

ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการทำแท้งในประเทศไทย

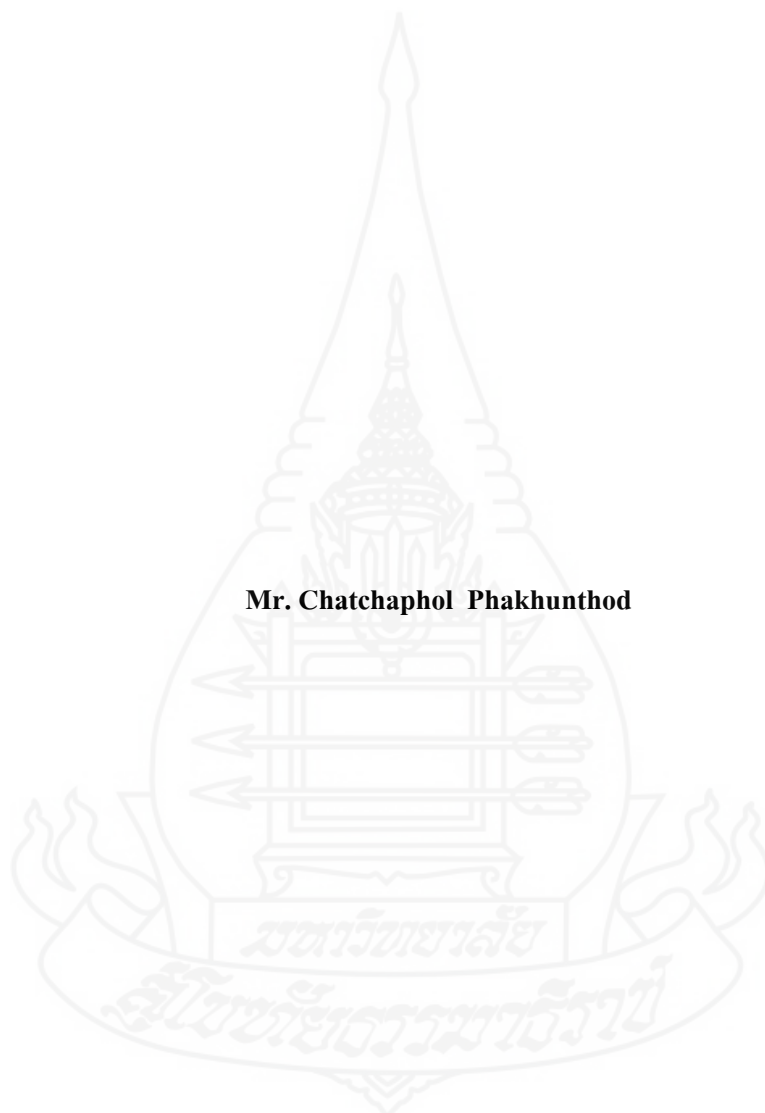


นายชัชพล พาขุนทด

การศึกษาค้นคว้าอิสระนี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต
วิชาเอกกฎหมายอาญาและกระบวนการยุติธรรม สาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช

พ.ศ. 2559

Legal Problems of Abortion in Thailand



Mr. Chatchaphol Phakhunthod

An Independent Study Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements for
the Degree of Master of Laws in Criminal Law and Criminal Justice

School of Law

Sukhothai Thammathirat Open University

2016

หัวข้อการศึกษาค้นคว้าอิสระ	ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการทำแท้งในประเทศไทย
ชื่อและนามสกุล	นายชัชพล พาชุนทด
วิชาเอก	กฎหมายอาญาและกระบวนการยุติธรรม
สาขาวิชา	นิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช
อาจารย์ที่ปรึกษา	รองศาสตราจารย์วิกรณ์ รักษ์ปวงชน

การศึกษาค้นคว้าอิสระนี้ ได้รับความเห็นชอบให้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษา
ตามหลักสูตรระดับปริญญาโท เมื่อวันที่ 23 พฤษภาคม 2560

คณะกรรมการสอบการศึกษาค้นคว้าอิสระ



ประธานกรรมการ

(รองศาสตราจารย์วิกรณ์ รักษ์ปวงชน)



กรรมการ

(รองศาสตราจารย์สุจินตนา ชุมวิสูตร)

(รองศาสตราจารย์ ดร. ภาณุมาศ ชัดเงางาม)

ประธานกรรมการประจำสาขาวิชานิติศาสตร์

ชื่อการศึกษา ค้นคว้าอิสระ ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการทำแท้งในประเทศไทย

ผู้ศึกษา นายชัชพล พาชุนทด รหัสนักศึกษา 2544002997 ปริญญา นิติศาสตรมหาบัณฑิต

อาจารย์ที่ปรึกษา รองศาสตราจารย์วิกรณ์ รัศมีปวงชน ปีการศึกษา 2559

บทคัดย่อ

การศึกษาค้นคว้าอิสระเรื่อง ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการทำแท้งในประเทศไทย มีวัตถุประสงค์ 1) เพื่อศึกษาหลักการ ความเป็นมา และแนวคิดเกี่ยวกับการทำแท้ง 2) เพื่อศึกษากฎหมายของประเทศไทยและกฎหมายของต่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับการทำแท้ง 3) เพื่อศึกษาปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการทำแท้ง 4) เพื่อเสนอแนวทางแก้ไขกฎหมายเกี่ยวกับการทำแท้งของประเทศไทย

การศึกษาค้นคว้าอิสระนี้เป็นการวิจัยเชิงคุณภาพด้วยวิธีการศึกษาทาง เอกสารทางวิชาการ ต่างๆ เช่น ตำรา หนังสือ บทบัญญัติกฎหมาย วิทยานิพนธ์ สารนิพนธ์ บทความวิชาการ คำพิพากษา ศาลฎีกา และข้อมูลจากอินเทอร์เน็ต

ผลการศึกษาพบว่า บทบัญญัติของกฎหมายในเรื่องเกี่ยวกับข้อยกเว้นของการทำแท้งของประเทศไทยนั้น ยังไม่มีความชัดเจนและครอบคลุมอย่างเพียงพอ ผู้ศึกษาเห็นว่าจะต้องให้มีการกำหนดเหตุในการยุติการตั้งครรภ์ให้มีความชัดเจน โดยเสนอให้มีการบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับการยุติการตั้งครรภ์ไว้เป็นการเฉพาะ การยุติการตั้งครรภ์ต้องกระทำใน โรงพยาบาลหรือหน่วยงานของรัฐ ที่ให้บริการรับผู้ป่วยไว้ค้างคืน หรือสถานพยาบาลเวชกรรมที่มีเตียงรับผู้ป่วยไว้ค้างคืนตามกฎหมายว่าด้วยสถานพยาบาล หรือ คลินิกเวชกรรมตามกฎหมายว่าด้วยสถานพยาบาลด้วยเหตุอย่างใดดังต่อไปนี้ คือ (1) เป็นการตั้งครรภ์ที่ก่อให้เกิดอันตราย ต่อชีวิตของหญิง (2) เป็นการตั้งครรภ์ที่ก่อให้เกิดอันตรายต่อสุขภาพร่างกายของหญิง (3) เป็นการตั้งครรภ์ที่ก่อให้เกิดอันตรายต่อสุขภาพจิตใจของหญิง (4) เป็นการตั้งครรภ์เนื่องจากการกระทำความผิดอาญาตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 276, มาตรา 277, มาตรา 282, มาตรา 283 หรือมาตรา 284 (5) ตรวจพบว่าหากทารกในครรภ์คลอดออกมาจะพิการทางร่างกาย หรือมีความผิดปกติทางจิตหรือเป็นพาหะนำโรคร้าย (6) มีเหตุสำคัญทางเศรษฐกิจ หรือสังคม (7) ตามการร้องขอของหญิงและต้องประกอบด้วยเงื่อนไขดังปรากฏตามบันทึกหลักการ และเหตุผลพร้อมร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยการยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ พ.ศ....ที่ได้เสนอมาพร้อมนี้

คำสำคัญ การทำแท้ง สุขภาพหญิง

Independent Study title: Legal Problems of Abortion in Thailand

Author: Mr. Chatchaphol Phakhunthod; **ID:** 2544002997; **Degree:** Master of Law;

Independent Study advisor: Wikorn Rukpuangchon, Associate Professor;

Academic year: 2016

Abstract

The objectives of this independent study is 1) to study principles, histories and concepts related to abortion, 2) to study Thai and International laws related to abortion 3) to study legal problems of abortion and 4) to suggest guidelines for solving legal problems of abortion principles in Thailand.

This independent study was a qualitative research carried out by documentary research on academics works i.e. text, book, law, thesis, dissertation, academic article, Supreme Court judgement and online data.

The study revealed that there was not clear enough for the exception of abortion in Thai laws. The researcher suggested that it should be showed the cause of the termination of pregnancy distinctly by stipulating causes for this special law. The termination of pregnancy should have been done in hospitals or related government agencies that received patients stay overnights or in medical clinics in accordance with Sanitorium Act as followings: (1) such pregnancy might cause danger for female life, (2), such pregnancy might cause danger for female physical health, (3) such pregnancy might cause danger for female mental health, (4) such pregnancy caused by criminal matter as stipulated in Section 276, Section 277, Section 282, Section 283 or Section 284, (5) if such pregnancy be detected that embryo in her womb might be physical disabled or had some mental disorder or be a carrier of dangerous diseases, (6) economic or social problems and (7) as requesting of the female party and should be comprised with conditions as shown in the record of memorandum and reason associated with the draft of The Termination of Pregnancy Act as suggested here.

Keywords: Abortion, Female life

กิตติกรรมประกาศ

การศึกษาค้นคว้าอิสระฉบับนี้ สำเร็จลงได้ด้วยความอนุเคราะห์อย่างยิ่งของท่าน รองศาสตราจารย์ภรณ์ รัศมีปวงชน ที่ได้กรุณาทั้งเวลา แรงกายแรงใจ ประสิทธิ์ประสาท ทุ่มเท อบรม สั่งสอน เสนอแนะ ค้นหาข้อมูล คำแนะนำ คำปรึกษา ข้อคิดเห็นต่าง ๆ ที่เป็นประโยชน์ ตรวจตรา แก้ไขให้ รายงานการศึกษาอิสระสมบูรณ์ยิ่งขึ้น ขอขอบพระคุณอย่างสูง

นอกจากนี้ผู้เขียนขอขอบพระคุณอย่างสูงต่อท่านรองศาสตราจารย์สุจินตนา ชุมวิสูตร ที่กรุณาให้เกียรติร่วมเป็นกรรมการสอบการศึกษาค้นคว้าอิสระนี้ ตลอดจนให้คำแนะนำที่เป็น ประโยชน์อย่างยิ่งแก่ผู้เขียน และการศึกษาค้นคว้าอิสระฉบับนี้

ขอขอบพระคุณอย่างสูงต่อครูบาอาจารย์ทุกท่านที่ประสิทธิ์ประสาทวิชามาจนทุกวันนี้ และขอขอบคุณ ท่านผู้ช่วยศาสตราจารย์พัชรินทร์ วิทยาเอนกนันท์ ในการช่วยเหลืออำนวยความสะดวกต่าง ๆ ในการให้คำแนะนำและเอกสารในการทำรายงานการศึกษาอิสระ เพื่อน ๆ ในชั้น เรียนทุกท่าน รวมถึงคุณเสนีย์ หวายทิพย์ ในการเป็นธุระในเรื่องการรับส่งผู้เขียนระหว่างติดต่อ ประสานงานกับทางมหาวิทยาลัย ตลอดจนถึงผู้มีพระคุณทุกท่านที่ไม่ได้ออกนามในที่นี้

สุดท้ายนี้ ข้าพเจ้าขอขอบความดี และขอขอบคุณบิดามารดาและครอบครัวของข้าพเจ้า ที่เป็นกำลังใจอย่างยอดเยี่ยมที่สุด ทำให้ข้าพเจ้าสำเร็จการศึกษาในครั้งนี้ หากการศึกษาค้นคว้าอิสระ ฉบับนี้มีประโยชน์ในด้านใดด้านหนึ่ง ผู้เขียนขอขอบให้เป็นกตเวทิตาแก่บุพการี คณาจารย์ ตลอดจนผู้มีพระคุณทุกท่านที่ไม่อาจเอ่ยนามได้ทั้งหมด ถ้าหากมีความบกพร่องประการใด ผู้เขียน ขอน้อมรับมา ณ โอกาสนี้

ชัชพล พานุนทด

พฤษภาคม 2560

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย.....	ง
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	จ
กิตติกรรมประกาศ.....	ฉ
บทที่ 1 บทนำ.....	1
1. ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา.....	1
2. วัตถุประสงค์ของการวิจัย.....	5
3. ขอบเขตของการวิจัย.....	6
4. วิธีการศึกษาวิจัย.....	6
5. ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับจากการวิจัย.....	6
บทที่ 2 ความหมาย หลักการ ความเป็นมาและแนวคิดเกี่ยวกับการทำแท้ง.....	7
1. ความหมายและลักษณะของการทำแท้ง.....	8
2. สาเหตุที่ก่อให้เกิดการทำแท้ง.....	11
2.1 สาเหตุจากสภาวะร่างกายของหญิงมีครรภ์และของทารกในครรภ์.....	12
2.2 สาเหตุจากสภาวะทางเศรษฐกิจและสังคม.....	14
3. ความเป็นมาของกฎหมายการทำแท้งในประเทศไทย16	
4. แนวคิดเกี่ยวกับการทำแท้ง.....	22
4.1 การทำแท้งกับศาสนา.....	22
4.1.1 ศาสนาพุทธกับการทำแท้ง.....	23
4.1.2 ศาสนาคริสต์กับการทำแท้ง.....	27
4.1.3 ศาสนาอิสลามกับการทำแท้ง.....	31
4.2 ด้านกฎหมาย.....	32

สารบัญ (ต่อ)

	หน้า
บทที่ 3 มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการทำแท้งในประเทศไทย และต่างประเทศ.....	37
1. มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการทำแท้งของประเทศไทย.....	37
1.1 มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการทำแท้งประมวลกฎหมายอาญา.....	38
1.2 มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการทำแท้งข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วย หลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับการยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ตามมาตรา 305 แห่งประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2548.....	48
2. มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการทำแท้ง ในต่างประเทศ.....	54
2.1 ประเทศอังกฤษ.....	55
2.2 ประเทศสหรัฐอเมริกา.....	60
2.3 ประเทศสหพันธรัฐเยอรมัน.....	64
3. เปรียบเทียบมาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการทำแท้ง ในประเทศไทยกับต่างประเทศ.....	70
บทที่ 4 วิเคราะห์ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการทำแท้งของประเทศไทย.....	78
1. ปัญหาเกี่ยวกับเหตุยุติการตั้งครรภ์.....	78
2. ปัญหาเกี่ยวกับการไม่มีบทนิยามศัพท์เกี่ยวกับการทำแท้ง ไว้โดยชัดแจ้ง.....	79
3. ปัญหาเกี่ยวกับการไม่มีกฎหมายเกี่ยวกับการทำแท้งไว้ เป็นการเฉพาะ.....	82
4. ปัญหาเกี่ยวกับการที่ไม่มีหน่วยงานหรือคณะกรรมการทำหน้าที่กำกับดูแล เกี่ยวกับเรื่องการทำแท้งไว้โดยตรง.....	84
บทที่ 5 บทสรุปและข้อเสนอแนะ.....	86
1. บทสรุป.....	86
2. ข้อเสนอแนะ.....	88
บรรณานุกรม.....	90
ภาคผนวก.....	97
ประวัติผู้ศึกษา.....	107

บทที่ 1

บทนำ

1. ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

การทำแท้งเป็นการยุติการตั้งครรภ์อันเป็นความผิดอาญาฐานทำให้แท้งลูกตามประมวลกฎหมายอาญา ขณะเดียวกันกฎหมายยอมให้มีการทำแท้งโดยไม่มี ความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 305 แต่จะกระทำได้เฉพาะกรณีแพทย์เป็นผู้กระทำให้หญิงแท้งลูก¹ ภายใต้ง่อนไขสองกรณีคือ กรณีที่มีความจำเป็นต้องกระทำให้หญิงแท้งลูกเนื่องจากสุขภาพของหญิงนั้นเอง หากปล่อยให้หญิงตั้งครรภ์ต่อไปจะก่อให้เกิดอันตรายต่อสุขภาพของหญิง และกรณีหญิงมีครรภ์เนื่องจากหญิงถูกข่มขืนกระทำชำเรา หรือถูกล่อลวงไปพาไปเพื่อการอนาจารอันเป็นการกระทำผิดอาญาตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276, มาตรา 277, มาตรา 282, มาตรา 283 หรือ มาตรา 284² อย่างไรก็ตามการยุติการตั้งครรภ์ตาม มาตรา 305 นี้ จะกระทำได้เมื่อหญิงมีครรภ์นั้นยินยอม³ และอายุครรภ์ไม่เกินสิบสองสัปดาห์⁴

¹ข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับกายุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ตาม มาตรา 305 แห่งประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ.2548 ข้อ 4 “แพทย์ผู้กระทำการยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ตามข้อบังคับนี้ ต้องเป็นผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมตามกฎหมาย”

²ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 305 บัญญัติว่า “ถ้าการกระทำ ความผิดดังกล่าวใน มาตรา 301 และ มาตรา 302 นั้น เป็นการกระทำของนายแพทย์และ

(1) จำเป็นต้องกระทำเนื่องจากสุขภาพของหญิงนั้น หรือ

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

³ข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับกายุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ตาม มาตรา 305 แห่งประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ.2548 ข้อ 3 “การยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ตาม มาตรา 305 แห่งประมวลกฎหมายอาญานั้น จะกระทำได้เมื่อหญิงตั้งครรภ์นั้นยินยอม”

⁴ข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับกายุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ตาม มาตรา 305 แห่งประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ.2548 ข้อ 7 (2) “การยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ตามข้อ 5 และข้อ 6 ต้องกระทำในสถานพยาบาลดังต่อไปนี้

(2) คลินิกเวชกรรมตามกฎหมายว่าด้วยสถานพยาบาล โดยสามารถปฏิบัติเกี่ยวกับการยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ที่อายุครรภ์ไม่ เกินสิบสองสัปดาห์”

ปัจจุบันสังคมไทยมีการเปลี่ยนแปลงอย่างมาก มีการรับเอาวัฒนธรรมของชาติตะวันตกเข้ามาอย่างกว้างขวางแต่เป็นการรับมาเพียงด้านพฤติกรรม ขาดการศึกษาความเป็นมาของวัฒนธรรมชาติตะวันตก ทำให้สังคมเปลี่ยนไปอย่างรวดเร็ว การเปลี่ยนแปลงดังกล่าวมีผลต่อสังคมทั้งในทางบวกและทางลบ ตัวอย่างเช่น มีการพัฒนาด้านเทคโนโลยีสารสนเทศ การสื่อสารระหว่างกันมีความสะดวกมากยิ่งขึ้น ความเจริญทางวัตถุเกิดขึ้นอย่างมากมายและกระจายเข้าสู่สังคมทุกพื้นที่อย่างกว้างขวาง และแพร่หลาย สิ่งที่ตามมาในสังคมได้แก่ มีแหล่งบันเทิงเพิ่มมากขึ้น มีสิ่งช่วยยู่ทางกามารมณ์ มีการแพร่หลายของยาเสพติด มีการย้ายถิ่นฐานของชาวบ้านนอกเมืองเข้าสู่เมือง สิ่งทีกล่าวมานี้ส่งผลกระทบต่อสถานภาพครอบครัว สถานภาพเศรษฐกิจของครอบครัว โดยเฉพาะอย่างยิ่งเกิดการตั้งครรภ์ไม่พึงประสงค์เพิ่มมากขึ้น ซึ่งการตั้งครรภ์ไม่พึงประสงค์อาจเกิดจากหญิงยังไม่ได้ทำการสมรส หรือหญิงตั้งครรภ์กับชายที่ไม่ใช่สามีของตน นอกจากนี้การตั้งครรภ์ยังเป็นอุปสรรคต่อการทำงาน และเป็นอุปสรรคต่อการศึกษา ดังนั้นหญิงมีครรภ์ไม่พึงประสงค์ส่วนใหญ่จึงมักหาทางยุติการตั้งครรภ์ด้วยการทำแท้ง แม้แต่ที่หญิงมีครรภ์ทั่วไปก็มีความประสงค์ยุติการตั้งครรภ์เช่นกัน หากแพทย์ตรวจพบในช่วงต้นของการตั้งครรภ์ว่าติดเชื้อร้ายแรง ทารกมีภาวะทางพันธุกรรมหรือพิการ ซึ่งแพทย์ไม่สามารถยุติการตั้งครรภ์ให้ได้ เนื่องจากข้อจำกัดทางกฎหมายทำให้หญิงมีครรภ์นั้นหาทางยุติการตั้งครรภ์ด้วยการทำแท้งเช่นเดียวกัน ประเทศไทยถือว่าการทำแท้งเป็นการกระทำความผิดอาญาตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 301⁵ มาตรา 302⁶ อย่างไรก็ตามก็ตีกฎหมายยอมให้มีการทำแท้งได้เฉพาะกรณีแพทย์ทำแท้งให้ดังที่กล่าวมาแล้วข้างต้น ข้อจำกัดทางกฎหมายดังกล่าวมีขอบเขตแคบเกินไปไม่สอดคล้องกับรายงานของสหประชาชาติที่กำหนดเหตุทำแท้งโดยชอบไว้ถึง 7 กรณีด้วยกัน⁷ ได้แก่

⁵ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 301 บัญญัติว่า หญิงใดทำให้ตนเองแท้งลูกหรือยอมให้ผู้อื่นทำให้ตนเองแท้งลูก ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

⁶ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 302 บัญญัติว่า ผู้ใดทำให้หญิงแท้งลูกโดยหญิงยินยอม ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ถ้าการกระทำนั้นเป็นเหตุให้หญิงรับอันตรายสาหัสอย่างอื่นด้วย ผู้กระทำต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินเจ็ดปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นสี่พันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ถ้าการกระทำนั้นเป็นเหตุให้หญิงถึงแก่ความตาย ผู้กระทำต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบปี และปรับไม่เกินสองหมื่นบาท

⁷ United Nations, World Abortion Policies 2011,

[<http://www.un.org/esa/population/publications/2011abortion/2011wallchart.pdf>], September 29 2015. สืบค้นเมื่อ 26 มีนาคม 2559. “Grounds on which abortion is permitted. Seven grounds on which abortion is permitted are distinguished, namely: (1) to save a woman’s life; (2) to preserve a woman’s physical health; (3) to preserve a woman’s mental health; (4) in case of rape or incest;

(1) เพื่อช่วยชีวิตหญิง (2) เพื่อรักษาสุขภาพร่างกายของหญิง (3) เพื่อรักษาสุขภาพจิตของหญิง (4) กรณีการข่มขืนกระทำชำเรา หรืออาชญากรรม (5) ความบกพร่องของทารกในครรภ์ (6) เหตุผลทางเศรษฐกิจ หรือ สังคม (7) ตามคำร้องขอการนำมาตรการทางกฎหมาย โดยเฉพาะกฎหมายอาญามาแก้ปัญหาค่าทำแท้ง โดยบัญญัติให้การทำแท้งเป็นความผิดทางอาญา โดยมีข้อยกเว้นที่เคร่งครัดเฉพาะกรณี ที่การตั้งครรภ์จะเป็นอันตรายต่อสุขภาพหญิง หรือกรณีหญิงถูกกระทำชำเราทางเพศโดยผิดกฎหมาย มาตรการทางกฎหมายดังกล่าวไม่สอดคล้องกับสภาพความเป็นจริงของสังคมที่เปลี่ยนแปลงอันส่งผลให้มีการละเมิดกฎหมายกันอย่างแพร่หลาย โดยมีการลักลอบทำแท้งด้วยความสมัครใจของผู้กระทำ และผู้ถูกกระทำ ตัวอย่างเช่น การพบซากทารกจำนวนกว่า 2000 ศพ⁸ ที่วัดไผ่เงิน กรุงเทพมหานคร เป็นข่าวที่เผยแพร่ออกไปทั่วโลกผ่านสื่อ โทรทัศน์ทุกช่องและหนังสือพิมพ์ทุกฉบับรวมทั้งสื่อทางโซเชียลเน็ตเวิร์คเมื่อ 6 ปี ที่ผ่านมา การพบซากทารกเป็นจำนวนมาก ดังกล่าวเกิดจากการทำแท้งที่ผิดกฎหมาย หรือเรียกว่าเป็นการทำแท้งเถื่อน ภาพข่าวที่เสนอต่อสาธารณชน มักเป็นภาพการกวาดล้างคลินิกทำแท้งเถื่อน ส่วนวิธีการทำแท้งมีหลากหลายวิธี ตัวอย่างเช่น การใช้ยาแก้ปวด ยาลดความอ้วน ยาแก้โรคกระเพาะ หรือการสอดใส่สารเหลวหรือของแข็งต่าง ๆ เข้าทางช่องคลอดเพื่อบีบรัดมดลูก วิธีการบางวิธีอาจจะไม่ถึงขั้นทำให้แท้งลูก แต่ก็มีความเสี่ยงที่จะเกิดอันตรายแก่หญิงมีครรภ์ เช่น การตกเลือด ปากมดลูกฉีกขาด มดลูกทะลุ เป็นอันตรายต่ออวัยวะใกล้เคียง การติดเชื้อ การตกค้างของชิ้นเนื้อในมดลูก การแพ้ยาหรือถึงขั้นเสียชีวิต ปัจจุบันเป็นการยากที่จะตรวจสอบทางสถิติการลักลอบทำแท้งว่ามีปริมาณเท่าไร และการลักลอบทำแท้งทำให้เกิดภาวะแทรกซ้อนที่เป็นอันตรายต่อหญิงนั้น และบางรายถึงขั้นเสียชีวิตเป็นจำนวนเท่าไร

เมื่อพิจารณาข้อจำกัดทางด้านกฎหมายไทย ความผิดฐานทำแท้งตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 305 ที่ให้ความชอบธรรมการทำแท้งได้แต่ยังไม่เหมาะสมกับสภาพสังคมในปัจจุบัน เพราะความชอบธรรมในการทำแท้งจะทำแท้งได้เฉพาะสองกรณีเท่านั้นคือ กรณีที่มีความจำเป็นต้องกระทำให้หญิงแท้งลูกเนื่องจากสุขภาพของหญิงนั่นเอง หากปล่อยให้หญิงตั้งครรภ์ต่อไปจะก่อให้เกิดอันตรายต่อสุขภาพของหญิง และกรณีหญิงมีครรภ์เนื่องจากหญิงถูกข่มขืนกระทำชำเรา หรือถูกล่อลวงไปพาไปเพื่อการอนาจารอันเป็นการกระทำผิดอาญาตามที่ประมวลกฎหมายอาญาบัญญัติไว้ในมาตรา 276, มาตรา 277, มาตรา 282, มาตรา 283 หรือมาตรา 284 ประเทศไทยเป็นประเทศเสรีประชาธิปไตย และยึดหลักแห่งการคุ้มครองสิทธิปัจเจกชน โดยให้ความคุ้มครองมนุษย์ที่เกิดมาให้มีศักดิ์ศรีแห่งความ

(5) because of foetal impairment; (6) for economic or social reasons; and (7) on request. Each of these grounds is described below.

⁸ <http://www.bangkokbiznews.com/home> September 29 2015. สืบค้นเมื่อ 26 มีนาคม 2559.

เป็นมนุษย์ อันรัฐธรรมนูญได้บัญญัติรับรองไว้⁹ เนื้อตัวร่างกายเป็นสิทธิและเสรีภาพ โดยสมบูรณ์ของหญิง หญิงย่อมมีสิทธิใช้หรือควบคุมร่างกายของตนให้กระทำหรือไม่กระทำการใด ตามความต้องการของหญิงได้ อันเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของหญิง การที่หญิงมีครรภ์เป็นเจ้าของเนื้อตัวร่างกายตนเองก็ย่อมมีสิทธิในการที่จะเลือกว่าสมควรที่จะตั้งครรภ์ต่อไปหรือยุติการตั้งครรภ์ หากเลือกการยุติการตั้งครรภ์ก็เท่ากับเป็นการกระทำต่อตนเองไม่เป็นการเบียดเบียนผู้อื่น

นอกจากนี้การที่ประเทศไทยเป็นสมาชิกองค์การสหประชาชาติและได้เข้าร่วมในการประชุมครั้งสำคัญของโลกและได้ร่วมลงนามในสัตยาบันของแผนปฏิบัติการในการประชุมนานาชาติว่าด้วยประชากรและการพัฒนา (International Conference on Population and Development –ICPD) ที่กรุงไคโร ประเทศอียิปต์ ในปี พ.ศ. 2534 และการประชุมสตรีโลกที่กรุงปักกิ่งในปี พ.ศ.2538 และร่วมรับรองเป้าหมายแห่งสหัสวรรษ (Millennium Development Goals –MDGs) ในการประชุมขององค์การสหประชาชาติ ซึ่ง MDGs ข้อที่ 5 มีเป้าหมายเพื่อพัฒนางานอนามัยการเจริญพันธุ์ และลดการตายของมารดา (ระหว่างตั้งครรภ์ คลอดและหลังคลอด) ลง 3 ใน 4 ภายในปี พ.ศ. 2558 รวมทั้งได้ลงนามในอนุสัญญาว่าด้วยการขจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบ (Convention on the Elimination of Form of Discrimination Against Women-CEDAW) การประชุมเน้นความสำคัญเรื่องการส่งเสริมสุขภาพอนามัยการเจริญพันธุ์ของสตรีรวมทั้งสิทธิและการเท่าเทียมของสตรี โดยเฉพาะสิทธิในการเข้าถึงบริการอนามัยการเจริญพันธุ์ที่ปลอดภัยและมีคุณภาพ ซึ่งอนามัยการเจริญพันธุ์ของสตรีนี้หมายความรวมถึงสิทธิในการมีชีวิตที่มีคุณภาพ สิทธิในการเข้าถึงข้อมูลข่าวสารและการศึกษา การได้รับบริการสุขภาพที่มาตรฐาน การได้รับความเป็นส่วนตัวและความลับ มีอิสระทางความคิด มีสิทธิในการรอดพ้นจากการถูกเลือกปฏิบัติ มีสิทธิในการเลือกแต่งงานและวางแผนครอบครัวอย่างมีอิสระ มีสิทธิในการตัดสินใจว่าจะมีบุตรหรือไม่ มีเมื่อใดและมีเท่าใด มีการกล่าวถึงการทำแท้งไม่ผิดกฎหมายในแผนการปฏิบัติข้อหนึ่งของการประชุมนานาชาติว่าด้วยประชากรและการพัฒนา โดยระบุว่าระบบบริการสาธารณสุขควรจัดให้มีการอบรมให้ความรู้รวมทั้งสนับสนุนวัสดุอุปกรณ์ในการให้บริการ และมีมาตรฐานที่มั่นใจได้ว่าการทำแท้งนั้นต้องปลอดภัยและเข้าถึงได้ รวมถึงการจัดให้มีมาตรการอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องในการที่จะคุ้มครองสุขภาพและชีวิตของสตรีด้วย¹⁰

⁹ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 4 “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิเสรีภาพ และความเสมอภาคของบุคคลย่อมได้รับความคุ้มครอง

ปวงชนชาวไทยย่อมได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญเสมอกัน”

¹⁰ มุขนิธิเพื่อสุขภาพและสิทธิอนามัยการเจริญพันธุ์ของสตรี (แห่งประเทศไทย) จาก

<http://www.womenhealth.or.th/home.html>. สืบค้นเมื่อ 26 มีนาคม 2559.

ดังนั้น เมื่อพิจารณาจากสภาพข้อเท็จจริงทางสังคม ข้อจำกัดทางกฎหมาย และเงื่อนไขตามกฎหมายระหว่างประเทศในการทำแท้งที่กล่าวมาแล้วนั้น ผู้ศึกษาจึงมีความสนใจที่จะศึกษาปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการทำแท้งในประเทศไทยเพื่อค้นหาว่าควรมีหลักเกณฑ์ในการพิจารณาให้หญิงที่ตั้งครรภ์มีสิทธิที่จะยุติการตั้งครรภ์โดยการทำแท้งได้โดยชอบด้วยกฎหมาย อันจะเป็นแนวทางในการเสนอให้มีกฎหมายยุติการตั้งครรภ์โดยการทำแท้งโดยเฉพาะ

2. วัตถุประสงค์ของการวิจัย

- 2.1 เพื่อศึกษาหลักการ ความเป็นมา และแนวคิด เกี่ยวกับการทำแท้ง
- 2.2 เพื่อศึกษามาตรการทางกฎหมายของประเทศไทยของต่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับการทำแท้ง
- 2.3 เพื่อวิเคราะห์ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการทำแท้งของประเทศไทย
- 2.4 เพื่อเสนอร่างพระราชบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับการทำแท้งของประเทศไทย

โดยเฉพาะ

3. ขอบเขตของการวิจัย

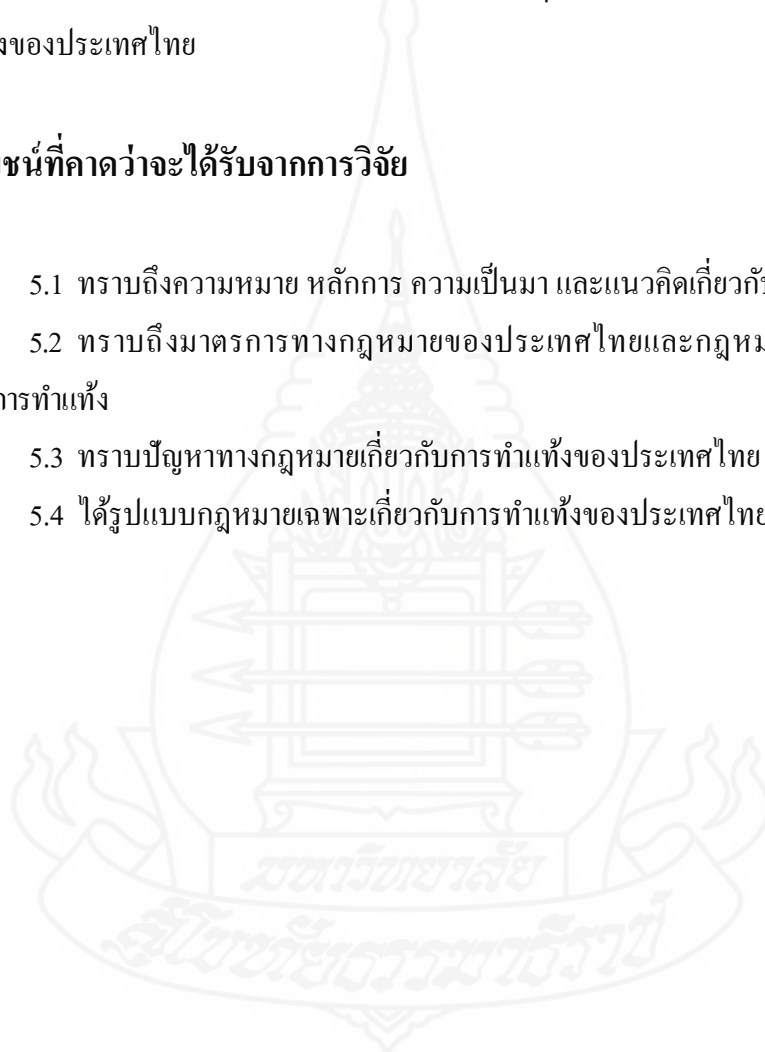
ในการศึกษาวิจัยนี้มีเนื้อหาครอบคลุมถึงหลักการ ความเป็นมา และแนวคิดเกี่ยวกับการทำแท้ง โดยศึกษาอยู่ภายใต้ขอบเขตกฎหมายที่เกี่ยวข้อง เช่น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ประมวลกฎหมายอาญา ข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับการยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ตามมาตรา 305 แห่งประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2548 เพื่อให้ได้มาซึ่งหลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับเรื่องที่ทำการศึกษาวิจัย นอกจากนี้ยังมีเนื้อหาในส่วนของกฎหมายต่างประเทศในเรื่องของการทำแท้ง เช่น ประเทศอังกฤษ ประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศสหพันธรัฐเยอรมัน เพื่อนำมาพิจารณาเปรียบเทียบกับกฎหมายเกี่ยวกับการทำแท้งของประเทศไทย

4. วิธีการศึกษาวิจัย

ในการศึกษาวิจัยเรื่องนี้เป็นการศึกษาเชิงคุณภาพ (Qualitative Research) ใช้วิธีการวิจัยเอกสาร (Documentary Research) เป็นหลัก โดยค้นคว้ารวบรวมจากหนังสือ ตำรา วารสาร วิทยานิพนธ์ บทความทางวิชาการจากวารสารทางวิชาการต่างๆ หนังสือพิมพ์ รายงานการวิจัย ผลงานการศึกษาค้นคว้า วิจัย วิทยานิพนธ์ที่เกี่ยวข้อง รวมทั้งสื่ออิเล็กทรอนิกส์อื่นๆ เพื่อให้ได้มาซึ่งข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับการทำแท้งในประเทศไทย

5. ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับจากการวิจัย

- 5.1 ทราบถึงความหมาย หลักการ ความเป็นมา และแนวคิดเกี่ยวกับการทำแท้ง
- 5.2 ทราบถึงมาตรการทางกฎหมายของประเทศไทยและกฎหมายของต่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับการทำแท้ง
- 5.3 ทราบปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการทำแท้งของประเทศไทย
- 5.4 ได้รูปแบบกฎหมายเฉพาะเกี่ยวกับการทำแท้งของประเทศไทย



บทที่ 2

ความหมาย หลักการ ความเป็นมาและแนวคิดเกี่ยวกับการทำแท้ง

การยุติการตั้งครรภ์โดยการทำแท้งเป็นปรากฏการณ์ทางสังคมที่มีมาแต่ในอดีตกาล จนกระทั่งปัจจุบันปรากฏการณ์นี้ยังคงเกิดขึ้นอย่างแพร่หลายทั้งในประเทศไทยและในต่างประเทศ การรับรู้ของคนในสังคมต่อการทำแท้ง มีทั้งเห็นด้วยและไม่เห็นด้วย ทั้งยังเป็นประเด็นวิพากษ์วิจารณ์กันอย่างกว้างขวางในสังคมไทย จากมีความเชื่อเรื่องบาปกรรม การห้ามฆ่าสัตว์ ตัดชีวิตหรือทำลายชีวิต อันเป็นความเชื่อในทางศาสนา รวมทั้งกฎหมายของบ้านเมืองได้บัญญัติเป็นข้อห้ามการทำแท้ง เช่นกัน ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 301¹ มาตรา 302² มาตรา 303³ บัญญัติห้ามทำแท้งหากฝ่าฝืนจะต้องได้รับโทษ ดังนั้น เนื้อหาในบทนี้จะศึกษาถึงความหมาย มาตรการ และแนวคิดเกี่ยวกับการทำแท้ง โดยมีรายละเอียด ดังต่อไปนี้

¹ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 301 บัญญัติว่า “หญิงใดทำให้ตนเองแท้งลูกหรือยอมให้ผู้อื่นทำให้ตนแท้งลูก ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

²ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 302 บัญญัติว่า “ผู้ใดทำให้หญิงแท้งลูกโดยหญิงยินยอม ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ถ้าการกระทำนั้นเป็นเหตุให้หญิงรับอันตรายสาหัสอย่างอื่นด้วย ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินเจ็ดปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นสี่พันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ถ้าการกระทำนั้นเป็นเหตุให้หญิงถึงแก่ความตาย ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบปี และปรับไม่เกินสองหมื่นบาท

³ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 303 บัญญัติว่า “ผู้ใดทำให้หญิงแท้งลูกโดยหญิงนั้นไม่ยินยอม ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินเจ็ดปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นสี่พันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ถ้าการกระทำนั้นเป็นเหตุให้หญิงรับอันตรายสาหัสอย่างอื่นด้วย ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งปีถึงสิบปี และปรับตั้งแต่ สองพันบาทถึงสองหมื่นบาท

ถ้าการกระทำนั้นเป็นเหตุให้หญิงถึงแก่ความตาย ผู้กระทำความผิด ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ห้าปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่หนึ่งหมื่นบาท ถึงสี่หมื่นบาท

1. ความหมายและลักษณะของการทำแท้ง

การทำแท้งของประเทศไทยนั้น กฎหมายมิได้ให้นิยามความหมายของคำว่า “ทำแท้ง” ไว้แต่อย่างใด ทำให้ในการวินิจฉัยข้อกฎหมายกับการกระทำที่เกิดขึ้นนั้นเกิดความไม่ชัดเจนที่เพียงพอส่งผลให้การบังคับใช้ประมวลกฎหมายอาญาในความผิดฐานทำแท้งนั้นไม่เป็นไปตามเจตนารมณ์อย่างแท้จริง

แม้ว่าตามประมวลกฎหมายอาญาของประเทศไทยไม่ได้บัญญัตินิยามความหมายของคำว่า แท้ง ไว้เป็นการเฉพาะ แต่ตามแนววินิจฉัยของศาลฎีกาเกี่ยวกับเรื่องของการทำแท้งนั้น การที่จะถือว่าทำแท้งลูกจะต้องหมายความว่าได้กระทำให้ทารกในครรภ์ตายก่อนคลอดหรือคลอดออกมาในสภาพไม่มีชีวิต ดังปรากฏตามตัวอย่างคำพิพากษาศาลฎีกาที่ยกขึ้นมาแล้วดังต่อไปนี้คือ

เดิมศาลฎีกาได้เคยพิพากษาวางหลักเอาไว้ว่า จำเลยกระทำการริดลูกโดยใช้มือกดรีดแต่หน้าอกลงไปแล้วใช้เท้าถีบบนท้อง ผู้ตายชั้คิ้นแล้วเลยตายลง จำเลยต้องมีความผิดฐานฆ่าคนตายโดยไม่เจตนา⁴ เมื่อจำเลยลงมือกระทำการริดลูกให้หญิงแต่ลูกยังไม่ได้ออกมาตามความต้องการของจำเลย เพราะหญิงถึงแก่ความตายก่อนที่จำเลยทำการริดลูกได้สำเร็จ เมื่อเด็กยังไม่คลอดออกมาศาลจึงไม่ลงโทษจำเลยฐานริดลูก กรณีตามที่กล่าวมาเป็นเรื่องเรื่องที่ศาลฎีกามีคำพิพากษามาตามกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ที่ใช้บังคับอยู่ในขณะที่จำเลยได้ลงมือกระทำความผิดเกิดขึ้นนั้น หากปรากฏว่าข้อเท็จจริงดังที่กล่าวมานี้ได้เกิดขึ้นภายหลังจากประมวลกฎหมายอาญฉบับปัจจุบันใช้บังคับแล้วศาลฎีกาอาจจะต้องมีคำพิพากษาเพิ่มจากเดิมที่เคยพิพากษาไว้เมื่อปี พ.ศ.2486 กล่าวคือ จำเลยจะต้องรับโทษตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 302 วรรคท้าย คือ การกระทำของจำเลยเป็นการกระทำทำให้หญิงแท้งลูกโดยหญิงยินยอมจนเป็นเหตุให้หญิงนั้นถึงแก่ความตายและฆ่าโดยไม่เจตนาตามมาตรา 290 อีกบทหนึ่งด้วย เพราะเป็นการใช้วิธีการทำร้ายเป็นเหตุให้ถึงแก่ความตายอันเป็นการกระทำที่เป็นกรรมเดียวเป็นความผิดต่อกฎหมายหลายบท

ต่อมาศาลฎีกาได้มีคำพิพากษาวางหลักเอาไว้ดังนี้ ทำให้หญิงมีครรภ์แท้งโดยหญิงยินยอมหญิงตายในเวลาใกล้ๆกัน เพราะรกหลุดจากผนังมดลูก โดยถูกของแข็งกดมดลูกเลื้อยออกภายในมดลูกมากจนเจ็บปวดไม่ได้แพทย์ผ่ามดลูกพบเด็กอาการ 32 ครบ อายุประมาณ 3 เดือน ตายแล้วเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 302⁵ ตามคำพิพากษาศาลฎีกานี้เป็นการอธิบายให้เห็นว่าแม้ทารกในครรภ์จะยังไม่คลอดแต่ตายก่อนคลอดก็เป็นการทำแท้ง

⁴ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 757/2486

⁵ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 30/2507

จากคำพิพากษาศาลฎีกาทั้งสองที่ได้ยกขึ้นมาดังกล่าวนี้ทำให้ทราบว่า อย่างไรก็ตามจะถือว่าเป็นการทำให้แท้งลูกและเป็นการอธิบายความหมายของการทำแท้งว่า ต้องกระทำให้ทารกในครรภ์ตายก่อนคลอดหรือทารกคลอดออกมาจากหญิงมีครรภ์แล้วไม่มีชีวิตอยู่รอด

แต่ถ้าทารกในครรภ์คลอดออกมาแม้มีชีวิตอยู่แม้เพียงชั่วระยะเวลาหนึ่งแล้วเด็กจึงตายย่อมไม่ใช่การทำแท้ง

ในขณะที่พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ.2554 ได้ให้ความหมายเกี่ยวกับการแท้งลูกดังนี้

“แท้ง” หมายถึง สิ้นสุดการตั้งครรภ์ก่อนกำหนดคลอด โดยที่ลูกในท้องไม่สามารถมีชีวิตอยู่ได้

“การทำแท้ง” หมายถึง รีดลูก มีเจตนาทำให้ทารกออกจากครรภ์มารดา ก่อนถึงกำหนดและตาย

“รีดลูก” หมายถึง ทำให้แท้งลูก

อย่างไรก็ดี ไรต์มีนักนิติศาสตร์ได้ให้ความหมายของการ “ทำแท้ง” ไว้ดังนี้

ศาสตราจารย์ ดร. จิตติ ดิงศภัทธีย์ ได้ให้ความหมายของการทำแท้งน่าจะหมายความถึงการทำลายลูกในครรภ์ตั้งแต่เริ่มปฏิสนธิไปจนถึงกำลังคลอด หรือคลอดออกมาแล้ว แต่ก่อนมีชีวิตอยู่รอดเป็นทารก⁶

ศาสตราจารย์ ดร. หยุต แสงอุทัย ได้อธิบายความหมายของการทำแท้งไว้ว่า การทำแท้งในทางกฎหมาย คือ การทำให้ลูกในครรภ์ตายในขณะที่อยู่ในครรภ์มารดา⁷

ศาสตราจารย์ ดร. ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ ได้อธิบายความหมายของการ “ทำให้แท้งลูก” ไว้ว่า หมายถึง การที่ทำให้เด็กในครรภ์คลอดออกมาอย่างไม่มีชีวิต การทำให้แท้งลูกจึงอาจมิได้จนถึงการคลอดสมบูรณ์ ถ้าเด็กในครรภ์คลอดอย่างไม่มีชีวิตก็เป็นการทำแท้ง⁸

ในเรื่องการทำแท้งนั้น องค์การอนามัยโลกได้ให้คำจำกัดความไว้ว่า การแท้ง คือการสิ้นสุดของการตั้งครรภ์ก่อนที่เด็กจะสามารถดำรงชีวิตอยู่ได้นอกครรภ์มารดา โดยถือเอาการสิ้นสุด

⁶ จิตติ ดิงศภัทธีย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 2 ตอนที่ 2 และภาค 3, กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเดิบัณฑิตยสภา พ.ศ. 2532, หน้า 2261.

⁷ หยุต แสงอุทัย, กฎหมายอาญา ภาค 2-3, (พิมพ์ครั้งที่ 10), กรุงเทพมหานคร: สำนักงานพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2544, หน้า 212.

⁸ ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ, กฎหมายอาญาภาคความผิดและลหุโทษ, กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2548, หน้า 59-60.

