

บทที่ 2

แนวคิดเกี่ยวกับความสัมพันธ์ทางเพศเป็นเหตุให้มีการทำแท้ง

ในบทนี้จะกล่าวถึงแนวคิดในการกำหนดให้ความสัมพันธ์ทางเพศระหว่างบุคคลในครอบครัวเดียวกันอันเกิดจากความยินยอมเป็นเหตุให้มีการทำแท้งได้ ซึ่งจะทำการศึกษาเกี่ยวกับประวัติความเป็นมาของกฎหมายทำแท้งในประเทศไทยในแต่ละยุคแต่ละสมัย ความหมายของการทำแท้ง ความผิดฐานทำให้แท้งลูกตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 305 แนวคิดทางอาญาวิทยา ซึ่งจะทำการศึกษาในหลักอาญาวิทยา หลักจิตวิทยา หลักชีววิทยา หลักสังคมวิทยา แนวคิดทางข้อห้ามของความสัมพันธ์ทางเพศระหว่างบุคคลในครอบครัวเดียวกันซึ่งทำการศึกษาในหลักทางศีลธรรม หลักทางพันธุกรรม คุณธรรมทางกฎหมาย ประเภทของคุณธรรมทางกฎหมาย ประโยชน์ของคุณธรรมทางกฎหมาย คุณธรรมทางกฎหมายของความผิดฐานทำให้แท้งลูก กำหนดมูลเหตุให้สามารถทำแท้งได้โดยชอบด้วยกฎหมายไม่ว่าจะเป็นมูลเหตุทางการแพทย์ มูลเหตุทางด้านศีลธรรม มูลเหตุในการรักษาชาติพันธุ์ มูลเหตุทางสังคมและเศรษฐกิจ สภาพปัญหาที่เกิดขึ้นหากมีการตั้งครรภ์กรณีที่มีความสัมพันธ์ทางเพศระหว่างบุคคลในครอบครัวเดียวกัน ซึ่งจะทำการศึกษาในรายละเอียดต่อไป

2.1 แนวคิดในการกำหนดให้ความสัมพันธ์ทางเพศระหว่างบุคคลในครอบครัวเดียวกันอันเกิดจากความยินยอมเป็นเหตุให้มีการทำแท้ง

2.1.1 ประวัติความเป็นมาของกฎหมายทำแท้งในประเทศไทย

2.1.1.1 ปี พ.ศ. 2347 รัชกาลที่ 1 กฎหมายตราสามดวง¹

ประวัติศาสตร์ของสังคมไทยชี้ชัดว่า ผู้หญิงไทยในโบราณเมื่อท้องแล้วจะทำแท้งหรือไม่ ถือเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานซึ่งรัฐไม่เกี่ยวข้องด้วย หลักฐานในอดีตที่ใช้อ้างอิงเกี่ยวกับการทำแท้งในกฎหมายตราสามดวงมีอยู่ 2 บทคือ บทพระอัยการลักษณะฝ่าฝืนที่เกี่ยวกับการฆ่าเด็กในครรภ์มารดาตามมาตรา 10 และมาตรา 15 เป็นกฎหมายที่ไม่มีการบัญญัติว่าด้วยความผิดฐานทำให้แท้งลูกโดยตรงและไม่เอาผิดผู้หญิงที่ทำให้ตนเองแท้งลูกด้วย ดังนั้นที่คำบรรยายของ

¹ มุลนิธิสร้างเสริมสุขภาพผู้หญิง. (2553). 199 ปี เส้นทางกฎหมายทำแท้งไทย. สืบค้นเมื่อ 25 กุมภาพันธ์ 2555, จาก <http://whaforth/content/390>.

กรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์ในปี ร.ศ. 118 ที่ว่า “อย่างนี้คู่สอนๆ แต่เป็นสิ่งที่จริง ได้กระมังเพราะตาม
 ธรรมดาศาลอาญาทั้งหลาย ไม่ค่อยยอมทำโทษอาญาแก่ใคร เมื่อไม่มีกฎหมายว่าลง ไปเป็นชัดเจนซึ่ง
 ในเรื่องริดลูกเป็นข้อจนอยู่จนบัดนี้”

มาตรา 10 ผู้ใดให้ยาแก่ท่านกินลูกในท้องตาย ให้เอาตัวแม่มันกึ่งหนึ่งตั้งใหม่ทวิคูณ
 เป็นสินไหมกึ่งพันยั้ง แล้วให้ทวน 60 ทีเอาขึ้นหาอย่างประจานแล้วจำไว้ ณ ลูก ถ้าตายทั้งแม่ทั้งลูก
 ให้มันตตายไปตามกัน

มาตรา 15 ผู้ใดวิวาทกับหญิงมีครรภ์ ตีฟันแทงหญิงมีครรภ์ลูกในท้องตาย แม่มีบาดเจ็บ
 ให้ปรับไหมผู้ตีฟันแทงโดยขนาด ถ้าตายทั้งแม่ทั้งลูกให้ฆ่าผู้ตีฟันแทงให้ตกไปตามกัน”

หมวดพระอัยการทาส แบ่งอายุครรภ์ออกเป็น 2 ช่วง คือ 3 เดือนแรกและเลย 3 เดือน
 ไปแล้ว

2.1.1.2 ปี พ.ศ. 2451 รัชการที่ 5 ในกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ประกาศใช้เมื่อ
 1 มิถุนายน 2451 โดยถือว่าการทำแท้งถือว่ามีผิดกฎหมายทุกกรณี ไม่มีข้อยกเว้นโดยไทยยกเลิก
 กฎหมายลักษณะผิดเมีย และใช้กฎหมายลักษณะอาญาแทนโดยบัญญัติความผิดฐานทำให้แท้งลูกไว้
 ในมาตรา 260-264 ห้ามการทำแท้ง โดยไม่มีข้อยกเว้นโดยถือว่าผู้หญิงไม่มีสิทธิตัดสินใจเกี่ยวกับการ
 การตั้งท้องของตัวเอง

2.1.1.3 ปี พ.ศ. 2500 รัชกาลที่ 9 ประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2500 ประกาศใช้เมื่อ
 1 มกราคม 2550 โดยกฎหมายถือว่าการทำแท้งยังผิดกฎหมาย แต่มีข้อยกเว้นบางกรณีซึ่งระบุ
 ความผิดฐานทำให้แท้งลูกไว้ในมาตรา 301-305 อัตราโทษของการทำแท้งไม่ว่าผู้หญิงจะทำแท้ง
 ด้วยตนเองหรือยินยอมให้ผู้อื่นทำ ถ้าการทำแท้งนั้นทำให้หญิงเป็นอันตรายหรือเสียชีวิตจะมี
 โทษหนักขึ้น ถ้าผู้หญิงไม่ยินยอม ผู้ทำก็ต้องรับโทษหนักขึ้น ยิ่งถ้าผู้หญิงเสียชีวิตก็ต้องรับโทษ
 สูงสุด จำคุก 5-20 ปี ปรับ 10,000-40,000 บาท มาตรา 304 ระบุว่าถ้าการทำแท้งไม่สำเร็จ ผู้ทำ
 ไม่ต้องรับโทษ ไม่ว่าจะการทำแท้งนั้นผู้หญิงจะยินยอมหรือไม่ มาตรา 305 ระบุข้อยกเว้นที่ทำให้
 ผู้หญิงทำแท้งได้ คือ ทำโดยแพทย์ ผู้หญิงยินยอม และถ้าการตั้งท้องนั้นเป็นอันตรายต่อสุขภาพของ
 หญิงหรือเป็นผลจากการกระทำความผิดอาญาตามมาตรา 276, 277, 282-284

แม้กฎหมายจะมีข้อยกเว้นให้ แต่แพทย์ส่วนหนึ่งก็ไม่ยอมทำแท้งให้ แม้จะเข้าเงื่อนไขนี้
 ผู้หญิงหลายคนรอจนคลอด บางคนทำแท้งเมื่ออายุครรภ์มากขึ้น บางคนใช้บริการการทำแท้งที่
 ไม่ปลอดภัย

2.1.1.4 ปี พ.ศ. 2548 รัชกาลที่ 9 ข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับการยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ตามมาตรา 305 แห่งประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2548

การทำแท้งยังคงผิดกฎหมาย แต่มีข้อยกเว้นมากขึ้นเป็นแนวปฏิบัติของแพทย์ที่กำหนดขั้นตอนอย่างละเอียดและระบุไว้ว่า ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมที่เกี่ยวข้องกับการยุติการตั้งครรภ์และได้ทำตามข้อบังคับนี้ถือว่าได้ปฏิบัติตามกฎหมายอาญามาตรา 305 ข้อยกเว้นที่เพิ่มเข้ามา คือ

1. ถ้าหญิงนั้นมีปัญหาสุขภาพจิตและมีแพทย์ที่ไม่ได้เป็นผู้ยุติการตั้งครรภ์ให้อย่างน้อย 1 คน รับรองตามขั้นตอนและเงื่อนไข

2. ถ้าหญิงนั้นมีความเครียดเนื่องจากพบว่าทารกในครรภ์พิการอย่างรุนแรง หรือเสี่ยงที่จะเป็นโรคพันธุกรรมรุนแรง ซึ่งสูตินรีแพทย์หรือแพทย์ด้านเวชพันธุศาสตร์ได้ตรวจรับรองแล้ว

2.1.2 ความหมายของการทำแท้ง

“ทำให้แท้งลูก” (Abortion) หมายถึง การที่ทำให้เด็กในครรภ์คลอดออกมาอย่างไม่มีชีวิต²

การทำให้แท้งลูก³ หมายถึง การทำให้ลูกในครรภ์ตายในขณะที่อยู่ในครรภ์ ส่วน “ลูกในครรภ์” หมายความว่า ลูกเริ่มตั้งแต่ตัวอสุจิของชายผสมเข้ากับไข่ในมดลูกของหญิง ส่วนวิธีการที่จะทำให้แท้งลูกจะเป็นวิธีอย่างไร เช่น ใช้กำลังกาย ใช้ยา กิน ฉายแสงหรือเอายาฉีดเข้าไปในมดลูกหรือวิธีอื่น ไม่เป็นข้อสำคัญ ความผิดสำเร็จเมื่อมีการแท้งลูก คือ ลูกที่ออกมาจนถึงแก่ความตายไม่ว่าทารกจะตายขณะอยู่ในครรภ์หรือตายขณะที่คลอดออกมาแล้ว ความสำคัญก็คือได้กระทำขณะทารกยังอยู่ในครรภ์ และมีความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลตามทฤษฎีผลกรรมคือความตายเป็นผลกรรมดาบย่อมเกิดขึ้นจากการกระทำนั้นๆ กระทำเพื่อให้เกิดแท้งลูก

ทำแท้ง⁴ หมายถึง การทำให้ทารกซึ่งเริ่มปฏิสนธิแล้วในครรภ์ของหญิงไม่มีชีวิตอยู่รอดจนมีสภาพเป็นบุคคล จะทำด้วยวิธีใดก็ได้ หากลงมือกระทำโดยเจตนาที่จะกระทำให้แท้ง เช่น กินยา ฉีดยา ใช้เครื่องดูดทารกออก เป็นต้น หากลงมือกระทำด้วยเจตนาที่จะให้แท้งลูกแล้ว ก็ถือว่ามีความผิด

แท้งลูก⁵ หมายถึง การทำให้เด็กที่ปฏิสนธิขึ้นในครรภ์ของหญิงถูกทำลายก่อนที่จะคลอดหรือคลอดออกมาแล้วไม่มีสภาพเป็นบุคคล ดังนั้นการทำให้แท้งลูกอาจจะแท้งตั้งแต่เด็กอยู่ในครรภ์มารดาหรือเด็กนั้นอาจจะคลอดออกมาแล้วแต่ยังไม่มีสภาพเป็นบุคคล ก็อยู่ในความหมายของคำว่า

² ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ ก (2552). คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคความคิดและลหุโทษ. หน้า 250.

³ หยุต แสงอุทัย ก (2540). กฎหมายอาญา ภาค 2-3. หน้า 211.

⁴ บุญเพราะ แสงเทียน ก (2543). กฎหมายอาญา 3. หน้า 132.

⁵ ไกรฤกษ์ เกษมสันต์. (2553). คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญาภาคความผิดมาตรา 288 ถึง 366. หน้า 99.

แท้งลูกทั้งสิ้น แต่ถ้าเด็กคลอดออกมามีชีวิตเพียงชั่ววินาทีเดียวแล้วถึงแก่ความตาย เช่นนี้ไม่ใช่เป็นแท้งลูกตามความหมายของประมวลกฎหมายอาญา แต่อาจจะเป็นความรู้สึกหรือความเข้าใจของบุคคลโดยทั่วไป ดังนั้น การที่ทำให้เด็กคลอดออกมาก่อนกำหนด แต่เด็กมีชีวิตอยู่แล้วตายลงในระยะเวลาต่อมาจึงไม่ใช่แท้งลูกสำเร็จตามความหมายของกฎหมายคงมีความผิดฐานพยายามแล้วแต่กรณี (ฎีกาที่ 788/2510, 566/2502)

ตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2525 “การทำแท้ง” หมายถึง ริดลูก มีเจตนาทำให้ทารกออกจากครรภ์ก่อนถึงกำหนดและตาย และ “การริดลูก” หมายถึง การทำให้แท้ง⁶

แต่ในทางการแพทย์ “การทำแท้ง” หมายถึง การที่ผลิตผลจากการผสมพันธุ์ (Product of Conception) หลุดออกจากสตรี ฉะนั้นความหมายของการทำแท้งในทางแพทย์ คือ การขจัดผลิตผลของการผสมพันธุ์ออกสตรีให้หมด

สำหรับคำนิยามขององค์การอนามัยโลก คำว่า “การแท้งบุตร”⁷ หมายถึง การสิ้นสุดของการตั้งครรภ์ก่อนที่เด็กจะสามารถมีชีวิตอยู่ได้นอกครรภ์มารดา ตามคำนิยามขององค์การอนามัยโลกเดิม นับเอาการสิ้นสุดของการตั้งครรภ์ก่อน 28อาทิตย์แรกหรือทารกมีน้ำหนักตัวต่ำกว่า 1,000 กรัม เนื่องจากวิทยาการทางการแพทย์ก้าวหน้าไปมากจนแพทย์สามารถนำเอาไข่จากในท้องของหญิงที่หลุดออกจากผนังรังไข่ในวันที่มีไข่สุกมาผสมกับเชื้ออสุจิในหลอดทดลอง และสามารถเลี้ยงไว้ในหลอดแก้วข้างนอกได้อยู่ระยะหนึ่ง รวมทั้งยังสามารถนำเอาไข่ที่ผสมในระยะแรกของตัวอ่อน (Blastocyst) กลับเข้าไปเลี้ยงโดยการฝังไว้ในผนังของเยื่อมดลูกของผู้ที่เป็นมารดาที่เป็นหมันจากกรณีที่ปีกมดลูกตันหรือสาเหตุอื่นๆ ที่ขัดขวางไม่ให้เกิดการพบกันระหว่างไข่และอสุจิ จนกระทั่งครรภ์ครบกำหนด ด้วยเหตุนี้องค์การอนามัยโลกจึงมีแนวโน้มที่จะมีการเปลี่ยนคำนิยามดังกล่าวให้ต่ำกว่า 20 อาทิตย์ หรือลดน้ำหนักเด็กลงมาต่ำกว่า 500 กรัม ส่วนการสิ้นสุดของการตั้งครรภ์ในระยะเวลา 20-21 สัปดาห์แรก และเด็กที่มีน้ำหนักระหว่าง 500-900 กรัม นั้นเปลี่ยนเรียกเสียใหม่จากคำว่า “แท้ง” เป็นการคลอดก่อนกำหนดชนิด “Immature”

⁶ ไชยยศ เหมะรัชตะ. (2534, มกราคม-มีนาคม). “ปัญหากฎหมายการทำแท้ง แนวทางการแก้ไขปรับปรุง.” *จุฬาลงกรณ์วารสาร*, 3 (10). หน้า 70.

⁷ แหล่งเดิม. หน้า 70.

2.1.3 ความผิดฐานทำให้แท้งลูกตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 305 ซึ่งนักกฎหมายหลายท่านได้ให้ความเห็นว่า การทำแท้งตามมาตรา 305 จะไม่ผิดกฎหมายหากเข้าองค์ประกอบของกฎหมายซึ่งถือว่ามีอำนาจในการทำแท้ง ดังนี้ คือ

2.1.3.1 ความเห็นของรองศาสตราจารย์ ดร.ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ
การทำแท้งจะไม่ผิดกฎหมายเลย ถ้าเข้าองค์ประกอบดังต่อไปนี้⁸

1. เป็นการกระทำความผิดดังกล่าวในมาตรา 301 และมาตรา 302 นั้น
2. เป็นการกระทำของนายแพทย์
3. เข้าลักษณะอย่างใดอย่างหนึ่งดังต่อไปนี้

(ก) จำเป็นต้องกระทำเนื่องจากสุขภาพของหญิงนั้น หรือ

(ข) หญิงมีครรภ์เนื่องจากการกระทำความผิดอาญาตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 276

มาตรา 277 มาตรา 282 มาตรา 283 หรือมาตรา 284

อำนาจกระทำตามมาตรานี้ คือ ต้องเป็นการกระทำของแพทย์ หมายถึง ผู้ที่มีความรู้ในการประกอบโรคศิลป์ตามกฎหมาย ไม่รวมถึงพยาบาลหรือผดุงครรภ์ ความมุ่งหมายคงเพื่อให้ปลอดภัยในการทำแท้งแก่หญิงนั่นเอง มาตรานี้ให้อำนาจกระทำทั้งมาตรา 301 และมาตรา 302 ซึ่งหมายความว่า หากหญิงที่ทำให้ตนเองแท้งลูกเป็นแพทย์ก็เข้าข่ายเช่นเดียวกัน แต่แม้เป็นแพทย์ก็ยังคงอาศัยเหตุ 2 ประการดังต่อไปนี้

(1) จำเป็นต้องกระทำเนื่องจากสุขภาพของหญิงนั้น คำว่า สุขภาพนี้รวมทั้งสุขภาพกายและสุขภาพจิตด้วย ทั้งนี้ เป็นเพราะความมีสุขภาพดีคือการไม่มีโรคตาม พ.ร.บ. เวชกรรม พ.ศ. 2525 ได้จำกัดความคำว่า “โรค” ไว้ว่า “โรค” หมายถึง ความเจ็บป่วย การบาดเจ็บ ความผิดปกติของร่างกายหรือจิตใจและหมายความรวมถึงอาการที่เกิดจากภาวะดังกล่าวด้วย ดังนั้นสุขภาพของหญิงจึงหมายถึงทั้งสุขภาพกายและสุขภาพจิต การเข้าใจว่าเป็นเฉพาะสุขภาพกายจึงไม่สอดคล้องกับความหมายที่แท้จริงของบทบัญญัติ

ส่วนความจำเป็นต้องทำแท้งเนื่องจากสุขภาพของหญิงจึงมีความหมายถึงว่า หากปล่อยให้หญิงตั้งครรภ์ต่อไปจะทำให้หญิงมีปัญหาทางสุขภาพ ไม่ว่าทางกายหรือทางจิต นอกจากนี้เมื่อกฎหมายใช้คำว่า “เนื่องจากสุขภาพ” ไม่ได้ใช้คำถึงขั้นว่า “การตั้งครรภ์จะเป็นอันตรายแก่ชีวิต” ดังนั้นกฎหมายจึงมิได้มุ่งให้มีความหมายถึงขั้นเป็นอันตรายถึงชีวิตของหญิงมีครรภ์เพราะอาการ “พิษแห่งครรภ์” นั้นมิได้หลายรูปแบบ เช่น หญิงเป็นโรคหัวใจ ความดันโลหิตสูง โรคไต โลหิตจาง ตกเลือดอย่างมาก อันเนื่องมาจากการตั้งครรภ์ เป็นต้น อาการแพ้ท้องอย่างมากหรือร่างกายอ่อนแอเกินกว่าที่จะตั้งครรภ์ได้ แม้ไม่ถึงตายก็ถือเป็นอันตรายต่อสุขภาพของหญิงได้ ดังนั้นการตีความถึง

⁸ ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ ก เล่มเดิม. หน้า 257-258.

ขนาดว่าหญิงต้องเป็นอันตรายถึงชีวิตจึงจะทำแท้งได้ เป็นการตีความเกินตัวบทและเป็นผลร้ายแก่ผู้กระทำความผิดเพราะมาตรานี้ไม่ใช่การ “ซึ่งคุณธรรม” ระหว่างชีวิตแม่กับลูกซึ่งเป็นกรณีตามมาตรา 67

กรณีตามมาตรา 305 เป็นอำนาจกระทำของแพทย์ เมื่อได้พิจารณาแล้วเห็นว่าควรทำแท้งให้แก่หญิงเพราะจำเป็นต่อการรักษาสุขภาพของหญิงนั้น เพราะหญิงเป็นชีวิตที่สมบูรณ์อยู่แล้วสมควรคุ้มครองมากกว่าชีวิตที่ยังไม่เกิด

(2) หญิงมีครรภ์เนื่องจากการกระทำผิดอาญา ได้แก่ มาตรา 276 ฐานข่มขืนกระทำชำเราหญิง มาตรา 277 กระทำชำเราเด็กอายุไม่เกิน 15 ปี ไม่ว่าเด็กหญิงนั้นจะยินยอมหรือไม่ มาตรา 282 มาตรา 283 หรือมาตรา 284 ฐานเป็นธุระจัดหา ล่อลวง ข่มขู่ หรือใช้กำลังประทุษร้าย เพื่อการอนาจารหญิง ไม่ว่าหญิงนั้นจะอายุเท่าใดหรือไม่ว่าหญิงนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม

ในข้อนี้กฎหมายได้ให้อำนาจแพทย์ทำแท้งให้หญิง เพราะการตั้งครรภ์เกิดจากการกระทำความผิดทางเพศ (แม้หญิงยินยอมกรณีอายุไม่เกิน 15 ปี) ย่อมเป็นธรรมดาที่หญิงจะไม่พึงปรารถนาเด็กนั้นและเพื่อป้องกันความเสียหายที่จะเกิดแก่หญิง รวมทั้งความปลอดภัยให้แก่หญิง กฎหมายจึงให้แพทย์ทำแท้งให้แก่หญิงได้ โดยไม่จำเป็นต้องพิจารณาเรื่องสุขภาพของหญิงเลย

ทั้งนี้หากแพทย์ทำแท้งให้หญิงเนื่องจากเหตุดังกล่าวแล้ว แม้จะได้กระทำไปโดยสำคัญผิด เช่น เข้าใจว่าหญิงอ่อนแอไม่สามารถตั้งครรภ์ต่อไปได้ หรือเข้าใจว่าหญิงถูกข่มขืนกระทำชำเราหรือเข้าใจว่าหญิงอายุยังไม่ถึง 15 ปี หรือเชื่อว่าหญิงถูกหลอกลวงไปเพื่อการอนาจารจริง แพทย์ก็ไม่มีความผิดเพราะสำคัญผิดว่ามีอำนาจกระทำได้ตามมาตรา 62 และแม้ความสำคัญผิดดังกล่าวจะเกิดจากความประมาท แพทย์ก็ไม่ต้องรับผิดชอบเพราะการทำแท้งให้หญิงแท้งลูกโดยประมาทไม่มีกฎหมายบัญญัติเป็นความผิด

2.1.3.2 ความเห็นของ หม่อมหลวงไกรฤกษ์ เกษมสันต์

ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 305 บทบัญญัติมาตรานี้เป็นที่ถกเถียงกันมานานว่า ควรจะมีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือไม่ บางท่านก็เห็นว่าควรจะมีการแก้ไขให้มีขอบเขตกว้างขึ้น เพราะอาจมีบางกรณีทราบมาตั้งแต่ต้นว่าเด็กคลอดออกมาจะพิการเป็นปมด้อยแก่เด็กและเพิ่มภาระให้แก่ครอบครัวโดยเฉพาะครอบครัวที่ยากจนอยู่แล้ว การถกเถียงก็ยังคงมีอยู่เรื่อยมาแต่ในที่สุดก็ยังไม่มีการเปลี่ยนแปลง มาตรา 305 มีข้อสังเกตดังต่อไปนี้⁹

⁹ ไกรฤกษ์ เกษมสันต์. เล่มเดิม. หน้า 105-106.

