

บทที่ 4

สิทธิในการทำแท้งของหญิงตั้งครรภ์ที่ทารกในครรภ์มีปัญหาสุขภาพ หรือความพิการตามกฎหมายประเทศไทย

การศึกษาสิทธิในการทำแท้งของหญิงตั้งครรภ์ที่ทารกในครรภ์มีปัญหาสุขภาพหรือความพิการตามกฎหมายประเทศไทย ประกอบด้วย กฎหมายตราสามดวง ร่างพระราชบัญญัติกำหนดพระราชอาญาจำ ร.ศ.115 ร่างพระราชกำหนดประทุษร้ายต่อร่างกายและชีวิตมนุษย์ ร.ศ.128 ประมวลกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 ประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ.2500 และแนวคำพิพากษาเกี่ยวกับการทำแท้งของหญิงตั้งครรภ์ที่ทารกในครรภ์มีปัญหาสุขภาพหรือความพิการตามกฎหมายประเทศไทย และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ซึ่งผู้วิจัยจะได้อธิบายรายละเอียดตามลำดับดังต่อไปนี้

1.กฎหมายและแนวคำพิพากษาของศาลเกี่ยวกับการทำแท้งของหญิงตั้งครรภ์ที่ทารกในครรภ์มีปัญหาสุขภาพหรือความพิการของประเทศไทย

กฎหมายและแนวคำพิพากษาของศาลเกี่ยวกับการทำแท้งของประเทศไทยได้มีการบังคับใช้และร่างกฎหมายเกี่ยวกับการทำแท้งที่ยังไม่ได้บังคับใช้ เปลี่ยนแปลงแก้ไขตามสภาพเศรษฐกิจสังคม วัฒนธรรมที่เปลี่ยนแปลงไปตั้งแต่กฎหมายตราสามดวง ร่างพระราชบัญญัติกำหนดพระราชอาญาจำ ร.ศ.115 ร่างพระราชกำหนดประทุษร้ายต่อร่างกายและชีวิตมนุษย์ ร.ศ.128 ประมวลกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 และประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ.2500 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ คำพิพากษาของศาลชั้นต้น และคำพิพากษาของศาลฎีกามีรายละเอียดดังต่อไปนี้

1.1 กฎหมายตราสามดวง

กฎหมายตราสามดวงเป็นกฎหมายในสมัยต้นกรุงรัตนโกสินทร์ ที่พระบาทสมเด็จพระพุทธยอดฟ้าจุฬาโลกมหาราชโปรดให้มีการชำระสะสางและรวบรวมขึ้นจากกฎหมายเก่าที่ใช้ในสมัยกรุงศรีอยุธยา โดยให้มีการชำระสะสางและรวบรวมขึ้นตั้งแต่เริ่มสถาปนากรุงรัตนโกสินทร์ มีอยู่ทั้งหมด 29 ลักษณะ²⁰¹ ได้แก่ ลักษณะพระธรรมนูญ ลักษณะอินทภาษ ลักษณะพระไอยการ

²⁰¹ พิศวาส สุคนธ์พันธุ์. *ข้อกฎหมายไทยว่าด้วยความผิดฐานทำให้แท้งลูก*. กรุงเทพมหานคร : คณะนิติศาสตร์

ลักษณะภยาน ลักษณะพระไอยการอาชญาหลวง ลักษณะอาญาราช ลักษณะพระไอยการลักษณรับ
 ฟ้อง ลักษณะพระไอยการลักภาลูกเมียท่าน ลักษณะพระไอยการลักษณโจร ลักษณะพระไอยการ
 เบ็ดเสร็จ ลักษณะพระไอยการลักษณผิวเมีย ลักษณะพระไอยการกระบดศึก ลักษณะพระไอยการ
 ตำแหน่งนาพลเรือน ลักษณะพระไอยการตำแหน่งนาทหารหัวเมือง ลักษณะกฏมณเฑียรบาล
 ลักษณะพิสูทดำน้ำลุยเพลิง ลักษณะพระไอยการพรมศักดิ์ ลักษณะพระธรรมนูญ ลักษณะพระไอย
 การลักษณมรดก ลักษณะพระไอยการลักษณอุธร ลักษณะพระไอยการทาส ลักษณะพระราช
 กำหนดเก่า ลักษณะพระไอยการลักษณกู่หนี ลักษณะพระไอยการลักษณวิวาทตีค่ากัน ลักษณะ
 พระไอยการลักษณตระลาการ ลักษณะพระไอยการบานผแนก ลักษณะกฏ 36 ข้อ ลักษณะ
 พระราชบัญญัติ ลักษณะกฏพระสงฆ์ ลักษณะพระราชกำหนดใหม่

ในเรื่องความผิดฐานทำให้แท้งลูกนั้นบัญญัติไว้ในลักษณะพระไอยการลักษณผิวเมียที่
 เกี่ยวกับการฆ่าเด็กในครรภ์มารดา มาตรา 10 และมาตรา 15 มีบัญญัติเอาผิดผู้ที่ทำให้หญิงตั้งครรภ์
 แท้งลูก แต่ไม่มีการบัญญัติว่าด้วยความผิดฐานทำให้แท้งลูก และไม่เอาความผิดผู้หญิงที่ทำให้
 ตนเองแท้งลูกด้วย มาตรา 10 และมาตรา 15 บัญญัติไว้มีรายละเอียดดังนี้²⁰²

มาตรา 10 ผู้ใดให้ยาแก่ท่านกิน ลูกในท้องตาย ให้เอาตัวแม่มันถึงหนึ่งตั้งใหม่ทวิคุณเป็น
 สิบใหม่ถึงพันยี่ถึง แล้วให้ทวน 60 ทีเอาขึ้นหาหยั่งประจันแล้วจำไว้ ณ ลูก ถ้าตายทั้งแม่ทั้งลูกให้
 ตายตกไปตามกัน

มาตรา 15 ผู้วิวาทกับหญิงมีครรภ์ ตีฟันแทงหญิงมีครรภ์ลูกในท้องตาย แม่มีบาดเจ็บ ให้
 ใหม่ผู้ตีฟันแทงโดยขนาด ถ้าตายทั้งแม่ทั้งลูกให้ฆ่าผู้ตีฟันแทงให้ตายตกไปตามกัน

นอกจากนี้ในเรื่องความผิดฐานทำให้แท้งลูกนั้น มีมาตรา 145 มาตรา 150 บทที่ 12 แห่ง
 ลักษณะเบ็ดเสร็จที่อาจนำมาปรับใช้กับความผิดฐานทำให้แท้งลูกโดยที่หญิงไม่ยินยอมได้โดย
 อนุโลม ดังจะเห็นได้จากบทบัญญัติ มาตรา 145 และมาตรา 150²⁰³

มาตรา 145 บัญญัติไว้ว่า ผู้ใดเอายาให้ท่านกิน ลูกในท้องท่านตาย ฯลฯ ให้ ฯลฯ เอาขึ้นหา
 หย่างประจันและจำไว้ ณ ลูก ถ้าตายทั้งแม่ทั้งลูก ให้มันตายตกไปตามกัน

มาตรา 150 บัญญัติไว้ว่า ผู้ใดวิวาทกับหญิงมีครรภ์ ตีฟันแทงหญิงมีครรภ์ ลูกในท้องตาย
 ฯลฯ ให้ใหม่ผู้ตีฟันแทง ฯลฯ ถ้าตายทั้งแม่ทั้งลูก ให้ฆ่าผู้ตีฟันแทงให้ตายตกไปตามกัน

²⁰² สุพร เกิดสว่าง. ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการลักลอบทำแท้งในประเทศไทย. หน้า 15.

²⁰³ พิศวาส สุนทรพันธุ์. ข้อกฎหมายไทยว่าด้วยความผิดฐานทำให้แท้งลูก. หน้า 26-28

ส่วนลักษณะพระไอยการทาส มาตรา 94 ได้แบ่งการตั้งครรภ์ออกเป็นสองช่วง ในช่วง 3 เดือนแรก เรียกว่าเขตรักษาท้อง และช่วงที่สอง จากสามเดือน จนครบกำหนดเรียกว่าทสมาส ไม่ว่าจะคลอดหรือแท้งก็ถือว่าเป็นการคลอดเด็กทั้งสิ้น มาตรา 98 บัญญัติไว้ว่า ในการคลอดระยะที่สองนี้ ไม่ว่าจะเด็กที่คลอดจะรอดหรือตาย กฎหมายในจารีตประเพณีก็ยกประโยชน์ให้ผู้หญิงที่ตั้งครรภ์ทั้งหมด²⁰⁴

จะเห็นได้ว่าเมื่อพิจารณากฎหมายตราสามดวง มาตรา 10 มาตรา 15 มาตรา 145 และมาตรา 150 แสดงให้เห็นว่าในสมัยรัตนโกสินทร์นั้น ได้มีการทำแท้งเกิดขึ้นแล้วในกรณีที่เกิดการตั้งครรภ์ที่ไม่พึงประสงค์ โดยวิธีการให้ยา หรือทำร้ายหญิงตั้งครรภ์ และผู้กระทำซึ่งอาจจะเป็นแพทย์หรือหมอเถื่อน โดยหญิงตั้งครรภ์นั้นยินยอมหรือไม่ยินยอม ซึ่งผู้กระทำรวมทั้งหญิงตั้งครรภ์ที่ถูกกระทำแท้งต้องได้รับโทษตามกฎหมาย

การที่กฎหมายตราสามดวงบัญญัติให้การทำแท้งเป็นความผิดผู้ที่กระทำและผู้ถูกกระทำต้องได้รับโทษตามกฎหมายนั้น เป็นผลมาจากจารีต ประเพณีแต่ดั้งเดิมและอิทธิพลของพุทธศาสนา ส่งผลให้คนไทยในสมัยนั้นรู้สึกว่าการทำแท้งเป็นการทำที่โหดร้ายทารุณ ขัดต่อความรู้สึกและศีลธรรมอันดี บทบัญญัติกฎหมายตราสามดวงซึ่งเป็นกฎหมายอาญาจึงบัญญัติเอาโทษแก่ผู้ที่กระทำและผู้ถูกกระทำแท้งไว้อย่างเข้มงวด

1.2 ร่างพระราชบัญญัติกำหนดพระราชอาญาจำ ร.ศ.115

ร่างพระราชบัญญัติกำหนดพระราชอาญาจำ ร.ศ.115 บัญญัติขึ้นในสมัยรัชกาลที่ 5 มีบทบัญญัติว่าด้วยความผิดฐานทำให้แท้งลูก ดังนี้²⁰⁵

ผู้ใดเจตนาทำให้หญิงแท้งลูก ไม่ว่าจะด้วยความยินยอมของหญิงหรือไม่ก็ตาม ต้องได้รับโทษ เว้นแต่จะเป็นการทำแท้งด้วยความยินยอมของหญิงและมีเหตุที่จะอ้างได้ตามกฎหมาย

ผู้ใดพยายามทำแท้งผู้นั้นจะต้องได้รับโทษ

ผู้ใดกระทำการเจตนาให้หญิงแท้งลูก ผู้นั้นต้องรับผิด แม้ว่าผลของการกระทำนั้น ทำให้เด็กในครรภ์คลอดออกมาในลักษณะมีชีวิตอยู่แต่ตายในภายหลัง

นอกจากนี้ในร่างพระราชบัญญัติกำหนดพระราชอาญาจำ ร.ศ.115 ยังได้บัญญัติว่าด้วยความผิดฐานทำร้ายร่างกายจนเป็นเหตุให้หญิงได้รับอันตรายสาหัสถึงแท้งลูก รวมทั้งข้อยกเว้นทางการแพทย์เพื่อช่วยชีวิตหญิงมีครรภ์นั้น ส่วนโทษสำหรับความผิดฐานทำให้แท้งลูกตามร่าง

²⁰⁴ กนกวรรณ ธรารวรรณ. ทางเลือกของผู้หญิงที่ท้องเมื่อไม่พร้อม. กรุงเทพฯ: พีเอ็นพี กรุ๊ป, 2548. หน้า 17.

²⁰⁵ พิศวาส สุนทรพันธุ์. ข้อกฎหมายไทยว่าด้วยความผิดฐานทำให้แท้งลูก. หน้า 3

พระราชบัญญัติดังกล่าวมีอยู่สถานเดียวคือ โทษจำคุก ดังจะเห็นได้จากบทบัญญัติมาตรา 64 มาตรา 67 และมาตรา 68²⁰⁶

มาตรา 64 ผู้ใดจงใจรัดลูกในครรภ์หญิงที่ไม่ถึงกำหนดคลอด โดยไม่มีเหตุเพื่อป้องกันชีวิตหญิงมารดา ถ้าลูกนั้นไม่ตกคลอดได้ มีโทษจำคุกไม่เกิน 3 ปี ถ้าลูกนั้นตกคลอดได้ตามประสงค์มีโทษจำคุกไม่เกิน 7 ปี

มาตรา 67 ผู้ใดจงใจกระทำทารกในครรภ์ซึ่งมีชีวิตอยู่ให้ตายในครรภ์ด้วยประการใดๆ นอกจากที่ได้ตั้งใจช่วยชีวิตหญิงมารดา ถึงแม้ว่าทารกนั้นคลอดออกมาแล้วจึงตายก็ดี มีโทษจำคุกไม่เกิน 7 ปี

มาตรา 68 ผู้ใดจงใจกระทำร้ายหญิงมีครรภ์เป็นเหตุให้ทารกในครรภ์ต้องเป็นอันตรายตายด้วยประการใด แม้หญิงมารดาไม่มีเหตุถึงตาย เป็นแต่ทารกมีอันตรายตายเพราะความเจ็บป่วยของมารดา ต้องมีโทษจำคุกไม่เกิน 3 ปี

ร่างพระราชบัญญัติกำหนดพระราชอาญาจำ ร.ศ.115 ไม่ได้บังคับใช้เป็นกฎหมายเนื่องจากเหตุผลบางประการในขณะนั้นแต่ก็ทำให้ทราบถึงแนวโน้มของกฎหมายทำแห่งของประเทศไทยได้

1.3 ร่างพระราชกำหนดประทุษร้ายต่อร่างกายและชีวิตมนุษย์ ร.ศ.128

ร่างพระราชกำหนดประทุษร้ายต่อร่างกายและชีวิตมนุษย์ ร.ศ.128 บัญญัติขึ้นในสมัยรัชกาลที่ 5 บัญญัติไว้ว่า การทำแท้งไม่ว่าหญิงนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตามก็เป็นความผิด เว้นแต่กรณีการทำแท้งที่มีเหตุจะได้ตามกฎหมายและหญิงนั้นยินยอม

ผู้ใดก็ตามทำการด้วยเจตนาที่จะทำให้หญิงแท้งลูก หรือทำให้เด็กในครรภ์คลอดก่อนกำหนดในลักษณะที่มีชีวิตอยู่แต่ตายภายหลังคลอด ผู้นั้นมีความผิด เว้นแต่จะได้กระทำการด้วยเจตนาสุจริตที่จะช่วยชีวิตหญิงมีครรภ์นั้น

นอกจากนี้ ร่างพระราชกำหนดประทุษร้ายต่อร่างกายและชีวิตมนุษย์ ร.ศ.128 ยังบัญญัติถึงข้อยกเว้นทางการแพทย์เพื่อช่วยชีวิตหญิงมีครรภ์นั้นเอาไว้ด้วย

ส่วนโทษสำหรับความผิดฐานทำให้แท้งลูกตามร่างพระราชกำหนดดังกล่าว ในกรณีที่ทำแท้งก่อนทารกในครรภ์ดิ้นได้ (Before quickening) จะได้รับโทษต่ำกว่าการทำแท้งหลังจากที่ทารกในครรภ์ดิ้นได้ (After quickening) ซึ่งโทษที่จะได้รับในความผิดฐานทำให้แท้งลูก

²⁰⁶ “เรื่องเดียวกัน”

ได้แก่ โทษจำคุก โทษทำงานหนัก โทษปรับ หรืออุกนครเทศ²⁰⁷ ดังจะเห็นได้จากบทบัญญัติมาตรา 14 มาตรา 15 มาตรา 16 และมาตรา 17²⁰⁸

มาตรา 14 ถ้าผู้ใดกระทำการอย่างใดๆด้วยความตั้งใจจะให้หญิงผู้ใดแท้งบุตร จนเป็นเหตุให้หญิงนั้นแท้งบุตร พิจารณาเป็นสัจย์ ให้ลงโทษผู้นั้น สถานหนึ่งให้จำคุกไว้มีกำหนดไม่เกิน 3 ปี กับจะให้ทำการหนักด้วยอาไม่ก็ได้ ฤๅสถานหนึ่งให้ปรับ ฤๅสถานหนึ่งทั้งจำคุกแลทั้งปรับด้วย

