

การทำแท้ง : ศึกษาปัญหาทางกฎหมายกรณีที่มีการดามีปัญหาทางจิต

ศิริพร รุ่งรัตน์รัชชัย

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต

สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ปรีดี พนมยงค์

มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์

พ.ศ. 2557

**Abortion : Studying about legal problem in case of mother has
mental problem**

SIRIPORN RUNGRATTAWATCHAIA

**Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements
for the Degree of Master of Laws**

Department of Law

Pridi Banomyong Faculty of Law, Dhurakij Pundit University

2014

หัวข้อวิทยานิพนธ์	การทำแท้ง : ศึกษาปัญหาทางกฎหมายกรณีที่มารดามีปัญหาทางจิต
ชื่อผู้เขียน	ศิริพร รุ่งรัตน์รัชชัย
อาจารย์ที่ปรึกษา	ศาสตราจารย์ ดร.สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล
สาขาวิชา	นิติศาสตร์
ปีการศึกษา	2556

บทคัดย่อ

ตามประมวลกฎหมายอาญา ได้บัญญัติข้อยกเว้นถึงเหตุที่จะสามารถทำแท้งได้โดยไม่ผิดกฎหมายไว้ในมาตรา 305 ซึ่งบัญญัติว่า “ถ้าการกระทำความผิดดังกล่าวในมาตรา 301 และมาตรา 302 นั้นเป็นการกระทำของนายแพทย์ และ

(1) จำเป็นต้องกระทำเนื่องจากสุขภาพของหญิงนั้น หรือ

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

ผู้กระทำไม่มีความผิด”

เหตุที่จะทำแท้งได้โดยไม่ผิดกฎหมาย ตามมาตรา 305 นั้น จะต้องเป็นการกระทำโดยนายแพทย์ และต้องได้รับความยินยอมจากหญิงเท่านั้น โดยมีเหตุในการทำแท้ง 2 กรณี คือ เนื่องจากกรณีปัญหาทางด้านสุขภาพของหญิง หรือหญิงนั้นมีครรภ์เนื่องจากถูกข่มขืนกระทำชำเราเท่านั้น ปัญหาที่เกิดขึ้นจากบทบัญญัติดังกล่าวคือ การตีความคำว่า “สุขภาพของหญิง” ตามมาตรา 305(1) ยังไม่มีความชัดเจนแน่นอนว่าจะหมายความรวมถึงสุขภาพกายและสุขภาพจิต หรือหมายความเฉพาะสุขภาพกายเท่านั้น เพราะคำว่า “สุขภาพจิต” นั้นเป็นคำที่มีความหมายกว้าง ถ้าหากจะนำมาใช้กับบทบัญญัติในกฎหมายอาญา จะทำให้กฎหมายอาญาขาดความชัดเจนแน่นอน คลาดเคลื่อนไปจากเจตนารมณ์แห่งบทบัญญัติของกฎหมายได้

แม้ปัจจุบันจะมีข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับการยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ตามมาตรา 305 แห่งประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2548 ซึ่งประกาศใช้เมื่อวันที่ 15 ธันวาคม 2548 และให้มีผลใช้บังคับตั้งแต่วันถัดจากวันประกาศในราชกิจจานุเบกษาเป็นต้นไป ในข้อ 5. ซึ่งกำหนดว่า การยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ ตามมาตรา 305 (1) แห่งประมวลกฎหมายอาญาจะต้องเป็นกรณีที่ต้องกระทำเนื่องจากปัญหาสุขภาพกายของหญิงมีครรภ์หรือเป็นกรณีที่จะเป็นจะต้องกระทำเนื่องจากปัญหาสุขภาพจิตของหญิงมีครรภ์ โดยกำหนดเงื่อนไขว่า จะต้องได้รับการรับรองหรือเห็นชอบจากผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมที่มีใช้ผู้กระทำการยุติการ

ตั้งครรภ์อย่างน้อยหนึ่งคน แต่ก็ยังคงเป็นปัญหาอยู่อย่างมากในเมื่อตามกฎหมายอาญามาตรา 305 (1) ยังไม่มีความชัดเจนว่าจะตีความขยายไปถึงปัญหาทางจิตของหญิงที่ตั้งครรภ์หรือไม่

การศึกษาวิจัยนี้ได้ศึกษาความเป็นมาหลักการและแนวคิดของประเทศต่างๆ เกี่ยวกับการทำแท้งกรณีที่มีมารดามีปัญหาทางจิต เพื่อเป็นแนวทางในการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายอาญาเกี่ยวกับการอนุญาตให้ทำแท้งในกรณีที่มีมารดามีปัญหาทางจิตได้ในประเทศไทย โดยบัญญัติข้อยกเว้นตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 305 (1) เกี่ยวกับเรื่องสุขภาพจิตให้ชัดเจน กำหนดโรคทางจิตที่น่าจะเป็นเหตุให้แพทย์ควรทำแท้งหรือยุติการตั้งครรภ์ให้แก่หญิงได้ หากแพทย์ตรวจพบว่าหญิงที่ตั้งครรภ์มีปัญหาทางจิต รวมทั้งกำหนดวิธีการควบคุมในการทำแท้งของแพทย์ให้ชัดเจน เพื่อให้แพทย์สามารถทำแท้งให้กับหญิงตั้งครรภ์ซึ่งมีปัญหาทางจิตได้โดยถูกต้องตามกฎหมาย และเป็นการช่วยเพิ่มความปลอดภัยในการทำแท้งให้แก่หญิง รวมทั้งยังส่งผลดีต่อตัวหญิงตั้งครรภ์และต่อตัวเด็กที่จะคลอดออกมาในอนาคต ซึ่งหากมารดามีปัญหาทางจิตแล้วย่อมไม่สามารถดูแลเลี้ยงดูเด็กที่จะคลอดออกมาได้อยู่แล้ว อีกทั้งยังสามารถช่วยป้องกันและลดปัญหาของสังคมในอนาคตได้อีกด้วย

Thesis Title	Abortion : A Study on the Legal Ramifications of Mothers with Mental Illness
Author	Siriporn Rungrattawatchai
Thesis Advisor	Professor Dr. Surasak Likasitwatanakul
Department	Law
Academic Year	2013

ABSTRACT

In the Criminal Code, exceptions that allow for abortions to be conducted legally are specified in Section 305, which states that “if the offence mentioned in Section 301 and Section 302, is committed by a medical practitioner, and

(1) Is a necessary action to preserve the health of such woman, or

(2) The woman is pregnant as a result of the commission of criminal offences as provided in Section 276, Section 277, Section 282, Section 283, or Section 284, The offender is not guilty.”

Legal abortions, under Section 305, must be performed by a medical practitioner and requires the woman’s consent. There are 2 causes that allow for legal abortion; one is to preserve the woman’s health, and the other is in the case that the woman became pregnant as a result of rape or sexual assault. The problem with this provision is that the definition of “the woman’s health” as provided in Section 305 (1) is not clear as to whether it refers to both the woman’s physical and mental health or just to her physical health. The term “mental health” is very broad and if applied to the provisions within the Criminal Code, the Code would lack clarity and precision, and its interpretation could take away from the intent of the Criminal Code provisions themselves.

At present, the Medical Council of Thailand has regulations on the Medical Practices for Terminating Pregnancy in accordance with Section 305 of the Criminal Code B.E. 2548 (2005), which was announced on December 15, 2005, and put into effect the day following its announcement in the Government Gazette. Clause 5 of the Medical Council of Thailand’s Medical Practices for Terminating Pregnancy regulations states that medical termination of a

pregnancy as provided in Section 305 (1) of the Criminal Code is permitted only when necessary to preserve the physical health of the woman or when necessary for the sake of the mental health of the woman. The clause stipulates that this must be certified or consent must be given by at least one medical practitioner that is not the one performing the abortion. However, there are still many issues with this as Section 305 (1) of the Criminal Code is still unclear on whether or not its interpretation covers the mental health of the woman.

This study examines various countries' history, principles, and approaches regarding abortion for mothers with mental illness so that revisions and amendments to the Thai Criminal Code's sections on the permission of abortion for mothers with mental illness may be made. For example, the exceptions that allow for legal abortion as provided in Section 305 (1) for mothers with mental illness should be clearer; the mental diseases that may give a medical practitioner just cause to perform an abortion or terminate a pregnancy should be specified, should the medical practitioner find that the pregnant woman suffers from such diseases; as well as establishing clear control procedures for medical practitioners performing abortions so they may perform abortions on women with mental illness legitimately. These procedures may also increase safety in the abortions performed, as well as are beneficial to the pregnant women and the infants to be delivered as women with mental illness are mostly unable to care for their infants once they are born, which in turn prevents and mitigates future social issues.

กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์เล่มนี้สำเร็จลุล่วงไปได้ด้วยดี ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณคณะนิติศาสตร์ ปรีดี พนมยงค์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต ที่ได้มอบโอกาสในการศึกษา รวมทั้งองค์ความรู้ ทางด้านวิชาการต่างๆแก่ผู้เขียน ขอกราบขอพระคุณในความกรุณาและความอนุเคราะห์จากท่าน อาจารย์ ศาสตราจารย์ ดร.สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล ที่ได้สละเวลารับเป็นที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ และได้ให้คำแนะนำ ตรวจสอบวิทยานิพนธ์ ตลอดจนให้คำปรึกษาอันเป็นประโยชน์อย่างยิ่งต่อการทำ วิทยานิพนธ์เล่มนี้ ผู้เขียนจึงขอกราบขอบพระคุณเป็นอย่างสูงมา ณ ที่นี้

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณศาสตราจารย์ ดร.คณิต ณ นคร ที่ได้กรุณาสละเวลารับเป็น ประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ อาจารย์ ดร. อุทัย อาทิวา รงศาสตราจารย์ อัจฉริยา ชูดี นันทน์ ที่กรุณาสละเวลารับเป็นกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ และกรุณาให้เกียรติรวมทั้งสละเวลา อันมีค่าของท่านให้ข้อคิดและชี้แนะแนวทางในการทำวิทยานิพนธ์ให้มีความสมบูรณ์มากยิ่งขึ้น

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณบิดา มารดา นายทวี นางยินดี ซ้ายเกลี้ยง ผู้ให้กำเนิดและ เลี้ยงดูสั่งสอนผู้เขียนด้วยความรัก ความเมตตา และเป็นกำลังใจให้ผู้เขียนทำวิทยานิพนธ์เล่มนี้ได้ สำเร็จ

ผู้เขียนขอขอบคุณ คุณชาติ รุ่งรัตน์วัชชัย ที่ได้ให้กำลังใจ ความรัก การช่วยเหลือ และสนับสนุนผู้เขียนในด้านต่างๆตลอดระยะเวลาของการศึกษา และขอขอบคุณเพื่อนๆ พี่ๆ น้องๆ จากคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตที่ได้ให้ความช่วยเหลือแก่ผู้เขียนตลอดระยะเวลา การศึกษา

วิทยานิพนธ์เล่มนี้ หากจะเป็นประโยชน์และมีส่วนดีบ้างแล้ว ผู้เขียนขอขอบแต่ คณะอาจารย์ที่ได้อบรมสั่งสอนผู้เขียน บิดามารดาอันเป็นที่รักยิ่งของผู้เขียน หากมีข้อผิดพลาดหรือ บกพร่องในส่วนใดของวิทยานิพนธ์เล่มนี้ ผู้เขียนขอน้อมรับไว้แต่เพียงผู้เดียว และขออภัยมา ณ โอกาสนี้ด้วย

ศิริพร รุ่งรัตน์วัชชัย

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย.....	๗
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	๖
กิตติกรรมประกาศ.....	๗
บทที่	
1. บทนำ.....	1
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา.....	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา.....	4
1.3 สมมติฐานของการศึกษา.....	4
1.4 ขอบเขตของการศึกษา.....	5
1.5 วิธีดำเนินการศึกษา.....	5
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ.....	5
2. ความผิดฐานทำให้แท้งลูก ปัญหาและอุปสรรคในการบังคับใช้บทบัญญัติแห่ง กฎหมายว่าด้วยความผิดฐานทำให้แท้งลูกในประเทศไทย.....	7
2.1 ความหมายของการทำแท้ง.....	8
2.2 วิวัฒนาการของกฎหมายทำแท้งในประเทศไทย.....	14
2.2.1 กฎหมายตราสามดวง.....	14
2.2.2 กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127	20
2.2.3 ประมวลกฎหมายอาญา (พ.ศ.2500-ปัจจุบัน).....	21
2.3 ขอบเขตความผิดฐานทำให้แท้งลูกในส่วนที่เกี่ยวกับเวลาที่กระทำ.....	24
2.3.1 เวลาอันเป็นจุดเริ่มต้นของการกระทำความผิด.....	24
2.3.2 เวลาอันเป็นจุดสิ้นสุดของการกระทำความผิด.....	33
2.4 ขอบเขตความผิดฐานทำให้แท้งลูกในส่วนที่เกี่ยวกับผลของการกระทำ.....	37
2.4.1 การทำแท้งต้องเป็นการทำให้ทารกในครรภ์ออกมาจากครรภ์ในลักษณะ ที่ไม่มีชีวิต.....	37
2.4.2 การทำแท้งเป็นการทำให้ทารกในครรภ์ตายในขณะที่อยู่ในครรภ์หรือทำ ให้คลอดก่อนกำหนดโดยสภาพที่ไม่อาจมีชีวิตรอดได้ ไม่ว่าจะตาย ภายหลังคลอดนานเท่าใด.....	38

สารบัญ (ต่อ)

บทที่	หน้า
2.5 ปัญหาและอุปสรรคทั่วไปในการบังคับใช้กฎหมายเกี่ยวกับการทำแท้ง.....	40
2.5.1 อุปสรรคอันมาจากความเชื่อทางศาสนา.....	41
2.5.2 ปัญหาจากความไม่ชัดเจนของตัวบทกฎหมายและการตีความของคณะกรรมการกฤษฎีกา.....	54
2.6 ข้อจำกัดทางกฎหมายในการทำแท้งในกรณีที่มีโรคทางจิต.....	57
2.7 ข้อพิจารณาเกี่ยวกับข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับการยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ตามมาตรา 305 แห่งประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2548.....	66
3. กฎหมายทำแท้งกรณีเกี่ยวกับปัญหาทางจิตของมารดาในต่างประเทศ.....	70
3.1 ประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law).....	70
3.1.1 ประเทศอังกฤษ.....	70
3.1.2 เทคสหรัฐอเมริกา.....	77
3.1.3 ประเทศสิงคโปร์.....	85
3.2 ประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law).....	88
3.2.1 ประเทศเยอรมนี.....	88
3.2.2 ประเทศสวีเดน.....	99
3.3 ตารางเปรียบเทียบเหตุผลในการทำแท้งของแต่ละประเทศ.....	101
4. บทวิเคราะห์เหตุทำแท้งได้โดยชอบด้วยกฎหมายกรณีที่มีโรคทางจิต.....	102
4.1 ความชอบธรรมในการทำแท้ง.....	102
4.1.1 ข้อพิจารณาด้านคุณธรรมทางกฎหมาย.....	102
4.1.2 ข้อพิจารณาด้านสิทธิมนุษยชน.....	103
4.1.3 ข้อพิจารณาด้านศาสนาและศีลธรรม.....	104
4.1.4 ข้อพิจารณาด้านจริยธรรม.....	105
4.2 วิเคราะห์เหตุทำแท้งได้โดยชอบด้วยกฎหมาย ตามมาตรา 305.....	106
4.3 วิเคราะห์ปัญหาการทำแท้งในกรณีที่มีโรคทางจิต.....	110
4.3.1 ผู้ป่วยจิตเภท.....	112
4.3.2 โรคทางจิตที่น่าจะเป็นเหตุให้แพทย์ควรทำแท้งให้แกหญิงได้.....	114

สารบัญ (ต่อ)

บทที่	หน้า
4.3.3 วิเคราะห์ความสอดคล้องเหมาะสมในการกำหนดเหตุที่จะทำแห่งได้ ในกรณีมารดามีปัญหาทางจิตกับสภาพสังคมในปัจจุบัน.....	122
5. บทสรุปและข้อเสนอแนะ.....	127
5.1 บทสรุป.....	127
5.2 ข้อเสนอแนะ.....	133
บรรณานุกรม.....	137
ภาคผนวก	145
ก. ข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับการยุติการ ตั้งครรภ์ทางการแพทย์ตามมาตรา 305 แห่งประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2548.....	146
ข. ระบบจำแนกโรคใน ICD-10 ขององค์การอนามัยโลก (World Health Organization).....	149
ประวัติผู้เขียน.....	154

บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

จากเหตุการณ์เมื่อไม่นานมานี้ ได้มีข่าวการลักลอบทำแท้ง โดยเก็บซากทารกที่เกิดจากการทำแท้งกว่า 2,000 ซาก ในโกดังเก็บศพภายในวัดไฟเงิน สร้างความตื่นตระหนกและก่อให้เกิดความสลดแก่สังคมเป็นอย่างยิ่ง สะท้อนให้เห็นถึงปัญหาการลักลอบทำแท้งที่ยังคงมีอยู่คู่กับสังคมไทยตลอดมา

การทำแท้งหรือการยุติการตั้งครรภ์นั้นเป็นปัญหาทั้งทางสังคม ทางการแพทย์ และทางกฎหมายที่มีความละเอียดอ่อน เนื่องจากการทำแท้งเป็นประเด็นปัญหาที่เกี่ยวข้องกับจริยธรรมและศีลธรรม จึงทำให้ปัญหาการทำแท้งยังคงมีข้อโต้แย้งกันมาโดยตลอด โดยเฉพาะอย่างยิ่งทางด้านกฎหมายซึ่งมีประเด็นว่าควรมีกฎหมายที่รองรับการทำแท้ง หรือกฎหมายที่อนุญาตให้มีการทำแท้งได้โดยถูกต้องตามกฎหมายหรือไม่

การทำแท้งในประเทศไทยถือว่าเป็นความผิด โดยได้มีการบัญญัติความผิดเกี่ยวกับการทำแท้งไว้ในประมวลกฎหมายอาญา หมวด 3 ตั้งแต่มาตรา 301-304 และได้บัญญัติข้อยกเว้นถึงเหตุที่จะทำแท้งได้โดยไม่ผิดกฎหมายไว้ในมาตรา 305 ซึ่งบัญญัติว่า “ถ้าการกระทำความผิดดังกล่าวในมาตรา 301 และมาตรา 302 นั้นเป็นการกระทำของนายแพทย์ และ

- (1) จำเป็นต้องกระทำเนื่องจากสุขภาพของหญิงนั้น หรือ
- (2) หญิงมีครรภ์เนื่องจากการกระทำความผิดอาญาตามที่บัญญัติไว้ใน มาตรา 276

มาตรา 277 มาตรา 282 มาตรา 283 หรือมาตรา 284

ผู้กระทำไม่มีความผิด”

เหตุที่จะทำแท้งได้ตามมาตรา 305 การทำแท้งนั้นจะต้องเป็นการกระทำโดยแพทย์ และต้องได้รับความยินยอมจากหญิงเท่านั้น โดยมีเหตุเนื่องจากกรณีสุขภาพของหญิง หรือหญิงนั้นมีครรภ์เนื่องจากถูกข่มขืน ปัญหาที่เกิดขึ้นจากบทบัญญัติดังกล่าวคือ การตีความคำว่า “สุขภาพของหญิง” ตามมาตรา 305(1) ยังไม่มีความชัดเจน นักวิชาการบางท่านเห็นว่า คำว่า “สุขภาพ” นี้จะเป็นสุขภาพทางกายหรือทางจิตก็ได้ บางท่านก็ได้ให้ความเห็นโดยอธิบายคำว่า “สุขภาพ” ตามบท

¹ จิตติ ดิงสภักดิ์. (2531). คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 2 และภาค 3. หน้า 2064.

นิยามขององค์การอนามัยโลกว่า หมายถึง ความผาสุกในทางร่างกาย จิตใจและสังคม ไม่ใช่เพียงแค่ปราศจากโรคหรือความเจ็บป่วยเท่านั้น และจากบทนิยามขององค์การอนามัยโลกนี้ คำว่า “สุขภาพ” จึงน่าจะรวมความหมายทั้งร่างกาย จิตใจและสังคมด้วย แต่ก็มีนักวิชาการบางท่านให้ความเห็นว่าน่าจะมีความหมายเฉพาะสุขภาพกายของหญิงเท่านั้น เพราะคำว่า “สุขภาพจิต” นั้นเป็นคำกว้าง ถ้าหากจะนำมาใช้กับบทบัญญัติในกฎหมายอาญา จะทำให้กฎหมายอาญาขาดความชัดเจนแน่นอน ยิ่งถ้าพิจารณาจากบทนิยามคำว่า สุขภาพขององค์การอนามัยโลกก็จะพบว่า องค์การอนามัยโลกได้ให้ความหมายไว้กว้างมาก เห็นว่าไม่น่าจะนำมาตีความบทบัญญัติในกรณีนี้ ทั้งนี้เนื่องจากการกำหนดบทนิยามขององค์การอนามัยโลกมีความมุ่งหมายเพื่อทางการแพทย์โดยเฉพาะ หากนำมาตีความกฎหมายอาญาจะทำให้การตีความคลาดเคลื่อนไปจากเจตนารมณ์แห่งบทบัญญัติ²

ปัญหาในเรื่องการตีความคำว่า “สุขภาพ” ตามบทบัญญัติแห่งมาตรา 305(1) นักวิชาการส่วนใหญ่ยังพิจารณาว่าสมควรตีความคำว่า “สุขภาพ” โดยพิจารณาถึงเฉพาะสุขภาพทางกายของหญิงเท่านั้น ส่วนกรณีที่หญิงมีปัญหาทางจิตยังไม่มีกรณีความขยายไปถึงปัญหาดังกล่าว จึงทำให้แพทย์บางส่วนไม่กล้าทำแท้งให้กับหญิงที่ตั้งครรภ์ซึ่งมีปัญหาทางจิต บทบัญญัติในมาตรา 305 (1) จึงเป็นบทบัญญัติที่ขัดต่อหลักประกันในกฎหมายอาญา ในเรื่องกฎหมายอาญาต้องบัญญัติให้ชัดเจนแน่นอน และหากจะตีความคำว่า “สุขภาพ” ให้รวมไปถึงปัญหาในเรื่องสุขภาพจิตว่าจะยอมให้ทำแท้งได้หรือไม่นั้น ในความเห็นของนักกฎหมายส่วนใหญ่แล้วเห็นว่าไม่น่าจะตีความรวมไปถึงปัญหาเรื่องสุขภาพจิต เพราะจะทำให้กฎหมายอาญาขาดความชัดเจนและแน่นอน

หากมองถึงปัญหาทางจิตของหญิงที่ตั้งครรภ์แล้ว ย่อมมีความสำคัญไม่น้อยไปกว่าปัญหาทางด้านสุขภาพกายของหญิงที่ตั้งครรภ์ เพราะหากหญิงที่ตั้งครรภ์มีปัญหาทางจิตซึ่งในบางโรค อาจทำให้เกิดปัญหาไม่น้อยไปกว่าสุขภาพกาย อีกทั้งอาการทางจิตที่เกิดขึ้นอาจรุนแรงต่อตัวหญิงเองหรือต่อตัวทารกที่เกิดมาก็ได้ เช่น หากหญิงที่ตั้งครรภ์เป็นจิตเภทชนิดหวาดระแวง มีผลทำให้หลงผิดคิดว่าคู่สมรสจะนอกใจหรือคิดว่าเด็กที่เกิดมาจะทำร้ายตนเอง เช่นนี้เด็กที่คลอดออกมา ใครจะเป็นผู้ดูแล หรืออาจจะส่งผลให้มีการทำร้ายตัวเองและทำร้ายเด็กที่เกิดมาก็ได้ หรืออาจเป็นโรคจิตบางประเภท เช่น ผู้ป่วยจะมีอาการจุดไฟหรือพยายามจุดไฟเผาทรัพย์สินสมบัติ หรือวัตถุอื่นๆ หลายๆ ครั้ง รวมทั้งตัวเด็ก หากหญิงตั้งครรภ์ซึ่งเป็นโรคจิตประเภทเหล่านี้ ไม่มีมาตรการป้องกันในทางกฎหมายเสียก่อน เด็กที่เกิดมาคงต้องได้รับผลกระทบที่เกิดจากปัญหาทางจิตของมารดาอย่างแน่นอน แต่เนื่องจากกฎหมายอาญาของไทยยังไม่มีความชัดเจนในเรื่องการตีความว่า

² แสวง บุญเฉลิมวิภาส. (2532, มิถุนายน). “เหตุทำแท้งได้โดยไม่ผิดกฎหมาย : ปัญหาและแนวทางแก้ไข”. วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 19(2). หน้า 71.

จะขยายความไปถึงปัญหาสุขภาพจิตหรือไม่ ซึ่งอาจทำให้แพทย์ไม่กล้าตัดสินใจทำแท้งให้แก่หญิงตั้งครรภ์ซึ่งมีปัญหาทางจิตได้ เพราะเกรงว่าตนเองอาจจะรับโทษทางอาญาได้

แม้ปัจจุบันจะมีข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับการยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ตามมาตรา 305 แห่งประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2548 ซึ่งประกาศใช้เมื่อวันที่ 15 ธันวาคม 2548 และให้มีผลใช้บังคับตั้งแต่วันถัดจากวันประกาศในราชกิจจานุเบกษาเป็นต้นไป ในข้อ 5. ซึ่งกำหนดว่า การยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ ตามมาตรา 305 (1) แห่งประมวลกฎหมายอาญาจะต้องเป็นกรณีที่จะต้องกระทำเนื่องจากปัญหาสุขภาพกายของหญิงมีครรภ์หรือเป็นกรณีที่จะเป็นจะต้องกระทำเนื่องจากปัญหาสุขภาพจิตของหญิงมีครรภ์ โดยกำหนดเงื่อนไขว่า จะต้องได้รับการรับรองหรือเห็นชอบจากผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมที่มีใช้ผู้กระทำการยุติการตั้งครรภ์อย่างน้อยหนึ่งคน แต่ก็ยังคงเป็นปัญหาอยู่อย่างมากในเมื่อตามกฎหมายอาญามาตรา 305 (1) ยังไม่มีความชัดเจนว่าจะตีความขยายไปถึงปัญหาทางจิตของหญิงที่ตั้งครรภ์หรือไม่ ซึ่งอาจทำให้แพทย์ผู้กระทำการยุติการตั้งครรภ์อาจจะได้รับโทษในทางอาญาได้ และก็คงไม่มีแพทย์คนใดจะทดสอบเรื่องนี้ โดยยอมตัวที่จะถูกฟ้องศาลและทำการต่อสู้คดีเพื่อให้ได้มาซึ่งบรรทัดฐานการวินิจฉัยของศาลฎีกา

ดังนั้น แม้จะมีข้อยกเว้นตามกฎหมายให้ทำแท้งได้โดยแพทย์เป็นผู้กระทำและต้องจำเป็น เนื่องจากสุขภาพของหญิงหรือหญิงมีครรภ์เพราะถูกข่มขืนกระทำชำเรา มุมมองที่น่าพิจารณาในการที่แพทย์จะทำแท้งหรือยุติการตั้งครรภ์เนื่องจากสุขภาพของหญิงนั้น ยังพิจารณาเพียงแค่ว่าสุขภาพกายของหญิงเท่านั้น แต่หากความผิดเกี่ยวกับการทำแท้งยังคงมีอยู่เหมือนเดิม เพียงแต่กำหนดให้มีความชัดเจนในเรื่องข้อยกเว้นของเหตุที่จะสามารถทำแท้งหรือยุติการตั้งครรภ์ได้โดยชอบด้วยกฎหมายในกรณีที่มารดามีปัญหาทางจิต ซึ่งไม่ได้เกิดจากการกลุ้มใจหรือมีความเครียด แต่หากเป็นโรคจิตที่ทำให้เกิดพยาธิสภาพต่อร่างกาย เพื่อเป็นการแก้ไขปัญหาทางสังคมให้สอดคล้องกับความเป็นจริง โดยบัญญัติข้อยกเว้นตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 305 (1) และกำหนดวิธีการควบคุมในการทำแท้งของแพทย์ให้ชัดเจน กำหนดโรคของจิตใจที่น่าจะเป็นเหตุให้แพทย์ควรทำแท้งหรือยุติการตั้งครรภ์ของหญิงได้ หากแพทย์ตรวจพบว่าหญิงที่ตั้งครรภ์มีปัญหาเนื่องจากสุขภาพจิต เพื่อให้แพทย์สามารถทำแท้งให้กับหญิงตั้งครรภ์ซึ่งมีปัญหาทางจิตได้ โดยถูกต้องตามกฎหมายและเพื่อให้สอดคล้องกับปัญหาการลักลอบทำแท้งที่กำลังเป็นปัญหาสำคัญของสังคมไทยในยุคปัจจุบัน

จากเหตุผลดังกล่าวข้างต้น จึงเป็นที่มาและปัญหาสำคัญที่ทำให้มีการศึกษางานวิจัยฉบับนี้ ซึ่งจะเป็นการศึกษาถึงเหตุที่ทำให้แพทย์สามารถทำแท้งให้แก่หญิงตั้งครรภ์ที่มีปัญหาทางด้านสุขภาพจิต เพื่อเป็นการช่วยเหลือหญิงตั้งครรภ์ที่มีปัญหาทางด้านสุขภาพจิตซึ่งไม่สามารถดูแลด้วย

คู่เด็กที่จะคลอดออกมาได้ และเพื่อเป็นการป้องกันปัญหาที่จะเกิดขึ้นต่อตัวเด็กที่จะเกิดมาซึ่งอาจได้รับผลกระทบจากปัญหาทางด้านสุขภาพจิตของมารดา อันจะส่งผลเป็นปัญหาต่อสังคมต่อไปในอนาคตด้วย

1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา

1. ศึกษาเปรียบเทียบ ชั่งน้ำหนักคุณธรรมทางกฎหมาย ระหว่างคุณธรรมทางกฎหมายของมารดา และคุณธรรมทางกฎหมายของชีวิตในครรภ์ เพื่อเป็นแนวทางในศึกษาถึงเหตุที่สามารถทำแท้งได้โดยชอบด้วยกฎหมาย
2. เพื่อศึกษาถึงปัญหาและอุปสรรคในการบังคับใช้และการตีความกฎหมายเกี่ยวกับการทำแท้งตามประมวลกฎหมายอาญาที่บังคับใช้อยู่ในปัจจุบัน
3. เพื่อศึกษาถึงข้อบกพร่องของเหตุที่อนุญาตให้ทำแท้งได้โดยชอบด้วยกฎหมายตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 305 (1) ตลอดจนความสอดคล้องและความเหมาะสมกับสภาพสังคมในยุคปัจจุบัน
4. ศึกษาถึงแนวทางเกี่ยวกับการทำแท้งตามกฎหมายของต่างประเทศ เพื่อใช้เป็นแนวทางในการเสนอกฎหมายทำแท้งในกรณีที่มีมารดามีปัญหาทางจิตของประเทศไทย ให้สามารถแก้ไขปัญหาคตามสภาพความเป็นจริงในปัจจุบัน
5. เพื่อนำเสนอแนวทางในการบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติกฎหมายทำแท้งในกรณีที่มีมารดามีปัญหาทางจิตให้เหมาะสมกับประเทศไทยต่อไป

1.3 สมมติฐานของการศึกษา

การทำแท้งในประเทศไทยตามประมวลกฎหมายอาญาบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ แต่มีข้อยกเว้นถึงเหตุที่จะทำแท้งได้โดยชอบด้วยกฎหมายตามเงื่อนไขที่บัญญัติไว้ในมาตรา 305 ซึ่งมี 2 กรณีด้วยกัน คือ กรณีที่จำเป็นต้องกระทำเนื่องจากสุขภาพของหญิง และกรณีหญิงมีครรภ์เนื่องจากการกระทำความคิดเกี่ยวกับเพศ เนื่องจากคำว่า “สุขภาพ” ยังไม่มีความชัดเจนส่งผลให้เกิดปัญหาในการตีความว่าหมายถึงความถึงเฉพาะสุขภาพกายของหญิง หรือรวมถึงสุขภาพจิตของหญิงด้วย ซึ่งนักวิชาการส่วนมากมีความเห็นว่าสมควรพิจารณาถึงเฉพาะสุขภาพทางกายของหญิงเท่านั้น ส่วนในกรณีที่หญิงมีปัญหาทางจิตยังไม่มีความชัดเจนว่าจะตีความขยายไปถึงปัญหาดังกล่าวหรือไม่ จึงเป็นอุปสรรคอย่างมากหากแพทย์ตรวจพบว่าหญิงตั้งครรภ์มีปัญหาทางจิตและอาจส่งผลกระทบต่อเด็กที่จะเกิดขึ้นมาได้ แต่ไม่สามารถทำแท้งหรือยุติการตั้งครรภ์ให้แก่หญิงที่มีปัญหาทางจิตได้ เพราะเหตุกฎหมายยังมีความไม่ชัดเจนว่าคำว่า “สุขภาพ” นั้น หมายความว่า

รวมทั้งสุขภาพทางกายและสุขภาพทางจิตด้วยหรือไม่ จึงทำให้แพทย์ส่วนใหญ่ไม่กล้าทำแท้งหรือ ยุติการตั้งครรภ์ให้แก่หญิงที่มีปัญหาทางจิต แม้ปัจจุบันจะได้มีข้อบังคับแพทย์สภาว่าด้วย หลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับการยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ตามมาตรา 305 แห่งประมวล กฎหมายอาญา พ.ศ. 2548 ให้แพทย์สามารถยุติการตั้งครรภ์ได้หากตรวจพบว่าหญิงมีครรภ์มี ปัญหาสุขภาพจิต แต่ก็ยังคงเป็นปัญหาอยู่มาก หากในเมื่อเหตุที่สามารถยุติการตั้งครรภ์ตาม ประมวลกฎหมายอาญายังไม่ชัดเจนว่าจะรวมถึงกรณีที่มีการมีปัญหาสุขภาพจิตด้วยหรือไม่ ดังนั้น หากมีการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายอาญามาตรา 305 (1) โดยบัญญัติถึงเหตุที่ สามารถทำแท้งได้โดยชอบด้วยกฎหมายให้มีความชัดเจน กล่าวคือ ระบุเหตุปัญหาทางด้าน สุขภาพจิตของหญิงตั้งครรภ์ให้ชัดเจน เพื่อให้แพทย์สามารถยุติการตั้งครรภ์เมื่อพบกรณีมีเหตุ ปัญหาดังกล่าวเกิดขึ้นได้โดยถูกต้องตามกฎหมาย

1.4 ขอบเขตของการศึกษา

ศึกษาถึงบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายอาญาเกี่ยวกับการทำแท้ง โดยมุ่งศึกษาถึง ปัญหาและข้อบกพร่องของเหตุที่อนุญาตให้ทำแท้งได้โดยชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา 305 พร้อมทั้งศึกษาถึงแนวทางเกี่ยวกับการทำแท้งและเหตุที่จะสามารถทำแท้งได้โดยชอบด้วยกฎหมายตาม กฎหมายของประเทศต่างๆ มาศึกษาเปรียบเทียบ เพื่อนำมาพิจารณาหาแนวทางในการแก้ไข เพิ่มเติมบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายอาญามาตรา 305 ให้มีความสอดคล้องเหมาะสมกับสภาพ สังคมไทยในปัจจุบัน

1.5 วิธีดำเนินการศึกษา

การศึกษาวิจัยนี้ได้ใช้วิธีการศึกษาแบบวิจัยเอกสาร (Documentary Research) โดย ทำการศึกษาจากหนังสือ บทความ วิทยานิพนธ์ รายงานการวิจัย รายงานการประชุม คำพิพากษา ศาลฎีกา ข้อมูลที่เผยแพร่ทางอินเทอร์เน็ต ตลอดจนสิ่งพิมพ์ต่างๆที่เกี่ยวข้องทั้งภาษาไทยและ ภาษาต่างประเทศ โดยนำข้อมูลมารวบรวมให้เป็นระบบ เพื่อเป็นแนวทางในการศึกษา วิเคราะห์ ปัญหาและประมวลเป็นข้อเสนอแนะต่อไป

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1. ทำให้ทราบถึงหลักการซึ่งนำนักคุณธรรมทางกฎหมายระหว่าง คุณธรรมทางกฎหมายของ มารดาและคุณธรรมทางกฎหมายของชีวิตในครรภ์ เพื่อให้เข้าใจถึงเหตุที่อนุญาตให้ทำแท้งได้โดย ถูกต้องตามกฎหมาย

2. ทำให้ทราบถึงข้อบกพร่องของบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายอาญาว่าด้วยข้อยกเว้นถึงเหตุที่อนุญาตให้ทำแท้งได้โดยชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา 305

3. ทำให้ทราบถึงปัญหาการทำแท้งที่เกิดจากข้อจำกัดทางกฎหมายที่มีอยู่ในปัจจุบัน และปัญหาต่างๆที่อาจจะเกิดขึ้นเกี่ยวกับการทำแท้งในกรณีที่มีมารดามีปัญหาสุขภาพจิต ทั้งต่อตัวมารดา และต่อตัวเด็กที่จะเกิดมา

4. เป็นแนวทางนำไปสู่การแก้ไขเพิ่มเติมเกี่ยวกับข้อยกเว้นถึงเหตุที่อนุญาตให้ทำแท้งได้โดยชอบด้วยกฎหมายตามประมวลกฎหมายอาญาของไทย เพื่อให้สอดคล้องเหมาะสมกับสภาพปัญหาการลักลอบทำแท้งในปัจจุบัน

บทที่ 2

ความผิดฐานทำให้แท้งลูก ปัญหาและอุปสรรคในการบังคับใช้บทบัญญัติแห่ง กฎหมายว่าด้วยความผิดฐานทำให้แท้งลูกในประเทศไทย

ความผิดฐาน “ทำให้แท้งลูก” (abortion) ตามประมวลกฎหมายอาญาของไทยที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบัน มีความมุ่งหมายเพื่อคุ้มครองเด็กในครรภ์ของมารดา โดยได้กำหนดบทลงโทษแก่หญิงที่ทำให้ตนเองแท้งลูกหรือยินยอมให้บุคคลอื่นทำให้ตนแท้งลูกและบทลงโทษแก่ผู้อื่นที่ทำให้หญิงแท้งลูกไว้ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 301³ มาตรา 302⁴ และมาตรา 303⁵ โดยกฎหมายไม่เอาโทษแก่การพยายามกระทำความผิดของหญิงที่ทำให้ตนแท้งลูกหรือยินยอมให้บุคคลอื่นทำให้ตนเองแท้งลูกและผลของการกระทำนั้นไม่เป็นเหตุทำให้หญิงได้รับอันตรายสาหัสหรือทำให้หญิงถึงแก่ความตายตามมาตรา 304⁶ แต่อย่างไรก็ตามกฎหมายก็ได้กำหนดข้อยกเว้นของการทำแท้งได้โดยไม่ผิดกฎหมาย โดยจะต้องเป็นการกระทำด้วยเหตุผลทางการแพทย์ (จำเป็นต้อง

³ หญิงใดทำให้ตนเองแท้งลูก หรือยอมให้ผู้อื่นทำให้ตนแท้งลูก ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

⁴ ผู้ใดทำให้หญิงแท้งลูกโดยหญิงนั้นยินยอม ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ถ้าการกระทำนั้นเป็นเหตุให้หญิงรับอันตรายสาหัสอย่างอื่นด้วย ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินเจ็ดปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นสี่พันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ถ้าการกระทำนั้นเป็นเหตุให้หญิงถึงแก่ความตาย ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบปี และปรับไม่เกินสองหมื่นบาท

⁵ ผู้ใดทำให้หญิงแท้งลูก โดยหญิงนั้นไม่ยินยอม ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินเจ็ดปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ถ้าการกระทำนั้นเป็นเหตุให้หญิงรับอันตรายสาหัสอย่างอื่นด้วย ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งปีถึงสิบปีและปรับตั้งแต่สองพันบาทหรือสองหมื่นบาท

ถ้าการกระทำนั้นเป็นเหตุให้หญิงถึงแก่ความตาย ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ห้าปีถึงยี่สิบปีและปรับตั้งแต่หนึ่งหมื่นบาทถึงสี่หมื่นบาท

⁶ ผู้ใดเพียงแต่พยายามกระทำความผิดตามมาตรา 301 หรือมาตรา 302 วรรคแรก ผู้นั้นไม่ต้องรับโทษ

กระทำเนื่องจากสุขภาพของหญิง) หรือด้วยเหตุผลทางกฎหมาย (หญิงมีครรภ์เนื่องจากการกระทำ ความผิดเกี่ยวกับเพศ) ตามมาตรา 305⁷

เนื่องจากประมวลกฎหมายอาญา ไม่ได้กำหนดนิยามของคำว่า “ทำแท้ง” เอาไว้ จึงทำให้เกิดปัญหาว่าการกระทำอย่างใดจึงจะถือว่าเป็นการทำแท้งอันจะเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา จึงต้องพิจารณาจากความหมายต่างๆ ไป แนวความคิดเห็นของนักวิชาการ และแนวคำวินิจฉัยของศาลฎีกามาประกอบกัน ซึ่งสามารถแยกประเด็นในการพิจารณาความผิดฐานทำแท้งได้ ดังนี้

2.1 ความหมายของการทำแท้ง

“ทำแท้ง” (Abortion) โดยรูปศัพท์ภาษาอังกฤษ หมายถึง การทำแท้งลูก การรีดลูก สิ่งที่เกิดขึ้นก่อนกำหนด⁸

ตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2542 ได้ให้ความหมายของคำว่า “ทำแท้ง” หมายถึง การรีดลูก มีเจตนาทำให้ทารกออกจากครรภ์มารดา ก่อนถึงกำหนดและตาย

ตามคำนิยามขององค์การอนามัยโลก หมายถึง การสิ้นสุดของการตั้งครรภ์ก่อนที่เด็กจะสามารถมีชีวิตอยู่ได้ในครรภ์มารดา การตายคลอด (Dead born Fetus) หรือการตายของทารก หรือผลผลิตของการตั้งครรภ์ก่อนที่จะคลอดออกมาจากรดา โดยไม่คำนึงถึงว่าการตั้งครรภ์นั้นเป็นระยะเวลาเท่าใด การตายของทารกดังกล่าวแสดงให้เห็นปรากฏ โดยที่เด็กเมื่อออกมาแล้วไม่หายใจ หรือไม่แสดงอาการของชีวิตใดๆ เหล่านี้คือ หัวใจเต้น ชีพจรเต้นหรือสายสะดือเต้น รวมทั้งการเคลื่อนไหวของกล้ามเนื้อที่ร่างกายบังคับได้⁹

การทำแท้งในทางการแพทย์ การแท้งบุตร หมายถึง การที่ผลผลิตจากการผสมพันธุ์ (Conceptive Product) หลุดออกจากสตรีและหมายถึงการสิ้นสุดการตั้งครรภ์ในระยะก่อนที่เด็กสามารถมีชีวิตอยู่ได้ (Stage of viability) ความหมายของคำว่า ระยะที่เด็กสามารถมีชีวิตอยู่ได้ยัง

⁷ ถ้าการกระทำความผิดดังกล่าวในมาตรา 301 และมาตรา 302 นั้นเป็นการกระทำของนายแพทย์ และ

- (1) จำเป็นต้องกระทำเนื่องจากสุขภาพของหญิงนั้น หรือ
- (2) หญิงมีครรภ์เนื่องจากการกระทำความผิดอาญาตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 276 มาตรา 277 มาตรา 282 มาตรา 283 หรือมาตรา 284

ผู้กระทำไม่มีความผิด

⁸ ราชบัณฑิตยสถาน. (2543). *ศัพท์นิติศาสตร์อังกฤษ-ไทย ฉบับราชบัณฑิตยสถาน*. หน้า 442.

⁹ W.H.O. (1992). ICD 10 and related health problems. p.12351 ; แสง บุญเฉลิมวิภาส และอนเนก ยมจินดา. (2540). *กฎหมายการแพทย์*. หน้า 37.

ต่างกันในแต่ละสถาบัน (น้ำหนัก 400 กรัม ถึง 1,000 กรัมหรือตั้งครรภ์ 20 สัปดาห์ ถึง 28 สัปดาห์) ในสหรัฐอเมริกา The American College of Obstetricians and Gynecologists-ACOG ให้คำจำกัดความ การแท้งบุตรว่า หมายถึง เมื่อเด็กมีน้ำหนักต่ำกว่า 500 กรัม หรือตั้งครรภ์น้อยกว่า 20 สัปดาห์ เด็กน้ำหนัก 500 ถึง 999 กรัม หรือตั้งครรภ์ 20-28 สัปดาห์ เรียกว่า Immature ส่วนน้ำหนัก 1,000-2,499 กรัม หรือตั้งครรภ์ 29-36 สัปดาห์ เรียกว่า Premature สำหรับคณะแพทยศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัยใช้น้ำหนัก 1,000 กรัม หรือตั้งครรภ์ 28 สัปดาห์เป็นหลัก เช่นเดียวกับประเทศในแถบยุโรปมาก¹⁰

ในประเทศไทย ทางการแพทย์ “การแท้ง” หมายถึง การคลอดของทารกที่มีอายุครรภ์มารดาอ่อนกว่า 28 สัปดาห์หรือทารกที่คลอดมีน้ำหนักน้อยกว่า 1,000 กรัม ไม่ว่าจะการคลอดนั้นทารกจะมีชีวิตอยู่หรือไม่¹¹ แต่การแท้งในการแพทย์ในต่างประเทศที่มีเทคโนโลยีสูง หมายถึง การสิ้นสุดของการตั้งครรภ์เมื่อครรภ์อายุต่ำกว่า 20 สัปดาห์ หรือเมื่อเด็กที่มีน้ำหนักต่ำกว่า 500 กรัม

การแท้งบุตรแบ่งออกเป็น 2 ชนิด ดังนี้

1. การแท้งบุตรที่เกิดขึ้นเอง (Spontaneous abortion) คือ การแท้งบุตรที่เกิดขึ้นเองไม่มีการใช้ยา เครื่องมือ หรือวิธีการใดๆทั้งสิ้น ถ้าเกิดติดๆกันตั้งแต่ 3 ครั้งขึ้นไป เรียกว่า “การแท้งเป็นอาจิม” (Habitual abortion) หรืออาจหมายถึง การแท้งที่เกิดจากเหตุต่างๆที่ไม่เกี่ยวกับการกระทำ โดยตั้งใจจะให้เกิดการแท้ง แม้ว่าการแท้งเองไม่ผิดกฎหมายและมีใช้เรื่องที่ต้องปิดบัง สถิติของการแท้งเองก็ยังไม่แน่นอนนัก เนื่องจากการแท้งในระยะที่เพิ่งเริ่มตั้งครรภ์ อาจเกิดโดยผู้แท้งไม่ทราบ โดยเข้าใจว่าเป็นเพียงประจำเดือนมาช้าไปเล็กน้อย นอกจากนั้นสตรีที่ไปทำแท้งมาอาจปิดบังความจริงไว้ ทำให้แพทย์เข้าใจว่าเป็นการแท้งเองก็ได้¹²

2. การทำแท้ง (Induced abortion) มี 2 ชนิด คือ

2.1 การทำแท้งเพื่อการรักษา (Therapeutic abortion) เป็นการทำให้แท้งโดยแพทย์โดยถูกต้องตามกฎหมายตามที่บัญญัติในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 305

ก. ทำในรายที่หากปล่อยให้การตั้งครรภ์ดำเนินการต่อไปแล้ว อาจเป็นอันตรายอย่างร้ายแรงต่อชีวิต สุขภาพ หรือสุขภาพจิตของหญิงนั้น

ข. ในรายที่หากทารกในครรภ์ที่คลอดออกมาแล้ว ทารกนั้นอาจจะได้รับทุกข์ทรมานทางกาย หรือจิตพิการอย่างมาก

ค. ในรายที่หญิงตั้งครรภ์เนื่องจากถูกข่มขืนกระทำชำเรา

¹⁰ ศศิธร ประดิษฐ์พงษ์. (2543). สิทธิในการเป็นเจ้าของร่างกายกับการตัดสินใจทำแท้ง. หน้า 31.

¹¹ วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์. (2532). ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการลักลอบทำแท้งในประเทศไทย. หน้า 2.

¹² สุพร เกิดสว่าง. (2523). ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการลักลอบทำแท้งในประเทศไทย. หน้า 2.

การแท้งเพื่อการรักษาในข้อ ก. และข้อ ข. นั้น ต้องเป็นแพทย์ผู้ได้รับอนุญาตให้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมอย่างน้อย 2 นาย ทำการตรวจและมีความเห็นร่วมกันว่าจำเป็นต้องทำแท้งและยื่นต่อผู้อำนวยการ โรงพยาบาลหรือผู้รักษาการแทนในโรงพยาบาลที่แพทย์นั้นประจำอยู่ ส่วนการทำแท้งตามข้อ ค. นั้น ต้องมีหลักฐานจากพนักงานสอบสวนหรือพนักงานเจ้าหน้าที่ยื่นต่อแพทย์ผู้ทำให้เรียบร้อยก่อน

กล่าวโดยสรุปการทำแท้งเพื่อรักษา หมายถึง การทำแท้งในกรณีที่ถูกกฎหมายอนุญาตให้ทำได้ ซึ่งปัจจุบันกฎหมายอนุญาตให้ทำแท้งได้เฉพาะในกรณีที่การตั้งครรภ์จะเป็นอันตรายร้ายแรงต่อสุขภาพมารดา และในกรณีที่ตั้งครรภ์จากการถูกข่มขืน

โดยทั่วไปแพทย์จะเป็นผู้ตัดสินใจว่ารายใดควรจะทำแท้งให้แม้ว่าจะมีเหตุผลถูกต้องตามกฎหมาย แพทย์ก็ยังคงต้องชั่งชั่งระหว่างผลได้และผลเสียของการทำแท้งในแต่ละรายด้วย ตัวอย่างเช่น ในรายที่มารดาเป็นโรคหัวใจขนาดเคยหัวใจวายมาแล้ว ซึ่งเป็นข้อบ่งชี้สำคัญอย่างหนึ่งในการทำแท้งเพื่อการรักษา หากได้พบกับมารดาเมื่อตั้งครรภ์ยังไม่เกิน 3 เดือน ส่วนใหญ่แพทย์จะแนะนำให้ทำแท้ง แต่ถ้าพบมารดาเป็นครั้งแรกเมื่อตั้งครรภ์ถึง 5-6 เดือน แพทย์อาจไม่ทำแท้งให้ หากพิจารณาเห็นว่าการทำแท้งจะมีอันตรายมากกว่าที่จะปล่อยให้ตั้งครรภ์ต่อไป¹³

2.2 การทำแท้งโทษอาญาหรือการวิบัติลูก (Criminal abortion) สำหรับประเทศไทย ยังไม่มีกฎหมายอนุญาตให้ทำแท้งได้โดยเสรี ดังนั้น การทำแท้งด้วยข้อบ่งชี้อื่น ซึ่งมีใช้การทำแท้งเพื่อการรักษา จึงเป็นการทำแท้งที่มีโทษทางอาญาทั้งสิ้น ถือเป็นการทำแท้งนอกเหนือข้อบัญญัติตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 305

ความผิดฐานทำให้แท้งลูกตามประมวลกฎหมายอาญามีได้มีการบัญญัตินิยามศัพท์เอาไว้ จึงเป็นปัญหาทางกฎหมายที่ต้องตีความและในตำรากฎหมายก็ยังมีความเห็นที่ไม่เป็นแนวทางเดียวกัน ซึ่งคำว่า “ทำให้แท้งลูก” ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 301-305 มีความหมายซึ่งอาจวิเคราะห์ได้เป็น 2 แนวทาง คือ

(1) ทำให้แท้งลูก หมายถึง การทำลายชีวิตเด็กในครรภ์ ซึ่งในตำรากฎหมายส่วนมากมักจะอธิบายแนวนี้ว่าเด็กในครรภ์มีชีวิตตั้งแต่ปฏิสนธิคือ เริ่มตั้งแต่ปฏิสนธิ หมายถึง เริ่มตั้งแต่ไข่และตัวอสุจิผสมกัน

อย่างไรก็ตามมีรายละเอียดข้อเท็จจริงทางวิทยาศาสตร์ที่ได้เพิ่มเติมความหมายของเด็กในครรภ์อีกคือ การปฏิสนธิหรือการผสมระหว่างไข่กับอสุจินั้นเกิดขึ้นในท่อนำไข่ (Fallopian tube) เมื่อผสมแล้วไข่ที่ผสมหรือตัวอ่อนจะแบ่งเซลล์ของตัวเองและท่อนำไข่จะหดรัดบีบไล่ตัวอ่อนเข้าไปในโพรงมดลูก ตัวอ่อนจะติดที่ผนังด้านในของโพรงมดลูก (Endometrium) และค่อยๆ ฝังตัวในผนัง

¹³ แหล่งเดิม. หน้า 3.

มดลูกนั้น แล้วยกส่วนของตัวอ่อนเข้าไปในผนังมดลูกเพื่อรับอาหารจากมารดาเพื่อเจริญเติบโต เป็นทารกต่อไป การฝังตัวของตัวอ่อนนี้เริ่มประมาณ 6-8 วัน ภายหลังจากปฏิสนธิ ตัวอ่อนที่ไม่สามารถฝังตัวในผนังมดลูกได้ก็จะตายและถูกขับออกไปพร้อมกับประจำเดือนคราวต่อไปของหญิงที่เป็นมารดา ดังนั้น จากข้อเท็จจริงดังกล่าว ตัวอ่อนนั้นจะเจริญเป็นเด็กได้ก็ต้องการฝังตัวในผนังมดลูกหรือในที่เหมาะสมที่จะเจริญต่อไปได้ ตัวอ่อนที่ไม่มีการฝังตัวไม่อาจเจริญเติบโตเป็นเด็กต่อไปและก็จะตายไปในที่สุด ดังนั้น ตัวอ่อนที่เริ่มจากไข่และอสุจิผสมกันก่อนการฝังตัวนั้น ไม่น่าจะถือว่าเป็นการเริ่มชีวิตเด็ก¹⁴ ฉะนั้น ระยะเวลาที่เริ่มจากการการผสมของไข่กับอสุจินกระทั่งถึงก่อนการฝังตัวของตัวอ่อนสำเร็จนั้นยังไม่ถือเป็นการตั้งครรภ์

(2) ทำให้แท้งลูก หมายถึง การทำให้คลอดก่อนกำหนด หรือการทำให้การตั้งครรภ์สิ้นสุดลง (Termination of pregnancy) แนวความคิดนี้ถือเอาตัวหญิงตั้งครรภ์เป็นตัวกำหนด โดยอาศัยความเข้าใจของคนทั่วไปตามหลักพจนานุกรม ซึ่งอธิบายคำว่า “แท้ง” หมายถึง สิ้นสุดการตั้งครรภ์ก่อนกำหนด หรือคลอด โดยทารกในครรภ์ไม่สามารถมีชีวิตอยู่ได้ ในกฎหมายอังกฤษ (Offences Against the Person Act 1861) บัญญัติว่าหญิงทุกคนที่ตั้งครรภ์เจตนาทำตัวเองให้แท้งลูก โดยใช้ยาพิษหรือสารพิษหรือเครื่องมือใดๆ โดยผิดกฎหมายเพื่อทำให้ตนเองแท้งลูกมีความผิด ... กฎหมายอังกฤษจึงพิจารณาการตั้งครรภ์เป็นหลัก ในแง่กฎหมายเพื่อแพทย์เป็นที่ยอมรับกันว่าการตั้งครรภ์ยังไม่ถือว่าเริ่มขึ้นก่อนการฝังตัวของตัวอ่อน เพราะก่อนการฝังตัวนั้นร่างกายของหญิงยังไม่เกิดการเปลี่ยนแปลงใดๆ การเปลี่ยนแปลงจะเริ่มขึ้นเมื่อมีการฝังตัวของตัวอ่อนในผนังมดลูก โดยตัวอ่อนจะงอกเป็นรากเข้าไปยึดกับเซลล์ของผนังมดลูก แล้วจะมีการหลั่งฮอร์โมนจากต่อมใต้สมองของหญิงนั้น การเปลี่ยนแปลงในตัวหญิงจึงน่าจะเป็นจุดเริ่มต้นของการตั้งครรภ์¹⁵

แม้ในบทบัญญัติของประมวลกฎหมายอาญาของไทยได้กำหนดบทลงโทษทั้งผู้ที่ทำให้หญิงแท้งลูกและตัวหญิงเองที่ทำให้ตนเองแท้งลูก แต่กฎหมายมิได้บัญญัติจุดเริ่มต้นของการ “เริ่มชีวิต” ในการทำแท้งซึ่งเป็นปัญหาสำคัญ เพราะเป็นข้อที่จะกำหนดความผิดฐานทำให้แท้งลูกได้ การที่กฎหมายต้องการคุ้มครองชีวิตทารกในครรภ์จะคุ้มครองเมื่อไข่กับอสุจิผสมกันหรือเมื่อมีการฝังตัวในมดลูกนั้นมิได้บัญญัติไว้ชัด แต่การทำลายชีวิตที่อยู่ในครรภ์ถือเป็นการทำแท้งโดยที่การทำในประมวลกฎหมายอาญาของไทยมิได้บัญญัติความหมายของการทำให้แท้งลูกไว้ ซึ่งศาลฎีกามีความเห็นจำกัดขอบเขตของคำว่า “แท้ง” เฉพาะกรณีที่ทำให้ลูกในครรภ์คลอดออกมาในลักษณะที่ไม่มีชีวิต ถ้าคลอดออกมาแล้วมีชีวิตก็เป็นเพียงพยายามทำแท้ง ซึ่งกฎหมายไม่เอาโทษ แม้ต่อมาทารกจะตายภายหลัง ผู้กระทำก็ไม่มีความผิดฐานฆ่าผู้อื่น

¹⁴ วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์. (2537). *กฎหมายทำแท้งข้อโต้แย้งที่ไม่ยุติ*. หน้า 104-105.

¹⁵ แหล่งเดิม. หน้า 109.

ความผิดฐานทำให้แท้งลูกนั้นมีคุณธรรมทางกฎหมายเป็นการคุ้มครองชีวิตในครรภ์ แต่ไม่ได้ระบุว่า “ชีวิต” นั้นเริ่มเมื่อใด มีคำอธิบายว่า ทารกในครรภ์มีชีวิตตั้งแต่เริ่มปฏิสนธิหรือเริ่มตั้งแต่ไข่และตัวอสุจิผสมกัน ทำให้เกิดข้อถกเถียงการตีความนี้คือ การใช้เครื่องมือคุมกำเนิดบางประเภทอาจกลายเป็นการทำแท้ง เช่น ห่วงคุมกำเนิด (IUD) หรือวัสดุอื่นที่ทำหน้าที่รบกวนหรือระงับการฝังตัวของไข่ที่ผนังมดลูก เพราะก่อนที่มีการฝังตัวกับผนังมดลูกนั้น ไข่ได้ถูกผสมแล้ว ดังนั้น ถ้าถือว่าความผิดฐานทำให้แท้งเริ่มตั้งแต่ปฏิสนธิ การใช้ IUD ก็เป็นความผิดฐานทำให้แท้งทันที เพราะมีการรบกวนเยื่อผนังมดลูก ทำให้ตัวอ่อนที่ผสมแล้วไม่สามารถฝังตัวในผนังมดลูกได้ หรือฝังได้แต่ก็หลุดออกไปอย่างรวดเร็ว นอกจากนี้ปัจจุบันยังใช้ยาฉีดหรือยากินคุมกำเนิดภายหลังการร่วมเพศ คือหลังจากที่ไข่และอสุจิผสมกันแล้วจึงฉีดยาหรือกินยาเพื่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงของผนังมดลูก ไข่และอสุจิที่ผสมกันจะฝังไม่มีการฝังตัวอันเป็นวิธีการคุมกำเนิดหลังร่วมเพศ หรือการนำไข่และอสุจิออกมาผสมกันภายนอกร่างกาย (ในหลอดแก้ว) เพื่อจะนำตัวอ่อนฉีดกลับเข้าไปในโพรงมดลูกของหญิงที่ยอมรับการตั้งครรภ์ ปกติจะใช้เวลา 3 วัน เพื่อว่าตัวอ่อนบางตัวอาจไม่ฝังตัวและถูกทำลายไป การทำลายตัวอ่อนในกรณีเช่นนี้ แพทย์ที่ฉีดตัวอ่อนเข้าไปโดยเล็งเห็นว่าตัวอ่อนส่วนหนึ่งอาจถูกทำลายไปในร่างกายของหญิงนั้น กรณีเช่นนี้อาจถือว่าเป็นการทำให้หญิงแท้งลูกได้

ดังนั้น แนวความคิดที่ว่าชีวิตในครรภ์เริ่มจากการปฏิสนธิ การทำลายตัวอ่อนภายหลังปฏิสนธิแม้ยังไม่มีการฝังตัวของตัวอ่อนถือเป็นการทำให้แท้งลูกตามประมวลกฎหมายอาญา จึงไม่น่าจะถูกต้องสอดคล้องกับหลักทางวิทยาศาสตร์ตามที่ควรจะเป็น หากเรานำความรู้ทางวิทยาศาสตร์การแพทย์มาเสริมพื้นฐานทางกฎหมายที่ว่าความผิดฐานทำให้แท้งลูกเป็นการคุ้มครองชีวิตในครรภ์ สภาพความเป็นลูกในครรภ์เริ่มเมื่อมีการฝังตัวของไข่ที่ได้ผสมกับอสุจิ ฉะนั้นระยะเวลาที่เริ่มจากการผสมของไข่และอสุจิจนกระทั่งถึงการฝังตัวก่อนสำเร็จนั้นยังไม่ถือว่าเป็นการตั้งครรภ์ ซึ่งจะทำให้การสกัดกั้นมิให้มีการฝังตัวของตัวอ่อนในโพรงมดลูกของหญิง เช่น กรณีการคุมกำเนิดโดยการใส่ห่วงจึงมิใช่การทำแท้งในความหมายของกฎหมาย เพราะความหมายของคำว่า “แท้ง” ในพจนานุกรมหมายถึง การคลอดก่อนกำหนด ซึ่งต้องหมายถึงการผ่านของการเป็นทารกเป็นสำคัญ ไข่ที่ผสมแล้วนั้น ไม่มีสภาพเป็นทารกจึงเรียกไม่ได้ว่าเป็นการแท้ง ดังนั้น น่าจะใช้คำว่า “การยุติการตั้งครรภ์” แทนคำว่า “แท้ง” เพราะสามารถเข้าใจได้ว่าการยุติการตั้งครรภ์จะเริ่มเป็นความผิดต่อเมื่อมีการตั้งครรภ์

สำหรับความหมายของ “การทำให้แท้งลูก” ตามประมวลกฎหมายอาญาของประเทศไทยนั้นไม่ได้บัญญัติไว้ แต่ได้มีคำอธิบายว่า หมายถึงการทำให้ลูกในครรภ์ตายในขณะที่อยู่ในครรภ์มารดา ส่วนลูกในครรภ์ หมายความว่า ลูกเริ่มตั้งแต่ตัวอสุจิของชายผสมกับไข่ในมดลูกของหญิง

ถ้าเป็นระยะก่อนหน้านั้น เช่น ร่วมประเวณีแล้วรีบใช้วิธีป้องกัน เพื่อไม่ให้สุจิของชายผสมกับไข่ของหญิงได้ ไม่เรียกว่าการทำให้แท้ง “ลูก” เพราะ “ลูก” ยังไม่เกิด ส่วนเมื่อใดจึงจะถือว่าเป็นการ “ทำให้แท้งลูก” และเมื่อใดถือว่าเป็นการ “ฆ่าคน” ซึ่งคำว่า “คน” ตามประมวลกฎหมายอาญามีลักษณะแตกต่างจากคำว่า “บุคคล” ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กล่าวคือ ถือเอาการคลอดเป็นหลัก การคลอดในที่นี้คือ การเจ็บครรภ์คลอดหรือกระบวนการที่ไม่ขาดตอนเป็นระยะเวลาหนึ่งที่ส่งผลให้ทารกในครรภ์มารดาออกจากครรภ์ที่เรียกว่าเจ็บเบ่ง ส่วนการคลอดโดยการผ่าตัดก็ถือเอาการลงมือผ่าตัดเป็นการเจ็บครรภ์คลอด การทำอันตรายทารกในครรภ์ในขณะที่เจ็บครรภ์คลอดเป็นการทำอันตรายต่อมนุษย์ ซึ่งผู้กระทำอาจมีความผิดฐานฆ่าคนตายโดยเจตนาหรือประมาท หรือทำร้ายร่างกายคนโดยเจตนาหรือประมาทก็ได้¹⁶

อย่างไรก็ตาม มีบางความเห็นที่แย้งว่า การทำให้แท้งลูก หมายถึง การทำลายลูกในครรภ์ ตั้งแต่เริ่มปฏิสนธิไปจนถึงกำลังคลอดหรือคลอดออกมาแล้ว แต่ก่อนมีชีวิตอยู่รอดเป็นทารกจะเป็นการกระทำที่ลูกในมดลูกตายโดยยังไม่มีอาการคลอด หรือกระทำเมื่อกำลังคลอดก่อนอยู่รอดเป็นทารกมีสภาพเป็นบุคคลมีชีวิตเป็นการทำให้แท้ง แต่ต้องมีผลให้ลูกนั้นตายในครรภ์ หรือคลอดแล้วตายก่อนอยู่รอดมีชีวิต¹⁷ กล่าวคือมีการหายใจ ถือว่าสภาพความเป็นมนุษย์ได้เริ่มแล้ว การเริ่มต้นของสภาพความเป็นมนุษย์อาศัยเกณฑ์การเริ่มต้นสภาพบุคคลในทางแพ่งตามมาตรา 15 ดังที่บัญญัติว่า “สภาพบุคคลย่อมเริ่มแต่เมื่อคลอดแล้วอยู่รอดเป็นทารก และสิ้นสุดลงเมื่อตาย”¹⁸

ซึ่งเมื่อมาพิจารณาในภาษาอังกฤษที่ใช้คำว่า “Full Completion of Birth” สำหรับความหมายของการ “คลอด” นั้น และได้มีคำอธิบายทางตำราว่าหมายถึงคลอดหมดตัว และตามธรรมดาการหายใจครั้งแรกของทารกก็จะเกิดเมื่อคลอดหมดตัวแล้วเช่นกัน เพราะในระหว่างการคลอดทรวงอกถูกเบียดจึงหายใจไม่ได้ เมื่อคลอดออกมาแล้วทรวงอกคลายออกทันทีจึงทำให้ปอดขยายตัว ทารกเริ่มหายใจครั้งแรกพร้อมกับมีการกระตุ้นศูนย์ควบคุมการหายใจในสมองจากเหตุอื่นด้วย¹⁹ ดังนั้น ถ้าทารกอยู่ในครรภ์มารดาก็ยังไม่เริ่มสภาพบุคคลเพราะยังไม่คลอดออกมาอย่างไรเป็นการคลอดที่ทำให้เริ่มสภาพบุคคลก็ต้องถือเอา “การคลอดออกมาหมดตัว” จึงเป็นการคลอดสำเร็จ

¹⁶ หยุด แสงอุทัย. (2540). *กฎหมายอาญาภาค 2-3*. หน้า 361.

¹⁷ วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์. เล่มเดิม. หน้า 115.

¹⁸ หยุด แสงอุทัย. เล่มเดิม. หน้า 361.

¹⁹ จิตติ ดิงศภัทย์. (2531). *คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญาภาค 2 ตอน 2 และภาค 3*. หน้า 2243-

2.2 วิวัฒนาการของกฎหมายทำแท้งในประเทศไทย

กฎหมายที่ถูกลบบัญญัติขึ้นในแต่ละสมัยย่อมเป็นไปตามสภาพเหตุการณ์ของสังคม เศรษฐกิจ การเมืองในขณะนั้นๆ และจะแปรเปลี่ยนไปตามเหตุการณ์หรือภาวะการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไปเพื่อความเหมาะสมในการบังคับใช้ บทบัญญัติว่าด้วยความผิดฐานทำแท้งก็เช่นเดียวกันได้ แปรเปลี่ยนไปตามภาวะความเจริญของสังคม เศรษฐกิจ และการเมืองตลอดจนวิทยาการและเทคโนโลยีต่างๆ ในส่วนของวิวัฒนาการกฎหมายเกี่ยวกับการทำแท้งนั้น ได้มีวิวัฒนาการตั้งแต่สมัยโบราณจนถึงสมัยปัจจุบัน ดังนี้

2.2.1 กฎหมายตราสามดวง

กฎหมายตราสามดวงเกิดจากผลของการชำระสะสางและการรวบรวมกฎหมายของ พระบาทสมเด็จพระพุทธยอดฟ้าจุฬาโลก สาเหตุที่มีพระบรมราชโองการสะสางกฎหมายที่ใช้บังคับ อยู่ในขณะนั้นเนื่องจาก คดีหย่าระหว่างอำแดงป้อม กับนายบุญศรี ข้อเท็จจริงย่อของคดีมีดังนี้²⁰

ในปี 2347 อำแดงป้อม ฟ้องหย่าสามีชื่อนายบุญศรี นายบุญศรี ให้การต่อพระเกษมว่า อำแดงป้อมมีชู้กับพระราชารอด และมาขอหย่ากับตน ตนไม่ยอมหย่าให้ อย่างไรก็ตาม ศาลได้ ตัดสินให้อำแดงป้อมหย่าได้ หลังจากฟังคำพิพากษาคดีแล้ว นายบุญศรี ได้ยื่นถวายฎีกาต่อรัชกาลที่ 1 โดยกราบทูลว่า อำแดงป้อมภรรยาของตนได้ยื่นขอหย่าจากตนต่อศาล และตนได้ให้การต่อพระเกษมผู้เป็นตุลาการในขณะนั้นว่า อำแดงป้อมมีชู้กับพระราชารอดและยังมาขอหย่ากับตน นายบุญศรีไม่ยอมหย่าให้ นายบุญศรีกราบทูลด้วยว่า พระเกษมมิได้พิจารณาคำให้การของตน กลับไปเกี่ยว พาราตีอำแดงป้อม พระเกษมคัดข้อความให้แก่ลูกขุน ลูกขุนปรึกษากันแล้วลงความเห็น ว่าหญิง หย่าชายหย่าได้ ดังนั้นจึงตัดสินให้อำแดงป้อมกับนายบุญศรีขาดจากการเป็นสามีภรรยาตาม กฎหมาย (ลักษณะฝ่าฝืน)

พระบาทสมเด็จพระพุทธยอดฟ้าจุฬาโลกทรงพิจารณาข้อเท็จจริง มีพระราชวินิจฉัยว่า การยอมให้หญิงที่มีชู้และต้องการหย่าขาดจากสามี หย่าได้นั้นเป็นการยุติธรรมอย่างยิ่ง จึงมีพระบรมราชโองการให้ตรวจสอบกฎหมายลักษณะฝ่าฝืน ให้นำกฎหมายฉบับศาลหลวงมาเทียบกับ กฎหมายฉบับหอหลวงข้างที่ จากการเปรียบเทียบปรากฏว่า กฎหมายทุกฉบับมีข้อความตรงกัน คือ หญิงหย่าชาย หย่าได้ เมื่อทราบทราบผลการเปรียบเทียบในปีพุทธศักราช 2347 จึงมีพระบรมราชโองการให้ชำระสะสางกฎหมายทั้งหมดที่ใช้บังคับอยู่ในขณะนั้นจนกระทั่งเป็นกฎหมายตราสามดวง ต้นฉบับของกฎหมายฉบับนี้เขียนลงในต้นฉบับที่พับเป็นจีบและมี 3 ชุดด้วยกัน แต่ละชุดมี 41 เล่ม กฎหมายแต่ละบทหรือที่เรียกว่าแต่ละลักษณะมีเพียง 1 ฉบับหรือมากกว่านั้น กฎหมายชุดหนึ่ง เก็บไว้ในห้องเครื่อง เพื่อให้พระมหากษัตริย์ผู้ทรงใช้ อีกชุดหนึ่งนำไปเก็บไว้ที่หอหลวง ส่วนอีกชุด

²⁰ พิศवास สุคนธ์พันธุ์. (2524). *ข้อกฎหมายไทยว่าด้วยความผิดฐานทำแท้ง*. หน้า 1.

หนึ่งนำไปเก็บไว้ที่ลูกขุนศาลหลวง กฎหมายแต่ละชุดเมื่อรวมกันเรียกว่า ฉบับหลวงมีคราประทับ 3 ตรา ด้วยกัน คือ ราชสีห์ คชสีห์ และบัวแก้ว แสดงว่ากฎหมายนี้มีอำนาจสั่งการได้ ตลอดหัวเมือง ภายใต้บังคับของกลาโหม มหาดไทย และพระคลัง²¹

กฎหมายตราสามดวงมีทั้งหมด 29 ลักษณะ และพระอัยการเบ็ดเสร็จหรือลักษณะเบ็ดเสร็จ ไม่ปรากฏว่ามีบทบัญญัติว่าด้วยความผิดฐานทำให้แท้งลูก (โดยเฉพาะอย่างยิ่งบทว่าด้วยความผิดที่หญิงทำให้ตนเองแท้งลูก) บัญญัติไว้โดยตรงในกฎหมายฉบับนั้นแต่ประการใด แต่มีปรากฏในมาตรา 145 บทที่ 12 แห่งลักษณะเบ็ดเสร็จที่บัญญัติว่า ผู้ใดเอายาให้ท่านกิน ลูกในท้องท่านตายต้องถูกปรับทวน ประจาน และจำคุก และถ้าหญิงนั้นตาย ผู้นั้นมีโทษถึงตายด้วย ซึ่งอาจนำมาปรับใช้กับคดีความผิดฐานทำให้แท้งลูกโดยที่หญิงนั้นไม่ยินยอมโดยอนุโลม ในเรื่องนี้ขุนหลวงพระไกรสี (เทียม) นักกฎหมายสมัยรัชกาลที่ 5 เห็นว่า การทำแท้งโดยหญิงไม่ยินยอมอาจอยู่ในบังคับของมาตรา 143, 144 หรือมาตรา 145 ของบทที่ 12 แห่งลักษณะเบ็ดเสร็จ แล้วแต่ว่าข้อเท็จจริงในแต่ละคดีจะต้องด้วยบทบัญญัติของมาตราใด โดยขุนหลวงพระไกรสีกล่าวว่า

“รีด โดยผู้อื่น

.....ผู้ใดกระทำ.... โดยตั้ง ใจรีดลูกออกจากท้องหญิง ถึงแม้หญิงนั้นจะมีท้องจริงก็ดี หรือไม่มีท้องจริงก็ดี.....จะต้องมีโทษหนัก.... (นี่เป็นหลักกฎหมายอังกฤษ) ในกฎหมายไทยคงต้องโทษตามลักษณะเบ็ดเสร็จ บทที่ 149-150-151 กฎหมายราชบุรี²² เมื่อคดีมีกิริยาเข้าในบทใดบทหนึ่งเสร็จแล้ว ผู้กระทำต้องรับโทษตามกฎหมายนั้น”

กรณีหญิงทำให้ตนเองแท้งลูก ขุนหลวงพระไกรสีไม่มั่นใจว่าจะมีบทบัญญัติกฎหมายไทยบทใดลงโทษหญิงที่ทำให้ตนเองแท้งลูก ท่านกล่าวดังนี้

“รีดลูกโดยตัวหญิงเอง

.....หญิงใดมีครรภ์ตั้งใจจะเอาลูกออกจากท้องของตนก่อนเวลาที่ควร โดยหายาเบื่อเมาหรือของสิ่งอื่นๆกินเองเพื่อจะให้ลูกออก หรือหาเครื่องมือควักล้างจะให้ลูกออกด้วยประการใด หญิงนั้นต้องมีโทษ ข้อนี้กฎหมายไทยสงสัย เพราะยังไม่มีคำพิพากษาฎีกาหรือพระราชบัญญัติวางไว้แน่นอน ที่ว่ามาข้างต้นนี้เป็นแต่หลักกฎหมายที่ในประเทศอื่นเขาใช้กัน

²¹ คลอริช เวลส์. (2519). การปกครองและการบริหารของไทยสมัยโบราณ แปลโดย กาญจณี สัมเกียรติกุลและยุพา ชมจันทร์. หน้า 263.

²² กฎหมายราชบุรี เป็นชื่อหนังสือ ว่าด้วยกฎหมายตราสามดวง ที่กรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์ ทรงจัดพิมพ์ขึ้น

ในเรื่องนี้กรมหลวงราชบุรีได้กล่าวไว้เป็นอย่างดีเหมือนกันในคำบรรยายกฎหมายราชบุรีว่า ไม่มีบทบัญญัติกฎหมายไทยว่าด้วยความผิดฐานทำให้แท้งลูกโดยตรง²³ แต่ทรงเห็นว่ามาตรา 45 และมาตรา 150 บทที่ 12 แห่งลักษณะเบ็ดเสร็จอาจใช้บังคับคดีกับคดีที่ผู้อื่นทำให้หญิงแท้งลูกได้²⁴

ในความเห็นของกรมหลวงราชบุรีที่ว่า มาตรา 145 บัญญัติว่า “ผู้ใดให้ยาแก่ท่านกินลูกในท้องตาย...ให้.....เอาขึ้นขหายังประจาร์แล้วจำไว้ ณ คุณ ถ้าตายทั้งแม่ทั้งลูกให้มันตายตกไปตามกัน” อาจนำไปปรับใช้กับคดีผู้อื่นทำให้หญิงแท้งลูกได้นั้น น่าจะเป็นไปได้ แต่ในมาตรา 150 ซึ่งบัญญัติว่า “ผู้ใดวิวาทกับหญิงมีครรภ์ ดีพันแทงหญิงมีครรภ์ ลูกในท้องตาย...ให้ไหมผู้ดีพันแทง..... ถ้าตายทั้งแม่ทั้งลูกให้ฆ่าผู้ดีพันให้ตายไปตามกัน” จะนำมาปรับใช้กับความผิดฐานแท้งลูกนั้นจะเหมาะสมหรือไม่ ผู้ศึกษามีความเห็นที่น่าจะเป็นเรื่องการกระทำความผิดฐานทำร้ายร่างกายเป็นเหตุให้หญิงได้รับอันตรายสาหัสจะเหมาะสมกว่า เพราะเหตุว่า เจตนาอยู่ที่การทำร้ายร่างกายหญิง มิใช่เจตนาอยู่ที่การทำให้หญิงแท้งลูก ซึ่งถ้านำไปปรับใช้กับคดีผู้อื่นทำให้หญิงแท้งลูกได้ ก็หมายความว่า กฎหมายความผิดฐานทำให้แท้งลูกในขณะนั้นมิได้พึงเล็งที่เจตนาว่ามีเจตนาทำให้แท้งลูกหรือไม่ แต่พึงเล็งที่ผลจากการกระทำ คือ ผลจากการกระทำออกมาเป็นการแท้งลูก ก็มีความผิดฐานทำให้แท้งลูก

สำหรับกฎหมายที่ลงโทษหญิงที่ทำให้ตนเองแท้งลูกนั้น กรมหลวงราชบุรีทรงเห็นว่า คงจะไม่มีอยู่ พระองค์เคยกล่าวไว้ในตอนหนึ่งของหนังสือเล็คเชอร์กฎหมายราชบุรีว่า “แม้มารดาไม่ยอมให้เกิด รีดออกเสีย เด็กนั้นไม่เป็นบุคคลเลยอย่างนี้ ดูสอนๆแต่เป็นสิ่งที่จริงได้กระมัง เพราะตามธรรมชาติอาญาทั้งหลายไม่ค่อยยอมทำโทษอาญาแก่ใคร เมื่อไม่มีกฎหมายว่าลงไปเป็นชัดเจนซึ่งในเรื่องรีดลูกเป็นข้อลงอยู่ ณ บัดนี้”²⁵

ต่อมาในรัชกาลที่ 5 มีการร่างพระราชบัญญัติกำหนดพระราชอาญาจำ (ร.ศ. 115)²⁶ และพระราชกำหนดประทุษร้ายต่อร่างกายและชีวิตมนุษย์ (ร.ศ.118)²⁷ ซึ่งร่างกฎหมายทั้งสองฉบับมิได้ประกาศใช้บังคับเป็นกฎหมายในขณะนั้นเพราะมีเหตุจำเป็นบางประการที่จะต้องมีการทำประมวลกฎหมาย กฎหมายลักษณะอาญา (ร.ศ. 127) จึงถูกร่างขึ้นและประกาศใช้แทนร่างกฎหมายทั้งสองใน พ.ศ. 2451 มีทั้งหมด 340 มาตราด้วยกัน อย่างไรก็ตามถึงแม้ร่างกฎหมายทั้งสองฉบับจะมีได้

²³ กรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์. (2458). เล็คเชอร์กฎหมายราชบุรี. หน้า 17

²⁴ แหล่งเดิม. หน้า 15-16.

