

ปัญหาทางกฎหมายที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์  
โดยใช้เชื้อพันธุ๋บริจาคของชายอื่น

พิมลรัตน์ ต้นสุข

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต  
สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ปริทัศน์ พนมยงค์  
มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์

พ.ศ. 2556

**Legal Problems Arising From The Use of Medical Reproductive  
Technology By Using The Donated Germplasm Resources of  
Another Man**



**Phimonrat Tansuhaj**

**A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements**

**for the Degree of Master of Laws**

**Department of Law**

**Pridi Banomyong Faculty of Law, Dhurakij Pundit University**

**2013**

## กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลงได้ด้วยดี ด้วยความกรุณาของรองศาสตราจารย์พินิจทิพย์มณี ที่ได้กรุณารับเป็นอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ และช่วยเหลือ ให้คำแนะนำ เสนอข้อคิดเห็นอันเป็นประโยชน์อย่างยิ่งต่อการเขียนวิทยานิพนธ์ ตลอดจนตรวจและแก้ไขข้อบกพร่องต่างๆ จนวิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลุล่วงได้ด้วยดี ผู้วิจัยขอกราบขอบพระคุณเป็นอย่างสูง

ผู้วิจัยขอกราบขอบพระคุณเป็นอย่างสูงต่อท่านศาสตราจารย์ ดร.ธีระ ศรีธรรมรักษ์ ที่กรุณารับเป็นประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์และให้คำชี้แนะแนวทางอันเป็นประโยชน์ต่อการทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ และขอกราบขอบพระคุณ ท่านผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.เกษม รัชดาพรณานิกุล และท่านรองศาสตราจารย์นุชทิพย์ ป.บรรจงศิลป์ ที่กรุณารับเป็นกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ และให้คำชี้แนะข้อบกพร่องต่างๆ เพื่อให้วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สมบูรณ์ยิ่งขึ้น

นอกจากนี้ ผู้เขียนขอขอบพระคุณคุณพ่อ คุณแม่ คุณป้าและสมาชิกในครอบครัวทุกท่าน เพื่อนๆ ทุกคน ที่ได้ให้ความสนับสนุน ให้คำปรึกษา และให้กำลังใจแก่ผู้เขียนด้วยดีตลอดมา จนวิทยานิพนธ์เล่มนี้สำเร็จลุล่วงด้วยดี

อนึ่ง หากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีคุณค่าและมีประโยชน์ประการใด ผู้เขียนขอมอบแด่บุพการี และบูรพาจารย์ทุกท่าน หากมีข้อผิดพลาดและบกพร่องประการใด ผู้เขียนขอน้อมรับไว้แต่ผู้เดียว

พิมลรัตน์ ต้นสุข

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย.....	๗
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	๘
กิตติกรรมประกาศ.....	๙
สารบัญตาราง.....	๑๐
บทที่	
1. บทนำ.....	1
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา.....	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา.....	6
1.3 สมมติฐานของการศึกษา.....	6
1.4 ขอบเขตของการศึกษา.....	6
1.5 วิธีดำเนินการศึกษา.....	6
1.6 ประโยชน์ที่ได้รับ.....	7
2. ความหมายและหลักเกณฑ์เกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ การบริจาคและการซื้อขายเชื้อพันธุ์.....	8
2.1 ความหมายของเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์.....	8
2.2 สาเหตุของการนำเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์มาใช้.....	8
2.3 หลักเกณฑ์และวิธีการใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์.....	10
2.3.1 สาเหตุพื้นฐานที่สำคัญที่ทำให้มีบุตรยาก.....	10
2.3.2 ตัวอย่างเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์.....	14
2.3.3 ประโยชน์ของเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์.....	18
2.4 หลักเกณฑ์การบริจาคและขอรับบริจาคเชื้อพันธุ์ของชาย.....	19
2.4.1 หลักเกณฑ์การบริจาคและขอรับบริจาคเชื้อพันธุ์ ของชายในประเทศไทย.....	19
2.4.2 หลักเกณฑ์การบริจาคและขอรับบริจาคเชื้อพันธุ์ ของชายในต่างประเทศ.....	24
2.5 หลักนิติกรรมที่เกี่ยวกับการซื้อขายเชื้อพันธุ์.....	27
2.6 หลักศาสนาที่เกี่ยวกับการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ โดยใช้เชื้อพันธุ์บริจาค.....	32

## สารบัญ (ต่อ)

บทที่	หน้า
3. ศึกษาปัญหาทางกฎหมายไทยเปรียบเทียบกับกฎหมายในต่างประเทศ.....	41
3.1 ศึกษาปัญหากฎหมายของไทยที่เกี่ยวข้องกับบิดาและบุตรที่เกิด โดยใช้เชื้อพันธุ์บริจาคน.....	41
3.1.1 รัฐธรรมนูญ.....	42
3.1.2 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์.....	46
3.1.3 ประมวลกฎหมายอาญา.....	56
3.1.4 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา.....	63
3.2 กฎหมายเกี่ยวกับการผสมเทียมหรือเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ ทางการแพทย์โดยใช้เชื้อพันธุ์บริจาคของชายอื่นในต่างประเทศ.....	65
3.2.1 หลักกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law).....	65
3.2.2 หลักกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Civil Law).....	68
3.3 ตัวอย่างคดีในต่างประเทศที่เกี่ยวข้อง.....	71
3.4 ตารางเปรียบเทียบกฎหมายของไทยและต่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับความเป็น บิดาและบุตรที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์โดยใช้ เชื้อพันธุ์บริจาค.....	76
4. ปัญหาและวิเคราะห์ปัญหาทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องการใช้เทคโนโลยี ช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์โดยใช้เชื้อพันธุ์บริจาคของชายอื่น.....	82
4.1 ปัญหาที่เกี่ยวข้องกับชายผู้เป็นสามี.....	82
4.1.1 ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับความเป็นบิดามารดาระหว่างเด็กและ ชายผู้เป็นสามี.....	83
4.1.2 ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการฟ้องคดีไม่รับเด็กเป็นบุตร.....	85
4.1.3 ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการจดทะเบียนรับเด็กเป็นบุตร.....	86
4.1.4 ปัญหาทางด้านอื่นๆ.....	87
4.2 ปัญหาทางกฎหมายที่เกี่ยวกับเด็กที่เกิดจากเชื้อพันธุ์บริจาค.....	88
4.2.1 ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการเรียกร้องสิทธิความเป็นบิดาและบุตร.....	88

## สารบัญ (ต่อ)

บทที่	หน้า
4.2.2 ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับสิทธิของเด็กที่จะร้องขอให้มีการ เปิดเผยชื่อและข้อมูลของผู้บริจาคเชื้อพันธุ์.....	91
4.2.3 ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการเรียกค่าอุปการะเลี้ยงดู.....	92
4.3 ปัญหาที่เกี่ยวกับผู้บริจาคเชื้อพันธุ์.....	92
4.3.1 ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับสิทธิของผู้บริจาค.....	92
4.3.2 ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการซื้อขายเชื้อพันธุ์ของผู้บริจาค.....	93
4.4 ปัญหาที่เกี่ยวกับการบังคับใช้กฎหมาย.....	94
5. บทสรุปและข้อเสนอแนะ.....	96
5.1 บทสรุป.....	96
5.2 ข้อเสนอแนะ.....	100
บรรณานุกรม.....	104
ประวัติผู้เขียน.....	110

สารบัญตาราง

ตารางที่	หน้า
3.1 เปรียบเทียบกฎหมายไทยและต่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับความเป็นบิดา และบุตรที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ โดยใช้เชื้อพันธุกรรม.....	76

หัวข้อวิทยานิพนธ์	ปัญหาทางกฎหมายที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์โดยใช้เชื้อพันธุ์บริจาคของชายอื่น
ชื่อผู้เขียน	พิมลรัตน์ ต้นสุขหัท
อาจารย์ที่ปรึกษา	รองศาสตราจารย์พินิจ ทิพย์มณี
สาขาวิชา	นิติศาสตร์
ปีการศึกษา	2555

### บทคัดย่อ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีจุดมุ่งหมายเพื่อการศึกษาปัญหาทางกฎหมายที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์โดยใช้เชื้อพันธุ์บริจาคของชายอื่น โดยเฉพาะปัญหาที่เกี่ยวกับบุคคลสามฝ่ายคือ ชายผู้เป็นสามีของหญิงที่ตั้งครรภ์โดยใช้เชื้อพันธุ์บริจาคของชายอื่น เด็กที่เกิดจากเชื้อพันธุ์บริจาคของชายอื่น และชายผู้บริจาคเชื้อพันธุ์

เนื่องจากการศึกษาประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว พบว่า บทบัญญัติที่กำหนดข้อสันนิษฐานความเป็นบิดาตามประมวลกฎหมายดังกล่าวยังคงตั้งอยู่บนพื้นฐานของความเป็นจริง กล่าวคือผู้ใดมีพฤติการณ์ที่น่าจะเป็นบิดาของเด็กให้สันนิษฐานว่าผู้นั้นเป็นบิดาของเด็ก แต่ข้อสันนิษฐานดังกล่าวมิใช่ข้อสันนิษฐานเด็ดขาดสามารถนำสืบหักล้างข้อเท็จจริงได้ ซึ่งวิธีการที่นิยมมากที่สุดในการหักล้างข้อสันนิษฐานความเป็นบิดาคือการใช้ผลตรวจดีเอ็นเอ ทั้งกฎหมายฉบับนี้ยังเปิดโอกาสให้เด็กที่เกิดจากเชื้อพันธุ์บริจาคร้องขอต่ออัยการให้ฟ้องปฏิเสธความเป็นบุตรของชายผู้เป็นสามีกับมารดาตนได้ด้วย โดยอาศัยเหตุว่าชายผู้นั้นมิใช่บิดาตนซึ่งการกระทำดังกล่าวไม่มีความเหมาะสมที่จะนำมาปรับใช้กับกรณีเด็กที่เกิดจากเชื้อพันธุ์บริจาคของชายอื่น และเมื่อนำมาเปรียบเทียบกับต่างประเทศ อาทิเช่น สหรัฐอเมริกา ออสเตรเลีย สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี นิวซีแลนด์ และสวิสเซอร์แลนด์ พบว่าประเทศดังกล่าวได้ตรากฎหมายพิเศษเพื่อกำหนดสิทธิและหน้าที่ของบุคคลทั้งสามฝ่ายไว้โดยเฉพาะ

ผู้วิจัยเสนอให้มีการตรากฎหมายเฉพาะเพื่อกำหนดเกี่ยวกับการนำเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์โดยใช้เชื้อพันธุ์บริจาคของชายอื่นมาใช้ กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการบริจาคและขอรับบริจาคเชื้อพันธุ์ต้องกระทำโดยบุคคลที่ประกอบวิชาชีพและกระทำในสถานที่ตามที่กฎหมายบัญญัติ และกำหนดสิทธิ หน้าที่และความรับผิดชอบของชายผู้เป็นสามีของหญิงที่ตั้งครรภ์โดยใช้เชื้อพันธุ์บริจาคของชายอื่น เด็กที่เกิดจากเชื้อพันธุ์บริจาคของชายอื่น และชายผู้บริจาคเชื้อพันธุ์ โดยให้ชายผู้เป็นสามีที่ยินยอมให้ภริยาตนตั้งครรภ์โดยใช้เชื้อพันธุ์บริจาคเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากเชื้อพันธุ์บริจาค ส่วนผู้บริจาคไม่มีส่วนเกี่ยวข้องใดๆ ในตัวเด็กที่เกิดจากเชื้อพันธุ์ของตน



Thesis Title	Legal Problems arising from the use of medical reproductive technology by using the donated germplasm resources of another man
Author	Phimonrat Tansuhaj
Thesis Advisor	Associate Professor Pinit Tipmanee
Department	Law
Academic Year	2012

### ABSTRACT

The purpose of this thesis is to study the legal problems arising from the use of medical reproductive technology by using the donated germplasm resources of another man, especially the problem relating to the third party, namely, the man who is the husband of the woman who is pregnant by using the donated germplasm resources of another man, the child born from the donated germplasm resources of another man and the man who donates germplasm resources.

From the study of the Commercial and Civil Code, Chapter 5, regarding the family, it is found that the provision on the presumption of being the father based on the fact. That means, from the circumstance, the man who is likely to be the father of the child will be presumed to be the father of the child. However, this is not the absolute presumption, it can be attested by witness or evidence. The most popular means to attest the mentioned presumption is to prove by DNA diagnosis. Furthermore, this law allows the child born from the donated germplasm resources to request to the public attorney to file the case refusing to be the child of the man who is the husband of his/her mother by the reason that such man is not his/her father. The mentioned procedure is unsuitable to apply to the case of the child born from the donated germplasm resources of another man. Comparing to the laws of foreign countries, namely, United States of America, Australia, Federal Republic of Germany, Newzealand and Switzerland, it is found that the mentioned countries have special legislation to stipulate the specific rights and duties of the third party.

The researcher opinionates that the specific law should be legislated to stipulate the issue of the use of medical reproductive technology by using the donated germplasm resources of another man, the rule and means of donation which should be performed by the practitioner and

in the place prescribed by law, and the rights and duties of the husband of the woman who is pregnant by using the donated germplasm resources of another man, the child born from the donated germplasm resources of another man and the man who donates germplasm resources. The husband who agrees with the pregnancy of his wife by using the donated germplasm resources of another man will be legitimate father of the child born from such donated germplasm resources but the donor has no involvement in the child born from his germplasm resources.

# บทที่ 1

## บทนำ

### 1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

โดยปกติแล้วสภาพความเป็นบุตรนั้นมักจะเริ่มมาจากความสัมพันธ์ของชายและหญิง ผู้เป็นบิดามารดาเสียก่อน ไม่ว่าจะความสัมพันธ์นั้นจะชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ แต่หากความเป็นสามี ภริยานั้นชอบด้วยกฎหมายแล้วบุตรที่เกิดมาย่อมได้รับการรับรองโดยกฎหมาย ให้บุตรมีฐานะเป็น บุตรโดยชอบด้วยกฎหมาย ดังจะเห็นแล้วว่าความเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของไทยนั้นเริ่มต้น จากการสันนิษฐานทั้งสิ้น และเป็นการสันนิษฐานที่เกี่ยวพันกับผู้ที่ถูกกฎหมายเห็นในเบื้องต้นว่าน่าจะเป็น บิดาเด็กตามความเป็นจริง ดังที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1536 บัญญัติว่า “เด็ก เกิดแต่หญิงขณะเป็นภริยาชายหรือภายในสามร้อยสิบวัน นับแต่วันที่การสมรสสิ้นสุดลง ให้ สันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของชายผู้เป็นสามีหรือเคยเป็นสามีแล้วแต่กรณี ให้ นำความในวรรคหนึ่งมาใช้บังคับแก่บุตรที่เกิดจากหญิงก่อนที่ได้มีคำพิพากษาถึงที่สุดของศาล แสดงว่าการสมรสเป็นโมฆะหรือภายในระยะเวลาสามร้อยสิบวันนับแต่วันนั้น” เห็นได้ว่ามาตรา 1536 เป็นบทสันนิษฐานในเรื่องของความเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของบุตร นั้นเป็นเพราะ การเป็นบิดาของบุตรนั้นต่างจากการเป็นมารดาของบุตรเพราะเด็กคลอดจากมารดาคนไหนย่อมเป็น บุตรของมารดาคนนั้น ซึ่งเป็นข้อเท็จจริงที่รู้กันอยู่แล้ว แต่ความเป็นบิดานั้น ไม่แน่ชัดเหมือนกับ ความเป็นมารดา เพราะในบางกรณีมารดาเด็กก็ไม่สามารถบอกได้ว่าใครเป็นบิดาของบุตร ดังนั้นจึง ต้องมีกฎหมายเขียนกำหนดถึงความเป็นบิดาและบุตรไว้เพื่อช่วยชี้ขาด เหตุที่กฎหมายตั้งข้อ สันนิษฐานไว้เช่นนี้เพราะตามปกติของผู้ที่จดทะเบียนสมรสนั้นย่อมต้องอยู่กินกัน ซึ่งหมายถึงมี การร่วมประเวณีกัน ดังนั้นจึงสันนิษฐานว่าเป็นบุตรของชายผู้ที่ได้ร่วมประเวณีกับหญิงซึ่งเป็น มารดาและบุตรที่เกิดมาย่อมเป็นเลือดเนื้อเชื้อไขของชายผู้นั้นด้วย เนื่องจากบุตรจะเกิดขึ้นมาได้ ก็แต่โดยการปฏิสนธิระหว่างเชื้อพันธุ์ของสามีและไข่ของผู้เป็นภรรยาโดยการร่วมประเวณีตาม ธรรมชาติเท่านั้น

แต่ด้วยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ในปัจจุบัน อย่างเช่นการผสมเทียม ทำให้การ กำเนิดของทารกไม่ได้ขึ้นอยู่กับกรร่วมประเวณีตามธรรมชาติของชายและหญิงแต่เพียงอย่างเดียว เพราะเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์นั้นสามารถช่วยให้ทารกเกิดขึ้นได้โดยไม่ต้อง อาศัยการร่วมประเวณีอย่างในอดีต และสามารถกระทำได้โดยอาจใช้เชื้อพันธุ์ของสามีภริยาผู้เข้ารับ

บริการ หรือใช้เชื้อพันธุ์ของผู้บริจาคก็ได้ ซึ่งในส่วนเชื้อพันธุ์ของชายที่ได้รับจากการบริจาค่นั้น สามารถขอรับการบริจาคได้จากธนาคารอสุจิ (Sperm Bank) ซึ่งธนาคารอสุจินั้นเกิดขึ้นในไทยครั้งแรกโดยโรงพยาบาลจุฬาฯ เป็นผู้นำเทคโนโลยีนี้เข้ามา โดยมีวัตถุประสงค์หลักคือ เพื่อเก็บเชื้อพันธุ์หรือที่เรียกอีกอย่างว่าอสุจิสำรองไว้ให้แก่คนไข้ที่ต้องการจะทำหมัน แต่ยังไม่มีความมั่นใจเกี่ยวกับเรื่องของครอบครัวและการมีบุตร หรือใช้ในกรณีที่คนไข้ต้องเข้ารับการรักษาทางการแพทย์ที่เสี่ยงต่อการมีบุตร เช่น การเข้ารับรังสีรักษาหรือยาเคมีบำบัด และเพื่อให้ผู้ที่ไม่สามารถมีบุตรได้ด้วยเชื้อพันธุ์ของตน เช่น ฝ่ายชายมีปัญหาเชื้อพันธุ์ไม่แข็งแรง ได้รับอุบัติเหตุ หรือเคยเป็นโรคทางทรวงที่มีผลกระทบต่อการสร้างเชื้อพันธุ์ จึงจำเป็นต้องใช้เชื้อพันธุ์ของคนอื่นๆ<sup>1</sup>

ซึ่งคุณสมบัติของผู้ที่จะมาบริจาคเชื้อพันธุ์นั้น ตามหลักแล้วจะเป็นใครก็ได้ที่ไม่มีปัญหาในเรื่องโรคติดต่อ พันธุกรรม เอชดี ดับอักเสบบ และโรคทั้งหลายที่เป็นตัวแปรเชื้อและสามารถส่งต่อไปยังลูกหลานได้ แต่ในทางปฏิบัติแพทย์จะเลือกผู้ที่มีสุขภาพแข็งแรง สถิติปัญหาดี และไม่มีโรคทางพันธุกรรม เมื่อได้รับเชื้อพันธุ์มาแล้วจะต้องมีการนำเชื้อพันธุ์นั้นมาตรวจอย่างละเอียดอีกครั้งว่ามีโรคติดเชื้อหรือหรือความผิดปกติอื่นใดหรือไม่ หากมีความผิดปกติต้องทิ้งไปแต่หากไม่มีความผิดปกติและตรวจแล้วเห็นว่าเป็นเชื้อพันธุ์ที่ดีแพทย์ก็จะนำเชื้อพันธุ์ที่ได้ไปแช่แข็งไว้ประมาณ 6 เดือน หลังจากนั้นแพทย์จะนำมาตรวจซ้ำอีกทีว่าไม่มีเชื้อโรคอะไรแน่นอน ภายหลังจากตรวจครั้งที่สองแล้วพบว่าเชื้อพันธุ์มีคุณภาพดีและไม่มีโรคใดๆ ธนาคารอสุจิ (Sperm Bank) จึงจะนำเชื้อพันธุ์ไปแช่แข็งไว้โดยจะมีรายละเอียดพอสมควรว่าเชื้อพันธุ์นั้นมาจากคนรูปร่างอย่างไร ผิวสีอะไร เป็นต้น แต่อย่างไรก็ตามข้อมูลที่เก็บนั้นจะต้องเป็นความลับ คือจะต้องไม่รู้ว่าเชื้อพันธุ์นั้นเป็นของใคร โดยจะเก็บข้อมูลนั้นไว้ในรูปของรหัสไม่มีการระบุชื่อคน ส่วนผู้ที่ขอรับการบริจาคเชื้อพันธุ์นั้น จะต้องเป็นคู่สามีภรรยาโดยชอบด้วยกฎหมายที่ตัดสินใจร่วมกันแล้วว่าอยากจะมีบุตร แม้ต้องใช้เชื้อพันธุ์ของผู้อื่นก็ตาม ความสำคัญอยู่ที่ผู้เป็นสามีต้องให้ความยินยอมแก่ภรรยาในการขอรับการบริจาคในครั้งนี้อย่างดี ดังนั้นหากคู่สามีภรรยาไม่อาจตกลงกันได้ ธนาคารอสุจิก็จะไม่มีการอนุญาตให้เข้ารับการบริจาคได้ คู่สามีภรรยาที่สามารถขอรับการบริจาคเชื้อพันธุ์ได้นั้นมีสิทธิ์จะเลือกเชื้อพันธุ์ได้บ้างว่าอยากได้จากชายที่มีลักษณะเช่นไร เช่น ผิวขาว หรือ สูง เป็นต้น<sup>2</sup>

<sup>1</sup> จาก เปิดธนาคารสเปิร์ม. สืบค้นเมื่อ 9 มกราคม 2555, จาก [www.elibonline.com/doctors2/lady\\_spermbank01.html](http://www.elibonline.com/doctors2/lady_spermbank01.html).

<sup>2</sup> จาก “Sperm Bank ธนาคารสร้างชีวิต.” โดย วิทยา ธิฐาพันธ์. (2549, พฤษภาคม). นิตยสารดวงใจพ่อแม่, 127. หน้า 24.

จากที่ได้กล่าวมาแล้ว ผู้วิจัยเห็นถึงปัญหาที่อาจจะเกิดขึ้นจากเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ โดยเฉพาะในกรณีใช้เชื้อพันธุ์ที่ได้รับการบริจาคจากชายอื่นไม่ว่าจะรู้ตัวเจ้าของเชื้อพันธุ์นั้นหรือไม่ก็ตาม เพราะแม้การขอรับการบริจาคเชื้อพันธุ์จะต้องเกิดจากความยินยอมของชายผู้เป็นสามีก็ตามแต่ก็อาจจะก่อให้เกิดประเด็นทางด้านกฎหมายได้ในหลายกรณี ทั้งเรื่องความเป็นบิดากับบุตร การปฏิเสธความเป็นบุตร โยงไปถึงเรื่องการรับมรดกด้วย ประกอบกับในปัจจุบันกฎหมายของไทยยังไม่มียกเว้นถึงความเป็นบิดากับบุตรในกรณีที่เกิดจากการเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์โดยใช้เชื้อพันธุ์ของชายอื่นที่มีไข่สามีของหญิง ดังนั้นจึงต้องนำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 มาบังคับใช้โดยอนุโลม ผลคือบุตรที่เกิดมาจึงเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของชายผู้เป็นสามีตามมาตรา 1536 แต่มาตราดังกล่าวเป็นเพียงบทสันนิษฐานถึงความเป็นบิดาเท่านั้น ซึ่งหากทั้งบิดาและบุตรต่างยอมรับข้อสันนิษฐานดังกล่าวแล้วจะไม่เกิดปัญหาใดๆ แต่หากฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือทั้งสองฝ่ายไม่ยอมรับข้อสันนิษฐานดังกล่าว กฎหมายก็เปิดโอกาสให้ทั้งสองฝ่ายสามารถฟ้องคดีหักล้างข้อสันนิษฐานดังกล่าวได้ ซึ่งการปฏิเสธความเป็นบิดากับบุตรนั้นมีบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เช่น มาตรา 1539 และมาตรา 1545 โดยข้อสันนิษฐานที่ว่า “เด็กเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของชายผู้เป็นสามีหรือเคยเป็นสามี” นั้นมีความหมาย 2 นัย คือ 1. หญิงและชายผู้เป็นหรือเคยเป็นสามีได้ร่วมประเวณีกัน และ 2. เด็กเกิดจากการร่วมประเวณีดังกล่าว โดยการนำสืบหักล้างไม่จำเป็นต้องพิสูจน์โดยปราศจากข้อสงสัย เพียงพิสูจน์พอให้เกิดข้อเท็จจริงเป็นคุณแก่ตนและอีกฝ่ายหนึ่งไม่สามารถหักล้างได้ก็เพียงพอแล้ว<sup>3</sup>

ดังนั้นหากชายผู้เป็นหรือเคยเป็นสามีสามารถพิสูจน์ได้ว่าเด็กที่เกิดมามีใช่บุตรตามสายโลหิตของตน ชายผู้นั้นสามารถฟ้องไม่รับเด็กเป็นบุตรได้ โดยชายผู้นั้นต้องพิสูจน์อย่างใดอย่างหนึ่งดังนี้<sup>4</sup>

(1) พิสูจน์ระยะเวลาตั้งครรภ์ เป็นการพิสูจน์ข้อเท็จจริงว่าตนไม่ได้อยู่ร่วมกับมารดาเด็กในระยะเวลาตั้งครรภ์ คือ ระหว่างหนึ่งร้อยแปดสิบวันถึงสามร้อยสิบวันก่อนเด็กเกิด

“ระยะเวลาการตั้งครรภ์” คือระยะเวลาที่ทางการแพทย์ถือว่าหากชายอยู่ร่วมกับมารดาเด็กแล้วก็อาจสันนิษฐานได้ว่าชายผู้นั้นเป็นบิดาของเด็ก เพราะนับตั้งแต่ปฏิสนธิเด็กจะต้องอยู่ในครรภ์มารดาอย่างน้อยที่สุดหนึ่งร้อยแปดสิบวัน โดยเด็กจะคลอดจากครรภ์มารดา ก่อนหนึ่งร้อยแปดสิบวันไม่ได้ หากคลอดก่อนเวลานั้นเด็กต้องจะตาย และเด็กจะอยู่ในครรภ์มารดาได้ไม่เกิน

<sup>3</sup> ประสพสุข บุญเดช. (2550). จากคำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา. หน้า 530.

<sup>4</sup> ไพโรจน์ กำพูศิริ. (2551). จากคำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 317.

สามร้อยสิบวัน ดังนั้นอาจพิสูจน์ได้โดยการนับย้อนหลังจากวันที่เด็กคลอดจนไปถึงวันสุดท้ายที่ชายได้อยู่ร่วมกับมารดาเด็ก หรือคลอดเกินกว่าสามร้อยสิบวันนับจากวันที่ได้อยู่ร่วมกัน เด็กนั้นก็มิใช่บุตรของชายดังกล่าว

(2) พิสูจน์อย่างอื่น การพิสูจน์ในข้อนี้กฎหมายบัญญัติไว้อย่างกว้าง จึงอาจพิสูจน์ได้หลายประการ เช่น พิสูจน์ว่าชายผู้เป็นสามีถูกตัดอวัยวะสืบพันธุ์ไปแล้ว หรือเป็นโรคกามตายด้าน เป็นหมันไม่สามารถให้กำเนิดบุตรได้ ซึ่งการพิสูจน์หมู่เลือด (Blood Type) นั้น เป็นการพิสูจน์ที่ใช้กันแพร่หลายในคดีที่มีข้อพิพาทเกี่ยวกับการเป็นบุตรและคดีฟ้องหย่า โดยอาศัยเหตุว่าภริยามีเชื้อ ซึ่งในการพิสูจน์หมู่เลือดนี้ ถ้าจะให้ได้อย่างแท้จริงต้องพิสูจน์หมู่เลือดทั้งของบิดามารดาและบุตรว่ามีส่วนเกี่ยวข้องกันหรือไม่ ในปัจจุบันวิทยาศาสตร์การแพทย์ได้ก้าวหน้าไปมากจนสามารถพัฒนาการตรวจพิสูจน์ความเป็นบิดามารดากับบุตรได้โดยวิธีการตรวจพิสูจน์ลายพิมพ์ดีเอ็นเอหรือการตรวจพิสูจน์เนื้อเยื่อ (DNA fingerprinting or issue typing)<sup>5</sup> ซึ่งได้ผลในทางยืนยันความเป็นบิดากับบุตรได้แน่นอนชัดเจนมากกว่าการพิสูจน์หมู่เลือด และไม่มีผลกระทบที่มีลักษณะเป็นการทำร้ายร่างกายเหมือนกับการเจาะเลือดเพื่อตรวจหมู่เลือด ดังนั้นจึงสามารถแก้ปัญหาในการนำเลือดมาพิสูจน์ได้

นอกจากชายจะปฏิเสธความเป็นบุตรได้แล้ว เด็กที่เกิดมาก็สามารถฟ้องปฏิเสธความเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายได้เช่นกัน ตามที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บัญญัติไว้ในมาตรา 1545 ความว่า

“เมื่อปรากฏข้อเท็จจริงต่อเด็กว่าตนมิได้เป็นบุตรสืบสายโลหิตของชายผู้เป็นสามีของมารดาตน เด็กจะร้องขอต่ออัยการให้ฟ้องคดีปฏิเสธความเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของชายนั้นก็ได้

การฟ้องคดีตามวรรคหนึ่ง ถ้าเด็กได้รู้ข้อเท็จจริงก่อนบรรลุนิติภาวะว่าตนมิได้เป็นบุตรของชายผู้เป็นสามีของมารดา ห้ามอัยการฟ้องคดีเมื่อพ้นหนึ่งปีนับแต่วันที่เด็กบรรลุนิติภาวะ แต่ถ้าเด็กรู้ข้อเท็จจริงดังกล่าวหลังจากบรรลุนิติภาวะแล้ว ห้ามอัยการฟ้องคดีเมื่อพ้นหนึ่งปีนับแต่วันที่เด็กรู้เหตุนั้น ไม่ว่ากรณีใดๆ ห้ามมิให้ฟ้องคดีปฏิเสธความเป็นบุตรเมื่อพ้นสิบปีนับแต่วันที่เด็กบรรลุนิติภาวะ”

การที่เด็กจะฟ้องคดีปฏิเสธความเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายได้ต้องพิสูจน์ให้ได้ว่า เด็กมิได้เป็นบุตรสืบสายโลหิตของชายผู้เป็นสามีของมารดาตน ซึ่งการพิสูจน์นั้นไม่ต่างไปจากกรณีที่ชายฟ้องปฏิเสธบุตรดังที่ได้กล่าวไว้ข้างต้น

<sup>5</sup> ประสพสุข บุญเดช. เล่มเดิม. หน้า 531.

จะเห็นได้ว่าการฟ้องคดีพิเศษไม่รับเด็กเป็นบุตรและการฟ้องคดีพิเศษความเป็นบุตร โดยชอบด้วยกฎหมายนั้น ผู้ฟ้องคดีต่างต้องนำสืบให้ศาลเห็นว่าบุตรที่เกิดมาจากมิใช่ผู้สืบสายโลหิตของตน หรือนำสืบให้ได้ว่าตนมิใช่บุตรสืบสายโลหิตของชาย ดังนั้นการนำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 มาใช้บังคับแก่กรณีบุตรที่เกิดจากเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์นั้น ผลที่จะเกิดขึ้นนั้นย่อมเป็นไปได้ในทางเดียวคือเด็กและชายผู้นั้นมิใช่บิดากับบุตรอย่างแน่นอน ซึ่งจะก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมอย่างยิ่ง เพราะหลักเกณฑ์การขอรับบริจาคเชื้อพันธุะนั้น ผู้ที่จะขอรับบริจาคต้องเป็นสามีภริยากัน และสามีต้องให้ความยินยอมแก่ภริยาด้วย ดังนั้นเมื่อสามีเป็นผู้ให้ความยินยอมจึงไม่ควรให้สิทธิที่จะปฏิเสธว่าเด็กนั้นมิใช่บุตรของตนแม้ความเป็นจริงเด็กนั้นจะไม่ใช่ผู้สืบสายโลหิตของตนจริงๆก็ตาม

นอกจากปัญหาที่กล่าวมาข้างต้นแล้ว ยังมีปัญหาอื่นที่เกี่ยวข้องกับสถานะความเป็นบิดาและบุตรของเด็กที่เกิดจากเชื้อพันธุ์บริจาคอีก ทั้งในเรื่องสิทธิหน้าที่ระหว่างบิดามารดาและบุตร หรือเรื่องคดีอุทุมเป็นต้น นอกจากนี้ปัญหตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แล้ว ยังมีปัญหาตามกฎหมายอื่น เช่น ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59 วรรคท้ายเรื่องการงดเว้นหน้าที่เพื่อป้องกันผลที่มีต่อเด็ก มาตรา 285 การเพิ่มโทษในทางอาญา มาตรา 289 (1) เรื่องการฆ่าบุพการี มาตรา 307 การทอดทิ้งผู้ที่พึ่งพาตนเองไม่ได้ มาตรา 71 วรรค 2 การกระทำที่ผู้สืบสันดานกระทำต่อบุพการีเป็นต้น ปัญหาตามกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 5 เรื่องผู้มีอำนาจจัดการแทนผู้เสียหาย นอกจากนี้ยังมีปัญหาตาม พระราชบัญญัติสัญชาติ และสิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ รวมถึงปัญหาในเรื่องที่เกี่ยวกับจริยธรรมและศีลธรรมทางศาสนาด้วย

ดังนั้นในวิทยานิพนธ์เล่มนี้ จึงมุ่งที่จะศึกษาและวิเคราะห์ว่า การนำกฎหมายต่างๆ ไม่ว่าจะ เป็นประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ประมวลกฎหมายอาญา ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง รวมทั้งกฎหมายอื่นๆ ที่บังคับใช้อยู่ในปัจจุบัน ว่ามีความเหมาะสมที่จะนำมาปรับใช้ในกรณีที่เกิดจากเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ โดยใช้เชื้อพันธุ์บริจาคของชายอื่นหรือไม่ และส่งผลกระทบต่อเด็กที่เกิดมา ผู้ขอรับบริจาคเชื้อพันธุ์ และชายผู้บริจาคเชื้อพันธุ์เช่น ไรบ้าง นอกจากนี้ยังศึกษาการกำหนดหลักเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับเด็กที่เกิดจากเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์โดยใช้เชื้อพันธุ์บริจาคของชายอื่นในต่างประเทศด้วย เพื่อนำมาพิจารณา วิเคราะห์และหาแนวทางปรับปรุงแก้ไขปัญหาดังกล่าวต่อไป

## 1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา

1. เพื่อศึกษาความหมายและหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์โดยใช้เชื้อพันธุ์บริจาคของชายอื่น
2. ศึกษากฎหมายที่เกี่ยวข้องกับความเป็นบิดาและบุตรที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์โดยใช้เชื้อพันธุ์บริจาคของชายอื่น โดยเปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศ
3. ศึกษาปัญหาและวิเคราะห์ปัญหาที่เกี่ยวข้องกับความเป็นบิดาและบุตรที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์โดยใช้เชื้อพันธุ์บริจาคของชายอื่น
4. เพื่อเสนอแนะหรือออกกฎหมายเฉพาะเป็นพิเศษให้เหมาะสมกับความเป็นบิดาและบุตรที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์โดยใช้เชื้อพันธุ์บริจาคของชายอื่น

## 1.3 สมมติฐานของการศึกษา

กฎหมายไทยที่เกี่ยวข้องกับความเป็นบิดาและบุตรในปัจจุบัน ไม่ว่าจะเป็นประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ประมวลกฎหมายอาญา รวมทั้งกฎหมายวิธีพิจารณาความต่างๆ ส่วนใหญ่ครอบคลุมและสอดคล้องเฉพาะกรณีที่เป็นบิดากับบุตรนั้นเป็นบิดากับบุตรตามความเป็นจริง ซึ่งไม่สามารถนำมาปรับใช้ได้กับเด็กที่เกิดขึ้นมาโดยอาศัยเชื้อพันธุ์ของชายอื่น เพราะกฎหมายปัจจุบันต่างออกมาเพื่อรองรับในกรณีที่กฎหมายเห็นว่าเด็กน่าจะเกิดจากเลือดเนื้อเชื้อไขของชายผู้นั้น ดังนั้นจึงจำเป็นต้องมีการออกกฎหมายเฉพาะโดยกำหนดให้ชายผู้ร้องขอรับการบริจาคเป็นบิดาตามกฎหมายของเด็กโดยต้องห้ามมิให้ฟ้องไม่รับเด็กเป็นบุตรต่อไปในอนาคต และแก้ไขบทกฎหมายอื่นๆ ให้สอดคล้องกับกรณีดังกล่าวด้วย

## 1.4 ขอบเขตการศึกษา

ศึกษากฎหมายที่เกี่ยวข้องกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ โดยใช้เชื้อพันธุ์บริจาคของชาย ทั้งกฎหมายไทย เช่น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ประมวลกฎหมายอาญา ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา พระราชบัญญัติสัญชาติ และรัฐธรรมนูญ รวมทั้งกฎหมายต่างประเทศที่เกี่ยวข้อง

## 1.5 วิธีดำเนินการศึกษา

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ เป็นการศึกษาโดยวิธีการวิจัยเอกสาร (Documentary Research) โดยศึกษาค้นคว้าและรวบรวมข้อมูลจากตำราทางวิชาการ ตำบทยกกฎหมาย บทความจากวารสาร และเอกสารต่างๆ ทั้งภาษาไทยและภาษาต่างประเทศในส่วนที่เกี่ยวข้องกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญ



พันธุ์ทางการแพทย์ สิทธิและหน้าที่ของผู้บริจาคและผู้รับบริจาคเชื้อพันธุ์ต่อเด็กที่เกิดมาจากเชื้อพันธุ์บริจาค และสิทธิหน้าที่ระหว่างบิดาและบุตรที่กฎหมายแต่ละฉบับระบุไว้

## 1.6 ประโยชน์ที่ได้รับ

1. ทำให้ทราบถึงความหมายและหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์โดยใช้เชื้อพันธุ์บริจาคของชายอื่น
2. ทำให้ทราบถึงกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับความเป็นบิดาและบุตรที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์โดยใช้เชื้อพันธุ์บริจาคของชายอื่น โดยเปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศ
3. ทำให้ทราบถึงปัญหาที่เกี่ยวข้องกับความเป็นบิดาและบุตรที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์โดยใช้เชื้อพันธุ์บริจาคของชายอื่น
4. เป็นแนวทางในการออกกฎหมายเฉพาะให้เหมาะสมกับความเป็นบิดาและบุตรที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์โดยใช้เชื้อพันธุ์บริจาคของชายอื่น

## บทที่ 2

### ความหมายและหลักเกณฑ์เกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ การบริจาคและการซื้อขายเชื้อพันธุ์

การนำเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์มาใช้ นอกจากจะต้องศึกษาถึงหลักเกณฑ์ ขั้นตอน และวิธีการเพื่อให้เข้าใจในเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์แล้ว ยังต้องศึกษาด้วยว่าหลักเกณฑ์ ขั้นตอน และวิธีการดังกล่าวกระทำขึ้นภายใต้กฎหมายหรือไม่ นอกจากนี้ยังต้องศึกษาต่อไปอีกว่าการนำเชื้อพันธุ์ของผู้อื่นมาใช้ต้องอยู่ภายใต้บทบัญญัติแห่งกฎหมายใด และสามารถนำกฎหมายเรื่องนิติกรรมสัญญา มาปรับใช้ได้หรือไม่

#### 2.1 ความหมายของเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์

เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์มีหลายรูปแบบ เช่น การผสมเทียม (Artificial Insemination) การปฏิสนธิในอกร่างกาย (In vitro Fertilization หรือ IVF) การเคลื่อนย้ายเซลล์สืบพันธุ์เข้าไปในท่อ นำไข่ (Gamete Intro Follopion Transfer หรือ GIFT), Pronuclear Stage Tubal Transfer (PROST), Tubal Embryo Transfer (TET), Zygote Intra Follopion Transfer (ZIFT) เป็นต้น โดยไม่ว่าจะเป็นรูปแบบใดก็หมายถึงการทำให้เกิดการตั้งครรภ์โดยกระบวนการที่ปราศจากการร่วมประเวณีหรืออีกนัยหนึ่งก็คือ การก่อให้เกิดการตั้งครรภ์โดยไม่มีการล่วงล้ำของอวัยวะเพศชายเข้าไปในอวัยวะของเพศหญิงแต่อย่างใด และบางแห่งก็ให้คำนิยามของการผสมเทียมหรือการใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ว่าเป็นการทำให้เกิดการปฏิสนธิโดยกรรมวิธีอื่นใดที่ไม่มีในการร่วมประเวณี อันผิดไปจากวิธีการตามธรรมชาติก็ได้<sup>1</sup>

#### 2.2 สาเหตุของการนำเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์มาใช้

เนื่องจากในปัจจุบันสภาพทางสังคมได้เปลี่ยนแปลงไปมากกว่าในอดีต โดยเฉพาะอย่างยิ่งในส่วนของการแต่งงานมีครอบครัวที่คนในปัจจุบันจะสมรสกันเมื่อมีอายุค่อนข้างมากเมื่อเทียบกับในอดีต อาจเพราะปัจจุบันผู้คนให้ความสำคัญกับการศึกษาและการทำงานมากขึ้น ทั้งหญิงและชาย ดังนั้นหากบุคคลดังกล่าวสมรสกันเมื่อมีอายุที่ค่อนข้างมากแล้ว การจะมีบุตรได้ตามที่ต้องการ

<sup>1</sup> ชมพรรณ รัตนากร. (2543). จากการศึกษาเกี่ยวกับปัญหาความรับผิดชอบในทางอาญา. หน้า 5.

ก็เป็นไปได้ค่อนข้างยาก และนอกจากนี้การมีบุตรยากยังอาจมาจากสาเหตุทางด้านสุขภาพร่างกายของคู่สมรสเอง เช่น ชายมีปัญหาเชื้อพันธุ์ไม่แข็งแรงหรือมีปริมาณไม่มากพอที่จะทำให้เกิดการปฏิสนธิได้<sup>2</sup> หญิงเป็นหมันหรือมีความผิดปกติของมดลูกที่ทำให้ตัวอ่อนไม่สามารถเกาะตัวได้ หญิงมีสุขภาพที่ไม่ดีพอที่จะตั้งครรภ์ได้ หรือเพราะคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมียืนส์ลักษณะด้อยก่อให้เกิดโอกาสที่จะถ่ายทอดความพิการทางพันธุกรรมมาสู่เด็กได้ เพราะการให้กำเนิดเด็กโดยวิธีทางธรรมชาตินั้นไม่ก่อโอกาสให้คู่สมรสคัดเลือกยีนส์หรือตัวอ่อนที่จะพัฒนามาเป็นทารก<sup>3</sup> ดังนั้นคู่สมรสต้องเข้าใจว่าปัญหาการมีบุตรยากเป็นปัญหาของทั้งสองฝ่าย สาเหตุอาจเป็นที่ฝ่ายหญิงหรือฝ่ายชายหรือเป็นทั้งสองฝ่ายก็ได้ และพบว่าคู่สมรสที่มีบุตรยากประมาณร้อยละ 20-35 มีสาเหตุที่ก่อให้เกิดการมีบุตรยากตั้งแต่ 2 สาเหตุขึ้นไป<sup>4</sup> ดังนั้น ในการตรวจหาสาเหตุ จึงจำเป็นต้องตรวจหาให้ครบทุกสาเหตุทั้งฝ่ายหญิงและฝ่ายชาย เพื่อจะทำให้การรักษาได้ผลดีที่สุด สำหรับสาเหตุของภาวะมีบุตรยาก มีการรายงานที่แตกต่างกันพอสมควร ขึ้นกับความละเอียดในการตรวจของแต่ละแห่ง

ในปัจจุบันวิชาการแพทย์และวิทยาศาสตร์มีความเจริญก้าวหน้าเป็นอย่างมาก มีการนำเอาเทคโนโลยีมาใช้ในวงการแพทย์ไม่ว่าจะเป็นการตรวจวินิจฉัยโรค การคิดค้นผลิตยาตัวใหม่ การปลูกถ่ายอวัยวะ การช่วยชีวิตของผู้ป่วยที่สิ้นหวังให้มีอายุต่อไปอีก แต่ทุกข์ของมนุษย์นั้นมิได้อยู่ที่การมีชีวิตโดยปราศจากโรคภัยไข้เจ็บ การไม่มีบุตรสืบสกุลก็เป็นทุกข์ของสามีภรรยาจำนวนไม่น้อยที่ไม่สามารถมีบุตรได้ตามธรรมชาติ ซึ่งปัจจุบันแพทย์สามารถแก้ไขปัญหาล่าช้าได้ขึ้นอยู่กับแต่ละกรณีว่า วิธีการใด จะเป็นวิธีการที่เหมาะสม ปลอดภัย และมีประสิทธิภาพมากกับกรณีนั้นที่สุด จนอาจกล่าวได้ว่าแพทย์สมัยนี้สามารถบังคับให้มีการกำเนิดมนุษย์ได้โดยไม่ต้องอาศัยธรรมชาติเป็นตัวกำหนดแต่เพียงอย่างเดียว

การแก้ปัญหาค่าการมีบุตรยากนั้นแพทย์สามารถเลือกใช้เทคโนโลยีที่เหมาะสม ซึ่งอาจจะเป็นเพียงให้คำแนะนำในการปฏิบัติตนให้ถูกต้องตามสรีรวิทยาของการเจริญพันธุ์ก็อาจสามารถตั้งครรภ์เองได้ตามธรรมชาติ แต่ถ้าคู่สามีภรรยามีปัญหาในการตั้งครรภ์อย่างรุนแรง แพทย์จำเป็นต้องใช้การผสมเทียม (Artificial Insemination) ซึ่งหมายถึง การนำเชื้อพันธุ์ของฝ่ายชายฉีดเข้าทางช่องคลอดของฝ่ายหญิง เพื่อให้เกิดการตั้งครรภ์แทนการมีเพศสัมพันธ์ตามปกติ หรือแพทย์อาจใช้เทคโนโลยีทางการแพทย์สมัยปัจจุบันเพื่อใช้ในการแก้ปัญหาค่าการมีบุตรยาก ที่เรียกว่า การช่วยการเจริญพันธุ์ด้วยเทคโนโลยี (Assisted Reproductive Technology) ซึ่งหมายถึง การที่แพทย์

<sup>2</sup> แหล่งเดิม หน้า 14.

<sup>3</sup> เอื้อพงษ์ จตุรธำรง และ สมชาย ฉูดสุวรรณ. (2527). การผสมเทียม นรีเวชวิทยา. หน้า 29.

<sup>4</sup> สมบูรณ์ คุณาธิคม. (2545). สมบูรณ์ คุณาธิคม ก. หน้า 6.

นักวิทยาศาสตร์ต้องใช้วิธีการนำไข่จากฝ่ายหญิงออกจากรังไข่ นำมาผสมกับเชื้อพันธุ์ของฝ่ายชาย ซึ่งอาจจะรอให้มีการปฏิสนธิก่อนหรือไม่ก็ได้แล้วนำกลับสู่หลอดมดลูก หรือโพรงมดลูกของฝ่ายหญิงเพื่อให้เกิดการตั้งครรภ์ต่อไป โดยปกติแล้วไข่และเชื้อพันธุ์มักจะเป็นของคู่สามีภรรยาที่มาปรึกษาแพทย์ แต่ก็อาจจะเป็นของผู้อื่นซึ่งบริจาคมาไว้เพื่อใช้ในกรณีที่เชื้อพันธุ์ของฝ่ายสามีมีความสมบูรณ์ไม่เพียงพอ<sup>5</sup> หรือหากฝ่ายหญิงไม่สามารถมีบุตรได้เพราะไม่มีมดลูกที่จะรองรับการตั้งครรภ์ หรือมีโรคประจำตัวที่ไม่สามารถตั้งครรภ์ได้ด้วยตนเองก็ยังสามารถใช้วิธีการให้ผู้อื่นตั้งครรภ์แทนตนได้เป็นต้น<sup>6</sup>

การนำเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์มาใช้ไม่ว่าจะเป็นการผสมเทียมหรือการช่วยการเจริญพันธุ์ด้วยเทคโนโลยีเพื่อให้มีบุตร ปัจจุบันได้รับความนิยมอย่างมากจากคู่สามีภรรยาจำนวนมากไม่น้อยที่ไม่สามารถมีบุตรได้เองตามธรรมชาติ หากสามีภรรยาทำการผสมเทียม หรือใช้วิธีการช่วยการเจริญพันธุ์ด้วยเทคโนโลยีโดยใช้ไข่ของภริยาผสมกับเชื้อพันธุ์ของสามีและให้ภริยาเป็นผู้ตั้งครรภ์เองจะไม่มีปัญหาในทางสังคมและกฎหมาย แม้ว่าบุตรที่เกิดมานั้นจะมีได้เกิดจากการร่วมประเวณีก็ตาม แต่ถ้าเป็นกรณีที่ฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดมีข้อบกพร่อง เช่น ฝ่ายสามีไม่มีเชื้อพันธุ์เพียงพอ ต้องอาศัยเชื้อพันธุ์จากผู้บริจาคมาผสมกับไข่ของภริยา หรือฝ่ายภริยาไม่มีไข่ หรือมีไข่แต่ไม่สมบูรณ์ ก็จำเป็นต้องอาศัยไข่จากผู้บริจาคมาผสมกับเชื้อพันธุ์ของสามี หากเป็นกรณีเช่นนี้จะเกิดปัญหาว่าเด็กที่เกิดมานั้นเป็นบุตรของใคร ใครสมควรเป็นผู้รับผิดชอบเลี้ยงดู และใช้อำนาจปกครองเด็กที่เกิดมา เพราะในปัจจุบันยังไม่มียกกฎหมายออกมารองรับปัญหาที่เกิดจากการนำเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์มาใช้

## 2.3 หลักเกณฑ์และวิธีการใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์

เนื่องด้วยเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์มีหลากหลายรูปแบบ เพื่อให้สามารถแก้ไขปัญหาให้สอดคล้องกับสาเหตุที่มีอยู่ ทางกรมแพทย์ได้ระบุถึงสาเหตุของการมีบุตรยาก เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ที่เหมาะสมกับสาเหตุ รวมทั้งหลักเกณฑ์และวิธีการบริจาคและขอรับบริจาคเชื้อพันธุ์ไว้ดังนี้

2.3.1 สาเหตุพื้นฐานที่สำคัญที่ทำให้มีบุตรยาก ในปัจจุบันมีการระบุสาเหตุของการมีบุตรยากไว้แตกต่างกันพอสมควรขึ้นอยู่กับความละเอียดในการตรวจหาสาเหตุของแต่ละแห่ง แต่ส่วนใหญ่ก็มีสาเหตุที่คล้ายคลึงกัน

<sup>5</sup> ญัตติวาระ อภิสิทธิ์ โยธิน. (2542). การตั้งครรภ์แทน : ปัญหาทางกฎหมายครอบครัวและมรดก. หน้า 1.

<sup>6</sup> อร่าม โรจนสกุล. (2545). สมบูรณ์ คุณาธิคม. หน้า 8.

2.3.1.1 สาเหตุที่ระบุโดยคณะกรรมการทางด้านวิทยาศาสตร์ขององค์การอนามัยโลก (WHO Scientific Group) โดย WHO ได้เสนอข้อบ่งชี้สำหรับการปฏิสนธิในร่างกาย ดังนี้<sup>7</sup>

(1) การมีบุตรยากที่เกิดจากฝ่ายหญิง เช่น

ปัญหาเกี่ยวกับท่อนำไข่

เยื่อบุโพรงมดลูกเจริญผิดปกติ

ปากมดลูกผิดปกติ

ปัญหาเกี่ยวกับระบบภูมิคุ้มกัน

ประวัติการใช้ยา Diethylstilbestrol

(2) การมีบุตรยากที่เกิดจากฝ่ายชาย

(3) การมีบุตรยากที่มีหลายสาเหตุร่วมกัน

(4) การมีบุตรยากที่ตรวจไม่พบความผิดปกติ

(5) อื่นๆ เช่น กรณีของภาวะไข่ไม่ตกที่ไม่ได้รับการรักษาจนมีการตกไข่เกิดขึ้น

เป็นระยะเวลาสั้น แต่ก็ยังไม่ตั้งครรภ์ หรือในกรณีที่ได้รับการรักษาด้วยการผสมเทียมโดยเชื้อพันธุ์บริจาคมาหลายเดือนแล้วยังไม่ตั้งครรภ์ เป็นต้น

(6) การบริจาควัยในรายที่ไข่ไม่ทำงาน ซึ่งอาจเป็นมาแต่กำเนิดหรือเกิดขึ้น

ภายหลัง

2.3.1.2 สาเหตุที่ระบุโดยองค์กรอื่นๆ นอกจากการแบ่งสาเหตุของการมีบุตรยากตามหลักเกณฑ์ของ WHO แล้ว ยังอาจแบ่งสาเหตุของภาวะมีบุตรยากในอีกหลายกรณีดังนี้

(1) ปัจจัยทางฝ่ายชาย (Male factors ; 30-40%) ได้แก่

การสร้างตัวอสุจิ<sup>8</sup> ลดลง อาจเกิดจากความเครียด เส้นเลือดขอด (Varicocele) ลูกอัณฑะไม่ลงมาในถุงอัณฑะ (Cryptorchidism) การทำงานของฮอร์โมนผิดปกติและจำนวนมากที่สุดคือไม่พบสาเหตุชัดเจน

ท่อนำอสุจิตีบตัน อาจเป็นมาตั้งแต่กำเนิด เกิดหลังโรคติดเชื้อ หรือจากการทำหมัน

ไม่สามารถหลั่งน้ำอสุจิเข้าไปในช่องคลอด เช่น กามตายดั้น (Impotence) ปลายท่อปัสสาวะเปิดผิดปกติ (Hypospadias) การหลั่งน้ำอสุจิย้อนเข้ากระเพาะปัสสาวะ (Retrograde Ejaculation) เป็นต้น

<sup>7</sup> อร่าม โรจนสกุล และ เสวก วีระเกียรติ. (2545). สมบูรณ์ คุณาธิคม. หน้า 185-186.

<sup>8</sup> หมายถึง ในทางการแพทย์เชื้อพันธุ์หรืออสุจินั้นสามารถแยกส่วนประกอบได้อีก กล่าวคือในเชื้อพันธุ์หรืออสุจิจะประกอบไปด้วยตัวอสุจิและน้ำอสุจิ เนื่องจากในบทนี้เนื้อหาส่วนใหญ่เป็นข้อมูลทางการแพทย์ ดังนั้นเนื้อหาในบางส่วนผู้วิจัยจึงใช้ถ้อยคำตามศัพท์ทางการแพทย์เพื่อมิให้ข้อมูลคลาดเคลื่อน

ความผิดปกติของน้ำสุจิ เช่น จำนวนมากหรือน้อยเกินไป ความหนืดมาก  
ไป เป็นต้น

(2) ปัจจัยการตกไข่ (Ovulation Factors ; 20%)

ไม่มีการตกไข่ (Anovulation)

ความผิดปกติระยะหลังตกไข่ (Corpus Luteum Defect)

ไม่มีระดู (Amenorrhea)

(3) ปัจจัยจากท่อนำไข่หรืออุ้งเชิงกราน (Tubal or Pelvic Factors ; 20%)

การอักเสบในอุ้งเชิงกราน (Pelvic Inflammatory Disease; PID)

ความผิดปกติตั้งแต่กำเนิด (Congenital Anomaly)

เยื่อมดลูกเจริญผิดปกติ (Endometriosis)

เยื่อช่องท้องอักเสบ (Peritonitis) หรือ เคยผ่าตัดในช่องท้องมาก่อน

(4) ปัจจัยจากคอมดลูกและตัวมดลูก (Cervical and Uterine Factors ; 10%)

ความผิดปกติของมดลูก เช่น Myoma, Anomalies, Synechiae เป็นต้น

ความผิดปกติของคอมดลูก เช่น Stenosis, Endocervical Glands ถูกทำลาย

เป็นต้น

(5) ปัจจัยทางช่องคลอด (Vaginal Factors ; < 5%)

พบได้น้อย เช่น ไม่มีช่องคลอดมาแต่กำเนิด เยื่อพรหมจารีไม่ทะลุ (Imperforate Hymen)  
การหดเกร็งของกล้ามเนื้อรอบช่องคลอด (Vaginismus) หรือช่องคลอดอักเสบ (Vaginitis) เป็นต้น

(6) ปัจจัยจากภูมิคุ้มกันต่อต้านต่อตัวสุจิ (Immunologic Factors ; < 5%)

(7) ปัจจัยจากต่อมไร้ท่ออื่นๆ (Endocrinologic Factors ; 5%)

Hyperprolactinemia

Hyper-, or Hypothyroidism

Adrenal Disease

Diabetes

(8) ภาวะมีบุตรยากที่อธิบายสาเหตุไม่ได้ (Unexplained Infertility; 5-10%)<sup>9</sup>

อุบัติการณ์ของสาเหตุต่างๆเหล่านี้มีการเปลี่ยนแปลงไปได้เสมอ ความก้าวหน้าทาง  
เทคโนโลยี จะทำให้ตรวจค้นหาสาเหตุได้มากขึ้น ทำให้อัตราของภาวะมีบุตรยากที่อธิบายสาเหตุไม่ได้  
หรือ Unexplained Infertility ลดลง

<sup>9</sup> สมบูรณ์ คุณาธิคม ก เล่มเดิม. หน้า 7.

