

บทที่ 5

สิทธิของทารกในครรภ์มารดาตามกฎหมายไทยเปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศ

การคุ้มครองสิทธิของทารกในครรภ์มารดานั้น ในแต่ละประเทศมีทั้งความเหมือนและความแตกต่างกันไป ในบทนี้ผู้เขียนจะขอกล่าวเปรียบเทียบกับประเด็นต่างๆเกี่ยวกับสิทธิของทารกในครรภ์มารดาตามกฎหมายไทยเปรียบเทียบกับกฎหมายของต่างประเทศ ตลอดจนวิเคราะห์ให้เห็นถึงข้อดีและข้อเสีย และความเหมาะสมของการให้ความคุ้มครองสิทธิของทารกในครรภ์มารดาที่เป็นอยู่ตามกฎหมายไทย

1. สิทธิของทารกในครรภ์มารดาและเสรีภาพของหญิงมีครรภ์

ตามปกติมารดาก็ย่อมประสงค์ที่จะทำเพื่อประโยชน์ของทารกในครรภ์ของตน ทำให้ประโยชน์ของมารดาและทารกในครรภ์ถือเป็นสิ่งเดียวกัน แต่ก็มีบางกรณีที่มีการคุ้มครองสิทธิของทารกในครรภ์มารดานั้นกระทบต่อเสรีภาพในเนื้อตัวร่างกายของหญิงมีครรภ์ ยิ่งมีประเด็นเกี่ยวกับสิทธิที่จะมีชีวิตของทารกในครรภ์ ว่าทารกในครรภ์นั้นมีสิทธิที่จะมีชีวิตอันเป็นสิทธิพื้นฐานของสิทธิมนุษยชนหรือไม่ กลายเป็นปัญหาถกเถียงดังต่อไปนี้

1.1 การทำแท้งและสิทธิที่จะมีชีวิตของทารกในครรภ์

เมื่อสังคมไทยมีความตระหนักเกี่ยวกับสิทธิสตรีมากขึ้น กลุ่มรณรงค์เพื่อสิทธิสตรีทั้งหลายได้หยิบยกประเด็นเรื่องสิทธิในการทำแท้งของหญิงมีครรภ์ ว่าเป็นสิทธิในเนื้อตัวร่างกายของหญิงมีครรภ์ หญิงมีครรภ์ย่อมมีสิทธิที่จะตัดสินใจเกี่ยวกับเนื้อตัวร่างกายของตนเองว่าจะคุมครรภ์ไว้ หรือยุติการตั้งครรภ์ลง ทั้งเป็นสิทธิส่วนบุคคลในการตัดสินใจเกี่ยวกับสถานะทางครอบครัวของตนว่าจะมีบุตรหรือไม่

ตามกฎหมายอาญาของไทย เหตุที่หญิงจะทำแท้งได้โดยชอบด้วยกฎหมายมีเพียง 2 ประการ ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 305 คือ การทำแท้งด้วยจำเป็นต้องกระทำเนื่องจากสุขภาพของหญิงนั้น หรือการตั้งครรภ์เกิดจากการกระทำความผิดอาญาตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 276 มาตรา 277 มาตรา 282 มาตรา 284 หรือมาตรา 284 ซึ่งฝ่ายที่สนับสนุนการทำแท้งเสรีนั้น

เห็นว่าไม่เพียงพอ ควรเพิ่มเหตุทำแท้งเพิ่มเติม เช่น เหตุปัญหาสุขภาพจิตของหญิงมีครรภ์ และเหตุทางสังคม

ในประเทศอังกฤษตาม The Abortion Act 1967 อนุญาตให้ทำแท้งโดยชอบด้วยกฎหมายได้ ไม่เพียงแต่การกรณีการตั้งครรภ์นั้นจะก่อให้เกิดอันตรายต่อร่างกายของหญิงเท่านั้น ยังอนุญาตให้ทำแท้งได้หากการตั้งครรภ์นั้นจะเป็นอันตรายต่อจิตใจของหญิงด้วย นอกจากนี้ยังอนุญาตให้ทำแท้งหากการทำแท้งนั้นจะเป็นผลดีมากกว่าต่อบุตรคนก่อนๆ ที่อยู่ในครรภ์ด้วย เป็นการเพิ่มเหตุทำแท้งโดยคำนึงถึงสภาพความเป็นอยู่ของครอบครัวของหญิงมีครรภ์ด้วย ซึ่งก่อนที่จะออกกฎหมายฉบับนี้ ในประเทศอังกฤษเมื่อปี ค.ศ.1967 มีหญิงตายจากการทำแท้งปีละ 500 ราย แต่หลังการออกกฎหมาย ปรากฏว่ามีหญิงตายเพราะการทำแท้งปีละไม่เกิน 2 ราย บางปีไม่มีตายเลย ในประเทศไทยคาดว่าจะมีการทำแท้งผิดกฎหมาย 300,000 รายต่อปี หรือประมาณ 30% ของหญิงตั้งครรภ์ แต่ตัวเลขดังกล่าวเป็นตัวเลขที่ประเมินเท่านั้น เพราะเรื่องนี้เป็นเรื่องผิดกฎหมายจึงหาข้อมูลได้ยาก¹

อย่างไรก็ตามยังมีปัญหาอีกปัญหาที่จะต้องตอบให้ได้คือทารกในครรภ์มีสิทธิที่จะมีชีวิตหรือไม่ ในสหภาพยุโรปเคยมีประเด็นขึ้นสู่การพิจารณาของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งสหภาพยุโรป ว่าทารกในครรภ์ได้รับความคุ้มครองในสิทธิที่จะมีชีวิตตามบทบัญญัติของ European Convention on Human Right 1950 หรือไม่ ซึ่งคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนฯ ได้ตัดสินว่า ทารกในครรภ์ไม่ใช่บุคคลที่อยู่ภายใต้ความคุ้มครองของสนธิสัญญาฉบับนี้ และแม้จะมีสนธิสัญญาบางฉบับรับรองว่าเด็กมีสิทธิที่จะมีชีวิตตั้งแต่ขณะอยู่ในครรภ์ ก็ไม่เคยมีการพิพาทเรื่องสิทธิที่จะมีชีวิตของทารกในครรภ์ขึ้น ผู้เขียนเห็นว่าการรับรองสิทธิที่จะมีชีวิตของทารกในครรภ์ที่ปรากฏตามสนธิสัญญาต่างๆ นั้น มีความประสงค์ที่จะให้รัฐสมาชิกหามาตรการส่งเสริมสุขภาพและสวัสดิภาพของเด็กตั้งแต่อยู่ในครรภ์ เพื่อให้ทารกที่คลอดมามีสุขภาพที่ดี การคุ้มครองเหล่านั้นก็เช่น การจัดให้หญิงมีครรภ์เข้าถึงบริการทางการแพทย์และสาธารณสุขได้อย่างทั่วถึง มีสวัสดิการที่จะช่วยดูแลให้ความรู้และช่วยดูแลสุขภาพกายและสุขภาพจิตแก่หญิงมีครรภ์ มากกว่าจะมีความประสงค์ที่จะให้รัฐห้ามหญิงมีครรภ์ทำแท้ง

¹ ใจ อึ้งภากรณ์, “เสนอให้ออกกฎหมายการทำแท้งเสรีคนไทยต้องสนับสนุนสิทธิในการทำแท้ง ถึงเวลาเปลี่ยนกฎหมายแล้ว”, มหาวิทยาลัยเที่ยงคืน, “สืบค้นเมื่อวันที่ 26 มีนาคม 2552, จาก <http://www.midnightuniv.org/midarticle/newpage64.html>

ส่วนทารกในครรภ์นั้นมีสิทธิที่จะมีชีวิตหรือไม่ ผู้เขียนเห็นว่าหากจะตอบด้วยเหตุผลทางปรัชญาและตรรกะล้วนๆ ทารกในครรภ์น่าจะถือว่ามีชีวิตและเป็นชีวิตมนุษย์ เมื่อเป็นชีวิตมนุษย์ก็ต้องได้รับความคุ้มครองตามหลักสิทธิมนุษยชน และสิทธิแรกที่สำคัญที่สุดของหลักสิทธิมนุษยชนก็คือสิทธิที่จะมีชีวิต ดังนั้นตามตรรกะนี้ทารกในครรภ์ก็ควรมีสิทธิที่จะมีชีวิต อย่างไรก็ตาม หญิงมีครรภ์ก็มีเสรีภาพในเนื้อตัวร่างกายเช่นกัน กฎหมายจึงต้องชั่งน้ำหนักของสิทธิทั้งสองประการนี้ ซึ่งในที่สุดก็ไม่อาจหาคำตอบที่เป็นที่ยอมรับสำหรับทุกฝ่ายได้ สำหรับปัญหานี้หากจะหาทางออกโดยเหตุผลทางสังคม ก็ตอบได้ว่า การอนุญาตให้ทำแท้งเสรีนั้นย่อมดีในแง่ที่ช่วยไม่ให้หญิงมีครรภ์ต้องมียันตรายจากการทำแท้งเถื่อน และป้องกันไม่ให้มีเด็กที่จะเกิดมาโดยที่บิดามารดา ยังไม่มีความพร้อมที่จะดูแล จึงเป็นผลดีต่อทั้งตัวบิดามารดา และตัวเด็กที่ไม่ได้เกิดออกมา ในสภาพที่ครอบครัวไม่มีความพร้อมที่จะดูแล แต่สังคมไทยซึ่งเป็นสังคมแห่งพุทธศาสนา จะยอมรับการทำแท้งเสรีได้หรือไม่

