

เมื่อการทำแท้งกลายเป็นสิทธิ The Moment when an Act of Abortion became Rights.

สุรพี โพธิ์สาราช*

สำนักวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยราชภัฏเชียงราย
เลขที่80 หมู่ที่9 ตำบลบ้านดู่ อำเภอเมือง จังหวัดเชียงราย 57100

Suraphi Phothisarath

School of Law, Chiang Rai Rajabhat University
80 moo.9 Muang District Chang Rai Province 57100

อีเมลติดต่อ: sompan_pho@hotmail.com

Received: October 15, 2020

Revised: December 13, 2020

Accepted: January 4, 2021

บทคัดย่อ

จากคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 4/2563 ลงวันที่ 19 กุมภาพันธ์ 2563 ศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยดังนี้ประเด็นที่ 1) ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 301 ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญมาตรา 28 แต่ไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญมาตรา 27 โดยศาลกำหนดคำบังคับให้คำวินิจฉัยของศาลในส่วนที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนี้มีผลเมื่อพ้นสามร้อยหกสิบวันนับแต่วันที่ศาลมีคำวินิจฉัย ประเด็นที่ 2) ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 305 ไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญมาตรา 27 28 และ มาตรา 77 และประเด็นที่ 3) สมควรให้หน่วยงานที่เกี่ยวข้องดำเนินการปรับปรุงประมวลกฎหมายอาญาและกฎหมายที่เกี่ยวข้องเรื่องการทำแท้งเพื่อให้สอดคล้องกับสภาพการณ์ในปัจจุบันและในการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายอาญาที่เกี่ยวข้องนี้ควรมีการรับฟังความคิดเห็นในทุกภูมิภาคและควรขยายระยะเวลาในการรับฟังความคิดเห็นเพื่อให้ประชาชนมีส่วนร่วม เพราะบทบัญญัตินี้มีผลกระทบกับผู้หญิงทุกคนและควรเตรียมความพร้อมสำหรับในเรื่องผลการปรับปรุงแก้ไขประมวลกฎหมายมาตรา 301 และ 305 ในเรื่องของสิทธิในการรักษาพยาบาล

คำสำคัญ: ทำแท้ง, สิทธิ

* ผู้ช่วยศาสตราจารย์/Assistant Professor, สำนักวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยราชภัฏเชียงราย

Abstract

From The Decisions of the Constitutional Court No. 4/2020 dated February 19, 2020, the Constitutional Court decision as follows, 1) The Constitutional Court ruled that Section 301 of the Criminal Code is contrary to or inconsistent with Section 28 of the Constitution, but is not contrary to or inconsistent with Section 27 of the Constitution, Three hundred and sixty days from the date of the decision of the court. 2) The Constitutional Court ruled that Section 305 of the Criminal Code is not contrary to or inconsistent with Section 27, 28 and Section 77 of the Constitution And Issue 3) It is appropriate for the relevant authorities to revise the Criminal Code and related law on abortion to reflect the current circumstances. And should extend the period of public hearing for public participation because this provision affects all women and should be prepared for the results of amendments to the Code Section 301 and 305 of the Criminal Code on the issue of rights to Medical treatment

Keywords: Abortion, Right

1. บทนำ

หากกล่าวถึงการ“ทำแท้ง” เป็นระยะเวลายาวนานที่มีประเด็นการเรียกร้องสิทธิ และมีข้อถกเถียงกันสำหรับการทำแท้งในประเทศไทยนั้นถูกกำหนดให้เป็นความผิดทางอาญาตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 301 ที่ระบุว่า “หญิงใดทำให้ตนเองแท้งลูก หรือยอมให้ผู้อื่นทำให้ตนแท้งลูก ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปีหรือปรับไม่เกินหกพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”และมีข้อยกเว้นในมาตรา 305 ที่ระบุว่า “ถ้าการกระทำความผิดดังกล่าว ในมาตรา 301 และมาตรา 302 นั้น เป็นการกระทำของนายแพทย์ และ (1) จำเป็นต้องกระทำเนื่องจากสุขภาพของหญิงนั้น หรือ (2) หญิงมีครรภ์เนื่องจากการกระทำความผิดอาญา ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 276 มาตรา 277 มาตรา 282 มาตรา 283 หรือมาตรา 284 ผู้กระทำไม่มีความผิด” จากข้อกฎหมายดังกล่าวปฏิเสธไม่ได้ว่าในประเทศไทยกล่าวถึงการการทำแท้งเป็นเรื่องผิดกฎหมายที่มีบทลงโทษทางอาญา และนอกจากนี้การถูกปลูกฝังให้มีความเกี่ยวเนื่องเรื่องของศีลธรรม บาบ คนที่ทำแท้งจะมีบาปติดตัว เมื่อยุคสมัยเปลี่ยนมีการศึกษาเรื่องสิทธิมนุษยชนมากขึ้นกว่าขณะที่มีการปรับปรุง แก้ไขกฎหมายนี้จึงมีการเรียกร้องให้การการทำแท้งเป็นสิทธิโดยมีหน่วยงานที่ร่วมสนับสนุนและรณรงค์ให้การการทำแท้งเป็นสิทธิ อาทิ เครือข่ายสนับสนุนทางเลือกของผู้หญิงท้องไม่พร้อม (Choice Network) หรือ เครือข่ายแพทยอาสา RSA (Referral System for Safe Abortion) กลุ่ม “ทำทาง” และเพจ “คุยกับผู้หญิงที่ทำแท้ง” เป็นต้น

การเรียกร้องให้การการทำแท้งเป็นเรื่องสิทธิมากกว่าเป็นการกระทำซึ่งเป็นความผิดตามกฎหมายอาญานั้นมีมุมมองพื้นฐานจากเรื่องสิทธิมนุษยชนพื้นฐานในเรื่องสิทธิในเนื้อตัวของตนเองซึ่งหมายถึงหญิงควรมีสิทธิตัดสินใจในการตั้งครรภ์ ในประเด็นเรื่องสิทธิในการทำแท้งนั้นถูกแบ่งความคิดเห็นเป็นสองฝ่ายคือ ฝ่ายที่เห็นควรให้การการทำแท้งเป็นสิทธิที่ผู้หญิงสามารถจะเลือกที่จะตั้งครรภ์ต่อหรือทำแท้งเพื่อยุติการตั้งครรภ์เนื่องจากความ “ไม่พร้อม” และ อีกฝ่ายที่ไม่เห็นด้วยกับการให้การการทำแท้งเป็นสิทธิด้วยเหตุผลในเรื่องของศีลธรรม ความเชื่อเรื่องการทำแท้งเป็นเรื่องผิดหลักศาสนาหรือเป็นบาปเห็นควรให้เป็นเรื่องที่ต้องห้ามตามกฎหมาย

ในบทความนี้ผู้เขียนสะท้อนมุมมองของฝ่ายที่มีแนวคิดให้การการทำแท้งเป็นสิทธิเนื่องจากในเรื่องของการทำแท้งเป็นเรื่องผิดบาป ผิดหลักศาสนา ศีลธรรมและผิดกฎหมาย นั้นเป็นที่ทราบถึงอยู่แล้วนั้น และประเด็นปัญหาการทำแท้ง เป็นปัญหาสังคมที่เป็นผลของปัญหาหลายประการ เช่น ปัญหาความยากจน ความเสื่อมทางจริยธรรมและศีลธรรม ขาดความรู้เรื่องเพศศึกษาที่เหมาะสม และการวางแผนครอบครัวปัญหาเกี่ยวกับทัศนคติและค่านิยมของสังคมและปัญหาเกี่ยวกับสุขภาพของหญิงและสภาพของลูกในครรภ์ เป็นต้น ทางออกของปัญหาต่อการจัดการตั้งครรภ์ที่ไม่พึงประสงค์ถูกจำกัดขอบโดยกฎหมาย โดยเฉพาะกฎหมายอาญาบัพที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบัน ซึ่งบัญญัติขึ้นกว่า 60 ปีแล้วนั้นมีเจตนารมณ์ที่จะคุ้มครองชีวิตในครรภ์มารดาเป็นสำคัญโดยมีข้อกำหนดในเรื่องการการยุติ

การตั้งครุฑ หรือทำแท้งได้นั้นต้องเกิดจากการกระทำความผิดทางเพศ และต้องแพทย์เท่านั้นเป็นผู้ทำแท้งตามมาตรา 305 แม้จะกำหนดให้การตั้งครุฑนั้นส่งผลเสียต่อสุขภาพทางกายของผู้หญิงสามารถยุติการตั้งครุฑโดยแพทย์ได้นั้นยังมีปัญหาในทางปฏิบัติทั้งต่อแพทย์และสตรีผู้ตั้งครุฑว่าแค่นั้นอย่างไรจึงถือว่าจำเป็นเพื่อสุขภาพของมารดา การพิจารณาถึงปัญหาสุขภาพกายและจิตของผู้หญิงตั้งครุฑของแพทย์อาจล่าช้าเนื่องจากต้องพิจารณาด้วยความระมัดระวัง ด้วยเหตุนี้ จึงเป็นเหตุให้หญิงตั้งครุฑอื่นไม่พึงประสงค์ต้องหันไปพึ่งการยุติการตั้งครุฑโดยอาศัยเหตุและวิธีการที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือ การทำแท้งเถื่อน ซึ่งในความเป็นจริงไม่มีหญิงใดตั้งใจมีครุฑเพื่อทำแท้งและไม่ว่ากฎหมายจะบัญญัติไว้เข้มงวดเพียงใดการตั้งครุฑที่ไม่พึงประสงค์ก็ยังคงมีอยู่และการทำงานแท้งก็ยังคงมีอยู่เช่นกัน ในขณะที่กฎหมายซึ่งเป็นมาตรการในการแก้ปัญหาของสังคมที่มีอยู่แทบจะไม่มีผลบังคับใช้ ในทางกลับกันยังผลักดันให้มีการทำแท้งเถื่อนมากขึ้น โดยเฉพาะกลุ่มสตรีที่มีสถานภาพทางเศรษฐกิจและการศึกษาดำรงซึ่งผลร้ายต่อหญิงผู้ทำแท้งนั้นทั้งทางร่างกายและจิตใจต้องเสียค่าใช้จ่ายสูงรวมทั้งเป็นภาระของรัฐในการรักษาผู้ป่วยที่มีโรคแทรกซ้อน

