

การปรับปรุงบทบัญญัติความผิดฐานทำให้แท้งลูกตามประมวลกฎหมายอาญา  
ให้เป็นไปตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ

นางสาวนริศรา แดงไผ่<sup>๑</sup>

บทนำ

จากกรณีที่มีผู้ยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณามาตรา ๓๐๑ แห่งประมวลกฎหมายอาญา ว่ามีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ สรุปได้ว่า

(๑) การกำหนดให้หญิงที่ทำให้ตนแท้งลูกหรือยอมให้ผู้อื่นทำให้ตนแท้งลูกเป็นความผิดตามมาตรา ๓๐๑ แห่งประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งกำหนดให้หญิงใดทำให้ตนแท้งลูกหรือยอมให้ผู้อื่นทำให้ตนแท้งลูก ต้องระวางโทษ ... ย่อมแสดงว่าบทบัญญัตินี้มีความประสงค์จะลงโทษแต่เฉพาะผู้หญิงเท่านั้น ซึ่งน่าจะขัดหรือแย้งกับหลักการได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายอย่างเท่าเทียมกันของหญิงและชาย เพราะการที่หญิงตั้งครรภ์มิได้เกิดจากการกระทำของหญิงเพียงฝ่ายเดียว หากเกิดกรณีจำเป็นต้องยุติการตั้งครรภ์ ทั้งชายและหญิงควรต้องรับผิดชอบและถูกลงโทษเช่นเดียวกัน แต่เนื่องจากชายไม่เข้าองค์ประกอบความผิด มาตรา ๓๐๑ จึงมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๗ หลักความเสมอภาคระหว่างชายและหญิง มีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม

(๒) การที่กฎหมายบัญญัติห้ามหญิงยุติการตั้งครรภ์ที่ไม่พร้อม น่าจะส่งผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกายของหญิงตามมาตรา ๒๘ ของรัฐธรรมนูญ เพราะการกระทำเพื่อให้ตนสามารถดำเนินชีวิตปกติหรือเพื่อรักษาชีวิตของตนโดยไม่เบียดเบียนหรือกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของผู้อื่นย่อมเป็นสิทธิและเสรีภาพในการตัดสินใจของหญิงที่จะกระทำได้อีกทั้งการที่กฎหมายบังคับให้หญิงต้องตั้งครรภ์ที่ไม่พร้อมจนคลอดโดยที่รัฐมิได้มีมาตรการช่วยเหลือใด ๆ ที่ชัดเจนหรือเป็นรูปธรรม ปลดปล่อยให้เป็นภาระกับมารดาซึ่งหากไม่สามารถเลี้ยงดูเด็กให้ดีจะมีผลกระทบต่ออนาคตของเด็กด้วย กรณีนี้ย่อมขาดความชอบธรรมที่จะกำหนดให้หญิงที่ทำให้แท้งต้องรับโทษตามกฎหมายและอาจถือเป็นการสร้างภาระเกินสมควรแก่สิทธิของหญิงในการตัดสินใจที่จะเลือกยุติการตั้งครรภ์

ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาคำร้องแล้ว มีคำวินิจฉัยที่ ๔/๒๕๖๓ ลงวันที่ ๑๙ กุมภาพันธ์ พุทธศักราช ๒๕๖๓ ว่า มาตรา ๓๐๑ แห่งประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งบัญญัติว่า หญิงใดทำให้ตนเองแท้งลูกหรือยอมให้ผู้อื่นทำให้ตนแท้งลูก ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ ขัดหรือแย้งต่อมาตรา ๒๘ วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ซึ่งบัญญัติว่า บุคคลย่อมมีสิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกาย โดยให้ส่วนที่ขัดหรือแย้งดังกล่าวมีผลเมื่อพ้นกำหนดสามร้อยหกสิบวันนับแต่วันที่ศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัย อีกทั้งศาลรัฐธรรมนูญได้ให้ข้อเสนอแนะว่า หน่วยงานที่เกี่ยวข้องสมควรดำเนินการปรับปรุงแก้ไขประมวลกฎหมายอาญาและกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับเรื่องทำแท้งเพื่อให้สอดคล้องกับสภาพการณ์ปัจจุบัน และคณะรัฐมนตรีมีมติเมื่อวันที่ ๓ มีนาคม ๒๕๖๓ มอบหมายให้กระทรวงสาธารณสุข กระทรวงการพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์ กระทรวงยุติธรรม สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา และหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง ร่วมกันดำเนินการแก้ไขปรับปรุงมาตรา ๓๐๑ แห่งประมวลกฎหมายอาญา และกฎหมายที่เกี่ยวข้องเพื่อให้เป็นไปตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญข้างต้น

<sup>๑</sup>ผู้อำนวยการกองกฎหมายกระบวนการยุติธรรม กองกฎหมายกระบวนการยุติธรรม สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา

ในการนี้ โดยที่คณะกรรมการพิจารณาปรับปรุงประมวลกฎหมายอาญา สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ซึ่งเป็นคณะกรรมการตามที่คณะรัฐมนตรีมีมติแต่งตั้งให้มีอำนาจหน้าที่ในการพิจารณาแก้ไขปรับปรุงประมวลกฎหมายอาญา จึงได้พิจารณาเพื่อแก้ไขปรับปรุงบทบัญญัติมาตรา ๓๐๑ ให้เป็นไปตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ โดยเชิญผู้แทนหน่วยงานที่เกี่ยวข้องเข้าร่วมให้ความเห็นในการประชุม<sup>๒</sup> และเมื่อคณะกรรมการฯ พิจารณาเสร็จแล้ว สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาจะได้นำเสนอเรื่องต่อคณะรัฐมนตรีเพื่อพิจารณาให้ความเห็นชอบ พร้อมด้วยหนังสือยืนยันร่างของหน่วยงานที่เกี่ยวข้องเสนอเข้าสู่การประชุมของสภาผู้แทนราษฎรต่อไป

ทั้งนี้ ในการพิจารณาแก้ไขปรับปรุงบทบัญญัติมาตรา ๓๐๑ ให้เป็นไปตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ผู้เขียนซึ่งทำหน้าที่เป็นเลขานุการในฝ่ายเลขานุการของคณะกรรมการพิจารณาปรับปรุงกฎหมายอาญา ได้ศึกษา ค้นคว้า และวิเคราะห์ข้อมูลทางวิชาการเกี่ยวกับองค์ประกอบความผิดและโครงสร้างความรับผิดของบทบัญญัติความผิดฐานทำให้แท้งลูกตามประมวลกฎหมายอาญา รวมทั้งกฎหมายตลอดจนแนวคำพิพากษาของศาลที่เกี่ยวข้องทั้งในประเทศและต่างประเทศ หลักการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคล กรณีบุคคลย่อมมีสิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกาย เพื่อรวบรวมเป็นข้อมูลนำเสนอประกอบการพิจารณาของคณะกรรมการพิจารณาปรับปรุงประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งคณะกรรมการฯ มีการอภิปรายในประเด็นสาระสำคัญของการแก้ไขปรับปรุงกฎหมายอย่างกว้างขวาง รวมทั้งการให้ข้อมูลและข้อคิดเห็นทางกฎหมายและทางการแพทย์อันเป็นประโยชน์อย่างยิ่งของหน่วยงานและผู้ที่เกี่ยวข้อง ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าข้อมูลดังกล่าวมีประโยชน์ในทางวิชาการและจะเป็นเอกสารที่ใช้ในการอ้างอิงความเป็นมาในการแก้ไขบทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าว จึงได้รวบรวมข้อมูลและศึกษาวิเคราะห์ข้อคิดเห็นที่เกี่ยวข้องและประเด็นอภิปรายของคณะกรรมการพิจารณาปรับปรุงประมวลกฎหมายอาญาซึ่งเป็นผู้ทรงคุณวุฒิที่มีนัยสำคัญในการพิจารณาปรับปรุงแก้ไขบทบัญญัติความผิดฐานทำให้แท้งลูกตามประมวลกฎหมายอาญา ดังจะกล่าวต่อไป

