

ปัญหาการใช้สิทธิของหญิงมีครรภ์ในการทำแท้งและการมีชีวิตของทารก¹

ธีรศักดิ์ มิ่งหมื่นไวย²

จากการศึกษาปัญหาการใช้สิทธิของหญิงมีครรภ์ในการทำแท้งและการมีชีวิตของทารก โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษาปัญหาการคุ้มครองสิทธิในการมีชีวิตของทารกต่อการคุ้มครองสิทธิในเนื้อต่อร่างกายของหญิงมีครรภ์ แนวคิด ทฤษฎี กฎหมายที่เกี่ยวข้อง เนื่องจากการทำแท้งที่ไม่ปลอดภัยเป็นปัญหาสาธารณสุขที่สำคัญของทุกประเทศทั่วโลก เนื่องจากการทำแท้งในบางประเทศเป็นสิ่งผิดกฎหมาย และพบว่าสาเหตุส่วนใหญ่ของผู้ที่ตัดสินใจทำแท้ง จะเป็นด้านเศรษฐกิจ สังคม ครอบครัว รองลงมาเป็นเหตุผลด้านสุขภาพ ตามลำดับ เดิมประมวลกฎหมายอาญาได้กำหนดความผิดฐานทำให้แท้งลูก โดยมาตรา 301 ได้กำหนดบทลงโทษแก่หญิงที่ทำให้ตนเองแท้งหรือยินยอมให้ผู้อื่นทำให้ตนเองแท้ง มีโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกิน 60,000 บาท หรือทั้งจำทั้งปรับ ทำให้หญิงตั้งครรภ์บางรายต้องการการทำแท้ง จึงต้องแอบลักลอบทำแท้งซึ่งไม่ปลอดภัยต่อหญิงนั่นเอง และเป็นปัญหาสังคมที่มีความซับซ้อน ทั้งที่บางประเทศการทำแท้งสามารถทำได้ถูกกฎหมายได้

ต่อมาศาลรัฐธรรมนูญได้พิจารณาคำร้องของแพทย์หญิง ที่ขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยว่า ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 301 ที่กำหนดความผิดแก่หญิงทำให้ตนแท้งหรือยินยอมให้ผู้อื่นทำแท้งเป็นความผิดอาญานั้น ขัดต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 27 ที่ว่าด้วยบุคคลย่อมเสมอกันในกฎหมาย มีสิทธิและเสรีภาพ และได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน และมาตรา 28 ว่าด้วยสิทธิในเนื้อต่อร่างกายหรือไม่ และมาตรา 305 ขัดต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 27 มาตรา 28 และ มาตรา 77 รัฐพึงจัดให้มีกฎหมายเพียงเท่าที่จำเป็น และยกเลิกหรือปรับปรุงกฎหมายที่หมดจำเป็นหรือไม่สอดคล้องกับสภาพการณ์ ต่อมาวันที่ 19 ก.พ.64 ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 301 ขัดรัฐธรรมนูญ มาตรา 28 แต่ไม่ขัดมาตรา 27 มีผลเมื่อพ้น 360 นับแต่วันที่ศาลมีคำวินิจฉัย ส่วนประมวลกฎหมายอาญามาตรา 305 ไม่ขัดรัฐธรรมนูญมาตรา 27, 28, 77 และสมควรปรับปรุงแก้ไขกฎหมายให้สอดคล้องกับสภาพการณ์ในปัจจุบัน ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญได้ให้เหตุผลว่า การคุ้มครองสิทธิของทารกในครรภ์กับสิทธิของหญิงต้อง “สมดุล” กัน อาจต้องนำ “ช่วงเวลาการตั้งครรภ์” มากำหนดเป็นหลักเกณฑ์ การปฏิเสธสิทธิของหญิงโดยไม่คำนึงเรื่องหลักเกณฑ์ระยะเวลาการตั้งครรภ์จึงกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของหญิงเกินความจำเป็นและไม่ได้สัดส่วน

¹ บทความนี้เรียบเรียงจากการค้นคว้าอิสระ เรื่อง ปัญหาการใช้สิทธิของหญิงมีครรภ์ในการทำแท้งและการมีชีวิตของทารก โดยมีอาจารย์ที่ปรึกษา คือ ศาสตราจารย์ ดร. สุมาลี วงษ์วิจิตร และคณะกรรมการสอบ คือ รองศาสตราจารย์ ดร. ประภาศรี บัวสุวรรณ และผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. สมชาย รัตนเชื้อสกุล