ในทางปฏิบัติจริงๆ การตรวจหาสาเหตุเหล่านี้มักมุ่งตรวจสาเหตุที่พบบ่อยก่อน โดยเฉพาะปัจจัยทางฝ่ายชาย ปัจจัยการตกไข่ และปัจจัยจากท่อนำไข่ ซึ่ง 3 สาเหตุนี้รวมแล้วเป็นปัญหาของการมีบุตรยาก ประมาณร้อยละ 70 หากตรวจแล้วปกติจึงจะตรวจหาสาเหตุอื่นๆต่อไป สาเหตุที่ไม่ค่อยได้ตรวจนัก คือ ปัจจัยทางภูมิคุ้มกัน เพราะยุ่งยากและเสียค่าใช้จ่าย อีกทั้งการแปลผลว่าเกี่ยวข้องกับอาการมีบุตรยากก็บอกได้ไม่ชัดเจน สำหรับที่โรงพยาบาลศิริราชในการตรวจ 3 สาเหตุหลักดังกล่าว พบว่าเป็นปัจจัยทางฝ่ายชาย ร้อยละ 33.2 ปัจจัยการตกไข่อ้อยละ 28.3 และปัจจัยจากท่อนำไข่อ้อยละ 29.2 ซึ่งจะนัดผู้ป่วยมา 2 ครั้ง ก็จะตรวจสาเหตุทั้ง 3 นี้ได้ครบ ถ้าพบความผิดปกติ แพทย์มักจะเริ่มให้การรักษาไปก่อนควบคู่ไปกับการตรวจหาสาเหตุอื่นๆต่อไป<sup>10</sup>

จากข้อบ่งชี้ข้างต้นนั้นเมื่อทราบถึงสาเหตุที่ทำให้มีบุตรยากแล้ว เมื่อมีผู้ที่มีปัญหาในการมีบุตรมาปรึกษาแพทย์ จากนั้นแพทย์จะตรวจหาความผิดปกติหรือข้อบกพร่องในแต่ละฝ่ายเพื่อหาหนทางในการแก้ไข ในบางกรณีการแก้ไขข้อบกพร่องเพียงเล็กน้อยก็สามารถช่วยให้เกิดการตั้งครรภ์ตามธรรมชาติได้ โดยไม่จำเป็นต้องใช้วิธีการช่วยการเจริญพันธุ์ที่มีขั้นตอนยุ่งยากซับซ้อนแต่ประการใด

ผู้ที่มีปัญหาในการมีบุตรยากนั้นจะมีความกดดันทางจิตใจว่าตนมีข้อบกพร่องไม่อาจให้กำเนิดบุตรได้ตามปกติของมนุษย์ทั่วไปอยู่ตลอดเวลา ดังนั้นในปัจจุบัน แพทย์จึงได้อาศัยความก้าวหน้าทางวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีสมัยใหม่ ทำให้เกิดการกำเนิดมนุษย์ได้โดยไม่ต้องอาศัยธรรมชาติมาเป็นผู้กำหนดแต่อย่างใด การแก้ไขปัญหของผู้ที่มีปัญหาในการมีบุตรยาก อาจจะแตกต่างกันออกไปขึ้นอยู่กับปัญหาและความรุนแรงของปัญหานั้นๆ แพทย์สามารถเลือกใช้เทคโนโลยีที่เหมาะสมตามขั้นตอนที่ควรจะเป็น ซึ่งต้องอาศัยความร่วมมือและความตั้งใจจริงของผู้ที่มีปัญหาด้วยกัน

ส่วนใหญ่แล้วผู้ที่มาขอรับคำปรึกษากับแพทย์เพื่อแก้ไขปัญหามีบุตรยากมักจะเป็นคู่สามีภรรยาที่ได้พยายามมีบุตรเองตามธรรมชาติแต่ไม่สำเร็จ (ซึ่งโดยปกติถ้าสามีภรรยาที่มีร่างกายแข็งแรง และอยู่ในช่วงวัยเจริญพันธุ์ที่สมบูรณ์จะสามารถมีบุตรได้ร้อยละ 70-80 ภายหลังการสมรส 1 ปี) เมื่อไม่สามารถมีบุตรได้เองตามธรรมชาติคู่สามีภรรยาก็จะมาพบแพทย์เพื่อให้แพทย์ช่วยให้ตนมีบุตร บางกรณีคู่สามีภรรยาเพียงได้รับคำแนะนำจากแพทย์ในการปฏิบัติตนให้ถูกต้องตามสรีรวิทยาของการเจริญพันธุ์ก็สามารถตั้งครรภ์ได้โดยง่าย แต่ถ้ามีความผิดปกติหรือมีข้อบกพร่องไม่ว่าจะเป็นฝ่ายหญิง หรือฝ่ายชายหรือทั้งสองฝ่าย แพทย์ก็จำเป็นต้องอาศัยเทคโนโลยีสมัยใหม่หรือที่เรียกว่าเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์เข้ามาช่วยในการแก้ไขปัญหามีบุตรยาก

<sup>10</sup> แหล่งเดิม. หน้า 8.

เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ที่มีไว้เพื่อใช้แก้ปัญหาการมีบุตรยากมีอยู่หลายรูปแบบขึ้นอยู่กับผู้ที่มีปัญหาในการมีบุตรยากมีข้อบกพร่องอย่างไร ในปัจจุบันเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์นี้ได้มีการพัฒนาไปจนสามารถกระทำได้หลายรูปแบบ เช่น การปฏิสนธิจากร่างกาย (In vitro Fertilization or IVF) การเคลื่อนย้ายเซลล์สืบพันธุ์เข้าไปในท่อนำไข่ (Gamete Intrafollopian Transfer (GIFT), Pronuclear Stage Tubal Transfer (PROST), Tubal Embryo Transfer (TET), Zygote Intrafollopian Transfer (ZIFT) นอกจากนั้นยังสามารถคิดค้นวิธีการเก็บไข่ การเตรียมตัวอ่อน การแช่แข็งตัวอ่อน การแช่แข็งเชื้อพันธุ์เพื่อนำไปใช้ในการปฏิสนธิเทียม เป็นต้น การตั้งครรภ์แทนก็เป็นวิธีหนึ่งในการแก้ไขปัญหาการมีบุตรยากของกลุ่มสามีภรรยา โดยเฉพาะในกรณีที่ฝ่ายภรรยาเป็นผู้ที่ไม่สามารถตั้งครรภ์และคลอดบุตรได้เอง ก็จำเป็นต้องอาศัยหญิงอื่นมาเป็นผู้ตั้งครรภ์แทน

2.3.2 ตัวอย่างเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ เนื่องจากเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ที่มีไว้เพื่อใช้แก้ปัญหาการมีบุตรยากมีอยู่หลายวิธีการ ผู้วิจัยจึงขอเสนอเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ที่สำคัญๆ ที่แพทย์มักเลือกใช้ ดังนี้<sup>11</sup>

2.3.2.1 การผสมเทียม Artificial Insemination (AI) หมายถึง การผสมเทียมในมนุษย์ ซึ่งกระทำโดยนำเอาเชื้อพันธุ์จากชายฉีดเข้าไปในช่องคลอดของหญิงในระยะเวลาใกล้กับไข่สุก เพื่อให้เกิดการตั้งครรภ์แทนการสืบพันธุ์โดยวิธีธรรมชาติ

- (1) วิธีการผสมเทียม การผสมเทียมนั้นทำได้หลายวิธี ได้แก่
  - ฉีดเข้าไปในช่องคลอด (Intravaginal Insemination)
  - ฉีดเข้าไปที่คอมดลูก (Intracervical Insemination)
  - ฉีดเข้าไปในโพรงมดลูก (Intrauterine Insemination; IUI)
  - ฉีดเข้าไปที่ท่อนำไข่ (Intra-fallopian Insemination)
  - ฉีดเข้าไปที่ถุงไข่ (Intra-follicular Insemination)
  - ฉีดเข้าไปในช่องท้อง (Intraperitoneal Insemination)

สำหรับการฉีดเชื้อพันธุ์เข้าไปในช่องคลอด หรือฉีดเข้าไปที่คอมดลูก ซึ่งมักทำร่วมกับฉีดเข้าไปในช่องคลอดด้วย (Intracervicovaginal Insemination) สามารถใช้น้ำอสุจิสด (Fresh Semen) ฉีดได้ แต่การฉีดเข้าไปในโพรงมดลูกหรือเหนือกว่านั้นจำเป็นต้องใช้น้ำอสุจิที่ผ่านการเตรียมหรือล้างด้วยน้ำยามาก่อน (Sperm Preparation) เพื่อล้างเอา Seminal Plasma และเซลล์ต่างๆ

<sup>11</sup> การตั้งครรภ์แทน : ปัญหาทางกฎหมายครอบครัวและมรดก เล่มเดิม. หน้า 14-15.



ออกไปเวลาหลังฉีดจะได้ไม่เกิดอาการปวดจาก Uterine Cramps เพราะในน้ำอสุจิจะมีสาร Prostaglandins อยู่ และป้องกันการอักเสบติดเชื้อ<sup>12</sup>

(2) รูปแบบการผสมเทียม การผสมเทียมจะมีอยู่ 2 รูปแบบ คือ

การผสมเทียม โดยใช้เชื้อพันธุ์ของสามี (Artificial Homologous Insemination or Artificial Insemination by Husband = AIH) การผสมเทียมแบบ AIH นี้ถือว่าเป็นมาตรการทางนรีเวชวิทยา (Gynecological Measures) เพื่อวัตถุประสงค์ที่จะช่วยการแก้ไขปัญหาการไร้บุตรของคู่สมรสที่ได้รับการปฏิบัติด้วยความสมัครใจ ซึ่งจะกระทำในกรณีมีความผิดปกติของสามีที่ทำให้น้ำอสุจิไม่อาจพุ่งออกมาโดยแรงในขณะร่วมเพศได้ เช่น มีความผิดปกติของอวัยวะเพศหรือในกรณีที่สามีอยู่ห่างจากภริยาไม่สามารถอยู่ร่วมกันตามปกติได้<sup>13</sup> ซึ่งในอดีตวิธีการแบบ AIH นี้นำมาใช้กับทหารอเมริกันในช่วงสงครามโลกครั้งที่ 2 ที่ทหารถูกเกณฑ์ไปรบไกลถึงแปซิฟิก ทำให้ไม่สามารถอยู่ร่วมกับภรรยาได้อย่างปกติสุขเป็นเวลานานนับปี และสงครามก็ไม่สามารถตอบได้ว่าทหารเหล่านั้นจะมีชีวิตรอดกลับมาหรือไม่ ทหารจึงใช้วิธีการหลั่งน้ำอสุจิของตนแล้วบรรจุแช่แข็งลงในที่เก็บรักษา เพื่อสามารถนำไปฉีดเข้าในมดลูกของภรรยาเพื่อให้ตั้งครรภ์ได้ต่อไป ซึ่งวิธีนี้ถือเป็นวิธีที่ต้องได้รับความเห็นชอบและต้องได้รับความร่วมมือของคู่สมรสทั้งสองฝ่าย ดังนั้นเมื่อการผสมเทียมตามวิธีนี้ไม่มีบุคคลอื่นเข้ามาเกี่ยวข้องกับวงจรปัจจัยของการให้กำเนิดทารกนอกจากคู่สมรสเท่านั้น<sup>14</sup>

การผสมเทียม โดยใช้เชื้อพันธุ์ของผู้อื่น (Artificial Heterologous Insemination or Artificial Insemination by Doner = AID) วิธีนี้จะใช้ในคู่สามีภริยาที่มีบุตรยาก เนื่องจากฝ่ายสามีมีข้อบกพร่องด้านเชื้อพันธุ์เช่นเป็นหมันหรือมีปริมาณของตัวอสุจิน้อยหรือไม่มีเลย หรือกรณีที่ฝ่ายชายเป็นโรคที่ถ่ายทอดทางพันธุกรรมที่อาจถ่ายทอดไปสู่ทารกที่รับเชื้อของตน หรือในบางกรณีสาเหตุอาจจะไม่ได้เกิดจากฝ่ายสามีแต่สาเหตุเกิดจากฝ่ายหญิงมีภูมิคุ้มกันต่อต้านต่ออสุจิของฝ่ายชายจนไม่สามารถรวมตัวกันเป็นตัวอ่อนได้<sup>15</sup> เป็นเหตุให้ไม่สามารถนำเชื้อพันธุ์ของสามีมาผสมเทียมกับภริยาได้แม้ทั้งฝ่ายภริยาและฝ่ายสามีจะมีความสมบูรณ์ก็ตาม ดังนั้นจึงจำเป็นต้องขอรับบริจาคเชื้อพันธุ์ ซึ่งเชื้อพันธุ์ของชายอื่นอาจได้รับมาจากศูนย์บริจาคเชื้อพันธุ์ซึ่งโดยส่วนใหญ่จะปกปิดชื่อของผู้บริจาคเพื่อป้องกันการเกิดปัญหาทางครอบครัวของผู้บริจาค<sup>16</sup>

<sup>12</sup> สมบูรณ์ คุณาธิคม ข. (2545). สมบูรณ์ คุณาธิคม. หน้า 45.

<sup>13</sup> การตั้งครรภ์แทน : ปัญหาทางกฎหมายครอบครัวและมรดก เล่มเดิม. หน้า 11-13.

<sup>14</sup> การผสมเทียมกับปัญหาความรับผิดชอบในทางอาญา. เล่มเดิม. หน้า 128.

<sup>15</sup> อร่าม โรจนสกุล และ เสวก วีระเกียรติ. เล่มเดิม. หน้า 192.

<sup>16</sup> การผสมเทียมกับปัญหาความรับผิดชอบในทางอาญา. เล่มเดิม. หน้า 29.

การผสมเทียมโดยใช้เชื้อพันธุ์ของสามีได้มีการกระทำตั้งแต่คริสต์ศตวรรษที่ 18 โดย นายแพทย์ John Hunte ได้แนะนำสามีที่เป็น Hypospadias ใช้ Syringe ฉีดเชื้อพันธุ์ของตนเองเข้าไป ในช่องคลอดของภริยาจนเกิดการตั้งครรภ์ ส่วนการผสมเทียมโดยใช้เชื้อพันธุ์ของผู้บริจาค (Donor Semen) ได้มีรายงานรายแรกเมื่อปี พ.ศ. 2427 โดย William Pancoast ส่วนการใช้เชื้อพันธุ์แช่แข็งได้ มีรายงานครั้งแรกเมื่อปี พ.ศ. 2496 แต่ไม่ได้รับความนิยมมากนัก อย่างไรก็ตามในปัจจุบันการใช้เชื้อพันธุ์ของผู้บริจาค หลายประเทศมีกฎข้อกำหนดให้ใช้เฉพาะเชื้อพันธุ์แช่แข็งเท่านั้น เพื่อหลีกเลี่ยงปัญหาโรคเอดส์ โดยผู้บริจาคจะต้องถูกตรวจเลือด 6 เดือนหลังการบริจาคว่าปราศจากเชื้อ HIV (Human Immunodeficiency Virus) แล้วจึงจะนำไปใช้ได้ ในประเทศไทยแพทยสภาก็ได้ กำหนดหลักเกณฑ์ดังกล่าวไว้เช่นกัน<sup>17</sup>

(3) ข้อบ่งชี้สำหรับการใช้เชื้อพันธุ์ของผู้บริจาค (Indications for Donor Insemination)

Gross Male Subfertility ได้แก่ Severe Oligoasthenoteratozoospermia หรือเพียงอย่างเดียวอย่างใดอย่างหนึ่ง หรือ Azoospermia แต่ปัจจุบันการใช้วิธีฉีดตัวอสุจิเพียงหนึ่งตัวเข้าไปในเซลล์ไข่ (Intracytoplasmic Sperm Injection; ICSI) และการหาตัวอสุจิจากในอณฑะ ทำให้ส่วนใหญ่สามารถ ใช้เชื้อพันธุ์จากสามีได้ แต่ค่าใช้จ่ายค่อนข้างสูงมาก

Familial or Genetic Diseases เช่น Hemophilia, Thalassemia, Cystic Fibrosis เป็นต้น แต่ในปัจจุบันสามารถเอาเซลล์จากตัวอ่อนมาตรวจดูก่อน (Preimplantation Genetic Diagnosis) หากปกติค่อยใส่กลับเข้าไปในโพรงมดลูก จึงสามารถใช้เชื้อพันธุ์ของสามีได้ แต่ขั้นตอนมีความยุ่งยากมาก

Severe Rhesus Incompatibility โดยสามีเป็น Rh positive และฝ่ายภริยาเคยคลอดบุตรที่เป็น Hydrops Fetalis เป็นกรณีที่พบน้อยมาก เพราะสตรีที่เป็น Rh negative ในประเทศเราพบได้น้อย อีกทั้งในการคลอดครั้งแรกมักได้รับการฉีด Anti-D immunoglobulin ป้องกันไว้ก่อน<sup>18</sup>

การมีบุตรยากจากความผิดปกติของเชื้อพันธุ์ เป็นสาเหตุสำคัญของการมีบุตรยากที่ยังเป็นปัญหาในการดูแลรักษาเนื่องจากผลสำเร็จในการรักษาค่อนข้างต่ำเมื่อเปรียบเทียบกับสาเหตุอื่น<sup>19</sup>

โดยปกติแล้ว แพทย์จะนำเชื้อพันธุ์จากสามีมาใช้ในการผสมเทียมเว้นแต่เชื้อพันธุ์ของสามีไม่อาจใช้ในการผสมเทียมได้จึงใช้เชื้อพันธุ์ของชายอื่นซึ่งได้บริจาคไว้แทน ดังนั้นการผสม

<sup>17</sup> สมบูรณ์ คุณาธิคม. เล่มเดิม. หน้า 45.

<sup>18</sup> แหล่งเดิม. หน้า 46.

<sup>19</sup> อารัม โรจนสกุล และ เสวก วีระเกียรติ. เล่มเดิม. หน้า 192.

เทียมแบบ AID จำเป็นที่สามีภริยาจะต้องสมัครใจและมีจิตใจที่จะยอมรับเด็กที่จะเกิดมาในอนาคตด้วยเช่นกัน โดยส่วนใหญ่แล้ว แพทย์จะไม่เปิดเผยว่าชายที่บริจาคเชื้อพันธุ์เป็นใครเพื่อป้องกันปัญหาอันอาจจะเกิดขึ้นได้ ในทางปฏิบัติแล้วเชื้อพันธุ์ของผู้บริจาครายหนึ่งอาจจะนำมาผสมเทียมได้ในหลายคราว และบางคราวเชื้อพันธุ์ที่นำไปใช้ในการผสมเทียมอาจจะเป็นเชื้อพันธุ์ที่ผสมกันระหว่างเชื้อพันธุ์ของสามีกับเชื้อพันธุ์ของผู้บริจาคก็ได้ ซึ่งการผสมเทียมในลักษณะนี้จะเรียกว่าเป็นการผสมเทียมโดยใช้เชื้อพันธุ์ผสมกันระหว่างสามีกับผู้บริจาค (Confused Artificial Insemination=CAI) เชื้อพันธุ์ที่นำมาใช้ในการผสมเทียมแบบ CAI แพทย์เองก็ไม่อาจทราบได้ว่าแน่ชัดว่าการปฏิสนธิของตัวอ่อนนั้นเกิดจากเชื้อพันธุ์ของใคร เพราะเชื้อพันธุ์ของผู้บริจาคอาจจะมาจากผู้บริจาคเพียงคนเดียวหรือหลายคนก็ได้เช่นกัน

### 2.3.2.2 การช่วยการเจริญพันธุ์ด้วยเทคโนโลยี (Assisted Reproductive Technology)

ความหมายและหลักการ การช่วยเจริญพันธุ์ด้วยเทคโนโลยีหมายถึง การที่แพทย์หรือนักวิทยาศาสตร์ต้องใช้วิธีการนำไข่ออกจากรังไข่นำมาผสมกับตัวอสุจิ อาจจะรอให้มีการปฏิสนธิก่อนหรือไม่ก็ได้แล้วนำกลับสู่หลอดมดลูกหรือโพรงมดลูกเพื่อให้เกิดการตั้งครรภ์ต่อไป การช่วยการเจริญพันธุ์ ด้วยเทคโนโลยีเป็นการทำให้เกิดการปฏิสนธิภายนอกในร่างกายมนุษย์จนกลายเป็นตัวอ่อน แล้วจึงเคลื่อนย้ายตัวอ่อนนี้ใส่กลับเข้าไปในโพรงมดลูกเพื่อการฝังตัวและเจริญเติบโตเป็นทารกต่อไป ในทางการแพทย์จะเรียกว่า การปฏิสนธิภายนอกในร่างกาย (Vitro Fertilization : IVF) หรือเรียกกันทั่วไปว่า “เด็กหลอดแก้ว” สาเหตุที่จะต้องทำ IVF ส่วนใหญ่แล้วพบว่าเกิดจากฝ่ายหญิงมีความผิดปกติ เช่น ท่อนำไข่อักเสบเรื้อรัง ท่อนำไข่อุดตันมากจนผ่าตัดแก้ไขไม่ได้ กรณีที่มีการผ่าตัดท่อนำไข่แล้วแต่ไม่ได้ผล หรือมีการทำหมันโดยตัดท่อนำไข่ออกทั้งสองข้าง เป็นต้น

การช่วยการเจริญพันธุ์ด้วยเทคโนโลยีที่ได้กล่าวมาข้างต้นเป็นขั้นตอนขั้นพื้นฐานที่จะนำไปใช้กับวิธีการช่วยการเจริญพันธุ์ในวิธีการอื่นๆ เพื่อความเหมาะสมและเป็นการเพิ่มประสิทธิภาพซึ่งจะมีความยุ่งยากซับซ้อนทางด้านเทคนิคเพิ่มขึ้น เช่น การนำตัวอสุจิและไข่ใส่หลอดมดลูก หรือที่เรียกว่า GIFT (Gamete Intra Fallopian Tube Transfer) วิธีการนี้จะเหมาะสมเฉพาะสตรีที่มีหลอดมดลูกไม่ตันอย่างน้อย 1 ข้าง และตัวอสุจิจะต้องมีคุณภาพที่จะปฏิสนธิกับไข่ได้ วิธีการทำ GIFT คือการนำไข่ที่สุกแล้วออกจากรังไข่ของฝ่ายหญิง โดยการนำกลับเข้าไปในท่อนำไข่พร้อมๆ กับตัวอสุจิของฝ่ายชายเพื่อให้เกิดการผสมพันธุ์กันในท่อนำไข่ตามขบวนการตามธรรมชาติ และเคลื่อนตัวไปยังมดลูกเพื่อเจริญเติบโตต่อไป ส่วนการทำ ZIFT (Pronuclear Stage Tubal Transfer, PROST หรือ Zygote Intrafallopion Transfer) จะเป็นอีกวิธีหนึ่งที่คล้ายคลึงกับการทำ GIFT การทำ ZIFT เป็นการนำไข่ที่ได้รับการผสมระยะแรกเข้าสู่หลอดมดลูก โดยการเอาไข่และตัวอสุจิมาเพาะเลี้ยงในตู้อบ 16-20 ชั่วโมง เพื่อให้เกิดการผสมพันธุ์กัน ถ้าไข่ได้รับการปฏิสนธิจะ

ได้ Pronuclear จากนั้นนำไข่ที่ปฏิสนธิแล้วในระยษนี้ใส่เข้าหลอดมดลูกโดยเจาะผ่านทางหน้าท้องหรือทางช่องคลอดก็ได้ การทำ ZIFT ได้นั้นฝ่ายหญิงที่จะเป็นผู้ตั้งครรภ์จะต้องมีหลอดมดลูกไม่ตีบตันอย่างน้อย 1 ข้าง เช่นเดียวกับการทำ GIFT ข้อดีของการทำ ZIFT แพทย์จะทราบได้เลยว่ามี การปฏิสนธิระหว่างไข่กับตัวสุมิแล้ว แต่การทำ GIFT นั้นจะยังมาทราบว่ามี การปฏิสนธิระหว่างไข่กับตัวสุมิเกิดขึ้นหรือยัง

2.3.3 ประโยชน์ของเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ จะเห็นได้ว่าการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ในปัจจุบันสามารถแก้ไขปัญหการมีบุตรยากในหลายๆ กรณีได้ กล่าวโดยสรุปคือ

2.3.3.1 หากการมีบุตรยากเกิดเพราะสาเหตุที่สามีขาดเชื้อพันธุ์ที่เจริญพันธุ์แต่ภริยาปกติแก้ไขได้โดยการใช้เชื้อพันธุ์ของชายอื่นฉีดเข้าไปในมดลูกของภริยา

2.3.3.2 ภริยาขาดไข่ที่เจริญพันธุ์แต่สามีปกติดี จึงแก้ไขโดยการใช้ไข่ของหญิงอื่นมาผสมกับเชื้อพันธุ์ที่เจริญพันธุ์ของสามีนอกมดลูกแล้วฉีดกลับเข้าไปในมดลูกของภริยา

2.3.3.3 สามีมีเชื้อพันธุ์ที่เจริญพันธุ์และภริยาก็มีไข่ที่เจริญพันธุ์แต่ไม่สามารถปฏิสนธิในมดลูกได้ จึงผสมเทียมนอกมดลูกแล้วฉีดตัวอ่อนกลับเข้าไปในมดลูกของภริยา

2.3.3.4 สามีมีเชื้อพันธุ์ที่เจริญพันธุ์แต่ภริยาขาดไข่ที่เจริญพันธุ์และไม่สามารถอุ้มครรภ์ได้ แก้ไขได้โดยใช้เชื้อพันธุ์ที่เจริญพันธุ์ของสามีฉีดเข้าไปในมดลูกของหญิงอื่นให้ตั้งครรภ์หรือใช้ไข่ที่เจริญพันธุ์ของหญิงอื่นผสมกับเชื้อพันธุ์ของสามีนอกมดลูก แล้วฉีดเข้าไปในมดลูกของหญิงอื่น

2.3.3.5 ทั้งสามีและภริยาขาดเชื้อพันธุ์ที่เจริญพันธุ์และไข่ที่เจริญพันธุ์แต่ภริยาสามารถอุ้มครรภ์ได้ แก้ไขได้โดยผสมเทียมนอกมดลูกโดยใช้เชื้อพันธุ์และไข่ของบุคคลอื่นแล้วฉีดตัวอ่อนกลับเข้าไปในมดลูกของภริยา

2.3.3.6 สามีขาดเชื้อพันธุ์ที่เจริญพันธุ์ส่วนภริยามีไข่ที่เจริญพันธุ์ได้แต่ไม่สามารถอุ้มครรภ์ได้ จึงต้องแก้ไขด้วยการนำไข่ของภริยามาผสมกับเชื้อพันธุ์ที่เจริญพันธุ์ของชายอื่นนอกมดลูกแล้วฉีดตัวอ่อนเข้าไปในมดลูกของหญิงอื่น

2.3.3.7 ทั้งสามีและภริยามีเชื้อพันธุ์และไข่ที่เจริญพันธุ์ แต่ภริยาไม่สามารถอุ้มครรภ์ได้ จึงแก้ไขโดยการใช้ไข่ของภริยาผสมกับเชื้อพันธุ์ของสามีนอกมดลูกแล้วฉีดตัวอ่อนเข้าไปในมดลูกของหญิงอื่น

2.3.3.8 ทั้งสามีและภริยาขาดเชื้อพันธุ์ที่เจริญพันธุ์และไข่ที่เจริญพันธุ์ และภริยาไม่สามารถอุ้มครรภ์ได้ แก้ไขโดยการนำไข่ของหญิงอื่นมาผสมในมดลูกหรือนอกมดลูกกับเชื้อพันธุ์ที่

เจริญพันธุ์ของชายอื่น ถ้าเป็นการผสมเทียมนอกมดลูกอาจจะฉีดตัวอ่อนเข้าไปในหญิงคนที่สามก็ได้<sup>20</sup>

ดังนั้นหากการนำเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์นั้นมาใช้ร่วมกับนำไข่และเชื้อพันธุ์ของผู้ที่ต้องการเข้ารับบริการเองก็จะก่อให้เกิดความสะดวกต่อแพทย์ เพราะสามารถนำไข่และเชื้อพันธุ์ที่ได้มาเข้ากระบวนการทางการแพทย์ได้เลยโดยไม่ต้องขอความเห็นชอบจากผู้ใดและไม่ต้องพิจารณาผลที่จะเกิดขึ้นตามกฎหมาย แต่หากความผิดปกติในการตั้งครรภ์นั้นเกิดจากความผิดปกติของชายหรือหญิงเองที่ไม่สามารถผลิต เซลล์ไข่ หรือผลิตเชื้อพันธุ์ได้แล้ว อาจทำให้คู่สมรสต้องไข่ไข่หรือเชื้อพันธุ์ของผู้บริจาค ซึ่งการกระทำเหล่านี้ต้องพิจารณาถึงความถูกต้องทางศีลธรรมและผลทางกฎหมายที่จะเกิดขึ้นด้วย ซึ่งในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะกล่าวเฉพาะปัญหาที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์โดยใช้เชื้อพันธุ์บริจาคเท่านั้น

## 2.4 หลักเกณฑ์การบริจาคและขอรับการบริจาคเชื้อพันธุ์ของชาย

### 2.4.1 หลักเกณฑ์การบริจาคและขอรับการบริจาคเชื้อพันธุ์ของชายในประเทศไทย

#### 2.4.1.1 การบริจาคเชื้อพันธุ์ของชาย

การเข้าสู่กระบวนการใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีคู่สมรสที่มีปัญหาเพราะฝ่ายชายไม่สามารถผลิตเชื้อพันธุ์ได้ เช่น เป็นหมัน หรือสาเหตุที่พบบ่อยที่สุดคือฝ่ายชายเป็นโรคคางทูมที่ลูกอัมตะ ซึ่งโรคนี้จะไปทำลายลูกอัมตะไม่ให้อาจสร้างเชื้อพันธุ์ได้อย่างถาวร<sup>21</sup> ดังนั้นจึงเหลือทางเลือกให้แก่คู่สมรสที่ต้องการมีบุตรอยู่อีกทางเลือกหนึ่งคือการขอรับการบริจาคจากธนาคารอสุจิ (Sperm Bank)

ธนาคารอสุจิ คือสถานที่ๆ ให้บริการเก็บตัวอย่างเชื้อพันธุ์ เพื่อการใช้ต่อไปในอนาคต เช่น ใช้สำหรับการผสมเทียมในผู้ที่มีความผิดปกติทางร่างกาย หรือเพื่อใช้เป็นตัวอย่างการวิจัย เป็นต้น ธนาคารอสุจินั้นก่อตั้งครั้งแรกที่เมือง ไอโอวาซิตี ในรัฐไอโอวา ประเทศสหรัฐอเมริกา และที่เมืองโตเกียว ประเทศญี่ปุ่น ส่วนประเทศไทยนั้นได้มีการก่อตั้งธนาคารอสุจิแห่งแรกขึ้นมาที่โรงพยาบาลจุฬา โดยมีวัตถุประสงค์หลัก 2 ประการคือ

(1) เพื่อเก็บเชื้อพันธุ์สำรองไว้ให้กับคนไข้ที่มีความต้องการทำหมัน แต่ยังไม่มีความมั่นใจว่าในอนาคตจะมีความต้องการมีบุตรหรือไม่จึงทำการสำรองเชื้อพันธุ์ไว้เพื่อเหตุการณ์ใน

<sup>20</sup> คำอธิบายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว โดย ประสพสุข บุญเดช. เล่มเดิม. หน้า 599-600.

<sup>21</sup> Sperm Bank ธนาคารสร้างชีวิต เล่มเดิม. หน้า 24.

อนาคต หรือสำหรับคนไข้ที่ต้องเข้ารับการรักษาที่มีความเสี่ยงต่อการมีบุตรของเขาในอนาคต เช่น การเข้ารับการฉายรังสีเพื่อรักษาโรคหรือการรับยารักษาโรคมะเร็ง

(2) เพื่อผู้ที่ไม่สามารถมีบุตรได้ด้วยตนเอง เป็นโรคทางทุมหรือการบาดเจ็บอันเนื่องมาจากอุบัติเหตุเป็นต้น<sup>22</sup>

ขั้นตอนการเก็บรักษานั้น ขั้นแรกแพทย์จะให้ผู้บริจาคเก็บเชื้อพันธุ์ด้วยการสำเร็จความใคร่ด้วยตนเองในห้องที่จัดไว้ให้ แล้วนำมาใส่ขวดปากกว้างที่ปราศจากเชื้อก่อน แล้วจึงนำไปส่งให้กับห้องแล็บเพื่อนำไปเก็บแช่แข็ง จากนั้นจะนำเชื้อพันธุ์ไปตรวจวิเคราะห์ (Semen Analysis) เพื่อให้ผลว่าเชื้อพันธุ์จะมีความสามารถในการผสมกับไข่ได้หรือไม่ ดังนี้คือ ตรวจจำนวนเชื้อพันธุ์ไม่ต่ำกว่า 40 ล้านตัวต่อซีซี อัตราการเคลื่อนไหวของเชื้อพันธุ์มากกว่าร้อยละ 60 และรูปร่างของเชื้อพันธุ์ที่แข็งแรงมากกว่าร้อยละ 30 เนื่องจากในการผสมจะมีบางส่วนตายไปประมาณร้อยละ 30-40 จากนั้นจะนำเชื้อพันธุ์มาใส่สารละลาย กลีเซอรอล โซเดียมซิเตรท กลูโคส ฟรุกโตส ไข่แดง ให้เป็นอาหารสำหรับเชื้อพันธุ์ ผสมกับเชื้อพันธุ์แล้วนำมาใส่หลอดพลาสติกเล็กๆ เพื่อเข้าสู่กระบวนการจัดเก็บ โดยจะนำหลอดพลาสติกนั้นไปแขวนไว้ในระดับ 15 เซนติเมตรเหนือระดับไนโตรเจนเหลว ซึ่งมีอุณหภูมิ 196 องศาเซลเซียส โดยจะไม่แช่ลงโดยตรงในไนโตรเจนเหลวเพราะจะทำให้เชื้อพันธุ์เกิดความเสียหายทางเซลล์ในการแช่ด้วยความเย็นมากเกินไป

การแช่แข็งเชื้อพันธุ์ (Cryopreservation of Semen) มีมานานร่วม 50 ปีแล้ว มีรายงานการตั้งครีโอสเปิร์มโดยใช้เชื้อพันธุ์แช่แข็งในการผสมเทียมตั้งแต่ปี พ.ศ. 2497 การแช่แข็งตัวอ่อนถือได้ว่าเป็นส่วนสำคัญยิ่งส่วนหนึ่งของเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ เนื่องจากการฉีดฮอร์โมนกระตุ้นรังไข่เพื่อให้ได้ไข่หลายใบ ตามมาด้วยการได้ตัวอ่อนหลายใบ ทำให้มีตัวอ่อนเหลือจากการใส่กลับ การสามารถแช่แข็งไว้และนำกลับมาใช้ในภายหลัง ทำให้ลดค่าใช้จ่ายของผู้รับบริการและเพิ่มอัตรา การตั้งครีโอสเปิร์ม มีรายงานการตั้งครีโอสเปิร์มด้วยตัวอ่อนแช่แข็งเป็นครั้งแรกเมื่อปี พ.ศ. 2526 ส่วนการ แช่แข็งไข่ยังมีข้อจำกัดอยู่มาก เพราะไข่มักจะเกิดความเสียหายหลังการแช่แข็ง จะเกิด Aneuploidy สูงมาก และอัตราการตั้งครีโอสเปิร์มจากไข่ที่แช่แข็งก็ต่ำมาก มีรายงานการตั้งครีโอสเปิร์มจากไข่ที่แช่แข็งและ ละลายกลับ (Oocyte Freezethawing) ด้วยการฉีดเชื้อพันธุ์เข้าไปในเซลล์ไข่ (Intracytoplasmic Sperm Injection; ICSI) เป็นครั้งแรกเมื่อปี พ.ศ. 2540

จุดประสงค์ในการเก็บเชื้อพันธุ์แช่แข็งเอาไว้ แบ่งได้เป็น 3 ประการ

(1) สำหรับผู้ที่ต้องการรักษาผ่าตัดหรือรังสีรักษา (Radiotherapy) บริเวณอวัยวะ หรือ ต้องได้รับยารักษามะเร็ง (Chemotherapy) อันอาจทำให้เกิดเป็นหมันตามมา ก่อนเริ่มการรักษา

<sup>22</sup> แหล่งเดิม

สามารถนำเชื้อพันธุ์มาฝากแช่แข็งไว้ เพื่อนำกลับมาใช้ในกรณีที่ต้องการมีบุตรในอนาคตที่โรงพยาบาลศิริราชได้ให้บริการแช่แข็งเช่นนี้มานานแล้ว โดยก่อนเริ่มรักษาจะให้มาเก็บเชื้อพันธุ์แช่แข็งไว้ประมาณ 2-3 ครั้ง ห่างกันครั้งละ 3 วันขึ้นไป และจะต้องมาแจ้งยืนยันการแช่แข็งต่อไปปีละครั้ง ในระยะแรกจะแช่แข็งให้เฉพาะผู้ที่มีน้ำอสุจิปกติตามเกณฑ์มาตรฐานขององค์การอนามัยโลก ได้แก่ จำนวนตัวอสุจิมากกว่า 20 ล้านต่อ มล. อัตราการเคลื่อนไหวมากกว่าร้อยละ 50 และอัตราของอสุจิที่มีรูปร่างปกติมากกว่าร้อยละ 30<sup>23</sup> แต่ระยะหลังเนื่องจากมีเทคนิคการทำ ICSI แม้เชื้อพันธุ์ที่ต่ำกว่ามาตรฐานก็สามารถแช่แข็งได้หากผู้ป่วยต้องการ

(2) สำหรับการรักษาภาวะมีบุตรยากที่ฝ่ายสามีต้องเดินทางไกลบ่อยๆ ไม่อาจอยู่ร่วมกับภรรยาในช่วงตกไข่ หรือในการรักษาด้วยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ (Assisted Reproductive Technology; ART) ที่สามีอาจไม่สามารถเก็บเชื้อพันธุ์ในวันเจาะเก็บไข่ หรือในรายที่ในอัมตะมีตัวอสุจิแต่ไม่ออกมาในน้ำอสุจิ (Obstructive Azoospermia) ตัวอสุจิที่ได้จากการตัดเอาเนื้ออัมตะออกมาเพื่อใช้ฉีดเข้าไปในเซลล์ไข่ เมื่อมีเหลือสามารถแช่แข็งไว้เพื่อไม่ต้องตัดเนื้ออัมตะซ้ำในการทำคราวต่อไป<sup>24</sup>

(3) แช่แข็งเชื้อพันธุ์จากผู้บริจาค (Donor Sperm) เพื่อใช้ในการผสมเทียมหรือเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์อื่นให้แก่คู่สมรสที่สามีเป็นหมัน ในระยะแรกแพทย์มักใช้เชื้อพันธุ์สดจากผู้บริจาคเลย แต่หลังจากมีการระบาดของโรคเอดส์ การใช้เชื้อพันธุ์สดอาจเกิดปัญหาการติดเชื้อจากผู้บริจาคได้ ที่โรงพยาบาลศิริราชจึงใช้เชื้อพันธุ์แช่แข็งทั้งหมด โดยเมื่อได้เชื้อพันธุ์จากผู้บริจาคแล้วจะแช่แข็งเก็บไว้ก่อน หลังจากนั้น 6 เดือนเจาะเลือดผู้บริจาคไปตรวจหาเชื้อเอดส์ หากไม่พบจึงนำไปใช้ต่อไป<sup>25</sup>

โดยทั่วไปหากเป็นการผสมเทียมโดยใช้เชื้อพันธุ์แช่แข็ง 1 ครั้ง จะมีอัตราการตั้งครรภ์ประมาณร้อยละ 10 และอัตราการตั้งครรภ์สะสมจะเพิ่มขึ้นตามจำนวนครั้งที่ฉีดเชื้อ และขึ้นกับอายุของฝ่ายหญิงที่รับการฉีดเชื้อด้วย หากฉีดเชื้อพันธุ์เพื่อผสมเทียมไป 3-4 รอบระดูแล้วยังไม่ตั้งครรภ์จะต้องตรวจหาสาเหตุของฝ่ายหญิงใหม่อีกครั้ง และถ้าฉีดเชื้อไป 12 รอบระดูซึ่งมีอัตราการตั้งครรภ์สะสมร้อยละ 60-80 แล้วยังไม่ตั้งครรภ์ ควรพิจารณาการรักษาด้วยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์อื่นต่อไป<sup>26</sup>

<sup>23</sup> From World Health Organization. (1999). WHO laboratory manual for the examination of human semen and sperm-cervical mucus interaction. 4<sup>th</sup> ed. Cambridge University Press. pp. 60-1

<sup>24</sup> สมบูรณ์ คุณาธิคม ค (2545). ใน สมบูรณ์ คุณาธิคม (บรรณาธิการ). หน้า 219.

<sup>25</sup> แหล่งเดิม. หน้า 220.

<sup>26</sup> แหล่งเดิม. หน้า 222.

#### 2.4.1.2 การขอรับบริจาคเชื้อพันธุ์ของชาย

เมื่อคู่สมรสมีความประสงค์และแพทย์เห็นควรให้นำเชื้อพันธุ์ของผู้บริจาคมาช่วยในการผสมเทียมหรือเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์แล้ว คู่สมรสจะต้องมีการทำหนังสือแสดงความยินยอมรับเชื้อพันธุ์บริจาค ซึ่งประเทศไทยนั้นกำหนดให้ผู้ที่จะมาขอรับเชื้อพันธุ์บริจาคได้นั้นต้องเป็นคู่สามีภริยาตามกฎหมายเท่านั้น โดยไม่อนุญาตให้หญิงโสดหรือคู่รักเพศเดียวกันมาขอรับการบริจาคแต่อย่างใดซึ่งต่างจากในต่างประเทศ<sup>27</sup>

การใช้เชื้อพันธุ์ของผู้บริจาค (Donor) เพื่อการผสมเทียมหรือเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ในโรงพยาบาลศิริราช ได้กำหนดข้อควรคำนึงก่อนเข้ารับบริการ ดังนี้

(1) ต้องพูดคุยประเมินคุณภาพจิตใจในการยอมรับของกลุ่มสมรสที่จะรับบริจาค โดยเฉพาะฝ่ายสามีที่บางครั้งจะรู้สึกที่ตนเองไม่มีส่วนเป็นเจ้าของ รู้สึกเหมือนขาดความสามารถ ส่วนฝ่ายภริยาจะต้องตรวจให้แน่ใจว่ามีการตกไข่ และมีท่อนำไปปกติ

(2) ฝ่ายผู้บริจาคต้องมีสุขภาพแข็งแรง อายุไม่เกิน 40 ปี ไม่มีโรคทางกรรมพันธุ์ หรือโรคติดต่อทางเพศสัมพันธ์ น้ำอสุจิต้องมีคุณภาพดี ได้แก่ จำนวนตัวอสุจิมากกว่า 50 ล้าน ต่อ มล. อัตราการเคลื่อนไหวมากกว่าร้อยละ 50 และอัตราของอสุจิที่มีรูปร่างมากกว่าร้อยละ 30 และที่สำคัญที่สุด คือ ต้องมีลักษณะใกล้เคียงกับสามีของผู้รับบริจาค เช่น รูปร่าง ส่วนสูง สีผิว สีผม สีตา เชื้อชาติ และกรุ๊ปเลือด เป็นต้น ที่โรงพยาบาลศิริราชส่วนใหญ่จะได้รับบริจาคจากนักศึกษาแพทย์

(3) จะไม่ให้รู้กันระหว่างผู้บริจาคและผู้รับ เพื่อป้องกันการทวงถามสิทธิในภายหลัง

(4) จะแนะนำไม่ให้บอกต่อเด็กที่เกิดมาว่าเกิดจากเชื้อพันธุ์บริจาค เพื่อไม่ให้เกิดผลกระทบทางจิตใจต่อเด็ก

(5) เพื่อหลีกเลี่ยงการแต่งงานกันของผู้มีสายเลือดใกล้ชิดในอนาคต มีการคำนวณว่าในประชากร 800,000 คน เชื้อพันธุ์ของผู้บริจาคแต่ละคนไม่ควรใช้เกินการตั้งครรภ์ 25 ครั้ง<sup>28</sup>

ซึ่งบางประเทศธนาคารอสุจิบางแห่งยังคงต้องการใบรับรองการสมรสแต่บางแห่งต้องการหลักฐานเพียงแสดงว่าหญิงนั้นมีคู่ที่แน่นอนก็พอไม่จำเป็นต้องจดทะเบียนสมรสกัน แต่บางประเทศ เช่น สหรัฐอเมริกายังอนุญาตให้หญิงรักร่วมเพศขอรับบริจาคเชื้อพันธุ์จากธนาคารอสุจิได้ด้วย โดยหญิงที่จะขอรับบริจาคได้นั้นต้องไม่เป็นผู้ที่มีปัญหาเกี่ยวกับระบบสืบพันธุ์หรือเคยผ่าน

<sup>27</sup> การตั้งครรภ์แทน : ปัญหาทางกฎหมายครอบครัวและมรดก. เล่มเดิม. หน้า 18.

<sup>28</sup> สมบูรณ์ คุณาธิคม ก. หน้าเดิม.



การผ่าตัดมดลูกมาแล้ว ซึ่งต้องได้รับการตรวจฮอร์โมนโดยเฉพาะฮอร์โมนเอสโตรเจน (Estrogen) ตรวจหาโรคติดต่อ เช่น เอชดี ตรวจกรุ๊ปเลือด ดู Rh factor เพื่อหาอสุจิที่เข้ากันได้<sup>29</sup>

เมื่อทำข้อตกลงต่างๆ เรียบร้อยแล้วสิ่งที่แพทย์ผู้ทำการผสมเทียมหรือการใช้วิธีการเจริญพันธุ์ด้วยเทคโนโลยีควรรำพึง คือ การคัดเลือกเชื้อพันธุที่จะนำมาใช้ ถ้าเป็นไปได้ในกรณีที่ต้องอาศัยเชื้อพันธุจากผู้บริจาค โดยเฉพาะเชื้อพันธุของชาย แพทย์จะต้องคัดเลือกเชื้อพันธุที่ความแข็งแรงปลอดภัยจากโรคติดต่อทางกรรมพันธุ์รวมถึงการเป็นพาหะของโรคด้วยเช่นกัน การคัดเลือกเชื้อพันธุซึ่งใช้ในการผสมเทียมนั้นคู่สมรสจะเป็นผู้ระบุลักษณะของผู้บริจาคที่ต้องการ ส่วนแพทย์นั้นจะ ต้องพยายามคัดเลือกเชื้อพันธุที่มีลักษณะใกล้เคียงกับที่คู่สมรสต้องการให้มากที่สุด หรือคัดเลือกเชื้อพันธุที่มีความเหมาะสมเพื่อให้เด็กที่เกิดมามีลักษณะใกล้เคียงกับผู้ที่จะมาเป็นบิดามารดาในอนาคต โดยการพิจารณาแพทย์จะทำการพิจารณาจาก สีผิว สีผม ลักษณะเส้นผมหรือพิจารณาจากลักษณะภายนอก เช่น สีตา ลักษณะของรูปร่าง รูปจมูก เป็นต้น<sup>30</sup>

โดยปกติผู้ที่บริจาคเชื้อพันธุเพื่อให้แพทย์นำไปใช้ในการผสมเทียมหรือใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ให้กับผู้ที่มีปัญหาในการมีบุตรเองตามธรรมชาติไม่ได้นั้น มักจะไม่เกิดปัญหามากนัก เพราะไม่ปรากฏว่าเจ้าของเชื้อพันธุที่ได้บริจาคเป็นของผู้ใดเนื่องจากแพทย์จะเก็บข้อมูลของผู้บริจาคไว้เป็นความลับเพื่อป้องกันปัญหาอันอาจจะเกิดขึ้นในอนาคต หรือในบางกรณีแพทย์ก็ไม่อาจทราบได้ว่าเชื้อพันธุ นั้นเป็นของผู้ใด เพราะการนำเชื้อพันธุมาใช้ในการผสมเทียมอาจจะมีมากกว่าหนึ่งคนผสมกัน ซึ่งกรณีเช่นนี้แพทย์จะไม่สามารถทราบได้เลยว่าเชื้อพันธุที่ผสมพันธุกันจนเกิดการปฏิสนธิตัวอ่อนเป็นของผู้บริจาครายใดกันแน่

ผู้ที่บริจาคเซลล์สืบพันธุโดยส่วนมากแล้วจะเป็นชายบริจาคเชื้อพันธุมากกว่าจะเป็นหญิงบริจาคไข่ เหตุเพราะการนำไข่ออกจากร่างกายหญิงจำเป็นจะต้องมีการเจ็บตัวบ้างไม่เหมือนกับการนำเชื้อพันธุออกจากร่างกายของชาย ผู้บริจาคเซลล์สืบพันธุโดยมากแล้วมีเจตนาที่จะสงเคราะห์ผู้ที่มีปัญหาในการมีบุตรยากให้มีโอกาสเป็นพ่อแม่ซักครั้งในชีวิต มักจะไม่เรียกร้องสิทธิในตัวเด็กที่เกิดมาเพราะไม่มีเจตนาจะเป็นบิดาหรือมารดาของเด็กแต่อย่างใด<sup>31</sup>

ในหลายๆประเทศที่มีการนำเทคโนโลยีเจริญพันธุ์ทางการแพทย์มาใช้ นั้น มีกฎเกณฑ์ที่ต่างจากในประเทศไทยหลายประการ ทั้งในส่วนคุณสมบัติของผู้ที่จะขอรับเชื้อพันธุบริจาค ผลของ

<sup>29</sup> Sperm Donation, Retrieved October 18, 2009. From [http://www.womenshealth.co.uk/donor\\_sperm.html](http://www.womenshealth.co.uk/donor_sperm.html).

<sup>30</sup> การตั้งครรรค์แทน : ปัญหาทางกฎหมายครอบครัวและมรดก เล่มเดิม. หน้า 18.

<sup>31</sup> การตั้งครรรค์แทน : ปัญหาทางกฎหมายครอบครัวและมรดก เล่มเดิม. หน้า 33.

สัญญาที่มีต่อผู้บริจาคและผู้ขอรับบริจาค และในส่วนของกฎหมายที่ออกมากำหนดสิทธิหน้าที่ของเด็ก ชายผู้เป็นสามีของมารดาเด็กและชายผู้เป็นเจ้าของเชื้อพันธุ่ว่าใครเป็นผู้ใช้อำนาจในการปกครองเลี้ยงดูเด็ก ใครมีหน้าที่อุปการะเลี้ยงดูเด็ก รวมไปถึงสิทธิของเด็กที่จะตามหาบิดาทางสายเลือดของตน

#### 2.4.2 หลักเกณฑ์และขั้นตอนการบริจาคและการขอรับบริจาคเชื้อพันธุของชายในต่างประเทศ

##### 2.4.2.1 การบริจาคเชื้อพันธุของชาย

เนื่องจากขั้นตอนและวิธีการบริจาคมุ่งถึงการเก็บรักษามีลักษณะคล้ายกับของไทย กล่าวคือ ผู้บริจาคเชื้อพันธุ้นั้นต้องเป็นชายอายุระหว่าง 18-35 ปี ซึ่งต้องมีสุขภาพแข็งแรงไม่มีโรคติดต่อหรือไม่เป็นพาหะของโรคติดต่อทางพันธุกรรมที่สามารถทำให้เด็กที่เกิดมานั้นพิการได้ ต้องไม่เป็นผู้ติดยาเสพติด หรือผู้ที่ติดเชื้อ HIV ก่อนการบริจาคเชื้อพันธุ ธนาคารอสุจิจะทำการตรวจสอบประวัติทางการแพทย์ สุขภาพจิต สุขภาพร่างกาย ลักษณะทางกายภาพ ประวัติสุขภาพของครอบครัว ซึ่งข้อมูลเหล่านี้จะมีประโยชน์มากต่อการหาผู้รับบริจาคที่เหมาะสมในอนาคต โดยผู้บริจาคต้องได้รับการตรวจหาเชื้อ HIV ตรวจรูปร่างเลือด ตรวจ RH type เพื่อให้เกิดความแน่ใจว่าเด็กที่เกิดมาจะไม่ได้รับอันตรายหรือผลกระทบใดๆ จากการบริจาคเชื้อพันธุ นอกจากนี้เมื่อมีการบริจาคเชื้อพันธุแล้วแพทย์ต้องทำการตรวจดูเชื้อพันธุอีกว่ามีความแข็งแรงและมีคุณภาพที่ดีหรือไม่ แล้วจะมีการเก็บข้อมูลของผู้บริจาคไว้เพื่อประกอบการพิจารณา โดยข้อมูลนั้นต้องประกอบด้วย รูปร่าง ส่วนสูง สีผิว สีผม เชื้อชาติ และหมู่เลือด สุดท้ายแพทย์จะทำการเก็บเชื้อพันธุไว้อย่างน้อย 3 เดือน เพื่อให้แน่ใจว่าผู้บริจาคยังสบายดี ไม่มีโรคใดๆ และยังไม่เสียชีวิตในช่วงเวลานั้น<sup>32</sup> ดังนั้นผู้วิจัยจึงไม่ขอกล่าวซ้ำอีก

##### 2.4.2.1 การขอรับบริจาคเชื้อพันธุของชาย

ในต่างประเทศนั้นนอกจากธนาคารอสุจิแต่ละแห่งจะมีระเบียบกฎหมายที่ใช้ควบคุมในเรื่องของหลักเกณฑ์การบริจาคและการขอรับบริจาคแล้วยังมีในส่วนที่เกี่ยวกับสิทธิต่อเด็กด้วย โดยจะให้ผู้ที่ทำการบริจาคมือถือชื่อปฏิเสธสิทธิใดๆ ที่เกี่ยวกับตัวเด็ก ซึ่งในส่วนนี้นอกจากกฎหมายของธนาคารอสุจิแล้วยังมีกฎหมายของรัฐออกมาควบคุมในรูปแบบของกฎหมายด้วย

##### 2.4.2.3 ผลประโยชน์ค่าตอบแทนในการบริจาค

จากการสำรวจผู้บริจาคเชื้อพันธุ พบว่ามากกว่าครึ่งมุ่งหวังจะได้ค่าตอบแทนในการบริจาคเชื้อพันธุและการบริจาคเชื้อพันธุให้กับธนาคารอสุจิของสถาบัน และคลินิกในสหรัฐอเมริกา มีค่าตอบแทนให้กับผู้บริจาค การให้ผลตอบแทนทำให้หาผู้บริจาคได้ง่าย แต่วิธีนี้มีข้อเสียที่อาจจะ

<sup>32</sup> Retrieved October 23, 2011. From [www.wikipedia.org](http://www.wikipedia.org).

ทำให้ผู้ต้องการหารายได้จากการบริจาคปกปิดชื่อเท็จจริงเกี่ยวกับโรคของตนเอง ทำให้มีการแพร่กระจายของโรคติดต่อทางเพศสัมพันธ์และโรคพันธุกรรมมากขึ้น โดยเฉพาะถ้าหากขีดความสามารถในการคัดกรองโรคเหล่านี้ของสถาบันต่ำ ด้วยเหตุนี้องค์กรที่เกี่ยวข้องบางแห่งจึงมีข้อกำหนดให้การบริจาคเชื้อพันธุ์เป็นความสมัครใจโดยไม่มีค่าตอบแทนเช่นเดียวกับการบริจาคไข่<sup>33</sup>

#### 2.4.2.4 การปกปิดหรือเปิดเผยผู้บริจาค

หลักเกณฑ์ในส่วนนี้มีความสำคัญมากเพราะมีความแตกต่างกับของไทย นั่นคือ การบริจาคในไทยนั้นแพทย์หรือผู้ให้บริการจะต้องปกปิดชื่อผู้บริจาคไว้เป็นความลับและไม่มีกฎหมายกำหนดว่าในกรณีใดบ้างที่ต้องเปิดเผยชื่อของผู้บริจาค ส่วนในต่างประเทศนั้นในอดีตมีหลักเกณฑ์คล้ายของประเทศไทยกล่าวคือหากไม่ใช่การบริจาคจากเพื่อนและญาติพี่น้องแล้ว การบริจาคเชื้อพันธุ์โดยทั่วไป ผู้บริจาคมักต้องการให้ปกปิดเป็นความลับ ซึ่งบางสถาบันมีกฎหมายให้การบริจาคเชื้อพันธุ์เป็นเรื่องปกปิด เพื่อป้องกันผลกระทบต่อสังคมและการหาผลประโยชน์ของผู้บริจาคทางด้านคู่สามีภรรยา โดยเฉพาะสามีต้องการให้การรับบริจาคเชื้อพันธุ์เป็นความลับ เพราะความรู้สึกผิดที่ไม่สามารถมีบุตรได้เอง และต้องการให้สังคมรับรู้ว่าการคลอดของตนเป็นครอบครัวที่ปกติ แต่มีการศึกษาพบว่า การปกปิดเป็นความลับอาจมีผลเสียต่อจิตใจของสามีมากขึ้นเสมือนเป็นการตอกย้ำความรู้สึกที่ไม่มีความสามารถมีบุตรที่เป็นสายเลือดของตนเองได้ ซึ่งอาจจะเกิดผลกระทบต่อความสัมพันธ์ในครอบครัว ในอีกด้านหนึ่งการปกปิดก็เหมือนกับการหลอกลวงเด็ก อาจจะมีผลกระทบต่อความสัมพันธ์ในครอบครัวและจิตใจของเด็กเมื่อรับทราบความจริงภายหลัง ดังนั้นในบางประเทศจึงได้ออกระเบียบให้เปิดเผยผู้บริจาคให้เด็กทราบเมื่อเด็กบรรลุนิติภาวะ<sup>34</sup>

ดังนั้นหลักเกณฑ์การบริจาคเชื้อพันธุ์ของชายในต่างประเทศจึงได้กำหนดผู้บริจาคไว้ 2 ประเภทคือ 1. ประเภทที่รู้ตัวผู้บริจาค 2. ประเภทที่ไม่รู้ตัวผู้บริจาค<sup>35</sup>

(1) ประเภทที่รู้ตัวผู้บริจาค คือกรณีที่ต้องการรับบริจาค ร้องขอให้ผู้ที่ตนรู้จักทำการบริจาคเชื้อพันธุ์นั้น ให้แก่ตนเพื่อทำการผสมเทียมหรือเพื่อใช้กับเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์อื่นที่เหมาะสมกับผู้ขอรับบริจาค

(2) ประเภทที่ไม่รู้ตัวผู้บริจาค คือกรณีที่ผู้ต้องการรับบริจาค ได้ขอรับการบริจาคจากธนาคารอสุจิ (Sperm Bank) ซึ่งส่วนใหญ่จะปกปิดชื่อของผู้บริจาคไว้เป็นความลับ

<sup>33</sup> สมบูรณ์ คุณาธิคม และ อร่าม โจรนสกุล. (2545). สมบูรณ์ คุณาธิคม. หน้า 472.

