



กฎหมายทำแท้ง: ศึกษากรอบระยะเวลาที่เหมาะสมเกี่ยวกับการยุติการตั้งครรภ์
ทางการแพทย์กรณีอายุทารกในครรภ์มารดา

ชยุตม์ เหลืองรัตนเจริญ

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต
สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ปริธี พนมยงค์
มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต
ปีการศึกษา 2566

ABORTION LAW: STUDY THE APPROPRIATE TIME FRAME FOR MEDICAL
TERMINATION OF PREGNANCY IN CASE OF MATERNAL FETAL AGE

CHAYUT LUANGRATTANACHAROEN

A 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
Academic Year 2023






ใบรับรองวิทยานิพนธ์

คณะนิติศาสตร์ปรีดี พนมยงค์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต

ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต





หัวข้อวิทยานิพนธ์ กฎหมายทำแท้ง : ศึกษากรอบระยะเวลาที่เหมาะสมเกี่ยวกับการยุติการตั้งครรภ์
ทางการแพทย์ กรณีอายุทารกในครรภ์มารดา
เสนอโดย ชยุดม์ เหลืองรัตนเจริญ
สาขาวิชา นิติศาสตร์
หมวดวิชา กฎหมายอาญาและกระบวนการยุติธรรมทางอาญา
อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ รองศาสตราจารย์อัจฉริยา ชูตินันทน์
ได้พิจารณาเห็นชอบโดยคณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์แล้ว


.....ประธานกรรมการ
(อาจารย์ ดร.สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์)


.....กรรมการและอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์
(รองศาสตราจารย์อัจฉริยา 


.....กรรมการ
(อาจารย์ ดร.จิรวุฒิ ลิปิพันธ์)

คณะนิติศาสตร์ปรีดี พนมยงค์ รับรองแล้ว


..... คณบดีคณะนิติศาสตร์ปรีดี พนมยงค์
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.สมชาย รัตน์เชื้อสกุล)
วันที่  เดือน  พ.ศ. 

หัวข้อวิทยานิพนธ์	กฎหมายทำแท้ง: ศึกษากรอบระยะเวลาที่เหมาะสมเกี่ยวกับการยุติการตั้งครรรภ์ทางการแพทย์กรณีอายุทารกในครรภ์มารดา
ชื่อผู้เขียน	ชยุตม์ เหลืองรัตนเจริญ
อาจารย์ที่ปรึกษา	รองศาสตราจารย์อัจฉริยา ชูตินันท์
หลักสูตร	นิติศาสตรมหาบัณฑิต
ปีการศึกษา	2566

บทคัดย่อ

การคุ้มครองสิทธิหญิงมีครรภ์และทารกในครรภ์มารดาตามความผิดฐานทำให้แท้งลูกตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 301 ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติม ในปีพ.ศ.2564 ซึ่งได้มีการกำหนดกรอบระยะเวลาอันเป็นการคุ้มครองสิทธิของหญิงที่สามารถยุติการตั้งครรรภ์ได้ โดยมีอายุครรภ์ไม่เกิน 12 สัปดาห์และในส่วนของ การคุ้มครองสิทธิทารกในครรภ์ โดยวิธีการกำหนดโทษจำคุกไม่เกิน 6 เดือนหรือปรับไม่เกิน 10,000 บาท หรือทั้งจำทั้งปรับ ซึ่งมีได้เป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมายที่มีการกำหนดไว้ว่า ความผิดฐานทำให้แท้งลูกต้องมีการคุ้มครองชีวิตของทารกในครรภ์ และสิทธิของหญิงตั้งครรรภ์ต้องให้เกิดความสมดุลกัน อันเนื่องมาจากกรอบระยะเวลาการตั้งครรรภ์เมื่อเปรียบเทียบกับกรอบระยะเวลาของวัยรุ่น ซึ่งมีกรอบระยะเวลาการตั้งครรรภ์ถึง 20 สัปดาห์ จึงเป็นการเลือกปฏิบัติในกลุ่มหญิงตั้งครรรภ์ เพราะตามมาตรา 301 ให้ยุติการตั้งครรรภ์ได้ไม่เกิน 12 สัปดาห์เท่านั้น อย่างไรก็ตาม ในต่างประเทศยังได้มีการกำหนดกรอบระยะเวลาการยุติการตั้งครรรภ์ได้ถึง 24 สัปดาห์ นอกจากนี้กรณีของการกำหนดโทษตามมาตราดังกล่าว หากเห็นถึงความสำคัญและคุณค่าของชีวิตมนุษย์ที่กำลังจะเกิดมาบดทอนโทษที่จะลงแก่หญิงตั้งครรรภ์นั้นต้องได้รับความเหมาะสม ซึ่งในต่างประเทศมีบทลงโทษในฐานความผิดดังกล่าวให้จำคุกได้ ไม่เกิน 3 ปี อันเป็นการคุ้มครองสิทธิทารกในครรภ์ ดังนั้นกฎหมายตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 301 จึงควรมีการกลับมาทบทวนแก้ไขเพื่อให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมายอย่างแท้จริง

คำสำคัญ: การยุติการตั้งครรรภ์, การทำแท้ง, การคุ้มครองสิทธิ

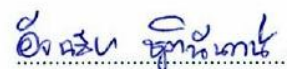
อัจฉริยา ชูตินันท์

Thesis Title	ABORTION LAW: A STUDY ON THE APPROPRIATE TIME FRAME FOR MEDICAL TERMINATION OF PREGNANCY CONSIDERING MATERNAL FETAL AGE
Author	Chayut Luangrattanacharoen
Thesis Advisor	Associate Professor Achariya Chutinun
Program	Master of Laws
Academic Year	2023

ABSTRACT

The protection of the rights of pregnant women and their fetuses under the offense of abortion under Section 301 of the Criminal Code was amended in 2021. The law sets a time frame for protecting the rights of pregnant women and also for the rights of fetuses. Pregnant women can terminate their pregnancies with a gestational age of no more than 12 weeks, and the penalty for violation is imprisonment for no more than 6 months or a fine of no more than 10,000 baht or both. This does not comply with the spirit of the law, which requires that the offense of causing an abortion must protect the life of the fetus and ensure the balance of the rights between the pregnant women and the fetus. As for the gestational period for teenagers, they can terminate their pregnancies within 20 weeks, so this regulation is also discriminatory against pregnant women, as Section 301 only allows termination of pregnancy within 12 weeks. In other countries, there have been frameworks set for termination of pregnancy within 24 weeks. In cases of punishment in accordance with the aforementioned section, if it is to recognize the importance and value of human life that is about to be born, the punishment to be inflicted on pregnant women must be proportionate. In other countries, the punishment for such offenses can result in imprisonment for no more than 3 years in order to protect the rights of fetuses. Therefore, the law under Section 301 of the Criminal Code should be reviewed and amended to truly reflect the spirit of the law.

Keywords: Termination of pregnancy, Abortion, Protection of women's



กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จได้ด้วยดี โดยได้รับความเมตตาและอนุเคราะห์จากรองศาสตราจารย์อัจฉริยา ชูตินันท์ ที่กรุณารับเป็นอาจารย์ที่ปรึกษา คอยดูแลให้คำแนะนำและให้คำปรึกษาในการรวบรวม วิเคราะห์ข้อมูลอันเป็นประโยชน์อย่างยิ่ง ตลอดจนสละเวลาอันมีค่าในการตรวจแก้ไขจนทำให้วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จได้ด้วยดี ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณ รองศาสตราจารย์อัจฉริยา ชูตินันท์ มาในโอกาสนี้

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณ อาจารย์ ดร.สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์ ที่กรุณารับเป็นประธาน กรรมการสอบวิทยานิพนธ์ ให้คำแนะนำและข้อคิดที่ทรงคุณค่า พร้อมทั้งชี้แนะแนวทางที่เป็นประโยชน์ต่อการ ทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เป็นอย่างยิ่ง ตลอดจนสละเวลาอันมีค่าในการตรวจแก้ไขจนทำให้วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ สำเร็จได้ด้วยดี และผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณ อาจารย์ ดร.จิรวุฒิ ลิปิพันธ์ ที่กรุณารับเป็นประธานกรรมการ สอบวิทยานิพนธ์ ช่วยวางแนวทางและให้คำแนะนำอันทรงคุณค่าและ ขอขอบคุณ ดร.พิชญา เหลืองรัตนเจริญ ซึ่งได้ให้ข้อเสนอแนะเกี่ยวกับหัวข้อและรายละเอียดต่างๆเพื่อให้วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จได้ด้วยดี รวมถึง คุณพ่อ คุณแม่ และญาติๆทุกคนที่เป็นกำลังใจมาโดยตลอดให้วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จได้ด้วยดี

ผู้เขียนขอขอบพระคุณเจ้าหน้าที่บัณฑิตวิทยาลัยทุกท่านที่มีส่วนช่วยให้วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จได้ ด้วยดี

ชยุตม์ เหลืองรัตนเจริญ

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย.....	ง
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	จ
กิตติกรรมประกาศ.....	ฉ
สารบัญ.....	ช
สารบัญตาราง.....	ฅ
บทที่	
1. บทนำ.....	1
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา.....	1
1.2 วัตถุประสงค์.....	4
1.3 สมมติฐาน.....	5
1.4 ขอบเขตการศึกษา.....	5
1.5 วิธีการดำเนินการศึกษา.....	6
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ.....	6
2. แนวคิดทฤษฎีเกี่ยวกับกฎหมายทำแท้ง.....	7
2.1 วิวัฒนาการและความเป็นมาของกฎหมายทำแท้งในประเทศไทย.....	7
2.2 แนวคิดเกี่ยวกับระยะเวลายุติการตั้งครรภ์และโทษตามกฎหมายทำแท้ง.....	15
2.3 แนวคิดการกำหนดความผิดทางอาญาและหลักการกำหนดโทษทางอาญา.....	25
2.4 เงื่อนไขกับการทำแท้งที่ไม่ผิดกฎหมายอาญา.....	33
3. กฎหมายเกี่ยวกับกรอบระยะเวลาอายุครรภ์ในการยุติการตั้งครรภ์ที่เหมาะสม.....	42
ในต่างประเทศ	
3.1 กฎหมายเกี่ยวกับกรอบระยะเวลาอายุครรภ์ในการยุติการตั้งครรภ์ที่เหมาะสมใน.....	42
สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี	
3.2 กฎหมายเกี่ยวกับกรอบระยะเวลาอายุครรภ์ในการยุติการตั้งครรภ์ที่เหมาะสมใน.....	49
สหรัฐอเมริกา	
3.3 กฎหมายเกี่ยวกับกรอบระยะเวลาอายุครรภ์ในการยุติการตั้งครรภ์ที่เหมาะสมใน.....	56
สาธารณรัฐประชาชนจีน	

สารบัญ (ต่อ)

บทที่	หน้า
4. วิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับกรอบระยะเวลาอายุครรภ์ในการยุติการตั้งครรภ์ทางกฎหมาย.....	61
ที่เหมาะสมกับต่างประเทศ	
4.1 วิเคราะห์กรอบระยะเวลาที่เหมาะสมเกี่ยวกับการยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์.....	61
โดยชอบด้วยกฎหมาย	
4.2 การทำแท้งไม่เป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 301 และการทำแท้ง..	62
โดยชอบด้วยกฎหมายกับการคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของหญิงตั้งครรภ์	
4.3 วิเคราะห์เปรียบเทียบกฎหมายทำแท้งไทยกับต่างประเทศ.....	67
4.4 เหตุผลความจำเป็นในการกำหนดกรอบระยะเวลาที่เหมาะสมเกี่ยวกับ.....	71
การยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ กรณีอายุของทารกในครรภ์มารดา	
5. บทสรุปและข้อเสนอแนะ.....	75
5.1 บทสรุป.....	75
5.2 ข้อเสนอแนะ.....	76
บรรณานุกรม.....	78
ภาคผนวก.....	85
ประวัติผู้เขียน.....	89

สารบัญตาราง

ตารางที่	หน้า
3.1 วิวัฒนาการกฎหมายทำแท้งในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี.....	48
3.2 วิวัฒนาการกฎหมายทำแท้งในประเทศสหรัฐอเมริกา.....	55
3.3 วิวัฒนาการกฎหมายทำแท้งในประเทศสาธารณรัฐประชาชนจีน.....	60
4.1 ตารางเปรียบเทียบอายุครรภ์ที่ทำแท้งโดยถูกกฎหมายกับบทลงโทษของ..... ประเทศไทยกับต่างประเทศ	71

บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

ปัจจุบันประเทศไทยได้ประกาศใช้พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญาในราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ 138 ตอนที่ 10 ก. หน้า 1 วันที่ 6 กุมภาพันธ์ 2564 ฉบับที่ 28 เสนอโดยคณะรัฐมนตรี ซึ่งได้มีการแก้ไข 2 มาตรา กล่าวคือให้ยกเลิกความในมาตรา 301 แห่งประมวลกฎหมายอาญาที่แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 26) พ.ศ.2560 ซึ่งในมาตราดังกล่าว กฎหมายได้มีการเปลี่ยนแปลงจากเดิมที่ไม่สามารถให้หญิงทำให้ตนแท้งลูก หรือยอมให้บุคคลอื่นทำให้ตนแท้งลูกทุกกรณี เป็นสามารถจะทำได้เมื่ออายุครรภ์ไม่เกิน 12 สัปดาห์ นอกจากนั้นในส่วนของอัตราโทษซึ่งแต่เดิมจำคุกไม่เกิน 3 ปีหรือปรับไม่เกิน 60,000 บาทหรือทั้งจำทั้งปรับ เป็นจำคุกไม่เกิน 6 เดือนหรือปรับไม่เกิน 10,000 บาท หรือทั้งจำทั้งปรับ¹

ส่วนในกรณีตามมาตรา 305 เดิมโดยระบุว่าผู้ที่จะทำแท้งให้หญิงได้จะต้องเป็นแพทย์ แต่ตามกฎหมายแก้ไขใหม่ได้มีการเพิ่มเติมนอกจากจะเป็นผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมแล้ว ยังต้องมีหลักเกณฑ์ของแพทยสภากำหนดถึงเงื่อนไขการทำแท้งไว้ด้วยจึงจะสามารถกระทำได้โดยไม่มีคามผิด ส่วนเงื่อนไขของการทำแท้งเดิมได้มีการกำหนดไว้อย่างชัดเจนให้ทำแท้งได้เพียง 2 กรณี กล่าวคือ กรณีสุขภาพหญิงกับหญิงมีครรภ์ เนื่องจากเป็นผู้ถูกกระทำอันเป็นความผิดตามมาตรา 276, 277, 282, 283, 284 ส่วนกฎหมายใหม่² ในเรื่องของสุขภาพของหญิงได้มีการกำหนดไว้ชัดเจนยิ่งขึ้นว่าเป็นเพียงกรณีเสี่ยงต่อการได้รับอันตรายต่อสุขภาพทางกายหรือจิตใจของหญิง และยังคงคุ้มครองไปยังเด็กที่จะเกิดมาหากมีความเสี่ยงอย่างมากหรือมีเหตุผลทางการแพทย์อันควรเชื่อได้ว่าหากทารกคลอดออกมาจะมีความผิดปกติถึงทุพพลภาพอย่างร้ายแรง นอกจากนั้นยังมีการเพิ่มเติมในส่วนของหญิงสมัครใจยุติการตั้งครรภ์เองในกรณีอายุครรภ์ไม่เกิน 12 สัปดาห์ ส่วนในกรณีอายุครรภ์เกิน 12 สัปดาห์แต่ไม่เกิน 20 สัปดาห์ หากยืนยันที่จะยุติการตั้งครรภ์ภายหลังการตรวจและได้รับคำปรึกษาทางเลือกจากผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมและผู้ประกอบวิชาชีพอื่นตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุขประกาศกำหนดโดยคำแนะนำของแพทยสภาและหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง ตามกฎหมายว่าด้วยการป้องกันและแก้ไขปัญหาการตั้งครรภ์ในวัยรุ่น และยังคงเดิมในส่วนของผู้ที่ตั้งครรภ์ เนื่องจากเป็นผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับเพศยังคงเป็นเช่นเดิม

การแก้ไขดังกล่าวอยู่ภายใต้เหตุผลที่ว่า การคุ้มครองสิทธิของทารกในครรภ์และสิทธิของหญิงที่ตั้งครรภ์ต้องให้เกิดความสมดุลกัน โดยอาจต้องนำช่วงระยะเวลาการตั้งครรภ์มาเป็นหลักเกณฑ์ในการพิจารณา

¹ ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 301

² ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 305

ว่าหากมีการกำหนดระยะเวลาการยุติการตั้งครรภ์ที่ไม่เหมาะสมจะเป็นการปฏิเสธสิทธิของหญิงโดยปราศจากการกำหนดเงื่อนไขหรือเงื่อนไขที่เหมาะสมดังเช่น มาตรา 301 แห่งประมวลกฎหมายอาญา เป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของหญิงเกินความจำเป็น ประกอบกับรัฐมีหน้าที่กำหนดให้มีมาตรการส่งเสริมให้บุคคลใช้สิทธิและเสรีภาพ โดยจัดให้มีมาตรการในการยุติการตั้งครรภ์ที่ปลอดภัย ถูกต้องตามกฎหมาย ไม่กระทบต่อการใช้สิทธิของหญิง และในขณะเดียวกันก็ต้องเข้าไปดูแลและคุ้มครองชีวิตของทารกในครรภ์มิให้ถูกกระทบสิทธิในการมีชีวิตด้วยเช่นกัน บทบัญญัติมาตรา 301 แห่งประมวลกฎหมายอาญาจึงกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกายของหญิงเกินความจำเป็น ไม่เป็นไปตามหลักแห่งความได้สัดส่วน และเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพตามมาตรา 28 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย นอกจากนี้ศาลรัฐธรรมนูญยังได้ให้ข้อเสนอแนะด้วยว่าประมวลกฎหมายอาญาและกฎหมายที่เกี่ยวข้อง เรื่องการทำแท้งสมควรได้รับการปรับปรุงแก้ไข เพื่อให้สอดคล้องกับสภาพการณ์ในปัจจุบัน สมควรแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติเกี่ยวกับความผิดฐานทำแท้งลูก โดยกำหนดอายุครรภ์สำหรับความผิดฐานหญิงทำแท้งตนเองทำแท้งลูกหรือยอมให้ผู้อื่นทำแท้งลูกตามมาตรา 301 รวมทั้งเพิ่มเหตุยกเว้นความผิดฐานทำแท้งลูกตามมาตรา 305 ให้สอดคล้องกับคำวินิจฉัยและข้อเสนอแนะของศาลรัฐธรรมนูญดังกล่าว

เมื่อวันที่ 22 กุมภาพันธ์ พ.ศ.2560 ส.ค.น.นายยาว เปิดเผยความคืบหน้ากรณีคลิปหญิง(น.ส.บี (นามสมมุติ)) นำเด็กทารกไปทิ้งถังขยะหน้าอาคาร 25 โครงการเอื้ออาทรปัญญารามอินทรา ถนนปัญญารามอินทรา แขวงบางชัน เขตคลองสามวา ภายหลังที่เจ้าหน้าที่ได้รับรวบรวมพยานหลักฐานทั้งหมด พบว่าเด็กทารกที่คลอดออกมาเสียชีวิตขณะอยู่ในครรภ์ จึงแจ้งข้อหาตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 301 ทำแท้งลูก โทษจำคุกไม่เกิน 3 ปี ปรับ 60,000 บาท หรือทั้งจำทั้งปรับ แต่หากนิติเวชพิสูจน์ได้ว่าเด็กตายนอกครรภ์ โทษที่ได้รับจะรุนแรงขึ้นเป็นข้อหาฆ่าคนตายโดยไตร่ตรองไว้ก่อน และอาพร่างซ่อนเร้นศพ ซึ่งรอผลการชันสูตรศพก่อน³ ในวันที่ 13 กุมภาพันธ์ 2564 เจ้าหน้าที่โรงพยาบาลได้รับผู้ป่วยรายหนึ่งที่มีอาการตกเลือดอย่างรุนแรงหลังใช้ยาเหน็บเพื่อทำแท้งจนทารกได้ทะลักหลุดออกมาเสียชีวิต และได้นำศพทารกยัดใส่ไว้ในกล่องพลาสติกภายในห้องนอนที่บ้านแห่งหนึ่งในพื้นที่ ต.นาทุ่ง อ.เมือง จ.ชุมพร ต่อมาเจ้าหน้าที่จึงได้เปิดดูพบศพทารกเพศชายถูกห่อด้วยผ้าขนหนูจึงได้นำออกมาทำการชันสูตร เบื้องต้น พบว่าทารกอยู่ในสภาพสมบูรณ์มีอวัยวะครบ 32 ที่บริเวณหน้าท้องมีสายสะดือยาวกว่า 50 เซนติเมตร สภาพเพิ่งถูกตัดด้วยของมีคม คาดอายุครบกำหนดใกล้คลอดแล้ว⁴ ขณะกระทำความผิดอัตราโทษจำคุกไม่เกิน 6 เดือนปรับไม่เกิน 10,000 บาทหรือทั้งจำทั้งปรับ

³ มติชนออนไลน์, 'รอผลนิติเวช รพ.ตำรวจ ก่อนแจ้งข้อหาแม่วัยใส ฐานทำแท้ง หลังรีดลูกทิ้งถังขยะ' (มติชนออนไลน์, 22 กุมภาพันธ์ 2560) <https://www.matichon.co.th/local/crime/news_472349> สืบค้นเมื่อ 20 กันยายน 2565.

⁴ ผู้จัดการออนไลน์, 'สลด! รับวันวาเลนไทน์ สาว 17 ปี ใช้ยาเหน็บทำแท้งจนลูกทะลัก ส่วนตัวเองตกเลือดปางตาย' (ผู้จัดการออนไลน์, 14 กุมภาพันธ์ 2564) <<https://mgronline.com/south/detail/9640000014644>> สืบค้นเมื่อ 20 กันยายน 2565.

อันเป็นที่คาดการณ์ได้ว่าเมื่ออัตราโทษน้อยย่อมไม่มีการถูกดำเนินคดีในส่วนของโทษจำคุกอย่างแท้จริง ในขณะที่ความผิดฐานทำแท้งยังมีอยู่อย่างต่อเนื่อง

กฎหมายที่ได้มีการแก้ไขใหม่ได้มีประเด็นที่เป็นมิติใหม่ที่น่าสนใจ ซึ่งแต่เดิมในเรื่องเกี่ยวกับการทำแท้งหรือการทำให้ทารกในครรภ์ตายก่อนที่จะมีสภาพบุคคล โดยมีคุณธรรมทางกฎหมายคือ ทารกในครรภ์ที่มีสิทธิถือกำเนิดเกิดขึ้นมาเช่นบุคคลทั่วไป บุคคลใดไม่มีสิทธิในการยุติการตั้งครรภ์ที่ถือกำเนิดนั้น แต่กฎหมายใหม่กลับให้เหตุผลว่าการคุ้มครองแต่ชีวิตของทารกโดยไม่คำนึงถึงสิทธิของผู้ตั้งครรภ์เป็นการขัดรัฐธรรมนูญ มาตรา 28 “บุคคลย่อมมีสิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกาย...” เนื่องจากการทำแท้งหรือการยุติการตั้งครรภ์เป็นปัญหาทั้งทางสังคม ทางสุขภาพ และทางกฎหมายที่มีความละเอียดอ่อน รวมทั้งเป็นประเด็นปัญหาที่เกี่ยวข้องกับจริยธรรมและศีลธรรม ซึ่งถือว่าเป็นความผิดทางอาญาและกำหนดโทษแก่หญิงเพียงฝ่ายเดียวที่ทำให้ตนเองแท้งลูกหรือยอมให้ผู้อื่นทำให้ตนแท้งลูก ดังนั้นการเปลี่ยนแปลงกฎหมายใหม่จึงเป็นการคุ้มครองสิทธิของหญิงและผู้ที่เกี่ยวข้องได้อย่างแท้จริง

ในประเด็นเรื่องการยุติการตั้งครรภ์ใน 12 สัปดาห์แรกภายใต้ความเห็นของนักวิชาการว่า การยุติการตั้งครรภ์ใน 12 สัปดาห์แรกเป็นเรื่องการคุ้มครองสิทธิในเนื้อตัวร่างกายของหญิงที่ตั้งครรภ์อันเป็นสิทธิที่จะต้องคำนึงก่อนสิทธิของตัวอ่อนที่อยู่ในครรภ์ หากเกินกว่า 12 สัปดาห์สิทธิของตัวอ่อนในครรภ์ย่อมมีมากกว่า เพราะ ในช่วงระยะเวลา 12 สัปดาห์แรกหญิงย่อมจะต้องตัดสินใจได้ว่าจะให้ทารกในครรภ์ไว้หรือไม่ หากต้องการยุติการตั้งครรภ์ซึ่งยังไม่เกิดอันตรายต่อหญิงที่ตั้งครรภ์ และหากต้องการทำแท้งที่มีอายุครรภ์เกินกว่า 12 สัปดาห์จะต้องมีเหตุอื่นประกอบการยุติการตั้งครรภ์ อาทิ สุขภาพของหญิงหรือสุขภาพของทารกในครรภ์ จึงจะสามารถกระทำได้⁵

จากสถิติการทำแท้งในประเทศไทยพบว่าร้อยละ 17.6 มีอายุครรภ์มากกว่า 12 สัปดาห์ประมาณ 52,800 รายต่อปี หากกฎหมายกำหนดให้ยุติการตั้งครรภ์ไว้ที่ไม่เกิน 12 สัปดาห์ย่อมส่งผลให้หญิงกว่า 50,000 รายต่อปีหลุดออกจากระบบสุขภาพไปสู่การบริการที่ไม่ปลอดภัย อาทิ มีอาการตกเลือดหรือเสียชีวิต ดังนั้นกฎหมายทำแท้งควรสร้างสมดุลกับการคุ้มครองสิทธิระหว่างหญิงและตัวอ่อนในครรภ์คือ 24 สัปดาห์ เพราะความหมายของการแท้ง หมายถึงตัวอ่อน (embryo) ถูกขับออกจากมดลูกในระยะครั้งแรกของการตั้งครรภ์คือน้อยกว่าหรือเท่ากับ 20-22สัปดาห์ ประกอบกับข้อเท็จจริงทางการแพทย์ คือ ตัวอ่อนในครรภ์จะออกมามีชีวิตได้เมื่ออายุครรภ์มากกว่า 24 สัปดาห์ขึ้นไป เพราะโอกาสมีชีวิตของตัวอ่อนที่อายุครรภ์ 20 สัปดาห์คือ ไม่สามารถที่จะมีชีวิตได้ เมื่อเทียบกับอายุครรภ์ 24 สัปดาห์คือ เริ่มมีโอกาสในการมีชีวิตมากขึ้นเรื่อย ๆ ส่งผลให้

⁵ อธิป ปิตกาญจนกุล และกรศุทธิ์ ขอพ่วงกลาง, ‘สรุปสาระสำคัญจากเสวนาวิชาการคณะนิติศาสตร์ธรรมศาสตร์ เรื่อง แนวทางการใช้การตีความกฎหมายยุติการตั้งครรภ์ใหม่’ (คณะนิติศาสตร์-มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2 มีนาคม 2564) <<https://www.law.tu.ac.th/seminar-summary-new-abortion-law/>> สืบค้นเมื่อ 20 กันยายน 2565.

การยุติการตั้งครรภ์หลังอายุครรภ์ 24 สัปดาห์ถือเป็นการคลอดก่อนกำหนด ทารกมีโอกาสรอดชีวิตได้ ส่งผลให้ยุติการตั้งครรภ์ให้ใช้ได้ถึงอายุครรภ์ 24 สัปดาห์⁶

อย่างไรก็ดีการคุ้มครองสิทธิของหญิงและตัวอ่อนย่อมต้องมีความชัดเจนในการยุติการตั้งครรภ์ด้วยความยินยอมของหญิงที่จะต้องคำนึงถึงก่อนสิทธิของตัวอ่อนเพื่อให้เกิดความสมดุล หากพิจารณาการยุติการตั้งครรภ์ด้วยความยินยอมโดยกำหนดอายุครรภ์ไว้ และหญิงประสงค์จะยุติการตั้งครรภ์ด้วยความยินยอมตามระยะเวลาดังกล่าวย่อมเป็นสิทธิของหญิงอย่างแท้จริงที่กฎหมายกำหนดไว้ แต่หากเมื่อพ้นกำหนดที่กฎหมายได้กำหนดไว้ ย่อมต้องคำนึงถึงทารกในครรภ์เพราะกฎหมายให้ความคุ้มครองต่อตัวอ่อน แต่เป็นที่น่าสังเกตว่าการกำหนดโทษเมื่อหญิงยินยอมทำให้ตนแท้งลูกหรือยอมให้บุคคลอื่นทำให้ตนแท้งลูก กลับมีอัตราโทษจำคุกเพียงไม่เกิน 6 เดือนหรือปรับไม่เกิน 10,000 บาทหรือทั้งจำทั้งปรับ เมื่อนำอัตราโทษดังกล่าวไปเทียบกับอัตราโทษก่อนที่จะมีการแก้ไขกฎหมายในความผิดที่มีการกระทำเดียวกัน พบว่าอัตราโทษจำคุกไม่เกิน 3 ปีหรือปรับไม่เกิน 60,000 บาท หรือทั้งจำทั้งปรับ ซึ่งเมื่อพิจารณาตามหมายเหตุท้ายพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา ฉบับที่ 28 พ.ศ.2564 เป็นการคุ้มครองสิทธิของทารกในครรภ์ ดังนั้นเพื่อให้การสมดุลในทางกฎหมายเกี่ยวกับความผิดฐานทำให้แท้งลูก จึงควรนำกฎหมายในประเด็นเกี่ยวกับระยะเวลาในการยุติการตั้งครรภ์และการกำหนดโทษเมื่อหญิงทำให้ตนแท้งลูกหรือยินยอมให้บุคคลทำให้ตนแท้งลูก กลับมาทบทวนให้เกิดประโยชน์อย่างแท้จริงและยั่งยืน

1.2 วัตถุประสงค์

1.2.1 เพื่อศึกษาแนวคิดทฤษฎีในการคุ้มครองสิทธิของหญิงมีครรภ์ ตลอดจนศึกษาวิวัฒนาการรวมทั้งเหตุผลที่อยู่เบื้องหลังของกฎหมายทำแท้งในประเทศไทย

1.2.2 เพื่อศึกษาวิเคราะห์ถึงปัญหาผลกระทบตามกรอบระยะเวลาการยุติการตั้งครรภ์ของหญิงว่าสามารถขยายได้ถึงกี่สัปดาห์ บทลงโทษของหญิงมีครรภ์เมื่อชั่งน้ำหนักกับการกระทำแล้วเหมาะสม และเหตุยกเว้นความผิดว่ามีเงื่อนไขใดบ้างที่ชอบด้วยกฎหมาย

1.2.3 เพื่อศึกษาและวิเคราะห์เปรียบเทียบกรอบระยะเวลาที่เหมาะสมเกี่ยวกับการยุติการตั้งครรภ์ในทางการแพทย์ กรณีอายุทารกในครรภ์มารดา ตามประมวลกฎหมายอาญาของประเทศไทยกับต่างประเทศ

1.2.4 เพื่อศึกษาถึงกรอบระยะเวลาที่เหมาะสมเกี่ยวกับการยุติการตั้งครรภ์ในทางการแพทย์หากเกิน 24 สัปดาห์แล้วต้องมีแพทย์ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมรับรอง และโทษที่เหมาะสม และได้สัดส่วนนั้นต้องเป็นบทลงโทษที่หนัก ตามกฎหมายฉบับก่อน

⁶ เครือข่ายอาสา RSA, 'แถลงการณ์ข้อเท็จจริงเรื่องการทำแท้งในประเทศไทย จากเครือข่ายอาสา RSA(1) วันที่ 3 มกราคม 2564' (เครือข่ายอาสา RSA, 3 มกราคม 2564) <<https://www.rsathai.org/contents/17600/>> สืบค้นเมื่อ 20 กันยายน 2565.

1.3 สมมติฐาน

กฎหมายอายุมาตรา 301 ได้มีการบัญญัติไว้ว่า “หญิงที่ทำให้ตนแท้งลูกหรือยินยอมให้ผู้อื่นทำให้ตนแท้งลูกขณะมีอายุครรภ์เกิน 12 สัปดาห์ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหกเดือน หรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ” หากพิจารณาในเรื่องอายุครรภ์ของหญิงนั้น ในประมวลกฎหมายอายุมาตรา 301 มีการกำหนดไว้ที่ 12 สัปดาห์ แต่ในมาตรา 305 มีการกำหนดไว้เป็นไม่เกิน 20 สัปดาห์ ซึ่งในต่างประเทศได้มีการขยายกรอบอายุครรภ์ไปจนถึง 24 สัปดาห์ โดยต้องมีแพทย์ผู้ประกอบวิชาชีพให้ความเห็นชอบในการทำแท้งด้วย ซึ่งภายใต้ความผิดฐานทำให้แท้งลูกมีเจตนารมณ์และคุณธรรมทางกฎหมายที่ต้องการคุ้มครองชีวิตของทารกในครรภ์และสิทธิของหญิงต้องให้เกิดความสมดุลกัน จึงต้องนำกฎหมายมาตราดังกล่าวมาทบทวน และพิจารณากำหนดกรอบระยะเวลาที่เหมาะสม เพราะรากฐานของสังคมไม่ได้ขึ้นอยู่กับการเห็นคุณค่าของชีวิตมนุษย์ที่จะเกิดมาเพียงอย่างเดียวเท่านั้น แต่ยังเป็นสิทธิในเนื้อตัวร่างกายของหญิงที่ตั้งครรภ์โดยแท้ และยังเป็นสิทธิที่จะต้องได้รับความคุ้มครองก่อนสิทธิทารกในครรภ์ กรณีที่มีการกำหนด “กฎหมายว่าด้วยการป้องกันและแก้ไขปัญหาการตั้งครรภ์ในวัยรุ่น” เป็นการตัดสิทธิของหญิงตั้งครรภ์ที่บรรลุนิติภาวะหรือไม่

จากประเด็นปัญหาผู้เขียนเห็นว่าประเด็นที่ต้องพัฒนาในกฎหมายอายุมาตรา 301 ดังนี้ กรณีอายุครรภ์ของหญิงที่กำหนดไว้ที่ 12 สัปดาห์นั้น ผู้เขียนเห็นว่าควรขยายเป็นไม่เกิน 20 สัปดาห์ แต่ต้องมีแพทย์ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมให้ความเห็นชอบ และเมื่อขยายกรอบระยะเวลาถึง 20 สัปดาห์แล้ว โทษควรที่จะเพิ่มขึ้น เพื่อให้เหมาะสม และได้สัดส่วนกับการกระทำความผิด โดยกำหนดอัตราโทษเป็น จำคุกไม่เกิน 3 ปี ปรับไม่เกิน 60,000บาท และในส่วน “กฎหมายว่าด้วยการป้องกันและแก้ไขปัญหาการตั้งครรภ์ในวัยรุ่น” ผู้เขียนเห็นว่าควรตัดออกไปเพื่อคุ้มครองสิทธิหญิงที่มีอายุครรภ์มากกว่า 20 สัปดาห์แต่ไม่เกิน 24 สัปดาห์ เนื่องจากการจำกัดสิทธิของหญิงตั้งครรภ์ที่บรรลุนิติภาวะส่วนของอัตราโทษในประมวลกฎหมายอายุมาตรา 301 ที่มีการกำหนดโทษดังกล่าวเป็นการป้องปรามมิให้ผู้ที่ตั้งครรภ์กระทำความผิด และเป็นการคุ้มครองสิทธิของทารกในครรภ์แต่กลับมีอัตราโทษเพียงจำคุกไม่เกิน 6 เดือน ซึ่งเป็นอัตราโทษที่น้อยเมื่อเปรียบเทียบกับกระทำความผิดที่เกิดขึ้น ดังนั้นควรมีการทบทวนเพื่อให้เกิดการกำหนดข้อกฎหมายที่เป็นธรรมและเกิดความสมดุลระหว่างสิทธิของหญิงที่ตั้งครรภ์กับสิทธิของทารกในครรภ์ตามเจตนารมณ์ของกฎหมายอย่างแท้จริง

1.4 ขอบเขตการศึกษา

การศึกษามุ่งเน้นที่จะศึกษาบทบัญญัติเกี่ยวกับการทำแท้งตามประมวลกฎหมายอายุมาตรา 301 ที่มีการแก้ไขและบังคับใช้เมื่อวันที่ 7 กุมภาพันธ์ พ.ศ.2564 เปรียบเทียบกับประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ประเทศสหรัฐอเมริกา และประเทศสาธารณรัฐประชาชนจีน ว่าเป็นกฎหมายที่คุ้มครองสิทธิให้กับหญิงที่ต้องการยุติการตั้งครรภ์เหมาะสมกับบริบทของสังคมไทยหรือไม่ เพื่อให้เกิดประโยชน์ต่อการปฏิบัติตามกฎหมายอย่างแท้จริง

1.5 วิธีการดำเนินการศึกษา

การศึกษานี้เป็นการศึกษาเชิงเอกสาร (Documentary Research) โดยค้นคว้าและรวบรวมข้อมูลจากเอกสารและข้อมูลจากอินเทอร์เน็ต ซึ่งมุ่งศึกษาจากบทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญา บทบัญญัติกฎหมายจากกฎหมายต่างประเทศ หนังสือ ตำรากฎหมาย คำอธิบายกฎหมายที่เกี่ยวข้อง บทความ วารสาร รายงานการเสวนาวิชาการ และข้อมูลอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องทั้งภาษาไทยและภาษาอังกฤษ

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1.6.1 ทราบแนวคิดทฤษฎีในการคุ้มครองสิทธิเกี่ยวกับการยุติการตั้งครรภ์ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 301

1.6.2 ทราบและวิเคราะห์ถึงปัญหากรอบระยะเวลาการยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ กรณีอายุทารกในครรภ์มารดาตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 301

1.6.3 ทราบและเปรียบเทียบกรอบระยะเวลาที่เหมาะสมเกี่ยวกับการยุติการตั้งครรภ์ในทางการแพทย์ กรณีอายุทารกในครรภ์มารดา ตามประมวลกฎหมายอาญาของประเทศไทยกับต่างประเทศ

1.6.4 ทราบถึงกรอบระยะเวลาที่เหมาะสมเกี่ยวกับการยุติการตั้งครรภ์ในทางการแพทย์ กรณีอายุของทารกในครรภ์มารดา

บทที่ 2

แนวคิดทฤษฎีเกี่ยวกับกฎหมายทำแท้ง

ประมวลกฎหมายอาญาประกาศใช้เมื่อปลายปีพุทธศักราช 2499 มีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม พ.ศ. 2500 มีบทบัญญัติเกี่ยวกับความผิดฐานทำแท้งทั้งหมด 5 มาตรา คือ มาตรา 301- 305 ซึ่งใช้มาจนถึงปัจจุบันภายใต้เจตนารมณ์เพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิของหญิงและทารกในครรภ์ โดยก่อนวันที่ 6 กุมภาพันธ์ 2564 ได้มีการกำหนดไว้ในมาตรา 301 หากหญิงใดทำให้ตนแท้งลูกหรือยอมให้บุคคลอื่นทำให้ตนแท้งลูกต้องรับโทษจำคุกไม่เกิน 3 ปี อันเป็นการคุ้มครองสิทธิของเด็กแต่เพียงอย่างเดียว ต่อมาได้มีการแก้ไขในมาตราดังกล่าวให้หญิงตั้งครรภ์สามารถยุติการตั้งครรภ์ได้หากอายุครรภ์ไม่เกิน 12 สัปดาห์ ภายใต้เจตนารมณ์คือสิทธิของหญิงยอมมีอยู่ก่อนทารกในครรภ์และหากเกินระยะเวลาดังกล่าวให้จำคุกไม่เกิน 6 เดือน ปรับไม่เกิน 10,000 บาท ซึ่งถือเป็นการคุ้มครองสิทธิตามสัดส่วนที่ควรจะได้รับจากการคุ้มครองตามกฎหมาย ซึ่งจะได้ทำการศึกษาต่อไป

2.1 วิวัฒนาการและความเป็นมาของกฎหมายทำแท้งในประเทศไทย

การกระทำอันเป็นความผิดฐานทำให้แท้งลูกคือการทำให้ทารกในครรภ์ตายก่อนถึงกำหนดคลอด ซึ่งในยุคแรกจะใช้คำว่า “รีดลูก” โดยมีการกำหนดอัตราโทษไว้ให้จำคุกไม่เกิน 3 ปี แต่หากเด็กนั้นคลอดและอยู่รอดเป็นทารกได้จะมีอัตราโทษจำคุกไม่เกิน 7 ปี ต่อมาได้มีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายอาญาโดยได้มีการกำหนดความผิดดังกล่าวไว้ในลักษณะ 10 ความผิดเกี่ยวกับชีวิตและร่างกาย หมวด 3 ความผิดฐานทำให้แท้งลูกซึ่งในช่วงแรกได้มีการกำหนดให้หญิงที่ทำให้ตนแท้งลูกหรือยอมให้บุคคลอื่นทำให้ตนแท้งลูกต้องได้รับโทษจำคุกไม่เกิน 3 ปี ต่อมาได้มีการเปลี่ยนแปลงกฎหมายในปี พ.ศ. 2564 ให้หญิงสามารถยุติการตั้งครรภ์ได้หากอายุครรภ์ไม่เกิน 12 สัปดาห์แต่ถ้าเกินไปกว่าระยะเวลาดังกล่าวจะมีโทษจำคุกไม่เกิน 6 เดือน ซึ่งวิวัฒนาการดังกล่าวสะท้อนถึงการคุ้มครองสิทธิของหญิงที่ตั้งครรภ์และทารกในครรภ์ที่จะมีความสมดุลมากขึ้น

2.1.1 วิวัฒนาการของกฎหมายทำแท้งในประเทศไทย

กฎหมายตราสามดวง เป็นชื่อเรียกประมวลกฎหมายที่พระบาทสมเด็จพระพุทธยอดฟ้าจุฬาโลกมหาราชทรงโปรดเกล้าฯ ให้นักปราชญ์ราชบัณฑิตยจำนวน 12 ท่านชำระขึ้นใหม่และประกาศใช้เป็นหลักแก่แผ่นดินเนื่องจากการบังคับใช้กฎหมายมีปัญหาและอุปสรรคหลายประการทั้งในเรื่องการลักลั่นในการตีความ กระบวนการพิจารณาคดี ปัญหาตัวบทกฎหมายไม่ได้จัดเป็นหมวดหมู่ให้เหมาะสม กรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์ ได้ทรงอธิบายไว้ในคำบรรยายว่า “ในมาตรา 15 ใครทำร้ายต่อแม่ ลูกในครรภ์ตาย ให้ปรับใหม่ให้แม่แต่เพียง

บาดแผลของแม่นั้น ส่วนลูกไม่มีไหม้”⁷ ทำให้สะท้อนให้เห็นว่าเป็นเพียงการให้ความสำคัญต่อหญิงที่ตั้งครรภ์มากกว่าเด็ก หรืออาจจะกล่าวได้ว่า หญิงหรือแม่เป็นผู้ที่ยอมหรือไม่ยอมที่จะให้เด็กเกิดมา

ต่อมาในสมัยรัชกาลที่ 5 มีการร่างพระราชบัญญัติกำหนดพระอาญาจำ (ร.ศ. 115)⁸ และพระราชบัญญัติกำหนดประทุษร้ายต่อร่างกายและชีวิตมนุษย์ (ร.ศ. 118)⁹ ซึ่งร่างกฎหมายทั้งสองฉบับไม่ได้ประกาศใช้บังคับเป็นกฎหมายในขณะนั้นเพราะมีเหตุจำเป็นบางประการที่จะต้องมีการทำประมวลกฎหมายลักษณะอาญา (ร.ศ.127) จึงถูกร่างขึ้นและประกาศใช้แทนร่างกฎหมายทั้งสอง ในพ.ศ. 2451 โดยมีทั้งหมด 340 มาตรา ซึ่งความผิดฐานทำแท้งลูกถูกบัญญัติไว้ในมาตรา 260-264¹⁰ ดังนั้นกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 จึงเป็นกฎหมายที่บัญญัติไว้ชัดเจนเอาความผิดแก่หญิงที่ทำให้ตนเองแท้งลูก หรือ ยินยอมให้คนอื่นทำให้ตนแท้งลูก

ร่างพระราชบัญญัติกำหนดพระอาญาจำ (ร.ศ. 115) นี้มีบทบัญญัติว่าด้วยความผิดทำให้แท้งลูกอยู่ด้วย ดังระบุว่า ผู้ใดเจตนาทำให้หญิงแท้งลูกไม่ว่าจะด้วยความยินยอมของหญิงหรือไม่ก็ตาม ต้องได้รับ

⁷ ปชบาดี ดั่งตี, ‘การทำแท้งโดยชอบด้วยกฎหมาย: ศึกษาเปรียบเทียบเงื่อนไข ประกอบกับการทำแท้งในต่างประเทศ’ (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยบูรพา 2557) 34.

⁸ สารสำคัญของกฎหมายฉบับดังกล่าวได้มีการกำหนดห้ามมิให้บุคคลใดทำให้หญิงตั้งครรรภ์แท้งลูก ซึ่งในสมัยนั้นใช้คำว่า “รีดลูก” คือ ทำให้ทารกในครรภ์ถึงแก่ความตายก่อนกำหนดคลอด ไม่ว่าจะกรณีใดๆ โดยได้มีการกำหนดโทษไว้แยกออกเป็น หากทารกยังไม่สามารถคลอดออกมาแล้วอยู่รอดเป็นทารกได้ “ลูกนั้นไม่ตกคลอดได้” ก็จะมีอัตราโทษจำคุกไม่เกิน 3 ปี แต่หากถ้าทารกนั้นสามารถคลอดและอยู่รอดเป็นทารกได้ “ลูกนั้นตกคลอดได้” จะมีอัตราโทษจำคุกไม่เกิน 7 ปี (มาตรา 64) และถึงแม้ว่าทารกจะไม่ตายในท้อง “กระทำต่อทารกในครรภ์ซึ่งยังมีชีวิตอยู่” แต่คลอดแล้วตายในภายหลังก็ยังคงต้องรับโทษจำคุกไม่เกิน 7 ปี (มาตรา 67) นอกจากนี้ยังมีการคุ้มครองในกรณีที่ทำร้ายเป็นเหตุให้หญิงมีครรภ์แท้งลูกหรือทารกในครรภ์เกิดอันตราย ไม่ว่าจะตัวมารดาจะได้รับบาดเจ็บหรือถึงแก่ความตายก็ตาม (มาตรา 68)

⁹ โดยกำหนดสาระสำคัญไว้ในมาตรา 14-18 ดังนี้ มาตรา 14 เป็นกรณีบุคคลใดทำให้หญิงแท้งลูกเมื่อทารกในครรภ์ยังดิ้นไม่ได้ (before quickening) รับโทษจำคุกไม่เกิน 3 ปี แต่ถ้าทารกในครรภ์หญิงดิ้นได้แล้ว (after quickening) อัตราโทษเพิ่มขึ้นเป็นจำคุกไม่เกิน 7 ปี ส่วนมาตรา 15 เป็นกรณีหากการทำแท้งนั้นหญิงไม่ยินยอม ให้มีโทษเนรเทศหรือจำคุกไม่เกิน 10 ปี แต่ถ้าหญิงนั้นถึงแก่ความตายให้เนรเทศตลอดชีวิต ในกรณีที่หญิงยินยอมให้ทำแท้งแล้วตายจะมีอัตราโทษจำคุกไม่เกิน 10 ปี ตามมาตรา 16 ส่วนมาตรา 17 เป็นกรณีที่ทำให้ทารกตายก่อนคลอดหรือจะให้ตายเมื่อคลอดออกมาแล้ว จะมีอัตราโทษจำคุกไม่เกิน 10 ปี และในกรณีมาตรา 18 เป็นการมุ่งประสงค์กระทำต่อตัวมารดาที่ตั้งครรภ์ถึงขนาดความผิดฆ่าคนตายและส่งผลให้ทารกในครรภ์หรือมารดาถึงแก่ความตาย จะได้รับโทษจำคุกไม่เกิน 10 ปี และทุกมาตราจะมีโทษปรับด้วยหรือไม่ก็ได้

¹⁰ มาตรา มาตรา 260 หญิงใดรีดลูกให้แท้งก็ดี ยินยอมให้คนอื่นรีดลูกให้แท้งก็ดี ท่านว่ามีความผิดต้องระวางโทษ.มาตรา 261 ผู้ใดรีดลูกเขาให้แท้ง แม้ว่าหญิงยินยอมให้มันรีดก็ดี ท่านว่ามีความผิดต้องระวางโทษ.มาตรา 262 ถ้าผู้กระทำผิด เช่น ว่าในมาตรา 261 นั้นเป็นแพทย์หรือเป็นผู้ดุงครรภ์ก็ดีหรือเป็นคนทำโดยเห็นแต่สินจ้างรางวัลก็ดี ท่านให้ลงโทษมันตามที่บัญญัติไว้สำหรับความผิดเช่นนั้น ทวีขึ้นอีกหนึ่งในสามส่วนมาตรา 263 ผู้ใดรู้อยู่ว่าหญิงมีครรภ์ และหญิงมิได้อนุญาตให้มันรีดลูก ถ้าแลมันกระทำร้ายด้วยกำลังกาย หรือด้วยประการหนึ่งประการใด ให้หญิงนั้นแท้งลูกไซ้ ท่านว่ามีความผิดต้องระวางโทษฐานประทุษร้ายแก่ร่างกายถึงสาหัส...มาตรา 264 ผู้ใดพยายามกระทำความผิดอย่างใดใดที่ท่านบัญญัติไว้ในมาตรา 260 และมาตรา 261 นั้น ท่านว่าเป็นการไม่สำคัญอย่าให้เอาโทษแก่มันเลย

โทษ เว้นแต่จะเป็นการทำแท้งด้วยความยินยอมของหญิงและมีเหตุที่อ้างได้ตามกฎหมาย ตามร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้ ผู้ใดพยายามทำแท้งผู้หนึ่งจะต้องได้รับโทษ แสดงให้เห็นว่า กฎหมายเริ่มมีวัตถุประสงค์ให้หญิงรับผิดชอบในกรณีการกระทำให้ตนเองแท้งลูก หรือยินยอมให้คนอื่นทำให้ตนเองแท้งลูก นอกจากนี้ กฎหมายลักษณะอาญาฉบับนี้ยังระบุว่า การทำแท้งเป็นการกระทำผิดกฎหมายโดยไม่มีข้อยกเว้นใดๆทั้งสิ้น เว้นแต่กรณีการพยายามทำแท้งที่เกิดขึ้นด้วยความยินยอมของหญิงนั้น กฎหมายไม่ลงโทษและกฎหมายฉบับนี้มีวัตถุประสงค์ในการลงโทษบุคคลที่มีอาชีพในทางการแพทย์ หรือผู้สมัครหรือผู้ที่ทำการโดยเห็นแก่สินจ้างรางวัลทำให้หญิงแท้งลูก ต้องรับโทษหนักขึ้น¹¹

ในประมวลกฎหมายอาญา ประกาศใช้ปลายปีพุทธศักราช 2499 มีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม พ.ศ. 2500 รวมบทบัญญัติเกี่ยวกับความผิดฐานทำแท้งลูกมีทั้งหมด 5 มาตรา คือ มาตรา 301-305 ซึ่งบทบัญญัตินี้มีความแตกต่างเพียงเล็กน้อยกับความผิดฐานทำให้แท้งลูกแห่งกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 กล่าวคือ หลักในประมวลกฎหมายอาญานั้น ผู้ใดจะทำให้เกิดการแท้งลูกมิได้ เว้นแต่จะทำได้ด้วยผลทางการแพทย์ (จำเป็นเพื่อสุขภาพของหญิง) หรือด้วยเหตุผลทางกฎหมาย (การตั้งครรภ์ของหญิงที่เกิดจากความผิดทางเพศ) และกฎหมายไม่ลงโทษฐานพยายามทำแท้งในกรณีหญิงทำให้ตนเองแท้งลูก หรือในกรณีที่หญิงยินยอมให้คนอื่นทำให้ตนเองแท้งลูก หรือในกรณีที่มีการทำแท้งด้วยความยินยอมของหญิงและผลของการกระทำไม่ทำให้หญิงได้รับอันตรายสาหัสอย่างอื่นหรือไม่ทำให้หญิงถึงแก่ความตาย

จากการศึกษาข้างต้น ทำให้สามารถเข้าใจสภาพการณ์ของการประกาศใช้กฎหมายว่าด้วยความผิดฐานทำให้แท้งลูกได้ชัดเจนว่าแต่เดิมไม่มีบทบัญญัติในเรื่องนี้ชัดเจนเพียงพอ ต่อมากฎหมายเริ่มชัดเจนขึ้นตั้งแต่ว่างพระราชบัญญัติฯ (ร.ศ. 115) โดยวางหลักเกณฑ์ลงโทษบุคคลใดผู้ทำให้หญิงแท้งลูก เพื่อเป็นการคุ้มครองชีวิตในครรภ์โทษกำหนดแก่ผู้กระทำ คือ จำคุกสถานเดียว ซึ่งถือได้ว่าเป็นบทลงโทษค่อนข้างรุนแรง ทั้งนี้เจตนารมณ์ของกฎหมายมุ่งที่จะคุ้มครองชีวิตทารกในครรภ์ เพราะเห็นถึงความสำคัญของชีวิตที่กำลังจะเกิดมาในร่างพระราชกำหนดฯ (ร.ศ. 118) ก็เช่นเดียวกัน มีบทบัญญัติลงโทษในเรื่องนี้เหมือนกับร่างพระราชบัญญัติ (ร.ศ. 115)

ต่อมาเนื่องจากเหตุผลหลายประการ โทษของการทำแท้งจึงมีการเปลี่ยนแปลงไปดังนี้ จากร่างพระราชกำหนดฯ (ร.ศ. 118) มีบทกำหนดโทษแก่ผู้กระทำผิดฐานทำแท้งหลายสถาน ตั้งแต่ให้ทำการหนักปรับ จำ จำคุก ทั้งยังได้แบ่งระยะเวลาการลงโทษ คือความผิดฐานทำแท้งก่อนเด็กดิ้นได้ โทษจะเบากว่าความผิดฐานทำแท้งหลังจากเด็กดิ้นได้ แต่ในกฎหมายลักษณะอาญา (ร.ศ. 127) ไม่ลงโทษความผิดฐานพยายามทำแท้งที่เกิดขึ้นด้วยความยินยอมของหญิง แต่หลักของการคุ้มครองชีวิตในครรภ์ก็มีใช้ว่าจะถูกลบเลื่อนไป การทำแท้งยังเป็นความผิดที่ได้รับการยืนยันตลอดเวลา จนกระทั่งในปัจจุบันจะเห็นได้ในมาตรา 301-303 ในประมวลกฎหมายอาญาที่บัญญัติเป็นหลักเกณฑ์ให้ผู้ใดล่วงละเมิดชีวิตผู้อื่นให้ตกล่วงไป เพื่อให้

¹¹ ศิริพร รุ่งรัตน์รัชชัย, 'การทำแท้ง: ศึกษาปัญหาทางกฎหมายกรณีที่มีมารดามีปัญหาทางจิต' (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต 2557) 17-18.