### ๑. ผลแห่งคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่มีต่อการแก้ไขบทบัญญัติแห่งกฎหมาย

ศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยสรุปได้ว่า มาตรา ๓๐๑ แห่งประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งกำหนดให้หญิงที่ทำให้ตนเองแท้งลูกหรือยอมให้ผู้อื่นทำให้ตนเองแท้งลูก ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปีหรือปรับไม่เกินหกหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ ขัดหรือแย้งกับมาตรา ๒๘ วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญฯ ซึ่งกำหนดว่าบุคคลย่อมมีสิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกาย โดยศาลรัฐธรรมนูญให้เหตุผลว่า มาตรา ๓๐๑ กระทบต่อสิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกายของหญิงเกินความจำเป็น ไม่เป็นไปตามหลักแห่งความได้สัดส่วน และจำกัดสิทธิและเสรีภาพ กล่าวคือ หญิงตั้งครรภ์มีสิทธิในเนื้อตัวร่างกายของตน ซึ่งเป็นสิทธิที่มีมาก่อนสิทธิของทารกในครรภ์อันเป็นสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานที่หญิงจะกระทำการใด

<sup>๒</sup>หน่วยงานที่เกี่ยวข้อง ได้แก่ กระทรวงการพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์ (สำนักงานปลัดกระทรวง กรมกิจการเด็กและเยาวชน และกรมกิจการสตรีและสถาบันครอบครัว) กระทรวงยุติธรรม (สำนักงานปลัดกระทรวง) กระทรวงสาธารณสุข (สำนักงานปลัดกระทรวง กรมอนามัย และเครือข่ายแพทยอาสา ซึ่งอยู่ภายใต้กรมอนามัย) สำนักงานตำรวจแห่งชาติ รวมถึงโรงพยาบาลตำรวจ สำนักงานศาลยุติธรรม สำนักงานอัยการสูงสุด แพทยสภา เครือข่ายสนับสนุนทางเลือกของผู้หญิงที่ท้องไม่พร้อม (ตัวแทนผู้ร้อง) สถาบันวิจัยประชากรและสังคม มหาวิทยาลัยมหิดล (ตัวแทนผู้ร้อง) แพทย์ผู้เชี่ยวชาญ โรงพยาบาลศิริราช และผู้เชี่ยวชาญกฎหมายอาญา

หรือไม่กระทำการใดต่อชีวิตร่างกายของตนได้ทราบเท่าที่การกระทำนั้นไม่รบกวนหรือล่วงล้ำในสิทธิเสรีภาพของผู้อื่น รวมทั้งบทบัญญัติดังกล่าวยังกระทบต่อสิทธิกำหนดเจตจำนงของหญิงที่จะยุติการตั้งครรภ์หรือตั้งครรภ์ต่อไป นอกจากนี้ การที่มาตรา ๓๐๑ กำหนดให้หญิงตั้งครรภ์ซึ่งทำแท้งมีความผิดและต้องระวางโทษ โดยไม่มีการกำหนดเงื่อนไขหรือเงื่อนไข จึงเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของหญิงเกินความจำเป็น อีกทั้งรัฐมีหน้าที่กำหนดให้มีมาตรการส่งเสริมการใช้สิทธิและเสรีภาพของหญิงตั้งครรภ์โดยให้มีมาตรการยุติการตั้งครรภ์ที่ปลอดภัย ถูกต้องตามกฎหมาย ไม่กระทบต่อการใช้สิทธิของหญิง และต้องดูแลและคุ้มครองชีวิตของทารกในครรภ์ด้วย

ในการพิจารณาขอบเขตของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญเพื่อแก้ไขปรับปรุงมาตรา ๓๐๑ ไม่ให้ขัดหรือแย้งกับมาตรา ๒๘ ของรัฐธรรมนูญฯ ผู้เชี่ยวชาญทางกฎหมายอาญา เห็นว่า ศาลรัฐธรรมนูญ ใช้หลักว่า กฎหมายแม้ขัดรัฐธรรมนูญบางส่วนก็ถือว่าขัดหรือแย้งแล้ว เมื่อมาตรา ๓๐๑ กำหนดบทลงโทษหญิงซึ่งทำแท้งในทุกกรณีโดยไม่มีเงื่อนไข จึงขัดรัฐธรรมนูญฯ แต่หากมีการกำหนดเงื่อนไขเพื่อให้โอกาสหญิงในการตัดสินใจและในขณะเดียวกันให้ความคุ้มครองกับชีวิตที่จะกำเนิดมาด้วย น่าจะเป็นการแก้ไขปัญหาดังกล่าว กรณีนี้จึงเห็นว่ายังไม่เป็นการสมควรยกเลิกมาตรา ๓๐๑ ทั้งมาตรา แต่อาจแก้ไขปรับปรุงมาตรา ๓๐๑ โดยคำนึงถึงความสมดุลระหว่างสิทธิของหญิงในการกำหนดเนื้อตัวร่างกายของตนเองและสิทธิในการมีชีวิตของทารกในครรภ์ ทั้งนี้ ศาลรัฐธรรมนูญมีข้อเสนอให้นำช่วงระยะเวลาการตั้งครรภ์มาเป็นหลักเกณฑ์การพิจารณาในการทำแท้งของหญิง

อย่างไรก็ดี ในการแก้ไขบทบัญญัติแห่งกฎหมายตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ มีความจำเป็นที่จะต้องศึกษาความหมาย ความเป็นมา ตลอดจนแนวคิดในการทำแท้งตามบริบทในกฎหมายไทย ซึ่งจะได้กล่าวถึงในลำดับต่อไป

## ๒. ความผิดฐานทำให้แท้งลูก

ในสมัยรัชกาลที่ ๕ มีการร่างพระราชกำหนดประทุษร้ายต่อร่างกายและชีวิตมนุษย์ (ร.ศ. ๑๑๘) โดยมาตรา ๑๔ กำหนดความผิดและโทษสำหรับการทำแท้งทารกในครรภ์และกำหนดโทษขั้นสูงสำหรับการทำแท้งทารกในครรภ์ที่ตื่นได้<sup>๓</sup> ซึ่งถือเป็นการแยกการคุ้มครองชีวิตทารกในครรภ์มารดาเป็น ๒ ระยะ คือ ระยะก่อนที่ทารกในครรภ์จะตื่นได้และระยะหลังจากที่ทารกในครรภ์นั้นตื่นได้แล้ว แต่ร่างพระราชกำหนดดังกล่าวไม่ได้ประกาศใช้บังคับเป็นกฎหมาย เนื่องจากมีเหตุจำเป็นบางประการที่จะต้องจัดทำประมวลกฎหมายซึ่งต่อมาก็คือ กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. ๑๒๗ ที่ได้ร่างขึ้นและประกาศใช้บังคับแทนร่างกฎหมายดังกล่าวในปี พ.ศ. ๒๔๕๒ แต่หลักการดังกล่าวไม่ปรากฏในกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. ๑๒๗<sup>๔</sup>

<sup>๓</sup>ร่างพระราชกำหนดประทุษร้ายต่อร่างกายและชีวิตมนุษย์ (ร.ศ. ๑๑๘)

มาตรา ๑๔ ถ้าผู้ใดกระทำการอย่างใด ๆ ด้วยความตั้งใจจะให้หญิงผู้หนึ่งผู้ใดแท้งบุตรจนเป็นเหตุให้หญิงนั้นแท้งบุตร พิจารณาเป็นสัตย์ ให้ลงทัณฑ์ผู้นั้น สถานหนึ่งให้จำคุกไว้มีกำหนดไม่เกินสามปี กับจะให้ทำการหนักด้วยหรือไม่ก็ได้หรือสถานหนึ่งให้ปรับ หรือสถานหนึ่งทั้งจำคุกและปรับด้วย

และถ้าทารกในครรภ์หญิงนั้นตื่นได้แล้ว ก็ให้ลงทัณฑ์โทษหนักขึ้นดังนี้ คือ สถานหนึ่งให้จำคุกไว้มีกำหนดไม่เกินเจ็ดปี กับจะให้ทำการหนักด้วยหรือไม่ก็ได้ แล้วให้ปรับด้วยอีกโสตนหนึ่ง

เว้นแต่การที่ทำให้หญิงแท้งบุตรนั้น เป็นไปด้วยความตั้งใจจะช่วยชีวิตหญิงผู้มารดาทารกนั้นให้รอดจากความตายโดยสุจริต จึงจะไม่มีโทษตามมาตรา

<sup>๔</sup>ธีรสิทธิ์ ยอดสุวรรณ, ความผิดในการทำลายชีวิตทารก: ศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายไทยกับกฎหมายต่างประเทศ, วิทยานิพนธ์หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, พ.ศ. ๒๕๓๓, หน้า ๓.

