




การผสมเทียมกับปัญหาความรับผิดชอบในทางอาญา

นางชมพรรณ รัตนากร

	วพ346.017
<b>34B0137596</b>	ช171ก
Title : การผสมเทียมกับปัญหาความรับผิดชอบในทางอาญา ศูนย์สนเทศและหอสมุด มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์	

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญาวิทยาศาสตรมหาบัณฑิต  
สาขาวิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์

พ.ศ. 2543

ISBN-974-281-397-3

ARTIFICIAL INSEMINATION PROBLEMS AND CRIMINAL LIABILITY

MRS. CHOMPAN RATANAKRON

A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements  
for the Degree of Master of Laws

Department of Law

Graduate School Dhurakijpundit University

2000

เลขทะเบียน.....0137596.....

วันลงทะเบียน.....10.ค.ค.2543.....

เลขเรียกหนังสือ.....

๒๖๖-๐๑๗

๗๑๗๑๐

๑๓

ISBN-974-281-397-3

## กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลุล่วงลงได้ เพราะรองศาสตราจารย์ ดร. ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ ที่ท่านได้กรุณาใช้เวลาอันมีค่าของท่านรับเป็นอาจารย์ที่ปรึกษาให้กับผู้เขียน อีกทั้งยังให้คำแนะนำ ให้ข้อมูล และตรวจข้อบกพร่องในการทำวิทยานิพนธ์ของผู้เขียนจนสามารถพัฒนาเป็นวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณท่านอาจารย์ไว้ ณ ที่นี้ ด้วย

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณศาสตราจารย์ ดร. วารี นาสกุล ที่กรุณาใช้เวลาอันมีค่ารับเป็นประธานกรรมการ ขอกราบขอบพระคุณรองศาสตราจารย์ ดร. เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์ รองศาสตราจารย์ วีระพงษ์ บุญโญภาส และผู้ช่วยศาสตราจารย์ นุชทิพย์ ป. บรรจงศิลป์ ที่ท่านกรุณาได้รับเป็นกรรมการในการสอบวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ และกรุณาให้คำแนะนำต่าง ๆ แก่ผู้เขียนเพื่อให้วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีเนื้อหาสาระสมบูรณ์ยิ่งขึ้น

ขณะดำเนินการรวบรวมข้อมูลการเขียนวิทยานิพนธ์ ผู้เขียนได้รับความอนุเคราะห์ จากคุณวิชัย ผิวผ่อง และเจ้าหน้าที่ห้องสมุดมหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต จุฬาลงกรณ์ มหาวิทยาลัย มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ในการช่วยเหลือทางด้านรูปแบบของการเขียนวิทยานิพนธ์ สรรพเอกสารต่าง ๆ ตำรา บทความต่าง ๆ

นอกจากผู้ที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณคุณแม่เบญจมาภรณ์ รัตนกร และคุณวรวิทย์ รัตนกร สามีผู้เขียน ที่ให้กำลังใจ และช่วยเหลือในการค้นเอกสารต่าง ๆ ที่จะนำมาใช้เขียนวิทยานิพนธ์ฉบับนี้

หากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้พึงเกิดประโยชน์ไม่ว่ารูปแบบใด ผู้เขียนขอมอบเป็นการแสดงความกตัญญูตเวทิตาแด่บิดามารดาของผู้เขียน ซึ่งเป็นผู้ส่งเสริมช่วยเหลือในทุกวิถีทางเพื่อความสำเร็จของลูก ๆ

ชมพรรณ รัตนกร

## สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย.....	๗
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	๙
กิตติกรรมประกาศ.....	๗
บทที่	
1. บทนำ.....	1
1. ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา.....	1
2. สมมติฐานของวิทยานิพนธ์.....	3
3. วัตถุประสงค์ของการศึกษา.....	3
4. ขอบเขตของการศึกษา.....	4
5. ประโยชน์ที่จะได้รับจากการวิจัย.....	4
2. การผสมเทียม.....	5
1. ความหมายของการผสมเทียม.....	5
2. ประวัติความเป็นมาของการผสมเทียม.....	6
3. สาเหตุของการที่มีการผสมเทียม.....	12
4. ลักษณะของการเปรียบเทียบการทำสำเนามนุษย์กับกรณี "อุ้มบุญ".....	15
5. ปัญหาทางกฎหมายโดยทั่วไป.....	19
3. การผสมเทียมในต่างประเทศกับผลในทางกฎหมาย.....	27
1. วิธีการผสมเทียม.....	27
1.1 แบบใช้เชื้อพันธุ์ของสามี.....	27
1.2 แบบใช้เชื้อพันธุ์ของชายอื่น.....	29
1.3 แบบใช้กรรมวิธีปฏิสนธิในหลอดทดลองและการย้ายตัวอ่อน.....	29
1.4 แบบใช้เชื้อพันธุ์ของสามีฉีดเข้าไปในมดลูกของหญิงอื่น.....	30
2. ปัญหากฎหมายในต่างประเทศกับวิธีการของการผสมเทียม.....	31

## สารบัญ (ต่อ)

	หน้า
4. การผสมเทียมกับปัญหาความรับผิดในทางอาญา.....	47
1. การกระทำที่เกิดจากการงดเว้น.....	47
2. ความรับผิดทางอาญาในกรณีต่าง ๆ.....	51
2.1 ความรับผิดในทางอาญาตามมาตรา 59 วรรคท้าย.....	51
2.2 การผสมเทียมกับการเพิ่มโทษในทางอาญาตามมาตรา 285.....	69
2.3 การผสมเทียมกับการทำแท้งตามมาตรา 301 ถึงมาตรา 305.....	83
2.4 การผสมเทียมกับคดีอุทลุมตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณา ความอาญามาตรา 5 (2).....	93
5. บทสรุปและข้อเสนอแนะ.....	100
บรรณานุกรม.....	114
ภาคผนวก.....	119
ประวัติผู้เขียน.....	128

หัวข้อวิทยานิพนธ์	การผสมเทียมกับปัญหาความรับผิดชอบในทางอาญา
ชื่อนักศึกษา	นางชมพรรณ รัตนากร
อาจารย์ที่ปรึกษา	รศ.ดร.ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ
อาจารย์ที่ปรึกษาร่วม	ผศ.นุชทิพย์ ป.บรรจงศิลป์
สาขาวิชา	นิติศาสตร์
ปีการศึกษา	2542

### บทคัดย่อ

กฎหมาย ศีลธรรม และความก้าวหน้าทางวิทยาการนั้นมีความเกี่ยวข้องขัดแย้งกันอยู่ตลอดเวลา เพราะผลกระทบของพัฒนาการทางเทคโนโลยีกับข้อกฎหมาย ทำให้ยากที่จะหาข้อยุติที่เหมาะสมได้ โดยเฉพาะในช่วงปลายคริสต์ศตวรรษที่ 21 ความก้าวหน้าทางพันธุกรรม “การผสมเทียมในมนุษย์” ได้ก่อให้เกิดปัญหาทางสังคม ศีลธรรม และกฎหมายอย่างน่าคิด เพราะแต่เดิมนิติบัญญัติได้ก็โดยการร่วมประเพณีกับชายเท่านั้น แต่เทคนิคการผสมเทียมในมนุษย์ทำให้หญิงตั้งครรรภ์ได้โดยไม่ต้องมีความสัมพันธ์ทางเพศกับชาย ทำให้ขาดความสัมพันธ์ใกล้ชิดทางธรรมชาติระหว่างกัน อันเป็นพื้นฐานสำคัญที่กฎหมายทั้งแพ่งและอาญากำหนดหน้าที่ให้ชายและหญิงซึ่งเป็นบิดามารดาโดยธรรมชาติรับผิดชอบต่อบุตรที่เกิดมา

ประมวลกฎหมายอาญาได้บัญญัติเรื่องการกระทำโดยงดเว้นหน้าที่ที่จักต้องกระทำเพื่อป้องกันผลไว้ให้แก่บิดามารดา โดยหากงดเว้นไม่ทำหน้าที่ป้องกันบุตรของตนให้พ้นภัยอันตรายไม่ว่าด้วยเจตนาหรือประมาท กฎหมายก็ให้ถือว่ามีการกระทำโดยเจตนาหรือประมาทในความผิดที่กำหนดไว้ต่อบุตรของตน นอกจากนี้กฎหมายอาญายังได้เพิ่มโทษบุพการี กรณีที่ได้กระทำความผิดทางเพศต่อผู้สืบสันดานของตน และปัญหาการผสมเทียมทำให้เกิดการตั้งครรรภ์ซึ่งเป็นองค์ประกอบสำคัญในความผิดฐานทำแท้งอีกด้วย

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จึงได้เสนอ ข้อเท็จจริงในทางการแพทย์ที่อาจจะเกิดขึ้นและข้อเท็จจริงทางคดีที่เกิดขึ้นจากผลของการผสมเทียมในต่างประเทศดังกล่าวว่ามีแนวทางอย่างไร อย่างไรก็ตามเมื่อพิจารณาในแง่มุมของกฎหมายอาญาที่ต้องการความชัดเจนแน่นอนในการกำหนดความผิดแล้ว ควรจะต้องถือเอาหญิงผู้ตั้งครรภ์เป็นหลัก เพราะหญิงผู้ให้กำเนิดย่อมเป็นมารดา และมีหน้าที่เลี้ยงดู ปกป้องบุตรเพราะความสัมพันธ์อันซัดแน่นนั่นเอง

อย่างไรก็ตาม ผลกระทบที่ละเอียดอ่อนในกรณีอื่น ๆ ที่มีต่อครอบครัว สังคม ศีลธรรม และกฎหมายต่อผู้ที่เกี่ยวข้อง ยังคงมีอยู่ และเป็นหน้าที่ของผู้บัญญัติกฎหมายที่จักต้องคำนึงถึง เพื่อจัดการกับปัญหานี้ให้เหมาะสมต่อไป

Thesis Title	Artificial Insemination Problems and Criminal Liability
Name	Mrs. Chompan Ratanakorn
Thesis Advisor	Assoc. Prof. Dr. Tweekiat Menakanist
Co.Thesis Advisor	Asst. Prof. Nuchtip Bunchongsilpa
Department	Law
Academic Year	1999

### ABSTRACT

The inter-relationships among law, moral and scientific development is always debatable endlessly. The impact of technological progress presents more difficult and demanding questions to which there are no easy answers. One of the most important issues recently has been the "Artificial Insemination" or human reproductive revolution process. Normally, and naturally way, a wife becomes pregnant following sexual intercourse with her husband and the couple look after their children. This natural reproductive way creates less difficulties not only to social acceptance, moral requirement but also to legal obligations towards the children because it is quite obvious to determine the responsibility, civil or criminal, of the parents. But with the revolution of medical technology advances in human reproductive process in the late twentieth century, a couple is allowed to have children through the use of artificial insemination without having sexual relation. In order to fulfill the family life, the changing reproductive process offers an opportunities to husband and wife who are impossible to produce babies to be able to have some. Nevertheless, the reproductive revolution raises many sophisticated problems both moral and legal. It touches the fundamental value of the parenthood and the duties bound by criminal law.



According to the Penal Code of Thailand, the parents have a duty to protect their children from danger. If they fail to do so intentionally or negligently, they are deemed to commit an offence by omission to act. The law aggravates punishment to offences relating to sexuality which an ascendant commits against a descendant. The difficulty relating to the fertilizing sperm, egg or embryo implanted into a woman's womb might be connected to the offence of abortion.

This thesis brings the cases and medical reports concerning the human reproductive technology together. After analysing this matter in criminal law aspect, we conclude that the fundamental of the duty to act and punishment among parents and children mostly weigh on the woman who bears the child. The woman giving birth is the mother, and the mother is responsible for the child's safety, legally and morally, because the relationship is obvious at the first place.

The proposal, therefore, presents the way of thinking and practicing to reduce the impact of the artificial insemination which is attached to concept of family, society, moral and legal duties to whom it may concern. This will challenge the legislature to realise the difficulty of this subject and to solve the problems properly.

# บทที่ 1

## บทนำ

### 1. ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

กฎหมายได้มอบภาระหน้าที่ของบิดามารดาในการเลี้ยงดูรับผิดชอบบุตรตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1564 ที่กำหนดให้บิดามารดา จำต้องอุปการะเลี้ยงดู และให้การศึกษาตามควรแก่บุตรในระหว่างที่เป็นผู้เยาว์ก็ด้วยเหตุผลสำคัญ ได้แก่ การตั้งครอบครัวโดยธรรมชาติซึ่งจะต้องประกอบด้วย การมีเพศสัมพันธ์หรือมีการร่วมประเวณีของชายหญิงจนก่อให้เกิดการปฏิสนธิแล้วเจริญเติบโตจนคลอดออกมาเป็นทารกในที่สุด ก่อให้เกิดความผูกพันกันระหว่างชายหญิงและทารกในครรภ์อันนำไปสู่การสร้างครอบครัวซึ่งเป็นฐานสำคัญเริ่มแรกของสังคมมนุษย์ หากความสัมพันธ์ครอบครัวมั่นคง ีคนส่วนรวมก็จะเจริญเติบโตมั่นคงไปด้วย

อย่างไรก็ตามการจะให้กำเนิดบุตรโดยวิธีการตามธรรมชาติดังกล่าว ชายและหญิงจะต้องไม่เป็นหมัน ไม่มีความผิดปกติของระบบอวัยวะสืบพันธุ์ ตลอดจนถึงต้องเป็นช่วงเวลาที่ยังมีการตกไข่ออกมาจากรังไข่จนมาผสมกับตัวอสุจิกลายเป็นตัวอ่อน และไปเจริญเติบโตในผนังมดลูก ซึ่งหากชั้นตอนใดหรืออวัยวะสืบพันธุ์มีความผิดปกติก็จะไม่ก่อให้เกิดการตั้งครรภ์ คู่สมรสหลายคู่ประสบปัญหาที่ไม่สามารถจะมีบุตรไว้สืบสกุลได้ อาจเกิดจากการเป็นหมันของฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง ความไม่สมบูรณ์หรือไม่แข็งแรงของระบบในอวัยวะสืบพันธุ์ ซึ่งแต่เดิมนั้นนิยมอาศัยการรับเด็กมาเป็นบุตรบุญธรรม เพื่อไม่ให้สกุลของตนต้องขาดทายาทในการสืบสกุลมีผลต่อการสร้างครอบครัวให้มั่นคง

นับตั้งแต่การผสมเทียมเข้ามามีบทบาทในการทำให้เกิดสมาชิกใหม่ในครรภ์ ความหวังของครอบครัวที่ไม่สามารถจะมีบุตรด้วยวิธีธรรมชาติ กลับมีความหวังขึ้นมา เพราะความเจริญทางเทคโนโลยีของการผสมเทียม จึงถือได้ว่าการขยายเผ่าพันธุ์ของมนุษย์ ซึ่งแต่เดิมทำได้วิธีเดียว คือ ต้องมีการร่วมประเวณีของชายหญิงนั้น สามารถนำเอาการผสมเทียมเข้ามา

ใช้โดยไม่จำเป็นต้องมีการร่วมประเวณี ซึ่งมีหลากหลายวิธีการ ถือเป็นความเจริญทางเทคโนโลยี ที่มนุษย์พยายามคิดค้นขึ้นมาเพื่อแก้ไขปัญหาการมีบุตรยาก ซึ่งหากไม่คิดค้นการผสมเทียม แล้ว ครอบครัวที่มีปัญหาเกี่ยวกับการมีบุตรไม่ว่าจะเป็นเพราะสภาพร่างกาย สภาพทางด้าน สุขภาพจิตใจ ทำให้หมดโอกาสที่จะมีบุตรกลับมีความหวังขึ้นมาอีกครั้งด้วยการผสมเทียม ทำให้ ความหมายของคำว่า "ครอบครัว" มีความสมบูรณ์ครบถ้วนได้ก็เพราะผลพวงของการผสม เทียมนั่นเอง

เมื่อ พ.ศ.2521 หลุยส์ บราวน์ เด็กทารกในหลอดแก้วรายแรกของโลกถือกำเนิด ขึ้นมาในประเทศอังกฤษ ต่อมาในปี พ.ศ.2537 โรซานน่า เคลล่า คอร์เต้ หญิงชาวอิตาลียื่น อาศัยใช้บริจาคมาผสมเทียมกับตัวอสุจิเพื่อให้เธออุ้มท้องจนคลอดเมื่อเธออายุ 62 ปี และปี พ.ศ.2540 บ็อบบี้ แม็คคอปฟี หญิงรัฐโอไฮโอว่า สหรัฐอเมริการับประทานยากระตุ้นไข่ ทำให้ คลอดบุตรออกมา 7 คน และบุตรทั้งหมดยังมีชีวิตครบเป็นรายแรกของโลกอีกด้วย

จากนวัตกรรมใหม่ ๆ ในการสร้างทารกชนิดที่แหวกแนวผิดแปลกไปเกินกว่าที่ธรรมชาติจะทำได้นี้ ล้วนเป็นวิธีการที่ยังไม่มีกฎหมายเข้าไปรองรับและคุ้มครอง นับจากวิธีการของ ข้อตกลงในสัญญาระหว่างผู้ต้องการจะใช้บริการกับผู้ให้บริการในการผสมเทียม ขั้นตอน ระหว่างการผสมเทียมจนเกิดเป็นทารกคลอดออกมา ปัญหาที่เกิดขึ้นในเบื้องต้นก็คือสิทธิและ หน้าที่บิดามารดากับบุตร สิทธิมีอย่างไร เกี่ยวพันกับกฎหมายมากมายอย่างไร ทั้งใน กฎหมายแพ่งและกฎหมายอาญา การถือบิดามารดาตามความเป็นจริงจะยังคงใช้ได้เหมาะสม อยู่หรือไม่ ในเมื่อการคลอดบุตรดังกล่าวไม่ได้เกิดจากการสืบพันธุ์ตามธรรมชาติของมนุษย์ หากแต่ขั้นตอนต่าง ๆ เกิดจากนวัตกรรมของความเจริญทางเทคโนโลยี โดยเฉพาะปัญหาใน กฎหมายอาญาเริ่มเข้ามามีกระทบถึงสิทธิและหน้าที่ของบิดามารดากับบุตรโดยตรง เช่น หญิง รับจ้างตั้งครรภ์เมื่อคลอดทารกออกมาแล้วไม่เลี้ยงดู จะนำเอามาตรา 59 วรรคท้าย แห่ง ประมวลกฎหมายอาญามาปรับใช้เพื่อลงโทษจะหรือไม่ หรือหญิงรับจ้างตั้งครรภ์นำเอาทารก ไปมอบให้กับสามีภริยาเจ้าของตัวอ่อน เมื่อสามีภริยาทารกมาแล้วไม่เลี้ยงดูจะมีความผิดใน มาตรา 59 วรรคท้าย หรือในประมวลกฎหมายอาญาในมาตราใดบ้าง หรือกรณีหญิงทำแท้ง เพราะถูกบังคับขืนใจเข้าไปจนถึงครรภ์ หญิงนั้นหรือแพทย์ผู้กระทำจะมีความผิดตาม มาตรา 305 แห่งประมวลกฎหมายอาญาหรือไม่ นอกจากนี้ยังมี การเพิ่มโทษผู้กระทำความ ผิดเพราะความเป็นบิดามารดากับบุตร เช่นในมาตรา 289 (1) หรือมาตรา 285 เป็นต้น

ด้วยเหตุนี้ ผู้วิจัยจึงศึกษาแนวคิดปัญหาความรับผิดในทางอาญา (Artificial Insemination Problems and Criminal Liability) ว่ามีความเกี่ยวข้องกันอย่างไร โดยศึกษาตัวอย่างคดีที่เกิดขึ้นในต่างประเทศ มาประกอบการศึกษาเรื่องของการผสมเทียมที่มีผลกระทบต่อความรับผิดตามกฎหมาย ศึกษาต่อบทกฎหมายของประเทศไทยในส่วนที่เกี่ยวข้องกับความรับผิดในทางกฎหมายอาญา เพื่อเป็นแนวทางในการใช้กฎหมายอาญาในมาตรานั้นให้สอดคล้องกับการผสมเทียมและเป็นแนวทางในการบัญญัติกฎหมายให้สอดคล้องเกี่ยวข้องกับการให้กำเนิดด้วยวิธีการอันเกิดจากการผสมเทียมต่อไป

## 2. สมมุติฐานของวิทยานิพนธ์

ในประมวลกฎหมายอาญาในปัจจุบันนี้ มีมาตราที่เกี่ยวข้องกับความรับผิดในทางอาญาเกี่ยวกับสิทธิและหน้าที่ของบิดามารดากับบุตร การให้ความคุ้มครองบุตร และการให้ความคุ้มครองทารกในครรภ์ อยู่ในมาตราต่าง ๆ หลายมาตรา เช่น ในประมวลกฎหมายอาญามาตรา 59 วรรคท้าย มาตรา 285 และมาตรา 301 ถึงมาตรา 305 แต่วัตถุประสงค์ที่กฎหมายประสงค์จะคุ้มครองก็คือ การให้กำเนิดบุตรโดยวิธีการธรรมชาติโดยไม่มีมาตราใดบ่งบอกถึงความประสงค์ที่กฎหมายประสงค์จะคุ้มครองบุตรที่เกิดจากการผสมเทียม ทำให้กฎหมายอาญาที่ใช้อยู่ไม่อาจจะกำหนดความรับผิดให้ถูกต้องกับความผิดที่อาจจะเกิดขึ้นจากการผสมเทียมได้โดยตรง

