



ความรับผิดทางอาญาและกระบวนการ ยุติการตั้งครรภ์แทนในกรณีหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน Criminal liability and the process abortion of the surrogacy of a surrogate mother

วิรัตน์ นาทิพเวทย์*

Virat Natipvad

■ บทคัดย่อ

บทความวิชาการนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อที่จะศึกษากฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการยุติการตั้งครรภ์ของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน ได้แก่ ประมวลกฎหมายอาญา พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 จากการศึกษาพบว่า การยุติการตั้งครรภ์แทนที่ฝ่าฝืนต่อพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 มีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 301 และพระราชบัญญัติดังกล่าวได้บัญญัติหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการยุติการตั้งครรภ์ไว้ โดยมีการออกประกาศแพทยสภาที่ 95 (8)/2558 เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขเกี่ยวกับการยุติการตั้งครรภ์แทนโดยมีเงื่อนไขว่า หากการตั้งครรภ์นั้นจะเป็นอันตรายแก่กายหรือจิตใจของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน หรือกรณีของการทรมานครรภ์พิการซึ่งเป็นหลักเกณฑ์เดียวกับประมวลกฎหมายอาญามาตรา 305 (1) โดยแพทย์ที่ทำการยุติการตั้งครรภ์ไม่มีความรับผิดชอบทางอาญา แต่จุดแตกต่างของกฎหมายดังกล่าวคือ กรณีการตั้งครรภ์แทนนั้นจะยุติการตั้งครรภ์ได้ต้องได้กระทำโดยผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมและได้รับความยินยอมเป็นหนังสือของบุคคลทั้งสองฝ่าย คือ สามีและภรรยาที่ขอด้วยกฎหมายที่ประสงค์จะให้มีการตั้งครรภ์แทนกับหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะแสดงเจตนาโดยลำพังตนไม่ได้ ต่อมาได้มี

* อาจารย์, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยทักษิณ

Lecturer, Faculty of Law, Thaksin University

Received: March 17, 2020 Revised: May 11, 2020 Accepted: May 13, 2020

คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 4/2563 ได้มีคำวินิจฉัยที่ชัดเจนว่า บทบัญญัติประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 301 กระทบต่อสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานในชีวิตและร่างกายของหญิงเกินความจำเป็น ไม่เป็นไปตามหลักความได้สัดส่วน และเป็นการจำกัดเสรีภาพ ตามรัฐธรรมนูญ พุทธศักราช 2560 มาตรา 28 ดังนั้น ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 301 จึงขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ทำให้บทบัญญัติมาตรา 301 ในส่วนที่ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญนั้นใช้บังคับมิได้ และมีผลผูกพันทุกองค์กร ทำให้การยุติการครรภ์ของหญิงที่มีการตั้งครรภ์แทนไม่สามารถบังคับใช้บทลงโทษตามประมวลกฎหมายอาญาได้ ดังนั้น พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ควรจะมีบทบัญญัติที่มีโทษทางอาญาโดยเฉพาะเพื่อป้องกันการกระทำที่ฝ่าฝืนต่อมาตรา 26 แห่งพระราชบัญญัตินี้ในภายหน้า

คำสำคัญ: กระบวนการยุติการตั้งครรภ์แทน, หญิงที่รับตั้งครรภ์แทน, ความรับผิดชอบทางอาญา, การทำแท้ง

■ Abstract

This academic article aimed to study the laws associated with abortion of the surrogacy of a surrogate mother instead of Penal code, Protection of a Child Born by Medically Assisted Reproductive Technology Act, B.E. 2558 (2015) from the study found that abortion of the surrogacy rather than to Protection of a Child Born by Medically

Assisted Reproductive Technology Act, B.E. 2558 (2015) guilty under the Criminal Code and Section 301 and the Act stipulates rules on the abortion of the surrogacy by The process abortion of the surrogacy in the Council Declaration of 95 (8) / 2558 on rules, procedures and conditions relating to abortion of the surrogacy of a surrogate mother, provided that instead. If pregnancy is bodily harm or mind of a surrogate mother, instead of, or the case of the fetus in a disability, the same criteria as the Criminal Code 305 (1) Abortion of the surrogacy by a doctor who has no criminal liability, but the difference in the law is a surrogacy case, An abortion of the surrogacy shall be done by a medical practitioner and upon receiving written consent from lawful husband and wife intending to undertake the surrogacy and a surrogate mother; except in the case. A party is not intended to be self-determined by themselves. Later there has been an analysis of the Constitutional Court Rulings that 4/2563 had a clear diagnosis that the Criminal Code of the Section 301 did not affect the fundamental rights and freedoms in the life and body of the female beyond the necessity. It does not comply with the proportion, and restrict freedom Thus, Article 28 of the Constitution Act 2560 Section 301 is inconsistent with the Constitution, section 28 makes provision of section 301 inconsistent with the Constitution and therefore unenforceable

and binding in all organizations. The abortion of the surrogacy of a surrogate mother cannot enforce penalties under the Criminal Code. Protection of a Child Born by Medically Assisted Reproductive Technology Act, B.E. 2558 (2015), there should be provisions with criminal penalties, particularly for the suppression of acts contrary to section 26 of this Act in the future.

Keywords: The process abortion of the surrogacy, surrogate mother, criminal liability, abortion

■ บทนำ

ปัจจุบันประเทศไทยตราพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 เพื่อกำหนดสิทธิและหน้าที่ของสามีภรรยาโดยชอบด้วยกฎหมายที่ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนกับหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน¹ และเด็กที่เกิดจากเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์² ซึ่งเมื่อพิจารณาถึงสัมพันธภาพทางกฎหมายระหว่างหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนกับเด็กที่เกิดจากเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พบว่าไม่มีผลผูกพันตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยครอบครัวและมรดกแต่อย่างใด และเด็กที่อยู่ในครรภ์ของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนไม่มี

ความสัมพันธ์ทางสายโลหิตแต่กับหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน แต่อย่างใด เพราะกฎหมายห้ามชัดเจนไม่ให้ใช้ไข่ (เซลล์สืบพันธุ์เพศหญิง) ของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนเด็ดขาดดังนั้นการตัดสินใจใด ๆ ของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนที่อาจกระทบกระเทือนถึงเด็กที่อยู่ในครรภ์ย่อมไม่อาจที่จะกระทำได้โดยชอบตามกฎหมาย และกฎหมายดังกล่าวได้กำหนดหลักเกณฑ์ในการยุติการตั้งครรภ์โดยชอบด้วยกฎหมายไว้ในพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 มาตรา 26 ไว้ว่า “การยุติการตั้งครรภ์แทนต้องกระทำโดยผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมและได้รับความยินยอมเป็นหนังสือจากสามีและภรรยาที่ชอบด้วยกฎหมายที่ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนและหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนนั้น เว้นแต่ในกรณีหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนไม่ยินยอมให้ถือว่าข้อตกลงการตั้งครรภ์แทนตามมาตรา 25 เป็นอันยุติลง และหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนนั้นไม่ต้องชดใช้ค่าใช้จ่ายตามข้อตกลงดังกล่าว” ซึ่งถือได้ว่าเป็นกรณีที่มีกฎหมายรับรองให้กระทำได้ดังนั้นหากการยุติการตั้งครรภ์ถูกต้องตามที่กฎหมายกำหนด หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนก็ไม่มีผิดตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 301 แต่อย่างใด เช่น หากปรากฏข้อเท็จจริงว่าหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนเกิดอาการเจ็บป่วยทางกายซึ่งหากมีการตั้งครรภ์ต่อไปจะเป็นอันตรายต่อชีวิตของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน

¹ พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 มาตรา 3 วรรคห้า “การตั้งครรภ์แทน” หมายความว่า การตั้งครรภ์โดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ โดยหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนมีข้อตกลงเป็นหนังสือไว้กับสามีและภรรยาที่ชอบด้วยกฎหมายก่อนการตั้งครรภ์ว่าจะให้ทารกในครรภ์เป็นบุตรของสามีและภรรยาที่ชอบด้วยกฎหมายนั้น

² พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 มาตรา 3 วรรคสาม “เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์” หมายความว่า กรรมวิธีใด ๆ ทางวิทยาศาสตร์การแพทย์ที่น่าสงสัยและไข่ออกจากร่างกายมนุษย์เพื่อให้เกิดการตั้งครรภ์โดยไม่เป็นไปตามธรรมชาติ รวมทั้งผสมเทียม

ทำให้หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนประสงค์จะยุติการตั้งครรภ์ หากได้รับความยินยอมจากสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายที่ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทน และกระบวนการยุติการตั้งครรภ์ได้กระทำโดยแพทย์ แพทย์ และหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนก็ไม่มี ความผิดตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 301 และมาตรา 302 เพราะเป็นกรณีที่มีกฎหมายให้อำนาจกระทำได้ กล่าวคือ พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 มาตรา 26 ให้อำนาจที่จะยุติการตั้งครรภ์ได้

เมื่อพิจารณาถึงความรับผิดชอบทางอาญาในการยุติการตั้งครรภ์ในอดีตมีกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ใช้คำว่า “รีดลูก” หมายความว่า การกระทำใด ๆ ที่เป็นเหตุให้เด็กในครรภ์ของหญิงออกมาจากครรภ์ในลักษณะไม่มีชีวิต เด็กที่อยู่ในครรภ์จะเจริญเติบโตเท่าใดไม่ใช่ว่าสำคัญ (หยุด แสงอุทัย, 2561) ในปัจจุบันตามประมวลกฎหมายอาญาใช้คำว่า “แท้งลูก” หมายความว่า การที่ลูกในครรภ์คลอดออกมาในลักษณะที่ไม่มีชีวิต (ทวีเกียรติมีนะกนิษฐ, 2562) กฎหมายทั้งสองฉบับนี้ได้บัญญัติให้การยุติการตั้งครรภ์มีความรับผิดชอบและต้องรับโทษทางอาญา อีกทั้งการบัญญัติกฎหมายอาญาดังกล่าว ใช้บังคับกับเด็กที่เกิดจากตั้งครรภ์ ตามธรรมชาติ และการตั้งครรภ์ผิดธรรมชาติ กล่าวคือ การตั้งครรภ์ตามธรรมชาตินั้น เป็นการตั้งครรภ์ที่เกิดจากการร่วมประเวณีระหว่างชายกับหญิง (sexual intercourse) เด็กที่อยู่ในครรภ์ก็มีความสัมพันธ์ทางสายโลหิตกับหญิงที่ตั้งครรภ์ และการตั้งครรภ์ที่ผิดธรรมชาติเป็นการตั้งครรภ์ที่มีได้เกิดจากการล่วงล้ำของอวัยวะเพศชาย เช่น การผสมเทียม