สำหรับความผิดฐานทำให้แท้งลูกตามกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. ๑๒๗ บัญญัติให้ การทำลายชีวิตทารกในครรภ์มารดาเป็นความผิดฐานรีดลูก<sup>๕</sup> ซึ่งคำว่ารีดลูกตรงกับคำว่า “ทำให้แท้ง” ในความผิดฐานทำให้แท้งตามประมวลกฎหมายอาญาปัจจุบัน โดยในกฎหมายลักษณะอาญา กำหนดว่า หญิงใด รีดลูกหรือยอมให้ผู้อื่นรีดลูก มีความผิด ต้องระวางโทษ ... โดยคำว่า “รีดลูก” หมายถึง การกระทำใดๆ ที่เป็นเหตุให้เด็กในครรภ์ของหญิงออกจากครรภ์ในลักษณะเป็นสิ่งที่ไม่มีชีวิต เด็กที่อยู่ในครรภ์จะเจริญเติบโต เท่าใดไม่เป็นข้อสำคัญ โดยถือว่า การกระทำ ความผิดฐาน “รีดลูก” เริ่มตั้งแต่เด็กเริ่มปฏิสนธิไปจนถึง ก่อนคลอด<sup>๖</sup>

ต่อมาประมวลกฎหมายอาญาฉบับปัจจุบัน บัญญัติความผิดฐานทำให้แท้งลูกไว้ในภาค ๒ ความผิด หมวด ๓ ความผิดฐานทำให้แท้งลูก มาตรา ๓๐๑ ความผิดฐานทำให้แท้งลูก มาตรา ๓๐๒ ความผิดฐานทำให้หญิงแท้งลูกโดยหญิงยินยอม มาตรา ๓๐๓ ความผิดฐานทำให้หญิงแท้งลูกโดยหญิง ไม่ยินยอม ซึ่งบทบัญญัติดังกล่าวมุ่งคุ้มครองชีวิตในครรภ์มารดา

เมื่อศึกษาวิวัฒนาการความผิดฐานทำให้แท้งลูกตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน เห็นว่า หลักกฎหมายดังกล่าวมีเจตนารมณ์มุ่งคุ้มครองชีวิตในครรภ์มารดาให้อยู่รอดปลอดภัยจนคลอดออกมา เป็นทารกซึ่งจะเป็นบุคคลซึ่งจะมีสิทธิต่างตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ต่อไป โดยยังไม่มีแนวคิด เรื่องสิทธิในเนื้อตัวร่างกายของหญิงซึ่งมีมาก่อนสิทธิของชีวิตในครรภ์มารดา และยังมีแนวคิดเรื่องการสร้าง สมดุลระหว่างสิทธิของหญิงตั้งครรภ์ที่ไม่พึงประสงค์และสิทธิที่จะมีชีวิตรอดของทารกในครรภ์ แต่เมื่อบริบท ของสังคมไทยเปลี่ยนไปโดยมีแนวคิดว่าการยุติการตั้งครรภ์หรือการทำแท้งที่ปลอดภัยไม่ใช่เป็นความผิด ทางอาญา แต่เป็นการดูแลสุขภาพทางการแพทย์ โดยมีเป้าหมายสูงสุดเพื่อรักษาชีวิตและความปลอดภัย ของผู้หญิงที่ตั้งครรภ์ และผู้หญิงในฐานะประชาชนมีสิทธิได้รับการรักษาพยาบาลที่มีคุณภาพ ประกอบกับ ศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยว่า ความผิดตามมาตรา ๓๐๑ ขัดหรือแย้งกับมาตรา ๒๘ ของรัฐธรรมนูญ กระทบต่อสิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกายของหญิง จึงต้องพิจารณาศึกษาความหมายและขอบเขต ของความผิดฐานทำให้แท้งลูกเพื่อที่จะกำหนดฐานความผิดดังกล่าวได้เหมาะสม และจากการศึกษาพบว่า มีผู้ให้ความเห็นในเรื่องดังกล่าวแตกต่างกัน ผู้เขียนจึงได้ศึกษาความเห็นของนักกฎหมาย แนวคำพิพากษา ศาลฎีกา ตลอดจนความเห็นในทางการแพทย์เพื่อให้เกิดความคิดและความเข้าใจเพื่อใช้เป็นแนวทาง ในการยกเว้นกฎหมายต่อไป ซึ่งจะขอกล่าวในลำดับถัดไป

### ๓. การให้ความหมายของคำว่า “การแท้งลูก”

#### ๓.๑ ความหมายทั่วไปและความหมายในทางกฎหมาย

โดยพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. ๒๕๕๔ ให้นิยาม “การแท้งลูก” หมายถึง การรีดลูกโดยมีเจตนาให้ทารกคลอดออกมาจากครรภ์ก่อนกำหนดและตาย และมีผู้ให้ความหมายของการแท้งลูก ว่าเป็นการกระทำตั้งแต่แรกปฏิสนธิไปจนคลอดก่อนมีสภาพเป็นบุคคล และสิ้นสุดลงตรงที่เด็กที่คลอด

<sup>๕</sup>กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. ๑๒๗ ส่วนที่ ๗ ว่าด้วยความผิดที่ประทุษร้ายแก่ชีวิตและร่างกาย หมวดที่ ๓ ความผิดฐานรีดลูก

มาตรา ๒๖๐ หญิงใดรีดลูกให้แท้งก็ดี มันยอมให้คนอื่นรีดลูกให้แท้งก็ดี ท่านว่ามันมีความผิดต้องระวางโทษ เป็นสามสถาน คือสถานหนึ่งให้จำคุกไม่เกินสามปี สถานหนึ่งให้ปรับไม่เกินกว่าร้อยบาท สถานหนึ่งให้ลงโทษทั้งจำทั้งปรับ เช่นว่ามาแล้วด้วยกัน

<sup>๖</sup>ธีรสิทธิ์ ยอดสุวรรณ, อ่างแล้ว, หน้า ๖๕.

มีสภาพเป็นบุคคลอันเป็นการเริ่มต้นของการกระทำที่เปลี่ยนเป็นความผิดฐานฆ่าคน<sup>๗</sup> นอกจากนี้ ตามแนวคำพิพากษาศาลฎีกา การแท้งลูก หมายถึง การที่ลูกในครรภ์คลอดออกมาในลักษณะที่ไม่มีชีวิต ถ้าเด็กคลอดออกมามีชีวิตแต่ตายในภายหลัง ไม่เป็นการทำให้แท้งลูก<sup>๘</sup> กรณีของต่างประเทศ แต่ละประเทศให้ความหมาย “การแท้งลูก” แตกต่างกันไป กล่าวคือ กฎหมายของประเทศเยอรมนี การแท้งลูก หมายถึง การทำลายลูกในครรภ์ซึ่งอยู่ในมดลูกหรือทำให้แท้งออกมา สำหรับกฎหมายของประเทศสวิตเซอร์แลนด์ การแท้งลูก หมายถึง การทำให้ลูกในครรภ์คลอดก่อนกำหนดซึ่งโดยปกติมีผลทำให้เด็กตาย ในขณะที่กฎหมายของประเทศฝรั่งเศส การแท้งลูก หมายถึง การทำให้คลอดก่อนกำหนดแม้คลอดออกมาไม่ตายก็เป็นความผิด ถ้าทำแล้วไม่คลอดออกมาเป็นเพียงขั้นพยายาม<sup>๙</sup>