## 3. วัตถุประสงค์ของการศึกษา

เพื่อให้เห็นประเด็นปัญหาและแนวทางที่จะใช้กฎหมายที่มีอยู่แล้ว กับกรณีที่น่าจะเกิดขึ้นกับการผสมเทียม เพื่อพิจารณาเกี่ยวกับการผสมเทียมในปัญหาการให้กำเนิด สิทธิในครรภ์ การผสมเทียมกับการตั้งครรภ์ สิทธิและหน้าที่ของบิดามารดากับบุตรที่เกิดจากการผสมเทียม การผสมเทียมกับการทำแท้งโดยพิจารณาผลในทางอาญา ตลอดจนพิจารณาการผสมเทียมกับเหตุเพิ่มโทษในกฎหมายอาญาที่อาจจะเกิดขึ้นได้ระหว่างบุพการีกับผู้สืบสันดานที่แท้จริง

#### 4. ขอบเขตของการศึกษาและวิจัย

วิจัยให้เห็นแนวทางที่จะบัญญัติกฎหมายอาญาที่เกี่ยวกับการผสมเทียมว่าควรจะเป็นไปในลักษณะที่สอดคล้องกับการผสมเทียม เพื่อรับรองสิทธิและหน้าที่และความรับผิดชอบทางอาญาของบิดามารดากับบุตรว่าแตกต่างไปจากการให้กำเนิดโดยธรรมชาติตามความเป็นจริงได้อย่างเดียว หากแต่จะต้องพิจารณาหน้าที่และความรับผิดชอบทางอาญาให้ครอบคลุมถึงการผสมเทียมด้วย การศึกษาจะศึกษาจากการใช้เอกสารทั้งตำราภาษาไทย ภาษาต่างประเทศ และเอกสารต่าง ๆ ตลอดจนศึกษาปัญหาที่เกิดขึ้นจริงจากตัวอย่าง และนำเอาคำพิพากษาของศาลต่างประเทศนำมาเป็นข้อมูลเปรียบเทียบกับแนวคิดของไทย เพื่อให้ได้ทางออกที่เหมาะสมต่อไป

#### 5. ประโยชน์ที่จะได้รับการวิจัย

การกำหนดความรับผิดชอบทางอาญาระหว่างบิดามารดากับบุตรของกฎหมายไทย ยังยึดติดอยู่กับ "การร่วมหลับนอน" กันตามธรรมชาติของชายหญิง สิทธิและหน้าที่ของบิดามารดาก็ยึดถือตามความเป็นจริง ซึ่งเมื่อเทียบกับนวัตกรรมของความเจริญทางด้านเทคโนโลยีที่ก้าวหน้าไม่หยุดแล้วอาจจะเกิดช่องว่างของกฎหมาย โดยเฉพาะในกฎหมายอาญา ความรับผิดชอบและการลงโทษบุคคลให้เหมาะสมกับการกระทำความผิดโดยตรงยังมีข้อพิจารณาได้หลายด้าน เช่น อาจเกิดขึ้นในรูปของผู้ใช้อำนาจปกครองกับผู้อยู่ใต้อำนาจปกครอง หรือเกิดขึ้นจากการกระทำความผิดโดยตรง เช่น การทำแท้ง การงดเว้นหน้าที่ตามมาตรา 59 วรรคท้าย เป็นต้น การศึกษาการผสมเทียมกับปัญหาในทางกฎหมายอาญาจึงเป็นประโยชน์ต่อการปรับปรุงแนวคิดทางกฎหมายเพื่อให้สอดคล้องกับความเจริญทางเทคโนโลยีของมนุษย์ที่อาจเกิดขึ้นได้ในประเทศไทย

## บทที่ 2

### การผสมเทียม

เพื่อเข้าใจการผสมเทียมให้ดีขึ้น จึงแยกขั้นตอนและลำดับของการศึกษาการผสมเทียมดังนี้คือ 1. ความหมายของการผสมเทียม 2. ประวัติความเป็นมาของการผสมเทียม 3. สาเหตุของการที่มีการผสมเทียม 4. ลักษณะของการเปรียบเทียบการทำสำเนามนุษย์กับกรณี "อุ้มบุญ" และ 5. ปัญหาทางกฎหมายโดยทั่วไป

#### 1. ความหมายของการผสมเทียม

ในปัจจุบันการตั้งครรภ์ของมนุษย์ อาจเกิดขึ้นได้แม้ไม่มีการร่วมประเวณีระหว่างชายกับหญิง ดังนั้นแม้หญิงจะไม่ได้ทำการสมรส และไม่เคยร่วมประเวณีกับชายใดเลย ก็ตั้งครรภ์มีบุตรได้โดยการผสมเทียม (Artificial Insemination)

การผสมเทียม (Artificial Insemination) หมายถึงการทำให้เกิดการตั้งครรภ์โดยกระบวนการที่ปราศจากการร่วมประเวณีหรืออีกนัยหนึ่งก็คือ การก่อให้เกิดการตั้งครรภ์โดยไม่มีการล่วงล้ำของอวัยวะเพศชายเข้าไปในอวัยวะเพศของหญิงแต่อย่างใด<sup>(1)</sup> และบางแห่งก็ให้คำนิยามของการผสมเทียมว่าเป็นการทำให้เกิดการปฏิสนธิโดยกรรมวิธีอื่นใดที่ไม่มีการร่วมประเวณี อันผิดไปจากวิธีการตามธรรมชาติก็ได้<sup>(2)</sup> ฉะนั้นหากการให้กำเนิดชีวิตโดยวิธีใดและโดยการอาศัยเทคโนโลยีใดก็ตามหากไม่มีการล่วงล้ำของอวัยวะเพศชายเข้าไปในอวัยวะเพศหญิงเราถือว่า เป็นการให้กำเนิดที่เกิดจากการผสมเทียมทั้งสิ้น ดังนั้น การผสมเทียม จึง

---

<sup>(1)</sup> Act (1984 : 1140) On Insemination of Sweden ; Section 1 "Insemination shall in This Act mean the insertion of semen into a woman in an artificial manner"

<sup>(2)</sup> Henry Campbell Black, "Artificial Insemination" Black's Law Dictionary, 1979 : 103.

ไม่สามารถให้กำเนิดบุตรของตนตามวิธีการตามธรรมชาติได้โดยอาจจะมีสาเหตุมาจากความไม่สมบูรณ์ หรือความบกพร่องทางร่างกายของฝ่ายชายหรือฝ่ายหญิง หรือความบกพร่องดังกล่าวอาจจะมีสาเหตุมาจากอุบัติเหตุต่าง ๆ การผสมเทียมจะช่วยแก้ปัญหาดังกล่าวและการผสมเทียมยังสามารถทำให้มนุษย์กำหนดเพศของบุตร กำหนดความเป็นอัจฉริยะ หรือใช้การผสมเทียมมาคัดเลือกบุตรไม่ให้พิการโดยผลทางพันธุกรรมในกรณีที่ให้กำเนิดโดยการร่วมประเวณีตามธรรมชาติได้อีกด้วย

คู่สมรสส่วนใหญ่ในปัจจุบันจึงหันมาให้ความสนใจกับการให้กำเนิดบุตรด้วยการผสมเทียมกันมาก อันเป็นเพราะผลพวงของนวัตกรรมของการผสมเทียมจึงทำให้ในปัจจุบันสามารถทำให้บุตรที่เกิดมามีความเป็นอัจฉริยะ มีรูปร่างหน้าตาตามเชื้อพันธุ์ที่ต้องการ มีเพศชายหญิงตามที่ต้องการ จากความเจริญก้าวหน้าดังกล่าวของการผสมเทียมทำให้นิยามของการให้กำเนิดมนุษย์ หรือปัจจัยที่ใช้ในการขยายเผ่าพันธุ์มนุษย์เปลี่ยนไป ซึ่งจากเดิมจะต้องมีการลวงล้าของอวัยวะเพศชาย หรือที่เราเรียกว่ามีการร่วมหลับนอนของชายหญิงนั้นไม่ใช่ปัจจัยสำคัญอีกต่อไป นอกจากนั้นการผสมเทียมก็ยังทำให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทนหญิงเจ้าของไข่ (egg) ได้อีกด้วย จึงถือได้ว่าการผสมเทียมเป็นการรักษาและขยายเผ่าพันธุ์มนุษย์โดยวิธีการที่นำสมัยที่มนุษย์ได้คิดค้นขึ้นมาเพื่อเอาชนะธรรมชาติ ให้เห็นว่าการขยายเผ่าพันธุ์ของมนุษย์ไม่จำเป็นต้องอาศัยวิธีการตามธรรมชาติมาเป็นปัจจัยเท่านั้นจึงจะให้กำเนิดบุตรได้ และไม่จำเป็นว่า สามี ภริยาที่ต้องการจะได้บุตรนั้น ฝ่ายภริยาของตนจะต้องเป็นผู้ตั้งครรภ์บุตรด้วยตนเอง

## 2. ประวัติความเป็นมาของการผสมเทียม

การผสมเทียมเป็นนวัตกรรมอันหนึ่งของมนุษย์ทำให้ปัจจุบันการให้กำเนิดบุตรมีทางเลือกใหม่เพิ่มขึ้น การพัฒนาการของการให้กำเนิดบุตรโดยวิธีการผสมเทียมปัจจุบันมีมากมายหลายวิธีซึ่งแต่ละวิธีจะใช้เทคนิคในการช่วยเจริญพันธุ์ในวิธีต่าง ๆ กันไป นับแต่การใช้ยากระตุ้นไข่ [fertility drugs] การผสมเทียมในหลอดแก้ว [in vitro fertilization หรือ IVF] การฉีดตัวอสุจิ [sperm injection] ไข่บริจาค [donor egg] ตัวอ่อนแช่แข็ง [frozen embryo] ไข่แช่แข็ง [frozen eggs] ไข่แช่แข็ง [frozen ovaries] การย้ายดีเอ็นเอ [DNA Transfer] การบริจาคไซโตพลาสซึม [cytoplasmic donation] หรือแม้แต่ การทำให้น้ำยาเพาะเลี้ยงดี

ขึ้น [Improved growth media]<sup>(3)</sup> วิธีการช่วยเจริญพันธุ์ต่าง ๆ เหล่านี้ถือเป็นผลสำเร็จอันยิ่งใหญ่ในการรักษาชาติพันธุ์ของมนุษย์

การผสมเทียมในมนุษย์ มีประวัติความเป็นมาอันยาวนานนับร้อยปีมาแล้ว โดยแต่เดิมการผสมเทียม มนุษย์คิดว่าเป็นเพียงจินตนาการของการสร้างภาพทางนวนิยายจนกระทั่งในปี ค.ศ.1799 (พ.ศ.2342) ได้มีแพทย์ชาวอังกฤษชื่อ Dr. John Hunter ได้ทำให้จินตนาการของมนุษย์เป็นจริงขึ้นมาด้วยการทดลองผสมเทียมให้กับ สามี ภริยาคนหนึ่ง โดยการใช้น้ำอสุจิของสามีหยดลงไปบนฟองน้ำก้อนเล็ก ๆ แล้วนำฟองน้ำนั้นใส่เข้าไปในช่องคลอดของภริยาทำให้เกิดการตั้งครรภ์ขึ้นเป็นผลสำเร็จ<sup>(4)</sup> วิธีการทำน้ำอสุจิของสามีหยดบนฟองน้ำและนำไปใส่เข้าไปในช่องคลอดของภริยาดังกล่าว เรียกว่า Artificial Homologous Insemination หรือ AIH ในปัจจุบันนี้นั่นเอง ซึ่งต่อมาได้มีการนำไปผสมเทียมให้กับหญิงในกรณีที่ฝ่ายสามีไม่สามารถที่จะหลั่งอสุจิในช่องคลอดของภริยาในขณะร่วมเพศได้ เช่น อาจเกิดจากอวัยวะเพศผิดปกติ หรือน้ำอสุจิไม่สามารถจะพุ่งได้แรงเพียงพอที่จะทำให้เกิดการผสมพันธุ์<sup>(5)</sup>

ในปี ค.ศ.1884 (พ.ศ.2427) ที่สหรัฐอเมริกาได้มี Dr. Pancoast แห่งมหาวิทยาลัยเจฟเฟอร์สัน ได้ทำการทดลองโดยการนำเอาอสุจิของชายอื่นมาผสมให้กับภริยาของชายอีกคนหนึ่ง ได้รับความสำเร็จ<sup>(6)</sup> วิธีการดังกล่าวนี้ เรียกว่า Artificial Insemination by Doner หรือ AID และต่อมาวิธีการนี้ได้นำไปใช้กับภริยาที่สามีมีโรคทางกรรมพันธุ์ หรือมีหมู่เลือดที่แตกต่างกับภริยาอันมีผลทำให้เลือดของทารกที่จะเกิดมามี

<sup>(3)</sup> วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์. "การผสมเทียมกับกฎหมาย." บทบัณฑิตย, เล่ม 44, ตอน 2 2531 หน้า 54.

<sup>(4)</sup> ชุมศักดิ์ พุกชาพงษ์. "กำเนิดทารก : จากวันนั้นถึงวันนี้." ไกล่หมอ. ปีที่ 22, ฉบับที่ 5, 2540 : หน้า 48-50.

<sup>(5)</sup> วิชา มหาคุณ. "จริยธรรมและกฎหมายกับการกำเนิดมนุษย์โดยเทคโนโลยีแผนใหม่." วารสารกฎหมายปีที่ 15, ฉบับที่ 1. 2537. หน้า 10-11.

<sup>(6)</sup> เอื้อพงศ์ จตุรธำรง และสมหมาย ดงสุวรรณ. "การผสมเทียม." นรีเวชวิทยา. พิมพ์ครั้งที่ 2. 2527 หน้า 580.



อวัยวะผิดปกติและอาจจะตายได้ นอกจากนี้ยังนำไปใช้กับหญิงที่ต้องการจะมีบุตรโดยไม่แต่งงาน<sup>(7)</sup>

ในปี ค.ศ.1944 (พ.ศ.2487) โดย Rock และ Menkin ได้ทำการทดลองโดยการนำเอาตัวอสุจิกับไข่มาผสมกันในหลอดแก้ว แล้วเคลื่อนย้ายตัวอ่อนที่ผสมแล้วเข้าไปให้ฝังตัวในโพรงมดลูก ซึ่งวิธีการดังกล่าวนี้ เรียกว่า In Vitro Fertilization and Embryo Transfer หรือ IVF ซึ่งวิธีการนี้ต่อมาได้นำมาใช้กับกรณีที่มีสามีเป็นหมัน ทำให้สามีภริยาไม่สามารถจะให้กำเนิดบุตรเองได้<sup>(8)</sup> จึงต้องอาศัยวิธีการดังกล่าวที่เราเรียกกันว่า การผสมเทียมในหลอดแก้ว แล้วนำเอาตัวอ่อนเข้าไปอาศัยเจริญเติบโตในมดลูกภริยาตนเอง หรือในหญิงที่รับจ้างตั้งครรภ์ ซึ่งการจัดให้มีการตั้งครรภ์แทน (surrogacy arrangement) ได้รับความนิยมมากในสหรัฐอเมริกา<sup>(9)</sup> กรณีการรับจ้างตั้งครรภ์ดังกล่าว ผู้รับจ้างจะไม่มี ความผูกพันกับทารกที่จะออกมาจากครรภ์ของตน เพราะตัวอ่อนไม่ได้เกิดจากไข่ของหญิงรับจ้างตั้งครรภ์ ความผูกพันทางสายเลือด หรือจิตสำนึกของความเป็นมารดา กับบุตรจึงไม่มี นอกจากการที่ทารกอาศัยเจริญเติบโตในครรภ์ของหญิงรับจ้าง หรืออาจจะผูกพันทางสายเลือดหรือจิตสำนึกของความเป็นมารดา กับบุตรจึงไม่มีนอกจากการที่ทารกอาศัยเจริญเติบโตจนสามารถคลอดออกมาเป็นทารก ความผูกพันจะจับสั่นกันแต่ก็มีปัญหาเกิดขึ้นมาให้เห็นพอสมควร เช่น ในสหรัฐอเมริกา มีการรับจ้างตั้งครรภ์ และเมื่อทารกที่เกิดจากรับจ้างตั้งครรภ์คลอดออกมาแล้ว หญิงรับจ้างตั้งครรภ์ ไม่ยอมมอบทารกให้แก่บิดามารดาผู้ว่าจ้างให้ตั้งครรภ์ มีการอ้างสิทธิของการเป็นมารดาทารก เพื่อจะใช้สิทธิในการที่ตนเองจะได้เป็นผู้ใช้อำนาจปกครองทารกที่เกิดจากการที่ตนเป็นผู้คลอดออกมา การผสมเทียมโดยวิธีนี้จึงถือว่าเป็นวิธีที่ก่อให้เกิดปัญหาทั้งทางแพ่งและทางอาญาได้พอสมควรอันเนื่องมาจากสิทธิและหน้าที่ในการดูแลทารกที่คลอดจากการรับจ้างตั้งครรภ์ของหญิงซึ่งมิใช่เจ้าของไข่

เดิมทีสูติแพทย์ทั่วโลกจะใช้วิธีใช้ยากระตุ้นไข่มาใช้รักษาสตรีที่ต้องการจะมีบุตร แต่มีบุตรยาก ซึ่งวิธีการใช้ยากระตุ้นไข่นี้ดังกล่าวจะเป็นผลให้ไข่มากกว่าปกติคือ มากกว่า

<sup>(7)</sup> วิชา มหาคุณ. เรื่องเดียวกัน. หน้า 11.

<sup>(8)</sup> ลีฟูน จิระวัฒนาสมกุล. "ปัญหาทางด้านกฎหมายเกี่ยวกับการผสมเทียม." วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต. คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. 2530, หน้า 11.

<sup>(9)</sup> วิชา มหาคุณ. เรื่องเดียวกัน. หน้า 12.

เดือนละ 1 ฟอง ทำให้โอกาสที่จะตั้งครรภ์มีได้มากขึ้นกว่าเดิม ภายหลัง พ.ศ. 2521 เทคโนโลยีอื่น ๆ ทำให้การผสมเทียมมีวิธีการต่าง ๆ เพิ่มขึ้นมากมาย จนปัจจุบันเทคนิคช่วยเจริญพันธุ์มีมากมายหลายวิธีคือ

1. การใช้ยากระตุ้นไข่ (FERTILITY DRUGS)
2. การผสมเทียมในหลอดแก้ว (INVITRO FERTILIZATION หรือ IVF) วิธีนี้ทำโดยการเก็บไข่จากรังไข่ในช่องท้องเพื่อมาปฏิสนธิกับตัวอสุจิบนจานเพาะเลี้ยงจนเป็นตัวอ่อนแล้วจึงนำตัวอ่อนให้ไปอาศัยเจริญเติบโตในมดลูก
3. การฉีดตัวอสุจิ (SPERM INJECTION) เป็นการนำเอาตัวอสุจิซึ่งคัดแล้วเพียงตัวเดียวฉีดเข้าไปในไข่เพื่อให้เกิดมีการปฏิสนธิกัน
4. ไข่บริจาค (DONOR EGG) เป็นวิธีการเก็บไข่จากช่องท้องของหญิงผู้บริจาคเพื่อนำมาปฏิสนธิกับตัวอสุจิที่เตรียมไว้บนจานเพาะเลี้ยงจนกลายเป็นตัวอ่อนแล้วนำไปยังในมดลูกของหญิงอีกคนหนึ่งเพื่ออาศัยให้เจริญเติบโต
5. ตัวอ่อนแช่แข็ง (FROZEN EMBRYO) เป็นการนำเอาตัวอ่อนส่วนเกินที่สร้างขึ้นระหว่างการผสมเทียมบนจานเพาะเลี้ยง นำเอาไปแช่แข็งไว้เพื่อเก็บไว้ใช้ต่อไปในภายหลัง
6. ไข่แช่แข็ง (FROZEN EGGS) เป็นการนำไข่แช่แข็งกลับมาใช้ในภายหลัง แต่วิธีการนี้ยังไม่แพร่หลายนักเพราะอยู่ในระหว่างการทดลองถึงผลของการนำไข่แช่แข็งกลับไปใช้ในภายหลัง
7. รังไข่แช่แข็ง (FROZEN OVARIES) กระทำโดยการที่แพทย์จะต้องเอาส่วนหนึ่งของรังไข่ซึ่งภายในประกอบด้วยจำนวนไข่ยังไม่สุกพอสมควรเพื่อนำเอามาแช่แข็งไว้เมื่อต้องการจะใช้จะนำมาไว้ในอุณหภูมิปกติแล้วปล่อยให้ไข่สุก
8. การย้ายดีเอ็นเอ (DNA TRANSFER) เป็นการนำเอานิวเคลียสหรือไข่แดงย้ายไปใส่ในเซลล์ที่แข็งแรงกว่า อันเป็นวิธีการที่ทำให้เกิดเซลล์ใหม่ที่แข็งแรงกว่าเซลล์เดิม โดยมีพันธุกรรมเดิม
9. การบริจาคไซโตพลาสซึม (CYTOPLASMIC DONATION) เป็นการนำเอาไซโตพลาสซึมจากไข่ที่มีวัยอ่อนกว่านำไปเติมให้กับไข่ที่มีอายุแก่กว่า ผลคือทำให้ไข่แข็งแรงและมีพัฒนาการที่ดีขึ้นกว่าเดิม