² นักศึกษาปริญญาโท หลักสูตรนิเทศศาสตรมหาบัณฑิต (ส่วนภูมิภาค) คณะนิเทศศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง

จากข้อเท็จจริงดังกล่าว ทำให้ภายใน 360 วันจะต้องมีการปรับปรุงกฎหมาย จึงออกมาเป็นพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 28) พ.ศ. 2564 ผู้ศึกษาจึงเห็นปัญหาทางกฎหมายที่สำคัญ ดังนี้

ปัญหาประการแรก คือ ปัญหาการคุ้มครองสิทธิในการมีชีวิตของทารกต่อการคุ้มครองสิทธิในเนื้อตัวร่างกายของหญิงมีครรภ์ ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 301 (เดิม) ได้มีบทบัญญัติลงโทษหญิงมีครรภ์ซึ่งได้ทำแท้ง ให้ถือว่าได้กระทำความผิดและมีโทษทางอาญา เนื่องมาจากกฎหมายคุ้มครองสิทธิในการมีชีวิตของทารกเป็นสำคัญ เพราะทารกไม่มีสิทธิมีเสียงใดๆ ในการต่อสู้เพื่อเรียกร้องสิทธิในการมีชีวิตของตนเอง และกฎหมายเห็นว่า การทำแท้งเป็นเรื่องผิดศีลธรรมอันดีต่อสังคม จึงทำให้หญิงมีครรภ์ที่ต้องการทำแท้งต้องแอบทำในคลินิกเถื่อน เสี่ยงต่อสุขอนามัยและร่างกาย เพราะหญิงมีครรภ์ไม่มีสิทธิในเนื้อตัวร่างกายตนเองได้เลย กระทั่งได้มีคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 4/2563 ได้วินิจฉัยไว้ว่า ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 301 (เดิม) ลงโทษหญิงที่ทำแท้งตั้งแต่ตั้งครรภ์วันแรกซึ่งเป็นการขัดรัฐธรรมนูญเรื่องสิทธิในเนื้อตัวร่างกาย เพราะผู้หญิงควรมีสิทธิตัดสินใจกับเนื้อตัวร่างกายตนเองภายในอายุครรภ์ที่เหมาะสมได้ อันเป็นกรณีที่หญิงเมื่อไม่ประสงค์จะตั้งครรภ์ต่อไป สามารถมีสิทธิในเนื้อตัวร่างกายของตนโดยตัดสินใจทำแท้งได้เอง โดยกฎหมายได้คุ้มครองสิทธิของหญิงมีครรภ์มากขึ้นกว่าในอดีต อันมีแนวโน้มเป็นไปตามมาตรฐานสิทธิมนุษยชนสากล เพราะสิทธิในการทำแท้งของผู้หญิงได้รับการรับรองในกฎหมายระหว่างประเทศหลายฉบับ เช่น ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Universal Declaration of Human) และอนุสัญญาอเมริกันว่าด้วยมนุษยชน เป็นต้น หากแต่การทำแท้งในช่วงอายุครรภ์ที่กฎหมายมิได้กำหนดให้ทำได้ ยังคงเป็นความผิดและมีบทลงโทษทางอาญาอยู่นั่นเอง จึงเป็นปัญหาในการศึกษาต่อไป สำหรับปัญหาการคุ้มครองสิทธิในการมีชีวิตของทารกต่อการคุ้มครองสิทธิในเนื้อตัวร่างกายของหญิงมีครรภ์ที่เหมาะสมควรเป็นเช่นใด

