

กฎหมายทำแท้งในกรณีที่มีมารดามีปัญหาทางจิต

*ผู้ช่วยศาสตราจารย์พนิจ ทิพย์มณี

ตามที่กระทรวงวัฒนธรรมได้จัดสัมมนาในวันที่ 16 มิถุนายน 2547 เพื่อระดมความคิดเรื่องการแก้ปัญหาวิกฤติการนำเสนอความรุนแรงทางวัฒนธรรม โดยนายอมรวิชัย นาคทรัพย์ ผู้อำนวยการศูนย์วิจัยนโยบายการศึกษา คณะครุศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ได้นำเสนอผลการศึกษาวิจัยและประมวลสถานการณ์เด็กกับยุทธศาสตร์การต่อสู้กับปัญหารุมล้อมเด็ก มีข้อมูลที่น่าสนใจและสะท้อนไปถึงปัญหาสังคมได้อย่างชัดเจน พบว่าเรื่องเด็กไทยกับการมีเพศสัมพันธ์เสรีพบว่าเด็กเกือบร้อยละ 50 มีประสบการณ์การมีเพศสัมพันธ์ก่อนจะจบชั้นมัธยมปลาย โดยเฉพาะในอาชีวศึกษา อีกทั้งพบว่าวัยรุ่นไทยจะทำสถิติการมีเพศสัมพันธ์แซงเด็กมัธยมปลายในสหรัฐอเมริกาได้จากข้อมูล

เมื่อ 10 กว่าปีที่แล้วของสหรัฐอเมริการะบุว่าวัยรุ่นสหรัฐอเมริการ้อยละ 70 มีเพศสัมพันธ์ก่อนจบมัธยมปลาย แต่เมื่อมีการรณรงค์เข้มแข็งปี ค.ศ.1998 พบว่าสถิติการมีเพศสัมพันธ์ลดลงเหลือร้อยละ 51-52 เท่านั้น¹

พฤติกรรมการมีเพศสัมพันธ์เป็นแบบเช็กซ์เอื้ออาทร นักเรียนรวมตัวกันเป็นกลุ่มสลับสับเปลี่ยนคู่นอนกันในกลุ่มเฉพาะในภาคอีสานมากที่สุด เด็กเหล่านี้มองเห็นว่าเรื่องเช็กซ์เป็นเรื่องธรรมดา มีความเสรีทางเพศส่งผลต่อทัศนคติในชีวิตคู่เปลี่ยนไป นักศึกษากว่าร้อยละ 60 เห็นว่าการหย่าร้างเป็นเรื่องธรรมดาเฉพาะผู้หญิงทำให้มีปัญหาที่ตามมาคือการทำแท้ง ที่เกิดขึ้นมากกว่าปีละ 1 แสนราย ยังไม่รวมถึงการคิดโรค โดยเฉพาะโรคเอดส์ในกลุ่มวัยรุ่น²

* อาจารย์ประจำและรองผู้อำนวยการศูนย์วิจัยและพัฒนาทางนิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต : น.บ.มหาวิทยาลัยรามคำแหง น.ม. (กฎหมายธุรกิจ) มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต

1 หนังสือพิมพ์มติชนรายวัน ฉบับวันที่ 17 มิถุนายน 2547 หน้า 12.

2 หนังสือพิมพ์ไทยรัฐ ฉบับวันที่ 17 มิถุนายน 2549 หน้า 12.

จากข้อมูลข้างต้นทำให้นึกคิดถึงเรื่องปัญหาการทำแท้ง ซึ่งควรมีการจัดการให้เป็นเรื่องเป็นราวอย่างเหมาะสม ซึ่งจากบทความนี้จะกล่าวถึงนี้ผู้เขียนไม่ได้เห็นด้วยหรือปฏิเสธในเรื่องการทำแท้งเสรี ซึ่งหมายถึงการที่เปิดโอกาสให้หญิงที่ประสงค์จะทำแท้งสามารถทำได้โดยไม่มีข้อจำกัด ไม่ว่าหญิงจะตั้งครรภ์ได้กี่เดือน โดยไม่มีมาตรการที่จะเข้าไปตรวจสอบดูแลหรือให้คำปรึกษาทางเลือกอื่นๆ ที่เหมาะสมก่อนที่จะตัดสินใจ³ หากแต่ต้องการเสนอในแง่กฎหมายที่เกี่ยวกับการทำแท้งเท่านั้น

1. หลักทั่วไปตามกฎหมายในเรื่องการทำแท้ง

ในเรื่องการทำแท้งนั้น กฎหมายทุกประเทศเห็นตรงกันบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา ให้การทำแท้งถือเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาได้บัญญัติเป็นความผิดฐานทำให้ตนเองแท้งลูกหรือยอมให้ผู้อื่นทำให้ตนเองแท้งลูกตามมาตรา 301 ว่า “หญิงใดทำให้ตนเองแท้งลูก หรือยอมให้ผู้อื่นทำให้ตนเองแท้งลูกต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

คำว่า “ทำให้แท้งลูก” คือการทำให้ลูกในครรภ์ตายในขณะที่อยู่ในครรภ์ หรือทำให้ลูกในครรภ์คลอดออกมาก่อนกำหนดแต่โดยสภาพไม่ว่าจะมีชีวิตรอดได้⁴

