

บทที่ 2

การทำแท้งในประเทศไทย

ในประเทศไทย การทำแท้งนั้น โดยหลักแล้วเป็นเรื่องที่กฎหมายอาญาบัญญัติไว้เป็นความผิด เว้นแต่เป็นกรณีเกี่ยวกับสุขภาพของมารดาและการตั้งครรภ์เกิดจากอาชญากรรม ซึ่งถือว่าเป็นเหตุทำแท้งโดยชอบด้วยกฎหมาย แต่ในความเป็นจริงเหตุทำแท้งมีมากมายหลายสาเหตุด้วยกัน ซึ่งในที่นี่จะศึกษาถึงเหตุเกี่ยวกับสังคมและเศรษฐกิจ ซึ่งเป็นปัจจัยสำคัญที่ทำให้หญิงไม่มีความพร้อมในการที่จะเลี้ยงดูทารกให้เติบโตใหญ่ต่อไปได้ และเหตุดังกล่าวเป็นเหตุทำแท้งที่มิชอบด้วยกฎหมาย หญิงที่ทำแท้งด้วยเหตุนี้ถือว่าเป็นอาชญากร แพทย์ผู้กระทำแท้งให้หญิงมีความผิดอาญา สิ่งเหล่านี้เป็นข้อโต้แย้งของสังคมตลอดมา ซึ่งข้อโต้แย้งหลายประการดังกล่าวล้วนเกี่ยวกับจุดเริ่มต้นของชีวิตมนุษย์ สิทธิของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรอง สิทธิของหญิงที่มีต่อเนื้อตัวร่างกายของตนเอง สิทธิของทารกในครรภ์มารดา และศาสนา ซึ่งประเด็นเหล่านี้ล้วนเป็นประเด็นสำคัญที่เกี่ยวข้องกับการทำแท้งทั้งสิ้น ซึ่งจะได้ศึกษาต่อไปในรายละเอียด

2.1 ความหมายของการทำแท้ง

“ทำแท้ง” (Abortion) โดยรูปศัพท์ภาษาอังกฤษหมายถึง การทำแท้งลูก การรีดลูก สิ่งที่เกิดขึ้นก่อนกำหนด

ตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2525 “การทำแท้ง” หมายถึง รีดลูก มีเจตนาทำให้ทารกออกจากครรภ์มารดาก่อนถึงกำหนดและตาย

ในทางการแพทย์ “การทำแท้ง” หมายถึง การที่ผลิตผลจากการผสมพันธุ์ (Conceptive Product) หลุดออกจากสตรี ส่วนคำนิยามขององค์การอนามัยโลก คำว่า “การทำแท้งบุตร” หมายถึง การสิ้นสุดของการตั้งครรภ์ก่อนที่เด็กจะสามารถมีชีวิตอยู่ได้นอกครรภ์มารดา ซึ่งแต่เดิมนั้นองค์การอนามัยโลกได้นิยามความหมายโดยนับเอาการสิ้นสุดของการตั้งครรภ์ก่อน 28 สัปดาห์ (7 เดือน) หรือทารกแรกเกิดที่มีน้ำหนักน้อยกว่า 1,000 กรัม แต่ด้วยวิทยาการแพทย์ได้ก้าวหน้ามากจึงสามารถเอาไข่จากในท้องของหญิงในวันที่มีไข่สุกออกมาผสมกับเชื้อสุจิในหลอดทดลองและเลี้ยงไว้ระยะหนึ่งจนเป็นตัวอ่อน (Blast cyst) แล้วนำกลับเข้าไปฝังไว้ในผนังมดลูกของหญิง จนกระทั่งครบกำหนด 40 สัปดาห์ ดังนั้น องค์การอนามัยโลกจึงต้องเปลี่ยนการสิ้นสุดของการตั้งครรภ์ก่อน 28 สัปดาห์ มาเป็นก่อน 20 สัปดาห์ และเปลี่ยนจากน้ำหนักตัวน้อยกว่า 1000 กรัม มาเป็น 500 กรัม

ส่วนการสิ้นสุดของการตั้งครรภ์ ระหว่าง 20-27 สัปดาห์ และทารกที่มีน้ำหนักระหว่าง 500-999 กรัม เปลี่ยนเรียกใหม่ว่าเป็นการคลอดก่อนกำหนดชนิด “Immature”¹ ดังนั้น องค์การอนามัยโลกจึงเปลี่ยนคำนิยามของการทำแท้งใหม่ โดยถือว่าการแท้งคือการสิ้นสุดของการตั้งครรภ์เมื่อครรภ์ต่ำกว่า 20 สัปดาห์ หรือเมื่อเด็กหนักต่ำกว่า 500 กรัม ส่วนการแท้งเมื่ออยู่ระหว่าง 20-27 สัปดาห์ หรือเมื่อเด็กหนักระหว่าง 500-599 กรัม นั้น กลับเรียกเสียใหม่ว่าการคลอด Immature ทั้งนี้เพราะเด็กในอายุครรภ์ช่วงนี้มีโอกาสรอดได้ เนื่องจากความก้าวหน้าทางการแพทย์ในการเลี้ยงดูเด็กก่อน²

ในทางกฎหมาย ตามประมวลกฎหมายอาญาไม่ได้บัญญัติความหมายไว้ แต่พิจารณาจากความเข้าใจของสามัญชนทั่วไป และแนววินิจฉัยของศาลฎีกานั้นเห็นว่า คำว่า “การทำให้แท้งลูก” ตามประมวลกฎหมายอาญาซึ่งในภาษาอังกฤษใช้คำว่า “Induce Abortion” นักกฎหมายไทยกลุ่มหนึ่งจึงเห็นว่า คือ การทำให้ลูกในครรภ์ตายขณะอยู่ในครรภ์มารดา ถ้าทารกเป็นอิสระจากการดาโดยการไหล่ออกจากมดลูกออกมาก็มีสภาพเป็น “บุคคล” กล่าวคือ แม้จะยังไม่เป็นบุคคลตามกฎหมายแพ่ง แต่หากมีการทำให้ทารกตายก็ถือว่าเป็นการฆ่าคน (ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 15 ถือว่าสภาพบุคคลเริ่มเมื่อคลอดแล้วอยู่รอดเป็นทารก) แต่มีนักกฎหมายอีกกลุ่มหนึ่งเห็นว่า คือการทำลายลูกในครรภ์ตั้งแต่เริ่มปฏิสนธิไปจนถึงกำลังคลอด หรือคลอดออกมาแล้วปราศจากชีวิตนั่นเอง³ ดังนั้นประเด็นที่ว่า ชีวิตมนุษย์เริ่มต้นเมื่อใดนั้นจึงเป็นประเด็นปัญหาสำคัญที่ต้องพิจารณาเสียก่อน ซึ่งจะได้อธิบายต่อไป

2.2 วิวัฒนาการของกฎหมายไทยในความผิดอาญาฐานทำแท้งในประเทศไทย

กฎหมายว่าด้วยการทำแท้งในสังคมไทย มีวิวัฒนาการเปลี่ยนแปลงแก้ไขนับมาตั้งแต่กฎหมายตราสามดวง กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 และกลายมาเป็นประมวลกฎหมายอาญาที่ประกาศให้มีผลบังคับใช้ตั้งแต่ 1 มกราคม 2500 เป็นต้นมา ซึ่งหากมองย้อนกลับไปภายใต้การใช้กฎหมายตราสามดวง ซึ่งประกาศใช้ในสมัยต้นกรุงรัตนโกสินทร์ เมื่อจุลศักราช 1166 มีการกล่าวอ้างไว้ในบทบัญญัติ บทพระอัยการลักษณะผิดเมีย และบัญญัติเกี่ยวกับการฆ่าเด็กในครรภ์มารดาตามมาตรา 10 และ มาตรา 15 ไว้ดังนี้

¹ สุชาติ รัชชกุล. (2537). “การทำแท้งและสิทธิในความเป็นเจ้าของร่างกาย” ในมูลนิธิเพื่อนหญิงบนทางแยก: ประมวลทัศนะว่าด้วยปัญหาการทำแท้ง จากมุมมองของนักสิทธิสตรี ปรัชญา เศรษฐศาสตร์. หน้า 57-59.

² ลักขณา สิริเวชประเสริฐ. (2525). การศึกษากฎหมายกับปัญหาผู้ป่วยลึกลบทำ. หน้า 1.

³ สุชาติ รัชชกุล. หน้าเดิม.

“มาตรา 10 ผู้ใดให้ยาทำนกิน ลูกในท้องตาย ให้เอาตัวแม่มันทิ้งหนึ่งตั้งไหมทวิคูณ เป็นสินไหมถึงพันย แล้วให้โบย 60 ที เอาขึ้นหาหยั่งประจานแล้วจำไว้ ณ ลูก ถ้าตายทั้งแม่ทั้งลูก ให้ฆ่ามันตายตกไปตามกัน”

“มาตรา 15 วิวาทกับหญิงมีครรภ์ ดีฟันแทงหญิงมีครรภ์ในท้องตาย แม่มีบาดแผล ให้ไหม ผู้ดีฟันแทงโดยขนาด ถ้าตายทั้งแม่ทั้งลูก ให้ฆ่าผู้ดีฟันแทงให้ตกไปตามกัน”⁴

ความผิดฐานทำให้แท้งลูกเป็นเรื่องที่กฎหมายไทยเห็นความสำคัญมาแต่โบราณกาลที่ บัญญัติไว้ชัดเจนคือกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 เพื่อจะเตือนข่าและบังคับมิให้บุคคลทำแท้ง แม้แต่แพทย์ถ้าทำโดยเห็นแก่อามิสสินจ้าง ก็ถือว่าเป็นโทษหนัก นอกจากนี้กฎหมายลักษณะอาญาเดิม และประมวลกฎหมายอาญา มีข้อคล้ายคลึงและแตกต่างกันหลายประการ

ความคล้ายคลึงกันของกฎหมายทั้งสองฉบับที่เห็นเด่นชัด คือ จุดประสงค์ของกฎหมาย ที่จะควบคุมการทำแท้งให้อยู่ภายในขอบเขตของกฎหมาย เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อย และศีลธรรม อันดีของประชาชน รวมทั้งมิให้กระทบกระเทือนต่อประเพณีไทย หรือขัดแย้งความรู้สึกทางด้าน ศีลธรรม (Moral) ของประชาชนชาวไทย ซึ่งส่วนใหญ่นับถือศาสนาพุทธ ขณะเดียวกันศาสนาอื่นๆ ก็มีให้จะยอมรับการทำแท้งว่าเป็นสิ่งที่ถูกต้องเสมอไป ดังเช่น สันตะปาปาจอห์นพอล ที่ 2 ประกาศ ย้าเรื่องการคัดค้านการหย่าร้าง การคุมกำเนิด การทำแท้งอันถือว่าขัดกับหลักศาสนานิกายโรมันคาทอลิก และในกฎหมายลักษณะอาญาเดิมของไทยเรานั้น เรียกความผิดฐานทำแท้งว่า “ความผิดฐานริดลูก”⁵

มีข้อสังเกตว่า ประเทศไทยเรานั้นแรกเริ่มเดิมที ก็ได้มีการลอกกฎหมายอาญามาจาก ประเทศที่นับถือศาสนาคริสต์นิกายโรมันคาทอลิก ที่มีความเคร่งครัดอย่างยิ่ง ศาสนาคริสต์นิกาย โรมันคาทอลิกนั้น เชื่อว่ามนุษย์เป็นของพระเจ้า พระเจ้าสร้างมนุษย์ เด็กทารกในครรภ์คือของขวัญ จากพระเจ้า ดังนั้น การทำแท้งจึงเป็นบาปมหันต์ ดังนั้น ในอดีตประเทศที่นับถือศาสนาคริสต์นิกาย โรมันคาทอลิกจึงห้ามมิให้มีการทำแท้งไม่ว่าด้วยเหตุใดๆ ก็ตาม ส่วนประเทศไทยที่มีการ ลอกกฎหมายอาญาจากประเทศที่นับถือศาสนาคริสต์นิกายโรมันคาทอลิกมา จึงส่งผลให้กฎหมาย เกี่ยวกับการทำแท้งในอดีต ก็ไม่อนุญาตให้ทำได้ไม่ว่าด้วยเหตุใดๆ ก็ตาม อีกทั้งยังสอดคล้องกับ หลักศาสนาพุทธของไทยเราที่ห้ามการฆ่าสัตว์ตัดชีวิต จึงทำให้เรื่องบาปบุญ ศีลธรรม ประเพณี สอดคล้องเป็นอันหนึ่งอันเดียวกับกับกฎหมายมาตั้งแต่โบราณกาลสืบเนื่องมาจนถึงปัจจุบัน

เมื่อนำกฎหมายกฎหมายลักษณะอาญาเดิมมาเปรียบเทียบกับประมวลกฎหมายอาญา ฉบับปัจจุบันแล้ว มีข้อเปรียบเทียบดังต่อไปนี้

⁴ สุวัฒน์ จันทรจำนง. (2525). การทำแท้งกับปัญหาการแพทย์และสังคม. หน้า 16.

⁵ ไฉไล ชุ่มฤทธิ์. (2523). กฎหมายว่าด้วยการทำแท้ง. หน้า 28-34.

1) มาตรา 260 กฎหมายลักษณะอาญาเดิม

“มาตรา 260 หญิงใดริดลูกให้แท้งก็ดี ยินยอมให้คนอื่นริดลูกให้แท้งก็ดี ท่านว่ามีความผิดต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี สถานหนึ่งให้จำคุกไม่เกินสามปี สถานหนึ่งให้ปรับไม่เกินกว่าร้อยบาท สถานหนึ่งให้ลงโทษทั้งจำทั้งปรับเช่นว่ามาแล้วด้วยกัน”⁶

เปรียบเทียบกับ มาตรา 301 ประมวลกฎหมายอาญาฉบับปัจจุบัน

“มาตรา 301 หญิงใดทำให้ตนเองแท้งลูก หรือยอมให้ผู้อื่นทำให้ตนเองแท้งลูก ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

ความมุ่งหมายของกฎหมายทั้งสองฉบับตรงกัน คือ เพื่อลงโทษต่อหญิงมีครรภ์ที่ทำให้ตนเองแท้งลูกไม่ว่าเป็นวิธีการใดก็ตาม เพื่อให้ทารกที่อยู่ในครรภ์คลอดออกมาก่อนกำหนดอันควรโดยไม่มีชีวิต หรือยินยอมให้ผู้อื่นทำให้ตนแท้งลูก ไม่ว่าบุคคลผู้นั้นจะเป็นใครแต่มีจุดประสงค์ตรงตามที่หญิงมีครรภ์ต้องการ และเป็นเหตุให้เด็กคลอดออกมา แต่มิใช่คลอดตามปกติหรือในเวลาที่เป็นไปตามที่แพทย์กำหนดไว้⁷

2) มาตรา 261 กฎหมายลักษณะอาญาเดิม

“มาตรา 261 ผู้ใดริดลูกเขาให้แท้ง แม้ว่าหญิงยอมให้ริดมันก็ดี ท่านว่ายอมมีความผิด ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งเดือนขึ้นไปจนสามปี และปรับตั้งแต่ยี่สิบบาทขึ้นไปจนถึงห้าร้อยบาทด้วยอีกโทษหนึ่ง”⁸

เปรียบเทียบกับ มาตรา 302 ประมวลกฎหมายอาญาฉบับปัจจุบัน

“มาตรา 302 ผู้ใดทำให้หญิงแท้งลูก โดยหญิงนั้นยินยอม ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปีหรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ถ้าการกระทำเป็นเหตุให้หญิงได้รับอันตรายสาหัสอย่างอื่นด้วย ผู้กระทำต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินเจ็ดปีหรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นสี่พันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ถ้าการกระทำนั้นเป็นเหตุให้หญิงถึงแก่ความตาย ผู้กระทำต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบปี และปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท”

ทั้งมาตรา 261 กฎหมายลักษณะอาญาเดิมและมาตรา 302 ประมวลกฎหมายอาญาฉบับปัจจุบัน ต่างกำหนดในเรื่องความยินยอมของหญิงมีครรภ์ ที่ว่าแม้จะยินยอมแต่ความยินยอมนั้นขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ดังเรื่องการทำแท้งนี้ ก็ถือว่ามีความผิดอาญาทั้งสิ้น เพราะเป็นการฝ่าฝืนข้อห้ามของกฎหมาย จึงถือว่ามีความผิดฐานริดลูก ส่วนอัตรา

⁶ อามาศย์โทพระอินทปรีชา. (2470). *กฎหมายลักษณะอาญา ภาค 2 ตอน 2*. หน้า 1257-1264.

⁷ ไฉไล ชุ่มฤทธิ์. หน้าเดิม.

⁸ อามาศย์โทพระอินทปรีชา. หน้าเดิม.

จำคุกต่างกัน คือ มาตรา 261 กฎหมายลักษณะอาญาเดิม ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งเดือนขึ้นไปถึงสามปี ส่วนมาตรา 302 ประมวลกฎหมายอาญาลบปัจจุบันกำหนดโทษจำคุกไม่เกินห้าปี และในส่วนขอโทษปรับก็แตกต่างกัน คือ มาตรา 261 กฎหมายลักษณะอาญาเดิมกำหนดโทษปรับตั้งแต่ยี่สิบบาทขึ้นไปจนถึงร้อยบาทและ มาตรา 302 ประมวลกฎหมายอาญาลบปัจจุบัน กำหนดให้ปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ นอกจากนี้ประมวลกฎหมายอาญาลบปัจจุบันมีโทษที่อาจเป็นได้ทั้งจำทั้งปรับ แต่กฎหมายลักษณะอาญาเดิมไม่ได้กำหนดไว้ ซึ่งก็คือเหตุการณ์นั่นเอง⁹

3) มาตรา 262 กฎหมายลักษณะอาญาเดิม

“มาตรา 262 ผู้กระทำความผิดในมาตรา 261 เป็นแพทย์หรือแพทย์ผดุงครรภ์ก็ดี หรือเป็นคนทำโดยเห็นแก่สินจ้างรางวัลก็ดี ท่านให้ลงโทษมันตามที่บัญญัติไว้ สำหรับความผิดนั้นทวีขึ้นอีกหนึ่งในสามส่วน”¹⁰

กฎหมายลักษณะอาญาเดิมมาตรานี้บัญญัติเป็นพิเศษ ซึ่งในประมวลกฎหมายอาญามีได้กำหนดไว้ โดยตัดออกเลขที่เดียว ความมุ่งหมายของมาตรานี้ เห็นว่าบุคคลที่มีอาชีพในทางแพทย์หรือผดุงครรภ์ ต่างก็มีอาชีพที่ต้องช่วยเหลือชีวิตมนุษย์ แต่กลับทำแท้งให้หญิงโดยเห็นแก่อามิสสินจ้างเป็นจิตใจที่โลกเห็นแก่ตัวและเห็นแก่ได้ โดยไม่คำนึงถึงผลที่ผู้อื่นได้รับแม้ว่าจะเป็นความยินยอมของหญิงตามมาตรา 261 เพราะการที่หญิงมาให้ทำแท้งและตนรู้อยู่แล้วว่าเป็นสิ่งที่ผิดกฎหมายทั้งๆ ที่หญิงนั้นเจตนาและไม่ว่าหญิงนั้นจะทราบหรือไม่ทราบว่าบุคคลนั้นเป็นแพทย์หรือผดุงครรภ์หรือไม่ แต่บุคคลนั้นทราบอยู่แล้วว่าตนมีอาชีพอะไร กฎหมายจึงได้มีบทกำหนดโทษหนักเป็นหนึ่งในสามของโทษที่กำหนดไว้ในมาตรา 261 คือ จำคุกตั้งแต่หนึ่งเดือนขึ้นไปถึงสามปี หรือปรับตั้งแต่ยี่สิบบาทขึ้นไปจนถึงร้อยบาท

แต่การที่ประมวลกฎหมายอาญามีได้กำหนดโทษฐานนี้เอาไว้ เนื่องจากถือว่า หากผู้นั้นเป็นแพทย์ หรือผดุงครรภ์ เมื่อได้รับโทษตามมาตรา 302 แล้วก็เป็นการสมควรเพียงพออยู่แล้วไม่จำเป็นจะต้องมีบทเพิ่มเติมอัตราโทษขึ้นอีกแต่อย่างใด

ไฉไล ชุ่มฤทธิ์ มีความเห็นว่า การที่บัญญัติมาตรานี้ไว้เป็นพิเศษต่างหากจากมาตรา 302 จะทำให้ผู้เป็นแพทย์มีความสำนึกในหน้าที่และพิจารณาทำแท้งเฉพาะเมื่อมีกรณีจำเป็นตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 305 แต่ขณะเดียวกัน กฎหมายมาตรานี้เปรียบเสมือนดาบสองคมที่จะให้ทั้งคู่คน คือ จะทำให้แพทย์ต้องทำแท้งเมื่อหญิงมีเหตุจำเป็นจริงๆ ส่วนโทษจะเป็นผลให้แพทย์ที่ตั้งใจจะช่วยหญิงที่เดือดร้อนจริงๆ กลัวความผิด ถ้าความจำเป็นของหญิงนั้นยังกำกวม เพราะกฎหมายไม่บัญญัติ

⁹ ไฉไล ชุ่มฤทธิ์. หน้าเดิม.