ปัญหาประการที่สอง คือ ปัญหาการกำหนดอายุครรภ์ที่สามารถทำแท้งได้ ตามประมวลกฎหมายอาญาและพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 28) พ.ศ.2564 มาตรา 301 ประมวลกฎหมายอาญา บัญญัติว่า หญิงใดทำให้ตนเองแท้งลูกหรือยอมให้ผู้อื่นทำให้ตนแท้งลูกขณะมีอายุครรภ์เกิน 12 สัปดาห์ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 6 เดือน หรือปรับไม่เกิน 10,000 บาท หรือทั้งจำทั้งปรับ ซึ่งเป็นกรณีที่หญิงสามารถทำแท้งได้โดยไม่มี ความผิด หากมีอายุครรภ์ไม่เกิน 12 สัปดาห์ หลักเกณฑ์ในการกำหนดอายุครรภ์ที่ 12 สัปดาห์ เป็นเพียงการอ้างอิงจากต่างประเทศ ซึ่งเป็นเรื่องทางกฎหมาย โดยมองว่าสิทธิของผู้หญิงในการจัดการเนื้อตัวร่างกายขณะสิทธิของตัวอ่อน ผู้หญิงควรมีสิทธิในการตัดสินใจตามความรู้สึกนึกคิด

ของตัวเองโดยไม่ต้องอ้างเหตุผลใด ๆ ทั้งสิ้น อันเป็นสิทธิเด็ดขาดของผู้หญิง โดยในหลายประเทศมองว่าเมื่ออายุครรภ์เกิน 12 สัปดาห์ไปแล้ว สิทธิของตัวอ่อนจะมากกว่าสิทธิของผู้หญิง จึงทำให้หญิงไม่อาจทำแท้งได้ หลักเกณฑ์ในการกำหนดอายุครรภ์จึงเป็นสาระสำคัญที่ทำให้การทำแท้งของหญิงมีความผิดทางอาญาซึ่งเป็นปัญหาในอันจะวิเคราะห์ความเหมาะสมในการคุ้มครองตัวอ่อนของทารก ซึ่งไม่อาจถือได้ว่า มีสภาพบุคคล ตามมาตรา 15 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ในบางประเทศมีการลงนามร่างกฎหมายการทำแท้ง โดยใช้หลักเกณฑ์กำหนดให้แพทย์ต้องทำการตรวจอัลตราซาวด์ให้กับผู้หญิงที่ต้องการทำแท้งก่อนเพื่อดูว่าตัวอ่อนมีชีพจรหรือไม่ หากพบมีสัญญาณของชีพจร แพทย์จะไม่สามารถดำเนินการทำแท้งได้ เว้นแต่มีเหตุจำเป็นอื่น เป็นต้น

ปัญหาประการสุดท้าย คือ ปัญหาการทำแท้งในทารกที่มีความพิการหรือความผิดปกติ ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 305 อนุมาตรา (2) กำหนดเงื่อนไขการทำแท้งไว้ว่า จะต้องเป็นการกระทำที่มีความเสี่ยงอย่างมากหรือมีเหตุผลทางการแพทย์ อันควรเชื่อได้ว่าหากทารกคลอดออกมาจะมีความผิดปกติถึงขนาดทุพพลภาพอย่างร้ายแรง ซึ่งคำว่า “ทุพพลภาพอย่างร้ายแรง” ไม่ได้มีการนิยามความหมายที่ชัดเจน และประมวลกฎหมายอาญาก็มิได้ระบุนิยามความหมายเอาไว้ ทั้งนี้ มีเพียงข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับการยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ ตามมาตรา 305 แห่งประมวลกฎหมายอาญาพ.ศ. 2558 บัญญัติไว้ในข้อ 5 ว่า “ในกรณีที่หญิงนั้นมีความเครียดอย่างรุนแรง เนื่องจากพบว่าทารกในครรภ์มีหรือมีความเสี่ยงสูงที่จะมีความพิการอย่างรุนแรง หรือมีความเสี่ยงสูงที่จะเป็นโรคพันธุกรรมอย่างรุนแรง...ให้ถือว่าหญิงมีครรภ์นั้นมีปัญหาสุขภาพจิต ตาม (2)” ซึ่งเป็นเพียงการบัญญัติถึงสุขภาพของมารดาในอันที่จะสามารถยุติการตั้งครรภ์ได้ ซึ่งไม่ได้เกี่ยวข้องกับเงื่อนไขของทารกในการทุพพลภาพอย่างร้ายแรงแต่อย่างใด อันเป็นปัญหาแก่แพทย์ผู้ดำเนินการทำแท้งให้ต้องใช้ดุลพินิจวินิจฉัยความทุพพลภาพอย่างร้ายแรงเอง โดยไม่มีกฎหมายเป็นหลักให้อ้างอิงได้

