชาชาติทั้งปวงด้วยจุดประสงค์ที่จะให้

ปัจเจกบุคคลทุกผู้ทุกนามและองค์กรของสังคมทุกหน่วยโดยการระลึกเสมอถึงปฏิญญานี้พยายามสั่งสอนและให้การสอนและให้การศึกษาเพื่อส่งเสริมความเคารพต่อสิทธิและเสรีภาพเหล่านี้และด้วยมาตรฐานที่เจริญก้าวหน้าไปข้างหน้า ทั้งในและระหว่างประเทศเพื่อให้ได้มาซึ่งการยอมรับและการถือปฏิบัติต่อสิทธิเหล่านั้นสากลและได้ผลทั้งในหมู่ประชาชนของรัฐสมาชิกเองและในหมู่ประชาชนแห่งดินแดนที่อยู่ภายใต้ดูแลอาณานิคมของรัฐสมาชิกดังกล่าว”

ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน หรือ UDHR นี้ ได้รับการรับรองและประกาศใช้มาตั้งแต่ พ.ศ.2491 ซึ่งก็เป็นระยะเวลาประมาณกว่าหกสิบปีมาแล้วสิ่งที่เกิดขึ้นคือปฏิญญานี้มีผลอยู่ไม่ทางใดก็ทางหนึ่งในการที่จะสนับสนุนและส่งเสริมให้เกิดการรับรองคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในแง่มุมต่างๆ ในรัฐที่เป็นภาคีสมาชิก ทำให้เกิดการรับรองสิทธิมนุษยชนโดยกฎหมายภายในประเทศของหลายๆประเทศ ตลอดจนการอิงเนื้อหาของปฏิญญานี้ ซึ่งโดยส่วนตัวแล้วข้าพเจ้าคิดว่าปฏิญญา UDHR ฉบับนี้ เป็นเครื่องมือที่สำคัญอย่างยิ่งเป็นกฎหมายระหว่างประเทศที่ประชาคมระหว่างประเทศผลิตขึ้นมาและมีผลที่ดียิ่งต่อการรับรองและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนอย่างทั่วถึงทั่วโลก แม้ว่าปัญหาที่เกิดขึ้นอาจจะยังคงไม่จบสิ้นลงไปง่ายๆแต่ก็ลดลงและได้รับการแก้ไขเยียวยาให้เป็นที่ไปในทางที่ดีขึ้น ปฏิญญาสากลฉบับนี้จึงเป็นเสมือนความหวังที่มีคุณค่าที่เข้ามาแก้ไขปัญหาคือความเหลื่อมล้ำของการปฏิบัติต่อกันของมนุษย์อันเนื่องมาจากทัศนคติความคิดที่แตกต่างกันในสัมพันธภาพระหว่างบุคคล⁷

2.1.1.2 อนุสัญญาอเมริกันว่าด้วยมนุษยชน

อนุสัญญาอเมริกันว่าด้วยมนุษยชนซึ่งเป็นเอกสารสากลอันเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนที่ประเทศในทวีปอเมริกาให้การรับรองในการประชุมที่ออสตาริกาเมื่อปี 1969 โดยมีผลใช้บังคับหลังจากที่ได้มีการให้สัตยาบันโดยประเทศเกรนาดาเมื่อวันที่ 18 กรกฎาคม พ.ศ. 2521 มีบทบัญญัติในมาตรา 4.1 ว่า บุคคลทุกคนมีสิทธิที่จะได้รับความเคารพในชีวิต สิทธิดังกล่าวนี้จะได้รับการปกป้องโดยกฎหมายและปกป้องจากกรอบความคิดในสังคมขณะนั้น⁸ อนุสัญญานี้มีผลผูกพันเพียงแค่ 24 รัฐจาก 35 รัฐสมาชิกขององค์การรัฐอเมริกัน (Organization of American states)

กฎหมายระหว่างประเทศทั้งสองฉบับนี้ต่างก็มุ่งที่จะเคารพสิทธิในชีวิต ซึ่งก็หมายความว่า หญิงที่ตั้งครรภ์แต่ละคนต่างก็มีสิทธิในชีวิตของตนที่จะตัดสินใจเกี่ยวกับร่างกายของตนว่าจะตั้งครรภ์ต่อไปเพื่อให้กำเนิดเด็กในครรภ์หรือไม่ ผู้อื่นจึงจะต้องเคารพสิทธิในการตัดสินใจ

⁷ กานตาคินน์ เหมพงศ์พันธุ์. (2552). ปัญหาการทำแท้งได้โดยชอบด้วยกฎหมาย. น. 35-37.

⁸ Article 4.1 (Right to Life): Every person has right to have his life respected. This right shall be protected by law and, in general, from the moment of conception. No one shall be arbitrarily deprived of his life.

เกี่ยวกับการตั้งครรภ์ของหญิง ด้วยเหตุนี้หลายประเทศที่เคารพสิทธิมนุษยชนและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์จึงเห็นควรให้หญิงมีสิทธิที่จะทำแท้งได้

2.1.1.3 องค์การอนามัยโลก

องค์การอนามัยโลกได้ให้ความหมายของการตายคลอด คือการตายของทารกหรือผลผลิตของการตั้งครรภ์ก่อนที่จะออกมาจากมารดาโดยไม่คำนึงว่าการตั้งครรภ์นั้นเป็นระยะเวลาเท่าใด การตายของทารกดังกล่าวแสดงให้เห็นปรากฏโดยที่เด็กเมื่อออกมาแล้วไม่หายใจหรือไม่แสดงอาการของชีวิตใดๆเหล่านี้ คือหัวใจเต้น ชีพจรเต้น หรือสายสะดือเต้น รวมทั้งการเคลื่อนไหวของกล้ามเนื้อที่ร่างกายบังคับได้⁹

การทำแท้งของผู้หญิงหลังจากทำแท้งมักจะประสบกับปัญหาด้านสุขภาพ ซึ่งแม้ว่าจำนวนผู้หญิงที่ทำแท้งทั่วโลกจะมีจำนวนค่อนข้างคงที่ โดยผู้หญิงทุกๆ 1,000 คนจะมีคนที่ทำแท้งราว 28 คนแต่จำนวนของคลินิกที่ไม่ได้มาตรฐานที่รับทำแท้งทั่วโลกนั้นมีแนวโน้มเพิ่มขึ้นอย่างเห็นได้ชัด จากเดิมที่เคยอยู่ที่ร้อยละ 44 เพิ่มขึ้นเป็นร้อยละ 49 ซึ่งทาง WHO มองว่าเป็นตัวเลขที่น่ากังวลเป็นอย่างยิ่งปัจจุบันผู้หญิงจำนวนมาก ที่ต้องเสียชีวิตจากการทำแท้งที่ไม่ปลอดภัยเนื่องจากพวกเธอเลือกที่จะไปทำแท้งในคลินิก หรือสถานพยาบาลที่ไม่ได้คุณภาพทำให้เกิดการติดเชื้อ หรือมีปัญหาทางสุขภาพอื่นๆ ตามมา บางรายอาจถึงขั้นเสียชีวิตนอกจากนี้ ผลสำรวจล่าสุดยังระบุไว้อีกว่าในประเทศกำลังพัฒนาที่กฎหมายทำแท้งค่อนข้างเข้มงวด มีผลโดยตรงให้ผู้หญิงจำนวนมากเลือกที่จะไปทำแท้งในคลินิกที่ไม่ได้คุณภาพแทน ซึ่งผู้หญิงถึงร้อยละ 97 ในทวีปแอฟริกายืนยันว่า การทำแท้งดังกล่าวเป็นอันตรายต่อสุขภาพเป็นอย่างยิ่ง ขณะที่อัตราการทำแท้งที่ไม่ปลอดภัยในทวีปละตินอเมริกา พบว่ามีมากถึงร้อยละ 95 ในทวีปเอเชีย ร้อยละ 40 โซนโอเชียเนีย ร้อยละ 15 และในยุโรป ถือว่ามีอัตราน้อยที่สุด เพียงร้อยละ 9 เท่านั้น

ประเทศที่พัฒนาแล้วอย่างประเทศอังกฤษที่ทางรัฐบาลให้การสนับสนุนงบประมาณด้านการศึกษาวิจัยเกี่ยวกับการทำแท้งโดยผู้หญิงทุกคนควรมีสิทธิที่จะตัดสินใจอนาคตของตัวเอง ดังนั้นเธอจึงเลือกได้ว่าจะตั้งครรภ์หรือจะทำแท้ง ซึ่งสิ่งที่รัฐบาลสามารถช่วยได้ก็คือการอำนวยความสะดวกให้ผู้หญิงทุกคนเข้าถึงการคุมกำเนิดที่ปลอดภัยและทันสมัยได้เพื่อป้องกันการตั้งครรภ์แบบไม่พึงประสงค์ ซึ่งจะเป็นปัญหาตามมาในภายหลัง

2.1.2 มาตรฐานและหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการทำแท้ง

กฎหมายว่าด้วยการทำแท้งของไทยได้บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญาอาณามาตรา 301 ถึงมาตรา 305 ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่กำหนดบทลงโทษสำหรับผู้ที่ทำแท้งโดยผิดกฎหมายเอาไว้ แต่อย่างไรก็ตามในสังคมไทยในปัจจุบันคงจะปฏิเสธไม่ได้ว่า การทำแท้ง เป็นประเด็นปัญหาทาง

⁹ แสง บุญเฉลิมวิภาส. (2540). กฎหมายการแพทย์. น. 37.

สังคมอย่างหนึ่งที่เกิดขึ้นบ่อย แม้ว่าจะไม่มีข้อมูลยืนยันตายตัวว่ามีอัตราการล้มเหลวทำแท้งในแต่ละปีมีเพียงใดก็ตามเนื่องจากการทำแท้งเป็นสิ่งที่ผิดกฎหมายและเป็นการกระทำที่หลบซ่อน อย่างไรก็ตามข่าวตามหน้าหนังสือพิมพ์ โทรทัศน์ หรือสื่อต่างๆมักมีการเสนอภาพการจับกุมกวาดล้างคลินิกเถื่อน ภาพการทำแท้งของหญิง ภาพของทารกตัวอ่อนที่ถูกทำลายทิ้งในถังขยะหรือในโถส้วม รวมถึงวิธีการทำแท้งใหม่ๆที่ถูกนำมาใช้ให้เกิดการทำแท้ง ซึ่งการกระทำดังกล่าวมีความเสี่ยงที่จะก่อให้เกิดอันตรายไม่ว่าจะเป็นการติดเชื้อ การแท้งที่ไม่สมบูรณ์ หรือความพิการของทารกที่คลอดออกมา¹⁰

2.1.2.1 มาตรฐานทางด้านความปลอดภัย

สังคมไทยการล้มเหลวทำแท้งโดยผิดกฎหมายเกิดขึ้นเป็นอันมากแม้กระทั่งหมอเองก็เปิดคลินิกเถื่อน อีกทั้งอัตราการเสี่ยงถูกจับและลงโทษมีน้อยมากธุรกิจนี้จึงค่อยๆ เบ่งบานเป็นดอกเห็ดตามชุมชนต่างๆถึงขนาดแพทย์ระดับฝีมือด้านนี้ยังหันมาเปิดสถานบริการรับทำแท้งเองและเมื่อจับแล้วทางด้านกฎหมายบางครั้งก็ไม่อาจลงโทษผู้กระทำผิดได้ ซึ่งสถานบริการบางแห่งได้ลงโฆษณาด้วยคำเป็นความหมายย่อๆ แบนเบอร์โทรศัพท์เอาไว้ เช่น รับปรึกษาวางแผนครอบครัว รับปรึกษาเกี่ยวกับการตั้งครรภ์และคุมกำเนิด หญิงที่ประสบปัญหาไม่ต้องการตั้งครรภ์ต่อไป การที่หญิงตกลงที่จะเข้าไปใช้บริการในที่เช่นนี้จะทำให้หญิงนั้นต้องประสบอันตรายจากการทำแท้งจนถึงแก่ชีวิต หรือมีโรคแทรกซ้อนจนต้องเข้ารับการเยียวยาจากโรงพยาบาลของรัฐเป็นจำนวนมาก

การทำแท้งไม่ปลอดภัย เป็นการทำแท้งเนื่องจากเกิดการตั้งครรภ์ไม่ปรารถนา หรือไม่พึงประสงค์ หรือตั้งครรภ์ไม่พร้อม ทำแท้งโดยผู้ที่ไม่มีความรู้ความสามารถ ทำในสถานที่และเครื่องมือที่ไม่สะอาด ทำให้เกิดความไม่ปลอดภัยเป็นอันตรายต่อสุขภาพของผู้ถูกกระทำอย่างมากเมื่อตั้งท้องโดยไม่ได้อาสาไว้ ก็จะเกิดการไม่สบายได้ หรือไม่พร้อม ซึ่งเนื่องมาจากปัญหาทางด้านเศรษฐกิจ สังคม หรือยังเป็นวัยรุ่นยังอยู่ในวัยเรียน ยังไม่ได้แต่งงาน พบว่าวัยรุ่นมีการตั้งท้องไม่พร้อมจำนวนมาก ซึ่งมักจะหาทางออกโดยการไปทำแท้ง และมักจะไปทำแท้งโดยผู้ที่ไม่ใช่แพทย์ ไม่มีความรู้ ทำโดยไม่สะอาด ซึ่งเรียกรวมกันว่า “ทำแท้งไม่ปลอดภัย” ซึ่งผิดกฎหมาย การล้มเหลวทำแท้งทำให้เกิดอันตรายต่อสุขภาพอย่างมาก บางรายก็ไปซื้อยามากินเอง ซื้อยามาเหน็บช่องคลอด ยาเหล่านี้จะล้มเหลวซื้อขายกันในตลาดมืด หรือซื้อขายผ่านอินเทอร์เน็ต ซึ่งมีราคาสูงมากเมื่อหลายร้อยบาท รายที่ไปล้มเหลวทำแท้งส่วนหนึ่งจะไม่เกิดผลแทรกซ้อน ก็นับว่าโชคดีไป แต่

¹⁰ วิลาสินี พนานครทรัพย์. (2550). เสริมหลักสูตรข้อออกเสียงเกี่ยวกับการทำแท้ง (รายงานผลการวิจัย).

ส่วนใหญ่ผู้ที่ไปลักลอบทำแท้ง มักจะเกิดผลแทรกซ้อนตามมาหลายอย่าง ได้แก่ การตกเลือด เลือดออกมาก อักเสบติดเชื้อ มดลูกเน่า บางรายใช้เครื่องมือทำให้มดลูกทะลุ หลายรายต้องเข้ารับการ รักษาในโรงพยาบาล มีการติดเชื้อรุนแรงจนแพทย์ไม่สามารถช่วยได้ ต้องลงท้ายด้วยการถูกตัด มดลูกเพื่อช่วยชีวิต แต่บางรายแพทย์ช่วยไม่ทัน ก็เสียชีวิต ในแต่ละปีจะมีผู้เสียชีวิตจากการทำแท้ง ไม่ปลอดภัยหลายสิบราย และยังมีที่ไม่เปิดเผยอีกเป็นจำนวนมาก อัตราตาย 300-500 รายต่อการทำ แท้ง 100,000 ครั้ง บางรายแม้จะผ่านเหตุการณ์ตอนต้นไปได้ แต่ก็จะมีอาการอักเสบเรื้อรังตามมา เช่น ปวดท้องน้อยเรื้อรัง ตกขาวบ่อย ๆ เมื่อพร้อมที่จะมีลูกก็มีไม่ได้ เพราะเป็นหมัน จากท่อนำไข่อักเสบ ติดเชื้อและอุดตัน บางรายตั้งท้องได้ ก็ยังไม่วายจะเกิดปัญหาที่รกฝังตัวลึกในเนื้อมดลูก ทำให้มดลูก แรกขณะที่ยังตั้งท้องไม่ครบกำหนด หรือเพิ่งจะเริ่มเจ็บครรภ์ มดลูกก็แตกเสียก่อน เป็นอันตรายถึง แก่ชีวิต โดยที่แพทย์ไม่สามารถช่วยได้ทัน เพราะเหตุการณ์เช่นนี้จะเกิดขึ้นอย่างรวดเร็วมาก¹¹

ประเทศไทยเป็นหนึ่งในประเทศสมาชิกของการประชุมครั้งสำคัญๆของโลกและ ได้ร่วมลงนามในสัตยาบันของแผนปฏิบัติการในการประชุมนานาชาติว่าด้วยประชากรและการ พัฒนา (International Conference on Population and Development-ICPD) ที่กรุงไคโรประเทศ อียิปต์ ในปี พ.ศ. 2534 และการประชุมสตรีโลกที่กรุงปักกิ่งในปี พ.ศ. 2538 และร่วมรับรอง เป้าหมายแห่งสหัสวรรษ (Millennium Development Goals-MDGs) ในการประชุมขององค์การ สหประชาชาติ ซึ่ง MDG ข้อที่ 5 มีเป้าหมายเพื่อพัฒนางานอนามัยการเจริญพันธุ์และลดการตายของ มารดา (ระหว่างตั้งครรภ์คลอด และหลังคลอด) ลง 3 ใน 4 ภายในปี 2558 รวมทั้งได้ลงนามใน อนุสัญญาว่าด้วยการขจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีทุกรูปแบบ (Convention on the Elimination of All Form of Discrimination Against Women-CEDAW) ซึ่งในทุกๆ การประชุมที่กล่าวมานั้นต่างก็เน้น ความสำคัญของการส่งเสริมสุขภาพอนามัยการเจริญพันธุ์ของสตรีรวมทั้งสิทธิและการเท่าเทียม ของสตรีโดยเฉพาะสิทธิในการเข้าถึงบริการอนามัยการเจริญพันธุ์ที่ปลอดภัยและมีคุณภาพซึ่งสิทธิ อนามัยการเจริญพันธุ์ของสตรีนี้หมายถึงสิทธิในการมีชีวิตที่มีคุณภาพสิทธิในการเข้าถึงข้อมูล ข่าวสารและการศึกษา การได้รับบริการสุขภาพที่มีมาตรฐานการได้รับความเป็นส่วนตัวและรักษา ความลับ มีอิสระทางความคิดมีสิทธิในการรอดพ้นจากการถูกเลือกปฏิบัติมีสิทธิในการที่จะเลือก แต่งงานหรือวางแผนครอบครัวอย่างมีอิสระมีสิทธิในการที่จะตัดสินใจว่าจะมีบุตรหรือไม่ มี เมื่อไหร่และมีเท่าใดมีการกล่าวถึงกรณีการทำแท้งไม่ผิดกฎหมายในแผนการปฏิบัติข้อหนึ่งของ การประชุมนานาชาติว่าด้วยประชากรและการพัฒนาโดยระบุว่าระบบบริการสาธารณสุขควรจัดให้

¹¹ อันตรายจากการทำแท้งที่ไม่ปลอดภัย. สืบค้นเมื่อ 6 มิถุนายน 2555, จาก

มีการอบรม ให้ความรู้รวมทั้งสนับสนุนวัสดุอุปกรณ์ในการให้บริการและมีมาตรการที่มั่นใจได้ว่าการทำแท้งนั้นต้องปลอดภัยและเข้าถึงได้รวมถึงการจัดให้มีมาตรการอื่นๆที่เกี่ยวข้องในการที่จะคุ้มครองสุขภาพและชีวิตของสตรีด้วยในประเทศไทยกฎหมายเป็นองค์ประกอบหนึ่งที่เกี่ยวข้องกับสิทธิอนามัยการเจริญพันธุ์และการแท้งที่ไม่ปลอดภัย

การป้องกันการแท้งที่ไม่ปลอดภัยและภาวะแทรกซ้อนเป็นหนึ่งใน 10 องค์ประกอบงานอนามัยการเจริญพันธุ์โดยกรมอนามัย กระทรวงสาธารณสุขเพราะการตายของหญิงวัยเจริญพันธุ์จากการแท้งที่ไม่ปลอดภัยเป็นปัจจัยทำให้อัตราการป่วยและตายของมารดาขณะตั้งครรภ์ของประเทศยังอยู่ในเกณฑ์ที่สูงอยู่นอกจากนี้แพทยสภาได้กำหนดให้มีข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยหลักเกณฑ์ปฏิบัติเกี่ยวกับการยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ตามมาตรา 305 แห่งประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2548 ซึ่งข้อบังคับนี้ได้ประกาศในราชกิจจานุเบกษาเมื่อวันที่ 15 ธันวาคม 2548 เพื่อเป็นแนวทางให้แพทย์ยึดถือปฏิบัติ โดยได้กำหนดความหมายของ คำว่า "สุขภาพ" ในกฎหมาย 305 ให้ครอบคลุมทั้งสุขภาพกายและจิตใจของหญิงตั้งครรภ์ตามคำนิยามขององค์การอนามัยโลกและอนุญาตให้แพทย์ยุติการตั้งครรภ์ได้ในกรณีหญิงตั้งครรภ์มีปัญหาสุขภาพด้านร่างกายหรือจิตใจรวมทั้งกรณีที่หญิงตั้งครรภ์เกิดความเครียดเมื่อพบว่าทารกในครรภ์มีปัญหาสุขภาพมีโรคพันธุกรรมหรือมีความพิการทางร่างกายหรือสติปัญญาและอนุญาตให้แพทย์ทำการยุติการตั้งครรภ์ในสถานพยาบาลและคลินิกที่ไม่มีเตียงได้ถึงอายุครรภ์ 12 สัปดาห์ ส่วนอายุครรภ์ที่มากขึ้นให้กระทำในสถานพยาบาลที่มีเตียงเพื่อคำนึงถึงความปลอดภัยของหญิงเป็นสำคัญโดยคำนึงถึงสิทธิในการได้รับบริการ สิทธิในการตัดสินใจของผู้หญิง มาตรฐานบริการจริยธรรมในการประกอบวิชาชีพและสิทธิในการได้รับความคุ้มครองทางกฎหมายของผู้ให้บริการด้วย¹²

ประเทศไทยได้มีการรวบรวมสถิติจำนวนหญิงที่ทำแท้งในแต่ละปีพบว่าอยู่ในค่าเฉลี่ย 3 แสนรายต่อปีและหญิงที่ได้รับอันตรายจากการทำแท้งอยู่ที่ค่าเฉลี่ย 300 คนต่อ 100,000 คนจากการศึกษาพบว่าผู้หญิงเกิดภาวะแทรกซ้อนจากการทำแท้งและมารับการรักษาตัวเองต้องเผชิญกับอาการแทรกซ้อนหลายอย่าง เช่น ตกเลือดอย่างหนัก บาดทะยักการติดเชื้อเข้ากระแสโลหิต การอักเสบของอุ้งเชิงกราน ภาวะแทรกซ้อนในปอด ภาวะไตวายเกิดลิ่มเลือดในหลอดเลือดเป็นต้นหญิงที่ได้รับอันตรายจากการทำแท้งที่เข้ารับการรักษาในภาครัฐนั้นมีจำนวนมากซึ่งเห็นได้จากสถิติค่าใช้จ่ายของภาครัฐในการรักษาพยาบาลผู้ที่มิภาวะแทรกซ้อนจากการทำแท้งที่ได้มีการสำรวจในปี พ.ศ. 2552 มีจำนวนเงินถึง 123.3 ซึ่งยังไม่รวมค่าสูญเสียทางด้านจิตใจ สูญญ่วัยวะกรณีถูกตัด

¹² สิทธิและกฎหมายเกี่ยวกับการทำแท้งที่ไม่ปลอดภัย. สืบค้นเมื่อ 6 มิถุนายน 2555, จาก

มดลูกและค่าใช้จ่ายอื่นๆอีก¹³ และกระทรวงสาธารณสุขได้คิดค่าเฉลี่ยค่าใช้จ่ายการทำแท้งตกรายละ 2654 บาท แต่ค่ารักษาพยาบาลหลังจากการทำแท้งประมาณ 21,024 ต่อราย สะท้อนให้เห็นว่าผู้หญิงไทยเข้าไม่ถึงการรักษาที่มีคุณภาพ¹⁴

ความปลอดภัยของการทำแท้งไม่ได้ขึ้นอยู่กับสถานะทางกฎหมายเท่านั้นเพราะแม้กฎหมายจะอนุญาตให้มีการทำแท้งได้โดยมีเงื่อนไขน้อยที่สุดแล้วก็ตามปัจจัยอื่นๆยังคงเข้ามาเกี่ยวข้องกับความปลอดภัยของการทำแท้ง เช่น ไม่มีการจัดบริการทำแท้งที่ปลอดภัยแก่ประชาชน การกำหนดให้ต้องมีการเซ็นชื่อยินยอมจากสามีหรือผู้ปกครองการผ่านคณะกรรมการให้คำปรึกษา ก่อนทำแท้งการกำหนดให้มีผู้เชี่ยวชาญลงความเห็นว่สมควรได้รับการทำแท้งรวมถึงค่าใช้จ่ายของการทำแท้งที่สูงเกินไปปัจจัยเหล่านี้ส่งผลให้ผู้หญิงหันไปหาบริการที่ไม่ได้มาตรฐานหรือผิดกฎหมายหรือหากผู้หญิงต้องผ่านกระบวนการที่ยุ่งยากในการขอรับบริการทำแท้งที่ถูกกฎหมาย โอกาสที่ผู้หญิงจะได้รับบริการทำแท้งโดยเร็วที่สุด ในช่วงที่อายุครรภ์ไม่มากก็จะลดลง ซึ่งจะมีผลกระทบมหาศาลต่อชีวิตและความปลอดภัยของผู้หญิง

1) มาตรฐานความปลอดภัยภายใต้เงื่อนไขเกี่ยวกับอายุครรภ์

การทำแท้งที่ปลอดภัยสิ่งทีขาดไม่ได้จะต้องคำนึงถึง คือ อายุครรภ์ เนื่องจากการทำแท้งที่หญิงจะได้รับความปลอดภัยที่สุดนั้นจะต้องกระทำในขณะที่อายุครรภ์ยังน้อยอยู่ หากมีการอนุญาตให้มีการทำแท้งเมื่ออายุครรภ์มากสิ่งทีตามมาย่อมหนีไม่พ้นอันตรายที่จะเกิดขึ้นกับหญิง ซึ่งอันตรายของการทำแท้งที่อายุครรภ์มากที่พบเห็นได้บ่อยคือ การตกเลือดซึ่งเป็นอาการของผู้ที่มีการแท้งลูกในขณะที่มีอายุครรภ์มาก ดังนั้นในการที่จะอนุญาตให้มีการยุติการตั้งครรภ์จึงควรคำนึงถึงอายุครรภ์เป็นสำคัญเพื่อเป็นแนวทางในการปฏิบัติของแพทย์ผู้ทำแท้งการกำหนดอายุครรภ์ที่มีสิทธิจะร้องขอให้แพทย์ทำแท้งที่เป็นปัญหาในทางปฏิบัติมาก คือ กรณีหญิงถูกกระทำความผิดทางอาญาเนื่องจากการทำแท้งตามอนุमतรานี้จะต้องรอให้ศาลมีคำพิพากษาก่อนหรือไม่ซึ่งหากต้องรอนกว่าศาลจะมีคำพิพากษาถึงที่สุด คงจะเลยเวลาที่แพทย์จะสามารถทำแท้งได้หรือเด็กอาจจะคลอดก่อนซึ่งในทางปฏิบัติใครจะเป็นผู้วินิจฉัยว่าสามารถทำแท้งได้ เรื่องนี้จึงเป็นเรื่องที่สร้างความลำบากให้หญิงที่ถูกข่มขืนและแพทย์ที่จะทำแท้งตลอดจนผู้ที่เกี่ยวข้อง ซึ่งหากแพทย์ตัดสินใจทำแท้งให้หญิงโดยไม่รอศาลพิพากษาเพราะกลัวอายุครรภ์จะเยอะแล้วอาจก่อให้เกิดอันตรายต่อหญิงแต่ต่อมากดีขึ้นสู่ศาลแต่ศาลกลับตัดสินคดีว่ามีใช้การข่มขืนแล้วการทำแท้งที่นำไป

¹³ สถิติและสถานการณ์ทำแท้งในประเทศไทย. มูลนิธิสุขภาพและสิทธิอนามัยการเจริญพันธุ์ของสตรี (แห่งประเทศไทย). สืบค้นเมื่อ 10 มิถุนายน 2555, จาก <http://www.womenhealth.or.th/home-facts-aboriton.html>.

¹⁴ วิทยาลัยประชากรศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. (2554). สารพันความรู้ประชากรในรอบปี พ.ศ. 2553. น. 8.

ใครบ้างที่จะต้องรับผิดชอบ จากปัญหาดังกล่าวจะเห็นได้ชัดเจนว่าเงื่อนไขเกี่ยวกับอายุครรภ์มีความสำคัญเป็นอย่างมากที่จะนำไปสู่ปัญหาต่างๆที่จะตามมา¹⁵

ทางชีววิทยามีคำอธิบายการเริ่มต้นของชีวิตในครรภ์ว่า ในเวลาของการไข่ตก (14 วันก่อนที่ประจำเดือนจะมา) ไข่จะออกจากรังไข่และผ่านไปยังปีกมดลูก เวลานี้จะมีระยะไข่เป็นจำนวนมากและช่วยให้สเปิร์มสามารถเข้าไปได้สะดวก ทุกสิ่งพร้อมสำหรับการปฏิสนธิถ้ามีเพศสัมพันธ์คือการปล่อยน้ำเชื้อเข้าไปในช่องคลอด ไข่ยังคงอยู่ในปลายสุดของท่อใกล้กับรังไข่ สเปิร์มผ่านจากช่องคลอดเข้าไปในมดลูกแล้วเข้าไปในท่อ การปฏิสนธิเป็นการเกี่ยวข้องระหว่างไข่ 1 ฟอง กับสเปิร์มเป็นล้านๆ ตัวโดยจะมีเพียงหนึ่งตัวเท่านั้นที่จะเข้าไปในไข่ได้ เมื่อไข่ผสมกับอสุจิก็จะพัฒนาไปเป็นตัวอ่อนในครรภ์มารดาต่อไป¹⁶ ซึ่งในทางวิทยาศาสตร์การแพทย์ทารกในครรภ์นั้นถือว่าเริ่มต้นชีวิตใหม่ตั้งแต่ปฏิสนธิ คือ ตั้งแต่เชื้ออสุจิของชายเข้าผสมกับไข่ของหญิง ไข่ที่ถูกผสมนั้นก็จะเจริญเติบโตเป็นชีวิตใหม่ และมีการเปลี่ยนแปลงต่างๆไปสู่ความเป็นชีวิตที่สมบูรณ์ คือ มีอวัยวะต่างๆและการทำงานของอวัยวะเป็นไปอย่างคนปกติและในปัจจุบันนักวิทยาศาสตร์เชื่อและพิสูจน์ได้ว่าชีวิตของสัตว์ เช่น คนและสัตว์เลี้ยงลูกด้วยนม เกิดจากการรวมตัว (ปฏิสนธิ) ของไข่และตัวอสุจิ จากนั้นมีการแบ่งตัวและพัฒนาต่อไปภายใต้สิ่งแวดล้อมและเงื่อนไขที่เหมาะสมและสามารถดำรงชีวิตอยู่ในธรรมชาติและสืบพันธุ์ต่อไปได้ ถ้าเป็นเช่นนั้นไข่และตัวอสุจิจึงยังนับไม่ได้ว่าเป็นชีวิตที่สมบูรณ์ แต่น่าจะนับเป็นส่วนหนึ่งของการก่อเกิดชีวิต¹⁷ เมื่อไข่กับอสุจิได้เกิดการปฏิสนธิกันก็จะกลายเป็นตัวอ่อนและพัฒนาต่อไปเป็นทารก

พัฒนาการของตัวอ่อนในครรภ์มารดานั้นหมายถึง การพัฒนาการของมนุษย์ในช่วงแรกเกิด โดยจะเริ่มตั้งแต่การปฏิสนธิระหว่างไข่กับอสุจิ (conception/fertilization) จนกระทั่งทารกมีอายุครรภ์ประมาณ 40 สัปดาห์และพร้อมที่จะคลอดออกสู่โลกภายนอกแล้ว การเจริญเติบโตของตัวอ่อนในครรภ์มารดาจะเกิดขึ้นหลังจากการปฏิสนธิระหว่างไข่กับอสุจิซึ่งส่วนมากใช้เวลาประมาณ 40 สัปดาห์หรือ 10 เดือนโค่นสามารถแบ่งได้เป็น 3 ระยะดังนี้

การเจริญเติบโตของทารกในครรภ์อาจแบ่งออกได้เป็น 3 ระยะด้วยกัน คือ

(1) ระยะไข่ตก (Ovulation) ได้แก่ ระยะ 2 สัปดาห์แรกปกติเดือนหนึ่งจะมีไข่ตกเพียง 1 ฟองโดยประมาณช่วงกลางของรอบเดือน (วันที่ 12-16) ไข่จะเคลื่อนที่เข้าไปอยู่ในท่อนำไข่

¹⁵ แสง บุญเฉลิมวิภาส. (2532). “เหตุทำแท้งได้โดยไม่ผิดกฎหมาย: ปัญหาและแนวทางแก้ไข” วารสารนิติศาสตร์, 19(2). น. 72-73.

¹⁶ คาซาลิน คอลโดและคณะ. (2537). *สิ่งไม่รู้ที่ควรรู้ในการตั้งครรภ์*. แปลโดย แก้วจันทร์ทิพย์ ไชยสุริย. น. 102.

¹⁷ ประมวล วีรุฒเสน. (2535). “เทคโนโลยีกับการกำเนิดชีวิต.” *จุฬาลงกรณ์วารสาร* 4,(15). น. 23.

