

ความเห็นส่วนตัว
ของ นายอุดมศักดิ์ นิติมนตรี 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

ประเด็นที่หนึ่ง ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๑ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๗ และมาตรา ๒๘ หรือไม่

สำหรับประมวลกฎหมายอาญาเป็นกฎหมายที่มีวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองสิทธิบุคคลและรักษาความสงบเรียบร้อยของบ้านเมือง โดยเป็นกฎหมายที่กำหนดลักษณะของการกระทำหรือไม่กระทำอย่างใด ถือว่าเป็นความผิด และกำหนดบทลงโทษสำหรับผู้กระทำความผิดตามโทษทางอาญาที่กำหนดไว้ โดยประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๑ เป็นบทบัญญัติในภาค ๒ ลักษณะ ๑๐ หมวด ๓ ความผิดฐานทำให้แท้งลูก ซึ่งมาตราดังกล่าวมีเจตนารมณ์เพื่อคุ้มครองชีวิตของทารกในครรภ์ โดยบัญญัติลงโทษหญิงเพียงฝ่ายเดียวที่ทำให้ตนเองแท้งลูก หรือยอมให้ผู้อื่นทำให้ตนแท้งลูก เป็นความผิดทางอาญา

การยุติการตั้งครรภ์เป็นปัญหาทั้งทางสังคม ทางการแพทย์ และทางกฎหมายที่มีความละเอียดอ่อน รวมทั้งเป็นประเด็นปัญหาที่เกี่ยวข้องกับจริยธรรมและศีลธรรม ในประเทศไทยการยุติการตั้งครรภ์ ถือว่าเป็นความผิดและกำหนดโทษให้เป็นความผิดทางอาญาของหญิงเพียงฝ่ายเดียวที่ทำให้ตนเองแท้งลูก หรือยอมให้ผู้อื่นทำให้ตนเองแท้งลูก ทั้งนี้ ด้วยเหตุจากความผิดฐานทำให้แท้งลูกมีเจตนาารมณ์ และคุณธรรมทางกฎหมายที่ต้องการคุ้มครองชีวิตของทารกในครรภ์ โดยเห็นถึงความสำคัญและคุณค่าของชีวิตมนุษย์ที่กำลังจะเกิดมา แต่เนื่องจากรากฐานของสังคมไม่ได้ขึ้นอยู่กับความเห็นคุณค่าของชีวิตมนุษย์ เพียงเท่านั้น แต่ยังมีปัจจัยอื่น ๆ ที่สำคัญเป็นรากฐานของสังคมประกอบด้วย เช่นเดียวกับการคุ้มครองสิทธิในการมีชีวิตของทารกในครรภ์ (Right to life) หากมุ่งคุ้มครองสิทธิของทารกในครรภ์ แต่เพียงอย่างเดียวโดยมิได้พิจารณาและคุ้มครองถึงสิทธิของหญิงตั้งครรภ์อันมีมาก่อนสิทธิของทารกในครรภ์ ก็เป็นสิ่งที่อาจส่งผลกระทบต่อหญิงไม่ได้รับความเป็นธรรม และถูกกลั่นแกล้งหรือจำกัดสิทธิในความเป็นส่วนตัวของหญิง (Right to privacy) ซึ่งเป็นสิทธิตามธรรมชาติที่เป็นพื้นฐานของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ที่บุคคลย่อมมีเสรีภาพที่จะกระทำการใดหรือไม่กระทำการใดต่อชีวิตและร่างกายของตนได้ทราบเท่าที่การกระทำนั้น ไม่ไปรบกวนหรือล่วงล้ำเข้าไปในสิทธิหรือเสรีภาพของผู้อื่น รวมทั้งยังส่งผลกระทบต่อสิทธิในการกำหนดเจตจำนงของหญิงตั้งครรภ์ (Right of self-determination) ที่ครอบคลุมไปถึงการตัดสินใจของหญิงว่าจะยุติการตั้งครรภ์หรือตั้งครรภ์ต่อไปอีกด้วย ในการคุ้มครองสิทธิของทารกในครรภ์และสิทธิของหญิงตั้งครรภ์ให้มีความสมดุลกันนั้นอาจต้องนำช่วงระยะเวลาการตั้งครรภ์มาเป็นหลักเกณฑ์ในการพิจารณา กล่าวคือ ช่วงระหว่าง ๑ ถึง ๑๔ สัปดาห์ ควรให้คุณค่าแก่สิทธิของหญิงในการมีสิทธิกำหนดเจตจำนงของตนเองและสิทธิในความเป็นส่วนตัว ช่วงต่อมาระหว่าง ๑๕ ถึง ๒๘ สัปดาห์ สิทธิดังกล่าวของหญิงย่อมต้องลดลง และสิทธิของทารกในครรภ์ที่มีสิทธิในการมีชีวิตก็ย่อมต้องสูงเพิ่มมากขึ้น และช่วงที่เกิน ๒๘ สัปดาห์ขึ้นไป สิทธิของทารกในครรภ์ก็ควรที่จะต้องได้รับการคุ้มครองอย่างเต็มที่ การปฏิเสธสิทธิในการยุติการตั้งครรภ์ของหญิงโดยปราศจากการกำหนดเงื่อนไขหรือเงื่อนไขที่เหมาะสมดังเช่นประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๑ จึงเป็นการใช้อำนาจรัฐมากเกินไป เพราะรัฐควรมีหน้าที่จัดหามาตรการในการยุติการตั้งครรภ์ที่ปลอดภัย ถูกต้องตามกฎหมาย และไม่ส่งผลให้เกิดการละเมิดต่อสิทธิของหญิง แต่เมื่อใดที่ทารกในครรภ์สามารถอยู่รอดได้แล้ว (Viability) รัฐก็ต้องมีหน้าที่เข้าไปดูแลและคุ้มครองชีวิตของทารกในครรภ์มิให้ถูกละเมิดเช่นเดียวกัน ดังนั้น การกำหนดความรับผิดทางอาญาโดยลงโทษหญิงเพียงฝ่ายเดียวโดยมิได้คำนึงถึงสิทธิของหญิงตั้งครรภ์และสิทธิของทารกในครรภ์ร่วมกัน จึงไม่เป็นตามหลักความเสมอภาค และเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๗ และเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกายของบุคคลตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๘