ทางออกของปัญหาเกี่ยวกับการทำแท้งทั้งหมดที่กล่าวมา ผู้เขียนเห็นว่า การที่แก้ไขกฎหมายอนุญาตให้ทำแท้งได้ต้องทำอย่างค่อยเป็นค่อยไป และโดยการขยายเหตุทำแท้งให้กว้างขึ้นก่อน เบื้องต้นเหตุผลทางจิตใจของหญิงมีครรภ์ควรถูกนำมาพิจารณา โดยมีคณะกรรมการที่ประกอบด้วยแพทย์และผู้เชี่ยวชาญทางจิตเวชเป็นผู้พิจารณาความเหมาะสมเสียก่อน ต่อมาอาจอนุญาตให้ทำแท้งโดยคำนึงถึงอายุของหญิงมีครรภ์ในกรณีการตั้งครรภ์ของหญิงวัยรุ่น และความสามารถในการเลี้ยงดูบุตรที่จะเกิดมาประกอบด้วย ซึ่งการแก้ไขและเพิ่มเติมเหตุทำแท้งในแต่ละเหตุต้องมีการชี้แจงเหตุผลและทำประชาพิจารณ์ก่อน เพื่อให้กฎหมายที่ออกมานั้นเหมาะสมกับสภาพสังคมไทยเราอย่างแท้จริง

1.2 การควบคุมความประพฤติของหญิงมีครรภ์ที่อาจส่งผลกระทบต่อทารกในครรภ์

ปัจจุบันการเอาผิดกับหญิงมีครรภ์เกี่ยวกับการกระทำที่ส่งผลกระทบต่อทารกในครรภ์ของตนมีประเทศสหรัฐอเมริกาเพียงประเทศเดียวที่นำมาใช้ แม้สภาพเศรษฐกิจของประเทศสหรัฐอเมริกาจะจัดอยู่ในเกณฑ์ดี มีสวัสดิการสังคมที่ค่อนข้างมีมาตรฐานกว่าประเทศอื่น แต่การนำความรับผิดชอบทางแพ่ง อาญา ตลอดจนมาตรการทางแพ่งมาใช้เพื่อควบคุมความประพฤติของหญิงมีครรภ์เพื่อคุ้มครองทารกในครรภ์ ก่อให้เกิดประเด็นปัญหาที่เป็นที่ถกเถียงกันอย่างมาก เช่น รัฐควรจะจัดสวัสดิการทั้งด้านการดูแลให้ความรู้และการเข้าถึงบริการทางการแพทย์และสาธารณสุขให้เพียงพอมากกว่าจะมุ่งเอาผิดกับหญิงมีครรภ์ มาตรการของรัฐเป็นการละเมิดสิทธิส่วนบุคคลของหญิงมีครรภ์ หรือทำให้หญิงมีครรภ์ไม่กล้าเข้ารับการตรวจครรภ์ในโรงพยาบาลเพราะกลัว

ความผิด หรือกลัวจะถูกบังคับให้ปฏิบัติตามมาตรการต่างๆ ซึ่งการไม่เข้ารับการตรวจครรภ์นี้จะทำให้เป็นผลเสียต่อทั้งมารดาและทารกในครรภ์

การกระทำทั้งหลายในชีวิตประจำวันของหญิงมีครรภ์อาจส่งผลกระทบต่อทารกในครรภ์ได้ ในที่นี้กฎหมายของไทยเราคงไม่มุ่งประสงค์ที่จะไปจำกัดเสรีภาพในชีวิตประจำวันของหญิงมีครรภ์ แต่ภาครัฐควรมีนโยบายในการช่วยส่งเสริมสุขภาพของหญิงมีครรภ์และทารกในครรภ์ เช่น ช่วยให้ความรู้เกี่ยวกับการวางแผนครอบครัว การตั้งครรภ์และการดูแลตัวเองและทารกในครรภ์ ตลอดจนจัดให้หญิงมีครรภ์เข้าถึงบริการทางการแพทย์และสาธารณสุขได้ง่าย และทั่วถึง นอกจากนี้ควรมีการดูแลทางด้านเพศศึกษาและสุขภาพอนามัยทางเพศ เช่น ให้ประชาชนได้รับข้อมูลข่าวสารด้านอนามัยทางเพศและเพศศึกษาที่ถูกต้องเหมาะสม และรัฐต้องส่งเสริมสนับสนุน การจัดการเรียนการสอน เผยแพร่ข้อมูลข่าวสาร การผลิตและพัฒนาครู ที่ให้ความรู้เกี่ยวกับเพศศึกษาและอนามัยทางเพศเพื่อส่งเสริมสนับสนุนให้ประชาชนมีสุขภาพทางเพศที่ดีอย่างทั่วถึง ที่สำคัญสามารถเข้าถึงบริการและได้รับการปรึกษาด้านสุขภาพทางเพศที่หลากหลายและมีลักษณะเฉพาะที่มีคุณภาพและได้มาตรฐาน นอกจากนี้ภาครัฐควรส่งเสริมและสนับสนุนหน่วยงานภาครัฐและเอกชน ให้มีความพร้อมในการให้บริการและการปรึกษาด้านการวางแผนครอบครัวและการคุมกำเนิดอย่างทั่วถึง ที่สำคัญมีการรับรองสิทธิของหญิงตั้งครรภ์ทุกคน ให้ได้รับบริการทางการแพทย์ตั้งแต่ก่อนตั้งครรภ์ ในระหว่าง ตั้งครรภ์ ระยะเวลาคลอดและระยะหลังคลอด และการส่งเสริมการเลี้ยงลูกด้วยนมมารดา โดยให้สามีได้มีส่วนร่วม ให้การคุ้มครองเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือลูกจ้างหญิงที่ตั้งครรภ์ให้ทำงานที่เหมาะสม และช่วยเหลือหญิงที่ติดเชื้อเอชไอวี หรือหญิงตั้งครรภ์โดยไม่พร้อม หรือหญิงที่ไม่สามารถเลี้ยงดูบุตรได้ หรือหญิงตั้งครรภ์ที่ถูกคุมขัง

นโยบายและมาตรการเหล่านี้ ย่อมมีประโยชน์แก่หญิงมีครรภ์และทารกในครรภ์มากกว่าใช้มาตรการทางกฎหมายมาบังคับหญิงมีครรภ์ให้ทำหรือไม่ทำสิ่งใดเพื่อประโยชน์ของทารกในครรภ์ แต่ถ้าหากเป็นกรณีที่หญิงมีครรภ์กระทำโดยจงใจ หรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงที่จะก่อให้เกิดความเสียหายแก่ทารกในครรภ์ของตน ก็ควรมีความรับผิดชอบ เพราะอาจมีบางกรณีที่มารดาตั้งใจจะทำให้ลูกในครรภ์พิการเพื่อนำไปขอตาน หรือต้องการให้แท้ง หรืออาจเป็นกรณีที่มารดาดื่มสุราหรือเสพสารเสพติดทั้งที่รู้ว่าก่อให้เกิดอันตรายแก่ทารกในครรภ์แต่ก็ไม่นำพากับผลเสียที่จะเกิดขึ้นกับทารกในครรภ์ การกระทำเช่นนี้อาจเป็นการใช้สิทธิโดยไม่สุจริตตามประมวลกฎหมายแพ่งพาณิชย์ มาตรา 421 แต่การรับผิดชอบโดยการชดเชยค่าสินไหมทดแทนฐานละเมิดจะเป็นทางเยียวยาที่ไม่เหมาะสม เพราะถึงอย่างไรเมื่อทารกเกิดมาก็ต้องอยู่ภายใต้อำนาจปกครองของมารดา และมารดาก็ต้องเป็นผู้อุปการะเลี้ยงดูและเป็นผู้แทนโดยชอบธรรม ทั้งย่อมมี

อำนาจในการจัดการทรัพย์สินของบุตรอยู่แล้ว อีกทั้งการที่ให้หญิงมารดาต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่ลูกในครรภ์ของตนก็ไม่อาจยุติปัญหาการกระทำที่ไม่เหมาะสมของหญิงมารดาได้

ดังที่กล่าวมาแล้วในบทที่ 3 มาตรการทางแพ่งที่เหมาะสมที่จะนำมาปรับใช้เพื่อคุ้มครองสวัสดิภาพของทารกในครรภ์มารดาก็คือวิธีการคุ้มครองชั่วคราวก่อนพิพากษา และการที่ศาลมีคำสั่งหรือคำพิพากษาให้หญิงมารดาหยุดกระทำละเมิดหรือสั่งให้กระทำกราดเพื่อประโยชน์แก่ทารกในครรภ์ หากแต่การจะนำมาตราการต่างๆ เหล่านี้มาใช้ได้ ทารกในครรภ์นั้นต้องมีสิทธิโดยตัวเองขณะอยู่ในครรภ์โดยไม่คำนึงถึงว่าภายหลังจะคลอดและอยู่รอดเป็นทารกหรือไม่ ดังนั้นหากพิจารณาตามบทบัญญัติมาตรา 15 วรรค 2 ก็ไม่อาจตีความให้ครอบคลุมถึงกรณีนี้ได้ นอกจากนี้การใช้มาตรการทางกฎหมายแต่เพียงอย่างเดียวก็ไม่อาจจะแก้ไขปัญหาได้ ในทางตรงกันข้ามอาจทำให้เกิดปัญหามากขึ้นด้วย เช่น ถ้าใช้มาตรการทางกฎหมายในทางที่มุ่งจะเอาผิดหญิงมีครรภ์มากเกินไป ก็อาจทำให้หญิงมีครรภ์เกิดความกลัวที่จะไปพบแพทย์เพราะกลัวที่จะถูกตรวจพบการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ทารกในครรภ์แล้วตัวเองจะถูกควบคุมหรือถูกบังคับด้วยมาตรการต่างๆ ซึ่งการไม่ไปพบแพทย์นั้นก็ส่งผลทบทต่อตัวหญิงมีครรภ์และทารกในครรภ์นั่นเอง ดังนั้น การนำมาตราการเหล่านี้มาใช้บังคับ จึงต้องอยู่บนพื้นฐานของความเข้าใจอะลุ่มอล่วย และควรมีองค์การที่มารองรับโดยเฉพาะเพื่อมาดูแลและควบคุมพฤติกรรมของหญิงมารดา ตลอดจนให้การสงเคราะห์ช่วยเหลือแก่หญิงมารดาในการผดุงครรภ์และดูแลสุขภาพให้ได้ผลครบวงจร โดยองค์การดังกล่าวนี้อาจจะอยู่ในโรงพยาบาลของรัฐในแต่ละท้องถิ่นก็ได้