1. การกระทำตามมาตรา 305 ต้องเป็นการกระทำของแพทย์ ดังนั้นหญิงที่ทำให้ตนเองแท้งลูกตามมาตรา 301 จะไม่มีความผิดถ้าหญิงที่ตั้งครรภ์นั้นเป็นแพทย์ แต่ถ้าหญิงไม่ได้ทำแท้งเอง ยอมให้แพทย์ทำก็อยู่ในความหมายของมาตรา 305 เช่นเดียวกัน แต่ทั้งนี้ต้องเข้าเงื่อนไขอื่นตามมาตรา 305 ด้วย

2. มาตรา 305 ค้ำครองแต่เฉพาะกรณีที่ยินยอมเท่านั้น เพราะฉะนั้น ถ้าหญิงไม่ยินยอมก็ไม่มีทางที่จะเข้าหลักเกณฑ์ตามมาตรา 305 การกระทำตามมาตรา 305 แม้จะเป็นอันตรายสาหัสหรือมีความตายเกิดขึ้น แพทย์ก็ไม่ต้องรับผิดชอบ

3. เหตุที่จะนำมาประกอบทำให้ผู้กระทำที่เป็นแพทย์ไม่มีความผิดก็คือ การกระทำนั้นต้องเป็นการกระทำเพื่อความจำเป็นเนื่องจากสุขภาพของหญิงนั้น ในเรื่องนี้ยังเป็นปัญหาและยังไม่มีคำพิพากษาศาลฎีกาว่า เนื่องจากสุขภาพของหญิงนั้นจะต้องคำนึงถึงขนาดไหน ถ้าเป็นอันตรายต่อสุขภาพหรือจิตใจอย่างร้ายแรงเช่นนี้ก็ไม่เป็นปัญหา แต่ถ้าเป็นอันตรายต่อสุขภาพของหญิงเพียงเล็กน้อย หรือเป็นอันตรายต่อจิตใจของหญิงเพียงเล็กน้อยเช่นนี้จะอยู่ในความหมายของมาตรา 305 (1) หรือไม่ เห็นว่าแม้กฎหมายจะไม่ได้เขียนว่าอันตรายต่อสุขภาพของหญิงนั้นจะต้องถึงขั้นรุนแรง แต่ก็เป็นที่เข้าใจได้ว่าน่าจะต้องรุนแรงถึงขนาดที่สมควรจะทำแท้ง โดยถือความรู้สึกรับรู้ของบุคคลธรรมดาทั่วไป มีข้อนำคิดว่า ถ้าข้อเท็จจริงแน่ชัดว่าเด็กที่คลอดออกมาแล้วจะพิการแขนขาหรือตาบอด เช่นนี้เป็นเหตุที่จะทำแท้งหรือไม่ พิจารณาตามตัวบทจะเห็นได้ว่า กฎหมายคุ้มครองแต่เฉพาะสุขภาพมารดาเท่านั้น ไม่ได้ไปคุ้มครองถึงเด็ก ส่วนกรณีตามอนุมาตราสองนั้นไม่ใช่เป็นเรื่องเพื่อสุขภาพของหญิง แต่เนื่องจากหญิงตั้งครรภ์จากการกระทำความผิดตามมาตรา 276 คือความผิดฐานข่มขืนมาตรา 277 ฐานกระทำชำเรามาตรา 282, 283 หรือ 284 ในกรณีนี้เห็นได้ชัดอยู่ในตัวว่าหญิงนั้นต้องชอกช้ำอยู่แล้วที่ตกเป็นเหยื่ออาชญากรรม แต่ยังคงมาเลี้ยงลูกซึ่งเกิดจากโจรอีกเป็นการซ้ำเติมอีกชั้นหนึ่ง เช่นนี้กฎหมายจึงให้ความคุ้มครองที่จะให้หญิงนั้นทำแท้งได้ เป็นทางเลือกอีกทางหนึ่งหากหญิงต้องการ

ยังมีความเห็นว่า กรณีตามมาตรา 305 เป็นกรณีที่การกระทำนั้นไม่เป็นความผิด แต่ถ้ามีกรณีที่อ้างเหตุจำเป็นตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 67 ได้ หญิงย่อมได้รับยกเว้นโทษตามหลักทั่วไปในมาตรา 67

2.1.3.3 ความเห็นของ ศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย

ความคิดตามมาตรา 305 เป็นกรณีให้ผู้กระทำมีอำนาจทำได้ การกระทำไม่ผิดกฎหมายเลยในเมื่อเข้าองค์ประกอบดังต่อไปนี้¹⁰

- (1) เป็นการกระทำความผิดดังกล่าวในมาตรา 301 และมาตรา 302 นั้น
- (2) เป็นการกระทำของนายแพทย์
- (3) เข้าลักษณะอย่างใดอย่างหนึ่งดังต่อไปนี้

(ก) จำเป็นต้องกระทำเนื่องจากสุขภาพของหญิงนั้น หรือ

(ข) หญิงมีครรภ์เนื่องจากการกระทำความผิดอาญาตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 276 มาตรา 277 มาตรา 282 มาตรา 283 หรือมาตรา 284

คำอธิบาย มาตรานี้ให้อำนาจ (1) หญิงซึ่งเป็นนายแพทย์และทำให้ตนเองแท้งลูก และ (2) นายแพทย์ซึ่งทำให้หญิงอื่นแท้งลูก ทั้งนี้เฉพาะในกรณีที่เข้าลักษณะในอนุมาตรา (1) และ (3) คำว่า “นายแพทย์” หมายถึง ผู้ได้รับอนุญาตให้ประกอบโรคศิลป์ในทางทำให้แท้งลูกได้

อนุมาตรา (1) เป็นกรณีการทำให้แท้งลูกจำเป็นต้องกระทำเนื่องจากสุขภาพของหญิง เช่น หญิงเป็นวัณโรคอย่างร้ายแรง ถ้าปล่อยให้มามีครรภ์จนคลอดบุตรอาจเป็นอันตรายแก่ชีวิตหรือสุขภาพของหญิง

อนุมาตรา (2) เป็นกรณีการทำให้แท้งลูก เมื่อการมีครรภ์ได้เกิดขึ้นเนื่องจากการกระทำผิดอาญาตามที่บัญญัติไว้ในอนุมาตราอื่น ทั้งนี้เพราะลูกเกิดมาเนื่องจากการใช้กำลังบังคับเข้ากับหญิง ฉะนั้นเมื่อหญิงไม่ประสงค์จะอุ้มครรภ์ ก็ควรยอมให้แพทย์ทำให้แท้งลูกได้

ข้อควรสังเกตมีว่าแพทย์อาจทำให้ตนเองแท้งลูกก็ได้ ถ้าเข้าอนุมาตรา (1) หรือ (2) ไม่จำเป็นต้องขอให้แพทย์อื่นเป็นผู้กระทำ

2.1.3.4 ความเห็นของ ผู้ช่วยศาสตราจารย์ บุญเพราะ แสงเทียน

ความคิดตามมาตรา 305 เป็นกรณีให้ผู้ทำแท้งไม่มีความผิด เมื่อผู้กระทำกระทำโดยเข้าองค์ประกอบดังที่มาตรานี้บัญญัติไว้ดังต่อไปนี้¹¹

- (1) เป็นการกระทำความผิดดังกล่าวในมาตรา 301 และมาตรา 302
- (2) เป็นการกระทำของนายแพทย์
- (3) กระทำไปเนื่องจาก 2 กรณีดังต่อไปนี้

¹⁰ หยุด แสงอุทัย ข (2546). *กฎหมายอาญาภาค 2-3*. หน้า 216-217.

¹¹ บุญเพราะ แสงเทียน ข (2543). *กฎหมายอาญา 3 (ภาคความผิดและลหุโทษ)*. หน้า 140.

(1) จำเป็นต้องกระทำเนื่องจากสุขภาพของหญิงนั้น หรือ

(2) หญิงมีครรภ์เนื่องจากการกระทำความผิดอาญาตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 276 มาตรา 277 มาตรา 282 มาตรา 283 หรือมาตรา 284

เป็นการกระทำความผิดในมาตรา 301 และมาตรา 302 หมายความว่าเป็นการกระทำแท้งโดยหญิงผู้มีครรภ์เองหรือหญิงมีครรภ์ยินยอมให้ผู้อื่นทำแท้ง ตามมาตรา 301 หรือเป็นการทำให้หญิงมีครรภ์แท้งโดยหญิงยินยอม ตามมาตรา 302

เป็นการกระทำของนายแพทย์ หมายความว่าผู้กระทำแท้งโดยไม่มีความผิดตามกฎหมายตามมาตรา 301 คือ นายแพทย์ ซึ่งหมายถึงผู้ได้รับอนุญาตให้ประกอบโรคศิลปะในการทำคลอดซึ่งหมายรวมถึงแพทย์หญิงด้วย

จำเป็นต้องกระทำเนื่องจากสุขภาพของหญิงนั้น หมายความว่าหญิงผู้มีครรภ์นั้นเป็นโรคร้ายแรง เช่น โรคหัวใจอย่างร้ายแรง หากปล่อยให้หญิงนั้นมีครรภ์ต่อไปจนคลอดบุตร หญิงนั้นอาจมีอันตรายแก่ชีวิตหรือเสียสุขภาพได้

หญิงมีครรภ์เนื่องจากการกระทำความผิดอาญาตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 276 มาตรา 277 มาตรา 282 มาตรา 283 หรือมาตรา 284 หมายความว่า หญิงมีครรภ์จากการกระทำความผิดตามมาตราดังกล่าว เช่น หญิงนั้นถูกข่มขืนกระทำชำเรา เป็นต้น เมื่อหญิงนั้นยินยอมให้แพทย์ทำแท้งให้แพทย์ผู้ทำแท้งไม่มีความผิด

ข้อสังเกตแพทย์หญิงซึ่งมีครรภ์ ถ้าการมีครรภ์นั้นเข้ากรณีตามอนุมาตรา (1) หรืออนุมาตรา (2) แพทย์หญิงนั้นก็ทำแท้งให้ตนเองได้โดยไม่มีความผิด

2.1.3.5 ความเห็นของ ศาสตราจารย์ไชยยศ เหมะรัชตะ

บทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายอาญาเกี่ยวกับการยกเว้นความผิดฐานทำแท้งในประมวลกฎหมายอาญาได้บัญญัติยกเว้นการกระทำที่ไม่ถือว่าการทำแท้งเป็นความผิดฐานทำแท้งลูกในมาตรา 305 ความว่า¹²

“ถ้าการกระทำความผิดดังกล่าวในมาตรา 301 และมาตรา 302 เป็นการกระทำของนายแพทย์ และ

(1) จำเป็นต้องกระทำเนื่องจากสุขภาพของหญิงนั้นหรือ

(2) หญิงมีครรภ์เนื่องจากการกระทำอาญา ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 276, มาตรา 277, มาตรา 282 มาตรา 283 หรือมาตรา 284

¹² ไชยยศ เหมะรัชตะ. เล่มเดิม. หน้า 72-75.

ผู้กระทำไม่มีความผิด

ตามบทบัญญัติมาตรา 305 ของประมวลกฎหมายอาญาได้กำหนดเหตุที่แพทย์ทำแท้งได้ โดยไม่ผิดกฎหมายไว้ 2 กรณีคือ

1. เหตุทำแท้งได้เนื่องจากสุขภาพของหญิง บทบัญญัติในมาตรา 305 (1) ที่กฎหมายยอมรับให้แพทย์สามารถทำแท้งได้เนื่องจากสุขภาพของหญิงนั้นถือได้ว่าเป็นข้อกำหนดที่ยอมรับในหลายประเทศโดยมีเหตุผลทางหลักวิชานิติศาสตร์ จากหลักการชั่งน้ำหนักประโยชน์ระหว่างสิ่งสองสิ่งที่ขัดแย้งกัน คือ ชีวิตของมารดา กับชีวิตของทารกที่อยู่ในครรภ์ กล่าวคือถ้าปล่อยให้หญิงนั้นคลอดบุตรออกมา หญิงนั้นจะมีอันตรายถึงแก่ชีวิต ซึ่งกฎหมายเห็นว่าชีวิตมารดาเป็นประโยชน์สูงกว่าชีวิตทารกที่อยู่ในครรภ์ จึงยอมให้แพทย์ทำแท้งได้เพื่อรักษาชีวิตของมารดาไว้ หลักกฎหมายดังกล่าวนี้ ศาลสูงแห่งราชอาณาจักรไรซ์ของเยอรมันได้นำมาวินิจฉัยตั้งแต่ปี ค.ศ. 1927 โดยเรียกว่าหลักชั่งน้ำหนักระหว่างคุณธรรมทางกฎหมาย (Rechtshüterabwägung) กล่าวคือตามหลักนี้ถือว่าการที่ผู้กระทำจำเป็นต้องกระทำการใด อันเป็นการละเมิดคุณธรรมทางกฎหมายที่น้อยกว่าเพื่อรักษาคุณธรรมทางกฎหมายที่สูงกว่าไว้ นั่น ผู้กระทำไม่มีความผิด สำหรับกรณีการทำแท้งก็คือจำเป็นต้องทำร้ายชีวิตในครรภ์มารดาเพื่อรักษาชีวิตหญิงนั่นเอง

อนึ่งแม้ว่าจะได้กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการทำแท้งในกรณีดังกล่าวไว้ในประมวลกฎหมายอาญาแล้วก็ตาม แต่ก็ยังมีปัญหาในการตีความว่า ความหมายของคำว่า “สุขภาพ” จะครอบคลุมเพียงใด ซึ่งในเรื่องนี้สามารถแบ่งแนวความคิดของนักวิชาการในการตีความได้เป็น 3 ฝ่าย ดังนี้

ฝ่ายแรก เห็นว่า สุขภาพในที่นี้จำกัดเฉพาะสุขภาพในร่างกายของหญิง

ฝ่ายที่สอง เห็นว่า คำว่าสุขภาพนี้จะเป็นสุขภาพทางกายหรือทางจิตก็ได้

ฝ่ายที่สาม เห็นว่า คำว่าสุขภาพจึงน่าจะรวมความทั้งร่างกาย จิตใจ และสังคมด้วย ทั้งนี้เป็นไปตามค่านิยมขององค์การอนามัยโลกว่าหมายถึง ความผาสุกในทางร่างกาย จิตใจและสังคม ไม่ใช่เพียงแต่ปราศจากโรค หรือความเจ็บป่วยเท่านั้น

2. เหตุทำแท้งเนื่องจากหญิงถูกข่มขืน บทบัญญัติมาตรา 305 (2) ที่กฎหมายยอมรับให้แพทย์ทำแท้งได้เพราะหญิงมีครรภ์ เนื่องจากถูกข่มขืนนี้เป็นบทบัญญัติซึ่งกรรมการร่างกฎหมายได้เพิ่มเติมเข้ามาในปี พ.ศ. 2494 เหตุผลนี้กฎหมายอนุญาตให้ทำแท้งในกรณีนี้ได้โดยพิจารณาเห็นว่าเมื่อหญิงไม่ประสงค์จะอุ้มครรภ์เด็กที่เกิดการกระทำผิดอาญาดังจากการใช้กำลังบังคับเอากับหญิง ก็ควรยอมให้แพทย์ทำแท้งได้ เพื่อป้องกันความเสื่อมเสียแก่ชื่อเสียงของหญิง

อย่างไรก็ดีบทบัญญัติมาตรา 305 (2) นี้ได้ก่อให้เกิดปัญหาทางปฏิบัติบางประการ เช่น การทำแท้งอนุมาตรานี้ต้องรอให้ศาลมีคำพิพากษาถึงที่สุดก่อนหรือไม่ ถ้าหากต้องรอจะกระทั่งศาลมีคำพิพากษาแล้ว แพทย์ย่อมจะไม่อาจทำแท้งนี้ได้ เป็นต้น

การที่ประมวลกฎหมายอาญาได้บัญญัติข้อยกเว้นความรับผิดชอบของแพทย์ในความผิดฐานทำให้แท้งลูก มาตรา 305 นั้นเนื่องจากมีความจำเป็นบางประการเกี่ยวกับการปฏิบัติงานของแพทย์ที่จำเป็นต้องทำแท้งเพื่อการรักษาให้แก่หญิงมีครรภ์ ซึ่งป่วยเป็นโรคบางอย่าง ซึ่งแพทย์เห็นว่าจะเป็นการอุปสรรคต่อการรักษา หรือคนไข้อาจเจ็บป่วยร้ายแรงจนอาจเสียชีวิต หรือเด็กคลอดมาพิการหรือเกิดจากการกระทำ ความผิดทางเพศ แต่อย่างไรก็ตามเป็นที่น่าสังเกตว่าการทำแท้งในกรณีจำเป็นมีอยู่แล้วในกฎหมายลักษณะอาญา แต่คงเป็นเรื่องบททั่วไปเท่านั้น ยังไม่ชัดเจนเพียงพอจึงทำให้เกิดการอาศัยช่องว่างของกฎหมายในการทำแท้งผิดกฎหมายขึ้น

2.1.4 แนวคิดทางอาชญาวិทยา

2.1.4.1 หลักอาชญาวิทยา

อาชญาวิทยาเป็นการศึกษาถึงพฤติกรรมต่างๆ อันฝ่าฝืนต่อกฎหมายอาญาด้วยความมุ่งหมายว่า การเข้าใจพฤติกรรมทางอาญาจะนำไปสู่การควบคุมอาชญากรรมหรือเป็นเพียงปรารณาในการแสวงหาความรู้ในวิชาอาชญาวิทยา ดังนั้นสังคมจึงต้องแสวงหาวิธีการปฏิบัติต่อผู้กระทำผิด ไม่ว่าจะด้วยการลงโทษ ทัณฑ์ บำบัด หรือป้องกัน เพื่อการควบคุมสังคมให้ปลอดภัย และเป็นระเบียบ¹³ วัตถุประสงค์ของอาชญาวิทยาที่สำคัญได้แก่ การพัฒนาความรู้ แสวงหาหลักเกณฑ์ และวิธีการจากศาสตร์ต่างๆ เพื่อวางมาตรฐานควบคุมอาชญากรรมให้มีประสิทธิภาพมากที่สุด วางแผนงานและโครงการควบคุมอาชญากรรมโดยริบด่วน ในกรณีที่สังคมยังไม่สามารถแสวงหาวิธีการที่เหมาะสมหรือถูกต้องมาใช้ปฏิบัติได้

อาชญากรรม หมายถึง การกระทำความผิดอันฝ่าฝืนต่อกฎหมาย ซึ่งรัฐจะลงโทษผู้กระทำความผิดตามกระบวนการยุติธรรม แมคคาเรวิกซ์นักปราชญ์ชาวเยอรมันให้คำนิยามว่า อาชญากรรมคือการกระทำของสมาชิกในกลุ่มสังคมซึ่งทำให้สมาชิกอื่นๆ ของกลุ่มนั้นถือว่าเป็นอันตราย หรือผู้กระทำมีทัศนคติต่อต้านการกระทำนั้นซึ่งทำให้กลุ่มชนจำต้องแสดงออกโดยเปิดเผยร่วมกันเพื่อเพิกถอนสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดของบุคคลนั้นเสีย แต่มีนักปราชญ์บางคนพยายามหลีกเลี่ยงการนิยามอาชญากรรมตามบรรทัดฐานของกฎหมาย โดยกล่าวว่าอาชญากรรมไม่เพียงแต่เป็นการกระทำที่มีอันตรายเท่านั้น แต่ยังเป็นกระทำที่ชั่วร้ายอันเป็นการฝ่าฝืน

¹³ ประธาน วัฒนาวณิชย์. (2546). *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับอาชญาวิทยา*. หน้า 46.