²⁵ กรมหลวงราชบุรี. หน้าเดิม.

²⁶ ร่างพระราชบัญญัติกำหนดพระราชอาญาจำ ร.ศ. 115

²⁷ ร่างพระราชบัญญัติกำหนดความผิดฐานทำร้ายร่างกายและชีวิตมนุษย์ ร.ศ. 118

ประกาศใช้บังคับ แต่ก็สามารถนำมาศึกษาถึงลักษณะของกฎหมายไทยในเรื่องการทำแท้งในขณะนั้นได้เป็นอย่างดี

ร่างพระราชบัญญัติกำหนดพระราชอาญาจำ (ร.ศ. 115)

ในร่างพระราชบัญญัติ ร.ศ. 115 นี้มีบทบัญญัติว่าด้วยความผิดฐานทำให้แท้งลูกอยู่ด้วย ดังระบุว่า ผู้ใดเจตนาทำให้หญิงแท้งลูกไม่ว่าจะด้วยความยินยอมของหญิงหรือไม่ก็ตามต้องได้รับโทษ เว้นแต่ จะเป็นการทำแท้งด้วยความยินยอมของหญิงและมีเหตุที่จะอ้างได้ตามกฎหมาย ตามร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้ ผู้ใดพยายามทำแท้งผู้อื่นจะต้องได้รับโทษ ดังมีรายละเอียดบัญญัติใน

มาตรา 64 “ผู้ใดจงใจริดลูกในครรภ์หญิง ที่ไม่ถึงกำหนดคลอดโดยไม่มีเหตุเพื่อป้องกันชีวิตหญิงมารดา ถ้าลูกนั้นไม่ตกคลอดได้ มีโทษจำไม่เกิน 3 ปี ถ้าลูกนั้นตกคลอดได้ตามประสงค์ มีโทษจำคุกไม่เกิน 7 ปี”

จะสังเกตได้ว่าในมาตรา 64 นี้โทษของความพยายามกระทำผิดฐานทำให้แท้งลูกมีโทษจำคุกไม่เกิน 3 ปี

นอกจากนี้ยังมีบทบัญญัติในมาตรา 67 เอาผิดแก่ผู้กระทำการ โดยเจตนาให้หญิงแท้งลูก แม้ว่าผลของการกระทำนั้น ทำให้เด็กในครรภ์คลอดออกมาในลักษณะมีชีวิตอยู่แต่ตายในภายหลัง ดังมีรายละเอียดดังนี้ “ผู้ใดจงใจกระทำทารกในครรภ์ ซึ่งมีชีวิตอยู่ให้ตายในครรภ์ด้วยประการใดๆ นอกจากที่ตั้งใจช่วยหญิงมารดา ถึงแม้ว่าทารกนั้นคลอดออกมาแล้วจึงตายก็ดีมีโทษจำคุกไม่เกิน 7 ปี”

ข้อที่น่าสังเกตในร่างพระราชบัญญัตินี้ว่า

1. ความผิดฐานทำร้ายร่างกายจนเป็นเหตุให้หญิงได้รับอันตรายสาหัสถึงแท้งลูกในมาตรา 68 นั้น ผู้ร่างได้จัดไว้ในหมวดว่าด้วยความผิดฐานทำให้แท้งลูก มิได้อยู่หมวดความผิดต่อร่างกาย เช่น มาตรา 297 แห่งประมวลกฎหมายอาญา

2. โทษสำหรับความผิดฐานทำให้แท้งลูก ตามร่างพระราชบัญญัตินี้มีอยู่เพียงสถานเดียว คือ โทษจำคุก แม้กระทั่งในมาตรา 68 ก็บัญญัติโทษจำคุกสถานเดียวเท่านั้นดังนี้

มาตรา 68 “ผู้ใดจงใจกระทำร้ายหญิงมีครรภ์เป็นเหตุให้ทารกในครรภ์ต้องเป็นอันตรายตายเร็วด้วยประการใด แม้หญิงมารดาไม่มีเหตุถึงตาย เป็นแต่ทารกมีอันตรายเพราะความเจ็บป่วยของมารดา ต้องมีโทษจำคุกไม่เกิน 3 ปี”

จากข้อสังเกตทั้ง 2 ประการ ก่อให้เกิดความเข้าใจว่า กฎหมาย ในขณะนั้นมุ่งประสงค์ จะคุ้มครองทารกในครรภ์ หรือชีวิตในครรภ์ จึงได้มีการวางโทษหนักคือ จำคุกเพียงสถานเดียว เพื่อเป็นการขู่และป้องปรามมิให้ผู้ใดล่วงละเมิดชีวิตในครรภ์ได้ โดยเฉพาะในมาตรา 68 นั้น เป็นการทำร้ายหญิงมีครรภ์ แต่เป็นเหตุให้ทารกในครรภ์เป็นอันตรายเร็วหรือทารกมีอันตรายถึง

ตาย ถึงแม้ว่าผู้เป็นมารดาเพียงแค่เจ็บป่วย หรือไม่มีเหตุถึงตายก็มีโทษถึงขึ้นจำคุกไม่เกิน 3 ปี ซึ่งเท่ากับโทษฐานพยายามกระทำความผิดฐานทำให้แท้งลูกในมาตรา 64 ก็ยังทำให้เกิดความเข้าใจว่ากฎหมายในสมัยนั้นให้ความสำคัญแก่ชีวิตในครรภ์ จึงมีการวางกฎเกณฑ์ในการให้ความคุ้มครองแน่นอนหนาแน่นเช่นนี้

ร่างพระราชกำหนดประทุษร้ายต่อร่างกายและชีวิตมนุษย์ (ร.ศ.118)

ในร่างพระราชกำหนดประทุษร้ายต่อร่างกายและชีวิตมนุษย์ (ร.ศ.118) ได้บัญญัติความผิดฐานกระทำให้แท้งลูก ในมาตรา 14-17 ไว้ดังนี้

มาตรา 14 ถ้าผู้ใดกระทำการอย่างใดๆด้วยความตั้งใจจะให้หญิงหนึ่งผู้ใดแท้งลูก จนเป็นเหตุให้หญิงนั้นแท้งบุตร พิจารณาเป็นสัตย์ ให้ลงทัณฑ์โทษผู้นั้น สถานหนึ่งให้จำคุกไว้มีกำหนดไม่เกิน 3 ปี กับจะให้ทำการหนักด้วยฤาไม้ก็ได้ฤาสถานหนึ่งให้ปรับ ฤาสถานหนึ่งทั้งจำคุกและทั้งปรับด้วย และถ้าทารกในครรภ์หญิงนั้นคืบได้แล้ว ก็ให้ลงทัณฑ์โทษหนักขึ้นดังนี้ คือสถานหนึ่งให้จำคุกไว้มีกำหนดไม่เกินกว่า 7 ปี กับจะให้ทำการหนักด้วยฤาไม้ก็ได้ แล้วให้ปรับด้วยอีกโสดหนึ่ง เว้นแต่การที่ทำให้หญิงแท้งบุตรนั้น เป็นไปด้วยความตั้งใจจะช่วยชีวิตหญิงผู้มารดาทารกนั้นให้รอดจากความตายโดยสุจริตจึงจะไม่มีโทษตามมาตรานี้

มาตรา 15 ถ้าผู้ใดกระทำความผิดดังกล่าวไว้ในมาตรา 14 โดยหญิงเจ้าตัวเขาไม่ยินยอมให้ทำแก่เขา.....ให้ลงโทษผู้นั้น.....

มาตรา 16 ถ้าผู้ใดกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใด ด้วยความมุ่งหมายจะให้หญิงแท้งบุตร จนเป็นเหตุให้หญิงนั้นถึงแก่ความตายด้วยการที่กระทำนั้น....ให้ลงโทษผู้นั้น.....

มาตรา 17 ถ้าผู้ใดกระทำการใดๆด้วยความมุ่งหมายจะให้ทารกตายออกมาจากครรภ์มารดาก็ดี ฤาจะให้ตายเมื่อคลอดออกมาแล้วก็ดี ถ้าทารกนั้นตายออกมาจากครรภ์ ฤาคลอดมาแล้ว จึงตายด้วยการที่กระทำนั้น....ให้ลงทัณฑ์โทษผู้นั้น.....เว้นไว้แต่การที่ทำนั้น เป็นไปด้วยความตั้งใจเพื่อจะช่วยชีวิตมารดาของทารกนั้นให้รอดจากความตายโดยสุจริต จึงจะไม่มีโทษตามมาตรานี้

จากมาตรา 14-17 จะเห็นได้ว่า การทำแท้งจะเป็นด้วยความยินยอมของหญิงมีครรภ์หรือไม่ ก็เป็นความผิด เว้นแต่ในกรณีการทำแท้งที่มีเหตุอ้างได้ตามกฎหมาย และหญิงมีครรภ์นั้นยินยอม และในร่างพระราชกำหนดดังกล่าวมีวิวัฒนาการกำหนดโทษสำหรับการทำแท้งที่เด็กในครรภ์จะคืบได้ (before quickening) และกำหนดโทษสำหรับการทำแท้งหลังจากที่เด็กในครรภ์คืบได้ (after quickening) เอาไว้ต่างกัน กล่าวคือ โทษสำหรับกรณีหลังสูงกว่ากรณีแรก อาจสืบเนื่องจากเหตุผลที่ว่า การคืบได้ของเด็กในครรภ์เป็นการแสดงสัญญาณของการมีชีวิตหรือความใกล้ที่จะเป็นมนุษย์มากยิ่งขึ้นกว่าเด็กในครรภ์ที่ยังคืบไม่ได้ ทำให้เกิดปัญหาที่ว่าเด็กในขณะนั้นมีชีวิตแล้วหรือไม่ และวิทยาศาสตร์ในขณะนั้นไม่เจริญถึงขั้นจะพิสูจน์ให้เห็นได้ชัดว่าตัวอ่อนในครรภ์มีระยะ

ของการพัฒนาอย่างไร จึงใช้ความรู้ลึกของผู้เป็นมารดาเมื่อเด็กเป็นเกณฑ์พิจารณาถึงแม้ว่า พระพุทธเจ้าจะได้แสดงพระพุทธรูปเกี่ยวกับกำเนิดของสรรพสัตว์ในพระพุทธรูปศาสนามานานกว่า 2,000 ปี มาแล้วก็ตาม

สำหรับบทบัญญัติที่ลงโทษหญิงที่ทำให้ตนเองแท้งลูกนั้น ไม่มีปรากฏในมาตราใดในร่างพระราชกำหนดนี้ เช่นเดียวกับกฎหมายตราสามดวง ร่างพระราชบัญญัติ (ร.ศ. 115) ในประเด็นนี้มีคำอธิบายมาตรา 4 ในเอกสาร ร.5 ข.23/1²⁸ ความว่า บทบัญญัติของมาตรา 14 คลุมไปถึงเรื่องการทำหญิงทำให้ตนเองแท้งลูกด้วยซึ่งในคำอธิบายนี้มีผู้ไม่เห็นด้วย²⁹ โดยให้เหตุผลว่าถ้อยคำของมาตรา 14 ซึ่งถึงการกระทำที่บุคคลหนึ่งกระทำต่ออีกบุคคลหนึ่ง ไม่ใช่เรื่องของการกระทำที่หญิงทำต่อตนเอง แต่ถ้าคำอธิบายดังกล่าวถูกต้อง หรือถือได้ว่าเป็นความเห็นของผู้ร่างกฎหมายก็หมายความว่าความคิดที่จะลงโทษหญิงที่ทำให้ตนเองแท้งลูกได้เริ่มมีมาก่อนที่จะมีประมวลกฎหมายอาญา ในปัญหานี้ถ้าเราสามารถเทียบมาตรา 261 แห่งกฎหมายลักษณะอาญาเดิมมีความน่าเชื่อถือเดียวกับมาตรา 14..... แห่งร่างพระราชกำหนดฯ (ร.ศ.118) เพราะมาตรา 302 มีข้อความทำนองเดียวกับมาตรา 261³⁰ และมาตรา 263 แห่งกฎหมายลักษณะอาญาเดิม มีความทำนองเดียวกับมาตรา 15 แห่งร่างพระราชกำหนดฯ มาตรา 303 แห่งประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2499 ก็น่าที่จะมีความทำนองเดียวกับมาตรา 15 เพราะมาตรา 303 มีความทำนองเดียวกับมาตรา 263 แห่งกฎหมายลักษณะอาญา³¹ จะมีมาตราเดียวคือ มาตรา 301 แห่งประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2499 ซึ่งมีความทำนองเดียวกับมาตรา 260 ที่บัญญัติลงโทษหญิงผู้ซึ่งทำให้ตนเองแท้งลูกขาดหายไป ในร่างพระราชกำหนดนี้ ตามหลักกฎหมายมาตรา 2 ในประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2499 บุคคลจะต้องรับโทษในทางอาญาเมื่อได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้ในขณะนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้และโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดนั้นต้องเป็นโทษที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย ดังนั้น ถ้ายกเลิกมาตรา 301 ในประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2499 กฎหมายในส่วนนี้จะเกิดช่องว่าง (Law gap) กล่าวคือ กฎหมายอาญาจะลงโทษได้แต่เฉพาะบุคคลอันผู้ซึ่งกระทำให้หญิงแท้งลูกตามมาตรา 302 แต่จะไม่สามารถลงโทษหญิงมีครรภ์ที่ทำให้ตนเองแท้งลูก หรือยอมให้ผู้อื่นทำให้ตนเองแท้งลูก คำว่า “ผู้ใด” ในมาตรา 302 ไม่ได้หมายความว่าถึงตัวหญิงที่มีครรภ์และทำให้ตนเองแท้งลูก แต่หมายถึง “บุคคลที่สาม

²⁸ ร่างพระราชกำหนดว่าด้วยความผิดฐานทำร้ายร่างกายและชีวิตมนุษย์ ร.ศ. 118, หน้า 12 เอกสาร ร.5 ข.23/1 ณ หอจดหมายเหตุ.

²⁹ พิศาวาส สุคนธ์พันธุ์. (2524). หน้าเดิม. หน้า 31.

³⁰ จิตติ ดิงศภัทรีย์. (มกราคม-กุมภาพันธ์). “ความผิดฐานทำให้แท้งลูก.” ดุลพยานิตยสารกระทรวงยุติธรรม, 15(1). หน้า 20.

³¹ แหล่งเดิม.

ซึ่งกฎหมายไม่ได้จำกัดว่าจะเป็นใคร...เมื่อเป็นดังนี้ ผู้ศึกษาเห็นด้วยว่า มาตรา 14 แห่งพระราชกำหนดนี้จึงไม่น่าจะคลุมไปถึงเรื่องการทำหญิงทำให้ตนเองแท้งลูกด้วย ซึ่งจะก่อให้เกิดความเข้าใจได้ว่า กฎหมายในขณะนั้นยังไม่มีวัตถุประสงค์ลงโทษหญิงผู้ซึ่งทำให้ตนเองแท้งลูก อาจเป็นได้ว่าในขณะนั้นไม่มีปัญหาเรื่องหญิงทำลายลูกในครรภ์ตนก็เป็นได้

ในร่างพระราชกำหนดนี้ มีข้อสังเกตดังนี้

1. ในมาตรา 17 บัญญัติเอาผิดแก่ผู้ใดก็ตามที่ทำการด้วยเจตนาที่จะทำให้หญิงแท้งลูกหรือทำให้เด็กในครรภ์คลอดก่อนกำหนดในลักษณะที่มีชีวิตอยู่แต่ตายภายหลังคลอด เว้นแต่จะได้กระทำด้วยเจตนาสุจริตที่จะช่วยชีวิตหญิงมีครรภ์นั้น จะเห็นได้ว่าการทำให้เด็กในครรภ์คลอดก่อนกำหนด ในลักษณะที่มีชีวิตอยู่นั้น เป็นเพียงพยายามกระทำความผิดฐานทำให้แท้งลูกเท่านั้น แต่ในร่างพระราชกำหนดฉบับนี้ก็บัญญัติให้ลงโทษผู้แท้งลูกเมื่อเด็กตายภายหลังคลอด เช่นเดียวกับการกระทำความผิดแห่งสำเร็จ ผู้ศึกษาเข้าใจว่า ผู้ร่างพระราชกำหนดฉบับนี้ยึดหลักเกณฑ์การคลอดก่อนกำหนด คือ โดยปกติการตั้งครรภ์ของมนุษย์เฉลี่ยใช้เวลา 40 สัปดาห์ หรือ 280 วัน เมื่อครบกำหนดก็จะเจ็บท้องและคลอดออกมาเองโดยธรรมชาติ แต่การกระทำที่ทำให้เด็กคลอดก่อนกำหนด จะทำให้เด็กมีลักษณะไม่สมบูรณ์เหมือนเด็กที่อยู่ในครรภ์จนครบกำหนดและคลอดเอง การเลี้ยงดูเด็กคลอดก่อนกำหนดให้เจริญเติบโตต่อไปเหมือนเด็กปกติจึงทำได้ยาก อายุเด็กในครรภ์ยิ่งน้อยเท่าไร การเลี้ยงดูก็ยิ่งยากเท่านั้น ร่างพระราชกำหนดฉบับนี้จึงกำหนดลงโทษทัณฑ์เสมือนการทำให้หญิงแท้งลูก คือ คลอดก่อนกำหนด

2. ในมาตรา 14, 17 บัญญัติถึงข้อยกเว้นทางการแพทย์ (เพื่อช่วยชีวิตหญิงมีครรภ์นั้น) ไว้ด้วยเช่นเดียวกับมาตรา 64,67 แห่งร่างพระราชบัญญัติ (ร.ศ. 115)

3. ร่างพระราชกำหนดฉบับนี้ มีความแตกต่างจากร่างพระราชบัญญัติ (ร.ศ. 115) ซึ่งบัญญัติห่างกันไม่นานเพียง 3 ปี เท่านั้น แต่ต่างก็มีได้มีโอกาสถูกประกาศใช้บังคับ คือ

ก. ตามร่างพระราชบัญญัติฯ (ร.ศ. 115) กำหนดโทษสำหรับการทำแท้งสถานเดียวคือ โทษจำคุก ในขณะที่โทษตามร่างพระราชกำหนดฉบับนี้มีหลายสถาน อาจเป็นประการใดประการหนึ่ง หรือหลายประการต่อไปนี้ คือ โทษจำคุก โทษทำงานหนัก โทษปรับ หรือถูกเนรเทศ

ข. ตามร่างพระราชบัญญัติฯ (ร.ศ. 115) ไม่ได้คำนึงถึงภาวะการคืบได้ (Quickening) ของเด็กในครรภ์แต่ประการใด ในขณะที่ร่างพระราชกำหนดฉบับนี้ กำหนดโทษสำหรับการทำแท้งก่อนที่เด็กในครรภ์จะคืบได้ เบากว่าโทษ สำหรับการทำให้แท้งที่หลังเด็กคืบได้

2.2.2 กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127

กฎหมายลักษณะอาญา (ร.ศ. 127) ได้บัญญัติความผิดฐานทำแท้งทั้งหมด 5 มาตราด้วยกัน คือ ตั้งแต่มาตรา 260-264 อันมีใจความ ดังนี้

มาตรา 260 หญิงใดริดลูกให้แท้งก็ดี ยินยอมให้คนอื่นริดลูกให้แท้งก็ดี ท่านว่ามันมีความผิดต้องระวางโทษ.....

มาตรา 261 ผู้ใดริดลูกเขาให้แท้ง แม้ว่าหญิงยินยอมให้มันริดก็ดี ท่านว่ามันมีความผิดต้องระวางโทษ.....

มาตรา 262 ถ้าผู้กระทำผิด เช่นว่าในมาตรา 261 นั้น เป็นแพทย์ หรือเป็นผดุงครรภ์ก็ดี หรือเป็นคนทำโดยเห็นแต่สินจ้างรางวัลก็ดี ท่านให้ลงโทษมันตามที่บัญญัติไว้สำหรับความผิด เช่นนั้น ทวิขึ้นอีกหนึ่งในสามส่วน

มาตรา 263 ผู้ใดรู้ว่ายามีครรภ์ และหญิงมิได้อนุญาตให้มันริดลูก ถ้าแลมันกระทำร้ายด้วยกำลังกาย หรือด้วยประการหนึ่งประการใด ให้หญิงนั้นแท้งลูกไซ้ ท่านว่ามันมีความผิดต้องระวางโทษฐานประทุษร้ายแก่ร่างกายถึงสาหัส.....

มาตรา 264 ผู้ใดพยายามกระทำความผิดอย่างใดใดที่ท่านบัญญัติไว้ในมาตรา 260 และมาตรา 261 นั้น ท่านว่าเป็นการไม่สำคัญอย่าให้เอาโทษแก่มันเลย

กฎหมายลักษณะอาญา (ร.ศ. 127) เป็นกฎหมายที่บัญญัติชัดเจนเอาความผิดแก่หญิงที่ทำให้ตนเองแท้งลูก หรือยินยอมให้คนอื่นริดลูก แสดงให้เห็นว่า กฎหมายเริ่มมีวัตถุประสงค์ให้หญิงรับผิดในกรณีการกระทำให้ตนเองแท้งลูก หรือยินยอมให้คนอื่นทำให้ตนเองแท้งลูก นอกจากนั้นกฎหมายลักษณะอาญานี้ ระบุการทำแท้งเป็นการกระทำผิดกฎหมายโดยไม่มีข้อยกเว้นใดๆ ทั้งสิ้น เว้นแต่กรณีการพยายามทำแท้งที่เกิดขึ้นด้วยความยินยอมของหญิงนั้น กฎหมายไม่ลงโทษและกฎหมายฉบับนี้มีวัตถุประสงค์ในการลงโทษบุคคลที่มีอาชีพในทางแพทย์ หรือผดุงครรภ์หรือผู้ที่ทำการ โดยเห็นแก่สินจ้างรางวัลทำให้หญิงแท้งลูก ต้องรับโทษหนักขึ้น ซึ่งจากมาตรา 262 นี้ ผู้ร่างกฎหมายอาจเห็นว่า บุคคลที่มีอาชีพเหล่านี้ มีหน้าที่ในการป้องกันโรคและการบำบัดโรคช่วยเหลือชีวิตมนุษย์ และการทำแท้งนั้นไม่ใช่เป็นการบำบัดโรค เพราะการตั้งครรภ์มิใช่การเจ็บป่วย เป็นการผิดจรรยาหน้าที่สมควรลงโทษหนัก

2.2.3 ประมวลกฎหมายอาญา (พ.ศ. 2500- ปัจจุบัน)

หลังจากได้บังคับใช้กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 มาเป็นเวลาประมาณ 38 ปี รัฐบาลเห็นความจำเป็นที่จะให้มีการแก้ไขกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ขึ้น ทั้งนี้ เพื่อให้สอดคล้องกับสภาพสังคมไทยที่ได้เปลี่ยนแปลงไป รัฐบาลจึงได้แต่งตั้งคณะกรรมการขึ้นเพื่อดำเนินการแก้ไขกฎหมายฉบับดังกล่าว และในระหว่างดำเนินการพิจารณาแก้ไขกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 อยู่ นั้น นายอาร์ กิชอง ที่ปรึกษาชาวฝรั่งเศส ได้จัดทำบันทึกความเห็นเกี่ยวกับการทำแท้งขึ้นอย่างละเอียดเกี่ยวกับสถานภาพของการทำแท้งในต่างประเทศ ตั้งแต่สาธารณรัฐกรีกโบราณจนถึงกลางพุทธศักราช 2482 เพื่อแจกให้แก่สมาชิกคณะอนุกรรมการพิจารณาแก้ไขกฎหมายใช้ในการ

ประกอบพิจารณาในวาระแรก แต่บันทึกดังกล่าวมิได้กล่าวถึงสถานภาพของการทำแท้งตามกฎหมายไทยเอาไว้ด้วย³²

นายอาร์ กียอง กล่าวไว้ในบันทึกนั้นว่า แนวโน้มของการบัญญัติกฎหมายว่าด้วยความผิดฐานทำให้แท้งลูก มีอยู่ 3 ทางด้วยกัน คือ

1. การทำแท้ง (เท่ากับ) เป็นการฆ่าคน
2. บัญญัติให้การทำให้แท้งเป็นการกระทำที่ทำได้ตามกฎหมาย กล่าวคือ ไม่ถือว่าการทำให้แท้งเป็นอาชญากรรม และ
3. บัญญัติให้การทำให้แท้งเป็นความผิด แต่มีข้อยกเว้นให้บางประการ เช่น เหตุผลทางการแพทย์

ที่ประชุมอนุกรรมการตรวจพิจารณาการแก้ไขกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ได้ลงมติว่า ในการบัญญัติกฎหมายว่าด้วยความผิดฐานทำให้แท้งลูกนั้นควรพิจารณาถึงนโยบายของรัฐบาลที่จะเพิ่มประชากรด้วย เพราะในบันทึกของนายอาร์ กียอง ได้ชี้ให้เห็นว่ากฎหมายในประเทศต่างๆ มีบทบัญญัติห้ามการทำแท้งเอาไว้โดยเฉพาะประเทศใดที่มีนโยบายเพิ่มจำนวนประชากร และในที่สุดที่ประชุมอนุกรรมการพิจารณาตรวจการแก้ไขกฎหมาย เมื่อวันที่ 25 พฤศจิกายน พ.ศ. 2482 นายอาร์ กียอง ได้เสนอว่า กฎหมายไทยควรยอมให้มีการทำให้แท้งได้ในกรณีที่เป็นจำเป็น และ ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช ก็ได้เสนอให้กฎหมายไทยเดินสายกลาง ในที่สุดที่ประชุมลงมติให้บัญญัติว่า การทำให้แท้งเป็นความผิดตามกฎหมาย เว้นแต่จะทำได้เพื่อช่วยชีวิตหรือสุขภาพของหญิง สำหรับข้อยกเว้นเหตุทางกฎหมายนั้น ได้เพิ่มขึ้นในช่วงหลังของการแก้ไขกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 มาตรา 289 ทวิ ของร่างประมวลกฎหมายแห่งปี 2494 ฉบับที่ปรับปรุงแก้ไขแล้ว และที่จะนำเสนอต่อรัฐสภาบัญญัติถึงข้อยกเว้นว่าด้วยเหตุผลทางการแพทย์ ในกรณีการตั้งครรภ์ของหญิงนั้นเกิดจากคดีความผิดทางเพศ

ประมวลกฎหมายอาญา ประกาศใช้ในปลายปีพุทธศักราช 2499 มีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม พ.ศ. 2500 รวมบทบัญญัติเกี่ยวกับความผิดฐานทำให้แท้งลูกมีทั้งหมด 5 มาตรา คือ มาตรา 301-305 ซึ่งบทบัญญัตินี้มีความแตกต่างเพียงเล็กน้อยกับความผิดฐานทำให้แท้งลูกแห่งกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 กล่าวคือ หลักในประมวลกฎหมายอาญานั้น ผู้ใดจะทำให้เกิดการแท้งลูกมิได้ เว้นแต่จะทำได้ด้วยเหตุผลทางการแพทย์ (จำเป็นเพื่อสุขภาพของหญิง) หรือด้วยเหตุผลทางกฎหมาย (การตั้งครรภ์ของหญิงนั้นเกิดจากความผิดทางเพศ) และกฎหมายไม่ลงโทษฐานพยายามทำให้แท้งในกรณีหญิงทำให้ตนเองแท้งลูก หรือในกรณีที่หญิงยินยอมให้คนอื่นทำให้ตนเองแท้ง

³² พิศवास สุคนธ์พันธุ์. เล่มเดิม. หน้า 5.

ลูก หรือในกรณีที่มีการทำแท้งด้วยความยินยอมของหญิงและผลของการกระทำไม่ทำให้หญิงได้รับอันตรายสาหัสอย่างอื่นหรือไม่ทำให้หญิงถึงแก่ความตาย

จากการศึกษาประวัติศาสตร์กฎหมายข้างต้นทำให้เราสามารถเข้าใจสภาพการณ์ของการประกาศใช้กฎหมายว่าด้วยความผิดฐานทำแท้งลูกได้ชัดเจนว่า แต่เดิมไม่มีบทบัญญัติในเรื่องนี้ชัดเจนเพียงพอ แต่ก็พอจะเทียบเคียงในมาตราอื่นเพื่อลงโทษความผิดฐานทำแท้งลูกได้ ต่อมากฎหมายเริ่มชัดเจนขึ้นตั้งแต่ร่างพระราชบัญญัติฯ (ร.ศ. 115) โดยวางหลักเกณฑ์ลงโทษบุคคลใดผู้ทำให้หญิงแท้งลูก เพื่อเป็นการคุ้มครองชีวิตในครรภ์โทษที่กำหนดลงแก่ผู้กระทำ คือ จำคุกสถานเดียว ซึ่งนับได้ว่าเป็นบทลงโทษที่ค่อนข้างรุนแรง ทั้งนี้เจตนารมณ์ของกฎหมายมุ่งที่จะคุ้มครองชีวิตในครรภ์เพราะเห็นความสำคัญของชีวิตที่กำลังจะเกิดมา ในร่างพระราชกำหนดฯ (ร.ศ. 118) ก็เช่นเดียวกัน มีบทบัญญัติลงโทษในเรื่องนี้เหมือนกับร่างพระราชบัญญัติฯ (ร.ศ. 115) ต่อมาเนื่องจากเหตุผลหลายประการดังกล่าวจึงได้คลายความเข้มงวดดังจะเห็นได้จาก ร่างพระราชกำหนดฯ (ร.ศ. 118) มีบทกำหนดโทษแก่ผู้กระทำความผิดฐานทำแท้งหลายสถานตั้งแต่ให้ทำการหนัก ปรับ จำคุก ทั้งยังได้แบ่งระยะเวลาการลงโทษ คือ ความผิดฐานทำแท้งก่อนเด็กคืบได้ โทษจะเบากว่าความผิดฐานทำแท้งหลังจากเด็กคืบได้ นอกจากนั้นไม่ลงโทษความผิดฐานพยายามทำแท้งที่เกิดขึ้นด้วยความยินยอมของหญิง ในกฎหมายลักษณะอาญา (ร.ศ. 127) ในขณะที่แต่เดิมร่างพระราชกำหนดฯ (ร.ศ. 118) ลงโทษผู้ที่ทำให้เด็กคลอดก่อนกำหนด และต่อมาตายภายหลังคลอด (เป็นความผิดฐานพยายามกระทำแท้ง) อย่างเดียวกันกับผู้กระทำให้หญิงมีครรภ์แท้งลูก นับได้ว่ากฎหมายได้ผ่อนคลายความเข้มงวดลงไปกว่าแต่ก่อนตามกาลเวลาและตามสภาพของสังคมที่ได้แปรเปลี่ยนไป แต่หลักของการคุ้มครองชีวิตในครรภ์ก็มีไม่ว่าจะถูกกลบเกลื่อนไป การทำแท้งยังคงเป็นความผิดกฎหมายที่ได้รับการยืนยันมาตลอดเวลา จนกระทั่งในปัจจุบันดังจะเห็นได้ในมาตรา 301-303 ในประมวลกฎหมายอาญาที่บัญญัติเป็นหลักเกณฑ์ให้ผู้ใดล่วงละเมิดชีวิตผู้อื่นให้ตกลงไป เพื่อให้สอดคล้องสภาพสังคมไทยที่เป็นสังคมพุทธมามกะอันมีศาสนาพุทธอยู่เหนือจิตใจและบุคลิกภาพในการเป็นคนเอื้อเฟื้อ มีเมตตา ดังนั้น การห้ามการทำลายชีวิตมนุษย์ด้วยกันจึงได้รับการยอมรับอย่างฝังแน่นมาเป็นเวลานาน³³

สำหรับเรื่องของความจำเป็นต้องทำแท้งที่อาจเกิดขึ้นแก่หญิงมีครรภ์นั้น ในเวลาต่อมาผู้ร่างได้สังเกตเห็นความสำคัญดังจะเห็นได้ว่าในร่างพระราชบัญญัติฯ (ร.ศ. 115) ร่างพระราชกำหนดฯ (ร.ศ. 118) ประมวลกฎหมายอาญา ได้บัญญัติยกเว้นให้ด้วยเหตุผลทางการแพทย์ (จำเป็นเพื่อสุขภาพของหญิงมีครรภ์) กฎหมายไม่ลงโทษผู้ที่กระทำแท้งให้แก่หญิงมีครรภ์เพื่อช่วยชีวิต ในเวลา

³³ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์. (2521). “กฎหมาย : การลดอัตราเพิ่มประชากรกับการทำแท้ง.” วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 10(3), หน้า 358.

ต่อมาประมวลกฎหมายอาญา ได้เพิ่มเติมเหตุผลทางกฎหมาย (หญิงตั้งครรภ์จากความผิดทางเพศ) ซึ่งในประเด็กรนี้อาจอธิบายได้ว่า ในสมัยก่อนปัญหาเกี่ยวกับหญิงตกเป็นเหยื่อคดีอาชญากรรมทางเพศไม่มีใครมี เช่นในสมัยปัจจุบัน จึงมิได้บัญญัติเหตุผลทางกฎหมายเป็นข้อยกเว้นให้มีการทำแท้งได้ แต่ในเมื่อปัจจุบันมีปัญหานี้ เพื่อความเป็นธรรมแก่หญิงที่มีปัญหานี้และเพื่อความสงบสุขของสังคมในเรื่องความจำเป็นนี้เป็นที่ถกเถียงกันอย่างมากในปัจจุบันว่าหญิงมีครรภ์มีความจำเป็นหลายๆด้านที่ต้องทำแท้ง เนื่องจากผลสะท้อนของปัญหา สังคม เศรษฐกิจ การเมือง เมื่อกฎหมายมีข้อยกเว้นเพียง 2 ประการดังกล่าว ก่อให้เกิดการลักลอบทำแท้งในกรณีที่มีความจำเป็นด้านอื่นๆ และไม่เข้าข่ายในมาตรา 305 (1) –(2) จึงเป็นปัญหาว่าอย่างไร จึงเป็นความจำเป็นที่ต้องทำแท้งและทำแท้งได้ภายใต้เงื่อนไขได้บ้าง โดยไม่กระทบกระเทือนต่อความรู้สึกและศีลธรรมอันดีของประชาชนคนอื่นๆ กฎหมายจึงควรถูกบัญญัติขึ้นให้สอดคล้องกับ ค่านิยม วัฒนธรรม ประเพณี ศีลธรรม และความรู้สึกของประชาชนโดยทั่วไป แต่ในขณะที่เดียวกันก็ต้องสามารถที่จะลดความตึงเครียดในปัญหาของหญิงมีครรภ์ได้ ทั้งหมดจึงขึ้นอยู่กับเราจะกำหนดนโยบายทางอาญาอย่างไร สังคมจึงจะเกิดประโยชน์สูงสุด และเกิดผลเสียน้อยที่สุด³⁴

2.3 ขอบเขตความผิดฐานทำให้แท้งลูกในส่วนที่เกี่ยวข้องกับเวลาที่กระทำ

การพิจารณาถึงขอบเขตของการกระทำที่เป็นความผิดฐานทำให้แท้งลูกในส่วนที่เกี่ยวข้องกับเวลา สามารถแยกพิจารณาได้เป็นสองส่วน คือ การพิจารณาถึงเวลาอันเป็นจุดเริ่มต้นของการกระทำอันจะถือว่าเป็นความผิดฐานทำให้แท้งลูก และส่วนที่สอง คือ การพิจารณาถึงเวลาอันเป็นจุดสิ้นสุดของการกระทำอันจะถือว่าเป็นความผิดฐานทำให้แท้งลูก

2.3.1 เวลาอันเป็นจุดเริ่มต้นของการกระทำความคิด

ในการพิจารณาถึงเวลาอันเป็นจุดเริ่มต้นของการกระทำความคิดฐานทำให้แท้งลูกว่าจะเริ่มต้น ณ จุดใดนั้น ข้อมูขึ้นอยู่กับแนวความคิดเกี่ยวกับการเริ่มต้นชีวิตของทารกในครรภ์มารดา เพราะหากว่าชีวิตมนุษย์ของทารกในครรภ์มารดายังไม่เริ่มต้นขึ้นแล้ว การให้ความคุ้มครองชีวิตของทารกในครรภ์มารดาโดยกำหนดให้เป็นความผิดฐานทำให้แท้งลูกย่อมไม่อาจจะเกิดขึ้นได้ ปัญหาว่าชีวิตมนุษย์ของทารกโดยกำหนดให้เป็นความผิดฐานทำให้แท้งลูกย่อมไม่อาจจะเกิดขึ้นได้ ปัญหาว่าชีวิตมนุษย์ของทารกในครรภ์มารดาเริ่มขึ้นตั้งแต่เมื่อใดนั้น ในเรื่องนี้ได้มีแนวความคิดของนักวิชาการทั้งในประเทศไทยและต่างประเทศได้ให้แนวความคิดที่หลากหลายและแตกต่างกันออกไป ซึ่งอาจแยกได้กว้างๆดังนี้

- (1) แนวคิดที่เห็นว่าชีวิตมนุษย์เริ่มเมื่อมีการปฏิสนธิ (Fertilization)

³⁴ ลักขณา สิริเวชประเสริฐ. (2525). การศึกษากฎหมายกับปัญหาผู้ป่วยลักลอบทำแท้ง. หน้า 69.

ความเชื่อในทางศาสนาอิสลาม ได้กล่าวถึงชีวิตไว้ว่า ชีวิตของเด็กในครรภ์มารดาได้เริ่มต้นตั้งแต่การปฏิสนธิระหว่างเชื้อสุมิของชายกับไข่ของหญิง ดังที่ปรากฏในคัมภีร์อัลกุรอานว่า “เราไม่ได้สร้างสุเจ้าจากน้ำชั้นต่ำดอกหรือ (อสุจิ) แล้วเราให้มัน (อสุจินั้น) อยู่ในที่อันมั่นคง (มดลูก) ช่วงระยะเวลาหนึ่งซึ่งเป็นที่รู้จักกัน แล้วเราก็ได้กำหนด (รูปร่างทารก) เพราะเรา (อัลลอฮ์) คือผู้ทรงกำหนดที่ดีเลิศ แท้ที่จริงเรา (อัลลอฮ์) ได้สร้างมนุษย์จากน้ำเชื้อหยดหนึ่งที่ถูกผสมแล้ว (ระหว่างเชื้อสุมิของชายกับไข่ของหญิง) เราได้ทดลองเขา แล้วเราได้ทำให้เขาเป็นผู้ได้ยิน (และ) เป็นผู้มองเห็นและแท้ที่จริงเราได้สร้างมนุษย์จากน้ำ (อสุจิ) แล้วเราได้ทำให้มันเป็นน้ำอสุจิ (ที่เข้าไปฝังตัวอยู่) ในที่อยู่นั่นมั่นคง (มดลูก) แล้วเราได้ทำให้ก้อนเนื้อนั้นมีกระดูก แล้วเราได้ทำให้มันเนื้อนุ่มกระดูก แล้วเราได้ทำให้เขาเติบโตเป็นที่ถูกสร้างอื่น (คือจากที่ไม่ได้มีรูปร่างให้กลายเป็นรูปร่าง) ดังนั้น มหาจำเริญยิ่ง แต่อัลลอฮ์ผู้สร้างที่ดีเลิศ” นอกจากนี้ หลักในทางศาสนาอิสลามได้กล่าวถึงการทำลายชีวิตมนุษย์ไว้ว่า ชีวิตเป็นสิ่งที่ละเอียดละไมมิได้ ต้องได้รับการคุ้มครองตั้งแต่อยู่ในครรภ์ เมื่อคลอดออกมามีความรับผิดชอบแล้วก็ได้ได้รับความคุ้มครองตามบัญญัติของศาสนา ศาสนาอิสลามจึงถือว่า ชีวิตเริ่มต้นแล้วตั้งแต่เมื่อมีการปฏิสนธิ ยิ่งกว่านั้น ศาสนาอิสลามยังถือว่าแม้แต่การคุมกำเนิด โดยไม่ก้าวไปถึงขั้นทำแท้งก็ถือว่าผิดหลักศาสนา เพราะถือว่าพระเจ้าเป็นผู้สร้างทุกสิ่งทุกอย่าง รวมทั้งชีวิตที่จะไม่การสืบพันธุ์กันต่อไปในลักษณะที่ถูกต้องตามขนบธรรมเนียมประเพณี วัฒนธรรม ดังนั้น ชีวิตเริ่มต้นจากการปฏิสนธิจึงถือเป็นคำสั่งของพระเจ้าภายใต้เมตตาจิตของผู้เป็นบิดา มารดา หากผู้ทำให้ทำลายก็เป็นการละเมิดต่อพระเจ้าและถือเป็นบาป³⁵

แนวความคิดของศาสนาคริสต์ตามที่ปรากฏในเอกสารสังคายนาวาติกันครั้งที่ 2 โดยการนำของสมเด็จพระสันตะปาปาที่ 6 เห็นกันว่า ชีวิตจักต้องได้รับการปกป้องด้วยความเอาใจใส่อย่างเข้มงวดนับจากวินาทีแรกที่ปฏิสนธิ การทำแท้งและการฆ่าทารกแรกเกิดเป็นอาชญากรรมที่ร้ายแรง สิทธิที่จะมีชีวิตย่อมดำรงอยู่อย่างสมบูรณ์ในบุคคลสูงอายุ แม้จะชราภาพสักปานใดก็ตาม สิทธิดังกล่าวนี้ยังคงมีอยู่สมบูรณ์แม้ในคนป่วยที่ไม่มีทางเยียวยา สิทธิที่จะมีชีวิตอยู่ในทารกแรกเกิดก็มีได้มีน้อยไปกว่าบุคคลที่เติบโตเป็นผู้ใหญ่แล้ว ในความเป็นจริงความเคารพในชีวิตมนุษย์ถูกเรียกร้องตั้งแต่วินาทีแรกที่กระบวนการแห่งชีวิตเริ่มต้น นับจากวินาทีที่ไข่ของมารดาผสมกับเชื้อของบิดา ชีวิตใหม่ได้เริ่มขึ้นแล้ว และชีวิตดังกล่าวนี้ไม่ใช่สมบัติของบิดาหรือมารดา หากแต่คือชีวิตของคนใหม่ที่กำลังเติบโตขึ้นทุกขณะ ชีวิตใหม่นี้ไม่อาจจะพัฒนาเป็นมนุษย์ได้ หากว่าเขาไม่มีสภาพเป็นมนุษย์มาแล้วตั้งแต่เกิด นักปราชญ์ชาวคริสต์มีความเห็นตรงกันว่า การทำแท้งเป็นการ

³⁵ คณิดา โพธิ์ชนะพันธ์. (2539). *การยอมรับของวัยรุ่นต่อการทำแท้ง : ศึกษากรณีนักเรียนระดับประกาศนียบัตรวิชาชีพ ประเภทวิชาพาณิชยกรรม*. หน้า 22.

ผ่านมนุษย์ การทำแท้งจึงเป็นการละเมิดกรรมสิทธิ์ของพระเจ้าต่อชีวิตนั้น ละเมิดต่อสิทธิของทารก ผู้รับชีวิตนั้นมาเพื่อรับผิดชอบจนตลอดชีวิต ตลอดจนถึงผู้ที่เกี่ยวข้องกับทารกผู้นั้น ซึ่งมีส่วนรับผิดชอบต่อชีวิตนั้นๆด้วย เช่น พ่อ แม่ ญาติ องค์การศาสนา สังคม ฯลฯ³⁶

แนวคิดตามศาสนาคริสต์นิกายโรมันคาทอลิก เชื่อว่า ชีวิตมนุษย์เริ่มขึ้นด้วยการปฏิสนธิของไข่และตัวอสุจิผ่าน zona pellucid ซึ่งระยะเวลาของการปฏิสนธินั้นจะรวดเร็วมากและจะก่อให้เกิดสภาพความเป็นมนุษย์ที่มีลักษณะเฉพาะ³⁷

ทัศนะของศาสนาคริสต์นิกายโรมันคาทอลิกนั้น ต่อต้านการกระทำทุกรูปแบบที่เป็นอุปสรรคขัดขวางต่อการถือกำเนิดชีวิตใหม่ เช่น การสำเร็จความใคร่ด้วยตนเอง การคุมกำเนิด เป็นต้น เหล่านี้ล้วนถือว่าเป็นความผิดและเป็นบาปทั้งสิ้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งการทำแท้งถือว่าเป็นการทำลายหัตถกิจของพระเจ้าโดยตรงทีเดียว ทั้งนี้เพราะการกำเนิดของชีวิต ได้เริ่มต้นขึ้นตั้งแต่มีการปฏิสนธิแล้ว³⁸ การทำแท้งจึงเท่ากับเป็นการฆ่าผู้ไร้เดียงสา (ทารกในครรภ์) ที่ไม่สามารถยอมรับได้อย่างแท้จริง³⁹

(2) แนวความคิดที่เห็นว่าชีวิตในครรภ์เริ่มเมื่อมีการปฏิสนธิประกอบด้วยมีวิญญาณเข้ามาจุติ

แนวคิดนี้ส่วนใหญ่มีพื้นฐานมาจากความเชื่อในทางศาสนา เช่น ความเชื่อในศาสนาฮิวไบรอน มีว่าทารกในครรภ์ที่มีอายุอ่อนกว่า 40 วัน นั้นยังไม่ถือว่ามีชีวิตเกิดขึ้น⁴⁰

ความเชื่อในทางศาสนาคริสต์ ได้แยกความแตกต่างระหว่าง Body และ Soul โดยในระยะแรกที่ไข่ผสมแล้วจะมี Nutritive soul คือ มีความเป็นอยู่เช่นเดียวกับพืช โดยสามารถดูดซึมและย่อยอาหารได้เท่านั้น และในระยะที่สองจึงมีวิญญาณแห่งความมีเหตุมีผลเข้ามาสิงสู่ (rational soul) เมื่อวิญญาณแห่งความมีเหตุมีผลเข้ามาสิงสู่ไข่ที่ผสมแล้วจึงแปรสภาพเป็นมนุษย์เต็มตัว ในยุคกลาง (Middle Ages) นักกฎหมายทางศาสนา (Cannon Lawyer) เชื่อว่าไข่จะมีความเป็นมนุษย์ตั้งแต่ 40 วัน นับแต่ปฏิสนธิสำหรับกรณีของเพศชาย และ 80 วัน สำหรับกรณีเพศหญิง⁴¹

³⁶ แหล่งเดิม. หน้า 21.

³⁷ Fritz K. Beller and Robert F. Weir. (1994). *Medical Aspects of the Beginning of Individual Lives in The Beginning of human life*. p.3.

³⁸ อำนวย ชัยโยธา. (2541). *ปัญหาจริยศาสตร์เชิงวิพากษ์*. หน้า 224.

³⁹ Rebert M. Reatch. (1994). *The Beginning of Full Moral Standing in The Beginning of human life*. p.21.

⁴⁰ Bates. J.E and Zawadzki. E.S. (1964). *Criminal Abortion : a study in medical sociology*. p.25.

⁴¹ Bernard Hung-Kay Luk. (1977). *Abortion in Chinese Law The American Journal of Comparative Law*. p.372-379.

(3) แนวคิดที่เห็นว่าชีวิตมนุษย์เริ่มเมื่อมีการฝังตัวของไข่ที่ได้มีการผสมกับอสุจิในผนังมดลูกของหญิง (approximately at the stage of implantation) หรือมีการตั้งครรภ์ (the moment of conception)

การตั้งครรภ์นั้นไม่ถือว่าเริ่มขึ้นก่อนที่จะมีการฝังตัวของตัวอ่อน เพราะก่อนหน้าที่จะมีการฝังตัวของตัวอ่อนนั้น ในด้านร่างกายของหญิงนั้นยังไม่เกิดการเปลี่ยนแปลงใดๆ การเปลี่ยนแปลงจะเริ่มเกิดขึ้นเมื่อมีการฝังตัวของตัวอ่อนในผนังมดลูก โดยตัวอ่อนจะงอกเป็นรากเข้าไปยึดกับเซลล์ของผนังมดลูก แล้วจะมีการหลั่งฮอร์โมนจากต่อมใต้สมองของหญิงนั้น การเปลี่ยนแปลงในตัวหญิงดังกล่าวน่าจะถือเป็นจุดเริ่มต้นของการตั้งครรภ์ อย่างไรก็ตามการตรวจสอบการฝังตัวของตัวอ่อนเป็นสิ่งที่ทำไม่ได้และระยะแรกของการฝังตัวตัวอ่อนเอง ยังไม่แข็งแรงพออาจแตกแยกได้ง่าย ดังนั้น จึงมีผู้แสดงความเห็นว่าการถือเวลาเริ่มตั้งครรภ์น่าจะถือเอาวันที่ขาดประจำเดือนในเดือนนั้นเป็นจุดเริ่มตั้งครรภ์⁴² ในกลุ่มอิสลามและเยอรมันตะวันตก ก็เห็นว่าชีวิตมนุษย์ยังไม่เริ่มต้นจนกว่าไข่ที่ผสมแล้ว (zygote) นั้นจะมีการฝังกับผนังมดลูกแล้ว⁴³

ณ เวลาช่วงของการตั้งครรภ์ คุณลักษณะเฉพาะทางชีววิทยาของทารกในครรภ์ได้ถูกกำหนดโดยกฎเกณฑ์ทางพันธุกรรม เซลล์ที่ได้ปฏิสนธิจะมีโครงสร้างของโครโมโซมที่มีลักษณะเฉพาะที่จะพบได้ในเซลล์ทั้งหมดของมนุษย์ที่พัฒนาจากเซลล์นั้น ซึ่งจะมีลักษณะเฉพาะตัวบุคคลที่ไม่เหมือนใคร มนุษย์แต่ละคนมีคุณสมบัติขึ้นมาจากการประกอบขึ้นด้วยโครโมโซมของเซลล์ซึ่งมีคุณสมบัติสุดท้ายในฐานะเป็นมนุษย์ ซึ่งทารกในครรภ์มีส่วนประกอบของโครโมโซมอยู่แล้ว ตั้งแต่ ณ เวลาช่วงของการตั้งครรภ์ อีกประการหนึ่ง คือ ณ จุดนั้น มันมีความเป็นไปได้สูงมากที่เซลล์ที่ได้รับการฝังตัวนั้นจะพัฒนาไปเป็นมนุษย์ได้อย่างสมบูรณ์ จึงน่าจะถือจุดนี้เป็นจุดที่ทารกในครรภ์กลายเป็นมนุษย์⁴⁴ เพราะ ณ จุดนี้ทารกในครรภ์ได้มีพื้นฐานทางชีววิทยาสำหรับศักยภาพที่จำเป็นต่อมนุษย์ทุกประการแล้ว จึงถือได้ว่าทารกในครรภ์เป็นมนุษย์เมื่อเริ่มตั้งแต่ตั้งครรภ์

ความเชื่อที่ว่าตั้งครรภ์เริ่มต้นด้วยการฝังตัวมากกว่าที่จะเป็นด้วยการปฏิสนธิได้รับการสนับสนุนจากหลักการทางวิทยาศาสตร์หลายประการ กล่าวคือ ประการแรก ก่อนจะมีการฝังตัวก็จะเป็นที่แน่นอนว่าเซลล์อันไหนจะพัฒนาไปสู่ขั้นนอกสุดของ blast cyst (การเจริญเติบโต

⁴² Crystal K. David. (1989). *Embryo - arrest : The no-men's land between contraception and abortion*. p. 111-117.

⁴³ Luke T.Lee and John M.Paxman. (1974). *Legal Aspects of Menstrual Regulation*. p.154-155.

⁴⁴ Baruch Brody. (1975). *Abortion and Sanctity of Human Life : A Philosophical View*. p.80-90.

ของตัวอ่อนในขั้นต่อจาก Morula) และอันโหนดเข้าสู่การเป็นตัวอ่อน (embryo) เนื่องจากทั้งสองอย่างแสดงถึงโครงสร้างทาง DNA ที่เหมือนกัน ประการที่สอง ไข่ที่ปฏิสนธิแล้วนั้นยังไม่เป็นที่แน่นอนว่าจะมีการฝังตัวได้สำเร็จหรือไม่ เพราะตามหลักทางชีววิทยานั้น ความล้มเหลวของไข่ที่ปฏิสนธิแล้วและไม่สามารถฝังตัวได้ มีความเป็นไปได้สูงถึง 50-70 เปอร์เซ็นต์ ซึ่งก็หมายความว่า มีเพียงประมาณ 30 เปอร์เซ็นต์เท่านั้นที่ไข่ที่ปฏิสนธิแล้วจะสามารถฝังตัวได้สำเร็จ ประการที่สาม เมื่อพิจารณาจากแง่ของหญิงที่ตั้งครรภ์ผู้เป็นมารดานั้น จะแสดงถึงสัญญาณของการตั้งครรภ์ที่ต่อเมื่อมีการฝังตัวเกิดขึ้นแล้วเท่านั้น ด้วยเหตุผลหลายประการดังกล่าวจึงน่าจะถือเอาจุดที่มีการฝังตัวของตัวอ่อนที่ผนังมดลูกเป็นจุดเริ่มต้นของการตั้งครรภ์⁴⁵

มีกฎหมายของหลายประเทศที่ได้ถือเอาจุดของการฝังตัวเป็นจุดเริ่มต้นของการตั้งครรภ์ เช่น ออสเตรเลีย นิวซีแลนด์ เยอรมัน และเนเธอร์แลนด์ ถือเอาจุดการฝังตัวเป็นจุดเริ่มต้นของการตั้งครรภ์

ในประเทศนิวซีแลนด์ ตามพระราชบัญญัติอาชญากรรม (The Crimes Act 1961) ตามมาตรา 182a ได้ให้ความหมายของ “การทำแท้ง” (miscarriage) ว่าหมายถึง (1) การทำลายหรือการตายของตัวอ่อนหรือทารกในครรภ์หลังจากการฝังตัวของตัวอ่อนที่ผนังมดลูก (2) การทำให้คลอดก่อนกำหนดหรือกำจัดตัวอ่อนหรือทารกในครรภ์หลังจากการฝังตัวของตัวอ่อนที่ผนังมดลูกแล้ว โดยไม่ได้มีวัตถุประสงค์เพื่อทำให้ทารกคลอดออกมาแล้วสามารถเติบโตพัฒนาได้⁴⁶

ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธสาธารณรัฐเยอรมันได้มีคำพิพากษาเมื่อวันที่ 25 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1975 วินิจฉัยเกี่ยวกับการเริ่มต้นชีวิตมนุษย์ว่า เมื่อพิจารณาตามหลักเกณฑ์ทางชีววิทยาสรีรวิทยาแล้ว ชีวิตมนุษย์จะเริ่มต้นขึ้นในช่วงเวลาประมาณ 14 วัน นับแต่ตั้งครรภ์ ซึ่งก็คือระยะการฝังตัวของตัวอ่อนที่ผนังมดลูกนั่นเอง⁴⁷

⁴⁵ Fritz Beller and Rebert F. Weir. Op.cit. pp.3-5.

⁴⁶ Ibid. p. 4.

⁴⁷ Edward Manier, William Liu and David Solomon. (1977). *Abortion : New Directions For policy studies*. pp.91-122,162-163.

ในประมวลกฎหมายอาญาของเยอรมัน (The Penal code or Strafgesetzbuch, StGB) มาตรา 218(1)⁴⁸ ได้มีบัญญัติไว้อย่างชัดเจนว่า การกระทำก่อนที่จะมีการฝังตัวในมดลูกของไข่ที่ผสมกับตัวอสุจิ ไม่ถือเป็นการยุติการตั้งครรภ์ตามกฎหมายฉบับนี้

สำหรับในประเทศไทย ซึ่งประชาชนส่วนใหญ่นับถือศาสนาพุทธ ได้มีคำอธิบายเกี่ยวกับจุดเริ่มต้นของชีวิตในครรภ์ ตามหลักคำสอนในพุทธศาสนา กล่าวถึงการตั้งครรภ์หรือการเกิดของชีวิตได้ว่า การตั้งครรภ์ของสตรีต้องประกอบด้วยองค์ประกอบ 3 ประการ คือ (1) บิดามารดาอยู่ร่วมกัน (มีเพศสัมพันธ์) (2) มารดามีประจำเดือน (คืออยู่ในวัยที่มีประจำเดือนและมีประจำเดือนปกติ) (3) มีสัตว์มาเกิด (คำว่าสัตว์ในความหมายของพุทธศาสนา หมายถึง สิ่งมีชีวิตที่มีจิต) เมื่อประกอบด้วยองค์ประกอบทั้ง 3 ประการนี้ การตั้งครรภ์ที่นำไปสู่การมีบุตรจึงจะมีขึ้น ถ้าไม่ครบองค์ประกอบทั้ง 3 ประการ การตั้งครรภ์ก็เกิดขึ้นไม่ได้ และได้อธิบายว่ามนุษย์ที่เกิดขึ้นในครรภ์ของมารดาเริ่มต้นเป็น “กลละ” ก่อนและพัฒนาเป็น “อภัพพะ” เป็น “เปลิ” เป็น “ฉนะ” และเป็น “ปัญญาสาขา” ตามลำดับ ต่อจากนั้นจึงมีผล ขนและเล็บ ตามมา⁴⁹

จากการเกิดของทารกในครรภ์ตามหลักพุทธศาสนาที่ได้กล่าวมาแล้ว จึงเชื่อกันว่า ชีวิตเริ่มตั้งแต่เป็น “กลละ”⁵⁰ หรือในสัปดาห์แรกของการอยู่ร่วมกันของบิดามารดานั่นเอง ดังนั้น การทำแท้งเท่ากับเป็นการฆ่ามนุษย์ในหลักพระพุทธศาสนา และยังสอนอีกว่า การฆ่าชีวิตของสัตว์อื่น บุคคลอื่นโดยเจตนาเป็นบาป เป็นการละเมิดศีลข้อที่ 1 ในศีล 5 จะบาปมากบาปน้อยขึ้นอยู่กับเจตนาที่มีมากหรือน้อย และเงื่อนไขอื่นๆ อีกหลายอย่าง การทำแท้งย่อมบ่งถึงการกระทำที่ประกอบด้วยเจตนา ดังนั้น การทำแท้งจะไปด้วยเหตุผลใดๆก็ตาม เหตุผลเหล่านั้นย่อมไม่อาจทำให้การทำแท้งเป็นสิ่งที่ไม่บาปไปได้ เพราะการทำแท้งเป็นการทำลายชีวิตโดยเจตนา แม้ชีวิตของมนุษย์ผู้ถูกทำลายไปนั้นจะยังไม่สมบูรณ์เต็มที่ เพราะยังไม่ได้ออกมาดูโลกภายนอกก็ตาม⁵¹

⁴⁸ Section 218 Termination of pregnancy

(1) Whoever terminates a pregnancy shall be punished with imprisonment for not more than three year or a fine. Acts, the effects of which occur before the conclusion of the nesting of the fertilized egg in the uterus, shall not qualify as termination of pregnancy within the meaning of this law.

⁴⁹ คณิตา โพธิ์ชนะพันธ์. เล่มเดิม. หน้า 19-20.

⁵⁰ พระราชวรรมณี (ประยูรค์). (2536). ทำแท้ง : ตัดสินอย่างไร ชีวิตเริ่มต้นเมื่อไร การทำแท้งในทัศนะของพระพุทธศาสนา. หน้า 8.

⁵¹ อารดี ประสมทรัพย์. (2550). ทางเลือกที่จะทำแท้ง: การพิทักษ์สิทธิผู้หญิงของวิชาชีพที่เกี่ยวข้อง. หน้า 47-48.

กล่าวโดยสรุป ความเชื่อในทางศาสนาพุทธ เห็นว่า เมื่อบิดามารดามีเพศสัมพันธ์กัน มารดาอยู่ในวัยมีระดู พร้อมทั้งจะให้กำเนิดทารกได้ และมีวิญญาณเข้ามาเกิดหรือที่เรียกว่าปฏิสนธิ จิตหรือปฏิสนธิวิญญาณนั่นเอง องค์ประกอบทั้งสามนี้ต้องประจวบพร้อมกัน จึงทำให้เกิดการ ตั้งครรภ์ขึ้นและถือว่าชีวิตได้เริ่มแล้ว เป็นคนโดยสมบูรณ์ซึ่งปฏิสนธิจิตหรือปฏิสนธิวิญญาณนั้น ย่อมเกิดขึ้นพร้อมกับกลดะหรือเมือก⁵² ดังนั้น ตามหลักทางพระพุทธศาสนาจึงถือว่า ชีวิตมนุษย์ เริ่มตั้งแต่เป็นกลดะรูปตั้งแต่ปฐมจิตหรือมีปฏิสนธิวิญญาณแล้ว ถ้าใครไปทำให้ชีวิตนี้สิ้นสุดก็ถือว่าฆ่ามนุษย์ตั้งแต่บัดนั้น⁵³ ซึ่งพระพุทธศาสนาเชื่อต่างกับนักชีววิทยา กล่าวคือ พุทธศาสนาเชื่อว่า ถ้าฟังเพียงกระบวนการทางชีววิทยาทารกไม่สามารถเกิดและเติบโตเป็นมนุษย์ได้ เพราะกระบวนการทางชีววิทยาเป็นเพียงปรากฏการณ์ของสสาร สิ่งที่กำหนดให้ไข่ที่ผสมกับเชื้ออสุจิแล้ว เจริญเติบโตอย่างมีระเบียบมีทิศทางและสามารถมีจิตสำนึกได้ ต้องไม่ใช่ตัวไข่และอสุจิที่เป็นเพียง วัตถุ หากต้องเป็นสิ่งที่อื่นที่มีอนุภาพซับซ้อน ซึ่งสิ่งนี้พุทธศาสนาเรียกว่า จิตที่เป็นปฐม คือ วิญญาณแรก ซึ่งจะปรากฏในครรภ์มารดาจนกระทั่งถึงมรณะ⁵⁴ ในทางพุทธศาสนา ความเป็นคน ไม่ได้วัดจากการมีอวัยวะครบถ้วนสมบูรณ์ หากแต่วัดจากการมีขันธห้าครบถ้วน ได้แก่ รูป เวทนา สัญญา สังขาร วิญญาณ⁵⁵ ซึ่งตรงกับแนวความคิดที่เห็นว่าชีวิตมนุษย์ในครรภ์เริ่มเมื่อมีการ ปฏิสนธิประกอบกับมีวิญญาณเข้ามาจุติด้วยนั่นเอง

นักวิชาการด้านกฎหมายและด้านการแพทย์ ได้อธิบายเกี่ยวกับจุดเริ่มต้นของชีวิตในครรภ์ในแง่มุมมองที่ต่างออกไปจากความเชื่อทางศาสนาพุทธดังกล่าว กล่าวคือ แต่เดิมที่วิทยาศาสตร์ การแพทย์ยังไม่เจริญมากนัก ได้มีการอธิบายถึงจุดเริ่มต้นของชีวิตในครรภ์ไว้ว่าชีวิตมนุษย์นั้นเริ่ม ตั้งแต่มีการปฏิสนธิ คือ ในการร่วมประเวณีจะมีการหลั่งของน้ำอสุจิไปยังอยู่ตรงรอยต่อของปาก มดลูกและช่องคลอดประมาณ 2-4 ลบ.ซม. ซึ่งประกอบด้วยจำนวนตัวอสุจิประมาณ 50 ล้านตัว ในจำนวนนี้จะมีตัวอสุจิที่สมบูรณ์ประมาณ 75% และจากจำนวน 75% นี้จะเป็นตัวอสุจิที่เดินทางไกลได้เพียงครั้งเดียว การเคลื่อนไหวของอสุจิจะเป็นแบบหมุนตัวและคืบไปข้างหน้า หากน้ำ เมือกปากมดลูก (Cervical mucus) มีความเหมาะสมภายใต้การควบคุมของฮอร์โมนรังไข่ เช่น ใน

⁵² ทศนิยม หงส์ดารมภ์. (2518). *กำเนิดรูปนั้นฉันใด : การเปรียบเทียบพระพุทธพจน์กับ วิทยาศาสตร์*. หน้า 12.

⁵³ พระสมุทฺธ ถาวรธมโม. (2539). *การศึกษาเปรียบเทียบปัญหาจริยธรรมเรื่องการทำแท้ง: ทรรศนะพุทธปรัชญา เกรวาทกับกฎหมายการทำแท้ง*. หน้า 82.

⁵⁴ พระราชวรมุนี (ประยูรฑ์). เล่มเดิม. หน้า 6.

⁵⁵ สุนทร ฌ รังสี. (2532, มกราคม). “ทัศนะของพระพุทธศาสนาเกี่ยวกับการทำแท้ง.” *วารสาร อักษรจุฬา*, 1. หน้า 68-71.

ระยะกลางรอบเดือน (mid cycle) อสุจิจะสามารถเดินทางทะลุทะลวงผ่านปากมดลูกและโพรงมดลูกในอัตราความเร็วประมาณ 5-6 มม. ต่อนาที น้ำเมือกของโพรงมดลูกและปากมดลูกจะมีคุณสมบัติในการดึงดูดและล่อให้ตัวอสุจิตั้งเรดาร์เข้าหาเป้าหมาย คือ ไข่ เพื่อทำการผสมได้เรียกกระบวนการนี้ว่า “capacitation” เมื่ออสุจิและไข่กบกันที่ปลายท่อรังไข่ จะเกิดขบวนการก่อนปฏิสนธิ ซึ่งทางแพทย์เรียกว่า “syngamy” เชื้ออสุจิจะไขผ่านชั้นต่างๆ ของเซลล์ที่เลี้ยงและผนังของเซลล์แม่ (oocyte) เข้าไปในไซโตพลาสซึมของไข่ ต่อจากนั้นจะเกิดปฏิกิริยาในชั้นหุ้มของไข่ให้ปิดมิด เพื่อกันอสุจิอื่นทะลุทะลวงเข้าไปผสมซ้ำสอง หลังจากนั้นจะมีการเปลี่ยนแปลงโครโมโซมและมีการแบ่งเซลล์ (mitotic division) เกิดขึ้น ซึ่งเป็นจุดเริ่มแรกของชีวิตใหม่ภายหลังขบวนการปฏิสนธิ⁵⁶

ต่อมา เมื่อวิทยาศาสตร์การแพทย์มีความเจริญก้าวหน้ามากขึ้น ได้มีการพัฒนาวิธีการคุมกำเนิดโดยการใส่ห่วงคุมกำเนิด (IUD) หรือวัสดุอื่นที่ทำหน้าที่รบกวนหรือระงับการฝังตัวของไข่ที่ผนังมดลูก แต่ก่อนที่จะมีการฝังตัวที่ผนังมดลูกนั้น ไข่ได้ถูกผสมและผ่านขั้นตอนการปฏิสนธิไปแล้ว นอกจากนี้ยังมีการใช้ยาฉีดหรือยากินคุมกำเนิดภายหลังการร่วมเพศ หรือหลังจากที่ไข่และอสุจิผสมกันแล้วจึงฉีดยา เพื่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงของผนังมดลูก ไข่และอสุจิที่ผสมกันภายนอกร่างกาย (ในหลอดแก้ว) เพื่อจะนำตัวอ่อนฉีดกลับเข้าไปในโพรงมดลูกของหญิงที่ยอมรับการตั้งครรภ์ ซึ่งปกติจะใช้ตัวอ่อน 3 ตัว เพื่อว่าตัวอ่อนบางตัวอาจไม่ฝังตัวและถูกทำลายไป กรณีเหล่านี้หากอธิบายถึงจุดเริ่มต้นของชีวิตในครรภ์ว่าเริ่มจากการปฏิสนธิตามแนวความเชื่อเดิมย่อมจะทำให้เกิดปัญหาว่าในกรณีต่างๆ ดังกล่าวย่อมถือเป็นความผิดฐานทำให้แท้งลูกทั้งสิ้น การอธิบายดังกล่าวจะทำให้วิทยาศาสตร์การแพทย์ไม่สามารถพัฒนาต่อไปได้ และเป็นคำอธิบายที่ไม่น่าจะถูกต้องสอดคล้องกับหลักวิทยาศาสตร์ตามที่ควรจะเป็น

การปฏิสนธิหรือการผสมระหว่างไข่และตัวอสุจินั้น เกิดขึ้นในท่อนำไข่ (fallopian tube) เมื่อผสมแล้วไข่ที่ผสมหรือตัวอ่อนจะแบ่งเซลล์ของตัวเอง และท่อนำไข่จะหดตัวบีบไล่ตัวอ่อนเข้าไปในโพรงมดลูก ตัวอ่อนจะติดที่ผนังด้านในของโพรงมดลูก (endometrium) และค่อยๆ ฝังตัวในผนังมดลูกนั้น แล้วอวัยวะของตัวอ่อนเข้าไปในผนังมดลูก เพื่อรับอาหารจากมารดาเพื่อเจริญเติบโตเป็นทารกต่อไป การฝังตัวของตัวอ่อนนี้เริ่มประมาณ 6-8 วัน ภายหลังจากปฏิสนธิ ตัวอ่อนที่ไม่สามารถฝังตัวในผนังมดลูกได้ก็จะตายและถูกขับออกไปพร้อมกับประจำเดือนคราวต่อไปของหญิงที่เป็นมารดา จากข้อเท็จจริงทางวิทยาศาสตร์ดังกล่าวจะเห็นได้ว่า ตัวอ่อนนั้นจะเจริญเป็นเด็กได้ก็ต่อเมื่อมีการฝังตัวในผนังมดลูกหรือในที่ที่เหมาะสมที่จะเจริญต่อไปได้เสียก่อน ตัวอ่อนที่ไม่มีการฝังตัวไม่อาจเจริญเป็นเด็กต่อไปและก็จะตายไปในที่สุด ดังนั้น ตัวอ่อนที่เริ่มจากไข่และอสุจิ

⁵⁶ สุวัฒน์ จันทรวงศ์. (2523). *การทำงานเกี่ยวกับปัญหาทางการแพทย์และสังคม*. หน้า 121-122.

ผสมกันก่อนการฝังตัวนั้น ไม่น่าจะถือเป็นการเริ่มชีวิตเด็ก ถ้ามองจากแนวความคิดนี้ว่าจะมีการแทงได้จะต้องมีการตั้งครรภ์เสียก่อน การตั้งครรภ์จึงไม่น่าจะถือเอาการปฏิสนธิ (การที่ไข่และอสุจิผสมกัน) เพราะปัจจุบันการปฏิสนธิอาจทำได้ในหลอดทดลองหรือภายนอกร่างกาย การปฏิสนธิดังกล่าวย่อมไม่มีการตั้งครรภ์ และเมื่อนำตัวอ่อนที่ผสมแล้วใส่เข้าไปในมดลูกหญิงที่ตั้งครรภ์ การตั้งครรภ์ก็ยังมีได้เกิดขึ้นที่จุนกว่าตัวอ่อนนั้นจะฝังตัวในผนังมดลูก ดังนั้น คงเห็นได้ว่าการตั้งครรภ์ในหญิงทั่วไปย่อมมิใช่เริ่มจากการปฏิสนธิ การทำลายตัวอ่อนก่อนการฝังตัวจึงมิใช่ทำให้การตั้งครรภ์สิ้นสุด เพราะการตั้งครรภ์ยังไม่เริ่ม ดังนั้น จึงไม่ใช่เป็นการทำให้แท้งลูก⁵⁷ ไข่ที่ผสมแล้วไม่มีสภาพเป็นทารก จึงเรียกไม่ได้ว่าเป็นการทำแท้ง⁵⁸

นักวิชาการบางท่าน เห็นว่า การเริ่มต้นชีวิตในครรภ์นั้น น่าจะเริ่มต้นเมื่อมีการฝังตัวของไข่ที่ได้ผสมกับอสุจิที่ผนังมดลูกแล้ว ระยะเวลาที่เริ่มจากการผสมของไข่กับอสุจิ จนกระทั่งถึงก่อนการฝังตัวของตัวอ่อนสำเร็จนั้นยังไม่ถือเป็นการตั้งครรภ์⁵⁹ ไม่เพียงแต่อสุจิผสมกับไข่แล้วเท่านั้น แต่ต้องถึงขั้นเดินทางไปฝังในผนังมดลูกแล้ว เพราะการผสมกันระหว่างอสุจิกับไข่ แม้จะเกิดจากปฏิสนธิแล้ว แต่ตราบโคที่ยังไม่มีการฝังตัวในผนังมดลูก ระหว่างนั้นก็ยังไม่มีการตั้งครรภ์ เมื่อไม่มีการตั้งครรภ์ การยุติการตั้งครรภ์หรือการทำแท้งย่อมมิได้ ดังนั้น การกระทำต่อการผสมเทียมในหลอดทดลองก่อนฉีดเข้าไปในมดลูก แม้เกิดการปฏิสนธิแล้วก็ดี การใส่ห่วงคุมกำเนิดที่ทำให้ไข่ที่ผสมแล้วไม่สามารถฝังตัวในมดลูกได้ก็ดี ยังไม่อาจจะถือได้ว่าเป็นจุดเริ่มต้นของการกระทำความคิดได้ หากถูกทำลายไปเสียก่อนจึงไม่ใช่การทำแท้ง⁶⁰ ดังนั้น น่าจะใช้คำว่า “ยุติการตั้งครรภ์” แทนคำว่า “ทำแท้ง” เพราะสามารถเข้าใจได้เลยว่า การยุติการตั้งครรภ์จะเริ่มเป็นความคิดได้ต่อเมื่อมีการตั้งครรภ์⁶¹

ผู้เขียนเห็นว่า การพิจารณาถึงจุดเริ่มต้นของชีวิตในครรภ์มารดาเพื่อหาจุดเริ่มต้นของการกระทำความคิดฐานทำให้แท้งลูก เป็นเรื่องที่ยากเพราะไม่สามารถพิสูจน์ได้ว่าชีวิตในครรภ์มารดาได้เริ่มต้นขึ้นตั้งแต่เมื่อใด แต่จากหลักการทางวิทยาศาสตร์ที่ถือว่าไข่ที่ได้ผสมกับอสุจิแล้วที่เรียกว่า “การปฏิสนธิ” ก็ยังไม่มีคามแน่นอนว่าไข่ที่ผสมแล้วนั้น จะสามารถเดินทางไปฝังตัวใน

⁵⁷ วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์. (2537). “ความหมายของ “ทำให้แท้งลูก” ในกฎหมาย”. *หนังสือนิติเวชสาขานับพันกฎหมายทำแท้งข้อโต้แย้งที่ไม่ยุติ*. หน้า 105-110.

⁵⁸ วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์. (2537). “วัตถุกันกำเนิดในโพรงมดลูก ปัญหานิติเวชศาสตร์”. *หนังสือนิติเวชสาขานับพันกฎหมายทำแท้งข้อโต้แย้งที่ไม่ยุติ*. หน้า 51-52.

⁵⁹ คณิต ฌ นคร. (2553). *กฎหมายอาญาภาคความคิด*. หน้า 177.

⁶⁰ ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ์. (2538). “ปัญหาการให้กำเนิดและการทำแท้ง”. *วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์*, 25(2). หน้า 273.

⁶¹ แผลงเคิม. หน้า 280.