### ๓.๒ ความหมายในทางการแพทย์

การกำหนดความหมายการทำแท้งในทางการแพทย์เป็นการกำหนดโดยถือเอาระยะเวลาการตั้งครรภ์เป็นสำคัญ คือ การทำให้การตั้งครรภ์สิ้นสุดลงในระยะก่อนที่เด็กสามารถมีชีวิตอยู่ได้ ซึ่งมีเกณฑ์วินิจฉัยแตกต่างกันในแต่ละสถาบัน เช่น The American College of Obstetricians and Gynecologists (ACOG) กำหนดให้การทำแท้ง หมายถึง การที่เด็กคลอดออกมาเมื่อมีอายุครรภ์น้อยกว่า ๒๐ สัปดาห์ หรือเมื่อเด็กมีน้ำหนักต่ำกว่า ๕๐๐ กรัม สำหรับประเทศไทยการทำแท้งในทางการแพทย์ถือเอาการคลอดของทารกที่มีอายุครรภ์มารดาต่ำกว่า ๒๘ สัปดาห์ หรือเด็กมีน้ำหนักต่ำกว่า ๑,๐๐๐ กรัม ไม่ว่าจะการคลอดนั้นทารกจะมีชีวิตอยู่หรือไม่<sup>๑๐</sup> นอกจากนี้ ผู้เชี่ยวชาญทางการแพทย์เห็นว่า ควรใช้คำว่า “การยุติการตั้งครรภ์” (Termination of Pregnancy) แทนคำว่า “การทำแท้ง” (Induced Abortion) เนื่องจากในทางการแพทย์โดยเฉพาะสูตินารีเวชศาสตร์ ทารกในครรภ์ซึ่งอายุไม่เกินสิบสองสัปดาห์ย่อมไม่อาจมีชีวิตรอดนอกครรภ์มารดาได้โดยแน่แท้ เนื่องจากในช่วง ๑๒ สัปดาห์แรกเป็นช่วงการก่อตัวของเอ็มบริโอ (embryogenesis) เพื่อสร้างอวัยวะสำคัญสำหรับการดำรงชีวิตของทารกในครรภ์ซึ่งในช่วงระยะเวลาดังกล่าวตัวอ่อนยังมีอวัยวะสำคัญไม่ครบถ้วนเพียงพอที่จะมีชีวิตนอกครรภ์มารดาได้ อย่างไรก็ตาม ผู้เชี่ยวชาญทางการแพทย์ยังมีความเห็นแตกต่างกันอยู่ โดยเห็นว่าในตำราทางการแพทย์ อายุครรภ์ตั้งแต่ ๒๐ สัปดาห์ขึ้นไปเด็กจึงมีโอกาสรอดได้ (viable) เพราะหลังจากอายุครรภ์ ๒๐ สัปดาห์ขึ้นไป ถือว่าเป็นการคลอดก่อนกำหนดทั้งหมด ซึ่งในทางปฏิบัติ หญิงกว่าจะรู้ว่าท้อง ส่วนใหญ่รู้เมื่ออายุครรภ์เกินกว่า ๑๒ สัปดาห์แล้ว

## ๔. แนวคิดเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญที่มีต่อการทำแท้ง

### ๔.๑ แนวคิดเกี่ยวกับสิทธิในการจัดการเนื้อตัวร่างกายของหญิง

แนวคิดนี้เห็นว่า หญิงควรมีสิทธิจัดการกับชีวิตร่างกายของตนเอง โดยตัวอ่อนในครรภ์มารดาเป็นส่วนหนึ่งในร่างกายของหญิง ความสัมพันธ์ระหว่างตัวอ่อนกับหญิงจึงเป็นหนึ่งเดียวกัน ไม่อาจแยกออกจากกัน การตัดสินใจทำแท้งเป็นเรื่องส่วนตัวของหญิงซึ่งประสบปัญหาการตั้งครรภ์ไม่พึงประสงค์ และหญิงเท่านั้นที่รู้ปัญหาและความจำเป็นของตนจนนำไปสู่การตัดสินใจทำแท้งเพื่อแก้ไขปัญหา ผลการตัดสินใจว่าจะทำแท้งหรือไม่มีผลกระทบต่อหญิงนั้นโดยตรง เนื่องจากเมื่อตัวอ่อนคลอดออกมา

<sup>๗</sup>จิตติ ติงศภัทย์, กฎหมายอาญาภาค ๒ ตอน ๒ และภาค ๓, จัดพิมพ์โดยเนติบัณฑิตยสภา พิมพ์ครั้งที่ ๖, หน้า ๒๔๖.

<sup>๘</sup>คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๖๗๗/๒๕๑๐ หน้า ๑๐๑๒

<sup>๙</sup>จิตติ ติงศภัทย์, อ่างแล้ว, หน้า ๒๔๘-๒๔๙.

<sup>๑๐</sup>วิภากร เนติจิรโชติ, มาตรการทางกฎหมายที่เหมาะสมกับการทำแท้ง, วิทยานิพนธ์นิติศาสตร์ดุสิตบัณฑิต (มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต ๒๕๕๘), หน้า ๔๔.

เป็นทารก ผู้รับภาระคือหญิง หญิงจึงมีสิทธิที่จะเลือกรับภาระนี้หรือไม่ การที่หญิงตัดสินใจทำแท้งเป็นเรื่องที่หญิงซึ่งตั้งครรภ์จะรับผิดชอบจัดการร่างกายตัวเองและเป็นการเพิ่มทางเลือกให้หญิงตั้งครรภ์ไม่พึงประสงค์อีกทางหนึ่ง การห้ามการทำแท้งเป็นเพียงการพิทักษ์สิทธิของเด็กให้มีชีวิตรอดเท่านั้น แต่ไม่คุ้มครองสิทธิอื่นของเด็กที่จะคลอดออกมาทำให้เด็กมีคุณภาพชีวิตต่ำซึ่งเป็นการลดสิทธิของเด็กที่จะได้รับความคุ้มครองในด้านอื่น เช่น สิทธิได้รับการปกป้องจากครอบครัว สิทธิได้รับการศึกษา<sup>๑๑</sup> ดังนั้นการที่กฎหมายบังคับให้หญิงต้องตั้งครรภ์ที่ไม่พร้อมจนคลอด โดยที่รัฐมิได้มีมาตรการช่วยเหลือใด ๆ ที่ชัดเจนหรือเป็นรูปธรรมปล่อยให้เป็นการกบฏมารดาซึ่งหากไม่สามารถเลี้ยงดูเด็กให้ดีจะมีผลกระทบต่ออนาคตของเด็กด้วย กรณีนี้ย่อมขาดความชอบธรรมที่จะกำหนดให้หญิงที่ทำงานต้องรับโทษตามกฎหมายและอาจถือเป็นการสร้างภาระเกินสมควรแก่สิทธิของหญิงในการตัดสินใจที่จะเลือกยุติการตั้งครรภ์

#### ๔.๒ แนวคิดเกี่ยวกับสิทธิในการมีชีวิตอยู่รอดของทารกในครรภ์

แนวคิดนี้เห็นว่าสิทธิในการมีชีวิตอยู่รอดของทารกในครรภ์หมายถึงสิทธิที่จะได้รับปัจจัยพื้นฐานอันจำเป็นต่อการอยู่รอดของชีวิตและส่งผลให้มีสิทธิต่าง ๆ ตามมาตรา ๑๕ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ถ้าหากเกิดการรอดอยู่เป็นบุคคล สิทธิการมีชีวิตของมนุษย์เป็นสิ่งมีค่าสูงสุดในสังคมถึงแม้ว่ามนุษย์จะมีสิทธิทำอะไรกับเนื้อตัวร่างกายของตนเองก็ตาม แต่สิทธิดังกล่าวไม่อาจลบล้างหรือมีความสำคัญไปกว่าสิทธิในการมีชีวิตอยู่ของทารกเพราะสิทธิในการมีชีวิตได้รับการรับรองจากหลักจริยธรรมทางศาสนาที่มีแนวคิดที่ว่าชีวิตไม่ควรเบียดเบียนกัน หากอนุญาตให้มีการทำแท้งได้โดยชอบด้วยกฎหมายเท่ากับยอมรับว่าให้มีการฆ่าทารกในครรภ์ซึ่งเป็นบุคคลที่ไม่มีทางสู้อย่างเลือดเย็น ถึงแม้หญิงจะมีสิทธิในการจัดการเนื้อตัวร่างกายของหญิงแต่ไม่ควรรวมถึงสิทธิในการทำลายชีวิตของเด็กทารกในครรภ์<sup>๑๒</sup>

#### ๔.๓ การสร้างความสมดุลระหว่างสิทธิของหญิงตั้งครรภ์ที่ไม่พึงประสงค์และสิทธิที่จะมีชีวิตอยู่รอดของทารกในครรภ์

เมื่อพิจารณาสิทธิของหญิงตั้งครรภ์ซึ่งตัดสินใจทำแท้งเพื่อแก้ไขปัญหาชีวิตของตน เนื่องจากเป็นสิทธิโดยชอบธรรมที่หญิงจะจัดการเนื้อตัวร่างกายของหญิงเองในขณะเดียวกันรัฐต้องให้ความคุ้มครองแก่ทารกในครรภ์เพราะทารกในครรภ์มีชีวิตแล้วตั้งแต่มีการปฏิสนธิและมีสิทธิที่จะมีชีวิตอยู่รอด กรณีนี้จึงต้องพิจารณาถึงหลักการสร้างความสมดุลระหว่างสิทธิของหญิงตั้งครรภ์และสิทธิของทารกในครรภ์ว่าเมื่อใดหญิงจะตัดสินใจกับร่างกายของตนเองได้และเมื่อใดที่ทารกในครรภ์สามารถคลอดออกมา โดยมีหลักในการพิจารณา ดังต่อไปนี้

(๑) สิทธิในเนื้อตัวร่างกายของหญิงตั้งครรภ์ย่อมเป็นสิทธิตามธรรมชาติของหญิงทุกคน หญิงย่อมมีสิทธิดังกล่าวตลอดเวลาที่หญิงนั้นตั้งครรภ์และรัฐต้องให้ความเคารพ หญิงจึงมีสิทธิใช้ร่างกายของตนตามวิถีทางที่ต้องการโดยเฉพาะการตัดสินใจเกี่ยวกับร่างกายของตนในกรณีที่ก่อให้เกิดผลกระทบต่อการดำรงชีวิตของหญิง ทั้งชีวิตส่วนตัว สังคม และเศรษฐกิจ การที่หญิงตัดสินใจทำแท้งหรือไม่ขึ้นอยู่กับจริยธรรมของหญิงซึ่งตั้งครรภ์แต่ละคนและรัฐควรยอมรับสิทธิอันชอบธรรมดังกล่าวของหญิง เว้นแต่กรณีการทำแท้งเมื่ออายุครรภ์มากซึ่งจะเป็นอันตรายต่อหญิงนั่นเอง รัฐจึงมีสิทธิเข้าไปคุ้มครองปกป้องไม่ให้หญิงได้รับอันตรายจากการทำแท้งอันทำให้รัฐออกกฎหมายห้ามการทำแท้งได้<sup>๑๓</sup>

<sup>๑๑</sup>วิภากร เนติจิโรชติ, มาตรการทางกฎหมายที่เหมาะสมกับการทำแท้ง, วิทยานิพนธ์นิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต (มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต ๒๕๕๘), น. ๑๔๘ - ๑๔๙.

<sup>๑๒</sup>อ้างแล้วเชิงอรรถที่ ๕, น. ๑๔๙ - ๑๕๐.

<sup>๑๓</sup>อ้างแล้วเชิงอรรถที่ ๕, น. ๑๕๔.

กรณีสอดคล้องกับคำวินิจฉัยของศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกา (U.S. Supreme Court) ที่วินิจฉัยประเด็นข้อโต้แย้งของผู้อุทธรณ์เกี่ยวกับสิทธิความเป็นส่วนตัวกับตัวอ่อนในครรภ์ว่า สิทธิความเป็นส่วนตัว (Right to privacy) ที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม ฉบับที่ ๑๔ ว่าด้วย ข้อความคิดเกี่ยวกับเสรีภาพของบุคคล (Personal Liberty) ซึ่งสิทธิดังกล่าวย่อมถูกจำกัดได้โดยการกระทำของรัฐ หรือในรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม ฉบับที่ ๙ ว่าด้วยการสงวนรักษาสิทธิให้ประชาชน (Reservation of rights to the people) ย่อมครอบคลุมถึงสิทธิในการตัดสินใจของหญิงมีครรภ์ที่จะยุติการตั้งครรภ์ของตนด้วย

สิทธิในความเป็นส่วนตัวตามที่รัฐธรรมนูญรับรองข้างต้นนั้น มิใช่สิทธิเด็ดขาดที่รัฐ จะเข้าจำกัดไม่ได้ เพราะรัฐมีหน้าที่บางประการที่จะต้องคุ้มครองประโยชน์สำคัญที่พึงต้องคุ้มครอง เช่น ความปลอดภัยของชีวิตและอนามัยของหญิงตั้งครรภ์ การดำรงไว้ซึ่งมาตรฐานการรักษาทางการแพทย์ที่ดี และชีวิตในครรภ์ที่มีศักยภาพพัฒนาเป็นมนุษย์ ด้วยเหตุนี้ สิทธิในความเป็นส่วนตัวจึงมิใช่สิทธิสัมบูรณ์ (Absolute right) และรัฐอาจจำกัดสิทธินั้นได้ และในกรณีใดกรณีหนึ่งที่ก้าวไปสู่จุดขอบธรรมที่รัฐพึงเข้าแทรกแซงเพื่อคุ้มครองประโยชน์สำคัญของรัฐ ประโยชน์ดังกล่าว ณ จุดขอบธรรมนั้นย่อมมีคุณค่าเหนือกว่า สิทธิความเป็นส่วนตัว ในขณะที่เดียวกัน สิทธิในความเป็นส่วนตัวย่อมถือว่าเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานด้วย ซึ่งการตรา กฎหมายเพื่อจำกัดสิทธิดังกล่าว รัฐต้องแสดงเหตุผลให้เห็นประจักษ์ว่า กรณีดังกล่าวมีประโยชน์ของรัฐ อันชอบธรรม (compelling state interest) ปรากฏขึ้นและจำเป็นต้องตรากฎหมายจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐาน ของบุคคลเพื่อให้บรรลุเป้าหมายแห่งประโยชน์นั้น<sup>๑๔</sup>

(๒) สิทธิที่จะมีชีวิตอยู่รอดของทารกในครรภ์ ถึงแม้กฎหมายให้ความคุ้มครองสิทธิ ที่จะมีชีวิตอยู่รอดของทารกในครรภ์ แต่กฎหมายต้องคำนึงถึงสิทธิในการทำแท้งของหญิงด้วย หากกฎหมาย ประสงค์จะคุ้มครองชีวิตทารกในครรภ์แล้วเห็นควรเริ่มคุ้มครองเมื่อทารกในครรภ์สามารถมีชีวิตอยู่รอด ภายนอกครรภ์มารดาได้โดยอิสระ<sup>๑๕</sup> สำหรับช่วงระยะเวลาการตั้งครรภ์ที่เหมาะสมในทางการแพทย์มีหลาย ความเห็น ได้แก่ อายุครรภ์ ๑๒ สัปดาห์ ทารกไม่อาจมีชีวิตอยู่รอดนอกครรภ์มารดาได้ เป็นระยะเวลา ที่ปลอดภัยสำหรับการทำแท้ง อายุครรภ์ ๒๐ สัปดาห์ ทารกสามารถคลอดออกมาและเลี้ยงดูให้อยู่รอดได้ แต่มีผู้ให้ความเห็นแย้งว่า ถ้าทารกคลอดมาขณะอายุครรภ์ ๒๐-๒๔ สัปดาห์ โอกาสรอดมีน้อยมากเนื่องจาก เป็นระยะเวลาที่ทารกในครรภ์จะมีพัฒนาการของอวัยวะที่สำคัญต่อการดำรงชีวิตของทารก รัฐจึงมีบทบาท สำคัญในการเลือกมาตรการกำกับการทำแท้งในวิถีทางที่สมเหตุสมผล เพื่อประโยชน์ในการคุ้มครองสุขภาพ ของหญิงมีครรภ์และเพื่อป้องกันอันตรายที่จะเกิดกับหญิงหากปล่อยให้หญิงตั้งครรภ์ต่อไป<sup>๑๖</sup>

(๓) ในการสร้างสมดุลระหว่างสิทธิของหญิงตั้งครรภ์ที่ไม่พึงประสงค์และสิทธิที่จะ มีชีวิตอยู่รอดของทารกในครรภ์ อาจทำได้โดยการแบ่งช่วงระยะเวลาของการตั้งครรภ์ออกเป็นช่วง ได้แก่

(ก) ช่วงก่อนถึงประมาณการท้ายสุดของไตรมาสแรก (the stage prior to approximately the end of the first trimester) ของการตั้งครรภ์ การตัดสินใจทำแท้งและการดำเนินการ ต่อไปนั้นให้ตกอยู่ภายใต้การวินิจฉัยทางการแพทย์ของแพทย์ที่ดูแลและให้คำปรึกษาหญิงมีครรภ์ ด้วยเหตุผล ว่าอัตราการตายของหญิงที่ทำแท้งในช่วงดังกล่าวต่ำกว่าอัตราการตายของหญิงที่เกิดขึ้นจากการคลอดบุตร ตามปกติ โดยเป็นเสรีภาพของหญิงที่ตั้งครรภ์ในการยุติการตั้งครรภ์และของแพทย์ที่ดำเนินการทำแท้ง

<sup>๑๔</sup> วุฒิพงษ์ จิตอ่อนน้อม, การปรับปรุงบทบัญญัติความผิดฐานทำแท้ง, เอกสารประกอบการพิจารณา ของคณะกรรมการพิจารณาปรับปรุงประมวลกฎหมายอาญา.

<sup>๑๕</sup> อ้างแล้วเชิงอรรถที่ ๔, น. ๑๕๕.

<sup>๑๖</sup> อ้างแล้วเชิงอรรถที่ ๗.

ตามลักษณะข้อบ่งชี้ทางการแพทย์ ทั้งนี้ ภายใต้ความสัมพันธ์ระหว่างแพทย์ผู้ทำการรักษากับคนไข้ ในความดูแลรักษาที่รัฐไม่อาจเข้าแทรกแซงได้

(ข) ช่วงระยะเวลาต่อมาภายหลังจากประมาณการท้ายสุดของไตรมาสแรกของการตั้งครรภ์ รัฐย่อมมีบทบาทในการส่งเสริมประโยชน์ของสุขภาพมารดาโดยอาจเลือกมาตรการกำกับกระบวนการทำแท้งในวิถีทางที่สมเหตุสมผล เพื่อประโยชน์ในการคุ้มครองสุขภาพของหญิงมีครรภ์

(ค) ช่วงระยะเวลาต่อจากการปรากฏของสัญญาณแห่งความอยู่รอดของตัวอ่อนในครรภ์ (Viability) โดยสัญญาณดังกล่าวย่อมเป็นข้อพึงสันนิษฐานได้ว่าตัวอ่อนในครรภ์มีศักยภาพที่จะมีชีวิตรอดอย่างสมบูรณ์ (meaningful life) นอกครรภ์มารดา ซึ่งถือว่าเป็นจุดแห่งความชอบธรรมที่รัฐพึงเข้าแทรกแซงเพื่อคุ้มครองศักยภาพของชีวิตมนุษย์ในครรภ์ อันเป็นประโยชน์หนึ่งที่รัฐพึงพิทักษ์รักษาไว้ ทั้งนี้ รัฐอาจเลือกใช้มาตรการกำกับหรือห้ามมิให้ทำแท้งก็ได้ โดยต้องมีข้อยกเว้นการทำแท้งสำหรับกรณีจำเป็น และมีคำวินิจฉัยทางการแพทย์ที่เหมาะสมเพื่อการสงวนไว้ซึ่งชีวิตหรือสุขภาพของหญิงมีครรภ์ ด้วยเหตุนี้ การที่รัฐดำเนินการแทรกแซงเพื่อคุ้มครองชีวิตตัวอ่อนหลังจากปรากฏสัญญาณแห่งความอยู่รอดจึงชอบด้วยเหตุผลทั้งทางตรรกะและทางชีวะ<sup>๑๗</sup>

## ๕. มาตรการส่งเสริมการใช้สิทธิและเสรีภาพของหญิงตั้งครรภ์โดยให้รัฐมีมาตรการยุติการตั้งครรภ์ที่ปลอดภัย

ตามที่ศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยว่า รัฐมีหน้าที่กำหนดให้มีมาตรการส่งเสริมให้บุคคลใช้สิทธิและเสรีภาพโดยจัดให้มีมาตรการยุติการตั้งครรภ์ที่ปลอดภัย ถูกต้องตามกฎหมาย ไม่กระทบต่อการใช้สิทธิของหญิงและต้องดูแลและคุ้มครองชีวิตของทารกในครรภ์ด้วย จึงเป็นหน้าที่ของรัฐที่จะต้องตรากฎหมายหรือวางแนวปฏิบัติเกี่ยวกับการยุติการตั้งครรภ์ที่ปลอดภัยให้หน่วยงานที่เกี่ยวข้องถือปฏิบัติ โดยปัจจุบัน แพทยสภาออกข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับการยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ตามมาตรา ๓๐๕ แห่งประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. ๒๕๔๘ และกรมอนามัยออกคู่มือมาตรฐานการปฏิบัติงานเพื่อการยุติการตั้งครรภ์ที่ปลอดภัยแบบองค์รวม (Standard of Practice for Comprehensive Safe Abortion Care) เพื่อเป็นแนวปฏิบัติให้หน่วยบริการใช้เป็นแนวทางเพื่อให้เกิดความปลอดภัยแก่ผู้เข้ารับบริการ

## ๖. ข้อเสนอการแก้ไขปรับปรุงมาตรา ๓๐๑

จากแนวทางการแก้ไขดังกล่าวข้างต้น ประกอบกับหลักคิดของความผิดฐานทำแท้งซึ่งลูกข้อมูลคดีและกฎหมายต่างประเทศที่เกี่ยวข้อง เช่น คดี Roe v. Wade ของสหรัฐอเมริกา คดีที่ศาลรัฐธรรมนูญของเกาหลีใต้วินิจฉัยให้กฎหมายทำแท้งขัดต่อรัฐธรรมนูญและให้รัฐสภาแก้ไขกฎหมายให้แล้วเสร็จภายในเดือนธันวาคม ๒๕๖๓ (ปัจจุบันยังไม่แล้วเสร็จ) ความผิดฐานทำแท้งตามมาตรา ๒๑๘ (ความผิดฐานทำแท้ง) มาตรา ๒๑๘ เอ (ข้อยกเว้นโทษสำหรับการทำแท้ง) มาตรา ๒๑๙ (การให้คำปรึกษาแก่หญิงตั้งครรภ์

<sup>๑๗</sup> อ่างแล้วเชิงอรรถที่ ๗.

ในสถานการณ์ฉุกเฉินหรือสถานการณ์ขัดแย้ง) แห่งประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน<sup>๑๘</sup> และข้อมูลจากแพทย์ผู้เชี่ยวชาญ จึงมีการเสนอให้แก้ไขปรับปรุงมาตรา ๓๐๑ ตามแนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญฯ กล่าวคือ ยังคงให้หญิงที่ทำการแท้งมีความผิดและต้องระวางโทษ หากแต่กำหนดข้อยกเว้นความผิดโดยคำนึงถึงความสมดุลระหว่างสิทธิของหญิงและการคุ้มครองสิทธิของทารกในครรภ์ อีกทั้งคำนึงถึงความปลอดภัยของหญิงในการทำการแท้ง (safe abortion) โดยพิจารณาอายุครรภ์ที่เหมาะสมและปลอดภัยแก่หญิงในการทำการแท้ง มีรายละเอียดดังต่อไปนี้

๖.๑ กำหนดให้มาตรา ๓๐๑ ความผิดฐานหญิงทำให้ตนเองแท้งลูกหรือยอมให้ผู้อื่นทำให้ตนเองแท้งลูกเกินระยะเวลาอายุครรภ์ที่ปลอดภัยแก่หญิงเป็นความผิดอาญาและกำหนดระวางโทษ เพื่อให้หญิงทำการแท้งในช่วงอายุครรภ์ที่ปลอดภัย เป็นการคุ้มครองชีวิตทารกในครรภ์ซึ่งไม่อาจปกป้องตนเองได้ และเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยภายในบ้านเมืองมิให้มีการทำการแท้งเสรีโดยไม่มีขอบเขต

<sup>๑๘</sup> มาตรา ๒๑๘ (ทำการแท้ง)

(๑) ผู้โดยพฤติการณ์ตั้งครรภ์ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปีหรือปรับ การกระทำที่ผลแห่งการกระทำนั้นเกิดขึ้นก่อนที่การฝังตัวของไข่จะสมบูรณ์ ไม่ถือเป็นการยุติการตั้งครรภ์ตามความหมายของกฎหมายนี้

(๒) ในกรณีร้ายแรงอย่างยิ่ง ผู้กระทำต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หกเดือนถึงห้าปี ซึ่งได้แก่กรณีที่ผู้กระทำ

๑. กระทำขัดต่อเจตจำนงของหญิงตั้งครรภ์ หรือ

๒. กระทำโดยขาดความระมัดระวังเป็นเหตุให้หญิงตั้งครรภ์ได้รับอันตรายถึงแก่ชีวิตหรือเสี่ยงที่จะได้รับอันตรายอย่างร้ายแรงต่อสุขภาพ