สอดคล้องกับสภาพสังคมไทยที่เป็นเมืองพุทธอันมีศาสนาพุทธอยู่เหนือจิตใจและบุคลิกภาพในการเป็นคนเอื้อเฟื้อ เมตตา ดังนั้นการห้ามการทำลายชีวิตมนุษย์ด้วยกันจึงได้รับการยอมรับอย่างฝังแน่นมาเป็นเวลานาน¹²

การกำหนดความผิดของผู้หญิงในกฎหมายฉบับเก่าปี พ.ศ.2500 จะบัญญัติอยู่ในมาตรา 301 ที่กำหนดบทลงโทษแก่หญิงที่ทำให้ตนเองแท้งหรือยินยอมให้ผู้อื่นทำให้ตนเองแท้ง ก็จะมีโทษจำคุกไม่เกิน 3 ปี หรือปรับไม่เกิน 60,000 บาท หรือทั้งจำทั้งปรับ “จะเห็นได้ว่ากฎหมายนี้จะกำหนดความผิดของผู้หญิงเอาไว้ก่อน ซึ่งก็คือการทำแท้งมีความผิด” ยกเว้นอยู่ในมาตรา 305 ที่ระบุเอาไว้ 2 วรรค คือ 1. การตั้งครรภ์ที่ส่งผลเสียต่อสุขภาพมารดา 2. การตั้งครรภ์ที่เกิดขึ้นจากความผิดในคดีทางเพศ¹³ กฎหมายทำแท้งของประเทศไทยที่บังคับใช้ตั้งแต่ กุมภาพันธ์ 2564 ตามคำพิพากษาศาลรัฐธรรมนูญ ที่ 4/2563 มุ่งคุ้มครองถึงสิทธิของหญิงตั้งครรภ์ที่มีมาก่อนสิทธิของทารกในครรภ์จึงได้มีการกำหนดให้การทำแท้งเป็นความผิดซึ่งมีโทษจำคุกไม่เกิน 6 เดือนและปรับไม่เกิน 10,000 บาท หรือทั้งจำทั้งปรับ และได้กำหนดระยะเวลาหากทำก่อน 12 สัปดาห์ ไม่ต้องรับโทษ และกฎหมายยังเปิดช่องให้ทำแท้งได้ ถ้าระยะเวลาเกินกว่าที่ มาตรา 301 กำหนด และต้องเข้าเงื่อนไข ตามมาตรา 305 นอกจากนี้กฎหมายยังได้อนุญาตให้มีการทำแท้งได้ในเฉพาะกรณี สุขภาพของหญิงตั้งครรภ์ สุขภาพทารกในครรภ์¹⁴

อาจจะสรุปได้ว่าบทบัญญัติที่กำหนดโทษในทางอาญาสำหรับการห้ามมิให้หญิงยุติการตั้งครรภ์นั้น พังปรากฎตัวครั้งแรกในสมัยรัชกาลที่ 5 ประมาณปี พ.ศ. 2452 เมื่อมีการประกาศใช้กฎหมายลักษณะอาญาร.ศ. 127 ขึ้น โดยกำหนดไว้เป็นความผิดในส่วนที่เจ็ด หมวดที่สาม ว่าด้วยความผิดฐานรีดลูก ทั้งนี้ หากพิจารณาย้อนหลังไปถึงกฎหมายตราสามดวงและพระอัยการเบ็ดเสร็จ ซึ่งมีการประกาศใช้ในช่วงต้นกรุงรัตนโกสินทร์และสืบสายมาจากระบบกฎหมายในช่วงสมัยอยุธยาแล้ว จะพบว่าไม่มีการกำหนดโทษสำหรับการยุติการตั้งครรภ์โดยหญิงไว้เลย¹⁵

ข้อสังเกตประการหนึ่งที่น่าสนใจคือแม้ก่อนที่จะมีการแก้ไขประมวลกฎหมายอาญาให้หญิงที่มีอายุครรภ์น้อยกว่า 12 สัปดาห์สามารถยุติการตั้งครรภ์ได้อย่างอิสระ จะมีการให้บริการจากรัฐเกี่ยวกับการให้คำปรึกษาปัญหาว่าด้วยการยุติการตั้งครรภ์และการตั้งครรภ์โดยไม่พร้อม รวมทั้งมีการให้บริการยุติการตั้งครรภ์โดยคลินิกบริการต่างๆ แต่การให้บริการยุติการตั้งครรภ์โดยเปิดเผยในลักษณะที่ได้รับการสนับสนุนจากภาครัฐนั้นเริ่มทำอย่างจริงจังภายใต้เครือข่ายอาสา RSA (Referral system for Safe Abortion) นั้นถูกดำเนินการอย่างเป็นทางการในปี พ.ศ. 2557 ในขณะที่ช่วงเวลาก่อนหน้านั้น การยุติการตั้งครรภ์มีลักษณะเป็น

¹² จรวัยพร เหมรังษี, ‘กฎหมายการทำแท้งกับจริยธรรมในสังคมไทย’ (2564) 11 วารสารสังคมศาสตร์และมานุษยวิทยาเชิงพุทธ 483, 486.

¹³ ณัฐชลภัณ หอมแก้ว, ‘ไม่มีใครในโลกนี้ ตั้งท้องมาเพื่อจะทำแท้ง: ผู้หญิงมีสิทธิทำแท้งปลอดภัย’ (The Coverage, 1 มีนาคม 2564) <<https://www.thecoverage.info/news/content/1186>> สืบค้นเมื่อ 25 กรกฎาคม 2565.

¹⁴ Pimnara Intaprasert, ‘SDG Updates | แก้กฎหมายอาญาเปิดทางให้ ‘ทำแท้ง’ ถูกกฎหมาย มอมมิติของสภาผู้แทนฯ ผ่านเลนส์ SDGs’ (SDG Move, 6 เมษายน 2564) <<https://www.sdgmovement.com/2021/01/23/sdg-abortion-law/>> สืบค้นเมื่อวันที่ 25 กรกฎาคม 2565.

¹⁵ ศิริพร รุ่งรัตน์รัชชัย (เชิงอรรถ 11) 15.

การให้บริการเชิงลับและไม่เปิดเผยนัก ซึ่งปัจจัยหนึ่งที่ผลักดันให้การยุติการตั้งครรภ์ที่แม้จะสามารถรับรู้ว่ามี การให้บริการได้อย่างง่ายดายก็ต้องเข้าไปสู่มุมมืด หรืออยู่ “ใต้ดิน” ส่วนหนึ่งก็เนื่องมาจากปัญหาความ หวาดกลัวของผู้ใช้บริการเองต่อการถูกตีตราจากสังคม แต่อาจจะกล่าวได้ว่าบรรทัดฐานของสังคมกำลังถูก บังคับให้เปลี่ยนแปลงอีกครั้งหนึ่ง เมื่อมีการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญามาตรา 301 ซึ่งมีผลบังคับใช้ เมื่อวันที่ 6 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2564 ที่กำหนดให้การยุติการตั้งครรภ์สำหรับหญิงซึ่งมีอายุครรภ์ไม่เกิน 12 สัปดาห์นั้นไม่เป็นความผิด และผู้ประกอบการวิชาชีพเวชกรรมสามารถให้บริการการยุติการตั้งครรภ์ได้โดยไม่มี ความผิดเช่นเดียวกัน ซึ่งภายใต้ความในประมวลกฎหมายอาญาที่มีการแก้ไขใหม่นั้น นอกจากจะเป็นการ รับรองให้หญิงสามารถแสดงออกซึ่งสิทธิในการกำหนดตนเองและศักดิ์ศรีแห่งความเป็นมนุษย์และความเป็น เจ้าของเหนือเนื้อตัวร่างกายของตนได้อย่างสมบูรณ์ในแง่มุมมองของกฎหมายแล้ว ยังเป็นการเปิดโอกาสให้การยุติ การตั้งครรภ์สามารถกระทำได้โดยปลอดภัยอีกด้วย เมื่อบุคลากรทางการแพทย์สามารถเข้ามาช่วยเหลือได้ ภายใต้หลักเกณฑ์ที่แพทย์สภาจะได้กำหนด ทั้งนี้การเปลี่ยนแปลงในลักษณะนี้เป็นการใช้กฎหมายบังคับให้ สังคมเปลี่ยนแปลงไป เช่นเปลี่ยนจากความเชื่อและความคิดที่ว่าการยุติการตั้งครรภ์นั้นเป็นบาปและควรได้รับ โทษทางอาญา มาเป็นการยุติการตั้งครรภ์โดยสมัครใจภายใต้เงื่อนไขทางกฎหมาย ซึ่งสามารถทำได้ไม่ต้องรับ โทษหากกระทำลงภายใต้เงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด¹⁶

อย่างไรก็ตาม แม้กฎหมายจะเป็นเครื่องมือสำคัญที่สามารถก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงทางสังคม โดยเฉพาะทัศนคติที่มีต่อการยุติการตั้งครรภ์ได้ และทำให้การยุติการตั้งครรภ์สามารถทำได้โดยไม่มีโทษและ ปลอดภัยภายใต้เงื่อนไขของกฎหมายก็ตาม แต่การบังคับให้สังคมเปลี่ยนแปลงในแง่นี้อาจประสบกับปัญหา ภายใต้เหตุผลดังต่อไปนี้

เนื่องจาก “กฎหมาย” และ “การเปลี่ยนแปลงทางสังคม” เป็นสิ่งที่ก่อให้เกิดผลกระทบต่อกันและ กันได้ คือมีความสัมพันธ์แบบซึ่งกันและกัน (reciprocity) นั้นหมายความว่าแม้กฎหมายอาจก่อให้เกิดความ เปลี่ยนแปลงทางสังคมได้ แต่การเปลี่ยนแปลงทางสังคมก็อาจก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงต่อด้านกฎหมายได้ เช่นเดียวกัน ทั้งนี้ ไม่ใช่แค่การเปลี่ยนแปลงเชิงบวก แต่หมายรวมถึงการระงับการเปลี่ยนแปลงอันไม่พึง ประสงค์ด้วย ทั้งนี้ หากกฎหมายบังคับให้สังคมต้องเปลี่ยนแปลงไปในลักษณะที่ขัดหรือแย้งต่อศีลธรรมและ ความเชื่อพื้นฐานของคนในสังคมแล้ว กฎหมายย่อมประสบกับแรงต้านของสังคมอย่างไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ เช่นเดียวกัน หากสังคมประสงค์ที่จะให้มีการเปลี่ยนแปลงไปในทิศทางที่ไม่พึงปรารถนาโดยกฎหมายแล้ว การ เปลี่ยนแปลงนั้นย่อมถูกต่อต้านโดยกฎหมายซึ่งผ่านการตรากฎหมายเพื่อป้องกันการเปลี่ยนแปลง

ในกรณีของการยุติการตั้งครรภ์นั้น แม้ในปัจจุบันกฎหมายจะเปลี่ยนแปลงไปในทิศทางที่เปิดกว้าง และทำให้การยุติการตั้งครรภ์สามารถทำได้อย่างถูกต้องและปลอดภัยมากขึ้น แต่ในขณะเดียวกัน ข้อกฎหมาย ดังกล่าวจำเป็นที่จะต้องปะทะกับความเชื่อของสังคมโดยเฉพาะในเรื่องการทำบาปตามความเชื่อในศาสนาพุทธ

¹⁶ ณัฐดนัย นาจันทร์ และสิริลักษณ์ บุตรศรีทัศน์, ‘การยุติการตั้งครรภ์: เมื่อกฎหมายบังคับให้สังคมเปลี่ยนแปลง’ (สำนักวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง, 25 พฤษภาคม 2564) <<https://shorturl.asia/mr76Q>> สืบค้นเมื่อ 25 กรกฎาคม 2565.

อย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ ตัวอย่างที่เห็นได้ชัดเจนเช่นข้อวิพากษ์ของบุคลากรทางการแพทย์ที่มีต่อร่างกฎหมายฉบับนี้ ในลักษณะที่แสดงให้เห็นว่าเป็นการบังคับฝืนใจให้บุคลากรทางการแพทย์ต้องกระทำการในสิ่งที่ขัดหรือแย้งต่อความเชื่อของตนเอง รวมถึงอาจจะได้รับแรงกดดันทางสังคมว่าด้วย บุญ บาป และการกำหนดคุณค่าในเชิงลบได้¹⁷

ในปัจจุบันนี้ถึงแม้การยุติการตั้งครรรค์อย่างถูกกฎหมาย ได้ถูกกำหนดขึ้นตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 301-305 แล้วก็ตาม แต่ก็อาจจะกล่าวได้ว่ามีความขัดแย้งกับความคิด ความเชื่อ พื้นฐานเดิมของสังคมไทยในเรื่อง บาป บุญ อยู่ด้วยดังนั้น ภาครัฐควรที่จะนำเสนอนโยบายและเผยแพร่ความคิดโดยใช้ทรัพยากรที่ภาครัฐมีอยู่ในการสนับสนุนให้การยุติการตั้งครรรค์ในช่วงเวลาหนึ่ง ๆ สามารถกระทำได้บนพื้นฐานของคุณค่าสากล เช่นศักดิ์ศรีแห่งความเป็นมนุษย์และสิทธิมนุษยชนต่าง ๆ รวมทั้งส่งเสริมให้การยุติการตั้งครรรค์อย่างปลอดภัยนั้นสามารถกระทำได้อย่างไร้ความคุ้มครองของรัฐโดยไม่ตกเป็นที่ครหาหรือถูกตราหน้าโดยค่านิยมในสังคมว่าเป็นการทำบาป

ทั้งนี้แม้กฎหมายจะอนุญาตให้มีการยุติการตั้งครรรค์ได้โดยไม่ต้องรับโทษตามกฎหมายแล้วก็ตาม รัฐควรให้การคุ้มครองบรรดาสีทธิทั้งหลายของตัวอ่อนและของทารกในครรภ์มารดาเช่นเดียวกัน การอนุญาตให้มีการยุติการตั้งครรรค์โดยไม่มีมาตรการเพิ่มเติมที่สร้างความตระหนักรู้เกี่ยวกับสิทธิของทารกในครรภ์มารดา และการเสริมสร้างความรู้ความเข้าใจเกี่ยวกับเพศศึกษานั้น อาจจะก่อให้เกิดปัญหาทางสังคมมากขึ้น โดยเฉพาะปัญหาการตั้งครรรค์อันเนื่องมาจากเหตุปัจจัยใด ๆ ก็ตามที่ไม่ใช่การกระทำความผิดทางอาญา ซึ่งหากไม่มีการส่งเสริมหรือให้ความรู้ในส่วนนี้ ประกอบกับความพยายามในการคุ้มครองสิทธิของทารกในครรภ์มารดาแล้ว การให้สิทธิในการยุติการตั้งครรรค์อาจจะกลายเป็นมาตรการทางกฎหมายที่สนับสนุนให้การละเมิดเสรีภาพในชีวิตและศักดิ์ศรีแห่งความเป็นมนุษย์ของตัวอ่อนและของทารกในครรภ์มารดามีมากขึ้น¹⁸

2.1.2 เหตุผลที่อยู่เบื้องหลังการบัญญัติความผิดฐานทำแท้งตามพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ 28

ประวัติความเป็นมาและเหตุผลที่อยู่เบื้องหลังกฎหมายทำแท้ง ตามความเห็นของศาสตราจารย์ ดร.ทวีเกียรติ มินะกะนิษฐ เห็นว่าการยุติการตั้งครรรค์อันหญิงไม่พึงปรารถนา เป็นสิทธิอันชอบธรรมของหญิง ในเมื่อหญิงไม่พร้อมที่จะตั้งครรรค์ การจะบังคับให้หญิงตั้งครรรค์อันไม่พึงปรารถนา และเมื่อคลอดรัฐก็ไม่ได้เข้าช่วย จึงขาดความชอบธรรมที่จะลงโทษหญิงที่จะทำแท้ง¹⁹ โดยกำหนดโทษไว้ในมาตรา 301 (ก่อนแก้ไขกฎหมาย) ดังนั้นความผิดเรื่องทำแท้งจึงควรมีการแก้ไขให้เป็นธรรมเท่าเทียมกัน โดยเปิดโอกาสให้หญิงตัดสินใจเลือกได้

¹⁷ เฟิงอ้าง.

¹⁸ เฟิงอ้าง.

¹⁹ คดีแพทยอาสาที่สามารถยุติการตั้งครรรค์ได้ตามกฎหมาย และข้อบังคับแพทยสภาให้กับวัยรุ่นและสตรีที่ท้องไม่พร้อม และเป็นคณะกรรมการจัดระบบส่งต่อเพื่อยุติการตั้งครรรค์ ตามคำสั่งกรมอนามัยที่ 207/2560 และได้ถูกพนักงานตำรวจจับกุม และกล่าวหาว่าทำความผิดฐานทำแท้งลูกโดยหญิงนั้นยินยอม ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 302 ในขณะที่แพทย์สามารถกระทำได้ตามมาตรา 305 และนำไปสู่การจับกุมผู้เข้ารับบริการยุติการตั้งครรรค์ที่ท้องไม่พร้อมตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 301

โดยไม่มีอุปสรรคจากข้อจำกัดในร่างกายของตนเอง รวมทั้งสิทธิอันชอบธรรมของหญิงในอันที่จะตัดสินใจด้วยตนเองโดยไม่มีใครมาบังคับบงการ ภายใต้เงื่อนไขที่สามารถกระทำได้โดยปลอดภัยแก่ตน โดยได้มีข้อเสนอแนะด้านสังคมดังนี้ 1. ความเสมอภาคหากกฎหมายลงโทษ การทำแท้งควรต้องลงโทษผู้ที่ทำให้ท้องด้วยเพราะเป็นเหตุให้มีอาการกระทบความผิด 2. กำหนดระยะเวลาการตั้งครรภ์ในมาตรา 301 เพื่อทำแท้งให้ปลอดภัยขึ้น 3. แก้ไขมาตรา 302 ว่าผู้ใดไม่ใช่แพทย์หรือบุคลากรทางการแพทย์เพื่อให้สอดคล้องกับความในมาตรา 305 นอกจากนี้ความผิดอาญาที่ลงโทษหญิงที่ทำแท้งตนเองหรือยินยอมให้ผู้อื่นทำแท้งตามมาตรา 301 ประมวลกฎหมายอาญายังขัดรัฐธรรมนูญในข้อที่ว่า “ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน กฎหมายมาตรา 301 เลือกปฏิบัติ เพราะผู้กระทำความผิดมีได้แต่เพียงหญิงเท่านั้น แต่ในมาตราอื่น ๆ นั้นบัญญัติโทษ “ผู้ใด” ซึ่งเป็นได้ทั้งชายและหญิง”

กฎหมายเรื่องทำแท้งนั้นควรมีการแก้ไขให้เกิดความเป็นธรรม โดยเปิดโอกาสให้หญิงได้ตัดสินใจเลือกยุติการตั้งครรภ์แบบไม่มีอุปสรรคจากข้อจำกัดทางร่างกายของตนเอง และอยู่ภายในเงื่อนไขที่สามารถกระทำได้อย่างปลอดภัย ดังนั้นรัฐควรให้ความเสมอภาคแก่หญิงในการตัดสินใจยุติการตั้งครรภ์บนพื้นฐานที่สำคัญได้แก่

1. สิทธิในเนื้อตัวร่างกายซึ่งเป็นสิทธิและเสรีภาพของหญิงโดยสมบูรณ์เมื่อไม่เบียดเบียนคนอื่น หญิงควรมีสิทธิที่จะตัดสินใจว่าจะทำตนเองอย่างไร โดยเฉพาะในช่วงของการตั้งครรภ์ที่ร่างกายจะขัดขวางการใช้สิทธิและเสรีภาพในการใช้ชีวิตของตน เพราะถึงอย่างไรแม้ให้สิทธิไว้แล้วสังคมหรือผู้เกี่ยวข้องก็อาจให้ความอบอุ่นกลมเกลียวให้หญิงไม่ใช้สิทธิอันนี้ก็ไม่ได้ เมื่อมีหลักประกันที่ดีเพียงพอ แต่มิใช่ว่าศีลธรรมล้มเหลว จึงใช้กฎหมายบังคับแก่เพศหญิงเพียงเพศเดียวซึ่งเป็นการข่มเหงซ้ำเติมเพิ่มอีก

2. การปล่อยให้ครรภ์ที่ไม่ปรารถนาคลอดออกมาในสังคม โดยไม่พร้อมที่จะดูแลเป็นการสร้างภาระให้กับมารดา ซึ่งกระทบต่ออนาคตเด็กและเพิ่มปัญหาแก่สังคม

3. การห้ามทำแท้งที่ถูกกฎหมายไม่เกิดประโยชน์แก่ใครเลย เพราะหญิงที่ต้องการทำแท้งเมื่อถูกห้ามตามกฎหมาย ก็จะไปทำแท้งเถื่อน ผลกระทบมีดังนี้ หมอเถื่อนจะโก่งราคาที่สูง ความปลอดภัยในการทำแท้งไม่มี หากหญิงตายหรือบาดเจ็บสาหัสจากการทำแท้งที่ไม่ถูกต้อง ก็จะเรียกร้องไม่ได้และเป็นภาระต่อสังคม หญิงที่ทำแท้งเถื่อนตายประมาณร้อยละ 80 และในส่วนมาตรา 305 ยังมีได้มีการกำหนดอายุครรภ์ หากเข้าเงื่อนไขถึงแม้ว่าจะตั้งครรภ์ 8-9 เดือนก็สามารถทำแท้งได้

กล่าวโดยสรุป กฎหมายห้ามทำแท้งในอดีตมิได้เพื่อทำลายผู้ที่เกี่ยวข้อง ทำลายหญิงที่พลั้งพลาดไปทั้งชีวิต ทำลายหญิงที่ต้องตกไปอยู่ในมือหมอเถื่อนที่ไม่มีทางเลือก ทำลายเด็กที่จะเกิดมาโดยไม่มีใครต้องการ ทำลายสังคมโดยรวมที่ต้องรับภาระทั้งหมด ทำลายกระบวนการยุติธรรมที่ลงโทษหมอเถื่อนไม่ได้ ทำลายสิทธิและอนาคตของหญิงที่น่าจะทำประโยชน์ได้ในอนาคต ส่วนในกรณีที่เป็นเงื่อนไขให้สามารถทำแท้งได้ อาทิ กรณีหญิงที่ถูกข่มขืน กระทบชำเรา ต้องไปแจ้งความกับตำรวจว่าถูกข่มขืน หากไม่แจ้งความจะไปทำแท้งที่ถูกกฎหมายไม่ได้ โดยหญิงนั้นต้องอยู่ภายใต้ภาวะถูกผู้ร้ายข่มขู่ ยังต้องถูกตำรวจ ทนาย อัยการ ศาล ชักถามอีกแล้วจำเลยอาจไม่มีความผิดโดยอ้างว่าสำคัญผิด ซึ่งมีได้เป็นการคุ้มครองสิทธิให้แก่หญิงอย่างแท้จริง ถ้ายกเลิก

การห้ามทำแท้งปัญหาเหล่านี้จะบรรเทาลง สิทธิในการยุติการตั้งครรภ์นั้นเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของสตรีที่ได้รับ การคุ้มครอง เพราะเป็นจุดด้อยของเพศหญิงอันสำคัญที่ไม่เท่าเทียมกับชาย และแม้จะมีกฎหมายให้ทำแท้งโดย เสรี แต่ใน 1 ปีการตั้งครรภ์เกิดได้ 1 ครั้งสำหรับ 1 คน ดังนั้น การยุติการตั้งครรภ์โดยชอบด้วยกฎหมายและ ปลอดภัย จะเป็นการสร้างสรรค์มากกว่าการทำลาย อันเป็นการปลดปล่อยพันธนาการของหญิง ไม่ตกอยู่ ภายใต้อาณัติของครอบครัว หรือถูกข่มขู่โดยเฉพาะในด้านชื่อเสียงไปจนตลอดชีวิต รวมถึงความเสี่ยงที่อาจเกิดจาก หมอเถื่อน เพราะการเป็นเพศที่ต้องตั้งครรภ์นั้นเสียเปรียบความไม่เท่าเทียมกันนี้อีกต่อไป ความเท่าเทียมจะ เกิดขึ้นได้อย่างไรอันเนื่องมาจากการกระทำนี้ถึงแม้ว่าเกิดจากชายและหญิง แต่หญิงต้องถูกบังคับให้รับกรรม เพียงฝ่ายเดียว²⁰

จากคำพิพากษาศาลรัฐธรรมนูญที่ 4/2563 ได้มีคดีแพทย์อาสาที่สามารถยุติการตั้งครรภ์ได้ตาม กฎหมาย และขอบังคับแพทย์สภาให้กับวัยรุ่นและสตรีที่ท้องไม่พร้อม และเป็นคณะกรรมการจัดระบบส่งต่อ เพื่อยุติการตั้งครรภ์ ตามคำสั่งกรมอนามัยที่ 207/2560 ได้ถูกพนักงานตำรวจจับกุม และกล่าวหาว่าทำ ความผิดฐานทำแท้งลูกโดยหญิงนั้นยินยอม ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 302 ในขณะที่แพทย์สามารถ กระทำได้ตามมาตรา 305 และนำไปสู่การจับกุมผู้เข้ารับบริการการยุติการตั้งครรภ์ที่ท้องไม่พร้อมตามประมวล กฎหมายอาญามาตรา 301 ผู้ร้องได้ยื่นคำร้องต่อผู้ตรวจการแผ่นดินและผู้ตรวจการแผ่นดินแจ้งผลการ พิจารณาให้ผู้ร้องทราบว่า ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 301 และมาตรา 302 แม้จะปรากฏว่ามีปัญหาใน ทางการปฏิบัติแต่ยังไม่ถือเป็นปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ผู้ตรวจการแผ่นดินเสนอเรื่องและ ความคิดเห็นต่อศาลรัฐธรรมนูญ

ผู้ร้องจึงขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 213 ดังนี้

1. ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 301 มีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ มาตรา 27 และมาตรา 28
2. ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 305 มีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ มาตรา 27 และมาตรา 28

ประเด็นที่ 1 ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่า กฎหมายอาญาเป็นกฎหมายที่มีวัตถุประสงค์ เพื่อคุ้มครองบุคคล และรักษาความสงบเรียบร้อยของบ้านเมือง โดยเป็นกฎหมายที่กำหนดลักษณะของการกระ ทำ หรือไม่กระทำอย่างใดอย่างหนึ่งถือเป็นความผิด และกำหนดบทลงโทษทางอาญาสำหรับผู้ที่กระทำ ความผิด โดยมาตรา 301 ความผิดฐานทำแท้งลูก ซึ่งมีบทลงโทษจำคุกไม่เกิน 3 ปี หรือปรับไม่เกิน 60,000 บาท หรือทั้งจำทั้งปรับ บทบัญญัติดังกล่าวมีเจตนารมณ์มุ่งคุ้มครองทารกในครรภ์มารดา โดยบัญญัติลงโทษ หญิงที่ทำแท้งลูกหรือยินยอมให้ผู้อื่นทำให้ตนแท้งลูก

ส่วนประมวลกฎหมายอาญามาตรา 301 เป็นการเกิดขึ้นโดยเฉพาะของหญิงเป็นธรรมชาติที่ ตั้งครรภ์หรือยุติการตั้งครรภ์ได้ เมื่อชายและหญิงมีสภาพร่างกายอันเป็นสาระสำคัญที่แตกต่างกัน การที่จะให้

²⁰ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, ‘การยุติการตั้งครรภ์ที่ไม่ผิดกฎหมาย’ (ตุลาคม-ธันวาคม 2556) 4 วารสารการส่งเสริม สุขภาพและอนามัยสิ่งแวดล้อม 27, 27-34.

ชายที่มีความสำคัญกับหญิงอันเป็นต้นเหตุให้ตั้งครรรค์ต้องรับโทษและมีความผิดตามกฎหมายอาญามาตรา 301 เพื่อให้เกิดความเท่าเทียมกันและเป็นธรรมด้วยนั้น ถือเป็นการเลือกปฏิบัติต่อสิ่งที่เป็นสาระสำคัญที่แตกต่างกัน ให้เหมือนกัน ถือเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมต่อชาย ดังนั้นมาตรา 301 ไม่ขัดแย้งกับรัฐธรรมนูญมาตรา 27 แต่ในส่วนของรัฐธรรมนูญมาตรา 28 นั้นการที่มาตรา 301 เป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของหญิงเกินความจำเป็น ประกอบกับรัฐมีหน้าที่กำหนดให้มีมาตรการส่งเสริมให้บุคคลใช้สิทธิและเสรีภาพโดยจัดให้มีมาตรการยุติการตั้งครรรค์ที่ปลอดภัยถูกต้องตามกฎหมาย ไม่กระทบต่อสิทธิของหญิง และต้องคุ้มครองดูแลชีวิตของทารกในครรรค์ มิให้กระทบสิทธิในการมีชีวิตเช่นเดียวกัน จึงเห็นได้ว่ามาตรา 301 นั้นกระทบสิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกายของหญิงเกินความจำเป็น ไม่เป็นไปตามหลักความได้สัดส่วน และเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพตามมาตรา 28 รัฐธรรมนูญ ดังนั้นมาตรา 301 จึงขัดแย้งกับรัฐธรรมนูญมาตรา 28

ประเด็นที่ 2 จะเห็นได้ว่ามาตรา 305 เป็นการกระทำของแพทย์ และได้มีเหตุให้ยุติการตั้งครรรค์ได้ 2 กรณี ทั้งที่หญิงตั้งครรรค์ควรได้สิทธิในการตัดสินใจว่าจะตั้งครรรค์ต่อไป หรือยุติการตั้งครรรค์ ซึ่งเป็นสิทธิในการกำหนดเจตจำนงของตนเองภายใต้ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของหญิงตั้งครรรค์ผู้นั้น เป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมและจำกัดสิทธิและเสรีภาพของหญิงตั้งครรรค์ จึงขัดแย้งกับรัฐธรรมนูญมาตรา 27 และ มาตรา 28 บทบัญญัติดังกล่าวเป็นการยกเว้นความผิดแก่หญิง และแพทย์ที่ยุติการตั้งครรรค์ รัฐจึงกำหนดให้การยุติการตั้งครรรค์โดยการปฏิบัติของแพทย์ และเพื่อไม่ให้เกิดปัญหาทางสุขภาพและสังคมอันกระทบต่อประโยชน์สาธารณะในอนาคต ดังนั้นมาตรา 305 จึงไม่ขัดแย้งกับรัฐธรรมนูญมาตรา 27 มาตรา 28 และมาตรา 77²¹

2.2 แนวคิดเกี่ยวกับระยะเวลายุติการตั้งครรรค์และโทษตามกฎหมายทำแท้ง

การกระทำความผิดฐานทำแท้งภายใต้เจตนารมณ์ของกฎหมาย เพื่อคุ้มครองสิทธิของหญิงตั้งครรรค์และทารกในครรรค์อย่างเท่าเทียม จึงได้มีการบัญญัติกฎหมายใช้ในการเอาผิดเมื่อหญิงทำแท้งแท้งลูกหรือยอมให้บุคคลอื่นทำแท้งแท้งลูกเมื่ออายุครรภ์เกินกว่า 12 สัปดาห์ การกำหนดกฎหมายดังกล่าวแบ่งการพิจารณาได้ 2 ส่วนอันประกอบไปด้วย การคุ้มครองสิทธิของหญิงตั้งครรรค์ซึ่งกำหนดไว้ตามขอบระยะเวลาในการยุติการตั้งครรรค์ และสิทธิของเด็กซึ่งกำหนดไว้คุ้มครองตามอัตราโทษที่กฎหมายได้มีการกำหนดอันจะทำการศึกษาต่อไป

2.2.1 กฎหมายทำแท้งกับการคุ้มครองสิทธิตามระยะเวลายุติการตั้งครรรค์

ในทางกฎหมาย “แท้งลูก” หมายถึง การที่ทารกคลอดออกมาในลักษณะไม่มีชีวิต โดยไม่คำนึงถึงอายุครรภ์ซึ่งจะเกิดจากเหตุธรรมชาติหรือจากน้ำมือมนุษย์ก็ได้ ซึ่งการทำแท้งหรือการยุติการตั้งครรรค์เป็นประเด็นปัญหาหลายด้านเช่น ด้านสังคม ด้านการแพทย์ ด้านจริยธรรมและศีลธรรม ถือเป็นความผิดทางอาญาและกำหนดโทษแก่หญิงเพียงฝ่ายเดียวที่ทำให้ตนเองแท้งลูกหรือยอมให้ผู้อื่นทำให้ตนเองแท้งลูก ทั้งนี้ความผิดฐาน

²¹ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 4/2563

ทำให้แท้งลูกมีเจตนาฆาตกรรมและคุณธรรมทางกฎหมายที่ต้องการคุ้มครองชีวิตของทารกในครรภ์ โดยเห็นถึงความสำคัญและคุณค่าของชีวิตมนุษย์ที่กำลังจะเกิดมา²²

นอกจากนั้นในคำพิพากษายังมีการให้ความหมายเพิ่มเติมว่า “แท้งลูก” หมายถึง การทำให้เด็กที่ปฏิสนธิขึ้นในครรภ์ของหญิงถูกทำลายก่อนคลอดหรือคลอดออกมาแล้วไม่เป็นสภาพบุคคล ดังนั้นการแท้งลูกจะแท้งตั้งแต่เด็กนั้นอยู่ในครรภ์มารดา หรือเด็กนั้นอาจจะคลอดออกมาแล้วไม่มีสภาพเป็นบุคคลคือถึงแก่ความตายไปก่อน ก็อยู่ในความหมายของคำว่าแท้งลูกทั้งสิ้น แต่ถ้าเด็กคลอดออกมาแล้วมีชีวิตอยู่แล้วถึงแก่ความตายเช่นนี้ไม่ใช่เป็นการแท้งลูกตามความหมายประมวลกฎหมายอาญา แต่อาจจะเป็นความรู้สึกหรือความเข้าใจของบุคคลโดยทั่วไป ดังนั้นการที่ทำให้เด็กคลอดออกมาก่อนกำหนดแต่เด็กมีชีวิตอยู่แล้วตายลงในเวลาต่อมา จึงไม่ใช่ทำให้แท้งลูกสำเร็จตามความหมายของกฎหมาย (คำพิพากษาฎีกาที่ 788/2510 ประกอบฎีกา 566/2502)²³

“การทำให้แท้งลูก” หมายถึง การที่บุคคลกระทำให้โดยเจตนาจะยุติการตั้งครรภ์โดยการทำลายหรือขับตัวอ่อนหรือทารกออกจากมดลูกของหญิงก่อนที่ทารกจะสามารถมีชีวิตอยู่ได้ด้วยตนเอง การทำให้แท้งลูกจะใช้วิธีการใดก็ได้ เช่น ริดหน้าท้อง กินยาขับ หรือการใช้เครื่องสูญญากาศดูดทารก การฉ่างขยายปากมดลูกแล้วนำทารกออกมาจากรก การฉีดยาให้หัวใจของทารกในครรภ์หยุดทำงาน การผ่ามดลูก การใช้ยาสมุนไพร เป็นต้น

ส่วนการคุ้มครองสิทธิระหว่างประเทศได้มีการกำหนด สิทธิที่จะมีชีวิต (Right to life) ระบุไว้ในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Universal Declaration of Human) ของสหประชาชาติ เมื่อปีค.ศ. 1948 ซึ่งประเทศไทยได้ลงชื่อสนับสนุนด้วย โดยสิทธิมนุษยชนกำหนดไว้ว่า “มนุษย์ทุกคนมีสิทธิที่จะมีชีวิตอยู่อย่างเสรี และมีความปลอดภัยในชีวิต (Everyone has the right to life, liberty and security of person)” ซึ่งสิทธิที่จะมีชีวิตนั้นเป็นสิทธิขั้นพื้นฐาน ภายใต้ความเชื่อว่ามนุษย์ทุกคนนั้นมีสิทธิในร่างกายของตน ที่ใครจะทำร้ายร่างกายหรือพรากชีวิตไม่ได้ ดังนั้นมนุษย์ทุกคนจึงต้องเคารพสิทธิในชีวิต ร่างกาย ของเพื่อนมนุษย์ด้วยกัน²⁴

ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนเป็นการประกาศเจตนาธรรมในความร่วมมือระหว่างประเทศที่มีความสำคัญในการวางกรอบเบื้องต้นเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนและเป็นเอกสารหลักด้านสิทธิมนุษยชนฉบับแรก โดยที่ประชุมสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติให้การรับรองตามข้อมติที่ 217 A (iii) เมื่อวันที่ 10 ธันวาคม 2491 ที่ให้ความสำคัญแก่สิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐานจะเห็นได้จากวรรค 5 ของคำปรารภที่กล่าวว่า “ด้วยเหตุที่ประชาชนแห่งสหประชาชาติได้ยืนยันไว้ในกฎบัตรถึงความเชื่อมั่นในสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐานในศักดิ์ศรีและ

²² พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 28) พ.ศ.2564

²³ ภัทรวดี ยั่งยืน, ‘การทำแท้งเสรีไม่ใช่การทำแท้งลูกกฎหมาย’ (ธันวาคม 2553 - พฤษภาคม 2554) 1 วารสารวิชาการ คณະนิตศาสตร์ มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ 82, 84.

²⁴ สุตที่รัก ฤกษ์คณะ, ‘การทำแท้งตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 305 ศึกษากรณี: เหตุให้ทำแท้งได้หากทารกในครรภ์มารดาพิการ’ (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์ 2561) 24-25.

คุณค่าของตัวบุคคลและ ในความเสมอภาคกันแห่งสิทธิทั้งของชายและหญิงให้ได้ตัดสินใจที่จะส่งเสริมความก้าวหน้าทางสังคมตลอดจนมาตรฐานแห่งชาติให้ดีขึ้นได้โดยมีเสรีภาพมากขึ้น

ปฏิญญาสากลฉบับนี้ได้ให้การรับรองสิทธิในร่างกายไว้ในมาตรา 3 ว่า บุคคลมีสิทธิที่จะดำรงชีวิตในเสรีธรรมและในความมั่นคงแห่งร่างกาย ในเรื่องของสตรีนั้น อาจจะถูกกล่าวหาว่าสิทธิมนุษยชนและสิทธิของสตรีนั้นมีความเกี่ยวเนื่องกันเพราะสตรีก็เป็นมนุษย์ชนย่อมได้รับสิทธิที่เสมอภาคเท่าเทียมกับบุรุษจากวัตถุประสงค์และหลักการขององค์การสหประชาชาติ ซึ่งกำหนดไว้ เพื่อบรรลุความร่วมมือระหว่างประเทศในการแก้ปัญหาเศรษฐกิจ สังคม วัฒนธรรมหรือปัญหามนุษยชาติระหว่างประเทศ และเพื่อส่งเสริมและสนับสนุนการเคารพในสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพของทุกคนโดยไม่จำกัดเพศ เชื้อชาติ ภาษา ศาสนา ดังนั้นสิทธิมนุษยชนจึงเป็นของสตรีทุกคน และไม่ใช่มืออย่างธรรมดาแต่มีเท่าเทียมกับบุรุษด้วย

นอกจากสตรีจะได้รับความคุ้มครองโดยหลักสิทธิมนุษยชนในฐานะมนุษยชาติแล้ว ตามประกาศปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนขององค์การสหประชาชาติแล้ว เอกสารฉบับที่ถือว่าสำคัญที่วางหลักการคุ้มครองสตรีไว้โดยเฉพาะคืออนุสัญญาว่าด้วยการขจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีทุกรูปแบบ ซึ่งองค์การสหประชาชาติได้ประกาศให้ประเทศต่างๆ ได้ลงนามเป็นภาคี และประกาศใช้ในปีพุทธศักราช 2534 เมื่อได้รับการรับรองจาก 20 ประเทศ ปัจจุบันได้มีประเทศต่างลงนามให้สัตยาบัน (Ratification) หรือภาคยานุวัติ (Accession) อนุสัญญานี้แล้ว 99 ประเทศ รวมทั้งประเทศไทยที่ได้ร่วมลงนามเป็นภาคีในอนุสัญญาดังกล่าว²⁵

ในส่วนของสิทธิเด็กพื้นฐานเกี่ยวกับการคุ้มครองศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ดังที่ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ได้มีคำปรารภ เกี่ยวกับสิทธิของเด็กในการมีชีวิต ไว้ว่า “ด้วยเหตุที่การยอมรับศักดิ์ศรีประจำตัว และสิทธิซึ่งเสมอกันและไม่อาจโอนแก่กันได้ของสมาชิกทั้งปวงแห่งครอบครัวมนุษย์เป็นรากฐานของเสรีภาพ ความยุติธรรม และสันติภาพในพิภพด้วยเหตุที่การเฝ้าระวัง และดูแลหมิ่นเหยียดหยามสิทธิมนุษยชน จึงได้ก่อให้เกิดการกระทำอันป่าเถื่อนโหดร้ายทารุณ ที่ได้กระทบกระเทือนมนธรรมของมนุษยชาติอย่างรุนแรง และโดยเหตุที่ได้มีการประกาศปณิธานอันสูงสุดของสามัญชนว่าถึงวาระแห่งโลกแล้วที่มนุษย์จะมีเสรีภาพในการพูด และในความเชื่อถือรวมทั้งมีเสรีภาพจากความกลัวและความต้องการ ภายใต้เหตุดังต่อไปนี้

1. ด้วยเหตุที่เป็นสิ่งจำเป็นสิทธิมนุษยชนควรได้รับความคุ้มครองโดยหลักนิติธรรม ถ้าไม่พึงประสงค์ให้มนุษย์ต้องถูกบีบบังคับให้หาทางออกโดยการกบฏต่อพระราชและการกดขี่อันเป็นที่พึงแห่งสุดท้าย
2. ด้วยเหตุที่ประชาชนแห่งสหประชาชาติได้ยืนยันไว้ในกฎบัตรถึงความเชื่อมั่นในสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐานในศักดิ์ศรีและคุณค่าของตัวบุคคลและในความเสมอภาคกันของสิทธิของทั้งชายและหญิงให้ได้ตัดสินใจที่จะส่งเสริมความก้าวหน้าทางสังคมตลอดจนมาตรฐานแห่งชาติให้ดีขึ้นและมีเสรีภาพมากขึ้น
3. ด้วยเหตุที่รัฐสมาชิกได้ปฏิญาณที่จะให้ได้มาโดยร่วมมือกับสหประชาชาติซึ่งการส่งเสริมการเคารพและการถือปฏิบัติโดยสากลต่อสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน
4. ด้วยเหตุที่ความเข้าใจตรงกันในเรื่องสิทธิและเสรีภาพมีความสำคัญยิ่งเพื่อให้ปฏิญญานี้เกิดสัมฤทธิ์ผลอย่างเต็มเปี่ยม

²⁵ ปชาบดี ดั่งดี (เชิงอรธ 7) 10-12.

ดังนั้นสมัชชาจึงประกาศให้ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนนี้เป็นมาตรฐานร่วมกันแห่งความสำเร็จสำหรับประชาชนทั้งหลายและประชาชาติทั้งปวงด้วยจุดประสงค์ที่จะให้ปัจเจกบุคคลทุกผู้ทุกนามและองค์กรของสังคมทุกหน่วย²⁶

ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน หรือ UDHR ได้ลงมติรับรองและประกาศใช้ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน เพื่อเป็นหลักการสำคัญในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนของประชาคมโลกเมื่อวันที่ 10 ธันวาคม พ.ศ.2491 ณ กรุงปารีส ประเทศฝรั่งเศส และถึงแม้ว่าปฏิญญาดังกล่าวจะไม่ใช่อธิษฐานระหว่างประเทศแต่ก็จัดเป็นกฎหมายจารีตระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชนที่สำคัญที่สุด ซึ่งประเทศต่างๆ จำเป็นต้องเคารพต่อหลักการสิทธิมนุษยชนที่ได้ตราไว้ในปฏิญญาดังกล่าว โดยที่ปฏิญญาดังกล่าวยังเป็นพื้นฐานสำคัญของสนธิสัญญาหรือกฎหมายระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชนอื่นๆ อีกหลายฉบับ²⁷

การคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ได้มีนิยามความหมายของคุณค่าในความเป็นมนุษย์และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ อันจะเห็นได้ว่าการนิยามความหมายของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ยังไม่ได้มีการกำหนดหรือระบุไว้อย่างชัดเจน แปรเปลี่ยนไปตามบริบท หรือปัจจัยแวดล้อม ทั้งศาสนา ความเชื่อ และปัจจัยทางการเมืองในแต่ละยุคสมัย ทำให้มีการให้ความเห็นของการกำหนดขอบเขตของการคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ออกเป็น 2 แนวคิด ได้แก่

แนวคิดที่หนึ่งซึ่งมีแนวทางสอดคล้องกับแนวความคิดของ Immanuel Kant ซึ่งเป็นแนวคิดตามทฤษฎีกฎหมายธรรมชาติ โดยมองว่าศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นั้นเป็นแนวความคิดอันมีคุณค่าที่เป็นอิสระมีลักษณะเป็นของตัวเองและเป็นคุณค่าอันเป็นธรรมชาติของความเป็นมนุษย์ ส่วนแนวคิดที่สองมองว่า ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นเรื่องที่เกิดขึ้นจากตัวมนุษย์เองที่พิจารณาโดยยึดเอาความสามารถของมนุษย์ในทางข้อเท็จจริงมาประกอบว่ามนุษย์มีศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เช่นไร ดังนั้นหากจะพิจารณาว่าการคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ คืออะไรและมีหลักการหรือขอบเขตในการคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์มากน้อยเช่นไร เห็นควรที่จะศึกษาถึงจุดเริ่มต้นและจุดสิ้นสุดของการคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ดังนี้

1. จุดเริ่มต้นของการคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์มุ่งคุ้มครองมนุษย์ในฐานะเป็นผู้ทรงสิทธิ แต่การคุ้มครองนั้นจะเริ่มต้นได้ก็ต่อเมื่อบุคคลนั้นได้ถูกนับว่าเป็นสิ่งมีชีวิต ส่งผลให้ต้องมีการตีความหมายจุดเริ่มต้นของการมีชีวิต โดยปัจจุบันมีทั้งความเห็นในทางการแพทย์ที่ให้คำตอบว่าการเริ่มต้นการมีชีวิตนั้นมีจุดเริ่มต้นอยู่จุดใด นอกจากนั้นยังต้องได้รับความเชื่อถือและยอมรับในทางสากล แต่ถึงกระนั้นความเชื่อทางศาสนาก็ได้มีการอธิบายถึงการกำเนิดชีวิต ซึ่งต้องยอมรับว่ามีผลต่อแนวคิดอยู่มากเช่นเดียวกัน เช่นการนับอายุของมนุษย์ในประเทศจีน หรือในประเทศเกาหลีใต้ ที่มีการนับอายุของมนุษย์โดยเริ่มนับจากเมื่อเด็กนั้นปฏิสนธิในครรภ์มารดาจะเริ่มนับอายุของเด็กเป็น 1 ปี ทำให้เมื่อเด็กคลอดออกมาจากครรภ์มารดา เด็กนั้นก็จะมีอายุ 2 ปีเป็นต้น แต่ในที่นี้เป็นที่ยอมรับโดยชัดแจ้งแล้วว่า ไม่ว่าจะด้วยความเชื่อในทางวิทยาศาสตร์หรือทางคติ

²⁶ ปชาบดี ด้วงดี (เชิงจรธ 7) 10-12.