ความชอบธรรมทางสังคมและเป็นความผิดต่อเกียรติศักดิ์ของระบบที่สมาชิกในสังคมยึดถือร่วมกัน อีกด้วย¹⁴

นักสังคมวิทยาและนักกฎหมายบางคนให้คำนิยามอาชญากรรมว่า เป็นการกระทำหรืองดเว้นการกระทำโดยเจตนาอันเป็นการฝ่าฝืนต่อกฎหมายอาญา ซึ่งกระทำลงโดยปราศจากข้ออ้างหรือมีเหตุผลอันสมควร และรัฐจะลงโทษผู้ฝ่าฝืนกฎหมายไม่ว่าการกระทำนั้นจะเป็นความผิดมหันตโทษ หรือลหุโทษ¹⁵

นักกฎหมายชาวอังกฤษกล่าวว่า กฎหมายอาญามีความสัมพันธ์กับการกระทำต่างๆ ถึงแม้ว่ากฎหมายจะมีได้บัญญัติเป็นความผิดไว้ แต่สาธารณชนย่อมวินิจฉัยได้ว่าการกระทำนั้นเป็นความผิด เช่น ฆ่าคนตาย ลักทรัพย์ ชิงทรัพย์ ปล้นทรัพย์และข่มขืน แม้กฎหมายมิได้บัญญัติเป็นความผิด แต่การกระทำดังกล่าวก็ยังเป็นความผิด ทั้งนี้เพราะการนิยามอาชญากรรมมีที่มาจากกฎหมายและศีลธรรม การนิยามอาชญากรรมโดยกฎหมายโดยปราศจากความเข้าใจทัศนคติในทางศีลธรรมแล้วก็จะไม่สามารถเข้าใจคุณค่าและข้อบกพร่องของกฎหมายได้ โดยแนวคิดนี้ได้แบ่งอาชญากรรมเป็น (1) ความผิดในตัวเอง (mala in se) (2) ความผิดเพราะกฎหมายห้าม (mala prohibita)¹⁶

เซอร์ เจมส์ สตีเฟ่น กล่าวว่ากฎหมายเป็นระบบการบังคับบัญชาของผู้ปกครองที่ใช้บังคับต่อผู้ใต้ปกครอง กำหนดหน้าที่และบังคับด้วยการลงโทษ ส่วนศีลธรรมหมายถึงระบบกฎเกณฑ์ความประพฤติ ซึ่งส่วนหนึ่งกำหนดโดยความคิดเห็นของบุคคลอื่น ๆ และส่วนหนึ่งโดยความคิดเห็นของบุคคลนั้นที่มีต่อการกระทำของตนเอง ซึ่งเป็นที่เข้าใจว่าเป็นศีลหรือความรู้สึกผิดชอบ

ความแตกต่างระหว่างการนิยามอาชญากรรมโดยกฎหมายและศีลธรรม คือโดยกฎหมายหมายถึง การกระทำหรืองดเว้นการกระทำซึ่งกฎหมายบัญญัติความผิดและโทษ ส่วนศีลธรรมได้เสริมบทบัญญัติของกฎหมายต่อไปว่าเป็นการกระทำที่มีความผิดทางศีลธรรมและเลวทรามต่ำช้าด้วย¹⁷

นักสังคมวิทยา นักจิตวิทยา และนักอาชญาวิทยาบางคนจึงเสนอแนะให้นิยามความหมายของอาชญากรรม โดยไม่ต้องอาศัยกฎหมายเป็นเครื่องกำหนด ได้แก่ เซลลิน ซึ่งเรียกร้องให้กำหนดอาชญากรรมโดยใช้บรรทัดฐานความประพฤติเป็นเกณฑ์ โดยมีต้องอาศัย

¹⁴ แหล่งเดิม, หน้า 14.

¹⁵ แหล่งเดิม, หน้า 16.

¹⁶ ประธาน วัฒนาวณิชย์, เล่มเดิม, หน้า 17.

¹⁷ แหล่งเดิม.

บทกฎหมายเป็นพื้นฐาน บรรทัดฐานความประพฤตินี้ถูกกำหนดขึ้นโดยค่านิยมของสังคมและแตกต่างกันในแต่ละกลุ่มสังคม การกระทำบางอย่างอาจไม่ผิดกฎหมาย แต่เป็นความประพฤติที่ผิดปกติ ส่วนการนิยามอาชญากรรมโดยกฎหมายยังคงไว้เช่นเดิม¹⁸

ดังนั้นจะเห็นได้ว่า การให้ค่านิยมของอาชญากรรมในทางศีลธรรมดังกล่าว โดยถือว่าการร่วมประเวณีระหว่างพี่น้องร่วมบิดามารดาเดียวกันนั้น ยังไม่มีกฎหมายบัญญัติให้เป็นความผิดตามกฎหมายยังไม่ถือว่าเป็นอาชญากรรมที่ต้องรับผิดตามกฎหมายก็ตาม แต่ถ้าพิจารณาในแง่ของศีลธรรมแล้วก็ถือว่าการร่วมประเวณีระหว่างพี่น้องร่วมบิดามารดาเดียวกันนั้นถือว่าเป็นอาชญากรรมอย่างหนึ่ง โดยถือว่าอาชญากรรมดังกล่าวเป็นอาชญากรรมที่ไม่มีผู้เสียหาย (Crime Without Victim)¹⁹ หมายถึงการกระทำความผิดโดยความสมัครใจของทั้งสองฝ่าย โดยทั่วไปกฎหมายอาญาทำหน้าที่คุ้มครองชีวิต ร่างกายและทรัพย์สินของพลเมืองและป้องกันการเอาเปรียบหรือการกระทำโดยทุจริตหรือมิชอบต่อผู้อื่น นักกฎหมายและนักสังคมวิทยาบางคนเห็นว่ากรณีที่กฎหมายอาญาเข้าไปแทรกแซง หรือพยายามควบคุมศีลธรรมและความประพฤติบางประการของบุคคลนั้น อาจไม่เหมาะสมหรือก่อให้เกิดผลเสียมากกว่า นอกจากนั้นการบัญญัติกฎหมายอาญาซึ่งไม่อาจบังคับได้ จะก่อให้เกิดปัญหาหลายประการ

1) การใช้กฎหมายอาญาควบคุมสินค้าหรือบริการบางอย่างเกินขอบเขต เช่น ยาเสพติด การพนันและโสเภณี จะส่งเสริมให้สินค้าหรือบริการดังกล่าวเป็นประโยชน์ต่อผู้แสวงหาประโยชน์และอาชญากร

2) ก่อให้เกิดองค์กรอาชญากรรม ซึ่งแสวงหาประโยชน์จากการดำเนินกิจกรรมซึ่งกฎหมายห้าม

3) การบังคับใช้กฎหมายและการปราบปรามอย่างเข้มงวด ทำให้สินค้าและบริการมีราคาสูงขึ้น ผู้ซึ่งไม่สามารถงดเว้นสินค้าและบริการนั้นได้จะต้องแสวงหาด้วยราคาแพง ในกรณีผู้ติดยาเสพติดอาจใช้วิธีประกอบอาชญากรรมเพื่อหาเงินมาซื้อหาสินค้าและบริการนั้น

4) การบัญญัติความประพฤติบางอย่าง เช่น การทำแท้ง คำประเวณีและยาเสพติดอาจผลักดันให้บุคคลต้องร่วมมือกับผู้ประกอบอาชญากรรมอื่นๆ และก่อให้เกิดวัฒนธรรมย่อยในการประกอบอาชญากรรมมากขึ้น เป็นผลให้มีการบ่อนทำลายระเบียบสังคมทั่วไป

5) รัฐจะต้องเสียค่าใช้จ่ายในการบริหารงานยุติธรรมและการปราบปรามผู้กระทำผิดเหล่านี้อย่างมากและสูญเสียเวลา โอกาสและงบประมาณในการปราบปรามอาชญากรรมประทุษร้ายต่อชีวิตและทรัพย์สิน

¹⁸ แหล่งเดิม. หน้า 20.

¹⁹ แหล่งเดิม. หน้า 72-75.

6) อาชญากรรมที่ไม่มีผู้เสียหาย เนื่องจากไม่มีผู้ร้องทุกข์เพื่อขอความคุ้มครองจากกฎหมาย ทำให้เจ้าหน้าที่ของรัฐประสบอุปสรรคในการบังคับใช้กฎหมาย ก่อให้เกิดการประพฤติกมิชอบในวงราชการและอาจบังคับใช้กฎหมายด้วยวิธีการที่มีชอบด้วยกฎหมาย

มีผู้เสนอแนะว่า การใช้กฎหมายควบคุมศีลธรรมโดยไม่คำนึงถึงผลประโยชน์ของสังคม นอกจากไม่ทำให้ความไม่มีศีลธรรมน้อยลง ยังเป็นเรื่องโต้แย้งกันได้มาก ปัญหานี้มิได้อยู่ที่การกระทำนั้นเป็นผลร้ายต่อผู้อื่นนอกจากบุคคลผู้กระทำเอง ถ้าสามารถลดการกระทำที่เป็นอันตรายต่อผู้อื่นได้แล้ว สังคมย่อมได้รับประโยชน์ ในกรณีที่การกระทำของบุคคลมิได้ก่อให้เกิดอันตรายหรือผลร้ายแก่ผู้ใด นักกฎหมายบางคนเห็นว่า สังคมมีสิทธิโดยชอบธรรมที่จะบัญญัติกฎหมายควบคุมศีลธรรมของประชาชน รัฐจะต้องปราบปรามความชั่วร้าย เช่นเดียวกับการปราบปรามการบ่อนทำลายสังคม อาชญากรรมและความชั่วไม่อาจแยกออกจากกันได้ การบัญญัติกฎหมายไม่ควรจำกัดเฉพาะการรักษากฎหมาย ความเป็นระเบียบ ความดีงาม และคุ้มครองสิ่งอื่นๆ เท่านั้น ถ้าปราศจากการควบคุมศีลธรรมโดยกฎหมายอาญาแล้ว สังคมก็จะยกเลิกความผิดเกี่ยวกับการทำแท้ง โสเภณี และการพนัน เป็นต้น (ในบางสังคมกฎหมายอาญาได้บัญญัติให้การฆ่าตัวตายเป็นการร่วมประเวณีระหว่างพี่น้อง รักร่วมเพศ และอื่นๆ เป็นความผิด) ความประพฤติดังกล่าวแม้กระทำในที่รโหฐานและไม่เป็นอันตรายต่อผู้ใด สังคมก็ยังจำเป็นต้องกำหนดมาตรฐานศีลธรรมและบัญญัติกฎหมายเพื่อรักษาศีลธรรมไว้

อาชญากรรมที่ไม่มีผู้เสียหาย ถือว่าการกระทำนั้นไม่เป็นอันตรายต่อสังคมโดยตรง การกระทำเกิดจากความสมัครใจของกลุ่ม นักวิชาการส่วนมากเน้นการศึกษาอาชญากรรมที่ไม่มีผู้เสียหาย 5 ประเภท ได้แก่ ความผิดจากการใช้ยาเสพติด การพนัน ทำแท้ง โสเภณี การเสพสุรา จนมีนเมาในที่สาธารณะ

การศึกษาอาชญากรรมที่ไม่มีผู้เสียหายและประเด็นการบัญญัติกฎหมายอาญาเกินขอบเขตหรือไม่²⁰

หน้าที่ของกฎหมายอาญาได้แก่ การคุ้มครองบุคคลและทรัพย์สิน และป้องกันการแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบหรือเอารัดเอาเปรียบผู้เยาว์และผู้ซึ่งควรได้รับความคุ้มครองเป็นพิเศษ

ทางทฤษฎี กฎหมายไม่สมควรและน่าจะเป็นอันตรายที่จะเข้าไปแทรกแซงหรือพยายามบังคับทางด้านศีลธรรมและการประพฤติปฏิบัติของบุคคล

²⁰ ประธาน วัฒนาวณิชย์. เล่มเดิม. หน้า 85-91.

ทางปฏิบัติ กฎหมายอาญาบัญญัติความผิดที่กำหนดมาตรฐานทางศีลธรรมไว้สูงเกินไปหรือไม่ บังคับให้บุคคลประพฤติปฏิบัติตามมาตรฐานความดีซึ่งก่อให้เกิดผลเสียต่อสังคมและการละเลยต่อหน้าที่อันแท้จริงในการบังคับใช้กฎหมาย

บทบัญญัติกฎหมายเหล่านี้ได้แก่ ความผิดเกี่ยวกับการค้าควบคุมสุรา ยาเสพติด การพนัน ความผิดเกี่ยวกับเพศและอื่นๆ ผู้บัญญัติกฎหมายตั้งความหวังไว้สูงเกินไปว่ากฎหมายอาญาจะใช้ควบคุมสังคมและความประพฤติของบุคคลได้

การบัญญัติกฎหมายอาญาที่เกินขอบเขต ได้ก่อให้เกิดปัญหาอาชญากรรมที่ตามมาหลายประการ เช่น อาชญากรรมที่ไม่มีผู้เสียหายนั้นพิจารณาได้จาก

- 1) ความยินยอมของคู่กรณี หมายถึง ความยินยอมของผู้มีส่วนร่วมในการกระทำที่เป็นความผิด
- 2) ผู้เสียหายไม่รายงานความผิด ไม่ร้องทุกข์ในกรณีที่ถูกระทำหรือกระทำเอง
- 3) ความรู้สึกของเหยื่อในขณะนั้นว่าการกระทำเป็นอันตรายต่อเขาหรือไม่
- 4) การแลกเปลี่ยน การติดต่อสัมพันธ์กันในกรณียาเสพติด หรือทำแท้ง การกระทำ ความผิดเกิดจากความต้องการสินค้าและบริการ

หลักศีลธรรมและกฎหมาย²¹

นักปรัชญาการเมือง เช่น J. S. Mill คัดค้านการแทรกแซงสิทธิส่วนบุคคลของรัฐหรือแนวคิดที่กำหนดให้รัฐทำหน้าที่เป็นบิดาของพลเมือง (Paternalism) “บุคคลมีสิทธิดำรงชีวิตด้วยตนเองโดยรัฐไม่มาตัดสินใจแทนเขาว่าจะไร้อุทหรือะไรดีสำหรับเขา”

ผู้มีความคิดเห็นตรงกันข้าม Lord Devlin ซึ่งวิพากษ์วิจารณ์ความคิดดังกล่าวอ้างว่า “รัฐมีสิทธิป้องกันภัยอันตรายที่จะเกิดขึ้นจากความอ่อนแอหรือความชั่วร้ายของสมาชิกจำนวนมากในสังคมอันเป็นความขัดแย้งของผลประโยชน์ของรัฐและบุคคลในแง่เสรีภาพของบุคคลว่ามีมากเกินไป”

ดังนั้นการที่รัฐใช้อำนาจป้องกันหรือลดการกระทบที่ขัดต่อศีลธรรมอันดี จึงต้องเผชิญปัญหาว่าในขอบเขตใดสิทธิส่วนบุคคลจึงจะอยู่เหนือประโยชน์ของสังคม เพื่อป้องกันภัยอันตรายที่จะเกิดขึ้นจากการแทรกแซงของรัฐ

คลินาร์ด และควินนี่ ได้จำแนกอาชญากรรมโดยตั้งสมมติฐานไว้ 5 ประการดังนี้

- 1) ลักษณะกฎหมายในการกำหนดความผิด การบัญญัติความผิดและโทษอาญา
- 2) วิธีชีวิตของผู้กระทำความผิด บทบาทของสังคม ความคิดของผู้กระทำความผิดที่มีต่อตนเอง การเข้าสู่วิถีของอาชญากรรม

²¹ แหล่งเดิม. หน้า 87-91.

3) กลุ่มสนับสนุนการกระทำผิด บรรทัดฐานความประพฤติทางสังคมของกลุ่มที่เขาอยู่
ร่วมด้วย

4) การติดต่อสัมพันธ์ระหว่างพฤติกรรมที่ถูกกฎหมายและผิดกฎหมาย บรรทัดฐานทาง
สังคมที่แตกต่างกันของบุคคลกลุ่มต่างๆ

5) ปฏิกริยาของสังคมและกระบวนการทางกฎหมาย การลงโทษมีความรุนแรงหรือไม่
ไม่รุนแรง และมีวิธีการอย่างไร

พฤติกรรมทางอาญาที่จำแนกโดย คลินาร์ดและควินนิ แบ่งออกได้ 9 ประเภท ดังนี้

1) อาชญากรรมประทุษร้ายต่อชีวิตร่างกาย ได้แก่ ฆ่าคนตาย ข่มขืน ทำร้าย เป็นต้น
2) อาชญากรรมประทุษร้ายต่อทรัพย์สินทั่วไป ได้แก่ การปลอมแปลงเอกสารหรือ
หลักทรัพย์มีมูลค่าไม่มากนักหรือไม่ร้ายแรง เป็นต้น

3) อาชญากรรมเกี่ยวกับความสงบสุขของสังคม ได้แก่ ความผิดต่อศีลธรรมและ
อาชญากรรมที่ไม่มีผู้เสียหาย เป็นต้น

4) อาชญากรรมพื้นฐาน ได้แก่ ลักทรัพย์ ชิงทรัพย์ ปล้นทรัพย์ เป็นต้น

5) อาชญากรรมทางการเมือง

6) อาชญากรรมเกี่ยวกับการประกอบอาชีพ

7) อาชญากรรมทางเศรษฐกิจ

8) องค์การอาชญากรรม

9) อาชญากรอาชีพ

ลักษณะความผิดเกี่ยวกับเพศ²²

ในปัจจุบันพฤติกรรมที่เป็นอันตรายต่อสังคมมีมากมายหลายประเภทและเป็นการยาก
ที่เราจะวินิจฉัยได้ว่า การประพฤติฝ่าฝืนบรรทัดฐานของสังคมอย่างไร จะก่อให้เกิดการกระตุ้นต่อ
ปฏิกริยาตอบสนองของสังคมได้มากที่สุด และความประพฤติหรือการกระทำอย่างใดที่ทุกคนเห็น
ว่าเป็นภัยคุกคามสังคม

กล่าวโดยทั่วไปการกระทำผิดทางเพศ ได้ก่อให้เกิดความหวุ่นไหวต่อสาธารณชน
มากกว่ายาเสพติดให้โทษ และยาเสพติดสร้างความหวุ่นไหวมากกว่าสุรา และเครื่องคองของเมา
หรือแอลกอฮอล์

ความผิดปกติทางเพศมิได้ก่อให้เกิดผลหรือการเปลี่ยนแปลงทางด้านสรีระและจิตใจ
แต่เป็นการแสดงออกทางเพศ ซึ่งเป็นการฝ่าฝืนบทบัญญัติของกฎหมาย เป็นการแสดงออกของ
ความผิดปกติ เนื่องจากการพัฒนาการของบุคคลในวัยเยาว์

²² ประธาน วัฒนวานิชย์. เล่มเดิม. หน้า 110.

ความผิดเกี่ยวกับเพศ ถ้าพิจารณาในแง่ของจิตวิทยา มักจะถือว่าเป็นการแสดงออกทางเพศของบุคคลซึ่งผิดปกติ ความผิดปกตินี้เชื่อกันว่า มีความสัมพันธ์กับความบกพร่องของการพัฒนาการทางเพศและจิตใจของบุคคล โดยปกติความผิดทางเพศที่ร้ายแรงจะเป็นการกระทำของเพศชายต่อเพศหญิง

2.1.4.2 หลักทางจิตวิทยา²³

นักจิตวิทยาชื่อ ซิกมันด์ ฟรอยด์ ถือว่าการห้ามร่วมประเวณีระหว่างเครือญาติเป็นผลมาจากกระบวนการทางจิตวิทยาที่เป็นสากล ซึ่งเขาได้เสนอภาพความต่อเนื่องของเหตุการณ์ที่ทำให้เกิดข้อห้ามการร่วมประเวณีในระหว่างเครือญาติว่าระยะเริ่มมีกลุ่มมนุษย์เกิดขึ้นบนโลก สังคมมนุษย์จะเป็นสังคมขนาดเล็กโดยผู้เป็นพ่อจะมีอำนาจสูงสุด ผู้หญิงในครอบครัวทุกคนจะต้องเป็นสมบัติของพ่อคนเดียว ลูกชายเมื่อเติบโตเป็นหนุ่มจะถูกไล่ออกจากบ้านเพราะกลัวไปแย่งผู้หญิงของพ่อ ต่อมาลูกชายได้รวมตัวกันต่อสู้แย่งชิงอำนาจจากพ่อและฆ่าพ่อตาย อำนาจของพ่อก็สิ้นสุดลงแต่การกระทำดังกล่าวแม้ว่าบรรดาลูกชายจะเป็นฝ่ายชนะและมีอำนาจขึ้นมาแทนที่พ่อก็ตามแต่บรรดาลูกชายได้สำนึกผิด จึงตกลงกันไม่ยุ่งเกี่ยวกับผู้หญิงที่เคยเป็นสมบัติของพ่อ เมื่อจะหาภริยาจึงไปสมรสกับผู้หญิงนอกกลุ่ม ทำให้การสมรสกับผู้หญิงนอกกลุ่มนี้สืบทอดมาจนถึงผู้ชายในรุ่นหลังๆและทำให้มีการกำหนดข้อห้ามการร่วมประเวณีในระหว่างเครือญาติขึ้น เพื่อให้การสมรสนอกท้องถิ่นหรือนอกวงศ์ญาติได้ผล อย่างไรก็ตามความคิดของฟรอยด์ดังกล่าว ก็ได้ถูกวิพากษ์วิจารณ์เป็นอย่างมากจากนักวิชาการหลายฝ่าย เนื่องจากขาดหลักฐานที่จะมาสนับสนุนความคิดของเขาว่าเหตุการณ์ที่กล่าวจะเกิดขึ้นจริงๆ และประการสำคัญเขาไม่อาจหาคำตอบได้ว่าได้อาศัยมูลเหตุอะไรที่จะทำให้บรรดาลูกชายรู้สึกผิดในการกระทำของตน แล้วจึงไปสมรสกับผู้หญิงนอกกลุ่ม และสามารถถ่ายทอดความรู้สึกผิดต่อการกระทำดังกล่าวไปยังคนรุ่นหลังให้คล้อยตามได้

นักวิชาการอีกท่านหนึ่งที่พยายามหาเหตุผลมาอธิบายถึงที่มาของการห้ามร่วมประเวณีในระหว่างเครือญาติโดยอาศัยแนวความคิดทางจิตวิทยา คือ เอ็ดเวิร์ด เวทเทอร์มาร์ค ซึ่งเชื่อว่าการที่สมาชิกของครอบครัวอันประกอบไปด้วยพ่อ แม่ และลูก ได้อยู่ร่วมกันใกล้ชิดสนิทสนมกันเป็นระยะเวลายาวนาน โดยเฉพาะบรรดาลูกๆที่ถูกเลี้ยงดูมาตั้งแต่เด็ก ความใกล้ชิดดังกล่าวได้สร้างความผูกพันในความเป็นพี่น้องเกิดขึ้น ความรู้สึกต่อกันในด้านชู้สาวนั้นจะไม่มีภายในครอบครัว สมาชิกจะมีความรู้สึกร่วมกันในลักษณะที่ต่อต้านความสัมพันธ์ทางเพศของสมาชิกที่เป็นญาติกัน และเพื่อตอบสนองความรู้สึกต่อต้านเรื่องเพศสัมพันธ์ระหว่างญาติพี่น้องดังกล่าวจึงได้เกิดมีการ

²³ สุพจน์ เกรือกล้าย. (2548). การกระทำความคิดทางเพศ: ศึกษาเฉพาะกรณีความผิดฐานร่วมประเวณีในระหว่างเครือญาติ. หน้า 10-11.