(๓) หากผู้กระทำเป็นหญิงตั้งครรภ์ หญิงนั้นต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือปรับ

(๔) การพยายามกระทำความผิดต้องได้รับโทษ แต่หญิงตั้งครรภ์ไม่ต้องรับผิดฐานพยายาม

มาตรา ๒๑๘ เอ (ข้อยกเว้นโทษสำหรับการทำการแท้ง)

(๑) องค์ประกอบความผิดตามมาตรา ๒๑๘ ไม่ถือว่าครบถ้วน ถ้า

๑. หญิงตั้งครรภ์ร้องขอต่อแพทย์ให้ยุติการตั้งครรภ์และแสดงใบรับรองตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา ๒๑๙ (๒) ประโยคที่ ๒ ซึ่งรับรองว่าหญิงนั้นได้รับการปรึกษาหารือมาแล้วไม่น้อยกว่าสามวันก่อนกระทำการ

๒. การยุติการตั้งครรภ์กระทำโดยแพทย์ และ

๓. ยังไม่พ้นระยะเวลาสิบสองสัปดาห์นับแต่การฝังตัวของไข่ในมดลูก

(๒) การยุติการตั้งครรภ์ที่กระทำโดยแพทย์และได้รับความยินยอมของหญิงตั้งครรภ์ไม่เป็นความผิด หากเมื่อพิจารณาพฤติการณ์ในปัจจุบันและในอนาคตของหญิงตั้งครรภ์แล้ว

การยุติการตั้งครรภ์นั้นเป็นความจำเป็นทางการแพทย์เพื่อหลีกเลี่ยงอันตรายต่อชีวิตของหญิงตั้งครรภ์หรือหลีกเลี่ยงอันตรายจากการเสื่อมเสียสุขภาพทางกายหรือทางจิตของหญิงตั้งครรภ์ และอันตรายเช่นนั้นไม่อาจหลีกเลี่ยงได้โดยวิธีการอื่นที่สมเหตุสมผลเพียงพอที่หญิงนั้นจะยอมรับได้

(๓) นอกจากกรณีตาม (๒) แล้ว กรณีดังต่อไปนี้ถือว่าการยุติการตั้งครรภ์ที่กระทำโดยแพทย์และได้รับความยินยอมของหญิงตั้งครรภ์ไม่เป็นความผิดด้วย คือ ตามความเห็นของแพทย์แล้ว มีการกระทำความผิดตามมาตรา ๑๗๖ ถึงมาตรา ๑๗๘ เกิดขึ้นกับหญิงตั้งครรภ์ และมีเหตุผลน่าเชื่อถือในการสนับสนุนข้อสันนิษฐานว่าการตั้งครรภ์เกิดจากการกระทำดังกล่าวและยังไม่พ้นระยะเวลาสิบสองสัปดาห์นับแต่การฝังตัวของไข่ในมดลูก

(๔) หญิงตั้งครรภ์ไม่ต้องรับโทษตามมาตรา ๒๑๘ ถ้าการยุติการตั้งครรภ์กระทำโดยแพทย์ภายหลังจากได้รับการปรึกษาหารือ (ตามมาตรา ๒๑๙) และยังไม่พ้นระยะเวลาสิบสองสัปดาห์นับแต่การปฏิสนธิ ศาลอาจงดการกำหนดโทษตามมาตรา ๒๑๘ หากหญิงตั้งครรภ์อยู่ในภาวะทุพพลภาพอย่างยั่งยืนในเวลาทำการ

๖.๒ กำหนดเงื่อนไขเรื่องอายุครรภ์ที่ให้หญิงทำแท้งได้โดยชอบกฎหมาย คือ ไม่เกินสิบสองสัปดาห์เนื่องจากมีความปลอดภัยกับหญิงมากที่สุดและเป็นที่ยอมรับของประเทศต่าง ๆ ที่กำหนดอนุญาตให้ทำแท้งได้<sup>๑๔</sup> หากทำแท้งขณะมีอายุครรภ์เกินสิบสองสัปดาห์จะมีความผิด

๖.๓ กำหนดระวางโทษตามมาตรา ๓๐๑ ให้เหมาะสมกับความผิด เป็นจำคุกไม่เกินหกเดือน หรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ เนื่องจากการยุติการตั้งครรภ์เป็นสิทธิในชีวิตและร่างกายของหญิงที่ศาลรัฐธรรมนูญให้การรับรองคุ้มครอง

๖.๔ ไม่กำหนดเงื่อนไขให้หญิงทำแท้งได้โดยไม่มี ความผิดหากเป็นการกระทำภายใต้การรับรองหรือเห็นชอบของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมตามหลักเกณฑ์ที่แพทยสภากำหนด ซึ่งเป็นการกำหนดระบบให้คำปรึกษาก่อนการทำแท้ง รวมทั้งกำหนดระยะเวลาการคอยก่อนเริ่มการทำแท้งเพื่อให้หญิงตั้งครรถ์ทบทวนก่อนตัดสินใจทำแท้งไว้ในประมวลกฎหมายอาญา เนื่องจากในทางปฏิบัติผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม ซึ่งเป็นผู้ให้บริการยุติการตั้งครรภ์ต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ที่แพทยสภากำหนดและคู่มือมาตรฐานการปฏิบัติงานเพื่อการยุติการตั้งครรภ์ที่ปลอดภัยแบบองค์รวมที่กรมอนามัยกำหนดไว้อยู่แล้ว

๖.๕ ไม่กำหนดเงื่อนไขให้หญิงทำแท้งได้โดยไม่มี ความผิดหากมีข้อบ่งชี้ทางการแพทย์ว่าเพื่อรักษาสุขภาพกายหรือจิตใจของหญิงนั้น เนื่องจากเป็นเงื่อนไขที่กำหนดไว้แล้วในมาตรา ๓๐๕

อนึ่ง ในการพิจารณาแก้ไขปรับปรุงมาตรา ๓๐๕ แห่งประมวลกฎหมายอาญา มีการเสนอให้กำหนดข้อยกเว้นความรับผิดของหญิงซึ่งทำให้ตนเองแท้งลูกหรือยอมให้ผู้อื่นทำแท้ง หรือเป็นกรณีที่ผู้ใดทำให้หญิงแท้งตามมาตรา ๓๐๑ หรือมาตรา ๓๐๒ แล้วแต่กรณี โดยเพิ่มเหตุจำเป็นที่ให้ผู้ประกอบวิชาชีพ

<sup>๑๔</sup>ประมวลกฎหมายสาธารณสุข (Code of Public Health) ของประเทศฝรั่งเศส กำหนดหลักเกณฑ์สิ้นสุดการตั้งครรภ์โดยสมัครใจไว้ดังต่อไปนี้

- (๑) ต้องกระทำภายในสิบสัปดาห์แรกของการตั้งครรภ์
- (๒) ต้องกระทำเมื่อหญิงอยู่ในภาวะทุพโภชนาการโดยต้องร้องขอต่อแพทย์
- (๓) การทำให้การตั้งครรภ์สิ้นสุดต้องกระทำโดยแพทย์เท่านั้น และต้องทำในสถานพยาบาลของรัฐหรือเอกชนที่มีลักษณะตามที่กฎหมายกำหนด
- (๔) แพทย์ผู้รับคำร้องขอให้ทำให้หญิงสิ้นสุดการตั้งครรภ์ต้องให้ข้อมูลทางการแพทย์ที่เกี่ยวข้องในโอกาสแรกที่หญิงนั้นเข้าพบ
- (๕) หญิงนั้นต้องปรึกษาหารือกับหน่วยงานเกี่ยวกับครอบครัวหรือหน่วยงานบริการทางสังคมซึ่งสามารถออกหนังสือรับรองการปรึกษาหารือได้ โดยคู่สมรสหรือคู่ชีวิตของหญิงนั้นต้องเข้าร่วมในการปรึกษาหารือและร่วมตัดสินใจด้วย
- (๖) การยืนยันการสิ้นสุดการตั้งครรภ์ของหญิงต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษร
- (๗) แพทย์ผู้ได้รับคำร้องต้องดำเนินการเอง หากทำไม่ได้ให้คืนคำร้องนั้นเพื่อให้หญิงเสนอต่อแพทย์อื่นต่อไป
- (๘) จำนวนการสิ้นสุดการตั้งครรภ์แต่ละปีในสถานทำแท้งที่กฎหมายกำหนดต้องไม่เกินหนึ่งในสี่ของจำนวนการผ่าตัดทางศัลยศาสตร์หรือสูตินารีศาสตร์ที่เพิ่มขึ้นทั้งปีในสถานที่ทำแท้งนั้น สถานที่ทำแท้งใดฝ่าฝืน สถานที่ทำแท้งนั้นต้องถูกปิดทำการเป็นเวลาหนึ่งปี