แลถ้าทารกในครรภ์หญิงนั้นคืนได้แล้ว ก็ให้ลงทัณฑ์โทษหนักขึ้นดังนี้ คือ สถานหนึ่งให้จำคุกไว้มีกำหนดไม่เกินกว่า 7 ปี กับจะให้ทำการหนักด้วยอาไม่ก็ได้ แลให้ปรับด้วยอีก โสดหนึ่ง

เว้นแต่การที่ทำให้หญิงแท้งบุตรนั้น เป็นไปด้วยความตั้งใจจะช่วยชีวิตหญิงผู้มารดา ทารกนั้นให้รอดจากความตายโดยสุจริต จึงจะไม่มีโทษตามมาตรานี้

มาตรา 15 ถ้าผู้ใดกระทำความผิดดังว่าไว้ในมาตรา 14 โดยหญิงเจ้าตัวเขาไม่ยอมให้ทำ แก่เขา ฯลฯ ให้ลงโทษผู้นั้น ฯลฯ

มาตรา 16 ถ้าผู้ใดกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใด ด้วยความมุ่งหมายจะให้หญิงแท้งบุตร จนเป็นเหตุให้หญิงนั้นถึงแก่ความตายด้วยการที่กระทำนั้น ฯลฯ ให้ลงโทษผู้นั้น ฯลฯ

มาตรา 17 ถ้าผู้ใดกระทำการใดๆ ด้วยมีความมุ่งหมายจะให้ทารกตายออกจากครรภ์ มารดาก็ดี ฤๅจะให้ตายเมื่อคลอดออกมาแล้วก็ดี ถ้าทารกนั้นตายออกจากครรภ์ ฤๅคลอดออกมาแล้วตายด้วยการที่กระทำนั้น ฯลฯ ให้ลงทัณฑ์โทษผู้นั้น ฯลฯ

เว้นไว้แต่การที่กระทำนั้น เป็นไปด้วยความตั้งใจที่จะช่วยชีวิตมารดาของทารกนั้นให้รอดจากความตายโดยสุจริตจึงจะไม่มีโทษตามมาตรานี้

ร่างพระราชกำหนดประทุษร้ายต่อร่างกายและชีวิตมนุษย์ ร.ศ.128 ไม่ได้บังคับใช้เป็นกฎหมายเนื่องจากเหตุผลบางประการในขณะนั้น แต่ก็ทำให้ทราบถึงแนวโน้มของกฎหมายทำแท้งของประเทศไทยได้

²⁰⁷ “เรื่องเดียวกัน”

²⁰⁸ “เรื่องเดียวกัน”

1.4 ประมวลกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127

ในสมัยรัชกาลที่ 5 ได้เกิดความจำเป็นที่จะต้องมีการทำประมวลกฎหมายอันเป็นเงื่อนไขทางการเมืองในยุคจักรวรรดินิยม รัฐบาลจึงได้แต่งตั้งคณะกรรมการรับผิดชอบร่างประมวลกฎหมายอาญาขึ้น มาบังคับใช้ประมวลกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 เมื่อ พ.ศ. 2451 ซึ่งประมวลกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 ยกเลิกกฎหมายต่างๆดังต่อไปนี้ กฎหมายลักษณะโจร กฎหมายลักษณะอาญาหลวง กฎหมายลักษณะวิวาท กฎหมายลักษณะอาญาราชบุตร พระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี พระราชกำหนดลักษณะหมิ่นประมาท ประกาศลักษณะน้อ และพระราชกำหนดกฎหมาย และกฎข้อบังคับอื่นๆที่มีเนื้อความขัดกับประมวลกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 ดังนั้นกฎหมายตราสามดวงจึงถูกยกเลิกไปตามบทบัญญัติ มาตรา 3 แห่งประมวลกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127

ประมวลกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 ซึ่งเป็นกฎหมายทำแท้งที่ได้รับอิทธิพลจากกฎหมายของประเทศเยอรมัน ประมวลกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 มีทั้งหมด 340 มาตรา มาตรา 260-264 ได้บัญญัติความผิดฐานทำให้แท้งลูก กฎหมายฉบับนี้บังคับใช้อยู่เป็นระยะเวลา 48 ปี²⁰⁹

กฎหมายเกี่ยวกับการทำแท้งตามประมวลกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 ได้บัญญัติเกี่ยวกับการทำแท้งไว้ในมาตรา 260-264 ซึ่งมีสาระสำคัญคือ การทำแท้งเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย โดยไม่มีข้อยกเว้นใดๆทั้งสิ้น²¹⁰ ส่วนการพยายามทำแท้งหรือพยายามริดลูก ซึ่งหญิงทำเองหรือหญิงยินยอม และหญิงไม่ได้รับอันตรายสาหัสหรือตาย ไม่เป็นความผิด

การริดลูกเป็นการกระทำที่เด็กในครรภ์ของหญิงตั้งครรภ์ออกมาจากครรภ์ในลักษณะที่ไม่มีชีวิต การเอาเด็กออกมาจึงเป็นการริดลูก²¹¹ แต่ประมวลกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 ไม่ยกเว้นความรับผิดในกรณีแพทย์เป็นผู้ทำแท้ง แต่กลับได้รับโทษหนักขึ้นอีก 1 ใน 3 ดังจะเห็นได้จาก มาตรา 262 ที่บัญญัติไว้ว่า ถ้าผู้กระทำผิดเช่นว่าในมาตรา 261 นั้นเป็นแพทย์หรือนายแพทย์ผดุงครรภ์ หรือเป็นคนทำโดยเห็นแก่สินจ้างก็ตี ทานให้ลงโทษมันตามที่บัญญัติไว้

²⁰⁹ พิชัยศักดิ์ หราชกูร. กฎหมายการทำแท้ง ใน *ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการทำแท้งในประเทศไทย*. สุพร เกิดสว่าง. บรรณาธิการ. หน้า 14-25.

²¹⁰ พิศาวล สุคนธ์พันธุ์. *ข้อกฎหมายไทยว่าด้วยความผิดฐานทำให้แท้งลูก*. หน้า 4

²¹¹ เพ็ญจิต ตันติจรัสโรดม. *สิทธิเสรีภาพในการทำแท้งของหญิง*. วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยรามคำแหง 2551 หน้า 25

สำหรับความผิดนั้นทวีขึ้นอีกหนึ่งในสามส่วน²¹² ดังจะเห็นได้จากบทบัญญัติของมาตรา 260-264 ดังนี้²¹³

มาตรา 260 บัญญัติไว้ว่า หญิงใดริดลูกให้แก่งี้ดี มั่นยอมให้คนอื่นริดลูกให้แก่งี้ดี ท่านว่า มั่นมีความผิดต้องระวางโทษนุโทษเป็นสามสถาน คือสถานหนึ่งให้จำคุกไม่เกินสามปี สถานหนึ่งปรับไม่เกินกว่าร้อยบาท สถานหนึ่งให้ลงโทษทั้งจำทั้งปรับเช่นว่ามาแล้วด้วยกัน

มาตรา 261 ผู้ใดริดลูกเขาให้แก่งี้ดี แม้ว่าหญิงยอมให้มันริดก็ดี ท่านว่ามันมีความผิด ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่เดือนหนึ่งขึ้นไปจนถึงสามปี แลให้ปรับตั้งแต่ยี่สิบบาทขึ้นไปจนถึงห้าร้อยบาทด้วยอีกโสดหนึ่ง

มาตรา 262 ถ้าผู้กระทำผิดเช่นว่ามาในมาตรา 261 นั้น เป็นแพทย์หรือเป็นแพทย์ผดุงครรภ์ก็ดี หรือเป็นคนทำโดยเห็นแก่สินจ้างรางวัลก็ดี ท่านให้ลงโทษมันตามที่บัญญัติไว้สำหรับความผิดเช่นนั้น ทวีขึ้นอีกหนึ่งในสามส่วน

มาตรา 263 ผู้ใดรู้ยู่่ว่าหญิงมีครรภ์ แลหญิงมิได้อนุญาตให้มันริดลูก ถ้าแลมันกระทำร้ายด้วยกำลังกาย หรือด้วยประการหนึ่งประการใด ให้หญิงนั้นแก่งี้ดีใช้ ท่านว่ามันมีความผิด ต้องระวางโทษฐานประทุษร้ายแก่ร่างกายถึงสาหัสดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 256 แลมาตรา 257 นั้น

มาตรา 264 ผู้ใดพยายามจะกระทำความผิดอย่างใดใดที่ท่านบัญญัติไว้ในมาตรา 260 และมาตรา 261 นั้น ท่านว่าเป็นการไม่สำคัญ อย่าให้เอาโทษแก่มันเลย

จะเห็นได้ว่าประมวลกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 เป็นกฎหมายอาญาสมัยใหม่ของประเทศไทยฉบับแรก ประมวลกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 บัญญัติว่าการทำแก่งี้ดีเป็นการผิดกฎหมาย เป็นกฎหมายที่บัญญัติให้หญิงตั้งครรภ์ที่ทำให้ตนเองแก่งี้ดีหรือยินยอมให้คนอื่นทำให้ตนเองแก่งี้ดีต้องรับโทษตามกฎหมาย มีข้อยกเว้นโทษ ในกรณีที่หญิงตั้งครรภ์พยายามทำให้ตนเองแก่งี้ดี แต่ไม่มีข้อยกเว้นความรับผิด กรณีที่ผู้ที่ทำให้หญิงตั้งครรภ์แก่งี้ดีเป็นบุคลากรทางการแพทย์ ได้แก่ แพทย์ สูติกร แพทย์ จะได้รับโทษหนักขึ้นกว่าปกติอีก เนื่องจากเป็นบุคคลที่ต้องช่วยเหลือชีวิตมนุษย์ แต่กลับมากำทำแก่งี้ดีให้หญิงตั้งครรภ์ ถึงแม้หญิงตั้งครรภ์จะยินยอมก็ตาม

1.5 ประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ.2500

²¹² สุพร เกิดสว่าง. ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการลักลอบทำแก่งี้ดีในประเทศไทย. หน้า 16.

²¹³ พิศาว สุนทรพันธุ์. ข้อกฎหมายไทยว่าด้วยความผิดฐานทำให้แก่งี้ดี. หน้า 32

เมื่อสภาพสังคม วัฒนธรรมเปลี่ยนแปลงไป รัฐบาลจึงเห็นว่ามีควมจำเป็นควรแก้ไขประมวลกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 ดังนั้นปลายปี พ.ศ. 2499 รัฐบาลจึงได้แต่งตั้งคณะกรรมการเพื่อแก้ไขประมวลกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 เกี่ยวกับการทำแท้ง ซึ่งเรียกว่าประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ.2500 ประกาศในหนังสือราชกิจจานุเบกษา เล่ม 73 ตอนที่ 95 ลงวันที่ 15 พฤศจิกายน พ.ศ. 2499 มีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 1 เดือนมกราคม พ.ศ. 2500 ซึ่งประมวลกฎหมายอาญาดั้งเดิมได้รับอิทธิพลจากกฎหมายของประเทศฝรั่งเศส เนื่องจากที่ปรึกษากฎหมายในขณะนั้นคือ นายอาร์ กियอง ที่ปรึกษากฎหมายซึ่งเป็นชาวฝรั่งเศส²¹⁴ที่เคร่งในศาสนาคริสต์²¹⁵ ที่มองว่าการทำแท้งคือการฆ่า²¹⁶ ได้ให้ความเห็นว่า แนวโน้มของการบัญญัติกฎหมายด้วยความผิฐฐานทำให้แท้งลูกมีอยู่ 3 แนวทางคือ 1.ถือว่าการทำแท้งเท่ากับเป็นการฆ่าคน 2.บัญญัติให้การทำแท้งเป็นการกระทำที่ทำได้ตามกฎหมาย 3.บัญญัติให้การทำแท้งเป็นความผิดแต่มีข้อยกเว้นให้บางประการ เช่น เหตุผลทางการแพทย์²¹⁷

เมื่อวันที่ 25 พฤศจิกายน พ.ศ. 2482 ได้ประชุมอนุกรรมการพิจารณาตรวจการแก้ไขประมวลกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 นายอาร์ กियอง ได้เสนอว่า กฎหมายไทยควรยอมให้มีการทำแท้งได้ในกรณีที่เป็น ส่วนหม่อมราชวงศ์เสนีย์ ปราโมช ได้เสนอว่า กฎหมายไทยควรเดินสายกลาง นอกจากนี้ที่ประชุมอนุกรรมการพิจารณาตรวจการแก้ไขประมวลกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ได้ลงมติว่าในการบัญญัติกฎหมายว่าความความผิฐฐานทำให้แท้งลูกนั้น ควรพิจารณาถึงนโยบายของรัฐบาลที่จะเพิ่มประชากรด้วย²¹⁸ ดังนั้นในที่ประชุมจึงลงมติให้บัญญัติว่า การทำแท้งเป็นความผิดตามกฎหมาย เว้นแต่จะเป็นการช่วยชีวิตหรือสุขภาพของหญิง²¹⁹ ประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2500 ได้บัญญัติความผิฐฐานทำให้แท้งลูกไว้ในลักษณะ 10 หมวด 3 มาตรา 301-305

²¹⁴ สุพร เกิดสว่าง. *ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการลักลอบทำแท้งในประเทศไทย*. หน้า 47.

²¹⁵ แสง บุญเฉลิมวิภาส. *ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย*. พิมพ์ครั้งที่ 7. กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2551. หน้า 8.

²¹⁶ กนกวรรณ ธารารณ. *ทางเลือกของผู้หญิงที่ต้องเมื่อไม่พร้อม*. หน้า 13.

²¹⁷ พิศวาส สุนทรพันธุ์. *ข้อกฎหมายไทยว่าด้วยความผิฐฐานทำให้แท้งลูก*. หน้า 5

²¹⁸ “เรื่องเดียวกัน”

²¹⁹ “เรื่องเดียวกัน”

ประมวลกฎหมายอาญา ภาคสอง ลักษณะ 10 ความผิดเกี่ยวกับชีวิตและร่างกาย หมวด 3 ความผิดฐานทำให้แท้งลูก บัญญัติข้อห้ามการทำแท้ง ข้อยกเว้นในการทำแท้ง และบทกำหนดโทษ ฐานกระทำความผิดเกี่ยวกับการทำให้แท้งลูกไว้ ดังนี้²²⁰

หมวด 3 ความผิดฐานทำให้แท้งลูก

มาตรา 301 หญิงใดทำให้ตนเองแท้งลูก หรือยอมให้ผู้อื่นทำให้ตนแท้งลูก ต้องระวางโทษ จำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกพันบาท หรือทั้งจำ ทั้งปรับ

บทบัญญัติมาตรา 301 เป็นบทบัญญัติที่แตกต่างจากบทบัญญัติของกฎหมายอาญาทั่วไป ซึ่งมักจะเอาผิดแก่บุคคลที่กระทำแก่บุคคลอื่น ไม่ว่าจะเป็นการกระทำต่อชีวิต ร่างกาย ชื่อเสียงหรือ ทรัพย์สิน ส่วนบุคคลที่กระทำต่อตนเอง ผู้กระทำต่อตนเองจะไม่มี ความผิดและไม่ต้องรับโทษทาง อาญา แต่ในกรณีการทำแท้ง บุคคลที่กระทำต่อตนเอง คือทำให้ตนเองแท้งลูก ผู้กระทำมีความผิด และต้องรับโทษทางอาญา เนื่องจากการทำแท้งเป็นเรื่องที่ขัดต่อความรู้สึกและศีลธรรมอันดีของ ประชาชน กฎหมายอาญาจึงบัญญัติห้ามและมีบทลงโทษเอาไว้

มาตรา 302 ผู้ใดทำให้หญิงแท้งลูกโดยหญิงนั้นยินยอม²²¹ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ถ้าการกระทำนั้นเป็นเหตุให้หญิงรับอันตรายสาหัสอย่างอื่นด้วย ผู้กระทำต้องระวางโทษ จำคุก ไม่เกิน เจ็ด ปี หรือ ปรับ ไม่เกิน ห นึ่ง ห มื น สี่ พัน บาท หรือ ทั้ง จำ ทั้ง ปรับ

ถ้าการกระทำนั้นเป็นเหตุให้หญิงถึงแก่ความตาย ผู้กระทำต้องระวาง โทษจำคุกไม่เกินสิบปี และปรับไม่เกินสองหมื่นบาท