คำว่า “แท้งลูก” หมายถึงการทำให้ทารกที่อยู่ในครรภ์มารดาเสียชีวิตก่อนคลอดหรือตายในขณะที่อยู่ในครรภ์มารดา ต้องกระทำตั้งแต่แรกปฏิสนธิไปจนถึงคลอดแล้ว ก่อนมีชีวิตรอดอยู่เป็นทารก คือ ก่อนมีสภานุคคลนั้นเอง รวมถึงกรณีทำให้ลูกในครรภ์คลอดออกมาก่อนกำหนด มีน้ำหนักน้อยกว่า 500 กรัม ซึ่งในทางการแพทย์เห็นว่า โดยสภาพไม่ว่าจะมีชีวิตรอดได้ แต่ถ้าทารกในครรภ์มารดาคลอดออกมาแล้วมีชีวิต คือมีสภานุคคลแล้วตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 15 คือการกระทำนั้นไม่เกิดผลทำให้ลูกในครรภ์ตายหรือลูกในครรภ์ตายเพราะเหตุอื่นจึงไม่ใช่แท้งลูก แต่ผู้กระทำความผิดรับผิดทางอาญาฐานพยายามทำให้แท้งลูก

การคลอดนั้นในทางการแพทย์ถือว่า หากคลอดก่อน 6 เดือนนั้นส่วนใหญ่จะไม่มีชีวิตอยู่รอด แต่หากคลอดเกินกว่า 6 เดือน ถือว่าเป็นการคลอดปกติ ดังนั้นหากคลอดออกมาก่อนเวลาที่ควรคลอดตามธรรมชาติ ไม่ว่าจะมีชีวิตหรือไม่มีชีวิตอยู่ก็ถือว่าทำแท้ง

3 สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล, ข้อคิดบางประการเกี่ยวกับกฎหมายทำแท้ง, หนังสือพิมพ์มติชนรายวัน ฉบับวันที่ 4 เมษายน 2537.

4 กณิศ ฌ นกร, กฎหมายอาญา ภาคความผิด, พิมพ์ครั้งที่ 8, กรุงเทพมหานคร: บริษัท สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด พ.ศ.2545, หน้า 118.

5 อังกริยา ชูตินันท์, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิด, กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต พ.ศ.2546 หน้า 378.

หากการคลอดออกมามีชีวิตโดยวิธีทำให้แท้ง ถือว่าการทำแท้งนั้นไม่สำเร็จ เพราะทารกไม่ตายตามเจตนาที่ตั้งไว้ มีความผิดฐานพยายาม แต่ถ้าทารกคลอดมาแล้วมีชีวิตอยู่ แต่โดยสภาพของทารกแล้วไม่อาจอยู่รอดได้เพราะคลอดก่อนกำหนด หรือน้ำหนักตัวน้อย ต่ำกว่า 500 กรัม ซึ่งทางแพทย์ถือว่าไม่อาจอยู่รอดได้ ก็ถือว่าทำแท้งด้วยเหมือนกัน

ดังนั้น การทำแท้งส่วนใหญ่ รวมทั้งข้อมูลที่ได้จากการสัมมนาที่กล่าวมาแล้วในตอนต้นนั้น ถือเป็นการทำแท้งที่ผิดกฎหมาย ซึ่งกฎหมายเอาโทษแก่หญิงมีครรภ์ ที่ยินยอมให้บุคคลอื่นทำให้ตนเองแท้งลูก หรือที่ทำให้ตนเองแท้งลูก โดยกำหนดระวางโทษความผิดจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ แต่มีบางกรณีที่ถูกกฎหมายกำหนดเหตุทำแท้งได้โดยชอบด้วยกฎหมายไว้

2. การกำหนดเหตุทำแท้งได้โดยชอบด้วยกฎหมาย

เหตุทำแท้งได้เนื่องจากเหตุผลทางแพทย์ เป็นเหตุหนึ่งที่ทำแท้งได้โดยชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งการทำแท้งโดยแพทย์นั้น เพื่อป้องกันหญิงให้พ้นจากอันตรายที่จะมีต่อชีวิตหญิง หรือเพื่อให้หญิงพ้นจากอันตรายร้ายแรงที่จะมีต่อสุขภาพของหญิงโดยหญิงยินยอม

ซึ่งการทำแท้งกรณีนี้เป็นเหตุที่รับรองตามหลักความจำเป็นที่เหนือกฎหมาย⁶

ซึ่งกฎหมายบัญญัติเพื่อยกเว้นความผิดไม่ไชยยกเว้นโทษ ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 305 ว่า “ถ้าการกระทำความผิดดังกล่าวในมาตรา 301 และมาตรา 302 นั้น เป็นการกระทำของนายแพทย์ และ

(1) จำเป็นต้องกระทำเนื่องจากสุขภาพของหญิงนั้น หรือ

(2) หญิงมีครรภ์เนื่องจากการกระทำ ความผิดอาญาตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 276 มาตรา 277 มาตรา 282 มาตรา 283 หรือมาตรา 284 ผู้กระทำไม่มีความผิด”

หลักเกณฑ์ในการในการทำแท้งที่จะไม่มีความผิดนั้น ในเบื้องต้นหญิงต้องให้ความยินยอมเสียก่อน และจะต้องเป็นการกระทำของแพทย์เท่านั้นจึงจะได้รับการยกเว้นให้ทำให้หญิงแท้งลูกได้โดยไม่มีความผิด

ความหมายของนายแพทย์ หมายถึง แพทย์หรือแพทย์ผู้ได้รับประกาศนียบัตรกฎหมายไม่ได้กำหนดคุณสมบัติของนายแพทย์ เช่น ต้องเป็นแพทย์ปริญาสาขานั้นสาขานี้ เพราะเห็นว่าในต่างจังหวัด หรือในชนบทห่างไกลยังขาดแคลนหาแพทย์ได้ยาก⁷

6 คณิต ณ นคร ,เหตุทำแท้งได้ตามกฎหมายเยอรมัน ,อัยการนิเทศ ฉบับที่ 3 เล่มที่ 41 พ.ศ.2522.