ฯลฯ

ฯลฯ

มาตรา ๒๑๙ (การให้คำปรึกษาแก่หญิงตั้งครรถ์ในสถานการณ์ฉุกเฉินหรือในสถานการณ์ขัดแย้ง)

(๑) การให้คำปรึกษามีขึ้นเพื่อคุ้มครองชีวิตทารกในครรภ์โดยจะต้องพยายามให้คำแนะนำไปในทางสนับสนุนให้หญิงตั้งครรถ์ต่อไปตามระยะเวลาการตั้งครรถ์ และสร้างโอกาสให้หญิงมองเห็นภาพการใช้ชีวิตร่วมกับเด็ก การให้คำปรึกษามุ่งจะช่วยให้หญิงตัดสินใจอย่างมีความรับผิดชอบและมีสติรู้ผิดชอบ โดยการให้คำปรึกษาดังกล่าว หญิงต้องตระหนักรู้ว่าทุกขั้นตอน

(มีต่อหน้าถัดไป)

เวชกรรม<sup>๒๐</sup>ทำแท้งได้โดยผู้กระทำไม่มีความผิด ถ้าเป็นความจำเป็นด้านสุขภาพทางกายหรือจิตใจของหญิง หญิงตั้งครรภ์เนื่องจากการกระทำความผิดทางเพศ ความจำเป็นด้านสุขภาพของทารกในครรภ์โดยนำแนวทางจาก The Abortion Act 1967<sup>๒๑</sup> เกี่ยวกับการยุติการตั้งครรภ์ในทางการแพทย์ (Medical Termination of Pregnancy) ของประเทศอังกฤษ และกรณีทำแท้งให้หญิงซึ่งมีอายุครรภ์ไม่เกินสิบสองสัปดาห์ซึ่งยืนยันว่าไม่ประสงค์จะตั้งครรภ์ต่อไป และการกระทำของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมจะต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่แพทยสมาคมกำหนด โดยเห็นควรกำหนดข้อยกเว้นดังกล่าวรวมไว้ในมาตรา ๓๐๕ เป็นมาตราเดียว

## บทสรุป

เมื่อพิจารณาข้อเสนอการปรับปรุงมาตรา ๓๐๑ และมาตรา ๓๐๕ ให้สอดคล้องกับคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญแล้ว ผู้เขียนเห็นว่า การที่มาตรา ๓๐๑ ไม่กำหนดเงื่อนไขอื่นนอกจากอายุครรภ์ไม่เกินสิบสองสัปดาห์ของหญิงจึงยังไม่เห็นถึงการทำแท้งที่ปลอดภัย โดยเห็นควรให้นำแนวทางการให้คำปรึกษาแก่หญิงตั้งครรภ์ในสถานการณ์ฉุกเฉินหรือในสถานการณ์ขัดแย้งตามมาตรา ๒๑๙ แห่งประมวลกฎหมายอาญาเยอรมันมาใช้เป็นแนวทาง กล่าวคือ ก่อนการทำแท้งหญิงจะต้องได้รับคำปรึกษาอย่างรอบด้านเพื่อให้มีข้อมูลประกอบการตัดสินใจโดยข้อมูลที่ได้รับนั้นต้องใช้ระยะเวลาใคร่ครวญตามสมควร เป็นระยะเวลาการรอคอยก่อนการทำแท้งสามวัน และให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุขออกประกาศกำหนดใบรับรองโดยนำความเห็นของแพทยสมาคมมาประกอบการพิจารณากำหนดกระบวนการออกใบรับรอง เพื่อให้กระทรวงสาธารณสุขเข้าไปตรวจสอบคัดกรองว่าบุคคล หน่วยงาน หรือองค์กรใดที่มีความน่าเชื่อถือเพียงพอและมีความ

(ต่อจากเชิงอรรถที่ ๑๙)

ของการตั้งครรภ์ ทารกในครรภ์มีสิทธิในชีวิตของตนเองเช่นเดียวกับหญิงนั้น และดังนั้นตามกฎหมายแล้ว การยุติการตั้งครรภ์จะได้รับการพิจารณาเป็นกรณีกเว้นเมื่อการตั้งครรภ์ต่อไปจะก่อให้เกิดการร้ายแรงแก่หญิงและเฉพาะกรณีที่เกินขอบเขตอันสมควรที่หญิงจะยอมสละตน การให้คำปรึกษาโดยการให้คำแนะนำและความช่วยเหลือมุ่งหมายที่จะจัดสถานการณ์ขัดแย้งที่มีอยู่เกี่ยวกับการตั้งครรภ์และเยียวยาสถานการณ์ฉุกเฉิน รายละเอียดเพิ่มเติมให้เป็นไปตามที่กำหนดในกฎหมายว่าด้วยการตั้งครรภ์ในสถานการณ์ขัดแย้ง

(๒) ตามกฎหมายว่าด้วยการตั้งครรภ์ในสถานการณ์ขัดแย้ง การให้คำปรึกษาจะต้องกระทำโดยองค์กรให้คำปรึกษาแก่หญิงในสถานการณ์ขัดแย้งที่ได้รับการยอมรับ เมื่อให้คำปรึกษาแล้ว องค์กรให้คำปรึกษาต้องออกใบรับรองตามกฎหมายว่าด้วยการตั้งครรภ์ในสถานการณ์ขัดแย้ง ให้แก่หญิงนั้น ลงวันที่ให้คำปรึกษาครั้งสุดท้ายและชื่อของหญิงตั้งครรภ์แพทย์ผู้ซึ่งเป็นผู้ยุติการตั้งครรภ์ไม่อาจเป็นผู้ให้คำปรึกษาได้

<sup>๒๐</sup>มีผู้เสนอให้เปลี่ยนคำว่า “แพทย์” เป็น “ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม” เนื่องจากผู้ที่เรียนจบแพทยศาสตรนั้นย่อมเป็นแพทย์ตามความหมายของการศึกษาที่จบมา แต่อาจมิได้เข้าสอบเพื่อรับใบประกอบวิชาชีพที่จะอยู่ภายใต้กำกับของแพทยสภา

<sup>๒๑</sup>The Abortion Act 1967 กำหนดให้หญิงสิ้นสุดการตั้งครรภ์ของตนได้ โดยแพทย์ที่ได้รับจดทะเบียนในโรงพยาบาลที่ให้บริการด้านสุขภาพแห่งชาติหรือในสถานที่ที่รับรองจากกระทรวงสาธารณสุข ในกรณีดังต่อไปนี้

(๕) หากเด็กเกิดมาจะมีความเสี่ยงอย่างมากที่จะผิดปกติทางกายหรือทางจิตซึ่งอาจทุพพลภาพอย่างร้ายแรงหรือในกรณีฉุกเฉินได้รับการรับรองจากแพทย์ผู้ทำการผ่าตัดว่ามีความจำเป็นเร่งด่วนที่ต้องทำให้สิ้นสุดการตั้งครรภ์

เหมาะสมที่จะทำหน้าที่ให้คำปรึกษาแก่หญิงก่อนทำแท้งซึ่งจะทำให้หญิงได้รับความปลอดภัยอย่างแท้จริง  
อย่างไรก็ตาม การพิจารณาปรับปรุงและแก้ไขความผิดฐานทำให้แท้งลูกตามประมวลกฎหมายอาญาเพื่อให้  
สอดคล้องกับคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญไม่ใช่แนวทางเดียวที่จะแก้ไข้ปัญหาที่เกิดขึ้นได้ แต่มีความ  
จำเป็นต้องศึกษาบริบททางสังคม จริยธรรมของบุคลากรทางการแพทย์ รวมทั้งการปรับปรุงและแก้ไขกฎหมาย  
ในส่วนที่เกี่ยวข้องอย่างเป็นระบบต่อไป

---