



#### บทที่ 4

### ปัญหาอันเกิดจากการใช้มาตรการทางกฎหมายที่มีต่อการป้องกันและควบคุมโรคเอดส์

จากการศึกษาในบทที่ 2 จะพบว่ามาตรการทางกฎหมายที่นำมาใช้อยู่ในปัจจุบันนั้นยังมีปัญหาในการนำมาใช้กับการป้องกันและควบคุมโรคเอดส์อยู่ โดยเฉพาะการควบคุมผู้ที่ติดเชื้อเอดส์เพื่อที่จะไม่ให้ไปทำการแพร่เชื้อให้กับบุคคลอื่น ในบทนี้จึงจะทำการศึกษาถึงปัญหาที่เกิดขึ้นและแนวทางแก้ไขที่จะสามารถนำมาใช้ในการควบคุมผู้แพร่เชื้อเอดส์ให้ได้ผลยิ่งขึ้น

### ปัญหาอันเกิดจากการการใช้มาตรการทางกฎหมายที่มีต่อการป้องกันและควบคุมโรคเอดส์

#### 1. ความรับผิดชอบในการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่ผู้ให้บริการทางการแพทย์และสาธารณสุข

เนื่องจากสถานการณ์ของโรคเอดส์ในปัจจุบัน ได้มีผู้ป่วยและผู้ติดเชื้อเอดส์เป็นจำนวนมาก ดังนั้นบุคลากรทางการแพทย์และสาธารณสุขซึ่งเป็นผู้ที่จะต้องทำหน้าที่ในการช่วยเหลือดูแลและบำบัดรักษาโรคให้แก่ผู้ป่วยและผู้ติดเชื้อเอดส์เหล่านี้โดยใกล้ชิด อาจจะพบว่าการปฏิบัติงานบางอย่างต่อผู้ป่วยและผู้ติดเชื้อเอดส์ หรือบุคคลที่สงสัยว่าติดเชื้อเอดส์เหล่านี้ ก่อให้เกิดปัญหาข้อกฎหมายขึ้นมาได้ ซึ่งในที่นี้จะขอกล่าวถึงปัญหาข้อกฎหมายใน 2 กรณี คือ

#### 1. การตรวจเลือดเพื่อค้นหาการติดเชื้อเอดส์ในผู้ป่วยที่มารับการการรักษาใน

สถานพยาบาล

#### 2. การเปิดเผยความลับของผู้ป่วยและผู้ติดเชื้อเอดส์

#### กรณีที่ 1 การตรวจเลือดเพื่อค้นหาการติดเชื้อเอดส์ในผู้ป่วยที่มารับการรักษาในสถาน

พยาบาล

กล่าวได้ว่าโรคเอดส์เป็นโรคที่ในปัจจุบันถือว่าเป็นโรคติดต่อที่อันตรายและน่ากลัวมากที่สุดโรคหนึ่ง ทั้งนี้เนื่องจากในขณะนี้ยังไม่มียาหรือวัคซีนที่จะมาใช้รักษาหรือป้องกันการติดเชื้อ นอกจากนี้

ลักษณะอาการของผู้ที่ติดเชื้อนั้นก็ไม่ว่าจะทราบได้ว่าบุคคลใดมีเชื้อเอชไอวีอยู่ในร่างกายที่พร้อมจะแพร่ไปสู่ผู้อื่น โดยการแพร่เชื้อนั้นมีอยู่ด้วยกัน 3 ทาง คือ ทางเลือด ทางเพศสัมพันธ์ และทางมารดาสู่ทารกและการที่จะทราบได้ว่าบุคคลใดมีเชื้อเอชไอวีนั้นก็สามารถทำได้โดยการนำเลือดของบุคคลที่ต้องสงสัยไปทำการตรวจในห้องปฏิบัติการทางการแพทย์ ซึ่งผู้ที่ทำการตรวจได้นั้นก็คือแพทย์หรือผู้ที่มีความชำนาญเฉพาะด้านเท่านั้น

การตรวจเลือดนั้นส่วนใหญ่แล้วมักจะทำก็ต่อเมื่อมีการเข้ามาทำการรักษาในสถานพยาบาล โดยก่อนที่จะมีการแพร่ระบาดของโรคเอดส์นั้นจุดประสงค์ของการตรวจก็เพื่อตรวจหาความผิดปกติของร่างกายหรือวินิจฉัยโรคทางเลือดเพื่อใช้ในการรักษา ซึ่งทางสถานพยาบาลจะทำการบอกกล่าวเพื่อขอความยินยอมจากผู้ป่วยก่อนทุกครั้ง ดังนั้นการกระทำของแพทย์ที่ทำการตรวจเลือดในกรณีนี้จึงไม่มีความผิด แต่หลังจากที่โรคเอดส์ได้มีการแพร่ระบาดมากขึ้นวัตถุประสงค์ของการตรวจเลือดของแพทย์ได้เปลี่ยนไป กล่าวคือ แพทย์ซึ่งเป็นผู้ที่มีความเสี่ยงในอันที่จะได้รับเชื้อเอชไอวีจากผู้ป่วยที่เข้ามาทำการรักษาเกิดความกลัวและระมัดระวังตัวในการให้การรักษามากขึ้นจนในบางครั้งเป็นผลให้แพทย์จำต้องทำการตรวจเลือดเพื่อหาเชื้อเอชไอวีจากผู้ป่วยไปโดยที่ไม่ได้รับความยินยอมจากผู้ป่วย กรณีดังกล่าวนี้จึงเป็นปัญหาว่าแพทย์จะสามารถทำการตรวจเลือดเพื่อหาเชื้อเอชไอวีก่อนได้รับความยินยอมของผู้ป่วยได้หรือไม่และจะมีความผิดอย่างไรหรือไม่

การที่ผู้ป่วยถูกตรวจเลือดโดยไม่ได้รับความยินยอมนี้ถือได้ว่าเป็นการละเมิดสิทธิด้วยความเป็นอยู่ส่วนตัวของผู้ป่วยตามที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ มาตรา 47 ซึ่งได้ให้ความคุ้มครองเกี่ยวกับความเป็นอยู่ส่วนตัวของประชาชนไว้ว่า - สิทธิของบุคคลในครอบครัว เกียรติยศ ชื่อเสียง หรือความเป็นอยู่ส่วนตัว ย่อมได้รับความคุ้มครอง\* และในหมวดแผนนโยบายแห่งรัฐมาตรา 61 บัญญัติว่า - รัฐต้องดูแลให้มีการปฏิบัติตามกฎหมายและรักษาความสงบเรียบร้อย เพื่อให้ประชาชนมีความปลอดภัยในชีวิต ร่างกายและทรัพย์สินและในการดำเนินชีวิตโดยปกติสุข\* ดังนั้นย่อมแสดงให้เห็นว่ารัฐธรรมนูญมีเจตนารมณ์ที่จะให้ความคุ้มครองประชาชน ในที่นี้รวมทั้งกรณีของผู้ป่วยที่ถูกตรวจเลือดเพื่อหาเชื้อเอชไอวีด้วย เพราะรัฐมีหน้าที่ต้องดูแลให้ประชาชนมีความปลอดภัยในชีวิต ร่างกายและในการดำเนินชีวิตโดยปกติสุขตามที่รัฐธรรมนูญได้บัญญัติไว้ แต่การที่รัฐธรรมนูญบัญญัติรับรองสิทธิด้านต่างๆ ไว้ให้ประชาชนนั้นคงมีความหมายเพียงว่าองค์กรต่างๆ ของรัฐซึ่งรัฐธรรมนูญจัดตั้งขึ้นจะเพิกถอนสิทธิและเสรีภาพเหล่านั้นไม่ได้เท่านั้น หากได้หมายความว่าไปถึงขนาดว่าองค์กรต่างๆ ของรัฐจะจำกัดสิทธิอย่างใดๆ ไม่ได้เลย ไม่มีรัฐธรรมนูญของรัฐเสรีประชาธิปไตยใดในโลกที่รับรองสิทธิและเสรีภาพด้านต่างๆ ให้กับราษฎรไว้อย่างสมบูรณ์

\* รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ.2538

ปราศจากเงื่อนไขหรือข้อจำกัดใดๆ ในกรณีเพื่อประโยชน์อันที่จะคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของผู้อื่น หรือในอันที่จะธำรงรักษาไว้ซึ่งประโยชน์ส่วนรวมหรือประโยชน์มหาชน ( public interest ) องค์การต่างๆ ของรัฐย่อมมีอำนาจที่จะบังคับให้ราษฎรแต่ละคนกระทำการบางอย่างหรือห้ามมิให้ราษฎรแต่ละคนกระทำการบางอย่างได้เสมอ<sup>1</sup> :

จากข้อความข้างต้นจะเห็นได้ว่าแม้รัฐธรรมนูญจะมีบทบัญญัติที่ให้ความคุ้มครองสิทธิของผู้ป่วยที่ติดเชื้อเอชไอวีก็ตาม แต่ถ้าเพื่อประโยชน์ในอันที่จะคุ้มครองสิทธิของผู้อื่นแล้วก็ควรที่จะเห็นประโยชน์ส่วนรวมมากกว่า แต่อย่างไรก็ตามในการที่รัฐจะออกมาตรการใดมานั้นก็จำเป็นต้องคำนึงถึงหลักแห่งความได้สัดส่วน ( principle of proportionality ) ตามทฤษฎีอำนาจในการรักษาความสงบเรียบร้อยภายในรัฐ ( The Police Power Theory ) ด้วย คือ รัฐจะต้องชั่งน้ำหนักประโยชน์ที่จะเกิดขึ้นนั้นระหว่างเอกชนกับสังคมโดยส่วนรวมหรือประโยชน์มหาชนว่าอย่างใดจะมีมากกว่ากัน ถ้าเป็นประโยชน์แก่มหาชนมากกว่าก็ควรต้องออกมาตรการนั้นออกมาใช้ ซึ่งมาตรการที่รัฐเคยนำออกมาใช้ในการคุ้มครองประโยชน์ของมหาชน ก็คือการออกประกาศกระทรวงสาธารณสุข ฉบับที่ 2 ( พ.ศ.2528) เรื่องเพิ่มเติมชื่อโรคติดต่อต้องแจ้งความและอาการของโรค อันมีผลทำให้เจ้าพนักงานสาธารณสุขมีอำนาจที่จะทำการตรวจชันสูตรทางการแพทย์ต่อผู้ที่ต้องสงสัยว่าติดเชื้อเอชไอวี ตามมาตรา 8 แห่งพระราชบัญญัติโรคติดต่อ พ.ศ. 2523 แต่ต่อมาเมื่อปรากฏว่าจำนวนของผู้ที่ติดเชื้อเอชไอวีได้เพิ่มจำนวนมากขึ้น รัฐเห็นว่ามาตรการดังกล่าวจะก่อให้เกิดความเสียหายให้ผู้ติดเชื้อมากกว่าประโยชน์ที่สาธารณสุขจะได้รับและรัฐก็ไม่มีมาตรการอะไรที่จะมารองรับความเสียหายที่เกิดขึ้น จึงได้ทำการยกเลิกประกาศกระทรวงสาธารณสุขฉบับดังกล่าว แต่ยังคงให้มีนโยบายในการค้นหาผู้ติดเชื้อโดยวิธีการตรวจเลือดในกลุ่มเสี่ยงไว้ทั้งนี้เพื่อประโยชน์ในการติดตามการดำเนินไปของโรค

ดังนั้นในปัจจุบันเมื่อพิจารณาจากกฎหมาย นโยบายและรัฐธรรมนูญของรัฐแล้วกล่าวได้ว่าแพทย์ไม่สามารถที่จะทำการตรวจเลือดของผู้ป่วยเพื่อหาเชื้อเอชไอวีก่อนที่ได้รับความยินยอมจากผู้ป่วยได้ เพราะการตรวจเลือดถือเป็นขั้นตอนหนึ่งในการให้การรักษาของแพทย์ มิฉะนั้นจะถือว่าแพทย์มีความผิดฐานละเมิดสิทธิความเป็นอยู่ส่วนตัวของผู้ป่วยหรืออาจผิดฐานทำร้ายร่างกายได้ แต่ในแง่ของกฎหมายนั้นจะต้องมีการพิจารณาในเรื่องของความยินยอมเกี่ยวกับการเข้าทำร้ายร่างกายที่ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน จะเห็นได้ว่าการรักษาตามปกติของแพทย์นั้นโดยทั่วไปแล้วแพทย์จะกระทำเพื่อจุดประสงค์ในการรักษาและทำให้สุขภาพของผู้ป่วยดีขึ้น ดังนั้นนโยบายทางอาญาที่จะนำมาใช้

<sup>1</sup> วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ , "สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ", พิมพ์ครั้งที่ 1 สำนักพิมพ์วิญญูชน สิงหาคม 2538, หน้า 16-17.

ในกรณีของแพทย์นั้นจะต้องมีการพิจารณาที่แตกต่างไปจากการทำร้ายร่างกายที่เกิดจากการสมัครใจเข้าสู่ต่อสู้หรือการให้ความยินยอมต่อการกระทำที่ไร้เหตุผลเพราะจุดประสงค์ของการกระทำของแพทย์นั้นไม่ใช่การทำร้ายร่างกายที่เป็นอันตรายต่อกายอย่างแท้จริง ตรงกันข้ามการกระทำดังกล่าวของแพทย์ยังเป็นการทำให้ร่างกายผู้ป่วยสามารถพ้นจากอันตรายได้<sup>2</sup> นอกจากนี้การเข้าทำการรักษาของแพทย์ในกรณีฉุกเฉินโดยปราศจากการให้ความยินยอมของผู้ป่วยนั้น ยังถือได้ว่าการกระทำของแพทย์นั้นเป็นการกระทำในลักษณะของการจัดการงานนอกสั่งตามมาตรา 395 และมาตรา 398 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้ ซึ่งโดยธรรมชาติของมนุษย์ทุกคนนั้นจะรักชีวิตของตนเองและจะทำทุกวิถีทางเพื่อให้ตนเองนั้นรอดพ้นจากอันตราย ดังนั้นในกรณีของแพทย์ที่ต้องทำการรักษาโดยฉุกเฉินแพทย์จึงสามารถที่จะใช้ดุลพินิจของตนตามวิญญูชนทั่วไปที่รักชีวิตเข้าทำการรักษาผู้ป่วยทุกคนได้แม้ว่าจะปราศจากความยินยอมของผู้ป่วย จึงถือว่าสิ่งที่แพทย์ได้กระทำไปนั้นเป็นการทำหน้าที่ที่สมประโยชน์ของผู้ป่วยอย่างแท้จริงแล้ว ฉะนั้นแม้ว่าในปัจจุบันนี้ทางปฏิบัติก่อนที่แพทย์จะทำการรักษา แพทย์มักจะให้ผู้ป่วยต้องเซ็นชื่อในใบยินยอมก่อนให้ทำการรักษา โดยเฉพาะอย่างยิ่งการรักษาที่เสี่ยงต่ออันตรายและล่อแหลมต่อการถูกฟ้องร้องตามกฎหมาย เช่น การผ่าตัด เป็นต้น ซึ่งใบยินยอมดังกล่าวนี้ผู้เขียนเห็นว่าเป็นสิ่งที่ไม่จำเป็น เพราะถึงแม้ว่าผู้ป่วยจะได้ให้ความยินยอมเป็นลายลักษณ์อักษรแล้วก็ตามแต่ถ้าหากว่าแพทย์ที่ทำการรักษาได้ให้การรักษาที่เกิดขึ้นจากความประมาทเป็นเหตุให้ผู้ป่วยได้รับอันตราย แพทย์ผู้นั้นก็หาได้พ้นจากความผิดไม่ ในทางกลับกันแม้ว่าก่อนทำการรักษานั้นผู้ป่วยจะไม่ได้ให้ความยินยอมก็ตามแต่ถ้าหากแพทย์ได้ให้การรักษาอย่างเต็มที่ตามความรู้ความสามารถ แม้จะไม่ได้รับความยินยอมจากผู้ป่วยก่อนแพทย์ก็ยังสามารถที่จะให้การรักษาได้ สำหรับกรณีของการตรวจเลือดเพื่อหาเชื้อเอชไอวีนั้นเมื่อถือว่าการตรวจเลือดเป็นขั้นตอนหนึ่งของการให้การรักษาทางการแพทย์ ดังนั้นการตรวจเลือดเพื่อหาเชื้อเอชไอวีของแพทย์ถ้าหากว่าเป็นการตรวจที่มีเจตนาเพื่อที่จะให้การช่วยเหลือผู้ติดเชื้อเอชไอวีแล้ว ผู้เขียนก็เห็นว่าแพทย์สามารถที่จะทำการตรวจเลือดได้โดยไม่จำเป็นต้องขอความยินยอมจากผู้ป่วยก่อนได้เช่นกันเพราะว่าประโยชน์ที่ผู้ป่วยจะได้รับในกรณีที่ตรวจพบเชื้อเอชไอวีมีอยู่ด้วยกันหลายประการแม้ว่าการตรวจเลือดเพื่อหาเชื้อเอชไอวีนี้ผู้ที่ถูกตรวจจะมีความกลัวว่าถ้าผู้อื่นจะรู้ว่าตนมีเชื้อเอชไอวีจะทำให้เกิดความเสียหายกับตนก็ตามแต่ประโยชน์ที่จะได้รับจากการตรวจนั้นมีมากกว่าทั้งต่อตัวผู้ที่ติดเชื้อเองและบุคคลภายนอกด้วย กล่าวคือ ทำให้มีการวางแผนในการให้การรักษาพยาบาลได้อย่างถูกต้องเหมาะสม เนื่องจากผู้ป่วยที่ติดเชื้อเอชไอวีนั้นมักจะมีภูมิคุ้มกันของร่างกายที่ต่ำ ในขณะที่เดียวกันก็มักจะมีโอกาสเป็นโรคติดเชื้อฉวยโอกาสบางชนิดได้ง่ายจึงควรต้องได้รับการดูแลเป็นอย่างดี นอกจากนี้ถ้าเป็นกรณีของหญิงตั้งครรภ์หากมีการตรวจพบเชื้อเอชไอวีในระยะ 3 เดือนแรกจะได้มีการตัดสินใจว่าจะตั้งครรภ์ต่อไปหรือไม่และจะเลี้ยงดูเด็กอย่างไร และจากรายงานทางการแพทย์ที่จะติดเชื้อเอชไอวีจากน้ำนมของ