ประเด็นที่สอง ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๕ ชัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๗ มาตรา ๒๘ และมาตรา ๗๗ หรือไม่

สำหรับประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๕ เป็นบทบัญญัติในภาค ๒ ลักษณะ ๑๐ หมวด ๓ ความผิดฐานทำให้แท้งลูก ซึ่งมาตราดังกล่าวเป็นบทบัญญัติที่กำหนดข้อยกเว้นในการทำแท้งโดยแพทย์ที่ชอบด้วยกฎหมายไว้ ๒ กรณี คือ กรณีมีเหตุที่จำเป็นต้องกระทำเนื่องจากสุขภาพของหญิงนั้น ตามมาตรา ๓๐๕ (๑) หรือกรณีหญิงมีครรภ์เนื่องจากการกระทำความผิดอาญาตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา ๒๗๖ มาตรา ๒๗๗ มาตรา ๒๘๒ มาตรา ๒๘๓ หรือมาตรา ๒๘๔ ตามมาตรา ๓๐๕ (๒)

การที่ผู้ร้องอ้างว่า ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๕ จำกัดเหตุในการทำแท้งไว้เพียง ๒ กรณี ทั้งที่หญิงควรมีสติธิในการตัดสินใจต่อร่างกายของตนเองว่าจะตั้งครรภ์ต่อไปหรือยุติการตั้งครรภ์ ซึ่งเป็นสิทธิในการกำหนดเจตจำนงของตนเองภายใต้ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของหญิงตั้งครรภ์ อีกทั้งแพทย์ที่ยุติการตั้งครรภ์ให้แก่หญิงต้องถูกดำเนินคดีก่อนที่จะพิสูจน์ได้ว่ามีอำนาจยุติการตั้งครรภ์ บทบัญญัติดังกล่าวจึงชัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๗ และมาตรา ๒๘ นั้น เห็นว่า บทบัญญัติของประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๕ กำหนดข้อยกเว้นให้แพทย์สามารถยุติการตั้งครรภ์ให้หญิงตั้งครรภ์ได้ใน ๒ กรณี โดยแพทย์ผู้กระทำนั้นไม่มีความผิดฐานทำให้หญิงตั้งครรภ์แท้งลูกตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๑ และมาตรา ๓๐๒ แม้ว่าต่อมาจะมีข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับการยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ตามมาตรา ๓๐๕ แห่งประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. ๒๕๔๘ มาใช้บังคับเพื่อกำหนดเงื่อนไขในการยุติการตั้งครรภ์โดยแพทย์ที่ชอบด้วยกฎหมาย โดยอนุวัติการตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๕ (๑) และ (๒) ไว้ก็ตาม แต่ข้อบังคับดังกล่าวก็เป็นเพียงการขยายความบทบัญญัติของมาตรา ๓๐๕ (๑) และ (๒) ให้มีความชัดเจนมากยิ่งขึ้นเท่านั้น การกำหนดเหตุอันเป็นข้อยกเว้นให้แก่แพทย์เพื่อยุติการตั้งครรภ์ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๕ ไว้เพียง ๒ กรณี ดังกล่าว โดยไม่ได้คำนึงถึงสภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม หรือสภาพแวดล้อมของหญิงในการกำหนดวิถีชีวิตของตนเอง ซึ่งกระทบต่อสิทธิในการกำหนดเจตจำนงของหญิงภายใต้ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ จึงเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคล ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๗ และจำกัดสิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกายของหญิงที่เกินสมควรแก่เหตุ ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๖ และมาตรา ๒๘