²⁷ Amnesty International Thailand, ‘ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน’ (สถาบันปรีดี พนมยงค์, 23 กันยายน 2564) <<https://pridi.or.th/th/content/2021/09/841>> สืบค้นเมื่อ 25 กรกฎาคม 2565.

ความเชื่อทางศาสนา การเริ่มต้นของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ได้เริ่มตั้งแต่ชีวิตอุบัติขึ้นในขณะที่ยังเป็นทารกในครรภ์มารดาที่นับว่ามีชีวิตแล้ว

2. การสิ้นสุดของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ พบว่าการเริ่มคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์จะเริ่มคุ้มครองตั้งแต่เมื่อทารกยังอยู่ในครรภ์มารดา โดยไม่ว่าจะเริ่มนับความเป็นมนุษย์เมื่อใด ในส่วนของการเป็นมนุษย์นั้นเมื่อเริ่มต้นมีสิทธิต่างๆ แล้วความเป็นมนุษย์ย่อมสิ้นสุดลงเมื่อตาย หากแต่ความพิเศษของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์คือไม่สิ้นสุดไปตามสภาพการเป็นมนุษย์แต่อย่างใด เพราะว่ามันจะตายกลายเป็นศพ แต่ยังคงมีสถานะการเป็นผู้ทรงสิทธิของการได้รับการคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์อยู่ เพราะสิ่งที่มนุษย์ได้รับติดตัวมาพร้อมกับการกำเนิด นอกจากศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์แล้วก็คือครอบครัว ซึ่งก่อให้เกิดความผูกพันทั้งจากสายเลือดและความใกล้ชิดสนิทสนมกัน ความทรงจำต่างๆที่เคยมีประกอบกับความใกล้ชิดสนิทสนมของผู้ที่เป็นครอบครัว ดังนั้นศพจึงมีคุณค่าในตัวเอง²⁸

สิทธิในการดำรงชีวิตและความเป็นเจ้าของร่างกาย แม้ในรัฐธรรมนูญจะไม่ได้บัญญัติในเรื่องการทำแท้งไว้โดยชัดเจน แต่จากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญก็พออนุมานได้ว่า การทำแท้งเป็นสิทธิของหญิงตั้งครรภ์ที่แฝงอยู่ในรัฐธรรมนูญ เนื่องจากการทำแท้งเป็นสิทธิของหญิงตั้งครรภ์เลือกที่จะทำแท้งได้ ที่จะเลือกและตัดสินใจด้วยตัวเอง ถ้ารัฐไม่เปิดโอกาสทางกฎหมายให้สตรีตั้งครรภ์โดยเฉพาะกรณีที่ต้องตรวจพบว่าทารกในครรภ์มารดาพิการนั้น อาจก่อให้เกิดปัญหายุ่งยากต่างๆตามมาทั้งทางด้านจิตใจ ร่างกายและเศรษฐกิจ ของหญิงตั้งครรภ์และส่งผลเสียต่อทารกที่คลอดออกมาได้ทั้งทางตรงและทางอ้อม ดังนั้นการปฏิเสธสิทธิของสตรี จึงเป็นการใช้อำนาจมากเกินไป

การคลอดที่จะถือได้ว่าเป็นการคลอดตามกฎหมาย นั่นคือ การที่ทารกคลอดออกมาจากครรภ์มารดาโดยเรียบร้อยสมบูรณ์ ซึ่งหมายถึงทารกเคลื่อนตัวออกมาพ้นจากช่องคลอดของมารดาแล้วทั้งตัว โดยอาจจะยังไม่ได้ตัดสายสะดือก็ได้ รวมถึงไม่ได้มีการจำกัดวิธีการคลอด ซึ่งจะเห็นไปได้โดยวิธีทางธรรมชาติ หรือการใช้เครื่องมือทำคลอด หรือการผ่าตัดคลอดก็ได้เช่นกัน

การอยู่รอดเป็นทารก มีประเด็นที่ต้องพิจารณาว่า พฤติกรรมอย่างใดจึงจะถือได้ว่าเป็นการอยู่รอดซึ่งโดยทั่วไปยึดหลักเกณฑ์คือ ดูการหายใจของทารก แม้มีการหายใจของทารกแล้วยังพิจารณาการเคลื่อนไหวของกล้ามเนื้อร่างกายของทารกอีกด้วย การมีสภาพบุคคลทำให้เกิดผลชัดเจนในทางกฎหมาย กล่าวคือ ทำให้บุคคลนั้นมีสิทธิหน้าที่และได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย สิทธิของทารกในครรภ์ หากมองตามหลักสิทธิมนุษยชนแล้ว ทารกในครรภ์ย่อมมีสิทธิตั้งแต่การปฏิสนธิ แต่หากมองตามหลักประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 15 ทารกในครรภ์ยังไม่มีสภาพบุคคล ดังนั้นจึงไม่ได้รับการรับรองและคุ้มครองตามกฎหมาย อีกทั้งยังไม่เกิดสิทธิและหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติต่อทารกในครรภ์²⁹

²⁸ อธิป ลิ้มไพบูลย์, 'การคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของทารกในครรภ์มารดา: ศึกษากรณีการทำแท้งตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 305' (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยศรีปทุม 2563) 38-39.

²⁹ สุดที่รัก ฤกษ์คณะ (เชิงอรธ 24) 24-25.

ความผิดฐานทำให้แท้งลูกนั้นควรเริ่มต้นและสิ้นสุดเมื่อใด ทั้งนี้เพื่อใช้ประกอบการวินิจฉัยความรับผิดชอบของบุคคลในความผิดฐานทำให้แท้งลูก ช่วงเวลาที่มีการกระทำจะเป็นความผิดฐานทำให้แท้งลูกได้คือ ช่วงเวลาตั้งแต่เริ่มตั้งครรภ์จนถึงเวลาสิ้นสุดการตั้งครรภ์ หากมีการกระทำเพื่อให้หญิงแท้งลูก ณ ช่วงเวลาดังกล่าว ผู้กระทำย่อมต้องรับผิดฐานทำให้แท้งลูกตามมาตรา 301 หรือ 302 แล้วแต่กรณี

นักนิติศาสตร์ส่วนใหญ่เห็นว่าการตั้งครรภ์เริ่มขึ้นเมื่อมีการปฏิสนธิ(Conception) ระหว่างไข่กับอสุจิ จะเห็นได้ชัดจากคำอธิบายของ ศาสตราจารย์ ดร. หยุด แสงอุทัย ที่ว่าลูกในครรภ์ หมายความว่า ลูกเริ่มตั้งแต่ตัวอสุจิของชายผสมกับไข่ในมดลูกของหญิง ถ้าเป็นระยะก่อนหน้านั้น เช่น ร่วมประเวณีแล้วรีบใช้วิธีการป้องกัน เพื่อมิให้ตัวอสุจิของชายผสมกับไข่ของหญิงได้ ไม่เรียกว่าเป็นการทำให้แท้งลูกเพราะลูกยังไม่เกิด ซึ่งเป็นไปตามแนวความคิดของทางการแพทย์แบบดั้งเดิมที่มองว่า ณ เวลาที่มีการปฏิสนธิเป็นจุดเริ่มต้นของการตั้งครรภ์ อันเป็นช่วงเวลาที่ตัวอ่อนหรือทารกจะพัฒนาในมดลูกของหญิงที่เรียกว่า Gestation Period หรือ Pregnancy

อย่างไรก็ตามแนวความคิดดังกล่าวข้างต้นอาจไม่สอดคล้องกับสภาพการที่มีเทคโนโลยีก้าวหน้ามากยิ่งขึ้น ซึ่งปัจจุบันเนื่องจากการปฏิสนธิระหว่างไข่กับอสุจิอาจจะไม่ได้เกิดขึ้นตามธรรมชาติในมดลูกของหญิง และอาจเกิดขึ้นจากการกระทำของมนุษย์ทำให้มีการปฏิสนธินอกร่างกาย ซึ่งในทางการแพทย์เรียกว่า In-Vitro Fertilization หรือ IVF กรณีดังกล่าวน่าจะยังไม่สามารถเรียกว่าการตั้งครรภ์ได้เริ่มต้นขึ้นแล้ว ดังนั้นในทางการแพทย์จึงมีการกำหนดช่วงเวลาของคำว่า “การตั้งครรภ์” ขึ้นใหม่ ให้หมายถึงช่วงเวลาที่ยังไม่มีตัวอ่อนหรือทารกที่กำลังเจริญเติบโตไว้ในมดลูก ด้วยเหตุดังกล่าวข้างต้นการตั้งครรภ์น่าจะเริ่มนับจากเวลาที่ตัวอ่อนได้ฝังตัวในเยื่อโพรงมดลูกแล้ว โดยนับนี้ความผิดฐานทำให้แท้งลูกจึงยังไม่อาจเกิดขึ้นได้ ณ เวลาที่ไข่ผสมกับอสุจิ แต่จะเกิดขึ้น ณ เวลาที่ไข่ได้รับการผสมแล้วฝังตัวในเยื่อโพรงมดลูกของหญิงสำเร็จ

นอกจากนั้น ศาสตราจารย์ ดร. ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ จึงเสนอให้ใช้คำว่า “การยุติการตั้งครรภ์ที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย” (l’interruption illegal de grossesse) แทนที่จะใช้คำว่า “ทำให้แท้งลูก” (Abortion)³⁰ และยังมีคำพิพากษาศาลฎีกาของสหรัฐอเมริกาในคดีของ Roe v. Wade (1973) วินิจฉัยประเด็นเกี่ยวข้องกับสิทธิในการทำแท้งของหญิงและอำนาจของรัฐในการแทรกแซง โดยเมื่อตัวอ่อนฝังลงในเยื่อโพรงมดลูกแล้ว ก็จะเติบโตเป็น 3 ระยะ ระยะที่ 1 ตั้งแต่เวลาที่ตัวอ่อนฝังตัวจนถึง 12 สัปดาห์ ถือเป็นสิทธิโดยชอบของหญิงที่จะเลือกว่าจะยุติการตั้งครรภ์หรือไม่ ระยะเวลาที่ 2 รัฐมีอำนาจแทรกแซงสิทธิดังกล่าวโดยพิจารณาถึงประโยชน์ของหญิงที่ตั้งครรภ์ สำหรับระยะที่ 3 เป็นระยะที่สันนิษฐานไว้ก่อนว่าทารกในครรภ์ (Fetus) สามารถเกิดมามีชีวิตอยู่ได้ (Viable) รัฐอาจเข้าไปแทรกแซงมิให้มีการทำให้แท้งลูกเกิดขึ้นได้เฉพาะในช่วงเวลา 3 เดือนสุดท้ายของอายุครรภ์เท่านั้น³¹

³⁰ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิดและลหุโทษ (พิมพ์ครั้งที่ 10, สำนักพิมพ์วิญญูชน 2556) 250.

³¹ คณพล จันทร์หอม, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิด เล่ม 1 (พิมพ์ครั้งที่ 3, สำนักพิมพ์วิญญูชน 2561) 24.

แต่ปัจจุบันอาจมีการปฏิสนธินอกครรภ์มารดาได้ ดังนั้นการทำแท้งจึงต้องหมายถึง “การยุติการตั้งครรภ์” (the interruption of pregnancy, l'interruption de grosses)” อันเป็นความหมายที่ชัดเจนขึ้นเพราะทำให้กำหนดได้ว่าเป็นความผิดฐานนี้ เริ่มต้นตั้งแต่มีการตั้งครรภ์ไปจนถึงเวลาก่อนคลอดสำเร็จโดยนับการตั้งครรภ์ตั้งแต่ไข่ที่ผสมกับอสุจิได้ฝังตัวในผนังมดลูกของหญิงเมื่อเริ่มตั้งครรภ์แล้ว

การทำแท้งลูกนั้นจึงอาจมีได้จนถึงก่อนการคลอดสมบูรณ์ ซึ่งหมายถึง การที่ทารกออกมาจากร่างกายของแม่ทั้งตัวแม้อย่างไม่ตัดสายสะดือก็ตาม หากคลอดมาครึ่งตัวหรือข้อเท้ายังติดอยู่ในช่องคลอด ถือว่ายังคลอดไม่สมบูรณ์³²

ในทางแพทย์ การกำหนดความหมายการทำแท้งในทางการแพทย์ เป็นการกำหนดโดยถือเอาระยะเวลาของการตั้งครรภ์เป็นสำคัญ ดังนั้นการทำแท้งในทางการแพทย์จึงหมายถึง การทำให้การตั้งครรภ์สิ้นสุดลงในระยะก่อนที่เด็กสามารถมีชีวิตอยู่ได้ (Stage of Viability) ซึ่งระยะที่เด็กสามารถมีชีวิตอยู่ได้นั้น มีเกณฑ์ในการวินิจฉัยแตกต่างกันไปในแต่ละสถาบัน คือ สถาบันต่างๆ มีการกำหนดระยะเวลาที่เด็กมีชีวิตอยู่ได้ว่าหมายถึง มีอายุครรภ์ระหว่าง 20 ถึง 24 สัปดาห์ และมีน้ำหนักต่ำกว่า 400 กรัม ถึงต่ำกว่า 1,000 กรัม เช่นในประเทศสหรัฐอเมริกา The American Collage of Obstetriciana and Gynecologists หรือ ACOG ได้ให้คำจำกัดความ “การแท้งบุตร” ว่าหมายถึง การที่เด็กคลอดออกมาเมื่ออายุครรภ์ยังไม่ครบ 20 สัปดาห์ หรือเด็กมีน้ำหนักต่ำกว่า 500 กรัม และในทางการแพทย์นั้น คำว่า “แท้งลูก” ในทางการแพทย์ หมายถึง การที่ทารกคลอดออกมาโดยมีอายุครรภ์ไม่เกิน 20 สัปดาห์ สามารถเกิดขึ้นเป็นจำนวนมากตามธรรมชาติในระยะแรกของการตั้งครรภ์ ประเทศส่วนใหญ่ที่อนุญาตให้หญิงทำแท้งได้จึงเลือกระยะเวลาที่สมดุลของสิทธิมารดาและสิทธิทารก โดยกำหนดให้ในช่วงแรกของการตั้งครรภ์เป็นสิทธิของหญิงตั้งครรภ์ที่ย่อมมาก่อนสิทธิของตัวอ่อน ต่อเมื่ออายุครรภ์มากขึ้นโอกาสที่ตัวอ่อนจะคลอดออกมามีชีวิตมีมากขึ้น สิทธิของตัวอ่อนก็มากขึ้นด้วย³³

ในส่วนขององค์การอนามัยโลก (World Health Organization) หรือ WHO การทำแท้งตามหลักเกณฑ์ที่องค์การอนามัยโลกใช้มาแต่เดิม หมายถึง การสิ้นสุดของการตั้งครรภ์ ก่อนอายุครรภ์ 28 สัปดาห์ หรือเมื่อเด็กมีน้ำหนักต่ำกว่า 1,000 กรัม แต่เนื่องจากปัจจุบันวิทยาศาสตร์ทางการแพทย์ได้มีการพัฒนา และเจริญก้าวหน้ามาก ทำให้สามารถดูแลทารกที่น้ำหนักตัวเกิน 500 กรัม ได้ ส่วนการทำแท้งเมื่อครรภ์อายุ 20 ถึง 27 สัปดาห์ หรือเมื่อเด็กมีน้ำหนักระหว่าง 500 ถึง 999 กรัม ถือว่าเป็นการคลอดก่อนกำหนด(Immature)³⁴ ต่อมาได้กำหนดให้การทำแท้งเป็นการยุติการตั้งครรภ์ก่อนอายุครรภ์ 20 สัปดาห์³⁵

³² ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ (เชิงอรธ 30) 85-86.

³³ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, คำอธิบายกฎหมายอาญามาตรา 288-366/4 (สำนักพิมพ์วิญญูชน 2564) 85.

³⁴ วิภาพร เนติจิรโชติ, ‘มาตรการทางกฎหมายที่เหมาะสมกับการทำแท้ง’ (ดุชนิพนธ์ นิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต 2559) 44.

³⁵ Encyclopedia Britannica, ‘abortion’ (Encyclopedia Britannica) <<https://shorturl.asia/wc83m>> accessed 25 July 2022.

การทำแท้งเป็นการกระทำเพื่อยุติการตั้งครรภ์อย่างหนึ่ง ซึ่งการตั้งครรภ์นั้นอาจเกิดจากการกระทำ ความผิด หรือการตั้งครรภ์นั้นเป็นการตั้งครรภ์ที่ไม่พร้อม และอาจจะก่อให้เกิดปัญหาในอนาคต แม้ว่ากฎหมายใหม่นี้ได้มีการกำหนดระยะเวลาให้สามารถทำแท้งได้ หากทำภายในระยะเวลาไม่เป็นความผิด แต่ถ้าเกินระยะเวลาที่กำหนดก็จะได้รับโทษ และโทษที่ได้รับนั้นเป็นโทษทางอาญา ดังนั้นจะเห็นได้ว่าการทำแท้งที่มีการกำหนดระยะเวลานั้นทำให้หญิงได้มีเวลาตัดสินใจอย่างอิสระ และป้องกันการทำแท้งเถื่อนได้อีกด้วย

กล่าวโดยสรุประยะเวลาในการยุติการตั้งครรภ์ตามกฎหมายไทยที่ได้กำหนดไว้ให้สามารถยุติการตั้งครรภ์ได้เมื่ออายุครรภ์ไม่เกิน 12 สัปดาห์ไม่มีความผิดนั้น หากพิจารณาตามความเห็นทางการแพทย์ ประกอบกับความเห็นขององค์การอนามัยโลกที่ทารกจะมีชีวิตรอดได้ย่อมประกอบไปด้วยปัจจัย 2 ประการคือ 1.ระยะเวลามากกว่า 20 สัปดาห์ และ 2.น้ำหนักของทารกในครรภ์เกินกว่า 1,000 กรัม ดังนั้นหากทารกในครรภ์คลอดก่อนระยะเวลาดังกล่าวและน้ำหนักไม่ถึง 1,000 กรัม ย่อมไม่อาจจะมีชีวิตอยู่รอดเป็นทารกได้ เมื่อพิจารณาถึงหลักเกณฑ์ดังกล่าว ประกอบกับการคุ้มครองสิทธิของหญิงที่จะกำหนดกรอบระยะเวลายุติการตั้งครรภ์ จึงควรมีการยุติการตั้งครรภ์ได้เมื่ออายุครรภ์ไม่เกิน 20 สัปดาห์จึงจะเป็นการคุ้มครองสิทธิของหญิงตั้งครรภ์อย่างแท้จริง

2.2.2 กฎหมายทำแท้งกับการกำหนดโทษ

การทำแท้ง หมายถึง การขจัด หรือการกระทำโดยตั้งใจที่จะทำให้ลายทารกในครรภ์ การรีดลูกจากมดลูกของมนุษย์ที่เป็นผู้หญิง โดยการขอให้ผู้อื่นกระทำหรือกระทำโดยตัวหญิงตั้งครรภ์เอง อันมีเจตนาทำให้ทารกออกจากครรภ์มารดา ก่อนถึงกำหนด และตาย ซึ่งโดยทั่วไปในสังคม การทำแท้งแบ่งได้เป็น 2 กรณีใหญ่ ๆ คือ การทำแท้งเพื่อการรักษา และการทำแท้งที่ผิดกฎหมาย อันไม่ได้มีสาเหตุ เนื่องจากความปลอดภัยของหญิงตั้งครรภ์

ความผิดเกี่ยวกับการทำแท้งลูกนั้น มีได้ 5 ลักษณะ คือ 1. หญิงทำให้ตนเองแท้งลูก 2. การทำแท้งโดยหญิงยินยอม 3. การทำแท้งโดยหญิงไม่ยินยอม 4. การพยายามทำแท้ง และ 5. การทำแท้งโดยนายแพทย์ ดังนั้น การทำแท้ง หมายถึง การยุติการตั้งครรภ์ โดยที่ ทำให้ลูกในครรภ์คลอดออกมาอย่างไม่มีชีวิต ส่วนคำว่า “ลูกหรือทารกในครรภ์” นั้นนับตั้งแต่เวลาที่อสุจิผสมกับไข่และเริ่มฝังตัวในผนังมดลูกแล้ว คือมีการตั้งครรภ์เกิดขึ้น ความผิดฐานทำแท้งนั้นหญิงต้องมีเจตนาจะให้ตนเองแท้งลูก และความ “ยินยอม” จะต้องปราศจากการบังคับข่มขู่หรือหลอกลวง ความผิดสำเร็จเมื่อทารกคลอดออกมาอย่างไม่มีชีวิต ถ้าทารกคลอดออกมามีชีวิตอยู่ 8 วันแล้วเสียชีวิต ไม่เป็นการทำแท้งลูก³⁶ นอกจากนี้ การทำแท้งยังหมายถึง การเอาเด็กออก พრაการออก หรือ การฆ่าลูกในครรภ์ ในขณะที่อยู่ในครรภ์มารดา หรือนักกฎหมายอีกกลุ่มหนึ่งเห็นว่า คือการทำลายลูกในครรภ์ตั้งแต่ เริ่มปฏิสนธิไปจนถึงกำลังคลอด และคลอดออกมาโดยปราศจากชีวิต³⁷

³⁶ ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ, *หลักกฎหมาย กฎหมายอาญาภาคความผิด* (พิมพ์ครั้งที่ 7, สำนักพิมพ์วิญญูชน 2551) 165-166.

³⁷ จรวายพร เหมรังษี (เชิงอรธร 12) 486.

การทำแท้งและการฆ่าผู้อื่นตามกฎหมายไทยเป็นความผิดที่มีขอบเขตต่อเนื่องกัน ไม่มีความผิด child destruction มาคั่นกลาง กล่าวคือ เมื่อขอบเขตของความผิดฐานทำให้แท้งลูกสิ้นสุดลง ความผิดฐานฆ่าคนก็เริ่มขึ้น ดังนั้น การแท้งลูกจึงหมายถึง การทำให้ทารกในครรภ์คลอดออกมาอย่างไม่มีชีวิต ถ้าคลอดออกมาแล้วยังมีชีวิต ก็เป็นเพียงแต่พยายามทำแท้ง ซึ่งกฎหมายไทยไม่เอาโทษ แม้ว่าจะมาตายภายหลังก็ตาม การทำร้ายทารกขณะหญิงเจ็บครรภ์คลอดหรือขณะคลอดแต่ไม่หมดทั้งตัว ตามกฎหมายไทยไม่ถือว่าเป็นการฆ่าผู้อื่น³⁸

มาตรา 301 เอาผิดเฉพาะหญิงที่ทำให้ตนเองแท้งลูกซึ่งอาจเกิดจากการกระทำของตนเองโดยตรง (Active) เช่น หญิงตั้งครรภ์แต่ไม่ต้องการทารกจึงรีดหน้าท้องด้วยตนเองทุกวันจนทำให้ตนเองแท้งลูก หญิงมีความผิดตามมาตรา 301 หรือการยอมให้ผู้อื่นทำให้ตนเองแท้งลูกโดยมิได้เป็นผู้ลงมือกระทำความผิดเอง (Passive) เช่น นางมาตั้งครรภ์อันไม่พึงประสงค์จึงไปขอให้สามีทำแท้งให้ นายมีจึงให้นางมากินยาขับจนทำให้แท้งลูกนางมามีความผิดตามมาตรา 301 เพราะยอมให้สามีทำให้ตนเองแท้งลูก ส่วนนายมียอมมีความผิดฐานทำให้หญิงแท้งลูกโดยหญิงยินยอมตามมาตรา 302

ส่วนองค์ประกอบภายในคือ เจตนาธรรมดา อันเป็นการกระทำความผิดตามมาตรา 301 เอาผิดแก่หญิงที่มีเจตนาทำให้ตนเองแท้งลูก ทั้งที่เป็นการกระทำด้วยตนเองหรือยินยอมให้ผู้อื่นกระทำ เจตนาในที่นี้อาจเป็นได้ทั้งเจตนาประสงค์ต่อผลและเล็งเห็นผล เช่น นางกัญญาตั้งครรภ์แต่ต้องการทำแท้งจึงไปซื้อยาขับทารกมารับประทานทำให้แท้งลูกเช่นนี้นางกัญญามีความผิดฐานทำให้ตนเองแท้งลูกโดยเจตนาประสงค์ต่อผล แต่หากนางกัญญาตั้งครรภ์ทราบว่าการกินยาคือยาลูกอมชนิดหนึ่งจะทำให้แท้งลูกได้ ด้วยความชอบเครื่องสำอางชนิดนี้เป็นพิเศษจึงดื่มทุกวันโดยไม่ใยดีว่าจะทำให้ตนเองแท้งลูกหรือไม่สุดท้ายนางกัญญาแท้งลูกเช่นนี้นางกัญญา มีความผิดฐานทำให้ตนเองแท้งลูกโดยเจตนาเล็งเห็นผล อย่างไรก็ตามกฎหมายในมาตราดังกล่าวต้องมีเจตนากระทำเมื่ออายุครรภ์เกิน 12 สัปดาห์จึงจะเป็นความผิด³⁹

ในปัจจุบันแต่ก็ยังคงมีประเด็นปัญหาว่าทารกนั้นจำเป็นต้องมีสภาพบุคคลก่อนหรือไม่ จึงจะเรียกได้ว่าเป็นการตั้งครรภ์สิ้นสุดลง ประเด็นนี้มีความสำคัญต่อการวินิจฉัยกรณีที่ทำแท้งกำลังคลอด แต่สิ้นชีวิตเสียก่อน ตั้งแต่ยังไม่มีสภาพบุคคลดังนั้นบุคคลที่จะทำให้ทารกเสียชีวิตนั้นควรจะต้องรับผิดชอบในทางอาญานั้นมีความเห็นที่แตกต่างกัน เป็น 2 ฝ่ายโดย ฝ่ายที่ 1 เห็นว่า ทารกจำเป็นต้องมีสภาพบุคคลเสียก่อนจึงจะถือว่าการคลอดนั้นสิ้นสุดลง ดังนั้น แม้ว่าทารกจะคลอดออกมาหมดตัวแล้วก็ตาม แต่ต้องมีการอยู่รอดเป็นทารกตามความในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 15 เมื่อเสียชีวิตลงระหว่างคลอดก็ต้องถือว่าเป็นการทำให้แท้งลูกด้วย ในประเด็นนี้ ศาสตราจารย์ ดร. จิตติ ติงศภัทย์ อธิบายไว้ว่า ประมวลกฎหมายอาญาไม่ได้บัญญัติความผิดฐานฆ่าทารกที่กำลังคลอด ความผิดฐานฆ่าคนเริ่มเมื่อทารกคลอดออกมาอยู่รอดเป็นบุคคลมีชีวิต จึงน่าจะถือว่าการกระทำก่อนนั้น คือทำลายเด็กที่กำลังคลอดก่อนมีชีวิตยังเป็นความผิดฐานทำให้แท้งลูกอยู่

³⁸ ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ, *มุมมองใหม่ในกฎหมายอาญา* (สำนักพิมพ์วิญญูชน 2550) 11.

³⁹ อนุชา ตีสวัสดิ์, 'พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 28) พ.ศ.2564 (ความผิดฐานทำให้แท้งลูก)' (รัฐสภา, 2564) <<https://shorturl.asia/8MHT1>> สืบค้นเมื่อ 20 กันยายน 2565.

ฉะนั้นการทำให้แท้งลูกจึงน่าจะหมายความถึงการทำลายลูกตั้งแต่เริ่มปฏิสนธิในครรภ์ไปจนถึงกำลังคลอด หรือคลอดออกมาแล้วแต่ยังไม่มีชีวิตอยู่รอดเป็นทารก จะเป็นการทำให้ทารกในมดลูกตายโดยยังไม่มีอาการคลอดหรือกระทำเมื่อกำลังคลอดก่อนอยู่รอดเป็นทารกที่จะมีสภาพบุคคล ก็เป็นทำแท้งตามมาตรา⁴⁰

ฝ่ายที่ 2 เห็นแตกต่างจากฝ่ายที่ 1 โดยพิจารณาว่า การที่เด็กคลอดออกมาแล้วหากมีใครกระทำให้เสียชีวิตก่อนมีสภาพบุคคล ผู้นั้นย่อมมีความผิดต่อชีวิตเช่นเดียวกับผู้ที่มีสภาพบุคคลแล้ว ศาสตราจารย์ ดร. หยุต แสงอุทัยได้อธิบายในประเด็นดังกล่าวคือ เมื่อใดจึงจะถือว่าเป็นการทำให้แท้งลูกและเมื่อใดถือว่าเป็นการฆ่าคนย่อมขึ้นอยู่กับความคิดเห็นเกี่ยวกับความหมายของคำว่าคน คือถ้าถือว่าคนต้องเป็นบุคคล ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์การฆ่าทารกในครรภ์ก่อนคลอดออกจากครรภ์มารดาถือว่าเป็นการทำให้แท้งลูกทั้งสิ้น ซึ่งเห็นว่าคนตามประมวลกฎหมายอาญาไม่เหมือนบุคคลตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ คือ ถ้าทารกเริ่มคลอด คือเริ่มทำตนเป็นอิสระจากมารดา โดยการเริ่มโผล่จากมดลูก ไม่ว่าจะเล็กน้อยเพียงใดก็เป็นคน และถ้ามีการฆ่าในขณะนั้นก็เป็นการฆ่าคนตายตามมาตรา 288⁴¹

จากความเห็นของนักวิชาการทั้ง 2 ท่านได้แสดงทัศนะต่อประเด็นดังกล่าวข้างต้นไว้แตกต่างกัน เพราะเหตุว่าประมวลกฎหมายอาญาไม่มีบทบัญญัติที่ครอบคลุมไปถึงกรณีอาจเกิดการกระทำที่น่าจะเป็นความผิดทางอาญาในลักษณะที่ทารกกำลังคลอด หรือคลอดแล้วแต่ยังไม่มีสภาพบุคคลหลายประเทศเช่น สหรัฐอเมริกาไม่เกิดปัญหานี้ เนื่องจากได้บัญญัติกฎหมายครอบคลุมถึงกรณีที่มีการทำให้ทารกที่กำลังคลอดหรือคลอดออกมาแล้วแต่ยังไม่มีสภาพบุคคลเป็นความผิดอาญาไว้อย่างชัดเจน บทบัญญัตินี้ยังครอบคลุมไปถึงกรณีที่ทำร้ายทารกตั้งแต่ในครรภ์ แม้เมื่อคลอดออกมายังมีชีวิตอยู่ แต่ในเมื่อขณะนี้ประเทศไทยยังไม่ได้บัญญัติกฎหมายคุ้มครองทารกที่ยังคลอดไม่สมบูรณ์เหมือนกับต่างประเทศ จึงยังคงเป็นปัญหาว่ากรณีทารกกำลังคลอด หรือคลอดแล้วแต่ยังไม่มีสภาพบุคคลก็ถูกทำให้เสียชีวิตเสียก่อน บุคคลที่ทำให้ทารกนั้นไม่มีชีวิตอยู่ต่อไปควรจะได้รับโทษฐานในระหว่างความผิดฐานทำให้แท้งลูกกับความผิดต่อชีวิต เพื่อให้เกิดความชัดเจนในการวินิจฉัยความรับผิด เช่น กรณีที่ 1 ขณะที่บุตรของนางจันทรากำลังจะผ่านช่องคลอดออกมาตามปกติ นายแพทย์สุริยันปีบคอทารกทำให้ไม่มีสภาพบุคคลมีคำพิพากษา โดยเจตนาเช่นนี้ตามความเห็นฝ่ายที่ 1 นายแพทย์สุริยัน จะต้องรับผิดชอบทำให้แท้งลูก โดยหญิงไม่ยินยอมตามมาตรา 303 ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินเจ็ดปีหรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนสี่หมื่นบาทหรือทั้งจำทั้งปรับ ส่วนความเห็นฝ่ายที่ 2 เห็นว่านายแพทย์สุริยัน จะต้องรับผิดชอบฆ่าคนตายโดยเจตนาตามมาตรา 288 ต้องระวางโทษประหารชีวิต จำคุกตลอดชีวิต จำคุก 15 - 20 ปี กรณีที่ 2 นางจันทราตั้งครรภ์ได้ 8 เดือนแต่ต้องการทำแท้งเพราะสามีเลิกไปไม่ต้องการมีภาระในการเลี้ยงดูบุตร จึงมาหานายแพทย์สุริยันเพื่อทำแท้ง เพราะเหตุที่ทารกสามารถคลอดออกมามีชีวิตได้แล้วขณะที่คลอดออกมาจึงยังมีชีวิต แต่ขณะที่ยังไม่ทันมีสภาพบุคคล นายแพทย์สุริยันทำให้ทารกนั้นสิ้นชีวิตลงตามกรณีนี้ ความเห็นฝ่ายที่ 1 จะถือว่านายแพทย์สุริยันมีความผิดฐานทำให้หญิงแท้งลูก โดยหญิงยินยอมตามมาตรา 302 ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 5 ปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาทหรือทั้งจำทั้งปรับ และนางจันทราก็คือ

⁴⁰ จิตติ ดิงศภัทย์, *กฎหมายอาญาภาค 2 ตอน 2 และ ภาค 3* (พิมพ์ครั้งที่ 7, เนติบัณฑิตยสภา 2553) 254.

⁴¹ หยุต แสงอุทัย, *กฎหมายอาญาภาค 2-3* (พิมพ์ครั้งที่ 11, สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2556) 29.

ย่อมมีความผิดฐานให้ผู้อื่นทำให้ตนแห่งลูกตามมาตรา 301 ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหกเดือนหรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาทหรือทั้งจำทั้งปรับ ส่วนความเห็นฝ่ายที่ 2 วินิจฉัยว่า นายแพทย์สุรียันต้องรับผิดฐานฆ่าผู้อื่นโดยเจตนาไตร่ตรองไว้ก่อน ตามมาตรา 289 อนุ 4 ต้องระวางโทษประหารชีวิต ส่วนนางจันทราก็คงอาจมีความผิดฐานใช้ให้ผู้อื่นกระทำความผิดตามมาตรา 289 อนุ 4 ประกอบมาตรา 84 ต้องระวางโทษประหารชีวิตเช่นเดียวกัน กรณีที่ 3 ขณะที่บุตรของนางจันทรากำลังจะผ่านช่องคลอดออกมาตามปกติ นายแพทย์สุรียันใช้เครื่องดูดศีรษะทารกออกมา แต่ด้วยความไม่ระมัดระวัง นายแพทย์สุรียันทำทารกลิ้นพัน ทำให้ไร้ชีวิตเสียก่อนที่จะมีสภาพบุคคล เช่นนี้ตามความเห็นฝ่ายที่หนึ่งก็ไม่อาจลงโทษนายแพทย์สุรียันในความผิดฐานทำให้แห่งลูกได้ เนื่องจากความผิดฐานนี้ไม่ได้บัญญัติถึงการกระทำให้แห่งลูกโดยประมาทไว้ด้วย แต่ถ้าวินิจฉัยตามความเห็นฝ่ายที่ 2 นายแพทย์สุรียันย่อมมีความผิดฐานประมาทเป็นเหตุให้ผู้อื่นถึงแก่ความตายตามมาตรา 290 ตามมาตรา 291 ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบปี หรือปรับไม่เกินสองแสนบาท⁴²

จากตัวอย่างทั้ง 3 ข้างต้นจะเห็นว่าระหว่างระวางโทษของความผิดฐานทำให้แห่งลูกกับความผิดต่อชีวิตมีความแตกต่างกันอย่างมาก เห็นได้ชัดจากตัวอย่างที่ 2 ว่าขณะที่โทษของความผิดฐานทำให้แห่งลูกมีระวางโทษเพียงไม่กี่ปี แต่ความผิดฐานฆ่าผู้อื่นโดยเจตนาโดยไตร่ตรองไว้ก่อนมีระวางโทษประหารชีวิตเพียงสถานเดียว นอกจากนี้จะเห็นว่าในกรณีที่ 2 นั้นผู้กระทำมีเจตนาเพียงการทำให้แห่งลูกเท่านั้น หากทั้งสองทำแห่งด้วยวิธีอื่น เช่น ริดหน้าท้อง ทำให้ทารกเสียชีวิตตั้งแต่อยู่ในครรภ์ หรือขณะที่คลอดไม่อาจมีสภาพบุคคลได้อย่างแน่นอน การวินิจฉัยก็จะกระทำได้ง่ายขึ้น ผู้กระทำมีความผิดฐานทำแห่งลูก ส่วนกรณีประมาททำให้ทารกลิ้นชีวิตก่อนมีสภาพบุคคลนั้น แม้ว่าจะไม่มีเจตนากระทำความผิด ไม่ว่าจะพื้นฐานทำให้แห่งลูก หรือความผิดต่อชีวิตเลยก็ตาม แต่ก็ยังสมควรถูกลงโทษในฐานะที่ทำให้ทารกที่พร้อมจะมีสภาพบุคคลต้องเสียไปซึ่งสิทธิที่จะมีชีวิตรอดอยู่ เพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรม จึงควรกำหนดความผิดขึ้นใหม่เพื่อให้สามารถปรับใช้แก่กรณีนี้ได้เหมาะสม เพราะขณะนี้ยังไม่มียกเว้นบทบัญญัติที่จะใช้หลักเกณฑ์ได้⁴³

2.3 แนวคิดการกำหนดความผิดทางอาญาและหลักการกำหนดโทษทางอาญา

การกำหนดความรับผิดในทางอาญาต้องมีความชัดเจนแน่นอน อันเนื่องมาจากการตีความตามกฎหมายอาญาจะต้องตีความโดยเคร่งครัด และไม่สามารถนำหลักเทียบเคียงกับกฎหมายอื่นมาใช้ได้ หากกฎหมายไม่ได้กำหนดว่าเป็นความผิดย่อมไม่สามารถที่จะนำการกระทำนั้นมาลงโทษได้ และการกำหนดโทษในทางกฎหมายอาญา เพื่อใช้เป็นแนวทางในการลงโทษ หากผู้กระทำความผิดแล้วจะต้องลงโทษ การลงโทษย่อมจะต้องได้สัดส่วนกับการกระทำความผิดจึงจะเป็นการคุ้มครองสิทธิอย่างแท้จริง

2.3.1 แนวคิดการกำหนดความผิดทางอาญา

กฎหมายอาญาเป็นกฎหมายที่เกิดจากการบัญญัติ โดยพิจารณาจากบทบัญญัติ มาตรา 2 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “บุคคลจักต้องรับโทษในทางอาญาต่อเมื่อได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้ในขณะกระทำบัญญัติ

⁴² คณพล จันท์หอม (เชิงอรรถ 31) 134-136.

⁴³ คณพล จันท์หอม (เชิงอรรถ 31) 137-141.

เป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดนั้นต้องเป็นโทษที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย” เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติของ กฎหมายมาตรา 2 ใช้คำว่า “บัญญัติ” แสดงให้เห็นว่า กฎหมายอาญาต้องเป็น “กฎหมายเกิดจากการบัญญัติ” ดังนั้น “กฎหมายจารีตประเพณี” ซึ่งเป็นกฎหมายที่เกิดจากการปฏิบัติที่ต่อเนื่องกันมาอย่างสม่ำเสมอเป็นเวลานานของประชาชนจนเป็นที่ยอมรับกันนั้น จึงเกิดจากการปฏิบัติแต่ไม่ได้เกิดจากการบัญญัติ กฎหมายจารีตประเพณีจึงนำมาใช้ในกฎหมายอาญาไม่ได้ หมายความว่า กฎหมายจารีตประเพณีจะกำหนดให้การกระทำใดเป็นความผิดทางอาญาไม่ได้ หรือจะนำกฎหมายจารีตประเพณีมาเพิ่มโทษทางอาญาก็ไม่ได้ (nullum poena sine lege scripta) หลักความชอบด้วยกฎหมายอาญา คือ กฎหมายอาญาต้องเป็นกฎหมายที่เกิดจากการบัญญัติ จึงเป็นหลักการที่สำคัญและมีความหนักแน่นกว่ากฎหมายอื่น

หลักความชัดเจนแน่นอนของกฎหมายอาญา กฎหมายอาญาเป็นกฎหมายที่เกิดจากการบัญญัติ แสดงให้เห็นจากบทบัญญัติมาตรา 2 แห่งประมวลกฎหมายอาญาที่ว่า “บุคคลจักต้องรับโทษทางอาญาต่อเมื่อได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้ในขณะกระทำบัญญัติเป็นความผิด และกำหนดโทษไว้...” ดังนั้น เมื่อกฎหมายอาญาเป็นกฎหมายที่เกิดจากการบัญญัติ จึงต้องบัญญัติให้ชัดเจนแน่นอนที่สุดเป็นไปตาม “หลักความชัดเจนแน่นอนของกฎหมายอาญา” (nullum crimen sine lege certa) เนื่องจากการลงโทษทางอาญาแก่บุคคลถือว่าเป็นมาตรการที่รุนแรงที่สุดของรัฐที่ใช้กับประชาชนในรัฐ รัฐจึงต้องบัญญัติกฎหมายอาญา ให้ชัดเจนแน่นอนที่สุดเท่าที่สามารถทำได้ โดยการบัญญัติกฎหมายอาญาต้องหลีกเลี่ยงการใช้ถ้อยคำที่กำกวม ไม่ชัดเจนหรือถ้อยคำที่อาจตีความได้หลายนัย ดังนั้น “หลักความชัดเจนแน่นอนของกฎหมายอาญา” ย่อมเป็นหลักประกันว่า กฎหมายอาญาที่บัญญัตินั้นตรงกับเจตจำนงของฝ่ายนิติบัญญัติอย่างแท้จริง และยังเป็นเครื่องมือป้องกันมิให้ศาลใช้อำนาจตามความรู้สึกของตน ในการตัดสินคดี อีกทั้งเพื่อสร้างความรู้สึกในทางที่ศาลยุติธรรมมีความเป็นกลาง⁴⁴

ดังนั้นคำพิพากษาในคดีอาญาจำต้องตรวจสอบได้โดยกฎหมาย หลักการนี้จึงเป็นข้อเรียกร้องของหลักนิติรัฐในส่วนของกฎหมายอาญาที่มีความสำคัญที่สุด อย่างไรก็ตาม การตีความกฎหมายอาญามีความสำคัญต่อการปรับใช้กฎหมาย การปรับใช้กฎหมายและการตีความกฎหมายจึงเป็นของคู่กันเสมอ โดย ผู้ใช้กฎหมายจะใช้กฎหมายได้ถูกต้องต่อเมื่อรู้และเข้าใจความหมายแห่งบทกฎหมาย นอกจากนั้นกฎหมายอาญาบางฐานความผิดยังขาดความชัดเจนแน่นอน อาทิเช่น กรณีเนื้อหาของบทบัญญัติความผิดฐานใช้กำลังทำร้ายไม่ถึงกับเป็นเหตุให้เกิดอันตรายแก่กาย หรือจิตใจตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 391 อันเป็นความผิดลหุโทษ กับความผิดฐานทำร้ายร่างกายจนเป็นเหตุให้ได้รับอันตรายแก่กายหรือจิตใจตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 295 อันเป็นความผิดอาญาทั่วไป ปัญหาที่เกิดขึ้นจากความผิดอาญาทั้งสองฐาน คือ ผลของการทำร้ายแค่ไหนไม่ถึงกับเป็นเหตุให้เกิดอันตรายแก่กายหรือจิตใจ และแค่ไหนถึงกับเป็นเหตุให้เกิดอันตรายแก่กายหรือจิตใจนั้นยังมีความสับสนในแง่ของกฎหมายอาญา ซึ่งเป็นปัญหาอันเกิด จากความไม่ชัดเจนแน่นอนของบทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าว

⁴⁴ สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์, ‘หลักเกณฑ์การกำหนดความผิดอาญาตามกฎหมายต่างประเทศ’ (เมษายน-มิถุนายน 2564) 2 บทบัณฑิตย 125, 142-143.

นอกจากนั้นกรณีเนื้อหาของบทบัญญัติ ความผิดฐานทำร้ายร่างกายจนได้รับอันตรายสาหัสตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 297(4) ที่ว่า “หน้าเสียโฉมอย่างติดตัว” ก็เป็นเรื่องที่มีความเป็น “อัตวิสัย” (subjectivity) เพราะการลงความเห็นว่าเป็นอันตรายสาหัสหรือไม่ กลายเป็นเรื่องความรู้สึกของแต่ละบุคคล ในการใช้ระยะห่างของสายตาที่สามารถมองเห็นได้ชัดว่า “หน้าเสียโฉมอย่างติดตัว” แล้วหรือไม่เท่านั้นซึ่งเป็นปัญหาที่เกิดจากความไม่ชัดเจนแน่นอนของบทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าว กรณีเนื้อหาของบทบัญญัตินิยามความหมายคำว่า “กระทำชำเรา” หมายความว่า กระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ โดยใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำล่วงล้ำอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปาก ผู้อื่น” จากบทนิยามความหมายของคำว่า “กระทำชำเรา” ตามที่กฎหมายบัญญัติ คำว่า “กระทำชำเรา” จึงต้องมีการ “ล่วงล้ำ” (Penetration) โดยต้องเป็นกรณีที่ “ผู้กระทำ ใช้อวัยวะเพศของตน” “ล่วงล้ำ” เท่านั้น ดังนั้นผู้กระทำชำเราด้วยตัวเองจึงต้องเป็นชายที่มีลึงค์เท่านั้น ปัญหาที่ตามมาคือ หากหญิงแปลงเพศเป็นชาย “การใช้อวัยวะเพศชายจากการแปลง เพศ” “ล่วงล้ำ” อวัยวะเพศ ทวารหนักหรือช่องปากผู้อื่น จะถือว่าเป็น “อวัยวะเพศของผู้กระทำ” ตามมาตรา 1(18) อันเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 หรือไม่ หรือจะถือว่าเป็นการใช้ “วัตถุอื่นใด” “ล่วงล้ำ” อวัยวะเพศ หรือทวารหนักของ ผู้อื่น อันเป็นความผิดฐานกระทำอนาจารตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 278 วรรคสองหรือไม่ หรือในทางกลับกัน หากหญิงบังคับให้ชายใช้อวัยวะเพศของตนล่วงล้ำอวัยวะเพศหญิง จะเป็นการ “กระทำชำเรา” ตามความหมายที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญามาตรา 1(18) หรือไม่ ผู้เขียนเห็นว่า “หลักความชัดเจนแน่นอน” เป็นหลักกฎหมายอาญาที่มีความสำคัญที่สุด ในทางกลับกันอาจกล่าวได้ว่า ความไม่ชัดเจนแน่นอนในการบัญญัติกฎหมายอาญาถือว่าเป็นอันตรายอย่างร้ายแรงอันมีผลกระทบต่อหลักประกันในกฎหมายอาญาข้อ 3 หลักการห้ามใช้กฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งลงโทษทางอาญาแก่บุคคล เป็นหลักกฎหมายอาญาที่ห้ามใช้กฎหมายอาญาที่เกินเลยขอบเขตของบทบัญญัติที่พึงหาได้จากการตีความกฎหมาย⁴⁵

การห้ามใช้กฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งลงโทษทางอาญาแก่บุคคลมีความเกี่ยวข้องกับการตีความกฎหมายอาญาอย่างใกล้ชิด หมายถึง ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 2 กฎหมายห้ามใช้บทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งกำหนด หรือขยายบทกฎหมายอาญาที่มีอยู่แล้วในทางที่เป็นโทษ รวมตลอดถึงห้ามใช้บทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในทางเพิ่มโทษทางอาญา คือ หากกรณีใดที่มีกฎหมายในส่วนที่เป็นคุณแล้ว ในกรณีนั้นก็ต้องใช้กฎหมายในส่วนที่เป็นคุณเสมอ อาทิเช่น กรณีการห้ามใช้กฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งในกรณีความผิดฐานทำให้เสียทรัพย์ตามมาตรา 358 โดยความผิดฐานทำให้เสียทรัพย์ กฎหมายมุ่งคุ้มครองการกระทำที่กระทบต่อตัวเนื้อวัตถุของ ทรัพย์นั้น ได้แก่ การทำให้เสียหาย ทำลาย ทำให้เสื่อมค่า หรือทำให้ไร้ประโยชน์ ซึ่งทรัพย์ของผู้อื่น ดังนั้น การปล่อยลมยางรถจักรยานของผู้อื่น จึงเป็นการทำให้ทรัพย์ของผู้อื่นไร้ประโยชน์ จึงเป็นความผิดฐานทำให้เสียทรัพย์ แต่ถ้าหากเอาจักรยานของผู้อื่นไปซ้อนเพื่อให้เจ้าของไม่อาจติดตามเอาทรัพย์กลับมาได้ กรณีนี้จึงไม่เป็นการทำให้เสียหาย หรือทำลาย ไม่ได้ทำให้ทรัพย์นั้นเสื่อมค่า หรือไร้ประโยชน์ เพราะการเอาทรัพย์ไปซ้อนไม่ได้เป็นการกระทำที่กระทบต่อตัวเนื้อวัตถุแห่งทรัพย์นั้น การกระทำความผิดดังกล่าวจึงไม่เป็น

⁴⁵ เฟิงอ้าง.