ผนังมดลูกได้ การเจริญเติบโตของทารกในครรภ์มารดาจะสามารถเจริญเติบโตได้นั้นจะต้องมีการฝังตัวในผนังมดลูกเสียก่อน ฉะนั้นก่อนหน้าที่จะมีการฝังตัวในผนังมดลูกจึงยังไม่มีความแน่นอนว่าไข่ที่ผสมกับอสุจิแล้วนั้นจะสามารถเจริญเติบโตเป็นทารกได้ จุดเริ่มต้นของชีวิตในครรภ์มารดาจึงน่าจะเริ่มต้นเมื่อมีการฝังตัวในผนังมดลูกของไข่ที่ผสมกับอสุจิแล้ว

ประมวลกฎหมายอาญาของไทยได้ให้ความคุ้มครองชีวิตในครรภ์มารดาตั้งแต่เมื่อใดนั้น หากพิจารณาตามบทบัญญัติในมาตรา 301-303 ได้บัญญัติให้ความคุ้มครองชีวิตในครรภ์มารดาเริ่มต้นของการตั้งครรภ์โดยไม่กำหนดว่าจะมีอายุครรภ์เท่าใด ดังนั้นจึงน่าจะตีความได้ว่ากฎหมายอาญาของไทยให้ความคุ้มครองชีวิตในครรภ์มารดานับตั้งแต่เมื่อมีการตั้งครรภ์เกิดขึ้น ปัญหาว่าการตั้งครรภ์เกิดขึ้นนับตั้งแต่เวลาใดนั้น ควรจะต้องพิจารณาเป็นแต่ละกรณีๆ ไปเพื่อความเหมาะสมและเป็นธรรมแก่ทั้งมารดาและทารกด้วย

2.3.2 เวลาอันเป็นจุดสิ้นสุดของการกระทำความผิด

เมื่อพิจารณาถึงความผิดฐานทำให้แท้งลูกกับความผิดฐานฆ่าคนแล้ว ย่อมมีความสัมพันธ์กันอยู่ กล่าวคือ เมื่อความผิดฐานฆ่าคนเริ่มเกิดขึ้นเมื่อใด ขอบเขตของการกระทำที่เป็นความผิดฐานทำให้แท้งลูกย่อมสิ้นสุดลงเมื่อนั้น ดังนั้น ในการพิจารณาถึงปัญหาเกี่ยวกับเวลาอันเป็นจุดสิ้นสุดของการกระทำอันจะถือว่าเป็นความผิดฐานทำให้แท้งลูกนี้ จึงขึ้นอยู่กับแนวความคิดเกี่ยวกับการเริ่มต้นชีวิตมนุษย์ภายนอกครรภ์นั่นเอง เพราะหากว่าทารกในครรภ์เริ่มต้นมีสภาพความเป็นมนุษย์หรือมีชีวิตภายนอกครรภ์แล้ว ก็ย่อมเป็นจุดเริ่มต้นของความผิดฐานฆ่าผู้อื่นทันที ซึ่งปัญหาว่าทารกเริ่มต้นสภาพความเป็นมนุษย์หรือมีชีวิตภายนอกครรภ์ตั้งแต่เมื่อใดนั้น ประเด็นนี้ได้มีแนวความคิดเห็นของนักวิชาการที่แตกต่างกันออกไป ดังนี้

2.3.2.1 ชีวิตภายนอกครรภ์เริ่มเมื่อมีการเจ็บครรภ์คลอดในกรณีคลอดตามธรรมชาติ หรือเมื่อเริ่มลงมือผ่าตัดในกรณีที่คลอดโดยการผ่าตัด

ตามแนวความเห็นนี้ เห็นว่า “การเริ่มสภาพความเป็นมนุษย์” ต่างกับการเริ่ม “สภาพบุคคล” ตามกฎหมายแพ่ง เพราะการเริ่มสภาพบุคคลตามกฎหมายแพ่งเป็นการเริ่มต้นของการเป็น “ประธานแห่งสิทธิ” (Subject of right) แต่การเริ่มสภาพความเป็นมนุษย์ในกฎหมายอาญาเป็นการเริ่ม “สภาพการที่จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย” (object of protection) ดังนี้ แนวความคิดในทางกฎหมายแพ่งจึงแตกต่างจากแนวความคิดในทางกฎหมายอาญา ซึ่งควรจะคุ้มครองตั้งแต่การเจ็บครรภ์คลอดหรือกระบวนการที่ไม่ขาดตอนเป็นระยะเวลาอันที่ส่งผลให้ทารกในครรภ์มารดาออกจากครรภ์ที่เรียกว่า “เจ็บเบ่ง (true labor pain) ส่วนการคลอดโดยการผ่าตัดก็ถือเอาการลงมือ

ผ่าตัดแทนการเจ็บครรภ์คลอด เพราะ ณ จุดนั้น ชีวิตนั้นมีสภาพความเป็นมนุษย์แล้ว⁶² การทำลายชีวิตนั้นถือเป็นการฆ่าคนได้

ดังนั้น ถ้าถือตามแนวความเห็นนี้แล้ว การกระทำที่จะเป็นการทำแท้งได้นั้น ก็จะต้องกระทำต่อทารกในครรภ์ก่อนที่จะมีการเจ็บครรภ์คลอดหรือที่เรียกว่าเจ็บเบ่งกรณีคลอดตามธรรมชาติ หรือก่อนที่จะมีการลงมือผ่าตัดกรณีที่ใช้การผ่าตัดแทนการคลอดตามธรรมชาตินั่นเอง

2.3.2.2 ชีวิตภายนอกครรภ์เริ่มมีการคลอดแต่ไม่ถึงกับคลอดหมดตัว

ท่านศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย ได้อธิบายไว้ว่า เมื่อทารกได้แยกตนเป็นอิสระจากมารดา คือ ถ้าทารกเริ่มคลอดหรือเริ่มทำตนเป็นอิสระจากมารดา โดยการเริ่มโผล่จากมดลูกไม่ว่าจะเล็กน้อยเพียงใดก็เป็น “คน” และถ้ามีการฆ่าในขณะที่นั้นก็เป็นการฆ่าคนตายตามมาตรา 288⁶³

บางท่านให้ความเห็นว่า ชีวิตภายนอกครรภ์มารดาเริ่มแต่เมื่อทารกหายใจครั้งแรก ประกอบกับการที่หัวใจทารกเต้น ด้วยเหตุผลที่ว่า ชีวิตทารกจะเริ่มต้นภายนอกร่างกายต้องเริ่มต้นอย่างคนทั่วไป คือ หัวใจต้องเต้นและต้องมีการหายใจด้วยปอด หากมีการเต้นของหัวใจอย่างเดียวโดยไม่หายใจ จะถือว่าชีวิตภายนอกเริ่มต้นแล้วยังไม่ได้⁶⁴ ซึ่งการที่ทารกจะหายใจครั้งแรกหรือมีการเต้นของหัวใจนั้น ไม่จำเป็นต้องมีการคลอดหมดตัวก็ได้ เช่น ในกรณีที่ทารกคลอดออกมาแล้ว แต่เท้าของทารกยังคงติดอยู่ในช่องคลอด ทารกก็อาจมีการหายใจและมีการเต้นของหัวใจในระหว่างคลอดอยู่นี้ก็ถือว่าชีวิตภายนอกครรภ์เริ่มต้นขึ้นแล้ว หากมีการกระทำต่อทารกในระหว่างช่วงเวลานี้ ก็เป็นความผิดฐานฆ่าคนได้

ดังนั้น ถ้าถือตามแนวความเห็นนี้แล้ว การกระทำที่จะเป็นการทำแท้งได้นั้นก็จะต้องกระทำต่อทารกในครรภ์ก่อนที่จะเริ่มมีการคลอดนั่นเอง

2.3.2.3 ชีวิตภายนอกครรภ์เริ่มเมื่อทารกคลอดออกมาแล้ว (Complete extrusion) และมีลักษณะอย่างหนึ่งอย่างใดที่แสดงว่าทารกคลอดออกมามีชีวิต (Signs of live birth)⁶⁵

การคลอดต้องสมบูรณ์ก่อน คือ ตัวทารกต้องพ้นจากช่องคลอดออกมาทั้งตัว⁶⁶ การมีสภาพบุคคลนั้นต้องได้คลอดแล้วอยู่รอดเป็นทารก (born alive) เสียก่อน ซึ่งการคลอด หมายถึง การทำให้ทารกในครรภ์เป็นอิสระหลุดพ้นจากครรภ์มารดาทั้งหมด แม้ยังไม่ทันตัดสายรกก็ตาม เพราะการเจ็บครรภ์คลอดก็ดี การคลอดออกมาบางส่วนจนเกือบหมดแล้ว แต่ข้อเท้ายังติดอยู่กับ

⁶² คณิต ฅ นคร. (2553). *กฎหมายอาญาภาคความผิด*. หน้า 34.

⁶³ หยุด แสงอุทัย. (2544). *กฎหมายอาญาภาค 2-3*. หน้า 212.

⁶⁴ สงกรานต์ นิยมเสน. (2515). *นิติเวชวิทยา*. หน้า 177.

⁶⁵ Simpson K. (1964). *Forensic Medicine*. pp. 156-161.

⁶⁶ J.C. Smith and Brian Hogan. (1993). *Criminal Law Cases and Materials*. p.391.

ช่องคลอดก็ดี ตราบใดที่ยังไม่พ้นจากครรภ์มารดาทั้งหมดจะถือว่า “คลอดแล้ว” ไม่ได้ คงเป็นเพียง “กำลังคลอด” หรือ “ขณะคลอด” เท่านั้นเอง⁶⁷ การคลอดที่ยังไม่สำเร็จสมบูรณ์ แม้ว่าส่วนใหญ่ของทารกจะออกมาแล้ว แต่ยังไม่หมดทั้งตัวก็ต้องถือว่ายังไม่คลอด แม้หัวใจเต้น มีชีพจรหรือคืบได้ เมื่อยังคลอดไม่หมด ก็ยังไม่มีสภาพบุคคลจึงยังไม่มีผู้อื่นให้มา ต้องถือว่ายังเป็นระยะเวลาที่อาจทำแท้งได้อยู่ เช่น ทารกออกจากช่องคลอดมาได้เกือบหมดทั้งตัวแล้ว ทำให้ตายเสีย ดังนี้ ยังเป็นการทำแท้งไม่ใช่ฆ่าคน เพราะยังไม่เรียกว่า “คลอดแล้ว”⁶⁸ จะถือว่า “คลอดไม่หมด” ยังคงอยู่ในระยะทำแท้งได้ ไม่เป็นการฆ่าคน⁶⁹ เพราะการกำหนดข้อเท็จจริงเพื่อลงโทษอาญาแก่บุคคลต้องชัดเจน ไม่คลุมเครือ จึงต้องถือเอาการคลอดสำเร็จเป็นหลัก คือ เด็กเป็นอิสระอย่างแท้จริงจากครรภ์มารดา ดังนั้น เมื่อกฎหมายแพ่งถือเอาการคลอดแล้ว หรือคลอดสำเร็จบริบูรณ์เป็นเกณฑ์ประการหนึ่งในการเริ่มสภาพบุคคลก็ต้องถือเอาการคลอดออกหมดตัวเป็นการคลอดสำเร็จ มิฉะนั้นจะเป็นปัญหาที่กำหนดไม่ได้ว่าการคลอดบางส่วน ส่วนไหนบ้างจึงจะถือว่าเป็นการคลอดเพียงแต่ศีรษะไหลตัวยังอยู่ในช่องคลอดของมารดาเป็นแต่กำลังคลอด จะว่าคลอดแล้วไม่ได้ แต่ออกมาแล้วไหนจึงจะเป็นคลอดแล้ว ย่อมเป็นปัญหาได้ตลอดไปถ้าหากไม่ถือเอาการคลอดออกจนหมดตัวเป็นเกณฑ์⁷⁰

ตามแนวความคิดนี้ ถือเอาการเริ่มต้นของสภาพความเป็นมนุษย์โดยอาศัยเกณฑ์การเริ่มต้นสภาพบุคคลในทางแพ่งมาพิจารณา กล่าวคือ ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 15 วรรคแรก ได้บัญญัติไว้ว่า “สภาพบุคคลย่อมเริ่มแต่เมื่อคลอดและอยู่รอดเป็นทารกและสิ้นสุดลงเมื่อตาย”

ตามกฎหมายอังกฤษถือว่าทารกต้องคลอดออกจากครรภ์หมดตัว (Complete extrusion) จึงจะเป็นความผิดฐานฆ่าคน ถ้ากระทำในระหว่างที่ทารกกำลังคลอดหรือยังคงมีส่วนหนึ่งส่วนใด คงค้างอยู่ ไม่ใช่ความผิดฐานฆ่าคนและไม่เป็นความผิดฐานทำแท้ง⁷¹ แต่เป็นความผิดฐานทำลายชีวิตทารกตาม The Infant life Preservation Act 1929 ซึ่งบัญญัติว่า ผู้ใดเจตนาทำลายชีวิตทารกที่อาจคลอดและมีชีวิตรอดอยู่ (Capable of being alive) ก่อนที่จะแยกเป็นอิสระจากมารดา มีความผิดฐานทำลายชีวิตทารก⁷² ซึ่งระยะเวลาดังกล่าวได้แก่ เวลาก่อนคลอด โดยนับเอาตั้งแต่เวลาตามปกติ

⁶⁷ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ. (2549). *คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคความผิดและโทษ*. หน้า 27.

⁶⁸ แหล่งเดิม. หน้า 60-61.

⁶⁹ Glanville Williams. (1978). *Textbook of Criminal Law*. p.250.

⁷⁰ จิตติ ดิงศักดิ์. (2545). *คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญาภาค 2 ตอน 2 และภาค 3*. หน้า 3-4.

⁷¹ Sanford H. Kadish and Monrad G. Paulsen. (1989). *Criminal Law and its processes : cases and materials*. p. 345.

⁷² Glazebrook, P.R. (1989). *Blackstone's statutes on criminal Law*. p.13.

ที่ทารกในครรภ์จะคลอดออกมาอย่างมีชีวิตได้ ซึ่งก็คือระยะเวลาภายหลัง 28 สัปดาห์ของการตั้งครรถ์ไปจนถึงก่อนที่จะคลอดออกมาหมดทั้งตัว ซึ่งกฎหมายได้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าระยะเวลาดังกล่าวเป็นระยะเวลาที่ทารกอาจเกิดมามีชีวิตรอดได้

สรุปคือ กฎหมายอังกฤษนั้น ได้แบ่งระยะเวลากระทำความผิดต่อทารกไว้ 3 ระยะ กล่าวคือ ระยะที่หนึ่ง ถ้ากระทำในระหว่างที่ทารกในครรภ์นั้นมีอายุไม่ถึง 28 สัปดาห์ ก็เป็นความผิดฐานทำแท้งตาม The Offences against Person Act 1861⁷³ ระยะที่สอง ถ้ากระทำในระหว่างที่ทารกในครรภ์นั้นมีอายุตั้งแต่ 28 สัปดาห์ ไปจนกระทั่งก่อนที่จะคลอดหมดตัว ก็เป็นความผิดฐานทำลายชีวิตเด็ก (Child destruction) ตาม The Infant Life Preservation Act 1929 มีโทษหนักกว่าทำแท้งแต่เบากว่าฆ่าผู้อื่น⁷⁴ ระยะที่สาม ถ้ากระทำในระหว่างที่ทารกคลอดออกมาหมดตัวและมีชีวิตรอดอยู่แล้ว ก็จะเป็นความผิดฐานฆ่า

ตามแนวความเห็นนี้การเริ่มต้นชีวิตภายนอกครรภ์นั้น นอกจากจะต้องมีการคลอดหมดตัวแล้ว ยังต้องมีลักษณะอย่างหนึ่งอย่างใดที่แสดงว่าทารกคลอดออกมามีชีวิตด้วย (Signs of live birth) ซึ่งลักษณะที่แสดงว่าทารกที่คลอดออกมามีชีวิต (Signs of live birth) นั้น ในทางนิติเวชศาสตร์มีอยู่หลายประการ เช่น การหายใจ การเต้นของหัวใจ การไหลเวียนของเลือดจากการเต้นของหัวใจ ตลอดจนการเปลี่ยนแปลงที่เกิดขึ้นกับระบบไหลเวียน การเคลื่อนไหวของร่างกาย การเคลื่อนไหวของกล้ามเนื้อ การตรวจพบลมในกระเพาะอาหาร ลักษณะของสายสะดือและผิวหนัง เป็นต้น แม้ว่าการหายใจจะถือว่าสำคัญที่สุด เพราะมีหลักฐานให้ตรวจได้จากปอด แต่การมีลมในปอดหรือปอดลอยน้ำนั้นก็ได้เป็นเครื่องยืนยันว่าทารกนั้นเกิดมามีชีวิตเสมอไป⁷⁵

กล่าวโดยสรุป ตามความเห็นนี้ ชีวิตนอกครรภ์มารดาจะเริ่มขึ้นก็ต่อเมื่อมีลักษณะทั้งสองประการประกอบกัน กล่าวคือ ต้องมีการคลอดหมดตัวและจะต้องมีลักษณะอย่างหนึ่งอย่างใดที่แสดงว่าทารกคลอดออกมามีชีวิต (Signs of live birth) ด้วย หากขาดอย่างใดอย่างหนึ่งก็จะถือว่าชีวิตนอกครรภ์เริ่มต้นขึ้นไม่ได้ เช่น กรณีที่ทารกมีการหายใจในระหว่างคลอด โดยที่เท้าของทารกยังอยู่ในช่องคลอดของมารดานั้น กรณีเช่นนี้ยังถือไม่ได้ว่ามีชีวิตตามกฎหมาย⁷⁶

ดังนั้น ถ้าถือตามแนวความเห็นนี้แล้ว การกระทำที่จะเป็นการทำแท้งได้นั้น ก็จะต้องทำต่อทารกในครรภ์ก่อนที่ทารกในครรภ์จะคลอดออกมาหมดตัวและมีชีวิตรอดอยู่นั่นเอง

⁷³ จิตติ ดิงศภัทรี. (2511). “ความผิดฐานทำให้แท้งลูก”. คุลพาท, 15(1). หน้า 15.

⁷⁴ Glanville Williams. Loc.cit

⁷⁵ Smith S. (1956). *Taylor's Principles and practice of Medical Jurisprudence*. p.98.

⁷⁶ Ibid. p. 98

ในทางวิชาการแล้วจะเห็นได้ว่ายังมีแนวความคิดเห็นที่แตกต่างกันอยู่และในประเทศไทยก็ยังมีแนวคำพิพากษาศาลฎีกาที่ตีความในประเด็นปัญหาข้อนี้ ส่วนตัวผู้เขียนมีความเห็นพ้องด้วยกับความเห็นที่สอง ที่เห็นว่าชีวิตภายนอกครรถ์เริ่มเมื่อมีการคลอด แต่ไม่ถึงกับคลอดหมดตัว กล่าวคือ ถ้าทารกเริ่มคลอดหรือเริ่มทำตนเป็นอิสระจากมารดา โดยการเริ่มโผล่จากมดลูกไม่ว่าจะเล็กน้อยเพียงก็เป็น “คน” และถ้ามีการฆ่าในขณะนั้นก็เป็นการทำคนตายตามมาตรา 288 เนื่องจากความผิดฐานฆ่าผู้อื่น เป็นความผิดที่กฎหมายมุ่งคุ้มครองบุคคลที่มีชีวิตแล้วเท่านั้น หากยังไม่ถึงสภาพเป็นบุคคลก็ไม่สามารถเป็นกรรมสำหรับการกระทำความผิดฐานฆ่าผู้อื่นได้ ซึ่งหากพิจารณาตามแนวความเห็นนี้แล้ว การกระทำที่จะเป็นการทำแท้งได้นั้นก็ต้องกระทำต่อทารกในครรถ์ก่อนที่จะเริ่มมีการคลอดนั่นเอง

2.4 ขอบเขตความผิดฐานทำแท้งลูกในส่วนที่เกี่ยวข้องกับผลของการกระทำ

เนื่องจากบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายอาญาว่าด้วยความผิดฐานทำให้แท้งลูกบัญญัติไว้เพียงว่า “หญิงใดทำให้ตนเองแท้งลูก หรือยอมให้ผู้อื่นทำให้ตนเองแท้งลูก” และ “ผู้ใดทำให้หญิงแท้งลูก” เท่านั้น ยังไม่เป็นที่แน่ชัดว่าการกระทำความผิดฐานทำให้แท้งลูกตามบทบัญญัติดังกล่าวนี้ จะต้องทำให้เกิดผลอย่างไรจึงจะถือว่าเป็นการทำให้แท้งลูกอันเป็นความผิดสำเร็จตามบทบัญญัติดังกล่าว โดยปัญหานี้ได้มีแนวความเห็นที่แตกต่างออกไปซึ่งแบ่งได้อย่างกว้างๆ ดังต่อไปนี้

2.4.1 การทำแท้งต้องเป็นการทำให้ทารกในครรถ์ออกมาจากครรถ์ในลักษณะที่ไม่มีชีวิต

ท่านศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย อธิบายไว้ว่า “ริคลูก” ซึ่งตรงกับคำว่า “ทำให้แท้ง” ตามประมวลกฎหมายอาญาปัจจุบัน หมายถึง การกระทำใดๆที่เป็นเหตุให้ทารกในครรถ์ของหญิงออกมาจากครรถ์ในลักษณะที่เป็นสิ่งไม่มีชีวิต ทารกที่อยู่ในครรถ์จะเติบโตเท่าไรไม่เป็นข้อสำคัญ⁷⁷

ท่านรองศาสตราจารย์ ดร.ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ ได้อธิบายความหมายของการ “ทำให้แท้งลูก” ไว้ว่า หมายถึง การที่ทำให้เด็กในครรถ์คลอดออกมาอย่างไม่มีชีวิต การทำให้แท้งลูกจึงอาจมิได้จนถึงก่อนการคลอดสมบูรณ์ ถ้าเด็กในครรถ์คลอดออกอย่างไม่มีชีวิตก็เป็นการทำแท้ง⁷⁸

⁷⁷ หยุด แสงอุทัย. (2547). คำอธิบายกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127. หน้า 977.

⁷⁸ ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ. (2548). กฎหมายอาญาภาคความผิดและลหุโทษ. หน้า 59-60.

แนวคำวินิจฉัยของศาลฎีกาของไทยนั้น ได้ให้ความหมายของ “การทำให้แท้งลูก” ไว้ว่า จะต้องเป็นกรณีที่ทำให้ลูกในครรภ์คลอดออกมาในลักษณะที่ไม่มีชีวิต⁷⁹

กฎหมายอังกฤษตาม Common Law แต่เดิม จะเป็นการทำแท้งที่เป็นการทำให้แท้งได้ จะต้องเป็นการทำให้ลูกนั้นตายก่อนคลอดออกมามีชีวิต ถ้าลูกคลอดออกมามีชีวิตแล้วจึงตาย เป็นความผิดฐานฆ่าคน ต่อมาเมื่อมีพระราชบัญญัติเอาผิดแก่คนใช้ยาพิษหรือสิ่งอื่น หรือทำด้วยวิธีอื่นโดยเจตนาให้แท้งลูก ไม่ว่าจะหญิงจะมีครรภ์หรือไม่ เป็นการเปลี่ยนหลักที่ว่าต้องให้ลูกในครรภ์คืบได้เสียก่อน และถือเอาการกระทำเพียงขั้นพยายามคือใช้ยาหรือเครื่องมือทำให้แท้ง เป็นความผิดสำเร็จไปแล้ว ไม่ต้องให้ลูกออกมาในลักษณะที่ไม่มีชีวิตเสียก่อนอย่างเดิม⁸⁰

2.4.2 การทำแท้งเป็นการทำแท้งให้ทารกในครรภ์ตายในขณะที่อยู่ในครรภ์หรือทำให้คลอดออกมาก่อนกำหนดแต่โดยสภาพที่ไม่อาจมีชีวิตรอดได้ไม่ว่าจะตายภายหลังคลอดนานเท่าใด

“ทำให้แท้งลูก” ก็คือ ทำให้ลูกในครรภ์ตายในขณะที่อยู่ในครรภ์หรือทำให้ลูกในครรภ์คลอดออกมาก่อนกำหนดแต่โดยสภาพที่ไม่อาจมีชีวิตรอดได้⁸¹ การคลอดก่อนกำหนดในที่นี้หมายความว่า เป็นการทำให้ลูกในครรภ์คลอดก่อนถึงเวลาที่ทารกจะคลอดออกมาตามธรรมชาติของทารกนั้น ไม่ว่าจะคลอดโดยมีหรือไม่มีชีวิตก็ตาม กล่าวคือ ต้องมีผลให้ลูกนั้นตายในครรภ์หรือคลอดแล้วตายก่อนมีชีวิต⁸² ซึ่งก็หมายความว่า แม้ทารกเกิดมาจะมีสภาพบุคคลหรือแสดงอาการของการมีชีวิต แต่ถ้าทารกนั้นไม่อาจมีชีวิตอยู่นอกครรภ์มารดาได้ โดยไม่ว่าจะตายภายหลังคลอดนานเท่าใด ผู้กระทำให้ทารกคลอดย่อมต้องถือว่าเป็นการทำให้แท้งลูกทั้งสิ้น⁸³ โดยผลคือความตายที่เกิดขึ้นนั้นมีความสัมพันธ์กับการกระทำของผู้กระทำดังกล่าว

ในกรณีที่การทำแท้งทำให้ทารกคลอดออกมาและยังมีชีวิตอยู่ แต่ทารกนั้นก็ไม่มีชีวิตรอดได้ และเมื่อต่อมาทารกนั้นถึงแก่ความตายโดยปราศจากการกระทำใดๆต่อทารกนั้นหลัง

⁷⁹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 677/2510 (เนติบัณฑิตยสภา) หน้า 1012 “หญิงมีครรภ์ได้เจ็ดเดือนถูกจำเลยกระแทบบริเวณท้องเวลา 15 นาฬิกา น้ำทูนหัวเด็กในครรภ์แตกก่อน หญิงไปโรงพยาบาลเมื่อเวลา 19 นาฬิกา หญิงคลอดลูกเวลา 21 นาฬิกา เด็กอยู่ได้ 8 วันก็ตาย เนื่องจากเป็นโรคปอดบวม จำเลยถูกหาว่าทำร้ายร่างกายหญิงถึงแท้งลูกตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 295(5) ศาลวินิจฉัยว่าการทำร้ายร่างกายถึงแท้งลูกตามมาตรา 295(5) ต้องเป็นกรณีที่กระทำให้ลูกในครรภ์ของผู้ถูกทำร้ายคลอดออกมาในลักษณะที่ไม่มีชีวิต ส่วนการคลอดก่อนกำหนดเวลาในลักษณะที่เด็กยังมีชีวิตอยู่ ต่อมาอีก 8 วันจึงตาย ดังกรณีของหญิงรายนี้ไม่เป็นการทำให้ได้รับอันตรายสาหัสถึงแท้งลูก ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 295(5)”

⁸⁰ จิตติ ดิงศภัทย์. เล่มเดิม. หน้า 246.

⁸¹ คณิต ฌ นคร. เล่มเดิม. หน้า 177.

⁸² จิตติ ดิงศภัทย์. เล่มเดิม. หน้า 250.

⁸³ วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์. เล่มเดิม. หน้า 108.

การคลอด ดังนี้ การกระทำข่มเป็นความผิดฐานทำให้แท้งลูกที่เป็นความผิดสำเร็จ แต่ถ้าได้มีการกระทำใดๆต่อทารกที่คลอดออกมาก่อนกำหนดดังกล่าวให้ถึงแก่ความตายไปก่อนที่จะถึงแก่ความตายไปเอง การกระทำในกรณีนี้นักนิติศาสตร์มีความเห็นเป็นสองฝ่าย กล่าวคือ ฝ่ายหนึ่งเห็นว่าเป็นการกระทำที่เป็นความผิดฐานพยายามทำให้แท้งลูกกระทงหนึ่งและเป็นความผิดฐานฆ่าผู้อื่นที่เป็นความผิดสำเร็จอีกกระทงหนึ่ง แต่อีกฝ่ายหนึ่งเห็นว่ากรณีเป็นการกระทำที่เป็นความผิดฐานทำแท้งที่เป็นความผิดสำเร็จและเป็นความผิดฐานฆ่าผู้อื่นเป็นความผิดสำเร็จ กรณีเป็นการกระทำอันเป็นกรรมเดียวเป็นความผิดต่อกฎหมายหลายบท⁸⁴

กฎหมายฝรั่งเศส การทำให้แท้ง คือ ทำให้คลอดก่อนกำหนด (un expulsion premature) แม้คลอดออกมาไม่ตายก็เป็นความผิด ถ้าทำแล้วไม่คลอดออกมาเป็นเพียงขั้นพยายาม⁸⁵

กฎหมายสวิสเซอร์แลนด์ การทำแท้ง คือ ทำให้ลูกในครรภ์คลอดก่อนกำหนด (un expulsion premature) ซึ่งโดยปกติก็มีผลให้ทารกตาย ถ้ากระทำเมื่อเริ่มมีการคลอด ส่วนหนึ่งส่วนใดของทารกโผล่จากช่องคลอดแล้ว เป็นการฆ่าทารก (Infanticide) ตามนี้ไม่เป็นการขัดแย้งว่าทารกต้องคลอดออกมาไม่มีชีวิตหรือไม่ แต่เป็นที่เข้าใจว่าปกติข่มคลอดมาไม่มีชีวิต ถ้าคลอดออกมามีชีวิตแล้วจึงตายก็เป็นการฆ่าคน

กฎหมายอินเดีย ความผิดฐานทำให้แท้งลูก หมายรวมถึงการทำให้ลูกในท้องคลอดออกจากมดลูกก่อนกำหนด ณ เวลาใดเวลาหนึ่งระหว่างมีครรภ์ก่อนครบระยะเวลาของการมีครรภ์ ถ้ากระทำเมื่อเด็กคืบได้แล้วมีกำหนดโทษสูงขึ้น แต่ถ้ากระทำให้ทารกกำลังคลอดถึงแก่ความตายเป็นความผิดฐานฆ่าคน⁸⁶

ส่วนความเห็นทางการแพทย์เกี่ยวกับความหมายของคำว่า “ทำแท้ง” เป็นการวินิจฉัยโดยมุมมองทางวิทยาศาสตร์ ซึ่งอาศัยเกณฑ์วินิจฉัยจากอายุในครรภ์มารดาและน้ำหนักของทารก โดยความเห็นทางการแพทย์ในประเทศไทย “แท้งลูก” หมายถึง การคลอดของทารกที่มีอายุอยู่ในครรภ์มารดา ก่อน 28 สัปดาห์ หรือทารกที่คลอดมีน้ำหนักน้อยกว่า 1,000 กรัม ไม่ว่าการคลอดนั้นทารกจะมีชีวิตรอดอยู่หรือไม่⁸⁷ แต่โดยที่ขณะนี้ความก้าวหน้าทางการแพทย์ได้พัฒนาไปอย่างมาก การดูแลทารกแรกคลอดที่มีน้ำหนักตัวน้อยให้มีชีวิตรอดต่อไปสามารถกระทำได้ดีขึ้น ในต่างประเทศจึงถือกันว่าการแท้ง หมายถึง การคลอดของทารกที่มีอายุในครรภ์มารดาอ่อนกว่า 20

⁸⁴ คณิต ณ นคร. (2553). *กฎหมายอาญาภาคความผิด*. หน้า 34-35.

⁸⁵ จิตติ ดิงศักดิ์. (2511). “ความผิดฐานทำให้แท้งลูก”. *ดุลพหะ*, 15(1). หน้า 12.

⁸⁶ จิตติ ดิงศักดิ์. *เล่มเดิม*. หน้า 248.

⁸⁷ วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์. (2530). *นิติเวชศาสตร์*. หน้า 233.

ลึบคาห์ลงมา หรือทารกที่คลอดมีน้ำหนักน้อยกว่า 500 กรัม ไม่ว่าจะคลอดนั้นทารกจะมีชีวิตอยู่หรือไม่ก็ตาม⁸⁸

จากความเห็นที่แตกต่างกันดังกล่าว จะเห็นได้ว่า ตามแนวคำพิพากษากฎีกานั้นจำกัดขอบเขตของคำว่า “แท้ง” เฉพาะกรณีที่ทำให้ทารกตายในครรภ์หรือคลอดออกมาในลักษณะที่ไม่มีชีวิตเท่านั้น ในขณะที่คำอธิบายของนักกฎหมายบางท่านเห็นว่า การทำให้ลูกในครรภ์คลอดออกมาก่อนกำหนด แต่โดยสภาพที่ไม่อาจมีชีวิตอยู่ได้ ก็ถือว่าเป็นการทำแท้งลูกเช่นกัน

สำหรับความเห็นของผู้เขียนนั้น เห็นว่า เนื่องจากความผิดฐานทำให้แท้งลูกนั้น กฎหมายประสงค์ที่จะคุ้มครองชีวิตในครรภ์มารดาให้สามารถมีชีวิตอยู่รอดได้ จนกระทั่งมีชีวิตภายนอกครรภ์ได้ต่อไปด้วย การที่มีบุคคลอื่นมากระทำให้ทารกในครรภ์มารดาไม่สามารถมีชีวิตอยู่ภายนอกครรภ์ได้ โดยมีเจตนาที่จะกระทำเพื่อให้ทารกไม่สามารถมีชีวิตอยู่รอดภายนอกครรภ์ต่อไปได้ แม้จะออกมาจากครรภ์มารดาทารกยังมีชีวิตอยู่เพียงชั่วขณะหนึ่งก็ตาม แต่โดยสภาพแล้วไม่สามารถที่จะมีชีวิตอยู่รอดต่อไป ก็ถือว่าเป็นความผิดฐานทำให้แท้งลูก ผู้กระทำย่อมต้องรับโทษฐานทำให้แท้งลูก

2.5 ปัญหาและอุปสรรคทั่วไปในการบังคับใช้กฎหมายเกี่ยวกับการทำแท้ง

การมีบทบัญญัติว่าด้วยความผิดฐานทำให้แท้งลูกที่เคร่งครัด โดยกำหนดให้การทำแท้งเป็นความผิดและมีโทษจำคุกเพียง 2 วรรค คือ เหตุอันเกี่ยวกับสุขภาพของหญิง และเหตุอันเกี่ยวกับการกระทำความผิดอาญาสำหรับความผิดเกี่ยวกับเพศ ตามมาตรา 305 เท่านั้น ได้ส่งผลให้หญิงตั้งครรภ์ที่มีความจำเป็นต้องทำแท้ง ได้รับความกดดันและมีความต้องการที่จะทำแท้งเพิ่มมากขึ้น เนื่องจากสภาพความเป็นจริงในสังคมปัจจุบันมีความเปลี่ยนแปลงไปมาก ซึ่งเป็นผลสะท้อนมาจากปัญหาสังคม เศรษฐกิจ การเมือง เช่น ในกรณีที่ทารกในครรภ์มีความผิดปกติทางกายหรือจิตใจอย่างรุนแรงและไม่อาจเยียวยาได้ หรือในกรณีที่มีความจำเป็นเนื่องจากความกดดันทางเศรษฐกิจ หญิงมีฐานะยากจนหรือมีบุตรเป็นจำนวนมากอยู่แล้ว ทำให้ไม่มีเงินพอที่จะเลี้ยงดูบุตรที่จะเกิดขึ้นมาอีกได้ ซึ่งตัวหญิงเองก็ได้ทราบถึงความจำเป็นดังกล่าวและก็ได้หาทางป้องกันมิให้มีการตั้งครรภ์ โดยใช้วิธีการการคุมกำเนิดที่กระทำโดยแพทย์แล้ว แต่การคุมกำเนิดล้มเหลวหรือเกิดความผิดพลาด ทำให้เกิดการตั้งครรภ์ขึ้น หรือแม้แต่กรณีที่กฎหมายอนุญาตให้ทำแท้งได้ อย่างไรก็ตามเหตุเนื่องจากสุขภาพของหญิงนั้น ก็ยังไม่มีความแน่นอนว่าความหมายรวมถึงสุขภาพกายและสุขภาพจิต หรือหมายความเฉพาะสุขภาพกายของหญิงนั้นเท่านั้น เป็นต้น แต่ก็ไม่สามารถทำแท้งอย่างถูกต้องตามกฎหมายได้ เนื่องจากไม่เข้าข่ายข้อยกเว้นตามกฎหมาย ทำให้หญิงตั้งครรภ์ต้อง

⁸⁸ Pritchard Ja. (1980). *MacDonald PC: Williams Obstetrics*, pp. 587-621.

ไปลักลอบทำแท้งอย่างผิดกฎหมายกันอย่างแพร่หลาย และก็มีมักจะได้รับอันตรายจากการทำแท้ง โดยไม่ถูกวิธีทางการแพทย์ เช่น มดลูกทะลุ เกิดการอักเสบติดเชื้อ รกค้าง เกิดการอุดตันของเส้นเลือด บาดทะยัก เกิดการตกเลือด เป็นต้น ซึ่งบางรายอาจถึงแก่ชีวิต ทำให้รัฐเสียประชากร อีกทั้งยังส่งผลเสียต่อเศรษฐกิจของชาติด้วย เพราะโรงพยาบาลของรัฐต้องรับผู้ป่วยที่มีภาวะแทรกซ้อนจากการทำแท้งของหมอเถื่อน ทำให้สูญเสียงบประมาณไปโดยไม่สมควร

ปัญหาและอุปสรรคเกี่ยวกับการบังคับใช้กฎหมายเกี่ยวกับการทำแท้งในปัจจุบัน มีอุปสรรคจากหลายสาเหตุด้วยกัน ดังนี้

2.5.1 อุปสรรคอันเกิดมาจากความเชื่อทางศาสนา

หลักการในทุกศาสนาที่มีตรงกันคือ การถือว่าชีวิตมนุษย์เป็นสิ่งที่มีความสำคัญ การฆ่ามนุษย์ผู้บริสุทธิ์เป็นการกระทำที่ผิด จึงทำให้มีการถือว่าการทำแท้งเป็นการกระทำที่ผิด เพราะมีลักษณะใกล้เคียงกับการฆ่ามนุษย์โดยตรง แต่อย่างไรก็ตาม แต่ละศาสนาก็มีทัศนะในเรื่องนี้แตกต่างกันออกไปโดยขึ้นอยู่กับผู้มีอำนาจตัดสินของศาสนานั้นๆ

เนื่องจากคนส่วนใหญ่ในประเทศไทย นับถือศาสนาพุทธ ศาสนาคริสต์ และศาสนาอิสลาม ซึ่งมีความเชื่อว่าการทำแท้งเป็นบาป ไม่ว่าจะทำแท้งด้วยสาเหตุอะไรก็ตาม กฎหมายอาญาลบับที่ใช้ในปัจจุบันอนุญาตให้ทำแท้งได้ในบางกรณี ได้แก่ กรณีเนื่องจากสุขภาพของหญิงนั้นยังมีความไม่ชัดเจนว่าหมายรวมถึงสุขภาพกายและสุขภาพจิต หรือหมายความว่าเฉพาะสุขภาพกายของหญิงเท่านั้น จึงทำให้แพทย์เกิดความไม่แน่ใจที่จะทำแท้งให้หญิงในกรณีนี้ เพราะเห็นว่ากฎหมายไม่ได้บัญญัติอนุญาตไว้อย่างชัดเจนและกลัวบาปตามความเชื่อในศาสนาของตน จึงขอกล่าวถึงศาสนา 3 ศาสนาที่มีผู้นับถือมากที่สุดในประเทศไทย ดังนี้

2.5.1.1 ศาสนาพุทธ

(1) เจตคติของบุคคลต่างๆเกี่ยวกับการทำแท้ง

การทำแท้งในทัศนะพุทธศาสนา คือ การทำลายชีวิตที่ยังอยู่ในครรภ์ให้ตายไปขณะที่ยังไม่คลอดออกมาสู่โลกภายนอก ทางพระพุทธศาสนามีหลักที่จะตัดสินในการทำแท้งตามหลักองค์ประกอบของปาณาติบาต 5 อย่าง โดยมีเจตนาเป็นหลัก คือ

- 1) สัตว์นั้นมีชีวิต
- 2) รู้ว่าสัตว์นั้นมีชีวิต
- 3) มีจิตคิดจะฆ่า
- 4) มีความเพียรพยายามที่จะฆ่า

5) สัตว์นั้นตายเพราะความเพียรพยายามนั้น⁸⁹

หลักคำสอนทางพระพุทธศาสนาที่ชัดเจนเรื่องการทำแท้ง มีภาษาบาลีว่า คพุกปาตนาการทำครรภ์ให้ตกไป ถ้าภิกษุรูปใดปรองยาให้หญิงนั้นแท้งลูก ภิกษุนั้นเป็นอาบัติปาราชิก (ขาดจากความเป็นภิกษุ ในข้อหาฆ่าคนตาย) ฉะนั้น การทำแท้งเท่ากับเป็นการฆ่าคน แล้วมนุษย์เกิดขึ้นในช่วงไหน ในอรรถกถาจารย์ท่านอธิบายว่าเกิดขึ้นในขณะที่การปฏิสนธิถือว่าเป็นมนุษย์แล้ว แล้วปฏิสนธิขึ้นขณะไหน ตามหลักมหาตัมหาสังขยสูตร คนที่จะเกิดขึ้นมานั้นต้องมีองค์ประกอบ 3 ประการ คือ

- 1) มารดาบิดาอยู่ร่วมกัน
- 2) มารดาอยู่ในวัยอุจจาริตุพันธ์
- 3) คันธัพพะเข้ามาจุติ

ตัวคันธัพพะ ก็คือ การปฏิสนธิวิญญาณ มีปฏิสนธิวิญญาณเข้าไปอยู่นั้น เมื่อเชื้อฝ่ายพ่อและแม่ผสมกันแล้ว ในขณะนั้นมันจะเกิดคันธัพพะจุติมาเป็นองค์ประกอบที่ 3 องค์ประกอบที่ 3 ก็คือ ปฏิสนธิวิญญาณ ปฏิสนธิวิญญาณนี้แหละ คือ ขณะปฏิสนธิวิญญาณแล้ว สัตว์ในครรภ์จะเล็กมากเป็นกลดละหนึ่ง (กลดละ คือ เป็นน้ำใส มีลักษณะเป็นเมือก เป็นจุดเริ่มต้นแห่งการเจริญเติบโต)

ดังนั้น ถ้าใครไปทำกลดให้ตกไปถือว่าฆ่ามนุษย์แล้ว พระพุทธศาสนาจึงไม่เห็นด้วยกับการทำแท้ง ถ้าเป็นพระทำก็ถึงกับขาดจากความเป็นภิกษุ แต่ถ้าเป็นฆราวาสศีลก็ขาดเป็นบาป⁹⁰

สรุปได้ว่า การทำแท้งเท่ากับเป็นการฆ่ามนุษย์ ในหลักพระพุทธศาสนาถือว่าเป็นการฆ่าชีวิต เพราะชีวิตเริ่มต้นตั้งแต่มีปฏิสนธิวิญญาณหรือมีตัวคันธัพพะแล้ว ดังที่พระพุทธองค์ตรัสไว้ในมหาตัมมหาสังขยสูตรที่ว่า การปฏิสนธิของคนนั้นจะต้องมีองค์ประกอบ 3 ประการ คือ

- 1) พ่อแม่อยู่ร่วมกัน
- 2) แม่มีไข่สุก (ตามธรรมชาติ)
- 3) มีวิญญาณมาปฏิสนธิ (คันธัพพะ) หรือมีสัตว์มาเกิด

พระพุทธศาสนาไม่มีบทบัญญัติ หรือมีข้อนุญาต หรือเปิดโอกาสให้มีการทำแท้ง เพราะเป็นการทำลายชีวิตสัตว์ให้ตกไป พระพุทธศาสนาถือว่าการเริ่มต้นชีวิตมนุษย์ เมื่อสามีภริยาอยู่ร่วมกัน ภรรยามีไข่สุก เมื่อเชื้อมาผสมกันถือว่าเป็นตัว ในทางพระพุทธศาสนาไม่เพียงแต่สอง

⁸⁹ พระสมุทฺธ ถาวรธมฺโม (ทาตอง). (2539). *การศึกษาเปรียบเทียบปัญหาจริยธรรมเรื่องการทำแท้ง* : ทัศนะพุทธปรัชญาเถรวาทกับกฎหมายการทำแท้ง. หน้า 167.

⁹⁰ แหล่งเดิม. หน้า 168.

อย่างนี้ผสมกันเท่านั้น จะมีวิญญาณเข้ามาปฏิสนธิด้วย ดังนั้น ชีวิตเริ่มตั้งแต่อยู่ในครรภ์ที่เรียกว่า เป็นกลดแล้ว ถ้าใครไปทำลายก็ถือว่าเป็นการทำลายชีวิตแล้ว⁹¹

การทำแท้งที่ปรากฏในคัมภีร์ พระวินัยปิฎก มหาวิภังค์ (วินัย. 1/186/116-117 มหาจุฬา ไตรปิฎก) มีดังนี้

1) หญิงคนหนึ่ง ในขณะที่สามีไม่อยู่ ประพศินอกใจ ได้เสียดกับชายชู้จนตั้งครรภ์ นาง จึงไปหาพระภิกษุที่นางอุปถัมภ์อยู่ ขอร้องให้ช่วยทำแท้ง ภิกษุนั้น ได้จัดหายาช่วยให้นางทำแท้งได้ สำเร็จ ทำให้เด็กในครรภ์ตาย

2) หญิงสองคน มีสามีคนเดียวกัน คนหนึ่งเป็นหมัน อีกคนหนึ่งไม่เป็นหมัน หญิง หมันกล่าวว่าถ้าหญิงที่ไม่เป็นหมันนั้นคลอดบุตร จะได้สิทธิครองสมบัติทั้งหมดตามประเพณี หญิง หมันนั้นจึงไปขอร้องภิกษุที่นางอุปถัมภ์ให้ช่วยบอกวิธีทำแท้ง ภิกษุนั้น ได้จัดหายามาช่วยให้นาง เอาไปทำแท้งให้แก่หญิงที่ไม่เป็นหมันได้สำเร็จ ทำให้เด็กในครรภ์ตาย

3) เรื่องในลักษณะเดียวกัน ภิกษุจัดยาช่วยให้หญิงหมันทำแท้งหญิงที่ไม่เป็นหมันได้ สำเร็จ ทำให้มารดาและเด็กตายทั้งสองคน

4) หญิงตั้งครรภ์คนหนึ่ง ขอร้องให้ภิกษุที่นางอุปถัมภ์บอกวิธีทำแท้ง ภิกษุนั้นบอกให้ นางรัดครรภ์ นางรัดครรภ์ทำแท้งได้สำเร็จ

5) หญิงตั้งครรภ์คนหนึ่ง ขอร้องให้ภิกษุที่นางอุปถัมภ์บอกวิธีทำแท้ง ภิกษุนั้นบอกให้ นางใช้ของร้อนนาบครรภ์ นางนาบครรภ์ด้วยของร้อนจนแท้งลูก

ฉะนั้นทั้ง 5 กรณีดังกล่าวมา พระพุทธเจ้าตรัสว่า “ภิกษุที่ทำอย่างนั้น ต้องอาบัติ ปาราชิกขาดจากการเป็นภิกษุ” เพราะถือว่าภิกษุนั้นฆ่ามนุษย์⁹²

ทางพระพุทธศาสนาถือว่า การทำแท้งเป็นการทำลายชีวิตมนุษย์ เพราะพุทธศาสนา เชื่อว่าเมื่ออสุจิ (Sperm) ผสมกันกับไข่ (Ovum) จะมีวิญญาณมาปฏิสนธิทันที จากนั้นด้วยอำนาจ ของวิญญาณนี้เองจะพัฒนาให้มีการแบ่งตัวของเซลล์มากขึ้น เป็นการเริ่มต้นของชีวิตแล้ว และ พัฒนาเจริญเติบโตมาเป็นมนุษย์ได้ ช่วงระยะเวลาของการปฏิสนธิวิญญานนั้นจะต้องมาปฏิสนธิ ภายใน 7 วัน ถ้าไม่สามารถปฏิสนธิภายใน 7 วัน การปฏิสนธิก็จะหมดสภาพไป เมื่อเริ่มมีการ ปฏิสนธิแล้วในช่วงที่มีการไหลตัวไปยังผนังมดลูกนั้น อาจจะมีกรรมมาตัดรอนในช่วงนั้น ทำให้ ชีวิตนั้นตายได้ เพราะว่าการตายนั้นมีได้ทุกขณะ เริ่มตั้งแต่มีปฏิสนธิจนถึงตายนั่นเอง⁹³

⁹¹ แหล่งเดิม. หน้า 169.

⁹² จำเนียร ช่วงโชติ และคณะ. (2516). จิตวิทยาปริวรรตและการเรียนรู้. หน้า 171-172.

⁹³ พระสมุทร ถาวร (ทางทอง). เล่มเดิม. หน้า 173.

ดังนั้น การทำแท้งในทัศนะพระพุทธศาสนานั้น ถือว่าเป็นความผิด เป็นบาป เพราะถือว่าชีวิตเริ่มตั้งแต่มีปฏิสนธิในครรภ์แล้ว เมื่อมีการประชุมแห่งองค์ประกอบ 3 ประการ คือ มารดาบิดาอยู่ร่วมกัน มารดามีระดูพร้อมที่จะมีบุตร แล้วมีสัตว์มาเกิด และการทำแท้งก็ถือว่าผิดหลักปาณาติบาตเพราะมีเจตนาที่จะทำให้แท้งลูก

(2) เกณฑ์ตัดสินทางจริยธรรมเกี่ยวกับการทำแท้งตามทัศนะพุทธปรัชญา

หลักเกณฑ์การวินิจฉัยเกี่ยวกับการฆ่าสัตว์ตามหลักพุทธปรัชญาว่าการกระทำแบบใดจะมีโทษมากหรือโทษน้อย มีบาปมากหรือบาปน้อย มีหลักการที่ควรพิจารณา ดังนี้⁹⁴

1) ต้องดูที่สัตว์นั้นเองว่าถ้าสัตว์นั้นเป็นสัตว์เล็ก เป็นสัตว์ชั้นต่ำ เป็นสัตว์มีคุณน้อยหรือเป็นสัตว์มีโทษ การทำลายชีวิตจึงเป็นบาปน้อย ถ้าสัตว์นั้นมีคุณความดีมาก เช่น บิดา มารดา การฆ่าหรือการทำลายชีวิตก็เป็นบาปมากที่เรียกว่าอนันตริยกรรม ที่จัดว่าเป็นบาปหนักที่สุดในทางพระพุทธศาสนา และผู้ใดมีคุณประโยชน์ต่อสังคมมาก มีคุณธรรมมาก การฆ่าก็เป็นบาปมาก หรือการฆ่านมนุษย์ซึ่งเป็นผู้ที่มีศักยภาพในการทำความดีมาก ก็เป็นบาปมากกว่าการฆ่าสัตว์เดรัจฉาน ซึ่งเป็นสัตว์ที่มีศักยภาพในการทำความดีน้อย การฆ่าให้โทษมากโทษน้อยแตกต่างกันออกไป แต่ถึงอย่างไรก็ถือว่าเป็นการทำลายชีวิตเหมือนกัน

2) ต้องดูที่เจตนาของผู้กระทำ ถ้าผู้กระทำมีเจตนาที่รุนแรง มีความรู้สึกเกลียดชังเคียดแค้นมุ่งร้าย มุ่งจะทำลาย กลั่นแกล้ง รังแก ข่มเหง เบียดเบียน อย่างนี้ถือว่าเป็นบาปมาก มีโทษมาก แต่ถ้ามีเจตนาไม่รุนแรงหรือมีเจตนาในทางที่ดี ก็มีโทษน้อย เช่น คนป้องกันตัวเองไม่ได้มีเจตนาที่จะทำร้ายใคร

3) ต้องดูที่ความพยายาม ถ้ามีการเตรียมการมีการวางแผนการอย่างจริงจัง ตามขั้นตอน ทำด้วยความมุ่งมั่นที่จะฆ่าให้ตายด้วยความอาฆาตอย่างรุนแรง ก็เป็นบาปมาก แต่ถ้าทำด้วยอารมณ์ชั่ววูบ แม้จะมีกิเลสรุนแรง แต่ก็มีบาปเบากว่า

อย่างไรก็ตาม เพื่อให้มีลักษณะที่ยืดหยุ่นต่อเกณฑ์ตัดสินทางจริยธรรมในเรื่องนี้ และมีผลไปในทางปฏิบัติ ทางพุทธศาสนาจึงได้มีการพิจารณาให้เกณฑ์รองลงมาช่วยตัดสิน ซึ่งจะทำการตัดสินเรื่องการทำแท้งที่เป็นความดีความชั่ว หรือมีโทษมากโทษน้อยให้เป็นไปอย่างรัดกุมและรอบคอบมากขึ้น ดังนี้

1) พิจารณาตัดสินตามเกณฑ์หลัก

ในการวินิจฉัยเกณฑ์ตัดสินเรื่องการทำแท้งที่เป็นปัญหาจริยธรรมนี้ ต้องตัดสินความเป็นกุศลหรืออกุศลเป็นหลักแกนกลาง แล้วขยายลดลงตามลำดับ นอกจากนั้นให้ให้ความสำคัญกับความดีความชั่วของตนเองอย่างที่เราเรียกว่ามโนกรรม ที่เป็นรากฐานของหลักหิริ โอตตัปปะ

⁹⁴ พระเทพเวที (ประยูร ปยุตโต). (2536). *ทำแท้ง : ตัดสินอย่างไร?*. หน้า 19

นอกจากนั้นก็พิจารณาผลของการกระทำอันจะเกิดแก่ตนเองและผู้อื่น หรือบุคคลในสังคมที่เกี่ยวข้องโดยการวินิจฉัยถือเอาเจตนาเป็นหลักตัดสินว่าเป็นไปในทางดีหรือไม่ดี

1.1) พิจารณามูลเหตุว่าเป็นเจตนาที่เกิดจากกุศลมูล คือ อโลภะ ไม่มีความโลภ เคียงชีพ โดยสุจริต อโทสะ ไม่มีความอาฆาตเคียดแค้นหรือความพยาบาทต่อผู้อื่น ไม่มีความหลงผิด มีปัญญารู้เท่าทัน มีสติสัมปชัญญะสมบูรณ์ หรือเกิดจากอกุศลคือ มีโลภะ โมหะ ที่เกิดขึ้นในลักษณะตรงกันข้ามกับข้างต้น

1.2) พิจารณาถึงสภาวะการณ์ที่มีสภาพเกื้อกูลแก่ชีวิตจิตใจหรือไม่ส่งเสริมหรือบั่นทอนคุณภาพและสมรรถภาพของจิตใจหรือไม่ หรือช่วยให้กุศลธรรมทั้งหลายมีความเจริญงอกงามตลอดจนมีผลต่อบุคลิกภาพอย่างไร⁹⁵

2) พิจารณาตัดสินตามเกณฑ์รอง

ในเกณฑ์รองนี้ เป็นลักษณะของความสำนึกเกี่ยวกับความดีความชั่วของตนเอง โดยใช้หลัก “มโนธรรม” ในการพิจารณา ดังนี้

2.1) ใ้ ضمมโนธรรม คือ ความรู้สึกผิดชอบชั่วดีของตนเอง โดยพิจารณาว่าการกระทำนั้นตนเองดีเทียบตนเองได้หรือไม่ เสียความเคารพตนหรือไม่

2.2) การพิจารณาการยอมรับของวิญญูชนหรือนักปราชญ์หรือบัณฑิตชนว่า เป็นสิ่งทีวิญญูชนยอมรับหรือไม่ ซึ่งชมสรรเสริญหรือตำหนิติเตียนอย่างไร

2.3) พิจารณาลักษณะและผลของการกระทำต่อตนเองและต่อผู้อื่น โดยใช้โยนิโสมนสิการคือ การพิจารณาโดยแยกคายว่า

ก. เป็นการเบียดเบียนตน เบียดเบียนผู้อื่น ทำให้ตนเองหรือผู้อื่นเดือดร้อนหรือไม่

ข. เป็นไปเพื่อประโยชน์สุขหรือเป็นไปเพื่อโทษทุกข์ทั้งแก่ตนเองและผู้อื่นหรือไม่

ฉะนั้น พอสรุปได้ว่าในการพิจารณาเกณฑ์ตัดสินพิจารณาความดีความชั่ว โดยดูที่ผลนี้สามารถจะพิจารณาได้ 3 ลักษณะ คือ

- 1) พิจารณาว่าการกระทำนั้นส่งผลเป็นทุกข์หรือสุขแก่ตนเอง
- 2) พิจารณาว่าการกระทำนั้นส่งผลเป็นทุกข์หรือสุขแก่ผู้อื่น
- 3) พิจารณาว่าการกระทำนั้นส่งผลเป็นทุกข์หรือสุขแก่ตนเองและผู้อื่น

อนึ่ง เงื่อนไขที่จะนำมาพิจารณาในเรื่องการฆ่าสัตว์มีบาปมากหรือบาปน้อยประการหนึ่ง ขึ้นอยู่กับเจตนาเป็นกุศลหรืออกุศล การทำปาณาติบาตนั้น การทำแต่ละครั้งจะต้องมี

⁹⁵ พระเทพเทวี (ประยูรย์ ปยุตโต). (2532). *พุทธธรรม*. หน้า 179

เป้าหมายที่แน่ชัดว่าทำไปเพื่ออะไร ทำไปเพราะเห็นแก่ความสนุกหรือทำไปเพื่อประโยชน์ต่อชีวิต และสังคมอย่างไร จริงอยู่การทำลายชีวิตซึ่งกันและกันคงไม่มีใครหรือสัตว์เหล่าใดต้องการ ล้วนแต่ได้รับการปกป้องหรือหนีเอาตัวรอดด้วยกันทั้งนั้น แต่ที่ทำไปเพื่อประโยชน์กับอีกฝ่ายหนึ่งเช่น ปลา กุ้ง และเนื้อสัตว์อื่นๆ ทุกชนิดที่เป็นอาหารของมนุษย์ ย่อมเป็นประโยชน์แก่สุขภาพร่างกายของมนุษย์ ซึ่งมนุษย์ผู้ใดที่ทำงานหนักๆตามมติทางการแพทย์ว่าสุขภาพต้องการอาหารเป็นเนื้อสัตว์ถึง 80 แคลอรี เพราะเนื้อสัตว์นั้นจะนำไปสร้างกล้ามเนื้อให้แข็งแรง แต่กล้ามเนื้อที่ทำงานหนักขาดสารอาหารพวกนี้ไป ก็ทำงานหนักไม่ได้ เพราะจะเกิดความอ่อนแอ กลายเป็นคนเกียจคร้านไป ดังนั้น การปามาติบาตกับสัตว์ที่เป็นอาหาร แม้ว่าจะเป็นการบาปหรือเป็นการเบียดเบียนชีวิตกันและกันก็ตาม แต่ก็เพื่อประโยชน์แก่ชีวิตและจิตใจ ซึ่งก็ตรงกับเกณฑ์การตัดสินหลักทางจริยธรรมข้อที่ว่าด้วย “เป็นสภาพที่เกื้อกูลแก่ชีวิตจิตใจหรือไม่ เช่น ทำให้จิตใจไร้โรคปลดปล่อย ผ่องใสสมบูรณ์หรือไม่ ส่งเสริมหรือบั่นทอนคุณภาพและสมรรถภาพของจิตใจในการช่วยให้กุศลกรรมเจริญงอกงามขึ้นหรือไม่ ตลอดจนมีผลต่อบุคลิกภาพอย่างไร” และตรงกับเกณฑ์ร่วมหรือเกณฑ์รองข้อที่ว่าด้วย “เป็นไปเพื่อความสุขหรือทุกข์แก่ตนเองและคนอื่นอย่างไร” แต่การกระทำปามาติบาตทุกครั้งกับสัตว์ที่เป็นอาหาร ควรมีความสำนึกอยู่เสมอว่าทำไปก็เพื่อชีวิตให้อยู่รอด ประกอบสัมมาอาชีพได้โดยสะดวก มีสุขภาพกายที่ไร้โรคภัยไข้เจ็บ แม้จะเชื่อว่าปามาติบาตหรือหากจะมีความเสียหายอยู่บ้างก็ทำไปเพื่อประโยชน์ส่วนใหญ่ ซึ่งหลักจริยธรรมทางพุทธศาสนานั้น มีลักษณะยึดหยุ่นไปตามสภาพแวดล้อมและสังคมที่มีความจำเป็นอย่างมีเหตุผลอันชอบธรรม เกณฑ์ตัดสินจริยธรรมในพระพุทธศาสนา ในทางปฏิบัติแล้วมีลักษณะสัมพัทธ์ (relative)⁹⁶

สรุปได้ว่า พุทธศาสนาไม่ได้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับเรื่องความผิดหรือบาปของการทำแท้งไว้โดยตรง แต่หลักการของศาสนาได้ให้ความสำคัญต่อชีวิตโดยมีหลักที่ว่าสัตว์โลกย่อมมีความรัก ชีวิตของตนเองเสมอไม่ว่าจะเป็นมนุษย์หรือสัตว์ การทำลายชีวิตย่อมเป็นบาป ทำให้พุทธศาสนิกชนถือว่าการทำแท้งไม่ว่าด้วยเหตุผลอื่นใดเป็นบาปเพราะเป็นการทำลายชีวิตมนุษย์ โดยถือว่าทารกในครรภ์อยู่ในวิสัยที่จะพัฒนาขึ้นเป็นชีวิตมนุษย์โดยสมบูรณ์

2.5.1.2 ศาสนาคริสต์

สำหรับศาสนาคริสต์แม้จะมีหลายนิกาย แต่ทุกนิกายก็เห็นตรงกันว่าพระเจ้าเป็นผู้สร้างมนุษย์และการทำแท้งเป็นบาป

โดยนิกายโรมันคาทอลิกมีผู้นำทางศาสนาที่มีอำนาจตัดสินปัญหาขัดแย้ง ในเรื่องความเชื่อทางศาสนาคือองค์สันตปาปา โดยส่วนใหญ่เห็นว่าการทำแท้งเป็นสิ่งที่บาปที่ควรประณามอย่าง

⁹⁶ ลิวลี คิริไล. (2529). การศึกษาเชิงวิเคราะห์พุทธจริยศาสตร์ จริยธรรม และเกณฑ์ตัดสินปัญหาจริยธรรมทางการแพทย์ในสมัยปัจจุบัน. หน้า 111.

ยั้ง ส่วนนิยายโปรแตสแตนต์นั้นไม่เข้มงวดนัก โดยมีลักษณะเสรี นิยมมากกว่าเพราะเป็นนิยายที่แยกตัวออกมาภายหลังและไม่เคร่งมากนัก

(1) นิยายโรมันคาทอลิก

นิยายโรมันคาทอลิก มีความเชื่อว่ามีชีวิตใหม่เริ่มต้นเมื่อมีการปฏิสนธิ ดังนั้นการทำลายไข่ก็ดี ก้อนเลือดก็ดี หรือทารกในครรภ์ก็ดี ย่อมเป็นการฆ่าคนตายและต้องห้ามโดยเด็ดขาด⁹⁷ ซึ่งถือว่าการทำแท้งเป็นการทำลายหัตถกิจของพระเจ้าโดยตรง จึงได้มีบทบัญญัติห้ามไว้ว่า “...เจ้าจึงไม่ฆ่าทารกโดยการทำให้แท้ง เจ้าต้องไม่ทำลายสิ่งสร้าง” (Didache 2:2) และมีข้อยกเว้นเพียงกรณีเดียวคือ การทำให้แท้งโดยอ้อม อาจกระทำได้เพื่อการผ่าตัด เพื่อรักษาโรคร้ายของมารดา เป็นเหตุให้ทารกในครรภ์ถูกทำลายไปด้วย การกระทำดังกล่าวนี้ถือว่าเป็นการผ่าตัดเพื่อช่วยชีวิตมารดา มิใช่เป็นการทำลายชีวิตในครรภ์⁹⁸

เมื่อได้ศึกษาจากเอกสารสังคายนาสวาติกันครั้งที่สอง ได้กล่าวถึงสิทธิของทารกในการดำรงชีวิตอยู่ดังนี้⁹⁹

“สิทธิที่จะมีชีวิตย่อมดำรงอยู่อย่างสมบูรณ์ในบุคคลสูงอายุ แม้จะชราภาพสักปานใดก็ตาม สิทธิดังกล่าวนี้ยังคงมีอยู่สมบูรณ์แม้ในคนป่วยที่ไม่มีทางเยียวยา

สิทธิที่จะมีชีวิตอยู่ในทารกแรกเกิดมิได้น้อยไปกว่าบุคคลที่เติบโตเป็นผู้ใหญ่แล้ว ในความเป็นจริง ความเคารพในชีวิตมนุษย์ถูกเรียกร้องตั้งแต่วินาทีแรกที่กระบวนการแห่งชีวิตเริ่มต้น นับจากวินาทีที่ไข่ของมารดาผสมกับเชื้อของบิดา ชีวิตใหม่ได้เริ่มต้นขึ้นแล้วและชีวิตดังกล่าวนี้ไม่ใช่สมบัติของบิดาหรือมารดา หากแต่คือชีวิตของมนุษย์คนใหม่ที่กำลังเติบโตขึ้นทุกขณะ ชีวิตใหม่นี้จะไม่อาจพัฒนาเป็นมนุษย์ได้ หากว่าเรามีได้มีสภาพเป็นมนุษย์มาแล้วตั้งแต่เกิด”

การสังคายนาสวาติกันครั้งที่สอง โดยการนำของสมเด็จพระสันตะปาปาปอลที่หก ได้มีมติประณามการทำแท้งอย่างรุนแรง ในความว่า “ชีวิตจักต้องได้รับการปกป้องด้วยความเอาใจใส่อย่างเข้มงวด นับจากวินาทีแรกที่ปฏิสนธิ การทำให้แท้งและการฆ่าทารกแรกเกิดเป็นอาชญากรรมที่ร้ายแรง” และยังได้แสดงทัศนคติต่อต้านการทำแท้งไว้ในข้อ 14 ว่า “(การคุมกำเนิดเป็น) การขัดขวางโดยตรงต่อลำดับขั้นตอนการให้กำเนิดปฏิสนธิแล้ว การทำให้แท้งที่เกิดขึ้นจากเจตนาและการกระทำโดยตรง แม้จะอ้างเหตุผลในทางรักษาพยาบาล ทั้งสองประการนี้ก็จำเป็นต้องปิดออกไปให้อยู่นอกวิถีที่ถูกต้องของการควบคุมกำเนิดโดยเด็ดขาด”¹⁰⁰

⁹⁷ วัฒนา รัตนวิจิตร. (2521-2522). *กฎหมายและการทำแท้งในประเทศไทย*. หน้า 10.

⁹⁸ แหล่งเดิม.

⁹⁹ Austin Llanery. (1982). *Vatican council II*. p.445.

¹⁰⁰ อำนวย ยศโยธา. (2541). *ปัญหาจริยศาสตร์เชิงวิพากษ์*. หน้า 224.

จากเอกสารสังคายนาวาทีกันครั้งที่สองจึงพบว่า คริสต์ศาสนามีการต่อต้านการทำแท้งอย่างรุนแรง เพราะถือว่าการทำแท้งเป็นการที่ผิดศีลธรรมโดยไม่มีข้อยกเว้น เนื่องจากเห็นว่าทารกที่อยู่ในครรภ์มีสภาพเป็นคนแล้วโดยสมบูรณ์นับจากวินาทีแรกที่ปฏิสนธิ จึงมีสิทธิที่จะมีชีวิตรอดเท่าเทียมกัน

พระสันตะปาปา ปิอูล ที่สิบเอ็ด ได้แสดงทัศนะเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิของทารกในครรภ์ไว้ในสาส์นว่าด้วย การแต่งงานของคริสตชนว่า “ทารกที่ยังไม่เกิดมีความเป็นมนุษย์ในจิตใจ และความหมายเดียวกับชีวิตของมารดา ยิ่งกว่านั้นมนุษย์ทุกคนแม้แต่ทารกในครรภ์มารดา ล้วนเป็นผู้ที่ได้รับสิทธิในชีวิตโดยตรงจากพระเจ้า... ชีวิตของมนุษย์ผู้บริสุทธิ์ไม่ว่าจะอยู่ในฐานะใด ล้วนเป็นสิ่งที่ได้รับมาจากพระเจ้าตั้งแต่วินาทีแรกของการเริ่มมีขึ้น การประทุรร้ายหรือการก้าวร้าวโดยตรงต่อชีวิตอันละเมิดมิได้นั้น จัดเป็นการละเมิดกฎเกณฑ์ที่สำคัญ ซึ่งหากไม่มีกฎเกณฑ์อันนั้นแล้วมนุษย์จะอยู่ในสังคมโดยปลอดภัยไม่ได้... การทำให้ความตายเกิดขึ้น ไม่ว่าจะกับมารดาหรือทารกย่อมเป็นการขัดต่อบทบัญญัติของพระเจ้าและเสียงแห่งธรรมชาติที่ว่า “เจ้าต้องไม่ฆ่า” ชีวิตทั้งสองฝ่ายมีค่าเสมอกันไม่มีใครมีสิทธิที่จะทำลายชีวิตได้¹⁰¹

เมื่อวันที่ 13 มกราคม 2547 อดีตพระสันตะปาปา จอห์นปอล ที่สอง ทรงเคยปราศรัยซึ่งมีข้อความบางส่วนว่า เราจำเป็นต้องเคารพชีวิตของแต่ละบุคคล ทุกสิ่งเริ่มต้นจากพื้นฐานอันสำคัญ แห่งสิทธิมนุษยชนคือ สิทธิในการมีชีวิต เช่น การทำแท้ง การฆ่าตัวตายโดยชราภาพ ฯลฯ เป็นการลดคุณค่าของมนุษย์ให้เป็นเพียงสิ่งของชิ้นหนึ่ง การมีหรือไม่มีชีวิตตามสั่งโดยมนุษย์เป็นการไม่เห็นความจำเป็นและความสำคัญของจริยธรรม การวิจัยวิทยาศาสตร์ก็มองข้ามความศักดิ์สิทธิ์ของชีวิตและสิทธิมนุษยชน เราจะต้องส่งเสริมศักดิ์ศรีของมนุษย์ทุกคน โดยเริ่มจากเด็กในครรภ์ เราต้องทำนุบำรุงรักษาจนมันออกดอกออกผล....

ในปัจจุบันสมเด็จพระสันตะปาปา เบนเนดิกต์ที่ 16 ประมุขสูงสุดแห่งพระศาสนจักรโรมันคาทอลิก ทรงร่วมประณามโครงการสนับสนุนการทำแท้งในทวีปแอฟริกา โดยโครงการนี้เกิดขึ้นเนื่องจากหลายฝ่ายเล็งเห็นว่า วัยรุ่นแอฟริกาส่วนมากมักจะตั้งครรถ์แบบไม่พึงประสงค์ จึงเกิดแนวคิดป้องกันปลายเหตุจากการคุมกำเนิดด้วยการทำแท้ง ซึ่งได้ร่วมคัดค้านด้วยการตรัสว่า “นี่คือการทำลายชีวิตผู้บริสุทธิ์อย่างโจ่งแจ้ง ทั้งที่คนๆนั้น ยังไม่ได้ทำอะไรผิดเลย อย่างไรก็ตาม สถานการณ์ที่ยากลำบากเช่นนี้ อาจนำไปสู่ความรุนแรงยิ่งขึ้นในอนาคต ดังนั้น เวลาที่พวกท่านเทศน์สอนพระวาจาของพระเยซู จงย้ำเตือนให้คนทั้งหลาย ได้ตระหนักถึงสิทธิการมีชีวิตที่เด็กทารกผู้บริสุทธิ์พึงมี เพราะว่า มนุษย์ทุกคนมีสิทธิเท่าเทียมกันในสายพระเนตรของพระเจ้าโดยไม่มีข้อยกเว้นใดๆทั้งสิ้น”

¹⁰¹ แหล่งเดิม. หน้า 229.

การที่ฝ่ายนิคายโรมันแคธอลิก ห้ามการทำแท้งโดยเด็ดขาดนั้น มีปัญหาที่สามที่ควรได้รับการพิจารณาสองประการคือ¹⁰²

1) เมื่อฝ่ายนิคายโรมันแคธอลิก อ้างว่าการทำแท้งเป็นการ “ทำลายชีวิตโดยเจตนา” นั้น มีปัญหาว่า “ชีวิต” มีความหมายเพียงใด และยังมีปัญหาต่อไปอีกว่าชีวิตเริ่มต้นจริงเมื่อใด

ชีวิตเริ่มต้นเมื่อไข่หลุดพ้นออกไปไข่หรือไม่ เพราะไข่จะต้องไปผสมกับน้ำกามของชาย หรือว่าชีวิตเริ่มเมื่อไข่ได้ผสมจนกลายเป็นเซลล์ที่มีชีวิต (Zygote) แล้ว จุดนี้เป็นจุดที่สำคัญ เพราะถ้าทุกสิ่งทุกอย่างเป็นไปตามปกติ อีกเก้าเดือนก็จะกลายเป็นทารก หรือว่าชีวิตเริ่มเมื่อไข่ได้เกาะกับผนังมดลูกและเริ่มมีรูปร่างของตัวอ่อนในครรภ์ (Embryo) ทั้งนี้ เนื่องจากหญิงจะทำแท้งไม่ได้จนกว่าไข่จะได้ฝังตัวในผนังมดลูกแล้ว

Dr. George W. Corner ได้ให้ความเห็นว่า ปัญหาเรื่องไข่ที่ยังมิได้ผสมจะเป็นสิ่งมีชีวิตหรือไม่นั้น ในแง่หนึ่งต้องถือว่าไม่มีชีวิต เพราะโดยตัวของมันเองไม่อาจก่อกำเนิดอะไรได้ และตัวของมันเองก็สามารถงสภาพอยู่เพียงวันหนึ่งหรือสองวันเท่านั้น แต่ในอีกแง่หนึ่งก็อาจถือได้ว่ามีชีวิต เพราะตัวมันเองประกอบด้วยชีวภาพที่จำเป็นสำหรับชีวิต เพียงแต่ว่าจะต้องได้รับการส่งเสริมจากเซลล์ในน้ำกามเพื่อให้มีชีวิตและเจริญเติบโตต่อไป อาจจะถูกกล่าวได้ว่าเซลล์ไข่ของมนุษย์นั้นมีอยู่ครึ่งชีวิต

ในฐานะความเห็นของนักกฎหมาย ศาสตราจารย์ Glanville Williams ได้ให้ข้อคิดเห็นไว้สำหรับช่วงระยะเวลาก่อนมีการถือกำเนิดขึ้นนั้น ฝ่ายนิติบัญญัติอาจกำหนดจุดเริ่มต้นที่จะให้การคุ้มครองทางกฎหมายได้ นั่นก็คือระยะเวลาที่ทารกในครรภ์อาจมีชีวิตอยู่รอดได้ (Viability) โดยถือเอาเมื่อการตั้งครรภ์ครบยี่สิบแปดสัปดาห์ การขีดเส้นโดยถือเอาระยะเวลาที่ยี่สิบแปดสัปดาห์นี้น่าจะเป็นที่ยอมรับของสังคม เพราะโดยข้อเท็จจริงแล้วการทำแท้งภายหลังที่มีการตั้งครรภ์เกินสี่เดือนนั้นมีน้อยมาก

ในระหว่างระยะเวลาที่ทารกในครรภ์เริ่มเคลื่อนไหว (Quickening) และระยะเวลาที่ทารกในครรภ์อาจมีชีวิตรอดอยู่ได้นี้ อาจมีคนคิดว่าควรจะต้องถือเอาช่วงเวลาที่สมองของทารกเริ่มทำงาน เพราะวิญญานนั้นจะต้องมีส่วนสัมพันธ์กับจิตใจ และจิตใจก็จะมีไม่ได้ถ้ายังไม่มีสมอง โดยการใช้เครื่องตรวจไฟฟ้าวัดคลื่นสมองของทารกในครรภ์ ปรากฏว่าเครื่องตรวจดังกล่าวสามารถวัดคลื่นสมองของทารกในครรภ์ได้ในเดือนที่เจ็ด ซึ่งเป็นระยะเวลาก่อนหน้าระยะเวลาที่อาจคลอดออกมามีชีวิตรอด (Viability) เพียงเล็กน้อย ดังนั้น ถ้าตกลงให้ถือเอาระยะเวลาเริ่มต้นของการตั้งครรภ์เดือนที่เจ็ดเป็นระยะเวลาที่กฎหมายจะให้ความคุ้มครองแก่ทารกในครรภ์แล้ว ก็ย่อมจะขจัดปัญหาทางสังคมเกี่ยวกับการทำแท้งไปได้

¹⁰² วัฒนา รัตนวิจิตร. เล่มเดิม. หน้า 10.

2) นอกจากปัญหาที่ว่าชีวิตเริ่มต้นเมื่อใดแล้ว ปัญหาอีกประการคือฝ่ายนิกายโรมันคาทอลิกได้เรียกร้องเกี่ยวกับ “ความสงบของชีวิต” จริงหรือไม่

การเรียกร้องมิให้มีการกระทำใดๆ ที่มีความรุนแรงนับเป็นเรื่องที่น่าขบขันแต่เท่าที่เป็นฝ่ายนิกายโรมันคาทอลิก มิได้มีจุดยืนที่ต่อต้านการฆ่าอย่างเช่น ฝ่ายที่เรียกร้องความสงบอื่นๆ เช่น พวก Quakers หรือพวกสนับสนุนคานธี ได้กระทำนั้น ในทางตรงข้ามจากประวัติศาสตร์ ฝ่ายนิกายโรมันคาทอลิกได้มีส่วนร่วมในการรบราฆ่าฟัน เช่น สงครามครูเสดที่ได้ใช้กำลังต่อมนุษยชาติ โดยอ้างพระผู้เป็นเจ้าและอัสสาสนา ดังนั้น การที่ฝ่ายนิกายโรมันคาทอลิก เรียกร้องเกี่ยวกับความสงบของชีวิต และชีวิตของทารกที่ยังไม่ถึงกำเนิดจึงดูเหมือนว่าเป็นการเรียกร้องที่ปราศจากความจริงใจ

ฉะนั้น หลักของฝ่ายนิกายโรมันคาทอลิกในเรื่องการเกิดของมนุษยชาติ ก็คือ จะต้องไม่ให้มีการควบคุมหรือวางข้อกำหนดกฎเกณฑ์ใดๆ ทั้งสิ้น จึงทำให้การทำแท้งถือเป็นบาปอย่างร้ายแรง โดยไม่มีข้อยกเว้น ซึ่งเป็นการพิจารณาที่ปราศจากการวิเคราะห์ปัญหาของสังคมที่เกิดขึ้น

การที่คริสตจักรถือว่าการทำแท้งเป็นบาปก็ด้วยเหตุผลจากการถือว่าทารกในครรภ์เป็นมนุษย์ แต่จะเริ่มเป็นมนุษย์ในตอนที่ไหนนั้น แม้ผู้รู้ในวงการศาสนาเองก็ยังไม่ลงรอยกันอยู่บ้าง ซึ่งแบ่งได้เป็น 2 ความเห็น ได้แก่ ความเห็นแรก ถือว่าทารกในครรภ์เป็นมนุษย์ตั้งแต่เริ่มปฏิสนธิ และความเห็นที่สองเห็นว่าทารกในครรภ์เริ่มเป็นมนุษย์เมื่อมีจิตวิญญาณในระยะเวลาหลังการปฏิสนธิมาแล้ว ความเข้มงวดในเรื่องความเห็นเกี่ยวกับความผิดบาปของการทำแท้งจึงแตกต่างกันออกไปตามทัศนคติของผู้รู้และผู้นำทางศาสนา แต่ส่วนใหญ่แล้วนิกายโรมันคาทอลิกมักถือว่าการทำแท้งเป็นสิ่งผิดบาปร้ายแรง

(2) นิกายโปรเตสแตนต์

เริ่มแรกนั้น ฝ่ายนิกายโปรเตสแตนต์ยังมีความเห็นคัดค้านความคิดเกี่ยวกับการคุมกำเนิดและการทำแท้งอยู่โดยเหตุที่ว่าเป็นการกระทำที่ขัดต่อศีลธรรมและกฎของพระเจ้า ต่อมาการตีความของพระเจ้าได้เปลี่ยนแปลงไป โดยฝ่ายนิกายโปรเตสแตนต์ได้ยอมรับการเกิดของทารกอาจก่อให้เกิดอันตรายต่อชีวิตของผู้เป็นมารดาได้ และโดยเหตุนี้การจำกัดขนาดของครอบครัว โดยวิธีบางอย่างจึงเป็นสิ่งที่ชอบด้วยเหตุผล ซึ่งไม่เห็นเป็นรูปธรรมชัดเจนมากขึ้น เมื่อมีการประชุมของฝ่ายนิกายโปรเตสแตนต์ที่ลอนดอนเมื่อปี 1930 (Lambeth Conference) ซึ่งได้มีมติเห็นชอบในการคุมกำเนิด โดยมีเงื่อนไขได้¹⁰³

ในการประชุมเมื่อปี 1958 ได้มีมติว่า พระผู้เป็นเจ้าได้กำหนดจำนวนบุตรตามความสำนึกของบิดามารดา การวางแผนครอบครัวจึงเป็นสิทธิและเป็นปัจจัยสำคัญในชีวิต ครอบครัว

¹⁰³ แหล่งเดิม. หน้า 13.

ของชาวคริสต์ที่จะต้องกำหนด โดยอาศัยทรัพยากรและความสามารถของครอบครัว ตลอดจนพิจารณาถึงความต้องการของประชากรและปัญหาของสังคม รวมทั้งสิทธิของชนรุ่นหลังนิกายโปรเตสแตนต์ที่จึงอนุญาตให้ทำแท้งได้ ในกรณีที่น่าจะเป็น เพราะชีวิตมนุษย์จะมีวิญญานหลัง 46 วัน ดังนั้นถ้าจะมีการทำแท้ง นิกายโปรเตสแตนต์จะนำข้ออ้างดังกล่าวว่าการทำแท้งนั้นไม่เป็นบาป

จนกระทั่งในปี 1968 ซึ่งมีการประชุม American Baptist Convention ได้มีมติยอมรับว่าการทำแท้งควรเป็นเรื่องการตัดสินใจส่วนตัว และได้เรียกร้องให้มีการออกกฎหมายว่า

1) การทำให้ตั้งครรภ์สิ้นสุดลงก่อนสัปดาห์ที่สิบสอง ให้เป็นไปตามคำร้องขอของบุคคลที่เกี่ยวข้อง และให้ถือว่าเป็นวิธีการเลือกทางการแพทย์ที่ควบคุมโดยกฎหมายว่าด้วยเวชกรรม

2) หลังจากช่วงเวลาดังกล่าวการทำให้การตั้งครรภ์สิ้นสุดลงจะต้องกระทำแต่โดยเฉพาะแพทย์ที่ได้รับอนุญาตตามคำขอของบุคคลที่เกี่ยวข้อง และด้วยเหตุผลตามที่สถาบันกฎหมายอเมริกัน (American Law Institute) ได้กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายอาญาเท่านั้น (ซึ่งได้แก่ การเสี่ยงต่อสุขภาพกายหรือทางจิตใจของมารดา การเสี่ยงต่อการที่เด็กจะเกิดมาโดยมีร่างกายหรือจิตใจผิดปกติ การตั้งครรภ์เนื่องจากถูกข่มขืน ฯลฯ)

ในการประชุมใหญ่ของ United Presbyterian Church ในปี 1962 ก็ได้พูดถึงปัญหาว่าการช่วยชีวิตมารดาหรือการช่วยชีวิตบุตรในครรภ์นั้น อะไรควรจะมีความสำคัญกว่า นอกจากนั้นในการประชุมใหญ่ของ United Presbyterian Church ในปี 1968 ที่ประชุมก็ได้เรียกร้องให้มีการยกเลิก กฎหมายห้ามการทำแท้ง และให้มีการห้ามแต่เฉพาะการทำแท้งที่กระทำโดยบุคคลซึ่งไม่ใช่แพทย์ที่ได้รับอนุญาต ทั้งนี้ โดยให้การตัดสินใจในการทำแท้งขึ้นอยู่กับแพทย์และคนไข้เอง¹⁰⁴

2.5.1.3 ศาสนาอิสลาม

ส่วนศาสนาอิสลามก็มีความคล้ายกับศาสนาคริสต์ตรงที่ถือว่าพระเจ้าเป็นผู้สร้างมนุษย์และการทำแท้งเป็นบาป ศาสนานี้เป็นระบบแห่งการดำเนินชีวิตที่พระเจ้าประทานให้แก่มนุษย์เป็นศาสนาที่ประทานมาจากพระเจ้าเป็นผู้เป็นเจ้าของ และมีได้ถูกก่อตั้งโดยมนุษย์คนใด ข้อห้ามในอิสลามมีหลายข้อ รวมทั้งห้ามคุมกำเนิดและทำแท้ง ในคัมภีร์อัลกุรอานได้กล่าวถึง กำเนิดและพัฒนาชีวิตในครรภ์มารดาว่าอัลละห์ (พระเจ้า) ได้ทรงแจ้งให้มนุษย์ได้ทราบถึงการเริ่มต้นแห่งชีวิตไว้ในหลายๆอายะห์ (โองการ) ของคัมภีร์ซึ่งมีอยู่ในซูเราะห์ (บท) ต่างๆที่ชี้ให้เห็นถึงกระบวนการสร้างของพระองค์ที่มีลักษณะเป็นขั้นตอนและแสดงให้เห็นถึงพัฒนาการของชีวิตมนุษย์ในครรภ์มารดาอีกด้วย¹⁰⁵ และได้มีบทบัญญัติห้ามฆ่าทารก เช่น บทบัญญัติที่ว่า “...จงอย่าประหารเด็กของ

¹⁰⁴ วัฒนา รัตนวิจิตร. เล่มเดิม. หน้า 13-14.

¹⁰⁵ กัทพร สิริกาญจน และคณะ (2546). *ความรู้พื้นฐานทางศาสนา*. หน้า 81-88.

เจ้า เพราะกลัวว่าจะทำให้เจ้ายากจนลง เราจะเป็นผู้ก่อหุนเจ้าและเด็กๆเหล่านั้น....” (The Koran VI,151:XVII: 13) จากหลักคำสอนนี้จึงกล่าวได้ว่าการทำแท้งและการฆ่าทารกถือว่าเป็นบาป¹⁰⁶

ดร.สุชามุคติน บินมุซา อะฟานะห์ สูติแพทย์แห่งประเทศสวิตเซอร์แลนด์ ได้ให้ทัศนะเกี่ยวกับการทำแท้งทารกที่พบว่ามีชีวิตผิดปกติ ดังนี้ ในนามของอัลเลาะห์ มวลการสรรเสริญในนามของอัลเลาะห์ มวลการสรรเสริญเป็นสิทธิ์แต่อัลเลาะห์ ขอพรและความสันติสุขจงมีแด่ศาสนาของอัลเลาะห์ การมีชีวิตของทารกเป็นชีวิตที่มีศักดิ์สิทธิ์ จำเป็นต้องรักษาไว้ เมื่อแพทย์หลายท่านลงความเห็นว่าทารกพิการทางร่างกายได้พิจารณา ดังนี้ ถ้าหากความพิการนี้เป็นสิ่งที่ติดตัวทารก เช่น ดวงตาพิการ เป็นต้น ในกรณีนี้ห้าม (ฮะรอม) ทำแท้ง โดยไม่มีเงื่อนไข แต่ถ้าหากความพิการนี้เป็นอันตราย อนุญาตให้ทำแท้งได้ก่อนใส่วิญญูณ และ ไม่อนุญาตให้ทำแท้งภายหลังจากใส่วิญญูณแล้ว และถ้าหากปล่อยทารกไว้แล้วจะเกิดอันตรายกับผู้เป็นมารดา ก็อนุญาตให้ทำแท้งได้โดยไม่มีข้อแม้ใดๆ

การทำแท้งก่อนที่ทารกในครรภ์จะมีวิญญูณนั้น คือ ก่อนจะตั้งครรภ์ได้สี่เดือน อุละมาอ์ นิติศาสตร์อิสลามมีทัศนะต่างกัน โดยที่กลุ่มหนึ่งมีทัศนะว่า อนุญาตให้ทำแท้งได้ไม่หะรอมแต่อย่างใด ทั้งนี้โดยคิดว่ายังไม่มีชีวิต จึงไม่เรียกว่าเป็นการฆ่าและไม่เป็นที่ยกห้าม อีกกลุ่มหนึ่งมีทัศนะว่าหะรอมหรือก็มักโรหะห์ เพราะมีสภาพพร้อมที่จะมีชีวิต กล่าวคือ มีการเตรียมพร้อมที่จะมีชีวิต ในเรื่องนี้ท่านอิหม่ามหม่อซาลีฮ์ได้มีทัศนะแย้งว่า ถือเป็นทารกสิ่งที่มีอยู่แล้ว ซึ่งมีระยะดังต่อไปนี้

ระยะแรกของการมีคือ ในช่วงที่อสุจิเข้าไปในรังไข่ (มดลูก) เข้าไปร่วมกับน้ำของผู้หญิงซึ่งมีสภาพพร้อมในการที่จะมีชีวิต (หมายถึง หลังจากมดลูกมีน้ำเข้าไปผสมกันแล้ว) หากทำลาย (ทำแท้ง) ช่วงนี้ถือว่าเป็นความผิดที่เรียกว่า “ญินายะฮ์”

ระยะที่สองของการมีคือ ในช่วงที่เป็นเลือดก้อนหรือเนื้อก้อน ซึ่งหากทำแท้งในช่วงนี้ ถือเป็นทารุณภัยที่รุนแรง

ระยะที่สามของการมีคือ ในช่วงที่มีวิญญูณแล้ว หากทำแท้งในช่วงนี้ถือเป็นทารุณภัยที่รุนแรงที่สุด¹⁰⁷

จากทัศนะของนักวิชาการเห็นพ้องกันว่า ห้ามทำแท้งทารกที่ตั้งครรภ์ผ่าน 120 ไปแล้ว ทั้งนี้เพราะวิญญูณได้ถูกใส่เข้าไปในทารกแล้ว เมื่อผ่านกำหนดเวลาดังกล่าวตามทัศนะของนักวิชาการส่วนใหญ่ เพราะมีหะดิษที่เล่าจากอับดุลลาห์ บุตร มัสอูด (ร.ค) ว่าท่านศาสนทูต (ซ.ล)

¹⁰⁶ อันวัย ยัสโยธา. เล่มเดิม. หน้า 225.

¹⁰⁷ เมธิกาญจน์ ช่างหัวหน้า. (2552). *ความชอบธรรมในการทำแท้งกรณีชีวิตในครรภ์มารดาไม่สมบูรณ์*. หน้า 68.

ผู้สัจจะและคัมให้การรับรอง สัจจะได้เล่าให้พวกเราฟังว่า คนใดก็ตามในหมู่พวกเจ้านั้น การสร้างเขาจะถูกรวมอยู่ในกรรมมารดาเป็นเวลาสี่สิบวัน หลังจากนั้นจะกลายเป็นก้อนเลือดในเวลาเท่ากันนั้น หลังจากนั้นจะกลายเป็นก้อนเนื้อในเวลาเท่ากันนั้น หลังจากนั้นอัลเลาะห์จะส่งเทวดา (ญิบรีล) มา และเขาจะถูกบัญชาไว้สี่ประการคือ บังคับยังชีพของเขา อายุขัยของเขา การงานของเขาชั่วหรือดี และหลังจากนั้นวิญญาณจะถูกใส่เข้าไปในร่างกายของเขา มีข้อยกเว้นจากข้อกำหนดดังกล่าวเพียงสภาพเดียวเท่านั้น คือ เมื่อคณะแพทย์ที่เชื่อถือได้และเป็นผู้เชี่ยวชาญได้ยืนยันว่า การปล่อยกรรมไว้จะก่อให้เกิดอันตรายอย่างแน่นอนแก่ชีวิตของผู้เป็นมารดา จึงอนุญาตให้ทำแท้งได้

ทางสภานิติศาสตร์อิสลามขององค์การสันนิบาตโลกอิสลาม ที่นครมักกะห์ได้มีมติไว้ดังนี้ เมื่อตั้งครรภ์ได้ 120 วัน ไม่อนุญาตให้ทำแท้ง ถึงแม้การตรวจทางการแพทย์ยืนยันว่า ทารกมีรูปร่างพิการ ยกเว้นเมื่อปรากฏตามรายงานของคณะแพทย์ผู้เชี่ยวชาญยืนยันว่า การปล่อยทารกในครรภ์ไว้จะเป็นอันตรายอย่างแน่นอนกับผู้เป็นมารดา จึงอนุญาตให้ทำแท้งได้ไม่ว่าทารกจะพิการหรือไม่ก็ตาม เพื่อป้องกันอันตรายที่ใหญ่หลวงที่สุดจากอันตรายทั้งสองอย่าง (คือ อันตรายที่เกิดกับชีวิตของมารดาและอันตรายที่เกิดกับทารกจากการทำแท้ง)¹⁰⁸

ดร.มุซมิมิล ซิดดีกี อดีตประธานสมาคมอิสลามแห่งอเมริกาเหนือ ได้ให้คำตอบว่า “นักนิติศาสตร์อิสลาม ถือว่า การทำแท้งเป็นที่อนุญาตเมื่อ ชีวิตของผู้เป็นแม่ตกอยู่ในอันตรายเท่านั้น” ในกรณีที่แม่ต้องเสี่ยงอันตราย ถึงขั้นเสียชีวิตได้นั้น การทำแท้งก็ไม่มีเรื่องของเวลามาจำกัด การทำแท้งสามารถทำได้ トラบใดที่ความเสี่ยงนั้น เป็นความเสี่ยงที่แท้จริง ไม่ใช่เพียงการคาดเดา¹⁰⁹

อย่างไรก็ตาม จากการประชุมสัมมนาองค์การส่งเสริมชีวิตระดับเอเชีย แปซิฟิก ครั้งที่ 14 เกี่ยวกับ ความรัก ชีวิตและครอบครัว เรื่อง คุณค่าชีวิตจากมุมมองหลากหลายความเชื่อ ณ บ้านผู้หว่าน สามพราน ในวันที่ 12-14 พฤศจิกายน 2007 ซึ่งเป็นการสัมมนาเกี่ยวกับการคุ้มครองศักดิ์ศรีและความศักดิ์สิทธิ์ของชีวิต ประกาศโดยเจตนาให้ทุกคนร่วมสร้าง “วัฒนธรรมแห่งชีวิต” ขจัด “วัฒนธรรมแห่งความตาย” ที่เข้ามาในสังคมมนุษย์ในรูปแบบต่างๆ

ซึ่ง ดร.ยูซุฟ (Dr. Intiyaz Tusuf) จากศาสนาอิสลาม ให้แนวคิดเรื่องความศักดิ์สิทธิ์ของชีวิตตามความเชื่อของอิสลาม โดยใช้คำสอนของโอรานและของท่านมุฮัมหมัดเกี่ยวกับคุณค่าและความเคารพเพื่อการรักษาไว้ซึ่งชีวิต “พระเจ้ารักและเมตตาต่อมนุษยชาติ ชีวิตเป็นของประทานและของมอบจากพระเจ้า ชีวิตเป็นของพระเจ้า และพระเจ้าเท่านั้นมีสิทธิที่จะให้และรับชีวิตคืน... อิสลามห้ามทำแท้งไม่ว่าจะอยู่ในแวดล้อมใด หรือช่วงไหนของการตั้งครรภ์...”¹¹⁰

¹⁰⁸ แหล่งเดิม. หน้า 69.

¹⁰⁹ บรรจง บินกาซัน. (2546). *ทุกคำถาม : อิสลามมีคำตอบ*. หน้า 12-13.

¹¹⁰ แหล่งเดิม. หน้า 70.

จึงกล่าวได้ว่าในพระคัมภีร์ของศาสนาอิสลาม คือ มหาคัมภีร์อัลกุระอาน ไม่มีบทบัญญัติไว้โดยตรงว่า การทำแท้งเป็นบาปหรือไม่ แต่จากการที่ศาสนานี้เน้นในเรื่องให้มีการเพิ่มพลเมืองอิสลามให้มากขึ้น เช่น ผู้ชายมีภรรยาได้หลายคน และมีบทบัญญัติไว้ว่า “...จงอย่าประหารเด็กของเจ้า เพราะกลัวว่าเจ้าจะยากจนลง เราจะเป็นผู้เกี่ยวพันเจ้าและเด็กๆเหล่านั้น...” ทำให้น่าจะถือว่าการทำแท้งเป็นบาป ทั้งนี้มีขึ้นอยู่กับทัศนะหรือการตีความอธิบายของผู้นำทางศาสนาซึ่งมักเป็นผู้นำชุมชนในสังคมอิสลาม

2.5.2 ปัญหาจากความไม่ชัดเจนของตัวบทกฎหมายและการตีความของคณะกรรมการกฤษฎีกา

เนื่องจากประมวลกฎหมายอาญา ได้บัญญัติข้อยกเว้นในกรณีที่ผู้กระทำแท้งไม่มีความผิดไว้ในมาตรา 305 แต่ยังมีข้อสงสัยในเรื่องของการตีความการทำแท้งในกรณีสุขภาพของหญิงว่าจะรวมถึงสุขภาพทางจิตของหญิงด้วยหรือไม่ และจากการตีความกฎหมายของคณะกรรมการกฤษฎีกาที่เกี่ยวกับการทำแท้งจากความไม่ชัดเจนของคำว่า “สุขภาพของหญิง” โดยประเด็นเรื่อง “สุขภาพของหญิง” กระทรวงสาธารณสุขได้ขอให้แพทยสภาเสนอแนะแนวทางปฏิบัติเกี่ยวกับหญิงตั้งครรภ์ที่ติดเชื้อโรคเอดส์ว่า แพทย์จะสามารถทำแท้งให้กับหญิงได้โดยอาศัยมาตรา 305(1) ได้หรือไม่ แพทยสภาจึงได้มีหนังสือปกปิด ค่วนที่สุด ที่ พส.01/484 ลงวันที่ 25 ตุลาคม 2532 ถึงสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ความว่า เนื่องจากสถานการณ์ในปัจจุบันเชื้อโรคเอดส์ได้แพร่กระจายสู่ประชาชนอย่างกว้างขวางและรวดเร็ว ซึ่งในจำนวนของผู้ที่ติดเชื้อโรคเอดส์มีหญิงอาชีพพิเศษที่ตั้งครรภ์รวมอยู่ด้วย แพทยสภาในฐานะองค์กรวิชาชีพอิสระได้กำหนดวัตถุประสงค์หลักในการช่วยเหลือ แนะนำ เผยแพร่ และให้การศึกษแก่ประชาชนและองค์กรอื่นในเรื่องที่เกี่ยวกับการแพทย์และสาธารณสุข ซึ่งในการนี้ได้รับข้อหารือจากกระทรวงสาธารณสุขขอให้ แพทยสภาเสนอแนะแนวทางปฏิบัติเกี่ยวกับผู้ที่ติดเชื้อเอดส์ที่ตั้งครรภ์ให้ด้วย คณะกรรมการแพทยสภาได้พิจารณาปัญหาดังกล่าวในการประชุมคณะกรรมการแพทยสภาครั้งที่ 11/2532 เมื่อวันที่ 12 ตุลาคม 2532 แล้วมีความเห็นว่า “ผู้ที่ติดเชื้อโรคเอดส์ที่ตั้งครรภ์มีผลกระทบต่อสุขภาพร่างกาย จิตใจ และสังคมอย่างมาก และคำนึงของคำว่า “สุขภาพ” ขององค์การอนามัยโลกมีความหมายของการมีสุขภาพดี มิได้หมายถึงเฉพาะปราศจากโรคและความพิการเท่านั้น หากแต่หมายความครอบคลุมถึงความสุข ความสมบูรณ์ทั้งทางกาย ทางใจ และอยู่ในสังคมได้อย่างปกติสุข” คณะกรรมการแพทยสภาจึงมีมติให้หารือคณะกรรมการกฤษฎีกาว่า แพทย์จะอาศัยข้อยกกฎหมายตามที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 305(1) ในกรณีดังกล่าวได้หรือไม่ คณะกรรมการกฤษฎีกา (กรรมการร่างกฎหมาย คณะที่ 5) จึงได้พิจารณาปัญหาที่หารือโดยได้ฟังคำชี้แจงของผู้แทนกระทรวงสาธารณสุข (กรมควบคุมโรคติดต่อ) ผู้แทนแพทยสภา และผู้แทนกรม

อัยการ ซึ่งผู้แทนกระทรวงสาธารณสุขและผู้แทนแพทยสภาชี้แจงข้อเท็จจริงเพิ่มเติมว่าในปัจจุบันโรคนี้ ยังไม่มียาที่รักษาโรคเอดส์ให้หายได้ ดังนั้นถึงอย่างไรผู้ที่เป็โรคเอดส์ก็จะตายเนื่องจากโรคดังกล่าวในที่สุด สำหรับหญิงที่เป็นโรคเอดส์และมีครรภ์ การมีครรภ์อาจทำให้อาการของโรคเอดส์กำเริบเร็วกว่ากรณีที่ไม่มืครรภ์ การทำให้หญิงที่เป็นโรคเอดส์แท้งลูกอาจมีผลให้หญิงนั้นมีชีวิตยืนยาวไปได้อีกระยะหนึ่งเท่านั้น และก็จะตายเนื่องจากโรคดังกล่าวในที่สุด ส่วนทารกที่เกิดจากหญิงที่เป็นโรคเอดส์จะมีโอกาสติดเชื้อโรคเอดส์ได้ประมาณร้อยละ 30-50 และแม้ทารกที่เกิดมาจะไม่ติดเชื้อโรคเอดส์ตั้งแต่คลอด แต่ก็มีโอกาสติดเชื้อจากมารดาได้ในภายหลัง

คณะกรรมการกฤษฎีกา (กรรมการร่างกฎหมาย คณะที่ 5) ได้พิจารณาปัญหาดังกล่าวแล้วเห็นว่า ปัญหาว่าแพทย์จะอาศัยมาตรา 305(1) แห่งประมวลกฎหมายอาญา ทำให้หญิงที่เป็นโรคเอดส์แท้งลูกโดยไม่มีคามผิดได้หรือไม่นั้น ประมวลกฎหมายอาญาได้บัญญัติให้หญิงที่ทำให้ตนเองแท้งลูกหรือยอมให้ผู้อื่นทำให้ตนเองแท้งลูก หรือผู้ที่ทำให้หญิงแท้งลูกเป็นผู้กระทำความผิดฐานทำให้แท้งลูก และต้องรับโทษอาญาตามที่กฎหมายกำหนด (มาตรา 301 มาตรา 302 และมาตรา 303) และประมวลกฎหมายอาญาได้บัญญัติยกเว้นให้ผู้กระทำความผิดฐานทำให้แท้งลูกตามมาตรา 301 และมาตรา 302 ไม่ต้องมีความผิดตามมาตรา 305 ถ้าการกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำของแพทย์และจำเป็นต้องกระทำเนื่องจากสุขภาพของหญิงนั้น หรือหญิงมีครรภ์จากการกระทำความผิดอาญาตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 276 มาตรา 277 มาตรา 282 มาตรา 283 หรือมาตรา 284 เนื่องจากกฎหมายอาญาจะต้องอาศัยการตีความโดยเคร่งครัด การตีความมาตรา 305 ซึ่งเป็นบทยกเว้นความผิดดังกล่าวในประมวลกฎหมายอาญา จึงต้องตีความโดยเคร่งครัดด้วย บทยกเว้นที่ว่า “จำเป็นต้องกระทำเนื่องจากสุขภาพของหญิงนั้น” ตามมาตรา 305(1) จึงหมายความว่า แพทย์อาจทำให้หญิงแท้งลูกได้โดยไม่มีคามผิดเฉพาะในกรณีจำเป็นเนื่องจากการมีครรภ์จะเป็นอันตรายต่อสุขภาพของหญิงนั้นเท่านั้น แต่ไม่หมายรวมถึงความรวมถึงสุขภาพของทารกที่จะเกิดมาแต่อย่างใดด้วย กรณีจะถือว่าการมีครรภ์จะเป็นอันตรายต่อสุขภาพของหญิงหรือไม่ จึงเป็นข้อเท็จจริงที่แพทย์จะต้องวินิจฉัยเป็นกรณีๆไป สำหรับกรณีที่หารือนี้ เมื่อข้อเท็จจริงปรากฏจากคำชี้แจงของผู้แทนกระทรวงสาธารณสุขและผู้แทนแพทยสภาว่าโรคเอดส์เป็นโรคที่รักษาไม่หายและผู้ที่เป็นโรคเอดส์ก็ต้องตายเนื่องจากโรคดังกล่าวในที่สุด การทำให้หญิงเป็นโรคเอดส์แท้งลูกจึงไม่ใช่กรณีจำเป็นต้องกระทำเนื่องจากสุขภาพของหญิงนั้น เพราะแม้ว่าจะทำให้แท้งลูกแล้ว หญิงที่เป็นโรคเอดส์นั้นก็จะไม่หายจากโรคเอดส์ได้และก็จะตายเนื่องจากโรคดังกล่าวในที่สุด คณะกรรมการกฤษฎีกา (กรรมการร่างกฎหมาย คณะที่ 5) จึงเห็นว่า แพทย์ไม่อาจอาศัยมาตรา 305(1) แห่งประมวลกฎหมายอาญา ทำให้หญิงที่เป็นโรคเอดส์แท้งลูกได้โดยไม่มีคามผิด

ความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกามีข้อโต้แย้ง 2 ประการ ประการแรกคือ ความเห็นที่ว่าแพทย์อาจทำให้หญิงแท้งลูกได้โดยไม่มีความคิด เฉพาะกรณีจำเป็นเนื่องจากการมีครรภ์จะเป็นอันตรายต่อสุขภาพของหญิงเท่านั้น ไม่หมายความรวมถึงสุขภาพของทารกที่เกิดมาด้วย ถึงแม้ข้อเท็จจริงจะปรากฏว่าทารกที่เกิดจากหญิงที่เป็นโรคเอดส์มีโอกาสดิตเชื้อโรคจากหญิงนั้นก็ตามแพทย์ก็ไม่อาจอาศัยมาตรา 305(1) ทำแท้งให้กับหญิงที่เป็นโรคเอดส์ได้ เพราะแม้จะทำให้หญิงแท้งลูกแล้วหญิงที่เป็นโรคเอดส์ก็จะไม่หายจากโรคเอดส์ได้ และก็จะตายเนื่องจากโรคนี้อย่างแน่นอน การตีความของคณะกรรมการกฤษฎีกาดังกล่าว คำว่า “สุขภาพ” หมายความว่าเฉพาะสุขภาพกายของหญิงเท่านั้น ไม่รวมถึงสุขภาพจิต

บางท่านเห็นว่า หญิงที่ติดเชื้อ HIV นั้นตามธรรมชาติย่อมได้รับความทุกข์ทรมานจิตใจอยู่แล้วว่าชีวิตของเขาอาจไม่ยืนยาว และยิ่งหญิงนั้นตั้งครรภ์ก็จะมีทุกข์ทรมานมากขึ้นเมื่อคลอดบุตรแล้ว บุตรอาจได้รับเชื้อโรคร้ายเข้าด้วย และแม้ว่าบุตรของเขาจะไม่ติดโรคร้าย แต่ตัวเขาซึ่งเป็นมารดา อาจจะต้องเสียชีวิตก่อนเวลาอันควร จะทำให้บุตรของเขาต้องกลายเป็นเด็กกำพร้า และถ้าแพทย์ทำแท้งให้ตามที่เขาต้องการย่อมสามารถช่วยลดความกดดันได้ในระดับหนึ่ง ซึ่งย่อมเป็นผลดีต่อสุขภาพของหญิงแน่นอน แต่การที่คณะกรรมการกฤษฎีกาเห็นว่า “การทำให้หญิงซึ่งเป็นโรคเอดส์แท้งลูกจึงไม่ใช่กรณีจำเป็นต้องกระทำเนื่องจากสุขภาพของหญิงนั้น เพราะแม้ว่าจะทำให้หญิงแท้งลูก แล้วหญิงที่เป็นโรคเอดส์นั้นก็ยังไม่หายจากโรคเอดส์ได้และก็จะตายเนื่องจากโรคนี้อย่างแน่นอน” นั้น คงแปลได้ว่าหญิงที่เป็นโรคเอดส์อย่างไรก็ต้องตายจากโรคเอดส์อยู่แล้ว ซึ่งไม่ชอบด้วยเหตุผลทำนองเดียวกับการอ้างว่า ถ้าจำเลยไม่ฆ่าผู้เสียหายที่กำลังป่วยอยู่ ผู้เสียหายก็คงตายเพราะโรคร้ายอยู่ดี โดยมีได้พิจารณาถึงข้อเท็จจริงตามที่ผู้แทนกระทรวงสาธารณสุขและผู้แทนแพทยสภาเสนอว่า “การทำให้หญิงที่เป็นโรคเอดส์แท้งลูกอาจทำให้หญิงมีชีวิตยืนยาวต่อไปได้”

การตีความโดยเคร่งครัดข้างต้นย่อมทำให้การทำแท้งให้หญิงตั้งครรภ์ที่มีปัญหาสุขภาพจิต ซึ่งการเจ็บป่วยทางจิตจะทำให้ผู้ป่วยมีแบบแผนของพฤติกรรม ความคิด และอารมณ์ที่ไม่ปกติ เช่น พุดจาไม่สมเหตุสมผล หรือไม่อยู่กับความเป็นจริง โกรธโดยไม่ทราบสาเหตุถึงขั้นชวนทะเลาะวิวาท หรือทำร้ายร่างกายผู้อื่น บางครั้งก็ทำให้เกิดความเสียหายหรือทำลายสิ่งของโดยไม่ได้ตั้งใจ ซึ่งมีผลต่อตัวทารกที่จะคลอดออกมาจากหญิงที่มีปัญหาสุขภาพจิตดังกล่าวด้วย กลายเป็นการกระทำที่มีความผิดทางอาญาทั้งสิ้น ทำให้แพทย์ไม่กล้าทำการยุติการตั้งครรภ์ให้แก่หญิงที่มีปัญหาสุขภาพจิต

2.6 ข้อจำกัดทางกฎหมายเกี่ยวกับการทำแท้งในกรณีที่มีมารดามีปัญหาทางจิต

ปัจจุบันการทำแท้งเป็นปัญหาที่ยังโต้เถียงและหาข้อยุติไปในทางเดียวกันไม่ได้ บางประเทศเห็นว่าการทำแท้งนั้นเป็นสิทธิและเสรีภาพของสตรี จึงยอมให้มีการทำแท้งได้โดยเสรี ในขณะที่ในบางประเทศเห็นว่าการทำแท้งนั้นขัดต่อสิทธิในการจะมีชีวิตอยู่ของทารกในครรภ์ มารดาจึงบัญญัติให้การทำแท้งเป็นความผิดหรือยอมให้ทำแท้งได้ภายใต้เงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด¹¹¹

กฎหมายไทยได้รองรับสิทธิของทารกในครรภ์มารดาไว้ ดังจะเห็นได้จากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 15 วรรคสอง ซึ่งบัญญัติว่า “ทารกในครรภ์มารดาก็สามารถมีสิทธิต่างๆได้ หากว่าภายหลังคลอดแล้ว อยู่รอดเป็นทารก” นอกจากนั้นยังได้ให้ความคุ้มครองโดยบัญญัติให้การทำแท้งลูกนั้นเป็นความผิดอาญาฐานหนึ่งโดยเฉพาะ แยกจากความผิดต่อชีวิตและร่างกาย เนื่องจากทารกในครรภ์มารดา ยังไม่เป็น “บุคคล” เพราะยังไม่มีสภาพบุคคล¹¹²

ความผิดฐานทำให้แท้งลูกก็มีความสัมพันธ์เกี่ยวข้องกับความผิดต่อชีวิต เนื่องจากการทำให้แท้งลูกนั้นต้องเป็นการกระทำในระหว่างทารกแรกปฏิสนธิในครรภ์มารดาไปจนคลอดแล้ว แต่ก่อนมีสภาพบุคคล เมื่อทารกนั้นมีสภาพบุคคล การฆ่าทารกก็เป็นความผิดฐานฆ่าผู้อื่น ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 288 หรือ 289 แล้วแต่กรณี ดังนั้น การกระทำเดียวกัน แม้จะห่างกันเพียงไม่กี่วินาที ก็อาจมีผลเป็นความผิดต่างกัน กล่าวคือ เป็นความผิดฐานทำให้แท้งลูกหรือฐานฆ่าผู้อื่นก็ได้ และความผิดฐานทำให้แท้งลูกก็อาจมีความสัมพันธ์กับความผิดต่อร่างกาย เพราะการกระทำบางอย่างที่มุ่งให้หญิงแท้งลูกนั้น อาจมีลักษณะเป็นการทำร้าย และผู้กระทำอาจต้องรับผิดฐานทำร้ายร่างกายผู้อื่นตามมาตรา 295 หรือ 297 แล้วแต่กรณี

อย่างไรก็ตาม ถึงแม้ว่าตามประมวลกฎหมายอาญาจะกำหนดให้การทำแท้งเป็นความผิด แต่ก็มีบทยกเว้นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 305 เป็นกรณีที่เป็นข้อยกเว้นที่กฎหมายไม่เอาผิดกับนายแพทย์ผู้กระทำให้หญิงแท้งลูก ซึ่งเป็นเรื่องที่แพทย์สามารถทำแท้งได้ในกรณีจำเป็นเนื่องจากสุขภาพของหญิงนั้นหรือเป็นกรณีที่หญิงมีครรภ์เนื่องจากการกระทำ ความผิดอาญาตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 276 มาตรา 277 มาตรา 282 มาตรา 283 และมาตรา 284 และต้องได้รับความยินยอมจากหญิงนั้น

¹¹¹ เนื่องจากทุกประเทศยังหาข้อยุติดังกล่าวไม่ได้ ปริญญาสากล่าวด้วยสิทธิมนุษยชน (Universal Declaration of Human Rights 1984) หรืออนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชน จึงไม่ได้กำหนดให้สิทธิของทารกในครรภ์มารดาที่จะมีชีวิตนั้นเป็นสิทธิมนุษยชน

¹¹² ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 15 วรรคแรก.

ข้อยกเว้นที่กฎหมายไม่เอาผิดกับนายแพทย์ผู้กระทำให้หญิงแท้งลูก ซึ่งเป็นเรื่องที่แพทย์สามารถทำแท้งได้ในกรณีจำเป็นเนื่องจากสุขภาพของหญิงนั้น เพิ่งได้รับการบัญญัติตอนร่างประมวลกฎหมายอาญา ส่วนในกฎหมายลักษณะอาญามีแต่เพียงบทบัญญัติโทษในเรื่องทำแท้ง แต่ไม่ปรากฏบทบัญญัติทำนองเดียวกับมาตรา 305(1) นี้ เพียงแต่ปรากฏตามคำอธิบายทางตำราว่าถ้าแพทย์จำต้องรีดลูกเพื่อช่วยเหลือชีวิตของมารดา ก็ให้แพทย์มีอำนาจทำได้ตามกฎหมายจารีตประเพณี แต่สำหรับผู้ที่ไม่ยอมรับกฎหมายจารีตประเพณีก็อาจยกกฎหมายลักษณะอาญามาตรา 49 มาเป็นเหตุยกเว้นโทษได้ ต่อมาเมื่อมีการร่างประมวลกฎหมายอาญาเมื่อปี พ.ศ. 2482 ที่ประชุมได้อภิปรายประเด็นนี้กันอย่างกว้างขวางโดย นายอาร์.กียอง ซึ่งเป็นที่ปรึกษากฎหมายชาวฝรั่งเศสได้ทำบันทึกและชี้แจงให้ที่ประชุมอนุกรรมการตรวจพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญาทราบเกี่ยวกับกฎหมายทำแท้งของประเทศต่างๆ ดังนี้

- 1) ถือว่าการรีดลูกเป็นผิดกฎหมายทีเดียวโดยไม่มีข้อยกเว้น เช่น กฎหมายฝรั่งเศส
- 2) ถือว่าการรีดลูกไม่เป็นความผิดกฎหมาย แต่เอาผิดต่อเมื่อไม่ไปให้แพทย์ที่มีคุณสมบัติรีดลูก เช่น กฎหมายโซเวียตรัสเซีย
- 3) ถือว่าการรีดลูกเป็นผิดกฎหมาย แต่ยอมให้รีดลูกในบางกรณี เช่น โดยความจำเป็นเพื่อให้มารดาพ้นอันตรายถึงแก่ชีวิตและอนามัย เช่น กฎหมายสวีต และ
- 4) บังคับให้รีดลูกในกรณีเมื่อหญิงมีครรภ์กับบุคคลที่ไม่พึงปรารถนา เช่น เป็นโรคหรือเพื่อรักษาความบริสุทธิ์แห่งเลือด เช่น เยอรมัน

ในที่สุดที่ประชุมเห็นควรเดินสายกลางอย่างกฎหมายสวีต โดยกำหนดเป็นหลักการไว้ว่าการรีดลูกเป็นความผิดตามกฎหมายอาญา แต่ยอมให้รีดลูกได้ในบางกรณีโดยไม่มีความคิด คือให้แพทย์ผู้ทรงคุณวุฒิเป็นผู้รีดลูกและการรีดนั้นมีจุดประสงค์เพื่อช่วยชีวิตหรืออนามัยของมารดา¹¹³ โดยกำหนดเงื่อนไขไว้ให้ชัดเจนว่า แพทย์ชนิดใดมีอำนาจรีดลูกได้และจะรีดลูกได้ในกรณีใดบ้าง¹¹⁴ ซึ่งมีที่มาจากมูลเหตุจำเป็นในเรื่องการทำแท้งได้ เป็นเรื่องของประโยชน์สองอันเกิดปะทะกัน การเลือกทำลายประโยชน์ที่น้อยกว่าเพื่อรักษาประโยชน์ที่เหนือกว่าและเป็นทางเลือกทางเดียวนั้น ถือเป็นการกระทำที่ชอบธรรม¹¹⁵

¹¹³ แสวง บุญเฉลิมวิภาส. (2532, มิถุนายน). “เหตุทำแท้งได้โดยไม่ผิดกฎหมาย : ปัญหาและแนวทางแก้ไข.” วารสารนิติศาสตร์. 19,(2). หน้า 70-71.

¹¹⁴ สุพจน์ เชื้อประกอบกิจ. (2546). สิทธิในการทำแท้งของหญิงมีครรภ์ที่ติดเชื้อเอชไอวี. หน้า 103-104.

¹¹⁵ กลนิติ ฅ นคร. (2548). *ประมวลกฎหมายอาญา : หลักกฎหมายอาญา : หลักกฎหมายและพื้นฐานการเข้าใจ*. หน้า 259.

บทบัญญัติตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 305(1) ที่กฎหมายยอมรับให้แพทย์สามารถทำแท้งได้เนื่องจากสุขภาพของหญิง นับได้ว่าเป็นข้อกำหนดที่ยอมรับกันในหลายประเทศ สำหรับเหตุผลในทางด้านวิชาการของบทบัญญัตินี้เกิดขึ้นจากหลักการชั่งน้ำหนักประโยชน์ระหว่างทั้งสองสิ่งที่ขัดแย้งกัน คือ ชีวิตของมารดา กับชีวิตของทารกที่อยู่ในครรภ์ กล่าวคือ ถ้าปล่อยให้หญิงนั้นคลอดทารกออกมา หญิงนั้นจะมีอันตรายถึงแก่ชีวิต ซึ่งกฎหมายเห็นว่าชีวิตของหญิงมีครรภ์หรือชีวิตของผู้ที่จะเป็นมารดาเป็นประโยชน์ทางกฎหมายที่สูงกว่าชีวิตของทารกที่อยู่ในครรภ์ ซึ่งเป็นประโยชน์ทางกฎหมายที่มีน้ำหนักน้อยกว่า จึงยอมให้แพทย์ทำแท้งให้เพื่อรักษาชีวิตของมารดาไว้ หลักกฎหมายดังกล่าวนี้ ศาลสูงแห่งอาณาจักรไรซ์ของเยอรมันได้นำมาวินิจฉัยคดีตั้งแต่ปี ค.ศ. 1927¹¹⁶ เป็นเรื่องที่แพทย์ทำแท้งให้แก่หญิงผู้เป็นมารดา ซึ่งตามหลักกฎหมายเยอรมันแล้ว การกระทำของแพทย์เป็นความผิด เพราะกฎหมายในขณะนั้นได้ห้ามไว้อย่างชัดเจนในมาตรา 218 (3) ซึ่งบัญญัติว่า “ห้ามฆ่าทารกในครรภ์” โดยไม่มีการอ้างข้อยกเว้นหรือสิ่งที่เป็นไปได้ในกรณีของภัยอันตรายที่จะเกิดขึ้นต่อชีวิตของมารดา ฉะนั้น ถ้าเราพิจารณาถ้อยคำในตัวบทแล้วแพทย์จะต้องมีความผิดอย่างแน่นอน การที่ศาลอ้างเหตุแห่งความชอบธรรมมาเป็นข้ออ้างว่าแพทย์สามารถทำแท้งให้แก่หญิงได้นี้ กลายเป็นทฤษฎีใหม่ว่าการทำแท้งในกรณีดังกล่าวเป็นเรื่องไม่ผิดกฎหมาย (The principle of interest balancing)¹¹⁷ คือ หลักการชั่งน้ำหนักประโยชน์ คือรักษาประโยชน์ทางกฎหมายที่มีคุณค่าหรือน้ำหนักมากกว่า โดยการสละประโยชน์ทางกฎหมายที่มีคุณค่าหรือน้ำหนักน้อยกว่า หรือ นักวิชาการบางท่านเรียกว่า ทฤษฎีความชั่วร้ายที่น้อยกว่า (The theory of lesser evil) ซึ่งนักกฎหมายตะวันตกได้พัฒนาหลักนี้ขึ้นในศตวรรษที่ 19 ซึ่งหลักการชั่งน้ำหนักประโยชน์หรือทฤษฎีความชั่วร้ายน้อยกว่านี้ เป็นหลักที่ว่าบุคคลสามารถกระทำการอันเป็นการละเมิดต่อกฎหมายได้ หากการกระทำดังกล่าวเป็นไปเพื่อรักษาประโยชน์ที่สูงกว่า ถือเป็นกระทำความที่ชอบธรรมซึ่งกฎหมายยอมรับได้ และผู้กระทำความดังกล่าวไม่ต้องรับผิดชอบในทางอาญาสำหรับการกระทำนั้น¹¹⁸

การทำแท้งโดยชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา 305(1) ซึ่งถือเป็นข้อยกเว้นความผิดของการทำแท้งตามมาตรา 301 และมาตรา 302 กรณีมีความจำเป็นต้องกระทำเนื่องจากสุขภาพของหญิงที่จะถือว่าเป็นการทำแท้งเพื่อรักษา (Therapeutic abortion) ต้องมีลักษณะของการกระทำ ดังนี้

1. ต้องเป็นการกระทำของนายแพทย์เท่านั้น

คำว่า “นายแพทย์” หมายถึง แพทย์หรือแพทย์ผู้ได้รับประกาศนียบัตรทางกฎหมาย ไม่ได้กำหนดคุณสมบัติของนายแพทย์ เช่น ต้องเป็นแพทย์ปริญญานัน สาขานี้ เพราะเห็นว่าใน

¹¹⁶ แสวง บุญเฉลิมวิภาส. เล่มเดิม. หน้า 69-70.

¹¹⁷ กลนิติ ฌ นคร. (2552). “เหตุทำแท้งได้ตามกฎหมายเยอรมัน”. อัยการนิเทศ, 41(3). หน้า 353.

¹¹⁸ สุพจน์ เชื้อประกอบกิจ. เล่มเดิม. หน้า 101-102.

ต่างจังหวัดหรือในชนบทห่างไกลยังขาดแคลนหาแพทย์ได้ยาก¹¹⁹ แพทย์ในที่นี้ไม่ได้จำกัดว่าเป็นแพทย์ชั้นไหน คงหมายความถึงแพทย์ที่ประกอบกิจการนั้นได้โดยชอบด้วยกฎหมายการประกอบโรคศิลป์¹²⁰ พอจะกล่าวเป็นบรรทัดฐานได้ว่านายแพทย์ที่จะทำแท้งโดยไม่มีความคิดเห็น ต้องไม่ใช่บุคคลดังต่อไปนี้¹²¹

1) แพทย์ปริญาที่รับทำแท้งเพื่อเห็นแก่อามิสสินจ้าง โดยที่ไม่มีข้อบ่งชี้ตามที่กำหนดไว้ในกฎหมายอาญามาตรา 305 หรือจงใจใช้ช่องว่างของกฎหมายกระทำการทำแท้งเพื่อผลประโยชน์ส่วนตัว

2) เจ้าหน้าที่บุคลากรทางการแพทย์ จากการสำรวจพบว่าเป็นพยาบาลผดุงครรภ์ และบุรุษพยาบาลที่เปิดสถานรักษาพยาบาลส่วนตัว รับทำแท้งตามบ้าน ตามโรงแรมหรือสถานที่นัดพบ

3) บุคคลที่นอกเหนือจากข้อ 1) และข้อ 2) รับทำแท้งโดยคิดค่าบริการต่ำ เป็นการทำให้แท้งแบบเคลื่อนที่หรือรับทำตามบ้าน

ดังนั้น “นายแพทย์” คือ ผู้ที่ได้ขึ้นทะเบียนและได้รับอนุญาตให้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมตามพระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2525¹²² จะเป็นสูตินารีแพทย์หรือไม่ ไม่สำคัญ ควรสังเกตด้วยว่า หญิงที่ทำให้ตนแท้ง ถ้าเป็นแพทย์ก็ได้รับประโยชน์จากมาตรา 305 ได้¹²³

2. หญิงนั้นต้องยินยอม แต่หากหญิงไม่ยินยอม แพทย์อาจอ้างเรื่องการกระทำความผิดด้วยความจำเป็นตามมาตรา 67 ได้ เช่น แพทย์จำเป็นต้องทำแท้งให้หญิงมีครรภ์ที่ประสบอุบัติเหตุรถยนต์โดยทันที เพื่อช่วยชีวิตของหญิงนั้น แต่หญิงนั้นสลบไปไม่อาจให้ความยินยอมได้ แพทย์จำเป็นต้องทำแท้งเพื่อให้หญิงพ้นจากอันตรายที่ใกล้จะถึงและไม่สามารถหลีกเลี่ยงให้พ้นโดยวิธีอื่นใดได้ แพทย์ย่อมได้รับยกเว้นโทษตามมาตรา 67¹²⁴

3. จำเป็นต้องกระทำเนื่องจากสุขภาพของหญิงนั้น

¹¹⁹ สมศักดิ์ สิงห์พันธุ์. (2524). *คำอธิบายกฎหมายอาญา เล่ม 4*. หน้า 121.

¹²⁰ จิตติ ดิงศภัทย์. เล่มเดิม. หน้า 2261-2262.

¹²¹ เกศริน ศักดิ์กำจร. (2539). *ทัศนคติต่อการทำแท้ง ศึกษาเปรียบเทียบแพทย์และนักกฎหมาย*. หน้า 23.

¹²² คำว่า “วิชาชีพเวชกรรม” ตามความหมายตามพระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2525 มาตรา 4 ให้ความหมายว่า วิชาชีพที่กระทำต่อมนุษย์เกี่ยวกับการตรวจโรค การวินิจฉัยโรค การบำบัดโรคหรือเพื่อระงับความรู้สึก และหมายความรวมถึงการกระทำศัลยกรรม การใช้รังสี การฉีดยาหรือสาร สารสอดใส่ไว้ตัวใดเข้าไปในร่างกายเพื่อการคุมกำเนิด การเสริมสวยหรือการบำรุงร่างกายด้วย.

¹²³ สุพร เกิดสว่าง. เล่มเดิม. หน้า 20.

¹²⁴ สุพจน์ เชื้อประกอบกิจ. เล่มเดิม. หน้า 121.

เหตุเกี่ยวกับชีวิตมารดาที่แพทย์จะยุติการตั้งครรภ์หรือทำแท้งได้นั้นต้องกระทำเพื่อสุขภาพของหญิง อาจเป็นการช่วยชีวิตมารดา เช่น หญิงที่เป็นโรคหัวใจ หญิงเป็นโรคไต เป็นโรคปอด หรือโรคเบาหวาน เป็นต้น จะเห็นได้ว่าสาเหตุเหล่านี้บางครั้งก็ถึงขั้นเป็นอันตรายแก่หญิงขณะมีครรภ์หรือมีอันตรายในขณะที่ทำคลอดได้ เพื่อให้หญิงฟื้นอันตรายต่อชีวิต ร่างกายหรืออนามัย บางครั้งจำเป็นต้องทำให้หญิงแท้งลูกเนื่องจากสุขภาพของหญิงดังกล่าวแล้ว แต่บางครั้งก็ไม่ถึงขั้นจำเป็นต้องทำให้แท้งลูก กล่าวคือ เพียงแต่ให้การพยาบาลดูแลรักษาก็ได้ อย่างไรก็ตามถ้าจำเป็นต้องกระทำให้หญิงแท้งลูกเพื่อสุขภาพของหญิงนั้น กฎหมายก็อนุญาตให้แพทย์กระทำให้หญิงแท้งลูกได้ กฎหมายไม่ได้กำหนดไปว่าความจำเป็นที่ต้องกระทำเพื่อสุขภาพนั้น จำเป็นต่อสุขภาพแค่ไหนอย่างไร จึงเป็นอำนาจของนายแพทย์ในการวินิจฉัยชี้ขาดว่าจำเป็นที่จำต้องกระทำเนื่องจากสุขภาพของหญิงหรือไม่ เช่น ผู้ป่วยเป็นโรคร้ายแรง แพทย์ต้องให้ยาซึ่งจะมีผลต่อหญิงและเด็ก เช่น อาจทำให้เด็กพิการ แพทย์สามารถทำแท้งได้

สุขภาพทางกายของหญิง อันเป็นข้อบ่งชี้ที่แพทย์อาจจะทำแท้งได้ แบ่งเป็น 2 ชนิด คือ¹²⁵

1.1 ข้อบ่งชี้ที่อาจนำมาเป็นเหตุให้การทำแท้ง (Relative indication) มีหลายประการ เนื่องจากเหตุผลที่แพทย์จำเป็นต้องทำแท้ง ได้เปลี่ยนแปลงไปจากเดิมมากตลอดจนวิธีการรักษาหญิงที่ตั้งครรภ์ หรือผลกระทบต่อการกินครรภ์ ปัจจุบันแพทย์สามารถแก้ปัญหาได้เกือบทุกโรค โดยไม่จำเป็นต้องพิจารณาสั่งการทำแท้ง มีบางโรคเท่านั้นที่ไม่มีทางเลือกอื่น หากปล่อยทิ้งไว้ อาจจะทำให้เกิดอันตรายต่อผู้ป่วยได้ เช่น

1) โรคหัวใจ (Heart disease) หญิงที่เป็นโรคหัวใจระหว่างการตั้งครรภ์ จะเป็นสาเหตุให้เกิดอันตรายจากการตายของมารดาสูง เนื่องจากการตกเลือด ครรภ์เป็นพิษและติดเชื้อทางการแพทย์ได้แบ่งความรุนแรงของโรคหัวใจเป็น 4 พวก คือ

- ก. โรคหัวใจที่ทำงานได้ตามปกติ
- ข. โรคหัวใจที่ทำงานแล้วรู้สึกเหนื่อยง่าย
- ค. โรคหัวใจที่ทำงานไม่ได้เลย
- ง. โรคหัวใจที่แพทย์ห้ามทำงานทุกชนิด

โรคหัวใจประเภทที่ ก. และ ง. ถ้าปล่อยไว้ครบกำหนดคลอด จะมีความเสี่ยงต่อชีวิตอยู่มาก หากไม่ได้รับการดูแลอย่างถูกวิธีจากแพทย์ โดยเฉพาะในหญิงมีครรภ์สูงอายุ

2) โรคหัดเยอรมัน (Rubella, German measles) หัดเยอรมันจะมีผลของไวรัสต่อทารกในระยะไตรมาสแรกๆ ของการตั้งครรภ์ ซึ่งอยู่ระหว่างการเจริญเติบโตของตัวอ่อน (period

¹²⁵ พระสมุทร ถาวรชโม (ทาทอง). เล่มเดิม. หน้า 139-140.

of blastocyst) ที่กำลังสร้างอวัยวะต่างๆ ถ้าปล่อยให้คลอออกมา อาจจะทำให้เกิดความพิการของทารก ที่พบ คือ หัวใจรั่วแต่กำเนิด หูหนวก ต้อกระจก ปัญญาอ่อน หรือร่างกายทั่วไปไม่แข็งแรง

3) โรคปัญญาอ่อน พี.เค.ยู (Phenly Ketonuria) เป็นโรคที่เกิดจากความผิดปกติทางกรรมพันธุ์โครโมโซมธรรมดา ซึ่งมีความบกพร่องของเอนไซม์ตัวแรก ที่จะเปลี่ยนกรดแอมิโน ทำให้มีสารเป็นพิษ ทำให้เกิดความพิการต่อการเจริญเติบโตของสมองของทารกในครรภ์

4) โรคโลหิตจางชนิดกรรมพันธุ์ (Thalassemia) โรคนี้เกิดจากความผิดปกติของยีนส์ในโครโมโซมที่ไม่ใช่ชนิดเพศ (Autosomal recessive) ที่สร้างฮีโมโกลบิน ซึ่งพบมากในประชากรทางภาคตะวันออกเฉียงเหนือของประเทศไทย เช่น นครราชสีมา อุรธานี ขอนแก่น สุรินทร์ โดยเฉพาะคนลาวเขมรตรงรอยต่อกับประเทศไทย เป็นต้น เด็กที่เกิดมาจะป่วยเป็นโรคโลหิตจางชนิดเรื้อรังตลอดชีวิต อันเป็นอุปสรรคต่อการประกอบอาชีพ เป็นปัญหาสังคมในด้านคุณภาพของประชากร และเศรษฐกิจพอสมควร

5) โรคปัญญาอ่อน (Down's Syndrome) โรคปัญญาอ่อน ชาวบ้านรู้จักกันดีเพราะเด็กปัญญาอ่อนในบ้านเรามีมากพอสมควร จนมีโรงพยาบาลไว้คอยดูแลและรักษาเด็กที่ป่วยเป็นโรคนี้โดยเฉพาะ คนฝรั่งและคนจีนก็ป่วยเป็นโรคนี้ไม่น้อยกว่าบ้านเรา สถิติพบว่ามี การเป็นโรคนี้ถึง 1 ต่อ 600 รายของประชาชนทั่วไป สาเหตุเกิดจากความเพิ่มผิดปกติของโครโมโซม คู่ที่ 21 ในจำนวน 23 คู่ ที่มนุษย์เรามี ดังนั้น ปัญญาอ่อนจะมีโครโมโซมเกินมนุษย์ธรรมดาไป 1 อัน (รวมเป็น 17 อัน)

3.2 ข้อบ่งชี้ที่จำเป็นต้องทำแท้ง (Absolute indication) ส่วนมากจะเป็นโรคร้ายแรงที่เกิดกับหญิงที่เป็นมารดา เช่น

- 1) มะเร็งเกิดเลือด
- 2) มะเร็งปากมดลูก
- 3) มะเร็งรังไข่
- 4) มะเร็งเต้านมบางชนิด

การที่แพทย์ทำแท้งได้ในบางกรณีจำเป็นต้องกระทำเนื่องจากสุขภาพของหญิงนั้น ตามมาตรา 305(1) กฎหมายบัญญัติว่า “ต้องกระทำเนื่องจากสุขภาพของหญิงนั้น” โดยไม่ได้ให้คำจำกัดความคำว่า “สุขภาพ” อย่างชัดเจน แต่มีนักกฎหมายมีความเห็นแตกต่างกันดังนี้

1) คำว่า “สุขภาพ” นี้จะเป็นสุขภาพกายหรือจิตใจก็ได้¹²⁶ โดยอ้างมาจาก R.V.Borme (1939) Smith & Hogan p.347 เป็นคดีเด็กหญิงอายุ 12 ปี มีครรภ์จากการถูกโทรมหญิง โดยวิธีการที่น่าตกใจมาก ผู้พิพากษาถือว่าในการวินิจฉัยความชอบธรรมของแพทย์ในการทำแท้งว่า ถ้าแพทย์

¹²⁶ จิตติ ดิงศกัทธิ์. เล่มเดิม. หน้า 2262.

เชื่อว่าการมีครรภ์อยู่ต่อไปจะทำให้หญิงกลายเป็นผู้ถูกทำลายทางกายหรือจิตใจ (Physical or Mental wreck) ก็ถือเป็นการกระทำเพื่อสงวนชีวิตของหญิงไว้ได้ ประกอบกับมีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5637/2533 โจทก์ขณะเป็นหญิงมีครรภ์ได้ไปปรึกษาแพทย์ที่โรงพยาบาลจำเลยที่ 1 เพื่อขอคำแนะนำในการป้องกันการติดเชื้อหัดเยอรมัน จำเลยที่ 2 แพทย์ผู้ตรวจจึงได้ฉีดวัคซีน M.M.R. ให้โจทก์ต่อมา โจทก์ทราบว่าวัคซีนดังกล่าวห้ามใช้กับหญิงมีครรภ์ โจทก์ไปขอคำปรึกษาจากแพทย์อีก แพทย์แจ้งว่าวัคซีนที่ฉีดให้โจทก์ไม่เป็นอันตรายต่อทารกในครรภ์ แต่โจทก์ยืนยันจะทำแท้ง แพทย์เห็นว่าโจทก์มีสุขภาพจิตแย่มาก จึงยอมทำแท้งให้ ดังนี้ เมื่อข้อเท็จจริงฟังได้ว่า โจทก์ทำแท้งเพราะกลัวไปเองว่าทารกในครรภ์จะคลอดออกมาพิการมิใช่เพราะวัคซีน M.M.R. ที่จำเลยที่ 2 ฉีดให้โจทก์ ทำให้ทารกในครรภ์ของโจทก์พิการ การกระทำของจำเลยที่ 2 จึงไม่เป็นการละเมิดต่อโจทก์ แสดงว่าศาลก็ยอมรับข้อเท็จจริงที่เป็นยุติว่า “ที่นายแพทย์ ส. ทำแท้งให้โจทก์ก็เนื่องจากสุขภาพจิตของโจทก์แย่มาก” และ “โจทก์ทำแท้งเพราะกลัวไปเองว่าทารกในครรภ์จะคลอดออกมาพิการ” แสดงให้เห็นว่าศาลเองก็ยอมรับว่าสุขภาพจิตเป็นส่วนหนึ่งของ “สุขภาพของหญิง” ตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญามาตรา 305 (1) นั่นเอง ดังนั้น จึงเห็นได้ชัดว่าศาลยอมรับความจำเป็นทางสุขภาพจิตของหญิงเป็นส่วนหนึ่งที่จะเป็นเหตุทำแท้งได้ตามประมวลกฎหมายอาญาดังกล่าว¹²⁷ โดยพิจารณาจากความตอนหนึ่งในคำพิพากษาศาลฎีกาดังกล่าวที่ว่า “นายแพทย์ ส. ทำแท้งให้เพราะเห็นว่าสุขภาพจิตของโจทก์แย่มาก ข้อเท็จจริงจึงฟังได้ว่าโจทก์ทำแท้งเพราะกลัวไปเองว่าทารกในครรภ์จะคลอดออกมาพิการมิใช่เพราะวัคซีน M.M.R. ที่จำเลยที่ 2 ฉีดให้โจทก์ ทำให้ทารกในครรภ์ของโจทก์พิการ จำเลยที่ 2 จึงมิได้กระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อเป็นเหตุให้โจทก์แท้งลูกและได้รับความเสียหาย” ฝ่ายกระทรวงสาธารณสุขร่วมกับสำนักงานอัยการสูงสุด น่าจะถือเอาคำพิพากษานี้เป็นแนวทางที่จะกำหนดวิธีปฏิบัติต่างๆ ในการทำแท้งโดยอ้างสุขภาพจิตออกมาให้ชัดเจน เพื่อให้ผู้ปฏิบัติจะสามารถปฏิบัติได้โดยไม่ต้องกังวลกับข้อกฎหมายใดๆ อีก¹²⁸

2) หากพิจารณาจากคำจำกัดความเรื่องสุขภาพตามความหมายขององค์การอนามัยโลก ให้คำจำกัดความเรื่องสุขภาพไว้ว่า ให้รวมถึงสุขภาพทางกายและทางจิตใจไว้ด้วย ทำให้เกิดความเข้าใจที่ได้เคยปฏิบัติกันมา โดยสามัญสำนึกของสูติแพทย์จึงยึดหลักตามคำนิยามขององค์การอนามัยโลกเป็นหลัก¹²⁹ (Health is complete physical, mental and social well-being not merely the absence of disease and infirmity)

¹²⁷ สุพจน์ เชื้อประกอบกิจ. เล่มเดิม. หน้า 218.

¹²⁸ วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์. เล่มเดิม. หน้า 145.

¹²⁹ สุวัฒน์ จันทรจางง. เล่มเดิม. หน้า 39-40.

3) พิจารณาจากหลักการตีความกฎหมายอาญา ซึ่งถือเป็นหลักที่สำคัญ กฎหมายอาญา ต้องตีความโดยเคร่งครัด ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 2 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “บุคคลจักต้องรับโทษทางอาญาต่อเมื่อได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้ในขณะกระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิด และกำหนดโทษไว้และโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดนั้น ต้องเป็นโทษที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย” หรืออาจกล่าวได้ว่า “ไม่มีโทษ โดยไม่มีกฎหมาย”

ซึ่งหลักในเรื่องการตีความกฎหมายเป็นเรื่องของการตีความกฎหมายที่เกิดจากบทบัญญัติหรือเป็นเรื่องของการตีความตัวบทกฎหมาย เมื่อกฎหมายได้รับการบัญญัติขึ้นแล้วย่อมถือว่าเจตจำนงของประชาชนได้แสดงออกทางกฎหมายที่ได้บัญญัติขึ้นนั้น การตีความกฎหมายจึงต้องกระทำให้สอดคล้องกับเจตจำนงของประชาชนที่ได้บัญญัติขึ้นนั้น การตีความกฎหมายจึงต้องกระทำให้สอดคล้องกับเจตจำนงของประชาชนที่มีอยู่ในกฎหมาย ผู้ใช้กฎหมาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งศาล จะต้องผูกมัดกับความหมายของตัวบทกฎหมายที่ยังรู้ได้โดยหลักเกณฑ์ของการตีความกฎหมายที่ยอมรับกันทั่วไปเท่านั้น และโดยการตีความเช่นนั้นจะต้องสามารถนำไปใช้ได้กับทุกกรณีเหมือนกัน ความถูกต้องและความชอบธรรมของคำพิพากษาจึงอยู่ที่สอดคล้องกับเจตจำนงของประชาชนที่ได้แสดงออกทางบทบัญญัติของกฎหมาย แม้ว่าผู้พิพากษาจะมีความเป็นอิสระในการพิจารณาพิพากษาอรรถคดี แต่ผู้พิพากษาก็ต้องเคารพกฎหมายหรือต้องอยู่ในอาณัติของกฎหมายหน้าที่ของผู้พิพากษาในการตีความกฎหมาย ก็คือ การหาความหมายของกฎหมายในการวินิจฉัย เฉพาะกรณีในการตีความกฎหมายผู้พิพากษาจึงต้องกระทำหน้าที่ให้ดีที่สุด กล่าวคือ จะต้องกระทำหน้าที่ให้ถึงขนาดจนเป็นที่คาดหมายได้ว่าในเรื่องที่ตนเองเดียวกัน ผู้พิพากษาอื่นก็ต้องวินิจฉัยเช่นเดียวกันนั้น การตีความต้องมีลักษณะของความเป็นภาวะวิสัยที่สามารถตรวจสอบความถูกต้องได้¹³⁰ กล่าวโดยสรุป หลักการตีความโดยเคร่งครัดเป็นการห้ามมิให้ศาลตีความขยายความตามใจชอบเท่านั้น อันนี้เป็นคำพูดที่น่าจะถูกต้อง ถ้าการตีความโดยการขยายความเป็นการตีความตามความมุ่งหมายของกฎหมายตามที่ปรากฏตามตัวบทกฎหมายแล้ว ศาลยุติธรรมก็ชอบที่จะต้องทำ น่าจะเป็นอย่างนั้นมากกว่า¹³¹

คำว่า “สุภาพ” ตามมาตรา 305(1) นี้มีความหมายเฉพาะทางกายของหญิงเท่านั้น เพราะคำว่า สุภาพจิตนั้นเป็นคำกว้าง ถ้าหากจะนำมาใช้กับบทบัญญัติในกฎหมายอาญาจะทำให้กฎหมายอาญาขาดความชัดเจนและแน่นอน ยิ่งถ้าพิจารณาจากบทนิยาม คำว่า สุภาพขององค์การอนามัยโลกก็จะพบว่าองค์การอนามัยโลกได้ให้ความหมายไว้กว้างมาก ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าไม่น่าจะ

¹³⁰ คณิต ณ นคร. (2554). *กฎหมายอาญาภาคทั่วไป*. หน้า 49-50.

¹³¹ คณิต ณ นคร. (2540). *รวมบทความด้านวิชาการของศาสตราจารย์ ดร.คณิต ณ นคร อัยการสูงสุด เรื่องการตีความกฎหมายอาญา*. หน้า 234.

นำมาตีความบทบัญญัติในกรณีนี้ ทั้งนี้เนื่องจากการกำหนดบทนิยามขององค์การอนามัยโลกมีความมุ่งหมายเพื่อทางการแพทย์โดยเฉพาะ หากนำมาตีความกฎหมายอาญาจำทำให้การตีความคลาดเคลื่อนไปจากเจตนารมณ์แห่งบทบัญญัติ ปัญหาที่น่าคิดต่อไปก็คือว่าถ้าหากมิใช่อันตรายถึงแก่ชีวิต แต่เป็นอันตรายแก่นามขันธ์ของหญิงในกรณีอื่น เช่น ถ้าปล่อยให้หญิงคลอดลูก หญิงจะเสียสติหรือวิกลจริต กรณีเช่นนี้แพทย์จะทำแท้งให้ได้หรือไม่ ในประเด็นนี้นักกฎหมายท่านนี้มีความเห็นว่าแพทย์สามารถทำแท้งให้ได้อยู่แล้ว โดยอาศัยพระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม ถือว่าเป็นการป้องกันโรคที่เกิดกับหญิงจึงไม่จำเป็นต้องขยายความในมาตรา 305(1) ให้รวมถึงอนามขันธ์ของหญิงในกรณีอื่น ในประเทศอังกฤษ ศาลได้วินิจฉัยคดี R.V. Bourne (1939) ให้แพทย์ทำแท้งให้กับเด็กหญิงอายุ 12 ปี ซึ่งตั้งครรภ์เพราะถูกโทรมหญิงได้โดยผู้พิพากษาให้เหตุผลในความชอบธรรมที่แพทย์ทำแท้งว่า ถ้าแพทย์เชื่อว่าการมีครรภ์อยู่ต่อไปจะทำให้หญิงกลายเป็นผู้ถูกทำลายทางกายหรือจิตใจ (physical or mental wreck) คดีนี้ ถ้าเทียบกับบทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญาก็คงจะเป็นเรื่องมาตรา 305 (2)¹³²

4) มีนักกฎหมายบางท่านไม่ได้ให้คำจำกัดความในเรื่อง “สุขภาพ” ไว้อย่างชัดเจน แต่ให้แนวทางในการแก้ไขปัญหาดังกล่าวให้สอดคล้องกับความเป็นจริงว่าควรขยายข้อยกเว้นในประมวลกฎหมายอาญามาตรา 305 โดยบัญญัติเพิ่มเติมให้ชัดเจนว่า ให้แพทย์สามารถทำแท้งให้แก่หญิงได้ โดยความยินยอมของหญิงตั้งครรภ์ ในกรณีที่มีความจำเป็นเพื่อป้องกันอันตรายอันจะเกิดแก่สุขภาพทางกาย หรือทางจิตใจของหญิงนั้น¹³³

5) เคยมีหนังสือกระทรวงสาธารณสุข (ที่ สธ.0100/5173 ลว. 27 พฤศจิกายน 2532) ถึงคณะกรรมการกฤษฎีกาหรือการตีความกฎหมายในมาตรา 305 (1) เกี่ยวกับการทำแท้งให้กับหญิงที่คิดเชื่อเอดส์ว่าจะอาศัยมาตรา 305 (1) นี้ เพื่อทำแท้งได้หรือไม่ จากนั้นได้มีหนังสือตอบจากสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา (ที่ นร.0801/036 ลว. 18 มกราคม 2533) โดยความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกา (กรรมการร่างกฎหมาย คณะที่ 5) เห็นว่าแพทย์ไม่อาจอาศัยมาตรา 305 (1) แห่งประมวลกฎหมายอาญาทำแท้งให้กับหญิงที่เป็นโรคเอดส์ได้ โดยถือว่าไม่ใช่กรณีจำเป็นต้องกระทำเนื่องจากสุขภาพของหญิง เพราะแม้ว่าจะทำให้แท้งลูกแล้ว หญิงที่เป็นโรคเอดส์นั้นก็ยังไม่หายจากโรคเอดส์ได้ และก็จะตายเนื่องจากโรคดังกล่าวในที่สุด แม้ในระหว่างการตั้งครรภ์หญิงตั้งครรภ์นั้นจะมีความทุกข์ทางด้านจิตใจ เพราะวิตกกังวลว่าทารกที่คลอดออกมาจะติดเชื้อเอดส์จากตน และหากทารกไม่ติดเชื้อเอดส์จากตนก็อาจมีความกังวลว่าหากคลอดออกมาแล้วและหญิงนั้นต้องตายในที่สุด ใครจะเป็นผู้ดูแลทารกที่คลอดออกมา ซึ่งจากความเห็นของคณะกรรมการ

¹³² แสง บุญเฉลิมวิภาส. เล่มเดิม. หน้า 71-72.

¹³³ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ. (2538). เหตุเกิดตรงทางแยก จุดตัดที่ควรคำนึงของกฎหมาย. หน้า 65.

กฤษฎีกาดังกล่าว มีความเห็นว่า ถ้อยคำในมาตรา 305 (1) หมายความว่า เฉพาะสุขภาพทางกายเท่านั้น ไม่รวมถึง สุขภาพทางจิต

ดังนั้น เมื่อกฎหมายยังไม่ชัดเจนพอ โดยเฉพาะในเรื่องที่เกี่ยวกับสุขภาพของมารดา มิได้ระบุว่าเป็นเรื่องของสุขภาพกายหรือสุขภาพจิต ทำให้ยากต่อการปฏิบัติของแพทย์ เพราะเกิดปัญหาว่าการทำแท้งของแพทย์ดังกล่าวถือว่าเป็นความผิดทางอาญาหรือไม่ ทำให้แพทย์ต้องเสี่ยงต่อการกระทำผิดจนเป็นเหตุให้หญิงที่ตั้งครรภ์ต้องพึ่งพาการทำแท้งโดยอาศัยเหตุและวิธีการที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ที่เรียกว่า การลักลอบทำแท้งเถื่อน ซึ่งทำโดยผู้ที่เป็นแพทย์และมิใช่แพทย์กัน อย่างเปิดเผยในรูปแบบของประกาศ โฆษณาว่ารับปรึกษาวางแผนครอบครัวและดำเนินการ โดยปิดลับ เพราะผู้ทำแท้งไม่อาจจะอ้างข้อยกเว้นความผิดตามมาตรา 305 ได้¹³⁴

โดยที่การศึกษาสำรวจทัศนคติของบุคคลหลายอาชีพ เช่น แพทย์ นักเรียนแพทย์ พยาบาล ครู และอาจารย์มหาวิทยาลัย ออกมาในแนวเดียวกันว่า กฎหมายที่เกี่ยวกับการทำให้แท้งลูก ในประมวลกฎหมายอาญาในปัจจุบันมีบทบัญญัติในส่วนยกเว้นความผิดที่แคบเกินไป ซึ่งสร้างความยุ่งยากทั้งแก่แพทย์ผู้ปฏิบัติ โดยเฉพาะในเรื่องความไม่ชัดเจนของคำว่า “สุขภาพ” นั้น รวมถึงสุขภาพจิตด้วยหรือไม่ และสร้างความไม่เป็นธรรมในทางการสาธารณสุข เพราะคนที่ร่ำรวยอาจเดินทางไปทำแท้งที่ประเทศอื่นที่กฎหมายไม่เคร่งครัด หรือจ้างนายแพทย์ที่ยอมเสี่ยงทำกฎหมายนั้นต้องรับกับสภาพสังคม แม้มีผู้เห็นว่าไม่ควรเขียนกฎหมายนำสังคมก็ตาม แต่เรื่องการทำแท้งนั้นในปัจจุบันเป็นเรื่องที่กฎหมายแย้งกับสภาพสังคม จนคนไม่ทำตามกฎหมาย กฎหมายที่คนไม่เคารพ ไม่เป็นกฎหมายที่ดีอีกต่อไป จึงน่าจะมีการปรับปรุงกฎหมายเรื่องนี้¹³⁵

2.7 ข้อพิจารณาเกี่ยวกับข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับการยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ตามมาตรา 305 แห่งประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2548

การที่ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 305 (1) บัญญัติอนุญาตให้แพทย์ทำแท้งได้โดยถือว่าไม่มีความผิดในกรณีจำเป็นต้องกระทำเนื่องจากสุขภาพของหญิง ไม่ได้บัญญัติชัดเจนว่า “สุขภาพ” หมายถึง สุขภาพทางกายหรือสุขภาพทางจิตใจ ในกรณีที่มีความเครียดอย่างสูงหากทราบว่าการตั้งครรภ์ของตนพิการหรือเป็นโรคร้ายแรงที่ไม่สามารถรักษาให้หายได้ หรือเป็นโรคทางจิตใจที่มีผลต่อพยาธิสภาพต่อร่างกาย นอกจากนี้มาตรา 305(1) ยังไม่รวมถึงสุขภาพทารกในครรภ์ที่พิการหรือเป็นโรคร้ายแรง

¹³⁴ วินิช ผลเกิด. (2541). ทัศนะของบุคลากรทางการแพทย์ทหารที่มีต่อการทำแท้งเสรี ศึกษากรณี : กรมแพทย์ทหารอากาศ กองบัญชาการสนับสนุนทหารอากาศ (หออ. บนอ.) หน้า 25.

¹³⁵ สุพร เกิดสว่าง. เล่มเดิม. หน้า 24.

