

บทที่ 2

แนวคิด ทฤษฎีทางกฎหมายที่เกี่ยวข้อง

องค์การอนามัยโลกซึ่งกำลังปล่อยให้การทำแท้งเป็นเรื่องผิดกฎหมาย ยิ่งเป็นการผลักดันให้ผู้หญิงและหญิงสาวนับล้านคนทั่วโลกไปสู่การทำแท้งเถื่อน ปัจจุบันครึ่งหนึ่งของผู้หญิงและเด็กสาวที่ทำแท้ง เข้ารับบริการที่ไม่มีมาตรฐานและคุณภาพมากพอที่จะรับรองความปลอดภัย คิดเป็นจำนวน 25 ล้านคนต่อปี การทำแท้งดังกล่าวจึงส่งผลให้ผู้หญิงและเด็กสาวเหล่านี้เสียชีวิตมากกว่า 39,000 คนต่อปี และกว่า 1 ล้านคนที่ต้องเข้ารับการรักษาด้วยอาการแทรกซ้อน เมื่อปลายเดือนมีนาคม พ.ศ. 2565 องค์การอนามัยโลกร่วมกับสถาบันกัตต์มาเซอร์ (Guttmacher Institute) และผู้เชี่ยวชาญจากโครงการอนามัยเจริญพันธุ์ ภายใต้สหประชาชาติ (Human Reproduction Programme) ได้เผยแพร่การศึกษาอัตราการท้องไม่พร้อมและการทำแท้งใน 150 ประเทศ ระหว่างปี พ.ศ.2558 - พ.ศ.2562 พบความเหลื่อมล้ำสูงในการเข้าถึงบริการด้านอนามัยเจริญพันธุ์ เช่น ประเทศในแถบทวีปลาตินอเมริกามีอัตราการเข้าถึงบริการตั้งแต่ 41-107 ต่อผู้หญิง 1,000 คน แตกต่างกันไปในแต่ละประเทศ ขณะที่ประเทศในแถบแอฟริกาเข้าถึงบริการอยู่ที่ระหว่าง 49-145 ต่อผู้หญิง 1,000 คน¹ ในบทนี้ผู้วิจัยจึงได้ศึกษาแนวคิดทฤษฎีเกี่ยวกับสิทธิ ความยินยอม และการทำแท้ง โดยมีรายละเอียดดังนี้

2.1 แนวคิดเกี่ยวกับสิทธิ

สิทธิ หรือ สิทธิ ตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554 หมายถึง อำนาจอันชอบธรรมและหน้าที่ตามรัฐธรรมนูญ อำนาจที่กฎหมายรับรองให้กระทำการใด ๆ โดยสุจริตได้อย่างอิสระ แต่ต้องไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิของคนอื่น

¹ The Coverage. (2565). *ยิ่งปล่อยให้ 'ทำแท้ง' ผิดกฎหมาย ยิ่งผลักดันให้ 'หญิงนับล้าน' ทำแท้งเถื่อน นี่คือข้อกังวลของ 'องค์การอนามัยโลก'*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <https://www.thecoverage.info/news/content/3533> [2566, 1 มิถุนายน]

สิทธิ (Right) ตามความหมายของ **ฉัฐกร วิทิตานนท์** หมายถึง ประโยชน์ที่กฎหมายรับรองและคุ้มครองให้หรืออำนาจที่จะกระทำการใด ๆ ได้อย่างอิสระโดยได้รับรองจากกฎหมาย อย่างไรก็ตาม เมื่อมีสิทธิแล้วย่อมจะต้องมีหน้าที่ (Duty) ความรับผิดชอบตามมาด้วย สิทธิและหน้าที่จึงเป็นของคู่กัน เพราะเมื่อบุคคลใดบุคคลหนึ่งมีสิทธิหรือได้ประโยชน์ที่กฎหมายรับรองให้แล้ว อีกบุคคลหนึ่งก็ต้องมีหน้าที่ที่จะต้องไม่รบกวนหรือขัดขวางต่อสิทธินั้น ในอันที่จะกระทำการหรืองดเว้นไม่กระทำการใด ๆ เพื่อให้เป็นไปตามสิทธินั้นอย่างไรก็ได้

สิทธิ (Right) ตามความหมายของ **รองศาสตราจารย์มานิต จุ่มปา** หมายถึง ประโยชน์ที่กฎหมายรับรองและคุ้มครองให้แก่บุคคลในอันที่จะกระทำการเกี่ยวกับทรัพย์สินหรือบุคคลอื่น เช่น สิทธิในทรัพย์สิน สิทธิในชีวิตและร่างกาย เป็นต้น สิ่งที่รัฐธรรมนูญกำหนดเป็นสิทธิ หมายความว่า รัฐให้สิทธิแก่ประชาชนโดยรัฐมีพันธกรณี (หน้าที่) ที่จะต้องทำให้ประชาชนได้รับสิทธินั้นเปรียบประดุจดังรัฐเป็นลูกหนี้ประชาชนเป็นเจ้าของหนี้

สิทธิตามรัฐธรรมนูญและสิทธิตามความหมายทั่วไป ตามความหมายของ **ศาสตราจารย์ ดร.บรรเจิด สิงคะเนติ** หมายถึง อำนาจที่กฎหมายรับรองคุ้มครองให้แก่บุคคลในอันที่จะเรียกร้องให้บุคคลอื่นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง สิทธิจึงก่อให้เกิดหน้าที่แก่บุคคลอื่นด้วย²

จากที่กล่าวมานั้นผู้วิจัยเห็นว่าสิทธินั้น หมายถึง ประโยชน์ใด ๆ ที่กฎหมายรับรองคุ้มครองให้หรืออำนาจที่จะกระทำการใด ๆ ได้อย่างอิสระ แต่ต้องไม่เป็นการกระทบกระเทือนถึงสิทธิของคนอื่น และสิทธิที่เกี่ยวข้องกับงานสารนิพนธ์เรื่องนี้ มีดังนี้

2.1.1 สิทธิตามรัฐธรรมนูญ

รัฐธรรมนูญ (Constitutional) หมายถึง กฎหมายสูงสุดของประเทศ กล่าวคือ เป็นกติกาสถาบันในการปกครองซึ่งกำหนดกรอบอำนาจหน้าที่และบทบาทของบุคคลต่าง ๆ อีกทั้งยังเป็นเครื่องหมายที่แสดงถึงการปกครองระบอบประชาธิปไตยและแสดงให้เห็นว่าประเทศมีการปกครองแบบนิติรัฐ คือ เป็นการปกครองโดยกฎหมาย และในบรรดากฎหมายที่ออกมาบังคับใช้กับพลเมือง รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดที่กฎหมายอื่นจะขัดหรือแย้งไม่ได้³

² พงษ์วัฒน์ บุญพิทักษ์. (2566). *สิทธิและเสรีภาพของปวงชนชาวไทย ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: https://www.parliament.go.th/ewtadmin/ewt/elaw_parcy/ewt_dl_link.php?nid=1728 [2566, 19 กุมภาพันธ์]

³ สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร. (2563). *รัฐธรรมนูญ*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <https://library.parliament.go.th/index.php/th/node/2261> [2566, 27 กุมภาพันธ์]

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับแรกมีขึ้นเมื่อ พ.ศ. 2475 โดยมีปรีดี พนมยงค์ ผู้นำฝ่ายพลเมืองของคณะราษฎรเป็นผู้ร่างรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวขึ้นเพื่อเป็นการดูแลอำนาจระหว่างชนชั้นนำและคณะราษฎร โดยมีชื่อเรียกว่า “พระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พุทธศักราช 2475” ประกาศใช้เมื่อวันที่ 27 มิถุนายน พ.ศ. 2475⁴ ซึ่งในเรื่องเกี่ยวกับสิทธินั้นมีการบัญญัติเกี่ยวกับสิทธิเฉพาะเรื่องการเลือกผู้แทนหมู่บ้านในมาตรา 14 เท่านั้น และในส่วนการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้มีการนำมาบัญญัติไว้เป็นครั้งแรกใน “รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พุทธศักราช 2475” โดยบัญญัติไว้ในหมวด 2 สิทธิและหน้าที่ของชนชาวสยาม ได้วางหลักไว้อย่างกว้างว่า “บุคคลย่อมมีเสรีภาพบริบูรณ์ในการถือศาสนาหรือลัทธิใด ๆ และมีเสรีภาพในการปฏิบัติพิธีกรรมตามความเชื่อถือของตน เมื่อไม่เป็นปฏิปักษ์ต่อหน้าที่ของพลเมืองและไม่เป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมของประชาชน” และ “ภายในบังคับแห่งกฎหมาย บุคคลย่อมมีเสรีภาพบริบูรณ์ในร่างกาย เคหสถาน ทรัพย์สิน การพูด การเขียน การโฆษณา การศึกษาอบรม การประชุมโดยเปิดเผย การตั้งสมาคม การอาชีพ”⁵ ต่อมาได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมเกี่ยวกับเรื่องการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนเรื่องอื่น ๆ เพิ่มเติมเรื่อยมา จนปัจจุบันราชอาณาจักรไทยได้มีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญมาแล้ว 20 ฉบับ โดยฉบับปัจจุบัน คือ “รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560” ที่ประกาศใช้เมื่อวันที่ 6 เมษายน พ.ศ. 2560⁶ ซึ่งบัญญัติเรื่องเกี่ยวกับสิทธิไว้ในหมวด 3 มาตรา 25 – 49 โดยมีมาตราที่เกี่ยวข้องกับสิทธิในเรื่องชีวิต ร่างกาย และการรับบริการสาธารณสุข 3 มาตรา ได้แก่ มาตรา 27 มาตรา 28 และ มาตรา 47

จะเห็นได้ว่า แม้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยจะมีบทบัญญัติกล่าวไว้บุคคลย่อมมีสิทธิในชีวิตและร่างกายของตน แต่กฎหมายก็ยังไม่ได้ให้ผู้หญิงสามารถทำแท้งได้อย่างเสรี กล่าวคือ สามารถทำแท้งได้ไม่ว่าจะอายุครรภ์เท่าใด แต่กฎหมายกำหนดให้สามารถทำแท้งได้โดย

⁴ รวิินทร์ คำโพธิ์ทอง. (2564). *รัฐธรรมนูญในฝัน: หลักการและเจตจำนงของคณะราษฎร พ.ศ. 2475*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: https://www.silpa-mag.com/history/article_69349 [2566, 19 กุมภาพันธ์]

⁵ พงษ์รัตน์ บุญพิทักษ์. (2566). *สิทธิและเสรีภาพของปวงชนชาวไทย ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: https://www.parliament.go.th/ewtadmin/ewt/elaw_parcy/ewt_dl_link.php?nid=1728 [2566, 19 กุมภาพันธ์]

⁶ พิพิธภัณฑน์ รัฐสภา. (2566). *รัฐธรรมนูญไทย*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <https://parliamentmuseum.go.th/constitution.html> [2566, 19 กุมภาพันธ์]

ไม่ถือว่าเป็นความผิดหากผู้หญิงทำแท้งเองขณะอายุครรภ์ไม่เกิน 12 สัปดาห์ อาจจะด้วยเหตุผลบางอย่างที่มองว่าถ้าให้สิทธิที่ให้ทำแท้งได้อย่างเสรีมากเกินไปอาจจะเป็นการไม่ดีต่อสังคม

2.1.2 สิทธิสตรี

ตั้งแต่อดีตมาถึงปัจจุบันผู้หญิงมักจะถูกกลั่นแกล้งสิทธิ ถูกกดขี่ ถูกเอารัดเอาเปรียบเมื่อเทียบกับผู้ชาย ไม่ว่าจะเป็นเรื่องทางสังคม การเมือง วัฒนธรรม การศึกษา เศรษฐกิจ ตำแหน่งหน้าที่ การงานที่ผู้ชายมักได้รับสิทธิมากกว่าผู้หญิงหรือในบางกรณีผู้หญิงนั้นไม่ได้รับสิทธิอะไรเลย เช่น ผู้นำประเทศมักจะเป็นผู้ชายโดยถือคติว่าผู้ชายมีความเป็นผู้นำมากกว่าผู้หญิง ในเรื่องการศึกษาที่สมัยก่อนพ่อแม่จะสนับสนุนให้ลูกชายได้มีโอกาสรับการศึกษามากกว่าลูกสาวโดยจะให้ลูกสาวช่วยงานที่บ้าน หรือ การรับตำแหน่งปลัดอำเภอในสมัยก่อนที่รับสมัครเฉพาะเพศชายเท่านั้น ซึ่งถือเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างหนึ่ง ด้วยเหตุนี้เองในปี ค.ศ. 1979 จึงได้เกิด “อนุสัญญาว่าด้วยการขจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรี (Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women : CEDAW)” ที่เป็นเอกสารระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชนที่มีวัตถุประสงค์เพื่อจัดการเลือกปฏิบัติต่อผู้หญิงในทุกรูปแบบ โดยข้อสันนิษฐานเบื้องต้นของอนุสัญญาดังกล่าวนี้นั้นตั้งอยู่บนพื้นฐานว่าผู้หญิงมักได้รับการปฏิบัติหรือส่งเสริมจากรัฐในลักษณะที่ด้อยกว่าชาย ดังนั้นรัฐจึงมีหน้าที่ที่จะต้องสร้างหลักประกันว่าหญิงจะได้รับการปฏิบัติ ดูแล และส่งเสริมอย่างเท่าเทียมกับชายในทุกรูปแบบ⁸ และราชอาณาจักรไทยก็ได้เข้าเป็นภาคีโดยการภาคยานุวัติ เมื่อวันที่ 9 สิงหาคม พ.ศ. 2528 และมีผลใช้บังคับกับราชอาณาจักรไทยเมื่อวันที่ 8 กันยายน พ.ศ. 2528

สาระสำคัญของอนุสัญญาดังกล่าว แบ่งออกได้ 6 ส่วนได้แก่ ส่วนที่ 1 คำจำกัดความของคำว่า การเลือกปฏิบัติต่อสตรี พันธกรณีของรัฐภาคี มาตรการที่รัฐภาคีต้องดำเนินการเพื่อสนับสนุนความก้าวหน้าของสตรี ส่วนที่ 2 ความเท่าเทียมกันระหว่างบุรุษและสตรีในด้านการเมือง

⁷ ประมวลกฎหมายอาญา. มาตรา 301.