การตั้งครรภ์ ก่อนอายุครรภ์ 28 สัปดาห์ เป็นช่วงเวลาที่เด็กยังหนักไม่ถึง 1,000 กรัม⁹ ในปัจจุบัน เทคโนโลยีการแพทย์ได้พัฒนาก้าวหน้าอย่างรวดเร็ว ทำให้เด็กที่มีน้ำหนักแรกคลอด ต่ำกว่า 1,000 กรัมสามารถรอดชีวิตอยู่ได้ ดังนั้นในปัจจุบัน ถือว่าการแท้งเป็นการสิ้นสุดของการตั้งครรภ์ เมื่ออายุครรภ์ต่ำกว่า 20 สัปดาห์หรือเมื่อเด็ก มีน้ำหนักต่ำกว่า 500 กรัม แต่สำหรับประเทศไทยยังคงใช้ความหมายเดิมคือ ถือเอาการสิ้นสุดการตั้งครรภ์ก่อนอายุครรภ์ 28 สัปดาห์¹⁰

ลักษณะของการทำแท้งในทางการแพทย์อาจแบ่งเป็นกลุ่มใหญ่ ๆ ได้ 2 กลุ่ม คือ¹¹

1. การแท้งที่เกิดขึ้นเอง หมายถึง การแท้งที่เกิดจากสาเหตุต่าง ๆ ที่ไม่เกี่ยวข้องกับการกระทำที่จงใจจะทำให้เกิดการแท้ง ถือเป็นความล้มเหลวของการตั้งครรภ์ตามธรรมชาติ สาเหตุของการแท้งเองอาจเกิดได้จาก

1) ความบกพร่องของไข่ที่ผสมแล้ว หรือตัวอ่อน พวกนี้จะแท้งตั้งแต่เริ่มตั้งครรภ์ใหม่ๆ ไปจนถึงอายุครรภ์ไม่เกิน 12 สัปดาห์

2) ความบกพร่องทางด้านมารดา เช่น มดลูกพิการ ปากมดลูกปิดไม่ดี โรคประจำตัวบางอย่าง เช่น โรคไต โรคเลือด การแท้งจากสาเหตุนี้จะเกิดขึ้น เมื่ออายุครรภ์มากกว่า 12 สัปดาห์ ขึ้นไป

2. การทำแท้งที่เกิดจากการกระทำ แบ่งเป็น 2 กรณี¹²

1) การทำแท้งเพื่อการรักษา หมายถึง การทำแท้งในกรณีที่ถูกกฎหมายอนุญาตให้ทำได้ กฎหมายระบุไว้ชัดเจนว่า แพทย์สามารถจะทำแท้งได้ในกรณีต่อไปนี้

(1) เมื่อพิจารณาเห็นว่า หากปล่อยให้ตั้งครรภ์ดำเนินต่อไป จะเป็นอันตรายร้ายแรงต่อชีวิตสุขภาพของมารดา เช่น ผู้ป่วยโรคมะเร็ง โรคเลือด โรคไตบางชนิด

(2) มารดาที่เป็นโรคจิตอยู่ก่อนการตั้งครรภ์ หรือเป็นโรคจิตขณะตั้งครรภ์

(3) การตั้งครรภ์ที่เกิดขึ้นจากการข่มขืนกระทำชำเราในผู้เยาว์ต่ำกว่า 15 ปี

โดยทั่วไป แพทย์จะเป็นผู้ตัดสินใจว่ากรณีใดควรจะทำแท้งให้ แม้ว่าจะมีเหตุผลถูกต้องตามกฎหมาย แพทย์ก็จะต้องพิจารณาถึงผลได้และผลเสียของการทำแท้งในแต่ละรายด้วย เช่น เด็กอายุ 13 ปี ถูกข่มขืนจนตั้งครรภ์ ถึงแม้จะมีหลักฐานชัดเจน แต่ได้ปล่อยปละละเลยทิ้งไว้จนอายุครรภ์ 6 เดือน กรณีเช่นนี้การทำแท้งอาจก่อให้เกิดอันตรายมากกว่าการปล่อยให้ตั้งครรภ์ต่อไป

⁹ สุวัฒน์ จันทรจันง, การทำแท้งกับปัญหาทางการแพทย์และสังคม, (กรุงเทพมหานคร: รุ่งเรืองสาส์นการพิมพ์, 2525), หน้า 32

¹⁰ http://icare.kapook.com/abort_content1.php สืบค้นเมื่อวันที่ 30 มีนาคม 2559

¹¹ สุวัฒน์ จันทรจันง, การทำแท้งกับปัญหาทางการแพทย์และสังคม, (กรุงเทพฯ: รุ่งเรืองสาส์นการพิมพ์, 2525), หน้า 33

¹² สุวัฒน์ จันทรจันง, เรื่องเดิม, หน้า 39

2) การทำแท้งผิดกฎหมาย หมายถึง การลักลอบทำแท้งโดยบุคคลที่มีใบแพทย์ การทำแท้งไม่ถูกหลักวิชา การทำแท้งจึงเกิดการแทรกซ้อนและมีอันตรายมากกว่าแท้งเองหรือแท้งเพื่อการรักษา¹³ หรือการทำแท้งโดยแพทย์ แต่แพทย์ทำนอกเหนือเงื่อนไขที่กฎหมายระบุไว้

จากการศึกษาถึงความหมายและลักษณะของการทำแท้งดังกล่าวมาข้างต้น จึงอาจสรุปความหมายของการทำแท้ง ได้ว่า หมายถึงการยุติการตั้งครรภ์ อันเป็นการทำให้ทารกในครรภ์ตายก่อนคลอดหรือคลอดออกจากครรภ์มารดาแล้วไม่มีชีวิตอยู่รอด ซึ่งตามกฎหมายของประเทศไทยแล้ว การทำแท้งเป็นการกระทำอันเป็นความผิดต่อกฎหมายอาญา และยังไม่มียกเว้นโทษของกฎหมายใดที่กำหนดไว้เกี่ยวกับการทำแท้งไว้เป็นการเฉพาะ ส่วนข้อยกเว้นตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญานั้นมีเพียงสองกรณี¹⁴ คือกรณีที่มีความจำเป็นต้องกระทำให้หญิงแท้งลูกเนื่องจากสุขภาพของหญิงนั่นเอง หากปล่อยให้หญิงตั้งครรภ์ต่อไปจะก่อให้เกิดอันตรายต่อสุขภาพของหญิง และกรณีหญิงมีครรภ์เนื่องจากหญิงถูกข่มขืนกระทำชำเรา หรือถูกล่อลวงไปพาไปเพื่อการอนาจารอันเป็นการกระทำผิดอาญา ซึ่งจะได้กล่าวถึงรายละเอียดในเรื่องดังกล่าวต่อไป

2. สาเหตุที่ก่อให้เกิดการทำแท้ง

สาเหตุของการทำแท้งนั้นอาจเกิดขึ้นได้ในหลายกรณี ไม่ว่าจะเกิดจากสุขภาพร่างกายของหญิงมีครรภ์หรือของทารกในครรภ์ของหญิง หรือเกิดจากสภาพเศรษฐกิจและสังคมในปัจจุบัน ดังนั้น สาเหตุแห่งการตัดสินใจในการทำแท้ง แยกได้ 2 กรณี ดังรายละเอียดต่อไปนี้

2.1 สาเหตุจากสภาวะร่างกายของหญิงมีครรภ์และของทารกในครรภ์

สภาวะร่างกายของหญิงมีครรภ์และของทารกในครรภ์เป็นสาเหตุหนึ่งที่ทำให้แพทย์ต้องใช้เป็นข้ออ้างของเหตุผลในการทำแท้งให้กับหญิงตั้งครรภ์ ซึ่งในทางปฏิบัติของแพทย์ แพทย์จะพิจารณาทำแท้งเพื่อการรักษาให้หญิงตั้งครรภ์ที่แพทย์เห็นว่าหากปล่อยให้มีการตั้งครรภ์ต่อไป หญิงนั้นอาจเป็นอันตรายถึงร่างกายหรือชีวิตได้

¹³ สารานุกรมไทยสำหรับเยาวชน โดยพระราชประสงค์ในพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัว, เรื่องเดียวกัน.

¹⁴ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 305 บัญญัติว่า “ ถ้าการกระทำความผิดดังกล่าวใน มาตรา 301 และ มาตรา 302 นั้น เป็นการกระทำของนายแพทย์ และ

(1) จำเป็นต้องกระทำเนื่องจากสุขภาพของหญิงนั้น หรือ

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

นอกจากนี้ยังมีเหตุผลเกี่ยวกับความพิการอันอาจเกิดได้ในทารกระหว่างการตั้งครรภ์ เนื่องจากโรคบางอย่างที่แพทย์ตามโรงพยาบาลของรัฐทำแท้งให้หญิงนั้น อันเป็นการเสี่ยงต่อบทบัญญัติที่กำหนดไว้ในกฎหมาย¹⁵ แม้ประมวลกฎหมายอาญาจะได้บัญญัติถึงข้อยกเว้นการทำแท้งของแพทย์ไว้ในกรณีที่ทำไปเพื่อสุขภาพของหญิงนั้น โดยหญิงนั้นยินยอมไม่เป็นความผิดตามกฎหมาย แต่ประมวลกฎหมายอาญามีได้ให้คำนิยามของคำว่า “สุขภาพ” ไว้คงเพียงแต่บัญญัติว่าทำแท้งได้ในกรณีอันเนื่องมาจากสุขภาพมารดา แต่ก็ไม่ได้ขยายความชัดเจนว่าหมายความถึงสุขภาพของทารกด้วยหรือไม่

การที่แพทย์จะทำแท้งให้หญิงมีครรภ์แพทย์จะพิจารณาจากสุขภาพของหญิงมีครรภ์และทารกในครรภ์ ซึ่งแยกพิจารณาจากสุขภาพ 2 กรณี ดังนี้¹⁶

1. สุขภาพทางกายของหญิงมีครรภ์และทารกในครรภ์

สุขภาพทางกายของหญิงมีครรภ์หรือทารกในครรภ์ ข้อบ่งชี้ที่จะต้องทำแท้งนั้นแบ่งออกได้เป็น 2 ชนิด¹⁷ คือ

1) ข้อบ่งชี้ที่อาจนำมาเป็นเหตุผลในการทำแท้ง มีได้มากมายถ้าจะใช้การวินิจฉัยสั่งการจากแพทย์ที่เป็นปัจเจกชน ซึ่งเหตุผลที่แพทย์จำเป็นต้องทำแท้งตามข้อนี้ นั้นได้เปลี่ยนแปลงไปมาจากสมัยก่อนที่วิชาการแพทย์ยังไม่สามารถเข้าใจพยาธิสภาพของโรคบางโรค ตลอดจนวิธีการรักษาเมื่อเกิดขึ้นกับหญิงตั้งครรภ์ หรือผลกระทบต่อเด็กในครรภ์ ในปัจจุบันแพทย์สามารถแก้ปัญหาได้เกือบทุกโรค โดยไม่จำเป็นต้องพิจารณาสั่งทำแท้ง แต่มีบางระยะของโรคหรือบางโรคเท่านั้นที่ไม่มีทางหลีกเลี่ยง หรือหากปล่อยทิ้งไว้ อาจจะเสี่ยงต่อชีวิตของผู้ป่วย เช่น โรคหัวใจ โรคหัดเยอรมัน ชิฟิลิส โรคปัญญาอ่อน พิ เ ล ยู โรคความผิดปกติของพันธุกรรมซึ่งทำให้เด็กขาดเอนไซม์ G6PD โรคโลหิตจางชนิดกรรมพันธุ์ (ทาลัสซีเมีย) โรคปัญญาอ่อน เป็นต้น

2) ข้อบ่งชี้จำเป็นจะต้องทำแท้ง ส่วนมากเกี่ยวกับโรคร้ายแรงที่เกิดกับหญิง ผู้เป็นมารดา เช่น มะเร็งเม็ดเลือด มะเร็งปากมดลูก มะเร็งรังไข่ มะเร็งเต้านมบางชนิด

ซึ่งโดยทั่วไป การตั้งครรภ์ จะเกิดได้ยากในโรคดังกล่าวอยู่แล้ว แต่บางกรณี เช่น มะเร็งปากมดลูกในระยะเริ่มต้น หรือมะเร็งรังไข่ที่กลายมาจากเนื้องอกธรรมดา แพทย์จะทำการตัดมดลูกโดยไม่คำนึงถึงชีวิตทารกในครรภ์ ยกเว้นในกรณีพิเศษ เช่น แพทย์ทำการตรวจพบ หรือ

¹⁵ สุวัฒน์ จันทระจาง, เรื่องเดิม, หน้า 135.

¹⁶ สุวัฒน์ จันทระจาง, เรื่องเดิม, หน้า 136

¹⁷ สุวัฒน์ จันทระจาง, เรื่องเดิม, หน้า 136

วินิจฉัยได้ว่าเป็นมะเร็งในหญิงที่ตั้งครรภ์ไตรมาสที่ 3 หรือครรภ์ใกล้ครบกำหนด ซึ่งสามารถรอให้เด็กในครรภ์มีชีวิตต่อโลกภายนอกได้

2. สุขภาพทางจิตของหญิงมีครรภ์และทารกในครรภ์

โรคทางจิตเวช อันเป็นผลจากความผิดปกติของสุขภาพจิตของหญิงมีครรภ์นั้น แบ่งออกได้เป็นชนิดต่างๆ ตามแบบสมาคมจิตแพทย์แห่งอเมริกาของภาควิชาจิตเวชศาสตร์โรงพยาบาลศิริราช ดังนี้¹⁸

- 1) โรคที่ควรทำแท้ง
 - (1) ปัญญาอ่อน
 - (2) กลุ่มอาการทางจิต เนื่องจากสมองพิการ
 - (3) โรคจิตเภท
 - (4) โรคอารมณ์แปรปรวน
 - (5) ภาวะระแวง
- 2) โรคจิตที่ควรได้รับพิจารณาการทำแท้งเป็นบางกรณี
 - (1) โรคประสาท
 - (2) บุคลิกภาพผิดปกติ
 - (3) ความผิดปกติทางเพศ
 - (4) ยาเสพติดให้โทษ
 - (5) โรคประสาททางกาย
- 3) โรคที่ไม่น่าพิจารณาทำแท้ง

ภาวะจิตผิดปกติชั่วคราว เนื่องจากความกดดัน การทำแท้งเนื่องจากโรคทางจิตเวชนั้น จำเป็นต้องใช้จิตแพทย์ แพทย์สาขาอื่นๆ ไม่มีความสามารถวินิจฉัย และแยกประเภทได้พอที่จะเป็นหลักฐานให้สูติแพทย์ทำแท้ง¹⁹

จากสาเหตุการทำแท้งที่เกิดจากสุขภาพร่างกายของหญิงมีครรภ์ และของทารกในครรภ์การทำแท้งของแพทย์ดังกล่าว จะพบว่า คำว่า “สุขภาพ” ในทางการแพทย์นั้น ได้ให้นิยามความหมายกว้างกว่า “สุขภาพ” ตามประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งหมายถึง สุขภาพทางกาย และสุขภาพทางจิตด้วยในขณะที่ประมวลกฎหมายอาญาได้บัญญัติเพียงเหตุแห่งการทำแท้ง โดยไม่มีความคิดไว้ในกรณีเพื่อสุขภาพของหญิงนั้น และกรณีหญิงมีครรภ์เนื่องจากการกระทำความผิดอาญา

¹⁸ สมภพ เรื่องตระกูล, คู่มือจิตเวชศาสตร์, (กรุงเทพฯ: อักษรสัมพันธ์, 2523, หน้า 13.

¹⁹ สุวัฒน์ จันทรวงศ์, เรื่องเดิม, หน้า 145

ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 276, มาตรา 277, มาตรา 282, มาตรา 283 หรือมาตรา 284 ทำให้เหตุยกเว้นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าวในปัจจุบันยังไม่ครอบคลุมถึงคำว่า “สุขภาพ” ตามนิยามความหมายทางการแพทย์แต่อย่างใด

2.2 สาเหตุจากสถานะทางเศรษฐกิจและสังคม

สาเหตุที่ทำให้เกิดการทำให้การเข้าถึงบริการหนึ่งซึ่งถือว่าเป็นเหตุภายนอกที่ก่อให้เกิดการทำให้เข้าถึงในสังคมคือสาเหตุจากสถานะทางเศรษฐกิจและสังคมก็เป็นสาเหตุหนึ่งที่ทำให้เกิดการทำให้เข้าถึงในสังคม

ปัจจุบันสังคมไทยมีการเปลี่ยนแปลงอย่างมาก มีการรับเอาวัฒนธรรมของชาติตะวันตกเข้ามาอย่างกว้างขวางแต่เป็นการรับมาเพียงด้านพฤติกรรม ขาดการศึกษาความเป็นมาของวัฒนธรรมชาติตะวันตก ทำให้สังคมเปลี่ยนไปอย่างรวดเร็ว การเปลี่ยนแปลงดังกล่าวมีผลต่อสังคมทั้งในทางบวกและทางลบ ตัวอย่างเช่น มีการพัฒนาด้านเทคโนโลยีสารสนเทศ การสื่อสารระหว่างกันมีความสะดวกมากยิ่งขึ้น ความเจริญทางวัตถุเกิดขึ้นอย่างมากมาย และกระจายเข้าสู่สังคมทุกพื้นที่อย่างกว้างขวางและแพร่หลาย สิ่งก็ตามมาในสังคม ได้แก่ มีแหล่งบันเทิงเพิ่มมากขึ้น มีสิ่งยั่วยุทางกามารมณ์มีการแพร่หลายของยาเสพติด มีการย้ายถิ่นฐานของชาวบ้านนอกเมืองเข้าสู่เมือง สิ่งทีกล่าวมานี้ส่งผลกระทบต่อสถานภาพครอบครัว สถานภาพเศรษฐกิจของครอบครัว โดยเฉพาะอย่างยิ่งเกิดการตั้งครรภ์ไม่พึงประสงค์เพิ่มมากขึ้น ซึ่งการตั้งครรภ์ไม่พึงประสงค์อาจเกิดจากหญิงยังไม่ได้ทำการสมรส หรือหญิงตั้งครรภ์กับชายที่มีไม่ใช่สามีของตน นอกจากนี้การตั้งครรภ์ยังเป็นอุปสรรคต่อการทำงานและเป็นอุปสรรคต่อการศึกษา ดังนั้นหญิงมีครรภ์ไม่พึงประสงค์ส่วนใหญ่จึงมักหาทางยุติการตั้งครรภ์ด้วยการทำแท้ง

จากสภาพสังคมดังกล่าวพบว่า กลุ่มหญิงที่ทำแท้งมี 2 กลุ่ม²⁰ คือกลุ่มหญิงโสดกับกลุ่มหญิงที่แต่งงานแล้ว

1) กลุ่มหญิงโสด มักจะทำแท้งเนื่องจากตั้งครรภ์ก่อนแต่งงาน และมีอุปสรรคขัดข้อง ทำให้ไม่สามารถแต่งงานกับชายที่เป็นบิดาของเด็กได้ อาจเป็นเพราะทั้งสองฝ่ายหรือฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งยังเป็นนักเรียน ฝ่ายชายไม่ยอมรับผิดชอบ พ่อแม่ไม่ยอมรับ บางรายก็ขัดกับอาชีพ เช่น อาชีพหญิงบำเรอ หญิงบริการอาบอบนวด พาร์ตเนอร์ตามไนต์คลับหรือสถานเริงรมย์ เป็นต้น

²⁰ สุพร เกิดสว่าง,วนิดา จิโรจน์กุล และ สุภาณี จิวาศักดิ์อภิมาศ “การทำแท้งด้วยเหตุผลทางสังคมและเศรษฐกิจ” ใน ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการลักลอบทำแท้งในประเทศไทย, กรุงเทพฯ: ธีระการพิมพ์, 2523), หน้า 14-25.

2) กลุ่มหญิงที่แต่งงานแล้ว กลุ่มนี้อ้างเหตุผลหลายประการ ประการที่สำคัญที่สุดคือ ปัญหาทางเศรษฐกิจ รายได้ไม่เพียงพอที่จะเลี้ยงดูบุตร ประการต่อมาเกี่ยวกับความไม่พร้อมที่จะมีบุตรหรือมีบุตรมากเกินไป เท่าที่พบเห็นมักจะทั้งสองอย่างประกอบกัน คือ ทั้งยากจนและมีบุตรมากอาศัยอยู่ตามชุมชนแออัด และประการสุดท้ายคือ ความแตกร้างภายในครอบครัว เช่น มีสามีที่ขาดความรับผิดชอบ เป็นภรรยาบ่อยหรือภรรยาลับ เลิกกับสามี เป็นต้น นอกนั้นเป็นเหตุผลย่อย เช่น ขัดต่ออาชีพของนักร้องนักแสดง หญิงบริการ หรือบางคนกลัวการคลอดเพราะเคยคลอดยากมาก่อน²¹

จากสถานการณ์ปัจจุบันพบว่าเกิดการตั้งครรภ์ที่ไม่พึงประสงค์เกิดขึ้น และนำไปสู่ปัญหาของการทำแท้งที่เพิ่มจำนวนมากขึ้นตามที่ปรากฏเป็นข่าวทางหนังสือพิมพ์หรือโทรทัศน์ และสื่อสาธารณะให้เห็นอยู่เป็นประจำ โดยจะเป็นการลักลอบทำแท้งอันเป็นการทำแท้งอันเป็นความผิดต่อกฎหมาย ไม่ใช่เป็นการทำแท้งโดยแพทย์และได้กระทำตามข้อยกเว้นหรือเงื่อนไขของกฎหมายที่ให้อำนาจแพทย์ลงมือกระทำได้โดยไม่มีความคิดตามกฎหมาย²² ดังนั้น การที่มีกฎหมายกำหนดให้การทำแท้งเป็นเรื่องที่ผิดกฎหมาย การและมีเงื่อนไขหรือข้อยกเว้นให้กระทำได้โดยไม่มีความคิดนั้น ซึ่งได้กำหนดไว้ตั้งแต่เริ่มมีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายอาญามาแล้วตามสภาพสังคมในปัจจุบันได้ผ่านมาแล้วถึง 60 ปี กฎหมายในเรื่องความผิดเกี่ยวกับทำให้แท้งลูก อาจจะใช้บังคับได้อย่างไม่เหมาะสมกับสภาพสังคมและความเป็นจริงที่เกิดขึ้น เมื่อครั้งที่ได้มีการประกาศใช้กฎหมายได้บัญญัติไว้เช่นนั้น เพื่อเป็นการคุ้มครองแก่ทารกในครรภ์ของหญิง เป็นการป้องกันการละเมิดการไม่ปฏิบัติหน้าที่ของสถาบันครอบครัวที่มีหน้าที่ในการให้สมาชิกใหม่ และเป็นการบัญญัติหลักกฎหมายที่ไม่ขัดกับหลักของศีลธรรม แต่เมื่อใช้บังคับแก่สังคมแล้วหญิงมีครรภ์อาจมีสาเหตุในการตัดสินใจที่จะทำแท้งในหลายประการ เช่น ปัจจัยทางเศรษฐกิจของครอบครัว ไม่อาจที่จะดูแลได้ภายหลังจากเมื่อคลอดแล้วอยู่รอดเป็นทารกต่อไป จึงตัดสินใจที่จะทำแท้งหรือปัญหาทางสังคม หญิงที่ตัดสินใจทำแท้งอาจจะยังไม่ได้ทำการสมรสกับชายหรือกำลังศึกษาอยู่เมื่อมีครรภ์เกิดขึ้นในช่วงเวลาดังกล่าว หากหญิงมีครรภ์ปล่อยให้ครรภ์ดำเนินต่อไปจนกระทั่งคลอดทารกออกมา สังคมก็จะกล่าวหาว่าหญิงมีครรภ์ว่าประพฤติปฏิบัติตนไม่เหมาะสมกลายเป็นคนไม่ดีของสังคมนั้นต่อไป หญิงมีครรภ์จึงตัดสินใจที่จะทำแท้งเช่นกัน เมื่อเหตุในการตัดสินใจทำแท้งที่มีมาจากภาวะเศรษฐกิจ และสังคมอันไม่ใช่เงื่อนไขหรือข้อยกเว้นที่จะให้กระทำได้ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 305 แล้ว หญิงมีครรภ์จึงไปเลือก

²¹ สารานุกรมไทยสำหรับเยาวชน โดยพระราชประสงค์ในพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัว, สาเหตุของการทำแท้งผิดกฎหมาย, จาก <http://kanchanapisek.or.th/kp6/sub/book/book.php?book=9&chap=4&page=t9-4-infodetail02.html>, 2559 (สิงหาคม, 2).

²² ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 305

ที่จะทำแท้งโดยลักลอบทำแท้งโดยผิดกฎหมาย นั้นเอง ทำให้หญิงมีครรภ์ได้รับอันตราย หรือมีความเสี่ยงสูงที่จะเกิดภาวะแทรกซ้อนตามมาจากการเข้ารับบริการทำแท้งอันเป็นความผิดต่อกฎหมายเพราะในสถานที่ที่ดำเนินการดังกล่าวมิใช่สถานพยาบาลของรัฐอันจะมีเครื่องมือทางการแพทย์เพื่อการทำแท้งที่ปลอดภัยให้แก่หญิง

จะเห็นได้ว่า กฎหมายที่ออกมานั้นไม่ได้เป็นไปตามเจตนารมณ์แต่อย่างใด เพราะการทำแท้งก็ยังคงมีจำนวนที่มากขึ้น เนื่องจากไม่ได้แก้ปัญหาที่ต้นเหตุ เป็นการออกกฎหมายมาแก้หลังจากที่ได้มีปัญหาเกิดขึ้นแล้ว จึงทำให้ปัญหาการทำแท้งมิให้เห็นกันอยู่บ่อย ๆ ดังนั้นกฎหมายควรที่จะมีควบคุมการเกิดปัญหาการตั้งครรภ์ที่ไม่พร้อม ควรเน้นในเรื่องของการคุมกำเนิดมากกว่า ไม่ควรมีเพียงแค่ออกกฎหมายห้ามทำแท้งเพียงอย่างเดียว หากได้ตั้งครรภ์อันไม่พึงประสงค์แล้ว จะทำให้หญิงเหล่านั้นไม่มีทางออกในการแก้ปัญหา เมื่อได้เกิดการตั้งครรภ์แต่ยังไม่พร้อมที่จะมีบุตรจึงทำให้เกิดการทำแท้งขึ้นและนอกเหนือจากที่กฎหมายกำหนดให้ทำได้

3. ความเป็นมาของกฎหมายการทำแท้งในประเทศไทย

กฎหมายเกี่ยวกับการทำแท้งในประเทศไทยมีความเป็นมาตั้งแต่สมัยกรุงรัตนโกสินทร์ ร.ศ. 1166 คือ กฎหมายตราสามดวง ซึ่งเป็นกฎหมายที่รวบรวมจากกฎหมายเก่าที่ใช้อยู่ในสมัยกรุงศรีอยุธยา²³ จากการศึกษากฎหมายตราสามดวง แล้วพบว่า กฎหมายตราสามดวงมีทั้งหมด 29 ลักษณะ และพระอัยการเบ็ดเสร็จหรือลักษณะเบ็ดเสร็จมีบทบัญญัติที่ลงโทษผู้ที่ทำให้หญิงแท้งลูก โดยหญิงไม่ยินยอม²⁴ แต่ไม่ปรากฏว่ามีบทบัญญัติว่าด้วยความผิดฐานทำแท้งลูกโดยตรง และ

²³ สุวัฒน์ จันทรจำนง, เรื่องเดิม, หน้า 46

²⁴ กฎหมายตราสามดวง พระอัยการเบ็ดเสร็จ มาตรา 145 บัญญัติว่า “ผู้ใดให้ยาแก่ลูกท่านกินลูกในท้องตายให้เอาค่าตัวแม่มันถึงหนึ่งคั่งไหมทวีคูณเป็นสินไหมถึงแล้วให้ ทวน 60 ที เอาขึ้นขาหยั่งประจารแล้วจำไว้ ณ ลูก ถ้าตายทั้งแม่ทั้งลูกให้มันตายไปตามกัน”

ไม่เอาผิดแก่หญิงที่ทำให้ตนเองแท้งลูกด้วย²⁵ แต่ก็มิบบัญญัติที่ลงโทษผู้ที่กระทำร้ายร่างกายหญิง มีครรภ์จนเป็นเหตุให้ลูกในท้องตาย²⁶ เช่นเดียวกับประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 297 (5)

ต่อมามีการประกาศใช้กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 ในกฎหมายฉบับนี้ได้มีการบัญญัติไว้อย่างชัดเจนเกี่ยวกับการทำให้แท้งลูกซึ่งบัญญัติไว้ในหมวดที่ 3 ความผิดฐานรีดลูก โดยเป็นการเอาผิดแก่หญิงที่ทำให้ตนเองแท้งลูกหรือยินยอมให้ผู้อื่นทำให้ตนเองแท้งลูก²⁷ และเอาผิดแก่บุคคลที่ทำให้หญิงแท้งลูกแม้หญิงนั้นจะยินยอมก็ตาม²⁸ นอกจากนั้นกฎหมายลักษณะอาญาฉบับนี้ ยังได้บัญญัติว่าการทำแท้งเป็นการกระทำผิดกฎหมายโดยไม่มีข้อยกเว้นใด ๆ ทั้งสิ้น เหมือนเช่นที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายอาญาฉบับปัจจุบัน²⁹ ส่วนการพยายามกระทำความผิดในความผิดทำให้หญิงมีครรภ์แท้งลูกโดยหญิงมีครรภ์ยินยอมนั้นกฎหมายจะไม่ลงโทษ³⁰ แต่จะเห็นได้ว่ากฎหมายลักษณะอาญาฉบับนี้มุ่งลงโทษแก่บุคคลที่มีอาชีพเป็นแพทย์หรือเป็นผดุงครรภ์ หรือ

²⁵ พิชัยศักดิ์ หรยางกูร, “กฎหมายการทำแท้ง” ใน ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการลักลอบทำแท้งในประเทศไทย, (กรุงเทพฯ: ชีระการพิมพ์, 2523), หน้า 14-25.

²⁶ กฎหมายตราสามดวง พระอัยการเบ็ดเสร็จ มาตรา 150 บัญญัติว่า “ผู้ใดวิวาทกับหญิงมีครรภ์ตีฟันแทงหญิงมีครรภ์ ลูกในท้องตาย แม้มิบาดเจ็บ ให้ไหมผู้ตีฟันแทงโดยขนาด ถ้าตายทั้งแม่ทั้งลูก ให้มาผู้ตีฟันแทงให้ตกไปตามกัน”

²⁷ กฎหมายลักษณะอาญาร.ศ.127 มาตรา 260 บัญญัติว่า “หญิงใดรีดลูกให้แท้งก็ดี มันยอมให้คนอื่นรีดลูกให้แท้งก็ดี ท่านว่ามันมีความผิด...”

²⁸ กฎหมายลักษณะอาญาร.ศ.127 มาตรา 260 บัญญัติว่า “ผู้ใดรีดลูกเขาให้แท้ง แม้ว่าหญิงยอมให้มันรีดก็ดี ท่านว่ามันมีความผิด...”

²⁹ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 305 บัญญัติว่า “ถ้าการกระทำความผิดดังกล่าวใน มาตรา 301 และ มาตรา 302 นั้น เป็นการกระทำของนายแพทย์และ

(1) จำเป็นต้องกระทำเนื่องจากสุขภาพของหญิงนั้น หรือ

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

³⁰ กฎหมายลักษณะอาญาร.ศ.127 มาตรา 264 บัญญัติว่า “ผู้ใดพยายามจะกระทำผิดอย่างใดใดที่ท่านบัญญัติไว้ใน มาตรา 260 และ มาตรา 261 นั้น ท่านว่าไม่สำคัญ อย่าให้เอาโทษแก่มันเลย

เป็นคนที่ทำให้หญิงมีครรภ์แท้งลูกโดยเห็นแก่สินจ้างรางวัล จะต้องรับโทษหนักขึ้น³¹ แต่ก็มีบทบัญญัติที่ลงโทษผู้ที่กระทำร้ายร่างกายหญิงมีครรภ์จนเป็นเหตุให้แท้งลูก³² เช่นเดียวกับประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 297 (5) จากบทลงโทษที่หนักขึ้นของกฎหมายลักษณะอาญาฉบับนี้ ผู้ร่างกฎหมายอาจเห็นว่า บุคคลที่มีอาชีพเหล่านี้มีหน้าที่ในการป้องกันโรคและการบำบัดโรคช่วยเหลือชีวิตมนุษย์ และการทำแท้งนั้นไม่ใช่เป็นการบำบัดโรค เพราะการตั้งครรภ์มิใช่การเจ็บป่วย³³ ทั้งยังเป็นการผิดจรรยาบรรณและหน้าที่ของบุคคลผู้มีอาชีพดังกล่าวสมควรที่จะต้องมีการบัญญัติกฎหมายให้ลงโทษให้หนักขึ้นแก่บุคคลดังกล่าว

ประมวลกฎหมายอาญาในปัจจุบัน เริ่มมีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม 2500 เป็นต้นมา ได้บัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับการทำแท้งไว้ในเรื่องความผิดเกี่ยวกับชีวิตและร่างกาย ในหมวด 3 ความผิดฐานทำให้แท้งลูก โดยกำหนดไว้ว่าผู้ใดจะทำให้เกิดการแท้งลูกมิได้ แต่กฎหมายก็มีข้อยกเว้นหรือขอมิให้มีการทำแท้งโดยไม่มีความผิดตามกฎหมายเฉพาะกรณีแพทย์เป็นผู้กระทำให้หญิงแท้งลูก³⁴ ภายใต้เงื่อนไขสองกรณีคือ กรณีที่มีความจำเป็นต้องกระทำให้หญิงแท้งลูกเนื่องจากสุขภาพของหญิงนั่นเอง หากปล่อยให้หญิงตั้งครรภ์ต่อไปจะก่อให้เกิดอันตรายต่อสุขภาพของหญิง และกรณีหญิงมีครรภ์เนื่องจากหญิงถูกข่มขืนกระทำชำเรา หรือถูกล่อลวงไปพาไปเพื่อการอนาจารอันเป็นการกระทำผิดอาญาตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276, มาตรา 277, มาตรา 282, มาตรา 283 หรือมาตรา 284³⁵ อย่างไรก็ดีการยุติการตั้งครรภ์ตามมาตรา 305 นี้ จะกระทำได้เมื่อหญิงมีครรภ์นั้น

³¹ กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 มาตรา 260 บัญญัติว่า “ถ้าผู้กระทำผิดเช่นว่ามาในมาตรา 261 นั้น เป็นแพทย์หรือเป็นแพทย์ศฤงคารก็ดี หรือเป็นคนทำโดยเห็นแก่สินจ้างรางวัลก็ดี ท่านให้ลงโทษมันตามที่บัญญัติไว้สำหรับความผิดเช่นนั้นทวีขึ้นอีกหนึ่งในสามส่วน”

³² กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 มาตรา 263 บัญญัติว่า “ผู้ใดรู้ว่าหญิงมีครรภ์ แลหญิงมิได้อนุญาตให้มัน ริดลูก ถ้ามันกระทำให้ร้ายด้วยกำลังกายหรือด้วยประการหนึ่งประการใดให้หญิงนั้นแท้งลูกไซ้ ท่านว่ามันมีความผิด...”

³³ คณิศ ฅ นคร, “ทัศนของนักกฎหมายเกี่ยวกับการทำแท้ง” วารสารอัยการ, ฉบับที่ 10 ปีที่ 1 (ตุลาคม 2521) หน้า 46.

³⁴ ข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับกายุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ตามมาตรา 305 แห่งประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ.2548 ข้อ 4 “แพทย์ผู้กระทำการยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ตามข้อบังคับนี้ต้องเป็นผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมตามกฎหมาย”

³⁵ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 305 บัญญัติว่า “ถ้าการกระทำความผิดดังกล่าวใน มาตรา 301 และมาตรา 302 นั้น เป็นการกระทำของนายแพทย์และ

ยินยอม³⁶ และอายุครรภ์ไม่เกินสิบสองสัปดาห์³⁷ และกฎหมายไม่ลงโทษฐานพยายามทำแท้งในกรณี
ที่หญิงทำให้ตนเองแท้งลูก หรือในกรณีที่หญิงยินยอมให้ผู้อื่นทำให้ตนเองแท้งลูก

จากการที่ศึกษาความเป็นมาของกฎหมายเกี่ยวกับการทำแท้งในประเทศไทย
อันประกอบด้วยกฎหมายตราสามดวง กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 และประมวลกฎหมายอาญา
ฉบับที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันนี้ทำให้พบว่าแต่เดิมเมื่อครั้งประเทศไทยใช้กฎหมายตราสามดวงนั้น
ยังไม่มีบทบัญญัติในเรื่องนี้ชัดเจนเพียงพอ แต่ก็พอเทียบเคียงใช้บังคับกับบทบัญญัติมาตราอื่น เพื่อ
ลงโทษความผิดฐานทำให้แท้งลูกได้³⁸ แต่เมื่อมีการประกาศใช้กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ได้มี
การบัญญัติไว้อย่างชัดเจนเกี่ยวกับความผิดฐานทำให้แท้งลูก³⁹ เช่นเดียวกับประมวลกฎหมายอาญา
ในปัจจุบัน⁴⁰

กฎหมายตราสามดวงไม่ได้มีการบัญญัติถึงการพยายามกระทำความผิดฐานทำให้แท้งลูก
แต่ในกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127⁴¹ และตามประมวลกฎหมายอาญา⁴²ในปัจจุบันนี้ ได้มีการ
บัญญัติไว้แต่ก็ไม่ต้องรับโทษในความผิดฐานพยายามทำแท้งด้วยความยินยอมของหญิงมีครรภ์

(1) จำเป็นต้องกระทำเนื่องจากสุขภาพของหญิงนั้น หรือ

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

³⁶ ข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับกายุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ตามมาตรา
305 แห่งประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ.2548 ข้อ 3 “การยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ตามมาตรา 305 แห่ง
ประมวลกฎหมายอาญานั้น จะกระทำได้เมื่อหญิงตั้งครรภ์นั้นยินยอม”

³⁷ ข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับการยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ตามมาตรา
305 แห่งประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ.2548 ข้อ 7 (2) “การยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ตามข้อ 5 และข้อ 6
ต้องกระทำในสถานพยาบาลดังต่อไปนี้

(2) คลินิกเวชกรรมตามกฎหมายว่าด้วยสถานพยาบาล โดยสามารถปฏิบัติเกี่ยวกับการยุติการตั้งครรภ์
ทางการแพทย์ที่อายุครรภ์ไม่ เกินสิบสองสัปดาห์”

³⁸ กฎหมายตราสามดวง พระอัยการเบ็ดเสร็จ มาตรา 145

³⁹ กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 มาตรา 260 - 264

⁴⁰ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 301-305

⁴¹ กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 มาตรา 264

⁴² ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 304

สำหรับในเรื่องของความจำเป็นที่จะต้องกระทำเช่นนั้น ตามกฎหมายตราสามดวง และ ตามกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ยังไม่มีการบัญญัติไว้ให้เป็นเหตุในการที่จะต้องทำแท้ง หรือเป็นข้อยกเว้นของกฎหมายในสมัยนั้น แต่ตามประมวลกฎหมายอาญาเริ่มมีความเข้าใจ ในเหตุผลในการตัดสินใจที่จะทำแท้งของหญิงมีครรภ์แต่ก็ได้กำหนดเงื่อนไขหรือความจำเป็น ในการทำแท้งไว้เพียง สองกรณีตามที่ได้อธิบายไว้แล้วข้างต้นจึงได้มีการบัญญัติเป็นข้อยกเว้น ให้การกระทำด้วยเหตุผลความจำเป็นตามกฎหมายไม่มีความผิด⁴³

ในกรณีที่มีการกระทำอันเป็นความผิดฐานทำร้ายร่างกายหญิงจนเป็นเหตุให้หญิง ผู้ถูกระทำร้ายรับอันตรายสาหัสถึงแก่แท้งลูก สมัยเมื่อใช้บังคับโดยกฎหมายตราสามดวงแม้จะไม่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับความผิดฐานทำให้แท้งลูกไว้อย่างชัดเจนก็ตาม แต่ก็ได้มีการบัญญัติไว้ในส่วน ความผิดฐานนี้⁴⁴ เช่นเดียวกันกับกฎหมายลักษณะอาญา⁴⁵ และตามประมวลกฎหมายอาญา⁴⁶ ในปัจจุบัน ดังได้กล่าวไว้แล้วว่าตามกฎหมายตราสามดวงนั้น ไม่ปรากฏว่ามีบทบัญญัติว่าด้วยความผิดฐานทำให้แท้งลูกโดยตรงและไม่เอาผิดแก่หญิงที่ทำให้ตนเองแท้งลูกด้วย ซึ่งกำหนดไว้ใน พระอัยการเบ็ดเสร็จหรือลักษณะเบ็ดเสร็จและมีบทบัญญัติที่ลงโทษผู้ที่กระทำร้ายร่างกายหญิง มีครรภ์จนเป็นเหตุให้แท้งลูก และแม้ในกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 ได้มีการบัญญัติไว้อย่าง ชัดเจนเกี่ยวกับการกระทำให้แท้งลูกซึ่งบัญญัติไว้ในหมวดที่ 3 ความผิดฐานริดลูก โดยมี บทบัญญัติ ที่ลงโทษผู้ที่กระทำร้ายร่างกายหญิงมีครรภ์จนเป็นเหตุให้แท้งลูก เช่นเดียวกับประมวล กฎหมายอาญาก็ตาม แต่ทั้งกฎหมายตราสามดวงและกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 ต่างก็มิได้ มีการบัญญัติไว้ในคนละหมวดความผิดเช่นเดียวกับประมวลกฎหมายอาญาในปัจจุบัน กล่าวคือ กฎหมายตราสามดวงไม่มีการบัญญัติไว้โดยชัดแจ้งและตามกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 มีการ บัญญัติความผิดนี้ไว้ในความผิดหมวดเดียวกันคือความผิดฐานริดลูกโดยมิได้แยกเป็นความผิดอยู่ใน หมวดความผิดฐานอื่นต่างหากจากความผิดฐานทำให้แท้งลูกแต่อย่างใด แต่ตามประมวล กฎหมายอาญาในปัจจุบันบัญญัติไว้ว่าเป็นความผิดฐานทำร้ายร่างกายผู้อื่นจนเป็นเหตุให้ผู้อื่นนั้น รับอันตรายสาหัสถึงแก่แท้งลูกตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 297(5)

กล่าวโดยสรุปจากการศึกษาถึงความเป็นมาของกฎหมายเกี่ยวกับการทำแท้ง ในประเทศไทยทำให้ผู้ศึกษาเข้าใจว่า กฎหมายเกี่ยวกับการทำแท้งในประเทศไทยนั้น เป็นกฎหมาย

⁴³ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 305

⁴⁴ กฎหมายตราสามดวง พระอัยการเบ็ดเสร็จ มาตรา 150

⁴⁵ กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 มาตรา 263

⁴⁶ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 297 (5)

ที่บัญญัติขึ้นมาเพื่อคุ้มครองชีวิตของทารกในครรภ์ของหญิง แต่เมื่อสถานการณ์ในสังคมมีการเปลี่ยนแปลงจากเดิมที่ไม่มีการบัญญัติความจำเป็นในการทำแท้งหรือข้อยกเว้นให้ทำแท้งได้ โดยไม่มีความผิดจึงมีบทบัญญัติดังกล่าวขึ้นเพื่อเป็นข้อยกเว้นในการทำแท้งโดยไม่มีความผิดตามกฎหมายไว้ในบางประการ กล่าวคือ หากการทำแท้งนั้นเป็นการกระทำของแพทย์ โดยหญิงนั้นยินยอม และกระทำเพื่อสุขภาพของหญิงนั้น หรือการตั้งครรภ์นั้นเกิดขึ้นโดยการกระทำผิดเกี่ยวกับเพศ การทำแท้งดังกล่าวย่อมไม่มีความผิด⁴⁷ โดยข้อยกเว้นดังกล่าวนี้บัญญัติขึ้นเพื่อปกป้องชีวิตของหญิงหากปล่อยให้ดำเนินการตั้งครรภ์ต่อไปอาจจะเป็นอันตรายแก่ชีวิตของหญิงมีครรภ์ และจากการมีเพศสัมพันธ์โดยหญิงนั้นไม่ยินยอมด้วยการกระทำผิดทางอาญา เพื่อเป็นการให้ความคุ้มครองแก่สิทธิในชีวิตและร่างกายของหญิงนั้น ซึ่งบทบัญญัติของประมวลกฎหมายอาญาดังกล่าวได้บังคับใช้มาจนถึงปัจจุบัน

4. แนวคิดเกี่ยวกับการทำแท้ง

การทำแท้งถือว่าเป็นอาชญากรรมชนิดหนึ่งตามประมวลกฎหมายอาญา โดยทุกประเทศก็บัญญัติความผิดเกี่ยวกับการทำแท้งไว้ในประมวลกฎหมายอาญา⁴⁸ โดยมีคุณธรรมทางกฎหมายของความผิดฐานนี้ คือ ชีวิตทารกในครรภ์มารดา⁴⁹

แนวคิดอันเป็นบรรทัดฐานของสังคมเกี่ยวกับการทำแท้งนั้น ตั้งแต่ในอดีตจนถึงปัจจุบัน ปัญหาการทำแท้งยังเป็นปัญหาที่เกี่ยวกับศีลธรรมและศาสนา ซึ่งในความรู้สึกของประชาชนในประเทศไทยโดยทั่วไป ย่อมมีความคิดว่าการทำแท้งเป็นการทำที่โหดร้ายทารุณ ขัดต่อความรู้สึกและศีลธรรมอันดี รวมทั้งมนุษยธรรมอย่างร้ายแรง ประมวลกฎหมายอาญา จึงได้บัญญัติเพื่อลงโทษแก่การทำแท้งไว้อย่างเคร่งครัด และอนุญาตให้ทำได้เฉพาะกรณีที่เป็นจริง ๆ เท่านั้น

การทำแท้งถูกมองว่าเป็นปัญหาสังคม ปัญหาเชิงศีลธรรม และจริยธรรม ปัญหาทางกฎหมายทำให้ผู้หญิงไม่สามารถควบคุมร่างกายและวิถีชีวิตของตนได้ ทำให้ปัญหาการทำแท้งมีการถกเถียงกันอย่างมากและยังไม่สามารถหาข้อยุติได้เพราะปัญหาการทำแท้งเป็นปัญหาที่มองได้หลายแง่มุม รวมทั้งความคิดเห็นที่แตกต่างของบุคคลหลายฝ่ายอย่างเช่น บุคคลทางศาสนา

⁴⁷ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 305.

⁴⁸ คณิต ณ นคร, “กฎหมายอาญา ภาคความผิด”, พิมพ์ครั้งที่ 8 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน จำกัด, 2543), หน้า 114.

⁴⁹ คณิต ณ นคร, “กฎหมายอาญา ภาคความผิด”, พิมพ์ครั้งที่ 7 (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2543), หน้า 79.

นักกฎหมาย นักวิชาการ รวมทั้งความเชื่อและทัศนคติของคนในสังคมโดยรวม⁵⁰ การทำแท้งในทัศนะของพระพุทธศาสนาถือว่าชีวิตมนุษย์เริ่มตั้งแต่มอยู่ในครรภ์แล้วการทำแท้งจึงเป็นบาป และการทำแท้งยังเป็นเรื่องที่ผิดศีลธรรมและจริยธรรม ซึ่งแนวคิดเกี่ยวกับการทำแท้งแบ่งออกได้ ดังนี้

4.1 การทำแท้งกับศาสนา

การทำแท้งนั้นเป็นการกระทำที่มีความสัมพันธ์กับแนวคิดของศาสนาเป็นอย่างมาก เนื่องจาก ความรู้สึกผิดชอบชั่วดีของมนุษย์นั้นย่อมมีจุดกำเนิดจากแนวคิด ในเรื่องศีลธรรมของศาสนาเป็นตัวชี้้นำ การจะบ่งบอกว่าการทำแท้งเป็นการกระทำที่ผิดต่อศีลธรรมหรือไม่นั้น การพิจารณาถึงความสัมพันธ์ระหว่างแนวคิดทางศาสนาจึงเป็นเรื่องพื้นฐานที่จำเป็นอย่างยิ่งในหลักการของศาสนาทุกศาสนาต่างมีหลักการที่ตรงกันคือ ถือว่าชีวิตมนุษย์เป็นสิ่งที่มีความสำคัญและมีค่า และการทำลายชีวิตมนุษย์เป็นการกระทำที่ผิด การทำแท้งจึงถือว่าเป็นการกระทำที่มีความผิด ในกรณีนี้ในแต่ละศาสนาต่างมีทัศนะในเรื่องนี้ที่แตกต่างกันออกไป โดยที่คนไทยส่วนใหญ่นับถือ ศาสนาพุทธ ศาสนาคริสต์ และศาสนาอิสลาม จึงขอกล่าวถึงศาสนาทั้งสามศาสนากับการทำแท้ง ดังนี้

4.1.1 ศาสนาพุทธกับการทำแท้ง

การทำแท้งในทัศนะพุทธศาสนา คือ การทำลายชีวิตที่ยังอยู่ในครรภ์ให้ตายไปขณะที่ยังไม่คลอดออกสู่โลกภายนอก ทางพุทธศาสนามีหลักที่จะตัดสินในการทำแท้งตามหลักองค์ประกอบของปาณาติบาต 5 อย่าง โดยมีเจตนาเป็นหลัก คือ

1. สัตว์มีชีวิต
2. รู้ว่าสัตว์นั้นมีชีวิต
3. มีจิตคิดจะฆ่า
4. ทำความเพียร เพื่อให้ตาย
5. สัตว์ตายลง เพราะความเพียรนั้น⁵¹

⁵⁰ อารดี ประสมทรัพย์, ทางเลือกที่จะทำแท้ง: การพิทักษ์สิทธิผู้หญิงของวิชาชีพที่เกี่ยวข้อง, วิทยานิพนธ์ศิลปศาสตรมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2550, อ้างถึงในปราชญ์ คีวดี, “การทำแท้งโดยชอบด้วยกฎหมาย : ศึกษาเปรียบเทียบเงื่อนไขประกอบการทำแท้งในต่างประเทศ,” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2557), หน้า 39.

⁵¹ พระสมุทฺธ ถาวรธมฺโท (ทาทอง), “การศึกษาเปรียบเทียบปัญหาจริยธรรมเรื่องการทำแท้ง: ทรรศนะพุทธปรัชญาเถรวาทกับกฎหมายการทำแท้ง,” (วิทยานิพนธ์พระพุทธศาสตรมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัย, 2539), หน้า 167.

มีหลักคำสอนทางพระพุทธศาสนาที่ชัดเจนเรื่องการทำแท้ง คือการทำครรภ์ให้ตกไป ถ้าภิกษุรูปใดปรุ้งยาให้หญิงนั้นแท้งลูกภิกษุนั้นเป็น อาบัติปาราชิก (ขาดจากความ เป็นภิกษุในข้อฆ่าคนตาย) ฉะนั้น การทำแท้งเท่ากับเป็นการฆ่าคน แล้วมนุษย์เกิดขึ้นในช่วงไหน ซึ่งตามแนวคิดของศาสนาพุทธนั้น มนุษย์เกิดขึ้นในขณะที่มีการปฏิสนธิถือว่าเป็นมนุษย์แล้ว แล้วปฏิสนธิในช่วงไหน ตามหลักมหาตัมหาสังขยสูตรว่าคนที่เกิดขึ้นมานั้นต้องมีองค์ประกอบ 3 ประการ คือ⁵²

- 1) มารดาบิดาอยู่ร่วมกัน
- 2) มารดาอยู่ในฤดูเจริญพันธุ์
- 3) คันธัพพะเข้ามาจุติ

ตัวคันธัพพะ ก็คือ ปฏิสนธิวิญญาณ มีปฏิสนธิวิญญาณเข้าไปอยู่ในนั้น เมื่อ เชื้อฝ่ายพ่อและแม่ผสมกันแล้วในขณะนั้นมันจะเกิดคันธัพพะจุติเป็นองค์ประกอบที่ 3 คือ ปฏิสนธิ วิญญาณ ปฏิสนธิวิญญาณนี้แหละ คือ ขณะปฏิสนธิเมื่อมีปฏิสนธิวิญญาณแล้วสัตว์ในครรภ์จะเล็ก มากเป็นกลดหนึ่ง (กลด คือ เป็นน้ำใส มีลักษณะเป็นเมือก เป็นจุดเริ่มต้นแห่งการเจริญเติบโต)⁵³

ดังนั้น ถ้าใครไปทำกลดให้ตกไปถือว่าฆ่ามนุษย์แล้ว ศาสนาพุทธจึงไม่เห็น ด้วยกับการทำแท้ง ถ้าเป็นพระทำการขาดจากการเป็นพระ แต่ถ้าเป็นฆราวาสศีลก็ขาดเป็นบาป⁵⁴

จึงสรุปเกี่ยวกับการทำแท้งในทัศนะของพระพุทธศาสนาได้ว่า เป็นการฆ่ามนุษย์ ในหลักทางพระพุทธศาสนาถือว่าเป็นการฆ่าชีวิต เพราะชีวิตเริ่มต้นตั้งแต่มีปฏิสนธิวิญญาณ หรือมี ตัวคันธัพพะแล้ว ดังที่พระพุทธองค์ตรัสไว้ในมหาตัมหาสังขยสูตรที่ว่า การปฏิสนธิของคนนั้น ต้องมีองค์ประกอบ 3 ประการ คือ 1) พ่อแม่อยู่ร่วมกัน 2) แม่มีไข่สุก (ตามธรรมชาติ) และ 3) มีวิญญาณมาปฏิสนธิ (คันธัพพะ) หรือมีสัตว์มาเกิด

พระพุทธศาสนาไม่มีบทบัญญัติ หรือมีข้อนุญาต หรือเปิดโอกาสให้มีการ ทำแท้ง เพราะเป็นการทำลายชีวิตสัตว์ตกไป พระพุทธศาสนาถือว่าการเริ่มต้นชีวิตมนุษย์ เมื่อสามี

⁵² พระไตรปิฎก เล่มที่ ๑๒ พระสุตตันตปิฎก เล่มที่ ๔ มัชฌิมนิคาय มูลปิ่นฉาสกั ข้อธรรมที่ 452

⁵³ พระอมรเมธาจารย์ (นคร เขมปาตี), อธิการบดี มหาจุฬาลงกรณราชวิทยาลัย, สัมภาษณ์, 11 กันยายน 2558, อ้างถึงใน พระสมุทรร ถาวรชฎโท (ทาทอง), “การศึกษาเปรียบเทียบปัญหาจริยธรรมเรื่องการทำแท้ง: ทรรศนะพุทธปรัชญาเถรวาทกับกฎหมายการทำแท้ง,” (วิทยานิพนธ์พระพุทธศาสนาธรรมมหาบัณฑิต, มหาจุฬาลงกรณราชวิทยาลัย, 2539), หน้า 167.