ความผิดฐานทำให้เสียหาย ดังนี้ หากมีการลงโทษ การชอนสิ่งของเครื่องใช้ของผู้อื่นในความผิดฐานทำให้เสียหาย ก็จะเป็นการใช้กฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งลงโทษทางอาญาแก่บุคคล ซึ่งต้องห้ามในกฎหมายอาญา หรือกรณีเรื่องการลักกระแสรไฟฟ้า เป็นความผิดฐานลักทรัพย์ จากการศึกษาพิพากษาของศาลในกรณีดังกล่าว นั้นเป็นการใช้กฎหมาย ใกล้เคียงอย่างยิ่งมาลงโทษทางอาญาแก่บุคคล ศาลจึงชอบที่จะพิพากษายกฟ้องและปล่อยให้เป็นหน้าที่ของฝ่ายนิติบัญญัติ การที่ศาลพิพากษาลงโทษจึงเป็นการใช้กฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งมาลงโทษทางอาญาแก่บุคคล อย่างไรก็ตามก็ตีกฎหมายอาญาอาจมีช่องว่างได้ เพราะ ในการบัญญัติกฎหมายนั้นฝ่ายนิติบัญญัติไม่สามารถบัญญัติให้ครอบคลุมไปได้ทั้งหมดได้เนื่องจาก สภาพสังคมและเทคโนโลยีที่เปลี่ยนแปลงไปอย่างรวดเร็ว

เมื่อกฎหมายอาญามีช่องว่าง ศาลจะต้องพิพากษายกฟ้อง และปล่อยให้เป็นหน้าที่ของฝ่ายนิติบัญญัติที่จะต้องตัดสินใจต่อไป ข้อ 4. หลักกฎหมายอาญาไม่มีผลย้อนหลัง เมื่อพิจารณาจากถ้อยคำในมาตรา 2 วรรคหนึ่งที่ว่า “กฎหมายที่ใช้ในขณะที่กระทำความผิดเป็นความผิด” แสดงให้เห็นชัดถึงข้อห้าม ย้อนหลังของกฎหมายอาญา หลักประกันข้อนี้แสดงให้เห็นถึง “หลักนิติรัฐ” “การห้ามใช้กฎหมายอาญา ย้อนหลัง” หมายความว่า ถ้าบุคคลได้กระทำการอย่างใดลงและในขณะที่กระทำนั้น การกระทำนั้นไม่มีโทษทางอาญาแล้ว ย่อมไม่อาจจะบัญญัติให้ย้อนหลังว่าการกระทำนั้นเป็นการกระทำที่ต้องรับโทษในทางอาญาได้โดยเด็ดขาด หลักกฎหมายที่ว่ากฎหมายไม่มีผลย้อนหลังนั้นไม่รวมถึงกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา โดยศาลฎีกาเคยกล่าวตรงกันว่า “หลักกฎหมายที่ว่ากฎหมายไม่มีผลย้อนหลังไม่ใช้ในกรณีที่เป็นการใช้กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา” อาทิเช่น เรื่องอายุความร้องทุกข์นั้นเป็นเงื่อนไขในการดำเนินคดี จึงเป็นกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา หากมีการออกกฎหมายขยายเวลาร้องทุกข์ออกไปจากที่เป็นอยู่ในปัจจุบัน กฎหมายนี้ย่อมย้อนหลังได้ แต่ถ้าคดีขาดอายุความไปแล้ว ก่อนกฎหมายใหม่มีผลใช้บังคับ กรณีจะไม่มีผลย้อนหลังไปขยายอายุความที่ขาดไปแล้วอีกได้ การเปลี่ยนแปลงสภาพของความผิดจากความผิดอันยอมความได้เป็นความผิดอาญาแผ่นดินก็เป็นเรื่อง ของกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา กรณีจึงมีผลย้อนหลังได้ นอกจากนี้วิธีเพื่อความปลอดภัยย้อนหลังได้เมื่อมีเหตุผลตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 12 เพื่อความปลอดภัยจึงใช้บังคับได้ทันที เพื่อให้สังคมปลอดภัยจากผู้กระทำ⁴⁶

Prof. Andrew Ashworth ได้อ้างถึง ในกฎหมายต่างประเทศมีหลักเกณฑ์การกำหนดความผิดอาญาตามภารกิจ ดังนี้ 1. ภารกิจในการกำหนดฐานความผิดอาญาไว้ล่วงหน้า 2. ภารกิจในการป้องกันการกระทำความผิด 3. ภารกิจในการทำข้อบัญญัติของรัฐมีประสิทธิภาพมากขึ้น⁴⁷

ดังนั้นแนวคิดการกำหนดความผิดทางอาญามีขึ้นเพื่ออธิบายว่าการกระทำใดควรเป็นความผิดอาญาซึ่งการกำหนดความผิดอาญามีวิวัฒนาการ ดังนี้ ช่วงแรกเริ่มจากการใช้เกณฑ์ทาง ศีลธรรม โดยกฎหมายอาญาและศีลธรรมมีความเกี่ยวข้องกันและความผิดอาญาร้ายแรง ก็ล้วนแต่ผิดศีลธรรมทั้งสิ้น กล่าวคือ การใดเป็นการผิดศีลธรรม การนั้นคือการกระทำที่ผิดกฎหมายอาญาและมีความสมควรลงโทษ ซึ่งการใช้เกณฑ์ดังกล่าวสามารถใช้ได้ดี กับสังคมพื้นฐานที่ยังไม่มีผู้คนมาก ต่อมาการใช้เกณฑ์ทางสังคมเริ่มมีบทบาทมากขึ้น

⁴⁶ เพิ่งอ้าง.

⁴⁷ เพิ่งอ้าง.

เมื่อผู้คนมากขึ้นและสังคมพัฒนาขึ้น ความจำเป็นที่ต้องออกกฎหมายอาญาเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยในสังคมจึงเกิดขึ้น ความผิดทางกฎหมายและความผิดทางศีลธรรมอาจจะไม่ได้มีความสอดคล้องกัน เช่น บางกรณีผิดกฎหมายและผิดศีลธรรม เช่น ความผิดฐานฆ่าผู้อื่น ความผิดฐานฆ่าบุพการี แต่ก็มีอีกหลายกรณีที่ถือว่าผิดศีลธรรม แต่ไม่ผิดกฎหมายอาญา เช่น การดื่มสุรา เป็นต้น หรือบางกรณีมีการกระทำบางอย่างที่ไม่ผิดศีลธรรมแต่ผิดกฎหมายอาญา เช่น ความผิดฐานพาอาวุธไปในเมือง เป็นต้น กรณีดังกล่าวนี้ศีลธรรมกับกฎหมายอาญานั้นไม่ได้สอดคล้องกันทุกกรณี ดังนั้น จะใช้ศีลธรรมเป็นเครื่องกำหนดความผิดอาญาตายตัวไม่ได้ แต่ปัจจุบันแนวคิดการกำหนดความผิดอาญาจะพิจารณาไปที่ความสงบเรียบร้อยของสังคมโดยใช้เกณฑ์ทางกฎหมาย โดยฝ่ายนิติบัญญัติจะกำหนดให้ พฤติกรรมใดเป็นความผิดอาญาและมีความสมควรลงโทษนั้น การกระทำนั้นต้องกระทบต่อ ความสงบเรียบร้อยของสังคมเป็นหลักสำคัญ อย่างไรก็ตามการกำหนดความผิดอาญาของ Herbert L. Packer ได้ให้หลักการไว้ 6 ประการในการพิจารณาว่าการกระทำเรื่องนั้นควรเป็นความผิดอาญาหรือไม่ดังนี้

1. การกระทำนั้นเป็นที่เห็นได้ชัดในหมู่ชนส่วนมากว่าเป็นการกระทำที่กระทบกระเทือนต่อสังคมและหมู่ชนส่วนมากมิได้ให้อภัยแก่การกระทำเช่นนั้น
2. ถ้าการกระทำดังกล่าวเป็นความผิดอาญาแล้ว จะไม่ขัดแย้งกับวัตถุประสงค์ของการลงโทษประการต่างๆ
3. การปราบปรามการกระทำที่เป็นความผิดทางอาญานั้นจะไม่มีผลเป็นการลดการกระทำที่สังคมเห็นว่าถูกต้องให้น้อยลงไป
4. หากเป็นความผิดอาญาแล้วจะมีการใช้บังคับกฎหมายอย่างเสมอภาคและเท่าเทียมกัน
5. การใช้กระบวนการยุติธรรมทางอาญากับการกระทำดังกล่าวจะไม่มีผลทำให้เกิดการใช้กระบวนการนั้นอย่างเกินขีดความสามารถทั้งทางด้านคุณภาพและปริมาณ
6. ไม่มีมาตรการควบคุมอย่างสมเหตุสมผลอื่นๆ แล้วนอกจากการใช้กฎหมายอาญากับกรณีที่เกิดขึ้น⁴⁸

อย่างไรก็ตามแนวคิดทางนิติเศรษฐศาสตร์ซึ่งเป็นแนวคิดใหม่ที่นำหลักพื้นฐานทางเศรษฐศาสตร์มาอธิบายว่า พฤติการณ์ใดควรเป็นความผิดอาญาโดยควรพิจารณาจากประโยชน์สังคม (social benefits) และต้นทุนสังคม (social cost) เป็นสำคัญ แนวคิดนี้สนับสนุนให้รัฐกำหนดความผิดอาญาก็ต่อเมื่อการกระทำนั้นสร้างต้นทุนให้กับสังคม คือ การกระทำนั้นก่อให้เกิดความเสียหายขึ้นกับสังคมมากกว่าสังคมได้ประโยชน์ อันจะเห็นได้ว่าหลักเกณฑ์ในการกำหนดขอบเขตของกฎหมายอาญาดังกล่าวนี้จะช่วยแก้ปัญหาการเกิดกฎหมายอาญาเพื่อ (Overcriminalization) ขึ้นได้ เพราะหากรัฐมุ่งแต่จะควบคุมความประพฤติของสมาชิกในสังคมโดยใช้กฎหมายอาญาเป็นเครื่องมือโดยไม่พิจารณาถึงประสิทธิภาพและความสามารถของกลไกของรัฐที่จะใช้

⁴⁸ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1 (พิมพ์ครั้งที่ 8, สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2546) 2-10.

บังคับกฎหมายอาญาแล้ว กฎหมายจะไร้ความหมายขาดความศักดิ์สิทธิ์ และเป็นการเปิดโอกาสให้เจ้าพนักงานของรัฐที่ประพฤติมิชอบมีโอกาสแสวงหาประโยชน์เพื่อตนเองได้

2.3.2 หลักการกำหนดโทษทางอาญา

หลักการลงโทษให้ได้สัดส่วนกับลักษณะของการกระทำความผิด แนวคิดเรื่องหลักการลงโทษที่เหมาะสมกับความผิด มีทฤษฎีที่สนับสนุนแนวคิดและหลักการนี้ ดังนี้

(1) ทฤษฎีเจตจำนงอิสระ (Free Will Theory) โดยทฤษฎีนี้มีแนวคิดว่าการพิจารณา บทลงโทษผู้กระทำความผิดควรมีความเหมาะสมกับลักษณะความผิด (Equal punishment for the same crime) คือ ต้องไม่มากจนโหดร้ายทารุณ และต้องไม่น้อยเกินไปจนทำให้ผู้กระทำความผิดคิดว่าคุ้มค่าที่จะได้ผลประโยชน์จากการประกอบอาชญากรรม ทฤษฎีนี้ถือว่ามนุษย์ทุกคนมีเจตจำนงอิสระ (Free Will) และมนุษย์ทุกคนมีอิสระในการเลือกกระทำสิ่งใดๆในสิ่งที่เห็นว่าเป็นประโยชน์มากกว่าเสียประโยชน์ เช่นเดียวกันกับการประกอบอาชญากรรม ดังนั้น หลักการกำหนดโทษทางอาญาจึงต้องพิจารณาหลักความได้สัดส่วนคือ การกำหนดโทษทางอาญาต้องได้สัดส่วนกับความร้ายแรงของอาชญากรรมนั้นด้วย

(2) ทฤษฎีอรรถประโยชน์ (Utilitarianism Theory) ทฤษฎีนี้มีแนวคิดทางจริยธรรม และสังคมว่า การออกกฎหมายต้องให้สอดคล้องกับกฎธรรมชาติโดยต้องคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของประชาชนในรัฐ ทฤษฎีนี้เชื่อว่า กฎธรรมชาติแบ่งได้ 2 อย่าง คือความพึงพอใจ (Pleasure) และความเจ็บปวด (Pain) เป็นตัวกำหนดพฤติกรรมของมนุษย์ ดังนั้น ก่อนที่มนุษย์จะตัดสินใจทำสิ่งใดต้องนำกฎธรรมชาติทั้ง 2 อย่างมาชั่งน้ำหนักก่อนเสมอ ดังนั้น ในการประกอบอาชญากรรมก็เช่นเดียวกัน ก่อนที่มนุษย์จะตัดสินใจกระทำความผิดจึงต้องชั่งน้ำหนักโดยใช้กฎธรรมชาติ 2 อย่างเสมอ และหากบุคคลนั้นชั่งน้ำหนักแล้ว ผลที่ได้รับทำให้บุคคลนั้นเกิดความพึงพอใจมากกว่า บุคคลนั้นก็เลือกที่จะประกอบอาชญากรรม จะเห็นได้ว่าทฤษฎีนี้ยึดถือ “ความสุขของคนในสังคม” เป็นเกณฑ์พื้นฐานในการตัดสินใจว่าจะอะไรควรหรือไม่ควร ซึ่งความถูกต้องของการกระทำจึงขึ้นอยู่กับแนวโน้มที่จะก่อให้เกิดความสุขของคนส่วนใหญ่ ดังนั้น หลักการกำหนดโทษทางอาญาจึงต้องมีการพิจารณาหลักความได้สัดส่วนคือ การกำหนดโทษทางอาญาต้องได้สัดส่วนกับความร้ายแรงของอาชญากรรมนั้นด้วย

(3) ทฤษฎีการข่มขู่ยับยั้ง (Deterrence Theory) ทฤษฎีนี้มีแนวคิดว่า ในการกำหนดโทษต้องให้มีความเหมาะสมกับความร้ายแรงของอาชญากรรม ทฤษฎีนี้เป็นแนวคิดของ ซีซาร์ เบ็คคาเรีย (Cesare Beccaria) และ เจอรัมี เบนธัม (Jeremy Bentham) ซึ่งเป็นผู้คิดค้นทฤษฎีการข่มขู่ยับยั้ง (Deterrence Theory) ในศตวรรษที่ 18 ทฤษฎีนี้มีวัตถุประสงค์ 2 ประการ ประการแรก เพื่อลดอาชญากรรมหรือการกระทำความผิดซ้ำ และประการที่สองเพื่อข่มขู่ไม่ให้ประชาชนเอาเยี่ยงอย่าง เพราะการลงโทษถือว่าเป็นมาตรการทางอาญาที่จำเป็น เพื่อข่มขู่ยับยั้งการกระทำความผิดให้ผู้อื่นเกิดความเกรงกลัวไม่กล้าเอาเยี่ยงอย่างและ เพื่อป้องกันการกระทำความผิดซ้ำซึ่งเป็นวัตถุประสงค์หนึ่งของการลงโทษในปัจจุบัน ดังนั้น อาจกล่าวโดยสรุปได้ว่า เมื่อฝ่ายนิติบัญญัติกำหนดให้การกระทำใดเป็นความผิดแล้วจะต้อง บัญญัติบทระวางโทษทางอาญาไว้ด้วย โดยการกำหนดโทษทางอาญาควรเป็นไปตามหลักความยุติธรรมได้สัดส่วน

(Proportional Justice) ซึ่งหมายความว่า โทษทางอาญาต้องได้สัดส่วน (Proportion) กับความร้ายแรงของความผิดนั้น (Severity of the crime) ดังนั้น ในการกำหนดโทษจึงต้องคำนึงถึงฐานความผิดซึ่งพิจารณาในด้านภาวะวิสัย (Objective) เป็นหลัก⁴⁹

หลักความได้สัดส่วนในการลงโทษ (Principle of proportionality) เป็นแนวคิดของความได้สัดส่วนในการลงโทษ และการพิจารณาขนาดของความเสียหายต่อสังคมกับการกำหนดขนาดบทลงโทษทางอาญา ซึ่งเป็นแนวคิดที่ว่า “อาชกรควรได้รับการลงโทษเสมือนกับความเสียหายที่ได้ก่อให้เกิดขึ้นกับผู้เสียหาย” หลักการดังกล่าวนำมาใช้เป็นจุดเริ่มต้นของแนวคิดการกำหนดสัดส่วนการลงโทษผู้กระทำความผิดให้เหมาะสมกับความเสียหายที่ผู้กระทำความผิดก่อขึ้นนั่นเอง⁵⁰

หลักการลงโทษให้ได้สัดส่วนเหมาะสมกับผู้กระทำความผิด (Individualization of punishment) หลักการลงโทษให้ได้สัดส่วนเหมาะสมกับผู้กระทำความผิด หลักการนี้ คือ การลงโทษต้องให้เหมาะสมกับตัวผู้กระทำความผิดเป็นรายบุคคล (Individualization of punishment) ไม่ใช่ลงโทษโดยตัดเทียบกันตามลักษณะของการกระทำความผิดนั้น (Punishment to fit the criminal) เนื่องจากต้องพิจารณาถึงความเป็นจริงที่ว่ามนุษย์ทุกคนมีความสามารถรู้ผิดชอบไม่เท่าเทียมกัน หรืออาจมีความแตกต่างจากบุคคลทั่วไป จึงไม่สามารถกำหนดเจตจำนงอิสระได้ตัดเทียบกันกับบุคคลอื่น อาทิเช่น เด็กที่มีอายุน้อย ผู้มีจิตบกพร่อง จิตฟั่นเฟือน เป็นต้น บุคคลเหล่านี้เป็นบุคคลที่อ่อนแอเพราะบางที่รัฐควรเข้ามาปกป้องเป็นพิเศษ จึงควรได้รับการ ลดโทษหรือยกเว้นโทษแล้วแต่กรณี จะเห็นได้ว่า แนวความคิดนี้มุ่งเน้นที่ตัวผู้กระทำความผิดโดยตรง แนวคิดเรื่องหลักการลงโทษที่เหมาะสมกับผู้กระทำความผิด มีทฤษฎีที่สนับสนุน แนวคิดและหลักการนี้ ดังนี้

1. ทฤษฎีเจตจำนงประสงค์ (Determinism Theory) ทฤษฎีเจตจำนงประสงค์ เป็นแนวคิดนิตินิยมของสำนักอาชญาวิทยาปฏิฐานนิยม (Positive School) แนวความคิดนี้เกิดขึ้น ปลายศตวรรษที่ 19 โดยแนวคิดนิตินิยมมักจะถูกนำมาเปรียบเทียบกับแนวคิดที่ตรงกันข้ามกับแนวคิดเรื่องเจตจำนงอิสระ (Free Will) แนวความคิดนิตินิยมไม่เห็นด้วย การกำหนดโทษสำหรับผู้กระทำความผิดโดยใช้เกณฑ์เดียวกัน เนื่องจากมนุษย์ทุกคนต่างอยู่ภายใต้อิทธิพลของสิ่งแวดล้อมภายนอกจึงทำให้มนุษย์ขาดเจตจำนงอิสระในการตัดสินใจเลือกกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งได้อย่างเสรี ซึ่งอาจนำไปสู่พฤติกรรมที่เบี่ยงเบนหรือต้องกระทำด้วยความจำเป็นหรือ กระทำความผิดได้ ดังนั้น การกระทำความผิดของมนุษย์ที่ขาดเจตจำนงอิสระ สังคมควรเข้ามามีส่วนรับผิดชอบต่อผู้กระทำความผิดนั้นด้วย

⁴⁹ อัจฉริยา ชูตินันท์, ‘หลักการกำหนดความผิดอาญาและ หลักการกำหนดโทษอาญาในการตรากฎหมาย’ (กรกฎาคม-กันยายน 2564) 3 วารสารสุทธิปริทัศน์ 21, 36-38.

⁵⁰ สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล และปกป้อง ศรีสนิท, ‘การศึกษาเพื่อพัฒนาแนวทางการลงโทษ: หลักการลงโทษที่ได้สัดส่วนกรณีคดียาเสพติด’ (ธันวาคม 2560) 4 วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 907 <<https://shorturl.asia/IWlg7>> สืบค้นเมื่อ 20 กันยายน 2565.

2. ทฤษฎีความชั่ว (nulla poena sine culpa) ทฤษฎีความชั่ว หรือเรียกว่า “หลักไม่มีโทษ โดยไม่มี ความชั่ว” หลักกฎหมายอาญาดังกล่าวนี้ในภาษาลาตินเรียกว่า “nulla poena sine culpa” และเป็น หลักกฎหมายอาญาที่ปรากฏในประมวลกฎหมายอาญาของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีและประเทศออสเตรีย โดยหลักกฎหมายอาญานี้ถือว่า “ความชั่ว” เป็นพื้นฐานในการลงโทษ ความชั่ว (Schuld) ในประมวลกฎหมาย อาญาเป็นเรื่องความคิดของนักกฎหมายเยอรมัน ศาสตราจารย์ ดร. หยุด แสงอุทัย เป็นนักนิติศาสตร์ไทยคน แรกที่กล่าวถึงความชั่วในกฎหมายอาญา โดยศาสตราจารย์ ดร. หยุด แสงอุทัย ได้กล่าวถึงเหตุที่กฎหมาย ยกเว้นโทษให้ ทำให้การกระทำนั้นไม่เป็นการชั่วร้าย อาทิเช่น การที่ผู้กระทำความผิดได้กระทำลงโดยถูกบังคับ ชูเชิญให้กระทำ ผู้กระทำความผิดนั้นได้กระทำด้วยความจำเป็น หรือผู้กระทำความผิดได้กระทำตามคำสั่งโดย เชื่อว่าเป็นคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมายเป็นต้น อย่างไรก็ตาม ประมวลกฎหมายอาญาของไทยแม้จะไม่ได้บัญญัติ หลักการดังกล่าวไว้โดยตรงก็ตาม แต่ในประมวลกฎหมายอาญาของไทย เป็นกฎหมายที่ตั้งอยู่บนพื้นฐานของ ความชั่ว ซึ่งพิจารณาจากประมวลกฎหมายอาญาฉบับแรกของไทย คือ กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 มาตรา 56 บัญญัติว่า “ถ้าเด็กอายุไม่ถึงเจ็ดขวบกระทำความผิด ท่านว่ามันยังมีรู้ผิดและชอบอย่าให้ลงอาญา แก่มันเลย”

ดังนั้นประมวลกฎหมายอาญาฉบับแรกของไทยได้กล่าวถึง “ความไม่รู้ผิดและชอบ” ซึ่งประมวล กฎหมาย อาญาฉบับปัจจุบันก็ได้กล่าวถึงเรื่องนี้ไว้เช่นเดียวกัน โดยเรียกว่า “ความไม่รู้ผิดชอบ” ซึ่งเป็นข้อ สาระสำคัญของ “ความชั่ว” หรือ “ความชั่วร้าย” ประมวลกฎหมายอาญาของไทยในปัจจุบันแสดงให้เห็นว่า บทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญาตั้งอยู่บนพื้นฐานของความชั่วปรากฏในมาตรา 73 และมาตรา 74 เป็น บทบัญญัติที่กำหนดความสามารถทำชั่วโดยพิจารณาที่อายุขณะกระทำความผิดตามกฎหมาย เพราะเป็นเด็ก หรือเยาวชน และมาตรา 65 เป็นบทบัญญัติ ที่กำหนดความสามารถทำชั่วโดยพิจารณาที่ความสมบูรณ์ของจิต โดยกฎหมายจะไม่ลงโทษผู้วิกลจริตเพราะเป็นบุคคลที่ปราศจากความชั่ว อย่างไรก็ตาม หลักไม่มีโทษโดยไม่มี ความ ชั่ว (nulla poena sine culpa) ยังรวมถึงจะลงโทษบุคคลเกินกว่าความชั่วของบุคคลนั้นไม่ได้ เป็นหลัก เดียวกันกับ “หลักการลงโทษให้เหมาะสมกับผู้กระทำความผิดเป็นรายบุคคล” (Individualization of Punishment) อาทิเช่น มาตรา 75 มาตรา 76 และมาตรา 65 วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายอาญาของไทย สรุปได้ว่า “หลักไม่มีโทษ โดยไม่มี ความชั่ว” (nulla poena sine culpa) มีสาระสำคัญ 2 ประการดังนี้ คือ ประการแรก หลักนี้จะไม่ลงโทษบุคคลโดยปราศจากความชั่ว (Schuld) คือจะลงโทษบุคคลที่ขาดความรู้ผิด ชอบไม่ได้ ประการที่สอง หลักนี้จะลงโทษบุคคลไม่เกินความชั่ว (Schuld) คือ เกินกว่าความรู้ผิดชอบของ บุคคลนั้นไม่ได้⁵¹

หลักการปรับใช้โทษให้เหมาะสมกับผู้กระทำความผิดแต่ละคน (Individualization) คือ หลักการสำคัญของกฎหมายอาญา โดยผลของหลักการนี้ ศาลจะต้องคำนึงถึงเหตุภาวะวิสัยประกอบกับเหตุ อัจฉริยะ ก่อนที่จะกำหนดบทลงโทษให้ผู้กระทำความผิดแต่ละคนโดยนำมาปรับใช้คือ การกำหนดบทลงโทษใน กฎหมาย การใช้ดุลพินิจของศาลในการลงโทษ และการปรับใช้โทษให้เหมาะสมกับผู้กระทำความผิดในระหว่าง

⁵¹ อัจฉริยะ ชูตินันท์ (เชิงอรรถ 49) 36-38.

บังคับโทษ ผู้ที่กระทำความผิดอุกฉกรรจ์ที่ใช้ความรุนแรงที่พ้นโทษออกจากเรือนจำแล้วบางรายอาจจะถูกมาตรการเข้มข้นในการเฝ้าระวังไม่ให้ทำผิดซ้ำ แต่บางรายอาจจะไม่ต้องถูกมาตรการใดเลยในการควบคุม เพราะศาลจะคำนึงถึงปัจจัยที่เป็นความเสี่ยงในการกระทำความผิดซ้ำ ซึ่งไม่เหมือนกันในแต่ละรายตามหลักการปรับใช้โทษให้เหมาะสมกับผู้กระทำความผิดแต่ละคน⁵²

นอกจากนั้นหลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ ให้พิจารณาจากหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้ ลำดับแรกต้องพิจารณาก่อนว่าประเภทของสิทธิขั้นพื้นฐานอะไรของปัจเจกชนที่ถูกกระทบหลังจากนั้นจึงพิจารณาถึงประโยชน์ที่สังคมจะได้รับจากบทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าวและผลกระทบที่จะเกิดขึ้นกับปัจเจกชนแต่ละคน และลำดับสุดท้ายเป็นการชั่งน้ำหนักประโยชน์ระหว่างประโยชน์ของปัจเจกชนที่ถูกกระทบกับประโยชน์ที่สังคมจะได้รับว่าได้สัดส่วนกันหรือไม่ โดยถือว่าเป็นกรณีที่กฎหมายหมกความจำเป็น เมื่อประโยชน์ที่สังคมได้รับมีมากกว่าประโยชน์ที่ประชาชนต้องสูญเสียไปอย่างมาก ในลำดับถัดไปจะได้อธิบายหลักเกณฑ์แต่ละข้อเรียงตามลำดับกันไป

ประเภทของสิทธิขั้นพื้นฐานของปัจเจกชนที่ถูกกระทบหมายความว่า สิทธิเสรีภาพที่บุคคลได้รับการรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2560 ไม่ว่าจะเป็นกรณีที่รัฐธรรมนูญกำหนดสิทธิขั้นพื้นฐานดังกล่าวไว้เป็นการเฉพาะ เช่นหลักความเสมอภาคตามมาตรา 27 สิทธิในชีวิตและร่างกาย ตามมาตรา 28 เสรีภาพในการนับถือศาสนา ตามมาตรา 31 เป็นต้น เท่าที่ไม่เป็นการกระทบกระเทือน หรือเป็นอันตรายต่อความมั่นคงของรัฐ ความสงบเรียบร้อย ศีลธรรมอันดีของประชาชน และไม่ละเมิดสิทธิ์หรือเสรีภาพของบุคคลอื่น บุคคลที่ได้รับการคุ้มครองจากสิทธิขั้นพื้นฐานดังกล่าว หมายถึงทุกคนไม่ว่าจะเป็นบุคคลธรรมดา นิติบุคคล ดังนั้นทุกคนจึงมีสิทธิ์ที่จะพัฒนาบุคลิกภาพส่วนตัวของตนเองได้อย่างอิสระจากการให้คำนิยามดังกล่าว นักกฎหมายเยอรมันจึงจัดให้สิทธิขั้นพื้นฐานดังกล่าวมีฐานะในระดับของสิทธิมนุษยชน⁵³

2.4 เงื่อนไขกับการทำแท้งที่ไม่ผิดกฎหมายอาญา

การยุติการตั้งครรภ์โดยชอบด้วยกฎหมายภายใต้เงื่อนไขของอายุครรภ์ต้องไม่เกิน 12 สัปดาห์ อันเป็นการคุ้มครองสิทธิของหญิงตั้งครรภ์ที่มีอยู่ก่อนทารกในครรภ์อย่างได้สัดส่วน โดยมีการกำหนดผู้ที่ลงมือยุติการตั้งครรภ์ไว้ในมาตรา 305 ภายใต้เงื่อนไขอนุ 1 ถึงอนุ 5 อย่างไรก็ตามมาตรา 305 อนุ 4 ยังกงขาตความชัดเจนในเหตุผลที่จะยุติการตั้งครรภ์ ดังนั้นจึงควรกำหนดเงื่อนไขในการยุติการตั้งครรภ์อันเป็นการยับยั้ง

⁵² ปกป้อง ศรีสนิท, ‘แนวทางการปรับปรุงกฎหมายเพื่อป้องกันอันตรายจากผู้กระทำความผิดหรือผู้พ้นโทษที่มีพฤติกรรมเป็นภัยต่อสังคมระยะที่ 1’ (2564) 4 วารสารนิติศาสตร์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ <<https://shorturl.asia/QxA20>> สืบค้นเมื่อ 25 กรกฎาคม 2565.

⁵³ สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์, ‘หลักเกณฑ์ในการพิจารณาว่ากฎหมายหมกความจำเป็นตามพระราชบัญญัติหลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมาย และการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย พ.ศ. 2562’ (กันยายน - ธันวาคม 2565) 3 ตุลาคม 18, 29-30.

การยุติการตั้งครรภ์ซ้ำซ้อนในระยะเวลาอันสั้น ส่งผลกระทบต่อสภาพร่างกายของหญิงตั้งครรภ์แทนที่จะเป็นการคุ้มครองสิทธิอันจะได้ทำการศึกษาต่อไป

2.4.1 เจ็บใจและขั้นตอนในการทำแท้ง

เจ็บใจเกี่ยวกับการทำแท้งจากการตั้งครรภ์ของหญิงที่ไม่พึงประสงค์แยกออกได้หลายมิติ ซึ่งพิจารณาตามความสำคัญในแต่ละด้านอันประกอบไปด้วย ด้านการแพทย์ ด้านสังคม ด้านเศรษฐกิจ ดังนี้

1. เจ็บใจด้านการแพทย์ ได้แก่ สาเหตุทางด้านสุขภาพของหญิงซึ่งตั้งครรภ์ และสุขภาพของทารกในครรภ์ ซึ่งสุขภาพของหญิงตั้งครรภ์ ได้แก่ กรณีที่หากปล่อยให้หญิงตั้งครรภ์ต่อไปจะเป็นอันตรายต่อชีวิตและร่างกายของตน เช่น เป็นหัดเยอรมัน โรคหัวใจ โรคติดต่อทางพันธุกรรม ติดเชื้อเอชไอวี ส่วนกรณีของสุขภาพของทารกในครรภ์ ได้แก่ กรณีที่ตรวจพบว่าทารกในครรภ์มีความพิการรุนแรง หรือผิดปกติทางโครโมโซม ซึ่งการตั้งครรภ์ในระหว่างที่มีปัญหาดังกล่าวอาจเป็นสาเหตุให้การตั้งครรภ์นั้นเป็นการตั้งครรภ์ที่ไม่พึงประสงค์ได้

2. เจ็บใจด้านสังคม ปัญหาทางสังคมที่ทำให้เกิดการตั้งครรภ์ไม่พึงประสงค์ ได้แก่ การตั้งครรภ์ที่เกิดจากการถูกข่มขืนกระทำชำเรา การมีเพศสัมพันธ์กับบุคคลร่วมสายโลหิต (Incest) การตั้งครรภ์ในวัยเรียน การตั้งครรภ์ก่อนสมรส นอกจากนี้เจ็บใจทางด้านสังคมยังรวมถึงสถานภาพการสมรสของหญิงซึ่งตั้งครรภ์ด้วย เพราะหญิงซึ่งมีสถานภาพ โสด หย่า ม่าย หรือแยกกันอยู่กับสามี หญิงซึ่งมีเพศสัมพันธ์กับคู่อีก หญิงซึ่งเป็นเมียชู้ หรือหญิงที่สมรสแล้วแต่มีเพศสัมพันธ์กับชายอื่นที่ไม่ใช่สามี หากเกิดการตั้งครรภ์เกิดขึ้นมักจะไม่เป็นที่ยอมรับจากครอบครัว และสังคม และหากหญิงเหล่านี้เกิดการตั้งครรภ์ขึ้น การตั้งครรภ์ดังกล่าวก็จะเป็นการตั้งครรภ์ที่ไม่พึงประสงค์

3. เจ็บใจด้านเศรษฐกิจ ได้แก่ กรณีที่การตั้งครรภ์นั้นเป็นอุปสรรคต่อการประกอบอาชีพทางอาชีพ (เช่น หญิงอาชีพพิเศษ หรือ พนักงานบริการบนเครื่องบิน ดารา นักร้อง) หรือหญิงซึ่งตั้งครรภ์ไม่ว่าจะเป็นการตั้งครรภ์ในหรือนอกสมรสนั้นมีรายได้หรือฐานะทางเศรษฐกิจไม่ดี ทำให้ต้องเผชิญกับปัญหาเกี่ยวกับค่าใช้จ่ายที่จะต้องเลี้ยงดูบุตรที่จะคลอดออกมา หรือหญิงที่สมรสและมีบุตรที่ตนเองว่าเพียงพอแล้ว แต่เกิดการตั้งครรภ์ขึ้นอีก ดังนั้นเมื่อหญิงเหล่านี้เกิดการตั้งครรภ์ขึ้น ก็อาจทำให้การตั้งครรภ์นั้นกลายเป็นการตั้งครรภ์ที่ไม่พึงประสงค์

กล่าวโดยสรุป เจ็บใจที่ทำให้การตั้งครรภ์ของหญิงกลายเป็นการตั้งครรภ์ไม่พึงประสงค์หลายประการ มีพื้นฐานมาจากการที่สังคมไทยมีค่านิยม และบรรทัดฐานทางสังคม ที่กำหนดระเบียบต่างๆ ขึ้นมาควบคุมพฤติกรรมทางเพศระหว่างชายและหญิงซึ่งไม่เท่าเทียมกัน โดยเข้มงวดกวดขันพฤติกรรมทางเพศของหญิงมากกว่าชาย ซึ่งเป็นสาเหตุสำคัญที่ทำให้ผู้หญิงขาดความรู้เกี่ยวกับวิธีการคุมกำเนิดที่มีประสิทธิภาพ ขาดความรู้ความเข้าใจเกี่ยวกับเรื่องเพศที่ถูกต้อง จึงทำให้ผู้หญิงขาดความสามารถในการควบคุมภาวะเจริญพันธุ์ของตนเองได้อย่างสมบูรณ์ และมีเพศสัมพันธ์โดยรู้เท่าไม่ถึงการณ์ เพราะไว้วางใจและผู้ชายที่ใกล้ชิดมากเกินไป ส่งผลให้เกิดโอกาสที่จะมีเพศสัมพันธ์โดยไม่ได้ตั้งใจ หรือขาดการฉวยฉวยหน้า และการถูกล่อลวงข่มขืน

ประกอบกับฝ่ายชายขาดความรับผิดชอบในการคุมกำเนิดอย่างจริงจัง ซึ่งเงื่อนไขต่างๆเหล่านี้ทำให้ผู้หญิงเกิดการตั้งครรภ์ขึ้นทั้งๆที่ไม่ต้องการจะให้มีการตั้งครรภ์⁵⁴

ขั้นตอนในการทำแท้งตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบันอันส่งผลถึงสภาพร่างกายและจิตใจของผู้หญิงแต่เพียงฝ่ายเดียว โดยมีรูปแบบดังต่อไปนี้

1. วิธีการทำแท้งด้วยยา สามารถทำได้ในการตั้งครรภ์ระยะแรกอายุครรภ์ประมาณ 7-9 สัปดาห์ “ยาทำแท้ง” หมายถึงการใช้ยาสองชนิดเพื่อยุติการตั้งครรภ์: ได้แก่ ยาไมเฟพริสโตนก่อนเพื่อป้องกันฮอร์โมนโปรเจสเตอโรนและหยุดการตั้งครรภ์ไม่ให้โต โดยไมโซพรอสทอลจะถูกถ่ายทันทีหรือนานถึง 48 ชั่วโมงต่อมาซึ่งทำให้เป็นตะคริวและมีเลือดออกเพื่อทำให้มดลูกว่างเปล่า

2. การขูดมดลูก สามารถทำได้ในการตั้งครรภ์ระยะแรก อายุครรภ์ 6 ถึง 14 สัปดาห์ ปากมดลูกจะขยายออกและสอดท่อที่ติดกับเครื่องดูดเข้าไปในโพรงมดลูกเพื่อระบายออกโดยการดูด หลังจากนั้นใช้เครื่องมือที่เรียกว่า "curette" เพื่อขูดผนังมดลูกเพื่อขจัดผลิตภัณฑ์ใด ๆ ของการตั้งครรภ์ (ทารกในครรภ์และหลังคลอด) ที่หลงเหลืออยู่

3. การดูดทารกออกจากมดลูก สามารถทำได้ในการตั้งครรภ์ระยะแรก อายุครรภ์ 12 ถึง 24 สัปดาห์ วิธีที่ใช้บ่อยที่สุดหลังตั้งครรภ์ 12 สัปดาห์ ปากมดลูกจะค่อยๆ ยืดออกและเปิดออกเป็นเวลาหลายชั่วโมง เมื่อเปิดออกแล้วจะใส่เครื่องมือและท่อดูดเข้าไปในมดลูกเพื่อกำจัดผลิตภัณฑ์ของการตั้งครรภ์

4. การผ่าตัดมดลูก / การผ่าตัดคลอด ดำเนินการในการตั้งครรภ์ขั้นสูง — หลังจากตั้งครรภ์ 24 สัปดาห์ ใช้ในบางกรณีเมื่อการเหนี่ยวนำล้มเหลวหรือไม่สามารถใช้ได้ ซึ่งวิธีการผ่าตัดมดลูกเพื่อตัดเปิดมดลูกขั้นตอนคล้ายกับการผ่าตัดคลอด⁵⁵

ผศ.นพ.ธนพันธ์ อธิบายว่า ในอดีตการทำแท้งคือแพทย์จะใช้เหล็กขูดมดลูก ซึ่งอาจเกิดความบาดเจ็บเสียหาย มดลูกทะลุ บางครั้งยังกวาดเอาไข่ออกมาในทางช่องคลอด เมื่อมาถึงจุดหนึ่งก็มีการใช้ยาฉีดไปในโพรงมดลูกให้เกิดการตายของตัวอ่อนก่อน เมื่อมีการตายเกิดขึ้นก็จะมีสารหลังออกมา มดลูกจะบีบตัว มีการให้ยาทางหลอดเลือด และบีบเอาเด็กออกมาซึ่งจะเหมือนการคลอด

ในปีพ.ศ. 2538-2539 เริ่มพบว่ามียา Cytotec ซึ่งมีการขึ้นทะเบียนเป็นยารักษาโรคระเพาะ แต่มีผลให้เกิดการแท้งได้ และในปัจจุบันมีอีกหนึ่งชนิดเป็นยากิน ร่วมกับ Cytotec ยาชนิดนี้ทำให้เกิดการแท้งได้ง่ายก่อนอายุครรภ์ 9 สัปดาห์ได้ง่ายกว่า ฉะนั้นการแท้งจึงเกิดขึ้นเองจากการใช้ยา 98% โดยที่ไม่ต้องพบแพทย์ ซึ่งง่าย ปลอดภัย และผู้หญิงสามารถดำเนินการด้วยตัวเองได้ รวมถึงภาครัฐมีการส่งเสริมให้สถานบริการสามารถจ่ายยาให้แก่ผู้ตั้งครรภ์โดยไม่ต้องเสียค่าใช้จ่าย ให้การลดการทำแท้งเถื่อน ซึ่งมีโอกาสเกิดภาวะแทรกซ้อนต่างๆ และจำเป็นต้องมีค่าใช้จ่ายเกิดขึ้นอย่างมาก⁵⁶

⁵⁴ วิกิพจนานุกรม (เชิงอรรถ 34) 28-29.

⁵⁵ John P. Cunha, 'What Is Abortion According to WHO?' (eMedicineHealth, 27 August 2021) <<https://shorturl.asia/6rjel>> accessed 25 July 2022.

⁵⁶ ญัฐชลภัณ หอมแก้ว (เชิงอรรถ 13).

จากบทบัญญัติความผิดฐานทำให้แท้งลูกดังกล่าวสามารถเปรียบเทียบการแก้ไขเพิ่มเติม ทั้งฉบับที่ 27 และฉบับที่ 28 ได้ดังนี้ 1. เหตุยกเว้นให้หญิงสามารถทำแท้งได้โดยไม่มี ความผิด ที่มีบัญญัติอยู่ทั้งในการแก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ 27 และฉบับที่ 28 คือ 1.1 จำเป็นต้องกระทำเนื่องจากหญิงตั้งครรภ์ต่อไปจะเสี่ยงต่อการได้รับ อันตรายต่อสุขภาพทางกายหรือทางจิตใจของหญิงนั้น 1.2 หญิงมีครรภ์เนื่องจากการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศ 2. เหตุยกเว้นให้หญิงสามารถทำแท้งได้โดยไม่มี ความผิด ที่มี การแก้ไขเพิ่มเติมใน ประมวลกฎหมายอาญา ฉบับที่ 28 คือ 2.1 หญิงที่อายุครรภ์ไม่เกิน 12 สัปดาห์ ยืนยันที่จะทำแท้ง (มาตรา 301, มาตรา 305 (4)) 2.2 มีความเสี่ยงที่ทารกคลอดออกมาจะมีความผิดปกติถึงขนาดทุพพลภาพอย่างร้ายแรง (มาตรา 305 (2)) 2.3 อายุครรภ์เกิน 12 แต่ไม่เกิน 20 สัปดาห์ ยืนยันจะทำแท้ง โดยตรวจและรับคำปรึกษาทางเลือกตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด (มาตรา 305 (5)) ทั้งนี้ เมื่อเปรียบเทียบถึงบทลงโทษสำหรับความผิดฐานทำให้ตนเองแท้งหรือยินยอมให้ผู้อื่นทำให้ตนเองแท้งลูก ตามประมวลกฎหมายอาญาฉบับเดิม และภายหลังมีการแก้ไขประมวล กฎหมายอาญา ฉบับที่ 28 จะเห็นได้ว่า การแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญาฉบับที่ 28 มีการปรับบทลงโทษให้มilderโทษน้อยกว่าฉบับเดิม ดังนี้

ประมวลกฎหมายอาญาฉบับเดิม กำหนดอัตราโทษสำหรับการทำแท้งโดยไม่เข้าเหตุยกเว้นตามกฎหมายนั้น มีอัตราโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ แต่ปรากฏว่า ภายหลังการแก้ไข มีการปรับลดบทลงโทษลง คือ ให้จำคุกไม่เกินหกเดือน หรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ ในส่วนกรณีตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 301 ซึ่งวางหลักว่าหญิงที่อายุครรภ์ไม่เกิน 12 สัปดาห์ หรือ ไม่เกิน 3 เดือน สามารถทำแท้งได้หรือ สามารถให้ความยินยอมให้ผู้อื่นทำให้ตนเองแท้งลูกได้ โดยหญิงผู้มีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา แต่ผู้ที่ทำให้หญิงแท้งลูกโดยหญิงนั้นยินยอมยังคงมีความผิดอยู่ ตามมาตรา 302 และกรณีมาตรา 305 (2) ให้อำนาจหญิงที่จะยุติการตั้งครรภ์เพียงเพราะมีความเสี่ยงอย่างมากที่เด็กจะเกิดมาทุพพลภาพ (4) วางหลักว่ากรณีหญิงซึ่งมีอายุครรภ์ไม่เกิน 12 สัปดาห์ ยืนยันที่จะยุติการตั้งครรภ์ ส่วน (5) วางหลักว่าหญิงซึ่งมีอายุครรภ์เกิน 12 สัปดาห์ (3 เดือน) แต่ไม่เกิน 20 สัปดาห์ (5 เดือน) ยืนยันที่จะยุติการตั้งครรภ์ภายหลังการตรวจและรับคำปรึกษาทางเลือกจากผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม และผู้ประกอบวิชาชีพอื่นตามหลักเกณฑ์ และวิธีการที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุขประกาศกำหนด โดยคำแนะนำของแพทย์สภาและหน่วยงานที่เกี่ยวข้องตามกฎหมายว่าด้วยการป้องกันและแก้ไขปัญหาค่าการตั้งครรภ์ในวัยรุ่น

ทั้งนี้ การแก้ไขประมวลกฎหมายอาญาในความผิดฐานทำให้แท้งลูก ฉบับที่ 28 ตามมาตรา 301 เป็นหลักเกณฑ์ที่ทำให้หญิงทำแท้งได้โดยไม่มี ความผิด และมาตรา 305 เป็นหลักเกณฑ์ที่กฎหมายสร้างเหตุยกเว้นความผิดเพิ่มขึ้นจากที่บัญญัติอยู่เดิม ยิ่งเป็นภาพสะท้อนให้เห็นว่ากฎหมายในปัจจุบันมุ่งที่จะตอบสนองวิถีชีวิตของคนในสังคมปัจจุบัน โดยละทิ้งศีลธรรม วัฒนธรรมอันดีงามของสังคมไทยไว้เป็นเบื้องหลัง ซึ่งแท้จริงแล้วกฎหมายควรบัญญัติขึ้นตามหลักศีลธรรมเพราะกฎหมายเป็นกฎเกณฑ์ที่ควบคุมพฤติกรรมของมนุษย์ทุกคนในสังคมเดียวกันให้อยู่อย่างสงบสุข⁵⁷

⁵⁷ ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ (เชิงอรรถ 33) 491-492.

ในประมวลกฎหมายอาญาประกาศใช้ปลายปีพุทธศักราช 2499 มีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม พ.ศ. 2500 รวมบทบัญญัติเกี่ยวกับความผิดฐานทำแท้งลูกมีทั้งหมด 5 มาตรา คือ มาตรา 301-305 ซึ่งบทบัญญัตินี้มีความแตกต่างเพียงเล็กน้อยกับความผิดฐานทำแท้งลูกแห่งกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 กล่าวคือ หลักในประมวลกฎหมายอาญานั้น ผู้ใดจะทำให้เกิดการแท้งลูกมิได้ เว้นแต่จะทำได้ด้วยเหตุผลการแพทย์ (จำเป็นเพื่อสุขภาพของหญิง) หรือด้วยเหตุผลทางกฎหมาย (การตั้งครรภ์ของหญิงที่เกิดจากความผิดทางเพศ) และกฎหมายไม่ลงโทษฐานพยายามทำแท้งในกรณีหญิงทำให้ตนเองแท้งลูก หรือในกรณีที่หญิงยินยอมให้คนอื่นทำให้ตนเองแท้งลูก หรือในกรณีที่มีการทำแท้งด้วยความยินยอมของหญิงและผลของการกระทำไม่ทำให้หญิงได้รับอันตรายสาหัสอย่างอื่นหรือไม่ทำให้หญิงถึงแก่ความตาย

จากการศึกษาข้างต้น ทำให้สามารถเข้าใจสภาพการณ์ของการประกาศใช้กฎหมายว่าด้วยความผิดฐานทำแท้งลูกได้ชัดเจนว่าแต่เดิมไม่มีบทบัญญัติในเรื่องนี้ชัดเจนเพียงพอ แต่ก็พอจะเทียบเคียงในมาตราอื่นเพื่อลงโทษความผิดฐานทำแท้งลูกได้ ต่อมากฎหมายเริ่มชัดเจนขึ้นตั้งแต่ร่างพระราชบัญญัติฯ (ร.ศ. 115) โดยวางหลักเกณฑ์ลงโทษบุคคลใดผู้ทำให้หญิงแท้งลูก เพื่อเป็นการคุ้มครองชีวิตในครรภ์โทษกำหนดแก่ผู้กระทำ คือ จำคุกสถานเดียว ซึ่งถือได้ว่าเป็นบทลงโทษค่อนข้างรุนแรง ทั้งนี้เจตนารมณ์ของกฎหมายมุ่งที่จะคุ้มครองชีวิตในครรภ์ เพราะเห็นถึงความสำคัญของชีวิตที่กำลังจะเกิดมา ในร่างพระราชกำหนดฯ (ร.ศ. 118) ก็เช่นเดียวกัน มีบทบัญญัติลงโทษในเรื่องนี้เหมือนกับร่างพระราชบัญญัติ (ร.ศ. 115) ต่อมาเนื่องจากเหตุผลหลายประการดังกล่าว จึงได้คลายความเข้มงวดดังจะเห็นได้จากร่างพระราชกำหนดฯ (ร.ศ. 118) มีบทกำหนดโทษแก่ผู้กระทำผิดฐานทำแท้งหลายสถาน ตั้งแต่ให้ทำการหนัก ปรับ จำ จำคุก ทั้งยังได้แบ่งระยะเวลาการลงโทษ คือความผิดฐานทำแท้งก่อนเด็กตื่นได้ โทษจะเบากว่าความผิดฐานทำแท้งหลังจากเด็กตื่นได้ หลังจากนั้นไม่ลงโทษความผิดฐานพยายามทำแท้งที่เกิดขึ้นด้วยความยินยอมของหญิง ในกฎหมายลักษณะอาญา (ร.ศ. 127) ในขณะที่แต่เดิมร่างพระราชกำหนดฯ (ร.ศ. 118) ลงโทษผู้ที่ทำให้เด็กคลอดก่อนกำหนด และต่อมาตายภายหลังคลอด เป็นความผิดฐานพยายามกระทำแท้งอย่างเดียวกันกับผู้กระทำให้หญิงมีครรภ์แท้งลูก ถือได้ว่ากฎหมายได้ผ่อนคลายนัยความเข้มงวดไปกว่าแต่ก่อนตามกาลเวลาและตามสภาพของสังคมที่ได้แปรเปลี่ยนไป แต่หลักของการคุ้มครองชีวิตในครรภ์ก็มีใช้ว่าจะถูกลบเลื่อนไป การทำแท้งยังเป็นความผิดที่ได้รับการยืนยันตลอดเวลา จนกระทั่งในปัจจุบันจะเห็นได้ในมาตรา 301-303 ในประมวลกฎหมายอาญาที่บัญญัติเป็นหลักเกณฑ์ให้ผู้ใดล่วงละเมิดชีวิตผู้อื่นให้ตกลงไปเพื่อให้สอดคล้องกับสภาพสังคมไทยที่เป็นเมืองพุทธอันมีศาสนาพุทธอยู่เหนือจิตใจและบุคลิกภาพในการเป็นคนเอื้อเฟื้อ เมตตา ดังนั้นการห้ามการทำลายชีวิตมนุษย์ด้วยกันจึงได้รับการยอมรับอย่างฝังแน่นมาเป็นเวลานาน

สำหรับเรื่องความจำเป็นต้องทำแท้งที่อาจเกิดขึ้นแก่หญิงมีครรภ์นั้น ในเวลาต่อมาผู้ร่างได้เล็งเห็นความสำคัญว่าในการร่างพระราชบัญญัติฯ (ร.ศ. 115) ร่างพระราชกำหนดฯ (ร.ศ. 118) ประมวลกฎหมายอาญา ได้บัญญัติยกเว้นด้วยเหตุผลการแพทย์ (จำเป็นเพื่อสุขภาพของหญิงมีครรภ์) กฎหมายไม่ลงโทษผู้ที่กระทำแท้งให้แก่หญิงมีครรภ์เพื่อช่วยชีวิต ในเวลาต่อมาประมวลกฎหมายอาญาได้เพิ่มเติมเหตุผลทางกฎหมาย (หญิงตั้งครรภ์จากความผิดทางเพศ) ซึ่งในประเด็นนี้อาจอธิบายได้ว่า ในสมัยก่อนปัญหาเกี่ยวกับ

หญิงตกเป็นเหยื่อคืออาชญากรรมทางเพศไม่มีใครมี เช่นในปัจจุบัน จึงมิได้บัญญัติเหตุผลทางกฎหมายเป็นข้อยกเว้นให้มีการทำแท้งได้ แต่ในปัจจุบันมีปัญหาขึ้น เพื่อความเป็นธรรมแก่หญิงที่มีปัญหานี้และเพื่อความสงบสุขของสังคมในเรื่องความจำเป็นนี้ เป็นที่ถกเถียงกันอย่างมากในปัจจุบันว่าหญิงมีครรภ์มีความจำเป็นหลายๆด้านที่ต้องทำแท้ง เนื่องจากผลสะท้อนของปัญหาสังคม เศรษฐกิจ การเมือง เมื่อกฎหมายมีข้อยกเว้นเพียง 2 ประการ จึงก่อให้เกิดการลักลอบทำแท้งในกรณีที่มีความจำเป็นด้านอื่นๆ และไม่เข้าข่ายในมาตรา 305 (1) – (2) จึงเป็นปัญหาความจำเป็นและทำแท้งภายใต้เงื่อนไขใดบ้าง โดยไม่กระทบกระเทือนต่อความรู้สึกและศีลธรรมอันดีของประชาชนคนอื่นๆ กฎหมายจึงถูกบัญญัติขึ้นให้สอดคล้องกับ ค่านิยม วัฒนธรรม ประเพณี ศีลธรรม และความรู้สึกของประชาชนโดยทั่วไป ทั้งหมดนี้จึงขึ้นอยู่กับว่าจะกำหนดนโยบายทางอาญาอย่างไร สังคมจึงจะเกิดประโยชน์สูงสุด และเกิดผลเสียที่น้อยที่สุด⁵⁸

2.4.2 การทำแท้งที่ไม่เป็นความผิดในทางกฎหมายอาญา

พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา ฉบับที่ 28 พ.ศ.2564 ในมาตรา 305 (4) ระบุว่า หญิงที่อายุครรภ์ไม่เกิน 12 สัปดาห์ สามารถทำแท้งได้โดยไม่มีผิด หากเป็นการยุติการตั้งครรภ์โดย ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม อย่างไรก็ตามสำหรับอายุครรภ์เกิน 12 สัปดาห์ แต่ไม่เกิน 20 สัปดาห์ การทำแท้งอาจมีความซับซ้อนกว่านั้น เพราะการทำแท้งในอายุครรภ์ระยะนี้ยังถือว่ามีความผิด นอกเสียจากว่ามีเหตุตามที่ระบุไว้ในมาตรา 305 อนุ 1-3 จึงสามารถทำแท้งได้ กล่าวคือ

- (1) การตั้งครรภ์เสี่ยงต่อการได้รับอันตรายต่อสุขภาพทางกายหรือจิตใจของหญิงนั้น ตามมาตรา 305 (1)
- (2) มีเหตุเชื่อได้ว่าหากทารกคลอดออกมาจะมีความผิดปกติตามมาตรา 305 (2)
- (3) ยืนยันว่ามีการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศ ตามมาตรา 305 (3)
- (4) ยืนยันที่จะยุติการตั้งครรภ์ ภายหลังจากตรวจและรับคำปรึกษาทางเลือกจากผู้ประกอบวิชาชีพ “ตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่ รมว.สาธารณสุข ประกาศกำหนด” ตามมาตรา 305 (5) ในประเด็นมีอายุครรภ์เกิน 12 สัปดาห์ แต่ไม่เกิน 20 สัปดาห์ ก็ยังสามารถยืนยันที่จะยุติการตั้งครรภ์ได้ หากได้รับการตรวจและรับคำปรึกษาทางเลือกจากแพทย์หรือผู้ประกอบวิชาชีพ หากแต่เงื่อนไขของการที่จะต้องมี “หลักเกณฑ์และวิธีการ” ดังกล่าวทำให้ขณะนี้กลายเป็นตัวล่อคทางเลือกของหญิงจำนวนหนึ่งที่ยังไม่สามารถทำแท้งตามความประสงค์ได้

รศ.ดร.กฤตยา อาชวนิจกุล ผู้ประสานงานเครือข่ายสนับสนุนทางเลือกของผู้หญิงที่ท้องไม่พร้อม ให้ข้อมูลกับ “The Coverage” ยืนยันถึงปัญหาความล่าช้าของการออกหลักเกณฑ์และวิธีการตาม ม.305 (5) ว่าเป็นชนวนเหตุที่ทำให้หญิงตั้งครรภ์จำนวนหนึ่งยังไม่สามารถหลุดจากวงจรทางเลือกของการ “ทำแท้งเถื่อน” ได้ ในเดือนพฤษภาคม 2564 เธอเป็นแกนนำในการยื่นหนังสือถึง รมว.สาธารณสุข เรื่อง “การเร่งรัดจัดทำประกาศกระทรวงสาธารณสุขเรื่องการตรวจและรับคำปรึกษาทางเลือก ตาม ม.305 (5)

⁵⁸ จรรยาพร เหมรังษี (เชิงอรธร 12) 486.