10. การทำให้น้ำยาเพาะเลี้ยงดีขึ้น (IMPROVE GROWTH MEDIA) เป็นการนำสารเคมีใหม่ที่เลียนแบบอวัยวะสืบพันธุ์ของหญิงมาช่วยให้ตัวอ่อนมีชีวิตและเจริญเติบโตในน้ำยาเพาะเลี้ยงได้ดีขึ้นและแข็งแรงขึ้นในการฝังตัวที่มดลูกที่ดีขึ้นกว่าเดิม

ซึ่งจากการเจริญทางเทคโนโลยีต่างๆ ทำให้ผลสำเร็จของการผสมเทียมปรากฏให้เห็นจนทุกวันนี้นับตั้งแต่ พ.ศ.2521 ในประเทศอังกฤษก็ได้ให้กำเนิดทารกในหลอดแก้วรายแรกของโลกขึ้นมาคือ หลุยส์ บราวน์ (Louise Brown) ปี พ.ศ. 2527 ที่รัฐแคลิฟอร์เนีย ในประเทศสหรัฐอเมริกา ก็ได้ให้กำเนิดทารกที่สร้างมาจากไข่บริจาคสำเร็จเป็นรายแรก ในขณะที่ประเทศ ออสเตรเลียก็มีทารกที่กำเนิดจากตัวอ่อนที่แช่แข็งเกิดขึ้นมาในปีเดียวกัน ในปี พ.ศ. 2539 หญิงชาวนิวเจอร์ซีย์ ในประเทศสหรัฐอเมริกาชื่อ นางแมรี เบท ไวท์เฮด ได้รับจ้างอุ้มบุญ แล้วฟ้องศาลเพื่อขอเป็นเจ้าของทารกที่ตนอุ้มบุญมา ในปี พ.ศ. 2536 ที่รัฐอินเดียนา ประเทศสหรัฐอเมริกา ได้มีแฝดหกคนที่มีชีวิตเป็นรายแรกของสหรัฐอเมริกาโดยเกิดจากแม่คักและคัท คิลเลีย ปี พ.ศ. 2537 นางโรซานท์ เดลล่า คอร์ดี้ หญิงชาวอิตาลี อายุ 62 ปี ได้คลอดบุตรที่เกิดจากไข่บริจาคมาผสมเทียมกับตัวอสุจิของสามี แล้วนำตัวอ่อนให้กลับเข้าไปเจริญเติบโตจนนางคลอดเป็นทารกออกมา ทั้งที่มีอายุมากแล้ว และปี พ.ศ. 2540 บ็อบบี้ แม็คคอปป์ หญิงชาวรัฐโอไฮโอว่า แห่งสหรัฐอเมริกา ได้ใช้ยากระตุ้นไข่แล้วคลอดทารกแฝด 7 คน ออกมามีชีวิตรอดเป็นรายแรกของโลก<sup>(10)</sup>

วิทยาการทางด้านการผสมเทียมในประเทศไทยเรานั้น ในวงการแพทย์ของไทยได้รับวิทยาการด้านนี้มาในประเทศไทยเมื่อไหร่ไม่ปรากฏหลักฐานที่แน่ชัด แต่เริ่มมีการพูดถึงการผสมเทียมกันอย่างเปิดเผย ในราวปี พ.ศ.2512 โดยผลของการผสมเทียมถูกกล่าวถึงว่าผลยังไม่ดีเพียงพอเมื่อเทียบกับต่างประเทศ และเชื้อพันธุ์ส่วนใหญ่ได้รับมาจากนักศึกษาแพทย์ หรือ แพทย์ฝึกหัด แพทย์ประจำบ้าน โดยเชื้อพันธุ์ที่ได้มาเป็นเชื้อพันธุ์สด (fresh semen) ซึ่งผลการทดลองจะให้ผลดีกว่าเชื้อพันธุ์แช่แข็ง (frozen semen) การผสมเทียมที่ได้รับการนิยมนในเวลาต่อมาก็คือ การผสมพันธุ์แบบใช้เชื้อพันธุ์ของชายอื่น (Artificial Insemination Donor หรือ AID) อันเป็นผลมาจากการเปิดเผยข่าวสารด้านการผสมเทียม

<sup>(10)</sup> ชุมศักดิ์ พดุกษาพงศ์. "กำเนิดทารก : จากวันนั้นถึงวันนี้." ไกล่หมอ. ปีที่ 22, ฉบับที่ 5. 2541. หน้า 48-51.

มากขึ้น และประชาชนเริ่มให้ความสนใจ ในเรื่องนี้มากกว่าเดิม<sup>(11)</sup> ปัจจุบันค้นคว้าการรักษาภาวะมีบุตรยาก โดยการฉีดเชื้ออสุจิเข้าโพรงมดลูก โดยในปี พ.ศ. 2533 –2534 ในประเทศไทยเราได้มีการคัดแยกตัวอสุจิโดยวิธี Discontinuous Percoll gradient โดยการฉีดตัวอสุจิที่สมบูรณ์และแข็งแรงเข้าไปในโพรงมดลูกในหลาย ๆ ตัว และหนึ่งรอบการรักษาจะฉีดอสุจิ 2 ครั้ง การรักษาโดยวิธีนี้จะได้ผลสำเร็จสูงในกรณีหญิงมีอายุน้อย หรือมีระยะมีบุตรยากสั้น หรือในกรณีที่หญิงเคยมีบุตรมาแล้ว<sup>(12)</sup> ในปี พ.ศ. 2534 ถึง 2535 ก็ได้มีการนำวิธีการหาระดับ  $\beta$ -hcG มาใช้กับการตั้งครรภ์ที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ที่เรียกว่า Gamete Intrafallopian transfer หรือที่เรียกกันว่า GIFT การหาระดับ  $\beta$ -hcG จะใช้กับการทำ GIFT ในระยะแรก ทำโดยการเจาะเลือดหาระดับฮอร์โมน  $\beta$ -hcG มาทำนายผลของการตั้งครรภ์ได้<sup>(13)</sup> นอกจากนั้นการทำ GIFT อาจจะทำให้เกิดการให้กำเนิดทารกมากเกินไปจนเกิดความ ต้องการ เช่น ต้องการจะได้ทารกเพียง 1 – 2 คน แต่ผลการทำ GIFT ทำให้เกิดทารกถึง 4 คน จึงทำให้เกิดการคิดค้นวิธีการลดปริมาณของจำนวนทารกจาก 4 คน ให้เหลือ 2 คน ตามความต้องการ ซึ่งกระทำได้โดยการใช้โปรแตสเซียมคลอไรด์ ฉีดเข้าไปในช่องทรวงอกผ่านผนังหน้าท้องของมารดา ในระหว่างสัปดาห์ที่ 12 ของการตั้งครรภ์ โดยอาศัยการตรวจคลื่นเสียงความถี่สูงเป็นตัวชี้นำ และจากการทำดังกล่าวทำให้ได้จำนวนทารกจำนวนเท่าที่ต้องการ โดยไม่มีผลข้างเคียงต่อทารกแต่อย่างใด คือ ทารกที่คลอดออกมาจะมีสุขภาพสมบูรณ์และแข็งแรง โดยไม่มีผลต่อทารกที่มีการฉีดโปรแตสเซียมคลอไรด์ ทำลายทารกที่เกินความต้องการ ถือเป็นวิธีการลดปริมาณทารกที่เกิดจากการให้กำเนิดทารก โดยวิธีการที่เราเรียกกันว่า การทำ GIFT ซึ่งมีการนำเอาไข่จำนวนหลายฟองและอสุจิจำนวนหลายตัวมาผสมจนกลายเป็นตัวอ่อนหลายตัวแล้วนำมาใส่เข้าไปโพรงมดลูก จึงมีโอกาสที่จะเกิดการตั้ง

<sup>(11)</sup> ลีฟูน จิระวัฒนาสมกุล. เรื่องเดียวกัน. หน้า 16.

<sup>(12)</sup> อร่าม โรจนสกุลและคณะ. "ประสบการณ์ 2 ปี ของการรักษาภาวะมีบุตรยาก โดยการฉีดเชื้ออสุจิเข้าโพรงมดลูก." จดหมายเหตุทางแพทย์, แพทย์สมาคมแห่งประเทศไทย. 8 สิงหาคม 2535. หน้า 423.

<sup>(13)</sup> เจริญ ทวีผลเจริญและคณะ. "คุณค่าของระดับฮอร์โมน  $\beta$  - hcG .ในการทำนายผลของการตั้งครรภ์ใน GIFT." จดหมายเหตุทางแพทย์. แพทย์สมาคมแห่งประเทศไทย. 11 พฤศจิกายน 2535. หน้า 625.

ครรภ์ได้ทีเดียวหลายคน นอกจากนั้นในปี 2539 ในประเทศไทยเราได้มีการวิจัย การรักษาพื้นฐาน โดยวิธีควบคุมการเร่งไข่ร่วมกับการฉีดเชื้ออสุจิเข้าไปในโพรงมดลูก ในคู่สมรสที่มีบุตรยาก โดยเรียกว่า กลุ่ม unexplained infertility ด้วยวิธี controlled ovarian hyperstimulation with intrauterine insemination หรือ ที่เรียกว่า COH-IUI วิธีการรักษาโดยวิธี COH-IUI จะกระทำโดยการให้ฝ่ายภริยารับประทานยาชักนำให้เกิดการตกไข่ clomiphene citrate ครั้งละ 1 เม็ด ขนาด 50 มิลลิกรัม หลังอาหารเช้า โดยให้รับประทานติดต่อกันเป็นเวลา 5 วัน เริ่มวันที่ 4 หรือ 5 ของรอบระดู แล้วนัดมาตรวจดูขนาดของฟองไข่ ในวันที่ 10 ของรอบระดู เมื่อขนาดของไข่ (leading follicle) มีขนาดมากกว่า 18 มิลลิเมตร ก็จะฉีด human chorionic gonadotropin ขนาด 5,000 ยูนิต เข้ากล้ามเนื้อ จากนั้นจะเป็นการนำเอาเชื้ออสุจิของฝ่ายสามีไปทำ sperm preparation ด้วยวิธี layering และนำมาฉีดเข้าไปในโพรงมดลูกของภริยา หลังจากนั้นอีก 3 วัน ตรวจดูสภาวะผลและประเมินการตั้งครรภ์ด้วยการตรวจหา serum  $\beta$ -hcG และตรวจอัลตราซาวด์ดูผลเป็นระยะ หากไม่เกิดการตั้งครรภ์ขึ้นมา ก็จะดำเนินการตามขั้นตอนต่าง ๆ ขึ้นอีกโดยดำเนินการไม่เกิน 6 รอบระดู หากยังไม่เกิดการตั้งครรภ์ก็จะเปลี่ยนวิธีการรักษาต่อไป ซึ่งจากวิธีการ COH-IUI ดังกล่าวพบว่า สามารถจะรักษาคู่สมรสที่มีบุตรยากโดยไม่ทราบสาเหตุได้พอสมควร ซึ่งปกติการตกไข่ของหญิงจะตกเพียงเดือนละครั้ง จำนวน 1 ฟอง และมีระยะเวลาที่จะเพียงพอแก่การผสมพันธุ์ได้เพียง 12-24 ชั่วโมงเท่านั้น ซึ่งเป็นระยะเวลาที่ถือว่าอายุน้อยมาก เมื่อมีเพศสัมพันธ์จำนวนเชื้ออสุจิแม้จะมีปริมาณมากเป็นล้าน ๆ ตัว แต่กว่าเชื้ออสุจิจะเดินทางมาพบกับไข่ก็อาจจะเสื่อมสภาพไปก่อนก็ได้ เพราะเชื้ออสุจิก็มีระยะเวลาของอายุได้นานประมาณ 24-48 ชั่วโมง เท่านั้น แม้จะมีอายุมากกว่าไข่ แต่อุปสรรคของการว่ายน้ำ เพื่อจะไปให้ถึงไข่ก็อาจจะเกิดขึ้นได้ตลอดเวลา ทำให้เกิดการคิดค้นวิธีการรักษาเพื่อควบคุมการเร่งไข่ให้สอดคล้องกับการฉีดเชื้ออสุจิ ทำให้โอกาสเกิดการผสมกันจนเกิดการตั้งครรภ์มีได้มากขึ้น กว่าปล่อยให้ไปไปตามกลไกของวิธีการตามธรรมชาติกำหนดให้เป็นไป<sup>(14)</sup>

<sup>(14)</sup> พงษ์ธร วิโรจน์ชัยวงศ์. วชิรเวชสาร. ปีที่ 42, เล่ม 1. 2541. หน้า 27-34.

### 3. สาเหตุของการที่มีการผสมเทียม

การที่ชายหญิงตกลงใช้ชีวิตร่วมกันด้วยการแต่งงานกัน ทำให้เกิดเป็นครอบครัวใหม่ขึ้นมา ความสมบูรณ์ของครอบครัว นอกจากจะอยู่ที่การสร้างฐานะของคู่สามีภริยาก็ ย่อมต้องการที่จะมีบุตรไว้สืบสกุล บางคนอาจจะต้องการจะมีบุตรหลายคน บางคนต้องการ มีบุตรเพียงหนึ่งคนหรือสองคน ขึ้นอยู่กับฐานะและความสามารถในการเลี้ยงดูบุตร แต่หลาย คู่อาจจะไม่ประสบความสำเร็จในการมีบุตรไว้สืบสกุล แม้การไม่มีบุตรไว้สืบสกุลอาจจะไม่ใช่ สาเหตุที่ทำให้ครอบครัวต้องแตกแยก แต่ก็มีส่วนในด้านจิตใจของคู่สมรส และความผูกพันของ สามีภริยา เพราะบุตรจะเป็นเสมือนโซ่ของคล้องใจให้สามีภริยาเกิดความรักครอบครัวและ ความอบอุ่นได้มากกว่าการที่สามีภริยาจะใช้ชีวิตอยู่ด้วยกันเพียงลำพัง โดยไม่มีทายาทไว้สืบ สกุล<sup>(15)</sup> การแก้ปัญหาของครอบครัวที่ไม่สามารถมีบุตรเองได้ แม้ว่าอาจจะทำโดยการรับเด็ก มาเป็นบุตรบุญธรรม ซึ่งอาจจะขอเด็กจากญาติพี่น้อง หรือตามโรงพยาบาลหรือสถาน สงเคราะห์ต่าง ๆ เพื่อเลี้ยงดูเป็นบุตรไว้สืบสกุลของตน แต่ก็คงไม่เหมือนกับการมีบุตร ดังนั้น เมื่อมีการผสมเทียมเกิดขึ้นอันเป็นที่เลือกทางใหม่ในการแก้ปัญหาเรื่องไม่มีบุตรไว้ สืบสกุล โดยการนำเอาเทคนิคในการช่วยเจริญพันธุ์ในวิธีต่าง ๆ เข้ามาช่วยเสริมให้การตั้ง ครรภ์เป็นผลสำเร็จ รวมถึงความต้องการในการกำหนดเพศชายหรือหญิงของบุตรได้ตาม ต้องการ<sup>(16)</sup> โดยอาศัยเทคนิคของการช่วยการเจริญพันธุ์อันเป็นความเจริญก้าวหน้าของการ ผสมเทียมเข้ามาช่วยก็ยิ่งทำให้ความปรารถนาของคู่สมรสสมบูรณ์

นอกจากความต้องการที่จะมีทายาทไว้สืบสกุลของครอบครัวแล้ว คู่สมรสบางคู่ อาจจะมีความต้องการถ่ายทอดความพิการทางกรรมพันธุ์ได้ ซึ่งการที่จะให้กำเนิดทารกโดย วิธีการธรรมชาติทำให้ไม่มีการเลือกความแข็งแรงของตัวอ่อนที่จะพัฒนาเป็นทารก โดยหาก ตัวอ่อนเป็นยีนส์ลักษณะด้อยโอกาสที่จะถ่ายทอดความพิการทางกรรมพันธุ์ย่อมจะเกิดขึ้นได้ เพราะการถ่ายทอดทางกรรมพันธุ์มาสู่ทารกอาจจะมีทางฝ่ายบิดาหรือมารดาที่มีลักษณะแฝง มากก็ได้ คู่สมรสดังกล่าวจึงหันมาทำการใช้วิธีการของการผสมเทียม เพื่อคัดเลือกตัวอ่อนที่มี

<sup>(15)</sup> เอื้อพงศ์ จตุรธำรง และ สมชาย ฤกษ์สุวรรณ. เรื่องเดียวกัน. หน้า 580.

<sup>(16)</sup> อภิภูษรณณ์. สัมภาษณ์ ดร.โรนัลด์ อีริคสัน. "มากำหนดเพศลูกกันเถอะ." แม่และเด็ก. กุมภาพันธ์ - มีนาคม 2530. หน้า 83 - 84.

ลักษณะเด่น แข็งแรงได้<sup>(17)</sup> ถือได้ว่าการผสมเทียมช่วยให้ปัญหาที่จะให้กำเนิดทารกที่มีความพิการมีปริมาณน้อยลงได้ มีผลทำให้ทารกที่แข็งแรงเหล่านั้น สืบสกุลเอาไว้ได้โดยเป็นพลเมืองที่แข็งแรงทั้งร่างกาย มีประสิทธิภาพในการประกอบกรงานในการพัฒนาสังคมให้เจริญก้าวหน้าด้วย เพราะถ้าไม่มีการผสมเทียมเข้ามาเกี่ยวข้อง โอกาสที่ทารกจะกลายเป็นคนพิการตามกรรมพันธุ์ย่อมมีขึ้นได้ เพราะการให้กำเนิดโดยวิธีธรรมชาติไม่สามารถจะคัดเลือกเชื้อหรือไข่ที่แข็งแรง เพื่อนำมาผสมเป็นตัวอ่อนที่แข็งแรงได้ การถ่ายทอดทางพันธุกรรมย่อมมีแน่นอน จึงถือได้ว่าการผสมเทียมช่วยให้ประชากรของประเทศชาติเป็นผู้มีความแข็งแรงและสมบูรณ์ได้นับแต่แรกเกิดเลยทีเดียว ซึ่งช่วยลดปัญหาเด็กพิการลงไปได้ ซึ่งในปัจจุบันเด็กที่เกิดมาจากการให้กำเนิดโดยวิธีธรรมชาติ ซึ่งได้รับการถ่ายทอดทางกรรมพันธุ์มีการพิการติดตัว กลายเป็นเด็กพิการที่ถูกทอดทิ้งอยู่ตามโรงพยาบาลของรัฐ เป็นจำนวนไม่น้อย เด็กเหล่านั้นต้องกลายเป็นเด็กที่พ่อแม่รังเกียจ ขาดความรักความอบอุ่นคือ เป็นปัญหาอย่างหนึ่งของสังคมซึ่งเป็นเรื่องที่ต้องหาทางป้องกันไม่ให้เด็กเหล่านั้นเกิดมาเป็นคนพิการ ก็โดยการอาศัยการผสมเทียมเข้ามาคัดเลือกเชื้อพันธุ์เสียตั้งแต่แรก เพื่อลดปัญหาความพิการของประชากรของประเทศชาติ<sup>(18)</sup>

สาเหตุของการที่ต้องอาศัยการผสมเทียมในคู่สมรสในประการต่อไปก็คือกรณีที่เกิดความบกพร่องในระบบของการสืบพันธุ์ของคู่สมรส ซึ่งการบกพร่องดังกล่าวนั้น อาจะเกิดจากฝ่ายชายหรือหญิงก็ได้ และการเกิดความบกพร่องอาจจะเกิดมาจากสภาพร่างกายของตนบกพร่อง เช่น ฝ่ายหญิงอาจจะเกิดความผิดปกติของภายในมดลูกทำให้ตัวอ่อนไม่สามารถเกาะตัวได้ ท่อรังไข่อุดตันทำให้ไข่ไม่สามารถเดินทางได้สะดวก ฝ่ายชายก็อาจจะเกิดจากเชื้ออสุจิไม่แข็งแรง หรือมีปริมาณไม่มากพอที่จะให้เกิดการปฏิสนธิ ซึ่งความบกพร่องดังกล่าวทำให้ไม่สามารถให้กำเนิดทารกได้ นอกจากนั้น ความบกพร่องอาจจะเกิดจากการได้รับอุบัติเหตุอันมีผลต่อระบบสืบพันธุ์ ก็เป็นสาเหตุที่ทำให้ไม่สามารถมีบุตรได้เช่นกัน การแก้ปัญหาดังกล่าวก็ต้องอาศัยการผสมเทียมมาช่วยในกรณีเกิดความบกพร่องต่อคู่สมรสดังกล่าว ถือได้ว่าแม้จะเกิดความบกพร่องก็ไม่ใช่ว่าปัญหาที่จะทำให้ไม่มีทายาทไว้สืบสกุลเพราะ

<sup>(17)</sup> เอื้อพงศ์ จตุรธำรง และสมชาย ฤงสูรธรณ. เรื่องเดียวกัน. หน้า 581.

<sup>(18)</sup> รัตนาวดี บุญไชย. "ดูดวงแก้วของชนกชนนีโยปล่อยให้เรื่อนร้าวก่อนเวลา." สยามรัฐ. มีนาคม. 2530. หน้า 9.