⁵⁴ พระสมุทรร ถาวรชฎโท (ทาทอง), “การศึกษาเปรียบเทียบปัญหาจริยธรรมเรื่องการทำแท้ง: ทรรศนะ พุทธปรัชญาเถรวาทกับกฎหมายการทำแท้ง,” (วิทยานิพนธ์พระพุทธศาสนาธรรมมหาบัณฑิต, มหาจุฬาลงกรณราช วิทยาลัย, 2539), หน้า 168.

ภรรยาอยู่ร่วมกัน ภรรยาไม่ไปสัก เมื่อเชื่อมาผสมกันถือว่าเป็นตัว ในทางพุทธศาสนาไม่เพียงแต่สอง
 อย่างนี้ผสมกันเท่านั้น จะมีวิญญาณเข้าปฏิสนธิด้วย ดังนั้นชีวิตเริ่มตั้งแต่อยู่ในครรภ์ที่เรียกว่า
 เป็นกลดแล้วถ้าใครไปทำลายก็ถือว่าเป็นการทำลายชีวิตแล้ว⁵⁵

ทั้งนี้ในพระวินัยปิฎก มหาวิภังค์ (วินัย. 1/186/116-117 มหาจุฬาไตรปิฎก) ได้ปรากฏ
 เกี่ยวกับเรื่องการทำแท้งไว้ ดังนี้

1) หญิงคนหนึ่ง ในขณะที่สามีไม่อยู่ ประพศินอกใจ ได้เสียดกับชายชู้จนตั้งครรภ์
 นางจึงไปหาพระภิกษุที่นางอุปถัมภ์อยู่ ของร้องให้ช่วยทำแท้ง ภิกษุนั้นจัดหายาช่วยให้นางทำแท้ง
 ได้สำเร็จ ทำให้เด็กในครรภ์ตาย

2) หญิงสองคน มีสามีคนเดียวกัน คนหนึ่งเป็นหมันอีกคนหนึ่งไม่เป็นหมัน
 หญิงหมันกล่าวว่าหญิงที่ไม่เป็นหมันนั้นคลอดบุตรจะได้สิทธิครองสมบัติทั้งหมดตามประเพณี
 หญิงหมันจึงไปขอร้องภิกษุที่นางอุปถัมภ์ให้ช่วยบอกวิธีทำแท้ง ภิกษุนั้นได้จัดหายาช่วยให้นาง
 เอาไปทำแท้งให้แก่หญิงที่ไม่เป็นหมันได้สำเร็จ ทำให้เด็กในครรภ์คลอดตาย

3) เรื่องในลักษณะเดียวกัน ภิกษุจัดยาช่วยให้หญิงหมันทำแท้งหญิงที่ไม่เป็นหมัน
 ได้สำเร็จ ทำให้มารดาและเด็กตายทั้งสอง

4) หญิงตั้งครรภ์คนหนึ่งของร้องให้ภิกษุที่นางอุปถัมภ์บอกวิธีทำแท้ง ภิกษุนั้น
 บอกให้นางรัดครรภ์ นางรัดครรภ์ทำแท้งได้สำเร็จ

5) หญิงตั้งครรภ์คนหนึ่ง ของร้องให้ภิกษุที่นางอุปถัมภ์บอกวิธีทำแท้ง ภิกษุนั้น
 บอกให้นางใช้ของร่อนนาบท้องครรภ์ นางนาบครรภ์ด้วยของร่อนแท้งลูกสำเร็จ

ทั้ง 5 กรณีดังกล่าวมา พระพุทธเจ้าตรัสว่า “ภิกษุที่ทำอย่างนั้น ต้องอาบัติปราชิก
 ขาดจากการเป็นภิกษุ” เพราะถือว่าภิกษุนั้นฆ่ามนุษย์⁵⁶

ทางพระพุทธศาสนาถือว่า การทำแท้งเป็นการทำลายชีวิตมนุษย์ เพราะพระพุทธศาสนา
 เชื่อว่าเมื่อเชื่อสุจิผสมกันกับไข่ จะมีวิญญาณมาปฏิสนธิทันที จากนั้นด้วยอำนาจของวิญญาณนี้เอง
 จะพัฒนาให้มีการแบ่งเซลล์มากขึ้น เป็นการเริ่มต้นของชีวิตแล้ว และพัฒนาเจริญเติบโตมาเป็น
 มนุษย์ได้ ช่วงระยะเวลาของการปฏิสนธิวิญญานนั้นจะต้องปฏิสนธิภายใน 7 วัน ถ้าไม่สามารถ
 ปฏิสนธิได้ภายใน 7 วัน การปฏิสนธิก็จะหมดสภาพไป เมื่อเริ่มมีการปฏิสนธิแล้ว ในช่วงที่มีการ
 ไหลตัวไปฝังยังผนังมดลูกนั้น อาจจะมีกรรมมาตัดรอนในช่วงนั้น ทำให้ชีวิตนั้นตายได้ เพราะว่า

⁵⁵ พระสมุทฺธ ถาวรธมฺโท (ทาทอง), เรื่องเดิม, หน้า 169.

⁵⁶ จำเนียร โชติช่วง และคณะ, *จิตวิทยารับรู้และการเรียนรู้*, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช,
 2519, หน้า 171-172.

การตายนั้นมิได้ทุกขณะ เริ่มตั้งแต่มีปฏิสนธิจนถึงตายนั่นเอง⁵⁷

ดังนั้น จึงสรุปได้ว่า การทำแท้งในทัศนะพระพุทธศาสนานั้น ถือว่าเป็นความผิด เป็นบาป โดยถือว่าชีวิตเริ่มตั้งแต่มีการปฏิสนธิในครรภ์ของหญิงแล้ว เมื่อองค์ประกอบทั้ง 3 ประการ อันประกอบด้วย 1. มารดาบิดาอยู่ร่วมกัน 2. มารดามีฤดูพร้อมที่จะมีบุตร และ 3. มีสัตว์ มากำเนิด มีการประชุมพร้อมกันแล้ว และการทำแท้งก็ถือว่าผิดหลักปาณาติบาตเพราะมีเจตนาที่จะ ทำให้แท้ง ส่วนจะมีโทษมากหรือน้อย หรือบาปมากหรือบาปน้อยนั้นตามหลักพุทธปรัชญา มีหลักการที่ควรพิจารณา ดังนี้⁵⁸

1. ต้องดูที่ตัวสัตว์ที่ถูกกระทำนั้นว่ามีคุณค่ามากหรือค่าน้อย ผู้ใดมีประโยชน์ ต่อสังคมมากหรือมีคุณธรรมมาก เราไปฆ่าแล้วก็จะมิบาปมาก หรือถ้าไปฆ่านุชย์ที่มีคุณธรรม มากไปฆ่าแล้วก็จะมิบาปมากกว่าไปฆ่าสัตว์ซึ่งมีโอกาสนในการที่จะทำความดีน้อยกว่ามนุษย์นั่นเอง แต่ไม่ว่าจะเป็นในกรณีใดก็ตามก็เป็นการทำลายชีวิตทั้งสิ้น ความจริงก็คือมีการฆ่าเกิดขึ้น แต่แยก ได้ว่าเป็นบาปมากหรือน้อย ในสิ่งที่มีคุณค่าต่างกัน

2. ต้องดูที่เจตนาหรือความความรู้สึกในการกระทำของผู้กระทำว่ามีอยู่อย่างไร ถ้าผู้กระทำกระทำด้วยเจตนามุ่งร้ายมีความรู้สึกเกลียดชัง มุ่งจะทำลาย เช่นนี้ ถือว่าเป็นบาป และมี โทษมาก กว่าผู้กระทำที่มีเจตนาไม่ร้ายแรงหรือมีเจตนาในทางดี เช่นผู้กระทำกระทำด้วยมีเจตนา ที่จะป้องกันตนเอง ไม่ได้มุ่งหวังจะทำลายหรือเบียดเบียนผู้ถูกกระทำ

3. ต้องดูที่ความมุ่งมั่นหรือความเพียรในการกระทำว่าเตรียมการมาอย่างไรมีการ วางแผนเตรียมการล่วงหน้าหรือไม่ มีเจตนาที่ทำลายอย่างรุนแรง ไม่ยอมลดเลิกสะ หยุดในการ ที่จะกระทำผู้ถูกกระทำ เช่นนี้ก็มีบาปมาก แต่ถ้าผู้กระทำกระทำด้วยอารมณ์ชั่วขณะ แม้จะเป็น อารมณ์โกรธก็จะมีบาปเบาว่า

เมื่อชาย และหญิงมีเพศสัมพันธ์จนเกิดการปฏิสนธิจนเกิดมีก้อนเลือดขึ้นมานั้น ก้อนเลือดนั้นถือว่าเป็นผลผลิตของเชื้อบิดาและมารดา จึงเป็นสิ่งมีชีวิตในลักษณะของขาลาปุชะ และเมื่อเลือดก้อนนั้น คือสิ่งมีชีวิต การทำลายหรือการกำจัดชีวิตที่กำลังจะเกิด จึงถือว่าเป็นการผิด ศีลปาณาติบาต แม้ว่าผู้ทำลายหรือคิดทำร้ายชีวิตนั้นจะปฏิเสธโดยวิธีใดๆ ก็ตาม⁵⁹

⁵⁷ เพียงจิต ตันติจรัสวโรดม, “สิทธิเสรีภาพในการทำแท้งของหญิง, วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2551, หน้า 48-49.

⁵⁸ พระเทพเวที(ประยูรค์ ปยุตโต), ทำแท้ง : ตัดสินใจอย่างไร? (กรุงเทพฯ: 2539), หน้า 19.

⁵⁹ สุวัฒน์ จันทรจันง, เรื่องเดิม, หน้า 115.

กล่าวโดยสรุปแล้วแม้ว่า ทศนะพุทธศาสนาต่อการทำแท้งนั้นเป็นความผิด และเป็นบาปแต่ไม่ได้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับเรื่องความผิดหรือบาปไว้โดยตรงแต่อย่างใด โดยจะมุ่งเน้นให้ความสำคัญต่อชีวิต โดยมีหลักการที่ว่าสัตว์โลกย่อมมีความรักชีวิตของตนเองเสมอไม่ว่าจะเป็น สัตว์ประเภทใดก็ตามการฆ่าสัตว์ตัดชีวิตย่อมเป็นบาป ส่งผลให้พุทธศาสนาเชื่อว่าการทำแท้งไม่ว่า เหตุผลใด ๆ ก็เป็นบาปเพราะเป็นการทำลายชีวิตมนุษย์โดยถือว่าทารกที่อยู่ในครรภ์ของหญิงนั้น อยู่ในลักษณะที่จะพัฒนาตามลำดับเพื่อคลอดออกมาแล้วมีสภาพความเป็นบุคคลจะโดยสมบูรณ์ หรือไม่ก็ตามก็ถือว่าเป็นชีวิตมนุษย์โดยสมบูรณ์นั่นเอง

4.1.2 ศาสนาคริสต์กับการทำแท้ง

คริสต์ศาสนาทั้งนิกายโรมันคาทอลิก และนิกายโปรเตสแตนต์ แม้จะมีหลักคำสอนที่แตกต่างกันบ้างในรายละเอียดแต่ก็มีความเห็นที่ตรงกันว่าพระเจ้าเป็นผู้สร้างมนุษย์ การทำแท้งเป็นการฆ่าคนจึงเป็นบาป (เทียบ ปฐมกาล. 1: 26-27; 9: 6)

โดยนิกายโรมันคาทอลิกมีบุคคลที่เป็นผู้มีอำนาจในการตัดสินปัญหาความขัดแย้งในทางศาสนาคือองค์พระสันตะปาปา เห็นว่าการทำแท้งเป็นบาปที่ควรประณามอย่างยิ่ง ความเชื่อที่ว่าชีวิตใหม่เริ่มต้นเมื่อมีการปฏิสนธิ ดังนั้นการทำลายไข่ก็ดี ก้อนเลือดก็ดี หรือทารกในครรภ์มารดาที่ดี ย่อมเป็นการฆ่าคนตายและต้องห้ามโดยเด็ดขาด⁶⁰ โดยมีบทบัญญัติห้ามไว้ว่า “... เจ้าจงไม่ฆ่าทารกโดยการทำแท้ง เจ้าต้องไม่ทำลายสิ่งสร้าง” (Didache 2:2) แต่จะมีข้อยกเว้นให้ทำแท้งโดยอ้อมได้เพียงกรณีเดียว อาจกระทำเพื่อการผ่าตัด เพื่อการรักษาโรค เป็นเหตุให้ทารกถูกทำลายไปด้วย ซึ่งการกระทำดังกล่าวเป็นเพื่อช่วยเหลือชีวิตของมารดาไม่ใช่การทำลายทารกในครรภ์ของมารดา⁶¹

ในการทำสังคายนาวาติกันครั้งที่สอง ดำเนินการจัดขึ้นที่มหาวิหารนักบุญเปโตรในนครรัฐวาติกัน ตามรับสั่งของสมเด็จพระสันตะปาปาจอห์นที่ 23 เมื่อวันที่ 11 ตุลาคม ค.ศ. 1962 มาสิ้นสุดในวันที่ 8 ธันวาคม ค.ศ. 1965 ในสมัยสมเด็จพระสันตะปาปาปอลที่ 6⁶² ได้กล่าวถึงสิทธิของทารกในการดำรงชีวิตไว้ ดังนี้

“สิทธิที่จะมีชีวิตย่อมดำรงอยู่อย่างสมบูรณ์ในบุคคลสูงอายุ แม้จะชราภาพ สักปานใดก็ตาม สิทธิดังกล่าวนี้ยังคงมีอยู่สมบูรณ์แม้ในคนป่วยที่มีทางเยียวยา

⁶⁰ วัฒนา รัตนวิจิตร, “กฎหมายและการทำแท้งในประเทศไทย”, กรุงเทพฯ: วิทยาลัยป้องกันราชอาณาจักร, 2521, หน้า 10.

⁶¹ วัฒนา รัตนวิจิตร, เรื่องเดิม, หน้า 10

⁶² Austin Llanery, Vatican council 2. (1982) p.445.

สิทธิที่จะมีชีวิตอยู่นี้ในทารกแรกเกิดมิได้มีน้อยไปกว่าบุคคลที่เติบโตเป็นผู้ใหญ่แล้วในความเป็นจริง ความเคารพในชีวิตมนุษย์ถูกเรียกร้องตั้งแต่วินาทีแรกที่กระบวนการแห่งชีวิตเริ่มต้น นับจากวินาทีที่ไข่ของมารดาผสมกับเชื้อของบิดา ชีวิตใหม่ได้เริ่มต้นขึ้นแล้ว และชีวิตดังกล่าวนี้ไม่ใช่สมบัติของบิดาหรือมารดา หากแต่คือชีวิตของมนุษย์คนใหม่ที่กำลังเติบโตขึ้นทุกขณะ ชีวิตใหม่นี้จะไม่อาจพัฒนาเป็นมนุษย์ได้ หากว่าเรามีได้มีสภาพเป็นมนุษย์มาแล้วตั้งแต่เกิด”

เมื่อได้ศึกษาจากเอกสารสังคายนาวาดิกันครั้งที่สองพบว่าได้มีมติประณามการทำแท้งอย่างรุนแรง ในความว่า “ชีวิตจักต้องได้รับการปกป้องด้วยความเอาใจใส่อย่างเข้มงวด นับจากวินาทีแรกที่ปฏิสนธิ การทำแท้งและการฆ่าทารกแรกเกิดเป็นอาชญากรรมที่ร้ายแรง” ทั้งยังได้แสดงทัศนะต่อการทำแท้งไว้ในข้อ 14 ว่า “(การคุมกำเนิด) เป็นการขัดขวาง โดยตรงต่อลำดับขั้นตอนการให้กำเนิดปฏิสนธิแล้ว การทำแท้งที่เกิดขึ้นจากเจตนาและการกระทำโดยตรง แม้จะอ้างเหตุผลในทางรักษาพยาบาล ทั้งสองประการนี้ก็จำต้องปิดออกไปให้อยู่นอกวิถีที่ถูกต้องของการคุมกำเนิดโดยเด็ดขาด⁶³ และในทัศนะของศาสนาคริสต์นิกายโรมันคาทอลิกที่มีต่อการทำแท้งนั้นมีการต่อต้านอย่างรุนแรง เพราะเป็นการกระทำที่ผิดศีลธรรมโดยไม่มีข้อยกเว้น เนื่องจากมีความเชื่อว่าทารกในครรภ์มารดามีสภาพเป็นบุคคลแล้วโดยสมบูรณ์นับตั้งแต่วินาทีแรกที่ได้มีการปฏิสนธิ

ซึ่งตามคำสอนของนิกายโรมันคาทอลิกนั้นห้ามแม้กระทั่งการคิดเรื่องลามกทางเพศ พูด ฟัง หรือดูสื่อลามกทางเพศ ห้ามกระทำสิ่งใดๆที่เป็นการลามกทางเพศต่อตนเอง หรือต่อผู้อื่น ห้ามการร่วมประเวณีโดยมิได้มีการสมรส และหากสมรสแล้วก็ห้ามกระทำผิดประเวณี ห้ามคุมกำเนิดและห้ามทำแท้ง ซึ่งหากไม่มีกระทำในส่วนแรก คือ “การคิด” ก็คงไม่มีการผิดประเวณีตามมา และหากการคุมกำเนิดก็ยังคงเป็นความผิด เพราะการห้ามไม่ให้เกิด เท่ากับความสัมพันธ์ระหว่างชายหญิงนั้นไม่ต้องการมีบุตรแต่ต้องการมีเพศสัมพันธ์อย่างเดียวยังถือเป็นการผิด เมื่อเด็กเกิดมาแล้วอยู่ในครรภ์การฆ่าเด็กที่อยู่ในครรภ์ก็ยังคงเป็นความผิดไม่ต่างจากเด็กคลอดออกมาแล้วฆ่าเด็กนั้น เพราะทั้งหมดนั้นต่างก็เป็นการกระทำเพื่อการมีเพศสัมพันธ์ โดยไม่ต้องการให้เกิดชีวิต

ในพระคริสตธรรมคัมภีร์ภาคพันธสัญญาใหม่ กล่าวถึงทัศนคติของพระเยซูเรื่องการล่วงประเวณีว่าดังนี้ “ท่านทั้งหลายได้ยินคำซึ่งกล่าวไว้ว่าอย่าล่วงประเวณีฝ่าเมียเขา ฝ่ายเราบอกท่านทั้งหลายว่า ผู้ใดมองผู้หญิงเพื่อให้เกิดใจกำหนดในหญิงนั้น ผู้นั้นได้ล่วงประเวณีในใจกับหญิงนั้นแล้ว” และทัศนคติของพระเยซูเรื่องการหย่าร้างกล่าวว่า “ยังมีคำกล่าวไว้ว่า ถ้าผู้ใด

⁶³ อำนวย ชัยโยธา, ปัญหาวชิราวุธศาสตร์เชิงวิพากษ์,(กรุงเทพฯ: ภาควิชาปรัชญาและศาสนา คณะมนุษยศาสตร์และสังคมศาสตร์สถาบันราชภัฏสงขลา,2541) หน้า 224.

จะหย่าภรรยาทำให้ทำหนังสือหย่าให้แก่ภรรยา นั้น ฝ่ายเราบอกท่านทั้งหลายว่า ถ้าผู้ใดจะหย่าภรรยา เพราะเหตุอื่นนอกจากการเล่นชู้ ก็เท่ากับว่าผู้นั้นทำให้หญิงนั้นผิดศีลล่วงประเวณี และถ้าผู้ใดจะรับ หญิงซึ่งหย่าแล้วเช่นนั้นมาเป็นภรรยา ผู้นั้นก็ผิดศีลล่วงประเวณีด้วย” จากทัศนคติของพระเยซู ดังกล่าวจะเห็นได้ว่า เพียงแต่คิดก็เป็นความผิดบาป การกระทำต่อตนเองหรือผู้อื่น โดยมิได้สมรส จึงเป็นความผิดบาปด้วยไม่ว่าชายหญิงนั้นจะยินยอมหรือไม่ และการหย่าร้างตามคำสอนของนิกาย โรมันคาทอลิกจึงกระทำไม่ได้ แต่หากมีเหตุจำเป็นต้องหย่าแล้ว ทั้งสองฝ่ายก็ไม่สามารถที่จะทำการ สมรสใหม่ เว้นแต่ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะตายจากไป⁶⁴

ตามคำสอนของคริสตศาสนานิกายโรมันคาทอลิกนั้นถือว่าการสืบทอดชีวิต เป็นหน้าที่สำคัญที่สุดของมนุษย์ เพราะบุคคลผู้สมรสกำลังร่วมมือกับพระเจ้าพระเจ้าผู้สร้างในฐานะ ผู้มีเสรีและมีความรับผิดชอบ และเห็นว่าการแต่งงานไม่ใช่ผลจากความบังเอิญ หรือผลิตผล แห่งวิวัฒนาการของพลัทธิธรรมชาติไร้สำนึก หากเป็นการจัดตั้งที่ชาญฉลาดของพระเจ้าผู้สร้างที่ทรง แสดงให้ปรากฏเป็นจริงในมนุษย์ถึงแบบฉบับแห่งความรักของพระองค์ เป็นการรวมชีวิตเข้าเป็น หนึ่งเดียวในความมุ่งหมายที่จะให้ชีวิตนั้นมีความสมบูรณ์พร้อมร่วมกัน เพื่อร่วมกิจกับพระเจ้าเป็น เจ้าในการกำเนิดและการศึกษาของชีวิตที่เกิดขึ้นใหม่ทั้งหลาย ทั้งยังสอนว่าความรักที่เป็น ลึกซึ้งเฉพาะของชีวิตสมรสคือการเจริญพันธุ์ เนื่องจากความรักนี้ไม่เสื่อมสูญเพียงแต่การอยู่ ร่วมกันระหว่างสามีภรรยาเท่านั้น แต่ถูกกำหนดมาให้สืบทอดชีวิตต่อไป แม้เบื้องต้นเป็นความรัก ของมนุษย์ปุถุชน กล่าวคือ มีความรู้สึกทางกายและทางจิตพร้อมกัน จึงไม่ใช่การถ่ายทอด สัตยชาติญาณ และความรู้สึกที่มาจากอารมณ์ธรรมดา “โดยแก่นแท้แล้ว การแต่งงานและความรัก แห่งการสมรสมุ่งไปสู่การให้กำเนิดและให้การอบรมแก่ลูกๆ ลูกๆ จึงเป็นพรอันสูงสุดอย่างแท้จริง ของการแต่งงาน และมีส่วนสำคัญอย่างยิ่งต่อความอยู่ดีมีสุขของผู้เป็นพ่อแม่” พระสันตะปาปา ปอลที่ 6 ประมุขของศาสนจักรคาทอลิก ยังกล่าวอีกว่า “มนุษย์ไม่สามารถพบความสุขที่แท้จริง ซึ่ง เขาไขว่คว้าหาอย่างสุดกำลังได้ นอกจากในการเคารพกฎเกณฑ์ซึ่งพระเจ้าได้ทรงกำหนดไว้ ในธรรมชาติของเขาเอง กฎเกณฑ์ซึ่งเขาต้องปฏิบัติตามด้วยความเฉลียวฉลาดและด้วยความรัก”⁶⁵

อย่างไรก็ตามหากมีเหตุผลที่จะต้องเว้นว่างการให้กำเนิด เนื่องจากสุขภาพ ทางกายหรือทางจิตของสามีหรือภรรยา หรือเพราะสภาพบังคับภายนอกอื่นๆ คริสตศาสนาสอน ว่าการคุมกำเนิดก็เป็นสิ่งที่ทำได้ตามจังหวะธรรมชาติที่มีอยู่ภายในระบบการให้กำเนิดในระยะ

⁶⁴ เพียงจิต ดันติจรัสวโรดม, “สิทธิเสรีภาพในการทำแท้งของหญิง,” วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2551, หน้า 53.

⁶⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 54

ที่ไม่เจริญพันธุ์ ซึ่งเป็นวิธีคุมกำเนิดได้โดยไม่ขัดต่อศีลธรรม แต่การขัดขวางโดยตรงต่อลำดับขั้นตอน การให้กำเนิดที่ปฏิสนธิแล้ว และเหนือสิ่งอื่นใดการแท้งที่เกิดขึ้นจากเจตนาและการกระทำโดยตรงแม้จะอ้างเหตุผลในการรักษาพยาบาล ทั้งสองประการนี้ ศาสนาคริสต์เห็นว่าจำเป็นต้องปิดออกไปให้อยู่นอกวิธีที่ถูกต้องของการคุมกำเนิดโดยเด็ดขาด “การกระทำใดๆ ก็ตาม จะเป็นก่อนหลังการมีเพศสัมพันธ์ หรือในระหว่างที่กำลังเกิดการพัฒนาของผลที่ติดตามาตามธรรมชาติ ไม่ว่าจะมุ่งให้การกระทำนั้นเป็นเป้าหมายหรือเป็นสื่อในการเจริญพันธุ์เป็นไปไม่ได้ก็ตาม ต้องถือว่าผิด” คริสตศาสนาสอนว่า เราต้องรักมนุษย์ทุกคนโดยไม่เลือกชาติหรือศาสนา ผิวพรรณหรืออายุ แม้ผู้ที่ยังไม่เกิดด้วย เพราะพระเป็นเจ้าทรงสร้างมนุษย์ตามพระฉายาของพระองค์เอง ทรงอวยพระพรแก่มนุษย์ ทรงตั้งให้มนุษย์เป็นเจ้านายเหนือสิ่งสร้างทั้งหมด พระองค์ตรัสกับมนุษย์ว่า “จงบังเกิดบุตร” คาทอลิกจึงสอนว่า ชีวิตมนุษย์เป็นพระพรอันประเสริฐของพระเป็นเจ้า มีศักดิ์ศรี และคุณค่าเหนือประโยชน์ใดๆ เป็นสิ่งที่ต้องช่วยกันปกป้องรักษา และทะนุบำรุงให้เจริญงอกงาม และพระเป็นเจ้าเท่านั้นทรงอานุภาพเหนือชีวิตมนุษย์ มนุษย์จึงไม่มีสิทธิจะทำลายชีวิตของตนเอง หรือชีวิตของคนอื่นผู้บริสุทธิ์ได้ ตามคำสอนของพระศาสนจักรคาทอลิกฉบับเก่าแก่ชื่อดีดาเค (Didache) ที่เขียนขึ้นราวศตวรรษที่ 2-3 ได้ห้ามการทำแท้งโดยเด็ดขาด “อย่าฆ่าเด็กทารกด้วยการทำแท้ง และอย่าทำลายเขาภายหลังการเกิด” การทำแท้งและการฆ่าทารกจึงเป็นอาชญากรรมอันน่าเกลียดน่าชังที่สุดในทัศนะของศาสนาคริสต์⁶⁶

สำหรับนิกายโปรเตสแตนต์นั้นไม่เข้มงวดเท่ากับนิกายโรมันคาทอลิก โดยมีลักษณะเสรีมากกว่าและจะไม่เคร่งเท่า ในยุคแรกของฝ่ายนิกายโปรเตสแตนต์จะมีความเห็นว่าการคุมกำเนิดและการทำแท้งว่าเป็นการกระทำที่ขัดต่อศีลธรรมและกฎของพระเจ้า ต่อมาได้ยอมรับถึงการเกิดของทารกที่อาจก่อให้เกิดอันตรายต่อมารดาได้ การตีความของพระเจ้าจึงได้เปลี่ยนแปลงไป การจำกัดขนาดของครอบครัวโดยวิธีบางอย่างจึงเป็นเหตุผลที่ชอบ เมื่อมีการประชุมของฝ่ายนิกายโปรเตสแตนต์ที่ลอนดอนเมื่อปี ค.ศ.1930 (Lambeth Conference) ได้มีมติเห็นชอบในการคุมกำเนิดโดยมีเงื่อนไขได้⁶⁷ ในการประชุมเมื่อปี ค.ศ.1958 นิกายโปรเตสแตนต์จึงอนุญาตให้ทำแท้งได้ในกรณีจำเป็น เพราะชีวิตมนุษย์จะมีวิญญานหลัง 46 วันเมื่อมีการทำแท้ง ในระหว่างนี้จึงไม่เป็นบาปด้วยข้ออ้างและเหตุผลดังกล่าวต่อมาในปี ค.ศ.1968 มีการประชุม American Baptist Convention ได้มีมติยอมรับว่าการทำแท้งเป็นเรื่องการตัดสินใจส่วนตัว ได้เรียกร้องให้ออกกฎหมายว่า 1) การทำให้การตั้งครรภ์สิ้นสุดลงก่อนสัปดาห์ที่สิบสอง ตามคำร้องขอ

⁶⁶ เพียงจิต ตันติจรัสวโรดม, เรื่องเดียวกัน, หน้า 55.

⁶⁷ วัฒนา รัตนวิจิตร, เรื่องเดิม, หน้า 13

ของบุคคลที่เกี่ยวข้องและควบคุมโดยกฎหมายเวชกรรม 2) หากพ้นช่วงระยะเวลาดังกล่าวการทำให้การตั้งครรภ์สิ้นสุดลงต้องกระทำโดยแพทย์เท่านั้น และต้องได้รับอนุญาตตามคำขอ และด้วยเหตุผลตามที่สถาบันกฎหมายกำหนดไว้

ในเรื่องการให้ความสำคัญระหว่างการช่วยชีวิตมารดาหรือการช่วยชีวิตทารกในครรภ์ว่าสิ่งไหนมีความสำคัญยิ่งกว่ากัน ได้มีการพูดถึงเมื่อครั้งที่ได้ประชุมใหญ่ของ United Presbyterian Church ในปี ค.ศ.1962 และต่อมาได้มีการเรียกร้องให้มีการยกเลิกกฎหมายห้ามการทำแท้ง แต่ให้ห้ามเฉพาะการทำแท้งโดยบุคคลซึ่งมิใช่แพทย์ที่ได้รับอนุญาตเท่านั้น โดยเห็นว่าการตัดสินใจในเรื่องของการทำแท้งนั้นเป็นเรื่องระหว่างคนไข้กับแพทย์ ซึ่งมีขึ้นในการประชุมใหญ่ของ United Presbyterian Church ในปี ค.ศ.1968⁶⁸

จากการศึกษาแนวคิดเกี่ยวกับการทำแท้งในทัศนะคริสต์ศาสนานั้น พบว่านิกายโรมันคาทอลิกถือว่าการทำแท้งเป็นสิ่งที่ผิดและบาป และคำสั่งสอนของศาสนาคริสต์นิกายโรมันคาทอลิกเรื่องการทำแท้งไม่เคยมีการเปลี่ยนแปลงและเป็นกฎเกณฑ์ที่มีอาจเปลี่ยนแปลงได้⁶⁹ ส่วนนิกายโปรเตสแตนต์ ในยุคแรกแม้จะคัดค้านการทำแท้ง แต่การตีความของพระเจ้าได้มีการเปลี่ยนแปลงเรื่อยมาเป็นลำดับ โดยเริ่มจากการยอมรับว่าการเกิดของทารกอาจก่อให้เกิดอันตรายต่อชีวิตของมารดาได้ จนกระทั่งเห็นว่ามีความจำเป็นซึ่งสามารถทำแท้งโดยมีเงื่อนไขได้ และพัฒนาต่อมาจนกระทั่งเรียกร้องให้ยกเลิกกฎหมายห้ามการทำแท้งโดยให้ห้ามแต่เฉพาะบุคคลซึ่งมิใช่แพทย์เท่านั้น

4.1.3 ศาสนาอิสลามกับการทำแท้ง

ตามหลักศาสนาอิสลามได้กล่าวถึงชีวิตของเด็กในครรภ์มารดาได้เริ่มต้นตั้งแต่การปฏิสนธิระหว่างเชื้อสุจิของชายกับไข่ของหญิง และได้กล่าวถึงการทำลายชีวิตมนุษย์ไว้ว่าชีวิตเป็นสิ่งที่ละเมิดมิได้ ต้องได้รับการคุ้มครองตั้งแต่อยู่ในครรภ์ เมื่อคลอดออกมามีความรับผิดชอบแล้วก็ได้รับการคุ้มครองตามบทบัญญัติของศาสนา ยกเว้นการทำลายชีวิตของผู้ที่กระทำผิดจนมิโทษถึงชีวิต ศาสนาอิสลามถือว่า ชีวิตเริ่มต้นแล้วตั้งแต่มีการปฏิสนธิ ยิ่งกว่านั้นศาสนาอิสลามยังถือว่าแม้แต่การคุมกำเนิด โดยก้าวไปถึงขั้นทำแท้งก็ถือว่าผิดหลักศาสนา เพราะถือว่า พระอัลลอฮ์เจ้าเป็นผู้สร้างทุกสิ่งทุกอย่าง รวมทั้งชีวิตที่จะให้มีการสืบพันธุ์กันต่อไป ในลักษณะที่ถูกต้องตามขนบธรรมเนียมประเพณี ดังนั้น ชีวิตที่เริ่มต้นจากการปฏิสนธิ จึงถือเป็นคำสั่งของ

⁶⁸ วัฒนา รัตนวิจิตร, เรื่องเดิม, หน้า 13-14

⁶⁹ สุวัฒน์ จันทระจันง, เรื่องเดิม, หน้า 116

พระเจ้าภายใต้เมตตาจิตของผู้เป็นบิดามารดา หากผู้ใดทำลายก็เป็นการละเมิดต่อพระเจ้า ถือเป็นบาป⁷⁰ ในทัศนะของศาสนาอิสลามจะไม่อนุญาตให้ทำแท้งนับแต่วันแรกที่มีตั้งครรภ์ก็จริง แต่ในกรณีที่มีความจำเป็น เช่น หญิงมีครรภ์ป่วยเป็นโรคที่รักษาให้หายขาดได้ยาก หรือหากปล่อยให้หญิงมีครรภ์ดำเนินการตั้งครรภ์ต่อไปจะเป็นอันตรายต่อสุขภาพของหญิงมีครรภ์หรือของทารกในครรภ์ของหญิง หรือมีอุปสรรคจำเป็นต่อการตั้งครรภ์ ถือว่าอนุญาตให้ทำแท้งได้แต่จะต้องทำแท้งภายในอายุครรภ์ 40 วัน เพราะถือว่า ช่วงเวลา 40 วันแรกแห่งการตั้งครรภ์นั้นศาสนาอิสลามถือว่ายังไม่มีการส่งวิญญาณของเด็กลงมาในครรภ์มารดา ซึ่งจะสอดคล้องกับศาสนายิวโบราณที่ว่าทารกในครรภ์ที่มีอายุอ่อนกว่า 40 วันนั้นยังไม่ถือว่าชีวิตเกิดขึ้น กฎหมายของยิวจึงบัญญัติว่าการทำแท้งก่อนทารกอายุ 40 วันไม่มีความผิด⁷¹

กล่าวโดยสรุปแล้วในพระคัมภีร์ของศาสนาอิสลาม ก็มหาคัมภีร์อัลกุรอาน กับทัศนะในเรื่องของการทำแท้งไม่มีการบัญญัติไว้โดยตรงว่าการทำแท้งเป็นบาปหรือไม่ แต่การที่ศาสนาอิสลามมุ่งเน้นให้มีการเพิ่มจำนวนประชากรให้มากขึ้น เช่น ให้ผู้ชายมีภรรยาได้หลายคน และมีบทบัญญัติว่า “...จงอย่าประหารเด็กของเจ้า เพราะกลัวว่าเจ้าจะยากจนลง เราเป็นผู้เกี่ยวพันเจ้าและเด็กๆเหล่านั้น..” (The Koran VI,151: XVII: 13) จึงเชื่อได้ว่าศาสนาอิสลามถือว่าการทำแท้งเป็นบาป โดยขึ้นอยู่กับทัศนะหรือความเชื่อและการตีความอธิบายของผู้นำศาสนา และเป็นผู้นำชุมชนในสังคมของศาสนาอิสลามนั่นเอง

จากการศึกษาแนวความคิดเกี่ยวกับการทำแท้งในทางศาสนา พบว่า ศาสนาพุทธ ศาสนาคริสต์ หรือศาสนาอิสลาม ทั้งสามศาสนาต่างก็มีแนวความคิดว่าการทำแท้งนั้นเป็นการกระทำที่ผิดศีลธรรมและขัดต่อคำสอนของแต่ละศาสนา จึงถือได้ว่าแนวคิดทางศาสนาเกี่ยวกับการทำแท้งนั้นเป็นรากฐานของการบัญญัติกฎหมายว่าการทำแท้งเป็นความผิด และมีบทลงโทษทางอาญานั้นเอง

4.2 ด้านกฎหมาย

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยเป็นกฎหมายแม่บทและเป็นกฎหมายสูงสุดที่ใช้ในการปกครองประเทศ โดยได้บัญญัติให้ความคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนไว้อยู่หลายประการ รวมถึงได้มีการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพบางประการของประชาชนไว้ในขณะเดียวกัน โดยมีเจตนารมณ์เพื่อเป็นหลักประกันการมีสิทธิเสรีภาพในด้านต่างๆ รวมถึงสิทธิเสรีภาพในชีวิต

⁷⁰ ชูติพันธ์ ทิมทอง, ความคิดเห็นที่มีต่อการทำแท้งของนักเรียนชั้นมัธยมปลายในเขตกรุงเทพมหานคร, วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยเกษตรศาสตร์, 2548, หน้า 51.

⁷¹ วิฑูรย์ อึ้งประเสริฐ, “นิติเวชสารกบฏกฎหมายทำแท้งข้อโต้แย้งที่ยังไม่ยุติ เรื่องความผิดฐานทำให้แท้งลูก,” กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์เจเนอเรชั่นเพรส, 2537, หน้า 31.

และร่างกายของบุคคลเท่าที่ไม่เป็นการละเมิดต่อสิทธิเสรีภาพของบุคคลอื่น แต่ทั้งนี้ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ได้มีการบัญญัติถึงการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนอันเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่รัฐต้องให้ความคุ้มครอง⁷² ความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยนั้น บทบัญญัติใดของกฎหมายกฎ หรือข้อบังคับ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ บทบัญญัตินั้นเป็นอันใช้บังคับมิได้⁷³

สิทธิและเสรีภาพของปวงชนชาวไทย นอกจากที่บัญญัติคุ้มครองไว้เป็นการเฉพาะในรัฐธรรมนูญแล้ว การใดที่มีได้ห้ามหรือจำกัดไว้ในรัฐธรรมนูญหรือในกฎหมายอื่น บุคคลย่อมมีสิทธิและเสรีภาพที่จะกระทำการนั้นได้และได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญตามเท่าที่การใช้สิทธิหรือเสรีภาพเช่นว่านั้นไม่กระทบกระเทือนหรือเป็นอันตรายต่อความมั่นคงของรัฐ ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน และไม่ละเมิดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอื่น⁷⁴ การตรากฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลต้องเป็นไปตามเงื่อนไขที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญในกรณีรัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติเงื่อนไขไว้ กฎหมายดังกล่าวต้องไม่ขัดต่อหลักนิติธรรม ไม่เพิ่มภาระหรือจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลเกินสมควรแก่เหตุและจะกระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคล มิได้รวมทั้งต้องระบุเหตุผลความจำเป็นในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพไว้ด้วย⁷⁵ และบุคคลย่อมเสมอกันในกฎหมายและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน⁷⁶ โดยชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน⁷⁷ การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ ความพิการ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมืองอันไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ จะกระทำมิได้⁷⁸ และมาตรการที่รัฐกำหนดขึ้นเพื่อขจัดอุปสรรคหรือส่งเสริมให้บุคคล

⁷² รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 4.

⁷³ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 5.

⁷⁴ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 25 วรรคแรก.

⁷⁵ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 26 วรรคแรก.

⁷⁶ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 27 วรรคแรก.

⁷⁷ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 27 วรรคสอง.

⁷⁸ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 27 วรรคสาม.

สามารถใช้สิทธิและเสรีภาพได้เช่นเดียวกับบุคคลอื่น ย่อมไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติ โดยไม่เป็นธรรม⁷⁹ อีกทั้งบุคคลย่อมมีสิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกาย⁸⁰ ของตนอีกด้วย

จากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ตามมาตรา 4 และมาตรา 5 ได้ให้ความสำคัญในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพในชีวิตและร่างกายของประชาชนอันถือว่าเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่ประชาชนควรได้รับตามเจตนารมณ์ อันเป็นสาระสำคัญของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ซึ่งประชาชนทุกคนในประเทศสามารถใช้สิทธิเสรีภาพดังกล่าวของตนได้ตามที่รัฐธรรมนูญให้การรับรองไว้ โดยบุคคลย่อมอ้างศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์หรือใช้สิทธิและเสรีภาพของตนได้เท่าที่ไม่ละเมิดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอื่น ไม่เป็นปฏิปักษ์ต่อรัฐธรรมนูญ หรือไม่ขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน⁸¹ และบุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญนี้รับรองไว้ สามารถยกบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้เพื่อใช้สิทธิทางศาลหรือยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้คดีในศาลได้⁸²

แม้ว่ารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยจะให้ความสำคัญในการคุ้มครองสิทธิ และเสรีภาพในชีวิตและร่างกายของประชาชนไว้ แต่การให้ความสำคัญและเสรีภาพ โดยปราศจากข้อจำกัดนั้นก็จะเป็นการทำให้ประชาชนใช้สิทธิและเสรีภาพของตนเกินขอบเขต และความจำเป็น ซึ่งการใช้สิทธิเสรีภาพดังกล่าวอาจก่อให้เกิดผลกระทบต่อบุคคลอื่นๆ ในสังคมตามมาได้ ดังนั้นรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยจึงได้มีการจำกัดสิทธิและเสรีภาพในชีวิต และร่างกายบางประการของประชาชน โดยมีเจตนารมณ์เพื่อให้ประชาชนในประเทศอาศัยอยู่ร่วมกันได้โดยสงบสุข แต่การจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนนั้นไม่สามารถกระทำได้ เว้นแต่โดยรัฐธรรมนูญเท่านั้น ซึ่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ได้กำหนดว่าการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญนี้กำหนดไว้ และเท่าที่จำเป็น และจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพนั้นมิได้⁸³ ซึ่งการจำกัดสิทธิเสรีภาพดังกล่าวต้องมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป และไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง ทั้งต้องระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายนั้นด้วย⁸⁴ จากความคุ้มครองสิทธิ และเสรีภาพในชีวิต และร่างกายของประชาชนของรัฐธรรมนูญ

⁷⁹ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 27 วรรคสี่.

⁸⁰ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 28 วรรคแรก.

⁸¹ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 25 วรรคแรก.

⁸² รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 25 วรรคสาม.

⁸³ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 26 วรรคแรก.

⁸⁴ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 26 วรรคสอง.

แห่งราชอาณาจักรราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 จะเห็นได้ว่า แม้ว่าการให้ความคุ้มครองแก่สิทธิเสรีภาพในชีวิตและร่างกายของประชาชนจะเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่รัฐต้องให้ความคุ้มครองซึ่งเมื่อพิจารณาจากสิทธิเสรีภาพในชีวิตและร่างกายดังกล่าวบุคคลย่อมมีสิทธิเสรีภาพในการกระทำการอย่างใดกับชีวิตและร่างกายของตนได้ตามนัยของกฎหมาย แต่ทั้งนี้การใช้สิทธิดังกล่าวต้องไม่เป็นการละเมิดสิทธิเสรีภาพของบุคคลอื่น ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชนอีกทั้งการกระทำต้องไม่ขัดต่อกฎหมายด้วย ซึ่งในเรื่องของการทำแท้งนั้นแม้การทำแท้งจะเป็นสิทธิเสรีภาพในชีวิตและร่างกายของหญิงที่ตั้งครรภ์ แต่ประมวลกฎหมายอาญาของประเทศไทยได้บัญญัติว่าการทำแท้งนั้นเป็นการกระทำที่ผิดต่อกฎหมาย ซึ่งการบัญญัติกฎหมายดังกล่าวเป็นการบัญญัติกฎหมายที่เป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพในชีวิต และร่างกายของประชาชนประการหนึ่งโดยอาศัยอำนาจของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ซึ่งแม้ว่าการทำแท้งในประเทศไทยเป็นการกระทำที่ผิดต่อกฎหมายและมีบทลงโทษทางอาญา แต่ประมวลกฎหมายอาญาก็ได้บัญญัติข้อยกเว้นที่บุคคลสามารถทำแท้งได้โดยไม่มีคามผิดไว้ในบางกรณี ซึ่งผู้ศึกษาจะได้กล่าวต่อไป

ตามประมวลกฎหมายอาญาในแต่ละฐานความผิดนั้นต่างมีคุณธรรมทางกฎหมายหรือเจตนารมณ์ของกฎหมายที่แตกต่างกัน และจากที่กล่าวมาแล้วข้างต้นว่าคุณธรรมในทางกฎหมายของความผิดฐานทำให้แท้งลูกนั้นมีเจตนารมณ์ในการคุ้มครองชีวิตทารกในครรภ์มารดาซึ่งแม้ว่าจะเป็นหมวดความผิดหนึ่งในลักษณะของความผิดต่อชีวิตตามประมวลกฎหมายอาญา แต่เจตนารมณ์ของกฎหมายในการที่จะคุ้มครองชีวิตของบุคคล หรือคุ้มครองทารกในครรภ์มารดา กฎหมายอาญาให้ความคุ้มครองที่แตกต่างกัน กล่าวคือ เมื่อหญิงเริ่มมีการตั้งครรภ์เกิดขึ้น กฎหมายได้ให้ความคุ้มครองทารกในครรภ์มารดาในระดับหนึ่ง และเมื่อทารกในครรภ์มารดาได้พัฒนาจนถึงระดับที่ทารกคลอดออกมาและมีสภาพความเป็นบุคคลแล้ว กฎหมายได้ให้ความคุ้มครองอีกระดับหนึ่ง หากพัฒนามาจนถึงขั้นคลอดออกมาแล้วอยู่รอดเป็นทารกและมีสภาพเป็นบุคคลแล้ว เมื่อมีการการทำลายเกิดขึ้นกฎหมายถือว่าเป็นความผิดฐานฆ่าผู้อื่น ไม่เป็นความผิดฐานกระทำให้แท้งลูกเพราะมิใช่เป็นการกระทำต่อทารกในครรภ์มารดา⁸⁵

การที่กฎหมายให้ความสำคัญต่อสิทธิของทารกในครรภ์มารดานั้น เห็นได้จากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยได้บัญญัติรับรองสิทธิไว้หากภายหลังคลอดแล้วอยู่รอด

⁸⁵ คณิต ณ นคร, กฎหมายอาญาภาคความผิด, พิมพ์ครั้งที่ 9 แก้ไขเพิ่มเติม, กรุงเทพฯ: วิทยุชน, 2549, หน้า 70.