<sup>34</sup> แหล่งเดิม. หน้า 471-472.

<sup>35</sup> Sperm Donation. Retrieved October 18, 2009. Retrieved October 18, 2009. From [http://www.womens-health.co.uk/donor\\_sperm.html](http://www.womens-health.co.uk/donor_sperm.html).

ในประเทศอังกฤษนั้น มีกฎระเบียบที่ใช้สำหรับควบคุมกิจกรรมที่เกี่ยวข้องกับการใช้และให้บริการนาคารอสุจิ คือ The Human Fertilisation and Embryology Authority (HFEA) ซึ่งผู้บริจาคมันต้องผ่านการขึ้นทะเบียนกับ (HFEA) เพื่อที่จะได้ให้รายละเอียดในการบริจาคมันแก่ผู้รับ

ตาม HFEA กำหนดไว้ ชื่อของผู้บริจาคมันจะต้องไม่เปิดเผยแก่ผู้รับ โดยผู้รับการบริจาคมันจะมีสิทธิรับรู้เกี่ยวกับรูปร่างลักษณะ กรุ๊ปเลือดของผู้บริจาคมันเท่านั้น และในส่วนของผู้บริจาคมันเองก็ไม่มีสิทธิที่จะบอกกล่าวชื่อของตนแก่ผู้รับบริการและจะไม่มีสิทธิในการเป็นผู้อำนาจปกครองหรือสิทธิหน้าที่ใดๆ เกี่ยวกับเด็กที่เกิดจากเชื้อพันธุกรรมของตน ดังนั้นธนาคารอสุจิจึงกำหนดข้อบังคับไว้ว่า ผู้บริจาคมันต้องสละสิทธิความเป็นบิดาเพื่อป้องกันมิให้ผู้บริจาคมันได้รับความเสียหายที่อาจจะเกิดขึ้นจากการตามหาบิดาเพื่อเรียกร้องการอุปการะเลี้ยงดูจากผู้บริจาคมัน<sup>36</sup> ส่วนการรับบริจาคมันเชื้อพันธุกรรมจากธนาคารอสุจินั้นผู้บริจาคมันจะไม่มีสิทธิที่จะได้พบกับผู้รับบริจาคมันแต่อย่างใด แต่หากเป็นกรณีรับบริจาคมันจากบุคคลที่รู้จักกันดีผู้บริจาคมันอาจทำสัญญาให้ผู้รับการบริจาคมันมีสิทธิในการดูแลเด็กและมีอำนาจปกครองบุตรแต่ผู้เดียวได้<sup>37</sup>

แม้จะมีการกำหนดให้ปกปิดชื่อผู้บริจาคมันเป็นความลับแต่ภายใต้ HFEA ของประเทศอังกฤษนั้น ก็ได้กำหนดให้เด็กที่เกิดจากการบริจาคมันเชื้อพันธุกรรมนั้นสามารถร้องขอต่อศาลให้ธนาคารอสุจินั้นเปิดเผยชื่อผู้บริจาคมันได้เมื่อคนมีอายุครบ 18 ปี ซึ่งกฎหมายในส่วนนี้เริ่มบังคับใช้ในปี ค.ศ. 2005 โดยไม่มีผลย้อนหลัง จึงหมายความว่าเด็กที่เกิดจากการบริจาคมันเชื้อพันธุกรรมที่ต้องการตามหาบิดาโดยสายเลือดของตนนั้น กฎหมายนี้จึงจะถูกนำมาใช้ครั้งแรกในปี ค.ศ. 2023 ซึ่งเป็นปีที่เด็กนั้นมีอายุครบ 18 ปี เหตุที่กำหนดกฎหมายในส่วนนี้มาก็เพราะถือว่า เด็กย่อมมีสิทธิที่จะรู้เกี่ยวกับชาติกำเนิดของตน แต่สิทธินั้นก็กลับก่อให้เกิดความกังวลแก่ผู้เชี่ยวชาญว่าการกำหนดให้สามารถระบุตัวผู้บริจาคมันได้จะเป็นสาเหตุที่ทำให้การบริจาคมันเชื้อพันธุกรรมลดลง<sup>38</sup> ซึ่งผลที่จะตามมาจากการหาผู้บริจาคมันเชื้อพันธุกรรมไม่ได้คือ อาจเป็นสาเหตุที่ทำให้คู่สมรสที่ไม่สามารถขอรับบริการจากธนาคารอสุจิได้หันไปใช้บริการจากต่างประเทศแทน

#### 2.4.2.5 การขอรับบริจาคมันเชื้อพันธุกรรมของชายในผู้ที่ไม่ได้แต่งงาน

ในสังคมปัจจุบันมีสตรีที่เป็น โสด เป็นหม้ายและเลสเบียน (Lesbian) จำนวนมากขึ้น ความต้องการจะสร้างครอบครัวโดยไม่มีบิดา หรือการสร้างครอบครัวในสตรีเลสเบียนโดยอาศัย

<sup>36</sup> Retrieved October 23, 2011. From <http://jrl-s.com>.

<sup>37</sup> From Dornor insemination, <http://www.americanpregnancy.org/infertility/dororinsemination.html>. Retrieved October 18, 2009.

<sup>38</sup> Sperm donors to lose anonymity. Retrieved January 10, 2012. From <http://news.bbc.co.uk/2/hi/health/3414141.stm>.

การบริจาคเชื้อพันธุ์มีมากขึ้น ในบางประเทศสตรีเหล่านี้มีสิทธิตามกฎหมายที่จะสร้างครอบครัว เช่นนี้ได้ และเกิดเป็นปัญหาจริยธรรมที่ขัดแย้งกันอยู่ในขณะนี้ ผู้ที่ไม่เห็นด้วยกับการสร้างสังคม เช่นนี้ เห็นว่าการขาดบิดาจะมีผลกระทบต่อพัฒนาการของเด็กในด้าน Psycho – Sexual ด้านสังคม และมีปมค้อยได้ในกรณีที่มีราคาเป็นเลสเบียน บางสถาบัน ได้มีข้อกำหนดที่ไม่อนุญาตให้มีการบริจาคเชื้อพันธุ์แก่สตรีที่ไม่ได้แต่งงานและเลสเบียน แต่มีผู้คัดค้านว่า เด็กที่เกิดในครอบครัวที่มีลักษณะนี้มีพัฒนาการที่ไม่แตกต่างไปจากเด็กที่เกิดในครอบครัวปกติทั่วไป อย่างไรก็ตามประเด็นนี้ยังเป็นเรื่องใหม่และขอบเขตของปัญหายังไม่กว้างขวาง จึงต้องติดตามผลกระทบในอนาคต และหาข้อสรุปที่แน่ชัดต่อไป<sup>39</sup>

#### 2.4.2.6 ความเป็นบิดามารดา

ปัญหาความเป็นบิดามารดาที่ต้องตามกฎหมายเป็นเรื่องละเอียดอ่อน การมีสิทธิที่ต้องตามกฎหมายซึ่งหมายถึง หลักประกันในการเลี้ยงดู ในประเทศต่างๆ เกือบทั่วโลกยังถือว่า มารดาที่ตั้งครรภ์และคลอดลูกเป็นมารดาที่ต้องตามกฎหมาย แต่ในบางประเทศยังมีกฎหมายที่ยอมรับบิดามารดาโดยพันธุกรรมเป็นบิดามารดาที่ต้องตามกฎหมาย ฉะนั้นเพื่อเป็นการป้องกันการฟ้องร้องและหาผลประโยชน์ของผู้บริจาคไข่ ประเทศที่ยอมรับวิธีบริจาคไข่ก็จะมีการตรากฎหมายให้มารดาที่รับบริจาคไข่เป็นมารดาที่ต้องตามกฎหมาย<sup>40</sup> ย่อมหมายความว่าหากประเทศใดยอมรับการบริจาคเชื้อพันธุ์ ย่อมต้องมีการตรากฎหมายให้ผู้ที่รับการบริจาคเชื้อพันธุ์เป็นบิดามารดาที่ต้องตามกฎหมายเช่นเดียวกัน

### 2.5 หลักนิติกรรมที่เกี่ยวข้องกับการซื้อขายเชื้อพันธุ์

การนำเชื้อพันธุ์มาใช้ในการผสมเทียมตามที่ได้อธิบายมาแล้วในหัวข้อข้างต้นจะเห็นได้ว่าเชื้อพันธุ์ที่นำมาใช้ หากมิใช่เชื้อพันธุ์ของผู้เข้ารับบริการเองก็ต้องเป็นเชื้อพันธุ์ที่มาจาก การขอรับบริจาคเท่านั้นไม่สามารถทำการซื้อขายได้ เพราะการซื้อขายเชื้อพันธุ์ไม่อยู่ภายใต้หลักกฎหมายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมสัญญา

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 149 บัญญัติว่า “นิติกรรม หมายความว่า การใดๆ อันทำลงโดยชอบด้วยกฎหมายและด้วยใจสมัคร มุ่งโดยตรงต่อการผูกนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคล เพื่อจะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวนหรือระงับซึ่งสิทธิ”

<sup>39</sup> สมบูรณ์ คุณาธิคม และ อร่าม โรจนสกุล. (2545). ใน *สมบูรณ์ คุณาธิคม*. หน้า 472.

<sup>40</sup> แหล่งเดิม หน้า 469, 472.

บทบัญญัติดังกล่าวได้ให้ความหมายของนิติกรรมว่าเป็นการกระทำของบุคคลอันชอบด้วยกฎหมายและมุ่งประสงค์ให้เกิดผลในกฎหมายขึ้นที่จะผูกพันกันในการก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน หรือระงับซึ่งสิทธิ ซึ่งเรียกรวมๆ กันว่าเป็นการเคลื่อนไหวในสิทธิหรือการเคลื่อนไหวแห่งสิทธิ และเมื่อนิติกรรมก่อให้เกิดสิทธิแก่ฝ่ายหนึ่งก็จะทำให้เกิดหน้าที่แก่คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งไปในตัว ดังนั้นการทำนิติกรรมที่ชอบด้วยกฎหมาย จะต้องเป็นการกระทำโดยมุ่งจะผูกนิติสัมพันธ์ระหว่างบุคคล หมายความว่า เป็นการกระทำที่ไม่มีเจตนาซ่อนเร้น เจตนาลวง หรือเจตนาอำพรางนิติกรรมอีกอันหนึ่งต้องเป็นการกระทำโดยสมัครใจไม่ใช่เรื่องที่เกิดจากความสำคัญผิด กลั่นแกล้งหรือข่มขู่ ต้องมีวัตถุประสงค์ที่จะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน หรือระงับซึ่งสิทธิ ถือเป็น การกระทำที่มีความมุ่งหมายที่จะก่อให้เกิดความเคลื่อนไหวในสิทธิอย่างใดอย่างหนึ่งใน 5 อย่างที่กล่าวมาข้างต้น เพราะถ้าหากการกระทำไม่ก่อให้เกิดความเคลื่อนไหวในสิทธิอย่างใดอย่างหนึ่งนั้นก็ไม่ใช่นิติกรรม<sup>41</sup>

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 150 บัญญัติว่า “การใดมีวัตถุประสงค์เป็นการต้องห้ามชัดแจ้ง โดยกฎหมายเป็นการพันวิสัยหรือเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน การนั้นเป็นโมฆะ” เช่น นิติกรรมที่มีวัตถุประสงค์ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ไม่มีกฎหมายให้คำวิเคราะห์ศัพท์ไว้ แต่เข้าใจกันว่าความสงบเรียบร้อยของประชาชนนั้นหมายถึง กรณีที่เกี่ยวข้องผลประโยชน์ทั่วไปของชาติหรือของประชาชนส่วนรวม ส่วนศีลธรรมอันดีของประชาชน หมายถึง ขนบธรรมเนียมประเพณีอันดีงามของสังคม ถ้าสังคมถือว่าอะไรเป็นเรื่องของศีลธรรมแล้ว สิ่งนั้นก็เป็ นศีลธรรมอันดีของประชาชน ซึ่งอาจเปลี่ยนแปลงไปได้ตามยุคสมัยและตามสังคมแต่ละสังคม การกระทำอันเดียวกันในสังคมหนึ่ง อาจถือได้ว่าขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน แต่อีกสังคมหนึ่งอาจไม่ถือเช่นนั้น หรือการกระทำอันเดียวกันนั้นในยุคหนึ่งอาจเป็น เรื่องที่ไม่ขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน แต่เวลาเปลี่ยนแปลงไปในสังคมเดียวกันนั้นก็กลับถือว่าการกระทำนั้นขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน<sup>42</sup>

ส่วนสัญญาซื้อขายนั้น มีหลายรูปแบบทั้งค้ำประกันว่าจะซื้อหรือจะขาย สัญญาจะซื้อจะขาย และสัญญาซื้อขายเสร็จเด็ดขาด ซึ่งในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะขอกล่าวถึงเฉพาะสัญญาซื้อขายซื้อ พันธุ์เสร็จเด็ดขาดเท่านั้น ซึ่งทรัพย์ที่ซื้อขายกันนั้นจะต้องมีตัวตนแน่นอนอยู่แล้วมิใช่ทรัพย์สินในอนาคตที่ยังไม่เกิดมีขึ้นและต้องเป็นทรัพย์ที่ผู้ซื้อตกลงจะจงซื้อทรัพย์สินที่มีตัวตนแน่นอนนั้น

<sup>41</sup> อัครวิทย์ สุมาวงศ์. (2554). คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมสัญญา หน้า 2-3.

<sup>42</sup> แหล่งเดิม. หน้า 33.

หรือเรียกว่าทรัพย์สินเฉพาะสิ่งเพราะตราใบที่ยังไม่เป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งการโอนกรรมสิทธิ์ก็เกิดขึ้นไม่ได้เพราะไม่ทราบว่าทรัพย์สินไหนที่ต้องการให้ออน

วัตถุประสงค์ของสัญญาซื้อขาย ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 453 บัญญัติไว้ว่า “อันว่าซื้อขายนั้นคือสัญญาซึ่งบุคคลฝ่ายหนึ่งเรียกว่าผู้ขาย โอนกรรมสิทธิ์แห่งทรัพย์สินให้แก่บุคคลอีกฝ่ายหนึ่งเรียกว่าผู้ซื้อ และผู้ซื้อตกลงว่าจะใช้ราคาทรัพย์สินนั้นให้แก่ผู้ขาย” ย่อมแสดงให้เห็นว่าวัตถุประสงค์ของสัญญาซื้อขายนั้นก็คือ “ทรัพย์สิน” ซึ่งหมายถึงวัตถุที่มีรูปร่าง และวัตถุที่ไม่มีรูปร่างที่อาจมีราคาและอาจถือเอาได้ ซึ่งได้แก่ อสังหาริมทรัพย์ สงหาริมทรัพย์ และสิทธิ แต่ทรัพย์สินบางประเภทไม่อาจซื้อขายได้เนื่องจากมีกฎหมายห้ามจำหน่าย ไม่ว่าจะห้ามโดยประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์หรือกฎหมายอื่นๆ เช่น สาธารณะสมบัติของแผ่นดิน วัดและที่ธรณีสงฆ์ ทรัพย์สินส่วนพระมหากษัตริย์ ทรัพย์สินที่การจำหน่ายมีความผิดและบطلงโทษทางอาญาและสิทธิที่จะได้รับค่าอุปการะเลี้ยงดู ทรัพย์สินที่ไม่อาจซื้อขายอีกประเภทคือ ไม่อาจซื้อขายได้เนื่องจากเจตนาของบุคคล เช่น ทรัพย์สินที่ผู้โอนได้กำหนดข้อจำกัดห้ามโอนไว้<sup>43</sup>

ความเป็นโมฆะของสัญญาซื้อขาย มีสาเหตุคือ เมื่อวัตถุประสงค์ของสัญญานั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายประการใดประการหนึ่งตามมาตรา 150 กล่าวคือ วัตถุประสงค์ต้องห้ามขัดแย้งโดยกฎหมาย หรือวัตถุประสงค์พ้นวิสัย หรือวัตถุประสงค์ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน เมื่อมีความสำคัญผิดในสาระสำคัญแห่งสัญญาซื้อขายตามมาตรา 156 และเมื่อมีการตกลงเนื้อหาของสัญญาแตกต่างจากกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนตามมาตรา 151 เป็นต้น

การให้บริการในส่วนที่เกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ โดยส่วนใหญ่แล้วแพทย์จะเลือกใช้เชื้อพันธุ์ของคู่สมรสที่เข้ารับการบริการก่อน แต่หากคู่สมรสมีปัญหาไม่สามารถใช้เชื้อพันธุ์ของตนได้ แพทย์จะเลือกใช้เชื้อพันธุ์ของผู้อื่นแทน ซึ่งเชื้อพันธุ์นั้นต้องได้มาจากการบริจาคมิใช่การซื้อขาย เหตุที่แพทย์เลือกใช้เชื้อพันธุ์จากผู้บริจาคส่วนหนึ่งเป็นเพราะต้องการที่จะปกปิดผู้ที่เป็นเจ้าของเชื้อพันธุ์ เพื่อป้องกันปัญหาการเรียกร้องสิทธิต่อกันในอนาคต แต่หากพิจารณาในมุมของกฎหมายว่าด้วยนิติกรรมสัญญาแล้ว มีประเด็นที่ต้องพิจารณาคือการซื้อขายเชื้อพันธุ์นั้นจะชอบด้วยกฎหมายหรือไม่

เชื้อพันธุ์ของมนุษย์จะถือเป็นทรัพย์สินที่เป็นวัตถุแห่งสัญญาได้หรือไม่ ไม่มีกฎหมายใดบัญญัติไว้โดยชัดแจ้งอันจะทำให้สามารถพิจารณาได้ว่าการซื้อขายเชื้อพันธุ์นั้นต้องห้ามเพราะเหตุที่เป็นการซื้อขายทรัพย์สินนอกพาณิชย์ตามมาตรา 143 และมีผลให้สัญญาซื้อขายตกเป็นโมฆะตามมาตรา 152 หรือไม่ และผู้วิจัยมีอาจสรุปได้ว่าสัญญาซื้อขายเชื้อพันธุ์เป็นการซื้อขายทรัพย์สินนอก

<sup>43</sup> แหล่งเดิม. หน้า 108-115.

พาณิชย์อันต้องห้ามด้วยกฎหมายหรือไม่ และแม้เชื่อพันธุ์ขณะเป็นส่วนหนึ่งของร่างกายจะไม่มีสถานะเป็นทรัพย์สินเพราะกฎหมายไม่ยอมรับหรือรับรองให้มีการถือเอาร่างกายมนุษย์หรือส่วนหนึ่งส่วนใดของร่างกายมนุษย์เป็นทรัพย์สินและยังมีกฎหมายห้ามและลงโทษทางอาญาแก่ผู้ที่ถือเอามนุษย์เป็นทรัพย์สิน คือประมวลกฎหมายอาญามาตรา 312 ห้ามเอาคนลงเป็นทาส ห้ามพา ซื้อขาย จำหน่าย รับหรือหน่วงเหนี่ยวบุคคลไว้ ดังนั้นจึงแปลความได้ว่าส่วนต่างๆของร่างกายตราบใดที่ยังเป็นส่วนของร่างกายอยู่ย่อมไม่เป็นทรัพย์สินแต่เมื่อหลุดจากร่างกายย่อมมีราคาและอาจถือเอาได้ซึ่งหากถือตามความหมายนี้เชื่อพันธุ์ก็อาจถือว่าเป็นทรัพย์สินได้เช่นกัน

แต่อย่างไรก็ตามผู้วิจัยมีความเห็นว่าปัจจุบันสังคมไทยยังไม่ได้ให้การยอมรับการซื้อขายเชื่อพันธุ์ของมนุษย์เพราะสังคมไทยบางส่วนมองว่าเป็นการซื้อขายในสิ่งที่สามารถก่อกำเนิดชีวิตใหม่ได้ ซึ่งอาจขัดต่อความรู้สึกของประชาชน โดยส่วนใหญ่ นอกจากนี้แม้ในทางแพ่งและพาณิชย์บุคคลย่อมจะต้องมีสิทธิและเสรีภาพในการเข้าทำสัญญาแต่การทำสัญญาซื้อขายเชื่อพันธุ์นั้นผลจากการซื้อขายคือชีวิตใหม่ที่ถือกำเนิดขึ้นมา ซึ่งเด็กที่เกิดมานั้นย่อมมีสิทธิและเสรีภาพไม่ต่างจากบุคคลที่เกิดขึ้นมาโดยกระบวนการตามธรรมชาติ ผลของสัญญานั้นคืออีกหนึ่งชีวิต สัญญานี้จึงมีความแตกต่างจากสัญญาอื่นๆ โดยทั่วไป ผู้วิจัยจึงมีความเห็นว่าสัญญาดังกล่าวขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน นอกจากนี้หากกฎหมายยอมรับสัญญาซื้อขายเชื่อพันธุ์ อาจก่อให้เกิดปัญหาอื่นๆตามมา เช่น หากเด็กที่เกิดมามีความผิดปกติจะถือว่าสัญญาเป็นโมฆียะเพราะสำคัญผิดในคุณสมบัติอันเป็นวัตถุประสงค์แห่งสัญญาตามมาตรา 157 หรือไม่ ซึ่งจะมีผลกระทบต่อเรื่องสิทธิและหน้าที่ที่มีต่อเด็กที่เกิดมาด้วย ดังนั้นการนำหลักกฎหมายเรื่องนิติกรรมสัญญา มาปรับใช้ย่อมไม่มีความเหมาะสมตามเหตุผลที่กล่าวมาข้างต้น ฉะนั้นการนำเชื่อพันธุ์ของผู้อื่นมาใช้ในรูปแบบของการรับบริจาคโดยผู้บริจาคมีเจตนาเพื่อช่วยเหลือผู้ที่ไม่สามารถมีบุตรได้เองให้สามารถมีบุตรได้ย่อมลดความรู้สึกว่าการกระทำนั้นขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนได้บ้างเพราะผู้บริจาคกระทำโดยมีเจตนาช่วยเหลือผู้อื่นมิได้ทำเพื่อประสงค์ในผลตอบแทนเป็นตัวเงิน

นอกจากเหตุผลข้างต้นแล้วการบริจาคมิสามารถป้องกันการเรียกร้องสิทธิอื่น ๆ ตามสัญญาต่อกันในอนาคตได้ กล่าวคือ หากกฎหมายอนุญาตให้สามารถทำสัญญาซื้อขายเชื่อพันธุ์ได้ สัญญานั้นย่อมก่อให้เกิดสิทธิและหน้าที่ระหว่างคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย ฝ่ายผู้ซื้อย่อมมีหน้าที่ต้องชำระเงินให้แก่ผู้ขาย และผู้ขายมีหน้าที่ส่งมอบทรัพย์สินให้แก่ผู้ซื้อ หากผู้ซื้อไม่ชำระราคาตามข้อสัญญาซื้อขาย เช่นนี้อาจยังเรียกร้องให้ส่งมอบเงินได้ แต่หากผู้ขายไม่ส่งมอบทรัพย์สินซึ่งหมายถึงเชื่อพันธุ์ของตนให้แก่ผู้ซื้อ เช่นนี้ผู้ซื้อจะเรียกร้องให้ผู้ขายส่งมอบได้หรือไม่ นอกจากนี้การบังคับให้ผู้ขายส่งมอบจะถือเป็นการบังคับให้กระทำต่อเนื้อตัวร่างกายของผู้นั้นอันจะเป็นความผิดอาญาฐานทำ



ร้ายร่างกายหรือกระทำอนาจารต่อผู้นั้นหรือไม่ นอกจากนี้หากคู่สัญญามิได้ตกลงกันว่าผู้ชายไม่ต้องรับผิดชอบเพื่อความชำรุดบกพร่องแล้วต่อมาปรากฏว่าเด็กเกิดมาพิการเช่นนี้จะนำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยความรับผิดชอบเพื่อชำรุดบกพร่องมาใช้ได้หรือไม่ เนื่องจากผู้ชายต้องรับผิดชอบทั้งกรณีที่ผู้ชายรู้อยู่แล้วหรือไม่รู้ว่าคุณสมบัติของนั้นมียู่ แต่หากเด็กที่เกิดมามีได้พิการแต่มีลักษณะไม่ตรงตามเจตนาของผู้ซื้อ เช่นผู้ซื้อได้ซื้อเชื้อพันธุจากผู้ชายเนื่องจากเห็นว่าผู้ชายมีตาสีฟ้าและต้องการให้เด็กที่เกิดมามีตาสีฟ้าเช่นเดียวกับผู้ชาย แต่เมื่อเด็กเกิดมาแล้วแต่มิได้มีตาสีฟ้าเหมือนผู้ชาย เช่นนี้จะถือว่าเกิดความชำรุดบกพร่องหรือไม่และผู้ใดต้องเป็นฝ่ายรับผิดชอบ

จากเหตุผลที่กล่าวมาข้างต้นจะเห็นได้ว่าการซื้อขายเชื้อพันธุ นั้นแตกต่างจากการซื้อขายทรัพย์สินอื่นๆ ดังนั้นหากกฎหมายอนุญาตให้ซื้อขายเชื้อพันธุได้ย่อมต้องมีการออกกฎหมายให้สอดคล้องกับกรณีดังกล่าวเพราะการนำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่บังคับใช้ในปัจจุบันมาปรับใช้ย่อมไม่มีความเหมาะสม ด้วยเหตุผลดังกล่าวข้างต้นจึงเป็นเหตุให้เชื้อพันธุที่นำมาใช้ต้องเป็นเชื้อพันธุที่เป็นของผู้เข้ารับบริการทางการแพทย์เองหรือได้รับมาจากผู้บริจาคเท่านั้น

ในปัจจุบันประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายที่บัญญัติเกี่ยวกับการบริจาคเชื้อพันธุไว้อย่างชัดเจนดังนั้นจึงต้องนำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาปรับใช้ แต่ในทางการแพทย์มีกฎหมายหรือข้อบังคับที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับเรื่องการบริจาคเชื้อพันธุ คือประกาศแพทยสภา ฉบับที่ 1/2540 เรื่องมาตรฐานการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ และ ฉบับที่ 2 ปี พ.ศ. 2545 ดังนี้

ข้อ 4/2 ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมซึ่งเป็นผู้รับผิดชอบตามข้อ 3 หรือเป็นผู้ให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ จะต้องรักษามาตรฐานการให้บริการในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการบริจาคเซลล์สืบพันธุ์จากหญิงหรือชาย หรือตัวอ่อนที่ใช้ในกระบวนการช่วยการเจริญพันธุ์ดังนี้

(1) กรณีที่คู่สมรสต้องการมีบุตรโดยให้ภรรยาเป็นผู้ตั้งครรภ์ ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมอาจให้บริการโดย

(ก) ใช้เซลล์สืบพันธุ์จากผู้บริจาคเพื่อการปฏิสนธิไม่ว่าจะทำให้เกิดขึ้นภายในหรือภายนอกร่างกาย .....

(3) การให้บริการตาม (1) หรือ (2) ต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขดังนี้

(ก) ไม่มีการจ่ายค่าตอบแทนแก่ผู้บริจาคเซลล์สืบพันธุ์ในลักษณะที่อาจทำให้เข้าใจได้ว่าเป็นการซื้อขาย...

ตามประกาศข้างต้น แม้ทางการแพทย์จะได้กำหนดมิให้มีการจ่ายค่าตอบแทนอันจะทำให้เข้าลักษณะซื้อขายเท่าเชื้อพันธุไว้แล้วแต่ก็ไม่อาจรับประกันได้ว่าปัญหาการซื้อขายเชื้อพันธุจะ

ไม่เกิดขึ้น ดังนั้นเพื่อป้องกันปัญหาที่อาจจะเกิดขึ้นควรออกกฎหมายเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าวไว้เป็นการเฉพาะด้วย

นอกจากนี้จากหลักเกณฑ์ข้างต้นผู้วิจัยมีความเห็นว่าการซื้อขายเชื้อพันธุังไม่ได้รับการยอมรับจากสังคม และอาจก่อให้เกิดผลทางกฎหมายอีกหลายประการ ดังนั้นผู้เข้ารับบริการทางการแพทย์จึงควรใช้เชื้อพันธุังที่ได้จากการบริจาคเท่านั้น

## 2.6 หลักศาสนาที่เกี่ยวข้องกับการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์โดยใช้เชื้อพันธุังบริจาค

นอกจากปัญหาทางด้านกฎหมายที่อาจเกิดขึ้นได้แล้ว ยังมีปัญหาที่เกี่ยวข้องกับจริยธรรมและศีลธรรม กล่าวคือ การนำเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์มาใช้และการนำเชื้อพันธุังบริจาคของชายอื่นมาใช้ในการปฏิสนธินั้นขัดกับหลักปฏิบัติของแต่ละศาสนาหรือไม่ แต่ละศาสนา มองว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการประพฤตินิยมชอบและมีบทบัญญัติห้ามมิให้กระทำการดังกล่าวหรือไม่อย่างไร

### 2.6.1 ศาสนาพุทธ

ในทางพุทธศาสนานั้น หากมีการตั้งปัญหาเรื่องการเกิด เช่น คนเราเกิดขึ้นได้อย่างไร อะไรทำให้เกิดปัญหาเช่นนี้ทางการแพทย์สามารถตอบได้อย่างละเอียด แต่หากถามว่า ใครมาเกิดตายแล้วเกิดใหม่(เวียนว่ายตายเกิด) ตายแล้วไม่เกิดเลยหรือสูญเลย ปัญหาเช่นนี้ทางการแพทย์ไม่มีสอนไว้ แต่พระพุทธองค์ได้ทรงค้นพบคำตอบเมื่อ 2,600 ปีมาแล้วและไม่มีนักปราชญ์คนใดในโลกจะสามารถอธิบายอย่างพิสดารเหมือนพระองค์ท่าน พระพุทธองค์ทรงได้ใช้จุดอุปมาญาณ และบุพเพนิวาสานุสติญาณ พิจารณาการเกิดการตายของคน และมีพระปริชาหยังรู้ว่าปัจจัยทำให้คนต้องไปเกิดอีกตามที่พุทธพจน์ได้กล่าวไว้ว่า “กมมัม เขตตุ วิญญานัม พิชฺ ตณฺหา สีนฺหํ” แปลว่า “กรรมเป็นเนื่อ นา วิญญานเป็นหน่อพืช ตณฺหาเป็นยางเหนียว” หมายความว่า จะหว่านพืชให้ได้พืชพันธุ์ดีต้องมีหน่อพืชดี (วิญญาน) ต้องมีนาดี (กรรม) และหน่อพืชนั้นต้องมีคุณลักษณะดีติดอยู่ พืชที่แข็งแรงจึงจะได้ผลดี พระพุทธองค์ได้ทรงกล่าวว่า “สัตว์ทั้งหลายไม่ว่าพาลหรือบัณฑิต ย่อมท่องเที่ยวเร่ร่อนเวียนว่ายตายเกิดในกำเนิดต่างๆ สิ้นระยะยาว 8,000,000 จุลมหากัป (กัปอายุคนประมาณ 100 ปี) จึงจะสามารถทำที่สุดแห่งทุกข์ได้ (หยุดเวียนว่ายตายเกิด) ในระหว่างเร่ร่อนอยู่ ความหวังที่จะบ่งกรรม ที่ยังไม่อำนวยผลให้อำนวยผลหรือจะทำให้กรรมสิ้นสุดไปด้วยศีล พรต ตบะ หรือพรหมจรรย์ เป็นอันไม่มีเลย เพราะในการมีเวียนว่ายตายเกิดนั้นสุข ทุกข์ ที่ทำให้หมดสิ้นไปได้

เหมือนดวงด้วยทะนาก็ไม่พบพาลหรือบัณฑิตหรืออุปมาเหมือนกลุ่มด้ายที่บุคคลขว้าง ไปย่อม  
คลี่คลายหมดไปเองฉนั้น<sup>44</sup>

พระพุทธเจ้าได้ทรงตรัสถึงการเกิดของคนที่ปรากฏในครรภ์ของมารดา ต้องมี  
องค์ประกอบ 3 ประการ

- (1) มาตา อุตฺถิ โหติ มารดาอยู่ในวัยมีระดู
- (2) มาตา ปิตุโร สนฺนิปตฺตา โหนฺติ มารดาบิดาร่วมเพศสัมพันธ์กัน
- (3) กนฺธพฺโป มจฺจุปฺภฺฐิตฺโต โหติ มีสัตว์มาเกิด

กนฺธพฺโปหรือคันธัพพะ นี้แปลว่า สัตว์ ส่วนมากความเห็นของท่านนักปราชญ์ทางพุทธ  
ศาสนาจะหมายถึง ปฏิสนธิทางวิญญาณ ซึ่งสืบต่อ (สันตติ) มาจากจิตฺติ (จิตดับ) จากโลกมนุษย์  
หรือโลกของโอปปาติกะซึ่งขณะมีการตายของคน สิ่งที่ยังเหลืออยู่คือ ปฏิสนธิวิญญาณ ซึ่งประกอบ  
ด้วย กรรม ตัณหา และอุปาทาน เป็นแรงดันกระแสนของปฏิสนธิวิญญาณ ไปเกิด หรือไปอยู่ในที่ๆ  
เหมาะสมกับระดับของกรรม (วิบากกรรม) และตัณหาที่เป็นอยู่ ปฏิสนธิทางวิญญาณเปรียบเสมือน  
คลื่นวิทยุโทรทัศน์ที่ออกไปกว้างไกล (อนันตัง) เมื่อไปถึงเครื่องรับวิทยุหรือโทรทัศน์ที่พอดีกับ  
คลื่นที่มาได้พอดีกัน จึงจะเกิดเสียงหรือรูปภาพที่จอโทรทัศน์ ในทำนองเดียวกัน ปฏิสนธิทาง  
วิญญาณพอดีพบคลื่นที่พอเหมาะพอดีที่กำลังเกิดขึ้นในระหว่างการผสมระหว่างไข่และตัวอสุจิ  
เมื่อมีคุณภาพเหมือนกัน คันธัพพะนี้ก็จะเข้าร่วมด้วย ถ้าไม่มีคันธัพพะมาร่วมด้วยก็จะไม่เกิดนามรูป  
หรือตัวเด็กเลย ซึ่งเป็นไปตามกฎของธรรมชาติ คือ ปฏิจฺจสมุปฺบาท ที่วิญญาณ (ปฏิสนธิ) เป็นปัจจัย  
ให้มีนามรูป นอกจากนี้ในหนังสือปฏิจฺจสมุปฺบาท ท่านพุทธทาสท่านก็มีแนวความคิดว่า คันธัพพะ  
นั้นก็คือ ตัวอสุจิ(เชื้อพันธุ์ของชาย)นั่นเอง<sup>45</sup>

จากเนื้อหาข้างต้นแสดงว่า ในทางพุทธศาสนานั้นสัตว์ทั้งหลายย่อมต้องเวียนว่ายตาย  
เกิดจนกว่าจะสิ้นระยะเวลาหรือจนกว่าผู้นั้นจะหมดกรรมนั่นเอง ดังนั้นมนุษย์จะเกิดมาหรือไม่  
ย่อมขึ้นอยู่กับกรรมของผู้นั้นเอง พระพุทธเจ้ามิได้ทรงเป็นผู้ก่อหรือให้ชีวิตแก่มนุษย์แต่อย่างใด  
ดังนั้นผู้วิจัยจึงมีความเห็นว่า หากพิจารณาเพียงหลักทางพระพุทธศาสนาการนำเทคโนโลยีช่วย  
เจริญพันธุ์มาใช้และการใช้เชื้อพันธุ์บริจาคย่อมไม่ผิดแต่อย่างใด เพราะการที่มนุษย์หนึ่งคนสามารถ  
ถือกำเนิดมาได้ย่อมหมายความว่ามนุษย์ผู้นั้นยังมีกรรมที่ต้องเวียนว่ายตายเกิดอยู่นั่นเอง

<sup>44</sup> เฉลี่ย วัชรพุกก์. (2539). *ธรรมชาติชีวิตคน เล่ม 1 พุทธปรัชญา – เวชปรัชญา เรื่องเกิด – ตาย และยุค  
พระศรีอารย*.

<sup>45</sup> แหล่งเดิม. หน้า 150.

ส่วนประเด็นที่ว่า การนำเชื้อพันธุของชายอื่นมาผสมกับไข่ของภริยาจะถือว่าภริยาครอบงำ ซึ่งผิดศีลข้อสามหรือไม่ ต้องพิจารณาว่าศีลข้อสามคืออะไร “กาเมสุมิฉาจาร” หมายถึง การล่วงเกินผู้อื่น<sup>46</sup> ดังนั้นศีลข้อสามที่ว่า “กาเมสุ มิฉาจารา เวรมณี สิกขาปะทัง สะมาทิยามิ” จึงมีความหมายว่า ข้าพเจ้าขอสมานสิกขาบท คือเจตนาเป็นเครื่องงดเว้นการประพฤติดีกในกาม ซึ่งประพฤติดีกในกามนั้นหมายถึงการร่วมประเวณีกับชายหรือหญิงที่มีใช้สามีหรือภริยาที่เป็นคู่ครองของตน<sup>47</sup> ซึ่งบุคคลที่ต้องห้ามสำหรับชายและหญิงสามารถจำแนกโดยละเอียดได้ ดังนี้<sup>48</sup>

หญิงที่ต้องห้ามสำหรับชาย

(1) สัสสามิกา หรือหญิงมีสามี ซึ่งได้แก่ หญิงที่แต่งงานกับชายแล้ว หญิงที่ไม่ได้แต่งงาน แต่อยู่กินกับชายอย่างเปิดเผย หญิงที่รับสิ่งของของชายแล้วยอมอยู่กินกับเขา และหญิงที่ชายเลี้ยงเป็นภริยา

(2) ญาติรักจิตา คือหญิงที่ยังอยู่ในอุปการะของผู้อื่น

(3) ธรรมรักจิตา หรือ จาริตา คือหญิงที่ตามจาริตกำหนดไว้ว่าต้องห้าม ได้แก่ หญิงที่อยู่ใต้พระบัญญัติในพระศาสนา หรือปัจจุบันเรียนว่า แม่ชี หญิงที่เป็นเทือกเถาเหล่ากอ ซึ่งเทือกเถา คือญาติผู้ใหญ่ นับย้อนขึ้นไปสามชั้น ได้แก่ ทวด ยายหรือย่า และแม่ ส่วนเหล่ากอคือ ผู้สืบสายโลหิตจากตนลงไป ได้แก่ ลูก หลานและเหลน

ชายที่ต้องห้ามสำหรับหญิง

(1) ชายอื่นที่มีใช้สามีของตน

(2) ชายที่ตามจาริตกำหนดต้องห้ามไว้ ได้แก่ ชายที่อยู่ในพิทักษ์รักษาของตระกูล เช่น ปู่ พ่อ ตา ทวด ชายที่อยู่ในพิทักษ์ของธรรมเนียม เช่น นักพรต นักบวช ชายที่กฎหมายบ้านเมืองห้าม เช่น พระภิกษุ สามเณร

ทั้งชายและหญิงมิใช่เฉพาะห้ามร่วมสังวาสหรือร่วมประเวณีเท่านั้น แม้แต่การเคล้าคลึง การพุดเกี้ยวพาราสีหรือการแสดงอาการปฏิพัทธ์ด้วยสายตาก็ขึ้นชื่อว่าเป็นการละเมิดศีลข้อนี้แล้ว<sup>49</sup>

จากข้อเท็จจริงข้างต้นผู้วิจัยมีความเห็นว่า เมื่อคำว่า ประพฤติดีกในกามนั้นหมายถึงการร่วมประเวณีรวมไปถึงการเกี้ยวพาราสีหรือแสดงออกทางสายตาแก่บุคคลที่ต้องห้ามกระทำเท่านั้น ดังนั้น การนำเชื้อพันธุของชายอื่นมาผสมกับไข่ของภริยา ย่อมไม่เข้าหลักเกณฑ์อันจะทำให้ผู้นั้นผิด

<sup>46</sup> จาก ศีล 5, โดย ค่ายพุทธบุตรทำดี 2550, สืบค้นเมื่อ 12 มีนาคม 2552. จาก <http://www.tamdee.net/board/show.php?Category=tamdee&No=2144>

<sup>47</sup> แหล่งเดิม.

<sup>48</sup> สืบค้นเมื่อ 12 มีนาคม 2555, จาก <http://guru.google.co.th/guru/thread?tid=6793e4a0edc7f3e6>.

<sup>49</sup> สืบค้นเมื่อ 12 มีนาคม 2555, จาก <http://bbs.pramool.com/webboard/view.php3?katoo=C28695>.

ศีลข้อสามได้ และนอกจากนี้การกระทำใดๆในทางพุทธศาสนาจะเป็นบาปหรือไม่ย่อมขึ้นอยู่กับเจตนาของผู้กระทำด้วย ซึ่งในกรณีนี้ผู้กระทำมิได้มีเจตนาที่จะประพฤติดิถีในกามแก่หญิงอันมีลักษณะต้องห้าม เพียงแต่กระทำโดยมีวัตถุประสงค์คือเพื่อให้สามารถมีบุตรได้เพียงเท่านั้น ผู้วิจัยจึงมีความเห็นว่าการกระทำดังกล่าวไม่ผิดศีลข้อสามแต่อย่างใด ตามเหตุผลดังกล่าวข้างต้น

## 2.6.2 ศาสนาอิสลาม

“อิสลาม” เป็นภาษาอาหรับ แปลว่า การยอมจำนน การปฏิบัติตามและการนอบน้อม เมื่อนำคำว่า “อิสลาม” มาเป็นชื่อของศาสนาจึงหมายความว่า เป็นศาสนาแห่งการยอมนอบน้อมจำนนต่อพระเจ้า คือ อัลลอฮ์<sup>50</sup>

ศาสนาอิสลามเป็นศาสนาสุคทัยที่ถูกประทานลงมาจากชั้นฟ้าด้วยความพอพระทัยของอัลลอฮ์ ที่มอบให้แก่มวลมนุษยชาติ พระองค์ทรงส่งท่านศาสดามูฮัมหมัด บุตรอับดุลลอฮ์ มาเป็นความเมตตาแก่ชาวโลกทั้งหลาย เพื่อยืนยันความเป็นเอกะของพระองค์ นำมวลมนุษยชาติออกจากความมืดสู่แสงสว่าง พร้อมทั้งยอมจำนนต่อพระประสงค์ของพระองค์และออกห่างไกลจากคำสั่งห้ามของพระองค์ พร้อมทั้งยึดมั่นในจริยธรรมอันสูงส่งแห่งอิสลาม

“มุสลิม” เป็นภาษาอาหรับเช่นกัน หมายถึง ผู้ที่นอบน้อมและยอมจำนนต่อข้อบัญญัติของอัลลอฮ์ และหมายถึงผู้ที่ยอมรับนับถือศาสนาอิสลาม

ตามศาสนาอิสลามนั้นถือว่าเป็นศาสนาที่ถูกกำหนดมาจากพระเจ้าผู้ทรงสร้างโลกและเชื่อว่าทุกสิ่งทุกอย่างที่เกิดขึ้นย่อมอยู่ใต้พระประสงค์ของอัลลอฮ์ ส่วนหลักเกณฑ์ของศาสนาอิสลามเกี่ยวกับเรื่องครอบครัวนั้น สำคัญอย่างยิ่งว่าเด็กที่เกิดมาจะต้องสามารถระบุเอกลักษณ์ของบิดามารดาที่แท้จริงตามสายโลหิตได้ เพราะเด็กต้องใช้ชื่อที่ระบุสายของบิดา ดังนั้นการผสมเทียมหรือการใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์โดยใช้เชื้อพันธุ์หรือไข่บริจาคย่อมส่งผลต่อการระบุเอกลักษณ์ของบิดาและมารดา

มีงานวิจัยชิ้นหนึ่งในตะวันออกกลาง ซึ่งใช้วิธีเก็บข้อมูลเชิงคุณภาพ เพื่อถามความคิดเห็นของของชายมุสลิมทั้ง 2 นิกายคือสุนนีและชีอะห์เรื่องการผสมเทียม ผลคือ<sup>51</sup>

นิกายสุนนี พบว่า ตามหลักศาสนาอิสลามไม่ต่อต้านการผสมเทียมตราบเท่าที่เชื้อพันธุ์และไข่มาจากบิดามารดา แต่ห้ามการใช้เชื้อพันธุ์หรือไข่จากบุคคลอื่นโดยเด็ดขาด ด้วยเหตุผลคือ

<sup>50</sup> จาก ความรู้ศาสนาเบื้องต้น, โดย กรมการศาสนา กระทรวงวัฒนธรรม, 2554, สืบค้นเมื่อ 20 มกราคม 2555. [http://www.dra.go.th/module/attach\\_media/sheet6220111010062713.pdf](http://www.dra.go.th/module/attach_media/sheet6220111010062713.pdf)

<sup>51</sup> จาก คำถามจากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์, โดย จรรยา เศรษฐบุตร, 2551, สืบค้นเมื่อ 9 มีนาคม 2555, [http://www.ipsr.mahidol.ac.th/IPSR/AnnualConference/ConferenceIV/Articles/Article14\\_2.htm](http://www.ipsr.mahidol.ac.th/IPSR/AnnualConference/ConferenceIV/Articles/Article14_2.htm)

(1) การใช้การใช้เชื้อพันธุจากชายอื่นที่ไม่ใช่สามีคิดเข้าไปในไข่ของภริยาจะถือเสมือนว่าภริยามีชีวิเพราะสามี ไม่ใช่พ่อโดยสายเลือดของเด็ก ส่วนการรับไข่บริจาคจากหญิงอื่น ศาสนาอิสลามเปิดทางให้สำหรับชายที่สามารถมีภริยาเพิ่มได้อีก

(2) เด็กอาจมีปัญหาในการสืบทอดมรดกและอื่นๆ

(3) จะเป็นการบีบบังคับให้คู่สามีภริยาที่มีบุตรยากต้องแบกภาระเลี้ยงดูเด็กที่ไม่ใช่เลือดเนื้อเชื้อไขของตนเอง ส่วนการรับบุตรบุญธรรมมาเลี้ยง ก็ไม่เป็นที่ยอมรับ เพราะบุตรบุญธรรมจะถูกมองเป็นคนแปลกหน้าของพ่อหรือแม่ที่เป็นเพศตรงข้ามกับบุตรบุญธรรม เช่น พ่อจะไม่สามารถแตะต้องตัวลูกสาวที่รับมาเลี้ยงในฐานะบุตรบุญธรรมได้ ดังนั้น ศาสนาอิสลามจึงสนับสนุนให้อุปถัมภ์เด็กกำพร้าที่อยู่ในปกครองขององค์กรการกุศลมากกว่า

โดยภาพรวมแล้วการรับเชื้อพันธุของชายอื่นเพื่อให้เกิดการปฏิสนธิในครรภ์ของภริยาตน เป็นสิ่งที่ชายชาวมุสลิมส่วนใหญ่ไม่ยอมรับ

นิกายชีอะห์ ได้มีการผ่อนปรนในการรับบริจาคไข่จากหญิงอื่นมาผสมกับเชื้อพันธุของสามี แต่อนุญาตให้รับไข่บริจาคเฉพาะจากหญิงที่ไม่มีสามีหรือไม่มีคู่นอน(คือจากหญิงโสด) และต้องทำ “ข้อตกลงแต่งงานชั่วคราว” กับหญิงที่บริจาคไข่ (ซึ่งเรื่องนี้ นิกายสุนนี ไม่ยอมรับ)

จากงานวิจัยข้างต้นจะพบว่าความคิดเห็นของชายชาวมุสลิมข้างต้น ก่อนข้างมีความสอดคล้องกับหลักเกณฑ์ที่ศาสนากำหนด กล่าวคือ การใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์นั้นมีทั้งรูปแบบที่ศาสนาห้ามและศาสนาอนุญาต ดังนี้<sup>52</sup>

(1) นำไข่ของภริยาไปผสมกับเชื้อพันธุของสามี แล้วนำไข่ที่ผสมแล้วนี้ไปใส่ไว้ในมดลูกของภริยา รูปแบบนี้ ไม่ต้องห้ามตามหลักศาสนา ทารกที่คลอดออกมาจะสืบตระกูลจากชายผู้เป็นเจ้าของเชื้อพันธุและจากหญิงที่เป็นเจ้าของไข่นั้น

(2) ไข่จากภริยาไปผสมกับเชื้อพันธุของสามี แล้วนำไข่ที่ผสมแล้วไปใส่ไว้ในมดลูกของภริยาอีกคนหนึ่ง ทารกที่เกิดขึ้นมานี้สืบตระกูลจากสามีของหญิงที่เป็นเจ้าของไข่ ซึ่งเป็นสามีของหญิงที่รับตั้งครรภ์ด้วย และทารกนั้นจะเป็นบุตรของภริยาที่รับตั้งครรภ์ ไม่ใช่บุตรของผู้เป็นเจ้าของไข่ เพราะอัลลอฮ์ ตอาลาได้ตรัสไว้ว่า

“ไม่ใช่เป็นมารดาของพวกเขาหรอก นอกจากบรรดาสตรีที่คลอดพวกเขาออกมา”

“และเราได้กำชับมนุษย์ให้กตัญญูต่อพ่อแม่โดยที่มารดาของเขา ได้อุ้มท้องอย่างอ่อนเปลี้ยแล้วอ่อนเปลี้ยอีก” (ลูกมาน 14)

<sup>52</sup> อรุณ บุญชม. (2555). ความก้าวหน้าทางวิทยาศาสตร์การแพทย์กับหลักการอิสลาม. สืบค้นเมื่อวันที่ 9 มีนาคม 2555 [http://miftahbandon.org/data/index.php?option=com\\_content&view=article&id=9:2009-08-24-04-16-31](http://miftahbandon.org/data/index.php?option=com_content&view=article&id=9:2009-08-24-04-16-31)

“และเราได้กำชับมนุษย์ให้กตัญญูต่อบิดามารดา โดยที่มารดาของเขาได้อุ้มท้องเขามาอย่างยากลำบาก และคลอดเขาอย่างยากลำบาก”

(3) การนำไข่ของภริยา ไปผสมกับเชื้อพันธุ์ของชายที่ไม่ใช่สามีของนาง แล้วนำกลับ ไปใส่ไว้ในมดลูกของนาง รูปแบบนี้เป็นสิ่งที่จะต้องห้าม (ฮะรออม) โดยเด็ดขาด เพราะจะทำให้เกิดการปะปนในสายตระกูล ดังพระอัลลอฮ์ทรงตรัสไว้ว่า “มนุษย์เอ๋ย แท้จริง เราได้ให้กำเนิดผู้เจ้าจากเพศชายและเพศหญิง และได้ทำให้ผู้เจ้าเป็นก๊กเป็นเหล่า เพื่อผู้เจ้าจะได้รู้จักกัน” ทารกที่เกิดขึ้นมาจากเชื้อพันธุ์ของชายอื่นที่ไม่ใช่สามีจะสืบสกุลจากหญิงนั้นเพียงฝ่ายเดียว เช่นเดียวกับลูกนอกสมรส (ซินา)<sup>53</sup> โดยจะไม่สืบตระกูลจากเจ้าของเชื้อพันธุ์ เพราะเชื้อพันธุ์นั้นศาสนาถือว่าเป็นสิ่งไม่มีคุณค่า และศาสนาไม่ให้การยกย่อง

ดังนั้นถึงแม้ว่าการนำเชื้อพันธุ์ของชายอื่นมาใช้จะไม่ได้ผ่านการมีเพศสัมพันธ์กับเจ้าของเชื้อพันธุ์ แต่ในทางศาสนายังถือว่าอยู่ในบทบัญญัติเดียวกับซินา เพราะการนำเชื้อพันธุ์ของผู้ที่ไม่ใช่สามีใส่เข้าไปผสมกับไข่ก็ถือว่าเป็นความผิดแล้วแม้ไม่ผ่านการมีเพศสัมพันธ์จริงๆก็ตาม

### 2.6.3 ศาสนาคริสต์

คำว่า Christ มาจากภาษาโรมันว่า Christus และคำนี้ก็มาจากภาษากรีกอีกต่อหนึ่ง คือ คำว่า Christos ซึ่งแปลมาจากคำว่า เมสสิอาห์ (Messiah) ในภาษาฮีบรู หมายถึง พระผู้ปลดปล่อย ทุกข์ภัย หรือพระผู้ช่วยให้รอด คือรอดพ้นไม่ตกนรกจากคำพิพากษาในวันตัดสินโลก หรือเมื่อว่า โดยความหมาย เมสสิอาห์ก็คือตัวแทนของพระเจ้าบนพื้นพิภพนั่นเอง<sup>54</sup>

หลักคำสอนที่สำคัญของศาสนาคริสต์เป็นหลักคำสอนที่แสดงความสัมพันธ์ระหว่างพระเจ้ากับมนุษย์และจริยธรรมทางสังคม ซึ่งมีหลักใหญ่ๆคือ หลักตรีเอกานุภาพ หลักความรัก และหลักอาณาจักรของพระเจ้า ดังนี้<sup>55</sup>

2.6.3.1 หลักตรีเอกานุภาพ (Trinity) “ตรีเอกานุภาพ” ตามคำนิยามของศาสนจักร หมายถึง ความเชื่อว่าพระเจ้าทรงมี 3 ภาค ในองค์เดียวกัน ความหมายตามคำนิยามนี้เกิดขึ้นราวคริสต์ศตวรรษที่ 4 ถึง คริสต์ศตวรรษที่ 5 และมีได้มีบัญญัติอยู่ในพระคริสตธรรม (Bible) มาแต่เดิม ภาคทั้งสามของพระเจ้าได้แก่ พระบิดา (The Father) พระบุตร (The Son) และพระจิต หรือพระวิญญาณบริสุทธิ์ (The Holy Spirit)

<sup>53</sup> ซินา หมายถึง การผิดประเวณี “และอย่าเข้าใกล้การทำซินา แท้จริงการทำซินาเป็นสิ่งลามก และหนทางที่ชั่วร้าย” (กุรอานอัล อีสรอ-17 : 32)

<sup>54</sup> สืบค้นเมื่อ 25 มกราคม 2555, จาก [http://main.dou.us/view\\_content.php?s\\_id=182&page=7](http://main.dou.us/view_content.php?s_id=182&page=7).

<sup>55</sup> แหล่งเดิม.

