ความเห็นส่วนตน

ของ นายบุญส่ง กุลบุปผา ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ

คำวินิจฉัยที่ ๔/๒๕๖๓ **เรื่องพิจารณาที่ ต. ๔๕/๒๕๖๑**

วันที่ ๑๙ เดือน กุมภาพันธ์ พุทธศักราช ๒๕๖๓

นางสาวศรีสมัย เชื้อชาติ ผู้ร้อง

ระหว่าง

\- 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

ประเด็นที่ ๑ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๑ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๗ และมาตรา ๒๘ หรือไม่

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

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

สำหรับประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๑ ซึ่งบัญญัติว่า “หญิงใดทำให้ตนเองแท้งลูกหรือยอมให้ผู้อื่นทำให้ตนแท้งลูก ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกหมื่นบาทหรือทั้งจำทั้งปรับ” บทบัญญัติดังกล่าวมีเจตนารมณ์เพื่อคุ้มครองชีวิตของทารกในครรภ์มารดา โดยบัญญัติลงโทษหญิงที่ทำให้ตนเองแท้งลูก หรือยอมให้ผู้อื่นทำให้ตนแท้งลูก เมื่อพิจารณาบทบัญญัติในมาตราดังกล่าวนี้จะเห็นได้ว่ากฎหมายมุ่งประสงค์บัญญัติให้ลงโทษเฉพาะหญิงฝ่ายเดียว โดยไม่เปิดโอกาสให้ฝ่ายหญิงตัดสินใจว่าจะตั้งครรภ์ต่อไปหรือจะยุติการตั้งครรภ์นั้น ทั้งที่หญิงเป็นผู้อุ้มครรภ์แต่ไม่มีอำนาจในการตัดสินใจต่อเนื้อตัวร่างกายของฝ่ายหญิงได้เลย การที่รัฐกำหนดกฎหมายทำแท้งในมาตรานี้โดยไม่ยอมรับสิทธิส่วนบุคคลในการยุติการตั้งครรภ์หรือให้โอกาสฝ่ายหญิงได้มีสิทธิในการตัดสินใจย่อมเป็นภาระตกแก่หญิงอยู่เพียงฝ่ายเดียว หากฝ่ายหญิงมีสภาพร่างกายที่ไม่พร้อมย่อมส่งผลต่อสภาพจิตใจของแม่และมีผลเสียต่อเด็กที่จะคลอดออกมาโดยที่จะไม่ได้รับการเลี้ยงดูตามสมควรเป็นปัญหาในทางสังคมและยิ่งกรณีที่ฝ่ายหญิงอยู่ในสภาพที่ไม่พร้อมในการมีบุตรอาจส่งผลกระทบต่ออนาคต ชีวิตการเรียนการศึกษา ชีวิตในการทำงาน 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 “ถ้าการกระทำความผิดดังกล่าวในมาตรา ๓๐๑ และมาตรา ๓๐๒ นั้น เป็นการกระทำของนายแพทย์ และ (๑) จำเป็นต้องกระทำเนื่องจากสุขภาพของหญิงนั้น หรือ (๒) หญิงมีครรภ์เนื่องจากการกระทำความผิดอาญา ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา ๒๗๖ มาตรา ๒๗๗ มาตรา ๒๘๒ มาตรา ๒๘๓ หรือมาตรา ๒๘๔ ผู้กระทำไม่มีความผิด” เป็นบทบัญญัติที่บัญญัติเหตุยกเว้นความผิดฐานทำให้แท้งลูกให้กับแพทย์ไว้ ๒ กรณี คือ กรณีตามมาตรา ๓๐๕ (๑) จำเป็นต้องกระทำเนื่องจากสุขภาพของหญิง หรือกรณีตามมาตรา ๓๐๕ (๒) หญิงมีครรภ์เนื่องจากการกระทำความผิดอาญาตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา ๒๗๖ มาตรา ๒๗๗ มาตรา ๒๘๒ มาตรา ๒๘๓ หรือมาตรา ๒๘๔ โดยแพทย์ผู้กระทำนั้นไม่มีความผิดหากต้องด้วยเหตุตามที่กฎหมายกำหนดไว้ดังกล่าว