(ส่วนโป่ง) ถ้ามีการร่วมเพศในระยษณั้ันอสุจิตัวหนึ่งจากจำนวนหลายล้านตัวจะเข้าผสมกับไข่แล้วมีการแบ่งตัวแบบทวีคูณจาก 1 เป็น 2 จาก 2 เป็น 4 จาก 4 เป็น 8 จาก 8 เป็น 16 เป็นต้นระยะนี้อาจเรียกได้ว่าเป็นระยะแบ่งเซลล์ (Period of Cleavage) เป็นระยะที่มีการปฏิสนธิระหว่างไข่กับอสุจิ จนกระทั่งตัวอ่อนไปฝังตัวอยู่ที่ผนังมดลูก ซึ่งในระยะนี้ตัวอ่อนจะเจริญเติบโตด้วยการเพิ่มจำนวนเซลล์เท่านั้น โดยหลังจากการที่มีการปฏิสนธิแล้วเซลล์ที่เพิ่มขึ้นจะมีเซลล์เดียว เรียกว่า “ไซโกต (Zygote)” หลังจากนั้นไซโกตจะเพิ่มจำนวน ด้วยวิธีการแบ่งเซลล์แบบทวีคูณ จนกระทั่งในวันที่ 3 ตัวอ่อนจะมีจำนวนเซลล์ประมาณ 16 เซลล์ เรียกว่า “มอรูลา (Morula)” ในเวลาต่อมามอรูลาจะเพิ่มประมาณเซลล์มากขึ้น จนกระทั่งในวันที่ 4 ภายในมอรูลาจะเริ่มมีช่องหรือโพรงซึ่งมีของเหลวอยู่ภายใน และเริ่มมีการแบ่งแยกกลุ่มเซลล์เป็น 2 ชั้น คือ กลุ่มเซลล์ชั้นใน (inner group of cells) และกลุ่มเซลล์ชั้นนอก (out group of cells) ตัวอ่อนในระยะนี้เรียกว่า “บลาสโตซิสต์ (Blastocyst)” และประมาณวันที่ 6 บลาสโตซิสต์ก็จะเคลื่อนที่ไปฝังตัวอยู่ที่ผนังมดลูกของมารดาอันเป็นขบวนการขั้นสุดท้ายของระยะการแบ่งเซลล์นี้ อนึ่ง ความรู้ในปัจจุบันเชื่อว่าเซลล์ทุกเซลล์ของตัวอ่อนในระยะนี้มีลักษณะเหมือนกันทุกประการ เนื่องจากเซลล์เหล่านี้ยังไม่มีการแปลงสภาพ (differentiate) ไปเป็นอวัยวะต่างๆ ของร่างกาย (2) ระยะคัพภะหรือระยะตัวอ่อนแรกเริ่ม (Embryonic Stage) เป็นระยะเวลาที่กลุ่มเซลล์ของตัวอ่อนเริ่มแปลงสภาพเป็นอวัยวะส่วนต่างๆ ของร่างกาย ซึ่งจะเกิดขึ้นในช่วงสัปดาห์ที่ 2 ถึง สัปดาห์ที่ 8 โดยในระยะนี้ ตัวอ่อนแรกเริ่ม (embryo) จะมีปริมาณเซลล์มากขึ้นและเซลล์แต่ละเซลล์จะเริ่มแปลงสภาพเป็นเซลล์ชนิดต่างๆ ที่มีหน้าที่การทำงานที่เฉพาะเจาะจง และแตกต่างกัน เรียกว่า “การแปลงสภาพ (differentiation)” อันเป็นกระบวนการสร้างอวัยวะต่างๆ ของร่างกายตัวอ่อนไม่ว่าจะเป็นอวัยวะภายใน เช่น สมอง กระดูกหัวใจระบบทางเดินอาหาร ฯลฯ หรืออวัยวะภายนอกเช่น แขน ขา นิ้วเท้า ใบหน้า ฯลฯ จึงเป็นกระบวนการที่สร้างลักษณะภายนอกส่วนใหญ่ของทารกด้วยเหตุนี้ ระยะตัวอ่อนแรกเริ่มจึงมีความสำคัญอย่างมาก และเป็นระยะที่ร่างกายตัวอ่อนได้รับความเสียหายจากปัจจัยภายนอกได้โดยง่าย เช่น ปริมาณแอลกอฮอล์ สารเคมีต่างๆ การติดเชื้อรังสีเอกซ์ (X-ray) หรือการกินยาบางอย่าง ฯลฯ เพราะอาจทำให้ทารกที่เกิดมานั้นพิการได้ ในช่วง 4 สัปดาห์สุดท้ายของระยะนี้ อวัยวะที่สำคัญจะเริ่มพัฒนาแล้ว เช่น กระเพาะปัสสาวะ ลำไส้ ฯลฯ โดยเฉพาะหัวใจของทารกที่จะพัฒนาได้อย่างสมบูรณ์ในช่วงสัปดาห์ที่ 4-5 และเริ่มต้นในจังหวะที่สม่ำเสมอในอัตรา 140-150 ครั้งต่อนาทีและในช่วงท้ายของสัปดาห์ที่ 8 ตัวอ่อนแรกเริ่มจะมีอวัยวะต่างๆ ครบถ้วนเท่ากับอวัยวะที่ปรากฏในมนุษย์ที่โตเต็มวัย แต่อวัยวะเหล่านั้นจะยังไม่เจริญเติบโตอย่างเต็มที่

ระยะตั้งแต่สัปดาห์ที่ 3-7 หรือ 8 เป็นระยะที่มีการสร้างอวัยวะสำคัญต่างๆ ของร่างกาย (organogenesis) เช่น หัวใจ ตา หู ระบบประสาทระบบทางเดินอาหาร ระบบหายใจ แขน ขา ระยะนี้

เป็นระยะที่มีอันตรายมากที่สุดสำหรับการติดเชื้อหรือการกินยาบางอย่างเพราะอาจทำให้เด็กที่เกิดมานั้นพิการ

(3) ระยะตัวอ่อน (Fetus) เป็นระยะเวลาที่มีอายุครรภ์ตั้งแต่ 8 สัปดาห์เป็นต้นไปจนถึงช่วงเวลาที่ตัวอ่อนจะคลอดออกสู่โลกภายนอก ในระยะนี้อวัยวะต่างๆ ของตัวอ่อนจะเริ่มเจริญเติบโตอย่างรวดเร็ว จนกระทั่งเจริญเติบโตเต็มที่และทำงานได้อย่างมีประสิทธิภาพ เช่นเดียวกับอวัยวะของมนุษย์ที่โตเต็มวัยแล้ว มีเพียงอวัยวะบางส่วนเท่านั้นที่เพิ่งปรากฏในระยะนี้ เช่น คิ้ว เล็บ ขนตา ฯลฯ ในสัปดาห์ที่ 12 อวัยวะและระบบต่างๆ ของร่างกายจะเริ่มทำงานแล้วส่งผลให้ตัวอ่อนหลับ ตื่น และสามารถขยับกล้ามเนื้อได้บางส่วน นอกจากนี้ ยังมีหลักฐานด้วยว่าทารกในช่วงนี้สามารถได้ยินเสียงต่างๆ แล้ว เช่น เสียงมารดา เสียงหัวใจเต้น เสียงภายนอกในร่างกายมารดา เป็นต้น และตัวอ่อนในช่วงนี้จะเริ่มหายใจแล้ว แต่เป็นการหายใจเอาน้ำคร่ำเข้าไปในปอดเพื่อช่วยพัฒนาระบบหายใจของตนเอง ส่งผลให้ตัวอ่อนมีอาการสะอึกในบางครั้ง หลังจากช่วงนี้ พัฒนาการของตัวอ่อนจะเป็นการเพิ่มขนาดของอวัยวะต่างๆ เท่านั้น จนกระทั่งในช่วงเดือนที่ 4 ตัวอ่อนจะมีขนาดใหญ่จนทำให้มารดาสามารถรู้สึกได้ถึง การเคลื่อนไหวของตัวอ่อนในครรภ์ ต่อมาในเดือนที่ 5 เมื่อกล้ามเนื้อโครงร่าง (skeletal muscle) ของตัวอ่อนเริ่มทำงานได้แล้วมารดาอาจรู้สึกได้ถึง การดิ้นของตัวอ่อน (quickening) เสียงที่ดังมากหรือเสียงนาฬิกาปลุกอาจทำให้ตัวอ่อนเคลื่อนไหวมากขึ้น ในช่วงเดือนที่ 7 เซลล์สมองของตัวอ่อนจะมีจำนวนเท่ากับสมองของทารกขณะเกิดแล้ว ตัวอ่อนจึงมีประสาทสัมผัสทั้งสี่ประการ ได้แก่ การมองเห็น การได้ยิน การลิ้มรส และการสัมผัส จากการวิจัยพบว่าตัวอ่อนในช่วงท้ายของเดือนนี้สามารถแยกแยะเสียงของมารดาได้แล้ว ซึ่งถ้ามีการคลอดของทารกในระยะนี้อาจมีชีวิตรอดอยู่ได้ในความดูแลของกุมารแพทย์ที่มีเครื่องมือใช้พร้อม¹⁸ ต่อมาในเดือนที่ 9 ซึ่งเป็นช่วงสุดท้ายของระยะนี้ตัวอ่อนก็จะพร้อมเข้าสู่กระบวนการเกิดเพื่อคลอดออกจากครรภ์มารดาสู่โลกภายนอก

ดังนั้นการเริ่มต้นชีวิตบนพื้นฐานทางวิทยาศาสตร์ จึงอาจกล่าวได้ว่า ชีวิตในครรภ์มารดาเริ่มต้นเมื่อกลุ่มเซลล์ภายในตัวอ่อนที่เกิดจากการปฏิสนธิระหว่างไข่กับตัวสุจิเริ่มพัฒนาไปเป็นตัวอ่อนที่จะกลายเป็นมนุษย์ ภายหลังจากระยะเวลา 2 สัปดาห์ที่มีการปฏิสนธิระหว่างไข่กับอสุจิ¹⁹

¹⁸ สุติศาสตร์และนารีเวชวิทยา สารานุกรมไทยสำหรับเยาวชนฯ เล่ม 9 . การเจริญเติบโตของทารกในครรภ์แบ่งได้กี่ระยะ. สืบค้นเมื่อวันที่ 8 มกราคม 2555, จาก <http://kanchanapisek.or.th/kp6/BOOK9/chapter/t9-2-11.htm#sect3>.

¹⁹ อาทิตย์ กิจระภูมิ. (2550). ปัญหากฎหมายและจริยธรรมกับการคุ้มครองชีวิตอันเกิดจากเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต). กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. น. 37.

กรณีข้างต้นจะทำให้เห็นว่าการเจริญเติบโตของเด็กในครรภ์จะมีพัฒนาการอย่างไร ซึ่งในการที่จะอนุญาตให้มีการยุติการตั้งครรภ์จึงมีความเป็นอยู่อย่างยิ่งที่จะต้องเอาระยะเวลาของการตั้งครรภ์มาใช้ประกอบในการที่จะมีการอนุญาตให้มีการทำแท้งได้ ซึ่งจากพัฒนาการของเด็กตามระยะเวลาการตั้งครรภ์จะเห็นได้ว่า หากระยะเวลาของการตั้งครรภ์ผ่านไปหลายสัปดาห์เด็กในครรภ์จะเริ่มมีวิวัฒนาการ มีรูปร่างเป็นตัวเป็นตน ซึ่งการอนุญาตให้มีการยุติการตั้งครรภ์นั้นหากมีการอนุญาตให้มีการยุติการตั้งครรภ์ในขณะที่อายุครรภ์มากๆ ย่อมส่งผลกระทบต่อหญิงในทางด้านความปลอดภัยที่จะได้รับอย่างแน่นอน แม้ว่าการยุติการตั้งครรภ์นั้นจะได้กระทำโดยแพทย์ที่มีความเชี่ยวชาญเพียงใดก็ตาม อายุครรภ์ที่เหมาะสมและหญิงสามารถทำการขอยุติการตั้งครรภ์ได้นั้นต้องเป็นการตั้งครรภ์ในระยะเวลาเริ่มแรก กล่าวคือ ระยะตัวอ่อนแรกเริ่ม ซึ่งเป็นระยะที่เด็กในครรภ์ยังมิได้มีสภาพร่างกายสมบูรณ์ครบถ้วนเหมือนเด็กที่คลอดออกมา หรืออาจจะกล่าวว่าอายุครรภ์ที่เหมาะสมในการที่จะอนุญาตให้สามารถยุติการตั้งครรภ์ได้คือ ช่วง 1-12 ของการตั้งครรภ์ ซึ่งเกณฑ์มาตรฐานนี้นานาประเทศต่างก็ใช้อยู่ และเป็นที่ยอมรับว่าในช่วงระยะเวลาดังกล่าวนี้อาจก่อให้เกิดอันตรายต่อหญิงมีครรภ์น้อยที่สุดหากมีการอนุญาตให้มีการทำแท้งในขณะที่มีอายุครรภ์มากเกินไป อันตรายที่จะเกิดขึ้นย่อมมีสูงขึ้นซึ่งอันตรายที่มักพบให้ได้บ่อยคือกรณีที่มีการไปปลุกลอกทำแท้งตามคลินิกเถื่อนในขณะที่ได้มีการตั้งครรภ์หลายสัปดาห์ ผลที่ตามมาคือ มีอาการตกเลือด มดลูกอักเสบ อู้งเชิงกรานอักเสบ ฯลฯ ซึ่งบุคคลเหล่านี้ต้องกลับมาเข้ารับการรักษาพยาบาลในโรงพยาบาล บางรายรักษาไม่ทันท่วงทีเป็นอันตรายถึงตายได้ จะเห็นได้ว่าการที่มีการทำแท้งในขณะที่มีอายุครรภ์หลายสัปดาห์นั้นมีความเสี่ยงสูงมากในการที่จะได้รับความไม่ปลอดภัยกลับไป ดังนั้นในการที่จะอนุญาตให้มีการทำแท้งได้จึงมีความจำเป็นต้องเอาอายุครรภ์มาเป็นเงื่อนไขในการที่จะอนุญาตให้มีการทำแท้ง

2) มาตรฐานความปลอดภัยภายใต้เงื่อนไขสถานที่ทำแท้ง

กฎหมายไทยห้ามทำแท้ง แต่กลับพบสถานที่ในการทำแท้งเถื่อนมีแพร่หลายสามารถพบเห็นได้โดยทั่วไปโดยเฉพาะที่กรุงเทพมหานครจะพบสถานทำแท้งเถื่อนอยู่มากมายได้แก่ คลินิกแถวสุขุมวิท คลินิกสนามคณดินแดน คลินิกแพทย์ชุมชนคณดินแดน ศูนย์วางแผนครอบครัวโพธิ์คลินิก ย่านเพชรบุรีตัดใหม่ เป็นต้น²⁰ แต่สถานที่ดังกล่าวล้วนแล้วแต่เป็นสถานที่ที่จัดตั้งขึ้นมาโดยผิดกฎหมาย แต่อย่างไรก็ตามแม้ว่าสถานที่ดังกล่าวนี้จะตั้งขึ้นมาโดยผิดกฎหมายก็ตามแต่กลับปรากฏว่ามีการนิยมไปทำแท้งกันเป็นจำนวนมาก อันเป็นผลสืบเนื่องมาจากการง่ายและสะดวก

²⁰ วรนิติ ธรรมนิยม. (2531, พฤษภาคม). ขบวนการทำแท้งเถื่อนธุรกิจรื้อย้านในโพรงมดลูก. *มติชนสุดสัปดาห์*, 402-404. น. 39-40.

ไม่ต้องผ่านขั้นตอนต่างๆ มากมาย อีกทั้งรับทำแท้งให้โดยไม่คำนึงถึงอายุครรภ์ว่ามากน้อยเพียงใด แต่อย่างไรก็ตามหญิงเหล่านั้นต่างมองข้ามความปลอดภัยที่จะเกิดขึ้นจากการทำแท้ง ซึ่งจากการศึกษาพบว่าหญิงที่ไปใช้บริการทำแท้งในสถานที่ดังกล่าวมีจำนวนไม่น้อยที่ได้รับอันตรายกลับไปจนเป็นเหตุให้ต้องกลับมารักษาตัวที่โรงพยาบาล บางรายรักษาไม่ทันท่วงทีจนถึงขั้นเสียชีวิตก็มี

สถานที่ที่มีความปลอดภัยในการทำแท้งที่สุดนั้น ต้องเป็นสถานที่ที่มีบุคลากรผู้ทำแท้งที่มีความรู้ความสามารถ และเป็นสถานที่ที่มีอุปกรณ์ทางการแพทย์ที่ครบถ้วน ทันสมัย ซึ่งสถานที่ที่มีปัจจัยดังกล่าวครบคงหนีไม่พ้นโรงพยาบาลต่างๆ ซึ่งมีแพทย์ที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญ มีเครื่องมือทางการแพทย์ที่ครบถ้วนทันสมัย ถูกหลักอนามัย

2.1.2.2 มาตรฐานทางด้านการแพทย์

ความเห็นทางการแพทย์เกี่ยวกับความหมายของการแท้งลูก เป็นการวินิจฉัยโดยมุมมองทางวิทยาศาสตร์ ซึ่งอาศัยเกณฑ์วินิจฉัยจากอายุในครรภ์มารดาและน้ำหนักของทารก โดยความเห็นทางการแพทย์ในประเทศไทย การแท้งหมายถึง การคลอดของทารกที่มีอายุในครรภ์มารดาอ่อนกว่า 28 สัปดาห์ หรือทารกที่คลอดมีน้ำหนักน้อยกว่า 1,000 กรัม ไม่ว่าการคลอดนั้นทารกจะมีชีวิตอยู่หรือไม่ ถ้าหากการตายเกิดขึ้นกับทารกที่มีอายุกว่า 28 สัปดาห์ หรือทารกมีน้ำหนักเกินกว่า 1,000 กรัม ถือเป็นกรณีที่ทารกตายคลอด (Still birth) อันได้แก่การที่ทารกตายขณะอยู่ในครรภ์มารดา เมื่อคลอดออกมาโดยไม่มีอาการซึ่งแสดงถึงการมีชีวิต ไม่ร้อง ไม่หายใจ ไม่เคลื่อนไหว ไม่ตอบสนองต่อการกระตุ้น และหัวใจไม่เต้น²¹

ทางการแพทย์การคลอดนั้นมีอยู่ 2 วิธีคือการคลอดทางช่องคลอดและการผ่าคลอดทางช่องท้อง โดยการคลอดทางช่องคลอดจะเป็นการคลอดที่มดลูกหดตัวอย่างรุนแรงและเป็นจังหวะอย่างสม่ำเสมอ ทำให้ปากมดลูกเปิดออกและทารกในครรภ์ถูกบีบไล่ให้เคลื่อนต่ำลงตามช่องคลอด จนกระทั่งทารกและรกคลอดออกสู่ภายนอกร่างกายมารดา ส่วนการผ่าคลอดทางช่องท้องนั้นเป็นการคลอดที่ทารกออกมาผ่านทางแผลผ่าตัดที่พนักหลังหรือหน้าท้อง และแผลที่ผ่าตัดที่กลัมนี้อมดลูกโดยไม่รวมถึงการผ่าตัดคลอดทารกในกรณีที่มีการตั้งครรภ์ในช่องท้อง กรณีนี้มีมดลูกแตกหรือกรณีที่เป็นการทำแท้งบุตร²² ซึ่งการคลอดนั้นต้องกระทำโดยแพทย์ที่ได้ศึกษาเล่าเรียนมาทางด้านนี้โดยเฉพาะเพราะแพทย์ที่ได้ทำการศึกษเล่าเรียนเกี่ยวกับการคลอดมาโดยเฉพาะจะสามารถทำให้หญิงที่คลอดบุตรได้รับความปลอดภัยจากการคลอดมากที่สุด ซึ่งการทำแท้งก็เช่นเดียวกันแม้ว่าจะมี

²¹ แสง บุญเฉลิมวิภาส และอนกยมจินดา. (2546). กฎหมายการแพทย์ (พิมพ์ครั้งที่ 2). น. 41-42.

²² สุชาดา อินทวิวัฒน์ และสมศักดิ์ ไหลเวชพิทยาม. (2548). สูติศาสตร์. น. 177.

วิธีการทำที่แตกต่างกันออกไปก็ตามแต่ก็มีจุดมุ่งหมายที่จะให้ทารกออกจากร่างกายของหญิง เช่นเดียวกันแต่การทำแท้งนั้นก็มีวิธีในการทำที่ที่หลากหลายแล้วแต่ผู้ลงมือทำแท้งจะเลือกใช้ซึ่งแต่ละวิธีก็มีความเสี่ยงที่แตกต่างกันออกไปแต่อย่างไรก็ตามตัวแพทย์ที่จะลงมือทำแท้งก็ต้องเป็นแพทย์ที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญในเรื่องที่จะทำโดยเฉพาะเช่นเดียวกัน

แพทย์ที่จะมาเป็นผู้ลงมือปฏิบัตินั้นนอกจากจะต้องเป็นแพทย์ที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญแล้วแพทย์ผู้นั้นจะต้องเป็นแพทย์ที่ต้องมีจริยธรรมในความเป็นแพทย์ ไม่เห็นแก่ทรัพย์สินเงินทอง ซึ่ง จริยธรรมวิชาชีพแพทย์เป็นสิ่งสำคัญที่จะช่วยให้วิชาชีพสามารถดำรงอยู่ในศรัทธาของประชาชนได้จริยธรรมวิชาชีพแพทย์จึงเป็นแนวทางปฏิบัติที่สูติ-นรีแพทย์ควรยึดถือเป็นหลักในการประกอบวิชาชีพซึ่งในปัจจุบันปัญหาการถูกฟ้องร้องเพิ่มมากขึ้นส่วนใหญ่เป็นผลมาจากการดูแลที่อาจต่ำกว่ามาตรฐานอันเป็นผลจากตัวแพทย์เองระบบการให้บริการที่มีข้อจำกัดหรือการประกอบวิชาชีพที่คำนึงถึงการถูกฟ้องร้องมากกว่าจะคำนึงถึงปัญหาทางจริยธรรมดังนั้นจึงไม่ควรละเลยแนวปฏิบัติทางด้านจริยธรรมเพราะเป็นเกราะช่วยป้องกันปัญหาการฟ้องร้องต่างๆ ได้เป็นอย่างดี นอกจากนี้ส่งผลให้ผู้ที่เชื่อมั่นในจริยธรรมประกอบวิชาชีพได้อย่างมั่นคงและมีประสิทธิภาพสูงตลอดไปในประเทศลิเบีย²³ ได้มีการออกพระราชบัญญัติความรับผิดชอบทางการแพทย์ (The Act of Medical Responsibility) ใช้บังคับสำหรับผู้ประกอบวิชาชีพด้านสุขภาพโดยเฉพาะในพระราชบัญญัติดังกล่าว มาตรา 18 ห้ามกระทำการหรือขัดขวางด้วยวิธีการใดๆ ที่จำกัดการเกิดของเด็ก เว้นแต่เป็นความสมัครใจของกลุ่มสามีภรรยาและต้องไม่กระทบกระเทือนต่อประโยชน์ของสังคม หรือเมื่อคณะกรรมการแพทย์ตัดสินว่าเป็นการกระทำด้วยความจำเป็นที่จะหลีกเลี่ยงการเกิดความพิการแต่กำเนิด หรือโรคปัญญาอ่อนหรือเป็นการป้องกันอันตรายที่อาจจะเกิดขึ้นแก่ชีวิต

นอกจากแพทย์จะต้องรับผิดชอบทางอาญา และทางแพ่งเมื่อเกิดการกระทำผิดขึ้นแล้ว การประกอบวิชาชีพแพทย์ ยังมีกฎหมายอีกฉบับหนึ่งควบคุมเป็นกฎหมายการประกอบวิชาชีพ โดยเฉพาะ เช่นเดียวกับอาชีพอื่นๆ เช่นวิศวกรรม สถาปัตยกรรม บัญชี หนายความ ฯลฯ กฎหมายที่ควบคุมการประกอบอาชีพแพทย์นี้ เรียกว่า พระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2525²⁴ ซึ่ง “วิชาชีพเวชกรรม” หมายความว่าวิชาชีพที่กระทำต่อมนุษย์เกี่ยวกับการตรวจโรค การวินิจฉัยโรค การบำบัดโรค การป้องกันโรค การผดุงครรภ์ การปรับสายตาด้วยเลนส์สัมผัส การแทงเข็มการฝังเข็มเพื่อบำบัดโรค หรือเพื่อระงับความรู้สึก และหมายความรวมถึงการกระทำทางศัลยกรรม การใช้รังสี การฉีดยาหรือสาร การสอดใส่วัตถุใดๆ เข้าไปในร่างกาย ทั้งนี้เพื่อการคุมกำเนิด การเสริม

²³ วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์. (2538). กฎหมายว่าด้วยความรับผิดชอบทางการแพทย์ของลิเบีย. คลินิก, 11. น. 485.

²⁴ ระพี แม้นโกศล. คู่มือนิติเวชศาสตร์ (พิมพ์ครั้งที่ 5). กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยมหิดล. น. 116.

สวหรือการบำรุงร่างกายด้วย แพทย์ถ้าประกอบวิชาชีพและทำให้เสียหายแก่บุคคลอื่น ผู้เสียหายมีสิทธิร้องเรียนต่อแพทย์สภาให้สอบสวนหรือดำเนินการลงโทษแพทย์ผู้นั้นได้

การทำแท้งในทางกฎหมาย คือการทำให้ลูกในครรภ์ตายในขณะที่อยู่ในครรภ์มารดา²⁵ ซึ่งการที่จะมีความผิดฐานทำแท้งได้นั้นต้องปรากฏข้อเท็จจริงว่าทารกที่คลอดออกมาต้องไม่มีสภาพชีวิตแต่ถ้าคลอดออกมาแล้วมีชีวิตอยู่แม้เพียงชั่วระยะเวลาหนึ่งแล้วเด็กจึงตายย่อมไม่ใช้การทำแท้งผู้กระทำจึงมีความผิดแต่อย่างไรก็ตามการที่ผู้ใดจะมีความผิดหรือไม่นั้นย่อมไม่สำคัญเท่ากับอันตรายที่จะเกิดขึ้นจากการทำแท้งเนื่องจาก การทำแท้งแต่ละครั้งทารกจะคลอดออกมามีชีวิตหรือไม่ก็ตามแต่หญิงที่ทำแท้งย่อมอยู่ในภาวะที่เสี่ยงต่อการได้รับอันตรายจากการทำแท้ง การทำแท้งโดยวิธีที่ถูกต่อนั้นต้องกระทำโดยแพทย์ที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญและมีประสบการณ์แต่การทำแท้งที่จะให้ปลอดภัยที่สุดนั้น ย่อมขึ้นอยู่กับอายุครรภ์ด้วย กฎหมายทำแท้งของไทยมีกฎหมายอนุญาตให้ทำแท้งได้ในวงแคบมาก โดยมรยาททางการแพทย์จึงไม่มีแพทย์คนใดยอมรับการทำแท้งให้โดยหวังอามิสสินจ้างที่ผิดกฎหมาย อย่างไรก็ตาม อาจจะมีแพทย์ที่กล้าหาญบางคนกระทำโดยไม่คำนึงถึงจรรยาบรรณและกฎหมายบ้านเมือง การทำแท้งที่นอกเหนือจากการประมวลกฎหมายอาญามาตรา 305 แล้วถือว่าผิดกฎหมาย และเป็นความผิดทางอาญาทั้งผู้ทำและผู้ถูกกระทำ สถิติผู้ป่วยทำแท้งผิดกฎหมายที่รับไว้รักษาตามโรงพยาบาลใหญ่ๆ มีจำนวนมากในแต่ละปี แสดงให้เห็นชัดเจนว่าไม่มีใครเกรงกลัวกฎหมายทำแท้งนัก คดีฟ้องร้องเกี่ยวกับการทำแท้งที่ถึงกับต้องขึ้นพิจารณาในศาลนั้นนับว่าน้อยไม่ถึง 1 ใน 1,000 ของจำนวนผู้ป่วยที่ถูกทำแท้ง แม้แต่รายที่เกิดโรคแทรกซ้อนของการทำแท้งจนถึงแก่กรรมในโรงพยาบาล ก็แทบจะไม่มีกรณีดำเนินคดีกันเลย

การทำแท้งที่ไม่ปลอดภัยเป็นเหตุให้เกิดการตายและพิการที่สำคัญของสตรีทั่วโลกแม้ข้อมูลจะไม่แน่ชัดแต่ประมาณได้ว่าการทำแท้งที่ไม่ปลอดภัยเกิดขึ้นประมาณ 20 ล้านครั้งทุกๆ ปี โดยร้อยละ 97 นั้นเกิดขึ้นในประเทศกำลังพัฒนาเชื่อกันว่าการทำแท้งที่ไม่ปลอดภัยทำให้มารดา 68,000 คนต้องตายและหลายล้านคนต้องบาดเจ็บโดยไม่จำเป็นทุกปีองค์กรต่างๆ เช่นองค์การอนามัยโลกได้กระตุ้นให้สาธารณะมีการตระหนักถึงการทำแท้งที่ไม่ปลอดภัยกระตุ้นให้การทำแท้งและการฝึกการทำแท้งแก่บุคลากรทางการแพทย์เป็นสิ่งถูกกฎหมายและเพิ่มการเข้าถึงการบริการทางอนามัยเจริญพันธุ์ สตรีที่หาหนทางยุติการตั้งครรภ์ของตนบางครั้งก็หันมาใช้วิธีการทำแท้งที่ไม่ปลอดภัยโดยเฉพาะสตรีที่ไม่สามารถทำแท้งอย่างถูกกฎหมายได้บ้างก็พยายามทำแท้งด้วยตนเองบ้างก็ให้ผู้อื่นที่ไม่มีทักษะที่ผ่านการฝึกฝนอย่างถูกต้องหรือไม่มีสถานะที่ถูกสุขอนามัยเป็นผู้กระทำ

²⁵ หยุต แสงอุทัย. (2544). *กฎหมายอาญา ภาค 2-3* (พิมพ์ครั้งที่ 10) . น. 212.

ให้สิ่งเหล่านี้มีแนวโน้มที่จะเกิดภาวะแทรกซ้อนที่รุนแรง เช่น การแท้งไม่ครบ, การตกเลือด, และการบาดเจ็บต่ออวัยวะภายใน²⁶

การทำแท้งที่ปลอดภัยนั้นแพทย์ผู้ทำแท้งเป็นบุคคลที่มีความสำคัญเป็นอย่างยิ่งที่จะขาดเสียมิได้ ซึ่งแพทย์ที่เป็นผู้ทำแท้งนั้นนอกจากจะต้องมีความรู้ความเชี่ยวชาญเฉพาะด้านแล้วจะต้องเป็นผู้ที่มีจริยธรรมด้วยการที่แพทย์ต้องเข้ามาเกี่ยวข้องกับการทำแท้ง ก็เพราะการท้องหรือการทำแท้งเป็นเรื่องของสุขภาพและแพทย์ก็คือ ผู้มีความรู้ความสามารถ และปัจจุบันเทคโนโลยีก็มีความพร้อมโดยสามารถทำให้การยุติการตั้งครรภ์หรือการทำแท้งให้มีความปลอดภัย ซึ่งหากไม่ทำให้แพทย์เข้ามาเกี่ยวข้องกับการทำแท้งผู้หญิงที่ท้องไม่พร้อมและต้องการทำแท้ง ก็ต้องหันไปหาสถานที่ทำแท้งเถื่อน ซึ่งก็จะมีปัญหาตามมา ในทางการแพทย์การทำคลอดและการทำแท้งนั้นไม่เหมือนกัน เนื่องจากการทำแท้งนั้นผู้ทำมีวัตถุประสงค์ที่จะไม่ให้เด็กเกิดมาในสภาพที่มีชีวิตแต่การคลอดนั้นเป็นกระบวนการเกิดหรือกระบวนการให้กำเนิดทารกเพื่อให้มีสภาพชีวิต

1) หลักจริยธรรมวิชาชีพแพทย์

ผู้ประกอบการวิชาชีพแพทย์ต้องผ่านการอบรมฝึกฝนจนมีความรู้ความชำนาญที่สูงกว่าประชาชนทั่วไปและมีความรอบรู้ในงานที่ทำ ฉะนั้นหากแพทย์ประกอบวิชาชีพผิดจากมาตรฐานหรือหาประโยชน์โดยไม่ชอบจากการประกอบอาชีพจนเกิดความเสียหายต่อประชาชนก็จะเกิดผลกระทบต่อภาพลักษณ์และความศรัทธาของประชาชนที่มีต่อวิชาชีพ ดังนั้นจึงได้มีการกำหนดให้มืองค์กรที่ทำหน้าที่ในการควบคุมความประพฤติของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมให้ถูกต้องตามจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรม²⁷ เพื่อให้ผู้ประกอบการวิชาชีพแพทย์ปฏิบัติให้ถูกต้องเหมาะสมและเพื่อให้บรรลุมุ่งวัตถุประสงค์แห่งข้อบังคับแพทย์สภาว่าด้วยการรักษาจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2526 หรือที่นิยมเรียกว่า “จริยธรรมแห่งวิชาชีพ”

จริยธรรม หมายถึง ธรรมที่เป็นข้อควรประพฤติปฏิบัติ ศีลธรรม กฎศีลธรรมซึ่งตรงกับคำในภาษาอังกฤษว่า “ethic” ซึ่งมีรากศัพท์มาจากคำว่า “ethos” ในภาษากรีกซึ่งมีความหมายว่า ข้อกำหนดหรือหลักการประพฤติปฏิบัติอย่างถูกต้อง

วิชาชีพ ตรงกับกับคำในภาษาอังกฤษว่า “profession” ซึ่งมีความหมายว่าอาชีพที่ต้องอาศัยความรู้ความชำนาญ²⁸ จึงต่างจากอาชีพ (career, occupation) ตรงที่ต้องมีการศึกษาเพิ่มเติมเป็นพิเศษจนมีความรู้ความชำนาญในระดับสูงดังนั้นบุคคลสามัญทั่วไปที่ประกอบอาชีพปกติจึง

²⁶ Okonofua, F. (2006). "Abortion and maternal mortality in the developing world." สืบค้นเมื่อ 3 มีนาคม 2554, จาก http://www.jogc.org/abstracts/full/200611_WomensHealth_1.pdf.

²⁷ พระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2525.

²⁸ พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2525. (2525). กรุงเทพฯ: อักษรเจริญทัศน์ อจท.