ในส่วนประเด็นว่า การที่แพทย์ยุติการตั้งครรภ์ให้แก่หญิงต้องถูกดำเนินคดีอาญาก่อนจึงจะสามารถพิสูจน์ว่ามีอำนาจทำแท้งได้ตามข้อยกเว้นชัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๗ และมาตรา ๒๘ หรือไม่ นั้น เห็นว่า ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๕ (๑) และ (๒) ได้บัญญัติข้อยกเว้น

ให้แพทย์สามารถยุติการตั้งครรภ์ได้ โดยแพทย์ผู้กระทำนั้นไม่มีความผิดฐานทำให้หญิงตั้งครรภ์แท้งลูกตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๑ และมาตรา ๓๐๒ ซึ่งในปัจจุบันสำนักอนามัยการเจริญพันธุ์ กรมอนามัย กระทรวงสาธารณสุข ร่วมกับหน่วยงานภาคีเครือข่ายทั้งภาครัฐและเอกชนดำเนินการจัดตั้งเครือข่ายแพทย์อาสาเพื่อยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ตามกฎหมายและตามข้อบังคับแพทยสภาให้กับวัยรุ่นและสตรีที่ไม่พร้อมตั้งครรภ์ โดยได้แต่งตั้งคณะกรรมการจัดระบบส่งต่อเพื่อยุติการตั้งครรภ์ที่ปลอดภัย (Referral system for safe abortion (RSA)) ที่มาจากแพทย์ในภูมิภาคต่าง ๆ ทั่วประเทศเข้ามาทำหน้าที่และรับผิดชอบในการส่งเสริมสิทธิอนามัยเจริญพันธุ์ของหญิงที่ตั้งครรภ์ไม่พร้อมโดยการให้ความรู้ ข้อมูลทางเลือก เพื่อให้หญิงตั้งครรภ์มีทางเลือกและตัดสินใจได้เองอย่างอิสระ และเป็นอาสาสมัครส่งต่อเพื่อยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ที่ปลอดภัยและถูกต้องตามกฎหมาย ด้วยหลักวิชาที่ทันสมัยให้กับสตรีทุกวัยที่ตั้งครรภ์ไม่พร้อม อีกทั้งได้มีการตราพระราชบัญญัติการป้องกันและแก้ไขปัญหาการตั้งครรภ์ในวัยรุ่น พ.ศ. ๒๕๕๙ ขึ้นใช้บังคับ เพื่อแก้ปัญหาการตั้งครรภ์ในวัยรุ่นของประเทศที่มีจำนวนเพิ่มขึ้นอย่างต่อเนื่อง ซึ่งส่งผลกระทบต่อสุขภาพของบุคคลและส่งผลกระทบต่อครอบครัว ชุมชน สังคม และเศรษฐกิจของประเทศในภาพรวม โดยมาตรา ๕ ของพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวบัญญัติให้วัยรุ่นมีสิทธิตัดสินใจด้วยตนเอง และได้รับการบริการด้านอนามัยการเจริญพันธุ์อย่างเสมอภาค และไม่ถูกเลือกปฏิบัติ อันแสดงให้เห็นได้ว่า นอกจากบทบัญญัติของประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๕ (๑) และ (๒) จะเป็นข้อยกเว้นให้แพทย์สามารถยุติการตั้งครรภ์ได้โดยแพทย์ผู้กระทำนั้นไม่มีความผิดฐานทำให้หญิงตั้งครรภ์แท้งลูกตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๑ และมาตรา ๓๐๒ แล้ว ก็ยังมีกระบวนการหรือกฎหมายอื่นอีกที่ให้อำนาจดุลพินิจสำหรับแพทย์ที่จะสามารถยุติการตั้งครรภ์ได้โดยชอบด้วยกฎหมาย กรณีที่มีการดำเนินคดีในทางอาญากับแพทย์ที่กระทำการยุติการตั้งครรภ์ให้แก่หญิงโดยชอบด้วยกฎหมายโดยมิได้มีการแสวงหาข้อเท็จจริงให้ชัดเจนว่าแพทย์สามารถกระทำการดังกล่าวได้ภายใต้ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๕ (๑) และ (๒) หรือพระราชบัญญัติการป้องกันและแก้ไขปัญหาการตั้งครรภ์ในวัยรุ่น พ.ศ. ๒๕๕๙ หรือกฎหมายอื่นใดที่เกี่ยวข้อง หรือดำเนินคดีในทางอาญากับแพทย์โดยมิได้พิจารณาว่าการยุติการตั้งครรภ์นั้นแพทย์กระทำด้วยเหตุความจำเป็นเพื่อรักษาสุขภาพทั้งกายและใจของหญิงหรือไม่ เนื่องจากโดยทั่วไปวิธีการรักษาทางการแพทย์ (Medical treatment) ในกรณีที่ต้องรักษาด้วยการใช้ยา ผ่าตัด หรือตัดอวัยวะบางส่วน แพทย์สามารถกระทำได้ภายใต้จรรยาบรรณการประกอบวิชาชีพของแพทย์และภายใต้ความยินยอมของผู้เข้ารับการรักษา โดยไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดกำหนดให้เป็นความผิดทางอาญา ดังนั้น เมื่อการยุติการตั้งครรภ์ของแพทย์ได้กระทำไปด้วยเหตุความจำเป็นดังกล่าวก็ย่อมจะถือว่าการกระทำนั้นเป็นส่วนหนึ่งของการรักษา