⁸ พิชามณต์ ทรัพย์ไพบุลย์. (2565). *ทำความเข้าใจ CEDAW ในฐานะกลไกระหว่างประเทศเพื่อจัดการเลือกปฏิบัติต่อผู้หญิง*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <https://themomentum.co/ruleoflawcedaw/#:~:text=CEDAW%20%0%B8%AB%0%B8%A3%0%B8%B7%0%B8%AD%20Convention%20on%20the,%0%B9%82%0%B8%94%0%B8%A2%0%B8%82%0%B9%89%0%B8%AD%0%B8%AA%0%B8%B1%0%B8%99%0%B8%99%0%B8%B4%0%B8%A9%0%B8%90%0%B8%B2%0%B8%99%0%B9%80%0%B8%9A%0%B8%B7%0%B9%89%0%B8%AD%0%B8%87%0%B8%95%0%B9%89%0%B8%99%0%B8%82%0%B8%AD%0%B8%87> [2566, 27 กุมภาพันธ์]

⁹ การภาคยานุวัติ (Accession) หมายถึง การที่รัฐหนึ่งซึ่งไม่ได้เป็นรัฐภาคีที่เข้าเจรจา และลงนามในสนธิสัญญาตั้งแต่แรก ได้ดำเนินการให้ความยินยอมเพื่อเข้าเป็นภาคีสถิติสัญญาและผูกพันตามสนธิสัญญาที่รัฐอื่น ๆ ได้ทำการวินิจฉัยตกลงก่อนแล้วและสนธิสัญญานั้นได้มีผลใช้บังคับอยู่ก่อนแล้ว

และการดำรงชีวิต ส่วนที่ 3 สิทธิของสตรีที่จะต้องได้รับการดูแลทางเศรษฐกิจ การป้องกันความรุนแรงต่อสตรีในสถานที่ทำงาน และการเข้าถึงบริการสุขภาพ ส่วนที่ 4 ความเท่าเทียมกันของบุรุษและสตรีในด้านกฎหมาย ส่วนที่ 5 การจัดตั้งคณะกรรมการการจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรี ในทุกรูปแบบ พันธกรณีของรัฐในการจัดทำรายงานของรัฐภาคี และการปฏิบัติหน้าที่ของคณะกรรมการ และ ส่วนที่ 6 การไม่ให้มีข้อบทของอนุสัญญาที่จะขัดต่อกฎหมายภายในที่ดำเนินการมากกว่าที่กำหนดไว้ในอนุสัญญาและกฎหมายระหว่างประเทศที่มีอยู่ การนำพันธกรณีไปปฏิบัติในระดับประเทศ¹⁰

ผู้หญิงเริ่มมีบทบาทมากขึ้นในทางสังคม ทางการเมืองมากขึ้น ผู้หญิงสามารถเป็นผู้นำประเทศได้ เช่น อดีตนายกรัฐมนตรีแห่งราชอาณาจักรไทย **ยิ่งลักษณ์ ชินวัตร** ที่เป็นนายกรัฐมนตรีหญิงคนแรกของประเทศ, **อังกลา แมร์เคิล** อดีตนายกรัฐมนตรีเยอรมนี, **จาซินดา แคร ลอเรนส์ อาร์เตริน** อดีตนายกรัฐมนตรีนิวซีแลนด์, **เทริซา เมย์** อดีตนายกรัฐมนตรีสหราชอาณาจักร และ **จอร์เจีย เมโลนี** ที่เพิ่งรับตำแหน่งนายกรัฐมนตรีอิตาลี ตำแหน่งหน้าที่การงานหลายตำแหน่งให้ผู้หญิงมีสิทธิสมัครและรับตำแหน่งได้ ลูกชายลูกสาวได้รับการศึกษาอย่างเท่าเทียมกัน แต่อย่างไรก็ตาม แม้จะมีอนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีแต่บางประเทศก็ยังจำกัดสิทธิของผู้หญิงอยู่ดี เช่นในซีเรียที่ผู้หญิงถูกกีดกันจากการมีส่วนร่วมทางการเมือง รวมถึงกระบวนการสันติภาพที่กำลังดำเนินอยู่ ปากีสถานที่แม้ว่าการออกเสียงเลือกตั้งจะเป็นสิทธิที่รัฐธรรมนูญคุ้มครอง แต่ยังมีบางพื้นที่ของประเทศที่ผู้หญิงถูกห้ามไม่ให้ออกเสียง เพราะผู้มีอิทธิพลในชุมชนใช้ธรรมเนียมประเพณีชายเป็นใหญ่ของท้องถิ่นกีดกันไม่ให้ผู้หญิงเดินทางไปยังจุดลงคะแนนเสียงได้ อัฟกานิสถานที่ทางการได้นำเอาระบบบังคับพิสูจน์ตัวตนด้วยภาพถ่ายมาใช้ตามจุดเลือกตั้ง ทำให้การลงคะแนนเสียงเลือกตั้งของผู้หญิงเกิดความยากลำบากในพื้นที่อนุรักษ์นิยมที่ผู้หญิงส่วนใหญ่ต้องปกคลุมใบหน้าในที่สาธารณะ¹¹

ยุคปัจจุบันผู้คนเริ่มนึกถึงเรื่องความเท่าเทียมกันมากขึ้น เริ่มรักษาสีผิวของตนเองกันมากขึ้น ประชาชนทุกคนย่อมมีสิทธิเท่าเทียมกันในร่างกายของตนเองไม่ว่าจะเป็นเพศใดก็ตาม โดยเฉพาะสิทธิในทางเพศและอนามัยเจริญพันธุ์ของผู้หญิงหรือเด็กผู้หญิง หมายถึง สิทธิในการเข้าถึงบริการสุขภาพ เช่น การคุมกำเนิดและการทำแท้งปลอดภัยได้อย่างเสมอภาค ผู้หญิงควรมีสิทธิ

¹⁰ สิทธิมนุษยชน. (2566). *CEDAW อนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบ*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <https://humanrights.mfa.go.th/th/humanrights/obligation/international-human-rights-mechanism/CEDAW.php> [2566, 27 กุมภาพันธ์]

¹¹ AMNESTY INTERNATIONAL THAILAND. (2566). *สิทธิสตรี*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <https://www.amnesty.or.th/our-work/womens-rights/> [2566, 28 กุมภาพันธ์]

ในเนื้อตัวร่างกายของตนเองในการที่จะทำแท้งซึ่งเป็นเรื่องที่คุณจะได้รับผลกระทบและภาวะ โดยตรงต่อไปในอนาคต ผู้หญิงควรที่จะมีสิทธิในการตัดสินใจที่จะเป็นฝ่ายเลือกหรือกำหนดได้เอง ว่าตนจะยินยอมรับผลกระทบและภาวะดังกล่าวนี้หรือไม่ โดยเป็นความรับผิดชอบของผู้หญิงเอง ที่จะจัดการเกี่ยวกับเนื้อตัวร่างกายของตน¹²

และลัทธิสตรีนี้เองทำให้เกิด **ทฤษฎีสตรีนิยม (Feminism)** ขึ้น คำว่า "เฟมินิสม์" (Feminism) หรือแนวคิดสตรีนิยม ได้รับการบัญญัติโดย ชาร์ล ฟูรีเย นักปรัชญาชาวฝรั่งเศส ในปี ค.ศ.1837 ปัจจุบันสารานุกรมบริแทนนิกา ซึ่งเป็นสารานุกรมภาษาอังกฤษที่ตีพิมพ์มายาวนาน ได้ นิยามความหมายของคำนี้ว่าเป็น "ความเชื่อเรื่องความเท่าเทียมกันระหว่างชายหญิงในด้าน สังคม เศรษฐกิจ และการเมือง" ขณะที่พจนานุกรมภาษาอังกฤษ ฉบับอ็อกซ์ฟอร์ด ได้นิยามคำว่า "เฟมินิสต์" (feminist) ว่าเป็น "ผู้สนับสนุนสิทธิและความเสมอภาคของสตรี"¹³

2.1.3 สิทธิเด็ก

“เด็ก” คือ บุคคลที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปี เว้นแต่กฎหมายของประเทศจะกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น เป็นผู้ที่ต้องได้รับการคุ้มครองสิทธิในด้านต่าง ๆ ภายใต้ออนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กแห่ง สหประชาชาติ พ.ศ. 2532 (UNCRC) ที่เป็นข้อตกลงระหว่างประเทศที่ได้รับการรับรองมากที่สุด ในโลกถึง 196 ประเทศ¹⁴ และจัดทำขึ้นโดยสหประชาชาติ (คณะกรรมการด้านสิทธิมนุษยชน) โดยได้รับการรับรองจากที่ประชุมสมัชชาสหประชาชาติ (United Nations General Assembly)¹⁵

¹² AMNESTY INTERNATIONAL THAILAND. (2566). *สิทธิสตรี*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <https://www.amnesty.or.th/our-work/womens-rights/> [2566, 28 กุมภาพันธ์]

¹³ BCC NEWS ไทย. (2563). *เฟมทวิต : ประวัติศาสตร์ของแนวคิดสตรีนิยม และปมขัดแย้งในสังคมไทย*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <https://www.bbc.com/thai/international53153218#:~:text=%E0%B8%84%E0%B8%B3%E0%B8%A7%E0%B9%88%E0%B8%B2%20%22%E0%B9%80%E0%B8%9F%E0%B8%A1%E0%B8%B4%E0%B8%99%E0%B8%B4,%E0%B8%94%E0%B9%89%E0%B8%B2%E0%B8%99%E0%B8%AA%E0%B8%B1%E0%B8%87%E0%B8%84%E0%B8%A1%20%E0%B9%80%E0%B8%A8%E0%B8%A3%E0%B8%A9%E0%B8%90%E0%B8%81%E0%B8%B4%E0%B8%88%20%E0%B9%81%E0%B8%A5%E0%B8%B0%E0%B8%81%E0%B8%B2%E0%B8%A3%E0%B9%80%E0%B8%A1%E0%B8%B7%E0%B8%AD%E0%B8%87%22> [2566, 28 กุมภาพันธ์]

¹⁴ Unicef for every child Thailand. (2566). *อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กคืออะไร ครบ 30 ปีแล้ว ที่อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กถือกำเนิดขึ้น*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <https://www.unicef.org/thailand/th/what-is-crc> [2566, 21 กุมภาพันธ์]

¹⁵ สิทธิมนุษยชน. (2566). *อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <https://humanrights.mfa.go.th/kids/72/> [2566, 21 กุมภาพันธ์]

สาระสำคัญของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กแห่งสหประชาชาติ พ.ศ. 2532 (UNCRC) ในเรื่องของสิทธิของเด็กมีอยู่ด้วยกัน 4 ด้านได้แก่ **ด้านที่หนึ่ง สิทธิที่จะมีชีวิตรอด** เริ่มตั้งแต่เมื่อแรกเกิด เด็กมีสิทธิที่จะมีชีวิตรอด ได้รับการจดทะเบียนเกิด มีสิทธิที่จะมีชื่อ ได้สัญชาติ และได้รับการเลี้ยงดูจากบิดามารดาของตน ไม่ถูกแยกจากครอบครัว รวมทั้งได้รับการปกป้องคุ้มครองอย่างเหมาะสม โดยรัฐมีหน้าที่ประกันสิทธิเหล่านี้และจัดหาบริการ พื้นฐานต่าง ๆ เพื่อให้เด็กได้มีชีวิตรอด และเติบโตขึ้นอย่างแข็งแรง ไม่ว่าจะเป็นการสาธารณสุขที่ได้มาตรฐานในยามเจ็บป่วย ด้านโภชนาการที่จะต้องให้อาหาร ที่มีประโยชน์ที่เหมาะสมสำหรับเด็ก มีน้ำดื่มที่สะอาด ได้อาศัยอยู่ในพื้นที่ชุมชนที่สะอาดตลอดจน โอกาสเข้าถึงการพัฒนาต่อไปในอนาคต **ด้านที่สอง สิทธิที่จะได้รับการปกป้องคุ้มครอง** เมื่อเด็กได้เกิดและรอดชีวิตมาแล้ว เด็กควรได้รับความคุ้มครองจากการใช้ความรุนแรงทั้งร่างกายและจิตใจรวมถึงการคุ้มครองจากการใช้แรงงานผิดกฎหมาย การทำงานอันตราย หรือการขัดขวางการศึกษา เรื่องสารเสพติด สารอันตราย สารมีพิษ และสิ่งเสพติดต่าง ๆ อีกหนึ่งการให้ความคุ้มครองที่สำคัญ คือ การคุ้มครองจากการค้ามนุษย์ การขายและการลักพาเด็ก การล่วงละเมิดทางเพศ และการแสวงประโยชน์กับเด็กในทุกรูปแบบ โดยรัฐมีหน้าที่ต้องฟื้นฟูทั้งร่างกายและจิตใจได้กลับคืนสู่สังคมอย่างมีศักดิ์ศรีอีกด้วย **ด้านที่สาม สิทธิในการพัฒนา** การศึกษาและพัฒนาการเป็นอีกเรื่องที่ต้องให้ความสำคัญ เริ่มตั้งแต่ที่เด็กต้องได้รับการพัฒนาปฐมวัยและได้รับการศึกษาอย่างมีคุณภาพ ได้รับข้อมูลข่าวสารจากสื่อที่หลากหลาย โดยมีพ่อแม่เป็นผู้ช่วยคอยแนะนำ ขณะที่เด็กที่มีความจำเป็นพิเศษ เช่น เด็กพิการ ก็ต้องได้รับการดูแลให้มีชีวิตที่ปกติ สุขได้รับโอกาสพัฒนาและการศึกษาที่เหมาะสม ให้สามารถเติบโตพึ่งพาตนเองได้อย่างเต็มศักยภาพตลอดจนมีส่วนร่วมในชุมชน สิทธิด้านการพัฒนานี้ยังหมายถึงการต่อยอดไปสู่ทักษะเฉพาะต่าง ๆ การพัฒนาความสามารถทั้งด้านร่างกายและจิตใจที่จะทำให้เด็กได้ก้าวไปสู่อนาคตข้างหน้า และมีคุณภาพชีวิตที่ดีต่อไปในอนาคต **ด้านสุดท้าย สิทธิในการมีส่วนร่วม** เด็กถือเป็นสมาชิกคนหนึ่งในสังคมจึงควรมีสิทธิในการมีส่วนร่วม ทั้งการแสดงความคิดเห็นได้อย่างเสรีหรือเข้ามามีบทบาทในเรื่องต่าง ๆ โดยเฉพาะกับเรื่องที่เกี่ยวข้องผลกระทบหรือมีส่วนโดยตรงกับตัวเด็กและเยาวชนเอง โดยความคิดเห็นดังกล่าวของเด็กจะต้องได้รับการพิจารณาอย่างจริงจังตามสมควรแก่อายุและวุฒิภาวะของเด็กคนนั้น¹⁶ ทั้งนี้ต้องตั้งอยู่บนหลักการ ไม่เลือกปฏิบัติ และถือประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นที่ตั้ง

¹⁶ Unicef for every child Thailand. (2566). *อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กคืออะไร ครบ 30 ปีแล้ว ที่อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กถือกำเนิดขึ้น*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <https://www.unicef.org/thailand/th/what-is-crc> [2566, 21 กุมภาพันธ์]

ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยนั้น ไม่ได้มีนิยามคำว่า เด็ก แต่มีนิยามของคำว่า ผู้เยาว์ ไว้แทน โดยผู้เยาว์นั้นคือบุคคลที่อายุไม่เกิน 20 ปีบริบูรณ์ และผู้เยาว์ถือว่าเป็นผู้เสมือนไร้ความสามารถ แต่ในประมวลกฎหมายอาญามีแบ่งอายุสำหรับเด็กและผู้เยาว์ออกจากกัน โดยเด็ก คือ บุคคลที่มีอายุไม่เกิน 14 ปีบริบูรณ์ และผู้เยาว์ คือ บุคคลที่มีอายุตั้งแต่ 14 ปีขึ้นไป แต่ไม่เกิน 20 ปีบริบูรณ์ และเพื่อความเข้าใจตรงกันสำหรับงานสารนิพนธ์ฉบับนี้ ผู้วิจัยได้กำหนดคำว่า ผู้เยาว์ หมายถึง บุคคลที่มีอายุไม่เกิน 20 ปีบริบูรณ์

เนื่องจากผู้เยาว์มักถูกมองว่ายังไม่มีความสามารถเพียงพอในการตัดสินใจในเรื่องต่าง ๆ ทั้งยังไม่มีประสบการณ์ชีวิตที่มากพอเมื่อเทียบกับผู้ใหญ่จึงมักใช้อารมณ์ความรู้สึกมากกว่าความเป็นเหตุเป็นผล เป็นเหตุให้กฎหมายต้องกำหนดให้มีผู้แทนโดยชอบธรรมหรือผู้ปกครองในการกระทำการใดของผู้เยาว์ เช่น ผู้เยาว์จะทำนิติกรรมใด ๆ ต้องได้รับความยินยอมของผู้แทนโดยชอบธรรมก่อน หากทำลงโดยปราศจากความยินยอมการนั้นเป็นโมฆะ¹⁷ แต่ถ้าเป็นเพียงเพื่อที่จะได้ไปซึ่งสิทธิอันใดอันหนึ่งหรือเพื่อให้หลุดพ้นจากหน้าที่อันใดอันหนึ่ง¹⁸ เป็นการต้องทำเฉพาะตัว¹⁹ หรือเป็นการสมแก่นานาอนุรูปแห่งตนและเป็นการอันจำเป็นในการดำรงชีพตามสมควร²⁰ ก็ไม่ต้องได้รับความยินยอมจากผู้แทนโดยชอบธรรม การจัดการทรัพย์สินของผู้เยาว์ที่ผู้ใช้อำนาจจะทำได้ในวันแต่ศาลจะอนุญาต²¹ การยื่นฟ้องต่อศาลในคดีอาญา หากผู้เยาว์เป็นผู้เสียหายก็ต้องให้ผู้แทนโดยชอบธรรมเป็นผู้ทำการยื่นฟ้องแทน²² และเนื่องจากผู้เยาว์เป็นคนเสมือนไร้ความสามารถจึงต้องได้รับความยินยอมจากผู้แทนโดยชอบธรรม คือ แม่ พ่อที่จดทะเบียนสมรสกับแม่หรือจดทะเบียนรับรองบุตรถูกต้องตามกฎหมาย หรือผู้ปกครองซึ่งศาลตั้ง

2.2 แนวคิดเกี่ยวกับหลักความยินยอม

ยินยอม ตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554 หมายความว่า ขอม ไม่ขัดตกลง ชอบใจ ตาม

ความยินยอมเป็นการแสดงเจตนาฝ่ายเดียวของผู้ให้ความยินยอมต่ออีกฝ่ายหนึ่งโดยการแสดงออกด้วยตนเองหรือผู้แทน เพื่อแสดงออกถึงการยอมรับผลของการกระทำหรือยินยอมให้มี

¹⁷ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 21.

¹⁸ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 22.

¹⁹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 23.

²⁰ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 24.

²¹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1574.

²² ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 5.

การกระทำหรือเหตุการณ์นั้นเกิดขึ้นกับตน หลักความยินยอมเป็นหลักที่พัฒนามาจากหลักการเคารพในบุคคล (respect of persons) หรือการเคารพในศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคล ความสามารถในการให้ความยินยอมของผู้ให้ความยินยอมจึงเป็นหลักสำคัญของการให้ความยินยอม ผู้ให้ความยินยอมจะต้องเข้าใจวัตถุประสงค์และผลของการกระทำ หากผู้ให้ความยินยอมไม่มีความสามารถในการให้ความยินยอมหรือมีความสามารถในการให้ความยินยอมไม่เพียงพอต่อเรื่อง ๆ นั้นจะทำให้การให้ความยินยอมของบุคคลนั้นจะถูกแทรกแซงโดยบุคคลอื่น เพื่อคุ้มครองประโยชน์ของบุคคลนั้นจึงมีการให้ความยินยอมโดยผู้ใกล้ชิดแทน เช่น บิดามารดา ผู้อนุบาล ผู้ปกครอง หรือศาล เป็นต้น²³

2.2.1 หลักความยินยอมของผู้เสียหายไม่ทำให้การกระทำเป็นละเมิด

ในสมัยโรมันหากมีผู้ทำละเมิดจนเป็นเหตุให้ผู้อื่นเกิดความเสียหาย ผู้ที่ได้รับ ความเสียหายจากการกระทำนั้นจะแก้แค้นเอากับผู้ก่อความเสียหายให้สาสม ซึ่งการแก้แค้นนี้ในกฎหมายยุโรปเรียกว่า “หลักตาต่อตา ฟันต่อฟัน” แต่ผู้เสียหายสามารถก็เลือกได้ว่า จะแก้แค้นหรือจะให้ภัยต่อการกระทำนั้นและขอค่าทำขวัญแทน ต่อมาในยุคที่สังคมเจริญก้าวหน้ามากขึ้น สิทธิมนุษยชนก็ได้รับการยอมรับมากขึ้นเช่นกัน การแก้แค้นทดแทนถูกมองว่าเป็นจุดเริ่มต้นในกฎหมายโรมันที่ยอมรับการที่พลเมืองชาวโรมันชายตัวเองเป็นทาสได้จึงได้มีการนำเอาหลักนี้ไปประยุกต์ใช้กับกฎหมายละเมิดและส่งผลให้การทำละเมิดที่เกิดจากความยินยอมของผู้เสียหายไม่อาจนำคดีมาฟ้องร้องต่อศาลได้ ไม่ว่าผู้เสียหายจะให้ความยินยอมโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายก็ตาม²⁴

นอกจากต้องคำนึงถึงแนวคิดของหลักความยินยอมไม่เป็นละเมิดในยุคสมัยโรมันแล้ว ยังคงจำต้องพิจารณาถึงมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540²⁵ ที่เป็นบทบัญญัติข้อห้ามอย่างเด็ดขาดในการกล่าวอ้างหลักความยินยอมไม่เป็นละเมิด แต่หากความยินยอมนั้นเป็นความยินยอมที่ต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมายหรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนก็ไม่สามารถยกขึ้นต่อสู้เพื่อยกเว้นความรับผิดทางละเมิดได้ แต่ไม่ได้

²³ สิริทิพย์ สมใจ. (2561). *ความยินยอมของเด็ก : ศึกษากรณีสิทธิการตายโดยสงบของผู้ป่วยเด็ก*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขากฎหมายอาญา, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 6–7.

²⁴ จันทรเพ็ญ กุญ. (2558). *ปัญหาในการบังคับใช้กฎหมายเกี่ยวกับความยินยอมที่เกี่ยวข้องกับสิทธิผู้ป่วยในการรักษาพยาบาล*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช. หน้า 11.

²⁵ พระราชบัญญัติข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2549 มาตรา 9 “ความตกลงหรือความยินยอมของผู้เสียหายสำหรับการกระทำที่ต้องห้ามชัดแจ้ง โดยกฎหมาย หรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนจะนำมาอ้างเป็นเหตุยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดเพื่อละเมิดมิได้”

ยกเว้นหลักความยินยอมไม่เป็นละเมิดในส่วนอื่น โดยความยินยอมตามมาตรา 9 นี้เป็นการแสดงเจตนาให้ความยินยอมโดยฝ่ายเดียวของผู้เสียหาย การแสดงเจตนาที่ยอมเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียวแต่การนี้บางกรณีอาจมีผลทำให้การกระทำนั้นไม่เป็นละเมิดแต่ไม่ถือว่าการนี้เป็นการยินยอมเป็นนิติกรรมเพราะไม่มีการแสดงเจตนา แต่นักกฎหมายบางท่านมองว่าการให้ความยินยอมโดยปกติไม่ถือว่าเป็นนิติกรรมแต่ความยินยอมที่มีการบังคับใช้ตามพระราชบัญญัติข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 เป็นนิติกรรมทุกกรณีเพราะคำนิยามของความยินยอมในมาตรา 3 ได้กำหนดให้ความยินยอมตามพระราชบัญญัตินี้เป็นข้อสัญญา²⁶

2.2.2 หลักความยินยอมในทางอาญา

หลัก Innocent consent หรือหลักความยินยอมอันบริสุทธิ์ของผู้เสียหายในทางอาญากับหลักความยินยอมไม่เป็นละเมิดในทางแพ่งนั้นเป็นหลักการเดียวกันจะแตกต่างกันตรงที่วัตถุประสงค์ของกฎหมายอาญานั้นมีจุดกำเนิดขึ้นเพื่อควบคุมความสงบเรียบร้อยในสังคมให้คนอยู่ร่วมกันอย่างสงบสุข ฉะนั้นการใดที่ฝ่าฝืนวัตถุประสงค์กฎหมายอาญาย่อมไม่อาจยอมรับให้มีขึ้นได้ แม้จะเป็นความยินยอมเฉพาะตัวของผู้เสียหายเองก็ต้องอยู่ภายใต้บังคับว่าห้ามขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนด้วยเช่นกัน ทั้งนี้ เพื่อให้สังคมเป็นปกติสุข มีความเป็นระเบียบเรียบร้อย ไม่ว่าความยินยอมใดก็ตามก็ไม่อาจที่จะมาลบล้างวัตถุประสงค์ดังกล่าวของกฎหมายอาญาไปได้ ในขณะที่กฎหมายแพ่งนั้นจุดมุ่งหมายสูงสุดมุ่งเยียวยาความเสียหายให้แก่ผู้เสียหาย เป็นเรื่องระหว่างเอกชนกับเอกชนหากเขายินยอมยอมเป็นเรื่องส่วนตัวของเขา ปัญหาเรื่องความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนจึงไม่ค่อยนำมาพิจารณาประกอบเหมือนกฎหมายอาญาเท่าไร²⁷

2.2.3 ความยินยอมของผู้เยาว์

ความยินยอมไม่ใช่นิติกรรมเพราะผู้เสียหายซึ่งแสดงเจตนาให้ความยินยอมดังกล่าวไม่ได้ให้ความยินยอมในลักษณะที่ว่าให้ผู้กระทำความผิดมีสิทธิกระทำการอันนั้นได้แต่อย่างใด กล่าวคือผู้เสียหายให้ความยินยอมไม่ได้แสดงเจตนาทำนิติกรรมตามที่กฎหมายอนุญาตให้ทำได้ นักกฎหมายเห็นว่า การให้ความยินยอมของผู้เสียหายนั้นความจริงแล้วเป็นการที่ผู้เสียหายสละ

²⁶ ภาณุพงศ์ พงษ์ชัย. (2562). ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับหลักความยินยอมไม่เป็นละเมิด : กรณีศึกษาเปรียบเทียบระหว่างกฎหมายไทยกับกฎหมายสหรัฐอเมริกา. *วารสารมหาวิทยาลัยราชภัฏ*, 6(2), หน้า 164.

²⁷ อารยา เนื่องจางค์. (2560). *ความยินยอมกับความรับผิดชอบทางอาญา: ศึกษากรณีการอุทธรณ์คดี*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชากฎหมายอาญาและอาชญาวิทยา, คณะรัฐศาสตร์และนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยบูรพา. หน้า 59 – 60.

ประโยชน์ที่กฎหมายให้ความคุ้มครองที่ให้ไว้แก่บุคคลที่ได้รับผลร้ายนั่นเอง อาจเรียกได้ว่าเป็นนิติเหตุอย่างหนึ่ง²⁸

สำหรับหลักความยินยอมไม่เป็นละเมิดทางแพ่ง มีตัวอย่างแสดงให้เห็นว่าความยินยอมไม่ใช่นิติกรรม คือ เรื่องอายุของผู้เสียหายที่จะให้ความยินยอมซึ่งตามหลักเกณฑ์ของความยินยอมแล้วแม้ผู้เสียหายจะยังไม่บรรลุนิติภาวะตามกฎหมาย แต่หากผู้เสียหายนั้นสามารถที่จะเข้าใจในผลที่จะเกิดขึ้นเพราะความยินยอมของตนได้แล้ว ความยินยอมเช่นนั้นก็สามารถนำมาใช้อ้างเพื่อยกเว้นความผิดฐานละเมิดได้²⁹ ซึ่งถ้าหากความยินยอมของผู้เสียหายมีลักษณะเป็นนิติกรรมเกณฑ์ในเรื่องอายุของผู้ให้ความยินยอมก็ต้องถือตามเกณฑ์การบรรลุนิติภาวะด้วย กล่าวคือ บุคคลจะให้ความยินยอมได้ต้องมีอายุ 20 ปีบริบูรณ์แล้วเท่านั้น แต่เมื่อความยินยอมไม่ใช่นิติกรรมการให้ความยินยอมจึงไม่จำเป็นต้องถือตามเกณฑ์การบรรลุนิติภาวะ³⁰

เมื่อความยินยอมไม่ใช่นิติกรรมจึงไม่นำหลักเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องเนื่องกับการทำนิติกรรมมาใช้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งหลักเกณฑ์เกี่ยวกับความสามารถของบุคคลที่กำหนดให้นิติกรรมส่วนใหญ่ที่ผู้เยาว์ทำตกเป็นโมฆียะ³¹ เมื่อไม่นำหลักเกณฑ์เรื่องความสามารถมาใช้บังคับผู้เยาว์จึงสามารถให้ความยินยอมในการรักษาพยาบาลด้วยตนเองได้ แต่ปัญหาต่อมาคือผู้เยาว์ประเภทใดที่สามารถให้ความยินยอมได้โดยสมบูรณ์ เนื่องจากอำนาจในการให้ความยินยอมย่อมเป็นของบิดามารดาด้วยเหตุที่บิดามารดาย่อมมีอำนาจและหน้าที่อุปการะเลี้ยงดูบุตร โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อบุตรยังไม่สามารถพึ่งพาตนเองได้ แต่ในบางกรณี เช่น ผู้เยาว์อยู่กับพี่เลี้ยง ครู หรือบุคคลอื่นเพียงชั่วคราว บุคคลผู้ดูแลผู้เยาว์เป็นการชั่วคราวย่อมสามารถให้ความยินยอมที่จะรักษาพยาบาลได้เท่าที่จำเป็นและเป็นการเล็กน้อยเท่านั้น เช่น ผู้เยาว์ได้รับอุบัติเหตุศีรษะแตก ครูพาส่งโรงพยาบาล ครูยอมให้ความยินยอมในการเย็บแผลผู้เยาว์ได้ แต่หากมีภาวะเสี่ยงอันตรายถึงขนาดต้องผ่าตัด สมอนั้น ครูจะยินยอมให้แพทย์ผ่าตัดไม่ได้ ซึ่งในกรณีนี้แพทย์ต้องรอดูติดต่อบิดามารดาของผู้เยาว์นั้นเพื่อมาใช้สิทธิแทนผู้ป่วยก่อนที่จะทำการผ่าตัด เว้นแต่เป็นกรณีฉุกเฉินที่เป็นข้อยกเว้นที่สามารถรักษาได้โดยไม่ต้องอาศัยความยินยอมจากผู้ป่วย³²

²⁸ จันทร์เพ็ญ กุญ. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 24. หน้า 33.

²⁹ คำพิพากษาฎีกาที่ 578/2513

³⁰ จันทร์เพ็ญ กุญ. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 24. หน้า 33.

³¹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์. มาตรา 21.

³² จันทร์เพ็ญ กุญ. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 24. หน้า 34.

2.2.4 ความยินยอมในทางการแพทย์

การรักษาหรือการกระทำใด ๆ ของแพทย์ พยาบาล หรือบุคลากรทางการแพทย์ต่อผู้ป่วยหรือผู้รับการรักษาจะต้องได้รับความยินยอมจากผู้ป่วยหรือผู้รับรักษานั้นก่อน เว้นแต่กรณีฉุกเฉินจำเป็นเร่งด่วนที่ไม่สามารถขอความยินยอมจากบุคคลดังกล่าวได้ หรือตามข้อยกเว้นของความยินยอมทางการแพทย์ หากการกระทำใด ๆ ของแพทย์ พยาบาล หรือบุคลากรทางการแพทย์กระทำโดยปราศจากความยินยอมของผู้ป่วยหรือผู้รับการรักษาจนเป็นเหตุให้เกิดความเสียหายหรือเป็นการกระทำความผิดตามกฎหมายอาญา แพทย์ พยาบาลหรือบุคลากรทางการแพทย์นั้นย่อมมีความผิดตามกฎหมายอาญา ความยินยอมของผู้ป่วยจึงเป็นเงื่อนไขสำคัญประการหนึ่งในการรับบริการทางการแพทย์³³

การขอความยินยอมทางการแพทย์หรือหลักความยินยอมภายหลังจากได้รับการบอกกล่าวข้อมูลทางการแพทย์ (informed consent) ถือเป็นหลักจริยธรรมทางการแพทย์สากลที่ได้รับการยอมรับในหมู่แพทย์อย่างกว้างขวางมาตั้งแต่ต้นศตวรรษที่ 20 เป็นต้นมา และกลายเป็นจารีตประเพณีในทางปฏิบัติของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม โดยพื้นฐานของหลักการดังกล่าวมาจากแนวคิดในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนตามหลักเสรีนิยมที่มีแนวคิดในการเคารพความเป็นอิสระในการแสดงเจตนาของบุคคล กล่าวคือ มนุษย์ย่อมมีอิสระที่จะกระทำการใดด้วยตนเองตราบเท่าที่การกระทำของตนไม่เป็นการรบกวนหรือแทรกแซงบุคคลอื่น ดังนั้นจึงเป็นสิทธิของผู้ป่วยที่จะตัดสินใจว่าจะเข้ารับการรักษาพยาบาลหรือไม่ก็ได้ เพราะการแสดงความประสงค์ในการให้ความยินยอมเพื่อรักษานั้นเป็นสาระสำคัญที่ทำให้บุคลากรทางการแพทย์ต้องปฏิบัติตามและเคารพการตัดสินใจของผู้ป่วย หากผู้ป่วยไม่ยินยอมในการรักษาแพทย์ก็ไม่สามารถทำการรักษาได้ แม้ว่าการที่ไม่รักษานั้นจะเป็นเหตุให้ผู้ป่วยได้รับอันตรายหรือถึงแก่ความตายก็ตาม เพราะเหตุที่ว่ามนุษย์มีสิทธิที่จะควบคุมและกำหนดชีวิตตนเองไม่ให้ผู้อื่นทำสิ่งที่ตนไม่พึงปรารถนาได้ นอกจากนี้เมื่อบุคลากรทางการแพทย์ได้ปฏิบัติตามเจตนาดังกล่าวแล้วจึงไม่มีความผิดตามกฎหมาย แต่หากผู้ป่วยไม่ได้ให้ความยินยอมแล้วแพทย์ได้ทำการรักษาไปโดยฝ่าฝืนเจตนารมณ์ของผู้ป่วย แพทย์ก็อาจมีความผิดได้³⁴

2.2.5 อายุความยินยอมต่อการกระทำทางเพศ Age of Consent

Age of Consent หรืออายุความยินยอมต่อการกระทำทางเพศ คือ อายุที่กฎหมายให้สามารถร่วมประเวณีหรือถูกระกระทำทางเพศได้โดยไม่ผิดกฎหมาย ซึ่งไม่ใช่อายุที่ถือว่าเป็นอายุที่

³³ สิริทิพย์ สมใจ. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 23. หน้า 22.

³⁴ รุ่งรัตน์ พิมพา. (2563). การให้ความยินยอมในการรักษาพยาบาลของผู้เยาว์ในประเทศไทย. *วารสารบัณฑิตศึกษานิติศาสตร์*, 13(2). หน้า 194.

บรรณคดีภาวะหรืออายุที่สามารถสมรสได้ และแต่ละประเทศจะมี Age of Consent หรืออายุความยินยอมดังกล่าวไม่เหมือนกัน จึงถือได้ว่า Age of Consent นี้เป็นการให้ความคุ้มครองบุคคลจากการกระทำทางเพศ ให้ความคุ้มครองเสรีภาพทางเพศของบุคคลที่มีความสามารถในการให้ความยินยอมต่อการกระทำทางเพศ และการให้ความคุ้มครองเด็กจากการกระทำทางเพศ ความสัมพันธ์ของเกณฑ์อายุของเด็กที่ได้รับความคุ้มครองในความคิดเกี่ยวกับเพศของเด็กและเกณฑ์อายุของความสามารถในการให้ความยินยอมต่อการกระทำทางเพศ ทำให้หากมีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงเกณฑ์อายุของเด็กที่ได้รับความคุ้มครองในความคิดเกี่ยวกับเพศ เกณฑ์อายุของความสามารถในการให้ความยินยอมต่อการกระทำทางเพศจะเปลี่ยนแปลงตามไปด้วย³⁵

ประเทศส่วนใหญ่ได้กำหนดให้ผู้เข้ามามีอายุความยินยอมต่อการกระทำทางเพศอย่างน้อย 14 ปี แต่ก็มีบางประเทศที่กำหนดอายุความยินยอมต่อการกระทำทางเพศเป็นอย่างอื่นเช่น แองโกลาและฟิลิปปินส์ที่กำหนดอายุความยินยอมต่อการกระทำทางเพศไว้ที่ 12 ปี ซึ่งถือว่าเป็นอายุความยินยอมต่อการกระทำทางเพศที่ต่ำที่สุดในโลก ในเจอร์และญี่ปุ่นมีการกำหนดไว้ที่อายุ 13 ปี นอกจากนี้ หลายประเทศในทวีปเอเชียและทวีปแอฟริกาได้กำหนดให้บุคคลนั้นจะต้องแต่งงานก่อนจึงจะมีเพศสัมพันธ์ได้ตามกฎหมาย ในจำนวนนี้รวมถึงลิเบีย อีฟกานีสถาน และซาอุดีอาระเบีย ซึ่งล้วนมีแนวคิดอนุรักษ์นิยมสูงในประเด็นเรื่องเพศและเรื่องเพศ³⁶ ในขณะที่ประเทศในยุโรปส่วนใหญ่กำหนดอายุที่ยินยอมในการกระทำทางเพศไว้ที่ประมาณ 16-17 ปี แต่ประเทศอื่น ๆ อีกหลายแห่ง เช่น มอลตาและนครวาติกัน กำหนดให้เยาวชนต้องมีอายุอย่างน้อย 18 ปีก่อนถึงจะมีเพศสัมพันธ์ได้ตามกฎหมาย อายุความยินยอมในการกระทำทางเพศต่ำสุดของยุโรปคือ 14 ปี ซึ่งบังคับใช้ในประเทศต่าง ๆ เช่น ออสเตรเลีย อิตาลี เซอร์เบียเยอรมนี และโปรตุเกส³⁷

สำหรับอายุความยินยอมต่อการกระทำทางเพศในราชอาณาจักรไทย เทียบกับประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277 ที่วางหลักไว้ว่า “ผู้ใดกระทำชำเราเด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปีซึ่งไม่ใช่ภริยาหรือสามีของตน โดยเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ห้าปีถึงยี่สิบปี และ ปรับตั้งแต่หนึ่งแสนบาทถึงสี่แสนบาท...” ที่เป็นการผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราจึงอาจ

³⁵ สิริทิพย์ สมใจ. (2563). เกณฑ์ความสามารถในการให้ความยินยอมต่อการกระทำทางเพศในกฎหมายอาญาไทย. *วารสารนิติศาสตร์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์*, 49(1). หน้า 84 – 85.