แต่ก็ถือว่าเป็นการตั้งครรภ์เช่นเดียวกัน (ทวีเกียรติมีนะกนิษฐ, 2540) ต่างจากหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ที่ไม่มีความสัมพันธ์ใด ๆ ทางสายโลหิตกับเด็กที่อยู่ครรภ์เลย เพราะการดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทน กฎหมายอนุญาตให้กระทำได้เพียงสองวิธีเท่านั้น วิธีแรก ใช้ตัวอ่อนที่เกิดจากอสุจิของสามีและไข่ของภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายที่ประสงค์จะให้มีการตั้งครรภ์แทน วิธีที่สอง ใช้ตัวอ่อนที่เกิดจากอสุจิของสามีหรือไข่ของภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายที่ประสงค์จะให้มีการตั้งครรภ์แทนกับไข่หรืออสุจิของผู้อื่น โดยกฎหมายห้ามมิให้ใช้ไข่ของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนโดยเด็ดขาด บทความวิชาการนี้ผู้เขียนจึงมีวัตถุประสงค์ในการเขียนบทความวิชาการนี้ขึ้นเพื่อศึกษาขอบเขตทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการยุติการตั้งครรภ์ของแม่ผู้บุญว่ามีเพียงใด โดยแยกอธิบายตามหัวข้อดังนี้

ประการแรก หลักเกณฑ์การยุติการตั้งครรภ์ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 กับสิทธิในการยุติการตั้งครรภ์ของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน

ประการที่สอง ความรับผิดชอบทางอาญาและหลักเกณฑ์การยุติการตั้งครรภ์โดยชอบด้วยกฎหมายตามประมวลกฎหมายอาญากับสิทธิในการยุติการตั้งครรภ์ของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน

ประการที่สาม ผลกระทบคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ ที่ 4/2563 กับสิทธิในการยุติการตั้งครรภ์ของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน

1. หลักเกณฑ์การยุติการตั้งครรภ์ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 กับสิทธิในการยุติการตั้งครรภ์ของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน

ในชั้นร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ... ซึ่งข้อมูลตามเอกสารประกอบการพิจารณาร่างพระราชบัญญัตินี้ตั้งกล่าวที่รัฐมนตรีเป็นผู้เสนอบรรจุเข้าที่ประชุมสภานิติบัญญัติแห่งชาติ ครั้งที่ 27/2557 หลักการของร่างพระราชบัญญัติที่ฝ่ายกฎหมายและกระบวนการยุติธรรมคณะรักษาความสงบแห่งชาติเสนอ ซึ่งกระทรวงสาธารณสุขได้มีหนังสือด่วนที่สุดที่ 0713.05/2378 ลงวันที่ 29 สิงหาคม 2557 ถึงสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาเสนอแก้ไขร่างพระราชบัญญัติโดยเพิ่มบทบัญญัติในหมวดการคุ้มครองสิทธิของเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ รวมทั้งสิทธิของของหญิงผู้รับตั้งครรภ์แทน เช่น หญิงที่รับตั้งครรภ์มีอาการครรภ์เป็นพิษ เด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์มีความไม่สมบูรณ์หรือเด็กที่ถูกทอดทิ้ง

ในปัจจุบันกระบวนการยุติการตั้งครรภ์ของแม่ผู้มบุญถูกบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 และประกาศแพทยสภาที่ 95 (8)/2558 เรื่องหลักเกณฑ์วิธีการ และเงื่อนไขเกี่ยวกับการยุติการตั้งครรภ์แทน เพื่อให้ผู้อ่านมีความเข้าใจในชั้นต้นผู้เขียนจะอธิบายเรียงตามลำดับดังต่อไปนี้

ประการแรก นิติสัมพันธ์ทางกฎหมายระหว่างสามีและภรรยาโดยชอบด้วยกฎหมายที่ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนกับหญิงที่ตั้งครรภ์แทน

ประการที่สอง กระบวนการยุติการตั้งครรภ์แทนและผลทางกฎหมายเมื่อเสร็จสิ้นกระบวนการ

1.1 นิติสัมพันธ์ทางกฎหมายระหว่างสามีและภรรยาโดยชอบด้วยกฎหมายที่ประสงค์จะให้มีการตั้งครรภ์แทนกับหญิงที่ตั้งครรภ์แทน

หากพิจารณานิยามของการตั้งครรภ์แทนพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 มาตรา 3 วรรคสามได้ให้ความหมายไว้ว่า เป็นการตั้งครรภ์โดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ โดยหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนมีข้อตกลงเป็นหนังสือไว้กับสามีและภรรยาที่ชอบด้วยกฎหมายก่อนตั้งครรภ์ว่าจะให้ทารกในครรภ์เป็นบุตรของสามีและภรรยาที่ชอบด้วยกฎหมาย ผู้เขียนเห็นว่าเหตุที่ต้องมีข้อตกลงดังกล่าวเพราะว่าหากพิจารณาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แล้วเด็กที่เกิดจากเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์เป็นบุตรของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน แม้ว่าโดยทางสายโลหิตจะไม่ไปก็ตาม ดังนั้นกฎหมายจึงกำหนดให้บุตรที่เกิดจากหญิงที่ตั้งครรภ์แทนเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของสามีและภรรยาที่ประสงค์จะให้มีการตั้งครรภ์แทน และกำหนดให้ทำเป็นหนังสือโดยขั้นตอนการทำหนังสือนั้น ทำขึ้นก่อนจะเริ่มกระบวนการเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ เพื่อที่ว่าหนังสือนี้นี้จะได้เป็นหลักฐานในการพิสูจน์ถึงนิติสัมพันธ์ในทางแพ่งที่เกิดขึ้นระหว่างบุคคล 2 ฝ่าย ทั้งนี้ เมื่อพิจารณาตามประกาศกระทรวงสาธารณสุข เรื่อง หลักเกณฑ์

วิธีการ และเงื่อนไขเกี่ยวกับข้อตกลงการตั้งครรภ์แทน และค่าใช้จ่ายในการบำรุงรักษาสุขภาพของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนในขณะตั้งครรภ์ การยุติการตั้งครรภ์ การคลอด และหลังคลอด รวมทั้งค่าใช้จ่ายในการดูแลสุขภาพของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน หลังคลอดเป็นเวลาไม่น้อยกว่า 30 วัน พ.ศ. 2558 โดยมีเนื้อหาสาระดังนี้ คือ

ประการแรก มีการกำหนดหน้าที่ของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน กล่าวคือ หญิงที่รับตั้งครรภ์แทน ตกลงที่จะดูแลทารกในครรภ์ เช่น วิทยุชนพึงกระทำ แสดงให้เห็นว่า กฎหมายกำหนดหน้าที่ดูแลทารกในครรภ์ของหญิงที่ตั้งครรภ์แทน มีมาตรฐานเช่นเดียวกับที่วิทยุชนพึงกระทำ วิทยุชนในที่นี้เป็นบุคคลที่มีความระมัดระวังอย่างธรรมดา (a person of ordinary prudence) (มาโนช สุทธิวาทนฤพุดิ, 2548) ซึ่งเป็นกรณีกฎหมายสมมุติขึ้นมาเพื่อให้หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนดูแลทารกในครรภ์ดุจเดียวกับวิทยุชนที่พึงดูแลทารกในครรภ์ของตน และห้ามมิให้กระทำการใด ๆ หรืองดเว้นกระทำการใด ๆ ที่วิทยุชนพึงไม่กระทำเช่นกัน เช่น แม่ขณะตั้งครรภ์จะไม่ไปออกกำลังกายอย่างหนัก หรือแม่ขณะที่ตั้งครรภ์จะรับประทานอาหารไม่อดอาหารเป็นระยะเวลาที่ยาวนาน

ประการที่สอง มีการกำหนดให้หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนตกลงที่จะให้ทารกในครรภ์เป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งสอดคล้องตามมาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติที่กำหนดให้เด็กนั้นเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งประสงค์จะมีบุตร แม้ว่าสามีหรือภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งประสงค์จะมีบุตร

ถึงแก่ความตายก่อนเด็กเกิด ประเด็นที่ผู้เขียนตั้งข้อสังเกตมีว่าการกำหนดสถานะทางกฎหมายครอบครัวในการเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายที่ประสงค์จะให้มีการตั้งครรภ์แทนนี้ เกิดจากข้อตกลงเป็นหนังสือดังกล่าว หรือมาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว ซึ่งผู้เขียนมีความเห็นว่าสิทธิตามกฎหมายครอบครัวที่เกี่ยวข้องกับการเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายเป็นสิทธิที่เกิดขึ้นโดยบทบัญญัติของกฎหมายมิใช่เกิดจากนิติสัมพันธ์ที่ทำขึ้นเป็นหนังสือแต่อย่างใด หากมีการตั้งครรภ์แทนที่ชอบด้วยพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 แม้จะไม่มีข้อตกลงในสัญญาที่ทำเป็นหนังสือเกี่ยวกับความเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายก็ต้องบังคับให้เป็นไปตามมาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัตินี้

ประการที่สาม มีการกำหนดให้สามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายที่ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทน ต้องรับผิดชอบค่าใช้จ่ายในการบำรุงรักษาสุขภาพ กล่าวคือ ค่าใช้จ่ายดังต่อไปนี้ ได้แก่ ค่าใช้จ่ายในการบำรุงรักษาสุขภาพของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนในขณะตั้งครรภ์ การยุติการตั้งครรภ์แทน การคลอด และหลังคลอด รวมทั้งค่าใช้จ่ายในการดูแลสุขภาพของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนหลังคลอดไม่น้อยกว่า 30 วัน แสดงว่ากฎหมายต้องให้สามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายที่ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนมีหน้าที่ต้องรับผิดชอบทั้งหมด หากบุคคลดังกล่าวไม่รับผิดชอบ หญิงที่ตั้งครรภ์แทนสามารถที่จะนำหนังสือข้อตกลงดังกล่าวมาฟ้องเป็นคดีแพ่งได้เพื่อรับผิดชอบต่อความเสียหายต่าง ๆ ที่เกิดจากการไม่ชำระหนี้