¹⁰ อรรถาธิบายพระธรรมนูญ. หน้าเดิม.

ชัดเจนลงไป ทำให้หญิงต้องหันไปพึ่งหมอเถื่อน ดังนั้น เมื่อบัญญัติมาตรานี้ลงไป ก็ควรที่จะบัญญัติมาตรา 305 ให้ขยายขอบเขตออกไปมากเพียงพอ¹¹

4) มาตรา 263 กฎหมายลักษณะอาญาเดิม

“มาตรา 263 ผู้ใดรู้ยั่วว่าหญิงมีครรภ์และหญิงมิได้อนุญาตให้ริดลูก ถ้ามันทำร้ายด้วยกำลังกาย หรือด้วยประการหนึ่งประการใด ให้หญิงนั้นแท้งลูกไซ้ ท่านว่ามีความผิดต้องระวางโทษฐานประทุษร้ายแก่กายถึงสาหัส ดังบัญญัติไว้ในมาตรา 256 และมาตรา 257 นั้น”

เปรียบเทียบกับ มาตรา 303 ประมวลกฎหมายอาญาฉบับปัจจุบัน

“มาตรา 303 ผู้ใดทำให้หญิงแท้งลูกโดยหญิงนั้นไม่ยินยอม ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินเจ็ดปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นสี่พันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ถ้าการกระทำนั้นเป็นเหตุให้หญิงได้รับอันตรายสาหัสอย่างอื่นด้วย ผู้กระทำต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ห้าปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่หนึ่งหมื่นบาทถึงสี่หมื่นบาท”

ไฉไล ชุ่มฤทธิ์ มีความเห็นว่า บทบัญญัติมาตรา 303 เป็นสิ่งที่ดี เพราะทำให้บ่งเห็นเด่นชัดถึงขั้นตอนของความผิดตามผลแห่งความผิดนั้น ว่ามีความแตกต่างระหว่างผลของการทำให้หญิงได้รับอันตรายสาหัสหรือถึงแก่ความตายเป็นอย่างไร ส่วนในกฎหมายลักษณะอาญาเดิม ร.ศ. 127 มิได้บัญญัติไว้เป็นขั้นตอน ดังเช่นประมวลกฎหมายอาญาฉบับปัจจุบันก็เนื่องจากผู้บัญญัติถือว่าได้กำหนดไว้ในมาตรา 267, 257 และถือเฉพาะประทุษร้ายแก่กายถึงสาหัสเท่านั้น

5) มาตรา 264 กฎหมายลักษณะอาญาเดิม

“มาตรา 264 ผู้ใดพยายามกระทำผิดอย่างใดๆ ที่ท่านบัญญัติไว้ในมาตรา 260 และมาตรา 261 นั้น ท่านว่าเป็นการไม่สำคัญ อย่าให้เอาโทษแก่มันเลย”

เปรียบเทียบกับ มาตรา 304 ประมวลกฎหมายอาญาฉบับปัจจุบัน

“มาตรา 304 ผู้ใดเพียงแต่พยายามกระทำความผิดตามมาตรา 301 หรือมาตรา 302 วรรคแรก ผู้นั้นไม่ต้องรับโทษ”

จุดประสงค์ของกฎหมายสองฉบับนี้ตรงกันคือไม่ต้องการเอาผิดกับผู้พยายามกระทำความผิด คือ ถ้าหญิงมีครรภ์พยายามจัดการทำแท้ง หรือยอมให้ผู้อื่นพยายามทำแท้งโดยหญิงนั้นยินยอม ก็ถือว่าผู้พยายามกระทำการเหล่านั้นไม่มีความผิดแต่กฎหมายยังไปไกลต่อไปอีก เช่น กฎหมายลักษณะอาญาเดิมกำหนดไว้ว่า ผู้ที่พยายามจะให้แท้งลูกนั้นเป็นแพทย์หรือกระทำโดยเห็นแก่สินจ้างรางวัล หรือกระทำโดยหญิงผู้ตั้งครรภ์ไม่ยินยอม แม้แต่เพียงพยายามก็เป็นความผิด แต่ในประมวลกฎหมายอาญาฉบับปัจจุบัน กำหนดว่าไม่ต้องรับโทษ ตามมาตรา 302 วรรคแรก แต่ถ้าเป็นพยายามกระทำ

¹¹ ไฉไล ชุ่มฤทธิ์. หน้าเดิม.

ตามมาตรา 302 วรรคสองและวรรคสาม คือ เป็นอันตรายสาหัส หรือถึงแก่ความตาย ก็ยังต้องรับผิดชอบตามมาตราที่กฎหมายกำหนดไว้ในฐานความผิดนั้น¹²

ภายใต้การบังคับใช้กฎหมายดังกล่าวมา 50 กว่าปี มีความพยายามแก้ไขกฎหมายมาอย่างต่อเนื่อง อันเนื่องมาจากความยากลำบากในการบังคับใช้กฎหมายและช่องว่างของตัวกฎหมายอย่างน้อย 3 ประการ ได้แก่

1) เป็นการยากที่จะพิสูจน์ว่าการทำแท้งนั้นเกิดขึ้นเอง หรือหญิงนั้นตั้งใจทำให้เกิดขึ้น หรือมีผู้อื่นมากระทำให้เกิดการทำแท้ง

2) การยกเว้นโทษสำหรับความพยายามที่จะกระทำแท้งส่งผลให้การเอาผิดเป็นไปได้ยากขึ้น เพราะแทบจะเป็นไปไม่ได้ที่จะหาหลักฐานว่ามีการแท้งบุตรอย่างแน่ชัด อย่างมากที่สุดที่จะตั้งข้อกล่าวหาได้ก็คือพยายามทำแท้ง แต่ก็ยังเป็นข้อยกเว้นความผิดตามกฎหมาย

3) เงื่อนไขที่ระบุไว้ในมาตรา 305 ซึ่งเปิดช่องให้แพทย์ทำแท้งให้แก่หญิงได้ ก็มีปัญหามากในการตีความและการปฏิบัติ เพื่อความปลอดภัยจากการถูกกล่าวหา แพทย์ส่วนใหญ่จึงปฏิเสธที่จะทำแท้ง หรือถ้าทำก็จะตีความอย่างแคบที่สุดเพื่อให้เกิดความปลอดภัยแก่ตัวเองมากที่สุด¹³ พบว่ากับปรากฏการณ์การลักลอบทำแท้งที่สูงขึ้นอันเนื่องมาจากความจำเป็นอื่นๆ อีกมากมาย นอกเหนือจากข้อยกเว้นที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 305 อนุ 1, 2 อาทิความจำเป็นทางเศรษฐกิจ ปัญหาครอบครัวแตกแยก ความไม่พร้อมที่จะมีบุตร ความพิการของทารกที่จะคลอดออกมา หรือปัญหาการตั้งครรภ์ก่อนสมรส การคุมกำเนิดที่ล้มเหลว¹⁴ เหตุผลต่างๆ เหล่านี้ล้วนเป็นสาเหตุผลักดันให้ผู้ที่เกี่ยวข้องและผู้สนใจปัญหาการทำแท้งรณรงค์ต่อสู้เรียกร้องให้มีการแก้ไขประมวลกฎหมายอาญามาอย่างต่อเนื่องและในขณะเดียวกันก็มีกลุ่มที่ไม่เห็นด้วยกับการทำแท้งได้รณรงค์คัดค้านการแก้ไขกฎหมายดังกล่าวอย่างต่อเนื่องเช่นกัน¹⁵

¹² แหล่งเดิม.

¹³ วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์ ก (2538). กฎหมายการทำแท้ง ข้อโต้แย้งที่ยังไม่ยุติ. หน้า 21-42.

¹⁴ ลักขณา สิริเวชประเสริฐ. เล่มเดิม. หน้า 65.

¹⁵ วิลาสินี พนานครทรัพย์. (2550). ข้อถกเถียงเกี่ยวกับการทำแท้ง (*Abortion: Opposing Viewpoints*) (รายงานการวิจัย). หน้า 30-31.

2.3 การทำให้แท้งลูก

การทำแท้งคือการสิ้นสุดของการตั้งครรภ์เมื่ออายุครรภ์ต่ำกว่า 20 สัปดาห์ หรือเมื่อเด็กหนักต่ำกว่า 500 กรัม

2.3.1 ประเภทของการแท้ง

การแท้งแบ่งได้เป็นสองประเภท คือ

1) การแท้งโดยธรรมชาติ (Spontaneous Abortion) คือ เป็นการทำให้แท้งโดยมิได้ตั้งใจของสตรีมีครรภ์ เช่น หกล้มตกบันได หรือเกิดอุบัติเหตุอย่างอื่นใด หากเกิดโดยมิได้ตั้งใจก็จะอยู่ในประเภทนี้ทั้งสิ้น เป็นการแท้งเองโดยธรรมชาติ คือ มีอาการเลือดออกมาจากช่องคลอด

2) การทำให้แท้ง (Induce or Artificial Abortion) คือ เป็นการทำให้แท้งโดยเจตนา คือ ทำให้ตนเองแท้งลูกโดยตั้งใจ หรือยินยอมให้คนอื่นทำให้ อาจจะมีสาเหตุหลายประการดังกล่าวใน¹⁶ ซึ่งกรณีนี้ได้รับการแท้งเพื่อการรักษา (Therapeutic Abortion) เอาไว้ด้วย ซึ่งเป็นการทำให้แท้งในกรณีที่การตั้งครรภ์ของสตรีเป็นอันตรายต่อสุขภาพมารดา และรวมถึงการแท้งโดยผิดกฎหมาย (Criminal Abortion)¹⁷ ซึ่งก็หมายถึงการทำให้แท้งโดยไม่มีเหตุทำให้แท้งได้โดยชอบด้วยกฎหมาย หรือการลักลอบทำให้แท้งเถื่อนนั่นเอง ทั้งนี้อาจเป็นเพราะมีเหตุปัจจัยทางสังคมหรือเศรษฐกิจนั่นเอง

ในทางการแพทย์ การทำให้แท้งยังสามารถแบ่งออกไปอีกตามสาเหตุดังนี้ คือ

การแท้งคุกคาม (Threatened Abortion) หมายถึง การแท้งตั้งแต่เริ่มต้นซึ่งหญิงมีครรภ์อาจตั้งครรภ์ต่อไปได้ถ้าได้รับการรักษาทันเวลาที่

การแท้งที่ยับยั้งไม่ได้ (Inevitable Abortion) หมายถึง การแท้งที่เกิดขึ้นมากจนไม่สามารถยับยั้งไว้ได้ และต้องแท้งแน่นอน

การแท้งไม่ครบ (Incomplete Abortion) หมายถึง การทำให้แท้งโดยที่บางส่วนของทารกหรือเด็กออกมาแล้วและบางส่วนยังคงเหลือค้างอยู่ การแท้งแบบนี้มักมีการตกเลือดมาก

การแท้งครบ (Complete Abortion) หมายถึง การแท้งที่เด็กและรกออกมามีครบ กรณีนี้เลือดจะหยุดไปเอง ไม่เป็นอันตราย ดังเช่นการแท้งจากการขูดมดลูก หรือการใช้เครื่องดูดทารกออกมาตามแรงดูด วิธีนี้หากทำขณะเริ่มต้นตั้งครรภ์จะไม่เป็นอันตราย

การแท้งค้าง (Missed Abortion) หมายถึง การแท้งที่เด็กเสียชีวิตแต่ซากเด็กค้างอยู่ภายในมดลูกเป็นเวลานาน จนบางครั้งอาจกลายเป็นแคลเซียม (Calcium) เกาะมดลูก¹⁸ ได้ และเป็นอันตราย

ถ้าการแท้งที่เกิดติดกัน 3 ครั้ง เรียกว่า Habitual Abortion

¹⁶ แหล่งเดิม.

¹⁷ สุภณดา สุวณิชชาติ. (2519). การศึกษาปัญหาการทำแท้งที่ผิดกฎหมายและวิธีป้องกันแก้ไข. หน้า 21.

¹⁸ ไฉไล ชุ่มฤทธิ์. เล่มเดิม. หน้า 41-43.

ถ้าการแท้งมีการติดเชื้อและมีไข้เรียกว่า Septic Abortion

ประเภทของการทำแท้งทั้งหมดดังที่ได้กล่าวมาแล้วนั้น คือ ประเภทของการทำแท้งในแบบต่างๆ จะเห็นได้ว่าการแท้งนั้น เกิดจากเจตนาของหญิงมีครรภ์และเกิดจากความไม่มีเจตนาของหญิงมีครรภ์และเกิดจากโรคได้อีกด้วย

2.3.2 วิธีการทำแท้ง

สำหรับวิธีการทำแท้งนั้นก็มียุหลายวิธี ซึ่งแต่ละวิธีก็จะเหมาะกับอายุครรภ์ที่แตกต่างกัน ดังนั้น เพื่อความสะดวกและเข้าใจได้ง่ายขึ้น จึงแบ่งวิธีการทำแท้งออกเป็นสองช่วงตามอายุครรภ์ ได้แก่ การทำแท้งในไตรมาสที่ 1 และไตรมาสที่ 2 ของการตั้งครรภ์ ดังนี้

วิธีทำแท้งในระยะไตรมาสที่ 1 ของการตั้งครรภ์

การทำแท้งในระยะไตรมาสที่ 1 ของการตั้งครรภ์นั้น แม้ว่าจะเป็นการทำที่ง่ายและปลอดภัยมากที่สุดก็ตาม แต่สิ่งที่ต้องคำนึงถึงเสมอคืออายุครรภ์และ/หรือขนาดของมดลูกซึ่งจะต้องโตไม่เกินขนาดอายุครรภ์ 12 สัปดาห์ มิฉะนั้นแล้วก็อาจเกิดภาวะแทรกซ้อนขึ้นได้

สำหรับวิธีการทำแท้งในระยะไตรมาสที่ 1 นั้น สามารถแบ่งออกได้เป็น 4 วิธี ได้แก่

(1) การปรับประจำเดือน (Menstrual Regulation) หมายถึง การดูแลเอาเนื้อเยื่อที่อยู่ในโพรงมดลูกออกในหญิงที่มีประจำเดือนเนิ่นนานออกไป ตั้งแต่วันที่ 29-42 วัน โดยนับจากวันแรกของการมีประจำเดือนครั้งสุดท้าย สำหรับเหตุผลของการใช้ระยะเวลาดังกล่าว เนื่องจากการตรวจร่างกาย และ/หรือการตรวจการตั้งครรภ์ โดยดูผลของฮอร์โมน hCG ในปัสสาวะเพื่อยืนยันการตั้งครรภ์

ในส่วนที่เกี่ยวกับเครื่องมือนี้สามารถแบ่งออกได้เป็น 2 ส่วนใหญ่ๆ ได้แก่

ก. หลอดดูด (Flexible Karman Cannular)

ข. กระบอกสุญญากาศ (Gynecologic Aspiration Syringe)

เนื่องจากการปรับประจำเดือนเป็นหัตถการอย่างหนึ่งในสูติศาสตร์ ดังนั้น เพื่อให้การกระทำได้อย่างมีประสิทธิภาพและปลอดภัยโดยไม่เกิดภาวะแทรกซ้อน ผู้ทำต้องเข้าใจขั้นตอนต่างๆ ในการดูแลรักษาอย่างละเอียด ตลอดจนการให้คำปรึกษาและแนะนำก่อนทำ ขณะทำ และหลังทำการปรับประจำเดือน ซึ่งสิ่งต่างๆ เหล่านี้มีความสำคัญอย่างมาก

ภาวะแทรกซ้อนจากการปรับประจำเดือนมีดังต่อไปนี้ คือ การดูแลเนื้อเยื่อออกไม่หมด หรือการติดเชื้อภายในโพรงมดลูก ซึ่งสามารถพบได้ร้อยละ 2 เท่านั้น รองลงมาได้แก่ ยังไม่มีการตั้งครรภ์ต่อภายหลังการปรับประจำเดือน ซึ่งพบได้ร้อยละ 1 ส่วนการฉีกขาดของปากมดลูกหรือมดลูกทะลุพบได้น้อยมาก ภาวะแทรกซ้อนระยะยาวต่อการตั้งครรภ์ถัดไปยังไม่มีหลักฐานยืนยัน

(2) การขยายปากมดลูกและการขูดมดลูกด้วยแรงดูดสุญญากาศ (Dilatation and suction curettage) วิธีการนี้ใช้สำหรับอายุครรภ์ตั้งแต่ 50 วันขึ้นไปจนถึง 12 สัปดาห์ สำหรับหลักการและวิธีการคล้ายคลึงกับการปรับประจำเดือน แต่ต่างกันที่หลอดดูดและส่วนที่ทำให้เกิดแรงดูดสุญญากาศ

ภาวะแทรกซ้อนจากการขยายปากมดลูกและการขูดด้วยแรงดูดสุญญากาศพบได้เช่นเดียวกับวิธีปรับประจำเดือน แต่เนื่องจากขนาดมดลูกที่โตขึ้นทำให้ต้องใช้หลอดดูดที่มีขนาดใหญ่และแข็ง ทำให้ต้องมีการขยายปากมดลูกร่วมด้วย จึงทำให้มีโอกาสเกิดภาวะแทรกซ้อนเพิ่มมากขึ้นกว่าวิธีการปรับประจำเดือน โดยจะพบภาวะแทรกซ้อนประมาณร้อยละ 5 ซึ่งภาวะแทรกซ้อนที่พบบ่อย ได้แก่ การเสียเลือดมากขณะขูดมดลูก มดลูกทะลุ การดูดเนื้อเยื่อออกไม่หมด การติดเชื้อภายในโพรงมดลูก และการฉีกขาดของปากมดลูกจากการขยายปากมดลูก สำหรับภาวะแทรกซ้อนระยะยาวต่อการตั้งครรภ์ถัดไปยังไม่มีหลักฐานยืนยันเช่นเดียวกับวิธีการปรับประจำเดือน

(3) การขยายปากมดลูกและการขูดมดลูก (Dilatation and curettage) วิธีนี้นิยมเรียกสั้นๆ ว่า “D&C” มีหลักการทำเช่นเดียวกับการขยายปากมดลูกและการขูดมดลูกในผู้ป่วยที่แท้งบุตรหรือผู้ป่วยทางนรีเวชฯ ที่ทำเพื่อการวินิจฉัยหรือการรักษา ดังนั้น การเตรียมผู้ป่วยเครื่องมือขยายปากมดลูกและเครื่องมือขูดมดลูก วิธีการในการทำตลอดจนภาวะแทรกซ้อนต่างๆ ที่อาจเกิดขึ้นก็จะเป็นอย่างเดียวกัน ในปัจจุบันไม่นิยมวิธีนี้ในการทำแท้ง เนื่องจากจะทำให้เกิดการเจ็บปวดและชอกช้ำมาก ประกอบกับมีวิธีที่สะดวกและรวดเร็ว เจ็บปวดและชอกช้ำน้อยกว่า ซึ่งได้แก่ 2 วิธีที่กล่าวมาแล้วข้างต้น แต่อย่างไรก็ตาม ในสถานบริการทางการแพทย์เกือบทุกแห่งจะมีเครื่องมือนี้พร้อมอยู่แล้ว และแพทย์ที่คุ้นเคยกับวิธีการนี้ก็สามารให้บริการได้เช่นกันโดยพิจารณาตามความเหมาะสม

(4) การชักนำให้มีประจำเดือน (Menstrual induction)

