

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 ไม่ว่ากรณีที่ไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญก็ตาม 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 จะกระทำมิได้ 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<sup>๑</sup> ทั้งพึงกำหนดโทษอาญาเฉพาะความผิดที่ร้ายแรงเท่านั้น<sup>๒</sup>

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

<sup>๑</sup> รัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๘ วรรคสี่ บัญญัติว่า “การทรมาน ทารุณกรรม หรือการลงโทษด้วยวิธีการโหดร้ายหรือไร้มนุษยธรรมจะกระทำมิได้”

<sup>๒</sup> รัฐธรรมนูญ มาตรา ๗๗ วรรคสาม บัญญัติว่า “รัฐพึงใช้ระบบอนุญาตและระบบคณะกรรมการในกฎหมายเฉพาะกรณีจำเป็น พึงกำหนดหลักเกณฑ์การใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐและระยะเวลาในการดำเนินการตามขั้นตอนต่าง ๆ ที่บัญญัติไว้ในกฎหมายให้ชัดเจน และพึงกำหนดโทษอาญาเฉพาะความผิดร้ายแรง”

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 เพื่อให้มีทางออกใหม่เพิ่มเติมขึ้นให้แก่หญิงผู้ตั้งครรภ์ที่ต้องตกอยู่ในสภาพที่จำเป็นหรือทุกข์ทรมานอย่างรุนแรงจนไม่สามารถจะแบกรับภาระหน้าที่ตามกฎหมายในกรณีนี้ต่อไปได้ 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 และควรมีกฎหมายเฉพาะเพื่อให้มีมาตรการที่ทรงประสิทธิภาพในการช่วยเหลือบรรเทาทุกข์แก่หญิงผู้ตั้งครรภ์ที่ตกอยู่ในสภาวะการณียากล้าบาก ให้สามารถทำหน้าที่รักษาชีวิตทารกในครรภ์ต่อไปได้ รวมทั้งสามารถทำหน้าที่อุปการะเลี้ยงดูทารกนั้น ภายหลังคลอดได้ตามความจำเป็นและสมควรแก่กรณีด้วย



(นายจรัญ ภัคศิธนากุล)

ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