บทบัญญัติมาตรา 302 เป็นบทบัญญัติของกฎหมายอาญาที่เอาผิดแก่บุคคลที่กระทำแก่ผู้อื่น อันเป็นการกระทำต่อชีวิตและร่างกาย ซึ่งผู้ใดในที่นี่อาจจะ เป็นแพทย์ หรือบุคคลที่ไม่ใช่แพทย์ ไป กระทำให้หญิงตั้งครรภ์นั้นแท้งลูก กฎหมายอาญาจึงบัญญัติบทลงโทษเอาไว้ โดยโทษหนักเบา ขึ้นอยู่กับความรุนแรงของอันตรายต่อร่างกาย หรือต่อชีวิตของหญิงตั้งครรภ์ที่ถูกกระทำแท้ง

²²⁰ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ. *ประมวลกฎหมายอาญา ฉบับอ้างอิง*. พิมพ์ครั้งที่ 17. กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์เดือนตุลา 2548 หน้า 427-430

²²¹ โดยหญิงนั้นยินยอม หมายความว่า หญิงตั้งครรภ์รู้และสมัครใจให้ทำแก่ตนเอง ไม่ใช่ถูกบังคับ ชูเชิญ ใช้กำลัง ประทุษร้าย หรือถูกหลอกลวง หรือทำให้สำคัญผิดในสภาพของการทำแท้ง

เนื่องจากกฎหมายมุ่งคุ้มครองทารกในครรภ์มารดา ดังนั้นความยินยอมของหญิงตั้งครรภ์จึงไม่เป็นเหตุยกเว้นโทษหรือยกเว้นความรับผิด

สำหรับความยินยอมอันจะเป็นเหตุให้พ้นความรับผิดหรือรับโทษน้อยลง ในทางอาญาในเรื่องทำให้แท้งลูกนั้นต้องเป็นความยินยอมที่เกิดจากหญิงสมัครใจโดยรู้ถึงสาระสำคัญแห่งการกระทำ คือหญิงต้องรู้ว่าเป็นการทำให้แท้งลูก ผู้กระทำแท้งจึงจะพ้นผิดหรือรับโทษน้อยลง ผู้กระทำแท้งต้องให้หญิงตั้งครรภ์แสดงความยินยอมด้วยตัวเองเพราะเป็นเรื่องเฉพาะตัวของหญิงตั้งครรภ์

มาตรา 303 ผู้ใดทำให้หญิงแท้งลูกโดยหญิงนั้น ไม่ยินยอม ต้อง ระวังโทษจำคุกไม่เกินเจ็ดปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นสี่พันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ ถ้าการกระทำนั้นเป็นเหตุให้หญิงรับอันตรายสาหัสอย่างอื่นด้วย ผู้กระทำต้องระวังโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งปีถึงสิบปี และปรับตั้งแต่ สองพันบาทถึงสองหมื่นบาท ถ้าการกระทำนั้นเป็นเหตุให้หญิงถึงแก่ความตาย ผู้กระทำต้อง ระวังโทษจำคุกตั้งแต่ห้าปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่หนึ่งหมื่นบาท ถึงสี่หมื่นบาท

บทบัญญัติมาตรา 303 บทบัญญัติของกฎหมายอาญาที่เอาผิดแก่บุคคลที่กระทำแก่ผู้อื่น อันเป็นการกระทำต่อชีวิตและร่างกาย โดยที่ผู้ถูกกระทำไม่ยินยอม กฎหมายอาญาจึงบัญญัติบทลงโทษเอาไว้หนักกว่า มาตรา 302 ซึ่งเป็นกรณีที่ผู้ถูกกระทำนั้นยินยอม

โดยหญิงนั้นไม่ยินยอม หมายความว่า หญิงตั้งครรภ์ไม่สมัครใจให้ทำแท้ง รวมทั้งกรณีที่ ถูกบังคับ ชูเชิญ ใ้กำลังประทุษร้ายหรือถูกหลอกลวง หรือทำให้สำคัญผิดในสภาพของการทำแท้ง

มาตรา 304 ผู้ใดเพียงแต่พยายามกระทำความผิดตาม มาตรา 301 หรือ มาตรา 302 วรรคแรก ผู้ นั้นไม่ต้องรับโทษ

คำว่าพยายามกระทำนั้น หมายถึง การทำแท้งที่ยังไม่บรรลุผลสำเร็จ คือยังไม่มีทารกที่คลอดออกมาในสภาพที่ไม่มีชีวิตเกิดขึ้น²²² บทบัญญัติของมาตรา 304 จึงถือได้ว่าเป็นช่องว่างของกฎหมาย เพราะบทบัญญัตินี้ไม่ได้ป้องกันการทำแท้ง แต่มีส่วนในการสนับสนุนให้มีการทำแท้งผิดกฎหมายเกิดขึ้น หลังจากนั้นหญิงที่พยายามกระทำแท้งแต่ยังไม่บรรลุผลสำเร็จจะถูกส่งตัวเข้ารักษาในโรงพยาบาลในฐานะผู้ป่วยเพื่อให้แพทย์รักษา ซึ่งแนวทางการรักษาของแพทย์นั้นเป็นการทำแท้งต่อจนกระทั่งบรรลุผลสำเร็จ จึงจะทำให้หญิงนั้นปลอดภัย

²²² กฎหมายอาญา มาตรา 80 มาตรา 81 บัญญัติถึงการพยายามกระทำความผิดมีรายละเอียดดังนี้

มาตรา 80 ผู้ใดลงมือกระทำความผิดแต่กระทำไปไม่ตลอด หรือกระทำไปตลอดแล้วการกระทำนั้นไม่บรรลุผล ผู้ นั้นพยายามกระทำความผิด

มาตรา 81 ผู้ใดกระทำการโดยมุ่งต่อผลซึ่งกฎหมายบัญญัติเป็นความผิด แต่การกระทำนั้นไม่สามารถจะบรรลุผลได้อย่างแน่แท้ เพราะเหตุปัจจัยซึ่งใช้ในการกระทำ หรือเหตุแห่งวัตถุซึ่งมุ่งหมายกระทำต่อ

แต่ถ้ามองว่าไม่ใช่ช่องว่างของกฎหมาย บทบัญญัติมาตรา 304 นั้น ถือว่าเป็นการป้องกันการกระทำแท้งที่ทำงานสำเร็จซึ่งจะช่วยลดความรุนแรงและอันตรายจากภาวะแทรกซ้อนของการกระทำแท้งที่ทำงานสำเร็จเป็นการช่วยให้หญิงนั้นได้มีโอกาสเข้ารับการรักษาตัวในโรงพยาบาลอย่างปลอดภัย

มาตรา 305²²³ ถ้าการกระทำความคิดดังกล่าวใน มาตรา 301 และ มาตรา 302 นั้น เป็นการกระทำของนายแพทย์และ

(1) จำเป็นต้องกระทำเนื่องจากสุขภาพของหญิงนั้น หรือ

ข้อยกเว้นความรับผิด (1) นี้ มีนัยสำคัญว่า สิทธิในการทำแท้งของหญิงตั้งครรภ์เหนือกว่าสิทธิในการมีชีวิตของทารกในครรภ์หญิงนั้น นอกจากนี้ข้อยกเว้นความรับผิด (1) นี้ บัญญัติขึ้นเนื่องจากมีความจำเป็นบางประการ เกี่ยวกับการปฏิบัติงานของแพทย์ที่จำเป็นต้องทำแท้งเพื่อการรักษาให้แก่หญิงตั้งครรภ์ที่เจ็บป่วยด้วยโรคที่อาจส่งผลต่อชีวิตของหญิงตั้งครรภ์นั้น ซึ่งเป็นข้อกำหนดที่เป็นสากลยอมรับกันทั้งในประเทศฝรั่งเศส ประเทศเยอรมนี และประเทศอังกฤษ ได้กำหนดข้อยกเว้นความรับผิดในกรณีเหตุแห่งสุขภาพของมารดาไว้ในกฎหมายทำแท้งของประเทศดังกล่าว

เหตุแห่งความจำเป็นในการทำแท้งเนื่องจากสุขภาพของหญิงนั้น มีที่มาจากหลักการซึ่งน้ำหนักประโยชน์ระหว่างสิ่งสองสิ่งที่ขัดแย้งกัน คือชีวิตของมารดากับชีวิตของทารกที่อยู่ในครรภ์ ถ้าปล่อยให้หญิงนั้นตั้งครรภ์ต่อไปจนคลอดบุตร หญิงนั้นอาจมีอันตรายถึงแก่ชีวิต ซึ่งกฎหมายเห็นว่าชีวิตมารดาเป็นประโยชน์ที่สูงกว่าชีวิตที่อยู่ในครรภ์ จึงยอมให้แพทย์ทำแท้งได้เพื่อรักษาชีวิตมารดาไว้²²⁴ ซึ่งผู้วิจัยเห็นว่า เหตุแห่งความจำเป็นในการทำแท้งเนื่องจากสุขภาพของหญิงนั้นไม่จำเป็นต้องถึงอันตรายแก่ชีวิตของหญิง หญิงนั้นควรมีสิทธิทำแท้งได้โดยชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากหญิงที่มีปัญหาสุขภาพถึงแม้จะไม่เป็นอันตรายถึงชีวิต แต่จะมีผลต่อการเลี้ยงดูทารกที่จะคลอดออกมา คือไม่สามารถเลี้ยงดูทารกที่จะคลอดออกมาได้

²²³ วิทยา ธิฐาพันธ์, พงนิษฐ์ ผดุงเกียรติวัฒนา, กติกา นวพันธุ์ และณัฐฉิณี ศรีสันติโรจน์. *เวชศาสตร์ปริกำเนิด คัดกรองป้องกัน ส่งเสริมสุขภาพ*. กรุงเทพฯ: ชูเนี่ยน ศรีเอชเอ็น, 2554. หน้า 4.

²²⁴ ปารีชาติ พันธุ์พานิช. *เหตุทำแท้งได้โดยชอบด้วยกฎหมาย*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ หน้า 21

กฎหมายอาญานั้นโดยทั่วไปต้องตีความโดยเคร่งครัด เนื่องจากเป็นบทบัญญัติที่ลงโทษคนชั่ว มีผลให้จำกัดเสรีภาพของบุคคลที่ถูกลงโทษ ดังนั้นบทบัญญัติเกี่ยวกับความรับผิดชอบตามมาตรา 305 (1) ต้องตีความอย่างเคร่งครัด แต่ก็พบปัญหาเรื่องความไม่ชัดเจนของคำว่า สุขภาพ ซึ่งหมายถึงสุขภาพทางกายของหญิงเท่านั้น หรือหมายถึงสุขภาพจิตของหญิงรวมด้วย²²⁵ แต่ก็มีแนวคำพิพากษาฎีกาที่วินิจฉัยในประเด็นสุขภาพของหญิงว่าหมายถึงสุขภาพจิตด้วย²²⁶

การทำแท้งด้วยเหตุผลเพราะการปล่อยให้การตั้งครรภ์ดำเนินต่อไปจะเป็นอันตรายโดยตรงต่อชีวิตของมารดา เช่น หญิงเป็นวัณโรคอย่างแรง ถ้าปล่อยให้มีการตั้งครรภ์จนคลอดบุตร อาจเป็นอันตรายแก่ชีวิตและสุขภาพของหญิงนั้น²²⁷

คำว่าสุขภาพนั้น การกระทำตาม (1) นี้ กฎหมายยกเว้นความรับผิดชอบเนื่องจาก กฎหมายคำนึงถึงว่าหากปล่อยให้ไว้ให้ครรภ์ดำเนินต่อไปแล้ว มารดาก็ต้องเสียชีวิตอย่างแน่นอน และทารกในครรภ์ซึ่งยังต้องขึ้นอยู่กับร่างกายมารดา ก็จะต้องเสียไปด้วยอย่างไม่ต้องสงสัย การเลือกเอาไว้คนหนึ่งโดยเลือกทำลายอีกฝ่ายหนึ่ง ซึ่งถึงอย่างไรก็จะมีทางเลือกได้แล้ว และยอมเป็นการดีกว่าและเหมาะสมกว่าที่จะไม่ทำอะไรเลย และปล่อยให้ชีวิตต้องเสียไปถึงสองชีวิตทั้งๆที่สามารถจะเลือกเอาได้ชีวิตหนึ่ง ในกรณีเช่นนี้ผลดีที่จะเกิดจากการไม่กระทำก็มีเพียงว่าจะช่วยให้ทารกสามารถที่จะมีพัฒนาการต่อไปได้อีกระยะหนึ่ง เพื่อที่จะสิ้นสุดลงพร้อมกับชีวิตของมารดา และผลเสียที่จะเกิดขึ้นจากการไม่กระทำก็คือชีวิตของมารดาจะต้องเสียไปเช่นเดียวกับชีวิตของทารก จะเห็นได้ว่าผลเสียของการไม่กระทำมีผลเสียมากกว่าผลดีอย่างเทียบกันไม่ได้ นอกจากนี้เมื่อพิจารณาในแง่คุณภาพชีวิตด้วยแล้ว ชีวิตของมารดาย่อมมีค่ามากกว่า และมีความสำคัญต่อสังคมมากกว่า การทำแท้งในกรณีเนื่องจากสุขภาพของหญิงนั้นจึงควรเป็นที่ยอมได้รับได้ในทางกฎหมาย

(2) หญิงมีครรภ์เนื่องจากการกระทำความผิดอาญา ตามที่บัญญัติไว้ใน มาตรา 276 มาตรา 277 มาตรา 282 มาตรา 283 หรือ มาตรา 284 ผู้กระทำไม่มีความผิด

²²⁵ ปรีชาดิ พันธุ์พานิช. เหตุทำแท้งได้โดยชอบด้วยกฎหมาย. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ หน้า 1

²²⁶ คำพิพากษาฎีกาที่ 5637/2533 คำวินิจฉัยของศาลฎีกาในคดีนี้ ศาลยอมรับข้อเท็จจริงเป็นที่ยุติว่า ที่นายแพทย์ ส.ทำแท้งให้โจทก์ เนื่องจากสุขภาพจิตของโจทก์แย่มาก และโจทก์ทำแท้งเพราะกลัวไปเองว่าทารกในครรภ์จะคลอดออกมาพิการ แสดงให้เห็นว่าศาลยอมรับว่าสุขภาพจิตเป็นส่วนหนึ่งของสุขภาพหญิง

²²⁷ รณชัย คงสกนธ์ และนฤมล โพธิ์แจ่ม. กฎหมายอาญาที่เกี่ยวข้องกับนิติจิตเวชศาสตร์. ในรณชัย คงสกนธ์ บรรณาธิการ. นิติจิตเวชศาสตร์. หน้า 81

ข้อยกเว้นความรับผิดชอบ (2) นี้ มีนัยสำคัญว่า สิทธิในการทำแท้งของหญิงตั้งครรภ์เหนือกว่า สิทธิในการมีชีวิตของทารกในครรภ์หญิงนั้น ด้วยเหตุผลที่ว่า การตั้งครรภ์นั้นเกิดจากการถูกข่มขืน กระทำชำเรา จึงเป็นการตั้งครรภ์ที่ไม่พึงประสงค์ เพื่อป้องกันความเสื่อมเสียแก่ชื่อเสียงของหญิงมิ ให้หญิงอับอายและเป็นปมด้อย จึงเป็นเหตุผลที่ยอมรับให้ทำแท้งได้เมื่อหญิงนั้นยินยอม

มาตรา 276 มาตรา 277 มาตรา 282 มาตรา 283 หรือ มาตรา 284 มีบทบัญญัติดังนี้

มาตรา 276 ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น โดยขู่เข็ญด้วยประการใด ๆ โดยใช้กำลัง ประทุษร้าย โดยผู้อื่นนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้ผู้อื่นนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็น บุคคลอื่นต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดพันบาทถึงสี่หมื่นบาท

การกระทำชำเราตามวรรคแรก หมายความว่า การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ โดยการใช้วัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น หรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคแรกได้กระทำโดยมีหรือใช้อาวุธปืนหรือวัตถุระเบิด หรือ โดยร่วมกระทำความผิดด้วยกันอันมีลักษณะเป็นการโทรมหญิง หรือกระทำกับชายในลักษณะ เดียวกันต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สิบห้าปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่สามหมื่นบาทถึงสี่หมื่นบาท หรือจำคุกตลอดชีวิต