อีกทางหนึ่งซึ่งอาจใช้คุ้มครองสวัสดิภาพของทารกในครรภ์ได้ คือ มาตรการการคุ้มครองสวัสดิภาพเด็กตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 มาตรการที่ใช้คุ้มครองเด็กตามพระราชบัญญัตินี้หากสามารถนำมาปรับใช้กับหญิงมีครรภ์และทารกในครรภ์ได้จะเหมาะสม เพราะพระราชบัญญัตินี้บัญญัติฉบับนี้บัญญัติเพื่อคุ้มครองสวัสดิภาพของเด็กโดยเฉพาะพนักงานเจ้าหน้าที่ตามกฎหมายฉบับนี้สามารถช่วยเหลือหรือให้ความคุ้มครองเด็กได้ทันทีที่และเข้าใจต่อสภาพปัญหาของมารดาและทารกในครรภ์มากกว่า อีกทั้งมาตรการต่างๆ ที่จะนำมาใช้กับมารดาและทารกในครรภ์ก็จะมีประสิทธิภาพกว่าเพราะมีหน่วยงานที่มารองรับสานต่อ เช่นสถานพยาบาล แต่พระราชบัญญัติฉบับนี้มาตรา 4 ให้นิยามคำว่าเด็กไว้ว่า “เด็ก หมายความว่า บุคคลซึ่งมีอายุต่ำกว่าสิบแปดปีบริบูรณ์...” เพราะฉะนั้นความคุ้มครองตามพระราชบัญญัตินี้จึงครอบคลุมแต่เฉพาะเด็กที่มีสภาพบุคคลแล้วเท่านั้นไม่สามารถใช้คุ้มครองทารกในครรภ์มารดาได้ ผู้เขียนจึงเห็นว่าควรเพิ่มมาตรการเพื่อคุ้มครองทารกในครรภ์ลงในพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว โดยเพิ่มลงในมาตรา 43 เพิ่มเป็นวรรค 4 ว่า

“ถ้าหากหญิงมีครรภ์จิงใจหรือละเลยไม่นำพา ประพฤติตนในทางที่อาจก่อให้เกิดอันตรายแก่สุขภาพ หรือพัฒนาการของทารกในครรภ์อย่างมาก และมีเหตุที่ควรเชื่อได้ว่าหญิงมีครรภ์จะประพฤตินั้นต่อไป ให้พนักงานเจ้าหน้าที่ พนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจ ผู้มีหน้าที่คุ้มครองสวัสดิภาพเด็กตามมาตรา 24 หรือพนักงานอัยการยื่นคำขอต่อศาลตามมาตรา 5 เพื่อออกคำสั่งมิให้กระทำการดังกล่าวโดยกำหนดมาตรการคุ้มครองความปลอดภัย หรือส่งตัวหญิงนั้นให้เข้ารับการรักษาทันทีในสถานพยาบาล ทั้งนี้โดยคำนึงถึงประโยชน์และสุขภาพของหญิงมีครรภ์และทารกในครรภ์เป็นสำคัญ และให้นำบทบัญญัติมาตรา 23 มาตรา 24 มาตรา 25(3) และ (4) และมาตรา 41 แห่งพระราชบัญญัตินี้มาใช้ในกรณีความปลอดภัยของหญิงมีครรภ์ต่อทารกในครรภ์มารดาโดยอนุโลม”

โดยมาตราที่นำมาใช้โดยอนโลมนั้น มีรายละเอียดดังนี้

1. ในเรื่องเกี่ยวกับ การปฏิบัติของผู้ปกครองต่อเด็ก อยู่ในมาตรา 23 ว่า “ผู้ปกครองต้องให้การอุปการะเลี้ยงดู อบรมสั่งสอน และพัฒนาเด็กที่อยู่ในความปกครองดูแลของตนตามสมควรแก่ขนบธรรมเนียมประเพณีและวัฒนธรรมแห่งท้องถิ่น แต่ทั้งนี้ต้องไม่ต่ำกว่ามาตรฐานขั้นต่ำตามที่กำหนดในกฎกระทรวง และต้องคุ้มครองสวัสดิภาพเด็กที่อยู่ในความปกครองดูแลของตนมิให้ตกอยู่ในภาวะอันน่าจะเกิดอันตรายแก่ร่างกายหรือจิตใจ” และมาตรา 25 ว่า “ผู้ปกครองต้องไม่กระทำการ ดังต่อไปนี้...

(3) จิงใจหรือละเลยไม่ทำให้สิ่งที่เป็นแก่การดำรงชีวิตหรือสุขภาพอนามัยจนน่าจะเกิดอันตรายแก่ร่างกายหรือจิตใจของเด็ก

(4) ปฏิบัติต่อเด็กในลักษณะที่เป็นการขัดขวางการเจริญเติบโตหรือพัฒนาการของเด็ก”

บทบัญญัติในมาตรา 23 และ มาตรา 25 (3) และ (4) สามารถนำมาปรับใช้กำหนดหน้าที่ของมารดาที่จะต้องปฏิบัติต่อทารกในครรภ์เช่นกัน

2. มาตรา 24 ให้อำนาจปลัดกระทรวง ผู้ว่าราชการจังหวัด ผู้อำนวยการเขต นายอำเภอปลัดอำเภอผู้เป็นหัวหน้าประจำกิ่งอำเภอ หรือผู้บริหารองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น มีหน้าที่คุ้มครองสวัสดิภาพเด็กที่อยู่ในเขตพื้นที่ที่รับผิดชอบ เมื่อนำมาใช้กับทารกในครรภ์โดยอนุโลม บุคคลเหล่านี้ย่อมมีหน้าที่คุ้มครองสวัสดิภาพของทารกในครรภ์ด้วย โดยมีอำนาจและหน้าที่เช่นเดียวกับพนักงานเจ้าหน้าที่ตามพระราชบัญญัตินี้ ซึ่งจะมีผลเกี่ยวเนื่องไปยังมาตรา 41 ซึ่งจะมีผลให้ผู้พบเห็นความปลอดภัยของหญิงมีครรภ์ ในทางที่อาจก่อให้เกิดอันตรายแก่สุขภาพ

หรือพัฒนาการของทารกในครรภ์อย่างมาก สามารถแจ้งต่อ พนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจหรือบุคคลตามมาตรา 24 เพื่อตรวจค้นและเข้าคุ้มครองสวัสดิภาพของทารกในครรภ์

2. สิทธิของตัวอ่อนที่เกิดจากการปฏิสนธินอกครรภ์มารดา

ปัจจุบันกฎหมายไทยยังไม่มีบทบัญญัติที่ใช้เฉพาะกับกรณีเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ การให้บริการเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์อยู่ภายใต้ประกาศแพทยสภาเรื่อง มาตรฐานการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ ฉบับที่ 1/2540 กำหนดเกี่ยวกับการดำเนินการเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ และฉบับที่ 21/2544 กำหนดห้ามการโคลนนิ่งเพื่อการเจริญพันธุ์ กำหนดให้ใช้เซลล์สืบพันธุ์หรือตัวอ่อนจากการบริจาคในเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ได้แต่ห้ามมีการจ่ายค่าตอบแทน กำหนดให้มีการตั้งครรภ์แทนได้แต่หญิงผู้ตั้งครรภ์แทนจะต้องเป็นญาติสายโลหิตของคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง สุดท้ายกำหนดให้ตรวจวินิจฉัยโรคทางพันธุกรรมของตัวอ่อนก่อนย้ายเข้าฝังตัวในผนังมดลูกได้ตามสมควรแต่ห้ามทำในลักษณะเลือกเพศ

ประกาศแพทยสภาที่มีอยู่นั้นยังไม่มีรายละเอียดเพียงพอ อีกทั้งบทกฎหมายแพ่งและอาญาที่มีอยู่ในปัจจุบันก็ไม่อาจใช้บังคับใช้ได้อย่างเหมาะสมเพราะเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์มีลักษณะเฉพาะ เช่น ความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดาและบุตรจะเป็นอย่างไรในกรณีใช้เซลล์สืบพันธุ์หรือตัวอ่อนจากผู้บริจาคหรือมีการตั้งครรภ์แทน ตัวอ่อนที่ยังไม่ได้ถูกนำไปฝังตัวในผนังมดลูกจะมีสถานะอย่างไร แม้โดยศีลธรรมจรรยาแล้วตัวอ่อนควรได้รับการปฏิบัติด้วยความเคารพ แต่ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ตัวอ่อนก็ยังไม่มีส่วนเป็นบุคคล

นอกจากนี้ยังไม่มีกฎหมายกำหนดวิธีจัดการกับตัวอ่อนที่เหลือจากการใช้ช่วยการเจริญพันธุ์ ตัวอ่อนที่เหลือใช้มากมายน่าจะถูกเก็บไว้โดยการแช่แข็งในไนโตรเจนเหลว ทั้งการใช้ตัวอ่อนเพื่อการทดลองและวิจัยนั้นก็ยังไม่มีความบัญญัติรับรองให้ทำได้อย่างชัดเจน หากจะทำสัญญาไว้กับเจ้าของเซลล์สืบพันธุ์ก็ไม่แน่นอนว่าอาจตกเป็นโมฆะเพราะขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีหรือไม่ ยิ่งกว่านั้นการทดลองและวิจัยที่ทำอยู่ก็ขาดการควบคุมกำกับดูแลให้อยู่ในระเบียบเดียวกันโดยภาครัฐ กลับปล่อยให้อยู่ในรูปของระเบียบข้อบังคับภายในของหน่วยงาน

ในประเทศอังกฤษมี Human Fertilisation and Embryology Act 1990 ตั้งคณะกรรมการเฉพาะ เพื่อกำกับดูแลและควบคุมการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ กำหนดให้ผู้ให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ต้องได้รับอนุญาตจากคณะกรรมการที่ตั้งขึ้น โดยเฉพาะ มีการห้ามใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ไปในทางที่เป็นการละเมิดศีลธรรม เช่น การผสมพันธุ์มนุษย์กับสัตว์ การฝังตัวอ่อนสัตว์ลงในมนุษย์หรือฝังตัวอ่อนมนุษย์ลงในสัตว์ มีการกำหนด

ความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดา และบุตรไว้ชัดเจน กำหนดเกี่ยวกับการเก็บข้อมูลของเซลล์สืบพันธุ์และตัวอ่อน และให้ทารกที่คลอดออกมาพิการสามารถฟ้องผู้ที่เกี่ยวข้องในการกระทำหรืองดเว้นกระทำ ในการจัดเก็บ คัดเลือก รักษา ใช้ตัวอ่อนหรือเซลล์สืบพันธุ์ ให้รับผิดชอบละเมิดได้ เว้นแต่บิดามารดาจะรู้ก่อนว่าทารกนั้นอาจพิการ

ส่วนในกรณีการทดลองและวิจัยที่ใช้ตัวอ่อน Human Fertilisation and Embryology Act 1990 กำหนดให้ใช้ตัวอ่อนที่อายุไม่เกิน 14 วัน (ก่อนมี primitive streak) นอกจากนี้การทดลองวิจัยจะต้องได้รับอนุญาตจากคณะกรรมการเฉพาะที่ตั้งขึ้น และคณะกรรมการนี้ก็จะกำกับดูแลการทดลองและวิจัย หากมีลักษณะที่หมิ่นเหม่ต่อการผิดศีลธรรมและจริยธรรมก็มีอำนาจสั่งให้หยุดทำการทดลองและวิจัยได้

เมื่อเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ยังคงเป็นความหวังของคู่สมรสที่มีบุตรยากให้สามารถมีบุตร เป็นครอบครัวที่สมบูรณ์ได้ และการทดลองและวิจัยโดยใช้ตัวอ่อนมนุษย์จะก่อให้เกิดความก้าวหน้าทางวิทยาศาสตร์และทางการแพทย์ โดยเฉพาะอย่างยิ่งอาจช่วยผู้ป่วยที่ป่วยด้วยโรคที่ปัจจุบันยังไม่อาจรักษาให้หายขาดได้ เช่น เช่นโรคเบาหวาน โรคพาคินสัน โรคอัลไซเมอร์ และโรคกล้ามเนื้อหัวใจขาดเลือด เป็นต้น ผู้เขียนจึงเห็นว่าเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์และการใช้ตัวอ่อนมนุษย์ในการทดลองและวิจัยนี้ควรมีกฎหมายบัญญัติไว้ในรูปของกฎหมายเฉพาะเพื่อให้ตรงกับลักษณะเฉพาะในเทคโนโลยีดังกล่าว และในกฎหมายเฉพาะนั้นควรจัดให้มีหน่วยงานในรูปแบบคณะกรรมการที่มาจากบุคคลที่มีความรู้ความเข้าใจเฉพาะด้าน อาทิเช่น นักนิติศาสตร์ นักวิทยาศาสตร์ แพทย์ นักวิจัย ตลอดจนตัวแทนจากกลุ่มศาสนา เพื่อควบคุมและกำกับดูแลตลอดจนให้การสนับสนุน เพื่อให้เทคโนโลยีทางด้านนี้เจริญก้าวหน้าต่อไปในกรอบที่เหมาะสม โดยให้มีอำนาจกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการขออนุญาตใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์และการทดลองวิจัยเกี่ยวกับตัวอ่อน พิจารณาอนุญาตการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์หรือการทดลองวิจัยเกี่ยวกับตัวอ่อน ตลอดจนมีอำนาจสั่งระงับการทดลองวิจัยเกี่ยวกับตัวอ่อนหรือการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ไปในทางที่หมิ่นเหม่ต่อการละเมิดศีลธรรม เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์และการทดลองวิจัยที่ใช้ตัวอ่อนมนุษย์จะได้นำประโยชน์สูงสุดมาสู่ประเทศชาติ และมนุษยชาติ แต่หากปล่อยให้ดำเนินต่อไปโดยไม่มีการควบคุมก็อาจทำให้เกิดความวุ่นวายสืบกันได้ ทั้งเรื่องความสัมพันธ์ในครอบครัว การทดลองที่ผิดศีลธรรมและจริยธรรม ซึ่งปัญหาเหล่านี้อาจก่อให้เกิดความวุ่นวายในสังคมได้

3. สิทธิในทางแพ่งของทารกในครรภ์มารดา

สิทธิในทางแพ่งของทารกในครรภ์มารดาตามกฎหมายไทย บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของมาตรา 15 วรรค 2 ว่าทารกในครรภ์มารดาก็สามารถมีสิทธิต่างๆ ได้ หากว่าภายหลังคลอดแล้วอยู่รอดเป็นทารก เมื่อศึกษาเปรียบเทียบกับหลักกฎหมายของต่างประเทศพบว่าทุกประเทศมีหลักที่ให้ทารกในครรภ์มารดาเป็นผู้ทรงสิทธิได้ต่อเมื่อภายหลังคลอดและอยู่รอดเป็นทารก ในการวิเคราะห์เปรียบเทียบระหว่างกฎหมายไทยและกฎหมายต่างประเทศเกี่ยวกับสิทธิทางแพ่งของทารกในครรภ์มารดานี้จะขอแยกออกเป็นสองประเด็นใหญ่ คือการคลอดและอยู่รอดเป็นทารก และสิทธิที่กฎหมายให้ความคุ้มครองแก่ทารกในครรภ์มารดา

3.1 การคลอดและอยู่รอดเป็นทารก

การคลอดและอยู่รอดเป็นทารกนั้น ตามคำอธิบายในตำรากฎหมายของไทยต้องเป็นการคลอดที่เสร็จสมบูรณ์ กล่าวคือ ทารกต้องหลุดพ้นจากมารดาทั้งตัวและต้องเป็นการคลอดมีชีวิตตามหลักเกณฑ์ขององค์การอนามัยโลก กล่าวคือ “การคลอดมีชีวิตคือการที่ผลผลิตของการปฏิสนธิถูกขับออกมาจากมารดาหมดทั้งตัว โดยไม่คำนึงถึงระยะเวลาการตั้งครรภ์ และเมื่อทารกนั้นคลอดออกมาจากมารดาแล้วมีการหายใจหรือแสดงหลักฐานของการมีชีวิตเป็นต้นว่าหัวใจเต้น สายสะดือเต้น มีการเคลื่อนไหวชัดเจนของกล้ามเนื้อที่อยู่ในอำนาจของจิตใจโดยไม่คำนึงถึงว่ามี การตัดสายสะดือแล้วหรือยัง หรือรอกยังติดอยู่กับมารดาหรือไม่ การคลอดเช่นนี้ถือเป็นการคลอดมีชีวิต” นอกจากนี้ยังไม่คำนึงว่าทารกนั้นจะมีชีวิตอยู่ได้นานเท่าไร แม้ในกรณีที่ทารกนั้นคลอดออกมาในสภาพที่ไม่อาจมีชีวิตรอดอยู่ได้อย่างแน่แท้ก็ถือว่ามี การคลอดและอยู่รอดเป็นทารกแล้ว ตรงนี้ต่างจากกฎหมายฝรั่งเศสที่นอกจากทารกจะต้องคลอดมีชีวิตแล้วยังต้องคลอดออกมาในสภาพที่อาจมีชีวิตอยู่ได้ (né, vivant, et viable) โดยทารกที่คลอดออกมานั้นจะอยู่ในสภาพสามารถมีชีวิตอยู่ได้หรือไม่เป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่องค์การอนามัยโลกกำหนด หลักเกณฑ์นี้ดู น้ำหนักของทารกและอายุครรภ์ขณะคลอดด้วย กล่าวคือ ทารกนั้นต้องมีน้ำหนักไม่ต่ำกว่า 500 กรัมและอายุครรภ์ไม่น้อยกว่า 22 สัปดาห์ เพราะในปัจจุบันยังไม่มีเทคโนโลยีที่จะช่วยให้ทารกที่คลอดออกมามีน้ำหนักและอายุครรภ์ไม่ถึงเกณฑ์นี้มีชีวิตรอดได้ ดังนั้นแม้ทารกคลอดออกมา มีสัญญาณชีวิต แต่มีน้ำหนักและอายุครรภ์ไม่ถึงตามเกณฑ์ที่กำหนด ก็ไม่ถือว่าทารกที่คลอดออกมานั้นอยู่รอดเป็นทารก