<sup>2</sup> กมลชัย รัตนสากวรงค์ , “ความยินยอมในกฎหมายอาญา” , (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทนิติศาสตรบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ . 2523) หน้า 99.



มารดาได้ซึ่งแม้ว่าโอกาสติดนั้นจะมีน้อย ก็ยังช่วยให้สามารถวางแผนในการป้องกันการติดเชื้อภายหลังคลอดทารกได้ส่วนหนึ่ง<sup>3</sup> และในการปฏิบัติตัวของผู้ติดเชื้อเอชไอวีนั้นถ้าผู้ติดเชื้อปฏิบัติตัวถูกต้องก็จะสามารถช่วยยืดระยะเวลาป่วยของโรคเอชไอวีได้ คือจะได้เป็นผู้ป่วยเต็มขั้นช้าลง แต่ถ้าหากผู้ติดเชื้อเอชไอวีปฏิบัติตัวไม่ถูกต้องโดยยังมีพฤติกรรมเสี่ยงอยู่ ก็อาจจะเป็นเหตุให้เสียชีวิตเร็วขึ้น อีกทั้งยังเป็นอันตรายต่อบุคคลรอบข้างโดยเฉพาะอย่างยิ่งคู่สมรสของผู้ติดเชื้อเอชไอวี

สรุปได้ว่าปัญหาความรับผิดชอบอันเกิดจากการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่ผู้ให้บริการทางการแพทย์นั้นเกิดจากการที่ในปัจจุบันยังเป็นโรคที่ในขณะนี้ยังไม่สามารถที่จะรักษาให้หายได้ประกอบกับยังเป็นโรคที่บุคคลในสังคมได้ตั้งข้อรังเกียจเอาไว้ว่าผู้ติดเชื้อเอชไอวีนั้นเป็นบุคคลอันตรายที่คบหาด้วยไม่ได้เนื่องจากกลัวที่จะติดเชื้อ จึงทำให้มาตรการในการตรวจเลือกคนนั้นถูกคัดค้านจากเหล่าผู้ที่ติดเชื้อเอชไอวีและบุคคลหลายๆฝ่าย โดยให้เหตุผลว่าไม่มีประโยชน์ที่จะทำการตรวจเพราะเมื่อทราบว่าคุณติดเชื้อแล้วก็ไม่มีความที่จะช่วยเหลือได้ แต่ในความเป็นจริงประโยชน์ที่ผู้ติดเชื้อจะได้รับนั้นมีอยู่มากมายนอกจากนี้ยังเป็นประโยชน์ต่อบุคคลรอบข้างของผู้ติดเชื้อด้วยโดยเฉพาะอย่างยิ่งการที่แพทย์จะต้องทำการตรวจเลือดเพื่อหาเชื้อเอชไอวีในผู้ป่วยที่เข้ามาทำการรักษา ซึ่งในปัจจุบันยังไม่มีความมาตรการทางกฎหมายที่ชัดเจนที่จะนำมาใช้คุ้มครองการปฏิบัติหน้าที่ของบุคลากรเหล่านี้ แม้ว่าในทางปฏิบัตินั้นแพทย์จะสามารถทำได้โดยไม่ต้องขอความยินยอมจากผู้ป่วยก่อนก็ตามเพราะการตรวจนั้นแพทย์มีเจตนาดีที่จะช่วยเหลือผู้ป่วย ดังนั้นจึงเป็นหน้าที่ของรัฐที่จะต้องหามาตรการที่จะสร้างความมั่นใจในการทำงานให้กับบุคลากรทางการแพทย์รวมทั้งสร้างทัศนคติและแนวคิดที่ถูกต้องเกี่ยวกับโรคเอชไอวีและการตรวจเลือดเพื่อให้บุคคลในสังคมรู้สึกเข้าใจและเห็นใจผู้ที่ติดเชื้อ ซึ่งถ้าหากว่าบุคคลในสังคมไม่รังเกียจผู้ติดเชื้อแล้วความจำเป็นที่จะต้องมีการรักษาความลับอันเนื่องมาจากการตรวจเลือดก็จะหมดไปด้วย แต่ทั้งนี้มาตรการที่รัฐจะออกมาใช้ก็ควรจะต้องมีการให้ความคุ้มครองสิทธิของผู้ติดเชื้อด้วย นอกจากนี้บุคลากรทางการแพทย์ก็ควรที่จะต้องมีความเคารพในสิทธิของผู้ป่วยอย่างเคร่งครัดด้วยเช่นกัน

## ศูนย์วิทยุโทรแพทย์

### กรณีที่ 2 การเปิดเผยความลับของผู้ป่วยและผู้ติดเชื้อเอชไอวี

“ความลับของผู้ป่วย” หมายถึง สิ่งต่างๆที่ทราบมาทั้งหมดเกี่ยวกับเรื่องราวของผู้ป่วย และมีความหมายครอบคลุมถึงข้อมูลทุกอย่างที่ปรากฏในรายงานผู้ป่วย หรือ ในเอกสารที่เกี่ยวกับผู้ป่วยทุก

<sup>3</sup> สุพร เกิดสว่าง , อังแล้ว , หน้า 10.

ชนิดที่ใช้ประกอบวิชาชีพ ปัจจุบันยังรวมถึงข้อมูลของผู้ป่วยที่เก็บไว้ในคอมพิวเตอร์ด้วย ความลับเหล่านี้ แม้ผู้ป่วยตายแล้วก็ยังถือว่าเป็นความลับอยู่<sup>4</sup>

“เปิดเผย” หมายถึง การพูด การเขียน การเปิดเผยเอกสารตลอดจนถึงการส่งมอบ ข้อมูลด้วยคอมพิวเตอร์ และอุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์ด้วย<sup>5</sup>

การเปิดเผยความลับผู้ป่วยของบุคลากรทางการแพทย์ย่อมมีความผิดทั้งจรรยาบรรณในวิชาชีพและทางกฎหมาย ดังนั้นในกรณีที่บุคลากรทางการแพทย์เปิดเผยผลการตรวจของผู้ป่วยไม่ว่าจะเป็นผลเลือดหรือความลับเรื่องการติดเชื้อของผู้ติดเชื้อเอดส์ และไม่ว่าการเปิดเผยนั้นจะกระทำด้วยวิธีใดก็ตามย่อมมีความผิด ซึ่งความผิดเกี่ยวกับจรรยาบรรณในวิชาชีพได้ระบุไว้ในพระราชบัญญัติควบคุมการประกอบโรคศิลปะ พุทธศักราช 2479 (ฉบับที่ 3) ซึ่งปัจจุบันอยู่ภายใต้ข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยการรักษาจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรม 2526 ในหมวด 3 ข้อ 1. ที่บัญญัติว่า “ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมต้องไม่เปิดเผยความลับของผู้ป่วยซึ่งตนทราบมา เนื่องจากการประกอบวิชาชีพ เว้นแต่ด้วยความยินยอมของผู้ป่วยหรือเมื่อต้องปฏิบัติตาม กฎหมายหรือตามหน้าที่” และข้อบังคับสภาการพยาบาล พุทธศักราช 2530 ว่าด้วยเรื่องการรักษาจริยธรรมแห่งวิชาชีพการพยาบาลและการผดุงครรภ์ ซึ่งออกโดยอาศัยอำนาจตามความแห่งพระราชบัญญัติวิชาชีพพยาบาลและการผดุงครรภ์ พ.ศ. 2528 จากข้อบังคับทั้งหมดนี้ถือว่าเป็นหลักการที่ยอมรับกันทั่วไปทั้งในประเทศและต่างประเทศ โดยให้เหตุผลที่ว่าความสัมพันธ์ระหว่างผู้ป่วยกับผู้ประกอบวิชาชีพนั้น ต้องตั้งอยู่บนพื้นฐานของความเชื่อถือนับถือและไว้วางใจของผู้ป่วย ดังนั้นผู้ประกอบวิชาชีพนี้ จึงมีหน้าที่ที่ต้องเก็บรักษาความลับทั้งหมดที่ได้มาจากการประกอบวิชาชีพไว้ เพื่อให้สมกับที่เป็นที่ไว้วางใจของผู้ป่วย ซึ่งคำสาบานทางแพทย์ ( Hippocratic Oath ) ก็มีข้อความตอนหนึ่งว่า “สิ่งที่ข้าพเจ้าเห็นหรือได้ยินเกี่ยวกับชีวิตของคนนี้เนื่องมาจากการประกอบวิชาชีพ หรือมิได้เกี่ยวกับการประกอบวิชาชีพ ก็ดี ซึ่งไม่ควรให้ผู้อื่นรับทราบ ข้าพเจ้าจะไม่เปิดเผยและจะต้องเก็บไว้เป็นความลับ” ส่วนความผิดในทางกฎหมายนั้นบุคลากรทางการแพทย์ก็มีความผิดฐานเปิดเผยความลับของผู้อื่นอันเนื่องมาจากการประกอบวิชาชีพ ตามมาตรา 323 แห่งประมวลกฎหมายอาญาก็ด้วย

แต่อย่างไรก็ตาม การเปิดเผยความลับของผู้ป่วยที่มีเชื้อเอดส์อาจจะมีข้อยกเว้นที่ทำให้บุคลากรทางการแพทย์นั้นสามารถที่จะเปิดเผยความลับได้โดยไม่เป็นการผิดกฎหมายหรือผิดจริยธรรมแห่งวิชาชีพ ถ้า

<sup>4</sup> วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์ , “แพทย์กับความลับของผู้ป่วย,” คลินิก 3 (มีนาคม 2530) : 191.

<sup>5</sup> เรื่องเดียวกัน.

1. เมื่อผู้ป่วยเจ้าของความลับยินยอม หรือ
2. เมื่อเป็นการปฏิบัติตามกฎหมาย หรือ
3. เมื่อเป็นการปฏิบัติตามหน้าที่

1. เมื่อผู้ป่วยเจ้าของความลับให้ความยินยอม

ความยินยอมของผู้ป่วย<sup>6</sup> ในกรณีนี้ถือว่าเป็นเหตุที่ทำให้แพทย์สามารถที่จะกระทำการบอกกล่าวได้ มีปัญหาว่าแพทย์จะสามารถบอกกล่าวกับคู่สมรสและบุคคลในครอบครัวของผู้ติดเชื้อเอชไอวี รวมถึงบุคคลอื่นได้หรือไม่ ถ้าหากว่าผู้ป่วยไม่ได้ให้ความยินยอมที่จะให้แพทย์ทำการบอกกล่าวกับบุคคลข้างต้น กรณีนี้แยกพิจารณาออกได้เป็น 2 ประเด็น คือ

#### 1.1 ประเด็นของคู่สมรส

กรณีนี้ผู้เขียนเห็นว่าแพทย์สามารถที่จะทำการบอกกล่าวกับคู่สมรสของผู้ติดเชื้อเอชไอวีได้เนื่องจาก เมื่อพิจารณาถึงลักษณะของโรค ข้อมูลและความรู้ทางวิชาการหลายสาขามาประกอบกันคือ ความรู้ทางการแพทย์ในรูปแบบของการติดเชื้อ การกระจายของโรคและลักษณะพิเศษของโรคเอชไอวี ตลอดจนกิจกรรมที่มีโอกาสเสี่ยงต่อการติดเชื้อเอชไอวีของคู่สมรสแล้ว คู่สมรสมีโอกาที่จะได้รับเชื้อเอชไอวีมาก ดังนั้นจึงต้องมีการกำหนดให้แพทย์สามารถบอกกล่าวถึงการติดเชื้อแก่คู่สมรสได้โดยไม่มี ความผิด ซึ่งมาตรการนี้ในต่างประเทศก็ได้มีการนำมาใช้ เช่น อังกฤษ ญี่ปุ่น แต่ยังคงมีปัญหาในทางปฏิบัติว่าการบอกกล่าวแก่คู่สมรสนี้ควรจะเป็นหน้าที่ของแพทย์หรือตัวผู้ติดเชื้อเอชไอวีเอง และต้องมีการคำนึงถึงสุขภาพจิตประกอบกับสถานภาพทางสังคม ครอบครัว อายุและลักษณะเฉพาะที่สำคัญอื่นๆ ของผู้ติดเชื้อด้วย นอกจากนี้แม้ว่ามาตรการดังกล่าวจะทำให้แพทย์ไม่ต้องรับผิดชอบก็ตามแต่ก็ควรให้เป็นมาตรการสุดท้ายที่จะรักษาชีวิตของคู่สมรส คือ ก่อนที่จะมีการบอกกล่าวแพทย์ควรที่จะต้องมีการให้คำแนะนำในการปฏิบัติตัว การมีเพศสัมพันธ์และคำแนะนำในการรักษาสุขภาพแก่ผู้ติดเชื้อ ถ้าหากแพทย์เห็นว่าผู้ติดเชื้อเอชไอวียินยอมที่จะปฏิบัติตามได้ก็ยังไม่สมควรที่จะต้องบอกกล่าวแต่ถ้าผู้ติดเชื้อยังฝ่าฝืนคำแนะนำของแพทย์แล้ว แพทย์ก็ต้องแจ้งให้คู่สมรสทราบเพื่อระมัดระวังตัว

## จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

<sup>6</sup> ความยินยอมนี้จะต้องได้มาโดยปราศจากการหลอกลวง ช่มชู้ หรือวิธีการอันมิชอบด้วยประการอื่นและผู้ให้ความยินยอมนั้นจะต้องมีความสามารถในการให้ความยินยอมด้วย

## 1.2 ประเด็นของบุคคลในครอบครัวและบุคคลอื่น

บุคคลในครอบครัวในที่นี้หมายถึง บิดามารดา พี่น้อง บุตร ผู้ปกครอง ผู้อนุบาลของผู้ติดเชื้อเอชไอวี ในกรณีนี้ผู้เขียนเห็นว่า แพทย์ไม่สามารถที่จะบอกกล่าวเกี่ยวกับการติดเชื้อของผู้ป่วยแก่บุคคลเหล่านี้ได้ เพราะว่าโอกาสที่บุคคลเหล่านี้จะได้รับเชื้อจากผู้ป่วยนั้นมีน้อยมากหรือแทบจะไม่มีเลย เนื่องจากการติดเชื้อมีได้เพียง 3 ทาง การอยู่ร่วมกันตามปกติกันไม่ได้ทำให้เชื้อเอชไอวีแพร่ไปสู่อีกคนหนึ่งได้ ดังนั้นแพทย์จึงไม่มีอำนาจที่จะคุ้มครองบุคคลเหล่านี้โดยการบอกกล่าวการติดเชื้อของผู้ป่วยได้

## 2. เมื่อเป็นการปฏิบัติตามกฎหมาย

ปัจจุบันกฎหมายที่จะให้อำนาจแพทย์สามารถทำการบอกกล่าวกับบุคคลอื่นได้ถูกยกเลิกไปแล้วตามประกาศกระทรวงสาธารณสุข ฉบับที่ 2 (พ.ศ.2534) ข้อ 2 เรื่องชื่อโรคติดต่อและอาการสำคัญ ลงวันที่ 4 กันยายน 2534 ที่ให้ยกเลิกประกาศกระทรวงสาธารณสุข ฉบับที่ 2 (พ.ศ.2528) เรื่องเพิ่มเติมชื่อโรคติดต่อต้องแจ้งความและอาการของโรค ซึ่งถ้าประกาศกระทรวงสาธารณสุข ฉบับปี 2528 ยังมีผลบังคับใช้อยู่ แพทย์มีหน้าที่ที่จะต้องแจ้งรายชื่อของผู้ป่วยไปยังเจ้าพนักงานสาธารณสุข หรือพนักงานเจ้าหน้าที่ ตามมาตรา 7 (1) เนื่องจากกฎหมายกำหนดให้โรคเอชไอวีเป็นโรคที่ต้องแจ้งความ ซึ่งหลังจากที่มีการยกเลิกประกาศฉบับนี้แล้ว โรคเอชไอวีได้ถูกกำหนดเป็นเพียงโรคติดต่อเท่านั้น แพทย์ผู้ทำการรักษาจึงไม่มีหน้าที่ตามกฎหมายที่จะต้องเปิดเผยความลับของผู้ป่วยไม่ว่าในกรณีใดๆ ซึ่งถ้าหากเปิดเผยแล้วแพทย์ผู้นั้นต้องมีความผิดฐานเปิดเผยความลับตามมาตรา 323 แต่ปรากฏว่าในปัจจุบันได้มีหลักปฏิบัติของเหล่าบุคลากรทางการแพทย์ให้มีการทำรายงานผู้ติดเชื้อเอชไอวี ตามแบบรายงาน 506/1 และ 507/1 โดยให้ทำรายงานไปยังกองระบาดวิทยา กระทรวงสาธารณสุข ตามหนังสือปลัดกระทรวงสาธารณสุขที่ สธ. 0210/ว.772 ลงวันที่ 16 กันยายน 2536 เพื่อใช้ในการเฝ้าระวังโรคเอชไอวี ดังนี้<sup>7</sup> คือ

1. ตั้งแต่วันที่ 1 ตุลาคม 2536 ให้ทุกสถานบริการแพทย์ทั้งภาครัฐ และเอกชน ใช้เกณฑ์วินิจฉัยผู้ป่วยเอชไอวี และบัตรรายงาน 506/1 ฉบับปรับปรุงใหม่ โดยไม่คำนึงว่าจะป่วยเมื่อใด

2. ในนิยามฉบับใหม่จะยกเลิกการวินิจฉัยผู้มีอาการสัมพันธ์กับเอชไอวี (ARC) ผู้ที่ติดเชื้อ HIV ซึ่งยังไม่เข้าเกณฑ์ของการวินิจฉัยโรคเอชไอวี จะถูกจัดอยู่ในกลุ่มผู้ติดเชื้อที่มีอาการ

## จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

<sup>7</sup> รายงานการเฝ้าระวังโรคประจำสัปดาห์ นิยามผู้ป่วยโรคเอชไอวี และผู้ติดเชื้อเอชไอวีที่มีอาการ ที่ใช้ในการเฝ้าระวังโรค , กองระบาดวิทยา สำนักงานปลัดกระทรวงสาธารณสุข, ฉบับปรับปรุงแก้ไขครั้งที่ 4



3. แม้ว่าจะไม่มีการรายงาน ผู้มีอาการสัมพันธ์กับเอดส์ตามนิยามใหม่ ตั้งแต่ 1 ตุลาคม 2536 แต่การสรุปสถานการณ์ในช่วงคาบเกี่ยวนี้ (ตุลาคม - ธันวาคม 2536) กองระบาดวิทยา จะยังคงใช้รูปแบบเดิม กล่าวคือแสดงจำนวนผู้ป่วยเอดส์ และผู้มีอาการสัมพันธ์กับเอดส์ (ARC) แยกตามตัวแปรต่างๆ แต่เมื่อขึ้นวันที่ 1 มกราคม 2537 เป็นต้นไป การรายงานสรุปจะมีเพียงผู้ป่วยเอดส์และผู้ติดเชื้อที่มีอาการ สำหรับ ARC จะเป็นข้อหมายเหตุท้าย

4. การส่งต่อบัตรรายงานยังคงถือแนวปฏิบัติเดิม คือ ในกรณีที่ผู้ป่วยซึ่งมีที่อยู่ปัจจุบันในจังหวัด ก. ไปรับการวินิจฉัยที่จังหวัด ข. ให้สำนักงานสาธารณสุขจังหวัด ข. รายงานบัตร 506/1 มายังกองระบาดวิทยา และสำเนาส่งต่อบัตรรายงานไปให้จังหวัด ก. ด้วยโดยที่ทางจังหวัด ก. ไม่ต้องรายงานมายังกองระบาดวิทยาอีก

5. ในกรณีที่หน่วยงานที่พบผู้ป่วยต้องการเปลี่ยนแปลงข้อมูลใดๆ ในบัตร 506/1 ที่ส่งมาแล้ว เพื่อให้เกิดความถูกต้อง และทันสมัยยิ่งขึ้นขอให้ใช้บัตร 507/1

จากแบบการรายงานโรคเอดส์ข้างต้น จะถือว่าการทำรายงานดังกล่าวแพทย์ผู้กระทำมีความผิดฐานเปิดเผยความลับตามมาตรา 323 หรือไม่

เมื่อพิจารณาโครงสร้างความรับผิดชอบทางอาญาแล้วจะเห็นว่าแพทย์ผู้รายงานนั้นมีการกระทำที่ครบองค์ประกอบความผิดและไม่มีเหตุที่จะทำให้ผู้กระทำมีอำนาจที่จะกระทำได้ รวมทั้งเข้าเงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัย คือ "ในประการที่น่าจะเกิดความเสียหายแก่ผู้ใดคนหนึ่ง" ซึ่งหมายถึงความเสียหายในทุกทาง ดังนั้นถือว่าแพทย์ผู้ทำรายงานโรคเอดส์จึงเป็นผู้ที่มีความผิดตามมาตรา 323 ฐานเปิดเผยความลับผู้อื่น แม้แพทย์จะอ้างว่าเป็นการที่ตนทำตามระเบียบที่กระทรวงสาธารณสุขกำหนดให้ก็ตาม เพราะวาระระเบียบหรือคำสั่งตามหนังสือปลัดกระทรวงสาธารณสุขนั้น ออกโดยที่ไม่ได้อาศัยอำนาจตามกฎหมายใด จึงเป็นเพียงระเบียบภายในระหว่างเจ้าหน้าที่กระทรวงสาธารณสุขด้วยกันเองเท่านั้น จะใช้บังคับกับบุคคลทั่วไปเช่นกฎหมายไม่ได้

3. เมื่อเป็นการปฏิบัติหน้าที่  
หน้าที่ตามความหมายนี้เป็นหน้าที่ ที่ต่างกับหน้าที่ที่ต้องปฏิบัติตามกฎหมายในกรณีที่สอง แต่เป็นหน้าที่โดยเฉพาะของแพทย์ตามข้อบังคับแพทยสภา ว่าด้วยการรักษาจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2526 ซึ่งหน้าที่ของแพทย์นั้นก็คือ ให้การรักษา และดูแลผู้ป่วยที่เข้ามาใช้บริการ นอกจากนี้ยังมีหน้าที่ต้องเก็บรักษาความลับทั้งหมดที่ได้มาจากการประกอบวิชาชีพไว้เพื่อให้สมกับการเป็นที่ไว้วางใจของผู้ป่วย ดังนั้นถ้าหากแพทย์ไปทำการเปิดเผยความลับของผู้ป่วยแล้ว ก็ถือว่าเป็นความผิดตามกฎหมายเช่นกัน

จากที่กล่าวมาข้างต้นจะเห็นได้ว่า เรื่องของการเปิดเผยความลับผู้ป่วยนี้ ไม่มีกฎหมายใดที่บัญญัติให้อำนาจแก่บุคลากรทางการแพทย์ ที่จะสามารถนำเอาความลับผู้ป่วยไปเปิดเผยแก่ผู้อื่นได้ไม่ว่าในกรณีใดๆ เพราะกฎหมายเห็นว่าอาจก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ป่วยได้ทั้งต่อส่วนตัว และครอบครัวของผู้ป่วยเองอันจะก่อให้เกิดปัญหาตามมามากมาย อย่างเช่นกรณีของ นายฉ้อฉน เสือส้ม ที่ถูกบุคลากรทางการแพทย์เปิดเผยชื่อโดยรู้เท่าไม่ถึงการณ์เป็นผลทำให้ นายฉ้อฉนและครอบครัวต้องถูกไล่ออกจากบ้านพักอาศัยถึง 32 ครั้ง ในขณะที่เดียวกันก็ยังคงถูกไล่ออกจากงานมาแล้วครั้งไม่ถ้วน และสมาชิกในครอบครัวเองก็ได้รับผลกระทบ และถูกตั้งข้อรังเกียจต่าง ๆ นานา<sup>8</sup> หรือในกรณีของผู้ติดเชื้อเอดส์ที่อดีตเคยเป็นโสเภณี แต่ทราบว่าเป็นโรคเอดส์ก็ได้หยุดการเป็นโสเภณี และได้เข้าพบแพทย์ตลอดเวลา แต่เมื่อข่าวแพร่ว่าบุคคลนี้เป็นโรคเอดส์เท่านั้น ทำให้ผู้ติดเชื้อรายนี้วางตัวไม่ถูกในสังคม มีคนมองอย่างหวาดระแวงทำให้ผู้ติดเชื้อรายนี้หลบหนีไปอย่างไว้วางใจ<sup>9</sup> เป็นต้น

แต่อย่างไรก็ตามกฎหมายก็จำเป็นต้องให้ความคุ้มครองบุคคลอื่นที่อาจได้รับเชื้อเอดส์จากผู้ติดเชื้อเหล่านี้และเพื่อประโยชน์ในการป้องกันและควบคุมโรคเอดส์ จึงจำเป็นต้องให้มีการเปิดเผยความลับของผู้ป่วยในบางกรณีโดยบุคลากรทางการแพทย์ได้ แต่เนื่องจากกฎหมายที่เกี่ยวกับเรื่องนี้ในปัจจุบันยังไม่มีการบัญญัติให้อำนาจแก่บุคลากรทางการแพทย์สามารถเปิดเผยความลับในกรณีดังกล่าวไว้ อย่างชัดเจนจึงทำให้บุคลากรทางการแพทย์ มีความเสี่ยงที่อาจจะมีความผิดฐานเปิดเผยความลับตามมาตรา 323 ได้

ดังนั้นจากเหตุผลและความจำเป็นดังกล่าวข้างต้น สมควรที่กฎหมายน่าจะบัญญัติให้บุคลากรทางการแพทย์สามารถที่จะเปิดเผยความลับของผู้ป่วยให้กับคู่สมรสและสามารถทำรายงานเสนอต่อกระทรวงสาธารณสุขได้โดยไม่ผิดกฎหมาย โดยอาจจะบัญญัติเพิ่มเติมไว้ในพระราชบัญญัติโรคติดต่อ พ.ศ.2523 แต่จะต้องมีการกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการเปิดเผยความลับในกรณีดังกล่าวให้รัดกุมมากที่สุดเพื่อป้องกันผลเสียหายที่อาจจะเกิดขึ้น อย่างไรก็ตามดังที่ได้กล่าวไว้ข้างต้นในเรื่องของการตรวจเลือดเพื่อหาเชื้อเอดส์แล้วถึงปัญหาอันเกิดจากการเปิดเผยความลับดังนั้นถ้าหากสังคมให้การยอมรับผู้ติดเชื้อเอดส์แล้วปัญหาการเปิดเผยความลับนี้ก็จะไม่มีอีกต่อไป

สรุปได้ว่าปัญหาความรับผิดชอบอันเกิดจากการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่ผู้ให้บริการทางการแพทย์และสาธารณสุขนั้น ส่วนใหญ่แล้วเกิดจากการความไม่มั่นใจในการปฏิบัติหน้าที่ของตนต่อการให้การรักษาแก่ผู้ติดเชื้อเอดส์ ซึ่งในปัจจุบันวันหนึ่งบุคลากรทางการแพทย์เหล่านี้จะต้องมีหน้าที่ดูแลผู้ป่วยเป็น