1.2 กระบวนการยุติการตั้งครรภ์แทน และผลทางกฎหมายเมื่อเสร็จสิ้นกระบวนการ

พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 มาตรา 26 ได้กำหนดหลักเกณฑ์ทางกฎหมายให้การยุติการตั้งครรภ์แทนไว้ให้การยุติการตั้งครรภ์แทนต้องกระทำโดยผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมเท่านั้น กล่าวคือเป็นบุคคลซึ่งได้ขึ้นทะเบียนและรับใบอนุญาตเป็นผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมจากแพทยสภา³ เท่านั้น ทั้งนี้ ต้องได้รับความยินยอมเป็นหนังสือจากสามีและภรรยาที่ขอบด้วยกฎหมายที่ประสงค์จะให้มีการตั้งครรภ์แทนและหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน เห็นได้ว่ากฎหมายไม่ประสงค์ให้เกิดจากการแสดงเจตนาเพียงฝ่ายเดียวของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน หรือจากฝ่ายสามีและภรรยาที่ขอบด้วยกฎหมายที่ประสงค์จะให้มีการตั้งครรภ์แทน เหตุที่กฎหมายบัญญัติเช่นนี้ผู้เขียนเห็นว่าการยุติการตั้งครรภ์ย่อมกระทบถึงสิทธิในชีวิตและร่างกายของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน และกระทบถึงข้อตกลงทางแพ่งที่จะให้มีการตั้งครรภ์แทนกับสามีหรือภรรยาโดยขอบด้วยกฎหมายที่ประสงค์จะให้มีการตั้งครรภ์แทนด้วยเช่นกัน ดังนั้น การแสดงเจตนาโดยฝ่ายเดียวย่อมเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย แม้ว่าเมื่อมีข้อเท็จจริงประจักษ์ชัดว่ามีเหตุที่หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนสามารถกระทำได้อีกก็ตาม กล่าวคือ แม้ปรากฏข้อเท็จจริงว่าการตั้งครรภ์นั้นมีอันตรายต่อสุขภาพกายหรือจิตใจของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนอย่างรุนแรงก็ตาม หากปรากฏข้อเท็จจริงว่าหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนได้ทำการ

ยุติการตั้งครรภ์โดยฝ่าฝืนมาตรา 26 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าวจะมีความผิดและต้องรับโทษทางอาญา ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 301 ซึ่งจะได้รับการยกเว้นความผิดตามมาตรา 305 แห่งประมวลกฎหมายอาญาได้ ต้องกระทำการยุติการตั้งครรภ์โดยแพทย์เท่านั้น แต่จากการศึกษามีความเห็นในทางวิชาการว่า สิทธิในการยุติการตั้งครรภ์เป็นสิทธิในการตัดสินใจในร่างกายของหญิง การที่มาตรา 26 กำหนดให้การยุติการตั้งครรภ์ต้องอาศัยความยินยอมเป็นหนังสือจากคู่สามีภรรยาที่ประสงค์จะมีบุตรและหากไม่ยินยอมย่อมเป็นการกระทบกระเทือนสิทธิดังกล่าว (อัญญลักษณ์ พลขำนิ, 2561) แต่ผู้เขียนเห็นว่าควรที่จะมีการบัญญัติกฎหมายขึ้นมารองรับกรณีดังกล่าว หากปรากฏข้อเท็จจริงว่า การตั้งครรภ์เป็นอันตรายต่อชีวิตและร่างกายของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนอย่างรุนแรง

หากไม่ได้รับความยินยอมจากสามีและภรรยาที่ขอบด้วยกฎหมายที่ประสงค์จะให้มีการตั้งครรภ์แทน ควรกำหนดช่องทางที่หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนสามารถที่จะยื่นคำร้องต่อศาลขอให้ศาลมีคำพิพากษาแทนการแสดงเจตนาของสามีและภรรยาที่ขอบด้วยกฎหมายที่ประสงค์จะให้มีการตั้งครรภ์แทนกรณีดังกล่าวได้ เพราะผู้เขียนไม่เห็นด้วยที่จะมอบสิทธิในการตัดสินใจแก่หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนให้ตัดสินใจลำพัง เนื่องจากทารกในครรภ์ไม่ได้เป็นสิทธิโดยชอบธรรมของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนเพียงคนเดียว ยังมีนิติสัมพันธ์ทางแพ่งที่หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนยังคงผูกพันต้องปฏิบัติตาม ควรที่จะให้ศาล

³ ข้อบังคับแพทยสภา ว่าด้วยการรักษากฎจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2549 ข้อ 4 วรรคสาม

เป็นองค์กรในการตรวจสอบสาเหตุที่หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนประสงค์ที่จะยุติการตั้งครรภ์ หากเห็นว่าจะเป็นอันตรายแก่ชีวิตหรือร่างกายอย่างรุนแรงจำเป็นต้องยุติการตั้งครรภ์ ก็ให้ถือเอาคำพิพากษาของศาลแทนการแสดงเจตนาของคู่สัญญาอีกฝ่าย เพื่อที่ว่าจะไม่เป็นการกระทบกระเทือนถึงสิทธิในร่างกายของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนเกินสมควร

หากปรากฏข้อเท็จจริงว่า หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนไม่ให้ความยินยอมโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร หรือไม่คำนึงถึงผลกระทบที่เกิดขึ้น หากเด็กคลอดออกมามีปัญหาทางด้านร่างกาย เช่น กรณีที่ตรวจพบว่าเด็กที่อยู่ในครรภ์พิการสามมีและภริยาชอบด้วยกฎหมายที่ประสงค์จะให้มีการตั้งครรภ์แทนจึงได้แสดงเจตนาที่จะให้ยุติการตั้งครรภ์ แต่หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนไม่ให้ความยินยอม โดยไม่คำนึงถึงภาระที่อีกฝ่ายจะได้รับภายหลังจากที่เด็กคลอดออกมา จึงมีคำถามขึ้นมว่า สามมีและภริยาชอบด้วยกฎหมายที่ประสงค์จะให้มีการตั้งครรภ์แทนสามารถที่จะยื่นคำร้องต่อศาล ขอให้อาศัยคำพิพากษาแทนการแสดงเจตนาได้หรือไม่ กรณีนี้ผู้เขียนเห็นว่าไม่สามารถที่จะกระทำได้ เพราะเหตุว่าไม่มีกฎหมายสารบัญญัติใดให้สิทธิไว้เช่นนั้น และการที่ศาลพิพากษาให้ยุติการตั้งครรภ์เป็นการละเมิดต่อสิทธิในชีวิตและร่างกายของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน และเป็นการละเมิดต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์อย่างร้ายแรงจึงมีอาจกระทำได้

เมื่อพิจารณาถึงโทษทางกฎหมายอาญาตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 หมวดที่ 6 บทกำหนดโทษ กลับไม่มี

บทลงโทษทางอาญากรณีที่มีการยุติการตั้งครรภ์ที่ฝ่าฝืนต่อมาตรา 26 แห่งพระราชบัญญัตินี้แต่อย่างใด มีแต่เพียงหมวดที่ 5 เรื่องการควบคุมดำเนินการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ มาตรา 45 ที่บัญญัติให้ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมไม่ปฏิบัติตามมาตรา 26 ให้ถือว่ากระทำการฝ่าฝืนจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรมตามกฎหมายว่าด้วยวิชาชีพเวชกรรมเท่านั้น จึงต้องบังคับตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 301 ที่กำหนดบทลงโทษสำหรับการยุติการตั้งครรภ์โดยหญิงที่ตั้งครรภ์โดยเจตนา

พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 มาตรา 26 ยังได้กำหนดต่อไปว่า หากปรากฏข้อเท็จจริงว่า หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนไม่ยินยอม ให้ถือว่าข้อตกลงในการตั้งครรภ์แทนตามมาตรา 25 เป็นอันยุติลง และหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนนั้นไม่ต้องชดใช้ค่าใช้จ่ายตามข้อตกลงดังกล่าว หมายความว่า ปกติกระบวนการยุติการตั้งครรภ์แทนตามมาตรา 26 อาศัยการตกลงของทั้งสองฝ่ายดังที่ได้อธิบายมาแล้ว และในข้อตกลงดังกล่าวตามมาตรา 25 คือ ข้อตกลงทางแพ่งตามประกาศกระทรวงสาธารณสุข เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขเกี่ยวกับข้อตกลงการตั้งครรภ์แทนและค่าใช้จ่ายในการบำรุงรักษาสุขภาพของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนในขณะตั้งครรภ์ การยุติการตั้งครรภ์แทนการคลอด และหลังคลอด รวมทั้งค่าใช้จ่ายในการดูแลสุขภาพของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน หลังคลอดไม่น้อยกว่า สามสิบวัน พ.ศ. 2558 ซึ่งหากสามมีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายที่ประสงค์จะให้มีการตั้งครรภ์แทน

ประสงค์ที่จะให้มีการยุติการตั้งครุฑ แต่หญิงที่รับตั้งครุฑแทนไม่ยินยอม ผลทางกฎหมายคือ สามัมและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายที่ประสงค์จะให้มีการตั้งครุฑไม่ต้องรับผิดชอบในค่าใช้จ่ายใด ๆ ไม่ว่าจะค่าใช้จ่ายในการบำรุงรักษาสุขภาพของหญิงที่รับตั้งครุฑแทนในขณะที่ตั้งครุฑ การคลอด และหลังคลอดก็ตามที่เกิดขึ้นภายหลังจากที่หญิงที่รับตั้งครุฑแทนไม่ยินยอมให้มีการยุติการตั้งครุฑแทน เพราะกฎหมายให้ข้อตกลงนั้นเป็นอันยุติลง และค่าใช้จ่ายที่ได้มีการจ่ายไปก่อนที่หญิงที่รับตั้งครุฑแทนปฏิเสธไม่ยุติการตั้งครุฑ หญิงที่รับตั้งครุฑแทนไม่ต้องชดใช้คืนแต่อย่างใด

ส่วนเรื่องเงื่อนไขทางกฎหมายที่สามารถยุติการตั้งครุฑโดยชอบด้วยกฎหมายได้ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ไม่ได้บัญญัติไว้เป็นการเฉพาะ แต่เงื่อนไขดังกล่าวได้บัญญัติในประกาศแพทยสภาที่ 95(8)/2558 เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขเกี่ยวกับการยุติการตั้งครุฑแทน โดยกำหนดเงื่อนไขไว้ 2 ประการ คือ

ประการแรก จำเป็นต้องกระทำเนื่องจากปัญหาสุขภาพทางกายหรือจิตอย่างรุนแรงของหญิงที่รับตั้งครุฑ

ประการที่สอง เป็นกรณีที่พบว่าทารกในครรภ์มีความเสี่ยงสูงที่จะมีความพิการหรือเป็นโรคพันธุกรรมอย่างรุนแรงและส่งผลกระทบต่อสุขภาพกายหรือจิตของหญิงที่รับตั้งครุฑแทน

การบัญญัติหลักเกณฑ์ดังกล่าวสอดคล้องกับหลักเกณฑ์ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา

305(1) ดังที่ได้อธิบายมาข้างต้นแล้ว และการตีความสามารถอาศัยการตีความตามข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับการยุติการตั้งครุฑทางการแพทย์ตามมาตรา 305 แห่งประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2548 เพื่อทราบถึงขอบเขต ข้อ 5 เพื่อทราบขอบเขตของปัญหาสุขภาพจิตของหญิงตั้งครุฑที่เป็นเหตุในการยุติการตั้งครุฑที่ชอบด้วยกฎหมายได้

เมื่อปรากฏข้อเท็จจริงที่สามารถยุติการตั้งครุฑได้ กล่าวคือเมื่อปรากฏข้อเท็จจริงว่าจำเป็นต้องกระทำเนื่องจากปัญหาสุขภาพทางกายหรือจิตอย่างรุนแรงของหญิงที่รับตั้งครุฑหรือเป็นกรณีที่พบว่า ทารกในครรภ์มีความเสี่ยงสูงที่จะมีความพิการหรือเป็นโรคพันธุกรรมอย่างรุนแรงและส่งผลกระทบต่อสุขภาพกายหรือจิตของหญิงที่รับตั้งครุฑแทน ต้องได้รับการยืนยันรับรองจากแพทย์ผู้เชี่ยวชาญเวชกรรมซึ่งไม่อยู่ในองค์ประกอบของบุคลากรเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ซึ่งเป็นผู้เชี่ยวชาญดำเนินการตรวจยืนยันผลและลงความเห็นสอดคล้องกันอย่างน้อย 2 ท่าน

การยุติการตั้งครุฑแทนกฎหมายกำหนดให้ต้องทำที่สถานพยาบาลของรัฐหรือสถานพยาบาลประเภทที่รับผู้ป่วยไว้ค้างคืนตามกฎหมายว่าด้วยสถานพยาบาล หรือคลินิกเวชกรรมตามกฎหมายว่าด้วยสถานพยาบาลโดยสามารถปฏิบัติเกี่ยวกับการยุติการตั้งครุฑแทนทางการแพทย์ที่อายุครรภ์ไม่เกิน 12 สัปดาห์ และต้องรายงานการยุติการตั้งครุฑแทนให้กรมสนับสนุนบริการสุขภาพกระทรวงสาธารณสุข ทราบเป็นรายกรณีภายใน 30 วัน นับจากยุติการตั้งครุฑตามประกาศแพทยสภาที่ 95 (8)/2558 ข้อ 5 และ ข้อ 6

2. ความรับผิดทางอาญาและหลักเกณฑ์การยุติการตั้งครุฑโดยชอบด้วยกฎหมายตามประมวลกฎหมายอาญากับสิทธิในการยุติการตั้งครุฑของหญิงที่รับตั้งครุฑแทน

ในอดีตประเทศไทยได้มีการบัญญัติกฎหมายห้ามมิให้มีการทำแท้งโดยเด็ดขาดที่มีข้อยกเว้นใด ๆ ให้มีการทำแท้งได้ เพราะอิทธิพลทางศาสนา ประกอบกับความเจริญก้าวหน้าทางเทคโนโลยีทางการแพทย์ทำให้การทำแท้งเป็นอันตรายอยู่มาหลังจากรัฐสภาได้ใช้ประมวลกฎหมายลักษณะอาญามา 38 ปี รัฐบาลได้มีการแต่งตั้งคณะกรรมการขึ้นเพื่อแก้ไขกฎหมายดังกล่าว โดยที่ประชุมอนุกรรมการพิจารณาแก้ไขกฎหมาย เมื่อวันที่ 25 พฤศจิกายน พ.ศ. 2482 นายอาร์กียอง (ที่ปรึกษากฎหมายชาวฝรั่งเศส) ได้เสนอว่ากฎหมายไทยควรยอมให้มีการทำแท้งได้ในกรณีที่เป็นการจำเป็น ซึ่งที่ประชุมอนุกรรมการตรวจพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ครั้งที่ 53 ลงมติให้บัญญัติว่า การทำแท้งเป็นความผิดตามกฎหมาย เว้นแต่จะทำเพื่อช่วยชีวิตและสุขภาพของหญิงเท่านั้น และต่อมาได้มีการแก้ไขกรณีการตั้งครุฑที่เกิดจากการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศ ตามมติที่ประชุมอนุกรรมการพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ครั้งที่ 54 (อุษณีย์ เมธสุทธิ, 2552)

ในปัจจุบันประมวลกฎหมายอาญาได้บัญญัติความรับผิดทางอาญา และบทลงโทษทางอาญา ฐานทำให้แท้งลูกไว้ในมาตรา 301 ถึงมาตรา 305 ซึ่งการที่พิจารณาว่าบุคคลใดจะต้องรับผิดทางอาญาหรือไม่ จะต้องพิจารณาตามโครงสร้างความรับผิดทางอาญา ซึ่งประกอบด้วย 3 ประการ คือ (เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, 2562)

ประการแรก การกระทำความผิดประกอบที่กฎหมายบัญญัติ องค์ประกอบในที่นี้ หมายถึง องค์ประกอบภายนอกกับองค์ประกอบภายใน

ประการที่สอง การกระทำไม่มีกฎหมายยกเว้นความผิด

ประการที่สาม การกระทำไม่มีกฎหมายยกเว้นโทษ

การอธิบายในส่วนของการกฎหมายอาญากับสิทธิในการยุติการตั้งครุฑของหญิงที่รับตั้งครุฑแทน ผู้เขียนจะอธิบายใน 2 เรื่องด้วยกัน คือ ความรับผิดทางอาญาฐานหญิงทำให้ตนเองแท้งลูกหรือยินยอมให้ผู้อื่นทำให้ตนเองแท้งลูก (การกระทำความผิดประกอบที่กฎหมายบัญญัติ) และข้อยกเว้นตามกฎหมายอาญาให้หญิงไม่ต้องรับผิดฐานหญิงทำให้ตนเองแท้งลูกหรือยินยอมให้ผู้อื่นทำให้ตนเองแท้งลูก (การกระทำที่มีกฎหมายยกเว้นความผิด)

2.1 ความรับผิดทางอาญาฐานหญิงทำให้ตนเองแท้งลูกหรือยินยอมให้ผู้อื่นทำให้ตนเองแท้งลูก กฎหมายอาญาเป็นกฎหมายที่บัญญัติให้ “ผู้กระทำการ” หรือ “ผู้ไม่กระทำการ” อย่างหนึ่งอย่างใดต้องรับโทษ (เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, 2562) ซึ่งตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 301 ได้บัญญัติลงโทษหญิงใดทำให้ตนเองแท้งลูก หรือยินยอมให้ผู้อื่นทำให้ตนเองแท้งลูก ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปีหรือปรับไม่เกินหกหมื่นบาทหรือทั้งจำทั้งปรับ ซึ่งกฎหมายดังกล่าวมีคุณธรรมทางกฎหมายในการคุ้มครองชีวิตในครรภ์มารดา ไม่ได้คุ้มครองความปลอดภัยในร่างกายของหญิงแต่อย่างใด (คณิต ณ นคร, 2545) และการที่หญิงใดจะมีความผิดทางอาญาหรือไม่ต้องพิจารณาตามโครงสร้างความรับผิดทางอาญาได้ ซึ่งองค์ประกอบของความผิดอาญาฐานหญิงทำให้ตนเองแท้งลูกหรือยินยอมให้ผู้อื่นทำให้ตนเองแท้งลูกมีดังนี้

องค์ประกอบภายนอก

1. ในส่วนของผู้กระทำ คือ หญิงใด
2. ในส่วนของการกระทำ คือ ทำให้แท้งลูก หรือยอมให้ผู้อื่นทำให้ตนแท้งลูก
3. ในส่วนวัตถุประสงค์ของการกระทำ คือ ทารกในครรภ์

องค์ประกอบภายใน คือ มีเจตนาประสงค์ต่อผล หรือเล็งเห็นผล ในการทำให้แท้งลูก หรือยอมให้ผู้อื่นทำให้ตนแท้งลูกตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 59 วรรคสอง

คำว่าหญิงใด ในที่นี้ หมายความว่า หญิงที่มีครรภ์ในขณะแท้ง (คณะกรรมการกฤษฎีกาปรับปรุงชุดวิชากฎหมายอาญา 2: ภาควิชาความผิด, 2561) มีข้อที่ต้องพิจารณาว่า หญิงในที่นี้หมายความว่า หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนด้วยหรือไม่ ผู้เขียนมีความเห็นว่ากฎหมายใช้คำว่า “หญิงใดทำให้ตนเองแท้งลูก” ซึ่งโดยหลักการตีความกฎหมายอาญานั้นต้องตีความโดยเคร่งครัด กล่าวคือ กรณีที่ถ้อยคำของกฎหมายเป็นที่น่าสงสัยจะตีความไปลงโทษ หรือเพิ่มโทษผู้ต้องหาไม่ได้ แต่อาจขยายความให้เป็นผลดีแก่ผู้ต้องหาได้ (หยุด แสงอุทัย, 2560) ประกอบกับเคยมีความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกาตามบันทึกเลขที่ 100/2543 ให้ความเห็นว่าการในครรภ์มารดาตามมาตรา 15 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์หมายถึง ทารกที่เกิดขึ้นจะต้องเกิดจากครรภ์มารดาของผู้เป็นบุตร ดังนั้น บุตรที่เกิดโดยการใช้นอกนิตินัยทางการแพทย์จากหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน ผู้คลอดทารกนั้น จึงเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของทารก ส่วนเจ้าของไข่แต่ไม่ได้ตั้งครรภ์ และเจ้าของอสุจิแต่ไม่ได้เป็นสามีของหญิง

ที่ตั้งครรภ์ จึงไม่ใช่เป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมาย⁴ ซึ่งความเห็นของผู้เขียน เห็นว่า คำว่า “หญิง” ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 301 นี้ หมายถึง หญิงที่ตั้งครรภ์โดยดูตามความเป็นจริง เป็นสำคัญว่าเป็นหญิงมีครรภ์และคลอดทารกในครรภ์หรือไม่ “หญิง” ในที่นี้จึงหมายความว่า หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนด้วย

ส่วนกรณีองค์ประกอบภายนอกในส่วนของการกระทำนั้น “ทำให้แท้งลูก หรือยอมให้ผู้อื่นทำให้ตนแท้งลูก” ซึ่งแท้งลูกในทางกฎหมายหมายความว่า การที่ทารกคลอดออกมาในลักษณะไม่มีชีวิต โดยไม่คำนึงถึงอายุครรภ์ ซึ่งการกระทำจะเกิดจากเหตุธรรมชาติหรือน้ำมือมนุษย์ก็ได้ (คนพล จันทน์หอม, 2561) ซึ่งลักษณะของการคลอดออกมาไม่มีชีวิตเป็นการที่เด็กคลอดออกมาโดยไม่มีสภาพบุคคล เมื่อพิจารณาถึงการคลอดที่จะถือว่า มีสภาพบุคคลนั้น ต้องเป็นการที่ทารกพ้นจากช่องคลอดของมารดาโดยสมบูรณ์ กล่าวคือต้องเป็นการคลอดออกมาทั้งตัว (วินิจฉัยฯ แสงสุข และฐิติพร ลัมแหลมทอง, 2557) และเมื่อมีการคลอดโดยสมบูรณ์แล้ว ทารกไม่มีชีวิตเลยก็จะถือว่าเป็นการแท้งลูก และการกระทำให้แท้งลูกนั้นกฎหมายไม่ได้จำกัดวิธีเอาไว้ อาจเป็นการใช้กำลังกาย การใช้เครื่องมือช่วยเหลือ การกินยาขับให้แท้งลูก ฉีดยา หรือขูดมดลูกก็ได้ (หยุด แสงอุทัย, 2561)

เมื่อพิจารณาบริบทของการตั้งครรภ์แทนจะเป็นกรณีที่หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนไม่มีความสัมพันธ์ทางสายโลหิตใด ๆ กับทารกในครรภ์ เพราะกฎหมายของประเทศไทยห้ามไม่ให้ไข่ของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนโดยเด็ดขาด

⁴ ข้อมูลตามเอกสารประกอบการพิจารณา ร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ พ.ศ. ที่รัฐมนตรีเป็นผู้เสนอบรรจุเข้าที่ประชุมสภานิติบัญญัติแห่งชาติ ครั้งที่ 27/2557 วันพฤหัสบดีที่ 27 พฤศจิกายน 2557 จัดทำโดยสำนักกฎหมาย สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา ปฏิบัติหน้าที่สำนักงานเลขาธิการ สภานิติบัญญัติแห่งชาติ

โดยกระบวนการของการตั้งครรภ์แทนจะกระทำ โดยการใช้กรรมวิธีทางวิทยาศาสตร์นำไข่ หรืออสุจิออกจากร่างกายของมนุษย์ เมื่อนำมา ปฏิสนธิเป็นที่เรียบร้อยก็จะมีการนำไข่ที่ได้รับการผสมเข้าไปไว้ในมดลูกของหญิงที่รับตั้งครรภ์ แทน เรียกว่าเป็นการตั้งครรภ์แทนโดยการปฏิสนธิ นอกอวัยวะ (In Vitro Fertilisation Surrogacy) (จุฑามาศ น้ำเงิน, 2559) ประกอบกับเมื่อไข่ได้รับการผสมได้ฝังตัวในมดลูกภายหลังจากนั้น หากหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนมีการทำให้แท้งลูก หรือยอมให้ผู้อื่นทำให้ตนแท้งลูก ถือว่าเป็น การกระทำที่เข้าองค์ประกอบภายนอกในความผิด อาญามาตรา 301 ฐานหญิงทำให้ตนเองแท้งลูก หรือยินยอมให้ผู้อื่นทำให้ตนเองแท้งลูกแล้ว เพราะกฎหมายอาญาของไทยไม่ได้คำนึงถึง อายุครรภ์ (คนพล จันทน์หอม, 2561)

องค์ประกอบภายนอกในส่วนวัตถุประสงค์แห่งการ กระทำ คือ ทารกในครรภ์ กรณีนี้ ศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย (2556) ได้ให้ความหมาย ของ “ลูกในครรภ์ไว้ว่า” หมายถึง ลูกเริ่มตั้งแต่ ตัวอสุจิของชายผสมกับไข่ในมดลูกของหญิง ผู้เขียนมีความเห็นว่าเป็นการอธิบายในรูปแบบ ของการตั้งครรภ์ตามธรรมชาติที่เกิดจาก การร่วมประเวณีระหว่างชายกับหญิง (sexual intercourse) ดังนั้น เมื่อมีการผสมกันระหว่าง ไข่กับอสุจิในมดลูกของหญิง ก็ถือได้ว่าเป็นทารก ในครรภ์มารดาที่สามารถเป็นวัตถุประสงค์แห่ง การกระทำได้ หากหญิงได้กระทำให้ไข่ที่ได้รับการผสมในมดลูกถูกทำลาย หรือขับออกมา นอกอวัยวะ ก็ถือได้ว่าเป็นการกระทำให้ตนแท้งลูก เข้าองค์ประกอบในความผิดอาญาฐานหญิงทำให้ ตนเองแท้งลูกหรือยินยอมให้ผู้อื่นทำให้ตนเอง แท้งลูกแล้ว แต่ชุดคำอธิบายนี้นำมาอธิบายใน

บริบทของการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ ทางการแพทย์ไม่ได้เนื่องจากถือเป็นการตั้งครรภ์ โดยผิดธรรมชาติ เพราะเป็นกระบวนการที่เกิด โดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ ทางการแพทย์ ซึ่งกระบวนการดังกล่าวได้กระทำ นอกมดลูกของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน และนำไข่ ที่ได้รับการผสมไปไว้ในมดลูกของหญิงที่รับ ตั้งครรภ์แทน ดังนั้น ในกรณีหญิงที่รับตั้งครรภ์ แทนจะกระทำความผิดทางอาญานี้ได้ จุดเริ่มต้นที่จะถือว่ามีการตั้งครรภ์น่าจะเริ่มจาก การที่เมื่อมีการฝังตัวของไข่ในมดลูกเสร็จสิ้นแล้ว เท่านั้น การที่ไข่ที่ได้รับการผสมกับอสุจิภายนอก ร่างกายของหญิง และไม่มีการนำไข่เข้าสู่ร่างกาย ของหญิงเพื่อให้มีการฝังตัวในมดลูก ถือว่า ยังไม่มีวัตถุประสงค์แห่งการกระทำ คือทารกในครรภ์ ของหญิงที่ตั้งครรภ์แทน อันจะเป็นการกระทำ ความผิดตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 301 ได้เพราะยังไม่เกิดการตั้งครรภ์หรือการมีลูก ในครรภ์ ดังนั้น กฎหมายอาญาว่าด้วยการ แท้งลูกไม่สามารถนำไปใช้ได้กับกรณีตัวอ่อน ที่ยังไม่ถูกฝังเข้าไปในครรภ์ (ลินดา ไชยธรรม, 2551)

ในส่วนขององค์ประกอบภายใน ของความผิด ฐานหญิงทำให้ตนเองแท้งลูกหรือยินยอมให้ ผู้อื่นทำให้ตนเองแท้งลูก นั้น คือเจตนา ซึ่งเป็น สิ่งที่อยู่ภายในตัวของผู้กระทำผิด โดยกฎหมาย เามาเป็นองค์ประกอบภายในฐานความผิด ฐานใดฐานหนึ่งของฐานความผิดทางอาญา (คณิต ณ นคร, 2547) เมื่อพิจารณาตามประมวล กฎหมายอาญา มาตรา 59 วรรคสอง “กระทำ โดยเจตนา ได้แก่กระทำโดยรู้สำนึกในการ ที่กระทำและในขณะที่เดียวกันผู้กระทำประสงค์ ต่อผล หรือยอมเล็งเห็นผลของการกระทำนั้น”

คำว่ารู้สำนึกในการกระทำ ถือเป็นส่วนหนึ่งขององค์ประกอบของเจตนาหรือไม่ นักนิติศาสตร์ฝ่ายแรกมองว่า มิใช่เป็นองค์ประกอบของเจตนา แต่เป็นองค์ประกอบในส่วนของการกระทำ อีกฝ่ายมองว่าเป็นส่วนหนึ่งขององค์ประกอบของเจตนา (คณิศ ญ นคร, 2547) แต่กฎหมายอาญาได้แบ่งเจตนาออกเป็น 2 ประเภท ประเภทแรก คือ เจตนาตามความเป็นจริงประกอบด้วยเจตนาประสงค์ต่อผล หรือ เจตนาเล็งเห็นผล ตามที่ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 59 วรรคสองบัญญัติไว้ ประเภทที่สองคือเจตนาโดยผลของกฎหมาย คือ เจตนาตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 60 นั้นเอง

การที่จะพิจารณาว่าหญิงใดที่จะมีเจตนาที่จะกระทำความผิดอาญาฐานหญิงทำให้ตนเองแท้งลูกหรือยินยอมให้ผู้อื่นทำให้ตนเองแท้งลูกนั้น ก่อนที่จะมาพิจารณาตามมาตรา 59 วรรคสอง เราต้องพิจารณาตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 59 วรรคสามเสียก่อน กล่าวคือ หญิงนั้นต้องรู้ว่า “ตนกำลังตั้งครรภ์” และรู้ว่า “ตนกระทำให้แท้งลูก หรือยอมให้ผู้อื่นทำให้ตนเองแท้งลูก” หากหญิงไม่ทราบข้อเท็จจริง 2 ประการนี้ จะถือว่าหญิงนั้นมีเจตนาประสงค์ต่อผลหรือมีเจตนาเล็งเห็นผลไม่ได้ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59 วรรคสาม

เมื่อพิจารณาในบริบทของหญิงที่ตั้งครรภ์แทนก็ต้องพิจารณาเจตนาในใจเช่นกันว่ามีเจตนาที่จะทำให้ตนแท้งลูก หรือยอมให้ผู้อื่นทำให้ตนแท้งลูกหรือไม่ แต่การที่หญิงที่ตั้งครรภ์แทนจะอ้างประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59 วรรคสามจะยากมาก เพราะตลอดเวลาของกระบวนการทางวิทยาศาสตร์ที่อาศัยเทคโนโลยี

ช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ จะอยู่ในความดูแลของแพทย์ หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนจะอ้างไม่ได้ว่าตนไม่รู้ว่ามีการตั้งครรภ์ จึงไม่มีเจตนาที่จะกระทำความผิดอาญาฐานหญิงทำให้ตนเองแท้งลูกหรือยินยอมให้ผู้อื่นทำให้ตนเองแท้งลูก

2.2 ข้อยกเว้นตามกฎหมายอาญาให้หญิงไม่ต้องรับผิดฐานหญิงทำให้ตนเองแท้งลูกหรือยินยอมให้ผู้อื่นทำให้ตนเองแท้งลูก

ก่อนที่จะบังคับใช้ประมวลกฎหมายอาญาประเทศไทยได้บังคับใช้กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ไม่ได้มีการบัญญัติเหตุยกเว้นความรับผิดชอบของแพทย์กรณีที่ยุติการตั้งครรภ์โดยหญิงยินยอมดังเช่นประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 305 แต่ถือว่าการรื้อลูกเพื่อช่วยเหลือชีวิตมารดาแพทย์มีอำนาจทำได้ตามกฎหมายจารีตประเพณี ซึ่งจารีตประเพณีที่ถือได้ว่าเป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่ยกเว้นความผิดได้ (เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, 2562) และหากศาลไม่ถือเช่นนั้นก็สามารถปรับใช้กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 มาตรา 49 โดยอ้างเหตุจำเป็นในการกระทำความผิดยกเว้นโทษได้ (หยุด แสงอุทัย, 2561)

ปัจจุบันภายใต้การบังคับใช้ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 305 ได้กำหนดหลักเกณฑ์ที่เกี่ยวกับการยกเว้นความผิดเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางอาญา ฐานหญิงทำให้ตนเองแท้งลูกหรือยินยอมให้ผู้อื่นทำให้ตนแท้งลูกไว้ด้วยกัน 2 ประการ และทั้งสองกรณีต้องเป็นการกระทำของแพทย์ผู้ประกอบอาชีพเวชกรรมตามกฎหมายเท่านั้น⁵ คือ ประการแรก จำเป็นต้องกระทำเนื่องจากสุขภาพของหญิงนั้น หรือ ประการที่สอง หญิงมีครรภ์เนื่องจากการกระทำความผิดอาญา

⁵ ข้อบังคับแพทย์สภาว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับการยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ตามมาตรา 305 แห่งประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2548 ข้อที่ 4

ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 276 มาตรา 277 มาตรา 282 มาตรา 283 หรือมาตรา 284 ซึ่งในบทความวิชาการนี้ จะอธิบายเฉพาะกรณีการยุติการตั้งครรภ์เฉพาะกรณีจำเป็นต้องกระทำเนื่องจากสุขภาพของหญิงเท่านั้น

เหตุยกเว้นความผิดฐานหญิงทำให้ตนเองแท้งลูกหรือยอมให้ผู้อื่นทำให้ตนแท้งลูกไว้กรณีจำเป็นต้องกระทำเนื่องจากสุขภาพของหญิงนั้น หมายความว่าถึงสุขภาพกายและสุขภาพจิตด้วย (จิตติ ดิงศรัทย์, 2553) แม้ตัวบทกฎหมายจะไม่ได้บัญญัติว่าต้องกระทบต่อสุขภาพกายหรือสุขภาพจิตของหญิงมาน้อยเพียงใด ก็ต้องตีความว่า ต้องเป็นอันตรายรุนแรงถึงขนาดต้องทำแท้งโดยเอามาตรฐานวิญญูชนเป็นเกณฑ์ในการพิจารณา (ไกรฤกษ์ เกษมสันต์, 2559) และตามข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับการยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ตามมาตรา 305 แห่งประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2548 ข้อที่ 5 ได้กำหนดไว้ว่า การยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ตามมาตรา 305 (1) แห่งประมวลกฎหมายอาญา ให้เป็นไปตามเงื่อนไขดังนี้

ประการแรก เป็นกรณีที่จำเป็นต้องกระทำเนื่องจากปัญหาสุขภาพทางการของหญิงตั้งครรภ์ หรือ

ประการที่สอง เป็นกรณีที่จำเป็นต้องกระทำเนื่องจากสุขภาพทางจิตของหญิงตั้งครรภ์ ซึ่งจะต้องได้รับการรับรอง หรือเห็นชอบจากผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมที่มีไข้ผู้กระทำการยุติการตั้งครรภ์ อย่างน้อย 1 คน ซึ่งกรณีที่ปรากฏข้อเท็จจริงว่า หญิงที่ตั้งครรภ์มีความเครียดอย่างรุนแรง หรือเสี่ยงสูงที่จะเป็นโรค

ทางพันธุกรรมอย่างรุนแรง เมื่อหญิงนั้นได้รับการตรวจวินิจฉัยและการปรึกษาแนะนำทางพันธุศาสตร์ (genetic counseling) และมีการลงนามรับรองในเรื่องดังกล่าวอย่างน้อย 1 คน ให้ถือว่าหญิงนั้นมีปัญหาสุขภาพจิต สามารถยุติการตั้งครรภ์ได้

ผลของการดำเนินการถูกต้องตามที่กล่าวมาข้างต้นจะทำให้แพทย์ยุติการตั้งครรภ์ไม่มีความผิดทางอาญา เมื่อการกระทำไม่มีความผิดทางอาญาแล้ว จึงถือว่าเป็นการกระทำที่สามารถทำได้และหญิงที่ยอมให้แพทย์ดำเนินการกระบวนกรยุติการตั้งครรภ์ก็จะไม่มีความผิดทางอาญา จึงเป็นสิทธิตามกฎหมายให้การยุติการตั้งครรภ์ของหญิงที่สามารถกระทำได้ โดยไม่มีความรับผิดชอบทางอาญา

ส่วนสถานที่ทำการยุติการตั้งครรภ์นั้น กฎหมายกำหนดว่าต้องกระทำที่สถานพยาบาล ได้แก่ โรงพยาบาลหรือหน่วยงานของรัฐ ที่ให้บริการรับผู้ป่วยไว้ค้างคืน หรือสถานเวชกรรมที่มีเตียงรับผู้ป่วยไว้ค้างคืนตามกฎหมายว่าด้วยสถานพยาบาล ทั้งนี้ สามารถปฏิบัติเกี่ยวกับการยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ได้ตามความเหมาะสม หรือ คลินิกเวชกรรมตามกฎหมายว่าด้วยสถานพยาบาล โดยสามารถปฏิบัติเกี่ยวกับการยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ที่อายุครรภ์ไม่เกิน 12 สัปดาห์ หลังจากนั้น แพทย์ต้องทำรายงานเสนอต่อแพทยสภา ตามเงื่อนไขและระยะเวลาในแบบฟอร์มที่แพทยสภากำหนด ตามตามข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับการยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ตามมาตรา 305 แห่งประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2548 ข้อ 7 และข้อ 8

3. ผลกระทบคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ ที่ 4/2563 กับสิทธิในการยุติการตั้งครรภ์ของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน

ประเทศไทยเป็นประเทศที่มีประชากรส่วนใหญ่นับถือศาสนาพุทธ ศาสนาพุทธจึงเป็นศาสนาประจำชาติ ซึ่งตามแนวคิดความเชื่อทางศาสนาพุทธเชื่อว่าในเรื่องความเป็นมนุษย์ พระพุทธองค์ทรงตอบว่า สัตว์ในครรภ์เกิดและพัฒนากลายไปตามลำดับกาล ไม่มีรูปร่างเป็นทารกในทันทีที่มารดาตั้งครรภ์ กล่าวคือ เริ่มต้นเมื่อมีปฏิสนธิวิญญานมาปรากฏและเกิดขึ้นพร้อมกับกละก่อนแล้วพัฒนาต่อไปตามลำดับซึ่ง “กละ” คือรูปละเอียดยกมโล มีขนาดเท่าหยดน้ำมันที่ติดอยู่บนขนแกะ หลังจากสัปดาห์ที่ 3 แล้วรูปละเอียดยิ่งคงสภาพอยู่ 1 สัปดาห์ ถือว่าเป็นจุดเริ่มต้นของชีวิต (ทรงสนะทางพระพุทธศาสนา เห็นว่าความเป็นมนุษย์เริ่มขึ้นในชั้นของไซโกต ถ้าไซโกตมีความหมายเดียวกับกละ) การฆ่าชีวิตช่วงนี้จึงเป็นปาณาติบาต คือ ฆ่าชีวิตมนุษย์ (อดิศักดิ์ ทองบุญ, 2560) ส่วนทรงสนะตามศาสนาอิสลามนั้นได้ห้ามการทำแท้ง คือ การตั้งใจทำให้ทารกคลอดออกมาด้วยวิธีการต่าง ๆ ก่อนกำหนดแต่โดยสภาพทารกไม่ว่าจะจะมีชีวิตได้อยู่รอดได้และเห็นชอบเรื่องการทำแท้งเนื่องจากสุขภาพของมารดา (มัยม แวหะยี และ ซากาเรีย หะมะ, 2560) ดังนั้น หากพิจารณาอิทธิพลความเชื่อที่มาจากศาสนาพุทธและศาสนาอิสลาม ผู้คนส่วนใหญ่จึงมองว่าการทำแท้งเป็นเรื่องผิดบาป

เมื่อพิจารณาถึงสิทธิและเสรีภาพตามกฎหมายรัฐธรรมนูญ พุทธศักราช 2560 ได้รับรองไว้ว่า บุคคลย่อมมีสิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกาย และบุคคลทุกคนยังมีเสรีภาพในตัวเองซึ่งถือเป็น

ส่วนหนึ่งของประเภทของเสรีภาพ กล่าวคือ เสรีภาพในชีวิตและร่างกายเป็นการเน้นย้ำถึงการคุ้มครองของเสรีภาพจากการกระทำของบุคคลอื่น แต่เสรีภาพในตัวเองบุคคล เป็นเสรีภาพที่บุคคลสามารถทำอะไรกับร่างกายของตนเองก็ได้ทราบเท่าที่ไม่ขัดต่อกฎหมายบ้านเมือง (เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, 2547) ดังนั้น เมื่อพิจารณาถึงบริบทของเสรีภาพในตัวเองบุคคล แล้วนั้นนับว่าเป็นการขัดแย้งกันระหว่างสิทธิของทารกในครรภ์มารดา กับเสรีภาพในตัวเองบุคคลของมารดา จึงเป็นข้อถกเถียงกันว่า “สิทธิของทารกในครรภ์มารดา” กับ “สิทธิของหญิงตั้งครรภ์” สิทธิใดควรได้รับความคุ้มครองมากกว่ากัน

เมื่อพิจารณาในทางวิชาการกรณีของการทำแท้ง เป็นความขัดแย้งของผู้ทรงสิทธิขั้นพื้นฐานรายเดียวกัน ในกรณีนี้อาศัยสิทธิขั้นพื้นฐานที่แตกต่างกัน ซึ่งกรณีการทำแท้งเป็นความขัดแย้งระหว่างสิทธิของสตรีกับความเคารพในศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และการล่วงละเมิดไม่ได้ในชีวิตร่างกาย และเป็นความขัดแย้งระหว่างเสรีภาพในการกำหนดตนเองของสตรีกับสิทธิในชีวิตของเด็กที่อยู่ในครรภ์มารดา ซึ่งในการแก้ปัญหาความขัดแย้งนั้นพื้นฐานต้องอาศัยการพิจารณาไตร่ตรองความสำคัญของสิทธิขั้นพื้นฐานที่ขัดแย้งกัน โดยพิจารณาว่าสิทธิขั้นพื้นฐานใดเป็นสิทธิที่มีค่าสูงกว่า หรือสิทธิขั้นพื้นฐานใดเป็นสิทธิที่ปราศจากเงื่อนไข หรือสิทธิใดเป็นสิทธิที่อยู่ภายใต้เงื่อนไขตามกฎหมาย (บรรเจิด สิงคะเนติ, 2562) ทั้งนี้ โดยพิจารณาสิทธิขั้นพื้นฐานที่ขัดแย้งกันนำมาซึ่งน้ำหนักว่าสิทธิใดมีค่ามากกว่ากันแล้ว ไม่ควรที่จะปล่อยให้สิทธิเสรีภาพที่มีน้ำหนักน้อยกว่าล้นไป จึงต้องทำให้สิทธิเสรีภาพที่ขัดแย้งกันมีผลบังคับใช้ในการ

ปฏิบัติให้มากที่สุด โดยการตีกรอบข้อกฎหมาย ให้แต่ละฝ่ายได้รับประโยชน์มากที่สุด (บุญศรี มิวังษ์อุโฆษ, 2553) มีข้อพิจารณาตามมาว่า ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 301 นั้นเป็น บทบัญญัติที่จำกัดเสรีภาพในตัวบุคคลซึ่งเป็น สิทธิของสตรีมีครรภ์หรือไม่ ซึ่งโดยหลักแล้ว การพิจารณากฎหมายที่จำกัดสิทธิเสรีภาพของ ประชาชนต้องไม่ขัดหรือแย้งกับหลักความได้ สดส่วน ซึ่งเป็นหลักรัฐธรรมนูญพื้นฐานทั่วไป และมีค่าบังคับเท่ากับบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญ และรัฐต้องไม่ออกกฎหมายมาจำกัดสิทธิเสรีภาพ ของประชาชนจนกระทบกระเทือนถึงสาระสำคัญของ เสรีภาพ (เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, 2547) ซึ่งหลักความได้สัดส่วนมีรากฐานมาจากหลัก ความยุติธรรม (gerechtigkeits) อันเป็นพื้นฐาน มาจากหลักกฎหมายทั่วไป หลักความได้สัดส่วน เป็นหลักที่คำนึงถึงความยุติธรรมทั้งในส่วนของปัจเจกบุคคล และความยุติธรรมของสังคม โดยรวม หลักดังกล่าวจึงเป็นเกณฑ์มาตรฐาน ที่เป็นสาระสำคัญในการตรวจสอบของรัฐธรรมนูญ ว่าการกระทำของรัฐได้ละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐาน หรือไม่ (บรรเจิด สิงคะเนติ, 2561)

ในปัจจุบันปัญหาดังกล่าวมานั้นได้มีคำวินิจฉัย ศาลรัฐธรรมนูญ คำวินิจฉัยที่ 4/2563 มีประเด็น หนึ่งซึ่งเกี่ยวข้องกับบทความฉบับนี้ คือประเด็น ที่ว่า ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 301 มีปัญหา เกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ มาตรา 28 หรือไม่ ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยมีสาระ สำคัญดังนี้

ประมวลกฎหมายอาญาเป็นกฎหมายที่มี วัตถุประสงค์ในการคุ้มครองบุคคลและรักษา ความสงบเรียบร้อยของบ้านเมือง โดยเป็น กฎหมายที่กำหนดลักษณะของการกระทำ

หรือไม่กระทำอย่างใดอย่างหนึ่งเป็นความผิด และกำหนดโทษทางอาญาสำหรับผู้กระทำผิด และเมื่อพิจารณาเจตนารมณ์ของประมวล กฎหมายอาญา มาตรา 301 บัญญัติขึ้นมา เพื่อคุ้มครองชีวิตของทารกในครรภ์มารดา โดยบัญญัติลงโทษหญิงที่ทำแท้งลูกหรือยอมให้ ผู้อื่นทำให้ตนแท้งลูก แต่เมื่อพิจารณารากฐาน ของสังคมไม่ได้ขึ้นอยู่กับการเห็นคุณค่าของมนุษย์ เท่านั้น ดังนั้นจะพิจารณาเฉพาะสิทธิของการก ่ออย่างเดียวโดยมิได้พิจารณาการคุ้มครองสิทธิ ของหญิงผู้ตั้งครรภ์อันมีมาก่อนสิทธิทารกในครรภ์ อาจส่งผลกระทบให้หญิงไม่ได้รับความเป็นธรรม และถูกลิดรอนหรือจำกัดสิทธิในเนื้อตัวร่างกาย ของหญิงนั้น ซึ่งเป็นสิทธิตามธรรมชาติที่เป็นสิทธิ พื้นฐานของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ที่บุคคลย่อมมี เสรีภาพที่จะกระทำการใด หรือไม่กระทำการใด ต่อชีวิตและร่างกายของตนได้ทราบเท่าที่ การกระทำนั้นไม่รบกวนหรือล่วงล้ำเข้าไปในสิทธิ หรือเสรีภาพของผู้อื่น รวมทั้งส่งผลกระทบถึง สิทธิในการกำหนดเจตจำนงของหญิงผู้ตั้งครรภ์ ที่ครอบคลุมการตัดสินใจว่าจะยุติการตั้งครรภ์ หรือตั้งครรภ์ต่อไปอีกด้วย

การคุ้มครองสิทธิของทารกในครรภ์และสิทธิ ของหญิงผู้ตั้งครรภ์ต้องให้เกิดความสมดุลกัน โดยอาจต้องนำช่วงระยะเวลาตั้งครรภ์มาเป็น หลักเกณฑ์ในการพิจารณา การปฏิเสธสิทธิ ของหญิงโดยปราศจากการกำหนดเงื่อนไขหรือ เงื่อนไขที่เหมาะสมเช่นประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 301 จึงเป็นการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพ ของหญิงเกินความจำเป็น ประกอบกับรัฐมีหน้าที่ กำหนดให้มีมาตรการส่งเสริมให้บุคคลใช้สิทธิ และเสรีภาพโดยจัดให้มีมาตรการในการยุติ การตั้งครรภ์ที่ปลอดภัย ถูกต้องตามกฎหมาย

ไม่กระทบต่อการใช้สิทธิของหญิง และต้องเข้าไปดูแลและคุ้มครองชีวิตในครรภ์มิให้ถูกกระทบสิทธิในการมีชีวิตเช่นเดียวกัน ศาลรัฐธรรมนูญจึงได้ตัดสินว่า บทบัญญัติประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 301 จึงกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกายของหญิงเกินความจำเป็น ไม่เป็นไปตามหลักความได้สัดส่วน และการจำกัดเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 28 ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 301 จึงขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 28

เมื่อศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยเช่นนี้ย่อมมีผลกระทบต่อกฎหมายอาญาอย่างแน่นอน เพราะว่า กฎหมายอาญาเป็นกฎหมายที่มีลำดับศักดิ์ต่ำกว่ารัฐธรรมนูญ การที่จะใช้บังคับได้กฎหมายต่าง ๆ กฎหมายนั้นจะต้องมีความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ที่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ จะขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญไม่ได้ (สมคิด เลิศไพฑูรย์, 2548) และในตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ได้กำหนดให้รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ บทบัญญัติใดของกฎหมาย กฎหรือข้อบังคับ หรือการกระทำใดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ บทบัญญัติหรือ

การกระทำนั้นเป็นอันใช้บังคับมิได้ และคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญให้เป็นเด็ดขาด มีผลผูกพันรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล องค์การอิสระ และหน่วยงานของรัฐ ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 5 ประกอบมาตรา 211 วรรคท้าย ดังนั้น เมื่อประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 301 ศาลรัฐธรรมนูญได้ตีความแล้วว่าขัดกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 28 จึงมีผูกพันทุกองค์กรให้ต้องถือตามนั้น

■ บทสรุปและข้อเสนอแนะ⁶

จากการศึกษาดังกล่าวพบว่า กรณีหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนยุติการตั้งครรภ์ด้วยตนเอง (ทำแท้ง) หรือยอมให้ผู้อื่นทำแท้งด้วยตนเอง เป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 301 เพราะว่าเป็นบทบัญญัติที่ให้การยุติการตั้งครรภ์มีความรับผิดชอบและต้องรับโทษทางอาญา ไม่ว่าจะเป็นการตั้งครรภ์ตามธรรมชาติ และการตั้งครรภ์ผิดธรรมชาติ กล่าวคือ การตั้งครรภ์ตามธรรมชาตินั้นเป็น การตั้งครรภ์

⁶ บทความวิชาการนี้ได้เสร็จสมบูรณ์ก่อนมีการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา ตามพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 28) พ.ศ. 2564 โดยใน มาตรา 3 ให้ยกเลิกความในมาตรา 301 แห่งประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 26) พ.ศ. 2560 และให้ใช้ความต่อไปนี้แทน

“มาตรา 301 หญิงใดทำให้ตนเองแท้งลูกหรือยอมให้ผู้อื่นทำให้ตนเองแท้งลูกขณะมีอายุครรภ์เกินสิบสองสัปดาห์ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหกเดือน หรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

มาตรา 4 ให้ยกเลิกความในมาตรา 305 แห่งประมวลกฎหมายอาญา และให้ใช้ความต่อไปนี้แทน

“มาตรา 305 ถ้าการกระทำความผิดตามมาตรา 301 หรือมาตรา 302 เป็นการกระทำของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม และตามหลักเกณฑ์ของแพทยสภาในกรณีดังต่อไปนี้ ผู้กระทำไม่มีความผิด