เป็นทารก⁸⁶ และตามประมวลกฎหมายอาญาฉบับปัจจุบันได้ให้ความคุ้มครองโดยบัญญัติให้การทำแท้งเป็นความผิดอาญาฐานหนึ่งแยกต่างหากจากความผิดต่อชีวิตและร่างกาย ด้วยเหตุผลที่ว่าทารกในครรภ์มารดายังไม่มีความสมบูรณ์ตามกฎหมาย⁸⁷

แม้ว่าการให้ความคุ้มครองทารกในครรภ์มารดานั้นจะเป็นส่วนหนึ่งของคุณธรรมตามกฎหมายที่มีรากฐานจากแนวคิดทางศีลธรรม และได้นำมาบัญญัติบังคับใช้เป็นกฎหมายเกี่ยวกับการกระทำความผิดฐานแท้งลูก แต่ข้อพิจารณาในเรื่องสิทธิของหญิงตั้งครรภ์ตามที่กฎหมายได้ให้ความคุ้มครองในเรื่องของสิทธิเสรีภาพในชีวิตร่างกายก็นับว่าเป็นเรื่องที่มีความสำคัญที่ต้องพิจารณาร่วมกัน เหตุผลในการอธิบายเกี่ยวกับการบัญญัติกฎหมายเรื่องการทำแท้งนั้นมีความสัมพันธ์และเกี่ยวโยงกันทั้งในด้านศีลธรรม ศาสนา สังคมและกฎหมายไปจนถึงความสงบเรียบร้อยของประชาชนในประเทศ ทำให้การพิจารณาถึงเรื่องการทำแท้งว่าควรเป็นการคุ้มครองสิทธิของหญิงมารดาหรือทารกในครรภ์ก็ยังเป็นเรื่องที่หาข้อยุติเพื่อให้เกิดการยอมรับทั้งสองฝ่ายได้ยากลำบาก และในส่วนของกฎหมายเกี่ยวกับการทำแท้งนั้นก็ยังมีกระแสความพยายามกระตุ้นให้มีการแก้ไขกฎหมายเพื่อให้มีความสอดคล้องกับยุคสมัยของสังคมประเทศที่เปลี่ยนแปลง

ตามบทบัญญัติของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 15 ในเรื่องของการมีสภาพบุคคล และสิทธิของทารกในครรภ์มารดานั้น จะเห็นได้ว่า การมีสภาพบุคคลอันจะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายของประเทศไทยนั้นต้องเป็นไปตามบทบัญญัติของมาตรา 15 วรรคแรก โดยการคลอดจากครรภ์มาทั้งตัวและสามารถมีชีวิตอยู่ได้โดยไม่พึ่งพาส่วนหนึ่งส่วนใดของมารดาและไม่จำเป็นต้องคำนึงว่าจะตัดสายสะดือสายรกหรือไม่ก็ถือว่ามีความสมบูรณ์ที่กฎหมายให้ความคุ้มครองแล้ว หากมีการทำลายหรือฆ่าทารกในช่วงนี้ก็จะมีความผิดต่อชีวิต และหากไม่ถึงแก่ชีวิตของทารกแล้วก็จะมีความผิดต่อร่างกาย มิใช่ความผิดฐานทำให้แท้งลูกในการศึกษาวิจัยเรื่องปัญหาในทางกฎหมายเกี่ยวกับการทำแท้งในประเทศไทย จำเป็นที่จะต้องศึกษาถึงมาตรการในการทำแท้งในประเทศไทยและต่างประเทศ ซึ่งจะได้ศึกษาในรายละเอียดต่อไป

⁸⁶ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 15 วรรคสอง บัญญัติว่า “ทารกในครรภ์มารดาที่สามารถมีสิทธิต่าง ๆ ได้ หากว่าภายหลังคลอดแล้วอยู่รอดเป็นทารก”

⁸⁷ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 15 วรรคแรก

บทที่ 3

มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการทำแท้งในประเทศไทยและต่างประเทศ

การทำแท้งเป็นปัญหาที่ประเทศไทยและในหลายประเทศทั่วโลกได้ตระหนักถึงความสำคัญ และมีความพยายามในการหามาตรการต่างๆ เพื่อแก้ไขปัญหาดังกล่าว แต่แนวคิดเกี่ยวกับการทำแท้งว่าเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่นั้น ต้องพิจารณาถึงองค์ประกอบและปัจจัยหลายประการ เช่น สังคม ศาสนา ศีลธรรม และกฎหมาย เป็นต้น ซึ่งในบางประเทศได้บัญญัติว่าการทำแท้งเป็นการกระทำที่ผิดต่อกฎหมาย โดยให้เหตุผลเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิในชีวิต และร่างกายของทารกในครรภ์มารดา โดยกำหนดข้อยกเว้นในการทำแท้งได้บางประการ แต่ในบางประเทศได้บัญญัติว่าการทำแท้งเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย โดยให้เหตุผลเกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองแก่สิทธิและเสรีภาพของมารดามากกว่าทารกในครรภ์ ซึ่งความแตกต่างของการบังคับใช้กฎหมายดังกล่าวนี้ มาจากรากฐานความคิดที่แตกต่างกัน และยังคงเป็นปัญหาที่มีการถกเถียงกันทั้งในทางวิชาการและในทางกฎหมาย ซึ่งในการศึกษาถึงปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการทำแท้งของประเทศไทยนั้น ผู้ศึกษาได้ทำการศึกษาถึงกฎหมายของประเทศไทย และกฎหมายของต่างประเทศที่เกี่ยวข้อง เพื่อเป็นกรอบและแนวทางในการพิจารณา และวิเคราะห์ถึงปัญหาดังกล่าว ดังนี้

1. มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการทำแท้งในประเทศไทย

การทำแท้งในประเทศไทยเป็นการกระทำที่ผิดต่อกฎหมายและมีบทลงโทษทางอาญาแก่ผู้ที่เกี่ยวข้องกับการทำแท้ง ไม่ว่าจะเป็นตัวหญิงที่ยอมให้ผู้อื่นทำให้ตนแท้งลูก หรือบุคคลที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดดังกล่าว แม้ว่าในประเทศไทยจะไม่ได้ให้ความคุ้มครองแก่สิทธิเสรีภาพในชีวิต และร่างกายของประชาชนในประเทศที่มีสภาพบุคคลไว้ก็ตาม แต่ก็ได้มีการจำกัดสิทธิเสรีภาพบางประการไว้เช่นกัน โดยเฉพาะการกระทำที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน แต่ทั้งนี้ แม้ว่าการทำแท้งในประเทศไทยจะเป็นการกระทำที่ผิดต่อกฎหมาย แต่กฎหมายก็มีการยกเว้นซึ่งเป็นเงื่อนไขบางประการที่บุคคลสามารถทำแท้งได้โดยไม่มีผิดตามกฎหมาย แต่กฎหมายเกี่ยวกับการทำแท้งนั้นเป็นกฎหมายที่ได้มีการบัญญัติมาเป็นเวลานาน ประกอบกับสภาพสังคมที่มีการเปลี่ยนแปลงอย่างรวดเร็ว ส่งผลให้ไม่สามารถบังคับใช้ เพื่อให้

สอดคล้องกับสภาพสังคมในปัจจุบันได้ จึงมีความจำเป็นต้องทำการศึกษาถึงมาตรการที่เกี่ยวกับการทำแท้งในประเทศไทยทั้ง ตามประมวลกฎหมายอาญาและข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วย หลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับการยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ตามมาตรา 305 แห่งประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2548 ดังมีรายละเอียดที่จะอธิบายโดยลำดับ ดังต่อไปนี้

1.1 มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการทำแท้งตามประมวลกฎหมายอาญา

มาตรการเกี่ยวกับการ ทำแท้งตามประมวลกฎหมายอาญาของไทยได้บัญญัติไว้ว่าเป็นความผิดฐานทำให้แท้งลูกโดยบัญญัติไว้ในภาคความผิดลักษณะ 10 หมวด 3 ความผิดฐานทำให้แท้งลูกตามมาตรา 301 ถึง 305 โดยมีคุณธรรมทางกฎหมาย คือ ชีวิตในครรภ์มารดา¹ ได้แยกกรณีที่ทำแท้งทำให้ตนเองแท้งลูกกับกรณีทำแท้งให้ผู้อื่นทำให้แท้งลูกออกจากกัน ทั้งได้บัญญัติในกรณีที่ผู้กระทำความผิดแต่ไม่ต้องรับโทษในกรณีพยายามทำแท้งในบางกรณีและกรณีที่เป็นการกระทำความผิดฐานทำให้แท้งลูกแต่กฎหมายยกเว้นความผิดไว้หากเป็นการทำแท้งโดยแพทย์ และเข้าเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดให้ทำได้ซึ่งได้อธิบายต่อไป

1.1.1 ความผิดฐานทำให้ตนเองแท้งลูกหรือยอมให้ผู้อื่นทำให้ตนเองแท้งลูก

ความผิดฐานนี้คือการที่หญิงมีครรภ์ทำให้ตนเองแท้งลูกหรือยอมให้ผู้อื่นทำให้ตนเองแท้งลูกโดยเจตนา²

1. องค์ประกอบความภายนอก

องค์ประกอบภายนอกของความผิดฐานนี้ คือ 1) หญิงใดทำให้ตนเองแท้งลูก หรือ 2) หญิงยอมให้ผู้อื่นทำให้ตนเองแท้งลูก

กรรมของการกระทำความผิดฐานนี้คือ สิ่งมีชีวิตในครรภ์ของหญิง หรือ ลูกในครรภ์ของหญิง

2. องค์ประกอบภายใน

องค์ประกอบภายในของความผิดฐานนี้ คือ เจตนา กล่าวคือหญิงมีครรภ์จะต้องรู้ว่าตนเองมีครรภ์ ทั้งกรณีที่ทำให้ตนเองแท้งลูกและกรณียอมให้ผู้อื่นทำให้ตนเองแท้งลูก แม้ผู้กระทำให้หญิงแท้งลูกโดยหญิงนั้นยินยอมจะไม่รู้ถึงการมีครรภ์ของหญิงนั้นก็เป็นการเพียงพอแล้วกับความผิดฐานนี้ หากหญิงที่ไม่มีครรภ์หรือเข้าใจผิดว่าตนเองมีครรภ์และได้กระทำต่อตนเองเพื่อให้แท้งลูกหญิงนั้นยอมไม่มีความผิดเนื่องจากขาดองค์ประกอบความผิดฐานทำให้ตนแท้งลูก

¹ คณิศ ฉนกร, กฎหมายอาญาภาคความผิด, พิมพ์ครั้งที่ 7, กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2543, หน้า 79

² ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 301 บัญญัติว่า “หญิงใดทำให้ตนเองแท้งลูกหรือยอมให้ผู้อื่นทำให้ตนแท้งลูกต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปีหรือปรับไม่เกินหกพันบาทหรือทั้งจำทั้งปรับ”

ในความผิดฐานนี้ได้บัญญัติความผิดของหญิงไว้ทั้งในลักษณะที่เป็นผู้กระทำและในลักษณะเป็นผู้ถูกระทำกล่าวคือผู้กระทำคือทำให้ตนเองแท้งลูกและผู้ถูกระทำคือยอมให้ผู้อื่นทำให้ตนเองแท้งลูก

1) หญิงทำให้ตนเองแท้งลูก หมายถึง หญิงมีครรภ์กระทำแก่ตนเอง โดยไม่ได้อาศัยผู้อื่นเป็นผู้กระทำให้หญิงแท้งลูกในกรณีหญิงร่วมกับผู้อื่นทำให้ตนเองแท้งลูกไม่ว่าหญิงจะเป็นตัวการผู้ใช้หรือสนับสนุนให้ผู้อื่นทำให้ตนเองแท้งลูกผู้อื่นยอมมีความผิดตามมาตรา 302 แต่หญิงนั้นมีความผิดตามมาตรา 301 ซึ่งเป็นกรณีที่กฎหมายบัญญัติไว้โดยเฉพาะแล้วไม่ใช่ความผิดตามมาตรา 302 ประกอบมาตรา 83, มาตรา 84 หรือมาตรา 86 แล้วแต่กรณี แต่ถ้าเป็นกรณีที่ผู้อื่นใช้ให้หญิงทำให้ตนเองแท้งลูก ผู้ผู้อื่นก็ไม่ต้องรับผิดฐานผู้ใช้ตามมาตรา 84

ในกรณีที่ผู้อื่นใช้ให้หญิงกระทำความผิดฐานนี้ ผู้ผู้อื่นนั้นจักต้องรับโทษเสมือนตัวการตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 84 วรรคสาม คือเสมือนหนึ่งว่าผู้อื่นซึ่งได้ใช้ให้หญิงทำให้ตนเองแท้งลูกนั้นลงมือทำให้หญิงแท้งลูกนั่นเอง ผู้ใช้นั้นต้องรับโทษเสมือนตัวการ กล่าวคือเหมือนกับผู้อื่นนั้นเป็นผู้ลงมือกระทำต่อหญิงเอง แต่ตามมาตรา 301 นี้ต้องเป็นกรณีหญิงมีครรภ์เป็นผู้กระทำต่อตนเองเท่านั้น ไม่ใช่กรณีผู้อื่นกระทำต่อหญิง ดังนั้นผู้อื่นจึงไม่อาจเป็นผู้ใช้ตามมาตรา 84 แต่ต้องรับผิดฐานเป็นผู้สนับสนุนให้หญิงทำให้ตนเองแท้งลูกตามมาตรา 301 ประกอบมาตรา มาตรา 86

ในความผิดฐานนี้ได้กล่าวถึงความหมายของการทำแท้ง ซึ่งผู้ศึกษาได้อธิบายไว้แล้วในส่วนของความหมายและลักษณะของการทำแท้งไว้โดยละเอียดแล้วในบทที่ 2 และ ความผิดฐานทำให้แท้งลูกนี้เป็นความผิดที่เกิดขึ้นได้โดยการกระทำไม่ใช่ความผิดที่เกิดขึ้นโดยการละเว้นหรืองดเว้นที่จะกระทำแต่อย่างใด เช่นเจตนาให้ลูกในครรภ์ของหญิงแท้งแต่ไม่ได้ลงมือกระทำอะไรเลยยังไม่เป็นความผิดฐานทำให้แท้งลูกส่วนวิธีในการกระทำนั้นไม่จำกัดว่าจะใช้วิธีการเช่นใดในการกระทำให้หญิงมีครรภ์แท้งลูก

2) หญิงยอมให้ผู้อื่นทำให้ตนเองแท้งลูก หมายความว่า หญิงมีครรภ์รู้ว่าตนเองมีครรภ์ไม่ใช่เป็นการเข้าใจผิดว่าตนเองมีครรภ์ ได้สมัครใจให้ผู้อื่นกระทำต่อตนเองให้แท้งลูกไม่ได้เกิดจากถูกหลอกลวง หรือประทุษร้าย และจากการยอมของหญิงให้ผู้อื่นกระทำแม้ผู้อื่นจะไม่ว่าหญิงนั้นมีครรภ์เพียงแต่หญิงนั้นรู้คนเดียวก็เพียงพอแล้วและกระทำให้หญิงนั้นแท้งลูก

ความผิดตามมาตรานี้เป็นความผิดสำเร็จเมื่อทารกในครรภ์มารดาถึงแก่ความตายถ้าทารกไม่ตายหรือตายภายหลังคลอดแล้วอยู่รอดเป็นทารกหญิงมีครรภ์ผู้ลงมือกระทำ หรือยอมให้ผู้อื่นลงมือกระทำก็มีความผิดเพียงพยายามทำให้แท้งลูกแต่ไม่ต้องรับโทษตามมาตรา 304

ผู้ศึกษาขอตั้งข้อสังเกตว่าในความผิดฐานทำให้ตนเองแท้งลูก หรือยอมให้ผู้อื่นทำให้ตนเองแท้งลูก ตามมาตรา 301 นี้กับความผิดฐานทำให้หญิงแท้งลูกโดยหญิงยินยอม

มาตรา 302 และความผิดฐานทำให้หญิงแท้งลูกโดยหญิงนั้นไม่ยินยอมมาตรา 303 ซึ่งเป็นกรณี ที่ผู้อื่นทำให้หญิงแท้งลูกจะด้วยความยินยอมหรือไม่ก็ตาม มีบทบัญญัติให้ต้องรับโทษหนักขึ้นถ้า การกระทำทำให้หญิงแท้งลูกนั้นเป็นเหตุให้หญิงรับอันตรายสาหัสอย่างอื่นด้วย ส่วนความผิดตาม มาตรา 301 นี้ ไม่มีบทบัญญัติเพิ่มโทษเช่นเดียวกับมาตรา 302 และมาตรา 303

1.1.2 ความผิดฐานทำให้หญิงแท้งลูกโดยหญิงนั้นยินยอม

ความผิดฐานนี้ คือการที่มีบุคคลอื่น (ผู้ใด) ทำให้หญิงแท้งลูกโดยหญิงนั้น ยินยอมโดยเจตนา³

1) องค์ประกอบความภายนอก

องค์ประกอบความภายนอกของความผิดฐานนี้ คือ การที่มีบุคคลอื่น (ผู้ใด) ทำให้หญิงแท้งลูกโดยหญิงนั้นยินยอม โดยสมัครใจมิใช่ถูกประทุษร้ายหรือขึ้นใจกระทำแต่อย่างใด และการทำให้แท้งลูกก็เป็นการกระทำเช่นเดียวกับการทำให้แท้งลูกตามมาตรา 301 ดังได้อธิบายแล้ว ข้างต้น

กรรมของการกระทำความผิดฐานนี้คือ ถึงมีชีวิตในครรภ์ของหญิง หรือลูกในครรภ์ของหญิง

2) องค์ประกอบภายใน

องค์ประกอบภายในของความผิดฐานนี้ คือ เจตนา กล่าวคือ บุคคลอื่น ที่ลงมือกระทำความผิดฐานนี้จะต้องรู้ว่าหญิงมีครรภ์และต้องการให้หญิงนั้นแท้งลูก

ตามวรรค 2 และ 3 เหตุที่ทำให้ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนักขึ้น โดยอาศัยผลที่เกิดจากการกระทำ กล่าวคือ ถ้าการกระทำนั้นเป็นเหตุให้หญิงมีครรภ์ต้องรับอันตราย สาหัสหรือถึงแก่ความตาย โดยในการพิจารณาว่าผู้กระทำความผิดจะต้องรับโทษหนักขึ้นนั้น จะพิจารณาตามหลักความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลของการกระทำตามมาตรา 63 ว่าเป็นผล ที่ตามธรรมชาติย่อมเกิดขึ้นได้หรือไม่ เพราะเป็นกรณีที่ความผิดที่ผู้กระทำต้องรับโทษหนักขึ้นเนื่องจาก ผลของการกระทำ

³ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 302 บัญญัติว่า “ผู้ใดทำให้หญิงแท้งลูกโดยหญิงยินยอม ต้องระวาง โทษจำคุกไม่เกินห้าปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ถ้าการกระทำนั้นเป็นเหตุให้หญิงรับอันตรายสาหัสอย่างอื่นด้วย ผู้กระทำต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน เจ็ดปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นสี่พันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ถ้าการกระทำนั้นเป็นเหตุให้หญิงถึงแก่ความตาย ผู้กระทำต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบปี และปรับ ไม่เกินสองหมื่นบาท

ในความคิดฐานนี้ อาจมีความสัมพันธ์เป็นความผิดกรรมเดียวผิดต่อกฎหมายหลายบทได้กับความผิดตามมาตรา 297 หรือ 290 กล่าวคือ หากวิธีการที่ใช้ในการทำให้แก่ผู้อื่น เป็นวิธีการทำร้ายร่างกายหรือจิตใจ ตามมาตรา 295 โดยหญิงมีครรภ์นั้นยินยอมก็ตาม ซึ่งเป็นกรให้ความยินยอมที่ขัดต่อธรรมชาติไม่เป็นข้อแก้ตัวให้พ้นความรับผิดชอบ ผู้กระทำจึงย่อมมีความผิดฐานทำร้ายร่างกายหรือจิตใจของหญิงมีครรภ์หรือความผิดฐานทำร้ายร่างกายหญิงมีครรภ์จนเป็นเหตุให้ได้รับอันตรายสาหัส ตามมาตรา 295 หรือ 297 แล้วแต่ผลที่หญิงมีครรภ์ได้รับนั้นจะเป็นอันตรายแก่กายหรือจิตใจหรือได้รับอันตรายสาหัส หากไม่ถึงกับเป็นเหตุให้ได้รับอันตรายแก่กายหรือจิตใจอันเป็นความผิดลหุโทษตามมาตรา 391 ถ้าถึงแก่ความตายก็อาจเป็นความผิดฐานไม่ได้มีเจตนาฆ่าแต่ทำร้ายหญิงมีครรภ์จนถึงแก่ความตายตามมาตรา 290 ดังนั้น ในการทำให้แก่ผู้อื่นหากได้กระทำโดยเป็นความผิดฐานทำร้ายร่างกายหรือฆ่าผู้อื่นแม้จะมีผลเป็นการแทงลูกเกิดขึ้นจากกการที่ได้กระทำก็ตามความผิดฐานทำร้ายร่างกายหรือฆ่าผู้อื่นก็ยังคงมีอยู่ ซึ่งเป็นการกระทำอันเป็นกรรมเดียวผิดต่อกฎหมายหลายบทตามมาตรา 90

1.1.3 ความผิดฐานทำให้หญิงแท้งลูกโดยหญิงนั้นไม่ยินยอม

ความผิดฐานนี้ คือ การที่มีบุคคลอื่น (ผู้ใด) ทำให้หญิงแท้งลูกโดยหญิงนั้นไม่ยินยอมโดยเจตนา⁴

1) องค์ประกอบความภายนอก

องค์ประกอบภายนอกของความผิดฐานนี้ คือ การที่มีบุคคลอื่น (ผู้ใด) ทำให้หญิงแท้งลูกโดยหญิงนั้นไม่ยินยอม

ความผิดฐานนี้เป็นการกระทำที่ละเมิดคุณธรรมทางกฎหมาย 2 ประการ คือ ชีวิตในครรภ์และเสรีภาพในการตัดสินใจ⁵

⁴ ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 303 บัญญัติว่า “ผู้ใดทำให้หญิงแท้งลูกโดยหญิงนั้นไม่ยินยอม ต้อง ระวางโทษจำคุกไม่เกินเจ็ดปี หรือปรับ ไม่เกินหนึ่งหมื่นสี่พันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ถ้าการกระทำนั้นเป็นเหตุให้หญิงรับอันตรายสาหัสอย่างอื่นด้วย ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งปีถึงสิบปี และปรับตั้งแต่ สองพันบาทถึงสองหมื่นบาท

ถ้าการกระทำนั้นเป็นเหตุให้หญิงถึงแก่ความตาย ผู้กระทำความผิด ต้อง ระวางโทษจำคุกตั้งแต่ห้าปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่หนึ่งหมื่นบาท ถึงสี่หมื่นบาท

⁵ คณิศ ฅ นคร, กฎหมายอาญาภาคความผิด, พิมพ์ครั้งที่ 7 (กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2543, หน้า 82

โดยสมัครใจมิใช่ถูกประทุษร้ายหรือขึ้นใจกระทำแต่อย่างใด และการทำให้แท้งลูกก็เป็นการกระทำเช่นเดียวกับการทำให้แท้งลูกตามมาตรา 301 ดังได้อธิบายแล้วข้างต้น

กรรมของการกระทำความผิดฐานนี้ คือ สิ่งมีชีวิตในครรภ์ของหญิงหรือลูกในครรภ์ของหญิง

2) องค์ประกอบภายใน

องค์ประกอบภายในของความผิดฐานนี้ คือ เจตนาตามมาตรา 59 เช่นเดียวกับ มาตรา 301 และมาตรา 302 คือต้องรู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิด กล่าวคือ บุคคลอื่นที่ลงมือกระทำความผิดฐานนี้แม้จะทำโดยหญิงไม่ยินยอมก็ตามแต่ขณะลงมือกระทำความผิดนั้นจะต้องรู้ว่าหญิงนั้นมีครรภ์และต้องการให้แท้งลูกด้วยการทำให้หญิงแท้งลูก มีความหมายดังได้กล่าวแล้วในมาตรา 301

การกระทำโดยหญิงไม่ยินยอม หมายความว่า ผู้กระทำความผิดกระทำโดยหญิงมีครรภ์ไม่ได้สมัครใจให้แท้งลูกอาจจะกระทำโดยการบังคับขู่เข็ญหรือการใช้กำลังประทุษร้ายหรือถูกหลอกลวง หรือเป็นการสำคัญผิดในสภาพการทำให้แท้ง ถือว่าหญิงนั้นไม่ยินยอมให้กระทำแท้ง การกระทำความผิดตามมาตรา 301 นี้แตกต่างกับการทำร้ายร่างกายหญิงมีครรภ์จนเป็นเหตุให้ได้รับอันตรายสาหัส จนหญิงมีครรภ์นั้นแท้งลูกตามมาตรา 297 (5) เนื่องจากมาตรา 303 ผู้กระทำมีเจตนาประสงค์ต่อผล คือ ให้หญิงแท้งลูก ซึ่งวิธีการในการทำให้แท้งลูกจะเป็นการทำร้ายหรือไม่ก็ได้ หากเป็นการทำให้แท้งลูกโดยหญิงมีครรภ์นั้นไม่ยินยอม ความผิดตามมาตรา 303 ก็สำเร็จลง แต่หากใช้วิธีการทำร้ายร่างกายหญิงมีครรภ์แล้วได้รับผลถึงอันตรายแก่กายหรือจิตใจหรืออันตรายสาหัส ผู้กระทำก็จะมี ความผิดตามมาตรา 295 หรือมาตรา 297 อีกบทหนึ่งด้วย หากวิธีที่ใช้ในการทำให้แท้งมิใช่การทำร้ายหญิงมีครรภ์แล้ว ผู้กระทำคงมีความผิดฐานทำให้แท้งลูกตามมาตรา 303 เท่านั้น

ตามวรรคสองและวรรคสาม ของมาตรา 303 นี้ ถือเป็นเหตุเพิ่มโทษที่ทำให้ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนักขึ้น เช่นเดียวกับมาตรา 302 แต่มีความต่างอันมาจากตัวของหญิงมีครรภ์ที่ถูกกระทำให้แท้งลูกว่ามีความยินยอมหรือไม่หากปรากฏว่าหญิงมีครรภ์ให้ความยินยอมในการทำให้แท้งก็เป็นความผิดตามมาตรา 302 แต่ถ้าหญิงไม่ได้สมัครใจ หรือให้ความยินยอมก็จะเป็นความผิดตามมาตรา 303 นี้ กล่าวคือ

มาตรา 303 วรรคสองเป็นเหตุเพิ่มโทษเนื่องจากการทำให้แท้ง โดยหญิงไม่ยินยอมเป็นเหตุให้หญิงนั้นได้รับอันตรายสาหัสอย่างอื่นด้วย

มาตรา 303 วรรคสามเป็นเหตุเพิ่มโทษเนื่องจากการทำแท้ง โดยหญิง
ไม่ยินยอมเป็นเหตุให้หญิงนั้นถึงแก่ความตาย

ผู้ศึกษาขอตั้งข้อสังเกตว่าในความผิดฐานให้แท้งลูกโดยหญิงไม่ยินยอม
นั้นเป็นเรื่องร้ายแรงกว่ากรณีหญิงยินยอม เมื่อได้ความว่าผู้กระทำมีเจตนาทำแท้งโดยหญิงไม่ยินยอม
แม้จะเป็นความผิดฐานทำร้ายร่างกายรวมอยู่ด้วยหากปรากฏว่าหญิงมีครรภ์นั้นเป็นอันตรายสาหัสอย่างอื่น
ด้วยนอกจากการทำแท้งแล้ว ผู้กระทำต้องรับโทษตามมาตรา 303 วรรคสองเพราะมีโทษหนักกว่า
มาตรา 297 และหากปรากฏว่าหญิงมีครรภ์ถึงแก่ความตาย ผู้กระทำต้องรับโทษตามมาตรา 303 วรรคสาม
เพราะมีโทษหนักกว่า มาตรา 290

1.1.4 การพยายามทำแท้ง

เป็นเหตุเว้นโทษตามกฎหมาย ถ้าการทำแท้งเป็นแต่เพียงพยายามกระทำ
ความผิดตามมาตรา 301 หรือมาตรา 302 วรรคแรก⁶

การพยายามกระทำความผิด คือ การที่ได้กระทำถึงขั้นลงมือทำแท้งแล้ว
แต่กระทำไปไม่ตลอดหรือกระทำไปโดยตลอดแล้วแต่การกระทำแท้งนั้นไม่บรรลุผลตามมาตรา
80 นั้นเอง ซึ่งความผิดฐานทำให้แท้งลูกนี้จะมีความผิดสำเร็จเมื่อทารกในครรภ์มารดาตายก่อน
คลอดหรือคลอดออกมาอย่างไม่มีชีวิต หากปรากฏว่าคลอดออกมาแล้วรอดแม้ชั่วขณะหนึ่งก็ถือว่า
การทำแท้งไม่สำเร็จ เป็นเพียงพยายามทำให้แท้งลูกเท่านั้น

การพยายามทำแท้ง ตามมาตรา 304 นั้น กฎหมายยกเว้นโทษให้เฉพาะ 2 กรณี
นี้คือ⁷

1) หญิงมีครรภ์ซึ่งพยายามทำให้ตนเองแท้งลูกหรือยอมให้ผู้อื่นทำให้หญิง
มีครรภ์แท้งลูก แม้ว่าหญิงมีครรภ์จะได้รับอันตรายสาหัสอย่างอื่นก็ตาม ก็ได้รับยกเว้นโทษ เพราะ
เป็นการกระทำต่อตนเอง เหตุผลเพราะเห็นว่าเมื่อทารกนั้นสามารถคลอดและรอดอยู่ได้แล้ว
หากลงโทษหญิงอาจไม่มีใครเลี้ยงดูทารกก็ได้

2) ผู้อื่นที่พยายามทำให้หญิงมีครรภ์แท้งลูกโดยหญิงมีครรภ์นั้นยินยอม
และหญิงมีครรภ์ไม่ได้รับอันตรายสาหัสหรือตายแต่อย่างใดตามมาตรา 302 วรรคแรก เหตุที่
กฎหมายยกเว้นโทษให้แก่ผู้อื่นในการพยายามทำแท้งมาตรา 302 วรรคแรกนี้อาจเนื่องด้วยเห็นว่า
เป็นเรื่องไม่สำคัญเพราะหญิงมีครรภ์เองก็ยินยอมในการทำแท้งด้วย

⁶ ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 304 บัญญัติว่า “ผู้ใดเพียงแต่พยายามกระทำความผิดตามมาตรา 301
หรือมาตรา 302 วรรคแรก ผู้นั้นไม่ต้องรับโทษ”

⁷ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ,คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิดและลหุโทษ, (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน
,2557, หน้า 256

ถ้าเป็นกรณีอื่นนอกเหนือจากนี้ การพยายามทำแท้ง กฎหมายไม่ยกเว้นโทษให้ กล่าวคือ⁸

1) ผู้อื่นที่พยายามทำให้หญิงมีครรภ์แท้งลูกแม่หญิงมีครรภ์นั้นยินยอม และปรากฏว่าหญิงมีครรภ์นั้นได้รับอันตรายสาหัสอย่างอื่นด้วยหรือหญิงมีครรภ์นั้นถึงแก่ความตายตามมาตรา 302 วรรคสอง

2) ผู้อื่นที่พยายามทำให้หญิงมีครรภ์แท้งลูกโดยหญิงมีครรภ์นั้นไม่ยินยอมตามมาตรา 303 แม้จะปรากฏว่าหญิงมีครรภ์นั้นจะไม่ได้รับอันตรายสาหัสอย่างอื่นหรือถึงแก่ความตายก็ตาม

ในกรณีที่หญิงเข้าใจผิดว่าตนเองตั้งครรภ์จะพยายามทำให้ตนเองแท้งลูกหรือผู้อื่นที่ทำแท้งให้หญิงโดยความยินยอมหญิงมีครรภ์เพราะเข้าใจว่าหญิงนั้นตั้งครรภ์ก็ดี ถือว่าเป็นการพยายามทำแท้งที่เป็นไปไม่ได้อย่างแน่นอนตามมาตรา 81 นั้นเองเพราะทั้งหญิงและผู้อื่นเองมีเจตนาในการกระทำโดยมุ่งต่อผลซึ่งกฎหมายบัญญัติไว้ว่าเป็นความผิดฐานทำให้แท้งลูกแล้วแต่การกระทำนั้นไม่สามารถจะบรรลุได้อย่างแน่แท้เพราะเหตุแห่งวัตถุที่มุ่งหมายกระทำต่อ คือตัวหญิงมิได้ตั้งครรภ์ หรือหญิงนั้นตั้งครรภ์จริงแต่กินยาถ่ายเข้าใจว่าเป็นยาขับเลือดว่าจะทำแท้งลูกก็เป็นการทำแท้งที่ไม่สามารถจะบรรลุผลได้อย่างแน่แท้เพราะเหตุแห่งปัจจัยที่ใช้ในการกระทำนั้นเอง⁹

อย่างไรก็ตามการพยายามทำแท้งตามมาตรา 304 นี้ผู้กระทำไม่ต้องรับโทษถ้าเป็นการกระทำโดยหญิงมีครรภ์นั้นยินยอมและหญิงมีครรภ์นั้นไม่ได้รับอันตรายสาหัสอย่างอื่นด้วยหรือหญิงมีครรภ์กระทำต่อตนเองหรือยินยอมให้ผู้อื่นกระทำต่อตนเองจนได้รับอันตรายสาหัส หญิงมีครรภ์นั้นก็ไม่ต้องรับโทษ ไม่ว่าจะเป็นการพยายามทำแท้งตามมาตรา 80 หรือมาตรา 81 ก็ตาม อีกทั้งเหตุยกเว้นโทษในการพยายามทำแท้งตามมาตรา 304 นั้น เป็นเหตุในลักษณะคดีตามมาตรา 89 จึงนำเหตุยกเว้นโทษตามมาตรา 304 นี้ไปใช้แก่ผู้ใช้หรือผู้สนับสนุนให้หญิงทำแท้งหรือผู้ใช้หรือผู้สนับสนุนทำแท้งให้หญิงโดยหญิงนั้นยินยอมด้วยได้ตามมาตรา 89

⁸ ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ,ประมวลกฎหมายอาญา ฉบับอ้างอิง,พิมพ์ครั้งที่ 19 (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2549), หน้า 442.

⁹ ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ,เรื่องเดิม, หน้า 198.

1.1.5 อำนาจในการทำแท้ง

การทำแท้งที่กฎหมายให้อำนาจทำได้ คือการทำแท้งที่กฎหมาย ยกเว้นความคิดในการทำแท้งตามมาตรา 301 และมาตรา 302 ซึ่งเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา 305¹⁰ ถ้าเข้าองค์ประกอบดังต่อไปนี้

1) เป็นการกระทำของนายแพทย์ ซึ่งตามบทบัญญัติมาตรา 305 นี้

นายแพทย์ซึ่งมีอำนาจทำแท้งได้โดยไม่ผิดกฎหมาย¹¹ ให้รวมถึงผู้ทำภายใต้การดูแลของนายแพทย์ด้วย คำว่า “นายแพทย์” หมายถึง ผู้มีอาชีพเป็นแพทย์ ไม่จำกัดว่าเป็นชายหรือหญิงแต่ต้องเป็นแพทย์ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมตามพระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม¹²

2) เป็นการกระทำความผิดตามมาตรา 301 และมาตรา 302

กล่าวคือเป็นการที่หญิงมีครรภ์ทำให้ตนเองแท้งลูกหรือยินยอมให้ผู้อื่นทำให้หญิงมีครรภ์นั้นแท้งลูก เช่น หญิงมีครรภ์เป็นแพทย์ทำให้ตนเองแท้งลูก หรือหญิงมีครรภ์แต่ไม่ใช่แพทย์แต่ยินยอมให้นายแพทย์ตามพระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรมทำให้ตนเองแท้งลูก หรือนายแพทย์ทำแท้งให้หญิงมีครรภ์โดยหญิงนั้นยินยอม ผลของทำแท้งแม้จะปรากฏว่าหญิงมีครรภ์ได้รับอันตรายสาหัสหรือถึงแก่ความตายก็ตาม เช่นนี้ หญิงมีครรภ์ที่เป็นแพทย์และทำให้ตนเองแท้งลูก และนายแพทย์ที่กระทำให้หญิงมีครรภ์แท้งลูกโดยความยินยอมนั้นย่อมไม่มีความผิดตามมาตรา 305

¹⁰ ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 305 บัญญัติว่า “ ถ้ากระทำความผิดดังกล่าวในมาตรา 301 และมาตรา 302 นั้นเป็นการกระทำของนายแพทย์ และ

(1) จำเป็นต้องกระเนื่องจากสุขภาพของหญิงนั้น หรือ

(2) หญิงมีครรภ์เนื่องจากการกระทำความผิดอาญาตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 276 มาตรา

277 มาตรา 278 มาตรา 282 มาตรา 283 หรือมาตรา 284

ผู้กระทำไม่มีความผิด”

¹¹ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, “แพทย์ทำแท้งได้โดยชอบ” ใน วารสารนิติศาสตร์, ปีที่ 39 ฉบับที่ 4 (กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553), หน้า 892.

¹² พระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ.2525 มาตรา 4 “วิชาชีพเวชกรรม” หมายความว่า วิชาชีพที่กระทำต่อมนุษย์เกี่ยวกับการตรวจโรค การวินิจฉัยโรค การบำบัดโรค การป้องกันโรค การผดุงครรภ์ การปรับสายตาด้วยเลนส์สัมผัส การแทงเข็มหรือการฝังเข็มเพื่อบำบัดโรคหรือเพื่อระงับความรู้สึก และหมายความรวมถึงการกระทำทางศัลยกรรม การใช้รังสี การฉีดยาหรือสาร การสอดใส่วัตถุใดๆเข้าไปในร่างกาย ทั้งนี้เพื่อการคุมกำเนิด การเสริมสวย หรือบำรุงร่างกายด้วย

แต่ถ้านายแพทย์ทำให้หญิงแท้งลูกโดยหญิงนั้นไม่ยินยอม นายแพทย์ผู้ลงมือกระทำทำให้หญิงแท้งก็มีความผิดตามมาตรา 303 แม้จะได้กระทำเนื่องจากสุขภาพของหญิงมีครรภ์ หรือหญิงมีครรภ์เนื่องจากการกระทำความผิดอาญา นายแพทย์ผู้กระทำไม่มีอำนาจกระทำได้

3) เป็นการกระทำโดยอาศัยเหตุ 2 ประการนี้ คือ

(1) จำเป็นต้องกระทำเนื่องจากสุขภาพของหญิงนั้น คำว่า สุขภาพนี้ รวมถึงสุขภาพกายและสุขภาพจิตด้วย¹³ เพราะความมีสุขภาพดี คือ การไม่มีโรค¹⁴ ดังนั้นสุขภาพของหญิงมีครรภ์จึงหมายความรวมทั้งสุขภาพกายและสุขภาพจิต

ส่วนความจำเป็นที่ต้องทำแท้งเนื่องจากสุขภาพของหญิงมีครรภ์นั้น หมายความว่า หากปล่อยให้หญิงมีครรภ์ดำเนินการตั้งครรภ์ต่อไปจะทำให้หญิงมีปัญหาด้านสุขภาพ ไม่ว่าจะทางกายหรือจิตใจ¹⁵ หากปรากฏว่าหญิงมีครรภ์แล้วต่อมามีอาการ “พิษแห่งครรภ์” ซึ่งมีได้ในหลายรูปแบบ เช่น หญิงมีครรภ์เป็นโรคหัวใจ ความดันโลหิตโลหิตสูง โรคไต โลหิตจาง ตกเลือดอย่างมาก อันเนื่องมาจากการตั้งครรภ์ หรือมีอาการแพ้ท้องอย่างมาก ร่างกายอ่อนแอเกินกว่าจะตั้งครรภ์ต่อไปได้ แม้อาการเหล่านี้จะไม่ถึงอันตรายแก่ชีวิตของหญิงมีครรภ์ก็ตามก็ถือว่าเป็นอันตรายแก่สุขภาพของหญิงมีครรภ์¹⁶ แพทย์ก็มีอำนาจทำแท้งให้แก่หญิงมีครรภ์ได้ โดยไม่มีความผิดตามมาตรา 305 เนื่องจากกฎหมายใช้คำว่า “เนื่องจากสุขภาพ” กฎหมายจึงมุ่งคุ้มครองเพียงขั้นอันตรายแก่สุขภาพของหญิงเท่านั้นมิได้มุ่งหมายคุ้มครองถึงอันตรายแก่ชีวิตของหญิงนั้นแต่อย่างใด

(2) หญิงมีครรภ์เนื่องจากการกระทำผิดอาญาตามมาตรา 276, มาตรา 277, มาตรา 282, มาตรา 283 หรือมาตรา 284 หมายความว่า หากมีการกระทำผิดอาญาตามมาตราดังกล่าวมาแล้วกฎหมายให้อำนาจแพทย์ทำแท้งให้หญิงมีครรภ์ได้โดยไม่มีความผิด แต่ต้องได้รับความยินยอมจากหญิงมีครรภ์ด้วย โดยไม่จำเป็นต้องพิจารณาประเด็นเรื่องสุขภาพของหญิงมีครรภ์แต่อย่างใด ส่วนการกระทำผิดอาญาตามมาตราดังกล่าว นั้น ไม่จำเป็นต้องรอให้ฟ้องเป็นคดีหรือหากจะมีการฟ้องเป็นคดีแล้วก็ไม่จำเป็นต้องรอให้มีคำพิพากษาถึงที่สุดก่อน เพียงแค่ปรากฏ

¹³ จิตติ ดิงศภัทย์,กฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 2 และภาค 3, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพมหานคร : จีระจักร พิมพ์,2545) หน้า 270.

¹⁴ พระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ.2525 มาตรา 4 “โรค” หมายความว่า ความเจ็บป่วย การบาดเจ็บ ความผิดปกติของร่างกายหรือจิตใจหรือหมายความรวมถึงอาการที่เกิดจากภาวะดังกล่าวด้วย

¹⁵ ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ,เรื่องเดิม, หน้า 270.

¹⁶ ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ,คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิดและลหุโทษ, (กรุงเทพมหานคร : วิญญ ชน,2557) หน้า 257

ข้อเท็จจริงว่ามีการกระทำอันเป็นความผิดตามมาตราดังกล่าวขึ้นจริง แพทย์ย่อมมีอำนาจทำแท้งให้แก่วินิจฉัยมีครรภ์โดยไม่มีความคิด

หากแพทย์ทำแท้งให้หญิงเนื่องจากเหตุดังกล่าวแล้ว แม้กระทำไปโดยเข้าใจผิดว่า หญิงมีครรภ์นั้นอ่อนแอไม่สามารถตั้งครรภ์ต่อไปได้ หรือเข้าใจผิดว่าหญิงถูกข่มขืนกระทำชำเราหรือเข้าใจว่าหญิงมีครรภ์เนื่องจากถูกหลอกลวงไปเพื่อการอนาจาร เช่นนี้ แพทย์ผู้ทำแท้งเพราะเข้าใจผิดดังกล่าวมาก็ไม่มีความผิดเพราะกฎหมายถือว่าเป็นการสำคัญผิดว่ามีอำนาจกระทำได้ตามมาตรา 62 และแม้ความเข้าใจผิดดังกล่าวของแพทย์จะเป็นการเข้าใจผิดที่เกิดจากความประมาทของแพทย์ก็ตาม แพทย์ก็ไม่ต้องรับผิดชอบเช่นกัน ทั้งนี้เพราะการทำให้แท้งลูกโดยประมาทไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นความผิด

จากการศึกษามาตรการเกี่ยวกับการทำแท้งตามประมวลกฎหมายอาญา พบว่า เป็นกฎหมายที่ได้มีการบัญญัติไว้มาเป็นเวลายาวนานทำให้การบังคับใช้กฎหมายดังกล่าวโดยเฉพาะข้อยกเว้นตามมาตรา 305 ไม่ครอบคลุมกับเงื่อนไขที่องค์การอนามัยโลกได้กำหนดไว้ เนื่องจากในภาวะปัจจุบันสภาพสังคมและเทคโนโลยีทางการแพทย์มีความเจริญก้าวหน้าเป็นอันมาก ทำให้ข้อยกเว้นตามมาตรา 305 แห่งประมวลกฎหมายอาญาที่ให้ความคุ้มครองแก่เฉพาะเพื่อความจำเป็นของสุขภาพร่างกายของหญิงมีครรภ์ และจากการกระทำความคิดในเรื่องการกระทำชำเราและอนาจารตามประมวลกฎหมายอาญานั้นไม่อาจครอบคลุม ถึงกรณีอื่น ๆ เช่น การทำแท้งเนื่องจากปัญหาสุขภาพจิตใจของหญิง การทำแท้งเนื่องจากปัญหาสุขภาพของทารกในครรภ์ การทำแท้งเนื่องจากโรคร้ายพันธุ์ นอกจากนี้บทบัญญัติของประมวลกฎหมายอาญาเป็นกฎหมายที่ว่าด้วยการกระทำความผิดและกำหนดโทษไว้ในการบังคับใช้กฎหมายหากต้องมีการตีความนั้นจะต้องตีความโดยเคร่งครัด เมื่อมาตรการเกี่ยวกับการทำแท้งในประเทศไทยถูกบัญญัติไว้ว่าเป็นการกระทำความผิดและกำหนดโทษไว้ตามประมวลกฎหมายซึ่งการบังคับใช้จึงต้องตีความโดยเคร่งครัด เมื่อปรากฏว่ายังมีคำจำกัดความบางคำยังกำหนดไว้ไม่ชัดเจน จึงได้มีการออกมาตรการเกี่ยวกับการทำแท้งเพิ่มเติมขึ้นมาคือ ข้อบังคับแพทย์สภาว่าด้วย หลักเกณฑ์ การปฏิบัติเกี่ยวกับการยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ตามมาตรา 305 แห่งประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2548 เพื่อให้การบังคับใช้กฎหมายมีความชัดเจนและถูกต้องมากขึ้น

1.2 มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการทำแท้งตามข้อบังคับแพทย์สภาว่าด้วยหลักเกณฑ์ การปฏิบัติเกี่ยวกับการยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ตามมาตรา 305 แห่งประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2548

ข้อบังคับแพทย์สภาว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับการยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ตามมาตรา 305 แห่งประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2548 เป็นข้อบังคับที่กำหนดขึ้น

เพื่อเป็นกรอบและแนวทางในการทำแท้งแก่หญิงตั้งครรภ์เพื่อให้สอดคล้องกับประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 305 ในทางปฏิบัติ ซึ่งมาตรา 305 บัญญัติว่า “ถ้าการกระทำความผิดดังกล่าวในมาตรา 301 และมาตรา 302 นั้นเป็นการกระทำของนายแพทย์ และ

(1) จำเป็นต้องกระทำเนื่องจากสุขภาพของหญิงนั้น หรือ

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

การที่ประมวลกฎหมายอาญาได้บัญญัติข้อยกเว้นดังกล่าวไว้มีปัญหามากมายในการตีความและการปฏิบัติของแพทย์ แพทย์ส่วนใหญ่จึงตีความกฎหมายอย่างแคบที่สุดเพื่อไม่ให้ตนเองถูกตั้งข้อกล่าวหาหรือเข้าใจได้ง่ายๆ ว่าพยายามปฏิเสธที่จะให้บริการทำแท้งไว้ก่อนเพื่อไม่ให้ตนเองต้องตกเป็นผู้กระทำความผิดเสียเอง

ความพยายามในการผลักดันออกข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับการยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ตามมาตรา 305 แห่งประมวลกฎหมายอาญา เป็นการออกกฎหมายที่ตามหลักเกณฑ์ทางกฎหมาย ซึ่งอาศัยอำนาจตามความในมาตรา 21 (3) (ฎ) และด้วยความเห็นชอบของสภานายกพิเศษตามมาตรา 25 แห่งพระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2525 อันเป็นพระราชบัญญัติที่มีบทบัญญัติบางประการเกี่ยวกับการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคล ซึ่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย บัญญัติให้กระทำได้โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย คณะกรรมการแพทยสภาออกข้อบังคับเพื่อกำหนดแนวทางให้เข้ากับหลักเกณฑ์ที่ถูกระบุไว้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 305 ซึ่งมีประเด็นที่สำคัญ ดังนี้

1. การยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ตามมาตรา 305 แห่งประมวลกฎหมายอาญานั้น จะกระทำได้เมื่อหญิงตั้งครรภ์นั้นยินยอม¹⁷ กล่าวคือ แม้ว่าจะเข้าใจที่แพทย์สามารถทำแท้งให้แก่หญิงตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 305 ได้ก็ตามแต่แพทย์ก็ไม่สามารถทำแท้งให้แก่หญิงได้ หากปรากฏว่าหญิงนั้นไม่ยินยอม หากแพทย์ทำแท้งให้แก่หญิงโดยที่หญิงนั้นไม่ยินยอม แพทย์จะต้องรับผิดชอบตามประมวลกฎหมายอาญา โดยแพทย์จะอ้างข้อบังคับแพทยสภาฯ มาเป็นข้ออ้างเพื่อยกเว้นความรับผิดชอบได้ การให้ความยินยอมของหญิงที่จะยินยอมให้แพทย์ทำแท้งได้นั้นจึงเป็นเงื่อนไขประการแรกที่แพทย์ต้องได้รับความยินยอมก่อน การกำหนดข้อบังคับดังกล่าวเป็นการกำหนดเพื่อให้มีความสอดคล้องกับประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 305 และเพื่อเป็นการคุ้มครองการกระทำของแพทย์ในการทำแท้งอีกด้วย

¹⁷ ข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับการยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ตามมาตรา 305 แห่งประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2548 ข้อ 3.

2. ข้อบังคับแพทยสภาฯ ได้กำหนดผู้ที่จะมาทำหน้าที่ในการยุติการตั้งครรภ์ ให้แก่หญิงไว้ว่า ผู้ที่จะสามารถทำได้ ต้องเป็นแพทย์ที่มีใบประกอบวิชาชีพเวชกรรม¹⁸ ซึ่งพระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ.2525 มาตรา 4 ได้ให้นิยามความหมายของ “วิชาชีพเวชกรรม” หมายความว่า วิชาชีพที่กระทำต่อมนุษย์เกี่ยวกับการตรวจโรค การวินิจฉัยโรค การบำบัดโรค การป้องกันโรค การผดุงครรภ์การปรับสายตาด้วยเลนส์สัมผัส การแทงเข็มหรือการฝังเข็มเพื่อบำบัดโรคหรือเพื่อระงับความรู้สึก และหมายความรวมถึงการกระทำทางศัลยกรรม การใช้รังสี การฉีดยาหรือสาร การสอดใส่วัตถุใดๆ เข้าไปในร่างกาย ทั้งนี้เพื่อการคุมกำเนิดการเสริมสวย หรือการบำรุงร่างกายด้วย และ “ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม” หมายความว่า บุคคลซึ่งได้ขึ้นทะเบียนและรับใบอนุญาตเป็นผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมจากแพทยสภา ดังนั้น แพทย์ตามความหมายของประมวลกฎหมายอาญาและข้อบังคับของแพทยสภาจะต้องเป็นแพทย์จะประกอบวิชาชีพได้นั้น ต้องได้รับใบประกอบวิชาชีพเวชกรรมกล่าวคือ เป็นแพทย์ที่ขึ้นทะเบียนได้รับใบอนุญาต

3. เนื่องจากประมวลกฎหมายอาญามาตรา 305 (1) ไม่ได้ระบุให้ชัดเจนว่าคำว่า “สุขภาพ” รวมถึงสุขภาพจิตด้วยหรือไม่ และเพื่อให้เกิดความชัดเจนในการปฏิบัติแพทยสภา จึงได้กำหนดหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับการยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ตามมาตรา 305 แห่งประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2548 กล่าวว่าการยุติการตั้งครรภ์ ที่ส่งผลกระทบต่อสุขภาพมารดา ซึ่งคำว่า สุขภาพ ตามนิยามขององค์การอนามัยโลกนั้น รวมถึงสุขภาพทางกายและสุขภาพทางจิต การใช้ข้อบังคับแพทยสภาได้ระบุว่า ในกรณีสุขภาพทางจิตนั้นแพทย์สามารถให้การวินิจฉัยได้เลย โดยที่ไม่ต้องปรึกษาจิตแพทย์ และในกรณีที่ทารกในครรภ์มีความพิการรุนแรงนั้น ในข้อบังคับก็ระบุว่า ความรุนแรงนั้นส่งผลกระทบต่อสุขภาพจิตของมารดาด้วยเช่นเดียวกัน ดังนั้น จึงสามารถให้บริการการยุติการตั้งครรภ์ในสตรีที่มารับบริการตรวจวินิจฉัยทารกในครรภ์แล้ว พบว่ามีความผิดปกติ เพื่อใช้ในการยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ตามมาตรา 305 (1) แห่งประมวลกฎหมายอาญาให้เป็นไปตามเงื่อนไข ดังนี้¹⁹

¹⁸ ข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับการยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ตามมาตรา 305 แห่งประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2548 ข้อ 4.