วิธีทำแท้งในระยะไตรมาสที่ 2 ของการตั้งครรภ์

การทำแท้งสำหรับการตั้งครรภ์ในระยะไตรมาสที่ 2 นั้น จะมีความยากลำบากและมีโอกาสเสี่ยงต่อการเกิดภาวะแทรกซ้อนได้มากกว่าการทำแท้งสำหรับการตั้งครรภ์ในระยะไตรมาสที่ 1 โดยเฉพาะอย่างยิ่งการตั้งครรภ์ที่มีอายุครรภ์อยู่ระหว่าง 13-16 สัปดาห์ เพราะขนาดมดลูกที่โตขึ้นทำให้ไม่สามารถใช้วิธีการขยายปากมดลูกและการขูดด้วยแรงดูดสุญญากาศได้อย่างปลอดภัย ประกอบกับขนาดของมดลูกที่โตขึ้นก็ยังไม่ว่าพอที่จะทำให้ใส่สารเข้าไปในถุงน้ำคร่ำได้สะดวกและปลอดภัย ดังนั้น ในปัจจุบันยังไม่มีวิธีการทำแท้งที่เป็นมาตรฐานสำหรับการตั้งครรภ์ที่มีอายุครรภ์ระหว่าง 13-16 สัปดาห์ ในทางปฏิบัติเป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปแล้วว่าควรหลีกเลี่ยง

การทำแท้งในอายุครรภ์ดังกล่าว โดยให้รอนกระแทงขนาดของมดลูกโตกว่าอายุครรภ์ 16 สัปดาห์ แล้วจึงพิจารณาการทำแท้งโดยการฉีดสารเข้าไปในถุงน้ำคร่ำ ส่วนสารที่ฉีดเข้าไปในถุงน้ำคร่ำ เช่น พรอสตาแกลนดิน NaCl ชนิดความเข้มข้นร้อยละ 20 เป็นต้น

ในปัจจุบันการทำแท้งเข้ามามีบทบาทมากขึ้นในการป้องกันอันตรายที่อาจจะเกิดกับมารดาที่เป็นโรค ลดการคลอดทารกที่พิการ และช่วยสนับสนุนโดยการวางแผนครอบครัว เมื่อคุมกำเนิดล้มเหลว นอกจากนี้ยังช่วยลดภาวะแทรกซ้อนจากการลักลอบทำแท้ง สำหรับการทำแท้งที่ถูกวิธีจะมีความปลอดภัยและทำได้ไม่ยาก โดยแบ่งวิธีการทำแท้งออกตามอายุครรภ์ โดยในระยะเวลาไตรมาสที่ 1 ของการตั้งครรภ์ วิธีการปรับประจำเดือน หรือ MR เป็นวิธีที่เหมาะสมสำหรับอายุครรภ์ไม่เกิน 6 สัปดาห์ สำหรับอายุครรภ์ 7-12 สัปดาห์ ให้ใช้วิธีขยายปากมดลูกและการดูดด้วยแรงสุญญากาศ ส่วนในระยะเวลาไตรมาสที่ 2 สำหรับอายุครรภ์ 13-16 สัปดาห์ นั้นไม่มีวิธีมาตรฐานที่มีความปลอดภัยในการทำแท้ง แนะนำให้รอนกระแทงอายุครรภ์มากกว่า 16 สัปดาห์ แล้วจึงใช้วิธีการฉีดน้ำเกลือเข้มข้นเข้าไปในถุงน้ำคร่ำ เพื่อการทำแท้ง ซึ่งเป็นวิธีที่มีประสิทธิภาพสูง ปลอดภัย และสิ้นเปลืองค่าใช้จ่ายไม่มาก ส่วนกรณีที่มีข้อห้ามในการใช้น้ำเกลือเข้มข้น เช่น กรณีมารดาเป็นโรคหัวใจ โรคไต มีอาการซึมมาก เป็นต้น หรือเกิดความล้มเหลวภายหลังการใช้น้ำเกลือเข้มข้นแนะนำให้ทำ Hysterectomy หรือการใส่พรอสตาแกลนดินในปากมดลูกหรือช่องคลอด ดังนั้น การเลือกวิธีที่ทำแท้งให้เหมาะสมกับอายุครรภ์หรือขนาดของมดลูกและการกระทำที่ถูกขั้นตอนต่างๆ ดังกล่าวมาแล้ว ก็จะเป็นการป้องกันอันตรายหรือภาวะแทรกซ้อนในมารดาได้ดีที่สุด¹⁹

2.4 การทำแท้งโดยชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา 305 ประมวลกฎหมายอาญา

มาตรา 305 บัญญัติว่า “ถ้าการกระทำความผิดดังกล่าวในมาตรา 301 และมาตรา 302 นั้นเป็นการกระทำของนายแพทย์ และ

- 1) จำเป็นต้องกระทำเนื่องจากสุขภาพของหญิงนั้น หรือ
- 2) หญิงมีครรภ์เนื่องจากการกระทำความผิดอาญาตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 276

มาตรา 277 มาตรา 282 มาตรา 283 และมาตรา 284

ผู้กระทำไม่มีความผิด”

คำอธิบาย

¹⁹ ประทักษ์ โอประเสริฐสวัสดิ์ และชงยุทธ เหมรัตน์. (2540). “วิทยาการในการทำแท้ง (Abortion technology).” วารสารนิติศาสตร์รามธิบดี 2, ฉบับพิเศษครั้งที่ 2. หน้า 347-361.

มาตรานี้เป็นบทกเว้นความผิดของการทำแท้งตามมาตรา 301 และมาตรา 302 เมื่อเข้าเงื่อนไขดังต่อไปนี้

1) เป็นการกระทำของนายแพทย์ คำว่า นายแพทย์ หมายถึง ผู้มีอาชีพเป็นแพทย์ ไม่จำกัดว่าเป็นชายหรือหญิงแต่ต้องเป็นผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมตามพระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2525²⁰

2) เป็นการกระทำความผิดในมาตรา 301 และมาตรา 302 กล่าวคือ เป็นกรณีที่หญิงยินยอม โดยหญิงทำแท้งเองหรือยอมให้ทำแท้ง เช่น แพทย์หญิงทำให้ตนเองแท้งลูก หรือหญิงมีครรภ์ที่ไม่ใช่แพทย์ยอมให้นายแพทย์ทำให้ตนเองแท้งลูก หรือนายแพทย์เป็นผู้ทำให้หญิงแท้งลูกโดยหญิงนั้นยินยอม ไม่ว่าการที่นายแพทย์ทำให้แท้งลูกจะเป็นเหตุให้หญิงรับอันตรายสาหัสอย่างอื่นหรือถึงแก่ความตาย นายแพทย์ผู้ทำแท้งไม่มีความผิดตามมาตรา

แต่ถ้าหญิงไม่ยินยอมให้ทำแท้งตามมาตรา 303 แล้ว แม้จำเป็นต้องกระทำเนื่องจากสุขภาพของหญิงนั้น หรือหญิงมีครรภ์เนื่องจากการกระทำความผิดอาญา นายแพทย์ก็ไม่มีอำนาจทำให้แท้งลูกได้ตามมาตรา 305 นี้ แต่นายแพทย์อาจอ้างเรื่องการกระทำความผิดด้วยความจำเป็นตามมาตรา 67 ได้ เช่น แพทย์จำเป็นต้องทำแท้งให้หญิงมีครรภ์ประสบอุบัติเหตุรถยนต์โดยทันทีเพื่อช่วยชีวิตของหญิงนั้น แต่หญิงนั้นสลบไปไม่อาจให้ความยินยอมได้ แพทย์จำเป็นต้องทำแท้งเพื่อให้หญิงพ้นจากอันตรายที่ใกล้จะถึงและไม่สามารถหลีกเลี่ยงให้พ้นโดยวิธีอื่นใดได้ แพทย์ย่อมได้รับยกเว้นโทษตามมาตรา 67

3) เป็นการกระทำใน 2 กรณีดังต่อไปนี้

(1) จำเป็นต้องกระทำเนื่องจากสุขภาพของหญิงนั้น หมายความว่า การที่หญิงมีครรภ์อยู่หรือคลอดบุตรจะเป็นอันตรายแก่หญิง ดังนี้ แพทย์จึงจำเป็นต้องทำแท้ง เช่น หญิงเป็นโรคหัวใจ หากปล่อยให้หญิงมีครรภ์ต่อไปหรือให้มีการคลอด หญิงอาจพิการหรือตายได้ หรือหญิงเป็นวัณโรคหรือโรคติดต่ออย่างอื่นที่ร้ายแรง หากคงมีครรภ์ต่อไปหรือคลอดบุตร อาจเป็นอันตรายต่อสุขภาพของหญิง แพทย์จำเป็นต้องทำแท้งตามมาตรา 305 นี้ เป็นต้น ส่วนกรณีที่หญิงเป็นโรค ซึ่งคงเป็นอันตรายต่อสุขภาพของทารก เช่น ทำให้ทารกคลอดออกมาพิการได้ แต่ไม่เป็นอันตรายต่อสุขภาพของหญิงเลย ดังนี้ ไม่เป็นกรณีจำเป็นตามมาตรา 305 แพทย์ย่อมทำแท้งไม่ได้

²⁰ พระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2525, มาตรา 4 “วิชาชีพเวชกรรม” หมายความว่า วิชาชีพที่กระทำต่อมนุษย์เกี่ยวกับการตรวจโรค การวินิจฉัยโรค การบำบัดโรค การป้องกันโรค การผดุงครรภ์ การปรับสายตาด้วยเลนส์สัมผัส การแทงเข็มหรือการฝังเข็มเพื่อบำบัดโรคหรือเพื่อระงับความรู้สึก และหมายความรวมถึงการกระทำทางศัลยกรรม การใช้รังสี การฉีดยาหรือสาร การสอดใส่วัตถุใดๆ เข้าไปในร่างกาย ทั้งนี้เพื่อการคุมกำเนิด การเสริมสวยหรือบำรุงร่างกายด้วย.

คำว่าสุขภาพของหญิงนี้ อาจจะเป็นสุขภาพทางกายหรือทางจิตก็ได้ ส่วนจำเป็นขนาดไหนจึงต้องทำแท้งนั้น ย่อมวินิจฉัยตามความคิดเห็นของวิญญูชนโดยทั่วไป

อนึ่งมีคำพิพากษาฎีกาที่ 5637/2533 ซึ่งวินิจฉัยเรื่องการทำแท้งกับมูลกรณีละเมิด แต่มีข้อที่น่านำมาพิจารณาในประเด็น “สุขภาพของหญิง” คือ ในคำวินิจฉัยของศาลฎีกาในคดีนี้ ศาลยอมรับข้อเท็จจริงเป็นที่ยุติว่า “ที่นายแพทย์ ส. ทำแท้งให้โจทก์ก็เนื่องจากสุขภาพจิตของโจทก์แย่มาก” และ “โจทก์ทำแท้งเพราะกลัวไปเองว่าทารกในครรภ์จะคลอดออกมาพิการ” แสดงให้เห็นว่าศาลเองก็ยอมรับว่าสุขภาพจิตเป็นส่วนหนึ่งของ “สุขภาพของหญิง” ตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 305 (1) นั่นเอง ดังนั้น จึงเห็นได้ชัดว่าศาลยอมรับความจำเป็นทางสุขภาพจิตของหญิงเป็นส่วนหนึ่งที่จะอ้างเป็นเหตุทำแท้งได้ตามประมวลกฎหมายอาญาดังกล่าว²¹

(2) หญิงมีครรภ์เนื่องจากการกระทำความผิดอาญา ตามมาตรา 276 มาตรา 277 มาตรา 282 มาตรา 283 หรือมาตรา 284 หมายความว่า ถ้ามีการกระทำความผิดอาญาตามมาตราดังกล่าวและหญิงมีครรภ์ เมื่อหญิงยินยอมให้ทำแท้ง แพทย์ย่อมทำแท้งได้โดยชอบ แต่ถ้าหญิงมีครรภ์เนื่องจากการกระทำความผิดอาญาดังกล่าว ไม่ยินยอมให้ทำแท้ง แพทย์ก็ไม่มีอำนาจทำแท้งได้โดยชอบ ส่วนการกระทำความผิดอาญาดังกล่าวไม่จำเป็นต้องฟ้องเป็นคดีหรือมีคำพิพากษาของศาลก่อน ขอให้มิใช่ข้อเท็จจริงว่ามีการกระทำความผิดอาญาดังกล่าวเกิดขึ้นจริงเท่านั้น แพทย์ก็ย่อมทำให้แท้งลูกได้ เหตุที่กฎหมายบัญญัติยกเว้นความผิดในข้อนี้ก็เพื่อป้องกันความเสื่อมเสียแก่ชื่อเสียงของหญิงมิให้หญิงอับอายและเป็นปมด้อย ทั้งเมื่อหญิงไม่ประสงค์อุ้มครรภ์ที่เกิดจากการใช้กำลังบังคับกับหญิง กฎหมายจึงยอมให้แพทย์ทำให้แท้งลูกได้เมื่อเป็นความผิดอาญาตามมาตราดังกล่าวมาแล้วข้างต้น²²

2.5 คุณธรรมทางกฎหมายในความผิดฐานทำแท้ง

คุณธรรมทางกฎหมาย (Rechtsgut) หมายถึง ประโยชน์หรือคุณค่าของการอยู่ร่วมกันที่กฎหมายคุ้มครอง หรือ ประโยชน์ที่กฎหมายคุ้มครอง²³

ชีวิตมนุษย์เป็นสิ่งที่เปี่ยมคุณค่าพื้นฐาน (Grundwert หรือ Basic Value) ที่เกี่ยวกับมนุษย์ที่สังคมอารยะทั้งหลายยอมรับว่าเป็นคุณค่าสูงที่สุด กฎหมายอาญาจึงบัญญัติคุ้มครองชีวิตมนุษย์และให้ความสำคัญอย่างมากกับชีวิตมนุษย์ ดังจะเห็นได้จากการระวางโทษตามกฎหมายสำหรับ

²¹ วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์. เล่มเดิม. หน้า 144-145.

²² สุพจน์ เชื้อประกอบกิจ. (2546). สิทธิในการทำแท้งของหญิงมีครรภ์ที่คิดเชือดอดส์. หน้า 105-123.

²³ คณิต ณ นคร ข (2551). กฎหมายอาญาภาคทั่วไป. หน้า 132.

ความผิดต่อชีวิตที่เป็นระวางโทษที่สูงมากในขณะที่การทำลายชีวิตในกรณีมารดา มีระวางโทษเบาว่ามาก

ชีวิตมนุษย์เกี่ยวข้องกับเรื่องสิทธิมนุษยชน “กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ. 1966” (Covenant on Civil and Political Rights, 1966) ข้อ 6 อนุ 1 กล่าวว่า

“มนุษย์ทุกคนมีสิทธิที่จะมีชีวิตมาแต่กำเนิด สิทธินี้ต้องได้รับการคุ้มครองโดยกฎหมาย บุคคลจะต้องไม่ถูกทำให้เสียชีวิตโดยอำเภอใจ”

กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองดังกล่าวได้แสดงให้เห็นถึงความสำคัญของชีวิตมนุษย์

คุณธรรมทางกฎหมายของความผิดต่อชีวิตมนุษย์ คือ “ชีวิตมนุษย์” “ชีวิตมนุษย์” เป็น “คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคล”²⁴

การทำลายชีวิตในกรณีมารดาเห็นกันว่าเป็นการทำลาย “ความหวังของบิดาที่จะมีบุตรสืบตระกูล” แต่ในปัจจุบันเห็นกันทั่วไปว่าเป็นเรื่องเกี่ยวข้องกับ “ชีวิตในครรภ์มารดา” ซึ่งกฎหมายแยกออกมาเป็นสิ่งที่ประสงค์จะคุ้มครองต่างหากจากชีวิตของหญิง

“ความผิดต่อชีวิตในครรภ์มารดา” เป็นความผิดลักษณะหนึ่งที่มีปัญหามากในสังคมปัจจุบัน เพราะบิดามารดาต้องรับผิดชอบในการอุปการะเลี้ยงดูบุตรซึ่งเป็นภาระหน้าที่ทั้งในทางกฎหมายและในทางสังคม การให้บุตรได้รับการศึกษาที่ดีเพื่อที่จะได้เลี้ยงตัวเองและครอบครัวของตัวเองในอนาคตก็เป็นเรื่องสำคัญสำหรับบิดามารดา เหตุนี้การวางแผนครอบครัวจึงเป็นเรื่องที่มีความจำเป็นต้องกระทำ ในส่วนที่เกี่ยวกับภาครัฐการควบคุมประชากรของประเทศก็เป็นเรื่องที่มีความสำคัญและจำเป็นเช่นเดียวกัน

ในทางกฎหมายอาญาเห็นกันทั่วไปว่า “ลูกในครรภ์” ซึ่งยังไม่เป็นมนุษย์เป็น “กรรมของการกระทำ” ที่ได้รับการคุ้มครองต่างหากจากหญิงมีครรภ์ ซึ่งเป็นมนุษย์แล้ว ฉะนั้น “ชีวิตในครรภ์มารดา” จึงเป็นสิ่งที่มีความต่างหากจาก “ชีวิตหญิงมีครรภ์”

ชีวิตมนุษย์แท้จริงแล้วมิได้เริ่มที่ “สภาพความเป็นมนุษย์” แต่เริ่มตั้งแต่การปฏิสนธิ ฉะนั้น “สิทธิในชีวิต” จึงเริ่มตั้งแต่การปฏิสนธิไปจนถึงการคลอด การคุ้มครอง “ชีวิตในครรภ์มารดา” จึงเป็นการคุ้มครองตั้งแต่การปฏิสนธิไปจนถึงการคลอด

แม้ตามกฎหมายรัฐธรรมนูญของทุกประเทศบุคคลจะมีสิทธิเสรีภาพในร่างกาย แต่กฎหมายของทุกประเทศก็บัญญัติความผิดเกี่ยวกับการทำแท้งไว้ในประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งแสดงว่ากฎหมายไม่ยอมให้หญิงอ้างสิทธิเสรีภาพในร่างกายตามรัฐธรรมนูญเพื่อการทำแท้ง

²⁴ คณิต ฌ นคร ก เล่มเดิม. หน้า 70-71.

การทำแท้งเป็นปัญหาทางจริยธรรมด้วย จริยธรรมนั้นมีอย่างน้อยสองแบบ คือ แบบหนึ่งกำหนดเอาประโยชน์เป็นหลัก อีกแบบหนึ่งเอาความเป็นจริงเป็นหลักและประโยชน์เป็นรอง ทางพระพุทธศาสนาถือว่า จริยธรรมต้องตั้งอยู่บนฐานของสังขธรรม ต้องสอดคล้องกับสังขธรรมด้วย²⁵ อย่างไรก็ตาม ในทางกฎหมาย ศาตราจารย์ ดร. คณิต ฌ นคร เห็นว่าต้องถือตามแบบจริยธรรมแบบ กำหนดเอาประโยชน์เป็นหลัก อีกทั้งสถิติของความผิดฐานทำแท้งลูกที่ปรากฏต่อกระบวนการยุติธรรมนั้นต่ำมาก²⁶ แต่ก็เป็นที่ยอมรับกันทั่วไปว่าการทำแท้งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้นมีมากกว่านั้นหลายเท่า ทั้งนี้เป็นเพราะเหตุที่ว่าหญิงที่ทำแท้งต้องการเก็บเป็นความลับ เนื่องจากเกิดความอับอายต่อสังคม และไม่ต้องการเสียชื่อเสียงทั้งของตนเองและของครอบครัว เพราะเท่ากับว่าเป็นการประจานตนเองว่าไปทำแท้งมา ซึ่งบางรายก็ไปทำแท้งโดยที่ไม่ได้บอกครอบครัวมาก่อนด้วยซ้ำ ดังนั้น แม้หญิงที่ไปทำแท้งจะได้รับอันตรายแก่กายไม่ว่าร้ายแรงเพียงไหนก็จะไปรักษาตัวที่โรงพยาบาลในภายหลังโดยไม่ได้ไปแจ้งความหรือเรียกร้องให้ผู้ให้บริการทำแท้งเดือนรับผิดชอบแต่อย่างใด อีกประการหนึ่งที่สำคัญคือ แม้การกระทำของผู้ให้บริการทำแท้งเดือนจะผิดกฎหมายอาญา แต่หญิงที่ยินยอมให้ผู้ให้บริการทำแท้งเดือนทำแท้งให้ ก็มีผลให้หญิงนั้นไม่เป็นผู้เสียหายโดยนิรนัยด้วย

ปัญหาสังคมที่เกี่ยวกับการทำให้แท้งลูกคือ หญิงที่ตั้งครรภ์ส่วนหนึ่งพยายามทำแท้งให้ตนเองหรือลักลอบไปทำแท้งกับหมอเถื่อน หญิงที่ทำให้ตนเองแท้งลูกหรือไปทำแท้งกับหมอเถื่อนดังกล่าวนี้ ส่วนหนึ่งตั้งครรภ์เพราะมีเพศสัมพันธ์ในวัยเรียนหรือไม่มีความพร้อมจะเลี้ยงดูบุตรที่จะเกิดมา การทำแท้งโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายมีอันตรายต่อหญิงมากและหลายรายต้องเสียชีวิตไป²⁷

ปัญหาของการทำแท้งก็คือ ทำอย่างไรให้การทำแท้งเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายอาญา และในขณะเดียวกันก็สามารถแก้ปัญหาดังกล่าวได้ ซึ่งก็คือปัญหาว่าจะบัญญัติกฎหมายอนุญาตให้ทำแท้งโดยชอบด้วยกฎหมายอย่างไรจึงจะเหมาะสม สำหรับประเทศไทยในปัจจุบันใช้ “การกำหนดเหตุทำแท้ง” เป็นเกณฑ์ในการกำหนดเหตุทำแท้งโดยชอบด้วยกฎหมาย²⁸

²⁵ พระธรรมปิฎก (ป.อ. ปยุตฺโต). (2542). *บุจฉา-วิสัยนา: เทคโนโลยีการแพทย์กับจริยธรรมพุทธ*. หน้า 2.