รศ.ดร.กฤตยา ให้ข้อมูลต่อว่า จนกระทั่งต้นปี 2565 ทีมกฎหมายของ รมว.สาธารณสุข จึงได้มีการจัดตั้งกรรมการชุดใหม่ขึ้นมาเพื่อร่างประกาศฉบับนี้อีกครั้ง โดยมีตัวแทนทั้งหน่วยงานของกระทรวงสาธารณสุข และแพทยสภา ร่วมเป็นคณะกรรมการ ขณะที่ร่างประกาศฉบับใหม่ แม้ในขณะนี้จะแล้วเสร็จและได้มีการนำขึ้นหน้าเว็บไซต์ของกรมอนามัย เมื่อวันที่ 9 มิ.ย. 2565 หากแต่การนำขึ้นเว็บไซต์นี้ก็กลับไม่ได้มีการระบุว่าจะนำไปเพื่อรับฟังเสียงความคิดเห็นจากประชาชนแต่อย่างใด ด้วยความล่าช้านี้เองทำให้ รศ.ดร.กฤตยา มองว่าอาจเป็นสาเหตุหนึ่งที่ทำให้สถานบริการที่มีความพร้อมให้บริการทำแท้งแก่สตรีที่มีอายุครรภ์เกิน 12 สัปดาห์ แต่ไม่เกิน 20 สัปดาห์ ซึ่งรอคอยประกาศนี้อยู่ทำงานยากขึ้น ซึ่งอาจทำให้บุคคลที่ตั้งครรภ์ไปใช้บริการเถื่อนได้

“ผู้หญิงบางคนท้องแล้วแต่ไม่รู้ก็มี หรือบางคนก็ไม่มีเงินในการเดินทาง หรือเข้าถึงบริการไม่ได้ภายใน 12 สัปดาห์ ก็เพราะส่วนหนึ่งสถานบริการในประเทศไทยมีอย่างจำกัด แล้วพอตั้งครรภ์เกิน 12 สัปดาห์ ซึ่งสามารถเดินเข้าไปเพื่อทำแท้งได้ก็ต่อเมื่อใช้ ม.305 (1), (2) และ (3) เท่านั้น” และในขณะที่ ม.305 (5) หากมีการประกาศหลักเกณฑ์ออกมาชัดเจน จึงจะเป็นการขยายโอกาสให้กับคนที่มีปัญหา และไม่สามารถเข้าถึงบริการยุติการตั้งครรภ์ได้ภายใน 12 สัปดาห์ ได้มีโอกาสมากขึ้น และหากจะทำให้ประชาชนสามารถเข้าถึงบริการยุติการตั้งครรภ์ได้อย่างทั่วถึง รศ.ดร.กฤตยา จึงเสนอว่าควรมีสถานบริการยุติการตั้งครรภ์ของภาครัฐอย่างน้อย 1 แห่ง ในแต่ละจังหวัด⁵⁹

บทบัญญัติมาตรา 301 ที่แก้ไขใหม่มีข้อพิจารณา ดังนี้

ประการที่หนึ่ง กฎหมายใหม่มีการนำช่วงอายุครรภ์มาเป็นเงื่อนไขสำคัญในการพิจารณาว่าจะสามารถทำแท้งได้โดยไม่มีคามผิดตามกฎหมาย โดยกำหนดอายุครรภ์ไว้ที่ไม่เกิน 12 สัปดาห์ เห็นได้ว่ากฎหมายมีวัตถุประสงค์ที่จะสร้างความสมดุลระหว่างสิทธิของตัวอ่อนในครรภ์กับสิทธิของหญิงตั้งครรภ์ ซึ่งต่างจากมาตรา 301 เดิมที่กำหนดให้การทำแท้งไม่ว่าในช่วงอายุครรภ์ใดก็ถือเป็นการทำผิดและมีโทษทางอาญา เว้นแต่จะเข้าข้อยกเว้นความผิดตามกฎหมาย

ประการที่สอง มาตรา 301 ที่แก้ไขใหม่กำหนดอัตราโทษลดลงจากเดิม โดยมาตรา 301 เดิมกำหนดให้ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 3 ปี หรือปรับไม่เกิน 60,000 บาท หรือทั้งจำทั้งปรับ ซึ่งอัตราโทษใหม่นั้นนับว่าเป็นอัตราโทษที่ค่อนข้างเบาเมื่อเทียบกับความผิดอื่น ๆ ตามประมวลกฎหมายอาญา

มาตรา 305 ประมวลกฎหมายอาญา บัญญัติว่า ถ้าการกระทำความผิดตามมาตรา 301 หรือมาตรา 302 เป็นการกระทำของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมและตามหลักเกณฑ์ของแพทยสภาในกรณีดังต่อไปนี้ ผู้กระทำไม่มีความผิด

(1) จำเป็นต้องกระทำเนื่องจากหากหญิงตั้งครรภ์ต่อไปจะเสี่ยงต่อการได้รับอันตรายต่อสุขภาพทางกายหรือจิตใจของหญิงนั้น

⁵⁹ ธัญจิรา แปน, ‘ปัญหา ‘ประกาศเกณฑ์ฯ’ ล่าช้า อายุครรภ์เกินต้องพึ่งทำแท้งเถื่อน? แม้จะมีกม.หลักอนุญาติแล้วกว่า 1 ปี’ (The Coverage, 1 กรกฎาคม 2565) <<https://www.thecoverage.info/news/content/3700>> สืบค้นเมื่อ 29 กรกฎาคม 2565.

(2) จำเป็นต้องกระทำเนื่องจากมีความเสี่ยงอย่างมากหรือมีเหตุผลทางการแพทย์ อันควรเชื่อว่าหากทารกคลอดออกมาจะมีความผิดปกติถึงขนาดทุพพลภาพอย่างร้ายแรง

(3) หญิงยื่นยันต่อผู้ประกอบการวิชาชีพเวชกรรมว่าตนมีครรภ์เนื่องจากมีการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศ

(4) หญิงซึ่งมีอายุครรภ์ไม่เกิน 12 สัปดาห์ ยืนยันที่จะยุติการตั้งครรภ์

(5) หญิงซึ่งมีอายุครรภ์เกิน 12 สัปดาห์ แต่ไม่เกิน 20 สัปดาห์ ยืนยันที่จะยุติการตั้งครรภ์ภายหลังการตรวจและรับคำปรึกษาทางเลือกจากผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมและผู้ประกอบวิชาชีพอื่นตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุขประกาศกำหนด โดยคำแนะนำของแพทย์สภาและหน่วยงานที่เกี่ยวข้องตามกฎหมายว่าด้วยการป้องกันและแก้ไขปัญหาการตั้งครรภ์ในวัยรุ่น

ข้อพิจารณาของบทบัญญัติมาตรา 305 ที่แก้ไขใหม่

ประการที่หนึ่ง คำว่า “สุขภาพ” ตามมาตรา 305(1) นอกจากจะหมายถึงสุขภาพกายแล้ว ยังขยายความให้รวมถึงสุขภาพจิตของหญิงตั้งครรภ์ด้วย เห็นได้ว่าบทบัญญัติใหม่ทำให้เกิดความชัดเจนในการบังคับใช้กฎหมาย และสะดวกต่อการปฏิบัติงานของแพทย์มากขึ้น

ประการที่สอง มาตรา 305(2) ที่แก้ไขใหม่ กำหนดยกเว้นความผิดให้กับการยุติการตั้งครรภ์เพราะเหตุที่หากทารกคลอดออกมาจะทุพพลภาพอย่างร้ายแรง ซึ่งคำว่า “ทุพพลภาพ” ในมาตรานี้ หมายถึง ความทุพพลภาพทั้งทางร่างกายและทางสมอง ส่วนกฎหมายเดิมไม่ได้บัญญัติถึงกรณีข้างต้น แต่ได้กำหนดในข้อบังคับแพทย์สภาว่าแพทย์สามารถยุติการตั้งครรภ์ได้ในกรณีทารกในครรภ์มีความพิการอย่างรุนแรงหรือมีความเสี่ยงสูงที่จะเป็นโรคพันธุกรรมที่รุนแรง และหญิงนั้นมีความเครียด

ประการที่สาม มาตรา 305(3) ที่แก้ไขใหม่กำหนดแต่เพียงให้หญิงยื่นยันต่อแพทย์ว่าตนเองตั้งครรภ์เนื่องจากมีการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศ เช่น ถูกข่มขืนกระทำชำเรา โดยไม่ต้องแสดงหลักฐานใด ๆ แพทย์ที่ทำการยุติการตั้งครรภ์ก็จะได้รับยกเว้นความผิด เห็นได้ว่ากฎหมายใหม่มุ่งเยียวยาผู้เสียหาย โดยช่วยลดขั้นตอนและไม่ผลักราะแก่หญิงในการที่ต้องพิสูจน์ถึงการถูกระทำทางเพศ

เห็นได้ว่ากฎหมายทำแท้งของไทยมีการพัฒนาขึ้นมาอีกลำดับ โดยกฎหมายใหม่จะทำให้หญิงที่ตั้งครรภ์เมื่อไม่พร้อมสามารถเข้าถึงการทำแท้งที่ถูกกฎหมายและปลอดภัยได้มากขึ้น ช่วยลดการบาดเจ็บหรือเสียชีวิตจากการทำแท้งเถื่อน นอกจากนี้ยังช่วยลดปัญหาเศรษฐกิจ สังคม ที่มาจากความไม่พร้อมของแม่และเด็กที่เกิดมาอีกด้วย อย่างไรก็ตาม รัฐควรมุ่งเน้นถึงการให้ความรู้เรื่องการมีเพศสัมพันธ์ที่ปลอดภัยและการเข้าถึงการคุมกำเนิดควบคู่กันไป ทั้งนี้เพื่อเป็นการแก้ปัญหาที่ต้นทางอย่างมีประสิทธิภาพ⁶⁰

อาจจะสรุปได้ว่ายุติการตั้งครรภ์ในยุคที่มีกฎหมายทำแท้งฉบับใหม่ หรือพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา ฉบับที่ 28 พ.ศ. 2564 และมีผลบังคับใช้ในวันที่ 7 กุมภาพันธ์ พ.ศ.2564 ซึ่งผู้หญิงจะได้รับสิทธิให้ทำแท้งถูกต้องตามกฎหมาย ดังนี้ อายุครรภ์ไม่เกิน 12 สัปดาห์ เป็นช่วงที่ผู้หญิงมีสิทธิทำ

⁶⁰ ชญาณี ศรีกระจำรง, ‘ทำความเข้าใจ ‘กฎหมายทำแท้ง’ ใหม่’ (กรุงเทพธุรกิจ, 1 มีนาคม 2564)

แห่งชาติได้ กฎหมายมาตรา 301 จะปกป้องผู้หญิงได้และหญิงยืนยันทันทีจะยุติการตั้งครรภ์เมื่อมีอายุครรภ์ไม่เกิน 12 สัปดาห์ตามกฎหมายมาตรา 305 อนุ 4 ซึ่งมาตรานี้จะปกป้องแพทย์ด้วย ส่วนอายุครรภ์เกิน 12 สัปดาห์แต่ไม่เกิน 20 สัปดาห์ ผู้หญิงที่เลือกยุติการตั้งครรภ์ต้องพบและรับการตรวจและรับคำปรึกษาทางเลือกจากแพทย์ และผู้ประกอบอาชีพอื่น เช่น พยาบาล, นักสังคมสงเคราะห์ หรือผู้ที่ได้รับการรับรองจากกรมอนามัยตามกฎหมายมาตรา 305 อนุ 5 และประกาศกระทรวงสาธารณสุขเรื่องการตรวจและรับคำปรึกษาทางเลือกในการยุติการตั้งครรภ์ ดังนั้นเมื่อผู้หญิงอายุครรภ์เกิน 12 สัปดาห์จนอายุครรภ์มากกว่า 7-8 เดือนอาจซื้อขายทางออนไลน์มาทำแท้งเองถือว่าทำผิดกฎหมาย ถูกจับดำเนินคดี และเป็นการทำแท้งที่ไม่ปลอดภัย⁶¹

ในส่วนของเงื่อนไขความจำเป็นตามกฎหมายมาตรา 305 อนุ (1),(2),(3) ซึ่งระบุว่า หญิงมีโรคทางกาย หรือจิต ซึ่งเสี่ยงอันตรายถ้าตั้งครรภ์ต่อ อนุ(1), ทารกในครรภ์มีความเสี่ยงที่จะมีความผิดปกติ, ทุพพลภาพอย่างร้ายแรง อนุ(2) หญิงยืนยันทันทีว่าการตั้งครรภ์นั้นเกิดจากการกระทำผิดทางเพศ (4) เช่น ช่มชู้, ล่วงละเมิดทางเพศ, อายุต่ำกว่า 15 ปี, สำหรับ อนุ 1-3 แม้ไม่ได้กำหนดอายุครรภ์ที่จะทำแท้งไว้ ควรทำแท้งโดยเร็วเมื่อรู้ตัวว่าตนตั้งครรภ์, อายุครรภ์น้อย และไม่ควรถิ่น 24 สัปดาห์

⁶¹ เรื่องกิตติ ศิริกาญจนกุล, 'สิทธิยุติการตั้งครรภ์ทำได้ปลอดภัยถูกกฎหมาย ผู้หญิงจะอย่างไร' (เครือข่ายอาสา RSA, 2564) <<https://www.rsathai.org/contents/18599/>> สืบค้นเมื่อ 20 กันยายน 2565

บทที่ 3

กฎหมายเกี่ยวกับกรอบระยะเวลาอายุครรภ์ในการยุติการตั้งครรภ์ ที่เหมาะสมในต่างประเทศ

การทำแท้งมีขึ้นตั้งแต่ในสมัยโบราณ โดยชนชาติกรีกและโรมันโบราณได้มีการทำแท้งกันอย่างกว้างขวางและไม่มีกฎหมายบัญญัติห้ามไว้เพราะถือว่าสิ่งซึ่งจะเป็นเด็กต่อไปนั้นเป็นส่วนหนึ่งของร่างกายหญิง ต่อมามนุษย์จึงเริ่มเห็นโทษของการทำแท้งว่าเป็นการจำกัดจำนวนมนุษย์ชาติ และประเทศต่างๆได้เริ่มบัญญัติกฎหมาย ห้ามทำแท้งและถือว่าการทำแท้งเป็นอาชญากรรม กฎหมายทำแท้งในปัจจุบันเป็นการเผชิญหน้ากันระหว่างสิทธิที่จะมีชีวิตของทารก (Right to life) และสิทธิส่วนตัวของหญิงในความเป็นเจ้าของร่างกาย (Right to privacy) โดยสิทธิที่จะมีชีวิตนั้นปฎิญาสากล่าวด้วยสิทธิมนุษยชนได้ให้การรับรองไว้แต่ไม่ได้ระบุชัดเจนว่าสิทธิดังกล่าวเริ่มต้นขึ้นตั้งแต่เมื่อใด ประกอบกับแนวคำพิพากษาของศาลซึ่งเป็นบรรทัดฐานในหลายประเทศของสหภาพยุโรป ต่างยืนยันว่ากฎหมายที่อนุญาตให้ทำแท้งไม่ถือว่าขัดกับรัฐธรรมนูญ เพราะรัฐธรรมนูญไม่ได้รับรองสิทธิในการมีชีวิตของตัวอ่อนในครรภ์ไว้ อย่างไรก็ตามการทำแท้งยังคงเป็นเรื่องที่ผิดต่อหลักศาสนาไม่ว่าจะเป็นศาสนาพุทธ ศาสนาคริสต์ หรือศาสนาอิสลาม ดังนั้นกฎหมายการทำแท้งของประเทศต่างๆ จึงมีลักษณะที่แตกต่างกันออกไปตามประวัติศาสตร์และจารีตประเพณีของแต่ละท้องถิ่น เช่น ห้ามทำแท้งโดยเด็ดขาด หรือให้ทำแท้งตามแต่จะร้องขอให้ทำแท้งเพื่อช่วยชีวิตมารดา ให้ทำแท้งได้เพื่อเหตุผลทางเศรษฐกิจและสังคม⁶²

3.1 กฎหมายเกี่ยวกับกรอบระยะเวลาอายุครรภ์ในการยุติการตั้งครรภ์ที่เหมาะสมในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

กฎหมายว่าด้วยการทำแท้งของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีถูกนำมาใช้ในประมวลกฎหมายอาญาของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีในปี พ.ศ.2414 (1871) ซึ่งได้มีการรับแก้ไขเพิ่มเติมมาตลอด ในสมัยนาซี⁶³ โดยศาลตัดสินว่าทารกในครรภ์เป็น "ชีวิต" ตามความหมายของรัฐธรรมนูญ และรัฐมีหน้าที่ต้อง "ปกป้อง และเลี้ยงดูชีวิตนี้" แม้จะขัดต่อความประสงค์ของหญิงมีครรภ์ก็ตาม สุดท้ายศาลจึงกำหนดให้การทำแท้งเป็น “การลงมือฆ่า” ซึ่งแสดงไว้อย่างชัดเจน⁶⁴

⁶² อภิการ์ตัน นิยมไทย, ‘กฎหมายเกี่ยวกับการทำแท้ง’ (มกราคม-กุมภาพันธ์ 2554) 3 จุลินิติ 167, 169.

⁶³ Kathrin Walter, ‘150 Years of Criminalising Abortion in Germany’ (Squarespace, 1 July 2021) <<https://shorturl.asia/vXoDH>> accessed 25 July 2022.

⁶⁴ Donald P. Kommers, ‘The Constitutional Law of Abortion in Germany: Should Americans Pay Attention?’ (1994) 1 Journal of Contemporary Health Law and Policy <<https://shorturl.asia/TL4df>> accessed 25 July 2022.

ในปีพ.ศ. 2414(1871) มาตรา 218 ของประมวลกฎหมายอาญาได้กำหนดให้การทำแท้งเป็นความผิดทางอาญามีโทษจำคุกไม่เกิน 5 ปี หรือและแต่ถูกคุมขังอย่างน้อย 6 เดือน ข้อยกเว้นประการเดียวของการห้ามนี้ ศาลได้อนุญาตให้ทำแท้งด้วยเหตุผลทางการแพทย์ตั้งแต่ปี พ.ศ.2470(1927)⁶⁵ เมื่อวันที่ 11 มีนาคม พ.ศ. 2470(1927) ยืนยันการยอมรับการทำแท้งที่สงวนไว้สำหรับการแพทย์ด้วยเหตุผลทางการแพทย์โดยใช้หลักการชั่งน้ำหนักกับประโยชน์ที่ได้รับ จนกระทั่งกฎหมายได้รับการปฏิรูปในช่วงกลางทศวรรษ 1970 ซึ่งส่วนใหญ่สนับสนุนเพียงข้อบ่งชี้ทางการแพทย์ในวงแคบในกรณีที่อันตรายเฉียบพลันต่อชีวิตหรืออาจมีผลกระทบต่อร่างกายของหญิงตั้งครรภ์ ส่งผลให้ด้านหนึ่งเป็นการทำให้การทำแท้งมีโทษที่น้อยกว่าการฆ่ามนุษย์ และในทางกลับกัน กฎหมายทำแท้งได้เริ่มต้นขึ้น⁶⁶

ในช่วงพ.ศ.2513 (1970) สตรีมีครรภ์ที่ด้อยโอกาสเกือบทั้งหมดต้องพึ่งพาการทำแท้งเถื่อน ต่อมาปีพ.ศ.2515 (1972) ของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีตะวันออกสตรีที่ตั้งครรภ์ในระยะ 12 สัปดาห์แรกสามารถจะตัดสินใจด้วยตนเองว่าจะตั้งครรภ์ต่อหรือขอทำแท้งแต่ การทำแท้งช่วงตั้งครรภ์ 12 สัปดาห์ไปแล้วนั้น คณะแพทย์จะเป็นผู้อนุญาตด้วยเหตุผลที่จะปกป้องชีวิตของสตรีหรือแก้ไขเหตุการณ์ที่วิกฤตที่เกิดขึ้นกับสตรีที่ตั้งครรภ์เท่านั้น หากตั้งครรภ์เกิน 6 เดือนแล้วจะไม่สามารถให้ทำแท้งได้ เกี่ยวกับการทำแท้งซึ่งถือปฏิบัติกันมาตั้งแต่ช่วงหลังสงคราม⁶⁷

ในช่วงปี พ.ศ. 2517 (1974-1975) สภานิติบัญญัติของประเทศสหพันธ์รัฐเยอรมนี (Bundestag) ในสมัยของนายกรัฐมนตรี Willy Brandt ได้ตัดสินใจด้วยเสียงข้างมากเพื่อปฏิรูปมาตรา 218 ให้การทำแท้งไม่ควรได้รับโทษในช่วง 12 สัปดาห์แรกของการตั้งครรภ์⁶⁸ โดยสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีตะวันตก เห็นว่าการทำแท้งเป็นสิ่งที่ขัดกับรัฐธรรมนูญในเรื่องของการปกป้องสิทธิในชีวิตมนุษย์ รวมทั้งหน้าที่ของรัฐที่ให้ความสำคัญกับในศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ แต่ในปี พ.ศ.2519 (1976) นั้นกฎหมายได้ถูกปรับปรุงอีกครั้งโดยถือว่าการทำแท้งเป็นสิ่งผิดกฎหมายนอกจากจะมีเงื่อนไขที่จำเป็นได้แก่ การทำแท้งจะไม่ถูกลงโทษ หากทำด้วยความยินยอมของสตรี และทำโดยแพทย์ที่พิจารณาแล้วว่า การตั้งครรภ์นั้นจะเป็นอันตรายถึงชีวิต หรืออันตรายต่อสุขภาพกายและสุขภาพจิต (เหตุผลทางการแพทย์) นอกจากนี้แพทย์ยังสามารถพิจารณาทำแท้งได้ 1. หากการตั้งครรภ์นั้นเป็นอันตรายถาวรต่อสุขภาพของเด็กในครรภ์ (เหตุผลทางพันธุกรรม) 2. หากสตรีถูกข่มขืนหรือการตั้งครรภ์เป็นผลมาจากการร่วมประเวณีระหว่างชายหญิงที่เป็นพี่น้องกัน (เหตุผลทางศีลธรรม) และ 3. การตั้งครรภ์นั้นจะก่อความตึงเครียดอย่างรุนแรงแก่สตรี(เหตุผลทางด้านสังคม) นอกจากนั้นกฎหมาย

⁶⁵ Deutscher Bundestag, 'Historische Debatten (7): Abtreibungsparagraf 218' (Deutscher Bundestag) <<https://shorturl.asia/VTvdF>> accessed 11 November 2022.

⁶⁶ Frank Brautigam and Kolja Schwartz, 'Der lange Streit um Paragraf 218' (Tagesschau) <<https://shorturl.asia/X01aS>> accessed 1 February 2023.

⁶⁷ Dirk von Behren, 'Kurze Geschichte des Paragrafen 218 Strafgesetzbuch' (bpb, 10 May 2019) <<https://shorturl.asia/X01aS>> accessed 1 February 2023.

⁶⁸ Frank Brautigam and Kolja Schwartz (เชิงอรรถ 66).

ยังกำหนดว่าสตรีมีครรภ์มีหน้าที่ตามกฎหมายในการขอคำปรึกษาจากหน่วยงานที่ได้รับการรับรองจากรัฐ เพื่อให้สามารถยุติการตั้งครรภ์ได้โดยไม่ถือเป็นความผิดทางอาญา

ในปี พ.ศ.2518 (1975) ศาลรัฐธรรมนูญของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้ออกกฎหมายการทำแท้งที่พยายามคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐาน⁶⁹ กฎหมายปฏิรูปการทำแท้งได้กำหนดแนวทางแก้ไขปัญหาค่าใช้จ่าย ความช่วยเหลือทางสังคมและการให้คำปรึกษาภายใต้ข้อกำหนดที่ว่าหญิงสามารถที่จะเลือกทำแท้งได้ภายใน 12 สัปดาห์แรกของการตั้งครรภ์ แต่หลังจากได้รับคำปรึกษาจากแพทย์และต้องมีใบอนุญาตเพื่อเป็นข้อมูลเกี่ยวกับการทำแท้งให้กับหน่วยงานภาครัฐและเอกชน สำหรับหญิงตั้งครรภ์เกินกว่า 12-22 สัปดาห์ สามารถทำแท้งอย่างถูกต้องตามกฎหมายได้เฉพาะมีความจำเป็นทางการแพทย์ที่ได้รับการรับรองเท่านั้น โดยหญิงตั้งครรภ์จะต้องแสดงใบรับรองที่แสดงว่าได้รับคำปรึกษาจากแพทย์และมีความเหมาะสมแล้ว⁷⁰

ส่วนในปีพ.ศ. 2519 (1976) ได้มีการอนุมัติมาตรา 218a ซึ่งกำหนดให้การยุติการตั้งครรภ์โดยแพทย์ไม่มีโทษตามมาตรา 218 หากหญิงตั้งครรภ์ยินยอม⁷¹ โดยเฉพาะอย่างยิ่งหากเป็นกรณีทางการแพทย์ (พันธุกรรม)และอาชญาวิทยาที่ร้ายแรง เช่น การข่มขืนหรือการร่วมประเวณีระหว่างพี่น้อง ที่กฎหมายกำหนดว่าเป็นความผิดหรือกฤษฎีกาของศาลรัฐธรรมนูญรับรองไว้ก่อนหน้านั้นก็ไม่ควรบังคับให้หญิงต้องตั้งครรภ์ต่อไป

72

นอกจากนั้นศาลไม่อาจปฏิเสธเกี่ยวกับความช่วยเหลือด้านสังคมและสวัสดิการตามรัฐธรรมนูญให้แก่หญิงที่มีฐานะยากจนที่ต้องการทำแท้ง หากหญิงมีฐานะยากจน (bedürftig) และมีสิทธิได้รับความช่วยเหลือทางด้านกฎหมายด้านสวัสดิการ (Bundessozialhilfegesetz) รัฐจะต้องจ่ายเงินค่าทำแท้งจากกองทุนสวัสดิการของรัฐ เนื่องจากรัฐตระหนักดีว่าหญิงมีครรภ์อาจจะต้องเผชิญกับภาวะฉุกเฉิน โดยเฉพาะอย่างยิ่งหากหญิงมีฐานะยากจนและหากสถานการณ์ของหญิงเกิดการกดดันให้ต้องยุติการตั้งครรภ์โดยจะได้รับคำปรึกษาที่จำเป็นตามที่รัฐกำหนด รัฐจะต้องเป็นผู้จ่ายเงินค่าทำแท้งให้เป็นทางเลือกสุดท้ายเพื่อประโยชน์ด้านสุขภาพและสวัสดิภาพของหญิงนั้น⁷³

ในปี พ.ศ.2527 (1984) รัฐบาลเริ่มโครงการปรึกษาแนะนำ และช่วยเหลือมารดาและเด็ก และที่ยังไม่ได้เกิดมา โครงการนี้ต้องการให้สตรีที่ตั้งครรภ์เข้ามารับการปรึกษาหารืออย่างเต็มรูปแบบก่อนจะทำแท้ง ต่อมาในปี พ.ศ.2535 (1992) รัฐสภาจึงได้ออกกฎหมายทำแท้งใหม่ ซึ่งยังคงหลักการที่ว่าด้วยการทำแท้งด้วยเหตุผลด้านการแพทย์ พันธุศาสตร์ และศีลธรรมและยังอนุญาตการทำแท้งในช่วง 12 สัปดาห์แรก หากสตรีได้ปรึกษากับแพทย์ นักจิตวิทยา หรือนักสังคมสงเคราะห์ เกี่ยวกับสถานการณ์ปัจจุบันและที่จะเกิดขึ้นในอนาคต

⁶⁹ Donald P. Kommers (เชิงอรรถ 64) 2.

⁷⁰ Kathrin Walter (เชิงอรรถ 63) 5.

⁷¹ Dirk von Behren (เชิงอรรถ 67).

⁷² Kathrin Walter (เชิงอรรถ 63) 8.

⁷³ Dirk von Behren (เชิงอรรถ 67) 23.

แล้ว หลังจากขั้นตอนนี้แล้วการทำแท้งก็จะขึ้นกับการตัดสินใจของตัวสตรีเอง(สถานที่ที่จะทำแท้งได้จะต้องเป็นโรงพยาบาลหรือสถานที่ที่ได้รับอนุญาตตามกฎหมายเท่านั้น)

ในปีพ.ศ.2536 (1993) จากการตีความของศาลรัฐธรรมนูญ กฎหมายทำแท้งใหม่จะไม่ถูกต้องตามหลักรัฐธรรมนูญเนื่องจากไม่ได้ปกป้องชีวิตของคน โดยระบุว่าการทำแท้งต้องทำภายใต้ภาวะการที่จำเป็นเท่านั้น และสตรีจะต้องได้รับการปรึกษาแนะนำรวมทั้งโน้มน้าวไม่ให้ทำแท้ง อย่างไรก็ตาม สตรีที่ตั้งครรภ์และแพทย์ผู้ทำแท้งก็ไม่ถูกลงโทษ แม้ว่าการทำแท้งจะเป็นเรื่องผิดกฎหมายในสหพันธรัฐเยอรมนีการทำแท้งด้วยเหตุผลนอกเหนือจากการแพทย์ พันธุศาสตร์ และศีลธรรมนั้นจะไม่สามารถเบิกค่าใช้จ่ายจากประกันสุขภาพได้ รวมทั้งสตรีที่อยู่ด้วยเงินสังคมสงเคราะห์ ศาลรัฐธรรมนูญยังตีความด้วยว่า สิทธิของเด็กที่ยังไม่ได้เกิดมาให้เป็นสิทธิการตัดสินใจของสตรีที่ตั้งครรภ์ สิ่งเหล่านี้จะมีผลกระทบต่อการใช้ค่าปรึกษาการวางแผนครอบครัวเนื่องจากกฎหมายระบุว่าจะต้องให้ค่าปรึกษาแก่สตรีในทางที่จะปกป้องชีวิตของเด็กที่ยังไม่ได้เกิดด้วย ดังนั้นค่าปรึกษาการวางแผนครอบครัวในศูนย์ที่ปรึกษาหลายๆแห่งที่เป็นอยู่จะกลายเป็นสิ่งผิดกฎหมาย⁷⁴ ภายใต้เหตุความจำเป็นในการทำแท้งได้ให้หมายรวมถึงปัญหาเศรษฐกิจ เช่นมารดาไม่สามารถหาทรัพย์สินมาเลี้ยงดูบุตรได้ และปัญหาทางสังคมที่จะเกิดขึ้นแล้วส่งผลต่อเด็กที่มีคุณภาพ กฎหมายจึงต้องให้ความสำคัญกับบุคคลที่ต้องการยุติการตั้งครรภ์อย่างเป็นธรรม แต่เหตุในทางสังคมนี้ก็ยังคงถูกโต้แย้งภายใต้หมายเหตุที่ว่าปัญหาสังคมเป็นเรื่องของรัฐที่ต้องเข้าควบคุม การที่จะบัญญัติเหตุในทางสังคมมิใช่การแก้ปัญหาแต่เป็นการแสดงว่ารัฐไม่รับผิดชอบต่อปัญหาสังคมและปัญหาความยากจนของประชาชน⁷⁵

ในปีพ.ศ. 2538 ได้มีการแก้ไขพระราชบัญญัติการตั้งครรภ์และความช่วยเหลือครอบครัว ลงวันที่ 21 สิงหาคม พ.ศ. 2538 สอดคล้องกับคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญของรัฐบาลกลางในปี พ.ศ. 2536 หน้าที่ทางกฎหมายของสตรีมีครรภ์ในการขอค่าปรึกษาจากหน่วยงานที่รัฐให้การรับรอง รวมถึงเจ้าหน้าที่ที่จะต้องไม่ทำการข่มขู่ว่าจะลงโทษด้วย ปัจจุบันไม่มีความรับผิดชอบทางอาญาสำหรับผู้หญิงที่ทำแท้งในกรณีที่เกิดภาวะแทรกซ้อนทางสุขภาพหรือมีข้อบ่งชี้ของการข่มขืน

ในปี พ.ศ. 2552 ได้มีการขยายสิทธิทางกฎหมายในการให้ค่าปรึกษากรณียุติการตั้งครรภ์ด้วยเหตุผลทางการแพทย์ และในปีพ.ศ. 2555 สิทธิทางกฎหมายในการให้ค่าปรึกษาโดยไม่เปิดเผยตัวได้ขยายไปสู่สตรีมีครรภ์ทุกคนโดยไม่คำนึงถึงเหตุผลและแรงจูงใจในการยุติการตั้งครรภ์ล่าสุดในปี พ.ศ. 2562 กฎหมายได้รับการแก้ไขสิทธิการเข้าถึงข้อมูลเกี่ยวกับการทำแท้งที่เพิ่มขึ้น

ข้อเสนอแนะนโยบายในการยุติการทำแท้งในสหพันธรัฐเยอรมนีมีความพยายามของภาครัฐในการให้ค่าปรึกษาแก่หญิงตั้งครรภ์ ซึ่งให้เป็นอาชญากรโดยสมบูรณ์ จำเป็นต้องลบส่วนต่างๆ ของกฎหมายที่ควบคุมความเป็นอิสระในการตัดสินใจของสตรีออกจากประมวลกฎหมายอาญา นอกจากนี้เพื่อให้มีนัยสำคัญปรับปรุงสถานการณ์ปัจจุบันสำหรับผู้หญิงที่ต้องการยุติการตั้งครรภ์ การแก้ไขนโยบายที่สำคัญต้องทำโดยทั่วไปแล้ว สมาชิกสภานิติบัญญัติต้องมีส่วนช่วยให้ผู้หญิงมีความผาสุกทั้งทางร่างกายและจิตใจที่ต้อง

⁷⁴ นพวรรณ จงวัฒนา, 'นโยบายทำแท้งในทวีปยุโรปตะวันตก' (2540) 1 วารสารประชากรศาสตร์ 9, 17-20.

⁷⁵ คณิต ฌ. นคร, *กฎหมายอาญาภาคความผิด* (พิมพ์ครั้งที่ 10, สำนักพิมพ์วิญญูชน 2553) 179.

เผชิญกับกระบวนการทำแท้งที่ตึงเครียดโดยการยกอุปสรรคทางกฎหมายและขจัดข้อห้ามทางศีลธรรมเกี่ยวกับการยุติการตั้งครรภ์เพื่อที่จะเอาชนะแนวทางการทำแท้งของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี หน้าที่การให้คำปรึกษาที่มีผลผูกพันของหญิงตั้งครรภ์จะต้องถูกยกขึ้น สิ่งนี้จะช่วยให้สตรีมีครรภ์สามารถตอบคำถาม ความกลัว และความสงสัยได้ นอกจากนี้ การให้คำปรึกษาแก่หญิงจะรับประกันว่าพวกเธอจะได้รับสิทธิขั้นพื้นฐาน และได้สิทธิในการตัดสินใจด้วยตนเอง⁷⁶

ในปี พ.ศ.2565 มาร์โก บุชมันน์ รัฐมนตรีกระทรวงยุติธรรมของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี กล่าวว่า แพทย์ควรแจ้งให้สาธารณชนทราบเกี่ยวกับการทำแท้งได้โดยไม่ต้องเสี่ยงกับการถูกดำเนินคดีทางอาญา และยังคงกล่าวว่าการทำแท้งไม่ถูกลงโทษหากดำเนินการภายใน 12 สัปดาห์แรก การทำแท้งหลังจากช่วงเวลานั้น จะไม่มีความผิดในกรณีที่มีความเสี่ยงต่อร่างกายและจิตใจต่อมารดา⁷⁷ กฎหมายอาญาถือเป็นวิธีทางสุดท้ายที่ถูกนำมาใช้ก็ต่อเมื่อมาตรการอื่นๆ ไม่ว่าจะในทางแพ่ง หรือทางปกครองใช้ไม่ได้ผลแล้ว โทษอาญาจึงมักจะถูกรับเรียกว่าเป็นมาตรการสุดท้ายของนโยบายในทางสังคม หลักการดังกล่าวมีแนวคิดมาจากหลักความได้สัดส่วน⁷⁸

ประมวลกฎหมายอาญาของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีมาตรา 218 มุ่งคุ้มครองทารกในครรภ์ จึงทำให้เกิดข้อขัดแย้งในประเด็นสิทธิของหญิงตั้งครรภ์ กับสิทธิของทารกในครรภ์⁷⁹ ในอดีตกฎหมายยังกำหนดให้การทำแท้งเป็นความผิดมีโทษจำคุกไม่เกิน 3 ปี ยกเว้นสำหรับผู้ที่ถูกข่มขืนหรือการตั้งครรภ์ที่อาจเป็นอันตรายต่อสุขภาพของหญิงตั้งครรภ์ ตั้งแต่ปีพ.ศ. 2546 จำนวนคลินิกที่ทำแท้งมีจำนวนลดลงครึ่งหนึ่งเนื่องจากความเชื่อทางศาสนา และถึงแม้ว่าการทำแท้งในปัจจุบันจะเป็นเรื่องที่ไม่มีความผิดทางกฎหมาย หากที่ประสงค์จะยุติการตั้งครรภ์ภายใน 3 เดือนแรก หลังจากได้รับการให้คำปรึกษาที่จำเป็นแล้วไม่น้อยกว่าสามวันก่อนดำเนินการตามขั้นตอน

แต่ผู้หญิงในบางพื้นที่ของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ผู้หญิงคาทอลิกได้รับผลกระทบมากที่สุด เช่นกรณีตัวอย่างในรัฐบาวาเรียทางตอนใต้ แอนนา อายุ 26 ปี และสามีของเธอใช้ วิธีการคุมกำเนิด IUD คือการใช้ขดลวดทองแดงใส่ไว้ในมดลูกซึ่งเป็นการคุมกำเนิดมาเป็นเวลาสองปีแล้ว ก่อนที่พวกเขาจะพบว่าแอนนามีผลการทดสอบการตั้งครรภ์ที่เป็นบวก (มีโอกาสเกิดขึ้นได้น้อยกว่า 1 ใน 100%) แอนนาและสามีของเธอไม่รู้สึกร่วมที่จะสร้างครอบครัว ทั้งข้อจำกัดทางการเงินและทางสังคม เธอต้องการที่จะยุติการตั้งครรภ์แต่แอนนาก็พบกับอุปสรรค เนื่องจากแพทย์ของเธอไม่ยอมทำแท้งให้ และ โรงพยาบาลที่ใกล้ที่สุดก็ตกเป็นเป้าของกลุ่มผู้ประท้วงต่อต้านการทำแท้ง ในที่สุดแอนนาได้รับการปรึกษาการทำแท้งผ่านระบบการแพทย์ทางไกลที่บ้าน โดยเข้าร่วมโครงการปรึกษากับสูตินรีแพทย์ผ่านวิดีโอคอล และรับยาทำแท้งที่บ้านทางไปรษณีย์

⁷⁶ Kathrin Walter (เชิงอรรถ 63) 5.

⁷⁷ Deutsche Welle, 'Germany proposes scrapping Nazi-era abortion law' (Deutsche Welle, 17 January 2022) <<https://shorturl.asia/S2fD5>> accessed 10 September 2022.

⁷⁸ สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์ (เชิงอรรถ 44) 127-128.

⁷⁹ Regine Kollek, 'Vom Schwangerschaftsabbruch zur Embryonenselektion?' (March 1999) Ethik in der Medizin <<https://doi.org/10.1007/PL00008298>> accessed 10 September 2022.

โครงการนี้เป็นโครงการแรกในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ซึ่งดำเนินการโดยศูนย์ให้คำปรึกษา Pro Familia ในเบอร์ลิน หรือศูนย์วางแผนครอบครัว⁸⁰

⁸⁰ Section 218 Abortion

(1) Whoever terminates a pregnancy incurs a penalty of imprisonment for a term not exceeding three years or a fine. Acts whose effects occur before nidation is completed are not deemed to be a termination of pregnancy within the meaning of this statute.

(2) In especially serious cases, the penalty is imprisonment for a term of between six months and five years. An especially serious case typically occurs where the offender

1. acts against the will of the pregnant woman or
2. recklessly places the pregnant woman in danger of death or at risk of serious damage to health.

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

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

ตารางที่ 3.1 วิวัฒนาการกฎหมายทำแท้งในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

ค.ศ. (ยุค)	วิวัฒนาการ
1871	มาตรา 218 ของประมวลกฎหมายอาญาได้กำหนดให้การทำแท้งเป็นความผิดทางอาญา จำคุกไม่เกิน 5 ปี ถูกคุมขังอย่างน้อย 6 เดือน
1900 - 1973	ยุคเริ่มต้นของการอนุญาตให้แพทย์สามารถยุติการตั้งครรภ์ด้วยเหตุผลทางการแพทย์โดยใช้หลักการชั่งน้ำหนักกับประโยชน์ที่ได้รับและเงื่อนไขของการทำแท้งจะเป็นเงื่อนไขทางการแพทย์เป็นส่วนใหญ่ ในกรณีที่อันตรายเฉียบพลันต่อชีวิตหรืออาจมีผลกระทบต่อร่างกายของหญิงตั้งครรภ์ในระยะ 12 สัปดาห์แรก หญิงสามารถตัดสินใจด้วยตนเองว่าจะตั้งครรภ์หรือขอทำแท้ง หากตั้งครรภ์เกิน 24 สัปดาห์ไปแล้วนั้นจะไม่สามารถให้ทำแท้งได้ ซึ่งแนวความคิดนี้ถือปฏิบัติกันมาตั้งแต่ช่วงหลังสงคราม
1974 - ปัจจุบัน	<p>ยุคปฏิรูปมาตราที่ 218 ให้การทำแท้งไม่ควรได้รับโทษในช่วง 12 สัปดาห์แรกของการตั้งครรภ์ โดยได้กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายอาญามาตรา 218a ซึ่งการยุติการตั้งครรภ์โดยแพทย์ไม่มีโทษตามมาตรา 218 หากหญิงตั้งครรภ์ยินยอม ภายใต้เงื่อนไข</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. หญิงตั้งครรภ์ต้องได้รับคำปรึกษาจากหน่วยงานของรัฐก่อน โดยปกปิดตัวผู้รับบริการ หรือ 2. ผู้เยาว์ (ต่ำกว่า 18 ปี) สามารถตัดสินใจทำแท้งได้โดยไม่ต้องได้รับความยินยอมจาก 3. ผู้ปกครอง บิดา มารดา <p>- สหพันธ์รัฐเยอรมนีได้มีการขยายโอกาสให้แก่ผู้ด้อยโอกาสเข้ารับคำปรึกษา เพื่อการคุ้มครองชีวิตที่ยังไม่เกิดในทุกขั้นตอนของการตั้งครรภ์ อันเป็นหลักประกันการเข้าถึงข้อมูลการทำแท้งซึ่งเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของหญิงตั้งครรภ์ และมีการส่งเสริมการทำแท้งทางไกลภายใต้การใช้ยาและแพทย์จะติดตามอาการผ่านวิดีโอคอล</p> <p>- โดยการแบ่งโทษออกเป็นบุคคลใดทำให้หญิงแท้งลูก จำคุกไม่เกิน 3 ปี แต่หากเป็นกรณีฉุกเฉินจะมีโทษจำคุกตั้งแต่ 6 เดือน ถึง 5 ปี หากหญิงประสงค์ยุติการตั้งครรภ์ให้จำคุกไม่เกิน 1 ปี</p>

จากตารางสะท้อนให้เห็นว่าก่อนปี ค.ศ.1900 การทำแท้งทุกกรณีเป็นความผิด และต่อมาเริ่มอนุญาตให้แพทย์ดำเนินการยุติการตั้งครรภ์ได้ ตั้งแต่ ค.ศ.1900-1973 ซึ่งเงื่อนไขการทำแท้งอยู่ในความเห็นของแพทย์ทั้งสิ้น และในยุค1974-ปัจจุบัน การทำแท้งอนุญาตให้ทำได้ภายใน 12 สัปดาห์แรกของการตั้งครรภ์ โดยต้องได้รับคำปรึกษาจากหน่วยงานของรัฐก่อน

3.2 กฎหมายเกี่ยวกับกรอบระยะเวลาอายุครรภ์ในการยุติการตั้งครรภ์ที่เหมาะสมในประเทศสหรัฐอเมริกา

การเมืองในประเทศสหรัฐอเมริกาซึ่งแบ่งออกเป็น 2 ฝ่ายใหญ่ๆ คือ ฝ่ายอนุรักษนิยม (Conservative) ได้แก่พรรครีพับลิกัน และ ฝ่ายเสรีนิยม (Liberal) ได้แก่พรรคเดโมแครต ซึ่งในเรื่องของการทำแท้ง พรรครีพับลิกันซึ่งเป็นพวกหัวเก่าค้านการทำแท้งเสรี ขณะที่พรรคเดโมแครตเห็นตรงข้ามโดยเชื่อในเรื่องสิทธิอนามัยเจริญพันธุ์และสิทธิในการทำแท้ง กฎหมายเกี่ยวกับการทำแท้งในสหรัฐอเมริกาแตกต่างกันในแต่ละรัฐ กฎหมายบางรัฐห้ามทำแท้งโดยไม่ได้กำหนดอายุการตั้งครรภ์ เว้นแต่สตรีผู้ตั้งครรภ์จะถึงแก่ชีวิตจากการตั้งครรภ์ บางรัฐอนุญาตให้เลือกวิธียุติการตั้งครรภ์ (elective abortion เนื่องจากความต้องการของมารดาโดยไม่ต้องมีเหตุผลทางการแพทย์) ได้โดยไม่ต้องกำหนดอายุครรภ์ การทำแท้งเป็นเรื่องที่มีการโต้แย้งกันอย่างมากและมีการแบ่งฝ่ายในวัฒนธรรม การเมือง และ สังคมของสหรัฐอเมริกา⁸¹

ประเทศสหรัฐอเมริกาได้มีบทบัญญัติเรื่องการทำแท้งครั้งแรกในปี ค.ศ.1803(2346) กำหนดให้ผู้ทำแท้งหลังทารกในครรภ์แสดงการมีชีวิตจะได้รับโทษจำคุกถึงประหารชีวิต และหากทำแท้งก่อนทารกในครรภ์แสดงการมีชีวิตอาจถูกจำคุกสูงถึง 14 ปีหรือ ถูกเขียนด้วยแส้ ต่อมาในปี ค.ศ. 1861(2304) ได้มีการกำหนดให้เหตุแห่งการทำแท้งบางอย่างไม่ต้องตามกฎหมาย และเหตุบางอย่างไม่ถือว่าผิดต่อกฎหมายหากทำเพื่อช่วยชีวิตของหญิง (Offences Against the Person Act) จากนั้นในปี ค.ศ. 1929 ได้มีกฎหมายคุ้มครองชีวิตทารก (The Infant Lift Preservation Act) ซึ่งมีความผิดฐานทำลายชีวิตเด็ก หมายถึง การกระทำใดๆ ที่ทำให้ทารกตายก่อนที่จะคลอดและมีชีวิตอิสระจากมารดาโดยมีเจตนาที่จะทำลายชีวิตเด็กที่อาจจะเกิดมาแล้ว มีชีวิตรอดอยู่ ภายหลัง ในปี ค.ศ. 1938 ได้มีเหตุการณ์สำคัญเกิดขึ้น โดยนายแพทย์ Bourne ได้ตัดสินใจทำแท้งให้กับเด็กหญิงอายุต่ำกว่า 15 ปี ซึ่งถูกกลุ่มทหารข่มขืนกระทำชำเรา เพื่อช่วยชีวิตหรือสุขภาพร่างกายและจิตใจของเด็กแต่กลับถูกฟ้องร้อง ดำเนินคดี สุดท้ายนายแพทย์ Bourne ได้หลุดพ้นจากข้อกล่าวหา เพราะผู้พิพากษาที่พิจารณาคดีเห็นว่าเป็นการกระทำโดยสุจริตด้วยเชื่อว่ามี ความจำเป็นในการที่จะสงวนไว้ซึ่งชีวิตหญิงมีครรภ์ กรณีนี้จึงไม่เป็นการผิดกฎหมาย และปัจจุบันการทำแท้งในประเทศสหรัฐอเมริกาอยู่ภายใต้บังคับของพระราชบัญญัติ Abortion Act ค.ศ. 1967(2510)⁸²

การทำแท้งในสหรัฐอเมริกา สามารถทำได้อย่างถูกกฎหมาย หลังจากคดี Roe v Wade ซึ่งเป็นคำตัดสินสำคัญของศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกา ในปี 1973 โดยรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา คุ้มครองเสรีภาพของหญิงตั้งครรภ์ในการเลือกทำแท้งได้โดยไม่ถือเป็นการละเมิดข้อห้ามทางกฎหมาย และให้สิทธิแก่ผู้หญิงในการเลือกทำแท้ง ซึ่งขยายไปจนกว่าตัวอ่อนในครรภ์จะสามารถมีชีวิตนอกมดลูกได้ หรือประมาณ 24 สัปดาห์

⁸¹ สราวุธ ไพฑูรย์พงษ์, 'การทำแท้ง(ไม่)เสรี ศาลสูงสุดและการเมืองในอเมริกา' (สถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย, 21 กรกฎาคม 2565) <<https://tdri.or.th/2022/07/supreme-court-of-us-abortion-right>> สืบค้นเมื่อ 23 พฤษภาคม 2565.