7 สมศักดิ์ สิงห์พันธุ์ ,คำอธิบายกฎหมายอาญา เล่ม 4,กรุงเทพมหานคร:บริษัท วิคตอรี เพาเวอร์ พอยท์ จำกัด พ.ศ.2524 ,หน้า121.

ต้องมีความจำเป็นที่จะต้องกระทำให้
แท้งลูก ตามมาตรา 305 มีเหตุดังนี้⁸

ก. เหตุอันเกี่ยวกับชีวิตมารดา

ข. เหตุอันเกี่ยวกับอาชญากรรม

โดยเฉพาะเหตุเกี่ยวกับชีวิตมารดานั้น แพทย์จะยุติการตั้งครรภ์หรือทำแท้งได้นั้น ต้องกระทำเพื่อสุขภาพของหญิง อาจเป็นการช่วยชีวิตมารดา เช่น หญิงเป็นโรคหัวใจ หญิงเป็นโรคไต เป็นโรคปอด หรือโรคเบาหวาน เป็นต้น จะเห็นได้ว่าสาเหตุเหล่านี้บางครั้งก็ถึงขั้นเป็นอันตรายแก่หญิงขณะมีครรภ์หรือมีอันตรายในขณะที่ทำคลอดได้ เพื่อให้หญิงพ้นอันตรายต่อชีวิต ร่างกายหรืออนามัย บางครั้งจำเป็นต้องทำให้หญิงแท้งลูกเนื่องจากสุขภาพของหญิงดังกล่าวแล้ว แต่บางครั้งก็ไม่ถึงขั้นจำเป็นต้องทำให้แท้งลูก กล่าวคือ เพียงแต่ให้การพยายามดูแลรักษาก็ได้

อย่างไรก็ตามถ้าจำเป็นต้องกระทำให้หญิงแท้งลูกเพื่อสุขภาพของหญิงนั้น กฎหมายก็อนุญาตให้นายแพทย์กระทำให้หญิงแท้งลูกได้ กฎหมายไม่ได้กำหนดลงไปว่าความจำเป็นที่ต้องกระทำเพื่อสุขภาพนั้นจำเป็นแก่สุขภาพแค่ไหนอย่างไร จึงเป็นอำนาจของแพทย์ในการวินิจฉัยชี้ขาดว่าจำเป็นที่ต้องกระทำเนื่องจากสุขภาพของหญิงหรือไม่

มีแนวคิดในเรื่องเหตุจำเป็นนี้ อาจใช้
“หลักชั่งน้ำหนักระหว่างคุณธรรมทาง

กฎหมาย” กล่าวคือตามหลักนี้ถือว่าการที่ผู้กระทำจำเป็นต้องกระทำการใดอันเป็นการละเมิดคุณธรรมทางกฎหมายที่น้อยกว่าเพื่อรักษาคุณธรรมทางกฎหมายที่สูงกว่าไว้นั้น ผู้กระทำไม่มีความผิด สำหรับกรณีการทำแท้งก็คือจำเป็นต้องทำร้ายชีวิตในครรภ์มารดาเพื่อรักษาชีวิตหญิงนั่นเอง และหลักชั่งน้ำหนักระหว่างคุณธรรมทางกฎหมายนี้อาจนำไปใช้ในกรณีอื่นๆ ได้ด้วย⁹

พึงสังเกตว่ากฎหมายให้อำนาจแพทย์ทำแท้งหรือยุติการตั้งครรภ์ได้ พิจารณาจากความจำเป็นเนื่องจากสุขภาพกายของหญิงเท่านั้น แต่หากหญิงนั้นมีปัญหาสุขภาพจิตซึ่งในบางโรคอาจทำให้เกิดปัญหาไม่น้อยไปกว่าสุขภาพกาย อีกทั้งอาการทางจิตที่เกิดขึ้นอาจเกิดความรุนแรงถึงตัวหญิงเองหรือตัวเด็กที่เกิดขึ้นมาได้

ดังนั้น ผู้เขียนมีความเห็นว่าควรขยายบทบัญญัติบทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 305 (1) ให้รวมไปถึงความจำเป็นเนื่องจากสุขภาพจิตของหญิงที่ตั้งครรภ์อีกด้วย

3. ความจำเป็นต้องกระทำให้แท้งลูกเนื่องจากสุขภาพทางจิตของหญิงที่ตั้งครรภ์นั้น

ลองคิดดูง่ายๆ หากหญิงซึ่งตั้งครรภ์เป็นจิตเภทชนิดหวาดระแวง (paranoid schizophrenia) มีผลให้หลงผิดคิดว่าคู่สมรส

8 คณิต ณ นคร, กฎหมายอาญาภาคความผิด, อ่างแล้ว หน้า 119.

9 คณิต ณ นคร, กฎหมายอาญาภาคความผิด, อ่างแล้ว หน้า 120.

จะนอกใจ หรือคิดว่าเด็กที่จะเกิดมาจะทำร้ายตนเอง เช่นนี้เด็กที่คลอดออก ใครจะเป็นผู้ดูแล หรืออาจส่งผลมีการทำร้ายตัวเองและตัวเด็กได้ หรืออาจเป็นโรคจิตบางประเภทเช่น Pathological fire-setting (pyromania) ผู้ป่วยจะมีอาการจุดไฟหรือพยายามจุดไฟเผาทรัพย์สินสมบัติ หรือวัตถุอื่นๆ หลายๆ ครั้ง รวมทั้งตัวเด็ก หากหญิงตั้งครรภ์ซึ่งเป็นโรคจิตประเภทเหล่านี้ ไม่มีมาตรการป้องกันในทางกฎหมายเสียก่อน เด็กที่เกิดมาคงต้องมีผลกระทบที่เกิดจากปัญหาสุขภาพจิตของแม่อย่างแน่นอน

ดังนั้นจึงควรมีการกำหนดโรคของจิตใจที่น่าจะเป็นเหตุให้ แพทย์ควรทำแท้งหรือยุติการตั้งครรภ์ของหญิงได้ หากแพทย์ตรวจพบว่าหญิงที่ตั้งครรภ์มีปัญหาเนื่องจากสุขภาพจิต ซึ่งในเรื่องนี้องค์การอนามัยโลกสากล (World Health Organization) ได้จำแนกโรคและวินิจฉัยโรค จัดระบบการจำแนกโรคไว้ใน ICD-10 มีดังนี้ (ดูรายละเอียดของโรคในภาคผนวก)

F00-F09 Organic, including symptomatic, mental disorders เป็นกลุ่มอาการเนื่องจากโรคทางสมอง ซึ่งมักจะเป็นสภาวะที่มีการเสื่อมอย่างเรื้อรัง มีผลต่อการทำงานที่

ซับซ้อนของสมองส่วน context รวมถึงความจำ ความคิด ความเข้าใจ การรับรู้สถานที่ เวลา บุคคล การคำนวณ การเรียนรู้ภาษา และการตัดสินใจ¹⁰

F10-F19 Mental and behavioural disorders due to psychoactive substance use กลุ่มนี้ประกอบด้วยโรคซึ่งมีความรุนแรงต่าง ๆ กัน (ความรุนแรงตั้งแต่ uncomplicated intoxication และ harmful use จนถึงอาการโรคจิตและสมองเสื่อมอย่างชัดเจน) โรคเหล่านี้ทั้งหมดล้วนเกิดจากการเสพย์สารที่ออกฤทธิ์ต่อจิตประสาทหนึ่งชนิดหรือมากกว่า¹¹

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

F30-F39 Mood [affective] disorders โรคกลุ่มนี้ประกอบด้วย โรคที่มีความผิดปกติทางด้านอารมณ์เป็นหลัก อาจออกมาในรูปของอารมณ์เศร้าหรืออารมณ์สนุกสนานมากกว่าปกติ¹²

10 คู่มือประกอบการใช้ ICD 10, โรงพยาบาลสวนปรุง เชียงใหม่, 2538, หน้า 23.

11 ทวี ตั้งศรี, การจำแนกโรคและวินิจฉัยโรคทางจิตเวช แบบ ICD-10, โรงพยาบาลจิตเวชนครพนม กรมสุขภาพจิต กระทรวงสาธารณสุข, หน้า 56.

12 คู่มือประกอบการใช้ ICD-10, อ้างแล้ว, หน้า 38.

F40-F48 Neurotic, Stress-related and somatoform disorders เป็นกลุ่มของโรคประสาทชนิดต่างๆ

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

F60-69 Disorders of adult personality and behaviour ความผิดปกติในกลุ่มนี้ประกอบด้วย สภาวะทางคลินิกที่สำคัญ และรูปแบบของพฤติกรรมซึ่งมีแนวโน้มเป็นอยู่เรื่อยๆ และเป็นการแสดงออกถึงลักษณะการดำรงชีวิตของบุคคลและวิธีการสร้างสัมพันธ์ของตนเองกับผู้อื่น¹³

F70-F79 Mental retardation ภาวะปัญญาอ่อนคือภาวะที่สมองหยุดพัฒนา หรือพัฒนาไม่สมบูรณ์ ทำให้เกิดความบกพร่องของทักษะต่างๆ เช่นด้านสติปัญญา, ภาษา, การเคลื่อนไหว และทางสังคม

F80-89 Disorders of psychological development มีอาการทั่วไปคือ เริ่มแสดงอาการครั้งแรกในวัยทารกหรือวัยเด็ก มีการพัฒนาการของหน้าที่ด้านต่างๆ ที่บกพร่อง

หรือล่าช้า ลักษณะของโรคในกลุ่มนี้หลายโรคมีการดำเนินโรคที่ราบเรียบซึ่งไม่หาย (remissions) หรือ กลับเป็นซ้ำ (relapses)¹⁴

F90-98 Behavioural and emotion disorders with onset usually occurring in childhood and adolescence เป็นกลุ่มความผิดปกติที่เริ่มเกิดขึ้นในวัยต้นๆ (ปกติในอายุ 5 ขวบแรก)