ทางการแพทย์ (Medical treatment) เช่นเดียวกันด้วย การกำหนดความรับผิดชอบกับแพทย์ในกรณี ยุติการตั้งครรภ์แก่หญิงและดำเนินคดีอาญาก่อนการพิสูจน์ว่ามีอำนาจในการยุติการตั้งครรภ์โดยชอบ ด้วยกฎหมายทำให้แพทย์ต้องมีภาระการพิสูจน์ทั้งที่มีกฎหมายให้อำนาจกระทำได้ จึงเป็นการผลักภาระ การพิสูจน์ไปยังแพทย์ซึ่งเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๗ และเป็นการ จำกัดสิทธิและเสรีภาพในร่างกายของบุคคลตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๘

นอกจากนั้น ผู้ร้องอ้างว่า ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๕ ไม่สอดคล้องกับสภาพการณ์ ไม่เท่าทันต่อความก้าวหน้าทางเทคโนโลยีทางการแพทย์ในปัจจุบันที่มุ่งเน้นการใช้ยายุติการตั้งครรภ์ แทนการใช้หัตถการทางการแพทย์ และไม่คุ้มครองถึงบุคลากรทางการแพทย์อื่น ๆ ที่ให้บริการภายใต้ การควบคุมของแพทย์ อันไม่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ มาตรา ๗๗ จึงเสนอให้มีการแก้ไขประมวล กฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๕ โดยให้ครอบคลุมผู้ประกอบการวิชาชีพเวชกรรมผู้อยู่ภายใต้ความควบคุม ของผู้ประกอบการวิชาชีพเวชกรรม และมีข้อยกเว้นให้กระทำได้ หากอายุครรภ์ของหญิงไม่ถึง ๑๒ สัปดาห์ หรือการตั้งครรภ์มีผลเสียต่อจิตใจของหญิง หรือตัวอ่อนในครรภ์มีความพิการหรือมีความเสี่ยงสูงที่จะเป็น โรคทางพันธุกรรม ผู้นั้นไม่มีความผิด นั้น เห็นว่า ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๕ เป็นบทบัญญัติ ที่มีการประกาศใช้ตั้งแต่ปี พ.ศ. ๒๕๐๐ โดยมุ่งคุ้มครองทารกในครรภ์ตามมาตรา ๓๐๑ และมาตรา ๓๐๒ หากเป็นการกระทำของแพทย์ด้วยเหตุความจำเป็นต้องกระทำเนื่องจากสุขภาพของหญิงนั้นตามมาตรา ๓๐๕ (๑) หรือหญิงมีครรภ์เนื่องจากการกระทำความผิดอาญาตามที่มาตรา ๓๐๕ (๒) บัญญัติไว้ แพทย์ผู้กระทำ ไม่มีความผิดฐานทำให้หญิงตั้งครรภ์แท้งลูกตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๑ และมาตรา ๓๐๒ โดยที่มาตรา ๓๐๑ มุ่งคุ้มครองเฉพาะสิทธิของทารกในครรภ์แต่เพียงอย่างเดียวโดยมิได้มุ่งคุ้มครองสิทธิ ของหญิงตั้งครรภ์ จึงมิได้มีการกำหนดเงื่อนไขเวลาที่เหมาะสมเพื่อคุ้มครองสิทธิของทารกในครรภ์และสิทธิ ของหญิงตั้งครรภ์ให้มีความสมดุลกัน รวมทั้งมาตรา ๓๐๒ ก็กำหนดโทษให้ผู้กระทำการยุติการตั้งครรภ์ ทั้งผู้ที่เป็นแพทย์ หรือมิใช่แพทย์หรือผู้ประกอบการวิชาชีพเวชกรรม (หมอเถื่อน) ต้องรับผิดชอบทางอาญา ทั้งที่ผู้เป็นแพทย์สามารถยุติการตั้งครรภ์ได้โดยไม่ถือว่าเป็นการกระทำความผิดหากกระทำไปเพื่อการรักษา (Medical treatment) สุขภาพทางกายและจิตใจของหญิง ขณะที่ผู้ซึ่งมิใช่แพทย์ (หมอเถื่อน) หากกระทำการ ยุติการตั้งครรภ์แก่หญิงไม่ว่าด้วยเหตุใดย่อมต้องถือว่าเป็นผู้กระทำความผิดอาญาฐานทำให้หญิงแท้งลูก โดยปราศจากข้อยกเว้นทั้งสิ้น การกำหนดโทษโดยมิได้ระบุหรือแยกแยะบุคคลที่สามารถกระทำได้ โดยชอบด้วยกฎหมายกับบุคคลที่ไม่สามารถกระทำได้ให้มีความชัดเจนดังมาตรา ๓๐๒ เช่นนี้ จึงส่งผลกระทบต่อแพทย์ผู้กระทำการยุติการตั้งครรภ์เพื่อการรักษาสุขภาพทางกายและจิตใจของหญิงอย่างปลอดภัย ต้องถูกดำเนินคดีก่อนการพิสูจน์ว่าแพทย์นั้นมีอำนาจในการยุติการตั้งครรภ์ได้โดยชอบด้วยกฎหมาย