⁸² อัญชลินต์ กมลนันธกิจ, พัทยา เลือดชัยพฤกษ์ และณัฐฉิ สุทธิประภา, 'การทำแท้งโดยชอบด้วยกฎหมายกับความผิดเรื่องผิดศีลธรรม' (มกราคม-มีนาคม 2565) 1 วารสารสังคมศาสตร์เพื่อการพัฒนาท้องถิ่น มหาวิทยาลัยราชภัฏมหาสารคาม 301, 305.

แม้รัฐธรรมนูญของประเทศจะอนุญาตให้สามารถทำแท้งได้โดยถูกกฎหมายในทุกรัฐ และยังคงกำหนดให้ต้องมีคลินิกให้บริการทำแท้งอย่างน้อยรัฐละ 1 แห่ง แต่กฎหมายในสหรัฐอเมริกาจะมีความแตกต่างกันไปในแต่ละรัฐ ซึ่งกฎหมายทำแท้งก็เช่นเดียวกัน ดังนั้นการจะระบุช่วงอายุครรภ์ที่สามารถทำแท้งได้ หรือปัจจัยอื่น ๆ ในการขอเข้ารับบริการทำแท้งในแต่ละรัฐก็จะต่างกันไปด้วย ซึ่งในหลายๆ รัฐก็มีความพยายามที่จะทำให้การทำแท้งเป็นสิ่งผิดกฎหมาย⁸³

ตั้งแต่ปี 2519 (หลังคดี Roe v Wade) พรรครีพับลิกันได้พยายามจำกัดการเข้าถึงการทำแท้งหรือทำให้การทำแท้งเป็นอาชญากรรม ขณะที่พรรคเดโมแครตพยายามปกป้องและสนับสนุนการเข้าถึงการทำแท้งรวมทั้งการเข้าถึงการคุมกำเนิดได้ง่ายขึ้น ทั้งนี้ ในภาพรวมอาจแบ่งแนวคิดการอนุญาตให้ทำแท้งเป็น 2 กลุ่มคือ “ฝ่ายปกป้องสตรีในการทำแท้ง (pro choice)” ที่เห็นว่าสตรีมีสิทธิที่จะเลือกยุติการตั้งครรภ์ของตนหรือไม่ กับ “ฝ่ายปกป้องชีวิตทารก (pro life)” ที่เห็นว่าทารกในครรภ์มีสิทธิที่จะมีชีวิต⁸⁴ ในบางรัฐของสหรัฐอเมริกา กำลังเพิ่มความพยายามในการตรากฎหมายว่าด้วยการทำแท้ง เพื่อผลักดันให้คนจำนวนมากเข้าถึงการทำแท้ง โดยเฉพาะอย่างยิ่งคนในชุมชนชายขอบที่มีการเข้าถึงการทำแท้งได้น้อย

ในสหรัฐอเมริกาปัจจุบันมีหลายรัฐที่เรียกว่ารัฐอนุรักษนิยม (Conservative States) เช่น รัฐแอละแบมา ที่พยายามผลักดันข้อห้ามการทำแท้งเกือบทุกกรณี ท่ามกลางความหวังว่าการผลักดันทางกฎหมายจะนำไปสู่การล้มเลิกคำตัดสินของคดี Roe v Wade ของศาลสูงขณะที่นายกรัฐมนตรีนโด้นัล ทรัมป์ ยืนยันว่า เขาสนับสนุนการห้ามทำแท้งเกือบทุกกรณี ยกเว้นกรณีเหยื่อจากการถูกข่มขืน การร่วมประเวณีระหว่างพี่น้อง หรือการตั้งครรภ์ที่อาจเป็นอันตรายต่อชีวิตของมารดา ส่วนนายโจ ไบเดนต้องการผ่านกฎหมายคุ้มครองสิทธิของผู้หญิงในการทำแท้ง ซึ่งเป็นสิ่งที่หลายรัฐที่เรียกว่ารัฐเสรีนิยม (Liberal States) เช่น นิวยอร์กกำลังพยายามผลักดัน โจ ไบเดนเชื่อว่า คำตัดสิน Roe v Wade ของศาลสูงที่มีมาเกือบ 50 ปี นั้นเป็นสิ่งที่ยืนยันว่าสิทธิของผู้หญิงในการเลือกทำแท้งนั้นยังคงอยู่⁸⁵

การศึกษาแบบ Turn away เป็นการศึกษาระดับประเทศที่ดำเนินการโดยนักวิจัยจากมหาวิทยาลัยมลรัฐแคลิฟอร์เนีย ชานฟรานซิสโก โดยได้ติดตามผู้คนที่กำลังมองหาการทำแท้งไม่ว่าจะอยู่ภายใต้หรือในช่วงเวลาที่กำหนดของศูนย์ทำแท้ง 30 แห่งทั่วประเทศ⁸⁶ ผู้หญิงบางส่วนมาทันเวลาที่จะทำแท้ง บางส่วนมาไม่ทันเวลาและต้องให้กำเนิดเด็กภายหลัง ข้อมูลแสดงให้เห็นว่าผู้ป่วยประมาณ 70,000 คนในสหรัฐอเมริกาได้รับ

⁸³ Nattatiti K., ‘ผู้หญิงมีสิทธิแค่ไหน ภายใต้กฎหมายทำแท้ง 4 ประเทศทั่วโลก’ (sanook, 8 กุมภาพันธ์ 2564) <<https://www.sanook.com/news/8347502/>> สืบค้นเมื่อ 10 พฤษภาคม 2565.

⁸⁴ สราวุธ ไพฑูรย์พงษ์ (เชิงอรรถ 81).

⁸⁵ Master Peace, ‘เลือกตั้งสหรัฐฯ 2020: ‘นโยบายทำแท้ง’ ประเด็นซบเคี้ยวทรัมป์-ไบเดน สองผู้สมัครเห็นต่างกันอย่างไร’ (Thestandard, 11 ตุลาคม 2563) <<https://thestandard.co/us-election-2020-abortion-policy/>> สืบค้นเมื่อ 10 พฤษภาคม 2565

⁸⁶ Ushma D. Upadhyay and others, ‘Denial of Abortion Because of Provider Gestational Age Limits in the United States’ (September 2014) 9 American Journal of Public Health <<https://shorturl.asia/G3lAt>> accessed 10 September 2022.

รู้ถึงเรื่องการทำให้แท้งหลังจากไตรมาสแรก (12 สัปดาห์แรก) ของแต่ละปี การวิจัยเชิงประจักษ์แสดงให้เห็นว่าสาเหตุที่ผู้คนแสวงหาการทำแท้งหลังจากไตรมาสแรก เนื่องจากหญิงที่มีโรคแทรกซ้อนทางสุขภาพในช่วงหลังการตั้งครรภ์ และหญิงที่มีสถานการณ์ทางการเงินหรือความรักที่เลวร้ายลง ควรเข้ารับการทำแท้งในช่วงไตรมาสที่ 2 นอกจากนี้ หญิงบางคนไม่ทราบว่าตนเองตั้งครรภ์ในช่วงไตรมาสแรก ควรได้รับการทำให้แท้งทันทีที่ตรวจพบการตั้งครรภ์

ผลการศึกษายังพบว่าผู้หญิงจำนวนมากที่ต้องการทำให้แท้งในช่วงไตรมาสที่ 2 เมื่อรู้ว่าตนเองตั้งครรภ์เป็นครั้งแรก หรือหญิงที่ไม่เคยตั้งครรภ์และหญิงที่ตั้งครรภ์แม้จะใช้วิธีการคุมกำเนิดแบบฮอร์โมนซึ่งมักจะมีแนวโน้มที่จะค้นพบการตั้งครรภ์ช้ากว่าผู้หญิงคนอื่นๆ รวมถึงผู้ด้อยโอกาสจำนวนมากที่ไม่สามารถเข้าถึงการทำแท้ง และยิ่งกว่านั้นสำหรับผู้ที่ต้องการทำให้แท้งในช่วงไตรมาสที่ 2 ซึ่งหนึ่งในสามของผู้ที่ต้องการทำให้แท้งในไตรมาสที่สองเดินทางมากกว่า 100 ไมล์และได้ไปเยี่ยมชมสถานที่ทำให้แท้งมากกว่าหนึ่งแห่งเพื่อพิจารณาถึงผู้ที่สามารถให้บริการทำให้แท้งได้ดีที่สุด ผู้หญิงกว่า 4,000 คนไม่สามารถทำให้แท้งได้ทุกปีเพราะอยู่ไกลเกินไปอาจทำให้อายุครรภ์เกินระยะเวลาที่กำหนดตามกฎหมาย

การศึกษาแบบ Turnaway ยังแสดงให้เห็นว่าการปฏิเสธการทำแท้งที่ต้องการ ซึ่งอาจเป็นอันตรายต่อสุขภาพร่างกายของผู้หญิง ความมั่นคงทางเศรษฐกิจ และความต้องการสำหรับตนเองและครอบครัว ผู้เข้าร่วมที่ถูกปฏิเสธการทำแท้ง ซึ่งต้องประสบกับอันตรายต่อสุขภาพร่างกายในระยะยาวจากการตั้งครรภ์จนครบกำหนด รวมถึงผู้หญิงที่ถูกปฏิเสธการทำแท้งและเสียชีวิตหลังจากการคลอดบุตร ผู้หญิงรายอื่นๆ ที่ตั้งครรภ์โดยไม่ต้องการ ต้องใช้ระยะเวลานานและมีความไม่มั่นคงทางเศรษฐกิจที่ยาวนานจากการพยายามเลี้ยงบุตรโดยปราศจากทรัพยากรที่พวกเขาารู้สึกว่าจำเป็น

เมื่อ 24 มิถุนายน 2565(2022) ศาลสูงสุดหรือศาลฎีกาสหรัฐอเมริกา (Supreme Court of the United States: SCOTUS) พิพากษายกเลิกคำตัดสินคดี Roe v Wade ที่เคยพิพากษาเมื่อปี 2516 ว่าการทำแท้งเป็นสิทธิตามรัฐธรรมนูญสหรัฐฯ ซึ่งหมายถึงว่า การทำให้แท้งของสตรีสหรัฐฯ ที่เคยถูกกฎหมาย ตั้งแต่ปี พ.ศ. 2516 นับตั้งแต่ 24 มิถุนายน 2565 การทำให้แท้งจะขัดรัฐธรรมนูญหรือผิดกฎหมายนั่นเอง แต่ในระดับมลรัฐต่างๆ จะดำเนินการบังคับใช้กฎหมายเมื่อไรหรืออย่างไรนั้นจะขึ้นกับแต่ละมลรัฐ และเนื่องจากการเมืองในสหรัฐฯ แบ่งออกเป็น 2 ฝ่ายใหญ่ๆ คือ ฝ่ายอนุรักษนิยม(Conservative) ได้แก่พรรครีพับลิกัน และ ฝ่ายเสรีนิยม (Liberal) ได้แก่พรรคเดโมแครต ซึ่งในเรื่องของการทำให้แท้ง พรรครีพับลิกันซึ่งเป็นพวกหัวเก่าค้านการทำแท้งเสรี ขณะที่พรรคเดโมแครตเห็นตรงข้ามโดยเชื่อในเรื่องสิทธิอนามัยเจริญพันธุ์และสิทธิในการทำแท้ง โดยทั้งสองพรรคได้ต่อสู้กันเรื่องนี้มานานหลายสิบปี

กฎหมายการทำแท้งในอเมริกาแตกต่างกันในแต่ละรัฐ กฎหมายบางรัฐห้ามทำแท้งโดยไม่ได้กำหนดอายุการตั้งครรภ์เว้นแต่สตรีผู้ตั้งครรภ์จะถึงแก่ชีวิตจากการตั้งครรภ์ บางรัฐอนุญาตให้เลือกวิธียุติการตั้งครรภ์ (elective abortion) เนื่องจากความต้องการของมารดาโดยไม่ต้องมีเหตุผลทางการแพทย์) ได้โดยไม่

กำหนดอายุครรภ์ การทำแท้งจึงเป็นเรื่องมีการโต้แย้งกันอย่างมากและมีการแบ่งฝ่ายในวัฒนธรรม การเมือง และ สังคมของอเมริกา⁸⁷

เดือนพฤษภาคม 2022 ก่อนที่จะมีการตัดสินของศาลสูงสุดข้างต้น ได้มีการแพร่ข่าวว่าจะมีการคว่ำร่างกฎหมาย Roe v Wade ทำให้ในประเทศสหรัฐอเมริกาเกิดการชุมนุมของผู้ที่ไม่เห็นด้วยกับคำพิพากษา นี้ เช่น รัฐนิวยอร์ก รัฐชิคาโก รัฐซีแอตเทิล และรัฐวอชิงตัน ดีซี และขณะเดียวกันก็มีการชุมนุมของผู้ที่เห็นด้วยและไม่ต้องการให้มีการทำแท้งในอเมริกาต่อไปด้วย⁸⁸

ในปี พ.ศ. 2545(2002) สถานิติบัญญัติ แห่งมลรัฐแคลิฟอร์เนียได้ผ่านพระราชบัญญัติความเป็นส่วนตัวในการเจริญพันธุ์ ซึ่งเพิ่มภาษาในกฎหมายของรัฐที่ประกาศว่าผู้หญิงมี "สิทธิขั้นพื้นฐานในการเลือกที่จะมีบุตรหรือเลือกและได้รับการทำแท้ง" มาตรา 1.1. รัฐจะไม่ปฏิเสธหรือแทรกแซงเสรีภาพในการเจริญพันธุ์ของบุคคลในการตัดสินใจที่ใกล้ชิดที่สุด ซึ่งรวมถึงสิทธิขั้นพื้นฐานในการเลือกทำแท้งและสิทธิขั้นพื้นฐานในการเลือกหรือปฏิเสธการคุมกำเนิด ส่วนนี้มีจุดมุ่งหมายเพื่อส่งเสริมสิทธิตามรัฐธรรมนูญในความเป็นส่วนตัวที่รับประกันโดยมาตรา 1 และสิทธิตามรัฐธรรมนูญที่จะไม่ถูกปฏิเสธการคุ้มครองที่เท่าเทียมกันซึ่งรับประกันโดยมาตรา 7 ไม่มีสิ่งใดในที่นี่ที่จะจำกัดสิทธิในความเป็นส่วนตัวหรือการคุ้มครองที่เท่าเทียมกัน⁸⁹

ในมลรัฐแคลิฟอร์เนียกฎหมายการทำแท้งของรัฐอนุญาตให้หญิงสามารถยุติการตั้งครรภ์ได้อย่างถูกกฎหมาย⁹⁰ สตรีมีครรภ์ในมลรัฐแคลิฟอร์เนียมีสิทธิพื้นฐานในการเลือกทำแท้ง สิทธินี้ได้รับการคุ้มครองภายใต้รัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกาและมลรัฐแคลิฟอร์เนีย ซึ่งมลรัฐแคลิฟอร์เนียห้ามการทำแท้งเฉพาะกรณีเมื่อเด็กในครรภ์สามารถที่มีชีวิตอยู่ได้เท่านั้น ซึ่งก็คือเมื่อแพทย์ตัดสินโดยสุจริตว่ามีความเป็นไปได้ที่สมเหตุสมผลที่ทารกในครรภ์สามารถมีชีวิตรอดนอกมดลูกได้โดยไม่มีมาตรการพิเศษทางการแพทย์ ยกเว้นในกรณีที่แพทย์เห็นว่าการตั้งครรภ์ต่อไปจะมีความเสี่ยงต่อชีวิตหรือสุขภาพของผู้ตั้งครรภ์ ซึ่งการตัดสินใจเหล่านี้ขึ้นอยู่กับสถานการณ์ของแต่ละบุคคล

ในปี 2022 การทำแท้งถูกกฎหมายในมลรัฐแคลิฟอร์เนีย ขึ้นอยู่กับความมีชีวิตของทารกในครรภ์ และหลังจากความมีชีวิต หากขั้นตอนนี้จำเป็นเพื่อปกป้องชีวิตหรือสุขภาพของมารดา

⁸⁷ สราวุธ ไพฑูรย์พงษ์ (เชิงอรรถ 81).

⁸⁸ Thai PBS, 'ที่มาร่างกฎหมายอนุมัติการทำแท้งในสหรัฐฯ: ทันโลก กับ ที่นี่ Thai PBS' (YouTube, 2 พฤษภาคม 2565) <https://www.youtube.com/watch?v=wM3_oYct5JE> สืบค้นเมื่อ 5 มิถุนายน 2566.

⁸⁹ Yurany Arciniegas, 'EE. UU.: Texas prohíbe el aborto después de las seis semanas de embarazo' (France 24, 20 May 2021) <<https://shorturl.asia/QYgEB>> accessed 10 November 2022.

⁹⁰ ช่อง 7HD, 'มลรัฐแคลิฟอร์เนีย เตรียมพร้อมรับผู้ต้องการทำแท้งข้ามรัฐ' (ช่อง 7HD, 4 ธันวาคม 2564) <<https://www.ch7.com/amp/534138>> สืบค้นเมื่อ 4 ธันวาคม 2565.

ในกรณีผู้เยาว์ ในมลรัฐแคลิฟอร์เนีย ผู้เยาว์มีสิทธิ์ยินยอมให้ทำแท้งด้วยตนเอง ไม่จำเป็นต้องได้รับอนุญาตจากบิดามารดาหรือผู้ปกครอง และผู้ให้บริการทางการแพทย์ไม่สามารถแจ้งบิดามารดาหรือผู้ปกครองของผู้เยาว์ ว่าผู้เยาว์ได้เข้ารับบริการทำแท้ง โดยไม่ได้รับความยินยอมเป็นลายลักษณ์อักษรจากผู้เยาว์⁹¹

ผู้ที่สามารถทำแท้งในมลรัฐแคลิฟอร์เนียได้แก่ แพทย์ พยาบาล ผู้ตั้งครรภ์ที่มีใบอนุญาต ผู้ประกอบวิชาชีพพยาบาล และผู้ช่วยแพทย์ที่ได้รับการฝึกอบรมอย่างเหมาะสมสามารถทำแท้งได้ในมลรัฐแคลิฟอร์เนีย นอกจากนี้ศูนย์สุขภาพหลายแห่งในมลรัฐแคลิฟอร์เนียให้บริการทำแท้งด้วยยา หรือที่เรียกว่า ยาทำแท้งหรือการทำแท้งด้วยยาผ่านทาง telehealth ซึ่ง telehealth (บางครั้งเรียกว่า telemedicine) หมายถึงตั้งครุภัณฑ์สามารถพูดคุยกับผู้ให้บริการด้านสุขภาพทางโทรศัพท์หรือผ่านวิดีโอคอลได้

กฎหมายของมลรัฐแคลิฟอร์เนียระบุชัดเจนว่า การดูแลการทำแท้งเป็นการดูแลสุขภาพขั้นพื้นฐาน และผู้ให้บริการประกันทุกรายต้องครอบคลุมการดูแลสุขภาพขั้นพื้นฐาน ดังนั้นแผนประกันส่วนบุคคลในมลรัฐแคลิฟอร์เนียไม่สามารถจำกัดหรือยกเว้นความคุ้มครองการทำแท้งได้ นอกจากนี้กฎหมายของมลรัฐแคลิฟอร์เนียและรัฐธรรมนูญแห่งมลรัฐแคลิฟอร์เนียห้ามไม่ให้บริษัทประกันสุขภาพไม่ชำระเงิน

ฝ่ายนิติบัญญัติของรัฐแคลิฟอร์เนียแนะนำมาตรการ เกี่ยวกับร่างความเห็นของศาลฎีกาที่ชื่อว่า Roe v. Wade ซึ่งเป็นคำตัดสินที่ศาลออกอย่างเป็นทางการในเดือนมิถุนายน 2022 โดยประกาศว่ารัฐแคลิฟอร์เนีย “จะไม่ปฏิเสธหรือแทรกแซงเสรีภาพในการเจริญพันธุ์ของบุคคลในการตัดสินใจ ซึ่งรวมถึงสิทธิขั้นพื้นฐานในการเลือกทำแท้งและสิทธิขั้นพื้นฐานในการเลือกหรือปฏิเสธการคุมกำเนิด”

การทำแท้งในรัฐแคลิฟอร์เนียก็ยังมีปัญหา และอุปสรรคจากการรณรงค์ของฝ่ายค้านจากกลุ่มต่อต้านการทำแท้ง ซึ่งรวมถึง California Catholic Conference และ California Republican Party ได้โต้แย้งว่ามาตรการนี้ไม่จำเป็นในการปกป้องสิทธิการทำแท้ง และจะเป็นการลบข้อจำกัดการทำแท้งทั้งหมด ปัจจุบันการทำแท้งทำได้จำกัดหลังจากมีชีวิตอยู่ได้ หรือประมาณ 23 สัปดาห์ เว้นแต่ชีวิตหรือสุขภาพของมารดาจะตกอยู่ในอันตราย ร็อบ บอนดา อัยการสูงสุดของรัฐและผู้เชี่ยวชาญด้านกฎหมายอื่นๆ ได้เสนอให้เพิ่มข้อเสนอดังกล่าว (California Proposition 1, Right to Reproductive Freedom Amendment (2022)) เพิ่มการคุ้มครองการทำแท้งและการคุมกำเนิดในรัฐธรรมนูญ แต่ไม่มีการเปลี่ยนแปลงอื่นใด⁹²

ข้อเสนอดังกล่าว คือ การแก้ไขรัฐธรรมนูญแห่งมลรัฐแคลิฟอร์เนียเพื่อกำหนดสิทธิในเสรีภาพในการเจริญพันธุ์ซึ่งกำหนดให้รวมถึงสิทธิในการทำแท้งและการเลือกหรือปฏิเสธการคุมกำเนิด การแก้ไขระบุว่า "รัฐ

⁹¹ ACLU of Southern California, 'Abortion Care in California' (ACLU of Southern California, 2022) <<https://shorturl.asia/Vt2vf>> accessed 4 December 2022.

⁹² Victoria Colliver, 'California voters guarantee abortion rights in state constitution' (Politico, 9 November 2022) <<https://shorturl.asia/htcqv>> accessed 4 December 2022.

จะไม่ปฏิเสธหรือแทรกแซงเสรีภาพในการเจริญพันธุ์ของบุคคลในการตัดสินใจ ซึ่งรวมถึงสิทธิขั้นพื้นฐานในการเลือกทำแท้งและสิทธิขั้นพื้นฐานในการเลือกหรือปฏิเสธการคุมกำเนิด"⁹³

ปัจจุบันกฎหมายของมลรัฐแคลิฟอร์เนียอนุญาตให้ทำแท้งได้ก่อนที่ทารกในครรภ์จะมีชีวิตอยู่ได้เท่านั้น ซึ่งโดยปกติแล้วหมายถึงการตั้งครรภ์ประมาณ 24 สัปดาห์ การทำแท้งในไตรมาสที่ 3 เป็นเรื่องที่ยาก และในมลรัฐแคลิฟอร์เนีย อนุญาตให้ทำแท้งได้ก็ต่อเมื่อชีวิตหรือสุขภาพของมารดาตกอยู่ในความเสี่ยง⁹⁴ ดังนั้นการทำแท้งถูกกฎหมายในมลรัฐแคลิฟอร์เนียข้อยกเว้นประการเดียวคือหากทารกในครรภ์มีชีวิตตามที่แพทย์กำหนด และแพทย์ระบุว่า การตั้งครรภ์ไม่ก่อให้เกิดความเสี่ยงต่อสุขภาพหรือชีวิตของผู้หญิง⁹⁵

⁹³ Ballotpedia, 'California Proposition 1, Right to Reproductive Freedom Amendment (2022)' (Ballotpedia, 2022) <<https://shorturl.asia/TqGhy>> accessed 11 December 2022.

⁹⁴ Janie Har, 'Californians vote to protect abortion in state constitution' (AP News, 9 November 2022) <<https://shorturl.asia/nx63o>> accessed 20 December 2022.

⁹⁵ FindLaw Staff, 'California Abortion Laws' (FindLaw, 22 December 2022) <<https://shorturl.asia/QgkxR>> accessed 20 December 2022.

ตารางที่ 3.2 วิวัฒนาการกฎหมายทำแท้งในประเทศสหรัฐอเมริกา

พ.ศ.	วิวัฒนาการ
2507	ทำแท้งได้อย่างถูกกฎหมาย อันเป็นสิทธิพื้นฐานภายใต้รัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกาและมลรัฐแคลิฟอร์เนีย ทารกมีชีวิตอยู่ได้ (ทารกในครรภ์สามารถมีชีวิตนอกมดลูก)
2545-2564	-สภานิติบัญญัติ แห่งมลรัฐแคลิฟอร์เนียได้ผ่านพระราชบัญญัติความเป็นส่วนตัวในการเจริญพันธุ์ ซึ่งเพิ่มภาษาในกฎหมายของรัฐที่ประกาศว่าผู้หญิงมี "สิทธิขั้นพื้นฐานในการเลือกที่จะมีบุตรหรือเลือกและได้รับการทำแท้ง" -ผู้เยาว์ (ต่ำกว่า 18ปี) สามารถให้ความยินยอมในการทำแท้งด้วยตนเองได้โดยไม่ต้องได้รับความยินยอมจาก บิดา มารดา ผู้ปกครอง และแพทย์ไม่จำเป็นต้องแจ้งเกี่ยวกับการทำแท้งต่อบิดามารดาของพวกเขา -มีการทำแท้งด้วยยา และแพทย์จะติดตามอาการโดยวิธีการโทรศัพท์ หรือ วิดีโอคอล (ภายใต้เงื่อนไขการยุติการตั้งครรภ์ต้องได้รับความยินยอมจากแพทย์) โดยรัฐจะไม่เข้าแทรกแซงเสรีภาพในการเจริญพันธุ์ของบุคคลจึงสามารถยุติการตั้งครรภ์ได้ก่อนที่ทารกในครรภ์จะมีชีวิตอยู่ได้ประมาณไม่เกิน 24 สัปดาห์
2565-ปัจจุบัน	-ในปี 2022 -ฝ่ายนิติบัญญัติของรัฐแคลิฟอร์เนียประกาศว่ารัฐแคลิฟอร์เนีย “จะไม่ปฏิเสธหรือแทรกแซงเสรีภาพในการเจริญพันธุ์ของบุคคลในการตัดสินใจ ซึ่งรวมถึงสิทธิขั้นพื้นฐานในการเลือกทำแท้งและสิทธิขั้นพื้นฐานในการเลือกหรือปฏิเสธการคุมกำเนิด”

จากตารางสะท้อนให้เห็น การทำแท้งตั้งแต่ปีพ.ศ. 2507 อนุญาตให้ดำเนินการยุติการตั้งครรภ์ ได้อย่างถูกกฎหมายภายใต้รัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา โดยอนุญาตให้ยุติการตั้งครรภ์ได้ก่อนทารกในครรภ์มีชีวิตอยู่ได้เท่านั้น ในปีพ.ศ.2545-2564 ได้มีการให้สิทธิผู้เยาว์ที่ต้องการยุติการตั้งครรภ์โดยไม่ต้องแจ้งให้บิดามารดา ผู้ปกครองทราบ และปีพ.ศ. 2565 การทำแท้งถูกกฎหมายในมลรัฐแคลิฟอร์เนีย ขึ้นอยู่กับความมีชีวิตของทารกในครรภ์และหลังจากความมีชีวิต หากขั้นตอนนี้จำเป็นเพื่อปกป้องชีวิตหรือสุขภาพของมารดา

3.3 กฎหมายเกี่ยวกับกรอบระยะเวลาอายุครรภ์ในการยุติการตั้งครรภ์ที่เหมาะสมในสาธารณรัฐประชาชนจีน

วิวัฒนาการทางกฎหมายของอาชญากรรมการทำแท้งในกฎหมายอาญาของสาธารณรัฐประชาชนจีน ตั้งแต่สมัยโบราณ ไม่มีการทำแท้งในระบบกฎหมายท้องถิ่นของสาธารณรัฐประชาชนจีน เนื่องจากแรงกดดันภายในและภายนอก Shen Jiaben และ Wu Tingfang ได้รับแต่งตั้งจากรัฐบาล Qing ให้เป็นรัฐมนตรีในการแก้ไขกฎหมายในปี 1902(2445) เพื่อแก้ไขกฎหมาย Qing ดั้งเดิม ภายใต้กฎหมายนี้ อาชญากรรมจากการทำแท้งได้รวมอยู่ในขอบเขตของกฎหมายอาญาของสาธารณรัฐประชาชนจีน โดยการเลียนแบบประมวลกฎหมายอาญาของประเทศญี่ปุ่น การแก้ไขได้กำหนดความผิดเกี่ยวกับการทำแท้งในบทที่ 27 ของประมวลกฎหมายอาญาฉบับปรับปรุงใหม่ รวมเจ็ดบทความ และลงโทษผู้หญิงอย่างรุนแรงที่ทำแท้งเอง ช่วยหรือบังคับผู้หญิงให้ทำแท้ง และคำปรึกษาพยาบาล บุคลากรที่ฝ่าฝืนระเบียบการทำแท้ง เป็นต้น

หลังการปฏิวัติในปี 1911(2454) รัฐบาลได้แก้ไข "กฎหมายอาญาใหม่ครั้งใหญ่" และประกาศใช้ "กฎหมายอาญาใหม่ชั่วคราว" กฎหมายอาญาชั่วคราวยังคงรักษาทบบัญญัติดั้งเดิมเกี่ยวกับอาชญากรรมการทำแท้งไว้ใน "กฎหมายอาญาฉบับใหม่" และเน้นที่บทบัญญัติเกี่ยวกับอาชญากรรมจากการทำแท้งในมาตรา 288 ถึง 292⁹⁶ บทความเหล่านี้ระบุว่าหัวข้อความผิดทางอาญาของอาชญากรรมการทำแท้งนั้นกว้างมาก และ

⁹⁶ Article 288

A pregnant woman who takes medicine or has an abortion by other means shall be sentenced to fixed-term imprisonment of not more than six months, short-term detention, or a fine of not more than 100 yuan.

The same goes for pregnant women who obey others to have an abortion.

Anyone who commits the crimes mentioned in the preceding two paragraphs due to illness or other necessity to prevent life danger shall be exempted from punishment.

Article 289

A person who, at the behest of a pregnant woman or obtains her promise, causes her to have an abortion shall be sentenced to fixed-term imprisonment of not more than two years.

Those who cause death to women shall be sentenced to fixed-term imprisonment of not less than six months but not more than five years; those who cause serious injuries shall be sentenced to fixed-term imprisonment of not more than three years.

Article 290

A person who commits the crime specified in Paragraph 1 of the preceding article with the intent to make a profit shall be sentenced to fixed-term imprisonment of not less than six months but not more than five years, and may also be fined not more than five hundred yuan.

Those who cause death to women shall be sentenced to fixed-term imprisonment of not less than three years but not more than ten years, and may be fined not more than five hundred yuan;

Article 291

แพทย์ เกษีกร ผู้ค้ายา สตรีมีครรภ์ ฯลฯ ล้วนตกเป็นเหยื่อของการทำแท้งได้ นอกจากนี้ บุคคลอื่นที่ข่มขืน บังคับ หรือลวงหญิงมีครรภ์ให้ทำแท้งโดยขัดต่อเจตจำนงของหญิงมีครรภ์ก็ถือเป็นความผิดฐานทำแท้งด้วย ใน ปี 1928 (2471) รัฐบาลชาตินิยมนานกิงได้ประกาศใช้ "กฎหมายอาญาของสาธารณรัฐประชาชนจีนซึ่งกำหนด ความผิดเกี่ยวกับการทำแท้งด้วย รัฐบาลชาตินิยมได้แก้ไขกฎหมายอาญาอีกครั้งในปี 1936 (2479) โดยเพิ่ม บทบัญญัติว่า "ผู้กระทำความผิดในสองวรรคก่อนเพราะโรคร้ายไข้เจ็บหรือความจำเป็นอย่างอื่นเพื่อป้องกัน อันตรายถึงชีวิตได้รับการยกเว้นโทษ" และบทบัญญัติว่าด้วยการทำแท้งมีความสมบูรณ์แบบยิ่งขึ้นก่อให้เกิด อาชญากรรมการทำแท้งที่ค่อนข้างเข้มงวดและสมบูรณ์แบบ⁹⁷

การทำแท้งในสาธารณรัฐประชาชนจีนมีความเชื่อมโยงอย่างใกล้ชิดกับวิวัฒนาการของนโยบาย ด้านประชากรของประเทศตลอดสี่ทศวรรษที่ผ่านมา การทำแท้งในสาธารณรัฐประชาชนจีนนั้นถูกกฎหมายมา ตั้งแต่ปี 1953 (2496) และสามารถใช้อย่างกว้างขวางผ่านบริการต่างๆ ที่นำเสนอโดยโครงการวางแผน ครอบครัวระดับชาติของประเทศ ในปี 1971 (2514) หลังจากช่วงปฏิวัติวัฒนธรรม (พ.ศ. 2508-2511) รัฐบาล ของสาธารณรัฐประชาชนจีนต้องเผชิญกับความเป็นจริงของจำนวนประชากร ซึ่งในปี 1970 (2513) องค์การ สหประชาชาติประมาณการไว้ที่ 800 ล้านคน ได้ตัดสินใจร่วมมือกันเพื่อลดการเติบโตของประชากรด้วยวิธีการ ธรรมชาติและบริการวางแผนการเกิดที่มีประสิทธิภาพ ซึ่งสนับสนุนการทำแท้งอย่างถูกกฎหมายและปลอดภัย ภายใต้อาณัติของพรรค

ในปี 1979 (2522) สาธารณรัฐประชาชนจีนได้เสริมสร้างนโยบายลดการเกิดและกำหนดบรรทัด ฐานเรื่องการสืบพันธุ์ให้กับประชากร ซึ่งอนุญาตให้มีบุตรเพียงคนเดียว หรือที่เรียกว่านโยบายครอบครัวที่มี บุตรคนเดียวเพื่อควบคุมภาวะเจริญพันธุ์⁹⁸ อย่างไรก็ตามนโยบายลูกคนเดียวนี้ถูกจำกัดให้อยู่เพียงแคในบาง

A person who causes a pregnant woman to have an abortion without the entrustment or consent of the pregnant woman shall be sentenced to fixed-term imprisonment of not less than one year but not more than seven years.

Those who cause death to women shall be sentenced to life imprisonment or fixed-term imprisonment of not less than seven years; those who cause serious injuries shall be sentenced to fixed-term imprisonment of not less than three years but not more than ten years.

The attempted offense of Paragraph 1 shall be punished.

Article 292

Anyone who publicly introduces abortion methods or objects, or publicly introduces himself or others as an act of abortion by words, pictures, or other means, shall be sentenced to fixed-term imprisonment of not more than one year, short-term detention, or a fine of not more than 1,000 yuan

⁹⁷ Gu Yinfen, 'การวิจัยกฎหมายอาญาว่าด้วยพฤติกรรมการทำแท้งจากมุมมองของการบังคับทำแท้ง' (zjyongjia-jcy-gov, 22 ธันวาคม 2557) <<https://shorturl.asia/TA1u9>> สืบค้นเมื่อ 10 กันยายน 2565.

⁹⁸ Axel I. Mundigo, 'Population and abortion policies in China: Their impact on minority nationalities' (Springer, July 1999) <<https://shorturl.asia/Hww4Q>> accessed 10 September 2022.

พื้นที่เท่านั้น ในขณะที่ครอบครัวชนบทจำนวนมากได้รับอนุญาตให้มีลูกได้ 2 คน ในกรณีที่มีลูกคนแรกเป็นผู้หญิง ทั้งนี้การบังคับใช้นโยบายดังกล่าวอย่างต่อเนื่องนั้นไม่เพียงแต่จำกัดคู่แต่งงานให้มีลูกคนเดียวเท่านั้น แต่ในบางกรณียังบีบคั้นให้มีการทำแท้ง ตลอดจนการบังคับให้ประชากรทำหมันเพื่อป้องกันการตั้งครรภ์ครั้งที่สองหรือครั้งต่อไป ด้วยเหตุนี้หลังจากที่สาธารณรัฐประชาชนจีนได้ประกาศบังคับใช้นโยบายดังกล่าวอย่างเคร่งครัดพบว่า สาธารณรัฐประชาชนจีนสามารถลดอัตราการเกิด(Birth rate) ของประชากรอย่างได้ผล⁹⁹

ค.ศ. 2013 (2556) รัฐบาลจีน อนุญาตให้คู่สามีหรือภรรยาคนใดคนหนึ่งที่เป็นลูกคนเดียวมีลูก 2 คนได้ และในวันที่ 1 มกราคม ค.ศ. 2016 (2559) นโยบายลูกคนเดียวก็ยกเลิกการบังคับใช้ทั่วประเทศ¹⁰⁰

ในปี 2018 (2561) ในมณฑลเจียงซีรัฐบาลจีนเริ่มนำร่องในการแก้ปัญหาประชากรที่ลดลงโดยได้ออกกฎเกณฑ์ที่กำหนดให้การทำแท้งหลังจาก 14 สัปดาห์ต้องลงนามอนุมัติจากผู้เชี่ยวชาญทางการแพทย์สามคน และหน่วยงานท้องถิ่นอื่น ๆ ได้แนะนำนโยบายที่คล้ายคลึงกัน นอกจากนี้ยังมีการชักชวนให้ผู้หญิงมีบุตรมากขึ้น ซึ่งไม่ได้ช่วยแก้ปัญหาจากสาเหตุหลักของอัตราการเจริญพันธุ์ของสาธารณรัฐประชาชนจีนที่ลดลง นั่นคือผู้คนที่ต้องการมีลูกน้อยลง และหญิงที่มีลูกมักจะถูกเลือกปฏิบัติในที่ทำงาน ทำให้โอกาสที่จะมีบุตรอีกคนหนึ่งไม่เป็นที่พึงปรารถนา และค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูลูกก็อาจจะถูกละเลยได้

ในปี 2019 (2562) พบว่าครอบครัวในเซี่ยงไฮ้คาดว่าจะใช้จ่ายเงิน 840,000 หยวน (119,000 ดอลลาร์) สำหรับการเลี้ยงดูเด็กตั้งแต่แรกเกิดจนถึงอายุ 15 ปี ครอบครัวที่มีรายได้น้อยกว่า 50,000 หยวนต่อปี ต้องใช้เงิน 70% ของรายได้ ซึ่งอาจจะเป็นสิ่งที่ผู้ปกครองต้องพิจารณาว่าในสภาพแวดล้อมที่มีการแข่งขันสูง ทั้งสถานศึกษาและการทำงานควรลงทุนทรัพยากรทั้งหมดของตนให้ลูกเพียงคนเดียวหรือไม่¹⁰¹ จากหน้าวิกฤตภาวะการเจริญพันธุ์ที่เพิ่มขึ้นของสาธารณรัฐประชาชนจีนที่มีนโยบายลูกคนเดียวซึ่งบังคับใช้ทั่วประเทศในปี 2523 เป็นการบังคับให้อัตราการเจริญพันธุ์ของสาธารณรัฐประชาชนจีนลดลงรวมทั้งการแนะนำนโยบายลูกสองคน ในปี 2559 (2016) ล้มเหลวส่งผลให้ทางการสาธารณรัฐประชาชนจีนประกาศเพิ่มประชากรเพียง 480,000 คนในปี 2564 เทียบกับการเพิ่มขึ้น 2 ล้านคนในปี 2563(2020) และ 4.7 ล้านคนในปี 2562 ดังนั้นจึงดูเหมือนหลีกเลี่ยงไม่ได้ที่ประชากรจีนจะเริ่มลดลงในปี 2565(2022) ซึ่งเร็วกว่าที่คาดไว้เกินไป ทำให้สาธารณรัฐประชาชนจีนกำลังเผชิญกับวิกฤตด้านประชากรศาสตร์ที่เกินจินตนาการของทางการจีนและประชาคมระหว่างประเทศ

วันที่ 31 พฤษภาคม 2021(2564) รัฐบาลจีนประกาศนโยบาย “ลูก 3 คน” จากเดิมที่อนุญาตคู่สามี-ภรรยาชาวจีนสามารถมีลูกได้เพียง 2 โดยการอนุมัติของประธานาธิบดีสีจิ้นผิง เนื่องจากผลสำรวจ

⁹⁹ ปกรณ์สิทธิ ฐานา, “นโยบายลูกคนเดียว” กับความไม่สมดุลของประชากรจีน’ (2557) 2 วารสารธรรมศาสตร์ 193 <<https://shorturl.asia/UZo86>> สืบค้นเมื่อ 25 กรกฎาคม 2565.

¹⁰⁰ เสมียนนารี, ‘กำเนิดนโยบายลูกคนเดียวของจีนยุค “เด็กเสี้ยวผิง” ถึงยุคมีลูกได้ 3 คน ก่อนดราม่าโอลิมปิก’ (ศิลปวัฒนธรรม, 29 กรกฎาคม 2564) <https://www.silpa-mag.com/history/article_72250> สืบค้นเมื่อ 10 มกราคม 2566.

¹⁰¹ The Economist, ‘Limiting access to abortions won’t solve China’s population woes’ (The Economist, 1 October 2021) <<https://shorturl.asia/O0u75>> accessed 10 September 2022.

จำนวนประชากรพบว่า การเพิ่มขึ้นของจำนวนประชากรจีนนั้นอยู่ในระดับที่ช้ามากที่สุดในรอบ 10 ปี ที่ผ่านมา
102

ในปี 2565(2022) สมาคมวางแผนครอบครัวของสาธารณรัฐประชาชนจีนได้ประกาศว่าทางการจีนจะเปิดตัวนโยบายพิเศษเพื่อชดเชยการทำแท้งและเพื่อลดการตั้งครุภคที่ไม่พึงประสงค์และการทำแท้งในวัยรุ่น แต่การจำกัดการทำแท้งจะส่งผลเสียและอาจก่อให้เกิดวิกฤตทางสังคมอื่นๆ ได้ การประกาศอย่างเป็นทางการล่าสุดในสาธารณรัฐประชาชนจีนได้จุดประกายให้เกิดการเก็งกำไรว่าอาจมีข้อจำกัดในการทำแท้งที่เข้มงวดมากขึ้น ซึ่งจะเห็นได้ว่าเมื่อ 6 เดือนที่ผ่านมา สภาแห่งรัฐของสาธารณรัฐประชาชนจีนได้ออกแนวทางในการลดจำนวนการทำแท้งด้วยเหตุผลที่ไม่ใช่ทางการแพทย์ และในเดือนกุมภาพันธ์ สมาคมวางแผนครอบครัวของสาธารณรัฐประชาชนจีนได้ประกาศว่าทางการสาธารณรัฐประชาชนจีนจะเปิดตัวนโยบายพิเศษสาเหตุเนื่องมาจากวิกฤตการณ์ประชากรของสาธารณรัฐประชาชนจีนนั้นเลวร้ายยิ่งขึ้น ทำให้ทางการได้เร่งรัดออกมาตรการต่างๆ ในช่วงไม่กี่เดือนที่ผ่านมา ซึ่งรวมถึงข้อจำกัดในการทำแท้ง และรัฐบาลจีนประกาศ ลูก 1 คน ลดหย่อนภาษีได้ 5 พัน/เดือน จนกว่าจะ 3 ขวบ¹⁰³ ซึ่งในอดีตทางการมองว่าประชากรจำนวนมากของประเทศเป็นภาระ และนโยบายลูกคนเดียวไม่เพียงแต่สนับสนุนให้ผู้หญิงทำแท้ง แต่ยังเกี่ยวข้องกับรัฐบาลที่บังคับให้ ทำแท้งด้วย ตั้งแต่หน้าจอโทรทัศน์ ป้ายโฆษณากลางแจ้งขนาดยักษ์ ไปจนถึงเสาไฟฟ้าริมถนน โฆษณาการทำแท้งมีอยู่ทุกหนทุกแห่งในสาธารณรัฐประชาชนจีน

การลดอัตราการการทำแท้งจะทำให้สาธารณรัฐประชาชนจีนต้องเสริมสร้างค่านิยมของครอบครัว ให้การศึกษาเรื่องเพศศึกษาแก่วัยรุ่นให้ดีขึ้น และปรับปรุงโอกาสในการจ้างงานของคนหนุ่มสาวและความสามารถในการเลี้ยงดูบุตร หากไม่มีการปฏิรูปที่ประสานกันดังกล่าว การจำกัดการทำแท้งก็จะเป็นการต่อต้าน จนทำให้เกิดวิกฤตทางสังคมอื่นๆ เช่น จำนวนเด็กที่ถูกทอดทิ้งเพิ่มขึ้นและการทำแท้งที่ผิดกฎหมายพุ่งสูงขึ้น ซึ่งจะคุกคามสุขภาพและชีวิตของผู้หญิงจำนวนมาก¹⁰⁴

¹⁰² เฟิงอ้าง.

¹⁰³ รชต สนิท, 'จีนประกาศ ลูก 1 คน ลดหย่อนภาษีได้ 5 พัน/เดือน จนกว่าจะ 3 ขวบ กระตุ้นคนให้คนมีลูกแบบฉลาด' (Brand Inside, 29 มีนาคม 2565) <<https://brandinside.asia/china-tax-deduction-for-parents-with-child/>> สืบค้นเมื่อ 10 มกราคม 2566.

¹⁰⁴ Yi Fuxian, 'China's Abortion Problem Can't Be Regulated Away' (Project Syndicate, 14 April 2022) <<https://shorturl.asia/1KBk2>> accessed 10 September 2022.