<sup>8</sup> หนังสือพิมพ์เดลินิวส์ ฉบับวันที่ 26 มกราคม 2534

<sup>9</sup> หนังสือพิมพ์เดลินิวส์ ฉบับวันที่ 14 กันยายน 2532

จำนวนมากจึงเป็นช่องทางที่อาจจะได้รับเชื่อได้ แม้ว่าอันตรายของบุคลากรทางการแพทย์ที่จะติดเชื้อนั้นมีอยู่น้อยเนื่องจากมีหลักปฏิบัติในการให้บริการอยู่แล้วก็ตาม แต่เพื่อความปลอดภัยในชีวิตของตนเองจึงจำเป็นต้องใช้ความระมัดระวังทุกวิถีทางรวมถึงการกระทำที่จะต้องไปกระทบสิทธิส่วนบุคคลของผู้อื่นและสิ่งที่จะต้องมีความรับผิดชอบตามกฎหมายโดยที่รู้ว่าอาจทำให้เกิดความเสียหายให้กับตัวผู้ป่วยได้ ดังนั้นรัฐจึงควรออกมาตรการทางกฎหมายมาเพื่อคุ้มครองบุคลากรทางการแพทย์ในการปฏิบัติงานที่เกี่ยวกับการตรวจหาเชื้อเอชไอวีในผู้ป่วยโดยเฉพาะ เพื่อสร้างความมั่นใจในการปฏิบัติงานว่าตนเองกระทำไปโดยมีกฎหมายรองรับ แต่ทั้งนี้มาตรการดังกล่าวก็ต้องคำนึงถึงความเสี่ยงที่อาจจะเกิดขึ้นกับผู้ป่วยด้วยเช่นกัน ส่วนวิธีแก้ไขที่ดีที่สุดขณะนี้ก็คือ การสร้างความรับผิดชอบให้มีซึ่งกันและกัน คือในด้านผู้ป่วยที่มารับการรักษา ถ้าหากรู้อยู่แล้วว่าตนเองมีเชื้อเอชไอวีในร่างกาย ก็ควรที่จะต้องทำการบอกกล่าวให้บุคลากรทางการแพทย์ได้ทราบเพื่อระมัดระวังตัวในการรักษาและให้ความช่วยเหลือผู้ป่วยได้อย่างเต็มที่ ส่วนทางด้านบุคลากรทางการแพทย์นั้นก็ต้องมีความรับผิดชอบต่อผู้ป่วยตามหน้าที่ที่ตนมีอยู่อย่างเต็มที่และให้ความเชื่อมั่นต่อผู้ป่วยว่าจะทำการรักษาความลับของผู้ป่วยที่ติดเชื้อเอชไอวีให้ดีที่สุด แต่สิ่งที่สำคัญที่สุดคือการสร้างจิตสำนึกให้กับบุคคลทั่วไปที่ไม่ได้ติดเชื้อเอชไอวีให้มีการยอมรับในตัวของผู้ที่ติดเชื้อไม่ไปตั้งข้อรังเกียจในการที่จะคบหา ขจัดความเชื่อที่ผิดๆเกี่ยวกับการติดเชื้อ เพียงเท่านี้ก็เชื่อว่าปัญหาที่มีอยู่และจะเกิดขึ้นจะต้องลดลงหรือหมดไปอย่างแน่นอนโดยไม่ต้องไปพึ่งมาตรการทางกฎหมายแต่อย่างใด

## 2. การบังคับตรวจหาเชื้อเอชไอวีในกลุ่มบุคคลบางประเภท

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2534 แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ.2538 ได้บัญญัติเกี่ยวกับเรื่องสิทธิและเสรีภาพของคนไทยไว้ในมาตรา 24 ว่า "บุคคลย่อมมีสิทธิและเสรีภาพภายใต้บังคับบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ" และในมาตรา 25 ว่า "บุคคลย่อมเสมอภาคกันในกฎหมายและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน" จะเห็นได้ว่ารัฐธรรมนูญได้กำหนดสิทธิและเสรีภาพของคนไทยไว้เท่าเทียมกัน ดังนั้นการที่รัฐจะออกมาตรการบังคับให้บุคคลใดบุคคลหนึ่งต้องไปทำการตรวจเลือดเพื่อหาเชื้อเอชไอวีนั้นจึงถือว่าเป็นการขัดรัฐธรรมนูญ แต่อย่างไรก็ตามสิทธิและเสรีภาพของประชาชนนั้นในรัฐเสรีประชาธิปไตยก็สามารถที่จะมีข้อจำกัดหรือเงื่อนไขอย่างใดก็ได้ถ้าเป็นกรณีเพื่อประโยชน์ในอันที่จะคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของผู้อื่น<sup>10</sup> ดังนั้นการที่รัฐจะออกมาตรการเพื่อให้บุคคลใดไปทำการตรวจเลือดจึงสามารถทำได้ถ้าเป็นการทำเพื่อประโยชน์ส่วนรวมหรือประโยชน์มหาชน (public interest) อันเป็นไปตามหลักความชอบธรรม (principle of suitability) และหลักแห่งความจำเป็น (principle of necessity) กล่าวคือมาตรการที่จะออกมานั้นจะต้องคำนึงเสมอว่าออกมาเพื่อป้องกันและควบคุมปัญหาต้นเหตุรวมถึงพฤติกรรมของมนุษย์ที่เกี่ยวข้องกับปัญหาการเกิดโรคเอดส์และเป็นมาตรการที่จะต้องมีผลกระทบต่อสิทธิ

<sup>10</sup> ดูเชิงอรรถที่ 1

และเสรีภาพของประชาชนน้อยที่สุด ถ้าเป็นมาตรการที่เป็นประโยชน์แก่ส่วนรวมก็ต้องเป็นมาตรการที่ทำให้รัฐเสียหายน้อยที่สุด อย่างเช่น การออกกฎหมายมาเพื่อป้องกันและควบคุมโรคเอดส์ควรเลือกควบคุมเฉพาะกลุ่มบุคคลที่สำคัญที่สามารถแพร่เชื้อเอดส์ได้ง่าย เช่น กลุ่มผู้กระทำการค้าประเวณี กลุ่มผู้ติดยาเสพติด เป็นต้น ส่วนบุคคลทั่วไปที่ได้รับเชื้อเอดส์แต่มีโอกาสนำเชื้อเอดส์ได้น้อยก็ควรต้องเปิดโอกาสให้บุคคลเหล่านี้สามารถที่จะใช้ชีวิตอยู่ในสังคมได้อย่างปกติถ้าหากว่าไม่ได้ไปก่อให้เกิดความเดือดร้อนให้กับผู้อื่น แต่มีกลุ่มบุคคลอีกประเภทหนึ่งที่จะต้องทำการศึกษาคือกลุ่มบุคคลที่มีความสัมพันธ์เป็นพิเศษกับรัฐที่แตกต่างไปจากกลุ่มบุคคลทั่วไป ได้แก่ ข้าราชการ , บุคลากรทางการแพทย์ , นักโทษที่ถูกคุมขังในเรือนจำ รัฐจะสามารถทำการตรวจโรครวมทั้งการตรวจเลือดเพื่อหาการติดเชื้อเอดส์ก่อนเข้าทำงานได้หรือไม่ มีความแตกต่างกับลูกจ้างของบริษัทเอกชนอย่างไรในเรื่องของการตรวจเลือดก่อนรับเข้าทำงาน

## 2.1 กลุ่มบุคคลที่มีความสัมพันธ์กับรัฐเป็นพิเศษ

### ก. ข้าราชการ

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2534 แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ.2538 มาตรา 48 จัตวา บัญญัติว่า "บุคคลซึ่งเป็นทหาร ตำรวจ และข้าราชการอื่น พนักงานส่วนท้องถิ่นและพนักงานองค์การของรัฐ ย่อมมีสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญเช่นเดียวกับบุคคลทั่วไปเว้นแต่ที่จำกัดในกฎหมายหรือกฎหรือข้อบังคับที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวกับการเมือง สมรรถภาพและวินัย" ในเบื้องต้นจะเห็นว่าบุคคลที่เป็นข้าราชการและพนักงานองค์การของรัฐทุกคนสามารถที่จะมีสิทธิและเสรีภาพเช่นเดียวกับบุคคลทั่วไปตามที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ แต่เนื่องจากบุคคลเหล่านี้เป็นบุคคลที่ถือเสมือนว่าเป็นตัวแทนของรัฐในอันที่จะต้องทำหน้าที่บริการประชาชนที่มาติดต่อราชการ ดังนั้นคุณสมบัติของผู้ที่จะมาเป็นข้าราชการนั้นจะต้องเป็นบุคคลที่มีความรู้ ความน่าเชื่อถือและยังต้องเป็นบุคคลที่ไม่เป็นโรคที่สังคมรังเกียจตามด้วย จึงทำให้ข้าราชการนั้นนอกจากจะต้องผ่านการตรวจสอบความรู้แล้วยังจะต้องผ่านการตรวจร่างกายด้วย เพื่อให้มีคุณสมบัติครบตามที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ.2535 มาตรา 30(5) ว่า "ไม่เป็นผู้มีกายทุพพลภาพจนไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ได้ ไร้ความสามารถหรือจิตฟั่นเฟือนไม่สมประกอบหรือเป็นโรคตามที่กำหนดในกฎ ก.พ. " สำหรับโรคที่กำหนดไว้ในกฎ ก.พ.<sup>11</sup> ก็คือ

1. โรคเรื้อนในระยะติดต่อหรือในระยะที่ปรากฏอาการเป็นที่รังเกียจแก่สังคม
2. วัณโรคในระยะอันตราย
3. โรคเท้าช้างในระยะที่ปรากฏอาการเป็นที่รังเกียจแก่สังคม

<sup>11</sup> กฎ ก.พ. ฉบับที่ 3 (พ.ศ.2535) ประกาศในราชกิจจานุเบกษาเล่ม 109 ตอนที่ 83 ลงวันที่

## 4. โรคติดยาเสพติด

## 5. โรคพิษสุราเรื้อรัง

สรุปได้ว่า รัฐสามารถที่จะทำการตรวจร่างกายข้าราชการซึ่งรวมถึงการตรวจเลือดเพื่อหาเชื้อเอชไอวีได้แต่รัฐไม่สามารถยกเป็นเหตุที่จะไม่รับบุคคลนั้นเป็นข้าราชการ เพราะว่าในกฎ ก.พ. นั้นไม่มีการกำหนดให้โรคเอชไอวีเป็นโรคต้องห้ามที่อยู่ในคุณสมบัติของผู้ที่จะมาเป็นข้าราชการ เมื่อเป็นเช่นนี้โรคเอชไอวีจึงไม่ใช่อุปสรรคในการเป็นข้าราชการ ดังนั้นแม้ว่าผลการตรวจร่างกายจะพบว่ามีเชื้อเอชไอวีไม่ทำให้บุคคลนั้นขาดคุณสมบัติการเป็นข้าราชการ เพราะว่าในปัจจุบันนั้นรัฐยังเห็นว่าโรคเอชไอวีนั้นผู้ที่เป็นโรคนั้นยังสามารถที่จะทำงานได้เหมือนคนปกติ ซึ่งถ้าหากรัฐออกกฎหมายที่ห้ามผู้ติดเชื้อเป็นข้าราชการแล้วก็จะเป็นการออกกฎหมายที่เกินหลักแห่งความจำเป็น แต่ทั้งนี้ผู้เขียนมีความเห็นว่าควรจะมีการเพิ่มเติมชื่อโรคเอชไอวีในกฎ ก.พ. ดังกล่าวด้วยแต่จำกัดเฉพาะในกรณีของผู้ติดเชื้อเอชไอวีที่เป็นผู้ป่วยในระยะสุดท้ายหรือปรากฏอาการเป็นที่รังเกียจแก่สังคม ทั้งนี้เนื่องจากผู้ป่วยโรคเอชไอวีในระยะดังกล่าวนั้นสมรรถภาพของร่างกายจะมีความทรุดโทรมเป็นอย่างมากจึงไม่เหมาะแก่การที่จะมาทำงาน

## ข. บุคลากรทางการแพทย์

บุคลากรทางการแพทย์<sup>12</sup> ถือเป็นบุคคลหนึ่งที่จะต้องมีความใกล้ชิดกับบุคคลเป็นจำนวนมากโดยเฉพาะอย่างยิ่งผู้ป่วยที่จะเข้ามาให้ทำการรักษา ดังนั้นนอกจากจะมีความเสี่ยงในการที่อาจจะได้รับเชื้อเอชไอวีจากผู้ป่วยแล้วยังอาจจะเป็นผู้ที่สามารถแพร่เชื้อเอชไอวีเป็นยุงตัวอีกด้วย ฉะนั้นเพื่อความปลอดภัยของผู้ป่วยที่เข้ามารับการรักษากับบุคลากรทางการแพทย์จึงจำเป็นต้องมีการตรวจร่างกายซึ่งรวมถึงการตรวจเลือดเพื่อหาเชื้อเอชไอวีด้วยเช่นกัน ซึ่งการตรวจนี้บุคลากรทางการแพทย์จะต้องถูกตรวจตั้งแต่เริ่มเข้าทำงานใหม่และหลังจากเข้าทำงานแล้วตามระยะเวลาที่กำหนด เนื่องจากว่าการติดเชื้อเอชไอวีนี้ถือว่าเป็นคุณสมบัติอย่างหนึ่งของผู้ที่จะเป็นสมาชิกแพทยสภาหรือทันตแพทยสภาหรือสภาการพยาบาล

สำหรับคุณสมบัติตามที่แพทยสภากำหนดไว้เกี่ยวกับโรคที่ทำให้ขาดจากการเป็นสมาชิกแพทยสภาอยู่ในข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยโรคที่กำหนดให้ขาดคุณสมบัติของสมาชิกแพทยสภา พ.ศ.2531 ข้อ 1<sup>13</sup> ได้แก่

<sup>12</sup> บุคลากรทางการแพทย์ในที่นี้หมายถึง แพทย์ในสาขาวิชาชีพเวชกรรม , ทันตกรรมและพยาบาลที่แพทยสภา , ทันตแพทยสภาหรือสภาการพยาบาลรับรองตามลำดับ

<sup>13</sup> คุณสมบัติของทันตแพทย์และพยาบาลมีลักษณะเดียวกับแพทย์ในสาขาวิชาชีพเวชกรรม

- 1.โรคพิษสุราเรื้อรัง
- 2.โรคติดเชื้อเสพติดให้โทษอย่างร้ายแรง
- 3.โรคอื่น ซึ่งคณะกรรมการแพทยสภาพิจารณาเห็นว่าเป็นอุปสรรคต่อการประกอบวิชาชีพเวชกรรม

จากข้อบังคับข้างต้นจะเห็นได้ว่าบุคลากรทางการแพทย์ทุกคนจะต้องผ่านการตรวจร่างกายรวมทั้งโรคที่กำหนดให้ขาดคุณสมบัติ ซึ่งหากตรวจพบโรคตามที่กำหนดไว้บุคลากรทางการแพทย์นั้นจะต้องขาดจากการเป็นสมาชิกของสภาที่แพทย์เกี่ยวข้องทันที แต่ในที่นี้โรคเอดส์ไม่ได้ถูกกำหนดขึ้นไว้โดยเฉพาะแต่น่าจะเป็นโรคตามที่กำหนดไว้ในข้อ 3 เนื่องจากโรคเอดส์นั้นเป็นโรคที่เป็นอุปสรรคต่อการประกอบวิชาชีพของบุคลากรทางการแพทย์ เพราะเมื่อดูจากลักษณะของโรค การกระจายของโรคและรูปแบบการติดเชื้อตลอดจนกิจกรรมต่างๆของแพทย์ที่จะมีต่อผู้ป่วยแล้วมีความเสี่ยงต่อการแพร่เชื้อเอดส์สูง จึงสรุปว่าบุคลากรทางการแพทย์นั้นเป็นบุคคลที่รัฐสามารถที่จะทำการตรวจเพื่อหาการติดเชื้อเอดส์ได้เพื่อความปลอดภัยกับผู้ที่จะต้องให้บุคลากรทางการแพทย์ทำการรักษา

#### ค. ผู้ต้องขัง

ผู้ต้องขังในที่นี้คือผู้ที่ถูกศาลตัดสินให้รับโทษจำคุก ซึ่งหลังจากที่ถูกตัดสินแล้วบุคคลนั้นก็จะถูกนำตัวไปขังไว้ยังเรือนจำของรับตามระยะเวลาที่ศาลกำหนด เกี่ยวกับผู้ต้องขังนี้มีกฎกระทรวงมหาดไทย ส่วนที่ 3 ข้อ 35 เกี่ยวกับการรับตัวผู้ต้องขัง ออกโดยอาศัยอำนาจตามความในมาตรา 58 แห่งพระราชบัญญัติราชทัณฑ์ พุทธศักราช 2498 ได้บัญญัติว่า "เมื่อได้รับตัวผู้ต้องขังไว้แล้วให้จัดการดังต่อไปนี้