การที่ผู้ร้องกล่าวอ้างว่า ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๕ บัญญัติเหตุในการยุติการตั้งครรภ์ไว้เพียง ๒ กรณี ทั้งที่หญิงตั้งครรภ์ควรมีสิทธิในการตัดสินใจต่อร่างกายของตนเองว่าจะตั้งครรภ์ต่อไปหรือยุติการตั้งครรภ์ ซึ่งเป็นสิทธิในการกำหนดเจตจำนงของตนเองภายใต้ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของหญิงตั้งครรภ์ผู้นั้น จึงเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม และจำกัดสิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกายของหญิงตั้งครรภ์ 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 เพื่อมิให้เกิดปัญหาทางสุขภาพและปัญหาสังคมอันจะกระทบต่อประโยชน์ของสาธารณะในภายหลัง 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 เป็นแนวทางให้รัฐดำเนินการตรากฎหมายขึ้นมาบังคับใช้เพียงเท่าที่จำเป็นและยกเลิกหรือปรับปรุงกฎหมายที่หมดความจำเป็นหรือไม่สอดคล้องกับสภาพการณ์ กรณีตามคำร้องเป็นเพียงกรณีที่ผู้ร้องมีความเห็นว่า กฎหมายดังกล่าวไม่เท่าทันต่อสภาพการณ์ในปัจจุบัน ซึ่งผู้ร้องสามารถเสนอแนะหรือให้ข้อคิดเห็นต่อองค์กรหรือหน่วยงานที่มีหน้าที่และอำนาจในการยกเลิกหรือแก้ไขปรับปรุงกฎหมายได้ จึงมิใช่กรณีที่ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๕ จะขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๗๗ ได้ แต่อย่างใด

ดังนั้น ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๕ จึงไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๗ มาตรา ๒๘ และมาตรา ๗๗

ประเด็นที่ ๓ ไม่ว่ากรณีที่ขัดหรือไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ 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 หญิงที่ตั้งครรภ์ไม่พึงประสงค์สามารถอาศัยช่วงเวลาดังกล่าวไปดำเนินการยุติการตั้งครรภ์โดยปราศจากเงื่อนไขหรือเงื่อนเวลา และแพทย์ที่ได้รับความคุ้มครองตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๕ ก็อาจจะไม่ได้รับความคุ้มครองอีกต่อไป ดังนั้น เพื่อความเป็นธรรมแห่งกรณี จึงเห็นควรอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. ๒๕๖๑ มาตรา ๗๔ ศาลรัฐธรรมนูญกำหนดให้คำวินิจฉัยของศาลมีผลบังคับใช้เมื่อพ้น ๓๖๐ วัน หลังวันที่ศาลลงมติ โดยให้หน่วยงานที่เกี่ยวข้องดำเนินการแก้ไขปรับปรุงบทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าว เพื่อให้สอดคล้องกับสภาพการณ์ หรือที่เป็นอุปสรรคต่อการดำรงชีวิตหรือการประกอบอาชีพโดยไม่ชักช้า และเพื่อไม่ให้เป็นภาระแก่ประชาชน ซึ่งหน่วยงานที่เกี่ยวข้องควรกำหนดเงื่อนไขและเงื่อนเวลาที่เหมาะสม ปลอดภัย และเป็นธรรม เพื่อคุ้มครองสิทธิในชีวิตและสิทธิกำหนดเจตจำนงของหญิง และคุ้มครองสิทธิของทารกในครรภ์ที่จะเกิดมาอย่างปลอดภัย ใช้ชีวิตได้อย่างมีความสุข และไม่เป็นภาระแก่สังคมให้เป็นไปอย่างสมดุลกัน

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

หรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญก็ตาม แต่บทบัญญัติดังกล่าวก็สมควรที่จะได้รับการปรับปรุงแก้ไขจากหน่วยงานที่เกี่ยวข้องเพื่อให้สอดคล้องกับสภาพการณ์ในปัจจุบันเพื่อความปลอดภัยในชีวิตและความสงบสุขในสังคม

อาศัยเหตุผลดังกล่าวข้างต้น จึงวินิจฉัยว่า ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๑ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๗ และมาตรา ๒๘ ส่วนประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๕ ไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๗ มาตรา ๒๘ และมาตรา ๗๗ แต่บทบัญญัติในมาตรา ๓๐๕ สมควรได้รับการปรับปรุงแก้ไขให้สอดคล้องกับสภาพการณ์ในปัจจุบันตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๗๗

(นายบุญส่ง กุลบุปผา)
ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