ไม่นับว่าเป็นวิชาชีพ คำว่า “วิชาชีพ” มีความหมายในตัวว่าต้องใช้ “วิชา” เพื่อเลี้ยงชีพ และต้องมีเกณฑ์พิจารณาอื่นๆ เช่น มีความจงรักภักดี มีความผูกพันต่อวิชาชีพและมีการอุทิศตนที่จะทำเพื่อประโยชน์ของประชาชน ได้รับการยอมรับนับถือจากสังคมมีการจัดตั้งสมาคมหรือองค์กรแห่งวิชาชีพเพื่อควบคุมดูแลสมาชิกและมีการออกกฎหมายรับรองสถานภาพของวิชาชีพ²⁹

จริยธรรมวิชาชีพแพทย์จึงหมายถึงประมวลความประพฤติที่ผู้ประกอบวิชาชีพกำหนดขึ้นเพื่อรักษาและส่งเสริมเกียรติคุณชื่อเสียงและฐานะของสมาชิกอาจเขียนเป็นลายลักษณ์อักษรหรือไม่ก็ได้จริยธรรมเป็นหลักแนวทางปฏิบัติที่ไม่มีอำนาจทางกฎหมายบังคับให้ผู้ถือจริยธรรมนั้นปฏิบัติตามแต่เป็นสิ่งที่ควบคุมตนเองเนื่องจากผู้ประกอบวิชาชีพแพทย์ต้องผ่านการอบรมฝึกฝนจนมีความรู้ความชำนาญที่สูงเกินกว่าประชาชนทั่วไปจะเข้าใจและมีความรู้พอที่จะตรวจสอบได้ ฉะนั้นหากแพทย์ประกอบวิชาชีพผิดจากมาตรฐานหรือหาประโยชน์โดยไม่ชอบจากการประกอบอาชีพจนเกิดความเสียหายต่อประชาชนก็จะเกิดผลกระทบต่อภาพลักษณ์และศรัทธาของประชาชนที่มีต่อวิชาชีพดังนั้นจึงต้องมีการสร้างแนวทางหรือหลักปฏิบัติที่ถูกต้องเหมาะสมเพื่อให้ผู้ประกอบวิชาชีพแพทย์ได้ยึดถือเป็นแนวทางปฏิบัติโดยมีวัตถุประสงค์ดังนี้

1. เพื่อเป็นแนวทางให้ผู้ประกอบวิชาชีพแพทย์ยึดถือและปฏิบัติตาม
2. เพื่อให้วิชาชีพดำรงไว้ซึ่งการยอมรับนับถือจากสังคม
3. เพื่อผลงไว้ซึ่งเกียรติยศและศักดิ์ศรีแห่งวิชาชีพ

หลักจริยธรรมวิชาชีพแพทย์³⁰ เป็นการดูแลรักษาผู้ป่วยของผู้ประกอบวิชาชีพด้านสุขภาพในทุกกรณีจะต้องปฏิบัติตามจริยธรรมทางการแพทย์อย่างเคร่งครัดหลักสำคัญของจริยธรรม 6 ประการมีดังนี้

1. หลักประโยชน์สูงสุดของผู้ป่วย (Beneficence) คือ สิ่งที่เป็นประโยชน์ก่อให้เกิดผลดี ผู้ประกอบวิชาชีพพึงกระทำในสิ่งที่เป็นประโยชน์สูงสุดต่อผู้ป่วยจะต้องจริงใจต่อผู้ป่วย ดำเนินการเพื่อประโยชน์ของผู้ป่วยไม่ว่าจะเป็นกรณีใดๆ ผู้ป่วยไม่ควรถูกสอบถามในเรื่องที่ไม่มี ความจำเป็น ไม่ควรได้รับการรักษาที่เกินความจำเป็นจะต้องรักษาความเจ็บป่วยทางกาย จิตใจ สังคมและทำให้เกิดความสุขภาวะของผู้ป่วย แพทย์ต้องเปลี่ยนทัศนคติในเรื่องที่คิดว่าตนเองมีความรู้มากกว่าผู้ป่วย

²⁹ สันยุญา ภัทรราชย์. (2550). จริยธรรมวิชาชีพแพทย์. ใน: เสวก วีระเกียรติ. ตำราจริยธรรมวิชาชีพ (พิมพ์ครั้งที่ 3). ภาควิชาสูติศาสตร์-นรีเวชวิทยา คณะแพทยศาสตร์โรงพยาบาลรามาธิบดี. น. 64-74.

³⁰ ศุภชัย คมรัตน์พฤษ. (2543). สิทธิผู้ป่วย. ใน: สุจิตต์ เผ่าสวัสดิ์, เขื่อน ดันนินันดร, ชุมศักดิ์ พุกผา พงษ์, เสนีรี โวลด์. จริยธรรมในเวชปฏิบัติ. กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

2. หลักไม่ก่อให้เกิดอันตรายต่อผู้ป่วย (Non-maleficence) คือ การลดความเสี่ยงอันตรายต่างๆ สิ่งที่จะดำเนินการจะต้องไม่ก่อให้เกิดอันตรายต่อผู้ป่วย ทั้งทางกายหรือจิตใจ จะต้องจริงใจต่อผู้ป่วย การโกหกผู้ป่วยหรือบอกความจริงไม่ครบถ้วนอาจก่อให้เกิดอันตรายได้ การดูแลรักษาด้วยวิธีการใดๆ จะต้องพิจารณาประโยชน์เปรียบเทียบกับผลกระทบที่จะเกิดขึ้นแก่ผู้ป่วย ควรรักษาผู้ป่วยต่อไปก็ต่อเมื่อมีโอกาสดูแลที่จะช่วยให้ผู้ป่วยมีอาการดีขึ้นและก่อให้เกิดผลข้างเคียงไม่มากนัก จะต้องลดผลกระทบต่างๆ ให้น้อยที่สุด

3. หลักเคารพการตัดสินใจของผู้ป่วย (Autonomy) คือ การยอมรับสิทธิผู้ป่วยที่จะตัดสินใจเกี่ยวกับตัวเองซึ่งถือเป็นการยืนยันเจตนาของผู้ป่วย การรักษาจะดำเนินการได้ต่อเมื่อได้ให้ข้อมูลแก่ผู้ป่วยเพื่อขอความยินยอม (informed consent) ผู้ป่วยมีสิทธิที่จะตัดสินใจเลือกวิธีการรักษาต่างๆ ด้วยตนเองผู้ป่วยมีสิทธิที่จะรับทราบข้อมูลที่จำเป็นและครบถ้วนเพื่อการตัดสินใจ ผู้ประกอบวิชาชีพด้านสุขภาพมีหน้าที่ให้ข้อมูลที่ครบถ้วน ถูกต้องเมื่อผู้ป่วยร้องขอหลักการในข้อนี้ใช้กับการรักษาผู้ป่วยและการเลือกสถานที่ให้การรักษา และผู้ที่จะให้การดูแลรักษาผู้ป่วย

4. หลักความเป็นธรรม (Justice) คือการจัดหาบริการสุขภาพอย่างเท่าเทียมกันตามความจำเป็นโดยไม่คำนึงถึงฐานะทางเศรษฐกิจชนชั้นทางสังคม ความเชื่อทางศาสนา หรือสีผิว อย่างไรก็ตามในปัจจุบันพบว่าการให้บริการสุขภาพทั่วโลกยังมีปัญหาในเรื่องความเป็นธรรมการรักษาหลายกรณีจำกัดเฉพาะกลุ่มคนรวย หรือผู้ที่มีอำนาจ มีอิทธิพลหรือผู้ที่สามารถเรียกร้องสิ่งต่างๆ ได้ดีกว่าผู้อื่น

5. การรักษาความลับของผู้ป่วย (confidentiality) ในส่วนนี้มีความจำเป็นมากเพราะผู้ป่วยมอบความไว้วางใจเล่าอาการและประวัติความเป็นมาต่างๆ ให้แพทย์ได้ทราบดังนั้น แพทย์จึงควรระมัดระวังในการนำข้อมูลต่างๆ ของผู้ป่วยไปบอกเล่าให้ผู้อื่นที่ไม่เกี่ยวข้องกับการดูแลรักษาผู้ป่วยซึ่งอาจทำให้เกิดความเสื่อมเสียถึงผู้ป่วยยกเว้นจะได้รับความยินยอมจากผู้ป่วยหรือการปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมาย

6. หลักความซื่อสัตย์ (fidelity) แพทย์จะต้องไม่พูดปดหรือโกหกผู้ป่วย หรือพูดทำให้ผู้ป่วยหลงผิดไม่ใช่อำนาจหน้าที่เพื่อแสวงหาประโยชน์ส่วนตนยึดมั่นในภาระหน้าที่ที่ตนเองรับผิดชอบอย่างเคร่งครัดทั้งต่อหน้าและลับหลังไม่เห็นแก่ประโยชน์ส่วนตนนึกถึงประโยชน์ส่วนรวมและไม่ประพฤติปฏิบัติผิดระเบียบหรือข้อบังคับของสังคมไม่อวดอ้างความสามารถตนเกินความจริง ไม่รับความดีความชอบโดยที่ตนเองไม่ได้เป็นผู้กระทำและยอมรับความจริงเมื่อผิดพลาดหรือกระทำความผิด

สภาพสังคมวัตถุนิยมที่เป็นอยู่ในปัจจุบันทำให้แพทย์มีแนวโน้มที่จะประกอบวิชาชีพโดยมุ่งแสวงหาทรัพย์สินเงินทองจนบางคนอาจขาดจริยธรรมก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ป่วย และ

หากแพทย์จำนวนมากละทิ้งจริยธรรมแห่งวิชาชีพ ประกอบวิชาชีพตามอำเภอใจไร้มาตรฐาน ประชาชนก็จะเคลือบแคลงสงสัยในการประกอบวิชาชีพของแพทย์ก่อให้เกิดการฟ้องร้องกันอย่างมากมายในที่สุดวิชาชีพแพทย์จะเสื่อมไม่มีเกียรติและศักดิ์ศรีอีกต่อไป

การที่จะอนุญาตให้มีการทำแท้งในแต่ละครั้งแพทย์ที่จะทำหน้าที่ในการพิจารณาว่าสมควรอนุญาตให้มีการทำแท้งหรือไม่นั้นแม้ในทางปฏิบัติจะกำหนดให้หัวหน้าหน่วยงานเป็นผู้พิจารณาและตัดสินใจเพียงคนเดียวนั้นอาจจะไม่เพียงพอผู้ที่เหมาะสมควรมีการจัดตั้งคณะกรรมการขึ้นมาเพื่อดูแลเรื่องนี้ ซึ่งผู้รับผิดชอบดูแลคณะกรรมการพิจารณาทำแท้งควรเป็นแพทย์สภาโดยกระทรวงสาธารณสุขและแพทย์สภาาร่วมกันแต่งตั้งขึ้นได้หลายชุดตามความจำเป็นเพื่อทำหน้าที่พิจารณาคำร้องขอทำแท้ง โดยต้องประกอบด้วยแพทย์ผู้เชี่ยวชาญสาขาใดสาขาหนึ่งซึ่งต้องขึ้นทะเบียนและได้รับใบอนุญาตประกอบวิชาชีพเวชกรรมแล้ว และมีนักสังคมสงเคราะห์ทางการแพทย์ด้วย โดยคณะกรรมการพิจารณาทำแท้งอาจมีได้หลายชุด จะตั้งอยู่ตามเขตท้องที่ต่างๆ ไม่ว่าท้องที่ในส่วนกลางซึ่งได้แก่กรุงเทพมหานครและปริมณฑล ในส่วนภูมิภาคจะมีศูนย์รับแจ้งประจำภาคๆ ละ 1 แห่ง คณะกรรมการพิจารณาการทำแท้งต้องพิจารณาคำร้องขอด้วยความรวดเร็วเป็นสาระสำคัญ เนื่องจากหญิงมีครรภ์ถูกจำกัดด้วยอายุที่โตขึ้นทุกวัน ให้มีคำวินิจฉัยภายใน 3 วันนับแต่วันที่ได้รับเรื่อง คณะกรรมการชุดนี้นอกจากมีอำนาจพิจารณาคำร้องดังกล่าวแล้ว ยังมีวัตถุประสงค์ในการควบคุมความประพฤติของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมให้ถูกต้องตามจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรม และมีหน้าที่รับขึ้นทะเบียนและออกใบอนุญาตให้แก่ผู้ขอเป็นผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม พักใช้ใบอนุญาตหรือเพิกถอนใบอนุญาตเป็นผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมได้เป็นต้น โดยแพทย์สภาควรจะประสานงานกับกระทรวงสาธารณสุขเพื่อช่วยกันดูแลรับผิดชอบร่วมกัน

2) ความรับผิดชอบทางอาญาของผู้ประกอบวิชาชีพแพทย์

กฎหมายอาญาเป็นกฎหมายที่ว่าด้วยความผิดและโทษและยังเป็นกฎหมายที่คุ้มครองสิทธิของผู้ป่วยด้วย ทั้งนี้เพราะกฎหมายอาญาถือว่าเป็นกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบภายในประเทศเนื่องจากแพทย์ต้องทำการรักษาผู้ป่วยหากเกิดอันตรายหรือความเสียหายเกิดขึ้น ซึ่งโดยปกติแล้วผู้ป่วยสามารถเรียกค่าเสียหายทางแพ่งได้แล้ว ยังมีกฎหมายอาญาที่ให้เอาผิดกับแพทย์ได้อีกนอกเหนือจากกฎหมายวิชาชีพที่คอยควบคุมแพทย์อยู่แล้ว

ประมวลกฎหมายอาญาที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดของแพทย์นี้มีอยู่หลายมาตรา ซึ่งเป็นบทบัญญัติขึ้นมาเพื่อให้แพทย์ต้องรับผิดชอบถ้าหากประพฤติปฏิบัติตามความผิดนี้แม้จะมีได้กระทำการรักษาผู้ป่วยก็ตามแต่เป็นความผิดอาญาเด็ดขาดที่ต้องรับผิดชอบ บัญญัติว่าต้องรับผิดชอบ อันได้แก่ความผิดดังต่อไปนี้

1. ความผิดฐานทำร้ายร่างกาย³¹ การกระทำของแพทย์ที่มีต่อร่างกายของผู้ป่วย นักกฎหมายโดยส่วนใหญ่ถือว่าเป็นความผิดฐานทำร้ายร่างกาย แต่ความยินยอมของผู้ป่วยให้แพทย์กระทำต่อร่างกายของผู้ป่วยนั้น ทำให้การกระทำของแพทย์นั้นไม่เป็นความผิด นอกจากเรื่องของความยินยอมทำให้แพทย์ไม่ต้องรับผิดแล้วแต่กรณีที่แพทย์จะทำการตัดขาคน หรือการผ่าตัดตามวิชาการทางการแพทย์นั้น ต้องเป็นเรื่องที่กฎหมายให้อำนาจกระทำได้ กล่าวคือ การที่แพทย์จะทำการผ่าตัดรักษาผู้ป่วยโดยได้รับความยินยอมจากผู้ป่วย และการกระทำของแพทย์จะต้องเป็นการประกอบวิชาชีพเวชกรรม อันเป็นการประกอบวิชาชีพตามกฎหมาย อันมีลักษณะสำคัญ 3 ประการ คือ แพทย์ผู้กระทำนั้นต้องเป็นผู้ขึ้นทะเบียนและได้รับอนุญาต แพทย์ผู้กระทำนั้นต้องกระทำอยู่ในขอบข่ายของการประกอบวิชาชีพและผู้ป่วยได้ให้ความยินยอมโดยสมบูรณ์

2. ความผิดฐานฆ่าผู้อื่น³² กรณีที่ผู้ป่วยกำลังจะตายและได้ร้องขอให้แพทย์ทำการฉีดยาให้ตาย การที่แพทย์ทำตามความต้องการของผู้ป่วย ย่อมมีความผิดฐานฆ่าผู้อื่นตามประมวลกฎหมายอาญา ในกรณีเช่นนี้ความยินยอมของผู้ป่วยไม่สามารถนำมาใช้เพื่อยกเว้นความรับผิด ไม่ว่ากรณีใด เพราะว่าเป็นความยินยอมที่ขัดต่อความสำนึกในศีลธรรมอันดี ในกรณีเช่นนี้หากพิจารณาจากการประกอบวิชาชีพเวชกรรม ที่ไม่อาจจะรวมถึงการให้ยาหรือการให้สารใดที่จะทำให้ผู้ป่วยตายได้ ดังนั้นจากการกระทำของแพทย์ที่ให้ผู้ป่วยตาย แม้ผู้ป่วยร้องขอ ก็ยังถือว่าเป็นความผิดฐานฆ่าผู้อื่นเช่นเดิม

3. ความรับผิดฐานกระทำโดยประมาท³³ ลักษณะความประมาทของแพทย์นั้นจะมีการพิจารณาจากการกระทำของแพทย์ผู้หนึ่งว่ามีความระมัดระวังโดยเทียบกับบุคคลในวิชาชีพแพทย์ เช่น การที่แพทย์ทำการผ่าตัดผู้ป่วย แพทย์ที่มีความชำนาญการผ่าตัดต้องเป็นผู้กระทำ ถ้าแพทย์ที่ทำการผ่าตัดไม่เคยผ่านการผ่าตัดมาเลย ย่อมถือได้ว่าแพทย์ผู้หนึ่งกระทำโดยปราศจากความระมัดระวังตามวิสัยแพทย์ผ่าตัดควรจะมี ถ้าเกิดความบกพร่องจากการผ่าตัดขึ้น ก็เป็นผลจากความประมาท และหากแพทย์ผู้กระทำมีความระมัดระวังอยู่แล้วแต่ถ้าการกระทำครั้งนั้นใช้ความระมัดระวังน้อยกว่าแพทย์ประเภทเดียวกันที่มี และควรใช้ความระมัดระวังนั้นแล้วและทำให้เกิดความบกพร่องขึ้น

³¹ มาตรา 295 “ผู้ใดทำร้ายผู้อื่น จนเป็นเหตุให้เกิดอันตรายแก่กายหรือจิตใจของผู้อื่นนั้น ผู้นั้นกระทำ ความผิดฐานทำร้ายร่างกาย ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน สองปี หรือปรับไม่เกินสี่พันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

³² มาตรา 288 “ผู้ใดฆ่าผู้อื่น ต้องระวางโทษประหารชีวิต จำคุกตลอดชีวิต หรือจำคุกตั้งแต่สิบห้าปีถึง ยี่สิบปี”

³³ มาตรา 59 “กระทำโดยประมาท ได้แก่กระทำผิดมิใช่เจตนา แต่กระทำโดยปราศจากความระมัดระวัง ซึ่งบุคคลในภาวะเช่นนั้นจักต้องมีตามวิสัยและพฤติการณ์ และผู้กระทำอาจใช้ความระมัดระวังเช่นว่านั้นได้ แต่หา อาจใช้ได้เพียงพอไม่”

ก็ถือว่าเป็นการใช้ความระมัดระวังไม่เพียงพอแต่อย่างไรก็ตามการจะดูว่าแพทย์กระทำโดยประมาทหรือไม่ต้องพิจารณาจากสถานการณ์ด้วยว่าแพทย์ที่ทำการตรวจรักษาผู้ป่วยในภาวะใดโดยทำการเปรียบเทียบการตรวจรักษาของแพทย์ประเภทการตรวจรักษาของแพทย์ประเภทเดียวกันในภาวะเดียวกันด้วย

2.1.2.3 มาตรฐานขององค์การอนามัยโลก

การทำแท้งที่ไม่ปลอดภัยยังคงเป็นปัญหาสาธารณสุขที่บั่นทอนชีวิตและสุขภาพของคนไทยทั่วประเทศ นอกจากนั้นยังก่อให้เกิดความสูญเสียทางด้านเศรษฐกิจตามมา โดยพบว่าได้มีการไปทำแท้งโดยหมอเถื่อนซึ่งในการทำแท้งแต่ละครั้ง ผู้ทำแท้งจะต้องเสียค่าใช้จ่ายในการทำแท้งและหากเกิดภาวะแทรกซ้อนจากการทำแท้งขึ้นจะต้องกลับมารับการรักษาในโรงพยาบาล ก็ต้องมีการเสียค่าใช้จ่ายในการรักษาตัวซึ่งเห็นได้ว่าเป็นการสิ้นเปลืองโดยใช่เหตุ ในขณะที่ปัจจุบันในโรงพยาบาลต่างๆ ได้มีเทคโนโลยีในการยุติการตั้งครรภ์ที่ปลอดภัย และค่าใช้จ่ายก็ไม่สูงมากนัก ซึ่งเทคโนโลยีที่ใช้ในการยุติการตั้งครรภ์ที่มีอยู่ในปัจจุบันว่ามีอยู่ 2 วิธีคือ

1) การใช้ยาในการยุติการตั้งครรภ์ (Medical Abortion) ได้แก่ ซึ่งมีอยู่ด้วยกัน 2 ชนิด คือ Mifepristone และ Misoprostol โดยวิธีการคือ ให้ยา Mifepristone ขนาด 200 มิลลิกรัม 1 เม็ด ซึ่ง Mifepristone เป็น Anti-progesterone เมื่อรับประทานยาตัวนี้ไพรมดลูกจะไม่ดูดซึม Progesterone หลังจากนั้น 24 ชั่วโมงให้ Misoprostol ขนาด 200 ไมโครกรัม 3 เม็ด ด้วยวิธีอมใต้ลิ้นหรือในกระพุ้งแก้ม ซึ่งพบว่าการยุติการตั้งครรภ์ด้วยวิธีนี้ได้ผลสูง 95-100% โดยองค์การอนามัยโลกได้บรรจุยา 2 ชนิดนี้ในบัญชียาหลักเพื่อยุติการตั้งครรภ์ และสมาพันธ์สูตินรีแพทย์นานาชาติ (Federation International of Obstetricians and Gynecologist-FIGO) ได้แนะนำให้ทั่วโลกใช้ยานี้ โดยประเทศพัฒนาแล้วใช้ Medical Abortion มานานกว่า 20 ปี รวมทั้งประเทศเพื่อนบ้านของไทย เช่น จีน เวียดนาม อินเดีย มาเลเซีย และกัมพูชา อย่างไรก็ตามการใช้ยา Mifepristone และ Misoprostol เป็นวิธียุติการตั้งครรภ์ที่เหมาะสมสำหรับผู้ที่มีอายุครรภ์ไม่เกิน 9 สัปดาห์ หรือ 63 วัน และประเทศไทยอนุญาตให้ใช้ Mifepristone เพื่อการวิจัยเท่านั้น ส่วน Misoprostol ตั้งแต่ปี พ.ศ. 2545 เป็นต้นมา สำนักงานคณะกรรมการอาหารและยา (อย.) ได้จัดให้เป็นยาควบคุมพิเศษที่ต้องสั่งจ่ายโดยแพทย์ในโรงพยาบาล ซึ่งส่งผลให้เกิดการลักลอบขายยาในราคาที่สูงขึ้นมาก จากเดิมในราคาเม็ดละ 17 บาท เป็น 500-5,000 บาท

2) การขูดมดลูก (Surgical Abortion) ได้แก่ การขูดมดลูกด้วย Sharp Curettage (Dilatation & Curettage-D&C) และการขูดด้วย Vacuum Aspiration (Manual Vacuum Aspiration – MVA) สำหรับวิธี D&C เป็นวิธีที่ใช้กันมานานแล้ว แต่ก็มีผลเสียคือ ในการทำหัตถการแพทย์ต้องให้ยาระงับปวดแก่คนไข้อย่างรุนแรง และเนื่องจากเครื่องมือเป็นเหล็กซึ่งมีความคม ดังนั้น อาจมี

ผลข้างเคียง เช่น ปากมดลูกฉีกฉีกเสป บูดอกไม่หมด หรือมดลูกทะลุได้ นอกจากนั้นผู้ป่วยยังต้องนอนพักที่โรงพยาบาลอีกอย่างน้อย 1 คืนด้วย ส่วนวิธี MVA แม้จะมีขึ้นหลังจากวิธี D&C แต่ก็ใช้มานานแล้วเช่นกัน โดยข้อดีของวิธี MVA คือเครื่องมือเป็นพลาสติก ใช้ระยะเวลาในการทำไม่เกิน 5 นาที คนไข้เจ็บปวดน้อยกว่าการขูดมดลูกด้วยวิธี D&C จึงไม่จำเป็นต้องให้ยาระงับความรู้สึกทั่วร่างกาย เป็นเครื่องมือที่ใช้ง่าย ไม่ว่าจะเป็นสูตินรีแพทย์ แพทย์ทั่วไป หรือแม้แต่พยาบาลก็สามารถทำได้ และหลังจากทำเสร็จคนไข้สามารถกลับบ้านได้เลยโดยไม่ต้องนอนพักที่โรงพยาบาล ที่สำคัญคือมีอัตราเสี่ยงต่อการเกิดมดลูกทะลุน้อยกว่าวิธี D&C นอกจากนั้นยังสามารถใช้ประโยชน์จาก MVA ในการวินิจฉัยโรคกระเพาะปัสสาวะ รวมถึงรักษาอาการตกเลือดจากการแท้งไม่ครบด้วย

องค์การอนามัยโลกและสมาพันธ์สูตินรีแพทย์นานาชาติได้แนะนำให้แพทย์ทั่วโลกใช้ Vacuum Aspiration ในการทำ Surgical Abortion การรักษาการแท้งไม่สมบูรณ์ และการทำ Intra-Uterine Evacuation แทนการขูดมดลูกด้วย Sharp Curettage ทุกกรณี และให้ใช้วิธี D&C ในกรณีที่ไม่มี MVA เท่านั้น อย่างไรก็ตาม แพทย์ไทยก็ยังใช้วิธี D&C ในการทำ Surgical Abortion และทำหัตถการทางสูตินรีเวชอื่นๆ แม้ MVA จะมีใช้มานาน 30 ปีแล้ว และมีข้อดีมากกว่าวิธี D&C แต่ก็ไม่ค่อยเป็นที่นิยมนักในประเทศไทย โดยปัจจุบันเรามีเครื่องมือนี้ใช้ในโรงพยาบาลบางแห่ง แต่บางแห่งก็ยังไม่รู้จักเครื่องมือชนิดนี้ด้วยซ้ำ และโรงเรียนแพทย์ก็ยังสอนให้นักเรียนแพทย์ใช้วิธี D&C ในการยุติการตั้งครรภ์อยู่

ความเสี่ยงทางสุขภาพของการทำแท้งขึ้นอยู่กับการทำแท้งนั้นปลอดภัยหรือไม่ องค์การอนามัยโลกได้นิยามการทำแท้งที่ไม่ปลอดภัยว่า คือ “การทำแท้งที่กระทำโดยผู้ไม่มีทักษะ โดยเครื่องมือที่เป็นอันตราย หรือในสภาพแวดล้อมที่ผิดสุขอนามัย”³⁴ การทำแท้งอย่างถูกกฎหมายในประเทศที่พัฒนาแล้วเป็นหนึ่งในหัตถการทางการแพทย์ที่มีความปลอดภัยสูงมากในสหรัฐอเมริกา ความเสี่ยงของการเสียชีวิตของมารดาจากการทำแท้งระหว่างปีค.ศ. 1998 ถึง 2005 เท่ากับ 0.6 ครั้งในการทำแท้ง 100,000 ครั้งหรือคือปลอดภัยกว่าการคลอดบุตรถึง 14 เท่า (การคลอดบุตรทำให้มารดาเสียชีวิตได้ 8.8 ครั้งต่อการคลอดมีชีวิต 100,000 ครั้ง) ความเสี่ยงของการเสียชีวิตที่เกี่ยวข้องกับการทำแท้งเพิ่มมากขึ้นตามอายุครรภ์ แต่ก็ยังน้อยกว่าการคลอดบุตรไปจนอายุครรภ์ที่ 21 สัปดาห์สวนทางกับกฎหมายในบางที่ที่บังคับให้แพทย์ให้ข้อมูลแก่ผู้ป่วยว่าการทำแท้งเป็นหัตถการที่มีความเสี่ยงสูง

³⁴ "The Prevention and Management of Unsafe Abortion" (PDF). *World Health Organization*. April 1995. สืบค้นเมื่อ 5 มีนาคม 2554, จาก http://whqlibdoc.who.int/hq/1992/WHO_MSM_92.5.pdf.

การใช้เครื่องดูดสุญญากาศในไตรมาสแรกเป็นวิธีการที่ปลอดภัยที่สุดของการทำแท้งด้วยวิธีทางศัลยกรรมและสามารถทำได้ในสถานพยาบาลชั้นปฐมภูมิคลินิกทำแท้งหรือโรงพยาบาล วิธีการนี้มีภาวะแทรกซ้อนน้อยมากทั้งการเกิดมดลูกทะลุ การติดเชื้อในอุ้งเชิงกราน เยื่อบุโพรงมดลูกอักเสบรวมทั้งการหลงเหลืออยู่ของชิ้นเนื้อที่ทำให้ต้องมีการดูดซ้ำ³⁵ การให้ยาปฏิชีวนะป้องกันการติดเชื้อ เช่น ยาดอกซิไซครินหรือเมโทรนิดาโซลมักให้ก่อนการทำแท้งที่ไม่ฉุกเฉิน เพราะเป็นที่เชื่อกันว่าจะลดอัตราการติดเชื้อในมดลูกหลังการทำแท้งด้วยการผ่าตัดได้ ภาวะแทรกซ้อนจากการทำแท้งในไตรมาสที่สองนั้นคล้ายกับในไตรมาสที่หนึ่งโดยขึ้นอยู่กับวิธีการทำแท้งที่เลือกใช้อาจจะมีความแตกต่างบ้างเพียงเล็กน้อยในเรื่องความปลอดภัยและประสิทธิภาพระหว่างการทำแท้งด้วยการใช้ยาสูตรผสมของยาไมฟีพริสโตนและมิโซพรอสตอล และการทำแท้งด้วยการผ่าตัด(เครื่องดูดสุญญากาศ)ในระยะแรกของไตรมาสแรกไปจนอายุครรภ์ 9 สัปดาห์ การทำแท้งด้วยยาไมโซพรอสตอลซึ่งเป็นอนุพันธ์ของพรอสตาแกลนดินเพียงตัวเดียวมีประสิทธิภาพน้อยกว่าและเจ็บปวดมากกว่าการใช้ยาสูตรผสมของยาไมฟีพริสโตนและมิโซพรอสตอลหรือการทำแท้งด้วยการผ่าตัดลักษณะหัตถการของการยุติการตั้งครรภ์ที่ยังไม่พร้อมมักจะทำให้สตรีตกเลือดและเสี่ยงต่อมดลูกทะลุจากสถิติพบว่ากลุ่มสตรีเสียชีวิตเพราะทำแท้งเนื่องจากท้องไม่พร้อมมีกว่า 300 รายต่อประชากร 1 แสนคน แต่สตรีที่เสียชีวิตเพราะการคลอดปกติมีเพียง 20 รายต่อประชากร 1 แสนคน หากการนำร่องใช้ยายุติการตั้งครรภ์ไม่พร้อมใน 4 โรงพยาบาลสัมฤทธิ์ผลร่วมกันกับการศึกษาการใช้ยาดังกล่าวอย่างเหมาะสมก็จะกระจายยาสู่สถานพยาบาลทั่วประเทศในปี พ.ศ. 2556

การใช้เครื่องดูดสุญญากาศ (Vacuum aspiration) ใน 3 เดือนแรกเป็นวิธีการที่ปลอดภัยที่สุดของการทำแท้งด้วยวิธีทางศัลยกรรมซึ่งมีภาวะแทรกซ้อนน้อยมาก ทั้งการเกิดมดลูกทะลุ การติดเชื้อในอุ้งเชิงกรานเยื่อบุโพรงมดลูกอักเสบ รวมทั้งการหลงเหลืออยู่ของชิ้นเนื้อที่ทำให้ต้องมีการดูดซ้ำการทำแท้งในระยะ 3 เดือนแรกไปจนอายุครรภ์ 9 สัปดาห์แพทย์อาจใช้ยาไมโซพรอสตอล (Misoprostol) ที่เป็นอนุพันธ์ของพรอสตาแกลนดิน (Prostaglandin) เพียงตัวเดียว ซึ่งมีประสิทธิผลน้อยกว่า (แต่เจ็บปวดมากกว่า) การใช้ยาสูตรผสมของยาไมฟีพริสโตน (Mifepristone) และมิโซพรอสตอล หรือการทำแท้งด้วยการผ่าตัดการทำแท้งในระยะครรภ์ 3-6 เดือน หรือไตรมาสที่ 2 ของการตั้งครรภ์แพทย์อาจใช้วิธีอื่นๆ อาทิ การชักนำให้คลอดก่อนกำหนดด้วยยาพรอสตาแกลนดินซึ่งอาจให้ร่วมกับการฉีดสารความดันออสโมซิส (Osmosis) สูงที่ประกอบด้วยน้ำเกลือ

³⁵ Westfall JM, Sophocles A, Burggraf H, Ellis S. (1998). *Manual vacuum aspiration for first-trimester abortion*. Retrieved March 6, 2012, from <http://archfam.ama-assn.org/cgi/content/full/7/6/559>.

หรือยูเรีย (Urea) เข้าในน้ำคร่ำการทำแท้งที่อายุครรภ์มากกว่า 16 สัปดาห์อาจใช้วิธีทำแท้งบางส่วน (Partial-birth abortion) โดยการทำลายศีรษะทารกในครรภ์ด้วยวิธีทางสัลยกรรมก่อนถ่ายทารกในครรภ์ออก (Intrauterine cranial decompression/intact dilation and extraction: IDX) แล้วในระยะท้ายของการตั้งครรภ์ จะใช้วิธีการผ่ามดลูก (Hysterotomy) ซึ่งคล้ายกับการผ่าท้องคลอดขณะให้ยาสลบทั่วไปแต่จะเปิดแผลผ่าตัดเล็กกว่าการผ่าท้องคลอด อย่างไรก็ตามราชวิทยาลัยสูติแพทย์และนรีแพทย์ได้แนะนำวิธีการฉีดยาเพื่อหยุดการทำงานของหัวใจของทารกในครรภ์ในระยะแรกของการทำแท้งด้วยวิธีทางสัลยกรรม

ความเสี่ยงทางสุขภาพของการทำแท้งขึ้นอยู่กับความปลอดภัยของวิธีการองค์การอนามัยโลก (World Health Organization: WHO) ระบุว่าการทำแท้งที่ไม่ปลอดภัยคือการการทำแท้งโดยผู้ไม่มีทักษะด้วยเครื่องมืออันตราย หรือในสภาวะที่ผิดสุขอนามัยการทำแท้งอย่างถูกกฎหมายในประเทศพัฒนาแล้วเป็นหัตถการการแพทย์ที่มีความปลอดภัยสูงมาก

2.1.3 วิวัฒนาการของกฎหมายอาญาเกี่ยวกับการทำแท้งของประเทศไทย

สภาพสังคมที่มีการเปลี่ยนแปลงอย่างรวดเร็ว กฎหมายบางฉบับได้มีการบัญญัติมานานแล้วส่งผลให้ไม่สามารถบังคับใช้ให้สอดคล้องกับสภาพสังคมในปัจจุบันได้ ซึ่งหนึ่งในนั้นก็มีกฎหมายเกี่ยวกับการทำแท้งที่ต้องมีการบัญญัติกฎหมายให้มีความทันสมัยเนื่องจากบุคคลใดทำแท้งจะมีความผิดทางอาญา การบัญญัติกฎหมายเพื่อให้ทันยุคทันสมัยจึงมีความจำเป็นอย่างยิ่งเพื่อให้กฎหมายมีสภาพบังคับใช้ได้มีประสิทธิภาพ จากการศึกษาพบว่ากฎหมายเกี่ยวกับการทำแท้งของไทยได้มีวิวัฒนาการมาตั้งแต่กฎหมายตราสามดวง กฎหมายลักษณะอาญาร.ศ. 127 และกลายมาเป็นประมวลกฎหมายอาญาที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบัน

2.1.3.1 กฎหมายตราสามดวง³⁶

กฎหมายตราสามดวงเป็นชื่อเรียกประมวลกฎหมายที่พระบาทสมเด็จพระพุทธยอดฟ้าจุฬาโลกมหาราชทรงโปรดเกล้าฯ ให้นักปราชญ์ราชบัณฑิตจำนวน 11 ท่านชำระขึ้นใหม่และประกาศใช้เป็นหลักแก่แผ่นดินเนื่องจากการบังคับใช้กฎหมายมีปัญหาและอุปสรรคหลายประการทั้งในเรื่องความลักลั่นในการตีความ กระบวนการพิจารณาคดี ปัญหาด้วยบทกฎหมายไม่ได้จัดเป็นหมวดหมู่ให้เหมาะสม และปัญหากฎหมายสูญหายถูกทำลายไปถึง 9 ใน 10 ส่วน

กฎหมายตราสามดวงจึงได้มีการประกาศใช้ในสมัยต้นกรุงรัตนโกสินทร์เมื่อจุลศักราช 1166 (พ.ศ. 2348) โดยพระบาทสมเด็จพระพุทธยอดฟ้าจุฬาโลกมหาราชทรงโปรดเกล้าฯ ให้มีการชำระและรวบรวมกฎหมายเก่า ที่มีมาแต่ครั้งโบราณตั้งแต่เริ่มมีการสถาปนากรุงรัตนโกสินทร์ให้

³⁶ สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย (สกว). (2549). *กฎหมายตราสามดวง: หน้าต่างสังคมไทย*.