- 1.ตรวจค้นสิ่งของที่ตัวผู้ต้องขัง
2. ให้แพทย์ตรวจอนามัยผู้ต้องขัง
- 3.จดบันทึกเรื่องที่เกี่ยวข้องกับผู้ต้องขัง

และข้อ 38 วรรค 2 บัญญัติว่า "เมื่อแพทย์ตรวจพบว่าผู้ต้องขังคนใดป่วยเจ็บจักต้องมีการรักษาพยาบาลหรือมีโรคติดต่อซึ่งจะลุกลามเป็นภัยแก่ผู้อื่น ให้แพทย์ชี้แจงแนะนำการปฏิบัติแก่แพทย์"

จากกฎกระทรวงมหาดไทยข้างต้นจะเห็นได้ว่าเมื่อมีการส่งตัวผู้ต้องขังที่ต้องถูกจำคุกตามคำพิพากษาของศาลมายังเรือนจำ ทางเรือนจำจะต้องทำการตรวจอนามัยผู้ต้องขังตามข้อ 35 (2) เพื่อที่จะได้ทราบว่าผู้ต้องขังรายใดมีร่างกายสมบูรณ์หรือมีโรคติดต่อที่อาจจะเป็นการลุกลามไปสู่ผู้ต้องขังรายอื่นหรือไม่ ดังนั้นเมื่อในปัจจุบันโรคเอดส์ก็เป็นโรคติดต่อชนิดหนึ่งตามพระราชบัญญัติโรคติดต่อ พ.ศ.2523 จึงทำให้ผู้ต้องขังจะต้องถูกทำการตรวจร่างกายรวมทั้งตรวจเลือดเพื่อหาเชื้อเอดส์ด้วย ทั้งนี้ถ้าหากพบก็จะ

ได้หาทางป้องกันแยกตัวผู้ต้องขังรายนั้นไว้ในสถานที่ที่เหมาะสมเพื่อป้องกันไม่ให้เกิดเหตุการณ์ที่อาจมีการแพร่เชื้อไปสู่บุคคลอื่นได้

สรุปได้ว่าบุคคลที่มีความสัมพันธ์เป็นพิเศษกับรัฐนั้น ทุกคนจะต้องถูกบังคับให้ตรวจร่างกายและตรวจเลือดเพื่อหาเชื้อเอชไอวีก่อนที่จะเข้ามาทำงานและอยู่ภายใต้หน่วยงานต่างๆ ที่ตนสังกัด แม้ว่าบุคคลเหล่านี้รัฐธรรมนูญจะกำหนดให้มีสิทธิและเสรีภาพเหมือนกับประชาชนทั่วไปก็ตาม แต่สิทธิและเสรีภาพเหล่านี้จะต้องถูกจำกัดโดยอำนาจของรัฐในอันที่จะรักษาความสงบเรียบร้อย เนื่องจากว่าบุคคลเหล่านี้เป็นบุคคลที่จะต้องมีการพบปะกับผู้อื่นอีกเป็นจำนวนมาก ดังนั้นเพื่อเป็นการคุ้มครองประโยชน์ของสาธารณชน จึงจำเป็นต้องให้มีการดำเนินการตรวจเลือดเพื่อหาเชื้อเอชไอวีกับบุคคลที่มีความสัมพันธ์เป็นพิเศษกับรัฐนี้ทั้งก่อนรับเข้าทำงานและหลังจากที่เข้าทำงานแล้วด้วย

## 2.2 ลูกจ้างของบริษัทเอกชน

สิทธิและเสรีภาพเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิที่จะทำงานของคนไทย ได้ถูกกำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2534 แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ.2538 มาตรา 48 เบญจ<sup>14</sup> แสดงให้เห็นว่า รัฐมีเจตนารมณ์ที่จะให้ความคุ้มครองสิทธิที่จะทำงานของประชาชนทุกคน ซึ่งจะถูกจำกัดสิทธิได้ก็แต่เฉพาะอาศัยอำนาจตามกฎหมายเท่านั้น นอกจากนี้รัฐธรรมนูญยังได้กำหนดไว้ในมาตรา 89 ตรี อีกว่า “รัฐพึงส่งเสริมให้ประชาชนในวัยทำงานมีงานทำ .....” แต่ความเป็นจริงในปัจจุบันบุคคลทั่วไปที่ไปสมัครงานกับบริษัทเอกชนมักจะถูกบังคับให้ต้องทำการตรวจเลือดเพื่อหาเชื้อเอชไอวี โดยกำหนดเป็นเงื่อนไขอย่างหนึ่งในการที่จะรับบุคคลใดเข้าทำงาน เห็นได้ว่าการกระทำดังกล่าวของบริษัทเอกชนนั้นเป็นสิ่งที่ขัดกับรัฐธรรมนูญกำหนดไว้ ซึ่งถ้าหากว่ามีการตรวจพบว่าคนไหนมีเชื้อเอชไอวีในร่างกายนายจ้างของบริษัทนั้นก็

<sup>14</sup> มาตรา 48 เบญจ บัญญัติว่า “สิทธิของบุคคลในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพและการแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรม ย่อมได้รับการคุ้มครอง

การจำกัดสิทธิตามวรรคหนึ่งจะกระทำได้ก็แต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อประโยชน์ในการรักษาความมั่นคงปลอดภัยของรัฐหรือเศรษฐกิจของประเทศ การคุ้มครองประชาชนในด้านสาธารณสุข การรักษาความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน (ต่อ) (ต่อ) การจัดระเบียบการประกอบวิชาชีพ การคุ้มครองผู้บริโภค การผังเมือง การรักษาทรัพยากรธรรมชาติหรือสิ่งแวดล้อม สวัสดิภาพของประชาชน หรือเพื่อป้องกันการผูกขาดหรือขัดขวางการแข่งขัน

ไม่รับบุคคลนั้นเข้าทำงาน แม้แต่บุคคลที่เข้าไปทำงานแล้วก็ตามหากว่าในระหว่างทำงานนั้นมีการตรวจพบเชื้อเอชไอวีในลูกจ้างคนใดแล้วลูกจ้างคนนั้นก็อาจจะต้องออกจากงานก็ได้

ในกรณีที่ลูกจ้างต้องถูกให้ออกจากงานนั้นปัจจุบันกฎหมายกำหนดให้นายจ้างจะต้องจ่ายค่าชดเชยให้กับลูกจ้างเพื่อเป็นการช่วยเหลือลูกจ้างในระหว่างที่ลูกจ้างตกงาน โดยกำหนดไว้ในประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 103 ลงวันที่ 16 มีนาคม พุทธศักราช 2515 ข้อ 2(5) ซึ่งต่อมาได้มีประกาศกระทรวงมหาดไทยเรื่องการคุ้มครองแรงงาน ลงวันที่ 16 เมษายน 2515 กำหนดเรื่องค่าชดเชยไว้ในหมวด 5 ข้อ 46 และข้อ 47 ซึ่งก็ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมหลายครั้ง โดยมีหลักการสำคัญว่า นายจ้างจะต้องจ่ายค่าชดเชยให้แก่ลูกจ้างประจำที่ตนเลิกจ้างในอัตราไม่น้อยกว่าอัตราสุดท้าย 30 วันหรือ 90 วันหรือ 180 วัน แล้วแต่ระยะเวลาที่ลูกจ้างนั้นได้ทำงานมา เว้นแต่ว่าจะเป็นลูกจ้างที่มีกำหนดเวลาระยะเวลาจ้างที่แน่นอนและเลิกจ้างตามกำหนดเวลานั้น หรือลูกจ้างที่ถูกยกเลิกจ้างเพราะกระทำความผิดตามกรณีที่กำหนดในข้อ 47 แห่งประกาศกระทรวงมหาดไทยเรื่องการคุ้มครองแรงงาน

ต่อมาได้มีการประกาศให้ใช้บังคับพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลแรงงานและวิธีพิจารณาคดีแรงงาน พ.ศ.2522 ซึ่งมีบทบัญญัติที่คุ้มครองแรงงานในกรณีที่ถูกลูกจ้างโดยไม่เป็นธรรม ไว้ในมาตรา 49 มีสาระสำคัญคือ ถ้าปรากฏต่อศาลแรงงานว่าการเลิกจ้างรายใดไม่เป็นธรรมต่อลูกจ้าง ศาลแรงงานมีอำนาจสั่งให้นายจ้างรับลูกจ้างเข้าทำงานต่อไป ในอัตราค่าจ้างเท่าที่เคยได้รับในขณะที่ถูกเลิกจ้าง และถ้าศาลเห็นว่านายจ้างกับลูกจ้างไม่อาจทำงานร่วมกันได้ต่อไป ศาลแรงงานก็มีอำนาจกำหนดให้นายจ้างชดเชยค่าเสียหายแก่ลูกจ้างแทนการรับกลับเข้าทำงาน สำหรับในกรณีที่ลูกจ้างถูกลูกจ้างเนื่องจากติดเชื้อเอชไอวี

สำหรับกรณีที่นายจ้างไม่รับผู้ที่ติดเชื้อเข้าทำงาน ปัจจุบันรัฐก็ยังไม่มียกเว้นกฎหมายหรือนโยบายที่จะให้ความคุ้มครองในเรื่องนี้อย่างจริงจังและในความเป็นจริงก็เป็นการยากที่รัฐจะเข้าไปบังคับในการตัดสินใจเกี่ยวกับการรับบุคคลเข้าทำงานของนายจ้าง เพราะที่สัญญาจ้างแรงงานนั้นเป็นสัญญาที่ต้องอาศัยความพึงพอใจของบุคคลสองฝ่ายเป็นสำคัญ นอกจากนี้การพิจารณาถึงการคุ้มครองสิทธิของนายจ้างก็เป็นสิ่งสำคัญเช่นเดียวกันเพราะว่าในปัจจุบันนี้การแข่งขันกันในเรื่องธุรกิจนั้นมีการแข่งขันสูงดังนั้นถ้าหากว่าบริษัทคู่แข่งทราบว่ามีบริษัทไหนรับผู้ติดเชื้อเข้าทำงานก็อาจจะทำให้เกิดความเสียหายได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งภาพพจน์ของบริษัทก็อาจจะทำให้ผู้ร่วมงานในบริษัทนั้นๆ ไม่อยากที่จะร่วมงานด้วย ซึ่งอาจทำให้มีผลกระทบตามมาถึงผลการดำเนินงานของบริษัท จึงเป็นสาเหตุหนึ่งที่ทำให้นายจ้างในปัจจุบันจำเป็นต้องให้มีการตรวจสอบผู้ที่จะเข้าทำงานกับตนอย่างละเอียดก่อนรับเข้าทำงาน



ฉะนั้นถ้าโดยหลักการและเหตุผลแล้วเมื่อโรคเอดส์ไม่สามารถแพร่ติดต่อได้โดยการทำงานร่วมกันในสถานที่ทำงาน ดังนั้นนายจ้างจึงไม่ควรที่ให้ลูกจ้างต้องออกจากงานหรือไม่รับเข้าทำงาน เพราะสาเหตุจากการที่ลูกจ้างหรือผู้สมัครงานนั้นติดเชื้อเอดส์เพียงอย่างเดียว ถ้าเป็นกรณีนี้นายจ้างควรที่จะต้องพิสูจน์ให้ได้ด้วยว่าถ้าหากให้ลูกจ้างทำงานต่อไปหรือรับเข้าทำงานแล้ว ลูกจ้างเหล่านี้จะสามารถแพร่เชื้อเอดส์ไปสู่บุคคลอื่นได้จึงจะเป็นเหตุผลที่จะทำให้ให้ออกจากงานหรือไม่รับเข้าทำงานได้ แต่ถ้าเป็นเหตุผลทางธุรกิจแล้วเห็นว่าทางแก้ปัญหานี้อาจจะทำได้โดยการออกมาตรการห้ามมิให้นายจ้างทุกบริษัททำการตรวจสอบก่อนรับเข้าทำงานเพื่อจะได้ไม่มีบริษัทไหนทราบได้ว่าลูกจ้างของใครมีเชื้อเอดส์หรือไม่ เนื่องจากในขณะนี้ประเทศไทยมีผู้ที่ติดเชื้อเอดส์อยู่เป็นจำนวนมากและส่วนใหญ่เป็นผู้ที่กำลังอยู่ในวัยทำงาน ถ้าผู้ติดเชื้อเอดส์เหล่านี้ต้องสูญเสียงานที่เขามีสิทธิจะได้ทำเป็นจำนวนมากประเทศก็จะเกิดปัญหาการว่างงานรวมทั้งจะก่อให้เกิดปัญหาทางเศรษฐกิจและปัญหาสังคมตามมาอย่างแน่นอน

จากการศึกษาเกี่ยวกับการทำงานของบุคคล 2 กลุ่มข้างต้นจะเห็นได้ว่า มีความแตกต่างกันในรายละเอียดเกี่ยวกับเรื่องสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวของผู้ที่ถูกตรวจสอบเลือก คือ ในกลุ่มที่มีความสัมพันธ์เป็นพิเศษกับรัฐนั้น รัฐมีอำนาจในการทำการตรวจสอบเพื่อหาเชื้อเอดส์ได้เพราะมีกฎหมายหรือข้อบังคับที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามความในพระราชบัญญัติต่างๆ ที่เกี่ยวข้อง นอกจากนี้บุคคลเหล่านี้ยังจะต้องมีความเกี่ยวข้องกับบุคคลอื่นอีกเป็นจำนวนมาก ดังนั้นโอกาสเสี่ยงที่จะมีการแพร่เชื้อไปสู่บุคคลอื่นจึงมีมากเช่นกันจึงจำเป็นต้องมีการตรวจสอบคุณสมบัติในส่วนที่เกี่ยวกับสภาพของร่างกายอย่างละเอียด เพื่อประโยชน์ในการให้ความคุ้มครองสุขภาพของบุคคลทั่วไปอันเป็นหน้าที่ที่รัฐจะต้องกระทำตามรัฐธรรมนูญ แต่สำหรับกลุ่มของลูกจ้างบริษัทเอกชนนั้นความสัมพันธ์ของทั้งสองเกิดขึ้นจากความพึงพอใจในการจ้างซึ่งแตกต่างจากกลุ่มแรก นอกจากนี้ยังมีเหตุผลทางธุรกิจซึ่งถือว่าเป็นเหตุผลที่สำคัญเข้ามาเกี่ยวข้องด้วย จึงทำให้นายจ้างเกิดความกลัวว่าตนเองอาจจะได้รับความเสียหายได้ถ้าหากรับเอาผู้ติดเชื้อเอดส์เข้ามาทำงานด้วย ดังนั้นทางแก้ปัญหาที่ผู้เขียนเห็นว่ารัฐควรจะทำมาตรการห้ามมิให้บริษัทเอกชนทำการตรวจสอบผู้ที่จะรับเข้าทำงานในทุกกรณีเพื่อป้องกันการนำมาใช้อ้างเพื่อโจมตีกันทางธุรกิจ เว้นแต่นายจ้างจะสามารถพิสูจน์ได้ว่าการทำงานของลูกจ้างในบริษัทของตนนั้นสามารถที่จะแพร่เชื้อเอดส์ได้ กรณีดังกล่าวนี้จึงจะสามารถให้ลูกจ้างออกจากงานหรือปฏิเสธการรับเข้าทำงานได้ทั้งนี้ย่อมขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงในชนิดหรือประเภทของงานที่ทำว่ามีความเสี่ยงต่อการแพร่เชื้อเอดส์เพียงใด

### 3. ความรับผิดชอบของผู้แพร่เชื้อเอดส์ในคดีอาญา

บุคคลใดจะต้องรับผิดชอบทางอาญาตามกฎหมายนั้น จะต้องมีการกระทำที่ครบหลักเกณฑ์ตามโครงสร้างของกฎหมายอาญาดังนี้ก่อน คือ