กำหนดห้ามร่วมประเวณีในระหว่างเครือญาติขึ้นมาในที่สุด สมมติฐานในเรื่องดังกล่าวข้างต้นของ เวธเทอร์มาร์ค ได้รับความสนใจและยอมรับจากนักวิชาการในรุ่นหลังๆ อยู่มาก

2.1.4.3 หลักทางชีววิทยา²⁴

เหตุผลทางชีววิทยาซึ่งนักมานุษยวิทยาคนแรกๆ เช่น แอล.เอช.มอร์แกน และเอ็ดเวิร์ด เวธเทอร์มาร์ค ได้กล่าวว่าแม่แต่มนุษย์ในสังคมดั้งเดิมยังตระหนักถึงผลเสียทางด้านชีววิทยาที่จะเกิดจากการที่เครือญาติพี่น้องมาร่วมประเวณีระหว่างกัน เช่น อาจทำให้เด็กที่เกิดมามีความผิดปกติทางสมอง หรือมีความพิการทางร่างกาย ในที่สุดจะมีผลเสียต่อสังคมส่วนรวมคือ การเกิดความเสื่อมลงในทางพันธุศาสตร์ ดังนั้นสังคมมนุษย์จึงหามาตรการป้องกันไม่ให้ผลอันไม่พึงประสงค์ดังกล่าวเกิดขึ้น โดยการกำหนดข้อห้ามร่วมประเวณีในระหว่างเครือญาติสนิทร่วมสายโลหิตขึ้นมาบังคับกับสมาชิกของตน

เมื่อมีข้อห้ามก็ต้องมีบทลงโทษสำหรับผู้ละเมิดฝ่าฝืน ส่วนการลงโทษผู้ที่จะละเมิดฝ่าฝืน ข้อห้ามนั้น จะมีความหนักเบาแตกต่างกันไปขึ้นอยู่กับว่าในแต่ละสังคมนั้นๆ จะเห็นเป็นเรื่องร้ายแรงหรือไม่ เช่น บางสังคมเห็นว่าไม่ใช่อาชญากรรมรุนแรงอะไร ก็จะลงโทษเพียงว่ากล่าวตักเตือนเท่านั้น เช่น เผ่าคาโกต้า อินเดีย และเผ่าคอมมานเชในอเมริกาเหนือ เป็นต้น แต่ในบางสังคมถือว่าการฝ่าฝืนข้อห้ามร่วมประเวณีในระหว่างเครือญาติเป็นเรื่องรุนแรง มีการลงโทษถึงชีวิต เช่น พวกบาบิโลเนียน หรือส่วนใหญ่ของบรรดาชนพื้นเมืองในออสเตรเลีย ทั้งนี้ในบาบิโลเนียน การลงโทษความผิดดังกล่าวจะรุนแรงและมีพิธีการหลายอย่าง ซึ่งเบลโล นักมานุษยวิทยาศึกษาพบว่าคู่อริที่ฝ่าฝืนข้อห้ามดังกล่าวจะถูกจับมาตีจนแตกแล้วถูกบังคับให้กลืนน้ำรางหมู หลังจากนั้นจะถูกขับไล่ออกจากหมู่บ้านไปตลอดชีวิต ส่วนทรัพย์สิน เช่น บ้าน ที่ดิน จะถูกยึดหมดและหมู่บ้านอื่นก็จะไม่ให้บุคคลเหล่านี้เข้าไปอาศัย เพราะเกรงว่าบุคคลที่กระทำความผิดศีลธรรมหรือข้อห้ามของเผ่าดังกล่าวจะนำโชคร้ายและความหายนะมาสู่หมู่บ้านของตน ทางออกของผู้ละเมิดฝ่าฝืนกฎหมายข้อห้ามการร่วมประเวณีระหว่างเครือญาติก็คือ ต้องพากันหนีไปอยู่อย่างโดดเดี่ยวตามลำพังในป่าลึกที่มีอันตรายรอบด้านซึ่งอาจจะเสียชีวิตในที่สุด

2.1.4.4 หลักทางสังคมวิทยา²⁵

เมื่อพิจารณาโครงสร้างทางสังคม นักมานุษยวิทยาส่วนมากมีความเห็นตรงกันว่า การร่วมประเวณีของคนในครอบครัวจะต้องถูกห้ามปราม และยับยั้ง หากไม่แล้วความสามัคคี ความสุขภายในครอบครัวจะสูญเสียไป เนื่องจากถ้ายอมให้มีการร่วมประเวณีกันในครอบครัวแล้ว ก็จะเกิดการทำลายสิทธิอำนาจของบิดามารดาหรือความเป็นพี่น้องได้ ในกรณีที่พ่อแต่งงานกับ

²⁴ สุพจน์ เครือคล้าย เล่มเดิม. หน้า 11-12.

²⁵ แหล่งเดิม. หน้า 11.

ลูกสาวหรือแต่งงานกับลูกชาย รวมทั้งพี่น้องสมรสกันเอง จะก่อให้เกิดความสับสนในการปกครองของครอบครัว จะมีความสับสนในบทบาททั้งในด้านสายโลหิตและในด้านการสมรส จะมีปัญหาในด้านคำศัพท์ทางเครือญาติที่จะต้องใช้ติดต่อกัน การอบรมสั่งสอน หรือขัดเกลาทางสังคม ก็จะมีปัญหาเช่นกัน กล่าวโดยสรุปแล้ว การที่พี่น้องในครอบครัวเดียวกันร่วมประเวณีกันเองนั้น จะก่อให้เกิดผลเสียในด้านโครงสร้างทางสังคมหลายประการดังที่กล่าวข้างต้น จึงจำเป็นจะต้องมีการกำหนดข้อห้ามในการร่วมประเวณีกันในระหว่างเครือญาติขึ้น นอกจากนั้นการห้ามบุคคลที่เป็นญาติกันสมรสกันทำให้ผู้ที่สมรสต้องไปสมรสกับบุคคลอื่นที่ไม่ใช่ญาติของตน ทำให้สังคมโดยรวมเป็นปึกแผ่นและมีความมั่นคงมากขึ้น

2.1.5 แนวคิดทางข้อห้ามการร่วมประเวณีของบุคคลในครอบครัวเดียวกัน

2.1.5.1 หลักทางศีลธรรม

การมีเพศสัมพันธ์ระหว่างบุคคลที่มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดทางสายโลหิต²⁶ เป็นความผิดปกติทางจิตและเป็นสิ่งต้องห้ามตามกฎหมาย ประเพณีวัฒนธรรมและศาสนา

การมีความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลร่วมสายโลหิต หมายถึง การกอดรัด จูบ การร่วมเพศทางช่องคลอด ทางปาก ทางทวารหนักระหว่างญาติที่มีสายโลหิตหรือความสัมพันธ์ใกล้ชิด

การห้ามร่วมประเวณีในระหว่างพี่น้องคือการห้ามญาติพี่น้องอยู่กินสมรสกัน ซึ่งเรียกว่า “Incest taboo” หรือ คำว่า “Incest” หมายความว่า การร่วมประเวณีในระหว่างเครือญาติที่จารีตประเพณีห้ามสมรสกัน ส่วนคำว่า “Taboo” แปลว่า สิ่งต้องห้าม หรือ การกำหนดห้าม ข้อห้ามในการร่วมประเวณีระหว่างเครือญาติเป็นข้อกำหนดที่นักมนุษยวิทยาส่วนมากยอมรับว่าพบได้ในสังคมมนุษย์ทุกสังคมตั้งแต่สังคมโบราณมาจนถึงสังคมสมัยใหม่²⁷ ในประเทศยุโรปศาสนาคริสต์มีอิทธิพลอย่างมากต่อกฎหมาย ความเชื่อ และจารีตประเพณี โดยการร่วมประเวณีระหว่างเครือญาติเป็นบาปอย่างร้ายแรง เป็นสิ่งต้องห้าม มีความผิดตามกฎหมายศาสนา ซึ่งในสมัยโบราณนักกฎหมายศาสนาคริสต์ก็มีการกล่าวขานถึงเรื่องเล่าของนักปราชญ์ อริสโตเติล ที่ว่า “มีม้าตัวหนึ่งได้ถูกผูกตาแล้วนำมาผสมกับแม่ของมันเอง เมื่อเอาผ้าผูกตาออกม้าตัวนั้นก็เกิดความกลัวที่ทาสั่งชั่วร้ายไว้ ได้กระโจนตกหน้าผาลงไปตายทันที” ซึ่งเรื่องนี้ทำให้เกิดความรู้สึกที่ไม่ดีไปอย่างกว้างขวาง และในตำราของกรีกโบราณก็ได้กล่าวถึงการร่วมประเวณีในระหว่างเครือญาติในเทพเจ้าด้วย เช่น ในระหว่างเทพเจ้าออดิปุส (Oedipus) กับพระมารดา และในพระคัมภีร์ไบเบิลก็มีการกล่าวถึงเรื่องการร่วมประเวณีระหว่างเครือญาติระหว่าง ล็อด (Lot) กับ ซาลอเม (Salome) อีกด้วย

²⁶ ไพร่ตัน พุกษชาติคุณากร. (2534). *จิตเวชศาสตร์*. หน้า 359.

²⁷ ประสิทธิ์ สวาสดิ์ญาติ. (2535). *ระบบเครือญาติและการจัดระเบียบสังคม*. หน้า 24-25.

คำว่า อินเซสท์ มาจากภาษาละตินว่า “อินเซสตุ่ม” (Incestum) ซึ่งแปลว่าไม่บริสุทธิ์หรือต่ำ²⁸ การร่วมประเวณีในระหว่างเครือญาตินี้เป็นสิ่งต้องห้ามในทุกวัฒนธรรมจากการศึกษา 250 วัฒนธรรม ไม่พบว่าไม่มีสังคมไหนยอมรับการร่วมประเวณีและแต่งงานระหว่างพ่อกับลูกสาว แม่กับลูกชาย หรือในระหว่างพี่น้องเลย²⁹

เมอร์ค็อก (Murdock) ได้กล่าวว่า การห้ามร่วมประเวณีระหว่างเครือญาติที่เป็นเพศตรงข้ามกันนั้นเป็นสิ่งต้องห้ามสากล จะมีข้อยกเว้นก็เฉพาะการร่วมประเวณีในระหว่างพี่น้องในสังคมโบราณบางสังคมเท่านั้น ซึ่งข้อยกเว้นในทางมานุษยวิทยาเรียกว่า “อินเซสท์ ทางราชสันตติวงศ์” (Dynastic Incest) ซึ่งพบว่ามีกรณีปฏิบัติในกลุ่มราชวงศ์หรือชนชั้นปกครองในเผ่าอินคาแห่งเปรู ราชวงศ์ฮาวายและอียิปต์ โดยคนกลุ่มนี้มีความเชื่อว่าพวกตนไม่ใช่คนธรรมดาสามัญ แต่สืบเชื้อสายมาจากสวรรค์หรือเป็นการสร้างสรรค์พิเศษมาจากสิ่งศักดิ์สิทธิ์ หรือพระเจ้า จึงจำเป็นต้องรักษาความสูงส่งบริสุทธิ์ของสายเลือดเอาไว้ไม่ให้ไปปะปนกับคนอื่น การสมรสกับสามัญชนจะทำให้สายเลือดเสื่อมทรามลง ดังนั้นกลุ่มราชวงศ์หรือชนชั้นปกครองเหล่านี้จึงมีธรรมเนียมให้พี่น้องที่เกิดจากพ่อแม่เดียวกันสมรสกันได้³⁰

มีนักมานุษยวิทยาจำนวนไม่มากนักที่คัดค้านในเรื่องความเป็นสากลของการห้ามร่วมประเวณีในระหว่างเครือญาติในสังคมมนุษย์ แต่ที่มีการถกเถียงกันมากก็คือเรื่องความเป็นมาของข้อห้ามดังกล่าว ในคริสต์ศตวรรษที่ 19 และตอนต้นคริสต์ศตวรรษที่ 20 มีนักวิชาการหลายท่านได้กล่าวถึง ความเกี่ยวข้องกันระหว่างข้อห้ามในการร่วมประเวณีระหว่างเครือญาติกับธรรมเนียมของสังคมต่างๆ เช่น จอห์น แม็คเลนแนน ได้เสนอความคิดของเขาว่าการถือปฏิบัติในเรื่องการฆ่าทารกเพศหญิง (Female Infanticide) น่าจะเป็นที่มาของการกำหนดข้อห้ามไม่ให้มีการร่วมประเวณีระหว่างเครือญาติ โดยกล่าวว่าในสังคมมนุษย์เริ่มแรกล้วนมีการถือปฏิบัติในเรื่องการฆ่าทารกเพศหญิง เพราะเนื่องจากสภาพของสังคมในขณะนั้นมนุษย์มีความขัดแย้งกัน ต้องต่อสู้แข่งขันกันระหว่างกลุ่มต่างๆ เพื่อความอยู่รอด และเพื่อให้กลุ่มของตนเองสามารถต่อสู้ได้อย่างมีประสิทธิภาพ จึงมีความจำเป็นต้องลดภาระที่ต้องเลี้ยงดูสมาชิกที่ไม่ได้ประโยชน์ หรืออ่อนแอให้น้อยลงนั่นคือการฆ่าทารกเพศหญิง การลดจำนวนทารกเพศหญิงนั้นมีผลทำให้เด็กผู้หญิงที่จะเติบโตเป็นสาวและพร้อมที่จะทำหน้าที่เป็นภริยาจำนวนลดน้อยลง ทำให้พวกผู้ชายต้องออกไปหาหญิงจากที่อื่นมาเป็นภริยาและแม้ในเวลาต่อมาการถือปฏิบัติในเรื่องการฆ่าทารกเพศหญิงจะลดลงและการสู้รบกันระหว่างกลุ่มจะไม่ค่อยมีแล้วก็ตาม แต่ธรรมเนียมในการหาคู่ครองนอกกลุ่มของตนเอง

²⁸ สุวัทนา อารีพรพร ก (2524). *ความผิดปกติทางจิต*. หน้า 400.

²⁹ แหล่งเดิม. หน้า 400.

³⁰ สุพจน์ เครือคล้าย. (2548). เล่มเดิม. หน้า 9.

ก็ยังคงมีอยู่เรื่อยมา จึงทำให้เกิดการสร้างหรือกำหนดข้อห้ามการร่วมประเวณีในระหว่างเครือญาติขึ้น เพื่อเป็นการบังคับหรือควบคุมให้มีการสมรสกันในนอกกลุ่ม³¹

ทุกสังคมมีกฎเกณฑ์เพื่อควบคุมเพศสัมพันธ์³² ในสังคมส่วนมากมักมีข้อห้ามไม่ให้มีเพศสัมพันธ์กันระหว่างเครือญาติๆ กฎเกณฑ์ที่เป็นสากลมากที่สุด คือข้อห้ามไม่ให้มีเพศสัมพันธ์ระหว่างญาติสนิท (Incest Taboo) คือระหว่างแม่กับลูกชาย พ่อกับลูกสาวและระหว่างพี่ชาย (น้องชาย) กับพี่สาว (น้องสาว) กฎเกณฑ์ดังกล่าวมักขยายไปยังเครือญาติใกล้ชิดอื่นๆ เช่น ระหว่างลุงและหลานสาวหรือระหว่างป้ากับหลานชาย ในสังคมไทยมีกฎเกณฑ์ห้ามชายหญิงซึ่งเป็นญาติสืบสายโลหิตกันเช่น พ่อหรือแม่กับลูก หรือเป็นพี่น้องร่วมบิดามารดาเดียวกัน หรือเป็นพี่น้องร่วมแต่บิดาหรือมารดาเดียวกัน จะสมรสกันไม่ได้ กฎหมายยังระบุต่อไปอีกว่าผู้รับบุตรบุญธรรมและบุตรบุญธรรม จะสมรสกันไม่ได้ ข้อห้ามไม่ให้มีเพศสัมพันธ์กับญาติสนิทเรียกว่า ข้อต้องห้ามทางเพศระหว่างญาติสนิท อย่างไรก็ตามมีข้อยกเว้นอยู่บ้างสำหรับกฎเกณฑ์ดังกล่าวในบางสังคม นั่นคือ การแต่งงานระหว่างญาติใกล้ชิดในหมู่ชนัตริย์ด้วยกัน นักมานุษยวิทยามักสนใจกฎเกณฑ์ที่ห้ามไม่ให้มีเพศสัมพันธ์ระหว่างญาติสนิท และพยายามหาคำอธิบายกฎเกณฑ์ดังกล่าว โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อมันเกิดขึ้นในครอบครัวเดี่ยวหรือครอบครัวขนาดเล็ก มี 4 ทฤษฎีพยายามอธิบายกฎเกณฑ์ ดังกล่าวคือ 1. ทฤษฎีการหลีกเลี่ยงการมีเพศสัมพันธ์กับญาติใกล้ชิด 2. ทฤษฎีการหลีกเลี่ยงคนที่คุ้นเคยกัน 3. ทฤษฎีการป้องกันความสับสนวุ่นวาย และ 4. ทฤษฎีการหามิตรสหาย

1) ทฤษฎีการหลีกเลี่ยงการมีเพศสัมพันธ์กับญาติใกล้ชิด (Inbreeding Avoidance) บอกว่าการมีเพศสัมพันธ์ระหว่างญาติใกล้ชิด จะทำให้ได้ทารกที่อ่อนแอไม่สมบูรณ์และมีอันตรายต่อกรรมพันธุ์ด้วย ทฤษฎีนี้เกิดขึ้นในศตวรรษที่ 19 และถูกละทิ้งไม่ยอมรับกันต่อมา แต่ผลการวิจัยเน้นว่า การมีความสัมพันธ์ทางเพศกับญาติสนิทจะเป็นอันตรายต่อตัวมนุษย์เพราะสัดส่วนของยีนไม่ดีจะสูงกว่ายีนที่ดีอย่างมากมาย แต่ผลร้ายดังกล่าวจะมีอยู่ในหมู่พวกที่มีเพศสัมพันธ์ระหว่างญาติสนิทคือระหว่างแม่กับลูกชาย พ่อกับลูกสาว หรือระหว่างพี่ๆ น้องๆ ที่เกิดจากพ่อแม่คนเดียวกัน มากกว่าญาติอื่นๆ ปรากฏการณ์อย่างหนึ่งเกี่ยวกับกฎเกณฑ์ดังกล่าวคือว่า กลุ่มคนที่มีกฎเกณฑ์ดังกล่าวจะมีลูกหลานที่มีชีวิตรอดมากกว่ากลุ่มที่ไม่มีกฎเกณฑ์ห้ามไม่ให้มีเพศสัมพันธ์ระหว่างญาติสนิท

Inbreeding³³ หมายถึง การแต่งงานระหว่างเครือญาติซึ่งมีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกัน นั่นคือมียีน โนไทป์ที่คล้ายคลึงกันเนื่องจากรับการถ่ายทอดยีนจากบรรพบุรุษร่วมกัน

³¹ แหลงเดิม. หน้า 9-10.

³² งามพิศ สัตย์สงวน ข (2543). *หลักมานุษยวิทยาวัฒนธรรม*. หน้า 151-154.

³³ สมศักดิ์ อภิสิทธิ์วานิช. (2543). *พันธุศาสตร์กับสังคม*. หน้า 161-162.

(Common Ancestor) เช่น การแต่งงานระหว่างลูกพี่ลูกน้อง ระหว่างน้ากับหลาน เป็นต้น ซึ่งจะพบได้มากในสังคมและราชวงศ์ต่างๆ คู่แต่งงานที่มีโอกาสที่จะมี姻เหมือนๆ กันซึ่งได้รับการถ่ายทอดจากบรรพบุรุษร่วมกัน ยีนด้อยบางตัวที่ควบคุมลักษณะผิดปกติหรือการเป็นโรคพันธุกรรมบางอย่างนั้นอาจแฝงอยู่ในยีนโตนไทป์ที่เป็นเฮเทอโรกัสจึงไม่แสดงลักษณะออกมา แต่การแต่งงานระหว่างเครือญาติที่มียีนโตนไทป์เป็นเฮเทอโรกัสทั้งคู่ ก็จะมีโอกาสที่จะได้ลูกที่มียีนโตนไทป์แสดงลักษณะที่ผิดปกติหรือเป็นโรคพันธุกรรมได้ ด้วยเหตุนี้ในปัจจุบันสังคมต่างๆ จึงไม่นิยมการแต่งงานระหว่างเครือญาติ บางสังคมถึงกับวางกฎและข้อห้ามการแต่งงานไว้ เช่น จีน อังกฤษ และสหรัฐอเมริกา

2) ทฤษฎีการหลีกเลี่ยงคนที่คุ้นเคยกัน (Familiarity Breeds Avoidance) บอกว่าคนมักหลีกเลี่ยงการมีเพศสัมพันธ์กับคนที่ถูกเลี้ยงดูและเติบโตมาด้วยกัน มีผลวิจัยเกี่ยวกับชุมชนคินูทซ์ในอิสราเอลที่แสดงว่าผู้ที่ถูกฝึกให้นั่งกระโถนมาด้วยกัน สนใจจะมีเพศสัมพันธ์กันน้อยมาก และผลการวิจัยยังแสดงอีกว่า ไม่ค่อยมีการเลือกคู่ครองจากบุพบุรุษเดียวกัน แต่จะไปเลือกคู่ครองในคินูทซ์อื่น นอกจากงานวิจัยดังกล่าวแล้ว มีผลวิจัยเกี่ยวกับการแต่งงานในไต้หวัน แสดงว่าคนไต้หวันมีความคิดเช่นเดียวกับคนคินูทซ์ ผลงานวิจัยดังกล่าวศึกษารูปแบบหนึ่งของการแต่งงานในไต้หวัน นั่นคือการที่ครอบครัวยากจน ยกหรือขายเด็กหญิงให้กับครอบครัวที่มีลูกชาย โดยคาดหวังว่าจะได้เด็กหญิงเป็นลูกสะใภ้ในอนาคต เด็กหญิงถูกเลี้ยงดูร่วมกับลูกชายเจ้าของบ้านเป็นเพื่อนเล่นกันตั้งแต่สมัยยังเป็นเด็ก เมื่อได้เวลาอันสมควรทั้งสองคนจะแต่งงานกัน โวล์ฟพบว่า การแต่งงานแบบนี้ประสบความสำเร็จน้อยกว่าการแต่งงานแบบอื่นๆ เพราะคู่สมรสมีปัญหาเกี่ยวกับเพศสัมพันธ์ มีลูกน้อยและมีปัญหาเรื่องมีเพศสัมพันธ์นอกครอบครัวในอัตราสูง

ปรากฏว่าทฤษฎีนี้ไม่ได้อธิบายการเกิดขึ้นของกฎเกณฑ์การห้ามแต่งงานกับญาติใกล้ชิด ยิ่งกว่านั้นทฤษฎีนี้ยังขัดแย้งกับหลักฐานที่แสดงว่า มีกฎเกณฑ์ดังกล่าวเกิดขึ้นจริงในส่วนต่างๆ ของโลก การเกิดขึ้นของกฎเกณฑ์ที่ห้ามไม่ให้มีเพศสัมพันธ์กับญาติสนิท ทำให้เกิดความสงสัยว่าความคุ้นเคยกัน ทำให้คนหลีกเลี่ยงการมีเพศสัมพันธ์ต่อกันหรือไม่ ปรากฏว่านักมานุษยวิทยาและนักจิตวิเคราะห์บางคนมองว่ามันตรงกันข้าม นั่นคือ ความคุ้นเคยกัน ทำให้คนมีเพศสัมพันธ์ต่อกัน