2. ความเป็นมาในการแก้ไขกฎหมายเรื่องการยุติการตั้งครุฑ

2.1 ความเป็นมาด้านกฎหมายการทำแท้งในประเทศไทย

กฎหมายการทำแท้งของไทยนั้นมีวิวัฒนาการเปลี่ยนแปลงแก้ไขโดยเรียงลำดับมาตั้งแต่ กฎหมายตราสามดวง กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 และกลายมาเป็นประมวลกฎหมายอาญาที่ประกาศให้มีผลบังคับใช้ตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม พ.ศ. 2500 เป็นต้นมาและมีผลใช้บังคับถึงปัจจุบัน

(1) กฎหมายตราสามดวง ซึ่งประกาศใช้ในสมัยต้นกรุงรัตนโกสินทร์เมื่อจุลศักราช 116 มีการกล่าวอ้างไว้ในบทบัญญัติบทพระอัยการลักษณะฝ่าฝืนและบัญญัติเกี่ยวกับการฆ่าเด็กในครรภ์มารดาตามมาตรา 10 และมาตรา 15 ไว้ดังนี้

มาตรา 10 “ผู้ใดให้ยาแก่ท่านกิน ลูกในท้องตาย ให้เอาตัวแม่มั่นกึ่งหนึ่งตั้งไหมหวิคุณเป็นสินไหมกึ่งพินัยแล้วโดย 60 ที่เอาขึ้นหาหยิงประจันแล้วจำไว้ ณ คุณถ้าตายทั้งแม่ทั้งลูกให้มั่นตายตกไปตามกัน”

มาตรา 15 “ผู้ใดวิวาทกับหญิงมีครรภ์ตีฟันแทงหญิงมีครรภ์ลูกในท้องตาย แม่มีบาดเจ็บให้ไหมตีฟันแทงโดยหนักถ้าตายทั้งแม่ทั้งลูกให้ฆ่าผู้ตีฟันแทงให้ตายตกไปตามกัน”¹

ต่อมาประเทศไทยในยุคที่ชาติมหาอำนาจเข้ามามีบทบาทต่อสถานภาพของประเทศ ทำให้ประเทศไทยมีการพัฒนากฎหมายให้ทันสมัยเป็นที่ยอมรับของต่างประเทศ จึงมีการประกาศยกเลิกบทบัญญัติบทพระอัยการลักษณะฝ่าฝืนและบัญญัติเกี่ยวกับการฆ่า

¹ พิศาส สุคนธพันธุ์, *ข้อกฎหมายไทยว่าด้วยความผิดฐานทำให้แท้งลูก* (พระนคร: โพสต์พับลิชชิงเพรส, 2524), 2. อ้างถึงใน พินิจ ทิพย์มณี, “กฎหมายทำแท้งในกรณีที่มีการดำเนินปัญหาทางจิต” (รายงานการวิจัย, มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2548).

เด็กในครรภ์มารดาและได้บังคับใช้กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 ซึ่งได้นำแนวคิดมาจากกฎหมายของเยอรมัน กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 (พ.ศ.2451) ได้บัญญัติกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการทำแท้งไว้ 5 มาตรา ได้แก่มาตรา 260-264 ดังนี้

มาตรา 260 “หญิงใดริตลูกให้แท้งก็ตียินยอมให้คนอื่นริตลูกให้แท้งก็ตีท่านว่ามั่นคงมีความผิดต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี สถานหนึ่งให้จำคุกไม่เกินสามปี สถานหนึ่งให้ปรับไม่เกินกว่าร้อยบาท สถานหนึ่งให้ลงโทษทั้งจำทั้งปรับเช่นว่ามาแล้วด้วยกัน”

มาตรา 261 “ผู้ใดริตลูกเขาให้แท้ง แม้ว่ายินยอมให้ริตก็ตีท่านว่ามั่นคงมีความผิดต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่เดือนหนึ่งขึ้นไปจนสามปีและปรับตั้งแต่ยี่สิบบาทขึ้นไปจนถึง ร้อยบาทด้วยอีกโทษหนึ่ง”

มาตรา 262 “ถ้าผู้กระทำความผิดเช่นว่าในมาตรา261 นั้นเป็นแพทย์หรือเป็นผดุงครรภ์ก็ตีหรือเป็นคนทำโดยเห็นแต่สินจ้างรางวัลก็ตีท่านให้ลงโทษมั่นคงตามที่บัญญัติไว้สำหรับความผิดเช่นนั้นทวีขึ้นอีกหนึ่งในสามส่วน”

มาตรา 263 “ผู้ใดรู้อยู่ว่าหญิงมีครรภ์และหญิงมิได้อนุญาตให้มีริตลูกถ้าแล่นกระทำความผิดด้วยกำลังกาย หรือด้วยประการหนึ่งประการใดให้หญิงนั้นแท้งลูกไซ้ท่านว่ามั่นคงมีความผิดต้องระวางโทษฐานประทุษร้ายแก่ร่างกายถึงสาหัสตั้งบัญญัติไว้ในมาตรา 256 และมาตรา 257 นั้น”

มาตรา 264 “ผู้ใดพยายามกระทำความผิดอย่างใดใดที่ท่านบัญญัติไว้ในมาตรา 260 และมาตรา 261 นั้น ท่านว่าเป็นการไม่สำคัญอย่าให้เอาโทษแก่ท่านเลย”

กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 (พ.ศ.2451) ซึ่งใช้กันมายาวนาน จนถึง พ.ศ. 2500 ที่เริ่มประกาศใช้ประมวลกฎหมายอาญาแทนกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 ซึ่งได้ปรับปรุงบทบัญญัติเกี่ยวกับความผิดฐานทำให้แท้งลูกขึ้นใหม่ และบรรจุไว้ในมาตรา 301-305² โดยระบุว่าให้ลงโทษหญิงที่ทำการแท้งและผู้ที่ทำให้แท้งให้ ยกเว้นกรณีแพทย์ที่สามารถ

² ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 301 – 305

มาตรา 301 “หญิงใดทำให้ตัวเองแท้งลูกหรือยอมให้ผู้อื่นทำตนให้แท้งลูกต้อง ระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปีหรือปรับไม่เกินหกพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

มาตรา 302 “ผู้ใดทำให้หญิงแท้งลูกโดยหญิงนั้นยินยอม ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปีหรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ถ้าการกระทำนั้นเป็นเหตุให้หญิงได้รับอันตรายสาหัสอย่างอื่นด้วย ผู้กระทำความผิดต้องระวาง โทษจำคุกไม่เกินเจ็ดปีหรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นสี่พันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

การกระทำนั้นเป็นเหตุให้หญิงถึงแก่ความตาย ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบปี หรือปรับไม่เกินสองหมื่นบาท”
มาตรา 303 “ผู้ใดทำให้หญิงแท้งลูกโดยหญิงนั้นไม่ยินยอม ต้องระวางโทษจำคุก ไม่เกินเจ็ดปีหรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นสี่พันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ถ้าการกระทำนั้นเป็นเหตุให้หญิงได้รับอันตรายสาหัสอย่างอื่นด้วย ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษ จำคุกตั้งแต่หนึ่งปีถึงสิบปี และปรับตั้งแต่สองพันบาทถึงสองหมื่นบาท

ถ้าการกระทำนั้นเป็นเหตุให้หญิงถึงแก่ความตาย ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ห้าปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่หนึ่งหมื่นบาทถึงสี่หมื่นบาท”

ทำแท้งได้ ซึ่งเป็นไปเพื่อรักษาสุขภาพของฝ่ายหญิง และหญิงที่ถูกล่วงละเมิดหรือกระทำผิดอาญาอาทิ การถูกข่มขืนแล้วท้อง เป็นต้น โดยทั้งสองกรณีต้องขึ้นอยู่กับความยินยอมของฝ่ายหญิงด้วย ซึ่งกฎหมายนี้ได้ถูกใช้ติดต่อกันมายาวนานจนถึงยุคปัจจุบัน

จะเห็นได้ว่าการเริ่มให้การทำแท้งเป็นเรื่องผิดกฎหมายอย่างเป็นทางการเป็นรูปธรรมเริ่มต้นตั้งแต่กฎหมายตราสามดวงและแสดงให้เห็นว่าไม่ว่าจะเป็นกฎหมายตราสามดวง หรือกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 ได้ บัญญัติไว้ชัดเจนถึงความผิดโดยเอาผิดแก่หญิงที่ทำให้ตนเองแท้งลูกหรือยินยอมให้บุคคลอื่นกระทำ โดยเฉพาะอย่างยิ่งตามกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 ได้ระบุการทำแท้งเป็นความผิดโดยไม่มีข้อยกเว้นใดๆ ทั้งสิ้นเว้นแต่กรณีพยายามทำแท้งที่เกิดขึ้นจากความยินยอมของหญิงนั้นกฎหมายไม่ลงโทษซึ่งหากพิจารณาจากกฎหมายแล้วจะเห็นได้ว่ามีวัตถุประสงค์ลงโทษบุคคลที่มีอาชีพในทางแพทย์หรือผดุงครรภ์หรือผู้ที่รับจ้างทำให้หญิงนั้นแท้งลูกให้ต้องรับผิดชอบโดยไม่มีข้อยกเว้นแต่อย่างใด อีกทั้งให้ลงโทษหนักขึ้นตามมาตรา 262 ผู้ร่างกฎหมาย อาจเห็นว่าบุคคลที่มีอาชีพเหล่านี้มีหน้าที่ในการป้องกันโรคและการบำบัดโรคช่วยเหลือมนุษย์และการทำแท้งนั้นไม่ใช่เป็นการบำบัดโรค เพราะการตั้งครรภ์มิใช่การเจ็บป่วย³

