

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 โดยเป็นบทบัญญัติรับรองหลักความเสมอภาคของบุคคลซึ่งมีหลักการว่าบุคคลทุกคนมีความเสมอภาคในกฎหมาย 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 โดยไม่ลงโทษชายซึ่งมีความสัมพันธ์กับหญิงทำให้หญิงตั้งครรภ์ด้วย และการที่หญิงไม่มีสิทธิที่จะยุติการตั้งครรภ์ของตนเองได้ ทั้งที่เป็นสิทธิของหญิงที่จะกำหนดเจตจำนงเกี่ยวกับอนามัยเจริญพันธุ์ของตนเอง จึงขัดต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๗ และมาตรา ๒๘ นั้น เห็นว่า ตามหลักธรรมชาติของมนุษย์ เพศหญิงเท่านั้นเป็นเพศตั้งครรภ์ได้ แม้บทบัญญัติมาตรา ๓๐๑ บัญญัติให้หญิงที่ทำให้ตนแท้งลูกหรือยอมให้บุคคลอื่นทำให้ตนแท้งลูก หญิงนั้นมีความผิดและต้องโทษทางอาญาอันเป็นบทลงโทษเฉพาะหญิงเท่านั้นก็ตาม แต่หากการกระทำของชายซึ่งมีความสัมพันธ์ทำให้หญิงตั้งครรภ์ มีการกระทำที่เกี่ยวข้องกับการทำให้หญิงแท้งลูกตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๑ ย่อมต้องรับผิดทางอาญาตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายอาญามาตราอื่นที่บัญญัติให้เป็นการกระทำความผิดและต้องรับโทษทางอาญา สำหรับสิทธิของหญิงในการกำหนดเจตจำนงเกี่ยวกับอนามัยเจริญพันธุ์ของตนที่จะยุติการตั้งครรภ์จะมีได้ก็ด้วยเงื่อนไขอันเป็นเหตุที่กฎหมายบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๕ ซึ่งได้แก่เป็นอันตรายต่อสุขภาพของหญิงหรือมีครรภ์เนื่องจากการกระทำความผิดอาญาเท่านั้น เนื่องจากบทบัญญัติมาตรา ๓๐๑ มีเจตนารมณ์ที่มุ่งคุ้มครองชีวิตของทารกในครรภ์มารดาซึ่งมีสิทธิในการมีชีวิตและได้รับการปกป้องและคุ้มครองจากมารดาอันเป็นสิทธิที่เกี่ยวข้องกับคุณธรรมของมนุษย์ หญิงผู้ตั้งครรภ์จึงไม่อาจนำเหตุอื่นนอกเหนือปัญหาสุขภาพมายุติการตั้งครรภ์ได้ ดังนั้น บทบัญญัติมาตรา ๓๐๑ เป็นบทบัญญัติที่เป็นไปตามความมุ่งหมายของกฎหมายที่มุ่งคุ้มครองทารกในครรภ์ คุณธรรมของมนุษย์ และความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน มิได้เป็นการเลือกปฏิบัติต่อบุคคลโดยไม่เป็นธรรม และมีได้จำกัดสิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกายของหญิงตั้งครรภ์ 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