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคแรกเป็นการกระทำความผิดระหว่างคู่สมรสและคู่สมรส นั้น ยังประสงค์จะอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยา ศาลจะลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้เพียงใดก็ได้ หรือจะกำหนดเงื่อนไขเพื่อคุมความประพฤติแทนการลงโทษก็ได้ ในกรณีที่ศาลมีคำพิพากษาให้ ลงโทษจำคุก และคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ประสงค์จะอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยาต่อไป และ ประสงค์จะหย่า ให้คู่สมรสฝ่ายนั้นแจ้งให้ศาลทราบ และให้ศาลแจ้งพนักงานอัยการให้ดำเนินการ ฟ้องหย่าให้

มาตรา 277 ผู้ใดกระทำชำเราเด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปีซึ่งมิใช่ภริยาหรือสามีของตน โดย เด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดพันบาท ถึงสี่หมื่นบาท

การกระทำชำเราตามวรรคแรก หมายความว่า การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ โดยการใช้วัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น หรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคแรกเป็นการกระทำแก่เด็กอายุยังไม่เกินสิบสามปี ต้อง ระวางโทษจำคุกตั้งแต่เจ็ดปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่หนึ่งหมื่นสี่พันบาทถึงสี่หมื่นบาท หรือจำคุก ตลอดชีวิต

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคแรกหรือวรรคสามได้กระทำโดยร่วมกระทำความผิดด้วยกัน อันมีลักษณะเป็นการโทรมเด็กหญิงหรือกระทำกับเด็กชายในลักษณะเดียวกันและเด็กนั้นไม่ยินยอม หรือได้กระทำโดยมีอาวุธปืนหรือวัตถุระเบิด หรือโดยใช้อาวุธ ต้องระวางโทษจำคุกตลอดชีวิต

ความผิดตามที่บัญญัติไว้ในวรรคแรก ถ้าเป็นการกระทำโดยบุคคลอายุไม่เกินสิบแปดปี กระทำ ต่อเด็กซึ่งมีอายุกว่าสิบสามปี แต่ยังไม่เกินสิบห้าปี โดยเด็กนั้นยินยอม และภายหลังศาลอนุญาตให้ทั้งสองฝ่ายสมรสกัน ผู้กระทำความผิดไม่ต้องรับโทษ ถ้าศาลอนุญาตให้สมรสในระหว่างที่ผู้กระทำความผิดกำลังรับโทษในความผิดนั้นอยู่ ให้ศาลปล่อยผู้กระทำความผิดนั้นไป

มาตรา 282 ผู้ใดเพื่อสนองความใคร่ของผู้อื่น เป็นธุระจัดหา ล่อไป หรือพาไปเพื่อการอนาจารซึ่งชายหรือหญิง แม้ผู้นั้นจะยินยอมก็ตาม ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งปีถึงสิบปี และปรับตั้งแต่ สองพันบาทถึงสองหมื่นบาท²²⁸

ถ้าการกระทำความผิดตาม วรรคแรกเป็นการกระทำแก่บุคคล อายุเกินสิบห้าปีแต่ยังไม่เกินสิบแปดปีผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษจำคุก ตั้งแต่สามปีถึงสิบห้าปี และปรับตั้งแต่หกพันบาทถึงสามหมื่นบาท

ถ้าการกระทำความผิดตาม วรรคแรกเป็นการกระทำแก่บุคคล อายุไม่เกินสิบห้าปีผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ห้าปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่หนึ่งหมื่นบาทถึงสี่หมื่นบาท

ผู้ใดเพื่อสนองความใคร่ของผู้อื่น รับตัวบุคคลซึ่งมีผู้จัดหา ล่อไป หรือพาไปตามวรรคแรก วรรคสองหรือวรรคสาม หรือสนับสนุนใน การกระทำความผิดดังกล่าว ต้องระวางโทษตามที่บัญญัติไว้ใน วรรคแรกวรรคสอง หรือวรรคสาม แล้วแต่กรณี

มาตรา 283 ผู้ใดเพื่อสนองความใคร่ของผู้อื่น เป็นธุระจัดหา ล่อไป หรือพาไปเพื่อการอนาจารซึ่งชายหรือหญิง โดยใช้อุบายหลอกลวง ขู่ข่มขู่ ใช้กำลังประทุษร้าย ใช้อำนาจครอบงำผิดคลองธรรม หรือใช้วิธีข่มขืนใจด้วยประการอื่นใด ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ห้าปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่หนึ่งหมื่นบาทถึงสี่หมื่นบาท

²²⁸ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 891/2515 (เนติ) หน้า 28 วินิจฉัยว่า จำเลยกับพวกพาผู้เสียหายซึ่งเป็นโสเภณี อายุ 17 ปี ไปอยู่ในห้องโสเภณีของจำเลยแล้ว ให้รับจ้างร่วมประเวณีกับชายอื่นเช่นนี้ แม้ผู้เสียหายจะสมัครใจมากับจำเลย และตกลงยินยอมรับจ้างร่วมประเวณีกับชายอื่นต่อมาที่บ้านของจำเลยที่ 1 ก็ตาม ก็ถือว่าจำเลยที่ 1 เป็นธุระจัดหา ล่อไป หรือชักพาไป เพื่อการอนาจารซึ่งหญิงอายุไม่เกิน 18 ปี จำเลยที่ 1 มีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 282

ถ้าการกระทำความผิดตาม วรรคแรกเป็นการกระทำแก่บุคคลอายุเกินสิบห้าปีแต่ยังไม่เกินสิบแปดปีผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษจำคุก ตั้งแต่เจ็ดปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่หนึ่งหมื่นสี่พันบาทถึงสี่หมื่นบาท หรือจำคุกตลอดชีวิต

ถ้าการกระทำความผิดตาม วรรคแรกเป็นการกระทำแก่เด็กอายุไม่เกินสิบห้าปี ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สิบปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่สองหมื่นบาทถึงสี่หมื่นบาท หรือจำคุกตลอดชีวิต หรือประหารชีวิต²²⁹

ผู้ใดเพื่อสนองความใคร่ของผู้อื่น รับตัวบุคคลซึ่งมีผู้จัดหา ล่อไป หรือพาไปตามวรรคแรก วรรคสองหรือวรรคสาม หรือสนับสนุนใน การกระทำความผิดดังกล่าว ต้องระวางโทษตามที่บัญญัติไว้ใน วรรคแรกวรรคสอง หรือวรรคสาม แล้วแต่กรณี

มาตรา 284 ผู้ใดพาผู้อื่น ไปเพื่อการอนาจาร โดยใช้อุบายหลอกลวง ชูเชิญ ใช้กำลัง ประทุษร้ายใช้อำนาจครอบงำผิดคลองธรรม หรือใช้วิธี ข่มขืนใจด้วยประการอื่นใด ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งปีถึงสิบปี และปรับตั้งแต่สองพันบาทถึงสองหมื่นบาท²³⁰

ผู้ใดซ่อนเร้นบุคคลซึ่ง ถูกพาไปตามวรรคแรก ต้องระวางโทษเช่นเดียวกับผู้พาไปนั้น

"ความผิดตาม มาตรานี้ เป็นความผิดอันยอมความได้"

ความผิดฐานทำให้แจ้งลูกนั้นต้องมีองค์ประกอบดังต่อไปนี้

1. หญิงนั้นต้องตั้งครรภ์

การพิสูจน์ว่าหญิงนั้นต้องตั้งครรภ์เป็นการพิสูจน์ได้ยาก เพราะเมื่อมีการแท้งนั้น หมายความว่า การตั้งครรภ์ได้สิ้นสุดลงแล้ว เพราะฉะนั้นการพิสูจน์ว่าหญิงนั้นตั้งครรภ์จึงเป็นการพิสูจน์ได้ยาก เนื่องจากพยานหลักฐานของการตั้งครรภ์หมดไปแล้ว

²²⁹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 582/2527 (เนติ) หน้า 2539 วินิจฉัยว่า การที่จำเลยชักเด็กหญิงทั้งสามไปอยู่ด้วยอ้างว่าจะหัดลิเกให้ แต่ก็มีได้หัดให้กลับให้คำประเวณี โดยขู่ว่าจะส่งไปต่างจังหวัด จนเด็กหญิงคนหนึ่งจำต้องยอมไปกับชาย และชายนั้นพยายามกระทำความผิดมิร้ายในระหว่างทาง ดังนี้จำเลยกระทำการเป็นตุระจัดหาหรือชักพาเด็กหญิงอายุไม่เกินสิบสามปีไปเพื่อการอนาจาร เพื่อให้สำเร็จความใคร่ผู้อื่น เป็นความผิดมาตรา 283 วรรคสาม

²³⁰ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1514/2532 (สงเสริม เล่ม 11) หน้า 6 จำเลยที่ 1 วินิจฉัยว่า พาผู้เสียหายไปยังบ่อเลี้ยงปลา และดึงตัวผู้เสียหายลงมาจากรถ จำเลยที่ 1 กอดจูบผู้เสียหาย จำเลยที่ 2 กระชากกางเกงของผู้เสียหายออก ผู้เสียหายดิ้นหลุด แล้วกระโดดลงไปในบ่อเลี้ยงปลา จำเลยที่ 1 ที่ 2 กับพวกพุดข่มขู่ว่า ถ้าไม่ขึ้นมาจะตามลงไปกดให้ตายบ้าง จะเอาไฟฟ้าช็อตบ้าง ทั้งมีพวกของจำเลยบางคนถอดเสื้อ กางเกงออกหมด บางคนเหลือแต่กางเกงใน เป็นเหตุให้ผู้เสียหายไม่กล้าขึ้น ต้องทนทรมาณอยู่ในบ่อ และที่ผู้เสียหายขึ้นจากบ่อเพราะถูกหลอกว่าพวกจำเลยกลับไปหมดแล้ว ผู้เสียหายจึงขึ้นมาแล้วถูกจำเลยที่ 1 ที่ 2 กับพวกจับตัวข่มขืนกระทำชำเรา การกระทำของจำเลยที่ 1 ที่ 2 ผิดมาตรา 284

2. มีการกระทำโดยตรงต่อร่างกายของหญิง

3. มีเจตนาให้หญิงนั้นแท้งลูก

ผู้กระทำ ไม่ว่าจะหญิงตั้งครรภ์นั้นกระทำต่อตนเอง หรือผู้อื่นกระทำให้หญิงนั้นแท้งลูก ผู้กระทำต้องมีเจตนาให้แท้งลูก

4. ต้องมีการแท้งเกิดขึ้น

ต้องมีการแท้งเกิดขึ้น นั้นหมายถึงต้องมีทารกในครรภ์คลอดออกมาในลักษณะที่ไม่มีชีวิต แต่ถ้าทารกคลอดออกมามีชีวิตแต่มาเสียชีวิตภายหลังคลอด ไม่ถือว่าเป็นการแท้ง

ข้อยกเว้นความรับผิดของกฎหมายทำแท้ง

จากบทบัญญัติของประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2500 มาตรา 301 มาตรา 302 มาตรา 303 มาตรา 304 และมาตรา 305 ดังกล่าวข้างต้น กฎหมายมุ่งเอาผิดทั้งตัวหญิงตั้งครรภ์และผู้ที่ทำต่อหญิงตั้งครรภ์ให้แท้งลูก ไม่ว่าจะหญิงนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม แต่ประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2500 เกี่ยวกับการทำแท้งก็มีข้อยกเว้นไว้ 2 ลักษณะ ดังต่อไปนี้

1. ข้อยกเว้นโทษ

ข้อยกเว้นโทษของกฎหมายทำแท้งบัญญัติไว้ในมาตรา 304 นั้นหมายถึง หญิงตั้งครรภ์ที่พยายามทำให้ตนเองแท้งลูก หรือบุคคลอื่นที่พยายามทำให้หญิงตั้งครรภ์แท้งลูก โดยการพยายามทำแท้งนั้นไม่เกิดอันตรายใดๆกับหญิงตั้งครรภ์ หญิงนั้นหรือบุคคลนั้นไม่ต้องรับโทษ ซึ่งพยายามกระทำความผิดนั้นหมายถึง การกระทำความผิดที่กระทำไปไม่ตลอด หรือการกระทำนั้นไม่บรรลุผล

2. ข้อยกเว้นความรับผิด

ข้อยกเว้นความรับผิดเกี่ยวกับการทำแท้ง บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2500 มาตรา 305 ได้แก่ ทำแท้งเนื่องจากถ้าปล่อยให้หญิงนั้นตั้งครรภ์ต่อไปจะเป็นอันตรายต่อสุขภาพของหญิงนั้นอาจทำให้หญิงนั้นต้องเสียชีวิตได้ ซึ่งคำว่าสุขภาพของหญิงตามมาตรา 305 นั้น กฎหมายไม่ได้ให้คำนิยามไว้ จึงไม่ชัดเจนในทางปฏิบัติ และหญิงนั้นตั้งครรภ์จากการถูกข่มขืนกระทำชำเรา ซึ่งกฎหมายก็ไม่ได้บัญญัติไว้ว่าหญิงนั้นต้องมีคำพิพากษามาแสดงด้วยหรือไม่ เพราะบทบัญญัติข้อยกเว้นความรับผิดต้องตีความอย่างเข้มงวด ดังนั้นถ้าตีความอย่างเข้มงวดแล้ว จะต้องมีการพิพากษามาแสดงก่อน หญิงตั้งครรภ์จากการถูกข่มขืนกระทำชำเราจึงจะสามารถทำแท้งได้โดยชอบด้วยกฎหมาย การรอลำพิพากษาจะส่งผลเสียต่อหญิงตั้งครรภ์นั้น เนื่องจากอายุครรภ์มากขึ้น ทำให้

ไม่มีความปลอดภัยในการทำแท้ง หรือทารกในครรภ์นั้นอาจจะคลอดออกมาเสียก่อน²³¹ นอกจากนี้ การทำแท้งตามมาตรา 305 นี้ ผู้กระทำต้องเป็นแพทย์ที่ได้รับใบอนุญาตประกอบวิชาชีพเวชกรรม และหญิงตั้งครรภ์ยินยอมให้แพทย์ที่ได้รับใบอนุญาตประกอบวิชาชีพเวชกรรมกระทำแท้ง จากบทบัญญัติยกเว้นความรับผิดชอบตามมาตรา 305 นี้ แยกองค์ประกอบออกเป็น 3 ประการ ดังนี้

1. ความยินยอมของหญิง

ผู้ที่กระทำแท้งจะได้รับการยกเว้นความรับผิดชอบตามมาตรา 305 คือ หญิงที่ถูกกระทำนั้น ยินยอม ถ้าหญิงที่ถูกกระทำนั้นไม่ยินยอม ผู้กระทำต้องรับผิดชอบ

2. คุณสมบัติของผู้กระทำ

ผู้ที่กระทำแท้งจะได้รับการยกเว้นความรับผิดชอบตามมาตรา 305 คือ แพทย์ที่ได้รับใบอนุญาตประกอบวิชาชีพเวชกรรม²³² อาจเป็นแพทย์ทั่วไป หรือสูตินรีแพทย์ก็ได้

3. การตั้งครรภ์ของหญิงต้องเข้าเหตุตามกฎหมาย

การตั้งครรภ์ของหญิงต้องเข้าเหตุตามกฎหมายมีอยู่ 2 กรณี ได้แก่ กรณีที่ 1 คือการตั้งครรภ์ที่เป็นอันตรายต่อสุขภาพของหญิง และกรณีที่ 2 การตั้งครรภ์เกิดจากมีผู้ทำผิดกฎหมายอาญาทางเพศ คือ การตั้งครรภ์ที่เกิดจากการถูกข่มขืน ดังนั้นแพทย์มีควรกระทำแท้งให้หญิงตั้งครรภ์ที่ต้องการยุติการตั้งครรภ์ไม่ว่ากรณีใด ยกเว้น 2 กรณีดังกล่าวข้างต้น ถ้าแพทย์ไปกระทำแท้งที่ไม่ใช่ 2 กรณีดังกล่าวข้างต้น ถือว่าเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย

จากประมวลกฎหมายอาญาดังกล่าวข้างต้นแสดงให้เห็นว่ากฎหมายห้ามหญิงทำให้ตนเองแท้งลูก ห้ามหญิงยอมให้ผู้อื่นทำให้ตนเองแท้งลูก ห้ามผู้ใดทำให้หญิงนั้นแท้งลูกโดยหญิงนั้นยินยอม หรือห้ามผู้ใดทำให้หญิงแท้งลูกโดยหญิงนั้นไม่ยินยอม ดังนั้นองค์ประกอบของความผิดฐานทำให้แท้งลูก ต้องประกอบด้วย หญิงนั้นต้องตั้งครรภ์ มีการกระทำโดยตรงต่อร่างกายหญิง มีเจตนาให้หญิงนั้นแท้งลูก และมีเจตนาทำลายชีวิตของทารก และมีการแท้งเกิดขึ้น แต่ถ้าหญิงใดพยายามทำให้ตนเองแท้งลูก หรือผู้ใดพยายามทำให้หญิงตั้งครรภ์แท้งลูกไม่ต้องรับผิดชอบตามกฎหมาย ส่วนแพทย์ที่ทำแท้งเนื่องจากหญิงตั้งครรภ์มีปัญหาสุขภาพ หรือหญิงตั้งครรภ์เนื่องจากถูกข่มขืนกระทำชำเรา หรือเด็กอายุต่ำกว่า 15 ปี ตั้งครรภ์ แพทย์ที่ทำแท้งไม่มีความผิดตามกฎหมาย

²³¹ แสง บุญเฉลิมวิภาส. “เหตุทำแท้งได้โดยชอบด้วยกฎหมาย : ปัญหาและแนวทางแก้ไข” *วารสารนิติศาสตร์* 1, 19 (มิถุนายน 2532) หน้า 72

²³² พระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2525 มาตรา 4 ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม หมายความว่า บุคคลซึ่งได้ขึ้นทะเบียนและรับใบอนุญาตเป็นผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมจากแพทยสภา

เหตุแห่งการทำแท้งในกรณีนี้ ไม่ได้เป็นที่ยอมรับได้ด้วยเหตุผลเพียงเพราะว่าการตั้งครรภ์นั้นเกิดจากการข่มขืนแต่อย่างใดเป็นสำคัญ แต่เป็นเพราะผลเสียที่เกิดขึ้นกับสตรีผู้ซึ่งต้องรับภาระในสิ่งที่ไม่ได้เกิดจากการกระทำของตน และเป็นผู้ถูกละเมิดโดยตรง

ตามสภาพข้อเท็จจริงในปัจจุบัน เหตุผลและความจำเป็นในการทำแท้งของหญิงตั้งครรภ์นั้นยังมีมากกว่าบทบัญญัติของประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 305 (1) และ (2) เช่น กรณีที่การตั้งครรภ์แล้วตรวจพบว่าทารกในครรภ์มีปัญหาสุขภาพหรือความพิการ เนื่องจากทารกในครรภ์ปฏิสนธิขึ้นมาในขณะที่มารดาเป็นโรคหัดเยอรมัน โรคเอดส์ หรือทารกเป็นโรคดาวน์ซินโดรม หรือเป็นโรคทางพันธุกรรม แต่ไม่อาจทำแท้งได้เนื่องจากผิดกฎหมาย²³³ ซึ่งส่งผลเสียต่อชีวิตความเป็นอยู่ของมารดาและเป็นผลเสียต่อสุขภาพจิตของมารดา ถ้ากฎหมายยังบังคับให้หญิงที่ไม่พร้อมที่จะเลี้ยงดูทารกที่เกิดมาพร้อมปัญหาสุขภาพหรือความพิการแล้ว ก็เท่ากับเป็นการบีบบังคับให้มีเด็กที่พ่อแม่ไม่ต้องการให้เกิดขึ้นในสังคม จะส่งผลให้เกิดภาระในการเลี้ยงดูเด็กที่มีปัญหาสุขภาพหรือความพิการแก่สังคม

ปัจจุบันพบว่ากฎหมายอาญา มาตรา 301-305 ไม่สามารถดำเนินการกับผู้กระทำผิดได้อย่างมีประสิทธิภาพ เนื่องจากผู้กระทำแท้งอาศัยช่องว่างของกฎหมายในการดำเนินการ หญิงได้รับประโยชน์คือ ไม่ต้องตั้งครรภ์ต่อไป และพยานหลักฐานมักจะได้ไม่ครบองค์ประกอบ เป็นต้น²³⁴

สรุปสาระสำคัญของบทบัญญัติประมวลกฎหมายอาญามาตรา 301-305 มีดังนี้²³⁵

- 1.กฎหมายลงโทษหญิงที่ทำแท้งตนเองหรือยอมให้ผู้อื่นทำแท้งให้ตนเอง
- 2.ผู้ทำแท้งให้หญิงแม้หญิงนั้นยินยอมก็มีความผิด ถ้าหญิงนั้นไม่ยินยอมความผิดนั้นก็จะมิโทษสูงขึ้น
- 3.การพยายามทำแท้ง หมายถึง ลงมือทำแล้วแต่ยังไม่เสร็จ หรือทำเสร็จแล้วแต่เด็กไม่แท้ง กรณีเช่นนี้กฎหมายไม่เอาโทษ
- 4.แพทย์สามารถทำแท้งได้โดยไม่มี ความผิด ถ้าการทำแท้งเข้าเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดคือเพื่อสุขภาพของหญิง และจะต้องเป็นกรณีที่เป็นอันตรายแก่ชีวิตของหญิงด้วย หากมิใช่กรณีที่จะ

²³³ ปาริชาติ พันธุ์พานิช. เหตุทำแท้งได้โดยชอบด้วยกฎหมาย. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ หน้า 1

²³⁴ วิรุจน์ คุณกิตติ.เอกสารประกอบการสอนวิชา 371 511 นิติเวชศาสตร์ เรื่องความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและเรื่องความผิดฐานทำให้แท้งลูก. หน้า 2

²³⁵ สุวงศ์ ศาสตราวาท. กฎหมายการแพทย์และสาธารณสุข. หน้า 53.

เป็นอันตรายแก่ชีวิตของหญิงยอมไม่ตรงกับความมุ่งหมายของกฎหมาย หรือการตั้งครรภ์เกิดจากการกระทำผิดกฎหมายอาญา ส่วนกรณีที่แพทย์ตรวจพบว่าทารกในครรภ์มีปัญหาสุขภาพหรือความพิการ เนื่องจากเทคโนโลยีทางการแพทย์ปัจจุบันสามารถตรวจพบปัญหาสุขภาพหรือความพิการของทารกตั้งแต่อยู่ในครรภ์ได้ ในกรณีนี้ถ้าหญิงตั้งครรภ์ต้องการทำแท้ง แพทย์ไม่สามารถทำแท้งให้แก่หญิงตั้งครรภ์ได้ ถ้าแพทย์กระทำอาจตกเป็นผู้ต้องหากระทำความผิดฐานทำให้แท้งลูกได้

ประมวลกฎหมายอาญาว่าด้วยความผิดฐานทำให้แท้งลูกมีช่องว่างดังนี้²³⁶

1.เป็นการยากที่จะพิสูจน์ว่าการทำแท้งนั้นเกิดขึ้นเอง หรือหญิงนั้นตั้งใจทำให้เกิดขึ้น หรือมีผู้อื่นมาทำให้เกิดการแท้ง เพราะการแท้งลูกเกิดจากมีผู้ทำให้แท้ง หรือแท้งเอง โดยไม่มีผู้ทำให้แท้ง ดังนั้นหากหญิงตั้งครรภ์อ้างว่า การแท้งเกิดขึ้นเองเนื่องจากการทำงานหนัก หรือการแท้งเกิดจากอุบัติเหตุ ย่อมจะพิสูจน์ได้ยาก²³⁷

2.การยกเว้นโทษสำหรับความพยายามที่จะทำแท้ง ในมาตรา 304 ที่บัญญัติยกเว้นโทษสำหรับการพยายามกระทำความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 301 และ มาตรา 302 ส่งผลให้การเอาผิดเป็นไปได้อย่างขึ้น เพราะแทบจะเป็นไปไม่ได้ที่จะหาหลักฐานว่ามีการทำแท้งบุตรอย่างแน่ชัด อย่างมากที่สุดที่จะตั้งข้อกล่าวหาได้คือพยายามทำแท้ง แต่ก็เป็นการยกเว้นความผิดตามกฎหมาย จึงทำให้การปราบปรามการทำแท้งโดยผิดกฎหมายทำได้ยากยิ่งขึ้น

3.เงื่อนไขที่ระบุไว้ในมาตรา 305 ซึ่งเปิดช่องให้แพทย์ทำแท้งให้แก่หญิงได้ก็มีปัญหาอย่างมากในการตีความและการปฏิบัติ จึงทำให้แพทย์ส่วนมากเสี่ยงต่อการต้องรับผิดตามกฎหมายในกรณีที่ตัดสินใจทำแท้งตามมาตรานี้

4.มาตรา 305 ไม่ได้กำหนดอายุครรภ์ที่สามารถทำแท้งไว้ ดังนั้นแพทย์สามารถทำแท้งได้ทุกระยะของการตั้งครรภ์เมื่อมีเหตุทำแท้งได้โดยไม่มีความคิด²³⁸ การที่กฎหมายไม่ได้บัญญัติเรื่องอายุครรภ์ที่สามารถทำแท้งได้ ถึงแม้ผู้กระทำแท้งจะเป็นแพทย์ หญิงตั้งครรภ์ที่ได้รับการทำแท้งก็มีโอกาสได้รับอันตรายจากการทำแท้งได้ถ้ากระทำแท้งในขณะที่อายุครรภ์มาก ซึ่งอันตรายจากการ

²³⁶ วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์. กฎหมายทำแท้ง : ข้อโต้แย้งที่ยังไม่ยุติ. หน้า 15.

²³⁷ อรสม สุทธิสาร. สนิมดอกไม้. พิมพ์ครั้งที่ 7. กรุงเทพมหานคร สำนักพิมพ์สารคดี 2544 หน้า 187

²³⁸ ปาริชาติ พันธุ์พานิช. เหตุทำแท้งได้โดยชอบด้วยกฎหมาย. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ หน้า 9

ทำแท้งจะเพิ่มมากขึ้นตามอายุครรภ์ที่เพิ่มขึ้น จึงแสดงให้เห็นว่ากฎหมายทำแท้งฉบับปัจจุบันไม่ได้คุ้มครองหญิงตั้งครรภ์ตามเจตนารมณ์ของการบัญญัติกฎหมายทำแท้ง

ผู้วิจัยยังมีข้อคิดเห็นเพิ่มเติมว่า นอกจากช่องว่างของประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 305 ดังกล่าวข้างต้นแล้ว มาตรา 305 ยังไม่ได้กำหนดสถานที่ทำแท้งไว้ เพื่อความปลอดภัยของหญิงตั้งครรภ์ที่ได้รับการทำแท้ง สถานที่ทำแท้งควรจะเป็นสถานที่ที่สะอาด ถูกสุขลักษณะ มีวัสดุ อุปกรณ์และเวชภัณฑ์ทางการแพทย์ที่พร้อมช่วยชีวิตหญิงตั้งครรภ์ได้ทันที เมื่อมีภาวะฉุกเฉิน เช่น หญิงตั้งครรภ์ที่ได้รับการทำแท้งอยู่ในภาวะสูญเสียเลือดมาก ซ็อก หรือหยุดหายใจ การที่กฎหมายไม่บัญญัติสถานที่ทำแท้งไว้นี้ อาจเปิดโอกาสให้แพทย์พาณิชย์ ใช้สถานที่ที่เป็นคลินิกส่วนตัว ซึ่งไม่มีวัสดุ อุปกรณ์และเวชภัณฑ์ทางการแพทย์ที่พร้อมช่วยชีวิตหญิงตั้งครรภ์ได้ทันที เมื่อมีภาวะฉุกเฉินทำแท้งให้กับหญิงตั้งครรภ์ เพื่อความปลอดภัยของหญิงตั้งครรภ์ที่ไปทำแท้ง สถานที่ที่เหมาะสมในการทำแท้งคือโรงพยาบาลของรัฐ หรือโรงพยาบาลของเอกชนที่ได้มาตรฐานผ่านการรับรองจากกระทรวงสาธารณสุข จึงแสดงให้เห็นว่ากฎหมายทำแท้งฉบับปัจจุบันไม่ได้คุ้มครองหญิงตั้งครรภ์ตามเจตนารมณ์ของการบัญญัติกฎหมายทำแท้ง

จะเห็นได้ว่ากฎหมายทำแท้งของประเทศไทย มีเจตนารมณ์ที่จะคุ้มครองทารกในครรภ์และเพื่อความปลอดภัยของหญิงตั้งครรภ์ กฎหมายทำแท้งของประเทศไทยตั้งแต่สมัยรัตนโกสินทร์ คือกฎหมายตราสามดวง เป็นกฎหมายที่เข้มงวด ห้ามทำแท้งในทุกกรณี เนื่องจากการทำแท้งเป็นเรื่องที่อันตราย ความรู้ทางการแพทย์ยังไม่เจริญก้าวหน้า กฎหมายจึงห้ามทำแท้งเพื่อความปลอดภัยในชีวิตของหญิงตั้งครรภ์ กฎหมายทำแท้งของประเทศไทยฉบับต่อมาคือ ร่างพระราชบัญญัติกำหนดพระราชอาญาจำ ร.ศ.115 ร่างพระราชกำหนดประทุษร้ายต่อร่างกายและชีวิตมนุษย์ ร.ศ.128 ซึ่งผ่อนคลายความเข้มงวดลง โดยมีบทบัญญัติยกเว้นความรับผิดชอบในกรณีเพื่อช่วยชีวิตมารดา แต่ร่างกฎหมายทั้งสองฉบับดังกล่าวไม่ได้ประกาศใช้เป็นกฎหมายด้วยเหตุผลบางประการ กฎหมายทำแท้งของประเทศไทยฉบับต่อมาคือ ประมวลกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 ซึ่งเป็นประมวลกฎหมายอาญาสมัยใหม่ฉบับแรกของประเทศไทย บัญญัติให้การทำแท้งเป็นความผิดทุกกรณี ยิ่งบุคคลที่กระทำเป็นแพทย์จะได้รับโทษหนักกว่าบุคคลทั่วไป กฎหมายทำแท้งของประเทศไทยที่บังคับใช้ในปัจจุบันคือประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ.2500 ได้ผ่อนคลายความเข้มงวดลงตามสภาพเศรษฐกิจ สังคม วัฒนธรรมที่เปลี่ยนแปลงไป ได้บัญญัติให้การทำแท้งเป็นความผิดยกเว้นผู้ที่กระทำแท้งเป็นแพทย์อยู่ 2 กรณี คือเพื่อสุขภาพของหญิงนั้น หรือการตั้งครรภ์ที่เกิดจากการถูกข่มขืนกระทำชำเรา แต่ไม่ได้บัญญัติข้อยกเว้นความรับผิดชอบหรือข้อยกเว้นโทษในกรณีการทำแท้ง เพราะเหตุที่ทารกในครรภ์มีปัญหาสุขภาพหรือความพิการ ซึ่งเป็นเหตุแห่งความจำเป็นในการทำแท้งอีกเหตุหนึ่งของหญิงตั้งครรภ์ที่ตรวจพบว่าทารกในครรภ์มีปัญหาสุขภาพหรือความพิการ จึง

เห็นได้ว่ากฎหมายทำแท้งของประเทศไทยฉบับที่บังคับใช้ในปัจจุบันที่บังคับใช้มาเป็นระยะเวลา 59 ปีนั้นล้าสมัย ไม่เหมาะสมกับสภาพเศรษฐกิจ สังคม วัฒนธรรมและเทคโนโลยีทางการแพทย์ที่สามารถตรวจพบปัญหาสุขภาพหรือความพิการของทารกที่อยู่ในครรภ์มารดาได้ จึงเป็นเรื่องที่กฎหมายไม่ทันกับสภาพสังคม จนคนไม่ปฏิบัติตามกฎหมาย กฎหมายที่คนไม่เคารพ ไม่เป็นกฎหมายที่ดีอีกต่อไป จึงควรปรับปรุงแก้ไขโดยเพิ่มข้อยกเว้นความรับผิดชอบให้ครอบคลุมถึงกรณีทารกในครรภ์มีปัญหาสุขภาพหรือความพิการ ซึ่งเป็นเหตุจำเป็นอีกเหตุหนึ่งในการทำแท้งของหญิงตั้งครรภ์ จะเป็นการคุ้มครองชาติพันธุ์ เป็นการพัฒนาคุณภาพประชากรให้มีสุขภาพ ร่างกาย แข็งแรงสมบูรณ์