พระบิดา หมายถึง พระเจ้าผู้สถิตอยู่ในสวรรค์ ผู้ทรงสร้างโลก สรรพสิ่ง และมนุษย์ และทรงรักมนุษย์มากกว่าสิ่งมีชีวิตอื่นๆ เช่น บิดารักบุตร ในพระคริสต์ธรรมใหม่ พระเยซูทรงกล่าวถึงพระเจ้าในฐานะพระบิดาอยู่บ่อยครั้ง เช่น “ในพวกท่านมีใครบ้างที่จะเอาก้อนหินให้บุตรเมื่อเขาขอขนมปัง หรือให้งูเมื่อบุตรขอปลา เหตุนี้ ถ้าท่านทั้งหลายเองผู้เป็นคนบาปยังรู้จักให้ของดีแก่บุตรของตนยิ่งกว่านั้นสักเท่าใด พระบิดาของท่านผู้ทรงสถิตในสวรรค์จึงประทานของดีแก่ ผู้ที่ขอต่อพระองค์”

พระบุตร หมายถึง พระเยซูคริสต์ซึ่งมีฐานะเป็นพระบุตรของพระเจ้าผู้เสด็จมาในโลก เพื่อไถ่บาปแก่มนุษย์ผู้หลงผิดให้กลับคืนไปหาพระเจ้าได้ พระเยซูทรงมีธรรมชาติแท้จริงเป็นพระเจ้า แต่เมื่อทรงบังเกิดเป็นมนุษย์ก็ทรงทนทุกข์ทรมานเช่นมนุษย์ทั้งหลาย ทรงสิ้นพระชนม์บนไม้กางเขนเพื่อไถ่บาปแก่มนุษย์และทรงฟื้นขึ้นจากความตายเช่นพระเจ้า(ผู้อยู่นอกความตาย) คำนิพนธ์ของพระเยซูในฐานะพระบุตรของพระเจ้ามี่ปรากฏอยู่ในพระคริสต์ธรรมใหม่ 2 ว่า “พระวาตะได้ทรงบังเกิดเป็นมนุษย์และทรงอยู่ท่ามกลางเราบริบูรณ์ด้วยพระคุณและความจริง เราทั้งหลายได้เห็นพระสิริของพระองค์ คือพระสิริอันสมกับพระบุตรองค์เดียวของพระบิดา” และไม่มีใครเคยเห็นพระเจ้าเลย “พระบุตรองค์เดียวผู้ทรงสถิตย์ อยู่ในพระทรงของพระบิดา พระองค์ได้ทรงสำแดงพระเจ้าแล้ว”

เหตุที่พระเจ้าทรงส่งพระบุตรมา ก็เพราะมหากุณณาธิคุณของพระองค์ที่จะให้พระบุตรมาช่วยแนะนำเรื่องที่ถูกต้อง ตายไปแล้วจะได้ไปสวรรค์ เพราะฉะนั้นพระเยซูจึงได้ชื่อว่าเป็นพระเจ้าผู้ช่วยให้รอด คือให้คนรอดจากการพิพากษาในวันตัดสินโลก ไม่ตกนรก กล่าวคือในศาสนาคริสต์เชื่อว่า เมื่อคนตายไปแล้วจะไม่สูญเพราะวิญญาณเป็นอมตะ วิญญาณจะคอยวันพิพากษาโลก เมื่อถึงวันพิพากษาโลก จะมีปรากฏการณ์แปลกประหลาดเกิดขึ้น คือ ดวงอาทิตย์จะมีมืดมิด ดวงจันทร์จะไม่ส่องแสง ดวงดาวทั้งหมดจะตกจากท้องฟ้า จะมีแต่เสียงสะเทือนสะท้านน่าสะพรึงกลัวยิ่งนัก มนุษย์ต่างร้องไห้เซ็งแซ่เพราะความกลัว จากนั้นพระเยซูซึ่งเป็นพระบุตรของพระเจ้าจะเสด็จลงมาพร้อมทั้งเทพบริวารบนก้อนเมฆ ด้วยฤทธานุภาพและรัศมีอันเรืองรอง ทรงให้ เทพบริวารเป่าแตรเสียงดังยิ่งนัก เรียกวิญญาณทั้งหมดให้มารวมกัน แล้วพระองค์ก็ทรงตัดสินผู้ที่ทำบาปไว้มากก็จะตกนรก ชั่วนิรันดร์ ส่วนคนที่มิบุญมากก็จะขึ้นไปบนสวรรค์อยู่กับพระเจ้าชั่วนิรันดร์มีแต่ความสุขตลอดไป นี่เป็นจุดหมายสูงสุดของศาสนาคริสต์

พระวิญญาณบริสุทธิ์ หรือ พระจิต หมายถึง พลังอำนาจของพระเจ้าอันเป็นพลังแห่งความรักที่เชื่อมพระบิดากับพระบุตรเข้าด้วยกัน และเป็นพลังอำนาจของพระเจ้าที่ทรง แสดงต่อมนุษย์เพื่อคลอบคลำให้มนุษย์กลับใจมาประพฤติปฏิบัติตามแนวทางของพระเจ้า



2.6.3.2 **หลักความรัก (Love หรือ Agape)** หลักความรักเป็นหลักคำสอนทางจริยธรรมที่สำคัญที่สุดของศาสนาคริสต์ ความรักในที่นี้มิใช่ความรักอย่างหนุ่มสาวอันประกอบด้วยกิเลสตัณหาและอารมณ์ปรารถนาอันเห็นแก่ตัว แต่หมายถึงความเป็นมิตรและความปรารถนาให้ผู้อื่นมีความสุข ในพระคริสต์ธรรมเกา ได้บันทึกหลักความรักไว้ว่า “จงอย่าเกลียดชังพี่น้องของเจ้าอยู่ในใจ แต่เจ้าจงรักเพื่อนบ้านของเจ้าเพื่อจะไม่ต้องรับโทษเพราะเขา เจ้าอย่าแค้นหรือผูกพยาบาทลูกหลานญาติพี่น้องของเจ้า แต่จงรักเพื่อนบ้านเหมือนรักตนเอง”

2.6.3.3 **หลักอาณาจักรพระเจ้า** “อาณาจักรพระเจ้า” หมายถึง หลักการดำเนินชีวิตที่แทรกซึมเข้าไปในจิตใจ และช่วยยกระดับจิตใจของผู้ที่ยอมรับคำสอนและปฏิบัติตามให้สูงขึ้น นอกจากนี้ผู้ปฏิบัติตามคำสอน เหล่านี้จะเป็นผู้เผยแผ่คำสอนให้กว้างขวางยิ่งขึ้นในหมู่มชนที่ใกล้ชิด

หลักความรักและหลักอาณาจักรของพระเจ้ามีความสัมพันธ์กัน กล่าวคือ มนุษย์จะสามารถเข้าถึงอาณาจักรของพระเจ้าได้ก็โดยอาศัยความรักเป็นคุณธรรมนำทาง และอาณาจักรของพระเจ้าก็เป็นอาณาจักรที่บริบูรณ์ด้วยรัก

การแต่งงานของชาวคริสต์จะสมบูรณ์ต่อเมื่อคู่สมรสได้รับศีลสมรส (Matrimony) ศีลสมรสเป็นศีลซึ่งรวมชายหญิงคู่หนึ่งต่อพระพักตร์ของพระเจ้าเพื่อที่พวกเขาจะได้สร้างครอบครัว ชาวคริสต์ที่สมรสต่อไป สามภรรยาจะอยู่ร่วมกันได้ต้องมีความรักและซื่อสัตย์ต่อกัน ยอมรับลูกทุกๆ คนที่พระเจ้าประทานมาให้ พิธีแต่งงานต้องทำต่อหน้าพระสงฆ์เจ้าอาวาสหรือผู้แทน และต่อหน้าพยานอีกสองคน ซึ่งพิธีจะทำในโบสถ์ โดยคู่บ่าวสาวหมอบลงหน้าแท่นบูชารับพรจากพระผู้ทำพิธี เป็นการประกาศความรักและความซื่อสัตย์ระหว่างตนให้พระเจ้าทรงทราบ

ศาสนาคริสต์ต่างเชื่อในพระเจ้าหรือพระบิดา ว่าเป็นพระผู้สร้างโลก สร้างสรรพสิ่งรวมทั้งสร้างมนุษย์ด้วย ดังนั้นการผสมเทียมหรือการใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ หากพิจารณาตามหลักศาสนาคริสต์พบว่าเป็นสิ่งที่ผิดต่อกฎศีลธรรมเนื่องจาก การกระทำดังกล่าวทำให้เทคโนโลยีเข้ามากำหนดแหล่งที่มาและจุดหมายปลายทางของมนุษย์ ยิ่งกว่านั้น การผสมเทียมและการใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์รูปแบบต่างๆ เป็นการทำให้ตั้งครรภ์โดยมีบุคคลภายนอกเข้ามาเกี่ยวข้องคู่สมรส ละเมิดสิทธิของบุตรที่จะเกิดจากพ่อและแม่ที่เขารู้จักและมีความผูกพันกัน โดยทางการแต่งงาน เป็นสิทธิจำเพาะของคู่สมรสที่จะเป็นพ่อแม่โดยอาศัยกันและกันเท่านั้น ดังนั้นการกระทำดังกล่าวจึงเป็นการแยกการบังเกิดบุตรออกจากกิจกรรมที่คู่สมรสใช้ในการมอบตนแก่กันและกัน และละเมิดการประทานบุตรของพระเจ้าด้วย<sup>56</sup>

<sup>56</sup> กรมการศาสนา กระทรวงวัฒนธรรม. (2554). ความรู้ศาสนาเบื้องต้น. สืบค้นเมื่อ 20 มกราคม 2555, จาก [http://www.dra.go.th/module/attach\\_media/sheet6220111010062713.pdf](http://www.dra.go.th/module/attach_media/sheet6220111010062713.pdf)

การนำเชื้อพันธุของผู้อื่นมาใช้จะถือเป็นบาปเนื่องจากการล่วงประเวณีกับหญิงหรือไม่ ในทางศาสนาคริสต์มีบทบัญญัติกล่าวถึงการล่วงประเวณี เช่น จากมัทธิวบทที่ 5 ข้อ 27-30 ในพระคริสตธรรมใหม่ ความว่า<sup>57</sup>

ข้อ 27 “ท่านทั้งหลายได้ยินคำซึ่งกล่าวไว้ว่า อย่าล่วงประเวณีผัวเมียเขา”

ข้อ 28 “ฝ่ายเราบอกท่านทั้งหลายว่าผู้ใดมองผู้หญิงเพื่อให้เกิดใจกำหนัดในหญิงนั้นผู้นั้นได้ล่วงประเวณีในใจกับหญิงนั้นแล้ว”

ข้อ 29 “ถ้าตาข้างขวาของท่านทำให้ตัวหลงผิด จงควักออกทิ้งเสีย เพราะว่าถึงจะเสียอวัยวะอย่างหนึ่ง ก็ยังดีกว่าตัวของท่านจะต้องลงนรก”

ข้อ 30 “ถ้ามือข้างขวาทำให้หลงผิด จงตัดทิ้งเสีย เพราะถึงจะเสียอวัยวะอย่างหนึ่ง ก็ดีกว่าตัวท่านจะต้องลงนรก”

คำสอนในตอนนี้ได้แสดงให้เห็นถึง การปฏิรูปทางความคิดแต่เดิมที่มุ่งหมายเฉพาะการล่วงประเวณีที่เกิดขึ้นทางกาย แต่พระเยซูได้สอนให้ลึกซึ้งไปกว่านี้โดยเตือนให้ทุกคนระวังการล่วงประเวณีทางใจ ซึ่งเกิดจากความกำหนัดความพอใจในทางจิตวิญญาณ เมื่อภายในตัวเรามัวหมองไม่ดีแล้วก็ยากที่จะให้ภายนอกสดใสได้ การสูญเสียทางกายที่เกิดขึ้นก็ไม่รุนแรงเท่ากับการสูญเสียทางจิต ดังนั้นจากข้อความข้างต้น ผู้วิจัยมีความเห็นว่า การนำเชื้อพันธุของผู้อื่นมาใช้มีใช้การล่วงประเวณีเพราะผู้กระทำมิได้มีการล่วงประเวณีทางกายและไม่ได้กระทำเพราะมีกำหนดจึงมิใช่การล่วงประเวณีทางใจด้วย

<sup>57</sup> สืบค้นเมื่อ 25 มกราคม 2555, จาก [http://main.dou.us/view\\_content.php?s\\_id=182&page=7](http://main.dou.us/view_content.php?s_id=182&page=7).

### บทที่ 3

## ศึกษาปัญหาทางกฎหมายไทยเปรียบเทียบกับกฎหมายในต่างประเทศ

การที่เด็กเกิดจากเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ นับเป็นการเกิดที่ผิดไปจากปกติวิธีที่เคยมีมาในอดีต จนส่งผลทำให้กฎหมายที่มีอยู่ในปัจจุบันหลายฉบับไม่อาจนำบทบัญญัติที่มีอยู่มาบังคับใช้กับเด็กที่เกิดจากเชื้อพันธุ์บริจาคว่างอย่างเหมาะสม เพราะไม่ว่าจะเป็นรัฐธรรมนูญประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ประมวลกฎหมายอาญาหรือประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ต่างบัญญัติกฎหมายออกมาโดยไม่ได้พิจารณาถึงกรณีที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์หรือใช้เชื้อพันธุ์บริจาคว่างแต่อย่างใด ดังนั้นในบทนี้ผู้วิจัยจึงศึกษาเกี่ยวกับปัญหาที่เกิดขึ้นจากการนำกฎหมายไทยในปัจจุบันมาปรับใช้กับเด็กที่เกิดจากเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์โดยใช้เชื้อพันธุ์บริจาคว่างโดยเปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศ

### 3.1 ศึกษาปัญหากฎหมายของไทยที่เกี่ยวข้องกับบิดาและบุตรที่เกิดโดยใช้เชื้อพันธุ์บริจาคว่าง

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์กฎหมายไทยในปัจจุบัน โดยเฉพาะในส่วนความเป็นบิดาและบุตรเกิดขึ้นบนพื้นฐานที่ทั้งสองฝ่ายต้องมีความผูกพันกันทางสายเลือดเป็นหลัก แต่เมื่อเทคโนโลยีทางการแพทย์นั้นพัฒนาก้าวหน้าไปมาก จึงก่อให้เกิดคำถามว่ากฎหมายที่มีอยู่ในปัจจุบันจะยังสามารถรองรับปัญหาต่างๆ เหล่านี้ได้หรือไม่ เช่น ปัญหาว่าใครคือบิดาของเด็กที่เกิดมาระหว่างผู้บริจาคว่างเชื้อพันธุ์หรือสามีผู้ซึ่งยินยอมให้ภริยาของตนตั้งครรภ์โดยอาศัยเชื้อพันธุ์ของชายอื่น และผู้ที่เป็นวิดาของเด็กควรมีกำหนดให้มีฐานะเช่นใดระหว่างให้มีฐานะเป็นเหมือนบิดาโดยชอบด้วยกฎหมาย หรือบิดาตามสายโลหิต เพราะฐานะของบิดาย่อมส่งผลต่อสิทธิและหน้าที่ระหว่างบิดากับเด็กตามกฎหมายอื่นๆ อีกด้วย เช่น หากมีการนำกฎหมายว่าด้วยครอบครัวที่บังคับใช้ในปัจจุบันมาปรับใช้กับกรณีเด็กเกิดจากเชื้อพันธุ์บริจาคว่างส่งผลให้เด็กต้องด้วยข้อสันนิษฐานว่าเป็นบุตรของชายผู้เป็นสามี ดังนั้นหากฝ่ายชายปฏิเสธว่าเด็กที่เกิดมาไม่ใช่บุตรของตนเพราะเกิดมาจากเชื้อพันธุ์ของบุคคลอื่นจึงฟ้องคดีไม่รับเด็กเป็นบุตรเพื่อให้ตนหลุดพ้นหน้าที่ใดๆ ตามกฎหมายที่ตนและเด็กมีต่อกัน หรือในทางกลับกันในกรณีที่คู่สมรสหย่าขาดจากกันและมีการฟ้องร้องในเรื่องของการเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองบุตร หญิงอาจจะนำเหตุผลที่ว่าเด็กไม่ใช่บุตรโดยสายเลือดของชายมาเป็นข้ออ้างเพื่อให้ตนได้เป็นผู้ใช้อำนาจปกครองเด็กแต่ผู้เดียวก็ได้ กรณีเช่นนี้กฎหมายที่มีอยู่ในปัจจุบันยังไม่สามารถแก้ไขปัญหาเหล่านี้ได้เพราะความเป็นบิดากับบุตรนั้นมุ่งเน้นที่ความสัมพันธ์ทางสายเลือด

ของของบิดากับบุตร แต่ในกรณีที่ใช้เชื้อพันธุ์บริจาค นั้นชายผู้เป็นสามียอมมิใช่บิดาโดยสายเลือดของเด็กที่เกิดมาอย่างแน่นอน ดังนั้นหากมีการฟ้องร้องเป็นคดีกันขึ้นมาและต้องใช้วิถีทางวิทยาศาสตร์เพื่อพิสูจน์ความเป็นบิดาแล้ว ย่อมไม่มีความเหมาะสมกับกรณีดังกล่าวเพราะไม่ว่าอย่างไรชายผู้เป็นสามียอมมิใช่บิดาทางชีวภาพของเด็กอย่างแน่นอนแท้

นอกจากปัญหาในส่วนของเด็กที่เกิดมาแล้วยังมีปัญหาในส่วนของผู้บริจาคเชื้อพันธุ์ด้วยเพราะ แม้ตามระเบียบของแพทย์จะมีข้อกำหนดห้ามเปิดเผยชื่อผู้บริจาค แต่หากเกิดการฟ้องร้องให้มีการเปิดเผยชื่อเหมือนที่เกิดขึ้นในต่างประเทศ เช่นประเทศอังกฤษ ที่ศาลสั่งให้เปิดเผยชื่อผู้บริจาคเมื่อเด็กร้องขอ<sup>1</sup> จะมีกฎหมายคุ้มครองสิทธิของผู้บริจาคมิให้ต้องถูกเปิดเผยชื่อตนหรือไม่ นอกจากนี้ในต่างประเทศแม้จะมีการทำสัญญาเป็นลายลักษณ์อักษรว่าจะไม่มีการเปิดเผยตัวผู้บริจาคหรือทำสัญญาว่าผู้บริจาคไม่ต้องรับผิดชอบใดๆในตัวเด็กที่เกิดมา แต่เท่านี้ยังไม่เพียงพอที่จะรับประกันได้ว่าผู้บริจาคจะไม่ถูกฟ้องให้รับผิดชอบในตัวเด็กในภายหลัง เพราะเคยมีการฟ้องร้องเกิดขึ้นแล้วแม้ทั้งสองฝ่ายได้ทำสัญญาต่อกันไว้แล้วก็ตาม ดังนั้นเมื่อในปัจจุบันยังไม่มีกฎหมายเฉพาะที่ออกมาคุ้มครองสิทธิของผู้บริจาค ผู้บริจาคจึงอยู่บนความเสี่ยงที่อาจถูกฟ้องร้องให้รับผิดชอบอยู่เสมอ

ท้ายที่สุดยังมีปัญหาว่า การยินยอมให้มีการผสมเทียมหรือใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์นั้น ปัจจุบันมีกฎหมายออกมารับรองให้การกระทำดังกล่าวมีความรัดกุมและครอบคลุมเพียงพอแล้วหรือไม่

เมื่อพิจารณาแล้วจะพบว่าหากไม่มีกฎหมายออกมากำหนดสิทธิและหน้าที่ของชายผู้เป็นสามีที่ยินยอมให้ภริยาตั้งครรภ์โดยใช้เชื้อพันธุ์บริจาค ชายผู้บริจาคเชื้อพันธุ์ และบุตรที่เกิดจากเชื้อพันธุ์บริจาคให้ชัดเจน การใช้กฎหมายที่มีอยู่ในปัจจุบันมาใช้โดยอาศัยเทียบกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งแล้วอาจก่อให้เกิดปัญหาได้ในบางกรณี ซึ่งส่งผลกระทบต่อบุคคลที่เกี่ยวข้องทั้งสามฝ่ายโดยตรงดังที่จะนำเสนอต่อไปนี้

### 3.1.1 รัฐธรรมนูญ

รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ การมีรัฐธรรมนูญนั้นก็เป็นที่ไปเพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพ และความเสมอภาคของบุคคล ดังจะเห็นได้จากคำกล่าวในคำประกาศสิทธิมนุษยชน

<sup>1</sup> Sperm donors to lose anonymity. Retrieved January 10, 2012, from <http://news.bbc.co.uk/2/hi/health/3414141.stm>.

และพลเมืองในประเทศฝรั่งเศส ปี ค.ศ. 1789 ข้อ 16 ว่า “สังคมใดไม่มีการให้หลักประกันในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพหรือไม่มีการแบ่งแยกการใช้อำนาจอธิปไตย จะถือว่ามิรัฐธรรมนูญไม่ได้”<sup>2</sup>

การผสมเทียมหรือใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์โดยใช้เชื้อพันธุกรรมของชายอื่นนั้น นอกจากจะมีปัญหาว่าใครจะเป็นบิดาที่แท้จริงของเด็กแล้วยังมีปัญหาค่าที่ต้องพิจารณาอีกว่าการผสมเทียมหรือใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์อื่นใดโดยใช้เชื้อพันธุกรรมนี้ควรกำหนดให้มีการเปิดเผยหรือกำหนดให้ปกปิดชื่อของผู้บริจาค เพราะแม้โดยทั่วไปจะกำหนดให้ปกปิด เช่นที่โรงพยาบาลศิริราชแพทย์ผู้ให้บริการจะยึดถือหลักการปกปิดชื่อผู้บริจาคไว้อย่างเคร่งครัด เพื่อป้องกันการทวงถามสิทธิระหว่างกันในภายหลัง<sup>3</sup>

แต่มีประเด็นปัญหาว่าหากต่อมาเด็กที่เกิดจากเชื้อพันธุกรรมต้องการที่จะรู้ถึงชาติกำเนิดที่แท้จริงของตนเด็กคนนั้นจะมีสิทธิกระทำได้หรือไม่ และจะสามารถเรียกร้องให้มีการเปิดเผยชื่อของผู้ที่เป็นเจ้าของเชื้อพันธุกรรมได้หรือไม่ นอกจากนี้ตามระเบียบของแพทย์ที่กำหนดมิให้แพทย์เปิดเผยชื่อผู้บริจคนั้นเป็นการกระทำที่ลิดรอนสิทธิเสรีภาพของเด็กที่มีตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยหรือไม่ และหากมีการอนุญาตให้เปิดเผยชื่อผู้บริจาคแล้วการกระทำดังกล่าวจะเป็นการลิดรอนสิทธิของผู้บริจาคเชื้อพันธุกรรมหรือไม่ ดังนั้นจึงต้องพิจารณาหลักเกณฑ์ของสิทธิเสรีภาพตามที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ ดังนี้

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย นั้น ได้นำเอาแนวความคิดที่เรียกว่าลัทธิปัจเจกนิยม มาบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญด้วย ซึ่งคำว่า ลัทธิปัจเจกนิยม มีความหมายว่า มนุษย์ทุกคนเกิดมามีอิสรภาพและมีศักดิ์ศรีแห่งความเป็นมนุษย์ (Human Dignity) ซึ่งมีความสามารถกำหนดชะตากรรมของตนได้ด้วยตนเอง มนุษย์แต่ละคนจะมีความสามารถเช่นนี้ได้ได้อย่างแท้จริงก็ต่อเมื่อแต่ละคนมีแดนแห่งเสรีภาพ และภายในแดนแห่งเสรีภาพนี้มนุษย์จะคิดหรือจะกระทำการใดๆ ได้อย่างอิสระปราศจากการแทรกแซงของผู้ใช้อำนาจรัฐหรือผู้ปกครอง แต่มนุษย์แต่ละคนจะมีแดนแห่งเสรีภาพของตนได้ก็ต่อเมื่อมนุษย์มีสิทธิและเสรีภาพในด้านต่างๆ ทั้งในด้านส่วนตัวและในสังคมที่กฎหมายให้การรับรองเสียก่อน

3.1.1.1 สิทธิ ตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2542 ให้ความหมายของคำว่า สิทธิ หมายถึงอำนาจอันชอบธรรม และคำที่ใช้ในกฎหมายหมายถึง อำนาจที่จะกระทำการใดๆ ได้อย่างอิสระโดยได้รับการรับรองจากกฎหมาย ซึ่งตามกฎหมายเอกชนจะหมายถึง อำนาจที่กฎหมายรับรองให้แก่บุคคลในอันที่จะกระทำการใดๆ อันเป็นการกระทำที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สินหรือ

<sup>2</sup> สมคิด เลิศไพฑูรย์. (2548). *กฎหมายรัฐธรรมนูญ หลักการใหม่ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540*. หน้า 42.

<sup>3</sup> สมบูรณ์ คุณาธิคม ก (2545). สมบูรณ์ คุณาธิคม. (บรรณาธิการ). หน้า 281.

ความสัมพันธ์กับบุคคลอื่น<sup>4</sup> แต่ในความหมายอันเป็นที่เข้าใจกันในระบบกฎหมายทั่วไป หมายถึง ประโยชน์ที่กฎหมายรับรองและคุ้มครองให้

3.1.1.2 เสรีภาพ ตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2542 ให้ความหมายว่า หมายถึง ความสามารถที่จะกระทำการใดๆ ได้ตามที่ตนปรารถนาโดยไม่มีอุปสรรคขัดขวาง แต่การใช้เสรีภาพดังกล่าวจะไปละเมิดสิทธิของผู้อื่นไม่ได้ ส่วนตามความหมายของทางกฎหมายเอกชนจะหมายถึง ภาวะของมนุษย์ที่ไม่อยู่ภายใต้การครอบงำของผู้อื่น ภาวะที่ปราศจากการถูกหน่วงเหนี่ยวขัดขวาง มีอำนาจในการที่จะกำหนดตนเอง<sup>5</sup> กล่าวโดยสรุปแล้วเสรีภาพย่อมหมายถึง การที่บุคคลจะกระทำการใด หรือไม่กระทำการใด โดยใจสมัครอันปราศจากการบังคับหรืออยู่ภายใต้อำนาจของบุคคลอื่นหรือรัฐ<sup>6</sup>

สิทธิแตกต่างกับเสรีภาพตรงที่ สิทธิเป็นอำนาจที่บุคคลใช้ในการความสัมพันธ์ระหว่างตนเองกับผู้อื่น โดยการเรียกร้องให้ผู้อื่นกระทำการหรือละเว้นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งให้เป็นประโยชน์แก่ตน แต่เสรีภาพเป็นอำนาจของบุคคลในอันที่จะกระทำในสิ่งที่ตนประสงค์จะกระทำ โดยไม่ถูกขัดขวางจากผู้อื่น ซึ่งแม้จะมีผลในการก่อให้เกิดหน้าที่แก่บุคคลอื่นแต่ก็เป็นเพียงหน้าที่ที่จะต้องละเว้นจากการกระทำใดๆ ที่เป็นอุปสรรคขัดขวางการใช้เสรีภาพของบุคคลนั้นเท่านั้น โดยสรุปแล้วคำว่าสิทธิและเสรีภาพ มีความหมายโดยสรุปได้ว่า การมีอำนาจและการมีอิสระที่จะกระทำการหรือไม่กระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดได้โดยชอบด้วยกฎหมาย

3.1.1.3 ข้อจำกัดของสิทธิและเสรีภาพ สิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 บัญญัติรับรองไว้หลายมาตรา โดยเฉพาะที่บัญญัติไว้ในหมวดที่ 3 เรื่อง สิทธิและเสรีภาพของปวงชนชาวไทย ที่บัญญัติไว้ตั้งแต่มาตรา 26 ถึงมาตรา 65 นอกจากนี้ยังกระจายอยู่ในหมวดอื่นอีกหลายมาตรา เช่น มาตรา 4 เรื่องศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ เป็นต้น<sup>7</sup>

มาตรา 4 “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพ และความเสมอภาคของบุคคลย่อมได้รับความคุ้มครอง”

<sup>4</sup> บวรศักดิ์ อุวรรณโณ และ นันทชัย เพียรสนอง. (2548). *คำอธิบายกฎหมายรัฐธรรมนูญ*. หน้า 660-661.

<sup>5</sup> คำอธิบายกฎหมายรัฐธรรมนูญ เล่มเดิม. หน้า 661-662.

<sup>6</sup> กฎหมายรัฐธรรมนูญ หลักการใหม่ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 เล่มเดิม. หน้า 47.

<sup>7</sup> คำอธิบายกฎหมายรัฐธรรมนูญ เล่มเดิม. หน้า 660-663.

มาตรา 28 “บุคคลย่อมอ้างศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์หรือใช้สิทธิและเสรีภาพของตนได้เท่าที่ไม่ละเมิดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอื่น ไม่เป็นปฏิปักษ์ต่อรัฐธรรมนูญ หรือไม่ขัดศีลธรรมอันดีของประชาชน...”

มาตรา 29 “การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ จะกระทำมิได้เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญนี้กำหนดไว้ และเท่าที่จำเป็น และจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพนั้นมิได้...”

จะเห็นได้ว่ารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 นั้นเน้นถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิและเสรีภาพของประชาชน มีปัญหาที่ต้องพิจารณาว่าเด็กที่เกิดมามีสิทธิที่จะรู้ถึงชาติกำเนิดที่แท้จริงของตนหรือไม่ การเรียกร้องเพื่อให้ทราบถึงที่มาของตนจะเป็นการใช้สิทธิที่ขัดต่อกฎหมายหรือต่อกฎหรือข้อบังคับที่ออกมาโดยมีกฎหมายรับรองหรือไม่ และการกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำที่กระทบต่อสิทธิของผู้อื่นซึ่งต้องห้ามกระทำหรือไม่ จึงต้องพิจารณาคือสิทธินั้นเป็นอำนาจที่บุคคลใช้ในความสัมพันธ์ระหว่างตนเองกับผู้อื่น โดยการเรียกร้องให้ผู้อื่นกระทำการหรือละเว้นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งให้เป็นประโยชน์แก่ตน ดังนั้นการเรียกร้องให้เปิดเผยบุคคลที่เป็นบิดาตามสายโลหิตของตน เป็นการเรียกร้องให้ผู้อื่นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งเพื่อเป็นประโยชน์แก่ตนอย่างหนึ่ง และบุคคลนั้นย่อมมีเสรีภาพที่จะกระทำได้ เพราะเสรีภาพเป็นอำนาจของบุคคลในอันที่จะกระทำในสิ่งที่ตนประสงค์จะกระทำโดยไม่ถูกขัดขวางจากผู้อื่น ดังนั้นการเรียกร้องให้มีการเปิดเผยบุคคลที่เป็นบิดาที่แท้จริงไม่ควรถูกขัดขวางตามหลักสิทธิและเสรีภาพ

แม้บุคคลทุกคนจะมีสิทธิเสรีภาพ แต่มิได้หมายความว่าบุคคลจะสามารถทำในสิ่งต่างๆ ที่ต้องการได้โดยไม่มีการจำกัดขอบเขตแต่อย่างใด ซึ่งตามรัฐธรรมนูญนั้นประกอบไปด้วยสิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญที่จำกัดไม่ได้ สิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญที่จำกัดได้โดยผลของเงื่อนไขกฎหมายพิเศษ และสิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญที่จำกัดได้โดยผลของเงื่อนไขกฎหมายทั่วไป แต่อย่างไรก็ตาม การจำกัดสิทธิเสรีภาพต้องเป็นไปตามหลักความได้สัดส่วนด้วย กล่าวคือ มาตรการที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพนั้น จะต้องเป็นไปเพื่อให้บรรลุตามวัตถุประสงค์ของการที่ถือเป็นเหตุในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพนั้นด้วย และเป็นวิธีการที่ส่งผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพที่ถูกจำกัดนั้น โดยจะต้องเป็นทางเลือกที่เป็นผลร้ายน้อยที่สุด หรือหลีกเลี่ยงไม่ได้ที่จะต้องดำเนินการนั้นแล้ว

ในมาตรา 28 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 กล่าวไว้ว่าบุคคลใช้สิทธิและเสรีภาพของตนได้เท่าที่ไม่ละเมิดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอื่น ไม่เป็นปฏิปักษ์ต่อรัฐธรรมนูญ หรือไม่ขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน ซึ่งมาตรานี้เป็นการวางหลักทั่วไปของเงื่อนไขการใช้สิทธิเสรีภาพของประชาชน ดังนั้นการใช้สิทธิเสรีภาพใด แม้ไม่ถูกจำกัดโดยเงื่อนไข

ของสิทธิและเสรีภาพนั้น หรือไม่มีกฎหมายห้าม แต่หากการใช้สิทธิเสรีภาพนั้นละเมิดสิทธิและเสรีภาพต่อบุคคลอื่น การใช้สิทธิเสรีภาพเช่นว่านั้นย่อมไม่ชอบ ส่วนในมาตรา 29 บัญญัติถึงข้อจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนโดยกฎหมายไม่ว่าจะเป็น กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กฎหมายอาญา หรือกฎหมายมหาชน กฎหมายนั้นเป็นบทบัญญัติที่ตราขึ้นจากตัวแทนของประชาชน ซึ่งก็คือผู้ที่ถูกจำกัดสิทธิเสรีภาพนั่นเอง กฎหมายจึงเท่ากับเป็น ข้อตกลงร่วมกันของประชาชนที่จะยอมลดหรือจำกัดสิทธิเสรีภาพของตนโดยผ่านบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั่นเอง ในปัจจุบัน รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยได้ยอมรับหลักการจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคลโดยกฎหมาย โดยมีหลักการว่าการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ จะกระทำได้ก็แต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะ เพื่อการที่รัฐธรรมนูญนี้กำหนดไว้และเท่าที่จำเป็นเท่านั้น และจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพนั้นมิได้ และกฎหมายจะต้องใช้บังคับเป็นการทั่วไป มิได้บังคับใช้แก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือกับบุคคลใดบุคคลหนึ่งตามที่มาตรา 29 บัญญัติไว้<sup>8</sup>

ดังนั้นการใช้สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญต่อผู้ที่เกี่ยวข้องกับเด็กที่เกิดมาโดยใช้เชื้อพันธุกรรม จากเนื้อหาดังกล่าวข้างต้น จึงมีข้อที่ควรพิจารณาว่าการเรียกร้องให้เปิดเผยบุคคลที่เป็นบิดาตามสายโลหิตของตนหรือการเปิดเผยตัวบุคคลที่เป็นเจ้าของเชื้อพันธุกรรมนั้น จะเป็นการกระทำที่กระทบสิทธิของผู้นั้นหรือไม่ และการใช้สิทธิเรียกร้องดังกล่าวเป็นการใช้สิทธิที่ก่อให้เกิดการละเมิดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอื่นหรือไม่ ซึ่งเมื่อพิจารณาแล้วเห็นว่าการกระทำดังกล่าวแม้ไม่มีกฎหมายห้ามไว้โดยเฉพาะ แต่การเรียกร้องนั้นย่อมกระทบสิทธิของผู้อื่นอย่างแน่แท้ ประการแรกคือ ผู้บริจาคมานั้นได้บริจาคโดยมีวัตถุประสงค์เพียงเพื่อช่วยเหลือผู้ที่ไม่สามารถมีบุตรได้ด้วยตนเองเท่านั้น ไม่ได้มีความมุ่งหมายที่จะให้เด็กเกิดมามีความเกี่ยวพันใดๆกับตนเอง ประการที่สองหากผู้บริจาคมานั้นมีครอบครัวของตนเองแล้ว การแสดงตนของเด็กที่เป็นบุตรซึ่งเกิดจากเชื้อพันธุกรรมของตน ย่อมต้องก่อให้เกิดปัญหาแก่ครอบครัวของผู้บริจาค เช่นเรื่องของความรู้สึก

### 3.1.2 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

บิดาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้นมีหลายประเภท ทั้งบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายและบิดาตามจริง (บิดาตามสายโลหิต) นอกจากนี้บิดาโดยชอบด้วยกฎหมายยังสามารถเกิดขึ้นได้ด้วยหลายสาเหตุ เช่น เป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายโดยการสมรสกับมารดาของเด็กหรืออาจเกิดจากการจดทะเบียนรับเด็กเป็นบุตร เป็นต้น ปัญหาคือผู้ที่กฎหมายกำหนดให้เป็นบิดาของเด็กที่เกิดจากเชื้อพันธุกรรมนั้นควรมีฐานะเช่นใด เพราะแม้จะเรียกว่าบิดาเหมือนกันแต่ฐานะทางกฎหมายของบิดาแต่ละประเภทดังกล่าวข้างต้นนั้นกลับแตกต่างกัน มีสิทธิและหน้าที่ต่างกันดังต่อไปนี้

<sup>8</sup> แหล่งเดิม. หน้า 53.



### 3.1.2.1 ข้อสันนิษฐานความเป็นบิดาและบุตร

การที่ชายจะเป็นบิดาของบุตรนั้นแม้ว่าตามธรรมชาติแล้ววิญญูชนทั่วไปจะเห็นว่า “พ่อ ก็เป็นพ่อตั้งแต่เกิดจนตาย” แต่แท้จริงแล้วหาเป็นเช่นนั้นไม่ ความเป็นบิดากับบุตรนั้นจะเกิดขึ้นโดยธรรมชาติ คือ ต้องมีการร่วมประเวณีระหว่างชายและหญิงตามปกติ แต่ในบางครั้งหญิงที่คลอดบุตร ออกมาก็ไม่สามารถบอกกับบุตรได้ว่าใครเป็นบิดาที่แท้จริงกันแน่ เพราะข้อเท็จจริงอาจจะมี ความ สับสนเกิดขึ้นได้ หากหญิงซึ่งคลอดบุตรนั้นไปมีความสัมพันธ์ทางเพศกับชายมากกว่าหนึ่งคน ฉะนั้นในเรื่องความเป็นบิดาและบุตรจึงจำเป็นต้องพึ่งบทบัญญัติแห่งกฎหมายกำหนดให้ใครเป็น บิดาและบุตรต่อกัน จะอาศัยข้อเท็จจริงตามธรรมชาติเหมือนกรณีความเป็นมารดากับบุตรเพียง อย่างเดียวไม่เพียงพอ ต้องอาศัยกฎหมายชี้แนวทาง

การอาศัยบทบัญญัติแห่งกฎหมายชี้แนวทางก็เพื่อช่วยเหลือเด็กที่เกิดมาให้มีบิดาตาม กฎหมาย ซึ่งมีทั้งการชี้แนวของกฎหมายดังจะเห็นได้จากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1536 ถึงมาตรา 1538 ที่มีข้อความ “ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมาย...” และใน กรณีที่กฎหมายชี้ขาดว่าเป็นบิดา ดังจะเห็นจากมาตรา 1560 แห่งกฎหมายประมวลแพ่งและพาณิชย์ ที่มีข้อความ “ให้ถือว่าเป็นบิดาชอบด้วยกฎหมาย” จึงเห็นได้ว่า ความเป็นบิดาและบุตรนั้นถูก กำหนดโดยผลของกฎหมาย ซึ่งก็ต้องเป็นการเกิดที่มีการร่วมประเวณีระหว่างหญิงและชายแล้วเกิด การปฏิสนธิภายในร่างกายจนหญิงตั้งครรภ์ขึ้นมาจนกระทั่งคลอด บุตรนั้นก็จะมียาสีเลือดของฝ่าย หญิง (มารดา) และฝ่ายชาย (บิดา) โดยชายและหญิงนั้นจะทำการสมรสหรือไม่ก็ตาม แต่การผสม เทียมโดยใช้เชื้อพันธุ์บริจาคนั้นต้องถือว่าเป็นการเกิดที่ผิดธรรมชาติ กล่าวคือ ไม่มีการร่วมประเวณี กันระหว่างหญิงผู้ตั้งครรภ์กับชายเจ้าของเชื้อพันธุ์ซึ่ง ในกรณีเช่นนี้จะถือว่าชายเจ้าของเชื้อพันธุ์นั้น เป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดมาหรือไม่ หรือควรกำหนดให้ชายที่เป็นสามีของหญิงที่ ตั้งครรภ์ผู้ยินยอมให้มีการผสมเทียมหรือใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์โดยใช้เชื้อพันธุ์ บริจาคเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมาย

ข้อสันนิษฐานทั่วไป มาตรา 1536 วรรคแรก แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า “เด็กเกิดแต่หญิงขณะเป็นภริยาชายหรือภายในสามร้อยสิบวันนับแต่วันที่การสมรส สิ้นสุดลง ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของชายผู้เป็นสามี หรือเคยเป็นสามี แล้วแต่กรณี”

ดังนั้นหญิงมีสามีหรือเคยมีสามีคลอดบุตรในระหว่างสมรสหรือภายในสามร้อยสิบวัน นับแต่การสมรสสิ้นสุดลง บทบัญญัติแห่งกฎหมายให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าชายผู้เป็นสามีหรือเคย เป็นสามีเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมาย เหตุที่กฎหมายกำหนดข้อสันนิษฐานเช่นนี้ไว้ก็เพราะ ระยะเวลา 310 วันเป็นระยะเวลาที่นานที่สุดที่หญิงอาจมีครรภ์กับสามีเดิมได้ ดังนั้นบุตรที่เกิดมา

ขณะเป็นภริยาชายหรือภายใน 310 วันนับแต่วันที่การสมรสสิ้นสุดลง ย่อมมีความเป็นไปได้สูงที่จะเป็นบุตรของชายผู้นั้น กฎหมายจึงได้กำหนดข้อสันนิษฐานไว้เช่นนั้น แต่เนื่องจากในปัจจุบันเมื่อเทคโนโลยีทางการแพทย์มีความเจริญก้าวหน้าไปมากกว่าเดิม การมีบุตรไม่จำเป็นต้องเกิดจากการร่วมประเวณีตามธรรมชาติของชายและหญิงดังเช่นในอดีตอีกต่อไป ซึ่งเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์มีหลายวิธี เช่นการผสมเทียม เมื่อมีการผสมเทียมเกิดขึ้นไม่ว่าจะในกรณีที่น่าเชื่อพันธุของชายผู้เป็นสามีมาผสม (AIH) หรือกรณีที่เอาเชื้อพันธุของผู้บริจาคมาผสม (AID) เด็กที่เกิดจากการผสมเทียมทั้งสองกรณีย่อมต้องถือว่าเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของหญิงและต้องด้วยข้อสันนิษฐานว่าเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของชายผู้เป็นสามีด้วย เพราะเป็นเด็กที่เกิดระหว่างสมรส แต่ข้อสันนิษฐานตามกฎหมายนี้มีไว้ใช้ข้อสันนิษฐานที่เด็ดขาด ดังนั้นชายผู้เป็นสามีหรือเคยเป็นสามีจึงสามารถพิสูจน์หักล้างภายหลังได้ว่าตนมิได้เป็นบิดาของเด็ก

ข้อสันนิษฐานในกรณีการสมรสนั้นเป็นโมฆะ เช่น กรณีการสมรสซ้อน ตามมาตรา 1538 บุตรที่เกิดมาจะต้องด้วยข้อสันนิษฐานว่าเป็นบุตรของชายคนใด ต้องแยกพิจารณาคือ

กรณีที่หญิงทำการสมรสซ้อน การสมรสครั้งที่สองนั้นย่อมตกเป็นโมฆะ หากหญิงคลอดบุตรออกมา มาตรา 1538 จึงวางข้อสันนิษฐานไว้ก่อนว่าเด็กที่เกิดมานั้นเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของสามีคนที่สอง ไม่ว่าบุตรจะเกิดในเวลาใดๆ แต่สามีคนที่สองนั้นยังสามารถพิสูจน์หักล้างข้อสันนิษฐานได้เพราะการฟ้องคดีไม่รับเด็กเป็นบุตรตามมาตรา 1539 สามีคนที่สองจะเป็นผู้มีภาระในการพิสูจน์ว่าตนมิได้เป็นบิดาของบุตร เช่น พิสูจน์ว่าตนเองเป็นหมัน ตนอยู่กินกับมารดาเด็กหลังจากที่หญิงนั้นตั้งครรภ์แล้วเป็นต้น และเมื่อศาลพิพากษาถึงที่สุดแสดงว่าเด็กมิใช่บุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของชายคนที่สองแล้วก็จะเข้าข้อสันนิษฐานตามมาตรา 1536 ว่าเด็กเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของชายผู้เป็นสามีคนแรกเพราะเด็กเกิดในระหว่างสมรสกับชายคนที่หนึ่ง<sup>9</sup>

กรณีชายสมรสซ้อน แม้การสมรสระหว่างชายกับภริยาคนที่สองหรือคนต่อๆ ไปจะเป็นโมฆะ แต่บุตรที่เกิดจากภริยาคนที่สองและคนต่อๆ ไปก็ต้องด้วยข้อสันนิษฐานว่าเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของชายผู้เป็นสามีตามมาตรา 1538 วรรคแรก หากต่อมาเมื่อศาลมีคำพิพากษาให้การสมรสครั้งที่สองเป็นโมฆะแล้ว แม้ภริยาคนที่สองจะยังคงอยู่กินกันฉันสามีภริยากับสามีต่อมาก็ตาม หากภริยาคนที่สองคลอดบุตรออกมาหลังจากเวลาสามร้อยสิบวันนับแต่วันที่ศาลมีคำพิพากษาถึงที่สุดแสดงว่าการ เป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของสามี แต่หากคลอดบุตรภายในสามร้อยสิบวันนับแต่

<sup>9</sup> ประสพสุข บุญเดช. (2548). คำอธิบายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว หน้า 532.

วันที่มีคำพิพากษาถึงที่สุด ก็ยังให้สันนิษฐานว่าเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของสามีตามมาตรา 1538 วรรคท้าย<sup>10</sup>

หากการสมรสเป็น โฉมเพราะกรณีอื่นนอกจากการจดทะเบียนสมรสซ้อน เช่น การสมรสกรณีที่ชายหรือหญิงเป็นคนวิกลจริตหรือเป็นบุคคลที่ศาลสั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถ การสมรสที่ชายหญิงเป็นญาติสืบสายโลหิต โดยตรงต่อกันหรือเป็นที่น้องร่วมบิดามารดาเดียวกัน และการสมรสที่ชายหญิงไม่ยินยอมเป็นสามีภริยากัน ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 1495 กฎหมายมาตรา 1536 วรรคสองได้กำหนดข้อสันนิษฐานความไว้ว่าเด็กที่เกิดจากการสมรสที่เป็น โฉมเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของชายผู้เป็นสามี ทั้งนี้เพราะเด็กเป็นบุคคลภายนอกที่ไม่เกี่ยวข้องกับการสมรสครั้งนี้เลย จึงไม่สมควรให้ต้องเสียประโยชน์จากการมีคำพิพากษาแสดงว่าการสมรสเป็น โฉม ข้อสันนิษฐานที่ว่าเด็กเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของชายผู้เป็นสามีนี้ให้ใช้ตลอดมาจนกระทั่งระยะเวลา 310 วันนับแต่วันที่คำพิพากษาถึงที่สุดแสดงว่าการสมรสเป็น โฉม แต่ชายผู้เป็นสามีก็ยังสามารถฟ้องคดีไม่รับเด็กเป็นบุตรได้หากตนมิได้เป็นบิดาที่แท้จริงของเด็ก<sup>11</sup> ดังนั้นหากมีการฟ้องร้องกันจริงสามีย่อมสามารถพิสูจน์ได้เสมอว่าเด็กที่เกิดมามีลูกของตนเพราะเกิดจากเชื้อพันธุของผู้อื่นนั่นเอง

ข้อสันนิษฐานในกรณีที่มีการสมรสนั้นเป็น โฉมมิใช่ ตามมาตรา 1560 นั้นหากเป็น โฉมมิใช่ เพราะสำคัญผิดตัวคู่สมรส โดยถูกกลั่นแกล้งหรือถูกข่มขู่ นั้นเมื่อมาภายหลังจะมีคำพิพากษาให้เพิกถอนการสมรสดังกล่าวก็ตามก็ไม่มีผลกระทบต่อเด็กยังถือว่าเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของชายและหญิงอยู่ตามเดิม โดยถือว่าเป็นบุตรที่เกิดระหว่างการสมรสที่ชอบด้วยกฎหมายเพราะการสมรสที่เป็น โฉมมิใช่และถูกศาลเพิกถอนนั้นจะสิ้นสุดลงในวันที่มีคำพิพากษาถึงที่สุดเท่านั้น นอกจากนี้หากเด็กเกิดในระหว่างสามร้อยสิบวันนับแต่มีคำพิพากษาก็ต้องด้วยข้อสันนิษฐานตามมาตรา 1536 วรรคแรก

สำหรับการสมรสที่เป็น โฉมมิใช่เพราะเหตุที่ชายและหญิงอายุยังไม่ครบ 17 ปีบริบูรณ์นั้น เนื่องจากตามมาตรา 1504 บัญญัติไว้ว่าเมื่อหญิงมีครรภ์ให้ถือว่าการสมรสสมบูรณ์ตั้งแต่เวลาสมรส และในกรณีการสมรสที่เป็น โฉมมิใช่เพราะเหตุที่ผู้เยาว์ทำการสมรสโดยมิได้รับความยินยอมของบิดามารดา มาตรา 1510 ก็บัญญัติไว้ว่าเมื่อหญิงมีครรภ์แล้วสิทธิขอเพิกถอนการสมรสเป็นอันระงับสิ้นไป เพราะฉะนั้นการสมรสที่เป็น โฉมมิใช่ทั้งสองกรณีนี้จึงเป็นอันสมบูรณ์เต็มที่โดยไม่อาจถูก

<sup>10</sup> แหล่งเดิม หน้า 533-534.

<sup>11</sup> ประสพสุข บุญเดช. (2554). คำอธิบายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว หน้า 521-522.

เพิกถอนต่อไปได้อีกแล้วเมื่อหญิงได้ตั้งครรภ์ บุตรที่เกิดจากการสมรสดังกล่าวแม่เกิดจากเชื้อพันธุ์  
 บริจาคของชายอื่นก็ต้องถือว่าเป็นบุตรที่เกิดระหว่างสมรสที่ชอบด้วยกฎหมายของชายและหญิง  
 ตามหลักทั่วไปในมาตรา 1536 ซึ่งรายละเอียดผู้วิจัยได้กล่าวไว้แล้วในตอนต้น

ข้อสันนิษฐานในกรณีที่เกิดจากหญิงหม้ายซึ่งทำการสมรสใหม่ในเวลาไม่เกิน 310  
 วันนับแต่วันที่ขาดจากการสมรสเดิม การที่หญิงหม้ายทำการสมรสใหม่โดยมิได้รับไต่ระยะเวลา  
 ผ่านไปไม่น้อยกว่า 310 วันนับแต่วันที่ขาดจากการสมรสเดิมนั้น การสมรสดังกล่าวสมบูรณ์ทุก  
 ประการ แต่หากหญิงคนนี้ออกบุตรออกมาอาจเกิดปัญหาว่าเด็กจะเป็นบุตรของสามีคนเดิมหรือ  
 สามีคนใหม่กันแน่ ในเรื่องนี้มาตรา 1537 บัญญัติไว้ว่า แม่หญิงหม้ายจะได้คลอดบุตรภายใน 310  
 วันนับแต่วันที่ขาดจากการสมรสกับสามีคนเดิมก็ตาม ก็ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าเด็กนั้นเป็นบุตรชอบ  
 ด้วยกฎหมายของชายผู้เป็นสามีคนใหม่ นอกจากนี้แม้ต่อมาภายหลังหากหญิงหม้ายได้คลอดบุตร  
 ออกมาอีกอันเป็นเวลาภายหลัง 310 วันนับแต่วันที่ขาดจากการสมรสกับสามีคนเดิมก็ตาม เด็กคนนี้ก็  
 ต้องสันนิษฐานว่าเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของชายผู้เป็นสามีคนใหม่ ทั้งนี้ เป็นไปตามหลักใน  
 เรื่องข้อสันนิษฐานทั่วไปในมาตรา 1536 ที่ว่าเด็กที่เกิดจากหญิงขณะเป็นภริยาชายให้สันนิษฐานไว้  
 ก่อนว่าเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของชายผู้เป็นสามีนั่นเอง

ฉะนั้น จึงสรุปได้ว่าเด็กที่เกิดจากหญิงหม้ายซึ่งทำการสมรสใหม่ในเวลาไม่เกิน 310 วัน  
 นับแต่วันที่ขาดจากการสมรสเดิมต้องสันนิษฐานว่าเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของชายผู้เป็นสามี  
 ใหม่เสมอไม่ว่าจะเกิดในเวลาใดก็ตาม และต้องถือว่าเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของหญิงด้วย  
 อย่่างไรก็ดี ชายผู้เป็นสามีคนใหม่อาจฟ้องคดีไม่รับเด็กเป็นบุตรของตนได้หากตนมิได้เป็นบิดาที่  
 แท้จริงของเด็ก ซึ่งหากศาลมีคำพิพากษาเช่นนั้นแล้วบุตรก็ต้องด้วยข้อสันนิษฐานกฎหมายว่า  
 เป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของสามีคนเดิมที่ถึงแก่ความตายหรือหย่ากันไปแล้วตามมาตรา 1537  
 ตอนท้าย<sup>12</sup> ซึ่งสามารถพิสูจน์หักล้างข้อสันนิษฐานได้ดังที่ได้กล่าวไปแล้วในตอนต้น

ข้อสันนิษฐานกรณีเด็กเกิดจากหญิงที่มีได้สมรสกับชาย มาตรา 1546 เด็กเกิดจากหญิงที่  
 มิได้มีสมรสกับชายให้ถือว่าเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของหญิงแต่เพียงผู้เดียวเท่านั้น จึงถือเป็น  
 หลักได้ว่าบุตรเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของมารดาเสมอไม่ว่าในกรณีใดๆก็ตาม นอกจากนี้ใน  
 สมัยที่วิทยาศาสตร์การแพทย์เจริญก้าวหน้าไปมากแล้วนี้อาจเกิดกรณีหญิงตั้งครรภ์โดยมิได้มีการ  
 ร่วมประเวณีกับชายก็ได้ ตัวอย่างเช่น กรณีเด็กหลอดแก้วที่เอาไข่และเชื้อพันธุ์ของชายมาผสมกัน  
 หลอดแก้วแล้วฉีดไข่ที่เกิดการปฏิสนธิแล้วเข้าไปในครรภ์หญิง หากหญิงคลอดบุตรที่เกิดจาก

<sup>12</sup> ประสพสุข บุญเดช. (2548). คำอธิบายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว  
 หน้า 536-537.

ตลอดเวลานี้ก็ต้องถือว่าเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของหญิงเช่นเดียวกัน หลักการที่ว่าเด็กเกิดจากหญิงที่มีได้สมรสกับชายให้ถือว่าเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของหญิงแต่ผู้เดียวนี้เป็นหลักการสากลและในกฎหมายลักษณะัวเมียก็ถือในหลักการนี้โดยบทที่ 84 บัญญัติว่า “สองชอบสมรสด้วยกันมิได้สู่อุปการกันมากเป็นค่านับแลพ่อแม่หญิงมิรู้ต่อมิต้องลูกจึงรู้... ฯลฯ ถ้าชายหญิงสมรสอยู่ด้วยกันเกิดลูกชายหญิงท่านว่าลูกนั้นเป็นชันหมาก” และบทที่ 85 “ฝูงไพรฟ้าข้าคนทั้งหลายหาชันหมากมิได้ รักใคร่กันอยู่ด้วยกันเปล่าๆ พ่อแม่พี่น้องแห่งหญิงมิได้ร้องฟ้องว่ากล่าว แลมันปลุกเรือนบ้างต่างเรือนแผลงอยู่กินกันฉันทัวเมีย หาบุตรมิได้ก็ตีหญิงสิทธิ์เป็นเมียชาย ถ้าแลผู้ใดมิได้ปลุกเรือนอยู่มิได้ทำเลี้ยงกันโดยฉันทัวฉันทเมีย ท่านว่ามีได้เป็นเมียสิทธิ์แก่ชายเลย” ซึ่งแสดงว่าถ้าชายหญิงมิได้สมรสกัน แต่ลักลอบได้เสียกันจนเกิดบุตร หากมาอยู่กินด้วยกัน โดยมีบ้านเรือนด้วยกันก็ถือว่าเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของชายและหญิงแต่ถ้ามิได้ปลุกบ้านเรือนทำมาหาเลี้ยงกันก็แสดงว่าไม่เป็นสามีภริยากันและบุตรก็ไม่เป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายแต่เป็นของหญิงแต่ผู้เดียว

การที่กฎหมายวางหลักไว้ว่าเด็กที่เกิดจากหญิงให้ถือว่าเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของหญิงนั้น หญิงน่าจะฟ้องคดีปฏิเสธว่าเด็กนั้นมิใช่เป็นบุตรของตนได้หากเป็นกรณีที่มีการสับเปลี่ยนตัวบุตรกัน เช่น โรงพยาบาลทำคลอดหญิง 2 คนในเวลาเดียวกันแล้วสลับเด็กกัน หรือหญิงมิได้ตั้งครรภ์แต่ไปเอาทารกของคนอื่นมาจดแจ้งการเกิดว่าเป็นบุตรของตน เป็นต้น ทั้งนี้โดยหญิงฟ้องคดีตามมาตรา 1546 นี้เอง โดยอ้างว่าเด็กมิได้เกิดจากหญิงผู้เป็นมารดา จะให้ถือว่าเป็นบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายของตนไม่ได้ แต่การนำสืบในเรื่องนี้คงจะต้องมีพยานหลักฐานอย่างแน่นแฟ้น นอกเหนือจากการพิสูจน์หมู่เลือด (Blood Test) ที่แตกต่างกันเท่านั้น และเท่าที่ผ่านมายังไม่เคยมีคดีทำนองนี้ขึ้นมาสู่ศาลเลย

ฉะนั้น โดยหลักการแล้วบุตรที่เกิดจากบิดาและมารดาที่มาอยู่กินเป็นสามีและภริยากันภายหลังใช้บรรพ 5 แล้ว โดยไม่ได้จดทะเบียนสมรสกัน บุตรย่อมเป็นบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายของมารดาแต่ผู้เดียวเท่านั้น บุตรจึงไม่มีสิทธิรับมรดกของบิดา และถ้ายังเป็นผู้เยาว์อยู่มารดาก็ย่อมมีอำนาจฟ้องคดีแทนบุตรผู้เยาว์ได้เพราะเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองบุตร บิดาย่อมมิใช่เป็นผู้ใช้อำนาจปกครองบุตรผู้เยาว์และมีผู้แทนโดยชอบธรรมที่จะมีอำนาจยื่นฟ้องคดีแทนบุตรผู้เยาว์ซึ่งเป็นผู้เสียหายได้ นอกจากนี้หากมารดาได้ไปแจ้งความต่อนายทะเบียนท้องถิ่นว่าเด็กนั้นเป็นบุตรของตนและใช้ชื่อบุคคลอื่นว่าเป็นบิดาของเด็ก บิดาจะฟ้องมารดาว่าบังอาจแจ้งความเป็นเท็จ ขอให้ลงโทษตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 137 หาได้ไม่ เพราะบิดามีได้อยู่ในฐานะเป็นบิดาของเด็กโดยชอบด้วยกฎหมาย ไม่เป็นผู้เสียหายตามกฎหมาย จึงไม่มีอำนาจฟ้องคดี<sup>13</sup>

<sup>13</sup> แหล่งเดิม. หน้า 538-539.