มีปัญหาว่าแพทย์จะทำแท้งให้หญิงตั้งครรภ์ที่เป็นโรคเอดส์ได้หรือไม่ เนื่องจากหญิงมีความเครียดสูงเพราะวิตกกังวลว่าทารกในครรภ์จะเกิดการติดเชื้อจากตน ในการนี้แพทยสภาได้รับข้อหารือจากกระทรวงสาธารณสุขขอให้แพทยสภาเสนอแนะทางปฏิบัติเกี่ยวกับผู้ที่ติดเชื้อโรคเอดส์ที่ตั้งครรภ์ให้ด้วย คณะกรรมการแพทยสภาได้พิจารณาปัญหาดังกล่าวในการประชุมคณะกรรมการแพทยสภาครั้งที่ 11/2532 เมื่อวันที่ 12 ตุลาคม 2532 แล้วมีความเห็นว่า “ผู้ที่ติดเชื้อโรคเอดส์ที่ตั้งครรภ์มีผลกระทบต่อสุขภาพร่างกาย จิตใจ และสังคมอย่างมาก และคำนิยามของคำว่า “สุขภาพ” ขององค์การอนามัยโลกมีว่า ความหมายของการมีสุขภาพดี มิได้หมายถึง เฉพาะการปราศจากโรคและความพิการเท่านั้น หากแต่หมายความครอบคลุมถึงความสุข ความสมบูรณ์ทั้งทางกาย ทางใจ และอยู่ในสังคมได้อย่างปกติสุข” คณะกรรมการแพทยสภาจึงมีมติให้หารือคณะกรรมการกฤษฎีกาว่า แพทย์จะอาศัยข้อกฎหมายตามที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 305 (1) ในกรณีดังกล่าวได้หรือไม่

คณะกรรมการกฤษฎีกา (กรรมการร่างกฎหมาย คณะที่ 5) ได้พิจารณาปัญหาดังกล่าวแล้ว เห็นว่า การตีความมาตรา 305 ซึ่งเป็นบทยกเว้นความผิดดังกล่าวในประมวลกฎหมายอาญา ต้องตีความโดยเคร่งครัด บทยกเว้นที่ว่า “จำเป็นต้องกระทำเนื่องจากสุขภาพของหญิงนั้นนั้น” ตามมาตรา 305 (1) จึงหมายความว่า แพทย์อาจทำให้หญิงแท้งลูกได้โดยไม่มีความผิดเฉพาะในกรณีจำเป็นต้องกระทำเนื่องจากการมีครรภ์จะเป็นอันตรายต่อสุขภาพของหญิงนั้นเท่านั้น แต่ไม่หมายความรวมถึงสุขภาพของทารกที่จะเกิดมาแต่อย่างใดด้วย กรณีจะถือว่าการมีครรภ์จะเป็นอันตรายต่อสุขภาพของหญิงหรือไม่ นั้น จึงเป็นข้อเท็จจริงที่แพทย์จะต้องวินิจฉัยเป็นกรณีๆ ไป เมื่อข้อเท็จจริงปรากฏจากคำชี้แจงของผู้แทนกระทรวงสาธารณสุขและผู้แทนแพทยสภาว่าโรคเอดส์นั้นเป็นโรคที่รักษาไม่หายและผู้ที่ติดเชื้อโรคเอดส์ก็ต้องตายเนื่องจากโรคนั้นในที่สุด การทำให้หญิงที่เป็นโรคเอดส์แท้งลูกจึงไม่ใช่กรณีจำเป็นต้องกระทำเนื่องจากสุขภาพของหญิงนั้น เพราะแม้ว่าจะทำให้หญิงแท้งลูกแล้ว หญิงที่เป็นโรคเอดส์นั้นก็ยังไม่หายจากโรคเอดส์และก็ต้องตายเนื่องจากโรคนั้นในที่สุด จึงเห็นว่าแพทย์ไม่อาจอาศัยมาตรา 305 (1) แห่งประมวลกฎหมายอาญา ทำให้หญิงที่เป็นโรคเอดส์แท้งลูกได้โดยไม่มีความผิด

การตีความของคณะกรรมการกฤษฎีกาดังกล่าว คำว่า “สุขภาพ” หมายความว่าเฉพาะสุขภาพกายของหญิงเท่านั้น ไม่รวมถึงสุขภาพจิตของหญิงแต่อย่างใดด้วย

หญิงที่ติดเชื้อ HIV นั้น ตามธรรมชาติย่อมได้รับความทุกข์ทรมานจิตใจอยู่แล้วว่า ชีวิตของเขาอาจไม่ยืนยาว และยิ่งหญิงนั้นตั้งครรภ์ก็ยิ่งมีความทุกข์ว่าเมื่อคลอดบุตรแล้ว บุตรอาจได้รับเชื้อโรคร้ายเข้าด้วย และแม้ว่าบุตรของเขาจะไม่ติดเชื้อโรคร้าย แต่ตัวเขาซึ่งเป็นมารดาอาจจะต้องเสียชีวิตก่อนเวลาอันควร จะทำให้บุตรของเขาต้องกลายเป็นเด็กกำพร้า และถ้าแพทย์ทำ

แพทย์ให้ตามที่เขาต้องการย่อมสามารถช่วยลดความกดดันได้ในระดับหนึ่ง ซึ่งย่อมเป็นผลดีต่อสุขภาพของหญิงนั้นด้วยอย่างแน่นอน

สำหรับหญิงตั้งครรภ์ที่เป็นโรคเอดส์ดังกล่าวข้างต้น และหากตรวจพบว่าทารกในครรภ์พิการหรือไม่สมบูรณ์ หากหญิงมีความเครียดและต้องการขอให้แพทย์ทำแท้งให้ แต่แพทย์ส่วนใหญ่จะไม่ทำแท้งให้เนื่องจากกลัวว่าจะมีความผิดกฎหมาย จึงเป็นปัญหาและอุปสรรคอย่างมาก ทำให้หญิงที่ไม่มีทางเลือกที่จะแก้ไขปัญหานี้ ดังนั้น แพทย์สภาจึงออกข้อบังคับที่ใช้ในระหว่างแพทย์กันเองเรียกว่า “ข้อบังคับแพทย์สภาว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับการยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ตามมาตรา 305 แห่งประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2548” ซึ่งได้กล่าวถึงหากเกิดกรณีที่หญิงตั้งครรภ์มีความเครียดอย่างรุนแรง เนื่องจากพบว่าทารกในครรภ์มีหรือมีความเสี่ยงสูงที่จะมีความพิการอย่างรุนแรง หรือเป็น หรือมีความเสี่ยงสูงที่จะเป็น โรคพันธุกรรมอย่างรุนแรง เมื่อหญิงนั้นได้รับการตรวจวินิจฉัยและการปรึกษาแนะนำทางพันธุศาสตร์ (Genetic counseling) และมีการลงนามรับรองในเรื่องดังกล่าวข้างต้น โดยผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมที่มีใช้ผู้กระทำการยุติการตั้งครรภ์อย่างน้อยหนึ่งคน ให้ถือว่าหญิงมีครรภ์มีปัญหาสุขภาพจิตตาม (2)

ผู้เขียนเห็นว่าเนื่องจากปัจจุบัน วัฒนาการทางการแพทย์มีความเจริญก้าวหน้าขึ้นเป็นอย่างมาก แพทย์สามารถตรวจพบว่าหญิงตั้งครรภ์มีปัญหาทางด้านสุขภาพจิตหรือไม่ และปัญหาสุขภาพจิตดังกล่าวจะส่งผลเสียต่อทารกในครรภ์หรือต่อตัวหญิงที่ตั้งครรภ์นั้นหรือไม่เพียงใด ซึ่งหากแพทย์ตรวจพบปัญหาสุขภาพจิตของหญิงตั้งครรภ์ดังกล่าว แต่ไม่สามารถทำแท้งให้แก่หญิงตั้งครรภ์โดยอาศัยเหตุตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 305 (1) ซึ่งบัญญัติอนุญาตให้ทำแท้งได้เฉพาะกรณีเนื่องจาก “สุขภาพของหญิง” โดยไม่ได้บัญญัติชัดเจนว่าสุขภาพนั้น หมายความว่าสุขภาพทางกายหรือสุขภาพทางจิตใจ จึงเกิดปัญหาในการตีความว่ารวมถึงสุขภาพจิตด้วยหรือไม่ ทำให้แพทย์ส่วนใหญ่เกิดความลังเลที่จะทำแท้ง แพทย์สภาจึงแก้ปัญหานี้โดยออกข้อบังคับนี้เพื่อให้แพทย์สามารถปฏิบัติให้เป็นไปในทางเดียวกัน โดยถือว่ากรณีตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 305 (1) ให้หมายความรวมถึงสุขภาพกาย และสุขภาพจิตของหญิงตั้งครรภ์ด้วย เพื่อให้แพทย์สามารถทำการยุติการตั้งครรภ์ให้แก่หญิงตั้งครรภ์ที่มีปัญหาทางด้านสุขภาพจิตได้ แต่อย่างไรก็ตาม ข้อบังคับนี้มีใช้กฎหมาย หากแพทย์ทำแท้งให้หญิงในกรณีนี้ถือว่าแพทย์มีความผิดฐานทำแท้งให้หญิงโดยไม่เข้าข้อยกเว้นตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 305 ซึ่งถือว่ากรณีนี้เป็นปัญหาทางด้านกฎหมายที่เป็นอุปสรรคในการหาทางออกให้แก่หญิงตั้งครรภ์

แม้ข้อบังคับนี้เป็นเรื่องที่แพทย์กำหนดขึ้นเอง ไม่เกี่ยวกับประมวลกฎหมายอาญาก็ตาม แต่การที่ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 305(1) ไม่ได้ระบุให้ชัดเจนว่า คำว่า “สุขภาพ” รวมถึง “สุขภาพจิต” ด้วย เช่น กรณีที่หญิงเกิดความเครียดอย่างรุนแรงเมื่อรู้ว่าทารกในครรภ์ ของตนพิการ

อย่างรุนแรงหรือเป็นโรคร้ายแรงได้ หรือกรณีที่หญิงมีปัญหาทางด้านสุขภาพจิตซึ่งมิใช่เกิดจากความเครียด แต่เป็นโรคที่เกี่ยวกับพยาธิสภาพต่อร่างกาย เพื่อเป็นการตีความให้สามารถปฏิบัติได้ตรงต่อเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นจริงและเกิดขึ้นบ่อยครั้ง ทั้งนี้เป็นเพราะกฎหมายไม่ได้บัญญัติให้ชัดเจนแน่นอน และถือว่าการทำแท้งเป็นความประสงค์ของหญิงผู้เป็นเจ้าของครรภ์ให้สามารถช่วยแก้ไขปัญหาต่างๆในอนาคตที่จะตามมาอีกมากมาย เช่น ปัญหาอันเกิดจากสุขภาพของหญิงที่จะมีผลต่อทารกในครรภ์ หรือปัญหาที่เกี่ยวกับการลักลอบทำแท้ง เป็นต้น

D
P
U

บทที่ 3

กฎหมายทำแท้งกรณีเกี่ยวกับปัญหาสุขภาพจิตของมารดาในต่างประเทศ

กฎหมายเกี่ยวกับการทำแท้งของแต่ละประเทศนั้น ต่างก็มีบทบัญญัติในเรื่องกฎหมายการทำแท้งของตนและแนวคิดเห็นที่แตกต่างกันออกไป โดยมูลเหตุในเรื่องความแตกต่างนี้อาจมาจากขนบธรรมเนียมประเพณี ความเป็นมา หรือความเชื่อทางศาสนาที่แตกต่างกันออกไป ดังนั้น การจะศึกษาถึงกฎหมายเกี่ยวกับการทำแท้งของแต่ละประเทศให้ชัดเจนได้นั้น จึงจำเป็นต้องพิจารณาถึงกฎหมายการทำแท้งของแต่ละประเทศจากแนวความคิดของนักวิชาการที่เกี่ยวข้องและใกล้ชิดกับปัญหา จึงจะทำให้เกิดแนวทางในการแก้ไขทางกฎหมายที่สมบูรณ์และเหมาะสมกับการนำไปใช้ให้เหมาะสมกับสภาพของสังคมไทย โดยจะทำการศึกษาถึงกฎหมายเกี่ยวกับการทำแท้งในกรณีที่มีปัญหาสุขภาพจิตของแต่ละประเทศทั้งประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) และประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law) เพื่อให้ทราบถึงแนวคิดและความแตกต่างของกฎหมายเกี่ยวกับการทำแท้งในกรณีที่มีปัญหาสุขภาพจิตและสามารถนำมาประยุกต์ใช้กับกฎหมายไทย เพื่อให้เหมาะสมกับสภาพปัญหาทางสังคมที่เกิดขึ้นในปัจจุบัน

3.1 ประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law)

3.1.1 ประเทศอังกฤษ (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland)

ตามกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) ดั้งเดิมของอังกฤษถือว่าการทำแท้งเป็นความผิดอาญามาตั้งแต่ก่อนที่จะมีระบบรัฐสภาเกิดขึ้น ซึ่งได้มีการบัญญัติเรื่องการทำแท้งครั้งแรกในปี ค.ศ. 1803 โดยผู้ทำแท้งหลังจากทารกในครรภ์แสดงการมีชีวิต (Quickening) จะได้รับโทษถึงประหารชีวิต ทั้งนี้เนื่องมาจากอิทธิพลของศาสนาคริสต์นิกายที่เชื่อว่าการดิ้นของทารกในครรภ์แสดงถึงการที่มีวิญญาณจุติในทารกแล้ว และถ้าทารกนั้นถูกทำลายชีวิตก่อนที่จะเกิด โดยไม่มีโอกาสเข้าพิธีรับเป็น คริสเตียน วิญญาณของทารกนั้นไม่อาจไปสู่สวรรค์ได้ แต่หากทำแท้งก่อนทารกในครรภ์แสดงการมีชีวิต ผู้ทำแท้งอาจถูกจำคุกถึง 14 ปี หรือถูกเนรเทศด้วยแล้ว กฎหมายได้ถูกแก้ไขใน ค.ศ. 1837 และต่อมา ก่อน ค.ศ. 1861 ได้ประกาศใช้กฎหมายชื่อ Offences Against the Person Act แม้ไม่มีข้อยกเว้นต่อข้อห้ามทำแท้ง แต่กฎหมายได้แสดงเป็นนัยว่าการทำแท้งบางอย่างไม่ถูกต้องตามกฎหมาย แต่บางอย่างไม่ถือว่าผิดกฎหมาย หากทำแท้งเพื่อช่วยเหลือชีวิตของหญิงตั้งครรภ์

ต่อมาในสมัยพระเจ้าจอร์จที่ 3 ได้มีกฎหมายห้ามทำแท้งโดยบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดต่อบุคคล (The Offences against the Person Act 1861) ในมาตรา 58 และ 59 และต่อมาอีกหลายสิบปีได้ออกกฎหมายคุ้มครองชีวิตของทารก (The Infant Life Preservation Act 1929) โดยมีความผิดฐานทำลายชีวิตเด็ก (Child Destruction) หมายถึง การกระทำใดๆที่ทำให้ทารกตายก่อนที่จะคลอดและมีชีวิตอิสระจากมารดา โดยมีเจตนาที่จะทำลายชีวิตเด็กที่อาจจะเกิดมาแล้วมีชีวิตรอดอยู่ (Capable of being born alive) และมีบทยกเว้นความผิดที่บัญญัติว่า “การทำความผิดดังกล่าว ผู้กระทำย่อมไม่มีความผิดถ้าพิสูจน์ได้ว่า การกระทำให้เด็กตายนั้นได้กระทำด้วยเจตนาบริสุทธิ์ (Good faith) และมุ่งหมายจะคุ้มครองชีวิตมารดา” และมีบทสันนิษฐานความผิดซึ่งบัญญัติว่า “ในบทบัญญัตินี้ ถ้ามีหลักฐานที่แสดงได้ว่าหญิงนั้นตั้งครรถ์นานกว่า 28 สัปดาห์ขึ้นไป ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าในขณะนั้นเด็กในครรภ์อาจจะเกิดมาแล้วมีชีวิตอยู่รอด” แม้พระราชบัญญัตินี้เกี่ยวข้องกับเพียงการทำแท้งเฉพาะภายหลังอายุครรภ์ 28 สัปดาห์ขึ้นไป แต่ก็มีนัยว่าการทำแท้งก่อนหน้านั้นชอบด้วยกฎหมาย หากทำแท้งเพื่อรักษาชีวิตมารดา

สังเกตได้ว่ากฎหมายฉบับหลังมีการแยกความผิดฐานทำลายชีวิตเด็กออกมาจากความผิดฐานทำแท้งตามกฎหมายเดิม กล่าวคือ ถ้าทำให้เด็กทารกในครรภ์ตายก่อนที่จะคลอดออกมาโดยอายุเด็กในครรภ์ไม่ถึง 28 สัปดาห์เป็นความผิดตามมาตรา 58 แต่ถ้าอายุครรภ์ตั้งแต่ 28 สัปดาห์ขึ้นไปเป็นความผิดฐานทำลายชีวิตเด็ก

อย่างไรก็ตาม ในสก๊อตแลนด์ไม่มีการใช้ Offence Against the Person Act of 1861 และ Infant Life (Preservation) Act of 1929 เนื่องจากชาวสก๊อตแลนด์ถือว่าการทำแท้งเป็นความผิดในกฎหมายคอมมอนลอว์ แต่พนักงานอัยการไม่ฟ้องคดีหากทำแท้งด้วยเหตุผลทางการแพทย์ (Reputable medical reasons) แม้กรณีนี้จะไม่ได้กำหนดโดยศาลและไม่มีคำนิยามใดๆก็ตาม

ประเทศอังกฤษเป็นประเทศที่คนส่วนมากเป็นพวกอนุรักษนิยม (Conservative) และเคร่งศาสนา กฎหมายของประเทศอังกฤษเกี่ยวกับการทำแท้งได้พัฒนาเป็นขั้นตอนเรื่อยมา แต่ยังคงถือว่าการทำแท้งเป็นบาป จนต่อมามีแพทย์ผู้หนึ่งกล้าที่จะตัดสินใจทำแท้งเพื่อช่วยชีวิตหรือสุขภาพร่างกายหรือจิตใจของเด็กหญิงคนหนึ่ง ต่อมาจึงเป็นแนวทางที่ทำให้การทำแท้งกลายเป็นสิ่งที่ถูกต้องตามกฎหมาย โดยมีผู้พิพากษาชื่อ แมกนอตตัน (Mac Naghton) เป็นผู้ตัดสินคดีเร็กซ์และเบิร์น (Rex v. Bourne) ในปี ค.ศ. 1938 ซึ่งคำพิพากษานี้เป็นแนวทางให้อังกฤษเริ่มมีกฎหมายเกี่ยวกับการทำแท้งที่คลายความเข้มงวด ทั้งทำให้ประเทศอื่นๆเริ่มมีการไหวตัวในอันที่จะขยายขอบเขตของการทำแท้งออกไป โดยเฉพาะสหรัฐอเมริกาซึ่งถือว่าอังกฤษเป็นแม่บทของกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law)

คดีดังกล่าวมีความเป็นมีดังนี้ ในวันที่ 19 กรกฎาคม 1938 Alech William Bourne สูติเวชและนรีเวช แพทย์ผู้เชี่ยวชาญผู้มีชื่อเสียงคนหนึ่งในอังกฤษ ถูกฟ้องในคดีข้อหาทำแท้งหญิงที่มีอายุต่ำกว่า 15 ปี ได้รับการปล่อยตัว ณ ศาลอาญา Old Bailey และหลุดพ้นจากข้อหาไปโดยมีมติว่าจำเลยไม่มีความผิดตามที่ฟ้อง ในคดีนี้ข้อเท็จจริงมีอยู่ว่าหญิงอายุ 14 ผู้นั้นมีครรภ์ขึ้นมาเพราะถูกทหารกลุ่มหนึ่งข่มขืนกระทำชำเรา เมื่อหญิงผู้นั้นถูกส่งตัวไปให้นายแพทย์เบิร์นตรวจ แพทย์ผู้นั้นก็ตกลงรับทำการรักษาและรับทำแท้ง เขาไม่ปกปิดเป็นความลับแต่อย่างใดในข้อที่ว่าเขาทำแท้งให้หญิงนั้น เพื่อเป็นการพิสูจน์กฎหมายที่ใช้อยู่ในขณะนั้น ท่านผู้พิพากษาที่พิจารณาคดีคือ แม็กนอตตัน (Mac naghton) เห็นว่าหากการทำแท้งนั้นแพทย์กระทำโดยสุจริตด้วยเชื่อว่ามีความจำเป็นการที่จะสงวนไว้ซึ่งชีวิตของหญิงมีครรภ์มิให้ต้องถึงแก่ชีวิต เพราะตั้งครรภ์โดยถูกข่มขืน ถ้าแพทย์ทำแท้งให้หญิงที่มามีครรภ์ผู้นั้นแล้ว กรณีนี้ย่อมไม่เป็นการผิดกฎหมาย อย่่างไรก็ดีท่านผู้พิพากษาได้ให้คำแนะนำแก่คณะลูกขุนว่าขอให้รำลึกไว้ด้วยว่าปัญหาเรื่องอันตรายต่อชีวิตนั้นเป็นอย่างไรแก่ไหน การที่หญิงมีครรภ์จะต้องทนทุกข์ทรมานด้านจิตใจหรือร่างกายจากการตั้งครรภ์ โดยจะถือว่าชีวิตของหญิงก็ตกอยู่ในภยันตรายได้หรือไม่ คณะลูกขุนออกจากห้องพิจารณาไปปรึกษาหารือกัน 40 นาที แล้วกลับออกมาแจ้งมติว่าจำเลยไม่ผิด ซึ่งหมายความว่ากรณีเช่นนั้นย่อมถือได้ว่า ชีวิตของหญิงผู้นั้นอาจตกอยู่ในภยันตราย เบิร์นจึงได้รับการปล่อยตัวไป

ในช่วง 10 ปีหลังสงครามโลก เหตุผลที่สมควรในการทำแท้งกรณีสุขภาพของหญิงได้มีมากขึ้น ซึ่งจำกัดความที่ว่า “เพื่อสุขภาพ” นั้น ได้แก่ สุขภาพทางกาย ทางจิตใจ และทางสังคม มีการรับเอาคำจำกัดความนี้ตามองค์การอนามัยโลกในปี ค.ศ. 1946 ที่กล่าวเป็นนัยว่าซึ่งหมายความว่ารวมถึง สุขภาพทางกาย ทางจิตใจและทางความเป็นอยู่สังคมที่ดี การทำแท้งกรณีสุขภาพได้กลายเป็นประเด็นที่ได้โต้แย้งกันมากในช่วงต้นปี ค.ศ. 1960 ที่เด็กเป็นร้อยเกิดมามีสภาพพิการเนื่องจากมารดาได้รับประทานยาคล่อมประสาท (Sedative thalidomide) ระหว่างการตั้งครรภ์ ในช่วงเดือนกรกฎาคม 1962 มีประชากรถึง 72% เห็นด้วยกับการทำแท้งกรณีทารกคลอดออกมาจะพิการมีความสับสนกรณีเหตุที่แตกต่างกันในการทำแท้ง กรณีสุขภาพที่ค่อนข้างกว้าง

เมื่อ พ.ศ. 2482 มีคณะกรรมการจากระทรวงมหาดไทยและกระทรวงสาธารณสุขเสนอแนะว่าควรแก้ไขกฎหมายให้ชัดเจน โดยให้แพทย์สามารถทำแท้งได้ในกรณีที่กระทำด้วยเจตนาบริสุทธิ์ (Good Faith) ที่เห็นว่าหากปล่อยให้ตั้งครรภ์ต่อไปน่าจะเกิดอันตรายแก่ชีวิตหรือสภาวะเกิดอันตรายแก่ชีวิตหรือสุขภาพของหญิงนั้นจะเสื่อมโทรมลงมาก แต่ข้อเสนอนี้ก็มิได้เข้าสู่สภา รวมทั้งอีกหลายฉบับใน พ.ศ. 2495, 2504, 2508, 2509 และในที่สุดร่างกฎหมายได้ผ่านสภาออกในชื่อ “พระราชบัญญัติการทำแท้ง พ.ศ. 2510 (The Abortion Act 1967) ใช้บังคับตั้งแต่ 27 เมษายน 2511” ดังสาระสำคัญ ดังนี้

มาตรา 1 (1) ภายใต้บทบัญญัติมาตรานี้ การกระทำผิดกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการทำแท้ง ถ้าผู้กระทำเป็นแพทย์ซึ่งได้ขึ้นทะเบียนเป็นผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม และทำตามเงื่อนไขต่อไปนี้ ผู้กระทำไม่มีความผิด

ถ้าแพทย์ผู้ได้ขึ้นทะเบียนเป็นผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม 2 นาย มีความเห็นร่วมกันโดยสุจริตว่า

(ก) หากปล่อยให้การตั้งครรภ์ดำเนินต่อไป หญิงตั้งครรภ์อาจต้องเสี่ยงต่ออันตรายถึงชีวิต หรืออันตรายต่อสุขภาพกายหรือจิตใจของหญิง หรือของบุตรที่ยังมีชีวิตอยู่ของหญิงนั้น เพิ่มขึ้นกว่าที่จะทำแท้งให้หญิงนั้นตั้งแต่ต้น

(ข) มีหลักฐานที่น่าเชื่อว่า เด็กที่เกิดมามีโอกาสที่จะได้รับทุกข์ทรมานจากความผิดปกติทางกายหรือทางจิตใจที่จะส่งผลให้เด็กเป็นผู้เสียเปรียบอย่างมากในสังคม

(2) การจะตัดสินใจว่าถ้าปล่อยให้การตั้งครรภ์ดำเนินต่อไปจะเสี่ยงต่อสุขภาพตามที่บัญญัติไว้ในวรรค (ก) ของอนุมาตรา (1) จำต้องคำนึงถึงภาวะแวดล้อมที่แท้จริงของหญิงหรือที่วิญญูชนพึงคาดหมายได้

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

(4) อนุมาตรา (3) กับอนุมาตรา (1) ในส่วนที่เกี่ยวกับความเห็นของแพทย์ต้องเป็นผู้ที่ได้ขึ้นทะเบียนเป็นผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม...

มาตรา 2 ให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุขที่รับผิดชอบในแคว้นอังกฤษและเวลส์กับรัฐมนตรีว่าการกระทรวงกิจการสก๊อตแลนด์ มีอำนาจออกกฎกระทรวงและวางระเบียบต่างๆเกี่ยวกับ

(ก) แบบและวิธีการออกใบรับรองของแพทย์ที่จะแสดงความเห็นเกี่ยวกับการทำแท้งตามมาตรา 1 รวมทั้งวิธีการและระยะเวลาที่จะต้องเก็บเอกสารดังกล่าว

(ข) บันทึกข้อมูลที่จำเป็นเก็บไว้ในรายงานแพทย์ที่ทำแท้ง

(ค) เงื่อนไขทั่วไป คือ ห้ามเปิดเผยข้อมูลเกี่ยวกับการทำแท้ง

ข้อสังเกต

1) กฎหมายอังกฤษที่ออกภายหลังไม่ได้ยกเลิกกฎหมายเดิม แต่มีลักษณะขยายความในส่วนที่กฎหมายเก่ามิได้บัญญัติไว้

2) กฎหมายอังกฤษมิได้มีคำนิยามคำว่า“ทำแท้ง” ซึ่งเหมือนกับกฎหมายไทย จึงมีปัญหาว่าการทำแท้งลูกนั้น ถือว่าเริ่มมีผลตั้งแต่มื่อใด กล่าวคือ เริ่มตั้งแต่ทำลายไข่กับอสุจิที่ผสมกันใหม่ๆ หรือเริ่มตั้งแต่ทำลายไข่ที่ผสมแล้วและฝังตัวในผนังมดลูก ซึ่งในความเป็นจริงนั้น ไข่ที่ผสมกับอสุจิแล้วจำนวนกว่าครึ่งไม่มีโอกาสฝังตัวในมดลูก โดยจะสลายตัวถูกขับมาพร้อมกับประจำเดือนครวถัดไป หากถือว่าการทำลายไข่ผสมแล้วแต่ยังไม่ได้ฝังตัว เช่น ในวิธีการวางแผนครอบครัว โดยการคุมกำเนิดบางวิธี เช่น กินยาคุมกำเนิดหลังร่วมเพศ ใส่ห่วง ก็จะต้องถือว่าผิดฐานทำแท้งด้วย ซึ่งปัญหานี้กฎหมายมิได้อธิบายไว้ แต่เมื่อวันที่ 10 พฤษภาคม 2526 อัยการสูงสุดของอังกฤษ (Attorney-general) ชี้แจงว่าแท้งลูกไม่ถือว่าเริ่มจากการที่ยังไม่มีฝังตัวของไข่ที่ผสมแล้ว แต่กระทรวงสาธารณสุขมีหนังสือยืนยันต่อสมาคมวางแผนครอบครัวว่าเป็นเพียงความเห็นของรัฐบาล แพทย์จึงไม่แน่ใจว่าจะถูกฟ้องหรือไม่

3) การทำแท้งตามพระราชบัญญัติการทำแท้ง (The Abortion Act 1967) นั้น ถ้าเด็กในครรภ์อายุระหว่าง 13-24 สัปดาห์ ผู้ทำอาจผิดฐานทำลายชีวิตเด็ก (Child destruction) ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองชีวิตทารก 2472 (The Infant Life Preservation Act 1929) เพราะทารกในครรภ์อายุดังกล่าวถือว่า “อาจจะเกิดมาแล้วมีชีวิตรอดอยู่” (Capable of being born alive) ึ่งๆ ที่มีข้อสันนิษฐานของกฎหมายว่า หญิงตั้งครรภ์ตั้งแต่ 28 สัปดาห์ขึ้นไป เด็กในครรภ์ถือว่าอาจจะเกิดมาแล้วมีชีวิตรอดอยู่ก็ตาม ได้มีคำพิพากษาศาลอุทธรณ์ในคดี C and Another vs and others 1987-1 all E.R. พิพากษาว่า คำว่า “อาจจะเกิดมาแล้วมีชีวิตรอดอยู่” (Capable of being born with a reasonable chance of survival) ต้องตีความจากสามัญสำนึกถึงความหมายที่แท้จริงคืออาจจะเกิดมาแล้วมีโอกาสที่จะมีชีวิตอยู่ต่อไป ดังนั้น แพทย์ที่ทำแท้งตามเงื่อนไขที่กำหนดในพระราชบัญญัติการทำแท้ง 2510 (The Abortion Act 1967) จึงไม่มีความผิดฐานทำลายชีวิตเด็ก ถ้าทารกนั้นยังไม่ถึงระยะที่จะมีชีวิตภายนอกร่างกายต่อไปได้ (Viability)

4) เหตุที่กฎหมายอังกฤษบัญญัติให้ทำแท้งได้ตามพระราชบัญญัติการทำแท้งพ.ศ. 2510 (The Abortion Act 1967) มีเหตุเกี่ยวกับอันตรายต่อสุขภาพทั้งทางกายและทางจิตด้วย ซึ่งเคยเป็นประเด็นต่อสู้ในคดีของเบิร์น (2481) อยู่บ้างแล้ว และหลายประเทศก็ยอมรับเรื่องสุขภาพอีกด้วย เช่น ออสเตรเลีย ฯลฯ

สรุป ได้ว่าเหตุทำแท้งโดยชอบด้วยกฎหมายสามารถทำได้ในอังกฤษ เวลส์และสก๊อตแลนด์ เมื่อแพทย์ 2 คน (อาจเพียง 1 คน ในกรณีฉุกเฉิน) รับรองว่ามีเหตุผลทางการแพทย์ตามที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติว่าด้วยการทำแท้ง ค.ศ. 1967 (Abortion Act of 1967) การยุติการตั้งครรภ์ (termination of pregnancy) ต้องทำในโรงพยาบาลของรัฐ (National Health Hospital) หรือสถานพยาบาล (nursing home) โรงพยาบาลเอกชนหรือสถานที่อื่นที่ได้รับอนุญาต (ยกเว้นในกรณี

ฉุกเฉิน) การทำแท้งสามารถทำในระหว่าง 24 สัปดาห์แรกของการตั้งครรภ์โดยไม่ต้องได้รับความยินยอมจากสามีก่อน

การทำแท้งในอังกฤษ สกอตแลนด์และเวลส์ ขณะนี้ถูกกำหนดโทษโดย Abortion Act of 1967 แก้ไขโดย Human Fertilization and Embryology Act of 1990 ซึ่งอนุญาตให้ทำแท้งได้ด้วยเหตุผลที่กว้าง โดยต้องมีแพทย์ 2 คน ให้การรับรองด้วยเจตนาสุจริต (Good Faith) ว่า

(1) อายุครรภ์ไม่เกิน 24 สัปดาห์ และหากตั้งครรภ์ต่อไปจะเป็นการเสี่ยงมากกว่าหรือหาตั้งครรภ์ต่อไป หญิงจะได้รับอันตรายต่อสุขภาพกายหรือจิตใจ หรือต่อเด็ก ๆ ที่มีชีวิตอยู่ของครอบครัวหญิงนั้น (Any existing children of family) หรือ

(2) หากตั้งครรภ์ต่อไปจะเป็นอันตรายต่อสุขภาพกายหรือจิตใจของหญิง หรือ

(3) หากตั้งครรภ์ต่อไปจะเสี่ยงต่อชีวิตของหญิง หรือ

(4) จะเป็นการเสี่ยงอย่างมากถ้าเด็กที่คลอดออกมาจะต้องทนทุกข์ทรมานจากความผิดปกติทางกายหรือจิตใจซึ่งจะนำไปสู่ความพิการ (Suffer from such physical or mental abnormalities as to be seriously handicapped)

ในการประเมินความเสี่ยงต่อสุขภาพของหญิงและเด็ก ๆ ของครอบครัวหญิงนั้น แพทย์อาจเขียนว่า “ด้วยภาวะแวดล้อมที่เป็นจริงหรือมีเหตุเป็นไปได้” (Actual or reasonably foreseeable environment) เนื่องจากกฎหมายนี้มีการตีความอย่างกว้างเกี่ยวกับสิ่งที่คุกคามสุขภาพ การขออนุญาตทำแท้งในอังกฤษสามารถทำเป็นคำร้องขอ (On request)

ใน Northern Ireland ไม่ใช่พระราชบัญญัติ Abortion Act of 1967 คงใช้แต่ Offences Against the Person Act of 1861 ซึ่งศาลใช้ในการตัดสิน จนกระทั่งในปี ค.ศ. 1993 ยังไม่มีคำตัดสินของศาลที่ระบุใช้ คดี Rex v. Borune แม้ต่างคิดกันว่าสามารถใช้ได้ และเมื่อถึงปลาย ค.ศ. 1993 และต้น ค.ศ. 1994 ได้มีคำตัดสิน 2 คดีที่กล่าวถึงคดี Bourne ได้แก่ คดีแรกเกี่ยวกับเด็กหญิงอายุ 14 ปี ตั้งครรภ์ และขู่ว่าจะฆ่าตัวตายถ้าเธอไม่ได้ทำแท้ง และคดีที่สองเกี่ยวกับหญิงอายุ 23 ปี ซึ่งพิการทางจิตและถูกข่มขืน โดยเธอมีอาการเศร้าโศกมากจากผลการตั้งครรภ์ ในสองคดีนี้ศาลตัดสินว่าการทำแท้งถูกกฎหมายด้วยเหตุผลสุขภาพทางจิตใจ ในทางปฏิบัติคำตัดสินเพื่อยุติการตั้งครรภ์ใน Northern Ireland จะต้องมีคำปรึกษาจากแพทย์ 2 คน และหญิงมีครรภ์ต้องยินยอม หญิงมีครรภ์ใน Northern Ireland อาจทำแท้งได้ยาก ดังนั้น จึงมักเดินทางไปอังกฤษซึ่งการทำแท้งง่ายและรวดเร็วกว่า

นอกจากนี้ ยังมีอีก 3 เกาะที่ไม่เป็นไปตามกฎหมายเรื่องเขตอำนาจศาล แม้จะอยู่ภายใต้การควบคุมของอังกฤษ ได้แก่ Bailiwick of Jersey, Bailiwick of Guernsey และ Isle of Man (Tynwald) โดยแต่ละแห่งค่อนข้างปกครองตนเองแยกจากรัฐบาล กล่าวคือ ถือว่าการทำแท้งเป็นข้อ

ห้าม แต่เมื่อไม่กี่ปีมานี้ ผู้บัญญัติกฎหมายของ 3 เขตอำนาจศาลนี้ได้สร้างขั้นตอนสู่การทำแท้งที่ถูกกฎหมาย ได้แก่ ในปี 1995 the Isle of Man ออกกฎหมายยุติการตั้งครรภ์ (Termination of Pregnancy Medial Defenses Act) โดยมี 3 เหตุผลที่ทำให้การทำแท้งชอบด้วยกฎหมาย ได้แก่

(1) เมื่อแพทย์ 2 คนด้วยเจตนาสุจริต (Good faith) เห็นว่ามีความจำเป็นเพื่อรักษาชีวิตของหญิงมีครรภ์ เช่น รวมถึงสถานการณ์ซึ่งหากตั้งครรภ์ต่อไปจะเสี่ยงอย่างมากต่อชีวิตของหญิงมากกว่าการยุติการตั้งครรภ์ หรือจำเป็นเพื่อป้องกันการบาดเจ็บอย่างถาวรต่อสุขภาพกายหรือจิตใจของหญิง

(2) เมื่อแพทย์ 2 คนด้วยเจตนาสุจริตมีความเห็นว่าหากทารกอยู่ในครรภ์ครบกำหนดจะไม่สามารถมีชีวิตรอดได้ หรือหากคลอดออกมาจะต้องทนทุกข์จากความพิการอย่างมาก (ต้องทำแท้งไม่เกิน 24 สัปดาห์) หรือ

(3) เมื่อแพทย์ 2 คนด้วยเจตนาสุจริตเห็นว่าหญิงตั้งครรภ์ เพราะถูกข่มขืนหรือการร่วมประเวณีระหว่างชายหญิงที่มีบิดามารดาเดียวกัน (ต้องทำแท้งไม่เกิน 12 สัปดาห์) นอกจากนี้หากเป็นการทำแท้งกรณีฉุกเฉินก็สามารถแจ้งเพื่อขอทำแท้งในเวลาใดก็ได้ โดยแพทย์คนเดียวเห็นชอบ

เกาะ Jersey และเกาะ Guernsey ได้ออกกฎหมายคล้ายกันในปี 1996 และ 1997 แม้ไม่ได้กล่าวถึงโดยตรงต่อการทำแท้งกรณีถูกข่มขืนและการร่วมประเวณีระหว่างชายหญิงที่มีบิดามารดาเดียวกัน แต่กฎหมายของทั้ง 2 เกาะนี้ก็เหมือนกับของเกาะ Isle of Man โดยกล่าวว่าต้องทำแท้งระหว่าง 12 สัปดาห์แรก เมื่อต้องเสี่ยงอันตรายต่อสุขภาพทางกายหรือจิตใจ หรืออาจมีผลกระทบต่อเด็กในครอบครัวของหญิง ถ้าทำให้เธอมีความเศร้าโศก (distress) อย่างมาก ทั้งนี้ต้องมีคำปรึกษาของแพทย์กล่าวถึงเหตุดังกล่าวและต้องรอ 7 วันก่อนทำแท้ง

ตั้งแต่ในอังกฤษมีการทำแท้งโดยชอบด้วยกฎหมาย ทำให้หญิงตั้งครรภ์หลายคนเดินทางมาทำแท้งที่ประเทศอังกฤษ ทั้งนี้เพื่อความปลอดภัยและถูกต้องตามกฎหมาย

กล่าวโดยสรุป กฎหมายของอังกฤษได้บัญญัติถึงเหตุที่สามารถทำแท้งได้โดยถูกต้องตามกฎหมาย ตามพระราชบัญญัติการทำแท้ง โดยมีการกล่าวถึงเหตุที่เกี่ยวกับอันตรายต่อสุขภาพทั้งทางกายหรือทางจิตของหญิงตั้งครรภ์ด้วย และในกฎหมายของหลายๆประเทศก็ยอมรับในเรื่องของสุขภาพจิตของหญิงตั้งครรภ์ด้วยเช่นกัน เช่น กฎหมายของประเทศออสเตรเลีย¹³⁶ จากตัวอย่างที่เกิดขึ้นในรัฐนิวเซาท์เวลของออสเตรเลีย ศาลได้วินิจฉัยว่าการทำแท้งไม่ผิดกฎหมาย ถ้าการกระทำนั้นผู้กระทำความเชื่อโดยบริสุทธิ์ ว่าการกระทำนั้นมีเหตุความจำเป็นที่จะป้องกันหญิงตั้งครรภ์ให้พ้นจากอันตรายร้ายแรงต่อชีวิต หรือต่อสุขภาพทางร่างกายหรือทางจิตใจ (Levin Ruling 1972)

¹³⁶ วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์. เล่มเดิม. หน้า 122.

3.1.2 ประเทศสหรัฐอเมริกา (United States of America)

นอกจากศาลสูงของประเทศอังกฤษแล้ว ศาลสูงของสหรัฐอเมริกา ซึ่งประกอบด้วยรัฐหลายรัฐ กฎหมายของรัฐแต่ละรัฐแตกต่างกันไป จึงต้องมีศาลสูงของสหรัฐอเมริกาคัดสินชั้นเด็ดขาด เมื่อมีการขัดแย้ง แต่เนื่องจากสหรัฐอเมริกาถือหลักเรื่องปัจเจกนิยมค่อนข้างมาก และต่างก็มีสิทธิเสรีภาพจะแสดงความคิดเห็นไม่ขัดต่อกฎหมายได้อย่างเต็มที่ รัฐไม่อาจเข้ามาเกี่ยวข้องกับจำกัดให้ทำอะไรๆ นอกจากนั้นความรู้สึกนึกคิดของบุคคลทางด้านศีลธรรมก็ไม่เหมือนกัน ดังนั้นในหลักกฎหมายรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกาถึงกับกำหนดไว้เป็นแม่บทในเรื่องสิทธิเสรีภาพไว้ การทำแท้งในสหรัฐอเมริกาจึงให้เอกชนตัดสินใจว่าตนควรทำแท้งหรือไม่ รัฐไม่อาจเข้าไปก้าวล่วงว่าควรทำหรือไม่ควรทำอันเป็นการไม่ชอบ ในแนวความคิดแบบเมดิสันเนียน Madisonian ปัจจุบันนี้ หลักกฎหมายทำแท้งในสหรัฐอเมริกาเปิดอิสระให้ทำแท้งได้บางรัฐ นอร์ทคาโรไลน่ายังถือว่าเป็นความผิดอาญาอยู่ บางรัฐให้ทำได้เฉพาะเมื่อทารกในครรภ์ยังไม่เกิน 3 เดือนเท่านั้น ในแคลิฟอร์เนียให้ทำได้เฉพาะเมื่อแพทย์เห็นว่าเด็กเกิดมาจะพิการ เพราะมารดาเป็นหัดเยอรมันระหว่างตั้งครรภ์¹³⁷

ปี ค.ศ. 1971 ศาลสูงของสหรัฐอเมริกาได้วินิจฉัยคดีระหว่างสหรัฐอเมริกากับวูทซ์ (Vuitch) โดยพิพากษาว่า การทำแท้งในแขวงโคลัมเบียเป็นการกระทำที่ถูกต้องตามกฎหมาย กฎหมายของแขวงโคลัมเบียในเรื่องนี้บัญญัติว่าการทำแท้งในแขวงโคลัมเบียถือว่าผิดกฎหมาย เว้นแต่เป็นการกระทำของแพทย์ที่ได้ขึ้นทะเบียน และรับใบอนุญาตให้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม เนื่องจากความจำเป็นแก่ชีวิตและสุขภาพของมารดา และศาลแห่งแขวงโคลัมเบียได้ตีความว่าการทำแท้งเพื่อการรักษานั้นต้องกระทำเพราะเหตุจำกัด และต้องกระทำในโรงพยาบาลภายหลังการตัดสินใจของแพทย์ที่ร่วมปรึกษาหารือ 2 คน พร้อมทั้งได้รับความเห็นชอบจากคณะกรรมการโรงพยาบาลด้วยว่าชีวิตของมารดาอยู่ในระหว่างเสี่ยงอันตรายอย่างยิ่ง ในคดีนี้ศาลสูงวินิจฉัยว่า คำว่า “สุขภาพ” ต้องรวมถึง ความสมบูรณ์ทางจิตวิทยา ทางอารมณ์ ทางจิตใจ และทางร่างกาย และคำว่า “สุขภาพ” ในกฎหมายของแขวงโคลัมเบีย ต้องไม่จำกัดเฉพาะสุขภาพร่างกายเท่านั้น ควรจะต้องหมายถึง “ภาวะทางวิญญาณที่อยู่ในร่างกายและจิตใจ” ด้วย แต่ศาลก็มีได้แนะนำวิธีการอย่างหนึ่งอย่างใดที่จะตัดสินว่า การตั้งครรภ์มีผลต่อมารดา ศาลกล่าวว่า การทำแท้งเป็นเรื่องที่อยู่ในดุลยพินิจทางวิชาชีพเวชกรรม การทำแท้งควรพิจารณาเช่นเดียวกับการผ่าตัดทางศัลยกรรม โดยหลักทั่วไปวิธีการทางศัลยกรรมย่อมมีความจำเป็นต่อสุขภาพของผู้ป่วย ไม่ทางกายก็ทางใจ ซึ่งแพทย์ย่อมจะเป็นผู้ใช้ดุลยพินิจเป็นประจําอยู่แล้ว เมื่อจะทำการผ่าตัด การทำแท้งจึงไม่ควรแตกต่างจากศัลยกรรมอื่นๆ

¹³⁷ วิมลศิริ ชำนาญเวช. (2523). *ข้อคิดเห็นเรื่องการทำแท้ง*. หน้า 88.

เนื่องจากการทำแท้งเป็นปัญหาระดับชาติ คำพิพากษานี้แม้จะมีผลผูกพันเฉพาะทาง
แขวงโคลัมเบียก็ตาม การวินิจฉัยของศาลในคดีนี้จะมีผลต่อปรัชญาการทำแท้งของทั้งฝ่ายนิติ
บัญญัติและฝ่ายตุลาการในทุกรัฐในสหรัฐอเมริกา

ผลโดยตรงจากคำพิพากษานี้ ทำให้สถิติการทำแท้งเพื่อรักษาในแขวงโคลัมเบียเพิ่มขึ้น
อย่างมากภายในปี ค.ศ. 1971 นั้นเอง มีเกือบ 19,000 ราย ปี ค.ศ. 1971 เกือบ 39,000 ราย ทั้งๆที่
ก่อนหน้านั้นห้าปี การทำแท้งเพื่อการรักษาทั้งหมดมีไม่เกิน 2,500 ราย ก่อนปี ค.ศ. 1966 มีน้อยกว่า
ปีละ 250 ราย ปัจจุบันโรงพยาบาลทุกแห่งในแขวงโคลัมเบียมีแผนกสูติศาสตร์นรีเวชวิทยาที่
สามารถรับทำแท้งได้ ยกเว้นโรงพยาบาล 2 แห่ง ที่เป็นของศาสนาคริสต์นิกายโรมันคาทอลิกที่ไม่
รับทำ โรงพยาบาลหลายแห่งมีคลินิกผู้ป่วยนอกสำหรับทำแท้ง ปัจจุบันมีคลินิกตั้งขึ้นโดยเฉพาะ
10 แห่ง รวมสถานที่ทำแท้งทั้งหมดมี 19 แห่ง ทั้งนี้เพื่อสนองความต้องการที่จะทำแท้งในราคาที่
พอสมควร คลินิกเหล่านี้ตั้งอยู่ใกล้โรงพยาบาล และติดต่อกับโรงพยาบาลในการส่งผู้ป่วยที่มีโรค
แทรกซ้อนหรือเกิดกรณีรีบด่วน เหล่านี้ต้องจดทะเบียนและรับใบอนุญาตจากทางราชการและจะ
ทำแท้งให้กับหญิงที่ตั้งครรภ์ต่ำกว่า 10 สัปดาห์

ศาลสูงของสหรัฐอเมริกาได้พิพากษาไว้อีก เมื่อวันที่ 22 มกราคม ค.ศ. 1973 ได้ตีความ
เกี่ยวกับการทำแท้งนี้ต่อไปว่า ใน 3 เดือนแรกของการตั้งครรภ์ให้หญิงเป็นผู้ตัดสินใจที่จะทำแท้ง
โดยแพทย์ร่วมด้วยและใน 6 เดือนต่อจากนั้นมีอำนาจขออนุญาตเกี่ยวกับการทำแท้งเพื่อสุขภาพ
ของหญิง เช่น การออกใบอนุญาต และควบคุมบุคคลและสถานที่ทำแท้ง ระยะ 10 สัปดาห์สุดท้าย
ของการตั้งครรภ์ ซึ่งเป็นระยะที่ทารกสามารถดำรงชีวิตอยู่นอกมดลูกของมารดาได้อยู่แล้วนั้น ถ้า
เป็นความต้องการของรัฐอาจห้ามทำแท้งในระยะนี้ได้ เว้นแต่มีความจำเป็นต่อสุขภาพของมารดา
ศาลเห็นว่าในทางกฎหมายสิทธิของหญิงที่จะทำแท้งเป็นสิทธิส่วนตัวของหญิงเบาะสิทธิของแพทย์
ที่จะรักษาหญิงมีครรภ์นั้น ขึ้นอยู่กับดุลยพินิจในวิชาชีพทางแพทย์ การตัดสินใจทำแท้งเพื่อเหตุผล
ต่างๆย่อมเกี่ยวข้องกัน และเป็นการตัดสินใจของแพทย์เป็นเบื้องต้น ซึ่งความรับผิดชอบต่างๆย่อม
ตกอยู่กับแพทย์เอง ศาลเห็นว่า แนววินิจฉัยเช่นนี้มิได้รับรองให้หญิงมีสิทธิที่จะทำแท้งตามที่ตนเอง
ต้องการเสมอไป ถ้าแพทย์ไม่ต้องการที่จะทำแท้ง โดยได้เห็นว่า การเป็นการฝืนการตกลงใจของตน
หรือเป็นการฝืนจรรยาแพทย์ แพทย์ย่อมปฏิเสธ ศาลยังให้ข้อสังเกตว่า การตกลงใจของแพทย์ที่จะ
ทำแท้งควรคำนึงถึงปัญหาทางกาย ทางอารมณ์ ทางจิตวิทยา และทางครอบครัว ตลอดจนอายุของ
หญิงนั้นปัญหาต่างๆ เหล่านี้ย่อมถือได้ว่า “เป็นการอันตรายต่อกายและจิตใจ” ได้และอาจถือว่าเป็น
เป็น “เด็กที่มารดาไม่ปรารถนา” ก็ได้

กล่าวได้ว่าประเทศสหรัฐอเมริกา แต่เดิมการทำแท้งเป็นความผิดอาญา ยกเว้นในกรณีที่เป็นความจำเป็นเนื่องจากสุขภาพหรือชีวิตของหญิงมีครรภ์¹³⁸ ต่อมาได้มีการเคลื่อนไหวเรียกร้องให้ยกเลิกความผิดฐานทำให้แท้งลูก การเรียกร้องขยายตัวกว้างขึ้นทุกทีๆ แต่ในขณะเดียวกันประชากรและองค์การทางฝ่ายอนุรักษ์นิยม และองค์การศาสนาฝ่ายคาทอลิกเคลื่อนไหวต่อต้านฝ่ายสนับสนุนให้มีการทำแท้งได้โดยไม่ผิดกฎหมาย

อย่างไรก็ตาม คดี Rose v Wade U.S. 113 (1973) Jane Roe สตรียังไม่แต่งงานแต่มีครรภ์ฟ้องขอให้ศาลสูงสหรัฐอเมริกาวินิจฉัยว่ากฎหมายของมลรัฐเท็กซัสขัดต่อรัฐธรรมนูญ โดยยอมให้อาจทำแท้งได้เพื่อรักษาชีวิตของมารดาเท่านั้น ผู้พิพากษา Blackmun ผู้เขียนคำพิพากษาของศาล วินิจฉัยว่ากฎหมายของรัฐเท็กซัสขัดต่อรัฐธรรมนูญ โดยให้เหตุผลว่าการทำแท้งเป็นปัญหาที่ต้องระวัง เพราะไม่ว่าจะวินิจฉัยทางใดกรณีจะมีผลต่อความรู้สึกในสังคมอย่างมาก เพราะเป็นเรื่องทางปรัชญา ประสพการณ์และการแสดงออกของบุคคลเกี่ยวกับจุดเริ่มต้นแห่งความเป็นมนุษย์ (human being) ความเห็นเกี่ยวกับการทำแท้งจะต้องคำนึงถึงการสั่งสอนของศาสนา ศักดิ์เกี่ยวกับชีวิตและครอบครัว คุณค่าของชีวิต และมาตรฐานทางศีลธรรมและโดยเฉพาะปัจจุบันนี้ ปัญหาการเพิ่มของประชากร สิ่งแวดล้อมเป็นพิษ ความยากจนในสังคมและความรู้สึกด้านเชื้อชาติ ยิ่งทำให้การวินิจฉัยปัญหานี้ยากขึ้นไปอีก ปัญหาเบื้องต้นคือสตรีมีสิทธิที่จะทำแท้งหรือไม่ ซึ่งศาลเห็นว่าสิทธิส่วนบุคคล (right of privacy) แม้จะไม่ระบุให้แจ้งชัดในรัฐธรรมนูญ แต่ศาลก็ยอมรับมาแล้วตั้งแต่ในอดีตว่าเป็นสิทธิที่แฝงตัวอยู่ในรัฐธรรมนูญนั่นเอง ซึ่งกิจการอันเกี่ยวกับชีวิตการแต่งงานก็เกี่ยวข้องกับสิทธิส่วนบุคคลนี้ การที่รัฐไม่ยอมรับสิทธิที่จะเลือกในกรณีนี้มีผลต่อมารดาอย่างมาก ความเป็นแม่และภาระในการมีบุตรอาจก่อให้เกิดความยุ่งยากในทั้งทางจิตใจและร่างกายของมารดา และมีผลเสียแม่แต่ต่อเด็กที่จะคลอดมา โดยไม่ได้รับการเลี้ยงดูตามสมควร การปฏิเสธสิทธิในการทำแท้งของสตรีจึงเป็นการใช้อำนาจของรัฐมากเกินไป แต่ขณะเดียวกันจะถือว่าสตรีมีสิทธิที่จะทำแท้งโดยเด็ดขาดไม่ได้ เพราะรัฐมีหน้าที่ช่วยเหลือพิทักษ์รักษาในด้านสุขภาพของมารดาได้ ในเมื่อการทำแท้งอาจก่อให้เกิดอันตรายแก่ชีวิตมารดา สำหรับกรณีมีผู้แย้งว่ารัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 14 ซึ่งกำหนดให้มลรัฐต่างๆ ให้ความเคารพต่อสิทธิส่วนบุคคลและทารกในครรภ์ก็เป็น “บุคคล” ในความหมายของกฎหมาย กฎหมายจึงต้องพิทักษ์รักษาชีวิตในครรภ์ด้วยนั้น ศาลเห็นว่าแม้จะยอมรับว่าชีวิตมนุษย์ได้เริ่มต้นมาแล้วก่อนมีการคลอด แต่จะเริ่มต้น ณ จุดใดนั้น เกี่ยวข้องกับวิชาการหลายด้านทั้งทางวิทยาศาสตร์ ปรัชญา และเทววิทยา ซึ่งปัจจุบันศาลเห็นว่าวิชาการยังไม่ก้าวหน้าพอที่จะค้นหาจุดนี้ได้ แต่ในกฎหมายทารกในครรภ์ยัง

¹³⁸ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒน์ศาสตร์. (2521). *กฎหมาย : การลดอัตราการเพิ่มประชากรกับการทำแท้ง*.

ไม่เป็น “บุคคล” ตามกฎหมายและรัฐอาจเข้าไปคุ้มครองได้เฉพาะตั้งแต่เมื่อทารกในครรภ์เริ่มมีความอยู่รอด (viability) แล้วเท่านั้น ปัญหาจึงมีแต่ประการเดียวว่ารัฐจะออกกฎหมาย... ไปแทรกแซงห้ามการทำแท้งได้เพียงใด เมื่อพิจารณาในแง่หน้าที่และอำนาจของรัฐแล้ว รัฐเข้าไปแทรกแซงได้เฉพาะกรณีจะเป็นอันตราย¹³⁹ ดังนี้คือ

1) กฎหมายของเทศกษัตริ์ที่ห้ามทำแท้งเว้นแต่รักษาชีวิตของมารดานั้น เป็นการกำหนดข้อห้ามที่ครอบคลุมและกว้างขวางมากเกินไป ไม่ชอบด้วยหลักกระบวนการนิติธรรม (due process of law) โดยรัฐและแต่ละรัฐไม่อาจจะยับยั้งสตรีคนใดคนหนึ่งในการทำแท้งระหว่างช่วงระยะเวลา 6 เดือนแรกของการตั้งครรภ์ เนื่องจากตามกฎหมายรัฐธรรมนูญมาตรา 14 ผู้หญิงมีสิทธิส่วนตัวที่จะเลือกตัดสินใจทำแท้งได้ โดยในช่วง 3 เดือนแรกของการตั้งครรภ์ ให้หญิงมีสิทธิอย่างสมบูรณ์ในการตัดสินใจที่จะทำแท้งหรือไม่ การที่รัฐไม่ยอมรับสิทธิที่จะเลือกในกรณีนี้มีผลต่อมารดาอย่างมาก ความเป็นแม่และการะในการมีบุตร อาจก่อให้เกิดความยุ่งยากให้ทั้งทางจิตใจและร่างกายของมารดา และมีผลเสียแม้แต่ต่อเด็กที่จะคลอดมาโดยไม่ได้รับการเลี้ยงดูตามสมควร การปฏิเสธสิทธิในการทำแท้งของสตรีจึงเป็นการใช้อำนาจรัฐมากเกินไป แต่ขณะเดียวกันจะถือว่าสตรีมีสิทธิที่จะทำแท้งโดยเด็ดขาดไม่ได้ เพราะรัฐมีหน้าที่ช่วยเหลือพิทักษ์ในด้านสุขภาพของมารดา ดังนั้นในช่วงสามเดือนแรกควรให้ขึ้นอยู่กับความเห็นของแพทย์ตามลำพัง เพราะในช่วงนี้ไม่มีอันตรายมากนัก

2) สำหรับในช่วงเดือนที่ 4-6 อนุญาตให้รัฐแต่ละรัฐจำกัดหรือห้ามทำแท้งได้ เพราะเป็นระยะเวลาที่ทารกในครรภ์ใกล้จะมีชีวิตอยู่นอกครรภ์มารดาได้ แต่ผู้หญิงสามารถได้รับบริการทำแท้งได้ โดยกฎหมายของรัฐแต่ละรัฐจะอนุญาตให้ทำแท้งได้ หากได้รับการตรวจครรภ์จากแพทย์และแพทย์วินิจฉัยแล้วว่ามีความจำเป็นที่จะต้องทำแท้ง ทั้งนี้เพื่อรักษาชีวิตของหญิงที่ตั้งครรภ์รวมทั้งเมื่อทำแท้งแล้วจะเป็นผลดีต่อสุขภาพของมารดา¹⁴⁰

3) ระยะเวลาหลังที่ทารกมีความอยู่รอดได้แล้ว (viability) การส่งเสริมชีวิตมนุษย์ที่กำลังเติบโตขึ้นมามีความจำเป็นเช่นกัน รัฐอาจห้ามการทำแท้งได้ในช่วงนี้ เว้นแต่จะมีเหตุเพื่อรักษาชีวิตและสุขภาพของมารดา และมีวิธีการทำแท้งที่เชื่อถือได้ทางการแพทย์ ซึ่งศาลสูงสหรัฐฯ ได้มีมติด้วยคะแนนเสียงถึง 7 ต่อ 2¹⁴¹

¹³⁹ แหล่งเดิม. หน้า 376.

¹⁴⁰ Joan R. Bullock. (1994). “Abortion Rights in America”. *Brigham Young University Law Review*, 1 pp. 72-75.

¹⁴¹ Ronald Dworkin. (1994, February). *Minnesota Law Review*, 78(3), pp. 586-598.

เนื่องจากในระบบกฎหมายแองโกล-อเมริกัน คำพิพากษาในข้อกฎหมายอันถึงที่สุดของศาลมีผลเท่ากับเป็นกฎหมาย (Case Law) ดังนั้น จึงกล่าวได้ว่าสหรัฐอเมริกาในปัจจุบันมีสิทธิทำแท้งได้ภายในสามเดือนแรกของการตั้งครรภ์ อย่างไรก็ตาม กรณีดังกล่าวเป็นข้อโต้แย้งมาจนถึงปัจจุบัน โดยศาลสูงสหรัฐฯ ถูกกล่าวหาว่าทำลายชีวิต คือ ตัวอ่อนตั้งแต่แรกเกิด ในขณะที่ศาลปฏิเสธว่าไม่มีอำนาจในการกำหนดว่าชีวิตมนุษย์เริ่มเมื่อใด¹⁴² ฝ่ายที่ไม่เห็นด้วยกับคำพิพากษาศาลสูง ดังกล่าว จึงเริ่มขบวนการที่เรียกว่า “Right to Life” หรือ “Pro-Life” ฝ่ายนี้เห็นว่าทารกที่ปฏิสนธิขึ้นในครรภ์นั้นเป็นมนุษย์ผู้มีสิทธิในชีวิต ดังนั้น จึงมีสิทธิที่จะดำรงชีวิตต่อไปในโลก การทำลายทารกในครรภ์เท่ากับเป็นการทำลายชีวิตผู้บริสุทธิ์ สิทธิที่จะมีชีวิตของทารกในครรภ์มารดานี้มิได้น้อยไปกว่าบุคคลที่เติบโตเป็นผู้ใหญ่แล้ว¹⁴³ การทำแท้งเป็นการผิดศีลธรรมอย่างร้ายแรง เพราะการทำลายชีวิตในครรภ์นั้นเป็นบาปเท่าๆกับการฆาตคน เพราะเมื่อตัวอ่อนปฏิสนธิในครรภ์มารดา ชีวิตย่อมเกิดขึ้นแล้ว¹⁴⁴ ความเคารพในชีวิตมนุษย์ถูกเรียกร้องตั้งแต่วันที่แรกที่กระบวนการแห่งชีวิตเริ่มต้น คือ นับจากวินาทีที่ไข่ของมารดาผสมกับเชื้อของบิดา ชีวิตใหม่นี้ไม่ใช่สมบัติของบิดาหรือมารดา หากแต่คือ ชีวิตมนุษย์คนใหม่ที่กำลังเติบโตขึ้นทุกขณะ ชีวิตใหม่นี้ไม่อาจพัฒนาเป็นมนุษย์ได้ หากเขามีได้มีสภาพเป็นมนุษย์มาแต่เกิด¹⁴⁵ การที่ศาลให้สิทธิแก่หญิงที่จะทำแท้งได้ภายในสามเดือนแรกของการตั้งครรภ์จะเป็นการส่งเสริมให้เกิดการสำส่อนในทางเพศมากยิ่งขึ้น¹⁴⁶

ในขณะที่ฝ่ายที่เห็นด้วยกับคำพิพากษากลับมองเรื่องนี้แตกต่างกันโดยสิ้นเชิง เห็นว่าไม่มีใครสามารถระบุได้อย่างแน่ชัดว่าชีวิตมนุษย์เริ่มเมื่อใด แต่สิ่งที่กำหนดได้คือ สิทธิที่จะเลือกและเป็นผู้ตัดสินใจว่าจะให้มีการตั้งครรภ์ต่อไป หรือจะยุติการตั้งครรภ์ ซึ่งเป็นเรื่องเสรีภาพในเนื้อตัว ร่างกายของแต่ละบุคคล หญิงทุกคนควรมีสิทธิที่จะตัดสินใจได้ว่าจะจัดการกับเนื้อตัวร่างกายของตนเองอย่างไร หญิงควรจะอยู่ในสภาพที่สามารถควบคุมสิ่งที่เกิดแก่ร่างกายของเธอให้มากที่สุดเท่าที่จะทำได้ ดังนั้น หญิงควรจะมีอิสระ เสรีที่จะตัดสินใจได้ว่าจะอุ้มท้องตัวอ่อนจนกว่าคลอดหรือจะทำแท้ง¹⁴⁷ นอกจากนี้การตั้งครรภ์เนื่องจากสภาวะความเป็นจริงในสังคมที่เอื้ออำนวยให้เกิดความเพ้อในกิจกรรมทางเพศ เป็นเรื่องน่าเศร้าในตัวของมันเองอยู่แล้ว แต่การที่จะต้องให้

¹⁴² Ibid. p. 76.

¹⁴³ Michael Tooley. (1987). *Applied Ethics*, pp. 57-86.

¹⁴⁴ Savis and Rodman. (1973). *The Abortion Controversy*, p. 17.

¹⁴⁵ Austin Liannery. (1982). *Op.cit.* p. 445.

¹⁴⁶ Robery F. Drinan. (1973). *Abortion Society and Law*, pp. 124-128.

¹⁴⁷ Baruch Brody. (1975). *Op.cit.* p. 26.

เด็กเกิดมาโดยที่ผู้เป็นพ่อและแม่ไม่ต้องการ หรือไม่อยู่ในฐานะและวิถีที่จะให้การเลี้ยงดูได้เป็น อย่างดีนั้นย่อมเป็นผลร้ายต่อชีวิตและอนาคตของเด็กเอง เป็นการเพิ่มปัญหาในสังคมที่จะเลวร้าย หนักขึ้นไปอีก¹⁴⁸ อนึ่ง เมื่อสภาวะทางเศรษฐกิจและสังคมได้แปรเปลี่ยนไปไม่สามารถทำแท้งได้ โดยถูกต้องตามกฎหมายและตามหลักวิชาการแพทย์ เพราะกฎหมายห้ามทำแท้งทำให้หญิงมีครรภ์ ส่วนหนึ่งพยายามทำแท้งในลักษณะลักลอบทำแท้ง โดยเป็นอันตรายถึงชีวิตและเจ็บป่วยเรื้อรังจาก การทำแท้งนั้น ดังนั้น เมื่อเราไม่สามารถห้ามการทำแท้งได้ ทำไมเราจึงไม่แก้กฎหมายให้สิทธิ หญิงที่จะทำแท้งได้ เพราะกฎหมายจะรับรองให้แพทย์ทำแท้งได้อย่างเปิดเผย สตรีที่ทำแท้ง สามารถเข้ารับการทำแท้งในโรงพยาบาลที่มีระบบการควบคุมความปลอดภัยอย่างถูกหลักวิชาและ ถูกกฎหมาย การมีกฎหมายอนุญาตให้ทำแท้งจึงเป็นประโยชน์แก่สังคม และเป็นการปกป้อง ประชาชนที่เสียหายจากอันตรายที่อาจเกิดขึ้นได้จากการทำแท้งโดยหมอเถื่อน หรือหมอไม่เถื่อน แต่ทำแท้งให้อย่างหยาบกระแวง¹⁴⁹ และการทำแท้งเป็นมาตรการสุดท้าย เมื่อมีการพลาดพลั้งใน กรรมวิธีคุมกำเนิด ซึ่งกฎหมายควรเปิดโอกาสให้หญิงมีสิทธิในการควบคุมสถานะการเจริญพันธุ์ ของตนเอง เพราะผู้หญิงต้องรับผิดชอบในการเลี้ยงดูลูกให้เติบโตต่อไป¹⁵⁰ กลุ่มนี้เรียกว่า “Rights to Choose” หรือ “Pro-Choice”

กลุ่ม Pro-Life ได้เสนอให้มีการแก้ไขรัฐธรรมนูญอีกครั้งเพื่อล้มเลิกคำพิพากษาศาลสูง ดังกล่าวแต่ไม่ประสบความสำเร็จ ศาลสูงสหรัฐก็ยังคงยืนมั่นในคำตัดสินของคดี Roe & Wade

ความขัดแย้งของคนทั้งสองกลุ่มชักนำไปสู่ความขัดแย้งทางการเมืองระหว่าง นักการเมืองที่มีความเห็นเรื่องการทำแท้งแตกต่างกัน อย่างไรก็ตาม กลุ่ม Pro-Choice ต่างยืนยันว่า จะพยายามต่อสู้ต่อไปเพื่อให้สิทธิให้การทำแท้งของสตรีผู้ประสงค์จะทำแท้งคงอยู่ ส่วนกลุ่ม Pro-Life จะพยายามผลักดันให้มีการแก้ไขกฎระเบียบข้อบังคับใหม่ในเรื่องการทำแท้ง¹⁵¹

ประเทศสหรัฐอเมริกา การทำแท้งเป็นความขัดแย้งของกลุ่มที่ต้องการให้การทำแท้ง เป็นสิ่งที่ถูกกฎหมาย กับกลุ่มที่ต้องการให้มีการทำแท้ง กลุ่ม Pro-Life ได้เสนอให้มีการแก้ไข รัฐธรรมนูญอีกครั้ง เพื่อล้มเลิกคำพิพากษาของศาลสูงดังกล่าว แต่ไม่ประสบความสำเร็จ ศาลสูง สหรัฐฯ ก็ยังคงยืนมั่นในคำตัดสินของคดี Roe & Wade¹⁵²

¹⁴⁸ Betty Sarvis and Hyman Rodman. Op.cit. p.

¹⁴⁹ Peter Singer. (1985). *Practical Ethics*. pp. 106-116.

¹⁵⁰ Susanne Paczensky. (1994). “In a Semantic Fog : How to Confront the Accusation That Abortion Equals Killing”. *Women’s Studies International Forum*, 8(6), p. 177.

¹⁵¹ Charles D.Kolso and R. Randall Kollso. (1984). *Abortion Law and Public Policy*. pp.61-80.

¹⁵² Kristin Laker. (1984). *Abortion and the Politics of Motherhood*. pp. 144-145.

ซึ่งสรุปได้ว่า ประเทศสหรัฐอเมริกา การทำแท้งก่อนทารกในครรภ์แสดงการมีชีวิตหรือคืบ (Quickening) จะได้รับอนุญาตจากกฎหมาย Common Law จนถึงปี ค.ศ. 1845 เมื่อหลายรัฐได้มีกฎหมายห้ามการทำแท้งของแต่ละมลรัฐเอง และในช่วงต้นปี ค.ศ. 1960 มี 41 รัฐอนุญาตให้ทำแท้งเพียงเมื่อจะเป็นอันตรายต่อชีวิตของหญิงหากตั้งครรภ์ต่อไป แต่รัฐอื่นๆนอกจากรัฐอนุญาตให้ทำแท้งต่อเมื่อจะเป็นอันตรายต่อชีวิตและสุขภาพทางกาย และในกรณีหากทำแท้งโดยแพทย์ซึ่งมีความเห็นว่ามีเหตุผลสมควรและจำเป็นเพื่อความปลอดภัยของชีวิตหญิงก็สามารถทำแท้งได้ โดยต้องมีหลักฐานแสดงว่าแพทย์ 1 หรือ 2 คน แนะนำว่าจำเป็นต้องกระทำเพื่อสงวนรักษาชีวิตหรือสุขภาพของมารดา

ช่วงกลางปี ค.ศ. 1960 หากหญิงมีครรภ์มีปัญหาด้านสุขภาพจิตใจ อาจมีการยอมรับให้ทำแท้งได้เนื่องจากถือเป็นเหตุผลที่สมควร เมื่อมีเหตุทำแท้งโดยชอบด้วยกฎหมายมากขึ้นจึงมีแนวโน้มว่าจะมีการทำแท้งมากขึ้นในหลายๆรัฐ ในปี 1970 มี 2-3 รัฐได้ยกเลิกความผิดอาญากรณีทำแท้ง หากมีการแสดงหลักฐานได้ว่าได้รับคำแนะนำจากแพทย์ในช่วงระยะแรกเริ่มของการตั้งครรภ์

ต่อมา มีการเปลี่ยนแปลงครั้งสำคัญ คือ คำตัดสินของศาลในปี 1973 ในคดี Roe & Wade ซึ่งตัดสินว่าตัวอ่อน (Fetus) มิใช่บุคคล ในความหมายของการแก้ไขรัฐธรรมนูญครั้งที่ 14 ดังนั้น ตัวอ่อนจึงไม่ได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญจนกว่าจะแสดงการมีชีวิต (viability) การแสดงการมีชีวิตเกิดขึ้นในระหว่างช่วง 24-28 สัปดาห์ของการตั้งครรภ์ และถือว่าเป็นสิทธิส่วนตัวของหญิง (Women's personal right of privacy) ที่จะสามารถตัดสินใจเองว่าจะทำแท้งตัวอ่อนหรือไม่ และศาลยังได้วางหลักว่าการตัดสินใจทำแท้งในช่วง 3 เดือนแรกของการตั้งครรภ์ควรจะมีระหว่างหญิงและแพทย์ของหญิงเท่านั้น แต่รัฐสามารถควบคุมการทำแท้งในช่วง 3 เดือนที่สอง โดยกำหนดเหตุคือเพื่อรักษาและปกป้องสุขภาพของหญิง และหลังจากทารกในครรภ์แสดงการมีชีวิตหรือคืบหรือในช่วง 3 เดือนที่สาม รัฐสามารถบังคับหรือแม้แต่ห้ามการทำแท้งได้ ยกเว้นมีเหตุจำเป็นเพื่อรักษาและสุขภาพของมารดา

คำตัดสินที่มีผลต่อกฎหมายในหลายมลรัฐที่ห้ามทำแท้งโดยบัญญัติว่าการตัดสินใจว่าจะทำแท้งหรือไม่ในช่วงครรภ์ 3 เดือนแรกเป็นเรื่องของหญิงและแพทย์โดยไม่ต้องอยู่ภายใต้กฎหมายของรัฐ แต่หลังจาก 3 เดือนแรกผ่านไปแล้ว (ไตรมาสที่ 2) จะทำแท้งได้ต่อเมื่อมีความจำเป็นเกี่ยวกับสุขภาพของหญิงมารดา และในช่วงอายุครรภ์ 3 เดือนสุดท้าย (ไตรมาสที่ 3) เป็นช่วงที่ตัวอ่อนสามารถมีชีวิตอยู่ได้ (viable) รัฐอาจห้ามทำแท้ง ยกเว้นเมื่อมีความจำเป็นในความเห็นของแพทย์ เช่น เพื่อรักษาชีวิตหรือสุขภาพของมารดา ประเด็นข้อโต้แย้งเรื่องการทำแท้งโดยมีการแสดงความเห็นในทางปรัชญา ศาสนา ศีลธรรม ทางการแพทย์และการเมือง ในช่วงต้นปี 1980

รัฐสภาได้ปฏิเสธที่จะจำกัดขอบเขตของการทำแท้ง และศาลฎีกาได้ตัดสินคดี Roe v. Wade เพื่อให้รัฐสามารถให้เสรีภาพมากขึ้นในขอบเขตการทำแท้ง ซึ่งต้องมีช่วงเวลารอคอยและต้องมีคำปรึกษาแนะนำจากแพทย์¹⁵³

ตั้งแต่คดี Roe v. Wade ผู้คนส่วนใหญ่ได้เปลี่ยนทัศนคติใหม่ว่าการทำแท้งไม่เป็นอาชญากรรมอีกต่อไป หากเป็นการทำแท้งโดยชอบด้วยกฎหมาย แต่ในทางปฏิบัติศาลในสหรัฐอเมริกาอาจมองในแง่ที่เป็นอาชญากรรมอยู่ ซึ่งในความเห็นของ Roe คือ การห้ามทำแท้งเป็นการจำกัดเสรีภาพ โดยเฉพาะในช่วงอายุครรภ์ในไตรมาสแรก แต่การทำแท้งในช่วงอายุครรภ์ไตรมาสที่ 2 และที่ 3 ควรเห็นว่าเป็นอาชญากรรม กล่าวคือ

1) อายุครรภ์ในช่วงไตรมาสแรก (3 เดือนแรก) การตัดสินใจทำแท้งควรขึ้นอยู่กับคำวินิจฉัยของแพทย์ของหญิง

2) อายุครรภ์ในช่วงไตรมาสที่ 2 รัฐจะต้องคำนึงถึงสุขภาพของหญิงมารดา โดยอนุญาตให้ทำแท้งได้หากมีเหตุผลเกี่ยวกับสุขภาพ

3) อายุครรภ์ในช่วงไตรมาสที่ 3 เป็นช่วงที่ทารกในครรภ์สามารถมีชีวิตอยู่รอดได้ (Subsequent to viability) รัฐจะต้องคำนึงถึงสิทธิมนุษยชน โดยห้ามทำแท้ง ยกเว้นในกรณีจำเป็น โดยมีคำวินิจฉัยของแพทย์ที่สมเหตุสมผล เช่น เพื่อสงวนชีวิตและสุขภาพของมารดา¹⁵⁴

ด้วยผลของคดี Roe v. Wade ดังกล่าว ทำให้หญิงในสหรัฐอเมริกาหาวิธีการที่จะยุติการตั้งครรภ์ได้อย่างกว้างขวางขึ้น สามารถถูกกฎหมายมากขึ้น มีคามปลอดภัยและง่ายขึ้น คำตัดสินของคดีนี้ทำให้มีการเคลื่อนไหวมากขึ้นในเรื่องสิทธิที่จะมีชีวิต (Right to life) โดยเริ่มรณรงค์ให้สร้างข้อห้ามทางกฎหมายเท่าที่จะเป็นไปได้ ในทางตรงกันข้ามมีการเคลื่อนไหวสิทธิที่จะทำแท้ง (The abortion right movement) โดยรณรงค์ให้มีการทำแท้งที่ปลอดภัยและชอบด้วยกฎหมายมากขึ้น หลายปีที่ผ่านมามีคำตัดสิน Webster ruling เมื่อวันที่ 3 กรกฎาคม พ.ศ. 1989 (คดี Webster v. Reproductive Health Service) โดยคะแนนเสียง 5 ต่อ 4 ซึ่งศาลฎีกาได้สนับสนุนกฎหมายของรัฐมิสซูรี ว่าห้ามใช้ทุนของรัฐ บุคลากรหรือสถานที่ของรัฐในการทำแท้งที่ผิดกฎหมาย และหากมีเหตุทำแท้งโดยชอบด้วยกฎหมายก็จะต้องมีแพทย์ทดสอบอายุครรภ์ว่าต้องไม่เกิน 20 สัปดาห์ก่อนการทำแท้ง

คำตัดสินคดี Webster แสดงว่ามีความเข้มงวดน้อยลงในเรื่องกรอบของอายุครรภ์ 3 เดือนซึ่งมีในคดี Roe v. Wade และคำตัดสินยังได้ให้สัญญาว่าเต็มใจให้แต่ละรัฐมีอิสระที่จะกำหนดเรื่องสิทธิของหญิงในการทำแท้ง ซึ่งในคดี Webster นี้ได้นำคำตัดสินมาใช้เป็นกฎหมาย

¹⁵³ John M. Scheb. (2003). *Criminal Law*. pp. 144-145.

¹⁵⁴ Charles P. Nemeth. (2004). *Criminal Law*. p. 155.