²⁶ สถิติความผิดฐานทำแท้งลูกที่ปรากฏในรายงานประจำปีของสำนักงานอัยการสูงสุดในแต่ละปีไม่เกิน 30 คดี สำหรับปี 2546 มี 25 คดี.

²⁷ แสง บุญเฉลิมวิภาส และเอนก ขมจินดา. (2546). *กฎหมายการแพทย์*. หน้า 43-44.

²⁸ คณิต ฌ นคร ก เล่มเดิม. หน้า 174.

เหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ในปัจจุบันคือ เหตุที่บัญญัติไว้ในมาตรา 305 ดังที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น

การกระทำได้โดยชอบด้วยกฎหมายเพราะเหตุตามมาตรา 305 นี้ต้องทำโดยนายแพทย์ ซึ่งอาจจะเป็นการกระทำให้ตนเองของหญิงที่เป็นแพทย์ด้วย และต้องเป็นการกระทำโดยได้รับความยินยอมจากหญิงมีครรภ์นั้น

การกระทำได้โดยชอบด้วยกฎหมายเฉพาะเหตุอันเดียวกับชีวิตมารดาหรือเหตุจำเป็นเนื่องจากสุขภาพของหญิงนั้น นอกจากจะประกอบด้วยเงื่อนไขว่าต้องเป็นการกระทำของแพทย์ และโดยได้รับความยินยอมจากหญิงมีครรภ์แล้ว ยังจะต้องประกอบด้วยเงื่อนไขประการหนึ่ง คือ จะต้องเป็นกรณีที่ไม่มีทางเลือกอื่นด้วย เพราะถ้าเป็นกรณีที่มีทางเลือกอื่นก็ไม่เป็นกรณี “จำเป็น” เนื่องจากสุขภาพของหญิง

เหตุจำเป็นเนื่องจากสุขภาพของหญิงนั้นเป็นกรณีของ “หลักการชั่งน้ำหนักระหว่างคุณธรรมทางกฎหมาย” กล่าวคือ ตามหลักนี้ถือว่าการที่ผู้กระทำจำต้องกระทำการใดอันเป็นการละเมิดคุณธรรมทางกฎหมายที่ด้อยกว่าเพื่อรักษาคุณธรรมทางกฎหมายที่สูงกว่าไว้นั้นผู้กระทำไม่มีความผิด สำหรับกรณีเกี่ยวกับการทำแท้งคือ การที่ผู้กระทำจำต้องทำลายชีวิตในครรภ์มารดาเพื่อรักษาชีวิตหญิงนั่นเอง

“หลักการชั่งน้ำหนักระหว่างคุณธรรมทางกฎหมาย” นี้เรียกกันในทางดาร์ว่า “ความจำเป็นที่ชอบด้วยกฎหมาย”

ในประมวลกฎหมายอาญาเยอรมันเดิมไม่มีบทบัญญัติว่าด้วยเหตุทำแท้งโดยชอบด้วยกฎหมายทำนองเดียวกับมาตรา 305 (1) แห่งประมวลกฎหมายอาญาของไทย ต่อมาเกิดเหตุการณ์ตามเงื่อนไขที่บัญญัติไว้เช่นเดียวกับที่มาตรา 305 (1) แห่งประมวลกฎหมายอาญาของไทยเราบัญญัติ และ “ศาลสูงสุดแห่งอาณาจักรไรช์” (Reichsgericht) ได้พิพากษาว่าหลักว่า เมื่อกรณีทำแท้งเป็นกรณีที่คุณธรรมทางกฎหมายสองอันเกิดขัดแย้งกัน ทำให้บุคคลจำเป็นต้องทำลายคุณธรรมทางกฎหมายที่ด้อยกว่า คือ ชีวิตลูกในครรภ์ เพื่อรักษาคุณธรรมทางกฎหมายที่สูงกว่า คือ ชีวิตมารดา และเป็นกรณีที่ผู้กระทำไม่มีทางเลือกอื่นแล้ว การกระทำนั้นเป็น “ความจำเป็นที่เหนือกฎหมาย” ผู้กระทำไม่มีความผิด²⁹

ในประมวลกฎหมายอาญาของประเทศไทยเรา ไม่มีบทบัญญัติว่าด้วย “ความจำเป็นที่ชอบด้วยกฎหมาย” ไว้เป็นการเฉพาะ อย่างไรก็ตาม ก็สามารถกำหนดเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้เพราะความจำเป็นต้องกระทำให้เป็นเหตุหนึ่งโดยการใช้กฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งได้ และ

²⁹ คณิต ฌ นคร ก เล่มเดิม. หน้า 221-225.

บทบัญญัติของกฎหมายที่จะนำมาใช้เป็นบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในกรณีนี้ก็คือบทบัญญัติในมาตรา 305 (1) นั่นเอง

สาระสำคัญของการทำแท้งตามมาตรา 305 (1) ก็คือ ความจำเป็นที่นายแพทย์ต้องทำแท้งให้หญิงเนื่องจากสุขภาพของหญิง กล่าวคือ ในกรณีนี้นายแพทย์จำเป็นต้องเลือกเอาระหว่างการรักษาชีวิตไว้ซึ่งชีวิตหญิงและการรักษาไว้ซึ่งชีวิตในครรภ์มารดา และนายแพทย์จำเป็นต้องเลือกทำลายชีวิตในครรภ์มารดาเพื่อรักษาชีวิตหญิงเพราะมิฉะนั้นแล้วหญิงก็จะถึงแก่ความตายอย่างแน่นอน

สาระสำคัญของความจำเป็นที่ชอบด้วยกฎหมาย มีอยู่สามประการ คือ

- 1) เป็นกรณีที่ประ โยชน์หรือคุณธรรมทางกฎหมายสองอย่างเกิดความขัดแย้งกันทำให้ผู้กระทำจำเป็นต้องเลือกรักษาไว้ซึ่งคุณธรรมทางกฎหมาย
- 2) เป็นกรณีที่เป็นทางเลือกทำลายประ โยชน์หรือคุณธรรมทางกฎหมายที่น้อยกว่าเพื่อรักษาประ โยชน์หรือคุณธรรมทางกฎหมายที่เหนือกว่าและ
- 3) ในกรณีนั้นเป็นทางเลือกทางเดียวนั้นเท่านั้น³⁰

2.6 สิทธิมนุษยชน (Human Rights)

เป็นเวลานานนับพันปีแล้วที่มนุษย์ได้พยายามหาคำตอบที่ว่ามนุษย์ทุกคนควรมีสิทธิประเภทหนึ่งอันเป็นสิทธิประจำตัวที่ไม่อาจโอนให้แก่กันได้และไม่อาจถูกทำลายล้างด้วยอำนาจใดๆ ทำให้มีความคิดในทางปรัชญาซึ่งวิวัฒนาการมาสู่หลักของกฎหมาย โดยประเทศต่างๆ ได้บัญญัติกฎหมายมาเพื่อรับรองสิทธิของบุคคลไว้เป็นที่แน่นอน สิทธิมนุษยชนได้เข้ามามีบทบาทในโลกหลังจากสงครามโลกครั้งที่สอง ซึ่งได้นำมาใช้ในการพิจารณาคดีที่นูเรมเบิร์กและโตเกียว องค์การสหประชาชาติได้ร่างปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (The Universal Declaration of Human Rights, 1948) ต่อมาประเทศต่างๆ ได้นำสิทธิมนุษยชนมาใช้กับกฎหมายภายในของประเทศ การเปลี่ยนแปลงที่สำคัญที่สุดของธรรมชาติสู่สิทธิมนุษยชนคือ พื้นฐานทางนิติปรัชญาด้วยความเชื่อว่าสิทธิคือสิทธิที่สามารถได้รับการคุ้มครองโดยอัตโนมัติโดยธรรมชาติของมนุษย์และกฎหมายภายในหรือโดยการบัญญัติกฎหมาย³¹

ในปี ค.ศ. 1948 สหประชาชาติได้มีมติรับเอาปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน เมื่อวันที่ 10 ธันวาคม ค.ศ. 1948 โดยมุ่งหมายให้ปัจเจกบุคคลและองค์กรของสังคมเคารพต่อสิทธิและเสรีภาพขั้นมูลฐานสำหรับชายและหญิงทุกแห่งในโลกโดยไม่เลือกการปฏิบัติ โดยใน

³⁰ แหล่งเดิม.

³¹ Rosemary Hunter and Mary Keys. (2005). *Changing Law Rights, Regulation and Reorganization*. p. 3.

ข้อ 3 ถือว่าเป็นเสาหลักแห่งสิทธิขั้นแรกในปฏิญญาฯ ได้กล่าวถึงเนื้อหาแห่งสิทธิโดยเริ่มต้นจาก “สิทธิในการดำรงชีวิต ในเสรีธรรมและในความมั่นคงแห่งร่างกาย (Everybody has the right to life, liberty and security of person) นอกจากนี้ในข้อ 4 ถึงข้อ 21 ได้ครอบคลุมถึงสิทธิและเสรีภาพต่างๆ เช่น สิทธิที่จะสมรสและสร้างครอบครัว เสรีภาพจากการสอดแทรกโดยพลการในกิจส่วนตัว ครอบครัว เคหสถาน หรือการส่งข่าวสาร (No one shall be subjected to arbitrary interference with his privacy family or correspondence...) ³² สิทธิในการตัดสินใจด้วยตนเอง (The right to self-determination) สิทธินี้จะตั้งอยู่บนพื้นฐานของสิทธิที่เท่าเทียมกัน (Equal right) โดยในปฏิญญาฯ มิได้กล่าวถึงโดยเฉพาะเจาะจง แต่เป็นสิทธิที่มักจะอ้างถึงและปฏิบัติโดยสหประชาชาติเอง ³³

ประเทศไทยเป็นประเทศที่ได้ให้การรับรองปฏิญญาดังกล่าวมาตั้งแต่ต้น และได้ร่วมเป็นภาคีในหนังสือสัญญาระหว่างประเทศเพื่อส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนหลายฉบับและได้บัญญัติกฎหมายภายในให้สอดคล้องกับหลักการของปฏิญญาดังกล่าวด้วย

อนึ่ง เมื่อพิจารณาบทบัญญัติในข้อ 3 ของปฏิญญาฯ ซึ่งเป็นโครงสร้างหลักแล้วจะพบว่าสามารถจัดแบ่งเนื้อหาของสิทธิที่ได้รับการรับรองและคุ้มครองตามกฎหมายออกได้เป็น 3 ส่วน ดังนี้

ส่วนแรก คือ สิทธิในชีวิต หมายถึง สิทธิในการได้รับการยอมรับนับถือและสิทธิในการที่จะพัฒนาตนเอง ซึ่งเป็นหลักการคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ทั้งในทางแพ่งและทางการเมือง โดยบัญญัติรายละเอียดไว้ในข้อ 4 ถึงข้อ 21 ทั้งนี้สิทธิในชีวิตเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่สำคัญที่สุด กล่าวคือเป็นสิทธิในการที่จะมีชีวิตอยู่และได้รับการคุ้มครองให้ปลอดภัยและหมายรวมถึงสิทธิในการได้รับสิ่งจำเป็นสำหรับชีวิตอันได้แก่ปัจจัยสี่หรือการได้รับความช่วยเหลือเป็นพิเศษในกรณีที่เป็นคนพิการ คนชรา คนปัญญาอ่อน เด็ก หรือสตรี เป็นต้น สำหรับสิทธิที่จะได้รับการยอมรับซึ่งกันและกันนั้นหมายถึง ข้อกำหนดที่ให้บุคคลปฏิบัติต่อกันด้วยการยอมรับซึ่งกันและกัน โดยตระหนักถึงศักดิ์ศรีและคุณค่าของชีวิตที่เสมอภาคเท่าเทียมกัน ส่วนสิทธิในการที่จะพัฒนาตนเอง หมายถึง การให้บุคคลได้มีโอกาสจากสังคมในการที่จะพัฒนาตนเองอย่างชอบธรรม เพื่อที่จะสามารถตัดสินใจได้ด้วยตนเองและปกครองตนเองได้ ³⁴

ส่วนที่สอง เป็นสิทธิในทางเศรษฐกิจ ซึ่งในปฏิญญาฯ ข้อ 22 ถึงข้อ 27 ถือว่าเป็นสิทธิที่บุคคลพึงมีในฐานะที่เป็นสมาชิกในสังคมและมีความจำเป็นสำหรับเกียรติภูมิของมนุษยชาติ

³² นพนิติ สุริยะ. (2537). *สิทธิมนุษยชน*. หน้า 58.

³³ United Nations. (1973). *The United Nations and Human Rights*. p. 31.

³⁴ เมธิกาญจน์ ช้างหัวหน้า. (2552). “ความชอบธรรมในการทำแท้งกรณีชีวิตในครรภ์มารดาไม่สมบูรณ์.” หน้า 37-40.

ส่วนที่สาม เป็นการรับรองว่าบุคคลชอบที่จะได้รับประโยชน์จากสังคมของตนและนานาชาติในเรื่องสิทธิและเสรีภาพตามที่ปฏิญญานี้ได้ระบุไว้อย่างเต็มที่ในข้อ 28 ถึงข้อ 30

Guenter Duerig ได้อธิบายคำว่า “ศักดิ์ศรี” ไว้ว่า “มนุษย์ทุกคนเป็นมนุษย์โดยอำนาจแห่งจิตวิญญาณของตนเอง ซึ่งทำให้เขาแตกต่างจากความเป็นอยู่ในสภาวะธรรมชาติที่ปราศจากความเป็นส่วนบุคคลและการทำให้บรรลุเป้าหมายภายในขอบเขตส่วนบุคคลนั้น ย่อมขึ้นอยู่กับการตัดสินใจของบุคคลนั่นเอง ในอันที่จะกำหนดตนเองและในการสร้างสภาพแวดล้อมของตนเอง” จึงเห็นได้ว่าคำว่า “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” จึงประกอบด้วยรากฐานอันมีสาระสำคัญ 2 ประการที่ไม่อาจแยกออกจากกันได้ คือ สิทธิในร่างกายและสิทธิในการที่จะได้รับความเสมอภาคและเท่าเทียมกัน กล่าวคือ

สิทธิในชีวิตร่างกาย เป็นสิ่งที่ติดตัวบุคคลมาตั้งแต่เกิด เป็นสิทธิของปัจเจกบุคคลที่มีอยู่ในสภาวะธรรมชาติ ฉะนั้น สิทธิในชีวิตร่างกายจึงไม่อาจจะถูกพรากไปจากบุคคลได้และรัฐสามารถตราบทบัญญัติทางกฎหมายเพื่อให้ได้รับหลักประกันในชีวิตและร่างกายมากขึ้นได้แสดงให้เห็นว่ามนุษย์มีอิสระที่จะกำหนดตนเองได้ตามเจตจำนงที่ตนประสงค์ในอันที่จะสร้างสภาพแวดล้อมของตนเอง บุคคลแต่ละคนจึงต้องเคารพในขอบเขตปริมณฑลส่วนบุคคลของแต่ละคน

สิทธิในความเสมอภาค เป็นสิทธิที่แสดงว่ามนุษย์ทุกคนมีสิทธิและเสรีภาพเท่าเทียมกันโดยถือเป็นรากฐานสำคัญของ “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์”

โดยสรุปกล่าวได้ว่า คุณค่าของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นสิ่งที่เกิดขึ้นมาตามธรรมชาติพร้อมกับการเริ่มต้นการมีชีวิตและคงอยู่ตลอดเวลาโดยไม่ขึ้นอยู่กับเวลา สถานที่ โอกาส หรือบุคคล³⁵

สำหรับในประเด็นของเรื่องทำแท้งนั้นเป็นการเผชิญหน้ากันระหว่างสิทธิในการมีชีวิตของทารกในครรภ์กับสิทธิในร่างกายของมารดา ปฏิญญาสิทธิมนุษยชนยุโรปได้รับรองสิทธิในชีวิตไว้ชัดเจน แต่ไม่ได้รับรองสิทธิในการทำแท้งอย่างเสรี อย่างไรก็ตาม คำพิพากษาของศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปไม่ได้บอกไว้ชัดเจนว่าสิทธิในชีวิตนั้นเริ่มตั้งแต่เมื่อใด ตัวอ่อนในครรภ์จะถือว่าเป็นผู้ทรงสิทธิในชีวิตแล้วหรือไม่ ดังนั้น การทำแท้งจะไปกระทบกับสิทธิในชีวิตหรือไม่ ยังเป็นที่น่าสงสัยอยู่ คำพิพากษาบรทัดฐานในหลายประเทศในยุโรปยืนยันว่ากฎหมายอนุญาตให้ทำแท้งไม่ขัดรัฐธรรมนูญ เพราะรัฐธรรมนูญไม่ได้รับรองสิทธิในการมีชีวิตของตัวอ่อนในครรภ์ การถกเถียงเรื่องการทำแท้งเสรีเป็นที่น่าสนใจและยังคงดำรงต่อไป เพราะนอกจากมุมมอง

³⁵ มาตาลักษณ์ ออรุ่งโรจน์. (ม.ป.ป.). วิจารณ์ร่างกฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิสตรีในประเทศไทย. สืบค้นเมื่อ 15 กุมภาพันธ์ 2552, จาก <http://www.prachatai.com>

ทางกฎหมายแล้ว การทำแท้งยังไปเกี่ยวข้องกับประเด็นอื่นๆ ตั้งแต่สิทธิขั้นพื้นฐาน สิทธิสตรี ศาสนา ศิลธรรม จารีตประเพณี ค่านิยม อุดมการณ์การเมืองระหว่างอนุรักษนิยมกับฝ่ายก้าวหน้า ตลอดจนปัญหาทางนิติปรัชญาอีกด้วย³⁶

ดังนั้น ในทัศนคติผู้ที่เห็นควรให้ทำแท้งมากขึ้นมองว่า ไข่ที่ผสมแล้วเป็นเพียงตัวอ่อน โดยยังไม่ถือเป็นชีวิตมนุษย์ทันทีโดยจะต้องมีช่วงเวลาในการฟักตัวประมาณ 4-7 เดือน จนกระทั่งองค์ประกอบต่างๆ ได้พัฒนาขึ้นเกือบสมบูรณ์ เหตุผลสนับสนุนการทำแท้งเช่นลูกเกิดมาเพราะแม่ถูกข่มขืน แต่หากทารกเกิดมาพิการจะถือได้หรือไม่ว่าเป็นกรณีมารดามีปัญหาสุขภาพกายและจิตใจ เป็นต้น หากทารกเกิดมาพิการถ้าแม่คลอดออกมาแล้วทิ้งก็จะเป็นภาระและปัญหาของสังคม ถ้าจะอ้างสิทธิมนุษยชนทางด้านมารดาแล้ว จะเห็นว่ามารดามีสิทธิที่จะไม่ถูกบังคับให้ต้องเลี้ยงดูเด็กที่ตนเองไม่ต้องการและตนเองต้องแบกรับชะตากรรมนี้ตลอดไป หากอ้างสิทธิมนุษยชนในด้านเด็กผู้ที่เกิดหรือทารกในครรภ์แล้ว เห็นว่ามีสิทธิที่จะเลือกเกิดมาโดยเป็นที่รักและเป็นที่ต้องการของมารดา³⁷

สำหรับประเทศไทย สิทธิมนุษยชน หมายถึงว่า ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ความเสมอภาค เสรีภาพ และอิสรภาพในชีวิตและร่างกายตามสิทธิตามธรรมชาติของมนุษย์และเป็นสิทธิที่ได้รับ การรับรองหรือคุ้มครองตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ สำหรับถ้ามองในแง่มารดา เห็นว่ามารดามีสิทธิในชีวิตร่างกายที่ติดตัวมาตั้งแต่เกิด ในอันที่จะมีอิสระที่จะกำหนดชีวิตร่างกายของตนเอง เพื่อให้ได้เจตจำนงตามที่ตนประสงค์ มีสิทธิเลือกกำหนดตนเองได้ในอันที่จะสร้างสภาพแวดล้อมของตนเอง ส่วนทารกในครรภ์มารดา เห็นว่ายังไม่ถือเป็นมนุษย์ในอันที่จะอ้างสิทธิในชีวิต เพราะยังไม่มีองค์ประกอบเพียงพอที่จะถือว่าเป็นมนุษย์ และเห็นว่าปัญหากฎหมายอนุญาตให้ทำแท้งในกรณีดังกล่าวข้างต้น อัตราการตายของหญิงภายหลังการทำแท้งก็จะลดลงเพราะทำแท้งโดยแพทย์ มิใช่หมอเถื่อน³⁸

³⁶ ปิยนุตร แสงกนกสกุล. (ม.ป.ป.). 30 ปี กฎหมายทำแท้งเสรีในฝรั่งเศส. สืบค้นเมื่อ 9 กุมภาพันธ์ 2555, จาก <http://www.pub-law.net/publaw/view.aspx?id=674>

³⁷ ทัศนคติเรื่องแท้ง. (ม.ป.ป.). สืบค้นเมื่อ 13 กุมภาพันธ์ 2552, จาก <http://arya.in.th/th/9.p520>

³⁸ เมธิกาญจน์ ช้างหัวหน้า. เล่มเดิม. หน้า 40.