ต่อมาแพทย์หญิงศรีสมัย เชื้อชาติ แพทย์สูตินรีเวช อดีตผู้อำนวยการโรงพยาบาลแห่งหนึ่งในอำเภอสามร้อยยอด จังหวัดประจวบคีรีขันธ์แพทย์ในเครือข่ายแพทย์อาสาเพื่อยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ตามกฎหมาย ในปี 2561 เคยถูกตำรวจสถานีตำรวจภูธรหัวหิน เข้าจับกุมเนื่องจากสงสัยว่าเปิดทำแท้งผิดกฎหมาย เนื่องพบว่ามีขายนำถุงดำใส่ศพเด็กทารก 4 ราย ไปทิ้งในถังขยะ โดยขณะนั้นแพทย์หญิงศรีสมัย เชื้อชาติอ้างว่าได้รับอนุญาตจากสำนักอนามัยการเจริญพันธุ์ของกรมอนามัยในการทำแท้ง และได้ทำถูกต้องตามระเบียบการทำแท้งของแพทยสภา โดยทำแท้งให้กับหญิงที่ไม่พร้อมตั้งครรภ์เนื่องจากถูกข่มขืน กระทำชำเรา เป็นเอดส์ หรือแม่เป็นเอดส์ ต่อมาแพทย์หญิงศรีสมัย เชื้อชาติได้ยื่นคำร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 มาตรา 213⁴ ใน 3 ประเด็น ได้แก่

มาตรา 304 “ผู้ใดเพียงแต่พยายามกระทำความผิดตามมาตรา 301 หรือมาตรา 302 วรรคแรก ผู้นั้นไม่ต้องรับโทษ”

มาตรา 305 “ถ้าการกระทำความผิดดังกล่าวในมาตรา 301 และมาตรา 302 นั้น เป็นการกระทำความผิดของนายแพทย์และ

1) จำเป็นต้องกระทำเนื่องจากสุขภาพของหญิงนั้น หรือ

2) หญิงมีครรภ์เนื่องจากการกระทำความผิดอาญา ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 276 มาตรา 277 มาตรา 282

มาตรา 283 หรือมาตรา 284 ผู้กระทำไม่มีความผิด”

³ คณิต ณ นคร, “ทัศนของนักกฎหมายเกี่ยวกับการทำแท้ง” *วารสารอัยการ* 1, ฉ.10 (ตุลาคม 2521): 46.

อ้างถึงใน พินิจ ทิพย์มณี, “กฎหมายทำแท้งในกรณีที่มีการดำเนินคดีทางจิต” (รายงานการวิจัย, มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, 2548).

⁴ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 มาตรา 213 “บุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญคุ้มครองไว้มีสิทธิยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อมีคำวินิจฉัยว่าการกระทำนั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ ตามหลักเกณฑ์วิธีการ และเงื่อนไขที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ”

ประเด็นที่ 1) กรณีประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 301⁵ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 27 (เรื่องความเสมอภาค)และ มาตรา 28 (สิทธิเสรีภาพในชีวิตร่างกาย) หรือไม่

ประเด็นที่ 2) กรณีประมวลกฎหมายอาญามาตรา 305⁶ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 27 มาตรา 28 และมาตรา 77⁷ (หลักรัฐพึงจัดให้มีกฎหมายเพียงเท่าที่จำเป็น และยกเลิกหรือปรับปรุงกฎหมายที่หมดความจำเป็น) หรือไม่

⁵ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 301 “หญิงใดทำให้ตัวเองแท้งลูกหรือยอมให้ผู้อื่นทำตนให้แท้งลูกต้อง ระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปีหรือปรับไม่เกินหกพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

⁶ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 305 “ถ้าการกระทำความผิดดังกล่าวในมาตรา 301 และมาตรา 302 นั้นเป็นการกระทำของนายแพทย์และ

1) จำเป็นต้องกระทำเนื่องจากสุขภาพของหญิงนั้น หรือ

2) หญิงมีครรภ์เนื่องจากการกระทำความผิดอาญา ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 276 มาตรา 277 มาตรา 282 มาตรา 283 หรือมาตรา 284 ผู้กระทำไม่มีความผิด”

⁷ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560

มาตรา 27 “บุคคลย่อมเสมอกันในกฎหมาย มีสิทธิและเสรีภาพและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน

การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคล ไม่ว่าด้วยเหตุความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ ความพิการ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคลฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมืองอันไม่ขัดต่อบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ หรือเหตุอื่นใด จะกระทำได้ มาตรการที่รัฐกำหนดขึ้นเพื่อจัดอุปสรรคหรือส่งเสริมให้บุคคลสามารถใช้สิทธิหรือเสรีภาพได้เช่นเดียวกับบุคคลอื่น หรือเพื่อคุ้มครองหรืออำนวยความสะดวกให้แก่เด็ก สตรี ผู้สูงอายุคนพิการ หรือผู้ด้อยโอกาส ย่อมไม่ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมตามวรรคสาม

บุคคลผู้เป็นทหาร ตำรวจ ข้าราชการ เจ้าหน้าที่อื่นของรัฐ และพนักงานหรือลูกจ้างขององค์กรของรัฐย่อมมีสิทธิและเสรีภาพเช่นเดียวกับบุคคลทั่วไป เว้นแต่ที่จำกัดไว้ในกฎหมายเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวกับการเมือง สมรรถภาพ วินัย หรือจริยธรรม”

มาตรา 28 “บุคคลย่อมมีสิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกาย

การจับและการคุมขังบุคคลจะกระทำมิได้ เว้นแต่มีคำสั่งหรือหมายของศาลหรือมีเหตุอย่างอื่นตามที่กฎหมายบัญญัติ การค้นตัวบุคคลหรือการกระทำใดอันกระทบกระเทือนต่อสิทธิหรือเสรีภาพในชีวิตหรือร่างกายจะกระทำมิได้ เว้นแต่มีเหตุตามที่กฎหมายบัญญัติ

การทรมาน ทารุณกรรม หรือการลงโทษด้วยวิธีการโหดร้ายหรือไร้มนุษยธรรมจะกระทำมิได้”

มาตรา 77 “รัฐพึงจัดให้มีกฎหมายเพียงเท่าที่จำเป็น และยกเลิกหรือปรับปรุงกฎหมายที่หมดความจำเป็นหรือไม่สอดคล้องกับสภาพการณ์ หรือที่เป็นอุปสรรคต่อการดำรงชีวิตหรือการประกอบอาชีพโดยไม่ชักช้าเพื่อไม่ให้เป็นภาระแก่ประชาชน และดำเนินการให้ประชาชนเข้าถึงตัวบทกฎหมายต่าง ๆ ได้โดยสะดวกและสามารถเข้าใจกฎหมายได้ง่ายเพื่อปฏิบัติตามกฎหมายได้อย่างถูกต้อง”

ก่อนการตรากฎหมายทุกฉบับ รัฐพึงจัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นของผู้เกี่ยวข้อง วิเคราะห์ผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากกฎหมายอย่างรอบด้านและเป็นระบบ รวมทั้งเปิดเผยผลการรับฟังความคิดเห็นและการวิเคราะห์นั้นต่อประชาชน และนำมาประกอบการพิจารณาในกระบวนการตรากฎหมายทุกขั้นตอนเมื่อกฎหมายมีผลใช้บังคับแล้ว รัฐพึงจัดให้มีการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมายทุกรอบระยะเวลาที่กำหนดโดยรับฟังความคิดเห็นของผู้เกี่ยวข้องประกอบด้วย เพื่อพัฒนากฎหมายทุกฉบับให้สอดคล้องและเหมาะสมกับบริบทต่างๆ ที่เปลี่ยนแปลงไป

ประเด็นที่ 3) ไม่ว่ากรณีที่ขัดหรือไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ หรือไม่ก็ตาม สมควรมีมาตรการปรับปรุงกฎหมายหรือไม่ อย่างไร

โดยผลการพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาคำร้องวันที่ 19 กุมภาพันธ์ 2563 นั้น

ประเด็นที่ 1) ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 301 ที่บัญญัติว่า “หญิงใดทำให้ตนเองแท้งลูก หรือยอมให้ผู้อื่นทำให้ตนเองแท้งลูกต้องระวางโทษจำคุก ไม่เกิน 3 ปี ปรับไม่เกิน 60,000 บาท หรือทั้งจำทั้งปรับ” นั้น ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญมาตรา 28 แต่ไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญมาตรา 27 โดยกำหนดคำบังคับให้คำวินิจฉัยของศาลในส่วนที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนี้มีผลเมื่อพ้นสามร้อยหกสิบวันนับแต่วันที่ศาลมีคำวินิจฉัย