จากการศึกษาค้นคว้าปัญหาการใช้สิทธิของหญิงมีครรภ์ในการทำแท้งและการมีชีวิตของทารก ผู้ศึกษาพบว่า มีข้อเสนอแนะ ดังต่อไปนี้

1. แก้ไขเพิ่มเติม มาตรา 301

พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 28) พ.ศ.2564 มาตรา 301 บัญญัติว่า “หญิงใดทำให้ตนเองแท้งลูกหรือยอมให้ผู้อื่นทำให้ตนแท้งลูกขณะมีอายุครรภ์เกินสิบสองสัปดาห์ ต้องระวางโทษ” กฎหมายทำแท้งของประเทศไทย หญิงตั้งครรภ์ที่มีอายุครรภ์ไม่เกิน 12 สัปดาห์ สามารถทำ

แท้งได้ โดยปราศจากข้อผูกมัดหรือเงื่อนไขใดๆ จึงทำให้อาจเกิดปัญหาตามมาในภายหลัง เช่น ปัญหาด้านสุขภาพร่างกายของหญิง เพราะแม้แต่ใบรับรองแพทย์ก็ไม่ต้องนำมาใช้ ซึ่งอาจเป็นการให้ความคุ้มครองหญิงมีครรภ์ได้ไม่เพียงพอเท่าที่ควร อีกทั้ง การกำหนดอายุครรภ์ขึ้นต่ำไว้ไม่เกิน 12 สัปดาห์ ก็อาจเป็นการจำกัดสิทธิในเนื้อตัวร่างกายของหญิงมีครรภ์ ดังนั้น ผู้ศึกษาจะขอเสนอแนะให้มีการบัญญัติแก้ไขมาตรา 301 วรรคหนึ่ง และเพิ่มเติมวรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 28) พ.ศ.2564 ความว่า

“หญิงใดทำให้ตนเองแท้งลูกหรือยอมให้ผู้อื่นทำให้ตนแท้งลูกขณะมีอายุครรภ์เกินสิบสอง สัปดาห์ ต้องได้รับการอนุญาตจากคณะกรรมการยุติการตั้งครรภ์ โดยจะต้องพิจารณาถึงสุขภาพของมารดาและทารกในครรภ์เป็นสำคัญ ทั้งนี้ ให้แพทย์สภาเป็นผู้จัดตั้งคณะกรรมการยุติการตั้งครรภ์

วรรคสอง “หญิงใดทำให้ตนเองแท้งลูกหรือยอมให้ผู้อื่นทำให้ตนแท้งลูกฝ่าฝืนบทบัญญัติในวรรคก่อน ต้องระวางโทษ...”

และเพิ่มเติมมาตรา 301 วรรคสาม แห่งพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 28) พ.ศ.2564 ความว่า

“หญิงใดทำให้ตนเองแท้งลูกหรือยอมให้ผู้อื่นทำให้ตนแท้งลูกขณะมีอายุครรภ์ไม่เกินสิบสอง สัปดาห์ ต้องมีใบรับรองแพทย์ประกอบว่าหญิงสามารถยุติการตั้งครรภ์ได้โดยไม่เป็นอันตรายต่อสุขภาพของหญิงนั้น”

2. แก้ไขเพิ่มเติม มาตรา 305

พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 28) พ.ศ.2564 มาตรา 305 อนุมาตรา (2) บัญญัติว่า “จำเป็นต้องกระทำเนื่องจากมีความเสี่ยงอย่างมากหรือมีเหตุผลทางการแพทย์ อันควรเชื่อได้ว่าหากทารกคลอดออกมาจะมีความผิดปกติถึงขนาดทุพพลภาพอย่างร้ายแรง” ซึ่งจะเห็นว่า มิได้มีการกำหนดให้ต้องมีผู้มีอำนาจเป็นผู้พิจารณาตัดสินใจใดๆ ไว้ จึงจำเป็นอย่างยิ่งที่ต้องกำหนดให้มีผู้มีอำนาจเป็นผู้พิจารณาตัดสินใจประกอบเงื่อนไขด้วย เพื่อคุ้มครองสิทธิทารกในครรภ์มารดาและสิทธิในเนื้อตัวร่างกายของหญิงมีครรภ์ อีกทั้ง มิได้มีการกำหนดนิยามความหมายที่ชัดเจนของคำว่า “ทุพพลภาพอย่างร้ายแรง” ผู้ศึกษาจึงขอเสนอแนะให้มีการเพิ่มเติม มาตรา 305 อนุมาตรา (2) แห่งพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 28) พ.ศ.2564 ความว่า