F99 Unspecified mental disorder ใช้เฉพาะกรณีไม่สามารถวินิจฉัยเป็นโรคหนึ่งโรคใดในรหัส F00-98 ซึ่งหากแพทย์มีข้อบ่งชี้ทางจิตเวชที่ชัดเจนว่าหญิงตั้งครรภ์มีปัญหาโรคทางจิตเวชตาม การจำแนกโรคและวินิจฉัยโรคทางจิตเวช แบบ ICD-10 เห็นว่าอาการที่เกิดขึ้นแพทย์วินิจฉัยชี้ขาดว่าน่าจะทำแท้งหรือยุติการตั้งครรภ์ได้โดยมีการขยายบทบัญญัติตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 305 (1) ออกไป

ในแง่ความยินยอมของหญิง ตาม มาตรา 305 นั้น หญิงมีครรภ์ต้องยินยอมให้ทำแท้งด้วย อาจกำหนดเงื่อนไขในการควบคุม เช่นอาจกำหนดให้มีคณะกรรมการประกอบด้วยแพทย์ นักสังคมสงเคราะห์ นักจิตวิทยา เป็นต้น ให้คณะกรรมการนี้มีส่วนร่วมให้คำปรึกษาในการตัดสินใจของหญิง ในการจะยุติการตั้งครรภ์

13 ทวี ตั้งเสรี ,อ้างแล้ว หน้า 208.

14 ทวี ตั้งเสรี ,อ้างแล้ว หน้า 248.

4. แนวความคิดจากนักวิชาการ

การทำแท้งในกรณีที่แพทย์เห็นว่ามารดามีปัญหาสุขภาพจิตนั้น ศ.นพ.สมศักดิ์ โล่ห์เลขา นายกแพทยสภา กล่าวว่า กรมอนามัยร่วมกับแพทยสภา ได้มีการประชุมกำหนดหลักเกณฑ์ให้แพทย์ถือปฏิบัติในการยุติการตั้งครรภ์ เพื่อออกเป็นข้อบังคับของแพทยสภา ในกรณีที่แม่มีภาวะปัญหาทางจิต¹⁵ แต่ขณะนี้อยู่ในระหว่างดำเนินการเพื่อจัดทำเป็นข้อบังคับให้แพทย์ถือปฏิบัติโดยทั่วกันได้อย่างถูกต้อง แต่คงเป็นปัญหาอย่างมากในเมื่อตามกฎหมายอาญามาตรา 305(1) ไม่ได้ขยายความไปถึงปัญหาทางจิต อาจทำให้แพทย์ผู้กระทำได้รับโทษทางอาญาได้

“ปัญหาในเรื่องสุขภาพจิตว่าจะยอมให้ทำแท้งได้หรือไม่ ในความเห็นของนักกฎหมายแล้วก็เห็นว่าไม่น่าจะดีโดยรวมไปถึงปัญหาเรื่องสุขภาพจิตเพราะจะทำให้ขาดความชัดเจน ขาดความแน่นอน¹⁶”

แต่นักวิชาการหลายท่านที่สนใจในประเด็นนี้ กล่าวว่า “ถ้าเป็นปัญหาทางด้านสุขภาพจิต ซึ่งผู้ชักประวัติวินิจฉัยวิเคราะห์แล้วเห็นว่าเป็นปัญหาสุขภาพจิต แน่ชองก็สามารถที่จะส่งไปหาจิตแพทย์หรือยุติการ

ตั้งครรภ์บนพื้นฐานของเหตุผลที่ว่า ถ้าปล่อยให้ตั้งครรภ์ต่อไปจะกระทบกระเทือนถึงปัญหาของสุขภาพจิตของหญิงนั้น¹⁷”

นักกฎหมายได้ให้ข้อเสนอแนะว่า “กฎหมายควรเปิดให้กว้างขึ้น ส่วนการควบคุมและรายละเอียดก็ออกมาในรูปกฎหมายเฉพาะประมวลกฎหมายอาญาเราไม่สามารถจะบัญญัติรายละเอียดได้ อาจจะมีในรูปแบบพระราชบัญญัติต่างๆ เป็นกฎหมายพิเศษ ซึ่งรับผิดชอบโดยกระทรวงสาธารณสุขซึ่งจะเป็นผู้ดูแลในเรื่องเงื่อนไขรายละเอียดโดยเฉพาะการออกกฎกระทรวง ซึ่งออกเร็วกว่าการแก้ไขกฎหมายอาญา กฎหมายใหม่ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 305 ควรจะเพิ่มปัญหาสุขภาพเด็ก ความล้มเหลวในการคุมกำเนิด สุขภาพจิต ส่วนปัญหาเศรษฐกิจสังคม เปิดกว้างไว้กำหนดเป็นรายละเอียด¹⁸”

จากการประมวลความเห็นของนักวิชาการหลายแขนงในเรื่องการทำแท้งโดยอ้าง เหตุจำเป็นทางสุขภาพจิต มีการตั้งข้อสังเกตและยกประเด็นขึ้นกล่าวแต่ไม่มีท่านใดเห็นด้วยหรือปฏิเสธหากจะขยายเหตุจำเป็นในการทำแท้งตามมาตรา 305 (1) ได้อย่างใด

15 นิติสารดวงใจพ่อแม่, เมษายน 2547 หน้า 34.

16 สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล, เสวนาทางวิชาการ เรื่อง “มาตรการทางกฎหมายกับปัญหาการทำแท้ง:ทางออกอยู่ที่ไหน” จัดโดยสำนักงานอัยการสูงสุดและคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ เมื่อวันที่ 29 มิถุนายน 2537 ณ สำนักงานอัยการสูงสุด หน้า 18.

17 อุดมศิลป์ ศรีแสงนาม, เสวนาทางวิชาการ เรื่อง “มาตรการทางกฎหมายกับปัญหาการทำแท้ง:ทางออกอยู่ที่ไหน”, อ้างแล้ว หน้า 11.

18 สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล, เรื่องเดิมอ้างแล้ว หน้า 41.

5. เปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศ

เดิมทีในประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน บัญญัติว่าการทำแท้งเป็นความผิดในทุกกรณี ไม่มีข้อยกเว้นในเรื่องการทำแท้งโดยชอบด้วยกฎหมาย ต่อมามีการวางหลักเกี่ยวกับเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้เนื่องจาก “การชั่งน้ำหนักระหว่างคุณธรรมทางกฎหมาย”(Rechtsgute-rabwegung) ขึ้นโดยวางหลักว่าการที่บุคคลจำเป็นต้องล่วงละเมิดคุณธรรมทางกฎหมายอันหนึ่งเพื่อคุ้มครองหรือรักษาคุณธรรมทางกฎหมายที่เหนือกว่าเอาไว้ นั่นถือว่าการกระทำนั้นไม่มีความผิด¹⁹

ทำให้เกิดข้อยกเว้นในเหตุทำแท้งได้เนื่องจากเหตุผลทางแพทย์ ซึ่งถือเป็นการกระทำที่ไม่ผิดกฎหมายขึ้น ตามหลักที่ศาลสูงแห่งอาณัติกรไรซ์ ที่เรียกว่า “ความจำเป็นที่เหนือกฎหมาย”

ปัจจุบันประมวลกฎหมายอาญาประเทศเยอรมัน บัญญัติเรื่องการทำแท้งไว้ดังนี้

มาตรา 218 (การทำแท้ง) บัญญัติว่า

(1) ผู้ใดทำแท้งต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือต้องระวางโทษปรับ

(2) ในกรณีร้ายแรงพิเศษ ผู้กระทำต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หกเดือนถึงห้าปี กรณีร้ายแรงพิเศษโดยเฉพาะได้แก่กรณีที่ผู้กระทำ

1. ได้กระทำโดยหญิงที่มีครรภ์นั้นไม่ยินยอม หรือ
2. ได้กระทำโดยประมาทเลินเล่อ เป็นเหตุให้หญิงที่มีครรภ์นั้นได้รับอันตรายถึงแก่ความตาย หรือได้รับอันตรายสาหัส ศาลอาจสั่งควบคุมความประพฤติ ผู้กระทำความผิดตามความในมาตรา 86 (1) ข้อ 2 ได้

(3) หญิงใดทำแท้งให้ตนเอง ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือต้องระวางโทษปรับ แต่หญิงที่ทำแท้งให้ตนเองไม่ต้องรับโทษดังกล่าว ถ้าการทำแท้งได้กระทำภายหลังที่ได้มีการปรึกษาแนะนำ (มาตรา 218 ตรี (1) ข้อ 1,2) และการทำแท้งได้กระทำโดยแพทย์ กับทั้งการทำแท้งนั้นได้กระทำภายในยี่สิบสองสัปดาห์ของการตั้งครรภ์ ศาลจะไม่ลงโทษหญิงที่ทำแท้งให้ตนเองตามที่กล่าวมาข้างต้นก็ได้ถ้าขณะทำแท้งนั้นหญิงตกอยู่ในภาวะที่ถูกดัดดันเป็นพิเศษ

(4) การพยายามกระทำความผิดฐานนี้เป็นการกระทำที่ต้องรับโทษตามกฎหมายแต่หญิงไม่ต้องรับโทษพยายามกระทำความผิด

มาตรา 218 ทวิ (เหตุทำแท้งได้) บัญญัติว่า

(1) การทำแท้งโดยแพทย์ไม่เป็นความผิดตามมาตรา 218 ถ้า

¹⁹ กนิต ณ นคร, รวมบทความด้านวิชาการ ของ ศาสตราจารย์ ดร.กนิต ณ นคร อัยการสูงสุด เรื่อง เหตุทำแท้งได้ตามกฎหมายเยอรมัน ,กรุงเทพมหานคร:ห้างหุ้นส่วนจำกัด พิมพ์อักษร พ.ศ.2540 หน้า 138.