ประเด็นที่ 2) ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 305 ที่บัญญัติว่า “ถ้าการกระทำความผิดดังกล่าวในมาตรา 301 และ 302 เป็นการกระทำความผิดของแพทย์ และ (1) จำเป็นต้องกระทำเนื่องจากสุขภาพของหญิงนั้น (2) หญิงมีครรภ์เนื่องจากการกระทำความผิดอาญาตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 276, 277, 282, 283 หรือมาตรา 284 ผู้กระทำไม่มีความผิด” ไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญมาตรา 27 28 และมาตรา 77 และประเด็นที่ 3) สมควรให้หน่วยงานที่เกี่ยวข้องดำเนินการปรับปรุงประมวลกฎหมายอาญา และกฎหมายที่เกี่ยวข้องเรื่องการทำแท้งเพื่อให้สอดคล้องกับสภาพการณ์ในปัจจุบัน⁸

ทั้งนี้ ศาลได้กำหนดคำบังคับโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561 มาตรา 74⁹ ที่กำหนดจากการที่กรณีศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยที่ 4/2563 ในวันที่ 19 กุมภาพันธ์ 2563 นั้นนับเป็นจุดเริ่มต้นในการเปลี่ยนแปลงกฎหมายที่มีผลใช้บังคับมานานกว่า 60 ปี อีกทั้งบทบัญญัติกฎหมายในเรื่องการทำแท้งถูกผูกติดกับศีลธรรม การคุ้มครองทารกในครรภ์มากกว่าการคุ้มครองสิทธิของหญิงที่ตั้งครรภ์ที่ไม่ได้มีปัญหาทั้งการข่มขืน ติดเชื้อ HIV ปัญหาสุขภาพกายหรือปัญหาสุขภาพจิตในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญนั้นกำหนด “คำบังคับ” ให้คำวินิจฉัยของศาลในส่วนที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนี้มีผลเมื่อพ้นสามร้อยหกสิบวันนับแต่วันที่ศาลมี

รัฐพึงใช้ระบอบอนุญาตและระบบคณะกรรมการในกฎหมายเฉพาะกรณีที่เป็น พึงกำหนดหลักเกณฑ์การใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐและระยะเวลาในการดำเนินการตามขั้นตอนต่าง ๆ ที่บัญญัติไว้ในกฎหมายให้ชัดเจน และพึงกำหนดโทษอาญาเฉพาะความผิดร้ายแรง”

⁸ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 4/2563

⁹ มาตรา 74 “ภายใต้บังคับบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ คำวินิจฉัยของศาล หากมีความจำเป็นจะต้องบังคับให้เป็นไปตามคำวินิจฉัย ให้ศาลมีอำนาจกำหนดคำบังคับให้เป็นไปตามคำวินิจฉัยของศาลไว้ในคำวินิจฉัยนั้น โดยศาลอาจกำหนดให้มีผลไปในอนาคตขณะใดขณะหนึ่งหลังวันอ่านคำวินิจฉัย หรืออาจกำหนดเงื่อนไขหรือมาตรการในการบังคับอย่างหนึ่งอย่างใด ทั้งนี้ ตามความจำเป็นหรือสมควร ตามความเป็นธรรมแห่งกรณีและให้องค์กรหน่วยงานของรัฐ หรือบุคคลใดที่มีหน้าที่ในการบังคับรายงานผลการปฏิบัติหรือข้อขัดข้องในการปฏิบัติตามคำบังคับของศาลต่อศาลภายในสามสิบวันนับแต่วันที่ศาลมีคำวินิจฉัย หรือภายในระยะเวลาที่ศาลกำหนด ทั้งนี้ ตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และประเภทคดีที่กำหนดในข้อกำหนดของศาล”

คำวินิจฉัยจะเห็นได้จากการที่ศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยที่กล่าวอ้าง มาตรา 74 พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561 ที่ระบุให้อำนาจศาลรัฐธรรมนูญกำหนดผลให้เกิดขึ้นในอนาคตเพียงอย่างเดียวเท่านั้นทั้งที่ทฤษฎีเรื่องการกำหนดผลด้านระยะเวลาของศาลรัฐธรรมนูญที่พบว่าสามารถแบ่งได้ 3 ประเภทได้แก่ (1) ผลเกิดนับแต่วันตัดสินเป็นต้นไป หรือที่เรียกว่า “ex nunc” หรือ “pro futuro” (2) ผลเกิดย้อนกลับไปยังเวลาที่ศาลกำหนด หรือที่เรียกว่า “ex tunc” หรือ “ab initio” (3) ผลเกิดขึ้นในอนาคตไปในเวลาที่ศาลกำหนด¹⁰จึงเป็นเรื่องที่นำศึกษาต่อไปถึงเรื่องระยะเวลาในคำบังคับของศาลรัฐธรรมนูญในอนาคต

2.2 ความเป็นมาด้านการเคลื่อนไหวของภาคประชาสังคม

ในเรื่องการเรียกร้องการให้การทำแท้ง หรือ การยุติการตั้งครรภ์เป็นสิทธินั้นถูกขับเคลื่อนโดยภาคประชาสังคมที่สำคัญ ผู้เขียนขอยกตัวอย่างเครือข่ายที่มีบทบาทในเรื่องการเรียกร้องสิทธิให้แก่ผู้หญิงท้องไม่พร้อม 4 เครือข่าย โดยจะสะท้อนการทำงานของแต่ละเครือข่าย ดังนี้

(1) เครือข่ายสนับสนุนทางเลือกของผู้หญิงท้องไม่พร้อม (Choice Network)

เป็นเครือข่ายกระบวนการขับเคลื่อนทางสังคมที่มุ่งให้ผู้หญิงที่อยู่ในสถานการณ์ท้องไม่พร้อมสามารถเข้าถึงทางเลือกและบริการต่าง ๆ ที่ต้องการได้อย่างปลอดภัยและตามกฎหมาย โดยรวมเอาทุกภาคส่วนของคน/องค์กรที่ทำงานเกี่ยวข้องในทุกทางเลือกของผู้หญิงเมื่อท้องไม่พร้อมมาร่วมทำงานเป็นเครือข่าย โดยมีการรวมตัวกันครั้งแรกใน พ.ศ. 2550 โดยกลุ่มคนทำงานที่เกี่ยวข้องกับปัญหาท้องไม่พร้อมและยุติการตั้งครรภ์ประมาณ 10 องค์กร ปัจจุบันเครือข่ายฯ มีสมาชิกเพิ่มขึ้นกว่า 80 องค์กรที่ร่วมกันพัฒนาระบบช่วยเหลือและส่งต่อบริการสำหรับผู้หญิงท้องไม่พร้อมแบบครบวงจร รวมถึงการขับเคลื่อนเชิงนโยบายสุขภาพและสังคมที่เกี่ยวข้อง เนื่องจากระบบงานช่วยเหลือต่างๆ ทั้งภาครัฐและองค์กรพัฒนาเอกชน ยังขาดความเชื่อมโยงกัน ส่งผลให้ผู้หญิงที่ท้องไม่พร้อม ไม่ได้รับการช่วยเหลือดูแลที่สอดคล้องเหมาะสม¹¹

(2) เครือข่ายแพทย์อาสา RSA (Referral System for Safe Abortion)

เป็นหน่วยงานที่สนับสนุนส่งเสริมเพื่อลดปัญหาการแท้งไม่ปลอดภัย อาสาสมัครระบบการบริการ และระบบส่งต่อที่มีมาตรฐานตามหลักวิชาการตอบสนองมาตรฐานการลดปัญหาสาธารณสุข ลดอัตราการตายของแม่และเด็กพัฒนาคุณภาพชีวิตของประชากรไทยโดยมีการทำงานเป็นเครือข่ายทั้งสายปรึกษาท้องไม่พร้อม 1663 ศูนย์พึ่งได้ คลินิกวัยรุ่น

¹⁰ อานนท์ มาเฝ้า, “ข้อสังเกตเกี่ยวกับคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 4/2563 คดีประมวลกฎหมายอาญาเรื่องทำแท้ง.” 2563, <https://www.facebook.com/TULawLibrary/posts/2646904318751222>, สืบค้นเมื่อ 20 กันยายน 2563.

¹¹ เครือข่ายสนับสนุนทางเลือกของผู้หญิงท้องไม่พร้อม, <https://choicesforum.org/>, สืบค้นเมื่อวันที่ 22 กันยายน 2563

และหน่วยงานต่างๆเพื่อให้คำปรึกษาทางเลือกและวัยรุ่นท้องไม่พร้อม, มีความร่วมมือกับเครือข่ายสถานพยาบาลในเครือ RSA ,ความร่วมมือเครือข่ายสนับสนุนทางเลือกของผู้หญิงท้องไม่พร้อม และหน่วยบริการสุขภาพให้เข้าถึงการบริการคุมกำเนิดที่มีประสิทธิภาพหลังยุติการตั้งครรภ์หรือหลังคลอดบุตรเพื่อป้องกันการท้องไม่พร้อมในอนาคต¹²

(3) กลุ่ม “ทำทาง”

กลุ่มนี้เกิดขึ้นเมื่อปี 2554 โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อสะท้อนความคิดของผู้หญิงที่ผ่านการทำแท้งได้พูดคุยแลกเปลี่ยนให้ข้อมูลกับผู้หญิงเรื่องการทำแท้งอย่างปลอดภัย โดยงานหลักของกลุ่มนี้คือ 1) การให้คำปรึกษา และส่งต่อผู้หญิงเข้าสู่บริการที่ปลอดภัยและถูกกฎหมาย 2) การทำงานกับสังคมเพื่อแลกเปลี่ยนทัศนคติทางลบ และ ความเข้าใจผิดต่อการทำแท้งและผู้หญิงที่ทำแท้ง 3) การอบรมและการเผยแพร่ความเข้าใจในเรื่องการทำแท้งอย่างปลอดภัยในมุมมองของผู้หญิง¹³