“จำเป็นต้องกระทำเนื่องจากมีความเสี่ยงอย่างมากหรือมีเหตุผลทางการแพทย์ อันควรเชื่อได้ว่าหากทารกคลอดออกมาจะมีความผิดปกติถึงขนาดทุพพลภาพอย่างร้ายแรง

ทุพพลภาพอย่างร้ายแรง หมายถึง โรคที่เกิดจากการติดเชื้อโรคร้ายแรง อาทิ โรคเอดส์ โรคถุงวัด โรคคางทูม โรคไวรัสต่างๆ อันอาจทำให้เกิดความผิดปกติทางร่างกาย สมอ หรือความบกพร่องแก่ทารกในครรภ์ และให้รวมถึงโรคทางกรรมพันธุ์ด้วย

การยุติการตั้งครรภ์ในวาระแรก ต้องได้รับการอนุญาตจากคณะกรรมการยุติการตั้งครรภ์ โดยจะต้องพิจารณาถึงสุขอนามัยของมารดาและทารกในครรภ์เป็นสำคัญ เว้นแต่ ในกรณีมีเหตุฉุกเฉิน อันจะเป็นอันตรายต่อชีวิตและสุขภาพของมารดา ทั้งนี้ ให้แพทย์สภาเป็นผู้จัดตั้งคณะกรรมการยุติการตั้งครรภ์”

เอกสารอ้างอิง

กิตติศักดิ์ ปรกติ. หลักกฎหมายบุคคล, กรุงเทพมหานคร : วิทยุชน, 2555.

ไกรฤกษ์ เกษมสันต์. คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 244 - มาตรา 366, พิมพ์ครั้งที่ 4.

กรุงเทพฯ :สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2551.

บรรเจิด สิงคะเนติ. หลักพื้นฐานสิทธิ เสรีภาพ และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญ,

พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร : วิทยุชน, 2547.

มาลี พลฤกษ์พงสาวลี. สตรีกับกฎหมายในการแสวงหาประโยชน์ทางเพศจากสตรีไทย,

กรุงเทพมหานคร: เจริญวิทยการพิมพ์, 2527.

วรพงศ์ วิสชุดพิชญ์. สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ, (กรุงเทพมหานคร: บริษัท

สำนักพิมพ์วิทยุชน, 2538.

วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์. กฎหมายการทำแท้ง : ข้อโต้แย้งที่ยังไม่ยุติ, กรุงเทพฯ: เชนเดอร์เพรส.

สุรัช ศรีสารคาม. บทความเกี่ยวกับหลักสิทธิมนุษยชน, กรุงเทพฯ : สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ.

สุวัฒน์ จันทรจางค์. การทำแท้งกับปัญหาการแพทย์และสังคม, กรุงเทพฯ:รุ่งเรืองสาส์น

การพิมพ์, 2522.

แสวง บุญเฉลิมวิภาส และอเนก ยมจินดา. กฎหมายการแพทย์, 2540.

หยุด แสงอุทัย. กฎหมายอาญา 2-3, สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, พิมพ์ครั้งที่ 11.

นิตยา จงแสง. “การรับรองและคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์: ศึกษากรณีการกำหนดสถานะ

ของสภาพบุคคล.” วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

2559.

สำนักงานกองทุนสนับสนุนการสร้างเสริมสุขภาพ “ทำแท้งเสี่ยงทำสตรีไทยเสียชีวิต”

<https://www.thaihealth.or.th/>

สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา “การปฏิรูปกฎหมาย : LAW REFORM”

<https://www.senate.go.th/assets/portals>

The matter “เมื่อ ‘การทำแท้ง’ เป็นสิทธิมนุษยชน ทำความเข้าใจการแก้ไขกฎหมายยุติการตั้งครรภ์ในไทย” <https://thematter.co/social/abortionlaws/103225>