

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 หญิงมีครรภ์เนื่องจากการกระทำความผิดอาญา ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา ๓๐๕ (๒) แห่งประมวลกฎหมายอาญา

๔. พระราชบัญญัติการป้องกันและแก้ไขปัญหาการตั้งครรภ์ในวัยรุ่น พ.ศ. ๒๕๕๙

มาตรา ๕ วัยรุ่นมีสิทธิตัดสินใจด้วยตนเอง และมีสิทธิได้รับข้อมูลข่าวสารและความรู้ ได้รับการบริการอนามัยการเจริญพันธุ์ ได้รับการรักษาความลับและความเป็นส่วนตัว ได้รับการจัดสวัสดิการสังคม อย่างเสมอภาคและไม่ถูกเลือกปฏิบัติ และได้รับสิทธิอื่นใดที่เป็นไปเพื่อประโยชน์ตามพระราชบัญญัตินี้ อย่างถูกต้อง ครบถ้วน และเพียงพอ

ความเห็น

ประเด็นที่ศาลรัฐธรรมนูญต้องพิจารณาเบื้องต้นมีว่า ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจรับคำร้องไว้วินิจฉัย ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๑๓ หรือไม่

พิจารณาแล้วเห็นว่า ผู้ร้องเป็นแพทย์ในเครือข่ายแพทย์อาสาเพื่อยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ ตามกฎหมายและข้อบังคับแพทยสภา ให้กับวัยรุ่นที่ท้องไม่พร้อมและเป็นคณะกรรมการจัดระบบส่งต่อ เพื่อยุติการตั้งครรภ์ที่ปลอดภัย ซึ่งผู้ร้องถูกเจ้าพนักงานจับกุมและแจ้งข้อกล่าวหาตามประมวลกฎหมาย อาญา มาตรา ๓๐๒ และนำไปสู่การจับกุมและแจ้งข้อกล่าวหาต่อหญิงผู้เข้ารับบริการยุติการตั้งครรภ์ ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๑ ต่อมาผู้ร้องได้ยื่นเรื่องร้องเรียนต่อผู้ตรวจการแผ่นดิน แต่ผู้ตรวจการแผ่นดินพิจารณาไม่ยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญ ผู้ร้องจึงยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญ ขอให้พิจารณาวินิจฉัยว่าประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๑ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๗ และมาตรา ๒๘ และประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๕ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๗ มาตรา ๒๘ และมาตรา ๗๗ เมื่อพิจารณาข้อเท็จจริงแล้วเห็นว่า การที่เจ้าพนักงานตำรวจดำเนินคดี แก่ผู้ร้องตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๒ มีสาเหตุโดยตรงมาจากการที่ผู้ร้องทำให้หญิงตั้งครรภ์ โดยหญิงนั้นยินยอมอันเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๑ ผู้ร้องจึงเห็นว่า ประมวลกฎหมายอาญา 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 ทั้งศาสนาพุทธถือว่า เป็นการฆ่าสัตว์ตัดชีวิตเป็นบาปละเมิดศีลข้อแรก 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 เกิดปัญหาสุขภาพทั้งกายและจิตใจได้รับอันตรายจากภาวะแทรกซ้อนจากการ
ทำแท้งเถื่อนเป็นจำนวนมาก ทั้งทำให้เกิดปัญหาทางสังคมเมื่อหญิงคลอดบุตรออกมาโดยไม่ประสงค์
ที่จะมีบุตร ไม่มีความพร้อมที่จะเลี้ยงดูเกิดปัญหาการฆ่าทารกหรือทิ้งทารกแรกคลอดตามสถานที่ต่าง ๆ
เด็กไม่ได้รับการเลี้ยงดูที่ดีอย่างเพียงพอทำให้เกิดภาวะปัญหาต่อสังคมเป็นอันมาก ในสังคมเดียวกัน
ช่วงระยะเวลาหนึ่งอาจจะห้ามมิให้ทำแท้งโดยเด็ดขาดไม่มีข้อยกเว้น แต่เมื่อกาลเวลาเปลี่ยนแปลงไป
ความเห็นของสังคมอาจยอมรับและเห็นความจำเป็นในการทำแท้ง ในประเทศไทยแต่เดิมกฎหมาย
ลักษณะอาญา ร.ศ. ๑๒๗ ไม่มีบทบัญญัติอนุญาตให้ทำแท้งได้โดยเด็ดขาด ต่อมาเมื่อมีประมวลกฎหมายอาญา
พ.ศ. ๒๕๐๐ บัญญัติให้การทำแท้งมีความผิดตามมาตรา ๓๐๑ ถึงมาตรา ๓๐๓ โดยกฎหมายมีความประสงค์
ที่จะคุ้มครองทารกในครรภ์ของมารดาเป็นสำคัญ แต่มีบทบัญญัติมาตรา ๓๐๕ อนุญาตให้ทำแท้งได้ในบางกรณี