2.7 การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรอง³⁹

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 กล่าวได้ว่าได้ให้ความสำคัญถึงสิทธิและเสรีภาพของบุคคลเป็นอย่างมาก บทบัญญัติในมาตรา 26 ที่ว่า “การใช้อำนาจโดยองค์กรของรัฐทุกองค์กร ต้องคำนึงถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิและเสรีภาพตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้” บทบัญญัติในมาตรา 27 ที่ว่า “สิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้โดยชัดแจ้ง โดยปริยาย หรือโดยคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญย่อมได้รับความคุ้มครองและผูกพันรัฐสภา

อีกทั้งบทบัญญัติในมาตรา 28 วรรคสองที่ว่า “บุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญนี้รับรองไว้ สามารถยกข้อบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้เพื่อใช้สิทธิทางศาลหรือยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้คดีในศาลได้” เมื่อพิจารณาอย่างเป็นกระบวนการแบบยอมเป็นที่ยอมรับที่แสดงให้เห็นอย่างชัดแจ้งว่าสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองนั้นมีความสำคัญเพียงใด และเมื่อมีความสำคัญดังนี้ ผลที่ตามมาคือ ย่อมจำเป็นต้องมีการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลเพื่อให้รอดพ้นจากการใช้อำนาจตามอำเภอใจขององค์กรต่างๆ ของรัฐ

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 29 วรรคหนึ่ง มีบทบัญญัติว่า “การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญนี้กำหนดไว้และเท่าที่จำเป็นเท่านั้น และจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพนั้นมิได้” จากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญมาตรานี้ จะเห็นได้ว่า เพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคล การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรอง อย่างน้อยที่สุดจึงต้องกระทำไปภายใต้หลักเกณฑ์ที่ว่า ประการแรก การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลต้องอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ประการที่สอง การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลต้องเป็นไปเพื่อการที่รัฐธรรมนูญกำหนด ประการที่สาม การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลต้องกระทำเท่าที่จำเป็น ประการที่สี่ การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลต้องไม่กระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพนั้น⁴⁰

ดังนั้นจึงเห็นได้ว่าการหาวิธีการคุ้มครองให้ได้ผลดียิ่งขึ้นโดยนำหลักกฎหมายระหว่างประเทศและองค์การระหว่างประเทศ คือ องค์การสหประชาชาติเข้าร่วมในการคุ้มครองสิทธิด้วย คือ ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนเมื่อวันที่ 10 ธันวาคม ค.ศ. 1948 เป็นการนำแนวความคิดในทางปรัชญาเกี่ยวกับสิทธิของมนุษย์มาบัญญัติไว้ในเอกสารฉบับเดียวกันเพื่อรับรองสิทธิความ

³⁹ ชีระ สุธีวรารุง. (2542, ธันวาคม). “การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรอง.” *วารสารนิติศาสตร์*, ปีที่ 29, เล่มที่ 4. หน้า 578-592.

⁴⁰ เพียงจิต ดันดิจรสวโรดม. (2551). *สิทธิเสรีภาพในการทำแท้งของหญิง*. หน้า 38-39.

เป็นมนุษย์เป็นมาตรฐานสากล แนวความคิดเรื่องกฎหมายธรรมชาติและสิทธิธรรมชาติมีบทบาทสำคัญที่ทำให้เกิดความคิดที่จะคุ้มครองสิทธิของบุคคล⁴¹

ประเทศไทยเป็นประเทศที่ได้ให้การรับรองปฏิญญาฯ ดังกล่าวมาแล้วตั้งแต่ต้น และได้ร่วมเป็นภาคีในหนังสือสัญญาระหว่างประเทศเพื่อส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนหลายฉบับและได้บัญญัติกฎหมายภายในให้สอดคล้องกับหลักการของปฏิญญาฯ ดังกล่าวตั้งแต่กฎหมายสูงสุด คือ รัฐธรรมนูญ และกฎหมายระดับรองลงมา การนำหลักปฏิญญาฯ ของสหประชาชาติมาดำเนินการให้มีผลภายในประเทศเป็นเพียงมาตรการในขั้นต้นเท่านั้น แต่หลักการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพต่างๆ ต้องขึ้นอยู่กับ “การบังคับใช้กฎหมาย” (Law Enforcement) อย่างมีประสิทธิภาพด้วยเสมอ ข้อเท็จจริงที่ปรากฏอยู่ในปัจจุบันเป็นประจำคือ มีกฎหมายจำนวนมากที่มีได้มีการหยิบยกขึ้นบังคับใช้เลย หรือบังคับใช้ผิดไปจากเจตนารมณ์ของกฎหมาย หรือเมื่อเวลาผ่านไปก็มิได้มีการตรวจสอบอย่างจริงจังว่ากฎหมายฉบับใดบ้างที่ล้าสมัยหรือไม่เป็นธรรมอันส่งผลโดยตรงต่อการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน เนื่องจากประเทศไทยยังไม่มีหน่วยงานที่ทำหน้าที่ศึกษาวิเคราะห์กฎหมายที่ล้าสมัยหรือไม่เป็นระบบอย่างจริงจัง⁴²

2.7.1 การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลต้องอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย

เมื่อรัฐธรรมนูญมีบทบัญญัติให้การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลต้องอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย กรณีจึงย่อมกล่าวได้ว่า รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยได้ยืนยันถึงการใช้ “หลักนิติธรรม” (The Rule of Law) หรือหลักนิติรัฐ (Legal State) เป็นหลักสำคัญในการปกครองประเทศ

หลักนิติรัฐหรือหลักนิติธรรมมีความสัมพันธ์กันอย่างใกล้ชิดกับหลักการปกครองในระบอบประชาธิปไตยถึงขนาดมีการกล่าวกันว่า “การปกครองระบอบประชาธิปไตยที่แท้จริง จะมีขึ้นและคงอยู่ได้ตลอดไปไม่ได้หากไม่มีหลักนิติรัฐ”⁴³ หลักการเช่นว่านี้ ในทางกฎหมายปกครองจะมีชื่อเรียกอีกอย่างหนึ่งว่า “หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง” (Principle of Legality of Administrative) อันมีความหมายว่า รัฐบาล หน่วยงาน และเจ้าหน้าที่ต่างๆ ของรัฐที่อยู่ภายใต้การบังคับบัญชาหรือการกำกับดูแลของรัฐบาล จะกระทำการใดๆ ซึ่งอาจมีผลกระทบกระเทือนถึงสิทธิและเสรีภาพของเอกชนได้ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจและเฉพาะภายในขอบเขตที่

⁴¹ กุลพล พลวัน. (2547). *สิทธิมนุษยชนในสังคมโลก*. หน้า 1-8.

⁴² เมธิกาญจน์ ช่างหัวหน้า. เล่มเดิม. หน้า 36-40.

⁴³ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ ก (2538). *สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ*. หน้า 17.

กฎหมายได้กำหนดไว้เท่านั้น⁴⁴ เมื่อเป็นดังนี้ในประเทศเสรีประชาธิปไตยต่างๆ ผู้ปกครองที่แท้จริงจึงเป็นกฎหมาย มิใช่มนุษย์ (Government of Law, Not of Men)⁴⁵

เมื่อหลักนิติรัฐหรือหลักนิติธรรมคือหลักการสำคัญต่อการปกครองรัฐ ผลที่ตามมาคือเมื่อจะต้องไปจำกัดสิทธิและเสรีภาพของเอกชนคนหนึ่งคนใด องค์กรทั้งหลายของรัฐจึงต้องถามตนเองก่อนว่า มีกฎหมายฉบับใดและมาตราใดให้อำนาจแก่ตนในการกระทำเช่นนั้นหรือไม่ และหากไม่มีองค์กรของรัฐนั้นๆ ก็จำต้องละเว้นที่จะไม่ไปกระทำการดังกล่าว ด้วยเหตุนี้ เมื่อต้องไปจำกัดสิทธิและเสรีภาพของเอกชนคนใดเพื่อแสดงให้เห็นว่า ตนมีอำนาจกระทำได้ คำสั่งทั้งหลายขององค์กรของรัฐจึงต้องเริ่มต้นด้วยข้อความว่า “อาศัยตามความในมาตรา... แห่งกฎหมาย...” เพื่อยืนยันถึงอำนาจตามกฎหมายในการออกคำสั่งของตน

2.7.2 การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลต้องเป็นไปเพื่อการที่รัฐธรรมนูญกำหนด

คำว่า “การ” ตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ กล่าวได้ว่า คือ “สิ่งหนึ่งสิ่งใดที่รัฐธรรมนูญมีความมุ่งหมายจะส่งเสริมหรือคุ้มครองป้องกัน” และเมื่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 74 วรรคแรก มีบทบัญญัติว่า “บุคคลผู้เป็นข้าราชการ พนักงาน ลูกจ้าง หน่วยงานราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ หรือเจ้าหน้าที่อื่นของรัฐ มีหน้าที่ดำเนินการให้เป็นไปตามกฎหมายเพื่อรักษาประโยชน์ส่วนรวม อำนาจความสะอาด และให้บริการแก่ประชาชนตามหลักจริยธรรมาภิบาลของการบริหารกิจการบ้านเมืองที่ดี” อันเป็นการยืนยันให้เห็นสิ่งซึ่งรัฐธรรมนูญมีความประสงค์จะส่งเสริมหรือคุ้มครองป้องกันแล้ว ความหมายประการหนึ่งของคำว่า “การ” ตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญย่อมได้แก่ “ประโยชน์สาธารณะ” (Public Interest) ที่เป็ “ความมุ่งหมายหรือวัตถุประสงค์ของการดำเนินการของรัฐเพื่อตอบสนองความต้องการของคนส่วนใหญ่ของสังคม”⁴⁶

“ประโยชน์สาธารณะ” ในฐานะที่เป็น “นิติสมบัติ” หรือ คุณค่าที่กฎหมายมุ่งประสงค์จะคุ้มครองป้องกัน⁴⁷ นับได้ว่าเป็นกรอบจำกัดสำคัญหากองค์กรต่างๆ ของรัฐจะใช้อำนาจของตนไปจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรอง กล่าวคือ แม้องค์กรของรัฐองค์กรหนึ่งองค์กรใดจะมีอำนาจไปกระทำการดังกล่าวก็ตาม แต่กรณีก็ต้องกระทำไปเพื่อคุ้มครองและรักษาไว้

⁴⁴ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ ข (2531). “การควบคุมการใช้ดุลยพินิจทางปกครองโดยองค์กรตุลาการ.” รวมบทความในโอกาสครบรอบ 60 ปี คร.ปรีดี เกษมทรัพย์. หน้า 195.

⁴⁵ J. Roland Pennock. (1941). *Article xxx of the Massachusetts of 1780, in Administration and the Rule of Law*. p. 9. อ้างถึงใน วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. (2538). *สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ*. หน้า 42.

⁴⁶ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. (2538). *กฎหมายมหาชน เล่ม 3 ที่มาและนิติวิธี*. หน้า 333.

⁴⁷ สมยศ เชื้อไทย. (2536). *หลักกฎหมายมหาชนเบื้องต้น*. หน้า 29.

เฉพาะเพื่อประโยชน์สาธารณะตามที่รัฐธรรมนูญได้มีบทบัญญัติกำหนดเท่านั้น และด้วยเหตุนี้ หากรัฐสภาได้ตรา “กฎหมาย” หรือองค์กรฝ่ายปกครองได้ออก “กฎ” หรือ “ข้อบังคับ” เพื่อไปจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองโดยมิได้เป็นไปเพื่อคุ้มครองและรักษาไว้เพื่อประโยชน์สาธารณะตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้เลย บทบัญญัติแห่งกฎหมายหรือกฎหรือข้อบังคับดังว่านั้น ก็ย่อมเป็นอันขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญและยังผลให้ใช้บังคับมิได้ตามนัยของรัฐธรรมนูญมาตรา 6⁴⁸

2.7.3 การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลต้องกระทำเท่าที่จำเป็น⁴⁹

จากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่ว่า “การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองจะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย...เท่าที่จำเป็น...” ข้อความที่ว่า “เท่าที่จำเป็น” ย่อมมีความหมายโดยนัยว่า รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยได้สถาปนา “หลักแห่งความได้สัดส่วน” (Principle of Proportionality) การควบคุมการใช้อำนาจตามอำเภอใจขององค์กรต่างๆ ของรัฐเช่นเดียวกับรัฐเสรีประชาธิปไตยทั้งหลายเช่นกัน

ในรัฐเสรีประชาธิปไตย เป็นที่ยอมรับกันว่าหลักแห่งความได้สัดส่วนเป็นหลักกฎหมายสำคัญ ทั้งนี้เพราะหลักดังกล่าวมีรากฐานมาจาก “หลักความยุติธรรม” อันเป็นพื้นฐานของหลักกฎหมายทั่วไป อนึ่ง ในสังคมที่มีความขัดแย้งของประโยชน์สาธารณะกับประโยชน์ของเอกชนค่อนข้างสูง การนำหลักเช่นนี้มาใช้ก็ย่อมส่งผลให้รัฐนั้นมีเครื่องมือทางกฎหมายมาช่วยแก้ไขปัญหาหรือคลี่คลายการขัดกันในเรื่องของประโยชน์ดังกล่าวไปได้โดยสันติเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมสำหรับทุกฝ่าย

2.7.4 การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลต้องไม่กระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพนั้น

ข้อความตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ พุทธศักราช 2550 ที่ว่า “การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรอง จะกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพนั้นมิได้” นั้น มีความหมายประการหนึ่งว่า เมื่อรัฐธรรมนูญมีบทบัญญัติรับรองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลในเรื่องใดเรื่องหนึ่ง องค์กรต่างๆ ของรัฐจะมีอำนาจกระทำได้เฉพาะก็แต่เพียงการไป “จำกัด”

⁴⁸ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550, มาตรา 6 บัญญัติว่า “รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ บทบัญญัติใดของกฎหมาย กฎ หรือข้อบังคับ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนี้ บทบัญญัตินั้นเป็นอันใช้บังคับไม่ได้.”

⁴⁹ เพียงจิต ดันดิจรัสวโรคม. (2551). *สิทธิเสรีภาพในการทำแท้งของหญิง*. หน้า 43-44.

สิทธิและเสรีภาพของบุคคลเท่านั้น โดยมีใช้หมายรวมไปถึงการ “ตัด” หรือการ “เพิกถอน” สิทธิและเสรีภาพนั้นด้วย⁵⁰

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยมีบทบัญญัติที่รับรองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลไว้หลายกรณี ทั้งนี้ ไม่ว่าจะเป็นสิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกาย⁵¹ สิทธิของบุคคลในครอบครัว เกียรติยศ ชื่อเสียง หรือความเป็นอยู่ส่วนตัว⁵² เสรีภาพในเคหสถาน⁵³ เสรีภาพในการเดินทางและการเลือกถิ่นที่อยู่ภายในราชอาณาจักร⁵⁴ เสรีภาพในการสื่อสารถึงกันโดยทางที่ชอบด้วยกฎหมาย⁵⁵ เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น การพูด การเขียน การพิมพ์ การโฆษณา และการสื่อสารความหมายโดยวิธีอื่น⁵⁶ สิทธิในการได้รับการศึกษาขั้นพื้นฐานไม่น้อยกว่าสิบสองปีโดยไม่เก็บค่าเล่าเรียน⁵⁷ ฯลฯ เมื่อรัฐธรรมนูญมีบทบัญญัติรับรองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลในเรื่องดังกล่าว ดังนี้ อีกทั้งเมื่อรัฐธรรมนูญมีบทบัญญัติให้องค์กรต่างๆ ของรัฐมีอำนาจเฉพาะเพียงลงไป “จำกัด” สิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรอง ฉะนั้น หากองค์กรทั้งหลายของรัฐ อย่างเช่น รัฐสภาไปตรากฎหมาย “เพิกถอน” มิให้บุคคลมีสิทธิและเสรีภาพในเรื่องดังกล่าวไม่ว่าจะเป็นกรณีใด บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่รัฐสภาได้ตราขึ้นมา ก็ย่อมเป็นบทบัญญัติของกฎหมายที่กระทบกระเทือนถึงสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองอันยังผลให้ใช้บังคับมิได้ ต้องห้ามตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 6⁵⁸

ผู้เขียนมีความคิดเห็นกฎหมายทำแห่งตามประมวลกฎหมายอาญาของไทยเรานั้น ละเมิดสิทธิเสรีภาพของหญิงตั้งครรภ์มากพอสมควร ทั้งในส่วนของสิทธิและเสรีภาพที่มีต่อชีวิต และร่างกายของตนเอง และหากหญิงตั้งครรภ์เมื่อไม่พร้อม เช่น ตั้งครรภ์ระหว่างยังศึกษาอยู่ ตั้งครรภ์นอกสมรส กุมกำเนิดพลาด โดนข่มขืนแต่ไม่ต้องการแจ้งความ อาจเนื่องจากโดนบุคคลในครอบครัวเดียวกันข่มขืนหรืออับอาย กลัวเสื่อมเสียชื่อเสียง หรือมีปัญหาด้วยปัจจัยทางสังคมหรือเศรษฐกิจอื่นๆ หากรัฐบังคับให้หญิงที่ตั้งครรภ์โดยไม่พึงปรารถนาด้วยเหตุดังกล่าวตั้งครรภ์ต่อไป

⁵⁰ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. เล่มเดิม. หน้า 78.

⁵¹ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550, มาตรา 32.

⁵² รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550, มาตรา 34.

⁵³ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550, มาตรา 35.

⁵⁴ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550, มาตรา 34.

⁵⁵ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550, มาตรา 37.

⁵⁶ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550, มาตรา 45.

⁵⁷ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550, มาตรา 49.

⁵⁸ เพียงจิต ดันดิจรสวโรดม. เล่มเดิม. หน้า 38-45.