¹⁹ ข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับการยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ตามมาตรา 305 แห่งประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2548 ข้อ 5 “การยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ตามมาตรา 305 (1) แห่งประมวลกฎหมายอาญาให้เป็นไปตามเงื่อนไขดังนี้

(1) เป็นกรณีที่ต้องกระทำเนื่องจากปัญหาสุขภาพทางกายของหญิงตั้งครรภ์ คือ

1) การทำแท้งเนื่องจากปัญหาสุขภาพกายของหญิง

คำว่า สุขภาพ ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 305 (1) มีประเด็นปัญหาเกิดขึ้นว่า คำว่าสุขภาพดังกล่าวจะหมายความรวมถึงสุขภาพด้านจิตใจของหญิงมีครรภ์ด้วยหรือไม่ ซึ่งบทบัญญัติกฎหมายดังกล่าวมีการถกเถียงกันอย่างมากร ในเรื่องของสุขภาพ บางแนวความคิดเห็นว่าต้องตีความตามตัวอักษร กล่าวคือคำว่า “สุขภาพ” ของหญิงนั้นต้องหมายความถึงสุขภาพด้านร่างกายเท่านั้น แต่บางแนวความคิดกลับเห็นว่าการตีความดังกล่าวเป็นการตีความที่มีลักษณะแคบเกินไปควรจะหมายความรวมถึง สุขภาพด้านจิตใจของหญิงด้วย

สุขภาพของหญิงนั้น กระทรวงสาธารณสุขได้ขอให้แพทยสภาเสนอแนะแนวทางปฏิบัติเกี่ยวกับหญิงที่ตั้งครรภ์ที่ติดเชื้อ ไรเคอดส์ โดยแพทย์สามารถทำแท้งให้แก่หญิงที่ตั้งครรภ์ที่ติดเชื้อ ไรเคอดส์ตามมาตรา 305 (1) ได้หรือไม่ แพทยสภาจึงได้มีหนังสือที่ พส.01/484 ลงวันที่ 25 ตุลาคม 2532 ถึงสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ว่าด้วยเรื่องหารือเกี่ยวกับการทำแท้งให้ผู้ติดเชื้อ ไรเคอดส์ที่ตั้งครรภ์ มีความว่า เนื่องจากปัจจุบันเชื้อ ไรเคอดส์ได้แพร่กระจายสู่ประชาชนจำนวนมาก อย่างกว้างขวางและรวดเร็ว ซึ่งในจำนวนของผู้ติดเชื้อ ไรเคอดส์นั้นมีหญิงที่ตั้งครรภ์รวมอยู่ด้วยทั้งนี้ แพทยสภาได้กล่าวว่าแพทยสภานั้นมีวัตถุประสงค์หลักในการช่วยเหลือ แนะนำ เผยแพร่ และการให้การศึกษแก่ประชาชนและองค์กรอื่นในเรื่องเกี่ยวกับการแพทย์ และสาธารณสุข คณะกรรมการแพทยสภาได้พิจารณาปัญหาดังกล่าวในการประชุม โดยได้ลงความเห็น ว่า “ผู้ที่ติดเชื้อ ไรเคอดส์ที่ตั้งครรภ์มีผลกระทบต่อสุขภาพทางร่างกาย จิตใจ และสังคมอย่างมาก และคำนิยามขององค์รอนามัยโลกในเรื่องของ “สุขภาพ” มีความหมายของการมีสุขภาพดีไม่ได้ หมายความรวมถึงการปราศจากโรคและความพิการเท่านั้น หากแต่หมายความครอบคลุมถึงความสุขสมบูรณ์ทั้งทางกาย ทางใจ และอยู่ในสังคมได้อย่างปกติสุข”

คณะกรรมการกฤษฎีกาได้พิจารณาปัญหาที่แพทยสภาได้ส่งมาหารือ โดยคณะกรรมการกฤษฎีกาได้มีหนังสือตอบกลับโดยมีความเห็นว่า ตามมาตรา 305 (1) เป็นบทบัญญัติ

(2) เป็นกรณีที่จะต้องกระทำเนื่องจากปัญหาสุขภาพทางจิตของหญิงตั้งครรภ์ ซึ่งจะต้องได้รับการรับรอง หรือเห็นชอบจากผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมที่มีใช้ผู้กระทำการยุติการตั้งครรภ์อย่างน้อยหนึ่งคน

ในกรณีที่หญิงนั้นมีความเครียดอย่างรุนแรง เนื่องจากพบว่าทารกในครรภ์มีหรือมีความเสี่ยงสูงที่จะมีความพิการอย่างรุนแรง หรือเป็นหรือมีความเสี่ยงสูงที่จะเป็น โรคพันธุกรรมอย่างรุนแรง เมื่อหญิงนั้นได้รับการตรวจวินิจฉัยและการปรึกษาแนะนำทางพันธุศาสตร์ (Genetic counseling) และมีการลงนามรับรองในเรื่องดังกล่าวข้างต้น โดยผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมที่มีใช้ผู้กระทำการยุติการตั้งครรภ์อย่างน้อยหนึ่งคน ให้ถือว่าหญิงตั้งครรภ์นั้นมีปัญหาสุขภาพจิตตาม (2)

ทั้งนี้ต้องมีข้อบ่งชี้ทางการแพทย์ที่ชัดเจนว่าหญิงนั้นมีปัญหาสุขภาพทางกายหรือทางจิต และต้องมีการบันทึกการตรวจและวินิจฉัยโรคไว้ในเวชระเบียนเพื่อเป็นหลักฐาน”

ยกเว้นความผิดต่อตีความโดยเคร่งครัด ซึ่งบทบัญญัติดังกล่าวมีความหมายแต่เพียงว่า แพทย์อาจทำให้หญิงแท้งลูกได้โดยไม่มี ความผิดเฉพาะกรณีจำเป็นเนื่องจาก “การมีครรภ์” เป็นอันตรายแก่สุขภาพของหญิงเท่านั้น ไม่หมายรวมถึงสุขภาพของทารกที่เกิดขึ้นจากหญิงนั้นด้วย ซึ่งเป็นกรณีที่ยังไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้ แพทย์จึงไม่อาจอาศัยอำนาจตามมาตรา 305 (1) ทำแท้งให้หญิงมีครรภ์ที่คิดเชื่อเอาตัวได้

2) การทำแท้งเนื่องจากปัญหาสุขภาพจิตใจของหญิง

องค์การอนามัยโลก (WHO : World Health Organization) ให้ความหมายของคำว่า สุขภาพจิต ว่าหมายถึง ความสมบูรณ์ทางด้านจิตใจซึ่งปราศจากอาการของโรคจิตโรคประสาทหรือลักษณะผิดปกติอื่น ๆ ทางจิตและความสามารถในการปรับตัวให้เข้ากับสิ่งแวดล้อมได้ โดยไม่มีข้อขัดแย้งภายในจิตใจ²⁰ การทำแท้งเนื่องจากปัญหาทางจิตใจของหญิงนั้นมิได้มีการบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 305 แต่อย่างใด แต่ได้มีการกำหนดไว้ในข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับการยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ตามมาตรา 305 แห่งประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2548 ว่าการยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ตามมาตรา 305 (1) แห่งประมวลกฎหมายอาญาให้เป็นไปตามเงื่อนไขคือ เป็นกรณีที่จำเป็นต้องกระทำเนื่องจากปัญหาสุขภาพทางจิตของหญิงตั้งครรภ์ ซึ่งจะต้องได้รับการรับรอง หรือเห็นชอบจากผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมที่มีใช้ผู้กระทำการยุติการตั้งครรภ์อย่างน้อยหนึ่งคน²¹

3) การทำแท้งเนื่องจากปัญหาสุขภาพของทารกในครรภ์

ประมวลกฎหมายอาญาของไทยนั้น ยกเว้นความผิดฐานทำให้แท้งลูกให้แก่แพทย์เฉพาะในกรณีที่จำเป็นต้องกระทำเนื่องจากสุขภาพของหญิงนั้นและในกรณีที่การตั้งครรภ์เกิดขึ้น เนื่องจากการกระทำผิดทางเพศเท่านั้น แต่กฎหมายไม่ได้มีบทบัญญัติยกเว้นความผิดฐานทำให้แท้งลูกให้แก่แพทย์ ในกรณีที่หากปล่อยให้การตั้งครรภ์ยังดำเนินต่อไป ทารกที่คลอดออกมาแล้วมีความพิการทางด้านร่างกายหรือจิตใจซึ่งเป็นปัญหาสุขภาพของทารก เนื่องจากในปัจจุบันวิวัฒนาการทางการแพทย์มีความก้าวหน้าเป็นอย่างมากแพทย์สามารถวินิจฉัยโรคได้อย่างถูกต้อง และมีความแม่นยำกว่าเมื่ออดีตเป็นอย่างมาก รวมทั้งสามารถตรวจสอบทารกในครรภ์ของหญิงว่ามีความผิดปกติเนื่องจากสุขภาพด้านร่างกายหรือจิตใจ แพทย์ก็จะทำแท้งให้แก่หญิงมีครรภ์ เพราะหากปล่อยให้การตั้งครรภ์ดำเนินต่อไปทารกที่คลอดออกมานั้น ก็จะมี ความ

²⁰ กัญญา สุวรรณแสง, จิตวิทยาทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: รวมสาส์น, 2538), หน้า 2.

²¹ ข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับการยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ตามมาตรา 305 แห่งประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2548 ข้อ 5, วรรคหนึ่ง (2) และวรรคสอง.

พิการคิดตัวมาแต่กำเนิดได้อย่างไรก็ดี ปัญหาสุขภาพของทารกในครรภ์อาจมีสาเหตุมาจากเชื้อโรค การฉายรังสีของมารดาหรือยาบางชนิดที่ได้รับจากมารดา เป็นต้น

4) การทำแท้งเนื่องจากโรคกรรมพันธุ์²²

ในกรณีที่หญิงนั้นมีความเครียดอย่างรุนแรง เนื่องจากพบว่าทารกในครรภ์ มีหรือมีความเสี่ยงสูงที่จะมีความพิการอย่างรุนแรง หรือเป็นหรือมีความเสี่ยงสูงที่จะเป็นโรค พันธุกรรมอย่างรุนแรง เมื่อหญิงนั้นได้รับการตรวจวินิจฉัยและการปรึกษาแนะนำทางพันธุศาสตร์ (Genetic counseling) และมีการลงนามรับรองในเรื่องดังกล่าวข้างต้น โดยผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมที่มีใช้ผู้กระทำการยุติการตั้งครรภ์อย่างน้อยหนึ่งคน ให้ถือว่าหญิงตั้งครรภ์นั้นมีปัญหาสุขภาพจิต ทั้งนี้ต้องมีข้อบ่งชี้ทางการแพทย์ที่ชัดเจนว่าหญิงนั้นมีปัญหาสุขภาพทางกาย หรือทางจิต และต้องมีการบันทึกการตรวจและวินิจฉัยโรคไว้ในเวชระเบียนเพื่อเป็นหลักฐาน²³

ปัจจุบันมีโรคอยู่หลายชนิดที่สืบทอดทางสายโลหิต หรือเรียกว่าเป็นโรค ที่ถ่ายทอดทางกรรมพันธุ์ ได้แก่ โรคเบาหวาน โรคเลือดที่เรียกว่า ธาลัสซีเมีย โรคปัญญาอ่อน ตลอดจนความพิการของร่างกายหลายอย่างเช่น ปากแหว่งเพดานโหว่ การทำแท้งเพื่อป้องกัน โรคกรรมพันธุ์ เพื่อขจัดความพิการเหล่านี้เรียกว่า Eugenic Indication²⁴ แต่ตามประมวลกฎหมาย อาญาของไทยไม่ยกเว้นความผิดในกรณีดังกล่าวไว้

5) เป็นการกล่าวว่าการตั้งครรภ์ที่มีสิทธิในการทำแท้ง ได้ต้องเกิดจากการกระทำ ความผิดอาญามาตรา 305 (2) ซึ่งเกิดขึ้นจากความผิดอาญา 5 มาตรา นั่นคือ มาตรา 276 ว่าด้วยการ ข่มขืนกระทำชำเรา มาตรา 277 ว่าด้วยการชำเราเด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปีซึ่งมิใช่ภริยาของตน ตั้งครรภ์แม้ว่าจะเป็นการสมยอมหรือไม่ก็ตาม มาตรา 282, มาตรา 283 และมาตรา 284 อันเป็น บทบัญญัติซึ่งว่าด้วย การล่อลวงผู้อื่นมาทำอนาจาร สอนองความใคร่ โดยใช้อุบายหลอกลวง บังคับ ข่มขู่ ซึ่งท้ายที่สุดอาจจะเกิดจากการสมยอมกัน แต่ถ้าเหตุมาจากสาเหตุข้างต้น กฎหมายก็อนุญาต อย่างไม่ดี สำหรับกรณีที่ถูกข่มขืนนั้นเพียงแต่มีหลักฐานอันควรเชื่อได้ ว่าการมีครรภ์นั้นเกิดจาก

²² โรคกรรมพันธุ์ หมายถึง โรคที่มีความผิดปกติขององค์ประกอบของยีน (Gene) และ โครโมโซม (Chromosome) ซึ่งยีนและโครโมโซมนี้เป็นตัวกำหนดลักษณะทางพันธุกรรม เมื่อมีความผิดปกติเกิดขึ้นจะทำให้ เกิดการถ่ายทอดทางกรรมพันธุ์จากพ่อแม่สู่ลูกโดยตรง

²³ ข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับการยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ตามมาตรา 305 แห่งประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2548 ข้อ 5 วรรคสองและวรรคสาม.

²⁴ วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์, กฎหมายทำแท้ง ข้อโต้แย้งที่ยังไม่ยุติ, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์ เจเนเดอร์เพรส, 2537), หน้า 151-152.

การข่มขืน²⁵ ซึ่งในทางปฏิบัติไม่ต้องมีใบแจ้งความหรือได้รับการติดต่อจากพนักงานของรัฐ เพื่อเป็นตัวกลางระหว่างแพทย์กับหญิงผู้ตั้งครรภ์แต่ประการใดแพทย์ก็สามารถอ้างข้อบังคับดังกล่าวนี้เพื่อเป็นเหตุทำแท้งให้ได้ทันที และยิ่งไปกว่านั้น ข้อบังคับแพทยสภายังระบุชัดด้วยว่าผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมที่ปฏิบัติเกี่ยวกับการยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ตามข้อบังคับนี้ ให้ถือว่าได้กระทำตามมาตรา 305 แห่งประมวลกฎหมายอาญา

5) การยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ต้องกระทำในสถานพยาบาลดังต่อไปนี้²⁶

(1) โรงพยาบาลหรือหน่วยงานของรัฐที่ให้บริการรับผู้ป่วยไว้ค้างคืน หรือสถานพยาบาลเวชกรรมที่มีเตียงรับผู้ป่วยไว้ค้างคืน ตามกฎหมายว่าด้วยสถานพยาบาล ทั้งนี้ โดยสามารถปฏิบัติเกี่ยวกับการยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ได้ตามความเหมาะสม

(2) คลินิกเวชกรรม ตามกฎหมายว่าด้วยสถานพยาบาลโดยสามารถปฏิบัติเกี่ยวกับการยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ที่อายุครรภ์ไม่เกินสิบสองสัปดาห์

สถานที่ที่แพทย์จะทำการยุติการตั้งครรภ์ให้แก่หญิงได้นั้น ตามข้อบังคับแพทยสภาได้กำหนดสถานที่ที่แพทย์สามารถทำการยุติการตั้งครรภ์ให้แก่หญิงได้คือ ต้องเป็นโรงพยาบาลหรือคลินิกเวชกรรมเท่านั้นเนื่องจากในสถานที่ดังกล่าวมีอุปกรณ์และเครื่องมือทางการแพทย์ที่ครบถ้วนซึ่งจะก่อให้เกิดผลดีทั้งต่อตัวแพทย์และตัวหญิงที่มาใช้บริการจะเห็นได้ว่าข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับการยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ตามมาตรา 305 แห่งประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2548 เป็นเพียงข้อบังคับที่กำหนดขึ้นเพื่อใช้เป็นแนวทางในการปฏิบัติของแพทย์เท่านั้น มิได้มีสภาพบังคับดังเช่นประมวลกฎหมายอาญาแต่อย่างใดก็ตาม ข้อบังคับดังกล่าวก็ได้มีการกำหนดถึงหลักเกณฑ์และเงื่อนไขเกี่ยวกับการทำแท้งของแพทย์ที่เปรียบเสมือนการตีความของประมวลกฎหมายอาญามาตรา 305 ให้ครอบคลุม และมีความชัดเจนยิ่งขึ้น เนื่องจากประมวลกฎหมายอาญามาตรา 305 ที่บังคับใช้อยู่ในปัจจุบันยังไม่มี ความชัดเจนและครอบคลุมอย่างเพียงพอ ดังนั้น จึงควรมีการบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับการทำแท้ง และในเรื่องข้อยกเว้นในการทำแท้งโดยไม่มีความผิดให้มีความชัดเจนครอบคลุมและเหมาะสมกับสภาวะการณ์ของสังคมในปัจจุบัน เพื่อให้การบังคับใช้กฎหมายดังกล่าวเป็นไปตามเจตนารมณ์อย่างแท้จริง

²⁵ ข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับการยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ตามมาตรา 305 แห่งประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2548 ข้อ 6.

²⁶ ข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับการยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ตามมาตรา 305 แห่งประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2548 ข้อ 7.

2. มาตรการเกี่ยวกับการทำแท้งในต่างประเทศ

การทำแท้งเป็นปัญหาที่ได้รับความสนใจจากนานาอารยประเทศทั่วโลก ซึ่งปัญหาดังกล่าวเป็นปัญหาคาบเกี่ยวระหว่างกฎหมายและศีลธรรมของคนในประเทศ ความแตกต่างทางศาสนาและสังคมเป็นปัจจัยหนึ่งที่ทำให้แนวคิดของการทำแท้งแตกต่างกันออกไป โดยมาตรการทางกฎหมายเป็นมาตรการหนึ่งที่รัฐได้กำหนดขึ้นเพื่อใช้เป็นหลักเกณฑ์และบทบังคับต่อคนในสังคม เนื่องจากกฎหมายเป็นสิ่งที่ทุกคนในสังคมต้องปฏิบัติตาม ความแตกต่างของกฎหมายเกี่ยวกับการทำแท้งของแต่ละประเทศนั้นมีความแตกต่างกันในบางกรณี ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับสภาพสังคม ศาสนา และระบบกฎหมายของประเทศนั้นๆ ซึ่งในการศึกษาถึงปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการทำแท้งของประเทศไทย จึงมีความจำเป็นที่จะต้องศึกษาถึงกฎหมายที่เกี่ยวข้องของต่างประเทศ เพื่อเป็นกรอบและแนวทางในการวิเคราะห์และพิจารณาถึงปัญหาดังกล่าว โดยศึกษากฎหมายการทำแท้งของ ประเทศอังกฤษ ประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศเยอรมนี ประเทศสิงคโปร์ และประเทศเดนมาร์ก ที่นำกฎหมายการทำแท้งทั้ง 5 ประเทศมาศึกษา ด้วยเห็นว่าเป็นประเทศที่มีการบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับการทำแท้งที่ชัดเจนโดยไม่หลงโงงหุงหากตัดสินใจยุติการตั้งครรภ์ โดยการ ทำแท้ง อีกทั้งในประเทศอังกฤษยังได้มีการบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับการทำแท้งไว้โดยเฉพาะด้วย ดังมีรายละเอียดต่อไปนี้

2.1 ประเทศอังกฤษ

กฎหมายอังกฤษตาม common law แต่เดิมลูกในครรภ์ต้องคืบได้ (quicken) ก่อนจึงจะมีการทำให้แท้งได้ และต้องทำให้ลูกนั้นตายก่อนคลอดมามีชีวิต ถ้าลูกคลอดออกมามีชีวิตแล้วจึงตาย เป็นความผิดฐานฆ่าคน ต่อมาเมื่อพระราชบัญญัติเอาผิดแก่คนใช้ยาพิษหรือสิ่งอื่นหรือทำด้วยวิธีอื่น โดยเจตนาให้แท้งลูก ไม่ว่าจะหญิงจะมีครรภ์หรือไม่ เป็นการเปลี่ยนหลักที่ว่าต้องให้ลูกในครรภ์คืบได้เสียก่อน และถือเอาการกระทำเพียงในขั้นพยายามคือใช้ยาหรือเครื่องมือทำให้แท้งเป็นความผิดสำเร็จไปแล้ว ไม่ต้องให้ลูกออกมาในลักษณะไม่มีชีวิตเสียก่อนอย่างเดิม และยังมีพระราชบัญญัติลงโทษ การฆ่าเด็กที่กำลังคลอดอีกด้วย ซึ่งความผิดทั้งสองนี้มีโทษถึงจำคุกตลอดชีวิตด้วยกัน²⁷

²⁷ Smith Hogan p.268 The Offences against the person Act 1861 S.58, The Infant Life (Preservation) Act 1929 S. 1, Perkins Crim. Law ed. 1 p. 101, อ้างถึงใน จิตติ ดิงศภัทย์, กฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 2 และภาค 3, (พิมพ์ครั้งที่ 6) กรุงเทพมหานคร: จีระวิชาการพิมพ์, 2545, หน้า 270.

ต่อมาได้ประกาศใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดต่อบุคคล (The Offences Against the Person Act 1861) เป็นกฎหมายห้ามทำแท้งขึ้นตามบทบัญญัติมาตรา 58 และมาตรา 59 มีสาระสำคัญดังต่อไปนี้

มาตรา 58²⁸ “หญิงใดที่มีครรภ์มีเจตนาที่จะทำให้ตนเองแท้งลูก กระทำการ โดยผิดกฎหมายในการรับยาพิษหรือสารที่เป็นอันตรายเข้าสู่ตนเองหรือใช้เครื่องมือหรือใช้วิธีการอื่นใด กระทำต่อตนเองเพื่อให้เป็นไปตามเจตนาดังกล่าว

ผู้ใดมีเจตนาที่จะทำให้หญิงใดแท้งลูก ไม่ว่าหญิงนั้นจะมีครรภ์หรือไม่ก็ตาม กระทำการโดยผิดกฎหมายในการนำยาพิษ หรือสารที่เป็นอันตรายเข้าสู่ร่างกายหญิงนั้น หรือกระทำการด้วยประการใดเพื่อให้หญิงนั้นได้รับยาพิษหรือสารที่เป็นอันตราย หรือใช้เครื่องมือ กระทำ หรือกระทำด้วยวิธีการอื่นใดต่อหญิงนั้น เพื่อให้เป็นไปตามเจตนาดังกล่าว

ทั้งสองกรณีข้างต้นเป็นการกระทำความผิดอาญาร้ายแรง (Felony) ต้องระวางโทษจำคุก”

มาตรา 59²⁹ “ผู้ใดกระทำการโดยผิดกฎหมายจัดหายาพิษ หรือสารที่เป็นอันตราย เครื่องมือหรือสิ่งอื่นใด โดยรู้ยู่ของดังกล่าวนั้นจะนำไปกระทำผิดกฎหมาย เพื่อให้หญิงคนใดคนหนึ่งแท้งลูก ไม่ว่าหญิงนั้นจะตั้งครรภ์หรือไม่ก็ตาม เป็นการกระทำความผิดทางอาญาประเภทไม่ร้ายแรง (Misdemeanour) ต้องระวางโทษจำคุก” (ต่อมาได้มีการประกาศใช้กฎหมายให้เลิกใช้ชื่อ ความผิดฐาน Felony และ Misdemeanour โดยให้ใช้เรียกว่า “เป็นความผิด” (The Criminal Justice Act 1967) และได้กำหนดโทษในมาตรา 58 ไว้ว่า ให้จำคุกตั้งแต่สองปีถึงตลอดชีวิต และโทษในมาตรา 59 เป็นให้จำคุกไม่เกินสองปี)³⁰

ต่อมาได้มีการออกกฎหมายคุ้มครองชีวิตทารกขึ้น (The Infant Life Preservation Act 1929) โดยมีสาระสำคัญของกฎหมายฉบับนี้คือ³¹ กำหนดว่าการทำแท้งไม่ถือเป็นอาชญากรรมร้ายแรง ถ้าการทำแท้งนั้นเป็นการกระทำโดยสุจริตและมีวัตถุประสงค์เพียงอย่างเดียวคือ เพื่อรักษาชีวิตของหญิงผู้ตั้งครรภ์ อย่างไรก็ตาม พระราชบัญญัติฉบับนี้กำหนดให้การฆ่าเด็กทารกที่สามารถเกิดมาและมีชีวิตอยู่ได้เป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย และได้กำหนดว่าอายุครรภ์ 28 สัปดาห์ คืออายุ

²⁸ The Offences Against the Person Act 1861, Article 58 Administering drugs or using instruments to procure abortion.

²⁹ The Offences Against the Person Act 1861, Article 59 Procuring drugs, &c. to cause abortion.

³⁰ วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์, เรื่องเดิม, หน้า 113-114.

³¹ ณีภูณิชา อเนกสมบูรณ์ผล, กฎหมายทำแท้งของประเทศไทย [Online], available,

<https://www.scribd.com/doc/43584942/Abortion, 2559> (สิงหาคม, 2), หน้า 1-2.

ทารกในครรภ์ที่กฎหมายสันนิษฐานว่าเป็นทารกที่สามารถมีชีวิตอยู่ได้ นอกจากนี้ พระราชบัญญัติฉบับนี้ยังได้อนุญาตให้แพทย์สามารถทำแท้งได้ หากแพทย์ผู้นั้นเห็นว่าการตั้งครรภ์จะทำให้เกิดอันตรายต่อสุขภาพของมารดา³²

ข้อสังเกตจากกฎหมายดังกล่าวพบว่า ความผิดฐานทำลายชีวิตเด็กนั้นเป็นความผิดที่แยกออกมาจากความผิดฐานทำแท้งตามกฎหมายเดิม กล่าวคือ ถ้าทำให้เด็กทารกในครรภ์ตายก่อนที่จะคลอดออกมา ถ้าอายุเด็กในครรภ์ไม่ถึง 28 สัปดาห์ เป็นความผิดตามมาตรา 58 พระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดต่อบุคคล (แพ่งลูก) ถ้าทารกในครรภ์ตั้งแต่ 28 สัปดาห์ เป็นความผิดฐานทำลายชีวิตเด็ก³³ แต่บทบัญญัติเดิมไม่มีเงื่อนไขยกเว้นความผิดสำหรับผู้มีเจตนาบริสุทธิ์ที่กระทำเพื่อคุ้มครองชีวิตของมารดา

ต่อมาได้มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติการทำแท้ง The Abortion Act 1967³⁴ ประกาศใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 27 เมษายน พ.ศ. 2511 (ค.ศ.1968) โดยมีสาระสำคัญ³⁵ ดังนี้

³² The Infant Life Preservation Act 1929, Article 1 Punishment for child destruction.

³³ ความผิดฐานทำลายชีวิตเด็ก หมายถึง การกระทำใดๆ ที่ทำให้ทารกตายก่อนที่จะคลอดและมีชีวิตเป็นอิสระจากมารดา โดยมีเจตนาที่จะทำลายชีวิตเด็กที่อาจจะเกิดมาแล้วมีชีวิตรอดอยู่.

³⁴ มาตรา 1 (1) ภายใต้บทบัญญัติในมาตรานี้ การกระทำผิดกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการทำแท้ง ถ้าผู้กระทำเป็นแพทย์ผู้ได้ขึ้นทะเบียนเป็นผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม และได้ทำตามเงื่อนไขต่อไปนี้ผู้กระทำไม่มีความผิด

ถ้าแพทย์ผู้ได้ขึ้นทะเบียนเป็นผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมสองคน มีความเห็นร่วมกันโดยสุจริตว่า

(ก) หากปล่อยให้การตั้งครรภ์ดำเนินต่อไป หญิงตั้งครรภ์อาจต้องเสี่ยงต่ออันตรายถึงชีวิตหรืออันตรายต่อสุขภาพทางกายหรือทางจิตใจของหญิงตั้งครรภ์ หรือของบุตรที่ยังมีชีวิตอยู่ของหญิงตั้งครรภ์นั้น เพิ่มขึ้นกว่าที่จะทำแท้งให้หญิงนั้นตั้งแต่นั้น

(ข) มีหลักฐานน่าเชื่อว่า เด็กที่เกิดมามีโอกาสที่จะได้รับทุกข์ทรมานจากความผิดปกติของร่างกาย หรือทางจิตใจที่จะส่งผลให้เด็กเป็นผู้เสียเปรียบอย่างมากในสังคม

มาตรา 1 (2) การจะตัดสินว่า ถ้าปล่อยให้การตั้งครรภ์ดำเนินต่อไปจะมีผลต่อการเสี่ยงอันตรายต่อสุขภาพตามที่บัญญัติไว้ในวรรค (ก) ของอนุมาตรา (1) ในมาตรานี้ จำต้องคำนึงถึงภาวะแวดล้อมของหญิงนั้นที่แท้จริง หรือที่ซึ่งวิญญูชนอาจคาดหมายได้

มาตรา 1 (3) นอกจากที่บัญญัติไว้ในอนุมาตรา (4) ของมาตรานี้ การรักษาโดยการทำแท้งในทุกกรณีต้องกระทำในโรงพยาบาลที่อยู่ภายใต้การควบคุมของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุข หรือกระทรวงกิจการสก๊อตแลนด์ (Secretary of State) ในสก๊อตแลนด์ ซึ่งอยู่ภายในบังคับของกฎหมายว่าด้วยบริการสาธารณสุขแห่งชาติ (National Health Acts) หรือต้องกระทำในสถานที่และเวลาที่รัฐมนตรีดังกล่าวกำหนด

มาตรา 1 (4) อนุมาตรา (3) ของมาตรานี้ กับอนุมาตรา (1) ในส่วนที่เกี่ยวกับความเห็นของแพทย์ผู้ที่ได้ขึ้นทะเบียนเป็นผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมสองคนจะไม่นำมาใช้บังคับ ถ้าการทำแท้งโดยแพทย์ผู้ที่ได้ขึ้นทะเบียนเป็นผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม ในกรณีที่แพทย์นั้นมีความเห็น โดยสุจริตว่าการทำแท้งนั้นมีความ

1) การทำแท้ง จะกระทำได้เฉพาะในโรงพยาบาลของรัฐ หรือสถานพยาบาลเอกชนที่กระทรวงสาธารณสุขอนุญาตเท่านั้น

2) ต้องมีแพทย์อย่างน้อยสองคน ลงนามรับรองเห็นสมควรทำแท้งตามเหตุผลหนึ่งเหตุผลใด ดังต่อไปนี้

ก. ถ้าปล่อยให้ครรภ์ดำเนินต่อไปจะเป็นอันตรายต่อชีวิตของหญิงนั้น หรือสุขภาพทางกาย สุขภาพทางจิตของลูกคนอื่นๆ อันตรายนี้สูงกว่าอันตรายจากการทำแท้ง

ข. หากมีแนวโน้มแล้วว่า หากปล่อยให้คลอดออกมาแล้วอาจมีความผิดปกติทางกายหรือจิตใจมากพอที่จะทำให้เกิดความพิการใดๆ

3) ในกรณีรีบด่วน จำเป็นต้องทำแท้งเพื่อช่วยชีวิตหญิงนั้น แพทย์คนเดียวมีสิทธิตัดสินใจโดยตนเองได้ โดยปราศจากความเห็นชอบจากแพทย์คนที่สอง และมีสิทธิจะทำแท้งที่ใดก็ได้ นอกจากที่ระบุไว้ในข้อ 1

จำเป็นต้องทำโดยรีบด่วนเพื่อช่วยชีวิต หรือเพื่อป้องกันอันตรายร้ายแรงอย่างถาวรต่อสุขภาพหรือสุขภาพจิตของหญิงตั้งครรภ์

มาตรา 2 ให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุขที่รับผิดชอบในเค้านอังกฤษ และเวลส์กับรัฐมนตรีว่าการกระทรวงกิจการสกอตแลนด์ มีอำนาจออกกฎหมายเพื่อวางระเบียบต่างๆ เกี่ยวกับ

(ก) แบบและวิธีการขอใบรับรองของแพทย์ที่จะแสดงความเห็นเกี่ยวกับการทำแท้งตามมาตรา 1 รวมทั้งวิธีการและระยะเวลาที่ต้องเก็บเอกสารดังกล่าว

(ข) วิธีการบันทึกข้อมูลที่จำเป็นเก็บไว้ในรายงานของแพทย์ที่ทำแท้ง

(ค) เงื่อนไขในการยกเว้นการเปิดเผยข้อมูลต่างๆ ในส่วนที่เกี่ยวกับการทำแท้ง ซึ่งโดยทั่วไปต้องห้ามมิให้เปิดเผย

มาตรา 4 (1) ภายใต้อำนาจของอนุมาตรา (2) ในมาตรา นี้ บุคคลที่มีมโนสำนึกไม่เห็นด้วยกับการทำแท้งจะไม่เข้าไปมีส่วนร่วมกับการรักษาใดๆ ตามพระราชบัญญัติฉบับนี้อันุญาตก็ได้ ไม่ว่าผู้นั้นจะมีหน้าที่ผูกพันจะโดยสัญญาหรือโดยกฎหมายก็ตาม แต่ในการต่อสู้คดีในศาลผู้นั้นต้องมีหน้าที่พิสูจน์ว่า เขามีมโนสำนึกเช่นนั้นจริง

(2) อนุมาตรา (1) ในมาตรานี้ มิให้นำมาใช้บังคับแก่การปฏิบัติหน้าที่ ที่จะร่วมมือให้การรักษาซึ่งจำเป็นต้องช่วยชีวิต หรือป้องกันอันตรายร้ายแรงอย่างถาวรต่อสุขภาพกาย หรือสุขภาพจิตของหญิงตั้งครรภ์

มาตรา 5 (1) บทบัญญัติในพระราชบัญญัติฉบับนี้ไม่กระทบกระเทือนถึงบทบัญญัติในพระราชบัญญัติคุ้มครองชีวิตทารก 1929

(2) ภายใต้อำนาจของกฎหมายที่เกี่ยวกับการทำแท้ง การกระทำใดๆ ที่มีเจตนาจะทำให้หญิงตั้งครรภ์ถือว่าผิดกฎหมาย (Unlawfully) ทั้งสิ้น เว้นแต่จะได้กระทำการตามที่ มาตรา 1 แห่งพระราชบัญญัติฉบับนี้ได้อนุญาต

³⁵ สุวัฒน์ จันทรวงศ์, เรื่องเดิม, หน้า 58

4) แพทย์หรือพยาบาลที่มีความเห็นคัดค้านกับการทำแท้งเสรี มีสิทธิจะไม่ร่วมมือในบริการนี้

กฎหมายฉบับดังกล่าวพบว่า ในอนุมาตรา 3 ได้ให้สิทธิแก่แพทย์ในการทำแท้งให้แก่หญิงมีครรภ์ได้ในเงื่อนไขที่กว้างมาก โดยรัฐตั้งวัตถุประสงค์ไว้ 5 ประการดังนี้ คือ

- 1) เพื่อลดอัตราการเกิดของเด็กนอกกฎหมาย (Illegitimate Birth) ซึ่งเกิดจากผลแห่งความสัมพันธ์ทางเพศของเยาวชนอังกฤษ
- 2) เพื่อลดอัตราของเด็กที่เกิดโดยบิดามารดาไม่พึงประสงค์ (Unwanted Child)
- 3) เพื่อลดอัตราการตายและพิการ (Mortality and morbidity)
- 4) เพื่อจำกัดหมอเถื่อน
- 5) เพื่อลดอัตราการเกิดของประชากร

พระราชบัญญัติฉบับนี้เปิดกว้างสำหรับการตีความและให้อำนาจในการตัดสินใจแก่แพทย์ในการชั่งน้ำหนักถึงความเสี่ยงของการมีครรภ์มากกว่าการเก็บรักษาการตั้งครรภ์ไว้หรือไม่ การทำแท้งนั้นจะเป็นการทำแท้งที่ถูกกฎหมายก็ต่อเมื่อแพทย์ผู้ทำแท้งเป็นแพทย์ที่มีใบประกอบวิชาชีพแพทย์และทำการทำแท้งใน โรงพยาบาลของรัฐ (National Health Service) หรือสถานที่ที่ถูกกำหนดขึ้นภายใต้วัตถุประสงค์ของพระราชบัญญัติฉบับนี้ และจะต้องได้รับการรับรองโดยแพทย์ที่มีใบประกอบอาชีพแพทย์จำนวนสองคน นอกจากนี้ มาตรา 1 (1) แห่งพระราชบัญญัติการทำแท้ง Abortion Act of 1967 (ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดย The Human Fertilization and Embryology Act (HFEA) 1990 กำหนดเหตุแห่งการทำแท้งไว้ ดังนี้³⁶

(ก) หากมารดามีอายุครรภ์น้อยกว่า 24 สัปดาห์ และหากการตั้งครรภ์นั้นทำให้เกิดความเสี่ยง และความเสี่ยงที่เกิดขึ้นนั้นมากกว่าผลจากการทำแท้ง เนื่องจากความเสี่ยงที่เกิดขึ้นจากการตั้งครรภ์จะส่งผลกระทบต่อร่างกายหรือจิตใจของผู้ตั้งครรภ์ หรือเกิดผลต่อลูกที่เกิดมาแล้วที่อยู่ในครรภ์ หรือ

(ข) การทำแท้งเป็นการกระทำที่จำเป็นเพื่อป้องกันความเจ็บป่วยร้ายแรง และถาวรที่จะเกิดขึ้นต่อผู้ตั้งครรภ์ไม่ว่าจะทางร่างกายหรือจิตใจ หรือ

(ค) หากความเสี่ยงของการตั้งครรภ์มีมากกว่าความเสี่ยงของการทำแท้ง หรือ

(ง) หากเด็กที่เกิดขึ้นมานั้นมีโอกาสร้อยสูงที่จะพิการอย่างร้ายแรงไม่ว่าจะทางร่างกายหรือทางจิตใจ หรือแพทย์สามารถทำแท้งหญิงผู้ตั้งครรภ์ได้ทันทีในกรณีฉุกเฉิน หรือ

(จ) เพื่อช่วยชีวิตของหญิงผู้ตั้งครรภ์ หรือ

³⁶ ญัตติฯ อเนกสมบูรณ์ผล, เรื่องเดิม, หน้า 3.

(จ) การทำแท้งเป็นการกระทำที่จำเป็นเพื่อป้องกันความเจ็บป่วยร้ายแรง และ
ถาวรที่จะเกิดขึ้นต่อผู้ตั้งครรภ์ไม่ว่าจะทางร่างกายหรือจิตใจ

กล่าวโดยสรุป จากการศึกษาถึงมาตรการเกี่ยวกับการทำแท้งของประเทศ
อังกฤษแล้ว พบว่า ประเทศอังกฤษได้บัญญัติกฎหมายว่าการทำแท้งเป็นการกระทำที่ผิด
ต่อกฎหมาย โดยมีแนวคิดของกฎหมายมาจากเรื่องศีลธรรมตามศาสนา โดยมองว่าการทำแท้งเป็น
การกระทำที่ขัดต่อศีลธรรมของประชาชน และการบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับข้อยกเว้นของการทำ
แท้งได้โดยไม่มีคามผิดตามกฎหมายนั้น มีลักษณะครอบคลุมหลายกรณี ซึ่งมีเจตนารมณ์ เพื่อ
คุ้มครองชีวิตร่างกายและจิตใจของหญิงตั้งครรภ์และทารกในครรภ์ และมีเหตุที่เกี่ยวกับอันตราย
ต่อสุขภาพทั้งทางร่างกายและทางจิตใจของหญิงตั้งครรภ์อยู่ด้วย โดยเปิดกว้างสำหรับการตีความ
และให้อำนาจในการตัดสินใจแก่แพทย์ในการชั่งน้ำหนักถึงความเสี่ยงของการมีครรภ์ แต่อย่างไร
ก็ตาม กฎหมายเกี่ยวกับการทำแท้งของประเทศไทยไม่ได้มีการนิยามความหมายของการทำแท้ง
ไว้แต่อย่างใดเช่นเดียวกับกฎหมายของประเทศไทย จึงอาจทำให้เกิดปัญหาในการบังคับใช้กฎหมาย
ว่าการแท้งลูกนั้นเริ่มมีผลตั้งแต่นั้นมา

2.2 ประเทศสหรัฐอเมริกา

ทัศนคติที่มีต่อการทำแท้งในประเทศสหรัฐอเมริกาได้มีการเปลี่ยนแปลงภายหลัง
ศาลสูงของสหรัฐอเมริกาได้มีคำพิพากษาคดีระหว่างสหรัฐอเมริกากับวูทช์ (Vuitch) โดยพิพากษา
ว่าการทำแท้งในแขวงโคลัมเบียเป็นการกระทำที่ถูกต้องตามกฎหมาย โดยที่กฎหมายของแขวง
โคลัมเบียในเรื่องนี้บัญญัติว่าการทำแท้งถือเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย เว้นแต่เป็นการกระทำของ
แพทย์ที่ได้ขึ้นทะเบียนและรับใบอนุญาตให้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม เนื่องจากความจำเป็นแก่ชีวิต
และสุขภาพของมารดา และศาลแห่งแขวงโคลัมเบียได้ตีความว่าการทำแท้งเพื่อการรักษานั้นต้อง
กระทำเพราะเหตุจำกััด และต้องกระทำในโรงพยาบาลภายหลังการตัดสินใจของแพทย์ที่ร่วม
ปรึกษาหารือ 2 คน พร้อมทั้งได้รับความเห็นชอบจากคณะกรรมการ โรงพยาบาลด้วยว่าชีวิตของ
มารดาอยู่ในระหว่างเสี่ยงอันตรายอย่างยิ่ง ในคดีนี้ศาลสูงวินิจฉัยว่า คำว่า “สุขภาพ” ต้องรวมถึง
ความสมบูรณ์ทางจิตวิทยา ทางอารมณ์ ทางจิตใจ และทางร่างกาย และคำว่า “สุขภาพ” ในกฎหมาย
ของแขวงโคลัมเบีย ต้องไม่จำกัดเฉพาะสุขภาพร่างกายเท่านั้น ควรจะต้องหมายถึง “ภาวะทาง
วิญญาณที่อยู่ในร่างกายและจิตใจ” ด้วย แต่ศาลก็มิได้แนะนำวิธีการอย่างหนึ่งอย่างใดที่จะตัดสินว่า
การตั้งครรภ์มีผลต่อมารดา ศาลกล่าวว่าการทำแท้งเป็นเรื่องที่อยู่ในดุลยพินิจทางวิชาชีพเวชกรรม
การทำแท้งควรพิจารณาเช่นเดียวกับการผ่าตัดทางศัลยกรรม โดยหลักทั่วไปวิธีการทางศัลยกรรม
ย่อมมีความจำเป็นต่อสุขภาพของผู้ป่วย ไม่ทางกายก็ทางใจ ซึ่งแพทย์ย่อมจะเป็นผู้ใช้ดุลยพินิจ
เป็นประจำอยู่แล้ว เมื่อจะทำการผ่าตัด การทำแท้งจึงไม่ควรแตกต่างจากศัลยกรรมอื่นๆ เนื่องจาก

การทำแท้งเป็นปัญหาระดับชาติ คำพิพากษานี้แม้จะมีผลผูกพันเฉพาะทางแขวงโคลัมเบียก็ตาม การวินิจฉัยของศาลในคดีนี้จะมีผลต่อปรัชญาการทำแท้งของทั้งฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายตุลาการ ในทุกรัฐในสหรัฐอเมริกา³⁷

ต่อมาในวันที่ 22 มกราคม พ.ศ.2516 ศาลสูงสหรัฐอเมริกาได้พิพากษาตีความ เกี่ยวกับการทำแท้งว่า การทำแท้งในระยะ 3 เดือนแรกของการตั้งครรภ์ ในการตัดสินใจที่จะทำแท้ง นั้นขึ้นอยู่กับฝ่ายหญิงและแพทย์ ในระยะ 6 เดือนถัดไป รัฐอาจวางระเบียบการทำแท้งให้สัมพันธ์ กับสุขภาพของมารดา เช่น การออกใบอนุญาตและควบคุมบุคคลและสถานที่ที่รับทำแท้งสำหรับ ระยะ 10 สัปดาห์สุดท้ายของการตั้งครรภ์ ซึ่งเป็นระยะที่ทารกสามารถดำรงชีวิตอยู่นอกมดลูก มารดาได้แล้วนั้น ถ้าเป็นความต้องการของรัฐ รัฐบาลจะห้ามการทำแท้งในระยะนี้ไว้ เว้นแต่จะมีความจำเป็นต่อชีวิตและสุขภาพของมารดา ศาลเห็นว่าในทางกฎหมายสิทธิของหญิงนั้นจะทำแท้ง เป็นสิทธิส่วนตัวของหญิง และสิทธิของแพทย์ที่จะให้การรักษาหญิงมีครรภ์นั้น ขึ้นอยู่กับดุลพินิจ ของแพทย์ การตัดสินใจทำแท้งด้วยเหตุผลต่างๆ ย่อมเกี่ยวข้องกันและเป็นการตัดสินใจของแพทย์ ในเบื้องต้น ซึ่งความรับผิดชอบต่างๆ ย่อมตกอยู่กับแพทย์ การตกลงใจของแพทย์ที่จะทำแท้ง ควรจะคำนึงถึงปัญหาทางกาย อารมณ์ ทางจิตใจ ทางครอบครัว ตลอดจนอายุของหญิงนั้น ปัญหา ต่างๆ เหล่านี้ย่อมถือได้ว่า “เป็นอันตรายต่อกายและจิตใจได้” และอาจถือว่าเป็น “เด็กที่มารดา ไม่ปรารถนา” ก็ได้ จากการวินิจฉัยของศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกาที่กล่าวไว้นั้น ทำให้เกิดการ เคลื่อนไหวในการแก้กฎหมายทำแท้งของรัฐต่างๆ เป็นจำนวนมาก เพื่อให้สอดคล้องกับคำพิพากษา ดังกล่าว³⁸

คดี Roe v Wade U.S. 113 (1973) Jane Roe สตรียังไม่แต่งงานแต่มีครรภ์ฟ้อง ขอให้ศาลสูงสหรัฐอเมริกาวินิจฉัยว่ากฎหมายของมลรัฐเทกซัสขัดต่อรัฐธรรมนูญ โดยยอมให้อาจ ทำแท้งได้เพื่อรักษาชีวิตของมารดาเท่านั้น ผู้พิพากษา Blackmun ผู้เขียนคำพิพากษาของศาล วินิจฉัย ว่ากฎหมายของรัฐเทกซัสขัดต่อรัฐธรรมนูญ โดยให้เหตุผลว่าการทำแท้งเป็นปัญหาที่ต้องระวัง เพราะไม่ว่าจะวินิจฉัยทางใดกรณีจะมีผลต่อความรู้สึกในสังคมอย่างมาก เพราะเป็นเรื่องทาง ปรัชญา ประสพการณ์และการแสดงออกของบุคคลเกี่ยวกับจุดเริ่มต้นแห่งความเป็นมนุษย์ (human being) ความเห็นเกี่ยวกับการทำแท้งจะต้องคำนึงถึงการสั่งสอนของศาสนา ทักษะเกี่ยวกับชีวิต และ

³⁷ วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์, คำพิพากษาศาลสูง เรื่อง การทำแท้งในสหรัฐอเมริกา, นิติเวชสาร, กรุงเทพฯ: กรุงเทพมหานครพิมพ์, 2519: 274-275.

³⁸ วราภรณ์ กษิรรัตน์, การศึกษาความคิดเห็นและทัศนคติของนักสังคมสงเคราะห์ทางการแพทย์: เรื่อง ศึกษาเฉพาะ โรงพยาบาลของรัฐ ในเขตกรุงเทพมหานคร เกี่ยวกับกฎหมายทำแท้ง, วิทยานิพนธ์สังคม สงเคราะห์ศาสตรมหาบัณฑิต คณะสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2525, หน้า 57-58.