(1) จำเป็นต้องกระทำเนื่องจากหากหญิงตั้งครรภ์ต่อไปจะเสี่ยงต่อการได้รับอันตรายต่อสุขภาพทางกายหรือจิตใจของหญิงนั้น
(2) จำเป็นต้องกระทำเนื่องจากมีความเสี่ยงอย่างมากหรือมีเหตุผลการแพทย์อันควรเชื่อได้ว่าหากการคลอดออกมามีความผิดปกติถึงขนาดทุพพลภาพอย่างร้ายแรง

(3) หญิงยื่นข้อผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมว่าตนมีครรภ์เนื่องจากการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศ

(4) หญิงซึ่งมีอายุครรภ์ไม่เกินสิบสองสัปดาห์ ยินยอมที่จะยุติการตั้งครรภ์

(5) หญิงซึ่งมีอายุครรภ์เกินสิบสองสัปดาห์ แต่ไม่ยินยอมที่จะยุติการตั้งครรภ์ภายหลังการตรวจและรับคำปรึกษาทางเลือกจากผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมและผู้ประกอบวิชาชีพอื่นตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุขประกาศโดยคำแนะนำของแพทยสภาและหน่วยงานที่เกี่ยวข้องตามกฎหมายว่าด้วยการป้องกันและแก้ไขปัญหาการตั้งครรภ์ในวัยรุ่น”

ที่เกิดจากการร่วมประเวณีระหว่างชายกับหญิง (sexual intercourse) เด็กที่อยู่ในครรภ์ก็มีความสัมพันธ์ทางสายโลหิตกับหญิงที่ตั้งครรภ์และหมายความรวมถึงการตั้งครรภ์ที่ผิดธรรมชาติที่มีได้เกิดจากการล่วงล้ำของอวัยวะเพศชาย เช่น การผสมเทียมแต่ก็ถือว่าเป็นการตั้งครรภ์เช่นเดียวกัน และเมื่อพิจารณาตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 มาตรา 26 ได้กำหนดหลักเกณฑ์กรณีที่มีการตั้งครรภ์แทน หากจะยุติการตั้งครรภ์ต้องปรากฏข้อเท็จจริงว่า การตั้งครรภ์จะมีผลกระทบต่อสุขภาพกายและสุขภาพจิตของหญิง ซึ่งเป็นเหตุผลเดียวกันกับประมวลกฎหมายอาญามาตรา 305 (1) แต่แตกต่างกันตรงที่ หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนหรือสามีและภริยาขอด้วยกฎหมายที่ประสงค์จะให้มีการตั้งครรภ์แทน ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะตัดสินใจโดยลำพังตนไม่ได้ ต้องได้รับความยินยอมของทั้งสองฝ่าย หากหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนได้ยุติการตั้งครรภ์โดยปราศจากความยินยอมเป็นหนังสือจากสามีและภริยาขอด้วยกฎหมายที่ประสงค์จะให้มีการตั้งครรภ์แทน ต้องรับผิดตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 301 เพราะพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ไม่ได้บัญญัติบทลงโทษกรณีที่ทำกรฝ่าฝืนต่อมาตรา 26 ไว้โดยเฉพาะ แต่ปัจจุบันคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 4/2563 ได้มีคำวินิจฉัยที่ชัดเจนว่า บทบัญญัติประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 301 กระทบต่อสิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกายของหญิงเกินความจำเป็น ไม่เป็นไปตามหลักความได้สัดส่วนและเป็นการจำกัดเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ

มาตรา 28 ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 301 จึงขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 28 ทำให้เกิดคำถามว่า หากหญิงที่ตั้งครรภ์แทนกระทำการฝ่าฝืนต่อพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 จะมีความผิดทางอาญาหรือไม่ เมื่อพิจารณาตามพระราชบัญญัติดังกล่าวไม่ได้มีบทบัญญัติบทลงโทษกรณีที่ทำกรฝ่าฝืนต่อมาตรา 26 จะมีผลทางกฎหมายเช่นใดหากจะนำบทลงโทษตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 301 มาใช้ไม่ได้ เพราะขัดต่อบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญเสียแล้ว และในภายหน้าหากให้เสรีภาพในการยุติการตั้งครรภ์แก่หญิงแล้วหรือกรณีที่หากกฎหมายในภายหน้ามีการกำหนดช่วงระยะเวลาของการตั้งครรภ์ที่หญิงสามารถทำแท้งได้โดยชอบด้วยกฎหมาย หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนจะรวมอยู่ในความหมายตามกฎหมายอาญาที่จะบัญญัติขึ้นเพื่อคุ้มครองเสรีภาพของหญิงที่ตั้งครรภ์ด้วยหรือไม่

ผู้เขียนมีข้อเสนอแนะว่า ควรที่จะมีบทบัญญัติที่กำหนดโทษทางอาญากรณีการยุติการตั้งครรภ์ที่ไม่เป็นไปตามเงื่อนไขตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 มาตรา 26 เพื่อเป็นการป้องปรามการกระทำผิดที่อาจเกิดขึ้นได้ และหากหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนเกิดปัญหาเกี่ยวกับสุขภาพกายหรือสุขภาพจิตของหญิงนั้น และปรากฏข้อเท็จจริงว่า สามี ภริยาที่ประสงค์จะมีบุตรไม่ให้ความยินยอมที่จะให้มีการยุติการตั้งครรภ์กฎหมาย ควรกำหนดให้หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนยื่นคำร้องต่อศาลพิจารณาว่า หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนสามารถทำยุติการตั้งครรภ์เนื่องจากสุขภาพของหญิงได้

หรือไม่เพื่อที่ว่าจะไม่เป็นการกระทบกระเทือนถึงสิทธิในร่างกายของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนนั้นเกินสมควร เพื่อป้องกันไม่ให้เกิดการยุติการตั้งครรภ์ที่เกิดจากการตัดสินใจโดยลำพังตนของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย

■ บรรณานุกรม

- เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. (2562). *คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1 เล่ม 1* (พิมพ์ครั้งที่ 11). กรุงเทพฯ: กรุงเทพมหานครพาณิชย์.
- เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. (2547). *หลักกฎหมายว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพ*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- ไกรฤกษ์ เกษมสันต์. (2559). *คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาคความผิด มาตรา 288-มาตรา 366* (พิมพ์ครั้งที่ 10). กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา.
- คณะกรรมการกลุ่มปรับปรุงชุดวิชากฎหมายอาญา 2: ภาคความผิด. (2561). *เอกสารการสอนชุดวิชา หน่วยที่ 6-10 กฎหมายอาญา 2: ภาคความผิด*. นนทบุรี: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช.
- คณพล จันทรหอม. (2561). *คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคความผิด ลักษณะ 10 ความผิดเกี่ยวกับชีวิตและร่างกายลักษณะ 11 ความผิดเกี่ยวกับเสรีภาพและชื่อเสียง* (พิมพ์ครั้งที่ 3). กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- คณิต ณ นคร. (2545). *กฎหมายอาญาภาคความผิด* (พิมพ์ครั้งที่ 8). กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- คณิต ณ นคร. (2547). *กฎหมายอาญาภาคทั่วไป* (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- จิตติ ดิงศักดิ์. (2553). *คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 2 และภาค 3* (พิมพ์ครั้งที่ 7). กรุงเทพฯ: เพชรรุ่ง.
- จุฑามาศ น้ำเงิน. (2559). *ความรับผิดชอบทางอาญากรณีรับตั้งครรภ์แทน*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต. มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ. (2540). *ผลสมเทียม: ปัญหาการให้กำเนิดและการทำแท้ง*. *วารสารนิติศาสตร์*, 25(2), 275.
- ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ. (2562). *ประมวลกฎหมายอาญา ฉบับอ้างอิง* (พิมพ์ครั้งที่ 42). กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- ธัญญาลักษณ์ พลขำนิ. (2561). *มาตรการคุ้มครองหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดที่เกิดโดยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันทางการแพทย์ พ.ศ. 2558*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต. มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- บรรเจิด สิงคนดี. (2561). *หลักกฎหมายมหาชน หลักนิติธรรม/นิติรัฐ ในฐานะ “เกณฑ์” จำกัดอำนาจรัฐ* (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- บรรเจิด สิงคนดี. (2562). *หลักพื้นฐานสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์* (พิมพ์ครั้งที่ 6). กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ. (2553). *กฎหมายรัฐธรรมนูญ* (พิมพ์ครั้งที่ 5). กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- มานิช สุทธิวาทนฤพุดิ. (2548). *ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วย ยืม ผากทรัพย์ เก็บของในคลังสินค้า ประนีประนอมยอมความ การพนันขั้นต่อ* (พิมพ์ครั้งที่ 13). กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง.

มัยม แวะหะยี และชาคาริยา หะมะ. (2560).

ศึกษาเปรียบเทียบการทำแท้งในกฎหมายอาญา
อิสลามและกฎหมายอาญาไทย. *วารสาร
อัล-นุร*, 13(24), 170-171.

ลินดา ไชยธรรม. (2551). *ปัญหาของการทำแท้ง
โดยขบด้วยกฎหมายอันเกิดจากการตั้งครุภ
โดยการใช้ เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทาง
การแพทย์. สารนิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต.
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.*

วิณัฐา แสงสุข และจิตติพร ลิ้มแหลมทอง.
(2557). *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมาย
ทั่วไป (พิมพ์ครั้งที่ 4).* กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์
มหาวิทยาลัยรามคำแหง.

สมคิด เลิศไพฑูรย์. (2548). *กฎหมายรัฐธรรมนูญ
หลักการใหม่ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักร
ไทย พุทธศักราช 2540.* กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

หยุด แสงอุทัย. (2556). *กฎหมายอาญา ภาค
2-3 (พิมพ์ครั้งที่ 11).* กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

หยุด แสงอุทัย. (2560). *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับ
กฎหมายทั่วไป (พิมพ์ครั้งที่ 21).* กรุงเทพฯ:
สำนักพิมพ์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

หยุด แสงอุทัย. (2561). *คำอธิบายกฎหมาย
ลักษณะอาญา ร.ศ. 127 (พิมพ์ครั้งที่ 7).*
กรุงเทพฯ: วิญญชน.

อดิศักดิ์ ทองบุญ. (2560). *ศึกษาวิเคราะห์
จุดเริ่มต้นชีวิตมนุษย์ตามทฤษฎีทาง
พระพุทธศาสนา. วารสารมหาจุฬาวิชาการ,*
3(1), 32-34.

อุษณีย์ เมธสุทธิ. (2552). *อำนาจทำแท้งตาม
กฎหมาย. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต.
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.*