จนคลอด ก็จะเป็นการกระทบกระเทือนต่อชื่อเสียงของหญิงและครอบครัวของหญิงอย่างแน่นอน และกรณีสิทธิเกียรติยศ ชื่อเสียงก็เป็นสิทธิหนึ่งที่รัฐธรรมนูญรับรองเช่นกัน

ในเรื่องเกี่ยวกับการทำแท้งนั้น ผู้เขียนไม่เห็นด้วยว่าจะเป็นกรณีเพื่อ “ประโยชน์สาธารณะ” แต่อย่างไร และยังเห็นว่าเป็นเรื่องส่วนตัวเสียอีกด้วย เพราะในปัจจุบันประเทศไทย ก็มีได้มีนโยบายเพิ่มจำนวนประชากร และหากรัฐบังคับหญิงที่ตั้งครรภ์โดยไม่พึงประสงค์มิให้ ทำแท้งด้วยเหตุผลทางสังคมและเศรษฐกิจ รัฐเองก็มิได้มีมาตรการใดเพื่อรองรับหรือรับผิดชอบ หรือแก้ปัญหาให้แก่หญิงนั้นแต่อย่างใด แต่เป็นภาระของหญิงนั้นแต่เพียงผู้เดียวที่จะต้องตั้งครรภ์ จนคลอดและเลี้ยงดูทารกจนเติบโตใหญ่ ซึ่งใช้เวลานานมากกว่าที่เด็กคนหนึ่งจะเติบโตพอจะเลี้ยงดู ตนเองได้ ภาระนั้นถือได้ว่าเป็นภาระของหญิงแต่เพียงผู้เดียว มิได้เป็นภาระของประชาชนส่วนรวม ของสังคม ดังนั้น การบัญญัติห้ามมิให้ทำแท้งได้ด้วยเหตุทางสังคมและเศรษฐกิจนั้น ขัดหรือแย้งต่อ รัฐธรรมนูญ ซึ่งมีผลเป็นอันใช้บังคับมิได้ ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 6

อีกทั้ง ความผิดฐานทำให้แท้งลูกโดยหญิงยินยอมนั้น ก็เป็นบทบัญญัติที่ไร้ซึ่ง ความเสมอภาค เนื่องจากความผิดฐานนี้ ชายมีความผิดมิได้ ซึ่งกรณีนี้ก็เป็นประเด็นหนึ่งที่ขัดหรือ แย้งกับรัฐธรรมนูญ ว่าด้วยหลักเรื่องความเสมอภาค⁵⁹

ประการสุดท้าย ผู้เขียนเห็นว่ารัฐธรรมนูญมุ่งคุ้มครอง “บุคคล” ซึ่งก็มีความหมายว่า ต้องเป็นบุคคลที่มีสภาพบุคคล ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 15 คือ ต้องเป็นผู้ที่ คลอดและอยู่รอดเป็นทารกแล้ว ซึ่งหญิงที่ตั้งครรภ์โดยไม่พึงประสงค์นั้น มีสภาพบุคคลเต็มเปี่ยม และเป็นผู้ที่ได้รับความทุกข์ยากทั้งทางร่างกายและจิตใจ เป็นผู้ที่ต้องการความช่วยเหลือทั้งในด้าน ค่าปรึกษาที่ถูกต้อง ด้านการแพทย์ ด้านจิตวิทยา ด้านการบริการสาธารณสุขของรัฐ ฯลฯ ซึ่งเป็นผู้ที่ รัฐสมควรจะช่วยเหลือ แต่ทารกในครรภ์ยังไม่มีสภาพบุคคล เนื่องจากยังไม่คลอดและอยู่รอด เป็นทารก ดังนั้น หากตีความอย่างเคร่งครัดแล้ว รัฐธรรมนูญก็มิได้บัญญัติรับรองหรือคุ้มครองชีวิต ในครรภ์มารดาแต่อย่างใด ดังนั้น กรณีที่กฎหมายอาญานำบัญญัติให้การที่หญิงทำแท้งด้วยความ ยินยอมของหญิงเอง ไม่ว่าหญิงจะทำเองหรือให้ผู้อื่นทำแท้งให้ ขัดกับรัฐธรรมนูญ มีผลเป็นอันใช้ บังคับไม่ได้

⁵⁹ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550, มาตรา 30 บัญญัติว่า “บุคคลย่อมเสมอกัน ในกฎหมายและได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกันการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ เพศ ภาษา อายุ ความพิการ สภาพทางกาย หรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือ ความคิดเห็นทางการเมือง อันไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ จะกระทำมิได้...”

2.8 ข้อถกเถียงเกี่ยวกับสิทธิของหญิงตั้งครรภ์ที่มีต่อเนื้อตัวร่างกายของตนเองกับสิทธิที่จะมีชีวิตของชีวิตในครรภ์มารดา

ข้อถกเถียงเกี่ยวกับสิทธิในการทำแท้งว่าเป็นของใคร นับว่าเป็นข้อถกเถียงที่สำคัญอีกประการหนึ่ง โดยเฉพาะระหว่างสิทธิของมารดาในการที่จะจัดการกับเนื้อตัวร่างกายของตนเอง และสิทธิเด็กในการที่จะมีชีวิตรอด ซึ่งเมื่อพิจารณาในประเด็นสิทธินี้นำไปสู่การตั้งคำถามว่า การทำแท้งเป็นการทำลายสิทธิของเด็กในการที่จะมีชีวิตอยู่หรือไม่ หรือผู้หญิงที่ตั้งครรภ์มีสิทธิในการที่จะจัดการกับร่างกายของตนเองหรือไม่ สิทธิใดควรมีความสำคัญเหนือกว่ากัน⁶⁰

ในสังคมปัจจุบัน อาจกล่าวได้ว่า ประเด็นสิทธิมนุษยชนเป็นเรื่องที่ได้รับการกล่าวถึงอย่างมาก สิทธิมนุษยชนเป็นพื้นฐานความเสมอภาคของมนุษย์ โดยที่ไม่แบ่งแยกการตอบสนอง บางคนหรือบางกลุ่มเพราะต่างก็เป็นมนุษย์เหมือนกัน ประเด็นเรื่องสิทธิมนุษยชนมีรากฐานมาจากการมองว่ามนุษย์รู้จักใช้เหตุผล ทำให้มนุษย์ปฏิบัติต่อกันและกันอย่างเท่าเทียมกัน หลักเกณฑ์สำคัญคือ การถือว่ามนุษย์ทุกคนย่อมมีคุณค่า และมีสิทธิเท่าเทียมกัน แม้จะมีความต่างในด้านอุปนิสัย ความรู้ ความสามารถ เชื้อชาติ ศาสนา⁶¹ มนุษย์แต่ละคนจึงมีค่าในตัวเองที่คนอื่นจะมาละเมิดไม่ได้

ในกลุ่มของนักต่อสู้ในเรื่องสิทธิมนุษยชนของผู้หญิง ระบุว่าสิทธิในการทำแท้งเป็นประเด็นสำคัญหนึ่งของการต่อสู้ เนื่องจากสิทธิในการทำแท้งเป็นหัวใจสำคัญของการที่ผู้หญิงจะมีอำนาจเหนือเนื้อตัวร่างกายตนเอง⁶² เป็นสิทธิในการควบคุมและตัดสินใจในฐานะที่เป็นเจ้าของร่างกาย สิทธิในการทำแท้งเป็นประเด็นสิทธิที่ท้าทายกรอบความคิดความเชื่อดั้งเดิมในเรื่องความเป็นแม่ของผู้หญิงที่มีมาอย่างยาวนานในสังคม และในขณะเดียวกันก็เป็นประเด็นสิทธิมนุษยชนของผู้หญิงที่ถูกมองข้ามมากที่สุดในสังคม⁶³

ในขณะที่ฝ่ายที่เรียกร้องสิทธิในการมีชีวิตรอดของทารก กลับมองว่า สิทธิในชีวิตของมนุษย์เป็นสิ่งที่มีความสูงในสังคม แม้คนๆ หนึ่งมีสิทธิที่จะทำอะไรกับร่างกายของตนก็ได้ แต่สิทธินี้ไม่อาจลบล้างหรือมีความสำคัญกว่าสิทธิของทารกในครรภ์ได้⁶⁴

⁶⁰ วิลาสินี พนานครทรัพย์. เล่มเดิม. หน้า 19.

⁶¹ สุชาดา รัชกุล. เล่มเดิม. หน้า 68.

⁶² กฤติยา อาชวนิจกุล. (2547). *ผู้หญิงในวาทกรรมการเมืองเรื่องเพศและสิทธิอนามัยเจริญพันธุ์*. หน้า 4.

⁶³ วิลาสินี พนานครทรัพย์. หน้าเดิม.

⁶⁴ เนื่องน้อย บุญเนตร. (2537). *การทำแท้ง: สิทธิของใคร ใน ประมวลทัศนะว่าด้วยการทำแท้งจากมุมมองของนักสิทธิสตรี ปรัชญา เศรษฐศาสตร์*. หน้า 155.

2.8.1 วิวัฒนาการของแนวคิดเกี่ยวกับสิทธิหรืออำนาจของหญิงตั้งครรภ์ที่มีต่อเนื้อตัวร่างกายของตนเอง⁶⁵

ข้อมูลทางประวัติศาสตร์ไม่เป็นที่แน่ชัดว่าในอดีตหญิงตั้งครรภ์มีสิทธิหรืออำนาจดังกล่าวหรือไม่ และถ้าหากมีแล้วจะมีขอบเขตแค่ไหนเพียงใด เนื่องจากแต่แรกเริ่มเดิมทีนั้นไม่เคยมีกฎหมายห้ามการทำแท้ง แต่การที่ไม่มีกฎหมายห้ามนั้น ก็ไม่อาจตีความไปได้ว่าหญิงตั้งครรภ์จะมีสิทธิหรืออำนาจอย่างเต็มที่ในการทำแท้ง เพราะกรณีอาจเป็นไปได้ว่าเหตุที่ไม่มีกฎหมายห้ามเนื่องจากในสมัยนั้นไม่มีหญิงตั้งครรภ์คนไหนคิดจะทำแท้งหรือไม่รู้วิธีทำแท้งก็อาจเป็นไปได้ ประกอบกับในสมัยนั้นผู้หญิงยังไม่มีบทบาทในสังคมมากนัก โครงสร้างทางสังคมส่วนใหญ่จะให้อำนาจความเป็นใหญ่แก่ผู้ชาย ส่งผลให้ชีวิตของผู้หญิงต้องตกอยู่ในสภาพที่เป็นรอง มีการกำหนดกฎเกณฑ์วิถีชีวิตของผู้หญิงให้ดำเนินไปในสภาพที่ไม่สามารถเลือกหรือกำหนดแบบแผนชีวิตของตนเองได้ การที่ผู้หญิงมีลักษณะทางกายภาพที่สามารถตั้งครรภ์ไปจนถึงการคลอดบุตร ส่งผลให้หน้าที่ในการเลี้ยงดูบุตรกลายมาเป็นหน้าที่หลักของผู้หญิง ในสมัยนั้นมักมีการปลูกฝังให้ผู้หญิงเตรียมตัวสำหรับการเป็นแม่หรือถูกคาดหวังในบทบาทนี้ เพราะความเป็นเพศหญิงถูกเชื่อมโยงเข้ากับความเป็นแม่ ผู้หญิงจึงไม่มีโอกาสแม้แต่จะคิดหรือเลือกว่าตนเองต้องการที่จะเป็นแม่หรือไม่ และถ้าใครไม่ทำตามที่ตั้งคมคาดหวังก็จะพบกับบทลงโทษทางสังคม เช่น การติฉินนินทา เยาะเย้ย ถากถาง บรรทัดฐานของสังคมจึงมีอิทธิพลอย่างสูงต่อความคิดของคนในสังคม⁶⁶

ต่อมาเมื่อมีการทำแท้งเกิดขึ้นในสังคม จึงได้เริ่มมีแนวคิดในการบัญญัติกฎหมายขึ้นมาเพื่อควบคุมหรือห้ามการทำแท้ง โดยการบัญญัติกฎหมายควบคุมหรือห้ามการทำแท้งในระยะแรกนั้นมักเป็นการห้ามอย่างเด็ดขาด คือ ห้ามทำแท้งในทุกกรณี โดยไม่มีข้อยกเว้น⁶⁷

ในสมัยต่อมา ผู้หญิงจึงได้เริ่มมีการรับรู้ถึงสิทธิของตนเองมากขึ้น และได้มีการเรียกร้องสิทธิของตน โดยอ้างว่าผู้หญิงมีสิทธิที่จะควบคุมร่างกายตนเอง กฎหมายที่ห้ามการทำแท้งเป็นกฎหมายที่บังคับให้หญิงตั้งครรภ์และให้กำเนิดบุตร โดยขัดกับความต้องการของหญิงนั้นและเห็นว่า หญิงไม่ควรถูกบังคับอีกต่อไป ผู้หญิงจึงควรมีสิทธิที่จะทำแท้งได้บนพื้นฐานของสิทธิใน

⁶⁵ วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์ ข (2537). นิติเวชสาขากฎหมายทำแท้งข้อโต้แย้งที่ยังไม่ยุติ เรื่องความผิดฐานทำให้แท้งลูก. หน้า 31.

⁶⁶ อารดี ประสมทรัพย์. (2550). ทางเลือกที่จะทำแท้ง: การพิทักษ์สิทธิผู้หญิงของวิชาชีพที่เกี่ยวข้อง. หน้า 31-36.

⁶⁷ อุษณีย์ เมธสุทธิ. (2552). อำนาจทำแท้งตามกฎหมาย. หน้า 40.

การควบคุมร่างกายของตนเอง และควรมีสิทธิเลือกให้ตัวอ่อนในครรภ์อยู่ในร่างกายหญิงนั้นหรือไม่⁶⁸

2.8.2 แนวคิดเกี่ยวกับสิทธิหรืออำนาจของหญิงตั้งครรภ์ที่มีต่อเนื้อตัวร่างกายตนเอง⁶⁹

ในกลุ่มที่สนับสนุนสิทธิของผู้หญิงในการจัดการกับร่างกายของตนเอง มองว่าสิทธิดังกล่าวเป็นสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐานของผู้หญิง การให้สิทธิในการตัดสินใจทำแท้งเป็นประสบการณ์ส่วนบุคคล เป็นเรื่องเฉพาะตัวที่ผู้หญิงต้องประสบ ไม่มีใครรู้ปัญหาที่ผู้หญิงต้องเผชิญอยู่และตัดสินใจได้ดีกว่าตัวผู้หญิงเอง สิทธิในการทำแท้งเป็นการให้ทางเลือกแก่ผู้หญิง (Prochoice) ซึ่งเป็นหัวใจสำคัญในการเรียกร้องสิทธิของผู้หญิง ข้อมูลจากเอกสาร ร่วมกันสร้างสังคมไทย โดยการแก้ไขกฎหมายการทำแท้ง ปี พ.ศ. 2524 ได้บรรจุเหตุผลสนับสนุนการแก้ไขกฎหมายการทำแท้งในประเด็นดังกล่าวในประเด็นของหญิงมีครรภ์ไว้ดังนี้

“สตรีควรอยู่ในสภาพที่สามารถควบคุมสรรพสิ่งที่เกิดแก่ร่างกายของเธอให้มากที่สุดเท่าที่จะมากได้ เธอควรจะสามารถใช้ร่างกายของเธอในวิถีที่เธอต้องการได้โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่ใช้ร่างกายของสตรีในทางใดทางหนึ่ง จักก่อให้เกิดผลอันล้าลึกและยาวนานต่อลักษณะแห่งชีวิตของเธอ สตรีจึงควรมีอิสระที่จะตัดสินใจได้ว่า จะอุ้มท้องตัวอ่อนจนกว่าจะคลอด หรือจะทำแท้งเพราะไม่ยอมให้ใช้ร่างกายของเธอเพื่อการเติบโตของตัวอ่อนนั้น”⁷⁰

ปัญหาว่า หญิงตั้งครรภ์มีสิทธิหรืออำนาจในการตัดสินใจกระทำอย่างใดต่อเนื้อตัวร่างกายตนเอง (The Woman's Right to Her Body) โดยการตัดสินใจเกี่ยวกับการทำแท้ง ที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายหรือไม่ ตั้งแต่เมื่อใด และมีขอบเขตแค่ไหนเพียงใด เนื่องจากการทำแท้งย่อมต้องกระทำต่อเนื้อตัวร่างกายของหญิงตั้งครรภ์

Susanne Paczensky อธิบายเกี่ยวกับเรื่องนี้อย่างชัดเจนว่า ความสัมพันธ์ของผู้หญิงตั้งครรภ์กับตัวอ่อน แท้จริงคือความสัมพันธ์ระหว่างผู้หญิงกับส่วนหนึ่งของร่างกายตนเอง ซึ่งเป็นส่วนที่หญิงนั้นสร้างขึ้นมาจาก สถานะการตั้งครรภ์จะครอบงำผู้หญิงอยู่ทุกองศาของร่างกายทั้งหัวใจและวิญญาณ ตลอดเวลาทั้งยามหลับและยามตื่น ทั้งเวลากินและเวลาดื่ม ดังนั้น ความสัมพันธ์ของผู้หญิงที่ท้องกับตัวอ่อนจึงไม่ใช่ความสัมพันธ์ระหว่างคนสองคน การนำกฎหมายอาชญากรรมเกี่ยวกับเรื่องการทำลายชีวิตที่ใช้กับคนสองคนมาใช้กับหญิงตั้งครรภ์และทารกในครรภ์ จึงเป็นเรื่องไร้สาระอย่างยิ่ง เพื่อป้องกันไม่ให้เกิดการทำแท้ง สิ่งที่ควรรณรงค์อย่างยิ่งก็คือ การชักจูงให้

⁶⁸ Eva R. Rubin. (1982). *Abortion, politics, and the courts.* p.15.

⁶⁹ อุษณีย์ เมธสุทธิ. เล่มเดิม. หน้า 31-32.

⁷⁰ กฤติยา อาชวนิชกุล และกนกวรรณ ธรารวรรณ. (2543). *ขบวนการเคลื่อนไหวทางสังคมบนมิติทางการเมืองเรื่องเพศและร่างกายผู้หญิง.* หน้า 37.

ผู้หญิงเข้าใจว่า การมีครรภ์เพื่อพัฒนาตัวอ่อนไปสู่ความเป็นมนุษย์จนคลอดออกมาอาศัยอยู่บนโลกใบนี้ เป็นเรื่องที่ควรตัดสินใจด้วยตัวหญิงเองมากกว่าจะเป็นการถูกบีบบังคับให้ต้องทำ เพราะถ้าเป็นเรื่องของการบีบบังคับก็จะกลายเป็นการสร้างชีวิตหนึ่งขึ้นมา เพื่อสองชีวิตคือ ตัวแม่และลูก จะต้องถูกจองจำอยู่กับความทุกข์ทรมานในภายหลัง ผู้หญิงทุกคนไม่ว่าจะมีเชื้อชาติอะไร นับถือศาสนาอะไร มีรสนิยมทางเพศอย่างไร และพิการทางกายหรือไม่ ต้องได้สิทธิที่จะตัดสินใจเลือกว่าเมื่อไหร่ อย่างไร กับใคร ที่ไหน บ่อยแค่ไหน ที่ผู้หญิงต้องการจะตั้งท้องหรือไม่ และต้องการที่จะมีบุตรกี่คน แนวความคิดเกี่ยวกับเรื่องสิทธิในการควบคุมร่างกายตนเองของผู้หญิงข้างต้นนี้ มีที่มาจากกรณีการวิเคราะห้ปรากฏการณ์ความเป็นจริงอยู่ทั่วไปในทุกสังคมว่า トラบใดก็ตามที่ผู้หญิงต้องเป็นผู้ตั้งท้อง โดยลูกที่เติบโตมาจากหยาดเหงื่อและเลือดเนื้อในตัวร่างกายของผู้หญิงที่เป็นแม่ และผู้หญิงต้องเป็นผู้รับผิดชอบในการเลี้ยงดูลูกให้เติบโตต่อไป การเรียกร้องสิทธิของผู้หญิงในการเลือกที่จะตัดสินใจว่าตนเองต้องการจะท้องหรือไม่ จึงเป็นเรื่องสมเหตุสมผลตราบนั่น ด้วยเหตุนี้จึงจะเป็นการถูกต้องมากกว่าหากผู้หญิงจะเป็นฝ่ายที่ควรตัดสินใจเองว่าต้องการทำแท้ง เพราะมีเหตุจำเป็นอันหลีกเลี่ยงไม่ได้หรือต้องการพัฒนาตัวอ่อนให้เจริญเติบโตจนคลอดออกมาเป็นคน เพราะชีวิตสองชีวิตระหว่างแม่และลูกจะต้องผูกพันเป็นภาระต่อกันยาวนานตราบนานชีวิต มิใช่เหมือนสัตว์ทั่วไปที่ทำหน้าที่คลอดลูกแล้วแยกจากกันไป ภาระผูกพันระหว่างแม่และลูกนั้นผู้ที่รับภาระคือแม่ ไม่ใช่คนในสังคม ดังนั้น ผู้ที่รับภาระจึงสมควรอย่างยิ่งที่จะเป็นฝ่ายเลือกเองว่ายินยอมที่จะเข้ารับภาระนั้นๆ หรือไม่ ไม่ใช่คนอื่นที่จะเข้ามาจัดการเลือกว่าไม่สมควรทำแท้งหรือกล่าวหาว่าการทำแท้งเป็นอาชญากรรม⁷¹

แนวคิดนี้มาจากความเชื่อที่ว่า เนื่องจากไม่มีใครสามารถระบุได้อย่างแน่ชัดว่าชีวิตมนุษย์เริ่มเมื่อใด แต่สิ่งที่กำหนดได้คือ สิทธิที่จะเลือกและเป็นผู้ตัดสินใจว่าจะให้มีการตั้งครรภ์ต่อไปหรือจะยุติการตั้งครรภ์ ซึ่งเป็นเรื่องเสรีภาพในเนื้อตัวร่างกายของแต่ละบุคคล หญิงทุกคนควรมีสิทธิที่จะตัดสินใจได้ว่าจะจัดการกับเนื้อตัวร่างกายของตนเองอย่างไร หญิงควรจะอยู่ในสภาพที่สามารถควบคุมสิ่งที่เกิดแก่ร่างกายของหญิงนั้นให้มากที่สุดเท่าที่จะมากได้ ดังนั้น หญิงควรมีอิสระเสรีที่จะตัดสินใจได้ว่าจะอุ้มท้องตัวอ่อนจนกว่าจะคลอดหรือจะทำแท้ง⁷²

การที่จะต้องให้เด็กเกิดมาโดยที่ผู้เป็นพ่อเป็นแม่ไม่ต้องการ หรือไม่อยู่ในฐานะและวิถีชีวิตที่จะให้การเลี้ยงดูได้เป็นอย่างดีนั้น ย่อมเป็นผลร้ายต่อชีวิตและอนาคตของเด็กเอง เป็นการเพิ่มปัญหาในสังคมที่จะเลวร้ายหนักขึ้นไปอีก⁷³

⁷¹ อุษณีย์ เมธสุทธิ. เล่มเดิม. หน้า 33.