ครอบครัว คุณค่าของชีวิต และมาตรฐานทางศีลธรรมและโดยเฉพาะปัจจุบันนี้ปัญหาการเพิ่มของประชากร สิ่งแวดล้อมเป็นพิษ ความยากจนในสังคมและความรู้สึกด้านเชื้อชาติยิ่งทำให้การวินิจฉัยปัญหานี้ยากขึ้นไปอีก ปัญหาเบื้องต้นคือสตรีมีสิทธิที่จะทำแท้งหรือไม่ ซึ่งศาลเห็นว่าสิทธิส่วนบุคคล (right of privacy) แม้จะไม่ระบุให้แจ้งชัดในรัฐธรรมนูญ แต่ศาลก็ยอมรับมาแล้วตั้งแต่ในอดีตว่าเป็นสิทธิที่แฝงตัวอยู่ในรัฐธรรมนูญนั่นเอง ซึ่งกิจการอันเกี่ยวกับชีวิตการแต่งงานก็เกี่ยวข้องกับสิทธิส่วนบุคคลนี้ การที่รัฐไม่ยอมรับสิทธิที่จะเลือกในกรณีนี้มีผลต่อมารดาอย่างมาก ความเป็นแม่และภาระในการมีบุตรอาจก่อให้เกิดความยุ่งยากให้ทั้งทางจิตใจและร่างกายของมารดา และมีผลเสียแม้แต่ต่อเด็กที่จะคลอดมา โดยไม่ได้รับการเลี้ยงดูตามสมควร การปฏิเสธสิทธิในการทำแท้งของสตรีจึงเป็นการใช้อำนาจของรัฐมากเกินไป แต่ขณะเดียวกันจะถือว่าสตรีมีสิทธิที่จะทำแท้งโดยเด็ดขาดไม่ได้ เพราะรัฐมีหน้าที่ช่วยเหลือพิทักษ์รักษาในด้านสุขภาพของมารดาได้ ในเมื่อการทำแท้งอาจก่อให้เกิดอันตรายแก่ชีวิตมารดา สำหรับกรณีมีผู้แย้งว่ารัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 14 ซึ่งกำหนดให้มลรัฐต่างๆ ให้ความเคารพต่อสิทธิส่วนบุคคลและทารกในครรภ์ก็เป็น “บุคคล” ในความหมายของกฎหมาย กฎหมายจึงต้องพิทักษ์รักษาชีวิตในครรภ์ด้วยนั้น ศาลเห็นว่าแม้จะยอมรับว่าชีวิตมนุษย์ได้เริ่มต้นมาแล้วก่อนมีการคลอด แต่จะเริ่มต้น ณ จุดใดนั้น เกี่ยวข้องกับวิชาการหลายด้านทั้งทางวิทยาศาสตร์ ปรัชญา และเทววิทยา ซึ่งปัจจุบันศาลเห็นว่าวิชาการยังไม่ก้าวหน้าพอที่จะค้นหาจุดนี้ได้ แต่ในกฎหมายทารกในครรภ์ยังไม่เป็น “บุคคล” ตามกฎหมายและรัฐอาจเข้าไปคุ้มครองได้เฉพาะตั้งแต่เมื่อทารกในครรภ์เริ่มมีความอยู่รอด (viability) แล้วเท่านั้น ปัญหาจึงมีแต่ประการเดียวว่ารัฐจะออกกฎหมายไปแทรกแซงห้ามการทำแท้งได้เพียงใด เมื่อพิจารณาในแง่หน้าที่และอำนาจของรัฐแล้ว รัฐเข้าไปแทรกแซงได้เฉพาะกรณีจะเป็นอันตราย³⁹ ดังนี้คือ

1. กฎหมายของเทศกษัตริ์ที่ห้ามทำแท้งเว้นแต่รักษาชีวิตของมารดานั้น เป็นการกำหนดข้อห้ามที่ครอบคลุมและกว้างขวางมากเกินไป ไม่ชอบด้วยหลักกระบวนการนิติธรรม (due process of law) โดยรัฐและแต่ละรัฐไม่อาจจะยับยั้งสตรีคนใดคนหนึ่งในการทำแท้งระหว่างช่วงระยะเวลา 6 เดือนแรกของการตั้งครรภ์ เนื่องจากตามกฎหมายรัฐธรรมนูญมาตรา 14 ผู้หญิงมีสิทธิส่วนตัวที่จะเลือกตัดสินใจทำแท้งได้ โดยในช่วง 3 เดือนแรกของการตั้งครรภ์ ให้หญิงมีสิทธิอย่างสมบูรณ์ในการตัดสินใจที่จะทำแท้งหรือไม่ การที่รัฐไม่ยอมรับสิทธิที่จะเลือกในกรณีนี้มีผลต่อมารดาอย่างมาก ความเป็นแม่และภาระในการมีบุตร อาจก่อให้เกิดความยุ่งยากให้ทั้งทางจิตใจและร่างกายของมารดา และมีผลเสียแม้แต่ต่อเด็กที่จะคลอดมาโดยไม่ได้รับการเลี้ยงดูตามสมควร

³⁹ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศาสตร์, กฎหมาย: การล่อลวงการเพิ่มประชากรกับการทำแท้ง, *วารสารนิติศาสตร์*, 2521, มีนาคม: 376.

การปฏิเสธสิทธิในการทำแท้งของสตรีจึงเป็นการใช้อำนาจรัฐมากเกินไป แต่ขณะเดียวกันจะถือว่า สตรีมีสิทธิที่จะทำแท้งโดยเด็ดขาดไม่ได้ เพราะรัฐมีหน้าที่ช่วยเหลือพิทักษ์ในด้านสุขภาพของ มารดา ดังนั้นในช่วงสามเดือนแรกควรให้ขึ้นอยู่กับความเห็นของแพทย์ตามลำพัง เพราะในช่วงนี้ ไม่มีอันตรายมากนัก

2. สำหรับในช่วงเดือนที่ 4-6 อนุญาตให้รัฐแต่ละรัฐจำกัดหรือห้ามทำแท้งได้ เพราะเป็นระยะเวลาที่ทารกในครรภ์ใกล้จะมีชีวิตอยู่นอกครรภ์มารดาได้ แต่ผู้หญิงสามารถได้รับ บริการทำแท้งได้ โดยกฎหมายของรัฐแต่ละรัฐจะอนุญาตให้ทำแท้งได้ หากได้รับการตรวจครรภ์ จากแพทย์และแพทย์วินิจฉัยแล้วว่ามีความจำเป็นที่จะต้องทำแท้ง ทั้งนี้เพื่อรักษาชีวิตของหญิง ที่ตั้งครรภ์รวมทั้งเมื่อทำแท้งแล้วจะเป็นผลดีต่อสุขภาพของมารดา⁴⁰

3. ระยะเวลาที่ทารกมีความอยู่รอดได้แล้ว (viability) การส่งเสริมชีวิตมนุษย์ ที่กำลังเติบโตขึ้นมา มีความจำเป็นเช่นกัน รัฐอาจห้ามการทำแท้งได้ในช่วงนี้ เว้นแต่จะมีเหตุ เพื่อรักษาชีวิตและสุขภาพของมารดา และมีวิธีการทำแท้งที่เชื่อถือได้ทางการแพทย์ ซึ่งศาลสูง สหรัฐฯ ได้มีมติด้วยคะแนนเสียงถึง 7 ต่อ 2⁴¹

จากแนวคำพิพากษาของศาลสูงสหรัฐอเมริกาดังกล่าว จะเห็นได้ว่ากฎหมายทำแท้งของสหรัฐอเมริกาถูกควบคุมโดยคำตัดสินของศาลฎีกา ซึ่งในคดี Roe & Wade ซึ่งตัดสินว่าตัวอ่อน (Fetus) มิใช่บุคคล ในความหมายของการแก้ไขรัฐธรรมนูญครั้งที่ 14 ดังนั้น ตัวอ่อนจึงไม่ได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญจนกว่าจะแสดงการมีชีวิต (viability) การแสดงการมีชีวิตเกิดขึ้น ในระหว่างช่วง 24-28 สัปดาห์ของการตั้งครรภ์ และผู้หญิงมีสิทธิตามรัฐธรรมนูญที่จะได้รับการทำแท้งก่อนทารกในครรภ์แสดงการมีชีวิต เนื่องจากถือเป็นสิทธิส่วนตัวของหญิง ที่จะสามารถตัดสินใจเองว่าจะทำแท้งตัวอ่อนหรือไม่ โดยตัดสินใจทำแท้งในช่วง 3 เดือนแรกของการตั้งครรภ์ ควรจะมีระหว่างหญิงและแพทย์ของหญิงเท่านั้น แต่รัฐสามารถควบคุมการทำแท้งในช่วง 3 เดือนที่สอง โดยกำหนดเหตุคือเพื่อรักษาและปกป้องสุขภาพของหญิง และหลังจากทารกในครรภ์ แสดงการมีชีวิตหรือคืบหรือในช่วง 3 เดือนที่สาม รัฐสามารถบังคับหรือแม้แต่ห้ามการทำแท้งได้ ยกเว้น มีเหตุจำเป็นเพื่อรักษาและสุขภาพของมารดา ทั้งนี้ ศาลได้ใช้แนวคำพิพากษาดังกล่าวเป็นแนวทาง และบรรทัดฐานในการพิจารณาในเรื่องการทำแท้งของประเทศสหรัฐอเมริกาดังกล่าว

⁴⁰ Joan R. Bullock. (1994). "Abortion Rights in America". Brigham Young University Law Review, 1 pp. 72-75. อ้างถึงใน ศิริพร รุ่งรัตน์รัชชัย, "การทำแท้ง: ศึกษาปัญหาทางกฎหมายกรณีที่มีการดำเนินปัญหาทางจิต, วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์, 2557, หน้า 80.

⁴¹ Ronald Dworkin. (1994, February). Minesota Law Review, 78(3). pp. 586-598. อ้างถึงใน ศิริพร รุ่งรัตน์รัชชัย, เรื่องเดียวกัน, หน้า 80.

2.3 ประเทศสหพันธรัฐเยอรมัน

กฎหมายเยอรมันเดิมถือว่าการทำแท้งเป็นความผิดฐานหนึ่งซึ่งได้รับการรับรองจากคริสต์ศาสนา⁴² ต่อมา มีการบังคับใช้ประมวลกฎหมาย Constitutio Carolin ของจักรพรรค์คาร์ลที่ 5 นับเป็นประมวลกฎหมายอาญาเยอรมันฉบับแรกที่มีการแบ่งความผิดฐานทำแท้งออกเป็น 2 กรณี คือการทำแท้งภายใน 10 สัปดาห์แรก กับกรณีการทำแท้งภายหลังนั้น⁴³

ประมวลกฎหมายทางอาญาเยอรมันบัญญัติความผิดเกี่ยวกับการทำแท้งรวมอยู่ในหมวดว่าด้วยความผิดต่อชีวิต ถ้าพิจารณาเฉพาะข้อนี้ความผิดอาญาฐานทำแท้งก็เป็นความผิดอาญาเกี่ยวกับการทำให้ตาย อย่างไรก็ตามในปัจจุบันในเยอรมันเห็นกันทั่วไปว่า สิ่งที่มีชีวิตที่ถือกำเนิดขึ้นในครรภ์มารดานั้นเป็นอีกหนึ่งต่างหากถึงแม้ว่าในระหว่างการเจริญเติบโตจนถึงการคลอดชีวิตนั้นต้องขึ้นอยู่กับชีวิตของผู้เป็นแม่ก็ตาม เหตุนี้จึงเห็นกันส่วนมากกว่าคุณธรรมทางกฎหมายของความผิดอาญาฐานนี้ คือชีวิตในครรภ์มารดา นอกจากนี้ยังเห็นกันต่อไปอีกว่าการทำแท้งเป็นการกระทำต่อชีวิต และความปลอดภัยของร่างกายของหญิงนั้นอีกด้วย⁴⁴ ซึ่งประมวลกฎหมายอาญาเยอรมันฉบับปัจจุบันได้ประกาศใช้เมื่อปี ค.ศ. 1871 และมีการแก้ไขเพิ่มเติมครั้งใหญ่ เมื่อปี ค.ศ.1974 และมีการแก้ไขเพิ่มเติมทั้งในส่วนเนื้อหาของเนื้อหาและถ้อยคำเป็นจำนวนหลายครั้ง โดยที่ในบทบัญญัติเกี่ยวกับเรื่องการทำแท้งนี้ไม่มีบทบัญญัติใดบัญญัติไว้โดยเฉพาะว่าให้ทำได้โดยชอบด้วยกฎหมายแต่อย่างใด ต่อมาในปี ค.ศ.17976รัฐสภาของสหพันธรัฐได้มีการพิจารณาบทบัญญัติการทำแท้ง และได้ออกกฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมเรื่องการทำแท้งเมื่อวันที่ 12 กุมภาพันธ์ ค.ศ.1976 และเป็นบทบัญญัติที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันนี้⁴⁵

บทบัญญัติว่าด้วยการทำแท้งที่บังคับอยู่ในปัจจุบัน มีดังนี้⁴⁶

มาตรา 218⁴⁷ (การทำแท้ง)

(1) ผู้ใดทำแท้ง ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือต้องระวางโทษปรับ

⁴² คณิต ฒ นคร, รวมบทความด้านวิชาการ ของศาสตราจารย์ ดร.คณิต ฒ นคร, กรุงเทพมหานคร: ห้างหุ้นส่วนจำกัด พิมพ์อักษร, 2540, หน้า 136.

⁴³ Vgl.Hermann BELI, aaO.S.30; Hans WELZEL, aaO.S. pp.299. อ้างถึงใน คณิต ฒ นคร, รวมบทความด้านวิชาการ ของศาสตราจารย์ ดร.คณิต ฒ นคร, (กรุงเทพมหานคร: ห้างหุ้นส่วนจำกัด พิมพ์อักษร, 2540), หน้า 137.

⁴⁴ คณิต ฒ นคร, รวมบทความด้านวิชาการ ของ ศาสตราจารย์ ดร.คณิต ฒ นคร, กรุงเทพมหานคร: ห้างหุ้นส่วนจำกัด พิมพ์อักษร, 2540, หน้า 137.

⁴⁵ คณิต ฒ นคร, เรื่องเดียวกัน, หน้า 139.

⁴⁶ คณิต ฒ นคร, เรื่องเดียวกัน, หน้า 141..

⁴⁷ German Criminal Code, Section 218 Abortion

(2) ในกรณีร้ายแรงพิเศษ ผู้กระทำได้ระวางโทษจำคุกตั้งแต่หกเดือนถึงห้าปี กรณีร้ายแรงพิเศษ โดยเฉพาะได้แก่กรณีที่ผู้กระทำ

1. ได้กระทำความผิดที่มีกรรมนั้นไม่ยินยอม หรือ
2. ได้กระทำโดยประมาทเลินเล่อ เป็นเหตุให้หญิงที่มีกรรมนั้นได้รับอันตรายถึงแก่ความตาย หรือได้รับอันตรายสาหัส ศาลอาจสั่งควบคุมความประพฤติผู้กระทำความผิดตามความในมาตรา 68 (1) ข้อ 2 ได้

(3) หญิงใดทำแท้งให้ตนเองต้องระวางโทษจำคุกได้ไม่เกินหนึ่งปี หรือต้องระวางโทษปรับ แต่หญิงที่ทำแท้งให้ตนเองไม่ต้องรับโทษดังกล่าว ถ้าการทำแท้งได้กระทำภายหลังที่ได้รับการปรึกษาแนะนำ (มาตรา 218 ตรี (1) ข้อ 1, 2 และการทำแท้งได้กระทำโดยแพทย์กับการตั้งครรภ์ได้กระทำโดยสืบสองสัปดาห์ของการตั้งครรภ์ ศาลจะไม่ลงโทษหญิงที่ทำแท้งให้ตนเองตามที่กล่าวมาข้างต้นก็ได้ ถ้าขณะทำแท้งนั้นหญิงตกอยู่ในสภาวะที่ถูกกดดันเป็นพิเศษ

(4) การพยายามกระทำความผิดฐานนี้เป็นกรณียกเว้นที่ต้องรับโทษตามกฎหมาย แต่หญิงไม่ต้องรับโทษฐานพยายามกระทำความผิด

มาตรา 218 ตรี⁴⁸ (การทำแท้งโดยปราศจากคำแนะนำของหญิงที่มีครรภ์)

- (1) ผู้ใดทำแท้งโดยที่หญิงมีครรภ์นั้นมิได้
 1. อย่างน้อยที่สุดสามวันก่อนการทำแท้งติดต่อกับผู้ให้คำแนะนำ (ตาม (2) และรับทราบจากผู้นั้นเกี่ยวกับการสงเคราะห์ช่วยเหลือที่มีอยู่นั้น ทั้งภาครัฐบาลและเอกชนสำหรับหญิงมีครรภ์แม่และเด็กอ่อน โดยเฉพาะอย่างยิ่งเกี่ยวกับการสงเคราะห์ช่วยเหลือที่น่าจะแบ่งเบาภาระที่ต้องอุ้มท้องต่อไป และที่ช่วยแบ่งเบาภาระของแม่และเด็ก
 2. รับคำแนะนำจากแพทย์ที่เกี่ยวกับเรื่องที่สำคัญในการแพทย์ก่อน ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือต้องระวางโทษปรับ ถ้าการกระทำนั้นไม่เป็นความผิดตาม มาตรา 218 หญิงที่มีครรภ์นั้นไม่ต้องรับโทษในกรณีนี้

- (2) ผู้ให้คำแนะนำตามความหมายของ (1) ข้อ 1 คือ
 1. องค์กรที่ให้คำแนะนำที่ทางการรับรอง หรือ
 2. แพทย์ผู้ใดผู้หนึ่งที่ไม่ใช่แพทย์ผู้ทำแท้งนั้นและที่
 - ก. เป็นสมาชิกองค์กรที่ให้คำแนะนำที่ทางการรับรอง (ข้อ 1) เป็นผู้ได้รับมอบหมายให้คำแนะนำตามกฎหมายของ (1) ข้อ 1
 - ข. เป็นผู้แนะนำที่ทางการรับรอง หรือ

⁴⁸ German Criminal Code, Section 218 b Abortion without or under incorrect medical certification

ค. เป็นผู้ที่ได้รับการติดต่อความช่วยเหลือที่มีอยู่เฉพาะกรณี โดยการแนะนำกับสมาชิกองค์การสงเคราะห์ช่วยเหลือ (ตามข้อ 1) ที่ได้รับมอบหมายให้คำแนะนำกับเจ้าหน้าที่สังคมสงเคราะห์หรือโดยทางอื่นที่เป็นไปได้

(3) ความใน (1) ข้อ 1 ไม่นำมาใช้บังคับ ถ้าการทำแท้งควรกระทำเพื่อหลีกเลี่ยงให้หญิงที่มีครรภ์นั้นพ้นจากอันตรายที่จะเกิดขึ้นเนื่องจากการเจ็บป่วยทางใจหรือความเสียหายทางกายที่เป็นอันตรายต่อชีวิต หรือสุขภาพของหญิงที่ครรภ์นั้น

มาตรา 219⁴⁹ (การทำแท้งโดยปราศจากตรวจยืนยันทางแพทย์)

(1) ผู้ใดทำแท้งโดยไม่มีคำรับรองเป็นหนังสือของแพทย์ที่มีใช้ผู้ทำแท้งเองเกี่ยวกับข้อที่ว่าเงื่อนไขตามมาตรา 218 ทวิ (1) ข้อ 2 (2) (3) มีอยู่จริงหรือไม่ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือ ต้องระวางโทษปรับ ถ้าการกระทำนั้นไม่เป็นความผิดตามมาตรา 218 หญิงที่มีครรภ์นั้นไม่ต้องรับโทษฐานนี้

(2) แพทย์ผู้ใดที่ศาลพิพากษาถึงที่สุดว่าไม่กระทำความผิดตาม (1) หรือตามมาตรา 218, 218 ตร., 219 ทวิ, 219 ตร., หรือ 219 จัตวา หรือความผิดอื่นที่เกี่ยวข้องกับการทำแท้ง แพทย์นั้นจะออกคำรับรองไม่ได้ พนักงานเจ้าหน้าที่อาจมีคำสั่งห้ามมิให้แพทย์ที่ต้องการหาว่าได้กระทำความผิดดังกล่าวออกใบรับรองไว้ชั่วคราวได้ถ้าคดีนั้นศาลได้ประทับฟ้องแล้ว

จากบทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าว ประเทศเยอรมันเป็นประเทศหนึ่งที่ไม่ยอมรับเรื่องการทำแท้ง และได้บัญญัติว่าการทำแท้งนั้นเป็นการกระทำที่ผิดต่อกฎหมาย ซึ่งที่มาของกฎหมายนี้เป็นการนำแนวคิดในเรื่องศีลธรรมตามศาสนามาบัญญัติเป็นกฎหมาย ซึ่งเป็นเหตุผลที่คล้ายคลึงกันกับหลายๆ ประเทศที่ไม่ยอมรับเรื่องการทำแท้งว่าเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย แต่อย่างไรก็ตามประเทศเยอรมันก็ได้บัญญัติเหตุยกเว้นในการทำแท้งไว้ด้วยเช่นกัน ดังนี้⁵⁰

มาตรา 218 ทวิ⁵¹ (เหตุทำแท้งได้)

(1) การทำแท้งโดยแพทย์ไม่เป็นความผิดตามมาตรา 218

1. หญิงที่มีครรภ์นั้นยินยอม และ

2. การทำแท้งนั้น เมื่อคำนึงถึงความจำเป็นไปแห่งชีวิตของหญิงที่มีครรภ์นั้น

ในปัจจุบันและในอนาคตความรู้ทางแพทย์แล้วควรกระทำ เพื่อหลีกเลี่ยงให้พ้นจากอันตรายต่อชีวิตหรืออันตรายที่กระทบกระเทือนอย่างมากต่อร่างกายหรือจิตใจของหญิงที่มีครรภ์นั้น อันตรายนั้นไม่อาจหลีกเลี่ยงให้พ้นโดยทางอื่นที่สมควรได้

⁴⁹ German Criminal Code, Section 219 Counselling of the pregnant woman in a situation of emergency or conflict

⁵⁰ คณิต ฌ นคร, เรื่องเดิม, หน้า 141.

⁵¹ German Criminal Code, Section 218a Exception to liability for abortion.

(2) เงื่อนไขตาม (1) ข้อ 2 ให้ถือว่าเป็นอันครบถ้วนเช่นเดียวกัน ถ้าตามความรู้ทางแพทย์

1. มีเหตุอันเชื่อได้ว่าเด็ก อันเนื่องมาจากผลทางกรรมพันธุ์ หรือผลร้ายอย่างอื่น ก่อนการคลอดอาจได้รับผลร้ายแรงที่ได้รับนั้นที่เกี่ยวกับสภาพความสมบูรณ์ของร่างกาย และจิตใจ ที่ไม่อาจเยียวยาได้ ซึ่งผลร้ายที่ได้รับนั้นเป็นผลร้ายแรงมาก จนไม่อาจจะเรียกให้หญิงต้องอุ้มท้องต่อไปได้

2. ได้มีการกระทำความผิดตามมาตรา 176 ถึงมาตรา 179 ต่อหญิงที่มีครรภ์นั้น และการ ตั้งครรภ์นั้นเกิดขึ้นเนื่องจากการกระทำความผิดดังกล่าวนี้ หรือ

3. การทำแท้งนั้นควรกระทำเพื่อหลีกเลี่ยงให้หญิงพ้นจากอันตรายอันเกิดจากความจำเป็นที่

ก. ร้ายแรงมากที่ไม่อาจเรียกร้องได้ให้หญิงอุ้มท้องอีกต่อไป และ

ข. อันตรายนั้นไม่อาจหลีกเลี่ยงให้พ้นโดยทางอื่นที่สมควรได้

(3) การทำแท้งในกรณี (2) ข้อ 1 ต้องกระทำภายในยี่สิบสองสัปดาห์ของการตั้งครรถ์การทำแท้งในกรณี (2) และ ข้อ 3 ต้องกระทำภายในยี่สิบสองสัปดาห์ของการตั้งครรถ์

ตามกฎหมายที่แก้ไขเพิ่มเติมครั้งล่าสุด และใช้บังคับในปัจจุบันนี้ได้กำหนดทำแท้งได้ไว้ใน 4 ประการ คือ⁵²

ประการแรก เหตุทำแท้งได้เนื่องจากเหตุผลทางแพทย์ (Medizinsche Indikation)

การทำแท้งได้ตามเหตุนี้ก็คือการทำแท้งได้โดยแพทย์เพื่อป้องกันหญิงให้พ้นจากอันตรายร้ายแรง ที่จะมีต่อสุขภาพของหญิง โดยหญิงยินยอม ซึ่งเทียบได้กับเหตุทำแท้งได้ตามกฎหมายอาญาของประเทศไทย มาตรา 305 (1) เหตุทำแท้งได้ในกรณีนี้ไม่ใช่ของใหม่ ที่แท้ก็คือเหตุที่ได้รับรองไว้แล้วตามหลักความจำเป็นที่เหนือกฎหมายนั่นเอง

ประการที่สอง เหตุทำแท้งได้เนื่องจากเหตุผลทางด้านอาชญากรรม (Kriminologische Indikation)

การทำแท้งได้ตามเหตุนี้คือการทำแท้งโดยแพทย์หรือหญิงยินยอม และการมีครรภ์นั้นเกิดขึ้นเนื่องจากได้มีการกระทำความผิดฐานข่มขืนและกระทำชำเรา และความผิดทางเพศฐานอื่นที่คล้ายกัน ซึ่งเทียบได้กับเหตุทำแท้งได้ตามประมวลกฎหมายอาญาของเรา มาตรา 138 (2) อย่างไรก็ตามการทำแท้งได้ในกรณีนี้จะต้องกระทำภายในกำหนดสิบสองสัปดาห์แรกของการตั้งครรถ์จึงจะไม่เป็นความผิด

ประการที่สาม เหตุทำแท้งได้เนื่องจากเหตุผลทางด้านเด็ก (Kindliche Indikation)

⁵² คณิต ฒ นคร, เรื่องเดิม, หน้า 139-141.

การทำแท้งได้ตามเหตุนี้คือการการทำแท้งโดยแพทย์โดยหญิงยินยอม และมีเหตุอันควรเชื่อได้ว่าเนื่องจากเหตุการณ์พันธุหรือเหตุร้ายแรงอื่นใดที่มีน้ำหนักมากอาจเป็นอันตรายทำให้เด็กพิการหรือไม่สมบูรณ์ และความพิการหรือไม่สมบูรณ์นั้นไม่อาจจัดให้หมดไปก่อนการคลอดได้ ทั้งการที่จะให้มีครรภ์ต่อไปนั้น ไม่เป็นการสมควรอย่างยิ่ง เมื่อพิจารณาจากทางด้านหญิงมีครรภ์นั้น อย่างไรก็ตามการทำแท้งเพราะเหตุดังกล่าวนี้ต้องกระทำภายในยี่สิบสองสัปดาห์ของการตั้งครรภ์

ประการสุดท้าย เหตุทำแท้งได้เนื่องจากเหตุผลทางด้านสังคม (Soziald Indlikation) การทำแท้งด้วยเหตุผลข้อนี้ มีความเห็นที่เป็นยุติตรงกันคือ เหตุผลทางเศรษฐกิจประการเดียวไม่เพียงพอที่จะถือเป็นเหตุทำแท้งได้ เพราะถือว่าปัญหาเศรษฐกิจของคนในชาติรัฐต้องยื่นมือเข้ามาช่วยเหลือดูแลรับผิดชอบ ซึ่งในปัจจุบันเหตุผลข้อนี้การทำแท้งจะทำได้ ต่อเมื่อปัญหาทางเศรษฐกิจและตามแพทย์เห็นว่าจำเป็นต้องกระทำเพื่อป้องกันอันตราย และความจำเป็นนั้นต้องมีน้ำหนักมากและไม่อาจปล่อยให้ตั้งครรภ์ต่อไปได้ทั้งไม่อาจป้องกันได้โดยวิธีอื่นใดได้

ภายหลังได้มีข้อตกลงในกฎหมายใหม่นี้มีการเจรจาเพื่อประนีประนอมกันในเดือนมิถุนายน ค.ศ.1992 ว่าการทำแท้งโดยชอบด้วยกฎหมายจะต้องกระทำภายใน 12 สัปดาห์แรกของการตั้งครรภ์และหญิงมีครรภ์พบว่าตัวเธออยู่ในสภาพการณ์ที่กดดันและสับสนอย่างมาก ซึ่งอาจได้รับคำปรึกษาจากผู้อื่นนอกเหนือจากแพทย์โดยให้หรือ 3 วันก่อนการทำแท้ง หญิงมีครรภ์จึงจะได้รับคำตัดสินสุดท้าย คำปรึกษาที่กำหนดโดยกฎหมายจะต้องมีว่าเพื่อปกป้องชีวิต การทำแท้งโดยชอบด้วยกฎหมายสามารถขยายถึง 22 สัปดาห์ กรณีถ้าเชื่อว่าเด็กที่เกิดมาจะมีข้อบกพร่องหรือพิการอย่างรุนแรงและในระยะเวลาใดก็ได้ในระหว่างการตั้งครรภ์ เพื่อป้องกันอันตรายต่อชีวิตหญิงหรืออันตรายร้ายแรงต่อสุขภาพทางกายหรือทางจิตใจของหญิงซึ่งไม่ถือว่าเป็นอาชญากรรมหากทำแท้งภายใน 12 สัปดาห์แรกของการตั้งครรภ์

เมื่อปี ค.ศ. 1995 โดยสาระสำคัญส่วนใหญ่ได้ยึดมั่นคำตัดสินของศาลคือ สามารถทำแท้งได้ในระยะเวลา 12 สัปดาห์แรกของการตั้งครรภ์ และสามารถทำแท้งได้ถ้าหญิงตกอยู่ในภาวะเศร้าโศกและสับสน และได้รับคำปรึกษาที่ถูกต้องแล้ว 3 วันก่อนการทำแท้ง การทำแท้งนั้นผิดกฎหมายแต่อาจได้รับการยกเว้นโทษหากเข้าข้อยกเว้นตามที่กฎหมายอนุญาต โดยก่อนทำแท้งหญิงต้องได้รับคำปรึกษาทันทีเพื่อปกป้องชีวิตที่ยังไม่เกิด ผู้ให้คำปรึกษาจำเป็นต้องแจ้งหญิงมีครรภ์ว่าทารกในครรภ์มีสิทธิที่จะมีชีวิต (Right to life) และต้องพยายามโน้มน้าวจิตใจให้หญิงตั้งครรภ์ต่อไป แต่อย่างไรก็ตามผู้ให้คำปรึกษาต้องไม่บังคับหญิงตั้งครรภ์เพียงแต่ช่วยเตือนสติเท่านั้น ถ้าหญิงเห็นด้วยก็อาจนำบุคคลอื่นที่เกี่ยวข้องเข้ามาในการปรึกษา เช่น พ่อของทารกในครรภ์ เป็นต้น

กฎหมายยังกำหนดโทษสำหรับบุคคลที่บังคับให้หญิงทำแท้ง หรือผู้ชักชวนให้ทำแท้งโดยมีเจตนาร้าย นอกจากนี้กฎหมายบัญญัติว่าการทำแท้งกรณีอยู่ในภาวะเส้ำโสก และ สืบสนั่นนั้นไม่อาจเบิกเงินจากกองทุนประกันสังคมได้ยกเว้นกรณีที่ยกเงินจากกองทุนอย่างมาก⁵³

จากบทบัญญัติของประมวลกฎหมายอาญาของประเทศเยอรมันเกี่ยวกับการทำแท้งนั้น กฎหมายได้บัญญัติโดยชัดเจนว่าเป็นการกระทำที่ผิดต่อกฎหมายและมีบทลงโทษทางอาญา แต่กฎหมายของประเทศเยอรมันไม่มีการบัญญัตินิยามความหมายของการแท้งไว้ซึ่งในเรื่องดังกล่าว เคยมีคำวินิจฉัยเกี่ยวกับความผิดดังกล่าวในปี ค.ศ.1983 มีคดีที่แพทย์ถูกฟ้องคดีอาญาในข้อหา กระทำโดยประมาทเป็นเหตุให้ผู้อื่นถึงแก่ความตาย เนื่องจากการวินิจฉัยผิดพลาดเป็นเหตุให้ทารก ตายก่อนคลอด ศาลสูงเยอรมันตัดสินว่า ทารกที่ยังไม่คลอดจะได้รับความคุ้มครองตาม section 222 แห่งประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน (ความผิดฐานกระทำโดยประมาทเป็นเหตุให้ผู้อื่นถึงแก่ความ ตาย) ก็ต่อเมื่ออยู่ในช่วงที่มารดาเจ็บท้องคลอด (active labor begin) ช่วงก่อนหน้านั้นจะอยู่ภายใต้ บทบทบัญญัติเรื่องทำให้แท้งลูกซึ่งไม่มีความผิดฐานกระทำโดยประมาทเป็นเหตุให้หญิงแท้งลูก แพทย์จึงไม่มีความผิดอาญา ในปี ค.ศ.1988 ศาลรัฐธรรมนูญของเยอรมันวินิจฉัยยืนตามคำตัดสิน ของศาลสูงชนิดคำต่อคำทำให้เกิดเป็นบรรทัดฐานที่ศาลล่างยึดถือตามตลอด⁵⁴

การกระทำความผิดฐานแท้งลูกนั้น ประมวลกฎหมายอาญาของประเทศ เยอรมันได้มีการบัญญัติลงโทษแก่หญิงที่ทำให้ตนเองแท้งลูกหรือยินยอมให้ผู้อื่นทำให้ตนแท้งลูก ในกรณีที่ไม่ว่าเข้าข้อยกเว้นตามกฎหมาย อีกทั้งกฎหมายยังได้บัญญัติลงโทษแก่ผู้ที่ทำให้หญิงแท้งลูก ในกรณีที่ไม่ว่าเข้าข้อยกเว้นตามกฎหมายไว้เช่นกัน รวมถึงได้มีการบัญญัติว่าการโฆษณา หรือ จำหน่ายวัตถุที่ใช้ในการทำแท้งเป็นความผิดตามกฎหมายด้วย⁵⁵ อย่างไรก็ตาม ประมวลกฎหมาย อาญาของประเทศเยอรมันก็ได้มีการบัญญัติข้อยกเว้นการกระทำที่ไม่เป็นความผิดตามกฎหมายทำแท้ง ไว้เช่นกัน กล่าวคือ การทำแท้งอันไม่มีความผิดตามกฎหมายนั้นต้องได้รับความยินยอมจากหญิง ตั้งครรภ์ และเป็นการกระทำของแพทย์ โดยมีเงื่อนไขว่าการทำแท้งนั้นต้องเป็นไป เพื่อความ จำเป็นไปแห่งชีวิตของหญิงที่มีครรภ์นั้น ทั้งในปัจจุบันและในอนาคต โดยความเห็นของแพทย์ เพื่อหลีกเลี่ยงให้พ้นจากอันตรายต่อชีวิต หรืออันตรายที่กระทบกระเทือนอย่างมากต่อร่างกาย หรือ จิตใจของหญิงที่มีครรภ์และอันตรายนั้นไม่อาจหลีกเลี่ยงให้พ้นโดยทางอื่นได้ และมีเหตุอันเชื่อ ได้ว่าเด็ก อันเนื่องมาจากผลทางกรรมพันธุ์ หรือผลร้ายอย่างอื่นก่อนการคลอดอาจได้รับผลร้ายแรง ที่ได้รับนั้นที่เกี่ยวกับสภาพความสมบูรณ์ของร่างกายและจิตใจที่ไม่อาจเยียวยาได้ ซึ่งผลร้ายที่ได้รับ

⁵³ ศิริพร รุ่งรัตน์รัชชัช, เรื่องเดิม, หน้า 97-99.

⁵⁴ สมปรรณนา หลั่งนาค, เรื่องเดิม, หน้า 80-81.

⁵⁵ คณิต ณ นคร, เรื่องเดิม, หน้า 144.

นั้นเป็นผลร้ายแรงมาก จนไม่อาจจะเรียกให้หญิงต้องอุ้มท้องต่อไปได้ หรือจากการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศและการ ตั้งครรภ์นั้นเกิดขึ้นเนื่องจากการกระทำความผิดดังกล่าวนั้น โดยการทำแท้งนั้นกฎหมายได้กำหนดระยะเวลาของการตั้งครรภ์เป็นเงื่อนไขไว้อีกด้วย

3. เปรียบเทียบมาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการทำแท้งในประเทศไทยกับต่างประเทศ

นับตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน โครงสร้างทางสังคมในด้านสถาบันครอบครัวได้เปลี่ยนไปจากเดิมนั้น ย่อมที่จะส่งผลกระทบต่อการใช้วิถีชีวิตของประชาชนในประเทศ ในที่นี้ก็คือปัจจัยเสี่ยงเพิ่มขึ้นอย่างมากต่อการมีเพศสัมพันธ์กันจนเกิดการตั้งครรภ์อันไม่พึงประสงค์เกิดขึ้นและนำไปสู่ปัญหาของการทำแท้งที่เพิ่มจำนวนมากขึ้นเรื่อยๆ โดยจะเป็นการทำแท้งเดือนมากกว่าการทำแท้งทางการแพทย์ที่ถูกต้องตามกฎหมาย เพราะมีสาเหตุของการทำแท้งที่แตกต่างไปจากหลักเกณฑ์ข้อยกเว้นที่กฎหมายกำหนดให้ทำได้ ดังนั้นการที่มีกฎหมายกำหนดให้การทำแท้งเป็นเรื่องที่ผิดกฎหมาย โดยจะต้องเข้าเงื่อนไขข้อยกเว้นเสียก่อนจึงจะถูกต้องตามกฎหมาย หรือไม่ต้องรับโทษตามกฎหมายนั้น เริ่มไม่สอดคล้องกับสภาพสังคมไทยในปัจจุบัน แม้ว่าเวลาที่กฎหมายได้บัญญัติไว้เช่นนั้น เพื่อเป็นการคุ้มครองแก่เด็กทารกในครรภ์ ที่ไม่อาจจะช่วยเหลือตัวเองได้ เป็นการป้องกันการละเมิดการไม่ปฏิบัติหน้าที่ของสถาบันครอบครัวที่มีหน้าที่ในการให้สมาชิกใหม่ และเป็นการบัญญัติหลักกฎหมายที่ไม่ขัดกับหลักของศีลธรรม แต่เมื่อมีค่านิยม วัฒนธรรม ความศรัทธา ความเชื่อ วิถีชีวิตของคนไทยที่เปลี่ยนไปจากแต่เดิม กฎหมายก็ควรที่จะเปลี่ยนแปลงตามไปด้วย เพื่อให้การบังคับใช้ได้อย่างครอบคลุมและเป็นไปตามเจตนารมณ์อย่างแท้จริง ประเทศไทยได้มีการบัญญัติกฎหมายการทำแท้งเป็นเรื่องที่ผิดกฎหมาย แต่กลับมีสถิติของการทำแท้งในหญิงไทยที่สูงมากกว่าประเทศที่กฎหมายไม่ได้ห้ามการทำแท้งไว้ ซึ่งสะท้อนให้เห็นว่า กฎหมายการห้ามทำแท้งนั้น ไม่ได้ช่วยป้องกันการทำแท้งให้ลดลงแต่อย่างใด จากสถานการณ์ปัจจุบันกฎหมายที่ออกมานั้น ไม่ได้บรรลุตามวัตถุประสงค์หรือเจตนารมณ์ที่กฎหมายได้บัญญัติไว้ เพราะการทำแท้งก็ยังคงมีจำนวนที่มากขึ้น เนื่องจากไม่ได้แก้ที่ต้นเหตุ เป็นการออกกฎหมายมาแก้ปัญหาหลังจากที่ได้มีปัญหาเกิดขึ้นแล้ว จึงทำให้ปัญหาการทำแท้งยังมีแนวโน้มเพิ่มมากขึ้น กฎหมายควรที่จะมีการควบคุมการเกิดปัญหาการตั้งครรภ์ที่ไม่พร้อม ควรเน้นในเรื่องของการคุมกำเนิดไม่ควรมีเพียงแต่ออกกฎหมายห้ามทำแท้งได้เพียงอย่างเดียว เพราะในเมื่อเกิดการตั้งครรภ์อันไม่พึงประสงค์แล้ว หญิงเหล่านั้นจะอย่างไร ในเมื่อเกิดการตั้งครรภ์ไปแล้วแต่ยังไม่พร้อมที่จะมีบุตรได้ สาเหตุการทำแท้งได้นอกเหนือจากที่กฎหมายกำหนดให้ทำได้ ซึ่งก็คงไม่พ้นการทำแท้งเดือนที่มีจำนวนมากในปัจจุบัน ย่อมเป็นการแก้ที่ปลายเหตุ และมีได้เป็นแนวทางการแก้ปัญหาอย่างแท้จริง

ดังนั้นรัฐควรที่จะออกกฎหมายหรือให้ความรู้ในทางด้านการคุมกำเนิด เพราะจะเป็นการแก้ไขที่ต้นเหตุ ซึ่งหากสามารถควบคุมการตั้งครรภ์ที่ไม่พึงประสงค์ได้ มีการคุมกำเนิดที่ดี ก็จะทำให้มีหญิงไทยลดความเสี่ยงในการตั้งครรภ์อันไม่พึงประสงค์ ก็จะส่งผลให้ปัญหาของการทำแท้งลดลงด้วย

ปัญหาเกี่ยวกับการทำแท้งเป็นปัญหาที่หลายประเทศรวมทั้งประเทศไทยได้ตระหนักถึงความสำคัญและผลกระทบที่ตามมา จนมีความพยายามในการใช้มาตรการต่างๆ เพื่อแก้ปัญหาดังกล่าว มาตรการทางกฎหมายเป็นมาตรการหนึ่งที่มีเป็นปัจจัยสำคัญในการแก้ปัญหาค่าแท้ง เนื่องจากกฎหมายมีสภาพบังคับที่ใช้บังคับกับประชาชนทุกคนในประเทศอย่างเท่าเทียม แต่การบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับการทำแท้งนั้นเป็นเรื่องที่ละเอียดอ่อน เนื่องจาก การทำแท้งนั้นเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับสภาพสังคม ศีลธรรมอันดีของประชาชนในประเทศ ศาสนาและกฎหมาย ทำให้การบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับการทำแท้งเป็นอุปสรรคประการหนึ่งที่ทำให้การแก้ปัญหาดังกล่าวเป็นไปอย่างยากลำบาก นอกจากนี้ระบบกฎหมายของแต่ละประเทศ และแนวคิดของประชาชนก็นับว่าเป็นปัจจัยที่สำคัญในการที่รัฐจะบังคับใช้กฎหมายเกี่ยวกับการทำแท้ง ความแตกต่างของระบบกฎหมาย แนวความคิด ศาสนา และวัฒนธรรมของแต่ละประเทศนั้นทำให้แนวคิดเกี่ยวกับการทำแท้งยังไม่มีมาตรฐานเป็นสากลที่ใช้เป็นบรรทัดฐานในการบัญญัติกฎหมายภายในของแต่ละประเทศ

ประเทศไทยได้บัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับการทำแท้งไว้ในประมวลกฎหมายอาญากำหนดให้ มาตรา 301 หญิงใดทำให้ตนเองแท้งลูก หรือยอมให้ผู้อื่นทำให้ตนแท้งลูก ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ มาตรา 302 ผู้ใดทำให้หญิงแท้งลูก โดยหญิงนั้นยินยอม ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ ถ้าการกระทำนั้นเป็นเหตุให้หญิงรับอันตรายสาหัสอย่างอื่นด้วยผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินเจ็ดปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นสี่พันบาทหรือทั้งจำทั้งปรับ ถ้าการกระทำนั้นเป็นเหตุให้หญิงถึงแก่ความตาย ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบปี และปรับไม่เกินสองหมื่นบาท มาตรา 304 ผู้ใดเพียงแต่พยายามกระทำความผิดตามมาตรา 301 หรือมาตรา 302 วรรคแรก ผู้นั้นไม่ต้องรับโทษ มาตรา 305 ถ้าการกระทำความผิดดังกล่าวในมาตรา 301 และมาตรา 302 นั้น เป็นการกระทำของนายแพทย์ และ (1) จำเป็นต้องกระทำเนื่องจากสุขภาพของหญิงนั้น หรือ (2) หญิงมีครรภ์เนื่องจากการกระทำความผิดอาญา ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 276 มาตรา 277 มาตรา 282 มาตรา 283 หรือมาตรา 284 ผู้กระทำไม่มีความผิด การทำแท้ง เป็นความผิดที่มีโทษทางอาญา คือ จำคุก หรือปรับ หรือทั้งจำทั้งปรับ ก็ด้วยวัตถุประสงค์ที่รัฐ ต้องการลงโทษบุคคลที่ทำแท้ง และหญิงที่ทำให้ตนเองแท้ง หรือยินยอมให้ผู้อื่นทำให้หญิงแท้ง (มาตรา 301) หรือไม่ยินยอมก็ตาม การทำแท้ง คือการกระทำที่ต้องห้าม และมีบทลงโทษทางอาญา

ข้อยกเว้นที่กฎหมาย ที่บุคคลทั่วไปเข้าใจว่า กฎหมายอนุญาตให้ทำแท้งได้จะมีอยู่ 2 กรณี คือ (1) จำเป็นต้องกระทำเนื่องจากสุขภาพของหญิงนั้น หรือ (2) หญิงมีครรภ์เนื่องจากการกระทำ ความผิดอาญา ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 276 (กรณีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น) มาตรา 277 (กรณีความผิดฐานกระทำชำเราเด็กอายุยังไม่เกิน 15 ปี) มาตรา 282 (กรณีความผิดฐานสนองความใคร่ ของผู้อื่น เป็นธุระจัดหา ล่อไป หรือพาไปเพื่อการอนาจาร) มาตรา 283 หรือมาตรา 284 (กรณีความผิด ฐานพาผู้อื่น ไปเพื่อการอนาจาร) รวมไปถึง มีความพยายามจะแก้กฎหมายมาตรา 305 หลายครั้ง ช่วงเวลา ที่ไปได้ไกลที่สุดคือ ระหว่างการร่างแผนพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติฉบับที่ 5 (พ.ศ. 2525-2529) ซึ่งระบุว่าจะต้องแก้มาตรา 305 โดยเพิ่มเงื่อนไขที่ทำให้การทำแท้งได้ถูกกฎหมายอีก 2 อย่าง คือ เมื่อหญิงที่ตั้งท้องมีปัญหาด้านสุขภาพกายหรือจิต และเมื่อการตั้งครรภ์เกิดจากการคุมกำเนิดล้มเหลว จากการปฏิบัติของแพทย์

อย่างไรก็ตามจะเห็นได้ว่า การที่กฎหมายไทยได้กำหนดให้การทำแท้งเป็นเรื่องผิด กฎหมายนั้นมีการทำแท้งที่ถูกต้องตามกฎหมายได้เพียง 2 กรณีเท่านั้นคือ หญิงที่ตั้งครรภ์เนื่องจากการ กระทำผิดฐานถูกข่มขืนหรือเนื่องจากสุขภาพของหญิงนั้นจึงจะ ได้รับการทำแท้งจากแพทย์ที่มีความ ปลอดภัยแก่สุขภาพและชีวิตของหญิงนั้น เสมือนกับว่ากฎหมายจะไม่ได้ช่วยในการเยียวยาหรือหาทาง ออกให้แก่หญิงที่ต้องการทำแท้งเนื่องมาจากสาเหตุอื่นเลย ข้อยกเว้นที่สามารถทำแท้งได้นั้นมีเพียงแค่ 2 กรณีเท่านั้นเอง แต่หญิงในปัจจุบันมีความเสี่ยงในการตั้งครรภ์อันไม่พึงประสงค์สูงกว่าในอดีต ด้วยโครงสร้าง สถาบันทางสังคมที่เปลี่ยนไปและได้มีสาเหตุของความจำเป็นในการทำแท้งในหลาย ๆ สาเหตุ จึงทำให้นำไปสู่การเกิดปัญหาในเรื่องของการทำแท้งเถื่อน

ประเทศอังกฤษได้กำหนดกฎหมายว่าการทำแท้งเป็นความผิดอาญา และได้มีการ ประกาศใช้กฎหมายห้ามทำแท้งขึ้น เป็นบทบัญญัติในพระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดต่อบุคคล (The Offences Against the Person Act 1861) มีบทบัญญัติที่ใช้เพื่อลงโทษแก่ตัวหญิงที่ทำให้ตนเอง แท้งลูกและลงโทษแก่ผู้ที่ทำให้หญิงแท้งลูกในมาตรา 58 ว่าหญิงใดที่มีครรภ์มีเจตนาที่จะทำให้ตนเอง แท้งลูก กระทำการโดยผิดกฎหมายในการรับยาพิษหรือสารที่เป็นอันตรายเข้าสู่ตนเอง หรือใช้เครื่องมือ หรือใช้วิธีการอื่นใด กระทำต่อตนเองเพื่อให้เป็นไปตามเจตนาดังกล่าว และผู้ใดมีเจตนาที่จะทำให้หญิง ใดแท้งลูก ไม่ว่าหญิงนั้นจะมีครรภ์หรือไม่ก็ตาม กระทำการโดยผิดกฎหมายในการนำยาพิษ หรือสาร ที่เป็นอันตรายเข้าสู่ร่างกายหญิงนั้น หรือกระทำการด้วยประการใดเพื่อให้หญิงนั้น ได้รับยาพิษ หรือสาร ที่เป็นอันตราย หรือใช้เครื่องมือกระทำ หรือกระทำด้วยวิธีการอื่นใดต่อหญิงนั้น เพื่อให้เป็นไปตาม เจตนาดังกล่าว ต้องระวางโทษจำคุก และในมาตรา 59 ยังได้บัญญัติเพื่อลงโทษแก่ผู้ใดกระทำการ โดยผิดกฎหมายจัดหาพิษ หรือสารที่เป็นอันตราย เครื่องมือ หรือสิ่งอื่นใด โดยรู้หรือควรจะรู้ของดังกล่าว นั้นจะนำไปกระทำผิดกฎหมาย เพื่อทำให้หญิงคนใดคนหนึ่งแท้งลูกไม่ว่าหญิงนั้นจะตั้งครรภ์

หรือไม่ก็ตาม เป็นการกระทำความผิด ต้องระวางโทษจำคุก ซึ่งกฎหมายฉบับดังกล่าวมิได้มีการบัญญัติถึงข้อยกเว้นในการทำแท้งโดยไม่มีความผิดตามกฎหมายไว้ และยังได้มีการประกาศใช้กฎหมายคุ้มครองชีวิตทารกขึ้น (The Infant Life Preservation Act 1929) โดยมีเจตนารมณ์ เพื่อใช้เป็นข้อยกเว้นในกรณีการทำแท้งได้โดยไม่มีความผิดตามกฎหมาย โดยกำหนดว่าการทำแท้งไม่ถือเป็นอาชญากรรมร้ายแรง ถ้าการทำแท้งนั้นเป็นการกระทำโดยสุจริตและมีวัตถุประสงค์เพียงอย่างเดียวคือ เพื่อรักษาชีวิตของหญิงผู้ตั้งครรภ์ อย่างไรก็ตาม พระราชบัญญัติฉบับนี้ กำหนดให้การฆ่าเด็กทารกที่สามารถเกิดมาและมีชีวิตอยู่ได้เป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย และได้กำหนดว่าอายุครรภ์ 28 สัปดาห์ คืออายุทารกในครรภ์ที่กฎหมายสันนิษฐานว่าเป็นทารกที่สามารถมีชีวิตอยู่ได้ และพระราชบัญญัติฉบับนี้ยังได้อนุญาตให้แพทย์สามารถทำแท้งได้ หากแพทย์ผู้นั้น เห็นว่าการตั้งครรภ์จะทำให้เกิดอันตรายต่อสุขภาพของมารดา