ต่อศาลซึ่งเป็นอุปสรรคต่อการประกอบอาชีพ และส่งผลกระทบต่อหญิงตั้งครรภ์ที่ถูกกระทำตามมาตรา ๓๐๕ (๒) ต้องมาแจ้งความดำเนินคดีและเปิดเผยข้อมูลและพฤติกรรมที่ตนถูกกระทำทางเพศอันเป็นการตอกย้ำความเจ็บปวดซึ่งก่อให้เกิดผลร้ายต่อสภาพจิตใจโดยไม่จำเป็น นอกจากนี้ ความก้าวหน้าทางเทคโนโลยีของแพทย์ในปัจจุบันก็ทำให้เกิดช่องว่างทางกฎหมาย เช่น เทคโนโลยีการผสมเทียมที่หญิงถูกทำให้ตั้งครรภ์โดยผู้กระทำไม่มีความผิดตามมาตรา ๓๐๕ (๒) เพราะการผสมเทียมมิได้ใช้วิธีเวชกระทำต่อหญิงทำให้ไม่มีความผิดฐานกระทำชำเราเกิดขึ้นและส่งผลให้ไม่มีเงื่อนไขที่แพทย์จะยุติการตั้งครรภ์ตามมาตรา ๓๐๕ (๒) ได้ และยิ่งไปกว่านั้นยังปรากฏว่าไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดที่ครอบคลุมถึงวิธีการทางการแพทย์ที่ก้าวหน้าและคุ้มครองบุคลากรทางการแพทย์อื่น ๆ ที่เข้าร่วมในการยุติการตั้งครรภ์ จากปัญหาและผลกระทบดังกล่าว จึงเห็นว่าประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๕ เป็นบทบัญญัติที่ไม่สอดคล้องเหมาะสมกับบริบทต่าง ๆ ของสังคมที่เปลี่ยนแปลง ในขณะที่ปัญหาการตั้งครรภ์ไม่พร้อมมีจำนวนเพิ่มขึ้นอย่างต่อเนื่อง ซึ่งรัฐเองก็ตระหนักถึงปัญหาดังกล่าวว่ามีผลเสียต่ออ่อนแอ จึงพยายามสร้างกลไกโดยการกำหนดนโยบายและยุทธศาสตร์ต่าง ๆ เพื่อบูรณาการให้การแก้ไขปัญหาการตั้งครรภ์ไม่พร้อมและการยุติการตั้งครรภ์เป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ เช่น การแต่งตั้งคณะกรรมการจัดระบบส่งต่อเพื่อยุติการตั้งครรภ์ที่ปลอดภัย ซึ่งมีหน้าที่และความรับผิดชอบในการอาสารับส่งต่อเพื่อยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ที่ปลอดภัย ถูกต้องตามกฎหมายและตามข้อบังคับของแพทยสภา ด้วยหลักวิชาที่ทันสมัยให้กับสตรีที่ตั้งครรภ์ไม่พร้อมด้วยการใช้ยายุติการตั้งครรภ์แทนการใช้หัตถการทางการแพทย์ อันเป็นการใช้วิธีการทางการแพทย์ที่ทันสมัยก้าวหน้าสอดคล้องกับสภาพการณ์ในปัจจุบัน และในการดำเนินการดังกล่าวย่อมมีความจำเป็นที่แพทย์ต้องใช้วิธีการทางการแพทย์ที่ทันสมัยและบุคลากรทางการแพทย์อื่น ๆ เข้าร่วมในการปฏิบัติงานภายใต้การควบคุมของแพทย์ผู้กระทำการนั้นด้วย ดังนั้น เมื่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๗๗ บัญญัติให้รัฐพึงจัดให้มีกฎหมายเพียงเท่าที่จำเป็นและยกเลิกหรือปรับปรุงกฎหมายที่หมดความจำเป็นหรือไม่สอดคล้องกับสภาพการณ์ หรือที่เป็นอุปสรรคต่อการดำรงชีวิตหรือประกอบอาชีพนั้น ในขณะที่ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๕ มีผลเป็นการบังคับใช้มาตั้งแต่ พ.ศ. ๒๕๐๐ มิได้มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสาระสำคัญใด ๆ เพื่อให้สอดคล้องกับการดำเนินการของรัฐที่บูรณาการนโยบายและยุทธศาสตร์ต่าง ๆ ในการแก้ไขปัญหาการตั้งครรภ์ไม่พร้อมและการยุติการตั้งครรภ์ที่มีประสิทธิภาพ และเพื่อให้รองรับกับวิธีการทางการแพทย์ที่ทันสมัยก้าวหน้าเหมาะสมกับสภาพการณ์ในปัจจุบัน จึงเห็นได้ว่าประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๕ เป็นบทบัญญัติที่ไม่สอดคล้องกับสภาพการณ์ และไม่เท่าทันต่อความก้าวหน้าทางเทคโนโลยี จึงขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๗๗

ประเด็นที่สาม ไม่ว่ากรณีที่ขัดหรือไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ หรือไม่ก็ตาม สมควรมีมาตรการปรับปรุงกฎหมาย หรือไม่ อย่างไร