⁷² Baruch Brody. (1975). *Abortion and Sanctity of Human Life: A Philosophy View*. p. 26.

⁷³ Betty Sarvis and Hyman Rodman. (1973). *The Abortion controversy*. pp.16-17.

ในการประชุมระดับโลกรื่องประชากรและการพัฒนา ณ กรุงไคโร ประเทศอียิปต์ เมื่อปี พ.ศ. 2537 (The Center for Reproductive Law and Policy, 2000) ได้สรุปคำว่า “สิทธิในการควบคุมร่างกายของตัวเอง” มีองค์ประกอบ 2 ประการ⁷⁴ คือ

1) สิทธิที่กำหนดชะตาชีวิตที่เกี่ยวกับระบบเจริญพันธุ์ด้วยตัวเอง (The right to reproductive self-determination) ซึ่งหมายถึง สิทธิในการมีเพศสัมพันธ์ที่ปลอดภัย มีอิสระและมีความรับผิดชอบว่าจะมีเพศสัมพันธ์เมื่อใด กับใคร จะมีบุตรหรือไม่ จำนวนกี่คน จะเว้นระยะห่างของการมีบุตรนานเท่าใด และสิทธิที่จะดำรงชีวิตอย่างปลอดภัยจากความเสี่ยงแรงทุกประเภท และการคุกคามทางเพศที่ส่งผลกระทบต่อสุขภาพทางเพศและอนามัยเจริญพันธุ์

2) สิทธิในการเข้าถึงระบบบริการอนามัยเจริญพันธุ์ที่ปลอดภัยและมีคุณภาพสูง (The right to reproductive health care) ระบบบริการอนามัยเจริญพันธุ์ที่ครบถ้วนต้องส่งเสริมสุขภาพของผู้เป็นแม่ การทำแท้งที่ปลอดภัยและการให้บริการคุมกำเนิดแบบต่างๆ ที่ครอบคลุมรวมถึงยาคุมฉุกเฉิน ซึ่งถ้าปราศจากสิทธิข้อนี้แล้ว สุขภาพของผู้หญิงมีความเสี่ยงสูงที่จะเผชิญต่อสภาวะแทรกซ้อนนานาประการ เช่น การบาดเจ็บหรือการตายจากการตั้งครรภ์และการคลอด การตั้งครรภ์ที่ไม่พร้อม และการติดเชื้อจากการมีเพศสัมพันธ์

คนในสังคมปัจจุบันได้เริ่มเปลี่ยนแปลงแนวคิดและทัศนคติเกี่ยวกับการทำแท้ง โดยได้เริ่มยอมรับถึงสิทธิหรืออำนาจของหญิงตั้งครรภ์เกี่ยวกับการทำแท้ง ซึ่งเป็นสิทธิหรืออำนาจที่หญิงตั้งครรภ์มีต่อร่างกายตนเอง (The Woman's Right to Her Body) มากขึ้น

โดยสิทธิของหญิงที่มีต่อเนื้อตัวร่างกายของตนเองนี้ ได้รับการยอมรับอย่างชัดเจนจากศาลในหลายประเทศ ว่าเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญ

เช่น ศาลสูงของสหรัฐอเมริกา (The United State Supreme Court) ได้มีคำพิพากษาคดี Roe V. Wade 410 U.S 113 (1973) Jane Roe เกี่ยวกับสิทธิของหญิงตั้งครรภ์ว่าหญิงตั้งครรภ์ย่อมมีสิทธิในความเป็นส่วนตัว (Right to privacy) ในอันจะตัดสินใจว่าจะทำให้สิ้นสุดการตั้งครรภ์ของตนเองหรือไม่ ซึ่งสิทธินี้แม้จะไม่มีระบุไว้แจ้งชัดในรัฐธรรมนูญ แต่ศาลก็ยอมรับมาแล้วตั้งแต่ในอดีตว่าเป็นสิทธิที่แฝงตัวอยู่ในรัฐธรรมนูญนั่นเอง⁷⁵ การที่รัฐไม่ยอมรับสิทธิที่จะเลือกในกรณีนี้จะมีผลต่อมารดาอย่างมาก ความเป็นแม่และภาระในการมีบุตรอาจก่อให้เกิดความยุ่งยากให้ทั้งทางจิตใจ

⁷⁴ อารดี ประสมทรัพย์. เล่มเดิม. หน้า 31-36.

⁷⁵ Eva R. Rubin. Op.cit. p. 39.

และร่างกายของมารดา และมีผลเสียแม้แต่ต่อเด็กที่จะคลอดมาโดยไม่ได้รับการเลี้ยงดูตามสมควร การปฏิเสธสิทธิในการทำแท้งของสตรีจึงเป็นการใช้อำนาจของรัฐมากเกินไป⁷⁶

ศาลสูงแห่งมลรัฐแคลิฟอร์เนีย กล่าวว่า หญิงย่อมมีสิทธิขั้นพื้นฐานที่จะเลือกที่จะให้กำเนิดบุตรหรือไม่ ซึ่งเป็นการยืนยันถึงสิทธิในความเป็นส่วนตัวหรือเสรีภาพที่เกี่ยวกับการสมรส ครอบครัว และเพศนั่นเอง⁷⁷

ศาลรัฐธรรมนูญเยอรมัน กล่าวว่า หญิงตั้งครรภ์มีสิทธิที่จะตัดสินใจเกี่ยวกับชีวิตของตัวเองหรือสิทธิในการพัฒนาบุคลิกภาพของตนได้ตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญมาตรา 2⁷⁸ บัญญัติว่า

“ทุกคนมีสิทธิโดยอิสระที่จะพัฒนาบุคลิกภาพของตน ตราบเท่าที่ไม่ได้ละเมิดสิทธิของผู้อื่น หรือฝ่าฝืนต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ หรือกฎเกณฑ์ทางศีลธรรม”⁷⁹

โดยภาพรวมแล้วในกลุ่มที่ต่อสู้เพื่อเรียกร้องสิทธิในการจัดการกับร่างกายของผู้หญิง มองว่าการตัดสินใจทำแท้งเป็นประสบการณ์เฉพาะบุคคลที่เลือกทางที่เหมาะสมกับชีวิตตนเอง ผู้หญิงควรมีสิทธิในการใช้ร่างกายของตนเองตามวิถีทางที่ตนเองต้องการ โดยเฉพาะในกรณีที่มีการตัดสินใจนั้นจะก่อให้เกิดผลอันล้าลึกและยาวนานต่อชีวิตผู้หญิง ผู้หญิงจึงควรมีอิสระที่จะตัดสินใจว่าจะตั้งครรภ์ต่อหรือทำแท้งด้วยตัวเธอเอง⁸⁰

ดังนั้น ข้อพิจารณาในการบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับการทำแท้งนั้น จึงต้องคำนึงถึงแนวคิดเกี่ยวกับสิทธิหรืออำนาจของหญิงตั้งครรภ์ที่มีต่อเนื้อตัวร่างกายของตนเองด้วย แต่อย่างไรก็ดี นอกจากการถกเถียงกันถึงปัญหาเกี่ยวกับสิทธิหรืออำนาจของหญิงตั้งครรภ์ที่มีต่อเนื้อตัวร่างกายของตนเองแล้ว ประเด็นปัญหาที่สำคัญเกี่ยวกับการทำแท้งที่สำคัญอีกประการหนึ่งที่ต้องพิจารณา คือ ประเด็นปัญหาเกี่ยวกับสิทธิในชีวิตของเด็กทารกในครรภ์ ซึ่งมีการถกเถียงกันอย่างมากกว่า ทารกในครรภ์มีสิทธิในชีวิตมากเพียงใด⁸¹

⁷⁶ Joan R. Bullock. (1994). “Abortion Rights in America.” *Brigham Young University Law Review* 1. pp.72-75.

⁷⁷ Eva R. Rubin. Op.cit. p. 43.

⁷⁸ Article 2 Personal freedoms

1) Every person shall have the right to freed development of his personality insofar as he does not violate the rights of others or offend against the constitutional order or the moral law.

⁷⁹ Edward Manier, William Liu and David Solomon. (1977). *Abortion: New directions for policy studies*. pp. 91-122, 162-163.

⁸⁰ วิลาสินี พนานครทรัพย์. เล่มเดิม. หน้า 23.

⁸¹ อุษณีย์ เมธสุทธิ. เล่มเดิม. หน้า 31-41.

ผู้เขียนมีความเห็นว่า รัฐธรรมนูญของนานาประเทศรองรับถึงสิทธิอันเกี่ยวกับเนื้อตัวร่างกายของหญิง รวมถึงสิทธิในอันที่จะตัดสินใจตั้งครรภ์ต่อไปของหญิงด้วย

2.9 สิทธิของทารกในครรภ์มารดา⁸²

2.9.1 แนวคิดเกี่ยวกับสิทธิในชีวิตของทารกในครรภ์

ความหมายของ “สิทธิในชีวิต” นั้น ได้มีผู้ให้ความหมายไว้ว่า หมายถึง

- 1) สิทธิที่จะได้รับปัจจัยพื้นฐานอันจำเป็นต่อความอยู่รอดของชีวิต
- 2) สิทธิที่จะไม่ถูกฆ่าอย่างไม่ยุติธรรม

ทารกในครรภ์นั้น แม้ว่าจะยังไม่คลอดออกมาหรือมีสภาพบุคคลก็ตาม แต่คนส่วนใหญ่ก็เห็นว่าเป็นสิ่งมีชีวิตที่มีพัฒนาการที่เป็นอิสระ จึงมีการถกเถียงกันถึงปัญหาเกี่ยวกับสิทธิของทารกในครรภ์ว่า ทารกในครรภ์ที่ยังไม่เกิดนั้น จะเป็นผู้มีสิทธิในชีวิตที่จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายหรือไม่เพียงใด ปัญหานี้ ได้มีแนวความเห็นที่แตกต่างกัน ซึ่งอาจแบ่งได้เป็น 2 ฝ่าย คือ 1) เห็นว่าทารกในครรภ์ไม่มีสิทธิในชีวิต และ 2) เห็นว่าทารกในครรภ์มีสิทธิในชีวิต

1) เห็นว่าทารกในครรภ์ไม่มีสิทธิในชีวิต

ไมเคิล ทูลี (Michael Toolay) เห็นว่า ผู้ที่จะมีสิทธิในชีวิตได้ จะต้องมโนทัศน์หรือความคิดเป็นของตนเองสามารถมีประสบการณ์และรับรู้ว่าเขาคือตัวเขาเองที่เป็นสิ่งที่มีต่อตัวเขา เขาเชื่อว่าคุณลักษณะที่จะแสดงให้เห็นว่าสิ่งหนึ่งมีชีวิต คือ ความสำนึกในตัวตน (Self consciousness) ซึ่งก็คือการมีประสบการณ์เกี่ยวกับตัวเอง มีความจำเกี่ยวกับตัวเอง มีการคิดล่วงหน้า มีความปรารถนาอย่างจงใจ ฯลฯ ลักษณะเหล่านี้ ทูลีเชื่อว่าแม้แต่ทารกแรกเกิดก็ไม่มี ทารกจะต้องเจริญเติบโตพอสมควร อย่างน้อยที่สุดก็ต้อง 3 เดือนหลังคลอดจึงจะมีความสำนึกในตัวตนได้ ซึ่งจุดสำคัญที่ทำให้ทูลีเชื่อว่า ความสำนึกในตัวตนเป็นมาตรวัดความเป็นบุคคลคือ ความเชื่อที่ว่า ความปรารถนาที่จะมีชีวิต (Desire to live) เป็นสิ่งที่จะนำมาซึ่งชีวิต และความปรารถนานี้จะมีได้ก็ต่อเมื่อสิ่งนั้นมีความสำนึกในตัวตน แต่ทารกในครรภ์ยังไม่มีสำนึกในตัวตนและยังไม่สามารถมีความปรารถนาที่จะมีชีวิตได้ ทารกในครรภ์จึงไม่เป็นผู้ที่มีสิทธิในชีวิตโดยเน้นว่าสภาพความเป็นมนุษย์ที่แท้จริงนั้น ยังไม่มีคุณค่าหรือสิทธิอย่างเต็มที่จนกว่าจะเกิดมา นั่นคือ ทารกที่อยู่ในครรภ์ย่อมต้องอาศัยคุณค่าหรือสิทธิของแม่อยู่ ยังไม่มีสิทธิของตนเองและคุณค่าในตัวเองจนกว่าจะคลอดออกมาดูโลก⁸³ คราบเท่าที่ทารกอยู่ในครรภ์มารดาย่อมถือเป็นเพียงส่วนหนึ่งของมารดามากกว่าที่จะเป็นมนุษย์ที่แยกออกไป ทารกในครรภ์จะกลายเป็นมนุษย์ก็แต่เฉพาะภายหลังการเกิดเท่านั้น

⁸² แหล่งเดิม.

⁸³ แหล่งเดิม.

เพราะก่อนที่จะเกิด ทารกในครรภ์ยังต้องรับอาหาร ออกซิเจนและการควบคุมของเสียในร่างกายผ่านทางร่างกายของมารดา มีสภาพที่ต้องพึ่งพิงมารดาอยู่เฉพาะในช่วงของการเกิด (The moment of birth) เท่านั้นที่ทารกได้มาซึ่งอิสรภาพและสามารถมีปฏิสัมพันธ์กับมนุษย์คนอื่นๆ ได้ ซึ่งเป็นคุณลักษณะที่จำเป็นของมนุษย์ ทารกในครรภ์ไม่ใช่ผู้ที่มีสิทธิในชีวิต แต่เป็นเพียงสิ่งที่มีศักยภาพที่จะมีสิทธิในชีวิตได้เท่านั้น ทารกในครรภ์จะกลายเป็นมนุษย์ที่จะมีสิทธิในชีวิตที่ได้ความคุ้มครองตามกฎหมายก็แต่เฉพาะภายหลังการเกิดเท่านั้น⁸⁴

คำพิพากษาในประเทศอังกฤษ เมื่อปี ค.ศ. 1979 วินิจฉัยว่า ทารกในครรภ์ไม่สามารถมีสิทธิของเขาเองตามกฎหมายได้จนกว่าเขาจะเกิดและสามารถอยู่รอดเป็นอิสระจากมารดาได้⁸⁵

ศาลสูงแห่งออสเตรเลียได้บรรลุถึงข้อสรุปอย่างเดียวกันว่า ทารกต้องเกิดอย่างมีชีวิตจึงจะได้รับสิทธิของเขาเองในการได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย

ประมวลกฎหมายอาญาแคนาดา (The Canadian Criminal Code) ได้รวบรวมกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law) ที่สอดคล้องกันมาหลายศตวรรษ ในมาตรา 223 บัญญัติว่าทารกจะกลายเป็นมนุษย์เมื่อมีการคลอดอย่างมีชีวิตแยกเป็นอิสระจากมารดา ได้แก่ มีการหายใจ หรือมีการไหลเวียนของโลหิตที่เป็นอิสระ หรือสายสะดือถูกตัดออก ก็คือ เขาจะต้องเกิดอย่างมีชีวิตจึงจะมีสิทธิและได้รับการคุ้มครองตามกฎหมาย⁸⁶

ศาลฎีกาสหรัฐอเมริกา (The United States Supreme Court) ได้มีคำวินิจฉัยเกี่ยวกับสิทธิของทารกในครรภ์ไว้อย่างชัดเจนว่า ทารกในครรภ์ (Fetus) ไม่ได้เป็นบุคคล (Person) ที่อยู่ภายใต้การคุ้มครองของรัฐธรรมนูญฉบับแก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 14 นี้⁸⁷ กฎหมายไม่เคยยอมรับสิทธิของผู้ที่ยังมิได้เกิดไว้ ผู้ที่จะมีสิทธิตามกฎหมายได้จะต้องเป็นผู้ที่เกิดมามีชีวิตเท่านั้น⁸⁸ ทารกในครรภ์จึงไม่มีสิทธิในชีวิตที่จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย

⁸⁴ Baruch Brody. Op.cit. pp. 84-85, 166.

⁸⁵ Bernard M. Dickens. (1994). "Legal Aspects of the Beginning of Human Life." in The Beginning of Human Life, (Dordrecht: Kluwer Academic Publishers). pp. 35-36.

⁸⁶ Section 223 When child become human being

(1) A child become a human being within the meaning of this Act when it has completely proceeded, in a living state, from the body of its mother, whether or not

(a) It has breathed;

(b) It has an independent circulation; or

(c) The navel string is served.

⁸⁷ Edward Manier, William Liu and David Solomon. Op.cit.

⁸⁸ Baruch Brody. Op.cit. p. 125.

กล่าวโดยสรุป ตามความเห็นของฝ่ายนี้ ทารกในครรภ์ย่อมไม่อาจเป็นผู้สิทธิในชีวิตได้ เพราะผู้ที่จะมีสิทธิในชีวิตตามความเห็นนี้จะต้องเป็นผู้ที่เกิดมามีชีวิตแล้วเท่านั้น ดังนั้น การบัญญัติกฎหมายควบคุมการทำแท้งในประเทศเหล่านี้ จึงไม่ใช่เหตุผลเกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองสิทธิในชีวิตของทารกในครรภ์โดยตรง แต่มักจะเป็นเหตุผลเกี่ยวกับผลประโยชน์ของรัฐในการที่จะให้ความคุ้มครองความปลอดภัยด้านสุขภาพของหญิงตั้งครรภ์ ที่อาจได้รับอันตรายจากการทำแท้ง โดยวิธีการทางการแพทย์ที่เป็นอันตราย และเพื่อปกป้องผลประโยชน์ของรัฐเกี่ยวกับชีวิตที่มีศักยภาพ (Potential life) เท่านั้น⁸⁹

2) เห็นว่าทารกในครรภ์ย่อมเป็นผู้มีสิทธิในชีวิต⁹⁰

แม้กระแสดการเรียกร้องสิทธิในการทำแท้งของผู้หญิงโดยเน้นถึงแง่มุมของสิทธิในการที่จะจัดการกับร่างกายของผู้หญิงจะกลายเป็นประเด็นที่เริ่มได้รับความสนใจ แต่การเรียกร้องดังกล่าวก็ยังเป็นประเด็นที่ท้าทายต่อความคิด ความเชื่อดั้งเดิมและผลกระทบต่อความรู้สึกของคนส่วนมาก เนื่องจากสิทธิดังกล่าวขัดกับแนวคิดที่ส่งเสริมให้เคารพในสิทธิของเด็กที่จะเกิดมา โดยเฉพาะในแง่มุมของศาสนา และศีลธรรม สิทธิในชีวิตเป็นสิทธิสำคัญที่ได้รับการรองรับด้วยหลักจริยธรรมทางศาสนา ซึ่งมองว่า มนุษย์ไม่ควรเบียดเบียนกัน ไม่ควรทำลายชีวิตกัน เพราะเป็นหลักความจริงหรือสัจธรรมที่ว่า ชีวิตแต่ละชีวิตรักตัวเอง รักสุขเกลียดทุกข์ กลัวภัย กลัวความตายด้วยกันทั้งนั้น มนุษย์หรือแม้แต่สัตว์แรกเกิดต่างก็มีสิทธิในชีวิตของตัวเอง⁹¹ ดังนั้น หากยึดถือสิทธิในชีวิตของมนุษย์ คนทุกคนย่อมมีสิทธิที่จะมีชีวิตรอดเท่าเทียมกัน ไม่ว่าคนๆ นั้นจะเป็นใครก็ตาม ผู้ใหญ่ คนชรา เด็ก หรือทารกในครรภ์⁹² ในแง่มุมนี้ทารกในครรภ์จึงมีสิทธิในชีวิตเท่าเทียมกับบุคคลที่เกิดมาแล้ว และการทำแท้งจึงเท่ากับว่าเป็นการทำลายสิทธิในชีวิตของทารก

ดังนั้น ในกลุ่มของผู้ที่ไม่เห็นด้วยกับการทำแท้ง จึงยึดรากฐานของการให้สิทธิทารกในการที่จะมีชีวิตอยู่ เป็นกลุ่มที่สนับสนุนและเคารพในสิทธิของเด็กที่จะเกิดมา (Pro-life) เด็กที่ถูกมองว่าไม่มีทางที่จะตอบโต้ แต่ก็มิสิทธิในการที่จะมีชีวิตเหมือนกับมนุษย์ผู้อื่น ถ้าเปิดโอกาสให้ทำแท้งได้ก็เท่ากับว่ามีการยอมรับให้เกิดการฆ่ามนุษย์ที่ไม่มีทางสู้ได้อย่างเลือดเย็น ดังนั้น แม้สิทธิ

⁸⁹ Bernard M. Dickens. Op.cit. p. 36.

⁹⁰ อุษณีย์ เมธสุทธิ. เล่มเดิม. หน้า 31-41.

⁹¹ พระเทพเวที (ประยุทธ์ ปยุตโต). เล่มเดิม. หน้า 25.

⁹² คณิดา โพธิ์ชนะพันธ์. (2539). การยอมรับของวัยรุ่นต่อการทำแท้ง: ศึกษากรณีนักเรียนระดับประกาศนียบัตรวิชาชีพ ประเภทวิชาพาณิชยกรรม. หน้า 22-23.

มนุษย์ชนของผู้หญิงในการที่จะจัดการกับร่างกายของตนเองเป็นเรื่องสำคัญ แต่สิทธิในชีวิตเป็นเรื่องที่สำคัญกว่า เหตุผลหลักในกลุ่มนี้จึงมักกล่าวถึงเรื่องศีลธรรมในการตัดสินใจเป็นสำคัญ⁹³

ไฟน์เบิร์ก (Feinberg) กล่าวว่าสิ่งที่จะมีสิทธิอย่างใดอย่างหนึ่งนั้นจะต้องเป็นสิ่งที่มีความหมายได้ กล่าวคือ ความสามารถในการมีผลประโยชน์เป็นเงื่อนไขที่จำเป็นต่อการมีสิทธิ และสิ่งที่จะมีประโยชน์ได้ จะต้องเป็นสิ่งที่อาจถูกทำร้ายหรือเป็นผู้รับประโยชน์จากการกระทำของผู้อื่นได้ กล่าวคือ จะต้องเป็นสิ่งที่มีความต้องการ (ที่มีสำนึก หรือจงใจ) มีจุดมุ่งหมายและจะต้องมีความสามารถบางอย่าง เช่น ความสามารถในการคาดหวัง ความเชื่อ ความสำนึกในการรับรู้ (Cognitive awareness) เพราะถ้าสิ่งหนึ่งๆ ไม่มีผลประโยชน์ ไม่มีค่าในตัวเอง เราก็ไม่อาจกล่าวได้ว่าเขาควรได้รับการปกป้องอะไรทั้งสิ้น ไม่ว่าจะในทางจริยธรรมหรือทางกฎหมาย จากการวิเคราะห์เช่นนี้ Feinberg ก็สรุปว่า ทารกในครรภ์เป็นผู้ที่จะมีผลประโยชน์ในอนาคตได้ ดังที่เราจะเห็นได้จากกฎหมายซึ่งยอมให้ทารกในครรภ์เป็นผู้มีสิทธิรับมรดกได้ ดังนั้น จึงอาจสรุปได้ว่าทารกในครรภ์ย่อมเป็นผู้มีสิทธิในชีวิตได้⁹⁴

ศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันวินิจฉัยว่า ทารกในครรภ์ย่อมมีสิทธิในชีวิตที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย ทั้งนี้ ตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ มาตรา 2 วรรค 2⁹⁵ ที่บัญญัติว่า “ทุกคนย่อมมีสิทธิในชีวิต” ซึ่งเป็นคุณค่ามูลฐานที่สุดของรัฐธรรมนูญ ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญได้ตีความคำว่า “ทุกคน” โดยรวมถึงทั้งชีวิตที่ยังไม่เกิดและชีวิตที่เกิดแล้วด้วย

ประกอบกับบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ มาตรา 1 วรรค 1⁹⁶ บัญญัติว่า “ให้นับถือและปกป้องศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” จึงเป็นหน้าที่ของรัฐที่จะต้องรับรองและคุ้มครองชีวิตมนุษย์ให้ได้รับความมั่นคงและปลอดภัย โดยศาลได้ย้ำว่า คุณค่าตามกฎหมายของชีวิตที่ยังไม่เกิดนี้ จะต้องได้รับความนับถืออย่างเท่าเทียมกับชีวิตที่เกิดแล้วด้วย และภายใต้มาตรา 1 ของบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้ รัฐมีข้อผูกพันว่าจะต้องนับถือและปกป้องคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ โดยไม่เพียงแต่มีหน้าที่ที่จะไม่ละเมิดสิทธิเกี่ยวกับการพัฒนาชีวิตโดยรัฐเองเท่านั้น แต่ยังรวมถึงหน้าที่

⁹³ วิลสันนิ พนานครทรัพย์. เล่มเดิม. หน้า 20-21.

⁹⁴ Joel Feinberg. (1980). “Is There a Right to be Born?” in *Rights Justice, and the Bounds of Liberty: Essay in social Philosophy*. pp. 207-220.

⁹⁵ Article 2 Personal freedoms

(2) Every person shall have the right to life and physical integrity. Freedom of the person shall be inviolable. These rights may be interfered with only pursuant to a law.

⁹⁶ Article 1 Human dignity

(1) Human dignity shall be inviolable. To respect and protect it shall be the duty of all state authority.

ของรัฐ ที่จะต้องให้ความคุ้มครองชีวิตดังกล่าวจากการละเมิดโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายจากฝ่ายเอกชน ซึ่งรวมถึงตัวหญิงมีครรภ์เองด้วย⁹⁷

อย่างไรก็ดี แม้ฝ่ายนี้จะยอมรับสิทธิในชีวิตของทารกในครรภ์ ตั้งแต่ทารกยังอยู่ในครรภ์มารดาก็ตาม แต่ตามความเห็นส่วนใหญ่ของฝ่ายนี้ ก็จะมีการยอมรับถึงสิทธิของหญิงตั้งครรภ์ที่มีต่อเนื้อตัวร่างกายของตนเองเช่นเดียวกัน กรณีจึงเกิดปัญหาว่า หากมีสถานการณ์ที่มีความขัดแย้งระหว่างสิทธิในชีวิตของทารกในครรภ์และสิทธิของหญิงตั้งครรภ์ที่มีต่อเนื้อตัวร่างกายของตนเองแล้ว สิทธิใดควรจะมีคุณค่าหรือควรได้รับความคุ้มครองมากกว่ากัน ปัญหานี้ นักวิชาการได้มีความเห็นแบ่งออกเป็น 2 ฝ่าย คือ

ฝ่ายหนึ่งมีความเห็นว่า สิทธิต่อเนื้อตัวร่างกายของหญิงตั้งครรภ์ย่อมอยู่เหนือกว่าสิทธิของทารกในครรภ์

จูดิธ ทอมป์สัน (Judith Thompson) ได้แสดงตัวอย่างของกรณีที่สิทธิในร่างกายของคนผู้หนึ่งมีความสำคัญเหนือสิทธิในชีวิตของคนอีกผู้หนึ่ง เช่น กรณีของนักไวโอลินที่มีชื่อเสียงล้มป่วยลงด้วยโรคตับอย่างร้ายแรง และจะมีชีวิตอยู่รอดได้ด้วยการต่อสายจากตับของผู้อื่นมาสู่ตับของตนเอง แต่ผู้ที่จะต่อสายกับตับของนักไวโอลินได้จะต้องมีเลือดกลุ่มเดียวกับนักไวโอลิน ซึ่งก็เผอิญมีท่านผู้เดียวที่มีเลือดกลุ่มนี้ สมมติต่อไปว่าวันหนึ่งท่านตื่นขึ้นมาพบว่าตัวของท่านได้ถูกต่อสายกับนักไวโอลินผู้นี้แล้ว (ท่านถูกพาตัวมา) ถ้าท่านปลดสาย นักไวโอลินจะตายทันที ถ้าไม่ปลดสายท่านก็ต้องนอนอยู่บนเตียงคู่ไปกับนักไวโอลินผู้นี้เป็นเวลา 9 เดือน ทอมป์สันเชื่อว่าในกรณีนี้ท่านไม่มีหน้าที่ทางจริยธรรมใดๆ ทั้งสิ้นที่จะต้องยอมให้นักไวโอลินใช้ร่างกายของท่าน ถึงแม้การปฏิเสธที่จะให้เขาใช้ร่างกายของท่านจะเท่ากับเป็นการฆ่าเขา (เพราะต้องปลดสาย) หรือถึงแม้เขาจะมีสิทธิในชีวิตก็ตาม การปฏิเสธของท่านไม่อาจเรียกได้ว่าเป็นการกระทำผิดทางจริยธรรม ท่านจะถูกดำเนินได้แต่เพียงว่าท่านใจแคบเท่านั้น และในทำนองเดียวกันถ้าท่านยอมให้เขาใช้ร่างกายของท่าน สิ่งที่เราจะพูดได้ก็คือท่านเป็นคนใจดี ใจกว้าง และมีความเอื้อเฟื้อเผื่อแผ่ (ลักษณะความคิดเช่นนี้ก็คงไม่ต่างไปจากความคิดของเราเกี่ยวกับการให้ทาน ที่ว่าการให้ทานนั้นเป็นสิ่งที่ดี แต่ถ้าไม่ให้ก็ไม่ถือว่าเป็นความผิดทางจริยธรรม ถึงแม้จะเป็นความใจแคบของเรา เพราะขอทานมิได้มีสิทธิที่จะเรียกให้เราให้ทานได้) เมื่อนำตัวอย่างดังกล่าวมาเปรียบเทียบกับการทำแท้งแล้ว ในกรณีของการทำแท้งนั้น แม้ทารกในครรภ์จะมีสิทธิในชีวิต ซึ่งหมายถึงการมีสิทธิที่จะได้รับปัจจัยพื้นฐานอันจำเป็นต่อความอยู่รอดของชีวิตก็ตาม แต่หากว่าปัจจัยพื้นฐานดังกล่าวเป็นกรรมสิทธิ์ของผู้อื่นแล้ว เขาก็ไม่มีสิทธิที่จะเรียกร้องให้ผู้อื่นให้ปัจจัยพื้นฐานนี้แก่เขาได้ ดังนั้น เมื่อร่างกายเป็นกรรมสิทธิ์โดยชอบธรรมของมารดา ทารกจึงไม่มีสิทธิที่จะเรียกร้องให้เจ้าของปัจจัยในการดำรงชีวิตของตน

⁹⁷ Edward Manier, William Liu and David Solomon. Op.cit.

(มารดา) ขอมให้ปัจเจกนี้แก่ทารก (ร่างกายของมารดา) มารดาไม่มีหน้าที่ทางจริยธรรมใดๆ ทั้งสิ้นที่จะต้องขอมให้ทารกใช้ร่างกายของตน ถ้าการปฏิเสธจะให้ทารกใช้ร่างกายของมารดาสามารถทำได้ โดยมีได้นำความตายมาสู่ทารกนั้น ก็เป็นสิ่งที่ควรกระทำ แต่ถ้ามีเพียงวิธีการเดียวที่จะปฏิเสธไม่ให้ทารกใช้ร่างกายอันเป็นกรรมสิทธิ์โดยชอบธรรมของมารดา จะต้องนำมาซึ่งความตายของทารก (การทำแท้ง) ความตายขอทารกก็มีได้เกิดจากการกระทำที่อสุติธรรม ดังนั้น ในกรณีเช่นนี้ การทำแท้งจึงไม่ถือว่าเป็นการฆ่าอย่างอสุติธรรม⁹⁸

ฝ่ายที่สองมีความเห็นว่า สิทธิในชีวิตของทารกในครรภ์ย่อมมีคุณค่ามากกว่าสิทธิของหญิงตั้งครรภ์ที่มีต่อเนื้อตัวร่างกายของตนเอง กล่าวคือ แม้คนๆ หนึ่งจะมีสิทธิที่จะทำอะไรกับร่างกายของตนก็ได้ แต่สิทธินี้ไม่อาจลบล้างหรือมีความสำคัญกว่าสิทธิในชีวิตของทารกในครรภ์ได้ กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ บุคคลย่อมไม่มีสิทธิที่จะทำอะไรๆ เกี่ยวกับร่างกายของตนหากการใช้สิทธินั้นจะเป็นการละเมิดต่อสิทธิในชีวิตของอีกบุคคลหนึ่ง เพราะสิทธิในชีวิตย่อมเป็นสิ่งที่มีความค่าสูงสุด และไม่อาจอ้างสิทธิอื่นที่ไม่ใช่สิทธิในชีวิตด้วยกันมาลบล้างสิทธิในชีวิตได้ โดยเป็นหน้าที่ทางจริยธรรมของเรา ที่จะต้องไม่ละเลยความสำคัญของสิทธิในชีวิตของทารกในครรภ์นี้ ตามความเห็นของฝ่ายนี้ จึงเห็นว่า ทารกในครรภ์ย่อมเป็นผู้มีสิทธิในชีวิตที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายได้ แม้ว่าจะยังไม่ได้เกิดมาก็ตาม เมื่อการทำแท้งเป็นการคุกคามต่อสันติภาพ ความมั่นคงและความปลอดภัยของผู้ที่จะเป็นสมาชิกคนหนึ่งของสังคมแล้ว ก็เป็นเหตุผลที่สมควรที่จะต้องมีการห้ามการกระทำความผิด และเมื่อรัฐมีหน้าที่หลักในการคุ้มครองพลเมืองจากอันตรายหรือการถูกฆ่าโดยคนอื่น รัฐก็ควรที่จะห้ามโดยกฎหมายสำหรับการกระทำความผิดใดๆ ที่ส่งผลเป็นอันตรายต่อผู้อื่น นอกเหนือจากผู้กระทำหรือผู้อื่นซึ่งยินยอมด้วย ในการกระทำของผู้นั้น เว้นเสียแต่ว่าจะมีสภาพแวดล้อมพิเศษที่จะบ่งชี้โดยประการอื่นใด⁹⁹

ศาลรัฐธรรมนูญเยอรมัน เห็นว่ารัฐมีหน้าที่จะต้องคุ้มครองทารกในครรภ์ตาม

บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ และสิ่งที่สำคัญยิ่งกว่านั้นก็คือ เพื่อที่จะทำให้ประชาชนตระหนักว่าการทำลายชีวิตของผู้ที่ยังไม่เกิดนั้นเป็นการละเมิดต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ศาลจึงยืนยันว่าการบัญญัติให้การทำแท้งเป็นความผิดตามกฎหมายนั้นยังมีความจำเป็นอยู่ เพื่อป้องกันไม่ให้มีการสิ้นสุดการตั้งครรภ์ที่เกิดจากความคิดเพียงชั่วแล่น หรือเป็นอารมณ์ชั่ววูบจากสภาวะกดดันหรือความทุกข์ระทมเพียงชั่วคราว แต่ศาลก็ยอมรับว่า การบังคับให้หญิงต้องตั้งครรภ์ต่อไปนั้นอาจเป็นการผลักภาระต่อมารดาจนเกินไป และการใช้มาตรการลงโทษทางอาญาก็ไม่อาจใช้ได้ผลในกรณีที่การตั้งครรภ์ก่อให้เกิดความยากลำบากแสนสาหัสแก่หญิง จึงควรมีข้อยกเว้นที่

⁹⁸ อุษณีย์ เมธสุทธิ. เล่มเดิม. หน้า 31-41.

⁹⁹ Baruch Brody. Op.cit. pp. 27-30, 50-51.

อนุญาตให้หญิงตั้งครรภ์ทำแท้งตามกฎหมายได้บ้าง ในกรณีที่มีสถานการณ์พิเศษหรือมีเหตุผลสมควร¹⁰⁰

ผู้เขียนมีความเห็นว่าประเด็นเกี่ยวกับการทำแท้งนั้น เป็นปัญหาในทุกๆ ประเทศและทุกๆ สังคม อีกทั้งยังเป็นปัญหาที่เรื้อรังมาแสนนาน ปัญหาดังกล่าวมีประเด็นถกเถียงในประเด็นของศาสนาในแต่ละศาสนาและศีลธรรม สิทธิของหญิงที่มีต่อเนื้อตัวร่างกายของตนเอง สิทธิของการกีดกันการมีชีวิตอยู่ ประเด็นเกี่ยวกับสุขภาพอนามัยของหญิง การบังคับใช้กฎหมายที่ไม่มีประสิทธิภาพเนื่องจากหญิงที่ทำแท้งไม่เป็นผู้เสียหายชนิดนี้ ฯลฯ ซึ่งอาจกล่าวได้ว่าปัญหาการทำแท้งนั้นมีความเกี่ยวข้องอย่างละเอียดในทุกๆ ด้านและผู้คนในสังคมก็มีความคิดเห็นเกี่ยวกับกรณีดังกล่าวแตกต่างกันไป และเป็นการยากที่จะทำความเข้าใจและยอมรับในด้านใดด้านหนึ่งอย่างเต็มร้อย ความเข้าใจและการยอมรับย่อมเปลี่ยนแปลงไปตามสภาพสังคมในขณะนั้นๆ เป็นหลัก

การบัญญัติกฎหมายอาญานั้นมีเพื่อบัญญัติว่าการกระทำใดเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายและกำหนดโทษไว้ ทั้งนี้ เพื่อมิให้มีอาชญากรรมกระทำการใดอันเป็นการละเมิดสิทธิของผู้อื่นเพื่อรักษาความสงบสุขของบ้านเมือง ดังนั้น กฎหมายย่อมเป็นเครื่องมือที่มีประสิทธิภาพในการทำให้สังคมเกิดความสงบสุขเรียบร้อย เมื่อการทำแท้งถือเป็นปัญหาสังคมที่ยิ่งใหญ่และเรื้อรังมานานส่วนหนึ่งก็เพราะกฎหมายอนุญาตให้ทำแท้งโดยชอบด้วยกฎหมายได้เพียงบางเหตุเท่านั้น ซึ่งความเป็นจริงในสภาพสังคมและเศรษฐกิจปัจจุบัน ทำให้การตั้งครรภ์ต่อไปจนคลอดก่อให้เกิดปัญหาแก่หญิงทำให้หญิงไม่สามารถตั้งครรภ์ต่อไปจนคลอดได้ ทำให้หญิงเลือกที่จะทำแท้งเถื่อน ก่อให้เกิดอันตรายถึงชีวิตแก่หญิงเป็นจำนวนมากในแต่ละปี ดังนั้น กฎหมายอาญาสมควรที่จะกำหนดนโยบายการทำแท้งที่เหมาะสมกับสภาพสังคมในปัจจุบันด้วย แต่ทั้งนี้สมควรที่จะคำนึงถึงความพร้อมของสังคมในขณะนั้นๆ ว่ามีความพร้อมแล้วหรือไม่ และศึกษาผลกระทบทั้งทางตรงและทางอ้อมต่อสังคมว่ามีเพียงไหน อย่างไร เห็นว่าเมื่อมีความพร้อมแล้ว การแก้ไขกฎหมายอาญาเกี่ยวกับเรื่องการทำแท้ง ก็สมควรที่จะมีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงเพื่อให้การทำแท้งยังคงเป็นความผิดแต่ก็สามารถแก้ปัญหาดังกล่าวได้ด้วย

¹⁰⁰ Edward Manier, William Liu and David Solomon. Op.cit.