การที่กฎหมายฝรั่งเศสถือว่าทารกที่คลอดออกมาในลักษณะที่น้ำหนักและอายุครรภ์ไม่ถึงเกณฑ์ที่องค์การอนามัยโลกกำหนดนั้นไม่มีการอยู่รอดเป็นทารก จะให้ผลเกี่ยวกับสิทธิและหน้าที่บางประการ เช่นการตกทอดของมรดก หากทารกในครรภ์มารดาขณะบิดาถึงแก่ความตายคลอดออกมาอายุครรภ์น้อยกว่า 22 สัปดาห์ และน้ำหนักน้อยกว่า 500 กรัมแต่มีสัญญาณชีวิตหลังคลอด ตามกฎหมายไทยถือว่ามรดกตกทอดสู่ทารกแล้ว เมื่อทารกไม่อาจมีชีวิตอยู่ต่อไปได้ มรดกส่วนที่ตกสู่ทารกจะตกทอดสู่ทายาทของทารกที่คลอดออกมาไม่ใช่ตกสู่ทายาทอื่นของบิดา แต่หากเป็นไปตามหลักเกณฑ์ของกฎหมายฝรั่งเศส มรดกของบิดาจะไม่ตกทอดสู่ทารกแต่จะตกทอดสู่ทายาทอื่นๆของบิดาเลย

ตามความเห็นของผู้เขียน การคลอดและอยู่รอดเป็นทารกนั้นถือตามหลักเกณฑ์ขององค์การอนามัยโลกนั้นเหมาะสมอยู่แล้ว เพราะเป็นเกณฑ์ทางการแพทย์ที่สามารถพิสูจน์ได้แน่นอนว่ามีการอยู่รอดมีชีวิตของทารกแล้วส่วนการที่ทารกนั้นจะคลอดออกมาในสภาพที่สามารถมีชีวิตอยู่ได้หรือไม่เป็นเรื่องความเจริญก้าวหน้าทางการแพทย์ที่แตกต่างกันไปในแต่ละประเทศและยังสามารถพัฒนาขึ้นได้เรื่อยๆ จึงไม่แน่นอนเพียงพอที่จะนำมาเป็นหลักเกณฑ์ที่จะนำมาพิจารณาในทางกฎหมาย

3.2 สิทธิที่ได้รับความคุ้มครอง

สิทธิอันทารกในครรภ์มารดาจะมีได้นั้น ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 15 วรรค 2 ไม่ได้บอกว่ามีสิทธิใดบ้าง แต่ก็มีที่บทบัญญัติรับรองไว้ในมาตรา 1604 เรื่องสิทธิในการรับมรดก ส่วนที่ไม่มีบทบัญญัติรับรองไว้เฉพาะ ผู้เขียนเห็นว่าทารกในครรภ์มารดาพึงมีสิทธิใดๆ ก็ได้หากไม่ขัดต่อสภาพของสิทธินั้น ซึ่งมีบางความเห็นที่ยังโต้แย้งกันอยู่ว่ารวมถึงสิทธิที่จะมีชีวิต และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ตามหลักสิทธิมนุษยชนด้วยหรือไม่

สิทธิที่กฎหมายรับรองไว้โดยเฉพาะในบทบัญญัติของต่างประเทศ ก็เช่นสิทธิเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนเพื่อละเมิดตามประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่น และตาม Congenital Disabilities (Civil Liability) Act 1976 ของอังกฤษ โดยตามประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นนั้นทารกต้องอยู่ในครรภ์มารดาแล้วในขณะที่มีการละเมิด แต่ตามกฎหมายอังกฤษนั้นการละเมิดอาจเกิดก่อนการปฏิสนธิก็ได้ สิทธิในการรับมรดก เช่น สิทธิในการเป็นทายาทรับมรดก ตามประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่น เยอรมัน และฝรั่งเศส เป็นต้น

3.2.1 สิทธิตามกฎหมายครอบครัวมรดก

ตามกฎหมายมรดก สิทธิในการเป็นทายาทของทารกในครรภ์มารดานั้นเป็นหลักการเดียวกันทั้งในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายแบบซีวิลลอว์ (civil law) และระบบคอมมอนลอว์ (common law) กล่าวคือ ทารกที่อยู่ในครรภ์มารดาขณะที่บิดาของทารกถึงแก่ความตาย จะมีสิทธิรับมรดกของบิดาได้ก็ต่อเมื่อภายหลังคลอดและมีชีวิตรอดอยู่ ตามหลักคลอดมีชีวิต (born alive rule) นั่นเอง ทั้งนี้เนื่องจากการให้สิทธิทารกในครรภ์มารดาเป็นทายาทโดยธรรมและผู้รับพินัยกรรมได้ มีวัตถุประสงค์เพื่อให้เป็นไปตามความประสงค์ที่แท้จริงของเจ้ามรดกในกรณีมีพินัยกรรม และเป็นไปตามความประสงค์อันพึงสันนิษฐานได้หากไม่มีพินัยกรรมว่าบิดายอมประสงค์ให้บุตรของตนทุกคนได้รับทรัพย์มรดกอย่างเท่าเทียมกัน เพราะฉะนั้นหากทารกในครรภ์ได้ตายไปก่อนคลอด ก็ไม่มีความจำเป็นต้องดำเนินตามวัตถุประสงค์ดังกล่าวอีกต่อไป

ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1604 ของไทยนั้น ทารกในครรภ์มารดาขณะที่เจ้ามรดกถึงแก่ความตาย ที่ภายหลังคลอดออกมาแล้วรอดอยู่มีสภาพบุคคลนั้นย่อมมีสิทธิในการเป็นทายาทได้ คำว่า “เจ้ามรดก” อาจจะเป็นบิดา หรือปู่ย่าตายายก็ได้ แต่ในคำอธิบายกฎหมายส่วนใหญ่จะอธิบายถึงกรณีที่เจ้ามรดกเป็นบิดาของทารกเท่านั้น แต่หากถ้าดูตามกฎหมายไทยโบราณ ตามกฎหมายลักษณะมรดก บทที่ 48 และหลักกฎหมายโรมันเดิมก็กล่าวไว้เฉพาะกรณีบิดาได้ถึงแก่ความตายขณะทารกยังอยู่ในครรภ์เช่นกัน และเมื่อดูจากคำพิพากษาของประเทศอังกฤษและสหรัฐอเมริกาเท่าที่สามารถค้นคว้าข้อมูลได้ในขณะนี้ก็เป็นกรณีการเป็นทายาทรับมรดกของบิดาทั้งสิ้น แต่หากดูในมาตรา 1933 ของประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันก็บัญญัติในแบบเดียวกับมาตรา 1604 ของไทย

การเป็นทายาทนั้นทารกในครรภ์ที่ภายหลังเกิดมาและมีชีวิตรอดอยู่ก็น่าจะมีสิทธิที่จะเป็นทายาทได้ทั้งสิ้น พิจารณาโดย สมมุติว่าหากทารกที่อยู่ในครรภ์มารดานั้นมีสภาพบุคคลขณะเจ้ามรดกถึงแก่ความตายทารกนั้นจะมีฐานะเป็นทายาทที่มีสิทธิรับมรดกหรือไม่ หากมีฐานะเป็นทายาทที่มีสิทธิรับมรดกได้ เมื่อภายหลังคลอดมามีสภาพบุคคล ฐานะการเป็นทายาทก็ย้อนไปตั้งแต่ตอนอยู่ในครรภ์มารดา (เมื่อเจ้ามรดกถึงแก่ความตาย)

การบัญญัติเกี่ยวกับเรื่องการเป็นทายาทของทารกในครรภ์มารดานั้น แม้หลักกฎหมายของทุกประเทศที่ศึกษาในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะให้สิทธิทารกในการเป็นทายาท แต่ก็ขาดหลักการโดยละเอียดว่ามรดกจะตกทอดอย่างไรและเมื่อใด และระหว่างทารกนั้นยังไม่คลอดจะมีการจัดการกับมรดกนั้นอย่างไร หากกฎหมายโรมันจะมีหลักการโดยละเอียดเกี่ยวกับการกันส่วนและการรักษาทรัพย์มรดกระหว่างที่ทารกนั้นยังไม่คลอด ในกรณีนี้ผู้เขียนเห็นว่าการอาศัยการ

ตีความ จากมาตรา 1755 ถือว่าการที่ทารกนั้นยังไม่คลอดหรือแท้งเท่ากับว่าการแบ่งทรัพย์สินมรดกยังไม่เสร็จสิ้น ทายาททั้งหลายยังคงต้องมีสิทธิและหน้าที่เกี่ยวกับทรัพย์สินมรดกนั้นร่วมกันต่อไปก่อน โดยผู้จัดการมรดกก็ต้องรักษาทรัพย์สินมรดกไว้ จนกว่าทารกนั้นจะคลอดและอยู่รอดเป็นทารกหรือเป็นที่แน่นอนว่าแท้ง อาจจะเป็นการตีความไกลไปจากบทบัญญัติของมาตรา 1755 ไปมาก ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่าอาจเพิ่มเติมบทบัญญัติว่าหากทายาททั้งหลายรู้ว่ามามีทารกในครรภ์เป็นทายาทขณะเจ้ามรดกถึงแก่ความตายให้รอการแบ่งส่วนมรดกจนกว่าทารกในครรภ์จะคลอดหรือแท้งไปโดยให้ผู้จัดการมรดกและทายาทมีหน้าที่ร่วมกันในการดูแลทรัพย์สินมรดก หากไม่รู้ว่ามามีทารกในครรภ์จนได้แบ่งมรดกไปแล้ว ก็ให้ทายาททุกคนคืนทรัพย์สินมรดกเพื่อจัดการแบ่งใหม่ หากเป็นกรณีบุตรนอกกฎหมายที่บิดารับรองตั้งแต่อยู่ในครรภ์ก็มีสิทธิรับมรดกได้ในทำนองเดียวกัน อาจบัญญัติเพิ่มเติมให้อยู่ในมาตรา 1604 โดยเพิ่มเป็นวรรค 3