ตารางที่ 3.3 วิวัฒนาการกฎหมายทำแท้งในประเทศสาธารณรัฐประชาชนจีน

พ.ศ.	วิวัฒนาการ
2496	การทำแท้งในสาธารณรัฐประชาชนจีนไม่มีข้อกำหนดกำหนดให้เป็นความผิด
2561	การทำแท้งยังสามารถทำได้แต่หากตั้งครรภ์แล้วเกินกว่า 14 สัปดาห์ ต้องได้รับการอนุมัติจากแพทย์ผู้เชี่ยวชาญอย่างน้อยสามคน และหน่วยงานท้องถิ่นอื่นๆ จึงจะสามารถยุติการตั้งครรภ์ได้
2565	เนื่องจากการลดลงของประชากรจีนในประเทศอย่างรวดเร็ว สมาคมวางแผนครอบครัวของสาธารณรัฐประชาชนจีนได้ประกาศว่าทางการจีนมีนโยบายที่จะขัดขวางการทำแท้ง และมีนโยบายที่ให้ครอบครัวมีลูกได้ไม่เกิน 2 คนเป็นไม่เกิน 3 คน ส่งผลให้หญิงยุติการตั้งครรภ์ต้องได้รับโทษจำคุกไม่เกิน 6 เดือน

จากตารางสะท้อนให้เห็นวิวัฒนาการการทำแท้งในประเทศสาธารณรัฐประชาชนจีน โดยตั้งแต่พ.ศ. 2496 – 2561 การทำแท้งไม่ได้มีการกำหนดความผิดฐานทำแท้งไว้ ตั้งแต่ปีพ.ศ.2561ได้มีเงื่อนไขในการทำแท้งที่ไม่ผิดกฎหมาย คืออายุครรภ์ไม่เกิน 14 สัปดาห์ และต้องได้รับการรับรองจากแพทย์ผู้เชี่ยวชาญอย่างน้อย 3 คน ตั้งแต่ปีพ.ศ.2565 จากสถานการณ์ที่จำนวนประชากรในประเทศจีนลดลง รัฐบาลจีนได้มีการกำหนดนโยบายให้สามารถมีลูกได้ไม่เกิน 3 คน จากเดิมที่กำหนดให้มีลูกไม่เกิน 2 คน และยังมี การเพิ่มโทษสำหรับหญิงที่ทำแท้งเป็นจำคุกไม่เกิน 6 เดือน

บทที่ 4

วิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับกรอบระยะเวลาอายุครรภ์ในการยุติการตั้งครรภ์ทาง กฎหมายที่เหมาะสมกับต่างประเทศ

การตั้งครรภ์ไม่พึงประสงค์เป็นปัญหาทางสังคมรูปแบบหนึ่ง ซึ่งสะท้อนถึงการวางแผนการเจริญพันธุ์ที่ล้มเหลว นำมาสู่วิธีแก้ปัญหาโดยการทำแท้ง แต่การทำแท้งยังกำหนดไว้ในกฎหมายว่าการกระทำดังกล่าวเป็นความผิดส่งผลกระทบต่อหญิงที่ตั้งครรภ์โดยไม่พร้อมจึงต้องพึงพาการทำแท้งเถื่อนในการแก้ปัญหา แต่การกระทำดังกล่าวอาจส่งผลกระทบต่อให้เกิดภาวะทางร่างกายและจิตใจ เช่น ตกเลือด มดลูกทะลุ เยื่อช่องท้องอักเสบ เป็นต้น ซึ่งเป็นผลมาจากผู้ลงมือทำแท้งขาดความเชี่ยวชาญ ขาดอุปกรณ์ทางการแพทย์ที่ทันสมัย หรือทำแท้งในขณะอายุครรภ์มากเกินไป เพื่อแก้ปัญหาดังกล่าวหลายประเทศจึงได้มีการวางกรอบระยะเวลายุติการตั้งครรภ์โดยถือว่าการกระทำนั้นไม่เป็นความผิด อันเป็นการขยายโอกาสในทางสังคม เศรษฐกิจ ให้แก่หญิงตั้งครรภ์โดยไม่พร้อม ภายใต้การคุ้มครองสิทธิหญิงตั้งครรภ์ที่ต้องมีมาก่อนทารกในครรภ์ และด้วยแนวความคิดดังกล่าวในปีพ.ศ. 2564 ประเทศไทยได้มีการแก้ไขประมวลกฎหมายอาญาลักษณะ 10 ความผิดเกี่ยวกับชีวิตร่างกาย หมวด 3 ความผิดฐานทำให้แท้งลูก โดยอนุญาตให้ยุติการตั้งครรภ์โดยไม่ผิดกฎหมายภายในกรอบระยะเวลาอายุครรภ์ไม่เกิน 12 สัปดาห์จะไม่มีโทษตามมาตรา 301

ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 301 ได้มีการกำหนดให้หญิงสามารถยุติการตั้งครรภ์ได้เมื่ออายุครรภ์ไม่เกิน 12 สัปดาห์ นอกจากจะเป็นการคุ้มครองสิทธิแล้วยังเป็นการส่งเสริมสุขภาพของหญิงไม่ว่าทั้งทางร่างกายหรือจิตใจ และในมาตราดังกล่าวยังได้มีการลดบทลงโทษจากจำคุกไม่เกิน 3 ปีปรับไม่เกิน 60,000 บาทหรือทั้งจำทั้งปรับเป็นจำคุกไม่เกิน 6 เดือนหรือปรับไม่เกิน 10,000 บาทหรือทั้งจำทั้งปรับ อย่างไรก็ตามการยุติการตั้งครรภ์ย่อมต้องดำเนินการตามประกาศแพทยสภาเรื่องการทำแท้ง เพื่อให้เกิดความปลอดภัยและป้องกันการรับบริการทำแท้งเถื่อนซึ่งจะได้ทำการศึกษาต่อไป

4.1 วิเคราะห์กรอบระยะเวลาที่เหมาะสมเกี่ยวกับการยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์โดยชอบด้วยกฎหมาย

การยุติการตั้งครรภ์เป็นทางออกให้แก่หญิงที่ตั้งครรภ์โดยขาดความพร้อมที่จะเลี้ยงดูทารกในครรภ์ ไม่ว่าจะเป็นเพราะปัญหาทางสังคมเศรษฐกิจอันเป็นการส่งผลกระทบต่อชีวิตความเป็นอยู่ สภาพจิตใจ และยังสามารถส่งผลกระทบต่อคุณภาพชีวิตของทารกที่จะต้องถือกำเนิด ด้วยเหตุผลดังกล่าวในข้างต้นจึงได้มีการแก้ไขกฎหมายเกี่ยวกับความผิดฐานทำให้แท้งลูก โดยกำหนดกรอบระยะเวลาที่สามารถยุติการตั้งครรภ์ได้เมื่ออายุครรภ์ไม่เกิน 12 สัปดาห์ ซึ่งถือได้ว่าเป็นระยะเวลาที่ปลอดภัยที่สุดเพราะอายุครรภ์ยังน้อย และยังเป็นการให้สิทธิแก่หญิงตั้งครรภ์ภายใต้เจตนารมณ์ของกฎหมายที่สิทธิของหญิงตั้งครรภ์ย่อมมีอยู่ก่อนทารกในครรภ์ อันเป็นเหตุผลในการแก้ไขกฎหมาย เพื่อคุ้มครองสิทธิตามสัดส่วนที่เหมาะสมระหว่างหญิงตั้งครรภ์และทารกในครรภ์

แต่เป็นที่น่าสังเกตว่าตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 305 อนุ 5 ได้มีการกำหนดให้แพทย์สามารถยุติการตั้งครรภ์ได้เมื่ออายุครรภ์เกินกว่า 12 สัปดาห์แต่ไม่เกิน 20 สัปดาห์ และจะต้องเป็นไปตาม

กฎหมายว่าด้วยการป้องกันและแก้ไขปัญหาการตั้งครรภ์ในวัยรุ่นซึ่งกลุ่มบุคคลที่จะสามารถเข้าเงื่อนไขดังกล่าวตามพระราชบัญญัติการป้องกันและแก้ไขปัญหาการตั้งครรภ์ในวัยรุ่นพ.ศ. 2559 ได้กำหนด ในข้อ 3 วัยรุ่นหมายความว่าบุคคลอายุเกิน 10 ปีบริบูรณ์แต่ยังไม่ถึง 20 ปีบริบูรณ์ กล่าวคือบุคคลที่สามารถยุติการตั้งครรภ์ได้ในช่วงอายุครรภ์เกินกว่า 12 สัปดาห์แต่ไม่เกิน 20 สัปดาห์จะต้องเป็นบุคคลที่อายุไม่เกิน 20 ปีบริบูรณ์เท่านั้นการกำหนดกฎหมายดังกล่าวเป็นการกำหนดโดยจำกัดสิทธิของหญิงตั้งครรภ์ที่อายุตั้งแต่ 20 ปีบริบูรณ์ขึ้นไปไม่สามารถดำเนินการทำแท้งได้เมื่อมีอายุครรภ์เกินกว่า 12 สัปดาห์ อย่างไรก็ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพ.ศ.2560 มาตรา 27 บุคคลย่อมเสมอกันในกฎหมาย มีสิทธิและเสรีภาพ และได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคล ไม่ว่าด้วยเหตุความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ ความพิการ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมืองอันไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญหรือเหตุอื่นใด จะกระทำมิได้

อย่างไรก็ดีในเรื่องของกรอบระยะเวลาในการยุติการตั้งครรภ์ หากพิจารณาถึงการยุติการตั้งครรภ์ในวัยรุ่นซึ่งสามารถขยายระยะเวลายุติการตั้งครรภ์ได้ถึง 20 สัปดาห์ เพื่อไม่ให้เป็นการเลือกปฏิบัติในหญิงที่ตั้งครรภ์ไม่ว่าจะเป็นช่วงวัยใดก็ตามย่อมได้รับการคุ้มครองในเนื้อตัวร่างกายเช่นเดียวกัน ดังนั้นในเรื่องกรอบระยะเวลายุติการตั้งครรภ์ตามมาตรา 301 ควรมีการขยายระยะเวลา ให้สามารถยุติการตั้งครรภ์ได้ไม่เกิน 20 สัปดาห์เช่นเดียวกันกับการยุติการตั้งครรภ์ในวัยรุ่น อันเป็นการคุ้มครองสิทธิให้แก่หญิงตั้งครรภ์โดยไม่พร้อมและต้องการยุติการตั้งครรภ์ที่เท่าเทียมกัน นอกจากนี้ยังเป็นการเปิดโอกาสให้หญิงตั้งครรภ์ได้มีเวลาไตร่ตรองหรือทบทวนในการที่จะให้ทารกในครรภ์ถือกำเนิดขึ้นมาแทนที่จะเลือกการยุติการตั้งครรภ์ อันเป็นผลดีกับหญิงตั้งครรภ์ที่จะได้รับการคุ้มครองต่อสิทธิในร่างกายของตนโดยไม่กระทบสิทธิของผู้อื่นอย่างแท้จริง

4.2 การทำแท้งไม่เป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 301 และการทำแท้งโดยชอบด้วยกฎหมายกับการคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของหญิงที่ตั้งครรภ์

ในกฎหมายอาญาของไทยในปัจจุบัน จะเห็นได้ว่าความผิดฐานทำแท้งได้มีการกำหนดโทษไว้ในมาตรา 301 จำคุกไม่เกิน 6 เดือน หรือปรับไม่เกิน 10,000 บาทหรือทั้งจำทั้งปรับ ซึ่งเป็นการลดโทษเพื่อคุ้มครองสิทธิของหญิงตั้งครรภ์ที่มีมาก่อนทารกในครรภ์ จึงได้ลดบทลงโทษให้เหลือเพียงสถานเบา และทำให้เป็นทางเลือกให้กับหญิงตั้งครรภ์ที่ตัดสินใจทำแท้ง ตามทฤษฎีการชั่งน้ำหนักเมื่อหญิงตั้งครรภ์ได้ชั่งน้ำหนักระหว่างการกระทำความผิดกับโทษที่จะได้รับ ซึ่งจะเห็นว่าหญิงตั้งครรภ์นั้นจะตัดสินใจทำแท้ง เนื่องจากได้รับความคุ้มครองค่ากว่าโทษที่จะได้รับ หญิงตั้งครรภ์เลยยอมที่จะถูกลงโทษแทนการเก็บเด็กในครรภ์ไว้

การทำแท้งนั้นเป็นการแก้ปัญหาที่ปลายเหตุ ดังนั้นควรที่จะต้องกำหนดโทษให้หนัก เพื่อเป็นการข่มขู่ไม่ให้ไปตั้งครรภ์ที่ไม่พร้อม เช่น การไม่ป้องกันระหว่างฝ่ายหญิงและฝ่ายชาย ซึ่งเป็นต้นเหตุของการตั้งครรภ์ ถ้ามีการป้องกันทั้งสองฝ่ายก็就不用มีการตั้งครรภ์เกิดขึ้น และการทำแท้งที่ตามมา

เมื่อเทียบกับกฎหมายก่อนการแก้ไข หญิงมีโทษจำคุกไม่เกิน 3 ปี ปรับไม่เกิน 60,000 บาท เนื่องจากกฎหมายได้มุ่งคุ้มครองสิทธิของทารกในครรภ์เพียงอย่างเดียวจึงมีโทษที่หนักกว่า และเมื่อชั่งน้ำหนักแล้ว หญิงจะมีการคิดอย่างถ่วงน้ำหนักว่าจะทำแท้งหรือไม่ทำเพราะทำตามกฎหมายไม่ได้

การที่มีโทษที่หนักนั้นจะเป็นการข่มขู่ ยับยั้ง ให้หญิงตั้งครรรภ์ได้ตัดสินใจ ถึงกระทำความผิดของหญิงตั้งครรรภ์ เช่น ทำแล้วจะคุ้มกับการรับโทษหรือไม่ เป็นการข่มขู่ให้หญิงไม่กล้าตัดสินใจทำแท้ง และยังเป็น การยับยั้งไม่ให้หญิงนั้นไปทำแท้งเป็นต้น

ในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ได้มีการกำหนดโทษไว้ว่าผู้ใดยุติการตั้งครรรภ์ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปีหรือปรับ โทษที่หนักนั้นแสดงให้เห็นถึง ประเพณีทางกฎหมาย เมื่อเร็วๆ นี้ในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ยังคงให้การคุ้มครองสิทธิของเด็กที่ยังไม่เกิดในทุกขั้นตอนของการตั้งครรรภ์ เหมือนในกฎหมายเดิมของประเทศไทย

ดังนั้นควรที่จะกำหนดโทษให้หนักขึ้น เพื่อข่มขู่ ยับยั้ง ไม่ให้หญิงตั้งครรรภ์ตัดสินใจทำแท้ง และเพื่อป้องกันการที่หญิงตั้งครรรภ์นั้นจะตัดสินใจอย่างรวดเร็ว เพราะหากมีบทลงโทษเพียงเล็กน้อย หญิงก็จะตัดสินใจได้โดยไม่คิดไตร่ตรองและยอมรับบทลงโทษเพียงเล็กน้อยเท่านั้น จึงเป็นการไม่เห็นคุณค่าของเด็กในครรภ์แม้แต่น้อย ภายใต้วัตถุประสงค์ในการลงโทษทางอาญามีอยู่ 5 ประการ คือ การแก้แค้นทดแทน การข่มขู่ ยับยั้ง โดยการตัดความสามารถในการกระทำความผิด การฟื้นฟูแก้ไข และการนำผู้กระทำความผิดกลับสู่สังคม ซึ่งวัตถุประสงค์สอดคล้องกับแนวทางคุ้มครองสิทธิมนุษยชน เพื่อแก้ไขฟื้นฟูและนำผู้กระทำความผิดกลับสู่สังคม¹⁰⁵

การทำแท้งโดยชอบด้วยกฎหมายกับการคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของหญิงที่ตั้งครรรภ์ ซึ่งปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนถือเป็นหลักการหรือข้อตกลงซึ่งเกิดจากความร่วมมือกันของประเทศภาคีสมาชิกแห่งสหประชาชาติร่วมกันออกข้อบังคับ โดยได้ลงมติรับรองเพื่อถือเป็นหลักการในการคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ซึ่งเป็นหลักการขั้นพื้นฐานของการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนของประชาคมโลก ในวันที่ 10 ธันวาคม พ.ศ.2491 แม้ว่าปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนดังกล่าวจะไม่ได้มีสภาพบังคับในลักษณะเดียวกันกับสนธิสัญญาระหว่างประเทศ แต่ก็ถือว่าเป็นกฎหมายจารีตประเพณีที่ส่งผลให้ประเทศที่เข้าร่วมเป็นภาคีสมาชิกแห่ง ปฏิญญาสากลฉบับดังกล่าวนี้จะต้องนำไปอนุวัติการกฎหมายในประเทศเพื่อให้สอดคล้อง และนอกจากนั้นปฏิญญาฉบับดังกล่าวยังถือว่าเป็นพื้นฐานหรือหลักการอันสำคัญต่อสนธิสัญญาหรือกฎหมายระหว่างประเทศในด้านสิทธิมนุษยชน รวมไปถึงข้อตกลงระหว่างประเทศอื่นๆ และหลักการด้านสิทธิมนุษยชนในปฏิญญาฉบับนี้ยังส่งผลต่อรัฐธรรมนูญของประเทศสมาชิกภาคีของปฏิญญาอีกหลายๆประเทศ ซึ่งได้นำเอาหลักการในปฏิญญานี้ไปอนุวัติการ ซึ่งหนึ่งในนั้นคือ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ซึ่งได้ให้การรับรองหลักการตามปฏิญญาดังกล่าวและกำหนดความคุ้มครองไว้ในมาตรา 4 ซึ่งบัญญัติไว้ว่า “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์สิทธิเสรีภาพ และความเสมอภาคของบุคคลย่อมได้รับความคุ้มครอง”

¹⁰⁵ ปกป้อง ศรีสนิท (เชิงอรธ 52).

การทำแท้งเป็นสิทธิของหญิงที่จะเลือกทางออกด้วยตัวเอง เนื่องจากการทำแท้งนั้นอยู่ที่เนื้อตัวร่างกายของหญิงเพียงคนเดียว แต่หญิงตั้งครรภ์ต้องมีอายุ 20 ปีบริบูรณ์จึงสามารถทำได้ และอายุครรภ์ต้องไม่เกิน 12 สัปดาห์ เป็นการคุ้มครองสิทธิของหญิง เพื่อให้หญิงนั้นมีเวลาคิดทบทวนอย่างถี่ถ้วนก่อนตัดสินใจทำแท้ง และเมื่ออายุครรภ์เกิน 12 สัปดาห์ไปแล้ว จะเป็นการคุ้มครองสิทธิของทารกในครรภ์ทำให้สิทธิของหญิงนั้นระงับไป ถือได้ว่าหญิงนั้นถูกกลืนสิทธิในเนื้อตัวร่างกาย ทำให้ผู้หญิงบางส่วนนั้นคิดว่าไม่เป็นธรรมต่อตัวของหญิงเองเป็นต้น แต่ถ้าหากหญิงนั้นยังไม่บรรลุนิติภาวะต้องได้รับความยินยอมจากผู้ปกครองก่อน หรือผู้ดูแลหญิงตั้งครรภ์นั้น และหากไม่มีผู้ให้ความยินยอม แพทย์ก็สามารถทำแท้งให้ได้ หากเป็นเหตุจำเป็น เพื่อป้องกันอันตรายต่อหญิงนั้น

ในประเทศสหรัฐอเมริกาในมลรัฐแคลิฟอร์เนีย ได้ให้สิทธิของหญิงในการยุติการตั้งครรภ์เป็นสิทธิขั้นพื้นฐาน ซึ่งได้รับความคุ้มครองภายใต้รัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา และรัฐธรรมนูญของมลรัฐแคลิฟอร์เนีย และมีข้อกำหนดไว้ว่าต้องทำภายใน 3 เดือนแรก และมีข้อห้ามเฉพาะกรณีเมื่อถึงจุดที่มีชีวิตอยู่เท่านั้น ซึ่งประมาณ 24 สัปดาห์ และในกรณีผู้เยาว์ซึ่งมีสิทธิยินยอมให้ทำแท้งด้วยตนเองโดยไม่จำเป็นต้องได้รับความยินยอมจาก บิดา มารดา ผู้ปกครอง และผู้ให้บริการทำแท้งก็ไม่สามารถแจ้งต่อ บิดา มารดา ผู้ปกครองของผู้เยาว์ถึงการกระทำแท้งที่เกิดขึ้น

ในส่วนการคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์โดยพิจารณาทั้งฝ่ายหญิงที่ตั้งครรภ์และทารกในครรภ์ การที่มีกฎหมายอนุญาตให้สามารถทำแท้งได้เป็นการเพิ่มสิทธิในเนื้อตัวร่างกายของหญิง ซึ่งเป็นสิทธิตามธรรมชาติอันเป็นสิทธิพื้นฐานของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ที่บุคคลย่อมมีสิทธิและเสรีภาพที่จะกระทำได้หากไม่รบกวนหรือล่วงล้ำเข้าไปในสิทธิหรือเสรีภาพของผู้อื่น ภายใต้เหตุผลที่ว่า การทำแท้งเป็นสิทธิเฉพาะตัวของหญิง แม้ต้องการยุติการตั้งครรภ์โดยไม่พร้อม ย่อมเป็นเรื่องของหญิงเป็นการเฉพาะ และการกระทำดังกล่าวก็ไม่ได้ทำให้บุคคลใดได้รับความเสียหาย ดังนั้นเมื่อหญิงประสงค์จะยุติการตั้งครรภ์ด้วยใจสมัคร และจะต้องเป็นผู้ที่รับผลจากการกระทำของตนเอง ไม่ว่าจะป็นทั้งด้านครอบครัวและสังคม หญิงจึงควรมีอำนาจในการตัดสินใจที่จะทำแท้งได้ โดยไม่ต้องถูกบังคับให้ต้องเป็นแม่โดยที่ยังไม่พร้อม จึงจะเป็นการรับรองและคุ้มครองสิทธิของหญิงอย่างแท้จริง

นอกจากนั้นหากกฎหมายอนุญาตให้ทำแท้งเฉพาะกรณีสุขภาพของหญิง สุขภาพของเด็กและการถูกข่มขืน ถือเป็นการละเมิดสิทธิในเนื้อตัวร่างกายของหญิง โดยให้เหตุผลว่าไม่ครอบคลุมกรณีตั้งครรภ์โดยไม่พร้อม เนื่องจากกฎหมายได้มีการกำหนดเงื่อนไขเป็นกฎหมายไว้ให้ทำแท้งได้ โดยไม่ต้องคำนึงถึงสภาพจิตใจหรือภาวะทางสังคมหรือชีวิตความเป็นอยู่ของหญิงตั้งครรภ์ จึงเป็นการละเมิดสิทธิของหญิงตั้งครรภ์ในขณะที่ต้องทำแท้งด้วยเหตุดังกล่าว และในกรณีที่ต้องทำแท้งเพราะอยู่ในระหว่างการศึกษา หากไม่อนุญาตให้ทำแท้งจะทำให้บุคคลดังกล่าวหันไปทำแท้งเถื่อน ซึ่งอาจจะเกิดผลกระทบต่อร่างกายของหญิง ดังนั้นควรที่จะเพิ่มในส่วนของความจำเป็น

นอกจากนั้นในประเทศสาธารณรัฐประชาชนจีน หญิงตั้งครรภ์สามารถร้องขอทำแท้งได้โดยถูกต้องตามกฎหมายและการตัดสินใจในการทำแท้งขึ้นอยู่กับความต้องการของสตรีที่ตั้งครรภ์แต่ละคน แต่เมื่อ

มีเงื่อนไขว่าการทำแท้งจะต้องทำภายใน 3 เดือนแรกของการตั้งครรภ์ ซึ่งในต่างประเทศยอมคำนึงถึงเหตุปัจจัยอื่นประกอบกับการคุ้มครองสิทธิของเด็กเพียงอย่างเดียว หากมีเหตุจำเป็นถึงแม้ว่าจะเป็นการละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของทารกในครรภ์มารดายอมสามารถทำได้เพราะทารกในครรภ์ยังไม่มีสภาพบุคคล

ส่วนในเรื่องศีลธรรมและจริยธรรม การทำแท้งถือเป็นการฆ่าชีวิตอย่างหนึ่ง แต่ด้วยสภาพสังคมมีการเปลี่ยนแปลงอย่างรวดเร็ว ประกอบกับโรคภัยไข้เจ็บต่างๆ ส่งผลให้ความมั่นคงทางเศรษฐกิจของแต่ละครอบครัวเกิดความไม่มั่นคง นอกจากนั้นยังมีปัญหาเรื่องสังคมเป็นสิ่งกระตุ้นให้เกิดปัญหาบางประการ อาทิ ความรุนแรงในครอบครัวอันเป็นปัจจัยหลักมาสู่การทำแท้งภายใต้เหตุผลความจำเป็น อย่างไรก็ตามเมืองไทยเป็นเมืองพุทธและให้อิสระในการนับถือศาสนา แต่ทุกศาสนามีจุดเกาะเกี่ยวที่คล้ายคลึงกันและในเรื่องคุณธรรมทางกฎหมาย (Rechtsgut) หมายถึง ประโยชน์หรือคุณค่าของการอยู่ร่วมกันที่กฎหมายคุ้มครอง หรือประโยชน์ที่กฎหมายคุ้มครอง คุณธรรมทางกฎหมาย ยังแบ่งแยกได้เป็น 2 ประเภท คือ คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคล เช่น ชีวิต ความปลอดภัยร่างกาย กรรมสิทธิ์ และคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนรวม เช่น ความปลอดภัยในการจราจร เป็นต้น ส่วนการทำแท้งเป็นกรณีที่มีคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนตัวกับส่วนรวมที่มีความขัดแย้งกัน คือ ชีวิตลูกในครรภ์ที่ต่อจากจะถูกละทิ้งเพื่อคุณธรรมทางกฎหมายที่มีค่ามากกว่า “ความจำเป็นที่เหนือกฎหมาย” ผู้กระทำไม่มีความผิด ถึงแม้ว่าการทำแท้งจะเป็นการฆ่าเพื่อให้พ้นทุกข์ทรมาน หรือ “การุณยฆาตกรรม” (euthanasia) ซึ่งจัดเป็นปัญหาจริยธรรมอีกเรื่องหนึ่งว่าควรเป็นที่ยอมรับได้หรือไม่ แต่มีข้อแตกต่างตรงที่ว่า จะไม่มีทางทราบได้ว่าตอนที่ยังอยู่ระหว่างพัฒนาการในครรภ์ความรู้สึกเกี่ยวกับเรื่องความทุกข์ทรมานคงจะยังไม่เกิดขึ้น จนกว่าทารกจะได้คลอดออกมาและได้รับผลกระทบจากปัญหา

ตามหลักศาสนาทุกศาสนาถือว่าการทำลายชีวิตผู้อื่นถือว่าเป็นบาป ทุกคนควรมีศีลธรรมอันดีในอันที่จะไม่เบียดเบียนชีวิตผู้อื่น ซึ่งประเทศที่เคร่งศาสนาจะห้ามทำแท้งทุกกรณี เพราะถือว่าเป็นบาป อย่างไรก็ตามศาสนาก็ยังมีระดับความบาปมากหรือบาปน้อย ซึ่งแล้วแต่สิ่งที่เรากระทำต่อนั้นเป็นอะไร เช่น การกินเนื้อสัตว์ที่ตายแล้วถือว่าการฆ่าสัตว์ การฆ่าผู้บาปน้อยกว่าการฆ่ามนุษย์ แต่ศาสนาพุทธเป็นศาสนาที่ประชาชนชาวไทยนับถือมากที่สุด ได้มีการกล่าวว่าการฆ่าคนตายต้องประกอบด้วยเจตนา พระพุทธศาสนาแยกเรื่องศีลธรรมเป็นคนละส่วนกับเรื่องกฎหมาย กล่าวคือ มีการยอมให้กฎหมายขัดกับศีลธรรมในทางพุทธศาสนาได้หากว่ามีความจำเป็นเพียงพอ ไม่ได้หมายความว่าคนทำแท้งไม่ผิดศีลธรรม การฆ่าทารกในครรภ์เป็นบาปเสมอ ไม่ว่าการฆ่าเพราะเหตุใดก็ตาม แต่การฆ่าเพราะความจำเป็นถือว่าไม่มีความผิด แต่ในทางศีลธรรมถือว่าผิดศีลข้อหนึ่ง การทำแท้งหรือไม่ เป็นสิทธิของหญิงตั้งครรภ์ที่จะเลือก เมื่อเลือกแล้วต้องยอมรับผลของการกระทำ กฎหมายยกเว้นความผิด แต่ในทางศีลธรรม ถือว่าผิดศีลธรรม¹⁰⁶ หากมองในแง่ศีลธรรมตามทัศนะทางพระพุทธศาสนา

การตั้งครรภ์จะเกิดขึ้นได้ต้องอาศัยองค์ประกอบ 3 ประการ กล่าวคือ บิดามารดามีเพศสัมพันธ์กัน มารดาอยู่ในวัยที่จะให้กำเนิดทารกได้ถือว่าการตั้งครรภ์ได้เกิดขึ้นแล้ว ความเป็นมนุษย์จึงเกิดขึ้น เมื่อมีการทำ

¹⁰⁶ ศิริพร รุ่งรัตน์รัชชัย (เชิงอรรถ 11) 102-105.

แห่งมารดาที่ตั้งครรภ์หรือบุคคลที่ทำแท้งถือว่าผิดศีลข้อที่ 1 กล่าวคือ ตามหลักศีล 5 คือเว้นจากการ ฆ่าสัตว์ ตัดชีวิตทั้งปวง รวมถึงการทำร้ายสัตว์หรือมนุษย์แต่อย่างไรก็ดี ก็มีความเห็นแบ่งไปอีกทางว่า การทำแท้งเป็นการตัดสินใจ ของหญิงที่ตั้งครรภ์ หากพิจารณาจากหลักกฎหมายตามประมวลกฎหมายอาญาของไทยที่แก้ไขใหม่ การทำแท้งมีหลักเกณฑ์และเงื่อนไขดังที่บัญญัติตาม มาตรา 301 และ มาตรา 305 โดยคำนึงถึงระยะเวลาในการตั้งครรภ์และสุขภาพของหญิงตั้งครรภ์และ ทารกในครรภ์เป็นสิ่งสำคัญ ซึ่งหากพิจารณาตามหลักกฎหมายเรื่องสภาพบุคคลตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 15 บัญญัติว่า “สภาพบุคคลย่อมเริ่มแต่เมื่อคลอดแล้วอยู่รอดเป็นทารกและสิ้นสุดลงเมื่อตาย ทารกในครรภ์มารดาที่สามารถมีสิทธิต่างๆ ได้ หากว่า ภายหลังคลอดแล้วอยู่รอดเป็นทารก” จะเห็นได้ว่า ทารกในครรภ์มารดาสามารถมีสิทธิต่างๆ ได้ เสมือนหนึ่งว่ามีสภาพบุคคลโดยสมบูรณ์แล้ว หากคลอดแล้วอยู่รอดเป็นทารก กล่าวคือหากไม่มีการทำแท้งทารกในครรภ์มารดา ก็จะมีสภาพบุคคลโดยสมบูรณ์ แต่อย่างไรก็ตาม กฎหมายไม่ว่ากฎหมายอาญาของไทยหรือกฎหมายว่าด้วยเรื่อง การทำแท้งของต่างประเทศจะกำหนดหลักเกณฑ์และเงื่อนไขที่ทำแท้งได้โดยชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งเจตนารมณ์ของกฎหมายมุ่งเน้นไปที่ความจำเป็นของหญิงตั้งครรภ์และทารกในครรภ์มารดา อีกทั้งมองไปถึงสังคม และประเทศชาติหากให้หญิงนั้นตั้งครรภ์ต่อไป ดังนั้นมุมมองทางศีลธรรมกับกฎหมายในเรื่องการทำแท้ง จึงต่างกันค่อนข้างจะเห็นได้ชัด หากวิเคราะห์ในแง่หลักธรรมคำสอนในทางพระพุทธศาสนา นั้นเอง¹⁰⁷

ในส่วนด้านจริยธรรมนั้นการทำแท้งเป็นปัญหาทางด้านจริยธรรมที่เกี่ยวกับสวัสดิภาพชีวิตในสังคม หากทำแท้งตามอำเภอใจนั้นจะถือว่าผิดจริยธรรม หรือไม่ก็เป็นไปตามทัศนะของแต่ละบุคคล และตามกฎหมายของแต่ละสังคม ซึ่งส่วนใหญ่ถือว่าผิด สำหรับทัศนะของอนุรักษนิยมถือว่าการทำแท้งผิดจริยธรรม เนื่องจากเห็นว่าเด็กในครรภ์นั้นมีสถานภาพทางจริยธรรมที่สมบูรณ์ คือ มีสิทธิในชีวิตเท่ากับคนที่สมบูรณ์แล้ว แต่ขณะเดียวกันทัศนะแบบเสรีนิยมเห็นว่าการทำแท้งไม่ผิดจริยธรรม เพราะสถานภาพของทารกในครรภ์ยังไม่ มีสถานภาพจริยธรรม จึงไม่มีสิทธิในชีวิตเหมือนมนุษย์ที่สมบูรณ์แล้ว และสำหรับทัศนะแบบยึดหยุ่นหรือที่เป็น กลาง เห็นว่าผิดจริยธรรม หรือไม่ขึ้นอยู่กับเงื่อนไขประกอบต่างๆ เช่น อายุครรภ์ เหตุผลรองรับที่เข้มงวด เช่น ชีวิตและสุขภาพของมารดา เป็นต้น หากเป็นการทำแท้งที่จำเป็น โดยทั่วไปแล้วจะไม่ผิดจริยธรรม

ปัญหาจริยธรรมของการทำแท้งก็มีลักษณะเป็นเช่นเดียวกับปัญหาจริยธรรมที่สำคัญที่เกิดในสังคม คือ ยากที่จะสรุปหาข้อตัดสินได้แน่นอนชัดเจน การพิจารณาปัญหาที่ขัดแย้งด้วยทัศนะที่เป็นกลางนั้น และด้วย ใจที่เป็นธรรมเพื่อหาทางประนีประนอมความเห็นที่รุนแรงของแต่ละฝ่าย เป็นทัศนะที่เป็นกลางๆ เท่านั้นจึงจะ เป็นทางออกที่ดีที่สุด¹⁰⁸

ศีลธรรมกับการทำแท้ง ผิดศีลธรรมทำไมไม่ได้เพราะศีลธรรมไม่ใช่กฎหมาย ตามหลักกฎหมาย มาตรา 2 ประมวลกฎหมายอาญา "บุคคลจักต้องรับโทษในทางอาญาต่อเมื่อได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้ ในขณะกระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดนั้น ต้องเป็นโทษ ที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย" หลักกฎหมายตามมาตรานี้บ่งได้ว่าเป็นหัวใจสำคัญของกฎหมายอาญา ซึ่งมาจาก

¹⁰⁷ อัญลินันต์ กมลนันทกิจ, พัชยา เลือดชัยพฤกษ์ และณัฐวดี สุทธิประภา (เชิงอรรถ 82) 308.

¹⁰⁸ ศิริพร รุ่งรัตน์ธวัชชัย (เชิงอรรถ 11) 105-106.

สุภาชิตกัญญาหมายละตินว่า "ไม่มีความผิดและไม่มีความผิด ถ้าไม่มีกฎหมายกำหนดไว้ หรือ NULLUM CRIMEN, NULLA POENA SINE PRAEVI A LEGE POENALI" เช่น การทำแท้ง จะเห็นได้ว่าการทำแท้งนั้นแม้จะผิดศีลธรรมก็ตาม แต่ในประมวลกฎหมายอาญานั้นไม่ได้กำหนดโทษไว้ แสดงให้เห็นว่าการทำแท้งนั้นไม่มีความผิด

4.3 วิเคราะห์เปรียบเทียบกฎหมายทำแท้งของประเทศไทยกับต่างประเทศ

กฎหมายทำแท้งของประเทศไทยได้มีการวางกรอบระยะเวลาการยุติการตั้งครรภ์และบทลงโทษเมื่อยุติการตั้งครรภ์เกินระยะเวลาที่กำหนด ซึ่งเมื่อเปรียบเทียบกับต่างประเทศยังคงมีความแตกต่างกันอยู่บ้าง ในบางประการภายใต้การคุ้มครองสิทธิของหญิงและทารกในครรภ์ที่ได้สัดส่วน โดยจะแบ่งการศึกษาออกเป็น 2 ประเด็น ได้แก่ ประเด็นที่ 1 กรอบระยะเวลาในการยุติการตั้งครรภ์และประเด็นที่ 2 โทษสำหรับผู้กระทำความผิดฐานทำแท้ง รายละเอียดดังนี้

ประเด็นที่ 1 ในกรณีกรอบระยะเวลาการยุติการตั้งครรภ์ ตามกฎหมายไทยได้กำหนดฐานความผิดเกี่ยวกับการทำแท้งไว้ในประมวลกฎหมายอาญามาตรา 301 และมาตรา 305 กล่าวคือตามมาตรา 301 ได้มีการกำหนดว่าหากหญิงประสงค์จะยุติการตั้งครรภ์โดยไม่ต้องรับโทษหรือไม่เป็นความผิดได้เมื่ออายุครรภ์ไม่เกิน 12 สัปดาห์ และมาตรา 305 เป็นการยุติการตั้งครรภ์ในวัยรุ่น (กลุ่มบุคคลที่อายุไม่เกิน 20 ปี) เมื่ออายุครรภ์ไม่เกิน 20 สัปดาห์ ภายใต้แนวความคิดในการคุ้มครองสิทธิของหญิงตามเงื่อนไขที่ต้อการยุติการตั้งครรภ์ อันเป็นสิทธิที่มีอยู่ก่อนทารกในครรภ์และในกฎหมายรัฐธรรมนูญยังได้มีการกำหนดเกี่ยวกับสิทธิในการดำรงชีวิตและความเป็นเจ้าของร่างกาย ดังนั้นการยุติการตั้งครรภ์จึงเป็นสิทธิของหญิงที่เกิดจากการตัดสินใจของตัวหญิงซึ่งเป็นสิทธิขั้นพื้นฐาน ประกอบกับในทางการแพทย์และองค์การอนามัยโลกซึ่งการรอดชีวิตของทารกจะมีปัจจัย 2 ประการคือ 1.ระยะเวลาคลอดเกินกว่า 27 สัปดาห์ และ 2.น้ำหนักเกินกว่า 1,000 กรัม จึงจะมีชีวิตรอดและอยู่รอดเป็นทารกได้

ในประเทศไทยได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญาซึ่งมีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 6 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2564 กำหนดให้การยุติการตั้งครรภ์สำหรับหญิงซึ่งมีอายุครรภ์ไม่เกิน 12 สัปดาห์นั้นไม่มีความผิด และผู้ประกอบการวิชาชีพเวชกรรมสามารถให้บริการการยุติการตั้งครรภ์ได้โดยไม่มีความผิดเช่นเดียวกัน อันเป็นการรับรองให้หญิงสามารถแสดงออกซึ่งสิทธิในการกำหนดศักดิ์ศรีแห่งความเป็นมนุษย์ได้ด้วยตนเอง ภายใต้ความเป็นเจ้าของเหนือเนื้อตัวร่างกายของตนได้อย่างสมบูรณ์ ในแง่มุมของกฎหมายยังเป็นการเปิดโอกาสให้การยุติการตั้งครรภ์สามารถกระทำได้อย่างปลอดภัย เมื่อบุคลากรทางการแพทย์ให้การดูแลช่วยเหลือได้ภายใต้หลักเกณฑ์ที่แพทย์สภาจะได้กำหนดต่อไป ทั้งนี้การเปลี่ยนแปลงนี้เป็นการใช้กฎหมายบังคับให้สังคมเปลี่ยนแปลงไป เช่นเปลี่ยนจากความเชื่อและความคิดที่ว่าการยุติการตั้งครรภ์นั้นเป็นบาปและควรได้รับโทษทางอาญามาเป็นการยุติการตั้งครรภ์โดยสมัครใจภายใต้เงื่อนไขทางกฎหมาย ซึ่งสามารถทำได้โดยไม่ต้องรับโทษ หากกระทำภายใต้เงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด ดังนั้น “กฎหมาย” และ “การเปลี่ยนแปลงทางสังคม” เป็นสิ่งที่ก่อให้เกิดผลกระทบต่อกันได้ คือมีความสัมพันธ์แบบซึ่งกันและกัน (reciprocity) นั้นหมายความว่า

กฎหมายอาจก่อให้เกิดความเปลี่ยนแปลงทางสังคมได้ และการเปลี่ยนแปลงทางสังคมก็อาจก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงต่อดัชนีกฎหมายได้เช่นเดียวกัน

กรณีของการยุติการตั้งครรภ์ในปัจจุบันกฎหมายเปลี่ยนแปลงไปในทิศทางที่เปิดกว้างและทำให้การยุติการตั้งครรภ์สามารถทำได้อย่างถูกต้องและปลอดภัยมากขึ้น ในส่วนของการตั้งครรภ์ที่ไม่พึงประสงค์โดยสาเหตุพื้นฐานมาจากสังคมไทยที่มีค่านิยมและบรรทัดฐานทางสังคมที่กำหนดขึ้นมาควบคุมพฤติกรรมทางเพศระหว่างชายและหญิงซึ่งไม่เท่าเทียมกัน มีความเข้มงวดกวดขันพฤติกรรมทางเพศของหญิงมากกว่าชาย ซึ่งเป็นสาเหตุสำคัญที่ทำให้ผู้หญิงขาดความรู้เกี่ยวกับวิธีการคุมกำเนิดที่มีประสิทธิภาพ ขาดความรู้ความเข้าใจเกี่ยวกับเรื่องเพศที่ถูกต้อง จึงทำให้ผู้หญิงขาดความสามารถในการควบคุมภาวะเจริญพันธุ์ของตนเองได้อย่างสมบูรณ์ และมีเพศสัมพันธ์โดยรู้เท่าไม่ถึงการณ์และไม่อยู่ในภาวะที่พร้อมจะมีบุตร

อย่างไรก็ดีการคุ้มครองสิทธิให้กับหญิงที่มีอยู่ก่อนทารกซึ่งเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานย่อมต้องได้รับการรับรองและคุ้มครองอย่างแท้จริง แต่เป็นที่น่าสังเกตว่า การยุติการตั้งครรภ์ได้มีการกำหนดไว้ให้สามารถยุติการตั้งครรภ์ได้เมื่ออายุครรภ์ไม่เกิน 12 สัปดาห์หากเกินระยะเวลาดังกล่าวย่อมเป็นความผิด เมื่อเปรียบเทียบกับ การยุติการตั้งครรภ์ในวัยรุ่นที่ขยายระยะเวลาให้สามารถยุติการตั้งครรภ์ได้เมื่ออายุครรภ์ไม่เกิน 20 สัปดาห์ ซึ่งเป็นกรณียุติการตั้งครรภ์เหมือนกันแต่กลับมีกรอบระยะเวลาที่ไม่เท่าเทียมกันอันเป็นการเลือกปฏิบัติ ดังนั้นกรอบระยะเวลาตามมาตรา 301 จึงต้องนำกลับมาทบทวนเพื่อขยายระยะเวลายุติการตั้งครรภ์ให้เป็นเช่นเดียวกับในกลุ่มวัยรุ่น จึงจะถือเป็นการคุ้มครองสิทธิให้แก่หญิงตั้งครรภ์อย่างแท้จริง

ส่วนในต่างประเทศได้มีการกำหนดกรอบระยะเวลาการยุติการตั้งครรภ์เพื่อรองรับสถานการณ์การเปลี่ยนแปลงทางสังคมไว้เช่นกัน กล่าวคือ สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี มีแต่เพียงว่าต้องทำแท้งก่อน 12 สัปดาห์แรกจะไม่มีผิด แต่ต้องได้รับคำปรึกษาและใบรับรองจากแพทย์ก่อน จึงจะเป็นการทำแท้งที่ถูกกฎหมาย ส่วนกรณีที่อายุครรภ์เกิน 12 สัปดาห์แต่ไม่เกิน 22 สัปดาห์ตามที่กฎหมายของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้มีการกำหนดข้อยกเว้นไว้ คือ ต้องมีความจำเป็นทางการแพทย์และต้องได้รับการรับรองจากแพทย์ จึงจะเป็นการทำแท้งที่ถูกกฎหมาย ส่วนประเทศสหรัฐอเมริกา กฎหมายได้วางกรอบระยะเวลาที่จะอนุญาตให้ยุติการตั้งครรภ์ได้ภายใน 24 สัปดาห์ แต่ต้องมีการรับรองจากแพทย์อย่างน้อย 2 คนทุกกรณี และกฎหมายทำแท้งในสหรัฐอเมริกายังขึ้นอยู่กับกฎหมายของแต่ละรัฐด้วย เช่น มลรัฐแคลิฟอร์เนีย กฎหมายทำแท้งได้อนุญาตให้ยุติการตั้งครรภ์ได้อย่างถูกกฎหมาย เพราะถือว่าเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของหญิงตั้งครรภ์ ภายใต้งานที่อายุครรภ์ต้องไม่เกิน 24 สัปดาห์เท่านั้น และยังมีกรณีผู้เยาว์ที่ขอยุติการตั้งครรภ์นั้น ไม่จำเป็นต้องได้รับความยินยอมจากบิดา มารดา ผู้ปกครอง และผู้ให้บริการก็ไม่มีสิทธิ์ที่จะแจ้งเรื่องการทำแท้งนั้นต่อบิดา มารดา ผู้ปกครองเช่นกัน ถือได้ว่ามลรัฐแคลิฟอร์เนียได้ให้สิทธิในเนื้อตัว ร่างกายของหญิงได้เต็มรูปแบบ และในสาธารณรัฐประชาชนจีนกฎหมายทำแท้งได้มีการกำหนดเกี่ยวกับอายุครรภ์ที่จะสามารถยุติการตั้งครรภ์ได้ภายใน 12 สัปดาห์แรก ซึ่งในแต่ละประเทศมีกรอบระยะเวลาในการยุติการตั้งครรภ์ที่แตกต่างกัน

อย่างไรก็ดี ในมลรัฐแคลิฟอร์เนียประเทศสหรัฐอเมริกา อนุญาตให้ยุติการตั้งครรภ์ได้อย่างถูกกฎหมาย ภายใต้งานที่อายุครรภ์ต้องไม่เกิน 24 สัปดาห์ อันเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของหญิงตั้งครรภ์ภายใต้

เงื่อนไขสภาพร่างกายของทารก เมื่อคลอดแล้วสามารถอยู่รอดเป็นทารกได้ ซึ่งกรอบระยะเวลาดังกล่าวคุ้มครองสิทธิของหญิงตั้งครรภ์ตามความเห็นทางการแพทย์ที่ได้กำหนดว่า เมื่อทารกคลอดภายหลัง 24 สัปดาห์อาจมีโอกาสรอดชีวิตเมื่อใช้อุปกรณ์ทางการแพทย์ กรอบระยะเวลาดังกล่าวย่อมถือเป็นการให้โอกาสหญิงที่ตั้งครรภ์ในกรณีต้องการยุติการตั้งครรภ์และเป็นการรับรองคุ้มครองสิทธิของหญิงตั้งครรภ์ที่มีอยู่ก่อนทารกในครรภ์ได้อย่างแท้จริง

ประเด็นที่ 2 ในส่วนของอัตราโทษนั้น กฎหมายทำแท้งของประเทศไทยได้มุ่งเน้นที่จะคุ้มครองสิทธิของหญิงตั้งครรภ์มากเกินไป ทำให้บทลงโทษในกฎหมายอาญามาตรา 301 ได้กำหนดบทลงโทษหญิงตั้งครรภ์ไว้เพียงจำคุกไม่เกิน 6 เดือน หรือปรับไม่เกิน 10,000 บาท เมื่อเทียบกับกฎหมายเดิมก่อนที่จะมีการแก้ไขได้มีการกำหนดโทษไว้ จำคุกไม่เกิน 3 ปี ปรับไม่เกิน 60,000 บาท กฎหมายอาญาระบอบแก้ไขปี พ.ศ.2564 ได้มีการเพิ่มระยะเวลาที่จะให้หญิงตั้งครรภ์ได้ตัดสินใจยุติการตั้งครรภ์ แต่โทษที่ลงนั้นเป็นโทษเพียงสถานเบาเมื่อชั่งน้ำหนักการกระทำความผิดกับประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ ทำให้บทลงโทษนี้ขาดความเหมาะสม ขัดกับเจตนารมณ์ของกฎหมาย เนื่องจากบทลงโทษมีไว้เพื่อป้องกันไม่ให้หญิงตั้งครรภ์กระทำความผิด ในขณะที่เดียวกันก็ต้องดูแลคุ้มครองสิทธิการมีชีวิตของเด็กที่กำลังเกิดมาด้วย ดังนั้นการกำหนดโทษให้ลดลงไม่ถือว่าเป็นการคุ้มครองสิทธิทารกในครรภ์ แต่กลับเป็นการคุ้มครองสิทธิของหญิงตั้งครรภ์มากกว่าทารกในครรภ์ และไม่อาจหยุดยั้งการกระทำความผิดฐานทำแท้งของหญิงตั้งครรภ์ได้อย่างแท้จริง

หลักการลงโทษให้ได้สัดส่วนกับลักษณะของการกระทำความผิดตามแนวคิดหลักการลงโทษที่เหมาะสมกับความผิด โดยทฤษฎีเจตจำนงอิสระ (Free Will Theory) การพิจารณาบทลงโทษผู้กระทำความผิดควรมีความเหมาะสมกับลักษณะความผิด (Equal punishment for the same crime) คือ ต้องไม่มากจนโหดร้ายทารุณ และต้องไม่น้อยเกินไปจนทำให้ผู้กระทำความผิดคิดว่าคุ้มค่าที่จะได้ผลประโยชน์จากการประกอบอาชญากรรม ทฤษฎีนี้ถือว่ามนุษย์ทุกคนมีเจตจำนงอิสระ (Free Will) และมนุษย์ทุกคนมีอิสระในการเลือกกระทำสิ่งใด ๆ ในสิ่งที่เห็นว่าเป็นประโยชน์มากกว่าเสียประโยชน์ เช่นเดียวกันกับการประกอบอาชญากรรม ดังนั้น หลักการกำหนดโทษทางอาญาจึงต้องพิจารณาหลักความได้สัดส่วนคือ การกำหนดโทษทางอาญาต้องได้สัดส่วนกับความร้ายแรงของอาชญากรรม ประกอบกับทฤษฎีอรรถประโยชน์ (Utilitarianism Theory) ทฤษฎีนี้มีแนวคิดทางจริยธรรมและสังคมว่า การออกกฎหมายต้องให้สอดคล้องกับกฎธรรมชาติโดยต้องคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของประชาชนในรัฐ และทฤษฎีการข่มขู่ยับยั้ง (Deterrence Theory) โดยมีวัตถุประสงค์ 2 ประการ ประการแรกเพื่อลดอาชญากรรมหรือการกระทำความผิดซ้ำ และประการที่สองเพื่อข่มขู่ไม่ให้ประชาชนเอาเยี่ยงอย่าง เพราะการลงโทษถือว่าเป็นมาตรการทางอาญาที่จำเป็นเพื่อข่มขู่ยับยั้งการกระทำความผิดให้ผู้อื่นเกิดความเกรงกลัวไม่กล้าเอาเยี่ยงอย่าง และเพื่อป้องกันการกระทำความผิดซ้ำซึ่งเป็นวัตถุประสงค์หนึ่งของการลงโทษในปัจจุบัน โดยการกำหนดโทษทางอาญาควรเป็นไปตามหลักความยุติธรรมได้สัดส่วน (Proportional Justice) ซึ่งหมายความว่า โทษทางอาญาต้องได้สัดส่วน (Proportion) กับความร้ายแรงของความผิด (Severity of the crime) ดังนั้น ในการกำหนดโทษจึงต้องคำนึงถึงฐานความผิดซึ่งพิจารณาในด้านภาวะวิสัย (Objective) เป็นหลัก นอกจากนั้นตามทฤษฎีความชั่ว (nulla poena sine

culpa) หรือเรียกว่า “หลักไม่มีโทษ โดยไม่มีความชั่ว” หลักกฎหมายอาญาดังกล่าวนี้ในภาษาลาตินเรียกว่า “nulla poena sine culpa” โดยหลักกฎหมายอาญานี้ถือว่า “ความชั่ว” (Schuld) เป็นพื้นฐานในการลงโทษในประมวลกฎหมายอาญา

ในกฎหมายต่างประเทศการกำหนดบทลงโทษของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้มีการกำหนดโทษความผิดฐานทำแท้งให้จำคุกไม่เกิน 3 ปีหรือปรับซึ่งเป็นบทลงโทษที่หนักกว่าในกฎหมายไทย ส่วนของสาธารณรัฐประชาชนจีนได้มีการกำหนดโทษจำคุกเท่ากับของประเทศไทย แต่โทษปรับของประเทศสาธารณรัฐประชาชนจีนมีอัตราการปรับที่สูงกว่าในกฎหมายไทย หากพิจารณาบทลงโทษให้ได้สัดส่วนกับการกระทำ ความผิด เพื่อเป็นการป้องปรามไม่ให้ผู้กระทำความผิดและเป็นการคุ้มครองสิทธิของทารกในครรภ์เมื่อเกินกำหนดระยะเวลาในการยุติการตั้งครรภ์ตามกฎหมายแล้ว ซึ่งไม่มีใครจะมีสิทธิพรากชีวิตนั้นไปได้ อันจะเห็นได้ว่าทั้งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีและสาธารณรัฐประชาชนจีนมีระยะเวลาในการยุติการตั้งครรภ์ที่เท่ากับประเทศไทย แต่กลับมีอัตราโทษที่สูงกว่าการลงโทษในประเทศไทยที่มีเพียงการลงโทษจำคุกไม่เกิน 6 เดือนหรือปรับไม่เกิน 10,000 บาท ดังนั้นอัตราโทษตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 301 จึงต้องนำกลับมาทบทวนเพิ่มโทษเพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิให้แก่ทารกในครรภ์อย่างแท้จริง

ตารางที่ 4.1 ตารางเปรียบเทียบอายุครรภ์ทำแท้งโดยถูกกฎหมายกับบทลงโทษของประเทศไทยกับต่างประเทศ

	เยอรมัน	สหรัฐอเมริกา รัฐแคลิฟอร์เนีย	จีน	ไทย
ชื่อกฎหมาย	German Criminal Code (Strafgesetzbuch – StGB)	Human Fertilization and Embryology Act ค.ศ.1990	The criminal law legislation of the Republic of China was promulgated on October 31	ประมวลกฎหมายอาญาของไทย
อายุครรภ์ที่ทำแท้งแล้วถูกโดยถูกกฎหมาย	ให้ทำแท้งได้ไม่เกิน 12 สัปดาห์	ทำได้ก่อนทารกในครรภ์มีชีวิตปกติประมาณ 24 สัปดาห์	ให้ทำแท้งเกิน 14 สัปดาห์ได้ แต่ต้องมีการลงนามจากแพทย์ผู้เชี่ยวชาญอย่างน้อย 3 คน	ให้ทำแท้งได้ไม่เกิน 12 สัปดาห์
โทษ	จำคุกไม่เกิน 3 ปี หรือปรับ	-	จำคุกไม่เกิน 6 เดือน หรือปรับไม่เกิน 100 หยวน	จำคุกไม่เกิน 6 เดือนหรือปรับไม่เกิน 10,000 บาท