### 3.1.2.2 คดีอุทลุม มาตรามาตรา 1562

ฐานะความเป็นบิดามีผลต่อการวินิจฉัยว่าคดีใดจะเป็นคดีอุทลุมหรือไม่ เนื่องจากตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1562 บัญญัติไว้ว่า “ผู้ใดจะฟ้องบุพการีของตนเป็นคดีแพ่งหรือคดีอาญามีได้ แต่เมื่อผู้นั้นหรือญาติสนิทของผู้นั้นร้องขอ อัยการจะยกคดีขึ้นว่ากล่าวก็ได้” โดยบุคคลที่เป็นบุพการีนี้นี้ มาตรา 28 กำหนดว่าคือ บิดา มารดา ปู่ ย่า ตา ยาย ทวด ส่วนผู้สืบสันดานก็คือ ลูก หลาน เหลน ลื้อ โดยการเป็นบุพการีและผู้สืบสันดานถือตามกฎหมาย หากเป็นกรณีบุตรนอกสมรสก็ไม่อยู่ในข้อจำกัดมิให้ฟ้องบุพการี<sup>14</sup> และหากเป็นบุตรที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย แม้บิดารับรองโดยพฤตินัย ก็ไม่ต้องห้ามที่จะฟ้องบิดาคนทั้งคดีแพ่งและคดีอาญา เพราะมาตรา 1562 เป็นบทจำกัดสิทธิจึงต้องตีความโดยเคร่งครัด<sup>15</sup> ดังนั้นบุตรที่ต้องห้ามมิให้ฟ้องบุพการีตามมาตรา 1562 นี้จึงหมายถึงบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น บุตรดังต่อไปนี้จึงมีสิทธิฟ้องบิดาของตนได้

(1) บุตรนอกสมรสฟ้องบิดาให้รับตนเองเป็นบุตรได้ เนื่องจากขณะยื่นฟ้องเด็กซึ่งเป็นโจทก์ยังไม่เป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของจำเลย คดีของโจทก์จึงไม่เป็นคดีอุทลุม ในการฟ้องนั้นบุตรสามารถฟ้องได้ด้วยตนเองเมื่อมีอายุครบ 15 ปีบริบูรณ์ หากอายุยังไม่ครบ ผู้แทนโดยชอบธรรมของบุตรผู้เยาว์เป็นผู้ฟ้องแทนและสามารถเรียกค่าอุปการะเลี้ยงดูบุตรได้ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1556 คำพิพากษาฎีกาที่ 1649/2534 และ 2268/2533

บุตรที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายฟ้องขอให้ศาลลงโทษบิดาในความผิดฐานยกยอกทรัพย์ตามประมวลกฎหมายอาญาได้ คำพิพากษาฎีกาที่ 547/2548

(2) บุตรนอกสมรสที่บิดารับรองโดยพฤตินัย ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1627 โดยให้ใช้ชื่อสกุลและบุคคลทั่วไปทราบว่าเป็นบุตร ฟ้องบิดาให้ดำเนินการแบ่งแยกที่ดินจำนวนครึ่งหนึ่งให้แก่ตนได้ คำพิพากษาฎีกาที่ 3019/2541<sup>16</sup>

(3) ในกรณีของผู้รับบุตรบุญธรรมกับบุตรบุญธรรม ผู้รับบุตรบุญธรรมย่อมไม่ใช่บุพการีของบุตรบุญธรรมตามกฎหมายดังกล่าว บุตรบุญธรรมจึงมีอำนาจฟ้องผู้รับบุตรบุญธรรมเป็นคดีแพ่งหรือคดีอาญาได้ไม่ต้องห้ามตามมาตรา 1562<sup>17</sup> ตามคำพิพากษาฎีกาที่ 294/2538

<sup>14</sup> ประสพสุข บุญเดช. (2554). คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว หน้า 588.

<sup>15</sup> แหล่งเดิม หน้า 591.

<sup>16</sup> ไพโรจน์ กัมพูสิริ. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว เล่มเดิม. หน้า 388.

<sup>17</sup> ประสพสุข บุญเดช. (2554). คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว เล่มเดิม. หน้า 748.

“ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1598/28 ที่บัญญัติว่าบุตรบุญธรรมย่อมมีฐานะอย่างเดียวกับบุตรชอบด้วยกฎหมายของผู้รับบุตรบุญธรรม...และในวรรคที่ 2 ที่บัญญัติว่า ให้นำบทบัญญัติในลักษณะ 2 หมวด 2 แห่งบรรพนี้(ตั้งแต่มาตรา 1561 ถึงมาตรา 1584/1) มาใช้บังคับโดยอนุโลมนั้น หมายความว่า ให้นำบทบัญญัติว่าด้วยสิทธิและหน้าที่ของบิดามารดาและบุตรมาใช้บังคับแก่บุตรบุญธรรมโดยอนุโลมเท่านั้น ไม่ได้บังคับว่าจะต้องนำทุกมาตรามาใช้บังคับทั้งหมด ส่วนบทบัญญัติในมาตรา 1562 ที่บัญญัติว่า ผู้ใดจะฟ้องบุพการีของตนเป็นคดีแพ่งหรือคดีอาญามีได้นั้น เป็นบทบัญญัติจำกัดสิทธิของบุคคล จึงต้องตีความโดยเคร่งครัด ซึ่งตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 29 เดิม (มาตรา 28 ที่แก้ไขใหม่) ให้ความหมายของคำว่า ผู้บุพการีไว้ว่าหมายถึง บิดามารดา ปู่ย่าตายาย ทวด และผู้สืบสายโลหิตกันโดยตรงขึ้นไปตามความเป็นจริง จำเลยเป็นเพียงผู้รับโจทก์เป็นบุตรบุญธรรมไม่ใช่บิดาโจทก์ จึงไม่ใช่ผู้บุพการีของโจทก์ โจทก์จึงมีอำนาจฟ้องจำเลยได้ไม่ต้องห้ามตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1562”<sup>18</sup>

อนึ่งในการฟ้องเลิกรับบุตรบุญธรรม ถ้าบุตรบุญธรรมมีอายุครบสิบห้าปีบริบูรณ์แล้ว บุตรบุญธรรมฟ้องได้โดยไม่ต้องขอความยินยอมจากผู้ใด ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1598/35 วรรคแรก

### 3.1.2.3 สิทธิและหน้าที่ระหว่างบิดามารดากับบุตร

การกำหนดผู้ที่จะมาเป็นบิดาของบุตรนั้น มีความสำคัญเป็นอย่างมาก เพราะการกำหนดดังกล่าวจะนำมาสู่สิทธิและหน้าที่ของทั้งผู้ที่เป็นบิดาและผู้ที่เป็นบุตรในหลายกรณีดังนี้

(1) สิทธิในการใช้ชื่อสกุลของบิดา เพราะประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1561 บัญญัติว่า “บุตรมีสิทธิใช้ชื่อสกุลของบิดา...” บุตรชอบด้วยกฎหมายมีสิทธิใช้ชื่อสกุลของบิดา ส่วนบุตรนอกสมรสซึ่งเกิดจากบิดามารดาไม่ได้สมรสกัน ไม่มีความสัมพันธ์กันบิดาและบุตรกับบิดาจึงจะใช้ชื่อสกุลของบิดาไม่ได้ ชื่อสกุลหมายถึงประจำวงศ์สกุลและกฎหมายบังคับว่าผู้มีสัญชาติไทยต้องมีชื่อตัวและชื่อสกุล ฉะนั้นบุตรชอบด้วยกฎหมายของบิดาจึงต้องมีสิทธิใช้ชื่อสกุลของบิดา บิดาจะห้ามปรามหรือขัดขวางมิให้บุตรใช้นามสกุลของบิดาไม่ได้แม้บุตรจะประพฤติเลวเป็นที่เสียหายแก่วงศ์สกุลอย่างไรก็ตาม เพราะหากบิดามีสิทธิห้ามมิให้บุตรใช้ชื่อสกุลของบิดาได้แล้ว บุตรก็จะไม่มีชื่อสกุลอันเป็นการขัดต่อกฎหมาย อย่างไรก็ดี มาตรา 1561 นี้เป็นการให้สิทธิแก่บุตรที่จะใช้ชื่อสกุลของบิดา ไม่เป็นการบังคับ บุตรอาจจะใช้ชื่อสกุลของบุคคลอื่นก็ได้ถ้าบุคคลที่เป็นเจ้าของชื่อสกุลนั้นอนุญาตให้ร่วมใช้ชื่อสกุลของตน<sup>19</sup> กล่าวโดยสรุปแล้วการใช้ชื่อสกุลตามมาตรานี้เป็น

<sup>18</sup> คำพิพากษาฎีกา ประจําพุทธศักราช 2538. ตอน 1. หน้า 125.

<sup>19</sup> ประสพสุข บุญเดช. เล่มเดิม. หน้า 583-584.

สิทธิของบุตร ดังนั้นบุตรชอบด้วยกฎหมายอาจจะไม่ใช่ชื่อสกุลของบิดา หรือแม้จะเป็นบุตรนอกสมรสก็อาจจะไม่ใช่สกุลมารดา โดยอาจจะใช้ชื่อสกุลของบุคคลอื่นหรือขอตั้งสกุลของตนขึ้นมาใหม่ก็ได้ คำพิพากษาฎีกาที่ 1283/2522 ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1561 บุตรมีสิทธิใช้ชื่อสกุลของบิดา ในกรณีที่บิดาไม่ปรากฏบุตรมีสิทธิใช้ชื่อสกุลของมารดา เป็นบทบัญญัติให้สิทธิแก่บุตร มิได้บังคับว่าต้องใช้เช่นนั้น บุตรชอบที่จะใช้ชื่อสกุลอื่นได้แม้ปรากฏบิดาอันชอบด้วยกฎหมาย บิดามารดายอมให้บุตรใช้ชื่อสกุลของมารดาได้<sup>20</sup>

(2) บุตรและบิดามารดาต่างมีหน้าที่อุปการะเลี้ยงดูกัน มาตรา 1563 “บุตรจำต้องอุปการะเลี้ยงดูบิดามารดา” การอุปการะเลี้ยงดูหมายถึงการให้ความช่วยเหลือในสิ่งจำเป็นแก่การดำรงชีพ คือจัดหาปัจจัย 4 อัน ได้แก่ อาหาร เครื่องนุ่งห่ม ยารักษาโรค และที่อยู่อาศัยให้ แต่หน้าที่ของบุตรในการอุปการะเลี้ยงดูบิดามารดานี้ บิดามารดาจะเรียกร้องกันได้อย่างไร มากน้อยเพียงใด ต้องเป็นไปตามหลักการในมาตรา 1598 คือจะต้องคำนึงถึงความสามารถของบุตร ฐานะของบิดามารดาและพฤติการณ์แห่งกรณีด้วย ซึ่งหน้าที่ให้อุปการะเลี้ยงดูบิดามารดานี้เริ่มตั้งแต่บุตรมีสภาพบุคคล มิใช่เริ่มเมื่อบุตรบรรลุนิติภาวะ แต่ในทางปฏิบัติคงเป็นไปได้ที่จะให้เด็กที่ยังอ่อนอายุอุปการะเลี้ยงดูบิดามารดา ฉะนั้นมาตรา 1573 จึงให้อำนาจบิดามารดามีสิทธิใช้เงินได้ของบุตรตามสมควร และในกรณีละเมิดทำให้บุตรถึงแก่ความตาย แม้บุตรจะอายุน้อยเพียง 3-4 ปี บิดาก็ย่อมมีสิทธิได้รับค่าสินไหมทดแทนในการต้องขาดไร้อุปการะตามกฎหมายทั้งในปัจจุบันและความหวังในอนาคตโดยผลแห่งกฎหมายโดยไม่ต้องพิจารณาว่าขณะเกิดเหตุละเมิด บุตรจะได้อุปการะบิดาจริงหรือไม่ นอกจากนี้แม้บิดาจะยกให้เป็นบุตรบุญธรรมของบุคคลภายนอกแล้วก็ตาม บุตรก็ยังคงต้องอุปการะเลี้ยงดูตามมาตรา 1563 นี้ด้วย บิดาจึงยังคงมีสิทธิเรียกค่าสินไหมทดแทนในการต้องขาดไร้อุปการะตามกฎหมายจากผู้ทำละเมิด ที่ทำให้บุตรของตนถึงแก่ความตายได้<sup>21</sup> ซึ่งหน้าที่อุปการะเลี้ยงดูบิดามารดานั้น ไม่มีระยะเวลาสิ้นสุดหรือจำกัดเหมือนหน้าที่เดียวกันนี้ของบิดามารดาต่อบุตรซึ่งโดยหลักแล้วระงับไปเมื่อบุตรบรรลุนิติภาวะ ดังนั้นตราบิดาที่บิดามารดาอยู่ในสภาพคับขันเดือดร้อน บุตรก็ต้องทำหน้าที่อุปการะเลี้ยงดูไปตามความสามารถทางการเงินของตน<sup>22</sup>

(3) บิดามารดามีหน้าที่อุปการะเลี้ยงดูบุตร ตามมาตรา 1564 ได้กำหนดให้บิดามารดามีหน้าที่อุปการะเลี้ยงดูบุตรในระหว่างที่บุตรยังเป็นผู้เยาว์ และจะมีต่อไปหลังจากบุตรบรรลุนิติภาวะก็แต่เฉพาะในกรณีที่บุตรนั้นทุพพลภาพและหาเลี้ยงตนเองไม่ได้ กฎหมายกำหนดให้บิดามารดา

<sup>20</sup> ไพโรจน์ กัมพูสิริ. เล่มเดิม. หน้า 385.

<sup>21</sup> ประสพสุข บุญเดช. เล่มเดิม. หน้า 594-595.

<sup>22</sup> ไพโรจน์ กัมพูสิริ. แหล่งเดิม. หน้า 382.



จำต้องอุปการะเลี้ยงดูและให้การศึกษาตามสมควรแก่บุตรในระหว่างที่บุตรยังเป็นผู้เยาว์ ซึ่งบุตรที่จะมีสิทธิได้รับการอุปการะเลี้ยงดูและให้การศึกษาจากบิดามารดาจะต้องเป็นบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายของบิดามารดา แม้บิดามารดาจะจดทะเบียนหย่าขาดกันแล้วและมารดาเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองบุตรผู้เยาว์แต่เพียงผู้เดียว บิดาก็ยังต้องมีหน้าที่อุปการะเลี้ยงดูบุตรผู้เยาว์ตามกฎหมายอย่างไรก็ดี หากบุตรผู้เยาว์เป็นบุตรนอกสมรส และยังมีได้ฟ้องคดีขอให้บิดารับเป็นบุตรเสียก่อนจะฟ้องเรียกค่าอุปการะเลี้ยงดูจากบิดาไม่ได้ แต่หากมีการฟ้องคดีและศาลมีคำพิพากษาถึงที่สุดว่าผู้เยาว์เป็นบุตรของบิดาแล้ว มารดาในฐานะผู้แทนโดยชอบธรรมย่อมมีสิทธิฟ้องเรียกค่าอุปการะเลี้ยงดูจากบิดาแทนบุตรผู้เยาว์โดยคดีย้อนหลังไปตั้งแต่วันที่ศาลมีคำพิพากษาถึงที่สุดเพื่อแบ่งส่วนความรับผิดชอบในฐานะที่เป็นลูกหนี้ร่วมกันได้ การที่บุตรมีสิทธิได้รับการอุปการะเลี้ยงดูและให้การศึกษาจากบิดามารดา มีผลทำให้บุตรเกิดสิทธิที่จะเรียกค่าสินไหมทดแทนจากบุคคลที่กระทำละเมิดเป็นเหตุให้บิดามารดาของตนถึงแก่ความตายตามมาตรา 443 วรรคท้ายได้ เพราะถือว่าบุตรต้องขาดไร้อุปการะตามกฎหมาย ทั้งนี้ โดยไม่ต้องคำนึงว่าบิดาจะได้อุปการะเลี้ยงดูบุตรหรือไม่ก็ตาม<sup>23</sup> ส่วนบุตรนอกสมรสตามมาตรา 1546 หรือบุตรนอกกฎหมายตามมาตรา 1627 บิดาไม่มีหน้าที่ตามกฎหมายที่ต้องอุปการะเลี้ยงดู ตามคำพิพากษาฎีกาที่ 1409/2548 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 443 วรรค 3 กำหนดให้ผู้กระทำละเมิดในกรณีที่ทำให้เขาถึงตายรับผิดชอบต่อบุคคลที่ต้องขาดไร้อุปการะเฉพาะที่ผู้ตายมีหน้าที่อุปการะตามกฎหมายเท่านั้น แต่มาตรา 1563 และมาตรา 1564 ที่บัญญัติให้บุตรและบิดาจำต้องอุปการะเลี้ยงดูกันนั้น หมายถึง บุตรและบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น ไม่มีบทบัญญัติกำหนดสิทธิและหน้าที่ให้บิดาจำต้องอุปการะเลี้ยงดูบุตรนอกกฎหมาย ดังนั้นแม้บุตรนอกกฎหมายที่บิดารับรองแล้วจะเป็นทายาทโดยธรรมมีสิทธิรับมรดกของบิดาได้ แต่ก็ไม่มีความหมายเรียกค่าอุปการะเลี้ยงดูจากบิดา จึงไม่มีสิทธิฟ้องเรียกค่าขาดไร้อุปการะจากผู้กระทำละเมิด<sup>24</sup> ดังนั้นถ้าเป็นบิดามารดากับบุตร โดยชอบด้วยกฎหมายแล้ว หากมีผู้กระทำละเมิดทำให้บิดาหรือมารดาถึงแก่ความตายเป็นเหตุให้บุตรต้องขาดไร้อุปการะตามกฎหมายแล้ว บุตรมีสิทธิได้รับค่าสินไหมทดแทนเพื่อการขาดไร้อุปการะนั้น ตามมาตรา 443 วรรคท้าย โดยไม่ต้องคำนึงว่าผู้ตายจะมีฐานะยากดีมีจนอย่างไร เพราะเป็นสิทธิที่ผู้เสียหายจะพึงได้รับชดใช้ตามกฎหมาย (คำพิพากษาฎีกา

<sup>23</sup> ประสพสุข บุญเดช. (2554). คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว หน้า 596-597.

<sup>24</sup> คำพิพากษาฎีกา ประจําพุทธศักราช 2548 ตอนที่ 2. พิมพ์โดยเนติบัณฑิตยสภา. หน้า 269.

ที่ 2217/2524) ที่ไม่ต้องคำนึงว่าผู้ตายจะต้องเป็นผู้ที่มีรายได้และบุตรได้รับการอุปการะแต่อย่างใด (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3471/2529)<sup>25</sup>

นอกจากบิดามารดาจะมีหน้าที่อุปการะเลี้ยงดูบุตรแล้ว บุตรก็มีหน้าที่ต้องอุปการะเลี้ยงดูบิดามารดาเช่นกัน

ด้วยเหตุดังที่กล่าวมาข้างต้น นอกจากต้องพิจารณาว่าผู้ใดควรเป็นบิดาของเด็กที่เกิดมาโดยใช้เชื้อพันธุกรรมแล้ว ยังต้องพิจารณาอีกว่าควรกำหนดให้บิดานั้นมีฐานะเพียงใด เทียบเท่ากับบิดาตามสายโลหิตได้หรือไม่ หรือมีฐานะเป็นเพียงบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น

### 3.1.3 ประมวลกฎหมายอาญา

3.1.3.1 การทอดทิ้งผู้ซึ่งพึ่งพาตนเองไม่ได้ ตามมาตรา 307 และเหตุเพิ่มโทษ ตามมาตรา 308

ผู้ที่ต้องรับผิดชอบตามมาตรานี้ต้องเป็นผู้ที่มีหน้าที่ตามกฎหมายหรือตามสัญญาต้องดูแลผู้ซึ่งพึ่งตนเองไม่ได้เพราะอายุ เช่น บิดามารดาเป็นต้น ซึ่งจะเป็นความผิดสำเร็จต่อเมื่อมีการทอดทิ้งโดยประการที่น่าจะเป็นเหตุให้เกิดอันตรายแก่ชีวิต ซึ่งผู้กระทำต้องรู้ว่าบุคคลนั้นพึ่งตนเองไม่ได้เพราะอายุ ความเจ็บป่วย ภัยพิการหรือจิตพิการและประสงค์จะทอดทิ้ง โดยไม่จำเป็นว่าการทอดทิ้งนั้นน่าจะเป็นเหตุให้เกิดอันตรายต่อชีวิตหรือไม่เพราะเป็นพฤติการณ์ประกอบขณะกระทำซึ่งพิจารณาจากความรู้สึกของคนทั่วไป ผู้กระทำมีเพียงเจตนาทอดทิ้งก็พอ

มาตรา 308 ได้กำหนดเหตุเพิ่มโทษไว้คือ หากการทอดทิ้งตามมาตรา 307 เป็นเหตุให้ผู้ถูกทอดทิ้งถึงแก่ความตาย ผู้กระทำรับโทษฐานทำร้ายผู้อื่นจนเป็นเหตุให้ผู้ผู้นั้นถึงแก่ความตายตามมาตรา 290 หากผู้ถูกทอดทิ้งรับอันตรายสาหัส ผู้กระทำมีความผิดฐานทำร้ายผู้อื่นจนเป็นเหตุให้ได้รับอันตรายสาหัสตามมาตรา 297 โดยอันตรายสาหัสต้องเป็นผลธรรมชาติย่อมเกิดขึ้นได้จากการทอดทิ้งตามมาตรา 63 ด้วย หรือหากผู้ถูกทอดทิ้งเป็นบุพการีก็ต้องรับโทษตามมาตรา 298 เป็นต้น<sup>26</sup>

ซึ่งคำว่าบุพการีตามมาตรา 298 นั้นหมายถึงบุพการีตามความเป็นจริง ดังนั้นหากเด็กที่เกิดจากเชื้อพันธุกรรมของชายอื่นทอดทิ้งบิดาของตน ก็ย่อมไม่อาจเพิ่มโทษตามมาตรา 308 ได้

### 3.1.3.2 การรณรงค์ มาตรา 59 วรรคท้าย

ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 59 วรรคท้าย ได้บัญญัติไว้ว่า “การกระทำให้หมายความรวมถึงการให้เกิดผลอันใดอันหนึ่งขึ้นโดยฉวยการที่จักต้องกระทำเพื่อป้องกันผลนั้นด้วย”

<sup>25</sup> ประสพสุข บุญเดช. (2554). คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว เล่มเดิม. หน้า 598.

<sup>26</sup> ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ. (2554). คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิดและโทษ. หน้า 261-262.

ถ้อยคำในมาตรา 59 ที่ว่า “งดเว้นการที่จักต้องกระทำ” หมายความว่า งดเว้นไม่กระทำในสิ่งที่ตนมีหน้าที่ต้องกระทำ (จักต้องกระทำ) และถ้อยคำที่ว่า “เพื่อป้องกันผล” แสดงว่าหน้าที่ต้องกระทำนั้นเป็นหน้าที่โดยเฉพาะที่จะต้องกระทำเพื่อป้องกันมิให้เกิดผลซึ่งเกิดขึ้นนั้น ซึ่งหน้าที่ที่จะต้องกระทำเกิดจากหลายกรณีด้วยกัน เช่น หน้าที่ตามที่กฎหมายบัญญัติ หน้าที่อันเกิดจากการยอมรับโดยเฉพาะเจาะจง หน้าที่อันเกิดจากการกระทำก่อนๆ ของตน และหน้าที่อันเกิดจากความสัมพันธ์พิเศษเฉพาะเรื่อง ซึ่งบุคคลอาจมีหลายหน้าที่ในขณะเดียวกันได้

หน้าที่ตามที่กฎหมายบัญญัติ หมายความว่า มีกฎหมายบัญญัติหน้าที่ของผู้กระทำโดยตรง เช่น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1564 บัญญัติว่า “บิดามารดาจำต้องอุปการะเลี้ยงดู และให้การศึกษาตามสมควรแก่บุตรในระหว่างที่เป็นผู้เยาว์” อันเป็นการกำหนดหน้าที่ของบิดามารดาที่มีต่อบุตรผู้เยาว์ การที่กฎหมายกำหนดหน้าที่ให้บิดามารดาต้องอุปการะเลี้ยงดูบุตรผู้เยาว์นั้น บิดามารดาจึงต้องป้องกันมิให้บุตรผู้เยาว์ได้รับอันตราย ซึ่งอาจเป็นอันตรายจากการกระทำของบุตรเองหรืออันตรายจากการกระทำของบุคคลที่สามต่อบุตร นอกจากนั้นบิดามารดายังมีหน้าที่ต้องป้องกันมิให้บุตรผู้เยาว์ไปก่ออันตรายให้เกิดขึ้นแก่บุคคลที่สามด้วย

หน้าที่อันเกิดจากการยอมรับโดยเฉพาะเจาะจง หมายความว่า ผู้กระทำยอมรับโดยตรงที่จะกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง ซึ่งทำให้เกิดหน้าที่ในอันที่จะต้องกระทำการตามที่ตนยอมรับที่จะกระทำนั้น เช่น ยอมรับเป็นคนเลี้ยงเด็กเป็นต้น

หน้าที่อันเกิดจากความสัมพันธ์พิเศษเฉพาะเรื่อง หมายความว่า ไม่มีกฎหมายบัญญัติหน้าที่ไว้โดยตรงแต่เพราะผู้กระทำและผู้เสียหายมีความสัมพันธ์พิเศษต่อกันจึงมีหน้าที่ขึ้น เช่น บิดาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย แม้จะไม่มีกฎหมายบัญญัติหน้าที่ไว้โดยตรงดังเช่นประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1564 ให้จำต้องอุปการะเลี้ยงดูบุตรผู้เยาว์ หากตามความเป็นจริงบิดาได้ช่วยเหลืออุปการะเลี้ยงดูบุตรผู้เยาว์โดยตลอด ก็ถือว่าบุตรและบิดามีหน้าที่ต้องช่วยเหลือเกื้อกูลกัน เป็นหน้าที่อันเกิดจากความสัมพันธ์พิเศษเฉพาะเรื่อง หรือชายหญิงอยู่กินกันฉันสามีภริยา แต่มิได้จดทะเบียนสมรสกัน แม้ไม่มีหน้าที่ต้องช่วยเหลือกันตามกฎหมาย แต่ก็มิมีหน้าที่อันเกิดจากความสัมพันธ์พิเศษเฉพาะเรื่องที่ต้องช่วยเหลือกัน หากชายปล่อยให้หญิงป่วยตายโดยไม่พาไปรักษาพยาบาล ก็ถือว่าชายกระทำการฆ่าหญิงโดยงดเว้นได้

ในการพิจารณาว่าเป็นการกระทำโดยงดเว้นนั้น นอกจากผู้กระทำมีหน้าที่ต้องกระทำดังกล่าวมาแล้ว หน้าที่นั้นจะต้องเป็นหน้าที่ซึ่งต้องกระทำเพื่อป้องกันมิให้เกิดผลนั้นขึ้นด้วยประการแรกให้ดูว่า “ผลนั้น” คืออะไร เช่น กรณีแม่ไม่ยอมให้นมลูกกิน จนลูกหิวจนตาย ผลในที่นี้คือความตายของลูก ปัญหาว่าความตายเกิดจากการกระทำโดยงดเว้นหรือไม่ ก็ต้องดูว่าหน้าที่ซึ่งแม่ต้องกระทำนั้นเป็นหน้าที่เพื่อป้องกันมิให้เกิดความตายของลูกของตนหรือไม่ จะเห็นว่าหน้าที่ของ

แม่ตาม ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1564 คือ หน้าที่ “อุปการะเลี้ยงดู...ตามสมควรแก่บุตรในระหว่างที่เป็นผู้เยาว์” ซึ่งเห็นได้ว่าหน้าที่ดังกล่าวรวมถึงการดูแลไม่ให้ลูกของตนตายด้วย เพราะการอุปการะเลี้ยงดูก็ย่อมหมายความถึงการให้อาหารลูกกิน การปล่อยให้ลูกของตนตายก็ถือว่ามิได้อุปการะเลี้ยงดูแล้ว จึงถือว่า แม่มีการกระทำโดยดเว้น

ด้วยเหตุนี้ จึงกล่าวได้ว่า หน้าที่ของการกระทำโดยดเว้นนั้น ต้องมิใช่หน้าที่โดยทั่วไป แต่เป็นหน้าที่โดยเฉพาะที่ต้องทำเพื่อป้องกันมิให้เกิดผลเช่นที่เกิดขึ้นนั้น หากผู้กระทำมีหน้าที่ แต่เป็นหน้าที่โดยทั่วไปมิใช่หน้าที่โดยเฉพาะที่จะป้องกันมิให้เกิดผลนั้นขึ้น การไม่กระทำตามหน้าที่ก็ไม่ถือเป็นการกระทำโดยดเว้น

การกระทำต่างๆจะเป็นการกระทำโดยดเว้นหรือไม่ มีข้อสังเกต คือ

(1) ในกรณีที่มีผลของการกระทำเกิดขึ้น ผลนั้นอาจจะเกิดจากการกระทำโดยการเคลื่อนไหวร่างกายและจากการกระทำโดยการไม่เคลื่อนไหวร่างกายด้วยกันทั้งสองอย่างก็ได้

(2) การกระทำโดยการไม่เคลื่อนไหวร่างกายซึ่งเรียกว่าการกระทำโดยดเว้นนั้น มีฐานะในทางกฎหมายอย่างเดียวกันกับการกระทำโดยการเคลื่อนไหวร่างกายทุกประการ

(3) การกระทำโดยดเว้นมีทั้งเจตนาและประมาท

(4) หากการกระทำโดยดเว้น เป็นการกระทำโดยเจตนา แต่ผลไม่เกิดขึ้นตามเจตนา ผู้กระทำก็รับผิดฐานพยายาม

(5) การกระทำโดยดเว้นก็อาจมีการกระทำโดยพลาดตามมาตรา 60 ได้ หากผู้กระทำมีหน้าที่ป้องกันผลต่อผู้ได้รับผลร้ายด้วย

(6) ความผิดใจที่ต้องการเจตนา หากผู้กระทำขาดเจตนาเพราะไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบภายนอกของความผิด ผู้กระทำก็ไม่ต้องรับผิดฐานกระทำโดยเจตนา เว้นแต่การไม่รู้นั้นเกิดขึ้นเพราะความประมาท ก็ต้องรับผิดฐานประมาท

(7) การกระทำโดยดเว้น คือการไม่กระทำในสิ่งซึ่งตนมีหน้าที่ต้องกระทำ ซึ่งผู้กระทำจะกล่าวอ้างว่าตนไม่รู้ว่ามีหน้าที่ต้องกระทำไม่ได้ การอ้างดังกล่าวถือว่าเป็นการอ้างความไม่รู้กฎหมายเพื่อให้พ้นความรับผิดในทางอาญา ซึ่งมาตรา 64 ไม่ยอมให้อ้างเช่นนั้น

(8) การร่วมกระทำความคิดกับผู้อื่นตามมาตรา 83 โดยดเว้นก็มีได้

(9) การสนับสนุนให้ผู้อื่นกระทำความผิดตามมาตรา 86 อาจเป็นการสนับสนุนโดยการดเว้นก็ได้

(10) หน้าที่ของการกระทำโดยดเว้นนั้นเกิดขึ้นเมื่อผู้กระทำสามารถกระทำการเพื่อป้องกันผลที่เกิดขึ้นนั้นได้ แต่ดเว้นไม่ทำ

(11) หน้าที่ของการกระทำโดยดเว้นนั้นอาจมีระดับสูงกว่าหน้าที่โดยทั่วไป เช่น หากบิดาเห็นบุตรผู้เยาว์กำลังจะจมน้ำตาย แม้บิดาจะว่ายน้ำไม่เก่งแต่บิดาก็ควรต้องเสี่ยงช่วยบุตรของตนหากไม่ช่วยเพราะไม่ยอมเสี่ยง อาจถือเป็นการกระทำโดยดเว้นได้

แต่ในสถานการณ์อย่างเดียวกัน หากผู้ที่กำลังจะจมน้ำเป็นบุคคลอื่นไม่ใช่บุตรผู้เยาว์ของตน หากไม่ลงไปช่วยเพราะว่ายน้ำไม่เก่ง ก็อาจไม่ผิดมาตรา 374 ก็ได้ เพราะหน้าที่ตามมาตรา 374 นั้นไม่เกิดขึ้นหากผู้กระทำ “กลัวอันตรายแก่ตนเอง”

(12) หากการกระทำตามหน้าที่จะก่อให้เกิดภัยอันตรายแก่บุคคลที่สาม การไม่กระทำตามหน้าที่อาจไม่ถือว่าเป็นการกระทำโดยดเว้น

(13) การกระทำโดยดเว้นก็เช่นเดียวกับการกระทำโดยทั่วไป กล่าวคือผลที่เกิดขึ้นต้องมีความสัมพันธ์กับการกระทำโดยดเว้นนั้น ตามหลักในเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล

(14) การกระทำโดยดเว้นเกิดได้ แม้ว่าผู้ที่ได้รับผลจากการกระทำจะก่อให้เกิดผลด้วยตนเองก็ตาม

(15) ความผิดฐานทอดทิ้งตามมาตรา 307 และการกระทำโดยดเว้นตามมาตรา 59 วรรคท้าย เป็นเรื่องที่ใกล้เคียง ข้อแตกต่างอยู่ตรงที่ว่าจะเป็นการงดเว้น ได้จะต้องมีผลของการทอดทิ้งเกิดขึ้น กล่าวคือการทอดทิ้งนั้นก่อให้เกิดผล ขึ้น จึงจะถือเป็นการงดเว้น เพราะงดเว้นนั้นจะต้องเป็นการไม่กระทำเพื่อป้องกันผล แสดงว่าต้องมีผลเกิดขึ้นจึงจะเป็นงดเว้นได้<sup>27</sup>

จากหลักเกณฑ์ข้างต้นจะเห็นได้ว่าการกำหนดให้บุคคลใดเป็นบิดาย่อมมีผลไปถึงหน้าที่ป้องกันผลของบุคคลนั้นด้วย

หน้าที่กระทำเพื่อป้องกันผลนั้นมิได้เกิดจากกฎหมายบังคับโดยตรงเท่านั้น แต่ยังเกิดจากการยอมรับโดยเฉพาะเจาะจงและเกิดจากความสัมพันธ์พิเศษเฉพาะเรื่องด้วย ปัญหาว่า เด็กที่เกิดจากการผสมเทียมหรือใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์อื่น โดยใช้เชื้อพันธุของผู้บริจาค นั้นเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของชายผู้เป็นสามีหรือผู้เป็นเจ้าของเชื้อพันธุผู้บริจาค ซึ่งหากพิจารณา กฎหมายที่มีอยู่ในปัจจุบันรวมทั้งพิจารณาถึงหลักเกณฑ์ของผู้ที่จะขอรับบริจาคเชื้อพันธุที่ต้องเป็นคู่สมรสที่จดทะเบียนสมรส โดยชอบด้วยกฎหมาย และสามีต้องยินยอมให้ภริยาเข้ารับการผสมเทียมหรือใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์โดยใช้เชื้อพันธุของชายอื่น ดังนั้นเด็กที่เกิดมาต้องด้วยข้อสันนิษฐานว่าเด็กที่เกิดมาเป็นบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายของชายผู้เป็นสามีตามที่บัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1536 วรรคแรก ดังนั้นชายผู้เป็นสามีย่อมมีหน้าที่เพื่อป้องกันผลของบุตรที่เกิดขึ้นมาด้วย

<sup>27</sup> เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. (2551). *คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1 บทบัญญัติทั่วไป*. หน้า 105-120.

แต่หากเกิดการฟ้องร้องและปรากฏข้อเท็จจริงต่อศาลโดยชัดแจ้งว่าเด็กที่เกิดมานั้นเกิดโดยวิธีการผสมเทียมหรือใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์โดยใช้เชื้อพันธุ์ของชายอื่น เช่นนี้แล้วก็จะถือว่าเด็กที่เกิดมาเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของชายผู้เป็นสามีอยู่หรือไม่ เพราะตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1536 วรรคแรก เป็นเพียงข้อสันนิษฐานของกฎหมายเท่านั้น ดังนั้นถ้าปรากฏข้อเท็จจริงดังกล่าวว่าเด็กที่เกิดมามีใช่บุตรโดยสายเลือดของชายผู้เป็นสามีแล้ว ยังจะต้องด้วยข้อสันนิษฐานว่าเด็กเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของชายผู้เป็นสามีอยู่หรือไม่ และผู้นั้นยังมีหน้าที่กระทำเพื่อป้องกันผลอยู่หรือไม่ ในต่างประเทศได้เคยมีปัญหาเกิดขึ้นมาแล้ว เช่นคดี *Gursky V. Gursky* (1963) (39 Misc. 2d 1083, 242 N.Y.S. 2d 406) เป็นเรื่องที่สามีฟ้องภริยาเพื่อขอแยกกันอยู่ในข้อเท็จจริงเป็นเรื่องที่ภริยาได้ให้กำเนิดบุตรซึ่งเกิดจากการผสมเทียมแบบ AID โดยได้รับความยินยอมในการผสมเทียมจากสามีด้วย เมื่อฝ่ายสามีฟ้องภริยาเพื่อขอแยกกันอยู่และอ้างว่าเด็กที่เกิดมาเป็นบุตรที่มีชอบด้วยกฎหมาย ฝ่ายภริยาได้ฟ้องแย้งต่อศาลขอให้การสมรสเป็นโมฆะ โดยอ้างว่าสามีของตนขาดสมรรถภาพทางเพศ ผลของคดีแม้ศาลจะพิพากษาว่า เด็กที่เกิดจากการผสมเทียมตามแบบวิธีการ AID ไม่ถือว่าเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมาย แต่การที่สามีให้ความยินยอมให้ภริยาผสมเทียมแบบวิธีการดังกล่าว ถือเป็นกรให้สัญญาโดยนัยที่จะรับผิดชอบให้ความอุปการะแก่เด็ก ตามหลักกฎหมายที่ปิดปากอันสืบเนื่องมาจากความยินยอมนั้นโดยสามีจะโต้แย้งไม่ได้ แนวคำตัดสินนี้ได้แนวความคิดมาจากกฎหมายตามครรลองของประวัติศาสตร์ ซึ่งกล่าวว่าเด็กที่เกิดจากชายอื่นไม่ถือเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของสามี<sup>28</sup> ตามคำพิพากษาข้างต้นศาลแม้ศาลจะพิพากษาว่าเด็กที่เกิดโดยวิธีผสมเทียมโดยใช้เชื้อพันธุ์ของชายอื่นไม่ใช่บุตรที่ชอบด้วยกฎหมายของชายผู้เป็นสามีแต่การยินยอมให้ภริยาผสมเทียมโดยใช้เชื้อพันธุ์ของชายอื่นยอมก่อให้เกิดหน้าที่ต้องอุปการะเด็ก ส่วนจะมีหน้าที่กระทำเพื่อป้องกันผลหรือไม่นั้นเคยมีการพิพากษาไว้ในคดีนาย Sorensen

คดีนาย Sorensen (*people v. Sorensen* (1968) 68 cal. 2d 680, 66 cal. Rptr. 7437 p. 2 d 495, 25 A.L.R. 3d 1093) ซึ่งพนักงานอัยการได้ฟ้องนาย Sorensen ตามคำร้องของสำนักงานประชาสงเคราะห์ ในข้อหาว่า นาย Sorensen ละเลยหน้าที่ในการอุปการะเด็กผู้เยาว์ที่เกิดในระหว่างสมรส แบบวิธีการ AID คดีนี้ศาลฎีกาแห่งรัฐแคลิฟอร์เนียได้พิพากษาว่า นาย Sorensen ให้ความยินยอมให้ภริยาผสมเทียมแบบ AID ด้วยเจตนาที่ต้องการจะมีบุตร เด็กที่เกิดมาก็ต้องอาศัย นาย Sorensen ในการยังชีพ การให้ความยินยอมดังกล่าว นาย Sorensen ก็ทราบดีว่าการผสมเทียมแบบ AID ย่อมสามารถให้กำเนิดทารกออกมาได้ จึงต้องรับผิดชอบต่อทารกที่เกิดมา คำว่าบิดาในทาง

<sup>28</sup> Walter Wadlington and others. *From Law and Medicine : Case and Materials.* pp. 795.

อาญาศาลไม่ได้ให้หมายความเฉพาะจะต้องเป็นเจ้าของเชื้อพันธุ์เท่านั้น แต่พิจารณาความสัมพันธ์ตามกฎหมายระหว่างที่ทารกตามวิธีการแบบ AID เกิดขึ้นมาด้วย เมื่อมีความสัมพันธ์ดังกล่าวเกิดขึ้นก็จะเกิดความรับผิดชอบทางอาญาขึ้นด้วย นาย Sorensen จึงต้องรับผิดชอบโดยตรงต่อเด็กที่เกิดขึ้นมา จึงมีหน้าที่อุปการะต่อเด็กที่เกิดขึ้นมาตามหลักในทางอาญา ซึ่งในคดีนี้มีได้กล่าวถึงว่าเด็กเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของชายผู้เป็นสามีหรือไม่ แต่เมื่อนาย Sorensen ได้ยินยอมให้มีการผสมเทียมโดยใช้เชื้อพันธุ์ของชายอื่นเพื่อต้องการมีบุตร หากเทียบกับกฎหมายอาญาของไทยย่อมเทียบได้กับเรื่องความสัมพันธ์พิเศษเฉพาะเรื่อง คดีที่ศาลได้พิพากษาเช่นเดียวกับคดีนาย Sorensen คือ ให้ถือว่าสามีที่ให้ความยินยอมให้ภริยารับการผสมเทียมแบบ AID ในขณะสมรส ถือว่าเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดขึ้นมา ก็คือ คดี Adoption of Anonymous ซึ่งศาล Sorrogate's Court แห่ง King Country พิพากษาเมื่อปี ค.ศ. 1973 ให้เด็กที่เกิดมาเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของสามีภริยาคู่นี้ การจะให้ความยินยอมในการยกบุตรให้เป็นบุตรบุญธรรมแก่ใครต้องได้รับความยินยอมทั้งจากสามีและภริยาผู้เป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดโดยวิธีการ AID<sup>29</sup>

จากคดี Sorensen และคดี Adoption of Anonymous เป็นคำพิพากษากลับตรงกันข้ามกับคดี Gursky ตามที่เคยพิพากษาว่า เด็กที่เกิดจากการผสมเทียมแบบ AID ไม่เป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของสามี แม้สามีจะให้ความยินยอมในการผสมเทียมนั้นก็ตาม การกลับหลักของคำพิพากษาศาลดังกล่าว ทำให้เห็นว่า การที่ศาลตัดสินคดีในแต่ละคดีที่เกิดจากการผสมเทียมแบบ AID เป็นการตัดสินจากการที่ไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้แน่ชัดเกี่ยวกับการผสมเทียมหรือเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ แต่เป็นการนำเอากฎหมายต่างๆ เข้ามาปรับใช้ในการตัดสินในแต่ละคดี ไม่มีกฎหมายออกมารองรับการผสมเทียมหรือเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์โดยตรง<sup>30</sup>

ส่วนสามีถือเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งผลในทางกฎหมายจึงต่างกันออกไป และจากผลต่างของกฎหมาย ทำให้เจ้าของเชื้อพันธุ์มีหน้าที่ป้องกันผลต่อทารก ซึ่งกรณีของเจ้าของเชื้อพันธุ์บริจาคน่าจะเข้ามาเกี่ยวข้องในทางอาญาก็เป็นในเรื่องของการดำเนินคดีในทางกระบวนพิจารณาความอาญาดังกล่าวเท่านั้น<sup>31</sup>

หากเป็นกรณีเจ้าของเชื้อพันธุ์บริจาคน่าจะไม่มีปัญหาสิทธิความเป็นบิดาของทารก ตามหลักของกฎหมายก็ต้องถือว่า ทารกดังกล่าวไม่มีบิดา คงมีแต่มารดาเท่านั้น และในแง่ของภาระการพิสูจน์

<sup>29</sup> การผสมเทียมกับปัญหาความรับผิดชอบในทางอาญา เล่มเดิม หน้า 37.

<sup>30</sup> แหล่งเดิม หน้า 37-38.

<sup>31</sup> แหล่งเดิม หน้า 59-60.

ความเป็นบิดาของทารกก็จะตกอยู่กับสามี ไม่ตกอยู่กับเจ้าของเชื้อพันธุ์บริจาค เพราะขณะภริยาตั้งครรภ์ยังสมรสอยู่กับสามี เมื่อทารกคลอดขณะเป็นสามีภริยากันอยู่ กฎหมายสันนิษฐานว่าเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของสามีภริยา เมื่อสามีปฏิเสธความเป็นบิดาของทารก ภาระการพิสูจน์จึงตกอยู่กับสามีที่จะต้องพิสูจน์ให้เห็นว่าตนไม่ใช่เจ้าของเชื้อพันธุ์ และไม่ได้ยินยอมให้เกิดการตั้งครรภ์จนมีทารกคลอดออกมา แม้สามีจะพิสูจน์ได้ว่าตนไม่ใช่บิดาของทารกแต่ถ้าสามีเลี้ยงดูทารกนั้นมาตลอด สามีก็มีหน้าที่ต่อทารกตามความสัมพันธ์พิเศษเฉพาะเรื่อง สามีก็ต้องดูแลทารกถึงตัววันไม่ดูแลทารกตามหน้าที่สามีก็ต้องรับผิดชอบตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 59 วรรคท้าย เพราะความสัมพันธ์พิเศษเฉพาะเรื่องดังกล่าว<sup>32</sup>

### 3.1.3.3 การเพิ่มโทษเพราะเป็นเหตุกรรจ์ ตามมาตรา 285

มาตรา 285 เป็นบทเพิ่มโทษเพราะผู้กระทำได้กระทำความผิดตามที่บัญญัติไว้แก่ผู้สืบสันดาน รวมไปถึงผู้ที่อยู่ในความปกครองของตน เป็นต้น ซึ่งผู้สืบสันดานตามมาตรา ๓๖ หมายความว่าถึงผู้สืบสันดานตามความเป็นจริง กล่าวคือรวมถึงบุตรนอกกฎหมายด้วย<sup>33</sup>

ส่วนบุตรบุญธรรมนั้น ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 1598/28 บัญญัติให้มีฐานะเช่นเดียวกับบุตรชอบด้วยกฎหมายของผู้รับบุตรบุญธรรมนั้น ซึ่งรวมถึงการใช้อำนาจปกครองด้วย<sup>34</sup> ดังนั้นหากมีการกระทำความผิดต่อบุตรบุญธรรมย่อมถือว่าได้กระทำต่อผู้อยู่ในความปกครองของตน

ดังนั้นหากบิดากระทำความผิดต่อบุตรของตนที่เกิดจากเชื้อพันธุ์บริจาคของชายอื่นแล้ว บิดาไม่ต้องรับโทษเพิ่มขึ้นตามมาตรา ๓๖ เพราะบุตรมิใช่ผู้สืบสันดานของตนเช่นนั้นหรือ ซึ่งให้ผลขัดแย้งกับวัตถุประสงค์ของการกฎหมายมาตรานี้

### 3.1.3.4 การกระทำที่ผู้สืบสันดานกระทำต่อบุพการี มาตรา 71 วรรค 2

มาตรานี้เป็นเหตุลดโทษที่กฎหมายกำหนดไว้ว่าการกระทำความผิดตามมาตรา 334-336 วรรคแรกและมาตรา 341-364 หากเป็นการกระทำที่ผู้บุพการีกระทำต่อผู้สืบสันดานหรือผู้สืบสันดานกระทำต่อบุพการี แม้กฎหมายมิได้บัญญัติให้เป็นความผิดอันยอมความได้และนอกจากนั้น ศาลจะลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นเพียงใดก็ได้

ดังนั้นบุตรที่เกิดจากเชื้อพันธุ์บริจาคกับผู้ที่เป็นบิดาตามกฎหมายย่อมไม่อาจได้รับประโยชน์จากเหตุลดโทษดังกล่าวเพราะบุพการีและผู้สืบสันดานตามประมวลกฎหมายอาญายกเว้นกฎหมายย่อมถือตามความเป็นจริง

<sup>32</sup> แหล่งเดิม หน้า 60.

<sup>33</sup> เกียรติจักร วัฒนสวัสดิ์. (2550). กฎหมายอาญา ภาคความผิด เล่ม 2 หน้า 353.

<sup>34</sup> แหล่งเดิม หน้า 355.



### 3.1.3.5 ฆ่าบุพการี ตามมาตรา 289 (1)

คำว่า “บุพการี” ตามมาตรา 289 (1) ในคดีอาญาศาลฎีกามักจะตีความโดยเคร่งครัดตามความสัมพันธ์ทางสายโลหิตยิ่งกว่าความสัมพันธ์ทางกฎหมาย ดังเช่น คำพิพากษาฎีกาที่ 956/2509 ที่วินิจฉัยตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 71 ว่า คำว่า “สืบสันดาน” ตามพจนานุกรมหมายความว่า สืบเชื้อสายมาโดยตรง และตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1586, 1587, 1627 แสดงว่า บุตรบุญธรรมย่อมมีฐานะแตกต่างกับบุตรชอบด้วยกฎหมายของผู้รับบุตรบุญธรรม และผู้รับบุตรบุญธรรมก็มีฐานะต่างกับบุพการีโดยตรงของบุตรบุญธรรมอยู่หลายประการ มาตรา 1586, 1627 เป็นบทบัญญัติให้สิทธิบางประการแก่บุตรบุญธรรมในทางแพ่งเกี่ยวกับความสัมพันธ์ทางครอบครัว และมรดกของผู้รับบุตรบุญธรรมเท่านั้น การตีความถ้อยคำในประมวลกฎหมายอาญาที่ต้องตีความโดยเคร่งครัด จึงหาชอบที่จะนำบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้ตีความคำว่า “ผู้สืบสันดาน” ตามมาตรา 71 วรรค 2 ไม่ บุตรบุญธรรมจึงไม่ใช่ผู้สืบสันดานกระทำต่อบุพการี จึงยอมความตามมาตรา 71 ไม่ได้<sup>35</sup>

เมื่อคำว่าผู้สืบสันดานนั้นกฎหมายอาญากำหนดให้หมายถึงผู้สืบเชื้อสายโดยตรง ดังนั้น หากเด็กเกิดจากการใช้เชื้อพันธุกรรมของชายอื่นแล้วเด็กนั้นย่อมไม่อาจเป็นผู้สืบสันดานของบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของตนได้ ดังนั้นหากผู้นั้นฆ่าบิดาของตนก็ไม่จำเป็นต้องรับโทษหนักขึ้นตามความในมาตรา 289 (1) ซึ่งทำให้ผลแห่งการกระทำนั้นขัดแย้งกับวัตถุประสงค์ของกฎหมายมาตรานี้ที่ต้องการลงโทษผู้ที่ทำการปิตุฆาตและอกตัญญูให้หนักขึ้น

### 3.1.4 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

ตามหลักในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 5(1) กำหนดให้ผู้แทนโดยชอบธรรมหรือผู้อนุบาล มีอำนาจจัดการแทนผู้เสียหายได้เฉพาะแต่ในความผิดซึ่งได้กระทำต่อผู้เยาว์หรือผู้ไร้ความสามารถซึ่งอยู่ในความดูแล คำว่า “ผู้แทนโดยชอบธรรม” หมายถึง บิดามารดา ซึ่งเป็นผู้ใช้อำนาจปกครอง และต้องเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมาย ในกรณีที่ไม่มีบิดามารดาหรือบิดามารดาถูกถอนอำนาจปกครอง ผู้ปกครอง ซึ่งตั้งโดยบิดามารดาที่ตายที่หลัง หรือตั้งโดยคำสั่งของศาลเป็นผู้แทนโดยชอบธรรม ดังนั้นบิดาที่ไม่ได้จดทะเบียนสมรสกับมารดาผู้เยาว์ บิดาที่ไม่ได้จดทะเบียนว่าผู้เยาว์เป็นบุตรหรือศาลมิได้พิพากษาว่าผู้เยาว์เป็นบุตรก็มิใช่ผู้แทนโดยชอบธรรมของผู้เยาว์ที่จะมีอำนาจฟ้องคดีแทนผู้เยาว์<sup>36</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 6306/2545 กรณีเป็นบิดาต้อง

<sup>35</sup> มนต์ชัย ชนินทรลีลา. (2547). คู่มือประมวลกฎหมายอาญากฎ 2 ความผิด ภาค 3 ลหุโทษ พร้อมด้วยตัวอย่างย่อหลักกฎหมายจากคำพิพากษาฎีกา หน้า 263.

<sup>36</sup> พิพัฒน์ จักรางกูร. (2546). คำอธิบายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา หน้า 21.

เป็นบิดาที่ชอบด้วยกฎหมายของผู้เยาว์ด้วย จึงจะถือว่าเป็นผู้แทนโดยชอบธรรม ไม่ถือตามหลักสายโลหิต

มาตรา 5(2) ซึ่งเป็นกรณีที่ผู้บุพการี ผู้สืบสันดาน มีอำนาจจัดการแทนผู้เสียหายได้ เฉพาะในความผิดอาญาที่ผู้เสียหายถูกทำร้ายถึงตายหรือบาดเจ็บจนไม่สามารถจะจัดการเองได้ คำว่า “ผู้บุพการี” ตามความหมายของมาตรานี้ หมายถึงบุพการีตามความเป็นจริงเท่านั้น ก็ต้องเป็นญาติผู้สืบสายโลหิตโดยตรงขึ้นไป ดังปรากฏตามคำพิพากษาฎีกาที่ 1384/2516 (ประชุมใหญ่) การที่โจทก์มิได้จดทะเบียนสมรสกับมารดาผู้ตาย แต่โจทก์เป็นบิดาของผู้ตายตามความเป็นจริง เมื่อผู้ตายถูกทำร้ายถึงตาย โจทก์ย่อมมีอำนาจฟ้องคดีแทนผู้ตายได้ ดังนั้นแม้เป็นบิดาที่ไม่ได้จดทะเบียนสมรสกับมารดา ทั้งไม่ได้จดทะเบียนว่าเป็นบุตร หรือศาลมิได้พิพากษาว่าเป็นบุตร ตามคำพิพากษาฎีกาที่ 1405/2512 ที่ 1988/2514 ที่ 2882/2527 แต่เมื่อเป็นบิดาตามความเป็นจริงย่อมมีอำนาจกระทำการแทนบุตร ตามมาตรา 5(2) ได้ ส่วนคำว่า “ผู้สืบสันดาน” ตามมาตรานี้ก็มีความหมายอย่างเดียวกัน ก็ต้องเป็นผู้สืบสายโลหิตโดยตรงลงมา เช่น บุตรของผู้ที่ถูกทำร้ายถึงตาย ไม่ว่าบิดามารดาจะได้อุปการะเลี้ยงดูหรือไม่ หรือไม่มีอำนาจฟ้องคดีแทนผู้เยาว์ตามมาตรา 5(1) เพราะผู้สืบสันดานตามมาตรา 5(2) หมายถึงผู้สืบสันดานตามความเป็นจริง ตามคำพิพากษาฎีกาที่ 303/2497 (ประชุมใหญ่) ที่ 1526/2497 ที่ 2664/2527 ส่วนบุตรบุญธรรมนั้น แม้ตามบุตรบุญธรรม ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จะมีฐานะอย่างเดียวกับบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายของผู้รับบุตรบุญธรรม แต่ก็มิใช่ผู้สืบสันดานตามความเป็นจริงของผู้รับบุตรบุญธรรมและผู้รับบุตรบุญธรรมก็มีไม่ใช่ผู้บุพการี ผู้รับบุตรบุญธรรมและบุตรบุญธรรมจึงจะจัดการแทนกันตามมาตรา 5(2) ไม่ได้<sup>37</sup>

และในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตรา 29 ซึ่งผู้เสียหายไปยื่นฟ้องแล้วตายลง ผู้บุพการี ผู้สืบสันดานจะดำเนินคดีต่างผู้ตายต่อไปก็ได้ ซึ่งเป็นหลักที่ถือเอาบุพการีและผู้สืบสันดานตามความเป็นจริงเช่นเดียวกับมาตรา 5(2) คำพิพากษาฎีกาที่ 5119/2530 ผู้บุพการีและผู้สืบสันดานที่จะมีอำนาจดำเนินคดีต่างผู้ตายตามมาตรา 29 หมายถึง ผู้บุพการีหรือผู้สืบสันดานตามความเป็นจริง ดังนั้น บุตรที่มีชอบด้วยกฎหมายของผู้เสียหายก็มีสิทธิดำเนินคดีต่อไปได้

จากกฎหมายสามมาตราข้างต้น จะเห็นได้ว่าผู้บุพการีนั้นบางมาตราถือตามความเป็นจริงคือถือตามสายโลหิต แต่บางมาตราถือตามกฎหมาย ดังนั้นหากถือว่า เจ้าของเชื้อพันธุ์บริจาคนั้น บุพการีตามความเป็นจริงของเด็กและเด็กเป็นผู้สืบสันดานตามจริงของผู้บริจาคนำด้วยบทกฎหมายดังกล่าวมาปรับใช้กับกรณีที่เด็กเกิดมาจากการใช้เชื้อพันธุ์บริจาคของชายอื่นตามหลักกฎหมายใกล้เคียงแล้ว ทั้งเด็กที่เกิดมาและชายผู้เป็นสามีของมารดาที่ย่อมไม่สามารถใช้สิทธิตาม

<sup>37</sup> แหล่งเดิม หน้า 23-24.