ปัจจุบันการผสมเทียมช่วยให้เกิดการตั้งครรภ์ได้แทบจะทุกกรณีของการเกิดปัญหาต่าง ๆ แม้แต่ไม่มีปัญหาในด้านความบกพร่องต่าง ๆ แต่คู่สมรสต้องการที่จะให้ทารกที่เกิดมาเป็นเด็กที่อัจฉริยะในปัจจุบัน ก็ทำได้โดยการอาศัยการผสมเทียมเข้ามาช่วยเหลือ โดยการรับบริจาคเชื้อพันธุ์ที่มีความเป็นอัจฉริยะมาผสมกับไข่ของหญิงที่มีระดับสติปัญญาอยู่ในเกณฑ์ดีถึงดีมาก ทารกที่ได้จะเกิดมาเป็นเด็กอัจฉริยะได้ตามต้องการ เพราะเชื้อพันธุ์และไข่ถูกคัดเลือกอย่างดีจากบุคคลในระดับสมองอัจฉริยะ การถ่ายทอดทางพันธุกรรมของบิดามารดาก็จะถ่ายทอดมาสู่เด็กทำให้เกิดเป็นเด็กอัจฉริยะได้ตามต้องการ ซึ่งการผสมเทียมดังกล่าว ทำได้ทั้งหญิงที่มีครอบครัวและหญิงโสด โดยเฉพาะในสังคมปัจจุบันหญิงจำนวนไม่น้อยต้องการจะมีบุตรแต่ไม่ต้องการจะมีเพศสัมพันธ์กับชายหรือไม่ต้องการที่จะแต่งงาน หญิงโสดดังกล่าวจึงมาขอรับการผสมเทียมโดยการเลือกเพศของทารกและเลือกเชื้อพันธุ์เพื่อให้ได้บุตรที่มีความเป็นอัจฉริยะ โดยการรับบริจาคเชื้อพันธุ์จากผู้บริจาคไว้ในศูนย์เก็บเชื้อพันธุ์ตามโรงพยาบาลต่าง ๆ<sup>(19)</sup> ซึ่งวิธีการดังกล่าวทำให้หญิงโสดมีบุตรเป็นของตนเองได้โดยไม่ต้องมีเพศสัมพันธ์กับชาย หรือไม่ต้องแต่งงานก่อน ถือเป็นวิธีการที่ดีกว่าหญิงโสดจะรับเด็กมาเป็นบุตรบุญธรรม ซึ่งค่อนข้างจะยุ่งยากในการทำเรื่องขอมหาอุปการะและอาจเกิดปัญหาระหว่างมารดากับบุตรบุญธรรมขึ้นได้

#### 4. ลักษณะของการเปรียบเทียบการทำสำเนามนุษย์กับกรณี “อัมบุญญา”

การทำสำเนามนุษย์หรือที่เราเรียกกันว่า “การโคลนนิ่ง” ถือเป็นนวัตกรรมในรูปแบบที่เจริญก้าวหน้าล่าสุดของการคิดค้นการผสมเทียม ซึ่งมีลักษณะและวิธีการที่ผิดแผกไปจากการผสมเทียมในแบบต่าง ๆ การทำสำเนามนุษย์โดยวิธีการนี้เป็นการทำให้ทารกที่เกิดมาเหมือนต้นแบบทุกประการ เราจึงควรที่จะทำความรู้จักการทำสำเนามนุษย์หรือการโคลนนิ่ง เพื่อนำมาเปรียบเทียบกับกรณีการผสมเทียมโดยวิธีการ “อัมบุญญา”

โคลน (CLONE) มาจากภาษากรีก เขียนว่า KLONG แปลว่า “กึ่ง” หรือ “แขนง” มีความหมายว่าเป็นการสืบพันธุ์แบบไม่อาศัยเพศ แต่ในทางวิชาการเรานำเอาคำว่าโคลนมาใช้ในความหมายว่า เป็นกลุ่มของ DNA หรือกลุ่มของเซลล์ หรือกลุ่มของสิ่งมีชีวิตไม่ว่าจะ

<sup>(19)</sup> วรากร วราอัศวปติ. “เขาถูกสร้างขึ้นเพื่อให้เป็นอัจฉริยะ.” วารสารวิทยาศาสตร์ มศว. มหาสารคาม. กรกฎาคม-ธันวาคม 2528. หน้า 34-35.



เป็นพืชหรือสัตว์ที่ประกอบไปด้วย ลักษณะที่แสดงออกทางพันธุกรรมออกมาเหมือนกันทุกประการ โดยอาศัยการถ่ายทอดลักษณะดังกล่าวแบบไม่อาศัยเพศ ไม่ว่าจะเกิดจากการที่มนุษย์ทำขึ้นมา หรือเกิดจากกระบวนการทางธรรมชาติ เช่น การแบ่งตัวแบบไม่อาศัยเพศของเชื้อแบคทีเรีย โบริโตซัว หรือยีสต์ เป็นต้น

วิธีการในการโคลนนิ่ง ทำได้ 2 วิธีคือ การโคลนนิ่งตัวอ่อน (Embryo) และการโคลนจากเซลล์อื่น ซึ่งทั้ง 2 วิธีการจะต้องมีส่วนประกอบทางพันธุกรรมเหมือนกับสิ่งมีชีวิตอีกสิ่งทุกประการ มีการถ่ายทอดนิวเคลียส (Nucleas Transfer) แล้วนำเซลล์ต้นแบบกับเซลล์ไข่มาผสมกัน มีการโคลนนิ่งโดยใช้เซลล์ เช่น การโคลนนิ่งแกะ แม้จะต้องทดลองผสมไข่เป็นจำนวนถึง 277 ใบแล้วประสบผลสำเร็จ โดยมีเพียงไข่ใบเดียวเท่านั้น ที่เจริญเติบโตเป็นลูกแกะ นอกนั้นไข่ใบอื่นๆ สลายไปหมดก็ตามก็ถือว่าเป็นผลสำเร็จของการโคลนนิ่งแกะ<sup>(20)</sup> นอกจากนั้นก็มีการโคลนนิ่งลิง โดยการเจียนเอาเซลล์จากตัวอ่อนของลิงออกมาทำการโคลนนิ่งจนประสบผลได้ลูกลิง 2 ตัว โดยมีมือของนักวิทยาศาสตร์จากรัฐโอเรกอน สหรัฐอเมริกา เมื่อปี พ.ศ. 2539<sup>(21)</sup> ซึ่งวิธีการของการโคลนนิ่งตัวอ่อนจะกระทำโดยการนำเอาเซลล์ของตัวอ่อน โดยมาแยกเอาเซลล์ไข่ที่แบ่งตัวได้ไม่กี่เซลล์ เพราะในช่วงของการแบ่งเซลล์ในระยะนี้ทุกเซลล์จะยังไม่มีการเปลี่ยนแปลง เพื่อออกไปทำหน้าที่ต่าง ๆ โดยเฉพาะเจาะจง จากนั้นก็นำเอาเซลล์มาทำให้เกิดการเจริญเติบโต ส่วนการโคลนนิ่งโดยโคลนนิ่งจากเซลล์อื่น ก็จะเป็นการนำเอาเซลล์ในส่วนต่าง ๆ ของร่างกาย เช่น เซลล์เต้านมของแกะที่เติบโตเต็มวัยและกำลังตั้งท้อง โดยเซลล์ที่นำมาจะต้องมี DNA อยู่ครบแล้วนำเอาเซลล์ดังกล่าวมารวมกับเซลล์ไข่ที่ไม่ได้เกิดมีการปฏิสนธิโดยสกัดเอา DNA หรือสารทางกรรมพันธุ์ที่อยู่ในนิวเคลียสออกไป แล้วนำเซลล์เต้านมกับเซลล์ไข่ดังกล่าวมาทำการกระตุ้นด้วยกระแสไฟฟ้าอ่อน ๆ เพื่อให้เซลล์เกิดการรวมตัวกัน และใช้ไฟฟ้ากระตุ้นต่อไปอีกเพื่อให้เซลล์ที่รวมตัวกันนั้นเกิดเป็นตัวอ่อน จากนั้นจึงนำเอาตัวอ่อนไปฝากให้เจริญเติบโตในครรภ์ของแกะอีกตัวหนึ่ง ซึ่งแกะตัวนี้ถือเป็นแกะที่ทำหน้าที่ตั้งครรรภ์จนคลอดลูกแกะออกมา ซึ่งไม่ว่าจะใช้วิธีโคลนนิ่งตัวอ่อนหรือ โคลนนิ่งจากเซลล์อื่น ก็จะต้องมีการกระทำในขั้นตอนเหมือนกัน และจะต้องมีการนำมา

<sup>(20)</sup> ฐิตา. "โคลนนิ่ง : สำเนาชีวิตใหม่จากต้นแบบ." หนังสือพิมพ์เดลินิวส์, 3 มีนาคม 2540, หน้า 2.

<sup>(21)</sup> ข่าวจากหนังสือพิมพ์ไทยรัฐ. 3 มีนาคม 2540, หน้า 10.

ฝากให้ตัวอ่อนที่ได้จากการโคลนนิ่งเจริญเติบโตในครรภ์ของสัตว์อีกตัวหนึ่ง ซึ่งไม่ใช่สัตว์เจ้าของเซลล์ สัตว์ตัวที่ 1 หรือเจ้าของไข่สัตว์ตัวที่ 2 ถือเป็นสัตว์ตัวที่ 3 ถ้านำมาเปรียบเทียบกับ การผสมเทียมแล้วสัตว์ตัวที่ 3 ทำหน้าที่รับเป็นผู้ตั้งครรรภ์จนคลอดลูกออกมาเทียบได้กับ หญิงอาสารับจ้างตั้งครรรภ์แทนหรือที่เราเรียกกันว่า "อุ้มบุญ" ดังนั้น การโคลนนิ่งเป็นการ โคลนนิ่งมนุษย์แล้วก็จะถือว่าการโคลนนิ่งจะต้องอาศัยการอาสารับจ้างตั้งครรรภ์โดยหญิงอื่น ซึ่งไม่ใช่เจ้าของไข่นำมาผสมเป็นตัวอ่อน

จากการประสบผลสำเร็จในการโคลนนิ่งพืชและสัตว์ ทำให้มนุษย์ต้องการที่จะ โคลนนิ่งมนุษย์ หรือต้องการที่จะทำสำเนามนุษย์ เพราะเดิมทีมนุษย์ถือว่าการทำให้เกิดคน ใหม่ที่มีหน้าตาตลอดจนมีทุกอย่างเหมือนต้นฉบับนั้น เป็นเรื่องในจินตนาการที่มนุษย์คิด และเขียนออกมาเป็นนวนิยายวิทยาศาสตร์ (Science Fiction) และจากนวนิยายดังกล่าว ได้มีการนำเอาแนวคิดจากการทำโคลนนิ่งพืช โคลนนิ่งสัตว์ และก้าวหน้าขึ้นมาจนถึงกับคิด ที่จะทำการโคลนนิ่งมนุษย์ให้ได้ตามจินตนาการเพียงแต่วิธีการและขั้นตอนในการโคลนนิ่ง กับในนวนิยายนั้นแตกต่างกันไป ซึ่งในนวนิยายมีการนำเอาศพมาเข้าไปในตู้อบแล้วเปิด กระแสไฟฟ้าช็อต ทำให้ศพกลายเป็นมนุษย์ขึ้นมาและต่อมามีการสร้างจินตนาการขั้นตอน การโคลนนิ่งที่มีการนำเอานิวเคลียสของไข่ออกไปแล้ว ก็จะเพาะเลี้ยงจนเป็นตัวอ่อนจากนั้น นำเอาไปฝังตัวในมดลูก ซึ่งอาจจะเป็นมดลูกเทียมหรือมดลูกของหญิงจริง ๆ ก็ได้ โดย ขั้นตอนจะทำให้มนุษย์ที่เกิดจากการโคลนนิ่งค่อยเจริญเติบโตจากเด็กจนกลายเป็นผู้ใหญ่<sup>(22)</sup> แต่จากนิยายต่างๆ เหล่านี้ก็ยังไม่มีการสามารถทำสำเนามนุษย์หรือทำการโคลนนิ่งมนุษย์ ออกมาแต่อย่างใด ซึ่งในความเป็นจริงในขณะนี้มีการโคลนนิ่งได้สำเร็จเฉพาะพืชและ สัตว์เท่านั้น โดยเฉพาะสัตว์การโคลนนิ่งแกะออกมาเหมือนต้นแบบก็ประสบผลสำเร็จโดยได้ แกะเพียง 1 ตัว จากแกะจำนวนมากถึง 277 ตัว ส่วนลิงก็ประสบผลสำเร็จได้มาเพียง 2 ตัว ในการทำการทดลองในครั้งแรกกับลิงนั้น ซึ่งจะเห็นได้ว่าความสำเร็จของการโคลนนิ่งนั้น ยัง ถือว่าค่อนข้างจะกระทำได้ออกมามีปริมาณน้อย กรรมวิธีในการทำก็ค่อนข้างละเอียด อ่อน และตัวอ่อนที่ได้ก่อนนำไปฝากให้เจริญเติบโตในมดลูกของสัตว์อีกตัวหนึ่ง ก็มักจะสลาย ลงหรือใช้ไม่ได้เสียก่อนนำไปฝากในมดลูก ดังนั้น การจะทำการโคลนนิ่งมนุษย์ จึงไม่ใช่เรื่องที่

<sup>(22)</sup> "การโคลนนิ่งกับผลกระทบด้านจริยธรรมและกฎหมาย." ภาควิชากฎหมายอาญาและ อาชญวิทยา. คณะนิติศาสตร์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. 2540, หน้า 67-69.

จะทำให้เกิดกันได้ง่าย ๆ ในขณะนี้ แต่ก็มีกระแสข่าวออกมาต่อต้านหลายประเทศ เพราะไม่เห็นด้วยหากจะมีการทำสำเนามนุษย์ โดยในแง่ของความคิดแล้ว หากมีการทำสำเนามนุษย์ หรือ โคลนนิ่งมนุษย์ขึ้นมาได้จริง ขั้นตอนและกระบวนการของการทำให้เกิดทารกโคลนนิ่ง ก็ จะกระทำเช่นเดียวกับการโคลนนิ่งแกะดอลลี่ ของ ดร. เอียน วิลมุต แห่งสถาบันรอสลินใน เอดิเนเบิร์ก สหราชอาณาจักร โดยทารกที่ได้ก็จะมีหน้าตาเหมือนต้นแบบที่ต้องการทุก ประการ ไม่ว่าจะเป็นรูปร่างหน้าตา กรุ๊ปเลือด DNA หรือแม้แต่ลายพิมพ์นิ้วมือ

จากความเหมือนกันมากของทารกที่โคลนนิ่งกับต้นแบบ ถ้ามีการทำการโคลนนิ่ง มนุษย์กันขึ้นจริง ความยุ่งยากและปัญหาทางกฎหมายก็ต้องเกิดขึ้นอย่างแน่นอน โดยเฉพาะหากมีการกระทำความผิดเกิดขึ้น เราจะทราบได้อย่างไรว่าใครเป็นคนกระทำ ยิ่งถ้ามีการทำสำเนามนุษย์จาก 1 คนให้มีโคลนนิ่งมา 4 – 5 คน แล้วเกิดมีการไปกระทำความผิด ทางอาญาเกิดขึ้น เช่น ฆ่าคนตาย ซึ่งมีความผิดตามประมวลกฎหมาย อาญาอันมีโทษทาง อาญานั้น กฎหมายจะลงโทษผู้กระทำความผิดได้อย่างไร ในเมื่อต้นแบบกับโคลนนิ่งอีก 4 – 5 คน นั้นมีรูปร่างหน้าตาที่เหมือนกัน นอกจากนั้นจะตรวจหาหลักฐานจากรอยนิ้วมือ DNA หรือกรุ๊ปเลือด ก็ไม่สามารถจะแยกได้ว่าเป็นของใคร เพราะเหมือนกันทุกคน กฎหมายจึงตั้ ยกประโยชน์แห่งความสงสัยให้แก่จำเลย เพราะจะลงโทษได้อย่างไร<sup>(23)</sup> นอกจากนั้นการ ทดลองโคลนนิ่งกับร่างกายมนุษย์ก็อาจจะมี ความผิดทางกฎหมายฐานทำร้ายร่างกาย แม้ผู้ เป็นต้นแบบจะยินยอมให้โคลนนิ่งก็ตาม ในแง่ของทางชีววิทยา ก็ถือว่าผิดแผกไปจากธรรมชาติ เพราะการให้กำเนิดมนุษย์จะต้องอาศัยเชื้อพันธุของฝ่ายชาย และไข่ของฝ่ายหญิง มา เป็นปัจจัยสำคัญในการก่อให้เกิดเป็นตัวอ่อนที่จะเจริญเติบโตมาเป็นทารก แต่การโคลนนิ่งไม่ มีการอาศัยเชื้อพันธุดังกล่าวมาเป็นปัจจัยโดยตรง อันถือเป็นการทำให้เกิดการเปลี่ยนแปลง ทางชีววิทยา ซึ่งเปลี่ยนแปลงของมนุษย์มาแพร่พันธุ์แบบเดียวกับสัตว์เซลล์เดียวต่าง ๆ

การทำโคลนนิ่ง ซึ่งเราถือว่าเป็นการผสมเทียมในวิธีการหนึ่ง เมื่อนำมาเปรียบ เทียบกับการผสมเทียมแบบอสาสมัครตั้งครรภ์แทน หรือรับจ้างตั้งครรภ์ หรือที่เราเรียกกัน ว่า “อุ้มบุญ” นั้น จะเห็นได้ว่าลักษณะของการทำโคลนนิ่งในสัตว์เช่นแกะดอลลี่ หรือวัว

<sup>(23)</sup> พรทิพย์ โรจนสุนันท์. “ความรู้เบื้องต้นเรื่อง DNA Fingerprint” การสัมมนาโครงการ การพิสูจน์ DNA : ทฤษฎีใหม่ในกระบวนการยุติธรรม. วิทยาลัยการยุติธรรม สำนักงานส่งเสริม งานตุลาการ. 25 มีนาคม 2540, หน้า 9-10.

มีขั้นตอน และกระบวนการต่าง ๆ มากมาย การทำโคลนนิ่งถ้าจะทำการโคลนนิ่งมนุษย์ก็จะต้องมีขั้นตอนและกระบวนการต่าง ๆ เหมือนกับการทำโคลนนิ่งสัตว์ ฉะนั้น ถ้าจะโคลนนิ่งมนุษย์ก็อาจจะโคลนนิ่งโดยใช้เซลล์เช่นเดียวกับโคลนนิ่งในแกะดอลลี่ หรือโคลนนิ่งโดยการนำเอาเซลล์ของตัวอ่อนทำ เช่นเดียวกับการทำโคลนนิ่งในลิง ถ้าเราจะเลือกการโคลนนิ่งมนุษย์โดยวิธีการใช้เซลล์เช่นเดียวกับโคลนนิ่งแกะดอลลี่ เราก็อาจจะใช้เซลล์จากเต้านมของหญิงที่อยู่ในวัยเจริญพันธุ์และกำลังตั้งครรภ์โดยการนำเอาเซลล์ที่ได้ซึ่งมี DNA อยู่ครบมาสกัดเอา DNA ออกไปแล้ว และนำเอา DNA ของเซลล์เต้านมที่เตรียมไว้มาทำการกระตุ้นด้วยกระแสไฟฟ้าอ่อน ๆ เพื่อให้เซลล์เกิดการรวมตัวกัน เมื่อเกิดการรวมตัวกันแล้วก็ทำการใช้กระแสไฟฟ้าอ่อน ๆ ต่อไปอีกเพื่อให้กลายเป็นตัวอ่อน จากนั้นก็นำเอาตัวอ่อนไปฝากเลี้ยงในมดลูกของหญิงอื่นที่ไม่ใช่หญิงสองคนแรก เราถือว่าหญิงคนตั้งครรภ์ที่ให้ตัวอ่อนอาศัยเจริญเติบโตจนกลายเป็นทารกคลอดออกมานั้น มีความเกี่ยวข้องกับทารกโดยการให้ตัวอ่อนซึ่งตนไม่ได้เกี่ยวข้องอะไรด้วย มาอาศัยมดลูกของตนเพื่อใช้เป็นที่เจริญเติบโต จากตัวอ่อนให้พัฒนาจนมีอวัยวะครบและเจริญเติบโตอยู่ในครรภ์จนครบกำหนดคลอดออกมาเป็นทารก ซึ่งจากวิธีการดังกล่าว เราจะเห็นได้ว่า การทำโคลนนิ่งมนุษย์การผสมเทียมโดยอาศัยหญิงรับจ้างตั้งครรภ์ เมื่อเปรียบเทียบแล้วจะมีการเข้ามาเกี่ยวข้องของหญิงอาสาตั้งครรภ์แทน หรือรับจ้างตั้งครรภ์ด้วยกันทั้ง 2 วิธีการ เพราะการโคลนนิ่งเมื่อกระทำโดยวิธีการต่าง ๆ จนได้ตัวอ่อนมาแล้ว ก็ต้องนำเอาตัวอ่อนที่ได้มาฝากให้อาศัยมดลูกของหญิงอื่น ซึ่งไม่ได้มีส่วนในการก่อให้เกิดตัวอ่อน ส่วนอุมบุญก็จะเป็นการนำเอาตัวอ่อนที่ได้จากการผสมเทียม โดยตัวอ่อนนั้นก็ไม่มีส่วนเกี่ยวข้อง กับหญิงอาสารับจ้างตั้งครรภ์ แต่อย่างใด เช่นเดียวกัน จึงทำให้เห็นว่าคุณลักษณะของการทำโคลนนิ่งมนุษย์กับอุมบุญมีลักษณะที่เหมือนกันตรงกันที่มีการนำเอาตัวอ่อนที่ได้มาทำการฉีดเข้าไปในมดลูกของหญิงที่อาสารับจ้างตั้งครรภ์โดยหญิงที่อาสารับจ้างตั้งครรภ์เกี่ยวข้องกับทารกที่เกิดมาทั้งสองวิธีการ นับแต่ได้ให้ตัวอ่อนเข้ามาอาศัยเจริญเติบโตจนครบกำหนดคลอดออกมาเป็นทารก