3) ทฤษฎีการป้องกันความวุ่นวายในสังคม มาลินอฟสกี และพรอยด์ เชื่อว่ามนุษย์มีความต้องการจะมีความสัมพันธ์ทางเพศกับคนในครอบครัวเดียวกันสูงมาก ทั้งมาลินอฟสกีและพรอยด์บอกว่า หน้าที่สำคัญที่สุดของกฎเกณฑ์การห้ามมีความสัมพันธ์ระหว่างญาติสนิท คือการป้องกันความวุ่นวายสืบสนที่อาจเกิดขึ้นในครอบครัวเดียว มาลินอฟสกีก็บอกต่อไปอีกว่าเป็นธรรมชาติของเด็กวัยรุ่นที่ต้องการสนองความต้องการทางเพศกับคนที่ใกล้ชิดคือคนในครอบครัวของตนเอง ถ้าหากสิ่งนี้เกิดขึ้นจะทำให้เกิดความขัดแย้ง และบทบาทของสมาชิกในครอบครัวจะ

วุ่นวายสับสน เพราะพ่อ ลูกชาย แม่กับลูกสาวจะแข่งขันกันเพื่อเพศสัมพันธ์ ทำให้เกิดจุดบอดในครอบครัวในเรื่องการถ่ายทอดค่านิยมทางวัฒนธรรมอย่างกลมกลืนและมีประสิทธิภาพ กฎเกณฑ์การห้ามมีเพศสัมพันธ์กับญาติสนิท ทำให้คนลดหรือเลิกความต้องการที่จะตอบสนองเพศสัมพันธ์ภายในครอบครัว แล้วแสวงหาช่องทางจะสนองความต้องการดังกล่าวนอกครอบครัว

ทฤษฎีนี้มีความหมายมากขึ้นเมื่อไม่มีการควบคุมเพศสัมพันธ์ภายในครอบครัว ความวุ่นวายสับสนจะเกิดขึ้นอย่างไม่ต้องสงสัย อย่างไรก็ตามมีสังคมบางแห่งที่พ่อกับลูกชายและแม่กับลูกสาว และพี่ๆ น้องๆ มีคู่อรงคนเดียวกันและทฤษฎีนี้ไม่ได้อธิบายการมีเพศสัมพันธ์ระหว่างพี่ชาย (น้องชาย) กับพี่สาว (น้องสาว) อย่างไรก็ตามข้อห้ามไม่ให้มีเพศสัมพันธ์ระหว่างญาติใกล้ชิดมีประโยชน์ 2 อย่างคือ การป้องกันการสูญสลายไปของครอบครัวและการสนับสนุนให้หาคู่ครองจากภายนอกครอบครัว ประโยชน์อีกอย่างคือทำให้เกิดความแตกต่างทางกรรมพันธุ์ของประชากรในสังคมต่างๆ

4) ทฤษฎีการหาพันธมิตรสหาย (Forming Wider Alliances) ที่เสนอโดยเลวี-สเตราส์ (Levi-Strauss) เน้นความสำคัญของการร่วมมือกันในกลุ่มคนที่ใหญ่กว่าครอบครัวเดี่ยว กฎเกณฑ์ห้ามไม่ให้มีเพศสัมพันธ์กับญาติใกล้ชิด บังคับให้คนแต่งงานกับคนนอกครอบครัว ทำให้ครอบครัวหลายครอบครัวมารวมกันเพื่อเข้าร่วมในชุมชนที่ใหญ่กว่า สิ่งนี้ทำให้มนุษยชาติประสบความสำเร็จอย่างไม่ต้องสงสัย แม้ทฤษฎีนี้ไม่ได้อธิบายต้นตอหรือแหล่งกำเนิดของกฎเกณฑ์ข้อห้ามดังกล่าว แต่การเป็นมิตรกันในครอบครัวหลายๆ ครอบครัว เป็นการปรับตัวที่ดีและสามารถใช้อธิบายการคงอยู่ของข้อห้ามดังกล่าวได้ รวมทั้งการขยายกลุ่มออกไปจากครอบครัวเดี่ยวได้

สรุปได้ว่า ข้อห้ามไม่ให้มีเพศสัมพันธ์ภายในครอบครัว มีประโยชน์หลายอย่างเช่นทำให้เกิดความแตกต่างทางกรรมพันธุ์ ทำให้เกิดความกลมเกลียวในครอบครัวและความร่วมมือกันในชุมชน ประโยชน์ดังกล่าวช่วยอธิบายการแพร่กระจายและการคงอยู่ของสิ่งดังกล่าว แต่อธิบายต้นกำเนิดของมันไม่ได้

ข้อมูลทางสถิติ³⁴

ในประเทศไทยยังไม่มีตัวเลขแน่นอนของอุบัติการณ์ชนิดนี้ และเป็นการยุ่งยากที่จะหาข้อมูลเนื่องจากเป็นเรื่องที่น่าละอายและเสื่อมเสียชื่อเสียงของครอบครัว แต่พบว่ามักเกิดในครอบครัวที่มีฐานะทางเศรษฐกิจสังคมต่ำกว่าครอบครัวที่มีฐานะปานกลางหรือสูง ซึ่งอาจเป็นเพราะปัญหานี้เป็นที่รังเกียจของสังคมมาก ฉะนั้นจึงเสมือนเป็นเครื่องช่วยเหนี่ยวรั้งใจของคนที่อยู่

³⁴ ไพรัตน์ พุกษชาติคุณากร. เล่มเดิม. หน้า 360.

ในระดับสังคมสูง หรือเพราะคนพวกนี้เมื่อมีความต้องการทางเพศสามารถหาคนอื่นมาทดแทนได้ รวมทั้งอาจเป็นเพราะครอบครัวของคนเหล่านี้พยายามปกปิดปัญหาไว้³⁵

ความสัมพันธ์ทางเพศระหว่างบุคคลร่วมสายโลหิตที่พบบ่อยคือ ความสัมพันธ์ระหว่างพ่อกับลูกสาว หรือพี่กับน้อง ความสัมพันธ์ระหว่างแม่กับลูกชายพบน้อยที่สุดและความสัมพันธ์ระหว่างพี่น้องในวัยรุ่นจะน้อยกว่าถ้ามีการเล่นเพศกันในวัยเด็ก

ร่วมประเวณี หมายถึง เสพสังวาส หรือเป็นการสื่อเสพสังวาส หรือผสมเพศซึ่งกันและกันระหว่างชายและหญิง ในลักษณะของการร่วมประเวณีตามธรรมชาติ ซึ่งก็หมายความว่ากรร่วมเพศระหว่างชายกับหญิง โดยอวัยวะสืบพันธุ์ของชายล่วงล้ำเข้าไปในช่องคลอดของหญิง แม้จะเป็นเพียงเล็กน้อยก็ตาม

“พฤติกรรมเบี่ยงเบน” คือพฤติกรรมที่มีคนเรียกชื่ออย่างนั้น³⁶

“การเบี่ยงเบน” หมายถึง ความประพฤตินี้คนในกลุ่มหนึ่งพิจารณาแล้วเห็นว่าเป็นอันตรายหรือน่าอายหรือบาดเจ็บตามมาก จนต้องจัดการเอาตัวผู้กระทำผิดมาลงโทษ การเบี่ยงเบนไม่ใช่คุณสมบัติที่ฝังติดอยู่กับความประพฤติประเภทใดโดยเฉพาะ แต่เป็นคุณสมบัติที่ผู้รู้เห็นโดยตรงหรือโดยทางอ้อมได้กำหนดให้ การเรียนรู้ว่าผู้พบเห็นที่มีปฏิกิริยาต่อมันยึดถือมาตรฐานอะไรบ้าง จึงเป็นทางเดียวเท่านั้นที่ผู้สังเกตการณ์จะสามารถบอกได้ว่าพฤติกรรมแบบนั้นแบบนี้เป็นการเบี่ยงเบนหรือไม่”

“พฤติกรรมที่คนบางพวกในสังคมหนึ่งๆ เห็นว่าเป็นการกระทำที่ผิด น่ารังเกียจ หรือบาดเจ็บตาม และเป็นการกระทำที่กระตุ้นหรือเร้า (หรือจะกระตุ้นถ้ามีผู้พบเห็นเข้า) ให้คนเหล่านั้นแสดงความไม่พอใจ โกรธเกลียด ประณาม หรือต้องการให้ลงโทษผู้กระทำ”³⁷

นักสังคมวิทยาบางคนเสนอคำคุณศัพท์มาจำนวนหนึ่ง เพื่อให้เป็นเครื่องบ่งชี้ว่าการกระทำหรือผู้กระทำคนใดจะเข้าลักษณะการเบี่ยงเบนต่างๆ ไป ตัวอย่างเช่น Nut (บ๊อง) Queer (ชอบกล) Weirdo (พิลึก ประหลาด) Rascal (เลว จี้ โกง) Pervert (วิตถาร) Loony (บ้า) ฯลฯ และให้คำนิยามคำว่า “การเบี่ยงเบน” หมายถึง คุณสมบัติที่บอกลักษณะของบุคคล เมื่อใดก็ตามที่มีการใช้ถ้อยคำเหล่านั้น”³⁸

³⁵ สุวัทนา อารีพรรค ข (2528). *กามวิปริต*. หน้า 47.

³⁶ เสรีน ปุณณะหิตานนท์. (2527). *การกระทำผิดในสังคม สังคมวิทยาอาชญากรรมและพฤติกรรมเบี่ยงเบน*. หน้า 163.

³⁷ เสรีน ปุณณะหิตานนท์ เล่มเดิม. หน้า 163-164.

³⁸ แหล่งเดิม. หน้า 172.

“ผู้เบี่ยงเบน” คือ ผู้ที่ถูกมองหรือถูกประณามว่าเป็นคนเลว เพราะเหตุที่ได้กระทำอะไรบางอย่าง หรือมีความคิดหรือความเชื่อเกี่ยวกับอะไรบางอย่าง ซึ่งหน่วยสังคมที่มีอำนาจเหนือตัวเขาหรือสังคมส่วนรวมเห็นว่าผิด หรือเหตุที่คนอื่นมองว่าเขาเป็นคนไร้ศีลธรรมประจำใจ เป็นคนที่สวมบทบาทของผู้เบี่ยงเบนอยู่เป็นประจำและเป็นผู้ที่คนอื่นคาดหมายได้ว่าสามารถกระทำความชั่ว และสิ่งที่เลวร้ายได้ทุกรูปทุกแบบ หรือเป็นผู้ประพฤติผิดไปจากคนธรรมดาสามัญเขาประพฤติกัน” หรือสรุปความอย่างสั้นๆ ว่า ผู้เบี่ยงเบน คือ บุคคลที่ถูกคนอื่นตราหน้าว่าเป็นคนเช่นนั้น (และการตราหน้าได้สัมฤทธิ์ผลลงด้วย) เป็นผู้ที่มิวิถีทางดำเนินชีวิตในแบบที่สังคมถือว่าผิดกฎหมายและผิดทำนองคลองธรรม และเป็นผู้ที่มีอัตลักษณ์อันน่ารังเกียจ

การกระทำอย่างใดจะเป็นการกระทำทางเพศที่วิปริตหรือไม่นั้น มองในแง่จริยธรรมปรัชญา นักปรัชญามีความเห็นที่ จุดที่จะต้องเริ่มต้นคือ มโนทัศน์ในเรื่องกิจกรรมทางเพศ ซึ่งแบ่งได้ 2 ประเภท ประเภทแรก กิจกรรมทางเพศเป็นเพียงวิถีทางสู่จุดหมายอื่นนอกจากการสัมผัสทางกายมาเป็นลักษณะสำคัญในการบอกว่ากิจกรรมทางเพศที่สมบูรณ์หรือผิดปกติ เป็นอย่างไร และกิจกรรมทางเพศใดก็ตามที่ไม่นำไปสู่จุดหมายนี้จะถือว่าไม่สมบูรณ์หรือไม่ปกติและนั่นคือ “วิปริต” ส่วนประเภทที่สองจะมองว่า การวิเคราะห์ห่ม โนทัศน์เกี่ยวกับกิจกรรมทางเพศแบบแรกได้ละเลยความสุขทางกายหรือสัญชาตญาณสัตว์ของมนุษย์ไปเกิน กิจกรรมทางเพศของพวกที่สองนี้ เกิดจากความอยากหรือความใคร่ที่จะได้สัมผัสทางกาย หรือได้รับความสุขทางกาย กิจกรรมทางเพศจะสมบูรณ์ได้ต้องมีเงื่อนไข ดังนี้ ความคิดของพวกที่สองนี้จึงไม่มีกิจกรรมทางเพศใดที่วิปริตและกิจกรรมทางเพศในตัวเองไม่เกี่ยวข้องกับจริยธรรม

จะเห็นได้ว่าความคิดของนักปรัชญาประเภทแรกนั้น กิจกรรมทางเพศที่สมบูรณ์ต้องเป็นกิจกรรมระหว่างมนุษย์ผู้มีสำนึกและต้องสนองตอบจุดหมายเฉพาะบางอย่างของมนุษย์ เช่น ในกิจกรรมทางเพศของมนุษย์จะต้องมีองค์ประกอบทางจิตวิทยาซับซ้อนอยู่ด้วย นั่นคือ กิจกรรมทางเพศไม่ใช่เพียงการเกิดความรู้สึกอยากและความต้องการสนองตอบความอยากเท่านั้น แต่เป็นกิจกรรมซึ่งแสดงหรือบ่งบอกทัศนคติของตนเกี่ยวกับความสัมพันธ์ของตนกับโลกภายนอกและการวิเคราะห์นี้เองจะนำไปสู่ความเข้าใจลักษณะที่จะทำให้กิจกรรมทางเพศบางชนิดเป็นการกระทำทางเพศที่วิปริต กิจกรรมทางเพศที่สมบูรณ์ในความคิดของโทมัสนาเกล ต้องมีองค์ประกอบสำคัญ 3 ประการ ดังนี้

- 1) การแสดงออกซึ่งความต้องการที่จะกระตุ้นให้อีกฝ่ายหนึ่งตอบสนอง
- 2) การรับรู้ของอีกฝ่ายหนึ่งถึงความต้องการของฝ่ายแรก และการแสดงออกเพื่อสนองความต้องการนั้น
- 3) ฝ่ายแรกรับรู้และได้รับการกระตุ้นจากการตอบสนองนั้น

- 3) พวกที่ผิดปกติในวิธีปฏิบัติทางเพศ ได้แก่
 - (1) การมีความสุขทางเพศจากการทำให้ผู้อื่นเจ็บปวด
 - (2) การมีความสุขทางเพศจากการได้รับความเจ็บปวด
 - (3) การชอบอวดอวัยวะเพศ
 - (4) การชอบแอบดู
 - (5) การร่วมเพศทางทวารหนัก
 - (6) การชอบดูไถอวัยวะเพศของตนกับเพศตรงกันข้าม
- 4) พวกที่ผิดปกติในปริมาณและความรุนแรงของความต้องการทางเพศ ได้แก่
 - (1) การมีความต้องการทางเพศสูง
 - (2) การสำส่อนทางเพศ
 - (3) การข่มขืนกระทำชำเรา

ซารา รูตติก ให้นิยามคำว่า “กามวิปริต” ไว้ว่า หมายถึง กิจกรรมที่ไม่นำไปสู่การแพร่พันธุ์ แต่ความคิดนี้จะขัดแย้งกับสามัญสำนึกของวิญญูชนทั่วไปเพราะความหมายนี้จะต้องการการคุมกำเนิดหรือการมีกิจกรรมทางเพศของบุคคลที่เป็นหมันไว้เป็นกามวิปริตด้วย จะเห็นว่า ความคิดทั้งสามแบบนี้มีปัญหาในตัวเอง แต่อย่างน้อยก็มีสิ่งที่แฝงมากับแนวความคิดทั้งสามแบบนี้คือ แนวคิดที่ว่า การกระทำทางเพศที่วิปริตเป็นการกระทำทางเพศที่เบี่ยงเบนไปจากกิจกรรมทางเพศในอุดมคติของมนุษย์ นอกจากนี้การพิจารณาว่าการกระทำทางเพศอย่างใดวิปริตนั้น สังคมทั่วไปอาจมองจากการผิดธรรมชาติซึ่งก็ขึ้นอยู่กับทัศนคติ กฎเกณฑ์ ในแต่ละสังคม แล้วแต่ว่าสังคมใดมีรูปแบบการกระทำทางเพศแบบใดที่พบเห็นบ่อยจนเป็นเรื่องผิดธรรมชาติไป และแบบใดไม่ค่อยมีเกิดขึ้นก็จะถือว่าเป็นการกระทำที่วิปริตไป

คำว่า “ตามธรรมชาติ” หมายความว่า กิจกรรมหนึ่งกิจกรรมใดที่สามารถพบเห็นในธรรมชาติได้ซึ่งจะทำให้ไม่มีสิ่งที่เรียกว่า “ผิดธรรมชาติ” หรือ “การกระทำทางเพศที่วิปริต” เลย เพราะการกระทำทางเพศที่เกิดขึ้นไม่ว่ารูปแบบใดเกิดขึ้นในธรรมชาติทั้งสิ้น ส่วนความหมายของคำว่า “ผิดธรรมชาติ” ด้วยการกำหนดสิทธิหน้าที่และความรับผิดชอบจะต้องสอดคล้องกับธรรมชาติสิ่งใดที่ขัดกับธรรมชาตินั้นถือว่าเป็นผิด ดังนั้นอาจกล่าวได้ว่า พฤติกรรมที่ขัดกับธรรมชาติคือพฤติกรรมเบี่ยงเบนไปจากจุดหมายที่แท้จริงของพฤติกรรมทางเพศซึ่งก็คือการแพร่พันธุ์ ซึ่งแนวความคิดของซารา รูตติก มีพื้นฐานมาจากทฤษฎีวิวัฒนาการเกี่ยวกับบทบาทของกิจกรรมทางเพศ รูตติกได้กล่าวไว้ว่า “มาตรการในการแบ่งแยกกิจกรรมทางเพศว่าเป็นไปตามธรรมชาติหรือผิดธรรมชาตินั้นขึ้นอยู่กับว่ากิจกรรมทางเพศเป็นไปตามธรรมชาติก็จะต้องตอบสนองหรือสามารถตอบสนองจุดหมายทางวิวัฒนาการและชีววิทยาของกิจกรรมทางเพศได้

นั่นคือ การแพร่พันธุ์ กามารมณ์ที่เป็นตามธรรมชาตินั้น เป็นอารมณ์ที่มีต่อบุคคลต่างเพศที่มีชีวิต และโดยเฉพาะอย่างยิ่งที่อยู่ในชั้นพร้อมที่จะมีบุตร จุดหมายของกามารมณ์ที่เป็นตามธรรมชาติคือ การได้มีการกระทำทางเพศทางอวัยวะสืบพันธุ์

นับแต่มนุษย์เกิดมา การเจริญเติบโตและพัฒนาการทางเพศได้พัฒนาไปพร้อมกัน ซึ่งเป็นไปตามธรรมชาติและสอดคล้องกับประเพณี ศีลธรรม และวัฒนธรรม แต่ถ้าหากพัฒนาการทางเพศหยุดหรือชะงักหรือมีพัฒนาการไปในทางที่ไม่ถูกต้อง เขาก็จะกลายเป็นผู้ที่มีความผิดปกติทางเพศไป ซึ่งนับว่าเป็นอาการเจ็บป่วยทางใจอย่างหนึ่ง ซึ่งในทางจิตเวชศาสตร์จัดไว้ในกลุ่มเดียวกับบุคคลผู้มีบุคลิกแปรปรวน

มีนักวิชาการได้ให้ความหมายของคำว่า “การกระทำทางเพศที่วิปริต” ไว้หลายอย่าง เช่น ถือว่าเป็นการกระทำทางเพศที่ผิดปกติ มีความสนใจทางเพศมุ่งไปที่วัตถุหรือสิ่งของมากกว่าเพศตรงข้าม มีกิจกรรมทางเพศที่ไม่เกี่ยวกับการร่วมประเวณี หรือมีการร่วมประเวณีภายใต้สถานการณ์ ซึ่งแปลกพิลึกขบถ หรือหมายถึง พฤติกรรมทางเพศที่เบี่ยงเบนไปจากพฤติกรรมที่ยอมรับกันว่าเป็นพฤติกรรมของคนปกติธรรมดาทั่วไป หรือหมายถึง ความผิดปกติในด้านความรู้สึกทางเพศหรือกามารมณ์ที่บิดเบือนไปจากสามัญชนหรือคนปกติทั่วไป หรือเป็นเรื่องที่บุคลิกภาพเกี่ยวกับเรื่องเพศที่บิดเบือนอันเนื่องมาจากสาเหตุด้านจิตใจเป็นส่วนใหญ่ ความผิดปกติทางเพศจะทำให้บุคคลมีความรู้สึกทางเพศหรือกามารมณ์ ตลอดจนท่าทีของความประพฤติกหรือการปฏิบัติที่แสดงออกเกี่ยวกับเรื่องเพศหรือเพศสัมพันธ์ที่ไม่เหมาะสม และผิดแผกแตกต่างไปจากสามัญชนจะพึงมีพึงปฏิบัติ เพราะพฤติกรรมเหล่านี้เป็นผลมาจากสภาพจิตใจที่ผิดปกติ ซึ่งผู้ป่วยไม่สามารถที่จะควบคุมได้ แม้ความผิดปกติทางเพศจะมีสาเหตุมาจากทางด้านจิตใจก็ตาม แต่ก็ไม่ได้หมายความว่า ความผิดปกติแบบนี้จะถือว่าเป็นโรคจิตหรือโรควิกลจริต หรือบางท่านได้ให้ความหมายว่า ความแปรปรวนของการประพฤติกปฏิบัติทางเพศรวมถึงการมีอารมณ์ ความรู้สึกหรือท่าทีต่อการร่วมเพศผิดไปจากคนปกติจะพึงมี ซึ่งพอจะสรุปได้ว่า ความผิดปกติทางเพศ หมายถึง การกระทำที่เบี่ยงเบนในทางเพศ คือ มีความรู้สึกทางเพศ หักสนคติ ค่านิยม ความต้องการ ตลอดจนมีพฤติกรรมหรือการปฏิบัติในทางเพศไม่เหมาะสมไม่ควร ผิดไปจากคนปกติธรรมดาทั่วๆ ไปที่คนในสังคมพึงปฏิบัติกัน

ในทางจิตเวชศาสตร์ การกระทำทางเพศที่ผิดปกตินั้นถือว่าเป็นความผิดปกติของจิตใจ ซึ่งซิกมันด์ ฟรอยด์ ได้กล่าวไว้ว่าความผิดปกติทางเพศนี้เป็นอาการที่ตรงกันข้ามกับโรคประสาท แสดงออกโดยมีข้อขัดแย้งที่มีความเพ้อฝันที่ปราศจากความวิตกกังวล ซึ่งได้มีการคิดค้นทฤษฎีที่สำคัญ 3 ทฤษฎีคือ

1) ทฤษฎี Libido เห็นว่า พลังของจิตใจที่เกี่ยวกับฮอร์โมนจะนำมาสู่ความรุนแรงของอารมณ์ทางเพศของคนๆ นั้น บริเวณร่างกายที่ให้ความสุขจะเปลี่ยนไปตามวัย

