

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 และการใช้สิทธิและเสรีภาพดังกล่าวย่อมกระทำได้ในแดนแห่งเสรีภาพของตนครบเท่าที่ไม่กระทบสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอื่น 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 ที่มีภาระที่ต้องอุ้มครรภ์อยู่ 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) มิใช่มุ่งกระทำความผิดเพราะเป็นเรื่องของสุขภาพ (ทั้งกายและจิตใจ) ซึ่งแพทย์มีอำนาจหน้าที่และมาตรฐานในการรักษาอยู่แล้ว กรณีจำเป็นเนื่องจาก สุขภาพแสดงว่าหญิงจะตั้งครรภ์ต่อไปไม่ได้เพราะสุขภาพจึงต้องยุติการตั้งครรภ์ เป็นเจตนา รักษาสุขภาพ อันมีสภาพร้ายแรงเนื่องจากการตั้งครรภ์ที่คุกคามหญิง เช่น หากอายุครรภ์มากขึ้นจะไปกดทับ เส้นประสาททำให้เป็นอัมพาต หรือเป็นโรคครรภ์เป็นพิษหรือหญิงมีความเครียดอย่างรุนแรง ซึ่งก็มีเกณฑ์ กำหนดโรคต่าง ๆ ของแพทย์สภากำหนดไว้แล้วจึงเป็นการรักษาโรคมิใช่เจตนากระทำผิด ทำนอง เดียวกับการที่แพทย์จำเป็นต้องฉีดยา ตัดแขน ขา หรืออวัยวะน้อยใหญ่ของผู้ที่เป็นเบาหวาน มะเร็ง หรือบาดทะยัก ไม่ใช่เรื่องการทำร้ายที่กฎหมายให้แพทย์มีอำนาจกระทำได้โดยไม่มี ความผิด 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 แพทย์หลายรายจึงไม่กล้าดำเนินการให้โดยเกรงว่าจะต้องพิสูจน์ตามข้อกฎหมาย เสียก่อน เช่น กรณีหญิงถูกข่มขืนกระทำชำเรา (ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๒๗๖ และ มาตรา ๒๗๗) ต้องมีการแจ้งความทำเป็นคดีซึ่งเป็นการบังคับให้หญิงต้องเปิดเผยพฤติกรรมที่ตนถูก กระทำทางเพศ ซึ่งเป็นการกดขี่ข่มเหงและไม่คำนึงถึงสภาพจิตใจของหญิงอย่างรุนแรงโดยไม่จำเป็น ตั้งแต่ชั้นพนักงานสอบสวน อีกครั้งโดยอัยการ ถูกชักพอกโดยทนายจำเลยและศาล 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)

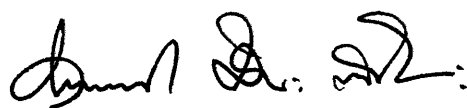
การยุติการตั้งครรภ์เป็นปัญหาความไม่เป็นธรรมในตัวของมันเองเพราะหญิงเป็นเพศเดียวที่ต้อง รับภาระและเป็นผู้กระทำผิดเพราะเพศสภาพ อย่างไรก็ตาม กฎหมายก็ไม่ควรกำหนดให้มีการยุติ การตั้งครรภ์โดยปราศจากเงื่อนไขใด ๆ แต่ต้องกำหนดเงื่อนไข ระยะเวลาที่เหมาะสมเป็นธรรมเพื่อให้เกิด ความปลอดภัยแก่หญิงและต้องกำหนดเงื่อนไขเพื่อคุ้มครองทารกที่เจริญเติบโตในครรภ์ให้พร้อมที่จะคลอด 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