³⁶ World Population Review. (2023). *Age of Consent by Country 2023*. (Online). Available: <https://worldpopulationreview.com/country-rankings/age-of-consent-by-country?fbclid=IwAR0OAAALVkugAFx9WKpKOZICI>
V8uLiGBBQ3Z_DbbRTKL31bXrKmvowI908zE [2023, March 4]

³⁷ *Ibid*

พอสรุปได้ว่า อายุความยินยอมของราชอาณาจักรไทยคือ 15 ปี แต่คนส่วนใหญ่ชอบคิดว่าอายุ 18 ปี คืออายุความยินยอมต่อการกระทำทางเพศของราชอาณาจักรไทย ซึ่งหากเด็กถูกข่มขืนหรือยินยอมในการมีเพศสัมพันธ์จนถึงขั้นตั้งครรภ์ และเด็กไม่พร้อมที่จะตั้งครรภ์ สิ่งแรกที่เกิดจะทำ คือ การทำแท้ง

2.3 แนวคิดเกี่ยวกับการทำแท้ง

คำว่า แท้ง ตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554 หมายถึง สิ้นสุดการตั้งครรภ์ก่อนกำหนดคลอด โดยที่ลูกในท้องไม่สามารถมีชีวิตอยู่ได้ ส่วนการทำแท้ง หมายความว่า ริดลูก, มีเจตนาทำให้ทารกออกจากครรภ์มารดา ก่อนครบกำหนดและตาย

ปรีชา เพชรรงค์ ให้ความหมายการทำแท้งไว้ว่า การขจัดหรือการกระทำโดยตั้งใจที่จะเกิดการฆ่าทารกในครรภ์จากมดลูกของมนุษย์ที่ เป็นผู้หญิง โดยการขอให้ผู้อื่นทำหรือทำโดยตัวหญิงเอง อันเป็นผลให้เกิดการตายของทารกในครรภ์

องค์การอนามัยโลกหรือ WHO ให้ความหมายของการทำแท้งว่า การทำแท้งคือการยุติการตั้งครรภ์ก่อนอายุครรภ์ 20 สัปดาห์หรือเด็กที่คลอดออกมามีน้ำหนักไม่ถึง 500 กรัม

ในทางการแพทย์ ให้ความหมายการทำแท้งว่า การทำให้หรือการยุติลงที่อายุครรภ์ไม่เกิน 28 สัปดาห์ หรือน้ำหนักทารกแรกคลอด ไม่เกิน 1,000 กรัม โดยเป็นการถือเอาระยะเวลาของการตั้งครรภ์เป็นหลัก หากว่าการคลอดทารกที่มีอายุในครรภ์น้อยกว่า 28 สัปดาห์เป็นการแท้ง³⁸

ในยุคสมัยหนึ่งประเทศส่วนใหญ่ถือว่าการ ทำแท้งเป็นความผิดตามกฎหมายและอาจจะ เป็นความผิดทางศีลธรรม จริยธรรม ในบางศาสนา บางพื้นที่ แม้ในปัจจุบันหลาย ๆ ประเทศจะ ได้มีการแก้ไขกฎหมายเกี่ยวกับการทำแท้งให้สามารถทำแท้งได้ แต่ก็ยังมีเงื่อนไขในการทำแท้งของแต่ละประเทศที่สามารถทำได้โดยไม่ถือว่าเป็นความผิดตามกฎหมาย และก็ยังมีบางประเทศที่ไม่ให้มีการทำแท้งเลยไม่ว่ากรณีใดก็ตามและถือว่ายังเป็นความผิดตามกฎหมายอยู่ โดยศูนย์สิทธิอนามัยเจริญพันธุ์ (Center for reproductive rights) ได้แบ่งสถานะของกฎหมายทำแท้งออกเป็น 5 สี หรือ 5 กลุ่ม คือ 1. สีแดง : ห้ามทำแท้งทุกกรณี (Prohibited Altogether) 2. สีชมพู : เพื่อช่วยชีวิตผู้หญิง (To Save the Woman's Life) 3. สีเหลือง : เพื่อรักษาสุขภาพ (To Preserve Health) 4. สีฟ้า : ครอบคลุมเหตุผลด้านสังคมหรือเศรษฐกิจ (Broad Social of Economics Grounds) และ 5. สีน้ำเงิน : ตามคำร้องขอ แต่มีการกำหนดข้อจำกัดการตั้งครรภ์ที่หลากหลาย (On Request (Gestational Limits Vary)) ข้อจำกัดการตั้งครรภ์ที่พบบ่อยที่สุดสำหรับประเทศในหมวดหมู่นี้คือการตั้งครรภ์ 12 สัปดาห์ จะ

³⁸ ธีรพันธ์ ตันดิอำนาจ. (2557). *สิทธิของวัยรุ่นหญิง ศึกษากรณีทำแท้ง*. สารนิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขา นิติศาสตร์, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช. หน้า 8.

เห็นได้ว่าแม้การทำแท้งจะเป็นสิทธิในร่างกายของผู้หญิงที่ผู้หญิงนั้นควรมีสิทธิตัดสินใจในการที่จะทำแท้ง แต่ยังมีบางประเทศที่ห้ามไม่ให้ทำแท้ง หากทำแท้งถือว่าเป็นผิดกฎหมาย ซึ่งอาจจะถือได้ว่าเป็นสิทธิสตรีอย่างหนึ่ง

2.3.1 ความเป็นมาของกฎหมายทำแท้งในราชอาณาจักรไทย

ในสมัยต้นรัตนโกสินทร์ได้มีการรวบรวมและปรับปรุงกฎหมายที่ใช้มาตั้งแต่สมัยอยุธยาจนถึงสมัยรัตนโกสินทร์ได้มีการตราเป็นกฎหมายตราสามดวง โดยพระบาทสมเด็จพระพุทธยอดฟ้าจุฬาโลกมหาราช ในส่วนเรื่องของการทำให้แท้งกรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์ได้ทรงอธิบายไว้ในลักษณะบุคคล ในเรื่องการฆ่าเด็กในครรภ์มารดาตาย มีกฎหมายอยู่ในลักษณะเบ็ดเสร็จ 2 บท คือ มาตรา 10 และ มาตรา 15 โดยกรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์ มีความเห็นว่า ในมาตรา 15 บัญญัติให้ลงโทษปรับผู้ใดที่ทำร้ายหญิงมีครรภ์จนลูกในครรภ์ตาย โดยไม่ได้เอาผิดกับหญิงที่ตั้งครรภ์ และในมาตรา 10 ให้ลงโทษปรับผู้ที่วางยาหญิงตั้งครรภ์จนทำให้ลูกในครรภ์ตาย จึงเห็นได้ว่าต่อให้ผู้ใดทำให้ลูกในครรภ์ตายโดยจงใจก็ต้องได้รับโทษ ซึ่งเป็นการแสดงให้เห็นว่าแม้ลูกในครรภ์ยังไม่เกิดก็ยังมีสิทธิที่ใครจะมาทำร้ายไม่ได้ แต่ในบทกฎหมายทั้ง 2 บท พุทธถึงแต่ตัวหญิงที่ตั้งครรภ์ ไม่ได้พูดถึงการทำร้ายตัวเด็กในครรภ์โดยเจตนาต่อมารดาต้องมีโทษเสมอ ถือได้ว่าเด็กที่อยู่ในครรภ์นั้นเป็นบุคคลได้ตั้งแต่ก่อนเกิด แต่จะวินิจฉัยไปอีกทางว่าให้มีโทษสำหรับความผิดฐานฆ่า ในกรณีที่เป็นการกระทำต่อมารดาแต่กรณีมารดายอมให้ริดลูกนั้นไม่มีโทษ ดังนั้น ก็ต้องถือว่าเด็กเป็นบุคคลเลย แบบนี้ดูแปลก ๆ แต่เป็นสิ่งที่จริง เพราะตามปกติศาลอาญาไม่ลงโทษทางอาญาแก่บุคคลใดเมื่อไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้ให้ลงโทษ ซึ่งในเรื่องริดลูกนั้นยังคงเป็นที่สงสัยอยู่ ในประเทศอื่นที่ไม่นับว่าเด็กเป็นบุคคลตั้งแต่อยู่ในท้องนั้น ใครที่ฆ่าเด็กก็ไม่เรียกว่าฆ่าคนจะฟ้องให้ลงโทษฐานความผิดนั้นไม่ได้ จึงได้มีกฎหมายอีกบทหนึ่งต่างหากให้ทำโทษในฐานริดลูก ราชอาณาจักรไทยยังไม่มียกกฎหมายเช่นว่าจะมีแต่เพียง 2 บทที่ได้กล่าวไป และก็จะมียกปัญหาต่อไปในกรณีที่เด็กยังเป็นก้อนโลหิตอยู่ หรือมีร่างกายที่สมบูรณ์แล้ว ซึ่งเป็นการยากที่จะวินิจฉัย³⁹

ต่อมาได้มีการบัญญัติกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ซึ่งเป็นกฎหมายที่ตราขึ้นในรัชสมัยพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวยกร่างโดยนักกฎหมายชั้นนำทั้งของราชอาณาจักรไทยและต่างประเทศ และได้ประกาศใช้บังคับเมื่อวันที่ 1 มิถุนายน พ.ศ. 2541⁴⁰ ซึ่งได้บัญญัติเกี่ยวกับการทำแท้งไว้ในมาตรา 260 ถึง มาตรา 264 โดยกฎหมายใช้คำว่า “ริดลูกให้แท้ง” อาจารย์หยุด แสง

³⁹ ชีรนนท์ ตันติอำนาจ. อ่างแล้วเชิงอรธที่ 38. หน้า 12 – 13.

⁴⁰ อภิวิรัตน์ นิยมไทย. (2563). กฎหมายเกี่ยวกับการทำแท้งกับการคุ้มครองสิทธิของหญิงตั้งครรภ์ ตอนที่ 2 ความผิดฐานทำให้แท้งลูกตามประมวลกฎหมายอาญา. *จุดนิติ*, 17(3). หน้า 136.

อุทัยได้อธิบายไว้ว่า “การริตลูกให้แก่งนั้นเป็นการกระทำให้เด็กในครรภ์ของหญิงออกมาจากครรภ์ ในลักษณะที่เป็นสิ่งไม่มีชีวิต นับแต่เด็กเริ่มปฏิสนธิจนถึงก่อนคลอด การเอาเด็กออกมาต้องถือว่าเป็นการริตลูก⁴¹”

โดยในกฎหมายฉบับนี้ ได้มีบทบัญญัติยกเว้นโทษในการพยายามริตลูกซึ่งหญิงทำเอง หรือหญิงยินยอมและหญิงไม่ได้รับอันตรายสาหัส หรือ ดายไม่เป็นการคิด⁴² เช่นเดียวกับมาตรา 304 ในประมวลกฎหมายอาญา แต่มีข้อแตกต่าง คือ ไม่มีเหตุยกเว้นความรับผิดชอบเพราะเหตุแพทย์เป็นผู้ทำตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 305 ประมวลกฎหมายอาญา ทั้งยังมีการบัญญัติเอาโทษหนักขึ้นหนึ่งในสาม ถ้าผู้ทำเป็นแพทย์แพทย์ศุภครุหรือทำโดยเห็นแก่สินจ้างไม่ว่าใครก็ตาม⁴³ นอกจากนี้ในกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 ก็ไม่ได้มีการบัญญัติเรื่องเหตุเพิ่มโทษเนื่องจากหญิงได้รับอันตรายสาหัสไว้เป็นการเฉพาะแต่อย่างใดคงถือเอาแต่การที่หญิงต้องแ้งลูกเพราะการกระทำใด ๆ ที่หญิงไม่ยินยอมเป็นการที่หญิงได้รับอันตรายสาหัส และเอาโทษอย่างที่ว่าหญิงถูกทำร้ายจนได้รับอันตรายสาหัส⁴⁴

กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 มีการบังคับใช้เป็นเวลาประมาณ 48 ปี จนในปลายปี พ.ศ. 2499 ได้มีการแก้ไขกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 เพื่อให้สอดคล้องกับสภาพสังคมที่เปลี่ยนแปลงไป ซึ่งประมวลกฎหมายอาญานี้มีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม พ.ศ.2500 โดยบัญญัติความผิดฐานทำให้แ้งลูกไว้ในลักษณะ 10 หมวด 3 ตั้งแต่มาตรา 301 ถึงมาตรา 305 รวม 5 มาตรา⁴⁵

และในปี พ.ศ. 2564 มีการแก้ไขมาตรา 301 และมาตรา 305 เนื่องจากศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยที่ 4/2563 ลงวันที่ 19 กุมภาพันธ์ 2563 วินิจฉัยว่า บทบัญญัติตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 301 ขัดหรือแย้งต่อมาตรา 28 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 เนื่องจากการทำแท้งหรือการยุติการตั้งครรภ์เป็นปัญหาทั้งทางสังคม ทางการแพทย์ และทางกฎหมายที่มีความละเอียดอ่อน รวมทั้งเป็นประเด็นปัญหาที่เกี่ยวข้องกับจริยธรรมและศีลธรรม ซึ่งถือว่าเป็นความผิดทางอาญาและกำหนดโทษแก่หญิงเพียงฝ่ายเดียว ทั้งนี้ ความผิดฐานทำให้แ้งลูกมีเจตนารมณ์และคุณธรรมทางกฎหมายที่ต้องการคุ้มครองชีวิตของเด็กในครรภ์ โดยเห็นถึงความสำคัญและคุณค่าของชีวิตมนุษย์ที่กำลังจะเกิดมาแต่เนื่องจากรากฐานของสังคมไม่ได้ขึ้นอยู่กับ

⁴¹ หยุค แสงอุทัย. (2497). *คำอธิบายกฎหมายลักษณะอาญา* (พิมพ์ครั้งที่ 5). กรุงเทพฯ: แพรวพิทยา.

⁴² กฎหมายลักษณะอาญา. มาตรา 264.

⁴³ กฎหมายลักษณะอาญา. มาตรา 262.

⁴⁴ ธีรพันธ์ ตันติอำนาจ. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 38. หน้า 14.

⁴⁵ ธีรพันธ์ ตันติอำนาจ. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 38. หน้า 14.

การเห็นคุณค่าของชีวิตมนุษย์เพียงเท่านั้น แต่ยังคงมีปัจจัยอื่นที่สำคัญเป็นรากฐานของสังคม ประกอบด้วยเช่นเดียวกันกับการคุ้มครองสิทธิในการมีชีวิตของเด็กในครรภ์ หากมุ่งคุ้มครองสิทธิของเด็กในครรภ์เพียงอย่างเดียว โดยไม่ได้พิจารณาการคุ้มครองสิทธิของหญิงตั้งครรภ์ที่มีมาก่อน สิทธิของเด็กในครรภ์เป็นสิ่งที่อาจส่งผลกระทบต่อทำให้หญิงไม่ได้รับความเป็นธรรมและถูกกลั่นแกล้ง หรือจำกัดสิทธิในเนื้อตัวร่างกายของหญิงซึ่งเป็นสิทธิตามธรรมชาติ อันเป็นสิทธิพื้นฐานของ ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ที่บุคคลย่อมมีสิทธิและเสรีภาพที่จะกระทำการใดหรือไม่กระทำการใดต่อ ชีวิตและร่างกายของตนได้ ตราบเท่าที่การกระทำนั้นไม่ไปรบกวนหรือล่วงล้ำเข้าไปในสิทธิหรือ เสรีภาพของผู้อื่น รวมทั้งยังส่งผลกระทบต่อสิทธิในการกำหนดเจตจำนงของหญิงตั้งครรภ์ที่ ครอบคลุมไปถึงสิทธิในการตัดสินใจของหญิงว่าจะยุติการตั้งครรภ์หรือตั้งครรภ์ต่อไปหรือไม่ การ คุ้มครองสิทธิของเด็กในครรภ์และสิทธิของหญิงตั้งครรภ์ต้องให้เกิดความสมดุลกันโดยอาจต้องนำ ช่วงระยะเวลาการตั้งครรภ์มาเป็นหลักเกณฑ์ในการพิจารณา การปฏิเสธสิทธิของหญิงโดยปราศจาก การกำหนดเงื่อนไขหรือเงื่อนไขที่เหมาะสมเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของหญิงเกินความ จำเป็นประกอบกับรัฐมีหน้าที่กำหนดให้มีมาตรการส่งเสริมให้บุคคลใช้สิทธิและเสรีภาพโดยจัดให้ มีมาตรการในการยุติการตั้งครรภ์ที่ปลอดภัย ถูกต้องตามกฎหมาย ไม่กระทบต่อการใช้สิทธิของ หญิง และในขณะเดียวกันก็ต้องเข้าไปดูแลและคุ้มครองชีวิตของทารกในครรภ์ไม่ให้ถูกกระทบ สิทธิในการมีชีวิตด้วยเช่นกัน⁴⁶

2.3.2 ปัจจัยที่นำไปสู่ปัญหาการตั้งครรภ์ในวัยรุ่น

แบ่งออกได้ 4 ปัจจัย **ปัจจัยที่ 1 ปัจจัยด้านตัววัยรุ่น** ได้แก่การเปลี่ยนแปลงทางร่างกาย และฮอร์โมนเพศที่เพิ่มขึ้น การปรับตัวไม่ทันกับการเปลี่ยนแปลง ร่วมกับการขาดความรู้และการ ได้รับความผิดพลาด เกี่ยวกับเพศ อนามัยการเจริญพันธุ์และวิธีการคุมกำเนิด การได้รับข้อมูลที่ไม่ เพียงพอในการคุมกำเนิด การขาดความเข้าใจและไม่มี การสื่อสาร เรื่องเพศการติตราทางวัฒนธรรม สิ่งเหล่านี้มีผลต่อการคุมกำเนิดและเพศวิถีของวัยรุ่น **ปัจจัยที่ 2 ปัจจัยด้านครอบครัว** โครงสร้าง ครอบครัวที่เปลี่ยนแปลงจากครอบครัวขยายมีปู่ย่าตายายช่วยอบรมเลี้ยงดูมาเป็นครอบครัวเดี่ยวที่ พ่อแม่ต้องออกทำงานนอกบ้าน ไม่มีเวลา อบรมสั่งสอนลูก รวมทั้งเมื่อวัยรุ่นมีปัญหาไม่สามารถ ปรึกษาพ่อแม่ได้ จึงหันไปหาความรู้จากสื่อหรือเพื่อนที่อาจด้อยประสิทธิภาพประกอบกับ วัยรุ่น เป็นวัยอยากรู้อยากลอง การเรียนรู้จากสื่อที่เป็น การสื่อสารทางเดียวอาจนำไปสู่การมีเพศสัมพันธ์ และตั้งครรภ์ได้ นอกจากนี้ค่านิยมของครอบครัวที่ต้องการให้บุตรหลานเรียนใน โรงเรียนที่มี ชื่อเสียง ซึ่งอาจอยู่ไกลบ้านทำให้เด็กวัยรุ่นมีโอกาสอยู่กันตามลำพังกับเพื่อนและมีโอกาสมี เพศสัมพันธ์ได้ง่ายขึ้น **ปัจจัยที่ 3 ปัจจัยด้านโรงเรียน** การที่เด็กวัยรุ่นที่อยู่ในระบบการศึกษาไม่ได้

⁴⁶ หมายเหตุท้ายพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 28) พ.ศ. 2564.

รับการเอาใจใส่ใกล้ชิดจากครูอาจารย์ในการสังเกตพฤติกรรมเสี่ยง ให้คำปรึกษา แนะนำแก่นักเรียน ที่มีพฤติกรรมเสี่ยง ขาดครูอาจารย์ที่มีทักษะในการสอนเพศศึกษาแบบรอบด้านที่เน้นการมีส่วนร่วม และพัฒนาทักษะของผู้เรียน ผลการศึกษาพบว่าสถานศึกษาไทยแทบทุกแห่งมีการสอนเพศศึกษาที่ยังไม่รอบด้าน โดยมักเน้นย้ำเพียงหัวข้อที่เกี่ยวข้องกับสรีระ พัฒนาการทางเพศ การหลีกเลี่ยงการมีเพศสัมพันธ์ก่อนแต่งงาน และการป้องกันการตั้งครรภ์ที่ไม่พึงประสงค์ **ปัจจัยสุดท้าย ปัจจัยทางด้านสังคม** คนในสังคมรวมทั้งพ่อแม่มีทัศนคติว่าการพูดเรื่องเพศเป็นเรื่องสกปรก น่าอาย ทำให้วัยรุ่นแสวงหาข้อมูลเรื่องเพศจากสื่อ การมีค่านิยมในเรื่องการอยู่ด้วยกันก่อนสมรส สามีมากขึ้น การรักษานวลสงวนตัวมีน้อยลง การเลียนแบบวัฒนธรรมตะวันตก รวมทั้งสังคม แบบวัตถุนิยมที่ทำให้ทำให้วัยรุ่นต้องการซื้อวัตถุตามแฟชั่นที่มีราคาแพง เช่น โทรศัพท์มือถือ สินค้าแบรนด์เนม ทำให้วัยรุ่นบางรายอาจยอมมีเพศสัมพันธ์ด้วยเพื่อให้ได้เงินมาใช้จ่ายซื้อในสิ่งที่ต้องการเพื่อ สร้างการยอมรับจากเพื่อน ๆ และคนในสังคม⁴⁷

2.3.3 ประเภทของการทำแท้ง

ประเภทการทำแท้งในราชอาณาจักรไทยแบ่งออกได้ 2 ประเภท **ประเภทที่ 1 การทำแท้งเอง** คือ การทำแท้งที่เกิดจากสาเหตุต่าง ๆ ที่ไม่เกี่ยวข้องกับการกระทำที่จงใจจะให้เกิดการทำแท้ง อันถือเป็นความล้มเหลวของการตั้งครรภ์ตามธรรมชาติ อาจเกิดได้จากหลายสาเหตุ เช่น ความบกพร่องของไข่ที่ผสมแล้ว หรือความบกพร่องของตัวอ่อน ซึ่งการทำแท้งเองในลักษณะนี้จะเกิดขึ้นตั้งแต่เริ่มตั้งครรภ์ใหม่ ๆ ไปจนถึงอายุครรภ์ไม่เกิน 12 สัปดาห์หรือความบกพร่องของมารดา เช่น มดลูกพิการปากมดลูกปิดไม่ดี โรคประจำตัวบางอย่าง เช่น โรคไต หรือโรคเลือด เป็นต้น ซึ่งการทำแท้งเองในลักษณะนี้ ส่วนใหญ่จะเกิดขึ้นเมื่ออายุครรภ์มากกว่า 12 สัปดาห์ขึ้นไป และ **ประเภทที่ 2 การทำแท้ง** กล่าวคือ การกระทำเพื่อให้เกิดการทำแท้งโดยแบ่งเป็น 2 ประเภทย่อย คือ 1. การทำแท้งที่ถูกกฎหมาย ได้แก่ การทำแท้งในกรณีที่ถูกกฎหมายอนุญาตให้ทำได้ และ 2. การทำแท้งที่ผิดกฎหมาย ได้แก่ การลักลอบทำแท้งโดยบุคคลที่ไม่ใช่แพทย์ ไม่ว่าจะทำโดยเหตุผลใด ๆ ก็ตาม รวมทั้งการทำแท้งโดยแพทย์ที่ทำนอกเหนือจากที่กฎหมายกำหนดไว้⁴⁸

⁴⁷ นิตยา เพ็ญศิริรักษา. (2564). ปัญหาการตั้งครรภ์ในวัยรุ่นกับหลักสูตรเพศศึกษารอบด้าน. *วารสารวิชาการสาธารณสุขชุมชน*, 7(3). หน้า 5 – 6.

⁴⁸ ธีรพันธ์ ตันติอำนาจ. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 38. หน้า 8 – 9.

2.3.4 สาเหตุการทำแท้ง

มี 4 สาเหตุ⁴⁹ คือ สาเหตุที่ 1 สาเหตุทางอาชญวิทยา คือ ปัญหาการลักลอบทำแท้งที่ถือเป็นอาชญากรรมอย่างหนึ่งตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 301 ซึ่งส่งผลให้กระทบกระเทือนต่อความรู้สึกอันชอบธรรม อันฝังแน่นอยู่ในสังคมที่ยึดถือหลักการดำเนินชีวิตด้วยศีลธรรม

สาเหตุที่ 2 สาเหตุแห่งข้อบกพร่องของระเบียบสังคม เนื่องจากสมาชิกในสังคมมีความเปลี่ยนแปลงอยู่ตลอดเวลา ทำให้กฎระเบียบของสังคมเปลี่ยนไปด้วย เช่น ทศนคติ ค่านิยม ความเชื่อเรื่องบาปบุญ เป็นต้น หรืออาจจะมีการสร้างกฎเกณฑ์ใหม่ขึ้นมาแทนที่กฎเกณฑ์ที่มีอยู่เดิม โดยกฎเกณฑ์ใหม่กลับให้ความสำคัญกับเรื่องทางศีลธรรมน้อยลง เช่น ประมวลกฎหมายอาญาฉบับที่ 28 พ.ศ. 2564 ที่มีผลใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันถูกแก้ไขเพิ่มเติมใหม่โดยให้เสรีภาพกับหญิงในการยุติการตั้งครรภ์ได้อย่างเสรีมากขึ้น ซึ่งการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายเช่นนี้ก็ถือเป็นข้อบกพร่องของระเบียบสังคมอย่างหนึ่ง เพราะโดยหลักแล้วระเบียบทางสังคมจะต้องไม่ขัดกับหลักทางศีลธรรม ขนบธรรมเนียมประเพณีของสังคมนั้น ๆ แต่จะต้องสอดคล้องตามแนวคิดของสำนักกฎหมายธรรมชาติ ที่ให้ความสำคัญกับวัฒนธรรมของแต่ละสังคม และกฎหมายบ้านเมืองต้องสอดคล้องกับหลักศีลธรรม

สาเหตุที่ 3 สาเหตุทางสังคมวิทยา หลายประเทศที่ไม่ต้องการให้มีการทำแท้งเพื่อจุดประสงค์ให้มนุษย์มีความรับผิดชอบทางด้านศีลธรรมของตนเองที่จะทำให้สังคมอยู่ด้วยกันอย่างมีความสุข ให้เกิดมีความเมตตาต่อกันและเห็นความสำคัญของชีวิตที่จะเกิดมามากขึ้น ถ้ามีการปล่อยให้สามารถทำแท้งได้โดยชอบด้วยกฎหมายต่อไป อาจส่งผลให้ในอนาคตเกิดการอนุญาติในส่วนอื่น ๆ ได้ เช่น การฆ่าคนพิการผู้สูงอายุ และบุคคลที่ไม่มีความจำเป็นแก่สังคม ปัญหาทางสังคมวิทยาทำให้กฎหมายเกี่ยวกับการทำแท้งผ่อนคลายลงไปได้บ้าง เช่น อนุโลมให้มีการทำแท้งได้ในกรณีที่หญิงตั้งครรภ์จากการถูกข่มขืน และผ่อนปรนกรณีเพื่อประโยชน์ในการรักษาพยาบาล หรือสุขภาพของมารดาซึ่งอาจจะมีการติดต่อกับทารกที่อยู่ในครรภ์ หรือความทุกข์ทรมานของทารกที่อยู่ในครรภ์ถ้าได้รับการยืนยันจากแพทย์แล้วลงความเห็นว่าเด็กทารกอาจจะไม่สมบูรณ์ ถ้าคลอดออกมาร่างกายอาจจะพิการ ซึ่งสาเหตุทางสังคมวิทยาดังกล่าวนี้ก็ได้มีการนำมาบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 305 (1) (2) และ (3)

และสาเหตุสุดท้าย สาเหตุทางการแพทย์ ในปัจจุบันนี้ความเจริญก้าวหน้าทางการแพทย์อย่างก้าวกระโดดของมวลมนุษยชาติ มีการพัฒนาวิธีการ อุปกรณ์ต่าง ๆ ที่ใช้ในการควบคุมการกำเนิดอย่างมากและมีประสิทธิภาพ เป็นการวางแผนแก้ปัญหาค่าแท้งตั้งแต่ต้น และช่วยลด

⁴⁹ จรวยพร เหมรังสี. (2564). กฎหมายการทำแท้งกับจริยธรรมในสังคมไทย. *วารสารสังคมศาสตร์และมานุษยวิทยาเชิงพุทธ*, 6(11). หน้า 487-488.

อัตราการทำแท้งได้แต่เนื่องด้วยความล้มเหลวจากการคุมกำเนิดหรือการวางแผนครอบครัวส่งผลให้เกิดการตั้งครรภ์โดยไม่มีความพร้อม และในที่สุดกลุ่มคนเหล่านี้ก็จะตัดสินใจจบปัญหาด้วยการทำแท้งเด็กทารกที่จะเกิดมาจากความไม่พร้อมนั้น อีกทั้งสาเหตุของการทำแท้งยังมีปัจจัยอื่นประกอบด้วย เช่น ปัญหาเศรษฐกิจ มีฐานะยากจนไม่สามารถเลี้ยงบุตรได้ ความไม่สงบสุขในครอบครัว เกิดความแตกแยกในครอบครัว เป็นต้น

2.3.5 วิธีการทำแท้ง มีทั้งแบบถูกกฎหมายที่กระทำโดยแพทย์และแบบผิดกฎหมายหรือที่เรียกว่าทำแท้งเถื่อน

วิธีทำแท้งที่ถูกกฎหมายที่กระทำโดยแพทย์ แบ่งออกได้ 6 วิธี ได้แก่ **วิธีที่ 1 การปรับประจำเดือน** เป็นวิธีที่ใช้ในอายุครรภ์ไม่เกิน 6 สัปดาห์ ทำโดยการสอดท่อพลาสติกเล็กขนาดเส้นรอบวง 4-8 มิลลิเมตร เข้าไปในโพรงมดลูกโดยผ่านทางช่องคลอดและปากมดลูก แล้วต่อปลายท่อพลาสติกด้านนอกเข้ากับกระบอกฉีดยาชนิดใหญ่พิเศษ เมื่อปล่อยลือคแรงดูดจะดูดเอาทั้งรกและเด็กออกทั้งหมด วิธีนี้เป็นวิธีที่ทำได้ง่ายโดยใช้เวลาไม่เกิน 5 นาที **วิธีที่ 2 การขูดมดลูก** เป็นวิธีที่มาตั้งแต่สมัยก่อนและยังคงเป็นแพร่หลายและได้ผลดีในปัจจุบัน มักจะใช้ในผู้หญิงที่ตั้งครรภ์ที่มดลูกมีขนาดโตอายุครรภ์ไม่เกิน 14 สัปดาห์ โดยใช้เครื่องมืออย่างขยายปากมดลูกก่อนแล้วจึงทำการขูดมดลูก ทำให้ผู้ป่วยมีความเจ็บปวดมากถ้าไม่ฉีดยาชาหรือได้รับยาสลบก่อน **วิธีที่ 3 การใช้เครื่องดูดสุญญากาศ** วิธีการนี้จะใช้กับผู้หญิงที่มีอายุครรภ์ไม่เกิน 12 สัปดาห์โดยลักษณะเครื่องดูดสุญญากาศนี้และการใช้ท่อพลาสติกสอดผ่านช่องคลอดเข้าโพรงมดลูกนั้นเหมือนกันกับการปรับประจำเดือน แต่ท่อพลาสติกด้านนอกของเครื่องดูดสุญญากาศนั้นยาวกว่า เมื่อต่อท่อกับเครื่องดูดสุญญากาศไฟฟ้าแล้วจะดูดสิ่งต่าง ๆ ในโพรงมดลูกออกหมด **วิธีที่ 4 การฉีดน้ำเกลือเข้มข้นเข้าถุงน้ำหล่อเด็ก** เป็นวิธีที่เหมาะสมสำหรับผู้หญิงที่ตั้งครรภ์และขนาดมดลูกโตจนสามารถฉีดยาได้ชัดเจนทางหน้าท้อง กล่าวคือ มีอายุครรภ์ประมาณ 16 สัปดาห์ขึ้นไป โดยการใช้น้ำเกลือเข้มข้น 20 เปอร์เซ็นต์ที่ผลิตใหม่จำนวนประมาณ 150 - 200 มิลลิลิตร ฉีดเข้าไปในถุงน้ำหล่อเด็กด้วยเข็มขนาดใหญ่เจาะผ่านผนังหน้าท้อง และเด็กก็จะแทงออกเองภายหลังให้น้ำเกลือแล้ว 6-48 ชั่วโมง **วิธีที่ 5 การผ่าเอาเด็กออกทางหน้าท้อง** ปัจจุบันไม่นิยมทำกันเพราะมีวิธีอื่นที่สะดวกและปลอดภัยกว่า แต่ก็ยังคงมีทำในผู้หญิงตั้งครรภ์บางราย เช่น ผู้หญิงที่ตั้งครรภ์ที่ปัญหาอ่อนและต้องการตัดมดลูกออกด้วย เพื่อขจัดปัญหาอย่างขณะมีประจำเดือนหรือในผู้หญิงที่ต้องการผ่าตัดทำหมันด้วย และ **วิธีที่ 6 การใช้ยาพวกพรอสตาแกลนดินส์ (prostaglandins)** ยาประเภทนี้มีฤทธิ์ทำให้มดลูกบีบรัดตัวและเกิดการแท้ง ตัวยามีหลายชนิด คือ ชนิดเหน็บช่องคลอด ชนิดรับประทาน ชนิดฉีดเข้ากล้ามเนื้อ ถึงแม้จะมี

ประสิทธิภาพทำให้เกิดการแท้งได้แน่นอน โดยเฉพาะในครรภ์อ่อน ๆ แต่อาการแทรกซ้อนของยานี้มีมาก เช่น อาการอาเจียนและท้องเดิน รวมทั้งอาการเจ็บปวดมดลูกอย่างรุนแรงอีกด้วย⁵⁰

แต่ทั้งนี้นอกจากการใช้ยาพวกพรอสตาแกลนดินส์แล้วยังมียา **Medabon** ซึ่งมีตัวยา มิเฟพริสโตน (mifepristone) หรือชื่อทางการค้าคือ RU486 และไมโซโพรสตอล (misoprostol) (ไซโตเซค) บรรจุในแผงเดียวกัน ที่ราชอาณาจักรไทยได้นำยาดังกล่าวมาใช้ในโครงการศึกษาวิจัยนำร่อง ผลการวิจัยพบว่า ยา Medabon มีประสิทธิภาพและมีความปลอดภัยในการยุติการตั้งครรภ์มากกว่าร้อยละ 95 กระทรวงสาธารณสุขจึงได้ขึ้นทะเบียนยาดังกล่าวและบรรจุไว้ในบัญชียาหลักแห่งชาติเพื่อใช้ในการแพทย์และเป็นยาที่สั่งจ่ายโดยแพทย์เท่านั้น และมีให้บริการเฉพาะที่สถานพยาบาลที่ขึ้นทะเบียนสมัครรับยาจากกรมอนามัย กระทรวงสาธารณสุขเท่านั้น ไม่สามารถหาซื้อได้จากร้านขายยาหรืออินเทอร์เน็ต⁵¹ โดยใช้กับหญิงที่มีอายุครรภ์ไม่เกิน 49 วันหรือ 7 สัปดาห์ นอกจากนี้ในราชอาณาจักรไทยแล้วยังมีการใช้ยาดังกล่าวในกว่า 40 ประเทศทั่วโลก ทั้งในสหภาพยุโรป สหรัฐอเมริกา และอีกหลายประเทศในเอเชีย ทั้งนี้องค์การอนามัยโลกได้แนะนำการใช้ยาดังกล่าวในการทำแท้งได้ในอายุครรภ์ไม่เกิน 63 วัน หรือ 9 สัปดาห์⁵² ซึ่งผู้วิจัยเห็นว่าหากต้องการจะทำแท้งโดยการใช้ยา Medabon ก็ควรทำขณะที่ยังมีอายุครรภ์ไม่เกิน 49 วันหรือ 7 สัปดาห์จะเป็นการดีต่อตัวหญิงที่ตั้งครรภ์มากกว่า เพราะยิ่งทำแท้งขณะอายุครรภ์น้อยเท่าใดก็ยิ่งส่งผลต่อสุขภาพร่างกายของหญิงน้อยเท่านั้น

วิธีทำแท้งที่ผิดกฎหมายหรือการทำแท้งเถื่อน แบ่งเป็น 5 วิธี ได้แก่ **วิธีที่ 1 การสวนน้ำยาเข้าโพรงมดลูก** วิธีการทำแท้งเช่นนี้กระทำด้วยการใช้ท่อขนาดเล็ก ๆ ผ่านเข้าทางปากมดลูกแล้วฉีดสารเหลวบางชนิด เช่น สารเคมี น้ำสบู่ ด่างทับทิม แอลกอฮอล์ น้ำมันเบนซิน สารเหลวเหล่านี้เป็นของแปลกปลอมที่ค่อนข้างสกปรก มีผลทำให้เด็กในครรภ์เสียชีวิตพร้อม ๆ กับการอักเสบติดเชื้อ มดลูกบีบรัดตัวอย่างรุนแรงจนเกิดการตกเลือด และมีการแท้งตามมา อีกทั้งยังทำให้จะเกิดการอักเสบติดเชื้อค่อนข้างรุนแรง ถ้ารักษาไม่ทันท่วงทีตัวหญิงที่ถูกทำแท้งมักจะเสียชีวิตก่อนที่จะมีการแท้งเด็ก **วิธีที่ 2 การทำให้ถุงน้ำหล่อเด็กแตก** ทำโดยการสอดท่อโลหะขนาดเล็ก ๆ อาจจะเป็นท่อสวนปัสสาวะหรือใช้เครื่องมือที่ใช้วัดความลึกของโพรงมดลูกสอดเข้าไปทางปากมดลูกผ่านทะลุถุงน้ำหล่อเด็กจนถุงน้ำหล่อเด็กแตก เมื่อขนาดน้ำหล่อเลี้ยงเด็กเด็กก็จะเสียชีวิตลง ซึ่งการทำแท้งใน

⁵⁰ ธีรนนท์ ดันดีอานวย. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 38. หน้า 9 – 10.

⁵¹ RSATHAI. (2566). *การยุติการตั้งครรภ์ด้วยยา Medabon (ยาทำแท้ง) ในประเทศไทย*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <https://rsathai.org/contents/13309/> [2566, 31 พฤษภาคม]

⁵² RSATHAI. (2566). *ข้อมูลเบื้องต้นของยายุติการตั้งครรภ์ ยาทำแท้ง*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <https://rsathai.org/contents/10060/> [2566, 31 พฤษภาคม]

ลักษณะนี้มีโอกาสที่จะเกิดการอักเสบติดเชื้อเช่นเดียวกับวิธีแรก **วิธีที่ 3 การสอดใส่วัสดุแปลกปลอมไว้ในโพรงมดลูก** เช่น สอดสายยางสำหรับสวนปัสสาวะเข้าไปขดงอยู่ในโพรงมดลูกหรือใช้กิ่งไม้ขนาดเล็กหรือหุ้บปล้องสอดเข้าไปในโพรงมดลูกและเมื่อมีสิ่งแปลกปลอมเข้าไปในโพรงมดลูกมดลูกก็จะหดตัวเพื่อขับไล่วัสดุแปลกปลอมนั้นออกจากโพรงมดลูกซึ่งใช้เวลานานทำให้เกิดการแท้งค้าง การทำแท้งในลักษณะนี้มีโอกาสที่จะเกิดการอักเสบติดเชื้อเช่นเดียวกัน **วิธีที่ 4 การกระตุ้นเชิงกรานอย่างรุนแรงที่มดลูก** เป็นวิธีการทำแท้งที่แพร่หลายในทุกภาคของไทย โดยเฉพาะทางภาคเหนือ เริ่มต้นด้วยการให้หญิงที่ตั้งครรภ์นอนหงายชันเข่าหนุนก้นให้สูง ใช้มียอกมดลูกให้ลอยขึ้นและบีบให้ก้อนเลือดแตก ซึ่งหมอเถื่อนบางรายอาจใช้เส้นเท้ายันบริเวณปากช่องคลอดด้วยวิธีการทำแท้งในลักษณะนี้อาจจะทำให้เลือดออกภายในวันแรก และบางรายอาจต้องทำซ้ำหลาย ๆ ครั้ง และ**วิธีที่ 5 การใช้ยาบีบมดลูกโดยการฉีดหรือรับประทานยาพวกเออร์กอต (ergot)** จำนวนมากและติดต่อกันหลายวัน วิธีการทำแท้งในลักษณะนี้พบว่ามียอัตรารับผลมากกว่าวิธีการทำแท้งอื่น ๆ และส่วนใหญ่จะเกิดขึ้นที่จังหวัดทางภาคใต้ การทำแท้งวิธีนี้สามารถทำให้แท้งได้ภายใน 1-7 วัน⁵³