การยุติการตั้งครรภ์อายุครรภ์ต้องไม่เกิน 12 สัปดาห์ หากหญิงตั้งครรภ์ต่อมีความเสี่ยงและผลกระทบต่อสุขภาพ ทางกายหรือทางจิตใจของหญิงนั้นหรือมีเหตุผลทางการแพทย์อันควรเชื่อได้ว่าหากทารกคลอดออกมาจะมีความผิดปกติถึงขนาดทุพพลภาพอย่างร้ายแรง ยกเว้นหญิงที่มีอายุครรภ์เกิน 12 สัปดาห์ ยืนยันที่จะยุติการตั้งครรภ์ให้อ้างอิงตามกฎหมายและบทลงโทษข้างต้น

4.4 เหตุผลความจำเป็นในการกำหนดกรอบระยะเวลาที่เหมาะสมเกี่ยวกับการยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์กรณีอายุของทารกในครรภ์มารดา

กฎหมายจะหมดความจำเป็นเมื่อเข้าหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้ 1.การกระทำที่ต้องห้ามตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าวไม่กระทบต่อการอยู่ร่วมกันอย่างสงบสุขและเสรีของคนในสังคม 2.แม้ว่าการกระทำที่ต้องห้ามตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าว จะกระทบต่อการอยู่ร่วมกันอย่างสงบสุขและเสรีของคนในสังคม แต่ถ้ามีมาตรการอื่นที่ได้ผลในทำนองเดียวกันหรือดีกว่าการใช้มาตรการในทางอาญาแล้ว ถือว่าเป็นกรณีที่ต้องห้ามตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ศาลจะใช้บังคับแก่คดีหมดความจำเป็นเช่นกัน หากว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าวใช้มาตรการบังคับทางอาญาแทนที่จะใช้มาตรการบังคับในทางอื่นเช่นทางแพ่งหรือทางปกครองเป็นต้นการกระทำที่ต้องห้ามตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าวไม่กระทบต่อการอยู่ร่วมกันอย่างสงบสุขและเสรี

ของคนในสังคมนอกจากนั้นยังรวมถึง แม้ว่าการกระทำดังกล่าวจะกระทบต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หากการใช้มาตรการอื่นแทนมาตรการทางอาญาได้ผลที่ดีกว่าหรือในทำนองเดียวกันกับมาตรการในทางอาญาแล้ว หากใช้มาตรการทางอาญาก็ถือว่าเป็นกรณีที่กฎหมายหนดความจำเป็นเช่นกัน การใช้มาตรการอื่นที่ได้ผลดีกว่าหรือในทำนองเดียวกันกับการใช้มาตรการทางอาญาในบางกรณีอาจไม่ได้มีข้อยุ่งยากในการพิจารณา เพราะมีกฎหมายบัญญัติกรณีดังกล่าวไว้อย่างชัดเจนแล้ว เช่น การไม่มีบทบัญญัติในกรณีของการทำให้เสียทรัพย์โดยประมาท การไม่มีความผิดอาญาทางหลักการใช้ทรัพย์ เช่นการนำรถยนต์หรือรถจักรยานยนต์ของบุคคลอื่นไปใช้อย่างไม่มีสิทธิ์ การใช้เงินเกินวงเงินที่กำหนดในบัตรเครดิตโดยเจตนา เป็นต้น กรณีตามตัวอย่างที่สามารถที่จะใช้หลักกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในเรื่องละเมิดหรือเรื่องผิดสัญญามาใช้กับกรณีดังกล่าวได้อยู่แล้ว การพิจารณาในประเด็นดังกล่าวไม่ใช่เรื่องง่ายในการพิจารณาว่าการกระทำตามที่กำหนดไว้ในกฎหมายสามารถใช้มาตรการอื่นแล้วได้ผลดีกว่าหรือในทำนองเดียวกันกับการใช้มาตรการในทางอาญาหรือไม่ ควรพิจารณาจากหลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ

หลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ ให้พิจารณาจากหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้ลำดับแรกต้องพิจารณาก่อนว่าประเภทของสิทธิขั้นพื้นฐานอะไรของปัจเจกชนที่ถูกกระทบหลังจากนั้นจึงพิจารณาถึงประโยชน์ที่สังคมจะได้รับจากบทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าวและผลกระทบที่จะเกิดขึ้นกับปัจเจกชนแต่ละคน และลำดับสุดท้ายเป็นการชั่งน้ำหนักประโยชน์ระหว่างประโยชน์ของปัจเจกชนที่ถูกกระทบกับประโยชน์ที่สังคมจะได้รับว่าได้สัดส่วนกันหรือไม่ โดยถือว่าเป็นกรณีที่กฎหมายหนดความจำเป็น เมื่อประโยชน์ที่สังคมได้รับมีมากกว่าประโยชน์ที่ประชาชนต้องสูญเสียไปอย่างมากในลำดับถัดไปจะได้อธิบายหลักเกณฑ์แต่ละข้อเรียงตามลำดับกันไป

ประเภทของสิทธิขั้นพื้นฐานของปัจเจกชนที่ถูกกระทบหมายความว่า สิทธิเสรีภาพที่บุคคลได้รับการรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2560 ไม่ว่าจะเป็นกรณีที่รัฐธรรมนูญกำหนดสิทธิขั้นพื้นฐานดังกล่าวไว้เป็นการเฉพาะ เช่นหลักความเสมอภาคตามมาตรา 27 ในชีวิตและร่างกายตามมาตรา 28 เสรีภาพในการนับถือศาสนาตามมาตรา 31 เป็นต้น เท่าที่ไม่เป็นการกระทบกระเทือน หรือเป็นอันตรายต่อความมั่นคงของรัฐ ความสงบเรียบร้อย ศีลธรรมอันดีของประชาชน และไม่ละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลอื่น บุคคลที่ได้รับการคุ้มครองจากสิทธิขั้นพื้นฐานดังกล่าว หมายถึงทุกคนไม่ว่าจะเป็นบุคคลธรรมดา นิติบุคคล ดังนั้นทุกคนจึงมีสิทธิที่จะพัฒนาบุคลิกภาพส่วนตัวของตนเองได้อย่างอิสระจากการให้ค่านิยามดังกล่าว นักกฎหมายเยอรมันจึงจัดให้สิทธิขั้นพื้นฐานดังกล่าวมีฐานะในระดับของสิทธิมนุษยชน

กฎหมายทำแท้งได้มีการแก้ไขล่าสุดปี พ.ศ. 2564 ภายใต้เหตุความจำเป็นที่ต้องแก้ไขโทษและระยะเวลา เพื่อให้เหมาะสมกับสภาพสังคมไทยในปัจจุบันภายใต้เจตนารมณ์ของกฎหมายที่ว่า การคุ้มครองสิทธิทารกเพียงอย่างเดียวตามกฎหมายเดิมอันเป็นการละเมิดสิทธิของหญิงซึ่งตั้งครรภ์ และควรได้รับการรับรองสิทธิในเนื้อตัวร่างกายอันมาก่อนสิทธิทารกในครรภ์ ดังนั้นกฎหมายจึงได้มีการแก้ไขตามมาตรา 301 เพื่อให้เกิดความสมดุลระหว่างสิทธิของทั้งทารกในครรภ์มารดา และหญิงที่ตั้งครรภ์ แต่หาอาจเป็นเช่นนั้นไม่ได้ โดยแบ่งออกเป็น 3 ประเด็นดังนี้

ประเด็นที่ 1 ในส่วนของอายุครรภ์ ซึ่งหญิงสามารถทำแท้งได้ภายใน 12 สัปดาห์ โดยให้สิทธิหญิงในเนื้อตัวร่างกาย เสรีภาพ ความอิสระที่จะตัดสินใจว่าจะทำแท้งหรือไม่ โดยไม่มีเงื่อนไขกำหนดภายใต้เจตนารมณ์ของกฎหมาย การปฏิเสธสิทธิของหญิงโดยปราศจากการกำหนดเงื่อนไขหรือเงื่อนไขที่เหมาะสมเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพของหญิงเกินความจำเป็น ประกอบกับรัฐมีหน้าที่ต้องกำหนดให้มีมาตรการส่งเสริมให้บุคคลใช้สิทธิ เสรีภาพโดยจัดให้มีมาตรการยุติการตั้งครรภ์ที่ปลอดภัยถูกต้องตามกฎหมาย ไม่กระทบต่อการใช้สิทธิของหญิง แต่จากสถิติพบว่า ช่วงระยะเวลาการยุติการตั้งครรภ์มักจะไม่เกิน 12 แต่ไม่เกิน 20 สัปดาห์ตามสถิติการทำแท้งจะเห็นได้ว่าประมาณ 52,800 รายต่อปี ดังนั้นในช่วงระยะเวลา 12 สัปดาห์ จึงไม่อาจสะท้อนการแก้ไขปัญหาดังกล่าวได้อย่างแท้จริง กลับเป็นการผลักให้กลุ่มหญิงซึ่งต้องการยุติการตั้งครรภ์ไปใช้บริการทำแท้งเถื่อน อันอาจเกิดผลต่อชีวิตร่างกายของหญิงซึ่งไม่เป็นตามเจตนารมณ์ที่กฎหมายได้กำหนดไว้และไม่ได้เป็นการคุ้มครองสิทธิของหญิงอย่างแท้จริง หากขยายระยะเวลาการยุติการตั้งครรภ์ให้มีระยะเวลาเกินกว่า 12 สัปดาห์แต่ไม่เกิน 20 สัปดาห์ และให้อยู่ภายใต้การดูแลของแพทย์ย่อมเป็นการลดปัญหาการทำแท้งเถื่อนและเพื่อสุขภาพของหญิงอันเป็นการคุ้มครองสิทธิอย่างแท้จริง ดังนั้นเพื่อเป็นการลดความเสี่ยงต่อเนื้อตัวร่างกาย ชื่อเสียง และปัญหาสังคม เช่นบิดามารดาหรือผู้ดูแลเด็กไม่มีความพร้อมด้านเศรษฐกิจ สังคมจนส่งผลเสียต่อเด็กที่เกิดมาไม่มีคุณภาพซึ่งส่งผลกระทบต่อสังคม จึงควรมีการขยายระยะเวลาในการยุติการตั้งครรภ์ในส่วนของบุคคลที่มีอายุเกินกว่า 20 ปี ให้สามารถที่จะยุติการตั้งครรภ์ได้โดยใช้หลักการเดียวกันกับการยุติการตั้งครรภ์ในวัยรุ่น

ประเด็นที่ 2 ในส่วนของอัตราโทษที่หญิงทำให้ตนแท้งลูก หรือยอมให้บุคคลอื่นทำให้ตนแท้งลูกซึ่งตามกฎหมายเดิมได้จำคุกไม่เกิน 3 ปี ปรับไม่เกิน 60,000 บาท หรือทั้งจำทั้งปรับ อันถือได้ว่าเป็นการคุ้มครองสิทธิทารกในครรภ์เพียงฝ่ายเดียว จึงได้เปลี่ยนในเรื่องของอัตราโทษเป็นจำคุกไม่เกิน 6 เดือน ปรับไม่เกิน 10,000 บาท หรือทั้งจำทั้งปรับ อันเป็นการคุ้มครองสิทธิของหญิงที่มีมาก่อนสิทธิของทารกในครรภ์ อย่างไรก็ตามในเรื่องของความผิดฐานทำแท้งมีเจตนารมณ์ เพื่อป้องกันไม่ให้หญิงซึ่งตั้งครรภ์กระทำความผิดในขณะเดียวกันก็ต้องเข้าไปดูแลและคุ้มครองชีวิตของทารกในครรภ์ไม่ให้ถูกกระทบสิทธิการมีชีวิตด้วย กล่าวคือตัวอ่อนในครรภ์ที่อายุครรภ์ 20 สัปดาห์ จะมีโอกาสที่จะรอดชีวิต แต่หากอายุครรภ์ที่ 22 สัปดาห์ โอกาสที่ตัวอ่อนจะมีชีวิตรอดร้อยละ 0-10 และถ้า 24 สัปดาห์โอกาสรอดร้อยละ 40-70 ส่งผลให้การทำแท้งภายหลัง 24 สัปดาห์เป็นการคลอดก่อนกำหนด¹⁰⁹ ดังนั้นระยะเวลาภายหลังจากที่กฎหมายได้มีการกำหนดยอมต้องเป็นการคุ้มครองสิทธิของทารกในครรภ์ จึงจะเกิดความสมดุลอย่างแท้จริง การกำหนดอัตราโทษให้ลดลงไม่ถือได้ว่าเป็นการคุ้มครองสิทธิทารกในครรภ์แต่กลับเป็นการคุ้มครองสิทธิหญิงซึ่งตั้งครรภ์แต่เพียงฝ่ายเดียว และมีอาจหยุดยั้งการกระทำความผิดฐานทำแท้งได้

กล่าวโดยสรุปในส่วนของกฎหมายทำแท้งมาตรา 301 นั้นควรปรับปรุงแก้ไขประเด็นการกำหนดระยะเวลาในการยุติการตั้งครรภ์ ที่กำหนดไว้ว่าห้ามทำแท้งเกิน 12 สัปดาห์ แต่ในทางการแพทย์ ได้มีความเห็นว่าสามารถทำแท้งได้ถึงอายุครรภ์ 20 สัปดาห์แต่ไม่ควรเกิน 24 สัปดาห์ เพราะทารกในครรภ์

¹⁰⁹ เครือข่ายอาสา RSA (เชิงอรรถ 6).

สามารถจะมีชีวิตรอดหากมีการคลอดเมื่ออายุครรภ์เกินกว่า 6 เดือนหรือ 24 สัปดาห์ แต่ถ้าคลอดก่อน
ระยะเวลาดังกล่าวส่วนใหญ่ทารกที่คลอดออกมานั้นจะถึงแก่ความตาย ดังนั้นหากทารกคลอดก่อนระยะเวลาที่
คลอดตามธรรมชาติ ไม่ว่าจะมีชีวิตหรือไม่ก็ถือว่าเป็นการทำแท้ง¹¹⁰ และในส่วนของอัตราโทษเนื่องจากโทษนั้น
ไม่เป็นกรรมแก่ทารกในครรภ์ ถึงแม้ว่าสิ่งที่จะต้องคำนึงถึงก่อนสิทธิของทารกคือสิทธิเฉพาะตัวของหญิงที่
ตั้งครรภ์ก็ตาม

¹¹⁰ พินิจ ทิพย์มณี, ‘กฎหมายทำแท้งในกรณีที่มีมารดามีปัญหาสุขภาพทางจิต’ (รายงานผลการวิจัยเสนอต่อมหา
วิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต 2548)

บทที่ 5

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

5.1 บทสรุป

การทำแท้งในประเทศไทยตามประมวลกฎหมายอาญาภาค 2 ลักษณะ 10 ความผิดเกี่ยวกับชีวิต ร่างกายหมวด 3 ความผิดฐานทำให้แท้งลูก ได้มีการกำหนดให้หญิงตั้งครรภ์ต้องรับผิดชอบเมื่อมีเจตนาทำให้ตนแท้งลูกหรือยอมให้บุคคลอื่นทำให้ตนแท้งลูก อัตราโทษจำคุกไม่เกิน 3 ปีหรือปรับไม่เกิน 60,000 บาทหรือทั้งจำทั้งปรับ ซึ่งเป็นการบัญญัติกฎหมายเพื่อต้องการให้หญิงตั้งครรภ์รับโทษเพียงฝ่ายเดียว ต่อมาได้มีการประกาศเมื่อวันที่ 6 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2564 ในราชกิจจานุเบกษาโดยกำหนดในมาตรา 301 ให้หญิงที่ตั้งครรภ์หากทำให้ตนแท้งลูกหรือยอมให้บุคคลอื่นทำให้ตนแท้งลูกเมื่ออายุครรภ์เกินกว่า 12 สัปดาห์เป็นความผิด และต้องรับโทษจำคุกไม่เกิน 6 เดือนหรือปรับไม่เกิน 10,000 บาทหรือทั้งจำทั้งปรับ ซึ่งการแก้ไขกฎหมายในมาตราดังกล่าวภายใต้เหตุผลที่ว่าความผิดฐานทำให้แท้งลูกมีเจตนาฆาตกรรมและคุณธรรมทางกฎหมายที่ต้องการคุ้มครองชีวิตของทารกในครรภ์ โดยเห็นถึงความสำคัญและคุณค่าของชีวิตมนุษย์ที่กำลังจะเกิดมา แต่เนื่องจากรากฐานของสังคมไม่ได้ขึ้นอยู่กับความเห็นคุณค่าของชีวิตมนุษย์เพียงอย่างเดียวเท่านั้น แต่ยังต้องมีปัจจัยอื่นที่สำคัญเป็นรากฐานของสังคม ประกอบด้วยเช่นเดียวกันกับการคุ้มครองสิทธิในการมีชีวิตของทารกในครรภ์ หากมุ่งคุ้มครองสิทธิของทารกในครรภ์เพียงอย่างเดียว โดยมิได้พิจารณาการคุ้มครองสิทธิของหญิงผู้ตั้งครรภ์ อันมีมาก่อนสิทธิของทารกในครรภ์ อาจส่งผลกระทบต่อหญิงไม่ได้รับความเป็นธรรม และถูกกีดกันหรือจำกัดสิทธิในเนื้อตัวร่างกายของหญิงซึ่งเป็นสิทธิตามธรรมชาติ อันเป็นสิทธิพื้นฐานของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ที่บุคคลย่อมมีสิทธิและเสรีภาพที่จะกระทำการใดหรือไม่กระทำการใดต่อชีวิตและร่างกายของตนได้ ตราบเท่าที่การกระทำนั้นไม่เป็นการรบกวนหรือล่วงล้ำเข้าไปในสิทธิหรือเสรีภาพของผู้อื่น รวมทั้งยังส่งผลกระทบต่อสิทธิในการกำหนดเจตนาของหญิงตั้งครรภ์ที่ครอบคลุมไปถึงสิทธิในการตัดสินใจของหญิงว่าจะยุติการตั้งครรภ์หรือตั้งครรภ์ต่อไปหรือไม่ ดังนั้นในมาตราดังกล่าวเพื่อให้เป็นไปตามเจตนาของกฎหมายจึงได้มีการแก้ไขใน 2 ประเด็น กล่าวคือ ประเด็นที่หนึ่ง กรอบเวลาในการยุติการตั้งครรภ์เมื่อหญิงอายุครรภ์ไม่เกิน 12 สัปดาห์ และประเด็นที่สอง อัตราโทษที่ลดลงจากเดิมจำคุกไม่เกิน 3 ปี ปรับไม่เกิน 60,000 บาท หรือทั้งจำทั้งปรับ เป็นจำคุกไม่เกิน 6 เดือน ปรับไม่เกิน 10,000 บาท หรือทั้งจำทั้งปรับ ภายใต้เจตนาเพื่อคุ้มครองสิทธิของหญิงที่ตั้งครรภ์

ในส่วนของกรอบระยะเวลาการยุติการตั้งครรภ์อันเป็นการคุ้มครองสิทธิของหญิงที่ตั้งครรภ์ซึ่งต้องมีก่อนทารกในครรภ์ กฎหมายได้มีการกำหนดให้ยุติการตั้งครรภ์ได้แต่เฉพาะในกรณีอายุครรภ์ไม่เกิน 12 สัปดาห์ แต่ในประเทศสหรัฐอเมริกาในมลรัฐแคลิฟอร์เนียให้ยุติการตั้งครรภ์ได้เมื่ออายุครรภ์ไม่เกิน 24 สัปดาห์ และประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีก็สามารถยุติการตั้งครรภ์ได้เมื่ออายุครรภ์ไม่เกิน 12 สัปดาห์ เป็นที่น่าสังเกตว่าทั้ง 2 ประเทศถึงจะมีการกำหนดให้ยุติการตั้งครรภ์ได้เช่นเดียวกันกับในประเทศไทยก็ตาม แต่จะต้องได้รับความยินยอมจากแพทย์เสียก่อนจึงจะยุติการตั้งครรภ์ได้ อันเป็นการคุ้มครองสิทธิให้แก่หญิงหากไม่สมัคร

ใจในการตั้งครรภ์ต่อไปไม่ว่าด้วยสาเหตุใด เพื่อเป็นการเปิดช่องในทางกฎหมายและให้โอกาสหญิงตั้งครรภ์ทบทวนการให้กำเนิดทารกในครรภ์ประกอบกับศักยภาพในการเลี้ยงดูบุตร อันเป็นการสะท้อนถึงสภาพเศรษฐกิจและสังคมของหญิงตั้งครรภ์ในแต่ละราย และยังเพิ่มโอกาสในการส่งเสริมทางด้านสุขภาพให้อยู่ในความดูแลของแพทย์ทุกกรณี ถึงแม้ว่าระยะเวลาที่ตั้งครรภ์มากจะมีความเสี่ยงกว่าระยะเวลาที่ตั้งครรภ์น้อย แต่เมื่ออยู่ในความดูแลของแพทย์ จะลดความเสี่ยงอันจะเกิดผลกระทบที่เป็นอันตรายต่อร่างกายหรือจิตใจของหญิงในอนาคต เมื่อกรอบระยะเวลาในการยุติการตั้งครรภ์เป็นสิ่งที่กฎหมายกำหนดเพื่อคุ้มครองสิทธิให้แก่หญิงตั้งครรภ์ เพราะหญิงจะต้องรับภาระการตั้งครรภ์แต่เพียงฝ่ายเดียว ดังนั้นกรณีก่อนระยะเวลาในการยุติการตั้งครรภ์ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 301 จึงควรนำกลับมาปรับปรุงเพิ่มระยะเวลาในการยุติการตั้งครรภ์เพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิให้แก่หญิงอย่างแท้จริง

ส่วนโทษตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 301 ที่ได้มีการกำหนดให้ลงโทษแก่หญิงแต่เพียงฝ่ายเดียวเมื่อยุติการตั้งครรภ์ในขณะที่อายุครรภ์เกินกว่า 12 สัปดาห์ อันเป็นความผิดฐานทำให้แท้งลูกที่ได้มีการกำหนดลงโทษตามสัดส่วนที่เหมาะสม โดยให้ลงโทษแก่หญิงเพียงจำคุกไม่เกิน 6 เดือนหรือปรับไม่เกิน 10,000 บาทหรือทั้งจำทั้งปรับ หากคำนึงถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ การกำหนดโทษย่อมเหมาะสมกับหญิงที่ไม่จำเป็นต้องรับภาระโดยไม่สมัครใจ อย่างไรก็ตามเมื่อคำนึงถึงสิทธิของทารกในครรภ์ ถึงแม้ว่าสิทธิของหญิงตั้งครรภ์จะมาก่อนสิทธิของทารกในครรภ์ก็ตาม แต่อัตราโทษยังไม่คุ้มครองสิทธิทารกในครรภ์ที่โดนตัดโอกาสในการกำเนิดซึ่งสิทธิดังกล่าวไม่มีใครที่จะมาพรากไปได้ ดังนั้นในส่วนการลงโทษเพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิทั้งหญิงที่ตั้งครรภ์และทารกในครรภ์อย่างเหมาะสมจึงต้องนำกลับมาทบทวน โดยใช้หลักการเดียวกันกับประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีให้มีการลงโทษหญิง เมื่อยุติการตั้งครรภ์เกินกว่า 12 สัปดาห์ให้จำคุกไม่เกิน 3 ปี เป็นต้น

5.2 ข้อเสนอแนะ

จากการที่ผู้เขียนได้ศึกษากฎหมายทำแท้งข้างต้น จะเห็นได้ว่ามีประเด็นปัญหาที่สำคัญ คือ ในเรื่องของอายุครรภ์ของหญิง เรื่องบทลงโทษ ในประมวลกฎหมายอาญามาตรา 301 และเรื่องของอายุของหญิงตั้งครรภ์ มาตรา 305

5.2.1 ผู้เขียนขอเสนอให้ขยายระยะเวลาของอายุครรภ์จาก 12 สัปดาห์เป็น 20 สัปดาห์ โดยชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งในประมวลกฎหมายอาญามาตรา 301 ให้ยุติการตั้งครรภ์ภายในกรอบระยะเวลา 12 สัปดาห์ แต่เมื่อพิจารณาแล้วเห็นว่า ในช่วง 20 สัปดาห์ ในทางการแพทย์เห็นว่าทารกในครรภ์ที่มีอายุ 20 สัปดาห์จะมีน้ำหนักหนักประมาณ 300 กรัม แม้ว่าจะมีรูปร่างเป็นทารกแล้วอวัยวะต่างๆ เช่น หัวใจ ไต ปอด ยังไม่สมบูรณ์ตามข้อบ่งชี้ทางการแพทย์ทารกในครรภ์ที่มีอายุครรภ์ที่ 24 สัปดาห์หรือ 6 เดือนขึ้นไปจึงจะมีโอกาสอยู่รอดเมื่อคลอดแล้ว หากต้องการยุติการตั้งครรภ์จะต้องได้รับคำปรึกษาจากแพทย์ผู้เชี่ยวชาญเวชกรรมเพื่อความปลอดภัยในชีวิตของหญิงก่อนที่จะดำเนินการยุติการตั้งครรภ์ ดังนั้นผู้เขียนจึงเห็นควรแก้ไขบทบัญญัติประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 301 มีความว่า “หญิงใดทำให้ตนเองแท้งลูกหรือยอมให้ผู้อื่นทำให้ตนแท้งลูกขณะมีอายุครรภ์เกินยี่สิบสัปดาห์”

5.2.2 ผู้เขียนขอเสนอให้เปลี่ยนอัตราโทษจากจำคุกไม่เกิน 6 เดือน ปรับไม่เกิน 10,000 บาทเป็นจำคุกไม่เกิน 3 ปี ปรับไม่เกิน 60,000บาท ซึ่งจะเป็นการลงโทษตามกฎหมายเดิมนั้นเมื่อเทียบกับการกระทำความผิดที่เกิดขึ้นและชั่งน้ำหนักแล้ว เห็นว่าเป็นการลงโทษเบาขาดความสมดุลเหมาะสม และเป็นการลงโทษที่ไม่ได้สัดส่วนกับการกระทำความผิดอีกด้วย จึงเห็นว่าควรปรับโทษให้เป็นโทษตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 301เดิม ดังนั้นผู้เขียนจึงเห็นควรแก้ไขบทบัญญัติประมวลกฎหมายอาญา301 มีความว่า **“โทษจำคุกไม่เกิน 3 ปี หรือปรับไม่เกิน 60,000 บาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”**

5.2.3 ผู้เขียนขอเสนอให้ตัดคำว่า ”กฎหมายว่าด้วยการป้องกันและแก้ไขปัญหาการตั้งครรภ์ในวัยรุ่น” ในประมวลกฎหมายอาญามาตรา 305 อนุ 5 ออกเพื่อคุ้มครองสิทธิหญิงที่มีอายุครรภ์มากกว่า 20 สัปดาห์ แต่ไม่เกิน 24 สัปดาห์ และการกำหนดคำว่า “วัยรุ่น” นั้นเป็นการจำกัดสิทธิของหญิงที่อายุเกิน 20 ปี ดังนั้นผู้เขียนจึงเห็นควรแก้ไขบทบัญญัติ ในมาตรา 305(5) เพื่อให้คุ้มครองไปถึงบุคคลผู้บรรลุนิติภาวะด้วย ซึ่งไม่ใช่แต่เพียงบังคับในวัยรุ่นเท่านั้น

บรรณานุกรม

บรรณานุกรม

- เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, *คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1* (พิมพ์ครั้งที่ 8, สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2546).
- คณพล จันทร์หอม, *คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิด เล่ม 1* (พิมพ์ครั้งที่ 3, สำนักพิมพ์วิญญูชน 2561).
- คณิต ฌ. นคร, *กฎหมายอาญาภาคความผิด* (พิมพ์ครั้งที่ 10, สำนักพิมพ์วิญญูชน 2553).
- เครือข่ายอาสา RSA, 'แถลงการณ์ข้อเท็จจริงเรื่องการทำให้ในประเทศไทย จากเครือข่ายอาสา RSA(1) วันที่ 3 มกราคม 2564' (เครือข่ายอาสา RSA, 3 มกราคม 2564)
<<https://www.rsathai.org/contents/17600/>> สืบค้นเมื่อ 20 กันยายน 2565.
- จรวพร เหมรังษี, 'กฎหมายการทำแท้งกับจริยธรรมในสังคมไทย' (2564) 11 วารสารสังคมศาสตร์และมานุษยวิทยาเชิงพุทธ.
- จิตติ ติงศรัทีย, *กฎหมายอาญาภาค 2 ตอน 2 และ ภาค 3* (พิมพ์ครั้งที่ 7, เนติบัณฑิตยสภา 2553).
- ชญาณี ศรีกระจ่าง, 'ทำความเข้าใจ 'กฎหมายทำแท้ง' ใหม่' (กรุงเทพธุรกิจ, 1 มีนาคม 2564)
<<https://www.bangkokbiznews.com/politics/924940>> สืบค้นเมื่อ 28 กรกฎาคม 2565.
- ช่อง 7HD, 'มลรัฐแคลิฟอร์เนีย เตรียมพร้อมรับผู้ต้องการทำแท้งข้ามรัฐ' (ช่อง 7HD, 4 ธันวาคม 2564)
<<https://www.ch7.com/amp/534138>> สืบค้นเมื่อ 4 ธันวาคม 2565.
- ณัฐชลภัณ หอมแก้ว, 'ไม่มีใครในโลกนี้ ตั้งท้องมาเพื่อจะทำแท้ง: ผู้หญิงมีสิทธิทำแท้งปลอดภัย' (The Coverage, 1 มีนาคม 2564) <<https://www.thecoverage.info/news/content/1186>> สืบค้นเมื่อ 25 กรกฎาคม 2565.
- ณัฐดนัย นาจันทร์ และสิริลักษณ์ บุตรศรีทัศน์, 'การยุติการตั้งครรภ์: เมื่อกฎหมายบังคับให้สังคมเปลี่ยนแปลง' (สำนักวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง, 25 พฤษภาคม 2564)
<<https://shorturl.asia/mr76Q>> สืบค้นเมื่อ 25 กรกฎาคม 2565.
- ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, *คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิดและลหุโทษ* (พิมพ์ครั้งที่ 10, สำนักพิมพ์วิญญูชน 2556).
- _____, *คำอธิบายกฎหมายอาญามาตรา 288-366/4* (สำนักพิมพ์วิญญูชน 2564).
- _____, *มุมมองใหม่ในกฎหมายอาญา* (สำนักพิมพ์วิญญูชน 2550).
- _____, *หลักกฎหมาย กฎหมายอาญาภาคความผิด* (พิมพ์ครั้งที่ 7, สำนักพิมพ์วิญญูชน 2551).
- _____, 'การยุติการตั้งครรภ์ที่ไม่ผิดกฎหมาย' (ตุลาคม-ธันวาคม 2556) 4 วารสารการส่งเสริมสุขภาพและอนามัยสิ่งแวดล้อม.
- ธัญจิรา แปะชน, 'ปัญหาว่าน 'ประกาศเกณฑ์' ล่าช้า อายุครรภ์เกินต้องพึ่งทำแท้งเถื่อน? แม้จะมีกม.หลักอนุญาต แล้วกว่า 1 ปี' (The Coverage, 1 กรกฎาคม 2565)
<<https://www.thecoverage.info/news/content/3700>> สืบค้นเมื่อ 29 กรกฎาคม 2565.

บรรณานุกรม (ต่อ)

- นพวรรณ จงวัฒนา, ‘นโยบายทำแท้งในทวีปยุโรปตะวันตก’ (2540) 1 วารสารประชากรศาสตร์.
ปกป้อง ศรีสนิท, ‘แนวทางการปรับปรุงกฎหมายเพื่อป้องกันอันตรายจากผู้กระทำความผิดหรือผู้พันโทษที่มี
พฤติการณ์เป็นภัยต่อสังคมระยะที่ 1’ (2564) 4 วารสารนิติศาสตร์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
<<https://shorturl.asia/QxA2O>> สืบค้นเมื่อ 25 กรกฎาคม 2565.
- ปกรณ์สิทธิ ฐานา, ‘“นโยบายลูกคนเดียว” กับความไม่สมดุลของประชากรจีน’ (2557) 2 วารสารธรรมศาสตร์
193 <<https://shorturl.asia/UZo86>> สืบค้นเมื่อ 25 กรกฎาคม 2565.
- ปชชาติ ดวงดี, ‘การทำแท้งโดยชอบด้วยกฎหมาย: ศึกษาเปรียบเทียบเงื่อนไข ประกอบกับการทำแท้งใน
ต่างประเทศ’ (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต 2557).
- ผู้จัดการออนไลน์, ‘สลด! รับวันวาเลนไทน์ สาว 17 ปี ใช้ยาเหน็บทำแท้งจนลูกทะเล็ก ส่วนตัวเองตกเลือดปาง
ตาย’ (ผู้จัดการออนไลน์, 14 กุมภาพันธ์ 2564)
<<https://mgronline.com/south/detail/9640000014644>> สืบค้นเมื่อ 20 กันยายน 2565.
- พินิจ ทิพย์มณี, ‘กฎหมายทำแท้งในกรณีที่มีการตามีปัญหาสุขภาพทางจิต’ (รายงานผลการวิจัยเสนอต่อมหา
วิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต 2548)
- ภัทรวดี ยังน้อย, ‘การทำแท้งเสรีไม่ใช่การทำแท้งถูกกฎหมาย’ (ธันวาคม 2553 - พฤษภาคม 2554) 1
วารสารวิชาการ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ.
- มติชนออนไลน์, ‘รอผลนิติเวช รพ.ตำรวจ ก่อนแจ้งข้อหาแม่วัยใส ฐานทำแท้ง หลังรีดลูกทิ้งถึงขยะ’ (มติชน
ออนไลน์, 22 กุมภาพันธ์ 2560) <https://www.matichon.co.th/local/crime/news_472349>
สืบค้นเมื่อ 20 กันยายน 2565.
- รชต สนิท, ‘เงินประกาศ ลูก 1 คน ลดหย่อนภาษีได้ 5 พัน/เดือน จนกว่าจะ 3 ขวบ กระตุ้นคนให้คนมีลูกแบบ
ฉลาด’ (Brand Inside, 29 มีนาคม 2565) <[https://brandinside.asia/china-tax-deduction-
for-parents-with-child/](https://brandinside.asia/china-tax-deduction-for-parents-with-child/)> สืบค้นเมื่อ 10 มกราคม 2566.
- เรื่องกิตติ ศิริกาญจนกุล, ‘สิทธิยุติการตั้งครรภ์ทำได้ปลอดภัยถูกกฎหมาย ผู้หญิงจะอย่างไร’ (เครือข่ายอาสา
RSA, 2564) <<https://www.rsathai.org/contents/18599/>> สืบค้นเมื่อ 20 กันยายน 2565
- วิภาพร เนติจิรโชติ, ‘มาตรการทางกฎหมายที่เหมาะสมกับการทำแท้ง’ (ดุสิตนิพนธ์ นิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต
มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต 2559).
- ศิริพร รุ่งรัตน์รัชชัย, ‘การทำแท้ง: ศึกษาปัญหาทางกฎหมายกรณีที่มีการตามีปัญหาทางจิต’ (วิทยานิพนธ์
นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต 2557).
- สรารัฐ ไพฑูรย์พงษ์, ‘การทำแท้ง(ไม่)เสรี ศาลสูงสุดและการเมืองในอเมริกา’ (สถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนา
ประเทศไทย, 21 กรกฎาคม 2565) <[https://tdri.or.th/2022/07/supreme-court-of-us-
abortion-right](https://tdri.or.th/2022/07/supreme-court-of-us-abortion-right)> สืบค้นเมื่อ 23 พฤษภาคม 2565.

บรรณานุกรม (ต่อ)

- สุดที่รัก ฤกษ์คณะ, ‘การทำแท้งตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 305 ศึกษากรณี: เหตุให้ทำแท้งได้หากทารกในครรภ์มารดาพิการ’ (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์ 2561).
- สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล และปกป้อง ศรีสนิท, ‘การศึกษาเพื่อพัฒนาแนวทางการลงโทษ:หลักการลงโทษที่ได้สัดส่วนกรณีคดียาเสพติด’ (ธันวาคม 2560) 4 วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 907 <<https://shorturl.asia/IWlg7>> สืบค้นเมื่อ 20 กันยายน 2565.
- สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒนา, ‘กฎหมายอาญาที่หมดความจำเป็นตามพระราชบัญญัติหลักเกณฑ์การ จัดทำร่างกฎหมายและการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย พ.ศ. 2562: ความหมายและหลักเกณฑ์ (ตอน 1)’ (กรกฎาคม-กันยายน 2564) 3 บทบัณฑิตย.
- สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒนา, ‘หลักเกณฑ์ในการพิจารณาว่ากฎหมายหมดความจำเป็นตามพระราชบัญญัติหลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมาย และการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย พ.ศ. 2562’ (กันยายน - ธันวาคม 2565) 3 ตุลาคม.
- สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒนา, ‘หลักเกณฑ์การกำหนดความผิดอาญาตามกฎหมายต่างประเทศ’ (เมษายน-มิถุนายน 2564) 2 บทบัณฑิตย.
- เสมียนนารี, ‘กำเนิดนโยบายลูกคนเดียวของจีนยุค “เติ้งเสี่ยวผิง” ถึงยุคมีลูกได้ 3 คน ก่อนดราม่าโอลิมปิก’ (ศิลปวัฒนธรรม, 29 กรกฎาคม 2564) <https://www.silpa-mag.com/history/article_72250> สืบค้นเมื่อ 10 มกราคม 2566.
- หยุด แสงอุทัย, *กฎหมายอาญาภาค 2-3* (พิมพ์ครั้งที่ 11, สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2556).
- อชิป ปิตกาญจนกุล และกรศุทธิ์ ขอพ่วงกลาง, ‘สรุปสาระสำคัญจากเสวนาวิชาการคณะนิติศาสตร์ธรรมศาสตร์ เรื่อง แนวทางการใช้การตีความกฎหมายยุติการตั้งครรภ์ใหม่’ (คณะนิติศาสตร์- มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2 มีนาคม 2564) <<https://www.law.tu.ac.th/seminar-summary-new-abortion-law/>> สืบค้นเมื่อ 20 กันยายน 2565.
- อชิป ลิ้มไพบูลย์, ‘การคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของทารกในครรภ์มารดา:ศึกษากรณีการทำแท้งตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 305’ (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยศรีปทุม 2563).
- อนุชา ดีสวัสดิ์, ‘พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 28) พ.ศ.2564 (ความผิดฐานทำให้แท้งลูก)’ (รัฐสภา, 2564) <<https://shorturl.asia/8MHT1>> สืบค้นเมื่อ 20 กันยายน 2565.
- อวิการ์ตน์ นิยมไทย, ‘กฎหมายเกี่ยวกับการทำแท้ง’ (มกราคม-กุมภาพันธ์ 2554) 3 จุลนิติ.
- อัจฉริยา ชูตินันทน์, ‘หลักการกำหนดความผิดอาญาและ หลักการกำหนดโทษอาญาในการตรากฎหมาย’ (กรกฎาคม-กันยายน 2564) 3 วารสารสุทธิปริทัศน์.

บรรณานุกรม (ต่อ)

อัญนลินต์ กมลนันธกริจ, พัชยา เลือดชัยพฤกษ์ และณัฐวุฒิ สุทธิประภา, ‘การทำแท้งโดยชอบด้วยกฎหมายกับความคิดเรื่องผิดศีลธรรม’ (มกราคม-มีนาคม 2565) 1 วารสารสังคมศาสตร์เพื่อการพัฒนาท้องถิ่น มหาวิทยาลัยราชภัฏมหาสารคาม.

Amnesty International Thailand, ‘ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน’ (สถาบันปรีดี พนมยงค์, 23 กันยายน 2564) <<https://pridi.or.th/th/content/2021/09/841>> สืบค้นเมื่อ 25 กรกฎาคม 2565.

Gu Yinfen, ‘การวิจัยกฎหมายอาญาว่าด้วยพฤติกรรมการทำแท้งจากมุมมองของการบังคับทำแท้ง’ (zjyongjia-jcy-gov, 22 ธันวาคม 2557) <<https://shorturl.asia/TA1u9>> สืบค้นเมื่อ 10 กันยายน 2565.

Nattatiti K., ‘ผู้หญิงมีสิทธิแค่ไหน ภายใต้กฎหมายทำแท้ง 4 ประเทศทั่วโลก’ (sanook, 8 กุมภาพันธ์ 2564) <<https://www.sanook.com/news/8347502/>> สืบค้นเมื่อ 10 พฤษภาคม 2565.

Master Peace, ‘เลือกตั้งสหรัฐฯ 2020: ‘นโยบายทำแท้ง’ ประเด็นขับเคี่ยวทรัมป์-ไบเดน สองผู้สมัครเห็นต่างกัน อย่างไร’ (Thestandard, 11 ตุลาคม 2563) <<https://thestandard.co/us-election-2020-abortion-policy/>> สืบค้นเมื่อ 10 พฤษภาคม 2565

Pimnara Intaprasert, ‘SDG Updates | แก้กฎหมายอาญาเปิดทางให้ ‘ทำแท้ง’ถูกกฎหมาย มองมิติของสภาผู้แทนฯ ผ่านเลนส์ SDGs’ (SDG Move, 6 เมษายน 2564) <<https://www.sdgmovement.com/2021/01/23/sdg-abortion-law/>> สืบค้นเมื่อวันที่ 25 กรกฎาคม 2565.

Thai PBS, ‘ที่มาร่างกฎหมายอนุมัติการทำแท้งในสหรัฐฯ: ทันโลก กับ ที่นี่ Thai PBS’ (YouTube, 2 พฤษภาคม 2565) <https://www.youtube.com/watch?v=wM3_oYct5JE> สืบค้นเมื่อ 5 มิถุนายน 2566.

ACLU of Southern California, ‘Abortion Care in California’ (ACLU of Southern California, 2022) <<https://shorturl.asia/Vt2vf>> accessed 4 December 2022.

Axel I. Mundigo, ‘Population and abortion policies in China: Their impact on minority nationalities’ (Springer, July 1999) <<https://shorturl.asia/Hww4Q>> accessed 10 September 2022.

Ballotpedia, ‘California Proposition 1, Right to Reproductive Freedom Amendment (2022)’ (Ballotpedia, 2022) <<https://shorturl.asia/TqGhy>> accessed 11 December 2022.

Deutsche Welle, ‘Germany proposes scrapping Nazi-era abortion law’ (Deutsche Welle, 17 January 2022) <<https://shorturl.asia/S2fD5>> accessed 10 September 2022.

บรรณานุกรม (ต่อ)

- Deutscher Bundestag, 'Historische Debatten (7): Abtreibungsparagraf 218' (Deutscher Bundestag) <<https://shorturl.asia/VTvdF>> accessed 11 November 2022.
- Dirk von Behren, 'Kurze Geschichte des Paragrafen 218 Strafgesetzbuch' (bpb, 10 May 2019) <<https://shorturl.asia/X01aS>> accessed 1 February 2023.
- Donald P. Kommers, 'The Constitutional Law of Abortion in Germany: Should Americans Pay Attention?' (1994) 1 Journal of Contemporary Health Law and Policy <<https://shorturl.asia/Tl4df>> accessed 25 July 2022.
- Encyclopedia Britannica, 'abortion' (Encyclopedia Britannica) <<https://shorturl.asia/wc83m>> accessed 25 July 2022.
- FindLaw Staff, 'California Abortion Laws' (FindLaw, 22 December 2022) <<https://shorturl.asia/QgkxR>> accessed 20 December 2022.
- Frank Brautigam and Kolja Schwartz, 'Der lange Streit um Paragraf 218' (Tagesschau) <<https://shorturl.asia/X01aS>> accessed 1 February 2023.
- Janie Har, 'Californians vote to protect abortion in state constitution' (AP News, 9 November 2022) <<https://shorturl.asia/nx63o>> accessed 20 December 2022.
- John P. Cunha, 'What Is Abortion According to WHO?' (eMedicineHealth, 27 August 2021) <<https://shorturl.asia/6rjel>> accessed 25 July 2022.
- Kathrin Walter, '150 Years of Criminalising Abortion in Germany' (Squarespace, 1 July 2021) <<https://shorturl.asia/vXoDH>> accessed 25 July 2022.
- The Economist, 'Limiting access to abortions won't solve China's population woes' (The Economist, 1 October 2021) <<https://shorturl.asia/O0u75>> accessed 10 September 2022.
- Ushma D. Upadhyay and others, 'Denial of Abortion Because of Provider Gestational Age Limits in the United States' (September 2014) 9 American Journal of Public Health <<https://shorturl.asia/G3lAt>> accessed 10 September 2022.
- Victoria Colliver, 'California voters guarantee abortion rights in state constitution' (Politico, 9 November 2022) <<https://shorturl.asia/htcqv>> accessed 4 December 2022.
- Yi Fuxian, 'China's Abortion Problem Can't Be Regulated Away' (Project Syndicate, 14 April 2022) <<https://shorturl.asia/1KBk2>> accessed 10 September 2022.

บรรณานุกรม (ต่อ)

Yurany Arciniegas, 'EE. UU.: Texas prohíbe el aborto después de las seis semanas de embarazo' (France 24, 20 May 2021) <<https://shorturl.asia/QYgEB>> accessed 10 November 2022.

ภาคผนวก

ประมวลกฎหมายอาญา

มาตรา 301 ระบุว่า หญิงใดทำให้ตนแท้งลูก หรือยอมให้ผู้อื่นทำให้ตนแท้งลูกขณะมีอายุครรภ์เกิน 12 สัปดาห์ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 6 เดือน หรือปรับไม่เกิน 10,000 บาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

มาตรา 305 ถ้าการกระทำความผิดตามมาตรา 301 หรือมาตรา 302 เป็นการกระทำของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม และตามหลักเกณฑ์ของแพทยสภาในกรณีดังต่อไปนี้ ผู้กระทำไม่มีความผิด

1. จำเป็นต้องกระทำเนื่องจากหากหญิงตั้งครรภ์ต่อไปจะเสี่ยงต่อการได้รับอันตรายต่อสุขภาพทางกายหรือจิตของหญิงนั้น
2. จำเป็นต้องกระทำเนื่องจากมีความเสี่ยงอย่างมากหรือเหตุผลทางการแพทย์อันควรเชื่อได้ว่าหากทารกคลอดออกมาจะมีความผิดปกติถึงขนาดทุพพลภาพอย่างร้ายแรง
3. หญิงยืนยันต่อผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมว่าตนมีครรภ์เนื่องจากการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศ
4. หญิงซึ่งมีอายุครรภ์ไม่เกิน 12 สัปดาห์ยืนยันที่จะยุติการตั้งครรภ์
5. หญิงซึ่งมีอายุครรภ์เกิน 12 สัปดาห์ แต่ไม่เกิน 20 สัปดาห์ ยืนยันที่จะยุติการตั้งครรภ์ ภายหลังจากการตรวจและรับคำปรึกษาทางเลือกจากผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมและผู้ประกอบวิชาชีพอื่นตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุขประกาศกำหนดโดยคำแนะนำของแพทยสภาและหน่วยงานที่เกี่ยวข้องตามกฎหมายว่าด้วยการป้องกันและแก้ไขปัญหาการตั้งครรภ์ในวัยรุ่น

กฎหมายลักษณะอาญา รศ.127

มาตรา 260 หญิงใดริตลูกให้แท้งก็ดี ยินยอมให้คนอื่นริตลูกให้แท้งก็ดี ท่านว่ามันมีความผิดต้องระวางโทษ

มาตรา 261 ผู้ใดริตลูกเขาให้แท้ง แม้ว่าหญิงยินยอมให้มันริตก็ดี ท่านว่ามันมีความผิดต้องระวางโทษ.

มาตรา 262 ถ้าผู้กระทำผิด เช่น ว่าในมาตรา 261 นั้นเป็นแพทย์หรือเป็นผู้ผดุงครรภ์ก็ดีหรือเป็นคนทำโดยเห็นแต่สินจ้างรางวัลก็ดี ท่านให้ลงโทษมันตามที่บัญญัติไว้สำหรับความผิดเช่นนั้น ทวิขึ้นอีกหนึ่งในสาม

มาตรา 263 ผู้ใดรู้ยู่่าหญิงมีครรภ์ และหญิงมิได้อนุญาตให้มันริตลูก ถ้าแลมันกระทำร้ายด้วยกำลังกาย หรือด้วยประการหนึ่งประการใด ให้หญิงนั้นแท้งลูกไซ้ร้ ท่านว่ามันมีความผิดต้องระวางโทษฐานประทุษร้ายแก่ร่างกายถึงสาหัส...

มาตรา 264 ผู้ใดพยายามกระทำความผิดอย่างใดใดที่ท่านบัญญัติไว้ในมาตรา 260 และมาตรา 261 นั้น ท่านว่าเป็นการไม่สำคัญอย่าให้เอาโทษแก่มันเลย

ประมวลกฎหมายเยอรมัน

Section 218 Abortion

(1) Whoever terminates a pregnancy incurs a penalty of imprisonment for a term not exceeding three years or a fine. Acts whose effects occur before nidation is completed are not deemed to be a termination of pregnancy within the meaning of this statute.

(2) In especially serious cases, the penalty is imprisonment for a term of between six months and five years. An especially serious case typically occurs where the offender

1. acts against the will of the pregnant woman or
2. recklessly places the pregnant woman in danger of death or at risk of serious damage to health.

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

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

ประมวลกฎหมายอาญาสาธารณรัฐประชาชนจีน

Article 288

A pregnant woman who takes medicine or has an abortion by other means shall be sentenced to fixed-term imprisonment of not more than six months, short-term detention, or a fine of not more than 100 yuan.

The same goes for pregnant women who obey others to have an abortion.

Anyone who commits the crimes mentioned in the preceding two paragraphs due to illness or other necessity to prevent life danger shall be exempted from punishment.

Article 289

A person who, at the behest of a pregnant woman or obtains her promise, causes her to have an abortion shall be sentenced to fixed-term imprisonment of not more than two years.

Those who cause death to women shall be sentenced to fixed-term imprisonment of not less than six months but not more than five years; those who cause serious injuries shall be sentenced to fixed-term imprisonment of not more than three years.

Article 290

A person who commits the crime specified in Paragraph 1 of the preceding article with the intent to make a profit shall be sentenced to fixed-term imprisonment of not less

than six months but not more than five years, and may also be fined not more than five hundred yuan.

Those who cause death to women shall be sentenced to fixed-term imprisonment of not less than three years but not more than ten years, and may be fined not more than five hundred yuan;

Article 291

A person who causes a pregnant woman to have an abortion without the entrustment or consent of the pregnant woman shall be sentenced to fixed-term imprisonment of not less than one year but not more than seven years.

Those who cause death to women shall be sentenced to life imprisonment or fixed-term imprisonment of not less than seven years; those who cause serious injuries shall be sentenced to fixed-term imprisonment of not less than three years but not more than ten years.

The attempted offense of Paragraph 1 shall be punished.

Article 292

Anyone who publicly introduces abortion methods or objects, or publicly introduces himself or others as an act of abortion by words, pictures, or other means, shall be sentenced to fixed-term imprisonment of not more than one year, short-term detention, or a fine of not more than 1,000 yuan.

ประวัติผู้เขียน

ชื่อ – นามสกุล นายชยุตม์ เหลืองรัตนเจริญ

ประวัติการศึกษา
พ.ศ.2563 - นิติศาสตรบัณฑิต มหาวิทยาลัยสยาม