1. หญิงที่มีครรภ์นั้นยินยอม และ
2. การทำแท้งนั้น เมื่อคำนึงถึงความเป็นไปแห่งชีวิตของหญิงที่มีครรภ์นั้นทั้งในปัจจุบันและในอนาคต ตามความรู้ทางแพทย์แล้วควรกระทำ เพื่อหลีกเลี่ยงให้พ้นจากอันตรายต่อชีวิตหรืออันตรายที่กระทบกระเทือนอย่างมากต่อร่างกายหรือจิตใจของหญิงที่มีครรภ์นั้น และอันตรายนั้นไม่อาจหลีกเลี่ยงให้พ้นโดยทางอื่นที่สมควรได้

(2) เงื่อนไขตาม (1) ข้อ 2 ให้ถือว่าเป็นอันครบถ้วนเช่นเดียวกันถ้าตามความรู้ทางแพทย์

1. มีเหตุอันเชื่อได้ว่าเด็กอันเนื่องมาจากผลทางกรรมพันธุ์หรือผลร้ายอย่างอื่นก่อนการคลอดอาจได้รับผลร้ายที่เกี่ยวกับสภาพความสมบูรณ์ของร่างกายและจิตใจที่ไม่อาจเยียวยาได้ ซึ่งผลร้ายที่ได้รับนั้นเป็นผลร้ายที่ร้ายแรงมากจนไม่อาจเรียกร้องให้หญิงต้องอุ้มท้องต่อไปได้

2. ได้มีการกระทำความผิดตามมาตรา 176 ถึงมาตรา 179 ต่อหญิงที่มีครรภ์นั้น และการตั้งครรภ์นั้นเกิดขึ้นเนื่องจากการกระทำความผิดดังกล่าวนี้ หรือ

3. การทำแท้งนั้นควรกระทำเพื่อหลีกเลี่ยงให้หญิงพ้นจากอันตรายอันเกิดจากความจำเป็นที่

ก) ร้ายแรงมากที่ไม่อาจเรียกร้องให้หญิงอุ้มท้องต่อไปได้และ

ข) อันตรายนั้นไม่อาจหลีกเลี่ยงให้พ้นโดยทางอื่นที่สมควรได้

(3) การทำแท้งในกรณี (2) ข้อ 1 ต้องกระทำภายในสี่สิบสองสัปดาห์ของการตั้งครรภ์ การทำแท้งในกรณี (2) ข้อ 2 และข้อ 3 ต้องกระทำภายในสี่สิบสองสัปดาห์ของการตั้งครรภ์²⁰

สรุปแนวความคิดของกฎหมายเยอรมันในเรื่องการทำแท้งนั้น บัญญัติไว้ค่อนข้างกว้างขวางครอบคลุมไปทุกเรื่องรวมถึงปัญหาสุขภาพจิตของหญิงมีครรภ์ด้วย

แต่อย่างไรก็ดีในความเป็นจริง แม้กฎหมายจำครอบคลุมไว้ในทุกเรื่อง แต่ความ

19 คณิต ณ นคร, รวมบทความด้านวิชาการ ของ ศาสตราจารย์ ดร.คณิต ณ นคร อัยการสูงสุด เรื่อง เหตุทำแท้งได้ตามกฎหมายเยอรมัน, กรุงเทพมหานคร: ห้างหุ้นส่วนจำกัด พิมพ์อักษร พ.ศ.2540 หน้า 138.

20 แปลโดย คณิต ณ นคร, รวมบทความด้านวิชาการ ของศาสตราจารย์ ดร.คณิต ณ นคร อัยการสูงสุด, อ้างแล้ว, หน้า 141-143

เป็นจริงแพทย์จำนวนมากยังลังเลหรือไม่ยอม
ทำแท้งให้อยู่นั่นเอง²¹

แม้จะมีข้อยกเว้นตามกฎหมายให้
ทำแท้งได้โดยแพทย์เป็นผู้กระทำ และต้อง
จำเป็นเนื่องด้วยสุขภาพของหญิง หรือหญิง
นั้นมีครรภ์เพราะถูกข่มขืนกระทำชำเราเป็นต้น
มุมมองที่น่าพิจารณาในการที่แพทย์จะทำแท้ง
หรือยุติการตั้งครรภ์ได้นั้น กฎหมายพิจารณา
เพียงแค่ว่า “สุขภาพของหญิง” หรือ “เมื่อ
หญิงมีปัญหาทางร่างกาย” เท่านั้น

แต่หากความผิดเกี่ยวกับการทำแท้ง
ยังคงมีอยู่เหมือนเดิม เพียงแต่ขยายหลัก
เกณฑ์ตามกฎหมายในกรณีที่หญิงมีปัญหา
สุขภาพทางจิต ซึ่งไม่ได้เกิดการกลุ้มใจหรือมี
ความเครียด แต่หากเป็นโรคจิตที่ทำให้เกิด
พยาธิสภาพต่อร่างกาย เพื่อเป็นการแก้ไข
ปัญหาทางสังคมให้สอดคล้องกับความเป็น
จริงโดยขยายข้อยกเว้นตามประมวลกฎหมาย
อาญา มาตรา 305 บัญญัติเพิ่มเติมและ
กำหนดวิธีการควบคุมในการแท้งของแพทย์
ให้ชัดเจน เพื่อให้แพทย์จะสามารถทำแท้งได้
หากหญิงนั้นมีปัญหาทางจิตใจ หรือในกรณี
จำเป็นเนื่องจากเหตุทางกรรมพันธุ์ หรือเหตุ
อื่นใด ซึ่งมีผลให้ทารกในครรภ์ หากคลอด
ออกมา จะมีความบกพร่อง หรือพิการทาง
ร่างกายหรือจิตใจได้

ภาคผนวก

องค์การอนามัยโลกสากล (World
Health Organization) ได้จำแนกโรคและ
วินิจฉัยโรค โดยจัดระบบการจำแนกโรคไว้ใน
ICD-10 มีดังนี้

F00-F09

Organic, including symptomatic, mental

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

21 คณิต ณ นคร, รวมบทความด้านวิชาการ, อ้างแล้ว หน้า 145.