## 5. ปัญหาทางกฎหมายโดยทั่ว ๆ ไป

ในแง่ของความสัมพันธ์ในทางกฎหมาย เมื่อทั้งการโคลนนิ่งและอุมบุญจะทำให้เกิดทารกได้จะต้องอาศัยหญิงรับจ้างตั้งครรภ์ถือว่าหญิงรับจ้างตั้งครรภ์เป็นผู้ก่อให้เกิดชีวิตของทารก เมื่อทารกคลอดออกมาจากครรภ์ของหญิงรับจ้างตั้งครรภ์ จึงถือว่าหญิงรับจ้างตั้ง

กรรมเป็นมารดาของทารกที่เกิดจากโคลนนิ่งและเกิดจากการผสมเทียมโดยวิธีการอุ้มบุญ จึงต้องมีหน้าที่อุปการะเลี้ยงดูบุตรที่คลอดออกมานั้น และถือว่าเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1564 และมาตรา 1546 ส่วนตามความเป็นจริงทารกจะเกิดจากเซลล์ของใคร ไข่ของใครก็เรื่องของผู้สืบสันดานตามความเป็นจริง แต่ตามกฎหมายทั้งทารกที่เกิดจากวิธีการโคลนนิ่ง และเกิดจากวิธีการอุ้มบุญก็ต้องถือว่าเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของหญิงที่ตั้งครรภ์ดังกล่าว

ในปัจจุบันการทำโคลนนิ่งมนุษย์ยังไม่มีให้พบเห็นว่ามีใครสามารถทำได้สำเร็จ แต่การรับจ้างตั้งครรภ์แทนหรืออุ้มบุญนั้น ในปัจจุบันนี้มีแล้ว โดยเริ่มจากการอาสาตั้งครรภ์แทนโดยไม่หวังผลตอบแทน มักจะเป็นการตั้งครรภ์แทนในหมู่ญาติพี่น้อง ส่วนการรับจ้างตั้งครรภ์แทนในประเทศไทยเรายังไม่มีตัวอย่างออกมาให้เห็น เมื่อพิจารณาทั้งลักษณะของการให้กำเนิดมนุษย์แบบโคลนนิ่งและอุ้มบุญแล้ว ทำให้เกิดแง่คิดในทางต่าง ๆ หลายประการ นับจากทางด้านจริยธรรม จะเห็นว่าอาจก่อให้เกิดปัญหาครอบครัว และกลายเป็นปัญหาต่อสังคมได้ ซึ่งการรับจ้างตั้งครรภ์ทำให้มองดูเสมือนหญิงใช้มดลูกของตนเป็นเครื่องมือในการหารายได้ โดยมีชีวิตของทารกในครรภ์หรือในมดลูกของตน เป็นตัวกำหนดรายได้ทำให้การตั้งครรภ์นั้น หญิงจะไม่ค่อยผูกพันกับทารกที่ตนให้อาศัยเจริญเติบโตมาถึง 9 เดือน เพราะตนกระทำตามสัญญาหรือข้อตกลงอันเป็นสัญญาจ้างถือเป็นการตั้งครรภ์เชิงพาณิชย์ ไม่ใช่การต้องการให้กำเนิดบุตรอันเป็นสายโลหิตของตนเอง ส่วนทารกที่จะเกิดความสับสนในสถานะของตนเอง ความผูกพันรักใคร่บิดามารดาก็สับสนว่าใครกันแน่เป็นบิดามารดาของตน และหากการตั้งครรภ์เกิดทำให้ทารกคลอดออกมาพิการ ปัญหาความไม่ต้องการทารกก็อาจเกิดขึ้นได้ ผู้ว่าจ้างอาจจะไม่ต้องการทารกเพราะพิการ หรือหญิงรับจ้างตั้งครรภ์เองก็ไม่ต้องการทารกที่คลอดเช่นกัน จึงกลายเป็นปัญหาทางสังคมที่รัฐต้องให้ความช่วยเหลือ<sup>(24)</sup> หรืออาจจะเกิดกรณีการที่ทารกคลอดออกมาแล้วมีสุขภาพดีน่ารักผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์มาขอรับทารกไปเลี้ยงดู และไปทำการแจ้งเกิดว่าเด็กนั้นเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของตน โดยเฉพาะภริยาของผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์นั้น มีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาฐานแจ้งความเท็จต่อเจ้า

<sup>(24)</sup> อภิวรรณ อินศร. "ปัญหาทางกฎหมายและจริยธรรมของเด็กที่เกิดจากการผสมเทียม." ภาควิชากฎหมายอาญาและอาญาวิทยา. คณะนิติศาสตร์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. 2540, หน้า 20-22.

พนักงานและฐานแจ้งให้เจ้าพนักงานจัดซื้อความอันเป็นเท็จลงในเอกสารราชการ ตาม ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 137 และมาตรา 267 ด้วย เพราะแม้ภริยาผู้ว่าจ้างจะเป็นเจ้าของไซท์ที่ก่อให้เกิดเป็นตัวอ่อน แต่ตามกฎหมายไทยเราถือว่า ทารกคลอดจากใครคนนั้นถือเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของทารกที่ตนคลอด<sup>(25)</sup> โดยไม่คำนึงว่าผู้คลอดนั้นจะเป็นเจ้าของไซท์ที่ก่อให้เกิดตัวอ่อนขึ้นมาหรือไม่ ดังนั้นหญิงรับจ้างตั้งครรภ์ จึงถือเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของทารกที่ตนรับจ้างตั้งครรภ์ ส่วนภริยาของผู้ว่าจ้างถ้าต้องการจะเป็นมารดาของทารก ก็เป็นได้เพียงมารดาบุญธรรมของทารกเท่านั้น จึงเห็นได้ว่า การรับจ้างตั้งครรภ์หากปล่อยให้มีการกระทำได้แล้ว ย่อมจะก่อให้เกิดปัญหาขึ้นมาได้หลายประการ ทั้งทางด้านจริยธรรม ทางสังคมและทางด้านกฎหมายดังกล่าวมาแล้ว อีกทั้งถือเป็นการสนับสนุนให้มีซื้อขายทารกกัน คือ เมื่อใครต้องการมีบุตรไม่ว่าจะเป็นคนโสดหรือสมรสแล้ว และประสบปัญหาของความบกพร่องของอวัยวะสืบพันธุ์ ก็ใช้เงินซื้อเชื้อพันธุ์ ไซท์ไข่และจ้างให้ทำการผสมจนกลายเป็นตัวอ่อน เมื่อได้ตัวอ่อนมาก็จ้างหญิงให้ตั้งครรภ์แทนภริยาของตน ซึ่งทุกขั้นตอนมีการซื้อขายเข้ามาเกี่ยวข้องได้ทั้งหมด เมื่อยินยอมให้มีการซื้อขายดังกล่าว ก็ต้องถือว่า ทารกที่เกิดมาไม่ได้เกิดจากความสมัครใจใคร่ของบิดามารดา แต่เกิดจากการซื้อขายกันจนทำให้กำเนิดเป็นทารก<sup>(26)</sup> เมื่อเป็นเช่นนี้ศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ก็จะหายไป และความรักความผูกพันซึ่งกันและกันระหว่างบิดามารดากับบุตรก็อาจจะไม่มีด้วยเช่นกัน การงดเว้นการทำหน้าที่ของบิดามารดาตามกฎหมาย การล่องละเมิดทางเพศแก่บุตร ก็อาจจะเกิดตามมาได้เช่นกัน จึงควรที่กฎหมายจะให้ความสำคัญกับการรับจ้างตั้งครรภ์ หรือ “อุ้มบุญ” ให้มาก ตลอดจนหาทางป้องกันไม่ให้เกิดการคิดทดลองทำสำเนามนุษย์หรือโคลนนิ่งมนุษย์ เพื่อรักษาการให้กำเนิดทารกตามธรรมชาติ และหากจะมีการยินยอมให้มีการผสมเทียมก็ควรที่จะกำหนดขอบเขตและมีกฎหมายออกมาบังคับใช้ให้รัดกุมและครอบคลุมให้มากที่สุดเท่าที่จะทำได้ และมีการกำหนดว่าจะให้มีการผสมเทียมโดยวิธีการใดได้บ้างให้ชัดเจน

<sup>(25)</sup> ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ. “ปัญหาการให้กำเนิดและการทำแท้ง.” วารสารนิติศาสตร์. ปีที่ 25, ฉบับที่ 2 มิถุนายน 2538. หน้า 29.

<sup>(26)</sup> ประสพสุข บุญเดช. “การปฏิสนธิเทียมยุคโลกาภิวัตน์.” บทบัณฑิตย. เล่ม 51. ตอน 4. ธันวาคม 2538. หน้า 189-190.

เกิดผลอันหนึ่งอันใดขึ้นโดยงดเว้นการที่จักต้องกระทำเพื่อป้องกันผลนั้นด้วย การที่ข้อสันนิษฐานของกฎหมายให้ถือว่าทารกเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของหญิงรับตั้งครรภ์เมื่อหญิงไม่เลี้ยงดูก็ถือว่ามีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 59 วรรคท้าย จึงถือว่าเป็นการนำเอาข้อสันนิษฐานของกฎหมายให้มาเป็นผลร้ายแก่หญิงรับจ้างตั้งครรภ์ ถือเป็นการนำเอากฎหมายในส่วนที่ไม่เป็นคุณมาบังคับใช้กฎหมายอาญา ศาลต้องใช้กฎหมายในส่วนที่เป็นคุณบังคับแก่คดี ไม่ใช่ไม่ได้เพราะไม่ใช่เป็นเรื่องดุลพินิจ<sup>(27)</sup>

ผลของการผสมเทียมดังกล่าวจึงมีผลเกี่ยวกับการใช้กฎหมายมาบังคับใช้ ขณะนี้เรื่องดังกล่าวอาจจะเป็นเพียงข้อสันนิษฐาน แต่ในอนาคตอันใกล้อาจกลายเป็นความจริงขึ้นมาได้และเมื่อนั้นความยุ่งยากในการนำกฎหมายออกมาบังคับใช้ก็จะเกิดขึ้น ทำให้ต้องกลับมาพิจารณากันอีกครั้งว่าการออกกฎหมายมาบังคับใช้นั้นเพื่ออะไร เพื่อมาบังคับใช้ด้วยวัตถุประสงค์จะรักษาชาติพันธุ์หรือไม่ ซึ่งผลของการบังคับใช้ไม่ว่าจะเป็นไปในทางใดก็ต้องให้ชัดเจน โดยเฉพาะการผสมเทียมกับการใช้กฎหมายอาญาต้องการความกระจ่างในการบังคับใช้ เพราะผลของกฎหมายอาญาต่างกับกฎหมายแพ่ง โทษที่จะลงแก่บุคคลในทางอาญาเป็นการลงโทษซึ่งมีผลกระทบต่อชีวิต ร่างกายของผู้ถูกลงโทษ ซึ่งถือว่ามีความรุนแรงกว่าโทษทางกฎหมายแพ่ง จึงต้องศึกษาและพิจารณาถึงบทกฎหมายที่จะนำมาใช้บังคับให้แน่นอนและชัดเจน และควรที่จะให้สอดคล้องกับความเจริญทางเทคโนโลยีในด้านการให้กำเนิดมนุษย์โดยวิธีการผสมเทียมนับว่าเป็นทางเลือกและทางออกประการหนึ่งของคู่สมรสที่ไม่สามารถจะมีบุตรได้ด้วยวิธีตามธรรมชาติและในประเทศไทยเราก็ได้ให้กำเนิดทารกที่เกิดจากการผสมเทียมด้วยวิธีการต่างๆ เป็นจำนวนมากโดยอาศัยเทคโนโลยีใหม่ ๆ เข้ามาช่วยในการผสมเทียมดังกล่าว การให้กำเนิดบุตรฝาแฝด รวมถึงการเลือกเพศบุตรในประเทศไทย เราก็ใช้เทคโนโลยีกระทำได้และประสบผลสำเร็จมาแล้วมากมาย

เมื่อชายหญิงหรือสามีภริยาคู่ใดก็ตามได้ให้กำเนิดบุตรขึ้นมา หากเป็นการให้กำเนิดโดยวิธีการธรรมชาติ คือ ทารกหรือบุตรนั้นเกิดจากไข่และอสุจิของสามีภริยาเจ้าของเชื้อโดยตรงโดยวิธีการให้กำเนิดตามแบบธรรมชาติไม่พึ่งพาการผสมเทียม ปัญหาต่างๆ ก็

<sup>(27)</sup> คำพิพากษาฎีกา 199-200/2516. สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา. 2516, หน้า 251.

ที่สุด เพื่อไม่ให้อาศัยความเจริญทางเทคโนโลยีมาคิดค้นวิธีการให้กำเนิดที่พิศดารขึ้นไปกว่านี้  
อีก

ผลที่ตามมาของการรักษาชาติพันธุ์ของมนุษย์ไม่ว่าจะเป็นแบบใด ประการที่  
สำคัญที่ควรจะต้องตระหนักก็คือภาระหน้าที่ของความเป็นบิดามารดากับบุตร นับจากทารก  
คลอดออกมาและมีชีวิตรอด ภาระหน้าที่ย่อมเกิดติดตามมาในทันที กรณีทารกเกิดจากการ  
ผสมเทียมของเจ้าของอสุจิและไข่ซึ่งเป็นสามีภริยากันปัญหาย่อมไม่เกิดเพราะบิดามารดา  
ย่อมมีภาระหน้าที่ในการเลี้ยงดูบุตรของตนอยู่แล้ว อันเป็นไปตามหลักทั่วไปของกฎหมายแต่  
ละประเทศรวมทั้งประเทศไทย แต่หากกรณีที่ทารกเกิดจากตัวอ่อนของสามีภริยาคนหนึ่งซึ่งนำ  
ไปฝากหญิงรับจ้างตั้งครรภ์เพื่อให้ตัวอ่อนเจริญเติบโตในมดลูกของหญิงรับจ้างตั้งครรภ์นั้น  
เมื่อทารกคลอดออกมาและมีชีวิต ภาระหน้าที่ในการเลี้ยงดูทารกนั้นจะตกกับใคร ถ้าหญิงรับ  
จ้างตั้งครรภ์ต้องการเพียงรับจ้างตั้งครรภ์แต่ไม่ต้องการเลี้ยงดูทารกหรือสามีภริยาเจ้าของตัว  
อ่อนตายลงก่อนหญิงรับจ้างตั้งครรภ์จะคลอดทารก โดยสามีภริยาเจ้าของตัวอ่อนไม่มีญาติ  
พี่น้อง ปัญหาย่อมเกิดขึ้นได้ กรณีดังกล่าวใครจะเป็นผู้ที่มีภาระหน้าที่ต้องเลี้ยงดูทารกซึ่ง  
เกิดจากการผสมเทียม ซึ่งในปัจจุบันกฎหมายของไทยเรายังไม่มีออกมาบังคับใช้โดยตรง คง  
จะมีแต่เพียงบทให้สันนิษฐานซึ่งใช้กับทารก ซึ่งเกิดจากการให้กำเนิดโดยวิธีธรรมชาติเท่านั้น  
คือ ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1536 ว่า เด็กเกิดแต่หญิงขณะเป็นภริยา  
ชายหรือภายในสามร้อยสิบวันนับแต่วันที่การสมรสสิ้นสุดลง ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นบุตร  
ชอบด้วยกฎหมายของชายผู้เป็นสามี หรือเคยเป็นสามี แล้วแต่กรณี หรือแม้แต่กฎหมายบาง  
มาตราก็ให้ความคุ้มครองเด็กโดยให้บทสันนิษฐานไว้ว่า เด็กเกิดจากหญิงที่มีได้มีการสมรส  
กับชายให้ถือว่าเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของหญิงนั้น ซึ่งก็ล้วนแต่เป็นบทของกฎหมายที่  
เป็นข้อสันนิษฐาน อันนำมาใช้กับเด็กหรือทารก ซึ่งเกิดจากวิธีการให้กำเนิดตามธรรมชาติ  
หากเรานำข้อสันนิษฐานของกฎหมายดังกล่าวมาใช้กับหญิงที่รับจ้างตั้งครรภ์กรณีนี้  
กฎหมายก็จะถือว่าทารกดังกล่าวเป็นบุตรของหญิงรับจ้างตั้งครรภ์ ทำให้หญิงรับจ้างตั้งครรภ์  
มีภาระหน้าที่ต้องเลี้ยงดูทารกนั้น หากหญิงรับจ้างตั้งครรภ์ไม่ยอมเลี้ยงดูทารกดังกล่าวด้วย  
เหตุผลคือ ไม่ใช่สายโลหิตอันเกิดจากไข่ของตน แต่โดยข้อสันนิษฐานของกฎหมายดังกล่าว  
ทำให้เมื่อหญิงรับจ้างไม่เลี้ยงดูทารกซึ่งมีหน้าที่ตามมาตรา 59 วรรคท้าย แห่งประมวล  
กฎหมายอาญา ซึ่งในบทมาตรา 59 วรรคท้าย ถือว่าการกระทำหมายความรวมถึงการทำให้



ไม่เกิดขึ้น เพราะความเป็นบิดามารดากับบุตรกรณีเช่นนี้ ทุกประเทศรวมทั้งประเทศไทยเรามีกฎหมายรองรับสิทธิและหน้าที่ของความเป็นบิดามารดากับบุตรเอาไว้แล้ว โดยนับแต่ทารกคลอดออกมาแล้วอยู่รอดเป็นทารก สิทธิและหน้าที่ของมารดา เกิดขึ้นทันที โดยกฎหมายถือว่าทารกที่หญิงนั้นคลอดออกมาเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของชายผู้เป็นสามีหรือเคยเป็นสามีของหญิงที่คลอดทารก หากทารกเกิดขณะหญิงนั้นเป็นภริยาชายภายในสามร้อยสิบวันนับตั้งแต่วันที่การสมรสสิ้นสุดลง ซึ่งในประเทศไทยเราก็ได้กำหนดสิทธิและหน้าที่ดังกล่าวไว้ไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ด้วยเช่นกัน ด้วยผลของกฎหมายจึงทำให้เกิดสิทธิและหน้าที่ ซึ่งสิทธิและหน้าที่ที่ทารกได้รับจากบิดามารดา คือภาระและหน้าที่ หญิงผู้เป็นมารดามีหน้าที่ที่จะต้องเลี้ยงดูบุตร ดูแลบุตรของตน หากเป็นกรณีหญิงผู้เป็นมารดาละเลยหน้าที่หรืองดเว้นการดูแลทารกหรือบุตร ซึ่งตนคลอดออกมา กฎหมายก็ให้การคุ้มครองสิทธิของบุตรโดยการกำหนดโทษมารดาซึ่งละเว้นไม่เลี้ยงดูบุตร ปล่อยให้อดอาหารหรือถึงแก่ความตายไว้ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 59 วรรคท้าย อันถือได้ว่า เป็นการคุ้มครองสิทธิของบุตร โดยการกำหนดสิทธิและหน้าที่เอาไว้อย่างชัดเจนภายใต้กฎหมายอาญา

ส่วนการผสมเทียมสิทธิและหน้าที่ของบิดามารดา ในประเทศไทยเรายังไม่มีกฎหมาย กำหนดเอาไว้โดยเฉพาะเจาะจงต้องอาศัยการตีความ ปัญหาจากผลของการผสมเทียมกรณีเกี่ยวกับสิทธิและหน้าที่ของความเป็นบิดามารดากับบุตร ถ้าเป็นปัญหาประการหนึ่งซึ่งอาจจะเกิดขึ้นได้ โดยเฉพาะความเจริญก้าวหน้าทางเทคโนโลยีของการผสมเทียมในปัจจุบันซึ่งสามีภริยาต้องการจะมีบุตรไว้สืบสกุล แต่ภริยาสุขภาพไม่ดีจึงไม่สามารถตั้งครรภ์เองได้ จึงเกิดกรณี "อุ้มบุญ" ขึ้น ด้วยการที่หญิงอีกคนหนึ่งอาสารับจ้างตั้งครรภ์แทนภริยา โดยการนำเอาเชื้ออสุจิและไข่ของสามีภริยาคู่นั้นมาผสมจนเป็นตัวอ่อนแล้วนำตัวอ่อนเข้าไปฝากเลี้ยงให้เจริญเติบโตโดยอาศัยมดลูกของหญิงรับจ้างตั้งครรภ์ดังกล่าว การรับจ้างตั้งครรภ์หรืออุ้มบุญดังกล่าวนั้นยังไม่มีกฎหมายห้ามกระทำ จึงถือว่าเป็นสิทธิที่จะกระทำได้ เพราะเป็นเรื่องของสิทธิในเนื้อตัวหรือสิทธิในร่างกายของหญิงรับจ้างที่จะกระทำการรับจ้างตั้งครรภ์หรือกระทำการใด ๆ ก็ได้ การตั้งครรภ์แทนหญิงรับจ้างตั้งครรภ์ประกอบด้วย 3 ประการคือ

ประการแรก การตั้งครรภ์แทนหรือรับจ้างตั้งครรภ์ต้องเป็นกระบวนการที่เกิดขึ้นมาจากการผสมเทียม จากตัวอ่อนของสามีภริยาผู้ว่าจ้างให้ตั้งครรภ์แทนภริยาตน

ประการที่สอง เมื่อคลอดบุตรออกมาหญิงรับจ้างตั้งครรภ์หรือตั้งครรภ์แทนจะต้องยกทารกนั้นให้กับบุคคลอื่น ซึ่งก็คือสามีภริยาเจ้าของตัวอ่อน

ประการที่สาม บุตรที่หญิงรับจ้างตั้งครรภ์คลอดออกมาจะต้องยกให้กับผู้มีส่วนได้เสียในบุตรนั้น ซึ่งอาจจะเป็นเพียงเจ้าของไข่ หรือเจ้าของอสุจิ หรือเจ้าของตัวอ่อน แล้วแต่กรณี

ซึ่งทั้ง 3 ประการ ถือเป็นเรื่องของการรับจ้างตั้งครรภ์ หรือตั้งครรภ์แทนหรือที่ชาวบ้านเรียกกันว่า "อุ้มบุญ"<sup>(28)</sup>

หากพิจารณากันตามความเป็นจริงแล้วความผูกพันของหญิงรับจ้างตั้งครรภ์กับทารกนั้น มีเพียงความผูกพันเฉพาะขณะที่ทารกยังอยู่ในมดลูกของหญิงรับจ้างตั้งครรภ์ อาศัยเจริญเติบโตจนคลอดออกมาเป็นทารกตามกำหนดระยะเวลาคลอดเท่านั้น เพราะถามว่าตัวอ่อนที่อยู่ในครรภ์ของหญิงรับจ้างตั้งครรภ์นั้นเกี่ยวข้องกับอย่างไรทางสายโลหิตกับหญิงรับจ้างตั้งครรภ์หรือไม่คำตอบก็คือ ไม่ได้เกี่ยวข้องกับอย่างไรทางสายโลหิตของหญิงรับจ้างตั้งครรภ์เลย แต่ตัวอ่อนเกิดจากเชื้ออสุจิและไข่ของสามีภริยาที่ตนรับจ้างตั้งครรภ์หรือจะอาสาตั้งครรภ์แทนโดยไม่คิดค่าตอบแทนก็ตาม หากได้เกิดจากไข่ของหญิงรับจ้างตั้งครรภ์แทนไม่เพราะถ้าเกิดจากไข่ของหญิงรับจ้างตั้งครรภ์แล้วตัวอ่อนที่นำกลับเข้าไปให้เจริญเติบโตในมดลูกก็ย่อมจะเป็นสายโลหิตโดยตรงของหญิงรับจ้างตั้งครรภ์ การตั้งครรภ์แทนก็จะขาดองค์ประกอบไปเพราะตัวอ่อนนั้นเกิดจากไข่ของหญิงรับจ้างตั้งครรภ์เอง ดังนั้นเมื่อพิจารณาแล้วว่าบุตรหรือทารกที่หญิงรับจ้างตั้งครรภ์คลอดออกมาไม่มีส่วนใดเกี่ยวข้องกับสายโลหิตกับหญิงรับจ้างตั้งครรภ์แล้ว ปัญหาว่าสิทธิที่บุตรหรือทารกจะได้รับการเลี้ยงดูเอาใจใส่ให้เจริญเติบโตต่อไปเมื่อคลอดออกมาแล้วตกแก่ใคร การเลี้ยงดู เอาใจใส่ให้เจริญเติบโตต่อไปเมื่อคลอดออกมาแล้วตกแก่ใคร หากระหว่างตั้งครรภ์ได้ 4-5 เดือน สามีภริยาผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์เกิดผิดสัญญาที่ให้ไว้กับหญิงรับจ้างตั้งครรภ์อาจจะโดยการไม่ชำระเงินค่าว่าจ้างเป็นงวดให้แก่หญิงรับจ้างตั้งครรภ์ หรือ สามีภริยาดังกล่าวไม่ประสงค์จะได้เด็กที่เกิดจากการนำตัวอ่อนมาจ้างตั้งครรภ์ หรือสามีภริยาเกิดถึงแก่ความตายโดยไม่มีญาติพี่น้องที่ไหนเลย หากเป็น

<sup>(28)</sup> ประสพสุข บุญเดช. "อุ้มบุญ." วารสารกฎหมายสุขภาพธรรมรักษา. ปีที่ 5, ฉบับที่ 2. ธันวาคม. 2536. หน้า 26.

กรณีนี้หญิงรับจ้างตั้งครรภ์จึงใจทำให้ตนแท้งเพื่อให้ทารกที่ตนอุ้มท้องแทนมา 4-5 เดือน ได้เจริญเติบโตต่อไป กรณีนี้หญิงรับจ้างตั้งครรภ์จะมีความผิดกฎหมายอาญาฐานทำแท้งหรือไม่ หรือกรณีทารกคลอดออกมาแล้วสามีภริยาผู้ว่าจ้างให้หญิงรับจ้างตั้งครรภ์แทน ไม่ได้มารับทารกไปไม่ว่าด้วยเหตุใดๆ แล้วหญิงรับจ้างตั้งครรภ์ไม่ยอมเลี้ยงดูทารกดังกล่าว เพราะถือว่าตนปฏิบัติตามสัญญาจนครบถ้วนแล้ว จึงไม่เลี้ยงดูทารก ทำให้ทารกถึงแก่ความตายเพราะขาดอาหาร หรือน้ำ ภายหลังจากที่คลอดออกมาแล้ว กรณีนี้หญิงรับจ้างตั้งครรภ์จะมีความผิดตามกฎหมายอาญา มาตรา 59 วรรคท้ายหรือไม่

ปัญหาดังกล่าวไม่ใช่ว่าจะไม่เกิดขึ้น ความเป็นไปได้ในการเกิดขึ้นนั้นย่อมจะมีได้ในอนาคตอันใกล้นี้เพราะความไม่แน่นอนของชีวิตของผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์ หรือสภาวะเศรษฐกิจรอบด้าน ตลอดจนปัจจัยต่าง ๆ ก็อาจจะเกิดขึ้นได้ ปัญหาว่า เมื่อเกิดกรณีดังกล่าวขึ้นแล้วเราจะนำเอากฎหมายใดมาเป็นมาตรฐานในการคุ้มครองสิทธิและหน้าที่ดังกล่าวระหว่างบิดามารดากับบุตร ในกรณีที่จะเกิดขึ้นนี้ จากนวัตกรรมของความเจริญทางเทคโนโลยีกับการผสมเทียมที่พัฒนารูปแบบและวิธีการเพิ่มขึ้นมากมายหลากหลาย การกำหนดให้มีกฎหมายมารองรับให้เหมาะสมกับนวัตกรรมใหม่ ๆ ที่มีผลต่อการให้กำเนิดจึงเป็นเรื่องสำคัญ เพราะเมื่อมีการให้กำเนิดออกมาแล้ว ภาระหน้าที่ในการเลี้ยงดู ปกป้องบุตรก็ควรที่จะได้มีการกำหนดให้ชัดเจน ซึ่งนับจากนี้ต่อไปผู้เป็นเจ้าของเชื้อพันธุ์ เจ้าของไข่ หรือเจ้าของตัวอ่อนตามความเป็นจริง ก็อาจจะไม่ได้เป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายเหมือนแต่เดิมอีกต่อไป เราจึงควรที่จะศึกษาถึงวิธีการของการผสมเทียมหลากหลายวิธีดังกล่าวที่มีผลมาถึง การกำหนดความเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของบุตรที่เกิดจากการผสมเทียมดังกล่าว นั้นด้วย

## บทที่ 3

### การผสมเทียมในต่างประเทศกับผลในทางกฎหมาย

การผสมเทียมที่เริ่มจากการให้กำเนิดทารกโดยไม่เป็นไปตามธรรมเนียมประเพณีที่ยอมรับกันมาแต่เดิมจึงนำมาซึ่งปัญหาทางกฎหมาย ดังนั้นในบทนี้จึงจะได้กล่าวถึงประเด็นที่เกี่ยวข้อง 2 ประเด็นด้วยกันคือ 1. วิธีการผสมเทียมแบบต่าง ๆ และ 2. ปัญหากฎหมายในต่างประเทศกับวิธีการของการผสมเทียม

#### 1. วิธีการผสมเทียมแบบต่าง ๆ

การผสมเทียมไม่ว่าจะให้กำเนิดทารกด้วยวิธีใด กระบวนการที่จะต้องเกิดขึ้นอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ก็คือ การปฏิสนธิ (Fertilization) ซึ่งก็คือมีการรวมตัวกันของเชื้ออสุจิ (Sperm) กับไข่ (Ovum) มาเป็นเซลล์เดียวกันจนกลายเป็นตัวอ่อน (Embryo) แล้วตัวอ่อนนั้นเจริญเติบโตจนกลายเป็นทารก (Fetus) ต่อไป<sup>(1)</sup>

วิธีการผสมเทียมที่สำคัญมีด้วยกัน 4 วิธีการคือ (1) แบบใช้เชื้อพันธุ์ของสามี (Artificial Insemination Husband) หรือที่เรียกกันโดยย่อว่า AIH (2) แบบใช้เชื้อพันธุ์ของชายอื่น (Artificial Insemination Donor) หรือที่เรียกกันโดยย่อว่า AID (3) แบบปฏิสนธิในหลอดทดลองหรือการย้ายตัวอ่อน (In Vitro Fertilization and Embryo Transfer) หรือที่เรียกโดยย่อว่า IVF and ET (4) แบบใช้เชื้อพันธุ์ของสามีฉีดเข้าไปในมดลูกหญิงอื่น (Serrogate Motherhood)

1.1 แบบใช้เชื้อพันธุ์ของสามี (Artificial Insemination Husband) วิธีการนี้บางทีก็เรียกกันโดยย่อว่า AIH คือเป็นกรรมวิธีแรกที่ใช้ในการผสมเทียม ในการผสมเทียมแบบ AIH จะทำการผสมเทียมโดยใช้น้ำอสุจิของสามีหญิงนั้นมาทำการฉีดเข้าไปในมดลูก

---

<sup>(1)</sup> อเนก อารีพรรค และสุวิทนา อารีพรรค . "เรียนรู้เรื่องเพศ" จุฬาลงกรณ์เวชสาร. 2525, หน้า 25.

ของภริยา เพื่อให้ตัวอสุจิเข้าไปรวมตัวกับไข่ของภริยาจนกลายเป็นตัวอ่อนแล้วเกิดปฏิสนธิจนกลายเป็นทารก<sup>(2)</sup> วิธีการแบบ AIH นี้นำมาใช้รักษาคู่สามีภริยาที่มีปัญหาในการให้กำเนิดบุตรตามธรรมชาติ เช่น ความผิดปกติของอวัยวะเพศหรือระบบภายในอวัยวะเพศไม่ปกติ โดยอาจจะเกิดจากทางร่างกายของสามีที่เป็นมาแต่กำเนิด หรือเกิดจากอุบัติเหตุทำให้ไม่สามารถมีบุตรได้โดยวิธีการธรรมชาติ นอกจากนี้รักษาคู่สามีภริยาดังกล่าวให้สามารถมีบุตรได้แล้ว วิธีการแบบ AIH ยังสามารถช่วยให้สามีภริยาที่ไม่มีโอกาสหรือไม่มีเวลาได้อยู่ร่วมกันอย่างปกติสุข หรือต้องไปรับราชการทหารอยู่ห่างไกลบ้าน ซึ่งเคยใช้วิธีการแบบ AIH มาแล้ว โดยระหว่างที่เกิดสงครามโลกครั้งที่ 2 ทหารอเมริกันถูกเกณฑ์ให้ต้องออกไปรบยังต่างประเทศซึ่งไกลถึงแปซิฟิก ทำให้ไม่สามารถจะอยู่ร่วมกันกับภริยาได้อย่างปกติสุขเป็นเวลานานนับปี และสงครามก็ไม่อาจจะตอบได้ว่า ทหารเหล่านั้นคนใดจะรอดชีวิตกลับมาหาครอบครัวของตนหรือไม่ วิธีการแก้ไขที่จะไม่ให้ครอบครัวของทหารเหล่านั้นต้องสูญเสียผู้ดูแลโดยการทำทาสไวกิ้ง จึงมีการนำเอาวิธีแบบ AIH มาใช้ โดยการให้ทหารเหล่านั้นหลั่งน้ำอสุจิของตน แล้วบรรจุแช่แข็งลงในที่เก็บรักษาส่งกลับมายังสหรัฐอเมริกาโดยทางเมลล์อากาศ เพื่อนำน้ำอสุจิแช่แข็งเหล่านั้นมาทำการฉีดเข้าไปในมดลูกของภริยาของตนเพื่อให้เกิดการตั้งครรภ์ วิธีการนี้มีทหารอเมริกันนิยมทำกันมากถึงประมาณ 10,000-20,000 ราย<sup>(3)</sup>

การผสมเทียมแบบวิธีการ AIH หรือวิธีการที่ใส่เชื้อพันธุ์ของสามี ถือเป็นวิธีการของการผสมเทียมที่ได้รับความเห็นชอบและความร่วมมือกันระหว่างสามีภริยาเชื้อพันธุ์ตามวิธีการของการผสมเทียมที่ได้รับการความเห็นชอบและความร่วมมือกันระหว่างสามีภริยาเชื้อพันธุ์ตามแบบวิธีการ AIH นี้ จะไม่มีการใช้เชื้อพันธุ์ของชายอื่น จึงไม่มีบุคคลอื่นเข้ามาเกี่ยวข้องในทางชีวปัจจัยของการให้กำเนิดทารกมีแต่เพียงเชื้อพันธุ์ของสามีและไข่ของภริยาตนเท่านั้น

<sup>(2)</sup> วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์. "สัญญาเช่ามดลูก?" . วารสารอัยการ.ปีที่ 10 , ฉบับที่ 110 . กุมภาพันธ์ 2530, หน้า 20.

<sup>(3)</sup> วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์. "การผสมเทียมกับกฎหมาย." บทบัณฑิตย, เล่ม 44, ตอน 2. 2531. หน้า 55.

**1.2 แบบใช้เชื้อพันธุ์ของชายอื่น (Artificial Insemination Donor) วิธีนี้เรียก**  
โดยย่อว่า AID การผสมเทียมแบบวิธีบางครั้งก็เรียกกันว่า Artificial Heterologous Insemination แต่เรามักนิยมเรียกแบบ Artificial Insemination Donor มากกว่า วิธีการผสมเทียมแบบ AID นี้ได้มีการนำเอาแนวความคิดของวิธีการแบบ AIH มาพัฒนาขึ้นเพื่อคิดค้นรูปแบบใหม่ของการผสมเทียมเพื่อใช้รักษาคู่สมรสที่อยากจะมีบุตร แต่ไม่สามารถมีบุตรได้ เพราะสามีของตนเองเป็นหมัน มีปริมาณของตัวอสุจิน้อยเกินไปจนถึงไม่มีปริมาณของตัวอสุจิเลย นอกจากนี้อาจจะเกิดจากกรณีสามีมีโรคที่สามารถถ่ายทอดมาจากทางพันธุกรรมไปสู่ทารกที่รับเชื้ออสุจิของตน หรือกรณีอาจจะไม่ได้เกิดจากฝ่ายสามี แต่สาเหตุเกิดจากฝ่ายภริยามีภูมิต้านทานต่อตัวอสุจิของสามีจนไม่สามารถจะรวมตัวกันเป็นตัวอ่อนได้ หรืออาจจะเกิดจากทั้งสามีและภริยา โดยเกิดจากการได้รับอุบัติเหตุจนทำให้ระบบการสืบพันธุ์ผิดปกติหรือใช้การไม่ได้ ซึ่งสาเหตุเหล่านี้ล้วนทำให้สามีภริยาไม่สามารถจะมีบุตรไว้สืบสกุลได้ วิธีการแก้ไขจึงต้องใช้วิธีการแบบ AID มารักษา โดยการนำเอาเชื้อพันธุ์ของชายอื่นมาทดแทน ซึ่งการได้มาของเชื้อพันธุ์ของชายอื่น อาจจะได้มาจากการรับบริจาคจากชายที่รู้จักในหมู่เครือญาติ หรืออาจจะได้รับมาจากศูนย์บริจาคเชื้อพันธุ์ ในการรับบริจาคมาจากศูนย์บริจาคเชื้อพันธุ์ โดยมากจะปกปิดชื่อของผู้บริจาคเพื่อป้องกันการเกิดปัญหาทางครอบครัวของผู้บริจาค เมื่อได้เชื้อพันธุ์ของชายอื่นมาแล้วก็นำเอาเชื้อพันธุ์นั้นมาผสมกับไข่ของภริยาจนกลายเป็นตัวอ่อน และเติบโตเป็นทารกในครรภ์ของภริยาต่อไป ในวิธีการแบบ AID เนื่องจากเชื้อพันธุ์ดังกล่าวไม่ใช่ของสามี ดังนั้น การรับบริจาคเชื้อพันธุ์สามีจะต้องให้ความยินยอมด้วยเพื่อป้องกันปัญหาด้านการขอสันนิษฐานของความเป็นบิดากับบุตร และในการคัดเชื้อพันธุ์แพทย์จะคัดเลือกเชื้อพันธุ์บริจาคที่เหมาะสมกับสามีภริยาโดยถ้าแพทย์ทราบว่าเชื้อพันธุ์เป็นของใครจะคัดเอาเฉพาะเชื้อพันธุ์ที่มีรูปร่างผิวพรรณของเจ้าของเชื้อพันธุ์ให้ใกล้เคียงกับสามีภริยาให้มากที่สุดเท่าที่จะสามารถคัดเลือกได้<sup>(4)</sup>

**1.3 แบบใช้กรรมวิธีปฏิสนธิในหลอดทดลองและการย้ายตัวอ่อน (In Vitro Fertilization and Embryo Transfer) วิธีนี้เรียกกันโดยย่อว่า IVF and ET** ถือเป็น การนำเอาเทคโนโลยีมาปรับปรุงกรรมวิธีการผสมเทียม ซึ่งแต่เดิมกรรมวิธีแบบ AIH และกรรมวิธี

<sup>(4)</sup> วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์. เรื่องเดียวกัน. หน้า 21.

การแบบ AID จะต้องมีการฉีดเอาเชื้อพันธุ์ใส่เข้าไปในมดลูกของภริยา เพื่อให้เชื้อพันธุ์ผสมกับไข่ของภริยาจนเกิดเป็นตัวอ่อน และเจริญเติบโตเป็นทารกในครรภ์ของภริยา แต่กรรมวิธีแบบ IVF and ET จะแตกต่างออกไปคือ เป็นกรรมวิธีการผสมเทียมที่มีการนำเอาอสุจิของสามีมาเตรียมรอไว้ในจานแก้วทดลอง จากนั้นจะใส่เครื่องมือลงไปทางหน้าท้องของหญิงเพื่อดูดเอาไข่ที่สุกแล้วออกมาจากรังไข่ นำเอามาใส่ในจานแก้วทดลองเดียวกับที่เตรียมเชื้ออสุจิของสามีไว้ จากนั้นนำจานแก้วทดลองไปไว้ในอุณหภูมิที่พอเหมาะจนเกิดการรวมตัวกันของเชื้ออสุจิกับไข่จนกลายเป็นตัวอ่อน จากนั้นมีการเคลื่อนย้ายตัวอ่อนฉีดกลับเข้าไปในมดลูกของภริยาเพื่อให้ตัวอ่อนอาศัยเจริญเติบโตจนกลายเป็นทารกและคลอดออกมาตามกำหนด เราเรียกกรรมวิธีการให้กำเนิดทารกแบบวิธีการ IVF and ET นี้ว่า เด็กหลอดแก้ว (Test tube baby) จะเห็นได้ว่าชีวปัจจัยของการเกิดเด็กหลอดแก้วนี้ เกิดจากเชื้ออสุจิของสามีและไข่ของภริยา มดลูกที่ตัวอ่อนอาศัยเจริญเติบโตก็เป็นมดลูกของภริยาเอง จึงถือว่าการให้กำเนิดแบบ IVF and ET ในกรณีนี้เด็กหลอดแก้วก็ถือเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของสามีภริยา เช่นเดียวกับการให้กำเนิดแบบ AIH และ AID จะต่างกันก็ตรงที่วิธีการแบบ IVF and ET เป็นการเกิดตัวอ่อนอยู่ในจานแก้วทดลอง แต่กระบวนการในการปฏิสนธิจนเกิดเป็นทารกจะต้องเกิดขึ้นในมดลูกหรือในครรภ์มารดาเหมือนกัน จึงถือว่าทารกหรือเด็กหลอดแก้วเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของบิดามารดา<sup>(5)</sup> เช่นเดียวกับการผสมแบบวิธีการแบบ AIH และแบบวิธีการ AID ด้วยตามข้อสันนิษฐานของกฎหมาย

1.4 แบบใช้เชื้อพันธุ์ของสามีฉีดเข้าไปในมดลูกของหญิงอื่น (Surrogate Motherhood) วิธีการแบบนี้จะใช้กรณีที่หญิงอื่นยินยอมให้ใช้มดลูกของตนเป็นที่ให้ตัวอ่อนเจริญเติบโต ซึ่งความยินยอมนั้นอาจจะเกิดโดยการหญิงนั้นรับจ้างตั้งครรภ์แทน หรือยินยอมเพราะความใกล้ชิดกันฐานเป็นญาติพี่น้องกัน เป็นเพื่อน โดยไม่คิดค่าตอบแทนการให้ตั้งครรภ์ดังกล่าว เราเรียกการยินยอมตั้งครรภ์แทนของหญิงอื่นนี้ว่า "อุ้มบุญ" กรรมวิธีการแบบนี้จะช่วยให้คู่สมรสที่ภริยาไม่สามารถจะตั้งครรภ์เองได้ อาจจะเพราะความบกพร่องที่เกิดขึ้นมาแต่กำเนิด หรือเกิดจากอุบัติเหตุ จนทำให้ตัวอ่อนไม่สามารถอาศัยมดลูกของภริยาเพื่อใช้เป็นที่ยังเจริญเติบโตจนกลายเป็นทารก กรรมวิธีการแบบอุ้มบุญนี้จะเป็นการนำเอา

<sup>(5)</sup> วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์. เรื่องเดียวกัน. หน้า 65.

เชื้ออสุจิเข้าไปผสมกับไข่ของหญิงอื่นแล้วเกิดเป็นตัวอ่อนจนเจริญเติบโตคลอดออกมาเป็นทารก<sup>(6)</sup> โดยเมื่อทารกคลอดออกมาแล้วหญิงผู้คลอดก็จะยกทารกให้แก่สามีภริยาเพื่อเลี้ยงดูเป็นบุตรของสามีภริยาถือเป็นการแก้ไขผู้ที่ต้องการจะมีบุตรแต่ภริยาของตนไม่สามารถให้กำเนิดได้จึงใช้วิธีการอุ้มบุญ การอุ้มบุญมักจะนิยมทำกันในหมู่ญาติสนิทมากกว่าไปจ้างหญิงอื่น และการดูแลหญิงตั้งครรภ์ระหว่างตั้งครรภ์จะต้องได้รับความร่วมมือกันทุกฝ่าย ทั้งแพทย์ ทั้งสามีภริยา และตัวหญิงผู้ตั้งครรภ์ด้วย เพื่อให้ทารกที่เกิดมาบริบูรณ์และแข็งแรง รวมทั้งมักจะมีการทำสัญญากันระหว่างสามีภริยาผู้ต้องการทารกกับหญิงผู้ตั้งครรภ์ ดังนั้นเมื่อคลอดออกมาจึงมีการปฏิบัติตามสัญญาโดยการยกทารกให้เป็นบุตรบุญธรรมแก่สามีภริยา แต่เมื่อไม่มีการปฏิบัติตามสัญญากันขึ้นมาก็จะเกิดการฟ้องร้องเป็นคดีความ ซึ่งในประเทศไทยเรายังไม่พบว่ามีกรณีฟ้องร้องกันแล้ว แต่ในต่างประเทศมีการฟ้องร้องกันเกิดขึ้นมาแล้ว

จากกรณีวิธีการผสมเทียมทั้ง 4 วิธีการใหญ่ ๆ ดังกล่าว ผลของการผสมเทียมทำให้เกิดทารกที่จำเป็นต้องมีผู้ดูแลเลี้ยงดู ซึ่งก็คือบิดามารดา หน้าที่ของความเป็นบิดามารดาตามกฎหมาย มีหน้าที่ต้องอุปการะเลี้ยงดูบุตรของตนให้เจริญเติบโตปกป้องภัยอันตรายต่าง ๆ ที่จะเกิดแก่บุตร ให้การรักษาพยาบาลเจ็บไข้ สิ่งเหล่านี้ล้วนเป็นหน้าที่ตามกฎหมายซึ่งกฎหมายบังคับให้ต้องปฏิบัติ<sup>(7)</sup> จึงต้องมีการกำหนดให้ทราบโดยแน่ชัดถึงความ เป็นบิดามารดาซึ่งมีหน้าที่ตามกฎหมายดังที่กล่าวนี้ การศึกษาแนวความคิด และคำพิพากษาของศาลต่างประเทศมาประกอบจะช่วยให้เข้าใจได้ดียิ่งขึ้น

## 2. ปัญหากฎหมายในต่างประเทศที่เกิดจากวิธีการผสมเทียม

นับจากการปฏิสนธิเป็นต้นมา ทารกในครรภ์ก็ได้รับการคุ้มครองจากกฎหมายแล้วด้วยการกำหนดความผิดเกี่ยวกับการทำแท้ง ซึ่งโดยทั่วไปแล้วเป็นความผิดได้หลังจากให้กำเนิดทารกในครรภ์ที่กฎหมายของประเทศต่างๆ รวมทั้งประเทศไทยคุ้มครองนั้น แต่เดิมมาไม่ค่อยมีปัญหามากนักเพราะการปฏิสนธิจะเกิดได้ก็โดยอาศัยตามแบบวิธีการตามธรรมชาติ

<sup>(6)</sup> วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์. เรื่องเดียวกัน. หน้า 58-59.

<sup>(7)</sup> ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ. "กฎหมายอาญาหลักและปัญหา." พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพฯ. สำนักพิมพ์นิติธรรม, มิถุนายน 2540, หน้า 52.



ชาติ คือ มีการร่วมหลับนอนของชายหญิงเท่านั้น ซึ่งการปฏิสนธิจะเกิดได้ก็แต่ในครรภ์มารดา กฎหมายดั้งเดิมไม่ได้คำนึงถึงการให้กำเนิดแบบวิธีการผสมเทียม ซึ่งอาจจะเป็นเพราะขณะบัญญัติกฎหมายยังไม่มีการให้กำเนิดแบบผิดธรรมชาติ จนต้องมีการบัญญัติเพิ่มลงไปให้ครอบคลุมก็เป็นได้ แต่ในปัจจุบันความเจริญทางเทคโนโลยีทำให้ความชัดเจนของการที่กฎหมายจะเข้ามาครอบคลุมไม่เพียงพอแล้วเพราะการปฏิสนธิเพื่อให้เกิดมนุษย์นั้น นอกจากจะไม่จำเป็นต้องมีการร่วมหลับนอนของชายหญิงเหมือนนิยามเดิมของการให้กำเนิดแล้ว แต่กลับมีการผสมเทียมเข้ามามีบทบาทต่อการให้กำเนิดมนุษย์มากขึ้นทุกวัน นับจากการฉีดเชื้อพันธุ์เข้าไปในมดลูกของภรรยา จนกลายมาเป็นการฉีดตัวอ่อนเข้าไปในมดลูกของหญิงอาสาตั้งครรภ์แทนภรรยา และล่าสุดของนวัตกรรมใหม่ของการผสมเทียมก็คือ การพยายามเพาะเซลล์เนื้อเยื่อของร่างกายมนุษย์เพื่อที่จะทำสำเนามนุษย์ หรือที่เรียกกันว่าโคลนนิ่ง เพื่อจะให้ได้ทารกคลอดออกมาเหมือนต้นแบบที่ต้องการจะให้เหมือนทุกประการ ไม่ว่าจะเป็นกรู๊ปเลือด DNA หรือลายพิมพ์นิ้วมือ ซึ่งถ้าหากทำได้สำเร็จ กฎหมายคงจะต้องปรับปรุงเปลี่ยนแปลงมากมายเพื่อให้สอดคล้องกับนวัตกรรมที่ไม่หยุดยั้งนั้น

ในการให้กำเนิดเท่านั้น กฎหมายไทยมุ่งคุ้มครองการให้กำเนิดตามแบบของธรรมชาติ คือ มีการร่วมหลับนอนของชายหญิงเท่านั้น การให้กำเนิดตามวิธีการของการผสมเทียมนั้น เรายังไม่มีการคุ้มครองโดยตรง ปัญหาต่าง ๆ ในทางกฎหมายเกี่ยวกับการให้กำเนิดแบบผสมเทียมก็ยังไม่เด่นชัดจนเกิดเป็นคดีดังเหมือนต่างประเทศ โดยเฉพาะปัญหาทางอาญาในต่างประเทศเองก็ยังไม่พบว่ามีปัญหาเกิดขึ้นมาแล้วหรือไม่ แม้การเกิดปัญหาของการผสมเทียมในทางอาญาจะยังไม่เกิดให้เห็น ก็ไม่ได้หมายความว่าจะไม่เกิดขึ้น เพราะการละเมิดกฎหมายทั้งทางแพ่งและทางอาญาเกิดขึ้นได้เสมอ เราจึงควรที่จะศึกษาปัญหาของกฎหมายกับวิธีการของการผสมเทียมโดยเปรียบเทียบแต่ละวิธีการผสมเทียมกับคดีต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นในต่างประเทศ

วิธีการของการผสมเทียม ซึ่งมีการนำมาใช้ในการให้กำเนิดมนุษย์นั้น ได้กล่าวมาแล้วว่ามี 4 วิธีการนั้น ในแต่ละวิธีการมีปัญหาเกิดขึ้นกับกฎหมายแตกต่างกันไปแล้วแต่วิธีการคือ

ในประเทศสหรัฐอเมริกา และฝรั่งเศส โดยเฉพาะฝรั่งเศสกลับมองว่าการใช้วิธีการแบบ AIH น่าจะถือว่าเป็นกรรมวิธีอย่างหนึ่งที่ช่วยให้การปฏิสนธิแบบวิธีการตามธรรมชาติได้ผลยิ่งขึ้น ไม่น่าจะเรียกว่าเป็นการผสมเทียม<sup>(8)</sup> ซึ่งในประเทศฝรั่งเศสเองก็เกิดมีปัญหของการผสมเทียมแบบ AIH จนถึงขั้นมีการยื่นคำร้องต่อศาลมาแล้ว ก็คือ คดีนาง Corinne Parpalaix โดยนางได้ยื่นคำร้องต่อศาลเพื่อเรียกร้องเอาเชื้อพันธุของสามีของนางที่เก็บรักษาไว้ที่ศูนย์การศึกษาและเก็บรักษาเชื้อพันธุแห่งหนึ่งตั้งแต่เมื่อสามีของนางยังมีชีวิตอยู่ ซึ่งถ้าศูนย์ส่งคืนเชื้อพันธุของสามีมาให้นาง นางจะนำเชื้อพันธุของสามีมาผสมเทียมเพื่อให้กำเนิดบุตร ซึ่งการยื่นคำร้องต่อศาลดังกล่าวนี้ ทำให้เกิดปัญหาโต้แย้งกันขึ้นมาหลายฝ่าย เพราะฝรั่งเศสเองก็ยังไม่มียกกฎหมายที่จะมาอ้างอิงในเรื่องนี้โดยบางกลุ่มเห็นว่าเชื้อพันธุเป็นทรัพย์สินมรดกของผู้ตายต้องมอบให้แก่ภริยาของผู้ตาย ผู้เป็นทายาท ทางศูนย์เองเห็นว่า เชื้อพันธุถือเป็นทรัพย์สินของผู้ตาย เมื่อไม่มีคำสั่งใดของผู้ตายมาเป็นหลักฐาน ก็ต้องให้เชื้อพันธุอยู่กับศูนย์และตายไปตามระยะเวลา ส่วนเจ้าหน้าที่ชั้นผู้ใหญ่ของกระทรวงสาธารณสุขฝรั่งเศสกลับเห็นว่า การจะทำให้เชื้อพันธุผสมเทียมเป็นมนุษย์ขึ้นมา นั้น เป็นเรื่องของทางจรรยาแพทย์ที่จะเห็นสมควร อีกทั้งขณะนำเชื้อพันธุมาใช้สามีภริยาต้องมีชีวิตอยู่ทั้งคู่ และต้องให้ความยินยอมร่วมกันในการนำเชื้อพันธุมาใช้ในการให้กำเนิดด้วย<sup>(9)</sup> นอกจากนี้คดีดังกล่าวแล้วก็มีคดีเกี่ยวกับการผสมเทียมแบบ AIH เกิดขึ้นมาอีกหลายคดี โดยเฉพาะประเทศสหรัฐอเมริกาซึ่งมีการผสมเทียมแพร่หลายมากที่สุดประเทศหนึ่ง ซึ่งคดีดังกล่าวเป็นกรณีการผสมเทียมโดยใช้เชื้อพันธุของอดีตสามี คดีนี้เกิดขึ้นที่รัฐเพนซิลวาเนีย ที่เมืองปีเปอร์สวิลล์ โดยนายแดนนี่ เอลเลอร์ ได้ยื่นคำฟ้องต่อศาลฟ้องอดีตภริยาของตนเองว่า ในช่วงที่แต่งงานอยู่กินกันมา 9 ปี ภริยาของเขามักจะขอเชื้อพันธุของเขาไปโดยอ้างว่าเขาไปวิจัย เมื่อหย่าขาดกันแล้วภริยากลับเอาเชื้อพันธุของเขาไปผสมเทียมโดยไม่ได้รับความยินยอมจากเขา จนคลอดบุตรสาวออกมาและนอกจากนั้นภริยายังยื่นคำร้องต่อศาลในเรื่องค่าเลี้ยงดูบุตร จนศาลสั่งให้เขารับผิดชอบจ่ายค่าเลี้ยงดู ทำให้นายแดนนี่ เอล

<sup>(8)</sup> สันทัต ศะศิวนิช. "มองไปข้างหน้าปัญหาผสมเทียม." วารสารนิติศาสตร์. ปีที่ 15, มิถุนายน 2528. หน้า 112.

<sup>(9)</sup> ลีพูน จิระวัฒนาสมกุล. "ปัญหาทางด้านกฎหมายเกี่ยวกับการผสมเทียม." วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. 2530, หน้า 73 – 75.

รับความยินยอมจากเขา จนคลอดบุตรสาวออกมาและนอกจากนั้นภริยายังยื่นคำร้องต่อศาลในเรื่องค่าเลี้ยงดูบุตร จนศาลสั่งให้เขารับผิดชอบจ่ายค่าเลี้ยงดู ทำให้นายแดนนี่ เอลเลอร์ มาฟ้องอดีตภริยาเรียกค่าเสียหายฐานละเมิดที่นำเชื้อพันธุ์ของเขาไปใช้เป็นเงิน 20,000 ดอลลาร์<sup>(10)</sup> ถือเป็นคดีอีกตัวอย่างหนึ่งที่เกิดขึ้นจากการผสมเทียมแบบ AIH

จากตัวอย่างคดีที่เกิดขึ้นทั้งในประเทศฝรั่งเศส และสหรัฐอเมริกาจะเห็นได้ว่า ปัญหาการฟ้องร้องมักจะไม่มีการระบุเกี่ยวกับเรื่องของการผสมไว้อย่างชัดเจน จึงเป็นการฟ้องร้องโดยนำประเด็นทางแพ่งมาเป็นจุดปรับให้เข้ากับกฎหมาย และเพื่อจะเรียกร้องค่าเสียหายกัน ส่วนใหญ่ปัญหาที่เกิดขึ้นในทางอาญาในต่างประเทศเกี่ยวกับการผสมเทียมตามแบบวิธี AIH ก็ยังไม่ปรากฏให้เห็น มีแต่เพียงคดีที่ฟ้องร้องทางแพ่งตามหลักในกฎหมายแพ่งบ้าง ปัญหาของการผสมเทียมตามแบบวิธีการ AIH จึงถือว่าไม่ค่อยมีปัญหามากนัก ซึ่งปัญหาเท่าที่พบก็มีแต่เพียงปัญหาเรียกร้องค่าเสียหายอันเกี่ยวกับความไม่ยินยอมให้ใช้เชื้อพันธุ์ดังกล่าวตามตัวอย่างคดีข้างต้น

2.2 จากวิธีการที่ 2 แบบใช้เชื้อพันธุ์ของชายอื่น หรือที่เรานิยมเรียกกันว่าแบบ AID การผสมเทียมแบบ AID ในต่างประเทศมีธนาคารเชื้อพันธุ์ของชาย (Sperm Bank) กันหลายแห่ง โดยเฉพาะในสหรัฐอเมริกามีการขายเชื้อพันธุ์ของตนแลกกับเงิน 25 ดอลลาร์ก็มีให้เห็น หรือมีการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากธนาคารที่เก็บรักษาเชื้อพันธุ์ของเขาเมื่อธนาคารได้ทำตัวเชื้อพันธุ์ที่เขาฝากไว้เสียหายหรือสูญหาย และแม้แต่ศาลในรัฐนิวเจอร์ซีย์ยังให้ความสำคัญกับชายผู้เป็นเจ้าของเชื้อพันธุ์บริจาค โดยการพิพากษาให้ชายผู้ไม่มีสิทธิ์ที่จะเยียมเยียนทารกที่เกิดจากเชื้อพันธุ์บริจาคไว้ แม้ว่ามารดาของทารกนั้นจะคัดค้านคำพิพากษานี้ก็ตาม<sup>(11)</sup>

ปัญหาทางด้านกฎหมายที่จะเกิดขึ้นตามแบบ AID นี้ ก็คือ เมื่อทารกที่เกิดขึ้นมาโดยวิธีการ AID นี้ ขณะกระทำการตามวิธีการ AID สามิได้ให้ความยินยอม โดยยินยอมให้ภริยารับเชื้อพันธุ์ของชายอื่นมา ปัญหาอยู่ที่ว่า สิทธิระหว่างสามิกับบุตรนั้น จะถือว่าเป็นบิดากับบุตรกันหรือไม่ ถ้าพิจารณาระยะเวลาที่ทารกเกิดมาจะเห็นได้ว่า เกิดในระหว่าง

<sup>(10)</sup> เรื่องเดียวกัน. หน้า 77.

<sup>(11)</sup> สันทัด ศะควนิช. เรื่องเดียวกัน. หน้า 114.

ภริยารับเชื้อพันธุของชายอื่น แต่โดยความเป็นจริงเชื้อพันธุที่รับมาก็ไม่ใช่ของตน ถือว่าตนไม่มีส่วนทางชีวปัจจัยในการให้กำเนิดทารก ซึ่งถ้าสามีปฏิเสธเช่นนี้ ก็อาจจะเปรียบได้ว่าทารกที่เกิดมาเทียบฐานะได้เท่ากับเป็นลูกชู้ การฟ้องร้องทางแพ่งก็ต้องพิสูจน์ความเป็นสายเลือดซึ่งอาจจะมีการตรวจ DNA

แต่อย่างไรก็ตามในทางปฏิบัติของการผสมเทียมแพทย์จะถามความยินยอมของสามีและถ้ายินยอมแพทย์จะให้สามีทำหนังสือให้ความยินยอมเอาไว้ หากสามีไม่ให้ความยินยอม แพทย์จะไม่ทำการผสมเทียมแบบวิธีการ AID ให้ เพื่อป้องกันปัญหาที่จะเกิดขึ้นมาภายหลังการผสมเทียมเพราะคนที่ได้รับผลร้ายจากการไม่ให้ความยินยอมของสามี ก็คือทารกที่จะได้รับผลร้ายที่สุด ซึ่งในต่างประเทศโดยเฉพาะสหรัฐอเมริกาที่มีการผสมเทียมกันอย่างแพร่หลายมากที่สุดประเทศหนึ่ง ได้เกิดมีคดีอันเป็นผลพวงของการผสมเทียมเกิดขึ้นหลายคดี โดยเฉพาะการผสมเทียมแบบ AID มีคดีขึ้นสู่ศาลหลายคดี เช่น คดี *Gursky v. Gursky* (1963) (39 Misc. 2d 1083, 242 N.Y.S. 2d 406),<sup>(12)</sup> คดีอาญาที่พนักงานอัยการฟ้องนาย Sorensen (people v. Sorensen (1968), 68 cal. 2d 680, 66 cal. Rptr. 7437 p.2d 495, 25 A.L.R. 3d 1093), คดี *Adoption of Anonymous* ซึ่งศาล Surrogate's Court แห่ง Kings County พิพากษาเมื่อปี ค.ศ. 1973<sup>(13)</sup> แต่จะได้กล่าวถึงคดีในแต่ละเรื่องกับผลของการตัดสินดังนี้คือ

ในคดี *Gursky v. Gursky* (1963) (39 Misc. 2d 1083, 242 N.Y.S. 2d 406) เป็นเรื่องที่สามีฟ้องภริยาเพื่อขอแยกกันอยู่ ในข้อเท็จจริงเป็นเรื่องที่ภริยาได้ให้กำเนิดบุตรซึ่งเกิดจากการผสมเทียมโดยวิธีการ AID โดยได้รับความยินยอมในการผสมเทียมจากสามีด้วย เมื่อฝ่ายสามีฟ้องภริยาเพื่อขอแยกกันอยู่และอ้างว่าเด็กที่เกิดมาเป็นบุตรที่มีขอบด้วยกฎหมาย ฝ่ายภริยาได้ฟ้องแย้งต่อศาลขอให้การสมรสเป็นโมฆะ โดยอ้างว่าสามีของตนขาดสมรรถภาพทางเพศ ผลของคดีแม้ศาลจะพิพากษาว่า เด็กที่เกิดจากการผสมเทียมตามแบบวิธีการ AID ไม่ถือว่าเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมาย แต่การที่สามีให้ความยินยอมให้ภริยาผสมเทียมแบบวิธีการดังกล่าว ถือเป็นกาให้สัญญาโดยนัยที่จะรับผิดชอบให้ความ

<sup>(12)</sup> สันหัตต ศะศิวนิช. "ปัญหาการผสมเทียม" วารสารนิติศาสตร์. ปีที่ 15, ฉบับที่ 4. ธันวาคม 2528, หน้า 191.

<sup>(13)</sup> เรื่องเดียวกัน. หน้า 194.