จากบทบัญญัติของกฎหมายเกี่ยวกับการทำแท้งของประเทศไทยดังที่กล่าวมาข้างต้น จะเห็นได้ว่า กฎหมายทำแท้งมีเจตนาที่จะคุ้มครองชีวิตทารกในครรภ์ และป้องกันหญิงตั้งครรภ์ไม่ให้ได้รับอันตรายจากการทำแท้งที่ไม่ถูกสุขลักษณะ นอกจากนี้บทบัญญัติของกฎหมายที่กำหนดอยู่ในแต่ละสมัยมักเป็นไปตามเงื่อนไข ความต้องการของสังคม หรือความเหมาะสมกับสภาพเศรษฐกิจ สังคม วัฒนธรรม และความเจริญก้าวหน้าของเทคโนโลยีทางการแพทย์ กฎหมายเกี่ยวกับการทำแท้งทุกฉบับตั้งแต่กฎหมายตราสามดวง ร่างพระราชบัญญัติกำหนดพระราชอำนาจ ร.ศ.115 ร่างพระราชกำหนดประทุษร้ายต่อร่างกายและชีวิตมนุษย์ ร.ศ.128 ประมวลกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 เป็นที่มาของกฎหมายทำแท้งฉบับปัจจุบัน คือ ประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ.2500 โดยกฎหมายทำแท้งของประเทศไทยได้มีการปรับปรุงแก้ไขให้เหมาะสมกับสภาพเศรษฐกิจ สังคม วัฒนธรรมที่ได้เปลี่ยนแปลงไป ดังจะเห็นได้จาก กฎหมายทำแท้งของประเทศไทยฉบับแรกได้แก่กฎหมายตราสามดวง ซึ่งบัญญัติให้หญิงตั้งครรภ์ห้ามทำแท้งโดยเด็ดขาด ไม่มีข้อยกเว้นความรับผิดชอบ มีเฉพาะข้อยกเว้นการลงโทษแก่หญิงที่ทำให้ตนเองแท้งลูก ร่างกฎหมายทำแท้งของประเทศไทยฉบับต่อมา ได้แก่ ร่างพระราชบัญญัติกำหนดพระราชอำนาจ (ร.ศ.115) และร่างพระราชกำหนดประทุษร้ายต่อร่างกายและชีวิตของมนุษย์ (ร.ศ.118) ได้เริ่มผ่อนคลายความเข้มงวดลงตามสภาพเศรษฐกิจ สังคม วัฒนธรรมที่เปลี่ยนแปลงไป โดยได้บัญญัติข้อยกเว้นความรับผิดชอบทางการแพทย์ไว้ด้วย ได้แก่ หญิงตั้งครรภ์สามารถทำแท้งได้ในกรณีเพื่อช่วยชีวิตหญิงตั้งครรภ์นั้น แต่ร่างกฎหมายทำแท้งสองฉบับดังกล่าวก็ไม่ได้ประกาศใช้เป็นกฎหมายเนื่องจากเหตุผลบางประการ กฎหมายทำแท้งของประเทศไทยฉบับต่อมาซึ่งเป็นประมวลกฎหมายอาญาฉบับแรกของประเทศไทย ได้แก่ ประมวลกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 ไม่มีบทบัญญัติข้อยกเว้นความรับผิดชอบทางการแพทย์ แต่กลับกำหนดบทลงโทษผู้ที่กระทำให้หนักขึ้นกรณีที่ผู้กระทำให้แท้งเป็นแพทย์ มีเฉพาะข้อยกเว้นการลงโทษกรณีพยายามทำแท้งและหญิงตั้งครรภ์นั้นยินยอม อาจเป็นเพราะรัฐบาลไทยในขณะนั้นมีนโยบายเพิ่มจำนวนประชากรของประเทศ จึงห้ามหญิงตั้งครรภ์ทำแท้งโดยเด็ดขาด กฎหมายทำ

แห่งของประเทศไทยในปัจจุบัน ได้แก่ ประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ.2500 ได้ผ่อนคลายความเข้มงวดลง โดยบัญญัติข้อยกเว้นความรับผิดไว้ในมาตรา 305 ด้วยเหตุผลทางการแพทย์ ถือเป็นจำเป็นเพื่อสุขภาพของหญิง หรือ เหตุผลทางกฎหมาย คือการตั้งครรภ์ของหญิงเกิดจากความผิดทางเพศ ถึงแม้ประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ.2500 จะผ่อนความเข้มงวดลงโดย บัญญัติข้อยกเว้นความรับผิดไว้ในมาตรา 305 แต่บทบัญญัติข้อยกเว้นความรับผิดดังกล่าวก็ยังไม่เพียงพอกับเหตุแห่งความจำเป็นในการที่หญิงตั้งครรภ์ต้องการทำแท้ง โดยเฉพาะกรณีที่ทารกในครรภ์มีปัญหาสุขภาพหรือความพิการ การที่บทบัญญัติข้อยกเว้นความรับผิดของกฎหมายไม่ครอบคลุมเหตุแห่งความจำเป็นที่หญิงตั้งครรภ์ต้องการทำแท้งทั้งหมดนั้น เนื่องจากนโยบายของรัฐบาลในสมัยนั้นต้องการเพิ่มจำนวนประชากรของประเทศซึ่งถือว่าเป็นกำลังส่วนหนึ่งของประเทศชาติ จึงส่งเสริมการตั้งครรภ์ นอกจากนี้กฎหมายเกี่ยวกับการทำแท้งฉบับปัจจุบันดังกล่าว ยังได้รับอิทธิพลจากจากนักกฎหมายของประเทศฝรั่งเศส ที่นับถือศาสนาคริสต์ ซึ่งในทฤษฎีของศาสนาคริสต์ นั้นห้ามทำแท้งโดยเด็ดขาด เนื่องจากมองว่าการทำแท้งเป็นการฆ่ามนุษย์ จึงเป็นบาปและทารกในครรภ์มีสิทธิที่จะมีชีวิต นอกจากนี้ในขณะที่ร่างประมวลกฎหมายอาญา ดังนั้นบทบัญญัติข้อยกเว้นความรับผิดเกี่ยวกับการทำแท้งจึงมีอยู่เพียง 2 กรณี คือกรณีที่หญิงตั้งครรภ์มีปัญหาสุขภาพ หรือหญิงตั้งครรภ์เนื่องจากการกระทำความผิดอาญา ได้แก่ การถูกข่มขืนกระทำชำเรา ทั้งหญิงนั้นยินยอม หรือใช้กำลังประทุษร้าย ไม่มีข้อบัญญัติข้อยกเว้นความรับผิดของการทำแท้งครอบคลุมถึงกรณีที่หญิงตั้งครรภ์ตรวจพบว่าทารกในครรภ์มีปัญหาสุขภาพหรือความพิการ ในขณะที่เทคโนโลยีและวิทยาศาสตร์ทางการแพทย์ได้เจริญก้าวหน้าไปอย่างรวดเร็ว แพทย์สามารถทราบล่วงหน้าว่าทารกในครรภ์มีปัญหาสุขภาพหรือความพิการหรือไม่ เนื่องจากทารกในครรภ์ปฏิสนธิขึ้นมาในขณะที่หญิงตั้งครรภ์เป็นโรคหัดเยอรมัน ดิเคอเซียโอวี หรือทารกในครรภ์เป็นโรคดาวน์ซินโดรม นอกจากนี้กฎหมายทำแท้งของประเทศไทยยังไม่ได้บัญญัติถึงอายุครรภ์ของหญิงตั้งครรภ์ในขณะที่ทำแท้ง และไม่ได้บัญญัติถึงสถานที่ทำแท้งไว้ด้วย จึงทำให้กฎหมายทำแท้งของประเทศไทยในปัจจุบันล้าสมัย ไม่เหมาะสมกับสภาพเศรษฐกิจ สังคม วัฒนธรรม ความเจริญก้าวหน้าของเทคโนโลยีทางการแพทย์ รวมทั้งความปลอดภัยของหญิงตั้งครรภ์ที่ต้องทำแท้ง

ปัจจุบันนโยบายเกี่ยวกับประชากรของประเทศกำลังพัฒนาซึ่งรวมถึงประเทศไทย มีนโยบายควบคุมจำนวนประชากร²³⁹ โดยลดอัตราการเกิด จึงส่งเสริมให้ประชากรคุมกำเนิดโดยวิธีการต่างๆ ทั้งการคุมกำเนิดแบบชั่วคราว ได้แก่ การรับประทานยาคุมกำเนิด การฉีดยาคุมกำเนิด

²³⁹ มยรี ดำรงเชื้อ. *บนทางแยก*. หน้า 24

การฝังยาคุมกำเนิด การใส่ห่วงอนามัย การใช้ถุงยางอนามัย และการคุมกำเนิดแบบถาวร ได้แก่ การทำหมันหญิง และการทำหมันชาย เป็นต้น

กฎหมายทำแท้งของประเทศไทยซึ่งบังคับใช้มาเป็นระยะเวลาถึง 59 ปี นอกจากไม่ได้ช่วยลดอัตราการทำแท้งผิดกฎหมายแล้ว ยังเป็นการผลักดันให้หญิงตั้งครรภ์ที่มีเหตุจำเป็นต้องทำแท้งที่ไม่อยู่ในข้อยกเว้นความรับผิดชอบในประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ.2500 มาตรา 305 แล้ว ต้องไปทำแท้งที่ผิดกฎหมาย เกิดภาวะแทรกซ้อนที่รุนแรงเป็นอันตรายต่อร่างกายและชีวิต ดังนั้นการแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ.2500 มาตรา 305 ให้มีข้อยกเว้นความรับผิดชอบให้ครอบคลุมถึงเหตุแห่งความจำเป็นที่หญิงตั้งครรภ์ต้องไปทำแท้งจะเป็นการช่วยลดภาวะแทรกซ้อนที่รุนแรงเป็นอันตรายต่อร่างกายและชีวิตจากการไปทำแท้งผิดกฎหมาย จึงเป็นผลดีต่อตัวหญิงตั้งครรภ์และเป็นผลดีต่อรัฐที่ไม่ต้องมาเสียงบประมาณในการรักษาหญิงตั้งครรภ์ที่เจ็บป่วยจากภาวะแทรกซ้อนจากการทำแท้งผิดกฎหมาย

1.6 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 15 ได้บัญญัติวางหลักเกณฑ์การเริ่มสภาพบุคคลไว้ว่า สภาพบุคคลย่อมเริ่มเมื่อแรกคลอดแล้วอยู่รอดเป็นทารกและสิ้นสุดลงเมื่อตาย วรรคสอง ทารกในครรภ์มารดาก็สามารถมีสิทธิต่างๆ ได้ หากว่าภายหลังคลอดแล้วอยู่รอดเป็นทารก²⁴⁰ ซึ่งสภาพบุคคล คือภาวะหรือความสามารถในการเป็นผู้ทรงสิทธิตามกฎหมาย ถือเป็นสมรรถภาพรู้การแสดงบทบาท หรือมีพฤติกรรมได้อย่างมนุษย์ทั่วไปเป็นเกณฑ์²⁴¹ สภาพบุคคลจะบอกถึงสิทธิหน้าที่ของบุคคลนั้น

จากบทบัญญัติของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 15 การเริ่มสภาพบุคคลประกอบด้วยหลักเกณฑ์ 2 ประการคือ

1.การคลอด

การคลอด หมายถึง การที่ทารกคลอดพ้นช่องคลอดของมารดาออกมาหมดทั้งตัว รวมถึงการผ่าตัดเอาทารกออกทางหน้าท้องด้วย ซึ่งเป็นการคลอดสำเร็จเรียบร้อยบริบูรณ์แล้ว การคลอดเป็นจุดที่มีการเปลี่ยนแปลงสถานภาพของทารกในครรภ์หลายอย่าง คือเปลี่ยนจากการอยู่ในโลกส่วนตัวคือครรภ์มารดาออกมาสู่โลกส่วนรวมคือสังคม เปลี่ยนจากสถานที่ต้องขึ้นอยู่กับครรภ์มารดา เป็นชีวิตอิสระต่างหากจากมารดา ก่อนหน้าการคลอดนั้นทารกยังต้องใช้ครรภ์มารดาเป็นที่

²⁴⁰ นัยนา เกิดวิชัย. *ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1-6*. หน้า 17

²⁴¹ ปรีชา เพชรรงค์. ปัญหาจริยธรรมอันเนื่องกับการทำแท้ง. *วารสารอักษรศาสตร์* 11,1 (มกราคม 2522) หน้า 122

อาศัย และไม่สามารถมีพฤติกรรมเหมือนมนุษย์ทั่วไปได้ การกินอาหาร การหายใจและการจับถ้าย ก็ยังไม่มีด้วยตนเองเป็นอิสระ ตอนที่อยู่ในครรภ์นั้นยังไม่อาจมีใครเห็นทารกได้โดยไม่ต้องใช้เทคนิคทางวิทยาศาสตร์ ยังไม่อาจมีการอ้างถึงทารกด้วยสรรพนามอย่างเป็นทางการได้ และแม้แต่ การเปลี่ยนสถานภาพจากทารกมาเป็นเด็กอ่อนก็มีขึ้น โดยการคลอด และในทางกฎหมายก็ถือว่า สภาพบุคคลในทางกฎหมายจะเริ่มก็ต่อเมื่อคลอดแล้วอยู่รอดได้ ดังเช่นที่วรรคแรกของมาตรา 15 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทยบัญญัติไว้ว่า สภาพบุคคลย่อมเริ่มแต่เมื่อ คลอดแล้วอยู่รอดเป็นทารก และสิ้นสุดลงเมื่อตาย ดังนั้นทารกในครรภ์มารดาจึงยังไม่มีสภาพบุคคล และกฎหมายเกี่ยวกับบุคคลในประเทศต่างๆ ไปก็บัญญัติถึงการเริ่มสภาพบุคคลในทำนองเดียวกัน ดังนั้นการที่ทารกจะมีสิทธิใดๆ นั้น จะต้องมิสภาพบุคคลเสียก่อน คือคลอดออกมาแล้วอยู่รอดเป็น ทารก คือคลอดออกมาจากครรภ์มารดาหมดทั้งตัว และหายใจเสียก่อนจึงจะถือว่ามิสภาพบุคคล ถ้า ทารกยังอยู่ในครรภ์มารดาก็ยังไม่เริ่มสภาพบุคคล เพราะยังไม่คลอดออกมา ส่วนทารกในครรภ์นั้น จะมีสิทธิใดๆ นั้นจะต้องมิสภาพบุคคลเสียก่อน ซึ่งทารกในครรภ์อาจมีสิทธิใดๆ เกิดขึ้นได้ถ้าหาก คลอดแล้วมีชีวิตอยู่รอดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เมื่อการคลอดเป็นจุดที่มีการ เปลี่ยนแปลงสถานภาพอย่างชัดเจนและสำคัญ จึงควรถือเอาการคลอดเป็นจุดเริ่มของความเป็น มนุษย์อันสังคมจะต้องเคารพในคุณค่าชีวิต ก่อนหน้าการคลอดยังไม่มีความเป็นมนุษย์โดยสมบูรณ์ การทำแท้งจึงไม่เป็นการผิดจริยธรรมแต่อย่างใด

2. อยู่รอดเป็นทารก

การอยู่รอดเป็นทารก หมายถึง การหายใจ การร้อง การเต้นของหัวใจ การเต้นของสาย สะดือ และการเคลื่อนไหวของร่างกาย²⁴² การอยู่รอดเป็นพฤติกรรมประกอบการคลอดว่าเป็นบุคคล ตลอดไป

จากตัวบทประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 15 ทารกที่คลอดและอยู่รอดเป็นทารก เท่านั้นที่มีสภาพบุคคล ส่วนทารกที่อยู่ในครรภ์ยังไม่มิสภาพบุคคล

การที่กฎหมายยังถือว่าการทำแท้งเป็นอาชญากรรมนั้น ไม่ใช่เพราะกฎหมายถือว่าการทำ แท้งเป็นการฆ่ามนุษย์ แต่เป็นเพราะกฎหมายให้ความสำคัญต่อสิ่งที่จะพัฒนาขึ้นเป็นมนุษย์เท่านั้น เป็นเพียงนโยบายทางสังคมเพื่อความสงบเรียบร้อย ต้องการแสดงให้เห็นว่าสังคมมีความห่วงใยและ รับผิดชอบต่อบุคคลในสังคม แม้ในกรณีของสิ่งที่จะพัฒนาขึ้นเป็นมนุษย์ได้ เมื่อสังคมเปลี่ยนแปลง ไป นโยบายของสังคมก็ควรจะต้องเปลี่ยนแปลงไปด้วย การที่มีการคิดกันว่าทารกในครรภ์เป็น

²⁴² วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์. “การเกิดและการตาย”. หน้า 55

มนุษย์อันมีสิทธิในชีวิตโดยสมบูรณ์แล้วนั้น เป็นเพราะสัญญาชาติญาณทางศีลธรรม ซึ่งก่อตัวขึ้นเพราะอิทธิพลของความเชื่อทางศาสนาเท่านั้น

สภาพบุคคลคือ ภาวะหรือความสามารถในการเป็นผู้ทรงสิทธิตามกฎหมาย ดังนั้นสภาพบุคคลจึงเป็นสิ่งที่กำหนดถึงสิทธิและหน้าที่ของบุคคลนั้นๆ รวมทั้งเป็นการกำหนดระยะเวลาว่าบุคคลจะมีสิทธิได้ตั้งแต่เมื่อใด เนื่องจากสิทธิของบุคคลจะมีขึ้นตั้งแต่คลอดออกมาจากครรภ์มารดาแล้วมีชีวิตอยู่รอด ในทางกฎหมาย การมีชีวิตอยู่รอดเป็นทารกนั้น หมายถึงมีการหายใจ²⁴³ ส่วนทางการแพทย์ การมีชีวิตอยู่รอดเป็นทารกนั้น หมายถึง มีการหายใจ มีการร้อง การเต้นของหัวใจ มีการเต้นของสายสะดือ และมีการเคลื่อนไหวของร่างกาย

จากตัวบทประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 15 ดังที่กล่าวมาข้างต้นแสดงให้เห็นว่าทารกที่คลอดแล้วอยู่รอดเท่านั้นจึงจะมีสภาพบุคคล เมื่อทารกมีสภาพบุคคล ทารกจึงจะมีสิทธิใดๆ ส่วนทารกในครรภ์ยังไม่มีสภาพบุคคล ดังนั้นทารกในครรภ์จึงยังไม่มีสิทธิใดๆ

1.7 คำพิพากษาของศาลชั้นต้น

1.7.1 คำพิพากษาของศาลชั้นต้นเกี่ยวกับทารกในครรภ์พิการ

ปกติทั่วไป มักไม่นำคำพิพากษาของศาลชั้นต้นมากล่าวในวิทยานิพนธ์ แต่ที่ผู้วิจัยนำคำพิพากษาของศาลชั้นต้นเกี่ยวกับทารกในครรภ์พิการที่มากล่าวในที่นี้ เพื่อชี้ให้เห็นว่าเหตุผลที่หญิงตั้งครรภ์ ที่ทารกในครรภ์มีปัญหาสุขภาพหรือความพิการควรมีสิทธิทำแท้ง โดยมีรายละเอียดดังนี้²⁴⁴

วันที่ 25 ธันวาคม พ.ศ. 2552 ศาลตั้งโรงพยาบาลจ่าย 12 ล้านให้โจทก์พร้อมดอกเบี้ยร้อยละ 7.5 คดีบุตรพิการขณะเป็นทารกในครรภ์ โดยแพทย์ไม่อธิบายและแจ้งให้ครอบครัวผู้เสียหายทราบแต่ปล่อยให้ตั้งท้องลูกพิการ ศาลพิเคราะห์แล้วเห็นว่ามีความจำเป็นต้องวินิจฉัยว่าจำเลยที่ 2-3 มีการกระทำละเมิดต่อโจทก์หรือไม่ เห็นว่ามูลเหตุที่โจทก์นำคดีมาฟ้องนั้น มาจากการอัลตราซาวนด์ที่จำเลยที่ 2-3 ไม่ได้ตรวจดูถึงความพิการของน้อง ช. โจทก์ที่ 2 ขณะอยู่ในครรภ์ ทั้งที่จำเลย 2-3 ต้องบอกกล่าวให้โจทก์ทราบ เมื่อวันที่ 9 พฤษภาคม 2549 ขณะที่โจทก์ตั้งครรภ์ได้ 4-5 เดือน จำเลยที่ 2 ส่งตัวโจทก์ไปให้จำเลยที่ 3 ตรวจอัลตราซาวนด์ ใช้เวลาตรวจนาน 5-10 นาที จำเลย

²⁴³ เพียงจิต ดันดิจรัส วโรคม. สิทธิเสรีภาพในการทำแท้งของหญิง. หน้า 31

²⁴⁴ จูติมา สุนทรสัง. การฟ้องร้องคดีที่พบข้อบกพร่องในการตั้งครรภ์ที่ซับซ้อน. คลอด. ในวินิลย์ เรื่องชัชนิคม บุญศรี จันทร์รัชกุล ปัทมา พรหมสนธิ ต้องดา นันทโกมล จินดามาศ โกศลชื่นวิจิตร และสุมิตตา สว่างทุกข์. การดูแลภาวะแทรกซ้อนของการตั้งครรภ์แบบร่วมสมัย. กรุงเทพมหานคร: ยูเนี่ยนครีเอชั่น 2557 หน้า 211

ที่ 3 ระบุว่าบุตรในครรภ์สมบูรณ์ดีทุกประการ ก่อนส่งตัวโจทก์กลับไปพบกับจำเลยที่ 2 หลังจำเลยที่ 2 คูภาพอัลตราซาวนด์แล้วบอกแก่โจทก์ว่า ยินดีด้วยที่ได้บุตรชายและเด็กสมบูรณ์ดี หลังจากนั้นไม่มีการตรวจซ้ำอีก แต่ไปพบแพทย์เพื่อตรวจการเดินของหัวใจเท่านั้น จนกระทั่งบุตรคลอดออกมาแล้วมีความพิการ แขนขวาและขาทั้งสองข้างขาด ไม่มีเบ้าสะโพก ขณะที่จำเลยที่ 2 เบิกความว่า หลังการอัลตราซาวนด์ ได้แนะนำให้โจทก์กลับมาอัลตราซาวนด์ เพื่อดูความเจริญเติบโตของทารกในครรภ์อีกครั้ง แต่โจทก์ไม่ทำ ส่วนจำเลยที่ 3 เบิกความว่า ได้รับมอบหมายให้ตรวจอัลตราซาวนด์ในระดับที่ 1 พบว่ามีการเจริญเติบโตตามปกติ ศาลเห็นว่าจากการบันทึกเวชระเบียนของโจทก์ตั้งแต่วันที่ 20 กุมภาพันธ์ 2549 จนกระทั่งคลอดบุตร ไม่ปรากฏว่ามีการระบุให้โจทก์กลับมาอัลตราซาวนด์ซ้ำ รวมถึงไม่ระบุถึงความพิการของทารกในครรภ์ ฟังได้ว่าจำเลยที่ 2 ไม่เคยอธิบายถึงผลดีผลเสียของบุตรในครรภ์ให้โจทก์ทราบ ดังนั้น โจทก์จึงไม่ทราบถึงความพิการของทารกในครรภ์ ทั้งที่จำเลยที่ 2-3 ควรตรวจถึงความพิการของทารกในครรภ์ เพื่อแจ้งให้โจทก์มีสิทธิที่จะตัดสินใจว่าจะรักษาอย่างไรหรือจะรักษาหรือไม่ ซึ่งแพทย์มีหน้าที่บอกอธิบายวิธีการรักษา โดยให้ผู้ป่วยรับทราบและยินยอม การกระทำของจำเลยที่ 2-3 จึงต้องรับผิดชอบประมาทเลินเล่อ ละเว้นหน้าที่ที่ต้องระวัง จำเลยที่ 2-3 ทำละเมิดต่อโจทก์ทั้งสอง อีกทั้งการยุติครรภ์ในกรณีที่ไม่ขัดต่อศีลธรรมสามารถทำได้ตามมติของแพทยสภา ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับตัวผู้ป่วยและคำแนะนำของแพทย์ และจำเลยที่ 1 ต้องร่วมรับผิดชอบกับจำเลยที่ 2-3 ด้วยในฐานะเป็นคู่สัญญากับโจทก์โดยตรง

จากคำพิพากษาของศาลชั้นต้นดังกล่าวข้างต้นถึงแม้คดียังไม่สิ้นสุดในชั้นของศาลฎีกาเนื่องจากโจทก์กำลังตัดสินใจว่าจะอุทธรณ์ต่อหรือไม่ แต่ก็แสดงให้เห็นว่า การที่ทารกในครรภ์มีความพิการนั้นแล้วปล่อยให้หญิงตั้งครรภ์ ตั้งครรภ์ต่อไปจนกระทั่งครบกำหนดคลอด เมื่อคลอดออกมาทารกมีสภาพพิการ จึงเป็นภาระของมารดาและสมาชิกในครอบครัวในการเลี้ยงดูเด็กพิการ นอกจากนี้ยังส่งผลให้เด็กพิการต้องดำรงชีวิตอย่างทนทุกข์ทรมานเนื่องมาจากความพิการ จึงเป็นการละเมิดต่อสิทธิของหญิงตั้งครรภ์ในขณะนั้นในการที่จะยุติการตั้งครรภ์โดยการทำแท้ง เพื่อที่จะได้ไม่ต้องมาแบกรับภาระเลี้ยงดูเด็กพิการ และยังเป็นภาระละเมิดต่อเด็กพิการ ที่ไม่มีสิทธิที่จะดำรงชีวิตอยู่อย่างเด็กปกติ

1.8 คำพิพากษาของศาลฎีกา

1.8.1 คำพิพากษาของศาลฎีกาเกี่ยวกับความหมายของการแท้งลูกตามกฎหมาย

ความหมายของการแทงลูกตามกฎหมาย ตามคำพิพากษาฎีกาที่ 357/2486
มีรายละเอียด ดังนี้²⁴⁵

ผู้ถูกรีดลูกยินยอมแต่ตาย เพราะผู้รีดลูกทำรุนแรง เป็นเหตุให้ผู้ถูกรีดลูกตาย ศาล
ลงโทษฐานฆ่าคนตายโดยไม่เจตนา ซึ่งเป็นเรื่องของการลงโทษหนักขึ้น เพราะผลตามธรรมดาที่
เกิดมาจากการกระทำผิด แต่ศาลไม่ลงโทษฐานรีดลูก เพราะไม่ปรากฏข้อเท็จจริงว่าเด็กคลอด
ออกมา

ความหมายของการแทงลูกตามกฎหมาย ตามคำพิพากษาฎีกาที่ 757/2486 มี
รายละเอียด ดังนี้²⁴⁶

การทำแท้งนั้นต้องกระทำให้เด็กคลอดออกมา เมื่อจำเลยลงมือกระทำการรีด
ลูกให้หญิง แต่ลูกยังมีได้ออกมาตั้งที่จำเลยประสงค์ เพราะหญิงถึงแก่ความตายเสียก่อนที่จำเลยทำ
การรีดลูกได้สำเร็จ เมื่อเด็กยังไม่คลอดออกมา ศาลจึงไม่ลงโทษฐานรีดลูก และมีคำพิพากษาฐานฆ่า
โดยไม่เจตนา เพราะการใช้มือกดอกหญิงอย่างแรงและใช้เท้ากระแทบท้องจนหญิงช้ำตาเหลือก พุด
ไม่ได้ และถึงแก่ความตาย

ความหมายของการแทงลูกตามกฎหมาย ตามคำพิพากษาฎีกาที่ 677/2510 ซึ่ง
ตัดสินโดยมติที่ประชุมใหญ่ครั้งที่ 14/2510 มีรายละเอียดดังนี้²⁴⁷

การกระทำอันจะเป็นพินิจฐานทำร้ายผู้อื่นจนเป็นเหตุให้ผู้ถูกทำร้ายได้รับ
อันตรายถึงสาหัสถึงแทงลูกตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 297(5) นั้น จะต้องเป็นกรณี
ที่ทำให้ลูกในครรภ์ของผู้ถูกทำร้ายคลอดออกมาในลักษณะที่ลูกนั้นไม่มีชีวิต ส่วนการคลอดก่อน
กำหนดเวลาในลักษณะที่เด็กยังมีชีวิตอยู่ต่อมาอีก 8 วันแล้วจึงตาย ดังนี้ ไม่เป็นการทำให้ได้รับ
อันตรายสาหัสถึงแทงลูกตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 297(5)

จากคำพิพากษาฎีกาดังกล่าวข้างต้นแสดงให้เห็นว่า การแทงลูกนั้นหมายถึง
การที่ทารกในครรภ์คลอดออกมาในลักษณะที่ไม่มีชีวิตถ้าคลอดออกมาในลักษณะที่มีชีวิตแล้วมา

²⁴⁵ คำพิพากษาฎีกาที่ 357/2486 อ้างถึงใน เพ็ญจิต ตันติจรัสวโรดม, สิทธิเสรีภาพในการทำแท้งของหญิง, วิทยานิพนธ์
ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยรามคำแหง 2551 หน้า 26

²⁴⁶ คำพิพากษาฎีกาที่ 757/2487 อ้างถึงใน เพ็ญจิต ตันติจรัสวโรดม, สิทธิเสรีภาพในการทำแท้งของหญิง, วิทยานิพนธ์
ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยรามคำแหง 2551 หน้า 57

เสียชีวิตภายหลังนั้นไม่ใช่การแท้งลูกโดยไม่ได้คำนึงถึงอายุครรภ์ทั้งนี้ไม่ว่าอายุครรภ์เท่าใดก็ตาม ซึ่งสามารถนำคำพิพากษาดังกล่าวไปปรับใช้กับการทำให้แท้งลูกตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ.2500 มาตรา 301 ถึง มาตรา 305 ได้ เนื่องจากประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ.2500 ไม่ได้บัญญัติความหมายของการแท้งลูกไว้

1.8.2 คำพิพากษาของศาลฎีกาเกี่ยวกับความรับผิดของแพทย์ที่ทำแท้งโดยเห็นแก่สินจ้างรางวัล

ความรับผิดของแพทย์ที่ทำแท้งโดยเห็นแก่สินจ้างรางวัล ตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 566/2502 มีรายละเอียดดังนี้²⁴⁸

จำเลยเป็นนายแพทย์ทำการรีดลูกโดยเห็นแก่สินจ้างรางวัล เหตุเกิดขณะใช้กฎหมายลักษณะอาญา แต่ขณะศาลพิพากษานั้น มีประมวลกฎหมายอาญาใช้แล้ว จำเลยจึงมีผิดเพียงตามกฎหมายลักษณะอาญา ม.261 ส่วนที่โจทก์ขอให้ลงโทษทวีขึ้นอีก 1 ใน 3 ตามกฎหมายลักษณะอาญา ม.262 โดยจำเลยเป็นแพทย์และทำโดยเห็นแก่สินจ้างรางวัลนั้น กฎหมายที่ใช้ในการกระทำความผิดคือ ประมวลกฎหมายอาญา ไม่มีบัญญัติให้ลงโทษผู้กระทำความผิดฐานรีดลูกซึ่งเป็นแพทย์หรือเป็นคนทำโดยเห็นแก่สินจ้างรางวัลทวีขึ้นดังที่บัญญัติในกฎหมายลักษณะอาญา ม.262 จึงต้องใช้กฎหมายในส่วนที่เป็นคุณแก่จำเลยตามความใน ม.3 แห่งประมวลกฎหมายอาญา ไม่ลงโทษจำเลยทวีขึ้น

จากคำพิพากษาของศาลฎีกาดังกล่าวข้างต้น แสดงให้เห็นว่า การทำแท้งนั้นเป็นการทำให้ทารกในครรภ์ตายตั้งแต่อยู่ในครรภ์ หรือทารกคลอดออกมาแล้วอยู่ในสภาพที่ไม่มีชีวิต กรณีที่ทารกคลอดออกมาแล้วยังมีชีวิตแต่มาเสียชีวิตภายหลังไม่เรียกว่าการแท้ง

²⁴⁷ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 677/2510. สืบค้น 20 กุมภาพันธ์ 2559 จาก <http://www.deka.in.th/view-34388.html>

²⁴⁸ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 566/2502. สืบค้น 20 กุมภาพันธ์ 2559 จาก <http://www.deka.in.th/view-34388.html>

2. สิทธิที่ได้รับการคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

นับตั้งแต่มีการประกาศปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนในปี ค.ศ. 1948 เป็นต้นมา จึงเป็นเครื่องชี้ให้เห็นว่าควรให้ความสำคัญและปฏิบัติตามมาตรฐานสากลในเรื่องสิทธิมนุษยชน จึงส่งผลให้มีกฎหมายเพื่อคุ้มครองสิทธิมนุษยชนของประชาชนในแต่ละประเทศ ประเทศเสรี ประชาธิปไตย ต่างยึดมั่นในลัทธิปัจเจกชนนิยม (Individualism) นั้นหมายถึงมนุษย์ทุกคนเกิดมามีศักดิ์ศรีแห่งความเป็นมนุษย์ (Human dignity) ซึ่งมนุษย์สามารถกำหนดชะตากรรมของตนเองได้ด้วยตนเอง ดังนั้นรัฐธรรมนูญของประเทศเสรีประชาธิปไตยทุกประเทศ จึงได้บัญญัติรับรองสิทธิเสรีภาพในด้านต่างๆ ที่มนุษย์แต่ละคนจำเป็นต้องใช้ รวมเรียกว่าสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐาน (Fundamental rights and liberties) โดยยึดตามปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนของสหประชาชาติ ดังจะเห็นได้จากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พุทธศักราช 2475²⁴⁹ ได้บัญญัติสิทธิเสรีภาพของบุคคลไว้ในหมวดที่ 2 สิทธิและหน้าที่ของชนชาวสยาม มาตรา 14 ซึ่งมาตรา 14 บัญญัติไว้ว่า ภายในบังคับแห่งบทกฎหมาย บุคคลย่อมมีเสรีภาพโดยสมบูรณ์ในร่างกาย เคหสถาน ทรัพย์สิน การพูด การเขียน การโฆษณา การศึกษาอบรม การประชุมโดยเปิดเผย การตั้งสมาคม การอาชีพ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2489²⁵⁰ ได้บัญญัติสิทธิเสรีภาพของบุคคลไว้ในหมวดที่ 2 สิทธิและหน้าที่ของชนชาวไทย มาตรา 14 ซึ่งมาตรา 14 บัญญัติไว้ว่า ภายในบังคับแห่งบทกฎหมาย บุคคลย่อมมีเสรีภาพโดยสมบูรณ์ในร่างกาย เคหสถาน ทรัพย์สิน การพูด การเขียน การโฆษณา การศึกษาอบรม การชุมนุมสาธารณะ การตั้งสมาคม การตั้งพรรคการเมือง การอาชีพ ทั้งนี้ภายใต้บังคับแห่งบทกฎหมาย รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2492²⁵¹ ได้บัญญัติสิทธิเสรีภาพของบุคคลไว้ในหมวดที่ 3 สิทธิและหน้าที่ของชนชาวไทย มาตรา 31 ซึ่งมาตรา 31 บุคคลย่อมมีเสรีภาพบริบูรณ์ในร่างกาย รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช

²⁴⁹ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พุทธศักราช 2475. ค้นคืน 10 มกราคม 2559

http://www.parliament.go.th/ewtadmin/ewt/parliament_parcy/download/constitution/15-20061215133514_a2.pdf

²⁵⁰ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2489. ค้นคืน 10 มกราคม 2559

http://www.parliament.go.th/ewtadmin/ewt/parliament_parcy/download/constitution/15-20061215133126_a6.pdf

²⁵¹ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2492. ค้นคืน 10 มกราคม 2559

http://www.parliament.go.th/ewtadmin/ewt/parliament_parcy/download/constitution/15-20061215132535_a11.pdf

2517²⁵² ได้บัญญัติสิทธิ เสรีภาพของบุคคลไว้ในหมวดที่ 3 สิทธิและหน้าที่ของชนชาวไทย มาตรา 28 บุคคลย่อมมีสิทธิและเสรีภาพภายใต้บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน วรรคสอง การจำกัดสิทธิและเสรีภาพอันเป็นการฝ่าฝืนตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญจะกระทำมิได้ และมาตรา 33 บุคคลย่อมมีเสรีภาพในร่างกาย รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2521²⁵³ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2521 ได้บัญญัติสิทธิ เสรีภาพของบุคคลไว้ในหมวดที่ 3 สิทธิและหน้าที่ของชนชาวไทย มาตรา 28 บุคคลย่อมมีเสรีภาพในร่างกาย รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540²⁵⁴ 2540 ได้บัญญัติสิทธิ เสรีภาพของบุคคลไว้ในหมวด 1 บททั่วไป มาตรา 4 หมวด 3 สิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทย มาตรา 26 มาตรา 27 มาตรา 28 มาตรา 29 มาตรา 30 มาตรา 31 มาตรา 52 ซึ่งมีรายละเอียดดังนี้

มาตรา 4 สักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิและเสรีภาพของบุคคลย่อมได้รับความคุ้มครอง

มาตรา 26 บัญญัติไว้ว่า การใช้อำนาจขององค์กรของรัฐทุกองค์กร ต้องคำนึงถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ และเสรีภาพตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้

มาตรา 27 บัญญัติไว้ว่า บัญญัติไว้ว่า สิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญนี้รับรองไว้โดยชัดแจ้ง โดยปริยายหรือโดยคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ย่อมได้รับความคุ้มครองและผูกพันรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญ และหน่วยงานของรัฐ โดยตรงในการตรา กฎหมาย การใช้บังคับกฎหมาย และการตีความกฎหมายทั้งปวง

มาตรา 28 บัญญัติไว้ว่า บัญญัติไว้ว่า บุคคลย่อมอ้างศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์หรือใช้สิทธิและเสรีภาพของตนได้เท่าที่ไม่ละเมิดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอื่น ไม่เป็นปฏิปักษ์ต่อรัฐธรรมนูญ หรือไม่ขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน

บุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญนี้รับรองไว้ สามารถยกบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้เพื่อใช้สิทธิทางศาลหรือยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้ทางศาลได้

²⁵² รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517. ค้นคืน 10 มกราคม 2559

<http://www.kogthai.go.th/pdf/1322150870.pdf>

²⁵³ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2521. ค้นคืน 10 มกราคม 2559

http://www.parliament.go.th/ewtadmin/ewt/parliament_parncy/download/constitution/15-20061215114415_a22.pdf

²⁵⁴ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 . ค้นคืน 10 มกราคม 2559

<http://www.ratchakitcha.soc.go.th/DATA/PDF/2540/A/055/1.PDF>

มาตรา 29 บัญญัติไว้ว่า การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ จะกระทำมิได้ เว้นแต่อาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญนี้ กำหนดไว้และเท่าที่จำเป็น และจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพนั้นมิได้

ตามกฎหมายวรรคหนึ่งต้องมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป และไม่มุ่งหมายให้เป็นการใช้ บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง ทั้งต้องระบุบทบัญญัติแห่ง รัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายนั้นด้วย

บทบัญญัติในวรรคหนึ่งและวรรคสองให้นำมาใช้บังคับกับกฎที่ออกโดยอาศัยอำนาจ ตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายด้วยโดยอนุโลม

มาตรา 30 บัญญัติไว้ว่า บุคคลย่อมเสมอกันในกฎหมาย และได้รับความคุ้มครองตาม กฎหมายเท่าเทียมกัน ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน

การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องถิ่น กำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ ความพิการ สภาพทางกายหรือสุขภาพ หรือความคิดเห็นทางการเมืองอันไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ จะกระทำมิได้

มาตรการที่รัฐกำหนดขึ้นเพื่อขจัดอุปสรรคหรือส่งเสริมให้บุคคลสามารถใช้สิทธิและ เสรีภาพได้เช่นเดียวกับบุคคลอื่น ย่อมไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติตามวรรคสาม

มาตรา 31 บัญญัติไว้ว่า บุคคลย่อมมีสิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกาย

มาตรา 52 บัญญัติไว้ว่า บุคคลย่อมมีสิทธิเสมอกันในการรับบริการทางสาธารณสุขที่ เหมาะสมและได้มาตรฐาน และผู้ยากไร้มีสิทธิได้รับการรักษาพยาบาลจากสถานบริการสาธารณสุข ของรัฐโดยไม่เสียค่าใช้จ่าย ทั้งนี้ตามที่กฎหมายบัญญัติ

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มีบทบัญญัติอันทันสมัยในการ ส่งเสริมและปกป้องสิทธิมนุษยชน แต่ที่พบว่าอุปสรรคสำคัญคือ วัฒนธรรมแห่งสิทธิของคนไทยยัง อ่อนแอเกินกว่าที่จะทำให้สิทธิมนุษยชนได้รับการยอมรับในสังคมไทย วัฒนธรรมแห่งสิทธิยังเป็น เรื่องแปลกแยกและแปลกปลอม ดังนั้นกระบวนการต่อสู้เรื่องสิทธิมนุษยชนในสังคมไทยจึงต้อง เป็นเรื่องของการเปลี่ยนวิถีคิดหรือเปลี่ยนกระบวนการทัศน์²⁵⁵ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549²⁵⁶ ร่างขึ้น โดยคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตย

²⁵⁵ สุรสม กฤษณะจุฑา, ธวัช มณีผ่อง, สันติพงษ์ ช้างเผือก, อุ่นใจ เขียมบูรณะกุล และรัชนิ นิลจันทร์. บรรณาธิการ. *สิทธิ สุขภาพ สิทธิมนุษยชน*. หน้า 84

²⁵⁶ *รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550*. ค้นคืน 10 มกราคม 2559 จาก <http://www.mua.go.th/users/he-commission/doc/law/Constitution2550.pdf>

อันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ภายหลังจากอำนาจการปกครอง โดยได้กำหนดถึงสิทธิ เสรีภาพ ความเสมอภาคและศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ไว้ในมาตรา 3 ของรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวว่า ภายใต้อำนาจของรัฐธรรมนูญนี้ ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพและความเสมอภาค บรรดาที่ชนชาวไทยเคยได้รับการคุ้มครองตามประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข และตามพันธกรณีแห่งประเทศที่ประเทศไทยมีอยู่แล้ว ย่อมได้รับการคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญนี้ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550²⁵⁷ ได้บัญญัติสิทธิ เสรีภาพของบุคคลไว้ใน หมวด 3 สิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทย ส่วนที่ 1 บททั่วไป มาตรา 26 มาตรา 27 มาตรา 28 มาตรา 29 ส่วนที่ 2 ความเสมอภาค มาตรา 30 ส่วนที่ 3 สิทธิและเสรีภาพส่วนบุคคล มาตรา 32 ส่วนที่ 9 สิทธิได้รับบริการสาธารณสุขและสวัสดิการจากรัฐ มาตรา 51 มาตรา 52 ซึ่งมีรายละเอียดดังนี้

มาตรา 26 บัญญัติไว้ว่า การใช้อำนาจขององค์กรของรัฐทุกองค์กร ต้องคำนึงถึงศักดิ์ศรี ความเป็นมนุษย์ สิทธิ และเสรีภาพตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้

มาตรา 27 บัญญัติไว้ว่า สิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญนี้รับรองไว้โดยชัดแจ้ง โดยปริยายหรือโดยคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ย่อมได้รับความคุ้มครองและผูกพันรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญ และหน่วยงานของรัฐ โดยตรงในการตรา กฎหมาย การใช้บังคับกฎหมาย และการตีความกฎหมายทั้งปวง

มาตรา 28 บัญญัติไว้ว่า บุคคลย่อมอ้างศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์หรือใช้สิทธิและเสรีภาพของตนได้เท่าที่ไม่ละเมิดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอื่น ไม่เป็นปฏิปักษ์ต่อรัฐธรรมนูญ หรือไม่ขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน

บุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญนี้รับรองไว้ สามารถยกบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้เพื่อใช้สิทธิทางศาลหรือยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้ทางศาลได้

บุคคลย่อมสามารถใช้สิทธิทางศาลเพื่อบังคับให้รัฐต้องปฏิบัติตามบทบัญญัติในหมวดนี้ได้โดยตรง หากการใช้สิทธิและเสรีภาพในเรื่องใดมีกฎหมายบัญญัติรายละเอียดแห่งการใช้สิทธิและเสรีภาพตามที่รัฐธรรมนูญนี้รับรองไว้แล้ว ให้การใช้สิทธิและเสรีภาพในเรื่องนั้นเป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ

²⁵⁷ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557. ค้นคืน 10 มกราคม 2559

บุคคลย่อมมีสิทธิได้รับการส่งเสริม สนับสนุนและช่วยเหลือจากรัฐในการใช้สิทธิตามความในหมวดนี้

มาตรา 29 บัญญัติไว้ว่า การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ จะกระทำมิได้ เว้นแต่อาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญนี้ กำหนดไว้และเท่าที่จำเป็น และจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพนั้นมิได้

ตามกฎหมายวรรคหนึ่งต้องมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป และไม่มุ่งหมายให้เป็นการใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง ทั้งต้องระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายนั้นด้วย

บทบัญญัติในวรรคหนึ่งและวรรคสองให้นำมาใช้บังคับกับกฎหมายที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายด้วยโดยอนุโลม

มาตรา 30 บัญญัติไว้ว่า บุคคลย่อมเสมอกันในกฎหมาย และได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน

การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ ความพิการ สภาพทางกายหรือสุขภาพ หรือความคิดเห็นทางการเมืองอันไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ จะกระทำมิได้

มาตรการที่รัฐกำหนดขึ้นเพื่อขจัดอุปสรรคหรือส่งเสริมให้บุคคลสามารถใช้สิทธิและเสรีภาพได้เช่นเดียวกับบุคคลอื่น ย่อมไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติตามวรรคสาม

มาตรา 32 บัญญัติไว้ว่า บุคคลย่อมมีสิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกาย

มาตรา 51 บัญญัติไว้ว่า บุคคลย่อมมีสิทธิเสมอกันในการรับบริการทางสาธารณสุขที่เหมาะสมและได้มาตรฐาน และผู้ยากไร้มีสิทธิได้รับการรักษาพยาบาลจากสถานบริการสาธารณสุขของรัฐโดยไม่เสียค่าใช้จ่าย

และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ. 2557²⁵⁸ ได้บัญญัติสิทธิเสรีภาพของบุคคลไว้ใน มาตรา 4 บัญญัติไว้ว่า ภายใต้บังคับบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้ ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพและความเสมอภาค บรรดาที่ชนชาวไทยเคยได้รับการคุ้มครองตามประเพณีการปกครองประเทศไทย ในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข และตามพันธกรณีระหว่างประเทศที่ประเทศไทยมีอยู่แล้ว ย่อมได้รับการคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญนี้

²⁵⁸ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557. ค้นคืน 10 มกราคม 2559

จะเห็นได้ว่าจากบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พุทธศักราช 2475 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2489 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2492 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2521 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ. 2557 ที่ได้บัญญัติรับรองสิทธิเสรีภาพและความเสมอภาคของประชาชนชาวไทยไว้ว่า บุคคลมีสิทธิ เสรีภาพในชีวิต และร่างกาย และบุคคลมีสิทธิที่จะได้รับการบริการสาธารณสุขที่เหมาะสมและได้มาตรฐาน ซึ่งสิทธิดังกล่าวจะได้รับความคุ้มครองตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ ซึ่งรัฐธรรมนูญของประเทศที่ปกครองด้วยระบอบประชาธิปไตยจะต้องมีบทบัญญัติที่รับรองและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลไว้ เพื่อให้แต่ละบุคคลสามารถใช้สิทธิเสรีภาพในด้านต่างๆ เพื่อกำหนดวิถีชีวิตของตนได้ ซึ่งรัฐจะมาจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนไม่ได้ ดังจะเห็นได้จากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2550 มาตรา 29 วรรคแรกที่บัญญัติไว้ว่าการจำกัดสิทธิ เสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญนี้กำหนดไว้และเท่าที่จำเป็นเท่านั้น และจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพนั้นมิได้ ด้วยเหตุนี้หากรัฐสภาได้ตรากฎหมายเพื่อไปจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรอง บทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นย่อมขัดต่อรัฐธรรมนูญ ดังนั้นหญิงตั้งครรภ์ที่ทารกในครรภ์มีปัญหาสุขภาพหรือความพิการ ในฐานะบุคคลจึงมีสิทธิในร่างกายของตนเองที่จะให้หรือไม่ให้ทารกในครรภ์ที่มีปัญหาสุขภาพหรือความพิการอาศัยอยู่ในร่างกายของตนเอง เมื่อหญิงตั้งครรภ์ที่ทารกในครรภ์มีปัญหาสุขภาพหรือความพิการ ไม่ต้องการให้ทารกดังกล่าวอาศัยอยู่ในร่างกายของตนเอง หญิงตั้งครรภ์ที่ทารกในครรภ์มีปัญหาสุขภาพหรือความพิการดังกล่าวก็มีสิทธิที่จะได้รับการทำแท้งที่ได้มาตรฐานและปลอดภัยจากแพทย์ที่ได้รับใบอนุญาตประกอบวิชาชีพเวชกรรมและกระทำภายในสถานพยาบาลของรัฐ การออกกฎหมายเพื่อมาจำกัดสิทธิในการทำแท้งของหญิงตั้งครรภ์ที่ทารกในครรภ์มีปัญหาสุขภาพหรือความพิการจึงเป็นการขัดต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย