

(๒๓)

คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ



ในพระปรมาภิไธยพระมหากษัตริย์

ศาลรัฐธรรมนูญ

คำวินิจฉัยที่ ๔/๒๕๖๓

เรื่องพิจารณาที่ ต. ๔๕/๒๕๖๑

วันที่ ๑๙ เดือน กุมภาพันธ์ พุทธศักราช ๒๕๖๓

ระหว่าง { นางสาวศรีสมัย เชื้อชาติ ผู้ร้อง
ผู้ถูกร้อง

เรื่อง นางสาวศรีสมัย เชื้อชาติ (ผู้ร้อง) ขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๑๓

นางสาวศรีสมัย เชื้อชาติ (ผู้ร้อง) ขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๑๓ ข้อเท็จจริงตามคำร้องและเอกสารประกอบคำร้องสรุปได้ดังนี้

ผู้ร้องเคยเป็นผู้อำนวยการโรงพยาบาลกฤษี และเป็นแพทย์ในเครือข่ายแพทย์อาสาเพื่อยุติ การตั้งครุฑทางการแพทย์ตามกฎหมาย และข้อบังคับแพทยสภา ให้กับวัยรุ่นและสตรีที่ท้องไม่พร้อม และเป็นคณะกรรมการจัดระบบส่งต่อเพื่อยุติการตั้งครุฑที่ปลอดภัย ตามคำสั่งกรมอนามัยที่ ๒๐๗/๒๕๖๐ ลงวันที่ ๘ มีนาคม ๒๕๖๐ ถูกเจ้าพนักงานตำรวจจับกุมและกล่าวหาว่ากระทำความผิดฐานทำให้ หญิงแท้งลูกโดยหญิงนั้นยินยอมตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๒ ทั้งที่แพทย์มีอำนาจกระทำ ได้ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๕ และนำไปสู่การจับกุมและแจ้งข้อกล่าวหาผู้เข้ารับบริการเพื่อยุติ การตั้งครุฑที่ท้องไม่พร้อมตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๑ ต่อมาผู้ร้องถูกย้ายให้ไปปฏิบัติ ราชการที่ศูนย์สุขภาพชุมชนโรงพยาบาลหัวหิน ๕ ผู้ร้องจึงกล่าวอ้างว่าประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๑



- ๒ -

และมาตรา ๓๐๕ มีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๗ มาตรา ๒๘ และมาตรา ๗๗ เนื่องจากประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๑ บัญญัติลงโทษแต่เฉพาะหญิงผู้ทำแท้งเป็นสำคัญ ทั้งที่การตั้งครรภ์มิได้เกิดขึ้นจากการกระทำของหญิงเพียงฝ่ายเดียว ชายซึ่งมีความสัมพันธ์กับหญิง ย่อมต้องรับผิดชอบและถูกลงโทษด้วย บทบัญญัติมาตราดังกล่าวจึงทำให้ชายและหญิงไม่ได้รับความคุ้มครอง ตามกฎหมายอย่างเท่าเทียมกันตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๗ นอกจากนี้หญิงย่อมมีสิทธิและเสรีภาพ ในชีวิตและร่างกายที่จะกระทำต่อเนื้อตัวร่างกายของตนเองได้ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๘ สำหรับ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๕ เป็นบทบัญญัติที่ไม่สอดคล้องกับสภาพการณ์และไม่เท่าทัน ความก้าวหน้าทางเทคโนโลยีทางการแพทย์ในปัจจุบันที่มุ่งเน้นการขยายบริการทางการแพทย์ การใช้เทคโนโลยีทางการแพทย์ การที่บทบัญญัติมาตราดังกล่าวมุ่งคุ้มครองเฉพาะการกระทำของแพทย์ โดยไม่ครอบคลุม บุคลากรทางการแพทย์อื่นที่ให้บริการภายใต้การควบคุมของแพทย์ จึงไม่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ มาตรา ๗๗ ที่บัญญัติให้รัฐพึงจัดให้มีกฎหมายเพียงเท่าที่จำเป็น และยกเลิกหรือปรับปรุงกฎหมาย ที่หมดความจำเป็นหรือไม่สอดคล้องกับสภาพการณ์หรือที่เป็นอุปสรรคต่อการดำรงชีวิตหรือประกอบอาชีพ ทั้งนี้ ผู้ร้องได้เสนอให้มีการแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๕ ให้ครอบคลุมผู้ประกอบการเวชกรรม ผู้ที่อยู่ภายใต้ความควบคุมของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม และมีข้อยกเว้นให้กระทำได้ โดยไม่มีความผิดหากอายุครรภ์ของหญิงนั้นไม่ถึง ๑๒ สัปดาห์ หรือการตั้งครรภ์มีผลกระทบต่อจิตใจ ของหญิงนั้น หรือตัวอ่อนในครรภ์มีความพิการหรือมีความเสี่ยงสูงที่จะเป็นโรคทางพันธุกรรม

ผู้ร้องได้ยื่นคำร้องต่อผู้ตรวจการแผ่นดินและผู้ตรวจการแผ่นดินแจ้งผลการพิจารณาให้ผู้ร้องทราบ ว่า ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๑ และมาตรา ๓๐๒ แม้จะปรากฏว่ามีปัญหาในทางปฏิบัติ แต่ยังไม่ถือเป็นปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญที่ผู้ตรวจการแผ่นดินจะเสนอเรื่องพร้อมความเห็น ต่อศาลรัฐธรรมนูญตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยผู้ตรวจการแผ่นดิน พ.ศ. ๒๕๖๐ มาตรา ๒๓ (๑) ได้

ผู้ร้องจึงขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๑๓ ดังนี้

(๑) ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๑ มีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๗ และมาตรา ๒๘



(๒) ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๕ มีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๗ มาตรา ๒๘ และมาตรา ๗๗

(๓) ให้คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญมีผลใช้บังคับในอีก ๕๔๐ วัน หลังจากอ่านคำวินิจฉัย โดยกำหนดเงื่อนไขให้องค์กร หน่วยงานของรัฐ หรือบุคคลที่เกี่ยวข้องปรับปรุงแก้ไขกฎหมาย และรายงานผลการปฏิบัติหรือข้อขัดข้องในการปฏิบัติต่อศาลรัฐธรรมนูญภายใน ๓๖๐ วัน และ ๕๐๐ วัน นับแต่วันที่ศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัย

ประเด็นที่ศาลรัฐธรรมนูญต้องพิจารณาเบื้องต้นมีว่า ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจรับคำร้องนี้ ไว้พิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๑๓ หรือไม่ เห็นว่า เป็นกรณีที่ผู้ร้องกล่าวอ้างว่าเดิมผู้ร้อง เคยเป็นผู้อำนวยการโรงพยาบาลกุยบุรี และเป็นแพทย์ในเครือข่ายแพทย์อาสาเพื่อยุติการตั้งครุภังการทางการแพทย์ตามกฎหมายและข้อบังคับแพทยสภา ให้กับวัยรุ่นที่ท้องไม่พร้อมและเป็นคณะกรรมการ จัดระบบส่งต่อเพื่อยุติการตั้งครุภังการที่ปลอดภัย ผู้ร้องถูกเจ้าพนักงานจับกุมและแจ้งข้อกล่าวหา ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๒ และนำไปสู่การจับกุมและแจ้งข้อกล่าวหาให้ผู้เข้ารับบริการ ยุติการตั้งครุภังการตามกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๑ ต่อมาผู้ร้องถูกย้ายให้ไปปฏิบัติราชการ ที่ศูนย์สุขภาพชุมชนโรงพยาบาลหัวหิน ๕ ผู้ร้องได้ยื่นคำร้องต่อผู้ตรวจการแผ่นดิน และผู้ตรวจการ แผ่นดินพิจารณาไม่ยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญ ผู้ร้องจึงขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยว่า ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๑ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๗ และมาตรา ๒๘ และประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๕ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๗ มาตรา ๒๘ และมาตรา ๗๗ เมื่อพิจารณาข้อเท็จจริงแล้ว เห็นว่า การที่เจ้าพนักงานตำรวจดำเนินคดีแก่ผู้ร้อง ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๒ มีสาเหตุโดยตรงมาจากการที่ผู้ร้องทำให้หญิงแท้งลูก โดยหญิงนั้นยินยอม อันเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๑ ผู้ร้องจึงกล่าวอ้างว่า ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๑ ที่ประสงค์จะลงโทษแต่เฉพาะหญิงผู้ทำแท้งแต่เพียงฝ่ายเดียว แต่ชายซึ่งมีความสัมพันธ์กับหญิงกลับไม่ต้องรับผิดและถูกลงโทษด้วย จึงไม่เสมอภาคกันในทางกฎหมาย ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๗ และมาตรา ๒๘ และยังคงกล่าวอ้างว่าผู้ร้องไม่ได้รับความคุ้มครอง ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๕ เนื่องจากไม่ได้รับการยกเว้นการกระทำของนายแพทย์ กรณีการใช้สิทธิของหญิงในการยุติการตั้งครุภังการโดยปลอดภัย บทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าวจึงขัด



- ๔ -

หรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๗ มาตรา ๒๘ และมาตรา ๗๗ ในคดีนี้ผู้ร้องจึงเป็นบุคคลผู้ถูกละเมิด สิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญคุ้มครองไว้โดยผู้ร้องเห็นว่าการละเมิดดังกล่าวเป็นผลจากประมวลกฎหมาย อาญา มาตรา ๓๐๑ และมาตรา ๓๐๕ ที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ กรณีจึงเป็นไปตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๑๓ ประกอบพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วย วิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. ๒๕๖๑ มาตรา ๔๘ วรรคหนึ่งและวรรคสอง จึงมีคำสั่ง รับคำร้องไว้พิจารณาวินิจฉัย

ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาคำร้องและเอกสารประกอบคำร้องแล้ว จึงกำหนดประเด็นที่ต้อง พิจารณาวินิจฉัยดังนี้

ประเด็นที่หนึ่ง ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๑ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๗ และมาตรา ๒๘ หรือไม่

ประเด็นที่สอง ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๕ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๗ มาตรา ๒๘ และมาตรา ๗๗ หรือไม่

ประเด็นที่สาม ไม่ว่าจะกรณีที่ขัดหรือไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ หรือไม่ก็ตาม สมควรมีมาตรการ ปรับปรุงกฎหมาย หรือไม่ อย่างไร

พิจารณาแล้วเห็นว่า รัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๗ และมาตรา ๒๘ เป็นบทบัญญัติในหมวด ๓ สิทธิและเสรีภาพของปวงชนชาวไทย โดยรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๗ เป็นบทบัญญัติที่รับรองสิทธิ และเสรีภาพของบุคคล ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลใด จะกระทำมิได้ แต่มาตรการที่รัฐกำหนดขึ้นเพื่อขจัดอุปสรรคหรือส่งเสริมให้บุคคลสามารถใช้สิทธิ หรือเสรีภาพได้เช่นเดียวกับบุคคลอื่นนั้น ไม่ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม และรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๘ เป็นบทบัญญัติที่รับรองสิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกายของบุคคลอย่างสมบูรณ์ เนื่องจากชีวิตและร่างกายเป็นสิ่งที่ติดตัวมาแต่กำเนิด ซึ่งการใช้สิทธิและเสรีภาพดังกล่าวจะต้องระมัดระวัง ไม่ให้กระทบสิทธิของบุคคลอื่นด้วย และรัฐธรรมนูญ มาตรา ๗๗ เป็นบทบัญญัติในหมวด ๖ แนวนโยบายแห่งรัฐ โดยเป็นบทบัญญัติที่กำหนดให้รัฐพึงจัดให้มีกฎหมายเพียงเท่าที่จำเป็น และยกเลิก หรือปรับปรุงกฎหมายที่หมดความจำเป็นหรือไม่สอดคล้องกับสภาพการณ์ หรือที่เป็นอุปสรรค ต่อการดำรงชีวิตหรือการประกอบอาชีพโดยไม่ชักช้าเพื่อไม่ให้เป็นภาระแก่ประชาชน และดำเนินการ



ให้ประชาชนเข้าถึงตัวบทต่าง ๆ ได้โดยสะดวกและสามารถเข้าใจกฎหมายได้ง่ายเพื่อปฏิบัติตามกฎหมายได้อย่างถูกต้อง

ประเด็นที่หนึ่ง ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๑ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๗ และมาตรา ๒๘ หรือไม่

พิจารณาแล้วเห็นว่า ประมวลกฎหมายอาญาเป็นกฎหมายที่มีวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองบุคคล และรักษาความสงบเรียบร้อยของบ้านเมือง โดยเป็นกฎหมายที่กำหนดลักษณะของการกระทำ หรือไม่กระทำอย่างใดอย่างหนึ่งถือว่าเป็นความผิด และกำหนดบทลงโทษทางอาญาสำหรับผู้กระทำ ความผิด โดยมาตรา ๓๐๑ เป็นบทบัญญัติในภาค ๒ ลักษณะ ๑๐ หมวด ๓ ความผิดฐานทำให้แท้งลูก ซึ่งบัญญัติว่า “หญิงใดทำให้ตนเองแท้งลูก หรือยอมให้ผู้อื่นทำให้ตนแท้งลูก ต้องระวางโทษจำคุก ไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ” บทบัญญัตินี้ดังกล่าวมีเจตนารมณ์ เพื่อคุ้มครองชีวิตของทารกในครรภ์มารดา โดยบัญญัติลงโทษหญิงที่ทำให้ตนเองแท้งลูก หรือยอมให้ผู้อื่น ทำให้ตนแท้งลูก

การยุติการตั้งครรภ์เป็นปัญหาทั้งทางสังคม ทางการแพทย์ และทางกฎหมายที่มีความละเอียดอ่อน รวมทั้งเป็นประเด็นปัญหาที่เกี่ยวข้องกับจริยธรรมและศีลธรรม ซึ่งถือว่าเป็นความผิดทางอาญา และกำหนดโทษแก่หญิงเพียงฝ่ายเดียวที่ทำให้ตนเองแท้งลูก หรือยอมให้ผู้อื่นทำให้ตนแท้งลูก ทั้งนี้ ความผิดฐานทำให้แท้งลูกมีเจตนารมณ์และคุณธรรมทางกฎหมายที่ต้องการคุ้มครองชีวิตของทารกในครรภ์ โดยเห็นถึงความสำคัญและคุณค่าของชีวิตมนุษย์ที่กำลังจะเกิดมา แต่เนื่องจากรากฐานของสังคม ไม่ได้ขึ้นอยู่กับความเห็นคุณค่าของชีวิตมนุษย์เพียงเท่านั้น แต่ยังมีปัจจัยอื่นที่สำคัญเป็นรากฐาน ของสังคมประกอบด้วยเช่นเดียวกับการคุ้มครองสิทธิในการมีชีวิตของทารกในครรภ์ หากมุ่งคุ้มครองสิทธิ ของทารกในครรภ์เพียงอย่างเดียวโดยมิได้พิจารณาการคุ้มครองสิทธิของหญิงผู้ตั้งครรภ์อันมีมาก่อน สิทธิของทารกในครรภ์ก็เป็นสิ่งที่อาจส่งผลกระทบต่อหญิงไม่ได้รับความเป็นธรรมและถูกกีดรองหรือจำกัดสิทธิ ในเนื้อตัวร่างกายของหญิง ซึ่งเป็นสิทธิตามธรรมชาติที่เป็นสิทธิพื้นฐานของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ที่บุคคล ย่อมมีสิทธิและเสรีภาพที่จะกระทำการใดหรือไม่กระทำการใดต่อชีวิตและร่างกายของตนได้ตราบเท่าที่ การกระทำนั้นไม่ไปรบกวนหรือล่วงล้ำเข้าไปในสิทธิหรือเสรีภาพของผู้อื่น รวมทั้งยังส่งผลกระทบต่อสิทธิ ในการกำหนดเจตจำนงของหญิงผู้ตั้งครรภ์ ที่ครอบคลุมไปถึงสิทธิในการตัดสินใจของหญิงว่าจะยุติการตั้งครรภ์



หรือตั้งครรรค์ต่อไปอีกด้วย นอกจากนี้การคุ้มครองสิทธิของทารกในครรภ์และสิทธิของหญิงตั้งครรรค์ต้องให้เกิดความสมดุลกันโดยอาจต้องนำช่วงระยะเวลาการตั้งครรรค์มาเป็นหลักเกณฑ์ในการพิจารณาการปฏิเสธสิทธิของหญิงโดยปราศจากการกำหนดเงื่อนไขหรือเงื่อนไขที่เหมาะสมดังเช่นประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๑ จึงเป็นการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของหญิงเกินความจำเป็น ประกอบกับรัฐมีหน้าที่กำหนดให้มีมาตรการส่งเสริมให้บุคคลใช้สิทธิและเสรีภาพโดยจัดให้มีมาตรการในการยุติการตั้งครรรค์ที่ปลอดภัย ถูกต้องตามกฎหมาย ไม่กระทบต่อการใช้สิทธิของหญิง และต้องเข้าไปดูแลและคุ้มครองชีวิตของทารกในครรภ์มิให้ถูกกระทบสิทธิในการมีชีวิตเช่นเดียวกัน บทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๑ จึงกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกายของหญิงเกินความจำเป็น ไม่เป็นไปตามหลักแห่งความได้สัดส่วน และเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๘

ส่วนประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๑ ซึ่งผู้ร้องกล่าวอ้างว่า บัญญัติให้หญิงฝ่ายเดียวที่ต้องรับผิดชอบทางอาญา ไม่รวมถึงชายที่มีความสัมพันธ์กับหญิงซึ่งมีส่วนร่วมในการกระทำความผิดด้วย เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๗ นั้น เห็นว่า รัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๗ ได้บัญญัติรับรองความเสมอภาคของบุคคล การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคล จะกระทำมิได้ หลักความเสมอภาคนี้มีสาระสำคัญที่เป็นหลักการพื้นฐาน คือ การปฏิบัติต่อสิ่งที่มีสาระสำคัญเหมือนกันอย่างเท่าเทียมกันและจะต้องปฏิบัติต่อสิ่งที่มีสาระสำคัญแตกต่างกันให้แตกต่างกันไปตามลักษณะของเรื่องนั้น ๆ การกระทำความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๑ เป็นกรณีที่จะเกิดขึ้นเฉพาะสำหรับบุคคลผู้เป็นหญิงเพราะโดยธรรมชาติของหญิงเท่านั้นที่สามารถตั้งครรรค์และยุติการตั้งครรรค์ได้ เมื่อชายและหญิงมีสภาพร่างกายอันเป็นสาระสำคัญที่แตกต่างกัน การที่จะให้ชายที่มีความสัมพันธ์กับหญิงซึ่งเป็นต้นเหตุที่ทำให้หญิงตั้งครรรค์ต้องรับโทษและมีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๑ เพื่อให้เกิดความเท่าเทียมและเป็นธรรมด้วยนั้น จะเป็นการปฏิบัติต่อสิ่งที่มีสาระสำคัญแตกต่างกันให้เหมือนกัน ย่อมเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อชาย ดังนั้น ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๑ จึงไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๗ แต่อย่างใด

ดังนั้น ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๑ จึงขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๘ โดยกำหนดคำบังคับให้คำวินิจฉัยดังกล่าวมีผลเมื่อพ้นสามร้อยหกสิบวันนับแต่วันที่ศาลรัฐธรรมนูญ



- ๗ -

มีคำวินิจฉัยตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. ๒๕๖๑
มาตรา ๗๔

ประเด็นที่สอง ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๕ ชัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๗
มาตรา ๒๘ และมาตรา ๗๗ หรือไม่

พิจารณาแล้วเห็นว่า ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๕ เป็นบทบัญญัติในภาค ๒
ลักษณะ ๑๐ หมวด ๓ ความผิดฐานทำให้แท้งลูก โดยบัญญัติว่า “ถ้าการกระทำความผิดดังกล่าว
ในมาตรา ๓๐๑ และมาตรา ๓๐๒ นั้น เป็นการกระทำของนายแพทย์ และ (๑) จำเป็นต้องกระทำ
เนื่องจากสุขภาพของหญิงนั้น หรือ (๒) หญิงมีครรภ์เนื่องจากการกระทำความผิดอาญา ตามที่บัญญัติ
ไว้ในมาตรา ๒๗๖ มาตรา ๒๗๗ มาตรา ๒๘๒ มาตรา ๒๘๓ หรือมาตรา ๒๘๔ ผู้กระทำ
ไม่มีความผิด” ซึ่งบทบัญญัตินี้ได้กำหนดเหตุยกเว้นความผิดฐานทำให้แท้งลูกให้กับนายแพทย์ไว้
๒ กรณี คือ กรณีจำเป็นต้องกระทำเนื่องจากสุขภาพของหญิง หรือกรณีหญิงมีครรภ์เนื่องจาก
การกระทำความผิดอาญาตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา ๒๗๖ มาตรา ๒๗๗ มาตรา ๒๘๒ มาตรา ๒๘๓
หรือมาตรา ๒๘๔ โดยนายแพทย์ผู้กระทำนั้นไม่มีความผิดหากต้องด้วยเหตุตามที่กฎหมายกำหนดไว้
ดังกล่าว

การที่ผู้ร้องกล่าวอ้างว่าประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๕ บัญญัติเหตุในการยุติ
การตั้งครรภ์ไว้เพียง ๒ กรณี ทั้งที่หญิงตั้งครรภ์ควรมีสติในการตัดสินใจว่าจะตั้งครรภ์ต่อไปหรือยุติ
การตั้งครรภ์ ซึ่งเป็นสิทธิในการกำหนดเจตจำนงของตนเองภายใต้ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของหญิง
ตั้งครรภ์ผู้นั้น เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมและจำกัดสิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกายของหญิง
ตั้งครรภ์ จึงชัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๗ และมาตรา ๒๘ นั้น เห็นว่า บทบัญญัตินี้ดังกล่าว
เป็นเหตุยกเว้นการกระทำความผิดของหญิงตั้งครรภ์ซึ่งทำให้ตนแท้งลูก และนายแพทย์ที่ได้กระทำ
ให้หญิงแท้งลูก อันเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๑ และมาตรา ๓๐๒
เพื่อคุ้มครองหญิงตั้งครรภ์ กรณีมีเหตุจำเป็นเนื่องจากสุขภาพของหญิง หรือหญิงมีครรภ์เนื่องจาก
การกระทำความผิดอาญาตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา ๒๗๖ มาตรา ๒๗๗ มาตรา ๒๘๒ มาตรา ๒๘๓
หรือมาตรา ๒๘๔ อันเป็นการคำนึงถึงสิทธิในชีวิตและร่างกายของหญิงและสิทธิในการกำหนดเจตจำนง
เกี่ยวกับอนามัยเจริญพันธุ์ของตนเอง และเพื่อความปลอดภัยในชีวิตของหญิงซึ่งอาจได้รับอันตราย



- ๘ -

จากการยุติการตั้งครรภ์ รัฐจึงกำหนดให้การยุติการตั้งครรภ์อยู่ภายใต้การปฏิบัติของนายแพทย์ และเพื่อมิให้เกิดปัญหาทางสุขภาพและปัญหาสังคมอันจะกระทบต่อประโยชน์ของสาธารณะในภายหลัง ซึ่งข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับการยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ ตามมาตรา ๓๐๕ แห่งประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. ๒๕๔๘ กำหนดเงื่อนไขอันเป็นเหตุยกเว้น ให้นายแพทย์สามารถยุติการตั้งครรภ์ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๕ โดยหญิงตั้งครรภ์ ต้องยินยอม และกระทำโดยนายแพทย์ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมตามกฎหมาย รวมทั้งต้องกระทำ ในสถานพยาบาล และต้องเป็นไปตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ กล่าวคือ การยุติการตั้งครรภ์ตามประมวล กฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๕ (๑) จำเป็นต้องกระทำเนื่องจากปัญหาสุขภาพทางกายหรือปัญหาสุขภาพ ทางจิตของหญิงตั้งครรภ์ซึ่งต้องได้รับการรับรองหรือเห็นชอบจากผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมที่มีใช้ผู้กระทำการ ยุติการตั้งครรภ์อย่างน้อยหนึ่งคน โดยปัญหาสุขภาพทางจิตของหญิงตั้งครรภ์รวมถึงปัญหา ความเครียดอย่างรุนแรง เนื่องจากตรวจพบว่าทารกในครรภ์มีหรือมีความเสี่ยงสูงที่จะมีความพิการ อย่างรุนแรง หรือเป็นหรือมีความเสี่ยงสูงที่จะเป็นโรคพันธุกรรมอย่างรุนแรง เมื่อหญิงนั้นได้รับการตรวจ วินิจฉัยและการปรึกษาแนะนำทางพันธุศาสตร์ และมีการลงนามรับรองในเรื่องดังกล่าวข้างต้น โดยผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมที่มีใช้ผู้กระทำการยุติการตั้งครรภ์อย่างน้อยหนึ่งคน ซึ่งต้องมีข้อบ่งชี้ ทางทางการแพทย์ที่ชัดเจนว่าหญิงนั้นมีปัญหาสุขภาพทางกายหรือทางจิต และต้องมีการบันทึกการตรวจ และวินิจฉัยโรคไว้ในเวชระเบียนเพื่อเป็นหลักฐาน สำหรับการยุติการตั้งครรภ์ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๕ (๒) ต้องมีหลักฐานหรือข้อเท็จจริงอันควรเชื่อได้ว่าหญิงมีครรภ์เนื่องจากการกระทำความผิด ทางอาญา ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๕ และข้อบังคับดังกล่าวจึงทำให้การยุติการตั้งครรภ์ ของนายแพทย์มีความชัดเจน และครอบคลุมถึงปัญหาด้านสุขภาพกายและสุขภาพจิตของหญิงตั้งครรภ์แล้ว จึงเห็นได้ว่า ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๕ เป็นบทบัญญัติที่มุ่งคุ้มครองทั้งคุณธรรม ในทางกฎหมายและคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพในร่างกายของหญิงที่ตั้งครรภ์อย่างเป็นธรรม เป็นไปตาม หลักความได้สัดส่วนพอเหมาะพอควรแก่กรณี และมุ่งคุ้มครองประโยชน์ของสังคมและประโยชน์ สาธารณะได้อย่างเหมาะสม ไม่เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม และไม่เป็นการจำกัดสิทธิ และเสรีภาพในชีวิตและร่างกายของหญิงตั้งครรภ์ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๗ และมาตรา ๒๘ แต่อย่างใด



- ๙ -

ส่วนประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๕ ที่ผู้ร้องกล่าวอ้างว่าไม่เท่าทันต่อสภาพการณ์และความก้าวหน้าทางเทคโนโลยีทางการแพทย์ในปัจจุบันที่มุ่งเน้นการใช้ยายุติการตั้งครรภ์แทนการใช้หัตถการทางการแพทย์ และไม่คุ้มครองถึงบุคลากรทางการแพทย์อื่นที่ให้บริการภายใต้การควบคุมของแพทย์ จึงไม่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ มาตรา ๗๗ เห็นว่า วัตถุประสงค์ประการหนึ่งของประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๕ คือ คุ้มครองความปลอดภัยในชีวิตและร่างกายของหญิงตั้งครรภ์จากการยุติการตั้งครรภ์ เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าวจึงต้องให้นายแพทย์ซึ่งเป็นผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมตามกฎหมายเป็นผู้ยุติการตั้งครรภ์ ซึ่งการยุติการตั้งครรภ์เป็นเรื่องที่มีความละเอียดอ่อนต่อจริยธรรมของสังคมและกระทบต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ส่วนรัฐธรรมนูญ มาตรา ๗๗ เป็นบทบัญญัติในหมวดว่าด้วยแนวนโยบายแห่งรัฐที่รัฐพึงใช้เป็นแนวทางในการตรากฎหมายขึ้นมาบังคับใช้เพียงเท่าที่จำเป็นและยกเลิกหรือปรับปรุงกฎหมายที่หมดความจำเป็นหรือไม่สอดคล้องกับสภาพการณ์ มิใช่หน้าที่ของรัฐอันเป็นบทบังคับให้รัฐต้องปฏิบัติตามอย่างเคร่งครัด แต่เป็นเพียงแนวนโยบายให้รัฐพึงใช้เป็นแนวทางดำเนินการตรากฎหมาย จึงไม่ใช่กรณีที่ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๕ จะขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๗๗

ดังนั้น ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๕ จึงไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๗ มาตรา ๒๘ และมาตรา ๗๗

ประเด็นที่สาม ไม่ว่าจะกรณีที่ขัดหรือไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ หรือไม่ก็ตาม สมควรมีมาตรการปรับปรุงกฎหมาย หรือไม่ อย่างไร

พิจารณาแล้วเห็นว่า โดยที่ประมวลกฎหมายอาญาเกี่ยวกับเรื่องนี้ได้ใช้บังคับมาเป็นเวลา ๖๐ ปีแล้ว ก่อให้เกิดปัญหาการทำแท้งเถื่อนในสังคมที่ทำให้เกิดอันตรายต่อชีวิตร่างกายของหญิงจำนวนมาก และทำให้เกิดปัญหาสังคมจากความไม่พร้อมของหญิงและเด็กที่เกิดมาอีกมากมาย ในขณะที่ปัจจุบันวิทยาการทางการแพทย์ได้พัฒนาขึ้นมากสามารถให้บริการดูแลรักษารองรับการตัดสินใจใช้สิทธิในเนื้อตัวร่างกายของหญิงในช่วงเวลาที่เหมาะสมได้อย่างสะดวกปลอดภัยแล้ว ประกอบกับยังไม่ได้มีมาตรการคุ้มครองผู้ปฏิบัติงานทางการแพทย์ที่ครอบคลุมและเหมาะสม ศาลรัฐธรรมนูญจึงให้ข้อเสนอแนะว่าประมวลกฎหมายอาญาและกฎหมายที่เกี่ยวข้องเรื่องการทำแท้งสมควรได้รับการปรับปรุงแก้ไขเพื่อให้สอดคล้องกับสภาพการณ์ในปัจจุบัน โดยให้หน่วยงานที่เกี่ยวข้องดำเนินการแก้ไขปรับปรุงบทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าว



- ๑๐ -

อาศัยเหตุผลดังกล่าวข้างต้น จึงวินิจฉัยว่า ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๑ ชัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๘ แต่ไม่ชัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๗ โดยกำหนดค่าบังคับให้คำวินิจฉัยของศาลในส่วนที่ชัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนี้มีผลเมื่อพ้นสามร้อยหกสิบวันนับแต่วันที่ศาลมีคำวินิจฉัย ส่วนประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๕ ไม่ชัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๗ มาตรา ๒๘ และมาตรา ๗๗ และสมควรให้หน่วยงานที่เกี่ยวข้องดำเนินการแก้ไขปรับปรุงประมวลกฎหมายอาญาและกฎหมายที่เกี่ยวข้องเรื่องการทำแท้งเพื่อให้สอดคล้องกับสภาพการณ์ในปัจจุบัน





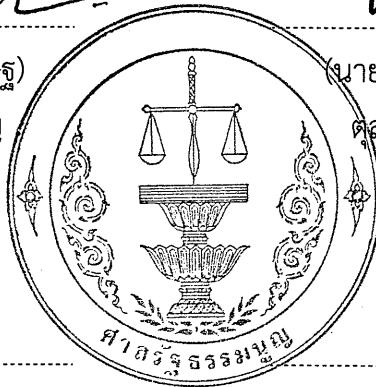
(คำวินิจฉัยที่ ๔/๒๕๖๓)

(นายจรูญ ภัคดีธนากุล)
ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ

(นายซัช ชลวร)
ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ

(นายทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ)
ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ

(นายนครินทร์ เมฆไตรรัตน์)
ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ



(นายบุญส่ง กุลบุปผา)
ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ

(นายปัญญา อุดชาชน)
ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ

(นายวรวิทย์ กังศศิเทียม)
ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ

(นายอุดมศักดิ์ นิติมนตรี)
ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ

ความเห็นส่วนตัว
ของ นายอนุรักษ์ มาประณีต ประธานศาลรัฐธรรมนูญ

คำวินิจฉัยที่ ๔/๒๕๖๓

เรื่องพิจารณาที่ ต. ๔๕/๒๕๖๑

วันที่ ๑๙ เดือน กุมภาพันธ์ พุทธศักราช ๒๕๖๓

ระหว่าง { นางสาวศรีสมัย เชื้อชาติ ผู้ร้อง
ผู้ถูกร้อง

ประเด็นวินิจฉัย

ประเด็นที่ ๑ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๑ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๗ และมาตรา ๒๘ หรือไม่

ประเด็นที่ ๒ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๕ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๗ มาตรา ๒๘ และมาตรา ๗๗ หรือไม่

ประเด็นที่ ๓ ไม่ว่ากรณีที่ขัดหรือไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ หรือไม่ก็ตาม สมควรมีมาตรการปรับปรุงกฎหมาย หรือไม่ อย่างไร

ความเห็น

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๖๐

มาตรา ๒๗ บุคคลย่อมเสมอกันในกฎหมาย มีสิทธิและเสรีภาพและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน

ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน

การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคล ไม่ว่าด้วยเหตุความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ ความพิการ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมือง อันไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ หรือเหตุอื่นใด จะกระทำมิได้

ฯลฯ

ฯลฯ

มาตรา ๒๘ บุคคลย่อมมีสิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกาย

การจับและการคุมขังบุคคลจะกระทำมิได้ เว้นแต่มีคำสั่งหรือหมายของศาลหรือมีเหตุอย่างอื่นตามที่กฎหมายบัญญัติ

การค้นตัวบุคคลหรือการกระทำใดอันกระทบกระเทือนต่อสิทธิหรือเสรีภาพในชีวิตหรือร่างกายจะกระทำมิได้ เว้นแต่มีเหตุตามที่กฎหมายบัญญัติ

ฯลฯ

ฯลฯ

มาตรา ๓๗ รัฐพึงจัดให้มีกฎหมายเพียงเท่าที่จำเป็น และยกเลิกหรือปรับปรุงกฎหมายที่หมดความจำเป็นหรือไม่สอดคล้องกับสภาพการณ์ หรือที่เป็นอุปสรรคต่อการดำรงชีวิตหรือการประกอบอาชีพโดยไม่ชักช้าเพื่อไม่ให้เป็นภาระแก่ประชาชน และดำเนินการให้ประชาชนเข้าถึงตัวบทกฎหมายต่าง ๆ ได้โดยสะดวกและสามารถเข้าใจกฎหมายได้ง่ายเพื่อปฏิบัติตามกฎหมายได้อย่างถูกต้อง

ฯลฯ

ฯลฯ

ประมวลกฎหมายอาญา

มาตรา ๓๐๑ หญิงใดทำให้ตนเองแท้งลูก หรือยอมให้ผู้อื่นทำให้ตนแท้งลูก ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

มาตรา ๓๐๒ ผู้ใดทำให้หญิงแท้งลูกโดยหญิงนั้นยินยอม ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ถ้าการกระทำนั้นเป็นเหตุให้หญิงรับอันตรายสาหัสอย่างอื่นด้วย ผู้กระทำต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินเจ็ดปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนสี่หมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ถ้าการกระทำนั้นเป็นเหตุให้หญิงถึงแก่ความตาย ผู้กระทำต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบปี และปรับไม่เกินสองแสนบาท

มาตรา ๓๐๕ ถ้าการกระทำความผิดดังกล่าวในมาตรา ๓๐๑ และมาตรา ๓๐๒ นั้น เป็นการกระทำของนายแพทย์ และ

(๑) จำเป็นต้องกระทำเนื่องจากสุขภาพของหญิงนั้น หรือ

(๒) หญิงมีครรภ์เนื่องจากการกระทำความผิดอาญา ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา ๒๗๖

มาตรา ๒๗๗ มาตรา ๒๘๒ มาตรา ๒๘๓ หรือมาตรา ๒๘๔

ผู้กระทำไม่มีความผิด

**ข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับการยุติการตั้งครรภ์
ทางการแพทย์ ตามมาตรา ๓๐๕ แห่งประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. ๒๕๕๘**

ข้อ ๕ การยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ ตามมาตรา ๓๐๕ (๑) แห่งประมวลกฎหมายอาญาให้เป็นไปตามเงื่อนไข ดังนี้

(๑) เป็นกรณีที่จำเป็นต้องกระทำเนื่องจากปัญหาสุขภาพทางกายของหญิงมีครรภ์ หรือ

(๒) เป็นกรณีที่จำเป็นต้องกระทำเนื่องจากปัญหาสุขภาพทางจิตของหญิงมีครรภ์ ซึ่งจะต้องได้รับการรับรองหรือเห็นชอบจากผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมที่มีใช้ผู้กระทำการยุติการตั้งครรภ์ อย่างน้อยหนึ่งคน

ในกรณีที่หญิงนั้นมีความเครียดอย่างรุนแรง เนื่องจากพบว่าทารกในครรภ์มี หรือมีความเสี่ยงสูงที่จะมีความพิการอย่างรุนแรง หรือเป็นหรือมีความเสี่ยงสูงที่จะเป็นโรคพันธุกรรม อย่างรุนแรง เมื่อหญิงนั้นได้รับการตรวจวินิจฉัยและการปรึกษาแนะนำทางพันธุศาสตร์ (genetic counseling) และมีการลงนามรับรองในเรื่องดังกล่าวข้างต้น โดยผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม ที่มีใช้ผู้กระทำการยุติการตั้งครรภ์อย่างน้อยหนึ่งคนให้ถือว่าหญิงตั้งครรภ์นั้นมีปัญหาสุขภาพจิตตาม (๒)

ทั้งนี้ ต้องมีข้อบ่งชี้ทางการแพทย์ที่ชัดเจนว่าหญิงนั้นมีปัญหาสุขภาพทางกายหรือทางจิต และต้องมีการบันทึกการตรวจและวินิจฉัยโรคไว้ในเวชระเบียนเพื่อเป็นหลักฐาน

ข้อ ๖ การยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ ตามมาตรา ๓๐๕ (๒) แห่งประมวลกฎหมายอาญานั้น ต้องมีหลักฐานหรือข้อเท็จจริงอันควรเชื่อได้ว่า หญิงมีครรภ์เนื่องจากการกระทำ ความผิดอาญา ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา ๓๐๕ (๒) แห่งประมวลกฎหมายอาญา

พระราชบัญญัติการป้องกันและแก้ไขปัญหาค่าการตั้งครรภ์ในวัยรุ่น พ.ศ. ๒๕๕๙

มาตรา ๕ วัยรุ่นมีสิทธิตัดสินใจด้วยตนเอง และมีสิทธิได้รับข้อมูลข่าวสารและความรู้ ได้รับการบริการอนามัยการเจริญพันธุ์ ได้รับการรักษาความลับและความเป็นส่วนตัว ได้รับการจัดสวัสดิการสังคม อย่างเสมอภาคและไม่ถูกเลือกปฏิบัติ และได้รับสิทธิอื่นใดที่เป็นไปเพื่อประโยชน์ ตามพระราชบัญญัตินี้อย่างถูกต้อง ครบถ้วน และเพียงพอ

สำหรับประมวลกฎหมายอาญาเป็นกฎหมายที่มีวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองสิทธิบุคคล และรักษาความสงบเรียบร้อยของบ้านเมือง โดยเป็นกฎหมายที่กำหนดลักษณะของการกระทำหรือไม่ กระทำอย่างไรถือว่าเป็นความผิด และกำหนดบทลงโทษสำหรับผู้กระทำความผิดตามโทษทางอาญาที่กำหนดไว้โดยประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๑ ความผิดฐานทำให้แท้งลูก ซึ่งมาตราดังกล่าว

มีเจตนารมณ์เพื่อคุ้มครองชีวิตของทารกในครรภ์ โดยบัญญัติลงโทษหญิงเพียงฝ่ายเดียวที่ทำให้ตนเองแท้งลูก หรือยอมให้ผู้อื่นทำให้ตนแท้งลูก เป็นความผิดทางอาญา

ประเด็นที่ ๑ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๑ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๗ และมาตรา ๒๘ หรือไม่

การยุติการตั้งครรภ์เป็นปัญหาทั้งทางสังคม ทางกายภาพ และทางกฎหมายที่มีความละเอียดอ่อน รวมทั้งเป็นประเด็นปัญหาที่เกี่ยวข้องกับจริยธรรมและศีลธรรม ในประเทศไทยการยุติการตั้งครรภ์ถือว่าเป็นความผิดและกำหนดโทษให้เป็นความผิดทางอาญาของหญิงเพียงฝ่ายเดียวที่ทำให้ตนเองแท้งลูก หรือยอมให้ผู้อื่นทำให้ตนแท้งลูก ทั้งนี้ ด้วยเหตุจากความผิดฐานทำให้แท้งลูกมีเจตนารมณ์และคุณธรรมทางกฎหมายที่ต้องการคุ้มครองชีวิตของทารกในครรภ์ โดยเห็นถึงความสำคัญและคุณค่าของชีวิตมนุษย์ที่กำลังจะเกิดมา แต่เนื่องจากรากฐานของสังคมไม่ได้ขึ้นอยู่กับความเห็นคุณค่าของชีวิตมนุษย์เพียงเท่านั้น แต่ยังมีปัจจัยอื่น ๆ ที่สำคัญเป็นรากฐานของสังคมประกอบด้วย เช่นเดียวกับการคุ้มครองสิทธิในการมีชีวิตของทารกในครรภ์ (Right to Life) หากมุ่งคุ้มครองสิทธิของทารกในครรภ์ แต่เพียงอย่างเดียวโดยมิได้พิจารณาและคุ้มครองถึงสิทธิของหญิงตั้งครรภ์อันมีมาก่อนสิทธิของทารกในครรภ์ก็เป็นสิ่งที่อาจส่งผลกระทบต่อหญิงไม่ได้รับความเป็นธรรม และถูกกีดกันหรือจำกัดสิทธิในความเป็นส่วนตัวของหญิง (Right of privacy) ซึ่งเป็นสิทธิตามธรรมชาติที่เป็นพื้นฐานของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ที่บุคคลย่อมมีเสรีภาพที่จะกระทำการใดหรือไม่กระทำการใดต่อชีวิตและร่างกายของตนได้ทราบเท่าที่การกระทำนั้นไม่ไปรบกวนหรือล่วงล้ำเข้าไปในสิทธิหรือเสรีภาพของผู้อื่น รวมทั้งยังส่งผลกระทบต่อสิทธิในการกำหนดเจตจำนงของหญิงตั้งครรภ์ (Right of self-determination) ที่ครอบคลุมไปถึงการตัดสินใจของหญิงว่าจะยุติการตั้งครรภ์หรือตั้งครรภ์ต่อไปอีกด้วย

การบังคับให้หญิงต้องตั้งครรภ์ต่อไป ทั้ง ๆ ที่หญิงนั้นยังไม่พร้อม เช่น ยังเรียนหนังสืออยู่ ทำให้ต้องหยุดเรียนเสียอนาคต อาจตัดสินใจทำแท้งเองเป็นอันตรายต่อชีวิต ทารกที่คลอดออกมาไม่พร้อมที่จะเลี้ยงดู นำไปทิ้ง หรือเลี้ยงดูไม่ดีทำให้เด็กที่เติบโตขึ้นมาก่อปัญหาต่าง ๆ ในสังคม ปัญหาที่ก่อให้เกิดขึ้นในสังคมเป็นปัญหาใหญ่กระทบถึงคนส่วนใหญ่ในสังคม เห็นสมควรแก้ไขให้พร้อม โดยไม่ควรคำนึงถึงปัญหาทางศีลธรรมแต่อย่างเดียว

ในการคุ้มครองสิทธิของทารกในครรภ์และสิทธิของหญิงตั้งครรภ์ให้มีความสมดุลกันนั้น อาจต้องนำช่วงระยะเวลาการตั้งครรภ์มาเป็นหลักเกณฑ์ในการพิจารณา กล่าวคือ ช่วงระหว่าง ๑ ถึง ๑๔ สัปดาห์ ควรให้คุณค่าแก่สิทธิของหญิงในการมีสิทธิกำหนดเจตจำนงของตนเองและสิทธิในความเป็นส่วนตัว ช่วงต่อมาระหว่าง ๑๕ ถึง ๒๘ สัปดาห์ สิทธิดังกล่าวของหญิงก็ย่อมต้องลดลง และสิทธิของ

ทารกในครรภ์ที่มีสิทธิในการมีชีวิตที่ย่อมต้องสูงเพิ่มมากขึ้น และช่วงที่เกิน ๒๘ สัปดาห์ขึ้นไป สิทธิของทารกในครรภ์ก็ควรที่จะต้องได้รับการคุ้มครองอย่างเต็มที่ การปฏิเสธสิทธิในการยุติการตั้งครรภ์ของหญิงโดยปราศจากการกำหนดเงื่อนไขหรือเงื่อนไขที่เหมาะสมดังเช่นประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๑ จึงเป็นการใช้อำนาจรัฐมากเกินไป เพราะรัฐควรมีหน้าที่จัดหามาตรการในการยุติการตั้งครรภ์ที่ปลอดภัยถูกต้องตามกฎหมาย และไม่ส่งผลให้เกิดการละเมิดต่อสิทธิของหญิง แต่เมื่อใดที่ทารกในครรภ์สามารถอยู่รอดได้แล้ว (Viability) รัฐก็ต้องมีหน้าที่เข้าไปดูแลและคุ้มครองชีวิตของทารกในครรภ์มิให้ถูกละเมิดเช่นเดียวกัน ดังนั้น การกำหนดความรับผิดชอบทางอาญาโดยลงโทษหญิงเพียงฝ่ายเดียวโดยมิได้คำนึงถึงสิทธิของหญิงตั้งครรภ์และสิทธิของทารกในครรภ์ร่วมกัน จึงไม่เป็นตามหลักความเสมอภาค และเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๗ และเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกายของบุคคลตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๘

ประเด็นที่ ๒ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๕ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๗ มาตรา ๒๘ และมาตรา ๗๗ หรือไม่

สำหรับประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๕ ความผิดฐานทำให้แท้งลูก ซึ่งมาตราดังกล่าวเป็นบทบัญญัติที่กำหนดข้อยกเว้นในการทำแท้งโดยแพทย์ที่ชอบด้วยกฎหมาย ไว้ ๒ กรณี คือ กรณีมีเหตุที่จำเป็นต้องกระทำเนื่องจากสุขภาพของหญิงนั้นตามมาตรา ๓๐๕ (๑) หรือกรณีหญิงมีครรภ์เนื่องจากการกระทำความผิดอาญาตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา ๒๗๖ มาตรา ๒๗๗ มาตรา ๒๘๒ มาตรา ๒๘๓ หรือมาตรา ๒๘๔ ตามมาตรา ๓๐๕ (๒)

การที่ผู้ร้องอ้างว่า ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๕ จำกัดเหตุในการทำแท้งไว้เพียง ๒ กรณี ทั้งที่หญิงควรมีสิทธิในการตัดสินใจต่อร่างกายของตนเองว่าจะตั้งครรภ์ต่อไปหรือยุติการตั้งครรภ์ ซึ่งเป็นสิทธิในการกำหนดเจตจำนงของตนเองภายใต้ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของหญิงตั้งครรภ์ อีกทั้งแพทย์ที่ยุติการตั้งครรภ์ให้แก่หญิงต้องถูกดำเนินคดีก่อนที่จะพิสูจน์ได้ว่ามีอำนาจยุติการตั้งครรภ์ บทบัญญัติดังกล่าวจึงขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๗ และมาตรา ๒๘ นั้น เห็นว่า บทบัญญัติของประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๕ กำหนดข้อยกเว้นให้แพทย์สามารถยุติการตั้งครรภ์ให้หญิงตั้งครรภ์ได้ใน ๒ กรณี โดยแพทย์ผู้กระทำนั้นไม่มีความผิดฐานทำให้หญิงตั้งครรภ์แท้งลูกตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๑ และมาตรา ๓๐๒ แม้ว่าต่อมาจะมีข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับการยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ตามมาตรา ๓๐๕ แห่งประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. ๒๕๔๘ มาใช้บังคับเพื่อกำหนดเงื่อนไขในการยุติการตั้งครรภ์โดยแพทย์ที่ชอบด้วยกฎหมายโดยอนุวัติการตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๕ (๑) และ (๒) ไว้ก็ตาม ข้อบังคับดังกล่าว

ก็เป็นเพียงการขยายความบทบัญญัติของมาตรา ๓๐๕ (๑) และ (๒) ให้มีความชัดเจนมากยิ่งขึ้นเท่านั้น การกำหนดเหตุอันเป็นข้อยกเว้นให้แก่แพทย์เพื่อยุติการตั้งครรภ์ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๕ ไว้เพียง ๒ กรณี ดังกล่าว เห็นว่า มิได้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๗ และ มาตรา ๒๘ แต่ยังไม่สอดคล้องกับสภาพการณ์ไม่เท่าทันต่อความก้าวหน้าทางเทคโนโลยีทางการแพทย์ ควรมีการแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๕ ที่ประกาศใช้มาตั้งแต่ พ.ศ. ๒๕๐๐ ซึ่งล้าสมัย สมควรมีข้อยกเว้นให้กระทำได้มากขึ้นให้สอดคล้องเหมาะสมกับบริบทต่าง ๆ ของสังคมที่เปลี่ยนแปลง ในขณะที่ปัญหาการตั้งครรภ์ไม่พร้อมมีจำนวนมากขึ้น ดังนั้น เมื่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๗๗ บัญญัติให้รัฐพึงจัดให้มีกฎหมายเพียงเท่าที่จำเป็นและยกเลิกหรือปรับปรุงกฎหมายที่หมด ความจำเป็นหรือไม่สอดคล้องกับสภาพการณ์ หรือที่เป็นอุปสรรคต่อการดำรงชีวิตหรือประกอบอาชีพนั้น ในขณะที่ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๕ มีผลเป็นการบังคับใช้มาตั้งแต่ พ.ศ. ๒๕๐๐ มิได้ มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสาระสำคัญใด ๆ เพื่อให้สอดคล้องกับการดำเนินการของรัฐที่บูรณาการนโยบาย และยุทธศาสตร์ต่าง ๆ ในการแก้ไขปัญหาการตั้งครรภ์ที่ไม่พร้อมและการยุติการตั้งครรภ์ที่มีประสิทธิภาพ และเพื่อให้รองรับกับวิธีการทางการแพทย์ที่ทันสมัยก้าวหน้าเหมาะสมกับสภาพการณ์ในปัจจุบัน จึงเห็นได้ว่าประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๕ เป็นบทบัญญัติที่ไม่สอดคล้องกับสภาพการณ์ และไม่เท่าทันต่อความก้าวหน้าทางเทคโนโลยี จึงขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๗๗

ประเด็นที่ ๓ ไม่ว่ากรณีที่ขัดหรือไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ หรือไม่ก็ตาม สมควรมี มาตรการปรับปรุงกฎหมาย หรือไม่ อย่างไร

เมื่อประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๑ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๗ และมาตรา ๒๘ และประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๕ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๗๗ แล้ว ย่อมมีผลให้บทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าวใช้บังคับไม่ได้ในทันทีนับแต่วันที่ศาลอ่านคำวินิจฉัยนั้น ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๕ ประกอบพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของ ศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. ๒๕๖๑ มาตรา ๗๖ อย่างไรก็ตาม ผลของคำวินิจฉัยดังกล่าวอาจก่อให้เกิด ปัญหาเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและทำให้เกิดช่องว่างของกฎหมาย เช่น หญิงที่ตั้งครรภ์ไม่พึงประสงค์ สามารถอาศัยช่วงเวลาดังกล่าวไปดำเนินการยุติการตั้งครรภ์โดยปราศจากเงื่อนไขหรือเงื่อนไขใด ๆ และแพทย์ที่ได้รับความคุ้มครองตามมาตรา ๓๐๕ ก็อาจจะไม่ได้รับความคุ้มครองอีกต่อไป ดังนั้น เพื่อความเป็นธรรมแก่กรณี จึงเห็นควรอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ ว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. ๒๕๖๑ มาตรา ๗๔ กำหนดคำบังคับให้คำวินิจฉัยของ ศาลรัฐธรรมนูญมีผลเมื่อฝ่ายนิติบัญญัติดำเนินการแก้ไขปรับปรุงบทบัญญัติดังกล่าว โดยข้อพิจารณา


ที่ฝ่ายนิติบัญญัติต้องคำนึงในการสร้างความสมดุลระหว่างการคุ้มครองชีวิตของทารกในครรภ์กับการคุ้มครองสิทธิในชีวิตของหญิง มีดังนี้

๑) ควรกำหนดเงื่อนไขและเงื่อนไขที่เหมาะสม ปลอดภัย และเป็นธรรม เพื่อคุ้มครองสิทธิในชีวิตและสิทธิกำหนดเจตจำนงของหญิง เช่น ก่อนระยะเวลา ๑๔ สัปดาห์ ซึ่งเป็นช่วงระยะเวลาที่สามารถยุติการตั้งครรภ์ได้อย่างปลอดภัย หญิงควรมีสิทธิในการตัดสินใจต่อเนื้อตัวร่างกายของตนเอง แต่หากเกินระยะเวลา ๑๔ สัปดาห์แล้ว สิทธิของทารกในครรภ์ก็ควรที่จะต้องได้รับการคุ้มครองอย่างเป็นธรรม

๒) ควรกำหนดเงื่อนไขที่เหมาะสม ปลอดภัย และเป็นธรรม เพื่อคุ้มครองสิทธิของทารกในครรภ์ที่จะเกิดมาอย่างปลอดภัย ใช้ชีวิตได้อย่างมีความสุข และไม่เป็นการกระทบแก่สังคม

๓) เมื่อการยุติการตั้งครรภ์โดยแพทย์หรือผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมเป็นการกระทำเพื่อการรักษา (Medical treatment) ทั้งสุขภาพกายและสุขภาพใจให้แก่หญิง ซึ่งแพทย์มีอำนาจกระทำได้ภายใต้ข้อบังคับของแพทยสภาและจรรยาบรรณแพทย์โดยไม่ถือเป็นการกระทำความผิดทางอาญาดังนั้น ควรกำหนดโทษเฉพาะผู้ที่มิใช่แพทย์หรือผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมเป็นผู้กระทำความผิดทางอาญา หากกระทำการยุติการตั้งครรภ์ให้แก่หญิง

อาศัยเหตุผลดังกล่าวข้างต้น จึงมีความเห็นว่า ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๑ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๗ และมาตรา ๒๘ และประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๕ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๗๗ มีผลใช้บังคับมิได้ อย่างไรก็ตาม อาศัยความตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๗๗ และพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. ๒๕๖๑ มาตรา ๗๔ กรณีมีความจำเป็นสมควรกำหนดค่าบังคับให้คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในส่วนที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนี้มีผลเมื่อพ้น ๓๖๐ วัน นับแต่วันที่ศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัย และสมควรให้หน่วยงานที่เกี่ยวข้องดำเนินการเพื่อปรับปรุงกฎหมายดังกล่าวที่ไม่สอดคล้องกับสภาพการณ์หรือที่เป็นอุปสรรคต่อการดำรงชีวิตหรือการประกอบอาชีพโดยไม่ชักช้าเพื่อไม่ให้เป็นภาระแก่ประชาชน



(นายณรงค์ มาประณีต)

ประธานศาลรัฐธรรมนูญ

ความเห็นส่วนตัว
ของ นายเจริญ ภัคดีธนากุล ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ

คำวินิจฉัยที่ ๔/๒๕๖๓

เรื่องพิจารณาที่ ต. ๔๕/๒๕๖๑

วันที่ ๑๙ เดือน กุมภาพันธ์ พุทธศักราช ๒๕๖๓

ระหว่าง { นางสาวศรีสมัย เชื้อชาติ ผู้ร้อง
- ผู้ถูกร้อง

ประเด็นวินิจฉัย

ประเด็นที่ ๑ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๑ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๗ และมาตรา ๒๘ หรือไม่

ประเด็นที่ ๒ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๕ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๗ มาตรา ๒๘ และมาตรา ๗๗ หรือไม่

ประเด็นที่ ๓ ไม่ว่ากรณีที่ไม่ขัดหรือไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญก็ตาม สมควรมีมาตรการปรับปรุงกฎหมาย หรือไม่ อย่างไร

ความเห็น

รัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๗ และมาตรา ๒๘ เป็นบทบัญญัติในหมวด ๓ ว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพของปวงชนชาวไทย โดยมาตรา ๒๗ วางหลักการไว้ในเรื่องความเสมอภาคของบุคคลที่จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน และห้ามการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคล ไม่ว่าจะด้วยเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ ความพิการ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมืองอันไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ หรือเหตุอื่นใด จะกระทำได้ แต่ในส่วนมาตรการที่รัฐกำหนดขึ้นเพื่อขจัดอุปสรรคหรือเพื่อส่งเสริมให้บุคคลสามารถใช้สิทธิหรือเสรีภาพได้ เช่นเดียวกับบุคคลอื่น ย่อมไม่ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม มาตรา ๒๘ ได้ให้การรับรองและกำหนดหลักประกันในเรื่องสิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกายของบุคคลจากกระบวนการยุติธรรม

ส่วนมาตรา ๗๗ นั้น เป็นหลักการที่เพิ่มเติมขึ้นมาใหม่ โดยบัญญัติไว้ในหมวด ๖ ว่าด้วยแนวนโยบายแห่งรัฐ ให้รัฐใช้เป็นแนวทางดำเนินการตรากฎหมาย ซึ่งถึงแม้รัฐไม่ดำเนินการหรือไม่อาจดำเนินการได้โดยมีความจำเป็นหรือเหตุผลอันสมควรอย่างใดอย่างหนึ่ง รัฐก็จะไม่ตกเป็นผู้กระทำผิดตามรัฐธรรมนูญ เพราะไม่ใช่บทบังคับให้รัฐต้องปฏิบัติอย่างเคร่งครัดเหมือนกรณีที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้เป็นหน้าที่ของรัฐ

สำหรับประมวลกฎหมายอาญาเป็นกฎหมายในลำดับชั้นเดียวกันกับพระราชบัญญัติเป็นกฎหมายสารบัญญัติที่กำหนดว่าการใดเป็นความผิดและต้องรับโทษทางอาญาตามที่กฎหมายบัญญัติ แต่การที่รัฐจะบังคับใช้กฎหมายที่มีบทลงโทษทางอาญาไปกระทบต่อสิทธิในชีวิต ร่างกาย และทรัพย์สินของผู้ใดได้นั้น ต้องตั้งอยู่บนหลักการสำคัญประการหนึ่งที่ว่า รัฐจะตรากฎหมายให้มีการลงโทษผู้กระทำผิดด้วยวิธีการที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม ทรมาน หรือทารุณกรรมไม่ได้^๑ ทั้งพึงกำหนดโทษอาญาเฉพาะความผิดที่ร้ายแรงเท่านั้น^๒

ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๑ และมาตรา ๓๐๕ เป็นบทบัญญัติในภาค ๒ ลักษณะ ๑๐ หมวด ๓ ความผิดฐานทำให้แท้งลูก ซึ่งนอกจากจะคำนึงถึงชีวิตและร่างกายของหญิงผู้ตั้งครรภ์แล้ว กฎหมายยังให้ความสำคัญคุ้มครองไปถึงชีวิตทารกในครรภ์ของหญิงผู้เป็นมารดาด้วย เห็นได้ว่า กฎหมายให้ความสำคัญและตระหนักถึงคุณค่าของชีวิตใหม่ที่เริ่มปฏิสนธิแล้ว และกำลังจะมีสภาพบุคคลในทางกฎหมายเมื่อคลอดและอยู่รอดเป็นทารก ซึ่งกฎหมายยังให้การรับรองสิทธิของทารกภายหลังมีสภาพบุคคลแล้วว่า จะต้องเป็นผู้ดูแล โดยให้ถือว่าทารกนั้นเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของมารดาเสมอ สะท้อนให้เห็นได้ว่า กฎหมายมุ่งหมายให้อำนาจและหน้าที่แก่หญิงที่พึงมีต่อทารกในครรภ์เป็นสำคัญ หญิงผู้ตั้งครรภ์จึงไม่อาจปฏิเสธหน้าที่ของความเป็นแม่ที่จะต้องให้ความสำคัญคุ้มครองชีวิตใหม่ของทารกในครรภ์ของตนได้

ประเด็นที่ ๑ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๑ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๗ และมาตรา ๒๘ หรือไม่

มาตรา ๓๐๑ เป็นบทบัญญัติแรกในหมวดความผิดฐานทำให้แท้งลูก บัญญัติว่า หญิงใดทำให้ตนเองแท้งลูก หรือยอมให้ผู้อื่นทำให้ตนแท้งลูก ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ เห็นว่า นอกจากกฎหมายมุ่งหมายลงโทษผู้ที่ล่วงละเมิดชีวิตและร่างกาย

^๑ รัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๘ วรรคสี่ บัญญัติว่า “การทรมาน ทารุณกรรม หรือการลงโทษด้วยวิธีการโหดร้ายหรือไร้มนุษยธรรมจะกระทำมิได้”

^๒ รัฐธรรมนูญ มาตรา ๗๗ วรรคสาม บัญญัติว่า “รัฐพึงใช้ระบอบอนุญาตและระบบคณะกรรมการในกฎหมายเฉพาะกรณีจำเป็น พึงกำหนดหลักเกณฑ์การใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐและระยะเวลาในการดำเนินการตามขั้นตอนต่าง ๆ ที่บัญญัติไว้ในกฎหมายให้ชัดเจน และพึงกำหนดโทษอาญาเฉพาะความผิดที่ร้ายแรง”

ของหญิงผู้ตั้งครรภ์โดยตรงแล้ว กฎหมายยังให้การรับรองและคุ้มครองไปถึงชีวิตของทารกในครรภ์ของหญิงที่เกิดจากการมีเพศสัมพันธ์ของชายหญิงเพื่อไม่ให้ผู้ใดมาละเมิด แม้ว่าจะเป็นหญิงผู้ตั้งครรภ์เองก็ไม่มีสิทธิที่จะไปละเมิดต่อความมีชีวิตและโอกาสที่จะมีฐานะเป็นบุคคลในเวลาอันใกล้ของทารกในครรภ์ได้ บทบัญญัติดังกล่าวมุ่งหมายเจาะจงตัวผู้กระทำความผิดไปที่ “หญิงใด” เป็นสำคัญ เนื่องจากโดยสภาพของการคุ้มครองชีวิตของทารกในครรภ์ของหญิงใดย่อมต้องให้หญิงนั้นเป็นผู้ทำหน้าที่ซึ่งจะเกิดผลสัมฤทธิ์ได้ดีที่สุด บุคคลอื่นหาอยู่ในสถานะที่จะทำหน้าที่นี้ได้ กฎหมายจึงไม่ใช่คำว่าผู้ใดเหมือนบทมาตราอื่นที่ไม่ได้เจาะจงตัวผู้กระทำความผิดลงไป เพื่อให้มุ่งหมายถึงบุคคลใดก็ได้ทั้งที่เป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคล เพราะหญิงใดนั้นหมายถึงหญิงที่อุ้มท้องประคองชีวิตของทารกในครรภ์ของหญิงนั้นแต่ผู้เดียว การยินยอมหรือปล่อยให้ชีวิตของทารกในครรภ์ของตนถูกทำร้ายโดยตนเองหรือผู้อื่น ย่อมแสดงให้เห็นได้ถึงเจตนาที่ประกอบอยู่กับจิตใจในขณะนั้นว่าประสงค์ต่อผลหรือยอมเล็งเห็นผลว่าชีวิตของทารกในครรภ์จะถูกละเมิด การที่กฎหมายระบุไปที่หญิงผู้ตั้งครรภ์จึงไม่เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๗ ทั้งยังไม่เป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกายของบุคคลโดยปราศจากเหตุผลและความจำเป็นแต่ประการใด จึงเห็นว่าประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๑ ไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๗ และมาตรา ๒๘

ประเด็นที่ ๒ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๕ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๗ มาตรา ๒๘ และมาตรา ๗๗ หรือไม่

มาตรา ๓๐๕ บัญญัติว่า “ถ้าการกระทำความผิดดังกล่าวในมาตรา ๓๐๑ และมาตรา ๓๐๒ นั้นเป็นการกระทำของนายแพทย์ และ (๑) จำเป็นต้องกระทำเนื่องจากสุขภาพของหญิงนั้น หรือ (๒) หญิงมีครรภ์เนื่องจากการกระทำความผิดอาญา ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา ๒๗๖ มาตรา ๒๗๗ มาตรา ๒๘๒ มาตรา ๒๘๓ หรือมาตรา ๒๘๔ ผู้กระทำไม่มีความผิด” เป็นบทบัญญัติที่เป็นเหตุยกเว้นความผิดให้แก่หญิงผู้ตั้งครรภ์ และแพทย์ที่ได้กระทำความผิดไปตามมาตรา ๓๐๑ และมาตรา ๓๐๒ เพราะมีเหตุจำเป็นเนื่องจากสุขภาพของหญิง หรือเพราะหญิงนั้นมีครรภ์เนื่องจากการกระทำความผิดอาญาตามบทมาตราที่ระบุไว้ โดยเมื่อพิจารณาความรับผิดชอบของบุคคลจากโครงสร้างความผิดทางอาญาที่แม้จะครอบงำประกอบความผิดตามที่กฎหมายบัญญัติไปแล้ว ก็ยังไม่สามารถลงโทษทางอาญาได้ทันทีจะต้องพิจารณาต่อไปว่ามีกฎหมายบัญญัติ จารีตประเพณี หรือความยินยอมของผู้เสียหายมาเป็นเหตุยกเว้นความผิดให้หรือไม่ ซึ่งตามมาตรา ๓๐๕ บัญญัติไว้เป็นเหตุยกเว้นความผิด กล่าวคือ หากว่าผู้กระทำเป็นแพทย์ที่จะกระทำการอันเป็นความผิดตามมาตรา ๓๐๒ และการกระทำผิดของหญิงผู้ตั้งครรภ์ตามมาตรา ๓๐๑ ทั้งนี้ จะต้องต้องมีข้อเท็จจริงประกอบด้วยว่ามีความจำเป็นเนื่องจากสุขภาพ

ของหญิง ซึ่งอาจรวมถึงสุขภาพจิตด้วย หรือหญิงมีครรภ์อันเนื่องมาจากการเป็นผู้ถูกระทำในความผิดเกี่ยวกับเพศ เห็นได้ว่า กฎหมายบทนี้ให้การรับรองและคุ้มครองบุคคลผู้ที่กระทำผิดไปในสถานการณ์ที่จำเป็นและสมควรที่จะต้องกระทำโดยมิได้เลือกปฏิบัติต่อบุคคลใด จึงไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญตามมาตรา ๒๗ ทั้งไม่ได้จำกัดสิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกายของใคร จึงไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญตามมาตรา ๒๘

ส่วนกรณีตามมาตรา ๗๗ เป็นบทบัญญัติในหมวดที่ว่าด้วยแนวนโยบายแห่งรัฐ ที่รัฐพึงใช้เป็นแนวทางในการตรากฎหมายเท่าที่จำเป็น รวมทั้งให้ยกเลิกหรือปรับปรุงกฎหมายที่หมดความจำเป็นหรือไม่สอดคล้องกับสภาพการณ์หรือเป็นอุปสรรคต่อการดำรงชีวิตหรือการประกอบอาชีพของประชาชน โดยเมื่อนำมาบังคับใช้จะต้องสร้างความรู้ความเข้าใจแก่ประชาชนเพื่อให้การบังคับใช้เป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ และได้ประสิทธิผล ทั้งนี้ ก่อนตรากฎหมายรัฐพึงจัดให้ประชาชนมีส่วนร่วมในการแสดงความคิดเห็นด้วยการจัดให้มีการรับฟังความคิดเห็น เพื่อให้ประชาชนได้สะท้อนปัญหา ผลกระทบ และสามารถเสนอแนะแนวทางใหม่ ๆ ที่หน่วยงานของรัฐอาจเข้าไม่ถึง ซึ่งไม่ใช่หน้าที่ของรัฐอันเป็นบทบังคับให้รัฐต้องปฏิบัติอย่างเคร่งครัด แต่เป็นเพียงแนวนโยบายให้รัฐพึงใช้เป็นแนวทางดำเนินการตรากฎหมายทั้งกรณีตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๕ นี้ ก็มีได้มีลักษณะใดที่ไปล่วงละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลใด จึงเห็นว่า ไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๗๗

ประเด็นที่ ๓ ไม่ว่ากรณีที่ขัดหรือไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญก็ตาม สมควรมีมาตรการปรับปรุงกฎหมาย หรือไม่ อย่างไร

เห็นว่า การใช้มาตรการทางกฎหมายเป็นเครื่องมือหนึ่งในการควบคุมพฤติกรรมของผู้คนในสังคมเพื่อให้เกิดความสงบเรียบร้อยขึ้นในประเทศอันเป็นภารกิจพื้นฐานของรัฐอย่างหนึ่งที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ แต่การใช้กฎหมายนั้นก็จะต้องคำนึงถึงสภาพการณ์ของสังคมที่พลวัตอยู่ตลอดเวลาประกอบกันด้วย

แม้ว่าประมวลกฎหมายอาญาทั้งสองมาตราดังกล่าวจะไม่ถึงกับขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ แต่ก็ก็เป็นกฎหมายที่บังคับใช้มาเป็นระยะเวลาอันยาวนานกว่า ๖๐ ปีแล้ว ในขณะที่วิถีชีวิตของประชาชน สภาพการณ์ทางเศรษฐกิจ และสังคม รวมทั้งความเจริญก้าวหน้าทางการแพทย์ได้เปลี่ยนแปลงไปจากอดีตมาก จึงมีความจำเป็นและเหตุผลอันสมควรที่จะต้องมีการปรับปรุงกฎหมายที่เกี่ยวข้อง โดยเฉพาะประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๕ ให้สามารถสนองตอบต่อสภาพการณ์ในปัจจุบันได้ดีขึ้นกว่าที่เป็นอยู่เดิม เพื่อให้มีทางออกใหม่เพิ่มเติมขึ้นให้แก่หญิงผู้ตั้งครรภ์ที่ต้องตกอยู่ในสภาพที่จำเป็นหรือทุกข์ทรมาณอย่างรุนแรงจนไม่สามารถจะแบกรับภาระหน้าที่ตามกฎหมายในกรณีนี้ต่อไปได้ เช่น ให้มีระบบช่วยเหลือบรรเทาทุกข์ทั้งในระหว่างตั้งครรภ์ และหลังจากคลอดทารกนั้นแล้ว

อย่างไรก็ตาม มาตรการให้ความช่วยเหลือตามกฎหมายที่จะมีขึ้นใหม่จะต้องอยู่ในขอบเขต และหลักการที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้เพื่อป้องกันปัญหาที่จะเกิดขึ้นจากการบังคับใช้บทกฎหมายที่มีผล เป็นการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญของบุคคลไว้ว่า ต้องเป็นไปตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๖ กล่าวคือ จะต้องเป็นไปตามเงื่อนไขที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ในกรณีที่รัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติเงื่อนไขไว้ กฎหมายดังกล่าวจะต้องไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ ไม่ขัดต่อหลักนิติธรรม ไม่กระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ และไม่เพิ่มภาระหรือจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลเกินสมควรแก่เหตุ ทั้งยังต้องระบุเหตุผลและความจำเป็นในการตรากฎหมายไว้ด้วย และกฎหมายนั้นจะต้องมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป ไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง

อนึ่ง ในส่วนของชายที่มีความสัมพันธ์กับหญิง จนเป็นต้นเหตุทำให้หญิงตั้งครรภ์และจำเป็นต้องทำผิดกฎหมายบทนี้ ย่อมมีเหตุผลที่ชายจะต้องรับโทษและมีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาด้วย จึงเห็นควรที่จะมีการพิจารณาปรับปรุงกฎหมายในส่วนนี้ไปในโอกาสเดียวกัน

อาศัยเหตุผลดังที่ได้แสดงมาข้างต้น จึงมีความเห็นว่า บทบัญญัติของประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๑ เป็นบทบัญญัติที่มีได้เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคล และได้จำกัดสิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกายของหญิงผู้ตั้งครรภ์ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๗ และมาตรา ๒๘ แต่อย่างไรก็ตาม ควรจะพิจารณาทบทวนในส่วนของผู้มีส่วนร่วมกระทำความผิด โดยปรับปรุงให้ชายที่เป็นต้นเหตุให้หญิงต้องกระทำความผิดฐานนี้ต้องมีส่วนรับผิดชอบด้วยในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๑ ทั้งนี้ ในการปรับปรุงแก้ไขให้ชายมีส่วนร่วมรับผิดชอบกับหญิงผู้ตั้งครรภ์ด้วยนี้ มิได้มุ่งหมายให้เป็นการเพิ่มจำนวนผู้ต้องรับโทษทางอาญา แต่พิจารณาในทางป้องกันและยับยั้งอันเกิดจากจิตใจสำนึกของผู้ที่มีส่วนเกี่ยวข้องอย่างสำคัญในการกระทำความผิดด้วยตนเอง และควรมีกฎหมายเฉพาะเพื่อให้มีมาตรการที่ทรงประสิทธิภาพในการช่วยเหลือบรรเทาทุกข์แก่หญิงผู้ตั้งครรภ์ที่ตกอยู่ในสภาวะการณียากลำบาก ให้สามารถทำหน้าที่รักษาชีวิตทารกในครรภ์ต่อไปได้ รวมทั้งสามารถทำหน้าที่อุปการะเลี้ยงดูทารกนั้น ภายหลังคลอดได้ตามความจำเป็นและสมควรแก่กรณีด้วย



(นายจรัญ ภัคศิธนากุล)

ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ

ความเห็นส่วนตัว
ของ นายชัช ชลวร ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ

คำวินิจฉัยที่ ๔/๒๕๖๓

เรื่องพิจารณาที่ ต.๔๕/๒๕๖๑

วันที่ ๑๙ เดือน กุมภาพันธ์ พุทธศักราช ๒๕๖๓

ระหว่าง { นางสาวศรีสมัย เชื้อชาติ ผู้ร้อง
- ผู้ถูกร้อง

ประเด็นวินิจฉัย

ประเด็นที่หนึ่ง ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๑ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๗ และมาตรา ๒๘ หรือไม่

ประเด็นที่สอง ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๕ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๗ มาตรา ๒๘ และมาตรา ๗๗ หรือไม่

ประเด็นที่สาม ไม่ว่ากรณีที่ขัดหรือไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ หรือไม่ก็ตาม สมควรมีมาตรการปรับปรุงกฎหมาย หรือไม่ อย่างไร

ความเห็น

เห็นว่า รัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๗ เป็นบทบัญญัติอยู่ในหมวด ๓ สิทธิและเสรีภาพของปวงชนชาวไทย โดยเป็นบทบัญญัติรับรองหลักความเสมอภาคของบุคคลซึ่งมีหลักการว่าบุคคลทุกคนมีความเสมอภาคกันในกฎหมาย มีสิทธิและเสรีภาพและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน ชายและหญิง มีสิทธิเท่าเทียมกัน การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ ความพิการ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมืองอันไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ หรือเหตุอื่นใด จะกระทำมิได้ และมาตรการที่รัฐกำหนดขึ้นเพื่อขจัดอุปสรรคหรือส่งเสริมให้บุคคลสามารถใช้สิทธิและเสรีภาพได้เช่นเดียวกับบุคคลอื่น หรือเพื่อคุ้มครองหรืออำนวยความสะดวกให้แก่เด็ก สตรี ผู้สูงอายุ คนพิการ หรือผู้ด้อยโอกาส ย่อมไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติ

โดยไม่เป็นธรรม รัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๘ วรรคหนึ่ง เป็นบทบัญญัติรับรองสิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกายของบุคคล โดยรับรองไว้ว่าบุคคลย่อมมีสิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกาย ส่วนรัฐธรรมนูญ มาตรา ๗๗ เป็นบทบัญญัติอยู่ในหมวด ๖ แนวนโยบายแห่งรัฐ โดยเป็นบทบัญญัติที่รัฐพึงจัดให้มีกฎหมายเพียงเท่าที่จำเป็น และยกเลิกหรือปรับปรุงกฎหมายที่หมดความจำเป็นหรือไม่สอดคล้องกับสภาพการณ์ หรือที่เป็นอุปสรรคต่อการดำรงชีวิตหรือการประกอบอาชีพโดยไม่ชักช้าเพื่อไม่ให้เป็นภาระแก่ประชาชน และดำเนินการให้ประชาชนเข้าถึงตัวบทกฎหมายต่าง ๆ ได้โดยสะดวกและสามารถเข้าใจกฎหมายได้ง่ายเพื่อปฏิบัติตามกฎหมายได้อย่างถูกต้อง ก่อนการตรากฎหมาย รัฐพึงจัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นของผู้เกี่ยวข้อง รัฐพึงใช้ระบบอนุญาตและระบบคณะกรรมการในกฎหมายเฉพาะกรณี ที่จำเป็น พึงกำหนดกฎเกณฑ์การใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐและระยะเวลาดำเนินการ และ พึงกำหนดโทษอาญาเฉพาะความผิดร้ายแรง

สำหรับประมวลกฎหมายอาญาเป็นกฎหมายที่มีวัตถุประสงค์ในการรักษาความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนเพื่อให้สังคมมีความสงบสุข ซึ่งมีบทบัญญัติกำหนดการกระทำอันเป็นความผิดและบทลงโทษ โดยมาตรา ๓๐๑ และมาตรา ๓๐๕ เป็นบทบัญญัติอยู่ในภาค ๒ ความผิด ลักษณะ ๑๐ ว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับชีวิตและร่างกาย หมวด ๓ ความผิดฐานทำให้แท้งลูก โดยมาตรา ๓๐๑ บัญญัติว่า หญิงใดทำให้ตนเองแท้งลูก หรือยอมให้ผู้อื่นทำให้ตนแท้งลูก ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ มาตรา ๓๐๕ บัญญัติว่า ถ้าการกระทำความผิดดังกล่าวในมาตรา ๓๐๑ และมาตรา ๓๐๒ นั้นเป็นการกระทำของนายแพทย์ และ (๑) จำเป็นต้องกระทำเนื่องจากสุขภาพของหญิงนั้น หรือ (๒) หญิงมีครรภ์เนื่องจากการกระทำความผิดอาญาตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา ๒๗๖ มาตรา ๒๗๗ มาตรา ๒๘๒ มาตรา ๒๘๓ หรือมาตรา ๒๘๔ ผู้กระทำไม่มีความผิด

ประเด็นที่หนึ่ง ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๑ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๗ และมาตรา ๒๘ หรือไม่

เห็นว่า การที่ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๑ บัญญัติให้หญิงใดที่ทำให้ตนเองแท้งลูก หรือยอมให้ผู้อื่นทำให้ตนแท้งลูก มีความผิดและต้องระวางโทษจำคุกหรือปรับ หรือทั้งจำทั้งปรับ เป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายตราขึ้นใช้บังคับเพื่อแสดงให้เห็นถึงคุณธรรมของมนุษย์ที่พึงมีต่อการมีชีวิตของทารกไม่ว่าอายุครรภ์จะเท่าใด เพื่อคุ้มครองทารกซึ่งอยู่ในครรภ์มารดาให้มีสิทธิในการมีชีวิตโดยอยู่ในครรภ์มารดาอย่างปลอดภัย เนื่องจากทารกซึ่งอยู่ในครรภ์ไม่อาจปกป้องและคุ้มครองตนเองจากภัยอันตรายภายนอกได้ ต้องอาศัยและพึ่งพามารดาเพื่อให้มีชีวิตต่อไป รัฐมีหน้าที่ต้องปกป้อง

และคุ้มครองการมีชีวิตของทารกตั้งแต่อยู่ในครรภ์ของมารดา โดยแยกสิทธิในการมีชีวิตของทารกและสิทธิในการกำหนดเจตจำนงเกี่ยวกับอนามัยเจริญพันธุ์และสิทธิของชีวิตและร่างกายของมารดาออกจากกัน แม้ทารกที่อยู่ในครรภ์มารดาซึ่งมีลักษณะเป็นตัวอ่อนจะต้องพึ่งมารดาเพื่อดำรงชีวิตให้อยู่รอดก็ตาม โดยกำหนดให้การกระทำอันทำให้ตนแท้งลูกหรือยอมให้ผู้อื่นทำให้ตนแท้งลูก เป็นความผิดและต้องรับโทษทางอาญา ซึ่งสอดคล้องกับความคิดและความเชื่อทางศาสนาของสังคมไทยอันเป็นพื้นฐานความคิดของประชาชนมาโดยตลอด แม้ต่อมาในปี ๒๕๖๐ มีการแก้ไขบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๑ แต่มิได้แก้ไขในส่วนเนื้อหาของการกระทำความผิด เป็นการแก้ไขในส่วนโทษของการกระทำความผิดของหญิงที่ทำให้ตนแท้งลูก อันแสดงได้ว่า สังคมไทยยังคงเคารพหลักการคุณธรรมทางกฎหมายข้อนี้อยู่ กรณีที่ผู้ร้องกล่าวอ้างว่าการให้หญิงต้องรับผิดทางอาญาเพียงฝ่ายเดียว โดยไม่ลงโทษชายซึ่งมีความสัมพันธ์กับหญิงทำให้หญิงตั้งครรถ์ด้วย และการที่หญิงไม่มีสิทธิที่จะยุติการตั้งครรถ์ของตนเองได้ ทั้งที่เป็นสิทธิของหญิงที่จะกำหนดเจตจำนงเกี่ยวกับอนามัยเจริญพันธุ์ของตนเอง จึงขัดต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๗ และมาตรา ๒๘ นั้น เห็นว่า ตามหลักธรรมชาติของมนุษย์ เพศหญิงเท่านั้นเป็นเพศตั้งครรถ์ได้ แม้บทบัญญัติมาตรา ๓๐๑ บัญญัติให้หญิงที่ทำให้ตนแท้งลูกหรือยอมให้บุคคลอื่นทำให้ตนแท้งลูก หญิงนั้นมีความผิดและต้องโทษทางอาญาอันเป็นบทลงโทษเฉพาะหญิงเท่านั้นก็ตาม แต่หากการกระทำของชายซึ่งมีความสัมพันธ์ทำให้หญิงตั้งครรถ์ มีการกระทำที่เกี่ยวข้องกับการทำให้หญิงแท้งลูกตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๑ ย่อมต้องรับผิดทางอาญาตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายอาญามาตราอื่นที่บัญญัติให้เป็นการกระทำความผิดและต้องรับโทษทางอาญา สำหรับสิทธิของหญิงในการกำหนดเจตจำนงเกี่ยวกับอนามัยเจริญพันธุ์ของตนที่จะยุติการตั้งครรถ์จะมีได้ก็ด้วยเงื่อนไขอันเป็นเหตุที่กฎหมายบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๕ ซึ่งได้แก่เป็นอันตรายต่อสุขภาพของหญิงหรือมีครรถ์เนื่องจากการกระทำความผิดอาญาเท่านั้น เนื่องจากบทบัญญัติมาตรา ๓๐๑ มีเจตนารมณ์ที่มุ่งคุ้มครองชีวิตของทารกในครรภ์มารดาซึ่งมีสิทธิในการมีชีวิตและได้รับการปกป้องและคุ้มครองจากมารดาอันเป็นสิทธิที่เกี่ยวข้องกับคุณธรรมของมนุษย์ หญิงผู้ตั้งครรถ์จึงไม่อาจนำเหตุอื่นนอกเหนือปัญหาสุขภาพมายุติการตั้งครรถ์ได้ ดังนั้น บทบัญญัติมาตรา ๓๐๑ เป็นบทบัญญัติที่เป็นไปตามความมุ่งหมายของกฎหมายที่มุ่งคุ้มครองทารกในครรภ์ คุณธรรมของมนุษย์ และความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน มิได้เป็นการเลือกปฏิบัติต่อบุคคลโดยไม่เป็นธรรม และมีได้จำกัดสิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกายของหญิงตั้งครรถ์ จึงไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๗ และมาตรา ๒๘

ประเด็นที่สอง ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๕ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๗ มาตรา ๒๘ และมาตรา ๗๗ หรือไม่

เห็นว่า ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๕ บัญญัติให้การกระทำความผิดตามมาตรา ๓๐๑ หากเป็นการกระทำของนายแพทย์ และจำเป็นต้องกระทำเนื่องจากสุขภาพของหญิง หรือหญิงมีครรภ์ เนื่องจากการกระทำความผิดอาญาที่เกี่ยวกับเพศ ผู้กระทำไม่มีความผิด เป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่รัฐ กำหนดให้ยกเว้นความผิดของผู้กระทำการให้หญิงแท้งลูกตามมาตรา ๓๐๑ โดยมุ่งคุ้มครองหญิงตั้งครรภ์ กรณีที่มีปัญหาเกี่ยวกับสุขภาพที่อาจเป็นอันตรายต่อชีวิตของหญิง และกรณีการตั้งครรภ์เกิดจากการ กระทำความผิดอาญา อันเป็นการคำนึงถึงสิทธิในชีวิตและร่างกายของหญิงและสิทธิในการกำหนด เจตจำนงเกี่ยวกับอนามัยเจริญพันธุ์ของตนเอง และเพื่อความปลอดภัยในชีวิตของหญิงซึ่งอาจได้รับ อันตรายจากการแท้งลูก รัฐจึงกำหนดให้การทำแท้งอยู่ภายใต้การปฏิบัติของนายแพทย์ อย่างไรก็ตาม โดยที่การยุติการตั้งครรภ์เป็นเรื่องที่มีความละเอียดอ่อนและจริยธรรมของสังคม การกำหนดกรณียกเว้น ให้กระทำได้ ต้องมีระบบการควบคุมที่ชัดเจนและเป็นมาตรฐาน ซึ่งข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยหลักเกณฑ์ การปฏิบัติเกี่ยวกับการยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ตามมาตรา ๓๐๕ แห่งประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. ๒๕๔๘ กำหนดรองรับไว้ว่า การยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ตามมาตรา ๓๐๕ นั้น หญิงตั้งครรภ์ต้องยินยอม และกระทำได้โดยแพทย์ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมตามกฎหมาย รวมทั้งต้อง กระทำในสถานพยาบาล และต้องเป็นไปตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้กล่าวคือ ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๕ (๑) เงื่อนไขมีว่าต้องเป็นกรณีที่จำเป็นต้องกระทำเนื่องจากปัญหาสุขภาพทางกายของหญิง มีครรภ์ หรือเนื่องจากปัญหาสุขภาพทางจิตของหญิงมีครรภ์ ซึ่งต้องได้รับการรับรองหรือเห็นชอบจาก ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมที่มีใช้ผู้กระทำการยุติการตั้งครรภ์อย่างน้อยหนึ่งคน สำหรับการยุติ การตั้งครรภ์ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๕ (๒) เงื่อนไขมีว่าต้องมีหลักฐานหรือข้อเท็จจริง อันควรเชื่อได้ว่า หญิงมีครรภ์เนื่องจากการกระทำความผิดอาญา เมื่อปฏิบัติเกี่ยวกับการยุติการตั้งครรภ์แล้ว แพทย์ผู้นั้นต้องทำรายงานเสนอต่อแพทยสภา หากไม่ปฏิบัติตามข้อบังคับนี้ ให้ถือว่าผู้ประกอบวิชาชีพ เวชกรรมผู้นั้นไม่รักษามาตรฐานในระดับที่ดีที่สุด การที่ผู้ร้องกล่าวอ้างว่าการที่กฎหมายกำหนดเงื่อนไข ไว้เพียง ๒ กรณี ทั้งที่เป็นสิทธิของหญิงซึ่งตั้งครรภ์ เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมและจำกัดสิทธิ และเสรีภาพในชีวิตและร่างกายของหญิง จึงขัดต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๗ และมาตรา ๒๘ นั้น เห็นว่า แม้การตั้งครรภ์จะมีขึ้นมาจากความสัมพันธ์ระหว่างหญิงและชาย แต่โดยที่การยุติการตั้งครรภ์ เป็นเรื่องที่มีความละเอียดอ่อนต่อจริยธรรมของสังคม และกระทบต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรม อันดีของประชาชน ประกอบกับรัฐสามารถดำเนินการด้วยวิธีการคุมกำเนิดที่มีประสิทธิภาพ หากให้มีการนำ เหตุที่ไม่เกี่ยวกับปัญหาสุขภาพซึ่งครอบคลุมทั้งร่างกายและจิตใจของหญิงหรือการตั้งครรภ์อันเกิดจาก การกระทำความผิดทางอาญา มาเป็นเหตุให้มีการยุติการตั้งครรภ์ได้ ก็จะส่งผลต่อประสิทธิภาพในการ ใช้บังคับประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๑ และมาตรา ๓๐๒ การกำหนดการยกเว้นให้ทำแท้งได้ จึงต้องกระทำเท่าที่จำเป็นเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของบทบัญญัติมาตรา ๓๐๑ บทบัญญัติมาตรา ๓๐๕ จึงเป็นไปตามหลักความได้สัดส่วนพอเหมาะพอควรแก่กรณี และเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพในชีวิต

และร่างกายของหญิงตามรัฐธรรมนูญรับรองไว้ว่ากระทำได้นอกจากนี้การที่ผู้ร้องกล่าวอ้างว่า การกำหนดให้การยุติการตั้งครรภ์ต้องกระทำโดยนายแพทย์เท่านั้น ไม่รวมบุคลากรทางการแพทย์ ซึ่งไม่ทันสมัยต่อความก้าวหน้าทางการแพทย์ในปัจจุบันที่มุ่งเน้นการใช้ยาแทนหัตถการทางการแพทย์ จึงขัดต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๗๗ นั้น เห็นว่า วัตถุประสงค์ประการหนึ่งของบทบัญญัติประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๕ คือคุ้มครองความปลอดภัยในชีวิตและร่างกายของหญิงซึ่งตั้งครรภ์จากการยุติการตั้งครรภ์ เพื่อให้วัตถุประสงค์ดังกล่าวบรรลุผล การปฏิบัติในการยุติการตั้งครรภ์ต้องมีระบบ และมีมาตรฐานเพื่อให้มีความปลอดภัย จึงต้องให้นายแพทย์ซึ่งเป็นผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม ตามกฎหมายเป็นผู้ปฏิบัติการยุติการตั้งครรภ์ของหญิง ส่วนรัฐธรรมนูญ มาตรา ๗๗ เป็นบทบัญญัติ กำหนดหน้าที่ของรัฐในการทบทวนกฎหมายโดยให้มีกฎหมายเพียงเท่าที่จำเป็น และยกเลิกหรือปรับปรุง กฎหมายที่หมดความจำเป็นหรือไม่สอดคล้องกับสภาพการณ์ จึงไม่มีกรณีที่บทบัญญัติแห่งกฎหมายใด จะขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๗๗ ได้

ประเด็นที่สาม ไม่ว่าจะกรณีที่ขัดหรือไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ หรือไม่ก็ตาม สมควรมีมาตรการ ปรับปรุงกฎหมาย หรือไม่ อย่างไร

เห็นว่า เมื่อวินิจฉัยไว้แล้วว่าบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๑ และมาตรา ๓๐๕ ไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ จึงไม่จำเป็นต้องกำหนดมาตรการในการปรับปรุงกฎหมาย ส่วนกรณี ตามคำร้องขอของผู้ร้องในเรื่องการปรับปรุงกฎหมายให้มีความเหมาะสมต่อสภาพการณ์ทางสังคมและความก้าวหน้าทางการแพทย์ในปัจจุบัน นั้น รัฐธรรมนูญได้กำหนดช่องทางการใช้สิทธิของประชาชน ในการแสดงความคิดเห็นเพื่อเสนอการปรับปรุงและแก้ไขกฎหมายโดยกำหนดช่องทางและวิธีการไว้แล้ว ผู้ร้องสามารถใช้สิทธิผ่านช่องทางดังกล่าวได้ นอกจากนี้รัฐธรรมนูญ มาตรา ๗๗ บัญญัติให้ก่อนการตรา กฎหมาย ต้องมีกระบวนการรับฟังความคิดเห็นของผู้เกี่ยวข้องอันจะเป็นประโยชน์ในการพิจารณา กฎหมายเพื่อประโยชน์ของประชาชน

อาศัยเหตุผลดังกล่าวข้างต้น จึงวินิจฉัยว่า ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๑ ไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๗ และมาตรา ๒๘ และประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๕ ไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๗ มาตรา ๒๘ และมาตรา ๗๗ และไม่จำเป็นต้องกำหนดมาตรการในการปรับปรุงกฎหมายนี้

(นายชัย ชลวร)

ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ

ความเห็นส่วนตัว
ของ นายทวีเกียรติ มินะกนิษฐ ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ

คำวินิจฉัยที่ ๔/๒๕๖๓

เรื่องพิจารณาที่ ต. ๔๕/๒๕๖๑

วันที่ ๑๙ เดือน กุมภาพันธ์ พุทธศักราช ๒๕๖๓

ระหว่าง { นางสาวศรีสมัย เชื้อชาติ ผู้ร้อง
- ผู้ถูกร้อง

ประเด็นวินิจฉัย

ประเด็นที่หนึ่ง ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๑ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๗ และมาตรา ๒๘ หรือไม่

ประเด็นที่สอง ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๕ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๗ มาตรา ๒๘ และมาตรา ๗๗ หรือไม่

ประเด็นที่สาม ไม่ว่าจะกรณีใดที่ขัดหรือไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ หรือไม่ก็ตาม สมควรมีมาตรการปรับปรุงกฎหมาย หรือไม่ อย่างไร

ความเห็น

ประเด็นที่หนึ่ง ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๑ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๗ และมาตรา ๒๘ หรือไม่

มาตรา ๓๐๑ บัญญัติว่า “หญิงใดทำให้ตนเองแท้งลูก หรือยอมให้ผู้อื่นทำให้ตนแท้งลูก ต้องระวางโทษ ...”

พิจารณาแล้วเห็นว่า รัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๗ เป็นบทบัญญัติว่าด้วยบุคคลย่อมเสมอกันในกฎหมาย มีสิทธิและเสรีภาพและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน และการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคล ไม่ว่าจะด้วยเหตุในเรื่องความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด ... เพศ อายุ ... ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา ... อันไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ หรือเหตุอื่นใด จะกระทำมิได้ บทบัญญัติดังกล่าวจึงเป็นบทบัญญัติที่รับรองความเสมอภาค

ของบุคคลว่าจะปฏิบัติต่อบุคคลภายในรัฐโดยเท่าเทียมกัน และบุคคลจะไม่ถูกเลือกปฏิบัติ ด้วยเหตุแห่งความไม่เป็นธรรมตามที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ และรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๘ เป็นบทบัญญัติว่าด้วยบุคคลย่อมมีสิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกาย บทบัญญัตินี้จึงเป็นบทบัญญัติที่รับรองสิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกายของบุคคล ซึ่งมีแนวคิดมาจากสิทธิตามธรรมชาติ (natural right) ว่ามนุษย์ทั้งหลายเกิดมาเท่าเทียมกัน และมีสิทธิบางประการที่ติดตัวมาแต่กำเนิด ได้แก่ สิทธิในชีวิต เสรีภาพในร่างกาย สิทธิในทรัพย์สิน และการใช้สิทธิและเสรีภาพดังกล่าวย่อมกระทำได้ในแดนแห่งเสรีภาพของตนตราบเท่าที่ไม่กระทบสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอื่น ทั้ง ๒ มาตราเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญ

สำหรับประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๑ เป็นบทบัญญัติที่ให้หญิงผู้ทำแท้งเท่านั้น ต้องรับผิดชอบโดยบทบัญญัติมาตราดังกล่าวจึงมุ่งลงโทษเฉพาะแต่ผู้หญิงที่ยุติการตั้งครรภ์ ทั้งที่ชายซึ่งมีความสัมพันธ์กับหญิงและเป็นต้นเหตุทำให้หญิงตั้งครรภ์กลับไม่ต้องรับผิดชอบใด ๆ ในทางอาญา เมื่อพิจารณาบทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญาทั้งหมดนั้น มีเพียงบทบัญญัติประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๑ เท่านั้น ที่บัญญัติให้ลงโทษเฉพาะหญิง โดยไม่ให้โอกาสเลือก บทบัญญัตินี้จึงเป็นบทบัญญัติที่อาศัยความแตกต่างในเรื่องธรรมชาติทางเพศมาเป็นเกณฑ์ในการกำหนดโทษ เพราะการที่ชายหญิงมีความสัมพันธ์กันอย่างเสมอภาคแต่หญิงเท่านั้นที่สามารถตั้งครรภ์ได้และอาจมีความผิดจากความสัมพันธ์ที่เสมอภาคและกลับกลายเป็นความไม่เสมอภาคโดยกำหนดให้การยุติการตั้งครรภ์เป็นความผิดของหญิงเพียงฝ่ายเดียวเพราะโดยธรรมชาติชายไม่อาจตั้งครรภ์ได้และไม่ต้องมีความผิดใด ๆ จากการกระทำของตนต่อหญิง กรณีจึงเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๗ อีกทั้งการที่ประมวลกฎหมายอาญามาตราดังกล่าวบัญญัติให้การทำแท้งเป็นความผิด โดยไม่ให้โอกาสหญิงตัดสินใจว่าจะตั้งครรภ์ต่อไปหรือยุติการตั้งครรภ์นั้น เป็นการไม่ให้หญิงใช้อำนาจในการตัดสินใจต่อเนื้อตัวร่างกายของตนเอง แม้บทบัญญัตินี้ดังกล่าวจะมีเจตนารมณ์เพื่อคุ้มครองทารกในครรภ์มารดา แต่สิทธิและเสรีภาพในการที่จะกระทำต่อร่างกายของคนผู้ที่เกิดมาแล้วย่อมเป็นสิทธิตามธรรมชาติที่ต้องมีมาก่อนและต้องได้รับการคุ้มครองก่อนชีวิตที่ยังไม่เกิดซึ่งชีวิตที่ยังไม่เกิดนั้นก็ขึ้นอยู่กับผู้ตั้งครรภ์นั่นเองด้วย

ผู้หญิงมีสิทธิส่วนตัวที่จะเลือกตัดสินใจยุติการตั้งครรภ์ได้ การที่รัฐไม่ยอมรับสิทธิส่วนบุคคลในการยุติการตั้งครรภ์ มีผลต่อหญิงอย่างมากไม่ว่าจะเป็นการตั้งครรภ์ที่ไม่พร้อมหรือภาวะที่จะตามมา กฎหมายห้ามทำแท้ง ทำให้หญิงต้องแบกรับภาระค่าใช้จ่ายจำนวนมากในการทำแท้ง ต้องเผชิญกับความไม่ปลอดภัยในกระบวนการทำแท้ง และการถูกตั้งข้อรังเกียจจากสังคม อันเนื่องมาจากแนวคิดอนุรักษนิยม นักเรียนที่ตั้งครรภ์จะถูกบังคับให้ออกจากโรงเรียนในระหว่างภาคการศึกษาและต้องรับภาระเลี้ยงเด็กโดยไม่พร้อมทำให้คุณภาพชีวิตทั้งแม่และเด็กเสื่อมทรามลง หากทำงานก็ต้องหยุดงาน ขาดรายได้หรือต้องออกจากงาน ทั้ง ๆ ที่มีภาระที่ต้องอุ้มครรรภ์อยู่ โดยรัฐมิได้จัดสวัสดิการดูแลใด ๆ ให้แก่หญิงหรือทารกในครรภ์ภาวะจึงตกแก่หญิงแต่เพียงผู้เดียว และผูกพันไปจนถึงหลังคลอดตลอดจนการเลี้ยงดูเด็กนี้ด้วย นอกจากนี้ ขณะตั้งครรภ์จนสภาพร่างกายที่ไม่พร้อมย่อมส่งผลต่อสภาพจิตใจของแม่ และมีผลเสียต่อเด็กที่จะคลอดออกมาโดยไม่ได้รับการเลี้ยงดูตามสมควร การปฏิเสธสิทธิในการยุติการตั้งครรภ์ของสตรี

จึงเป็นการใช้อำนาจของรัฐมากเกินไป มีผลกระทบทั้งหญิงและชีวิตในครรภ์ที่จะมีชีวิตต่อมาอย่างไม่มีคุณภาพ

อย่างไรก็ตามจะถือว่าสตรีมีสิทธิทำแท้งโดยเด็ดขาดก็ไม่สมควร เพราะรัฐมีหน้าที่ช่วยเหลือในด้านสุขภาพทั้งกายและจิตใจของมารดา ให้ปลอดภัยจากการยุติการตั้งครรภ์ที่อาจก่อให้เกิดอันตรายแก่ชีวิตมารดาด้วย ส่วนกรณีทารกในครรภ์ รัฐอาจเข้าไปคุ้มครองเมื่อทารกในครรภ์เติบโตพอสมควรจนเริ่มมีสัญญาณของความอยู่รอด (viability) แล้วเท่านั้น จึงควรกำหนดระยะเวลาในการยุติการตั้งครรภ์ได้ในเวลาที่ปลอดภัยแก่หญิงและคุ้มครองชีวิตในครรภ์ที่ผ่านระยะเวลาที่มีอวัยวะครบสามารถคลอดและอยู่รอดอย่างมีคุณภาพชีวิตได้ อันเป็นการสร้างความมั่นคงในชีวิตของมนุษย์ทั้งแม่และเด็ก บทบัญญัติดังกล่าวจึงเป็นบทบัญญัติที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกายของบุคคลตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๘

ดังนั้น ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๑ จึงเป็นบทบัญญัติที่เลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคล และจำกัดสิทธิและเสรีภาพในร่างกายของบุคคล อันขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๗ และมาตรา ๒๘ ประกอบกับมาตรา ๗๑ กำหนดให้รัฐพึงส่งเสริมและพัฒนาทรัพยากรมนุษย์ให้มีคุณภาพสูงขึ้นและช่วยเหลือสตรีให้สามารถดำรงชีวิตอย่างมีคุณภาพโดยคำนึงถึงความจำเป็นและความต้องการที่แตกต่างกันของเพศเพื่อความเป็นธรรม

มาตรา ๓๐๑ จึงควรกำหนดระยะเวลาเพื่อให้หญิงได้ตัดสินใจยุติการตั้งครรภ์อย่างปลอดภัย

ส่วนประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๒ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๗ และมาตรา ๒๘ หรือไม่

มาตรา ๓๐๒ บัญญัติว่า “ผู้ใดทำให้หญิงแท้งลูกโดยหญิงนั้นยินยอม ต้องระวางโทษ ... ถ้าการกระทำนั้นเป็นเหตุให้หญิงรับอันตรายสาหัสอย่างอื่นด้วย ผู้กระทำต้องระวางโทษ ... ถ้าการกระทำนั้นเป็นเหตุให้หญิงถึงแก่ความตาย ผู้กระทำต้องระวางโทษ ...”

มาตราดังกล่าวไม่มีการแยกแยะระหว่างการยุติการตั้งครรภ์โดยแพทย์หรือผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม เพื่อให้การยุติการตั้งครรภ์เป็นไปด้วยความปลอดภัยแก่หญิงตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๑ กับการยุติการตั้งครรภ์โดยผู้ที่มีไม่ใช่ผู้ประกอบอาชีพทางเวชกรรม (หมอเถื่อน) เพราะผลที่เกิดขึ้นคือการยุติการตั้งครรภ์ที่ไม่ปลอดภัย แม้ถึงตายผู้กระทำก็อาจไม่ถูกลงโทษ (ฎีกาที่ ๙๕๔/๒๕๐๒) ในขณะที่แพทย์ที่ทำให้อย่างปลอดภัยกลับถูกฟ้องเป็นคดี ทั้ง ๆ ที่เป็นการรักษาทางการแพทย์โดยที่แพทย์มีจรรยาบรรณและข้อบังคับของแพทยสภาควบคุมอยู่แล้ว จึงควรลงโทษทางจรรยาบรรณของผู้มีวิชาชีพ ไม่ใช่โทษอาญาเพราะเป็นการกระทำทางการแพทย์ (medical treatment) ให้หญิงปลอดภัย

ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๒ จึงขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๗ เพราะเมื่อหญิงประสงค์จะยุติการตั้งครรภ์ที่ไม่พร้อมตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๑ อย่างปลอดภัยภายใต้การดูแลของผู้ประกอบอาชีพเวชกรรม แต่มาตราดังกล่าวกลับกำหนดให้เป็นความผิด แม้ทำกับ

แพทย์ที่จะทำให้หญิงปลอดภัย หญิงจึงยังคงต้องเสียชีวิตในการยุติการตั้งครรภ์กับผู้ที่มีได้ประกอบอาชีพ
เวชกรรมด้วย ประมวลกฎหมายหมายอาญา มาตรา ๓๐๒ ดังกล่าวจึงเป็นอุปสรรคในการใช้สิทธิเสรีภาพของ
บุคคลตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๗ วรรคหนึ่ง วรรคสอง และวรรคสี่ และมาตรา ๒๘ วรรคหนึ่ง

มาตรา ๓๐๒ จึงควรมีบทบัญญัติลงโทษเฉพาะผู้ที่มีไข้ผู้ประกอบการวิชาชีพเวชกรรม

ส่วนกรณีมาตรา ๓๐๓ ที่บัญญัติว่า “ผู้ใดทำให้หญิงแท้งลูกโดยหญิงนั้นไม่ยินยอม ต้องระวางโทษ ...
ถ้าการกระทำนั้นเป็นเหตุให้หญิงรับอันตรายสาหัสอย่างอื่นด้วย ผู้กระทำต้องระวางโทษ ...
ถ้าการกระทำนั้นเป็นเหตุให้หญิงถึงแก่ความตาย ผู้กระทำต้องระวางโทษ ...”
ไม่มีปัญหาขัดรัฐธรรมนูญแต่อย่างใด

ส่วนประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๔ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๗ และ
มาตรา ๒๘ หรือไม่

มาตรา ๓๐๔ บัญญัติว่า “ผู้ใดเพียงแต่พยายามกระทำความผิดตามมาตรา ๓๐๑ หรือ
มาตรา ๓๐๒ วรรคแรก ผู้นั้นไม่ต้องรับโทษ”

การพยายามทำแท้งบางกรณีไม่มีโทษ หากเงื่อนไขการยุติการตั้งครรภ์ได้รับการปรับแก้ไข
ให้เหมาะสมแล้วก็คงบัญญัติให้การพยายามทำแท้งเป็นความผิดในทุกกรณีได้

ประเด็นที่สอง ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๕ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๗
มาตรา ๒๘ และมาตรา ๗๗ หรือไม่

มาตรา ๓๐๕ บัญญัติว่า “ถ้าการกระทำความผิดดังกล่าวในมาตรา ๓๐๑ และมาตรา ๓๐๒ นั้น
เป็นการกระทำของนายแพทย์ และ

(๑) จำเป็นต้องกระทำเนื่องจากสุขภาพของหญิงนั้น หรือ

(๒) หญิงมีครรภ์เนื่องจากการกระทำความผิดอาญา ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา ๒๗๖ มาตรา ๒๗๗
มาตรา ๒๘๒ มาตรา ๒๘๓ หรือมาตรา ๒๘๔

ผู้กระทำไม่มีความผิด”

**มาตรานี้มีกรณีขัดรัฐธรรมนูญเพราะการรักษาสุขภาพโดยแพทย์เป็นเรื่องของการรักษา
(medical treatment)**

ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๕ (๑) การกระทำของแพทย์ที่จำเป็นต้องกระทำเนื่องจาก
สุขภาพของหญิงนั้น มีข้อบังคับของแพทยสภาวางหลักเกณฑ์ไว้แล้ว การกระทำของแพทย์จึงเป็นการรักษา
(medical treatment) มิใช่การกระทำความผิด แต่การบัญญัติว่า “ผู้กระทำไม่มีความผิด” ทำให้
การดำเนินคดีกับแพทย์ขึ้นอยู่กับ “ทัศนคติ” ของพนักงานสอบสวนทำให้แพทย์ที่ทำแท้งให้หญิง
อย่างปลอดภัยถูกดำเนินคดีฐานทำแท้งก่อน แล้วไปพิสูจน์ว่าไม่มีความผิดที่ศาล ทั้ง ๆ ที่การรักษา

ทางการแพทย์นั้นไม่เป็นความผิดมาตั้งแต่ต้น เป็นเรื่องเกี่ยวกับการฉีดยา ผ่าตัด หรือตัดอวัยวะบางส่วน ในการรักษาโรค ไม่มีกฎหมายบัญญัติว่าแพทย์มีอำนาจกระทำหรือการกระทำดังกล่าวไม่เป็นความผิด จึงไม่มีการดำเนินคดีฐานทำร้ายร่างกายแต่อย่างใด ดังนั้นจึงเห็นได้ว่าการทำแท้งเพราะจำเป็นเนื่องจาก สุขภาพของหญิงจึงเป็นการรักษาทางการแพทย์ (medical treatment) ไม่ใช่การกระทำความผิด ที่แพทย์มีอำนาจกระทำหรือเหตุยกเว้นโทษแต่อย่างใด

มาตรานี้จึงขัดกับรัฐธรรมนูญ มาตรา ๗๗ ด้วยเหตุที่ข้อความในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๕ (๑) ที่ว่าจำเป็นต้องกระทำเนื่องจากสุขภาพ (ทั้งกายและจิตใจ) ของหญิงนั้น เป็นการรักษาทางการแพทย์ (medical treatment) มิใช่มุ่งกระทำผิดเพราะเป็นเรื่องของสุขภาพ (ทั้งกายและจิตใจ) ซึ่งแพทย์มีอำนาจหน้าที่และมาตรฐานในการรักษาอยู่แล้ว กรณีจำเป็นเนื่องจาก สุขภาพแสดงว่าหญิงจะตั้งครรภ์ต่อไปไม่ได้เพราะสุขภาพจึงต้องยุติการตั้งครรภ์ เป็นเจตนารักษาสุขภาพ อันมีสภาพร้ายแรงเนื่องจากการตั้งครรภ์ที่คุกคามหญิง เช่น หากอายุครรภ์มากขึ้นจะไปกดทับ เส้นประสาททำให้เป็นอัมพาต หรือเป็นโรครรรมเป็นพิษหรือหญิงมีความเครียดอย่างรุนแรง ซึ่งก็มีเกณฑ์ กำหนดโรคต่าง ๆ ของแพทย์สภากำหนดไว้แล้วจึงเป็นการรักษาโรคมิใช่เจตนากระทำผิด ทำนอง เดียวกับการที่แพทย์จำเป็นต้องฉีดยา ตัดแขน ขา หรืออวัยวะน้อยใหญ่ของผู้ที่เป็นเบาหวาน มะเร็ง หรือบาดทะยัก ไม่ใช่เรื่องการทำร้ายที่กฎหมายให้แพทย์มีอำนาจกระทำได้โดยไม่มีผิด แต่เป็นการ รักษาตามหน้าที่ของแพทย์แห่งวิชาชีพตามข้อกำหนดหรือมาตรการการรักษาของแพทย์หรือผู้ประกอบการ อาชีพเวชกรรม ดังนั้นการที่กฎหมายกำหนดว่า “ผู้กระทำไม่มีความผิด” ทำให้แพทย์ถูกดำเนินคดี แล้วต้องไปพิสูจน์การกระทำของตนในศาลจึงเป็นกฎหมายที่เป็นอุปสรรคต่อการประกอบอาชีพ เพราะแพทย์ซึ่งแม้ทำตามมาตรฐานการรักษาเพื่อสุขภาพของหญิงแล้วยังต้องคอยพะวงว่าการรักษา ของตนนั้นเป็นความผิดอาจจะต้องถูกดำเนินคดีได้ ในขณะที่การรักษาโรคเบาหวาน บาดทะยัก หรือโรคมะเร็ง โดยตัดแขนตัดขาคนไข้ของแพทย์เป็นการทำร้ายร่างกายถึงอันตรายสาหัสแต่กฎหมายก็ไม่ได้บัญญัติ ให้การกระทำนั้น “ไม่เป็นความผิด” เหมือนกรณีแพทย์ยุติการตั้งครรภ์ด้วยความจำเป็นเนื่องจากสุขภาพ ของหญิง แพทย์ที่ตัดอวัยวะเพื่อรักษาโรคมะเร็งหรือเบาหวาน จึงไม่ต้องพะวงว่าการรักษาของตนนั้น จะเป็นความผิดอาญาฐานทำร้ายร่างกายแต่อย่างใด

ส่วนประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๕ (๒) การพิจารณาว่าหญิงถูกกระทำผิดตามที่ กฎหมายบัญญัติหรือไม่ เป็นข้อเท็จจริงที่สามารถพิสูจน์ได้ตั้งแต่เกิดการกระทำผิด แต่เนื่องจากการ กำหนดให้เป็นความผิด แพทย์หลายรายจึงไม่กล้าดำเนินการให้โดยเกรงว่าจะต้องพิสูจน์ตามข้อกำหนด เสียก่อน เช่น กรณีหญิงถูกข่มขืนกระทำชำเรา (ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๒๗๖ และ มาตรา ๒๗๗) ต้องมีการแจ้งความทำเป็นคดีซึ่งเป็นการบังคับให้หญิงต้องเปิดเผยพฤติกรรมที่ตนถูก กระทำทางเพศ ซึ่งเป็นการกดขี่ข่มเหงและไม่คำนึงถึงสภาพจิตใจของหญิงอย่างรุนแรงโดยไม่จำเป็น ตั้งแต่ชั้นพนักงานสอบสวน อีกครั้งโดยอัยการ ถูกชักฟอกโดยทนายจำเลยและศาล ทำให้หญิงต้อง อับอายขายหน้าเสียชื่อเสียงและสะเทือนใจโดยไม่จำเป็น ทั้ง ๆ ที่เป็นผู้เสียหายเป็นเหยื่อของอาชญากรรม

หากยอมให้หญิงและแพทย์ยุติการตั้งครรภ์ได้อย่างปลอดภัยภายในระยะเวลาตั้งแต่ต้นแล้ว ชื่อเสียง เกียรติยศ และสภาพจิตใจของหญิงก็จะคงถูกรักษาเอาไว้ได้ ความเสียหายย่อมระงับหรือบรรเทาลงได้ตั้งแต่ต้น

นอกจากนี้ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๕ (๒) ก็มีใช้กฎหมายจะให้ยุติการตั้งครรภ์ เฉพาะกรณีหญิงถูกข่มขืนกระทำชำเราเท่านั้น แม้หญิงยินยอม (ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๒๘๒) หรืออายุไม่เกิน ๑๕ ปี (ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๒๗๗) แพทย์ยอมทำแท้งให้ได้โดยไม่มีข้อจำกัดใด ๆ แต่เมื่อยังมีความผิดฐานทำแท้งอยู่ แพทย์จึงไม่กล้าทำเพราะกลัวถูกจับดำเนินคดี ส่งผลให้ผู้หญิงไม่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายและยุติการตั้งครรภ์ที่ไม่พร้อมได้อย่างปลอดภัย

นอกจากนี้แล้ว เทคโนโลยีของแพทย์ที่เปลี่ยนไป ทำให้กฎหมายในเรื่องนี้ล้าหลัง เกิดช่องว่างทางกฎหมายขึ้น กล่าวคือ เทคโนโลยีการผสมเทียม ผู้หญิงอาจถูกทำให้ตั้งครรภ์ได้ โดยผู้กระทำไม่มีความผิดตามกฎหมายในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๕ (๒) เพราะการกระทำชำเราตามกฎหมายต้องใช้อวัยวะเพศ (ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๑ (๑๘)) แต่การผสมเทียมมิได้ใช้อวัยวะเพศกระทำต่อหญิงอาจทำให้หญิงตั้งครรภ์ได้โดยไม่มีความผิดฐานกระทำชำเราเกิดขึ้น หญิงจึงไม่มีเงื่อนไขในการจะให้แพทย์ทำแท้งให้ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๕ (๒) นี้ได้ มาตรการดังกล่าวจึงเป็นกฎหมายที่เป็นอุปสรรคต่อการดำรงชีวิตและไม่สอดคล้องเหมาะสมกับบริบทต่าง ๆ ที่เปลี่ยนแปลงไป

ยิ่งไปกว่านั้น การมีบทบัญญัติห้ามหญิงทำแท้งตนเองหรือห้ามแพทย์ทำแท้งให้หญิง ทำให้วิธีการทำแท้งหรือยาที่ใช้ยุติการตั้งครรภ์ในระยะเวลาที่ปลอดภัยถูกห้ามนำมาใช้หรือไม่พัฒนาทำให้ล้าหลังไปด้วย โดยแทนที่จะใช้เครื่องดูดสุญญากาศ (vacuum aspiration) ที่ปลอดภัยกลับยังคงใช้วิธี “ขูดมดลูก” โดยใช้เหล็กแหลมอยู่ซึ่งอันตรายอย่างมาก หรือยารักษาโรคที่มีผลอาจทำให้แท้งลูกได้ ก็ถูกห้ามไปด้วย เช่น ยา RU-๔๘๖ ที่ใช้ยุติการตั้งครรภ์ในระยะแรกได้อย่างปลอดภัย ก็ถูกห้ามขาย จึงมีการลักลอบขายทำให้ยาตั้งกล่าวจากราคา ๒๐ บาท กลายเป็น ๕๐๐ บาท และมียาปลอมที่ไม่ได้ผล และไม่ปลอดภัยกลับแพร่ระบาดไปทั่ว รวมถึงยารักษาโรคแผลในกระเพาะ (cytotec) อาจมีผลต่อการแท้งลูก ก็ถูกห้ามไปด้วย ทำให้คนเป็นโรคกระเพาะเข้าถึงยาได้ยากขึ้น

ประเด็นที่สาม ไม่ว่ากรณีที่ขัดหรือไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ หรือไม่ก็ตาม สมควรมีมาตรการปรับปรุงกฎหมาย หรือไม่ อย่างไร

อาศัยความตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๗๗ จึงเห็นสมควรให้มีการปรับปรุงบทบัญญัติให้เรื่องการทำแท้งตามประมวลกฎหมายอาญาปัจจุบัน ซึ่งใช้มากกว่า ๖๐ ปีแล้วไม่เหมาะสมกับแนวคิดและวิทยาศาสตร์ทางการแพทย์เปลี่ยนไป ทั้งนี้ มิใช่ประสงค์จะให้เกิดการทำแท้งได้โดยเสรีไม่มีเงื่อนไข จึงสมควรพิจารณากรอบแห่งการกระทำเพื่อให้เกิดความเสมอภาค ลดความเหลื่อมล้ำระหว่างเพศ ตลอดจนความปลอดภัยของมารดาและคุณภาพชีวิตที่ดีของทั้งมารดาและเด็กที่จะเกิดมาสามารถที่จะใช้สิทธิ (enjoy right) ของตนได้อย่างสมบูรณ์

๑. เนื่องจากการกำหนดให้หญิงเป็นผู้กระทำผิดแต่เพียงฝ่ายเดียวทั้ง ๆ ที่เหตุเกิดจากผู้ชายด้วย เป็นความไม่เป็นธรรม ไม่เสมอภาค ขัดรัฐธรรมนูญ ต้องได้รับการปรับปรุงแก้ไขให้หญิงมีโอกาสเลือกจะ ยุติการตั้งครรภ์หรือไม่ ภายใต้เงื่อนไขที่เหมาะสมเป็นธรรมและปลอดภัยไม่ว่าจะด้วยตนเองหรือจาก แพทย์หรือผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม ตามกรอบธรรมาภิบาล

๒. การยุติการตั้งครรภ์โดยแพทย์ หรือผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมต้องถือว่าเป็นการรักษา (medical treatment) ตามเงื่อนไขที่แพทยสภากำหนดมิใช่การกระทำความผิดที่แพทย์มีอำนาจกระทำได้ แต่ควรกำหนดให้เป็นความผิดเฉพาะกรณีที่ผู้กระทำมิใช่ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมเท่านั้น

๓. ควรกำหนดการยุติการตั้งครรภ์อันเนื่องมาจากสุขภาพทั้งกายและจิตใจของหญิงและของ ทารกในครรภ์มารดาด้วย เพื่อให้ทารกที่คลอดและอยู่รอดมีอนามัยสุขภาพกายและจิตใจสมบูรณ์แข็งแรง มีความสุขในการใช้ชีวิต (enjoy life)

การยุติการตั้งครรภ์เป็นปัญหาความไม่เป็นธรรมในตัวของมันเองเพราะหญิงเป็นเพศเดียวที่ต้อง รับภาระและเป็นผู้กระทำผิดเพราะเพศสภาพ อย่างไรก็ตาม กฎหมายก็ไม่ควรกำหนดให้มีการยุติ การตั้งครรภ์โดยปราศจากเงื่อนไขใด ๆ แต่ต้องกำหนดเงื่อนไข ระยะเวลาที่เหมาะสมเป็นธรรมเพื่อให้เกิด ความปลอดภัยแก่หญิงและต้องกำหนดเงื่อนไขเพื่อคุ้มครองทารกที่เจริญเติบโตในครรภ์ให้พร้อมที่จะคลอด ออกมาอย่างมีคุณภาพชีวิตที่ดีทั้งกายและจิตใจด้วย

อาศัยเหตุผลดังกล่าวข้างต้น จึงมีความเห็นว่า

ประเด็นที่หนึ่ง ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๑ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๗ และมาตรา ๒๘ ประกอบกับมาตรา ๗๑

ประเด็นที่สอง ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๕ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๗๗ เมื่อได้เห็นว่าประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๕ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๗๗ แล้ว จึงไม่จำเป็นต้องวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าวขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๗ และมาตรา ๒๘

ประเด็นที่สาม อาศัยอำนาจตามความในพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของ ศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. ๒๕๖๑ มาตรา ๗๔ จึงกำหนดคำสั่งให้มีผลเมื่อพ้น ๓๖๐ วัน หลังจากศาลมี คำวินิจฉัยเพื่อให้มีการปรับปรุงกฎหมายตามที่พิจารณามาแล้วข้างต้น



(นายทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ)

ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ

ความเห็นส่วนตัว
ของ นายนครินทร์ เมฆไตรรัตน์ ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ

คำวินิจฉัยที่ ๔/๒๕๖๓

เรื่องพิจารณาที่ ต. ๔๕/๒๕๖๑

วันที่ ๑๙ เดือน กุมภาพันธ์ พุทธศักราช ๒๕๖๓

ระหว่าง { นางสาวศรีสมัย เชื้อชาติ ผู้ร้อง
- - - - - ผู้ถูกร้อง

ประเด็นวินิจฉัย

ประเด็นที่หนึ่ง ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๑ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๗ และมาตรา ๒๘ หรือไม่

ประเด็นที่สอง ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๕ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๗ มาตรา ๒๘ และมาตรา ๗๗ หรือไม่

ประเด็นที่สาม ไม่ว่ากรณีที่ขัดหรือไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ หรือไม่ก็ตาม สมควรมีมาตรการปรับปรุงกฎหมาย หรือไม่ อย่างไร

ความเห็น

รัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๗ และมาตรา ๒๘ เป็นบทบัญญัติในหมวด ๓ ว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพของปวงชนชาวไทย ซึ่งรับรองและให้ความคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคล โดยมาตรา ๒๗ วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “บุคคลย่อมเสมอภาคกันในกฎหมาย มีสิทธิและเสรีภาพและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน” วรรคสอง บัญญัติว่า “ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน” และวรรคสาม บัญญัติว่า “การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคล ไม่ว่าด้วยเหตุความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ ความพิการ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมืองอันไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ หรือเหตุอื่นใด จะกระทำมิได้” มาตรา ๒๘ วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “บุคคลย่อมมีสิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกาย” ส่วนรัฐธรรมนูญ มาตรา ๗๗ เป็นบทบัญญัติในหมวด ๖ ว่าด้วย

แนวนโยบายแห่งรัฐ เพื่อเป็นแนวทางให้รัฐดำเนินการตรากฎหมายและกำหนดนโยบายในการบริหารราชการแผ่นดิน โดยมาตรา ๗๗ วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “รัฐพึงจัดให้มีกฎหมายเพียงเท่าที่จำเป็น และยกเลิกหรือปรับปรุงกฎหมายที่หมดความจำเป็นหรือไม่สอดคล้องกับสภาพการณ์ หรือที่เป็นอุปสรรคต่อการดำรงชีวิตหรือการประกอบอาชีพโดยไม่ชักช้าเพื่อไม่ให้เป็นภาระแก่ประชาชน และดำเนินการให้ประชาชนเข้าถึงตัวบทกฎหมายต่าง ๆ ได้โดยสะดวกและสามารถเข้าใจกฎหมายได้ง่ายเพื่อปฏิบัติตามกฎหมายได้อย่างถูกต้อง”

สำหรับประมวลกฎหมายอาญาเป็นกฎหมายที่มีวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองบุคคลและรักษาความสงบเรียบร้อยของบ้านเมือง เป็นกฎหมายที่บัญญัติว่าการกระทำหรือไม่กระทำการอย่างใดเป็นความผิดอาญา และกำหนดโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดไว้ โดยมาตรา ๓๐๑ และมาตรา ๓๐๕ เป็นบทบัญญัติในภาค ๒ ลักษณะ ๑๐ หมวด ๓ ว่าด้วยความผิดฐานทำให้แท้งลูก ซึ่งเป็นความผิดเกี่ยวกับชีวิต กล่าวคือ ชีวิตในครรภ์มารดา ซึ่งเป็นอีกชีวิตหนึ่งที่อยู่ในร่างกายของหญิงนั้น ทั้งนี้ กฎหมายประสงค์จะคุ้มครองชีวิตมนุษย์ โดยเห็นถึงคุณค่าและความสำคัญของชีวิตมนุษย์ตั้งแต่อยู่ในครรภ์ของมารดา

ประเด็นที่หนึ่ง ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๑ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๗ และมาตรา ๒๘ หรือไม่

พิจารณาแล้วเห็นว่า ประมวลกฎหมายอาญาได้บัญญัติความผิดฐานทำให้แท้งลูกไว้ในมาตรา ๓๐๑ ว่า “หญิงใดทำให้ตนเองแท้งลูก หรือยอมให้ผู้อื่นทำให้ตนแท้งลูก ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ” บทบัญญัตินี้ดังกล่าวมีเจตนารมณ์ที่มุ่งประสงค์ลงโทษหญิงมีครรภ์ที่ทำให้ตนแท้งลูกหรือยอมให้ผู้อื่นทำให้ตนแท้งลูก ซึ่งเมื่อพิจารณาย้อนกลับไปถึงประมวลกฎหมายอาญาฉบับแรกของไทยก็มีการบัญญัติความผิดฐานทำให้แท้งลูกด้วยเช่นเดียวกัน โดยบัญญัติไว้ในกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. ๑๒๗ ภาค ๒ ส่วนที่ ๗ หมวดที่ ๓ ความผิดฐานรีดลูก มาตรา ๒๖๐ ว่า “หญิงใดรีดลูกให้แท้งก็ดี มันยอมให้คนอื่นรีดลูกให้แท้งก็ดี ท่านว่ามันมีความผิดต้องระวางโทษจำคุก ...” อันจะเห็นได้ว่าบทบัญญัติของกฎหมายทั้งสองฉบับดังกล่าวมีถ้อยคำในลักษณะที่คล้ายคลึงกัน กล่าวคือ การกำหนดห้ามมิให้กระทำหรือยอมให้ผู้อื่นกระทำการอันใดที่ทำให้ตัวอ่อนในครรภ์คลอดออกมาโดยไม่มีชีวิต บทบัญญัติเหล่านี้ล้วนแล้วแต่มีเจตนารมณ์ที่มุ่งคุ้มครองสิทธิในการมีชีวิตอยู่ของทารกในครรภ์มิให้ถูกจำกัดจากบุคคลใดบุคคลหนึ่ง และเป็นหน้าที่ของรัฐในการคุ้มครองมิให้สิทธินั้นถูกบุคคลใดพรากไปตามอำเภอใจ

แม้ว่าบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๑ จะกำหนดห้ามมิให้หญิงทำแท้งไม่ว่าด้วยตนเองหรือยอมให้ผู้อื่นทำให้ตนแท้งลูกก็ตาม แต่บทบัญญัติในความผิดฐานทำให้แท้งลูกก็มีได้จำกัด

ห้ามไว้อย่างเด็ดขาด การทำแท้งสามารถกระทำได้โดยอาศัยเหตุผลและความจำเป็นอื่น ภายใต้หลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในบทบัญญัติมาตรา ๓๐๕ โดยบัญญัติว่า “ถ้าการกระทำความผิดดังกล่าวในมาตรา ๓๐๑ และมาตรา ๓๐๒ นั้น เป็นการกระทำของนายแพทย์ และ (๑) จำเป็นต้องกระทำเนื่องจากสุขภาพของหญิงนั้น หรือ (๒) หญิงมีครรภ์เนื่องจากการกระทำความผิดอาญา ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา ๒๗๖ มาตรา ๒๗๗ มาตรา ๒๘๒ มาตรา ๒๘๓ หรือมาตรา ๒๘๔ ผู้กระทำไม่มีความผิด” และนอกจากนี้ ข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับการยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ ตามมาตรา ๓๐๕ แห่งประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. ๒๕๔๘ ยังได้กำหนดหลักเกณฑ์เพิ่มเติมเพื่อเป็นแนวปฏิบัติในการยุติการตั้งครรภ์ให้เกิดความชัดเจนมากยิ่งขึ้น โดยให้แพทย์สามารถดำเนินการยุติการตั้งครรภ์ให้กับหญิงมีครรภ์ในกรณีที่หญิงมีครรภ์ยินยอมและมีความจำเป็นต้องกระทำเนื่องจากสุขภาพของหญิง ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๕ (๑) ซึ่งกำหนดให้ครอบคลุมทั้งปัญหาสุขภาพทางกายและปัญหาสุขภาพทางจิตของหญิงมีครรภ์ โดยเฉพาะในกรณีที่หญิงมีครรภ์นั้นมีความเครียดอย่างรุนแรงเนื่องจากพบว่าการทากรในครรภ์มีหรือมีความเสี่ยงสูงที่จะมีความพิการอย่างรุนแรง หรือเป็นหรือมีความเสี่ยงสูงที่จะเป็นโรคทางพันธุกรรมอย่างรุนแรง ให้ถือว่าหญิงมีครรภ์นั้นมีปัญหาสุขภาพจิต เป็นต้น

ในการบัญญัติกฎหมายอาญาจึงต้องชั่งน้ำหนักระหว่างคุณธรรมทางกฎหมายในความผิดอาญาฐานนี้ คือ ชีวิตในครรภ์มารดา ว่ามีความจำเป็นต้องละเมิดคุณธรรมทางกฎหมายเพื่อคุ้มครองหรือรักษาคุณธรรมทางกฎหมายอีกอันหนึ่งที่เหนือกว่าหรือมีความจำเป็นอื่นที่เหนือกว่า หรือไม่ ซึ่งเมื่อพิจารณาแล้ว เห็นได้ว่า รัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๘ วรรคหนึ่ง ได้บัญญัติรับรองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลในชีวิตและร่างกาย ซึ่งเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่ติดตัวบุคคลมาตั้งแต่กำเนิด เป็นสิทธิของบุคคลที่มีอยู่ในสภาวะธรรมชาติ และไม่อาจถูกพรากไปจากบุคคลได้ การที่ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๑ มุ่งประสงค์จะคุ้มครองชีวิตในครรภ์มารดามากกว่าสิทธิในร่างกายของหญิงมีครรภ์ โดยมีการกำหนดข้อยกเว้นหรือเงื่อนไขในการละเมิดคุณธรรมทางกฎหมายดังกล่าวไว้ในมาตรา ๓๐๕ ได้แก่ เหตุจำเป็นเนื่องจากสุขภาพของหญิงและเหตุอันเกี่ยวกับอาชญากรรมที่เกิดขึ้นแก่หญิง จึงถือได้ว่าบทบัญญัติดังกล่าวเป็นไปเพื่อคุ้มครองสิทธิในชีวิตและร่างกายของหญิงมีครรภ์ด้วย การที่ประมวลกฎหมายอาญาซึ่งเป็นกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน กำหนดให้การทำแท้งเป็นความผิด แม้จะมีผลเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพในร่างกายของหญิงมีครรภ์ แต่ก็มีข้อยกเว้นโดยคำนึงถึงสภาพปัญหาความจำเป็นของหญิงด้วย ซึ่งหากไม่มีบทบัญญัติมาตรา ๓๐๑ แล้ว ย่อมเป็นการปล่อยให้มีการทำลายชีวิตในครรภ์มารดาได้โดยเสรี กรณีจึงมิได้ขัดต่อหลักนิติธรรม ไม่เป็นการเพิ่มภาระหรือจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลเกินสมควรแก่เหตุ และมีได้กระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคล

ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๖ ดังนั้น ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๑ จึงไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๘

การที่ผู้ร้องอ้างว่า ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๑ บัญญัติให้หญิงฝ่ายเดียวต้องรับผิดชอบทางอาญา ซึ่งในทางความเป็นจริงการตั้งครรภ์มิได้เกิดขึ้นจากการกระทำของฝ่ายหญิงแต่เพียงฝ่ายเดียวเท่านั้น แต่เกิดจากฝ่ายชายที่ร่วมมีความสัมพันธ์กับหญิงด้วย จึงถือได้ว่าบทบัญญัติดังกล่าวเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม ทำให้ชายและหญิงไม่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายอย่างเท่าเทียมกัน เห็นว่า การตั้งครรภ์เกิดขึ้นได้แต่เฉพาะกับบุคคลที่มีเพศสภาพเป็นเพศหญิงเท่านั้น ไม่สามารถเกิดขึ้นได้กับบุคคลที่เป็นเพศชาย ดังนั้น การที่ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๑ บัญญัติลงโทษเฉพาะหญิงในกรณีที่ทำให้ตนแท้งลูกหรือยอมให้ผู้อื่นทำให้ตนแท้งลูกนั้น ย่อมเป็นไปตามกฎเกณฑ์ตามธรรมชาตินั่นเอง ส่วนกรณีที่ผู้ร้องมีความประสงค์ที่จะให้ลงโทษฝ่ายชายที่อาจมีส่วนทำให้หญิงแท้งลูกได้นั้น ประมวลกฎหมายอาญาได้กำหนดบทลงโทษแก่ผู้ที่ทำให้หญิงแท้งลูกโดยหญิงนั้นยินยอมไว้ในมาตรา ๓๐๒ และแก่ผู้ที่ทำให้หญิงแท้งลูกโดยหญิงนั้นไม่ยินยอมไว้ในมาตรา ๓๐๓ รวมถึงมีบทบัญญัติในเรื่องตัวการ ผู้ใช้ ผู้สนับสนุน จึงย่อมสามารถอาศัยบทบัญญัติดังกล่าวลงโทษบุคคลที่มีส่วนทำให้หญิงแท้งลูกได้เช่นกัน ประกอบกับเมื่อพิจารณาจากอัตราโทษที่กฎหมายกำหนดไว้แล้ว เห็นว่า บทบัญญัติในมาตรา ๓๐๒ และมาตรา ๓๐๓ ยังได้กำหนดอัตราโทษสูงกว่าที่มาตรา ๓๐๑ กำหนดไว้ ดังนั้น จึงไม่อาจถือว่าประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๑ เป็นบทบัญญัติที่ขัดต่อหลักความเสมอภาค ทำให้ชายและหญิงไม่ได้รับความคุ้มครองอย่างเท่าเทียมกัน หรือเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๗ แต่อย่างใด

ดังนั้น ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๑ จึงไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๗ และมาตรา ๒๘

ประเด็นที่สอง ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๕ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๗ มาตรา ๒๘ และมาตรา ๗๗ หรือไม่

พิจารณาแล้วเห็นว่า ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๕ บัญญัติว่า “ถ้าการกระทำความผิดดังกล่าวในมาตรา ๓๐๑ และมาตรา ๓๐๒ นั้น เป็นการกระทำของนายแพทย์ และ (๑) จำเป็นต้องกระทำเนื่องจากสุขภาพของหญิงนั้น หรือ (๒) หญิงมีครรภ์เนื่องจากการกระทำความผิดอาญา ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา ๒๗๖ มาตรา ๒๗๗ มาตรา ๒๘๒ มาตรา ๒๘๓ หรือมาตรา ๒๘๔ ผู้กระทำไม่มีความผิด” บทบัญญัติดังกล่าวได้บัญญัติเหตุยกเว้นความผิดฐานทำให้แท้งลูกให้กับหญิงซึ่งยอมให้แพทย์ทำให้ตนแท้งลูก และแพทย์ซึ่งทำให้หญิงแท้งลูกไว้ ๒ กรณี การที่ผู้ร้องกล่าวอ้างว่า ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๕

บัญญัติเหตุในการยุติการตั้งครรภ์ไว้เพียง ๒ กรณี กล่าวคือ (๑) จำเป็นต้องกระทำเนื่องจากสุขภาพของหญิงนั้น และ (๒) หญิงมีครรภ์เนื่องจากการกระทำความผิดอาญา ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา ๒๗๖ มาตรา ๒๗๗ มาตรา ๒๘๒ มาตรา ๒๘๓ หรือมาตรา ๒๘๔ ซึ่งทั้งสองกรณีดังกล่าวจะต้องเป็นการยุติการตั้งครรภ์โดยการกระทำของแพทย์เท่านั้น ทั้งที่หญิงมีครรภ์ควรมีสติในการตัดสินใจในชีวิตและร่างกายของตนเองว่าจะตั้งครรภ์ต่อไปหรือจะยุติการตั้งครรภ์ ซึ่งเป็นสิทธิในการกำหนดเจตจำนงของตนภายใต้ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ จึงเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม และเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกายของหญิงมีครรภ์ อันขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๗ และมาตรา ๒๘ นั้น เห็นว่า แม้ว่าการตั้งครรภ์หรือการยุติการตั้งครรภ์จะเป็นสิ่งที่เกิดขึ้นภายในร่างกายของหญิงซึ่งควรถือว่าหญิงมีสิทธิในการตัดสินใจด้วยตนเองก็ตาม แต่เมื่อสิทธิในการตัดสินใจของหญิงมีครรภ์นั้นส่งผลกระทบต่อโดยตรงต่อชีวิตของทารกในครรภ์ซึ่งเป็นคุณธรรมทางกฎหมายที่รัฐประสงค์จะคุ้มครอง รวมไปถึงส่งผลกระทบต่อศีลธรรมอันดีของประชาชนและสังคมโดยรวม ดังนั้น การที่รัฐกำหนดมาตรการในการควบคุมการยุติการตั้งครรภ์ไว้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๕ และข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับการยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ตามมาตรา ๓๐๕ แห่งประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. ๒๕๔๘ โดยคำนึงถึงสภาพปัญหาความจำเป็นของหญิงมีครรภ์ เพื่อคุ้มครองสิทธิในชีวิตและร่างกายของหญิงมีครรภ์ด้วย ย่อมถือได้ว่าเป็นการกำหนดมาตรการที่มีความจำเป็นตามหลักความได้สัดส่วน ไม่เป็นการเพิ่มภาระหรือจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลเกินสมควรแก่เหตุ อันสอดคล้องกับหลักนิติธรรม และมีได้กระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคล ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๖ อีกทั้งไม่เป็นการปฏิบัติต่อสิ่งที่มีสาระสำคัญเหมือนกันให้แตกต่างกัน กรณีจึงไม่เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม และไม่เป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกายของหญิงมีครรภ์ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๗ และมาตรา ๒๘

ส่วนกรณีที่ผู้ร้องอ้างว่า บทบัญญัติมาตรา ๓๐๕ เป็นบทบัญญัติที่คุ้มครองเฉพาะการกระทำของแพทย์เท่านั้น มิได้คุ้มครองบุคลากรทางการแพทย์อื่นที่ให้บริการภายใต้ความควบคุมของแพทย์ และไม่เท่าทันต่อสภาพการณ์และความก้าวหน้าของเทคโนโลยีทางการแพทย์ในปัจจุบันที่มุ่งเน้นการใช้ยาเพื่อยุติการตั้งครรภ์แทนการใช้หัตถการทางการแพทย์ ไม่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ มาตรา ๗๗ และเสนอให้มีการแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๕ โดยให้ครอบคลุมถึงผู้อยู่ภายใต้ความควบคุมของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม และให้ยุติการตั้งครรภ์ได้หากอายุครรภ์ของหญิงนั้นไม่ถึง ๑๒ สัปดาห์หรือการตั้งครรภ์มีผลเสียต่อจิตใจของหญิง หรือตัวอ่อนในครรภ์มีความพิการ หรือมีความเสี่ยงสูงที่จะเป็นโรคทางพันธุกรรม โดยผู้ร้องนั้นไม่มีความผิด นั้น เห็นว่า บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ มาตรา ๗๗ เป็นแนวทางให้รัฐดำเนินการตรากฎหมายขึ้นมาใช้บังคับเพียงเท่าที่จำเป็น และยกเลิกหรือปรับปรุง

กฎหมายที่หมดความจำเป็นหรือไม่สอดคล้องกับสภาพการณ์ หรือที่เป็นอุปสรรคต่อการดำรงชีวิต หรือการประกอบอาชีพโดยไม่ชักช้าเพื่อไม่ให้เป็นภาระแก่ประชาชน ตามคำร้องเป็นเพียงกรณีผู้ร้อง มีความเห็นว่ากฎหมายดังกล่าวไม่เท่าทันต่อสภาพการณ์ในปัจจุบัน ซึ่งผู้ร้องสามารถเสนอแนะหรือให้ข้อคิดเห็นต่อองค์กรหรือหน่วยงานที่มีหน้าที่และอำนาจในการยกเลิกหรือแก้ไขปรับปรุงกฎหมายได้ จึงมิใช่กรณีที่ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๕ จะขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๗๗ แต่อย่างไร

ดังนั้น ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๕ จึงไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๗ มาตรา ๒๘ และมาตรา ๗๗

ประเด็นที่สาม ไม่ว่าจะกรณีที่ขัดหรือไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ หรือไม่ก็ตาม สมควรมีมาตรการปรับปรุงกฎหมาย หรือไม่ อย่างไร

เมื่อได้วินิจฉัยไว้แล้วว่า ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๑ และมาตรา ๓๐๕ ไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ แต่เนื่องจากบทบัญญัติดังกล่าวได้มีการประกาศใช้ตั้งแต่ปี พ.ศ. ๒๕๐๐ จึงอาจไม่สอดคล้องกับสภาพการณ์ในปัจจุบัน ดังจะเห็นได้จากปัญหาการตั้งครรภ์ที่ไม่พร้อมมีจำนวนเพิ่มขึ้นอย่างต่อเนื่องและรัฐเองก็ตระหนักถึงปัญหาดังกล่าวที่มีความละเอียดอ่อนและซับซ้อน จึงพยายามสร้างกลไกโดยการกำหนดนโยบายและยุทธศาสตร์ต่าง ๆ เพื่อบูรณาการให้การแก้ไขปัญหาการตั้งครรภ์ที่ไม่พร้อม และการยุติการตั้งครรภ์เป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ เช่น การแต่งตั้งคณะกรรมการจัดระบบส่งต่อเพื่อยุติการตั้งครรภ์ที่ปลอดภัย ซึ่งมีหน้าที่และความรับผิดชอบในการอาสารับส่งต่อเพื่อยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ที่ปลอดภัย ถูกต้องตามกฎหมายและตามข้อบังคับของแพทยสภาด้วยหลักวิชาที่ทันสมัยให้กับสตรีที่ตั้งครรภ์ไม่พร้อม ดังนั้น แม้ว่าบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๑ และมาตรา ๓๐๕ จะไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญก็ตาม แต่ในทางนโยบายในการบัญญัติกฎหมายอาญาควรที่จะพิจารณาว่าจะขยายเหตุแห่งการทำแท้งได้โดยชอบด้วยกฎหมายอย่างไร เพื่อให้สอดคล้องกับความเป็นจริงของสังคม สามารถแก้ไขปัญหาสังคมเกี่ยวกับการทำแท้งที่เป็นอยู่ได้อย่างมีประสิทธิภาพ โดยคำนึงถึงสภาพความเป็นจริงของปัญหา ความปลอดภัยของหญิงมีครรภ์ ความเหมาะสมต่อศีลธรรมจรรยา วิธีการทางการแพทย์ที่ก้าวหน้า ตลอดจนประโยชน์ของสังคมโดยรวม โดยให้เกิดความสมดุลระหว่างการคุ้มครองชีวิตของทารกในครรภ์มารดาและการคุ้มครองสิทธิในชีวิตและร่างกายของหญิงมีครรภ์ ไม่เป็นอุปสรรคต่อการดำรงชีวิตหรือการประกอบอาชีพ จึงสมควรให้หน่วยงานที่เกี่ยวข้องดำเนินการแก้ไขปรับปรุงบทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าว ซึ่งหน่วยงานที่เกี่ยวข้องควรกำหนดเงื่อนไขและเงื่อนไขที่เหมาะสม ปลอดภัย และเป็นธรรม เพื่อคุ้มครองสิทธิในชีวิตและสิทธิกำหนดเจตจำนงของหญิง และคุ้มครองสิทธิของทารกในครรภ์ที่จะเกิดมาอย่างปลอดภัยและไม่เป็นภาระแก่สังคม ให้เป็นไป

อย่างสมดุลกัน ทั้งเป็นไปโดยคำนึงถึงแพทย์หรือผู้ประกอบการวิชาชีพเวชกรรมที่เป็นการกระทำเพื่อการรักษา ทั้งสุขภาพทางกายและสุขภาพทางจิตให้แก่หญิง ซึ่งแพทย์มีอำนาจกระทำได้ภายใต้ข้อบังคับของแพทยสภา และจรรยาบรรณแพทย์โดยไม่ถือเป็นการกระทำความผิดทางอาญาให้มีความชัดเจนยิ่งขึ้น

อาศัยเหตุผลดังกล่าวข้างต้น จึงเห็นว่า ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๑ ไม่ขัดหรือแย้ง ต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๗ และมาตรา ๒๘ และประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๕ ไม่ขัดหรือแย้ง ต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๗ มาตรา ๒๘ และมาตรา ๗๗ และสมควรให้หน่วยงานที่เกี่ยวข้อง ดำเนินการแก้ไขปรับปรุงประมวลกฎหมายอาญาและกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับเรื่องการทำแท้งเพื่อให้ สอดคล้องกับสภาพการณ์ในปัจจุบันภายในสามร้อยหกสิบวันนับแต่วันที่ศาลมีคำวินิจฉัย



(นายนครินทร์ เมฆไตรรัตน์)

ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ

ความเห็นส่วนตัว
ของ นายบุญส่ง กุลบุปผา ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ

คำวินิจฉัยที่ ๔/๒๕๖๓

เรื่องพิจารณาที่ ต. ๔๕/๒๕๖๑

วันที่ ๑๙ เดือน กุมภาพันธ์ พุทธศักราช ๒๕๖๓

ระหว่าง { นางสาวศรีสมัย เชื้อชาติ ผู้ร้อง
- ผู้ถูกร้อง

ประเด็นวินิจฉัย

ประเด็นที่ ๑ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๑ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๗ และมาตรา ๒๘ หรือไม่

ประเด็นที่ ๒ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๕ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๗ มาตรา ๒๘ และมาตรา ๗๗ หรือไม่

ประเด็นที่ ๓ ไม่ว่าจะกรณีใดขัดหรือไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ หรือไม่ก็ตาม สมควรมีมาตรการปรับปรุงกฎหมาย หรือไม่ อย่างไร

ความเห็น

ประเด็นที่ ๑ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๑ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๗ และมาตรา ๒๘ หรือไม่

พิจารณาแล้วเห็นว่า รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๖๐ มาตรา ๒๗ เป็นบทบัญญัติว่าด้วยบุคคลย่อมเสมอกันในกฎหมาย มีสิทธิและเสรีภาพและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน และการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคล ไม่ว่าด้วยเหตุในเรื่องความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด ... เพศ อายุ ... ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา ... อันไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ หรือเหตุอื่นใด จะกระทำมิได้ บทบัญญัติดังกล่าวจึงเป็นบทบัญญัติที่รับรองความเสมอภาคของประชาชนพลเมืองทุกคนไม่ว่าจะเป็นเพศหญิงหรือเพศชายย่อมได้รับสิทธิและเสรีภาพโดยเท่าเทียมกันจะเลือกปฏิบัติหรือใช้กฎหมายบังคับให้แตกต่างกัน

ย่อมกระทำมิได้ และรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๘ เป็นบทบัญญัติที่รับรองสิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกายของบุคคลอย่างสมบูรณ์ เนื่องจากชีวิตและร่างกายเป็นสิ่งที่ติดตัวมาแต่กำเนิด ซึ่งการใช้สิทธิและเสรีภาพดังกล่าวจะต้องระมัดระวังไม่ให้กระทบสิทธิของบุคคลอื่นด้วย และรัฐธรรมนูญ มาตรา ๗๗ เป็นบทบัญญัติในหมวด ๖ แนวนโยบายแห่งรัฐ โดยเป็นบทบัญญัติที่กำหนดให้รัฐพึงจัดให้มีกฎหมายเพียงเท่าที่จำเป็น และยกเลิกหรือปรับปรุงกฎหมายที่หมดความจำเป็นหรือไม่สอดคล้องกับสภาพการณ์หรือที่เป็นอุปสรรคต่อการดำรงชีวิตหรือการประกอบอาชีพโดยไม่ชักช้าเพื่อไม่ให้เป็นภาระแก่ประชาชนและดำเนินการให้ประชาชนเข้าถึงตัวบทกฎหมายต่าง ๆ ได้โดยสะดวกและสามารถเข้าใจกฎหมายได้ง่ายเพื่อปฏิบัติตามกฎหมายได้อย่างถูกต้อง

สำหรับประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๑ ซึ่งบัญญัติว่า “หญิงใดทำให้ตนเองแท้งลูกหรือยอมให้ผู้อื่นทำให้ตนแท้งลูก ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกหมื่นบาทหรือทั้งจำทั้งปรับ” บทบัญญัตินี้ดังกล่าวมีเจตนารมณ์เพื่อคุ้มครองชีวิตของทารกในครรภ์มารดา โดยบัญญัติลงโทษหญิงที่ทำให้ตนเองแท้งลูก หรือยอมให้ผู้อื่นทำให้ตนแท้งลูก เมื่อพิจารณาบทบัญญัติในมาตราดังกล่าวนี้นี้จะเห็นได้ว่ากฎหมายมุ่งประสงค์บัญญัติให้ลงโทษเฉพาะหญิงฝ่ายเดียว โดยไม่เปิดโอกาสให้ฝ่ายหญิงตัดสินใจว่าจะตั้งครรภ์ต่อไปหรือจะยุติการตั้งครรภ์นั้น ทั้งที่หญิงเป็นผู้สมัครแต่ไม่มีอำนาจในการตัดสินใจต่อเนื้อตัวร่างกายของฝ่ายหญิงได้เลย การที่รัฐกำหนดกฎหมายทำแท้งในมาตรานี้โดยไม่ยอมรับสิทธิส่วนบุคคลในการยุติการตั้งครรภ์หรือให้โอกาสฝ่ายหญิงได้มีสิทธิในการตัดสินใจยอมเป็นภาระตกแก่หญิงอยู่เพียงฝ่ายเดียว หากฝ่ายหญิงมีสภาพร่างกายที่ไม่พร้อมย่อมส่งผลต่อสภาพจิตใจของแม่ และมีผลเสียต่อเด็กที่จะคลอดออกมาโดยที่จะไม่ได้รับการเลี้ยงดูตามสมควรเป็นปัญหาในทางสังคมและยั้งกรณีที่ฝ่ายหญิงอยู่ในสภาพที่ไม่พร้อมในการมีบุตรอาจส่งผลกระทบต่ออนาคต ชีวิตการเรียนการศึกษาชีวิตในการทำงาน เป็นต้น การใช้อำนาจของรัฐเกี่ยวกับความผิดในการทำแท้งตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๑ จึงเห็นได้ว่าเป็นบทบัญญัติที่เลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลและจำกัดสิทธิและเสรีภาพในร่างกายของบุคคล อันขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๗ และมาตรา ๒๘ ประกอบกับมาตรา ๗๑ กำหนดให้รัฐพึงส่งเสริมและพัฒนาทรัพยากรมนุษย์ให้มีคุณภาพสูงขึ้นและช่วยเหลือสตรีให้สามารถดำรงชีวิตอย่างมีคุณภาพโดยคำนึงถึงความจำเป็นและความต้องการที่แตกต่างกันของเพศเพื่อความเป็นธรรม ประกอบกับสภาพการณ์ของโลกในปัจจุบันเปลี่ยนแปลงรวดเร็ว บุคคลในสังคมมีสภาพความเป็นอยู่ การเข้าถึงข้อมูลข่าวสารของโลกได้เปลี่ยนแปลงไปตามยุคสมัย บทกฎหมายดังกล่าวในเรื่องการคุ้มครองสิทธิสตรีเกี่ยวกับการทำแท้งใช้บังคับอยู่ในขณะนี้ สมควรที่จะได้รับการพิจารณาเปลี่ยนแปลงไปตามยุคสมัยด้วย

อาศัยเหตุผลดังกล่าวข้างต้น จึงเห็นว่า ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๑ ขัดต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๗ และมาตรา ๒๘

ประเด็นที่ ๒ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๕ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๗ มาตรา ๒๘ และมาตรา ๗๗ หรือไม่

เห็นว่า ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๕ เป็นบทบัญญัติในภาค ๒ ลักษณะ ๑๐ หมวด ๓ ความผิดฐานทำให้แท้งลูก โดยมาตรา ๓๐๕ บัญญัติว่า “ถ้าการกระทำความผิดดังกล่าว ในมาตรา ๓๐๑ และมาตรา ๓๐๒ นั้น เป็นการกระทำของนายแพทย์ และ (๑) จำเป็นต้องกระทำ เนื่องจากสุขภาพของหญิงนั้น หรือ (๒) หญิงมีครรภ์เนื่องจากการกระทำความผิดอาญา ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา ๒๗๖ มาตรา ๒๗๗ มาตรา ๒๘๒ มาตรา ๒๘๓ หรือมาตรา ๒๘๔ ผู้กระทำไม่มีความผิด” เป็นบทบัญญัติที่บัญญัติเหตุยกเว้นความผิดฐานทำให้แท้งลูกให้กับแพทย์ไว้ ๒ กรณี คือ กรณีตาม มาตรา ๓๐๕ (๑) จำเป็นต้องกระทำเนื่องจากสุขภาพของหญิง หรือกรณีตามมาตรา ๓๐๕ (๒) หญิงมีครรภ์ เนื่องจากการกระทำความผิดอาญาตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา ๒๗๖ มาตรา ๒๗๗ มาตรา ๒๘๒ มาตรา ๒๘๓ หรือมาตรา ๒๘๔ โดยแพทย์ผู้กระทำนั้นไม่มีความผิดหากต้องด้วยเหตุตามที่กฎหมายกำหนดไว้ดังกล่าว

การที่ผู้ร้องกล่าวอ้างว่า ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๕ บัญญัติเหตุในการยุติ การตั้งครรภ์ไว้เพียง ๒ กรณี ทั้งที่หญิงตั้งครรภ์ควรมีสิทธิในการตัดสินใจต่อร่างกายของตนเองว่าจะตั้งครรภ์ ต่อไปหรือยุติการตั้งครรภ์ ซึ่งเป็นสิทธิในการกำหนดเจตจำนงของตนเองภายใต้ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ของหญิงตั้งครรภ์ผู้นั้น จึงเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม และจำกัดสิทธิและเสรีภาพในชีวิต และร่างกายของหญิงตั้งครรภ์ จึงขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๗ และมาตรา ๒๘ นั้น เห็นว่า บทบัญญัติดังกล่าวเป็นเหตุยกเว้นการกระทำความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๑ และมาตรา ๓๐๒ โดยกำหนดให้แพทย์สามารถยุติการตั้งครรภ์ให้หญิงตั้งครรภ์ได้ และแพทย์ไม่มีความผิดหากเหตุที่กระทำนั้นเนื่องมาจากความจำเป็นด้วยสุขภาพของหญิง หรือหญิงมีครรภ์เนื่องจากการกระทำความผิดอาญาตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา ๒๗๖ มาตรา ๒๗๗ มาตรา ๒๘๒ มาตรา ๒๘๓ หรือมาตรา ๒๘๔ ทั้งนี้ เพื่อมิให้เกิดปัญหาทางสุขภาพและปัญหาสังคมอันจะกระทบต่อประโยชน์ ของสาธารณะในภายหลัง ซึ่งต่อมาได้มีข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับการยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ตามมาตรา ๓๐๕ แห่งประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. ๒๕๔๘ กำหนดเงื่อนไขอันเป็นเหตุยกเว้นให้แพทย์สามารถยุติการตั้งครรภ์ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๕ (๑) และ (๒) ได้ หากปรากฏเหตุจากปัญหาสุขภาพทางกายหรือปัญหาสุขภาพทางจิตของหญิงตั้งครรภ์ รวมถึงปัญหาความเครียดอย่างรุนแรง หรือตรวจพบว่าทารกในครรภ์มีความพิการหรือมีความเสี่ยงสูง

ที่จะมีความพิการอย่างรุนแรง ทำให้การยุติการตั้งครรภ์ของแพทย์มีความชัดเจน และครอบคลุมถึงปัญหาด้านสุขภาพกายและสุขภาพจิตของหญิงตั้งครรภ์แล้ว จึงเห็นได้ว่า ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๕ เป็นบทบัญญัติที่มุ่งคุ้มครองทั้งคุณธรรมในทางกฎหมายและคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพในร่างกายของหญิงที่ตั้งครรภ์อย่างเป็นธรรม เป็นไปตามหลักความได้สัดส่วนพอเหมาะพอควรแก่กรณี และมุ่งคุ้มครองประโยชน์ของสังคมและประโยชน์สาธารณะได้อย่างเหมาะสม จึงไม่เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม และไม่เป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกายของหญิงตั้งครรภ์ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๗ และมาตรา ๒๘ แต่อย่างใด

ข้อที่ผู้ร้องกล่าวอ้างว่าประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๕ ไม่เท่าทันต่อสภาพการณ์และความก้าวหน้าทางเทคโนโลยีทางการแพทย์ในปัจจุบันที่มุ่งเน้นการใช้ยายุติการตั้งครรภ์แทนการใช้หัตถการทางการแพทย์ และไม่คุ้มครองถึงบุคลากรทางการแพทย์อื่นที่ให้บริการภายใต้การควบคุมของแพทย์ ไม่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ มาตรา ๗๗ และเสนอให้มีการแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๕ โดยให้ครอบคลุมถึงผู้อยู่ภายใต้ความควบคุมของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม และให้ยุติการตั้งครรภ์ได้ หากอายุครรภ์ของหญิงนั้นไม่ถึง ๑๒ สัปดาห์ หรือการตั้งครรภ์มีผลเสียต่อจิตใจของหญิง หรือตัวอ่อนในครรภ์มีความพิการ หรือมีความเสี่ยงสูงที่จะเป็นโรคทางพันธุกรรม ผู้นั้นไม่มีความผิด นั้น เห็นว่า บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ มาตรา ๗๗ เป็นแนวทางให้รัฐดำเนินการตามกฎหมายขึ้นมาบังคับใช้เพียงเท่าที่จำเป็นและยกเลิกหรือปรับปรุงกฎหมายที่หมดความจำเป็นหรือไม่สอดคล้องกับสภาพการณ์ กรณีตามคำร้องเป็นเพียงกรณีที่ผู้ร้องมีความเห็นว่า กฎหมายดังกล่าวไม่เท่าทันต่อสภาพการณ์ในปัจจุบัน ซึ่งผู้ร้องสามารถเสนอแนะหรือให้ข้อคิดเห็นต่อองค์กรหรือหน่วยงานที่มีหน้าที่และอำนาจในการยกเลิกหรือแก้ไขปรับปรุงกฎหมายได้ จึงมิใช่กรณีที่ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๕ จะขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๗๗ ได้ แต่อย่างใด

ดังนั้น ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๕ จึงไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๗ มาตรา ๒๘ และมาตรา ๗๗

ประเด็นที่ ๓ ไม่ว่าจะกรณีที่ขัดหรือไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ หรือไม่ก็ตาม สมควรมีมาตรการปรับปรุงกฎหมาย หรือไม่ อย่างไร

เมื่อวินิจฉัยไว้แล้วว่า บทบัญญัติของประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๑ ขัดหรือแย้งต่อบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๗ และมาตรา ๒๘ ย่อมมีผลให้บทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าวใช้บังคับไม่ได้ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๕ นับแต่วันอ่านคำวินิจฉัยและในคดีนี้วันที่ศาลรัฐธรรมนูญลงมติซึ่งเป็นวันที่ปรากฏในคำวินิจฉัยเป็นวันอ่านตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ

ว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. ๒๕๖๑ มาตรา ๗๖ วรรคหนึ่งและวรรคสาม ซึ่งผลของคำวินิจฉัยดังกล่าวอาจก่อให้เกิดปัญหาเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและทำให้เกิดช่องว่างของกฎหมาย เช่น หญิงที่ตั้งครรภ์ไม่พึงประสงค์สามารถอาศัยช่วงเวลาดังกล่าวไปดำเนินการยุติการตั้งครรภ์โดยปราศจากเงื่อนไขหรือเงื่อนไข และแพทย์ที่ได้รับความคุ้มครองตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๕ ก็อาจจะไม่ได้รับความคุ้มครองอีกต่อไป ดังนั้น เพื่อความเป็นธรรมแห่งกรณี จึงเห็นควรอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. ๒๕๖๑ มาตรา ๗๔ ศาลรัฐธรรมนูญกำหนดให้คำวินิจฉัยของศาลมีผลบังคับใช้เมื่อพ้น ๓๖๐ วัน หลังวันที่ศาลลงมติ โดยให้หน่วยงานที่เกี่ยวข้องดำเนินการแก้ไขปรับปรุงบทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าว เพื่อให้สอดคล้องกับสภาพการณ์ หรือที่เป็นอุปสรรคต่อการดำรงชีวิตหรือการประกอบอาชีพโดยไม่ชักช้า และเพื่อไม่ให้เป็นการแก่ประชาชน ซึ่งหน่วยงานที่เกี่ยวข้องควรกำหนดเงื่อนไขและเงื่อนไขที่เหมาะสม ปลอดภัย และเป็นธรรม เพื่อคุ้มครองสิทธิในชีวิตและสิทธิกำหนดเจตจำนงของหญิง และคุ้มครองสิทธิของทารกในครรภ์ที่จะเกิดมาอย่างปลอดภัย ใช้ชีวิตได้อย่างมีความสุข และไม่เป็นการแก่สังคมให้เป็นไปอย่างสมดุลกัน

ส่วนประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๕ ไม่ขัดหรือแย้งต่อบทบัญญัติรัฐธรรมนูญในมาตรา ๒๗ และมาตรา ๒๘ แต่บทบัญญัติดังกล่าวนี้เกี่ยวข้องกับปัญหาทางสังคมที่ไม่สอดคล้องกับสภาพสังคมในปัจจุบัน เนื่องจากเป็นบทบัญญัติที่มีการประกาศใช้ตั้งแต่ปี พ.ศ. ๒๕๐๐ แม้ไม่ขัดต่อบทบัญญัติรัฐธรรมนูญก็ตามแต่เนื่องจากวิทยาการทางการแพทย์ ความก้าวหน้าทางเทคโนโลยีของแพทย์ในปัจจุบันเจริญก้าวหน้าตลอดจนวิธีการรักษา หลักเกณฑ์ในมาตรา ๓๐๕ ก็ไม่ครอบคลุมถึงวิธีการทางการแพทย์ที่ก้าวหน้าและการคุ้มครองบุคลากรทางการแพทย์อื่นที่เข้าร่วมในการปฏิบัติงานภายใต้การควบคุมของแพทย์ ขณะที่ปัจจุบันปัญหาการตั้งครรภ์ที่ไม่พร้อมมีจำนวนเพิ่มขึ้นอย่างต่อเนื่องซึ่งรัฐเองก็ตระหนักถึงปัญหาดังกล่าวว่ามีความละเอียดอ่อนและซับซ้อน จึงพยายามสร้างกลไกโดยการกำหนดนโยบายและยุทธศาสตร์ต่าง ๆ เพื่อบูรณาการให้การแก้ไขปัญหาการตั้งครรภ์ที่ไม่พร้อมและการยุติการตั้งครรภ์เป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ เช่น การแต่งตั้งคณะกรรมการจัดระบบส่งต่อเพื่อยุติการตั้งครรภ์ที่ปลอดภัยซึ่งมีหน้าที่และความรับผิดชอบในการประสานส่งต่อเพื่อยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ที่ปลอดภัยถูกต้องตามกฎหมายและตามข้อบังคับของแพทย์สภาด้วยหลักวิชาที่ทันสมัยให้กับสตรีที่ตั้งครรภ์ไม่พร้อมด้วยการใช้ยายุติการตั้งครรภ์แทนการใช้หัตถการทางการแพทย์อันเป็นการใช้วิธีการทางการแพทย์ที่ทันสมัยก้าวหน้าสอดคล้องกับสภาพการณ์ในปัจจุบัน สมควรที่รัฐจะได้ปรับปรุงบทกฎหมายที่ล้าสมัยให้เหมาะสมและสอดคล้องกับสภาพการณ์ในปัจจุบัน ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๗๗ แม้ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๕ จะไม่ขัด

หรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญก็ตาม แต่บทบัญญัติดังกล่าวก็สมควรที่จะได้รับการปรับปรุงแก้ไขจากหน่วยงานที่เกี่ยวข้องเพื่อให้สอดคล้องกับสภาพการณ์ในปัจจุบันเพื่อความปลอดภัยในชีวิตและความสงบสุขในสังคม

อาศัยเหตุผลดังกล่าวข้างต้น จึงวินิจฉัยว่า ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๑ ชัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๗ และมาตรา ๒๘ ส่วนประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๕ ไม่ชัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๗ มาตรา ๒๘ และมาตรา ๗๗ แต่บทบัญญัติในมาตรา ๓๐๕ สมควรได้รับการปรับปรุงแก้ไขให้สอดคล้องกับสภาพการณ์ในปัจจุบันตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๗๗



(นายบุญส่ง กุลบุปผา)

ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ

ความเห็นส่วนตัว
ของ นายปัญญา อุดชาชน ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ

คำวินิจฉัยที่ ๔/๒๕๖๓

เรื่องพิจารณาที่ ต. ๔๕/๒๕๖๑

วันที่ ๑๙ เดือน กุมภาพันธ์ พุทธศักราช ๒๕๖๓

ระหว่าง { นางสาวศรีสมัย เชื้อชาติ ผู้ร้อง
- ผู้ถูกร้อง

ประเด็นวินิจฉัย

ประเด็นที่ ๑ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๑ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๗ และมาตรา ๒๘ หรือไม่

ประเด็นที่ ๒ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๕ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๗ มาตรา ๒๘ และมาตรา ๗๗ หรือไม่

ประเด็นที่ ๓ ไม่ว่าจะกรณีใดขัดหรือไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ หรือไม่ก็ตาม สมควรมีมาตรการปรับปรุงกฎหมาย หรือไม่ อย่างไร

ความเห็น

๑. ความหมายของการทำแท้ง (Abortion)

๑.๑ ความหมายตามพจนานุกรม พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. ๒๕๕๔ ได้ให้ความหมายของการทำแท้งไว้ว่า หมายถึง การรีดลูกโดยมีเจตนาให้ทารกคลอดออกจากครรภ์ ก่อนกำหนดและตาย และได้ให้ความหมายของคำว่า การรีดลูก ว่าหมายถึงการทำให้แท้งลูก

๑.๒ ความหมายในทางการแพทย์ การทำแท้งในทางการแพทย์ หมายถึง การทำให้ การตั้งครรภ์สิ้นสุดลงในระยะก่อนที่เด็กสามารถมีชีวิตอยู่ได้ (Stage of Viability) ซึ่งระยะที่เด็กสามารถ มีชีวิตอยู่ได้นั้นมีเกณฑ์ในการวินิจฉัยแตกต่างกันไปในแต่ละสถาบัน กรณีประเทศไทยการทำแท้ง ในทางการแพทย์ถือเอาการคลอดของทารกที่มีอายุครรภ์มารดาต่ำกว่า ๒๘ สัปดาห์ หรือทารกที่คลอด มีน้ำหนักน้อยกว่า ๑,๐๐๐ กรัม ไม่ว่าจะการคลอดนั้นทารกจะมีชีวิตอยู่หรือไม่

๑.๓ ความหมายขององค์การอนามัยโลก (World Health Organization หรือ WHO) การทำแท้งตามหลักเกณฑ์ที่องค์การอนามัยโลก คือ การสิ้นสุดของการตั้งครรภ์เมื่อครรภ์อายุต่ำกว่า ๒๐ สัปดาห์ หรือเด็กมีน้ำหนักต่ำกว่า ๕๐๐ กรัม ส่วนการแท้งเมื่อครรภ์อายุ ๒๐ - ๒๗ สัปดาห์ หรือเมื่อเด็กมีน้ำหนักระหว่าง ๕๐๐ - ๙๙๙ กรัม ถือว่าเป็นการคลอดก่อนกำหนด

๒. หลักศาสนาเกี่ยวกับการทำแท้ง

๒.๑ ศาสนาพุทธ

ตามหลักพุทธศาสนา การทำแท้ง คือ การทำลายชีวิตที่ยังอยู่ในครรภ์ให้ตายไป ขณะที่ยังไม่คลอดออกมาสู่โลกภายนอก ทางพุทธศาสนามีหลักที่จะพิจารณาตัดสินในการทำแท้ง โดยใช้หลักองค์ประกอบของปาณาติบาต ๕ อย่าง โดยมีเจตนาเป็นหลัก คือ

- ๑) สัตว์นั้นมีชีวิต
- ๒) รู้ว่าสัตว์นั้นมีชีวิต
- ๓) มีจิตคิดจะฆ่า
- ๔) มีความเพียรพยายามที่จะฆ่า
- ๕) สัตว์นั้นตายเพราะความเพียรพยายามนั้น

หลักคำสอนทางพุทธศาสนาที่ชัดเจนเรื่องการทำแท้ง มีภาษาบาลีว่า คพุกาตทน การทำครรภ์ให้ตกไป ถ้าภิกษุรูปใดปรุงยาให้หญิงนั้นแท้งลูก ภิกษุนั้นเป็นอาบัติปาราชิก (ขาดจากความเป็นภิกษุ ในข้อฆ่าคนตาย) ฉะนั้น การทำแท้งเท่ากับเป็นการฆ่าคน แล้วมนุษย์เกิดขึ้นในช่วงไหน ในอรรถกถาจารย์ท่านอธิบายว่า เกิดขึ้นในขณะที่มีการปฏิสนธิถือว่าเป็นมนุษย์แล้ว และปฏิสนธินั้น ช่วงไหน ตามหลักมหาตณหาสังขยสูตรว่าคนที่จะเกิดขึ้นมานั้นต้องมีองค์ประกอบ ๓ ประการ คือ

- ๑) มารดาบิดาอยู่ร่วมกัน
- ๒) มารดาอยู่ในวัยระดูเจริญพันธุ์
- ๓) คันธัพพะเข้ามาจุมติ

๒.๒ ศาสนาคริสต์

ตามหลักคริสต์ศาสนาได้พูดถึงการทำลายชีวิตมนุษย์หรือฆ่าคนไว้ในบัญญัติสิบประการข้อที่ ๕ ว่า “อย่าฆ่าคน” โดยให้เหตุผลว่าชีวิตมนุษย์เป็นของพระเจ้า พระเจ้าเป็นผู้ทรงประทานให้ พระเจ้าจะทรงประทานให้มากน้อยเพียงใดแล้วแต่พระเจ้าทรงเห็นว่าดี มนุษย์ไม่มีสิทธิบั่นทอนชีวิตลงด้วยเหตุผลใดเลย การทำลายชีวิตลงทันทีไม่ว่าจะเป็นชีวิตของตนเองหรือผู้อื่นย่อมเป็นการละเมิดกรรมสิทธิ์ของพระเจ้าในเรื่องนั้น และถ้าเป็นชีวิตของผู้อื่นก็เป็นการละเมิดสิทธิที่เขาพึงมี ในฐานะ

ที่เขาได้รับชีวิตนั้นมารับผิดชอบจากพระเจ้าและในบัญญัติห้ามฆ่าคนนี้เป็นคำสั่งเด็ดขาดไม่อาจยกเว้นได้เลย แต่ในเรื่องการทำแท้งซึ่งมีประเด็นถกเถียงกันว่าเป็นการทำลายชีวิตมนุษย์หรือการฆ่ามนุษย์หรือไม่นั้น ไม่มีการกล่าวไว้ในพระคัมภีร์ของศาสนาคริสต์ เพราะในสมัยนั้นที่เขียนพระคัมภีร์ยังไม่มีปัญหานี้ ต่อมา เมื่อปัญหาการทำแท้งเกิดขึ้น ก็มีการแบ่งแยกเป็นนิกาย ซึ่งแต่ละนิกายก็มีความเห็นแตกต่างกันออกไป

๒.๓ ศาสนาอิสลาม

ตามหลักศาสนาอิสลามได้กล่าวถึงชีวิตไว้ว่าชีวิตของเด็กในครรภ์มารดาได้เริ่มตั้งแต่ การปฏิสนธิระหว่างเชื้ออสุจิของชายกับไข่ของหญิงและได้กล่าวถึงการทำลายชีวิตมนุษย์ไว้ว่า ชีวิตเป็น สิ่งที่ละเมิดมิได้ ต้องได้รับการคุ้มครองตั้งแต่อยู่ในครรภ์ เมื่อคลอดออกมามีความรับผิดชอบแล้วก็ได้ รับการคุ้มครองตามบทบัญญัติของศาสนา ยกเว้นการทำลายชีวิตของผู้ที่กระทำผิดจนมีโทษถึงชีวิต ศาสนา อิสลามถือว่าชีวิตเริ่มต้นแล้วตั้งแต่มีการปฏิสนธิ ยิ่งกว่านั้นศาสนาอิสลามยังถือว่าแม้แต่การคุมกำเนิด โดยไม่ก้าวไปถึงขั้นทำแท้งก็ถือว่าผิดหลักศาสนา เพราะถือว่าพระเจ้าเป็นผู้สร้างทุกสิ่งทุกอย่าง รวมทั้งชีวิตที่จะให้มีการสืบพันธุ์กันต่อไป ในลักษณะที่ถูกต้องตามขนบธรรมเนียมประเพณี ดังนั้น ชีวิต ที่เริ่มต้นจากการปฏิสนธิจึงถือว่าเป็นคำสั่งของพระเจ้าภายใต้เมตตาจิตของผู้เป็นบิดามารดา หากผู้ใด ทำลายก็เป็นการละเมิดต่อพระเจ้าถือเป็นบาป

๓. กฎหมายการทำแท้งของต่างประเทศ

กฎหมายเกี่ยวกับการทำแท้งของต่างประเทศ แบ่งออกได้เป็น ๓ กลุ่ม คือ

๓.๑ กลุ่มประเทศที่ห้ามการทำแท้งเด็ดขาด เช่น

๑) สาธารณรัฐชิลี กล่าวคือ กฎหมายอาญาสาธารณรัฐชิลี ค.ศ. ๑๘๗๔ มาตรา ๓๔๒ - ๓๔๕ บัญญัติห้ามการทำแท้ง ทุกกรณี และกฎหมายสุขภาพ แก้ไขเพิ่มเติม ค.ศ. ๑๙๖๗ มาตรา ๑๑๙ บัญญัติห้ามการทำแท้ง ทุกกรณีเช่นเดียวกัน

๒) สาธารณรัฐเอลซัลวาดอร์ กล่าวคือ ประมวลกฎหมายอาญา ค.ศ. ๑๙๘๗ บัญญัติให้การทำแท้งเป็นความผิดอาญาและลงโทษทั้งหญิงซึ่งทำแท้งให้ตนเองและผู้ซึ่งทำแท้งให้แก่หญิง และหากผู้ซึ่งทำแท้งให้แก่หญิงนั้นเป็นแพทย์ หรือผู้ปฏิบัติงานที่เกี่ยวข้องกับสุขภาพจะต้องรับโทษหนักขึ้นโดยไม่มีเหตุอนุญาตให้ทำแท้งโดยชอบด้วยกฎหมาย

๓.๒ กลุ่มประเทศที่อนุญาตให้ทำแท้งแบบมีเงื่อนไข เช่น

๑) นิวซีแลนด์ กล่าวคือ ประมวลกฎหมายอาญา ค.ศ. ๑๙๗๗ บัญญัติอนุญาต ให้ทำแท้งได้ในช่วงของ ๒๐ สัปดาห์แรกของการตั้งครรภ์ ภายใต้เงื่อนไขเหตุดังต่อไปนี้

(๑) หากการตั้งครรภ์ต่อไปจะมีผลเป็นอันตรายร้ายแรงต่อชีวิต หรือสุขภาพกาย และใจของหญิงตั้งครรภ์

(๒) หากการตั้งครรภ์นั้นมีความเสี่ยงว่าทารกในครรภ์มารดาจะคลอดออกมา ผิดปกติหรือพิการ

(๓) หากการตั้งครรภ์นั้นเกิดขึ้นจากการกระทำผิดอาญาหรือการมีเพศสัมพันธ์กับ บุคคลร่วมสายโลหิต

๒) ราชอาณาจักรสเปน กล่าวคือ กฎหมายทำแท้ง ค.ศ. ๑๙๘๕ บัญญัติ ให้การทำแท้งชอบด้วยกฎหมายแต่อยู่ภายใต้เงื่อนไขเหตุดังต่อไปนี้

(๑) การตั้งครรภ์นั้นมีความเสี่ยงร้ายแรงต่อสุขภาพกายและจิตใจของหญิง ตั้งครรภ์โดยมีแพทย์รับรองมากกว่า ๑ คน และการทำแท้งได้โดยแพทย์ที่มีคุณสมบัติและความเชี่ยวชาญ ในการทำแท้ง

(๒) การตั้งครรภ์เกิดจากการถูกข่มขืนโดยเมื่ออายุครรภ์ไม่เกิน ๑๒ สัปดาห์

(๓) หากมีเหตุอันเชื่อว่าเมื่อทารกคลอดออกมาแล้วจะได้รับความทุกข์ทรมานจาก ความบกพร่องทางร่างกายและจิตใจอย่างรุนแรง โดยมีเงื่อนไขว่าจะต้องดำเนินการทำแท้งเมื่ออายุครรภ์ ไม่เกิน ๒๒ สัปดาห์ โดยมีแพทย์ผู้เชี่ยวชาญของโรงพยาบาลหรือศูนย์สุขภาพหรือสถานประกอบการ เอกชนที่ได้รับอนุญาตจากรัฐจำนวน ๒ คนรับรอง

๓.๓ กลุ่มประเทศที่อนุญาตให้ทำแท้งตามคำร้องขอ เช่น

๑) สหรัฐอเมริกา กล่าวคือ สหรัฐอเมริกาประกอบด้วย ๕๐ มลรัฐ แต่ละมลรัฐ มีกฎหมายทำแท้งที่แตกต่างกัน โดยมีศาลสูงของแต่ละมลรัฐเป็นองค์กรที่ทำหน้าที่พิพากษา ปัจจุบัน การทำแท้งในสหรัฐอเมริกาสามารถกระทำได้ทุกรัฐโดยการร้องขอก่อนที่ทารกในครรภ์จะแสดงความมีชีวิต หากทารกในครรภ์แสดงความมีชีวิตแล้ว รัฐอาจห้ามการทำแท้งได้และถือว่าเป็นความผิด ยกเว้นกรณี จำเป็นต้องกระทำเพื่อความปลอดภัยและสุขภาพร่างกายของหญิงตั้งครรภ์ กรณีเกิดจากการกระทำ ความผิดฐานข่มขืนหรือการร่วมประเวณีระหว่างชายหญิงที่มีบิดามารดาเดียวกันและกรณีสุขภาพทารก ในครรภ์และกรณีเหตุผลทางเศรษฐกิจและสังคม

๒) สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี กล่าวคือ กฎหมายทำแท้งระดับสหพันธ์ ค.ศ. ๑๙๗๕ บัญญัติให้การทำแท้งของแพทย์และได้รับความยินยอมจากหญิงตั้งครรภ์ต้องกระทำภายใน ๑๒ สัปดาห์ แรกของการตั้งครรภ์จึงจะไม่ใช่ความผิด ต่อมาศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ได้วินิจฉัย เมื่อวันที่ ๒๕ กุมภาพันธ์ ค.ศ. ๑๙๗๕ ตามที่มลรัฐ Baden-Wurttemberg ได้ยื่นฟ้อง

โดยศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าบทบัญญัติดังกล่าวขัดต่อรัฐธรรมนูญ ค.ศ. ๑๙๔๙ มาตรา ๒ วรรคสอง เพราะการยกเว้นโดยใช้หลักเกณฑ์เกี่ยวกับเวลา (Fristenregelung) ถือว่าปราศจากเหตุผลที่จะพิจารณาได้ตามรัฐธรรมนูญอย่างสิ้นเชิง ปัจจุบันการทำแท้งในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีสามารถกระทำได้ตามรัฐบัญญัติว่าด้วยการทำแท้ง แก้ไขเพิ่มเติม ค.ศ. ๑๙๗๖ โดยเหตุผลทางการแพทย์ เหตุผลทางด้านอาชญากรรม เหตุผลทางด้านเด็กและเหตุผลทางด้านสังคม

๔ องค์การสหประชาชาติ (The United Nations) ได้แบ่งเหตุผลที่กฎหมายอนุญาตให้ทำแท้งได้ แบ่งออกเป็น ๗ กรณี คือ

๔.๑ เพื่อคุ้มครองชีวิตของมารดา (To save life of the woman)

๔.๒ เพื่อคุ้มครองสุขภาพของมารดา (To preserve physical health)

๔.๓ เพื่อคุ้มครองสุขภาพจิตของมารดา (To preserve mental health)

๔.๔ เพื่อป้องกันการด้อยค่าของทารก (Foetal Impairment)

๔.๕ เพื่อเหตุผลทางเศรษฐกิจและสังคม (Economic or Social reasons)

๔.๖ การตั้งครรภ์เกิดจากการข่มขืนและมีเพศสัมพันธ์ระหว่างพี่น้องร่วมสายโลหิต (Rape or Incest)

๔.๗ เมื่อมีคำร้องขอของหญิงตั้งครรภ์ (Available on request)

พิจารณาแล้วเห็นว่า การนำหลักคำสอนศาสนา หลักกฎหมายการทำแท้งของต่างประเทศ และหลักขององค์การสหประชาชาติ มาใช้กับสังคมใดต้องพิจารณาให้สอดคล้องกับขนบธรรมเนียมประเพณี วัฒนธรรมและค่านิยมของสังคมนั้น ๆ

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๖๐ มาตรา ๒๗ มีเจตนารมณ์เพื่อบัญญัติหลักแห่งความเสมอภาคของบุคคลและห้ามการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม ทั้งนี้ บุคคลย่อมเสมอภาคกันในกฎหมาย เพศชายและเพศหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน ซึ่งเป็นการรับรองสิทธิและเสรีภาพของบุคคล แต่อย่างไรก็ดีหลักความเสมอภาคและห้ามเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมดังกล่าวเป็นหลักการที่เป็นพื้นฐานของความยุติธรรมซึ่งมีหลักเกณฑ์ที่เป็นสาระสำคัญคือ จะต้องปฏิบัติต่อสิ่งที่มีสาระสำคัญเหมือนกันอย่างเท่าเทียมกัน และจะต้องปฏิบัติต่อสิ่งที่มีสาระสำคัญแตกต่างกันให้แตกต่างกันตามลักษณะของเรื่องนั้น ๆ ส่วนรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๖๐ มาตรา ๒๘ มีเจตนารมณ์เพื่อเป็นการรับรองและกำหนดหลักประกันเกี่ยวกับสิทธิ เสรีภาพในชีวิตและร่างกายของบุคคลอย่างสมบูรณ์ ด้วยเหตุที่ทั้งชีวิตและร่างกายเป็นสิ่งที่ติดตัวมาแต่กำเนิด ดังนั้น การใช้สิทธิและเสรีภาพดังกล่าวต้องไม่กระทบสิทธิของบุคคลอื่น ๆ ด้วย

เว้นแต่มีเหตุตามที่กฎหมายบัญญัติซึ่งหมายถึง พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติ พระราชกำหนดและประมวลกฎหมาย สำหรับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๖๐ มาตรา ๗๗ มีเจตนารมณ์ที่กำหนดกรอบและหลักการสำคัญในการตรากฎหมายภายใต้ แนวคิดที่ว่า ไม่ควรมีกฎหมายเกินความจำเป็นโดยการยกเลิกหรือปรับปรุงกฎหมายและสร้าง หลักประกันให้ประชาชนมีส่วนร่วมในกระบวนการตรากฎหมายและเข้าถึงตัวบทกฎหมาย ได้โดยสะดวกและเข้าใจ

ประเด็นที่ ๑ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๑ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๗ และมาตรา ๒๘ หรือไม่

เห็นว่า การยุติการตั้งครรภ์เป็นปัญหาทั้งทางสังคม ทางการแพทย์ และทางกฎหมายที่มีความละเอียดอ่อน อีกทั้งเป็นประเด็นปัญหาที่เกี่ยวข้องกับจริยธรรมและศีลธรรม การที่ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๑ บัญญัติให้การยุติการตั้งครรภ์ถือว่าเป็นความผิดและกำหนดโทษให้เป็น ความผิดทางอาญาของหญิงเพียงฝ่ายเดียวที่ทำให้ตนเองแท้งลูกหรือยอมให้ผู้อื่นทำให้ตนแท้งลูก เนื่องจากมีเจตนารมณ์และคุณธรรมทางกฎหมายที่มุ่งคุ้มครองชีวิตในครรภ์โดยเห็นถึงคุณค่าของชีวิต มนุษย์ว่าเป็นสิ่งที่สูงค่ายิ่งโดยไม่อาจมีสิ่งใดเทียบเคียงได้ และเห็นถึงความสำคัญของชีวิตมนุษย์ตั้งแต่ เมื่อได้ปฏิสนธิโดยไม่จำเป็นต้องพิจารณาถึงระยะเวลาของอายุครรภ์และพัฒนาการที่แตกต่างของทารก ในครรภ์ในแต่ละช่วงเวลา แม้ตัวอ่อนในครรภ์มารดาจะต้องพึ่งมารดาเพื่อดำรงชีวิตแต่ก็เป็นสิ่งมีชีวิต ที่แยกจากมารดา ซึ่งผู้เป็นมารดาย่อมมีหน้าที่ต้องพิทักษ์รักษาทารกในครรภ์ไว้ไม่ต่างจากการรักษาชีวิต ของตนด้วยเช่นกัน เมื่อสิทธิในการมีชีวิตของทารกในครรภ์เป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่สำคัญและ มีความเกี่ยวเนื่องกับคุณค่าความเป็นมนุษย์โดยตรง สิทธิในการมีชีวิตของทารกในครรภ์จึงควรได้รับความคุ้มครองและรับรองไว้ตามหลักศาสนา หลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และตามกฎหมาย และหาก มีการอนุญาตให้ยุติการตั้งครรภ์ได้ด้วยเหตุผลทางเศรษฐกิจ สังคม หรือปราศจากข้อยกเว้นย่อมต้อง เป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ การให้นำระยะเวลาของอายุครรภ์มาเป็นเงื่อนไขในการอนุญาตให้หญิง ยุติการตั้งครรภ์ได้ก็อาจจะเป็นการเปิดโอกาสให้มีการทำลายชีวิตมนุษย์ โดยให้หญิงและแพทย์ สามารถใช้เงื่อนไขดังกล่าวยุติการตั้งครรภ์ได้อย่างเสรี ดังนั้น บทบัญญัติของประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๑ ที่บัญญัติว่า หญิงใดทำให้ตนเองแท้งลูก หรือยอมให้ผู้อื่นทำให้ตนแท้งลูก ต้องระวางโทษ จำคุกและโทษปรับด้วยนั้น จึงเป็นไปตามความมุ่งหมายของกฎหมายอาญาที่มุ่งคุ้มครองชีวิตของทารก ในครรภ์ คุณธรรมทางกฎหมาย ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และความสงบเรียบร้อยของสังคมโดยรวม นอกจากนี้ การกระทำความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๑ เป็นกรณีที่จะเกิดขึ้นเฉพาะ

สำหรับบุคคลที่เป็นหญิงเพราะโดยธรรมชาติของหญิงเท่านั้นที่สามารถยุติการตั้งครรภ์ได้ อีกทั้งการตั้งครรภ์ยังเป็นกรณีที่เกิดจากความสัมพันธ์ระหว่างชายกับหญิง การที่จะให้ชายที่มีความสัมพันธ์กับหญิงซึ่งเป็นต้นเหตุทำให้หญิงตั้งครรภ์ต้องรับโทษและมีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๑ เพื่อให้เกิดความเท่าเทียมและเป็นธรรมด้วยนั้น ย่อมไม่สอดคล้องต่อกฎเกณฑ์ตามธรรมชาติ แต่หากเป็นกรณีที่ชายซึ่งมีความสัมพันธ์กับหญิงและเป็นเหตุทำให้หญิงตั้งครรภ์ผู้นั้นต้องยุติการตั้งครรภ์หรือไม่สามารถตั้งครรภ์ต่อไปได้ ชายผู้นั้นก็อาจถูกลงโทษตามประมวลกฎหมายอาญาในฐานะเป็นตัวการ ผู้ใช้ หรือผู้สนับสนุนตามที่ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๒ และ มาตรา ๓๐๓ บัญญัติไว้

ดังนั้น ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๑ เป็นบทบัญญัติที่มีได้เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม และได้จำกัดสิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกายของหญิงตั้งครรภ์จึงไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๗ และมาตรา ๒๘

ประเด็นที่ ๒ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๕ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๗ มาตรา ๒๘ และมาตรา ๗๗ หรือไม่

เห็นว่า บทบัญญัติดังกล่าวเป็นเหตุยกเว้นการกระทำความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๑ และมาตรา ๓๐๒ โดยกำหนดให้แพทย์สามารถยุติการตั้งครรภ์ให้หญิงตั้งครรภ์ได้ และแพทย์ไม่มีความผิดหากเหตุที่กระทำนั้นเนื่องมาจากความจำเป็นด้วยสุขภาพของหญิง หรือหญิงมีครรภ์ เนื่องจากการกระทำความผิดอาญาตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา ๒๗๖ มาตรา ๒๗๗ มาตรา ๒๘๒ มาตรา ๒๘๓ หรือมาตรา ๒๘๔ ทั้งนี้ เพื่อมิให้เกิดปัญหาทางสุขภาพและปัญหาสังคมอันจะกระทบต่อประโยชน์ของสาธารณะในภายหลัง ต่อมาได้มีข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับการยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ตามมาตรา ๓๐๕ แห่งประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. ๒๕๔๘ กำหนดเงื่อนไขอันเป็นเหตุยกเว้นให้แพทย์สามารถยุติการตั้งครรภ์ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๕ (๑) และ (๒) ได้ หากปรากฏเหตุจากปัญหาสุขภาพทางกายหรือปัญหาสุขภาพทางจิตของหญิงตั้งครรภ์ รวมถึงปัญหาความเครียดอย่างรุนแรง หรือตรวจพบว่าทารกในครรภ์มีความพิการหรือมีความเสี่ยงสูงที่จะมีความพิการอย่างรุนแรง ทำให้การยุติการตั้งครรภ์ของแพทย์มีความชัดเจน และครอบคลุมถึงปัญหาด้านสุขภาพกายและสุขภาพจิตของหญิงตั้งครรภ์แล้ว จึงเห็นได้ว่า ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๕ เป็นบทบัญญัติที่มุ่งคุ้มครองทั้งคุณธรรมในทางกฎหมายและคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพในร่างกายของหญิงที่ตั้งครรภ์อย่างเป็นธรรมเป็นไปตามหลักความได้สัดส่วนพอเหมาะพอควรแก่กรณี และมุ่งคุ้มครองประโยชน์ของสังคมและประโยชน์สาธารณะได้อย่างเหมาะสม จึงไม่เป็นการเลือก

ปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม และไม่เป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกายของหญิงตั้งครรภ์ ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๗ และมาตรา ๒๘ แต่อย่างไรก็ตาม นอกจากนั้นเห็นว่า บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ มาตรา ๗๗ เป็นแนวทางให้รัฐดำเนินการตรากฎหมายขึ้นมาบังคับใช้เพียงเท่าที่จำเป็น และยกเลิกหรือปรับปรุงกฎหมายที่หมดความจำเป็นหรือไม่สอดคล้องกับสภาพการณ์ กรณีตามคำร้อง เป็นเพียงกรณีที่ผู้ร้องมีความเห็นว่า กฎหมายดังกล่าวไม่เท่าทันต่อสภาพการณ์ในปัจจุบัน ซึ่งผู้ร้องสามารถเสนอแนะหรือให้ข้อคิดเห็นต่อองค์กรหรือหน่วยงานที่มีหน้าที่และอำนาจในการยกเลิกหรือแก้ไขปรับปรุงกฎหมายได้ จึงมิใช่กรณีที่ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๕ จะขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๗๗ ได้แต่อย่างไร

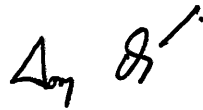
ดังนั้น ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๕ จึงไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๗ มาตรา ๒๘ และมาตรา ๗๗

ประเด็นที่ ๓ ไม่ว่าจะกรณีที่ขัดหรือไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ หรือไม่ก็ตาม สมควรมีมาตรการปรับปรุงกฎหมาย หรือไม่ อย่างไร

เห็นว่า แม้ว่าบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๑ และมาตรา ๓๐๕ จะไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญก็ตาม แต่บทบัญญัติดังกล่าวก็สมควรได้รับการปรับปรุงแก้ไขจากหน่วยงานที่เกี่ยวข้องเพื่อให้สอดคล้องกับสภาพการณ์ ไม่เป็นอุปสรรคต่อการดำรงชีวิต หรือการประกอบอาชีพ และเพื่อเป็นการสร้างความสมดุลระหว่างการคุ้มครองชีวิตของทารกในครรภ์และคุ้มครองสิทธิในชีวิตและร่างกายของหญิงยุติการตั้งครรภ์ โดยให้หน่วยงานที่เกี่ยวข้องดำเนินการแก้ไขปรับปรุงบทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าว เพื่อให้สอดคล้องกับสภาพการณ์หรือที่เป็นอุปสรรคต่อการดำรงชีวิตหรือการประกอบอาชีพโดยไม่ชักช้า และเพื่อไม่ให้เป็นการระแกว่าประชาชน ซึ่งหน่วยงานที่เกี่ยวข้องควรกำหนดเงื่อนไขและเงื่อนไขที่เหมาะสม ปลอดภัยและเป็นธรรม เพื่อคุ้มครองสิทธิในชีวิตและสิทธิกำหนดเจตจำนงของหญิง และคุ้มครองสิทธิของทารกในครรภ์ที่จะเกิดมาอย่างปลอดภัย ใช้ชีวิตได้อย่างมีความสุข และไม่เป็นการระแกว่าสังคมให้เป็นไปอย่างสมดุลกัน ทั้งเป็นไปโดยคำนึงถึงแพทย์หรือผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมที่เป็นการกระทำเพื่อการรักษา (Medical treatment) ทั้งสุขภาพกายและสุขภาพจิตให้แก่หญิง ซึ่งแพทย์มีอำนาจกระทำได้ภายใต้ข้อบังคับแพทยสภาและจรรยาบรรณแพทย์โดยไม่ถือเป็นการกระทำความผิดทางอาญาให้มีความชัดเจนยิ่งขึ้น จึงเป็นหน้าที่และอำนาจของคณะรัฐมนตรีตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๑๓๓ วรรคหนึ่ง (๑) สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๑๓๓ วรรคหนึ่ง (๒) หรือผู้มีสิทธิเลือกตั้งตามจำนวนที่รัฐธรรมนูญ

กำหนด ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๑๓๓ วรรคหนึ่ง (๓) เป็นองค์กรผู้เสนอแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมาย
ดังกล่าวต่อไป

อาศัยเหตุผลดังกล่าวข้างต้น จึงวินิจฉัยว่า ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๑ ไม่ขัดหรือแย้ง
ต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๗ และมาตรา ๒๘ และประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๕ ไม่ขัดหรือแย้ง
ต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๗ มาตรา ๒๘ และมาตรา ๗๗



(นายปัญญา อุดชาชน)
ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ

ความเห็นส่วนตัว
ของ นายวรวิทย์ กังคศิเทียม ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ

คำวินิจฉัยที่ ๔/๒๕๖๓

เรื่องพิจารณาที่ ต. ๔๕/๒๕๖๑

วันที่ ๑๙ เดือน กุมภาพันธ์ พุทธศักราช ๒๕๖๓

ระหว่าง { นางสาวศรีสมัย เชื้อชาติ ผู้ร้อง
ผู้ถูกร้อง

ประเด็นวินิจฉัย

ประเด็นที่หนึ่ง ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๑ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๗ และมาตรา ๒๘ หรือไม่

ประเด็นที่สอง ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๕ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๗ มาตรา ๒๘ และมาตรา ๗๗ หรือไม่

ประเด็นที่สาม ไม่ว่าจะกรณีใดขัดหรือไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ หรือไม่ก็ตาม สมควรมีมาตรการปรับปรุงกฎหมาย หรือไม่ อย่างไร

บทบัญญัติกฎหมายที่เกี่ยวข้อง มีดังนี้

๑. รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๖๐

มาตรา ๒๗ บุคคลย่อมเสมอกันในกฎหมาย มีสิทธิและเสรีภาพและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน

ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน

การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคล ไม่ว่าจะด้วยเหตุความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ ความพิการ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือ

สังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมืองอันไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ หรือเหตุอื่นใด จะกระทำมิได้

ฯลฯ

ฯลฯ

มาตรา ๒๘ บุคคลย่อมมีสิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกาย

การจับและการคุมขังบุคคลจะกระทำมิได้ เว้นแต่มีคำสั่งหรือหมายของศาลหรือมีเหตุอย่างอื่นตามที่กฎหมายบัญญัติ

การค้นตัวบุคคลหรือการกระทำใดอันกระทบกระเทือนต่อสิทธิหรือเสรีภาพในชีวิตหรือร่างกาย จะกระทำมิได้ เว้นแต่มีเหตุตามที่กฎหมายบัญญัติ

ฯลฯ

ฯลฯ

มาตรา ๓๗ รัฐพึงจัดให้มีกฎหมายเพียงเท่าที่จำเป็น และยกเลิกหรือปรับปรุงกฎหมายที่หมดความจำเป็นหรือไม่สอดคล้องกับสภาพการณ์ หรือที่เป็นอุปสรรคต่อการดำรงชีวิตหรือการประกอบอาชีพโดยไม่ชักช้าเพื่อไม่ให้เป็นภาระแก่ประชาชน และดำเนินการให้ประชาชนเข้าถึงตัวบทกฎหมายต่าง ๆ ได้โดยสะดวกและสามารถเข้าใจกฎหมายได้ง่ายเพื่อปฏิบัติตามกฎหมายได้อย่างถูกต้อง

ฯลฯ

ฯลฯ

มาตรา ๒๑๓ บุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญคุ้มครองไว้มีสิทธิยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อมีคำวินิจฉัยว่าการกระทำนั้นขัดหรือแย้งต่อศาลรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ ตามหลักเกณฑ์วิธีการ และเงื่อนไขที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ

๒. ประมวลกฎหมายอาญา

มาตรา ๓๐๑ หญิงใดทำให้ตนเองแท้งลูก หรือยอมให้ผู้อื่นทำให้ตนแท้งลูก ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

มาตรา ๓๐๒ ผู้ใดทำให้หญิงแท้งลูกโดยหญิงนั้นยินยอม ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ถ้าการกระทำนั้นเป็นเหตุให้หญิงรับอันตรายสาหัสอย่างอื่นด้วย ผู้กระทำต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินเจ็ดปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนสี่หมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ถ้าการกระทำนั้นเป็นเหตุให้หญิงถึงแก่ความตาย ผู้กระทำต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบปี และปรับไม่เกินสองแสนบาท



มาตรา ๓๐๓ ผู้ใดทำให้หญิงแท้งลูกโดยหญิงนั้นไม่ยินยอม ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินเจ็ดปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนสี่หมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ถ้าการกระทำนั้นเป็นเหตุให้หญิงรับอันตรายสาหัสอย่างอื่นด้วย ผู้กระทำได้ระวางโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งปีถึงสิบปี และปรับตั้งแต่สองหมื่นบาทถึงสองแสนบาท

ถ้าการกระทำนั้นเป็นเหตุให้หญิงถึงแก่ความตาย ผู้กระทำได้ระวางโทษจำคุกตั้งแต่ห้าปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่หนึ่งแสนบาทถึงสี่แสนบาท

มาตรา ๓๐๔ ผู้ใดเพียงแต่พยายามกระทำความผิดตามมาตรา ๓๐๑ หรือมาตรา ๓๐๒ วรรคแรก ผู้นั้นไม่ต้องรับโทษ

มาตรา ๓๐๕ ถ้าการกระทำความผิดดังกล่าวในมาตรา ๓๐๑ และมาตรา ๓๐๒ นั้น เป็นการกระทำของนายแพทย์ และ

(๑) จำเป็นต้องกระทำเนื่องจากสุขภาพของหญิงนั้น หรือ

(๒) หญิงมีครรภ์เนื่องจากการกระทำความผิดอาญา ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา ๒๗๖ มาตรา ๒๗๗ มาตรา ๒๘๒ มาตรา ๒๘๓ หรือมาตรา ๒๘๔

ผู้กระทำไม่มีความผิด

๓. **ข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับการยุติการตั้งครรภ์** **ทางการแพทย์ ตามมาตรา ๓๐๕ แห่งประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. ๒๕๔๘**

ข้อ ๕ การยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ ตามมาตรา ๓๐๕ (๑) แห่งประมวลกฎหมายอาญา ให้เป็นไปตามเงื่อนไข ดังนี้

(๑) เป็นกรณีที่จำเป็นต้องกระทำเนื่องจากปัญหาสุขภาพทางกายของหญิงมีครรภ์ หรือ

(๒) เป็นกรณีที่จำเป็นต้องกระทำเนื่องจากปัญหาสุขภาพทางจิตของหญิงมีครรภ์ ซึ่งจะต้องได้รับการรับรองหรือเห็นชอบจากผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมที่มีใช้ผู้กระทำการยุติการตั้งครรภ์ อย่างน้อยหนึ่งคน

ในกรณีที่หญิงนั้นมีความเครียดอย่างรุนแรง เนื่องจากพบว่าทารกในครรภ์มีหรือมีความเสี่ยงสูงที่จะมีความพิการอย่างรุนแรง หรือเป็นหรือมีความเสี่ยงสูงที่จะเป็นโรคพันธุกรรมอย่างรุนแรง เมื่อหญิงนั้นได้รับการตรวจวินิจฉัยและการปรึกษาแนะนำทางพันธุศาสตร์ (genetic counseling) และมีการลงนามรับรองในเรื่องดังกล่าวข้างต้น โดยผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมที่มีใช้ผู้กระทำการยุติการตั้งครรภ์อย่างน้อยหนึ่งคน ให้ถือว่าหญิงมีครรภ์นั้นมีปัญหาสุขภาพจิตตาม (๒)



ทั้งนี้ ต้องมีข้อบ่งชี้ทางการแพทย์ที่ชัดเจนว่าหญิงนั้นมีปัญหาสุขภาพทางกายหรือทางจิตและต้องมีการบันทึกการตรวจและวินิจฉัยโรคไว้ในเวชระเบียนเพื่อเป็นหลักฐาน

ข้อ ๖ การยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ ตามมาตรา ๓๐๕ (๒) แห่งประมวลกฎหมายอาญานั้น ต้องมีหลักฐานหรือข้อเท็จจริงอันควรเชื่อได้ว่า หญิงมีครรภ์เนื่องจากการกระทำความผิดอาญาตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา ๓๐๕ (๒) แห่งประมวลกฎหมายอาญา

๔. พระราชบัญญัติการป้องกันและแก้ไขปัญหาคriminalในวัยรุ่น พ.ศ. ๒๕๕๙

มาตรา ๕ วัยรุ่นมีสิทธิตัดสินใจด้วยตนเอง และมีสิทธิได้รับข้อมูลข่าวสารและความรู้ ได้รับการบริการอนามัยการเจริญพันธุ์ ได้รับการรักษาความลับและความเป็นส่วนตัว ได้รับการจัดสวัสดิการสังคมอย่างเสมอภาคและไม่ถูกเลือกปฏิบัติ และได้รับสิทธิอื่นใดที่เป็นไปเพื่อประโยชน์ตามพระราชบัญญัตินี้ อย่างถูกต้อง ครบถ้วน และเพียงพอ

ความเห็น

ประเด็นที่ศาลรัฐธรรมนูญต้องพิจารณาเบื้องต้นมีว่า ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจรับคำร้องไว้วินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๑๓ หรือไม่

พิจารณาแล้วเห็นว่า ผู้ร้องเป็นแพทย์ในเครือข่ายแพทย์อาสาเพื่อยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ ตามกฎหมายและข้อบังคับแพทยสภา ให้กับวัยรุ่นที่ท้องไม่พร้อมและเป็นคณะกรรมการจัดระบบส่งต่อเพื่อยุติการตั้งครรภ์ที่ปลอดภัย ซึ่งผู้ร้องถูกเจ้าพนักงานจับกุมและแจ้งข้อกล่าวหาตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๒ และนำไปสู่การจับกุมและแจ้งข้อกล่าวหาต่อหญิงผู้เข้ารับบริการยุติการตั้งครรภ์ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๑ ต่อมาผู้ร้องได้ยื่นเรื่องร้องเรียนต่อผู้ตรวจการแผ่นดิน แต่ผู้ตรวจการแผ่นดินพิจารณาไม่ยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญ ผู้ร้องจึงยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญ ขอให้พิจารณาวินิจฉัยว่าประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๑ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๗ และมาตรา ๒๘ และประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๕ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๗ มาตรา ๒๘ และมาตรา ๗๗ เมื่อพิจารณาข้อเท็จจริงแล้วเห็นว่า การที่เจ้าพนักงานตำรวจดำเนินคดีแก่ผู้ร้องตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๒ มีสาเหตุโดยตรงมาจากการที่ผู้ร้องทำให้หญิงตั้งครรภ์โดยหญิงนั้นยินยอมอันเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๑ ผู้ร้องจึงเห็นว่าประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๑ ลงโทษแต่เฉพาะหญิงผู้ทำแท้งแต่เพียงฝ่ายเดียว แต่ชายซึ่งมีความสัมพันธ์กับฝ่ายหญิงกลับไม่ต้องรับผิดและถูกลงโทษด้วย จึงไม่เสมอภาคกันในทางกฎหมายตาม



รัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๗ และมาตรา ๒๘ และผู้ร้องไม่ได้รับความคุ้มครองตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๕ เนื่องจากไม่ยกเว้นการกระทำของนายแพทย์กรณีการใช้สิทธิของหญิงในการยุติ การตั้งครรภ์โดยปลอดภัย บทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าวจึงขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๗ มาตรา ๒๘ และมาตรา ๗๗ ในคดีนี้ผู้ร้องจึงเป็นบุคคลผู้ถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญ คุ้มครองไว้โดยผู้ร้องเห็นว่าการละเมิดดังกล่าวเป็นผลจากประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๑ และ มาตรา ๓๐๕ ที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ กรณีจึงเป็นไปตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไข ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๑๓ ประกอบพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของ ศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. ๒๕๖๑ มาตรา ๔๘ วรรคหนึ่งและวรรคสอง จึงมีคำสั่งรับคำร้องไว้พิจารณาวินิจฉัย ประเด็นที่ต้องพิจารณาต่อไปมีว่า

ประเด็นที่หนึ่ง ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๑ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๗ และมาตรา ๒๘ หรือไม่

พิเคราะห์แล้ว เห็นว่าปัญหาการทำแท้งหรือที่เรียกในปัจจุบันว่า การยุติการตั้งครรภ์ เป็นประเด็นสำคัญที่เป็นปัญหามานานหลายสิบปีแล้ว ในกรณีนี้ สังคมมีหลายแนวความคิดที่ขัดแย้งกัน แต่สามารถสรุปได้เป็นแนวความคิด ๒ กลุ่มใหญ่ ๆ โดยกลุ่มแรก สนับสนุนสิทธิในการมีชีวิตของตัวอ่อน หรือทารก โดยเห็นว่าชีวิตของตัวอ่อนหรือทารกมีคุณค่าเทียบเท่ากับบุคคลคนหนึ่ง มีสิทธิที่จะมีชีวิต ในอนาคต ผู้ใดจะละเมิดมิได้ ศาสนาส่วนใหญ่ในโลกก็มีแนวคิดเชื่อว่า การเป็นมนุษย์เริ่มตั้งแต่ การปฏิสนธิในท้องของผู้หญิง ไม่ควรทำลายสิทธิในการมีชีวิตของตัวอ่อนหรือทารก ทั้งศาสนาพุทธถือว่าเป็น การฆ่าสัตว์ตัดชีวิตเป็นบาปละเมิดศีลข้อแรก เป็นปัญหาในเรื่องคุณธรรม จริยธรรม วัฒนธรรม ประเพณีของสังคม อีกกลุ่มหนึ่งเป็นกลุ่มที่สนับสนุนการทำแท้งหรือการยุติการตั้งครรภ์ที่ไม่พึงประสงค์ โดยเห็นว่า ผู้หญิงมีสิทธิในร่างกายตนเองอย่างสมบูรณ์ อันเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของมนุษย์ ดังนั้น ผู้หญิง มีสิทธิที่จะกำหนดว่าจะให้การตั้งครรภ์ดำรงอยู่ต่อไปหรือให้สิ้นสุดก็ได้ และเห็นว่าตัวอ่อนหรือทารก ในครรภ์มารดาไม่น่าจะมีสถานะเป็นบุคคล ยังไม่อาจดำรงชีวิตอยู่ได้ด้วยตนเองอย่างอิสระนอกครรภ์มารดา ยังไม่อาจมีสิทธิใด ๆ ที่จะเรียกร้อง แต่เป็นเรื่องสุขภาพของผู้หญิงและไม่เป็นการทำบาป นอกจากนี้ ถึงแม้จะถือว่าตัวอ่อนหรือทารกในครรภ์เป็นบุคคลสมบูรณ์แล้วก็ตาม ก็ยังไม่มีสิทธิเทียบเท่าสิทธิของ ผู้หญิงที่เป็นเจ้าของเนื้อตัวร่างกายของตนเอง

การทำแท้งหรือยุติการตั้งครรภ์ ที่กฎหมายบัญญัติให้เป็นความผิดนั้น ทำให้หญิงที่ตั้งครรภ์ อันไม่พึงประสงค์ต้องหลบซ่อนใช้บริการทำแท้งจากหมอเถื่อนและเกิดปัญหาด้านสุขภาพได้รับอันตรายต่อ



สุขภาพถึงแก่ชีวิต พิกการ เกิดปัญหาสุขภาพทั้งกายและจิตใจได้รับอันตรายจากภาวะแทรกซ้อนจากการทำแท้งเถื่อนเป็นจำนวนมาก ทั้งทำให้เกิดปัญหาทางสังคมเมื่อหญิงคลอดบุตรออกมาโดยไม่ประสงค์ที่จะมีบุตร ไม่มีความพร้อมที่จะเลี้ยงดูเกิดปัญหาการฆ่าทารกหรือทิ้งทารกแรกคลอดตามสถานที่ต่าง ๆ เด็กไม่ได้รับการเลี้ยงดูที่ดีอย่างเพียงพอทำให้เกิดภาวะปัญหาต่อสังคมเป็นอันมาก ในสังคมเดียวกัน ช่วงระยะเวลาหนึ่งอาจจะห้ามมิให้ทำแท้งโดยเด็ดขาดไม่มีข้อยกเว้น แต่เมื่อกาลเวลาเปลี่ยนแปลงไป ความเห็นของสังคมอาจยอมรับและเห็นความจำเป็นในการทำแท้ง ในประเทศไทยแต่เดิมกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. ๑๒๗ ไม่มีบทบัญญัติอนุญาตให้ทำแท้งได้โดยเด็ดขาด ต่อมาเมื่อมีประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. ๒๕๐๐ บัญญัติให้การทำแท้งมีความผิดตามมาตรา ๓๐๑ ถึงมาตรา ๓๐๓ โดยกฎหมายมีความประสงค์ที่จะคุ้มครองทารกในครรภ์ของมารดาเป็นสำคัญ แต่มีบทบัญญัติมาตรา ๓๐๕ อนุญาตให้ทำแท้งได้ในบางกรณี

จึงมีข้อที่จะต้องพิจารณาว่า ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๑ ขัดต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๗ หรือไม่ โดยที่มาตรา ๒๗ วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “บุคคลย่อมเสมอกันในกฎหมาย มีสิทธิและเสรีภาพและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน” วรรคสาม บัญญัติว่า “การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคล ไม่ว่าด้วยเหตุความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ ความพิการ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมืองอันไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ หรือเหตุอื่นใด จะกระทำมิได้” พิจารณาแล้วเห็นว่า รัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๗ เป็นบทบัญญัติรับรองความเสมอภาคของบุคคล ได้บัญญัติหลักความเท่าเทียมกันของบุคคล การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลจะกระทำมิได้ โดยที่หลักความเสมอภาคเป็นหลักการพื้นฐานซึ่งมีสาระสำคัญของหลักความเสมอภาคได้แก่หลักการปฏิบัติต่อสิ่งที่มีสาระสำคัญเหมือนกันอย่างเท่าเทียมและจะต้องปฏิบัติต่อสิ่งที่มีสาระสำคัญแตกต่างกันให้แตกต่างกันไปตามลักษณะของเรื่องนั้น ๆ การกระทำความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๑ เป็นกรณีที่จะเกิดขึ้นเฉพาะสำหรับบุคคลที่เป็นหญิง สิ่งที่มีสาระสำคัญในกรณีนี้ คือ หญิง เพราะโดยธรรมชาติของหญิงเท่านั้นที่สามารถตั้งครรภ์และยุติการตั้งครรภ์ได้ อีกทั้งการตั้งครรภ์ยังเป็นกรณีที่เกิดจากความสัมพันธ์ระหว่างชายกับหญิง ชายและหญิงจึงมีสภาพร่างกายที่แตกต่างกัน จึงต้องปฏิบัติต่อสิ่งที่มีสาระสำคัญแตกต่างกัน (ชาย) ให้แตกต่างกัน จะปฏิบัติให้เหมือนกันมิได้ การที่จะให้ชายที่มีความสัมพันธ์กับหญิงซึ่งเป็นต้นเหตุทำให้หญิงตั้งครรภ์ต้องรับโทษและมีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๑ เพื่อให้เกิดความเท่าเทียมและเป็นธรรมด้วยนั้นจึงเป็นการปฏิบัติต่อสิ่งที่มีสาระสำคัญแตกต่างกันให้เหมือนกัน ย่อมเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลโดยเฉพาะเพศชาย



อย่างไรก็ตาม ชายซึ่งมีความสัมพันธ์กับหญิงและเป็นเหตุทำให้หญิงตั้งครรภ์หรือต้องยุติการตั้งครรภ์ ชายผู้นั้นก็อาจถูกลงโทษตามประมวลกฎหมายอาญาในฐานะเป็นตัวการ ผู้ใช้ หรือผู้สนับสนุน ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๒ และมาตรา ๓๐๓ บัญญัติไว้ ดังนั้น การที่ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๑ บัญญัติให้ลงโทษหญิงที่ทำให้ตนเองแท้งลูก หรือยอมให้คนอื่น ทำให้ตนแท้งลูก จึงเป็นกรณีที่ไม่อาจกำหนดโทษในความผิดฐานทำแท้งแก่ชายตามบทบัญญัติของมาตรานี้ได้ บทบัญญัติของประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๑ จึงเป็นบทบัญญัติที่มีได้เป็นการเลือกปฏิบัติ โดยไม่เป็นธรรม ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๗ แต่อย่างไร

มีข้อที่จะต้องพิจารณาต่อไปว่า ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๑ ขัดต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๘ หรือไม่ โดยที่มาตรา ๒๘ วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “บุคคลย่อมมีสิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกาย” พิจารณาแล้วเห็นว่า สิทธิตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ หมายถึง รัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดได้บัญญัติให้การรับรองคุ้มครองแก่บุคคลใดในอันที่จะกระทำการใด ไม่กระทำการใด ทั้งก่อให้เกิดสิทธิเรียกร้องที่จะไม่ให้องค์กรของรัฐเข้าแทรกแซงสิทธิของบุคคลนั้นด้วย และในบางกรณี ก่อให้เกิดสิทธิเรียกร้องให้รัฐต้องดำเนินการอย่างหนึ่งอย่างใดด้วย ดังนั้น สิทธิตามรัฐธรรมนูญนี้ จึงมีผลผูกพันองค์กรรัฐผู้ใช้อำนาจต้องเคารพและคุ้มครองสิทธิตามรัฐธรรมนูญด้วย ส่วนเสรีภาพตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ หมายถึง อำนาจในการกำหนดตนเองโดยอิสระที่จะกระทำการใดหรือไม่กระทำการใด ดังนั้น สิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกาย จึงหมายถึงบุคคลย่อมมีสิทธิและเสรีภาพในการกระทำการหรือไม่กระทำการใดในชีวิตและร่างกายของตนเอง โดยที่ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๑ เป็นบทบัญญัติให้การทำแท้งเป็นความผิดตามกฎหมาย เห็นได้ว่า กฎหมายมีความประสงค์ที่จะคุ้มครองทารกในครรภ์ของมารดา จึงเป็นการคุ้มครองสิทธิในการมีชีวิตของตัวอ่อนหรือทารกฝ่ายเดียวอย่างสิ้นเชิงมากกว่าคำนึงถึงสิทธิของหญิงในการจัดการกับร่างกายของตนเอง โดยที่ปัจจุบัน ไม่มีกฎหมายใดกำหนดให้ทารกในครรภ์มีสถานะเป็นบุคคลเมื่ออายุครรภ์เท่าใด ตัวอ่อนที่ปฏิสนธินั้นจะเติบโตเป็นทารกเมื่ออายุครรภ์เท่าใด กรณีเป็นปัญหาที่ฝ่ายนิติบัญญัติสมควรบัญญัติกฎหมายกำหนดสถานะของทารกในครรภ์มารดาต่อไป เมื่อซึ่งนำหน้าระหว่างการคุ้มครองสิทธิของทารกตั้งแต่เริ่มปฏิสนธิในครรภ์มารดาผู้ใดจะละเมิดมิได้ กับการคุ้มครองสิทธิของหญิงที่มีสิทธิและเสรีภาพในชีวิตร่างกายตนเองแล้ว การจำกัดสิทธิของหญิงตั้งครรภ์ในการที่จะพึงประสงค์ให้การตั้งครรภ์ดำรงอยู่ต่อไปหรือไม่ จึงเป็นมาตรการที่กฎหมายบัญญัติมาใช้บังคับกับหญิงที่กระทบสิทธิและเสรีภาพในร่างกายของหญิงเกินความจำเป็น จึงไม่สอดคล้องกับหลักความจำเป็นที่มาตรการนั้นจะต้องกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคลให้น้อยที่สุด



ไม่เป็นไปตามหลักแห่งความได้สัดส่วนที่ได้รับการยอมรับว่า เป็นหลักรัฐธรรมนูญทั่วไปและมีค่าบังคับเท่ากับ บทบัญญัติในรัฐธรรมนูญ จึงขัดต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๘

ประเด็นที่สอง ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๕ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๗ มาตรา ๒๘ และมาตรา ๗๗ หรือไม่

เห็นว่า ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๕ เป็นบทบัญญัติในภาค ๒ ลักษณะ ๑๐ หมวด ๓ ความผิดฐานทำให้แท้งลูก โดยมาตรา ๓๐๕ บัญญัติว่า “ถ้าการกระทำความผิดดังกล่าว ในมาตรา ๓๐๑ และมาตรา ๓๐๒ นั้น เป็นการกระทำของนายแพทย์ และ (๑) จำเป็นต้องกระทำ เนื่องจากสุขภาพของหญิงนั้น หรือ (๒) หญิงมีครรภ์เนื่องจากการกระทำความผิดอาญา ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา ๒๗๖ มาตรา ๒๗๗ มาตรา ๒๘๒ มาตรา ๒๘๓ หรือมาตรา ๒๘๔ ผู้กระทำ ไม่มีความผิด” เป็นบทบัญญัติที่บัญญัติเหตุยกเว้นความผิดฐานทำให้แท้งลูกให้กับแพทย์ไว้ ๒ กรณี คือ กรณีตามมาตรา ๓๐๕ (๑) จำเป็นต้องกระทำเนื่องจากสุขภาพของหญิง หรือกรณีตามมาตรา ๓๐๕ (๒) หญิงมีครรภ์เนื่องจากการกระทำความผิดอาญาตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา ๒๗๖ มาตรา ๒๗๗ มาตรา ๒๘๒ มาตรา ๒๘๓ หรือมาตรา ๒๘๔ โดยแพทย์ผู้กระทำนั้นไม่มีความผิดหากต้องด้วยเหตุ ตามที่กฎหมายกำหนดไว้ดังกล่าว บทบัญญัติของประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๕ บัญญัติเหตุ ยกเว้นให้แพทย์สามารถยุติการตั้งครรภ์ให้หญิงตั้งครรภ์ได้ใน ๒ กรณี โดยแพทย์ผู้กระทำนั้น ไม่มีความผิดฐานทำให้หญิงตั้งครรภ์แท้งลูกตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๑ และมาตรา ๓๐๒ แม้ต่อมาจะมีข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับการยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ ตามมาตรา ๓๐๕ แห่งประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. ๒๕๔๘ มาใช้บังคับ เพื่อกำหนดเงื่อนไขในการยุติ การตั้งครรภ์โดยแพทย์ที่ชอบด้วยกฎหมาย ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๕ (๑) และ (๒) ก็ตาม แต่ข้อบังคับดังกล่าวก็เป็นเพียงการขยายความบทบัญญัติของมาตรา ๓๐๕ (๑) และ (๒) ให้มีความชัดเจน มากยิ่งขึ้นเท่านั้น เนื่องจากข้อบังคับของแพทยสภาเป็นกฎหมายที่มีลำดับศักดิ์ต่ำกว่าประมวลกฎหมายอาญา จึงไม่อาจขัดหรือแย้งหรือขยายความบทบัญญัติประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๕ ได้ จึงทำให้เกิด ปัญหาในทางปฏิบัติของแพทย์ การกำหนดเหตุอันเป็นการยกเว้นให้แก่แพทย์เพื่อยุติการตั้งครรภ์ ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๕ ไว้เพียง ๒ กรณี ดังกล่าว ทำให้หญิงตั้งครรภ์ไม่พึงประสงค์ บางคนเข้าเงื่อนไขตามที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น ที่จะสามารถทำแท้งได้โดยชอบด้วยกฎหมาย หญิงตั้งครรภ์ไม่พึงประสงค์เพราะสาเหตุอื่น เช่น ฐานะยากจน อยู่ในวัยศึกษาเล่าเรียน ไม่สามารถ ทำแท้งได้โดยชอบด้วยกฎหมาย และในระหว่างกลุ่มหญิงที่ไม่สามารถทำแท้งได้โดยชอบด้วยกฎหมาย



หากมีฐานะยากจนจะต้องทำแท้งเถื่อนในประเทศและมีความผิด แต่หากมีฐานะดีก็สามารถเดินทางไป
ทำแท้งในประเทศที่อนุญาตให้ทำแท้งได้โดยชอบด้วยกฎหมายโดยไม่มีความผิด ทำให้ประมวลกฎหมาย
อาญามาตรา ๓๐๕ ไม่มีความเสมอภาคเป็นกฎหมายที่เลือกปฏิบัติเพราะไม่สามารถใช้บังคับกับหญิงตั้งครรภ์
ในสังคมไทยได้ทุกคนให้เท่าเทียมกัน ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๗

พิจารณาแล้วเห็นว่า ข้อความในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๕ (๑) ที่บัญญัติว่า
“จำเป็นต้องกระทำเนื่องจากสุขภาพของหญิงนั้น” การกระทำของแพทย์ที่จำเป็นต้องกระทำเนื่องจาก
สุขภาพหญิงนั้น เป็นการรักษาทางการแพทย์ แพทย์มิได้มีเจตนาที่จะทำให้หญิงแท้งลูกตามความหมาย
ในมาตรา ๓๐๑ และมาตรา ๓๐๒ แต่อย่างไรก็ตาม เจตนาที่แท้จริงในการกระทำเป็นการรักษา
ทางการแพทย์ซึ่งแพทย์มีอำนาจหน้าที่และมาตรฐานในการรักษาอยู่แล้ว กรณีจำเป็นเนื่องจากสุขภาพ
แสดงว่าหญิงจะตั้งครรภ์ต่อไปไม่ได้แล้ว เพราะปัญหาสุขภาพ จึงต้องยุติการตั้งครรภ์เป็นเจตนารักษา
สุขภาพอันจำเป็นต้องกระทำเนื่องจากสุขภาพหญิงจึงเป็นการรักษาโรคมิใช่เจตนากระทำคามผิด
ตามมาตรา ๓๐๑ และมาตรา ๓๐๒ ดังนั้น การที่กฎหมายกำหนดว่า “ผู้กระทำไม่มีความผิด” ทำให้
แพทย์อาจถูกดำเนินคดีต่อศาลแล้ว แพทย์ต้องพิสูจน์การกระทำของตนในชั้นศาล บทบัญญัตินี้จึงเป็น
อุปสรรคต่อการประกอบอาชีพเพราะแพทย์ซึ่งแม้จะทำการรักษาตามมาตรฐานวิชาชีพของแพทย์
เพื่อรักษาสุขภาพหญิงแล้ว ยังต้องคอยกังวลต่อการถูกดำเนินคดี ส่วนประมวลกฎหมายอาญา
มาตรา ๓๐๕ (๒) การพิจารณาว่าหญิงถูกกระทำผิดตามที่กฎหมายบัญญัติหรือไม่ เป็นข้อเท็จจริง
ที่สามารถพิสูจน์ได้ตั้งแต่เกิดการกระทำคามผิด แต่เนื่องจากการกำหนดให้เป็นความผิด แพทย์หลายราย
จึงไม่กล้าดำเนินการให้โดยเกรงว่าจะต้องพิสูจน์ตามข้อกฎหมายเสียก่อนเป็นกรณีหญิงถูกข่มขืน
กระทำชำเรา (ตามมาตรา ๒๗๖ และมาตรา ๒๗๗) ต้องมีการแจ้งความทำเป็นคดีซึ่งเป็นการบังคับให้หญิง
ต้องเปิดพฤติกรรมที่ตนถูกกระทำทางเพศต่อสาธารณะซึ่งส่งผลกระทบต่อผู้หญิงอันเป็นการกดขี่ข่มเหง
และไม่คำนึงถึงสภาพจิตใจอย่างรุนแรงของหญิงโดยไม่จำเป็น นอกจากนี้ มาตรา ๓๐๕ (๒) ก็มีใช้กฎหมาย
จะให้ยุติการตั้งครรภ์เฉพาะกรณีหญิงถูกข่มขืนกระทำชำเราเท่านั้น แม้หญิงยินยอม (มาตรา ๒๘๒)
หรืออายุไม่เกิน ๑๕ ปี แพทย์ยอมทำแท้งให้ได้โดยไม่มีข้อจำกัดใด ๆ แต่เมื่อยังมีความผิดฐานทำแท้งอยู่
แพทย์จึงไม่กล้าทำเพราะกลัวถูกจับดำเนินคดี ส่งผลให้ผู้หญิงไม่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย
และยุติการตั้งครรภ์ที่ไม่พร้อมได้อย่างปลอดภัย ทั้งสองกรณีเป็นการผลักการกระทำพิสูจน์ให้แก่แพทย์
จึงเป็นบทบัญญัติที่เป็นการเพิ่มภาระเกินสมควรแก่เหตุ ย่อมขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๖
และมาตรา ๒๘



รัฐธรรมนูญ มาตรา ๗๗ เป็นบทบัญญัติในหมวด ๖ แนวนโยบายแห่งรัฐ โดยเป็นบทบัญญัติที่กำหนดให้รัฐพึงจัดให้มีกฎหมายเพียงเท่าที่จำเป็น และยกเลิกหรือปรับปรุงกฎหมายที่หมดความจำเป็น ไม่สอดคล้องกับสถานการณ์ หรือที่เป็นปัญหาอุปสรรคต่อการดำรงชีพหรือประกอบอาชีพโดยไม่ชักช้า เพื่อไม่ให้เป็นการแก่ประชาชน และดำเนินการให้ประชาชนเข้าถึงตัวบทกฎหมายต่าง ๆ ได้โดยสะดวก และสามารถเข้าใจกฎหมายได้ง่ายเพื่อปฏิบัติตามกฎหมายได้อย่างถูกต้อง จึงไม่มีกรณีที่ขัดต่อมาตรา ๗๗

ประเด็นที่สาม ไม่ว่าจะกรณีที่ขัดหรือไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ หรือไม่ก็ตาม สมควรมีมาตรการปรับปรุงกฎหมาย หรือไม่ อย่างไร