การทำแท้งแบบถูกกฎหมายที่กระทำโดยแพทย์นั้นจะได้รับการดูแลจากแพทย์ที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญ ถูกต้องตามหลักวิชาการ ปลอดภัยต่อหญิงผู้ทำแท้งเมื่อเทียบกับการทำแท้งแบบผิดกฎหมายหรือการทำแท้งเถื่อนที่นอกจากจะเป็นการทำผิดกฎหมายแล้ว ยังส่งผลต่อสุขภาพของผู้หญิงที่ทำแท้งในอนาคต เช่น ความผิดปกติของรอบเดือนและเลือดที่ออกทางช่องคลอด หรืออาจทำให้หญิงผู้ทำแท้งเสียชีวิตได้ด้วย

2.3.6 เงื่อนไขการทำแท้งแบบไม่ผิดกฎหมาย

เนื่องจากมีพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญาระบบที่ 28 ที่แก้ไขมาตราว่าด้วยการทำแท้งในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 301 และ มาตรา 305 โดยมีผลบังคับใช้ในวันที่ 7 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2564 ที่ผ่านมานั้น ทำให้เกิดเงื่อนไขที่สามารถทำแท้งได้แบบไม่ผิดกฎหมายมีมากขึ้น โดยมีเงื่อนไขดังต่อไปนี้

1. หญิงทำแท้งเองหรือยอมให้ผู้อื่นทำให้ตนแท้ง ขณะอายุครรภ์ยังไม่เกิน 12 สัปดาห์ หญิงไม่มีความผิด ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 301

2. การทำแท้ง โดยผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมและเป็นกรณีตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 305 ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมไม่มีความผิด⁵⁴ ได้แก่ 1. จำเป็นต้องทำเพราะหากหญิงตั้งครรถ์ต่อไปจะเสี่ยงต่อการได้รับอันตรายต่อสุขภาพทางกายหรือจิตใจของหญิงนั้น 2. จำเป็นต้องทำเพราะมีความเสี่ยงอย่างมากหรือมีเหตุผลทางการแพทย์อันควรเชื่อได้ว่าหากทารกคลอดออกมา

⁵³ ชีรนนท์ ตันติอำนวย. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 38. หน้า 10-11.

⁵⁴ ประมวลกฎหมายอาญา. มาตรา 305.

จะมีความผิดปกติถึงขนาดทุพพลภาพอย่างร้ายแรง 3. หญิงยื่นยันต่อผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมว่าตนมีครรภ์ เนื่องจากมีการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศ 4. หญิงซึ่งมีอายุครรภ์ไม่เกิน 12 สัปดาห์ ยื่นยันที่จะยุติการตั้งครรภ์ และ 5. หญิงซึ่งมีอายุครรภ์เกิน 12 สัปดาห์ แต่ไม่เกิน 20 สัปดาห์ ยื่นยันที่จะยุติการตั้งครรภ์ ภายหลังการตรวจและรับคำปรึกษาทางเลือกจากผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมและผู้ประกอบวิชาชีพอื่นตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุขประกาศกำหนด โดยคำแนะนำของแพทยสภาและหน่วยงานที่เกี่ยวข้องตามกฎหมายว่าด้วยการป้องกันและแก้ไขปัญหาการตั้งครรภ์ในวัยรุ่น

อีกทั้งยังมีข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับการยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ฉบับใหม่ตามมาตรา 305 แห่งประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2564 ที่ใช้เป็นแนวทางปฏิบัติในการทำแท้งสำหรับผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมผู้ทำแท้งให้หญิงอีกด้วย โดยได้มีการขยายความสำหรับมาตรา 305 เพิ่มเติม เช่น กรณีการทำแท้งตามมาตรา 305 (1) ที่ว่า จำเป็นต้องกระทำเนื่องจากหากหญิงตั้งครรภ์ต่อไปจะเสี่ยงต่อการได้รับอันตรายต่อสุขภาพทางกายหรือจิตใจของหญิงนั้น ตามข้อบังคับแพทยสภาได้ระบุไว้ว่า กฎหมายใหม่แยกปัญหาสุขภาพ กายและใจ ออกจากกัน โดย (ก) ปัญหาสุขภาพทางกายของหญิงตั้งครรภ์นั้น แพทย์ผู้ยุติการตั้งครรภ์อาจปรึกษาแพทย์ผู้ที่เกี่ยวข้องเพื่อประเมินสุขภาพ/ปรับยา/หรือร่วมดูแลก่อนยุติการตั้งครรภ์ (ข) ปัญหาสุขภาพทางจิตของหญิงตั้งครรภ์จะต้องมีข้อมูลเรื่องการประเมินสุขภาพจิต และลงบันทึกการวินิจฉัยไว้ในเวชระเบียน โดยต้องได้รับการรับรองหรือเห็นชอบจากแพทย์อีกคนที่ไม่ใช่ผู้ทำการยุติการตั้งครรภ์ การคัดกรองโรคซึมเศร้า อาจใช้แบบคัดกรองของกรมสุขภาพจิต: 2Q, 9Q ถ้าได้คะแนนตั้งแต่ 13 ขึ้นไปสมควรส่งพบแพทย์เพื่อดูแลเรื่องซึมเศร้า

2.4 ทฤษฎีทางการแพทย์

ข้อบ่งชี้ทางการแพทย์ที่เป็นเหตุให้หญิงที่ตั้งครรภ์สามารถทำแท้งได้ คือ กรณีที่การตั้งครรภ์ต่อไปจะเป็นการเสี่ยงที่หญิงอาจได้รับอันตรายถึงแก่ชีวิต แนวความคิดที่อยู่เบื้องหลังของข้อบ่งชี้ทางการแพทย์นี้คือแนวความคิดว่าการทำแท้งในกรณีดังกล่าวเป็นสิทธิในการป้องกันตนเองของหญิง (Woman's Right to Self-defense) ตั้งครรภ์ที่จะป้องกันอันตรายที่จะเกิดขึ้นแก่ชีวิตหรือสุขภาพของตนเองได้ เหตุยุติการตั้งครรภ์อันเนื่องมาจากชีวิตหรือสุขภาพของหญิงตั้งครรภ์นี้มีที่มาจากหลักการชั่งน้ำหนักระหว่างคุณค่า 2 ประการที่ขัดแย้งกัน คือ ชีวิตของมารดากับชีวิตของตัวอ่อนในครรภ์ กล่าวคือ หากปล่อยให้หญิงนั้นคลอดบุตรออกมา หญิงนั้นจะได้รับ

อันตรายถึงแก่ชีวิต กฎหมายของหลายประเทศเห็นตรงกันว่าชีวิตของหญิงตั้งครรภ์เป็นคุณค่าที่สูงกว่าตัวอ่อนในครรภ์ จึงยอมให้ยุติการตั้งครรภ์ได้⁵⁵

มุมมองทางการแพทย์ส่วนใหญ่สอดคล้องกับหลักศาสนา นั่นคือ ชีวิตเริ่มต้นตั้งแต่การปฏิสนธิ ดังที่เซอร์วิลเลียม ลิลีย์ (Sir William Liley) ผู้มีชื่อเสียงในฐานะเป็น “บิดาของวิชาแพทยศาสตร์ด้านทารกในครรภ์” (father of fetological medicine) กล่าวไว้ว่า “ชีวิตเริ่มต้นเมื่อมีการผสมพันธุ์ระหว่างไข่กับอสุจิ ซึ่งจะนำลักษณะที่ถ่ายทอดทางพันธุกรรมของบุคคลผู้เป็นพ่อและแม่ ตลอดจนเพศของทารกมาซึ่งผู้เป็นลูกโดยมีระยะของการพัฒนาดังนี้ วันที่ 20 นับจากวันปฏิสนธิพื้นฐานของระบบประสาทเริ่มสร้างขึ้น วันที่ 21-25 หัวใจทารกเริ่มเต้นและจะเต้นตลอดไปจนวันตาย วันที่ 30 ระบบวงจรไหลเวียนของเลือดมีครบ หูและจมูกเริ่มเกิดขึ้น วันที่ 42 โครงร่างของทารกมีครบ มีไตและปอดสร้างขึ้น วันที่ 65 หรือ 9 สัปดาห์ ทารกกำมือได้ จับวัตถุที่ถูกมือได้ ถ้าถูกสัมผัสที่ฝ่าเท้าจะงอเข้าหนีได้ สัปดาห์ที่ 11 กลืนน้ำคร่ำได้ ถ่ายปัสสาวะได้ แสดงสีหน้าได้ ยิ้มได้”⁵⁶

อย่างไรก็ตาม มุมมองทางการแพทย์นั้นไม่ได้สอดคล้องกันหมดทุกส่วน แพทย์บางรายมองว่าการปฏิสนธิคือจุดเริ่มต้นของชีวิต ในขณะที่บางรายอธิบายว่าการปฏิสนธิไม่ได้เป็นจุดเริ่มต้นของชีวิตมนุษย์ แต่จุดเริ่มต้นของชีวิตมนุษย์เริ่มหลังจากกระบวนการปฏิสนธิผ่านไประยะหนึ่ง เช่นว่า “เมื่ออสุจิและไข่พบกันที่ปลายท่อรังไข่ จะเกิดขบวนการก่อนปฏิสนธิซึ่งทางการแพทย์เรียกว่า syngamy เซลล์อสุจิจะไขผ่านชั้นต่าง ๆ ของเซลล์ที่เลี้ยงและผนังของเซลล์ไข่ เข้าไปในไซโทพลาสซึมของไข่ ต่อจากนั้นจะเกิดปฏิกิริยาในชั้นหุ้มของไข่ให้ปิดมิด เพื่อกั้นอสุจิตัวอื่นทะลุทะลวงเข้าไปผสมซ้ำสองหลังจากนั้นจะมีการแลกเปลี่ยนโครโมโซม และมีการแบ่งเซลล์เกิดขึ้น ซึ่งเป็นจุดเริ่มต้นของชีวิตใหม่ภายหลังขบวนการปฏิสนธิ” “ตามตำราชีววิทยาที่เรายึดถือกันมานานกล่าวว่าชีวิตของเด็กเริ่มเมื่อไข่กับอสุจิผสมกันหรือที่เรียกว่า การปฏิสนธิ (fertilization) มองในแง่นี้ก็จริงแต่ชีวิตนี้ไม่สามารถที่จะดำรงชีวิตต่อไปได้ถ้าไม่มีการฝังตัวอยู่ในมดลูก ไข่และอสุจิที่ผสมกันก็เหมือนกับเมล็ดพืชหรืออะไรสักอย่างที่จะงอกขึ้นมาได้ก็ต้องอาศัยดินหรือการฝังตัวในมดลูก” “ในทางการแพทย์คิดว่า การบอกว่าชีวิตเริ่มต้นตั้งแต่ปฏิสนธินั้นผิดตั้งแต่แรกแล้ว การปฏิสนธิยังไม่ถือว่าเป็นการตั้งครรภ์ การตั้งครรภ์จะประกอบด้วยการที่มี fertilization คือปฏิสนธิ

⁵⁵ สถาบันพระปกเกล้า. *เอกสารเพื่อประกอบการพิจารณา ของคณะกรรมการวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่...) พ.ศ.* หน้า 1-16.

⁵⁶ วิลาลีนี พนานครทรัพย์. (2554). การทำแท้ง: มุมมองที่แตกต่างกัน. *วารสารสังคมวิทยามานุษยวิทยา*, 30(1), หน้า 98-99.

แล้วก็มี การ transport ไข่ที่ผสมมาแล้วนั้น ไปฝังตัวในผนังมดลูกต้องครบทั้งสามขั้นตอนนี้ถึงจะถือว่าเกิดการตั้งครรภ์”⁵⁷

ความต่างเหล่านี้ก็ยังคงอยู่ในกรอบที่มองว่าชีวิตมนุษย์เริ่มต้นตั้งแต่การตั้งครรภ์ เพียงแต่จุดเริ่มของการตั้งครรภ์มีความแตกต่างกันอยู่ 2 ประเด็นหลัก คือเริ่มตั้งแต่การปฏิสนธิ หรือเริ่มตั้งแต่การที่ตัวอ่อนฝังตัวในมดลูก คำอธิบายทางการแพทย์ไม่ได้สะท้อนให้เห็นว่าชีวิตมนุษย์เริ่มต้นหลังคลอดออกจากครรภ์มารดา เนื่องจากหากมองในเชิงชีววิทยา คำจำกัดความของการมีชีวิตจะต้องประกอบด้วยหลักเกณฑ์ 4 ประการ คือมีการเผาผลาญ (metabolism) มีการเจริญเติบโต (growth) มีการตอบสนองต่อแรงกระตุ้น (reaction to stimuli) และมีการแพร่ขยาย (reproduction) ดังนั้นระยะที่ตัวอ่อนอยู่ในครรภ์มารดาจึงถือได้ว่าเป็นระยะของการมีชีวิตเพราะมีองค์ประกอบทั้งสี่ประการครบถ้วน⁵⁸

⁵⁷ วิลาสินี พนานครทรัพย์. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 56. หน้า 99 – 100.

⁵⁸ วิลาสินี พนานครทรัพย์. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 56. หน้า 100.