F10-F19

Mental and behavioural disorders due to psychoactive substance use

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

F20-F29

Schizophrenia, schizotypal and delusional disorders.

- F20 Schizophrenia(จิตเภทชนิดหวาดระแวง)

- F21 Schizotypal disorder (มีพฤติกรรมแปลกประหลาดและพบความผิดปกติของความคิดและอารมณ์คล้ายกับโรคจิตเภท)

- F22 Persistent delusional disorders

- F23 Acute and transient psychotic disorders (โรคจิตชนิดเฉียบพลันที่มีอาการประสาทหลอน หลงผิด และการรับรู้แปรปรวนอย่างชัดเจน)

- F24 Induced delusional disorders

- F25 Schizoaffective disorders

- F28 Other nonorganic psychotic disorders

- F29 Unspecified nonorganic psychosis

F 30-F39

Mood [affective] disorders

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

F40-F48

Neurotic, stress-related and somatoform disorders

- F40 Phobic anxiety disorders
- F41 Other anxiety disorders

F42 Obsessive - compulsive disorders

F43 Reaction to severe stress, and
adjustment disorders

F44 Dissociative [conversion] disorders

F45 Somatoform disorders

F48 Other neurotic disorders

F50-F59

Behavioural syndromes associated with physiological disturbances and physical factors

F50 Eating disorders

F51 Nonorganic sleep disorders

F52 Sexual dysfunction, not caused by
organic disorder or disease

F53 Mental and behavioural disorders
associated with the puerperium

F54 Psychological and behavioural factors
associated with disorders Or diseases
classified elsewhere

F55 Abuse of non-dependence-producing
substances

F59 Unspecified behavioural syndromes
associated with physiological

F60-69

Disorders of adult personality and behaviour

F60 Specific personality disorders

F61 Mixed and other personality disorders

F62 Enduring personality changes, not
attributable to brain damage

F63 Habit and impulse disorders

F64 Gender identity disorders

F65 Disorders of sexual preference

F66 Psychological and behavioural
disorders associated with sexual
development and orientation

F68 Other disorders of adult personality
and behaviour

F69 Unspecified disorder of adult
personality and behaviour

F70-F79

Mental retardation

F70 Mild mental retardation

F71 Moderate mental retardation

F72 Severe mental retardation

F73 Profound mental retardation

F78 Other mental retardation

F79 Unspecified mental retardation

F80-89

Disorders of psychological development

F80 Specific developmental disorders of
speech and language

F81 Specific developmental disorders of
scholastic skills

F82 Specific developmental disorders of
motor function

- F83 Mixed specific developmental disorder
- F84 Pervasive developmental disorders
- F88 Other disorders of psychological developmental
- F89 Unspecified disorders of psychological developmental

- F93 Emotional disorders with onset specific to childhood
- F94 Disorders of social functioning with onset specific to childhood and adolescences
- F95 Tic disorders
- F98 Other behavioural and emotional disorders with onset usually occurring in childhood and adolescence

F90-98

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

- F90 Hyperkinetic disorders
- F91 Conduct disorders
- F92 Mixed disorders of conduct and emotions

F99

Unspecified mental disorder



บรรณานุกรม

- คณิต ณ นคร. (2545). กฎหมายอาญาภาคความผิด. พิมพ์ครั้งที่ 8. กรุงเทพฯ : วิญญูชน.
- คู่มือประกอบการใช้ ICD-10. (2538) เชียงใหม่ : โรงพยาบาลสวนปรุง.
- ดวงใจ กสานติกุล. (2542). โรคซึมเศร้ารักษาหายได้. กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์อักษรการพิมพ์.
- เด็กรุ่นใหม่ไม่นับวับยังห่างวัด สถิติมั่วเช็กแซง “อเมริกา”. (2547,17 มิถุนายน). มติชนรายวัน, หน้า1,12.
- เด๋ายานดีกว่าไม่เป็นมะเร็ง วยทองชูชัน ! ให้รีบพบหมอ. (2547,17มิถุนายน). ไทยรัฐ, หน้า1,19.
- ทวี ตั้งเสรี. (2541). การจำแนกโรคและวินิจฉัยโรคทางจิตเวช แบบ ICD-10. นครพนม : โรงพยาบาลจิตเวชนครพนม กรมสุขภาพจิต กระทรวงสาธารณสุข
- ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ. (2538). เหตุเกิดตรงทางแยก : จุดตัดที่ควรคำนึงของกฎหมาย. กรุงเทพฯ : นิติธรรม.
- มาตรการทางกฎหมายกับปัญหาการทำแท้งทางออกอยู่ที่ไหน? : รายงานการเสวนาทางวิชาการ. (2540). กรุงเทพฯ : สถาบันกฎหมายอาญา สำนักงานอัยการสูงสุด.
- รวมบทความด้านวิชาการของศาสตราจารย์ ดร.คณิต ณ นคร อัยการสูงสุด. (2540). กรุงเทพฯ : พิมพ์อักษร.
- เลอสรณ์ พุ่มชูศรี. (ผู้แปล). (2531). โรคจิตเภท. กรุงเทพฯ : เรือนแก้วการพิมพ์.
- สมศักดิ์ สิงห์พันธุ์. (2524). คำอธิบายกฎหมายอาญา เล่ม 4. กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.