มาตรา 5(2) และมาตรา 29 ได้อย่างแน่แท้ เพราะบุคคลทั้งสองมิใช่สายโลหิตเดียวกัน นอกจากนี้การจะนำตัวบิดาตามสายโลหิตของเด็กมาเป็นผู้มีอำนาจจัดการแทนผู้เสียหายก็ย่อมเป็นไปได้ยาก เพราะขั้นตอนทางการแพทย์มักจะปกปิดผู้บริจาคไว้ เด็กที่เกิดมาย่อมไม่ทราบว่าใครเป็นบิดาตามสายโลหิตของตน

ส่วนตามมาตรา 5(1) นั้นผู้บุพการีและผู้สืบสันดานให้ถือตามกฎหมาย ดังนั้นเจ้าของเชื้อพันธุ์บริจาคย่อมไม่ถือเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของทารกที่ภริยาลดออกกมา ซึ่งฐานะของเจ้าของเชื้อพันธุ์บริจาคอาจเทียบได้กับหญิงที่มีการตั้งครรภ์กับชายที่ไม่ได้จดทะเบียนสมรสกัน ซึ่งตามหลักกฎหมายเมื่อเด็กเกิดจากหญิงที่ไม่ได้จดทะเบียนสมรสกับชายแล้ว กฎหมายถือว่าชายไม่ใช่บิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากหญิงนั้น เพราะไม่มีการจดทะเบียนสมรสกัน หญิงจึงเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กแต่เพียงผู้เดียว<sup>38</sup> ส่วนสามีของหญิงผู้รับการบริจาคเมื่อได้สมรสกันเด็กที่เกิดมาย่อมเป็นบุตร โดยชอบด้วยกฎหมายของชายผู้เป็นสามีด้วย จึงย่อมมีอำนาจกระทำการแทนตามมาตรา 5(1)

ดังนั้นเมื่อพิจารณาแล้วจะเห็นว่าบุตรที่เกิดจากการใช้เชื้อพันธุ์บริจาค้นั้นแม้จะมีช่บุตรตามสายโลหิตของชายผู้เป็นสามี แต่การที่สามียินยอมให้มีการรับบริจาคก็ย่อมเป็นการแสดงเจตนาอยู่ในตัวว่าผู้นั้นกระทำเพื่อต้องการให้เด็กที่เกิดมามีฐานะเป็นบุตรของตนทั้งตามกฎหมายและตามความเป็นจริง ดังนั้นการนำกฎหมายที่มีอยู่มาปรับใช้กับกรณีดังกล่าวข้างต้น ย่อมทำให้ชายผู้เป็นสามีและเด็กที่เกิดมาเสียสิทธิที่จะทำการแทนตามเหตุผลข้างต้น

### 3.2 กฎหมายเกี่ยวกับการผสมเทียมหรือเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์โดยใช้เชื้อพันธุ์บริจาคของชายอื่นในต่างประเทศ

#### 3.2.1 กฎหมายจารีตประเพณี ( Common Law )

##### 3.2.1.1 กฎหมายของสหราชอาณาจักร

สหราชอาณาจักรมีกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการผสมเทียมหรือเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์คือ Human Fertilisation And Embryology Act 1990 หรือ HFEA ซึ่งได้กำหนดหน้าที่ของผู้ที่บริจาคเชื้อพันธุ์ไว้ว่า หากเป็นการบริจาคผ่านสถานพยาบาลที่ได้รับอนุญาตจาก HFEA แล้ว ผู้บริจาคย่อมไม่มีหน้าที่ตามกฎหมายต่อเด็กที่เกิดขึ้นมาจากเชื้อพันธุ์ของตน<sup>39</sup> แต่หากผู้บริจาคเชื้อพันธุ์มิได้บริจาคผ่านสถานพยาบาลที่ได้รับอนุญาตจาก HFEA แล้ว ผู้บริจาคจะมีฐานะ

<sup>38</sup> การผสมเทียมกับปัญหาความรับผิดชอบในทางอาญา เล่มเดิม. หน้า 59-60.

<sup>39</sup> Retrieved January 10, 2012. From [www.hfea.gov.uk/1962.html](http://www.hfea.gov.uk/1962.html).

เป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากเชื้อพันธุของตนเอง ทั้งมีสิทธิและหน้าที่ต่อเด็กดังเช่น บิดาโดยชอบด้วยกฎหมายพึงมีทุกประการ ในส่วนคุณสมบัติของผู้ขอรับเชื้อพันธุบริจาค HFEA มิได้จำกัดให้ผู้ขอรับเชื้อพันธุบริจาคต้องเป็นคู่สมรสตามกฎหมายเท่านั้นแต่ยังให้สิทธิแก่คู่รักชายหญิง คู่รักหญิงกับหญิง รวมทั้งหญิงโสดด้วย ในกรณีคู่รักชายหญิง ชายจะเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากเชื้อพันธุบริจาคต่อเมื่อได้ทำสัญญาเป็นหนังสือตามที่สถานพยาบาลที่ได้รับอนุญาตจาก HFEA กำหนดไว้เท่านั้น

แต่ต่อมาในปี ค.ศ. 2004 ได้มีการแก้ไขในส่วนสิทธิของเด็กที่เกิดจากการใช้เชื้อพันธุบริจาค คือ เด็กที่เกิดจากเชื้อพันธุที่ชายได้บริจาคไว้ นับแต่วันที่ 1 เมษายน ค.ศ. 2005 มีสิทธิเรียกร้องให้มีการเปิดเผยชื่อและที่อยู่ล่าสุดของผู้บริจาค เมื่อเด็กที่เกิดมามีอายุครบ 18 ปีบริบูรณ์ ส่วนเกณฑ์ในการคัดเลือกผู้บริจาคเชื้อพันธุ นั้นประเทศอังกฤษกำหนดอายุของผู้บริจาคเชื้อพันธุว่าต้องไม่เกิน 55 ปี และกำหนดจำนวนทารกที่คลอดและมีชีวิตจากเชื้อพันธุของผู้บริจาคว่าต้องไม่เกิน 10 คนต่อผู้บริจาคแต่ละราย<sup>40</sup>

### 3.2.1.2 กฎหมายของสหรัฐอเมริกา

พระราชบัญญัติว่าด้วยแบบความเป็นบิดามารดา Uniform Parentage Act, 1973 หรือ UPA มาตรา 4 ได้บัญญัติว่า “ชายซึ่งยินยอมเป็นลายลักษณ์อักษรให้ภริยาผสมเทียมหรือเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ เด็กที่เกิดถือว่าเป็นบุตรโดยธรรมชาติของชายผู้เป็นบิดา ชายผู้บริจาคเชื้อพันธุของตนเองให้แพทย์เพื่อทำการผสมเทียมหรือเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์กับหญิงอื่นที่มีภริยาตน เด็กที่เกิดไม่ถือว่าเป็นบุตรของชายที่บริจาคเชื้อพันธุ” ซึ่งมีประมาณ 20 มลรัฐที่ยอมรับหลักการนี้เช่น มลรัฐแคลิฟอร์เนีย<sup>41</sup> โดยในมาตรา 7610 (b) ได้บัญญัติไว้ว่า ความสัมพันธ์ระหว่างบิดาและเด็กจะเกิดขึ้นตามที่กฎหมายในส่วนนี้กำหนด ซึ่งกฎหมายในส่วนนี้ได้กำหนดไว้ในมาตรา 7613 โดยกำหนดว่า หากภริยาตั้งครรภ์โดยใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ด้วยการใช้เชื้อพันธุจากชายอื่นที่บริจาคไว้ภายใต้การดูแลของแพทย์ที่ได้รับใบอนุญาตให้ประกอบวิชาชีพ สามีของหญิงนั้นจะได้รับการปฏิบัติทางกฎหมายเสมือนหนึ่งเป็นบิดาผู้ให้กำเนิดของเด็กที่จะเกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์นั้น ในกรณีนี้สามีต้องให้ความยินยอม

<sup>40</sup> From Regulation of assisted reproductive technology : the U.K. experience. In : Brinsden PR., editor. A textbook of in vitro fertilization and assisted reproduction. 2<sup>nd</sup> ed (pp. 415-423), by Brinsden PR, 1999.

<sup>41</sup> “การคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ : ศึกษาเปรียบเทียบจากกฎหมายและคำพิพากษาของประเทศสหรัฐอเมริกา.” โดย ธัญญลักษณ์ เบ็ญจมะโน เตชะวุฒิพันธุ์, 2555, วารสารกฎหมายเปรียบเทียบศาลยุติธรรม, 4, 1. หน้า 144-145.

ภริยาในการรับบริจาคน้ำเชื้อจากผู้บริจาคโดยทั้งสามีและภริยาต้องลงลายมือชื่อไว้เป็นลายลักษณ์อักษร ส่วนชายผู้บริจacksonน้ำเชื้อไว้แก่แพทย์ที่ได้รับอนุญาตหรือธนาคารอสุจิไม่ถือว่าเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดขึ้น

กฎหมายของมลรัฐแคลิฟอร์เนียไม่ได้กำหนดให้ผู้ที่ต้องการมีบุตรโดยใช้เชื้อพันธุ์บริจาคต้องเป็นสามีภริยาโดยชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น จึงเปิดช่องให้หญิงที่อยู่กินกับชายฉันทามีภริยาหรือหญิงกับหญิงด้วยกัน สามารถใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์โดยใช้เชื้อพันธุ์บริจาคได้<sup>42</sup> นอกจากนี้มลรัฐแคลิฟอร์เนียแล้ว มลรัฐแคนซัส ก็มีกำหนดให้หญิงมีสามีโดยชอบด้วยกฎหมายเท่านั้นที่จะมีบุตรโดยใช้เชื้อพันธุ์บริจาคได้ และยังคงกำหนดไม่ให้ชายที่บริจาคเชื้อพันธุ์แก่หญิงอื่นที่มีใช้ภริยาของตนเป็นบิดาของเด็กที่เกิดกับหญิงอื่นโดยใช้เชื้อพันธุ์ของตนเว้นแต่ผู้บริจาคและหญิงที่รับบริจาคเชื้อพันธุ์จะตกลงยกเว้นไว้เป็นหนังสือ<sup>43</sup>

นอกจากนี้ยังมีพระราชบัญญัติว่าด้วยแบบสถานภาพของเด็กที่เกิดจากการผสมเทียมหรือเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ Uniform Status of Children of Assisted Conception Act, 1988 หรือ USCACA ของรัฐบาลกลาง โดยมีหลักไว้ว่า ผู้บริจาคเชื้อพันธุ์ให้ผสมเทียมหรือใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์กับไข่ของหญิงอื่นที่มีใช้ภริยาของตน เด็กที่เกิดมาไม่ถือว่าเป็นบุตรของชายผู้บริจาคเชื้อพันธุ์ ส่วนชายที่ยินยอมให้ภริยาของตนผสมเทียมหรือใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์กับเชื้อพันธุ์ของชายอื่น ให้สันนิษฐานว่าเป็นบุตรของชายผู้เป็นสามีซึ่งมีประมาณ 15 มลรัฐที่ยอมรับหลักการนี้

### 3.2.1.3 กฎหมายของเครือรัฐออสเตรเลีย

มีกฎหมายของมลรัฐ เช่น พระราชบัญญัติว่าด้วยการผสมเทียม Artificial Conception Act, 1984 ของมลรัฐนิวเซาท์เวลส์ พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติว่าด้วยสถานภาพของเด็ก The Status of Children (Amendment) Act, 1984 ของมลรัฐวิกตอเรีย พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติว่าด้วยความสัมพันธ์ในครอบครัว The Family Relationships (Amendment) Act, 1984 ของมลรัฐออสเตรเลียใต้ และพระราชบัญญัติว่าด้วยการผสมเทียม The Artificial Conception Act, 1985 ของมลรัฐออสเตรเลียตะวันตก พระราชบัญญัติของมลรัฐต่างๆ ได้วางหลักไว้ว่า “เด็กเกิดแต่หญิงที่มีคู่สมรสโดยชอบอันเนื่องมาจากการผสมเทียมกับเชื้อพันธุ์ของชายคู่สมรสหรือเชื้อพันธุ์ของชายอื่นแต่ได้รับความยินยอมจากชายผู้เป็นสามีแล้ว ให้ถือว่าเป็นเด็กที่เกิดเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของชายผู้เป็นสามี ในการผสมเทียมโดยใช้เชื้อพันธุ์ของชายอื่นมิใช่คู่สมรส

<sup>42</sup> แหล่งเดิม หน้า 156.

<sup>43</sup> แหล่งเดิม หน้า 158.

ของหญิงผู้รับการผสมเทียม เด็กที่เกิด ไม่ถือว่าเป็นบุตรของชายผู้เป็นเจ้าของเชื้อพันธุ์ ข้อสันนิษฐานดังกล่าวเป็นข้อสันนิษฐานเด็ดขาดห้ามนำสืบโต้แย้ง นอกจากนี้รัฐวิคตอเรียยังได้กำหนดว่า ข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับผู้บริจาคเชื้อพันธุ์ จะถูกเก็บไว้ในคอมพิวเตอร์ของรัฐ และเด็กที่คลอดโดยใช้เชื้อพันธุ์บริจาคสามารถขอข้อมูลได้เมื่ออายุครบ 18 ปีบริบูรณ์ ไม่ว่าผู้บริจาคจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม<sup>44</sup>

### 3.2.1.4 กฎหมายของนิวซีแลนด์

ประเทศนิวซีแลนด์เป็นหนึ่งในประเทศที่ยอมรับการใช้ชีวิตคู่ของคนรักที่เป็นเพศเดียวกันในส่วนของการใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์โดยใช้เชื้อพันธุ์บริจาคนั้นไม่อนุญาตให้เฉพาะคู่รักต่างเพศที่จดทะเบียนสมรสกันเท่านั้น แต่ยังเปิดกว้างให้คู่รักต่างเพศที่มีได้จดทะเบียนสมรสกันและคู่รักเพศเดียวกัน (de facto partner) ด้วย หากเป็นการขอใช้เชื้อพันธุ์บริจาคเป็นคู่รักเพศเดียวกันให้หญิงผู้ตั้งครรภ์เป็นมารดาแม้ว่าไข่จะเป็นของคู่รักของตนหรือของผู้บริจาคอื่น ส่วนหญิงคู่รักที่มีได้ตั้งครรภ์ให้มีฐานะเป็นผู้ปกครองของเด็ก ส่วนผู้บริจาคเชื้อพันธุ์ไม่มีฐานะเป็นผู้ปกครองของเด็ก ตามที่บัญญัติไว้ใน Status of Children Amendment Act, 2004 ในส่วนสิทธิของเด็กที่เกิดจากเชื้อพันธุ์บริจาคมานั้น Human Assisted Reproductive Technology Act, 2004 หรือ HART กำหนดให้เด็กที่เกิดจากเชื้อพันธุ์บริจาคมามีสิทธิเรียกร้องให้มีการเปิดเผยข้อมูลส่วนตัวของผู้บริจาคได้เมื่อเด็กมีอายุครบ 18 ปีบริบูรณ์

### 3.2.2 กฎหมายลายลักษณ์อักษร (Civil Law)

#### 3.2.2.1 กฎหมายของสมาพันธรัฐสวิส

เมื่อวันที่ 18 ธันวาคม ค.ศ. 1998 สมาพันธรัฐสวิสได้ออกกฎหมาย The Swiss Law on medically Assisted Procreation หรือ LPMA โดยให้มีผลบังคับใช้ตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม ค.ศ. 2001<sup>45</sup> ซึ่งกฎหมายฉบับนี้ได้กำหนด ให้เด็กที่เกิดจากเชื้อพันธุ์บริจาคมตามที่กฎหมายนี้บัญญัติเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของชายผู้เป็นสามีมารดาตน และเด็กไม่อาจโต้แย้งความเป็นบิดาและบุตรกับผู้นั้นได้ ในส่วนความสัมพันธ์ของเด็กกับผู้บริจาคเชื้อพันธุ์ กฎหมายฉบับนี้ไม่อนุญาตให้เด็กฟ้องร้องถึงความเป็นบิดาจากผู้บริจาค เพราะผู้ที่บริจาคเชื้อพันธุ์ในสถานที่ที่กฎหมายอนุญาตจะได้รับความคุ้มครองภายใต้กฎหมายนี้

<sup>44</sup> From Regulation of assisted reproductive technology : the Australian experience. In : Brinsden PR., editor. A textbook of in vitro fertilization and assisted reproduction. 2<sup>nd</sup> ed (pp. 424-427) by Johnson I, 1999.

<sup>45</sup> Retrieved October 15, 2012. From <http://www.sgrm.org/wb/media/Swice/Swiss%20laws%20on%20medically%20assisted%20procreation.Pdf>.

แม้ว่ากฎหมายฉบับนี้จะให้สิทธิเด็กที่จะขอข้อมูลเกี่ยวกับเอกลักษณ์และลักษณะทางกายภาพของผู้บริจาค (เช่น ตา สีผม น้ำหนัก ส่วนสูงและประวัติทางการแพทย์ เป็นต้น) แต่กฎหมายฉบับนี้ไม่ให้สิทธิใดๆแก่เด็กที่จะได้รับคำเลี้ยงดูหรือการอุปการะเลี้ยงดูจากผู้บริจาค เพราะบิดาตามกฎหมายของเด็กคือสามีของมารดาเด็กเท่านั้น

ในสหพันธรัฐสวิสจะไม่มีการจ่ายค่าตอบแทนให้แก่ผู้บริจาคเชื้อพันธุ์แต่อย่างใด แต่ผู้บริจาคจะได้รับค่าเดินทางและค่าเสียเวลาในห้วงปฏิบัติการ ส่วนการนำเชื้อพันธุ์ไปใช้ กฎหมายกำหนดไว้ว่าเชื้อพันธุ์จากผู้บริจาคหลายคนจะไม่ถูกนำมาใช้ในคราวเดียวกัน และเชื้อพันธุ์จากผู้บริจาค 1 คนจะใช้ก่อกำเนิดเด็กมากที่สุดเพียง 8 คนเท่านั้น

### 3.2.2.2 กฎหมายของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

ในอดีตมีคำพิพากษาศาลสูงของสหพันธ์ (Bundesgerichtshof) โดยพิพากษาว่า สามีมีสิทธิที่จะฟ้องเด็กที่เกิดจากภรรยาของตนโดยวิธีการผสมเทียมหรือเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ด้วยเชื้อพันธุ์ของผู้บริจาคว่ามีได้เป็นบุตร แม้ว่าสามีจะได้ให้ความยินยอมในการผสมเทียมหรือใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์นั้นแล้วเป็นลายลักษณ์อักษรก็ตาม โดยไม่ถือว่าฝ่ายสามีใช้สิทธิโดยไม่สุจริตแต่อย่างใด เพราะเด็กที่เกิดจากเชื้อพันธุ์ของผู้บริจาคมานั้น ไม่ถือเป็นบุตรที่เกิดระหว่างสมรสของบิดาตามความหมายของประมวลกฎหมายแพ่งการยินยอมของสามีในการผสมเทียมหรือใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์โดยใช้เชื้อพันธุ์บริจาคมานั้น เป็นการยอมรับเลี้ยงดูเด็กตามสัญญา ซึ่งไม่เกี่ยวกับการรับรองเด็กว่าเป็นบุตร<sup>46</sup>

ต่อมาในปี 2002 จึงได้ริเริ่มให้มีร่างกฎหมายของรัฐบาลกลาง<sup>47</sup> ที่ 14/2096<sup>48</sup> กำหนดให้ชายผู้เป็นสามีที่ได้ให้ความยินยอมแก่ภรรยาในการตั้งครรภ์โดยใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์โดยใช้เชื้อพันธุ์บริจาคมิฐานะเป็นบิดาของเด็กและไม่มีสิทธิปฏิเสธความเป็นบิดา<sup>49</sup> ซึ่งในปัจจุบันในส่วนที่เกี่ยวกับการบริจาคเชื้อพันธุ์นั้นกฎหมาย The German Embryo Protection Law ในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีนั้นไม่อนุญาตให้บริจาคไข่หรือตัวอ่อน แต่การบริจาคเชื้อพันธุ์นั้น

<sup>46</sup> การผสมเทียมกับกฎหมาย เล่มเดิม. หน้า 57.

<sup>47</sup> dem Gesetzentwurf des Bundesrates

<sup>48</sup> Retrieved January 19, 2013. From <http://dipbt.bundestag.de/dip21/btd/14/081/1408131.pdf>.

<sup>49</sup> Entwurf eines Gesetzes zur weiteren Verbesserung von Kinderrechten

สามารถกระทำได้<sup>50</sup> นอกจากนี้กฎหมายยังกำหนดให้ผู้บริจาคเชื้อพันธุะนั้น ไม่มีฐานะเป็นบิดาของเด็ก บิดามารดาของเด็กคือผู้ที่ใช้เชื้อพันธุ้บริจาคเท่านั้น และเนื่องจากตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน บัญญัติไว้ว่ามนุษย์ทุกคนมีสิทธิที่จะเข้าถึงข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับบิดาทางชีวภาพของตน<sup>51</sup> ต่อมาจึงได้มีข้อกำหนดให้แพทย์ที่ดูแลการผสมเทียมหรือการใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ตั้งแต่ปี ค.ศ. 2007 มีหน้าที่เก็บรักษาข้อมูลของผู้บริจาคเชื้อพันธุ้ไว้อย่างน้อย 30 ปี และเด็กที่เกิดจากเชื้อพันธุ้บริจาคมีสิทธิขอเรียกดูข้อมูลนั้นได้ หากแพทย์ไม่เก็บข้อมูลดังกล่าวไว้ เด็กสามารถเรียกค่าชดเชยจากแพทย์ได้ด้วย<sup>52</sup>

ในประเทศไทยนั้นยังคงยึดหลักที่จะไม่เปิดเผยชื่อผู้บริจาคเพื่อเป็นการป้องกันปัญหาที่อาจเกิดขึ้น เช่น ปัญหาการเรียกร้องค่าอุปการะเลี้ยงดูจากผู้บริจาค เป็นต้น ซึ่งแตกต่างกับบางประเทศที่ไม่บังคับว่าเชื้อพันธุ้ต้องมาจากธนาคารอสุจิเท่านั้น อาจมาจากบุคคลซึ่งผู้ต้องการมีบุตรจัดหากก็ได้เพียงแต่การใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ต้องกระทำโดยแพทย์ที่ได้รับอนุญาตเท่านั้น เช่น มลรัฐแคลิฟอร์เนีย และมลรัฐแคนซัสเป็นต้น ในมลรัฐแคลิฟอร์เนียอนุญาตทั้งกรณีคู่ที่มีได้สมรสกัน คู่รักเพศเดียวกันดังคดี *Jhordan C. v. Mark K.*<sup>53</sup> และแม้เป็นหญิงโสดหากต้องการมีบุตรโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ก็สามารถกระทำได้ดังคดี *Robert B., Denise B. v. Susan B.*<sup>54</sup> ส่วนมลรัฐแคนซัส อนุญาตให้หญิงโสดสามารถมีบุตรได้โดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์โดยใช้เชื้อพันธุ้บริจาคได้เช่นกันดังคดี *In the Matter of the Paternity of K.C.H. and K.M.H. v. S.H.*<sup>55</sup> และคดีระหว่าง *Hendrix v. Harrington*<sup>56</sup>

<sup>50</sup> From Regulation of assisted reproductive technology : the German experience. In : Brinsden PR., editor. A textbook of in vitro fertilization and assisted reproduction. 2<sup>nd</sup> ed (pp. 431-434), by Ludwing M, Diedrich K, 1999.

<sup>51</sup> The German Civil Code

<sup>52</sup> From *Künstliche Befruchtung (Artificial insemination)*. Herbolzheim, by Esther Beckhove, 2008, Retrieved January 30, 2013, <http://www.eltern.de/kinderwunsch/kinderwunsch-medizin/kuenstliche-befruchtung-recht.html>

<sup>53</sup> *Jhordan C. v. Mark K.* (1986). 176 Cal. App. 3d 386

<sup>54</sup> *Robert B., Denise B. v. Susan B.* (2003). 109 Cal. App. 4th 1109

<sup>55</sup> *In the Matter of the Paternity of K.C.H. and K.M.H. v. S.H.* (2007). In the Supreme Court of the State of Kansas No.96,102

<sup>56</sup> From *Sperm Donor Case Heads for U.S. Supreme Court*, Retrieved March 12, 2012. <http://www.law.com/jsp/article.jsp?id=1206040363849>.



### 3.3 ตัวอย่างคดีในต่างประเทศที่เกี่ยวข้อง

ในกรณีนี้ผู้วิจัยมุ่งเน้นที่จะศึกษาเฉพาะปัญหาและตัวอย่างคดีที่เกิดขึ้นเฉพาะการผสมเทียมหรือการใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์โดยใช้เชื้อพันธุกรรม ซึ่งปัญหาด้านกฎหมายที่อาจเกิดขึ้นได้ เช่น เมื่อสามีได้ให้ความยินยอมให้ภริยารับเชื้อพันธุกรรมของชายอื่นมาทำการผสมเทียมหรือใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ จนภริยาให้กำเนิดบุตร ปัญหาอยู่ที่ว่าสิทธิระหว่างสามีกับบุตรนั้น จะถือว่าเป็นบิดากับบุตรกันหรือไม่ เพราะเชื้อพันธุกรรมที่หญิงรับมานั้นไม่ใช่ของสามี จึงไม่มีส่วนทางชีวปัจจัยในการให้กำเนิดทารก ซึ่งถ้าสามีปฏิเสธเช่นนี้ ก็อาจจะเปรียบได้ว่าทารกที่เกิดมาเทียบได้กับลูกซื้อ การฟ้องร้องทางแพ่งก็ต้องพิสูจน์ความเป็นสายเลือดซึ่งอาจจะเป็นการตรวจ DNA

แต่อย่างไรก็ตามในทางปฏิบัติของการผสมเทียมหรือเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ แพทย์จะสอบถามความยินยอมของสามีก่อนและถ้ายินยอมแพทย์จะให้สามีทำหนังสือให้ความยินยอมเอาไว้ หากสามีไม่ให้ความยินยอม แพทย์จะไม่ผสมเทียมหรือใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์โดยใช้เชื้อพันธุกรรมของชายอื่นแก่คู่สามีภริยา เพื่อป้องกันปัญหาที่จะเกิดขึ้นมาภายหลังเพราะผู้ที่จะได้รับผลร้ายจากการไม่ให้ความยินยอมของสามี ก็คือเด็กที่เกิดมา ซึ่งในต่างประเทศโดยเฉพาะสหรัฐอเมริกาที่มีการผสมเทียมหรือใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์กันอย่างแพร่หลายมากที่สุดประเทศหนึ่ง ได้เกิดมรดกอันเป็นผลพวงจากการผสมเทียมหรือการใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์เกิดขึ้นหลายคดี เช่น

คดี *Gursky v. Gursky* (1963) (39 Misc. 2d 1083, 242 N.Y.S. 2d 406) เป็นเรื่องที่สามีฟ้องภริยาเพื่อขอแยกกันอยู่ ในข้อเท็จจริงเป็นเรื่องที่ภริยาได้ให้กำเนิดบุตรซึ่งเกิดจากการผสมเทียมโดยใช้วิธีการ AID โดยได้รับความยินยอมในการผสมเทียมจากสามีด้วย เมื่อฝ่ายสามีฟ้องภริยาเพื่อขอแยกกันอยู่และอ้างว่าเด็กที่เกิดมาเป็นบุตรที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ฝ่ายภริยาได้ฟ้องแย้งต่อศาลขอให้การสมรสเป็นโมฆะ โดยอ้างว่าสามีของตนขาดสมรรถภาพทางเพศ ผลของคดีแม้ศาลจะพิพากษาว่า เด็กที่เกิดจากวิธี AID ไม่ถือว่าเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมาย แต่การที่สามีให้ความยินยอมให้ภริยาผสมเทียมแบบวิธีการดังกล่าว ถือเป็นกรให้สัญญาโดยนัยที่จะรับผิดชอบให้ความอุปการะแก่เด็ก ตามหลักกฎหมายที่ปิดปากอันสืบเนื่องมาจากความยินยอมนั้นโดยสามีจะได้แย้งไม่ได้ ซึ่งแนวคำตัดสินนี้ศาลได้แนวความคิดมาจากกฎหมายตามครรลองของประวัติศาสตร์ ซึ่งกล่าวว่า เด็กที่เกิดจากชายอื่นไม่ถือเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของสามี นอกจากนี้ยังมีบทกฎหมายที่กล่าวว่า "child born out of wedlock" ซึ่งมีความหมายว่า a child who is begotten and born out of matrimony ซึ่งกล่าวไว้ใน Family Court Act. ของรัฐนิวยอร์ก จากคำพิพากษาดังกล่าวแม้ศาลจะถือว่า เด็กที่เกิดมาจากการผสมเทียมแบบ AID ไม่ได้เป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของ

สามี<sup>57</sup> แต่ศาลก็ไม่ถือว่าเป็นลูกชู้เพราะไม่มีการร่วมหลับนอนของภริยากับชายอื่นแต่อย่างใด ถ้าจะเทียบไปแล้วคดีดังกล่าวก็สะท้อนให้เห็นถึงความบกพร่องของฝ่ายนิติบัญญัติ เพราะไม่มีกฎหมายห้ามการผสมเทียมตามแบบวิธีการ AID แต่ก็ไม่มีกฎหมายออกมารองรับสถานะของการเกิดของเด็กโดยวิธีการ AID<sup>58</sup>

คดี Adoption of Anonymous ซึ่งศาล Surrogate's Court แห่ง Kings County พิพากษาเมื่อปี ค.ศ. 1973 ให้เด็กที่เกิดมา โดยสามีให้ความยินยอมให้ภริยารับการผสมเทียมแบบ AID ในขณะที่สมรสถือว่าเป็นบุตร โดยชอบด้วยกฎหมายของสามีภริยากัน การจะให้ความยินยอมในการยกบุตรให้เป็นบุตรบุญธรรมแก่ใครต้องได้รับความยินยอมทั้งจากสามีและภริยาผู้เป็นบิดามารดา โดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดโดยวิธีการ AID<sup>59</sup>

คดี McIntyre v. Crouch ที่พิพากษาว่าหากการบริจาคเชื้อพันธุะนั้นทำโดยฝ่าฝืนกฎหมายให้ผู้บริจาคเชื้อพันธุะนั้นเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมาย

คดี Leckie v. Voorhies ที่พิพากษาว่าผู้บริจาคเชื้อพันธุสามารถทำสัญญาสละสิทธิการเลี้ยงบุตรและสละสิทธิการเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองได้

คดี Buzzanca v. Buzzanca ที่ศาลแคลิฟอร์เนียตัดสินว่า ให้คู่สามีภริยาที่มีเจตนาเป็นบิดามารดา ให้ผู้นั้นเป็นบิดามารดาของบุตรไม่ว่าเซลล์ต้นกำเนิดจะมาจากบุคคลอื่นก็ตาม

นอกจากนี้ในปี 1947 ศาลสูงแห่งนิวยอร์ก ยังได้พิพากษาว่าเด็กที่เกิดจากการผสมเทียมเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของบิดา<sup>60</sup>

คดี People v. Sorensen (1968) 68 cal.2d 680,66 cal. Rptr.7437 p. 2d 495, 25 A.L.R. 3d 1093) เป็นคดีที่พนักงานอัยการฟ้องนาย Sorensen ตามคำร้องของสำนักงานประชาสงเคราะห์ ในข้อหาว่านาย Sorensen ละเลยหน้าที่ในการอุปการะเด็กผู้เยาว์ที่เกิดในระหว่างสมรส แบบวิธีการ AID คดีนี้ศาลฎีกาแห่งรัฐแคลิฟอร์เนียได้พิพากษาว่า นาย Sorensen เป็นบิดาของเด็กที่เกิดจากการผสมเทียมตามแบบ AID เนื่องจากได้ให้ความยินยอมให้ภริยาผสมเทียมแบบ AID ด้วยเจตนาที่ต้องการจะมีบุตร และเด็กที่เกิดมาก็ต้องอาศัย นาย Sorensen ในการยังชีพ การให้ความยินยอมดังกล่าวดังกล่าว นาย Sorensen ก็ทราบดีว่าการผสมเทียมแบบ AID ย่อมสามารถทำให้เกิดทารก

<sup>57</sup> การผสมเทียมกับปัญหาความรับผิดชอบในทางอาญา. เล่มเดิม. หน้า 36.

<sup>58</sup> จาก “ปัญหาผสมเทียมวารสาร,” โดย สันหัด สะศิวนิช, 2528, 4 ธันวาคม, วารสารนิติศาสตร์, 15, หน้า 191-192.

<sup>59</sup> แหล่งเดิม หน้า 193.

<sup>60</sup> การผสมเทียมกับกฎหมาย เล่มเดิม. หน้า 57.

ออกมาได้ จึงต้องรับผิดชอบต่อทารกที่เกิดมา ดังนั้นเมื่อนาย Sorensen ไม่ยอมอุปัการะเลี้ยงดูบุตรดังกล่าวก็ต้องรับผิดชอบทางอาญา<sup>61</sup>

คดี *In re Marriage of Buzzanca* ศาลได้พิพากษาไว้ในปี 1998 ข้อเท็จจริงคดีนี้ Luanne Buzzance และ John Buzzance คู่สมรสประสงค์จะมีบุตรด้วยกันจึงนำไข่และเชื้อพันธุ์ที่ได้รับบริจาคจากบุคคลอื่นซึ่งมิได้มีความเกี่ยวข้องกับบุคคลทั้งสองมาปฏิสนธิภายนอก จนเกิดเป็นตัวอ่อนแล้วนำไปฝังในมดลูกของหญิงรับจ้างตั้งครรภ์ หลังจากหญิงนั้นตั้งครรภ์ Luanne และ John แยกทางกันภายหลังเด็กคลอด Luanne ฟ้องเรียกค่าเลี้ยงดูบุตรจาก John แต่ John ปฏิเสธความรับผิดชอบในเรื่องการดูแลเด็กทั้งทางด้านการเงินและด้านอื่นๆ ส่วนหญิงรับจ้างตั้งครรภ์แทนไม่ประสงค์ที่จะเรียกร้องสิทธิใดๆในตัวเด็ก ศาลชั้นต้นตัดสินว่า เด็กที่เกิดขึ้นไม่มีบิดามารดา เนื่องจากหญิงที่ตั้งครรภ์เด็กและสามีมิได้มีความสัมพันธ์ทางชีวภาพกับเด็กจึงมิใช่บิดามารดาของเด็ก ส่วน Luanne มิใช่มารดาของเด็กเนื่องจากไม่ได้เป็นเจ้าของไข่หรือให้กำเนิดเด็ก และ John ก็มิใช่บิดาของเด็กเนื่องจากไม่ใช่เจ้าของอสุจิหรือมีความสัมพันธ์ทางชีวภาพใดๆกับเด็ก ดังนั้น John ไม่มีหน้าที่ต้องจ่ายค่าเลี้ยงดูเด็ก ต่อมาศาลอุทธรณ์พิพากษากลับ โดยพิเคราะห์จากความตั้งใจหรือความประสงค์ของ Luanne และ John ที่ยินยอมให้มีการใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ก่อให้เกิดการปฏิสนธิภายนอกของไข่และอสุจิแล้วนำไปฝังในมดลูกของผู้รับจ้างตั้งครรภ์แทน มิฉะนั้นเด็กย่อมไม่มีโอกาสเกิดขึ้นได้ นอกจากนี้เมื่อกฎหมายครอบครัวมาตรา 7610 (b) บัญญัติไว้ว่าความสัมพันธ์ระหว่างเด็กและบิดาอาจเกิดขึ้นตามที่กฎหมายกำหนด และมาตรา 7613 บัญญัติรับรองให้สามีที่ยินยอมให้มีการตั้งครรภ์โดยใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ในการผสมเทียมเพื่อให้เกิดการตั้งครรภ์แก่ภริยาของตน เป็นเสมือนบิดาผู้ให้กำเนิดของเด็กนั้น โดยปริยายตามที่ตนได้ให้ความยินยอมไว้ จึงย่อมไม่มีเหตุผลใดที่จะ ปฏิบัติต่อคู่สมรสที่ยินยอมให้ใช้อสุจิและไข่ของผู้บริจาคเพื่อให้เกิดการปฏิสนธิแล้วนำตัวอ่อนไปฝังไว้ในครรภ์ของหญิงผู้รับจ้างตั้งครรภ์ให้แตกต่างไปจากกรณีข้างต้นที่กฎหมายบัญญัติรับรองไว้ นอกจากนี้ศาลคดีนี้ยังอ้างถึงคดี *People v. Sorensen* ที่ศาลตระหนักถึงบทบาทของสามีที่มีส่วนร่วมตัดสินใจและยินยอมให้เด็กเกิดขึ้นแก่ภริยาของตน โดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ โดยคาดหวังจะปฏิบัติต่อเด็กนั้นเสมือนหนึ่งเป็นบุตรของตนเอง แม้สามีนั้นจะมิได้มีความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรมกับเด็กเลยก็ตาม ย่อมมีหน้าที่ความรับผิดชอบตามกฎหมายในฐานะบิดาและต้องรับผิดชอบหากละเลยไม่ปฏิบัติตามหน้าที่ในการอุปการะเลี้ยงดูเด็กนั้น ศาลในคดี *People v. Sorensen* จึงวางหลักกฎหมายให้สามีที่ยินยอมให้ภริยาใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์โดยใช้เชื้อพันธุ์ของผู้บริจาคที่ไม่เปิดเผยชื่อยอมต้องรับผิดชอบในค่าใช้จ่ายเพื่ออุปการะเลี้ยงดูเด็กที่เกิดขึ้นนั้น John จึงเป็นบิดาและมีหน้าที่ความรับผิดชอบใน

<sup>61</sup> ปัญหาการผสมเทียม. เล่มเดิม. หน้า 194-196.

การอุปการะเลี้ยงดูเด็กนั้น ส่วน Luanne ก็มีส่วนและยินยอมให้เด็กเกิดมาโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์รวมทั้งจัดให้มีการตั้งครรภ์แทนจึงไม่มีเหตุผลใดที่จะแยกแยะสถานะระหว่าง John และ Luanne ให้แตกต่างกัน Luanne ย่อมเป็นมารดาของเด็กนั้น<sup>62</sup>

คดี *Jhordan C. v. Mark K.*<sup>63</sup> ข้อเท็จจริงคือ Marry และ Victoria หญิงที่ยังไม่ได้แต่งงาน ทั้งสองตกลงที่จะเลี้ยงเด็กที่เกิดจากเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ร่วมกัน โดย Marry ตกลงรับเชื้อพันธุ์จาก Jhordan ซึ่งหลังจากที่ Marry ตั้งครรภ์แล้ว Jhordan และ Marry ยังคงติดต่อกัน อยู่เสมอ นอกจากนี้ Jhordan ยังเตรียมสิ่งของและลงทุนบางอย่างเพื่อเด็กที่จะเกิดมา ซึ่ง Marry รับรู้ และยอมรับสิ่งต่างๆเหล่านั้นอีกทั้งเมื่อ Marry คลอดเด็กแล้วยังได้ระบุชื่อ Jhordan ในใบแจ้งเกิด ด้วยว่าเป็นบิดาของเด็ก จากนั้นไม่กี่วัน Marry พยายามกีดกันและห้าม Jhordan เข้าพบเด็กอีก Jhordan จึงฟ้องศาลให้มีคำสั่งให้ตนเป็นบิดาของเด็กและมีสิทธิเยี่ยมเด็กได้ ศาลอุทธรณ์มลรัฐ แคลิฟอร์เนียพิเคราะห์ถึงถ้อยคำในมาตรา 7613 และตีความเจตนารมณ์ของผู้ร่างกฎหมาย แล้ว วินิจฉัยว่า กฎหมายยอมรับให้หญิงที่ยังมิได้สมรสอาศัยกลไกทางกฎหมายในการได้รับบริจาคเชื้อ พันธุ์เพื่อใช้ผสมเทียมหรือใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์สำหรับปฏิสนธิตัวอ่อน และ ให้สิทธิในการเลี้ยงดูเด็กที่เกิดขึ้นนั้นโดยไม่ต้องกลัวว่าผู้บริจาคเชื้อพันธุ์อาจเรียกร้องความเป็นบิดา ของเด็ก และในทางกลับกันชายที่บริจาคเชื้อพันธุ์ก็สามารถอาศัยกลไกทางกฎหมายในการบริจาค เชื้อพันธุ์โดยไม่ต้องกลัวว่าจะต้องรับผิดชอบในการอุปการะเลี้ยงดูเด็กที่เกิดจากเชื้อพันธุ์บริจาคของตน กฎหมายมิได้กำหนดให้แพทย์เป็นผู้ได้รับเชื้อพันธุ์มาจากผู้บริจาคเพื่อนำมาใช้ในการผสมเทียม เพียงแต่กำหนดว่าเชื้อพันธุ์ที่ได้จากการบริจาคมานั้นถูกนำมาให้แก่แพทย์เพื่อทำการผสมเทียม ดังนั้น หญิงที่ต้องการเลือกผู้บริจาคหรือหาผู้บริจาคเอง แล้วนำมาให้แพทย์เพื่อทำการผสมเทียมหรือวิธีอื่น ใดยังคงได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายจากการที่ผู้บริจาคเชื้อพันธุ์จะมาอ้างสิทธิเรียกร้องความ เป็นบิดา แต่อย่างไรก็ตามข้อเท็จจริงคดีนี้ Marry ละเว้นไม่ต่อสู้ตามมาตรา 7613 ดังกล่าว ศาลจึง ตัดสินให้นาย Jhordan เป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กโดยพิจารณาจากพฤติการณ์ว่าบุคคลที่ เกี่ยวข้องกับคดีนี้ปฏิบัติต่อ Jhordan เสมือนเป็นสมาชิกในครอบครัวคนหนึ่ง<sup>64</sup>

<sup>62</sup> การคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ : ศึกษาเปรียบเทียบจาก กฎหมายและคำพิพากษาของประเทศสหรัฐอเมริกา เล่มเดิม. หน้า 148-150.

<sup>63</sup> *Jhordan C. v. Mark K.* (1986). 179 Cal. App. 3d 386

<sup>64</sup> การคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ : ศึกษาเปรียบเทียบจาก กฎหมายและคำพิพากษาของประเทศสหรัฐอเมริกา เล่มเดิม. หน้า 156-157.

คดี *In the Matter of the Paternity of K.C.H. and K.M.H. v. S.H.*<sup>65</sup>. ในคดีนี้ S.H. หญิงที่ไม่ได้แต่งงานต้องการเป็นมารดาเด็กโดยใช้เชื้อพันธุของผู้บริจาคที่เป็นเพื่อนคนมาผสมเทียมจนตั้งครรภ์และให้กำเนิดฝาแฝดคือ K.C.H. และ K.M.H. ซึ่งศาลในคดีนี้ตัดสินให้ S.H. เป็นมารดาของเด็ก

คดี *Hendrix v. Harrington*<sup>66</sup> ในคดีนี้ ทั้งสองเป็นเพื่อนกันหลายปีและ Hendrix ตกลงที่จะบริจาคเชื้อพันธุของตนให้แก่ Harrington ที่ต้องการตั้งท้องและต่อมาเธอได้คลอดลูกแฝดในปี 2005 จะเห็นได้ว่ามลรัฐแคนซัสอนุญาตให้หญิงโสดสามารถตั้งครรภ์โดยใช้เชื้อพันธุบริจาคได้ ในส่วนความเป็นบิดานั้น กฎหมายของมลรัฐแคนซัสกำหนดไม่ให้ผู้บริจาคเชื้อพันธุมีสิทธิความเป็นผู้ปกครองใดๆเว้นแต่จะตกลงเป็นหนังสือไว้เป็นอย่างอื่น

คดี *Kevin Zoernig*<sup>67</sup> ศาลในคดีนี้วางหลักเกณฑ์ว่า การบริจาคเชื้อพันธุและการตั้งครรภ์โดยใช้เชื้อพันธุบริจาคโดยไม่ผ่านสถานที่ที่ได้รับอนุญาตแล้ว ผู้บริจาคเชื้อพันธุย่อมไม่ได้รับความคุ้มครองภายใต้กฎหมาย *Uniform Parentage*

จากกรณีข้างต้นจะเห็นได้ว่าไม่มีหลักเกณฑ์ใดรับรองว่าจะไม่เกิดคดีที่เกี่ยวข้องกับการผสมเทียมหรือเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์โดยใช้เชื้อพันธุของชายอื่น เพราะแม้แต่ประเทศที่เป็นต้นกำเนิดของการผสมเทียมหรือเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์หรือมีการยอมรับการกระทำดังกล่าวอย่างแพร่หลายก็ยังคงเกิดคดีขึ้นอย่างมากมาย ดังนั้น จึงควรปรับปรุงกฎหมายให้สอดคล้องและควบคุมไปถึงคดีที่อาจเกิดขึ้นจากการผสมเทียมหรือการเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์โดยใช้เชื้อพันธุบริจาค

<sup>65</sup> *In the Matter of the Paternity of K.C.H. and K.M.H. v. S.H.* (2007). In the Supreme Court of the State of Kansas No. 96, 102

<sup>66</sup> From *Sperm Donor Case Heads for U.S. Supreme Court*. Retrieved March 12, 2012. <http://www.law.com/jsp/article.jsp?id=1206040363849>.

<sup>67</sup> From *Court orders sperm donor to pay child support*. Retrieved January 19, 2011. <http://petepatriarch.wordpress.com/2008/08/04/nm-court-orders-sperm-donor-to-pay-child-support/>.

### 3.4 ตารางเปรียบเทียบกฎหมายของไทยและต่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับความเป็นบิดาและบุตรที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์โดยใช้เชื้อพันธุ้บริจาค

ตารางที่ 3.1 เปรียบเทียบกฎหมายไทยและต่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับความเป็นบิดาและบุตรที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์โดยใช้เชื้อพันธุ้บริจาค

กฎหมายต่างประเทศ	กฎหมายไทย
<p><b>1. กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับความเป็นบิดาและบุตรที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์โดยใช้เชื้อพันธุ้บริจาค</b></p> <p><b>สหราชอาณาจักร</b> Human Fertilisation And Embryology Act 1990 หรือ HFEA</p> <p><b>สหรัฐอเมริกา</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Uniform Parentage Act 1973 หรือ UPA</li> <li>- Uniform Status of Children of Assisted Concept Act 1988 หรือ USCACA</li> </ul> <p><b>นิวซีแลนด์</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Status of Children Amendment Act ,2004</li> <li>- Human Assisted Reproductive Technology Act 2004 หรือ HART</li> </ul> <p><b>สมาพันธรัฐสวิส</b> The Swiss Law on medically Assisted Procreation หรือ LPMA</p>	<p>ไม่มีกฎหมายที่กำหนดเกี่ยวกับความเป็นบิดาและบุตรที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์โดยใช้เชื้อพันธุ้บริจาคไว้โดยเฉพาะ</p>

ตารางที่ 3.1 (ต่อ)

กฎหมายต่างประเทศ	กฎหมายไทย
<p><b>เครือรัฐออสเตรเลีย</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Artificial Conception Act 1984 ของมลรัฐนิวเซาท์เวลส์</li> <li>- The Status of Children (Amendment) Act 1984 ของมลรัฐวิกตอเรีย</li> <li>- The Family Relationships (Amendment) Act 1984 ของมลรัฐออสเตรเลียใต้</li> <li>- The Artificial Conception Act 1985 ของมลรัฐออสเตรเลียตะวันตก</li> </ul> <p><b>สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- กฎหมายของรัฐบาลกลาง หรือ dem Gesetzentwurf des Bundesrates</li> <li>- The German Embryo Protection Law</li> </ul>	
<p><b>2. ประเด็นการกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการขอใช้เชื้อพันธุ์บริจาค</b></p> <p><b>สหราชอาณาจักร</b> กำหนดให้ผู้มีสิทธิขอรับเชื้อพันธุ์บริจาคคือ สามีภริยาตามกฎหมาย ชายและหญิงที่ใช้ชีวิตคู่ร่วมกัน โดยมีได้สมรสตามกฎหมาย หญิงที่ใช้ชีวิตคู่ร่วมกับหญิง และหญิงโสด</p> <p><b>เครือรัฐออสเตรเลีย</b> กำหนดให้ผู้มีสิทธิขอรับเชื้อพันธุ์บริจาคคือสามีภริยาตามกฎหมาย ชายและหญิงที่ใช้ชีวิตคู่ร่วมกัน โดยมีได้สมรสตามกฎหมาย</p>	<p>ไม่มีกฎหมายกำหนดไว้โดยเฉพาะ มีเพียงหลักเกณฑ์ของธนาคารอสุจิที่กำหนดให้ผู้ขอรับเชื้อพันธุ์บริจาคต้องเป็นสามีภริยาตามกฎหมายเท่านั้น</p>

ตารางที่ 3.1 (ต่อ)

กฎหมายต่างประเทศ	กฎหมายไทย
<p>นิวซีแลนด์ กำหนดให้ผู้มีสิทธิขอรับเชื้อพันธุ บริจาคนคือสามมีกรียาตามกฎหมายและคู่รักเพศ เดียวกัน</p> <p>สมาพันธรัฐสวิส กำหนดให้ผู้มีสิทธิขอรับเชื้อพันธุ บริจาคนคือสามมีกรียาตามกฎหมาย</p>	
<p><b>3. ประเด็นการกำหนดผู้เป็นบิดาของเด็กที่เกิดจาก เชื้อพันธุบริจาคน</b></p> <p>สหราชอาณาจักร เด็กที่เกิดมาเป็นบุตรโดยชอบ ด้วยกฎหมายของชายผู้เป็นสามมีที่ได้ให้ความ ยินยอมให้กรียาคนตั้งครรรักโดยใช้เชื้อพันธุบริจาคน สำหรับชายหญิงที่มีได้จดทะเบียนสมรส ชายจะ เป็นบิดาได้ต้องเป็นผู้ที่ได้ทำสัญญาเป็นหนังสือถึง สิทธิความเป็นบิดาตามทีสถานพยาบาลทีได้รับ อนุญาตจาก HFEA กำหนดไว้</p> <p>สหรัฐอเมริกา เด็กที่เกิดมาเป็นบุตรโดยชอบด้วย กฎหมายของชายผู้เป็นสามมีที่ได้ให้ความยินยอม ให้กรียาคนตั้งครรรักโดยใช้เชื้อพันธุบริจาคน</p> <p>เครือรัฐออสเตรเลีย เด็กที่เกิดมาเป็นบุตรโดยชอบ ด้วยกฎหมายของชายผู้เป็นสามมีที่ได้ให้ความ ยินยอมให้กรียาคนตั้งครรรักโดยใช้เชื้อพันธุบริจาคน ซึ่งเป็นข้อสันนิษฐานเด็ดขาดห้ามนำสืบโต้แย้ง</p>	<p>ไม่มีกฎหมายกำหนดไว้โดยเฉพาะ ต้องนำข้อสันนิษฐานความเป็นบิดาตาม ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1536 มาปรับใช้ แต่ในกรณีทีการสมรสตก เป็นโมฆะหรือโมฆียะให้นำข้อสันนิษฐาน ความเป็นบิดาตามประมวลกฎหมายแพ่ง และพาณิชย์ มาตรา 1538 มาตรา 1539 และ มาตรา 1560 มาปรับใช้แทน</p> <p>แต่ไม่ว่าอย่างไรก็ตามข้อสันนิษฐาน ดังกล่าวมิใช่ข้อสันนิษฐานเด็ดขาดจึงอาจถูก นำสืบพิสูจน์ด้วยหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ เพื่อหักล้างข้อสันนิษฐานนั้นได้</p>



ตารางที่ 3.1 (ต่อ)

กฎหมายต่างประเทศ	กฎหมายไทย
<p><b>สมาพันธรัฐสวิส</b> เด็กที่เกิดมาเป็นบุตร โดยชอบด้วยกฎหมายของชายผู้เป็นสามีที่ได้ให้ความยินยอมให้ภริยาดนตั้งครรภ์โดยใช้เชื้อพันธุ์บริจาค และห้ามโต้แย้งหรือปฏิเสธความเป็นบิดาและบุตร</p> <p><b>สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี</b> เด็กที่เกิดมาเป็นบุตร โดยชอบด้วยกฎหมายของชายผู้เป็นสามีที่ได้ให้ความยินยอมให้ภริยาดนตั้งครรภ์โดยใช้เชื้อพันธุ์บริจาค และห้ามโต้แย้งหรือปฏิเสธความเป็นบิดาและบุตร</p>	
<p><b>4. ประเด็นการกำหนดสิทธิและหน้าที่ของผู้บริจาคเชื้อพันธุ์</b></p> <p><b>สหราชอาณาจักร</b> หากการบริจาคเชื้อพันธุ์มิได้กระทำในสถานที่หรือสถานพยาบาลที่ได้รับการรับรองตาม HFEA ชายผู้บริจาคเชื้อพันธุ์จะไม่ได้รับความคุ้มครองตามที่ HFEA กำหนดไว้ กล่าวคือ ผู้บริจาคจะมีฐานะเป็นบิดาตามกฎหมายของเด็กที่เกิดจากเชื้อพันธุ์ของตนรวมทั้งมีสิทธิและหน้าที่ต่อเด็กดังที่บิดาตามกฎหมายพึงมีทุกประการ</p> <p><b>สหรัฐอเมริกา</b> ผู้บริจาคเชื้อพันธุ์ไม่มีฐานะเป็นบิดา โดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากเชื้อพันธุ์ของตน</p>	<p>ไม่มีกฎหมายบัญญัติเกี่ยวกับสิทธิและหน้าที่ของผู้บริจาคเชื้อพันธุ์ไว้โดยเฉพาะ ต้องนำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้</p>

ตารางที่ 3.1 (ต่อ)

กฎหมายต่างประเทศ	กฎหมายไทย
<p>เครือรัฐออสเตรเลีย ผู้บริจาคเชื้อพันธุ์ไม่มีฐานะเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากเชื้อพันธุ์ของตน</p> <p>สมาพันธรัฐสวิส ผู้บริจาคเชื้อพันธุ์ไม่มีฐานะเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากเชื้อพันธุ์ของตน</p> <p>สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ผู้บริจาคเชื้อพันธุ์ไม่มีฐานะเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากเชื้อพันธุ์ของตน</p>	
<p>5. ประเด็นเกี่ยวกับสิทธิของเด็กที่เกิดจากเชื้อพันธุ์ บริจาคในการร้องขอข้อมูลของผู้บริจาคเชื้อพันธุ์ สหราชอาณาจักร กำหนดให้เด็กที่เกิดจากเชื้อพันธุ์ที่ ชายได้บริจาคไว้ นับแต่วันที่ 1 เมษายน ค.ศ.2005 มี สิทธิเรียกร้องให้เปิดเผยชื่อและ ที่อยู่ล่าสุดของผู้บริจาคได้เมื่อตนมีอายุครบ 18 ปีบริบูรณ์</p> <p>เครือรัฐออสเตรเลีย The status of Children (Amendment) Act 1984 ของมลรัฐวิกตอเรียได้ กำหนดให้เก็บข้อมูลของผู้บริจาคเชื้อพันธุ์ไว้ใน คอมพิวเตอร์ของรัฐ และเด็กที่คลอดโดยใช้เชื้อพันธุ์ บริจาคสามารถขอข้อมูลได้เมื่อมีอายุครบ 18 ปี บริบูรณ์ ไม่ว่าผู้บริจาคจะยินยอมหรือไม่ ก็ตาม</p>	<p>ไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้โดยเฉพาะ จึงต้องพิจารณาตามรัฐธรรมนูญว่าการ เรียกร้องดังกล่าวเป็นสิ่งที่เด็กสามารถ กระทำได้เพราะเป็นสิทธิที่มีอยู่ตาม รัฐธรรมนูญ หรือการเรียกร้องดังกล่าวไม่ อาจกระทำได้เพราะเป็น การกระทำที่กระทบสิทธิตามรัฐธรรมนูญ ของผู้บริจาคเชื้อพันธุ์เช่นเดียวกัน</p>

## ตารางที่ 3.1 (ต่อ)

กฎหมายต่างประเทศ	กฎหมายไทย
<p><b>นิวซีแลนด์</b> Human Assisted Reproductive Technology Act ,2004 หรือ HART กำหนดให้เด็กที่เกิดจากเชื้อพันธุ์บริจาคนสามารถขอข้อมูลเกี่ยวกับผู้บริจาคเชื้อพันธุ์ได้เมื่อมีอายุครบ 18 ปี บริบูรณ์</p> <p><b>สมาพันธรัฐสวิส</b> กำหนดให้เด็กที่เกิดจากเชื้อพันธุ์บริจาคนสามารถขอข้อมูลเอกลักษณ์ของผู้บริจาคเชื้อพันธุ์ได้แต่ไม่มีสิทธิฟ้องถึงความเป็นบิดาและไม้อาจฟ้องเรียกค่าอุปการะเลี้ยงดูจากผู้บริจาคได้</p> <p><b>สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี</b> นอกจากจะกำหนดให้เด็กที่เกิดจากเชื้อพันธุ์บริจาคนสามารถขอข้อมูลของผู้บริจาคเชื้อพันธุ์ได้แล้ว ยังกำหนด ให้แพทย์ต้องเก็บข้อมูลของผู้บริจาคไว้อย่างน้อย 30 ปี หากแพทย์ไม่เก็บข้อมูลดังกล่าว เด็กที่เกิดจากเชื้อพันธุ์บริจาคนสามารถเรียกค่าทดแทนจากแพทย์ได้ด้วย</p>	

## บทที่ 4

### ปัญหาและวิเคราะห์ปัญหาทางกฎหมายที่เกี่ยวกับการใช้เทคโนโลยีช่วยการ เจริญพันธุ์โดยใช้เชื้อพันธุกรรมของชายอื่น

ปัญหาที่เกิดขึ้นนั้นเป็นปัญหาที่เกิดเพราะประเทศไทยเองยังไม่มีกฎหมายออกมารองรับไม่ว่าจะเป็นในส่วนของการซื้อขายเชื้อพันธุกรรมที่สามารถทำได้โดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ และในเรื่องความเป็นบิดาและบุตรที่เกิดจากเชื้อพันธุกรรมว่าใครเป็นบิดาที่แท้จริง ใครเป็นบิดาที่มีสิทธิและหน้าที่ต่อบุตรที่เกิดมา และจะมีฐานะเป็นเพียงบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายเท่านั้นหรือ กฎหมายจะอนุโลมให้มีสิทธิและหน้าที่เสมือนเป็นบิดาตามความเป็นจริงด้วย เพราะกฎหมายในหลายมาตรากำหนดสิทธิและหน้าที่ของบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายกับบิดาตามความเป็นจริงไว้ต่างกัน นอกจากนี้ในส่วนสิทธิของผู้บริจาคแม้ชื่อของผู้บริจาคจะถือเป็นความลับแต่กฎหมายที่มีอยู่ในปัจจุบันมิได้คุ้มครองผู้บริจาคและไม่อาจรับประกันได้ว่าผู้บริจาคจะไม่ถูกฟ้องร้องให้ต้องรับผิดชอบในตัวเด็กที่เกิดจากเชื้อพันธุกรรมของตนเองแต่อย่างใด เพราะกฎหมายบางมาตราให้สิทธิเฉพาะบิดาตามสายโลหิตเท่านั้นที่จะมีสิทธิเช่นนั้นได้ ซึ่งหมายถึงผู้บริจาคจะต้องมีสิทธิหน้าที่บางอย่างในตัวเด็กติดตัวไปจนตลอด เนื่องจากในปัจจุบันยังไม่มีกฎหมายออกมากำหนดหรือระบุถึงสิทธิและหน้าที่ของผู้บริจาคแต่อย่างใด ดังนั้นแม้ปัจจุบันจะมีการกำหนดให้ปกปิดชื่อผู้บริจาคไว้ ส่งผลให้ผู้บริจาคไม่มีสิทธิหน้าที่และฐานะใดๆ เกี่ยวกับเด็กที่เกิดมาก็ตาม แต่ผู้บริจาคย่อมต้องดำรงชีวิตอยู่บนความเสี่ยงที่อาจจะเกิดขึ้นในอนาคต ทั้งความเสี่ยงที่จะถูกบังคับให้เปิดเผยว่าตนคือผู้บริจาคเมื่อมีเด็กร้องขอต่อศาล รวมทั้งมีความเสี่ยงที่จะต้องมีหน้าที่อุปการะเลี้ยงดูเด็กที่จะเกิดขึ้นมา ดังเช่นที่เกิดขึ้นแล้วในต่างประเทศตามที่กล่าวไว้ในบทที่ 3

#### 4.1 ปัญหาที่เกี่ยวข้องกับชายผู้เป็นสามี

เนื่องจากหลักเกณฑ์ทางการแพทย์ได้กำหนดไว้ว่า ผู้จะขอรับเชื้อพันธุกรรมได้นั้นต้องเป็นชายและหญิงที่สมรสถูกต้องตามกฎหมายเท่านั้น และชายผู้เป็นสามีต้องได้ให้ความยินยอมแก่หญิงภริยาของตนในการตั้งครรภ์โดยใช้เชื้อพันธุกรรมด้วย ชายผู้เป็นสามีจึงมีส่วนสำคัญในการให้กำเนิดเด็กในกรณีนี้ เนื่องจากในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้มุ่งศึกษาเฉพาะการนำเชื้อพันธุกรรมของชายมาใช้เท่านั้น ส่วนไข่เป็นของหญิงภริยาผู้ซึ่งตั้งครรภ์ด้วยตนเอง วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จึงไม่มีประเด็นปัญหาว่าใครคือมารดาของเด็ก แต่จะมีปัญหาเฉพาะในส่วนของความเป็นบิดาเท่านั้น

4.1.1 ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับความเป็นบิดาระหว่างเด็กและชายผู้เป็นสามี โดยทั่วไปแล้ว หากมีการสมรสตามกฎหมาย เด็กที่เกิดมาจะต้องด้วยข้อสันนิษฐานว่าเป็นบุตรของบุคคลตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ กล่าวคือ หากเป็นการสมรสที่ชอบด้วยกฎหมาย และเด็กเกิดมาในระหว่างสมรสหรือภายใน 310 วันนับแต่วันที่การสมรสสิ้นสุดลง จะต้องด้วยข้อสันนิษฐานว่าเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของชายผู้เป็นสามีหรือเคยเป็นสามีตามมาตรา 1536 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หรือหากการสมรสตกเป็นโมฆะเพราะเหตุที่หญิงทำการสมรสซ้อน แม้การสมรสครั้งที่ 2 จะตกเป็นโมฆะ แต่หากหญิงคลอดบุตรออกมาไม่ว่าในเวลาใดๆ ก็ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของสามีคนที่ 2 ตามมาตรา 1538 หากเป็นกรณีที่ชายสมรสซ้อนแม้ว่าการสมรสครั้งหลังจะเป็นโมฆะแต่บุตรที่เกิดมาก่อนศาลมีคำพิพากษาหรือภายใน 310 วันนับแต่วันที่มิคำพิพากษาถึงที่สุดแสดงว่าการสมรสเป็นโมฆะก็ยังคงด้วยข้อสันนิษฐานว่าเป็นบุตรของชาย นอกจากนี้หากการสมรสเป็นโมฆะด้วยเหตุอื่นนอกจากการสมรสซ้อน เช่น การสมรสที่ชายหรือหญิงเป็นบุคคลที่ศาลสั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถ หรือเป็นญาติสืบสายโลหิตโดยตรงต่อกัน หรือการสมรสที่ชายหญิงไม่ยินยอมเป็นสามีภริยากัน ตามมาตรา 1495 นั้น เด็กย่อมเป็นบุตรโดยชอบของชายผู้เป็นสามีและให้รวมถึงกรณีเด็กเกิดมาภายใน 310 วันนับแต่วันที่มิคำพิพากษาถึงที่สุดให้การสมรสเป็นโมฆะด้วย นอกจากนี้หากการสมรสเป็นโมฆะไม่ว่าจะด้วยเหตุที่สำคัญผิดในตัวคู่สมรสหรือถูกกีดกั้นหรือถูกข่มขู่ตามมาตรา 1560 หากเด็กคลอดก่อนศาลมีคำพิพากษาถึงที่สุดให้เพิกถอนการสมรส เด็กที่เกิดมาจึงต้องด้วยข้อสันนิษฐานว่าเป็นบุตรของชายและหญิงดังกล่าว แต่หากการสมรสเป็นโมฆะเพราะชายและหญิงอายุไม่ครบ 17 ปีบริบูรณ์หรือผู้เยาว์สมรสโดยไม่ได้รับความยินยอมของบิดามารดา หากหญิงตั้งครรภ์การสมรสดังกล่าวย่อมเป็นอันสมบูรณ์ไม่อาจเพิกถอนได้อีกต่อไป ตามมาตรา 1504 เด็กที่เกิดมาจึงต้องด้วยข้อสันนิษฐานว่าเป็นบุตรของชายผู้เป็นสามีตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 1536

ข้อสันนิษฐานที่ได้กล่าวมาในตอนต้นนั้นเป็นกรณีที่ชายและหญิงได้จดทะเบียนสมรส เนื่องจากธนาคารอสุจิได้กำหนดคุณสมบัติของผู้ที่จะขอรับการบริจาคเชื้อพันธุ์ไว้คือ ต้องเป็นชายและหญิงที่เป็นคู่สมรสตามกฎหมาย และชายต้องได้ให้ความยินยอมในการตั้งครรภ์โดยใช้เชื้อพันธุ์บริจาคด้วย เด็กที่เกิดมาจากเชื้อพันธุ์บริจาคจึงจะต้องด้วยข้อสันนิษฐานตามกฎหมายว่าเป็นบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายของชายผู้เป็นสามี มีประเด็นปัญหาคือหากในขณะที่สามีภริยามาขอรับการบริจาคนั้นการสมรสของทั้งคู่เป็นโมฆะ หรือเป็นโมฆะแล้วถูกเพิกถอนในภายหลัง กรณีเช่นนี้จะยังถือว่าขั้นตอนในการขอรับบริจาคเป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่ธนาคารอสุจิกำหนดไว้หรือไม่ และจะมีผลกระทบต่อข้อสันนิษฐานความเป็นบิดากับบุตรหรือไม่ซึ่งในประเด็นดังกล่าวยังไม่มีความหมายออกมาแก้ไขปัญหานี้ หากการสมรสที่เป็นโมฆะหรือโมฆะนั้นเกิดขึ้นโดยความเต็มใจของผู้รับ

การบริจาค เช่นในกรณีหญิงที่มีความสัมพันธ์กับหญิงด้วยกันหรือที่เรียกว่ารักร่วมเพศ ต้องการเชื้อพันธุ์ของผู้บริจาคเพื่อให้ตนสามารถมีบุตรได้ จึงทำการจดทะเบียนสมรสกับชายเพื่อให้ตนสามารถไปขอรับการบริจาคได้ โดยในการสมรสนั้นหญิงไม่มีความประสงค์ให้ชายผู้เป็นสามีของตนมีสิทธิใดๆในตัวเองและชายที่ทำการสมรสกับหญิงก็ไม่ได้มีความต้องการที่จะมีสิทธิใดๆในตัวเองอยู่แล้วเช่นนี้ จะยังสามารถนำข้อสันนิษฐานทางกฎหมายมาบังคับเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมได้หรือไม่ และจะสามารถก่อให้เกิดความเป็นธรรมได้จริงหรือไม่เพราะแม้จะต้องด้วยข้อสันนิษฐานแต่ก็มีข้อสันนิษฐานเด็ดขาดที่ห้ามพิสูจน์หักล้าง ซึ่งไม่ว่าจะพิสูจน์เช่นไรเด็กที่เกิดมาก็ย่อมมิใช่บุตรของผู้ที่ต้องด้วยข้อสันนิษฐานของกฎหมายเสมอ

ดังนั้นแม้การนำกฎหมายที่มีอยู่ในปัจจุบันมาปรับใช้จะทำให้เด็กที่เกิดมาในระยะเวลาที่กฎหมายกำหนดมีฐานะเป็นบุตร โดยชอบด้วยกฎหมายของชายตามที่กฎหมายกำหนดข้อสันนิษฐานไว้ข้างต้นจึงมักไม่ก่อให้เกิดปัญหาใดๆ แต่เมื่อพิจารณาอย่างละเอียดแล้วจะพบว่าหากคู่สมรสมีปัญหาด้านความสัมพันธ์ฉันสามีภริยาต่อกัน จนก่อให้เกิดการโต้แย้งถึงความเป็นบิดา ระหว่างชายและเด็ก ซึ่งผลของการโต้แย้งสิทธินี้ย่อมแตกต่างจากเด็กที่เกิดโดยวิธีการตามธรรมชาติ ส่งผลให้การนำกฎหมายปัจจุบันมาปรับใช้ในกรณีที่มีการโต้แย้งดังกล่าวไม่มีความเหมาะสมดังจะกล่าวต่อไปในข้อ 4.1.2

ผู้วิจัยมีความเห็นว่า การกำหนดข้อสันนิษฐานความเป็นบิดาไว้ย่อมเป็นคุณแก่เด็กที่เกิดมา เพราะแม้เด็กที่เกิดจากเชื้อพันธุ์บริจาคจะมีได้เป็นบุตรทางสายเลือดของผู้ที่ต้องด้วยข้อสันนิษฐานให้เป็นบิดาแต่ก็เกิดจากความตั้งใจของชายผู้นั้น การกำหนดข้อสันนิษฐานไว้จึงมีผลให้เด็กเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของชายตั้งแต่ขณะเด็กเกิด จึงมีข้อคิดว่าการกำหนดให้ชายต้องไปร้องขอจดทะเบียนรับเด็กเป็นบุตรในกรณีเด็กเกิดจากเชื้อพันธุ์ของชายอื่น เนื่องจากอาจก่อให้เกิดปัญหาอื่นๆ ตามมาดังจะกล่าวต่อไปในข้อ 4.1.3

โดยสรุปแล้วผู้วิจัยมีความเห็นว่า การกำหนดให้ชายผู้เป็นสามีผู้ยินยอมให้ภริยาดังครรภ์ โดยใช้เชื้อพันธุ์บริจาคต้องด้วยข้อสันนิษฐานว่าเป็นบิดานั้นมีความเหมาะสมกว่าการกำหนดให้ผู้บริจาคเชื้อพันธุ์ต้องด้วยข้อสันนิษฐานดังกล่าว เนื่องจากมีความสอดคล้องกับกฎหมายครอบครัวมากกว่าเพราะผู้ที่เป็นบิดาควรเป็นผู้ที่มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับผู้เป็นมารดาและบุคคลอื่นๆ ในครอบครัว ประกอบกับการกำหนดดังกล่าวตรงกับความต้องการของทั้งผู้บริจาคและผู้รับบริจาคเชื้อพันธุ์ นอกจากนี้ยังสอดคล้องกับขั้นตอนการขอรับบริจาคเชื้อพันธุ์ที่กำหนดให้แพทย์ต้องปกปิดชื่อผู้บริจาคไว้เป็นความลับ หลักการสันนิษฐานเช่นนี้ยังสอดคล้องกับกฎหมายในอีกหลายๆประเทศที่ได้บัญญัติเกี่ยวกับเรื่องนี้ไว้โดยเฉพาะเช่น กฎหมาย Human Fertilisation And Embryology Act ของประเทศอังกฤษหรือ Uniform Parentage Act ของประเทศสหรัฐอเมริกา ต่างกำหนดไปใน

ทิศทางเดียวกันว่าผู้ที่จะเป็นบิดาของเด็กได้ต้องเป็นผู้ที่ยินยอมให้ภริยาของตนตั้งครรภ์โดยอาศัยเชื้อพันธุ์บริจาค โดยผู้บริจาคไม่มีสิทธิใดๆในตัวเด็กที่เกิดมา

4.1.2 ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการฟ้องคดีไม่รับเด็กเป็นบุตร แม้กฎหมายที่ใช้อยู่ในปัจจุบัน จะได้กำหนดข้อสันนิษฐานความเป็นบิดาไว้อย่างชัดเจนแล้วก็ตามแต่ข้อสันนิษฐานดังกล่าวมิใช่ข้อสันนิษฐานเด็ดขาดกฎหมายจึงยังคงเปิดช่องให้ชายสามารถนำสืบพิสูจน์หักล้างข้อสันนิษฐานดังกล่าวได้ ดังนั้นหากชายฟ้องคดีไม่รับเด็กเป็นบุตร ชายมีหน้าที่นำสืบพิสูจน์หักล้างข้อสันนิษฐานดังกล่าว ซึ่งวิธีที่นิยมมากในปัจจุบันคือการนำสืบพิสูจน์โดยใช้หลักฐานทางวิทยาศาสตร์โดยเฉพาะการตรวจดีเอ็นเอ ดังนั้นเมื่อเด็กเกิดจากเชื้อพันธุ์ที่ได้รับมาจากการบริจาคของชายอื่น ผลการตรวจดีเอ็นเอย่อมเป็นไปได้ในทิศทางเดียวคือเด็กมิได้เป็นบุตรของชายผู้นั้น เห็นได้ว่าการให้โอกาสชายหักล้างข้อสันนิษฐานนี้ย่อมไม่มีความเหมาะสมที่จะนำมาปรับใช้กับกรณีเด็กเกิดจากเชื้อพันธุ์บริจาค เนื่องจากการขอให้เชื้อพันธุ์บริจาคเป็นความประสงค์ของชายผู้นั้นเองประกอบกับได้ให้ความยินยอมเป็นลายลักษณ์อักษรแก่แพทย์ผู้ให้บริการด้วย ดังนั้นการที่ชายผู้ต้องด้วยข้อสันนิษฐานฟ้องไม่รับเด็กเป็นบุตร จึงเป็นการใช้สิทธิโดยไม่สุจริตเนื่องจากชายยอมทราบว่าเด็กที่เกิดมามีเชื้อเลือดเนื้อเชื้อไขของตน ทั้งยังถือเป็นการกระทำที่ขาดสามัญสำนึกเป็นการผลัดภาระในการเลี้ยงดูเด็กให้ฝ่ายมารดาหรือบุคคลอื่นโดยไม่สมควร ซึ่งปัญหานี้ในบางประเทศเช่นประเทศออสเตรเลีย ได้บัญญัติไว้ใน The Artificial Conception Act 1985 ไว้ให้เด็กที่เกิดจากเชื้อพันธุ์บริจาคเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของชายผู้เป็นสามีและให้ข้อสันนิษฐานดังกล่าวเป็นข้อสันนิษฐานเด็ดขาดห้ามนำสืบโต้แย้ง

แม้กฎหมายจะเปิดช่องให้ชายปฏิเสธความเป็นบุตรได้ แต่ในบางกรณี กฎหมายได้กำหนดข้อยกเว้นที่ห้ามชายมิให้ฟ้องคดีไม่รับเด็กเป็นบุตรไว้ ซึ่งข้อยกเว้นดังกล่าวได้กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1541ว่า “ชายผู้เป็นหรือเคยเป็นสามีจะฟ้องคดีไม่รับเด็กเป็นบุตรตามมาตรา 1539 หากปรากฏว่าตนเป็นผู้แจ้งการเกิดของเด็กในทะเบียนคนเกิดเองว่าเป็นบุตรของตนหรือยอมให้มีการแจ้งดังกล่าว” ดังนั้นการที่ชายผู้เป็นสามีหรือเคยเป็นสามีของมารดาเด็กจะถูกกฎหมายปิดปากไม่ให้ฟ้องคดีไม่รับเด็กเป็นบุตรนั้นจะต้องปรากฏว่าชายเป็นผู้แจ้งการเกิดของเด็กในทะเบียนคนเกิดด้วยตนเองว่าเด็กเป็นบุตรของตน หรือจัดหรือยอมให้มีการแจ้งดังกล่าว เช่น สามีจดทะเบียนสมรสกับภริยาได้ 3 เดือนแล้วภริยาคลอดบุตรออกมา สามีไปแจ้งการเกิดของเด็กว่าตนเป็นบิดาของเด็ก แต่ถ้าสามีไปต่างประเทศแล้วภริยาคลอดบุตรออกมาแล้วไปแจ้งการเกิดของเด็กในทะเบียนคนเกิดว่าเด็กเป็นบุตรของชาย เช่นนี้ ไม่เข้าข้อยกเว้นตามมาตรา 1541 สามียังมีสิทธิฟ้องคดีไม่รับเด็กเป็นบุตรของตนได้ มาตรฐานนี้เป็นข้อสันนิษฐานเด็ดขาด ดังนั้นแม้ในกรณีที่สามีเป็นหมันหรือมีปัญหาด้านร่างกายทำให้ไม่สามารถมีบุตรได้ แต่หากตนได้ให้ความยินยอมให้

ภริยาผสมเทียมหรือใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์โดยใช้เชื้อพันธุ์ของชายอื่น เมื่อภริยาคลอดบุตรออกมาสามีมอบหมายให้เพื่อนไปแจ้งการเกิดของเด็กว่าสามีเป็นบิดาของเด็กหรือคนไปแจ้งการเกิดของเด็กเอง สามีจะฟ้องคดีไม่รับเด็กเป็นบุตรไม่ได้ เพราะข้อสันนิษฐานเด็ดขาดเป็นเรื่องที่กฎหมายปิดปากมิให้ผู้ให้นำสืบเปลี่ยนแปลงข้อสันนิษฐานนั้น<sup>1</sup>

ผู้วิจัยมีความเห็นว่าการกำหนดให้ข้อสันนิษฐานดังกล่าวเป็นข้อสันนิษฐานเด็ดขาดมีความเหมาะสมที่จะนำมาบังคับใช้ในกรณีเด็กเกิดจากเชื้อพันธุ์มากกว่าการให้โอกาสชายสืบพิสูจน์หักล้างข้อสันนิษฐานความเป็นบิดาของเด็กที่เกิดจากเชื้อพันธุ์บริจาค

4.1.3 ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการจดทะเบียนรับเด็กเป็นบุตร การจดทะเบียนรับเด็กเป็นบุตรแม้โดยทั่วไปจะเป็นกรณีที่บิดามีได้สมรสกับมารดาแต่ต้องการให้เด็กเป็นบุตร โดยชอบด้วยกฎหมายของตนจึงจะทำการจดทะเบียนการรับรองบุตร แต่เหตุที่ผู้วิจัยต้องวิเคราะห์ในกรณีนี้ด้วยเพื่อพิจารณาว่าหากไม่สามารถนำข้อสันนิษฐานกฎหมายตามข้อ 4.1.1 มาบังคับใช้ได้ จะสามารถนำหลักเกณฑ์เรื่องการจดทะเบียนรับเด็กเป็นบุตรมาปรับใช้ได้หรือไม่และหากในอนาคตแพทย์อนุญาตให้ชายหญิงที่อยู่กินกันโดยไม่จดทะเบียนสมรสสามารถขอใช้เชื้อพันธุ์บริจาคได้จะมีผลดีผลเสียเช่นไร

การจดทะเบียนรับเด็กเป็นบุตรนั้นกำหนดหลักเกณฑ์ไว้ตามมาตรา 1548 ว่าบิดาจะต้องได้รับความยินยอมจากทั้งเด็กและมารดาเด็กโดยบุคคลทั้งสองต้องไปให้ความยินยอมด้วยตนเองต่อหน้านายทะเบียน แต่หากเด็กหรือมารดาเด็กคนใดคนหนึ่งคัดค้านว่าผู้ขอจดทะเบียนไม่ใช่บิดาหรือไม่ให้ความยินยอมหรือไม่อาจให้ความยินยอมได้ การจดทะเบียนเด็กเป็นบุตรนั้นต้องมีคำพิพากษาจากศาลให้จดทะเบียนได้ ซึ่งการขอจดทะเบียนรับเด็กเป็นบุตรนั้นมีข้อเสียคือเด็กมิได้เป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของชายทันทีที่เกิด และแม้ผลแห่งการจดทะเบียนนั้นมาตรา 1557 จะบัญญัติให้มีผลนับแต่วันที่เด็กเกิดแต่เด็กก็ไม่อาจอ้างเป็นเหตุเสื่อมเสียสิทธิของบุคคลภายนอกผู้ทำการโดยสุจริตในระหว่างเวลาตั้งแต่เด็กเกิดจนถึงเวลาที่บิดาได้จดทะเบียนว่าเป็นบุตรไม่ได้ นอกจากนี้แม้บิดาจะขอจดทะเบียนรับเด็กเป็นบุตรได้แต่มาตรา 1549 กลับให้สิทธิเด็กและมารดาเด็กแจ้งให้นายทะเบียนจดบันทึกได้ว่าผู้ขอจดทะเบียนไม่ควรเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองบางส่วนหรือทั้งหมดหลังจากจดทะเบียนรับเด็กเป็นบุตรได้แล้วผู้ขอจดทะเบียนยังอาจถูกผู้มีส่วนได้เสียขอให้ศาลเพิกถอนการจดทะเบียนรับเด็กเป็นบุตรเพราะเหตุว่าผู้ขอให้จดทะเบียนนั้นมิใช่บิดาก็ได้ ซึ่งข้ออ้างที่ผู้มีส่วนได้เสียต้องอ้างมีเพียงประการเดียวนั้นคือผู้ขอจดทะเบียนรับเด็กเป็นบุตรมิใช่บิดาที่แท้จริงของเด็ก

<sup>1</sup> ประสพสุข บุญเดช. (2548). คำอธิบายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว หน้า 544.



ดังนั้นจะเห็นว่าการจดทะเบียนรับเด็กเป็นบุตรนอกจากจะต้องใช้เวลานานและอาจไม่ได้รับความยินยอมจากเด็กและมารดาเด็กแล้ว ผู้จดทะเบียนยังอาจถูกคัดค้านการจดทะเบียนรับเด็กเป็นบุตรอีกด้วย ซึ่งหากถูกคัดค้านผู้จดทะเบียนย่อมถูกเพิกถอนการจดทะเบียนดังกล่าวเสมอตามเหตุผลที่ได้กล่าวไว้ข้างต้น ดังนั้นจึงไม่มีความเหมาะสมที่จะนำกฎหมายเรื่องนี้มาปรับใช้ในกรณีเด็กที่เกิดจากเชื้อพันธุกรรมของชายอื่น

4.1.4 ปัญหาทางด้านอื่นๆ นอกจากปัญหาทางกฎหมายถึงสถานะความเป็นบิดา สิทธิและหน้าที่อันจะมีต่อเด็กที่เกิดมาแล้วยังมีปัญหาอื่นๆ ที่อาจเกิดขึ้นกับผู้ที่เป็นบิดาของเด็กที่เกิดจากเชื้อพันธุกรรม ตัวอย่างเช่นปัญหาทางด้านครอบครัว ซึ่งในกรณีนี้มีได้หมายถึงเฉพาะตัวคู่สมรสเท่านั้นแต่ยังหมายความถึงบุคคลอื่นๆ ในครอบครัวว่าจะให้การยอมรับเด็กที่เกิดจากเลือดเนื้อเชื้อไขของบุคคลอื่นได้หรือไม่ ในบางศาสนาอย่างเช่นศาสนาอิสลามเกี่ยวกับเรื่องครอบครัวนั้นสำคัญอย่างยิ่งที่เด็กที่เกิดมาต้องสามารถระบุเอกลักษณ์ของบิดามารดาที่แท้จริงตามสายโลหิตได้เพราะในครอบครัวผู้นับถือศาสนาอิสลามเด็กต้องใช้ชื่อที่สามารถระบุสายของบิดาได้ เพราะฉะนั้นหากตัวคู่สมรสฝ่าฝืนหลักศาสนาดังกล่าวบุตรที่เกิดมาย่อมไม่ได้รับการยอมรับจากบุคคลอื่นๆ ในครอบครัวและอาจก่อให้เกิดปัญหาอื่นๆ แก่เด็กในอนาคต นอกจากนี้ยังมีปัญหาที่อาจเกิดขึ้นได้อีกประการคือปัญหาว่าเด็กที่เกิดมาควรทราบความจริงหรือไม่ว่าตนมิได้มีสายเลือดเดียวกับผู้เป็นบิดา เนื่องจากในหลายประเทศเช่นสวิสเซอร์แลนด์หรืออังกฤษ ได้ให้สิทธิเด็กที่จะร้องขอข้อมูลเกี่ยวกับบิดาทางชีวภาพของตนได้ และนอกจากนี้ The United Nations Charter of the Right of the Child ได้กล่าวไว้อย่างชัดเจนว่า เด็กมีสิทธิที่จะรู้ถึงต้นกำเนิดทางชีวภาพของตน<sup>2</sup> แต่ในประเทศไทยผู้วิจัยมีความเห็นว่าไม่ควรอนุญาตให้เปิดเผยข้อมูลของผู้เป็นเจ้าของเชื้อพันธุกรรมเนื่องจากการเปิดเผยดังกล่าวอาจก่อให้เกิดปัญหาแก่ครอบครัวของทั้งผู้ที่เกี่ยวข้องเด็กที่เกิดมาและต่อผู้เป็นเจ้าของเชื้อพันธุกรรมถึงครอบครัวของผู้นั้น แม้ผู้วิจัยจะมีความเห็นว่าไม่ควรเปิดเผยข้อมูลของผู้บริจาคแต่ผู้วิจัยมีความเห็นว่าควรมีการรวบรวมข้อมูลของเด็กที่เกิดจากผู้บริจาครายเดียวกันไว้ด้วย เพื่อในกรณีที่มีข้อสงสัยผู้ที่เกิดจากเชื้อพันธุกรรมสามารถตรวจสอบได้ว่าผู้ของตนจะสมรสด้วยนั้นมีความผูกพันทางสายโลหิตเนื่องจากการถือกำเนิดจากเชื้อพันธุกรรมของบุคคลคนเดียวหรือไม่ โดยอาจกำหนดตัวตนของผู้บริจาคด้วยหมายเลขหรือรหัสแทนการใช้ชื่อเป็นต้น

<sup>2</sup> From Court misses opportunity on sperm donor case. Retrieved January 19, 2012.

## 4.2 ปัญหาทางกฎหมายที่เกี่ยวกับเด็กที่เกิดจากเชื้อพันธุกรรม

เด็กที่เกิดจากเชื้อพันธุกรรมหากไม่มีกฎหมายกำหนดผู้เป็นบิดาไว้โดยตรงเด็กจะสามารถฟ้องให้ชายผู้ยินยอมให้มารดาตั้งครรภ์โดยใช้เชื้อพันธุกรรมรับตนเป็นบุตรได้หรือไม่ และเด็กที่เกิดมาจะมีสิทธิฟ้องไม่รับชายเป็นบิดาได้หรือไม่ เด็กมีสิทธิเรียกค่าอุปการะเลี้ยงดูจากชายผู้เป็นสามีของมารดาตนได้หรือไม่ นอกจากนี้เด็กจะมีสิทธิร้องขอต่อศาลให้บังคับแพทย์ให้เปิดเผยผู้ซึ่งเป็นบิดาตามสายโลหิตของตนและเรียกค่าอุปการะเลี้ยงดูจากผู้นั้นได้หรือไม่ คำถามดังกล่าวข้างต้นจะกระทำได้อย่างไรหรือไม่ เมื่อพิจารณาจากกฎหมายที่บังคับใช้อยู่ในปัจจุบันจะพบว่า

4.2.1 ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการเรียกร้องสิทธิความเป็นบิดาและบุตร การเรียกร้องในที่นี้คือการฟ้องคดีให้รับเด็กเป็นบุตรและการฟ้องปฏิเสธความเป็นบุตร ในส่วนการฟ้องคดีรับเด็กเป็นบุตรนั้น หากมีการฟ้องร้องกรณีนี้เกิดขึ้นกฎหมายก็ได้เปิดโอกาสให้ชายที่ถูกสันนิษฐานว่าเป็นบิดาของเด็กเช่น ตามมาตรา 1536 มาตรา 1537 มาตรา 1538 สามารถนำพยานหลักฐานมาพิสูจน์หักล้างข้อสันนิษฐานดังกล่าวได้ ซึ่งการฟ้องคดีรับเด็กเป็นบุตรตามกฎหมายนั้นต้องฟ้องคดีตามหลักเกณฑ์และวิธีการตามมาตรา 1555 และ 1556 ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ คือ

มาตรา 1555 “การฟ้องคดีให้รับเด็กเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายให้มีได้แต่ในกรณีต่อไปนี้

- (1) เมื่อมีการข่มขืนกระทำชำเรา จู้คร่า หรือหน่วงเหนี่ยวกักขังหญิงมารดาโดยมิชอบด้วยกฎหมายในระยะเวลาซึ่งหญิงนั้นอาจตั้งครรภ์ได้
- (2) เมื่อมีการลักพาหญิงมารดาไปในทางชู้สาว หรือมีการล่อลวงร่วมประเวณีกับหญิงมารดาในระยะเวลาซึ่งหญิงนั้นอาจตั้งครรภ์ได้
- (3) เมื่อมีเอกสารของบิดาแสดงว่าเด็กนั้นเป็นบุตรของตน
- (4) เมื่อปรากฏในทะเบียนคนเกิดว่าเด็กเป็นบุตร โดยมีหลักฐานว่าบิดาเป็นผู้แจ้งการเกิดหรือรู้เห็นยินยอมในการแจ้งนั้น
- (5) เมื่อบิดามารดาได้อยู่กินด้วยกันอย่างเปิดเผยในระยะเวลาซึ่งหญิงมารดาอาจตั้งครรภ์ได้
- (6) เมื่อได้ร่วมประเวณีกับหญิงมารดาในระยะเวลาซึ่งหญิงนั้นอาจตั้งครรภ์ได้และมีเหตุอันควรเชื่อได้ว่าเด็กนั้นมีได้เป็นบุตรของชายอื่น
- (7) เมื่อมีพฤติการณ์ที่รู้กันทั่วไปตลอดมาว่าเป็นบุตร

พฤติการณ์ที่รู้กันทั่วไปตลอดมาว่าเป็นบุตรนั้น ให้พิจารณาข้อเท็จจริงที่แสดงความเกี่ยวข้องกันบิดากับบุตร ซึ่งปรากฏในระหว่างตัวเด็กกับครอบครัวที่เด็กอ้างว่าตนสังกัดอยู่ เช่น บิดาให้การศึกษานำความอุปการะเลี้ยงดูหรือยอมให้เด็กนั้นใช้ชื่อสกุลของตนหรือโดยเหตุประการอื่น

จะเห็นได้ว่ามาตรา 1555 นั้นได้กำหนดเหตุซึ่งเป็นเงื่อนไขในการฟ้องคดีไว้ 7 เหตุ ซึ่งโจทก์ผู้ฟ้องคดีต้องอ้างไว้ในคำฟ้อง และมีหน้าที่ต้องนำสืบพิสูจน์ให้ศาลเห็นว่าข้อเท็จจริงเป็นไปตามเหตุที่โจทก์ได้อ้างไว้ในคำฟ้อง ซึ่งการนำสืบถึงความเป็นบิดาของบุตรตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1555 ดังนั้นเมื่อมีการฟ้องคดีให้รับเด็กเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายต่อศาลแล้ว เป็นหน้าที่ของโจทก์ที่จะต้องนำสืบถึงเหตุที่เป็นข้ออ้างในคำฟ้องในกรณีใดกรณีหนึ่งตามมาตรา 1555 ส่วนจำเลยก็ย่อมมีสิทธิปฏิเสธข้ออ้างของโจทก์ได้ โดยยื่นคำให้การปฏิเสธฟ้องของโจทก์และตอบโต้ข้อกล่าวอ้างตามฟ้องของโจทก์ ซึ่งการปฏิเสธความเป็นบิดาของบุตรนั้นอาจนำสืบตามประเภทของพยานหลักฐานได้ 2 ประเภท

#### 4.2.1.1 การพิสูจน์โดยพยานหลักฐานสามัญ แยกเป็น 2 กรณี คือ

(1) การพิสูจน์โดยพยานหลักฐานสามัญทั่วไปเพื่อแสดงให้เห็นว่าข้อเท็จจริงมิได้เป็นไปตามคำฟ้อง เช่น กรณีการฟ้องให้รับเด็กเป็นบุตร โดยอ้างเหตุว่ามีการข่มขืนกระทำชำเราที่อาจนำสืบปฏิเสธได้ว่าช่วงเวลานั้นตนอยู่ต่างจังหวัดมิได้เป็นผู้กระทำเป็นต้น

(2) การพิสูจน์โดยพยานหลักฐานสามัญอื่นๆ นอกจากข้ออ้างในข้อที่แล้ว ชายผู้ถูกฟ้องอาจอ้างเหตุอื่นประกอบในการคัดค้านว่า เด็กมิใช่บุตรของตนได้ เช่น ระยะเวลาที่หญิงมารดาอาจตั้งครรภ์ได้นั้น ตนอยู่ต่างประเทศและมีได้เดินทางกลับเข้ามาในประเทศ หรือมีปัจจัยทางพยาธิสภาพที่ไม่อาจสืบพันธุ์ได้ เช่น อาจพิสูจน์ด้วยพยานบุคคลหรือพยานที่เป็นแพทย์ถึงความเจ็บป่วยสุขภาพ โรคกามตายด้านหรือการเป็นหมันของตน หรือมีอวัยวะสืบพันธุ์ไม่สมบูรณ์จนไม่อาจมีบุตรได้ หรือผ่านการผ่าตัดทำหมันมานานแล้วเป็นต้น

#### 4.2.1.2 การพิสูจน์โดยพยานหลักฐานทางวิทยาศาสตร์

นอกจากพิสูจน์โดยอาศัยพยานหลักฐานสามัญแล้ว ยังอาจพิสูจน์โดยใช้พยานหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ได้อีกด้วย โดยการตรวจสอบทางวิทยาศาสตร์ (Scientific Test) ที่ใช้ในการพิสูจน์ความเป็นบิดาของบุตรหรือใช้ในการปฏิเสธความเป็นบิดาของบุตร จะใช้วิธีการตรวจทางพันธุกรรม (Genetic Test) ปัจจุบันการฟ้องคดีขอให้รับเด็กเป็นบุตร กฎหมายของหลายๆ ประเทศมักพึงพาความรู้และการพิสูจน์ทางพันธุกรรมเป็นสำคัญในอันที่จะวินิจฉัยถึงความเป็นบิดาของบุตรทั้งนี้เพราะข้อเท็จจริงใดก็ตามที่ได้มาจากการพิสูจน์ตามหลักพันธุศาสตร์ย่อมเป็นข้อเท็จจริงที่แน่นอน เชื่อถือได้ว่าต้องเป็นความจริงตามนั้น เนื่องจากประกอบด้วยเหตุผลที่มีพื้นฐานทางวิทยาศาสตร์ต่างกับพยานหลักฐานทั่วไปที่โดยเฉพาะพยานบุคคล ซึ่งบางครั้งพยานบุคคลอาจเบิกความเท็จโดยจงใจเพื่อประโยชน์แก่คู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง พยานหลักฐานสามัญจึงอาจขาดลักษณะที่เป็นกลางอันเป็นลักษณะประจำของพยานหลักฐานที่ได้จากการพิสูจน์ทางวิทยาศาสตร์

การพิสูจน์ว่าจำเลยมิใช่บิดาของเด็ก โดยอาศัยการพิสูจน์ตามพยานหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ เช่นการตรวจพิสูจน์ความเป็นบิดาของบุตร (Paternity Test) จะเป็นการตรวจทางพันธุกรรมเพื่อยืนยันความเป็นบิดากับบุตร ในอดีตวิธีการตรวจพิสูจน์ที่นิยมใช้คือ การตรวจหมู่โลหิตโดยพิจารณาความคล้ายกันของหมู่เลือดของชายผู้เป็นบิดากับบุตร ซึ่งใช้สำหรับการนำสืบปฏิเสธความเป็นบิดาของบุตร เพราะการตรวจหมู่โลหิตไม่อาจยืนยันความเป็นบิดาของบุตรได้ร้อยเปอร์เซ็นต์ แต่ปัจจุบันการตรวจลายพิมพ์ดีเอ็นเอกลายเป็นกระบวนการพิสูจน์ทางวิทยาศาสตร์ที่มีประสิทธิภาพสูงสุดในการพิสูจน์บุคคลและตรวจหาความเป็นบิดากับบุตร ซึ่งสามารถใช้เป็นหลักฐานประกอบการพิจารณาในศาลได้ จนเป็นที่ยอมรับว่าพยานหลักฐานทางวิทยาศาสตร์มีความสำคัญไปไม่น้อยกว่าพยานหลักฐานสามัญเพราะโจทก์อาจใช้ผลการตรวจมาแสดงต่อศาลเพื่อเพิ่มน้ำหนักพยานหลักฐานว่าชายเป็นบิดาของเด็ก ในทางกลับกันจำเลยก็อาจใช้ผลการตรวจพิสูจน์ความเป็นบิดาของบุตรมาแสดงต่อศาลว่าไม่ใช่บิดาของเด็กเพื่อหักล้างน้ำหนักพยานโจทก์

ดังนั้นหากชายผู้เป็นสามีที่อนุญาตให้ภริยาของตนทำการผสมเทียมหรือใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์โดยใช้เชื้อพันธุ์บริจาคของชายอื่นแล้วต่อมาต้องการฟ้องปฏิเสธความเป็นบิดาของเด็ก โดยอ้างหลักฐานทางวิทยาศาสตร์โดยเฉพาะอย่างยิ่งการอ้างผลตรวจ ดีเอ็นเอนั้น ย่อมเป็นที่แน่นอนว่าผลการตรวจนั้นย่อมต้องระบุว่าชายไม่ใช่บิดาของเด็กอย่างแน่นอนเพราะเด็กเกิดจากเชื้อพันธุ์ของบุคคลอื่น ไม่ใช่ของชาย การกระทำเช่นนี้แม้กฎหมายจะให้สิทธิชายในการฟ้องร้อง แต่การกระทำดังกล่าวน่าจะถือว่าชายผู้นั้นได้ “ใช้สิทธิโดยไม่สุจริต”<sup>4</sup> เพราะหากการผสมเทียมหรือใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์โดยใช้เชื้อพันธุ์บริจาคมันเกิดจากความยินยอมของตนแล้ว จึงไม่ควรถือเอาเป็นเหตุให้ผู้นั้นใช้เป็นข้ออ้างในการปฏิเสธความรับผิดชอบที่เกิดขึ้นแต่ในความเป็นจริงนั้นประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยยังคงมุ่งเน้นถึงการพิสูจน์ความเป็นบิดาทางสายเลือดอยู่ จึงไม่สอดคล้องกับความเป็นจริงที่เกิดขึ้น

กล่าวโดยสรุปหากมีการฟ้องคดีให้รับเด็กเป็นบุตรและการฟ้องปฏิเสธความเป็นบุตร ซึ่งการฟ้องให้รับเด็กเป็นบุตรนั้นมาตรา 1555 กำหนดกรณีที่จะฟ้องได้หลายประการเช่นมีเอกสารของบิดาแสดงว่าเด็กเป็นบุตร บิดาเป็นผู้แจ้งการเกิดหรือบิดาอยู่กินกับมารดาอย่างเปิดเผยในระยะเวลาที่อาจตั้งครรภ์ได้ เป็นต้น แต่การฟ้องคดีเช่นนี้กระบวนการยุติธรรมตามกฎหมายของไทยได้เปิดช่องให้ผู้ที่ถูกฟ้องสามารถสืบหักล้างข้อกล่าวอ้างดังกล่าวได้ ดังนั้นชายผู้ถูกฟ้องจึงมักนำพยานหลักฐานทางวิทยาศาสตร์โดยเฉพาะอย่างยิ่งการอ้างผลตรวจ ดีเอ็นเอ นั้น ย่อมเป็นที่แน่นอนว่าผลการตรวจนั้นย่อมต้องระบุว่าชายไม่ใช่บิดาของเด็กอย่างแน่นอนเพราะเด็กเกิดจากเชื้อพันธุ์

<sup>3</sup> แหล่งเดิม. หน้า 90.

<sup>4</sup> วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์. (2531, มิถุนายน). “การผสมเทียมกับกฎหมาย.” *บทบัญญัติ*, 44, 2. หน้า 31.

ของบุคคลอื่น ไม่ใช่ของชาย การกระทำเช่นนี้แม้กฎหมายจะให้สิทธิชายในการฟ้องร้อง แต่การกระทำดังกล่าวน่าจะถือว่าชายผู้นั้นได้ใช้สิทธิโดยไม่สุจริต เพราะหากการผสมเทียมหรือใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์โดยใช้เชื้อพันธุ์บริจาคนั้นเกิดจากความยินยอมของตนแล้ว จึงไม่ควรถือเอาเป็นเหตุให้ผู้นั้นใช้เป็นข้ออ้างในการปฏิเสธความรับผิดชอบที่เกิดขึ้น แต่ในความเป็นจริงนั้นประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยยังคงมุ่งเน้นถึงการพิสูจน์ความเป็นบิดาทาสายเลือดอยู่ จึงไม่สอดคล้องกับความเป็นจริงที่เกิดขึ้น

ส่วนการฟ้องปฏิเสธความเป็นบุตรนั้น มาตรา 1545 บัญญัติให้เด็กสามารถร้องขอต่ออัยการให้ปฏิเสธความเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของชายผู้เป็นสามีของมารดาตนได้ หากมีข้อเท็จจริงปรากฏต่อเด็กว่าตนมิได้เป็นบุตรสืบสายโลหิตของชาย เมื่อนำกฎหมายมาตรานี้มาปรับใช้กับเด็กที่เกิดขึ้นจากการใช้เชื้อพันธุ์บริจาคนั้นถือเป็นการใช้สิทธิโดยไม่สุจริตหรือไม่ เพราะแม้ชายผู้เป็นสามีของมารดาตนจะมีได้เป็นบิดาตามสายโลหิตแต่เป็นผู้ที่มีส่วนสำคัญที่ทำให้เด็กเกิดมาโดยประสงค์ให้เด็กเป็นบุตรของตนยิ่งกว่าผู้เป็นบิดาตามสายโลหิตเพราะการจะให้กำเนิดบุตรที่เกิดจากเชื้อพันธุ์บริจาคนั้นต้องอาศัยความตั้งใจที่แท้จริงอาศัยระยะเวลาและค่าใช้จ่ายในจำนวนที่สูงมาก ดังนั้นผู้วิจัยจึงมีความเห็นว่าการนำกฎหมายมาตรา 1545 มาปรับใช้กับกรณีเด็กเกิดจากเชื้อพันธุ์บริจาคนั้นไม่มีความเหมาะสมตามเหตุผลที่กล่าวข้างต้น

4.2.2 ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับสิทธิของเด็กที่จะร้องขอให้มีการเปิดเผยชื่อและข้อมูลของผู้บริจาคนิวส์ เหตุที่ต้องกล่าวถึงกรณีนี้เนื่องจากในต่างประเทศได้มีการฟ้องร้องให้ศาลเปิดเผยชื่อผู้เป็นเจ้าของเชื้อพันธุ์และศาลได้มีคำพิพากษาให้เปิดเผยตามคำขอนั้นเพราะศาลมองว่าเด็กมีสิทธิรู้ถึงชาติกำเนิดของตน ต่อมาในปี ค.ศ. 2004 ประเทศอังกฤษได้แก้กฎหมาย Human Fertilisation And Embryology Act โดยบัญญัติให้เด็กที่เกิดจากเชื้อพันธุ์บริจาคนับแต่วันที่ 1 เมษายน 2005 มีสิทธิเรียกร้องให้มีการเปิดเผยชื่อและที่อยู่ล่าสุดของผู้บริจาคนิวส์ได้เมื่อคนมีอายุครบ 18 ปีบริบูรณ์

ในประเด็นนี้ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยได้กำหนดว่าบุคคลมีสิทธิและเสรีภาพที่จะกระทำการใดๆ ได้อย่างอิสระตราบเท่าที่การกระทำนั้นยังอยู่ภายใต้กฎหมายและไม่กระทบต่อสิทธิของผู้อื่น การเรียกร้องให้มีการเปิดเผยบุคคลที่เป็นบิดาตามสายโลหิตของตนแม้จะเป็นการเรียกร้องให้ผู้อื่นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งเพื่อประโยชน์แก่ตนและบุคคลนั้นสามารถทำได้ไม่ควรถูกขัดขวางตามหลักสิทธิเสรีภาพประกอบกับการกระทำดังกล่าวไม่ได้ถูกจำกัดไว้โดยผลของกฎหมายใดๆก็ตามแต่การใช้สิทธิเรียกร้องดังกล่าวย่อมกระทบต่อสิทธิของผู้บริจาคนิวส์อย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ เนื่องจากผู้บริจาคนิวส์กระทำการบริจาคนิวส์เพียงมุ่งหวังให้ผู้ที่ไม่สามารถมีบุตรได้สามารถมีบุตรและมีครอบครัวที่สมบูรณ์เท่านั้นมิได้เจตนาที่จะมีความผูกพันใดๆ ต่อเด็กที่

เกิดมา นอกจากนี้การร้องขอให้มีการเปิดเผยดังกล่าวอาจก่อให้เกิดปัญหาทั้งต่อตัวผู้บริจาคเองและรวมถึงครอบครัวของผู้ที่บริจาคด้วย

4.2.3 ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการเรียกค่าอุปการะเลี้ยงดู โดยปกติหากบุตรไม่ได้รับการอุปการะเลี้ยงดูหรือได้รับการอุปการะเลี้ยงดูไม่เพียงพอแก่สภาพจากบิดามารดาสามารถฟ้องเรียกค่าอุปการะเลี้ยงดูจากบิดาหรือขอให้ได้รับการอุปการะเลี้ยงดูโดยประการอื่นได้ซึ่งบุตรต้องร้องขอต่ออัยการให้ยกขึ้นว่ากล่าวคดีแทนได้ตามมาตรา 1598/38 ในกรณีเด็กที่เกิดจากเชื้อพันธุ้บริจาคจะเรียกค่าอุปการะเลี้ยงดูได้เช่นเดียวกับบุตรโดยทั่วไปได้หรือไม่มีข้อพิพาทคือ มาตรา 1564 บัญญัติว่า บิดามารดาจำต้องอุปการะเลี้ยงดูและให้การศึกษาแก่บุตรในระหว่างที่เป็นผู้เยาว์ ซึ่งบุตรที่บิดาจำต้องอุปการะเลี้ยงดูนั้นหมายถึงบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น ดังนั้นหากเด็กที่เกิดจากเชื้อพันธุ้บริจาคได้คลอดออกมาในช่วงเวลาที่กฎหมายกำหนดข้อสันนิษฐานความเป็นบิดาไว้ ผู้ที่ต้องด้วยข้อสันนิษฐานย่อมมีฐานะเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กและมีหน้าที่อุปการะเลี้ยงดูเด็กที่เป็นบุตรตามกฎหมายของตนด้วย หากไม่อุปการะบุตรย่อมใช้สิทธิตามกฎหมายได้ แต่หากต่อมา มีการฟ้องไม่รับเด็กเป็นบุตรตามมาตรา 1539 และศาลมีคำพิพากษาว่ามีบุตรของชายแล้วย่อมไม่มีสิทธิเรียกค่าอุปการะเลี้ยงดูอีกต่อไป ประเด็นต่อมาคือเด็กที่เกิดจากเชื้อพันธุ้บริจาคจะเรียกให้ผู้บริจาคจ่ายค่าอุปการะเลี้ยงดูให้แก่ตนได้หรือไม่ในกรณีที่รู้ตัวผู้บริจาคดังเช่นในต่างประเทศ จะเห็นได้ว่าแม้จะรู้ตัวผู้บริจาคแต่ไม่มีกฎหมายใดกำหนดหน้าที่ของผู้บริจาคไว้ว่าต้องให้การอุปการะเลี้ยงดูเด็กที่เกิดจากเชื้อพันธุ้บริจาคของตน ดังนั้นแม้จะรู้ถึงตัวผู้บริจาคแต่ก็ไม่สามารถเรียกร้องค่าอุปการะเลี้ยงดูจากผู้นั้นได้

#### 4.3 ปัญหาที่เกี่ยวกับผู้บริจาคเชื้อพันธุ้

4.3.1 ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับสิทธิของผู้บริจาค โดยหลักของการบริจาคเชื้อพันธุ้ในปัจจุบัน ชื่อของผู้บริจาคจะถูกปิดไว้เป็นความลับเพื่อป้องกันการเรียกร้อยสิทธิต่างๆ ต่อกันในอนาคต แต่หลักการดังกล่าวเป็นเพียงหลักปฏิบัติของแพทย์เท่านั้นยังไม่มียกกฎหมายใดคุ้มครองสิทธิของผู้บริจาคโดยตรง ดังนั้นในอนาคตผู้บริจาคจึงอาจถูกกระทบสิทธิได้ดังเช่นที่เกิดขึ้นแล้วในต่างประเทศตามที่ผู้วิจัยได้กล่าวไว้ในบทที่ 3

ในอีกทางหนึ่งหากผู้บริจาคต้องการเรียกร้อยให้ตนมีสิทธิและหน้าที่ใดๆ ในตัวเด็กที่เกิดจากเชื้อพันธุ้ของตน โดยอ้างความเป็นบิดาตามสายโลหิต ผู้วิจัยมีความเห็นว่าผู้บริจาคสามารถกระทำได้นี้เนื่องจากกฎหมายที่บังคับใช้อยู่ในปัจจุบันเอื้อต่อผู้ที่เป็นบิดาตามสายโลหิตเพราะหากมีการพิสูจน์ความเป็นบิดาเกิดขึ้นผู้บริจาคย่อมมีฐานะเป็นบิดาตามสายโลหิตของเด็กเสมอ ซึ่งในต่างประเทศเคยเกิดกรณีเช่นนี้กล่าวคือ ศาลในรัฐนิวเจอร์ซีย์ ได้พิพากษาให้ชายผู้บริจาคเชื้อพันธุ้มี

สิทธิที่จะเยี่ยมชมทารกที่เกิดจากเชื้อพันธุที่ตนได้บริจาคไว้ แม้ว่ามารดาของเด็กทารกนี้จะคัดค้านคำพิพากษานี้ก็ตาม แม้กรณีนี้ศาลจะมีได้กำหนดให้ผู้บริจาคมีฐานะเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมาย แต่ก็ให้สิทธิในการเยี่ยมชมเด็กที่เกิดขึ้นมา แสดงให้เห็นว่าศาลในต่างประเทศได้ให้ความสำคัญกับชายผู้เป็นเจ้าของเชื้อพันธุบริจาคด้วยเช่นกัน

4.3.2 ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการซื้อขายเชื้อพันธุของผู้บริจาค แม้ปัจจุบันการบริจาคเชื้อพันธุจะทำได้ด้วยการบริจาคผ่านธนาคารอสุจิเท่านั้น ไม่อนุญาตให้มีการซื้อขายแต่อย่างใด แต่หากมีการลักลอบซื้อขายผลจะเป็นเช่นไร เหตุที่แพทย์เลือกใช้เชื้อพันธุจากผู้บริจาคส่วนหนึ่งเป็นเพราะต้องการที่จะปกป้องผู้ที่เป็นเจ้าของเชื้อพันธุ เพื่อป้องกันปัญหาการเรียกร้องสิทธิต่อกันในอนาคต แต่หากมีการทำสัญญาซื้อขายกันโดยฝ่าฝืนกฎหมายและเด็กที่เกิดมามีความผิดปกติจะถือว่าสัญญาเป็นโมฆียะเพราะสำคัญผิดในคุณสมบัติอันเป็นวัตถุแห่งสัญญาตามมาตรา 157 หรือไม่ ดังนั้นการนำหลักกฎหมายเรื่องนิติกรรมสัญญามาปรับใช้ย่อมไม่มีความเหมาะสมตามเหตุผลที่กล่าวมาข้างต้น เพราะการทำสัญญาซื้อขายย่อมก่อให้เกิดสิทธิและหน้าที่ระหว่างคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย ฝ่ายผู้ซื้อย่อมมีหน้าที่ต้องชำระเงินให้แก่ผู้ขาย และผู้ขายมีหน้าที่ส่งมอบทรัพย์สินให้แก่ผู้ซื้อ หากผู้ซื้อไม่ใช้ราคาตามข้อสัญญาซื้อขาย เช่นนี้อาจเรียกร้องให้ส่งมอบเงินได้ แต่หากผู้ขายไม่ส่งมอบทรัพย์สินซึ่งหมายถึงเชื้อพันธุของตนให้แก่ผู้ซื้อ เช่นนี้ผู้ซื้อจะเรียกร้องให้ผู้ขายส่งมอบได้หรือไม่ นอกจากนี้การบังคับให้ผู้ขายส่งมอบจะถือเป็นการบังคับให้กระทำต่อเนื้อตัวร่างกายของผู้นั้นอันจะเป็นความผิดอาญาฐานทำร้ายร่างกายหรือกระทำอนาจารต่อผู้นั้นหรือไม่ นอกจากนี้หากคู่สัญญามีได้ตกลงกันว่าผู้ขายไม่ต้องรับผิดชอบเพื่อความชำรุดบกพร่องแล้วต่อมาปรากฏว่าเด็กเกิดมาพิการเช่นนี้จะนำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยความรับผิดชอบเพื่อชำรุดบกพร่องมาใช้ได้หรือไม่ เนื่องจากผู้ขายต้องรับผิดชอบทั้งกรณีที่ผู้ขายรู้อยู่แล้วหรือไม่รู้ว่าคุณสมบัติของนั้นมีอยู่ แต่หากเด็กที่เกิดมามีได้พิการแต่มีลักษณะไม่ตรงตามเจตนาของผู้ซื้อ เช่นผู้ซื้อได้ซื้อเชื้อพันธุจากผู้ขายเนื่องจากเห็นว่าผู้ขายมีตาสีฟ้าและต้องการให้เด็กที่เกิดมามีตาสีฟ้าเช่นเดียวกับผู้ขาย แต่เมื่อเด็กเกิดมาแล้วแต่ไม่ได้มีตาสีฟ้าเหมือนผู้ขาย เช่นนี้จะถือว่าเกิดความชำรุดบกพร่องหรือไม่และผู้ใดต้องเป็นฝ่ายรับผิดชอบ จากเหตุผลที่กล่าวมาข้างต้นจะเห็นได้ว่าแม้ปัจจุบันแพทย์จะอนุญาตให้ใช้เฉพาะเชื้อพันธุบริจาคเท่านั้น แต่ควรมีการกำหนดหลักเกณฑ์ข้อบังคับและบทลงโทษต่อการลักลอบซื้อขายเชื้อพันธุไว้ด้วย

<sup>5</sup> การผสมเทียมกับปัญหาความรับผิดชอบในทางอาญา เล่มเดิม. หน้า 34.