ภายในแต่ละรัฐมากขึ้น เช่น ภายใน 5 เดือนของการตัดสินใจ รัฐเพนซิลวาเนีย ออกกฎหมายว่าหญิงต้องแจ้งให้สามีของเธอทราบ โดยจะได้รับข้อมูลจากรัฐ คือ แพทย์ของเธอเกี่ยวกับการเตรียมเกี่ยวกับทางเลือก เช่น การรับอุปการะเด็กและยี่ระยะเวลาการทำแท้งออกไปอีกอย่างน้อย 24 ชั่วโมง ก่อนได้รับการทำแท้ง รัฐแคนซัส มีสซิสซิปปี นอร์ทดา และโอไฮโอ ต่างมีข้อกำหนดที่คล้ายๆกัน โดยบัญญัติข้อมูลเพื่อด้านการทำแท้งโดยให้ยี่เวลาออกไป รัฐหลุยเซียน่า ยูทา และกวม ออกกฎหมายเพื่อจัดการทำแท้งที่เป็นอาชญากรรม โดยมีข้อยกเว้นที่แคบและบางรัฐ เช่น คอนเนคติกัตมีทิศทางไปในทางตรงกันข้าม คือ ออกกฎหมายเพื่อประกันสิทธิของหญิงที่จะทำแท้ง

กฎหมายทำแท้งของสหรัฐอเมริกาขณะนี้ถูกควบคุมโดยคำตัดสินของศาลฎีกา เมื่อวันที่ 29 มิถุนายน ค.ศ. 1992 คือ คดี Planned Parenthood of Southern Pennsylvanai v. Casey ศาลฎีกาตัดสินคดีนี้ที่ Casey ยืนยันอีกครั้งให้ถือตามคำตัดสินของคดี Roe v. Wade ว่า ผู้หญิงมีสิทธิตามรัฐธรรมนูญที่จะได้รับการทำแท้งก่อนทารกในครรภ์แสดงการมีชีวิต หรือรัฐอาจห้ามหลังจากทารกในครรภ์แสดงการมีชีวิตด้วยข้อยกเว้นเดียวคือ เป็นอันตรายต่อชีวิตหรือสุขภาพของหญิง โดยคดี Casey ตัดสินอย่างเห็นได้ชัดเห็นว่ากฎหมายห้ามทำแท้งขัดต่อรัฐธรรมนูญ ศาลก็ยังปฏิเสธว่าต้องทำแท้งในช่วง 3 เดือนแรกเท่านั้น เพราะได้อธิบายไว้ในคดี Roe v. Wade แล้วว่าเป็นการปกป้องสุขภาพของหญิงและทารกยังไม่แสดงการมีชีวิตในระยะแรกนี้

คำตัดสินคดี Casey ศาลได้รับเอามาตรฐานที่ผ่อนผันขึ้นในการวิเคราะห์ข้อกำหนดการทำแท้งที่ถูกต้องตามรัฐธรรมนูญมากกว่าที่จะกล่าวเป็นข้อๆ โดยมีข้อยกเว้นให้หญิงมีสิทธิที่จะเลือกหากหญิงมี “ภาระที่ไม่เหมาะสม” (Undue Burden) คือ อุปสรรคที่ยิ่งใหญ่ได้หยาบยิบกส่วนหนึ่งของกฎหมายทำแท้งของรัฐเพนซิลวาเนียว่าต้องการให้หญิงเลื่อนเวลาออกไป 24 ชั่วโมง หลังจากทราบว่ารรัฐจะเห็นด้วยหรือไม่ หรือมีทางออกที่ว่าจะเลี้ยงดูเด็ก หรือให้หญิงที่เป็นผู้เยาว์ได้รับความยินยอมจากบิดามารดา หรือศาลก่อนการทำแท้ง

จากคำตัดสินคดี Casey ทำให้บทกฎหมายทำแท้งในรัฐต่างๆได้เปลี่ยนแปลงไปเช่นเมื่อเดือนตุลาคม ค.ศ. 1999 มี 40 รัฐที่ปกป้องหญิงผู้เยาว์จากการทำแท้ง โดยกำหนดว่าต้องได้รับความยินยอมหรือการเตือนจากบิดามารดา ก่อน นอกจากนี้มี 36 รัฐจัดให้มีขั้นตอนทางศาลโดยทางอ้อมแทนความยินยอมหรือการเตือนจากบิดามารดา และ 11 รัฐ ให้หญิงผู้เยาว์เลือกที่จะใช้ทางใดระหว่างความยินยอมจากบิดามารดาหรือขั้นตอนทางศาล ส่วนรัฐอื่นๆที่เหลือ มีรัฐหนึ่งกำหนดว่าหญิงผู้เยาว์จะต้องได้รับคำปรึกษาจากบิดามารดาหรือบุคคลอื่นที่รัฐเห็นสมควร ซึ่งอาจอนุญาตให้หญิงผู้เยาว์ทำแท้งแทนคำปรึกษาจากบิดามารดาได้

ใน 29 รัฐมีกฎหมายเรื่องความยินยอมในการทำแท้งโดยเฉพาะ หลายรัฐต้องการให้หญิงทราบข้อมูลการทำแท้ง และข้อมูลที่ว่ารัฐประสงค์ที่จะต่อต้านการทำแท้ง 17 รัฐ ออกกฎหมายในลักษณะเป็นคำสั่งให้มีช่วงเวลารอคอยอย่างน้อย 24 ชั่วโมง หลังจากที่รัฐให้ข้อมูลไปแล้วจนกว่าจะทำแท้ง และมี 5 รัฐ ที่กำหนดให้ศาลเป็นผู้บังคับให้เป็นไปตามกฎหมาย

การทำแท้งสามารถทำได้ในทุกรัฐ โดยการร้องขอก่อนทารกในครรภ์แสดงการมีชีวิต (Fetal viable) เพราะหากทารกแสดงการมีชีวิตแล้วรัฐอาจห้ามการทำแท้ง ยกเว้นที่เป็นอันตรายต่อชีวิตหรือสุขภาพของหญิง แม้ว่ากฎหมายของรัฐบาลกลางบัญญัติอนุญาตให้หญิงมีสิทธิตามรัฐธรรมนูญที่จะยุติการตั้งครรภ์ก่อนทารกในครรภ์แสดงการมีชีวิต ซึ่งในแต่ละรัฐได้รับอนุญาตให้กำหนดโทษได้ การทำแท้งถือว่าผิดกฎหมายแต่มีข้อยกเว้นความผิด 6 สาเหตุ ได้แก่

- 1) จำเป็นต้องกระทำเพื่อความปลอดภัยของชีวิตของหญิง
- 2) จำเป็นต้องกระทำเนื่องจากสุขภาพทางกายของหญิง
- 3) จำเป็นต้องกระทำเนื่องจากสุขภาพทางจิตใจของหญิง
- 4) หญิงมีครรภ์เนื่องจากการกระทำผิดอาญาฐานข่มขืนและการร่วมประเวณีระหว่างหญิงชายที่มีบิดามารดาเดียวกัน
- 5) จำเป็นต้องกระทำเนื่องจากสุขภาพของทารกในครรภ์
- 6) เหตุผลทางเศรษฐกิจและสังคม

3.1.3 ประเทศสิงคโปร์ (Singapore)

กฎหมายทำแท้งในสิงคโปร์ขึ้นอยู่กับกฎหมายของประเทศอังกฤษที่รับเอามาใช้ในศตวรรษที่ 19 การทำแท้งถือเป็นอาชญากรรมที่ต้องรับโทษตามมาตรา 312-316 ของประมวลกฎหมายอาญา (Penal Code) อย่างไรก็ตามการทำแท้งที่ได้รับอนุญาตจะต้องกระทำด้วยเจตนาดี (Good faith) เพื่อรักษาชีวิตของหญิงมีครรภ์

พระราชบัญญัติแรกที่ทำให้เสรีภาพแก่การทำแท้งได้ออกใช้เมื่อวันที่ 20 มีนาคม ค.ศ. 1970 โดยอนุญาตให้ทำแท้งด้วยเหตุผลทางการแพทย์ที่กว้าง เพื่อให้ได้ลักษณะทางพันธุกรรมที่ดีขึ้น (Eugenic) ให้ถูกต้องตามกฎหมาย (Juridical) และมีเหตุผลทางเศรษฐกิจและสังคม (Socioeconomic grounds) การทำแท้งด้วยเหตุผลทางการแพทย์และเหตุผลด้านพันธุกรรมต้องกระทำในระหว่าง 24 สัปดาห์แรกของการตั้งครรภ์ หากทำแท้งด้วยเหตุผลด้านกฎหมายและเหตุผลทางเศรษฐกิจสังคมต้องกระทำภายใน 16 สัปดาห์แรกของการตั้งครรภ์ ก่อนทำแท้งหญิงจะต้องได้รับอนุญาตจากคณะกรรมการ Termination of Pregnancy Authorization ซึ่งมีกรรมการ 11 คนตามมาตรา 5(3) ของ Abortion Act แต่อาจอนุญาตให้แพทย์ทำแท้งโดยไม่ต้องขออนุญาตจากคณะกรรมการ ถ้าได้ปรึกษากับแพทย์อีกคนหนึ่ง ซึ่งแพทย์ทั้งสองคนเห็นตรงกัน โดยมีข้อสรุปว่า

หากตั้งครรภ์ต่อไปจะเสี่ยงอย่างมากต่อชีวิตของหญิงหรือหญิงอาจได้รับอันตรายร้ายแรงต่อสุขภาพทางกายหรือจิตใจ แต่กรณีนี้ต้องแจ้งการทำแท้งต่อคณะกรรมการภายใน 2 สัปดาห์ ซึ่งคณะกรรมการจะอนุญาตให้มีการทำแท้งได้ตามเงื่อนไขต่อไปนี้¹⁵⁵

- 1) เมื่อการตั้งครรภ์จะมีอันตรายร้ายแรงต่อชีวิต สุขภาพทางกายและทางจิตของมารดา
- 2) เมื่อสภาพแวดล้อมของมารดาจะเลวลงในขณะคลอดหรือในอนาคต
- 3) เมื่อเหตุผลที่เชื่อถือได้ว่าเด็กที่เกิดมาจะมีความพิการอย่างร้ายแรงทางร่างกายหรือทางจิตใจ
- 4) เมื่อการตั้งครรภ์เป็นผลจากการถูกข่มขืนหรือเป็นการตั้งครรภ์กับผู้ร่วมสายโลหิตหรือกับคนวิกลจริตหรือคนปัญญาอ่อน

กฎหมายของปี 1970 (The 1970 Act) ระบุว่าหญิงที่แต่งงานแล้วต้องแสดงความยินยอมทำแท้งเป็นลายลักษณ์อักษรทุกคนโดยไม่คำนึงถึงอายุ แต่ต้องอายุไม่ต่ำกว่า 18 ปี ถ้าหญิงอายุยังไม่ถึง 18 ปี ต้องให้บิดามารดาหรือผู้ปกครอง (Guardians) ยินยอม แต่หากหญิงอายุไม่ถึง 18 ปี ไม่มีบิดามารดาหรือผู้ปกครองหรือสติไม่ดีหรือปัญญาอ่อน คณะกรรมการมีอำนาจให้ความยินยอมในกรณีนี้ได้

Abortion Act of 1974 (Penal Code, Chapter 119, มาตรา 312-316) ที่แก้ไขโดย Act No. 12 ของปี 1980 ได้ให้เสรีภาพแก่การทำแท้งมากขึ้น กฎหมายบัญญัติว่าบุคคลจะไม่มีคามผิดในการทำแท้ง หากการทำแท้งโดยแพทย์ซึ่งขึ้นทะเบียน และหญิงมีครรภ์ต้องทำคำร้องขอต่อแพทย์คนดังกล่าวและแสดงความยินยอมเป็นลายลักษณ์อักษรในช่วงอายุครรภ์ 24 สัปดาห์ ถ้าอายุครรภ์มากกว่านั้นจะอนุญาตให้ทำแท้งเฉพาะด้วยเหตุผลกรณีฉุกเฉินเพื่อช่วยชีวิตหญิงหรือเพื่อป้องกันอันตรายร้ายแรงต่อสุขภาพทางกายหรือจิตใจของหญิง และการทำแท้งโดยชอบด้วยกฎหมายจะมีผลเฉพาะตัวชาวสิงคโปร์ ภริยาของชาวสิงคโปร์ และหญิงซึ่งอาศัยอยู่ในสิงคโปร์ เป็นระยะเวลาอย่างน้อย 4 เดือนก่อนการทำแท้ง อีกทั้งกฎหมายใหม่ได้ยกเลิกคณะกรรมการซึ่งเคยทำหน้าที่อนุญาตให้ทำแท้ง

Abortion Act of 1974 ยังบัญญัติเพิ่มเติมอีกว่าการทำแท้งต้องทำในโรงพยาบาลของรัฐหรือสถานพยาบาลที่ได้รับความเห็นชอบ ยกเว้นเป็นการรักษาการทำแท้งโดยเพียงจ่ายยาให้ทานเท่านั้น ซึ่งผู้สั่งยาต้องเป็นแพทย์ผู้ขึ้นทะเบียน (Registered medical practitioner) มีการกำหนดคุณสมบัติของแพทย์ผู้ทำแท้งในระยษะครรภ์ต่างๆ คือแพทย์ที่ทำแท้งเมื่ออายุครรภ์ไม่เกิน 16 สัปดาห์ ต้องขึ้นทะเบียนภายใต้ Medical Regulation Act และมีประสบการณ์อย่างน้อย 24 เดือน

¹⁵⁵ สกต นิสาร์ตัน. (2545). *กฎหมายอาญาและการลงโทษที่เหมาะสม : แนวความคิดทางด้านปรัชญาและความยุติธรรมทางสังคม*. หน้า 109.

ในการเป็นสูติแพทย์ ถ้าอายุในครรภ์ไม่เกิน 24 สัปดาห์ต้องทำแท้งโดยแพทย์ ซึ่งได้รับปริญญาทางสูตินารีเวช คือ Master of Medicine (Obstetrics and Gynecology) จาก University of Singapore หรือ National University of Singapore หรือเป็นสมาชิกของ Royal College of Obstetrics and Gynecologists และต้องได้รับความยินยอมให้ทำแท้งจากสถาบันเหล่านี้ให้อนุญาตทำแท้งได้ทุกๆ 2 ปี

ในปี 1987 กฎเกณฑ์ข้างต้นถูกแก้ไขโดยบังคับให้มีการปรึกษาแพทย์ก่อนและจึงจะทำแท้งได้ นอกจากนี้รัฐยังต้องให้หญิงมีครรภ์รอ 24 ชั่วโมงหลังจากได้รับคำปรึกษาแล้วจึงจะทำแท้งได้ ยกเว้นกรณีฉุกเฉินเพื่อช่วยชีวิตหรือป้องกันอันตรายร้ายแรงต่อสุขภาพทางกายหรือทางจิตใจของหญิงมีครรภ์ การให้คำปรึกษาการทำแท้งก็เพื่อต้องการให้หญิงมีครรภ์ทราบข้อมูลว่าหญิงควรจะตั้งครรถ์ต่อไป หรือหากทำแท้งแล้วควรจะพยายามหลีกเลี่ยงไม่ทำแท้งซ้ำอีก

3.2 ประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law)

3.2.1 ประเทศเยอรมนี (Germany)

ในกฎหมายเยอรมันเดิม ถือว่าการทำแท้งเป็นความผิดฐานฆ่าโดยได้รับการรับรองจากวงการคริสต์ศาสนา ประมวลกฎหมาย Constitution Criminalist Carolina ของจักรพรรดิคาร์ลที่ 5 ซึ่งนับเป็นประมวลกฎหมายอาญาเยอรมันฉบับแรกได้แบ่งความผิดอาชญาฐานทำแท้งออกเป็น 2 กรณี คือ การทำแท้งภายใน 10 สัปดาห์แรก และการทำแท้งภายหลังจากนั้น บทบัญญัติว่าด้วยการทำแท้งฉบับปัจจุบันได้ประกาศใช้เมื่อปี ค.ศ. 1871 มีการแก้ไขเพิ่มเติมครั้งใหญ่เมื่อปี ค.ศ. 1974 และแก้ไขเพิ่มเติมอีกหลายครั้ง แต่ยังไม่มียกเว้นบทบัญญัติในกฎหมายที่บัญญัติไว้โดยเฉพาะให้ทำแท้งได้โดยชอบด้วยกฎหมาย

ต่อมาศาลสูงแห่งอาณาจักรไรช์ (Reichsgericht) ได้พิพากษาวางหลักเกี่ยวกับเหตุที่ผู้กระทำความผิดอาจกระทำได้นี้เนื่องจาก “การชั่งน้ำหนักระหว่างคุณธรรมทางกฎหมาย” (Rechtsgüterabwägung) ขึ้นโดยวางหลักว่า การที่บุคคลจำเป็นต้องล่วงละเมิดคุณธรรมทางกฎหมายอันหนึ่งเพื่อคุ้มครองรักษาคุณธรรมทางกฎหมายที่เหนือกว่าเอาไว้ นั่นถือว่าการกระทำนั้นไม่เป็นความผิด

ในส่วนที่เกี่ยวกับความผิดอาชญาฐานทำแท้ง คือ การที่แพทย์จำเป็นต้องทำแท้งให้หญิง โดยหญิงยินยอมเพื่อรักษาชีวิตหญิงให้พ้นจากอันตรายและไม่มีทางเลือกอย่างอื่นนั้น ถือว่าการทำแท้งของแพทย์นั้นไม่เป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย หลักที่ศาลสูงแห่งอาณาจักรไรช์ช่วงนี้เรียกว่า “ความจำเป็นที่เหนือกฎหมาย” (Ubergesetzlicher Notstand) และศาลสูงสุดของสหพันธ์รัฐ (Bundesgerichtshof) ซึ่งเป็นศาลสูงสุดของประเทศในปัจจุบันก็รองรับเหตุผลที่ผู้กระทำความผิด

กระทำได้ตามหลักเกณฑ์นี้ จากการยอมรับเรื่อง “ความจำเป็นที่เหนือกฎหมาย” จึงมีผลว่ากฎหมายได้ยอมรับว่า “เหตุทำแท้งได้เนื่องจากเหตุผลทางการแพทย์” (Medizinische indication) เป็นเหตุหนึ่งที่ทำแท้งได้โดยชอบด้วยกฎหมาย กรณีใดควรบัญญัติให้ทำแท้งได้หรือไม่มีการถกเถียงกันทุกวงการรวมทั้งวงการคริสต์ศาสนาด้วย

ก่อนการรวมตัวระหว่างประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน (Federal Republic of Germany) กับสาธารณรัฐประชาธิปไตยเยอรมัน (German Democratic Republic) สองรัฐนี้มีกฎหมายทำแท้งที่แตกต่างกันอย่างมาก ในสหรัฐสาธารณรัฐเยอรมัน กฎหมายแต่เริ่มแรกมีพื้นฐานที่สำคัญโดยการประกาศของศาลสหพันธ์รัฐตั้งแต่ ค.ศ. 1975 หลังจากนั้นไม่นาน รัฐสภาเยอรมันออกเสียงให้อิสระแก่กฎหมายทำแท้งแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติว่า “การทำแท้งโดยแพทย์และโดยได้รับความยินยอมของหญิงที่ได้กระทำภายในสิบสองสัปดาห์แรกของการตั้งครรภ์ไม่เป็นความผิด” เห็นได้ว่าหลักการทำแท้งเสรีขึ้น โดยกำหนดเงื่อนไขเวลาไว้อย่างเดียว ซึ่งเรียกว่า “หลักเกณฑ์เกี่ยวกับเวลา” (Fristenregelung) แต่บทบัญญัติยังไม่ทันได้ใช้บังคับ รัฐบาลแห่งมลรัฐ Baden Wurttemberg ได้ยื่นฟ้องต่อศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์รัฐ (Bundes verfassungsgericht) โดยกล่าวอ้างว่าเป็นการขัดต่อรัฐธรรมนูญ (Grundgesetz) ที่ปกป้องสิทธิที่จะมีชีวิต (Right of life) คือ สิทธิที่จะมีชีวิตของทารกในครรภ์ และศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์รัฐได้วินิจฉัยชี้ขาดเมื่อวันที่ 25 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1975 ว่าบทบัญญัตินี้ขัดต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 2 วรรคสอง ประกอบด้วยมาตรา 1 เพราะยกเว้นการลงโทษฐานทำแท้งโดยปราศจากเหตุผลที่จะพิจารณาได้ตามรัฐธรรมนูญโดยสิ้นเชิง

ผลการตัดสินคดีนี้ รัฐสภาได้รับเอากฎหมายที่อนุญาตทำแท้งให้ถูกต้องตามกฎหมาย โดยต้องมีเหตุดังต่อไปนี้ ได้แก่ หากมีอันตรายร้ายแรงต่อสุขภาพหรือชีวิตของหญิงมีครรภ์ หรือหากสันนิษฐานได้ว่าสุขภาพทารกในครรภ์มีอันตรายร้ายแรงที่ไม่อาจรักษาให้หายได้ หรือหากการตั้งครรภ์เกิดจากการกระทำผิดอาญาฐานข่มขืนหรือการร่วมประเวณีระหว่างหญิงชายที่มีบิดามารดาเดียวกัน หรือหญิงมีครรภ์อยู่ในสภาพเสรีาโคทที่ไม่อาจทนได้ (เช่น ด้วยเหตุผลทางเศรษฐกิจและสังคม) สำหรับเหตุผลความเสรีาโคทที่ไม่อาจทนได้จะต้องได้รับการตัดสินโดยแพทย์มากกว่า 1 คน ซึ่งมีใช้การตัดสินของหญิงมีครรภ์เอง การทำแท้งกรณีหญิงมีครรภ์อยู่ในสภาพเสรีาโคทที่ไม่อาจทนได้ จะต้องทำแท้งในช่วงระหว่าง 12 สัปดาห์ แรกของการตั้งครรภ์ส่วนกรณี 2 เหตุผลแรกนั้นจะต้องได้รับอนุญาตหลังจากมีการพิจารณาเรื่องอายุครรภ์แล้ว

โดยผลของการต้องมีแพทย์ที่ต้องให้เห็นชอบในกรณีการร้องขอทำแท้ง (โดยเฉพาะในกรณีเหตุผลทางเศรษฐกิจและสังคม และกรณีเหตุผลหญิงเสรีาโคททนไม่อาจทนได้) ส่งผลให้หญิง

เยอรมันหลายคนเลือกที่จะเดินทางไปทำแท้งในประเทศที่สามารถทำแท้งได้ง่ายและรวดเร็วกว่า เช่น เนเธอร์แลนด์ เป็นต้น

อย่างไรก็ตาม ความผิดในการบัญญัติเรื่องเหตุผลควรทำแท้งได้โดยชอบด้วยกฎหมายก็มิได้ยุติลง ทั้งคำพิพากษาของศาลรัฐธรรมนูญสหพันธรัฐเองก็มีได้ระบุว่า จะกระทำมิได้เลยหากแต่ต้องมีเหตุผลที่จะต้องพิจารณาได้ตามรัฐธรรมนูญเท่านั้น ต่อมารัฐสภาของสหพันธรัฐได้พิจารณาทบทบัญญัติการทำแท้งกันใหม่และได้ออกกฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมเรื่องการทำแท้งใหม่เมื่อวันที่ 12 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1976 ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันและเห็นกันว่าชอบด้วยรัฐธรรมนูญโดยให้ทำแท้งได้เมื่อพิจารณาจากเหตุผลดังต่อไปนี้

1) เหตุทำแท้งได้เนื่องจากเหตุผลทางแพทย์ คือ การทำแท้งโดยแพทย์ เพื่อป้องกันหญิงให้พ้นอันตรายที่จะมีต่อชีวิตหญิงหรือเพื่อให้หญิงพ้นจากอันตรายร้ายแรงที่จะมีต่อสุขภาพของหญิงโดยหญิงยินยอม ซึ่งเทียบได้กับเหตุทำแท้งได้ตามประมวลกฎหมายอาญาของไทย มาตรา 305(1) เหตุทำแท้งในกรณีนี้ คือ เหตุที่ได้รับรองไว้แล้วตามหลักความจำเป็นที่เหนือกฎหมาย

2) เหตุทำแท้งได้เนื่องจากเหตุผลทางด้านอาชญากรรม คือ การทำแท้งโดยแพทย์ โดยหญิงยินยอมและการมีครรภ์นั้นเนื่องจากการได้มีการกระทำผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและความผิดทางเพศฐานอื่นที่คล้ายกัน ซึ่งเทียบได้กับเหตุทำแท้งได้ตามประมวลกฎหมายอาญาของไทย มาตรา 305(2) การทำแท้งในกรณีนี้จะต้องกระทำภายในกำหนดสิบสองสัปดาห์แรกของการตั้งครรภ์ จึงจะไม่มีผลผิด

3) เหตุทำแท้งได้เนื่องจากเหตุผลด้านเด็ก คือ การทำแท้งโดยแพทย์หากหญิงยินยอมและมีเหตุผลอันควรเชื่อได้ว่าเนื่องจากเหตุการณ์พันธุหรือเหตุร้ายแรงอื่นใดที่มีน้ำหนักมากเพียงพอที่ทำให้เชื่อได้ว่าอาจเป็นอันตรายทำให้เด็กพิการ หรือไม่สมประกอบโดยไม่อาจจัดให้หมดไปก่อนการคลอดได้ ทั้งการที่จะให้มีครรภ์ต่อไปนั้นไม่เป็นการสมควรอย่างยิ่ง เมื่อพิจารณาจากทางด้านหญิงมีครรภ์นั้น การทำแท้งในกรณีนี้จะต้องกระทำภายในยี่สิบสองสัปดาห์แรกของการตั้งครรภ์

4) เหตุทำแท้งได้เนื่องจากเหตุผลทางสังคม มีปัญหาถกเถียงกันมากกว่าควรมีขอบเขตแค่ไหน เพียงใด มีความเห็นที่เป็นยุติกันประการหนึ่งคือถ้าฟังแต่ความคับแค้นทางเศรษฐกิจประการเดียวเท่านั้นไม่เพียงพอที่จะถือเป็นเหตุทำแท้งได้ เพราะถือกันว่าปัญหาเศรษฐกิจของบุคคลในชาติรัฐต้องยื่นมือเข้ามารับผิดชอบ ซึ่งจะต้องประกอบด้วยเหตุที่ว่าและตามความรู้ทางการแพทย์จำเป็นต้องทำแท้งเพื่อป้องกันอันตรายและความจำเป็นนั้นต้องมีน้ำหนักอย่างมากที่ไม่อาจจะปล่อยให้ตั้งครรภ์ต่อไปได้ และทั้งไม่อาจจะป้องกันโดยวิธีอื่นใด

บทบัญญัติว่าด้วยการทำแท้งที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบัน (German Criminal Code 1998) มีดังต่อไปนี้

มาตรา 218 (การทำแท้ง)¹⁵⁶

- (1) ผู้ใดทำแท้งต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือต้องระวางโทษปรับ
- (2) ในกรณีร้ายแรงพิเศษ ผู้กระทำต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หกเดือนถึงห้าปี กรณีร้ายแรงพิเศษโดยเฉพาะ ได้แก่ กรณีที่ผู้กระทำ
 1. ได้กระทำโดยหญิงมีครรภ์นั้นไม่ยินยอม หรือ
 2. ได้กระทำโดยประมาทเลินเล่อ เป็นเหตุให้หญิงที่มีครรภ์นั้นได้รับอันตรายถึงแก่ความตายหรือได้รับอันตรายสาหัสศาลอาจสั่งควบคุมความประพฤติผู้กระทำผิดตามความในมาตรา 86(1) ข้อ 2 ได้
- (3) หญิงใดทำแท้งให้ตนเอง ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือต้องระวางโทษปรับ แต่หญิงที่ทำแท้งให้ตนเองไม่ต้องรับโทษดังกล่าว ถ้าการทำแท้งได้กระทำภายหลังที่ได้มีการปรึกษาแนะนำ (มาตรา 218 ตรี (1) ข้อ 1, 2.) และการทำแท้งได้กระทำโดยแพทย์ กับทั้งการทำแท้งนั้นได้กระทำภายในยี่สิบสองสัปดาห์ของการตั้งครรภ์ ศาลจะไม่ลงโทษหญิงที่ทำแท้งให้ตนเองตามที่กล่าวมาข้างต้นก็ได้ ถ้าขณะทำแท้งนั้นหญิงตกอยู่ในภาวะที่ถูกกดดันเป็นพิเศษ
- (4) การพยายามกระทำความผิดฐานนี้เป็นการกระทำที่ต้องรับโทษตามกฎหมายแต่หญิงไม่ต้องรับโทษฐานพยายามกระทำความผิด

¹⁵⁶ Section 218 Abortion

(1) Whosoever terminates a pregnancy shall be liable to imprisonment not exceeding three years or a fine. Acts the effects of which occur before the conclusion of the indention shall not be deemed to be an abortion within the meaning of this law.

(2) In especially serious cases the penalty shall be imprisonment from six months to five years. An especially serious case typically occurs if the offender

1. Acts against the will of the pregnant woman; or
2. Through gross negligence causes a risk of death or serious injury to the pregnant woman.

(3) If the act is committed by the pregnant woman the penalty shall be imprisonment not exceeding one year or a fine.

(4) The attempt shall be punishable. The pregnant woman shall not be liable for attempt.

มาตรา 218 a (เหตุทำแท้งได้)¹⁵⁷

(1) การทำแท้ง โดยแพทย์ไม่เป็นความผิดตามมาตรา 218 ถ้า

1. หญิงมีครรภ์นั้นยินยอม และ

2. การทำแท้งนั้น เมื่อคำนึงถึงความเป็นไปแห่งชีวิตของหญิงที่มีครรภ์นั้น ทั้งในปัจจุบันและในอนาคต ตามความรู้ทางแพทย์แล้วควรกระทำเพื่อหลีกเลี่ยงให้พ้นจากอันตรายต่อชีวิตหรืออันตรายที่กระทบกระเทือนอย่างมากต่อร่างกายหรือจิตใจของหญิงที่มีครรภ์นั้น และอันตรายนั้นไม่อาจหลีกเลี่ยงให้พ้นโดยทางอื่นที่สมควรได้

(2) เจื่อนใจตาม (1) ข้อ 2 ให้ถือว่าเป็นอันครบถ้วนเช่นเดียวกันถ้าตามความรู้ของแพทย์

1. มีเหตุอันเชื่อได้ว่าเด็ก อันเนื่องมาจากผลทางกรรมพันธุ์ หรือผลร้ายอย่างอื่น ก่อนการคลอดอาจได้รับผลร้ายที่เกี่ยวกับสภาพความสมบูรณ์ของร่างกายและจิตใจ ที่ไม่อาจเยียวยา

¹⁵⁷ Section 218a Exception to liability for abortion

(1) The offence under section 218 shall not be deemed fulfilled if

1. The pregnant woman requests the termination of the pregnancy and demonstrated to the physician by certificated pursuant to section 219(2)2nd sentence that she obtained counseling at least three days before the operation;

2. The termination of the pregnancy is performed by a physician; and

3. Not more than twelve weeks have elapsed since conception.

(2) The termination of pregnancy performed by a physician with the consent of the pregnant woman shall not be unlawful if, considering the present and future living conditions of the pregnant woman, the termination of the pregnancy is medically necessary to avert a danger to the life or the danger of grave injury to the physical or mental health of the pregnant woman and if the danger cannot reasonably be averted in another way from her point of view.

(3) The conditions of subsection(2) above shall also be deemed fulfilled with regard to a termination of pregnancy performed by a physician with the consent of the pregnant woman, if according to medical opinion an unlawful act has been committed against the pregnant woman under sections 176 to 179, there is strong reason to support the assumption that the pregnancy was caused by the act, and not more than twelve weeks have elapsed since conception.

(4) The pregnant woman shall not be liable under section 218 if the termination of pregnancy was performed by a physician after counseling (section 219) and not more than twenty-two weeks have elapsed since conception. The court may order a discharge under section 218 if the pregnant woman was in exceptional distress at the time of the operation.

ได้ ซึ่งผลร้ายที่ได้รับนั้นเป็นผลร้ายที่ร้ายแรงมากจนไม่อาจจะเรียกร้องให้หญิงต้องอุ้มท้องต่อไปได้

2. ได้มีการกระทำความผิดตามมาตรา 176 ถึงมาตรา 179 ต่อหญิงที่มีครรภ์นั้น และการตั้งครรภ์นั้นเกิดขึ้นเนื่องจากการกระทำความผิดดังกล่าวนี้ หรือ

3. การทำแท้งนั้นควรกระทำเพื่อหลีกเลี่ยงให้หญิงพ้นจากอันตรายอันเกิดจากความจำเป็นที่

ก) ร้ายแรงมากที่ไม่อาจเรียกร้องให้หญิงอุ้มท้องต่อไปได้ และ

ข) อันตรายนั้นไม่อาจหลีกเลี่ยงให้พ้นโดยทางอื่นที่สมควรได้

(3) การทำแท้งในกรณี (2) ข้อ 1 ต้องกระทำภายในยี่สิบสองสัปดาห์ของการตั้งครรภ์ การทำแท้งในกรณี (2) ข้อ 2 และข้อ 3 ต้องกระทำภายในสิบสองสัปดาห์ของการตั้งครรภ์

มาตรา 218 b (การทำแท้งโดยปราศจากคำรับรองที่ถูกต้องของแพทย์)¹⁵⁸

(1) ผู้ใดทำแท้งโดยที่หญิงที่มีครรภ์นั้นมิได้

1. อย่างน้อยที่สุดสามวันก่อนการทำแท้ง ในปัญหาของการทำแท้งติดต่อกับผู้ให้คำแนะนำ (ตาม (2)) และรับทราบจากผู้นั้นเกี่ยวกับการสงเคราะห์ช่วยเหลือที่มีอยู่นั้นทั้งภาครัฐบาล และภาคเอกชนสำหรับหญิงมีครรภ์ แม่และเด็กก่อน โดยเฉพาะอย่างยิ่งเกี่ยวกับการสงเคราะห์ช่วยเหลือ ที่จะช่วยแบ่งเบาภาระที่ต้องอุ้มท้องต่อไป และที่จะช่วยแบ่งเบาภาระของแม่และเด็ก และ

¹⁵⁸ Section 218b Abortion without or under incorrect medical certification

(1) Whosoever terminates a pregnancy in cases under section 218a (2) or (3) without having received the written determination of a physician, who did not himself perform the termination of the pregnancy, as to whether the conditions of section 218a (2) or (3) were met shall be liable to imprisonment not exceeding one year or a fine unless the offence is punishable under section 218. Whosoever as a physician intentionally and knowingly makes an incorrect determination as to the condition of section 218a (2) or (3) for presentation under the 1st sentence above shall be liable to imprisonment not exceeding two years or a fine unless the act is punishable under section 218. The pregnant woman shall not be liable under the 1st of 2nd sentence above.

(2) A physician must not make determinations pursuant to section 218a (2) or (3) if a competent agency has prohibited him from doing so because he has been convicted by final judgment for an unlawful act under subsection (1) or under section 218, section 219a of section 219b of for another unlawful act which he committed prohibit a physician from making determinations under section 218a (2) or (3) if an indictment has been admitted to trial based on a suspicion that he committed unlawful acts indicated in the 1st sentence above.

2. รับคำแนะนำจากแพทย์เกี่ยวกับเรื่องที่สำคัญในทางการแพทย์ก่อน ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือต้องระวางโทษปรับ ถ้าการกระทำนั้นไม่เป็นความผิดตามมาตรา 218 หุญที่มีครรภนั้นไม่ต้องรับโทษในกรณีนี้

(2) ผู้ให้คำแนะนำตามความหมายของ (1) ข้อ 2 คือ

1. องค์กรให้คำแนะนำที่ทางการรับรอง หรือ
2. แพทย์ผู้ใดผู้หนึ่งที่มีใช้แพทย์ผู้ทำแท้งนั้น และที่

ก) เป็นสมาชิกขององค์กรให้คำแนะนำที่ทางการรับรอง (ข้อ 1) เป็นผู้ได้รับมอบหมายให้คำแนะนำตามความหมายของ (1) ข้อ 1

ข) เป็นผู้ให้คำแนะนำที่ทางการรับรอง หรือ

ค) เป็นผู้ที่ได้รับการติดต่อขอความช่วยเหลือที่มีอยู่เฉพาะกรณี โดยการแนะนำกับสมาชิกขององค์กรสงเคราะห์ช่วยเหลือ (ตามข้อ 1) ที่ได้รับมอบหมายให้คำแนะนำตามความหมายของ (1) ข้อ 1 หรือโดยการแนะนำกับเจ้าหน้าที่สังคมสงเคราะห์หรือโดยทางอื่นที่เป็นไปได้

(3) ความใน (1) ข้อ 1 ไม่นำมาใช้บังคับ ถ้าการทำแท้งควรกระทำเพื่อหลีกเลี่ยงให้หุญมีครรภนั้นพ้นจากอันตรายที่จะเกิดขึ้น เนื่องจากการเจ็บป่วยทางกาย หรือความเสียหายทางกายที่เป็นอันตรายแก่ชีวิต หรือสุขภาพของหุญที่มีครรภนั้น

มาตรา 219 (การทำแท้งโดยปราศจากการตรวจยืนยันทางแพทย์)

(1) ผู้ใดทำแท้งโดยไม่มีคำรับรองเป็นหนังสือจากแพทย์ที่มีใช้ผู้ทำแท้งเองเกี่ยวกับข้อที่ว่าเงื่อนไขตามมาตรา 218 ทวิ (1) ข้อ 2 (2) (3) มีอยู่จริงหรือไม่ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือต้องระวางโทษปรับ ถ้าการกระทำนั้นไม่เป็นความผิดตามมาตรา 218 หุญที่มีครรภนั้นไม่ต้องรับโทษฐานนี้

(2) แพทย์ผู้ใดที่ถูกศาลพิพากษาถึงที่สุดว่าได้กระทำความผิดตาม (1) หรือตามมาตรา 218 218 ตริ 219 ทวิ 219 ตริ หรือ 219 จัตวา หรือความผิดอื่นที่เกี่ยวข้องกับการทำแท้ง แพทย์นั้นจะออกคำรับรองไม่ได้ พนักงานเจ้าหน้าที่อาจมีคำสั่งห้ามมิให้แพทย์ที่ต้องหาว่าได้กระทำความผิดดังกล่าวออกใบรับรองไว้ชั่วคราวได้ ถ้าคดีนั้นศาลได้ประทับฟ้องแล้ว

มาตรา 219 ทวิ (การรับรองเท็จ)

(1) ผู้ใดเป็นแพทย์ โดยรู้อยู่แก่ใจแล้ว ได้ออกคำรับรองอันไม่ถูกต้องเกี่ยวกับเงื่อนไขของมาตรา 218 ทวิ (1) ข้อ (2) (3) สำหรับเป็นหลักฐานอ้างอิงตามมาตรา 219 (1) ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสองปี หรือต้องระวางโทษปรับถ้าการกระทำนั้นไม่เป็นความผิดตามมาตรา 218

(2) หุญที่มีครรภไม่ต้องรับโทษตาม (1)

มาตรา 219 ตี (การโฆษณาการทำแท้ง)¹⁵⁹

(1) ผู้ใดเสนอ บอกกล่าว แนะนำ หรืออธิบายเนื้อหาของสิ่งนั้นในที่สาธารณะ ในที่กลางชุมชน หรือโดยการทำให้แพร่หลายซึ่งสิ่งบันทึก (มาตรา 11(3))เพื่อประโยชน์ในลักษณะทรัพย์สิน หรือในทางที่ขัดต่อศีลธรรมอันดี

1. ซึ่งการทำแท้ง หรือการเรียกร้องให้ทำแท้งโดยตนเองหรือผู้อื่น หรือ
2. ซึ่งปัจจัย วัตถุ หรือวิธีการที่ใช้ในการทำแท้ง โดยมีการชี้แจงสรรพคุณ ต้อง

ระวางโทษจำคุกไม่เกินสองปี หรือต้องระวางโทษปรับ

(2) วรรค (1) ข้อ 1 ไม่ใช่ข้อบังคับถ้าแพทย์หรือองค์การให้คำแนะนำที่ทางการรับรองตามมาตรา 28 ตี (2) ข้อ 1 เป็นผู้โฆษณา ซึ่งแพทย์หรือโรงพยาบาล หรือองค์การนั้นๆพร้อมที่จะรับทำแท้งภายใต้เงื่อนไขของมาตรา 248 ทวิ

(3) วรรค (1) ข้อ 2 ไม่ใช่ข้อบังคับแก่แพทย์ หรือบุคคลที่ประกอบธุรกิจเกี่ยวกับปัจจัยหรือวัตถุตามที่กล่าวใน (1) ข้อ 2 โดยชอบหรือการโฆษณาในหนังสือทางวิชาการทางแพทย์หรือเภสัช

¹⁵⁹ Section 219a Advertising services for abortion

(1) Whosoever publicly, in a meeting or through dissemination of written materials (section 11(3)), form material gain of in a grossly inappropriate manner, offers, announces or commends

1. His own services for performing terminations of pregnancy of for supporting them, or the services of another; or

2. Means, objects or procedures capable of termination a pregnancy with reference to this capacity, or makes declarations of such a nature shall be liable to imprisonment not exceeding two years of a fine.

(2) Subsection (1) No 1 above shall not apply when physicians or statutorily recognized counseling agencies provide information about which physicians, hospitals or institutions are prepared to perform a termination of pregnancy under the conditions of section 218a (1) to (3).

(3) Subsection (1) No 2 above shall not apply if the offence was committed with respect to physicians or persons who are authorized to trade in the means or objects mentioned in subsection (1) No 2 or through a publication in professional medical or pharmaceutical journals.

มาตรา 219 จัตวา (จำหน่ายวัตถุทำแท้ง)¹⁶⁰

(1) ผู้ใดเพื่อเรียกรื้องให้มีการทำแท้งตามมาตรา 218 ทุมตลอด ซึ่งปัจจัยหรือวัตถุที่ทำแท้งได้ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสองปีหรือต้องระวางโทษปรับ

(2) การร่วมกระทำความผิดของหญิงซึ่งเตรียมในการทำแท้งของตนไม่เป็นการกระทำที่ต้องรับโทษตาม (1)

(3) ปัจจัยหรือวัตถุที่เกี่ยวกับการกระทำความผิดอาจถูกศาลสั่งริบเสียได้

เหตุทำแท้งทั้งหมดตามกฎหมายเยอรมันในปัจจุบันยังมีขอบเขตที่จำกัด โดยมีเงื่อนไขที่บัญญัติในกฎหมายและยังเพิ่มด้วยเงื่อนไขและขั้นตอนอื่นๆอีก การทำแท้งในเยอรมันจึงค่อนข้างยุ่งยากกว่าในประเทศข้างเคียง นอกจากต้องหาแพทย์ที่จะทำแท้งให้แล้ว ยังมีแพทย์อีกจำนวนมากที่ยังลังเลหรือไม่ยอมทำแท้งให้ โดยเฉพาะในกรณีเหตุผลทางสังคม¹⁶¹

ประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน (Criminal Law) ได้บัญญัติเรื่องการทำแท้งในมาตรา 218 และมาตรา 219 โดยถือว่าการทำแท้งเป็นความผิดอาญา แต่มีข้อยกเว้นที่ไม่ถือว่าเป็นความผิดโดยบัญญัติยกเว้นไว้ 6 สาเหตุ ได้แก่

- 1) จำเป็นต้องกระทำเพื่อความปลอดภัยของชีวิตของหญิง
- 2) จำเป็นต้องกระทำเนื่องจากสุขภาพทางกายของหญิง
- 3) จำเป็นต้องกระทำเนื่องจากสุขภาพทางจิตใจของหญิง
- 4) หญิงมีครรภ์เนื่องจากการกระทำความผิดอาชญาฐานข่มขืนและการร่วมประเวณีระหว่างชายหญิงที่มีบิดามารดาเดียวกัน
- 5) จำเป็นต้องกระทำเนื่องจากสุขภาพทารกในครรภ์
- 6) เหตุผลทางเศรษฐกิจและสังคม

ยกเว้นกรณีทำแท้งด้วยเหตุผลทางการแพทย์ ในกรณีอื่นๆก่อนหญิงทำแท้งจะต้องเข้าพบปรึกษาแพทย์ก่อนและต้องทำแท้งในโรงพยาบาลหรือสถานพยาบาลที่ได้รับอนุญาต

¹⁶⁰ Section 219b Distribution of substances for the purpose of abortion

(1) Whosoever with intent to encourage unlawful acts under section 218 distributes means or objects which are capable of terminating a pregnancy shall be liable to imprisonment not exceeding two or a fine.

(2) The secondary participation by a woman preparing the termination of her own pregnancy shall not be punishable under subsection (1) above.

(3) Means or objects to which the offence relates may be subject to a deprivation order.

¹⁶¹ คณิต ฌ นคร. (2537). รายงานเสวนาทางวิชาการเรื่องมาตรการทางกฎหมายกับปัญหาการทำแท้ง : ทางออกอยู่ที่ไหน ?. หน้า 114-116.

ด้านนโยบายทำแท้งในสหพันธ์สาธารณรัฐประชาธิปไตยเยอรมันขึ้นอยู่กับกฎหมายของสังคมนิยม รัฐบาลคอมมิวนิสต์สนับสนุนเต็มที่ในสิทธิสตรีและเห็นว่าสามารถทำแท้งได้ ด้วยเหตุนี้การทำแท้งจึงสามารถร้องขอได้ในระหว่างอายุครรภ์ 12 สัปดาห์ หากมีเหตุผลอื่นๆที่ร้ายแรงซึ่งรวมถึงกรณีที่เป็นอันตรายต่อชีวิตของหญิงด้วย โดยไม่มีเหตุผลกรณีหญิงต้องทนทุกข์ต่อความยากลำบากในการดำเนินชีวิตหรือขึ้นอยู่กับคำตัดสินของแพทย์ดังเช่นสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันและประเทศอื่นๆในแถบยุโรปตะวันออก

ผลที่ตามมาเมื่อมีการรวมตัวกันของสองประเทศ คือ การเปลี่ยนแปลงในความแตกต่างนี้ ในระบบการปกครอง ช่วงเตรียมเพื่อรวมตัวกันได้มีการเจรจาเพื่อทำสนธิสัญญา รวมถึงเจรจาที่จะทำให้กฎหมายของทั้งสองรัฐนี้เหมือนกัน ซึ่งรวมทั้งความแตกต่างกันเรื่องกฎหมายทำแท้งด้วยแม้ตกลงกันได้เกือบทุกเรื่องแต่ไม่สามารถตกลงกันได้ในเรื่องกฎหมายทำแท้ง โดยทั้งสองรัฐต่างยืนยันปฏิเสธที่จะรับเอากฎหมายทำแท้งของอีกรัฐหนึ่งมาใช้ ทั้งสองรัฐจึงตกลงกันว่าจะตัดสินมติประเด็นนี้ภายใน 2 ปี หลังจากได้มีการลงนามในสนธิสัญญารวมตัวแล้ว

สำหรับข้อตกลงในกฎหมายใหม่นี้มีการเจรจาเพื่อประนีประนอมกันในเดือนมิถุนายน ค.ศ. 1992 ว่าการทำแท้งโดยชอบด้วยกฎหมายจะต้องกระทำภายใน 12 สัปดาห์แรกของการตั้งครรภ์และหญิงมีครรภ์พบว่าตัวเธออยู่ในสภาพการณ์ที่กดดันและสับสนอย่างมาก ซึ่งอาจได้รับคำปรึกษาจากผู้อื่นนอกเหนือจากแพทย์โดยให้รอ 3 วันก่อนการทำแท้ง หญิงมีครรภ์จึงจะได้รับคำตัดสินสุดท้าย คำปรึกษาที่กำหนดโดยกฎหมายจะต้องมีว่าเพื่อปกป้องชีวิต การทำแท้งโดยชอบด้วยกฎหมายสามารถขยายถึง 22 สัปดาห์ กรณีถ้าเชื่อว่าเด็กที่เกิดมาอาจมีข้อบกพร่องหรือพิการอย่างรุนแรงและในระยะเวลาใดก็ได้ในระหว่างการตั้งครรภ์ เพื่อป้องกันอันตรายต่อชีวิตหญิงหรืออันตรายร้ายแรงต่อสุขภาพทางกายหรือทางจิตใจของหญิงซึ่งไม่ถือว่าเป็นอาชญากรรม หากทำแท้งภายใน 12 สัปดาห์แรกของการตั้งครรภ์ และกรณีภายในสถานการณ์ของความเศร้าโศกและสับสนก็ไม่ถือว่าเป็นอาชญากรรมเช่นกัน

กฎหมายบัญญัติกว้างๆเพื่อห้ามการทำแท้ง รวมถึงบทบัญญัติสำหรับการให้คำปรึกษา โดยไม่คิดค่าใช้จ่ายและมีข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับสุขภาพ รวมทั้งช่วยเหลือหญิงมีครรภ์ มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการรักษาโดยไม่คิดค่าใช้จ่ายและการคุมกำเนิดสำหรับบุคคลอายุต่ำกว่า 20 ปี สำหรับเพิ่มสิทธิพิเศษแก่หญิงมีครรภ์และเด็ก การประกันสิทธิของเด็กทุกคนในอันที่จะได้รับการดูแลจากสถานเลี้ยงเด็กจึงเชื่อว่าบทบัญญัติเหล่านี้ไม่แสดงว่ามีเจตนาสนใจอัตราการทำแท้งที่สูงจากแง่คิดทางสังคมที่ว่าสามารถทำแท้งง่ายขึ้น

ผลของการโต้เถียงอย่างมากทางกฎหมาย กลุ่มสมาชิกสภานิติบัญญัติและรัฐบาลาวเรีย ได้แสดงข้อคิดเห็นโต้แย้งก่อนศาลรัฐธรรมนูญของเยอรมัน โดยโต้เถียงกันว่าละเมิดต่อบทบัญญัติ

เรื่องสิทธิที่จะมีชีวิต (Right to life) ซึ่งบัญญัติอยู่ในรัฐธรรมนูญเยอรมัน ในปี ค.ศ. 1993 ศาลได้มีคำตัดสิน โดยวินิจฉัยว่ากฎหมายอนุญาตให้ทำแท้งถูกต้องตามกฎหมายต่อเมื่อหญิงมีครรภ์อยู่ในสถานการณ์ซึ่งเศร้าโศกและสับสน ซึ่งละเมิดต่อสิทธิที่จะมีชีวิตอย่างชัดเจน ซึ่งเป็นสิทธิที่รัฐธรรมนูญได้บัญญัติรับรองไว้ให้โดยประกาศว่าทุกการทำแท้งถือว่ามีผิดกฎหมาย ยกเว้นเหตุผลที่แสดงถึงการรักษาโรคและยังวางหลักว่าบทบัญญัติที่เกี่ยวกับการให้คำปรึกษานั้นไม่เป็นไปตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ เพราะไม่เพียงพอต่อการปกป้องชีวิต ศาลยังกล่าววาทกฎหมายในอนาคตเกี่ยวกับการให้คำปรึกษาของบุคลากรอาจยังไม่มีควมชำนาญเป็นพิเศษเพื่อปกป้องชีวิตของทารกที่ยังไม่คลอด (unborn child) และควรพยายามโน้มน้าวจิตใจหญิงมีครรภ์ ให้ไม่ยอมทำแท้ง และยังคงแสดงรายละเอียดของนโยบายเกี่ยวกับการให้คำปรึกษาเช่นนั้น

อย่างไรก็ตาม ศาลได้วางหลักว่าแม้การทำแท้ง โดยเหตุผลของสถานการณ์ที่เศร้าโศกและสับสนของหญิงมีครรภ์จะผิดกฎหมาย แต่ก็สามารถกระทำในประเทศเยอรมันได้ โดยผู้ร่วมกระทำจะไม่ถูกดำเนินคดี เนื่องจากหญิงมีครรภ์ได้รับคำปรึกษาที่ต้องการและต้องแสดงว่าได้รอ 3 วันก่อนการทำแท้ง มิฉะนั้นหญิงหรือแพทย์อาจถูกลงโทษเพราะการทำแท้งด้วยเหตุดังกล่าวผิดกฎหมาย และจะไม่สามารถเบิกเงินจากประกันสังคมได้ กรณีดังกล่าวนี้บัญญัติใช้ในประเทศเยอรมันทั้ง 2 ส่วน ยกเว้นในกรณีที่หญิงประสงค์จะทำแท้งมีฐานะยากจนอย่างมากซึ่งไม่อาจจ่ายค่าทำแท้งด้วยตนเองได้ ผลในทางปฏิบัติของคำตัดสิน คือ รัฐสภาได้ออกกฎหมายทำแท้งอีกครั้งหนึ่งหลังจากนั้นเกือบ 1 ปี เกี่ยวกับเค้าโครงของกฎหมายใหม่ที่ควรจะมี

ในที่สุดได้ออกกฎหมายใหม่เมื่อปี ค.ศ. 1995 โดยสาระสำคัญส่วนใหญ่ได้ยึดมั่นคำตัดสินของศาล คือ สามารถทำแท้งได้ในระยะเวลา 12 สัปดาห์แรกของการตั้งครรภ์ และสามารถทำแท้งได้ถ้าหญิงตกอยู่ในภาวะเศร้าโศกและสับสน และได้รับคำปรึกษาที่ถูกต้องแล้ว 3 วันก่อนการทำแท้ง การทำแท้งนั้นผิดกฎหมายแต่อาจได้รับการยกเว้นโทษหากเข้าข้อยกเว้นตามที่กฎหมายอนุญาต โดยก่อนทำแท้งหญิงต้องได้รับคำปรึกษาป้องกันชีวิตที่ยังไม่เกิด ผู้ให้คำปรึกษาจำเป็นต้องแจ้งหญิงมีครรภ์ว่าทารกในครรภ์มีสิทธิที่จะมีชีวิต (Right to life) และต้องพยายามโน้มน้าวจิตใจให้หญิงตั้งครรภ์ต่อไป แต่อย่างไรก็ตามผู้ให้คำปรึกษาต้องไม่บังคับหญิงตั้งครรภ์เพียงแต่ช่วยเตือนสติเท่านั้น ถ้าหญิงเห็นด้วยก็อาจนำบุคคลอื่นที่เกี่ยวข้องเข้ามาในการปรึกษาเช่น พ่อของทารกในครรภ์ เป็นต้น

กฎหมายยังกำหนดโทษสำหรับบุคคลที่บังคับให้หญิงทำแท้ง หรือผู้ชักชวนให้ทำแท้ง โดยมีเจตนาร้าย นอกจากนี้กฎหมายบัญญัติว่าการทำแท้งกรณีอยู่ในภาวะเส้ำโสกและสับสนนั้น ไม่อาจเบิกเงินจากกองทุนประกันสังคมได้ยกเว้นกรณีที่ยุติยากจนอย่างมาก¹⁶²

ตามแนวทางกฎหมายเยอรมันถือว่าทารกในครรภ์เป็นชีวิตที่มีศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ และมีสิทธิในการมีชีวิตอยู่อย่างเท่าเทียมกัน ดังนั้น การทำแท้งเด็กในครรภ์มารดาที่มีได้เป็นไปตามเงื่อนไขของกฎหมายหรือการที่รัฐมิได้เข้าไปปกป้องต่อชีวิตของเด็กในครรภ์มารดาดังกล่าวย่อมเป็นการขัดกับมาตรา 1 (ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์) ของรัฐธรรมนูญของสหพันธ์รัฐเยอรมัน (Bverf 39,1) ซึ่งศาลเยอรมันได้เคยวินิจฉัยไว้ว่า “กฎหมายอาญาที่อนุญาตให้ทำแท้งได้นั้นเป็นโมฆะ” โดยให้เหตุผลว่า “ชีวิตที่ได้รับการพัฒนาอยู่ในครรภ์มารดานั้นถือว่าเป็นชีวิตอีกชีวิตหนึ่ง ซึ่งอยู่ภายใต้การคุ้มครองของรัฐธรรมนูญหรือศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” นอกจากนี้กฎหมายเยอรมันยังให้ความคุ้มครองรวมไปถึงบุคคลที่เสียชีวิตแล้ว เช่น การใช้ประโยชน์จากศพของมนุษย์ในทางกรวิจัย เพื่ออุตสาหกรรมอาจเป็นการละเมิดในศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ แต่หากผู้ตายได้ตัดสินใจด้วยตนเองเป็นการที่จะอุทิศร่างกายของตนเพื่อการศึกษาวิจัยในทางแพทย์อันเป็นประโยชน์ในการศึกษาค้นคว้า เพื่อการรักษาเยียวยาผู้ที่ยังมีชีวิตอยู่ย่อมไม่เป็นการขัดต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์¹⁶³

3.2.2 ประเทศสวีเดน (Sweden)

ประเทศสวีเดน ได้มีการจัดทำกฎหมายการทำแท้งตั้งแต่ปี 1993 เรียกว่า Abortion Act 1938 ซึ่งแสดงว่าประเทศสวีเดนสามารถให้มีการทำแท้งได้โดยตั้งอยู่บนเหตุผลพื้นฐานทางการแพทย์ มนุษยธรรม และการคุ้มครองชาติพันธุ์ (Eugenical) ซึ่งเหตุผลในการทำแท้งนี้อาจเกิดจากการตั้งครรภ์ที่มีผลกระทบร้ายแรงต่อชีวิตของหญิง หรือการตั้งครรภ์โดยมิได้เต็มใจเนื่องจากการถูกข่มขืน หรือเด็กในครรภ์ที่รับการวินิจฉัยแล้วว่าถ้าคลอดออกมาแล้วเด็กจะมีโอกาสพิการได้ โดยในกรณีถ้าเป็นการทำแท้งโดยเหตุผลทางการแพทย์ เช่น หญิงนั้นป่วยเป็นโรคจิต หรือพิการทางกาย ซึ่งสามารถกระทำในช่วงใดก็ได้ของการตั้งครรภ์ซึ่งจะต้องได้รับการรับรองจากแพทย์สองคน ส่วนการทำแท้งในกรณีอื่นจะต้องได้รับการรับรองจากคณะกรรมการสาธารณสุขและสังคมสังเคราะห์แห่งชาติ (The National Board of Health and Welfare) และจะต้องกระทำก่อนอายุครรภ์ 20 สัปดาห์

¹⁶² กฎหมายทำแท้งของเยอรมัน. สืบค้นเมื่อวันที่ 2 มิถุนายน 2554, จาก <http://www.un.org/esa/population/publication/abortion/doc/germany.doc>

¹⁶³ เมธิกาญจน์ ช้างหัวหน้า. (2552). ความชอบธรรมในการทำแท้งกรณีชีวิตในครรภ์ไม่สมประกอบ. หน้า 148.

ต่อมาในปี 1946 ได้มีการแก้ไขกฎหมายการทำแท้งโดยเป็นการขยายความเหตุผลทางสังคมวิทยาศาสตร์เข้าไป ซึ่งให้พิจารณาถึงสภาพความเป็นอยู่และเหตุผลประการอื่นที่มีผลกระทบต่อสุขภาพกายและจิตใจของหญิงที่จะให้กำเนิดบุตรและสภาพการเลี้ยงดูบุตร โดยหญิงที่มีความประสงค์จะทำแท้งจะต้องได้รับการปรึกษาจากนักสังคมสงเคราะห์ซึ่งจะเป็นผู้ประเมินสถานการณ์และเป็นผู้เตรียมการในกระบวนการทำแท้ง นักสังคมสงเคราะห์ยังมีบทบาทในการให้ความช่วยเหลือด้านสังคมและทางการเงินกับหญิงตั้งครรภ์ที่เปลี่ยนใจไม่ทำแท้งหรือถูกปฏิเสธไม่ให้ทำแท้งอีกด้วยและกฎหมายฉบับนี้ยังขยายอายุครรภ์ในการทำแท้งเป็น 24 สัปดาห์

ในปี 1963 ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมเหตุผลในการทำแท้ง โดยในกรณีที่เด็กทารกในครรภ์มีความเสี่ยงที่จะพิการ ก็สามารถทำแท้งได้ โดยมีคณะกรรมการเข้ามาตรวจสอบถึงเหตุผลในการทำแท้งในแต่ละรายไป ซึ่งเป็นกระบวนการที่ใช้ระยะเวลาาน และจะไม่สามารถทำแท้งได้จนกว่าระยะที่สองของอายุการตั้งครรภ์สามเดือน (Second trimester)

ด้วยข้อดีของกฎหมายดังกล่าว ในปี 1974 จึงได้มีการแก้ไขกฎหมายฉบับดังกล่าวอีกครั้ง ซึ่งได้มีการเพิ่มเติมสาระสำคัญว่า

กรณีการทำแท้งก่อนอายุครรภ์ 12 สัปดาห์ หญิงสามารถทำแท้งได้ไม่ว่าด้วยเหตุผลใดๆก็ตาม

กรณีอายุครรภ์ระหว่าง 12 สัปดาห์จนถึง 18 สัปดาห์ หญิงจะต้องได้รับการปรึกษากับนักสังคมสงเคราะห์เสียก่อน

กรณีที่จะทำแท้งเมื่ออายุครรภ์ตั้งแต่ 18 สัปดาห์ขึ้นไป จะต้องได้รับการอนุญาตจากคณะกรรมการสาธารณสุขและสังคมสงเคราะห์แห่งชาติ (The National Board of Health and Welfare) เสียก่อน ซึ่งการอนุญาตดังกล่าวจะต้องเกิดจากเด็กทารกในครรภ์ที่มีความพิการหรือสุขภาพของหญิงไม่แข็งแรง และจะต้องกระทำโดยผู้ประกอบวิชาชีพทางการแพทย์ที่มีใบอนุญาตรับรอง โดยจะต้องกระทำในโรงพยาบาลหรือสถานที่อื่นๆ ซึ่งได้รับการรับรองคณะกรรมการสาธารณสุขและสังคมสงเคราะห์แห่งชาติ

ตารางที่ 3.3 เปรียบเทียบเหตุผลในการทำแท้งของแต่ละประเทศ

ประเทศ เหตุผลในการทำแท้ง	อังกฤษ	สหรัฐ อเมริกา	สิงคโปร์	เยอรมัน	สวีเดน
1. เพื่อความปลอดภัยในชีวิตของหญิง ตั้งครรภ์	✓	✓	✓	✓	✓
2. เนื่องจากสุขภาพทางกายของหญิง ตั้งครรภ์	✓	✓	✓	✓	✓
3. เนื่องจากสุขภาพทางจิตใจของหญิง ตั้งครรภ์	✓	✓	✓	✓	✓
4. เนื่องจากความผิดปกติทางพันธุกรรม และการร่วมประเวณีระหว่างชาย หญิงที่มีบิดามารดาเดียวกัน	X	✓	✓	✓	✓
5. เนื่องจากสุขภาพของทารกในครรภ์	✓	✓	✓	✓	✓
6. เนื่องจากเหตุผลทางเศรษฐกิจและ สังคม	✓	✓	✓	✓	✓
7. เนื่องจากเหตุผลของแต่ละเรื่อง ตามที่ร้องขอ (Available on request)	X	✓	✓	✓	✓

บทที่ 4

บทวิเคราะห์เหตุทำแท้งได้โดยชอบด้วยกฎหมาย

กรณีที่มารมามีปัญหาทางจิต

แนวความคิดเรื่องการทำแท้งเริ่มพัฒนาขึ้นเรื่อยๆ โดยในสมัยก่อนไม่มีการอนุญาตให้ทำแท้ง ต่อมาได้มีการอนุญาตให้ทำแท้งตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 305 ซึ่งตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 305 ได้บัญญัติหลักเกณฑ์อนุญาตให้มีการทำแท้งได้ 2 กรณี คือ กรณีเนื่องจากเหตุผลทางการแพทย์ และกรณีเนื่องจากการกระทำความผิดอาญาเกี่ยวกับเพศ ซึ่งกรณีเนื่องจากเหตุผลทางการแพทย์ ยังมีข้อโต้แย้งกันอยู่ว่าหมายความรวมถึงสุขภาพจิตของหญิงตั้งครรภ์ด้วยหรือไม่ สำหรับปัญหานี้เห็นควรนำข้อพิจารณาเกี่ยวกับเรื่องต่างๆที่เกี่ยวข้องโดยนำมาวิเคราะห์ ดังนี้

4.1 ความชอบธรรมในการทำแท้ง

การทำแท้งถือเป็นปัญหาด้านจริยธรรมที่มีข้อโต้แย้งกันมานานมากแล้ว รวมทั้งกรณีสุขภาพทางจิตของมารดา โดยได้มีผู้ให้ความเห็นและเหตุผลต่างๆที่นำมาประกอบการตัดสินใจว่า มีน้ำหนักมากพอในการตัดสินใจที่จะยุติการตั้งครรภ์เนื่องจากปัญหาทางจิตของมารดาหรือไม่ โดยเหตุผลสนับสนุนต่างๆมีดังนี้

4.1.1 ข้อพิจารณาด้านคุณธรรมทางกฎหมาย

คุณธรรมทางกฎหมาย (Rechtsgut) หมายถึง ประโยชน์หรือคุณค่าของการอยู่ร่วมกันที่กฎหมายคุ้มครอง หรือ ประโยชน์ที่กฎหมายคุ้มครอง¹⁶⁴ คุณธรรมทางกฎหมาย ยังแบ่งแยกได้เป็น 2 ประเภท คือ คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคล เช่น ชีวิต ความปลอดภัยของร่างกาย ทรัพย์สิน และ คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนรวม เช่น ความปลอดภัยในการจราจร ในความผิดตามกฎหมายว่าด้วยการจราจร ความมั่นคงเชื่อถือและการชำระหนี้ได้ของเงินตรา ในความผิดเกี่ยวกับเงินตรา ความคงอยู่ของดินแดนหรือความเป็นเอกภาพของดินแดน ในความผิดฐานกบฏดินแดน เป็นต้น¹⁶⁵

¹⁶⁴ คณิต ฅ นคร (2554). *กฎหมายอาญาภาคทั่วไป*. หน้า 132.

¹⁶⁵ คณิต ฅ นคร . เล่มเดิม. หน้า 133.

กรณีการทำแท้งเป็นกรณีที่คุณธรรมทางกฎหมาย (Rechtsgut) สองอันเกิดขัดแย้งกัน ทำให้บุคคลจำต้องทำลายคุณธรรมทางกฎหมาย (Rechtsgut) ที่ด้อยกว่า คือ ชีวิตลูกในครรภ์ เพื่อรักษาคุณธรรมทางกฎหมาย (Rechtsgut) ที่สูงกว่า คือ ชีวิตมารดา และเป็นกรณีที่ผู้กระทำไม่มีความเลือกอื่นแล้ว การกระทำนั้นเป็น “ความจำเป็นที่เหนือกฎหมาย” ผู้กระทำไม่มีความผิด¹⁶⁶

เหตุจำเป็นเนื่องจากสุขภาพของหญิงนี้เป็นกรณีของ “หลักขังน้ำหนักระหว่างคุณธรรมทางกฎหมาย” (Rechtsgüterabwegung) กล่าวคือ ตามหลักนี้ถือว่าการที่ผู้กระทำจำต้องกระทำการใดอันเป็นการละเมิดคุณธรรมทางกฎหมายที่ด้อยกว่าเพื่อรักษาคุณธรรมทางกฎหมายที่สูงกว่าไว้ นั้น ผู้กระทำไม่มีความผิด สำหรับกรณีเกี่ยวกับการทำแท้งก็คือ การที่ผู้กระทำจำต้องทำลายชีวิตในครรภ์มารดาเพื่อรักษาชีวิตหญิงนั่นเอง¹⁶⁷

ปัญหาทางด้านสุขภาพจิตมีความสำคัญไม่น้อยไปกว่าปัญหาทางด้านสุขภาพ ดังนั้นหากมารดามีปัญหาทางด้านสุขภาพจิตในขณะที่ตั้งครรภ์ อาจมีผลกระทบต่อทารกในครรภ์ได้ จึงถือว่าเป็นความจำเป็นที่เหนือกฎหมาย ที่ผู้หญิงสามารถขังน้ำหนักระหว่างคุณธรรมทางกฎหมายได้ ซึ่งหากพิจารณาแล้วจะเห็นได้ว่าคุณธรรมทางกฎหมายของมารดาสูงกว่าคุณธรรมทางกฎหมายของชีวิตลูกในครรภ์ จึงเป็นกรณีที่บุคคลจำต้องทำลายคุณธรรมทางกฎหมายที่ด้อยกว่าเพื่อรักษาคุณธรรมทางกฎหมายที่สูงกว่า

4.1.2 ข้อพิจารณาด้านสิทธิมนุษยชน

สิทธิมนุษยชน คือ พื้นฐานทางนิติปรัชญาด้วยความเชื่อว่าเป็น สิทธิที่มีติดตัวมนุษย์ทุกคนตั้งแต่กำเนิด สิทธินี้เกิดขึ้นที่บุคคลมีความเป็นมนุษย์สมบูรณ์และสามารถได้รับการคุ้มครองโดยอัตโนมัติโดยธรรมชาติของมนุษย์และกฎหมายภายในหรือโดยการบัญญัติกฎหมาย¹⁶⁸

สำหรับหญิงมีครรภ์ที่มีปัญหาสุขภาพทางจิต ผู้วิจัยเห็นว่าการที่หญิงที่มีปัญหาสุขภาพทางจิตและแพทย์ได้ตรวจพบว่าหญิงตั้งครรภ์มีปัญหาสุขภาพจิต เช่น มีความหวาดกังวล ความวิตกกังวล หญิงย่อมมีสิทธิมนุษยชนซึ่งเป็นสิทธิขั้นมูลฐานในอันที่จะดำรงชีวิต ปราศจากการแทรกแซงจากรัฐที่จะห้ามหญิงทำแท้งเพราะผู้ที่ต้องเลี้ยงดูเด็ก คือ หญิงเท่านั้น ซึ่งหญิงบางคนอาจไม่มีความสามารถเพียงพอที่จะแบกรับภาระดังกล่าว เพราะประสบปัญหาสุขภาพทางจิตและปัญหาที่อาจจะเกิดขึ้นตามมา เช่น ปัญหาเด็กถูกทำร้ายเพราะผู้เป็นแม่มีความหวาดระแวงว่าจะมีคนมาทำร้าย เป็นต้น นอกจากนี้รัฐก็ไม่ได้เข้ามาเกี่ยวข้องร่วมดูแลเลี้ยงดูเด็กด้วย ซึ่งในทางปฏิบัติหากหญิงประสงค์จะทำแท้งหรือแพทย์ลงความเห็นว่าจะสมควรยุติการตั้งครรภ์ให้แก่หญิงตั้งครรภ์นั้นก็ไม่ว่า

¹⁶⁶ คณิต ณ นคร. เล่มเดิม. หน้า 222.

¹⁶⁷ คณิต ณ นคร. เล่มเดิม. (2553). *กฎหมายอาญาภาคความผิด*. หน้า 179.

¹⁶⁸ กุลพล พลวัน. (2538). *พัฒนาการสิทธิมนุษยชน*. หน้า 132.

กระทำได้ เนื่องจากกฎหมายยังไม่มี ความชัดเจนว่าสามารถยุติการตั้งครรถ์ให้แก่หญิงตั้งครรถ์ในกรณีใดได้บ้าง แต่ในความเป็นจริงแล้วส่วนใหญ่เมื่อญาติหรือสามีของหญิงตั้งครรถ์นั้นทราบว่าหญิงตั้งครรถ์มีปัญหาสุขภาพทางจิต ก็มักจะหาทางออกโดยการลักลอบทำแท้ง เพราะไม่ต้องการให้เกิดปัญหาแก่ตัวเด็กตามมา

การทำแท้งในกรณีนี้มีความคล้ายคลึงกับการฆ่าเพื่อให้พ้นทุกข์ทรมาน หรือ “การุณยฆาตกรรม” (euthanasia) ซึ่งจัดเป็นปัญหาจริยธรรมอีกเรื่องหนึ่งว่าควรเป็นที่ยอมรับได้หรือไม่ แต่มีข้อแตกต่างตรงที่ว่าเราไม่มีทางทราบได้ว่าตอนที่ยังอยู่ระหว่างพัฒนาการในครรภ์นั้น ความรู้สึกเกี่ยวกับเรื่องความทุกข์ทรมานคงจะยังไม่เกิดขึ้น จนกว่าทารกได้จะคลอดออกมาและได้รับผลกระทบจากปัญหาทางจิตของมารดา

ความแตกต่างของผลได้ผลเสียที่จะเกิดขึ้นจากการกระทำหรือไม่ทำแท้งในกรณีนี้ ไม่อาจจะเห็นได้ชัดเจนเฉพาะหน้า เช่นเดียวกับการทำแท้งในกรณีที่การตั้งครรถ์จะเป็นอันตรายต่อสุขภาพกายของมารดา การจะพิจารณาว่าการทำแท้งในกรณีที่มารดามีปัญหาสุขภาพทางจิตยอมซับซ้อนกว่ากรณีที่มารดามีปัญหาสุขภาพทางกาย ในกรณีดังกล่าวนี้ผลดีที่จะเกิดขึ้นจากการไม่ยอมทำแท้ง ก็คือชีวิตในครรภ์มารดาชีวิตหนึ่งจะสามารถเกิดมาได้ และผลเสีย ก็คือ การมีปัญหาต่อการเลี้ยงดูหรือการได้รับผลกระทบจากปัญหาสุขภาพทางจิตของมารดา เช่น ทารกอาจถูกทำร้ายหรือมารดาไม่สามารถเลี้ยงดูได้ และผลกระทบโดยทางอ้อมก็คือ สังคม ซึ่งเมื่อพิจารณาแล้วปัญหาสุขภาพทางจิตย่อมมีความสำคัญไม่ยิ่งหย่อนไปกว่าสุขภาพทางกาย และผลเสียย่อมมีมากกว่าผลดีพอที่จะให้มีการทำแท้งในกรณีนี้ได้ แต่สิ่งที่ต้องคำนึงถึงก็คือระดับความร้ายแรงของปัญหาสุขภาพจิตของมารดา จะต้องมากพอและต้องทราบแน่ชัดจริงๆ และทารกจะได้รับผลกระทบจากปัญหาสุขภาพทางจิตของมารดาภายหลังเมื่อคลอดออกมาแล้ว ซึ่งหากว่ามีความแน่ใจในเงื่อนไขดังกล่าวแล้ว การทำแท้งในกรณีนี้ก็ย่อมเป็นที่ยอมรับได้ แม้เราไม่อาจแน่ใจได้ว่าทารกในครรภ์จะยินดีกับการทำแท้งเพื่อไม่ให้ตนเองต้องได้รับผลกระทบจากปัญหาสุขภาพทางจิตของมารดาหรือไม่ แต่ก็น่าจะอนุมานได้จากตัวอย่างที่ว่า หากบุคคลหนึ่งเมื่อเกิดมาแล้วชีวิตของเขาจะต้องมีปัญหาและได้รับความทุกข์ทรมาน เขาอาจจะไม่ยอมเกิดหรือถ้าหากเขาเลือกได้ อาจเลือกที่จะไม่เกิดมาเลยก็ได้

4.1.3 ข้อพิจารณาด้านศาสนาและศีลธรรม

ตามหลักศาสนาทุกศาสนา ถือว่าการทำลายชีวิตผู้อื่นถือว่าเป็นบาป ทุกคนควรมีศีลธรรมอันดีในอันที่จะไม่เบียดเบียนชีวิตของผู้อื่น ซึ่งประเทศที่เคร่งศาสนาจะห้ามการทำแท้งในทุกกรณี เพราะถือว่าเป็นบาป แต่อย่างไรก็ตามในแต่ละศาสนายังมีระดับความบาปมากหรือบาป

น้อย ซึ่งแล้วแต่สิ่งที่เรากระทำต่อมันเป็นอะไร เช่น การกินเนื้อสัตว์ที่ตายแล้วถือว่าเป็นบาปน้อยกว่า การฆ่าสัตว์ การฆ่าขบถบาปน้อยกว่าการฆ่ามนุษย์ เป็นต้น

สำหรับกรณีการทำแท้งในกรณีที่มีมารดามีปัญหาสุขภาพทางจิตนั้น ผู้วิจัยเห็นว่าเป็นกรณีที่กระทำด้วยความจำเป็นที่ต้องการตัดปัญหาต่างๆที่จะตามมาในภายหลังให้หมดไป ทำให้ทารกในครรภ์ไม่ต้องเกิดมาทนทุกข์ทรมานหรือได้รับผลกระทบจากปัญหาสุขภาพจิตของมารดา ในการดำเนินชีวิตต่อไป ทั้งนี้ ควรขออนุญาตทำแท้งในช่วงที่อายุครรภ์ยังไม่มากนัก จึงถือว่าเป็นเหตุในการทำแท้งเพื่อช่วยแก้ปัญหาที่จะตามมาในภายหลังให้แก่ทารกดังกล่าว ซึ่งคล้ายกับการกระทำการการุณฆฆฆฆ

ศาสนาพุทธเป็นศาสนาที่ประชาชนชาวไทยนับถือมากที่สุด ได้มีการกล่าวว่า การฆ่าคนตายต้องประกอบด้วยเจตนา พระพุทธศาสนาแยกเรื่องศีลธรรมเป็นคนละส่วนกับเรื่องกฎหมาย กล่าวคือ มีการยอมให้กฎหมายขัดกับศีลธรรมในพุทธศาสนาได้ หากว่ามีความจำเป็นเพียงพอ มิได้หมายความว่าคนทำแท้งไม่ผิดศีลธรรม การฆ่าทารกในครรภ์เป็นบาปเสมอ ไม่ว่าจะฆ่าเพราะเหตุใดก็ตาม¹⁶⁹ แต่การฆ่าเพราะความจำเป็นถือว่าเป็นบาปชนิดเบา เช่น การฆ่าคนตายโดยมีเหตุเพื่อป้องกันชีวิตเรา ตามกฎหมายแล้วถือว่าไม่มีความผิด แต่ในทางศีลธรรมถือว่าผิดศีลข้อหนึ่ง การทำแท้งหรือไม่เป็นสิทธิของผู้ตั้งครรภ์ที่จะเลือก เมื่อเลือกอย่างไรแล้ว ต้องยอมรับผลของการกระทำของตนกฎหมายยกเว้นความผิดแต่ในทางศีลธรรมแล้วถือว่าเรากระทำผิดศีลธรรม

4.1.4 ข้อพิจารณาด้านจริยธรรม

การทำแท้งเป็นปัญหาทางจริยธรรมที่เกี่ยวกับสวัสดิภาพชีวิตในสังคม หากทำแท้งตามอำเภอใจจะถือว่าผิดจริยธรรมหรือไม่ก็เป็นไปตามทัศนคติของแต่ละบุคคล และตามกฎหมายของแต่ละสังคม ซึ่งส่วนใหญ่ถือว่าผิด สำหรับทัศนคติของนักจริยธรรมถือว่าการทำแท้งผิดจริยธรรมก็เนื่องจากเห็นว่าทารกในครรภ์มีสถานภาพทางจริยธรรมที่สมบูรณ์ คือ มีสิทธิในชีวิตเท่ากับคนที่สมบูรณ์แล้ว แต่ขณะเดียวกันทัศนคติแบบเสรีนิยมเห็นว่าการทำแท้งไม่ผิดจริยธรรม เพราะทารกในครรภ์ยังไม่มีความสมบูรณ์ทางจริยธรรม จึงไม่มีสิทธิในชีวิตเหมือนมนุษย์ที่สมบูรณ์แล้ว และสำหรับทัศนคติแบบยึดหยุ่นหรือที่เป็นกลางเห็นว่าจะผิดจริยธรรมหรือไม่ก็แล้วแต่เงื่อนไขประกอบต่างๆ เช่น อายุครรภ์ เหตุผลรองรับที่เข้มงวด เช่น ชีวิตและสุขภาพของมารดา เป็นต้น หากทำแท้งด้วยเหตุสุขภาพหรือชีวิตของมารดาค่อนข้างเป็นที่ยอมรับโดยทั่วไปว่าไม่ผิดจริยธรรม แต่ถ้าทำแท้งด้วยเหตุสุขภาพทารกในครรภ์พิการหรือเป็นโรคร้ายแรงที่ไม่สามารถรักษาให้หายขาดได้ เห็นว่าต้องดู

¹⁶⁹ สุนทร ฅ รังสี. (2532, มกราคม). “ทัศนคติของพระพุทธศาสนาเกี่ยวกับการทำแท้ง”. วารสารอักษรจุฬา, 1. หน้า 68-71.