(4) เพจ “คุยกับผู้หญิงที่ทำแท้ง”

กลุ่มเครือข่ายที่การขับเคลื่อนให้เกิดการยกเลิกกฎหมายอาญามาตรา 301 ที่กำหนดโทษกับผู้หญิงทำแท้งมีความผิด ต้องรับโทษจำคุกไม่เกิน 3 ปี หรือปรับไม่เกิน 6,000 บาท หรือทั้งจำทั้งปรับ และถึงแม้ว่ากฎหมายมาตรา 305 จะมีข้อยกเว้นให้การยุติการตั้งครรภ์ได้ในบางกรณี โดยต้องได้รับการรับรองหรือเห็นชอบจากผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม แต่หากพิจารณาให้ดีจะพบว่า อำนาจการตัดสินใจที่จะยุติการตั้งครรภ์ยังไม่ได้เป็นของผู้หญิง (ที่เป็นเจ้าของร่างกายของตัวเอง) จึงเป็นการขับเคลื่อนเรื่องสิทธิในการยุติการตั้งครรภ์ของผู้หญิงดำเนินควบคู่ไปกับการให้คุณค่าต่อเรื่องสิทธิมนุษยชน

โดยภาพรวมการทำงานของทั้ง 4 กลุ่มนี้ในส่วนที่ผลักดันให้การทำแท้งควรเป็นสิทธิที่ผู้หญิงที่ตั้งครรภ์ซึ่งมีแนวคิดพื้นฐานแบบสตรีนิยม กล่าวคือ เครือข่ายทั้งสี่มีมุมมองในเรื่องการทำแท้ง ดังนี้

(1) การทำแท้งควรเป็นสิทธิที่ผู้หญิงพึงมีอำนาจในการตัดสินใจเอง มีทางเลือกของตัวเองโดยไม่ผ่านการพิจารณาจากผู้ใด แม้ศาลรัฐธรรมนูญคำวินิจฉัยที่ 4/2563 ลงวันที่ 19 กุมภาพันธ์ 2563 ให้มีการปรับปรุงแก้ไขแต่ก็ยังคงต้องอยู่ในเงื่อนไขที่ต้องขึ้นอยู่กับดุลพินิจของแพทย์ตามร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่...) พ.ศ..... (แก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติความผิดฐานทำแท้ง) โดยสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา มาตรา 305 “ถ้าการกระทำความผิดตามมาตรา 301 หรือมาตรา 302 นั้น เป็นการกระทำของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมและตามหลักเกณฑ์ของแพทยสภา ในกรณีดังต่อไปนี้

1) จำเป็นต้องกระทำเนื่องจากหากหญิงตั้งครรภ์ต่อไปจะเสี่ยงต่อการได้รับอันตราย ต่อสุขภาพทางกายหรือจิตใจของหญิงนั้น

¹² เครือข่ายแพทยอาสา RSA (Referral System for Safe Abortion), <https://www.rsathai.org/contents/83>, สืบค้นเมื่อวันที่ 22 กันยายน 2563.

¹³ กลุ่มทำทาง, <https://tamtang.wordpress.com/aboutme>, สืบค้นเมื่อวันที่ 22 กันยายน 2563

2) จำเป็นต้องกระทำเนื่องจากหากทารกคลอดออกมาจะมีความเสี่ยงอย่างมาก ที่จะได้รับผลกระทบจากความผิดปกติทางกายหรือจิตใจถึงขนาดทุพพลภาพอย่างร้ายแรง

3) หญิงมีครรภ์เนื่องจากการทำความผิดเกี่ยวกับเพศ หรือ

4) หญิงซึ่งมีอายุครรภ์ไม่เกินสิบสองสัปดาห์ยืนยันที่จะยุติการตั้งครรภ์ ผู้กระทำไม่มีความผิด”

และในมาตรา 301 ของร่างพระราชบัญญัติก็ยังคงกำหนดโทษไว้สำหรับหญิงที่ ทำแท้งสำหรับกรณีอายุครรภ์ที่เกินสิบสองสัปดาห์กฎหมายยังคงกำหนดให้หญิงตั้งครรภ์มีความรับผิดชอบทางอาญา ดังนั้น สิทธิในการตัดสินใจในการทำแท้งของหญิงมีไม่เกิน 12 สัปดาห์เท่านั้นซึ่งเครือข่ายมองว่าควรขยายถึง 24 สัปดาห์ตามข้อกำหนดกรมอนามัย

(2) ความปลอดภัยในการทำแท้ง สุขอนามัย ความปลอดภัยของตัวหญิงที่ประสงค์ ทำแท้ง หากเป็นการกระทำโดยผู้มีความรู้และเครื่องมือที่ปลอดภัย หากการทำแท้งยังเป็น เรื่องผิดกฎหมาย การลักลอบทำแท้งหรือการทำแท้งเถื่อนซึ่งไม่ได้ทำโดยบุคลากรทางการแพทย์ที่เชี่ยวชาญ

(3) ความผิดในการทำแท้งตามมาตรา 301 เหตุใดจึงเป็นความผิดของผู้หญิงเพียง ฝ่ายเดียวเครือข่ายต่าง ๆ จึงมีการผลักดันให้ยกเลิกมาตรา 301 เนื่องจากแม้จะมีการรับฟัง ความคิดเห็น ร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่...) พ.ศ.... (แก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติความผิดฐานทำแท้ง) โดยสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา มาตรา 301 “หญิงใดทำให้ตนเองแท้งลูกหรือยอมให้ผู้อื่นทำให้ตนแท้งลูก ขณะมีอายุครรภ์ เกินสิบสองสัปดาห์ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหกเดือน หรือปรับไม่เกิน หนึ่งหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ” จะเห็นได้ว่าแม้จะมีการปรับให้เข้ากับสภาพการณ์ในปัจจุบันในร่าง พระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวก็ยังไม่มีการยกเลิกความผิดฐานทำแท้งตามข้อเรียกร้องของ เครือข่ายแต่อย่างใดยังคงกำหนดโทษในความผิดฐานทำแท้งอยู่แม้จะมีการกำหนดโทษ น้อยลงก็ตาม

3. สถานการณ์การแก้ไขมาตรา 301 ในปัจจุบัน¹⁴

จากการที่ศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยที่ 4/2563 ลงวันที่ 19 กุมภาพันธ์ 2563 กรณีเรื่องการทำแท้งมาตรา 301 แห่งประมวลกฎหมายอาญา โดยส่วนที่ขัดหรือแย้งต่อ รัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561 มาตรา 28 มีพื้นที่สามร้อยหกสิบวันนับแต่วันที่ศาล

¹⁴ บทความนี้เขียนในช่วงเดือนตุลาคม 2563 และแก้ไขปรับปรุงวันที่ 3 ธันวาคม 2563 (หลังมีมติคณะรัฐมนตรี วันที่ 17 พฤศจิกายน 2563 เรื่อง การแก้ไขปรับปรุงบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 301 ตามคำ วินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ [ร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ ...) พ.ศ. (ความผิดฐานทำแท้งลูก)])

รัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยซึ่งมีกำหนดครระยะเวลาตามที่ศาลรัฐธรรมนูญกำหนดในวันที่ 14 กุมภาพันธ์ 2564 ซึ่งหากไม่ดำเนินการแก้ไขปรับปรุงมาตรา 301 ตามระยะเวลาดำบังคับสามร้อยหกสิบวันนั้นจะส่งผลทำให้บทบัญญัติมาตรา 301 แห่งประมวลกฎหมายอาญามีผลเป็นอันบังคับต่อไปไม่ได้ จะเห็นว่าการที่ศาลรัฐธรรมนูญกำหนดคำบังคับให้คำวินิจฉัยของศาลในส่วนที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนี้มีผลเมื่อพ้นสามร้อยหกสิบวันนับแต่วันที่ศาลมีคำวินิจฉัย และให้หน่วยงานที่เกี่ยวข้องดำเนินการปรับปรุงประมวลกฎหมายอาญาและกฎหมายที่เกี่ยวข้องเรื่องการทำแท้งเพื่อให้สอดคล้องกับสภาพการณ์ในปัจจุบันนั้นมีผลผูกพันถึงการออกกฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญาซึ่งผูกพันรัฐสภา คณะรัฐมนตรี องค์การอิสระและหน่วยงานของรัฐตามมาตรา 211 วรรค 4 รัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561¹⁵

ในการปรับปรุงประมวลกฎหมายอาญานั้นคณะรัฐมนตรีได้มีมติเมื่อวันที่ 3 มีนาคม 2563 มอบหมายให้กระทรวงสาธารณสุข กระทรวงการพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์ กระทรวงยุติธรรม สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา และหน่วยงานที่เกี่ยวข้องเป็นคณะกรรมการพิจารณาปรับปรุงประมวลกฎหมายอาญาซึ่งมีหน้าที่และอำนาจในการพิจารณาปรับปรุงแก้ไขประมวลกฎหมายอาญาตามมติคณะรัฐมนตรี และได้มีการเชิญผู้แทนจากหน่วยงานภาครัฐและภาคประชาสังคม รวมทั้งผู้เชี่ยวชาญทางการแพทย์และกฎหมายอาญาเข้าร่วมประชุมรับฟังความคิดเห็นประกอบการยกร่างพระราชบัญญัติจำนวน 3 ครั้ง ได้แก่ วันที่ 18 มีนาคม 2563 วันที่ 17 มิถุนายน 2563 และวันที่ 5 สิงหาคม 2563 คณะกรรมการกฤษฎีกาได้ทำการแก้ไขร่างพระราชบัญญัติ โดยมีสาระสำคัญคือ การเปลี่ยนแปลงองค์ประกอบความผิดทางอาญาของความผิดฐานทำแท้งโดยหญิงมีครรภ์ยินยอม ทั้งที่หญิงทำแท้งตนเองหรือยอมให้ผู้อื่นทำแท้งในขณะที่ยาครรภ์ไม่เกินสิบสองสัปดาห์ การกระทำของหญิงดังกล่าวไม่เป็นความผิดและให้แพทย์ที่ให้บริการทำแท้งแก่หญิงดังกล่าวได้รับความคุ้มครองจากความรับผิดทางอาญาด้วย นอกจากนี้ร่างพระราชบัญญัตินี้ยังขยายเหตุที่อนุญาตให้ทำแท้งได้โดยชอบด้วยกฎหมายให้ครอบคลุมถึงทารกในครรภ์มีความพิการอย่างร้ายแรงด้วยและเปิดรับฟังความคิดเห็นจากประชาชนไปแล้วในระหว่าง

¹⁵ รัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561 มาตรา 211 องค์คณะของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญในการนั่งพิจารณาและในการทำคำวินิจฉัยต้องประกอบด้วยตุลาการศาลรัฐธรรมนูญไม่น้อยกว่าเจ็ดคน

คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญให้ถือเสียงข้างมาก เว้นแต่รัฐธรรมนูญจะบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น

เมื่อศาลรัฐธรรมนูญรับเรื่องใดไว้พิจารณาแล้ว ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญผู้ใดจะปฏิเสธไม่วินิจฉัยโดยอ้างว่าเรื่องนั้นไม่อยู่ในอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญได้

คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญให้เป็นเด็ดขาด มีผลผูกพันรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล องค์การอิสระและหน่วยงานของรัฐ

วันที่ 13 - 28 สิงหาคม 2563¹⁶ โดยในร่างฯดังกล่าวมีการแก้ไขมาตรา 301 และมาตรา 305 ดังนี้

มาตรา 301 “หญิงใดทำให้ตนเองแท้งลูกหรือยอมให้ผู้อื่นทำให้ตนแท้งลูก ขณะมีอายุครรภ์เกินสิบสองสัปดาห์ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหกเดือน หรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

และ มาตรา 305 “ถ้าการกระทำความผิดตามมาตรา 301 หรือมาตรา 302 นั้น เป็นการกระทำของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมและตามหลักเกณฑ์ของแพทยสภา ในกรณีดังต่อไปนี้

(1) จำเป็นต้องกระทำเนื่องจากหากหญิงตั้งครรภ์ต่อไปจะเสี่ยงต่อการได้รับอันตราย ต่อสุขภาพทางกายหรือจิตใจของหญิงนั้น

(2) จำเป็นต้องกระทำเนื่องจากหากทารกคลอดออกมาจะมีความเสี่ยงอย่างมากที่จะได้รับผลกระทบจากความผิดปกติทางกายหรือจิตใจถึงขนาดทุพพลภาพอย่างร้ายแรง

(3) หญิงมีครรภ์เนื่องจากการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศ หรือ

(4) หญิงซึ่งมีอายุครรภ์ไม่เกินสิบสองสัปดาห์ยืนยันที่จะยุติการตั้งครรภ์ ผู้กระทำไม่มีความผิด”

จะเห็นได้ว่าการแก้ไขบทบัญญัติดังกล่าวได้มีการปรับลดโทษของการทำแท้งลงจากเดิมจำคุกไม่เกิน 3 ปี ปรับไม่เกิน 60,000 บาท หรือทั้งจำทั้งปรับ เป็นจำคุกไม่เกิน 6 เดือน ปรับไม่เกิน 10,000 บาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

และในวันที่ 9 กันยายน 2563 กลุ่มทำทางและเครือข่ายสนับสนุนทางเลือกของผู้หญิงที่ท้องไม่พร้อมเข้ายื่นหนังสือเปิดผนึกไปยังคณะกรรมการกฤษฎีกา เพื่อขอให้พิจารณาเรื่องการยกเลิกมาตรา 301 ซึ่งกำหนดให้การทำแท้งมีความผิด รวมทั้งให้ชี้แจงกรณีกระบวนการรับฟังความคิดเห็นต่อร่างกฎหมายดังกล่าว ร่างพระราชบัญญัติฯดังกล่าวอยู่ในระหว่างรวบรวมข้อมูลเพื่อดำเนินการในขั้นตอนต่อไป

ต่อมาในวันที่ 17 พฤศจิกายน 2563 คณะรัฐมนตรีมีมติเห็นชอบร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ ..) พ.ศ. (ความผิดฐานทำแท้ง) ตามที่สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาเสนอ และให้ส่งคณะกรรมการประสานงานสภาผู้แทนราษฎรพิจารณา ก่อนเสนอสภาผู้แทนราษฎรต่อไป โดยมีการแก้ไขมาตรา 301 และ มาตรา 305 ประมวลกฎหมายอาญา ดังนี้

1) ให้ยกเลิกความในมาตรา 301 แห่งประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 26) พ.ศ. 2560 และให้ใช้ความต่อไปนี้แทน

¹⁶ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ฝ่ายเลขานุการคณะกรรมการพิจารณาปรับปรุงประมวลกฎหมายอาญา, “การรับฟังความคิดเห็น ร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่...) พ.ศ....(แก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติความผิดฐานทำแท้ง),” 2563, <https://www.krisdika.go.th/>, สืบค้นเมื่อ 20 กันยายน 2563.

“มาตรา 301 หญิงใดทำให้ตนเองแท้งลูก หรือยอมให้ผู้อื่นทำให้ตนแท้งลูกขณะมีอายุครรภ์เกินสิบสองสัปดาห์ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหกเดือน หรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

2) ให้ยกเลิกความในมาตรา 305 แห่งประมวลกฎหมายอาญา และให้ใช้ความต่อไปนี้แทน

“มาตรา 305 ถ้าการกระทำความผิดตามมาตรา 301 หรือมาตรา 302 เป็นการกระทำของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมและตามหลักเกณฑ์ของแพทยสภา ในกรณีดังต่อไปนี้ ผู้กระทำไม่มีความผิด

(1) จำเป็นต้องกระทำเนื่องจากหากหญิงตั้งครรภ์ต่อไปจะเสี่ยงต่อการได้รับอันตรายต่อสุขภาพทางกายหรือจิตใจของหญิงนั้น

(2) จำเป็นต้องกระทำเนื่องจากหากทารกคลอดออกมาจะมีความเสี่ยงอย่างมากที่จะได้รับผลกระทบจากความผิดปกติทางกายหรือจิตใจถึงขนาดทุพพลภาพอย่างร้ายแรง

(3) หญิงมีครรภ์เนื่องจากการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศ

(4) หญิงซึ่งมีอายุครรภ์ไม่เกินสิบสองสัปดาห์ยืนยันที่จะยุติการตั้งครรภ์”

กำหนดอายุครรภ์สำหรับความผิดฐานหญิงทำให้ตนเองแท้งลูกหรือยอมให้ผู้อื่นทำให้ตนแท้งลูก เพื่อคุ้มครองสิทธิของทารกในครรภ์และสิทธิของหญิงตั้งครรภ์ให้เกิดความสมดุลกัน ตามคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 4/2563 ลงวันที่ 19 กุมภาพันธ์ 2563 และเพิ่มเติมเหตุยกเว้นความผิดฐานทำให้แท้งลูก ให้ครอบคลุมกรณีต่าง ๆ ที่จำเป็นและสมควรต้องทำแท้งหรือยุติการตั้งครรภ์ให้กับหญิง และกำหนดให้ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมต้องทำตามหลักเกณฑ์ของแพทยสภาเพื่อความปลอดภัยของหญิงตั้งครรภ์¹⁷

4. กรณีการใช้สิทธิประกันสังคมภายหลังแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 301

นอกจากการแก้ไขประมวลกฎหมายอาญามาตรา 301 แล้วนั้นยังมีข้อกังวลถึงสิทธิการรักษาพยาบาลในส่วนของการใช้สิทธิประกันสังคมซึ่งกำหนดหลักเกณฑ์ในการเบิกจ่ายที่เกี่ยวข้องกับการตั้งครรภ์ทั้งสิ้น 3 กรณี ดังนี้

1) กรณีการลาคลอด ผู้ประกันตนสามารถเบิกค่าใช้จ่ายสำหรับการฝากครรภ์ และการคลอดบุตร นอกจากนี้สำนักงานประกันสังคมยังจ่ายค่าจ้างชดเชยในกรณีหยุดงานเพื่อลาคลอดอีกด้วย โดยทางประกันสังคมจะจ่ายค่าชดเชยในอัตรา 50% ของค่าจ้างเฉลี่ยเป็นระยะเวลา 90 วัน และสิทธิการลาคลอดนี้สามารถใช้ได้เฉพาะฝ่ายหญิงเท่านั้น มีเงื่อนไขเพิ่มเติมดังนี้

¹⁷ ทำเนียบรัฐบาล, “สรุปข่าวการประชุมคณะรัฐมนตรี 2563,”

<https://www.thaigov.go.th/news/contents/details/36885>, สืบค้นเมื่อ 3 ธันวาคม 2563.

(1) จ่ายค่าชดเชยให้ไม่เกินฐานเงินเดือน 15,000 บาท หากเงินเดือนของผู้ประกันตนมากกว่ากำหนด จะคิดในอัตราเงินเดือน 15,000 บาท

(2) การใช้สิทธิประกันสังคมนี้จะสามารถใช้ได้เฉพาะบุตรคนที่ 1 และคนที่ 2 เท่านั้น

(3) ระยะเวลาการจ่ายเงินชดเชยจะให้ทั้งหมด 90 วัน หรือ 3 เดือน นับรวมวันหยุดราชการ หากผู้ประกันตนลาไม่ครบ 90 วันทางประกันสังคมจะยังจ่ายเงินค่าชดเชยให้เช่นเดิม

2) กรณีชดเชยกรณีแท้งบุตร ผู้ประกันตนสามารถเบิกค่าใช้จ่ายในการคลอดบุตรประกันสังคมได้ตามปกติ เนื่องจากถือว่าได้คลอดบุตรแล้วไม่ว่าเด็กจะมีชีวิตอยู่หรือไม่ก็ตาม โดยมีเงื่อนไขดังนี้

(1) เป็นผู้ประกันตนมาตรา 33 และ 39 (ไม่รวมผู้ประกันตนมาตรา 40)

(2) ต้องจ่ายเงินค่าประกันสังคมแล้วไม่น้อยกว่า 5 เดือน ภายในระยะเวลา 15 เดือนก่อนแท้งบุตร

(3) จะต้องมิอายุครรภ์ไม่น้อยกว่า 28 สัปดาห์ หรือ 7 เดือนขึ้นไป¹⁸

3) กรณีการยุติการตั้งครรภ์สามารถยุติการตั้งครรภ์ได้ตามกฎหมาย โดยโรงพยาบาลในระบบประกันสังคมต้องคุ้มครองตามสิทธิประโยชน์ตามเงื่อนไขของประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 305 และตามข้อบังคับแพทยสภา ที่กล่าวถึงเงื่อนไขในการยุติการตั้งครรภ์ที่สามารถเบิกค่าใช้จ่ายตามสิทธิกับสำนักงานประกันสังคมได้ ดังนี้

(1) เป็นกรณีที่จำเป็นต้องกระทำเนื่องจากปัญหาสุขภาพทางกายของหญิงตั้งครรภ์หรือ

(2) เป็นกรณีที่จำเป็นต้องกระทำเนื่องจากปัญหาสุขภาพทางจิตของหญิงตั้งครรภ์ ซึ่งจะต้องได้รับการรับรอง หรือเห็นชอบจากผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมที่มีใช้ผู้กระทำการยุติการตั้งครรภ์อย่างน้อยหนึ่งคน

ในกรณีที่หญิงนั้นมีความเครียดอย่างรุนแรง เนื่องจากพบว่าทารกในครรภ์มีหรือมีความเสี่ยงสูงที่จะมีความพิการอย่างรุนแรง หรือเป็นหรือมีความเสี่ยงสูงที่จะเป็นโรคพันธุกรรมอย่างรุนแรง เมื่อหญิงนั้นได้รับการตรวจวินิจฉัยและการปรึกษาแนะนำทางพันธุศาสตร์ (Genetic counseling) และมีการลงนามรับรองในเรื่องดังกล่าวข้างต้นโดยผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมที่มีใช้ผู้กระทำการยุติการตั้งครรภ์อย่างน้อยหนึ่งคน ให้ถือว่าหญิงตั้งครรภ์นั้นมีปัญหาสุขภาพจิตตาม (2)

ทั้งนี้ต้องมีข้อบ่งชี้ทางการแพทย์ที่ชัดเจนว่าหญิงนั้นมีปัญหาสุขภาพทางกายหรือทางจิต และต้องมีการบันทึกการตรวจและวินิจฉัยโรคไว้ในเวชระเบียนเพื่อเป็นหลักฐาน¹⁹

¹⁸ สำนักงานประกันสังคม, www.sso.go.th, สืบค้นเมื่อ 19 กันยายน 2563.

¹⁹ ข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับการยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ตามมาตรา 305 แห่งประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2548 ข้อ 5.

กล่าวคือในการจะขอยุติการตั้งครุฑได้นั้นจะต้องมีแพทย์ลงความเห็นว่ายุงตั้งครุฑนั้นประสบปัญหาสุขภาพทางกาย(สอดคล้องกับประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 305 ที่มุ่งจะคุ้มครองสุขภาพกายของหญิงตั้งครุฑ)หรือปัญหาสุขภาพทางจิต และหากพบว่าทารกในครรภ์มีหรือมีความเสี่ยงสูงที่จะมีความพิการอย่างรุนแรง หรือเป็นหรือมีความเสี่ยงสูงที่จะเป็นโรคพันธุกรรมอย่างรุนแรง (ซึ่งเป็นแนวปฏิบัติเพิ่มเติมของแพทย์ตามข้อบังคับแพทย์สภาว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับการยุติการตั้งครุฑทางการแพทย์ตามมาตรา 305 แห่งประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2548) แม้ในกรณีนี้จะเปิดช่องมากขึ้นแต่ก็ไม่ครอบคลุมถึงสิทธิที่หญิงตัดสินใจยุติการตั้งครุฑตามเงื่อนไขที่ถูกกำหนดขึ้นใหม่ซึ่งในภายหน้าทางสำนักงานประกันสังคมอาจมีการปรับหลักเกณฑ์การเบิกจ่ายในการใช้สิทธิของผู้ประกันตนที่ประสงค์จะยุติการตั้งครุฑให้สอดคล้องกับ “สิทธิ” ที่กฎหมายกำหนดที่จะมีการใช้บังคับในอนาคตเพื่อให้สอดคล้องกับการปรับหลักเกณฑ์ในมาตรา 301 แห่งประมวลกฎหมายอาญา

5. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

5.1 บทสรุป

การที่ศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยกรณีเรื่องการทำแท้งตามประมวลกฎหมายอาญาใน 3 ประเด็น กล่าวคือ

ประเด็นที่ 1) กรณีประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 301 ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 27 (เรื่องความเสมอภาค)และ มาตรา 28 (สิทธิเสรีภาพในชีวิตร่างกาย) หรือไม่

ประเด็นที่ 2) กรณีประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 305 ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 27 มาตรา 28 และมาตรา 77 (หลักรัฐพึงจัดให้มีกฎหมายเพียงเท่าที่จำเป็น และยกเลิกหรือปรับปรุงกฎหมายที่หมดความจำเป็น)หรือไม่

ประเด็นที่ 3) ไม่ว่ากรณีที่ขัดหรือไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ หรือไม่ก็ตาม สมควรมีมาตรการปรับปรุงกฎหมายหรือไม่ อย่างไร

ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญได้คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 4/2563 ลงวันที่ 19 กุมภาพันธ์ 2563 ดังนี้

ประเด็นที่ 1) ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 301 ที่บัญญัติว่า “หญิงใดทำให้ตนเองแท้งลูก หรือยอมให้ผู้อื่นทำให้ตนเองแท้งลูกต้องระวางโทษจำคุก ไม่เกิน 3 ปี ปรับไม่เกิน 60,000 บาท หรือทั้งจำทั้งปรับ” นั้น ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญมาตรา 28 แต่ไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญมาตรา 27 โดยกำหนดค่าบังคับให้คำวินิจฉัยของศาลในส่วนที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนี้มีผลเมื่อพ้นสามร้อยหกสิบวันนับแต่วันที่ศาลมีคำวินิจฉัย

ประเด็นที่ 2) ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 305 ที่บัญญัติว่า “ถ้าการกระทำความผิดดังกล่าวในมาตรา 301 และ 302 เป็นการกระทำของแพทย์

และ (1) จำเป็นต้องกระทำเนื่องจากสุขภาพของหญิงนั้น (2) หญิงมีครรภ์เนื่องจากการกระทำความผิดอาญาตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 276, 277, 282, 283 หรือมาตรา 284 ผู้กระทำไม่มีความผิด” ไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญมาตรา 27, 28 และมาตรา 77 และประเด็นที่ 3) สมควรให้หน่วยงานที่เกี่ยวข้องดำเนินการปรับปรุงประมวลกฎหมายอาญาและกฎหมายที่เกี่ยวข้องเรื่องการทำแท้งเพื่อให้สอดคล้องกับสภาพการณ์ในปัจจุบัน

ในกรณีดังกล่าวศาลรัฐธรรมนูญได้กำหนดคำบังคับสามร้อยหกสิบวันนั้นจะมีผลทำให้บทบัญญัติมาตรา 301 แห่งประมวลกฎหมายอาญามีผลเป็นอันบังคับต่อไปมิได้ซึ่งหากไม่ดำเนินการแก้ไขปรับปรุงมาตรา 301 ตามระยะเวลาคำบังคับสามร้อยหกสิบวันนั้นจะมีผลทำให้บทบัญญัติมาตรา 301 แห่งประมวลกฎหมายอาญามีผลเป็นอันบังคับต่อไปมิได้ จะเห็นว่าการที่ศาลรัฐธรรมนูญกำหนดคำบังคับให้คำวินิจฉัยของศาลในส่วนที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนี้มีผลเมื่อพ้นสามร้อยหกสิบวันนับแต่วันที่ศาลมีคำวินิจฉัย และให้หน่วยงานที่เกี่ยวข้องดำเนินการปรับปรุงประมวลกฎหมายอาญาและกฎหมายที่เกี่ยวข้องเรื่องการทำแท้งเพื่อให้สอดคล้องกับสภาพการณ์ในปัจจุบันนั้นมีผลผูกพันถึงการออกกฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญาซึ่งผูกพันรัฐสภา คณะรัฐมนตรี องค์การอิสระและหน่วยงานของรัฐตามมาตรา 211 วรรค 4 รัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561

ในการปรับปรุงประมวลกฎหมายอาญานั้นคณะรัฐมนตรีได้มีมติเมื่อวันที่ 3 มีนาคม 2563 มอบหมายให้กระทรวงสาธารณสุข กระทรวงการพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์ กระทรวงยุติธรรม สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา และหน่วยงานที่เกี่ยวข้องเป็นคณะกรรมการพิจารณาปรับปรุงประมวลกฎหมายอาญาซึ่งมีหน้าที่และอำนาจในการพิจารณาปรับปรุงแก้ไขประมวลกฎหมายอาญาตามมติคณะรัฐมนตรี และได้มีการเชิญผู้แทนจากหน่วยงานภาครัฐและภาคประชาสังคม รวมทั้งผู้เชี่ยวชาญทางการแพทย์และกฎหมายอาญาเข้าร่วมประชุมรับฟังความคิดเห็นประกอบการยกร่างพระราชบัญญัติจำนวน 3 ครั้ง ได้แก่ วันที่ 18 มีนาคม 2563 วันที่ 17 มิถุนายน 2563 และวันที่ 5 สิงหาคม 2563 คณะกรรมการกฤษฎีกาได้ทำการแก้ไขร่างพระราชบัญญัติ โดยมีสาระสำคัญคือ การเปลี่ยนแปลงองค์ประกอบความผิดทางอาญาของความผิดฐานทำแท้งโดยหญิงมีครรภ์ยินยอม ทั้งที่หญิงทำแท้งตนเองหรือยอมให้ผู้อื่นทำแท้งในขณะที่ยังครรภ์ไม่เกินสิบสองสัปดาห์ การกระทำของหญิงดังกล่าวไม่เป็นความผิดและให้แพทย์ที่ให้บริการทำแท้งแก่หญิงดังกล่าวได้รับความคุ้มครองจากความรับผิดทางอาญาด้วย นอกจากนี้ร่างพระราชบัญญัตินี้ยังขยายเหตุที่อนุญาตให้ทำแท้งได้โดยชอบด้วยกฎหมายให้ครอบคลุมถึงทารกในครรภ์มีความพิการอย่างร้ายแรงด้วยและเปิดรับฟังความคิดเห็นจากประชาชนแล้วในระหว่างวันที่ 13 - 28 สิงหาคม 2563 จากร่างพระราชบัญญัติการแก้ไขบทบัญญัติดังกล่าวได้มีการปรับลดโทษของการทำแท้งลงจากเดิมจำคุกไม่เกิน 3 ปี ปรับไม่เกิน 60,000 บาท หรือทั้งจำทั้งปรับเป็นจำคุกไม่เกิน 6 เดือน ปรับไม่เกิน 10,000 บาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

และในวันที่ 9 กันยายน 2563 กลุ่มทำทางและเครือข่ายสนับสนุนทางเลือกของผู้หญิงที่ท้องไม่พร้อมเข้ายื่นหนังสือเปิดผนึกไปยังคณะกรรมการกฤษฎีกา เพื่อขอให้พิจารณาเรื่องการยกเลิกมาตรา 301 ซึ่งกำหนดให้การทำแท้งมีความผิด รวมทั้งให้ชี้แจงกรณีกระบวนการรับฟังความคิดเห็นต่อร่างกฎหมายดังกล่าว ร่างพระราชบัญญัติฯ ดังกล่าวอยู่ในระหว่างรวบรวมข้อมูลเพื่อดำเนินการในขั้นตอนต่อไป และควรรับฟังเครือข่ายที่ทำงานด้านการยุติการตั้งครรภ์ถึงปัญหาในสภาพสังคมที่เกิดขึ้นจริงเพราะในความเป็นจริงสาเหตุของการทำแท้งที่นอกจากความคิดเรื่องผิดบาป เรื่องการรักสนุก สาเหตุการทำแท้งยังหมายถึงค่าใช้จ่าย ความพร้อมทางฐานะ เศรษฐกิจของครอบครัวและในความเป็นจริงผู้หญิงที่ประสงค์จะยุติการตั้งครรภ์ไม่ได้มีเพียงแค่กลุ่มวัยรุ่นยังมีกลุ่มวัยกลางคนช่วงวัย 40-50 ปี ก่อนหมดประจำเดือนที่ไม่ได้คุมกำเนิดเนื่องจากคิดว่าตนใกล้หมดประจำเดือน และยังมีเหตุผลต่างๆ ที่มีความจำเป็นกับหญิงตั้งครรภ์ที่ประสงค์จะยุติการตั้งครรภ์

อีกทั้งเมื่อมีการปรับแก้ไขประมวลกฎหมายอาญาในมาตรา 301 และมาตรา 305 แล้วหน่วยงานที่เกี่ยวข้องตัวอย่างเช่นประกันสังคมควรปรับหลักเกณฑ์การเบิกจ่ายสิทธิการรักษาของผู้ประกันตนให้สอดคล้องกับสถานการณ์ที่เปลี่ยนไปตามสิทธิการรักษาพยาบาลที่พึงได้รับ

5.2 ข้อเสนอแนะ

5.2.1 ในการเปิดรับฟังความคิดเห็นจากประชาชนไปแล้วในระหว่างวันที่ 13 - 28 สิงหาคม 2563 โดยในร่างฯดังกล่าวมีการแก้ไขมาตรา 301 และมาตรา 305 ที่มีผลกระทบต่อประชาชนควรมีการประชาสัมพันธ์ให้แก่ประชาชนเพื่อให้ทราบถึงแนวทางที่ชัดเจนและควรขยายช่วงเวลาในการรับฟังความคิดเห็นดังกล่าว หรือ จัดการรับฟังสัญญาณตามพื้นที่ตามภูมิภาคต่างๆ เพื่อให้เป็นการรับฟังที่มีส่วนร่วมอย่างแท้จริง

5.2.2 ร่างพระราชบัญญัติฯ ในส่วนที่แก้ไขมาตรา 301 ซึ่งมีการกำหนดอายุครรภ์ที่สามารถยุติการตั้งครรภ์ได้นั้นต้องไม่เกิน 12 สัปดาห์ และมีการปรับลดโทษในกรณีที่มีความผิด ยังคงมีข้อถกเถียงกันในส่วนที่กำหนดอายุครรภ์ในการทำแท้ง ซึ่งในร่างพระราชบัญญัตินี้ ระบุว่า “การกำหนดในการทำแท้งโดยหญิงที่มีอายุครรภ์เกินกว่า 12 สัปดาห์ยังเป็นความผิดอยู่นั้น เพื่อคุ้มครองคุณธรรมทางกฎหมายเกี่ยวกับชีวิตของทารกในครรภ์ รวมทั้งคำนึงถึงความปลอดภัยต่อหญิงมีครรภ์ ซึ่งมีความเสี่ยงได้รับอันตรายแก่ชีวิตหรือร่างกายจากการทำแท้งในอายุครรภ์ที่เกินกว่า 12 สัปดาห์ นอกจากนี้ การกำหนดให้การกระทำดังกล่าวยังเป็นความผิดต่อไปเพื่อเป็นการป้องปรามมิให้มีการทำแท้งโดยเสรีไร้ขอบเขตอันจะกระทบกระเทือนต่อความสงบเรียบร้อยของบ้านเมืองและศีลธรรมอันดีของสังคมอย่างร้ายแรง” ควรมีการจัดให้มีการรับฟังและถกเถียงในประเด็นระยะเวลาในการยุติการตั้งครรภ์เพื่อให้ได้ช่วงเวลาที่เหมาะสมในการยุติการตั้งครรภ์

บรรณานุกรม

- กลุ่มทำทาง. <https://tamtang.wordpress.com/aboutme>,
สืบค้นเมื่อ 22 กันยายน 2563.
- ข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับการยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์
ตามมาตรา 305 แห่งประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2548 ข้อ 5.
- คณิต ณ นคร. “ทัศนของนักกฎหมายเกี่ยวกับการทำแท้ง” วารสารอัยการ, 1, ฉ.10
(2521), 46.
- เครือข่ายแพทยอาสา RSA (ReferralSystemforSafeAbortion).
<https://www.rsathai.org/contents/83>, สืบค้นเมื่อ 22 กันยายน 2563.
- เครือข่ายสนับสนุนทางเลือกของผู้หญิงท้องไม่พร้อม. <https://choicesforum.org>,
สืบค้นเมื่อ 22 กันยายน 2563.
- ทำเนียบรัฐบาล. “สรุปข่าวการประชุมคณะรัฐมนตรี 2563.”
<https://www.thaigov.go.th/news/contents/details/36885>,
สืบค้นวันที่ 3 ธันวาคม 2563.
- พิศवास สุคนธพันธุ์. ข้อกฎหมายไทยว่าด้วยความผิดฐานทำให้แท้งลูก.
พระนคร: โพสต์พับลิชชิงเพรส, 2524.
- สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ฝ่ายเลขานุการคณะกรรมการพิจารณาปรับปรุงประมวล
กฎหมายอาญา, “การรับฟังความคิดเห็น ร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติม
ประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่...) พ.ศ..... (แก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติความผิดฐาน
ทำแท้ง).” 2563. <https://www.krisdika.go.th>, สืบค้นเมื่อ 20 กันยายน 2563.
- อานนท์ มาเฒ่า. “ข้อสังเกตเกี่ยวกับคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 4/2563 คดีประมวล.
กฎหมายอาญาเรื่องทำแท้ง.”
<https://www.facebook.com/TULawLibrary/posts/2646904318751222>,
สืบค้นเมื่อ 20 กันยายน 2563.