มาตรา 1604 วรรค 3 “ก่อนแบ่งทรัพย์สินมรดกหากผู้จัดการมรดกหรือทายาททั้งหลายรู้ว่ามามีทารกในครรภ์มารดาที่อาจเป็นทายาทได้ได้ตามวรรคหนึ่งขณะที่เจ้ามรดกถึงแก่ความตาย ให้รอการแบ่งทรัพย์สินมรดกไว้ก่อนจนกว่าทารกนั้นจะคลอดและอยู่รอดเป็นทารกหรือแท้งไป หากทายาทหรือผู้จัดการมรดกรู้หลังจากที่มีการแบ่งทรัพย์สินมรดกไปแล้ว ให้ทายาทที่รับแบ่งคืนทรัพย์สินมรดกเพื่อมีการแบ่งกันใหม่”

ในส่วนของ การสันนิษฐานว่าเป็นบุตรของชายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1536 นั้น ปรากฏใน ประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่น มาตรา 820 และประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มาตรา 1591 ส่วนประเทศที่เป็นคอมมอนลอว์ อย่างอังกฤษและสหรัฐอเมริกา ไม่พบหลักเกณฑ์นี้อยู่

ส่วนความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดาและบุตรนั้นประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสระบุไว้ชัดเจนว่าความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดาและบุตรจะมีขึ้นก็ต่อเมื่อทารกในครรภ์คลอดออกมาในลักษณะที่สามารถมีชีวิตอยู่ได้ เพราะฉะนั้นขณะที่ทารกอยู่ในครรภ์ บิดายังไม่มีหน้าที่ใดๆ ต่อทารกในครรภ์ และหากบิดามารดาไม่ได้สมรสกันก็ยังไม่พึงคดีให้รับเด็กเป็นบุตรไม่ได้ เป็นการบัญญัติชัดเจนไม่ทำให้เกิดปัญหาว่าบิดามีหน้าที่ใดๆ ต่อทารกตั้งแต่อยู่ในครรภ์หรือไม่ หรือจะพึงคดีให้รับเด็กเป็นบุตรขณะทารกในครรภ์ได้หรือไม่ ส่วนในกฎหมายไทยนั้นแม้จะไม่ได้มีบทบัญญัติชัดเจนเหมือนประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส แต่ก็อาจตีความได้ในทำนองเดียวกันเดียวกัน จากการตีความความมาตรา 1536 ประกอบกับมาตรา 1546 ที่เป็นบทบัญญัติกำหนดเกี่ยวกับการเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายซึ่งกล่าวถึงการเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายเมื่อเด็กเกิด และหากวิเคราะห์ประกอบกับมาตรา 15 จะเห็นได้ว่าความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดาและบุตรนั้นก็ให้เกิด

สิทธิหน้าที่ระหว่างกัน ซึ่งสิทธิหน้าที่จะพึงมีต่อกันได้ก็ต้องมีความสามารถเป็นผู้ทรงสิทธิ คือมีสภาพบุคคลแล้ว และกรณีนี้จะใช้มาตรา 15 วรรค 2 ให้เมื่อทารกคลอดออกมาและรอดอยู่มีสิทธิย้อนไปตั้งแต่ขณะอยู่ในครรภ์ก็ได้เพราะมาตรา 1536 และ มาตรา 1546 กำหนดความเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายเมื่อบุตรนั้นเกิด

ผู้เขียนรู้สึกไม่เห็นด้วยที่จะให้ความสัมพันธ์ระหว่างบิดา และบุตรเริ่มขึ้นเมื่อบุตรเกิด เพราะเมื่อมีการปฏิสนธิขึ้นในครรภ์มารดาก็เป็นหน้าที่ร่วมกันของบิดาและมารดาที่จะดูแลทารกที่กำลังจะเกิดขึ้น ไม่ควรปล่อยให้มารดาที่ต้องอุ้มครรภ์อยู่ต้องรับภาระไปตามสภาพ บิดาคงจะมีส่วนที่ต้องช่วยเหลือดูแล กรณีอาจไม่มีปัญหาหากบิดามารดาได้จดทะเบียนสมรสกันถูกต้องตามกฎหมายเพราะสามีภริยาย่อมมีหน้าที่อุปการะเลี้ยงดูซึ่งกันและกันตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1561 สามีต้องอุปการะเลี้ยงดูภริยาที่อุ้มครรภ์ก็เท่ากับเป็นการดูแลทารกในครรภ์อยู่แล้ว แต่หากเป็นกรณีที่ไม่ได้จดทะเบียนสมรสกัน หญิงมีครรภ์ยังฟ้องให้รับเด็กเป็นบุตรไม่ได้ จึงควรให้อำนาจหญิงมารดาฟ้องได้ตั้งแต่ทารกอยู่ในครรภ์เพราะเด็กก็ควรจะมีสิทธิที่จะมีบิดามาตั้งแต่อยู่ในครรภ์ และให้บิดามีหน้าที่ต่อทารกที่อยู่ในครรภ์ด้วย อย่างไรก็ตามความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดาและบุตรระหว่างบิดามารดาและทารกในครรภ์นี้ควรจำกัดเฉพาะในเรื่องสถานะความเป็นบิดามารดาและบุตรและหน้าที่ในการช่วยเหลือดูแลทารกในครรภ์และหญิงมารดาเท่านั้น เพราะหากรวมถึงเรื่องอื่นด้วย จะเป็นเรื่องที่สิทธิหน้าที่ที่ระหว่างบิดามารดา กับทารกในครรภ์ไม่อาจมีได้โดยสภาพ เช่นเรื่องอำนาจปกครอง หากบิดามีอำนาจปกครองระหว่างทารกอยู่ในครรภ์จะขัดต่อสิทธิและเสรีภาพในร่างกายของมารดาผู้คุมครรภ์ ผู้เขียนจึงขอเสนอแนะให้แก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เป็นมาตรา 1556/1

มาตรา 1556/1 “การฟ้องคดีขอให้รับเด็กเป็นบุตรขณะยังเป็นทารกอยู่ในครรภ์ ให้หญิงมารดาฟ้องได้ในนามของตนเอง” และวรรค 2 บัญญัติว่า “หากศาลพิพากษาว่าเป็นบุตรศาลอาจสั่งให้ชายผู้เป็นบิดาจัดการอย่างหนึ่งอย่างใดเพื่อเป็นการช่วยเหลือดูแลหญิงมารดาและทารกในครรภ์ตามสมควร”

3.2.2 สิทธิตามกฎหมายละเมิด

ในเรื่องสิทธิเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนเพื่อละเมิดนั้น ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยเราไม่ได้บัญญัติไว้เฉพาะว่าทารกในครรภ์มารดามีสิทธิเรียกค่าสินไหมทดแทนเพื่อละเมิดได้แค่ไหนเพียงใดไว้ชัดเจนเหมือนประมวลกฎหมายแพ่งของประเทศญี่ปุ่น แต่จากมาตรา 15 วรรคสองก็สามารถตีความให้ได้ผลทำนองเดียวกันกับประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่น กล่าวคือ หากตีความประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 15 วรรค 2 ประกอบกับมาตรา

420 และมาตรา 443 วรรค 3 แล้ว ทารกในครรภ์มารดาที่ภายหลังเกิดมาและมีชีวิตรอดอยู่ สามารถเรียกร่องคำสินไหมทดแทนสำหรับการกระทำละเมิดขณะตนยังอยู่ในครรภ์มารดาได้ ทั้งกรณีที่ทารกนั้นเป็นผู้ถูกระทำละเมิดโดยตรงต่อร่างกาย หรือต่อทรัพย์สินมรดกที่ตกทอดสู่ทารกนั้น และการเรียกค่าสินไหมทดแทนในกรณีการกระทำละเมิดเป็นเหตุให้ขาดไร้อุปการะ แต่ก็ยังเป็นเพียงความเห็นทางวิชาการเท่านั้น ไม่เคยมีคดีขึ้นสู่ศาล

หลักการคุ้มครองสิทธิของทารกเมื่อคลอดมีชีวิตย้อนไปตั้งแต่ขณะอยู่ในครรภ์ (born alive rule) ถือเป็นหลักที่เป็นที่ยอมรับและใช้บังคับกันโดยทั่วไป ในประเทศอังกฤษความรับผิดเพื่อละเมิดที่ได้กระทำต่อทารกในครรภ์มารดามีการบัญญัติไว้เฉพาะใน Congenital Disabilities (Civil Liability) Act 1976 ซึ่งตามกฎหมายฉบับนี้บัญญัติยกเว้นความรับผิดเพื่อละเมิดของมารดาในความประพฤติของตนที่ส่งผลกระทบต่อทารกในครรภ์ไว้อย่างแข็งขัน

ตามกฎหมายลักษณะละเมิดของประเทศอังกฤษ และประเทศเยอรมัน สิทธิเรียกค่าสินไหมทดแทนเพื่อละเมิด สำหรับการกระทำละเมิดขณะทารกยังอยู่ในครรภ์มารดา ทารกในครรภ์มารดาจะเรียกค่าสินไหมทดแทนได้ก็ต่อเมื่อภายหลังคลอดออกมามีชีวิตเท่านั้น นอกจากนี้ตามบทบัญญัติของกฎหมายอังกฤษกับหลักกฎหมายที่เกิดจากการตีความในคำพิพากษาของศาลเยอรมัน ยังให้ทารกในครรภ์มารดาที่ภายหลังได้คลอดออกมาและอยู่รอดเป็นทารกสามารถเรียกค่าสินไหมทดแทนเพื่อละเมิดได้แม้การกระทำละเมิดเกิดขึ้นก่อนการตั้งครรภ์อีกด้วย มีเพียงกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาเพียงประเทศเดียว ที่ยอมให้เรียกค่าสินไหมทดแทนในกรณีการกระทำละเมิดที่กระทบต่อร่างกายของทารกในครรภ์และทารกนั้นตายคลอดได้ หากขณะกระทำทารกนั้นอยู่ในสภาพ viable fetus แล้ว

ส่วนกฎหมายของประเทศฝรั่งเศส การตีความกฎหมายของศาลประเทศฝรั่งเศสนั้น ทารกในครรภ์มารดาไม่อาจเรียกร่องคำสินไหมทดแทนในกรณีที่มีการกระทำที่มีขอบด้วยกฎหมาย และส่งผลกระทบต่อตนขณะอยู่ในครรภ์ได้ แม้ภายหลังเกิดมาและมีชีวิตรอดอยู่ มีสภาพบุคคลตามกฎหมาย ทารกในครรภ์มารดาที่ภายหลังเกิดมาและมีชีวิตรอดอยู่ จะเรียกค่าสินไหมทดแทนได้เฉพาะกรณีที่มีบุคคลมากระทำละเมิดต่อบิดามารดาหรือผู้ที่มีหน้าที่อุปการะเลี้ยงดูตนเท่าเหตุให้ตนขาดไร้อุปการะเท่านั้น

จากการเปรียบเทียบกฎหมายต่างๆ ผู้เขียนเห็นว่าหลักการที่ให้ทารกในครรภ์มารดาเรียกค่าสินไหมทดแทนเพื่อละเมิดนั้นมีวัตถุประสงค์เพื่อเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นไม่ใช่ประสงค์จะลงโทษผู้กระทำละเมิด หากทารกในครรภ์นั้นคลอดออกมามีชีวิต แต่พิการหรือได้รับความเสียหายกระทบกระเทือนจากการกระทำละเมิดนั้น ทารกก็ควรได้รับการเยียวยาแม้การ

กระทำละเมิดนั้นจะเกิดขึ้นก่อนทารกนั้นจะปฏิสนธิก็ตาม หากความเสียหายเป็นผลโดยตรงจากการกระทำละเมิด แต่หากการกระทำนั้นเป็นผลให้ทารกนั้นตายคลอด การเยียวยาแก่มารดานั้นจะเพียงพอ แม้ว่าสาระของการกระทำจะเหมือนกันแต่ในเมื่อกฎหมายละเมิดไม่ได้มีจุดมุ่งหมายที่จะลงโทษ ส่วนจำนวนค่าเสียหายนั้นย่อมอยู่ในดุลพินิจของศาล ซึ่งการทำให้เสียหายแก่ร่างกายถึงขั้นทำให้แท้งลูกนั้นแม้หญิงมารดาจะไม่ได้บาดเจ็บรุนแรงก็ควรจะได้รับ การเยียวยาในจำนวนที่มากกว่าการบาดเจ็บธรรมดา

อย่างไรก็ดีหากจะบัญญัติหลักเกณฑ์ไว้โดยเฉพาะเกี่ยวกับการละเมิดที่เกิดแก่เนื้อตัวร่างกายของทารกในครรภ์มารดาในกรณีที่อยู่หลังทารกนั้นคลอดและอยู่รอดเป็นทารกนั้นผู้เขียนเห็นด้วยกับหลักเกณฑ์ที่บัญญัติไว้ใน Congenital Disabilities (Civil Liability) Act 1976 ของอังกฤษ เพราะได้บัญญัติไว้ได้ละเอียดและสามารถปรับใช้ได้เหมาะสม ไม่ต้องอาศัยการตีความเหมือนกรณีของกฎหมายเยอรมันและกฎหมายไทย ทั้งบัญญัติไว้ถึงกรณีของการละเมิดที่เกิดก่อนการปฏิสนธิ ความคุ้มกันความรับผิดของมารดา และข้อยกเว้นที่หญิงมารดาต้องรับผิด ซึ่งหากอาศัยการตีความตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 ประกอบกับมาตรา 15 วรรค 2 จะไม่ละเอียดและครอบคลุมเทียบเท่าได้ จึงเสนอให้มีบทบัญญัติให้สิทธิทารกในครรภ์ในการเรียกค่าสินไหมทดแทนเพื่อละเมิดไว้โดยเฉพาะ หากทารกนั้นภายหลังคลอดและอยู่รอดเป็นทารก และเมื่อมีการบัญญัติคุ้มครองสิทธิของทารกในครรภ์มารดาไว้แล้ว จึงสมควรต้องมีบทบัญญัติที่ให้ความคุ้มกันแก่หญิงมีครรภ์ด้วยเพราะความประพฤติของมารดา อาจส่งผลกระทบต่อทารกในครรภ์ของตนได้ทุกอริยาบท หากหญิงมารดาต้องเสี่ยงกับความรับผิดเพื่อละเมิดต่อทารกในครรภ์ของตนอีกก็จะเป็นการสร้างภาระที่หนักเกินสมควรแก่หญิงมีครรภ์ แม้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1562 จะห้ามผู้ใดฟ้องบุพการีของตนทั้งทางแพ่งและทางอาญา แต่ก็อาจร้องขอให้พนักงานอัยการยกคดีขึ้นว่ากล่าวได้ ดังนั้นจึงควรบัญญัติให้ความคุ้มกันมารดาจากความรับผิดต่อทารกในครรภ์ตามบทบัญญัติที่เสนอไว้ด้วย ในส่วนของบิดานั้นเมื่ออาจเป็นผู้ทำละเมิดต่อทารกในครรภ์ได้ การดำเนินคดี เด็กที่เกิดมาในภายหลัง หรือญาติของเด็กอาจร้องขอให้อัยการยกคดีขึ้นว่ากล่าวได้

ผู้เขียนเห็นว่าอาจเพิ่มในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ให้มีหลักทำนองเดียวกับกฎหมายอังกฤษเป็นมาตรา 420/1 ดังนี้

มาตรา 420/1 “ผู้ใดจงใจหรือประมาทเลินเล่อเป็นเหตุทารกในครรภ์มารดาที่อยู่หลังคลอดและอยู่รอดเป็นทารก มีความพิการทางกายหรือจิตใจต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่ทารกนั้น หากปรากฏการกระทำดังต่อไปนี้

(1) การกระทำนั้นส่งผลต่อความสามารถของบิดาหรือมารดาในการมีบุตรที่แข็งแรง และมีสภาพร่างกายปกติ

(2) กระทำต่อมารดาขณะตั้งครรภ์หรือกระทำต่อมารดาหรือทารกในขณะคลอด เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่า

(1) การกระทำนั้นไม่เป็นละเมิดต่อบิดาหรือมารดา

(2) ในกรณีที่การกระทำนั้นเกิดขึ้นก่อนการปฏิสนธิ บิดามารดาผู้ใดในเวลาปฏิสนธิว่าเด็กจะเกิดมาพิการ แต่หากบิดาเป็นผู้กระทำ ความรู้ของบิดาเช่นนั้นไม่นำมาเป็นข้อยกเว้นความรับผิดหากมารดามีได้รู้ด้วย

(3) การกระทำของผู้นั้นเป็นการให้การรักษาหรือให้คำแนะนำตามวิชาชีพ

สิทธิของเด็กในการฟ้องคดีไม่ถูกจำกัดโดยสัญญายกเว้นหรือจำกัดความรับผิดที่บิดามารดาได้ทำไว้

มารดาผู้ตั้งครรภ์ไม่อาจเป็นผู้กระทำความผิดตามบทบัญญัตินี้ได้”

4. การคุ้มครองตามกฎหมายอาญา

ตามกฎหมายอาญาของประเทศสหรัฐอเมริกา และประเทศอังกฤษ การกระทำที่เป็นเหตุให้ทารกในครรภ์มารดาคลอดออกมามีชีวิตและถึงแก่ความตายเพราะการกระทำนั้น เป็นความผิดฐานฆ่าคนตาย หากแต่ถ้าทารกในครรภ์ตายคลอดนั้น ตามกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา ภายใต้ Unborn Victims of Violence Act of 2001 (UVVA) อัยการสามารถกล่าวหาผู้กระทำผิดอาญาต่อร่างกายหญิงมีครรภ์โดยมีทารกในครรภ์เป็นผู้เสียหายที่สอง ตามกฎหมายฉบับนี้ “unborn child” หมายถึง ทารกที่อยู่ในครรภ์มารดา ไม่ว่าจะอยู่ในช่วงเป็น viable fetus แล้วหรือไม่ ส่วนกฎหมายของประเทศอังกฤษการกระทำที่ทำให้ทารกในครรภ์ตายคลอด โดยกระทำระหว่างระยะเวลาที่ทารกในครรภ์อยู่ในสภาพ viable fetus จนถึงก่อนคลอดสำเร็จ บริบูรณ์จะมีความผิดตาม The Infant Life (Preservation) Act 1929 ส่วนเยอรมันนั้น ความผิดฐานฆ่าคนตายจะเริ่มเมื่อมารดาเจ็บท้องคลอด (active labor begin)

ตามกฎหมายไทย การกระทำระหว่างทารกอยู่ในครรภ์มารดา หรือระหว่างการคลอด ยังไม่สำเร็จบริบูรณ์เป็นเหตุให้ทารกนั้นถึงแก่ความตายไม่ว่าจะตายคลอดหรือคลอดออกมามีชีวิตแล้วถึงแก่ความตายในภายหลังมีความผิดฐานทำให้แท้งลูก และยิ่งกว่านั้นการที่ทารกไม่ได้ตาย

คลอดแต่คลอดออกมาแล้วถึงแก่ความตายในภายหลังจะมีความผิดเพียงฐานพยายามทำให้แท้งลูกเท่านั้น ซึ่งหากเทียบกับกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา และประเทศอังกฤษ ผู้กระทำจะมีความผิดฐานฆ่าคนตายเลยทีเดียว ผู้เขียนเห็นว่าตรงนี้เป็นช่องว่างของกฎหมายเพราะการกระทำเดียวกันหรือการกระทำที่มีลักษณะรุนแรงกว่า มีเจตนาเดียวกันหรือเจตนาที่ชั่วร้ายกว่า และให้ผลอย่างเดียวกัน แต่ความรับผิดเท่ากันหรือเบากว่า

ในกรณีปัญหาที่กระทำขณะทารกอยู่ในครรภ์แต่ทารกในครรภ์นั้นคลอดออกมามีชีวิตแต่ถึงแก่ความตายภายหลังเพราะการกระทำนั้น เป็นความผิดเพียงฐานพยายามทำให้แท้งลูกนั้น อาจอุดช่องว่างได้ด้วยการตีความว่าคำว่า “แท้งลูก” นั้นรวมถึงการที่ทารกนั้นคลอดออกมาในสภาพที่ไม่อาจมีชีวิตต่อไปได้ด้วย หรืออาจแก้ไขโดยการบัญญัตินิยามของคำว่าแท้งลูกให้รวมถึงการที่ทารกนั้นคลอดออกมาในสภาพที่ไม่อาจมีชีวิตต่อไปได้ด้วย หากพิจารณากฎหมายอังกฤษจะไม่มีปัญหานี้เพราะการพยายามทำแท้งมีความผิดเท่ากับทำแท้งสำเร็จ แต่หากนำหลักนี้มาใช้กับกฎหมายไทยคงจะไม่เหมาะสมและขัดกับกฎหมายในมาตรา 304 ที่ยกเว้นโทษ กรณีพยายามกระทำ ความผิดฐานทำให้แท้งลูกในกรณีหญิงนั้นเป็นผู้กระทำหรือยินยอมให้กระทำหรือผู้อื่นกระทำโดยความยินยอมของหญิงและหญิงนั้นไม่ได้รับอันตรายสาหัสหรือถึงแก่ความตาย

ส่วนในกรณีของการกระทำต่อทารกขณะคลอดนั้นผู้เขียนเห็นว่าควรอุดช่องว่างโดยการเพิ่มเติมกฎหมายใช้หลักการเดียวกับกฎหมายอังกฤษ กล่าวคือให้การกระทำที่กระทำต่อทารกในครรภ์ในขณะทารกนั้นอยู่ในสภาพที่อาจจะมีชีวิตรอดได้โดยอิสระจากมารดาหากได้รับการช่วยเหลือทางการแพทย์ (อายุครรภ์ประมาณ 28 สัปดาห์) โดยเจตนาให้ทารกนั้นตายคลอดหรือคลอดออกมาแล้วถึงแก่ความตายภายหลังเป็นความผิดที่มีโทษหนักกว่าความผิดฐานทำให้แท้งลูกตามมาตรา 301 มาตรา 302 และ มาตรา 303 จะช่วยแก้ปัญหาช่องว่างของกฎหมายนี้ได้โดยอาจอยู่ในรูปของการเพิ่มเติมไปในประมวลกฎหมายอาญาเป็นมาตรา 303/1 และเพิ่มเติมมาตรา 303/1 นี้ไว้ในเหตุยกเว้นความผิดในมาตรา 305 ด้วยเพื่อให้สอดคล้องกัน

มาตรา 303/1 “หากการกระทำตามมาตรา 301 มาตรา 302 และมาตรา 303 เป็นการกระทำขณะที่ยังอายุครรภ์เกินกว่าสี่สิบแปดสัปดาห์ต้องระวางโทษหนักกว่าที่บัญญัติไว้สำหรับมาตรานั้นๆ กึ่งหนึ่ง”

5. สรุปการนำเอาหลักกฎหมายต่างประเทศมาวิเคราะห์เปรียบเทียบ เพื่อปรับปรุงกฎหมายไทย

ประเทศไทยใช้ระบบกฎหมายแบบซีวิลลอว์ ระบบกฎหมายแบบซีวิลลอว์ซึ่งเป็นระบบที่มีรากฐานมาจากกฎหมายโรมัน ในกฎหมายโรมันสภาพบุคคลเริ่มขึ้นเมื่อคลอด ที่เป็นเช่นนี้เพราะกฎหมายโรมันได้รับอิทธิพลมาจากปรัชญากรีกที่เชื่อว่าชีวิตมนุษย์เริ่มขึ้นเมื่อคลอดทารกในครรภ์มารดา ยังไม่มีชีวิตแยกต่างหากจากมารดา แม้ว่าตามกฎหมายมรดกจะมีการให้สิทธิแก่ทารกที่ในครรภ์ขณะบิดาถึงแก่ความตายเป็นทายาทมีสิทธิรับมรดกได้ก็อยู่ภายใต้เงื่อนไขว่าภายหลังทารกนั้นต้องคลอดออกมามีชีวิต หากพิจารณาดีๆ กฎหมายโรมันไม่ได้ประสงค์จะให้สิทธิแก่ทารกในครรภ์แต่อย่างใด กฎหมายโรมันเพียงแต่ประสงค์จะให้บุตรที่คลอดออกมาแล้วได้รับมรดกของบิดาแม้ว่าจะคลอดออกมาหลังความตายของบิดาเท่านั้น ยิ่งหากพิจารณาประกอบกับกฎหมายโรมันที่ห้ามทำแท้งเพราะทำให้บิดาขาดโอกาสที่จะมีบุตรไว้สืบสกุลและสืบมรดก ก็จะได้เห็นได้ชัดว่าในสังคมโรมันให้ความสำคัญแก่การตกทอดของมรดกจากบิดาสู่มรดกมาก กฎหมายโรมันจึงบัญญัติให้ทารกที่คลอดออกมาหลังการตายของบิดารับมรดกได้ ดังนั้นกฎหมายไทยที่ได้รับอิทธิพลจากกฎหมายโรมันผ่านทางระบบกฎหมายแบบซีวิลลอว์ ทำให้การรับรองสิทธิของทารกในครรภ์มารดานั้น กฎหมายจะให้ทารกในครรภ์มีสิทธิได้ก็ต่อเมื่อคลอดออกมามีชีวิต

ลักษณะเฉพาะของระบบกฎหมายแบบซีวิลลอว์คือมีประมวลกฎหมายบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษร อยู่เป็นหมวดหมู่ กฎหมายในแต่ละบทแต่ละมาตรามีความสอดคล้องกัน ดังนั้นการที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 15 บัญญัติให้สภาพบุคคลย่อมเริ่มแต่เมื่อคลอดแล้วอยู่รอดเป็นทารก และในวรรค 2 ก็บัญญัติให้ทารกในครรภ์มารดาก็สามารถมีสิทธิต่างๆ ได้ หากว่าภายหลังคลอดแล้วอยู่รอดเป็นทารก และกรจะให้ทารกในครรภ์มารดาเป็นทายาทได้ก็ต่อเมื่อภายหลังคลอดและอยู่รอดเป็นทารกตามมาตรา 1604 ก็มาจากรากฐานที่สอดคล้องเป็นระบบเดียวกันว่าสภาพบุคคลนั้นเริ่มขึ้นเมื่อคลอด การจะเป็นผู้ทรงสิทธิมีหน้าที่ตามกฎหมายได้ต้องมีสภาพบุคคลเสียก่อน ดังนั้นทารกในครรภ์จะมีสิทธิต่างๆ ได้ ภายหลังต้องคลอดและอยู่รอดเป็นทารกมีสภาพบุคคลโดยสมบูรณ์ ดังนั้นการจะพัฒนากฎหมายที่คุ้มครองสิทธิของทารกในครรภ์มารดาให้คุ้มครองมาขึ้นเกินไปกว่าหลักการคุ้มครองสิทธิในสภาพบุคคลนั้นจะต้องพิจารณาถึงปัญหาที่จะเกิดขึ้น เพราะอาจทำให้เกิดความไม่สอดคล้องของหลักการในประมวลกฎหมาย ซึ่งจะก่อให้เกิดปัญหาในการตีความและการบังคับใช้กฎหมาย ต่างจากประเทศที่ใช้ระบบคอมมอนลอว์ที่ศาลสามารถพัฒนาหลักกฎหมายในแต่ละกรณีแยกต่างหากไม่มีผลกระทบบ้างไปยังหลักอื่นๆ และหากจะพัฒนาในรูปแบบของกฎหมายบัญญัติ ฝ่ายนิติบัญญัติในประเทศคอมมอนลอว์ก็จะออกกฎหมายในรูปแบบของกฎหมายเฉพาะเป็นข้อยกเว้นของหลักกฎหมายคอมมอนลอว์ดังนั้นจึงไม่ต้องคำนึงถึงความสอดคล้องกับหลักกฎหมายอื่นๆ มากนัก

ถ้าหากประเทศไทยมีความจำเป็นที่จะพัฒนาหลักกฎหมายเพื่อให้สิทธิหรือให้ความคุ้มครองแก่ทารกในครรภ์มารดามากขึ้น ควรบัญญัติกฎหมายในลักษณะเป็นข้อยกเว้นเป็นเรื่องๆไป โดยคงถือหลักกฎหมายมาตรา 15 ไว้เป็นหลักการทั่วไป โดยข้อยกเว้นนั้นอาจอยู่ในตัวประมวลกฎหมายเองหรืออยู่ในรูปแบบของบทบัญญัติเฉพาะเรื่องก็ได้ จะทำให้การแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายเกี่ยวกับสิทธิทารกในครรภ์มารดาไม่ก่อให้เกิดปัญหาในการบังคับใช้