บริบทในแต่ละสังคม ในหลายประเทศที่กล่าวในบทที่ 3 เห็นว่าเป็นเหตุจำเป็นที่สามารถขอทำ
 แห้งได้

ปัญหาทางจริยธรรมของการทำแห้งก็มีลักษณะเป็นเช่นเดียวกับปัญหาจริยธรรมสำคัญ
 ที่เกิดขึ้นในสังคมโดยทั่วไป นั่นคือ หากที่จะหาข้อสรุปตัดสินที่แน่นอนเด็ดขาดได้อย่างเต็มที่ การ
 พิจารณาปัญหาขัดแย้งด้วยทัศนคติที่เป็นกลาง และด้วยใจที่เป็นธรรมเพื่อหาทางประนีประนอม
 ความเห็นที่รุนแรงจัดของแต่ละฝ่ายให้ได้ เป็นทัศนคติที่เป็นกลางๆเท่านั้นจึงจะเป็นทางออกที่ดีที่สุด

4.2 วิเคราะห์เหตุทำแห้งได้โดยขอด้วยกฎหมาย ตามมาตรา 305

ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 305 ได้กำหนดว่า “ถ้าการกระทำความผิดดังกล่าวใน
 มาตรา 301 และมาตรา 302 นั้น เป็นการกระทำของนายแพทย์ และ

(1) จำเป็นต้องกระทำเนื่องจากสุขภาพของหญิงนั้น หรือ

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

ผู้กระทำไม่มีความผิด”

มาตรา 305 เป็นบทบัญญัติยกเว้นความผิดเฉพาะมาตรา 301 และมาตรา 302 ทั้งสาม
 วรรค อันเป็นการที่หญิงทำหรือยินยอมให้ทำแก่ตนเอง โดยมีหลักเกณฑ์ ประการแรกว่า ต้องเป็น
 การกระทำของนายแพทย์ ดังนั้น กรณีที่หญิงทำกับตนเอง หญิงนั้นต้องเป็นแพทย์ หรือกรณีที่หญิง
 ยินยอมให้แพทย์กระทำ หรือแพทย์เป็นผู้กระทำโดยหญิงยินยอม แพทย์ในที่หมายถึงแพทย์ที่
 ประกอบกิจการนั้น โดยขอด้วยกฎหมายว่าด้วยการประกอบโรคศิลป์ซึ่งนิยามของคำว่า “โรค
 ศิลป์” ในมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติควบคุมการประกอบโรคศิลปะ พ.ศ. 2499 นั้น หมายถึง
 กิจการใดๆอันกระทำโดยตรงต่อร่างกายของมนุษย์ในการบำบัดโรค ซึ่งรวมถึงการตรวจโรค
 และการป้องกันโรคในสาขา “เวชกรรม” แพทย์ผู้กระทำแห้งตามมาตรา 305 นี้จึงไม่ได้รวมถึง พยาบาล
 ผดุงครรภ์ นอกจากนั้น แพทย์ผู้ทำแห้งตามมาตรา 305 นี้จะต้องอยู่ในหลักเกณฑ์ประการใดประการหนึ่ง
 ดังต่อไปนี้ คือ

(1) เหตุทำแห้งได้เนื่องจากสุขภาพของหญิง

จำเป็นต้องกระทำ เนื่องจากสุขภาพของหญิงนั้น กล่าวคือ ถ้าปล่อยให้มีการตั้งครรภ์
 ต่อไปหรือให้มีการคลอด หญิงจะได้รับอันตราย สำหรับเหตุผลทางด้านวิชาการของบทบัญญัติ
 ดังกล่าวนี้อาจเกิดขึ้นจากหลักการซึ่งนำหลักประโยชน์ระหว่างสิ่งสองสิ่งซึ่งขัดแย้งกัน คือ ชีวิตของ
 มารดากับชีวิตของทารกที่อยู่ในครรภ์ กล่าวคือ ถ้าปล่อยให้หญิงนั้นคลอดบุตรออกมา หญิงนั้นจะมี
 อันตรายถึงแก่ชีวิต ซึ่งกฎหมายเห็นว่า ชีวิตมารดาเป็นประโยชน์ที่สูงกว่าชีวิตทารกที่อยู่ในครรภ์

จึงยอมให้แพทย์ทำแท้งได้เพื่อรักษาชีวิตของมารดาไว้ หลักกฎหมายดังกล่าวนี้ ศาลสูงแห่งอาณาจักรไรซ์ของเยอรมันได้นำมาวินิจฉัยคดีตั้งแต่ปี ค.ศ. 1927 โดยเรียกหลักชั่งน้ำหนักระหว่างคุณธรรมทางกฎหมาย (Rechtsgü Terabwä gung)¹⁷⁰ หรือที่ภาษาอังกฤษเรียกว่า The principle of interest balancing) คือ หลักการชั่งน้ำหนักประโยชน์ หรือนักวิชาการบางท่านเรียกว่า The theory of lesser evil) คือ เป็นการเลือกกระทำความชั่วร้ายที่น้อยกว่า

สำหรับประเทศไทย บทบัญญัติที่ว่านี้เพิ่งได้รับการบัญญัติเมื่อตอนร่างประมวลกฎหมายอาญา ส่วนในกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 มีแต่บทบัญญัติที่ลงโทษในเรื่องทำแท้งแต่ไม่ปรากฏบทบัญญัติทำนองเดียวกับมาตรา 305(1) นี้ เพียงแต่ปรากฏตามคำอธิบายทางตำราว่า ถ้าแพทย์จำต้องริดลูกเพื่อช่วยเหลือชีวิตของมารดา ก็ให้แพทย์มีอำนาจทำได้ตามกฎหมายจารีตประเพณี แต่สำหรับผู้ที่ไม่ยอมรับกฎหมายจารีตประเพณีก็อาจยกมาตรา 49 มาเป็นเหตุยกเว้นโทษได้ ต่อมาเมื่อมีการร่างประมวลกฎหมายอาญาเมื่อปี พ.ศ. 2482 ที่ประชุมได้อภิปรายประเด็นนี้กันอย่างกว้างขวางโดยนายอาร์ กียอง ซึ่งเป็นที่ปรึกษากฎหมายชาวฝรั่งเศสได้ทำบันทึกและชี้แจงให้ที่ประชุมทราบเกี่ยวกับกฎหมายทำแท้งของประเทศต่างๆ ดังนี้

- (1) ถือว่าการริดลูกเป็นความผิดกฎหมายที่เดียวโดยไม่มีข้อยกเว้น เช่น กฎหมายฝรั่งเศส อิตาลี
- (2) ถือว่าการริดลูกไม่เป็นผิดกฎหมายและเอาผิดต่อเมื่อไม่ไปให้แพทย์ที่มีคุณวุฒิริดลูก เช่น กฎหมายโซเวียตรัสเซีย
- (3) ถือว่าการริดลูกเป็นผิดกฎหมายแต่ยอมให้ริดลูกในบางกรณี เช่น โดยความจำเป็นเพื่อให้มารดาพ้นอันตรายถึงแก่ชีวิตและอนามัย เช่น กฎหมายสวีต และ
- (4) บังคับให้ริดลูกในบางกรณีเมื่อหญิงมีครรภ์กับบุคคลที่ไม่พึงปรารถนา เช่น เป็นโรคหรือเพื่อรักษาความบริสุทธิ์แห่งเลือด เช่น เยอรมัน

ในที่สุดที่ประชุมเห็นควรเดินสายกลางอย่างกฎหมายสวีต กล่าวคือ กำหนดไว้เป็นหลักว่าการริดลูกเป็นผิดกฎหมายอาญา แต่ยอมให้ริดลูกได้ในบางกรณีโดยไม่มีข้อยกเว้น คือ ในเมื่อให้แพทย์ที่มีคุณวุฒิเป็นผู้ริดและการริดนั้นเพื่อช่วยชีวิตหรืออนามัยของมารดา อนึ่งแม้ว่าจะได้กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการทำแท้งในกรณีดังกล่าวไว้ในประมวลกฎหมายอาญาแล้วก็ตาม แต่ยังมีปัญหาในการตีความว่า ความหมายของคำว่า สุขภาพจะครอบคลุมเพียงใด โดยนักวิชาการบางท่านเห็นว่า¹⁷¹ เหตุจำเป็นเนื่องจากสุขภาพของหญิงนี้เป็นกรณีหนึ่งของ “หลักชั่งน้ำหนักระหว่างคุณธรรมทางกฎหมาย” กล่าวคือ ตามหลักนี้ถือว่าการที่ผู้กระทำจำต้องกระทำการใดที่เป็นการ

¹⁷⁰ คณิต ณ นคร. (2522). “เหตุทำแท้งได้ตามกฎหมายเยอรมัน.” อัยการนิเทศ, 41(3), หน้า 353.

¹⁷¹ คณิต ณ นคร. (2532). *กฎหมายอาญาภาคความผิด*. หน้า 83.

ละเมิดคุณธรรมทางกฎหมายที่ด้อยกว่า เพื่อรักษาคุณธรรมทางกฎหมายที่สูงกว่าไว้ นั่น ผู้กระทำไม่มีความผิด สำหรับกรณีการทำแท้งก็คือ จำต้องทำร้ายชีวิตในครรภ์มารดาเพื่อรักษาชีวิตหญิงนั่นเอง แต่นักวิชาการบางท่านเห็นว่า¹⁷² คำว่าสุขภาพนั้นจะเป็นสุขภาพทางกายหรือทางจิตก็ได้ บางท่านก็ได้ ในความเห็นโดยอธิบายคำว่าสุขภาพ ตามบทนิยามขององค์การอนามัยโลกว่า หมายถึง ความผาสุก ในทางร่างกาย จิตใจและสังคม ไม่ใช่เพียงแต่ปราศจากโรคหรือความเจ็บป่วยเท่านั้น และจากบทนิยามของอนามัยโลกนี้ คำว่าสุขภาพจึงน่าจะรวมรวมทั้งร่างกาย จิตใจและสังคมด้วย¹⁷³ เกี่ยวกับการตีความคำว่า สุขภาพ ตามมาตรา 305(1) นี้ ท่านอาจารย์แสวง บุญเฉลิมวิภาส เห็นว่าน่าจะมี ความหมายเฉพาะสุขภาพทางกายของหญิงเท่านั้น เพราะคำว่าสุขภาพจิตนั้นเป็นคำกว้าง ถ้าหากจะ นำมาใช้กับบทบัญญัติในกฎหมายอาญา จะทำให้กฎหมายอาญาขาดความชัดเจนและแน่นอน ยิ่งถ้า พิเคราะห์จากบทนิยามคำว่าสุขภาพขององค์การอนามัยโลกก็จะพบว่าองค์การอนามัยโลกได้ให้ ความหมายไว้กว้างมาก ซึ่งเห็นว่าไม่น่าจะนำมาตีความบทบัญญัติในกรณีนี้ ทั้งนี้เนื่องจากการ กำหนดบทนิยามขององค์การอนามัยโลกมีความมุ่งหมายเพื่อทางการแพทย์โดยเฉพาะ หากนำมา ตีความกฎหมายอาญาจะทำให้การตีความคลาดเคลื่อนไปจากเจตนารมณ์แห่งบทบัญญัติ ปัญหาที่ น่าคิดต่อไปก็คือว่าถ้าหากมิใช่อันตรายถึงแก่ชีวิต แต่เป็นอันตรายแก่นามขของหญิงในกรณีอื่น เช่น ถ้าปล่อยยให้หญิงคลอดลูก หญิงจะเสียชีวิตหรือวิกลจริต กรณีเช่นนี้แพทย์จะทำแท้งให้ได้หรือไม่ ในประเด็นนี้ ท่านอาจารย์เห็นว่าแพทย์สามารถทำแท้งให้ได้อยู่แล้ว โดยอาศัยพระราชบัญญัติ วิชาชีพเวชกรรม¹⁷⁴ ถือว่าเป็นการป้องกันโรคที่จะเกิดกับหญิงจึงไม่จำเป็นต้องขยความในมาตรา 305(1) ให้รวมถึงอนามัยของหญิงในกรณีอื่น ในประเทศอังกฤษ ศาลได้วินิจฉัยคดี R.V.Borne (1939) ให้แพทย์ทำแท้งให้กับเด็กหญิงอายุ 12 ปี ซึ่งตั้งครรรภ์เพราะถูกโทรมหญิงได้ โดยผู้พิพากษา ให้เหตุผลในความชอบธรรมที่แพทย์ทำแท้งว่า ถ้าแพทย์เชื่อว่าการมีครรรภ์อยู่ต่อไปจะทำให้หญิง กลายเป็นผู้ถูกทำลายทางกายหรือจิตใจ (Physical or mental wreck) คดีนี้ถ้าเทียบกับบทบัญญัติใน ประมวลกฎหมายอาญาก็คงจะเป็นเรื่องมาตรา 305(2)

¹⁷² จิตติ ดิงศัททีย์. (2513). *คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 2*. หน้า 2064.

¹⁷³ เอกสารสรุปผลการสัมมนาเรื่อง ช่วยสังคมได้ ถ้าแก้ไขกฎหมายการทำแท้ง จัดโดยสมาคมวางแผนครอบครัวแห่งประเทศไทยร่วมกับสภาสตรีแห่งชาติ ณ บ้านมนังคศิลา เมื่อวันที่ 2 สิงหาคม 2523 หน้า 81-82.

¹⁷⁴ พระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2525 มาตรา 4 วิชาชีพเวชกรรมหมายความว่า “วิชาชีพที่กระทำต่อมนุษย์เกี่ยวกับการตรวจโรค การวินิจฉัยโรค การบำบัด การป้องกัน การผดุงครรภ์ การปรับสายตาด้วยเลนส์ สัมผัส การแทงเข็มหรือฝังเข็ม เพื่อบำบัดโรคหรือเพื่อระงับความรู้สึกและหมายรวมถึงการกระทำทางศัลยกรรม การใช้รังสี การฉีดยาหรือสาร การสอดใส่วัตถุใดเข้าไปในร่างกายเพื่อการคุมกำเนิด การเสริมสวยหรือการบำรุงร่างกายด้วย”

ปัญหาการตีความมาตรา 301(1) ในประเด็นเรื่องสุขภาพ ผู้เขียนมีความเห็นสอดคล้องกับท่านอาจารย์แสวง บุญเฉลิมวิภาส เพราะการตีความกฎหมายอาญาจะต้องตีความโดยเคร่งครัด การตีความขยายบทบัญญัติจะทำให้กฎหมายอาญาขาดความชัดเจนแน่นอนได้ อีกประการหนึ่ง การที่จะปล่อยให้แพทย์ผู้ทำแท้งจะต้องเผชิญกับปัญหาการตีความกฎหมายนั้นเห็นว่าจะไม่เป็นธรรมกับแพทย์ผู้ทำแท้งมากนัก เพราะโดยหลักแล้วคงไม่มีแพทย์ท่านใดอยากจะทำแท้งให้แก่หญิงที่ตั้งครรภ์โดยไม่มีเหตุจำเป็น การบัญญัติบทบัญญัติเหตุที่สามารถทำแท้งได้โดยถูกต้องตามกฎหมายให้ชัดเจน จึงถือว่าเป็นทางออกสำหรับปัญหาการทำแท้งของทุกฝ่ายด้วย

(2) เหตุทำแท้งได้เนื่องจากหญิงถูกข่มขืน

บทบัญญัติมาตรา 305(2) ที่กฎหมายยอมให้แพทย์แท้งได้เพราะหญิงมีครรภ์ เนื่องจากถูกข่มขืนนี้เป็นบทบัญญัติซึ่งกรรมการร่างกฎหมายได้เพิ่มเติมเข้ามาในปี พ.ศ. 2494 เหตุผลที่กฎหมายอนุญาตให้ทำแท้งในกรณีนี้ได้ก็โดยเห็นว่าเมื่อหญิงไม่ประสงค์จะอุ้มครรภ์เด็กที่เกิดจากการใช้กำลังบังคับควรให้แพทย์ทำแท้งให้ได้เพื่อป้องกันความเสื่อมเสียของหญิง¹⁷⁵ บทบัญญัติมาตรา 305(2) นี้มองดูผิวเผินก็ดูเหมือนจะไม่มีปัญหาอะไร แต่ถ้าพิจารณาปัญหาในทางปฏิบัติด้วยแล้วจะพบปัญหาอยู่บางประการ เช่น การทำแท้งตามอนุमतรานี้จะต้องรอให้ศาลมีคำพิพากษาถึงที่สุดก่อนหรือไม่ ซึ่งก็คงจะตอบได้เลยว่ารอจนถึงศาลมีคำพิพากษาถึงที่สุดไม่ได้ เพราะถ้ารอถึงเวลานั้น คงจะเลยเวลาที่แพทย์จะทำแท้งให้ได้หรือเด็กนั้นจะคลอดออกมาเสียก่อน ปัญหาว่า ถ้าเช่นนั้น ใครจะเป็นผู้วินิจฉัยว่าทำแท้งได้ เรื่องนี้เป็นเรื่องที่มีปัญหาในทางปฏิบัติอย่างมากและสร้างความกระอักกระอ่วนใจทั้งหญิงที่ถูกข่มขืน แพทย์ที่จะทำแท้งตลอดจนผู้ที่เกี่ยวข้องในการนี้ เพื่อให้เห็นปัญหาที่เกิดขึ้นจริงจากการทำงานของแพทย์

ในเรื่องนี้โดยความเห็นส่วนตัวของผู้ศึกษาเห็นว่า แพทย์ผู้ทำแท้งไม่สมควรต้องรอให้มีคำพิพากษาของศาลก่อนจึงจะสามารถทำแท้งได้ อันเนื่องมาจากอุปสรรคในเรื่องอายุครรภ์จะมากเกินไปกว่าแพทย์จะสามารถทำแท้งได้โดยปลอดภัย แพทย์เพียงแค่ดูหลักฐานบันทึกประจำวัน และสำนวนสอบสวนของเจ้าพนักงานตำรวจและแพทย์เชื่อโดยสุจริตและรอบคอบว่า มีเหตุอยู่จริงก็สามารถทำแท้งให้แก่หญิงมีครรภ์ที่ถูกกระทำผิดอาญาตามอนุमतรานี้ได้ แพทย์สามารถอ้างเหตุเพื่อให้ได้รับความคุ้มครองตามมาตรา 62 ได้

¹⁷⁵ จิตติ ดิงสภักดิ์. เล่มเดิม. หน้า 2065.

4.3 วิเคราะห์ปัญหาการทำแท้งในกรณีที่มีมารดามีปัญหาทางจิต

เมื่อพิจารณาถึงความสำคัญของสุขภาพทางจิตว่ามีความจำเป็นต่อสุขภาพกายอย่างไรแล้ว พบว่าจะมีลักษณะสำคัญ คือ มีความหวาดกังวล แต่อยู่ในระดับปกติ (Normal Anxiety) หญิงมีครรภ์บางรายจะมีความดีใจและเจือปนกับความวิตกกังวล ซึ่งผลดังที่กล่าวมาก่อให้เกิดความเครียดทางจิตใจซึ่งพบได้เสมอ ถ้าเกิดขึ้นเพียงช่วงเวลาสั้นๆ เป็นครั้งคราว เมื่อบุคคลปรับตัวแก้ปัญหาให้เกิดดุลยภาพของจิตใจได้ แต่เมื่อมีปัญหาซ้ำๆ ยืดเยื้อ หรือการปรับตัวทางกลไกบุคลิกภาพของบุคคลไม่อาจช่วยให้มีดุลยภาพทางจิตใจได้ก็จะนำไปสู่พยาธิสภาพทางจิตใจ หรืออาจก่อปฏิกิริยาทางกายที่ก่อให้เกิดโรคทางกาย ซึ่งโดยทั่วไปเรามักคิดว่าความเครียดทางจิตใจเป็นเรื่องเล็กน้อยไม่สำคัญ เพราะมองไม่เห็นผลร้ายได้ชัดเจนในทันที แต่ผลสะสมของภาวะนี้เป็นเหตุสำคัญที่นำไปสู่การเสียชีวิตต่างๆ ได้ ทั้งบุคลิกภาพและทางชีวภาพ

จากเหตุดังกล่าวสอดคล้องกับการศึกษาของ Arthur C. Guyton (1976) ซึ่งได้อธิบายถึงความสัมพันธ์ระหว่างร่างกายและจิตใจ ในระดับการควบคุมของระบบประสาทส่วนกลางโดยตรง โดยสรุปวิถีทางที่ระบบประสาทส่วนกลางควบคุมการทำงานของอวัยวะอื่นๆ ไว้เป็น 3 ทาง คือ ทางระบบประสาทที่ควบคุมเนื้อกล้ามเนื้อ ระบบประสาทอัตโนมัติ และฮอร์โมนจากต่อมพิทูอิทารี ซึ่งตอบสนองต่อการเร้าของฮัยโปธาลามัส ในภาวะความเครียดทางอารมณ์หรือจิตใจ เช่น วิตกกังวล คับข้องใจ โกรธ เสร้า ฯลฯ จึงมีการเปลี่ยนแปลงผิดปกติในการเร้าของระบบประสาทส่วนกลาง ซึ่งจะก่อผลกระทบต่ออวัยวะต่างๆ โดยทั้ง 3 วิถีทางข้างต้นได้พร้อมกัน ดังนี้

1) ผลกระทบทางระบบประสาทที่ควบคุมเนื้อกล้ามเนื้อ : ภาวะทางอารมณ์อาจก่อการเปลี่ยนแปลงใน 2 ลักษณะ คือ อาจเพิ่มความตึงตัวหรือการเกร็งกล้ามเนื้อ หรืออาจทำให้ความตึงตัวของเนื้อกล้ามเนื้อต่ำกว่าปกติ ในภาวะเครียดที่มีการตื่นเต้น วิตกกังวลหรือเตรียมพร้อมกล้ามเนื้อจะเกร็งเพิ่มขึ้น ทำให้บุคคลตื่นตัวอยู่ตลอดเวลาและนอนหลับได้ยากในภาวะตรงข้าม เช่น ท้อแท้ หดหู่ ซึม เป็นต้น การเร้าทางระบบประสาทควบคุมเนื้อกล้ามเนื้อ และระบบประสาทซิมพาเทติก (Sympathetic)

2) ผลกระทบทางระบบประสาทอัตโนมัติ : การเปลี่ยนแปลงทางจิตใจ-อารมณ์ จะเร้าการทำงานของระบบประสาทอัตโนมัติจะมีผลทั่วร่างกาย คือ เร้าอัตราการเผาผลาญภายในเซลล์ เร่งการทำงานของหัวใจและระบบไหลเวียนเลือดและทำให้ท้องผูก ที่พบบ่อย คือ อาการทางกระเพาะอาหารและลำไส้ เช่น กระเพาะอาหารหลังกรดมากเกินไป ท้องเสีย ท้องเดิน ฯลฯ

3) ผลกระทบทางต่อมพิทูอิทารี ส่วนหน้าของต่อมพิทูอิทารี ซึ่งตอบสนองต่อการเร้าของฮัยโปธาลามัส โดยการผลิตฮอร์โมนออกกระตุ้นการผลิตฮอร์โมนของต่อมไร้ท่อที่สำคัญ คือ ต่อหัยรอยด์ และแอดรีนัล คาร์เทซ การเร้าทางจิต-อารมณ์ จึงก่อผลในทางเร่งอัตราการเผาผลาญใช้

ออกซิเจนของเซลล์ การเพิ่มระดับกลูโคสคอโรลอยด์ ซึ่งเร่งกระบวนการเมตาบอลิซึมสลายและสังเคราะห์สาร และเร่งการผลิตน้ำย่อยของกระเพาะอาหาร จึงอาจทำให้เกิดโรค เช่น คอพอกเป็นพิษ แผลในกระเพาะอาหาร และความผิดปกติในการเผาผลาญอาหาร เป็นต้น

ดังนั้น อารมณ์และสภาพจิตใจของสตรีมีครรภ์มีอิทธิพลอย่างยิ่งต่อเด็กที่เกิดมา ไม่น้อยกว่าสุขภาพทางกาย กล่าวคือ ไม่ต้องถึงขั้นมารดาเป็นโรคจิต เพียงแต่มารดาเร่งเกียจตุตรในครรภ์อย่างรุนแรง ก็อาจทำให้ประเทศเราได้ยูวาชญากร หรือได้คนไข้โรคจิต โรคประสาทเพิ่มขึ้นอีกหนึ่งราย จึงเป็นไปได้ว่าอารมณ์ ความรู้สึก และสภาพจิตใจของมารดาขณะตั้งครรภ์มีความสำคัญมากต่อการตั้งครรภ์ และความรู้สึกที่มารดามีต่อบุตร ยังมีความสำคัญมากต่อบุตรที่เกิดมาด้วย¹⁷⁶ การตั้งครรภ์จะทำให้เกิดความเครียดทางจิตใจประกอบการเปลี่ยนแปลงของฮอร์โมนที่เกิดจากการตั้งครรภ์นานๆตรงนี้เกิดสภาพจิตใจไม่ปกติ ยิ่งเป็นลูกที่ตนไม่ต้องการ สภาพจิตใจยิ่งแย่ไปกว่าเดิม พอดตกเป็นข่าวก็ถูกประณามว่าเป็นแม่ใจร้าย โดยไม่มองว่าเขาเป็นโรค เพราะคนธรรมดาไม่มีใครฆ่าลูกในไส้ได้ลงคอเน¹⁷⁷

ตัวอย่าง กรณีผู้ป่วยทางจิตในคดีฆ่าลูกบุญชาพระอินทร์ ซึ่งเด็กหญิงอายุ 12 ปี ถูกเชือดคอโดยการเชือดคอแบบควั่นอ้อยเหลือแต่กระดูกติดคอ ผู้กระทำ คือ ป้าของเด็กเองโดยแม่เป็นผู้สั่งการ เหตุเกิดเนื่องจากผู้กระทำคิดว่าตนไม่ใช่คนธรรมดา แต่เป็นพระอินทร์ ซึ่ง น.พ.ม.ล.สมชายจักรพันธ์ ได้วิเคราะห์ตามหลักของจิตวิทยาว่า การที่แม่เป็นคนสั่งให้ฆ่ามาได้ ทั้งๆที่เวลาปกติ ป้าจะเป็นพี่ใหญ่ของบ้าน ก่อนข้างเข้มแข็ง เป็นหลักของครอบครัว แต่เวลาเข้าทรงแม่ของเด็กหญิงจะเป็นใหญ่กว่า ดูได้ถึงลักษณะทางจิตใจของคนที่มีบุคลิกอ่อนแอคนบางคนคิดว่าตนเองมีปมด้อยต้องหาสิ่งมาทดแทนทั้งรู้ตัวและไม่รู้ตัว ไม่รู้ตัวคือการเข้าทรง สั่งคนได้ ชี้น้ำคำใครก็ได้ ประเด็นของการวิเคราะห์กรณีนี้ คือ การฆ่าและการควั่นคอเหลือเพียงกระดูก ดำรวจมองว่าเป็นคดีที่สาหัสสาทรุณ โหดร้าย แต่ถ้ามีความเข้าใจปัญหาด้านสภาพจิตใจ จะมองว่าเป็นการกระทำโดยไร้สติสัมปชัญญะ ทั้งแม่และป้าเมื่อได้สติรู้ตัวก็มีอาการเศร้าโศกเสียใจอย่างมาก เพียรแต่ตั้งคำถามว่า ทำอย่างนี้ได้อย่างไร แต่อีกสาเหตุที่สามารถมองได้ คือ อาการทางจิตสามารถชักจูงกันได้ ผู้ที่อยู่ใกล้ชิดกันตลอดเวลา ถ้าใครคนหนึ่งคนใดมีอาการทางจิตขึ้นมาจะทำให้อีกคนหนึ่งมีอาการได้ ถือเป็นตัวอย่างหนึ่งที่เกิดขึ้นจากการที่แม่มีปัญหาทางจิต

¹⁷⁶ ครุณี ภูษาว. (2539). *พื้นฐานแห่งเหตุผลอันควรของสูตินรีแพทย์และผู้พิพากษาศาลอาญาที่มีต่อการทำแท้ง*. หน้า 21-22.

¹⁷⁷ สุปรียา ห้องแสง. (2548, กุมภาพันธ์). “วารสารกฎหมายใหม่”. *วารสารข่าวรายปักษ์*, 2(46). หน้า 42.

4.3.1 ผู้ป่วยจิตเภท

ผู้ป่วยจิตเภท หมายถึง ผู้ป่วยที่แพทย์ให้การวินิจฉัยว่าเป็นโรคจิตเภทตามมาตรฐานในการจำแนกโรคขององค์การอนามัยโลก หรือ International Classification of Diseases ครั้งที่ 10 (ICD-10) และเจ็บป่วยเรื้อรังเป็นระยะเวลา 2 ปีขึ้นไป

สำหรับสาเหตุของการเกิดโรคปัจจุบันยังไม่สามารถค้นพบสาเหตุที่ชัดเจนของโรค แต่ก็มีปัจจัยหลายประการที่มีส่วนร่วมในการเกิดโรคจิตเภท ปัจจัยต่าง ๆ นั้นเป็นปัจจัยด้านร่างกาย จิตใจ สังคม แต่จากการวิจัยและหลักฐานทางวิทยาศาสตร์จำนวนมากบ่งชี้ว่าโรคจิตเภทเกิดจากความผิดปกติทางชีวภาพ และความผิดปกติของสมองโดยพันธุกรรม ส่วนบุคลิกภาพและสิ่งแวดล้อมก็เป็นปัจจัยที่สำคัญ อาการของโรคจิต โดยทั่วไปมี 3 ระยะ ดังนี้

ระยะนำ ก่อนที่จะมีปรากฏอาการทางจิตชัดเจน มักจะเกิดอาการนำมาก่อนเป็นช่วงเวลาหนึ่ง อาการนำมักไม่ใช่อาการทางจิต เช่น นอนไม่หลับ ตึงเครียด เบื่ออาหาร ไม่มีสมาธิ ผู้ที่เป็นจิตเภทหรือครอบครัวที่สามารถสังเกตอาการได้ และหากได้รับการช่วยเหลือทันทั่วที่จะช่วยลดจำนวนครั้งที่กลับเข้ารับการรักษาที่โรงพยาบาล

ระยะกำเริบ เป็นระยะของการเกิดกลุ่มอาการด้านบวก คือ หูแว่วประสาทหลอน หลงผิด มักจะเกิดขึ้นหลังจากการปล่อยให้อาการนำเป็นอยู่นาน

ระยะหลงเหลือ เป็นระยะของการเกิดกลุ่มอาการด้านลบ คือ ขาดความกระตือรือร้น ไร้อารมณ์ ในระยะนี้ผู้ป่วยอาจจะเกิดอาการเศร้าซึม และมีความบกพร่องในการทำบทบาทหน้าที่ของตน¹⁷⁸

ตัวอย่างของผู้ป่วยจิตเภทรายหนึ่งที่มีปัญหาเกี่ยวกับบุตรีที่เกิดมา เป็นเรื่องของมารดาและบุตรสาว จากการสัมภาษณ์ผู้ป่วยและชาวบ้านที่สนิทสนมกับผู้ป่วย พบผู้ป่วยอยู่ที่บ้าน ลักษณะเป็นไม้เก่าได้ทุนสูง หน้าบ้านมีแคร่ไม้ไผ่ๆ 2 อัน ได้ทุนบ้านโล่งเป็นดิน บริเวณหลังบ้านใช้ไม้ต่อยกพื้นสูงกันเป็นครัวสำหรับทำอาหาร บริเวณครัวมีเตา หม้อหนึ่ง ฟืน และตู้ใส่อาหารเก่าๆ ไข่เก็บถ้วยชาม ไม่มีอาหารในตู้กับข้าว ข้างบ้านมีโถงมังกร 3 ใบ เพื่อใช้บรรจุน้ำประปาใช้สำหรับการอาบน้ำ ชักเสื้อผ้า ล้างถ้วยชาม บนบ้านเป็นห้องโล่งกว้างไม่มีกั้นห้อง มีที่นอน หมอน มุ้ง 2 ที่ สำหรับผู้ป่วยและบุตรสาว มีทีวีขาวดำเก่า และวิทยุอย่างละ 1 เครื่อง บริเวณที่นอน มีรูปพระธาตุพนม พระ และรูปมารดาของผู้ป่วยที่เสียชีวิตแล้วเพื่อกราบไหว้ ถัดจากบ้านผู้ป่วยประมาณ 2 เมตร มีเรือนไม้เก่า 1 หลัง ไม่มีใครพักอาศัย จากการบอกเล่าเรื่องราวชีวิตของผู้ป่วยเองเล่าว่า ผู้ป่วยอาศัยในหมู่บ้านมาตั้งแต่กำเนิด มีพี่น้องทั้งหมด 4 คน เป็นชาย 2 คน และเป็นหญิง 2 คน พี่สาวคนโตอายุ 62 ปี ปัจจุบันอาศัยอยู่ที่จังหวัดมุกดาหาร พี่ชายคนที่ 2 เสียชีวิตตั้งแต่อายุ 2 ขวบ พี่ชายคนที่ 3 อายุ

¹⁷⁸ หยกฟ้า บุญชิต. (2545). การดูแลผู้ป่วยจิตเภทในชุมชนจังหวัดนครพนม. หน้า 5-6.

58 ปี ปัจจุบันอาศัยที่จังหวัดตาก และผู้ป่วยอายุ 54 ปี อาศัยอยู่ ณ บ้านหนองหอยท่า อำเภอลาดพูนม จังหวัดนครพนม ตั้งแต่เล็กจนโต ผู้ป่วยอาศัยอยู่กับครอบครัวตลอด พี่ๆน้องๆ ก็รักใคร่กันดี

ผู้ป่วยเริ่มมีอาการทางจิตครั้งแรกเมื่อตอนอายุ 15 ปี ผู้ป่วยบอกว่าตนได้แอบรักหนุ่มบ้านเดียวกัน แต่หนุ่มไม่ได้รักตอบและหนุ่มได้หนีไปเรียนต่อ จนจบชั้น ม.8 คนรู้สึกเสียใจเริ่มคิดมาก และเริ่มมีอาการ มึนชาปลายมือปลายเท้า ปวดศีรษะและเป็นลม ญาติๆเชื่อว่าเกิดจากผัดผัจึงนำไปรับการรักษาโดยรดน้ำมันต์ และทำพิธีทางไสยศาสตร์ จากนั้นมีอาการมากขึ้นมีการพูดบ่นคนเดียว มีหูแว่วว่ามีคนสั่งให้เดินไปเรื่อยๆ คุณค่าคนอื่น มารดาและบิดาจึงพาไปรับการรักษาที่โรงพยาบาลศรีมหาโพธิ์ นอนโรงพยาบาล 1 เดือน หลังจากนั้นอาการทุเลา หลังจากออกจากโรงพยาบาลมารดาของผู้ป่วยได้ให้ผู้ป่วยบวชชีพรามณ์ ที่วัดอำเภอนาแก เพราะเชื่อว่าจะทำให้จิตใจสงบ บวชนาน 15 วัน หลังจากนั้นสึกออกมาเพราะป่วยเป็นไข้มาลาเรีย กลับมารับการรักษาที่บ้านจนอาการดีขึ้น หลังจากนั้นผู้ป่วยมีอาการทางจิตทุเลาลงเรื่อยๆ และเชื่อว่าได้หายจากอาการเจ็บป่วยทางจิตแล้ว จึงไม่ได้รับประทานยาอย่างต่อเนื่อง อาการหายมา 4 ปีจนกระทั่ง ผู้ป่วยอายุ 23 ปี บิดามารดาจึงให้แต่งงานกับหนุ่มที่เป็นคนจากหมู่บ้านอื่น แต่งงานอยู่ด้วยกันนานประมาณ 1 ปี ผู้ป่วยตั้งครรภ์และคลอดบุตรสาว ในขณะที่เดียวกันสามีก็หนีออกจากบ้านไปทำงานที่จังหวัดอื่นและไม่กลับมาอีกเลย ผู้ป่วยบอกว่าขณะอยู่ด้วยกันสามีก็ต้องการที่จะหนีจากตนถึง 3 ครั้ง ซึ่งตนก็ไม่ได้มีเรื่องทะเลาะเบาะแว้งกัน แต่คงเป็นเพราะไม่ได้รักกัน ครั้งสุดท้ายที่สามีได้หนีออกจากบ้านนั้น มารดาของตนได้เป็นผู้ถามว่าจะอยู่หรือจะไป และสามีก็เลือกที่จะไปจากตน หลังจากคลอดบุตรสาว 7 วัน ผู้ป่วยเริ่มมีอาการทางจิตกำเริบขึ้นมาอีกครั้ง มีพูดบ่น คุณค่า อยากเดินไปเรื่อยๆ ไม่นอน ญาติพากันล่อมโซ่ไว้ที่บ้านนาน 1 เดือน บิดามารดาจึงนำส่งโรงพยาบาลศรีมหาโพธิ์อีกครั้ง และอยู่ที่โรงพยาบาลนาน 2 เดือนครึ่ง หลังจากนั้นอาการทุเลาเป็นๆหายๆ บ่อยครั้ง และผู้ป่วยรับประทานยาไม่ต่อเนื่อง เมื่ออาการทุเลาก็หยุดและลดยาเอง แต่อาการไม่รุนแรงถึงกับทำร้ายใคร การทะเลาะเบาะแว้งบุตรสาวจึงเป็นของบิดามารดาที่ต้องรับผิดชอบเลี้ยงดูหลานสาวตั้งแต่แรกคลอด เพราะผู้ป่วยไม่สามารถเลี้ยงดูบุตรได้ มีบางครั้งเมื่อมีอาการทางจิตจะทำร้ายบุตรสาวตนเอง หลังจากนั้นผู้ป่วยก็ใช้ชีวิตมาโดยลำพังตลอดไม่ได้แต่งงานใหม่ และอาการทางจิตก็ไม่ได้ทุเลาจนหายขาดเหมือนตอนที่เจ็บป่วยครั้งแรก แต่ก็พอที่จะทำงานและมีปฏิสัมพันธ์กับคนอื่นๆในหมู่บ้านได้ การดำรงชีวิตส่วนใหญ่อาศัยบิดามารดาเป็นคนดูแลทั้งบุตรสาวและตัวของผู้ป่วย จนกระทั่งปี พ.ศ. 2534 และ 2535 บิดามารดาได้เสียชีวิตด้วยโรคชรา ผู้ป่วยจึงต้องรับผิดชอบในการดูแลบุตรสาวและตัวเอง แต่เดิมผู้ป่วยจะพักบ้านไม้ที่อยู่ถัดจากบ้านที่พักในปัจจุบัน เนื่องจากไม่ถูกกับบุตรสาว หลังจากไม่มีใครดูแลบุตรสาวผู้ป่วยจึงต้องมาพักที่บ้านหลังปัจจุบันกับบุตรสาว และบุตรสาวก็เริ่มที่จะมีอาการทางจิตเช่นกัน

ผู้ป่วยมักทะเลาะกับบุตรสาวและโคโนบุตรสาวทำร้ายร่างกาย สาเหตุส่วนใหญ่ที่ทะเลาะกัน มาจากการที่บุตรสาวใช้เงินเปลือง เมื่อได้เงินจากการรับจ้างบุตรสาวจะนำมาฝากไว้และเมื่อต้องการที่จะใช้ก็จะขอจากมารดา ส่วนใหญ่จะนำไปใช้จ่ายซื้อเสื้อผ้า ซึ่งผู้ป่วยไม่เห็นด้วยก็จะถูกบุตรสาว คุดำ ทำลายข้าวของ บางครั้งทูปตีกัน มีฟกช้ำตามตัว ชาวบ้านไม่ได้เข้ามาเกี่ยวข้องกับเรื่องจากเคยโคโนทำร้าย จึงมีเฉพาะผู้ป่วยที่ต้องดูแลบุตรสาว สิ่งที่เป็นปัญหาหลักอีกอย่างคือผู้ป่วยหนักใจเกี่ยวกับตัวของบุตรสาว คือ การที่บุตรสาวไปเกี่ยวข้องกับชายหนุ่ม เมื่อบุตรสาวมีอาการทุเลามักจะชอบหนีตามหนุ่มๆทั้งในหมู่บ้านและนอกหมู่บ้านและไปร่วมอยู่หลับนอนที่บ้านชายหนุ่ม ผู้ป่วยตักเตือนบุตรสาวก็ไม่เชื่อฟังและมักคุดำกันทุกครั้ง เมื่อบุตรสาวหนีตามหนุ่มๆไปมักจะขาดยาและมีอาการกำเริบทุกครั้ง และแต่ละครั้งผู้ป่วยจะต้องออกติดตามหาบุตรสาว บางครั้งใช้รถรับจ้าง 3 ล้อเครื่อง เมื่อพบตัวก็ขอความช่วยเหลือจากผู้ใหญ่บ้านและตำรวจในการนำตัวส่งโรงพยาบาล เพื่อเข้าพักรักษาตัวเพราะอาการกำเริบหนัก แม้บุตรสาวจะทำหมันเพื่อป้องกันการตั้งครรภ์ แต่ผู้ป่วยกลัวบุตรสาวติดเชื้อเอดส์จากชายที่บุตรสาวไปเกี่ยวข้องกับ และคิดว่าบุตรสาวเชื่อผู้ชายง่ายมักจะถูกหลอกเพราะบุตรสาวมีพฤติกรรมเช่นนี้เรื่อยๆ ตั้งแต่เริ่มโตเป็นสาวอายุ 17 ปี จนกระทั่งปัจจุบันอายุ 30 ปี ก็ยังคงเป็นเช่นเดิมและคิดว่าไม่มีใครที่จะจริงจังและแต่งงานกับบุตรสาวของตน แต่บุตรสาวมักจะเชื่อว่าผู้ชายที่ผ่านมารักจริง ซึ่งปัจจุบันอาการของบุตรสาวกำเริบและก้าวร้าว และผู้ป่วยต้องอดทนในการดูแล บางครั้งบุตรสาวทำลายข้าวของ เช่น พังหน้าต่าง ทูปถ้วยชาม ผู้ป่วยรู้สึกกลัวแต่ก็ต้องอดทนเพราะไม่มีใครที่จะดูแลใกล้ชิดบุตรสาวได้เท่าตัวผู้ป่วยเอง ไม่มีใครกล้าเข้าไปยุ่งเกี่ยวจะปล่อยให้ผู้ป่วยเป็นคนจัดการ ผ่านไป 2-3 วันก็จะดีขึ้น ถ้าไม่ดีขึ้นก็จะแจ้งผู้ใหญ่บ้านช่วยดูแล ส่วนใหญ่จะเกิดจากการขาดยา ชาวบ้านให้การช่วยเหลือโดยให้งานบ้านทำเล็กๆน้อยๆ และแบ่งปันอาหารให้ จึงทำให้สามารถดำรงชีวิตในหมู่บ้านได้ตามอัตรภาพ¹⁷⁹

สรุปจากตัวอย่างที่เกิดขึ้น ก่อนข้างซบซ้อน เนื่องจากผู้ป่วยจิตเภทเมื่อมีบุตรจึงไม่สามารถดูแลบุตรของตนได้ ภาระหน้าที่ในการเลี้ยงดูบุตรจึงตกอยู่กับบุคคลอื่นที่ไม่ใช่มารดา จึงทำให้บุตรขาดความรักและความอบอุ่น และยังจะทำให้เกิดปัญหาสังคมตามมาอีกต่อไปได้ด้วย

4.3.2 โรคทางจิตที่น่าจะเป็นเหตุให้แพทย์ควรทำแท้งให้แก่หญิงได้

การกำหนดโรคทางจิตที่น่าจะเป็นเหตุให้แพทย์ควรทำแท้งหรือยุติการตั้งครรภ์ให้แก่หญิงได้ หากแพทย์ตรวจพบว่าหญิงที่ตั้งครรภ์มีปัญหาเนื่องจากสุขภาพทางจิต ซึ่งการเจ็บป่วยทางจิตจะทำให้ผู้ป่วยมีแบบแผนของพฤติกรรม ความคิด และอารมณ์ที่ไม่ปกติ เช่น พุดจาไม่สมเหตุสมผล หรือไม่อยู่กับความจริง ได้ยินเสียงต่างๆที่ไม่มีใครพุด หรือหวาดระแวง โกรธโดยไม่ทราบสาเหตุจนถึงขั้นชวนทะเลาะวิวาท หรือทำร้ายร่างกายผู้อื่น บางครั้งก็ทำให้เกิดความเสียหาย

¹⁷⁹ แหล่งเดิม. หน้า 100-102.

หรือทำลายสิ่งของโดยไม่ได้ตั้งใจ ไม่มีสมาธิ ไม่สนใจสิ่งรอบตัวหรือแม้แต่ตัวเอง มีอารมณ์แปรปรวนอย่างรวดเร็วและไม่เหมาะสม บางคราวมีลักษณะซึมเศร้าถึงขั้นพยายามฆ่าตัวตาย เหล่านี้เป็นเพียงบางส่วนของพฤติกรรมผู้ป่วยที่เป็นโรคจิตเภทและมีอาการทางจิต ซึ่งทั้งหมดเป็นเหตุทำให้ชีวิตของญาติผู้ดูแลและสมาชิกครอบครัวของผู้ป่วยโรคจิตเภทต้องประสบกับความยุ่งยาก ซึ่งโรคจิตเภทนี้เป็นความเจ็บป่วยทางจิตที่ก่อให้เกิดความเสียหายทั้งต่อผู้ป่วยเองและครอบครัว¹⁸⁰ โรคจิตเภทส่วนใหญ่จะเป็นเรื้อรัง เมื่อเป็นโรคนี้อแล้วมักไม่หายเป็นปกติเหมือนเดิม ยังมีความผิดปกติของบุคลิกภาพให้เห็นได้สำหรับความรุนแรงของโรคนับว่าเป็นโรคจิตที่เรื้อรังและรุนแรงที่สุด การเจ็บป่วยทางจิตนี้ก่อให้เกิดผลตามมา 3 ประการ ดังนี้

1. การถูกทำลายหรือการเสื่อมสภาพ (Impairment) หมายถึง อาการแสดงที่ปรากฏในพฤติกรรมของผู้ป่วย ซึ่งแสดงให้เห็นถึงภาวะการถูกทำลายหรือเสื่อมสภาพของผู้ป่วยอันเนื่องมาจากการเจ็บป่วยทางจิต เช่น การแยกตัวเอง (withdrawal) อาการประสาทหลอน (hallucination) อาการหลงผิด (delusion) อาการหวาดระแวง (paranoid) เป็นต้น

2. การไร้ความสามารถหรือข้อบกพร่อง (Disability) หมายถึง ข้อจำกัดในการกระทำหน้าที่ตามปกติของผู้ป่วยจิตเวช ไม่สามารถดูแลสุขภาพอนามัยของตนเองได้ ทั้งนี้เพราะพฤติกรรมถดถอย (regression) ยังไม่ทุเลา ทำให้ผู้ป่วยไม่สามารถพึ่งตนเองได้ ต้องได้รับความช่วยเหลือจากผู้อื่น

3. ความพิการ (Handicap) หมายถึง เกิดอุปสรรคหรือเสียเปรียบในการดำรงชีวิตในสังคมของผู้ป่วย ซึ่งเปรียบเสมือนคนพิการ ตัวอย่างเช่น สังคมมีเจตคติไม่ดีต่อผู้ป่วยจิตเวช แม้ผู้ป่วยจะได้รับการรักษาให้หายแล้วก็ตาม แต่ความรังเกียจของผู้คนในสังคม จะก่อให้เกิดภาวะเสียเปรียบทางสังคมกล่าวคือ ผู้ป่วยจะถูกปฏิเสธจากสังคมในการประกอบอาชีพหรือเข้าสังคม จึงเปรียบเสมือนคนพิการที่ต้องพึ่งพาผู้อื่นตลอดไป¹⁸¹

โรคจิตเภท (Schizophrenia) ที่ยังไม่ทราบสาเหตุที่แท้จริง ลักษณะเฉพาะของโรคนี้ออกอาการของโรคจิตซึ่งทำหน้าที่ต่างๆของจิตใจบกพร่องไปและเกิดความผิดปกติในด้านต่างๆ คือ ความรู้สึก ความคิด และพฤติกรรม องค์การอนามัยโลกสากล (World Health Organization) ได้จำแนกโรคและวินิจฉัยโรค จัดระบบการจำแนกโรคไว้ใน ICD-10 (International Classification of Diseases) และได้ให้ความหมายของโรคจิตเภทว่า เป็นโรคที่มีลักษณะทั่วไป คือ มีความผิดปกติของบุคลิกภาพ มีความผิดปกติทางด้านความคิด และการรับรู้ที่มีลักษณะจำเพาะ และอารมณ์เป็น

¹⁸⁰ สุวิท อินทอง. (2541). ผลของการปรึกษาเชิงจิตวิทยาแบบกลุ่มตามแนวคิดพิจารณาความเป็นจริงต่อพฤติกรรมการดูแลของตนเองด้านสุขภาพจิตของญาติผู้ป่วยโรคจิตเภท. หน้า 1.

¹⁸¹ สมจิต สุประสงค์ และคณะ. (2538). การพัฒนารูปแบบการดูแลผู้ป่วยจิตเวชที่บ้าน. หน้า 7-8.

แบบไม่เหมาะสม หรือทื่อ (blunted) มีการจำแนกโรคและวินิจฉัยโรค จัดระบบการจำแนกโรคใน ICD-10 ดังนี้

F00-F09 Organic, including symptomatic, mental disorders เป็นกลุ่มอาการเนื่องจากโรคทางสมอง ซึ่งมักจะเป็นสภาวะที่มีการเสื่อมอย่างเรื้อรัง มีผลต่อการทำงานที่ซับซ้อนของสมองส่วน cortex รวมถึงความจำ ความคิด ความเข้าใจ การรับรู้ สถานที่ เวลา บุคคล การคำนวณ การเรียนรู้ ภาษา และการตัดสินใจ¹⁸²

F10-F19 Mental and behavioral disorders due to psychoactive substance use กลุ่มนี้ประกอบด้วยโรคซึ่งมีความรุนแรงต่างกัน (ความรุนแรงตั้งแต่ uncomplicated intoxication และ harmful use จนถึงอาการโรคจิตและสมองเสื่อมอย่างชัดเจน) โรคเหล่านี้ทั้งหมดล้วนเกิดจากการเสพยาเสพติดออกฤทธิ์ต่อจิตและประสาทหนึ่งชนิดหรือมากกว่า

F20-F29 Schizophrenia, schizotypal and delusional disorders. จิตเภท (Schizophrenia) เป็นโรคที่พบได้มากที่สุดและสำคัญที่สุดในกลุ่มนี้

F30-F39 Mood (affective) disorders โรคกลุ่มนี้ประกอบด้วย โรคที่มีความผิดปกติทางด้านอารมณ์เป็นหลัก อาจออกมาในรูปของอารมณ์เศร้าหรืออารมณ์สนุกสนานมากกว่าปกติ

F40-F49 Neurotic, Stress-related and somatoform disorders เป็นกลุ่มของโรคประสาทชนิดต่างๆ

F50-F59 Behavioral syndromes associated with physiological disturbances and physical factors กลุ่มนี้เกี่ยวกับความผิดปกติเกี่ยวกับพฤติกรรมการใช้ชีวิตต่างๆ

F60-F69 Disorders of adult personality and behavior ความผิดปกติในกลุ่มนี้ประกอบด้วย สภาวะทางคลินิกที่สำคัญและรูปแบบของพฤติกรรมซึ่งมีแนวโน้มเป็นอยู่เรื่อยๆ และเป็นการแสดงออกถึงลักษณะการดำรงชีวิตของบุคคลและวิธีการสร้างสัมพันธ์ของตนเองกับผู้อื่น

F70-F79 Mental retardation ภาวะปัญญาอ่อน คือ ภาวะที่สมองหยุดพัฒนา หรือพัฒนาไม่สมบูรณ์ทำให้เกิดความบกพร่องของทักษะต่างๆเช่น ด้านสติปัญญา ภาษา การเคลื่อนไหว และทางสังคม

F80-F89 Disorders of psychological development มีอาการทั่วไป คือ เริ่มแสดงอาการครั้งแรกในวัยทารกหรือวัยเด็ก มีการพัฒนาการของหน้าที่ด้านต่างๆที่บกพร่องหรือล่าช้า ลักษณะของโรคในกลุ่มนี้หลายโรคมีการดำเนินโรคที่ราบเรียบซึ่งไม่หาย (remissions) หรือกลับเป็นซ้ำ (Relapses)

¹⁸² คู่มือประกอบการใช้ ICD 10 โรงพยาบาลสวนปรุง เชียงใหม่ 2538. หน้า 23.

F90-F99 Behavioral and emotions disorders with onset usually occurring in childhood and adolescence เป็นกลุ่มความผิดปกติที่เริ่มเกิดขึ้นในวัยต้นๆ (ปกติในอายุ 5 ขวบแรก)

F99 Unspecified mental disorder ใช้เฉพาะกรณีไม่สามารถวินิจฉัยเป็นโรคหนึ่งโรคใดในรหัส F00-98

หากมุ่งศึกษาสังเกตจากอาการและพฤติกรรมที่ผู้ป่วยแสดงออก แยกพิจารณาได้ดังนี้¹⁸³

1) ผู้ป่วยที่มีพฤติกรรมย้ำคิดย้ำทำ

พฤติกรรมย้ำคิดย้ำทำ (Obsessive-Compulsive) หมายถึง อาการอย่างหนึ่งของผู้ป่วยทางจิตที่มีปัญหาในการควบคุมความวิตกกังวล ซึ่งเป็นการเจ็บป่วยทางอารมณ์ที่รุนแรงเนื่องจากได้รับความทรมานจากความผิดและความวิตกกังวลที่เกิดขึ้นตลอดเวลา ผลักดันให้ผู้ป่วยคิดหรือทำสิ่งหนึ่งสิ่งใดซ้ำๆ อย่างมีระเบียบแบบแผน โดยไม่มีเหตุผลหรือความจำเป็น จนแทบจะไม่สามารถทำงานได้ แม้จะรู้ว่าเป็นคิดหรือความรู้สึกที่ไม่มีเหตุผล แต่ไม่สามารถหยุดคิดหรือทำได้

ลักษณะของพฤติกรรม มีความวิตกกังวลสูง คิดและ/หรือมีการกระทำซ้ำๆ เป็นเวลานานกระทำอย่างมีระเบียบแบบแผนอย่างเคร่งครัด มีความกลัวอย่างไม่มีเหตุผล ผู้ป่วยมักจะหมกมุ่นกับความคิดและการกระทำซ้ำๆ จนไม่สนใจกิจวัตรประจำวันของตนเอง

2) ผู้ป่วยที่มีพฤติกรรมถดถอย

พฤติกรรมถดถอย (Regressive) หมายถึง การที่บุคคลให้วิธีการถอยกลับไปสู่พัฒนาการที่ต่ำกว่าวัยซึ่งเคยใช้ได้ผลมาแล้วในช่วงต้นของชีวิตเพื่อลดความวิตกกังวล ความขัดแย้งหรือคับข้องใจ แล้วทำให้บุคคลนั้นมีความผิด ความรู้สึกและพฤติกรรม ไม่เหมาะสมกับวัย ไม่เป็นที่ยอมรับของสังคม ในรายที่ไม่สามารถปรับตัวได้ถือว่าเป็นพฤติกรรมที่ถาวรและรุนแรง

ลักษณะของพฤติกรรม ผู้ป่วยจะไม่สนใจตัวเองในการปฏิบัติกิจวัตรประจำวัน แยกตัว มีความบกพร่องในการสัมพันธภาพกับผู้อื่น เมื่อถามจะตอบสั้นๆ ได้เพียง 2-3 ประโยค สีหน้าไม่แจ่มใส มีความหมกมุ่นอยู่กับตัวเอง อาจมีความผิดปกติเกี่ยวกับเวลา สถานที่ บุคคล

3) ผู้ป่วยที่มีพฤติกรรมก้าวร้าว

พฤติกรรมก้าวร้าว (Aggressive) หมายถึง การแสดงออกทางด้านการพูด การกระทำต่อตนเอง บุคคลอื่นและ/หรือสิ่งแวดลอมรอบตัวที่เป็นผลมาจากความโกรธ ความคับข้องใจหรือการปกปิดความกลัว

ลักษณะของพฤติกรรม สีหน้าบึ้งตึง แววตาไม่เป็นมิตร แสดงท่าทางไม่พอใจ กระทบกระวาย อยู่หนึ่งไม่ได้ พูดโต้ตอบด้วยน้ำเสียงห้วนๆ เสียงดังขึ้นเรื่อยๆ ใช้คำพูดกระแทกกระทั้น

¹⁸³ จรัสพร กิริติเสวี. (2544). กลยุทธ์การสื่อสารเพื่อฟื้นฟูจิตใจของผู้ป่วยจิตเวช. หน้า 13-18.

วาทะหยาบคาย คำหยาบคาย คำหยาบคาย ชู้ตะคอก ทะเลาะวิวาท ชกต่อยทุบตี กระแทกกระทั้น ทำลายข้าวของ ละเมิดสิทธิผู้อื่นหรือทำร้ายตนเองหรือผู้อื่น

4) ผู้ป่วยที่มีพฤติกรรมหลงผิด

พฤติกรรมหลงผิด (Delusion) หมายถึง ความผิดปกติด้านความคิดหรือความเชื่อของบุคคลที่ไม่เป็นความจริงฝังแน่นในเรื่องใดเรื่องหนึ่ง โดยไม่มีพื้นฐานความเชื่อทางสังคม วัฒนธรรมรองรับ ความคิดและความเชื่อนั้นยากต่อการแก้ไขเปลี่ยนแปลงด้วยเหตุผลหรือการชี้แจง ความผิดปกติที่เกิดขึ้นรวมถึงความผิดปกติด้านเนื้อหาของความคิด (Content of Thought) กระแสความคิด (Progression of Thought) และรูปแบบของความคิด (Form of Thought)

ลักษณะของพฤติกรรม อาจแสดงออกในรูปแบบคิดว่าตนเองเป็นใหญ่เป็นโต คิดว่าตนถูกปองร้าย คิดว่าตนเองป่วย คิดเอาเองว่ามีคนหลงรัก หรือคิดว่าตนมีบาปที่ควรถูกลงโทษ

5) ผู้ป่วยที่มีอาการประสาทหลอน

อาการประสาทหลอน (Hallucination) หมายถึง ความผิดปกติของการรับรู้ที่เกิดขึ้นในตัวบุคคล โดยไม่มีสิ่งกระตุ้นหรือสิ่งเร้าจากภายนอก อาจสัมพันธ์กับเรื่องราวในอดีตหรือไม่เกี่ยวข้องกันเลยก็ได้ ผู้ป่วยมีความรู้สึกละเลยสิ่งที่เกิดขึ้นเป็นความจริง

ลักษณะของพฤติกรรม เห็นภาพหลอนหรืออาการหูแว่ว ประสาทสัมผัสบิดเบือน

6) ผู้ป่วยที่มีพฤติกรรมแยกตัว

พฤติกรรมแยกตัว (Withdrawal) หมายถึง การที่บุคคลหนีจากสถานการณ์ที่ก่อให้เกิดความเครียดความวิตกกังวล จนเกิดเป็นแบบพฤติกรรมที่แยกตัวจากสังคมและสิ่งแวดล้อม

ลักษณะคิดหมกมุ่นในเรื่องของตนเอง ส่วนใหญ่เป็นความไม่ดีของตนเองหรือคิดในสิ่งที่ไม่เป็นความจริง คิดว่าตนเองมีคุณค่าต่ำ เพื่อฝันหรือฝันกลางวัน มีความผิดปกติในการรับรู้ความจริง อาจมีอาการหลงผิดหรือประสาทหลอน ใช้เวลาส่วนใหญ่ในการอยู่คนเดียวหรือนอน ไม่เรียกร้องขอสิ่งใดๆเพื่อตนเอง ไม่สนใจปฏิบัติกิจวัตรประจำวันและอาจมีกิริยาท่าทางแปลกๆ มีความวิตกกังวลสูง เมื่อมีการเปลี่ยนแปลงชีวิตประจำวัน

7) ผู้ป่วยที่รู้สึกคุณค่าของตนเองต่ำ

ความรู้สึกคุณค่าของตนเองต่ำ (Low Self-Esteem) หมายถึง ความรู้สึกที่บุคคลไม่มีความภาคภูมิใจในตนเอง รู้สึกว่าตนเองไม่มีความหมาย ความสามารถต่ำ ต้องพึ่งพาผู้อื่นไม่สามารถดำเนินชีวิตได้ตามปกติ

ลักษณะพฤติกรรม ผู้ป่วยมักพูดเกี่ยวกับตนเองในทางลบ ความผิดบาปของตนเอง ซึมเศร้า แยกตัว ไม่สบตา ไม่มองหน้าขณะพูด ก้มหน้า ไหล่ห่อ ไม่กล้าตัดสินใจ ไม่สนใจตนเอง

และสิ่งแวดลอม ไมเข้าร่วมในกิจกรรม อาจมีพฤติกรรมมดถอย รู้สึกมีปมด้อย ท้อแท้ เบื่อหน่าย และที่รุนแรงที่สุด คือ มีความคิดอยากตาย

8) ผู้ป่วยที่มีการเรียกร้องสูง

พฤติกรรมเรียกร้องสูง (Demanding) หมายถึง การที่บุคคลกระทำการหรือให้ผู้อื่นให้ความสนใจทำกิจกรรมให้ตนหรือช่วยเหลือตนเพื่อตอบสนองความต้องการของตนทันที

ลักษณะของพฤติกรรม ผู้ป่วยจะหงุดหงิด กังวล คับข้องใจ กระสับกระส่าย ขอความช่วยเหลือบ่อยครั้ง พุดแสดงความไม่พึงพอใจในสิ่งที่เกิดขึ้นรอบตัว มีพฤติกรรมไม่สมวัย

9) ผู้ป่วยที่มีความวิตกกังวลสูง

ความวิตกกังวล (Anxiety) หมายถึง ความรู้สึกไม่สบาย อึดอัด ว้าวุ่น สับสน กระวนกระวาย กระสับกระส่าย ตื่นตระหนกตกใจต่อสถานการณ์หนึ่งซึ่งบอกไม่ได้ชัดเจน และคาดว่าสถานการณ์นั้นจะก่อให้เกิดผลเสียต่อตนเองทำให้เกิดการเปลี่ยนแปลงทั้งร่างกายและพฤติกรรม

ลักษณะของพฤติกรรม ความวิตกกังวลที่เกิดขึ้นในบุคคลแต่ละครั้งมีความรุนแรงไม่เท่ากัน ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับสิ่งกระตุ้น ความหมายของเหตุการณ์ และบุคลิกภาพของบุคคลนั้นๆ โดยทั่วไปแบ่งลักษณะของพฤติกรรมตามลำดับของความวิตกกังวลได้ 3 ระดับ ดังนี้

ก. ความวิตกกังวลระดับปานกลางหรือเล็กน้อย (Mild Anxiety) ความวิตกกังวลในระดับนี้เกิดขึ้นได้ในบุคคลทั่วไป มีผลทำให้บุคคลตื่นตัว กระตือรือร้นที่จะเอาชนะปัญหา บุคคลที่ความวิตกกังวลระดับนี้จะสามารถควบคุมและจัดการกับตัวเองได้

ข. ความวิตกกังวลระดับสูง (Severe Anxiety) ความวิตกกังวลระดับนี้มี การเปลี่ยนแปลงในบุคคลจากปกติหลายประการ ได้แก่ ประสาทสัมผัสและการรับรู้แคบลงจนทำให้บุคคลหมกมุ่นครุ่นคิดในรายละเอียดมากเกินไป ความสามารถในการแก้ไขปัญหาลดลง สมรรถภาพการทำงานลดลง เกิดความสับสนบ่อย มีการเปลี่ยนแปลงทางพฤติกรรมที่ก่อเกิดความเดือดร้อนแก่ตนเองและบุคคลรอบข้าง เช่น หงุดหงิด โมโหง่าย พุดจาชวนทะเลาะ ขาดเหตุผล จู้จี้ขี้น มีท่าทางตื่นกลัวกระวนกระวาย บุคคลที่มีความวิตกกังวลระดับนี้ส่วนมากต้องการความช่วยเหลือ แต่เจ้าตัวอาจจะไม่รู้สึกรู้ว่าต้องการความช่วยเหลือ

ค. ความวิตกกังวลระดับรุนแรง (Panic Anxiety) บุคคลที่มีความวิตกกังวลระดับรุนแรงที่สุดนี้ จะไม่อาจช่วยเหลือตนเองได้ พลังงานที่เกิดในตัวมีมากที่สุดจนทำให้บุคคลมีพฤติกรรมแปลกหลายอย่างเกิดขึ้น ซึ่งในยามปกติเป็นไปไม่ได้ เช่น ตื่นกลัว ตกใจสุดขีดจนอาจกรีดร้อง วิ่งหนีเตลิดอย่างไร้จุดหมาย หรือเกิดอาการตะลึงแน่นิ่งหมดสติทันทีทันใด หรือมีผลละกำลังอย่างมากมาย บุคคลที่อยู่ในภาวะนี้ต้องการความช่วยเหลืออย่างรีบด่วน

10) ผู้ป่วยที่มีพฤติกรรมซึมเศร้า

ภาวะซึมเศร้า (Depression) หมายถึง ภาวะจิตใจที่หม่นหมอง หดหู่ เศร้า ได้รับความรู้สึกท้อแท้ หมดหวัง มองโลกในแง่ร้าย มีความรู้สึกผิด รู้สึกมีคุณค่าต่ำ ต่ำหนีดตัวเอง ความรู้สึกเหล่านี้คงอยู่เป็นระยะเวลาานาน และเกี่ยวพันกับการสูญเสีย

ระดับความซึมเศร้า ภาวะซึมเศร้าที่เกิดขึ้นในบุคคลจะมีความรุนแรงไม่เท่ากัน อาจแบ่งระดับความซึมเศร้าได้ 3 ระดับ คือ

ก. ระดับอ่อน (Mild Depression) อาการซึมเศร้าอย่างอ่อน คือ ภาวะของอารมณ์ที่ไม่สมชื่น จิตใจหม่นหมอง ซึ่งอาจเกิดขึ้นเป็นครั้งคราวเมื่อมีเหตุการณ์ เช่น การสูญเสียบุคคลหรือสิ่งของที่มีค่าหรือมีความหมายต่อตน หรือบางครั้งก็ไม่มีสาเหตุใดๆ เช่น อารมณ์เศร้าโศกในขณะเหนื่อยมากๆ ขาดคนเห็นใจ แต่อาการก็หายได้ เมื่อพ้นระยะนี้แล้ว สามารถดำเนินชีวิตตามปกติได้

ข. ระดับปานกลาง (Moderate Depression) คือ ภาวะของอารมณ์ที่รุนแรงกว่าระดับอ่อน ประสิทธิภาพการทำงานลดลงกว่าเดิม ผู้ที่อยู่ในระยะเศร้ายกระดับนี้จะรู้สึกอึดอัดใจ ซึ่งกระทบกระเทือนต่อการปฏิบัติภารกิจประจำวัน แต่ยังสามารถดำเนินชีวิตตามปกติได้

ค. ระดับรุนแรง (Severe Depression) คือ ภาวะของอารมณ์ที่มีความเศร้าอย่างมาก มีการเปลี่ยนแปลงพฤติกรรมต่างๆ ไป อย่างเห็นได้ชัดเจน เช่น ไม่สามารถดำเนินชีวิตประจำวันได้ ทำงานขาดประสิทธิภาพ มีอารมณ์เพื่อฝัน หลงผิด ประสาทหลอน อาจมีความคิดทำร้ายตนเอง เนื่องจากอาการหลงผิดประสาทหลอนได้

11) ผู้ป่วยที่พยายามฆ่าตัวตาย

การพยายามฆ่าตัวตาย (Attempt Suicide) หมายถึง การที่บุคคลมีความคิดและลงมือกระทำให้ตนเองได้รับความเจ็บป่วยหรือเป็นอันตราย ซึ่งถือว่าทำลายตนเองโดยตรง

ลักษณะของพฤติกรรม ผู้ป่วยที่พยายามฆ่าตัวตายระยะหนึ่งจะมีความลังเล อยากอยู่และอยากตายในเวลาเดียวกัน มีสัญญาณเตือนการฆ่าตัวตายทั้งทางตรงและทางอ้อมเป็นคำพูด เช่น “ฉันไม่อยากมีชีวิตอยู่ต่อไปแล้ว อยู่อย่างนี้ทรมาน เป็นภาระต่อผู้อื่นเหลือเกิน” มีอะไรที่ทำให้ตายแล้วไม่ทรมานบ้างไหม” เป็นต้น การพยายามฆ่าตัวตายพบได้บ่อยในสภาวะคับขัน เช่น มีการสูญเสียอย่างกะทันหัน ว่างาน เจ็บป่วยเรื้อรังไม่หาย

12) ผู้ป่วยที่มีพฤติกรรมเจ้ากี้เจ้าการ

พฤติกรรมเจ้ากี้เจ้าการ (Manipulative Behavior) หมายถึง พฤติกรรมที่บุคคลหนึ่งพยายามให้บุคคลอื่นกระทำตามความต้องการของตนเอง อาจโดยการใช้อำนาจหรืออิทธิพลที่เหนือกว่าควบคุมบังคับให้กระทำตามหรือโดยการหลอกล่อ เรียกร้องให้กระทำเพื่อประโยชน์ของตน

13) ผู้ป่วยที่มีภาวะหวาดระแวง

ภาวะหวาดระแวง (Paranoid) หมายถึง อาการผิดปกติทางจิตที่ผู้ป่วยมีอาการหลงผิด เป็นอาการเด่นชัด ความหลงผิดของผู้ป่วยจะไม่มีเหตุผลและเป็นเรื่องราว อารมณ์และพฤติกรรมจะ สอดคล้องกับความหลงผิด เช่น คิดว่าตนเองถูกปองร้าย คิดว่าคนอื่นพูดหรือทำอะไรมี ความหมายพาดพิงมาถึงตน

ลักษณะของพฤติกรรม ผู้ป่วยจะขาดความไว้วางใจ ความรู้สึกมีคุณค่าในตัวเองลดลง ขี้ สงสัย ขลาดกลัว ก้าวร้าว ทำลาย หลงผิดคิดว่าตนเองเป็นผู้ใหญ่และกำลังถูกติดตาม ผู้อื่นพูดถึงแต่ เรื่องราวของตนเอง ลังเลไม่แน่ใจหรืออาจจะปฏิเสธที่จะรับประทานยา ปฏิเสธที่จะไม่รับประทาน อาหาร ไม่สามารถทำกิจกรรมในชีวิตประจำวัน แยกตัวเองออกจากสังคม อาจคิดฆ่าตัวตาย และมี ประสาทหลอนร่วมด้วย

จากพฤติกรรมของผู้ป่วยที่กล่าวมาข้างต้นทั้งหมด ลักษณะของพฤติกรรมและอาการที่ แสดงออกของผู้ป่วย ไม่จำเป็นที่จะต้องเป็นโรคเดียว อาจประกอบด้วยหลายอาการก็ได้

ในเรื่องนี้ภาควิชาจิตเวชศาสตร์ โรงพยาบาลศิริราช¹⁸⁴ ได้จัดกลุ่มโรคที่ควรพิจารณาใน การยุติการตั้งครรภ์ไว้ โดยกำหนดชนิดของความผิดปกติของสุขภาพจิตของหญิงตั้งครรภ์ตามแบบ ที่สมาคมจิตแพทย์แห่งอเมริกา (DSM-11) ได้วางบรรทัดฐาน ดังนี้

- 1) โรคที่ควรจะยุติการตั้งครรภ์
 - ก. ปัญญาอ่อน (Mental retardation)
 - ข. กลุ่มอาการทางจิต เนื่องจากสมองพิการ (OBS.)
 - ค. โรคนิ่วเภท (Schizophrenia)
 - ง. โรคอารมณ์แปรปรวน (Major affective disorder)
 - จ. ภาวะระแวง (Paranoid state)
- 2) โรคจิตที่ควรได้รับการพิจารณาให้ยุติการตั้งครรภ์เป็นบางกรณี
 - ก. โรคประสาท (Neurosis)
 - ข. บุคลิกภาพผิดปกติ (Personality Disorder)
 - ค. ความผิดปกติทางเพศ (Sexual deviation)
 - ง. ยาเสพติดให้โทษ (Drug dependence)
 - จ. โรคประสาททางกาย (Psychophysiological Disorder)
- 3) โรคที่ไม่น่าพิจารณาให้ยุติการตั้งครรภ์ ได้แก่ ภาวะจิตผิดปกติชั่วคราว เนื่องจาก ความกดดัน (Transient situation disturbances)

¹⁸⁴ สุวัฒน์ จัทรจันง. เล่มเดิม. หน้า 144-145.

4.3.3 วิเคราะห์ความสอดคล้องเหมาะสมในการกำหนดเหตุที่จะทำแท้งได้ในกรณีมารดามีปัญหาทางจิตกับสภาพสังคมในปัจจุบัน

กฎหมายว่าด้วยการทำแท้งตามประมวลกฎหมายอาญาที่บังคับใช้ในประเทศไทยในปัจจุบัน ตามมาตรา 301 นั้น ถือว่าการทำแท้งเป็นการกระทำความผิดทางอาญา และมีข้อยกเว้นให้ทำแท้งได้โดยชอบด้วยกฎหมายเพียง 2 กรณี ตามมาตรา 305 คือ เมื่อมีความจำเป็นต้องกระทำเนื่องจากสุขภาพของหญิงนั้น หรือเมื่อการตั้งครรภ์นั้นเกิดขึ้นจากการกระทำความผิดอาญาตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 276 มาตรา 277 มาตรา 282 มาตรา 283 หรือมาตรา 284

ประเด็นที่น่าพิจารณามีอยู่ว่า การบัญญัติกฎหมายดังกล่าวเป็นการคำนึงถึงสิทธิของทารกในครรภ์มากกว่าสิทธิของหญิงที่จะทำแท้ง และมูลเหตุในการทำแท้งได้โดยชอบด้วยกฎหมายดังกล่าวมีความสอดคล้องเหมาะสมกับสภาพสังคมในปัจจุบันแล้วหรือไม่ ซึ่งหากไม่สอดคล้องเหมาะสมแล้ว สมควรแก้ไขไปในทิศทางใดจึงจะสอดคล้องเหมาะสมและไม่ขัดต่อจารีตประเพณี วัฒนธรรม และความรู้สึกด้านศีลธรรม จริยธรรมของคนในสังคม

เนื่องจากสภาพความเป็นจริงในปัจจุบันมีความเปลี่ยนแปลงไปมาก จึงมีส่วนกดดันให้หญิงตั้งครรภ์มีความจำเป็นหลายๆด้านที่จะต้องทำแท้ง ซึ่งเป็นผลที่สะท้อนมาจากปัญหาสังคม เศรษฐกิจ การเมือง แต่เมื่อกฎหมายมีข้อยกเว้นในการทำแท้งได้โดยไม่ผิดกฎหมายเพียง 2 ประการดังกล่าว จึงก่อให้เกิดการลักลอบทำแท้งในกรณีที่มีความจำเป็นด้านอื่นๆ และไม่เข้าข่ายสองกรณีในมาตรา 305 นั้น กรณีจึงมีหลายฝ่ายให้ความเห็นว่า ควรมีการขยายมูลเหตุของการทำแท้งได้โดยชอบด้วยกฎหมายให้มากขึ้น เพื่อให้สอดคล้องกับสภาพปัญหาที่เกิดขึ้นในสังคมปัจจุบัน

ปัญหาที่เกิดขึ้นจากบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายอาญามาตรา 305(1) ได้แก่ ประเด็นคำว่า “สุขภาพ” นั้น หมายความว่าเฉพาะสุขภาพทางกายหรือรวมถึงสุขภาพทางจิตของหญิงตั้งครรภ์ด้วยหรือไม่ ซึ่งในเรื่องนี้นักวิชาการมีความเห็นที่หลากหลายกันออกไป บางท่านเห็นว่าคำว่า “สุขภาพ” นั้น ต้องรวมถึงสุขภาพทางกายและทางจิตใจด้วย ตามคำนิยามว่า “สุขภาพ” ขององค์การอนามัยโลก บางท่านเห็นว่าหากจะตีความคำว่า “สุขภาพ” ให้หมายความรวมถึงสุขภาพทางจิตด้วยก็จะเป็นการตีความขยายความกฎหมาย ทำให้กฎหมายมีความไม่ชัดเจนแน่นอน ซึ่งขัดกับหลักประกันในประมวลกฎหมายอาญา และจากบทบัญญัตินี้ดังกล่าวทำให้การปฏิบัติงานของแพทย์มีปัญหาในทางปฏิบัติพอสมควร เพราะยังไม่มีคำแนะนำว่าแพทย์จะอาศัยมาตรา 305(1) สามารถทำการยุติการตั้งครรภ์ให้แก่หญิงในกรณีที่ตรวจพบว่าหญิงตั้งครรภ์มีปัญหาทางจิตได้หรือไม่

เมื่อพิจารณาถึงสุขภาพจิตแล้ว ย่อมมีความสำคัญไม่น้อยไปกว่าสุขภาพทางกาย สุขภาพกายจะสมบูรณ์แข็งแรงได้จะต้องประกอบด้วยกรรมมีสุขภาพจิตที่ดีด้วย ประการสำคัญอีก

ประการหนึ่งก็คือ การที่จะปล่อยให้หญิงตั้งครรภ์ที่มีปัญหาทางด้านสุขภาพจิตตั้งครรภ์ไปจนกระทั่งคลอดทารกออกมา อาจจะไม่ได้แก่ส่งผลเสียต่อสุขภาพจิตของหญิงตั้งครรภ์นั่นเอง แต่ยังมีผลต่อตัวทารกที่จะคลอดออกมาด้วย เพราะหากมารดามีปัญหาทางด้านสุขภาพจิตแล้ว ใครจะเป็นผู้ดูแลทารกคนดังกล่าว การดูแลทารกจึงตกอยู่กับปู่ย่า ตายาย ลุง ป้า น้า อา หรือญาติๆ ของบุคคลที่เกี่ยวข้อง ซึ่งมีได้เต็มใจรับดูแลทารกดังกล่าวแต่จำเป็นต้องดูแล เพราะสภาพบังคับและเมื่อไม่มีใครต้องการทารกดังกล่าวแล้ว เมื่อเติบโตขึ้นเป็นผู้ใหญ่ก็อาจจะมีปัญหาสุขภาพจิตหรือเป็นปัญหาของสังคมต่อไปอีกด้วย

จึงมีนักวิชาการหลายท่านเห็นว่า เมื่อวิทยาศาสตร์การแพทย์มีความเจริญก้าวหน้ามากขึ้น จนกระทั่งสามารถตรวจทราบได้ว่าหญิงตั้งครรภ์มีปัญหาสุขภาพจิตในขณะที่อาการของหญิงที่มีปัญหาสุขภาพจิตระยะเริ่มแรก ซึ่งญาติๆ หรือสามีของหญิงตั้งครรภ์มักจะไม่ปรารถนาที่จะให้หญิงนั้นตั้งครรภ์ต่อไป กรณีจึงเห็นกันว่า การที่จะปล่อยให้หญิงตั้งครรภ์ต้องรักษาลูกในครรภ์ไว้ต่อไปจนกระทั่งถึงกำหนดคลอดย่อมจะเป็นภาระหน้าที่หนักยิ่งต่อหญิงและครอบครัว และยังเป็นภาระต่อสังคมส่วนรวมด้วย ทั้งเด็กเองที่จะคลอดออกมาก็ย่อมจะต้องประสบปัญหาจากปัญหาทางด้านสุขภาพจิตของมารดา และอาจประสบปัญหาในการดำรงชีวิตของเขาต่อไปอีกด้วย กรณีเกี่ยวกับปัญหาทางด้านสุขภาพจิตของหญิงตั้งครรภ์จึงขอที่จะเป็นอีกกรณีหนึ่งที่สมควรอนุญาตให้ทำแท้งได้โดยชอบด้วยกฎหมาย

การกำหนดเหตุทำแท้งในกรณีนี้มีขึ้นเพื่อเป็นการป้องกันปัญหาที่จะเกิดขึ้นจากสุขภาพจิตของหญิงตั้งครรภ์ที่จะมีผลต่อบุตรที่จะคลอดออกมา และเพื่อเป็นการหลีกเลี่ยงปัญหาของเด็กที่จะต้องได้รับผลกระทบจากปัญหาสุขภาพจิตของมารดา ในแง่จริยธรรม การทำแท้งในกรณีที่มารดามีปัญหาสุขภาพจิตมีวัตถุประสงค์สำคัญเพื่อเป็นการป้องกันปัญหาที่จะเกิดขึ้นกับสังคม เพราะหากปล่อยให้เด็กที่มีมารดามีปัญหาทางจิตเกิดมาเพิ่มขึ้นเรื่อยๆ แล้วย่อมเป็นความอ่อนแอของสังคมโดยส่วนรวมการทำแท้งในกรณีดังกล่าวจึงมีเหตุผลทางจริยธรรมที่สมควร

เหตุนี้ กฎหมายของหลายประเทศจึงบัญญัติให้สามารถทำแท้งได้โดยไม่มีคามผิด ในกรณีที่มารดามีปัญหาสุขภาพจิต เช่น ประเทศอังกฤษพระราชบัญญัติการทำแท้ง พ.ศ. 2510 (The Abortion Act 1967) มาตรา 1(1) การสิ้นสุดการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ (Medical termination of pregnancy) อนุมาตรา (1) (ก) บัญญัติว่า “หากปล่อยให้การตั้งครรภ์ดำเนินต่อไป หญิงตั้งครรภ์อาจต้องเสี่ยงต่ออันตรายถึงชีวิต หรืออันตรายต่อสุขภาพทางกายหรือจิตใจของหญิง” การทำแท้งนั้นไม่มีความผิด

สำหรับประเทศไทย แพทย์ส่วนใหญ่มีความเห็นพ้องต้องกันว่ามูลเหตุในเรื่องปัญหาทางด้านสุขภาพจิตของมารดานี้ ควรเป็นอีกเหตุหนึ่งที่สมควรอนุญาตให้มีการทำแท้งได้ ในปี พ.ศ.