1. ครอบงำประกอบ
2. มีความผิด
3. มีความชั่ว

#### 1. องค์ประกอบ

เป็นลักษณะทางรูปแบบของความผิดทางอาญา ซึ่งกฎหมายอาญาได้บัญญัติลักษณะไว้ในความผิดแต่ละฐาน<sup>15</sup> ประกอบด้วย

1.1 องค์ประกอบภายนอก ได้แก่ ผู้กระทำ ลักษณะการกระทำ กรรมของการกระทำ ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล

1.2 องค์ประกอบภายใน ได้แก่ เจตนา ประมาท มูลเหตุจูงใจ แต่ในความผิดบางฐานไม่จำเป็นต้องกระทำโดยเจตนาหรือประมาทก็เป็นความผิด เช่น ความผิดลหุโทษ และความผิดที่ไม่ต้องการเจตนา<sup>16</sup>

#### 2. ความผิด

การกระทำของผู้กระทำความผิดนั้นจะมีความผิดได้ก็ต่อเมื่อผู้กระทำไม่มีเหตุที่จะกระทำได้ตามกฎหมาย ถ้ามีเหตุที่ให้การกระทำได้ก็ไม่ต้องรับผิดตามกฎหมาย มีอยู่ด้วยกัน 4 อย่าง คือ

2.1 การใช้สิทธิป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย

2.2 มีการสละคุณธรรมทางกฎหมายโดยตัวผู้ถูกกระทำเอง คือ ผู้ถูกกระทำให้ความยินยอม ซึ่งการสละคุณธรรมทางกฎหมายนี้จะต้องเป็นสิ่งที่กฎหมายต้องการคุ้มครองเป็นการส่วนตัวเท่านั้น ถ้าหากกฎหมายต้องการคุ้มครองผลประโยชน์ของส่วนรวมแล้ว ผู้กระทำจะยกเรื่องความยินยอมขึ้นอ้างไม่ได้

2.3 การล่วงละเมิดคุณธรรมทางกฎหมายอย่างหนึ่ง เพื่อรักษาไว้ซึ่งคุณธรรมทางกฎหมายที่เหนือกว่า เช่น การทำแท้งตามมาตรา 305 (1) การเปิดเผยความลับตามมาตรา 323 เป็นต้น

2.4 การใช้สิทธิตามกฎหมายหรือการกระทำหน้าที่ตามกฎหมาย

<sup>15</sup> กมลชัย รัตนสกววงศ์, "สัมมนากฎหมายอาญา (ชั้นปริญญาโท) - พิมพ์ครั้งแรก สำนักพิมพ์นิติธรรม, พฤศจิกายน 2538, หน้า 1-3.

<sup>16</sup> เจตนาในที่นี้หมายถึง เจตนาประสงค์ต่อผลหรือเจตนาเล็งเห็นผล และกระทำโดยรู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิด

<sup>16</sup> เฟิงอั้ง, หน้า 5.

### 3. ความชั่ว

เป็นส่วนที่เรียกว่า “ความรู้ผิดชอบ” ของผู้กระทำผิดหรือสิ่งทีบุคคลในสังคมเห็นว่าเป็นสิ่งที่ไม่ดี ควรตำหนิ ซึ่งถ้าผู้กระทำเป็นผู้ที่ไม่มีความรู้ผิดชอบแล้วผู้นั้นก็ไม่ต้องรับโทษเพราะไม่มีความชั่ว เช่น

3.1 ความไม่รู้ผิดชอบเพราะความอ่อนวัย<sup>17</sup>

3.2 ความไม่รู้ผิดชอบเพราะสภาพจิต<sup>18</sup>

3.3 ความไม่รู้ข้อผิดถูก<sup>19</sup>

หลักในการวินิจฉัยความรับผิดทางอาญาตามโครงสร้างข้างต้นนั้น เริ่มที่การกระทำนั้นจะต้องครบองค์ประกอบ เมื่อพิจารณาแล้วเห็นว่าการกระทำครบองค์ประกอบก็มาพิจารณาเรื่องความรับผิด ว่าผู้กระทำมีเหตุที่จะสามารถทำได้หรือไม่ ต่อจากนั้นก็มาพิจารณาในเรื่องความชั่วของผู้กระทำ ถ้าวินิจฉัยแล้วได้ว่าผู้กระทำมีการกระทำที่ครบโครงสร้างความรับผิดทั้ง 3 ข้อแล้วก็ถือว่าผู้กระทำนั้นมีความผิดเกิดขึ้นแล้ว

สำหรับความผิดเกี่ยวกับการแพร่เชื้อเอชไอวีในประเทศไทยนั้นในขณะนี้ยังไม่มีคำพิพากษาของศาลเป็นบรรทัดฐาน เมื่อพิจารณาถึงผลการกระทำของผู้แพร่เชื้อเอชไอวีแล้ว ผู้กระทำอาจจะต้องรับผิดฐานฆ่าผู้อื่นโดยเจตนา ตามมาตรา 288 หรือฐานฆ่าผู้อื่นโดยไม่เจตนา ตามมาตรา 290 หรือ ฐานทำร้ายร่างกาย ตามมาตรา 295 แล้วแต่กรณีได้ เพราะผลของการแพร่เชื้อเอชไอวีนั้นเป็นเหตุให้มีความตายหรือได้รับอันตรายแก่กายหรือจิตใจเกิดขึ้น แต่เนื่องจากผลของการกระทำผิดดังกล่าวข้างต้นแตกต่างจากผลของการกระทำโดยทั่วไป กล่าวคือความตายหรือการได้รับอันตรายแก่กายหรือจิตใจในกรณีของการได้รับเชื้อเอชไอวีไม่ได้เกิดขึ้นทันทีแต่เป็นเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นในอนาคต ปัญหาจึงอยู่ที่ว่าประมวลกฎหมายอาญามาตรา 288, 290, 295 ของไทยที่ใช้อยู่ในปัจจุบันนี้จะสามารถนำมาใช้ลงโทษผู้แพร่เชื้อเอชไอวีได้ผลเพียงใด ในต่างประเทศนั้นถึงกับต้องมีการออกกฎหมายขึ้นมาใหม่เพื่อนำมาใช้กับกรณีของการกระทำการแพร่เชื้อเอชไอวีโดยเฉพาะ เช่น ประเทศออสเตรเลียในรัฐ Victoria และรัฐ New South Wales ได้ตรากฎหมายเกี่ยวกับความผิดที่เจตนาแพร่โรคร้ายเป็นกรณีพิเศษ คือ Crimes Act 1958 (Vic) Article 19A และ Crimes Act 1900 (N.S.W.) Article 36 ซึ่งมีโทษจำคุกถึง 25 ปี หรือประเทศสหรัฐอเมริกาในหลายมลรัฐได้มีการเพิ่มโรคเอชไอวีเข้าไปในกฎหมายที่เกี่ยวกับการควบคุมโรคติดต่อและมีการกำหนดโทษทางอาญาไว้สูงเช่นเดียวกัน

<sup>17</sup> ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 73,74

<sup>18</sup> ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 65,66

<sup>19</sup> ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 70



### 1. ความผิดฐานฆ่าผู้อื่น ตามมาตรา 288

การแพร่เชื้อเอชไอวีถือว่าเป็นการกระทำอย่างหนึ่งที่เป็นสาเหตุให้ผู้อื่นถึงแก่ความตายได้ไม่ว่าการกระทำของผู้ที่แพร่เชื่อนั้นจะกระทำโดยวิธีใดก็ตาม เช่น การมีเพศสัมพันธ์ การใช้ของมีคมที่มีเชื้อเอชไอวีเป็นต้น เพราะว่าหลังจากที่ผู้อื่นได้รับเชื้อเอชไอวีไปแล้วระยะเวลาหนึ่งบุคคลนั้นก็ต้องตายเนื่องจากเชื่อนั้นอย่างแน่นอน ซึ่งเมื่อเอาการกระทำของผู้แพร่เชื้อเอชไอวีมาพิจารณาตามโครงสร้างความรับผิดทางอาญาแล้วพบว่ามีปัญหาในการวินิจฉัยความรับผิดของผู้แพร่เชื้อ คือ โจทก์ผู้ฟ้องจะต้องพิสูจน์ให้ศาลเห็นว่าจำเลยผู้แพร่เชื่อนั้นเป็นต้นเหตุที่ทำให้เหยื่อที่ถูกกระทำเสียชีวิต นอกจากนี้ในกรณีที่จำเลยไปมีความสัมพันธ์ทางเพศกับเหยื่อจนเป็นเหตุให้เหยื่อเสียชีวิตนั้น ความผิดของจำเลยควรจะเป็นความผิดฐานใดระหว่างความผิดฐานฆ่าผู้อื่นโดยเจตนากับฐานฆ่าผู้อื่นโดยไม่เจตนา เพราะว่าการแพร่เชื้อของจำเลยนั้นเกิดขึ้นระหว่างเวลาหรือเส้นทางของการกระทำที่กฎหมายไม่ถือว่าเป็นความผิด คือ การมีเพศสัมพันธ์ ถ้าหากจำเลยกระทำไปในขณะที่ขาดความรู้ความเข้าใจที่ถูกต้องในสถานการณ์ของการติดเชื้อ ซึ่งถือว่าเป็นเจตนาในส่วนรู้ที่โจทก์จะต้องชี้ให้เห็นว่าจำเลยมีเจตนาฆ่าตามมาตรา 288 รวมทั้งเจตนาในส่วนต้องการของจำเลยว่าจำเลยต้องการให้เหยื่อถึงแก่ความตายหรือไม่ ถ้าโจทก์พิสูจน์ได้ก็สามารถลงโทษจำเลยฐานฆ่าคนตายโดยเจตนาได้ เพราะว่าการมีเพศสัมพันธ์กับผู้อื่นกระทำในขณะที่รู้อยู่แล้วว่าตนเป็นโรคเอชไอวีนั้นถือว่าเป็นการใช้อาวุธที่ทำให้คนอื่นถึงแก่ความตายโดยการใช้เชื้อเอชไอวีเป็นเครื่องมือแต่ถ้าหากโจทก์พิสูจน์ไม่ได้ว่าในขณะที่จำเลยกระทำการแพร่เชื้อเอชไอวีนั้นจำเลยมีเจตนาฆ่า จำเลยก็มีความผิดเพียงแค่ฐานพยายามฆ่าผู้อื่นตามมาตรา 288 ประกอบกับมาตรา 80 เท่านั้น จะเห็นได้ว่าเจตนาของผู้กระทำนั้นเป็นสิ่งที่ยากลำบากในการพิสูจน์เพราะเป็นเรื่องของจิตใจ ดังนั้นในการที่จะพิจารณาว่าผู้กระทำนั้นต้องการที่จะให้เหยื่อที่รับเชื้อจากตนนั้นถึงแก่ความตายหรือไม่ เมื่อไม่อาจที่จะทราบโดยชัดแจ้งได้ว่าผู้แพร่เชื่อนั้นมีเจตนาหรือไม่ก็ต้องมาพิจารณาจากหลัก “กรรมเป็นเครื่องชี้เจตนา” แทน ซึ่งปัญหาในเรื่องของเจตนาที่ไม่ใช่ปัญหาของกฎหมายอาญาแต่เป็นปัญหาของการซึ่งนำหลักพยานหลักฐาน ซึ่งในการวินิจฉัยนั้นจะพิจารณาจากความร้ายแรงของอาวุธที่ใช้ประกอบกับลักษณะของการกระทำ เช่น ด้อย่างแรง แหว่งอย่างแรง และตำแหน่งของร่างกายที่ถูกกระทำ เป็นต้น<sup>20</sup> สำหรับทางเลือกอื่นที่อาจจะนำมาพิจารณาในการตั้งฐานความผิดของจำเลยได้อีกก็คือความผิดฐานทำร้ายร่างกายและความผิดฐานฆ่าคนตายโดยไม่เจตนา

## จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

<sup>20</sup> คณิต ณหกร , กฎหมายอาญาคความผิด , กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ , 2531 , หน้า 48.

## 2. ความผิดฐานทำร้ายร่างกาย ตามมาตรา 295,297(7)

การทำร้ายร่างกายหมายถึง การกระทำโดยเจตนาหรือประมาทเป็นเหตุให้บุคคลอื่นได้รับอันตรายแก่กายหรือจิตใจ องค์ประกอบภายนอกของการกระทำผิดฐานนี้คือ การทำร้ายซึ่งอาจจะเป็นการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งดังต่อไปนี้

2.1 การกระทำโดยมิชอบต่อกาย ทั้งนี้จะเกิดความเจ็บปวดหรือไม่สำคัญ เช่นการตัดผมหรือหนวดของผู้อื่นก็ถือว่าเป็นการทำร้ายร่างกายผู้อื่นได้เหมือนกัน

2.2 การทำให้เสียสุขภาพอนามัย กล่าวคือ การก่อหรือเร่งสภาวะอันผิดปกติทางกายหรือจิตใจ แม้จะเป็นเพียงชั่วคราว เช่น ทำให้หมดสติหรือมีเมาก็อยู่ในความหมายของการทำร้าย นอกจากนั้นการนำเชื้อโรคมาสู่ผู้อื่นก็เป็นการทำร้ายเช่นกัน<sup>21</sup>

ดังนั้นการกระทำการแพร่เชื้อเอชไอวีจึงถือว่าเป็นการทำร้ายร่างกายตามความหมายนี้ แต่เนื่องจากพฤติกรรมที่เป็นเหตุให้มีการแพร่เชื้อเกิดขึ้นนั้น ส่วนใหญ่แล้วมักจะเกิดจากการมีเพศสัมพันธ์กันของคู่นี้ ดังนั้นความยินยอมของเหยื่อผู้ถูกกระทำจึงมักจะถูกนำมาอ้างเพื่อยกเว้นความผิดของผู้แพร่เชื้อเอชไอวีด้วยเสมอว่าผู้กระทำนั้นกระทำไปโดยได้รับความยินยอมจากเหยื่อผู้ถูกกระทำ<sup>22</sup> อันเป็นเหตุให้ผู้แพร่เชื่อนั้นมีอำนาจกระทำได้และเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย<sup>23</sup> แต่ความยินยอมดังกล่าวนี้จะต้องเป็นความยินยอมอันบริสุทธิ์ปราศจากการหลอกลวง ช่มชู้ หรือวิธีการอันมิชอบประการอื่นเพราะมิฉะนั้นความยินยอมนั้นก็จะเสียไป ดังนั้นถ้าหากว่าการมีเพศสัมพันธ์ของผู้แพร่เชื้อเอชไอวีนี้เกิดจากการที่ตนไม่ได้บอกกล่าวความจริงว่าตนเองมีเชื้อเอชไอวีแล้ว ก็จะทำอย่างไรให้เหยื่อผู้ถูกกระทำให้ความยินยอมไม่ได้ เพราะการที่

<sup>21</sup> คณิต ธีเนคร , เฟิงอั้ง , หน้า 62.

<sup>22</sup> รายละเอียดเกี่ยวกับเรื่องความยินยอมในการกระทำผิดทางอาญา ที่จะถูกนำมาใช้ในการพิจารณาคดีของศาลว่าผู้กระทำได้กระทำไปโดยได้รับความยินยอมจากผู้ถูกกระทำหรือไม่นั้นสามารถดูได้จากวิทยานิพนธ์ปริญญาโทนิติศาสตร์ ภาควิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ของนาย กมลชัย รัตนสกาววงศ์ หน้า 11-12.

<sup>23</sup> ในปี พ.ศ.2530 มีมลรัฐในสหรัฐอเมริกา 7 มลรัฐ ได้แก่ นิวเจอร์ซีย์ โคโลราโด คอนเน็คติคัต ฟลอริดา โอดาโฮ อินเดียนา และมินเนโซตา กำหนดให้ผู้ป่วยด้วยโรคเอดส์จะต้องบอกสภาพการป่วยของตนให้คู่สัมพันธ์ทางเพศทราบก่อนการมีเพศสัมพันธ์ มิฉะนั้นต้องได้รับโทษ โดยในมลรัฐนิวเจอร์ซีย์กำหนดโทษไว้หนักสุด คือ ถูกปรับถึง 75,000 เหรียญและจำคุก 5 ปี อ้างจาก วิษณุ เครืองาม , "มาตรการทางกฎหมายในการป้องกันและควบคุมโรคเอดส์ : ศึกษาจากประสบการณ์ของสหรัฐอเมริกา " , อ้างแล้ว , หน้า 84.

เหยื่อผู้ถูกระงับการกระทำที่มีเพศสัมพันธ์ด้วยนั้น มิใช่ว่าจะยินยอมรับเชื้อเอดส์เข้ามาด้วยฉะนั้นจึงถือว่าเหยื่อผู้ถูกระงับการกระทำไม่ได้ให้ความยินยอม ผู้แพร่เชื้อเอดส์จึงต้องรับผิดชอบทำให้ร้ายร่างกายผู้อื่นตามมาตรา 295 หรืออาจจะต้องรับโทษหนักขึ้นตามมาตรา 297(7) ได้เพราะว่าเหยื่อนั้นจะต้องป่วยเจ็บเรื้อรังไปตลอดชีวิต

### 3. ความผิดฐานฆ่าผู้อื่นโดยไม่เจตนา ตามมาตรา 291

องค์ประกอบภายนอกของความผิดฐานนี้มีลักษณะเช่นเดียวกับความผิดฐานทำร้ายร่างกายตามมาตรา 295 ทุกประการต่างกันตรงที่ผลของการกระทำความผิด คือ ผลของการกระทำความผิดตามมาตรา 295 นั้นเป็นเพียงแค่อันตรายแก่กายหรือจิตใจเท่านั้น แต่ผลของการกระทำตามมาตรา 290 นี้คือความตายของผู้ถูกระงับการกระทำอันเนื่องมาจากการทำร้าย ดังนั้นในกรณีของผู้แพร่เชื้อเอดส์นี้ถ้าหากว่าเจตนาของผู้แพร่เชื้อในตอนแรกแม้ว่าจะมีเจตนาเพียงทำให้ผู้อื่นได้รับเชื้อเท่านั้นโดยไม่ได้มีเจตนาที่จะทำให้ผู้อื่นตายจากการแพร่เชื่อดังกล่าว ซึ่งในทางกฎหมายนั้นถือว่าเป็นการทำร้ายร่างกายแล้วแต่ปรากฏว่าต่อมาภายหลังผู้ที่ได้รับเชื้อนั้นได้เสียชีวิตลงจากเชื้อเอดส์ที่ได้รับ แม้ว่าการเสียชีวิตนั้นจะกินเวลาหลายปีก็ตามก็ยังถือว่าเป็นผลเนื่องมาจากการกระทำของผู้แพร่เชื้อ ดังนั้นในกรณีนี้ผู้แพร่เชื้อจึงต้องรับผิดชอบฆ่าผู้อื่นโดยไม่เจตนาตามมาตรา 290

ในเรื่องของผลของการกระทำความผิดตามมาตรา 291 นี้ มีความเห็นของนักนิติศาสตร์แยกเป็น 2 แนวทางด้วยกันคือ

ความเห็นแรก เห็นว่า ความผิดฐานนี้เป็นผลของการกระทำที่ผู้กระทำต้องรับโทษหนักขึ้น คือรับโทษหนักขึ้นจากการทำร้ายร่างกายธรรมดาตามมาตรา 295 และมาตรา 297 แต่การรับโทษหนักขึ้นเนื่องจากผลของการกระทำนี้ข้อสำคัญที่ต้องพิจารณาตามมาตรานี้ คือ ความตาย ซึ่งจะต้องเป็นผลมาจากการกระทำของผู้กระทำตามหลักผลธรรมดา มาตรา 63<sup>24</sup> ด้วย ความเห็นแรกนี้เป็นความเห็นของนักนิติศาสตร์ส่วนใหญ่

ศูนย์วิทยทรัพยากร

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

<sup>24</sup> คณิต ฒ นคร , อ้างแล้ว , หน้า 70.

อุทิศ แสนโกศิก , คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา , กรุงเทพฯ : จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย , 2518 หน้า 7.

หยุด แสงอุทัย , คำสอนชั้นปริญญาตรี คณะนิติศาสตร์ กฎหมายอาญา ภาค 2-3 , กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ , 2523 หน้า 296.

ความเห็นที่สอง เห็นว่า การที่ประมวลกฎหมายอาญาบัญญัติความผิดฐานฆ่าคนตายโดยไม่เจตนาไว้ในมาตรา 290 ในหมวดความผิดต่อชีวิตตามแบบอย่างกฎหมายอังกฤษ มิได้บัญญัติไว้ในหมวดความผิดต่อร่างกายอย่างกฎหมายฝรั่งเศสจึงแสดงว่าไม่ถือเป็นเหตุทำให้ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนักขึ้นจากการทำร้ายร่างกายตามมาตรา 295 แต่เป็นเหตุทำให้ผู้กระทำความผิดได้รับโทษน้อยกว่าการฆ่าคนตายโดยเจตนา

จากความเห็นทั้งสองนี้ผู้เขียนมีความเห็นตามแนวความคิดแรกที่ว่า การฆ่าคนตายโดยไม่เจตนาเป็นการกระทำที่ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนักขึ้นจากการทำร้ายร่างกายธรรมดา เพราะว่าความผิดฐานฆ่าคนตายโดยไม่เจตนาที่ใช้ในกรณีที่ผู้กระทำความผิดไม่ได้มีเจตนาฆ่าผู้อื่นแต่อย่างใดเพียงแต่มีเจตนาทำร้ายร่างกายเท่านั้นแต่ผลที่เกิดทำให้ผู้เสียหายถึงแก่ความตาย จึงปรับให้เป็นการที่ต้องรับโทษเบาลงจากความผิดฐานฆ่าคนตายโดยเจตนาไม่ได้เพราะเจตนาของผู้กระทำนั้นเป็นเจตนาคนละอย่างกัน

#### 4. ปัญหาในการทำแท้งของหญิงมีครรภ์ที่ติดเชื้อเอชไอวี

การทำแท้งตามกฎหมายความว่า การทำให้ทารกซึ่งปฏิสนธิแล้วในครรภ์มารดา ไม่มีชีวิตอยู่รอดจนมีสภาพบุคคล การที่กฎหมายบัญญัติให้การกระทำให้แท้งลูกเป็นความผิดเนื่องมาจากค่านึงถึงศาสนาและศีลธรรมเป็นสำคัญ และได้กำหนดให้การกระทำให้แท้งลูกเป็นความผิดทางอาญา แต่ก็ยอมให้กระทำได้เฉพาะในบางกรณีและโดยบุคคลที่มีคุณสมบัติตามที่กำหนดเท่านั้น โดยกำหนดไว้ในมาตรา 305 (1) และ(2)<sup>25</sup> กรณีอื่นนอกจากนี้กฎหมายไม่อนุญาตให้มีการทำแท้งโดยเด็ดขาด จะเห็นได้ว่าการทำแท้งจะไม่ผิดกฎหมายได้ ก็แต่เฉพาะในกรณีที่มารดาประสบอันตรายต่อสุขภาพหรือในกรณีที่มารดาตั้งครรภ์เนื่องจากการถูกข่มขืนเท่านั้น แต่ในปัจจุบันยุคที่โรคเอดส์ได้แพร่ระบาดเข้าสู่สถาบันครอบครัว โดย

(ต่อ) สัจจวนิช, ถ้อยคำประมวลกฎหมายอาญาด้านความผิดเกี่ยวกับชีวิตและร่างกาย ความผิดเกี่ยวกับทรัพย์ และความผิดเกี่ยวกับเสรีภาพและชื่อเสียง, กรุงเทพฯ : กรุงเทพมหานครพิมพ์, 2528, หน้า 9-10.  
<sup>25</sup> มาตรา 305 บัญญัติว่า ถ้าการกระทำความผิดดังกล่าวในมาตรา 301 และมาตรา 302 นั้นเป็นการกระทำของนายแพทย์และ

- 1) จำเป็นต้องกระทำเนื่องจากสุขภาพของหญิงนั้น หรือ
- 2) หญิงมีครรภ์เนื่องจากการกระทำความผิดอาญาตามที่บัญญัติไว้ใน  
 มาตรา 276 มาตรา 277 มาตรา 282 มาตรา 283 และมาตรา 284  
 ผู้กระทำความผิดไม่มีความผิด

การแพร่จากสามีสู่ภรรยา ซึ่งเมื่อภรรยาที่ได้รับเชื้อเอ็ดส์ตั้งครรรภ์ขึ้นมาแล้วปล่อยให้ครรรภ์ดำเนินต่อไป โอกาสที่ทารกที่จะเกิดมาได้รับเชื้อเอ็ดส์นั้นมีถึงร้อยละ 30-50 และในปัจจุบันก็จะเห็นได้ว่ามีรายงานทารกที่เกิดจากมารดาที่ติดเชื้อเอ็ดส์แล้วเป็นจำนวนมากมาย โดยในจำนวนนี้จะมีทารกที่ติดเชื้อเอ็ดส์และต้องเสียชีวิตในเวลาต่อมาไม่นานส่วนที่เหลือก็จะกลายเป็นเด็กกำพร้าหลังจากที่บิดามารดาของเด็กเหล่านี้เสียชีวิตลง ซึ่งเด็กเหล่านี้ก็จะได้รับผลกระทบที่ไม่เป็นผลดีต่อการพัฒนาการของชีวิตเลย ดังเช่น กรณีของเด็กชายที่พ่อแม่เสียชีวิตลงเนื่องจากโรคเอ็ดส์ เด็กชายผู้นี้ไม่สามารถที่จะมาโรงเรียนได้เนื่องจากได้ถูกกล่าวหาว่าจะนำเชื้อเอ็ดส์มาสู่ผู้อื่นและถูกชาวบ้านตั้งข้อรังเกียจเรียกเด็กว่า "ไอ้ตัวเอ็ดส์" ไม่ยอมขายของให้<sup>26</sup> และจากการศึกษาของนักวิจัยชื่อ Frossman และ Thurwe ได้ทำการศึกษาเกี่ยวกับสุขภาพจิตและการปรับตัวทางสังคม ระดับการศึกษาของเด็กที่ไม่เพียงปรารถนาของมารดาในประเทศสวีเดน พบว่าเด็กเหล่านี้มีปัญหาทางสังคมและปัญหาทางจิตมาก ต้องปรึกษาจิตแพทย์และเข้าโรงพยาบาลเพื่อทำการบำบัดรักษาทางจิตถึงร้อยละ 28 ในขณะที่กลุ่มเด็กในครอบครัวที่สมบูรณ์มีเพียงร้อยละ 15 ที่มีปัญหาทางด้านนี้ สาเหตุที่เป็นเช่นนี้เนื่องจากเด็กที่ไม่เป็นที่พึงปรารถนาของมารดามักถูกทอดทิ้งและไม่ได้รับการเลี้ยงดูเอาใจใส่อย่างเพียงพอ<sup>27</sup> จากสภาพปัญหาเหล่านี้ จึงมีแนวโน้มที่กลุ่มหญิงมีครรรภ์ที่ติดเชื้อเอ็ดส์เหล่านี้มีความต้องการที่จะทำแท้งมากขึ้น

สำหรับในเรื่องของการทำแท้งในหญิงมีครรรภ์ที่ติดเชื้อเอ็ดส์นี้ ทางกระทรวงสาธารณสุขได้เคยมีการนำเรื่องนี้เสนอไปยังสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาเพื่อขอคำปรึกษาว่าจะสามารถทำแท้งหญิงมีครรรภ์ในกรณีติดเชื้อเอ็ดส์ได้หรือไม่ ซึ่งทางคณะกรรมการกฤษฎีกา(คณะกรรมการร่างกฎหมายคณะที่ 5) ก็ได้ให้ความเห็นออกมา ซึ่งพอที่จะสรุปได้ดังนี้คือ ปัญหาว่าแพทย์จะอาศัยมาตรา 305(1) แห่งประมวลกฎหมายอาญาทำให้หญิงที่เป็นโรคเอ็ดส์แท้งลูกโดยไม่มีคามผิดได้หรือไม่นั้น ประมวลกฎหมายอาญาได้บัญญัติให้ตนเองแท้งลูกหรือยอมให้บุคคลอื่นทำให้ตนเองแท้งลูกหรือผู้ที่ทำให้หญิงแท้งลูก เป็นผู้กระทำความผิดฐานทำให้แท้งลูกและต้องรับโทษทางอาญาตามที่กฎหมายกำหนด (มาตรา 301-303) และประมวลกฎหมายอาญาได้บัญญัติยกเว้นให้ผู้กระทำความผิดฐานทำให้แท้งลูกในมาตรา 301 และมาตรา 302 ไม่ต้องมีความผิดไว้ในมาตรา 305 ถ้าการกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำของแพทย์และจำเป็นต้อง

## จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

<sup>26</sup> หนังสือพิมพ์เดลินิวส์ ฉบับวันที่ 8 มิถุนายน 2533

<sup>27</sup> สุดำรัตน์ ศุภพิพัฒน์และคณะ , "การแสวงหาประโยชน์จากสตรีไทยกับปัญหาสิทธิมนุษยชน" , กรุงเทพมหานคร : มูลนิธิโครงการตำราสังคมศาสตร์และมนุษยศาสตร์ และสถาบันไทยคดีศึกษา มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ , 2527 , หน้า 42.



กระทำเนื่องจากสุขภาพของหญิงนั้นหรือหญิงมีครรภ์เนื่องจากการกระทำผิดอาญาตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 276 , 277 , 282 , 283 หรือ มาตรา 284 การตีความมาตรา 305 ซึ่งเป็นบทยกเว้นความผิดดังกล่าวในประมวลกฎหมายอาญาจึงต้องตีความโดยเคร่งครัด บทยกเว้นที่ว่า " จำเป็นต้องกระทำเนื่องจากสุขภาพของหญิงนั้น " ตามมาตรา 305(1) จึงหมายความว่า แพทย์อาจทำให้หญิงแท้งลูกโดยไม่มีความผิดเฉพาะกรณีที่จำเป็น เนื่องจากการมีครรภ์จะเป็นอันตรายต่อสุขภาพของหญิงนั้นเท่านั้น แต่ไม่หมายรวมถึงสุขภาพของทารกที่จะเกิดมาแต่อย่างใดด้วย กรณีที่จะถือว่าการมีครรภ์จะเป็นอันตรายต่อสุขภาพของหญิงหรือไม่ จึงเป็นข้อเท็จจริงที่แพทย์จะต้องวินิจฉัยเป็นกรณีๆ ไป สำหรับกรณีที่หารือนี้เมื่อข้อเท็จจริงปรากฏจากคำชี้แจงของผู้แทนกระทรวงสาธารณสุขและผู้แทนแพทย์สภาว่า โรคเอดส์เป็นโรคที่รักษาไม่หายและผู้เป็นโรคเอดส์จะต้องตายเนื่องจากโรคดังกล่าวในที่สุด การทำให้หญิงที่เป็นโรคเอดส์แท้งลูกจึงไม่ใช่กรณีจำเป็นต้องกระทำเนื่องจากสุขภาพของหญิงนั้น เพราะแม้ว่าจะทำให้หญิงแท้งลูกแล้ว หญิงที่เป็นโรคเอดส์นั้นก็ยังไม่หายจากโรคเอดส์ได้และก็จะตายเนื่องจากโรคดังกล่าวในที่สุด คณะกรรมการกฤษฎีกา จึงเห็นว่าแพทย์ไม่อาจอาศัยมาตรา 305(1) แห่งประมวลกฎหมายอาญา ทำให้หญิงที่เป็นโรคเอดส์แท้งลูกได้โดย " ไม่มีความผิด " <sup>28</sup>

จากข้อความข้างต้นนี้จะเห็นได้ว่า คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะกรรมาธิการร่างกฎหมายคณะที่ 5) นั้นตีความโดยเคร่งครัดจนเกินไป ซึ่งถ้ามองในแง่ของความรู้สึกนึกคิดของบุคคลทั่วไปแล้ว ดูจะเป็นการโหดร้ายสำหรับหญิงที่ติดเชื้อเอดส์ในขณะที่ตั้งครรภ์เป็นอย่างมาก เพราะว่า หญิงที่ติดเชื้อเอดส์ในขณะตั้งครรภ์นั้นจะต้องมีความทุกข์เป็นทุนเดิมอยู่แล้ว เนื่องจากกลัวว่าการที่ตนเองติดเชื้อเอดส์นี้ เชื้ออาจจะแพร่ไปสู่บุตรที่อยู่ในครรภ์ได้ จึงเป็นการสร้างแรงกดดันทางจิตใจให้กับหญิงที่ติดเชื้อเอดส์เป็นอย่างมาก และจากการศึกษาผลของการตั้งครรภ์ต่อโรคเอดส์ โดยเฉพาะการศึกษาหญิงตั้งครรภ์ที่ตั้งครรภ์ที่ติดเชื้อเอดส์โดยยังไม่มีอาการ พบว่าการตั้งครรภ์ไม่มีผลต่อโรคในระยะนี้ แต่ถ้าหญิงผู้นั้นเริ่มมีอาการและสุขภาพทรุดโทรมแล้ว การตั้งครรภ์ซึ่งเป็นการระหนักของร่างกายย่อมมีผลต่อโรคเอดส์นี้ด้วย <sup>29</sup> นอกจากนี้ถ้าหากว่าทั้งบิดาและมารดาของเด็กเสียชีวิตในเวลาต่อมา ก็จะทำให้เป็นการสร้างปัญหาสังคมขึ้นมาอย่าง

สุขภาพของหญิงตามมาตรา 305 นี้ไม่ควรจะพิจารณาเฉพาะแต่สุขภาพทางกายของหญิงเท่านั้นแต่ควรพิจารณาถึงสุขภาพทางจิตใจและความจำเป็นอันเนื่องมาจากภาวะเศรษฐกิจและสังคมด้วย

<sup>28</sup> วิสุรีย์ อึ้งประพันธ์ , " การทำแท้งในหญิงตั้งครรภ์ที่ติดเชื้อเอดส์ " , สารศิริราช , ปีที่ 43 ฉบับที่ 6 มิถุนายน , 2534 , หน้า 426.

<sup>29</sup> สุพร เกิดสว่าง , " การติดเชื้อเอดส์ในหญิงวัยเจริญพันธุ์ " , เอกสารประกอบการสัมมนาระดับชาติ เรื่องโรคเอดส์แห่งชาติ ครั้งที่ 1 กระทรวงสาธารณสุข , 2534 , หน้า 5.

ต่อเนื่องดังเช่นตัวอย่างที่ยกไว้ข้างต้น ดังนั้น หากให้แพทย์สามารถที่จะทำแท้งให้ได้ก็จะสามารถช่วยลดความ กดดันต่างๆ ของหญิงมีครรภ์ซึ่งย่อมส่งผลดีต่อสุขภาพของหญิงมีครรภ์ด้วยและยังช่วยไม่มีปัญหาสังคมอื่นๆติดตามมา แต่เมื่อพิจารณาตามบทบัญญัติของกฎหมายตามที่คณะกรรมการกฤษฎีกาได้พิจารณาตีความไว้ั้นพบว่า การที่หญิงมีครรภ์ที่ติดเชื้อเอชไอวียอมให้แพทย์ทำแท้งนั้น มีความผิดตามมาตรา 301 และแพทย์ผู้ทำแท้งก็มีความผิดตามมาตรา 302 ด้วย เห็นได้ว่าออกจะไม่เป็นธรรมแก่แพทย์ผู้ทำแท้งนัก เพราะเมื่อพิจารณาโครงสร้างความผิดทางอาญาของมาตรา 305 แล้ว แพทย์สามารถที่จะทำแท้งให้หญิงมีครรภ์ได้ เนื่องจากความจำเป็นตามหลักความได้สัดส่วนกันของสิ่งที่กฎหมายต้องการจะคุ้มครอง กล่าวคือ ในมาตรา 305 นี้คุณธรรมทางกฎหมายที่กฎหมายต้องการจะคุ้มครองคือชีวิตของทารกในครรภ์ ในขณะที่เดียวกันแพทย์ก็ต้องรักษาความปลอดภัยในชีวิตและร่างกายของมารดาด้วย จึงทำให้เกิดประโยชน์สองอย่างมาปะทะกันที่แพทย์จะต้องเลือกและการเลือกทำลายประโยชน์ที่ด้อยกว่าเพื่อรักษาประโยชน์ที่เหนือกว่าและเป็นทางเลือกเดียวนั้น ถือว่าเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย<sup>30</sup>

สำหรับปัญหาในเรื่องการทำแท้งในหญิงมีครรภ์ที่ติดเชื้อเอชไอวี ได้มีการกล่าวถึงกันมานานแล้วซึ่งมีทั้งผู้ที่เห็นด้วยและไม่เห็นด้วย เช่น คุณหญิงสมศรี กันธมาลา อดีตอธิบดีกรมประชาสงเคราะห์ ได้มีการเสนอให้หญิงมีครรภ์ที่ติดเชื้อเอชไอวีสามารถทำแท้งได้โดยเสรี เนื่องจากว่าไม่เป็นการดีกับเด็กที่จะคลอดออกมาแม้ว่าเด็กนั้นจะไม่ได้เสียชีวิตในทันทีเพราะโรคเอชไอวีก็ตาม แต่การที่เด็กต้องเสี่ยงกับการติดเชื้อหรือพิการ เป็นการสร้างปมด้อยและการทรมานให้กับเด็กอีกทั้งยังเป็นปัญหาต่อสังคมด้วยกรณีปัญหาเหล่านี้กลับไม่มีใครมองเห็น ในขณะที่ผู้ที่คัดค้านมีความเห็นว่าจากสถิติข้อมูลทางการแพทย์ที่ว่าหญิงมีครรภ์ที่ติดเชื้อเอชไอวีนั้น ทารกที่เกิดมามีโอกาสติดเชื้อเอชไอวีเพียงร้อยละ 30 เท่านั้น ที่เหลืออีกร้อยละ 70 จะไม่ติดเชื้อจากมารดาเพราะฉะนั้นเด็กที่เกิดมามีประมาณ 2 ใน 3 จะเป็นเด็กที่ปกติ<sup>31</sup> จึงจะเหมาะสมหากว่าถ้าหากมารดาติดเชื้อเอชไอวีแล้วจะต้องมีการทำแท้งทุกคนจึงไม่น่าจะทำได้ นอกจากนี้ก็ยังมีนักวิชาการท่านหนึ่ง<sup>32</sup> ให้ความเห็นว่าไม่ควรให้ทำแท้งเพราะว่า เด็กที่เกิดมาจากบิดามารดาที่ติดเชื้อเอชไอวีและเสียชีวิตในเวลาต่อมานั้น ไม่จำเป็นว่าเด็กเหล่านี้ทุกคนจะสร้างปัญหาให้กับสังคมเสมอไป พวกเขาอาจจะมีความดีที่น้องที่มีฐานะดีสามารถที่จะเลี้ยงดูและอบรมสั่งสอนให้สามารถดำรงชีวิตในสังคมได้ นอกจากนี้ยังเป็นการสร้างแรงกระตุ้นให้สังคมรู้สึกว่าการระบาดของโรคเอชไอวีนั้นมันร้ายแรงเพียงใด เพราะถ้าหากว่ายอมให้มีการทำแท้งกันได้เนื่องจากมารดาติดเชื้อเอชไอวีแล้ว ก็จะทำให้ไม่มีการคิดที่จะทำการแก้ไขปัญหากันที่ต้น

<sup>30</sup> คณิต ฒ นคร , อ้างแล้ว , หน้า 26.

<sup>31</sup> หนังสือพิมพ์ไทยรัฐ ฉบับวันที่ 13 มกราคม 2535

<sup>32</sup> จากการสัมภาษณ์ นายแพทย์ สมบัติ แทนประเสริฐสุข

เหตุของการติดเชื้อ แต่มามุ่งที่จะแก้ไขปัญหากันที่ปลายเหตุกันเพียงอย่างเดียวและมองว่าเป็นการทำให้ศีลธรรมที่มีอยู่ของประเทศจะต้องเสื่อมลง ซึ่งในกรณีนี้ก็มิมีผู้ที่แย้งว่าการที่เปิดโอกาสให้มีการทำแท้งมากขึ้นนั้นจะขัดกับศีลธรรมหรือไม่ ไม่สามารถนำเอาพฤติกรรมการทำแท้งมาพิจารณาเพียงอย่างเดียวได้ จะต้องนำเอาสภาพความเป็นจริงของสังคมที่เกี่ยวข้องกับปัญหานี้ทั้งหมดมาพิจารณาพร้อมกันไปด้วยและล้าหลังแต่การมีกฎหมายห้ามทำแท้งหรือห้ามการกระทำต่างๆ ที่ผิดศีลธรรมคงไม่สามารถทำให้ศีลธรรมในสังคมสูงขึ้นไปได้ การที่หญิงคนหนึ่งต้องตัดสินใจทำแท้งนั้นเป็นสิ่งที่เจ็บปวดอยู่แล้ว คงไม่มีหญิงคนไหนที่ต้องการท้องเพื่อที่จะทำแท้งผู้หญิงบางคนอาจจะยอมที่จะถูกตราหน้าว่าผิดศีลธรรมแต่ไม่ยอมที่จะให้เด็กที่เกิดมาต้องผจญกับสังคมที่โหดร้ายที่ตนเองไม่พร้อมที่จะให้การดูแลที่ดีได้<sup>33</sup> โดยเฉพาะอย่างยิ่งถ้าเด็กนั้นออกมาพร้อมกับการติดเชื้อเอชไอวีก็จะทำให้เด็กนั้นมีปัญหามากขึ้น เพื่อแก้ปัญหาข้างต้นจึงมีบางฝ่ายเห็นว่าการถึงเวลาแล้วที่จะต้องมีการพิจารณาออกกฎหมายอนุญาตให้มีการทำแท้งโดยเสรี ดังเช่นประเทศอื่น เช่น ประเทศญี่ปุ่นที่มีการออกกฎหมายอนุญาตให้หญิงสามารถทำแท้งได้อย่างเสรีโดยการทำแท้งในญี่ปุ่นนั้นจะเป็นการทำแท้งที่ต้องจดทะเบียนด้วย ซึ่งสถิติการทำแท้งนั้นมีอัตรา 11.8 รายต่อสตรีในวัยเจริญพันธ์ 1,000 คน (อายุ 15-49 ปี) และเคยมีอัตราเพิ่มสูงถึง 50.2 ราย<sup>34</sup> ซึ่งการเปิดโอกาสให้ทำแท้งโดยเสรีนี้ก็ไม่ได้ทำให้ศีลธรรมของประเทศญี่ปุ่นเสื่อมทรามลงแต่อย่างใดแต่กลับจะมีประโยชน์มากกว่า คือ หญิงนั้นจะมีความปลอดภัยมากกว่าที่จะต้องไปลักลอบทำแท้งเถื่อนที่มีเครื่องมือที่ไม่สะอาดและทำไม่ถูกต้องตามหลักวิชาการอันทำให้หญิงต้องเสียชีวิตเนื่องจากการติดเชื้อหรือตกเลือดเป็นจำนวนมากในปัจจุบัน

จากเหตุผลต่างๆข้างต้นจะเห็นได้ว่าเหตุผลทั้งของฝ่ายที่สนับสนุนให้มีการทำแท้งและฝ่ายที่คัดค้านการทำแท้งต่างก็เป็นเหตุผลที่น่าวัดพิงทั้งสิ้น แต่ผู้เขียนเห็นว่าเห็นควรที่จะต้องมีการปรับปรุงมาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับเรื่องการทำแท้งที่บัญญัติอยู่ในมาตรา 305 โดยการเพิ่มประเด็นที่ให้แพทย์สามารถที่จะทำแท้งได้โดยไม่ผิดกฎหมายถ้าหากว่าหญิงนั้นตั้งครภ์ในขณะที่ติดเชื้อโรคร้ายแรงอันจะมีผลให้ทารกได้รับอันตรายจากเชื้อโรคนั้นได้ แม้ว่าตามความเป็นจริงแล้วทารกที่อยู่ในครรภ์นั้นโอกาสที่จะติดเชื้อจะมีเพียงแค่ 30% แต่ในวิทยาการทางการแพทย์ในปัจจุบันก็ยังไม่สามารถที่จะตรวจสอบได้ว่าทารกคนไหนที่อยู่ในกลุ่ม 30% จึงเป็นการไม่ยุติธรรมที่จะปล่อยให้หญิงมีครรภ์ที่ติดเชื้อเอชไอวีต้องรับภาระตรงนี้แต่เพียงผู้เดียวเพราะว่าถ้าหากทารกที่คลอดออกมานั้นติดเชื้อเอชไอวีแล้วสังคมเองก็ไม่ได้ให้การยอมรับประกอบกับรัฐเองก็ไม่มีมาตรการที่จะการให้ความช่วยเหลือ ดังนั้นเพื่อให้สอดคล้องกับสภาพความเป็นจริง

<sup>33</sup> กิตติพงษ์ กิตยารักษ์ , "จุฬา-วิไลสนา มาตรการทางกฎหมายกับปัญหาการทำแท้ง" , วารสารนิติศาสตร์ ปีที่ 24 ฉบับที่ 3 กันยายน 2537 , หน้า 627-628.

<sup>34</sup> หนังสือพิมพ์มติชน ฉบับวันที่ 22 มิถุนายน 2537 หน้า 17.

ของสังคมในปัจจุบันจึงควรเปิดโอกาสให้หญิงมีสิทธิที่จะตัดสินใจเกี่ยวกับครรภ์ของตนเองมากขึ้น แต่ทั้งนี้ ก็ควรที่จะต้องมีการกำหนดกระบวนการในการตัดสินใจของหญิงไว้ด้วย คือ จะต้องไม่ปล่อยให้หญิงนั้น ต้องตัดสินใจเพียงลำพังแต่อาจจะต้องประกอบด้วยแพทย์อย่างน้อย 2 คน นักสังคมสงเคราะห์ นักจิตวิทยา เป็นต้น ร่วมกันในการตัดสินใจทำแท้งนอกจากนี้จะต้องมีการปรับปรุงมาตรการทางสังคมและเศรษฐกิจไปพร้อมๆ กัน เช่น ยกระดับศีลธรรมของคนในสังคม ลดแหล่งอบายมุขและสิ่งยั่วเย้าต่างๆ ที่เป็นเหตุให้มีความสัมพันธ์ทางเพศ พัฒนาเศรษฐกิจและการกระจายรายได้ ให้ความรู้เรื่องเพศศึกษา เป็นต้น เพียงเท่านี้ก็เชื่อว่าจะทำให้ปัญหาเกี่ยวกับการทำแท้งลดลงได้



## ศูนย์วิทยทรัพยากร จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย