บทที่ 3

สิทธิของทารกในครรภ์มารดาตามกฎหมายไทย

1. จุดเริ่มต้นการคุ้มครองสิทธิของทารกในครรภ์มารดา ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

1.1 การคลอดและอยู่รอดเป็นทารก

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 15 บัญญัติว่า “สภาพบุคคลย่อมเริ่มเมื่อคลอด แล้วอยู่รอดเป็นทารกและสิ้นสุดลงเมื่อตาย

ทารกในครรภ์มารดาก็สามารถมีสิทธิต่างๆ ได้หากภายหลังเกิดมารอดอยู่”

สภาพบุคคล (personality) คือภาวะหรือความสามารถ (capacity) ในการเป็นผู้ทรงสิทธิตามกฎหมาย คือสามารถเป็นเจ้าของทรัพย์ เป็นเจ้าหนี้ มีครอบครัว รวมทั้งมีหน้าที่ในกรณีเหล่านั้นควบคู่กันไป[1]

การเริ่มสภาพบุคคลต้องประกอบด้วยหลักเกณฑ์ 2 ประการ คือ

(1) การคลอด

(2) การอยู่รอดเป็นทารก

คำว่าคลอด กฎหมายมิได้ให้คำนิยามไว้แต่พิจารณาจากตัวบทภาษาอังกฤษใช้คำว่า “Personality beginning with the full completion of birth” ซึ่งแปลเป็นไทยได้ว่า สภาพบุคคลเริ่มเมื่อการคลอดสำเร็จบริบูรณ์เรียบร้อยแล้ว กล่าวคือ ต้องคลอดออกจากครรภ์มารดาหมดทั้งตัว แต่ไม่ถึงกับต้องตัดสายรกเสียก่อนเพราะเป็นเพียงขั้นตอนแยกตัวทารกออกจากอวัยวะที่ไม่จำเป็นต้องใช้อีกต่อไป

การจะมีสภาพบุคคลตามกฎหมายนั้น เด็กที่คลอดออกมาจะต้องอยู่รอดเป็นทารกด้วย กล่าวคือ ต้องคลอดมีชีวิตนั่นเอง การคลอดมีชีวิตนั้นถือหลักเกณฑ์ทางการแพทย์เป็นสำคัญ

---

[1] จิตติ ติงศภัทิย์, กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยบุคคล,พิมพ์ครั้งที่ 6, (กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2530), น. 5.

โดยองค์การอนามัยโลกได้จำกัดความของทารกที่คลอดมีชีวิตไว้ดังต่อไปนี้ “การคลอดมีชีวิตคือการที่ผลิตผลของการปฏิสนธิถูกขับออกมาจากมารดาหมดทั้งตัว โดยไม่คำนึงถึงระยะเวลาการตั้งครรภ์ และเมื่อทารกนั้นคลอดออกมาจากมารดาแล้วมีการหายใจหรือแสดงหลักฐานของการมีชีวิตเป็นต้นว่าหัวใจเต้น สายสะดือเต้น มีการเคลื่อนไหวชัดเจนของกล้ามเนื้อที่อยู่ในอำนาจของจิตใจโดยไม่คำนึงถึงว่ามีการตัดสายสะดือแล้วหรือยัง หรือรกยังติดอยู่กับมารดาหรือไม่ การคลอดเช่นนี้ถือเป็นการคลอดมีชีวิต”

ดังนั้นถ้าทารกคลอดออกมาหมดทั้งตัวและภายหลังการคลอดออกมาหมดทั้งตัวนั้นมีสัญญาณชีวิต (sign of separate existence) ก็ถือว่าคลอดมีชีวิต เป็นบุคคลเพราะคลอดและอยู่รอดดังกล่าวแล้ว ทารกนั้นจะสามารถมีชีวิตอยู่ต่อไปนานเท่าใดหรือไม่ ไม่สำคัญ แม้ทารกที่เกิดมามีกระโหลกศีรษะไม่เต็ม จะมีชีวิตอยู่ได้ไม่กี่ชั่วโมงก็เป็นบุคคล ทารกที่เกิดมามีอวัยวะที่เรียกว่าอาการสามสิบสองไม่ครบบริบูรณ์ ถ้าคลอดออกมามีชีวิตชั่วขณะหนึ่งก็เป็นบุคคล[2] มาตรา 15 ถือการคลอดแล้วเป็นหลักของการเริ่มต้นสภาพบุคคล การอยู่รอดเป็นพฤติการณ์ประกอบการคลอดว่าเป็นบุคคลตลอดไป มิได้ถือเป็นจุดเริ่มต้นของสภาพบุคคล[3] การคลอดมีชีวิตนอกจากจะถือว่าเป็นการเริ่มต้นของสภาพบุคลตามกฎหมายแล้วยังมีผลถึงการพิจารณาสิทธิของทารกในครรภ์มารดาตามมาตรา 15 วรรค 2 อีกด้วย

ส่วนความหมายของทารกในครรภ์มารดาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้นหมายถึง ผลของการปฏิสนธิที่อยู่ในครรภ์มารดา ไม่ว่าจะอยู่ในช่วงใดของการเจริญเติบโต อาจจะเป็นช่วงที่เป็นตัวอ่อน (embryo) หรือช่วงที่เจริญเติบโตเป็นทารกในครรภ์ (fetus) หากอยู่ในครรภ์ก็อยู่ในความหมายของทารกในครรภ์มารดาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ทั้งสิ้น

1.2 ปัญหาของการคลอดและอยู่รอดเป็นทารก

จากที่สภาพบุคคลเริ่มตั้งแต่เมื่อคลอดและอยู่รอดเป็นทารก หากแต่ก็มีบางกรณีที่เป็นปัญหาในการตีความเกี่ยวกับการคลอดและอยู่รอดเป็นทารก ในที่นี้ จะขอยกมาเป็นตัวอย่างสองกรณี ดังนี้

---

[2] *เพิ่งอ้าง*,น. 5-6

[3] จิตติ ติงศภัทิย์, กฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 2, พิมพ์ครั้งที่ 5, (กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2545), น.5.

- ปัญหากรณีทารกที่คลอดออกมาไม่มีสมองจะถือว่าอยู่รอดเป็นทารกหรือไม่

กรณีจะเป็นอย่างไรหากทารกนั้นคลอดออกมาในสภาพไม่มีสมอง(anencephalic infant) จะถือว่าทารกนั้นอยู่รอดเป็นทารกหรือไม่ ทารกประเภทนี้ไม่มีสมองจะถือเป็นการคลอดมีชีวิตหรือไม่ เนื่องจากทารกประเภทนี้เวลาอยู่ในครรภ์จะอาศัยอาหารและออกซิเจนจากมารดาแต่พอคลอดออกมาทารกก็ไม่อาจอยู่ได้ด้วยตัวเอง แม้คลอดออกมาแล้วอาจจะมีชีวิตได้ชั่วขณะหนึ่ง แต่หากเทียบกับกรณีการแพทย์วินิจฉัยว่าสมองตาย ถือว่าตายแล้ว ทารกที่คลอดออกมาไม่มีสมองก็ต้องถือว่าตายเช่นกันเพราะแม้ในกรณีคนที่ถูกวินิจฉัยว่าสมองตายนั้นบุคคลนั้นก็อาจจะมีชีวิตอยู่ได้ชั่วขณะหนึ่งหากถอดเครื่องมือช่วยชีวิตออก แต่ก็อาจมองอีกแง่หนึ่งว่าทารกที่เกิดมาไม่มีสมองแต่มีสัญญาณชีวิตหลังคลอดออกมาถือว่ามีสภาพบุคคลแล้วและระหว่างอยู่ในครรภ์ก็มีสิทธิตามมาตรา 15 วรรค 2 เพราะภายหลังได้คลอดและอยู่รอดเป็นทารก ส่วนการที่ทารกนั้นไม่อาจมีชีวิตต่อไปได้ก็ถือว่าเป็นการที่สภาพบุคคลสิ้นสุดโดยความตายในภายหลัง

การจะถือว่าทารกที่คลอดออกไม่มีสมองนี้อยู่รอดเป็นทารกหรือไม่นั้น จะให้ผลแตกต่างออกไปในเรื่องมรดก เช่นหากบิดาถึงแก่ความตายขณะมารดาตั้งครรภ์แล้วภายหลังทารกคลอดออกมาแต่ไม่มีสมอง หากถือว่าทารกนั้นคลอดและอยู่รอดเป็นทารกแล้วมรดกส่วนหนึ่งจะตกทอดสู่ทารก และเมื่อทารกนั้นตายมรดกที่ตกทอดสู่ทารกจะตกทอดสู่มารดา ในฐานะทายาทโดยธรรมของทารก แต่หากถือว่าทารกนั้นไม่มีการอยู่รอดเป็นทารก มรดกของบิดาจะไม่ตกทอดสู่ทารก มารดาก็จะไม่ได้รับมรดกส่วนที่จะตกทอดสู่ทารกนั้น

สำหรับกรณีนี้ผู้เขียนเห็นว่าทารกที่คลอดออกมาไม่มีสมองน่าจะถือว่าหลังคลอดแล้วหากมีสัญญาณชีวิต ก็ต้องถือว่าอยู่รอดอยู่เป็นทารก แม้ภายหลังทารกนั้นถึงแก่ความตายก็เป็นกรณีการมีสภาพบุคคลและสภาพบุคคลสิ้นสุดโดยความตาย ไม่ใช่ถือว่าไม่มีการรอดอยู่เป็นทารกจนไม่มีสภาพบุคคลเกิดขึ้นเสียเลย เหมือนกับทารกที่คลอดออกมาและมีชีวิตรอดอยู่แม้เพียงชั่วขณะในกรณีอื่นๆ ที่ถือว่ามีสภาพบุคคลแล้ว เพราะแม้กรณีสมองตายนั้นยังต้องอาศัยการวินิจฉัยของแพทย์ตามประกาศแพทยสภา ไม่ใช่ว่าพอสมองตายแล้วจะถือว่าบุคคลนั้นถึงแก่ความตายได้ทันที อีกประการหนึ่งทารกที่ไม่มีสมองนี้ส่วนใหญ่แล้วยังมีส่วนของก้านสมองอยู่ (brain stem) ซึ่งก้านสมองนี้ทำหน้าที่ร่วมกับประสาทกระดูกสันหลัง (spinal chord) ในการควบคุมระบบประสาทอัตโนมัติ เช่น การเต้นของหัวใจ ในกรณีสมองตายที่แพทย์จะวินิจฉัยว่าถึงแก่ความตายต้องเป็นกรณีที่ก้านสมองตาย ดังนั้นหากทารกนั้นยังมีก้านสมองที่ทำงานได้อยู่ก็ยังถือไม่ได้ว่าถึงแก่ความตายเพราะสมองตาย

- สภาพบุคคลของฝาแฝด

ปัญหาอีกกรณีหนึ่งก็คือกรณีสภาพบุคคลของฝาแฝด หากคลอดออกมาเป็นแฝดตัวติดกันสภาพร่างกายโดยส่วนใหญ่สมบูรณ์ เพียงแต่ใช้อวัยวะส่วนหนึ่งร่วมกันเช่น ใช้หัวใจร่วมกัน ใช้แขนหรือขาข้างใดข้างหนึ่งร่วมกันเช่นนี้ย่อมถือว่าเป็นบุคคลสองคนอย่างชัดเจน แต่หากคลอดออกมามีหัวเดียวแต่มีอวัยวะในร่างกายบางส่วนเป็นสองชุด หรือมีร่างกายเดียวแต่มี 2 ศีรษะ ซึ่งลักษณะเช่นนี้เรียกว่าแฝดพาราไซท์ (parasitic twins) แฝดในลักษณะเช่นนี้จะถือว่าเป็นบุคคลคนเดียวหรือสองคน ซึ่งจะขอวิเคราะห์ตามลักษณะของแฝดพาราไซท์แต่ละแบบ ดังนี้

(1) **Epigastric parasites** เป็นแฝดพาราไซท์ที่มีร่างกายเฉพาะส่วนล่างที่ต่ำกว่าท้องลงไป จะปรากฏในรูปของคนที่มีสามขาหรือสี่ขา แฝดประเภทนี้ไม่มีสมองเป็นของตัวเอง การควบคุมการเคลื่อนไหวอยู่ที่ร่างที่เป็นตัวหลัก (host)

(2) **Dipygus** แฝดประเภทนี้จะมีแขนหรือขาที่พัฒนาไม่สมบูรณ์ติดกับช่วงเชิงกรานหรือกระดูกสันหลังตอนล่างและไม่สามารถขยับได้

(3) **Fetus in fetu** เป็นแฝดในลักษณะที่มีทารกอีกคนอยู่ในช่องท้องของแฝดผู้ซึ่งเจริญเต็มที่ แฝดพาราไซท์อีกประเภทหนึ่งเรียกว่า dermoid cyst แฝดประเภทนี้จะใหญ่ขึ้น มีผิวหนังที่มีขนผมและน้ำมัน อาจมีเศษกระดูกและเศษฟันปนอยู่ด้วย บางทีมีหน้าและลิ้น

(4) **Craniopagus parasites** แฝดประเภทนี้มีส่วนศีรษะที่สมบูรณ์แต่ไม่มีตัว กรณีที่เกิดขึ้นและโด่งดังคือ Two-Headed Boy of Bengal เขามีศีรษะที่พัฒนาสมบูรณ์ติดอยู่ด้านบนศีรษะของเขา แต่ศีรษะที่เป็นแฝดนั้นไม่มีลำตัว เวลาที่เด็กแสดงอารมณ์ทางสีหน้าศีรษะที่สองก็ขยับตาม เวลาที่ป้อนอาหารเด็ก ศีรษะที่สองก็มีอาการน้ำลายสอ เขาถึงแก่ความตายเมื่ออายุได้ 4 ปี เมื่อผ่าศพพบชิ้นส่วนของกระดูกหัวใจและปอดอันเล็กๆที่ยังไม่พัฒนา

เมื่อพิจารณาลักษณะของแฝดพาราไซท์ทั้งสี่แบบ จะพบว่าแบบที่ 1 และ 2 ไม่มีสมองและหัวใจเป็นของตัวเอง แขนขาส่วนที่ติดอยู่กับร่างกายของแฝดที่เจริญเต็มที่น่าจะถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของร่างกายของแฝดที่เจริญเต็มที่ ส่วนแบบที่ 3 นั้นไม่ถือว่ามีการอยู่รอดเป็นทารก ส่วนแบบที่ 4 แม้จะมีสมองสมบูรณ์ แต่ก็ไม่มีร่างกายที่จะดำรงค์อยู่ได้ต้องอาศัยอาหารและออกซิเจนที่ส่งมาจากแฝดที่เจริญเต็มที่ จึงไม่มีการอยู่รอดเป็นทารกเช่นกัน ส่วนที่ติดอยู่จึงเป็นเพียงส่วนหนึ่งของร่างกายของแฝดที่เจริญสมบูรณ์

2. ความหมายของสิทธิและประเภทของสิทธิของทารกในครรภ์มารดาที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายไทยในปัจจุบัน

สิทธิของทารกในครรภ์มารดาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 15 วรรค 2 ของไทยมาจากหลักกฎหมายทั่วไปตามสุภาษิตลาตินที่ว่า “nasiturus pro jam nato habetur” แปลได้ว่า ทารกที่จะเกิดให้ถือเสมือนหนึ่งเกิดแล้ว หรือ “infans conceptus pronato habetur quoties de commodes ejus habetur” ซึ่งแปลว่า ทารกปฏิสนธิให้ถือว่าเกิดแล้วทุกครั้งที่มีเรื่องเกี่ยวกับประโยชน์ของทารกนั้นเกิดขึ้น[4]

มาตรา 15 วรรค 2 นี้เป็นการรับรู้สิทธิของทารกในครรภ์มารดาซึ่งเพียงแต่ปฏิสนธิในครรภ์มารดา แม้ยังไม่คลอดก็ได้รับการปฏิบัติหรือถือเสมือนหนึ่งคลอดแล้วในกรณีที่เกี่ยวด้วยประโยชน์ของทารกนั้น โดยกฎหมายไม่มีความประสงค์จะให้เหตุแห่งการที่ยังมิได้เกิดเข้ามาขัดขวางต่อประโยชน์ของเด็กที่จะเกิดมามีชีวิตในภายหลัง อย่างไรก็ดี การที่ทารกในครรภ์มารดาจะได้รับการปฏิบัติเสมือนหนึ่งเกิดแล้วอยู่ในเงื่อนไขที่ว่าต้องเกิดมามีชีวิตรอด เป็นเงื่อนไขอย่างเดียวกับทารกที่คลอดแล้วจะมีสภาพบุคคลได้[5]

สิทธิของทารกในครรภ์มารดาตามมาตรา 15 วรรค 2 นี้เป็นสิทธิที่เป็นการทั่วไปไม่ได้จำกัดว่าเป็นเรื่องใด ถ้าโดยสภาพอาจตกเป็นประโยชน์แก่ทารกได้ กฎหมายก็ยอมให้ทารกได้สิทธินั้น[6] ส่วนที่ว่าสิทธิคืออะไร ศาลฎีกาได้วินิจฉัยไว้เป็นบรรทัดฐานแล้วในคำพิพากษาฎีกาที่ 124/2487 ว่าสิทธิ คือ “ประโยชน์อันบุคคลมีอยู่ แต่ประโยชน์นั้นเป็นสิทธิหรือไม่ก็แล้วแต่บุคคลอื่นมีหน้าที่ต้องเคารพหรือไม่ ถ้าบุคคลอื่นมีหน้าที่ต้องเคารพประโยชน์นั้นก็เป็นสิทธิ กล่าวคือ ได้รับการรับรองและคุ้มครองตามกฎหมาย” ฉะนั้นประโยชน์ใดที่ได้รับการรับรองและคุ้มครองตามกฎหมายประโยชน์นั้นก็เป็นสิทธิทั้งสิ้น เช่น สิทธิในชีวิต สิทธิในร่างกาย สิทธิในทรัพย์สิน สิทธิในครอบครัว เป็นต้น[7] อย่างไรก็ตามในปัจจุบันได้มีการรับรองสิทธิเสรีภาพให้กว้างขวางขึ้น

---

[4] สมทบ สุวรรณสุทธิ, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยบุคคล, (พระนคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์และการเมือง, 2513) น.6.

[5] *เพิ่งอ้าง*, น. 7.

[6] จิตติ ติงศภัทิย์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1*, น. 8.

[7] พรชัย สุนทรพันธุ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยบุคคล, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2515) น. 11.

ความหมายของคำว่าสิทธินั้นจึงกว้างออกไปกว่าที่ศาลฎีกาเคยกล่าวเอาไว้ในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 124/2487 โดยอาจมีความหมายครอบคลุมไปถึงเสรีภาพและสิทธิของความเป็นมนุษย์ด้วย

ตามแนวความคิดในเรื่อง สิทธิตามธรรมชาติ (natural right) มีว่ามนุษย์ทั้งหลายเกิดมาเท่าเทียมกัน มนุษย์มีสิทธิบางประการที่ติดตัวมนุษย์มาตั้งแต่เกิดจนกระทั่งถึงแก่ความตาย สิทธิดังกล่าวได้แก่สิทธิในชีวิต เสรีภาพในร่างกาย สิทธิในทรัพย์สิน และความเสมอภาค ซึ่งเป็นสิทธิที่ไม่สามารถโอนให้แก่กันได้ และใครผู้ใดจะล่วงละเมิดมิได้ ถ้าหากเกิดการล่วงละเมิดอาจจะก่อให้เกิดอันตราย หรือกระทบกระเทือนเสื่อมเสียต่อสภาพของความเป็นมนุษย์ได้ โดยสิทธิทั้งหลายแห่งมนุษยชาติเกิดมีขึ้นตามกฎหมายธรรมชาติ ส่วนกฎหมายที่ตราขึ้นในภายหลังนั้นเป็นเพียงการยอมรับหรือรับรองสิทธิที่ได้มีอยู่แล้วว่า มีอยู่จริง และรับบังคับคุ้มครองให้เท่านั้น ไม่ได้เป็นผู้ก่อตั้ง หรือ ประกาศสิทธิให้มนุษย์แต่อย่างใด เช่นสิทธิในร่างกาย (right of personal liberty) และเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น (freedom of speech / freedom of expression) เป็นต้น

อนึ่ง มีผู้เห็นว่าหลักสุภาษิต “infans conceptus” หรือหลักตามมาตรา 15 วรรค 2 บัญญัติไว้เพื่อให้เด็กได้รับประโยชน์มิให้เสียเปรียบผู้ที่ได้เกิดมาแล้วเท่านั้น โดยนัยถ้าเป็นกรณีตรงกันข้ามที่ทำให้เด็กเสียเปรียบหรือเสียประโยชน์แล้วก็หาจำเป็นให้สภาพบุคคลของเด็กนั้นมีผลย้อนหลังขึ้นไปถึงขณะอยู่ในครรภ์มารดาไม่[8] ซึ่งก็สอดคล้องกับตำรากฎหมายของฝรั่งเศส[9] ที่ว่าทารกในครรภ์มารดาจะมีหน้าที่ไม่ได้

ในทางตรงกันข้าม ท่านอาจารย์จิตติ ติงศภัทิย์ เห็นว่า “ความเข้าใจดังนี้อาจแคบเกินไปสิทธิต่างๆ อาจมีหน้าที่หรือหนี้เป็นผลจากสิทธินั้นๆ ในตัวเองก็ได้แม้ในเรื่องมรดกนั้นทายาทก็ต้องใช้หนี้กองมรดกก่อน เจ้าของทรัพย์อาจต้องเสียภาษีในฐานะเป็นผู้ถือกรรมสิทธิ์ และอาจอยู่ใต้ข้อสันนิษฐานของกฎหมายให้ต้องรับผิดฐานละเมิด เช่น กรณีมาตรา 432 เป็นต้น”

อย่างไรก็ตามหากในกรณีที่ประโยชน์ของทารกที่ปฏิสนธิแล้วไม่ควรจะได้รับการปฏิบัติเสมือนหนึ่งว่าได้เกิดแล้วก็หาควรถือเอาเช่นนั้นไม่ เช่น ก่อนทารกเกิดสัญชาติของบิดา

---

[8] สมทบ สุวรรณสุทธิ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 4*, น. 7.

[9] Gabriel Marty and Pierre Raynaud, Droit civil, 2nd edition, (Paris: Sirey,1967), p. 18.

มารดาได้ถูกเปลี่ยนไปเพราะเหตุใด อย่างใดอย่างหนึ่ง ดังนี้ก็ต้องถือว่าทารกนั้นได้สัญชาติในขณะที่เกิด ไม่ใช่สัญชาติขณะปฏิสนธิ[10]

สิทธิของทารกในครรภ์มารดาอาจแยกเป็นสิทธิต่างๆ ได้ดังนี้

(1) สิทธิในการเป็นทายาทรับมรดก

(2) ประโยชน์จากข้อสันนิษฐานว่าเป็นบุตรของชาย

(3) สิทธิตามนิติกรรมสัญญา

(4) สิทธิได้รับค่าสินไหมทดแทนในคดีละเมิด

(5) การคุ้มครองชีวิตในครรภ์มารดาตามกฎหมายอาญา

โดยรายละเอียดของสิทธิต่างๆ จะขออธิบายโดยละเอียดแยกออกเป็นแต่ละหัวข้อดังนี้

2.1 **สิทธิในการเป็นทายาทรับมรดก**

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1599 บัญญัติว่า “เมื่อบุคคลใดตายมรดกของบุคคลนั้น ตกทอดแก่ทายาท” โดยทายาทอาจจำแนกได้เป็นสองประเภทใหญ่ๆ คือ ทายาทที่มีสิทธิได้รับมรดกตามที่กฎหมายบัญญัติ เรียกว่า ทายาทโดยธรรม กับทายาทที่มีสิทธิรับมรดกตามที่กำหนดไว้ในพินัยกรรมเรียกว่า ผู้รับพินัยกรรม[11] (มาตรา 1603) การจะเป็นทายาทได้จะต้องมีความสามารถที่จะเป็นทายาท ความสามารถที่ว่านี้ หมายถึงการอยู่ในฐานะที่จะมีสิทธิและหน้าที่ได้อย่างทายาท เป็นคนละเรื่องกับความสามารถในการทำนิติกรรม กล่าวคือ สำหรับบุคคลธรรมดาจะต้องมีสภาพบุคคลในเวลาที่เจ้ามรดกถึงแก่ความตาย หรือสามารถมีสิทธิได้ตามมาตรา 15 ในเวลาที่เจ้ามรดกถึงแก่ความตาย[12] ทั้งนี้ตามมาตรา 1604 ซึ่งบัญญัติว่า “บุคคล

---

[10] เอกูต์ เอช และ วิจิตร ลุลิตานนท์, กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยบุคคล, (พระนคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์และการเมือง, 2449-2530), น. 8.

[11] เพรียบ หุตางกูร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยมรดก , (กรุงเทพ: โครงการตำราคณะนิติศาสตร์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2543), น. 44.

[12] *เพิ่งอ้าง*, น. 45.

ธรรมดาจะเป็นทายาทต่อเมื่อมีสภาพบุคคลหรือสามารถมีสิทธิได้ตามมาตรา 15 แห่งประมวลกฎหมายนี้ในเวลาที่เจ้ามรดกถึงแก่ความตาย

เพื่อประโยชน์แห่งมาตรานี้ ให้ถือว่าเด็กที่เกิดมารอดอยู่ภายในสามร้อยสิบวันนับแต่เวลาเจ้ามรดกถึงแก่ความตายนี้ เป็นทารกในครรภ์มารดาอยู่ในเวลาที่เจ้ามรดกถึงแก่ความตาย"

มาตรานี้พูดถึงการเป็นทายาทมีสิทธิรับมรดกของบุคคลธรรมดา ตามความหมายในวรรค 2 ทารกในครรภ์มารดาซึ่งมีสิทธิที่จะรับมรดกนั้น คือทารกที่เกิดมาภายใน 310 วันนับแต่เวลาเจ้ามรดกถึงแก่ความตาย ซึ่งในทางการแพทย์ถือว่าเป็นระยะเวลานานที่สุดที่ทารกจะอยู่ในครรภ์มารดาได้นับแต่เวลาปฏิสนธิ ข้อสันนิษฐานตามวรรคสองนี้เป็นข้อสันนิษฐานเด็ดขาดจะนำสืบเปลี่ยนแปลงเป็นอย่างอื่นไม่ได้ ถ้าคลอดภายหลังจากนี้ไม่ถือเป็นทารกในครรภ์มารดาในขณะที่เจ้ามรดกถึงแก่ความตาย คือทารกยังไม่ได้ปฏิสนธิยังไม่ได้อยู่ในครรภ์นั่นเอง ระยะเวลา 310 วันนี้ จึงเป็นหลักสำคัญที่กำหนดให้เราทราบได้ว่าทารกอยู่ในครรภ์เมื่อใด วิธีนับวันจะนับตั้งแต่วันที่เจ้ามรดกถึงแก่ความตายจนถึงวันคลอด หรือนับตั้งแต่วันคลอดไปหาวันตายของเจ้ามรดกก็ได้ผลเหมือนกัน ถ้านับถึงวันที่ 311, 312 ฯลฯ แล้วยังไม่ถึงวันคลอดหรือวันที่เจ้ามรดกถึงแก่ความตาย ถือว่ามารดาไปมีครรภ์หลังการตายของเจ้ามรดก[13] การเป็นทายาทของทารกในครรภ์มารดานั้นสามารถเป็นได้ทั้งทายาทโดยธรรม และทายาทผู้รับพินัยกรรม ซึ่งการเป็นทายาทของทารกในครรภ์มารดา และลักษณะการตกทอดของมรดกจะขออธิบายโดยละเอียดเป็นหัวข้อดังนี้

2.1.1 การเป็นทายาทโดยธรรมของทารกในครรภ์มารดา

ทายาทโดยธรรมคือทายาทผู้มีสิทธิรับมรดกตามที่กฎหมายบัญญัติ เป็นกรณีที่กฎหมายสันนิษฐานเจตนาของเจ้ามรดกว่าหากเจ้ามรดกถึงแก่ความตาย จะมอบทรัพย์สินของของตนให้แก่ผู้ใดบ้าง โดยกฎหมายสันนิษฐานโดยพิจารณาจากผู้ที่มีความใกล้ชิดกับเจ้ามรดก ซึ่งได้แก่ คู่สมรส และญาติที่มีลำดับลดหลั่นกันลงไป ซึ่งตามมาตรา 1604 ทารกในครรภ์มารดาขณะเจ้ามรดกถึงแก่ความตายก็เป็นทายาทโดยธรรมลำดับใดลำดับหนึ่งได้หากภายหลังคลอดออกมาและรอดอยู่เป็นทารกภายในสามร้อยสิบวันนับแต่เจ้ามรดกถึงแก่ความตาย

หลักนี้เคยมีมาในกฎหมายไทยตั้งแต่ครั้งกฎหมายลักษณะมรดก บทที่ 48 ที่ว่า "ลูกหลานอยู่ในครรภ์มารดาให้ปันไว้ให้มันส่วนหนึ่ง ฯลฯ เหตุว่าเป็นอยู่ในลูกหลานมันได้ปฏิสนธิ

---

[13] สมทบ สุวรรณสุทธิ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 4*, น. 8.

ขึ้นมาแล้ว แม้นบิดามารดาเขาได้ตายไปเพราะเหตุประการใดๆ ก็ดี ให้สมุหมรดกและศระสุภาวดีปันทรัพย์ให้แก่เขาพี่น้องลูกหลานเหลนลื่อดังนี้เถิด"[14]

กฎหมายมาตรา 1604 นี้ มีความมุ่งหมายที่จะหลีกเลี่ยงความไม่เสมอภาคในการปฏิบัติแก่เด็กที่เกิดหลังการตายของเจ้ามรดก กล่าวโดยทั่วไปก็คือกฎหมายไม่มีความประสงค์ที่จะให้เหตุแห่งการยังไม่ได้เกิดเข้ามาขัดขวางต่อประโยชน์ของเด็กที่จะเกิดมาในภายหลัง[15] ซึ่งอาจไม่เป็นธรรม ความไม่เป็นธรรมจะเห็นได้ชัดหากกรณีเป็นว่า ขณะเจ้ามรดกตาย มีบุตรของเจ้ามรดกเป็นทารกอยู่ในครรภ์มารดาแล้ว ส่วนทายาทอื่นๆ มีแต่ทายาทที่เป็นพี่น้องร่วมบิดามารดา หรือร่วมแต่บิดามารดา หรือทายาทที่เป็นลุงป้าน้าอา หากทารกในครรภ์ไม่อาจเป็นทายาทได้ ทรัพย์มรดกที่เหลือจากที่เป็นมรดกส่วนที่ตกแก่คู่สมรสแล้ว ส่วนหนึ่งต้องตกทอดแก่ทายาทเหล่านี้ซึ่งเป็นญาติห่างออกไป ซ้ำร้ายหากมารดาของทารกในครรภ์นั้นไม่ใช่ภริยาโดยชอบบด้วยกฎหมายแล้วก็จะไม่มีมรดกที่จะตกทอดแก่มารดาของเด็กอีกด้วย ทั้งที่ความประสงค์ของเจ้ามรดกคงจะต้องการให้มรดกตกแก่บุตรของตนที่อยู่ในครรภ์มากกว่า

สิทธิการเป็นทายาทของทารกในครรภ์มารดานั้นรวมถึงสิทธิของการเป็นบุตรนอกกฎหมายที่บิดารับรองแล้ว ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1627 อีกด้วย หากขณะที่มารดาตั้งครรภ์บิดามีพฤติการณ์รับรองว่าทารกในครรภ์เป็นบุตร แต่บิดาได้ถึงแก่ความตายก่อนทารกนั้นคลอด หากภายหลังทารกนั้นเกิดมาและรอดอยู่ก็มีสิทธิรับมรดกของบิดาได้ ปรากฏตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 341/2502 วินิจฉัยว่า "มาตรา 1604 ประกอบด้วยมาตรา 15 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติให้สิทธิแก่ทารกที่อยู่ในครรภ์มารดาขณะเจ้ามรดกตายเป็นทายาทได้เมื่อภายหลังเกิดมารอดอยู่ ทั้งพฤติการณ์ที่บิดารับรองทารกในครรภ์มารดาว่าเป็นบุตรของตนก็อาจมีได้ เมื่อกฎหมายยอมให้ทารกในครรภ์มีสิทธิเป็นทายาทได้แล้ว เหตุไฉนทารกในครรภ์จะไม่ได้รับประโยชน์จากมาตรา 1627 เช่นเดียวกันด้วย ต่อมาได้มีคำพิพากษาฎีกาที่ 489/2506 วินิจฉัยในทำนองเดียวกัน โดยได้วินิจฉัยถึงพฤติการณ์การรับรองบุตรของบิดาขณะทารกอยู่ในครรภ์ไว้ว่า "ผู้ตายกับมารดาของเด็กอยู่กินด้วยกันเป็นเวลา 6 ปี พอมารดาของเด็กตั้งครรภ์ได้ 5-6 เดือน ผู้ตายก็ไม่ให้ทำงานหนัก เมื่อมารดาของเด็กรู้สึกไม่สบายก็ตามหมอตำแยมาตรวจรักษาและหายารักษาครรภ์ให้กิน ก่อนตายเล็กน้อยผู้ตายได้หาฟืนไว้เพื่อให้มารดาของเด็ก

---

[14] จิตติ ติงศภัทิย์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1,* น. 8.

[15] เอกูต์ เอช และวิจิตร ลุลิตานนท์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 10*, น. 7.

ใช้อยู่ไฟ หาผ้าไว้สำหรับทำผ้าอ้อม พฤติการณ์เหล่านี้ศาลฎีกาถือว่าเป็นการรับรองว่าทารกเป็นบุตรของตนแล้ว เมื่อเด็กเกิดมารอดอยู่แม้ภายหลังบิดาตาย เด็กนั้นก็มีสิทธิรับมรดกของบิดา" คำพิพากษาฎีกาทั้งสองฉบับนี้เป็นการที่ศาลตีความให้ครอบคลุมตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย

2.1.2 การเป็นผู้รับพินัยกรรมของทารกในครรภ์มารดา

การเป็นทายาทของทารกในครรภ์มารดามาตรา 1604 นี้ ทารกที่อยู่ในครรภ์มารดาสามารถเป็นผู้รับมรดกได้ทั้งฐานะทายาทโดยธรรมและฐานะผู้รับพินัยกรรม แม้ว่าขณะทำพินัยกรรมทารกนั้นทารกนั้นอาจจะยังไม่อยู่ในครรภ์ แต่หากขณะเจ้ามรดกตายทารกนั้นอยู่ในครรภ์แล้ว ก็สามารถเป็นทายาทได้ตามบทบัญญัติมาตรานี้ เพราะมาตรา 1654 วรรคท้ายบัญญัติว่า "ความสามารถของผู้รับพินัยกรรมให้พิจารณาแต่ในเวลาที่ผู้ทำพินัยกรรมตาย" เพราะฉะนั้นทารกที่อยู่ในครรภ์มารดาขณะผู้ทำพินักรรมตาย ก็สามารถเป็นทายาทผู้รับมรดกตามพินัยกรรมได้หากภายหลังได้คลอดและอยู่รอดเป็นทารก แม้ว่าขณะทำพินัยกรรมทารกนั้นยังไม่ได้ปฏิสนธิ

อย่างไรก็ตามมีปัญหาว่าหากเป็นกรณีที่เจ้ามรดกทำพินัยกรรมยกทรัพย์มรดกให้ทารกที่อาจจะเกิดขึ้นในอนาคต แม้ว่ามารดาจะไม่ได้ตั้งครรภ์อยู่ในขณะเจ้ามรดกถึงแก่ความตายจะทำได้หรือไม่ เห็นว่าเมื่อกฎหมายบัญญัติไว้ว่าจะเป็นทายาทได้ต่อเมื่อมีสภาพบุคคล หรือทารกในครรภ์มารดาที่ภายหลังเกิดมาและมีชีวิตรอดอยู่ภายใน 310 วันนับแต่เจ้ามรดกถึงแก่ความตายเท่านั้น ทารกที่เกิดมาหลังจากนั้นจึงไม่อาจเป็นทายาทได้ไม่ว่าจะเป็นทายาทโดยธรรมหรือทายาทผู้รับพินัยกรรม อย่างไรก็ตามเห็นว่านอกจากพินัยกรรมจะเป็นการกำหนดก่อนตายในเรื่องการตกทอดทรัพย์สินของผู้ตายแล้ว ยังเป็นข้อกำหนดก่อนตายเกี่ยวกับการจัดการทรัพย์สินของผู้ตายด้วย ถือเป็นเสรีภาพในการแสดงเจตนาของผู้ตายที่แสดงไว้ก่อนตาย ดังนั้นเมื่อผู้ตายกำหนดไว้อย่างไรก็ควรให้มีผลเป็นไปตามนั้น โดยผู้จัดการมรดกต้องจัดการให้เป็นไปตามเจตนา

2.1.3 การตกทอดของทรัพย์มรดกสู่ทารกในครรภ์มารดา

การตกทอดของทรัพย์มรดกนั้น มรดกย่อมตกทอดสู่ทายาททันทีที่เจ้ามรดกตาย ทั้งนี้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1599 บัญญัติว่า "เมื่อบุคคลใดตาย มรดกของบุคคลนั้นตกทอดแก่ทายาท..." ดังนี้ หากขณะที่เจ้ามรดกตาย มีทารกในครรภ์มารดาที่อาจเป็นทายาทรับมรดกได้หากภายหลังคลอดออกมาและรอดอยู่เป็นทารก แต่ขณะนั้นยังไม่ทราบว่าทารกนั้นจะได้คลอดและรอดอยู่เป็นทารกหรือไม่ แน่นอนว่าทรัพย์มรดกตกทอดแก่ทายาทอื่นๆ ทันทีเมื่อเจ้ามรดกถึงแก่ความตาย สำหรับทารกที่อยู่ในครรภ์นั้นมรดกน่าจะตกทอดเมื่อทารกนั้นคลอดและอยู่รอดเป็นทารก โดยเมื่อทารกนั้นคลอดออกมาและมีชีวิตรอดอยู่ผลของการตกทอดของมรดกมีผลย้อนไปตั้งแต่เวลาที่เจ้ามรดกตาย ส่วนการแบ่งทรัพย์มรดกจะเป็นเช่นไร จะขอวิเคราะห์ดังนี้

หากเป็นกรณีที่ทารกในครรภ์เป็นผู้รับพินัยกรรมลักษณะเฉพาะ กล่าวคือ เจ้ามรดกทำพินัยกรรมยกทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง เฉพาะอย่างให้ทารกในครรภ์นั้น ทรัพย์มรดกชิ้นนั้นก็ควรเก็บไว้รอการคลอดหรือการแท้งของทารกในครรภ์ แต่หากทารกนั้นเป็นผู้รับพินัยกรรมลักษณะทั่วไป หรือเป็นทายาทโดยธรรม เป็นปัญหาว่าการแบ่งมรดกจะต้องรอการคลอดหรือการแท้งของทารกในครรภ์หรือไม่ มีแนวทางที่เป็นไปได้สามแนวทาง

แนวทางแรก ให้ผู้จัดการมรดกและหรือทายาทแบ่งทรัพย์มรดกไปก่อนโดยไม่ต้องคำนึงถึงการมีอยู่ของทารกนั้น แต่หากภายหลังทารกนั้นคลอดออกมาและรอดอยู่เป็นทารกก็ให้คืนทรัพย์แก่ทารกเพื่อแบ่งใหม่

แนวทางที่สอง แบ่งทรัพย์มรดกโดยกันส่วนของทารกในครรภ์ไว้ต่างหาก

แนวทางที่สาม รอการแบ่งมรดกไว้จนกระทั่งทารกในครรภ์คลอด หรือแท้งก่อนจึงแบ่ง

เมื่อพิจารณาทั้งสามแนวทางแล้วเห็นว่า แนวทางแรกนั้นดูจะไม่เหมาะสม เนื่องจากการแบ่งทรัพย์มรดกไปก่อนนั้นย่อมอาจทำให้ทรัพย์มรดกส่วนที่ควรตกได้แก่ทารกในครรภ์นั้นสูญหายเสียหายได้ และการที่จะเรียกคืนทรัพย์ที่แบ่งไปแล้วก็เป็นการยาก บทบัญญัติมาตรา 1604 ที่ต้องการให้สิทธิแก่ทารกในครรภ์ที่จะเป็นทายาทได้ก็จะไม่อาจบังคับได้ไม่เต็มตามเจตนารมณ์ อีกทั้งเมื่อพิจารณาถึงบทบัญญัติมาตรา 1599 ที่ให้ทรัพย์มรดกตกทอดทันทีที่เจ้ามรดกตายแล้ว ทารกในครรภ์มารดาก็น่าจะมีสิทธิในมรดกทันทีที่เจ้ามรดกตาย แต่สิทธินั้นอยู่ภายใต้เงื่อนไขที่ว่าทารกนั้นต้องคลอดออกมาและรอดอยู่ในภายหลังด้วย ฉะนั้นการแบ่งมรดกควรจะแบ่งส่วนของทารกในครรภ์ไว้ หรือรอไว้แบ่งเมื่อทารกนั้นคลอดแล้วอยู่รอดเป็นทารก หรือแท้งให้แน่นอนเสียก่อน คงจะไม่นานเกินไป นอกจากนี้มาตรา 1755 บัญญัติว่า “ถ้ามีทายาทหลายคน ทายาทเหล่านั้นมีสิทธิและหน้าที่เกี่ยวกับทรัพย์มรดกร่วมกันจนกว่าจะได้แบ่งมรดกกันเสร็จแล้ว...” โดยนัยของมาตรานี้จะถือได้หรือไม่ว่าการที่ทารกนั้นยังไม่คลอดหรือแท้งเท่ากับว่าการแบ่งทรัพย์มรดกยังไม่เสร็จสิ้น ทายาททั้งหลายยังคงต้องมีสิทธิและหน้าที่เกี่ยวกับทรัพย์มรดกนั้นร่วมกันต่อไปก่อน โดยผู้จัดการมรดกก็ต้องรักษาทรัพย์มรดกไว้ จนกว่าทารกนั้นจะคลอดและอยู่รอดเป็นทารกหรือเป็นที่แน่นอนว่าแท้ง

ถ้าหากมรดกนั้นแบ่งไปแล้วโดยไม่มีทายาทผู้ใดรู้ว่าหญิงมารดาได้ตั้งครรภ์อยู่ แม้จะมีการแบ่งทรัพย์มรดกไปแล้ว ภายหลังทารกนั้นคลอดและรอดอยู่เป็นทารกก็ถือว่าการแบ่งยังไม่เสร็จสิ้นตามมาตรา 1755 ต้องแบ่งใหม่

2.2 ข้อสันนิษฐานว่าเป็นบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายของชาย

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1536 บัญญัติว่า “เด็กเกิดแต่ขณะหญิงเป็นภริยาชายหรือภายในสามร้อยสิบวันนับแต่ขาดจากการสมรส ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายของชายผู้เคยเป็นสามี”

มาตรานี้เป็นการหาตัวบิดาของทารก เมื่อมีเหตุการณ์ว่าหญิงคลอดบุตรมาไม่มีใครยอมรับว่าเป็นบิดาของเด็ก ซึ่งข้อสันนิษฐานจากบทบัญญัติแห่งมาตรานี้มีว่า ถ้าเด็กเกิดแต่หญิงขณะเป็นภริยาชายอยู่ ก็สันนิษฐานไว้ก่อนว่าชายนั้นเป็นบิดาของเด็ก หรือถ้าเด็กนั้นเกิดภายใน 310 วันนับแต่วันขาดจากการสมรสก็ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าสามีที่หย่าขาด หรือตายจากกันนั้นเป็นบิดาของเด็ก[16] หากแต่ไม่ใช่ข้อสันนิษฐานเด็ดขาด หากผู้ใดอ้างว่าเด็กไม่ใช่บุตรของชายก็มีหน้าที่นำสืบ

จากข้อสันนิษฐานตามมาตรานี้จึงเกิดปัญหาว่าจริงๆแล้วความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดาและบุตรตามกฎหมายเกิดขึ้นเมื่อใด โดยเฉพาะบิดานั้นมีหน้าที่ตามกฎหมายที่จะต้องช่วยเหลือดูแลทารกตั้งแต่อยู่ในครรภ์หรือไม่ และในกรณีที่บิดาและมารดาไม่ได้สมรสกัน มารดาจะสามารถฟ้องให้รับเด็กเป็นบุตรตั้งแต่ทารกที่อยู่ในครรภ์หรือไม่ ตามความรู้สึกทั่วไปสถานะความเป็นบิดามารดาและบุตรน่าจะเริ่มขึ้นตั้งแต่เกิดการปฏิสนธิขึ้นในครรภ์ โดยไม่ต้องคำนึงถึงว่าภายหลังทารกนั้นจะได้คลอดและอยู่รอดเป็นทารกหรือไม่ บิดามารดาก็ควรมีหน้าที่ช่วยเหลือดูแลตั้งแต่บุตรนั้นอยู่ในครรภ์

หากพิจารณามาตรา 1536 ที่ว่า “เด็กเกิดแต่หญิงขณะเป็นภริยาชาย” หมายถึงขณะเด็กนั้นคลอดออกมา ไม่ใช่ขณะปฏิสนธิ ประกอบกับ มาตรา 1546 ที่บัญญัติว่า “เด็กเกิดจากหญิงที่มิได้มีการสมรสกับชาย ให้ถือว่าเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของหญิงนั้น เว้นแต่จะมีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น” จะเห็นว่ากฎหมายใช้คำว่า “เด็กเกิด” จึงน่าจะหมายความว่าจะมีความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดาและบุตรเกิดสิทธิหน้าที่ระหว่างกันได้นั้นเด็กนั้นต้องเกิดมาแล้ว นอกจากนี้เมื่อตามกฎหมายบุคคลเท่านั้นที่มีสิทธิได้ ซึ่งสภาพบุคคลอันเป็นการเริ่มสถานะของการเป็นผู้ทรงสิทธิเริ่มตั้งแต่เมื่อคลอดและอยู่รอดเป็นทารก และเมื่อความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดาและบุตรก็ถือเป็นเรื่องสิทธิและหน้าที่ที่มีระหว่างกัน ส่วนทารกในครรภ์มารดานั้นกฎหมายบัญญัติให้มีสิทธิได้ก็ต้องคลอดและอยู่รอดเป็นทารกเสียก่อนจึงจะมีสิทธิย้อนหลังไป แต่ถ้าตีความมาตรา

---

[16] พรชัย สุนทรพันธุ์, *อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 7*, น. 10.

1536 และมาตรา 1546 ว่าความเป็นบิดามารดาบุตรเริ่มขึ้นเมื่อเด็กเกิด ทารกในครรภ์มารดาจึงยังไม่มีสิทธิในฐานะบุตร จึงไม่อาจฟ้องให้รับเด็กเป็นบุตรขณะทารกอยู่ในครรภ์ได้

จากการวิเคราะห์ตามตัวบทกฎหมายข้างต้นผู้เขียนรู้สึกไม่เห็นด้วยที่จะให้ความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดาและบุตรเริ่มขึ้นเมื่อคลอด เพราะบิดามารดาก็ควรมีหน้าที่ร่วมกันในการช่วยเหลือดูแลดูบุตรตั้งแต่ในครรภ์ มิใช่ปล่อยให้มารดาต้องรับผิดชอบฝ่ายเดียวไปจนกว่าจะคลอดเพราะโดยสภาพมารดาต้องเป็นผู้อุ้มครรภ์ และก็ไม่มีเหตุผลอันใดที่จะรอให้ทารกนั้นคลอดและอยู่รอดเป็นทารกเสียก่อนความเป็นบิดามารดาและบุตรจึงเกิดขึ้นได้ ในกรณีของการฟ้องให้รับเด็กเป็นบุตรก็เช่นเดียวกัน น่าจะให้สิทธิหญิงมารดาฟ้องได้ตั้งแต่ทารกอยู่ในครรภ์เพราะเมื่อทารกคลอดออกมาจะได้มีบิดา แต่หากในคดีฟ้องให้รับเด็กเป็นบุตรชายนั้นร้องขอให้ตรวจเลือด ศาลก็อาจรอไปจนคลอดได้ ซึ่งการตรวจเลือดนั้นปัจจุบันอาจทำได้ทันทีที่คลอด

การที่ตัวบทกฎหมายไทยเป็นเช่นนี้ผู้เขียนเห็นว่ามีเหตุมาจากระบบซิวิลลอว์ ที่มีประมวลกฎหมาย บัญญัติ ใช้และตีความสอดคล้องกันอย่างเป็นระบบ เมื่อสภาพบุคคลถือเป็นการเริ่มแห่งสถานะการเป็นผู้ทรงสิทธิและมีหน้าที่ตามกฎหมาย ความสัมพันธ์ใดๆ ที่ก่อให้เกิดสิทธิหน้าที่ตามกฎหมายก็ต้องเริ่มเมื่อมีสภาพบุคคล แต่โดยแท้จริงแล้วความสัมพันธ์ในครอบครัวมีลักษณะเฉพาะและอิงกับความเป็นจริง และความเป็นจริงก็คือบิดามารดาย่อมมีความสัมพันธ์และหน้าที่ต่อชีวิตน้อยๆ ที่ปฏิสนธิขึ้นในครรภ์แล้ว

2.3 **สิทธิตามนิติกรรมสัญญาของทารกในครรภ์มารดา**

ในนิติกรรมสัญญาผู้ที่เข้าเป็นคู่กรณีในนิติกรรมหรือสัญญานั้น จะต้องมีความสามารถ ความสามารถนั้นแบ่งออกเป็นความสามารถในการมีสิทธิและความสามารถในการใช้สิทธิ แม้ว่าในบทบัญญัติเรื่องสัญญา จะไม่ได้บัญญัติถึงเรื่องสิทธิของทารกในครรภ์มารดาไว้โดยเฉพาะ แต่เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 15 วรรค 2 ที่บัญญัติให้ทารกในครรภ์มารดาก็สามารถมีสิทธิต่างๆ ได้ หากภายหลังคลอดแล้วอยู่รอดเป็นทารก เป็นการรับรองสิทธิของทารกในครรภ์มารดาก่อนที่จะมีสภาพบุคคล จึงน่าคิดว่าทารกในครรภ์มารดาจะมีสิทธิตามสัญญาเพียงใดหากภายหลังคลอดและรอดอยู่เป็นทารก

ตามกฎหมายไทยนั้น โดยหลักแล้ว ความสามมารถในการมีสิทธินั้น บุคคลได้มาตั้งแต่เกิดมามีสภาพบุคคล กล่าวคือ เมื่อคลอดและอยู่รอดเป็นทารก เว้นแต่ทารกในครรภ์มารดามี

ความสามารถในการมีสิทธิได้แม้ยังไม่มีสภาพบุคคลก็ตาม หากภายหลังได้คลอดและอยู่รอดเป็นทารก[17] ส่วนความสามารถในการใช้สิทธินั้นแตกต่างจากความสามารถในการมีสิทธิ เพราะความสามารถในการมีสิทธิเป็นเรื่องที่ผู้ทรงสิทธิมีคุณสมบัติที่จะเป็นผู้รับรู้ผลทางกฎหมายได้ แต่ความสามารถในการใช้สิทธินั้นทำให้บุคคลได้มาซึ่งสิทธินั้นจริงๆ ฉะนั้น ความสามารถในการใช้สิทธิจึงมีข้อสันนิษฐานเบื้องแรกว่า อย่างน้อยเขาจะต้องสามารถดูแลรักษาผลประโยชน์ของตนเองได้[18] ดังนั้นทารกที่เพิ่งคลอดออกมามีชีวิตแม้มีสภาพบุคคลก็ยังไม่มีความสามารถในการใช้สิทธิยังไม่อาจแสดงเจตนาด้วยตัวเองได้ การใช้สิทธิต้องให้ผู้แทนโดยชอบธรรมใช้แทน ส่วนทารกในครรภ์มารดาที่ภายหลังได้คลอดและอยู่รอดเป็นทารกนั้นกฎหมายให้มีเฉพาะความสามารถในการมีสิทธิเท่านั้น ส่วนความสามารถในการใช้สิทธิจะมีก็ต่อเมื่อมีสภาพบุคคลแล้ว ด้วยเหตุนี้ปัญหาสิทธิทางนิติกรรมสัญญาของทารกในครรภ์มารดา จึงเป็นเรื่องความสามารถในการมีสิทธิที่ทารกในครรภ์มารดาจะเป็นผู้ทรงสิทธิตามกฎหมายเท่านั้น ทารกในครรภ์มารดาไม่มีความสามารถในการใช้สิทธิ แม้บิดามารดาจะเป็นผู้ใช้สิทธิแทนก็ไม่ได้

ดังนั้น การเป็นผู้ทรงสิทธิบางอย่างในนิติกรรมสัญญาของทารกในครรภ์มารดา ทารกในครรภ์มารดาจะเป็นผู้ทรงสิทธิในนิติกรรมสัญญาได้ ก็ต่อเมื่อลักษณะของนิติกรรมหรือสัญญานั้นเอื้อที่จะให้ทารกในครรภ์นั้นเป็นผู้ทรงสิทธิได้ เพื่อประโยชน์ในการวิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับสิทธิของทารกในครรภ์มารดาในนิติกรรมสัญญานี้ จะขอแยกประเภทของนิติกรรมและสัญญาต่างๆ ออกเป็นดังนี้

(1) นิติกรรมฝ่ายเดียว

- นิติกรรมฝ่ายเดียวที่ต้องมีผู้รับการแสดงเจตนา คือ นิติกรรมที่ก่อให้เกิดผลของนิติกรรมได้ จะต้องให้บุคคลใดบุคคลหนึ่งที่แน่นอนได้รับรู้โดยการแจ้งหรือการบอกกล่าว[19] นิติกรรมประเภทนี้โดยสภาพทารกในครรภ์มารดาไม่อาจเป็นคู่กรณีฝ่ายที่แสดงเจตนาได้ เพราะทารกในครรภ์มารดายังไม่มีสภาพบุคคลที่จะใช้สิทธิในการแสดงเจตนา และในความเป็นจริงก็ยังไม่มีความรู้สึกนึกคิดพอที่จะแสดงเจตนาได้ด้วย ทางฝ่ายผู้รับการแสดงเจตนานั้น ขณะอยู่ในครรภ์มารดาทารกยังไม่มีสภาพบุคคลอันจะรับการแสดงเจตนาได้ แต่ถ้าการแสดงเจตนานั้นยังมีผลอยู่

---

[17] ศนันท์กรณ์ (จำปี) โสตถิพันธุ์, คำอธิบายนิติกรรม-สัญญา , กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน , 2551) น. 42.

[18] *เพิ่งอ้าง*

[19] *เพิ่งอ้าง*, น. 24.

จนกระทั่งทารกนั้นคลอดและอยู่รอดเป็นทารกมีสภาพบุคคลแล้วจะถือว่าทารกนั้นเป็นผู้รับการแสดงเจตนานั้นโดยอัตโนมัติหรือไม่

ในประเด็นนี้ผู้เขียนเห็นว่าถึงแม้ว่าความเป็นจริงทารกที่คลอดมาใหม่นั้นยังไม่สามารถจะรับรู้การแสดงเจตนาได้ แต่เมื่อคลอดออกมารอดอยู่มีสภาพบุคคลแล้วทารกนั้นมีความสามารถที่จะใช้สิทธิรับการแสดงเจตนาผ่านทางบิดามารดาซึ่งเป็นผู้แทนโดยชอบธรรมได้ในทันที เช่น ในกรณีของคำมั่นว่าจะให้ ซึ่งตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 526 บัญญัติว่า “การให้ทรัพย์สิน หรือคำมั่นว่าจะให้ทรัพย์สินนั้น ได้ทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่แล้ว และผู้ให้ไม่ส่งมอบทรัพย์สินแก่ผู้รับไซร้ ท่านว่าผู้รับชอบจะเรียกให้ส่งมอบตัวทรัพย์สินหรือราคาแทนทรัพย์สินนั้นได้ แต่ไม่ชอบที่จะเรียกค่าสินไหมทดแทนอย่างหนึ่งอย่างใดได้อีกด้วย” ดังนั้นหากมีบุคคลใดบุคคลหนึ่งทำคำมั่นจะให้ทรัพย์สินอย่างใดอย่างหนึ่งแก่ทารกในครรภ์โดยทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ไว้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 526 เมื่อทารกในครรภ์นั้นคลอดและอยู่รอดเป็นทารก ทารกโดยผู้แทนโดยชอบธรรมจะฟ้องให้ส่งมอบทรัพย์สินสิ่งนั้นตามคำมั่นที่ได้ทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อเจ้าหน้าที่ไว้ได้

- **นิติกรรมฝ่ายเดียวที่ไม่ต้องมีผู้รับการแสดงเจตนา** คือ นิติกรรมที่ก่อให้เกิดเป็นผลนิติกรรมได้เลย เมื่อมีการแสดงแจตนาของผู้ทำนิติกรรม[20] นิติกรรมประเภทนี้ทารกในครรภ์มารดาเป็นคู่กรณีในนิติกรรมได้ เช่น พินัยกรรม ทารกในครรภ์มารดาในขณะเจ้ามรดกถึงแก่ความตาย อาจเป็นทายาทผู้รับมรดกตามพินัยกรรมได้ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1604 ประกอบกับมาตรา 1654

กรณีคำมั่นจะให้รางวัล ก็เป็นนิติกรรมฝ่ายเดียวซึ่งไม่ต้องมีผู้รับการแสดงเจตนาต่างจากคำเสนอและคำมั่นจะทำสัญญาซึ่งต้องมีผู้รับการแสดงเจตนา แต่ต้องทำต่อสาธารณชนด้วยการโฆษณา ซึ่งจะมีผู้รับการแสดงเจตนานั้นหรือไม่ก็ตาม เมื่อมีการแสดงเจตนาถูกต้องตามที่กฎหมายบัญญัติไว้การแสดงเจตนานั้นย่อมมีผล[21] เมื่อคำมั่นจะให้รางวัลเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียวซึ่งไม่ต้องมีผู้รับการแสดงเจตนา ทารกที่อยู่ในครรภ์มารดาขณะที่มีการให้คำมั่นอาจเป็นผู้รับรางวัลตามคำมั่นนั้นได้หากภายหลังคลอดออกมาและรอดอยู่เป็นทารกมีสภาพบุคคล เช่น ถ้านายแดง

---

[20] *เพิ่งอ้าง*

[21] ศักดิ์ สนองชาติ, คำอธิบายโดยย่อประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรม สัญญา, พิมพ์ครั้งที่ 10 (กรุงเทพมหานคร: นิติบรรณาการ, 2551) น. 401.

โฆษณาในวันที่ 25 ธันวาคม พ.ศ. 2551 ว่าจะให้เงินหนึ่งล้านบาทแก่ทารกที่คลอดในวันที่ 1 มกราคม พ.ศ. 2552 เวลา 00.01 นาฬิกา หากเด็กชายเขียวคลอดในเวลาดังกล่าวและอยู่รอดเป็นทารก เด็กชายเขียวก็มีสิทธิที่จะได้รับเงินรางวัลจำนวนหนึ่งล้านบาทจากนายแดง เป็นต้น

(2) นิติกรรมสองฝ่าย (สัญญา)

สัญญาเป็นฝ่ายเรื่องที่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายต้องแสดงเจตนาเสนอสนองต้องตรงกัน ทารกในครรภ์มารดายังไม่มีความสามารถใช้สิทธิแสดงเจตนาเสนอ หรือสนองได้ ทารกในครรภ์มารดาจึงไม่อาจเป็นคู่สัญญาได้

(3) สัญญาเพื่อประโยชน์บุคคลภายนอก

แม้ว่าทารกในครรภ์มารดาไม่อาจจะเป็นคู่สัญญาได้เพราะไม่สามารถจะแสดงเจตนาเสนอสนองได้ แต่ในสัญญาเพื่อประโยชน์บุคคลภายนอกตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 374 บุคคลภายนอกซึ่งจะรับประโยชน์อาจไม่มีตัวตนขณะที่คู่สัญญาตกลงทำสัญญากัน แต่ต้องระบุตัวได้แน่นอน ซึ่งอาจเป็นทารกในครรภ์ของหญิงคนหนึ่งที่ระบุตัวหญิงไว้แน่นอนก็ได้[22]

2.4 สิทธิได้รับค่าสินไหมทดแทนในคดีละเมิด

ในที่นี้จะขอแยกประเด็นพิจารณาออกเป็น 4 ประเด็น คือ

(1) กรณีมีบุคคลภายนอกทำละเมิดที่มีผลกระทบกระเทือนไปถึงทารกในครรภ์มารดาเมื่อทารกนั้นเกิดมาและรอดอยู่ จะเรียกค่าสินไหมทดแทนจากผู้กระทำละเมิดได้หรือไม่ และหากการกระทำละเมิดนั้นเป็นการกระทำของแพทย์หรือผู้ประกอบวิชาชีพทางการแพทย์และพยาบาล เป็นผู้ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ทารกในครรภ์ ความรับผิดจะเป็นอย่างไร

(2) การกระทำละเมิดไม่ได้กระทำโดยตรงกับตัวทารกในครรภ์มารดา แต่ว่าการกระทำละเมิดของบุคคลอื่นนั้นทำให้ทารกในครรภ์ขาดผู้อุปการะเลี้ยงดู ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 443 วรรค 3 ทารกในครรภ์มารดาที่ภายหลังเกิดมาและรอดอยู่มีสิทธิจะฟ้องให้ผู้กระทำละเมิดชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเพราะเหตุที่ทำให้ขาดไร้อุปการะได้หรือไม่ หรือในทางตรงกันข้ามหากมีการทำละเมิดต่อทารกในครรภ์มารดาเป็นเหตุให้ทารกในครรภ์มารดาที่ภายหลังได้คลอดและอยู่รอดเป็นทารกถึงแก่ความตายภายหลังคลอด บิดามารดาจะเรียกค่า

---

[22] *เพิ่งอ้าง*, น. 410.

สินไหมทดแทนเพราะเหตุที่ขาดไร้อุปการะได้หรือไม่ เนื่องจากหากทารกนั้นมีชีวิตอยู่บิดามารดามีสิทธิได้รับการอุปการะเลี้ยงดูจากบุตรตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1563

(3) ทารกในครรภ์มารดามีสิทธิเรียกค่าสินไหมทดแทนจากผู้ที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ทรัพย์มรดกที่ตกทอดแก่ตนหากทารกนั้นคลอดและอยู่รอดเป็นทารกหรือไม่

(4) กรณีหากความประพฤติของมารดาในขณะตั้งครรภ์ก่อให้เกิดผลเสียแก่ทารกในครรภ์และทารกในครรภ์ภายหลังเกิดมาและรอดอยู่ มารดาต้องมีความรับผิดต่อทารกในครรภ์ของตนหรือไม่

จากประเด็นปัญหาข้างต้น แยกวิเคราะห์ได้ว่า ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 บัญญัติว่า “ผู้ใดจงใจหรือประมาทเลินเล่อทำต่อบุคคลอื่นโดยผิดกฎหมายให้เขาเสียหายถึงแก่ชีวิตก็ดี แก่ร่างกายก็ดี เสรีภาพก็ดี ทรัพย์สินหรือสิทธิอย่างใดอย่างหนึ่งก็ดีท่านว่าผู้นั้นทำละเมิดจำต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อการนั้น”

กรณีแรก การกระทำละเมิดต้องเป็นการกระทำต่อ “บุคคลอื่น” แม้ทารกในครรภ์มารดายังไม่มีสภาพบุคคลจึงไม่ใช่ “บุคคลอื่น” แต่เมื่อประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 15 วรรค 2 บัญญัติรับรองให้ทารกในครรภ์มารดาสามารถมีสิทธิต่างๆ ได้หากภายหลังเกิดมาและมีชีวิตรอดอยู่ ซึ่งบทบัญญัตินี้เป็นบททั่วไปและบัญญัติรับรองสิทธิไว้กว้างๆ เพราะฉะนั้นสิทธิของทารกในครรภ์มารดาตามมาตรา 15 วรรค 2 นี้จึงหมายถึงสิทธิทุกประการที่บุคคลธรรมดาจะพึงมีได้ เว้นแต่ จะขัดกับสภาพของสิทธินั้น และย่อมรวมถึงสิทธิในชีวิตร่างกาย เมื่อถูกกระทำละเมิดต่อร่างกายของตน ทารกในครรภ์มารดาจึงควรมีสิทธิได้รับชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อละเมิดด้วย แม้ว่าขณะกระทำละเมิดทารกในครรภ์มารดาจะยังไม่มีสภาพบุคคล แต่ก็ปฏิเสธไม่ได้ว่าทารกนั้นมีชีวิตและมีตัวตนอยู่ เมื่อภายหลังทารกเกิดมาและมีชีวิตรอดอยู่มีสภาพบุคคลสมบูรณ์ตามกฎหมายและได้รับความเสียหายจากการกระทำละเมิดจากบุคคลอื่น ก็ไม่มีเหตุผลใดที่กฎหมายจะขัดขวางมิให้เด็กที่เกิดมานั้นได้รับการเยียวยาความเสียหายเพียงเพราะเขาไม่มีสภาพบุคคลขณะถูกกระทำละเมิด นักกฎหมายที่เห็นด้วยกับความแนวความคิดนี้ เช่น ท่านศาสตราจารย์ประสิทธิ์ โฆวิไลกูล[23] ท่านอาจารย์วงษ์ วีระพงษ์[24] ท่านอาจารย์ยืนหยัด ใจสมุทร[25]

---

[23] ประสิทธ์ โฆวิไลกูล, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยบุคคล, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพมหานคร: นิติธรรม,2551) น. 32-40.

[24] วงษ์ วีระพงษ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะละเมิด, พิมพ์ครั้งที่ 2, (พระนคร: อักษรการพิมพ์, 2518) น. 47-48.

เช่นเดียวกัน หากการกระทำละเมิดนั้นเกิดจากผู้ประกอบวิชาชีทางการแพทย์หรือพยาบาล เกี่ยวกับการดูแลรักษาพยาบาลหญิงมารดา การผดุงครรภ์ หรือการทำคลอด ถ้าผู้ประกอบวิชาชีพทางการแพทย์และพยาบาลกระทำโดยจงใจ หรือประมาทเลินเล่อ ถ้าภายหลังทารกนั้นคลอดออกมามีความผิดปกติ พิการ หรือคลอดออกมามีชีวิตแล้วถึงแก่ความตายในภายหลัง ผู้นั้นก็ต้องรับผิดต่อทารกนั้นต่างหากจากที่ต้องรับผิดต่อหญิงมารดา

กรณีที่สอง การฟ้องเรียกค่าสินไหมทดแทนฐานทำให้ขาดไร้อุปการะตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 443 วรรค 3 ที่บัญญัติว่า “ถ้าเหตุที่ตายลงนั้นทำให้บุคคลคนหนึ่งคนใดขาดไร้อุปการะตามกฎหมายไปด้วยไซร้ ท่านว่าบุคคลนั้นชอบจะได้รับชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อการนั้น” จะเห็นได้ว่ากรณีนี้ยิ่งชัดเจนกว่ากรณีแรก กล่าวคือ บิดาหรือมารดาซึ่งเป็นผู้ถูกกระทำละเมิดมีสภาพบุคคลแล้วขณะถูกกระทำละเมิด และทารกในครรภ์มารดาเกิดมาและมีชีวิตรอดอยู่ก็มีสภาพบุคคล และก็เป็นผู้ไร้อุปการะตามความหมายของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 443 ดังกล่าว แม้จะยังไม่มีสภาพบุคคลขณะมีการละเมิด แต่กฎเกณฑ์ของกฎหมายละเมิดก็มิได้วางให้ผู้กระทำต้องรู้ข้อเท็จจริงว่าตนต้องรับผิดต่อผู้ใดบ้าง ไม่เหมือนกับการที่ให้ผู้กระทำต้องรู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบความผิดในคดีอาญา ดังที่ท่านศาสตราจารย์ประสิทธิ์ โฆวิไลกูล อธิบายไว้ว่า เมื่อทารกคลอดออกมาแล้วไม่มีบิดาที่จะให้ความอุปการะเลี้ยงดู ผู้ทำให้บิดาตายลงต้องรับผิดในการที่ทำให้บุคคลนั้นขาดไร้อุปการะ ไม่ขัดกับหลักเรื่องความรับผิดในทางละเมิดแต่อย่างใด เพราะผู้กระทำละเมิดไม่จำต้องรู้ก่อนว่า ผู้ถูกทำละเมิดมีหน้าที่ต้องอุปการะเลี้ยงดูใครบ้าง แต่ผู้ทำละเมิดต้องรับผิดเพราะเกิดจากการกระทำของตน[26] และถ้าเทียบเคียงกับบทบัญญัติเรื่องการเป็นทายาทตามมาตรา 1604 ทารกในครรภ์มารดายังมีสิทธิรับมรดกของเจ้ามรดกที่ถึงแก่ความตายขณะทารกอยู่ในครรภ์ การละเมิดก็เป็นเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นระหว่างทารกอยู่ในครรภ์เช่นกัน ทารกในครรภ์มารดาที่เกิดมาแล้วภายหลังมีชีวิตรอดอยู่เป็นทารกก็น่าจะมีสิทธิเรียกค่าสินไหมทดแทนฐานทำให้ขาดไร้อุปการะได้เช่นกัน

ส่วนการทำให้ทารกในครรภ์ถึงแก่ความตายนั้นบิดามารดาจะเรียกค่าสิทธิได้รับค่าสินไหมทดแทนเพื่อการขาดไร้อุปการะหรือไม่นั้น ทารกในครรภ์นั้นโดยสภาพยังไม่สามารถที่จะอุปการะเลี้ยงดูบิดามารดาได้ และหน้าที่บุตรที่จะต้องอุปการะเลี้ยงดูบิดามารดาตามมาตรา 1563

---

[25] ยืนหยัด ใจสมุทร, “ข้อคิดเห็นบางประการเกี่ยวกับทารกในครรภ์มารดา,” บทบัณฑิตย์, เล่มที่ 28, ตอนที่ 2, น.306 (2514).

[26] ประสิทธิ์ โฆวิไลกูล, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 23*, น. 36.

นั้นเป็นเรื่องหน้าที่ซึ่งไม่ได้เกี่ยวเนื่องกับสิทธิใด ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 15 วรรค 2 นั้น ได้บัญญัติให้ทารกในครรภ์เป็นผู้ทรงสิทธิได้แต่ไม่ได้ให้มีหน้าที่ หากทารกในครรภ์มารดาจะมีหน้าที่ก็ต้องเป็นหน้าที่ที่เกี่ยวเนื่องกับสิทธินั้น แต่หน้าที่ในการอุปการะเลี้ยงดูบิดามารดาไม่ได้เกี่ยวเนื่องกับสิทธิใด เมื่อทารกในครรภ์มารดายังไม่มีหน้าที่ที่จะต้องอุปการะเลี้ยงดูบิดามารดา หากมีการกระทำซึ่งเป็นการละเมิดต่อทารกในครรภ์ตามมาตรา 420 ประกอบกับมาตรา 15 วรรค 2 ทารกในครรภ์นั้นภายหลังได้คลอดและอยู่รอดเป็นทารกมีสภาพบุคคล และมีการตายเกิดขึ้น ซึ่งเป็นผลมาจากการทำละเมิดนั้นขณะทารกนั้นอยู่ในครรภ์ หรือเป็นกรณีที่ทารกนั้นตายในครรภ์ บิดามารดาของทารกในครรภ์ไม่มีสิทธิเรียกค่าสินไหมทดแทนเพื่อการขาดไร้อุปการะ

กรณีที่สาม ทารกในครรภ์ที่ภายหลังคลอดและอยู่รอดเป็นทารกมีสิทธิฟ้องให้ผู้กระทำละเมิดเป็นเหตุให้ทรัยพ์มรดกที่ตกทอดสู่ทารกในครรภ์นั้นเสียหาย แม้การกระทำละเมิดจะเกิดขึ้นขณะทารกนั้นอยู่ในครรภ์ เพราะว่าทรัพย์เหล่านั้นตกเป็นกรรมสิทธิ์ของทารกโดยอาศัยบทบัญญัติของกฎหมาย กล่าวคือ เมื่อบุคคลใดตาย มรดกของบุคคลนั้นตกทอดแก่ทายาท โดยสิทธิตามกฎหมายหรือโดยพินัยกรรม (มาตรา 1599) และกองมรดกย่อมตกทอดแก่ทายาทโดยสิทธิตามกฎหมายหรือโดยพินัยกรรม (มาตรา 1603) และตมามาตรา 1604 วรรค 2 นั้นเด็กที่เกิดมารอดอยู่ในเวลาที่เจ้ามรดกถึงแก่ความตายนั้นถือว่าเป็นทายาทของเจ้ามรดกด้วย ดังนั้นเมื่อทารกในครรภ์มีกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินเหล่านั้นย่อมเรียกค่าสินไหมทดแทนจากผู้ที่มากระทำละเมิดเป็นเหตุให้ทรัพย์สินเหล่านั้นเสียหายได้[27]

กรณีที่สี่ ในประเด็นเกี่ยวกับความประพฤติของมารดาในระหว่างตั้งครรภ์เป็นประเด็นที่ละเอียดอ่อน เพราะทุกความประพฤติ ทุกการกระทำ ทุกอิริยาบทของมารดามีความสัมพันธ์กับสุขภาพของทารกในครรภ์ทั้งสิ้น และย่อมส่งผลต่อทารกในครรภ์อย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ หากมารดามีหน้าที่ต่อทารกในครรภ์ของตนตามบทบัญญัติในเรื่องละเมิดย่อมมีความเสี่ยงสูงที่มารดาจะต้องรับผิดต่อทารกในครรภ์ของตน อันเป็นการสร้างภาระหนักแก่หญิงมีครรภ์เกินสมควร หากเทียบกับบทบัญญัติตามประมวลกฎหมายฐานหญิงพยายามทำให้ตนแท้งลูกกฎหมายยังไม่ประสงค์จะลงโทษ

อย่างไรก็ตาม หากเป็นกรณีที่มารดาจงใจ หรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง ก็ควรมีความรับผิด เพราะอาจมีบางกรณีที่มารดาจงใจจะทำให้ลูกในครรภ์พิการเพื่อนำไปขอทาน หรือ

---

[27] ประสิทธิ์ โฆวิไลกูล, *เพิ่งอ้าง*, น. 36-37.

ต้องการให้แท้ง หรืออาจเป็นกรณีที่มารดาติดสุราติดสารเสพติด และเสพสุราและสารเสพติดทั้งที่รู้ว่าจะก่อให้เกิดอันตรายแก่ทารกในครรภ์แต่ก็ไม่นำพากับผลเสียหายที่จะเกิดขึ้นกับทารกในครรภ์ แต่การรับผิดโดยการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนฐานละเมิดจะเป็นทางเยียวยาที่ถูกต้องและสมควรหรือไม่ เพราะถึงอย่างไรเมื่อทารกเกิดมาก็ต้องอยู่ภายใต้อำนาจปกครองของมารดา และมารดาก็ต้องเป็นผู้อุปการะเลี้ยงดูและเป็นผู้แทนโดยชอบธรรม ทั้งย่อมมีอำนาจในการจัดการทรัพย์สินของบุตรอยู่แล้ว นอกจากนี้การที่ทารกฟ้องหญิงมารดายังเป็นคดีอุทลุม ที่ต้องห้ามฟ้องบุพการีตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1562 ความรับผิดของหญิงมีครรภ์ในกรณีนี้จึงควรอยู่ในรูปของการจำกัดเสรีภาพหรือให้หญิงนั้นเข้ารับการดูแลทางการแพทย์เพื่อคุ้มครองสวัสดิ์ภาพของทารกในครรภ์

มาตรการทางแพ่งที่เหมาะสมที่จะนำมาปรับใช้เพื่อคุ้มครองสวัสดิภาพของทารกในครรภ์มารดาก็คือวิธีการคุ้มครองชั่วคราวก่อนพิพากษา และการที่ศาลมีคำสั่งหรือคำพิพากษาให้หญิงมารดาหยุดกระทำละเมิดหรือสั่งให้กระทำการใดเพื่อประโยชน์แก่ทารกในครรภ์ หากแต่การจะนำมาตรการต่างๆเหล่านี้มาใช้ได้ ทารกในครรภ์นั้นต้องมีสิทธิโดยตัวเองขณะอยู่ในครรภ์โดยไม่คำนึงถึงว่าภายหลังจะคลอดและอยู่รอดเป็นทารกหรือไม่ ดังนั้นหากพิจารณาตามบทบัญญัติมาตรา 15 วรรค 2 ก็ไม่อาจตีความให้ครอบคลุมถึงกรณีนี้ได้ หากแต่การใช้มาตรการทางกฎหมายแต่เพียงอย่างเดียวก็ไม่อาจจะแก้ไขปัญหาได้ ในทางตรงกันข้ามอาจทำให้เกิดปัญหามากขึ้นด้วย เช่น ถ้าใช้มาตรการทางกฎหมายในทางที่มุ่งจะเอาผิดหญิงมีครรภ์มากจนเกินไป ก็อาจทำให้หญิงมีครรภ์เกิดความกลัวที่จะไปพบแพทย์เพราะกลัวที่จะถูกตรวจพบการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ทารกในครรภ์แล้วตัวเองจะถูกควบคุมหรือถูกบังคับด้วยมาตรการต่างๆ ซึ่งการไม่ไปพบแพทย์นั้นก็จะส่งผลเสียต่อตัวหญิงมีครรภ์และทารกในครรภ์ ดังนั้น การนำมาตรการเหล่านี้มาใช้บังคับ จึงต้องอยู่บนพื้นฐานของความเข้าใจ อะลุ้มอล่วย และควรมีองค์กรที่มารองรับโดยเฉพาะมาดูแลและควบคุมพฤติกรรมของหญิงมารดา ตลอดจนให้การสงเคราะห์ช่วยเหลือแก่หญิงมารดาในการผดุงครรภ์และดูแลสุขภาพจึงจะได้ผลครบวงจร โดยองค์กรดังกล่าวนี้อาจจะอยู่ในโรงพยาบาลของรัฐในแต่ละท้องที่ก็ได้

2.5 การคุ้มครองชีวิตในครรภ์มารดาตามกฎหมายอาญา

แม้ว่าการคลอดจากครรภ์มารดาเป็นการเริ่มต้นสภาพบุคคล แต่ความเป็นมนุษย์นั้น กฎหมายไทยได้ให้ความคุ้มครองตั้งแต่เป็นทารกในครรภ์มารดาแล้ว เพราะอย่างไรเสียก็เป็นชีวิตมนุษย์ สำหรับการคุ้มครองชีวิตในครรภ์มารดาตามกฎหมายอาญามีดังนี้

2.5.1 ความผิดฐานทำให้แท้งลูก

เนื่องจากกฎหมายอาญาเห็นว่าชีวิตในครรภ์มารดาก็เป็นชีวิตมนุษย์ที่กฎหมายอาญาจะต้องคุ้มครอง ไม่ใช่เป็นเพียงอวัยวะส่วนหนึ่งของมารดา การทำลายชีวิตในครรภ์มารดาเป็นความผิดฐานทำให้แท้งลูกแยกต่างหากจากความผิดฐานทำร้ายร่ายกายมารดา ความผิดฐานทำให้แท้งลูกนั้นในประมวลกฎหมายอาญาได้กำหนดบทลงโทษทั้งกรณีผู้อื่นทำให้หญิงแท้งลูก (มาตรา 302 และมาตรา 303) ตัวหญิงเองทำให้ตัวเองแท้งลูก หรือยอมให้ผู้อื่นทำให้ตัวเองแท้งลูก (มาตรา 301)

2.5.1.1 ปัญหาพื้นฐานของการทำแท้ง

ก่อนที่กล่าวถึงตัวบทกฎหมายในความผิดฐานทำให้แท้งลูก ผู้เขียนจะขอกล่าวถึงปัญหาทางกฎหมายและจริยธรรมเกี่ยวกับการทำแท้งเสียก่อนโดยสังเขป การทำแท้งเป็นปัญหากฎหมายที่เกี่ยวกับศีลธรรมและจริยธรรมด้วย ในทุกสังคม ทุกประเทศ ปัญหาเกี่ยวกับการทำแท้งกับศีลธรรมและจริยธรรมเป็นนั้นเป็นที่ถกเถียงถึงความถูกผิดชั่วดีกันมาก ซึ่งภายใต้ข้อถกเถียงเหล่านั้นมีประเด็นที่ต้องพิจารณา 2 ประเด็นดังนี้

1) ปัญหาเกี่ยวกับความหมายของคำว่า “ชีวิต” ว่าชีวิตคืออะไร สภาพการณ์อย่างไรจึงจะเรียกได้ว่าการมีชีวิต ทารกในครรภ์มารดาถือว่ามีชีวิตหรือไม่ ปัญหานี้เราได้วิเคราะห์ไปแล้วในบทที่ 2 ทั้งทางการแพทย์ ปรัชญา และทางศาสนา ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า แม้จะตอบไม่ได้ชัดเจนว่าชีวิตมนุษย์เริ่มขึ้นเมื่อใด ทารกในครรภ์เริ่มตั้งแต่ปฏิสนธิก็ควรได้รับการปฏิบัติด้วยความเคารพระดับหนึ่ง อย่างน้อยก็ในฐานะของจุดเริ่มต้นของชีวิตมนุษย์

2) สิทธิในการทำแท้งของหญิงมีครรภ์ และ สิทธิในการมีชีวิตอยู่ของทารกในครรภ์หญิงนั้น สิทธิประเภทใดมีความสำคัญกว่ากัน ในประเด็นนี้ผู้เขียนเห็นว่าการจะตอบปัญหานี้นั้นจะต้องตอบโดยดูบริบทของเรื่องด้วย เช่น หากการตั้งครรภ์ต่อไปจะเป็นอันตรายต่อชีวิตของหญิง การรักษาชีวิตของหญิงก็สำคัญกว่า ดังนั้น กฎหมายในปัจจุบันนอกจากจะบัญญัติให้การทำแท้งเป็นความผิดแล้วยังกำหนดให้มีเหตุทำแท้งโดยชอบด้วยกฎหมายอีกด้วย โดยเหตุทำแท้งโดยชอบด้วยกฎหมายของแต่ละประเทศก็จะแตกต่างกันไปขึ้นอยู่กับความคิดและความเชื่อของคนในสังคมนั้นๆ ว่าจะยอมรับการทำแท้งได้ขนาดไหน

จากรายงานขององค์การสหประชาชาติ ได้สรุปนโยบายการทำแท้งทั่วโลกไว้ในปี พ.ศ. 2542 ปรากฏว่ามีประเทศที่อนุญาตให้ทำแท้งได้โดยเหตผลต่างๆอย่างน้อง 1 ใน 7 ข้อ ได้แก่[28]

(1) เพื่อช่วยชีวิตมารดา

(2) เพื่อสุขภาพกายมารดา

(3) เพื่อสุขภาพจิตมารดา

(4) เหตุเนื่องจากหญิงนั้นตั้งครรภ์เพราะถูกข่มขืนกระทำชำเรา หรือการตั้งครรภ์เนื่องจากการมีเพศสัมพันธุ์ของญาติร่วมสายโลหิต

(5) เหตุเนื่องจากความผิดปกติทางร่างกายหรือจิตใจอย่างร้ายแรงพิการอย่างร้ายแรงของเด็ก เนื่องจากเทคโนโลยีทางการแพทย์ที่เจริญก้าวหน้าในปัจจุบันทำให้สามารถตรวจรู้ความพิการหรือความผิดปกติของทารกได้ตั้งแต่อยู่ในครรภ์ การปล่อยให้เด็กคลอดออกมาพร้อมความพิการย่อมเป็นภาระแก่ครอบครัวและสังคมกฎหมายบางประเทศจึงอนุญาตให้ทำแท้งเพราะเหตุนี้ได้

(6) เหตุทำแท้งเนื่องจากเหตุผลเศรษฐกิจสังคม เป็นการทำแท้งเนื่องจากการตั้งครรภ์ที่ไม่พึงประสงค์ หรือการคุมกำเนิดที่ผิดพลาด เพราะเด็กที่เกิดมาขณะมารดาและครอบครัวไม่มีความพร้อมนอกจากจะเป็นภาระแก่ตัวมารดาและครอบครัวแล้ว ยังอาจได้รับการเลี้ยงดูที่ไม่ดีพอ อันเป็นปัญหาต่อสวัสดิภาพของเด็กเองก็ได้ ซึ่งจะส่งผลเสียต่อสังคม

เนื่องจากการทำแท้งเถื่อนเป็นอันตรายอย่างมาก กฎหมายหลายประเทศจึงนำระยะเวลาของการตั้งครรภ์มากำหนดให้ทำแท้งเสรีได้ ซึ่งโดยมากจะอยู่ในช่วงสามเดือนแรกของการตั้งครรภ์ โดยนโยบายของการทำแท้งของแต่ละประเทศแตกต่างกันไป บางประเทศก็อาศัยเหตุทำแท้งเพียงอย่างเดียว เช่น ประเทศอังกฤษ[29] บางประเทศก็กำหนดโดยอาศัยเหตุทำแท้งและระยะเวลาตั้งครรภ์ทั้งสองอย่างรวมกัน ประเทศฝรั่งเศสกำหนดให้ในช่วง 10 สัปดาห์แรกของการตั้งครรภ์หญิงมีสิทธิ์ทำแท้งได้โดยเสรี แต่หลังจากนั้นต้องเป็นกรณีที่การตั้งครรภ์จะเป็นอันตรายต่อชีวิตหรืออันตรายต่อสุขภาพกายหรือสุขภาพจิตของหญิงมีครรภ์ หรือทารกในครรภ์มีความผิดปกติ

---

[28] อารดี ประสมทรัพย์, “ทางเลือกที่จะทำแท้ง: การพิทักษ์สิทธิผู้หญิงของวิชาชีพที่เกี่ยวข้อง,” (วิทยานิพนธ์หลักสูตรศิลปศาสตรมหาบัณฑิตสาขาสหวิทยการ วิทยลัยสหวิทยาการมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2550) น. 39.

[29] The Abortion Act 1967

หรือพิการอย่างร้ายแรง[30] สำหรับประเทศไทยการทำแท้งโดยชอบด้วยกฎหมายอาศัยเหตุทำแท้งเพียงอย่างเดียว ดังที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎมายอาญา มาตรา 305 ซึ่งจะกล่าวต่อไป

2.5.1.2 บทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญาและความหมายของการแท้งลูก

ประมวลกฎหมายอาญาได้บัญญัติความผิดฐานทำให้แท้งลูกไว้ดังนี้

มาตรา 301 หญิงใดทำให้ตนเองแท้งลูก หรือยอมให้ผู้อื่นทำให้ตนแท้งลูก ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

มาตรา 302 ผู้ใดทำให้หญิงแท้งลูกโดยหญิงนั้นยินยอม ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ถ้าการกระทำนั้นเป็นเหตุให้หญิงรับอันตรายสาหัสอย่างอื่นด้วย ผู้กระทำต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินเจ็ดปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นสี่พันบาทหรือทั้งจำทั้งปรับ

ถ้าการกระทำนั้นเป็นเหตุให้หญิงถึงแก่ความตาย ผู้กระทำต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบปี และปรับไม่เกินสองหมื่นบาท

มาตรา 303 ผู้ใดทำให้หญิงแท้งลูกโดยหญิงนั้นไม่ยินยอม ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินเจ็ดปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นสี่พันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ถ้าการกระทำนั้นเป็นเหตุให้หญิงรับอันตรายสาหัสอย่างอื่นด้วย ผู้กระทำต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งปีถึงสิบปี และปรับตั้งแต่สองพันบาทถึงสองหมื่นบาท

ถ้าการกระทำนั้นเป็นเหตุให้หญิงถึงแก่ความตาย ผู้กระทำต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ห้าปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่หนึ่งหมื่นบาทถึงสี่หมื่นบาท

มาตรา 304 ผู้ใดเพียงแต่พยายามกระทำความผิดตามมาตรา 301 หรือมาตรา 302 วรรคแรก ผู้นั้นไม่ต้องรับโทษ

มาตรา 305 ถ้าการกระทำความผิดดังกล่าวในมาตรา 301 และมาตรา 302 นั้นเป็นการกระทำของนายแพทย์ และ

(1) จำเป็นต้องกระทำเนื่องจากสุขภาพของหญิงนั้น หรือ

(2) หญิงมีครรภ์เนื่องจากการกระทำความผิดอาญา ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 276 มาตรา 277 มาตรา 282 มาตรา 284 หรือมาตรา 284

ผู้กระทำไม่มีความผิด

---

[30] La loi veil 1975

ตามกฎหมายอาญาของไทย การตั้งครรภ์ของหญิงถือเป็นองค์ประกอบของความผิดฐานทำให้แท้งลูก แตกต่างจากตัวบทกฎหมายของบางประเทศ อย่างเช่น ความผิดฐานพยายามทำแท้งของอังกฤษผู้กระทำมีความผิดแม้หญิงจะไม่ได้ตั้งครรภ์[31] ดังนั้นความผิดฐานทำให้แท้งลูกจะเกิดขึ้นได้จะต้องมีการตั้งครรภ์เสียก่อน ตามคำอธิบายกฎหมายอาญาแต่เดิม ความผิดฐานทำให้แท้งลูกคือการทำลายลูกตั้งแต่ปฏิสนธิในครรภ์จนถึงคลอด อย่างไรก็ตามเมื่อวิทยาการทางการแพทย์เจริญก้าวหน้ามากยิ่งขึ้น มีการคุมกำเนิดโดยการป้องกันมิให้ตัวอ่อนที่ปฏิสนธิแล้วเข้าไปฝังตัวในผนังมดลูก และยังมีการทำให้เกิดการปฏิสนธินอกครรภ์มารดาขึ้น ความผิดฐานทำให้แท้งลูกจึงต้องอธิบายเสียใหม่ว่า ช่วงระยะเวลาในการกระทำความผิดเริ่มตั้งแต่ตัวอ่อนเข้าไปฝังตัวในผนังมดลูก (ประมาณ 7 วันหลังปฏิสนธิ) จนถึงเวลาก่อนการคลอดสำเร็จ เพราะหากเริ่มนับตั้งแต่เวลาที่ปฏิสนธิ จะมีปัญหาว่าการผสมเทียมทางหลอดทดลองแล้วทำให้ตัวอ่อนตายก็ดี การคุมกำเนิดโดยใช้ห่วงคุมกำเนิดที่ทำให้ไข่ที่ผสมแล้วเข้าไปฝังตัวในผนังมดลูกไม่ได้ก็ดี จะเป็นปัญหาว่าเป็นความผิดฐานทำให้แท้งลูกหรือไม่ ทั้งๆ ที่ยังไม่มีการตั้งครรภ์เสียด้วยซ้ำ

อย่างไรถือเป็นเป็นการแท้งลูกนั้น ประมวลกฎหมายอาญาไม่ได้ให้คำนิยามไว้ แต่ตามความเห็นทางการแพทย์ตามคำนิยามขององค์การอนามัยโลก การแท้งหมายถึงการคลอดของทารกที่มีอายุในครรภ์มารดาอ่อนกว่า 28 สัปดาห์ หรือทารกที่คลอดมีน้ำหนักน้อย กว่า 1,000 กรัม ไม่ว่าการคลอดนั้นทารกจะมีชีวิตอยู่หรือไม่ด้วย อนึ่งโดยที่ในขณะนี้ความความก้าวหน้าทางการแพทย์ได้พัฒนาไปอย่างมาก การดูแลทารกแรกคลอดที่มีน้ำหนักตัวน้อย ให้รอดชีวิตสามารถทำได้มากขึ้น ในต่างประเทศ เช่น ในอังกฤษ สหรัฐอเมริกา ญี่ปุ่น จึงถือกันว่าการแท้งหมายถึงการคลอดของทารกที่อายุในครรภ์มารดาอ่อนกว่า 20 สัปดาห์ลงมา หรือทารกที่คลอดมีน้ำหนักน้อยกว่า 500 กรัม ไม่ว่าการคลอดนั้นทารกจะมีชีวิตอยู่หรือไม่ก็ตาม

คำว่า “แท้ง” ตามความหมายธรรมดาตามที่ปรากฏในพจนุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2542 หมายความว่า สิ้นสุดการตั้งครรภ์ก่อนกำหนดคลอด โดยที่ลูกในท้องไม่สามารถมีชีวิตอยู่ได้

ส่วนความหมายของการทำให้แท้งลูกตามแนวคำพิพากษาของศาลฎีกานั้น ศาลฎีกาเคยมีคำพิพากษาในคดีความผิดฐานทำร้ายร่างกายเป็นเหตุให้ได้รับอันตรายสาหัส ตามมาตรา 295 (5) ไว้ในคำพิพากษาฎีกาที่ 667/2510 ว่า *“การกระทำอันจะเป็นความผิดฐานทำร้ายผู้อื่นจนเป็นเหตุให้ผู้ถูกทำร้ายรับอันตรายสาหัสถึงแท้งลูกตามมาตรา 297 (5) นั้น จะต้องเป็น*

---

[31] The Offence Against the Person Act 1861, Article 58.

กรณีที่ลูกในครรภ์ของผู้ถูกทำร้ายคลอดออกมาในลักษณะลูกไม่มีชีวิต ส่วนการคลอดก่อนกำหนดเวลาในลักษณะที่เด็กยังมีชีวิตรอดอยู่ต่อมาอีก 8 วันแล้วจึงตาย ดังนี้ ไม่เป็นการทำให้ได้รับอันตรายสาหัสถึงทำให้แท้งลูกตามมาตรา 297 (5)"

ความหมายของการแท้งลูกตามแนวคำพิพากษาฎีกานั้นสอดคล้องกับความเห็นของท่านอาจารย์จิตติ ติงศภัทิย์ ที่เห็นว่า การทำให้แท้งลูกน่าจะหมายถึงการทำลายลูกตั้งแต่ปฏิสนธิในครรภ์ไปจนถึงกำลังคลอด หรือกระทำเมื่อกำลังคลอดก่อนอยู่รอดเป็นทารกมีสภาพบุคคลมีชีวิต แต่ต้องมีผลให้ลูกในครรภ์นั้นตายก่อนคลอด[32] ตามความเห็นนี้หากทารกคลอดออกมาแล้วถึงแก่ความตายภายหลังไม่แม้ตายเพราะเหตุที่กระทำนั้นก็ไม่ใช่ความผิดฐานทำให้แท้งลูก ซึ่งแตกต่างจากการแท้งทางการแพทย์ที่ถืออายุครรภ์และน้ำหนักทารกเป็นเกณฑ์ หากเป็นกรณีของการที่ทารกตายก่อนคลอดนั้นทางการแพทย์เรียกว่า "การตายคลอด" (dead-born fetus) ซึ่งหมายถึงการตายของทารกหรือผลิตผลของการตั้งครรภ์ก่อนที่จะออกมาจากครรภ์มารดาโดยไม่คำนึงว่าการตั้งครรภ์นั้นเป็นระยะเวลานานเท่าใด การตายของทารกดังกล่าวแสดงโดยเด็กที่เกิดมาแล้วไม่หายใจหรือไม่แสดงอาการของชีวิตใดๆ เหล่านี้ ได้แก่ หัวใจเต้น ชีพจรเต้น หรือสายสะดือเต้น รวมทั้งการเคลื่อนไหวของกล้ามเนื้อที่จิตใจบังคับได้ (ICD 10 and related health problem, vol. 1 B Geneva : 1992: 1235)

การทำให้แท้งลูกนี้ยังมีความเห็นที่ต่างออกไป กล่าวคือ ท่านศาสตราจารย์คณิต ณ นคร เห็นว่า[33] การทำให้แท้งลูกนั้นก็คือการทำให้ลูกในครรภ์ตายขณะอยู่ในครรภ์ หรือทำให้ลูกในครรภ์คลอดออกมาก่อนกำหนดแต่โดยสภาพไม่อาจมีชีวิตรอดได้ ซึ่งผู้เขียนก็รู้สึกเห็นด้วยกับความเห็นนี้เพราะหากมีการกระทำตั้งแต่ทารกอยู่ในครรภ์ ทารกนั้นคลอดออกมามีชีวิตแต่ต้องถึงแก่ความตายอย่างแน่แท้ก็ไม่ต่างอะไรกับการที่ทารกนั้นตายตั้งแต่อยู่ในครรภ์ ซึ่งหากถือว่าทารกนั้นต้องตายก่อนคลอดถึงจะเป็นความผิดฐานทำแท้งสำเร็จ ฉะนั้นถ้าคลอดมาแล้วจึงถึงแก่ความตายก็จะเป็นความผิดเพียงฐานพยายามทำแท้ง ซึ่งหากเป็นกรณีหญิงทำให้ตนเองแท้งลูกหรือยินยอมให้ผู้อื่นทำให้ตนเองแท้งลูกตามมาตรา 301 หรือ กรณีผู้อื่นทำให้หญิงแท้งลูกโดยหญิงนั้นยินยอมและหญิงนั้นไม่ได้รับอันตรายสาหัสหรือถึงแก่ความตาย ตามมาตรา 302 วรรค 1

---

[32] จิตติ ติงศภัทิย์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 3*, น. 253.

[33] คณิต ณ นคร, <u>กฎหมายอาญาภาคความผิด</u>, พิมพ์ครั้งที่ 9, (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน), น. 177.

ผู้กระทำไม่ต้องรับโทษ ทั้งๆ ที่ผลของการกระทำก็ทำให้ทารกถึงแก่ความตายเหมือนกันเพียงแต่ตายในครรภ์หรือตายนอกครรภ์เท่านั้น

ส่วนระยะเวลาที่เป็นจุดสิ้นสุดที่จะกระทำควาผิดฐานแท้งลูกการกระทำนั้นจะเป็นจุดแบ่งของการกระทำความผิดฐานทำให้แท้งลูกกับความผิดฐานฆ่าคนตาย ในประเด็นนี้มีความเห็นแบ่งออกเป็น 3 ความเห็นเช่นกัน กล่าคือ *ความเห็นแรก* การทำแท้งคือการการกระทำต่อทารกในครรภ์ตั้งแต่ตัวอ่อนเข้าฝังตัวในผนังมดลูกจนถึงการคลอดเสร็จบริบูรณ์ คือทารกคลอดพ้นจากช่องคลอดหมดทั้งตัว หากกระทำต่อทารกในช่วงที่ทารกยังโผล่พ้นช่องคลอดออกมาเป็นบางส่วนเป็นก็ยังอยู่ในฐานความผิดฐานทำให้แท้งลูกอยู่ ส่วน *ความเห็นที่สอง* เห็นว่าการทำให้แท้งลูก คือการการกระทำต่อทารกในครรภ์ตั้งแต่ตัวอ่อนเข้าฝังตัวในผนังมดลูกจนถึงบางส่วนของทารกโผล่พ้นช่องคลอดของมารดาหากลงมือกระทำเมื่อทารกกำลังโผล่จากช่องคลอดบางส่วน แม้ยังไม่หมดตัวเป็นความผิดฐานฆ่าคนตาย และ*ความเห็นสุดท้าย*[34]เห็นว่าจุดแบ่งความผิดฐานทำให้แท้งลูกกับความผิดฐานฆ่าคนตายนั้น อยู่ตรงการคลอดกล่าวคือหากเป็นการคลอดโดยธรรมชาติก็เริ่มตั้งแต่เจ็บครรภ์คลอด หากเป็นการคลอดโดยการผ่าคลอด ก็เริ่มตั้งแต่เริ่มการผ่าคลอด ซึ่งความเห็นนี้จะตรงกับกฎหมายอาญาของเยอรมันที่ความผิดอาญาฐานฆ่าคนตายเริ่มขึ้นตั้งแต่เจ็บครรภ์คลอด (active labor begin)

ด้วยความเคารพต่อความเห็นทั้งสาม ผู้เขียนเห็นว่าความแห็นแรกทำให้เกิดช่องว่างในกรณีที่ทำให้ทารกตายขณะคลอดไม่หมดตัว ซึ่งเห็นได้ชัดว่าทารกนั้นกำลังจะมีชีวิตโดยสมบูรณ์ บางทีทารกอาจมีลมหายใจแล้วด้วยซ้ำ แต่การฆ่าทารกกลับเป็นเพียงความผิดเพียง

ฐานทำให้แท้งลูก ซ้ำร้ายหากกระทำแล้วทารกยังไม่ตายแต่มาถึงแก่ความตาภายหลังคลอดเสร็จจสมบูรณ์ โดยผู้กระทำไม่ได้ทำอะไรเพิ่มเติมอีก ก็จะเป็นความผิดฐานพยายามทำให้แท้งลูกเท่านั้น ซึ่งหากเป็นกรณีหญิงทำด้วยตัวเองหรือผู้อื่นเป็นผู้กระทำโดยหญิงนั้นยินยอม และหญิงไม่ได้รับอันตรายสาหัสหรือถึงแก่ความตาย ก็จะเป็นกรณีที่กฎหมายยกเว้นโทษ ส่วนความเห็นที่สามนั้นผู้เขียนเห็นว่าออกจะไกลไปสักหน่อย และต้องใช้พยานหลักฐานทางการแพทย์พิสูจน์ว่าการเจ็บครรภ์นั้นเป็นการเจ็บครรภ์คลอดหรือไม่ แต่ความเห็นที่สองการที่ทารกโผล่พ้นช่องคลอดบางส่วนเป็นข้อเท็จจริงที่ปรากฏชัดและยังอุดช่องว่างของกรณีแรกได้ อย่างไรก็ตามการตีความให้การเริ่มสภาพบุคคลตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์กับประมวลกฎหมายอาญาต่างกัน อาจทำให้เกิดความสับสนและขาดเอกภาพในการตีความกฎหมาย แต่หาก

---

[34] *เพิ่งอ้าง*, น.71.

จะเอาผิดกับการฆ่าทารกในระหว่างคลอดให้หนักกว่าการทำแท้งขณะทารกอยู่ในครรภ์มารดาก็อาจทำได้โดยการเพิ่มโทษสำหรับการฆ่าทารกในขณะคลอดโดยเฉพาะ ซึ่งจะไม่ส่งผลถึงการตีความการเริ่มสภาพบุคคล ในขณะเดียวกันก็สามารถลงโทษให้เหมาะสมกับลักษณะของการกระทำที่รุนแรงขึ้นด้วย

2.5.2 **ความผิดฐานฆ่าผู้อื่น**

ความผิดฐานฆ่าผู้อื่น คือ ความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 288 ซึ่งบัญญัติว่า “ผู้ใดฆ่าผู้อื่น ต้องระวางโทษประหารชีวิต จำคุกตลอดชีวิต หรือจำคุกตั้งแต่สิบห้าปีหรือยี่สิบปี” การฆ่าผู้อื่น คือการทำให้มนุษย์ผู้อื่นถึงแก่ความตายโดยเจตนาฆ่า กรรมของการกระทำคือ มนุษย์ผู้อื่น ซึ่งรวมถึงทารกซึ่งคลอดก่อนกำหนดที่ไม่สามารถที่จะมีชีวิตรอดต่อไปได้เลย[35]

ในความผิดฐานฆ่าผู้อื่น มีปัญหาว่าหากมีการกระทำโดยเจตนาทำให้แท้งลูกแต่ทารกกลับคลอดออกมามีชีวิต แต่ก็ถึงแก่ความตายเนื่องจากการกระทำนั้น ผู้กระทำจะมีความผิดฐานฆ่าผู้อื่นหรือไม่ เห็นว่าการกระทำโดยเจตนาทำแท้งนั้นแต่ทารกในครรภ์กลับไม่ตายในครรภ์แต่คลอดออกมาแล้วถึงแก่ความตายนั้น ตามกฎหมายไทยเป็นความผิดฐานพยายามทำให้แท้งลูกเท่านั้น และแม้ทารกจะคลอดและอยู่รอดเป็นทารกและมีการตายเกิดขึ้นเนื่องจากการกระทำนั้น ผู้กระทำก็ไม่มีความผิดฐานฆ่าคนตาย เพราะขณะที่มีการกระทำที่เป็นการฆ่ายังไม่มีผู้อื่น อันเป็นกรรมของการกระทำ และ ขณะที่มีผู้อื่น ก็ไม่มีการกระทำที่เป็นการฆ่า ผู้กระทำจึงไม่มีความผิดฐานฆ่าคนตายเพราะยังไม่ครบองค์ประกอบความผิด

ปัญหาประการต่อมาคือการเริ่มสภาพความเป็นมนุษย์ที่อยู่ในความหมายของคำว่าผู้อื่น ที่จะเป็นองค์ประกอบอันเป็นกรรมของการกะทำความผิดฐานนี้ได้นั้นเริ่มขึ้นเมื่อใด แบ่งออกเป็นสองความเห็น

ความเห็นประการที่ 1 เห็นว่าผู้ถูกฆ่าจะต้องมีสภาพบุคคลแล้วตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กล่าวคือ “ผู้อื่น” นั้นหมายถึงผู้ที่มีสภาพบุคคลในขณะที่ถูกฆ่า ส่วนสภาพบุคคลมีความหมายว่าอย่างไรนั้น เมื่อกฎหมายอาญาไม่ได้บัญญัติไว้โดยเฉพาะหรือมิได้มุ่งให้มีความหมายพิเศษเป็นอย่างใด ก็ต้องอาศัยหลักตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 15 คือ เมื่อคลอดและอยู่รอดเป็นทารก “การคลอด” ดังที่กล่าวไว้แล้วว่าหมายถึงการทำให้ทารกในครรภ์เป็นอิสระหลุดพ้นจากมารดาทั้งหมดแม้จะยังไม่ทันตัดสายรกก็ตาม การเจ็บคลอดก็ดี การคลอดออกมาบางส่วนเกือบหมดตัวแล้วแต่ข้อเท้ายังติดอยู่ในช่องคลอดก็ดี ตราบใดที่ยังไม่

---

[35] *เพิ่งอ้าง*

หลุดพ้นจากครรภ์มารดาทั้งหมด จะถือว่า “คลอดแล้ว” ไม่ได้ คงเป็นเพียง “กำลังคลออด” หรือ “ขณะคลอด” เท่านั้นเอง การกำหนดข้อเท็จจริงเพื่อลงโทษในคดีอาญาแก่บุคคลต้องชัดแจ้งไม่คลุมเครือ อย่างไรก็ตามหากกฎหมายต้องการลงโทษการฆ่าขณะเจ็บคลอดหรือกำลังคลอดแต่ยังไม่หมดตัวก็คงบัญญัติไว้ชัดเจน ส่วนการ “รอดอยู่” คือการมีชีวิตอยู่ด้วยตัวเอง เป็นข้อเท็จจริงประกอบภายหลังคลอดแล้วแม้ว่าทารกในครรภ์จะถือว่ามีชีวิต หัวใจเต้น มีการดิ้นหรือแม้แต่การร้องขณะที่ยังคลอดออกมาไม่หมดทั้งตัว ก็ยังไม่ใช่การรอดอยู่ในความหมายนี้จนกว่าการหายใจก็ดี การที่ชีพจรเต้นก็ดี หรือการดิ้น การร้องจะได้มีอยู่ต่อมาภายหลังการคลอดหมดทั้งตัวแล้วแม้ชั่วขณะหนึ่งก็เพียงพอที่จะแสดงว่ามีการอยู่รอด[36]

ตามความเห็นนี้เห็นว่า ในทางแพ่ง แม้ทารกในครรภ์จะสามารถมีสิทธิต่างๆได้หากเกิดมาแล้วรอดอยู่ก็คงเป็นสิทธิในทางทรัพย์สินเท่านั้น ส่วนในคดีอาญาต้องมีบุคคลอันเป็นองค์ประกอบให้ฆ่าได้เสียก่อนซึ่งต้องประกอบด้วยการคลอดและการอยู่รอดหลังการคลอด ทารกในครรภ์แม้ถือว่ามีชีวิต แต่ตราบที่ยังคลอดไม่สำเร็จก็ดี ต้องถือว่ายังไม่มีผู้อื่นให้ฆ่า ดังนั้น หากเอายาพิษให้หญิงมีครรภ์รับประทานเพื่อฆ่าทารกในครรภ์เมื่อทารกคลอดมามีชีวิตอยู่ได้เพียงหนึ่งชั่วโมงก็ตายเพราะผลจากยาพิษนั้น จะเห็นได้ว่า ขณะมีการกระทำอันเป็นการฆ่า (ให้ยาพิษ) ทารกในครรภ์ยังไม่มีสภาพบุคคล และขณะมีสภาพบุคคล (ทารกนั้นคลอดแล้วรอดอยู่) ไม่มีการกระทำที่เป็นการฆ่า องค์ประกอบความผิดฐานฆ่าผู้อื่นจึงยังไม่ครบผู้กระทำจึงยังไม่เป็นความผิดฐานนี้[37]

ความเห็นประการที่ 2 เห็นว่า ในเรื่องนี้ไม่ใช่สภาพบุคคลตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์และถ้าทารกได้แยกตนเป็นอิสระจากมารดา คือโผล่ออกจากมดลูกแล้ว การฆ่าให้ตายก็เป็นความผิดตามมาตรา 288 [38]

ตามความเห็นที่ 2 การเริ่มต้นสภาพบุคคลตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้นจะนำมาใช้ในทางอาญาไม่ได้ เพราะการเริ่มสภาพบุคคลตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เป็นการเริ่มต้นของการประธานแห่งสิทธิ แต่การเริ่มความเป็นมนุษย์ในกฎหมายอาญา

---

[36] ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ์, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิด, พิมพ์ครั้งที่ 3, (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2549), น. 28.

[37] *เพิ่งอ้าง.*

[38] หยุด แสงอุทัย, กฎหมายอาญาภาค 2-3, พิมพ์ครั้งที่ 10, (กรุงเทพ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2544), น.186.

เป็นการเริ่ม “สภาพการที่จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย” หรือการเป็น “วัตถุของการคุ้มมครอง ดั่งนี้ แนวความคิดในทางกฎหมายแพ่งจึงแตกต่างจากแนวความคิดในทางกฎหมายอาญา ฉะนั้น การนำเอาแนวความคิดในทางกฎหมายในทางแพ่งมาใช้ในทางกฎหมายอาญาจึงไม่ถูกต้อง “ทารกในการคลอด” นั้นมีคุณสมบัติครบถ้วนในการอยู่รอดเป็นมนุษย์จึงต้องได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายยิ่งกว่าก่อนการคลอดหรืออยู่ในสภาพของความเป็น “ลูกในครรภ์”[39]

ส่วนความเห็นที่เห็นว่าความเป็นมนุษย์เริ่มเมื่อเจ็บครรภ์คลอดหรือเริ่มผ่าคลอดนั้นค่อนข้างจะไกลไปจากความเห็นทั่วไปมากไป ดังผู้เขียนได้กล่าวไปแล้วในความส่วนที่อธิบายความผิดฐานทำให้แท้งลูก ผู้เขียนจึงจะไม่ขอกล่าวซ้ำอีกในที่นี้

ในประเทศไทยนักนิติศาสตร์ที่เห็นด้วยกับความเห็นที่หนึ่ง ได้แก่ ศาตราจารย์จิตติ ติงศภัทิย์[40] รองศาสตราจารย์ ดร. ทวีเกียรติ[41] มีนะกนิษฐ์ กล่าวโดยสรุปคือ “ผู้อื่น” ที่จะเป็นกรรมของการฆ่า ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 288 จะต้องมีสภาพบุคคลตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เสียก่อน แต่ผู้เขียนกลับไม่เห็นด้วยกับความเห็นแรก เพราะประมวลกฎหมายอาญา ก็ใช้ถ้อยคำว่า “ผู้ใดฆ่าผู้อื่น” ไม่ได้ใช้ถ้อยคำว่า “บุคคลใดฆ่าบุคคลอื่น” อันเป็นถ้อยคำเดียวกับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตารา 15 ให้คำนิยามไว้ และจุดประสงค์ของกฎหมายแพ่งกับกฎหมายอาญาก็ต่างกันดังเหตุผลที่กล่าวไว้แล้วในความเห็นที่ 2 อีกประการหนึ่ง การตีความเห็นแรก นั้นจะก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมหากการฆ่าเกิดขึ้นขณะทารกยังคลอดไม่หมดตัวหากทารกตายขณะยังคลอดไม่หมดตัวนั้นผู้กระทำมีความผิดฐานทำให้แท้งลูกสำเร็จเท่านั้น ทั้งๆ ที่เห็นได้ชัดว่าทารกนั้นมีชีวิตแล้ว และหากการกระทำระหว่างคลอดนั้นไม่ได้ทำให้ทารกถึงแก่ความตายในทันทีแต่ทารกนั้นคลอดออกมาหมดตัวก่อนแล้วจึงถึงแก่ความตายโดยที่ผู้กระทำไม่ได้ทำอะไรอีก การกระทำดังกล่าวจะเป็นความผิดฐานพยายามทำให้แท้งลูกเท่านั้น เพราะความผิดฐานทำให้แท้งลูกนั้นการทำให้แท้งลูกตามแนวคำพิพากษาของศาลฎีกาที่ 667/2510 นั้นได้วางแนวไว้ว่าการทำให้แท้งลูกต้องเป็นการที่ทารกนั้นคลอดออกมาไม่มีชีวิต และผู้กระทำก็ไม่มีความผิดฐานฆ่าผู้อื่นตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 288 เพราะขณะมีการกระทำอันเป็นการฆ่า ทารกในครรภ์ยังไม่มีสภาพบุคคล และขณะมีสภาพบุคคล (ทารกนั้นคลอด

---

[39] คณิต ณ นคร, *อ้างแล้วเชิง อรรถที่ 15* ,น.72.

[40] จิตติ ติงศภัทิย์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 3*, น. 2.

[41] ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 36*, น. 27.

แล้วรอดอยู่) ไม่มีการกระทำที่เป็นการฆ่า องค์ประกอบความผิดฐานฆ่าผู้อื่นจึงยังไม่ครบผู้กระทำจึงยังไม่เป็นความผิด แต่หากตีความตามความเห็นที่ 2 จะไม่มีปัญหาเหล่านี้

อย่างไรก็ตมีปัญหาว่าหากการที่ตีความว่าความผิดฐานฆ่าคนตายเริ่มขึ้นเมื่อทารกนั้นคลอดพ้นจากมารดาเพียงบางส่วนตามความเห็นที่ 2 นั้น จะทำให้การเริ่มสภาพบุคคลในทางแพ่ง กับการการเป็นผู้อื่นอันจะเป็นผู้ถูกกระทำ (ถูกฆ่า) ในทางอาญามีความหมายต่างกัน จนทำให้เกิดความสับสนและขาดเอกภาพในการตีความกฎหมาย ดังนั้นผู้เขียนเห็นว่าหากจะคงการตีความให้การเริ่มสภาพบุคคลไว้ในจุดเดียวกัน ก็อาจแก้ไขเฉพาะจุดเพื่อลงโทษการฆ่าทารกในระหว่างคลอดให้หนักยิ่งขึ้นโดยเฉพาะก็จะแก้ปัญหาได้

2.5.3 ความผิดฐานทำร้ายร่างกายเป็นเหตุให้หญิงแท้งลูก

ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 297 (5) บัญญัติไว้ว่า

มาตรา 297 ผู้ใดกระทำความผิดฐานทำร้ายร่างกาย จนเป็นเหตุให้ผู้ถูกกระทำร้ายได้รับอันตรายสาหัส ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หกเดือนถึงสิบปี

อันตรายสาหัสนั้น คือ…

(5) แท้งลูก

คำว่าแท้งลูกนั้นได้อธิบายไปแล้วในความผิดฐานทำให้แท้งลูกข้างต้น เพราะฉะนั้นในมาตรานี้จะขออธิบายลักษณะของความผิดและความแตกต่างของความผิดตามมาตรานี้กับความผิดฐานทำให้แท้งลูก

ความผิดฐานทำร้ายร่างกายเป็นเหตุให้ได้รับอันตรายสาหัส (แท้งลูก) ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 297 (5) เป็นบทกฎหมายที่มุ่งคุ้มครองร่างกายของหญิงมีครรภ์ โดยมีหญิงมีครรภ์เป็นกรรมของการกระทำ กล่าวคือเป็นการกระทำที่ผู้กระทำเจตนาทำร้ายให้เกิดอันตรายต่อร่างกายของหญิงมีครรภ์ ส่วนการแท้งลูกเป็นผลที่ตามธรรมดาย่อมเกิดขึ้นได้จากการกระทำนั้นตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 63 โดยผู้กระทำไม่ได้เจตนาต่อผลนั้น แต่ความผิดฐานทำให้แท้งลูกเป็นการกระทำที่มุ่งหมายให้เกิดการแท้งลูกโดยเฉพาะ มีลูกในครรภ์เป็นกรรมของการกระทำ ผู้กระทำมีเจตนาต่อผลคือการแท้งลูก จะเป็นการทำร้ายร่างกายด้วยหรือไม่ไม่สำคัญ หากการทำให้หญิงแท้งลูกเป็นเหตุให้หญิงได้รับอันตรายสาหัสหรือถึงแก่ความตายก็เป็นผลที่ตามธรรมดาที่ย่อมเกิดขึ้นได้จากการกระทำที่ทำให้แท้งลูกนั้น ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 63 เช่นกัน แต่ก็มีกรณีการทำให้แท้งลูกเป็นความผิดฐานทำร้ายร่างกายเป็นเหตุให้ได้รับอันตรายสาหัสได้ คือกรณีที่ทำร้ายโดยเจตนา (ประสงค์ต่อผลหรือย่อมเล็งเห็นผล) ให้หญิงแท้งลูก กรณีเช่นนี้เป็นกรณีกรรมเดียวผิดกฎหมายหลายบท เพื่อความเข้าใจจะขอยกตัวอย่างประกอบดังนี้

แดงเอาไม้ตีขาวหญิงมีครรภ์ที่หัว ขาวล้มลงท้องกระแทกหิน แท้งลูก ขาวมีความผิดตามมาตรา 297 (5) แต่ถ้าแดงรู้ว่าขาวเป็นหญิงมีครรภ์แล้วยังเอาไม้ไปตีขาวที่ท้องเป็นกรรมเดียวผิดกฎหมายหลายบทกล่าวคือผิดทั้งมาตรา 303 วรรคหนึ่ง และมาตรา 297 (5) ต้องลงโทษตามมาตรา 297 (5) ที่เป็นบทหนัก

ในบทนี้ผู้เขียนได้กล่าวถึงสิทธิของทารกในครรภ์มารดาในทางแพ่งและการคุ้มครองทารกในครรภ์มารดาตามกฎหมายอาญาของไทย ตลอดจนความเห็นของผู้เขียนในประเด็นปัญหาต่างๆไปแล้ว ในบทต่อไปผู้เขียนจะขอกล่าวถึงสิทธิของทารกในครรภ์มารดาตามกฎหมายต่างประเทศเพื่อประโยชน์ของการศึกษาเปรียบเทียบกับหลักเกณฑ์ของไทยต่อไป