2) ทฤษฎี Oedipus Complex เด็กอายุ 3-5 ปีขึ้นไป เริ่มแข่งขันกับพ่อแม่เพื่อให้ตนเองเป็นที่รักของพ่อแม่ เมื่อมีความต้องการในการแข่งขัน จึงเกิดการขัดแย้งในจิตใจของเด็ก เด็กจะพยายามลอกเลียนแบบลักษณะท่าทาง อารมณ์ นิสัย จริยธรรมและอคติจากพ่อแม่ที่เป็นเพศเดียวกันกับตน การเลียนแบบนี้จะสมบูรณ์เมื่อเด็กมีบิดามารดาอยู่ครบและมีความสัมพันธ์ที่ดีในครอบครัว และเมื่อพฤติกรรมความเป็นชายหญิงของบิดามารดาถูกต้อง การลอกเลียนแบบของเด็กจะสมบูรณ์เจริญเติบโตขึ้นโดยมีความประพฤติทางเพศที่เหมาะสม

3) ทฤษฎีเกี่ยวกับความสุขอดทางเพศ เข้าสู่วัยรุ่น (13-17) Early Adolescence เป็นวัยที่มีการเปลี่ยนแปลงมาก โดยเฉพาะมีการหลั่งฮอร์โมนชนิดต่างๆ โดยเฉพาะฮอร์โมนเพศทำให้มีการเปลี่ยนแปลงทางร่างกายและจิตใจเกี่ยวกับเพศ ทั้งนี้แล้วแต่สภาพแวดล้อม

จากทฤษฎีทั้งสามนี้มนุษย์เจริญเติบโตพร้อมกับพฤติกรรมทางเพศและปริมาณฮอร์โมนที่ขึ้นอยู่กับการเรียนรู้และประสบการณ์ ความสำคัญของการชักจูงของพ่อแม่ ผู้ปกครอง ครู พี่น้อง และเพื่อน ซึ่งได้มีการแบ่งความผิดปกติทางเพศไว้ 4 จำพวกใหญ่ๆ คือ

(1) พวกที่ประพฤติน่าสอคล้องกับเพศของตนได้แก่ พวกรักร่วมเพศ ลักเพศ และการมีความต้องการเปลี่ยนเพศ

(2) พวกที่ผิดปกติในการเลือกคู่ร่วมเพศ เช่น เลือกวัตถุ ส่วนของร่างกาย หรือบุคคลที่ไม่เหมาะสม ได้แก่ รักร่วมเพศ การมีความต้องการทางเพศกับเด็ก การมีเพศสัมพันธ์กับสัตว์ การมีความต้องการทางเพศกับคนสูงอายุ การมีความต้องการทางเพศกับศพ การมีความสุขทางเพศกับส่วนของร่างกาย หรือวัตถุและการร่วมประเวณีในระหว่างเรือญาติ

(3) พวกที่ผิดปกติในวิธีปฏิบัติทางเพศ ได้แก่ การมีความสุขทางเพศจากการทำให้ผู้อื่นเจ็บปวด การมีความสุขทางเพศจากการได้รับความเจ็บปวด การชอบอวดอวัยวะเพศ การเป็นนักถ่มมอ การร่วมเพศทางทวารหนักและการชอบดูไถอวัยวะของตนกับเพศตรงข้าม

(4) พวกที่ผิดปกติในปริมาณและความรุนแรงของความต้องการทางเพศ ได้แก่ การมีความต้องการทางเพศสูง การสำส่อนทางเพศ และการข่มขืนกระทำชำเรา

ตัวอย่างคดีที่พ่อกักขังลูกสาวไว้ในห้องใต้ดินเพื่อทำการข่มขืนกระทำชำเราในประเทศออสเตรเลียจากหนังสือพิมพ์โลกวันนี้ ปีที่ 10 ฉบับที่ 2506 ประจำวันศุกร์ที่ 20 มีนาคม 2009

วอนขังตลอดชีวิต “ฟริตเซล”⁴⁰

แซงค์ โพลเทน: อัยการและทนายความของลูกสาวที่ตกเป็นเหยื่อทางเพศ “ฟริตเซล” แดลงปิดคดี ขอให้ผู้พิพากษาลงโทษจำคุกพ่อใจร้ายตลอดชีวิตโดยไม่ต้องคำนึงถึงการรับสารภาพ ผิดก่อนหน้าที่ศาลตัดสินเพียงไม่กี่ชั่วโมง

สำนักข่าวเอพีรายงานว่า คริสเตียง เบอร์โคเซอร์ อัยการในคดีที่นายโจเซฟ ฟริตเซล พ่อใจร้ายที่ก่อเหตุข่มขืนลูกสาวนานถึง 24 ปีจนกระทั่งมีลูกด้วยกัน 7 คน ขอให้ผู้พิพากษาตัดสินลงโทษสูงสุดด้วยการจำคุกตลอดชีวิต โดยไม่ต้องมีความปรานีเพียงเพราะเขาสารภาพผิด

เบอร์โคเซอร์ระบุเช่นนั้นในการแถลงปิดคดีที่ศาลเมืองแซงต์ โพลเทน ทางตะวันตกของกรุงเวียนนา เมืองหลวงของออสเตรีย เมื่อวันพฤหัสบดีที่ผ่านมา เธอขอให้ศาลนึกถึงการที่นางเอลิซาเบธถูกล่วงละเมิดทางเพศนานถึง 24 ปี

ขณะที่อีวา พลาซ ทนายความของนางเอลิซาเบธและเหยื่อคนอื่นๆ เรียกร้องเช่นเดียวกันไม่ให้ศาลลดหย่อนโทษแก่นายฟริตเซลเพียงเพราะเขาได้รับสารภาพและว่าการสารภาพผิดของเขาไม่ใช่การรับสารภาพ

ทั้งนี้ ในการดำเนินคดีของออสเตรีย การรับสารภาพเป็นปัจจัยหนึ่งที่สามารถทำให้ศาลลดหย่อนโทษ ขณะที่คาดว่าศาลจะมีคำตัดสินนายฟริตเซลในช่วงบ่ายวันเดียวกันตามเวลาท้องถิ่น ซึ่งตรงกับช่วงค่ำตามเวลาประเทศไทย

เมื่อวันพุธนายฟริตเซลยอมรับสารภาพต่อข้อกล่าวหาทุกข้อในการให้การต่อศาล เป็นวันที่ 3 หลังจากที่ยอมรับเฉพาะข้อกล่าวหากักขังและข่มขืน โดยยอมรับผิดเพิ่มในข้อหาฆาตกรรมและกระทำต่อเหยื่อเยี่ยงทาส หลังจากได้คู่วิดีโอเทปคำให้การของนางเอลิซาเบธ ลูกสาวที่ถูกใช้เป็นเครื่องเล่นทางเพศ

หลังจากผู้พิพากษาถามว่าเหตุใดจำเลยจึงเปลี่ยนคำให้การเป็นรับสารภาพทุกข้อหา นายฟริตเซลตอบว่า เพราะได้เห็นคำให้การของลูกสาวทำให้ตระหนักเป็นครั้งแรกถึงความโหดร้ายที่ได้กระทำต่อเอลิซาเบธและขอโทษในสิ่งที่กระทำไป

นางเอลิซาเบธซึ่งเป็นพยานคนสำคัญในคดีนี้ขณะนี้อายุ 42 ปี โดยมีอายุ 18 ปีขณะถูกกักขังในห้องใต้ดินที่ไม่มีหน้าต่างที่นายฟริตเซลสร้างขึ้นใต้บ้านของเขาในเมืองอัมสเทตเทน ซึ่งเขาข่มขืนเธอนานถึง 24 ปี

⁴⁰ ข่าวเด่นต่างประเทศ: โลกตะลึงคดีข่มขืนลูก 30 ปี. สืบค้นเมื่อ 26 พฤษภาคม 2554, จาก <http://www.classifiedthai.com/content.php?article=3564>

นายฟริตเซลถูกกล่าวหาว่าฆาตกรรมจากการเสียชีวิตของลูกชายคนหนึ่งของเขา กับนางเอลิซาเบธขณะอายุเพียง 2 วัน ที่ถูกปล่อยตายในห้องใต้ดินโดยที่เขาไม่พาไปหาหมอ ซึ่งเขาให้การว่าเป็นอุบัติเหตุเพราะไม่รู้ว่าทารกป่วยและต้องการความช่วยเหลือ

บุคคลใกล้ชิดกับครอบครัวนายฟริตเซลบอกกับผู้สื่อข่าวเอพีว่า เอลิซาเบธนั่งอยู่ในศาลด้วยในการพิจารณา 2 วัน ทั้งวันจันทร์และวันอังคาร ขณะที่คนทั่วไปและผู้สื่อข่าวถูกห้ามเข้ารับฟัง ซึ่งการที่เอลิซาเบธปรากฏตัวในศาล อาจโน้มน้าวให้เขาปรับสภาพผิด ขณะที่รูดอล์ฟ ไมเยอร์ ทนายความของนายฟริตเซล ยืนยันเช่นเดียวกัน

นางเอลิซาเบธและลูกๆ ของเธอยังมีชีวิตอีก 6 คน ซึ่งมีอายุตั้งแต่ 6-20 ปี ได้รับการเยียวยาทางจิตใจในคลินิกจิตแพทย์และในสถานที่ลับนานหลายเดือน

แพทย์หญิงอาเดลเลด คาสท์เนอร์ จิตแพทย์ ซึ่งได้พูดคุยกับนายฟริตเซลหลายครั้ง ให้การต่อศาลว่า นายฟริตเซลรู้ว่าเขา “เกิดมาเพื่อข่มขืน” และยังคงเป็นบุคคลอันตราย ดังนั้นจึงเป็นเรื่องจำเป็นที่เขาจะต้องได้รับโทษในเรือนจำพิเศษที่มีการบำบัดทางจิตหรือสถานบำบัดอาชญากรทางจิตจนกว่าจะไม่เป็นภัยอีกต่อไป

จิตแพทย์ผู้นี้สรุปในรายงานหนา 130 หน้าต่อศาลว่า นายฟริตเซลมีปัญหาส่วนตัวอย่างร้ายแรงและต้องรับผิดชอบต่อการกักขังขังใจและทำร้ายร่างกายนางเอลิซาเบธซึ่งเป็นบุตรสาวตลอด 24 ปีที่ผ่านมา นายฟริตเซลรับรู้ว่าตัวเองมีด้านอันชั่วร้ายซ่อนอยู่ในตัวเองและรู้ว่าตนเอง “เกิดมาเพื่อข่มขืน” แต่ทันทีที่ควบคุมตนเองไม่ได้ ความชั่วร้ายทั้งหมดก็ระเบิดออกมา

2.1.5.2 หลักทางพันธุกรรม

พันธุศาสตร์เป็นการศึกษาถึงการถ่ายทอดลักษณะต่างๆ ไปสู่ลูกหลาน คำว่าพันธุศาสตร์รู้จักกันครั้งแรกในปี ค.ศ. 1865 โดยเกรเกอร์ (Grager Model) จากการศึกษาการถ่ายทอดลักษณะของต้นถั่วได้ตั้งทฤษฎี Principle of Heredity แต่ในสมัยนั้นยังไม่มีผู้ยอมรับ จนกระทั่งปี ค.ศ. 1900 ทฤษฎีของเมนเดลใช้อธิบายการถ่ายทอดลักษณะของหมู่เลือด ABO ได้ และในปี ค.ศ. 1902 อาร์ชีบาลด์ (Archibald Garrod) ได้รายงานโรคชนิดแรกในมนุษย์ที่มีลักษณะการถ่ายทอดตามเมนเดล (Mendelian Inheritance) คือ โรคอัลแคปโตยูเรีย (Alkaptonuria) ซึ่งเป็นโรคที่มีความผิดปกติของเอนไซม์ในเมแทบอลิซึมตั้งแต่กำเนิด (Inborn Error of Metabolism) ต่อมาในปี ค.ศ. 1953 เจมส์ วัตสันและฟรานซิส คริก (James Watson and Francis Crick) พบว่า DNA มีโครงสร้างเป็นบันไดเวียนสายคู่และในปี ค.ศ. 1956 ได้ค้นพบว่ามนุษย์มีโครโมโซม 46⁴¹

⁴¹ ยูพา ผลโลก, สุมิตรา คงชื่นสิน, บุษบา ฤกษ์อำนาจโชค และประดิษฐ์ พงศ์ทองคำ. (2546). *หลักพันธุศาสตร์*. หน้า 215.

ชนิดของโรคพันธุกรรม

สารพันธุกรรมทั้งหมดของมนุษย์ในแต่ละเซลล์ ประกอบด้วยสาย DNA สองชุด แต่ละชุดยาวประมาณ 3,000 ล้านเบส มียีนทั้งหมด 30,000-40,000 ยีน ในแต่ละคนมีการเรียงลำดับเบสที่เหมือนกัน 99.9% ส่วนที่เหลือจะแตกต่างกัน ถ้าส่วนที่แตกต่างนี้เกิดความผิดปกติอย่างรุนแรงก็จะก่อให้เกิดโรคร้าย ซึ่งโรคทางพันธุกรรมแบ่งเป็น 4 กลุ่มคือ

- 1) โรคความผิดปกติของโครโมโซม (Chromosome Abnormalities)
- 2) โรคความผิดปกติแบบยีนเดี่ยว (Single Gene Disorders)
- 3) โรคความผิดปกติที่เกิดจากหลายปัจจัย (Multifactorial Disorders)
- 4) โรคความผิดปกติของไมโทคอนเดรีย (Mitochondria Disorders)

โรคความผิดปกติของโครโมโซม (Chromosome Abnormalities)

ตัวอย่าง โรคความผิดปกติของโครโมโซม

1) Down Syndrome เป็นโรคที่เกิดจากความผิดปกติของโครโมโซมที่พบบ่อยที่สุดในเด็กแรกเกิด โดยจะพบได้ประมาณ 1 คน ในเด็กเกิดใหม่ทุกๆ 1,000 คน โดยจะมีอัตราเสี่ยงสูงขึ้นในแม่ที่มีอายุมาก นอกจากลักษณะปัญญาอ่อนแล้ว ยังมีลักษณะต่างๆ คือ หน้าแบน ตาเฉียงขึ้น ลิ้นใหญ่จุกปาก หูเล็ก และอาจมีความผิดปกติของโรคหัวใจ

2) Turners Syndrome เป็นเพศหญิง พบได้ใน 1 ใน 2,500 คน สถิติปัญญาอ่อนข้างปกติ เป็นหมันเพราะรังไข่ไม่เจริญเติบโต และไม่มีประจำเดือน มีลักษณะที่เห็นเด่นชัดคือตัวเตี้ย และมีปีกที่คอ

2.1.6 คุณธรรมทางกฎหมาย

2.1.6.1 ความหมายของคุณธรรมทางกฎหมาย

บทบัญญัติของความผิดต่างๆ เป็นบทบัญญัติที่สั้นและกะทัดรัด แต่ในความสั้นและกะทัดรัดของบทบัญญัตินั้นๆ จะเห็นได้ว่ากฎหมายได้รวบรวมเอาสิ่งต่างๆ ที่เป็นพื้นฐานของความผิดต่างๆ นั้นเข้าไปอย่างเหมาะสมเจาะ สิ่งที่เป็นพื้นฐานดังกล่าวนี้คือ ผู้กระทำ การกระทำการของการกระทำ ผลของการกระทำ รวมทั้ง คุณธรรมทางกฎหมาย (Rechtsgut)⁴²

ในการบัญญัติความผิดฐานต่างๆ นั้นจะมีคุณธรรมทางกฎหมายเป็นพื้นฐานในทางความคิดเสมอ ไม่ว่าผู้บัญญัติจะได้คำนึงถึงคุณธรรมทางกฎหมายก่อนการบัญญัติหรือไม่เพราะความผิดอาญามาจาก “ปทัสถาน” (Norm) และ “ปทัสถาน” มาจาก “คุณธรรมทางกฎหมาย” เช่น ปทัสถานมิว่าเป็นการไม่สมควรที่จะฆ่ามนุษย์ เพราะชีวิตมนุษย์เป็นสิ่งที่พึงหวงแหนและชีวิต

⁴² คณิต ฒ นกร ก (2543). *กฎหมายอาญาภาคทั่วไป*. หน้า 92.

มนุษย์เป็นสิ่งหรือคุณค่าที่สำคัญที่ชอบที่จะคุ้มครองโดยกฎหมายอาญา เหตุนี้จึงต้องบัญญัติ มาตรา 288 ขึ้น

คุณธรรมทางกฎหมายไม่ใช่สิ่งที่เป็นรูปธรรมที่สามารถจับต้องได้โดยใช้ประสาทสัมผัสทั้งห้า แต่เป็นสิ่งที่ปรากฏในทางความคิดหรือเป็นสิ่งที่เป็นามธรรม กล่าวโดยเฉพาะคือสิ่งที่เป็นประโยชน์ (Interesse หรือ Interest) หรือเป็นสิ่งที่เป็น “คุณค่า” (Wert หรือ Value)⁴³

ในการที่จะให้การอยู่ร่วมกันของมนุษย์ในสังคมมีความเป็นปกติสุข มนุษย์ทุกคนต้องเคารพและไม่ละเมิดประโยชน์หรือคุณค่าของการอยู่ร่วมกัน การละเมิดประโยชน์หรือคุณค่าของการอยู่ร่วมกันจึงเป็นการละเมิดคุณธรรมทางกฎหมาย ฉะนั้น คุณธรรมทางกฎหมายจึงหมายถึงประโยชน์หรือคุณค่าของการอยู่ร่วมกันที่กฎหมายคุ้มครอง หรือคุณธรรมทางกฎหมาย (Rechtsgut) คือสิ่งที่ไม่ใช่วัตถุที่เป็นรูปร่างหรือบุคคลแต่เป็นสภาวะความคิดที่เป็นนามธรรม ซึ่งบทบัญญัติกฎหมายแต่ละฐานความผิดมุ่งที่จะคุ้มครองหรือกล่าวอีกนัยหนึ่งนั้น คุณธรรมทางกฎหมาย (Rechtsgut) คือสิ่งที่ไม่ใช่วัตถุที่เป็นรูปร่างหรือบุคคลแต่เป็นสภาวะความคิดที่เป็นนามธรรม ซึ่งบทบัญญัติกฎหมายแต่ละฐานความผิดมุ่งที่จะคุ้มครอง

2.1.6.2 ประเภทของคุณธรรมทางกฎหมาย

1. คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคล (Individualrechtsgut) เช่น ชีวิต ความปลอดภัยของร่างกาย และกรรมสิทธิ์ และคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคลนั้น ยังอาจแบ่งแยกย่อยออกไปเป็น “คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคลโดยแท้” เช่น เกียรติ ความปลอดภัยของร่างกาย⁴⁴

โดยทั่วไปคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคลเป็นคุณธรรมทางกฎหมายที่ผู้เป็นเจ้าของสามารถสละได้ แต่สำหรับชีวิตมนุษย์แม้จะเป็นคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคลแต่ก็ไม่อาจสละกันได้

2. คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนรวม (Universalrechtsgut) เช่น ความปลอดภัยในการจราจร ความมั่นคงเชื่อถือของระบบแลกเปลี่ยน (เงินตรา) และเอกภาพของดินแดน⁴⁵

⁴³ แหล่งเดิม. หน้า 94.

⁴⁴ แหล่งเดิม.

⁴⁵ คณิต ฌ นคร ก เล่มเดิม. หน้า 94.

2.1.6.3 ประโยชน์ของคุณธรรมทางกฎหมาย⁴⁶

ดังกล่าวมาแล้วว่าคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคลโดยทั่วไปเจ้าของสามารถสละได้ กรณีจึงมีผลในเรื่องความยินยอมของผู้เสียหาย

นอกจากนี้คุณธรรมทางกฎหมายเป็นพื้นฐานที่สำคัญของความผิดฐานต่างๆ คุณธรรมทางกฎหมายจึงเป็นเครื่องช่วยในการตีความกฎหมายอาญาด้วย

ในการเรียนการสอน คุณธรรมทางกฎหมายช่วยในการแบ่งแยกจัดหมวดหมู่และประเภทของความผิดฐานต่างๆ ทำให้การเรียนการสอนเป็นระบบอีกด้วย

2.1.6.4 คุณธรรมทางกฎหมายกับกฎหมายอาญา

ในปทัสถานมีคุณธรรมทางกฎหมายแฝงอยู่ การประพฤติดิถีปฏิบัติสถานบางอย่างยังไม่กระทบต่อการอยู่ร่วมกันของมนุษย์ในสังคมที่ร้ายแรงพอที่สมควรกำหนดเป็นความผิดอาญา ฉะนั้น คุณธรรมทางกฎหมายที่ได้รับการยกระดับขึ้นเป็นคุณธรรมทางกฎหมายในทางกฎหมายอาญาไม่ว่าจะในประมวลกฎหมายอาญาหรือกฎหมายอาญาอื่น ล้วนเป็นคุณธรรมทางกฎหมายที่สำคัญที่จำเป็นสำหรับการอยู่ร่วมกันของมนุษย์ในสังคมทั้งสิ้น เหตุนี้จึงต้องคุ้มครองคุณธรรมทางกฎหมายที่สำคัญนั้นโดยกฎหมายอาญา

2.1.6.5 คุณธรรมทางกฎหมายในความผิดฐานทำให้แท้งลูก

“ความผิดต่อชีวิตในครรภ์มารดา”⁴⁷ คือ ความผิดในลักษณะ 10 หมวด 3 แห่งประมวลกฎหมายอาญา กล่าวคือ ความผิดที่ประมวลกฎหมายอาญาเรียกว่า “ความผิดฐานทำให้แท้งลูก” การทำลายชีวิตในครรภ์มารดานี้เดิมเห็นกันว่าเป็นการทำลาย “ความหวังของบิดาที่จะมีบุตรสืบตระกูล” แต่ในปัจจุบันเห็นกันทั่วไปว่าคุณธรรมทางกฎหมาย (Rechtsgut/ Legal Interest) เป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับ “ชีวิตในครรภ์มารดา” ซึ่งกฎหมายแยกออกมาเป็นสิ่งที่ประสงค์จะคุ้มครองต่างหากจากชีวิตของหญิง

“ความผิดต่อชีวิตในครรภ์มารดา” เป็นความผิดลักษณะหนึ่งที่มีปัญหามากในสังคมปัจจุบัน เพราะบิดามารดาต้องรับผิดชอบในการอุปการะเลี้ยงดูบุตรซึ่งเป็นภาระหน้าที่ทั้งในทางกฎหมายและในทางสังคม การให้บุตรได้รับการศึกษาที่ดีเพื่อจะได้เลี้ยงตัวเองและครอบครัวของตัวเองในอนาคตก็เป็นเรื่องสำคัญสำหรับบิดามารดา เหตุนี้การวางแผนครอบครัวจึงเป็นเรื่องที่มีความสำคัญและจำเป็นเช่นเดียวกัน

⁴⁶ แหล่งเดิม. หน้า 95.