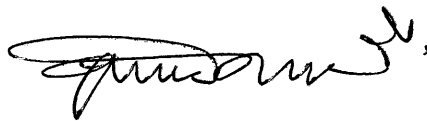
เมื่อประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๑ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๗ มาตรา ๒๘ และประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๕ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๗ มาตรา ๒๘ และ มาตรา ๗๗ แล้ว ย่อมมีผลให้บทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าวใช้บังคับไม่ได้ในทันทีนับแต่วันที่ศาลอ่านคำวินิจฉัยนั้นตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๕ ประกอบพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. ๒๕๖๑ มาตรา ๗๖ อย่างไรก็ตาม ผลของคำวินิจฉัยดังกล่าว อาจก่อให้เกิดปัญหาเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและทำให้เกิดช่องว่างของกฎหมาย เช่น หลิงที่ตั้งครรภ์ ไม่พึงประสงค์สามารถอาศัยช่วงเวลาดังกล่าวไปดำเนินการยุติการตั้งครรภ์โดยปราศจากเงื่อนไขหรือเงื่อนไขใด ๆ และแพทย์ที่ได้รับความคุ้มครองตามมาตรา ๓๐๕ ก็อาจจะไม่ได้รับความคุ้มครองอีกต่อไป ดังนั้น เพื่อความเป็นธรรมแห่งกรณี จึงเห็นควรอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. ๒๕๖๑ มาตรา ๗๔ กำหนดคำบังคับให้คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญมีผลเมื่อฝ่ายนิติบัญญัติดำเนินการแก้ไขปรับปรุงบทบัญญัติดังกล่าว โดยข้อพิจารณาที่ฝ่ายนิติบัญญัติต้องคำนึงในการสร้างความสมดุลระหว่างการคุ้มครองชีวิตของทารกในครรภ์กับการคุ้มครองสิทธิในชีวิตของหลิง มีดังนี้

๑) ควรกำหนดเงื่อนไขและเงื่อนไขที่เหมาะสม ปลอดภัย และเป็นธรรม เพื่อคุ้มครองสิทธิในชีวิตและสิทธิกำหนดเจตจำนงของหลิง เช่น ก่อนระยะเวลา ๑๔ สัปดาห์ ซึ่งเป็นช่วงระยะเวลาที่สามารถยุติการตั้งครรภ์ได้อย่างปลอดภัย หลิงควรมีสิทธิในการตัดสินใจต่อเนื้อตัวของร่างกายของตนเอง แต่หากเกินระยะเวลา ๑๔ สัปดาห์ แล้ว สิทธิของทารกในครรภ์ก็ควรที่จะต้องได้รับการคุ้มครองอย่างเป็นธรรม

๒) ควรกำหนดเงื่อนไขที่เหมาะสม ปลอดภัย และเป็นธรรม เพื่อคุ้มครองสิทธิของทารกในครรภ์ที่จะเกิดมาอย่างปลอดภัย ใช้ชีวิตได้อย่างมีความสุข และไม่เป็นการแกล้งสังคาม

๓) เมื่อการยุติการตั้งครรภ์โดยแพทย์หรือผู้ประกอบการวิชาชีพเวชกรรมเป็นการกระทำ เพื่อการรักษา (Medical treatment) ทั้งสุขภาพกายและสุขภาพใจให้แก่หลิง ซึ่งแพทย์มีอำนาจกระทำไต่ถามข้อบังคับของแพทยสภาและจรรยาบรรณแพทย์โดยไม่ถือเป็นการกระทำคามผิดทางอาญา ดังนั้น ควรกำหนดโทษเฉพาะผู้ที่มีไข้แพทย์หรือผู้ประกอบการวิชาชีพเวชกรรมเป็นผู้กระทำความผิดทางอาญา หากกระทำการยุติการตั้งครรภ์ให้แก่หลิง

อาศัยเหตุผลดังกล่าวข้างต้น จึงมีความเห็นว่า ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๑ และ มาตรา ๓๐๕ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๗ และมาตรา ๒๘ มีผลใช้บังคับมิได้ อย่างไรก็ตาม อาศัยความตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๗๗ และพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. ๒๕๖๑ มาตรา ๗๔ กรณีมีความจำเป็นสมควรกำหนดค่าบังคับให้มีผลเป็นไปตามคำวินิจฉัยไปในอนาคต โดยศาลเห็นสมควรกำหนดเงื่อนไขเวลาเพื่อปรับปรุงกฎหมายดังกล่าว ที่ไม่สอดคล้องกับสภาพการณ์ หรือที่เป็นอุปสรรคต่อการดำรงชีวิตหรือการประกอบอาชีพโดยไม่ชักช้า เพื่อไม่ให้เป็นการกระทบประชาชนภายในเวลา ๓๖๐ วัน นับแต่วันที่ศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัย



(นายอุดมศักดิ์ นิติมন্ত্রী)

ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