เมื่อวินิจฉัยไว้แล้วว่า ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๑ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๘ และประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๕ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๖ มาตรา ๒๗ และมาตรา ๒๘ ย่อมมีผลให้บทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าวใช้บังคับไม่ได้ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๕ นับแต่วันอ่านคำวินิจฉัยและในคดีนี้วันที่ศาลรัฐธรรมนูญลงมติซึ่งเป็นวันที่ปรากฏในคำวินิจฉัย เป็นวันอ่านตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. ๒๕๖๑ มาตรา ๗๖ วรรคหนึ่ง และวรรคสาม ซึ่งผลของคำวินิจฉัยดังกล่าวอาจก่อให้เกิดปัญหาเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและทำให้เกิดช่องว่างของกฎหมาย เช่น หญิงที่ตั้งครรภ์ไม่พึงประสงค์สามารถอาศัยช่วงเวลาดังกล่าวไปดำเนินการยุติการตั้งครรภ์โดยปราศจากเงื่อนไขหรือเงื่อนไข และแพทย์ที่ได้รับ ความคุ้มครองตามมาตรา ๓๐๕ ก็อาจจะไม่ได้รับความคุ้มครองอีกต่อไป ดังนั้น เพื่อความเป็นธรรมแห่งกรณี จึงเห็นควรอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. ๒๕๖๑ มาตรา ๗๔ กำหนดให้คำวินิจฉัยของศาลมีผลบังคับใช้เมื่อพ้นสามร้อยหกสิบวันหลังจากที่ ศาลลงมติ โดยให้หน่วยงานที่เกี่ยวข้องดำเนินการแก้ไขปรับปรุงบทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าว เพื่อให้ สอดคล้องกับสภาพการณ์ หรือที่เป็นอุปสรรคต่อการดำรงชีวิตหรือการประกอบอาชีพโดยไม่ชักช้า และเพื่อไม่ให้เป็นการแก่ประชาชน ซึ่งหน่วยงานที่เกี่ยวข้องควรกำหนดเงื่อนไขและเงื่อนไขที่เหมาะสม ปลอดภัย และเป็นธรรม เพื่อคุ้มครองสิทธิในชีวิต สุขภาพ และสิทธิกำหนดเจตจำนงของหญิง และคุ้มครองสิทธิของทารกในครรภ์ที่จะเกิดมาอย่างปลอดภัย ใช้ชีวิตได้อย่างมีความสุข และไม่เป็นการ แก่สังคมให้เป็นไปอย่างสมดุลกัน ทั้งเป็นไปโดยคำนึงถึงแพทย์หรือผู้ประกอบการวิชาชีพเวชกรรมที่เป็นการ กระทำเพื่อการรักษา (Medical treatment) ทั้งสุขภาพกายและสุขภาพจิตให้แก่หญิง ซึ่งแพทย์ มีอำนาจกระทำได้ภายใต้ข้อบังคับของแพทยสภาและจรรยาบรรณแพทย์โดยไม่ถือเป็นการกระทำความผิด ทางอาญาให้มีความชัดเจนยิ่งขึ้น



อาศัยเหตุผลดังกล่าวข้างต้น จึงวินิจฉัยว่า ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๑ ชัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๘ และประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๕ ชัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๖ มาตรา ๒๗ และมาตรา ๒๘ มีผลใช้บังคับมิได้ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๕ อย่างไรก็ตามอาศัยความตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๗๗ และพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. ๒๕๖๑ มาตรา ๗๔ โดยให้คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญมีผลบังคับใช้เมื่อพ้นกำหนดสามร้อยหกสิบวันนับแต่วันที่ศาลลงมติ



(นายวรวิทย์ กังศศิเทียม)

ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ

ความเห็นส่วนตัว
ของ นายอุดมศักดิ์ นิติมนตรี ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ

คำวินิจฉัยที่ ๔/๒๕๖๓

เรื่องพิจารณาที่ ต. ๔๕/๒๕๖๑

วันที่ ๑๙ เดือน กุมภาพันธ์ พุทธศักราช ๒๕๖๓

ระหว่าง { นางสาวศรีสมัย เชื้อชาติ ผู้ร้อง
ผู้ถูกร้อง

ประเด็นวินิจฉัย

ประเด็นที่หนึ่ง ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๑ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๗ และมาตรา ๒๘ หรือไม่

ประเด็นที่สอง ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๕ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๗ มาตรา ๒๘ และมาตรา ๗๗ หรือไม่

ประเด็นที่สาม ไม่ว่ากรณีที่ขัดหรือไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ หรือไม่ก็ตาม สมควรมีมาตรการปรับปรุงกฎหมาย หรือไม่ อย่างไร

ความเห็น

ประเด็นที่หนึ่ง ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๑ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๗ และมาตรา ๒๘ หรือไม่

สำหรับประมวลกฎหมายอาญาเป็นกฎหมายที่มีวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองสิทธิบุคคลและรักษาความสงบเรียบร้อยของบ้านเมือง โดยเป็นกฎหมายที่กำหนดลักษณะของการกระทำหรือไม่กระทำอย่างใด ถือว่าเป็นความผิด และกำหนดบทลงโทษสำหรับผู้กระทำความผิดตามโทษทางอาญาที่กำหนดไว้ โดยประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๑ เป็นบทบัญญัติในภาค ๒ ลักษณะ ๑๐ หมวด ๓ ความผิดฐานทำให้แท้งลูก ซึ่งมาตราดังกล่าวมีเจตนารมณ์เพื่อคุ้มครองชีวิตของทารกในครรภ์ โดยบัญญัติลงโทษหญิงเพียงฝ่ายเดียวที่ทำให้ตนเองแท้งลูก หรือยอมให้ผู้อื่นทำให้ตนแท้งลูก เป็นความผิดทางอาญา

การยุติการตั้งครรภ์เป็นปัญหาทั้งทางสังคม ทางการแพทย์ และทางกฎหมายที่มีความละเอียดอ่อน รวมทั้งเป็นประเด็นปัญหาที่เกี่ยวข้องกับจริยธรรมและศีลธรรม ในประเทศไทยการยุติการตั้งครรภ์ ถือว่าเป็นความผิดและกำหนดโทษให้เป็นความผิดทางอาญาของหญิงเพียงฝ่ายเดียวที่ทำให้ตนเองแท้งลูก หรือยอมให้ผู้อื่นทำให้ตนเองแท้งลูก ทั้งนี้ ด้วยเหตุจากความผิดฐานทำให้แท้งลูกมีเจตนาารมณ์ และคุณธรรมทางกฎหมายที่ต้องการคุ้มครองชีวิตของทารกในครรภ์ โดยเห็นถึงความสำคัญและคุณค่าของชีวิตมนุษย์ที่กำลังจะเกิดมา แต่เนื่องจากรากฐานของสังคมไม่ได้ขึ้นอยู่กับความเห็นคุณค่าของชีวิตมนุษย์ เพียงเท่านั้น แต่ยังมีปัจจัยอื่น ๆ ที่สำคัญเป็นรากฐานของสังคมประกอบด้วย เช่นเดียวกับการคุ้มครองสิทธิในการมีชีวิตของทารกในครรภ์ (Right to life) หากมุ่งคุ้มครองสิทธิของทารกในครรภ์ แต่เพียงอย่างเดียวโดยมิได้พิจารณาและคุ้มครองถึงสิทธิของหญิงตั้งครรภ์อันมีมาก่อนสิทธิของทารกในครรภ์ ก็เป็นสิ่งที่อาจส่งผลกระทบต่อหญิงไม่ได้รับความเป็นธรรม และถูกกลั่นแกล้งหรือจำกัดสิทธิในความเป็นส่วนตัวของหญิง (Right to privacy) ซึ่งเป็นสิทธิตามธรรมชาติที่เป็นพื้นฐานของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ที่บุคคลย่อมมีเสรีภาพที่จะกระทำการใดหรือไม่กระทำการใดต่อชีวิตและร่างกายของตนได้ตราบเท่าที่การกระทำนั้น ไม่ไปรบกวนหรือล่วงล้ำเข้าไปในสิทธิหรือเสรีภาพของผู้อื่น รวมทั้งยังส่งผลกระทบต่อสิทธิในการกำหนดเจตจำนงของหญิงตั้งครรภ์ (Right of self-determination) ที่ครอบคลุมไปถึงการตัดสินใจของหญิงว่าจะยุติการตั้งครรภ์หรือตั้งครรภ์ต่อไปอีกด้วย ในการคุ้มครองสิทธิของทารกในครรภ์และสิทธิของหญิงตั้งครรภ์ให้มีความสมดุลกันนั้นอาจต้องนำช่วงระยะเวลาการตั้งครรภ์มาเป็นหลักเกณฑ์ในการพิจารณา กล่าวคือ ช่วงระหว่าง ๑ ถึง ๑๔ สัปดาห์ ควรให้คุณค่าแก่สิทธิของหญิงในการมีสิทธิกำหนดเจตจำนงของตนเองและสิทธิในความเป็นส่วนตัว ช่วงต่อมาระหว่าง ๑๕ ถึง ๒๘ สัปดาห์ สิทธิดังกล่าวของหญิงย่อมต้องลดลง และสิทธิของทารกในครรภ์ที่มีสิทธิในการมีชีวิตก็ย่อมต้องสูงเพิ่มมากขึ้น และช่วงที่เกิน ๒๘ สัปดาห์ขึ้นไป สิทธิของทารกในครรภ์ก็ควรที่จะต้องได้รับการคุ้มครองอย่างเต็มที่ การปฏิเสธสิทธิในการยุติการตั้งครรภ์ของหญิงโดยปราศจากการกำหนดเงื่อนไขหรือเงื่อนไขที่เหมาะสมดังเช่นประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๑ จึงเป็นการใช้อำนาจรัฐมากเกินไป เพราะรัฐควรมีหน้าที่จัดหามาตรการในการยุติการตั้งครรภ์ที่ปลอดภัย ถูกต้องตามกฎหมาย และไม่ส่งผลให้เกิดการละเมิดต่อสิทธิของหญิง แต่เมื่อใดที่ทารกในครรภ์สามารถอยู่รอดได้แล้ว (Viability) รัฐก็ต้องมีหน้าที่เข้าไปดูแลและคุ้มครองชีวิตของทารกในครรภ์มิให้ถูกละเมิดเช่นเดียวกัน ดังนั้น การกำหนดความรับผิดทางอาญาโดยลงโทษหญิงเพียงฝ่ายเดียวโดยมิได้คำนึงถึงสิทธิของหญิงตั้งครรภ์และสิทธิของทารกในครรภ์ร่วมกัน จึงไม่เป็นตามหลักความเสมอภาค และเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๗ และเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกายของบุคคลตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๘

ประเด็นที่สอง ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๕ ชัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๗ มาตรา ๒๘ และมาตรา ๗๗ หรือไม่

สำหรับประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๕ เป็นบทบัญญัติในภาค ๒ ลักษณะ ๑๐ หมวด ๓ ความผิดฐานทำให้แท้งลูก ซึ่งมาตราดังกล่าวเป็นบทบัญญัติที่กำหนดข้อยกเว้นในการทำแท้งโดยแพทย์ที่ชอบด้วยกฎหมายไว้ ๒ กรณี คือ กรณีมีเหตุที่จำเป็นต้องกระทำเนื่องจากสุขภาพของหญิงนั้น ตามมาตรา ๓๐๕ (๑) หรือกรณีหญิงมีครรภ์เนื่องจากการกระทำความผิดอาญาตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา ๒๗๖ มาตรา ๒๗๗ มาตรา ๒๘๒ มาตรา ๒๘๓ หรือมาตรา ๒๘๔ ตามมาตรา ๓๐๕ (๒)

การที่ผู้ร้องอ้างว่า ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๕ จำกัดเหตุในการทำแท้งไว้เพียง ๒ กรณี ทั้งที่หญิงควรมีสติธิในการตัดสินใจต่อร่างกายของตนเองว่าจะตั้งครรภ์ต่อไปหรือยุติการตั้งครรภ์ ซึ่งเป็นสิทธิในการกำหนดเจตจำนงของตนเองภายใต้ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของหญิงตั้งครรภ์ อีกทั้งแพทย์ที่ยุติการตั้งครรภ์ให้แก่หญิงต้องถูกดำเนินคดีก่อนที่จะพิสูจน์ได้ว่ามีอำนาจยุติการตั้งครรภ์ บทบัญญัติดังกล่าวจึงชัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๗ และมาตรา ๒๘ นั้น เห็นว่า บทบัญญัติของประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๕ กำหนดข้อยกเว้นให้แพทย์สามารถยุติการตั้งครรภ์ให้หญิงตั้งครรภ์ได้ใน ๒ กรณี โดยแพทย์ผู้กระทำนั้นไม่มีความผิดฐานทำให้หญิงตั้งครรภ์แท้งลูกตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๑ และมาตรา ๓๐๒ แม้ว่าต่อมาจะมีข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับการยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ตามมาตรา ๓๐๕ แห่งประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. ๒๕๔๘ มาใช้บังคับเพื่อกำหนดเงื่อนไขในการยุติการตั้งครรภ์โดยแพทย์ที่ชอบด้วยกฎหมาย โดยอนุวัติการตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๕ (๑) และ (๒) ไว้ก็ตาม แต่ข้อบังคับดังกล่าวก็เป็นเพียงการขยายความบทบัญญัติของมาตรา ๓๐๕ (๑) และ (๒) ให้มีความชัดเจนมากยิ่งขึ้นเท่านั้น การกำหนดเหตุอันเป็นข้อยกเว้นให้แก่แพทย์เพื่อยุติการตั้งครรภ์ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๕ ไว้เพียง ๒ กรณี ดังกล่าว โดยไม่ได้คำนึงถึงสภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม หรือสภาพแวดล้อมของหญิงในการกำหนดวิถีชีวิตของตนเอง ซึ่งกระทบต่อสิทธิในการกำหนดเจตจำนงของหญิงภายใต้ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ จึงเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคล ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๗ และจำกัดสิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกายของหญิงที่เกินสมควรแก่เหตุ ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๖ และมาตรา ๒๘

ในส่วนประเด็นว่า การที่แพทย์ยุติการตั้งครรภ์ให้แก่หญิงต้องถูกดำเนินคดีอาญาก่อนจึงจะสามารถพิสูจน์ว่ามีอำนาจทำแท้งได้ตามข้อยกเว้นชัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๗ และมาตรา ๒๘ หรือไม่ นั้น เห็นว่า ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๕ (๑) และ (๒) ได้บัญญัติข้อยกเว้น

ให้แพทย์สามารถยุติการตั้งครรภ์ได้ โดยแพทย์ผู้กระทำนั้นไม่มีความผิดฐานทำให้หญิงตั้งครรภ์แท้งลูกตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๑ และมาตรา ๓๐๒ ซึ่งในปัจจุบันสำนักอนามัยการเจริญพันธุ์ กรมอนามัย กระทรวงสาธารณสุข ร่วมกับหน่วยงานภาคีเครือข่ายทั้งภาครัฐและเอกชนดำเนินการจัดตั้งเครือข่ายแพทย์อาสาเพื่อยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ตามกฎหมายและตามข้อบังคับแพทยสภาให้กับวัยรุ่นและสตรีที่ไม่พร้อมตั้งครรภ์ โดยได้แต่งตั้งคณะกรรมการจัดระบบส่งต่อเพื่อยุติการตั้งครรภ์ที่ปลอดภัย (Referral system for safe abortion (RSA)) ที่มาจากแพทย์ในภูมิภาคต่าง ๆ ทั่วประเทศเข้ามาทำหน้าที่และรับผิดชอบในการส่งเสริมสิทธิอนามัยเจริญพันธุ์ของหญิงที่ตั้งครรภ์ไม่พร้อมโดยการให้ความรู้ ข้อมูลทางเลือก เพื่อให้หญิงตั้งครรภ์มีทางเลือกและตัดสินใจได้เองอย่างอิสระ และเป็นอาสาสมัครส่งต่อเพื่อยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ที่ปลอดภัยและถูกต้องตามกฎหมาย ด้วยหลักวิชาที่ทันสมัยให้กับสตรีทุกวัยที่ตั้งครรภ์ไม่พร้อม อีกทั้งได้มีการตราพระราชบัญญัติการป้องกันและแก้ไขปัญหาการตั้งครรภ์ในวัยรุ่น พ.ศ. ๒๕๕๙ ขึ้นใช้บังคับ เพื่อแก้ปัญหาการตั้งครรภ์ในวัยรุ่นของประเทศที่มีจำนวนเพิ่มขึ้นอย่างต่อเนื่อง ซึ่งส่งผลกระทบต่อสุขภาพของบุคคลและส่งผลกระทบต่อครอบครัว ชุมชน สังคม และเศรษฐกิจของประเทศในภาพรวม โดยมาตรา ๕ ของพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวบัญญัติให้วัยรุ่นมีสิทธิตัดสินใจด้วยตนเอง และได้รับการบริการด้านอนามัยการเจริญพันธุ์อย่างเสมอภาค และไม่ถูกเลือกปฏิบัติ อันแสดงให้เห็นได้ว่า นอกจากบทบัญญัติของประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๕ (๑) และ (๒) จะเป็นข้อยกเว้นให้แพทย์สามารถยุติการตั้งครรภ์ได้โดยแพทย์ผู้กระทำนั้นไม่มีความผิดฐานทำให้หญิงตั้งครรภ์แท้งลูกตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๑ และมาตรา ๓๐๒ แล้ว ก็ยังมีกระบวนการหรือกฎหมายอื่นอีกที่ให้อำนาจดุลพินิจสำหรับแพทย์ที่จะสามารถยุติการตั้งครรภ์ได้โดยชอบด้วยกฎหมาย กรณีที่มีการดำเนินคดีในทางอาญากับแพทย์ที่กระทำการยุติการตั้งครรภ์ให้แก่หญิงโดยชอบด้วยกฎหมายโดยมิได้มีการแสวงหาข้อเท็จจริงให้ชัดเจนว่าแพทย์สามารถกระทำการดังกล่าวได้ภายใต้ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๕ (๑) และ (๒) หรือพระราชบัญญัติการป้องกันและแก้ไขปัญหาการตั้งครรภ์ในวัยรุ่น พ.ศ. ๒๕๕๙ หรือกฎหมายอื่นใดที่เกี่ยวข้อง หรือดำเนินคดีในทางอาญากับแพทย์โดยมิได้พิจารณาว่าการยุติการตั้งครรภ์นั้นแพทย์กระทำด้วยเหตุความจำเป็นเพื่อรักษาสุขภาพทั้งกายและใจของหญิงหรือไม่ เนื่องจากโดยทั่วไปวิธีการรักษาทางการแพทย์ (Medical treatment) ในกรณีที่ต้องรักษาด้วยการใช้ยา ผ่าตัด หรือตัดอวัยวะบางส่วน แพทย์สามารถกระทำได้ภายใต้จรรยาบรรณการประกอบวิชาชีพของแพทย์และภายใต้ความยินยอมของผู้เข้ารับการรักษา โดยไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดกำหนดให้เป็นความผิดทางอาญา ดังนั้น เมื่อการยุติการตั้งครรภ์ของแพทย์ได้กระทำไปด้วยเหตุความจำเป็นดังกล่าวก็ย่อมจะถือว่าการกระทำนั้นเป็นส่วนหนึ่งของวิธีการรักษา

ทางการแพทย์ (Medical treatment) เช่นเดียวกันด้วย การกำหนดความรับผิดชอบกับแพทย์ในกรณี ยุติการตั้งครรภ์แก่หญิงและดำเนินคดีอาญาก่อนการพิสูจน์ว่ามีอำนาจในการยุติการตั้งครรภ์โดยชอบ ด้วยกฎหมายทำให้แพทย์ต้องมีภาระการพิสูจน์ทั้งที่มีกฎหมายให้อำนาจกระทำได้ จึงเป็นการผลักภาระ การพิสูจน์ไปยังแพทย์ซึ่งเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๗ และเป็นการ จำกัดสิทธิและเสรีภาพในร่างกายของบุคคลตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๘

นอกจากนั้น ผู้ร้องอ้างว่า ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๕ ไม่สอดคล้องกับสภาพการณ์ ไม่เท่าทันต่อความก้าวหน้าทางเทคโนโลยีทางการแพทย์ในปัจจุบันที่มุ่งเน้นการใช้ยายุติการตั้งครรภ์ แทนการใช้หัตถการทางการแพทย์ และไม่คุ้มครองถึงบุคลากรทางการแพทย์อื่น ๆ ที่ให้บริการภายใต้ การควบคุมของแพทย์ อันไม่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ มาตรา ๗๗ จึงเสนอให้มีการแก้ไขประมวล กฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๕ โดยให้ครอบคลุมผู้ประกอบการวิชาชีพเวชกรรมผู้อยู่ภายใต้ความควบคุม ของผู้ประกอบการวิชาชีพเวชกรรม และมีข้อยกเว้นให้กระทำได้ หากอายุครรภ์ของหญิงไม่ถึง ๑๒ สัปดาห์ หรือการตั้งครรภ์มีผลเสียต่อจิตใจของหญิง หรือตัวอ่อนในครรภ์มีความพิการหรือมีความเสี่ยงสูงที่จะเป็น โรคทางพันธุกรรม ผู้ร้องนั้นไม่มีความผิด นั้น เห็นว่า ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๕ เป็นบทบัญญัติ ที่มีการประกาศใช้ตั้งแต่ปี พ.ศ. ๒๕๐๐ โดยมุ่งคุ้มครองทารกในครรภ์ตามมาตรา ๓๐๑ และมาตรา ๓๐๒ หากเป็นการกระทำของแพทย์ด้วยเหตุความจำเป็นต้องกระทำเนื่องจากสุขภาพของหญิงนั้นตามมาตรา ๓๐๕ (๑) หรือหญิงมีครรภ์เนื่องจากการกระทำความผิดอาญาตามที่มาตรา ๓๐๕ (๒) บัญญัติไว้ แพทย์ผู้กระทำ ไม่มีความผิดฐานทำให้หญิงตั้งครรภ์แท้งลูกตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๑ และมาตรา ๓๐๒ โดยที่มาตรา ๓๐๑ มุ่งคุ้มครองเฉพาะสิทธิของทารกในครรภ์แต่เพียงอย่างเดียวโดยมิได้มุ่งคุ้มครองสิทธิ ของหญิงตั้งครรภ์ จึงมิได้มีการกำหนดเงื่อนไขเวลาที่เหมาะสมเพื่อคุ้มครองสิทธิของทารกในครรภ์และสิทธิ ของหญิงตั้งครรภ์ให้มีความสมดุลกัน รวมทั้งมาตรา ๓๐๒ ก็กำหนดโทษให้ผู้กระทำการยุติการตั้งครรภ์ ทั้งผู้ที่เป็นแพทย์ หรือมิใช่แพทย์หรือผู้ประกอบการวิชาชีพเวชกรรม (หมอเถื่อน) ต้องรับผิดชอบทางอาญา ทั้งที่ผู้เป็นแพทย์สามารถยุติการตั้งครรภ์ได้โดยไม่ถือว่าเป็นการกระทำความผิดหากกระทำไปเพื่อการรักษา (Medical treatment) สุขภาพทางกายและจิตใจของหญิง ขณะที่ผู้ซึ่งมิใช่แพทย์ (หมอเถื่อน) หากกระทำการ ยุติการตั้งครรภ์แก่หญิงไม่ว่าด้วยเหตุใดย่อมต้องถือว่าเป็นผู้กระทำความผิดอาญาฐานทำให้หญิงแท้งลูก โดยปราศจากข้อยกเว้นทั้งสิ้น การกำหนดโทษโดยมิได้ระบุหรือแยกแยะบุคคลที่สามารถกระทำได้ โดยชอบด้วยกฎหมายกับบุคคลที่ไม่สามารถกระทำได้ให้มีความชัดเจนดังมาตรา ๓๐๒ เช่นนี้ จึงส่งผลกระทบต่อแพทย์ผู้กระทำการยุติการตั้งครรภ์เพื่อการรักษาสุขภาพทางกายและจิตใจของหญิงอย่างปลอดภัย ต้องถูกดำเนินคดีก่อนการพิสูจน์ว่าแพทย์นั้นมีอำนาจในการยุติการตั้งครรภ์ได้โดยชอบด้วยกฎหมาย

ต่อศาลซึ่งเป็นอุปสรรคต่อการประกอบอาชีพ และส่งผลกระทบต่อหญิงตั้งครรภ์ที่ถูกกระทำตามมาตรา ๓๐๕ (๒) ต้องมาแจ้งความดำเนินคดีและเปิดเผยข้อมูลและพฤติกรรมที่ตนถูกกระทำทางเพศอันเป็นการตอกย้ำความเจ็บปวดซึ่งก่อให้เกิดผลร้ายต่อสภาพจิตใจโดยไม่จำเป็น นอกจากนี้ ความก้าวหน้าทางเทคโนโลยีของแพทย์ในปัจจุบันก็ทำให้เกิดช่องว่างทางกฎหมาย เช่น เทคโนโลยีการผสมเทียมที่หญิงถูกทำให้ตั้งครรภ์โดยผู้กระทำไม่มีความผิดตามมาตรา ๓๐๕ (๒) เพราะการผสมเทียมมิได้ใช้วิธีเวชกระทำต่อหญิงทำให้ไม่มีความผิดฐานกระทำชำเราเกิดขึ้นและส่งผลให้ไม่มีเงื่อนไขที่แพทย์จะยุติการตั้งครรภ์ตามมาตรา ๓๐๕ (๒) ได้ และยิ่งไปกว่านั้นยังปรากฏว่าไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดที่ครอบคลุมถึงวิธีการทางการแพทย์ที่ก้าวหน้าและคุ้มครองบุคลากรทางการแพทย์อื่น ๆ ที่เข้าร่วมในการยุติการตั้งครรภ์ จากปัญหาและผลกระทบดังกล่าว จึงเห็นว่าประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๕ เป็นบทบัญญัติที่ไม่สอดคล้องเหมาะสมกับบริบทต่าง ๆ ของสังคมที่เปลี่ยนแปลง ในขณะที่ปัญหาการตั้งครรภ์ไม่พร้อมมีจำนวนเพิ่มขึ้นอย่างต่อเนื่อง ซึ่งรัฐเองก็ตระหนักถึงปัญหาดังกล่าวว่ามีผลเสียต่ออ่อนแอ จึงพยายามสร้างกลไกโดยการกำหนดนโยบายและยุทธศาสตร์ต่าง ๆ เพื่อบูรณาการให้การแก้ไขปัญหาการตั้งครรภ์ไม่พร้อมและการยุติการตั้งครรภ์เป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ เช่น การแต่งตั้งคณะกรรมการจัดระบบส่งต่อเพื่อยุติการตั้งครรภ์ที่ปลอดภัย ซึ่งมีหน้าที่และความรับผิดชอบในการอาสารับส่งต่อเพื่อยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ที่ปลอดภัย ถูกต้องตามกฎหมายและตามข้อบังคับของแพทยสภา ด้วยหลักวิชาที่ทันสมัยให้กับสตรีที่ตั้งครรภ์ไม่พร้อมด้วยการใช้ยายุติการตั้งครรภ์แทนการใช้หัตถการทางการแพทย์ อันเป็นการใช้วิธีการทางการแพทย์ที่ทันสมัยก้าวหน้าสอดคล้องกับสภาพการณ์ในปัจจุบัน และในการดำเนินการดังกล่าวย่อมมีความจำเป็นที่แพทย์ต้องใช้วิธีการทางการแพทย์ที่ทันสมัยและบุคลากรทางการแพทย์อื่น ๆ เข้าร่วมในการปฏิบัติงานภายใต้การควบคุมของแพทย์ผู้กระทำการนั้นด้วย ดังนั้น เมื่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๗๗ บัญญัติให้รัฐพึงจัดให้มีกฎหมายเพียงเท่าที่จำเป็นและยกเลิกหรือปรับปรุงกฎหมายที่หมดความจำเป็นหรือไม่สอดคล้องกับสภาพการณ์ หรือที่เป็นอุปสรรคต่อการดำรงชีวิตหรือประกอบอาชีพนั้น ในขณะที่ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๕ มีผลเป็นการบังคับใช้มาตั้งแต่ พ.ศ. ๒๕๐๐ มิได้มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสาระสำคัญใด ๆ เพื่อให้สอดคล้องกับการดำเนินการของรัฐที่บูรณาการนโยบายและยุทธศาสตร์ต่าง ๆ ในการแก้ไขปัญหาการตั้งครรภ์ไม่พร้อมและการยุติการตั้งครรภ์ที่มีประสิทธิภาพ และเพื่อให้รองรับกับวิธีการทางการแพทย์ที่ทันสมัยก้าวหน้าเหมาะสมกับสภาพการณ์ในปัจจุบัน จึงเห็นได้ว่าประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๕ เป็นบทบัญญัติที่ไม่สอดคล้องกับสภาพการณ์ และไม่เท่าทันต่อความก้าวหน้าทางเทคโนโลยี จึงขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๗๗

ประเด็นที่สาม ไม่ว่ากรณีที่ขัดหรือไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ หรือไม่ก็ตาม สมควรมีมาตรการปรับปรุงกฎหมาย หรือไม่ อย่างไร

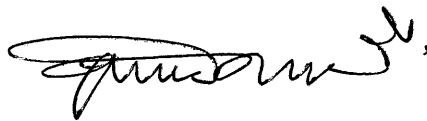
เมื่อประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๑ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๗ มาตรา ๒๘ และประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๕ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๗ มาตรา ๒๘ และ มาตรา ๗๗ แล้ว ย่อมมีผลให้บทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าวใช้บังคับไม่ได้ในทันทีนับแต่วันที่ศาลอ่านคำวินิจฉัยนั้นตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๕ ประกอบพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. ๒๕๖๑ มาตรา ๗๖ อย่างไรก็ตาม ผลของคำวินิจฉัยดังกล่าว อาจก่อให้เกิดปัญหาเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและทำให้เกิดช่องว่างของกฎหมาย เช่น หลิงที่ตั้งครรภ์ ไม่พึงประสงค์สามารถอาศัยช่วงเวลาดังกล่าวไปดำเนินการยุติการตั้งครรภ์โดยปราศจากเงื่อนไขหรือเงื่อนไขใด ๆ และแพทย์ที่ได้รับความคุ้มครองตามมาตรา ๓๐๕ ก็อาจจะไม่ได้รับความคุ้มครองอีกต่อไป ดังนั้น เพื่อความเป็นธรรมแห่งกรณี จึงเห็นควรอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. ๒๕๖๑ มาตรา ๗๔ กำหนดคำบังคับให้คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญมีผลเมื่อฝ่ายนิติบัญญัติดำเนินการแก้ไขปรับปรุงบทบัญญัติดังกล่าว โดยข้อพิจารณาที่ฝ่ายนิติบัญญัติต้องคำนึงในการสร้างความสมดุลระหว่างการคุ้มครองชีวิตของทารกในครรภ์กับการคุ้มครองสิทธิในชีวิตของหลิง มีดังนี้

๑) ควรกำหนดเงื่อนไขและเงื่อนไขที่เหมาะสม ปลอดภัย และเป็นธรรม เพื่อคุ้มครองสิทธิในชีวิตและสิทธิกำหนดเจตจำนงของหลิง เช่น ก่อนระยะเวลา ๑๔ สัปดาห์ ซึ่งเป็นช่วงระยะเวลาที่สามารถยุติการตั้งครรภ์ได้อย่างปลอดภัย หลิงควรมีสิทธิในการตัดสินใจต่อเนื้อตัวของร่างกายของตนเอง แต่หากเกินระยะเวลา ๑๔ สัปดาห์ แล้ว สิทธิของทารกในครรภ์ก็ควรที่จะต้องได้รับการคุ้มครองอย่างเป็นธรรม

๒) ควรกำหนดเงื่อนไขที่เหมาะสม ปลอดภัย และเป็นธรรม เพื่อคุ้มครองสิทธิของทารกในครรภ์ที่จะเกิดมาอย่างปลอดภัย ใช้ชีวิตได้อย่างมีความสุข และไม่เป็นการแกล้งสังคาม

๓) เมื่อการยุติการตั้งครรภ์โดยแพทย์หรือผู้ประกอบการวิชาชีพเวชกรรมเป็นการกระทำ เพื่อการรักษา (Medical treatment) ทั้งสุขภาพกายและสุขภาพใจให้แก่หลิง ซึ่งแพทย์มีอำนาจกระทำได้ภายใต้ข้อบังคับของแพทยสภาและจรรยาบรรณแพทย์โดยไม่ถือเป็นการกระทำความผิดทางอาญา ดังนั้น ควรกำหนดโทษเฉพาะผู้ที่มีไข้แพทย์หรือผู้ประกอบการวิชาชีพเวชกรรมเป็นผู้กระทำความผิดทางอาญา หากกระทำการยุติการตั้งครรภ์ให้แก่หลิง

อาศัยเหตุผลดังกล่าวข้างต้น จึงมีความเห็นว่า ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๑ และ มาตรา ๓๐๕ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๗ และมาตรา ๒๘ มีผลใช้บังคับมิได้ อย่างไรก็ตาม อาศัยความตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๗๗ และพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. ๒๕๖๑ มาตรา ๗๔ กรณีมีความจำเป็นสมควรกำหนดค่าบังคับให้มีผลเป็นไปตามคำวินิจฉัยไปในอนาคต โดยศาลเห็นสมควรกำหนดเงื่อนไขเวลาเพื่อปรับปรุงกฎหมายดังกล่าว ที่ไม่สอดคล้องกับสภาพการณ์ หรือที่เป็นอุปสรรคต่อการดำรงชีวิตหรือการประกอบอาชีพโดยไม่ชักช้า เพื่อไม่ให้เป็นการกระทบประชาชนภายในเวลา ๓๖๐ วัน นับแต่วันที่ศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัย



(นายอุดมศักดิ์ นิติมন্ত্রী)

ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