อาลักษณ์ชุบเส้นหมึกสามชุดแต่ละชุดประทับตราสามดวงคือ ตราราชสีห์ ตราคชสีห์ และตราบัวแก้ว ไว้ทุกเล่มและเก็บไว้ในที่ห้องเครื่องชุดหนึ่ง หอหลวงชุดหนึ่ง และศาลหลวงอีกชุดหนึ่ง โดยมีการกล่าวอ้างในบทบัญญัติบทพระอัยการลักษณะพัวเมียและบัญญัติเกี่ยวกับการฆ่าเด็กในครรภ์มารดาไว้ใน มาตรา 10 และมาตรา 15³⁷

กรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์ได้ทรงอธิบายไว้ในคำบรรยายว่า “ในมาตรา 15 ใครทำร้ายต่อแม่ ลูกในครรภ์ตาย ให้ปรับไหมให้แม่แต่เพียงขาดผลของแม่นั้น ส่วนลูกไม่มีไหม บทนี้กฎหมายไม่ผิดกับในเรื่องที่คนไม่ตั้งครรภ์ในมาตรา 10 พุดถึงเรื่องวางยาให้ลูกตายให้ทำโทษปรับและจำ ก็คงวินิจฉัยได้ว่าผู้ใดทำให้ลูกในครรภ์ตายโดยจงใจต้องมีโทษซึ่งแสดงให้เห็นว่า ลูกในครรภ์ถึงยังไม่ได้เกิดก็มีอำนาจชอบธรรมอยู่บ้างคือที่จะไม่มีผู้ใดทำร้ายได้ แต่ในบทกฎหมาย 2 บท พุดถึงแต่รายที่มีเด็กไม่ยอมแลกการร้ายที่ทำต่อเด็กนั้นทำโดยบังอาจต่อมารดา ฤาหมียอมก็มิมีโทษเสมอแล้วต้องเรียกว่าเด็กในครรภ์นั้นมีอำนาจอันชอบธรรมส่วนนี้ แลเรียกว่าเป็นบุคคล ตั้งแต่ก่อนเกิด แต่อาจวินิจฉัยไป อีกอย่างหนึ่งได้ คือ ให้มีโทษแต่ในการที่ฆ่าเมื่อเป็นการบังอาจต่อมารดา แลมารดายอมให้รัดลูกไม่มีโทษ ดังนั้น ก็ต้องว่าเด็กเป็นบุคคลก่อนเกิดได้ แต่มารดายอมให้เกิด แม่ มารดาไม่ยอมให้เกิดรัดออกเสีย เด็กนั้นไม่เป็นบุคคลเลย อย่างนี้ดูส่อๆ แต่เป็นสิ่งที่จริงได้กระมัง เพราะตามธรรมดาสาธยายทั้งหลาย ไม่ค่อยยอมทำโทษทางอาญาแก่ใคร เมื่อไม่มีกฎหมายว่าลงไปเป็นชัดเจน ซึ่งในเรื่องรัดลูกเป็นข้อถกอยู่ ณ บัดนี้ ในกฎหมายประเทศอื่น ที่ไม่นับว่าเด็กเป็นบุคคลแต่ในท้องนั้น ใครฆ่าเด็กนั้นเสียไม่เรียกว่าฆ่าคน จะฟ้องหรือกล่าวโทษในถานั้นไม่ได้ จึงได้มีกฎหมายอีกบทหนึ่งต่างหาก ให้ทำโทษฐานรัดลูก ในกฎหมายไทยไม่มีบทเช่นนี้จะไปไม่ได้ก็เพียงโดยเทียบกฎหมาย 2 บทที่ได้ว่ามาแล้ว และจะมีปัญหาต่อไปว่า จะมีโทษจนกระทั่งถึงเมื่อยังเป็นก้อนโลหิตอยู่ ฤาแต่เมื่อมีร่างกายสมบูรณ์ ซึ่งเป็นข้อยากที่จะวินิจฉัยให้แจ่มแจ้ง จะขีดเส้นเพียงไรจะสืบความใดเท่าไร ไม่ง่ายเลย”³⁸

2.1.3.2 กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127³⁹

³⁷ มาตรา 10 บัญญัติว่า “ผู้ใดให้ยาแก่ท่านกิน ลูกในท้องตาย ให้เอาตัวแม่นั้นถึงหนึ่งตั้งไหมทวีคูณ เป็นสินไหมถึงพันยี่สิบแล้วโทษ 60 ที เอาขึ้นหาหยั่งประจานแล้วจำไว้ ณ ลูก ถ้าตายทั้งแม่และลูกให้มันตายตกไปตามกัน”

มาตรา 15 บัญญัติว่า “ผู้ใดวิวาทกับหญิงมีครรภ์ลูกในท้องตาย แม่มีบาดเจ็บให้ปรับไหมผู้ตีพันแห่งโดยขนาด ถ้าตายทั้งแม่ทั้งลูก ให้ฆ่าผู้ตีพันแห่งให้ตายตกไปตามกัน”

³⁸ ราชบุรีดิเรกฤทธิ์. (2468). คำบรรยายของพระเจ้าพี่ยาเธอกรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์. น. 14-18.

³⁹ หยุต แสงอุทัย. (2548). คำอธิบายกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127. น. 308-382.

กฎหมายลักษณะอาญาที่เป็นกฎหมายเก่าที่ใช้อยู่ก่อนหน้าวันที่ 1 มกราคม พ.ศ. 2500 ได้บัญญัติกฎหมายที่เกี่ยวกับการทำแท้งไว้ 5 มาตราด้วยกัน⁴⁰ ตั้งแต่มาตรา 260-264 โดยกฎหมายใช้คำว่า “ริตลูกให้แท้ง” เป็นการกระทำให้ทารกในครรภ์ของหญิงออกมาจากครรภ์ในลักษณะเป็นสิ่งที่ไม่มีชีวิต นับแต่ทารกเริ่มปฏิสนธิจนถึงก่อนคลอด การเอาทารกออกมาต้องถือว่าเป็นการริตลูก

บทบัญญัติในมาตรา 260 เป็นบทสำหรับเอาโทษหญิงที่ริตลูกเองหรือยอมให้ผู้อื่นริตลูกให้แท้ง ส่วนผู้ที่ริตลูกให้หญิงผิดตามมาตรา 261 หรือมาตรา 262 ซึ่งคำว่า “ริตลูก” นั้นหมายความว่า การกระทำใดๆที่เป็นเหตุให้เด็กในครรภ์ของหญิงออกมาจากครรภ์ในลักษณะที่เป็นสิ่งที่ไม่มีชีวิต เด็กที่อยู่ในครรภ์จะเจริญเติบโตเท่าใดไม่เป็นข้อสำคัญ ในเวลานี้ยังมีความเข้าใจผิดว่าถ้าเด็กเริ่มปฏิสนธิแล้ว การเอาเด็กออกไม่ถือว่าเป็นการ “ริตลูก” ความจริงนับแต่เด็กเริ่มปฏิสนธิจนถึงก่อนคลอดการเอาเด็กออกมาต้องถือว่าเป็นการ “ริตลูก” ทั้งนั้นแต่ถ้าเด็กคลอดออกมาจากครรภ์มารดาแล้วมีชีวิตรอดอยู่ การทำให้ตายเป็น “ฆ่าคนตาย”⁴¹ แต่กรณีแพทย์จำเป็นต้องริตลูกเพื่อช่วยชีวิตของมารดา แพทย์ก็มีอำนาจทำได้ตามกฎหมายจารีตประเพณี

กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 เป็นกฎหมายเก่าแต่มีบทยกเว้นโทษทำนองเดียวกับ มาตรา 304 ในประมวลกฎหมายอาญากล่าวคือ การพยายามริตลูกซึ่งหญิงทำเองหรือหญิงยินยอม และหญิงมิได้รับอันตรายสาหัสหรือตาย การพยายามนั้นไม่เป็นความผิด แต่ไม่มีบทยกเว้นโทษแก่ผู้กระทำผิดที่เป็นแพทย์ ดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 305 แห่งประมวลกฎหมายอาญา ในทางตรงกันข้ามกลับบัญญัติให้รับโทษหนักขึ้นอีกหนึ่งในสามถ้าผู้กระทำเป็นนายแพทย์ หรือผดุงครรภ์ หรือทำ

⁴⁰ มาตรา 260 บัญญัติว่า “หญิงใดริตลูกให้แท้งก็ดี ยินยอมให้คนอื่นริตลูกให้แท้งก็ดี ท่านว่ามีความผิดต้องระวางโทษานุโทษเป็นสามสถาน คือ สถานหนึ่งให้จำคุกไม่เกินสามปี สถานหนึ่งให้ปรับไม่เกินกว่าร้อยบาท สถานหนึ่งให้ลงโทษทั้งจำทั้งปรับเช่นว่ามาแล้วด้วยกัน”

มาตรา 261 บัญญัติว่า “ผู้ใดริตลูกเขาให้แท้ง แม้ว่าหญิงยินยอมให้ริตก็ดี ท่านว่ามีความผิดต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่เดือนหนึ่งขึ้นไปจนสามปี และปรับตั้งแต่ยี่สิบบาทขึ้นไปจนถึงร้อยบาทด้วยอีกโสดหนึ่ง”

มาตรา 262 บัญญัติว่า “ถ้าผู้กระทำผิด เช่นว่าในมาตรา 261 นั้นเป็นแพทย์หรือเป็นผดุงครรภ์ก็ดี หรือเป็นคนทำโดยเห็นแต่สินจ้างรางวัลก็ดี ท่านให้ลงโทษมันตามที่บัญญัติไว้สำหรับความผิดเช่นนั้น ทวีขึ้นอีกหนึ่งในสามส่วน”

มาตรา 263 บัญญัติว่า “ผู้ใดรู้ช้อย่าหญิงมีครรภ์ และหญิงมิได้อนุญาตให้มีริตลูก ถ้าแลมันทำร้ายด้วยกำลังกาย หรือด้วยประการหนึ่งประการใดให้หญิงนั้นแท้งลูกไซ้ ท่านว่ามีความผิดต้องระวางโทษฐานประทุษร้ายแก่ร่างกายถึงสาหัส ดังบัญญัติไว้ในมาตรา 256 และมาตรา 257 นั้น”

มาตรา 264 บัญญัติว่า “ผู้ใดพยายามกระทำความผิดอย่างใดที่ท่านบัญญัติไว้ในมาตรา 260 และมาตรา 261 นั้นท่านว่าเป็นการไม่สำคัญ อย่าให้เอาโทษแก่มันเลย”

⁴¹ แหล่งเดิม.

โดยเห็นแต่สินจ้างรางวัล แต่เหตุเพิ่มโทษเนื่องจากหญิงได้รับอันตรายสาหัสไม่ได้บัญญัติไว้ โดยเฉพาะคงถือเอาแต่การที่หญิงต้องแท้งลูกเพราะการกระทำใดๆ ที่หญิงไม่ยินยอมเป็นการที่หญิงได้รับอันตรายสาหัส และเอาโทษอย่างที่ว่าหญิงถูกทำร้ายจนได้รับอันตรายสาหัส คงต้องลงโทษตามเรื่องการทำร้ายร่างกายจนได้รับอันตรายสาหัสเท่านั้น

กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 เป็นกฎหมายที่บัญญัติชัดเจนเอาความผิดแก่หญิงที่ทำให้ตนเองแท้งลูก หรือยินยอมให้คนอื่นรีดลูก แสดงให้เห็นว่า กฎหมายเริ่มมีวัตถุประสงค์ให้หญิงรับผิดชอบในการกระทำทำให้ตนเองแท้งลูก หรือยินยอมให้คนอื่นทำให้ตนเองแท้งลูก นอกจากนั้น กฎหมายลักษณะอาญานับนี้ระบุการทำแท้งเป็นการกระทำผิดกฎหมายโดยไม่มีข้อยกเว้นใดๆ และกฎหมายฉบับนี้มีวัตถุประสงค์ในการลงโทษบุคคลที่มีอาชีพในทางแพทย์หรือผดุงครรภ์หรือผู้ทำการโดยเห็นแก่สินจ้างรางวัลทำให้แท้งลูกต้องรับโทษหนักขึ้น ซึ่งจากบทบัญญัติมาตรา 262 ผู้ร่างกฎหมายอาจเห็นว่าบุคคลที่มีอาชีพเหล่านี้มีหน้าที่ในการป้องกันโรคและการบำบัดโรค ช่วยเหลือชีวิตมนุษย์และการทำแท้งนั้นไม่ใช่การบำบัดโรคเพราะการตั้งครรภ์มิใช่การเจ็บป่วยเป็นการพิจารณาหน้าที่สมควรลงโทษหนัก⁴²

กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 บังคับใช้มาเป็นเวลาหลายสิบปีรัฐบาลจึงมองเห็นถึงความจำเป็นที่จะให้มีการแก้ไขกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ขึ้นทั้งนี้เพื่อให้สอดคล้องกับสภาพสังคมไทยที่ได้มีการเปลี่ยนแปลงไป รัฐบาลจึงได้มีการแต่งตั้งคณะกรรมการขึ้นเพื่อดำเนินการแก้ไขกฎหมายที่ประชุมอนุกรรมการตรวจพิจารณาการแก้ไขกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ได้ลงมติไว้ว่า ในการบัญญัติกฎหมายว่าด้วยความผิดฐานทำให้แท้งลูกนั้นควรพิจารณาถึงนโยบายของรัฐที่จะเพิ่มประชากรด้วย เพราะที่ปรึกษาชาวฝรั่งเศสชื่อ นายอาร์ กียอง ได้เสนอว่ากฎหมายไทยควรยอมให้มีการทำแท้งได้ ในกรณีที่เป็นจำเป็น และ ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช ก็ได้เสนอให้กฎหมายไทยเดินสายกลาง ในที่สุดที่ประชุมลงมติว่า การทำแท้งเป็นความผิดตามกฎหมายและนำเสนอต่อสภานิติบัญญัติถึงข้อยกเว้นว่าด้วยเหตุผลทางการแพทย์ในการตั้งครรภ์ของหญิงนั้นเกิดจากลึความผิดทางเพศ⁴³

⁴² คณิต ฌ นคร. (2521, ตุลาคม). “ทัศนคติของนักกฎหมายเกี่ยวกับการแพทย์.” วารสารอัยการ 10(1). น. 46.

⁴³ วรากรณ์ กษีรัตน์. (2526). การศึกษาความคิดเห็นและทัศนคติของนักสังคมสงเคราะห์ทาง การแพทย์: ศึกษาเฉพาะ โรงพยาบาลของในเขตกรุงเทพมหานครเกี่ยวกับกฎหมายทำแท้ง (วิทยานิพนธ์สังคม สงเคราะห์ศาสตรมหาบัณฑิต). กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

2.1.3.3 ประมวลกฎหมายอาญา

บทบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับการทำแท้ง ไว้ในเรื่องความผิดเกี่ยวกับชีวิตและร่างกาย ในหมวดความผิดฐานทำให้แท้งลูก มาตรา 301 ถึงมาตรา 305⁴⁴ ซึ่งในส่วนที่เกี่ยวกับสิทธิและเงื่อนไขประกอบการทำแท้งจะบัญญัติไว้ในมาตรา 305 โดยในเนื้อหาของบทบัญญัติดังกล่าว เป็นมาตราที่ขกเว้นความผิดของการทำแท้งตามมาตรา 301 และมาตรา 302 เมื่อมีการเข้าเงื่อนไขดังต่อไปนี้คือ

1) เป็นการกระทำของนายแพทย์ คำว่านายแพทย์ หมายถึง ผู้มีอาชีพเป็นแพทย์โดยไม่จำกัดว่าเป็นผู้ชายหรือผู้หญิงแต่ต้องเป็นแพทย์ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมตามพระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ.2525

2) เป็นการกระทำความผิดในมาตรา 301 และมาตรา 302 กล่าวคือเป็นกรณีที่หญิงยินยอม โดยที่หญิงทำแท้งเองหรือยินยอมให้ทำแท้ง เช่นในกรณีที่แพทย์หญิงทำให้ตนเองแท้งลูก หรือกรณีที่หญิงมีครรภ์ยินยอมให้นายแพทย์ทำให้ตนเองแท้งลูก ไม่ว่าการที่แพทย์ทำให้แท้งลูกจะ

⁴⁴ มาตรา 301 บัญญัติว่า “หญิงใดทำให้ตนเองแท้งลูก หรือยอมให้ผู้อื่นทำให้ตนแท้งลูก ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

มาตรา 302 บัญญัติว่า “ผู้ใดทำให้หญิงแท้งลูก โดยหญิงนั้นยินยอมต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ถ้าการกระทำนั้นเป็นเหตุให้หญิงได้รับอันตรายสาหัสอย่างอื่นด้วย ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินเจ็ดปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นสี่พันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ถ้าการกระทำนั้นเป็นเหตุให้หญิงถึงแก่ความตาย ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบปี หรือปรับไม่เกินสองหมื่นบาท”

มาตรา 303 บัญญัติว่า “ผู้ใดทำให้หญิงแท้งลูกโดยหญิงนั้นไม่ยินยอม ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินเจ็ดปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นสี่พันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ถ้าการกระทำนั้นเป็นเหตุให้หญิงรับอันตรายสาหัสอย่างอื่นด้วย ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งปีถึงสิบปี และปรับตั้งแต่สองพันบาทถึงสองหมื่นบาท

ถ้าการกระทำนั้นเป็นเหตุให้หญิงถึงแก่ความตาย ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ห้าปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่หนึ่งหมื่นบาทถึงสี่หมื่นบาท”

มาตรา 304 บัญญัติว่า “ผู้ใดเพียงแต่พยายามกระทำความผิดตามมาตรา 301 หรือมาตรา 302 วรรคแรก ผู้นั้นไม่ต้องรับโทษ”

มาตรา 305 บัญญัติว่า “ถ้าการกระทำความผิดดังกล่าวในมาตรา 301 และมาตรา 302 นั้น เป็นการกระทำของนายแพทย์ และ

(1) จำเป็นต้องกระทำเนื่องจากสุขภาพของหญิงนั้น หรือ

(2) หญิงมีครรภ์เนื่องจากการกระทำความผิดอาญา ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 276 มาตรา 277 มาตรา 282 มาตรา 283 หรือมาตรา 284 ผู้กระทำไม่มีความผิด”

เป็นเหตุให้หญิงได้รับอันตรายสาหัสอย่างอื่นหรือถึงแก่ความตาย แพทย์ผู้กระทำความผิดไม่มีความผิดตามมาตรานี้ แต่ถ้าหญิงไม่ยินยอมให้ทำแท้งตามมาตรา 303 แล้ว แม้ว่าจำเป็นต้องกระทำเนื่องจากสุขภาพของหญิงนั้น หรือเนื่องจากการกระทำความผิดทางอาญา แพทย์ก็ไม่มีอำนาจทำให้หญิงแท้งลูกตามมาตรา 305 ได้ แต่แพทย์อาจอ้างเรื่องการกระทำความผิดด้วยความจำเป็นตามมาตรา 67 ได้ เช่น ในกรณีที่หญิงมีครรภ์ประสบอุบัติเหตุทางรถยนต์แล้วสลบไปไม่สามารถที่จะให้ความยินยอมแก่แพทย์ได้ แพทย์จำเป็นต้องช่วยชีวิตของหญิงมีครรภ์โดยทันที แพทย์จึงจำเป็นต้องทำแท้งให้แก่หญิงเพื่อรักษาชีวิตของหญิงมีครรภ์ให้อยู่รอดต่อไป เพื่อให้หญิงพ้นจากอันตรายที่ใกล้จะถึงและไม่สามารถหลีกเลี่ยงให้พ้นโดยวิธีอื่นใดได้ การกระทำของแพทย์ย่อมได้รับการยกเว้นโทษตามมาตรา 67 เป็นการกระทำใน 2 กรณีดังต่อไปนี้

(1) จำเป็นต้องกระทำเนื่องจากสุขภาพของหญิงนั้น หมายความว่ากรณีที่หญิงมีครรภ์อยู่หรือ คลอดบุตร จะเป็นอันตรายแก่หญิงมีครรภ์ ดังนั้นแพทย์จึงจำเป็นต้องทำแท้งให้แก่หญิง เช่น หญิงมีครรภ์ป่วยเป็นโรคหัวใจหรือเป็นวัณโรคหรือโรคติดต่ออย่างร้ายแรง หากมีการตั้งครรภ์ต่อไปจนคลอดทารกออกมา อาจส่งผลต่อสุขภาพของหญิงมีครรภ์ แพทย์จึงจำเป็นต้องทำแท้งให้แก่หญิงมีครรภ์ตามมาตรา 305 (1) ในเรื่องดังกล่าวได้มีคำพิพากษาของศาลฎีกาที่ 5637/2533⁴⁵ ซึ่งได้วินิจฉัยในเรื่องการทำแท้งกับมูลกรณีละเมิด โดยมีข้อที่จะพิจารณาในประเด็นเรื่องของ “สุขภาพ” ของหญิงมีครรภ์ คือในคำวินิจฉัยของศาลยอมรับเป็นข้อเท็จจริงเป็นยุติว่า “การที่นายแพทย์ ส.ทำแท้งให้แก่โจทก์ก็เนื่องมาจากสุขภาพจิตของโจทก์แย่มากและโจทก์ทำแท้งเพราะกลัวไปเองว่าทารกในครรภ์จะคลอดออกมาแล้วพิการ แสดงให้เห็นว่าศาลเองก็ยอมรับว่าสุขภาพจิตเป็นส่วนหนึ่งของ “สุขภาพของหญิง” ตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญามาตรา 305 (1) นั้นเอง ดังนั้นจึงเห็นได้ชัดว่าศาลยอมรับความจำเป็นทางสุขภาพจิตของหญิงเป็นส่วนหนึ่งที่จะอ้างเป็นเหตุในการทำแท้งได้ตามประมวลกฎหมายอาญาดังกล่าว

(2) หญิงมีครรภ์เนื่องจากการกระทำความผิดอาญามาตรา 276 มาตรา 277 มาตรา 282 มาตรา 283 หรือมาตรา 284 หมายความว่า ถ้ามีการกระทำความผิดอาญาตามมาตราดังกล่าว

⁴⁵ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5637/2533 โจทก์ขณะเป็นหญิงมีครรภ์ได้ไปปรึกษาแพทย์ที่โรงพยาบาลจำเลยที่ 1 เพื่อขอคำแนะนำในการป้องกันการติดเชื้อหัดเยอรมัน จำเลยที่ 2 แพทย์ผู้ตรวจจึงได้ฉีดวัคซีน เอ็ม.เอ็ม.อาร์. ให้โจทก์ ต่อมาโจทก์ทราบว่าวัคซีนดังกล่าวห้ามใช้กับหญิงมีครรภ์ โจทก์ไปขอคำปรึกษาจากแพทย์อีก แพทย์แจ้งว่าวัคซีนที่ฉีดให้โจทก์ไม่เป็นอันตรายต่อทารกในครรภ์ แต่โจทก์ยืนยันจะทำแท้ง แพทย์เห็นว่าโจทก์มีสุขภาพจิตแย่มากจึงยอมทำแท้งให้ ดังนั้น เมื่อข้อเท็จจริงฟังได้ว่าโจทก์ทำแท้งเพราะกลัวไปเองว่าทารกในครรภ์จะคลอดออกมาพิการมิใช่เพราะวัคซีน เอ็ม.เอ็ม.อาร์. ที่จำเลยที่ 2 ฉีดให้โจทก์ทำให้ทารกในครรภ์ของโจทก์พิการ การกระทำของจำเลยที่ 2 จึงไม่เป็นการละเมิดต่อโจทก์

และหญิงมีครรภ์ เมื่อหญิงมีครรภ์ยินยอมให้ทำแท้งแพทย์ย่อมทำได้โดยชอบด้วยกฎหมาย แต่ถ้าหญิงมีครรภ์เนื่องจากการกระทำความผิดอาญาดังกล่าวไม่ยินยอมให้ทำแท้ง แพทย์ก็ไม่มีอำนาจที่จะทำแท้งให้แก่หญิงได้โดยชอบ ส่วนการกระทำความผิดอาญาดังกล่าวไม่จำเป็นต้องฟ้องเป็นคดีหรือมีคำพิพากษาของศาลก่อน ขอให้มิใช่ข้อเท็จจริงว่ามีการกระทำความผิดอาญาดังกล่าวเกิดขึ้นจริงเท่านั้น แพทย์ก็ย่อมทำให้แท้งลูกได้ เหตุที่กฎหมายบัญญัติยกเว้นความผิดในข้อนี้ ก็เพื่อป้องกันความเสื่อมเสียแก่ชื่อเสียงของหญิงมิให้หญิงต้องอับอายและเป็นปมด้อย ทั้งเมื่อหญิงไม่ประสงค์จะอุ้มครรภ์ที่เกิดจากการใช้กำลังบังคับเอากับหญิง กฎหมายจึงยอมให้แพทย์สามารถทำให้แท้งลูกได้เมื่อเกิดความผิดอาญาดังกล่าว

2.2 แนวคิดทางด้านศีลธรรมและวิวัฒนาการของสังคมไทย

การทำแท้งถูกมองว่าเป็นปัญหาสังคม ปัญหาเชิงศีลธรรมและจริยธรรม ปัญหาทางกฎหมายทำให้ผู้หญิงไม่สามารถควบคุมร่างกายและวิถีชีวิตของตนได้ ทำให้ปัญหาการทำแท้งมีการถกเถียงกันอย่างมากระหว่างและยังไม่สามารถหาข้อยุติได้เพราะปัญหาการทำแท้งเป็นปัญหาที่มองได้หลายแง่มุม รวมทั้งความคิดเห็นที่แตกต่างของบุคคลหลายฝ่ายอย่างเช่น บุคคลทางศาสนา นักกฎหมาย นักวิชาการ รวมทั้งความเชื่อและทัศนคติของคนในสังคมโดยรวม⁴⁶ การทำแท้งในมุมมองของทางพระพุทธศาสนาถือเป็นการทำลายชีวิตมนุษย์และถือเป็นบาปหนักเพราะทางพระพุทธศาสนาถือว่าชีวิตมนุษย์เริ่มตั้งแต่อยู่ในครรภ์แล้วการทำแท้งจึงเป็นบาปและการทำแท้งยังเป็นเรื่องที่ผิดศีลธรรมและจริยธรรม

ศีลธรรม⁴⁷ หมายถึงระเบียบปฏิบัติเพียงเท่าที่จะเรียกได้ว่าเป็นการทำให้คนดี เช่น มีศีล มีสัจจะ มีความกตัญญูหรือมีการปฏิบัติตามหลักที่สังคมทั่วไปต้องการ โดยนัยนี้ ศีลธรรมจึงมีค่าในตัวของตัวเอง อยู่ในส่วนลึกจิตใจของแต่ละคน หากที่จะแสดงออกหรือประกาศเกียรติคุณการเป็นผู้มีศีลธรรมหรือไม่สามารถนำมาแสดง เช่น การแสดงแบบเสื้อหรือสินค้าในตู้โชว์ นอกจากนี้ระดับศีลธรรมในจิตใจของแต่ละคน ย่อมจะสูงต่ำแตกต่างกัน ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับสภาพของประสบการณ์และการเรียนรู้ของแต่ละคน ซึ่งไม่เหมือนกัน ศีลธรรมจึงมีความเกี่ยวข้องกับค่านิยมส่วนบุคคลเป็นอย่างมาก ฉะนั้นจึงเป็นอันตรายอย่างยิ่งที่จะนำหลักศีลธรรมในจิตใจของแต่ละคนมาตัดสินพฤติกรรมของคนอื่นว่าดี หรือ ชั่ว ควรหรือไม่ควร โดยเหตุนี้กฎหมายจึงเข้ามามีบทบาทสำคัญใน

⁴⁶ อารติ ประสมทรัพย์. (2550). *ทางเลือกที่จะทำแท้ง: การพิทักษ์สิทธิผู้หญิงของวิชาชีพที่เกี่ยวข้อง* (วิทยานิพนธ์ศิลปศาสตรมหาบัณฑิต) กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

⁴⁷ อริญ สุวรรณบุปผา. (2518). *หลักอาชญาวิทยา* (พิมพ์ครั้งที่ 1). น. 29-30.

สังคม กล่าวคือ เป็นตัวกำหนดพฤติกรรมของสมาชิกในสังคมที่พึงปฏิบัติต่อกันอันเป็นหลักประกันของการมีศีลธรรมขั้นพื้นฐานในสังคมที่สมาชิกแต่ละคนสามารถเข้าใจและปฏิบัติได้ ซึ่งจะเป็นเครื่องมือในการควบคุมสังคมประเภทหนึ่งแต่ถึงแม้ว่ากฎหมายจะมีบทบาทในการเป็นหลักประกันของศีลธรรมในสังคมก็ตาม แต่ในบางกรณีกฎหมายยังต้องคำนึงถึงเงื่อนไขทางสังคมและผลประโยชน์ของสังคมเป็นส่วนรวมอีกทางหนึ่งด้วยซึ่งบทบาทในประการหลังนี้อาจจะไม่เกี่ยวข้องกับหลักการทางศีลธรรมแต่อย่างใด ฉะนั้นข้อขัดแย้งระหว่างศีลธรรมและกฎหมายย่อมจะเกิดขึ้นได้อยู่เสมอ ทั้งนี้เพราะความแตกต่างระหว่างกฎหมายกับศีลธรรม ทั้งในด้านเนื้อหาและวัตถุประสงค์ที่แตกต่างกัน คือ กฎหมายเน้นหนักถึงการแสดงออกหรือรูปธรรมของความประพฤติ แต่ศีลธรรมเป็นเรื่องของความรู้สึกลึกภายในจิตใจเป็นนามธรรมที่จะกำหนดให้มนุษย์ควรจะมีพฤติกรรมอย่างไร และในขณะที่กฎหมายเป็นข้อห้ามมิให้มนุษย์ประพฤติปฏิบัติในสิ่งที่สังคมไม่ยอมรับ

ศีลธรรมใช้เพียงแต่เป็นข้อกำหนดให้มนุษย์ละเว้นจากการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งเท่านั้นแต่เป็นข้อกำหนดให้มนุษย์ปฏิบัติอย่างใดอย่างหนึ่งด้วย การกระทำผิดศีลธรรมไม่จำเป็นต้องได้รับโทษตามกฎหมายบ้านเมืองเหมือนอย่างการทำผิดกฎหมายแต่ผู้ฝ่าฝืนอาจจะถูกดำเนินคดีจากมติมหาชนหรือมีความรู้สึกเป็นบาปในจิตใจของตนเอง เราจะได้ชี้ว่าในสังคมใดๆ ก็ตามจะมีลักษณะของความประพฤติที่ไม่เป็นที่พึงปรารถนาของสังคมซึ่งมีอยู่สองอย่างคือความประพฤติที่ผิดกฎหมายกับความประพฤติที่ผิดศีลธรรม ลักษณะความประพฤติทั้งสองอย่างนี้จะซับซ้อนกันอันก่อให้เกิดความประพฤติประเภทที่สามคือความประพฤติที่ผิดทั้งกฎหมายและศีลธรรม⁴⁸

นอกจากนี้ การทำแท้งยังเป็นปัญหาที่มีความซับซ้อนและยากต่อการทำความเข้าใจเนื่องจากการทำแท้งเกี่ยวข้องกับปัญหาอื่นๆ หลายด้านไม่ว่าจะเป็นด้านจริยธรรม ศาสนาหรือศีลธรรม ที่ถือว่าการทำแท้งเป็นการทำลายชีวิตทารกในครรภ์และเป็นบาป ส่วนทางด้านกฎหมายก็ได้แย้งกันในเรื่องสิทธิในการทำแท้งของหญิงควรมีขอบเขตแค่ไหนอย่างไร ในทางจริยธรรมและศีลธรรมนั้นมองว่าการทำแท้งเป็นสิ่งที่สังคมรังเกียจและไม่ยอมรับเนื่องจากมองว่าการทำแท้งนั้นไม่ต่างอะไรกับการฆ่าคนและการทำแท้งมิใช่ทางออกที่ดีที่สุดที่หญิงพึงต้องกระทำ อย่างไรก็ตามสังคมส่วนใหญ่นับถือศาสนาพุทธซึ่งจะมีความเชื่อในเรื่องบาป บุญ คุณ โทษ และเชื่อในกฎแห่งกรรมของการกระทำทำให้สังคมส่วนใหญ่ไม่ยอมรับกับการทำแท้งโดยเห็นว่าทารกในครรภ์นั้นก็มี

⁴⁸ วารกรณ์ เวียงจันทร์. (2556). *ความรับผิดชอบการทำแท้ง: ศึกษากรณีเหตุยกเว้นโทษกรณีความสับสนร้ทางเพศระหว่างบุคคลในครอบครัวเดียวกัน* (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ). กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต. น. 55-56.

ชีวิตจิตใจ การทำไม่ให้เกิดมาย่อมเป็นสิ่งที่ไม่ถูกต้องสมควรและหญิงที่คิดทำแท้งควรมีจิตสำนึกในความเป็นแม่บ้างจะฆ่าลูกตนเองได้อย่างไร เมื่อสังคมต่างมองว่าการทำแท้งเป็นสิ่งที่ขัดต่อจริยธรรมและศีลธรรมส่งผลให้หญิงนั้นไม่กล้าที่จะเปิดเผยความจริงว่าตนจะทำแท้งทำให้มีการหลีกเลี่ยงช่องทางของกฎหมายหาทางออกโดยไปทำแท้งยังสถานที่ทำแท้งที่เรียกว่า ที่ทำแท้งเถื่อน ซึ่งส่งผลให้หญิงนั้นต้องตกอยู่ในสภาวะเสี่ยงต่อการได้รับอันตรายจากการทำแท้งอาทิเช่น ตกเลือด อัมพฤกษ์ อัมพาต มดลูกอักเสบ เป็นหมัน เป็นต้น

2.3 คุณธรรมทางกฎหมายและหลักกฎหมายเกี่ยวกับการทำแท้งในประมวลกฎหมายอาญาไทย

กฎหมายอาญาของไทยในปัจจุบันถือว่าการทำแท้งเป็นอาชญากรรม จึงมีการบัญญัติกฎหมายให้การทำแท้งเป็นความผิดและกำหนดบทลงโทษของผู้ที่ฝ่าฝืนไว้ในประมวลกฎหมายอาญาอย่างชัดเจน การที่กฎหมายบัญญัติให้การทำแท้งเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้นั้นมีวัตถุประสงค์ก็เพื่อเป็นการป้องกันการทำลายชีวิตทารกในครรภ์ที่จะเกิดมา

2.3.1 การวินิจฉัยความรับผิดชอบทางอาญา

บุคคลใดกระทำความผิดอาญาบุคคลนั้นจะได้นับโทษสำหรับการกระทำนั้นและจะได้รับโทษต่อเมื่อปรากฏว่าขณะที่ได้กระทำความผิดนั้นมีกฎหมายบัญญัติว่าการกระทำนั้นเป็นความผิดและได้กำหนดโทษไว้สำหรับการกระทำนั้น ซึ่งการทำแท้งก็เช่นเดียวกันกฎหมายได้บัญญัติให้การทำแท้งเป็นความผิดหากไม่เข้าเงื่อนไขตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ ดังนั้นเมื่อการทำแท้งเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายการที่จะลงโทษผู้กระทำความผิดจึงต้องพิจารณาจากบทบัญญัติของกฎหมายอาญาว่าการกระทำดังกล่าวเป็นความผิดหรือไม่และสมควรได้รับโทษตามกฎหมายอย่างไร

2.3.1.1 หลักประกันในกฎหมายอาญา

กฎหมายอาญามีหลักสำคัญที่ถือว่าเป็น “หลักประกันในกฎหมายอาญา” ซึ่งหลักนี้เรียกในภาษาลาตินว่า “*nullum crimen, nulla poena sine lege*” แปลว่า “ไม่มีความผิด ไม่มีโทษ ไม่มีกฎหมาย” หลักการนี้แสดงให้เห็นถึงความสำคัญของกฎหมายที่เกิดจากการบัญญัติอันเป็นลักษณะกฎหมายอาญาอย่างชัดเจน⁴⁹ ซึ่งเป็นที่มาจากหลัก “ไม่มีความผิดโดยไม่มีความผิด ไม่มีโทษโดยไม่มีความผิด” กล่าวคือความรับผิดชอบจะต้องเป็นไปตามกฎหมายซึ่งบัญญัติไว้ก่อนการกระทำและการลงโทษจะต้องมีกฎหมายระบุโทษไว้ ศาลไม่อาจลงโทษบุคคลให้หนักไปกว่าที่ระบุไว้ใน

⁴⁹ มาตรา 2 “บุคคลจักต้องรับโทษในทางอาญาต่อเมื่อได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้ในขณะกระทำความผิดบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดนั้น ต้องเป็นโทษที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย”

กฎหมายขณะความผิดเกิดได้ แม้ว่ากฎหมายขณะพิพากษาจะระบุโทษหนักขึ้นก็ตาม ทั้งนี้เพื่อคุ้มครองเสรีภาพของบุคคล การที่บุคคลกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งซึ่งขณะนั้นไม่เป็นความผิด แต่ต่อมากฎหมายได้บัญญัติให้การกระทำนั้นเป็นความผิด⁵⁰

กฎหมายที่เกิดจากการบัญญัติเท่านั้นที่สามารถกำหนดว่าการกระทำใดการกระทำหนึ่งเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายอาญาและเฉพาะกฎหมายที่เกิดจากการบัญญัติเท่านั้นเช่นกันที่สามารถกำหนดโทษสำหรับการกระทำใดการกระทำหนึ่งได้และทั้งสองประการที่กล่าวมาแล้วนั้นจะต้องมีอยู่แล้วก่อนการกระทำนั้น และโดยที่การลงโทษทางอาญาเป็นมาตรการที่รุนแรงที่สุดที่รัฐใช้กับประชาชน ฉะนั้นรัฐจึงต้องบัญญัติกฎหมายอาญาให้ชัดเจนแน่นอนที่สุดเท่าที่จะทำได้ ข้อที่ว่ากฎหมายอาญาต้องชัดเจนแน่นอนนั้นเป็นผลสืบเนื่องมาจากเนื้อหาของบทบัญญัติดังกล่าวนั่นเอง ดังที่บัญญัติเป็นหลักประกันของกฎหมายอาญาจึงครอบคลุมเนื้อหา 4 ประการคือ⁵¹

1) การห้ามใช้กฎหมายจารีตประเพณีในกฎหมายอาญา

มาตรา 2 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “บุคคลจักต้องรับโทษในทางอาญาต่อเมื่อได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้ในขณะกระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดนั้น ต้องเป็นโทษที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย” พึงสังเกตว่ากฎหมายใช้คำว่า “บัญญัติ” ซึ่งแสดงว่า กฎหมายอาญาต้องเป็น “กฎหมายที่เกิดจากการการบัญญัติ” กฎหมายที่ตรงกันข้ามกับกฎหมายที่เกิดจากการบัญญัติคือ “กฎหมายจารีตประเพณี”

“กฎหมายจารีตประเพณี” เป็นกฎหมายที่เกิดจากการปฏิบัติที่ต่อเนื่องกันมาอย่างสม่ำเสมอเป็นเวลานานของประชาชนจนเป็นที่ยอมรับกัน กฎหมายจารีตประเพณีจึงมิได้เกิดจากการบัญญัติแต่เกิดจากการปฏิบัติ เหตุนี้จึงต้องห้ามมิให้นำกฎหมายจารีตประเพณีมาใช้ในกฎหมายอาญา

การห้ามใช้กฎหมายจารีตประเพณี หมายความว่า จะกำหนดการกระทำที่เป็นความผิดในทางอาญาหรือกำหนดการเพิ่มโทษโดยกฎหมายจารีตประเพณีไม่ได้ (nulla poena sine legescripta)

ข้อเรียกร้องในทางกฎหมายที่ให้กฎหมายอาญาต้องเป็นกฎหมายที่ต้องบัญญัติเป็นข้อเรียกร้องที่หนักแน่นกว่ากฎหมายอื่นๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่งหนักแน่นกว่ากฎหมายแพ่ง เพราะประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4 วรรคสอง บัญญัติว่า

⁵⁰ ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ. (2553). คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคทั่วไป (พิมพ์ครั้งที่ 12 แก้ไขเพิ่มเติม).

น. 24.

⁵¹ คณิต ฌ นคร. (2556). กฎหมายอาญาภาคทั่วไป (พิมพ์ครั้งที่ 5) . น. 61.

“เมื่อไม่มีบทกฎหมายที่จะยกมาปรับคดีได้ ให้วินิจฉัยคดีนั้นตามจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น ถ้าไม่มีจารีตประเพณีเช่นนั้น ให้วินิจฉัยคดีอาศัยเทียบบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง และถ้าบทกฎหมายเช่นนั้นก็ไม่มีด้วย ให้วินิจฉัยตามหลักกฎหมายทั่วไป”

เหตุผลของการห้ามใช้กฎหมายจารีตประเพณีในกฎหมายอาญาปรากฏอยู่ในข้อเรียกร้องที่ว่าบทบัญญัติของกฎหมายอาญาชอบที่จะต้องผ่านรัฐสภา อันเป็นสถาบันที่แสดงออกถึงเจตจำนงของประชาชน ซึ่งเหตุผลดังกล่าวนี้แท้จริงแล้วก็คือเหตุผลตามหลักประชาธิปไตยนั่นเอง

2) การห้ามใช้กฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในกฎหมายอาญา

เนื้อหาประการที่สองของหลักประกันในกฎหมายอาญา คือ การห้ามใช้กฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง เนื้อหาของหลักประกันข้อนี้เกี่ยวข้องกับการตีความกฎหมายอาญาอย่างใกล้ชิด กล่าวคือ ตามมาตรา 2 นั้น ห้ามใช้บทกฎหมายที่ใกล้เคียงกันอย่างยิ่งกำหนดหรือขยายบทกฎหมายอาญาที่มีอยู่แล้ว รวมตลอดถึงการห้ามใช้บทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในทางเพิ่มโทษด้วย (nullapoena sine legestricta) ซึ่งหมายความว่าหากในกรณีใดที่มีกฎหมายในส่วนที่เป็นคุณแล้ว ในกรณีนั้นก็ต้องใช้กฎหมายในส่วนที่เป็นคุณนั้นเสมอ ข้อห้ามใช้กฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในกฎหมายอาญาเป็นข้อเรียกร้องให้ต้องมีการบัญญัติที่หนักแน่นที่สุดเช่นเดียวกันกับข้อเรียกร้องการห้ามใช้กฎหมายจารีตประเพณีในกฎหมายอาญา

การห้ามใช้กฎหมายที่ใกล้เคียงกันอย่างยิ่งในกฎหมายอาญามีเหตุผลอย่างเดียวกันกับเหตุผลของการห้ามใช้กฎหมายจารีตประเพณีในกฎหมายอาญาดังกล่าวมาแล้ว กล่าวคือ การที่จะลงโทษทางอาญาสำหรับการกระทำความผิดการกระทำหนึ่งนั้นชอบที่จะให้เป็นเรื่องของฝ่ายนิติบัญญัติที่จะตัดสินใจ นอกจากนี้ยังมีเหตุผลที่สำคัญอีกประการหนึ่งคือ หากยอมให้มีการใช้กฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งได้แล้ว ผลก็จะกลายเป็นว่าการลงโทษการกระทำความผิดการกระทำหนึ่งหรือไม่นั้นจะขึ้นอยู่กับความรู้สึกในเรื่องผิดถูกของบุคคลจนเกินขอบเขต ซึ่งในเรื่องความรู้สึกอันเป็นเรื่องในทางอัตวิสัย (subjektiv หรือ subjective) นี้ในทางกฎหมายเป็นสิ่งที่ไม่พึงปรารถนาและเป็นสิ่งที่ต้องหลีกเลี่ยง เหตุผลประการหลังนี้จึงเป็นเหตุผลในทางนโยบายทางอาญา(การห้ามใช้กฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในกฎหมายอาญาหมายความว่าความถึงการห้ามใช้กฎหมายอาญาที่เกินเลยขอบเขตของบทบัญญัติที่พึงหาได้จากการตีความกฎหมาย) ศาสตราจารย์เคย์วินิจัยว่า “การที่จำเลยใช้ไม้กระดานตีขวางทับประตูห้องพิพาทที่โจทก์ครอบครองในขณะที่โจทก์ไม่อยู่และปิดห้องไว้ ทำให้โจทก์เข้าห้องไม่ได้ เป็นการล่องล่ำเข้าไปกระทำการรบกวนการครอบครองของโจทก์ ถือได้ว่าเข้าไปกระทำการรบกวนการครอบครองของโจทก์โดยปกติสุขตามมาตรา 362 แล้ว

คำวินิจฉัยของศาลฎีกาดังกล่าวนี้นี้เป็นการตีความเกินตัวบท ซึ่งศาสตราจารย์จิตติ ดิงศักดิ์ทิพย์ เห็นว่า ไม่ใช่หลักที่จะใช้ในการตีความกฎหมายอาญาลงโทษบุคคล

ศาลฎีกาได้เคยวินิจฉัยไว้ในอีกคดีหนึ่งว่า “บทบัญญัติมาตรา 218 เป็นบทกรรณจของ มาตรา 217 โดยให้ผู้กระทำความผิดต่อทรัพย์ที่ระบุไว้ในมาตรา 218 (1) ถึง (6) ต้องรับโทษหนักขึ้น แต่การกระทำที่จะเป็นความผิดมาตรา 217 จะต้องเป็นการวางเพลิงเผาทรัพย์ของผู้อื่น เมื่อบ้านที่ถูก เพลไหม้เป็นบ้านที่จำเลยเป็นเจ้าของร่วมกับ ร. สามีของจำเลยที่ไม่ได้จดทะเบียนสมรสกันแม้จะฟัง ว่าจำเลยเป็นผู้วางเพลิง จำเลยก็ไม่ต้องมีความผิดตามมาตรา 218 เพราะเมื่อมาตรา 217 บัญญัติว่าการ วางเพลิงเผาทรัพย์ของผู้อื่นเป็นความผิด จะตีความคำว่า “ทรัพย์ของผู้อื่น” ให้รวมถึงทรัพย์ ที่ผู้อื่นมีส่วนเป็นเจ้าของรวมอยู่ด้วยหาได้ไม่ เป็นการขัดต่อหลักมาตรา 2 ถ้อยคำของศาลฎีกาที่ว่า “เมื่อมาตรา 217 บัญญัติว่าการวางเพลิงเผาทรัพย์ผู้อื่นเป็นความผิดจะตีความคำว่า “ทรัพย์ของผู้อื่น” ให้รวมถึงทรัพย์ที่ผู้อื่นมีส่วนเป็นเจ้าของรวมอยู่ด้วยหาได้ไม่” นั้นในพื้นฐานความคิดมีความ ถูกต้องเพียงในแง่ของการห้ามใช้กฎหมายอาญาที่เกินเลขขอบเขตของบทบัญญัติที่พึงหาได้จาก การตีความกฎหมาย แต่การตีความกฎหมายของศาลฎีกาในคดีนี้ยังไม่ถูกต้องอยู่ดี เพราะความผิด ตามมาตรา 217 และความผิดตามมาตรา 218 เป็นความผิดที่คุ้มครอง “ภัยอันตรายต่อประชาชน” มิใช่ คุ้มครอง “กรรมสิทธิ์” ฉะนั้นการวางเพลิงเผาทรัพย์ตามมาตรา 218 แม้ทรัพย์จะเป็นของผู้กระทำ ความผิดเองผู้กระทำความผิดก็ยังต้องรับผิด

กฎหมายอาจมีช่องว่างได้ ซึ่งช่องว่างของกฎหมายนี้อาจจะมีอยู่เดิมในกฎหมายแล้ว หรืออาจจะเกิดขึ้นเนื่องจากการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายนั้นในภายหลัง ในกรณีที่กฎหมายมีช่องว่าง หากเป็นกรณีของคดีอาญาศาลจะต้องพิพากษายกฟ้องและต้องปล่อยให้เป็นหน้าที่ของฝ่าย นิติบัญญัติที่จะตัดสินใจ แต่ถ้าเป็นกรณีของคดีแพ่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4⁵² ได้กำหนดกรอบในการที่ศาลต้องปฏิบัติไว้แล้วว่าหากมีกรณีเกิดช่องว่างในกฎหมายศาลจะปฏิเสธ ว่าไม่มีกฎหมายจะปรับใช้ไม่ได้

หลักประกันในกฎหมายอาญาที่กล่าวถึงการห้ามใช้กฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งใน กฎหมายอาญานี้มีเนื้อหาครอบคลุมทุกๆ ส่วนของบทบัญญัติของกฎหมายที่มีเนื้อหาเป็นกฎหมาย อาญา อันได้แก่ส่วนที่เป็นองค์ประกอบของความผิด ส่วนที่เป็นเรื่องของความผิดกฎหมาย ส่วนที่

⁵² ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4 “กฎหมายนั้น ต้องใช้ในบรรดากรณีซึ่งต้องด้วย บทบัญญัติใดๆ แห่งกฎหมายตามตัวอักษร หรือตามความมุ่งหมายของบทบัญญัตินั้นๆ

เมื่อไม่มีบทกฎหมายที่จะยกมาปรับคดีได้ ให้วินิจฉัยคดีนั้นตามจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น ถ้าไม่มี จารีตประเพณีเช่นว่านั้น ให้วินิจฉัยคดีอาศัยเทียบบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง และถ้าบทกฎหมายเช่นนั้นก็ไม่มี ด้วย ให้วินิจฉัยตามหลักกฎหมายทั่วไป”

เป็นเรื่องของความชั่ว ส่วนที่เกี่ยวกับเหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัว ส่วนที่เป็นเรื่องของเงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัย และส่วนที่เกี่ยวกับมาตรการบังคับทางอาญา แต่ทั้งนี้ไม่รวมถึงเงื่อนไขให้อำนาจดำเนินคดี เช่น การร้องทุกข์ เพราะเงื่อนไขให้อำนาจดำเนินคดีเป็นกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

3) กฎหมายอาญาต้องบัญญัติให้ชัดเจนแน่นอน

เนื้อหาของหลักประกันในกฎหมายอาญาทั้งสองประการที่กล่าวมานั้นต่างเป็นข้อห้ามในกฎหมายอาญา แต่เนื้อหาของหลักประกันในกฎหมายอาญาประการที่สามนี้เป็นข้อเรียกร้องของกฎหมายอาญา กล่าวคือ ความผิดอาญาต้องบัญญัติให้ชัดเจนแน่นอน(*nullum crimen sine lege certa*) การที่ต้องเรียกร้องให้บัญญัติกฎหมายอาญาให้ชัดเจนแน่นอนก็เพราะว่า การลงโทษทางอาญาเป็นมาตรการที่รุนแรงที่สุดที่รัฐใช้กับประชาชนในรัฐ ฉะนั้นรัฐจึงต้องบัญญัติกฎหมายอาญาให้ชัดเจนแน่นอนที่สุดเท่าที่สามารถจะทำได้ ในการบัญญัติกฎหมายอาญาจะต้องหลีกเลี่ยงการใช้ถ้อยคำที่กำกวมไม่แน่นอน ทั้งนี้เพื่อเป็นหลักประกันว่ากฎหมายที่บัญญัติขึ้นตรงกับเจตจำนงของฝ่ายนิติบัญญัติอย่างแท้จริง และทั้งจะเป็นเครื่องป้องกันมิให้ศาลใช้กฎหมายตามใจชอบหรือตามความรู้สึกของตน

หลักประกันตามหลักนี้แสดงให้เห็นหลักนิติรัฐในกฎหมายอาญาด้วยว่ามีความเข้มข้นกว่าในกฎหมายอื่นเช่นเดียวกัน ข้อเรียกร้องในเรื่องความชัดเจนแน่นอนในการบัญญัติกฎหมายอาญานี้มีความสำคัญยิ่งกว่าข้อห้ามใช้กฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง

4) กฎหมายอาญาไม่มีผลย้อนหลัง⁵³

กฎหมายอาญา คือ กฎหมายที่บัญญัติว่าการกระทำอย่างใดเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้สำหรับความผิดนั้น เป็นกฎหมายที่กระทบกระเทือนต่อสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคล กฎหมายอาญาจึงต้องมีการบัญญัติถึงการกระทำที่เป็นความผิดไว้อย่างชัดเจน เพื่อให้ประชาชนที่ถูกใช้บังคับกฎหมายนั้นรู้ว่าการกระทำอย่างใดมีความผิด และรู้ว่าเมื่อกระทำการนั้นแล้วตนจะได้รับโทษ จากเหตุผลดังกล่าวจึงเกิดหลักที่สำคัญที่สุดในกฎหมายอาญา คือ “ไม่มีความผิด ไม่มีโทษ โดยไม่มีกฎหมาย” (*no crime nor punishment without law*) เป็นหลักที่รับรองว่า การกระทำของบุคคลใดจะเป็นความผิดทางกฎหมายอาญาได้ ก็ต่อเมื่อการกระทำนั้นมีกฎหมายบัญญัติไว้ในขณะที่กระทำว่าเป็นความผิด และโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดต้องมีกฎหมายบัญญัติไว้ก่อนเป็นผลให้มีการออกกฎหมายในภายหลังย้อนไปลงโทษไม่ได้ กล่าวคือ หากการกระทำใดไม่มีกฎหมายในขณะที่กระทำการนั้นบัญญัติเป็นความผิด แต่ต่อมาการกระทำนั้นเป็นความผิดตามกฎหมายที่ได้บัญญัติในภายหลัง เช่นนี้ ผู้กระทำนั้นย่อมไม่เป็นผู้กระทำความผิด และไม่ต้องรับโทษจากการกระทำนั้น

⁵³ ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ. เล่มเดิม. น. 23-24.

2.3.1.2 หลักการตีความตามกฎหมายอาญา

“การตีความตามมาตรา 305 ซึ่งเป็นบทกฎหมายยกเว้นความรับผิดชอบดังกล่าว ในประมวลกฎหมายอาญาต้องตีความโดยเคร่งครัด” นั้น ศาสตราจารย์จิตติ ตังศภัทย์ ผู้ทรงคุณวุฒิทางกฎหมายของไทย ท่านได้อธิบายไว้ว่า “หลักกฎหมายที่มายกเว้นความผิดนั้น ไม่จำเป็นต้องเขียนเป็นบทบัญญัติลายลักษณ์อักษรก็ได้ ที่ต้องเขียนเป็นลายลักษณ์อักษรก็เฉพาะแต่บทบัญญัติที่เป็นการลงโทษบุคคลเท่านั้น ซึ่งเป็นที่ยอมรับกันทั่วไป เพราะฉะนั้นหลักความยินยอมที่ทำให้ไม่มีความผิดจึงมิได้โดยมิต้องบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา” และกฎหมายอาญานั้นเป็นกฎหมายที่บัญญัติความผิดและโทษ จึงต้องตีความอย่างเคร่งครัดในฐานะความผิดที่กฎหมายกำหนดเพื่อไม่ให้ผู้กระทำความผิดได้รับโทษที่ไม่สมควรที่จะได้รับ แต่กรณีตามมาตรา 305 ไม่ใช่ฐานความผิดที่จะเอาโทษแก่ผู้กระทำความผิด หากแต่เป็นเหตุยกเว้นความผิดที่เป็นคุณแก่ผู้กระทำ การนำเอาหลักการตีความอย่างเคร่งครัดของกฎหมายอาญามาใช้ในมาตรา 305 นั้น ในทางกลับกันจะเป็นการที่ตีความในทางที่เป็นผลร้ายหรือผลเสียหายแก่ผู้กระทำความผิด อันเป็นการตีความในทางตรงกันข้ามกับหลักกฎหมายอาญาที่ได้ยกขึ้นมาอ้างเอง (put the right principle in the wrong situation) ซึ่งอาจจะเกิดความผิดพลาดถึงแก่นของกฎหมายอาญาเลยทีเดียว

1) หลักการตีความตามตัวอักษร

การตีความกฎหมายจะต้องมีวัตถุประสงค์ของการตีความ แม้ว่าถ้อยคำตามตัวบทที่เป็นลายลักษณ์อักษรในกฎหมายจะมีความชัดเจนแน่นอนก็ตามแต่หากจะพิเคราะห์ให้ลึกซึ้งก็จะพบว่าถ้อยคำแต่ละคำมีความหมายกว้างแคบแตกต่างกันไปหลายระดับ การทำความเข้าใจถ้อยคำนั้นๆ จึงต้องตีความในส่วนที่เป็นแก่นความตลอดจนเนื้อความที่ถ้อยคำคลุม แต่ทั้งนี้จะต้องอยู่ในขอบเขตของบทบัญญัติในเรื่องนั้นๆ ตัวอย่างเช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3643/2526 การกระทำที่เป็นความผิดตามมาตรา 217 จะต้องเป็นการวางเพลิงเผาทรัพย์ของผู้อื่นเท่านั้น เมื่อข้อเท็จจริงปรากฏว่าบ้านที่ถูกเพลิงไหม้เป็นบ้านที่จำเลยเป็นเจ้าของร่วมกับบุคคลอื่น แม้จะฟังข้อเท็จจริงได้ว่าจำเลยเป็นผู้วางเพลิง จำเลยเองก็ไม่มี ความผิดตามมาตรา 217 เพราะประมวลกฎหมายอาญามาตรา 2 บัญญัติว่าบุคคลจะต้องรับโทษทางอาญาก็ต่อเมื่อได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้อยู่ในขณะกระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้....ดังนั้นเมื่อมาตรา 217 บัญญัติไว้โดยแจ้งชัดว่า การวางเพลิงเผาทรัพย์ของผู้อื่นเป็นความผิด โดยไม่ได้มีข้อความว่า “หรือผู้อื่นเป็นเจ้าของรวมอยู่ด้วย” ก็เป็นความผิดแล้วโดยจะไปตีความของคำว่า “ทรัพย์ของผู้อื่น” ในมาตรา 217 ให้หมายความรวมไปถึง “ทรัพย์ที่ผู้อื่นเป็นเจ้าของรวมอยู่ด้วย” ย่อมไม่ได้ เพราะเป็นการตีความตามกฎหมายที่มีโทษทางอาญาจะต้องตีความโดยเคร่งครัด จะขยายความออกไปในกรณีอื่นที่ไม่ได้บัญญัติหรือระบุไว้ในตัวบทโดยชัด

แจ้ง เพื่อก่อให้เกิดผลร้ายแก่จำเลยหรือผู้ต้องหาไม่ได้ เพราะถือว่าเป็นการขัดกับหลักกฎหมายว่าด้วยความรับผิดชอบของบุคคลในทางอาญา ดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 2 แห่งประมวลกฎหมายอาญา

2) หลักการตีความตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย

การตีความตามกฎหมาย การพิเคราะห์ถ้อยคำตามตัวอักษรในกฎหมายเพียงอย่างเดียวไม่เพียงพอ การตีความแต่ละครั้งจะต้องดูที่เจตนารมณ์ของกฎหมายหรือความมุ่งหมายของกฎหมายด้วย กล่าวคือ หลักการตีความตามตัวอักษรและหลักการตีความตามเจตนารมณ์ของกฎหมายจะต้องมีการพิจารณาควบคู่กันไป ไม่ใช่ถือหลักการใดก่อนหลังหรือถือว่าหลักการใดสำคัญกว่าโดยต้องถือว่าหลักการทั้งสองมีน้ำหนักที่เท่ากัน ตัวอย่างเช่น กรณีความผิดฐานรับของโจร หากว่าเจ้าของที่ถูกลักทรัพย์ไปแล้วมีการส่งต่อทรัพย์สินที่ถูกลักไปหลายต่อหลายทอด จนสุดท้ายมาตกอยู่แก่ตัวเจ้าของทรัพย์สิน แบบนี้จะถือว่าตัวเจ้าของทรัพย์สินมีความผิดฐานรับของโจรหรือไม่ ถ้าพิจารณาถึงถ้อยคำในฉบับมาตรา 357 ก็อาจจะมีการตีความที่แตกต่างกันไปได้หลายกรณี แต่หากมองที่ความมุ่งหมายหรือเจตนารมณ์ของกฎหมายแล้ว ก็คงจะอธิบายได้ว่าการที่ทรัพย์สินนั้นได้ถูกส่งต่อไปหลายมือเป็นการติดตามเอาคืนของเจ้าของทรัพย์สินย่อมกระทำได้ยาก จึงมีบทลงโทษผู้ที่รับเอาทรัพย์สินนั้นไปให้ต้องรับผิดฐานรับของโจร เพราะฉะนั้นการที่ทรัพย์สินนั้นเปลี่ยนมือกลับมาสู่เจ้าของทรัพย์สิน เจ้าของทรัพย์สินจึงไม่มีความผิดฐานรับของโจรในความหมายของมาตรา 357 ในเรื่องความรับผิดชอบรับของโจร

การตีความตามกฎหมายอาญา นอกจากจะตีความตามหลักการตีความตามตัวอักษร และหลักการตีความตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย ยังมีหลักเกณฑ์ที่พิเศษอีกหลักเกณฑ์หนึ่งคือ การที่จะตีความโดยขยายความไปในทางที่ให้ร้ายแก่ผู้กระทำความผิดไม่ได้ ตัวอย่างเช่น ตามพระราชบัญญัติอาวุธปืน เครื่องกระสุนปืน วัตถุระเบิด ดอกไม้เพลิง และสิ่งเทียมอาวุธปืน พ.ศ. 2490 มาตรา 4 (6) ให้คำนิยามคำว่า “มี” หมายความว่า มีกรรมสิทธิ์หรือมีไว้ในครอบครอง แต่ไม่หมายรวมถึงการที่อาวุธปืน เครื่องกระสุนปืน วัตถุระเบิดที่มีไว้โดยชอบด้วยกฎหมายและตกอยู่ในความครอบครองของบุคคลอื่น ซึ่งไม่ต้องห้ามตามมาตรา 13 แห่งพระราชบัญญัตินี้เท่าที่จำเป็นเพื่อรักษาสິงที่ว่ามีให้สูญหาย หากจะแปลความหมายของคำว่า “มี” ตามมาตรานี้ซึ่งใช้ในมาตราต่างๆของพระราชบัญญัตินี้ทั้งฉบับ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1578/2495 ใช้ให้คนไปเอาอาวุธปืนและกระสุนมาจากบ้าน ให้นำมาส่งให้แก่ตน ณ ที่แห่งหนึ่งอันอยู่ห่างกันประมาณ 10 เส้น เพื่อมอบคืนแก่เจ้าของซึ่งมีไว้โดยชอบด้วยกฎหมาย เช่นนี้ไม่ถือว่าคนที่ไปหยิบอาวุธปืนและเครื่องกระสุน มีอาวุธปืนและเครื่องกระสุนไว้ในครอบครอง จึงยังไม่มีมีความผิดฐานมีอาวุธปืนและเครื่องกระสุน โดยไม่ได้รับอนุญาตตามพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว ซึ่งการที่ศาลฎีกาวินิจฉัยว่าจำเลยไม่ได้กระทำความผิด เนื่องจากการที่ถือว่า “มี” ในบทบัญญัติต่างๆของพระราชบัญญัตินี้ หมายถึง การมีซึ่ง

กรรมสิทธิ์หรืออำนาจในการครอบครองอาวรูปิน หรือวัตถุระเบิดเท่านั้น หรือกล่าวอีกในหนึ่งก็คือ ศาลฎีกายังถือว่าเจ้าของที่แท้จริงยังมีอำนาจครอบครองอยู่ แม้ว่าขณะที่ถูกจับจำเลยจะ “มี” อาวรูปิน หรือวัตถุระเบิดอยู่กับตนก็ตาม

2.3.2 เจื่อนไขกฎหมายเกี่ยวกับการทำแท้งตามกฎหมายไทย

2.3.2.1 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

สิทธิและเสรีภาพเป็นรากฐานสำคัญในการปกครองระบอบประชาธิปไตย การที่จะรู้ว่าการปกครองของประเทศใดมีความเป็นประชาธิปไตยมากน้อยเพียงใดต้องดูที่สิทธิเสรีภาพของประชาชนในประเทศนั้นๆ เป็นสำคัญ ถ้าประชาชนมีสิทธิและเสรีภาพมาก ความเป็นประชาธิปไตยก็มีมาก หากสิทธิหรือเสรีภาพของประชาชนถูกลิดรอนประชาธิปไตยก็ไม่อาจมี⁵⁴

โดยหลักแล้วรัฐธรรมนูญคือหลักกฎหมายสูงสุดในการปกครองประเทศ เป็นกฎหมายที่สร้างหลักประกันสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ดังนั้นความสำคัญสูงสุดของรัฐธรรมนูญทุกฉบับคือการเป็นหลักประกันสิทธิและเสรีภาพของประชาชนมิให้ผู้ปกครองหรือนักการเมืองมาละเมิด ในขณะเดียวกัน รัฐธรรมนูญก็มีความสำคัญในด้านอื่นด้วยเช่นกัน เพราะรัฐธรรมนูญจะเป็นกรอบทางกฎหมายที่จะกำหนดความสำคัญระหว่างโครงสร้างทางการเมืองการปกครองหรือองค์กรทางการเมือง เช่น กำหนดความสำคัญระหว่างรัฐบาล รัฐสภา และศาล เป็นต้น โดยรัฐธรรมนูญจะระบุขอบเขตของอำนาจของแต่ละองค์กรว่ามีเพียงไร และมีความสัมพันธ์กับองค์กรการเมืองอื่นอย่างไร ทั้งนี้ มาตรการต่างๆที่จะกำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญจะตอบสนองต่อหลักการใหญ่ๆที่ได้กล่าวไปนี้

ประเทศไทยประกาศใช้รัฐธรรมนูญ ซึ่งถือว่าเป็นกฎหมายที่สำคัญสูงสุดของประเทศที่มีการปกครองในระบอบประชาธิปไตย การปกครองในระบอบประชาธิปไตยเริ่มต้นเมื่อพระบาทสมเด็จพระปกเกล้าเจ้าอยู่หัวได้ทรงพระราชทานรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยามเมื่อ พ.ศ. 2475 เป็นต้นมา ต่อมาได้มีการเปลี่ยนแปลงแก้ไขและประกาศใช้รัฐธรรมนูญหลายฉบับเพื่อให้เหมาะสมและสอดคล้องกับสถานการณ์บ้านเมืองที่เปลี่ยนแปลงในแต่ละยุคสมัย โดยปัจจุบันนี้ประเทศไทยใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ซึ่งเป็นรัฐธรรมนูญฉบับที่ 18 จากรัฐธรรมนูญทุกฉบับในอดีต ได้ถูกส่งผ่านเจตนารมณ์ของกฎหมายในเรื่องศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์สิทธิ เสรีภาพ และความเสมอภาคของบุคคล โดยเฉพาะอย่างยิ่งในด้านสุขภาพของบุคคล ต่อกันมาดังที่ได้ปรากฏตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550⁵⁵ หลักการสำคัญที่

⁵⁴ มานิตย์ จุมปา. (2546). *คำอธิบายรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย*. น. 74.

⁵⁵ มาตรา 4 ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพ และความเสมอภาคของบุคคลย่อมได้รับความ

รัฐธรรมนูญค่านึงถึง คือ การรักษาสิทธิและเสรีภาพของประชาชน อันเป็นหลักพื้นฐานของการคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ซึ่งเป็นสิทธิและเสรีภาพที่สำคัญประการหนึ่ง คือ สิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกายอันเป็นสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานที่ติดตัวปัจเจกชนทุกคนมาแต่กำเนิด ดังนั้น หากคิดโดยใจที่เป็นกลางแล้วย่อมเป็นเรื่องที่น่าแปลกใจมากเมื่อสิทธิของผู้อยู่งในการทำแท้ง สิทธิในการตัดสินใจกลับอยู่กับสังคม สถาบันทางศาสนา ซึ่งน่าจะเป็นสิ่งที่ไม่มีความชอบธรรมแก่หญิงผู้ตั้งครรภ์ เพราะจริงๆ แล้วสิทธิในการตัดสินใจว่าจะทำแท้งหรือไม่ และหากตัดสินใจที่จะทำแท้งหญิงควรจะได้รับความปลอดภัยจากการตัดสินใจทำแท้งด้วยและหญิงผู้ตั้งครรภ์ทุกคนควรมีสิทธิเสมอกันในการรับบริการทางสาธารณสุขที่เหมาะสม และได้มาตรฐาน และเป็นที่มิบัญญัติในรัฐธรรมนูญไทยและเป็นสิทธิที่ประชาชนชาวไทยทุกคนต้องได้รับเสมอภาคกัน

2.3.2.2 ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 305

กฎหมายอาญาของประเทศไทยเกี่ยวกับการทำแท้ง เป็นกฎหมายที่มีเจตนารมณ์ในการคุ้มครองชีวิตในครรภ์มารดา และผดุงศีลธรรมอันดีของประชาชน การที่กฎหมายบัญญัติให้การทำแท้งเป็นความผิด วัตถุประสงค์ที่สำคัญคือ เพื่อป้องกันการทำลายชีวิตของทารกในครรภ์ของหญิง บทบัญญัติตามมาตรา 305⁵⁶ เป็นบทที่กฎหมายยกเว้นความผิดซึ่งอยู่ภายใต้เงื่อนไข 2 ประการ⁵⁷

มาตรา 30 บุคคลย่อมเสมอกันในกฎหมายและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน

มาตรา 32 บุคคลย่อมมีสิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกาย

มาตรา 51 บุคคลย่อมมีสิทธิเสมอกันในการรับบริการทางสาธารณสุขที่เหมาะสมและได้มาตรฐาน และผู้ยากไร้มีสิทธิได้รับการรักษาพยาบาลจากสถานบริการสาธารณสุขของรัฐโดยไม่เสียค่าใช้จ่าย

บุคคลย่อมมีสิทธิได้รับการบริการสาธารณสุขจากรัฐซึ่งต้องเป็นไปอย่างทั่วถึงและมีประสิทธิภาพ

มาตรา 52 เด็กและเยาวชน มีสิทธิในการอยู่รอดและได้รับการพัฒนาด้านร่างกาย จิตใจและสติปัญญา ตามศักยภาพในสภาพแวดล้อมที่เหมาะสม โดยคำนึงถึงการมีส่วนร่วมของเด็กและเยาวชนเป็นสำคัญ

⁵⁶ มาตรา 305 ถ้าการกระทำความผิดในมาตรา 301 และมาตรา 302 นั้นเป็นการกระทำของนายแพทย์ และ

(1) จำเป็นต้องกระทำเนื่องจากสุขภาพของหญิงนั้น หรือ

(2) หญิงมีครรภ์เนื่องจากการกระทำความผิดอาญาตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 276 มาตรา 277 มาตรา 282 มาตรา 283 หรือมาตรา 284

ผู้กระทำไม่มีความผิด

⁵⁷ อัจฉริยา ชูตินันท์. (2556). *คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิด* (แก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 5).

น. 406407.

1) เมื่อการกระทำความผิดตามมาตรา 301 และมาตรา 302 เป็นการกระทำของแพทย์ คือ ผู้กระทำจะต้องเป็นแพทย์เท่านั้น กล่าวคือ ถ้าเป็นกรณีตามมาตรา 301 หญิงที่กระทำต่อตนเอง หญิงนั้นต้องเป็นแพทย์หรือกรณีตามมาตรา 302 ผู้อื่นที่ทำให้หญิงแท้งลูกโดยหญิงนั้นยินยอม ผู้อื่นนั้นก็จะต้องเป็นแพทย์ด้วย

2) กฎหมายจะคุ้มครองเฉพาะกรณีที่หญิงมีครรภ์นั้นยินยอมเท่านั้นด้วยและเหตุที่จะทำให้แพทย์ผู้กระทำไม่ต้องรับผิดชอบเป็นเหตุดัง 2 กรณีนี้เท่านั้น คือ เหตุเกี่ยวกับชีวิตมารดา เป็นเหตุที่เกิดจากความจำเป็นเนื่องจากสุขภาพของหญิงนั้น จะเห็นว่ากฎหมายคุ้มครองมารดาเท่านั้น ซึ่งกฎหมายไม่ได้บัญญัติเลยไปถึงว่าอันตรายนั้นมีถึงขนาดใดที่จะเรียกว่าเป็นอันตรายถึงขั้นให้แพทย์ทำแท้งได้ ศาลจึงเป็นผู้วินิจฉัยตามระดับความเห็นของวิญญูชน โดยทั่วไปว่าจะถึงขนาดจำเป็นต้องกระทำให้แท้งลูกหรือไม่และเหตุที่แพทย์สามารถทำแท้งให้แก่หญิงได้อีกเหตุหนึ่งคือ เหตุเกี่ยวกับอาชญา เป็นเหตุที่เกิดขึ้นเนื่องจากหญิงนั้นถูกกระทำความผิดทางเพศ ตามมาตรา 276 หรือมาตรา 277 หรือมาตรา 282 หรือมาตรา 283 หรือมาตรา 284 จะเห็นว่าสำหรับประเทศไทยตามกฎหมายปัจจุบันใช้การกำหนดเหตุทำแท้งเป็นเกณฑ์และบัญญัติเหตุไว้เพียง 2 ประการดังกล่าวข้างต้นเท่านั้น หากการทำแท้งหญิงนั้นไม่ยินยอมแต่เข้าเงื่อนไขดังกล่าวข้างต้นแพทย์ก็ยังคงต้องรับผิดชอบ อย่างเช่นในกรณีที่แพทย์เห็นว่า ถ้าหากไม่ทำแท้งหญิงอาจได้รับอันตรายแก่ชีวิตแต่หญิงไม่ยินยอมทำแท้ง แพทย์จึงฉีดยาให้หญิงหลับและทำแท้งจนสำเร็จ และหญิงมีสุขภาพร่างกายที่แข็งแรง การกระทำของแพทย์ย่อมมีความผิด ตามมาตรา 303 แม้จะกระทำเพื่อประโยชน์แก่ตัวหญิงก็ตาม

แพทย์ผู้มีอำนาจทำแท้งในที่นี้ไม่ได้จำกัดว่าเป็นแพทย์ชั้นไหน คงหมายถึงแพทย์ที่ประกอบกิจการนั้นได้โดยชอบด้วยกฎหมายว่าด้วยการประกอบโรคศิลป์ ถ้าการทำแท้งเป็นการกระทำของแพทย์ตามมาตรา 301 ผู้ที่อยู่ในข่ายของมาตรา 301 มาตรา 302 อันตกอยู่ในฐานะผู้กระทำ ความผิดก็ได้รับยกเว้นความผิด คือ แพทย์หญิงซึ่งกระทำตนเอง หรือหญิงที่ยอมให้แพทย์กระทำ หรือแพทย์ที่ทำให้หญิงแท้งลูกโดยหญิงยินยอมไม่มีความผิด⁵⁸

ปัจจุบันคำว่า “สุขภาพ” ตามที่องค์กรอนามัยโลกได้ให้ความหมายไว้ นั้น หมายถึง ความผาสุกในทางร่างกาย จิตใจและสังคมซึ่งแพทย์เองก็ได้ยึดถือนิยามศัพท์ดังกล่าวมาเป็นช่องทางในการรักษาผู้ป่วยหรือแม้แต่หญิงผู้ที่ตั้งครรภ์ไม่พึงประสงค์ตลอดมา และในความเป็นจริงแล้ว ดุลยพินิจของแพทย์ผู้ทำการรักษาผู้ป่วย ถือเป็นสิทธิเด็ดขาดของแพทย์ผู้นั้น ซึ่งในทางปฏิบัติแพทย์เองก็สามารถทำแท้งให้แก่หญิงได้โดยแพทย์อ้างว่าเป็นการบำบัดรักษาโรค ตามมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2525 ทั้งนี้ อาจจำแนกปัญหาซึ่งแพทย์ใช้สิทธิดังกล่าวในการทำแท้งได้ ดังนี้

⁵⁸ จิตติ ดิงศกัทธิ. (2553). *คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา* (พิมพ์ครั้งที่ 7). น. 271-272.

1) การทำแท้งเนื่องจากปัญหาสุขภาพร่างกายของหญิง

ความหมายของคำว่า “สุขภาพ” นั้น องค์การอนามัยโลกได้ให้ความหมายไว้ว่า สุขภาพหมายถึง ความผาสุกในทางร่างกาย จิตใจและสังคม ไม่ใช่เพียงแค่ปราศโรคหรือความเจ็บป่วย (Health is complete physical mental and social wellbeing not merely the absence of disease and infirmity) เท่านั้น⁵⁹

บทบัญญัติตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 305 เหตุจำเป็นในการที่แพทย์สามารถทำแท้งให้หญิงได้ เกิดขึ้นมาจากการให้ความสำคัญเรื่องชีวิตของหญิงที่ตั้งครรภ์ กับชีวิตของทารกที่เกิดขึ้นมา ว่าสิ่งไหนมีความสำคัญมากกว่ากัน กล่าวคือถ้าหญิงได้คลอดลูกออกมาแล้วส่งผลกระทบต่อสุขภาพของหญิงเอง อาจทำให้หญิงนั้นได้รับอันตรายถึงแก่ชีวิตได้ ซึ่งกฎหมายเล็งเห็นว่าชีวิตของหญิงสำคัญกว่าชีวิตของทารกที่กำลังจะเกิดขึ้นมา ดังตัวอย่างของคำพิพากษาของศาลสูงเยอรมัน ในปี ค.ศ. 1947 แพทย์ทำแท้งให้แก่หญิงผู้เป็นมารดา ทั้งนี้ แต่เดิมหลักกฎหมายเยอรมันไม่อนุญาตให้ทำแท้งได้ถือว่าการกระทำของแพทย์เป็นความผิด เพราะกฎหมายในขณะนั้นได้บัญญัติเอาไว้ว่าเป็นความผิด ตามมาตรา 218(3) บัญญัติว่า “ห้ามฆ่าทารกในครรภ์” ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่ไม่มีข้อยกเว้น แต่ศาลก็ได้อ้างเหตุผลแห่งความชอบธรรมมาเป็นข้ออ้างว่าแพทย์สามารถทำแท้งให้แก่หญิงเพื่อรักษาชีวิตของหญิงได้ ซึ่งต่อมาได้มีการพัฒนามาเป็นทฤษฎีใหม่ว่าด้วยการทำแท้งให้เป็นเรื่องที่ไม่ผิดกฎหมาย ถ้าการกระทำของแพทย์เป็นประโยชน์ต่อชีวิตของหญิงมากกว่าการทำลายชีวิตของทารกในครรภ์⁶⁰ จากการที่องค์การอนามัยโลกได้มีคำนิยามของคำว่า “สุขภาพ” เมื่อพิจารณาแล้วจะเห็นได้ว่าคำว่าสุขภาพนั้นมีความหมายที่กว้างมาก ซึ่งในทางปฏิบัติแพทย์เองก็สามารถทำแท้งให้แก่หญิงได้โดยแพทย์อ้างว่าเป็นการบำบัดรักษาโรค ตามมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2525⁶¹

⁵⁹ แสง บุญเฉลิมวิภาส. (2544). “เหตุทำแท้งได้โดยไม่ผิดกฎหมาย: ปัญหาและแนวทางแก้ไข” *วารสารนิติศาสตร์*, 19(2). น. 72-73.

⁶⁰ กุสุมา จินดาทิพย์. (2531). ความจำเป็นที่กฎหมายยอมรับ (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารจิต). กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. น. 12.

⁶¹ มาตรา 4 ในพระราชบัญญัตินี้

“วิชาชีพเวชกรรม” หมายความว่า วิชาชีพที่กระทำต่อมนุษย์เกี่ยวกับ การตรวจโรค การวินิจฉัยโรค การบำบัดโรค การป้องกันโรค การผดุงครรภ์ การปรับสายตาด้วยเลนส์สัมผัส การแทงเข็มหรือการฝังเข็มเพื่อบำบัดโรคหรือเพื่อระงับความรู้สึกและความหมายรวมถึงการกระทำผิดกฎหมาย การใช้รังสี การฉีดยาหรือสาร การสอดใส่วัตถุใดๆ เข้าไปในร่างกาย ทั้งนี้เพื่อการคุมกำเนิด การเสริมสวย หรือบำรุงรักษาร่างกายด้วย

“โรค” หมายความว่า ความเจ็บป่วย การบาดเจ็บ ความผิดปกติของร่างกายหรือจิตใจ และหมายความรวมถึงอาการที่เกิดจากภาวะดังกล่าวด้วย.

อย่างไรก็ดี มีความคิดเห็นที่แตกต่างกันว่า คำว่าโรค หมายความว่ารวมถึงสุขภาพด้านจิตใจหรือไม่ สำหรับในบางคำรามีการอธิบายว่า เหตุจำเป็นต้องกระทำเนื่องจากสุขภาพของหญิงนั้น ไม่จำเป็นว่าจะต้องถึงอันตรายแก่ชีวิตก็ได้ ดังปรากฏตามตัวอย่างคดีของประเทศอังกฤษ R.v.Bourne ซึ่งได้มีการตัดสินในปี ค.ศ. 1943 ในคดีนี้เด็กผู้หญิงอายุ 12 ปีตั้งครรภ์ เนื่องจากเด็กหญิงถูกข่มขืน แพทย์เห็นว่าการมีครรภ์ทำให้เด็กหญิงนั้นถูกทำลายทั้งทางกายและจิตใจแพทย์จึงตกลงทำแท้งให้ โดยศาลเห็นว่าการกระทำของแพทย์ชอบธรรม เนื่องจากการสงวนชีวิตของเด็กหญิงเอาไว้ โดยที่กฎหมายไม่ได้บัญญัติว่าเป็นอันตรายถึงขนาดใด ขึ้นอยู่กับการวินิจฉัยของศาล โดยถือเอาความเห็นของวิญญูชนทั่วไปว่าควรจำเป็นต้องกระทำให้แท้งหรือไม่สำหรับในเรื่องของการตีความตามมาตรา 305 ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่ยกเว้นความผิดดังกล่าวในประมวลกฎหมายอาญา ต้องตีความโดยเคร่งครัด บทยกเว้นที่ว่า “จำเป็นต้องกระทำเนื่องจากสุขภาพของหญิงนั้น” มาตรา 305(1) จึงหมายความว่าแพทย์อาจทำให้หญิงแท้งลูกได้โดยไม่มีความผิด เฉพาะกรณีจำเป็นเนื่องจากการมีครรภ์จะเป็นอันตรายต่อสุขภาพของหญิงนั้นเท่านั้น แต่ไม่มีความหมายรวมถึงสุขภาพของทารกที่จะเกิดขึ้นมาแต่อย่างใดด้วย กรณีจะถือว่าการมีครรภ์จะเป็นอันตรายต่อสุขภาพของหญิงหรือไม่ จึงเป็นข้อเท็จจริงที่แพทย์จะต้องวินิจฉัยเป็นกรณีๆ ไป

ดังนั้นการตีความของบทบัญญัติมาตรา 305(1) ที่ว่า “จำเป็นต้องกระทำเนื่องจากสุขภาพของหญิงนั้น” หากมีการตีความโดยเคร่งครัดแล้ว ก็จะหมายความว่าถึงการตั้งครรภ์ที่จะเป็นอันตรายถึงชีวิตของหญิงนั้นเท่านั้นเอง ถ้าเป็นเช่นนี้ในมาตรา 305 (1) ก็อาจไม่จำเป็นต้องมาบัญญัติไว้ เนื่องจากแพทย์สามารถที่จะอ้างการกระทำของตนให้ไม่ต้องรับโทษ โดยอ้างบทบัญญัติมาตรา 67(2)⁶² แห่งประมวลกฎหมายอาญา ดังนั้นการตีความมาตรา 305(1) ควรพิจารณาให้เป็นคุณแก่แพทย์ที่ทำแท้งให้หญิงมีครรภ์ด้วย มิฉะนั้นการตีความว่าความจำเป็นดังกล่าวต้องมีอันตรายถึงชีวิตเท่านั้น ก็จะเป็นการขัดต่อเจตนารมณ์ที่แท้จริงของมาตรา 305(1) ซึ่งมีได้บัญญัติให้เป็นไปในแนวทางนั้น

2. การทำแท้งอันเนื่องมาจากการกระทำผิดทางเพศ

หญิงมีครรภ์เนื่องจากการกระทำความผิดอาญาตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 276 มาตรา 277 มาตรา 282 มาตรา 283 หรือมาตรา 284 ในประการนี้อาจแยกเป็นกรณีต่างๆ ได้ดังนี้

⁶² มาตรา 67 ผู้ใดกระทำความผิดด้วยความจำเป็น

(1) เพราะอยู่ในที่บังคับหรือภายใต้อำนาจซึ่งไม่สามารถหลีกเลี่ยงหรือขัดขืนได้หรือ

(2) เพราะเพื่อให้ตนเองหรือผู้อื่นพ้นจากอันตรายที่ใกล้จะถึง และไม่สามารถหลีกเลี่ยงให้พ้นโดยวิธีอื่นใดได้ เมื่ออันตรายนั้นตนไม่ได้ก่อให้เกิดขึ้นเพราะความผิดของตน
ถ้าการกระทำนั้น ไม่เป็นการเกินสมควรแก่เหตุแล้วผู้นั้นไม่ต้องรับโทษ

(1) หญิงถูกข่มขืนกระทำชำเรา⁶³ ตามมาตรา 276 และมาตรา 277

หญิงมีครรภ์เนื่องจากการกระทำความผิดทางเพศตามมาตรา 276 นั้นเป็นกรณีที่หญิงถูกข่มขืนกระทำชำเราโดยขู่เชือดด้วยประการใดๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยหญิงนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ โดยทำให้หญิงนั้นเข้าใจผิดว่าผู้กระทำเป็นบุคคลอื่น ซึ่งมีการกระทำโดย

⁶³ มาตรา 276 “ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นโดยขู่เชือดด้วยประการใดๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยผู้อื่นนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้ผู้อื่นนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดพันบาทถึงสี่หมื่นบาท

การกระทำชำเราตามวรรคหนึ่ง หมายความว่า การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำโดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่นหรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งได้กระทำโดยมีหรือใช้อาวุธปืนหรือวัตถุระเบิด หรือโดยร่วมกระทำความผิดด้วยกันอันมีลักษณะเป็นการโทรมหญิงหรือการกระทำกับชายในลักษณะเดียวกัน ต้องระวางโทษจำคุกสิบห้าปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่สามหมื่นบาทถึงสี่หมื่นบาท หรือจำคุกตลอดชีวิต

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งเป็นการกระทำความผิดระหว่างคู่สมรสและคู่สมรสนั้นยังประสงค์จะอยู่กินด้วยกันฉันสามีภรรยา ศาลจะลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้เพียงใดก็ได้ หรือจะกำหนดเงื่อนไขเพื่อคุมความประพฤติแทนการลงโทษก็ได้ ในกรณีที่ศาลมีคำพิพากษาให้ลงโทษจำคุก และคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ประสงค์จะอยู่กินด้วยกันฉันสามีภรรยาต่อไป และประสงค์จะหย่า ให้คู่สมรสฝ่ายนั้นแจ้งให้ศาลทราบ และให้ศาลแจ้งพนักงานอัยการให้ดำเนินการฟ้องหย่าให้”

มาตรา 277 “ผู้ใดกระทำชำเราเด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปีซึ่งมิใช่ภริยาหรือสามีของตน โดยเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดพันบาทถึงสี่หมื่นบาท

การกระทำชำเราตามวรรคหนึ่ง หมายความว่า การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำโดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่นหรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งเป็นการกระทำแก่เด็กอายุยังไม่เกินสิบสามปีต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่เจ็ดปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่หนึ่งหมื่นสี่พันบาทถึงสี่หมื่นบาท หรือจำคุกตลอดชีวิต

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งหรือวรรคสามได้กระทำโดยร่วมกระทำความผิดด้วยกัน อันมีลักษณะเป็นการโทรมเด็กหญิงหรือการกระทำกับเด็กชายในลักษณะเดียวกันและเด็กนั้นไม่ยินยอม หรือได้กระทำโดยมีอาวุธปืนหรือวัตถุระเบิด หรือโดยใช้อาวุธ ต้องระวางโทษจำคุกตลอดชีวิต

ความผิดตามที่บัญญัติไว้ในวรรคหนึ่ง ถ้าเป็นการกระทำโดยบุคคลอายุไม่เกินสิบแปดปีกระทำต่อเด็กซึ่งมีอายุกว่าสิบสามปี แต่ยังไม่เกินสิบห้าปี โดยเด็กนั้นยินยอม และภายหลังศาลได้อนุญาตให้ทั้งสองฝ่ายสมรสกัน ผู้กระทำผิดไม่ต้องรับโทษ ถ้าศาลอนุญาตให้สมรสในระหว่างที่ผู้กระทำผิดกำลังรับโทษในความผิดนั้นอยู่ ให้ศาลปล่อยผู้กระทำความผิดนั้นไป”

ร่วมประเวณีระหว่างชายกับหญิงเพื่อเป็นการสนองความใคร่ของฝ่ายชาย จนเป็นเหตุให้หญิงนั้นตั้งครรภ์ ซึ่งหากหญิงดังกล่าวอายุยังไม่เกิน 15 ปีไม่ว่าเด็กผู้หญิงดังกล่าวจะยินยอมหรือไม่ก็ตามชายก็มีความผิดตามมาตรา 277 ทันทีโดยไม่ถือเอาความยินยอมของเด็กเป็นข้อสำคัญเพราะถือว่าเด็กอายุเพียงเท่านี้ไม่มีความรู้สึกลึกซึ้งพอที่จะให้ความยินยอมที่เหมาะสมและเด็กในวัยนี้ยังไม่มีสภาพทางด้านความคิด สติปัญญา การศึกษา และประสบการณ์อย่างเพียงพอ เมื่อมีการกระทำทางเพศและเด็กเกิดตั้งครรภ์กฎหมายจึงอนุญาตให้สามารถทำแท้งได้หากเด็กมีความต้องการ

การทำแท้งตามมาตรานี้มีปัญหาในทางปฏิบัติอยู่หลายประการ กล่าวคือ หญิงที่ถูกกระทำทางเพศส่วนใหญ่จะมีความอายชายหน้าไม่กล้าบอกให้ใครรู้ว่าตนเองถูกกระทำ ความผิดทางเพศแม้คนใกล้ชิดหรือคนในครอบครัวหญิงก็ไม่กล้าบอกให้ใครรู้ ด้วยเหตุนี้จึงมีเพียงน้อยรายที่จะเข้าแจ้งความต่อตำรวจเพื่อให้มีการดำเนินคดี นอกจากนี้บางรายหวาดกลัวในการที่จะเข้าแจ้งความต่อตำรวจเพราะต้องมีการสอบสวนรายละเอียดข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นให้ตำรวจทราบข้อมูล ซึ่งบางครั้งเป็นการตอกย้ำความเจ็บปวดทางจิตใจแก่หญิงผู้นั้นอีกทำให้หญิงส่วนใหญ่ยอมที่จะเก็บเรื่องที่เกิดขึ้นกับตนเองไว้คนเดียวไม่คิดที่จะเรียกร้องหรือดำเนินคดีกับคนที่กระทำผิดแต่อย่างใด เมื่อต่อมาตนเองกลับตั้งครรภ์จากการข่มขืนกระทำชำเราดังกล่าว และจะมาร้องทุกข์เอาผิดกับชายก็อาจเกินเวลาที่ร้องทุกข์ทำให้คดีขาดอายุความ เช่น การกระทำความผิดตามมาตรา 276 วรรคแรกซึ่งมิได้เกิดขึ้นต่อหน้าธารกำนัล เป็นความผิดอันยอมความได้ เมื่อหญิงที่ถูกข่มขืนมิได้ร้องทุกข์ภายใน 3 เดือน คดีเป็นอันขาดอายุความ ตามมาตรา 96 แห่งประมวลกฎหมายอาญา⁶⁴

ความยินยอมให้มีการทำแท้งได้หากเข้าเงื่อนไขกรณีมาตรา 276 มาตรา 277 ยังมีปัญหาในการตีความและในทางปฏิบัติ เนื่องจากกฎหมายมิได้บัญญัติไว้ชัดเจนว่าการทำแท้งอันเนื่องมาจากการถูกกระทำทางเพศนั้นจะต้องมีความชัดเจนเพียงใดและในทางปฏิบัติของภาครัฐก็ไม่มี ความชัดเจนว่าจะต้องมีการดำเนินการทางคดีจนถึงขั้นใดจึงจะเพียงพอที่จะทำให้แพทย์ทำแท้งให้แก่หญิงได้โดยไม่มีความผิด หากยึดถือตามหลักกฎหมายที่ว่าจำเลยยังคงเป็นผู้บริสุทธิ์อยู่นกว่าศาลจะได้มีคำพิพากษาถึงที่สุดก่อนว่ามีการกระทำผิดดังกล่าวจริง แพทย์จึงสามารถทำแท้งให้แก่หญิงได้ก็อาจจะล่วงเลยเวลา เนื่องจากขั้นตอนการดำเนินคดีในศาลชั้นต้นในปัจจุบันนั้นอาจใช้เวลาในการดำเนินคดีนานมากบางคดีเป็นปีก็ยังไม่เสร็จ ผลที่ตามมาก็คือ หากรอให้ศาลพิพากษาถึงที่สุดอายุครรภ์ของหญิงอาจจะมากเกินไปที่จะสามารถทำแท้งได้หรือเด็กอาจคลอดออกมาแล้ว

⁶⁴ มาตรา 96 “ภายใต้บังคับมาตรา 95 ในกรณีความผิดอันยอมความได้ ถ้าผู้เสียหายมิได้ร้องทุกข์ภายในสามเดือนนับแต่วันที่อยู่รู้เรื่องความผิดและรู้ตัวผู้กระทำความผิดเป็นอันขาดอายุความ”

ตามหลักกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญานั้น ศาลจะลงโทษผู้กระทำผิดได้ต่อเมื่อปราศจากซึ่งข้อสงสัยโดยสมควร (Proof Beyond Reasonable Doubt) หากมีความสงสัยตามสมควรว่าจำเลยกระทำผิดหรือไม่จะต้องยกประโยชน์ให้แก่จำเลย⁶⁵ ทำให้ศาลต้องพิพากษายกฟ้องโจทก์ ซึ่งจะส่งผลเสียทำให้หญิงที่ถูกกระทำทางเพศนั้นไม่สามารถอ้างเหตุดังกล่าวมาเป็นข้อยกเว้นในการทำแท้งได้ ในทางปฏิบัติแพทย์อาจตัดสินใจทำแท้งให้แก่หญิงเมื่อมีหลักฐานการแจ้งความว่าหญิงถูกข่มขืนมาหรือมีเหตุอื่นใดอันเชื่อว่าหญิงนั้นถูกข่มขืนมา แม้ต่อมาศาลจะวินิจฉัยหรือปรากฏข้อเท็จจริงในภายหลังว่าไม่ใช้การข่มขืนเพราะว่าหญิงสมัครใจหรือเหตุผลอื่นใดก็ตาม แพทย์มีทางออกโดยอ้างเหตุสำคัญผิดในข้อเท็จจริงว่ามีอำนาจกระทำได้ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 62⁶⁶ ทำให้แพทย์ไม่มีความผิดในการทำแท้งดังกล่าว

หญิงที่ถูกข่มขืนกระทำชำเราย่อมมีโอกาสที่จะตั้งครรภ์ได้ ถ้าเผชิญสภาพและสถานะของร่างกายหญิงอยู่ในเกณฑ์ที่เหมาะสมพอดีเช่นการที่หญิงนั้นเจริญเติบโตเข้าสู่วัยเจริญพันธุ์และอยู่ในช่วงไข่ตก การตั้งครรภ์อันเนื่องจากการถูกข่มขืนกระทำชำเรา จึงเป็นการตั้งครรภ์ที่ไม่พึงประสงค์ของหญิงนั้นอย่างแน่นอน⁶⁷ กฎหมายจึงมีการอนุญาตให้มีการทำแท้งในกรณีดังกล่าวได้โดยหญิงไม่มีความผิด

⁶⁵ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 277 “ให้ศาลใช้ดุลยพินิจวินิจฉัยชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานทั้งปวง อย่าพิพากษาลงโทษจนกว่าจะแน่ใจว่ามีการกระทำผิดจริงและจำเลยเป็นผู้กระทำความผิดนั้น เมื่อมีความสงสัยตามสมควรว่าจำเลยได้กระทำผิดหรือไม่ให้ยกประโยชน์แห่งความสงสัยนั้นให้แก่จำเลย”

⁶⁶ มาตรา 62 “ข้อเท็จจริงใด ถ้ามีอยู่จริงจะทำให้การกระทำไม่เป็นความผิดหรือทำให้ผู้กระทำไม่ต้องรับโทษหรือได้รับโทษน้อยลง แม้ข้อเท็จจริงนั้นจะไม่มีอยู่จริง แต่ผู้กระทำสำคัญผิดว่ามีอยู่จริง ผู้กระทำย่อมไม่มีความผิด หรือได้รับยกเว้นโทษ หรือได้รับโทษน้อยลงแล้วแต่กรณี

ถ้าความไม่รู้ข้อเท็จจริงตามความในมาตรา 59 หรือความสำคัญผิดว่ามีอยู่จริงตามความในวรรคแรกได้เกิดขึ้นด้วยความประมาทของผู้กระทำความผิด ให้ผู้กระทำรับผิดฐานกระทำโดยประมาท ในกรณีที่กฎหมายบัญญัติไว้โดยเฉพาะว่า การกระทำนั้นผู้กระทำต้องรับโทษแม้กระทำโดยประมาท

บุคคลจะรับโทษหนักขึ้นโดยข้อเท็จจริงใด บุคคลนั้นจะต้องได้รู้ข้อเท็จจริงนั้น”

⁶⁷ วิสูตร ฟองศิริไพบุลย์. (2551). แพทย์ยุติการตั้งครรภ์ (ทำแท้ง) ให้กับหญิงภายใต้เงื่อนไขที่แพทย์สภากำหนด: กฎเกณฑ์ทันยุคที่แพทย์ไทยทุกคนต้องรู้. *เวชบันทึกศิริราช*, 1(2). น. 118.

(2) มีการพาหญิงไปเพื่อการอนาจารซึ่งอาจโดยผู้พาไปหรือโดยผู้อื่น มาตรา 282
มาตรา 283 หรือมาตรา 284⁶⁸

การกระทำความผิดอาญาตามมาตราดังกล่าวข้างต้นและส่งผลให้หญิงนั้นตั้งครรภ์ หากหญิงมีครรภ์ยินยอมให้ทำแท้งแพทย์ย่อมทำได้โดยไม่ผิดกฎหมาย แต่ถ้าหญิงมีครรภ์เนื่องจากการกระทำความผิดอาญาดังกล่าวไม่ยินยอมให้ทำแท้ง แพทย์ก็ไม่มีอำนาจที่จะทำแท้งให้แก่หญิงได้

⁶⁸ มาตรา 282 “ผู้ใดเพื่อให้สำเร็จความใคร่ของผู้อื่น เป็นธุระจัดหา ล่อไปหรือชักพาไปเพื่อการอนาจารซึ่งหญิง ซึ่งเด็กหญิงหรือหญิงอายุยังไม่เกินสิบแปดปี แม้เด็กหญิงหรือหญิงนั้นจะยินยอมก็ตามต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สามปีถึงสิบห้าปีและปรับตั้งแต่หกพันบาทถึงสามหมื่นบาท ไม่ว่าการกระทำต่าง ๆ อันประกอบเป็นความผิดนั้นจะได้กระทำในประเทศต่างกันหรือไม่

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคแรก เป็นการกระทำแก่เด็กหญิงอายุยังไม่เกินสิบสามปี ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ห้าปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่หนึ่งหมื่นบาทถึงสี่หมื่นบาท

ผู้ใดเพื่อให้สำเร็จความใคร่ของผู้อื่น รับตัวเด็กหญิงหรือหญิงซึ่งมีผู้จัดหา ล่อไปหรือชักพาไปตามวรรคแรกหรือวรรคสอง หรือสนับสนุนในการกระทำความผิดดังกล่าว ต้องระวางโทษตามที่บัญญัติไว้ตามวรรคแรกหรือวรรคสอง แล้วแต่กรณี”

มาตรา 283 “ผู้ใดเพื่อให้สำเร็จความใคร่ของผู้อื่น เป็นธุระจัดหา ล่อไปหรือชักพาไปเพื่อการอนาจารซึ่งหญิงโดยใช้อุบายหลอกลวง ขู่เข็ญ ใช้กำลังประทุษร้าย ใช้อำนาจครอบงำผิดคลองธรรม หรือใช้วิธีข่มขืนใจด้วยประการอื่นใด ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ห้าปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่หนึ่งหมื่นบาทถึงสี่หมื่นบาท ไม่ว่าการกระทำต่าง ๆ อันประกอบเป็นความผิดนั้นจะได้กระทำในประเทศต่างกันหรือไม่

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคแรก เป็นการกระทำแก่เด็กหญิงอายุยังไม่เกินสิบแปดปีผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่เจ็ดปีถึงยี่สิบปีและปรับตั้งแต่หนึ่งหมื่นสี่พันบาทถึงสี่หมื่นบาทหรือจำคุกตลอดชีวิต

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคสอง เป็นการกระทำแก่เด็กหญิงอายุยังไม่เกินสิบสามปี ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สิบปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่สองหมื่นบาทถึงสี่หมื่นบาท หรือจำคุกตลอดชีวิต หรือประหารชีวิต

ผู้ใดเพื่อให้สำเร็จความใคร่ของผู้อื่น รับตัวเด็กหญิงหรือหญิงซึ่งมีผู้จัดหา ล่อไปหรือชักพาไปตามวรรคแรก วรรคสอง หรือวรรคสาม หรือสนับสนุนในการกระทำความผิดดังกล่าวต้องระวางโทษตามที่บัญญัติไว้ในวรรคแรก วรรคสอง หรือวรรคสามแล้วแต่กรณี”

มาตรา 284 “ผู้ใดพาหญิงไปเพื่อการอนาจาร โดยใช้อุบายหลอกลวงขู่เข็ญ ใช้กำลังประทุษร้ายใช้อำนาจครอบงำผิดคลองธรรมหรือใช้วิธีข่มขืนใจด้วยประการอื่นใด ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งปีถึงสิบปีและปรับตั้งแต่สองพันบาทถึงหนึ่งหมื่นบาท

ผู้ใดซ่อนเร้นหญิงเป็นผู้ถูกพาไปตามวรรคแรก ต้องระวางโทษเช่นเดียวกับผู้พาไปนั้น

ความผิดตามมาตรานี้ เป็นความผิดอันยอมความได้”

โดยชอบ⁶⁹ ส่วนการกระทำความผิดอาญาดังกล่าวไม่จำเป็นต้องมีการฟ้องเป็นคดีหรือมีคำพิพากษาของศาลก่อนเพียงแต่ให้มีหลักฐานหรือข้อเท็จจริงว่ามีการกระทำความผิดอาญาดังกล่าวเกิดขึ้นจริงเท่านั้นก็สามารถให้แพทย์ทำแท้งให้ได้ จะเห็นได้ว่าการถูกข่มขืนกระทำชำเรา หรือกระทำอนาจารที่กฎหมายยอมให้ทำแท้งได้เพื่อป้องกันความอับอายขายหน้า เพราะการที่หญิงตั้งครรภ์ขึ้นมาจาก การกระทำความผิดต่อกฎหมายของบุคคลอื่นซึ่งมิได้เป็นไปโดยความยินยอมหรือสมัครใจของหญิงนั้นเลย ถ้าจะปล่อยไว้ต่อไปลูกที่เกิดมาก็จะเป็นลูกไม่มีพ่อและยังเกิดปัญหาอื่นๆ ตามมาอีกเป็นจำนวนมากและการท้องดังกล่าวยังนับว่าเป็นความอับอายขายหน้าแก่หญิงและญาติๆ ของหญิงนั้นเนื่องจากเรื่องการท้องโดยมิได้แต่งงานถือเป็นเรื่องที่ขัดกับขนบธรรมเนียมประเพณีในสังคมไทย กฎหมายจึงอนุญาตให้กระทำได้โดยไม่ถือว่าเป็นความผิดแม้จะเป็นสิ่งที่ไม่ควรกระทำ เพราะเป็นการทำลายชีวิตทารกในครรภ์แต่ในมุมมองอีกด้านหนึ่งหากปล่อยให้เด็กคลอดออกมาเมื่อหญิงนั้นไม่สมัครใจที่จะตั้งครรภ์หากปล่อยให้มีการตั้งครรภ์จนกระทั่งคลอดผลกระทบบจะเกิดกับเด็กที่เกิดมาทันทีซึ่งอาจถูกเลี้ยงดูไม่ดีหรือนำไปทิ้งให้เป็นภาระของสังคม ดังนั้นการที่กฎหมายเปิดโอกาสให้สามารถทำแท้งได้ในกรณีดังกล่าวจึงเป็นการอนุญาตที่คำนึงถึงสภาพความรู้สึกของหญิงเป็นหลักและคำนึงผลที่ตามมาอีกมากเนื่องจากถ้ากฎหมายห้ามการทำแท้งหญิงซึ่งไม่มีความต้องการที่จะตั้งครรภ์อยู่แล้วก็เลือกวิธีโดยไปหาสถานที่ที่สามารถทำแท้งให้แก่ตนเอง ซึ่งหนีไม่พ้นคลินิกทำแท้งเถื่อนต่างๆ ทำให้หญิงนั้นต้องมีภาวะที่จะต้องเสี่ยงจากอันตรายที่เกิดจากการทำแท้ง การบัญญัติให้สามารถทำแท้งในกรณีดังกล่าวได้จึงเป็นผลดีต่อหญิงเป็นอย่างยิ่ง

2.3.2.3 ข้อบังคับแพทย์สภาว่าด้วย หลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับการยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ตามมาตรา 305 แห่งประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2548

กฎหมายอาญาซึ่งประกาศใช้เมื่อปี 2500 นั้นมีมาตราที่เกี่ยวข้องกับการทำแท้งอยู่ทั้งสิ้น 5 มาตรา คือ มาตรา 301-305 ซึ่งมาตรา 305 ระบุว่าถ้าการทำแท้งนั้นทำโดยแพทย์และจำเป็นต้องกระทำเนื่องจาก “(1) สุขภาพของหญิงนั้น หรือ (2) หญิงมีครรภ์เนื่องจากการกระทำความผิดอาญาตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 276 มาตรา 277 มาตรา 282 มาตรา 283 หรือมาตรา 284 ผู้กระทำไม่มีความผิด” การระบุเช่นนี้มีปัญหาอย่างมากในการตีความและการปฏิบัติ แพทย์ส่วนใหญ่จึงตีความกฎหมายอย่างแคบที่สุดเพื่อไม่ให้ตนเองถูกตั้งข้อกล่าวหาหรือพูดให้เข้าใจได้ง่ายๆ ว่าพยายามปฏิเสธที่จะให้บริการทำแท้งไว้ก่อนเพื่อไม่ให้ตนเองต้องตกเป็นผู้กระทำความผิดเสียเอง

⁶⁹ นคร พจนรพงษ์ และพลประสิทธิ์ ฤทธิรักษา. (2538). *ประมวลกฎหมายอาญา*. น. 75.

แพทย์และนักวิชาการที่ใกล้ชิดกับปัญหาได้ร่วมกันผลักดันการออกข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับการยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ตามมาตรา 305 แห่งประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งประกาศในราชกิจจานุเบกษาเมื่อ 28 ธันวาคม 2548 เป็นการออกกฎเกณฑ์ตามหลักเกณฑ์ทางกฎหมายในลักษณะศักดิ์แห่งกฎหมายคือ เป็นกฎหมายรอง จึงทำให้ข้อบังคับดังกล่าวมีลักษณะเป็นข้อบังคับที่น่าจะชอบด้วยกฎหมายและมีผลใช้บังคับได้ข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับการยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์เป็นข้อบังคับที่ส่งผลกระทบต่ออนามัยการเจริญพันธุ์ของสตรีไทย ซึ่งอาศัยอำนาจตามความในมาตรา 21 (3) (ฎ) และด้วยความเห็นชอบของสภานายกพิเศษตามมาตรา 25 แห่งพระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2525 อันเป็นพระราชบัญญัติที่มีบทบัญญัติบางประการเกี่ยวกับการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคล ซึ่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย บัญญัติให้กระทำได้โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย คณะกรรมการแพทยสภาออกข้อบังคับเพื่อกำหนดแนวทางให้เข้ากับหลักเกณฑ์ที่ถูkbัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญามาตรา 305 ซึ่งมีประเด็นที่สำคัญดังนี้

1) แพทย์จะมีอำนาจทำแท้งให้แก่หญิงโดยไม่มีความผิดนั้นต้องปรากฏว่าหญิงมีครรภ์ได้ให้ความยินยอมในการที่จะทำแท้ง⁷⁰ กล่าวคือ แม้ว่าจะเข้าใจเงื่อนไขที่แพทย์สามารถทำแท้งให้แก่หญิงตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 305 ได้ก็ตามแต่แพทย์ก็ไม่สามารถทำแท้งให้แก่หญิงได้หากปรากฏว่าหญิงนั้นไม่ยินยอมหากแพทย์ทำแท้งให้แก่หญิงโดยที่หญิงนั้นไม่ยินยอม แพทย์จะต้องรับผิดชอบตามประมวลกฎหมายอาญา โดยแพทย์จะอ้างข้อบังคับแพทยสภามาเป็นข้ออ้างเพื่อยกเว้นความรับผิดชอบได้

2) ข้อบังคับแพทยสภาได้กำหนดผู้ที่จะมาทำหน้าที่ในการยุติการตั้งครรภ์ให้แก่หญิงไว้ว่า ผู้ที่จะสามารถทำได้ ต้องเป็นแพทย์ที่มีใบประกอบวิชาชีพเวชกรรม⁷¹ ซึ่งการที่แพทย์จะประกอบวิชาชีพได้นั้นต้องได้รับใบประกอบวิชาชีพเวชกรรมกล่าวคือ เป็นแพทย์ที่ขึ้นทะเบียนได้รับใบอนุญาต หากเพียงจบแพทย์แต่ยังไม่ได้รับใบอนุญาตหรืออยู่ในระหว่างแพทย์ฝึกหัดจะยังไม่ถือว่าเป็นแพทย์ตามความหมายนี้

⁷⁰ ข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับการยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ตามมาตรา 305 แห่งประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2548 ข้อ 3 “การยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ตามมาตรา 305 (1) แห่งประมวลกฎหมายอาญานั้นจะกระทำได้เมื่อหญิงมีครรภ์นั้นยินยอม”

⁷¹ ข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับการยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ตามมาตรา 305 แห่งประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2548 ข้อ 4 “แพทย์ผู้ทำการยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ตามข้อบังคับนี้ต้องเป็นผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมตามกฎหมาย”

3) ข้อบังคับแพทยสภาเป็นเรื่องที่แพทย์กำหนดขึ้นเองไม่เกี่ยวกับประมวลกฎหมายอาญา แต่การที่ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 303 (1) ไม่ได้ระบุให้ชัดเจนว่าคำว่า “สุขภาพ” รวมถึงสุขภาพจิตหรือไม่ในทางการแพทย์ได้ตีความให้รวมถึงกรณีสุขภาพจิตด้วยดังที่บัญญัติไว้ในข้อ 5 ของข้อบังคับ⁷²ดังกล่าว การที่ข้อ 5 ของข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วย หลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับการยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ตามมาตรา 305 แห่งประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2548 กล่าวว่า การยุติการตั้งครรภ์ ที่ส่งผลกระทบต่อสุขภาพมารดาซึ่งคำว่า สุขภาพ ตามนิยามขององค์การอนามัยโรคนั้น รวมถึงสุขภาพทางกายและสุขภาพทางจิต การใช้ข้อบังคับแพทยสภาได้ระบุว่า ในกรณีสุขภาพทางจิตนั้นแพทย์สามารถให้การวินิจฉัยได้เลยโดยไม่ต้องปรึกษาจิตแพทย์ และในกรณีที่ทารกในครรภ์มีความพิการรุนแรงนั้น ในข้อบังคับก็ระบุว่า ความรุนแรงนั้นส่งผลกระทบต่อสุขภาพจิตของมารดาด้วยเช่นเดียวกัน ดังนั้น จึงสามารถให้บริการการยุติการตั้งครรภ์ในสตรีที่มาใช้บริการตรวจวินิจฉัยทารกในครรภ์แล้วพบว่ามีความผิดปกติได้ซึ่งสามารถจำแนกได้ 4 ประการ ดังนี้

(1) การทำแท้งเนื่องจากปัญหาสุขภาพกายของหญิง

คำว่า สุขภาพ ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 305 (1) มีประเด็นปัญหาเกิดขึ้นว่า คำว่าสุขภาพดังกล่าวจะหมายความรวมถึงสุขภาพด้านจิตใจของหญิงมีครรภ์ด้วยหรือไม่ ซึ่งบทบัญญัติกฎหมายดังกล่าวมีการถกเถียงกันอย่างมาก ในเรื่องของสุขภาพ บางแนวความคิดเห็นว่า ต้องตีความตามตัวอักษร กล่าวคือคำว่า “สุขภาพ” ของหญิงนั้นต้องหมายความถึงสุขภาพด้านร่างกายเท่านั้น แต่บางแนวความคิดกลับเห็นว่าการตีความดังกล่าวเป็นการตีความที่มีลักษณะแคบเกินไปควรจะหมายความรวมถึง สุขภาพด้านจิตใจของหญิงด้วย

⁷² ข้อ 5 “การยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ตามมาตรา 305 (1) แห่งประมวลกฎหมายอาญา ให้เป็นไปตามเงื่อนไขดังนี้

(1) เป็นกรณีที่จำเป็นต้องกระทำเนื่องจากปัญหาสุขภาพทางกายของหญิงตั้งครรภ์ หรือ

(2) เป็นกรณีที่จำเป็นต้องกระทำเนื่องจากปัญหาสุขภาพทางจิตของหญิงตั้งครรภ์ ซึ่งจะต้องได้รับการรับรอง หรือเห็นชอบจากผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมที่มีใช้ผู้กระทำการยุติการตั้งครรภ์อย่างน้อยหนึ่งคน

ในกรณีที่หญิงนั้นมีความเครียดอย่างรุนแรง เนื่องจากพบว่าทารกในครรภ์มีหรือมีความเสี่ยงสูงที่จะมีความพิการอย่างรุนแรง หรือเป็นหรือมีความเสี่ยงสูงที่จะเป็นโรคพันธุกรรมอย่างรุนแรง เมื่อหญิงนั้นได้รับการตรวจวินิจฉัยและการปรึกษาแนะนำทางพันธุศาสตร์ (Genetic counseling) และมีการลงนามรับรองในเรื่องดังกล่าวข้างต้น โดยผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมที่มีใช้ผู้กระทำการยุติการตั้งครรภ์อย่างน้อยหนึ่งคน ให้ถือว่าหญิงตั้งครรภ์นั้นมีปัญหาสุขภาพจิตตาม (2)

ทั้งนี้ต้องมีข้อบ่งชี้ทางการแพทย์ที่ชัดเจนว่าหญิงนั้นมีปัญหาสุขภาพทางกายหรือทางจิต และต้องมีการบันทึกการตรวจและวินิจฉัยโรคไว้ในเวชระเบียนเพื่อเป็นหลักฐาน”

สุขภาพของหญิงนั้น กระทรวงสาธารณสุขได้ขอให้แพทยสภาเสนอแนะแนวทางปฏิบัติเกี่ยวกับหญิงที่ตั้งครรภ์ที่ติดเชื้อโรคเอดส์ โดยแพทย์สามารถทำแท้งให้แก่หญิงที่ตั้งครรภ์ที่ติดเชื้อโรคเอดส์ตามมาตรา 305(1) ได้หรือไม่ แพทยสภาจึงได้มีหนังสือที่ พส.01/484 ลงวันที่ 25 ตุลาคม 2532 ถึงสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ว่าด้วยเรื่องหารือเกี่ยวกับการทำแท้งให้ผู้ติดเชื้อโรคเอดส์ที่ตั้งครรภ์ มีความว่าเนื่องจากปัจจุบันเชื้อโรคเอดส์ได้แพร่กระจายสู่ประชาชนเป็นจำนวนมาก อย่างกว้างขวางและรวดเร็ว ซึ่งในจำนวนของผู้ติดเชื้อโรคเอดส์นั้นมีหญิงตั้งครรภ์รวมอยู่ด้วย ทั้งนี้ แพทยสภาได้กล่าวว่าแพทยสภานั้นมีวัตถุประสงค์หลักในการช่วยเหลือ แนะนำ เผยแพร่ และการให้การศึกษาแก่ประชาชนและองค์กรอื่นในเรื่องเกี่ยวกับการแพทย์ และสาธารณสุข คณะกรรมการแพทยสภาได้พิจารณาปัญหาดังกล่าวในการประชุม โดยได้ลงความเห็น ว่า “ผู้ติดเชื้อโรคเอดส์ที่ตั้งครรภ์มีผลกระทบต่อสุขภาพทางร่างกาย จิตใจ และสังคมอย่างมาก และคำนึงถึงขององค์รอนามัยโลกในเรื่องของ “สุขภาพ” มีความหมายของการมีสุขภาพดี ไม่ได้หมายความว่ารวมถึงการปราศจากโรคและความพิการเท่านั้น หากแต่หมายความว่าครอบคลุมถึงความสุขสมบูรณ์ทั้งทางกาย ทางใจ และอยู่ในสังคมได้อย่างปกติสุข”

คณะกรรมการกฤษฎีกาได้พิจารณาปัญหาที่แพทยสภาได้ส่งมาหารือ โดยคณะกรรมการกฤษฎีกาได้มีหนังสือตอบกลับโดยมีความเห็นว่า ตามมาตรา 305(1) เป็นบทบัญญัติยกเว้นความผิดต้องตีความโดยเคร่งครัด ซึ่งบทบัญญัตินี้ดังกล่าวมีความหมายแต่เพียงว่า แพทย์อาจทำให้หญิงแท้งลูกได้โดยไม่มี ความผิดเฉพาะกรณีจำเป็นเนื่องจาก “การมีครรภ์” เป็นอันตรายแก่สุขภาพของหญิงเท่านั้น ไม่หมายความว่ารวมถึงสุขภาพของทารกที่เกิดขึ้นจากหญิงนั้นด้วย ซึ่งเป็นกรณีที่ยังไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้ แพทย์จึงไม่อาจอาศัยอำนาจตามมาตรา 305(1) ทำแท้งให้หญิงมีครรภ์ที่ติดเชื้อเอดส์ได้

(2) การทำแท้งเนื่องจากปัญหาสุขภาพจิตใจของหญิง

องค์การอนามัยโลก (WHO : World Health Organization) ให้ความหมายของคำว่า สุขภาพจิต ว่าหมายถึง ความสมบูรณ์ทางด้านจิตใจซึ่งปราศจากอาการของโรคจิตโรคประสาทหรือลักษณะผิดปกติอื่นๆ ทางจิตและความสามารถในการปรับตัวให้เข้ากับสิ่งแวดล้อมได้ โดยไม่มีข้อขัดแย้งภายในจิตใจ⁷³ ดังนั้น หากบุคคลนั้นไม่สามารถที่จะปรับตัวตามสภาพแวดล้อมและสังคมที่ตนเองอยู่ได้ก็อาจส่งผลต่อสุขภาพจิต ทำให้สุขภาพจิตไม่ดี เมื่อพิจารณาถึงประเด็นเรื่องสุขภาพจิตของหญิงมีครรภ์พบว่าหญิงที่ตั้งครรภ์นั้น จะมีลักษณะความหวาดระแวง ความกังวล มีการเปลี่ยนแปลงทางอารมณ์ บางครั้งจะอารมณ์ดี หรืออาจจะมีอารมณ์ที่รุนแรงกว่าปกติ ซึ่งจะก่อให้เกิดความเครียดทางจิตใจพบได้อยู่เสมอ หากผู้ที่ใกล้ชิดไม่ได้ดูแลหญิงที่ตั้งครรภ์อย่างดีแล้ว

⁷³ กันยา สุวรรณแสง. (2538). จิตวิทยาทั่วไป. น. 2.

ภาวะทางอารมณ์ของหญิงที่ตั้งครรภ์อาจส่งผลกระทบต่อสุขภาพทางร่างกายของหญิง ก่อให้เกิดความเจ็บปวดขึ้นได้ และยังสามารถส่งผลกระทบต่อสุขภาพของทารกในครรภ์ด้วย ดังนั้นสุขภาพจิตมีความสำคัญไม่น้อยไปกว่าสุขภาพร่างกายเลย ยิ่งไปกว่านั้นสุขภาพจิตยังอาจส่งผลกระทบต่อสุขภาพกายด้วย ดังนั้น หากสุขภาพจิตของหญิงมีครรภ์ดีก็จะทำให้สุขภาพร่างกายดีตามไปด้วย ในทางกลับกันหากสุขภาพจิตไม่ดีสุขภาพร่างกายก็ย่อมไม่ดีตามไปด้วยเช่นกัน อย่างไรก็ตาม การทำแท้งเพื่อรักษาสุขภาพร่างกายของหญิงที่ตั้งครรภ์นั้นเริ่มมีวิวัฒนาการทางการแพทย์ที่ทันสมัยจนแพทย์สามารถรักษาหรือวินิจฉัยโรคได้เป็นอย่างดี แต่ในภาวะปัจจุบันนั้นการที่หญิงมีครรภ์มีสภาวะทางจิตใจ หรือสุขภาพจิตที่ไม่ค่อยดี ก็จะส่งผลให้เป็นสาเหตุของการทำแท้งเพิ่มมากขึ้น เหตุของสุขภาพจิตที่ย่ำแย่ก็จำเป็นในการรักษา หากปล่อยให้หญิงมีครรภ์ตั้งครรภ์ต่อไป ก็จะก่อให้เกิดอันตรายต่อสุขภาพจิตของหญิงมีครรภ์นั้นจนทำให้เกิดโรคทางจิตต่างๆ ขึ้นได้เช่น โรคจิต โรคประสาท ความตึงเครียด เป็นต้น

(3) การทำแท้งเนื่องจากปัญหาสุขภาพของทารกในครรภ์

ประมวลกฎหมายอาญาของไทยนั้น ยกเว้นความผิดฐานทำให้แท้งลูกให้แก่แพทย์เฉพาะในกรณีที่จำเป็นต้องกระทำเนื่องจากสุขภาพของหญิงนั้นและในกรณีที่การตั้งครรภ์เกิดขึ้นเนื่องจากการกระทำความผิดทางเพศเท่านั้น แต่กฎหมายไม่ได้มีบทบัญญัติยกเว้นความผิดฐานทำให้แท้งลูกให้แก่แพทย์ ในกรณีที่หากปล่อยให้การตั้งครรภ์ยังดำเนินต่อไป ทารกที่คลอดออกมาแล้วมีความพิการทางด้านร่างกายหรือจิตใจซึ่งเป็นปัญหาสุขภาพของทารก เนื่องจากในปัจจุบันวิวัฒนาการทางการแพทย์มีความก้าวหน้าเป็นอย่างมากแพทย์สามารถวินิจฉัยโรคได้อย่างถูกต้องและมีความแม่นยำกว่าเมื่ออดีตเป็นอย่างมาก รวมทั้งสามารถตรวจสอบทารกในครรภ์ของหญิงว่ามีความปกติเนื่องจากสุขภาพด้านร่างกายหรือจิตใจ แพทย์ก็จะทำแท้งให้แก่หญิงมีครรภ์ เพราะหากปล่อยให้การตั้งครรภ์ดำเนินต่อไปทารกที่คลอดออกมานั้น ก็จะมีคามพิการติดตัวมาแต่กำเนิดได้ อย่างไรก็ตาม ปัญหาสุขภาพของทารกในครรภ์อาจมีสาเหตุมาจากเชื้อโรค การฉายรังสีของมารดาหรือยาบางชนิดที่ได้รับจากมารดา เป็นต้น

(4) การทำแท้งเนื่องจากโรคกรรมพันธุ์⁷⁴

หากกล่าวโดยจำเพาะแล้ว ชนิดของโรคทางพันธุกรรมอาจจำแนกได้ 3 ชนิด คือ

- 1) โรคทางพันธุกรรมที่เกิดความผิดปกติในการแบ่งตัวของโครโมโซมขณะกำลังเกิดการปฏิสนธิ หรือขณะที่ไข่และอสุจิผสมกันเป็นตัวอ่อนแล้ว

⁷⁴ โรคกรรมพันธุ์ หมายถึง โรคที่มีความผิดปกติขององค์ประกอบของยีน (Gene) และโครโมโซม (Chromosome) ซึ่งยีนและโครโมโซมนี้เป็นตัวกำหนดลักษณะทางพันธุกรรม เมื่อมีความผิดปกติเกิดขึ้นจะทำให้เกิดการถ่ายทอดทางกรรมพันธุ์จากพ่อแม่สู่ลูกโดยตรง

2) โรคทางพันธุกรรมที่มีความผิดปกติในการเรียงตัวของโครโมโซม

3) โรคทางพันธุกรรมที่มีความผิดปกติในการแยกคู่ของโครโมโซมในระหว่างการแบ่งตัว

ปัจจุบันมีโรคอยู่หลายชนิดที่สืบทอดทางสายโลหิต หรือเรียกว่าเป็นโรคที่ถ่ายทอดทางกรรมพันธุ์ ได้แก่ โรคเบาหวาน โรคเลือดที่เรียกว่า ธาลัสซีเมีย โรคปัญญาอ่อน ตลอดจนความพิการของร่างกายหลายอย่างเช่น ปากแหว่งเพดานโหว่ การทำแท้งเพื่อป้องกันโรคกรรมพันธุ์ เพื่อขจัดความพิการเหล่านี้เรียกว่า Eugenic Indication แต่ตามประมวลกฎหมายอาญาของไทยไม่ยกเว้นความผิด

4) เป็นการกล่าวว่าการตั้งครรภ์ที่มีสิทธิในการทำแท้ง⁷⁵ ได้ต้องเกิดจากการกระทำ ความผิดอาญามาตรา 305 (2) ซึ่งเกิดขึ้นจากความผิดอาญา 5 มาตรา นั่นคือ มาตรา 276 ว่าด้วยการข่มขืนกระทำชำเรา มาตรา 277 ว่าด้วยการทำให้เด็กอายุน้อยกว่า 15 ปีตั้งครรภ์แม้ว่าจะเป็นการสมยอมหรือไม่ก็ตาม มาตรา 282, 283, 284 ว่าด้วยการล่อลวงผู้อื่นมาทำอนาจาร สนองความใคร่ โดยใช้อุบายหลอกลวง บังคับข่มขู่ ซึ่งท้ายที่สุดอาจจะเกิดจากการสมยอมกัน แต่ถ้าเหตุมาจากสาเหตุข้างต้น กฎหมายก็อนุญาตอย่างไรก็ดี สำหรับกรณีที่ถูกข่มขืนนั้นเพียงแต่มีหลักฐานอันควรเชื่อได้ว่าการมีครรภ์นั้นเกิดจากการข่มขืน ซึ่งในทางปฏิบัติไม่ต้องมีใบแจ้งความหรือได้รับการติดต่อจากพนักงานของรัฐเพื่อเป็นตัวกลางระหว่างแพทย์กับหญิงผู้ตั้งครรภ์แต่ประการใด แพทย์ก็สามารถอ้างข้อบังคับดังกล่าวนี้เพื่อเป็นเหตุทำแท้งให้ได้ทันที และยังไปกว่านั้นข้อบังคับแพทยสภายังระบุชัดด้วยว่าผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมที่ปฏิบัติเกี่ยวกับการยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ตามข้อบังคับนี้ให้ถือว่าได้กระทำตามมาตรา 305 แห่งประมวลกฎหมายอาญา

(5) การยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ต้องกระทำในสถานพยาบาล⁷⁶

⁷⁵ ข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับการยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ตามมาตรา 305 แห่งประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2548 ข้อ 6 “การยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ตามมาตรา 305 (2) แห่งประมวลกฎหมายอาญา ต้องมีหลักฐานหรือข้อเท็จจริงอันควรเชื่อได้ว่า หญิงตั้งครรภ์เนื่องจากการกระทำความผิดอาญาตามที่บัญญัติไว้ใน 305(2) แห่งประมวลกฎหมายอาญา”

⁷⁶ ข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับการยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ตามมาตรา 305 แห่งประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2548 ข้อ 7 “การยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ตามข้อ 5 และข้อ 6 ต้องกระทำในสถานพยาบาลดังต่อไปนี้

(1) โรงพยาบาลหรือหน่วยงานของรัฐที่ให้บริการรับผู้ป่วยไว้ค้างคืน หรือสถานพยาบาลเวชกรรมที่มีเตียงรับผู้ป่วยไว้ค้างคืน ตามกฎหมายว่าด้วยสถานพยาบาล ทั้งนี้ โดยสามารถปฏิบัติเกี่ยวกับการยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ได้ตามความเหมาะสม

(2) คลินิกเวชกรรม ตามกฎหมายว่าด้วยสถานพยาบาล โดยสามารถปฏิบัติเกี่ยวกับการยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ที่อายุครรภ์ไม่เกินสิบสองสัปดาห์ ”

สถานที่ที่แพทย์จะทำการยุติการตั้งครรภ์ให้แก่อนุญได้นั้น ตามข้อบังคับแพทยสภาได้กำหนดสถานที่ที่แพทย์สามารถทำการยุติการตั้งครรภ์ให้แก่อนุญได้คือ ต้องเป็นโรงพยาบาลหรือคลินิกเวชกรรมเท่านั้นเนื่องจากในสถานที่ดังกล่าวมีอุปกรณ์และเครื่องมือทางการแพทย์ที่ครบถ้วนซึ่งจะก่อให้เกิดผลดีทั้งต่อตัวแพทย์และตัวหญิงที่มาใช้บริการ

2.3.3 สิทธิในความเป็นเจ้าของร่างกายของหญิง

ในประเทศที่เป็นเสรีประชาธิปไตย (Liberal and Democratic) เชื่อว่า มนุษย์ที่เกิดขึ้นมาทุกคนนั้นมีศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ (Human Dignity) ซึ่งมีลักษณะของการเป็นนามธรรมออกมาให้เห็นเป็นรูปธรรมในรูปของความสามารถของมนุษย์ในอันที่จะเป็นผู้กำหนดชะตาของตนเอง (Sphere of Individual Liability) ดังนั้นรัฐธรรมนูญของประเทศที่เป็นเสรีประชาธิปไตยจึงได้บัญญัติรองรับสิทธิและเสรีภาพด้านต่างๆ ที่มนุษย์จำเป็นต้องมีและใช้ไปเพื่อพัฒนาบุคลิกแห่งตนทั้งในทางกายภาพและจิตใจ ซึ่งเรียกกันว่า “สิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน” (Fundamental Right and Liabilities) และถือว่าสิทธิในชีวิตร่างกายทรัพย์สินเป็นแก่นของสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานหรือสิทธิมนุษยชน (Human Right)⁷⁷

สิทธิมนุษยชนเป็นพื้นฐานอันชอบธรรมขั้นสูงสุดสำหรับมนุษย์ทั้งหลาย ที่มุ่งหมายที่จะปกป้องและสร้างสรรค์การดำรงอยู่ของมนุษย์ให้มีความสุข การยืนยันถึงสิทธิมนุษยชนมีทั้งในแง่ที่ระบุถึงสิทธิความเท่าเทียมกันหรือความเสมอภาคอย่างสากลของมนุษย์โดยไม่แบ่งแยกที่จะตอบสนองบางคนหรือบางกลุ่มเพราะต่างก็เป็นคนเหมือนกัน หลักเกณฑ์ก็คือ การถือว่ามนุษย์ทุกคนย่อมมี คุณค่าและสิทธิเท่าเทียมกัน แม้จะต่างอุปนิสัย ความรู้ ความสามารถ เชื้อชาติ และศาสนา นี่คือแหล่งพลังของแนวคิดสิทธิมนุษยชน

จากการที่สิทธิทั้งหลายมาจากรากฐานที่มองว่ามนุษย์ทุกคนมีสิทธิเท่าเทียมกัน ดังนั้นแต่ละคนจึงมีคุณค่าอยู่ในตัวเองที่คนอื่นจะมาละเมิดมิได้ และเมื่อมีกฎหมายมารองรับก็เป็นสิทธิทางการเมือง และเป็นสิทธิส่วนบุคคลที่จะต้องยอมรับ ด้วยวิวัฒนาการของสังคมทั้งหลายในโลก ดังนั้นสิทธิทั้งหลายที่ปรากฏอยู่จะออกมาโดยมีตัวบทกฎหมายรองรับเท่านั้น ดังนั้น สิทธิ จึงหมายถึง ข้อเรียกร้องที่คนในสังคมพึงมีพึงได้ตามกฎหมายที่สังคมนั้นออกมาเพื่อรองรับให้ สิทธิมนุษยชนเป็นสิทธิของบุคคลในฐานะที่เป็นมนุษย์ซึ่งดำรงอยู่ในสังคมอันเป็นจริยศาสตร์สังคมแบบหนึ่งที่เกี่ยวข้องกับคุณค่าของการมีชีวิตอยู่ในชุมชนมนุษย์ ด้วยเหตุนี้สิทธิของบุคคลย่อมมาก่อนสิทธิของสังคม ถ้าสังคมนั้นยอมรับในคุณค่าของความเป็นมนุษย์ สังคมนั้นก็จะทำการพิทักษ์รักษาสิทธิของมนุษย์โดยแปรเปลี่ยนออกมาในรูปของตัวบทกฎหมาย ที่เรียกว่าสิทธิส่วนบุคคล เช่น สิทธิ

⁷⁷ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. (2538). *สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ*. น. 15-16.

ในการพูด สิทธิความเป็นเจ้าของ สิทธิในการแสดงออก สิทธิในการนับถือศาสนา ซึ่งไม่ว่าวัฒนธรรมในสังคมนั้นจะแตกต่างกันอย่างไร สิทธิดังกล่าวก็ควรจะเหมือนกันเพราะมาจากมุมมองของความเป็นมนุษย์เหมือนกัน แนวคิดที่เกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนในประเทศไทยนั้นมิได้ต่างไปจากประเทศที่พัฒนาแล้วทั้งหลาย ความมุ่งหวังที่จะสร้างสรรค์ชีวิตความเป็นอยู่ทางสังคมให้เป็นสุขและเป็นธรรมได้ปรากฏอยู่ให้เห็นตั้งแต่โบราณแล้ว⁷⁸

สิทธิในการเป็นเจ้าของร่างกายหรือสิทธิในการควบคุมร่างกายหรือการที่หญิงพึงมีสิทธิโดยสมบูรณ์ในการใช้ร่างกาย สิทธิทั้งหลายมาจากรากฐานที่มองว่ามนุษย์ทุกคนมีสิทธิเท่าเทียมกันแต่ละคนจึงมีคุณค่าอยู่ในตัวเองที่คนอื่นจะมาละเมิดมิได้และเมื่อมีกฎหมายรองรับก็เป็นสิทธิทางการเมืองและเป็นสิทธิส่วนบุคคลที่ทุกคนต้องยอมรับ ดังนั้นสิทธิทั้งหลายที่ปรากฏอยู่จะออกมาโดยมีตัวบทกฎหมายรองรับเท่านั้น สิทธิ จึงหมายถึงข้อเรียกร้องที่คนในสังคมพึงมีพึงได้ตามกฎหมายที่สังคมออกมาเพื่อยอมรับให้สิทธิมนุษยชนเป็นสิทธิของบุคคลในฐานะที่เป็นมนุษย์ซึ่งดำรงอยู่ในสังคม⁷⁹ ถ้าสังคมยอมรับในคุณค่าของความเป็นมนุษย์จะมีการออกมาในรูปแบบของบทกฎหมายที่เรียกว่าสิทธิส่วนบุคคล เช่น สิทธิในการพูด สิทธิความเป็นเจ้าของ สิทธิในการแสดงออก สิทธิในการนับถือศาสนา ซึ่งไม่ว่าวัฒนธรรมในสังคมนั้นจะแตกต่างกันอย่างไร สิทธิดังกล่าวก็ควรจะเหมือนกันเพราะมาจากมุมมองของความเป็นมนุษย์เหมือนกัน⁸⁰ สิทธิมนุษยชนในร่างกายของหญิงในเรื่องเพศหรือบทบาทระหว่างเพศ ส่วนใหญ่จะกล่าวในแง่ที่ว่าผู้หญิงแทบไม่มีส่วนในการดูแลจัดการเกี่ยวกับร่างกายของตนเองเลย สังคมได้พันธะร่างกายผู้หญิงไว้กับเรื่องการสืบทอดเผ่าพันธุ์จากสภาพทางชีวภาพของผู้หญิง นำมาซึ่งการกำหนดความเป็นผู้หญิงในทุกช่วงเวลาของชีวิตนั้นก็คือบทบาทและหน้าที่ของผู้หญิงที่อยู่เหนือสิทธิ ฉะนั้นในเรื่องสิทธิความเป็นเจ้าของร่างกาย ผู้หญิงจึงยังอาจยืนอยู่ในจุดที่ห่างไกล ซึ่งจากแนวความคิดของ ซีโมน เดอ โบวัวร์⁸¹ กล่าวไว้ว่าการที่ผู้หญิงต้องกลายมาเป็นเพศที่สองรองจากชายนั้นไม่ได้เกิดขึ้นตามธรรมชาติหรือคิดตัวมาตั้งแต่เกิด หากมีสาเหตุมาจากสภาพทางสังคม วัฒนธรรม การที่ผู้หญิงส่วนใหญ่ปฏิบัติ

⁷⁸ มยุรี คำรงค์เชื้อ. (2537). บททางแยก:ประมวลทัศนะว่าด้วยปัญหาการทำแท้งจากมุมมองของนักสิทธิสตรี ปรินซ์ยา เศรษฐศาสตร์. น. 69-70.

⁷⁹ สมบัติ จันทรวงศ์. (2534). สิทธิมนุษยชน. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. น. 12.

⁸⁰ สุชาดา รัชกุล. (2537). การทำแท้งและสิทธิในการเป็นเจ้าของร่างกาย, ในบททางแยก:ประมวลทัศนะว่าด้วยปัญหาการทำแท้งจากมุมมองของนักสิทธิสตรี ปรินซ์ยา เศรษฐศาสตร์. บรรณาธิการโดย มยุรี คำรงค์เชื้อ. น. 75.

⁸¹ Alice Schwarzer. (2534). ซีโมน เดอ โบวัวร์:ผู้หญิงที่ขบถ. น. 199-200.

ที่จะต่อสู้เพื่ออิสรภาพและความเสมอภาคก็เพราะทัศนคติและค่านิยมของสังคมฝังรากลงลึกมากจนทำให้ผู้หญิงยอมรับสถานภาพที่ด้อยต่ำของตนเอง

สิทธิในเนื้อตัวร่างกายของหญิงกับการที่ไม่ประสงค์จะตั้งครรภ์ต่อไปโดยตัดสินใจที่จะทำแท้งกับสิทธิในการมีชีวิตรอดของทารกในครรภ์ สิทธิใดกฎหมายจะรองรับหรือคุ้มครองมากกว่ากันนั้น ยังคงเป็นข้อโต้เถียงกันอยู่โดยบางฝ่ายมองว่าการเลือกที่จะตั้งครรภ์ต่อไปหรือเลือกที่จะทำแท้งเป็นสิทธิของหญิงเนื่องจากหญิงมีสิทธิโดยสมบูรณ์ในการใช้ร่างกายในวิถีทางที่ต้องการดังนั้นหญิงจึงควรมีอิสรเสรีที่จะตัดสินใจว่าจะตั้งครรภ์ต่อไปหรือจะทำแท้ง แต่อีกฝ่ายมองว่าทารกในครรภ์ถือเป็นมนุษย์คนหนึ่งซึ่งหากคลอดออกมาก็ย่อมมีสิทธิต่างๆรวมถึงสิทธิที่จะมีชีวิตต่อไปด้วยซึ่งสิทธิทั้งสองประการต่างก็เป็นสิทธิที่มีความสำคัญ สิทธิของทารกเป็นสิทธิที่มีพื้นฐานรองรับทางศาสนาและศีลธรรมจรรยา เป็นสิทธิที่มีความศักดิ์สิทธิ์และเกี่ยวเนื่องโดยตรงกับคุณค่าของความเป็นมนุษย์ ส่วนสิทธิในร่างกายของหญิงก็เป็นสิทธิที่มีความสำคัญต่อหญิงเป็นสิทธิที่หญิงควรมีอำนาจในการตัดสินใจว่าจะยอมให้ทารกเติบโตในครรภ์ของตนหรือไม่ จะใช้เวลาทั้งชีวิตดูแลเด็กที่เกิดมาหรือไม่เรื่องดังกล่าวยากที่ใครจะมาตัดสินใจแทนตัวหญิงได้

การที่จะให้อำนาจตัดสินใจทำแท้งโดยคำนึงถึงแต่สิทธิของหญิงโดยไม่คำนึงถึงสิทธิของทารกในครรภ์มารดานั้นย่อมเป็นการไม่ถูกต้อง ซึ่งทั้งสองฝ่ายต่างมีมุมมองที่แตกต่างกันออกไปโดยให้ความสำคัญกับสิทธิของเนื้อตัวร่างกายและสิทธิในการตัดสินใจของหญิงและให้ความสำคัญกับสิทธิที่จะมีชีวิตของทารกในครรภ์ ในความคิดเห็นที่ต่างกันดังกล่าวนี้ในปัจจุบันก็ไม่อาจหาข้อยุติได้ว่ากฎหมายควรที่จะคุ้มครองสิทธิของใครมากกว่ากัน แต่ในบางประเทศนั้นใช้อายุครรภ์มาเป็นเกณฑ์ในการที่จะคว่ำสิทธิที่กฎหมายควรคุ้มครองควรเป็นสิทธิของหญิงหรือสิทธิของทารกในครรภ์ ซึ่งการนำอายุครรภ์มาเป็นตัวกำหนดว่าสิทธิของใครดีกว่ากันเป็นที่ยอมรับเป็นอย่างมากเนื่องจากให้ความสำคัญคุ้มครองทั้งหญิงและทารกในครรภ์

2.3.4 สิทธิและหน้าที่ของชายผู้เป็นสามี

เมื่อชายและหญิงจดทะเบียนสมรสกันเป็นสามีภรรยาตามกฎหมายและอยู่กินด้วยกันมาจนเกิดบุตร สามีภรรยาคู่นี้ก็จะมีสภาพเป็นบิดามารดาและบุตรเพิ่มเติมขึ้น ในการที่จะกำหนดให้บุตรที่ถือกำเนิดมาเป็นบุตรของใครนั้น สำหรับด้านการเป็นมารดากับบุตรคงไม่มีปัญหาอะไร เพราะเป็นเรื่องข้อเท็จจริงที่พิสูจน์ได้โดยง่ายว่าเด็กเกิดจากหญิงจึงต้องถือว่าเป็นบุตรของหญิงอย่างแน่แท้ ไม่มีช่องทางที่จะปฏิเสธความเป็นมารดากับบุตรได้ เด็กต้องถือว่าเป็นบุตรชอบ

ด้วยกฎหมายของหญิงไม่ว่ากรณีใดๆ ทั้งสิ้น การเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมาย ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1536⁸²

เด็กที่เกิดในขณะที่หญิงเป็นภรรยาชายตามกฎหมาย (Child born in wedlock) นั้น มาตรา 1536⁸³ ให้สันนิษฐานว่าเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของชายผู้เป็นสามี ทั้งนี้เป็นไปตามหลักการของกฎหมายที่ว่า “Pater est quem nuptiae demonstrant” คือ ชายเป็นบิดาตามที่มีการสมรส บังชีไว้ ข้อสันนิษฐานนี้ยังใช้ต่อไปถึงเด็กที่เกิดจากหญิงหม้ายภายใน 310 วัน หลังจากชายผู้เป็นสามีตาย หย่า หรือมีคำพิพากษาให้เพิกถอนการสมรสกับหญิงด้วย ทั้งนี้ โดยอาศัยหลักการทางแพทยว่าทารกจะอยู่ในครรภ์มารดาได้ไม่เกิน 310 วัน เช่น นายแดงสมรสกับนางดำ จากนั้นบุคคลทั้งสองหย่าขาดจากกันแล้ว นางดำคลอดบุตรมาเป็นเด็กชายขาว ภายใน 310 วัน นับแต่วันหย่า เช่นนี้ต้องถือว่าเด็กชายขาวเป็นบุตรของนายแดงด้วย เป็นต้น สำหรับการเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของหญิงนั้นเป็นข้อเท็จจริงที่ประจักษ์อยู่แล้ว กฎหมายจึงมิได้วางข้อสันนิษฐานไว้ เพราะถือว่าเด็กต้องเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของหญิงเสมอ ฉะนั้น เด็กที่เกิดระหว่าง 310 วัน นับแต่วันที่การสมรสสิ้นสุดลงจึงเป็นบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายของทั้งหญิงและชายผู้เป็นสามีของหญิง บุคคลทั้งสามจึงมีฐานะเป็นบิดามารดาและบุตรต่อกัน

นอกจากนี้ บิดามารดาและบุตรยังมีหน้าที่และสิทธิต่อกัน ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1563⁸⁴ เมื่อบุตรยังเป็นผู้เยาว์บิดามารดาได้ให้การอุปการะเลี้ยงดูให้การศึกษา แก่บุตรจนเติบโตใหญ่ ต่อมาบิดามารดาแก่เฒ่าลงไม่สามารถทำมาหาเลี้ยงตนเองได้ ก็เป็นหน้าที่ของบุตรที่จะต้องอุปการะเลี้ยงดูบิดามารดาเป็นการตอบแทนกัน การอุปการะเลี้ยงดูหมายถึง การให้ความช่วยเหลือในสิ่งจำเป็นแก่การดำรงชีพ คือ จัดหาปัจจัย 4 อันได้แก่ อาหาร เครื่องนุ่งห่ม ยารักษาโรค และที่อยู่อาศัยให้ แต่หน้าที่ของบุตรในการอุปการะเลี้ยงดูบิดามารดานี้ บิดามารดาจะเรียกร้องกันได้อย่างไร มากน้อยเพียงใด ต้องเป็นไปตามหลักการในมาตรา 1598/38 คือ จะต้องคำนึงถึงความสามารถของบุตร ฐานะของบิดามารดา และพฤติการณ์แห่งกรณีด้วย ตามบทบัญญัติแห่งมาตรา 1563 นั้น บุตรมีหน้าที่ที่จะต้องอุปการะเลี้ยงดูแต่เฉพาะบิดามารดาของตนเท่านั้น ญาติผู้ใหญ่คนอื่นๆ เช่น ปู่ ย่า ตา ยาย ลุง ป้า น้า อา เหล่านี้ ไม่ได้อยู่ในหน้าที่ของบุตรแต่เป็นหน้าที่ของ

⁸² มาตรา 1536 บัญญัติไว้ว่า “เด็กเกิดแต่หญิงขณะเป็นภรรยาชายหรือภายในสามร้อยสิบวัน นับแต่วันที่มีการสมรสสิ้นสุดลง ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของชายผู้เป็นสามี หรือเคยเป็นสามีแล้วแต่กรณี”

⁸³ ประสพสุข บุญเดช. (2556). คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว. น. 513-514.

⁸⁴ มาตรา 1563 ได้บัญญัติไว้ว่า “บุตรจำต้องอุปการะเลี้ยงดูบิดามารดา”

บุคคลอื่นที่จะต้องดำเนินการ เช่น การอุปการะเลี้ยงดูเป็นหน้าที่ของบิดา หรือการอุปการะเลี้ยงดูมารดาของภรรยาที่เป็นหน้าที่ของภรรยาไม่ใช่หน้าที่ของบุตรเขย เป็นต้น อย่างไรก็ตาม หน้าที่ให้อุปการะเลี้ยงดูบิดามารดาเริ่มตั้งแต่บุตรมีสภาพบุคคลมิใช่เริ่มเมื่อบุตรบรรลุนิติภาวะ แต่ในทางปฏิบัติคงเป็นไปได้ที่จะให้เด็กที่ยังอ่อนอายุต้องอุปการะเลี้ยงดูบิดามารดา ฉะนั้น มาตรา 1573 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ จึงให้อำนาจบิดามารดามีสิทธิใช้เงินได้ของบุตรตามสมควร ถ้าหากบิดามารดาไม่มีเงินได้เพียงพอแก่การครองชีพตามควรแก่ฐานะ ซึ่งเท่ากับว่าเป็นการบังคับเอาค่าอุปการะเลี้ยงดูจากบุตรตามสมควรนั่นเอง และในกรณีละเมิดทำให้บุตรถึงแก่ความตาย แม้บุตรจะอายุน้อยเพียง 3-4 ปี บิดาก็ย่อมมีสิทธิได้รับค่าสินไหมทดแทนในการต้องขาดไร้อุปการะตามกฎหมายทั้งในปัจจุบันและความหวังในอนาคต⁸⁵

นอกจากกฎหมายจะกำหนดหน้าที่ของบุตรต่อบิดามารดาแล้ว กฎหมายยังได้บัญญัติหน้าที่ของบิดามารดาต่อบุตรด้วย ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1564⁸⁶ บุตรเมื่อตอนที่ถือกำเนิดเกิดมาช่วยตนเองมิได้ กฎหมายมาตรา 1564 จึงกำหนดหน้าที่ให้บิดามารดาจำต้องให้ความอุปการะเลี้ยงดูและให้การศึกษาตามสมควรแก่บุตรในระหว่างที่บุตรยังเป็นผู้เยาว์ ต่อเมื่อบุตรบรรลุนิติภาวะแล้วบิดามารดาจึงจะหมดหน้าที่นี้ เว้นแต่บุตรที่บรรลุนิติภาวะนั้น จะเป็นคนทุพพลภาพและหาเลี้ยงตนเองมิได้ บิดามารดาจึงจะยังคงต้องมีหน้าที่อุปการะเลี้ยงดูบุตรต่อไป บุตรที่จะมีสิทธิได้รับการอุปการะเลี้ยงดูและการให้การศึกษาจากบิดามารดานี้จะต้องเป็นบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายของบิดามารดา หากบุตรเป็นบุตรนอกสมรสและยังไม่ได้ฟ้องคดีขอให้บิดารับเป็นบุตรเสียก่อนแล้วจะฟ้องเรียกค่าอุปการะเลี้ยงดูจากบิดาไม่ได้ การที่บุตรมีสิทธิได้รับการอุปการะเลี้ยงดูและการให้การศึกษาจากบิดามารดานี้มีผลทำให้บุตรเกิดสิทธิที่จะเรียกค่าสินไหมทดแทนจากบุคคลที่กระทำละเมิดเป็นเหตุให้บิดามารดาของตนถึงแก่ความตายตามมาตรา 443 บรรทัดไขได้ เพราะถือว่าบุตรต้องขาดไร้อุปการะตามกฎหมาย ทั้งนี้ โดยไม่ต้องคำนึงว่าบิดาจะได้อุปการะเลี้ยงดูบุตรอยู่หรือไม่ก็ตาม แต่บุตรที่จะมีสิทธิดังกล่าวจะต้องเป็นบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายของบิดามารดาในขณะที่มีการกระทำละเมิด หากบุตรเป็นเพียงบุตรนอกกฎหมายที่บิดารับรอง ซึ่งมีสิทธิเพียงจะได้รับมรดกในฐานะเป็นผู้สืบสันดานตามมาตรา 1629 (1) เท่านั้น บุตรนอกกฎหมาย เช่นว่านี้ก็ไม่มีความสิทธิฟ้องเรียกค่าสินไหมทดแทนในการขาดไร้อุปการะของบิดาจากผู้กระทำละเมิดแต่อย่างใด นอกจากนี้การที่ศาลมีคำพิพากษาถึงที่สุดให้เป็นบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายของผู้ตาย

⁸⁵ แหล่งเดิม. น. 593.

⁸⁶ มาตรา 1564⁸⁶ ได้บัญญัติไว้ว่า “บิดามารดาจำต้องอุปการะเลี้ยงดูบุตร และให้การศึกษาตามสมควรแก่บุตรในระหว่างที่เป็นผู้เยาว์ บิดามารดาจำต้องอุปการะเลี้ยงดูบุตรซึ่งบรรลุนิติภาวะแล้ว แต่เฉพาะผู้ทุพพลภาพและหาเลี้ยงตนเองมิได้”

หลังจากที่ผู้ตายได้ถึงแก่ความตายไปแล้ว บุตรก็ไม่มีสิทธิเรียกค่าขาดอุปการะเลี้ยงดูจากผู้ทำละเมิดให้ผู้ตายถึงแก่ความตายอย่างไรก็ดี ถ้าเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายแล้ว หากมีผู้กระทำละเมิดทำให้บิดาหรือมารดาถึงแก่ความตาย เป็นเหตุให้บุตรต้องขาดไร้อุปการะตามกฎหมายแล้ว บุตรมีสิทธิได้รับค่าสินไหมทดแทนเพื่อการขาดไร้อุปการะนั้น ตามมาตรา 443 วรรคท้าย โดยไม่ต้องคำนึงว่าผู้ตายจะมีฐานะยากดีมีจนอย่างไร เพราะเป็นสิทธิที่ผู้เสียหายจะพึงได้รับการชดเชยตามกฎหมาย ทั้งไม่ต้องคำนึงว่าผู้ตายจะต้องเป็นผู้มีรายได้ และบุตรได้รับการอุปการะจากผู้ตายจริงแต่อย่างใด

หน้าที่ของบิดามารดาในการอุปการะเลี้ยงดูบุตรผู้เยาว์โดยทั่วไป หมายถึง การจัดหาอาหาร เครื่องนุ่งห่ม ที่อยู่อาศัย และการรักษาพยาบาล รวมทั้งให้เงินทองไว้ใช้สอยตามสมควร นอกจากนี้ ยังรวมถึงหน้าที่ในการปกป้องคุ้มครองบุตรทั้งทางร่างกายและจิตใจด้วย การที่บิดามารดาทอดทิ้งไม่ดูแลบุตร บิดามารดาย่อมมีความผิดฐานทอดทิ้งเด็กตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 306 ที่บัญญัติไว้ว่า “ผู้ใดทอดทิ้งเด็กอายุยังไม่เกินเก้าปีไว้ ณ ที่ใด เพื่อให้เด็กนั้นพ้นไปเสียจากตนโดยประการที่ทำให้เด็กนั้นปราศจากผู้ดูแล ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

ในด้านหน้าที่ของบิดามารดาที่จะต้องการให้ศึกษาตามสมควรแก่บุตรผู้เยาว์นั้น กฎหมายถือว่าบิดามารดามีหน้าที่ทางศีลธรรมและสังคมที่จะต้องให้การศึกษาแก่บุตร จึงได้กำหนดการศึกษาภาคบังคับที่บิดามารดาจะต้องดำเนินการไว้ การให้การศึกษาแก่บุตรในขั้นที่สูงกว่านี้ เช่น ขั้นอุดมศึกษา ก็ไม่อยู่ในหน้าที่ของบิดามารดา แต่ในทางเป็นจริงบิดามารดามักให้การศึกษาแก่บุตรมากเท่าที่ตนจะสามารถกระทำได้ เพื่อให้บุตรเป็นที่เชิดชูวงศ์ตระกูลและจะได้พึ่งพาอาศัยเมื่อยามตนแก่เฒ่าแล้วนั่นเอง และตามมาตรา 1573 นั้น ถ้าบุตรมีเงินได้ บิดามารดาก็ยังมีสิทธิเอาเงินได้ของบุตรนั้นมาใช้จ่ายเป็นค่าการศึกษาได้อีกด้วย

เมื่อบุตรบรรลุนิติภาวะแล้ว ไม่ว่าจะบรรลุนิติภาวะเพราะการสมรสเมื่ออายุครบ 17 ปี บริบูรณ์ หรือมีอายุครบ 20 ปีบริบูรณ์ แล้วก็ตาม บิดามารดาย่อมหมดหน้าที่ที่จะต้องให้การอุปการะเลี้ยงดูและให้การศึกษา แต่ถ้าบุตรนั้นกลายเป็นคนทุพพลภาพและหาเลี้ยงตนเองมิได้ เช่น เป็นกรรมกรในโรงงานถูกเครื่องจักรตัดแขนขาดทั้งสองข้างต้องถูกออกจากงานมาอยู่บ้านเฉยๆ ไม่มีรายได้ ดังนี้ บิดามารดาก็ยังต้องให้การอุปการะเลี้ยงดูต่อไป ความทุพพลภาพนี้ไม่จำกัดแต่ทุพพลภาพทางกายเท่านั้น แม้ทุพพลภาพทางจิต จิตฟั่นเฟือนไม่สมประกอบ ทำงานหาเลี้ยงตนเองไม่ได้ บิดามารดาก็ต้องให้ความอุปการะเลี้ยงดูเหมือนกัน แต่ถ้าบุตรบรรลุนิติภาวะแล้ว แม้เป็นคน

ทพพลภาพแต่ยังสามารถหาเลี้ยงตนเองได้ เช่น บุตรถูกรถชนแขนขาขาดทั้งสองข้าง แต่ยังใช้ปากคาบพุกันรับจ้างวาดรูปได้ บิดามารดาก็ไม่ต้องอุปการะเลี้ยงดู เป็นต้น⁸⁷

ดังนั้นคำว่า “บิดามารดา” ในเจตนารมณ์ของกฎหมายในที่นี้จึงหมายถึง บิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งการที่หญิงและชายได้ทำการสมรสกันโดยมีการจดทะเบียนสมรส เด็กที่เกิดมาจึงได้ชื่อว่าเป็นบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายของชายและหญิงนั้น ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1536 ได้บัญญัติไว้ว่า “เด็กเกิดแต่หญิงขณะเป็นภรรยาชายหรือภายในสามร้อยสิบวันนับแต่วันที่มีการสมรสสิ้นสุดลง ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของชายผู้เป็นสามีหรือเคยเป็นสามีแล้วแต่กรณี”

ส่วนกรณีเด็กที่เกิดแต่หญิงไม่ว่าจะมีการสมรสกับชายโดยถูกต้องตามกฎหมายหรือไม่ เด็กที่เกิดมานั้นย่อมเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของหญิงเสมอ⁸⁸ ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้กำหนดหน้าที่ของบิดามารดาไว้ โดยต้องให้การอุปการะเลี้ยงดูบุตรที่เกิดมา ถ้าบิดามารดาละเว้นเสียไม่ได้กระทำได้ตาม ก็จะมีผลตามอาญาตามมาตรา 306⁸⁹ และมาตรา 307⁹⁰ แห่งประมวลกฎหมายอาญา บิดามารดาจึงมีหน้าที่ตามกฎหมายที่ต้องอุปการะเลี้ยงดูบุตร จะเห็นได้ว่ากฎหมายบัญญัติหน้าที่ไว้ทั้งบิดาและมารดา ดังนั้น ชายผู้เป็นสามีโดยชอบด้วยกฎหมายของหญิงจึงมีหน้าที่ตามกฎหมายที่ต้องอุปการะเลี้ยงดูบุตรเช่นเดียวกัน

2.3.5 สิทธิในการให้ความยินยอมในทางการแพทย์

ความยินยอมที่ได้รับการบอกกล่าว กฎหมายระบุชัดเจนในนิยามศัพท์ของการประกอบวิชาชีพเวชกรรมว่าแพทย์สามารถกระทำต่อร่างกายมนุษย์ได้ในกรณีใดบ้าง แต่ทั้งนี้จะต้องทำความเข้าใจด้วยว่า ก่อนกระทำการดังกล่าว จะต้องปรึกษาหารือกับผู้ป่วยหรือญาติผู้ป่วยก่อนและเมื่อได้รับความยินยอมแล้วจึงจะดำเนินการต่อไปได้ การทำความเข้าใจในลักษณะนี้ ทางวิชาการเรียกว่า ความยินยอมที่ได้รับการบอกกล่าวหรือที่ภาษาอังกฤษเรียกว่า “Informed consent”⁹¹

⁸⁷ แหล่งเดิม. น. 596-600.

⁸⁸ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1546 บัญญัติไว้ว่า “เด็กเกิดจากหญิงที่มีได้มีการสมรสกับชายให้ถือว่าเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของหญิงนั้น เว้นแต่จะมีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น” .

⁸⁹ มาตรา 306 บัญญัติไว้ว่า “ผู้ใดทอดทิ้งเด็กอายุยังไม่เกินเก้าปีไว้ ณ ที่ใด เพื่อให้เด็กนั้นพ้นไปเสียจากตน โดยประการที่ทำให้เด็กนั้นปราศจากผู้ดูแล ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปีหรือปรับไม่เกินหกพันบาทหรือทั้งจำทั้งปรับ”.

⁹⁰ มาตรา 307 บัญญัติไว้ว่า “ผู้ใดมีหน้าที่ตามกฎหมายหรือตามสัญญาต้องดูแลผู้ซึ่งพึ่งตนเองมิได้เพราะอายุ ความป่วยเจ็บ ภัยพิการหรือจิตพิการ ทอดทิ้งผู้ซึ่งพึ่งตนเองมิได้นั้นเสียโดยประการที่น่าจะเป็นอันตรายแก่ชีวิต ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

⁹¹ แสง บุญเฉลิมวิภาส, อเนก ขมจินดา. เล่มเดิม. น. 72-75.

ความยินยอมที่ได้รับการบอกกล่าว หมายถึง ความยินยอมของผู้ป่วยที่ยอมให้ผู้ประกอบวิชาชีพที่เกี่ยวข้องกับการแพทย์ กระทำตามร่างกายของตนตามกรรมวิธีของการประกอบวิชาชีพแต่ละประเภทนั้น โดยผู้ป่วยจะต้องได้รับการอธิบายหรือบอกเล่าให้เข้าใจว่าการกระทำของผู้ประกอบวิชาชีพนั้นมีวัตถุประสงค์อย่างไร รายละเอียดของการกระทำมีอะไรบ้าง และผลที่เกิดต่อผู้ป่วยในภายหลังจะเป็นอย่างไร ตลอดจนอันตราย หรือผลร้ายที่อาจจะเกิดขึ้นจากการกระทำนั้น หากมีจะมากน้อยเพียงใด ซึ่งผู้ประกอบวิชาชีพมีหน้าที่ต้องอธิบาย หรือบอกกล่าวให้ผู้ป่วยทราบ

เหตุผลที่จะต้องบอกกล่าวให้ผู้ป่วยทราบเกี่ยวกับรายละเอียดข้างต้น ก็เพราะว่าการประกอบวิชาชีพเวชกรรมเป็นการกระทำต่อร่างกายมนุษย์ บุคคลนั้นๆจึงควรจะได้ทราบข้อมูลต่างๆเพื่อนำไปสู่การตัดสินใจ ซึ่งถือเป็นสิทธิประการหนึ่งของผู้ป่วย กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือการ Informed Consent กระทำไปเพื่อรับรองสิทธิพื้นฐาน 2 ประการคือ สิทธิที่จะได้รับรู้ (The right to know) และสิทธิที่จะตัดสินใจ (The right to self-determination)

ดังนั้น ก่อนลงมือทำการรักษา แพทย์จึงควรพูดคุยกับผู้ป่วยตั้งแต่การแนะนำตัว อธิบายรายละเอียดเกี่ยวกับอาการของโรคและวิธีการรักษา เพื่อนำไปสู่การตัดสินใจร่วมกัน การอธิบายแพทย์ควรหลีกเลี่ยงการใช้คำศัพท์ทางเทคนิค เมื่อได้ข้อสรุปอย่างไรควรบันทึกไว้ในเวชระเบียน การพูดคุยเช่นนี้นอกจากจะหมดปัญหาทางด้านกฎหมายแล้วยังเป็นการสร้างความสัมพันธ์ที่ดีระหว่างแพทย์และผู้ป่วยด้วย แต่ในทางปฏิบัติแพทย์ส่วนหนึ่งมักจะละเลยการอธิบายในเรื่องนี้อาจจะเป็นเพราะว่าผู้ป่วยมีจำนวนมาก ไม่มีเวลาที่จะอธิบายหรือคิดว่าอธิบายไปผู้ป่วยคงไม่เข้าใจ บางกรณีก็สั่งยาหรือสั่งให้ผ่าตัดเลยโดยไม่พูด ไม่อธิบายอะไร แท้จริงแล้วรายละเอียดต่างๆ เกี่ยวกับการรักษาเป็นเรื่องสำคัญที่ผู้ป่วยจะต้องทราบ ตั้งแต่ใครเป็นผู้รักษา ใครเป็นผู้ผ่าตัด วิธีการรักษา ผลดี ผลเสียที่อาจจะมีขึ้น ในเยอรมันศาลสูงสุดแห่งอาณาจักรไรช์ (Das Reichsgericht) ได้พิพากษาในคดีอาญา เมื่อปี ค.ศ. 1894 ว่าแม้การผ่าตัดมาตรฐานก็ต้องได้รับความยินยอมของผู้ป่วย เพราะมิฉะนั้นแล้วบุคคลก็จะกลายเป็นเครื่องเล่นของแพทย์ไป เช่น อาจมีการปล่อยให้แพทย์ใหม่ทดลองผ่าตัดเป็นต้น การบอกกล่าวเกี่ยวกับอาการของโรคและผลจากการพยากรณ์โรคจะเป็นเรื่องที่แพทย์ต้องกระทำในการประกอบวิชาชีพเวชกรรม แต่สิ่งที่ต้องคำนึงควบคู่กันไปก็คือ ผลกระทบที่จะเกิดกับผู้ป่วยด้วย เพราะผู้ป่วยบางรายมีสภาพจิตใจที่อ่อนแอไม่อยู่ในฐานะที่จะรับความจริงเกี่ยวกับความเจ็บป่วยนั้นๆ ได้ ถ้าเป็นเช่นนั้น แพทย์ควรจะคุยกับญาติผู้ป่วยแทน

ในกรณีที่แพทย์ไม่อาจบอกความจริงแก่ผู้ป่วยได้และต้องบอกกล่าวผ่านญาติ จะเป็นญาติคนใด ในเรื่องนี้คงต้องพิจารณาความเป็นจริงในสังคมด้วย หากเป็นสังคมแบบตะวันตกซึ่งเป็นครอบครัวแยกหรือครอบครัวขยายที่มีพ่อแม่และลูก การบอกกล่าวแก่ญาติคงไม่มีปัญหามากนัก แต่ในสังคมตะวันออกโดยเฉพาะสังคมแบบไทยและจีนซึ่งในแต่ละครัวเรือนจะมีญาติต่างๆอยู่รวมกัน

และมีความผูกพันที่ใกล้ชิด การบอกกล่าวแก่ญาติควรจะสอบถามว่า ผู้ใดบ้างที่มีอำนาจในการตัดสินใจ เพราะคนที่มียุทธศาสตร์สำคัญในแต่ละครอบครัวจะมีความแตกต่างกัน ในกรณีที่ญาติยังมีความเห็นขัดแย้งกันอยู่หลังจากฟังคำอธิบายเกี่ยวกับรายละเอียดของโรคจากแพทย์แล้ว ควรให้เวลากับญาติผู้ป่วยได้ร่วมกันตัดสินใจ แต่แพทย์พึงแจ้งระยะเวลาที่จะต้องทราบคำตอบให้ญาติได้ทราบด้วย เพราะการตัดสินใจของญาติที่ล่าช้าเกินไป อาจนำมาซึ่งอันตรายแก่ผู้ป่วย

กรณีที่แพทย์สามารถทำการรักษาได้โดยไม่ต้องได้รับความยินยอม ดังกล่าวมาแล้วว่าการประกอบวิชาชีพเวชกรรมไม่ว่าประเภทใดจะต้องได้รับความยินยอมจากผู้ป่วยก่อน แต่ในบางครั้งบางสถานการณ์ที่จำเป็นและรีบด่วน อีกทั้งผู้ป่วยก็ไม่อยู่ในฐานะที่จะให้ความยินยอมได้ แพทย์จะถือปฏิบัติอย่างไร ในกรณีเช่นนี้ แพทย์สามารถกระทำการรักษาได้เลย หากเป็นที่ประจักษ์ว่าเป็นการกระทำเพื่อช่วยชีวิตผู้ป่วยดังเช่นกรณีต่อไปนี้

กรณีฉุกเฉิน ผู้ป่วยที่ถูกนำตัวมาหาแพทย์ในกรณีฉุกเฉิน ส่วนหนึ่งจะไม่รู้สึกตัวและบ่อยครั้งจะไม่มีญาติมาด้วย อาจเนื่องมาจากเจ็บป่วยหรือประสบอุบัติเหตุระหว่างทาง โดยพลเมืองดีที่พบเห็นได้ช่วยเหลือ และนำมาส่งที่สถานพยาบาล กรณีเช่นนี้แพทย์จะต้องพิจารณาว่าอาการของผู้ป่วยเป็นอย่างไร หากอยู่ในขั้นที่เป็นอันตรายและจำเป็นจะต้องปฐมพยาบาลหรือกระทำการใดเพื่อช่วยชีวิต แพทย์สามารถดำเนินการไปได้เลย และถือเป็นหน้าที่ตามกฎหมายและจริยธรรมที่จะต้องกระทำเช่นนั้นด้วย ในแง่มุมของกฎหมายสามารถอธิบายได้ว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำด้วยความจำเป็น เป็นการกระทำเพื่อรักษาชีวิตของผู้ป่วย จึงถือว่าเป็นเรื่องที่สามารถกระทำได้

ผู้ป่วยอยู่ในสถานะที่ไม่อาจแสดงเจตนาได้ตามปกติ ผู้ป่วยบางประเภท เช่น ผู้ป่วยจิตเวชหรือผู้ที่พยายามฆ่าตัวตายและถูกนำมาส่งที่สถานพยาบาล ผู้ป่วยเหล่านี้จะอยู่ในภาวะที่มีความผิดปกติทางจิตใจไม่อยู่ในฐานะที่จะแสดงเจตนาเช่นคนทั่วไปได้ กรณีของผู้ป่วยจิตเวชเป็นความบกพร่องทางจิต หากเป็นถึงขั้นรุนแรง เช่น กรณีของผู้ป่วยโรคจิต (Psychosis) ในหลายกรณีบุคคลนั้นย่อมไม่อยู่ในฐานะที่จะรับรู้รายละเอียดเกี่ยวกับการรักษาพยาบาลได้ กรณีเช่นนี้คงต้องขอความยินยอมจากญาติแทน ส่วนกรณีของการพยายามฆ่าตัวตาย ในภาวะเช่นนั้นมักจะมีการขอร้องหรือยืนยันกับแพทย์ว่าไม่ต้องทำการช่วยชีวิตเพราะอยากตาย แต่แพทย์จะรับฟังตามคำขอร้องนั้นไม่ได้ เพราะเป็นการแสดงเจตนาในภาวะผิดปกติ การช่วยชีวิตจึงต้องดำเนินการต่อไปแม้จะฝ่าฝืนความยินยอมของบุคคลนั้น