จากกฎหมายเกี่ยวกับการทำแท้งของประเทศอังกฤษทั้งสองฉบับดังกล่าวนี้ จะเห็นได้ว่าแนวคิดเกี่ยวกับการทำแท้งของประเทศอังกฤษนั้น ไม่ได้ยินยอมให้มีการทำแท้งแต่อย่างใด และมองว่าการทำแท้งเป็นการกระทำที่ขัดต่อศีลธรรมทางศาสนา และได้บัญญัติกฎหมาย เพื่อใช้ลงโทษแก่หญิงที่ทำให้ตนแท้งถูกรวมถึงบุคคลที่เกี่ยวข้องกับการทำแท้งอีกด้วย การประกาศใช้กฎหมายคุ้มครองชีวิตทารกขึ้น (The Infant Life Preservation Act 1929) ก็เพื่อเป็นการผ่อนปรน และเพื่อใช้เป็นข้อยกเว้นการทำแท้งในบางกรณีที่จำเป็นเพื่อสุขภาพของมารดา และได้แบ่งฐานความผิดให้มีความชัดเจนมากยิ่งขึ้น โดยความผิดฐานทำลายชีวิตเด็กนั้นเป็นความผิดที่แยกออกมาจากความผิดฐานทำแท้งตามกฎหมายเดิม ถ้าทำให้เด็กทารกในครรภ์ตายก่อนที่จะคลอดออกมา ถ้าอายุเด็กในครรภ์ไม่ถึง 28 สัปดาห์ เป็นความผิดตามมาตรา 58 พระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดต่อบุคคล (แท้งลูก) ถ้าทารกในครรภ์ตั้งแต่ 28 สัปดาห์ เป็นความผิดฐานทำลายชีวิตเด็ก

แม้ว่าประเทศอังกฤษจะได้มีกฎหมายเกี่ยวกับการทำแท้งดังกล่าวแล้ว เพื่อความชัดเจน และให้การบังคับใช้เป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย ประเทศอังกฤษยังได้ประกาศใช้พระราชบัญญัติการทำแท้ง The Abortion Act 1967 ซึ่งเป็นการบังคับใช้กฎหมายเฉพาะขึ้น รายละเอียดของกฎหมายฉบับนี้เป็นการกำหนดข้อยกเว้นให้มีความชัดเจนมากยิ่งขึ้น โดยกำหนดว่าการทำแท้งที่ไม่เป็นความผิดตามกฎหมายหากได้กระทำภายใต้หลักเกณฑ์ดังนี้ 1) หากมารดามีอายุครรภ์น้อยกว่า 24 สัปดาห์ และหากการตั้งครรภ์นั้นทำให้เกิดความเสี่ยง และความเสี่ยงที่เกิดขึ้นนั้นมากกว่าผลจากการทำแท้ง เนื่องจากความเสี่ยงที่เกิดขึ้นจากการตั้งครรภ์จะส่งผลทางร่างกาย หรือจิตใจของผู้ตั้งครรภ์ หรือเกิดผลต่อลูกที่เกิดมาแล้วที่อยู่ในครรภ์ หรือ 2) การทำแท้งเป็นการกระทำที่จำเป็นเพื่อป้องกันความเจ็บป่วยร้ายแรงและถาวรที่จะเกิดขึ้นต่อผู้ตั้งครรภ์ไม่ว่าจะทางร่างกายหรือจิตใจ หรือ 3) หากความเสี่ยงของการตั้งครรภ์มีมากกว่าความเสี่ยงของการทำแท้ง หรือ

4) หากเด็กที่เกิดขึ้นมานั้นมีโอกาสเสี่ยงสูงที่จะพิการอย่างร้ายแรงไม่ว่าจะทางร่างกายหรือทางจิตใจ หรือแพทย์สามารถทำแท้งหญิงผู้ตั้งครรภ์ได้ทันทีในกรณีฉุกเฉิน หรือ 5) เพื่อช่วยชีวิตของหญิงผู้ตั้งครรภ์ หรือ 6) การทำแท้งเป็นการกระทำที่จำเป็นเพื่อป้องกันความเจ็บป่วยร้ายแรง และถาวรที่จะเกิดขึ้นต่อผู้ตั้งครรภ์ไม่ว่าจะทางร่างกายหรือจิตใจ และถ้าการทำแท้งโดยแพทย์ผู้ที่ได้ขึ้นทะเบียนเป็นผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม ในกรณีที่แพทย์นั้นมีความเห็นโดยสุจริตว่าการทำแท้งนั้นมีความจำเป็นต้องทำโดยรีบด่วนเพื่อช่วยชีวิต หรือเพื่อป้องกันอันตรายร้ายแรงอย่างถาวรต่อสุขภาพกายหรือสุขภาพจิตของหญิงตั้งครรภ์

การบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับการทำแท้งไว้เป็นการเฉพาะนั้น ทำให้การบังคับใช้มีความชัดเจนและครอบคลุมมากยิ่งขึ้น แต่ทั้งนี้ข้อยกเว้นการทำแท้งที่ไม่มีความผิดตามกฎหมายนั้น กฎหมายได้เปิดช่องให้สิทธิแพทย์ทำแท้งหญิงได้ในขอบเขตที่กว้างมาก จนในทางปฏิบัติแล้วเสมือนว่าประเทศอังกฤษสามารถทำแท้งได้เสรี แต่ทั้งนี้แม้ว่าประเทศอังกฤษจะได้มีการบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับการทำแท้งไว้เป็นการเฉพาะ แต่ก็มิได้บัญญัติให้ห้ามความหมายของการทำแท้งไว้แต่อย่างใด

กฎหมายเกี่ยวกับการทำแท้งของประเทศสหรัฐอเมริกาถูกควบคุมโดยคำตัดสินของศาลฎีกา ซึ่งในคดี Roe & Wade ซึ่งตัดสินว่าตัวอ่อน (Fetus) มิใช่บุคคล ในความหมายของการแก้ไขรัฐธรรมนูญครั้งที่ 14 ดังนั้น ตัวอ่อนจึงไม่ได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญจนกว่าจะแสดงการมีชีวิต (viability) การแสดงการมีชีวิตเกิดขึ้นในระหว่างช่วง 24-28 สัปดาห์ของการตั้งครรภ์ และผู้หญิงมีสิทธิตามรัฐธรรมนูญที่จะได้รับการทำแท้งก่อนทารกในครรภ์แสดงการมีชีวิต เนื่องจากถือเป็นสิทธิส่วนตัวของหญิง ที่จะสามารถตัดสินใจเองว่าจะทำแท้งตัวอ่อนหรือไม่ โดยตัดสินใจทำแท้งในช่วง 3 เดือนแรกของการตั้งครรภ์ควรจะมิระหว่างหญิงและแพทย์ของหญิงเท่านั้น แต่รัฐสามารถควบคุมการทำแท้งในช่วง 3 เดือนที่สอง โดยกำหนดเหตุคือเพื่อรักษาและปกป้องสุขภาพของหญิง และหลังจากทารกในครรภ์แสดงการมีชีวิตหรือดิ้นหรือในช่วง 3 เดือนที่สาม รัฐสามารถบังคับหรือแม้แต่ห้ามการทำแท้งได้ ยกเว้นมีเหตุจำเป็นเพื่อรักษาและสุขภาพของมารดา ทั้งนี้ศาลได้ใช้แนวคำพิพากษาดังกล่าวเป็นแนวทางและบรรทัดฐานในการพิจารณาในเรื่องการทำแท้งของประเทศสหรัฐอเมริกาดังกล่าว

ซึ่งในส่วนของกฎหมายว่าด้วยการทำแท้งในประมวลกฎหมายทางอาญาประเทศเยอรมนีได้บัญญัติรวมอยู่ในหมวดว่าด้วยความผิดต่อชีวิตในประมวลกฎหมายอาญา ถ้าพิจารณาเฉพาะข้อนี้ความผิดอาญาฐานทำแท้งก็เป็นความผิดอาญาเกี่ยวกับการทำให้ตาย แนวคิดของประเทศเยอรมนีเห็นว่า สิ่งที่มีชีวิตที่ถือกำเนิดขึ้นในครรภ์มารดานั้นเป็นอีกหนึ่งต่างหากถึงแม้ว่าในระหว่างการเจริญเติบโตจนถึงการคลอดชีวิตนั้นต้องขึ้นอยู่กับชีวิตของผู้เป็นแม่ก็ตาม และการทำแท้งเป็นการ

กระทำต่อชีวิต และความปลอดภัยของร่างกายของหญิงนั้นอีกด้วย แม้ว่าประเทศเยอรมนีจะได้บัญญัติกฎหมายว่าการทำแท้งเป็นความผิดทางอาญา แต่ก็ได้มีการบัญญัติข้อยกเว้นการทำแท้งที่ไม่เป็นความผิดตามกฎหมายไว้ด้วยเช่นกัน ในมาตรา 218 ทวิ ว่าการทำแท้งโดยแพทย์ ซึ่งหญิงที่มีครรภ์นั้นยินยอม และการทำแท้งนั้น เมื่อคำนึงถึงความจำเป็นแห่งชีวิตของหญิงที่มีครรภ์นั้นในปัจจุบัน และในอนาคตตามความรู้ทางการแพทย์แล้วควรกระทำ เพื่อหลีกเลี่ยงให้พ้นจากอันตรายต่อชีวิต หรืออันตรายที่กระทบกระเทือนอย่างมากต่อร่างกายหรือจิตใจของหญิงที่มีครรภ์นั้น อันตรายนั้นไม่อาจหลีกเลี่ยงให้พ้นโดยทางอื่นที่สมควรได้ และได้มีเงื่อนไขนอกเหนือจากเพื่อสุขภาพร่างกายหรือจิตใจของหญิง คือ 1) มีเหตุอันเชื่อได้ว่าเด็ก อันเนื่องมาจากผลทางกรรมพันธุ์ หรือผลร้ายอย่างอื่นก่อนการคลอดอาจได้รับผลร้ายแรงที่ได้รับนั้นที่เกี่ยวกับสภาพความสมบูรณ์ของร่างกายและจิตใจที่ไม่อาจเยียวยาได้ ซึ่งผลร้ายที่ได้รับนั้นเป็นผลร้ายแรงมาก จนไม่อาจจะเรียกให้หญิงต้องอุ้มท้องต่อไปได้ ซึ่งต้องกระทำภายในยี่สิบสองสัปดาห์ของการตั้งครรภ์ 2) ได้มีการกระทำความผิดตามมาตราเกี่ยวกับเพศและการ ตั้งครรภ์นั้นเกิดขึ้นเนื่องจากการกระทำความผิดดังกล่าวนี้ หรือ 3) การทำแท้งนั้นควรกระทำเพื่อหลีกเลี่ยงให้หญิงพ้นจากอันตรายอันเกิดจากความจำเป็น ร้ายแรงมากที่ไม่อาจเรียกร้องได้ให้หญิงอุ้มท้องอีกต่อไป และอันตรายนั้นไม่อาจหลีกเลี่ยงให้พ้นโดยทางอื่นที่สมควรได้ โดยต้องกระทำภายในยี่สิบสองสัปดาห์ของการตั้งครรภ์

เมื่อพิจารณาถึงกฎหมายเกี่ยวกับการทำแท้งของประเทศไทยและกฎหมายของต่างประเทศดังกล่าวข้างต้นนั้น จะเห็นได้ว่าแนวความคิดเกี่ยวกับการทำแท้งของแต่ละประเทศนั้น มีความสัมพันธ์โดยตรงกับเรื่องของศีลธรรมตามศาสนา ซึ่งเห็นว่าการทำแท้งเป็นการกระทำที่ขัดต่อศีลธรรม จึงได้มีการบัญญัติกฎหมายว่าการทำแท้งเป็นการกระทำความผิดและมีบทลงโทษทางอาญา แต่กฎหมายของแต่ละประเทศนั้นมีความแตกต่างกันในเรื่องของข้อยกเว้นการทำแท้งที่ไม่ถือว่าเป็นการกระทำที่ผิดต่อกฎหมาย ซึ่งในส่วนของประเทศอังกฤษและประเทศเยอรมนี ได้บัญญัติข้อยกเว้นไว้ในลักษณะคล้ายคลึงกัน กล่าวคือ นอกจากการทำแท้งเพื่อสุขภาพร่างกายหรือจิตใจของหญิงมารดา และจากการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศแล้ว ยังได้บัญญัติเหตุของการทำแท้งเกี่ยวกับผลกระทบที่เกิดขึ้น หรืออาจเกิดขึ้นกับเด็กในครรภ์มารดาอันเป็นผลทางกรรมพันธุ์ หรือผลร้ายอย่างอื่นก่อนการคลอดอาจได้รับผลร้ายแรงที่ได้รับนั้นที่เกี่ยวกับสภาพความสมบูรณ์ของร่างกายและจิตใจ ที่ไม่อาจเยียวยาได้ไว้อีกด้วย นอกจากนี้การกระทำอันเกี่ยวกับการทำแท้งของประเทศอังกฤษได้บัญญัติกฎหมายเฉพาะไว้ทำให้การบังคับใช้กฎหมายมีความชัดเจนและมีประสิทธิภาพ ซึ่งในส่วนของกฎหมายเกี่ยวกับการทำแท้งของประเทศสหรัฐอเมริกา นั้น แม้ว่ากฎหมายจะได้บัญญัติว่าการทำแท้งเป็นความผิดก็ตามแต่ก็ยังให้ความสำคัญหรือสิทธิเสรีภาพของหญิงมารดาไว้ โดยกำหนดหลักเกณฑ์เงื่อนไขของการทำแท้งที่มีความแตกต่างกันกับกฎหมายของประเทศอังกฤษและประเทศเยอรมัน กล่าวคือ ผู้หญิง

มีสิทธิในชีวิตและร่างกายของตนตามที่รัฐธรรมนูญให้ความคุ้มครอง ที่จะได้รับการทำแท้งก่อน ทารกในครรภ์แสดงการมีชีวิต เนื่องจากถือเป็นสิทธิส่วนตัวของหญิง ที่จะสามารถตัดสินใจเองว่าจะทำแท้งตัวอ่อนหรือไม่ โดยตัดสินใจทำแท้งในช่วง 3 เดือนแรกของการตั้งครรภ์ควรมีระหว่างหญิงและแพทย์ของหญิงเท่านั้น แต่รัฐสามารถควบคุมการทำแท้งในช่วง 3 เดือนที่สอง โดยกำหนดเหตุคือเพื่อรักษาและปกป้องสุขภาพของหญิง และหลังจากทารกในครรภ์แสดงการมีชีวิตหรือตื่นหรือในช่วง 3 เดือนที่สาม รัฐสามารถบังคับหรือแม้แต่ห้ามการทำแท้งได้ ยกเว้นมีเหตุจำเป็นเพื่อรักษาและสุขภาพของมารดา ซึ่งในส่วนบุคคลหมายถึงการทำแท้งของประเทศ ไทยยังไม่มีความชัดเจนและครอบคลุมเหมาะสมกับสถานการณ์ในปัจจุบันเพียงพอ ทำให้การ แก้ไขปัญหาการทำแท้งและในทางปฏิบัติยังเกิดเป็นปัญหาอยู่หลายประการ นอกจากนี้ ระบบกฎหมายอาญาของประเทศไทยยังต้องตีความอย่างเคร่งครัดทำให้แพทย์ผู้ทำแท้งไม่กล้าทำแท้งให้เนื่องจากเกรงว่าอาจเป็นการกระทำที่ผิดต่อกฎหมายอาญาได้ ดังนั้น ประเทศไทยควรมีการ บัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับการทำแท้งขึ้นเป็นการเฉพาะเช่นเดียวกันกับกฎหมายของประเทศอังกฤษ โดยบัญญัติเงื่อนไขข้อยกเว้นของการทำแท้งให้มีลักษณะที่ชัดเจนและครอบคลุมมากยิ่งขึ้น เช่นเดียวกับกฎหมายของประเทศอังกฤษและประเทศเยอรมนี เพื่อให้การบังคับใช้กฎหมายเป็นไป ตามเจตนารมณ์อย่างแท้จริง อีกทั้งยังเป็นการให้ความคุ้มครองแก่หญิงตั้งครรภ์ ทารกในครรภ์ มารดา นอกจากนี้ยังเป็นการให้ความคุ้มครองแก่แพทย์ที่ทำแท้งให้แก่หญิงตั้งครรภ์ มิให้ต้องเสี่ยง ต่อการกระทำความผิดและต้องรับโทษทางอาญาอีกด้วย



บทที่ 4

วิเคราะห์ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการทำแท้งในประเทศไทย

ในประเทศไทยได้มีการบัญญัติว่าการทำแท้งเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย และมีโทษทางอาญาในประมวลกฎหมายอาญา โดยมีเจตนารมณ์เพื่อป้องกันและปราบปรามบุคคลที่ทำให้ตนเองแท้งลูก หรือยอมให้ผู้อื่นทำให้ตนแท้งลูก แต่ประมวลกฎหมายอาญาก็ได้มีบทบัญญัติบางประการที่เป็นข้อยกเว้นให้มีการทำแท้งได้โดยชอบด้วยกฎหมาย ภายใต้หลักเกณฑ์และเงื่อนไขตามที่กฎหมายกำหนด แม้ว่าประเทศไทยจะได้มีการบัญญัติประมวลกฎหมายอาญาว่าด้วยการทำแท้งดังกล่าวไว้ แต่การบังคับใช้บทบัญญัติเกี่ยวกับการทำแท้งที่มีอยู่ในปัจจุบันเกิดปัญหาการบังคับใช้อยู่หลายประการ ส่งผลทำให้การป้องกันและแก้ไขปัญหาการทำแท้งของประเทศไทยไม่เป็นไปตามเจตนารมณ์และประสพผลสำเร็จเท่าที่ควร ดังนั้น ในการศึกษาถึงปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการทำแท้งของประเทศไทย ผู้ศึกษาได้ทำการวิเคราะห์ถึงปัญหาทางกฎหมาย โดยแบ่งการพิจารณาออกได้ ดังนี้

1. ปัญหาเกี่ยวกับเหตุยุติการตั้งครรภ์

ตามประมวลกฎหมายอาญาของไทยได้บัญญัติให้การยุติการตั้งครรภ์ด้วยการทำแท้งเป็นการกระทำที่เป็นความผิดทางอาญาและกำหนดโทษไว้ โดยบัญญัติไว้ในภาคความผิดลักษณะ 10 หมวด 3 ความผิดฐานทำให้แท้งลูก ตามมาตรา 301 ถึง 305 โดยมีคุณธรรมทางกฎหมายคือชีวิตในครรภ์มารดา ซึ่งความผิดฐานทำให้แท้งลูกนั้นเกิดได้ทั้งกรณีความผิดที่เกิดจากการกระทำของหญิงที่ทำให้ตนเองแท้งลูกกับกรณีความผิดที่เกิดจากการกระทำของผู้อื่น แม้หญิงนั้นจะให้ความยินยอม หรือไม่ให้ความยินยอมผู้กระทำก็ต้องรับผิดตามที่กฎหมายกำหนด หากการกระทำนั้นทำให้หญิงแท้งลูก ทั้งได้บัญญัติในกรณีที่ผู้กระทำความผิดแต่ไม่ต้องรับโทษในกรณีพยายามทำแท้งในบางกรณีและกรณีที่เป็นการกระทำความผิดฐานทำให้แท้งลูกแต่กฎหมายยกเว้นความผิดไว้ หากเป็นการทำแท้งโดยแพทย์และเข้าเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดตามมาตรา 305 กล่าวคือ กรณีที่มีความจำเป็นต้องกระทำให้หญิงแท้งลูกเนื่องจากสุขภาพของหญิงนั่นเอง หากปล่อยให้หญิงตั้งครรภ์ต่อไปจะก่อให้เกิดอันตรายต่อสุขภาพของหญิง และกรณีหญิงมีครรภ์เนื่องจากหญิงถูกข่มขืน

กระทำชำเรา หรือถูกล่อไปพาไปเพื่อการอนาจารอันเป็นการกระทำผิดอาญาตามที่ประมวลกฎหมายอาญาบัญญัติไว้ในมาตรา 276, มาตรา 277, มาตรา 282, มาตรา 283 หรือมาตรา 284

ประมวลกฎหมายอาญาของไทยได้บังคับใช้มาเป็นเวลานาน โดยไม่ได้มีการปรับปรุงแก้ไขแต่อย่างใด โดยเฉพาะเหตุในการยุติการตั้งครรภ์โดยการทำแท้งตามมาตรา 305 ที่แม้จะให้หญิงยุติการตั้งครรภ์ได้หากเป็นไปตามข้อยกเว้นที่กฎหมายกำหนดก็ตาม แต่เหตุที่เป็นข้อยกเว้นนั้น ยังไม่มีความชัดเจนเพียงพอ ดังนั้น การกำหนดเหตุในการให้สิทธิหญิงในการยุติการตั้งครรภ์ให้ชัดเจนจะช่วยให้หญิงมีทางเลือกในการตัดสินใจเกี่ยวกับชีวิตร่างกายของตนได้

นอกจากนี้เหตุที่จะให้ยุติการตั้งครรภ์นั้นยังไม่ครอบคลุมในทุกปัญหาที่อาจเกิดขึ้นกับตัวหญิงมีครรภ์และครอบครัวตามสภาพเศรษฐกิจหรือสังคมในปัจจุบันเหล่านี้จะเป็นสิ่งที่กระทบต่อการดำรงชีวิตของหญิงที่ตั้งครรภ์เป็นอย่างมากหากหญิงไม่พร้อมที่จะตั้งครรภ์ดังนั้นการกำหนดให้เหตุดังต่อไปนี้ เป็นเหตุในการยุติการตั้งครรภ์ไว้โดยชัดเจนคือเหตุในการยุติการตั้งครรภ์เนื่องจากความผิดปกติของทารกในครรภ์ เหตุผลทางเศรษฐกิจหรือสังคม และเหตุตามการร้องขอของหญิงตั้งครรภ์จะส่งผลให้เป็นการลดการยุติการตั้งครรภ์โดยไม่ชอบด้วยกฎหมายลงได้ และยังเป็นการป้องกันหญิงจากภาวะแทรกซ้อนที่อาจเกิดขึ้นจากการยุติการตั้งครรภ์ที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายทำให้หญิงได้รับความคุ้มครองมากขึ้น

กระบวนการและวิธีการในทางปฏิบัติที่ยังไม่มีความชัดเจนในเรื่องการยุติการตั้งครรภ์ที่กฎหมายได้อนุญาตตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 305 นั้น ส่งผลให้เกิดความเสียหายมากกว่าที่จะเป็นการช่วยให้หญิงยุติการตั้งครรภ์โดยปลอดภัย แม้ว่าการให้สิทธิในการยุติการตั้งครรภ์โดยการเพิ่มเหตุในการยุติการตั้งครรภ์

2. ปัญหาเกี่ยวกับการไม่มีบทนิยามศัพท์เกี่ยวกับการทำแท้งไว้โดยชัดแจ้ง

การยุติการตั้งครรภ์ด้วยการทำแท้งนั้นแม้จะมีมาตรการทางกฎหมายกำหนดไว้ในประมวลกฎหมายอาญาที่กำหนดไว้ว่า เป็นความผิดฐานทำให้แท้งลูกซึ่งเกิดขึ้นได้ทั้งกรณีความผิดที่เกิดจากการกระทำของหญิงที่ทำให้ตนเองแท้งลูกกับกรณีความผิดที่เกิดจากการกระทำของผู้อื่นแม้หญิงนั้น จะให้ความยินยอมหรือไม่ให้ความยินยอมผู้กระทำกระทำก็ต้องรับผิดตามกฎหมายกำหนด หากการกระทำนั้นทำให้หญิงแท้งลูก ทั้งได้บัญญัติในกรณีที่ผู้กระทำความผิดแต่ไม่ต้องรับโทษในกรณีพยายามทำแท้งในบางกรณีและกรณีที่เป็นการกระทำความผิดฐานทำให้แท้งลูกแต่กฎหมายยกเว้นความผิดไว้หากเป็นการทำแท้งโดยแพทย์และเข้าใจที่กฎหมายกำหนดตามมาตรา 305 กล่าวคือ กรณีที่มีความจำเป็นต้องกระทำให้หญิงแท้งลูกเนื่องจากสุขภาพของหญิงนั้นเอง หากปล่อยให้หญิงตั้งครรภ์

ต่อไปจะก่อให้เกิดอันตรายต่อสุขภาพของหญิง และกรณีหญิงมีครรภ์เนื่องจากหญิงถูกข่มขืน กระทำชำเรา หรือถูกล่อไปพาไปเพื่อการอนาจารอันเป็นการกระทำผิดอาญาตามที่ประมวลกฎหมายอาญาบัญญัติไว้ในมาตรา 276, มาตรา 277, มาตรา 282, มาตรา 283 หรือมาตรา 284

ต่อมาได้มีการออกข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับการยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ตามมาตรา 305 แห่งประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2548 เพื่อให้ความชัดเจน แก่แพทย์ผู้กระทำการยุติการตั้งครรภ์ด้วยการทำแท้ง แต่ทั้งนี้ ก็ได้กำหนดนิยามความหมายของ คำต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับการยุติการตั้งครรภ์ด้วยการทำแท้งแต่อย่างใด อันได้แก่ความหมายของ คำว่า “การทำแท้ง” หรือ “สุขภาพของหญิงมีครรภ์” หรือ “สุขภาพของทารกในครรภ์”

คำว่า “ทำแท้ง” ตามประมวลกฎหมายอาญาและข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วย หลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับการยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ตามมาตรา 305 แห่งประมวล กฎหมายอาญา พ.ศ. 2548 มิได้ให้นิยามความหมายของคำว่า “ทำแท้ง” ไว้แต่อย่างใด ทำให้ในการ วินิจฉัย ข้อกฎหมายกับการกระทำที่เกิดขึ้นนั้นเกิดความไม่ชัดเจนที่เพียงพอ ส่งผลให้การบังคับใช้ ประมวลกฎหมายอาญาในความผิดฐานทำแท้งนั้นไม่เป็นไปตามเจตนารมณ์อย่างแท้จริง แม้ว่า ตามประมวลกฎหมายอาญาของประเทศไทยไม่ได้บัญญัตินิยามความหมายของคำว่า แท้งไว้เป็น การเฉพาะแต่ตามแนววินิจฉัยของศาลฎีกาเกี่ยวกับเรื่องของการทำแท้งนั้น การที่จะถือว่าทำแท้งลูก จะต้องหมายความว่าได้กระทำการให้ทารกในครรภ์คลอดออกมาในสภาพไม่มีชีวิตถ้าเด็กคลอด ออกอย่างมีชีวิต แต่มาตายภายหลัง ไม่เป็นการทำแท้งให้แท้งลูก¹ โดยการทำแท้งจะใช้วิธีการ ใดๆก็ได้ไม่จำกัด อาจใช้ยากิน ยาฉีด หรือใช้เครื่องมือ หรือใช้กำลังกาย² จะเห็นได้ว่าประมวล กฎหมายอาญายังไม่ได้มีการนิยามความหมายของคำว่าทำแท้งไว้แต่อย่างใด

ส่วนคำว่า “สุขภาพของหญิงมีครรภ์” นั้น แม้ในข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยหลักเกณฑ์การ ปฏิบัติเกี่ยวกับการยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ตามมาตรา 305 ข้อ 5 ที่กำหนดว่า “การยุติการตั้งครรภ์ ทางทางการแพทย์ตามมาตรา 305 (1) แห่งประมวลกฎหมายอาญา ให้เป็นไปตามเงื่อนไข (1) เป็นกรณี ที่จำเป็นต้องกระทำเนื่องจากสุขภาพทางกายของหญิง มีครรภ์หรือ (2) เป็นกรณีที่จำเป็นต้องกระทำ เนื่องจากปัญหาสุขภาพทางจิตของหญิงตั้งครรภ์ซึ่งจะต้องได้รับการรับรอง หรือเห็นชอบจากผู้ประกอบ วิชาชีพเวชกรรมที่มีใช้ผู้กระทำการยุติการตั้งครรภ์อย่างน้อยหนึ่งคน จากที่ได้ศึกษามาตรการทาง กฎหมายดังกล่าวแม้จะเป็นการขยายความตามมาตรา 305 (1) ในเรื่องสุขภาพของหญิงมีครรภ์ โดยแยกเป็นทั้งสุขภาพกายของหญิงมีครรภ์ และสุขภาพจิตของหญิงมีครรภ์แต่ตามประมวลกฎหมาย

¹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 677/2510

² คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 566/2502

อาญา และข้อบังคับฯดังกล่าวยังไม่ได้มีการนิยามคำศัพท์ คำว่า “สุขภาพของหญิงมีครรภ์” ที่ชัดเจนแต่อย่างไรเช่นกัน

คำว่า “สุขภาพของทารก” แม้ในข้อบังคับแพทย์สภาว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับการยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ตามมาตรา 305 ๗ ข้อ 5 วรรคสองจะได้ที่กำหนดว่า “ในกรณี ที่หญิงนั้นมีความเครียดอย่างรุนแรง เนื่องจากพบว่าทารกในครรภ์มีหรือมีความเสี่ยงสูงที่จะมีความพิการอย่างรุนแรง หรือเป็นหรือมีความเสี่ยงสูงที่จะเป็นโรคพันธุกรรมอย่างรุนแรง เมื่อหญิงนั้นได้รับการตรวจวินิจฉัยและการปรึกษาแนะนำทางพันธุศาสตร์ (Genetic counseling) และมีการลงนามรับรองในเรื่องดังกล่าวข้างต้นโดยผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมที่มีใช้ผู้กระทำการยุติการตั้งครรภ์อย่างน้อยหนึ่งคน ให้ถือว่าหญิงตั้งครรภ์นั้นมีปัญหาสุขภาพจิตตาม (2)

ทั้งนี้ต้องมีข้อบ่งชี้ทางการแพทย์ที่ชัดเจนว่าหญิงนั้นมีปัญหาสุขภาพทางกาย หรือทางจิต และต้องมีการบันทึกการตรวจและวินิจฉัยโรคไว้ในเวชระเบียนเพื่อเป็นหลักฐาน” จะเห็นได้ว่า ในคำว่า “สุขภาพของทารก” นั้นแม้ตามประมวลกฎหมายอาญาจะไม่ได้กล่าวถึงไว้ แต่ในข้อบังคับแพทย์สภาว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับการยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ตามมาตรา 305 ๗ ได้มีการกล่าวถึงตามข้อบังคับ ข้อ 5 วรรคสอง ที่ว่า...พบว่าทารกในครรภ์มี หรือมีความเสี่ยงสูงที่จะมีความพิการอย่างรุนแรง หรือเป็นหรือมีความเสี่ยงสูงที่จะเป็น โรคพันธุกรรมอย่างรุนแรง... แสดงสุขภาพของทารกนั้นเริ่มเข้ามามีบทบาทในการตัดสินใจของหญิงที่จะการยุติการตั้งครรภ์ด้วยการทำแท้งแล้วแพทย์จึงกำหนดให้เป็นเหตุผลหนึ่งที่ทำให้หญิงเกิดความเครียดแล้วเป็นผลต่อสุขภาพจิตของหญิงมีครรภ์ แต่ทั้งนี้ก็มิได้มีการนิยามความหมายของคำว่า “สุขภาพทารก” ไว้แต่อย่างไร เช่นกัน

จากที่ศึกษามาทำให้ทราบว่าทั้งประมวลกฎหมายอาญาและข้อบังคับแพทย์สภาว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับการยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ตามมาตรา 305 แห่งประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2548 มิได้มีการนิยามความหมายของคำศัพท์ที่เกี่ยวข้องกับการทำแท้งไว้แต่อย่างไร เมื่อมาตรการทางกฎหมายของไทยกำหนดว่าการยุติการตั้งครรภ์ด้วยการทำแท้งเป็นความผิดและมีโทษทางอาญาแล้วการบังคับใช้กฎหมายดังกล่าวจะต้องบังคับใช้โดยเคร่งครัดจะบังคับใช้โดยอนุโลมเทียบเคียงหรือการขยายความไม่ได้ ดังนั้นคำจำกัดความทั้งสามคำนั้นล้วนแล้วแต่มีความสำคัญเกี่ยวกับการบังคับใช้กฎหมายเกี่ยวกับการทำแท้งทั้งสิ้น หากได้มีการบัญญัตินิยามคำจำกัดความของคำทั้งสามคำดังกล่าวไว้ให้ชัดเจนแล้ว ปัญหาในการตีความ หากต้องมีการบังคับใช้กฎหมายเกี่ยวกับการทำแท้งก็จะไม่เกิดขึ้นอย่างแน่นอน ดังนั้นเพื่อให้เกิดความชัดเจนโดยไม่ต้องตีความควรที่จะได้มีการนิยามความหมายของคำว่าสุขภาพให้มีความรวมถึงสุขภาพจิตด้วย

3. ปัญหาเกี่ยวกับการไม่มีกฎหมายเกี่ยวกับการทำแท้งไว้เป็นการเฉพาะ

ปัจจุบันประเทศไทยได้บัญญัติว่าการทำแท้งเป็นความผิดไว้ในประมวลกฎหมายอาญา เช่นเดียวกับการกระทำความผิดอาญาประเภทอื่นๆ ซึ่งในการบังคับใช้ประมวลกฎหมายอาญานั้น จำเป็นต้องตีความโดยเคร่งครัด จะตีความให้ครอบคลุมดังเช่นประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไม่ได้ เนื่องจาก กฎหมายอาญานั้นเป็นกฎหมายที่มีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนในการบังคับใช้ จึงต้องตีความในกรอบที่แคบที่สุดตามเจตนารมณ์ของกฎหมายอย่างแท้จริง

อย่างไรก็ตาม แม้การตีความกฎหมายอย่างเคร่งครัด โดยไม่พิจารณาถึงบริบทของสังคม ที่เปลี่ยนแปลงไป เนื่องจากยังคงยึดหลักการที่ว่า การทำแท้งเป็นความผิดทางอาชญากรรม และเป็นการกระทำที่ผิดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชนในประเทศ เงื่อนไขข้อยกเว้นตามกฎหมายที่ให้ ทำแท้งได้ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 305 นั้น มิได้หมายความว่าไม่มีการลงมือกระทำความผิดเกิดขึ้น เพราะหากตีความโดยเคร่งครัดตามลายลักษณ์อักษรแล้ว คือมีการลงมือกระทำความผิดตามมาตรา 301 หรือมาตรา 302 เกิดขึ้นแล้ว แต่เป็นการลงมือกระทำความผิดโดยแพทย์ และมีความจำเป็นในการลงมือกระทำความผิดด้วยเหตุผลอย่างใดอย่างใดอย่างหนึ่ง คือ 1. เนื่องจากสุขภาพของหญิง หรือ 2. เนื่องจากการกระทำความผิดตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 276 มาตรา 277 มาตรา 282 มาตรา 283 หรือมาตรา 284 จึงทำให้แพทย์ผู้ลงมือกระทำความผิดได้รับความผิดได้รับยกเว้นความผิดตามกฎหมาย ซึ่งในทางปฏิบัติแล้ว แพทย์ส่วนมากมีส่วนเกี่ยวข้องกับการทำแท้งและมีบทบาทในเรื่องดังกล่าวโดยตรง แต่เนื่องจากไม่มีหน้าที่ตีความบทบัญญัติของกฎหมาย ทำให้การบังคับใช้บทบัญญัติของกฎหมายไม่เป็นไปตามเจตนารมณ์อย่างแท้จริง แม้ว่าในเรื่องดังกล่าวจะได้รับความพยายามในการแก้ปัญหาจากหลายฝ่าย เช่น คณะทำงานเพื่อสิทธิมนุษยชนของสตรี ซึ่งเป็นการรวมตัวเฉพาะกิจขององค์กรหญิง นักวิชาการ และนักกิจกรรมด้านสิทธิสตรี เรียกร้องได้แก่การทำแท้งที่ปลอดภัย ถูกกฎหมาย และไม่ใช่ว่าความผิดทางอาชญากรรม แต่เป็นเรื่องสุขภาพของหญิง โดยมีเงื่อนไขที่สำคัญอย่างหนึ่งก็คือ ต้องมีการพิจารณาตามข้อบ่งชี้ทางการแพทย์ว่าในระยะของการตั้งครรภ์ที่สัปดาห์ที่หญิงในฐานะเจ้าของร่างกาย ควรเป็นผู้มีสิทธิในการตัดสินใจจะยุติการตั้งครรภ์ได้ ในขณะที่เดียวกันก็ต้องไม่ละเลยสิทธิของทารกในการที่จะมีชีวิตรอด ทั้งนี้ภายใต้เงื่อนไขความปลอดภัยของตัวเอง

เมื่อพิจารณาเนื้อหาของประมวลกฎหมายอาญาและข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับการยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ตามมาตรา 305 แห่งประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2548 ดังกล่าว พบว่าในปัจจุบัน การทำแท้งของประเทศไทยนั้น กฎหมายไทยได้บัญญัติให้เป็นความผิดฐานทำให้แท้งลูกตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 301 ถึง มาตรา 305 ตามกฎหมายไม่ว่าหญิงที่ตั้งครรภ์นั้นจะยอมหรือไม่ยินยอมให้ผู้อื่นทำให้ตนแท้งลูกก็ตาม ผู้ที่ทำให้หญิงนั้นแท้งลูก

มีความผิดฐานทำให้หญิงแท้งลูก ส่วนหากหญิงที่ทำแท้งเอง หรือยอมให้ผู้อื่นทำแท้งให้ก็มีความผิดเช่นกัน แต่กฎหมายก็ได้มีข้อยกเว้นให้หากการทำแท้งนั้น เป็นการกระทำของนายแพทย์ ซึ่งหญิงที่ตั้งครรภ์ได้ยินยอมให้แพทย์ทำแท้งและมีความจำเป็นเนื่องจากสุขภาพของหญิงที่ตั้งครรภ์นั้น หรือเพราะว่าหญิงนั้นตั้งครรภ์เนื่องจากการกระทำผิดอาญาบางฐาน เช่น หญิงนั้นถูกข่มขืนกระทำชำเราจนตั้งครรภ์ ในกรณีที่เป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนด กฎหมายยอมให้หญิงมีครรภ์ทำแท้งได้ โดยหญิงและแพทย์ที่ทำแท้งให้หญิงนั้นจะไม่ต้องมีความผิดตามกฎหมายแต่อย่างใด มิได้มีการกำหนดเกี่ยวกับการทำแท้งเป็นการเฉพาะในเรื่องการกำหนดเพื่อสุขภาพของหญิง และให้หญิงที่ตั้งครรภ์ได้ตัดสินใจด้วยตนเองภายใต้ระบบที่มีข้อมูลอย่างครอบคลุม มีการให้คำปรึกษาสำหรับผู้ที่ต้องการ และภายใต้ระบบบริการสำหรับให้ความช่วยเหลือ นอกจากนี้ ยังมีความชัดเจน สำหรับการเปลี่ยนแปลงทางกฎหมายว่า แนวทางที่ต้องการไม่ใช่การแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 305 แต่เป็นการยกเลิกประมวลกฎหมายอาญามาตรา 301 ถึง 305 ทั้งหมด และร่างพระราชบัญญัติฉบับใหม่ ซึ่งเป็นกฎหมายเฉพาะที่ใช้บังคับเกี่ยวกับเรื่องการทำแท้งที่มีเนื้อหาที่เอื้อสิทธิประโยชน์แก่หญิงที่ตั้งครรภ์เมื่อไม่พร้อม โดยเฉพาะ เพื่อให้ความคุ้มครองแก่หญิงที่ตั้งครรภ์ โดยไม่มีการดูแลให้ได้รับความปลอดภัยในร่างกาย และการสนับสนุนทางด้านจิตใจอย่างมีประสิทธิภาพ เพื่อเป็นการแก้ไขปัญหาการตั้งครรภ์ไม่พึงประสงค์ตั้งแต่ต้นเหตุ แต่ในสภาวะการณ์ปัจจุบัน หญิงที่ตั้งครรภ์จะได้รับบริการคำปรึกษาที่ถูกต้องและสร้างสรรค์จากสังคมมีจำนวนน้อยมาก และหญิงที่ตัดสินใจยุติการตั้งครรภ์ยังต้องพยายามช่วยตนเองเท่าที่จะทำได้ในเรื่องการแสวงหาบริการทั้งที่มีความปลอดภัยและไม่มีความปลอดภัย นอกจากนี้หญิงเหล่านี้ยังถูกนิยามตามกฎหมายว่าเป็นผู้ก่ออาชญากรรมอีกด้วย

จากกรณีดังกล่าวมาข้างต้นจะเห็นได้ว่า การที่ประเทศไทยมีบทบัญญัติของกฎหมายอันเป็นข้อยกเว้นไม่ครอบคลุมถึง กรณีภายใต้เงื่อนไขและหลักเกณฑ์ที่กฎหมายบัญญัติ ระบบที่มีข้อมูลครบถ้วนและมีการให้คำปรึกษาสำหรับผู้ที่ต้องการ ไปจนถึงภายใต้ระบบบริการของรัฐ และองค์กรพัฒนาเอกชนที่จะให้ความช่วยเหลือ นอกจากนี้ยังมีความชัดเจนสำหรับการเปลี่ยนแปลงทางกฎหมายว่า แนวทางที่ต้องการไม่ใช่การแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 305 แต่เป็นการยกเลิกประมวลกฎหมายอาญามาตรา 301 ถึง 305 ทั้งหมด แล้วร่างพระราชบัญญัติฉบับใหม่ ในลักษณะระบบกฎหมายเฉพาะที่มีเนื้อหาที่เอื้อสิทธิประโยชน์แก่หญิงที่ตั้งครรภ์เมื่อไม่พร้อม เพื่อให้การบังคับใช้กฎหมายมีความชัดเจน ครอบคลุมและเป็นไปตามเจตนารมณ์อย่างแท้จริง

4. ปัญหาเกี่ยวกับการที่ไม่มีหน่วยงานหรือคณะกรรมการคอยกำกับดูแลเกี่ยวกับเรื่อง การทำแท้งไว้โดยตรง

เมื่อพิจารณาเนื้อหาของประมวลกฎหมายอาญาและข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยหลักเกณฑ์ การปฏิบัติเกี่ยวกับการยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ตามมาตรา 305 แห่งประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2548 ดังกล่าว ในปัจจุบัน แม้จะได้มีการออกข้อบังคับโดยคณะกรรมการแพทยสภาเพื่อควบคุม ไม่มีการละเมิดต่อบทบัญญัติของกฎหมายและให้แพทย์ใช้เป็นแนวทางในการยุติการตั้งครรภ์ หากเข้า เงื่อนไขที่จะยุติการตั้งครรภ์ได้ก็ตาม แต่ตามประมวลกฎหมายอาญา และข้อบังคับของแพทยสภา ดังกล่าวก็ไม่ได้มีการกำหนดให้มีหน่วยงานใดหรือคณะกรรมการใดคณะกรรมการหนึ่งมากำกับดูแล และสอดส่องเพื่อป้องกันและแก้ไขปัญหเกี่ยวกับเรื่องการทำแท้งไว้โดยตรงทำให้แพทย์ที่ทำงาน เกี่ยวกับเรื่องนี้อาจมีการใช้ช่องว่างของกฎหมายเนื่องจากไม่มีหน่วยงานหรือคณะกรรมการมากำกับ ดูแลในการหาประโยชน์ที่ไม่ชอบได้

และจากปัญหาตามข้อ 3 ที่ได้วิเคราะห์ไว้หากมีการออกกฎหมายเฉพาะเกี่ยวกับเรื่องนี้ไว้ โดยตรงแล้ว หน่วยงานหรือคณะกรรมการที่ทำหน้าที่คอยกำกับดูแลเกี่ยวกับเรื่องการทำแท้งไว้ โดยตรงไม่เป็นหน่วยงานเฉพาะแต่คอยกำกับดูแลเท่านั้น แต่จะเป็นหน่วยงานที่ทำหน้าที่ในการกำหนด นโยบายและมาตรการในการคุ้มครองหญิงมีครรภ์ในการร้องขอยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ พัฒนาระบบความปลอดภัย เพื่อลดความเสี่ยงหรืออันตรายที่อาจเกิดขึ้นจากการเข้ารับบริการยุติ การตั้งครรภ์ทางการแพทย์ให้น้อยที่สุด อีกทั้งทำหน้าที่ในการกำหนดระเบียบหรือขั้นตอนในการร้องขอ เพื่อการยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์รวมถึงเมื่อมีการร้องขอยุติการตั้งครรภ์ขึ้นก็จะทำหน้าที่วินิจฉัย และทำความเข้าใจเกี่ยวกับคำร้องขอยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์และกำหนดหลักเกณฑ์ และวิธีการ พิจารณาคำร้องขอยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ด้วย ในการทำงานเพื่อให้เข้าใจปัญหา และทางแก้ไข มากที่สุดหน่วยงานหรือคณะกรรมการควรจัดให้มีการประชุมรับฟังความคิดเห็นของสถานพยาบาล และผู้ร้องขอเพื่อรับทราบปัญหาข้อเสนอแนะในการส่งเสริมและพัฒนาระบบความปลอดภัย เพื่อลด ความเสี่ยงจากความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการเข้ารับบริการยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์กำหนดนโยบาย บริหารงานและให้ความเห็นชอบแผนการดำเนินงานของสำนักงานและจะแต่งตั้งคณะกรรมการ เพื่อพิจารณาหรือปฏิบัติการอย่างใดอย่างหนึ่งตามที่มอบหมายก็ได้ และในการปฏิบัติหน้าที่นั้น เพื่อความสะดวกในปฏิบัติงานควรให้คณะกรรมการและคณะกรรมการที่ได้รับการแต่งตั้งจาก คณะกรรมการมีอำนาจออกคำสั่ง ให้สถานพยาบาลผู้ร้องขอ หรือทายาท บุคคล หน่วยงาน หรือองค์กร ที่เกี่ยวข้องทำหนังสือชี้แจงข้อเท็จจริง หรือแสดงความคิดเห็น หรือให้ส่งคำชี้แจง เอกสาร ข้อมูล หลักฐาน หรือวัตถุใดที่เกี่ยวข้องเพื่อใช้ประกอบการพิจารณาได้

จากที่ได้วิเคราะห์มาแล้วนั้น การมีหน่วยงาน หรือคณะกรรมการคอยกำกับดูแลเกี่ยวกับเรื่องการทำแท้งไว้โดยตรงจะช่วยให้การทำงานตามร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยการยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ พ.ศ.... เกิดสัมฤทธิ์ผลมากขึ้น อีกทั้งจากบทบาทอำนาจหน้าที่ตามร่างพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวนั้นจะเป็นส่วนสำคัญในการแก้ปัญหาเกี่ยวกับการทำแท้ง โดยไม่ชอบด้วยกฎหมายให้ลดลงอีกด้วย



บทที่ 5

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

1. บทสรุป

จากการศึกษาถึงปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการทำแท้งของประเทศไทยนั้น จะเห็นได้ว่า ในปัจจุบันกฎหมายเกี่ยวกับการทำแท้งของประเทศไทยได้บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 301 ถึง มาตรา 305 ซึ่งบัญญัติว่าการทำแท้งเป็นความผิด ทั้งหญิงที่ทำให้ตนเองแท้งลูก หรือยอมให้ผู้อื่นทำให้ตนเองแท้งลูก และผู้ใดที่ทำให้หญิงแท้งลูก และได้บัญญัติข้อยกเว้นไว้ในมาตรา 305 ว่ากรณีทำแท้งโดยแพทย์ หญิงตั้งครรภ์ให้ความยินยอม และเพื่อสุขภาพของหญิงนั้น หรือจากการตั้งครรภ์อันเกิดจากการกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา การทำแท้งภายใต้เงื่อนไขดังกล่าว ไม่เป็นความผิดตามกฎหมาย โดยมีเจตนารมณ์เพื่อให้ความคุ้มครองแก่สุขภาพของหญิง

แม้ประมวลกฎหมายอาญาของไทยจะ ได้ให้สิทธิแก่หญิงในการยุติการตั้งครรภ์ ตามเงื่อนไขทั้งสองประการแต่เหตุในการยุติการตั้งครรภ์ดังกล่าวนั้นก็ยังไม่ครอบคลุมถึงปัญหาที่เกิดขึ้นในสังคมไทย ซึ่งองค์การสหประชาชาติได้รับรองเหตุที่จะยุติการตั้งครรภ์ไว้ด้วยกัน ทั้ง 7 กรณี คือ

- (1) เพื่อคุ้มครองชีวิตหญิง
- (2) เพื่อคุ้มครองสุขภาพร่างกายของหญิง
- (3) เพื่อคุ้มครองสุขภาพจิตใจของหญิง
- (4) ตั้งครรภ์เนื่องจากการกระทำผิดอาญา
- (5) ความผิดปกติของทารกในครรภ์
- (6) เหตุผลทางเศรษฐกิจหรือเหตุผลทางสังคมอื่น และ
- (7) ความต้องการของหญิงมีครรภ์

จะเห็นว่าตามประมวลกฎหมายอาญาและตามข้อบังคับแพทย์สภาว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับการยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ ตามมาตรา 305 แห่งประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ.2548 ในประเทศไทยได้ให้การรับรองเพียงเหตุแห่งการยุติการตั้งครรภ์หรือให้ทำแท้งได้ไว้ตามข้อ (1),(2),(3) และ (4) เท่านั้น ส่วนตามข้อ (5),(6), และ (7) ยังไม่ได้มีการบัญญัติรับรองไว้

ทำให้เกิดปัญหาการลักลอบใช้บริการทำแท้งที่ผิดกฎหมายตามที่ปรากฏเป็นข่าวตามสื่อสาธารณะ อยู่เสมอไม่ได้มีการแก้ไขแต่อย่างใด

อีกทั้งประมวลกฎหมายอาญาก็มิได้มีการบัญญัตินิยามความหมายของการทำแท้งไว้แต่อย่างใด ทำให้ในทางปฏิบัติในการจับกุมผู้กระทำความผิดเป็นไปได้ยาก เนื่องจากความไม่ชัดเจนขณะใดจึงเรียกว่าเป็นการทำแท้งสำเร็จแล้ว นอกจากนี้ บทบัญญัติเกี่ยวกับการทำแท้งของประเทศไทยได้มีการบังคับใช้มาเป็นเวลานานและไม่ได้มีการแก้ไขให้เหมาะสมกับสถานการณ์ที่เปลี่ยนแปลงอย่างรวดเร็วในปัจจุบันทั้งด้านสังคมวัฒนธรรมและความเจริญก้าวหน้าของเทคโนโลยีทางการแพทย์ ทำให้ข้อยกเว้นการทำแท้งตามมาตรา 305 ไม่สามารถบังคับใช้ได้อย่างมีประสิทธิภาพและเป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมายอย่างแท้จริง