2531 คณะกรรมการแพทยสภาโดยความเห็นชอบของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุข ได้มีความพยายามที่จะเสนอให้รัฐบาลแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 305 โดยบัญญัติเหตุทำแท้งได้โดยชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา 305 (1) ให้มีความชัดเจนโดยบัญญัติเพิ่มเติมถึงปัญหาสุขภาพของหญิงด้วย เพื่อให้สอดคล้องกับสภาพการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไป และให้เกิดประโยชน์สูงสุดแก่ประชาชน แต่คณะรัฐมนตรีสมัยนั้นไม่ได้นำข้อเสนอดังกล่าวเข้าพิจารณาในที่ประชุมแต่อย่างใด

เคยมีเรื่องจริงจากประสบการณ์ของแพทย์ท่านหนึ่งเกี่ยวกับการทำแท้ง ดังนี้ “ผู้ป่วยหญิงไทยโสด อายุ 24 ปี ภูมิลำเนาอยู่จังหวัดสุพรรณบุรี ญาติพามาโรงพยาบาลเพราะดื่มยาฆ่าแมลงเข้าไป จนหมดสติ เมื่อแพทย์เวรล้างท้องและให้การบำบัดฉุกเฉินจนฟื้นอันตรายแล้ว จึงส่งปรึกษาจิตแพทย์เหมือนคนไข้พยายามฆ่าตัวตายทุกๆ ไปรายอื่นๆ ผู้ป่วยมีอาการซึมเศร้าอย่างมาก ความต้องการจะตายยังมีสูงมากร้องไห้สะอึกสะอื้นขอให้แพทย์ช่วยให้ตายสมใจ โดยไม่ยอมบอกถึงสาเหตุ หลังจากใช้เวลาปลุกฝังสัมพันธภาพระหว่างแพทย์-คนไข้ อยู่นานจึงได้ยอมเล่าให้ฟังว่า เดิมอยู่สุพรรณบุรีเพิ่งเดินทางมาพักบ้านญาติในกรุงเทพฯ ได้ประมาณ 3 เดือน โดยทำงานในโรงงานอุตสาหกรรมแห่งหนึ่งใกล้บ้าน ผู้ป่วยไม่เคยมากรุงเทพฯ มาก่อน จึงไม่รู้จักหนทางหรือใครอื่น เขาก็ไปทำงาน เย็นก็เดินกลับบ้าน คำวันหนึ่งขณะไปซื้อของปากซอย ถูกชายแปลกหน้า 2 คน ไล่ผ้าชุบน้ำยาอุดจมูกแล้วอุ้มขึ้นรถไปข่มขืน แล้วจะฆ่าถ้าบอกใคร ด้วยความอับอายและหวาดกลัวผู้ป่วยจึงรีบกลับไปอยู่บ้านกับพ่อแม่ตามเดิม โดยไม่กล้าบอกให้ใครรู้ แม้แต่พ่อแม่ เพราะกลัวจะเสียใจ ปรากฏว่าประจำเดือนขาดมา 2 เดือน และเริ่มมีอาการแพ้ท้อง ด้วยความเสียใจและอับอายขายหน้ากลัวจะทำให้พ่อแม่เสื่อมเสียจึงตัดสินใจฆ่าตัวตาย

จิตแพทย์ได้พบกับญาติผู้ป่วยที่นำคนไข้มาโรงพยาบาล ได้แก่ พี่ชายและพี่สะใภ้ ต่างบอกเล่าตรงกันว่า ผู้ป่วยเป็นคนดี ชื่อ ไม่เคยมีเพื่อนชายเลย และเพิ่งไปอยู่กรุงเทพฯ ได้ไม่นาน ก็กลับมาอยู่บ้านตามเดิม และสังเกตเห็นซึมลงผิดปกติ อาหารไม่ค่อยทาน ผอมลง บางครั้งนั่งซึม แต่ไม่ทราบสาเหตุว่าไม่สบายใจเรื่องอะไร

เมื่อผู้ป่วยบอกความจริงแก่ญาติ ผลคือ ภาวนาเวทนาเมื่อทั้ง 3 ต่างรำไห้ด้วยความเสียใจ และยกมือท่วมหัวขอให้แพทย์ช่วยทำแท้งให้ผู้ป่วย แต่เนื่องจากขาดแนวทางหรือนโยบายแน่นอนในทางปฏิบัติ จิตแพทย์จึงต้องฝากค้างคนไข้ที่ ไอ.พี.ดี. และส่งผู้ป่วยไปหาสูติกรแพทย์เพื่อตรวจยืนยันการตั้งครรภ์แล้วจึงส่งผู้ป่วยไปปรึกษาแพทย์ทางนิติเวชเพราะเป็นคดี แพทย์ทางนิติเวชแนะนำผู้ป่วยให้ไปแจ้งความ แต่ผู้ป่วยอาการยังไม่สู้ดีญาติจึงต้องไปแจ้งความแทน เนื่องจากเป็นชาวชนบทไม่รู้จักหนทางในกรุงเทพฯ จึงต้องส่งไปปรึกษานักสังคมสงเคราะห์ ญาติหายไป 1 วันเต็มๆ เพื่อจะกลับมารายงานจิตแพทย์ว่าทางโรงพักไม่ยอมรับแจ้งความเพราะประการแรกเหตุเกิด

นานแล้ว ทำไมไม่แจ้งในทันทีที่เกิดเหตุ และประการหลังเหตุเกิดในคนละห้องที่ หากจะแจ้งต้องไปแจ้งอีกโรงพักหนึ่ง ญาติหาโรงพักนี้ไม่พบก็เลยต้องกลับมาโรงพยาบาล รุ่งขึ้นญาติไปแจ้งความอีก เจ้าหน้าที่ตำรวจบอกว่าเจ้าทุกข์ต้องไปแจ้งเอง พอตีคนไข้มีอาการปวดท้องรุนแรง เกรงว่าจะเป็น threaten abortion จากพิษของยาฆ่าแมลงจำนวนมากที่กินเข้าไปจึงส่งผู้ป่วยปรึกษาสูตินรีแพทย์อีกครั้ง ปรากฏว่าครรภ์ยังปกติ นับเป็นเวลา 4 วันเต็มๆที่คนไข้ต้องทนทุกข์ทรมานทั้งกายและใจ คือ ต้องนอนฝากค้างที่ห้องฉุกเฉิน ไอ.พี.ดี. ซึ่งมีสภาพอันแสนจะทารุณ ท้ายที่สุดของขบวนการอันยืดเยื้อนี้เมื่อไม่เห็นหนทางอื่นแล้วจิตแพทย์จึงตัดสินใจลงความเห็นไปว่าผู้ป่วยรายนี้มีข้อบ่งชี้ทางจิตเวช หากปล่อยให้ครรภ์ดำเนินต่อไปจะเป็นอันตรายต่อสุขภาพจิตสมควรทำแท้งเพื่อรักษาได้

เรื่องจริงเรื่องนี้ อาจไม่ใช่เรื่องที่จะเกิดขึ้นนานๆครั้ง แต่เป็นเรื่องที่เกิดขึ้นอยู่บ่อยๆ ข้อที่ควรพิจารณาคือว่าทำอย่างไรจึงจะสามารถแก้ปัญหาเหล่านี้ได้¹⁸⁵

แม้ต่อมาในปี พ.ศ. 2548 คณะกรรมการแพทยสภาที่ยืนยันแนวความคิดเดิมที่เห็นว่าการบัญญัติบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายอาญามาตรา 305 (1) ให้มีความชัดเจนโดยบัญญัติรวมถึงปัญหาสุขภาพจิตของหญิงตั้งครรภ์ด้วย จึงได้มีการออกข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับการยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ ตามมาตรา 305 แห่งประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2548 ข้อ 5 (2) กำหนดว่า

“การยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ ตามมาตรา 305 (1) แห่งประมวลกฎหมายอาญาให้ เป็นไปตามเงื่อนไขดังนี้ (2) เป็นกรณีที่จำเป็นต้องกระทำเนื่องจากปัญหาสุขภาพจิตของหญิงตั้งครรภ์ ซึ่งจะต้องได้รับการรับรองหรือเห็นชอบจากผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมที่มีใช้ผู้กระทำการยุติการตั้งครรภ์ อย่างน้อยหนึ่งคน ในกรณีที่หญิงนั้นมีความเครียดอย่างรุนแรงเนื่องจากพบว่าการก่อกำเนิดหรือมีความเสี่ยงสูงที่จะมีความพิการอย่างรุนแรง หรือเป็นหรือมีความเสี่ยงสูงที่จะเป็นโรคพันธุศาสตร์ (genetic counseling) และมีการลงนามรับรองในเรื่องดังกล่าวข้างต้น โดยผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมที่มีใช้ผู้กระทำการยุติการตั้งครรภ์อย่างน้อยหนึ่งคนให้ถือว่าหญิงมีครรภ์นั้นมีปัญหาสุขภาพจิตตาม (2)”

ดังนั้น หากเป็นกรณีที่หญิงตั้งครรภ์มีปัญหาสุขภาพจิต หรือมีความวิตกกังวลมากจนสุขภาพทางจิตเสื่อมโทรมถึงกับมีอาการทางจิตเกิดขึ้น เช่น ประสาทหลอน เป็นต้น กรณีนี้แพทย์อาจทำแท้งให้แก่หญิงตั้งครรภ์โดยอ้างเหตุจำเป็นเนื่องจากปัญหาสุขภาพจิตของหญิงนั้น ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 305 (1) อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนเห็นว่าหลักการของข้อบังคับแพทยสภา

¹⁸⁵ แสวง บุญเฉลิมวิภาส. (2532, มิถุนายน). “เหตุทำแท้งได้โดยไม่ผิดกฎหมาย : ปัญหาและแนวทางแก้ไข”. วารสารนิติศาสตร์ ธรรมศาสตร์, 19(2). หน้า 73.

ดังกล่าว ก็คือ การวางหลักเกณฑ์ในการวินิจฉัยเกี่ยวกับความจำเป็นต้องกระทำเนื่องจากปัญหาสุขภาพของหญิง ซึ่งสามารถแก้ปัญหาเบื้องต้นในทางปฏิบัติไปได้บ้างบางส่วนแล้วก็ตาม แต่ก็ยังมีปัญหาอยู่ในเมื่อตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 305 (1) มิได้มีการบัญญัติให้ชัดเจนว่าสุขภาพนั้น หมายความว่ารวมถึงสุขภาพทางกายและทางจิตของหญิงด้วยหรือไม่ ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่า กรณีควรจะมีการแก้ไขบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายอาญามาตรา 305 (1) ให้ครอบคลุมถึงปัญหาสุขภาพจิตของหญิงตั้งครรภ์ ทั้งนี้การอนุญาตให้ทำแท้งได้โดยชอบด้วยกฎหมายในกรณีนี้ ย่อมก่อให้เกิดผลดีทั้งต่อตัวหญิงตั้งครรภ์ที่ไม่ต้องรับภาระที่หนักหน่วงในการเลี้ยงดูทารก ทั้งเป็นผลดีต่อตัวทารกในครรภ์ที่ไม่ต้องเกิดมาและได้รับผลกระทบจากปัญหาทางจิตของมารดา และอาจทำให้เขากลายเป็นปัญหาของสังคมต่อไปด้วย

แต่ปัญหาว่ากรณีใดที่จะเรียกได้ว่ามีความจำเป็นต้องทำแท้งและทำแท้งได้ภายใต้เงื่อนไขใดบ้าง โดยไม่กระทบกระเทือนต่อความรู้สึกและศีลธรรมอันดีของประชาชน เป็นข้อที่ต้องพิจารณาอย่างถี่ถ้วนถึงเหตุผลสมควรในแต่ละกรณี เพื่อให้กฎหมายมีความสอดคล้องกับค่านิยม วัฒนธรรม ประเพณี ศีลธรรม และความรู้สึกของประชาชนทั่วไป และในขณะเดียวกันก็จะลดความตึงเครียดในปัญหาของหญิงตั้งครรภ์ได้ด้วย ทั้งหมดจึงขึ้นอยู่กับว่ารัฐควรจะกำหนดนโยบายทางอาญาอย่างไร สังคมจึงจะเกิดประโยชน์สูงสุดและเกิดผลเสียน้อยที่สุด ซึ่งมีผู้เสนอเหตุผลทำแท้งที่สมควรกำหนดเป็นเหตุทำแท้งได้โดยชอบด้วยกฎหมายไว้หลายประการ แต่ในที่นี้ ผู้เขียนขอยกเอาเหตุผลในเรื่องปัญหาสุขภาพจิตของมารดาซึ่งเป็นเหตุผลที่ในต่างประเทศก็มีการอนุญาตให้ทำแท้งได้โดยไม่ผิดกฎหมาย และเมื่อพิจารณาจากสภาพของสังคมไทยในปัจจุบันแล้วยังสอดคล้องเหมาะสมกับสภาพปัญหาของสังคมไทยในปัจจุบัน เพื่อให้สามารถช่วยลดปริมาณการลักลอบทำแท้ง ซึ่งจะส่งผลเสียให้รัฐต้องเสียค่าใช้จ่ายในการดูแลรักษาผู้หญิงที่เกิดปัญหาจากการลักลอบทำแท้ง เช่น การตกเลือด มดลูกทะลุ หรือปัญหาอื่นๆที่ตามมาจากการลักลอบทำแท้ง รวมถึงผลเสียต่อตัวหญิงที่ตั้งครรภ์เองด้วย

บทที่ 5

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

5.1 บทสรุป

ประเทศไทยได้มีบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 305 เพื่อเป็นบทยกเว้นของการทำแท้งได้โดยชอบด้วยกฎหมาย โดยบัญญัติว่า “ถ้าการกระทำความผิดในมาตรา 301 และมาตรา 302 (ผู้ใดทำให้หญิงแท้งลูก...) เป็นการกระทำของนายแพทย์และ (1) จำเป็นต้องกระทำเนื่องจากสุขภาพของหญิงนั้น หรือ (2) หญิงมีครรภ์เนื่องจากการกระทำความผิดอาญาตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 276 มาตรา 277 มาตรา 282 มาตรา 283 หรือมาตรา 284 ผู้กระทำไม่มีความผิด”

กฎหมายอาญาของไทยในปัจจุบันถือว่าการทำแท้งเป็นความผิด การที่กฎหมายบัญญัติให้ทำแท้งเป็นความผิด มีวัตถุประสงค์ที่สำคัญก็เพื่อเป็นการป้องกันการทำลายชีวิตทารกในครรภ์ที่จะเกิดมา และได้กำหนดให้การกระทำให้แท้งลูกเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา โดยแบ่งการกระทำเป็นสองอย่าง คือ กรณีที่หญิงยินยอมให้ทำตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 302 กับทำโดยหญิงไม่ยินยอมตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 303 ในกรณีหลังนี้มีโทษร้ายแรงกว่า

อย่างไรก็ดี เรื่องการทำแท้งนี้ ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 305 มีข้อยกเว้นให้สำหรับแพทย์ที่จะกระทำได้โดยไม่มีความผิด แต่ต้องเป็นการกระทำที่อยู่ภายใต้เงื่อนไขของกฎหมาย ซึ่งมาตรา 305 เป็นบทบัญญัติที่ยกเว้นความผิดให้เฉพาะการกระทำในมาตรา 301 และมาตรา 302 เท่านั้น คือ เป็นเรื่องที่แพทย์ทำให้หญิงแท้งลูกโดยหญิงยินยอม ตามมาตรา 302 ส่วนมาตรา 301 บัญญัติว่า หญิงใดทำให้ตนเองแท้งลูกหรือยอมให้ผู้อื่นทำให้ตนแท้งลูก ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปีหรือปรับไม่เกินหกพันบาทหรือทั้งจำทั้งปรับ และมาตรา 305 บัญญัติความไว้ดังนี้

มาตรา 305 “ถ้าการกระทำความผิดดังกล่าวในมาตรา 301 และมาตรา 302 นั้น เป็นการกระทำของแพทย์ และ

- (1) จำเป็นต้องกระทำเนื่องจากสุขภาพของหญิงนั้น หรือ
- (2) หญิงมีครรภ์เนื่องจากการกระทำความผิดอาญาตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 276

มาตรา 277 มาตรา 282 มาตรา 283 หรือมาตรา 284

ผู้กระทำไม่มีความผิด”

องค์ประกอบการใช้กฎหมายมีว่า ผู้ที่จะได้รับยกเว้น ไม่มีความผิดในการทำแท้งจะต้องประกอบด้วยหลักเกณฑ์ ดังต่อไปนี้

- 1) เป็นการกระทำของนายแพทย์
- 2) มีเหตุอันจำเป็นต้องกระทำสองประการ
 - (1) เนื่องจากสุขภาพของหญิงนั้น หรือ
 - (2) หญิงมีครรภ์เพราะเหตุอย่างใดอย่างหนึ่ง ดังต่อไปนี้
 - ก. ถูกข่มขืนกระทำชำเรา
 - ข. หญิงอายุยังไม่เกินสิบห้าปีถูกกระทำชำเรา
 - ค. หญิงอายุไม่เกินสิบแปดปีถูกล่อไปหรือชักพาไปให้ชายกระทำชำเรา
 - ง. หญิงถูกล่อไปหรือชักพาไปโดยใช้อุบายหลอกลวง ขู่เข็ญ ใช้กำลังประทุษร้าย หรือใช้วิธีข่มขืนใจด้วยประการใดๆ ให้ชายกระทำชำเรา
 - จ. หญิงถูกพาไปเพื่อให้ชายกระทำชำเราโดยใช้อุบายหลอกลวง ขู่เข็ญ ใช้กำลังประทุษร้ายหรือใช้วิธีข่มขืนใจด้วยประการอื่นใด

จะเห็นได้ว่าเหตุที่จะยอมให้แพทย์ทำแท้งได้นี้ ก็มีอยู่เพียงสองกรณี คือ เพื่อสุขภาพของหญิงเองหรือเพราะการตั้งครรภ์เนื่องจากมีผู้กระทำความผิดทางอาญาต่อหญิงหรือหญิงมิได้เต็มใจในการตั้งครรภ์นั้นด้วยเท่านั้น

เหตุยกเว้นความผิดฐานทำแท้งซึ่งไม่สอดคล้องกับสภาพความเป็นจริงในปัจจุบันทำให้มีการละเมิดกฎหมายกันมาก ประมวลกฎหมายอาญารบับนี้มีการประกาศใช้บังคับต่อจากกฎหมายลักษณะอาญามาตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม พ.ศ. 2500 อันเป็นเวลากว่า 50 ปีแล้ว จึงทำให้บางเรื่องไม่สอดคล้องเหมาะสมที่จะปรับใช้กับสถานการณ์ในปัจจุบันได้ เช่น เรื่องเหตุยกเว้นความผิดในการทำแท้งซึ่งมีจำนวนน้อยเกินไป เนื่องจากปัจจุบันมีปัญหาหลายประการเพิ่มขึ้น ซึ่งบางปัญหาที่เพิ่มขึ้นสมควรที่จะบัญญัติให้เป็นเหตุยกเว้นความผิดฐานทำแท้งได้ เช่น สาเหตุเนื่องจากปัญหาสุขภาพจิตของมารดา ซึ่งในปัจจุบันก็ยังมีปัญหาว่าแพทย์จะอาศัยประมวลกฎหมายอาญามาตรา 305 (1) เป็นเหตุยกเว้นความผิดฐานทำแท้งได้หรือไม่ เพราะบทบัญญัติแห่งมาตราดังกล่าวมีความไม่ชัดเจนของคำว่า “สุขภาพ” ว่า หมายความว่ารวมถึงสุขภาพจิตของหญิงตั้งครรภ์ด้วยหรือไม่ หรือแม้แต่กรณีเรื่องสุขภาพของทารกในครรภ์มารดา เพราะในปัจจุบันแพทย์สามารถตรวจสอบว่าทารกในครรภ์มีความสมบูรณ์หรือไม่ตั้งแต่อยู่ในครรภ์ ซึ่งหากแพทย์สามารถทำแท้งให้ได้โดยชอบด้วยกฎหมายแล้วจะช่วยแก้ไขปัญหาต่างๆ ที่จะตามมาอีกนานัปการได้

เหตุที่ว่า สุขภาพจิตของหญิงตั้งครรภ์ก็มีความสำคัญไม่น้อยไปกว่าสุขภาพทางกายของหญิงตั้งครรภ์ แต่เนื่องจากตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 30 (1) ประเด็นคำว่า “สุขภาพ” ยังมี

การตีความ หมายความว่าเฉพาะปัญหาสุขภาพทางกายของหญิงเท่านั้น มิได้รวมถึงปัญหาสุขภาพจิต และการตีความของคณะกรรมการกฤษฎีกาเมื่อวันที่ 18 มกราคม 2533 ซึ่งได้ตีความคำว่า “สุขภาพ” กรณีที่แพทย์สภาพได้มีหนังสือหรือในเรื่องหญิงตั้งครรภ์ที่คิดเชื่อเอ็ดส์ว่าจะอาศัย มาตรา 305 (1) แห่งประมวลกฎหมายอาญา ทำแท้งให้แก่หญิงตั้งครรภ์ที่คิดเชื่อเอ็ดส์ได้หรือไม่ นั้น ซึ่งตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 301-303 บัญญัติให้หญิงที่ทำได้ตนเองแท้งลูกหรือยินยอม ให้บุคคลอื่นทำให้ตนเองแท้งลูก หรือผู้ที่ทำให้หญิงแท้งลูกเป็นผู้กระทำความผิดฐานทำให้แท้งลูก ต้องระวางโทษทางอาญาตามที่กฎหมายกำหนด และประมวลกฎหมายอาญามาตรา 305 ได้บัญญัติ ยกเว้นความผิดฐานทำให้แท้งลูกในมาตรา 301 และมาตรา 302 ถ้าการกระทำดังกล่าวเป็นการ กระทำของแพทย์ และจำเป็นต้องกระทำเนื่องจากสุขภาพของหญิงนั้น หรือหญิงนั้นมีครรภ์ เนื่องจากการกระทำผิดอาญาตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 276 มาตรา 277 มาตรา 282 มาตรา 283 หรือ มาตรา 284 การตีความมาตรา 305 ซึ่งเป็นบทยกเว้นความผิดดังกล่าวในประมวลกฎหมายอาญาจึง ต้องตีความโดยเคร่งครัด บทยกเว้นที่ว่า “จำเป็นต้องกระทำเนื่องจากสุขภาพของหญิงนั้น” ตาม มาตรา 305 (1) จึงหมายความว่าแพทย์อาจทำให้หญิงแท้งลูกได้โดยไม่มีความผิดเฉพาะในกรณี จำเป็นเนื่องจากการมีครรภ์จะเป็นอันตรายต่อสุขภาพของหญิงนั้นเท่านั้น แต่ไม่รวมถึงสุขภาพของ ทารกที่จะเกิดมาแต่อย่างใดด้วย กรณีจะถือว่าการมีครรภ์จะเป็นอันตรายต่อสุขภาพของหญิงหรือไม่ จึงเป็นข้อเท็จจริงที่แพทย์จะต้องวินิจฉัยเป็นกรณีๆ ไป สำหรับกรณีที่หารือนี้เมื่อข้อเท็จจริงหากดู จากคำชี้แจงของผู้แทนกระทรวงสาธารณสุขและผู้แทนแพทยสภาว่า โรคเอดส์เป็นโรคที่รักษาไม่ หายและผู้ที่เป็น โรคเอดส์ก็จะต้องตายเนื่องจากโรคดังกล่าวในที่สุด การทำให้หญิงที่เป็นโรคเอดส์ แท้งลูกจึงไม่ใช่กรณีจำเป็นต้องกระทำเนื่องจากสุขภาพของหญิงนั้น เพราะแม้ว่าจะทำให้หญิงแท้ง ลูกแล้วหญิงที่เป็น โรคเอดส์นั้นก็จะไม่หายจากโรคเอดส์ได้ และก็จะต้องตายเนื่องจากโรคดังกล่าว ในที่สุด คณะกรรมการกฤษฎีกาจึงเห็นว่าแพทย์ไม่อาจอาศัยมาตรา 305 (1) แห่งประมวลกฎหมาย อาญาทำให้หญิงที่เป็นโรคเอดส์แท้งลูกได้โดยไม่มีความผิด

จากการตีความของคณะกรรมการกฤษฎีกา (กรรมการร่างกฎหมายคณะที่ 5) ดังกล่าว ในประเด็นเรื่องสุขภาพของหญิงนั้น ได้ตีความว่าการทำแท้งกรณีของหญิงมีครรภ์ที่คิดเชื่อ HIV ไม่ต้องด้วยข้อยกเว้นตามมาตรา 305 (1) โดยให้เหตุผลว่าการทำแท้งกรณีดังกล่าวไม่เกี่ยวกับ สุขภาพของมารดาเลย ไม่ได้ช่วยให้หญิงนั้นหายจากการเป็นโรคดังกล่าว เพราะถึงอย่างไรมารดาก็ จะต้องตายเนื่องจากโรคเอดส์ในที่สุด โดยตีความคำว่า “สุขภาพ” นั้น หมายความว่าเฉพาะแก่สุขภาพ ทางกายของหญิงตั้งครรภ์เท่านั้น

แม้คำว่า “สุขภาพ” ตามคำนิยามขององค์การอนามัยโลกได้ให้คำนิยามว่า “ความหาย ของการมีสุขภาพดี มิได้หมายถึงเฉพาะการปราศจากโรคและความพิการเท่านั้น หากแต่

หมายความครอบคลุมถึงความสุขความสมบูรณ์ทั้งทางกายและทางใจ และอยู่ในสังคมได้อย่างปกติสุข” แต่หากพิจารณาถึงการตีความของนักวิชาการหรือบุคคลที่เกี่ยวข้องกับการบังคับใช้กฎหมายแล้ว การตีความคำว่า “สุขภาพ” ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 305(1) ยังมีการตีความเฉพาะสุขภาพทางกายของหญิงเท่านั้น ซึ่งจากบทบัญญัติที่ยังไม่ชัดเจนดังกล่าว ได้ส่งผลถึงการปฏิบัติงานของแพทย์เป็นอย่างมาก จนในที่สุดได้มีการออกข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับการยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ตามมาตรา 305 แห่งประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2548 แต่ข้อบังคับดังกล่าวมิใช่กฎหมายที่จะสามารถบังคับใช้ได้โดยทั่วไป ปัญหาการลักลอบทำแท้งจึงยังคงเป็นปัญหาอยู่ในสังคมและแผ่ขยายวงกว้างออกไปเรื่อยๆตามสภาพความเป็นจริงในสังคมไทยในปัจจุบัน

สรุปได้ว่าเหตุยกเว้นการทำแท้งได้โดยชอบด้วยกฎหมายตามประมวลกฎหมายอาญามีแต่เพียงเหตุในมาตรา 305 ได้แก่ (1) จำเป็นต้องกระทำเนื่องจากสุขภาพของหญิง หรือ (2) หญิงมีครรภ์เนื่องจากการกระทำความผิดอาญาตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 276 มาตรา 277 มาตรา 282 มาตรา 283 หรือมาตรา 284 เท่านั้น ซึ่งหากทำแท้งโดยเหตุผลอื่นนอกจากนี้ถือว่าเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย และจากบทบัญญัติแห่งมาตรา 305(1) ประเด็นเรื่อง คำว่า “สุขภาพ” ที่ยังไม่มีความชัดเจนว่าหมายถึงสุขภาพทางกายเท่านั้น หรือหมายความถึงสุขภาพทางจิตของหญิงตั้งครรภ์ด้วยหรือไม่ เมื่อตามประมวลกฎหมายอาญามีข้อยกเว้นที่แคบและไม่ชัดเจนจึงส่งผลให้มีการลักลอบทำแท้งที่ไม่ใช่เหตุผลตามข้อยกเว้นซึ่งเป็นการละเมิดกฎหมายกันมาก

ดังนั้น สำหรับเหตุผลในเรื่องสุขภาพจิตของมารดา เห็นว่าน่าจะเป็นเหตุสมควรอย่างยิ่งที่กฎหมายควรบัญญัติอนุญาตให้ทำแท้งได้ โดยสมควรที่จะบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 305(1) ให้ชัดเจนว่า “จำเป็นต้องกระทำเนื่องจากสุขภาพกายและสุขภาพจิตของหญิง” เนื่องจากจะช่วยป้องกันและสามารถแก้ปัญหาต่างๆที่อาจเกิดขึ้นอีกมากในอนาคตดังกล่าวที่มาแล้วข้างต้น

จากการศึกษากรณีทำแท้งโดยชอบด้วยกฎหมายเนื่องจากปัญหาสุขภาพจิตของมารดาของประเทศต่างๆ ในบทที่ 3 เห็นว่ามีกรณีที่น่าสนใจเกี่ยวกับเรื่องนี้ ดังนี้

ประเทศอังกฤษ

- 1) การทำแท้ง จะกระทำได้เฉพาะในโรงพยาบาลของรัฐ หรือสถานพยาบาลเอกชนที่กระทรวงสาธารณสุขอนุญาตเท่านั้น
- 2) ต้องมีแพทย์อย่างน้อยสองคน ลงนามรับรองเห็นสมควรทำแท้งตามเหตุผลหนึ่งในสองข้อ ต่อไปนี้

3) ในกรณีรีบด่วน จำเป็นต้องทำแท้งเพื่อช่วยชีวิตหญิงนั้น แพทย์เพียงคนเดียวมีสิทธิตัดสินใจโดยตนเองได้ โดยปราศจากความเห็นชอบจากแพทย์คนที่สอง และมีสิทธิจะทำแท้งที่ใดก็ได้ นอกเหนือจากที่ระบุไว้ในข้อ 1)

4) แพทย์หรือพยาบาลที่มีความเห็นคัดค้านกับการทำแท้งเสรี มีสิทธิจะไม่ร่วมมือในบริการนี้

กล่าวโดยสรุป กฎหมายอังกฤษบัญญัติถึงเหตุทำแท้งตามพระราชบัญญัติการทำแท้งถึงเหตุที่เกี่ยวข้องกับอันตรายต่อสุขภาพทั้งทางกายและทางจิตของหญิงตั้งครรภ์ด้วยและกฎหมายหลายประเทศก็ยอมรับในเรื่องของสุขภาพจิตด้วย

ประเทศสหรัฐอเมริกา

1) ต้องเป็นการกระทำของแพทย์ที่ได้ขึ้นทะเบียนและรับใบอนุญาตให้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมและต้องกระทำในโรงพยาบาล

2) ต้องได้รับความเห็นชอบของแพทย์ที่ร่วมปรึกษาหารือ 2 คน พร้อมทั้งได้รับความเห็นชอบจากคณะกรรมการโรงพยาบาลด้วยว่าชีวิตของมารดาอยู่ในระหว่างเสี่ยงอันตรายอย่างยิ่ง

3) การทำแท้งในระยะ 3 เดือนแรกของการตั้งครรภ์ การตัดสินใจที่จะทำแท้งขึ้นอยู่กับฝ่ายหญิงและแพทย์

4) ในระยะ 6 เดือนถัดไป รัฐอาจจะวางระเบียบการทำแท้งให้สัมพันธ์กับสุขภาพของมารดา

5) สำหรับในระยะ 10 สัปดาห์สุดท้ายของการตั้งครรภ์ ซึ่งเป็นระยะที่ทารกสามารถที่จะดำรงชีวิตอยู่นอกมดลูกมารดาได้แล้วนั้น รัฐบาลจะห้ามการทำแท้งในระยะนี้ เว้นแต่จะมีความจำเป็นต่อชีวิตและสุขภาพของมารดา

ประเทศสิงคโปร์

1) ต้องผ่านการพิจารณาอนุมัติจากคณะกรรมการ Termination of Pregnancy Authorization Board ซึ่งประกอบด้วยสมาชิก 11 คน ตามเงื่อนไขดังต่อไปนี้

(1) เมื่อการตั้งครรภ์นั้นจะมีอันตรายร้ายแรงต่อชีวิต สุขภาพทางกายและทางจิตของมารดา

(2) เมื่อสภาพแวดล้อมของมารดาจะเลวลงในขณะที่คลอดหรือในอนาคต

(3) เมื่อมีเหตุผลที่เชื่อถือได้ว่าเด็กที่เกิดมาจะมีความพิการอย่างร้ายแรงทางร่างกายหรือจิตใจ

(4) เมื่อการตั้งครรภ์เป็นผลมาจากการถูกข่มขืนหรือเป็นการตั้งครรภ์กับผู้ร่วมสายโลหิตหรือกับคนวิกลจริตหรือคนปัญญาอ่อน

2) แพทย์จะทำแท้งด้วยสุจริตใจเมื่อได้ปรึกษาแพทย์อีกผู้หนึ่งในการทำแท้งตามเงื่อนไขข้อ (1) การทำแท้งในกรณีนี้ไม่จำเป็นต้องขออนุญาตคณะกรรมการฯ หากกระทำในโรงพยาบาลของรัฐ หรือสถาบันที่รัฐรับรอง แต่จะต้องรายงานให้คณะกรรมการฯ ทราบภายใน 2 สัปดาห์

3) คณะกรรมการฯ จะไม่อนุญาตให้ทำแท้ง โดยเงื่อนไขข้อ (1) และ (3) เมื่ออายุครรภ์เกิน 24 สัปดาห์ นอกจากเพื่อช่วยชีวิตมารดา หรือเพื่อป้องกันอันตรายต่อสุขภาพทางกายและจิตของมารดา ทั้งนี้เข้าใจว่าคณะกรรมการฯ จะต้องพิจารณาระหว่างอันตรายจากการทำแท้งที่เพิ่มขึ้นภายหลังครรภ์ 6 เดือนกับอันตรายที่จะได้รับหากมารดาตั้งครรภ์ต่อไป และจะไม่อนุญาตให้ทำแท้งตามเงื่อนไขข้อ (2) และ (4) หากอายุครรภ์เกิน 16 สัปดาห์

4) นอกจากเงื่อนไขข้อ (1) การขออนุญาตทำแท้งตามเงื่อนไขอื่นๆ จะต้องยื่นต่อคณะกรรมการฯ ผู้ยื่นคำร้องได้รับการตรวจร่างกายและหนังสือรับรองจากแพทย์เพื่อยื่นต่อคณะกรรมการฯ ซึ่งจะได้คำตัดสินภายใน 7 วัน ในรายที่อนุญาตให้ทำ ผู้ยื่นคำร้องจะได้รับการนัดหมายเพื่อทำแท้งต่อไป หากไม่ได้รับอนุญาต ผู้ยื่นคำร้องอาจยื่นซ้ำเพื่อให้คณะกรรมการฯ พิจารณาใหม่ได้

ประเทศเยอรมนี

1) เหตุผลสมควรทางการแพทย์ซึ่งรวมถึงกรณีสุขภาพทางจิตของมารดาจะต้องได้รับการวินิจฉัยจากแพทย์อย่างน้อย 2 คน

2) การทำแท้งโดยชอบด้วยกฎหมายต้องทำในช่วงอายุครรภ์ไม่เกิน 12 สัปดาห์ ยกเว้นในกรณีจะเป็นอันตรายต่อสุขภาพหรือชีวิตของหญิงและกรณีสุขภาพทารกในครรภ์ จะต้องให้แพทย์พิจารณาเรื่องอายุครรภ์ก่อน (ซึ่งอาจจะเกิน 12 สัปดาห์)

3) หญิงต้องทำเป็นคำร้องขอในกรณีขออนุญาตทำแท้ง

4) ในกรณีเหตุผลสุขภาพจิตใจ หญิงอาจขอปรึกษาผู้อื่นนอกเหนือจากแพทย์ก็ได้ โดยต้องรอ 3 วันก่อนทำแท้ง แล้วจึงได้รับการปรึกษาอีกครั้ง หากทุกอย่างถูกต้องตามขั้นตอนของกฎหมายอาจสามารถเบิกค่าใช้จ่ายในการทำแท้งต่อประกันสังคมได้ โดยผู้ให้คำปรึกษาจะต้องพยายามโน้มน้าวไม่ให้หญิงอยากทำแท้ง และต้องแจ้งด้วยว่าทารกในครรภ์มีสิทธิที่จะมีชีวิต (Right to life)

5) ในกรณีเพื่อป้องกันอันตรายแก่ชีวิตของหญิง อาจมีการขยายระยะเวลาทำแท้งออกไปอีกคือ ไม่เกิน 22 สัปดาห์

6) ในกรณีสุขภาพทารกในครรภ์มีความผิดปกติ (Serious defects) สามารถทำแท้งในช่วงอายุครรภ์ไม่เกิน 22 สัปดาห์

7) มีบริการให้คำปรึกษาและให้ข้อมูลข่าวสารเรื่องสุขภาพ รักษาและคุมกำเนิดโดยไม่คิดค่าใช้จ่ายให้แก่หญิงที่อายุต่ำกว่า 20 ปี เพิ่มสิทธิพิเศษให้แก่หญิงตั้งครรภ์และเด็กมีการประกันสิทธิเด็กในอันที่จะได้รับการดูแลจากสถานเลี้ยงเด็ก

ประเทศสวีเดน

1) กรณีการทำแท้งก่อนอายุครรภ์ 12 สัปดาห์ หญิงสามารถทำแท้งได้ไม่ว่าด้วยเหตุผลใดๆก็ตาม

2) กรณีอายุครรภ์ระหว่าง 12 สัปดาห์จนถึง 18 สัปดาห์ หญิงจะต้องได้มีการปรึกษากับนักสังคมสงเคราะห์เสียก่อน การยื่นคำขออนุญาตต้องขอก่อนอายุครรภ์ครบ 12 สัปดาห์

3) กรณีที่จะทำแท้งเมื่ออายุครรภ์ตั้งแต่ 18 สัปดาห์ขึ้นไป จะต้องได้รับอนุญาตจากคณะกรรมการสาธารณสุขและสังคมสงเคราะห์แห่งชาติ หรือเรียกว่า คณะกรรมการสุขภาพแห่งชาติ (The National Board of Health and Welfare) ซึ่งประกอบด้วย แพทย์ทางสูตินารีเวช จิตแพทย์ โดยมีนักสังคมสงเคราะห์เป็นผู้สอบประวัติ ความเป็นอยู่ สิ่งแวดล้อม การศึกษา การทำงาน ชีวิตภายในครอบครัว เพื่อรายงานต่อคณะกรรมการ และต้องทำแท้งในโรงพยาบาลของรัฐ หรือสถานพยาบาลเอกชนที่ได้รับอนุญาตจากคณะกรรมการนี้เสียก่อน ซึ่งการอนุญาตดังกล่าวจะต้องเกิดจากเด็กทารกในครรภ์มีความพิการหรือสุขภาพของหญิงไม่แข็งแรง และจะต้องกระทำโดยผู้ที่ประกอบวิชาชีพทางการแพทย์ที่มีใบอนุญาตรับรอง โดยจะต้องกระทำในโรงพยาบาลหรือสถานที่อื่นๆซึ่งได้รับการรับรองจากคณะกรรมการสาธารณสุขและสังคมสงเคราะห์แห่งชาติ

ดังนั้น จะเห็นได้ว่า ตามกฎหมายเกี่ยวกับการทำแท้งในต่างประเทศได้มีการระบุถึงเหตุที่สามารถทำแท้งได้โดยถูกต้องตามกฎหมายในเรื่องสุขภาพจิตของมารดาอย่างชัดเจน โดยเล็งเห็นว่าปัญหาสุขภาพจิตมีความสำคัญเท่าเทียมกับปัญหาสุขภาพทางกายของมารดา รวมถึงปัญหาสุขภาพทารกในครรภ์ด้วย แต่ด้วยเหตุที่กฎหมายเกี่ยวกับการทำแท้งของไทย เรื่องข้อยกเว้นของเหตุที่สามารถทำแท้งได้โดยถูกต้องตามกฎหมายในประเด็นเรื่อง “สุขภาพ” ยังไม่ชัดเจน จึงทำให้ในประเทศไทย ยังประสบกับปัญหาการลักลอบทำแท้งซึ่งถือว่าเป็นปัญหาสำคัญของสังคมไทยอีกปัญหาหนึ่งที่สมควรได้รับการแก้ไขอย่างเร่งด่วน

5.2 ข้อเสนอแนะ

เมื่อได้พิจารณากฎหมายเกี่ยวกับการทำแท้งในประเทศต่างๆ เห็นว่าแต่ละประเทศมีความแตกต่างกันไปตามประวัติศาสตร์ วัฒนธรรมทางกฎหมาย ขนบธรรมเนียมประเพณีและศาสนา แต่เหตุที่สามารถทำแท้งได้โดยชอบด้วยกฎหมายในต่างประเทศที่ได้ทำการศึกษาดังนี้ก็มีการอนุญาตให้ทำแท้งได้ในกรณีที่มารดามีปัญหาสุขภาพจิต โดยมีเงื่อนไขในการทำแท้งเพื่อ

เป็นการป้องกันปัญหาที่จะเกิดกับตัวหญิงที่ตั้งครรภ์และต่อตัวทารกที่อยู่ในครรภ์แตกต่างกันไป จึงถึงเวลาแล้วที่ประเทศไทยสมควรที่จะมีการแก้ไขกฎหมายเกี่ยวกับการทำแท้งให้ทันต่อเหตุการณ์ ปัจจุบัน เพราะวิทยาศาสตร์ทางการแพทย์และเทคโนโลยีได้พัฒนาไปอย่างมาก โดยเฉพาะในเรื่อง เหตุยกเว้นที่สามารถทำแท้งได้โดยชอบด้วยกฎหมายที่สมควรมีการบัญญัติให้มีความชัดเจน แน่นนอน โดยนำข้อดีของประเทศต่างๆดังที่ได้กล่าวมาแล้ว และความเป็นไปได้ในทางปฏิบัติที่เหมาะสมกับสภาพสังคมไทยมาบัญญัติเพิ่มเติม

1. อายุครรภ์ในการทำแท้ง

อายุครรภ์ในการทำแท้งก็มีความสำคัญที่จะต้องกำหนดไว้ เพราะหากทำแท้งในระยะ อายุครรภ์ที่มากขึ้นเท่าใดก็จะยิ่งเป็นอันตรายต่อตัวหญิงมากขึ้นเท่านั้น โดยควรดูแลเหตุยกเว้นว่าทำ แท้งด้วยเหตุใด เช่น ในกรณีที่มีมารดามีปัญหาสุขภาพจิต ซึ่งกรณีนี้แพทย์สามารถตรวจพบได้ตั้งแต่ เริ่มตั้งครรภ์แล้ว อาจจะกำหนดว่าสามารถทำแท้งได้ในช่วงอายุครรภ์ไม่เกิน 12 สัปดาห์ สามีหรือ ญาติของหญิงตั้งครรภ์จึงต้องรีบตัดสินใจโดยเร็วหลังจากทราบว่าหญิงตั้งครรภ์มีปัญหาทางด้าน สุขภาพจิต โดยมีขั้นตอนการดำเนินการตามกฎหมายในการขออนุญาตทำแท้ง เช่น ขอคำรับรอง จากแพทย์ที่ทำการตรวจรักษา ยื่นคำร้องต่อคณะกรรมการเพื่อพิจารณาการทำแท้ง เป็นต้น

2. โรคทางจิตที่จะขออนุญาตทำแท้ง

ประเทศไทยยังไม่มีข้อกำหนดโรคทางจิตที่สมควรอนุญาตให้ทำแท้ง เนื่องจาก กฎหมายยังไม่มี ความชัดเจนว่าจะสามารถทำแท้งในกรณีที่มีมารดามีปัญหาสุขภาพจิตได้หรือไม่ ใน กรณีที่มีมารดามีปัญหาสุขภาพจิต ผู้วิจัยเห็นว่าน่าจะต้องมีการกำหนดโรคทางจิตที่น่าจะเป็นเหตุให้ อนุญาตให้ทำแท้งได้ โดยอาจจะยึดหลักตามการจำแนกโรค ICD-10 ขององค์การอนามัยโลกเพื่อ เป็นแนวทางในการกำหนดโรคทางจิตที่สมควรอนุญาตให้มีการทำแท้ง ในส่วนของระดับความ ร้ายแรงของโรคก็อาจจะกำหนดออกมาเป็นระเบียบในการวิจัยระดับความร้ายแรงของโรคเพื่อให้ เป็นมาตรฐานเดียวกัน

3. สถานที่ในการทำแท้ง

เพื่อป้องกันไม่ให้หญิงไปทำแท้งในคลินิกหมอเถื่อน ซึ่งผู้ทำแท้งไม่ใช่แพทย์และหญิง อาจได้รับอันตรายจากการทำแท้งที่ไม่ถูกต้อง จนอาจจะเป็นเหตุให้หญิงถึงแก่ความตายหรือได้รับ บาดเจ็บซึ่งในที่สุดก็ต้องไปรักษาตัวต่อที่โรงพยาบาลของรัฐอยู่ดี ดังนั้น จึงเห็นสมควรกำหนด อนุญาตให้ทำแท้งได้เฉพาะ โรงพยาบาลของรัฐ หรือ โรงพยาบาลของเอกชนหรือสถานพยาบาลอื่น ที่ได้รับอนุญาตเท่านั้น

4. คำรับรองหรือความเห็นของแพทย์เพื่อใช้ประกอบการยื่นคำร้องขออนุญาตทำแท้ง

หญิงที่จะทำแท้งด้วยเหตุปัญหาสภาพทางจิตจะต้องได้รับคำรับรองจากแพทย์ผู้ทำการตรวจรักษาเสียก่อนทุกครั้ง เพื่อขออนุญาตทำแท้งในกรณีดังกล่าวต่อคณะกรรมการพิจารณาการทำแท้ง นอกจากนี้แพทย์ผู้ทำการตรวจรักษาจะต้องแจ้งเรื่องการทำแท้งทุกราย พร้อมเหตุผลในการทำแท้งให้กระทรวงสาธารณสุขทราบโดยเร็ว ก่อนการทำแท้งทุกครั้ง

5. คณะกรรมการพิจารณาการทำแท้ง

ควรมีคณะกรรมการพิจารณาการทำแท้ง ซึ่งแพทย์สภาเป็นผู้ดูแลรับผิดชอบ คณะกรรมการพิจารณาทำแท้ง โดยกระทรวงสาธารณสุขและแพทย์สภาเป็นผู้ร่วมกันแต่งตั้งขึ้น เพื่อทำหน้าที่พิจารณาคำร้องขอทำแท้ง โดยต้องประกอบด้วยแพทย์ผู้เชี่ยวชาญสาขาใดสาขาหนึ่ง ซึ่งต้องขึ้นทะเบียนได้รับใบอนุญาตประกอบวิชาชีพเวชกรรมแล้ว และมีนักสังคมสงเคราะห์ทางการแพทย์ด้วย คณะกรรมการพิจารณาการทำแท้งต้องพิจารณาคำร้องขอด้วยความรวดเร็วเป็นสาระสำคัญ เนื่องจากหญิงมีครรภ์ถูกจำกัดด้วยอายุครรภ์ที่โตขึ้นทุกวัน ให้มีคำวินิจฉัยภายใน 3 วัน นับแต่วันที่ได้รับเรื่อง คณะกรรมการชุดนี้นอกจากมีอำนาจพิจารณาคำร้องดังกล่าวแล้ว ยังมีวัตถุประสงค์ในการควบคุมความประพฤติของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมให้ถูกต้องตามจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรมและมีอำนาจหน้าที่รับขึ้นทะเบียนและออกใบอนุญาตให้แก่ผู้ขอเป็นผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม พักใช้ใบอนุญาตหรือเพิกถอนใบอนุญาตเป็นผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมได้ เป็นต้น โดยแพทย์สภาควรประสานงานกับกระทรวงสาธารณสุขเพื่อช่วยกันดูแลรับผิดชอบร่วมกัน

6. ขั้นตอนในการยื่นคำร้องขออนุญาตทำแท้งในกรณีที่มีมารดามีปัญหาทางจิต

เนื่องจากเหตุทำแท้งในกรณีที่มีมารดามีปัญหาทางสุขภาพจิต แพทย์สามารถตรวจพบตั้งแต่เริ่มต้นตั้งครรภ์ หลังจากหญิงทราบผลการตรวจทางการแพทย์และมีหลักฐานเชื่อได้แน่ว่าหญิงตั้งครรภ์มีปัญหาสภาพจิต หากสามีหรือญาติของหญิงตั้งครรภ์ประสงค์ที่จะทำแท้งจะต้องยื่นคำร้องขออนุญาตทำแท้งก่อนอายุครรภ์ครบ 12 สัปดาห์ พร้อมหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ในการตรวจสุขภาพของหญิงตั้งครรภ์ คำรับรองจากแพทย์ผู้ทำการตรวจรักษา และคำปรึกษาจากนักสังคมสงเคราะห์ทางการแพทย์ ต่อคณะกรรมการพิจารณาการทำแท้ง หลังจากได้รับเรื่องดังกล่าวแล้ว คณะกรรมการพิจารณาการทำแท้งต้องพิจารณาคำร้องด้วยความรวดเร็วและต้องมีคำสั่งอนุญาตหรือไม่อนุญาตให้ทำแท้งภายใน 3 วันนับแต่วันที่ได้รับเรื่อง คำสั่งของคณะกรรมการฯ ส่วนภูมิภาคสามารถอุทธรณ์มายังคณะกรรมการฯ ส่วนกลางได้ โดยคณะกรรมการฯ ส่วนกลางต้องวินิจฉัยคำร้องอุทธรณ์ภายใน 7 วัน นับแต่วันรับเรื่อง คำสั่งของคณะกรรมการฯ ส่วนกลางถือว่าเป็นที่สุด ไม่สามารถร้องขอหรืออุทธรณ์ต่อศาลได้อีก และหากคณะกรรมการฯ อนุญาตให้ทำแท้งก็ต้องทำแท้งในช่วงอายุครรภ์ไม่เกิน 12 สัปดาห์

7. ร่างกฎหมายใหม่ของมาตรา 305

ร่างกฎหมายใหม่ของมาตรา 305 เห็นสมควรมีดังนี้

มาตรา 305 “ถ้าการกระทำความผิดดังกล่าวในมาตรา 301 และมาตรา 302 เป็นการกระทำของนายแพทย์ และ

(1) จำเป็นต้องกระทำเนื่องจากสุขภาพกายและสุขภาพจิตหญิงนั้น หรือ

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

ผู้กระทำไม่มีความผิด”

สำหรับชนิดของโรคทางจิตที่จะเป็นเหตุให้สามารถทำแท้งได้และระดับความรุนแรงที่จะใช้เป็นเกณฑ์ในการพิจารณาอนุญาตแก่หญิงผู้ขอทำแท้ง รวมถึงรายละเอียดเกี่ยวกับคณะกรรมการพิจารณาการทำแท้งสมควรที่จะต้องกำหนดไว้เพื่อเป็นหลักฐานเดียวกันโดยอาจกำหนดเป็นระเบียบในการปฏิบัติของแพทย์ซึ่งอาจจะออกมาในรูปแบบของข้อบังคับของแพทยสภา เพื่อให้แพทย์สามารถปฏิบัติงานเป็นแนวทางเดียวกัน รวมถึงรายละเอียดในการพิจารณาของแพทย์ผู้ทำความเห็นหรือทำคำรับรองและคณะกรรมการพิจารณาทำแท้งว่าระดับความร้ายแรงของโรคทางจิตของหญิงตั้งครรภ์เข้าหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในการขออนุญาตทำแท้งตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้หรือไม่

จากการศึกษาพบว่าหากกฎหมายอาญาของไทยอนุญาตให้หญิงทำแท้งได้ในกรณีที่มารดามีปัญหาทางด้านสุขภาพจิต จะเป็นการช่วยเพิ่มความปลอดภัยให้แก่หญิงเพราะเป็นการทำแท้งโดยแพทย์ จึงถูกสุขอนามัยและปลอดภัยจากภาวะแทรกซ้อน รวมทั้งยังส่งผลดีต่อตัวหญิงตั้งครรภ์และต่อตัวเด็กที่จะคลอดออกมาในอนาคตที่จะไม่ต้องได้รับผลกระทบจากปัญหาทางจิตของมารดา ซึ่งหากมารดามีปัญหาทางด้านสุขภาพจิตแล้วย่อมไม่สามารถดูแลเลี้ยงดูเด็กที่จะเกิดออกมาได้อยู่แล้ว และยังช่วยลดภาระของครอบครัวของหญิงตั้งครรภ์ที่มีปัญหาทางจิตที่จะต้องเลี้ยงดูเด็กจนกว่าจะเติบโตด้วย อีกทั้งยังสามารถช่วยป้องกันและลดปัญหาของสังคมที่จะเกิดจากตัวเด็กที่มารดามีปัญหาสุขภาพจิตซึ่งอาจจะกลายเป็นปัญหาของสังคมในอนาคตอีกด้วย

Draft

บรรณานุกรม

บรรณานุกรม

ภาษาไทย

หนังสือ

- กุลพล พลวัน. (2538). *พัฒนาการสิทธิมนุษยชน*. วิญญูชน.
- เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. (2540). *กฎหมายอาญาภาค 1*. กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- คณิต ฌ นคร. (2537). *กฎหมายอาญา ภาคความผิด (พิมพ์ครั้งที่ 8)*. กรุงเทพฯ :
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- _____. (2553). *กฎหมายอาญาภาคความผิด (พิมพ์ครั้งที่ 10)*. กรุงเทพฯ : วิญญูชน.
- _____. (2554). *กฎหมายอาญาภาคทั่วไป (พิมพ์ครั้งที่ 4)*. กรุงเทพฯ : วิญญูชน.
- ควอรัช เวลส์. (2519). *การปกครองและการบริหารของไทยสมัยโบราณ แปลโดย กาญจณี ลัม
เกียรติกุลและยุพา ชมจันทร์*. พระนคร : เจริญวิทย์การพิมพ์.
- จำเนียร ช่วงโชติ และคณะ. (2516). *จิตวิทยารับรู้และการเรียนรู้*. กรุงเทพฯ : การศาสนา.
- จิตติ ดิงศักดิ์. (2545). *คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 2 และภาค 3 (พิมพ์ครั้งที่ 6)*.
กรุงเทพฯ : สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา.
- ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ. (2538). *เหตุเกิดทางแยก จุดตัดที่ควรคำนึงของกฎหมาย*. กรุงเทพฯ :
นิติธรรม.
- _____. (2548). *กฎหมายอาญาภาคความผิด (พิมพ์ครั้งที่ 7)*. กรุงเทพฯ : วิญญูชน.
- _____. (2549). *คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคความผิดและลหุโทษ (พิมพ์ครั้งที่ 3)*. กรุงเทพฯ :
วิญญูชน.
- ทัศนีย์ หงส์ดารมภ์. (2518). *กำเนิดนั้นฉันใด : การเปรียบเทียบพระพุทธพจน์กับวิทยาศาสตร์*.
กรุงเทพฯ : บรรณาสาลา ก.ข.
- บรรจง บินกาชัน. (2546). *ทุกคำถาม : อิสลามมีคำตอบ เล่ม 2*. กรุงเทพฯ : อัล อะมีน.
- พิศวาส สุคนธ์พันธุ์. (2524). *ข้อกฎหมายไทยว่าด้วยความผิดฐานทำให้แท้งลูก*. พระนคร : โปสต์
พับลิชชิงเพรส.
- พระเทพเวที (ประยุทธ์ ปยุตโต). (2532). *พุทธธรรม*. กรุงเทพฯ : มหาจุฬาลงกรณราชวิทยาลัย.
- _____. (2536). *ทำแท้ง : ตัดสินอย่างไร?*. กรุงเทพฯ : มหาจุฬาลงกรณราชวิทยาลัย.

- พระราชวรมูณี (ประยูรฑ์) (2536). *ทำแท้ง : ตัดสินอย่างไร ชีวิตเริ่มต้นเมื่อไร การทำแท้งในทัศนะของพระพุทธศาสนา*. กรุงเทพฯ : มูลนิธิพุทธธรรม.
- ภัทพร สิริกาญจน และคณะ. (2546). *ความรู้พื้นฐานทางศาสนา*. กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- วิฑูรณ อึ้งประพันธ์. (2532). *นิติเวชศาสตร์*. กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยรามคำแหง.
- _____. (2533). *นิติเวชสาขก ฉบับกฎหมายอาญากับการแพทย์*. กรุงเทพฯ : หมอชาวบ้าน.
- _____. (2537). *กฎหมายทำแท้งข้อโต้แย้งที่ไม่ยุติ*. กรุงเทพฯ : เจนเดอร์เพลส.
- _____. (2537). *ปัญหาการทำแท้ง : การบ้านที่รัฐบาลยังไม่เสร็จ*. กรุงเทพฯ : เจนเดอร์เพลส.
- _____. (2546). *กฎหมายการแพทย์*. กรุงเทพฯ : วิญญูชน.
- สงกรานต์ นิยมเสน. (2515). *นิติเวชศาสตร์ (พิมพ์ครั้งที่ 9)*. กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- สมจิต สุประสงค์ และคณะ. (2538). *การพัฒนารูปแบบการดูแลผู้ป่วยจิตเวชที่บ้าน*. นครพนม : โรงพยาบาลจิตเวชนครพนม กรมสุขภาพจิต กระทรวงสาธารณสุข.
- สมศักดิ์ สิงห์พันธุ์. (2524). *คำอธิบายกฎหมายอาญา เล่ม 4*. กรุงเทพฯ : วิคตอรี เพาเวอร์พอยท์.
- สุพร เกิดสว่าง. (2523). *ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการลักลอบทำแท้งในประเทศไทย*. กรุงเทพฯ : ธีระการพิมพ์.
- สุวัฒน์ จันทน์จาง. (2533). *การทำแท้งกับปัญหาทางการแพทย์และสังคม*. กรุงเทพฯ : รุ่งเรืองสาส์นการพิมพ์.
- หยุด แสงอุทัย. (2479). *คำอธิบายกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 (พิมพ์ครั้งที่ 5)*. กรุงเทพฯ : แพร์พิทยา.
- _____. (2520). *กฎหมายอาญาภาค 2*. กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- _____. (2544). *กฎหมายอาญาภาค 2-3 (พิมพ์ครั้งที่ 10)*. กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- อำนาจ ยัสโยธา. (2541). *ปัญหาจริยศาสตร์เชิงวิพากษ์*. สงขลา : มาสเตอร์พีส.

บทความ

- กิตติพงษ์ กิตยารักษ์. (2537, กันยายน). “บุจฉา วิสัชนา : มาตรการทางกฎหมายกับปัญหาการทำแท้ง”. *วารสารนิติศาสตร์ ธรรมศาสตร์*, 24(3). น. 621-628.
- คณิต ณ นคร. (2522). “เหตุทำแท้งได้ตามกฎหมายเยอรมัน”. *อัยการนิเทศ*, 41(3). น. 353.
- _____. (2537). “เหตุทำแท้งได้ตามกฎหมายเยอรมัน” ใน *รายงานการเสวนาทางวิชาการเรื่อง มาตรการทางกฎหมายกับปัญหาการทำแท้ง : ทางออกอยู่ที่ไหน?* น.114-116.

- _____. (2540). “การตีความกฎหมายอาญา”. *รวมบทความด้านวิชาการของศาสตราจารย์ ดร. คณิต ฒ นคร อัยการสูงสุด*. น. 116.
- จิตติ ตังศภัทริย์. (2511). “ความผิดฐานทำให้แท้ง”. *คู่มือ*, 15(1). น. 15.
- ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์. (2521, มีนาคม). “กฎหมาย : การลดอัตราค่าเพิ่มประชากรกับการทำแท้ง”. *วารสารนิติศาสตร์*. น. 365.
- ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ. (2538, มิถุนายน). “ผสมเทียม : ปัญหาการให้กำเนิดและการทำแท้ง”. *วารสารนิติศาสตร์ ธรรมศาสตร์*. 25(2). น. 273-282.
- _____. (2543, ธันวาคม). “ปกิณกะกฎหมาย”. *วารสารนิติศาสตร์ ธรรมศาสตร์*, 30(4). น. 819.
- _____. (2552, กันยายน - ตุลาคม). “ห้ามทำแท้งกับการคุ้มครองสตรี”. *วารสารจตุรนิติ*, 6(5). น. 147-150.
- พินิจ ทิพย์มณี. (2548, มกราคม – เมษายน). “กฎหมายทำแท้งในกรณีที่มีการดาว่ามีปัญหาทางจิต”. *วารสารสุทธิปริทัศน์*. 19(57). น. 62-74.
- วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์. (2508). “ความผิดฐานทำให้แท้งลูก”. *บทบัญญัติ*, 23(4). น. 787.
- _____. (2513, ธันวาคม). “การเริ่มและการสิ้นสุดแห่งสภาพบุคคล”. *บทบัญญัติ*, 27(2). น. 902.
- _____. (2515, มิถุนายน). “การเกิดและการตาย”. *วารสารนิติศาสตร์*, 4(1). น. 55-56.
- สุนทร ฌ รังสี. (2532, มกราคม) “ทัศนะของพระพุทธศาสนาเกี่ยวกับการทำแท้ง”. *วารสารอักษร จุฬา*, 1. น. 68-71.
- สุปรียา ห่องแขง. (2548, กุมภาพันธ์). “สารสารกฎหมายใหม่”. *วารสารข่าวรายปักษ์*, 2(46). น. 42.
- แสวง บุญเฉลิมวิภาส. (2532, มิถุนายน). “เหตุทำแท้งได้โดยไม่ผิดกฎหมาย : ปัญหาและแนวทางแก้ไข”. *วารสารนิติศาสตร์*, 19(2). น. 70-71.
- _____. (2543, กันยายน). “กฎหมายสุขภาพจิตคืออะไร ประเทศไทยมีความพร้อมแล้วหรือยัง”. *วารสารสุขภาพจิตแห่งประเทศไทย กรมสุขภาพจิต*, 8(3). น. 198-201.
- _____. (2544, มกราคม). “โรคทางกาย โรคทางจิต และโรคทางวิญญาณ”. *วารสารสุขภาพจิตแห่งประเทศไทย กรมสุขภาพจิต*, 9(1). น. 35-39.

วิทยานิพนธ์

- เกสริน ศักดิ์กำจร. (2539). *ทัศนคติต่อการทำแท้ง ศึกษาเปรียบเทียบแพทย์และนักกฎหมาย (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ)*. กรุงเทพฯ : จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.
- คณิตา โพธิ์ชนะพันธ์. (2539). *การยอมรับของวัยรุ่นต่อการทำแท้ง : ศึกษากรณีนักเรียนระดับประกาศนียบัตรวิชาชีพ ประเภทพาณิชยกรรม (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ)*. กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- จรัสพร กิรติเสวี. (2544). *กลยุทธ์การสื่อสารเพื่อฟื้นฟูจิตใจของผู้ป่วยจิตเวช (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ)*. กรุงเทพฯ : จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.
- ไฉไล ชุ่มฤทธิ์. (2523). *กฎหมายว่าด้วยการทำแท้ง (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ)*. กรุงเทพฯ : จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.
- ครุณี ภูขาว. (2539). *พื้นฐานแห่งเหตุผลอันควรของสูตินารีแพทย์และผู้พิพากษาศาลอาญาที่มีต่อการทำแท้ง (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ)*. กรุงเทพฯ : จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.
- พระสมุทร สาวรชโม (ทาทอง). (2539). *การศึกษาเปรียบเทียบปัญหาจริยธรรมเรื่องการทำแท้ง : ทัศนะพุทธปรัชญาเถรวาทกับกฎหมายการทำแท้ง (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ)*. กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยราชภัฏวชิราวุฒวิทยาลัย.
- เมธิกาญจน์ ช้างหัวหน้า. (2552). *ความชอบธรรมในการทำแท้งกรณีชีวิตในครรภ์มารดาไม่สมบูรณ์ (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ)*. กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์.
- ลักษณา สิริเวชประเสริฐ. (2525). *การศึกษากฎหมายกับปัญหาผู้ป่วยลึกลับทำแท้ง (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ)*. กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- วีนิช ผลเกิด. (2541). *ทัศนคติของบุคลากรทางการแพทย์ต่อการทำแท้งเสรี ศึกษากรณี : กรมการแพทย์ทหารอากาศ กองบัญชาการสนับสนุนทหารอากาศ (หออ.บ.นอ.) (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ)*. กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- ศศิธร ประดิษฐ์พงษ์. (2543). *สิทธิในการเป็นเจ้าของร่างกายกับการตัดสินใจทำแท้ง (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ)*. กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- สกล นิสารัตน์. (2545). *กฎหมายอาญาและการลงโทษที่เหมาะสม : แนวความคิดทางด้านปรัชญาและควมยุติธรรมทางสังคม (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ)*. กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

- สุพจน์ เชื้อประกอบกิจ. (2546). *สิทธิในการทำแท้งของหญิงมีครรภ์ที่ติดเชื้อเอชไอวี* (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท). กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยรามคำแหง.
- สุวิทย์ อินทอง. (2541). *ผลของการปรึกษาเชิงจิตวิทยาแบบกลุ่มตามแนวคิดพิจารณาความเป็นจริงต่อพฤติกรรมการดูแลตนเองด้านสุขภาพจิตของญาติผู้ป่วยโรคจิตเภท* (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท). เชียงใหม่ : มหาวิทยาลัยเชียงใหม่
- หยกฟ้า บุญจิต. (2545). *การดูแลผู้ป่วยจิตเภทในชุมชนจังหวัดนครพนม* (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท). ขอนแก่น : มหาวิทยาลัยขอนแก่น.
- อารดี ประสมทรัพย์. (2550). *ทางเลือกที่จะทำแท้ง : การพิทักษ์สิทธิผู้หญิงของวิชาชีพที่เกี่ยวข้อง* (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท). กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
- อุษณีย์ เมธสุทธิ (2552). *อำนาจทำแท้งตามกฎหมาย* (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท). กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

เอกสารอื่นๆ

- คู่มือประกอบการใช้ ICD-10 โรงพยาบาลสวนปรุง เชียงใหม่ 2538. น. 23.
- พินิจ ทิพย์มณี. (2548). *กฎหมายทำแท้งในกรณีที่มีปัญหาทางจิต* (รายงานผลการวิจัย). กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์.
- วัฒนา รัตนวิจิตร. (2521-2522). *กฎหมายและการทำแท้งในประเทศไทย* (เอกสารวิจัย). กรุงเทพฯ : สาขาสังคมจิตวิทยา วิทยาลัยป้องกันราชอาณาจักร.
- วิมลศิริ ชำนาญเวช. (2523). *ข้อคิดเห็นเรื่องการทำแท้งในนอร์ทธาโรไรน่า* (เอกสารประกอบคำบรรยาย). กรุงเทพฯ : ม.ป.ท.
- สถาบันกฎหมายอาญา สำนักงานอัยการสูงสุด. (2540). *มาตรการทางกฎหมายกับปัญหาการทำแท้ง : ทางออกอยู่ที่ไหน* (รายงานการเสวนา). กรุงเทพฯ : นิติธรรม.
- สิวลี ศิริไล. (2529). *การศึกษาเชิงวิเคราะห์พุทธจริยศาสตร์ จริยธรรม และเกณฑ์ตัดสินปัญหาจริยธรรมทางการแพทย์ในสมัยปัจจุบัน* (รายงานผลการวิจัย). ม.ป.ท.

ภาษาต่างประเทศ

BOOKS

- Bates J.E. & Zawadzki E.S. (1994). *Criminal Abortion : a study in medical sociology*. Illinois : Springfield.
- Beatch, Robert M. (1994). *The Beginning of Full Standing in The Beginning of human life*. Dordrecht : Kluwer Academic Publisher.
- Brody, Bruch. (1975). *Abortion and Sanctity of Human Life : A Philosophical View*. Cambridge, Mass : The M.L.T..
- Butler, Douglas J. & Wallbert, David F. (1986). *Abortion Medicine and the Law*. New York : United State.
- Flannery, Austin. (1982). *Vatican Council II*. Collegeville MN : The Liturgical Press.
- Glazebrook, P.R.. (1989). *Blackstone's statutes on criminal Law*. Oxford : Oxford University Press.
- Horden, Antony. (1971). *Legal Abortion : The English Experience*. New York : Pergamon Press.
- Kadish, Sanford H., & Paulsen, Monrad G. (1989). *Criminal Law and its processes : cases and materials*. Boston : Little, Brown.
- Kelso, Chaldres D., & Kellso, Randall R. (1984). *Abortion Law and Public Policy*. Netherlands : Martinus Nijhoff Publisher.
- Laker, Kristin. (1984). *Abortion and the Politics of Motherhood*. California : University of California Press.
- Nemeth, Charles P.(2004). *Criminal Law*. New Jersey : Pearson Education.
- Savis & Roman. (1973). *The Abortion controversy*. New York : Columbia University Press.
- Scheb, John M.. (2003). *Criminal Law*. U.S.A. : West/ Wadworth.
- Singer, Peter, (1985). *Practical Ethic*. Cambridge : Cambridge University Press.
- Smith S.. (1956). *Taylor's Principles and Practice of Medical Jurisprudence*. London : J and A Chruchill Ltd.

- Smith, J.C. & Hogan, Brian. (1993). *Criminal Law Cases and Materials*. London : Butterworths.
- Williams, Glanville. (1978). *Textbook of Criminal Law*. London : Stevens.

ARTICLES

- Bullock, Joan R.. (1994). "Abortion Rights in America". *Brigham Young University Law Review*, 1. pp. 72-75.
- Dworkin, Ronald. (1994, February). *Minnesota Law Review*, 78(3). pp. 586-598.
- Paczensky, Susanne. (1994). "In a Semantic Fog : How to Confront the Accusation That Abortion Equals Killing". *Women's Studies International Forum*, 8(6). p.177.
- Tooley, Michael. (1987). "Abortion and Infanticide" *Applied Ethics*. (pp. 57-86). Oxford : Oxford University Press.

DRU

ภาคผนวก

ภาคผนวก ก
ข้อบังคับแพทยสภา
ว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับการยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์
ตามมาตรา 305 แห่งประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2548

ข้อบังคับแพทยสภา
ว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับการยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์
ตามมาตรา 305 แห่งประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2548

อาศัยอำนาจตามความในมาตรา 21 (3) (ฎ) และด้วยความเห็นชอบของสภานายกพิเศษตามมาตรา 25 แห่งพระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2525 อันเป็นพระราชบัญญัติที่มีบทบัญญัติบางประการเกี่ยวกับการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคล ซึ่งมาตรา 29 ประกอบกับมาตรา 50 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยบัญญัติให้กระทำได้ โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย คณะกรรมการแพทยสภาออกข้อบังคับ ต่อไปนี้

ข้อ 1 ข้อบังคับนี้ เรียกว่า “ข้อบังคับแพทยสภา ว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับการยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ ตามมาตรา 305 แห่งประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2548”

ข้อ 2 ข้อบังคับนี้ให้ใช้บังคับตั้งแต่วันถัดจากวันประกาศในราชกิจจานุเบกษาเป็นต้นไป

ข้อ 3 การยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ ตามมาตรา 305 แห่งประมวลกฎหมายอาญานั้น จะกระทำได้เมื่อหญิงมีครรภ์ นั้นยินยอม

ข้อ 4 แพทย์ผู้กระทำการยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ตามข้อบังคับนี้ต้องเป็นผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมตามกฎหมาย

ข้อ 5 การยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ ตามมาตรา 305(1) แห่งประมวลกฎหมายอาญา ให้เป็นไปตามเงื่อนไข ดังนี้

(1) เป็นกรณีจำเป็นต้องกระทำเนื่องจากปัญหาสุขภาพทางกายของหญิงตั้งครรภ์ หรือ

(2) เป็นกรณีที่จำเป็นต้องกระทำเนื่องจาก ปัญหาสุขภาพจิตของหญิงตั้งครรภ์ ซึ่งจะต้องได้รับการรับรองหรือเห็นชอบจากผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมที่มีใช้ผู้กระทำการยุติการตั้งครรภ์ อย่างน้อยหนึ่งคน

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

ทั้งนี้ ต้องมีข้อบ่งชี้ทางการแพทย์ที่ชัดเจนว่า หญิงนั้นมีปัญหาสุขภาพกายหรือทางจิต และต้องมีการบันทึกการตรวจและวินิจฉัยโรคในเวชระเบียนเพื่อเป็นหลักฐาน

ข้อ 6 การยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ มาตรา 305 (2) แห่งประมวลกฎหมายอาญานั้น ต้องมีหลักฐานหรือข้อเท็จจริงอันควรเชื่อได้ว่า หญิงมีครรภ์เนื่องจากการกระทำความผิดอาญาตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 305 (2) แห่งประมวลกฎหมายอาญา

ข้อ 7 การยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ ตามข้อ 5 และข้อ 6 ต้องกระทำในสถานพยาบาลดังต่อไปนี้

(1) โรงพยาบาลหรือหน่วยงานของรัฐที่ให้บริการรับผู้ป่วยไว้ค้างคืน หรือสถานพยาบาลเวชกรรมที่มีเตียงผู้ป่วยไว้ค้างคืน ตามกฎหมายว่าด้วยสถานพยาบาล ทั้งนี้ โดยสามารถปฏิบัติเกี่ยวกับการยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ได้ตามความเหมาะสม

(2) คลินิกเวชกรรม ตามกฎหมายว่าด้วยสถานพยาบาล โดยสามารถปฏิบัติเกี่ยวกับการยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ที่อายุครรภ์ไม่เกินสิบสองสัปดาห์

ข้อ 8 ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมที่ปฏิบัติเกี่ยวกับการยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ตามข้อบังคับนี้จะต้องทำรายงานเสนอต่อแพทยสภา ตามเงื่อนไขและระยะเวลาในแบบฟอร์มที่แพทยสภากำหนด

ข้อ 9 ในกรณีที่ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมผู้กระทำการยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ไม่ปฏิบัติตามข้อบังคับนี้ ให้ถือว่าผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมผู้นั้นประกอบวิชาชีพเวชกรรมโดยไม่รักษามาตรฐานในระดับที่ดีที่สุด

ข้อ 10 ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมที่ปฏิบัติเกี่ยวกับการยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ตามข้อบังคับนี้ ให้ถือว่าได้กระทำตามมาตรา 305 แห่งประมวลกฎหมายอาญา

ประกาศ ณ วันที่ 10 พฤศจิกายน พ.ศ. 2548

สมศักดิ์ โล่เลขา

นายกแพทยสภา

ภาคผนวก ข
ระบบการจำแนกโรคใน ICD-10 ขององค์การอนามัยโลก
(World Health Organization)

ระบบการจำแนกโรคใน ICD-10 ขององค์การอนามัยโลก
(World Health Organization)

F00-F09

Organic, including symptomatic, mental

- F00 dementia in Alzheimer's disease
- F01 Vascular dementia
- F02 Dementia in other diseases classified elsewhere
- F03 Unspecified dementia
- F04 Organic amnesic syndrome, not induced by alcohol and other psychoactive
- F05 Delirium, not induced by alcohol and other psychoactive substances
- F06 Other mental disorders due to brain damage and dysfunction and to physical disease
- F07 Personality and behavioural disorders to brain disease, damage and dysfunction
- F09 Unspecified organic or symptomatic mental disorder

F10-19

Mental and behavioural disorders due to psychoactive substance use

- F10 Mental and behavioural disorders due to use of alcohol
- F11 Mental and behavioural disorders due to use of opioids
- F12 Mental and behavioural disorders due to use of cannabinoids
- F13 Mental and behavioural disorders due to use of sedatives or hypnotics
- F14 Mental and behavioural disorders due to use of cocaine
- F15 Mental and behavioural disorders due to use of other stimulants, including caffeine
- F16 Mental and behavioural disorders due to use of hallucinogens
- F17 Mental and behavioural disorders due to use of tobacco
- F18 Mental and behavioural disorders due to use of volatile solvents
- F19 Mental and behavioural disorders due to multiple drug use of other psychocative substances

F20-F29

Schizophrenia, schizotypal and delusional disorders

- F20 Schizophrenia (จิตเภทประเภทหวาดระแวง)
- F21 Schizotypal disorders (มีพฤติกรรมแปลกประหลาดและพบความผิดปกติของความคิดและอารมณ์คล้ายกับโรคจิตเภท)
- F22 Persistent delusional disorders
- F23 Acute and transient psychotic disorders (โรคจิตชนิดเฉียบพลันที่มีอาการประหลาดหลงผิด และการรับรู้แปรปรวนอย่างชัดเจน)
- F24 Induced delusional disorders
- F25 Schizoaffective disorders
- F28 Other nonorganic psychotic disorders
- F29 Unspecified nonorganic psychosis

F30-F39

Mood (affective) disorders

- F30 Manic episode
- F31 Bipolar affective disorder
- F32 Depressive episode
- F33 Recurrent depressive disorder
- F34 Persistent mood (affective) disorders
- F38 Other mood (affective) disorders
- F39 Unspecified mood (affective) disorders

F40-F48

Neurotic, Stress-related and somatoform disorders

- F40 Phobic anxiety disorders
- F41 Other anxiety disorders
- F42 obsessive-compulsive disorders
- F43 Reaction to severe stress, and adjustment disorders
- F44 Dissociative (conversion) disorder
- F45 Somatoform disorders
- F46 Other neurotic disorders

F50-F59**Behavioural syndromes associated with physiological disturbances and physical factors**

- F50 eating disorders
- F51 Nonorganic disorders
- F52 Sexual dysfunction, not caused by organic disorders or disease
- F53 Mental and behavioural disorders associated with the puerperium
- F54 Psychological and behavioural factors associated with disorders Or diseases classified elsewhere
- F55 Abuse of non-dependence-producing substances
- F59 Unspecified behavioural syndromes associated with physiological

F60-F69**Disorders of adult personality and behavior**

- F60 Specific personality disorders
- F61 Mixed and other personality disorders
- F62 Enduring personality changed, not attributable to brain damage
- F63 Habit and impulse disorders
- F64 Gender identity disorders
- F65 Disorders of sexual preference
- F66 Psychological and behavioral disorder associated with sexual development and orientation
- F68 Other disorders of adult personality and behavior
- F69 Unspecified disorder of adult personality and behavior

F70-F79**Mental retardation**

- F70 Mild mental retardation
- F71 Moderate mental retardation
- F72 Severe mental retardation
- F73 profound mental retardation
- F78 Other mental retardation

F79 Unspecified mental retardation

F80-F89

Disorders of psychological development

F80 Specific developmental disorders of speech and language

F81 Specific developmental disorders of scholastic skills

F82 Specific developmental disorders of motor function

F83 Mixed specific developmental disorder

F84 Pervasive developmental disorders

F88 Other disorders of psychological developmental

F89 Unspecified disorders of psychological developmental

F90-F98

Behavioural and emotion disorders with onset usually occurring in childhood and adolescence

F90 Hyperkinetic disorders

F91 Conduct disorders

F92 Mixed disorders of conduct and emotions

F93 Emotional disorders with onset specific to childhood

F94 Disorders of social functioning with onset specific to childhood and adolescence

F95 Tic disorders

F98 Other behavioural and emotion disorder with onset usually occurring in childhood and adolescence

F99

Unspecified mental disorder

ประวัติผู้เขียน

ชื่อ-นามสกุล	นางสาวศิริพร รุ่งรัตน์รัชชัย
ประวัติการศึกษา	พ.ศ. 2548 นิติศาสตรบัณฑิต มหาวิทยาลัยรามคำแหง พ.ศ. 2551 ประกาศนียบัตรหลักสูตรวิชาว่าความ สำนักฝึกอบรมวิชาว่าความแห่งสภานายความรุ่นที่ 28
ประวัติการทำงาน	เจ้าหน้าที่ฝ่ายกฎหมาย บริษัท จอย แอนด์ คอยน์ คอร์ปอเรชั่น จำกัด

DPU