#### 4.4 ปัญหาที่เกี่ยวข้องกับการบังคับใช้กฎหมาย

นอกจากปัญหาตามข้อ 4.1 ถึงข้อ 4.3 แล้วสิทธิและหน้าที่ของบุคคลดังกล่าวย่อมส่งผลถึงการนำกฎหมายอื่นๆมาบังคับใช้แก่บุคคลเหล่านี้ด้วย กล่าวคือการนำกฎหมายปัจจุบันมาบังคับใช้กับบุคคลทั้งสาม จะเกิดผลเช่นไร ทั้งปัญหาจากการนำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาปรับใช้รวมไปถึงกฎหมายอื่นๆ ด้วย เพราะกฎหมายในส่วนที่เกี่ยวข้องกับบิดาและบุตรนั้นไม่ได้จำกัดอยู่แต่เพียงในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 5 ลักษณะ 2 และ 3 แต่ยังเชื่อมโยงและเกี่ยวข้องไปถึงกฎหมายอื่นๆ เช่นกฎหมายอาญา หรือกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเป็นต้น เพราะกฎหมายเหล่านี้ได้ให้สิทธิและหน้าที่ของบิดาในแต่ละประเภทไว้ต่างกัน เช่น

ปัญหาที่เกี่ยวข้องกับการบังคับใช้ประมวลกฎหมายอาญา ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 285 เป็นบทเพิ่มโทษเพราะผู้กระทำได้กระทำความผิดตามที่บัญญัติไว้แก่ ผู้สืบสันดาน รวมไปถึงผู้ที่อยู่ในความปกครองของตน เป็นต้น ซึ่งผู้สืบสันดานตามมาตรานี้หมายความถึงผู้สืบสันดานตามความเป็นจริง กล่าวคือรวมถึงบุตรนอกกฎหมายที่เป็นบุตรตามสายโลหิตของผู้นั้นด้วย นอกจากนี้ในมาตรา 289 (1) เรื่องการฆ่าบุพการี ซึ่งคำว่า “บุพการี” ตามมาตรา 289 (1) ในคดีอาญาศาลฎีกามักจะตีความโดยเคร่งครัดตามความสัมพันธ์ทางสายโลหิตยิ่งกว่าความสัมพันธ์ทางกฎหมาย ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 5(2) ซึ่งเป็นกรณีที่ผู้บุพการี ผู้สืบสันดาน มีอำนาจจัดการแทนผู้เสียหายได้ เฉพาะในความผิดอาญาที่ผู้เสียหายถูกทำร้ายถึงตายหรือบาดเจ็บจนไม่สามารถจะจัดการเองได้ คำว่า “ผู้บุพการี” ตามความหมายของมาตรานี้ หมายถึงบุพการีตามความเป็นจริงเท่านั้น คือต้องเป็นญาติผู้สืบสายโลหิตโดยตรงขึ้นไป ส่วนคำว่า “ผู้สืบสันดาน” ตามมาตรานี้ก็มีความหมายอย่างเดียวกัน คือต้องเป็นผู้สืบสายโลหิตโดยตรงลงมา ส่วนปัญหาตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตรา 29 ซึ่งผู้เสียหายไปยื่นฟ้องแล้วตายลง ผู้บุพการี ผู้สืบสันดาน จะดำเนินคดีต่างผู้ตายต่อไปก็ได้ ซึ่งเป็นหลักที่ถือเอาบุพการีและผู้สืบสันดานตามความเป็นจริง เช่นเดียวกับมาตรา 5(2)

ดังนั้นหากเกิดปัญหาขึ้นจริง จะมีกฎหมายข้ออย่างไรที่จะกำหนดว่า บิดาโดยชอบด้วยกฎหมายนั้นจะมีสิทธิเพียงใด เทียบเท่ากับบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายที่เป็นบิดาตามสายโลหิตได้หรือไม่ หากเด็กที่เกิดมาไม่รู้ถึงข้อเท็จจริงว่าบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของตนไม่ใช่บิดาตามสายโลหิตแล้วจะมีผลเช่นใด ดังนั้นนอกจากปัญหาว่าใครควรจะเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กแล้วยังมีข้อที่ต้องพิจารณาประกอบอีกว่าเด็กที่เกิดมาควรจะมีฐานะเทียบเท่ากับบุตรตามสายโลหิตของผู้ที่จะเป็นบิดาด้วยหรือไม่ ซึ่งในกรณีนี้ผู้วิจัยมีความเห็นว่าแม้การกำหนดฐานะของเด็กที่เกิดมาควรคำนึงถึงผลประโยชน์ของเด็กเป็นหลัก การกำหนดให้เด็กที่เกิดมามีฐานะเช่นเดียวกับบุตรตามสายโลหิตของบิดามีข้อดีคือก่อให้เกิดสิทธิบางประการเช่นสิทธิตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณา



ความอาญามาตรา 5(2) หรือมาตรา 29 เป็นต้น แต่ก็มีข้อเสียคือความผิดบางอย่างอาจใช้เป็นเหตุเพิ่มโทษได้ นอกจากนี้หากกำหนดให้เด็กที่เกิดมาจากเชื้อพันธุ์บริจาคมีฐานะเป็นเหมือนบุตรตามสายโลหิตของชายผู้เป็นสามีของมารดาตนด้วยแล้วจะมีผลกระทบต่อบุคคลอื่นที่ร่วมสายโลหิตกับชายด้วยและยังก่อให้เกิดความสับสนในการใช้กฎหมายได้ ดังนั้นจึงไม่ควรกำหนดให้เด็กที่เกิดจากเชื้อพันธุ์บริจาคมีฐานะเป็นผู้สืบสันดานหรือบุตรตามสายโลหิตของชายผู้เป็นสามีเพื่อป้องกันปัญหาข้างต้นแต่ควรกำหนดให้มีฐานะเป็นเพียงบุตร โดยชอบด้วยกฎหมายของชายผู้ซึ่งเป็นสามีของมารดาตนและได้ยินยอมให้ภริยาของตนผสมเทียมหรือใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์โดยใช้เชื้อพันธุ์บริจาคเท่านั้น โดยไม่ต้องคำนึงว่าการสมรสนั้นจะตกเป็นโมฆะหรือโมฆียะหรือไม่ก็ตาม

จะเห็นได้ว่ากฎหมายที่เกี่ยวข้องกับบิดาและบุตรในปัจจุบันเกิดขึ้นมาโดยอาศัยพื้นฐานความจริงตามธรรมชาติ ดังนั้นเมื่อเกิดกรณีที่เกิดไปจากธรรมชาติดังเช่นกรณีตามวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จึงไม่สามารถนำประมวลกฎหมายที่มีอยู่มาใช้เพื่อคุ้มครองสิทธิของเด็กที่เกิดขึ้นมาได้อย่างเต็มที่ เช่นหากมีการพิสูจน์ถึงความเป็นบิดาไม่ว่าด้วยวิธีใดๆ ผลลัพธ์ย่อมจะเหมือนกันคือ เด็กที่เกิดมามิใช่บุตรตามสายโลหิตของชายผู้เป็นสามี ด้วยเหตุนี้ในทางปฏิบัติการเข้ารับการผสมเทียมหรือใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์โดยใช้เชื้อพันธุ์ของชายอื่น ทางโรงพยาบาลหรือผู้ให้บริการมักจะกำหนดหลักเกณฑ์เพื่อคัดกรองผู้ที่ จะเข้ารับบริการไว้ เช่น ผู้ขอใช้เชื้อพันธุ์บริจาคต้องเป็นสามีภริยาโดยชอบด้วยกฎหมาย และผู้เป็นสามีต้องให้ความยินยอมแก่ภริยา เป็นต้น ซึ่งความยินยอมดังกล่าวนี้มิได้กำหนดกฎเกณฑ์ไว้อย่างชัดเจนว่าให้มีผลเพียงใด ในต่างประเทศเคยมีกรณีหญิงเรียกร้องให้ชายเจ้าของเชื้อพันธุ์บริจาคอุปการะเลี้ยงดูเด็กเพราะเหตุที่ตนไม่สามารถเลี้ยงดูเด็กได้เพียงลำพัง และศาลตัดสินให้หญิงชนะคดีแม้จะมีการทำสัญญาขณะบริจาคว่าชายไม่ต้องรับผิดชอบใดๆ ในตัวเด็กก็ตาม<sup>6</sup>

<sup>6</sup> Retrieved October 10, 2012. From <http://petepatriarch.wordpress.com/2008/08/04/nm-court-orders-sperm-donor-to-pay-child-support/>.

## บทที่ 5

### บทสรุปและข้อเสนอแนะ

#### 5.1 บทสรุป

ปัญหาการมีบุตรยากในปัจจุบันสามารถแก้ไขได้ด้วยการนำเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ซึ่งมีหลายรูปแบบมาใช้เพื่อช่วยให้เกิดการตั้งครรภ์ เช่นการผสมเทียม (Artificial Insemination) หรือการปฏิสนธินอกร่างกาย (IVF) เป็นต้น ทั้งนี้ไม่ว่าจะเป็นรูปแบบใดต่างหมายถึงการทำให้เกิดการตั้งครรภ์โดยกระบวนการที่ปราศจากการร่วมประเวณี อันเป็นวิธีที่ผิดไปจากวิธีการตามธรรมชาติ เพื่อแก้ปัญหาการมีบุตรยากของกลุ่มสมรส โดยมีแพทย์เป็นผู้เลือกใช้เทคโนโลยีที่เหมาะสมกับคู่สมรส ซึ่งหลักเกณฑ์การเลือกเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ให้เหมาะสมกับคู่สมรสนั้น จะพิจารณาจากสาเหตุของการมีบุตรยากเป็นหลัก หากปัญหาการมีบุตรยากเกิดจากฝ่ายชายมีความบกพร่องด้านเชื้อพันธุ์ เช่น เป็นหมัน เชื้อพันธุ์มีตัวสุงิ์น้อยหรือไม่มีเลย ฝ่ายชายเป็นโรคที่ถ่ายทอดทางพันธุกรรม ฝ่ายหญิงมีภูมิคุ้มกันต่อต้านต่อเชื้อพันธุ์ของฝ่ายชายจนไม่สามารถรวมตัวกันเป็นตัวอ่อนได้ เป็นต้น ซึ่งปัญหาดังกล่าวอาจแก้ไขได้ด้วยการใช้เชื้อพันธุ์ของชายอื่นที่บริจาคไว้แทนเชื้อพันธุ์ของสามี เชื้อพันธุ์ที่ได้จากการบริจาคแพทย์จะนำไปตรวจวิเคราะห์ว่าเชื้อพันธุ์ดังกล่าวมีความสามารถในการผสมกับไข่ได้หรือไม่ แล้วจึงทำการแช่แข็งเชื้อพันธุ์ หลังจากนั้น 6 เดือนแพทย์จะทำการตรวจเลือดของผู้บริจาคเพื่อหาเชื้อเอดส์ หากไม่พบจึงนำเชื้อพันธุ์ไปใช้ต่อไป ส่วนการขอรับเชื้อพันธุ์บริจาคมานั้น โรงพยาบาลศิริราชได้กำหนดให้ผู้ที่จะขอรับเชื้อพันธุ์บริจาคต้องเป็นสามีภริยาโดยชอบด้วยกฎหมายและได้ทำหนังสือแสดงความยินยอมในการรับเชื้อพันธุ์บริจาค นอกจากนี้ยังกำหนดให้ปกปิดชื่อของผู้บริจาคไว้เพื่อไม่ให้รู้กันระหว่างผู้บริจาคและผู้รับเชื้อพันธุ์บริจาคป้องกันการทวงถามสิทธิในภายหลัง

ในประเทศไทยไม่มีกฎหมายที่กำหนดเกี่ยวกับการนำเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์โดยใช้เชื้อพันธุ์บริจาคของชายอื่นไว้โดยเฉพาะ จึงต้องนำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์รวมทั้งกฎหมายอื่นที่บังคับใช้อยู่มาปรับใช้ในการกำหนดถึงความเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากเชื้อพันธุ์บริจาค รวมทั้งปรับใช้ในการกำหนดสิทธิและหน้าที่ของเด็กที่เกิดจากเชื้อพันธุ์บริจาค และสิทธิหน้าที่ของผู้บริจาคเชื้อพันธุ์ด้วย ซึ่งการนำกฎหมายที่บังคับใช้อยู่มาปรับใช้นั้นยังไม่มี ความเหมาะสมเมื่อเทียบกับต่างประเทศ ในหลายประเทศได้มีการออกกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ไว้โดยเฉพาะ เช่น Human

Fertilisation And Embryology Act 1990 (HFEA) ของสหราชอาณาจักร Uniform Parentage Act 1973 (UPA) และ Uniform Status of Children of Assisted Concept Act 1988 (USCACA) ของสหรัฐอเมริกา Artificial Conception Act 1984 The Status of Children (Amendment) Act 1984 และ The Family Relationships (Amendment) Act 1984 ของเครือรัฐออสเตรเลีย Status of Children Amendment Act 2004 และ Human Assisted Reproductive Technology Act 2004 (HART) ของนิวซีแลนด์ The Swiss Law on medically Assisted Procreation (LPMA) ของสมาพันธรัฐสวิส The German Embryo Protection Law และกฎหมายของรัฐบาลกลาง dem Gesetzentwurf des Bundesrates ของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี เป็นต้น กฎหมายต่างประเทศดังกล่าวได้กำหนดผู้เป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากเชื้อพันธุกรรมจาก กำหนดสิทธิและหน้าที่ของเด็กที่เกิดจากเชื้อพันธุกรรมจากที่มีต่อบิดาและผู้บริจาคเชื้อพันธุกรรม กำหนดสิทธิและหน้าที่ของผู้บริจาคเชื้อพันธุกรรมที่มีต่อเด็กที่เกิดจากเชื้อพันธุกรรมจากและต่อผู้ที่ขอรับเชื้อพันธุกรรม นอกจากนี้ยังกำหนดหลักเกณฑ์เพื่อควบคุมการใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ด้วย

แต่การนำเชื้อพันธุกรรมมาใช้จากก่อให้เกิดปัญหาแก่บุคคลสามฝ่าย ได้แก่ ชายผู้เป็นสามี ชายผู้บริจาคเชื้อพันธุกรรม และเด็กที่เกิดจากเชื้อพันธุกรรมจาก เพราะกฎหมายของไทยในปัจจุบันนั้นมิได้กำหนดสิทธิความเป็นบิดาในกรณีที่มีการใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์โดยใช้เชื้อพันธุกรรมจากของชายอื่นไว้โดยเฉพาะ ดังนั้นจึงต้องนำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ซึ่งเป็นกฎหมายที่ผู้ร่างมีความประสงค์ที่จะใช้กับกรณีเด็กที่เกิดจากการร่วมประเวณีตามธรรมชาติของบิดาและมารดาเท่านั้นมาใช้ แต่ในปัจจุบันเมื่อเทคโนโลยีทางวิทยาศาสตร์มีความก้าวหน้ามากขึ้นกฎหมายที่มีใช้อยู่จึงไม่มีความเหมาะสมกับสถานการณ์ เพราะในการใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์โดยใช้เชื้อพันธุกรรมจากของชายอื่นนั้นยังมีอีกหลายกรณีที่ต้องคำนึงถึง ทั้งในส่วนของสิทธิความเป็นบิดาว่าใครควรเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็ก และบิดาจะฟ้องไม่รับเด็กเป็นบุตรได้หรือไม่ หากในอนาคตเด็กต้องการฟ้องปฏิเสธความเป็นบุตรของชาย หรือในอีกกรณีหากต้องการตามหาบิดาทางชีววิทยาของตนเพื่อเรียกค่าเลี้ยงดูหรือเพื่อต้องการทราบถึงเชื้อพันธุกรรมของตนจะทำได้หรือไม่ และหากชายผู้บริจาคเรียกร้องสิทธิในการเลี้ยงดูบุตรที่เกิดจากสายเลือดของตนจะทำได้หรือไม่ และกฎเกณฑ์ใดหรือไม่ที่จะรับประกันว่าในอนาคต ชายผู้บริจาคจะไม่ถูกเรียกร้องให้รับผิดชอบใดๆ เกี่ยวกับเด็ก เหมือนเช่นในหลายประเทศที่มีการฟ้องร้องในเรื่องดังกล่าว

ในประเทศไทยยังไม่มีกรอบกฎหมายที่ใช้กำหนดความสัมพันธ์ของบิดามารดาและเด็กที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์โดยใช้เชื้อพันธุกรรมจากไว้เป็นพิเศษ ดังนั้นจึงขาดหลักเกณฑ์ในการกำหนดความสัมพันธ์ดังกล่าว เพราะเป็นเรื่องยากที่จะกำหนดความสัมพันธ์ที่ผิดธรรมชาตินี้ให้เป็นธรรมและปราศจากข้อโต้แย้งใดๆ เช่นกรณีดังต่อไปนี้

การนำข้อสันนิษฐานความเป็นบิดามาบังคับใช้กับเด็กที่เกิดจากเชื้อพันธุกรรมของชายอื่น เด็กที่เกิดมาย่อมเป็นบุตร โดยชอบด้วยกฎหมายของชายผู้เป็นสามีตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1536 แต่ชายผู้เป็นสามีก็ยังมีสิทธินำสืบพิสูจน์หักล้างข้อสันนิษฐานว่าเด็กมิได้เป็นบุตรของตนได้แต่ต้องฟ้องภายในระยะเวลาที่กฎหมายกำหนดไว้คือหนึ่งปีนับแต่วันรู้ถึงการเกิดของเด็กและไม่เกินสิบปีนับแต่วันเกิดของเด็ก นอกจากชายผู้เป็นสามีจะมีสิทธิฟ้องคดีไม่รับเด็กเป็นบุตรแล้วบุคคลอื่นเช่นผู้มีสิทธิได้รับมรดกร่วมกับเด็กที่เกิดจากเชื้อพันธุกรรมหรือเป็นผู้ที่ต้องเสียสิทธิในการรับมรดกเพราะการเกิดของเด็กนั้นตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1544 ดังนั้นเมื่อชายเป็นผู้ให้ความยินยอมให้ภริยาดำรงครรภ์โดยใช้เชื้อพันธุกรรมแล้วการนำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ดังกล่าวมาบังคับใช้ในการฟ้องคดีไม่รับเด็กเป็นบุตร ย่อมไม่มีความเหมาะสมเพราะน่าจะถือว่าเป็นการใช้สิทธิโดยไม่สุจริต เว้นแต่หากชายไม่ทราบหรือไม่ได้ให้ความยินยอมแล้วการใช้สิทธิฟ้องคดีไม่รับเด็กเป็นบุตรย่อมกระทำได้ตามมาตรา 1539 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

อย่างไรก็ตามการฟ้องคดีไม่รับเด็กเป็นบุตรข้างต้นยังต้องถูกจำกัดสิทธิตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1541 ด้วย เพราะมาตรานี้เป็นข้อสันนิษฐานเด็ดขาดที่กฎหมายไม่เปิดช่องให้โต้แย้งได้หากสามีเป็นผู้ไปแจ้งเกิด แม้ว่าเด็กจะเกิดจากเชื้อพันธุกรรมก็ตาม

นอกจากนี้ คำว่า “บิดาโดยชอบด้วยกฎหมาย” นั้นโดยปกติแล้วย่อมหมายความรวมทั้งบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายโดยการสมรสกับมารดาของเด็กและบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายโดยการจดทะเบียนรับเด็กเป็นบุตร ดังนั้นในกรณีที่เด็กเกิดจากเชื้อพันธุกรรมบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กควรมีฐานะเหมือนบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายโดยการสมรสกับมารดาของเด็กหรือควรมีฐานะเหมือนบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายโดยการจดทะเบียนรับเด็กเป็นบุตร เหตุที่ต้องพิจารณาในเรื่องดังกล่าวก็เพราะหากเด็กที่เกิดมามีฐานะเช่นเดียวกับบุตรที่เกิดจากการจดทะเบียนรับเด็กเป็นบุตร เด็กอาจถูกผู้มีส่วนได้เสีย เช่น บุตร โดยชอบด้วยกฎหมายที่จะได้รับมรดกน้อยลง ฟ้องขอให้ศาลถอนการจดทะเบียนเด็กเป็นบุตร เพราะเหตุว่าผู้ขอให้จดทะเบียนนั้นมิใช่บิดาก็ได้แต่ต้องฟ้องภายใน 3 เดือนนับแต่วันรู้ถึงการจดทะเบียนแต่ไม่เกิน 10 ปี นับแต่วันจดทะเบียน ตามมาตรา 1554 ดังนั้นการขอจดทะเบียนรับเด็กเป็นบุตรนอกจากจะมีความยุ่งยากแล้วยังอาจถูกถอนการจดทะเบียนรับเด็กเป็นบุตรตามมาตรา 1554 ได้อีกด้วย ซึ่งมาตรา 1554 กำหนดให้ผู้มีส่วนได้เสียเท่านั้นสามารถฟ้องคดีได้ ซึ่งผู้มีส่วนได้เสียได้แก่ ตัวเด็ก บิดาและมารดาของเด็ก นอกจากนี้ยังหมายความรวมถึงบุคคลผู้มีสิทธิรับมรดกร่วมกับเด็กหรือบุคคลที่จะต้องเสียสิทธิรับมรดกเพราะการรับรองเด็กเป็นบุตรนี้ด้วย ส่วนข้ออ้างในการฟ้องคดีเพียงประการเดียวคือผู้จดทะเบียนรับเด็กเป็นบุตรมิใช่บิดา

ที่แท้จริงของเด็กเท่านั้น เนื่องจากหลักเกณฑ์สำคัญของการจดทะเบียนรับเด็กเป็นบุตรคือ ผู้จดทะเบียนต้องเป็นบิดาที่แท้จริงของเด็กด้วย

ส่วนเด็กที่เกิดจากเชื้อพันธุ้บริจาคหากทราบความจริงในภายหลังว่าตนมิได้เป็นบุตรตามสายโลหิตของสามีมารดาของเด็กที่เกิดจากเชื้อพันธุ้บริจาคมีสิทธิร้องขอให้อัยการยกคดีขึ้นว่ากล่าวปฏิเสธความเป็นบุตรได้ตามมาตรา 1545 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยต้องฟ้องคดีภายในกำหนดกล่าวคือถ้าเด็กได้รู้ข้อเท็จจริงก่อนบรรลุนิติภาวะว่าตนมิได้เป็นบุตรของชายผู้เป็นสามีมารดา ห้ามอัยการฟ้องคดีเมื่อพ้นหนึ่งปีนับแต่วันที่เด็กบรรลุนิติภาวะแต่หากเด็กรู้ข้อเท็จจริงดังกล่าวหลังจากบรรลุนิติภาวะห้ามอัยการฟ้องคดีเมื่อพ้นหนึ่งปีนับแต่วันที่เด็กรู้เหตุ นั้น และไม่ว่ากรณีใดๆ ห้ามมิให้ฟ้องคดีปฏิเสธความเป็นบุตรเมื่อพ้นสิบปีนับแต่วันที่เด็กบรรลุนิติภาวะ แต่อย่างไรก็ตามแม้เด็กจะทราบในภายหลังว่าผู้ใดเป็นเจ้าของเชื้อพันธุ้บริจาคเด็กก็ไม่อาจฟ้องชายผู้นั้นให้รับตนเป็นบุตรได้เพราะไม่เข้ากรณีตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1555 อนุมาตราใดๆ เลย อีกทั้งในปัจจุบันยังไม่มีการอนุญาตให้เปิดเผยตัวผู้บริจาคอีกด้วย

จะเห็นได้ว่ากฎหมายที่มีอยู่ในปัจจุบันนั้น เมื่อนำมาปรับใช้กับเด็กที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์โดยใช้เชื้อพันธุ้บริจาค แล้วยังมีความไม่เหมาะสมอยู่หลายประการ เช่น หากชายจะฟ้องคดีไม่รับเด็กเป็นบุตรชายผู้นั้นก็อาจทำได้โดยการพิสูจน์ว่าตนมิใช่บิดาของเด็กโดยวิธีการตรวจดีเอ็นเอ ซึ่งผลการพิสูจน์ย่อมแสดงว่าเด็กไม่ใช่บุตรทางสายเลือดของชายอย่างแน่นอน ซึ่งย่อมไม่เป็นธรรมแก่เด็กเพราะเด็กเกิดมาส่วนหนึ่งก็เนื่องมาจากความต้องการมีบุตรของชายผู้นั้น และหากกฎหมายเพียงแค่อำนาจการกระทำของชายนั้นเป็นการใช้สิทธิโดยไม่สุจริตย่อมไม่เพียงพอที่จะปกป้องสิทธิของเด็กได้ ดังนั้นควรออกกฎหมายออกมาระบุสิทธิและหน้าที่ทั้งในส่วนของผู้เป็นบิดา มารดา เด็กและผู้บริจาคเชื้อพันธุ้ให้แน่ชัดลงไปว่า ใครมีฐานะเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของบุตรและผู้นั้นจะฟ้องคดีไม่รับเด็กเป็นบุตรได้หรือไม่ โดยควรระบุให้ชายผู้เป็นสามีที่ยินยอมให้ภริยาตั้งครรภ์โดยการใช้นิติเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์โดยใช้เชื้อพันธุ้บริจาค นั้นเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของบุตรและควรกำหนดเป็นข้อสันนิษฐานเด็ดขาดเพื่อเป็นการจำกัดสิทธิมิให้ชายผู้นั้นสามารถฟ้องคดีไม่รับเด็กเป็นบุตรได้ ดังเช่นข้อสันนิษฐานตามมาตรา 1541 ที่ได้กล่าวมาแล้ว เพื่อเป็นการคุ้มครองเด็กและป้องกันมิให้ชายปิดความรับผิดชอบในตัวเด็กที่เกิดมา

ในส่วนของเด็กที่เกิดมา แม้เด็กจะทราบถึงการที่ตนกำเนิดมาโดยเชื้อพันธุ้ของผู้อื่นและตนมิใช่บุตรที่แท้จริงของชายผู้เป็นสามีของมารดาก็ตาม ก็ไม่ควรให้สิทธิเด็กที่จะฟ้องปฏิเสธความเป็นบุตรได้เพียงเพราะเหตุที่ตนนั้นมิใช่บุตร โดยสายเลือดของชายเพียงอย่างเดียว แต่ควรกำหนดหลักเกณฑ์อื่นๆ ร่วมด้วย เพื่อป้องกันมิให้ชายผู้เป็นสามีต้องเสียสิทธิต่างๆ ที่มีในตัวเด็ก โดยไม่มีเหตุอันสมควร

ในส่วนสิทธิของผู้บริจาคเชื้อพันธุะนั้นแม่เด็กที่เกิดมาจะไม่สามารถฟ้องคดีให้ผู้นั้นรับตนเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายได้เพราะไม่เข้ากรณีตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1555 อนุมาตราใดเลยก็ตาม แต่ก็ไม่อาจยืนยันได้ว่าในอนาคตผู้บริจาคจะไม่ถูกรบกวนสิทธิจากทั้งชายหญิงผู้ขอรับการบริจาครวมถึงเด็กที่เกิดขึ้นจากเชื้อพันธุ้ของคุณ เหมือนดังกรณีเช่นที่เกิดขึ้นในต่างประเทศ เพราะบางประเทศเช่นอังกฤษหรือสวีเดนนั้นมีความเห็นว่าเด็กที่เกิดมาควรมีสิทธิที่จะรู้ถึงชาติกำเนิดรวมทั้งข้อมูลเกี่ยวกับบิดาทางชีวภาพของคุณ

แม้ในบางประเทศจะมีการแก้ไขกฎหมายให้ยอมรับในตัวตนที่คู่สัญญาทำขึ้นเพื่อระบุสิทธิหน้าที่ในการอุปการะเลี้ยงดูเด็กที่จะเกิดมาโดยผู้บริจาคเชื้อพันธุ้สามารถระบุข้อจำกัดของคุณได้ไม่ว่าจะปฏิเสธการเกี่ยวข้องกับเด็กทั้งหมดหรือแต่บางส่วนก็ได้ สิทธิในการเป็นบิดา นอกจากนี้ยังสามารถกำหนดรายละเอียดอื่นๆ เช่น สิทธิของผู้บริจาคเชื้อพันธุ้ในการพบเจอกับเด็กที่เกิดมามีหรือไม่เพียงใด แต่ผู้วิจัยมีความเห็นว่า การตรากฎหมายระบุถึงสิทธิและหน้าที่ของเด็กที่เกิดจากเชื้อพันธุ้บริจาค ชายผู้เป็นสามีของมารดาเด็กและชายผู้บริจาคเชื้อพันธุ้ไว้โดยชัดแจ้งย่อมมีความเหมาะสมมากกว่าเพราะทำให้ผู้เกี่ยวข้องทุกฝ่ายทราบถึงสิทธิและหน้าที่ของตนได้เป็นอย่างดี ลดปัญหาการเรียกร้องสิทธิใดๆ ที่อาจจะเกิดขึ้นในอนาคตอีกทั้งยังช่วยป้องกันและหลีกเลี่ยงปัญหาการขาดไว้บิดาของเด็กที่เกิดจากเชื้อพันธุ้บริจาคด้วย

## 5.2 ข้อเสนอแนะ

จากปัญหาที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น ผู้วิจัยมีความเห็นว่าการแก้ปัญหาดังกล่าวต้องมีการตรากฎหมายไว้เป็นการเฉพาะให้เหมาะสมกับปัญหาที่เกิดขึ้นจากการใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์โดยใช้เชื้อพันธุ้บริจาคของชายอื่น โดยมีเนื้อหาสำคัญดังนี้

### 1. ควรมีการกำหนดนิยามศัพท์ ได้แก่

1.1 “เชื้อพันธุ้” ให้หมายความว่า เซลล์สืบพันธุ์ของเพศชาย

1.2 “เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์” ให้หมายความว่า วิธีการใดๆ ทางทางการแพทย์ที่นำเชื้อพันธุ้อกจากร่างกายบุคคล เพื่อใช้ช่วยให้เกิดการตั้งครรภ์โดยไม่มีเพศสัมพันธ์ตามธรรมชาติ ทั้งการนำเชื้อพันธุ้เข้าไปในในอวัยวะสืบพันธุ์ของเพศหญิงหรือการนำเชื้อพันธุ้และไข่ออกจากร่างกายของฝ่ายชายและหญิงมาทำให้เกิดการปฏิสนธิภายนอกจนเกิดตัวอ่อนและนำกลับเข้าไปในร่างกายฝ่ายหญิง

2. ควรมีการกำหนดบทบัญญัติทั่วไปเกี่ยวกับการใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์โดยใช้เชื้อพันธุ้บริจาคของชายอื่น ดังนี้

2.1 กำหนดคุณสมบัติของผู้ให้บริการเกี่ยวกับการใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์โดยใช้เชื้อพันธุกรรมของชายอื่น ซึ่งบุคคลดังกล่าวจะต้องเป็นผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม ซึ่งมีคุณสมบัติตามเกณฑ์ที่แพทยสภากำหนด และจะต้องรักษามาตรฐานในการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ให้เป็นไปตามข้อบังคับหรือประกาศที่แพทยสภากำหนด และห้ามผู้ใดซึ่งมิใช่ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม ให้บริการเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ รวมทั้งใช้ประโยชน์อื่นใดจากเชื้อพันธุ

2.2 กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการประเมินความพร้อมของผู้ขอรับบริการ โดยก่อนเริ่มดำเนินการใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ไม่ว่าจะด้วยวิธีใด กำหนดให้ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมต้องทำการประเมินความพร้อมทางร่างกายและจิตใจของผู้ขอรับบริการและของผู้บริจาคเชื้อพันธุที่จะนำมาใช้ดำเนินการก่อนเสมอ เพื่อวินิจฉัยโรคตามหลักเกณฑ์ วิธีการ ขั้นตอน และเงื่อนไขที่แพทยสภากำหนด

2.3 กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับแหล่งที่มาของเชื้อพันธุที่จะนำมาใช้ โดยกำหนดให้ต้องเป็นเชื้อพันธุที่ได้รับบริจาคผ่านธนาคารอสุจิหรือสถานบริการที่ให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ที่ได้รับอนุญาตเท่านั้นเพื่อให้เกิดระเบียบในการนำเชื้อพันธุไปใช้รวมทั้งเพื่อให้สามารถทำการควบคุมมาตรฐานในการให้บริการและเพื่อให้สามารถตรวจสอบการใช้เชื้อพันธุได้ นอกจากนี้เชื้อพันธุที่บริจาคผ่านสถานที่ที่กฎหมายกำหนดจะได้รับการตรวจคัดกรองเพื่อป้องกันโรคทางพันธุกรรมที่อาจส่งผลกระทบต่อเด็กที่เกิดมาและส่งผลกระทบต่อรัฐที่อาจต้องแบกรับค่าใช้จ่ายในการรักษาพยาบาลหรือการดูแลในกรณีที่เกิดเหตุทอด้ทิ้งเพราะความไม่สมบูรณ์ของร่างกายด้วย

นอกจากนี้ในการดำเนินการโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์โดยใช้เชื้อพันธุบริจาคกำหนดให้การกระทำดังกล่าวต้องมีได้เป็นไปเพื่อความประสงค์แห่งการค้าหรือโดยการค้า และยังคงกำหนดห้ามมิให้ผู้ใดกระทำการซื้อ ขาย เสนอซื้อ เสนอขาย นำเข้า หรือส่งออกซึ่งเชื้อพันธุเพื่อประโยชน์ในทางการค้า เนื่องจากการซื้อขายเชื้อพันธุเป็นการซื้อขายในสิ่งที่ยากก่อให้เกิดชีวิตใหม่ขึ้นมาได้ ดังนั้นหากเด็กเกิดมามีความพิการ หรือบกพร่องอย่างใด ๆ คู่สัญญาจะนำบทบัญญัติที่เกี่ยวกับความรับผิดชอบตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาปรับใช้ไม่ได้เพราะไม่มีความเหมาะสมดังที่ได้กล่าวไปแล้วในบทที่ 2

2.4 กำหนดหลักเกณฑ์ในการนำเชื้อพันธุใช้ โดยกำหนดห้ามมิให้ผู้ใดทำการปฏิสนธินอกร่างกายโดยไม่ได้รับความยินยอมจากบุคคลที่เป็นเจ้าของแหล่งที่มาของเชื้อพันธุและไข่ เพื่อป้องกันสิทธิของผู้ที่เก็บเชื้อพันธุของตนในธนาคารอสุจิโดยวัตถุประสงค์อื่นที่มีไว้เพื่อการ

บริจาค และห้ามมิให้ผู้ใดนำเชื้อพันธุหรือตัวอ่อนที่เกิดจากการปฏิสนธิระหว่างเชื้อพันธุและไข่ใส่เข้าไปในร่างกายโดยไม่ได้รับความยินยอมจากหญิง

3. ควรกำหนดบทบัญญัติเกี่ยวกับสิทธิและหน้าที่ของผู้ที่ได้รับผลกระทบจากการใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์โดยใช้เชื้อพันธุบริจาค ดังนี้

3.1 กำหนดคุณสมบัติของผู้ที่ขอให้มีการดำเนินการตั้งครรภ์โดยใช้เชื้อพันธุบริจาค ต้องเป็นสามีภริยาโดยชอบด้วยกฎหมาย และกำหนดให้ทั้งสามีและภริยาต้องให้ความยินยอมเป็นหนังสือให้ภริยาตั้งครรภ์โดยใช้เชื้อพันธุบริจาคไว้ด้วย

3.2 กำหนดสถานะความเป็นบิดาและมารดาของเด็กที่เกิดจากการนำเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์โดยใช้เชื้อพันธุบริจาค

ในส่วนของมารดา กำหนดให้เด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์โดยใช้เชื้อพันธุบริจาคไม่ว่าการปฏิสนธิจะเกิดขึ้นภายในหรือภายนอกร่างกาย ให้หญิงผู้ตั้งครรภ์เป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กนั้น

ในส่วนของบิดา กำหนดให้สามีโดยชอบด้วยกฎหมายของหญิงผู้ตั้งครรภ์ซึ่งได้ให้ความยินยอมให้มีการตั้งครรภ์นั้นเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กนั้น แม้ว่าสามีจะถึงแก่ความตายก่อนเด็กเกิด และกำหนดให้เด็กที่เกิดจากเชื้อพันธุบริจาคไม่สามารถโต้แย้งความเป็นบุตรของบิดาผู้เป็นสามีของมารดาตนไม่ว่าในกรณีใดๆ นอกจากนี้ต้องกำหนดให้ชายผู้เป็นเจ้าของเชื้อพันธุที่นำมาใช้ปฏิสนธิเป็นตัวอ่อนเพื่อการตั้งครรภ์ ไม่มีสิทธิใดๆ ในตัวเด็ก เว้นแต่จะเป็นสามีโดยชอบด้วยกฎหมายของหญิงผู้ตั้งครรภ์ซึ่งได้ให้ความยินยอมให้มีการตั้งครรภ์

การกำหนดเช่นนี้เพื่อให้เกิดความชัดเจนว่าบุคคลใดมีฐานะเป็นบิดาและมารดาของเด็กที่เกิดจากเชื้อพันธุบริจาค โดยกำหนดให้ชัดเจนมิใช่เป็นเพียงข้อสันนิษฐานดังที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ดังนั้นชายผู้เป็นสามีจึงไม่มีสิทธิที่จะนำสืบข้อเท็จจริงให้ชัดหรือแย้งกับข้อกำหนดดังกล่าว ส่งผลให้ชายผู้เป็นสามีไม่มีสิทธิฟ้องคดีไม่รับเด็กเป็นบุตร โดยอ้างเหตุที่ตนมิได้เป็นบิดาตามสายโลหิต

นอกจากกำหนดผู้เป็นบิดาแล้วยังต้องกำหนดห้ามมิให้ชายผู้เป็นสามีที่ได้ให้ความยินยอมให้ภริยาตั้งครรภ์โดยใช้เชื้อพันธุบริจาคฟ้องคดีไม่รับเด็กเป็นบุตร รวมทั้งห้ามมิให้ผู้มีส่วนได้เสียกับชายผู้เป็นสามีฟ้องคดีดังกล่าวโดยอาศัยเหตุที่เด็กเกิดจากเชื้อพันธุบริจาคด้วย เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่าตนมิได้ให้ความยินยอมในการตั้งครรภ์โดยใช้เชื้อพันธุบริจาค

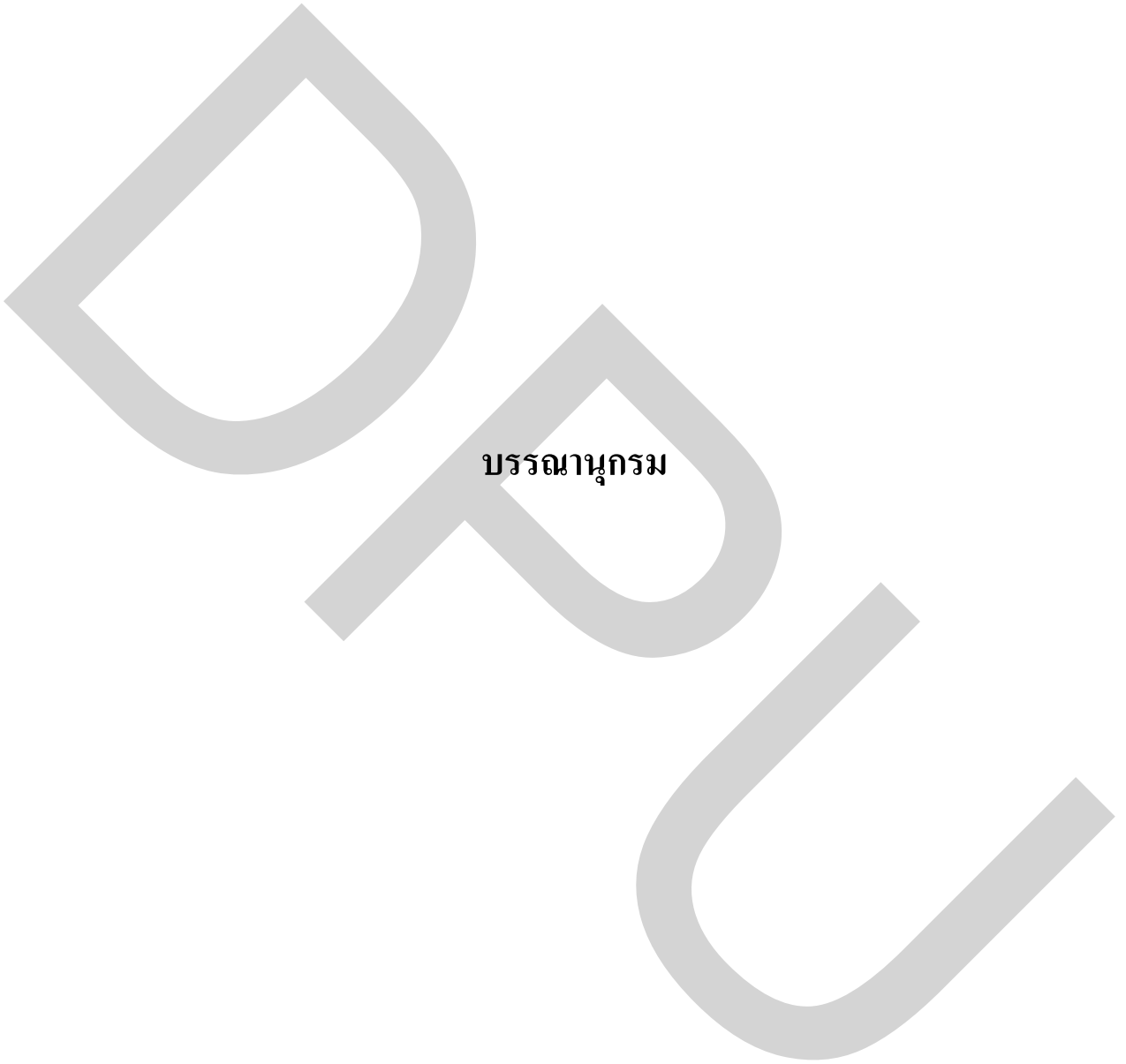
3.3 กำหนดหน้าที่ในการอุปการะเลี้ยงดูเด็กที่เกิดจากเชื้อพันธุบริจาค โดยกำหนดให้สามีภริยาผู้ขอใช้เชื้อพันธุบริจาคมีหน้าที่อุปการะเลี้ยงดูเด็กที่เกิดจากการนำเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์โดยใช้เชื้อพันธุบริจาค และหากมีการฟ้องคดีเกี่ยวกับการอุปการะเลี้ยงดูตาม



ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 กำหนดห้ามมิให้นำข้อเท็จจริงที่ว่าเด็กเกิดจากเชื้อพันธุ์  
 บริจาคมาเป็นข้อพิจารณา

3.4 กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการเรียกร้องสิทธิระหว่างผู้บริจาคเชื้อพันธุ์ ผู้ขอใช้  
 เชื้อพันธุ์บริจาคและเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์โดยใช้เชื้อพันธุ์  
 บริจาค โดยกำหนดให้เด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์โดยใช้เชื้อพันธุ์  
 บริจาค ไม่มีสิทธิเรียกร้องให้มีการเปิดเผยชื่อและข้อมูลใดๆ ของผู้บริจาคและไม่มีสิทธิฟ้องให้  
 ผู้บริจาครับตนเป็นบุตรไม่ว่าในกรณีใด เพราะอาจก่อให้เกิดปัญหาแก่ผู้บริจาคในหลายประการ เช่น  
 หากผู้บริจาคมานั้นมีครอบครัวแล้วก็จะอาจสร้างความรำคาญในครอบครัวของผู้นั้นได้ นอกจากนี้ยัง  
 อาจเป็นภาระโดยเฉพาะภาระทางการเงินแก่ผู้บริจาคในกรณีที่ผู้นั้นมีฐานะทางการเงินที่ไม่มั่นคง  
 และการที่ผู้นั้นไม่เคยให้การอุปการะเลี้ยงดูหรือมีความผูกพันใดๆ แก่เด็กเลยการเปิดเผยถึงสถานะ  
 ความเป็นบิดาทางสายเลือดของเด็กนั้นอาจก่อให้เกิดผลกระทบต่อถึงสภาวะทางจิตใจทั้งของเด็ก  
 และผู้บริจาคได้ ดังนั้นจึงควรกำหนดหลักเกณฑ์เพื่อคุ้มครองสิทธิของผู้บริจาคที่จะไม่ถูกฟ้องร้อง  
 ให้เปิดเผยชื่อและตัวตนให้เด็กที่เกิดมาทราบว่าคุณคือบิดาทางชีวภาพ รวมไปถึงการคุ้มครองไม่ให้  
 ถูกฟ้องร้องให้อุปการะเลี้ยงดูเด็กที่เกิดขึ้นมา และนอกจากนี้ในทางกลับกันควรออกกฎหมายออก  
 มาเพื่อป้องกันมิให้ผู้บริจาคมีสติหรืออำนาจในการปกครองเด็ก โดยระบุให้ผู้บริจาคมานั้นเป็นผู้ที่  
 ไม่มีสิทธิหรืออำนาจใดๆ ในตัวเด็กที่เกิดขึ้น รวมทั้งควรกำหนดมิให้ผู้บริจาคมีสติฟ้องให้เด็กที่  
 เกิดจากเชื้อพันธุ์บริจาคเป็นบุตรของตนเพราะอาจก่อปัญหาให้แก่ครอบครัวของเด็กที่เกิดมาได้

เจ้าของเชื้อพันธุ์ที่มีใช้สามมิโดยชอบด้วยกฎหมายของหญิงผู้ตั้งครรภ์ซึ่งได้ให้ความ  
 ยินยอมให้มีการตั้งครรภ์ ไม่มีอำนาจเรียกร้องให้มีการเปิดเผยข้อมูลของผู้รับเชื้อพันธุ์ของตนและ  
 ไม่มีสิทธิเรียกร้องเงินจำนวนใดๆ อันเป็นการซื้อขายเชื้อพันธุ์



**บรรณานุกรม**

## บรรณานุกรม

### ภาษาไทย

#### หนังสือ

- เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. (2551). *คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1 บทบัญญัติทั่วไป* (พิมพ์ครั้งที่ 10). กรุงเทพฯ: พลสยาม พรินติ้ง.
- \_\_\_\_\_. (2550). *กฎหมายอาญาภาคความผิด เล่ม 2* (พิมพ์ครั้งที่ 5). กรุงเทพฯ: พลสยาม พรินติ้ง.
- \_\_\_\_\_. (2550). *กฎหมายอาญาภาคความผิด เล่ม 2*. กรุงเทพฯ: พลสยาม พรินติ้ง.
- จำปี โสคติพันธ์. (2546). *คำอธิบายกฎหมายลักษณะซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- เจดีย์ วัชรพุกก์. (2539). *ธรรมชาติชีวิตคน เล่ม 1 พุทธปรัชญา-เวชปรัชญา เรื่องเกิด-ตาย และยุคพระศรีอารย์*.
- ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ. (2554). *คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิดและลหุโทษ*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, นันทชัย เพียรสนอง. (2548). *คำอธิบายกฎหมายรัฐธรรมนูญ*. กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา.
- ประสพสุข บุญเดช. (2550). *คำอธิบายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว*. กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา.
- \_\_\_\_\_. (2554). *คำอธิบายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว* (พิมพ์ครั้งที่ 19). กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา.
- ไพโรจน์ คำพูนศิริ. (2551). *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว*. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- พิพัฒน์ จักรางกูร. (2546). *คำอธิบายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา*. กรุงเทพฯ: นิติบรรณการ.
- พิภพ วังเงิน. (2554). *จริยธรรมวิชาชีพ Professional Ethics*. กรุงเทพฯ: รวมสาส์น.
- มนต์ชัย ชนินทรลีลา. (2547). *คู่มือประมวลกฎหมายอาญาภาค 2 ความผิด ภาค 3 ลหุโทษ พร้อมด้วยตัวอย่างย่อหลักกฎหมายจากคำพิพากษาศาลฎีกา*. กรุงเทพฯ: พลสยาม พรินติ้ง.

- ศุภวรรณ พ.พรรณวงศ์ กรีน. (2546). *คู่มือชีวิตภาคศีลธรรม The User Guide to Life*. กรุงเทพฯ: สกายบุ๊กส์.
- สายสัมพันธ์. (2542). *อิสลามกับวิทยาศาสตร์*. กรุงเทพฯ: จรัสนิทวงศ์.
- สมบูรณ์ คุณาธิคม. (2545). *ภาวะมีบุตรยากและเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ Infertility And Assisted Reproductive Technology*. กรุงเทพฯ: พี.เอ.ลิฟวิ่ง
- สมคิด เลิศไพฑูรย์. (2548). *กฎหมายรัฐธรรมนูญ หลักการใหม่ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540*. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- อัศวิน สุมาวงศ์. (2554). *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมสัญญา*. กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา.

#### บทความ

- วรวิฑูรย์ เทพทอง. (2551). “เจ้าหน้าที่กองมรดกกับการร้องขอตั้งและร้องขอเป็นผู้จัดการมรดก.” *บทบัญญัติ*, 64(1). หน้า 156-171.
- อำนาจ เนตยสุภา, ภาสพงษ์ เรณูมาศ. (2551). “มาตรการทางกฎหมายในการกำหนดเหตุกรรจ์ในความผิดฐานทำร้ายร่างกาย.” *บทบัญญัติ*, 64(1). หน้า 40-75.
- สุนติ คงเทพ. (2543, กันยายน-ธันวาคม). “ความรับผิดชอบทางอาญากรณีการนำเชื้อพันธุของมนุษย์ไปใช้โดยมิชอบ.” *คูลพาท*, 47(3). หน้า 64-101.
- ถาวร เชาววิจารณ์. (2548). “Incest พฤติกรรมทางเพศที่ต้องห้าม.” *บทบัญญัติ*, 61(3). หน้า 137-157.
- สุรินทร์ ทองมา. (2551). “ความชอบด้วยกฎหมายของข้อบังคับแพทยสภา.” *บทบัญญัติ*, 64(1). หน้า 145-155.
- วรวิฑูรย์ เทพทอง. (2549). “สืบมรดก หรือ รับมรดกแทนที่.” *บทบัญญัติ*, 62(4). หน้า 201-212.
- แสวง บุญเฉลิมวิภาส. คาราพร ธีระวัฒน์. (2548, พฤษภาคม-สิงหาคม). “ประเด็นและข้อเสนอแนะทางกฎหมายและจริยธรรมเกี่ยวกับการใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์.” *คูลพาท*, 52(2). หน้า 1-22.
- วัชรินทร์ ป้างเอกวิญญูสกุล. (2546). “ความสัมพันธ์ระหว่างผู้รับบุตรบุญธรรมกับบุตรบุญธรรม.” *บทบัญญัติ*, 59(1). หน้า 124-150.
- สันทัด สะสิวณิช, (2528, ธันวาคม). “ปัญหาการผสมเทียม.” *วารสารนิติศาสตร์*, 15(4). หน้า 192-201.

- วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์. (2531). “การผสมเทียมกับกฎหมาย.” *บทบัญญัติ*, 44(2). หน้า 14-26.
- วิทยา ถิฐาพันธ์. (2549, พฤษภาคม). “Sperm Bank ธนาคารสร้างชีวิต.” *นิตยสารดวงใจพ่อแม่*, 127. หน้า 16-17.
- ชัยญลักษณ์ เบ็ญจมะโน เตชะวุฒิพันธ์. (2555). “การคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์: ศึกษาเปรียบเทียบจากกฎหมายและคำพิพากษาของประเศสหรัฐอเมริกา.” *วารสารกฎหมายเปรียบเทียบศาลยุติธรรม*, 4(1). หน้า 139-163.

### วิทยานิพนธ์

- ชมพรรณ รัตนากร. (2543). *การผสมเทียมกับปัญหาความรับผิดชอบในทางอาญา* (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ). กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.
- ณัฐวิวรรณ อภิลิทธิโยธิน. (2542). *การตั้งครรรภ์แทน : ปัญหาทางกฎหมายครอบครัวและมรดก* (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ). กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.

### สารสนเทศจากสื่ออิเล็กทรอนิกส์

- ศูนย์นิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. (2552, 16 กุมภาพันธ์). การซื้อขายอวัยวะ. สืบค้นเมื่อ 22 มกราคม 2555, จาก <http://www.tulawcenter.org/law-clinic/content/54>
- อรุณ บุญชม. (2555). ความก้าวหน้าทางวิทยาศาสตร์การแพทย์กับหลักการอิสลาม. สืบค้นเมื่อวันที่ 9 มีนาคม 2555, จากเว็บไซต์ โรงเรียนมิฟตาฮุดดูมิดดีนียะห์ (บ้านดอน) [http://miftahbandon.org/data/index.php?option=com\\_content&view=article&id=9:2009-08-24-04-16-31](http://miftahbandon.org/data/index.php?option=com_content&view=article&id=9:2009-08-24-04-16-31)
- จรรยา เศรษฐบุตร. (2551). คำถามจากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์. ประชากรและสังคม. สืบค้นเมื่อ 9 มีนาคม 2555, จาก [http://www.ipsr.mahidol.ac.th/IPSR/AnnualConference/ConferenceIV/Articles/Article14\\_2.htm](http://www.ipsr.mahidol.ac.th/IPSR/AnnualConference/ConferenceIV/Articles/Article14_2.htm)
- คณะกรรมการประจำคูวิชาศาสนศึกษา. (2550, กันยายน). ศาสนศึกษา. สืบค้นเมื่อ 25 มกราคม 2555, จาก [http://main.dou.us/view\\_content.php?s\\_id=182&page=7](http://main.dou.us/view_content.php?s_id=182&page=7)

กรมการศาสนา กระทรวงวัฒนธรรม. (2554). ความรู้ศาสนาเบื้องต้น. สืบค้นเมื่อ 20 มกราคม 2555, จาก [http://www.dra.go.th/module/attach\\_media/sheet6220111010062713.pdf](http://www.dra.go.th/module/attach_media/sheet6220111010062713.pdf)

เปิดธนาคารสเปิร์ม. (2544, 22 กุมภาพันธ์). หนังสือพิมพ์ผู้จัดการรายวัน. สืบค้นเมื่อ 9 มกราคม 2555, จาก [www.elib-online.com/doctors2/lady\\_spermbank01.html](http://www.elib-online.com/doctors2/lady_spermbank01.html)

ค่ายพุทธบุตรทำดี. (2550, 10 กุมภาพันธ์). ศิล 5. สืบค้นเมื่อ 12 มีนาคม 2552, จาก <http://www.tamdee.net/board/show.php?Category=tamdee&No=2144>

ติคุขปัญญา. (2553, 17 มิถุนายน). เบญจศีล สิกขาบทที่ 3 กามสุ มิจจาจารา เวรมณี เว้นจากการประพฤติดิในกามทั้งหลาย. สืบค้นเมื่อ 12 มีนาคม 2555, จาก <http://guru.google.co.th/guru/thread?tid=6793e4a0edc7f3e6>

## ภาษาต่างประเทศ

### BOOKS

- Brinsden PR. (1999). *Regulation of assisted reproductive technology : the U.K. experience*. In : Brinsden PR., editor. A textbook of in vitro fertilization and assisted reproduction. (2<sup>nd</sup> ed.). New York: Parthenon.
- Machelle M. Seibel, Susan L. Crockin. (1996). *Family Building Through Egg and Sperm Donation*. London: Jones and Bartlell.
- Johnson I. (1999). *Regulation of assisted reproductive technology : the Australian experience*. In : Brinsden PR., editor. A textbook of in vitro fertilization and assisted reproduction. (2<sup>nd</sup> ed.). New York: Parthenon.
- Ludwing M, Diedrich K. *Regulation of assisted reproductive technology : the German experience*. In : Brinsden PR., editor. A textbook of in vitro fertilization and assisted reproduction. (2<sup>nd</sup> ed.). New York: Parthenon.
- Richard J. Blauwhoff. (2009). *Foundational Facts, Relative Truths: A Comparative Law Study on Children's Right to Know Their Genetic Origins*. Antwerp: Intersentia.
- World Health Organization. (1990). *WHO laboratory manual for the examination of human semen and sperm-cervical mucus interaction*. (4<sup>th</sup> ed.). Cambridge University

## ELECTRONIC SOURCES

- Court misses opportunity on sperm donor case. Retrieved January 19, 2011, from [http://www.boston.com/bostonglobe/editorial\\_opinion/letters/articles/2009/10/09/court\\_misses\\_opportunity\\_on\\_sperm\\_donor\\_case/](http://www.boston.com/bostonglobe/editorial_opinion/letters/articles/2009/10/09/court_misses_opportunity_on_sperm_donor_case/).
- Court orders sperm donor to pay child support. Retrieved January 19, 2011, from <http://petepatriarch.wordpress.com/2008/08/04/nm-court-orders-sperm-donor-to-pay-child-support/>.
- Donor insemination. (2009). Retrieved October 18, 2009, from <http://www.americanpregnancy.org/infertility/dororinsemination.html>
- Esther Beckhove. (2008). Künstliche Befruchtung (Artificial insemination). Herbolzheim. Retrieved January 30, 2013. from <http://www.eltern.de/kinderwunsch/kinderwunsch-medizin/kuenstliche-befruchtung-recht.html>
- Human Fertilisation and Embryology Authority . (2009, 10 November). Your rights & responsibilities as a sperm, egg or embryo donor. Retrieved January 10, 2012, from [www.hfea.gov.uk/1962.html](http://www.hfea.gov.uk/1962.html)
- Lucy Carne. (2010). sperm wail by donor. Retrieved November 25, 2010, from [http://www.nypost.com/p/news/regional/sperm\\_wail\\_by\\_Donor\\_G12JUtb7B01PPOSltDp5JK](http://www.nypost.com/p/news/regional/sperm_wail_by_Donor_G12JUtb7B01PPOSltDp5JK)
- Pete Patriarch's Mussings. (2008, 4 August). Court order sperm donor to pay child Support. Retrieved January 10, 2012, from <http://petepatriarch.wordpress.com/2008/08/04/nm-court-orders-sperm-donor-to-pay-child-support/>
- Sperm Donation. (2009). Retrieved October 18, 2009, from [http://www.womens-health.co.uk/donor\\_sperm.html](http://www.womens-health.co.uk/donor_sperm.html)
- Sperm Donor Case Heads for U.S. Supreme Court. Retrieved March 12, 2012, from <http://www.law.com/jsp/article.jsp?id=1206040363849>.
- Sperm Donor Case Heads for U.S. Supreme Court. Retrieved March 12, 2012, from <http://www.law.com/jsp/article.jsp?id=1206040363849>
- Sperm donors to lose anonymity. (2004, 21 January). BBC News. Retrieved January 10, 2012, from <http://news.bbc.co.uk/2/hi/health/3414141.stm>
- Wikipedia. (2012, 17 April). Sperm Donation. Retrieved January 10, 2012, from [http://en.wikipedia.org/wiki/sperm\\_donation](http://en.wikipedia.org/wiki/sperm_donation)

## ประวัติผู้เขียน

ชื่อ-นามสกุล

ประวัติการศึกษา

พิมลรัตน์ ต้นสุขหัช

นิติศาสตรบัณฑิต มหาวิทยาลัยเชียงใหม่

ปีการศึกษา 2548

เนติบัณฑิตไทย สมัยที่ 61 ปีการศึกษา 2551