เมื่อบทบัญญัติของกฎหมายเกี่ยวกับข้อยกเว้นของการทำแท้งของประเทศไทย ดังกล่าวนั้นยังไม่มีความชัดเจนและครอบคลุมอย่างเพียงพอ เนื่องจากกฎหมายบัญญัติเหตุในการยุติการตั้งครรภ์หรือให้ทำแท้งได้ ไว้ในกรณีที่กระทำไปเพื่อสุขภาพร่างกายของหญิง และจากการถูกข่มขืนกระทำชำเราเท่านั้น โดยกฎหมายมิได้ให้นิยามความหมายของคำว่าสุขภาพไว้แต่อย่างใด ทำให้ในทางปฏิบัติหากเป็นเพราะกรณีอื่นนอกเหนือจากที่กฎหมายได้บัญญัติไว้ เช่น หญิงตั้งครรภ์มีปัญหาเกี่ยวกับสุขภาพจิตใจ หรือเพื่อสุขภาพของทารกในครรภ์ที่จะเกิดมาไม่ครบ 32 ประการ หรือเป็นโรคที่ไม่มีทางรักษาได้ เป็นต้น แพทย์ย่อมไม่กล้าที่จะตัดสินใจทำแท้งให้เนื่องจากกลัวว่าตนจะมีความผิดและต้องรับโทษตามกฎหมาย

ผลของความไม่ชัดเจนและครอบคลุมของบทบัญญัติดังกล่าวทำให้แพทย์ที่ทำแท้งให้ย่อมมีความเกรงกลัวหรือวิตกกังวลว่าการกระทำของตนดังกล่าวจะมีความผิดตามกฎหมายหรือไม่ และในการตีความบทบัญญัติของกฎหมายนั้นแพทย์ก็มิได้มีความเชี่ยวชาญ อีกทั้งตามหลักการตีความของกฎหมายอาญาแล้วต้องตีความอย่างเคร่งครัดอีกด้วย

แม้ต่อมาแพทย์สภาจะได้มีการประกาศข้อบังคับแพทย์สภาว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับการยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ตามมาตรา 305 แห่งประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2548 เพื่อใช้เป็นกรอบและแนวทางในการปฏิบัติและเพื่อคุ้มครองการกระทำของแพทย์ให้มีความชัดเจนยิ่งขึ้นก็ตาม แต่ประกาศข้อบังคับแพทย์สภาฯ ดังกล่าวนั้น ก็เป็นเพียงข้อบังคับเพื่อใช้เป็นกรอบและแนวทางในการปฏิบัติและเพื่อคุ้มครองการกระทำของแพทย์ให้มีความชัดเจนยิ่งขึ้น แต่ประกาศข้อบังคับดังกล่าว ก็มิได้เป็นบทบังคับเช่นเดียวกับกฎหมาย จึงควรมีการบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับการทำแท้งขึ้นเป็นการเฉพาะเพื่อให้การบังคับใช้กฎหมายมีประสิทธิภาพ และเป็นไปตามเจตนารมณ์อย่างแท้จริงเช่นเดียวกับกฎหมายเกี่ยวกับการทำแท้งของประเทศอังกฤษ และประเทศเยอรมนีที่ได้บัญญัติข้อยกเว้นไว้ในลักษณะคล้ายคลึงกัน

2. ข้อเสนอแนะ

จากการศึกษาถึงปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการทำแท้งของประเทศไทย เพื่อให้สิทธิแก่หญิงในการยุติการตั้งครรภ์ ผู้ศึกษาเห็นว่าจะต้องกำหนดเหตุในการยุติการตั้งครรภ์ให้มีความชัดเจน โดยเสนอให้มีการบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับการยุติการตั้งครรภ์ไว้เป็นการเฉพาะ ภายใต้เหตุในการยุติการตั้งครรภ์และเงื่อนไขดังต่อไปนี้

การยุติการตั้งครรภ์ต้องกระทำในโรงพยาบาลหรือหน่วยงานของรัฐที่ให้บริการรับผู้ป่วยไว้ค้างคืน หรือสถานพยาบาลเวชกรรมที่มีเตียงรับผู้ป่วยไว้ค้างคืนตามกฎหมายว่าด้วยสถานพยาบาล หรือคลินิกเวชกรรมตามกฎหมายว่าด้วยสถานพยาบาล ด้วยเหตุอย่างใดดังต่อไปนี้ คือ (1) เป็นการตั้งครรภ์ที่ก่อให้เกิดอันตรายต่อชีวิตของหญิง (2) เป็นการตั้งครรภ์ที่ก่อให้เกิดอันตรายต่อสุขภาพร่างกายของหญิง (3) เป็นการตั้งครรภ์ที่ก่อให้เกิดอันตรายต่อสุขภาพจิตใจของหญิง (4) เป็นการตั้งครรภ์เนื่องจากการกระทำความผิดอาญาตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 276 มาตรา 277 มาตรา 282 มาตรา 283 หรือมาตรา 284 (5) ตรวจพบว่าหากทารกในครรภ์คลอดออกมาจะพิการทางกาย หรือจิตใจ หรือเป็นพาหะโรคร้าย (6) มีเหตุสำคัญทางเศรษฐกิจหรือสังคม ทั้งนี้ตามหลักเกณฑ์วิธีการ และเงื่อนไขตามที่กำหนดไว้ในกฎกระทรวง (7) ตามการร้องขอของหญิงมีครรภ์ ซึ่งจะต้องประกอบด้วยเงื่อนไขดังนี้

(1) การยุติการตั้งครรภ์ต้องกระทำในโรงพยาบาลหรือหน่วยงานของรัฐที่ให้บริการรับผู้ป่วยไว้ค้างคืน หรือสถานพยาบาลเวชกรรมที่มีเตียงรับผู้ป่วยไว้ค้างคืนตามกฎหมายว่าด้วยสถานพยาบาล หรือคลินิกเวชกรรมตามกฎหมายว่าด้วยสถานพยาบาลที่ได้รับการรับรองจากกระทรวงสาธารณสุข

(2) การยุติการตั้งครรภ์จะต้องกระทำภายในอายุครรภ์ไม่เกินสิบสองสัปดาห์สำหรับทุกเหตุในการยุติการตั้งครรภ์ เว้นแต่การยุติการตั้งครรภ์ด้วยเหตุผลทางเศรษฐกิจหรือเหตุผลทางสังคมอื่น และตามคำร้องขอของหญิง แพทย์จะสามารถทำการยุติการตั้งครรภ์ได้ต่อเมื่อหญิงได้ร้องขอต่อคณะกรรมการพิจารณายุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์และได้รับคำแนะนำหรือคำปรึกษา จากนักสังคมสงเคราะห์แล้ว เพื่อวิเคราะห์ปัญหาและแนวทางแก้ไข พร้อมทั้งการให้ความรู้

(3) หากหญิงมีครรภ์มีความประสงค์ที่จะให้มีการยุติการตั้งครรภ์ภายหลังจากอายุครรภ์ล่วงพ้นสิบสองสัปดาห์ไปแล้ว ในกรณีที่เหตุในการยุติการตั้งครรภ์นั้น เนื่องมาจากการคุ้มครองชีวิตหญิงมีครรภ์หรือคุ้มครองสุขภาพร่างกายของหญิงมีครรภ์ หรือคุ้มครองสุขภาพจิตใจของหญิงมีครรภ์ หรือการตรวจพบว่าหากทารกในครรภ์คลอดออกมาจะพิการทางร่างกายหรือจิตใจ หรือเป็น

พาหะนำโรคร้ายจะต้องได้รับการวินิจฉัยและความเห็นชอบจากคณะกรรมการพิจารณายุติการตั้งครรภ์ทางแพทย์

(4) หากหญิงมีครรภ์มีความประสงค์ที่จะให้มีการยุติการตั้งครรภ์ภายหลังจากอายุครรภ์ล่วงพ้นสิบสองสัปดาห์ไปแล้ว ในกรณีที่เกิดในการยุติการตั้งครรภ์นั้น เนื่องจากการตั้งครรภ์เนื่องจากการกระทำความผิดอาญาตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 276, มาตรา 277, มาตรา 282, มาตรา 283 หรือมาตรา 284 ก็สามารถให้มีการยุติการตั้งครรภ์ได้ หากปรากฏว่าได้มีการร้องทุกข์ในคดีอาญาภายในอายุครรภ์สิบสองสัปดาห์นับแต่วันที่การกระทำความผิดได้เกิดขึ้น

การให้สิทธิในการยุติการตั้งครรภ์ เป็นการส่งเสริมให้หญิงมีครรภ์ได้มีสิทธิตัดสินใจที่จะยุติการตั้งครรภ์ได้อย่างปลอดภัยภายใต้การควบคุมและกำกับดูแลจากรัฐ ทั้งนี้เพื่อความปลอดภัยลดอันตรายโดยตรงที่จะเกิดจากภาวะแทรกซ้อนต่าง ๆ ที่มีโอกาสเกิดขึ้นได้จากการยุติการตั้งครรภ์ ที่ไม่ปลอดภัยและความเสียหายที่จะเกิดขึ้นกับสังคมได้ ดังนั้นหากการยุติการตั้งครรภ์ไม่เป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในร่างพระราชบัญญัติยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ พ.ศ....แล้ว หญิงที่ทำให้ตนเองแท้งลูกหรือยินยอมให้ผู้อื่นทำให้ตนเองแท้งลูก และผู้ที่ทำให้หญิงแท้งลูกย่อมมีความผิดตามร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวนี้เอง

ควรเสนอแนะ เพื่อเป็นแนวทางในการแก้ไขปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการทำแท้งของประเทศไทยได้อย่างครอบคลุม ดังต่อไปนี้

1. จะต้องมีการกำหนดเหตุในการยุติการตั้งครรภ์เพิ่มขึ้นเพื่อให้ครอบคลุม และชัดเจน โดยเสนอให้มีการบัญญัติกฎหมายยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ ทั้งนี้ปรากฏตามร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยการยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ พ.ศ.... เอกสารภาคผนวก

2. ควรให้มีการนิยามศัพท์เกี่ยวกับการทำแท้งไว้โดยชัดแจ้งในพระราชบัญญัติยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ ทั้งนี้ปรากฏตามร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยการยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ พ.ศ.... เอกสารภาคผนวก เพื่อให้สะดวกในการบังคับใช้ไม่เกิดปัญหาในการตีความอีกต่อไป

3. ควรให้มีกฎหมายเกี่ยวกับการทำแท้งไว้เป็นการเฉพาะ ทั้งนี้ปรากฏตามร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยการยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ พ.ศ.... เอกสารภาคผนวก

4. ให้มีคณะกรรมการพิจารณายุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ทำหน้าที่คอยกำกับดูแลและสอดส่องเพื่อป้องกันและแก้ไขปัญหาเกี่ยวกับการทำแท้งไว้โดยตรง ทั้งนี้ปรากฏตามร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยการยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ พ.ศ.... เอกสารภาคผนวก



บรรณานุกรม

บรรณานุกรม

- กันยา สุวรรณแสง. (2538). *จิตวิทยาทั่วไป*. (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพมหานคร: รวมสาส์น.
- เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. (2547). *หลักกฎหมายว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพ*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- คำธร คำประเสริฐ และมัลลิกา พิณจันท์ *LAI02 (LW102)*. *หลักกฎหมายเอกชน*.
กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยรามคำแหง.
- กฤตยา อาชวนิจกุล. (2547). “บทนำ: ผู้หญิงในวาทกรรมการเมืองเรื่องเพศและสิทธิอนามัยเจริญพันธุ์” *ผู้หญิงในวาทกรรมการเมืองเรื่องเพศและสิทธิอนามัยเจริญพันธุ์*, เชียงใหม่: ศูนย์สตรีศึกษาคณะสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่: 4.
- กฤตยา อาชวนิจกุล และกนกวรรณ ธรารวรรณ. (2543). “ขบวนการเคลื่อนไหวทางสังคมบนมิติการเมืองเรื่องเพศและร่างกายผู้หญิง.” ใน *เอกสารประกอบการสัมมนาเรื่องขบวนการทางสังคม: พลวัตเศรษฐกิจการเมืองไทย พ.ศ. 2543* จัดโดยสำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, กรุงเทพฯ, 9-10 ตุลาคม, หน้า 37.
- กุสุมา จินดาทิพย์. (2531). *ความจำเป็นที่กฎหมายยอมรับ*. (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ ไม่ได้ดีพิมพ์). กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- ข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับการยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ตาม มาตรา 305 แห่งประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2548.
- คณิต ฒ นคร. (2549). *กฎหมายอาญาภาคความผิด*. (พิมพ์ครั้งที่ 9) แก้ไขเพิ่มเติม. กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- _____. (2540). *รวมบทความด้านวิชาการ ของ ศาสตราจารย์ ดร.คณิต ฒ นคร*.
กรุงเทพมหานคร: ห้างหุ้นส่วนจำกัด พิมพ์อักษร.
- คณิตา โพธิ์ชนะพันธ์. (2539). *การยอมรับของวัยรุ่นต่อการทำแท้ง: ศึกษากรณีนักเรียนระดับประกาศนียบัตรวิชาชีพ ประเภทวิชาพาณิชยกรรม*. (วิทยานิพนธ์สังคมวิทยาและมนุษยวิทยาโทบริหารธุรกิจ). มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, กรุงเทพฯ.
- จิตติ ดิงสภักดิ์. (2553). *คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา*. (พิมพ์ครั้งที่ 7). กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา.
- _____. (2545). *กฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 2* (พิมพ์ครั้งที่ 5). กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา.

- _____. (2532). *คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 2 ตอนที่ 2 และภาค 3*. กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา.
- _____. (2530). *กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยบุคคล* (พิมพ์ครั้งที่ 6). กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- ณัฐพงศ์ โปษกะบุตร และพรชัย สุนทรพันธุ์ *LW102. หลักกฎหมายเอกชน*. กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยรามคำแหง.
- ณัฐธินิชา อเนกสมบูรณ์ผล. (2559). *กฎหมายทำแท้งของประเทศไทย*. สืบค้นเมื่อวันที่ 2 สิงหาคม 2559. จาก <https://www.scribd.com/doc/43584942/Abortion>.
- ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์. (2521). “กฎหมาย: การลดอัตราการเพิ่มประชากรกับการทำแท้ง” *วารสารนิติศาสตร์*, มีนาคม: 376.
- ชุตีพันธ์ ทิมทอง. (2548). *ความคิดเห็นที่มีต่อการทำแท้งของนักเรียนชั้นมัธยมปลายในเขตกรุงเทพมหานคร*. (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต ไม่ได้ตีพิมพ์). มหาวิทยาลัยเกษตรศาสตร์.
- ราชบัณฑิตยสถาน. (2556). *พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554* (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ: ราชบัณฑิตยสถาน.
- ธาวิต สุขพานิช. “ที่ทำห้อง นื่องทำแท้ง ROE V. WADE คลื่นความแห่งศตวรรษที่ 20,” ใน *เอกสารประกอบการประชุมระดับชาติเรื่องการตั้งครุฑไม่พึงประสงค์: ประเด็นท้าทายการให้บริการทางด้านสาธารณสุขของรัฐ*, บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยศรีนครินทรวิโรฒ และสถาบันวิจัยประชากรและสังคม มหาวิทยาลัยมหิดล ณ โรงแรมปรีนซ์พาเลส, 2538 (ธันวาคม, 7), หน้า 31.
- พรชัย สุนทรพันธุ์. (2515). *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยบุคคล* (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยรามคำแหง.
- _____. (2523). *กฎหมายว่าด้วยการทำแท้ง ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการลักลอบทำแท้งในประเทศไทย*. กรุงเทพมหานคร: ชีระการพิมพ์.
- พระเทพเวที. (ประยุทธ์ ปยุตโต). (2536). *ทำแท้งตัดสินใจอย่างไร*. กรุงเทพฯ: มหาจุฬาลงกรณราชวิทยาลัย.
- พระอมรมธชาจารย์ (นคร เขมปาลี), อธิการบดี มหาจุฬาลงกรณราชวิทยาลัย, สัมภาษณ์, 11 กันยายน 2558
- พิชัยศักดิ์ หรยางกูร. (2523). “กฎหมายการทำแท้ง” ใน *ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการทำแท้งในประเทศไทย* กรุงเทพฯ: ชีระการพิมพ์.

- วรพจน์ วิสชุดพิชญ์. (2538). *สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ: ศึกษารูปแบบการจำกัดสิทธิเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญให้ไว้อย่างเหมาะสม*. (รายงานการวิจัย) สำนักงานกองทุนสนับสนุนงานวิจัย, กรุงเทพฯ ฯ.
- วรพจน์ วิสชุดพิชญ์. (2543). *สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540*. กรุงเทพฯ ฯ: วิญญูชน.
- วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์. (2537). *กฎหมายทำแท้ง ข้อโต้แย้งที่ยังไม่ยุติ*. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์เจนเนอร์เพรส.
- วิลาสินี พนานครทรัพย์. (2554). การทำแท้ง: มุมมองที่แตกต่าง. *วารสารสังคมวิทยามานุษยวิทยา*, 30 (1), มกราคม-มิถุนายน: 105.
- วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์. (2519). คำพิพากษาศาลสูง เรื่อง การทำแท้งในสหรัฐอเมริกา. *นิติเวชสาธก* กรุงเทพฯ: กรุงเทพมหานครการพิมพ์
- วิสูตร ฟองศิริไพบูลย์. (2551). แพทย์ยุติการตั้งครรภ์ (ทำแท้ง) ให้อับหหญิงภายใต้เงื่อนไขที่แพทย์สภากำหนด: กฎเกณฑ์ทันสมัยที่แพทย์ไทยทุกคนต้องรู้. *เวชบันทึกศิริราช*, 1(2) 118.
- สมยศ เชื้อไทย. (2539). *ความรู้นิติปรัชญาเบื้องต้น* (พิมพ์ครั้งที่ 3). กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน.
- สมทบ สุวรรณสุทธิ. (2513). *ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยบุคคลพระนคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์และการเมือง*.
- สมภพ เรืองตระกูล. (2523). *คู่มือจิตเวชศาสตร์*. กรุงเทพฯ: อักษรสัมพันธ์.
- สุวัฒน์ จันทระจาง. (2525). *การทำแท้งกับปัญหาทางการแพทย์และสังคม*. กรุงเทพมหานคร: รุ่งเรืองการพิมพ์.
- แสวง บุญเฉลิมวิภาส. (2544). เหตุทำแท้งได้โดยไม่ผิดกฎหมาย: ปัญหาและแนวทางแก้ไข. *วารสารนิติศาสตร์*, 19 (2): 72.
- หยุด แสงอุทัย. (2544). *กฎหมายอาญา ภาค 2-3* (พิมพ์ครั้งที่ 10). กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- _____. (2497). *คำอธิบายกฎหมายลักษณะอาญา* (พิมพ์ครั้งที่ 5). กรุงเทพฯ: แพรวพิทยา.
- อารี สมบูรณ์สุข. (2524). *ช่วยสังคมได้ถ้าแก้กฎหมายทำแท้งการล้มมนาของสมาคมวางแผนครอบครัว*. กรุงเทพฯ: เทพรัตน์การพิมพ์.
- อัจฉริยา ชูตินันท์. (2556). *คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิด* (แก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 5). กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน.

- ธีรสิทธิ์ ยอดสุวรรณ. (2553). *ความคิดในการทำลายชีวิตทารก: ศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายไทยกับกฎหมายต่างประเทศ*. (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต ไม่ได้ตีพิมพ์). มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์.
- ปชาบดี ดั่งดี. (2557). *การทำแท้งโดยชอบด้วยกฎหมาย : ศึกษาเปรียบเทียบเงื่อนไขประกอบการทำแท้งในต่างประเทศ*. (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต ไม่ได้ตีพิมพ์). มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์, กรุงเทพฯ.
- ประมวลกฎหมายอาญา.
- ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์.
- ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา.
- พระสมุทฺธ ถาวรธมฺโท. (ทาทอง). *การศึกษาเปรียบเทียบปัญหาจริยธรรมเรื่องการทำแท้ง: วรรณคดีพุทธปรัชญาเถรวาทกับกฎหมายการทำแท้ง*. (วิทยานิพนธ์พระพุทธศาสตรมหาบัณฑิต ไม่ได้ตีพิมพ์). มหาจุฬาลงกรณราชวิทยาลัย, กรุงเทพฯ.
- เพียงจิต ตันดิจรัสวโรดม. (2551). *สิทธิเสรีภาพในการทำแท้งของหญิง*. (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต ไม่ได้ตีพิมพ์). มหาวิทยาลัยรามคำแหง, กรุงเทพฯ.
- มูลนิธิเพื่อสุขภาพและสิทธิอนามัยการเจริญพันธุ์ของสตรี (แห่งประเทศไทย). (2559). สืบค้นเมื่อวันที่ 26 มีนาคม 2559. จาก <http://www.womenhealth.or.th/home.html>.
- รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557.
- รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550.
- วารสารณั กษิรรัตน. (2525). *การศึกษาความคิดเห็นและทัศนคติของนักสังคมสงเคราะห์ทางการแพทย์: เรื่องศึกษาเฉพาะ โรงพยาบาลของรัฐ ในเขตกรุงเทพมหานคร เกี่ยวกับการกฎหมายทำแท้ง*. (วิทยานิพนธ์สังคมสงเคราะห์ศาสตรมหาบัณฑิต ไม่ได้ตีพิมพ์). มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, กรุงเทพฯ.
- วิกิพีเดีย สารานุกรมเสรี. (2559). *การทำแท้ง*. สืบค้นเมื่อวันที่ 20 มีนาคม 2559. จาก <https://th.wikipedia.org/wiki>.
- ศิริพร รุ่งรัตน์รัชชัย. (2557). *การทำแท้ง: ศึกษาปัญหาทางกฎหมายกรณีที่มีการดาบปัญหาทางจิต*. (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต ไม่ได้ตีพิมพ์). มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์, กรุงเทพฯ.
- สมปรารถนา หลั่งนาค. (2552). *ทารกในครรภ์มาดา: สิทธิและความคุ้มครอง*. (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต ไม่ได้ตีพิมพ์). มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, กรุงเทพฯ.

สารานุกรมไทยสำหรับเยาวชน โดยพระราชประสงค์ในพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัว. (2559).

ความหมายของการทำแท้ง. สืบค้นเมื่อวันที่ 2 สิงหาคม 2559.

จาก <http://kanchanapisek.or.th/kp6/sub/book/book.php?book=9&chap=4&page=t9-4-infodetail01.html>.

_____. (2559). สาเหตุของการทำแท้งผิดกฎหมาย. สืบค้นเมื่อวันที่ 2 สิงหาคม 2559.

จาก <http://kanchanapisek.or.th/kp6/sub/book/book.php?book=9&chap=4&page=t9-4-infodetail02.html>.

อารดี ประสมทรัพย์. (2552). ทางเลือกที่จะทำแท้ง: การพิทักษ์สิทธิผู้หญิงของวิชาชีพที่เกี่ยวข้อง.

(วิทยานิพนธ์ศิลปศาสตรมหาบัณฑิต ไม่ได้ตีพิมพ์). มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, กรุงเทพฯ.

อุทัย สุขวิวัฒน์ศิริกุล. (2559). การทำแท้ง ปัญหาใหญ่ในสังคมไทย. สืบค้นเมื่อวันที่ 2 สิงหาคม 2559.

จาก <http://www.oknation.net/blog/DIVING/2014/02/11/entry-1>.

พระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2525.

German Criminal Code.

The Abortion Act 1967.

The Infant Life Preservation Act 1929.

The Offences Against the Person Act 1861.

United Nations, World Abortion Policies 2011.

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

Ronald Dworkin. (1994, February). *Minesota Law Review*, 78(3). pp. 586-598.



ภาคผนวก

บันทึกหลักการและเหตุผลประกอบ
ร่างพระราชบัญญัติ
ว่าด้วยการยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์

พ.ศ....

หลักการ

ให้มีกฎหมายว่าด้วยการยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์

เหตุผล

โดยที่ประมวลกฎหมายอาญา ลักษณะ ๑๐ ความผิดเกี่ยวกับชีวิตและร่างกายหมวด ๓ ความผิดฐานทำให้แท้งลูก ได้ใช้บังคับมาเป็นเวลานานแล้วทำให้การบังคับใช้กฎหมายดังกล่าว โดยเฉพาะข้อยกเว้นตามมาตรา ๓๐๕ ไม่ครอบคลุมและยังไม่เป็นไปตามเจตนารมณ์อย่างแท้จริงของกฎหมาย และยังไม่มีความเหมาะสมกับสภาพสังคมและเทคโนโลยีที่เจริญก้าวหน้าในปัจจุบัน เนื่องจากกฎหมายได้ให้ความคุ้มครองแก่เฉพาะเพื่อความจำเป็นของสุขภาพร่างกายของหญิงมารดา และจากการกระทำความผิดในเรื่องการกระทำชำเราและอนาจารตามประมวลกฎหมายอาญานั้น ซึ่งไม่ครอบคลุมถึงกรณีอื่นๆ เช่น การทำแท้งเนื่องจากปัญหาสุขภาพจิตใจของหญิง การทำแท้งเนื่องจากปัญหาสุขภาพของทารกในครรภ์ การทำแท้งเนื่องจากโรคกรรมพันธุ์ เป็นต้น นอกจากนี้ บทบัญญัติของประมวลกฎหมายอาญาก็ยังไม่มีความสอดคล้องกับข้อกำหนดของแพทยสภา เกี่ยวกับอายุครรภ์ในการทำแท้งอันอาจก่อให้เกิดอันตรายต่อหญิงมารดาได้ จึงควรมีการบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับการทำแท้งให้มีความเหมาะสมและเป็นการเฉพาะ

สมควรที่จะให้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการทำแท้งของประเทศไทยเป็นการเฉพาะ โดยกำหนดหลักเกณฑ์แยกออกมาจากประมวลกฎหมายอาญา เพื่อให้มีความครอบคลุม ชัดเจน จึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัตินี้

ร่าง
พระราชบัญญัติ
ว่าด้วยการยุติการตั้งครุฑทางการแพทย์
พ.ศ....

.....
.....
.....
.....
.....

โดยที่เป็นการสมควรให้มีกฎหมายยุติการตั้งครุฑทางการแพทย์

.....

.....

มาตรา ๑ พระราชบัญญัตินี้เรียกว่า “พระราชบัญญัติว่าด้วยการยุติการตั้งครุฑทางการแพทย์ พ.ศ....”

มาตรา ๒ พระราชบัญญัตินี้ให้ใช้บังคับเมื่อพ้นกำหนดหนึ่งร้อยแปดสิบวันนับแต่วันประกาศในราชกิจจานุเบกษาเป็นต้นไป

มาตรา ๓ ในพระราชบัญญัตินี้
“ผู้ร้องขอ” หมายความว่า หญิงมีครรภ์ที่มีความประสงค์จะยุติการตั้งครุฑทางการแพทย์

“อนามัยเจริญพันธุ์” หมายความว่า ภาวะความแข็งแรงสมบูรณ์ของร่างกาย และจิตใจที่เป็นผลอันเกิดจากระบวนการทำหน้าที่ของระบบสุขภาพทางเพศและการเจริญพันธุ์ตลอดช่วงชีวิต ซึ่งทำให้ประชาชนมีคุณภาพชีวิตที่ดีและอยู่ในสังคมได้อย่างมีความสุข

“บริการอนามัยเจริญพันธุ์” หมายความว่า การให้บริการส่งเสริม ป้องกัน รักษา และฟื้นฟูที่เกี่ยวกับอนามัยเจริญพันธุ์

“การจัดสวัสดิการสังคม” หมายความว่า การจัดสวัสดิการสังคมตามกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการจัดสวัสดิการสังคม

“สถานบริการ” หมายความว่า สถานบริการตามกฎหมายว่าด้วยหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ

“สถานประกอบกิจการ” หมายความว่า สถานที่ซึ่งผู้ประกอบกิจการใช้เป็นสถานที่ประกอบธุรกิจและมีลูกจ้างทำงานอยู่ในสถานประกอบกิจการนั้น

“หน่วยงานของรัฐ” หมายความว่า กระทรวง ทบวง กรม ส่วนราชการที่เรียกชื่ออย่างอื่นและมีฐานะเป็นกรม ราชการส่วนภูมิภาค ราชการส่วนท้องถิ่น รัฐวิสาหกิจ องค์การมหาชน และหน่วยงานอื่นของรัฐ

“วิชาชีพเวชกรรม” หมายความว่า วิชาชีพที่กระทำต่อมนุษย์เกี่ยวกับการตรวจโรค การวินิจฉัยโรค การบำบัดโรค การป้องกันโรค การผดุงครรภ์การปรับสายตาด้วยเลนส์สัมผัส การแทงเข็มหรือการฝังเข็มเพื่อบำบัดโรคหรือเพื่อระงับความรู้สึก และหมายความรวมถึงการกระทำทางศัลยกรรม การใช้รังสี การฉีดยาหรือสาร การสอดใส่วัตถุใดๆ เข้าไปในร่างกาย ทั้งนี้เพื่อการคุมกำเนิด การเสริมสวย หรือการบำรุงร่างกายด้วย และ

“ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม” หมายความว่า บุคคลซึ่งได้ขึ้นทะเบียน และรับใบอนุญาตเป็นผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมจากแพทยสภา

“สุขภาพ” หมายความว่า ความผาสุกในทางร่างกายหรือจิตใจของหญิงมีครรภ์ด้วย

“แท้ง” หมายความว่า สิ้นสุดการตั้งครรภ์ก่อนกำหนดคลอด โดยที่ลูกในท้องไม่สามารถมีชีวิตอยู่ได้

“การยุติการตั้งครรภ์” หมายความว่า การกระทำโดยมีเจตนาทำให้ผู้ร้องขอแท้งลูกโดยวิธีการทางการแพทย์

“คณะกรรมการ” หมายความว่า คณะกรรมการพิจารณายุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์

“กรมการ” หมายความว่า กรมการพิจารณายุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์

“สำนักงาน” หมายถึง กรมอนามัย กระทรวงสาธารณสุข

“รัฐมนตรี” หมายถึง รัฐมนตรีผู้รักษาการตามพระราชบัญญัตินี้

มาตรา ๔ ให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุข รักษาการตามพระราชบัญญัตินี้ และมีอำนาจออกกฎกระทรวงและระเบียบเพื่อปฏิบัติการตามพระราชบัญญัตินี้

กฎกระทรวงและระเบียบนั้น เมื่อได้ประกาศในราชกิจจานุเบกษาแล้วให้ใช้บังคับได้

หมวด ๑
การยุติการตั้งครุฑทางการแพทย์

มาตรา ๕ ผู้ร้องขอมีสิทธิตัดสินใจด้วยตนเอง และมีสิทธิได้รับข้อมูลข่าวสารและความรู้ ได้รับการบริการอนามัยการเจริญพันธุ์ ได้รับข่าวสารความลับและความเป็นส่วนตัว ได้รับการจัดสวัสดิการสังคม อย่างเสมอภาคและไม่ถูกเลือกปฏิบัติ

มาตรา ๖ ให้สถานบริการดำเนินการป้องกันและแก้ไขปัญหาการตั้งครุฑแก่ผู้ร้องขอ ดังต่อไปนี้

(๑) ให้ข้อมูลข่าวสารและความรู้เกี่ยวกับการป้องกันและแก้ไขปัญหาการตั้งครุฑแก่ผู้ร้องขออย่างถูกต้อง ครบถ้วน และเพียงพอ

(๒) จัดให้มีบริการให้คำปรึกษาและบริการอนามัยเจริญพันธุ์ที่ได้มาตรฐานสำหรับผู้ร้องขอและสอดคล้องกับสิทธิตามมาตรา ๕ รวมทั้งจัดให้มีระบบการส่งต่อให้ได้รับการจัดสวัสดิการสังคมอย่างเหมาะสม

การกำหนดประเภทของสถานบริการและการดำเนินการของสถานบริการแต่ละประเภท ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่กำหนดในกฎกระทรวง

มาตรา ๗ ให้สถานประกอบกิจการดำเนินการป้องกันและแก้ไขปัญหาการตั้งครุฑ ดังต่อไปนี้

(๑) ให้ข้อมูลข่าวสารและความรู้เกี่ยวกับการป้องกันและแก้ไขปัญหาการตั้งครุฑแก่ผู้ร้องขอซึ่งเป็นลูกจ้างอย่างถูกต้อง ครบถ้วน และเพียงพอ

(๒) จัดหรือสนับสนุนให้ผู้ร้องขอซึ่งเป็นลูกจ้างเข้าถึงบริการให้คำปรึกษาและบริการอนามัยเจริญพันธุ์ รวมทั้งจัดให้มีระบบการส่งต่อให้ได้รับการจัดสวัสดิการสังคมอย่างเหมาะสม

การกำหนดประเภทของสถานบริการและการดำเนินการของสถานบริการแต่ละประเภท ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่กำหนดในกฎกระทรวง

มาตรา ๘ การยุติการตั้งครุฑทางการแพทย์ จะกระทำได้อต่อเมื่อผู้ร้องขอยินยอมและเป็นไปตามเงื่อนไขดังต่อไปนี้

(๑) จำเป็นต้องกระทำเนื่องจากจะเกิดอันตรายต่อชีวิตผู้ร้องขอนั้น หรือ

(๒) จำเป็นต้องกระทำเนื่องจากจะเกิดอันตรายต่อสุขภาพร่างกายผู้ร้องขอนั้น หรือ

(๓) จำเป็นต้องกระทำเนื่องจากจะเกิดอันตรายต่อสุขภาพจิตจิตผู้ร้องขอนั้น หรือ

(๔) ผู้ร้องขอมีครุฑเนื่องจากการกระทำความผิดอาญาตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา ๒๗๖

มาตรา ๒๗๗ มาตรา ๒๗๘ มาตรา ๒๗๙ หรือมาตรา ๒๘๐ หรือ

(๕) หากทารกในครรภ์คลอดออกมาจะพิการทางกายหรือจิตหรือเป็นพาหะโรคร้ายหรือ

(๖) เมื่อการคุมกำเนิดของผู้ร้องขอหรือสามีซึ่งได้รับบริการจากแพทย์หรือโดยคำสั่งแพทย์แล้วไม่ได้ผล หรือ

(๗) มีเหตุสำคัญทางเศรษฐกิจหรือสังคม ทั้งนี้ตามหลักเกณฑ์ วิธีการและเงื่อนไขที่กำหนดในกฎกระทรวงการยุติการตั้งครรภ์ตามวรรคหนึ่งต้องกระทำภายในอายุครรภ์ไม่เกินสิบสองสัปดาห์ การยุติการตั้งครรภ์ตาม (๖) และ (๗) นั้นจะต้องได้รับการวินิจฉัยและความเห็นชอบจากคณะกรรมการพิจารณายุติการตั้งครรภ์ทางแพทย์ตามมาตรา ๑๓ ก่อนจึงจะสามารถทำการยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ได้

มาตรา ๙ กรณีที่ผู้ร้องขอมีความประสงค์ที่จะให้มีการยุติการตั้งครรภ์ภายหลังจากอายุครรภ์ล่วงพ้นสิบสองสัปดาห์ไปแล้ว ตามเหตุแห่งการยุติการตั้งครรภ์ตามมาตรา ๘ (๔) นั้นก็สามารถให้มีการยุติการตั้งครรภ์ตามพระราชบัญญัตินี้ได้ หากปรากฏว่าผู้ร้องขอได้มีการร้องทุกข์ในคดีอาญาภายในอายุครรภ์สิบสองสัปดาห์นับแต่วันที่การกระทำความผิดได้เกิดขึ้น

มาตรา ๑๐ กรณีที่ผู้ร้องขอมีความประสงค์ที่จะให้มีการยุติการตั้งครรภ์ภายหลังจากอายุครรภ์ล่วงพ้นสิบสองสัปดาห์ไปแล้ว ตามเหตุแห่งการยุติการตั้งครรภ์ตามมาตรา ๘ (๑) (๒) (๓) และ (๕) นั้น จะต้องได้รับการวินิจฉัยและความเห็นชอบจากคณะกรรมการพิจารณายุติการตั้งครรภ์ทางแพทย์ ตามมาตรา ๑๔ ก่อนจึงจะสามารถทำการยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ได้

มาตรา ๑๑ การยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ตามมาตรา ๑๐ ต้องกระทำในสถานพยาบาลดังต่อไปนี้

(๑) โรงพยาบาลหรือหน่วยงานของรัฐที่ให้บริการรับผู้ป่วยไว้ค้างคืน หรือสถานพยาบาลเวชกรรมที่มีเตียงรับผู้ป่วยไว้ค้างคืนตามกฎหมายว่าด้วยสถานพยาบาล ทั้งนี้โดยสามารถปฏิบัติเกี่ยวกับการยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ได้ตามความเหมาะสม

(๒) คลินิกเวชกรรมตามกฎหมายว่าด้วยสถานพยาบาล

มาตรา ๑๒ แพทย์ผู้ที่จะกระทำการยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ตามพระราชบัญญัตินี้ต้องเป็นผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมตามกฎหมาย

มาตรา ๑๓ ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมที่ปฏิบัติเกี่ยวกับการยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ตามพระราชบัญญัตินี้จะต้องทำรายงานเสนอต่อคณะกรรมการพิจารณายุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ ตามเงื่อนไขและระยะเวลาในแบบฟอร์มที่คณะกรรมการฯ กำหนด

หมวด ๒

คณะกรรมการยุติการตั้งครุฑทางการแพทย์

มาตรา ๑๔ ให้มีคณะกรรมการคณะหนึ่ง เรียกว่า “คณะกรรมการพิชานยุติการตั้งครุฑทางการแพทย์” ประกอบด้วย

(๑) รัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุข เป็นประธาน

(๒) กรรมการโดยตำแหน่งประกอบด้วยปลัดกระทรวงสาธารณสุข ปลัดกระทรวงการคลัง ปลัดกระทรวงพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์ ปลัดกระทรวงมหาดไทย ปลัดกระทรวงยุติธรรม ปลัดกระทรวงแรงงาน ปลัดกระทรวงวัฒนธรรม

(๓) ผู้แทนสภาวิชาชีพด้านบริการสาธารณสุข จำนวนสอง

(๔) ผู้แทนคณะกรรมการวิชาชีพตามกฎหมายว่าด้วยการประกอบโรคศิลปะ จำนวนหนึ่งคน มาจากการเลือกกันเองของคณะกรรมการวิชาชีพสาขาต่างๆ

(๕) กรรมการผู้ทรงคุณวุฒิ จำนวนห้าคน ซึ่งเป็นผู้มีความเชี่ยวชาญด้านเศรษฐศาสตร์ สังคมศาสตร์ สื่อสารมวลชน สิทธิมนุษยชน และนิติศาสตร์ โดยรัฐมนตรีแต่งตั้งตามคำแนะนำของคณะกรรมการ

การคัดเลือกและแต่งตั้งกรรมการตามวรรคหนึ่ง (๓) (๔) และ (๕) ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขตามระเบียบที่รัฐมนตรีประกาศกำหนด ตามคำแนะนำของคณะกรรมการ

ให้อธิบดีกรมอนามัย เป็นกรรมการและเลขานุการ และผู้แทนสำนักงานหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ และผู้แทนกรมกิจการสตรีและสถาบันครอบครัว เป็นผู้ช่วยเลขานุการ

มาตรา ๑๕ กรรมการผู้ทรงคุณวุฒิ ต้องมีคุณสมบัติและไม่ต้องห้าม ดังต่อไปนี้

(๑) มีสัญชาติไทย

(๒) มีอายุไม่ต่ำกว่าสามสิบห้าปี

(๓) ไม่เป็นบุคคลล้มละลายหรือเคยเป็นบุคคลล้มละลายทุจริต

(๔) ไม่เป็นคนไร้ความสามารถหรือเสมือนไร้ความสามารถ

(๕) ไม่ติดยาเสพติดให้โทษ

(๖) ไม่เคยได้รับโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุก เว้นแต่เป็นโทษสำหรับความผิดที่ได้กระทำโดยประมาทหรือความผิดลหุโทษ

(๗) ไม่เคยต้องคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลให้ทรัพย์สินตกเป็นของแผ่นดินเพราะรื้อรายผิดปกติหรือมีทรัพย์สินเพิ่มขึ้นผิดปกติ

(๘) ไม่เคยถูกไล่ออก ปลดออก ให้ออก หรือเลิกจ้างจากหน่วยงานของรัฐหรือหน่วยงานของเอกชนเพราะทุจริตต่อหน้าที่ ประพฤติชั่วอย่างร้ายแรง หรือถือว่ากระทำการทุจริตและประพฤติมิชอบในวงราชการ

มาตรา ๑๖ กรรมการตามมาตรา ๑๔ (๓) (๔) และ(๕) มีวาระการดำรงตำแหน่งคราวละสองปีนับแต่วันที่ได้รับการแต่งตั้ง และอาจได้รับการคัดเลือกและแต่งตั้งใหม่ได้อีก แต่จะดำรงตำแหน่งติดต่อกันเกินสองวาระไม่ได้

เมื่อครบกำหนดตามวาระในวาระหนึ่ง หากยังมีได้มีการคัดเลือกหรือแต่งตั้งคณะกรรมการขึ้นใหม่ให้กรรมการซึ่งพ้นจากตำแหน่งตามวาระนั้นอยู่ในตำแหน่งเพื่อปฏิบัติหน้าที่ต่อไปจนกว่ากรรมการซึ่งได้รับการคัดเลือกหรือแต่งตั้งเข้ารับหน้าที่จนกว่ากรรมการซึ่งได้รับการคัดเลือกหรือได้รับแต่งตั้งเข้ารับหน้าที่ แต่ต้องไม่เกินเก้าสิบวันนับแต่วันที่กรรมการพ้นจากตำแหน่งตามวาระนั้น

ในการที่กรรมการตามวาระหนึ่งพ้นจากตำแหน่งก่อนครบวาระ ให้ดำเนินการคัดเลือกหรือแต่งตั้งกรรมการประเภทเดียวกันทดแทนภายในสามสิบวันนับแต่วันที่ตำแหน่งกรรมการนั้นว่างลงและให้ผู้ที่ได้รับคัดเลือกหรือได้การแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งแทนอยู่ในตำแหน่งเท่ากับวาระที่เหลืออยู่ของกรรมการซึ่งตนแทน

ในกรณีที่วาระของกรรมการที่พ้นจากตำแหน่งก่อนครบวาระเหลือไม่ถึงเก้าสิบวันจะไม่ดำเนินการคัดเลือกหรือแต่งตั้งกรรมการแทนตำแหน่งที่ว่างนั้นก็ได้และในการนี้ ให้คณะกรรมการประกอบด้วยกรรมการเท่าที่เหลืออยู่

มาตรา ๑๗ นอกจากพ้นจากตำแหน่งตามวาระตามมาตรา ๑๖ วาระหนึ่ง กรรมการตามมาตรา ๑๔ (๓) (๔) และ(๕) พ้นจากตำแหน่งเมื่อ

(๑) ตาย

(๒) ลาออก

(๓) รัฐมนตรีให้ออกเพราะบกพร่องหรือไม่สุจริตต่อหน้าที่ หรือหย่อนความสามารถ โดยมติคณะกรรมการ

(๔) ขาดคุณสมบัติหรือมีลักษณะต้องห้ามตามมาตรา ๑๕

มาตรา ๑๘ การประชุมกรรมการต้องมีกรรมการมาประชุมไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนกรรมการทั้งหมด จึงเป็นองค์ประชุม

ในการประชุมคณะกรรมการ ถ้าประธานกรรมการไม่มาประชุมหรือไม่อาจปฏิบัติหน้าที่ได้ให้ที่ประชุมเลือกกรรมการคนหนึ่งเป็นประธานในที่ประชุม

การวินิจฉัยชี้ขาดของที่ประชุมให้ถือเสียงข้างมาก กรรมการคนหนึ่งให้มีเสียงหนึ่งเสียงในการลงคะแนนถ้าเสียงเท่ากันให้ประธานในที่ประชุมออกเสียงเพิ่มขึ้นอีกเสียงหนึ่งเป็นเสียงชี้ขาด

มาตรา ๑๕ คณะกรรมการมีอำนาจหน้าที่ ดังต่อไปนี้

(๑) กำหนดนโยบายและมาตรการในคุ้มครองผู้ร้องขอในการยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ พัฒนาระบบความปลอดภัย เพื่อลดความเสี่ยงหรืออันตรายที่อาจเกิดขึ้นจากการเข้ารับบริการยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ให้น้อยที่สุด

(๒) กำหนดระเบียบหรือขั้นตอนในการร้องขอเพื่อการยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์

(๓) วินิจฉัยและทำความเข้าใจเกี่ยวกับคำร้องขอยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ตามมาตรา ๘ วรรคสาม และมาตรา ๑๐ แห่งพระราชบัญญัตินี้ และกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการพิจารณาคำร้องขอยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์

(๔) จัดประชุมรับฟังความคิดเห็นของสถานพยาบาลและผู้ร้องขอเพื่อรับทราบปัญหาข้อเสนอแนะในการส่งเสริมและพัฒนาระบบความปลอดภัยเพื่อลดความเสี่ยงจากความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการเข้ารับบริการยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์

(๕) กำหนดนโยบายบริการงาน และให้ความเห็นชอบแผนการดำเนินงานของสำนักงาน

(๖) ปฏิบัติหน้าที่อื่นตามที่พระราชบัญญัตินี้หรือกฎหมายอื่นให้เป็นอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการหรือตามที่คณะรัฐมนตรีมอบหมาย

มาตรา ๒๐ คณะกรรมการจะแต่งตั้งคณะอนุกรรมการเพื่อพิจารณาหรือปฏิบัติการอย่างใดอย่างหนึ่งตามที่คณะกรรมการมอบหมายก็ได้

การประชุมคณะอนุกรรมการ ให้นำมาตรา ๑๗ มาใช้บังคับโดยอนุโลม

มาตรา ๒๑ ในการปฏิบัติหน้าที่ตามพระราชบัญญัตินี้ ให้คณะกรรมการและคณะอนุกรรมการมีอำนาจออกคำสั่งให้สถานพยาบาล ผู้ร้องขอ หรือทายาท บุคคล หน่วยงาน หรือองค์กรที่เกี่ยวข้องทำหนังสือชี้แจงข้อเท็จจริง หรือแสดงความคิดเห็น หรือให้ส่งคำชี้แจงเอกสาร ข้อมูล หลักฐาน หรือวัตถุใดที่เกี่ยวข้องเพื่อใช้ประกอบการพิจารณาได้

มาตรา ๒๒ ให้กรมอนามัย กระทรวงสาธารณสุข รับผิดชอบงานธุรการของคณะกรรมการและคณะอนุกรรมการ และให้มีอำนาจหน้าที่ดังต่อไปนี้

(๑) รับและตรวจสอบคำร้องขอยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์

(๒) ประสานงานกับสถานพยาบาลเพื่อส่งเวชระเบียนของผู้ร้องขอหรือข้อมูล เอกสาร และหลักฐานที่เกี่ยวข้องให้คณะกรรมการหรือคณะอนุกรรมการ ตามมาตรา ๒๐

(๓) ประสานงานกับหน่วยงานของรัฐ องค์กรหรือบุคคลใด ๆ เพื่อทราบข้อเท็จจริงหรือความเห็นเพื่อประกอบการพิจารณาในการปฏิบัติหน้าที่ตามพระราชบัญญัตินี้

(๔) เก็บรวบรวม วิเคราะห์ข้อมูลการยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ตามพระราชบัญญัตินี้และวิธีลดความเสี่ยงจากความเสี่ยงที่จะเกิดจากการเข้ารับบริการยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์เพื่อเผยแพร่ต่อสาธารณชนและหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง

(๕) สนับสนุนการดำเนินงานตามมาตรการส่งเสริมพัฒนาระบบความปลอดภัยและลดความเสี่ยงจากความเสี่ยงที่จะเกิดจากการเข้ารับบริการยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ รวมทั้งการส่งเสริมความสัมพันธ์ที่ดีในระบบการร้องขอเข้ารับบริการยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์

(๖) มอบให้หน่วยงานของรัฐ องค์กร หรือบุคคลอื่นทำกิจการที่อยู่ภายในอำนาจหน้าที่ของสำนักงานตามพระราชบัญญัตินี้

(๗) จัดทำรายงานประจำปีเกี่ยวกับผลดำเนินงานและอุปสรรคในการดำเนินงานของคณะกรรมการ คณะอนุกรรมการ และสำนักงาน เพื่อเผยแพร่ต่อสาธารณชนและหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง

(๘) ประชาสัมพันธ์และแจ้งผู้ร้องขอและประชาชนทั่วไปเพื่อความเข้าใจหลักการและเหตุผล ขั้นตอนวิธีการ และเงื่อนไขการเข้ารับบริการยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ตามพระราชบัญญัตินี้

(๙) ปฏิบัติหน้าที่อื่นตามพระราชบัญญัตินี้หรือตามที่คณะกรรมการมอบหมาย



หมวด ๓
บทกำหนดโทษ

มาตรา ๒๓ ผู้ใดไม่ปฏิบัติตามคำสั่งของคณะกรรมการหรือคณะอนุกรรมการตาม
มาตรา โดยไม่มีเหตุอันสมควร ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสองเดือน หรือปรับไม่เกินสองหมื่น
บาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

มาตรา ๒๔ ในวาระเริ่มแรก ให้คณะกรรมการประกอบด้วยกรรมการตามมาตรา ๑๕
(๑) และ (๒) และให้อธิบดีกรมอนามัยเป็นกรรมการและเลขานุการ ปฏิบัติหน้าที่คณะกรรมการ
ตามพระราชบัญญัตินี้ไปพลางก่อนจนกว่าจะมีการแต่งตั้งผู้แทนสภาวิชาชีพด้านบริการสาธารณสุข
ตามมาตรา ๑๔ (๓) ผู้แทนคณะกรรมการวิชาชีพตามกฎหมายว่าด้วยการประกอบโรคศิลปะ ตาม
มาตรา ๑๕ (๔) และกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิตามมาตรา ๑๕ (๕) ซึ่งต้องไปเกินหนึ่งร้อยแปดสิบวัน
นับแต่วันที่พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับ ทั้งนี้ให้ผู้แทนสำนักปลัดกระทรวงสาธารณสุข ผู้แทนกรมอนามัย
เจริญพันธ์ และผู้แทนกรมกิจการสตรีและสถาบันครอบครัว เป็นผู้ช่วยเลขานุการ

ผู้รับสนองพระบรมราชโองการ
นายกรัฐมนตรี



ประวัติผู้ศึกษา

ชื่อสกุล	นายชัชพล พาชุนทด
วันเดือนปีเกิด	20 เมษายน 2523
ประวัติการศึกษา	นิติศาสตรบัณฑิต สถาบันราชภัฏนครราชสีมา เนติบัณฑิตไทย
สถานที่ทำงาน	สำนักงานประจำศาลแขวงนครราชสีมา สำนักงานศาลยุติธรรม
ตำแหน่ง	เจ้าพนักงานคดีชำนาญการ