⁴⁷ คณิต ณ นคร ข (2553). *กฎหมายอาญาภาคความผิด*. หน้า 176-189.

จากความจำเป็นและความสำคัญดังกล่าว ในทางนโยบายทางอาญาจึงมีปัญหาว่า จะขยายเหตุทำแท้งได้โดยชอบด้วยกฎหมายอย่างไรจึงจะไม่เป็นการละเมิดสิทธิส่วนบุคคลและไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ

นอกจากนโยบายทางอาญาเกี่ยวกับเรื่องนี้ยังเกี่ยวข้องกับปัญหาจริยธรรมอีกด้วย การคุ้มครองชีวิตในครรภ์มารดา ในทางกฎหมายอาญาเห็นกันทั่วไปว่า “ลูกในครรภ์” ซึ่งยังไม่เป็นมนุษย์เป็น “กรรมของการกระทำ” ที่ได้รับการคุ้มครองที่แยกออกต่างหากจาก “หญิงที่มีครรภ์” ซึ่งเป็นมนุษย์แล้ว ฉะนั้น “ชีวิตในครรภ์มารดา” จึงเป็นสิ่งที่มีความต่างหากจาก “ชีวิตหญิงที่มีครรภ์”

“บุคคลย่อมมีสิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกาย”

บทบัญญัตินี้กล่าวถึง “สิทธิในชีวิต” ของมนุษย์

“ชีวิตมนุษย์” แท้จริงแล้วมิได้เริ่มที่ “สภาพความเป็นมนุษย์” แต่เริ่มตั้งแต่การปฏิสนธิ ฉะนั้น “สิทธิในชีวิต” จึงเริ่มตั้งแต่การปฏิสนธิไปจนถึงการคลอด การคุ้มครอง “ชีวิตในครรภ์มารดา” จึงเป็นการคุ้มครองตั้งแต่การปฏิสนธิไปจนถึงการคลอด นโยบายการบัญญัติกฎหมายเพื่อแก้ปัญหาการทำแท้ง

2.6.1.6 การสละคุณธรรมทางกฎหมาย คือ กฎหมายบัญญัติคุ้มครองผลประโยชน์ของปัจเจกบุคคล (Individualrechtsgut) และบุคคลผู้มีส่วนได้เสียที่ได้สละการคุ้มครองนั้นเสีย (Renounced its protection) เช่น การให้ความยินยอมต่อการกระทำของผู้อื่น⁴⁸

2.2 การกำหนดมูลเหตุให้สามารถทำแท้งได้โดยชอบ

2.2.1 มูลเหตุทางการแพทย์⁴⁹

สิทธิหรืออำนาจของหญิงตั้งครรภ์ที่จะทำแท้งในกรณีที่มูลเหตุทางการแพทย์ ได้แก่ กรณีที่การตั้งครรภ์ต่อไปจะเป็นการเสี่ยงที่หญิงตั้งครรภ์อาจได้รับอันตรายถึงแก่ชีวิต บางท่านได้ให้เหตุผลของการที่ควรอนุญาตให้มีการทำแท้งได้ในกรณีดังกล่าวว่าเป็นสิทธิในการป้องกันตนเองของหญิงตั้งครรภ์ที่จะปกป้องภัยอันตรายที่จะเกิดขึ้นแก่ชีวิตหรือสุขภาพของตนได้

จูดิธ ทอมป์สัน เชื่อว่า มนุษย์ทุกคนมีสิทธิที่จะป้องกันตนเองจากอันตรายต่างๆ ได้ ถึงแม้ผู้ที่เป็นอันตรายต่อเราจะมีได้ตั้งใจหรือจงใจก็ตาม แน่นอนสิทธิในการป้องกันตัวเองของเราต้องมีขอบเขต สิทธิมิได้บ่งบอกว่าเราจะทำอะไรก็ได้เพื่อช่วยชีวิตตนเอง เราไม่มีสิทธิที่จะทรมาณ นาย ก. ให้ตายเพียงเพราะนาย ข. บู่เราว่า ถ้าไม่ทำเช่นนั้นเขาจะฆ่าเราและเราไม่มีสิทธิที่จะฆ่าเขา

⁴⁸ กมลชัย รัตนสากวาศ์. (2523). *ความยินยอมในกฎหมายอาญา*. หน้า 6.

⁴⁹ อุษณีย์ เมธสุทธิ. (2552). *อำนาจทำแท้งตามกฎหมาย*. หน้า 63-64.

ถ้ามีวิธีอื่นที่จะหยุดยั้งเขาได้ แต่ในกรณีของการเผชิญหน้าโดยตรงระหว่างผู้ขู่ (ทารกในครรภ์) ถึงแม้ ผู้ขู่จะมีได้ตั้งใจหรือจงใจจะเอาชีวิตของผู้ถูกขู่ (มารดา) การฆ่า (การทำแท้ง) นั้นก็ไม่อาจถือได้ว่าเป็นการกระทำผิด

ตามกฎหมายของประเทศส่วนใหญ่ทั่วโลกได้มีการยอมรับหลักการนี้และได้บัญญัติเป็นข้อยกเว้นไว้ในกฎหมายว่าด้วยการทำแท้งว่า ให้สามารถทำแท้งได้ถ้าหากมีความจำเป็นต้องกระทำเพื่อช่วยชีวิตของมารดา

2.2.2 มูลเหตุด้านศีลธรรม⁵⁰

สิทธิหรืออำนาจของหญิงตั้งครรภ์ที่จะทำแท้งโดยชอบด้วยกฎหมาย ในกรณีที่มีมูลเหตุทางด้านศีลธรรม ได้แก่ กรณีที่หญิงตั้งครรภ์เนื่องมาจากการถูกข่มขืน ที่มาของแนวคิดในการอนุญาตให้หญิงตั้งครรภ์ทำแท้งได้โดยชอบด้วยกฎหมายในกรณีนี้ เนื่องจากเหตุผลที่ว่าหญิงที่ถูกข่มขืนนั้น ย่อมได้รับความเจ็บปวดทรมานทางร่างกาย จิตใจ และต้องเสียชื่อเสียงโดยไม่ยุติธรรมมาเพียงพอแล้ว หากมีการบังคับให้หญิงที่ถูกข่มขืนต้องอุ้มครรภ์บุตรที่เกิดจากผู้ที่มาข่มขืนหญิงนั้นต่อไปแล้ว ย่อมส่งผลกระทบต่อจิตใจของหญิงนั้นอย่างร้ายแรงอย่างแน่นอน กรณีจึงมีเหตุสมควรที่จะให้หญิงที่ตั้งครรภ์จากการถูกข่มขืนสามารถทำแท้งได้โดยชอบด้วยกฎหมาย

โดยนัยนี้อาจกล่าวได้ว่า เหตุผลของการอนุญาตให้มีการทำแท้งได้ในกรณีที่หญิงตั้งครรภ์จากการถูกข่มขืนเช่นนี้ ก็เป็นการขยายหลักการให้ความคุ้มครองหญิงจากอันตรายต่อจิตใจอย่างร้ายแรงดังที่กล่าวข้างต้น

นักวิชาการบางท่านกล่าวว่า กรณีที่การตั้งครรภ์ของหญิงเกิดจากการถูกข่มขืนเป็นอีกกรณีหนึ่งที่สมควรให้มีการทำแท้งได้ เนื่องจากหญิงที่ถูกข่มขืน ย่อมได้รับความทุกข์อย่างใหญ่หลวงอยู่แล้วจากการถูกข่มขืน และผลสะท้อนภายหลังทางกายภาพและหรือทางจิตใจของการกระทำนั้น และมันจะเป็นการไม่ยุติธรรมเป็นอย่างยิ่ง หากว่าเธอจะต้องมีชีวิตอยู่ต่อไปโดยการแบกรับการตั้งครรภ์ที่ไม่พึงประสงค์อันเป็นผลมาจากการข่มขืน ซึ่งเป็นการกระทำที่ละเมิดต่อกฎหมายนั้น ดังนั้น แม้ว่าทารกในครรภ์นั้นจะอยู่ในระยะที่มีสภาพเป็นมนุษย์แล้วก็ตาม หญิงตั้งครรภ์ก็มีสิทธิที่จะทำแท้งได้ ทารกในครรภ์ไม่มีสิทธิที่จะอยู่ในครรภ์ของหญิงนั้นต่อไป เพราะการมีอยู่ต่อไปของเขาคือเป็นอันตรายต่อสุขภาพของมารดาและถือเป็นการกระทำที่เป็นการรุกรานต่อมารดา เธอจึงมีสิทธิที่จะได้กลับการรุกรานนั้น โดยการทำแท้งทารกในครรภ์ได้

แต่กรณีของการร่วมประเวณีของบุคคลในครอบครัวเดียวกันที่เกิดจากความยินยอมดังกล่าวแล้วก่อให้เกิดการตั้งครรภ์ขึ้นมาแล้วถ้าพิจารณาในแง่ของมูลเหตุทางด้านศีลธรรมอันเกิดจากการข่มขืนนี้กรณีย่อมไม่เข้าหลักเกณฑ์ แต่ถ้าพิจารณาในแง่ของศีลธรรมอันดีของประชาชนนั้น

⁵⁰ แหล่งเดิม. หน้า 66-67.

ถือว่าความยินยอมดังกล่าวนั้นขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชนและจารีตประเพณีอันดีงามที่มาแต่เดิมและเป็นกรณีที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน

2.2.3 มูลเหตุในการรักษาชาติพันธุ์⁵¹

การอนุญาตให้ทำแท้งเมื่อมีมูลเหตุในการรักษาชาติพันธุ์ ได้แก่ กรณีที่ทารกในครรภ์มีความผิดปกติทางร่างกายหรือจิตใจอย่างร้ายแรง และไม่สามารถเยียวยาได้ และทำให้ทารกในครรภ์ไม่สามารถจะใช้ชีวิตปกติธรรมดาในสังคมได้

นักวิชาการบางท่านได้ให้เหตุผลว่า กรณีที่ทารกในครรภ์มีความผิดปกติอย่างร้ายแรง และไม่สามารถเยียวยาได้นี้ ทารกในครรภ์ย่อมมีสิทธิที่จะไม่เกิด เพราะถือเป็นกรณีที่การสนองตอบผลประโยชน์ต่างๆ ในอนาคตที่เป็นพื้นฐานที่สุดของทารกในครรภ์กลายเป็นสิ่งที่เป็นไปได้ ในกรณีนี้จึงไม่ถือว่าสิทธิของทารกในครรภ์มีความขัดแย้งกับสิทธิของหญิงตั้งครรภ์ กรณีจึงสามารถที่จะอนุญาตให้หญิงตั้งครรภ์ทำแท้งได้

บางท่านเห็นว่า ควรทำแท้งทารกที่มีความผิดปกติทางร่างกายหรือจิตใจอย่างร้ายแรง โดยให้เหตุผลว่า เนื่องจากเป็นสิทธิของทารกในครรภ์ในการที่จะเกิดมาเป็นคนมีร่างกายและจิตใจที่สมบูรณ์ เหตุนี้กฎหมายของหลายประเทศจึงบัญญัติให้ทำแท้งได้โดยไม่มีความคิด ในกรณีที่ทารกอาจเกิดมาพิการหรือเป็นโรคทางพันธุกรรม เช่นประเทศอังกฤษมีพระราชบัญญัติการทำแท้ง พ.ศ. 2510 มาตรา 1 การสิ้นสุดการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ อนุมาตรา 1 (d) บัญญัติว่า “ถ้ามีความเสี่ยงอย่างสูงว่าทารกในครรภ์จะเกิดมาโดยมีความทุกข์ทรมานจากความผิดปกติทางร่างกายหรือจิตใจอย่างร้ายแรง ก็ให้ทำแท้งได้โดยไม่มีความคิด”

2.2.4 มูลเหตุทางสังคมและเศรษฐกิจ⁵²

ปัญหาทางสังคมและเศรษฐกิจนั้น มีนักวิชาการบางท่าน เห็นว่า กรณีที่มีปัญหาทางด้านสังคมและเศรษฐกิจทำให้การสนองตอบผลประโยชน์ต่างๆ ที่เป็นพื้นฐานที่สุดของทารกในครรภ์กลายเป็นสิ่งที่เป็นไปได้หรือผลประโยชน์ในอนาคตของทารกในครรภ์ไม่อาจได้รับการปกป้องได้ เช่น เป็นที่แน่นอนว่า ทารกจะเกิดมาโดยมีระดับคุณภาพชีวิตต่ำกว่ามาตรฐานมาก จนทำให้ชีวิตของเขากลายเป็นชีวิตที่ไร้ค่า เป็นอีกกรณีหนึ่งที่สมควรให้ทำแท้งได้โดยชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากในกรณีนี้ ทารกในครรภ์ย่อมมีสิทธิที่จะไม่เกิดได้ เพราะหากเราปล่อยให้เขาเกิดมาทั้งๆ ที่เขาไม่มีทางบรรลุถึงผลประโยชน์เหล่านั้นได้ ก็ย่อมถือเป็นการละเมิดสิทธิที่จะไม่เกิดของเขา นั่นเอง ซึ่งสิทธิที่จะไม่เกิดนี้มีพื้นฐานอยู่บนผลประโยชน์ต่างๆ ในอนาคต ไม่ใช่ผลประโยชน์ใน

⁵¹ แหล่งเดิม. หน้า 68-69.

⁵² แหล่งเดิม. หน้า 70.

ปัจจุบันของเขา แต่แน่นอนสิทธิที่จะไม่ให้เกิดขึ้น มิได้มีเงื่อนไขว่าเขาจะต้องเกิดมาก่อนเพราะเขามีสิทธินี้ก่อนเกิด

2.3 ประวัติความเป็นมากฎหมายทำแท้งต่างประเทศ

จากการศึกษาประวัติศาสตร์ของชนชาติต่างๆ จะเห็นได้ว่า ทุกชนชาติมีศาสนาเป็นเครื่องยึดเหนี่ยวจิตใจ แม้ว่าในระยะเริ่มแรกจะเป็นเพียงลัทธิความเชื่อถือ แต่ต่อมากลายเป็นศาสนาซึ่งประกอบด้วยศีลธรรมประจำใจ การฆ่าคนถือว่าเป็นบาป มีบทลงโทษไว้ เช่น ในกฎหมายโรมันโบราณที่ว่า “ตาต่อตา ฟันต่อฟัน” (An eye for an eye and tooth for tooth) ดังนั้น ในเรื่องการทำแท้งถือว่าเป็นความผิดอาญาอย่างหนึ่งและได้รับโทษรุนแรง เช่นในประเทศเปอร์เซียโบราณเป็นอาณาจักรที่ยิ่งใหญ่ ส่วนในกรีกและโรมันโบราณการทำแท้งให้ทำได้อย่างเปิดเผยโดยกฎหมายไม่ถือว่าเป็นความผิดต่อมนุษย์ได้ให้ความสำคัญของชีวิต จึงเริ่มมีกฎหมายควบคุมการทำแท้งเป็นบางส่วน เช่น กฎหมายโรมันแบ่งแยกระหว่างก่อนและหลังคลอดเด็ก ถ้าทำลายก่อนที่จะคลอดออกมาถือว่าเป็นการทำลายทรัพย์สิน ถ้าทำลายหลังคลอดถือเป็นการทำลายชีวิต ขณะเดียวกันจะไม่ถือเป็นข้อห้ามตามกฎหมายและมีการปฏิบัติกันทั่วไป โดยอาศัยเหตุผลที่เกี่ยวกับเศรษฐกิจและครอบครัวหรือการตั้งครุฑโดยไม่ได้แต่งงาน หรือเมื่อการคลอดทารกเป็นอันตรายต่อมารดา⁵³

Plato และ Aristotle นักปราชญ์ผู้ยิ่งใหญ่ของกรีก ได้แสดงความเห็นว่าหากต้องการลดจำนวนประชากรก็ควรให้มีการทำแท้งได้ ในสมัยนั้นมีผู้ไม่เห็นด้วยกับการทำแท้ง เช่น ในการปฏิญาณตนเพื่อปฏิบัติหน้าที่เป็นแพทย์เรียกกันว่า Hippocratic Oath ก็มีข้อความระบุว่าแพทย์จะต้องไม่ยินยอมทำแท้งให้แก่ผู้ใด เป็นต้น นักคิดในกลุ่ม Pythagorean School เห็นว่า ชีวิตมนุษย์เริ่มตั้งแต่มีการปฏิสนธิ ดังนั้น การทำแท้งจึงเท่ากับเป็นการฆ่าคนตาย แต่ก็มีผู้ไม่เห็นด้วยหลายคน Ephesians และ Soronos ซึ่งเห็นว่าการทำแท้งควรให้ทำได้ในบางกรณี เช่น เพื่อรักษาชีวิตมารดา เป็นต้น ต่อมาศาสนาคริสต์ได้เข้ามาเผยแพร่ในโรมัน ทำให้คนเชื่อเรื่องบาปบุญคุณโทษ กฎหมายโรมันจึงเริ่มควบคุมการทำแท้งโดยถือว่าเป็นความผิด แต่โทษได้กำหนดไว้ต่ำมากโทษฆ่าคนตายและมีการลงโทษอุปการณ์อย่างอื่น ๆ เช่น ตัดขาดหญิงนั้นออกจากสังคมหรือไม่ยอมรับให้หญิงเข้าพิธีใดๆ ในโบสถ์ เป็นต้น ต่อมาแนวความคิดก็ได้เปลี่ยนไป ถือกันว่าชีวิตของทารกในครรภ์เป็นชีวิตของมนุษย์เต็มตัวแล้ว การทำแท้งจึงเป็นความผิดฐานฆ่าคนตาย⁵⁴

⁵³ เพียงจิต ดันดิจรัสวโรดม. (2551). *สิทธิเสรีภาพในการทำแท้งของหญิง*. หน้า 19.

⁵⁴ ไกลโล ชุ่มฤทธิ์. (2523). *กฎหมายว่าด้วยการทำแท้ง*. หน้า 2.

ในประเทศจีนโบราณสมัยราชวงศ์ซัน การฆ่าบุตรมีโทษอาญา แต่ในสมัยราชวงศ์หยวน และราชวงศ์หมิงเห็นว่าการทำแท้งเป็นความผิด แต่ถ้าฆ่าบุตรที่ไม่เชื่อฟังบิดามารดากลับไม่มีความผิดและมีได้กำหนดฐานความผิดในการทำแท้งไว้โดยตรง แต่กำหนดไว้ใกล้เคียงมาก เช่น การห้ามลงโทษหญิงมีครรภ์หรือให้ถือว่าการฆ่าหญิงมีครรภ์เป็นความผิดเท่ากับการฆ่าคนสองคน ถ้าความผิดกระทำหลังไขมีรูปร่างแล้วตั้งแต่ 90 วันนับแต่ปฏิสนธิ เนื่องจากหลักการแพทย์ของจีน ถือว่าทารกในครรภ์ไม่ใช่อวัยวะส่วนหนึ่งส่วนใดของมารดา แต่เป็นสิ่งมีชีวิตที่มีส่วนติดอยู่กับมารดาเท่านั้น⁵⁵

ในอังกฤษสมัยโบราณ กฎหมายจารีตประเพณีถือว่าความผิดฐานทำแท้งจะเริ่มนับตั้งแต่สัปดาห์ที่ 16-17 นับแต่ปฏิสนธิคือเริ่มตั้งแต่เมื่อทารกมีการคืบได้แล้ว ต่อมาศาสนาคริสต์เข้ามามีอิทธิพลจึงถือ 40 วันนับแต่ปฏิสนธิเป็นเกณฑ์และพระราชบัญญัติว่าด้วยการทำแท้งเริ่มเป็นกฎหมายในอังกฤษเมื่อเดือนเมษายน ค.ศ. 1968 การทำแท้งไม่มีความผิดฐานฆ่าคนตาย แต่ความผิดฐานทำแท้งจะมีแท้จริงหรือไม่ยังไม่ปรากฏในทางประวัติศาสตร์ นักปราชญ์อังกฤษต่างก็มีความคิดเห็นต่างกันในเรื่องที่ว่าชั้นใดจึงจะถือเป็นการทำแท้งโดยพิจารณาถึงการคืบของเด็ก ซึ่ง Lord Coke เห็นว่าถ้าทำให้เด็กตายก่อนคืบ ไม่เป็นความผิด แต่ Bracton กลับเห็นว่าเป็นความผิดฐานฆ่าคนตาย ส่วน Blackstone เห็นว่าการทำแท้งก่อนคลอดแต่หลังจากเด็กคืบได้แล้วเป็นความผิดอาญาที่มีโทษปานกลาง (Manslaughter) ซึ่งต่างกับฆ่าคนตายที่มีโทษอาญาขั้นรุนแรง (Felony) ต่อมากฎหมายในปี ค.ศ. 1861 กำหนดให้เอาผิดกับทั้งผู้ทำแท้งและหญิงที่ยินยอมให้ทำแท้งและในปี ค.ศ. 1939 จึงยอมทำแท้งเพื่อรักษาชีวิตของมารดา อันเป็นผลจากคดีเมื่อวันที่ 19 กรกฎาคม ค.ศ. 1939 Aleck William Bourne แพทย์ผู้มีชื่อเสียงทางสูตินรีเวชของอังกฤษถูกฟ้องคดีอาญาข้อหาทำแท้งหญิงที่มีอายุต่ำกว่า 15 ปี และท่านได้รับการปล่อยตัวที่ศาลอาญา (Old Bailey) โดยหลุดพ้นจากข้อหาไปในที่สุด อันเป็นนิมิตดีของหญิงชาวอังกฤษที่ศาลสูงและคณะลูกขุนให้ความสนใจ โดยคณะลูกขุนมีมติว่าจำเลยไม่มีความผิดตามฟ้องตั้งข้อเท็จจริงในคดี Rex V. Soume (1939)⁵⁶

2.4 วิวัฒนาการของการบัญญัติกฎหมายการทำแท้ง

2.4.1 ยุคที่มีการห้ามการทำแท้งเด็ดขาด

เหตุผลในการบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับการทำแท้งแต่เริ่มแรกนั้น ได้มีผู้กล่าวว่าเนื่องจากสมัยก่อนวิทยาการทางการแพทย์ยังไม่เจริญมากนัก การทำแท้งมักใช้วิธีการที่ไม่ปลอดภัย เช่น การใช้วิธีการต่อหรือทูปที่ท้องหลายๆ ครั้งจนกว่าทารกในครรภ์จะออกมาหรือใช้วิธีการกดท้อง

⁵⁵ เพียงจิต ดันดิจรัสว โรดม. เล่มเดิม. หน้า 20.

⁵⁶ แหล่งเดิม. หน้า 20-21.

ให้เด็กออกมา บ้างก็ใช้วิธีการกระโดดจากที่สูง ตกจากบันได ออกกำลังกายอย่างแรง ใช้วิธีการทำลายถุน้ำคร่ำด้วยเครื่องมือที่แหลมคม ซึ่งล้วนแต่อันตรายและสกปรกเพราะไม่ได้รับการฆ่าเชื้อมาก่อน บางครั้งเลือดออกมากจนทำให้ช็อคและถึงแก่ความตายได้ บ้างก็ใช้สารเคมีฉีดเข้าไปในมดลูกเพื่อให้มดลูกเกิดการหดตัว บางครั้งอากาศหรือของเหลวที่ใส่เข้าไปนั้นอาจผ่านเข้าเส้นเลือด ทำให้เกิดอันตรายและเป็นเหตุให้หญิงตั้งครรภ์จำนวนมากได้รับบาดเจ็บสาหัสหรือถึงแก่ชีวิต จึงได้ออกกฎหมายควบคุมการทำแท้ง เพื่อให้เกิดความคุ้มครองและปลอดภัยแก่หญิงตั้งครรภ์ เช่น เหตุผลของการผ่านกฎหมายในประเทศสหรัฐอเมริกา มีพื้นฐานจากความต้องการจัดระเบียบอาชีพทางการแพทย์มากกว่าที่จะเป็นผลมาจากความต้องการส่วนใหญ่ของประชาชน ที่วางอยู่บนพื้นฐานของหลักคำสอนทางศีลธรรมหรือศาสนา แต่เกิดขึ้นโดยมีความมุ่งหมายเพื่อป้องกันการกระทำแท้งที่เป็นอันตรายและต้องการให้ผู้ที่ไม่ได้มีวิชาชีพแพทย์ออกไปจากวงการแพทย์เท่านั้น อาทิเช่น บทบัญญัติที่ต่อต้านการทำแท้งที่ได้เสนอในรัฐนิวยอร์ก ประเทศสหรัฐอเมริกา ได้เสนอให้บัญญัติกฎหมายควบคุมการทำแท้งไว้ในฐานะเป็นส่วนหนึ่งของประมวลกฎหมายอาญาเกี่ยวกับระเบียบข้อบังคับของศีลธรรมที่กำหนดเพื่อป้องกันการผ่าตัดที่ขาดความยั้งคิดและไม่จำเป็น ซึ่งการบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับการห้ามทำแท้งแต่เริ่มแรกในประเทศสหรัฐอเมริกานั้น ได้ริเริ่มขึ้นโดยนายแพทย์ที่ถูกต้องตามกฎหมายที่มีใบประกอบวิชาชีพและได้รับการฝึกอบรมมาเป็นอย่างดี ผู้มีความต้องการที่จะกำจัดหมอเถื่อนที่สะเพร่าและไม่ได้รับการอบรมทางการแพทย์อย่างถูกต้องออกไปจากการปฏิบัติการทางการแพทย์ประกอบกับในสมัยก่อนศาสนาได้มีอิทธิพลต่อแนวคิดความเชื่อของคนในสังคมอย่างมาก ซึ่งหลักคำสอนของทุกศาสนาจะมีการห้ามการทำชีวิตไว้อย่างชัดเจน รวมถึงการห้ามการทำแท้งด้วย เนื่องจากมีความเชื่อว่า ทารกในครรภ์ แม้จะยังไม่ได้เกิดแต่ก็ถือว่าชีวิตมนุษย์ได้เริ่มต้นแล้วตั้งแต่อยู่ในครรภ์ การทำลายชีวิตนั้น จึงถือเป็นบาปและเป็นการละเมิดต่อพระเจ้า และโดยที่กฎหมายอาญาเป็นการลงโทษแก่ผู้กระทำที่สังคมเห็นว่าเป็นความผิดกรณีจึงมีการนำเอาหลักศีลธรรมที่ห้ามการทำแท้งมาบัญญัติไว้ในกฎหมายอาญาและยึดถือกันอย่างเคร่งครัด จึงเป็นเหตุให้รัฐควบคุมการทำแท้งอย่างเข้มงวด⁵⁷

2.4.2 ยุคที่มีการห้ามการทำแท้งที่ไม่เด็ดขาด

หลังจากที่แต่ละประเทศได้บังคับใช้กฎหมายที่ห้ามการทำแท้งอย่างเด็ดขาดในทุกกรณี ต่อมากลับต้องประสบปัญหาในทางปฏิบัติ กล่าวคือ ในกรณีที่มีสถานการณ์พิเศษที่มีความจำเป็นบางสถานการณ์ เช่น หากปล่อยให้มีการตั้งครรภ์ต่อไป หญิงตั้งครรภ์จะมีความเสี่ยงที่อาจได้รับอันตรายถึงแก่ชีวิตหรืออาจเป็นอันตรายต่อร่างกายหรือจิตใจของหญิงตั้งครรภ์อย่างร้ายแรง เป็นต้น กรณีเหล่านี้ มีผู้เห็นว่าควรจะเป็นเหตุที่หญิงตั้งครรภ์มีสิทธิหรืออำนาจที่ทำได้โดยชอบด้วย

⁵⁷ อุษณีย์ เมธสุทธิ. เล่มเดิม. หน้า 42-43.

กฎหมาย ประกอบกับแนวความคิดของคนส่วนใหญ่ในสังคมได้มีการเปลี่ยนแปลงไป บางท่านได้ให้ความเห็นว่า การมีกฎหมายห้ามการทำแท้งได้ก่อให้เกิดความไม่เท่าเทียมกันระหว่างคนจนกับคนรวย กล่าวคือ หญิงตั้งครรภ์ที่รวยย่อมสามารถหาบริการการทำแท้งจากแพทย์ที่มีชื่อเสียงโดยเสียค่าใช้จ่ายจำนวนมากได้ซึ่งหญิงที่ยากจนย่อมไม่สามารถทำเช่นนั้นได้ ส่วนความรู้สึกทางด้านศีลธรรมของคนในสังคมที่มีต่อการทำแท้งก็ได้มีแนวโน้มที่จะผ่อนคลายความเคร่งครัดของการห้ามทำแท้งลงเนื่องจากมีความเห็นใจต่อหญิงตั้งครรภ์ที่ต้องประสบปัญหาตั้งครรภ์โดยไม่พึงปรารถนา จึงเห็นว่า ควรให้มีการทำแท้งได้บ้างในบางกรณีขึ้นอยู่กับเงื่อนไขหรือเหตุผลต่างๆ ที่นำมาอ้างเพื่อการทำแท้งว่า สมควรและน่าจะยอมรับการทำแท้งหรือไม่ โดยการยอมรับการทำแท้งมักจะยอมรับในเงื่อนไขหรือเหตุผลที่จำเป็นมาก เช่น เหตุผลทางการแพทย์ กรณีการตั้งครรภ์ต่อไปจะเป็นอันตรายต่อชีวิตหรือสุขภาพของหญิงตั้งครรภ์, เหตุผลทางด้านมนุษยธรรม กรณีที่หญิงตั้งครรภ์ขึ้นเนื่องจากถูกข่มขืนหรือการมีเพศสัมพันธ์กันระหว่างบุคคลที่มีสายโลหิตเดียวกัน เป็นต้น กลุ่มนี้เรียกว่า กลุ่มที่มีทัศนคติแบบเป็นกลาง แต่ทั้งนี้การยอมรับหรือไม่ยอมรับการทำแท้งของบุคคลภายใต้เงื่อนไขหรือเหตุผลต่างๆ ก็จะแตกต่างกันไป⁵⁸

2.5 ลักษณะของการทำแท้งที่ถูกต้องตามกฎหมายตามข้อบ่งชี้ (Indications) ดังที่องค์การอนามัยโลกได้รวบรวมไว้ใน International Digest Health Legislation ดังนี้ คือ

2.5.1 ข้อบ่งชี้ทางการแพทย์⁵⁹ (Medical Indications) กฎหมายที่เข้มงวดอนุญาตให้ทำแท้งได้เพียงกรณีเดียวคือ เพื่อช่วยชีวิตหญิงนั้นไว้ แต่แนวคิดทางการแพทย์มีการขยายความในแง่ของการช่วยชีวิตของสตรีออกไปเพื่อรวมถึง “การรักษาสุขภาพของสตรี” รวมทั้งสุขภาพจิตด้วย

2.5.2 ข้อบ่งชี้ในการรักษาชาติพันธุ์ (Eugenic Indication) มีจำนวนประเทศที่รวมข้อบ่งชี้เรื่องการรักษาชาติพันธุ์ของมนุษย์เข้าในการอนุญาตให้ทำแท้งได้ ทั้งนี้ เพื่อป้องกันการถ่ายทอดโรคติดต่อทางกรรมพันธุ์ (Heredity Diseases) และเพื่อหลีกเลี่ยงการเกิดของเด็กพิการทางร่างกายทางสมอง อันเป็นผลเนื่องจากการที่ทารกถูกทำลายตั้งแต่อยู่ในครรภ์โดยโรคหรือพิษใดๆ ก็ตาม ประเทศที่อนุญาตให้ทำแท้งในกรณีนี้คือ กลุ่มประเทศสแกนดิเนเวีย ยุโรป สหราชอาณาจักร อังกฤษ สิงคโปร์ ออสเตรเลียทางใต้ ญี่ปุ่น คิวบา บางรัฐในสหรัฐอเมริกา ตุรกี โดยเฉพาะสวีเดนให้ทำแท้งได้เมื่อ ค.ศ. 1963 กรณียาทาไลโดไมด์

⁵⁸ แหล่งเดิม, หน้า 48-49.

⁵⁹ ประวิตร ชื่นวิเชียร. (2521). ทัศนคติของอาจารย์มหาวิทยาลัยในกรุงเทพมหานครต่อการทำแท้ง. หน้า 30-32.

2.5.3 ข้อบ่งชี้ทางด้านศีลธรรม (Ethical Indications) ในหลายประเทศการตั้งครรภ์ที่เกิดจากการถูกข่มขืน ตั้งครรภ์กับผู้สืบสายโลหิตโดยตรง ชายผู้เป็น โรคจิต และเพื่อรักษาชื่อเสียงของหญิงนั้นและครอบครัว กฎหมายอนุญาตให้ทำแท้งได้

2.5.4 ข้อบ่งชี้ทางการแพทย์และสังคม (Medico-Social Indications) ประเทศแรกที่น่าแนวความคิดนี้มาใช้คือประเทศไอซ์แลนด์ ค.ศ. 1935 ได้พิจารณาถึงสภาวะที่จะเกิด “อันตรายร้ายแรง” (Serious danger) ในหญิงมีครรภ์มากกว่า 8 สัปดาห์ ได้แก่ การตั้งครรภ์ถี่ และคลอดคิดกับการคลอดครั้งแรก ความยุ่งยากในการเลี้ยงเด็กเกิดใหม่ไว้ในครอบครัว ปัญหาเศรษฐกิจ ปัญหาความเจ็บปวดของสมาชิกในครอบครัวโดยนำมาพิจารณาร่วมกัน

2.5.5 ข้อบ่งชี้ทางสังคม (Social Indications) หลายประเทศทางยุโรปตะวันออก ได้ออกกฎหมายครอบคลุมถึงการทำให้แท้งได้ในกรณีข้อบ่งชี้ทางสังคม เช่น สตรีนั้นได้มีบุตรมาแล้วหลายคน ดังตัวอย่างในประเทศเยอรมันตะวันออก มีกฎหมายอนุญาตให้ทำแท้งได้เมื่อหญิงนั้นมีบุตร 4 คนแล้ว และระยะการมีบุตรห่างกัน โดยเฉลี่ยน้อยกว่า 15 เดือนต่อการคลอด 1 ครั้งและการตั้งครรภ์ปัจจุบันห่างจากการคลอดบุตรคนสุดท้ายน้อยกว่า 6 เดือน

2.5.6 อายุซึ่งใช้เป็นเครื่องบ่งชี้การทำแท้ง ตามความเป็นจริงที่หญิงมีครรภ์มีอายุน้อยกว่าธรรมดา อาจใช้เป็นเหตุผลทางด้านมนุษยธรรมและสังคม ในทำนองเดียวกัน ถ้าอายุมากกว่าธรรมดาที่ใช้เหตุผลทางสังคม การแพทย์ได้ในบางประเทศจะอนุญาตให้ทำแท้งได้โดยถูกกฎหมาย เช่น ประเทศเยอรมันตะวันออก สตรีอายุน้อยกว่า 17 ปี และมากกว่า 40 ปี ตั้งครรภ์ยอมทำแท้งได้ ประเทศเดนมาร์ก กฎหมายอนุญาตให้ทำแท้งได้ถ้าสตรีผู้ตั้งครรภ์อายุน้อยกว่า 17 ปี และมากกว่า 40 ปี

2.6 เหตุผลในการอนุญาตให้ทำแท้ง

2.6.1 เหตุผลทางด้านสุขภาพของทารกในครรภ์⁶⁰

2.6.1.1 ระดับความพิการรุนแรงหรือชนิดของโรคร้ายแรงที่หญิงจะขออนุญาตทำแท้งได้ ได้แก่โรคทางพันธุกรรม (Genetic Disorder) มีสาเหตุมาจากกรรมพันธุ์หรือยีนส์ (Gene) หรือ DNA ซึ่งเกิดจากสาเหตุต่างๆ ได้แก่

1) โครโมโซมผิดปกติ (Chromosome Abnormalities) เช่น โรคดาวน์ซินโดรม (Down Syndrome)

⁶⁰ เมธิกาญจน์ ช้างหัวหน้า. (2552, กันยายน-ธันวาคม). “ความชอบธรรมในการทำแท้ง กรณีชีวิตในครรภ์มารดาไม่สมบูรณ์ประกอบ.” *คู่มือ, 56 (3)*. (ฉบับที่56). หน้า 161.

2) ยีนส์เดี่ยว (Single-gene Disorders) เป็นผลของการเปลี่ยนแปลงหรือขาดหายไปของยีนส์เดี่ยว เช่น โรคซิกเกิลเซลล์นีเมีย (Sickle-cell Anemia)

3) ยีนส์รวม (Multifactorial Disorder) เป็นผลของการรวมตัวกันในส่วนที่ไม่ใช่โครโมโซม เช่น โรคอัสมา (Asthma) โรคสไปน่า โบกิฟา (Spina Bifida) เป็นต้น

นอกจากนี้ยังมีโรคปากแหว่งเพดานโหว่ (Cleft Palate) ซึ่งเด็กจะพูดไม่ได้ บางคนกินอาหารทางท่อและต้องดูแลรักษาตลอดเวลา

เหตุผลการทำแท้งเนื่องจากสุขภาพของทารกในครรภ์อยู่ในข้อบ่งชี้ในการรักษาชาติพันธุ์ (Eugenic Indication) เพื่อป้องกันการถ่ายทอดโรคติดต่อทางกรรมพันธุ์ (Heredity Diseases) และเพื่อหลีกเลี่ยงการเกิดของเด็กพิการทางร่างกาย ทางสมอง อันเป็นผลเนื่องจากการที่ทารกถูกทำลายตั้งแต่อยู่ในครรภ์โดยโรคหรือพิษใดๆ ก็ตาม

2.6.2 เหตุผลเกี่ยวกับเงื่อนไขประกอบการทำแท้ง

2.6.2.1 เรื่องอายุครรภ์ ช่วงอายุครรภ์ที่แพทย์สามารถตรวจพบความผิดปกติของทารกในครรภ์และรู้ผลที่แน่นอนได้คือในช่วงอายุครรภ์ประมาณ 18 สัปดาห์ขึ้นไป (ประมาณ 4 เดือนครึ่ง) หากหญิงประสงค์ที่จะขออนุญาตทำแท้งหลังจากทราบว่าทารกในครรภ์พิการหรือเป็นโรคชนิดร้ายแรง หญิงควรรีบตัดสินใจในการยื่นคำร้องขอตั้งแต่นั้นๆ เนื่องจากถูกจำกัดด้วยระยะเวลาที่ครรภ์จะโตขึ้นเรื่อยๆ ซึ่งในช่วงเวลานี้หญิงต้องรวบรวมหลักฐานต่างๆ เพื่อใช้ในการประกอบการยื่นคำร้อง เช่น หลักฐานทางวิทยาศาสตร์ในการตรวจวินิจฉัยทารกในครรภ์ คำรับรองหรือความเห็นของแพทย์ เป็นต้น หลังจากรวบรวมหลักฐานแล้ว หญิงต้องรีบยื่นคำร้องขอต่อคณะกรรมการการทำแท้งซึ่งต้องรีบพิจารณาและมีคำตัดสินโดยเร็วภายใน 3 วันนับแต่รับเรื่อง แต่อย่างไรก็ตาม กำหนดเวลาที่หญิงจะทำแท้งในกรณีนี้ อายุครรภ์ต้องไม่เกิน 24 สัปดาห์ (6 เดือน) เนื่องจากอายุครรภ์มากกว่านี้ การทำแท้งจะเป็นอันตรายต่อสุขภาพของหญิงเป็นอย่างมาก เรื่องอายุครรภ์อาจใช้เป็นเหตุผลทางด้านมนุษยธรรมและสังคม

2.6.2.2 คำรับรองของแพทย์เพื่อใช้ประกอบการทำแท้ง เห็นว่าต้องมีคำรับรองของแพทย์อย่างน้อย 2 คน ในการทำความเข้าใจหลังจากพิจารณาหลักฐานการตรวจสุขภาพทารกในครรภ์แล้ว

2.6.2.3 สถานที่ทำแท้ง เห็นว่า ควรเป็นโรงพยาบาลของรัฐ เนื่องจากถูกสุขอนามัยและไม่ประสงค์กำไร นอกจากนี้อาจเป็นสถานพยาบาลเอกชนที่ได้รับอนุญาตจากรัฐ

2.6.3 เหตุผลเรื่องความชอบธรรม⁶¹

2.6.3.1 เหตุผลทางด้านจิตใจมารดา มารดาที่ตั้งครรภ์ย่อมประสงค์อยากให้นุตรออกมา มีความสมบูรณ์ทั้งทางร่างกายและจิตใจ แต่เมื่อตรวจพบว่าทารกในครรภ์พิการอย่างรุนแรงหรือเป็นโรคร้ายแรง มารดาย่อมเกิดความกลัวว่าบุตรจะดำรงชีวิตอยู่ในสังคมปัจจุบันได้อย่างไร เป็นห่วงว่าบุตรจะมีความเข้มแข็งด้านจิตใจต่อกระแสสังคมที่ยังไม่เปิดกว้างต่อคนพิการเท่าที่ควรหรือไม่ หากบิดามารดาเสียชีวิตลงก่อนบุตร ใครจะดูแลบุตรต่อไปในอนาคต ทั้งในด้านการเลี้ยงดู บุตรที่พิการรุนแรงหรือเป็นโรคร้ายแรงซึ่งเจ็บป่วยบ่อยครั้ง ก็เป็นการเพิ่มภาระค่าใช้จ่ายที่มีจำนวนสูงตลอดชีวิตของบุตรคนนั้น เป็นต้น

2.6.3.2 เหตุผลด้านสังคม หากหญิงตัดสินใจไม่ทำแท้งในกรณีนี้ และเมื่อคลอดบุตรออกมาแล้วหญิงไม่พร้อมที่จะเลี้ยงดูบุตรที่พิการรุนแรงหรือเป็นโรคร้ายแรงและตัดสินใจไม่เลี้ยงดูบุตรต่อไป ก็จำต้องตกเป็นภาระของรัฐในการเลี้ยงดูเด็กคนนั้นต่อไป ในบางประเทศได้ใช้ระบบครอบครัวอุปถัมภ์ในการแก้ปัญหาโดยกลุ่มชุมชนหรือองค์กรเอกชนเป็นผู้จัดหาให้เพราะรัฐบาลไม่มีองค์กรสวัสดิการในด้านนี้

2.6.4 ทางด้านศีลธรรม (Ethical Indications) ในหลายประเทศการตั้งครรภ์ที่เกิดจากการถูกข่มขืน ตั้งครรภ์กับผู้สืบสายโลหิตโดยตรง ชายผู้เป็นโรคจิต และเพื่อรักษาชื่อเสียงของหญิงนั้น และครอบครัว กฎหมายอนุญาตให้ทำแท้งได้

2.7 เหตุผลในการไม่อนุญาตให้มีการทำแท้ง

2.7.1 เหตุผลเกี่ยวกับเงื่อนไขประกอบการทำแท้ง

2.7.1.1 เรื่องอายุครรภ์ ช่วงอายุครรภ์ที่แพทย์สามารถตรวจพบความผิดปกติของทารกในครรภ์และรู้ผลที่แน่นอนได้คือในช่วงอายุครรภ์ประมาณ 18 สัปดาห์ขึ้นไป (ประมาณ 4 เดือนครึ่ง) หากหญิงประสงค์ที่จะขออนุญาตทำแท้งหลังจากทราบว่าทารกในครรภ์พิการหรือเป็นโรคชนิดร้ายแรง หญิงควรรีบตัดสินใจในการยื่นคำร้องขอตั้งแต่นั้นๆ เนื่องจากถูกจำกัดด้วยระยะเวลาที่ครรภ์จะโตขึ้นเรื่อยๆ ซึ่งในช่วงเวลานี้หญิงต้องรวบรวมหลักฐานต่างๆ เพื่อใช้ในการประกอบการยื่นคำร้อง เช่น หลักฐานทางวิทยาศาสตร์ในการตรวจวินิจฉัยทารกในครรภ์ คำรับรองหรือความเห็นของแพทย์ เป็นต้น หลังจากรวบรวมหลักฐานแล้ว หญิงต้องรีบยื่นคำร้องขอต่อคณะกรรมการการทำแท้งซึ่งต้องรีบพิจารณาและมีคำตัดสินโดยเร็วภายใน 3 วันนับแต่รับเรื่อง แต่อย่างไรก็ตาม กำหนดเวลาที่หญิงจะทำแท้งในกรณีนี้ อายุครรภ์ต้องไม่เกิน 24 สัปดาห์ (6 เดือน) เนื่องจากอายุครรภ์มากกว่านี้ การทำแท้งจะเป็นอันตรายต่อสุขภาพของหญิงเป็นอย่างมาก

⁶¹ แหล่งเดิม. หน้า 162-163.

2.7.1.2 คำรับรองของแพทย์เพื่อใช้ประกอบการทำแท้ง เห็นว่าต้องมีคำรับรองของแพทย์อย่างน้อย 2 คน ในการทำความเห็นหลังจากพิจารณาหลักฐานการตรวจสุขภาพทารกในครรภ์แล้ว

2.7.1.3 สถานที่ทำแท้ง เห็นว่า ควรเป็น โรงพยาบาลของรัฐ เนื่องจากถูกสุขอนามัยและไม่ประสงค์กำไร นอกจากนี้อาจเป็นสถานพยาบาลเอกชนที่ได้รับอนุญาตจากรัฐ