จึงมีข้อที่จะต้องพิจารณาว่า ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๑ ขัดต่อรัฐธรรมนูญ
มาตรา ๒๗ หรือไม่ โดยที่มาตรา ๒๗ วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “บุคคลย่อมเสมอกันในกฎหมาย มีสิทธิ
และเสรีภาพและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน” วรรคสาม บัญญัติว่า “การเลือกปฏิบัติ
โดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคล ไม่ว่าด้วยเหตุความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ
ความพิการ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อ
ทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมืองอันไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ
หรือเหตุอื่นใด จะกระทำได้” พิจารณาแล้วเห็นว่า รัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๗ เป็นบทบัญญัติรับรอง
ความเสมอภาคของบุคคล ได้บัญญัติหลักความเท่าเทียมกันของบุคคล การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม
ต่อบุคคลจะกระทำได้ โดยที่หลักความเสมอภาคเป็นหลักการพื้นฐานซึ่งมีสาระสำคัญของหลักความเสมอภาค
ได้แก่หลักการปฏิบัติต่อสิ่งที่มีสาระสำคัญเหมือนกันอย่างเท่าเทียมและจะต้องปฏิบัติต่อสิ่งที่มีสาระสำคัญ
แตกต่างกันให้แตกต่างกันไปตามลักษณะของเรื่องนั้น ๆ การกระทำความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา
มาตรา ๓๐๑ เป็นกรณีที่จะเกิดขึ้นเฉพาะสำหรับบุคคลที่เป็นหญิง สิ่งที่มีสาระสำคัญในกรณีนี้ คือ หญิง
เพราะโดยธรรมชาติของหญิงเท่านั้นที่สามารถตั้งครรภ์และยุติการตั้งครรภ์ได้ อีกทั้งการตั้งครรภ์ยังเป็น
กรณีที่เกิดจากความสัมพันธ์ระหว่างชายกับหญิง ชายและหญิงจึงมีสภาพร่างกายที่แตกต่างกัน จึงต้อง
ปฏิบัติต่อสิ่งที่มีสาระสำคัญแตกต่างกัน (ชาย) ให้แตกต่างกัน จะปฏิบัติให้เหมือนกันมิได้ การที่จะให้
ชายที่มีความสัมพันธ์กับหญิงซึ่งเป็นต้นเหตุทำให้หญิงตั้งครรภ์ต้องรับโทษและมีความผิดตามประมวล
กฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๑ เพื่อให้เกิดความเท่าเทียมและเป็นธรรมด้วยนั้นจึงเป็นการปฏิบัติต่อสิ่งที่มี
สาระสำคัญแตกต่างกันให้เหมือนกัน 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 จึงเป็นการคุ้มครองสิทธิในการมีชีวิตของตัวอ่อนหรือทารก ฝ่ายเดียวอย่างสิ้นเชิงมากกว่าคำนึงถึงสิทธิของหญิงในการจัดการกับร่างกายของตนเอง 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 ๓๐๑ 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
สุขภาพอันจำเป็นต้องกระทำเนื่องจากสุขภาพหญิงจึงเป็นการรักษาโรคมะเร็งที่เจตนากระทำผิด
ตามมาตรา ๓๐๑ และมาตรา ๓๐๒ ดังนั้น การที่กฎหมายกำหนดว่า “ผู้กระทำไม่มีความผิด” ทำให้
แพทย์อาจถูกดำเนินคดีต่อศาลแล้ว แพทย์ต้องพิสูจน์การกระทำของตนในชั้นศาล บทบัญญัตินี้จึงเป็น
อุปสรรคต่อการประกอบอาชีพเพราะแพทย์ซึ่งแม้จะทำการรักษาตามมาตรฐานวิชาชีพของแพทย์
เพื่อรักษาสุขภาพหญิงแล้ว ยังต้องคอยกังวลต่อการถูกดำเนินคดี ส่วนประมวลกฎหมายอาญา
มาตรา ๓๐๕ (๒) การพิจารณาว่าหญิงถูกกระทำผิดตามที่กฎหมายบัญญัติหรือไม่ เป็นข้อเท็จจริง
ที่สามารถพิสูจน์ได้ตั้งแต่เกิดการกระทำผิด แต่เนื่องจากการกำหนดให้เป็นความผิด แพทย์หลายราย
จึงไม่กล้าดำเนินการให้โดยเกรงว่าจะต้องพิสูจน์ตามข้อกำหนดเสียก่อนเป็นกรณีหญิงถูกข่มขืน
กระทำชำเรา (ตามมาตรา ๒๗๖ และมาตรา ๒๗๗) ต้องมีการแจ้งความทำเป็นคดีซึ่งเป็นการบังคับให้หญิง
ต้องเปิดพฤติกรรมที่ตนถูกกระทำทางเพศต่อสาธารณะซึ่งส่งผลกระทบต่อผู้หญิงอันเป็นการกดขี่ข่มเหง
และไม่คำนึงถึงสภาพจิตใจอย่างรุนแรงของหญิงโดยไม่จำเป็น นอกจากนี้ มาตรา ๓๐๕ (๒) ก็มีใช้กฎหมาย
จะให้ยุติการตั้งครรภ์เฉพาะกรณีหญิงถูกข่มขืนกระทำชำเราเท่านั้น แม้หญิงยินยอม (มาตรา ๒๘๒)
หรืออายุไม่เกิน ๑๕ ปี แพทย์ยอมทำแท้งให้ได้โดยไม่มีข้อจำกัดใด ๆ แต่เมื่อมีความผิดฐานทำแท้งอยู่
แพทย์จึงไม่กล้าทำเพราะกลัวถูกจับดำเนินคดี ส่งผลให้ผู้หญิงไม่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย
และยุติการตั้งครรภ์ที่ไม่พร้อมได้อย่างปลอดภัย ทั้งสองกรณีเป็นการผลักภาระการพิสูจน์ให้แก่แพทย์
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 ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๘ และประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๕ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๖ มาตรา ๒๗ และมาตรา ๒๘ มีผลใช้บังคับมิได้ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๕ อย่างไรก็ตามอาศัยความตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๗๗ และพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. ๒๕๖๑ มาตรา ๗๔ โดยให้คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญมีผลบังคับใช้เมื่อพ้นกำหนดสามร้อยหกสิบวันนับแต่วันที่ศาลลงมติ



(นายวรวิทย์ กังคศิเทียม)

ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