อุปการะแก่เด็ก ตามหลักกฎหมายที่ปิดปากอันสืบเนื่องมาจากความยินยอมนั้นโดยสามีจะโต้แย้งไม่ได้ ซึ่งแนวคำตัดสินนี้ศาลได้แนวความคิดมาจากกฎหมายตามครรลองของประวัติศาสตร์ ซึ่งกล่าวว่า เด็กที่เกิดจากชายอื่นไม่ถือเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของสามี<sup>(14)</sup> นอกจากนี้ยังมีบทกฎหมายที่กล่าวว่า “child born out of wedlock” ซึ่งมีความหมายว่า a child who is begotten and born out of matrimony ซึ่งกล่าวไว้ใน Family Court Act. ของรัฐนิวยอร์ก จากคำพิพากษาดังกล่าวแม่ศาลจะถือว่า เด็กที่เกิดมาจากการผสมเทียมแบบ AID ไม่ได้เป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของสามี<sup>(15)</sup> แต่ศาลก็ไม่ถือว่าเด็กเป็นลูกชู้เพราะไม่มีการร่วมหลับนอนของภริยากับชายอื่นแต่อย่างใด ถ้าจะเทียบไปแล้วคดีดังกล่าวก็สะท้อนให้เห็นถึงความบกพร่องของฝ่ายนิติบัญญัติ เพราะไม่มีกฎหมายห้ามการผสมเทียมตามแบบวิธีการ AID แต่ก็ไม่มีกฎหมายออกมารองรับสถานะของการเกิดของเด็กที่เกิดโดยวิธีการ AID<sup>(16)</sup>

ต่อมาในปี ค.ศ. 1986 ได้เกิดมีคดีอาญาเรื่องหนึ่งขึ้นคือ คดีอาญาที่พนักงานอัยการฟ้อง นาย Sorensen (people v. Sorensen (1968) 68 cal. 2d 680, 66 cal. Rptr. 7437 p. 2d 495, 25 A.L.R. 3d 1093) ตามคำร้องของสำนักงานประชาสงเคราะห์ ในข้อหาว่า นาย Sorensen ละเลยหน้าที่ในการอุปการะเด็กผู้เยาว์ที่เกิดในระหว่างสมรส แบบวิธีการ AID คดีนี้ศาลฎีกาแห่งรัฐแคลิฟอร์เนียได้พิพากษาว่า นาย Sorensen เป็นบิดาของเด็กที่เกิดจากการผสมเทียมตามแบบ AID เนื่องจากนาย Sorensen ให้ความยินยอมให้ภริยาผสมเทียมแบบ AID ด้วยเจตนาที่ต้องการจะมีบุตร และเด็กที่เกิดมาก็ต้องอาศัยนาย Sorensen ในการยังชีพ การให้ความยินยอมดังกล่าว นาย Sorensen ก็ทราบดีว่าการผสมเทียมแบบ AID ย่อมสามารถให้กำเนิดทารกออกมาได้ จึงต้องรับผิดชอบต่อทารกที่เกิดมา คำว่าบิดาในทางอาญาศาลไม่ได้ให้หมายความเฉพาะจะต้องเป็นเจ้าของเชื้อพันธุ์เท่านั้น แต่พิจารณาจากความสัมพันธ์ตามกฎหมายระหว่างที่ทารกตามวิธีการแบบ AID เกิดขึ้นมาด้วย เมื่อมีความสัมพันธ์ดังกล่าวเกิดขึ้นก็จะเกิดความรับผิดชอบทางอาญาขึ้นด้วย นาย

<sup>(14)</sup> Walter Wadlington and others. “Law and Medicine : Case and Materials.” p. 795.

<sup>(15)</sup> Ibid. p. 796.

<sup>(16)</sup> สันทัด ศะศิวนิช. เรื่องเดียวกัน. หน้า 191 – 192.

เทียมแบบ AID ย่อมสามารถให้กำเนิดทารกออกมาได้ จึงต้องรับผิดชอบต่อทารกที่เกิดมา คำว่าบิดาในทางอาญาศาลไม่ได้ให้หมายความเฉพาะจะต้องเป็นเจ้าของเชื้อพันธุ์เท่านั้น แต่พิจารณาจากความสัมพันธ์ตามกฎหมายระหว่างที่ทารกตามวิธีการแบบ AID-เกิดขึ้นมาด้วย เมื่อมีความสัมพันธ์ดังกล่าวเกิดขึ้นก็จะเกิดความรับผิดชอบทางอาญาขึ้นด้วย นาย Sorensen จึงต้องรับผิดชอบโดยตรงต่อเด็กที่เกิดมา จึงมีหน้าที่อุปการะต่อเด็กที่เกิดขึ้นมาตามหลักในทางอาญา ซึ่งจากคดีของนาย Sorensen จะเห็นว่า ศาลพิพากษาในทางอาญาให้ต้องรับผิดชอบต่อเด็กโดยพิจารณาจากหลัก Omission to act ที่นาย Sorensen ให้ความยินยอมให้ภริยารับการผสมเทียมแบบวิธีการ AID เพราะต้องการจะได้บุตร เทียบกับกฎหมายอาญาของไทยน่าจะเป็นเรื่อง ความสัมพันธ์พิเศษเฉพาะเรื่อง คือ เมื่อเกิดมีความสัมพันธ์พิเศษเฉพาะเรื่องขึ้นก็ก่อให้เกิดหน้าที่ตามกฎหมาย ตามคดีก็คือ หน้าที่อุปการะเลี้ยงดูบุตร เมื่อนาย Sorensen ไม่ยอมอุปการะเลี้ยงดูบุตรดังกล่าวก็ต้องรับผิดชอบทางอาญาตามที่ศาลพิพากษาโดยถือว่าเขาเป็นบิดาดังกล่าว<sup>(17)</sup>

ต่อมาก็คดีที่ศาลได้พิพากษาทำนองเดียวกับคดีนาย Sorensen คือ ให้ถือว่าสามีที่ให้ความยินยอมให้ภริยารับการผสมเทียมแบบ AID ในขณะที่สมรสถือว่าเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดขึ้นมา ก็คือ คดี Adoption of Anonymous ซึ่งศาล Sorrogate's Court แห่ง Kings County พิพากษาเมื่อปี ค.ศ. 1973 ให้เด็กที่เกิดมาเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของสามีภริยาคู่นี้ การจะให้ความยินยอมในการยกบุตรให้เป็นบุตรบุญธรรมแก่ใครต้องได้รับความยินยอมทั้งจากสามีและภริยาผู้เป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดโดยวิธีการ AID<sup>(18)</sup>

จากคดีอาญาของนาย Sorensen และ คดี Adoption of Anonymous จากคำพิพากษาในเรื่องของความเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากวิธีการ AID ศาลได้พิพากษากลับตรงกันข้ามกับคดี Gursky ตามที่เคยพิพากษาว่า เด็กที่เกิดจากการผสมเทียมแบบ AID ไม่เป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของสามี แม้สามีจะให้ความยินยอมในการผสมเทียมนั้นก็ตาม การกลับหลักของคำพิพากษาศาลดังกล่าว ทำให้เห็นว่าการที่

<sup>(17)</sup> เรื่องเดียวกัน. หน้า 194 – 196.

<sup>(18)</sup> เรื่องเดียวกัน. หน้า 193.

ศาลตัดสินคดีในแต่ละคดีที่เกิดจากการผสมเทียมแบบ AID เป็นการตัดสินจากการที่ไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้แน่ชัดเกี่ยวกับการผสมเทียม แต่เป็นการนำเอากฎหมายต่าง ๆ เข้ามาปรับใช้ในการตัดสินในแต่ละคดี จึงถือว่าการตัดสินที่เกิดขึ้นในต่างประเทศแต่ละคดีไม่มีกฎหมายออกมารับรองการผสมเทียมโดยตรง

2.3 จากวิธีการที่ 3 แบบใช้กรรมวิธีปฏิสนธิในหลอดทดลองและการย้ายตัวอ่อน หรือที่เรียกกันอีกอย่างโดยย่อว่า IVF and ET ถือว่าเป็นวิธีการที่นำไปใช้แก้ไขปัญหาในเรื่องความขัดข้องในการสืบพันธุ์ของฝ่ายหญิงได้อย่างมาก ทั้งความบกพร่องที่เป็นมาทางพันธุกรรมหรือทางอุบัติเหตุ กระบวนการหลักของวิธีการแบบ IVF and ET นั้นอยู่ที่การนำเอาไข่ของหญิงออกมาจากร่างกายเพื่อผสมกับเชื้อพันธุ์ของสามีหรือชายใด ๆ ก็ได้ในจานแก้วทดลองจนกลายเป็นตัวอ่อน แล้วจึงถ่ายกลับเข้าไปให้เจริญเติบโตในครรภ์ของหญิง จากความเจริญก้าวหน้าในกรรมวิธีการผสมเทียมดังกล่าวนี้ ในต่างประเทศเคยมีข่าวที่สร้างปัญหาให้นักกฎหมายต้องคิดกันมาแล้ว คือ ที่ประเทศออสเตรเลีย ในเดือนมิถุนายน 2527 ได้มีสามีภรรยาซึ่งร่ำรวยมากคู่หนึ่งได้ตกลงให้แพทย์ดำเนินการผสมเทียมแบบวิธีการ IVF and ET จนสำเร็จเป็นตัวอ่อนที่พร้อมจะปฏิสนธิ (Embryo) แต่ยังไม่ได้นำตัวอ่อนมาฉีดใส่ไปในมดลูกของภรรยา ก็ปรากฏว่าสามีภรรยาคู่นี้เกิดอุบัติเหตุทางเครื่องบินจนถึงแก่ความตาย ศาลออสเตรเลียได้แก้ปัญหามาของการที่จะให้สามีภรรยาคู่นี้ได้มีทายาทเพื่อเป็นตามเจตนาของสามีภรรยาโดยการนำตัวอ่อนไปฝากในครรภ์ของหญิงคนหนึ่ง เพื่อให้ตัวอ่อนได้อาศัยเจริญเติบโตต่อไปจนกลายเป็นทารกได้ตามเจตนารมณ์ของผู้ตาย<sup>(19)</sup> นับว่าเป็นคดีที่เกิดปัญหาขึ้นได้ประการหนึ่ง ซึ่งคดีนี้ปัญหาอยู่ที่ว่า ตัวอ่อนของสามีภรรยาคู่นี้จะต้องถูกทำลายไปหรือไม่ ปัญหาของตัวอ่อนมีได้อีกในบางประการซึ่งการทำให้ตัวอ่อนสลาย หรือการทำลายตัวอ่อน ไม่มีประเทศใดระบุว่าเป็นความผิดเพราะกฎหมายในแต่ละประเทศ ไม่ยอมรับว่าตัวอ่อนเป็นทารก การทำลายตัวอ่อนจึงไม่ถือว่าเป็นการทำให้ทารกตาย จึงไม่มีความผิดฐานทำแท้ง เพราะทราบได้ที่ตัวอ่อนแบบวิธีการ IVF and ET ยังเจริญเติบโตอยู่เพียงในจานแก้วก็ถือว่ายังเป็นตัวอ่อนธรรมดา ซึ่งไม่แน่ว่าจะพัฒนาเป็นทารกได้หรือไม่จนกว่าจะได้นำตัวอ่อนนั้นฉีดกลับเข้าไปในมดลูกของหญิงแล้วเจริญเติบโตเป็นทารกมีอวัยวะต่าง ๆ ถ้ามีการทำให้ทารกในลักษณะนี้หยุดเจริญเติบโตจึงจะถือว่าเป็นการทำ

<sup>(19)</sup> สันตติ ศะศิวนิช. เรื่องเดียวกัน. หน้า 199.

ความผิดฐานทำแท้งได้ ซึ่งหลักเกณฑ์ดังกล่าวต่อมาได้มีบางประเทศออกกฎหมายมาคุ้มครองการผสมเทียมและคุ้มครองเลยมาถึงตัวอ่อนที่มีสภาพไม่สมบูรณ์เต็มที่ ได้แก่ ประเทศสหรัฐอเมริกา อังกฤษ สวีเดน ซึ่งได้มีการกำหนดเงื่อนไขและมาตรการต่าง ๆ เพื่อคุ้มครองประโยชน์ของทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้อง การคุ้มครองตัวอ่อนจะคุ้มครองตัวอ่อนที่อยู่นอกมดลูกของมารดา ตราบใดที่มีการนำเอาตัวอ่อนถ่ายกลับเข้าไปในครรภ์มารดาแล้ว ตัวอ่อนนั้นก็จะได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายที่เกี่ยวข้องอยู่ เช่น การทำแท้ง แต่อย่างไรก็ตามประเทศส่วนใหญ่ก็ยังไม่มียกหมายคุ้มครองตัวอ่อน และไม่เห็นว่าตัวอ่อนทุกตัวจะสามารถพัฒนาให้เป็นทารกได้หมด แม้แต่แพทย์ก็ไม่อาจจะตอบได้ว่าตัวอ่อนแต่ละตัวในหลอดแก้วคือทารกแต่ละคนที่จะเกิดมา เพราะกรรมวิธีของกระบวนการที่จะนำตัวอ่อนถ่ายกลับเข้าไปในครรภ์อาจก่อให้เกิดการทำให้ตัวอ่อนเสียไปได้ทั้งอุณหภูมิและอุบัติเหตุขณะฝังตัวในมดลูก หรือตัวอ่อนอาจเกิดการติดเชื้อโรคจนแพทย์จำเป็นต้องยุติการฝังตัวอ่อนเสียก็เป็นได้ ซึ่งเคยมีคดีเกิดขึ้นในประเทศสหรัฐอเมริกาเกี่ยวกับการที่แพทย์ถูกฟ้องเรียกค่าเสียหายแก่กายและจิตใจโดยกล่าวหาว่าแพทย์เป็นผู้ทำลายโอกาสที่จะทำให้ทารก

คดีดังกล่าวเกิดขึ้นเมื่อ พ.ศ. 2521 ในรัฐนิวยอร์ก สหรัฐอเมริกา โดยนายจอห์น เดลชีโอ และนางดอริส ได้ฟ้องเรียกค่าเสียหายแก่กายและจิตใจจากศูนย์การแพทย์โคลัมเบีย-เพอร์สปีทีเรียนของแมนฮัตตัน และนายเรมอนด์ แลนด์ ไวล์ ซึ่งเป็นหัวหน้าของสูตินรีเวชศาสตร์ เนื่องจากนายจอห์น เดลชีโอ และนางดอริสไม่สามารถจะมีบุตรด้วยกันได้ เพราะนางดอริสมีปัญหาเรื่องท่อนำไข่ จึงขอทำการผสมเทียมแบบ IVF and ET โดยแพทย์ได้นำเอาไข่ของนางและเชื้อพันธุ์ของสามีไปทำให้เกิดการปฏิสนธิในหลอดทดลอง แต่แพทย์ปฏิบัติการไม่สำเร็จ เพราะนายแวนด์ ไวล์ เป็นผู้ออกคำสั่งให้ยุติเนื่องจากเห็นว่าเสี่ยงมากเกินไป

การพิจารณาคดี คณะลูกขุนฟังว่า การกระทำของนายแวนด์ ไวล์ เป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย เพราะการผสมเทียมดังกล่าวไม่แน่ว่าจะเกิดเป็นตัวอ่อนหรือไม่ ถือว่ายังอยู่ในขั้นทดลองเท่านั้น ซึ่งอาจจะไม่เกิดตัวอ่อนก็ได้ เมื่อความเห็นของแพทย์เห็นว่าเป็นการเสี่ยง จะยุติการทดลองก็ย่อมจะกระทำได้ จึงเรียกค่าเสียหายตามฟ้องจากจำเลย



ไม่ได้<sup>(20)</sup> ซึ่งจากคดีนี้จึงเป็นตัวอย่างให้เห็นว่า แม้กฎหมายบางประเทศจะคุ้มครองตัวอ่อนที่อยู่ในหลอดแก้วทดลอง แต่บางประเทศหรือบางรัฐก็กำหนดขอบเขตของการคุ้มครองตัวอ่อนนอกครรภ์มารดา ซึ่งเทียบกับประเทศไทยการคุ้มครองตัวอ่อนนอกครรภ์มารดาอาจจะเทียบกับการคุ้มครองทรัพย์สินเท่านั้น การผสมเทียมแบบวิธีการ IVF and ET ต่อมาได้มีการพัฒนาถึงขั้นมีการรับฝากตัวอ่อนแช่แข็งไว้ เพื่อรอการนำมาถ่ายกลับสู่ครรภ์หญิงเมื่อต้องการใช้ แต่ก็อาจจะเกิดปัญหาได้เมื่อฝ่ายสามีหรือภริยาเสียชีวิต หรือเสียชีวิตทั้งคู่ หรือหย่าขาดกัน สิทธิในตัวอ่อนจะตกอยู่กับใคร ซึ่งปัญหานี้ไม่มีกฎหมายในประเทศใดกำหนดเอาไว้อย่างชัดเจน แต่มีคณะกรรมการ Warnock ของประเทศอังกฤษได้ทำข้อเสนอไว้ว่า ผู้ที่จะฝากตัวอ่อนได้ต้องเป็นสามีภริยาเท่านั้น หากฝ่ายใดเสียชีวิตให้ฝ่ายที่มีชีวิตอยู่มีสิทธิในตัวอ่อน ถ้าเสียชีวิตทั้งคู่ให้ศาลพิจารณาถึงความเหมาะสม ถ้าหย่าขาดกันให้เป็นไปตามความตกลงของทั้งสองฝ่าย หากเกิน 10 ปี ยังไม่มีการนำตัวอ่อนที่ฝากไว้ไปบ่งชี้ให้เจริญเติบโต ถือว่าตกเป็นสิทธิของผู้รับฝาก<sup>(21)</sup>

จะเห็นได้ว่า การผสมเทียมแบบวิธีการ IVF and ET กรณีที่มีการผสมเทียมโดยใช้ไข่ของภริยาและเชื้อพันธุ์ของสามีนั้น ปัญหาทางกฎหมายที่น่าสนใจศาลต่างประเทศก็มีให้เห็นไม่มากนัก โดยเฉพาะปัญหาของความเป็นบิดามารดาของทารกที่เกิดมา กฎหมายต่างประเทศส่วนใหญ่ก็จะถือว่าเด็กที่เกิดมาเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของบิดามารดาเจ้าของเชื้อพันธุ์ เช่นเดียวกับการผสมเทียมแบบวิธีการ AIH เพราะทั้งสองวิธีการก็ไม่มีการร่วมหลับนอนของชายหญิงด้วยกัน เจ้าของเชื้อพันธุ์ก็คือสามีของหญิงผู้ตั้งครรภ์ ต่างกันตรงที่กรรมวิธีของกระบวนการผสมเทียมคือ แบบวิธีการ AIH ฉีดเชื้อพันธุ์ของสามีเข้าไปผสมกับไข่ภริยาในมดลูกของภริยา แต่แบบวิธีการ IVF and ET นำทั้งเชื้อพันธุ์และไข่มาให้ปฏิสนธิในหลอดแก้ว แล้วนำกลับฉีดเข้าไปในมดลูกภริยา ปัญหาของความเป็นบิดามารดาจึงไม่เกิดขึ้น ควรจะมีแต่เพียงปัญหาเกี่ยวกับเรื่องของตัวอ่อนดังกล่าวเท่านั้น ซึ่งก็มีคดีไม่มากนัก

<sup>(20)</sup> The First Test-Tube Baby. Time (31 July 1978) : p. 40.

<sup>(21)</sup> ลีฟูน จิระวัฒนาสมกุล. เรื่องเดียวกัน. หน้า 157 – 158.

ความยุ่งยากของการเกิดปัญหาของการผสมเทียมอยู่ที่วิธีการที่ 4 คือ การจ้างหญิงตั้งครรภ์แทน หรือที่เรียกว่า Surrogate motherhood มากกว่า เพราะการรับจ้างตั้งครรภ์ หรือตั้งครรภ์แทนดังกล่าวกระทำได้หลายแบบทั้งใช้เชื้อพันธุของผู้ว่าจ้างฉีดเข้าไปในมดลูกหญิงรับจ้างตั้งครรภ์ หรือฉีดตัวอ่อนที่ได้จากหลอดแก้วให้ไปอาศัยมดลูกของหญิงอื่นเจริญเติบโต ซึ่งวิธีการแบบ Surrogate motherhood ในต่างประเทศมีคดีเกิดการฟ้องร้องต่อศาลหลายคดีมาแล้ว

2.4 วิธีการที่ 4 แบบใช้เชื้อพันธุของสามีฉีดเข้าไปในมดลูกของหญิงอื่น (Surrogate Motherhood) วิธีการนี้ช่วยให้ครอบครัวที่มีบุตรไม่ได้เพราะภริยามีปัญหาในการตั้งครรภ์ เช่น มดลูกมีปัญหาไม่อาจจะให้ทารกอาศัยเจริญเติบโตได้ โดยอาจจะเกิดจากทางอุบัติเหตุหรือผิดปกติมาแต่กำเนิด ซึ่งการให้กำเนิดตามกรรมวิธีการแบบ Surrogate Motherhood นี้ ยังไม่มีกฎหมายออกมาคุ้มครองโดยตรง แต่มีคดีเกิดขึ้นมาแล้วในหลายประเทศซึ่งการตัดสินคดี ศาลก็อาศัยการวินิจฉัยคดีให้เกิดผลดีอันเป็นการคุ้มครองและช่วยเหลือทารกที่เกิดมา ตัดสินคดีเกี่ยวกับความผิดโดยตรงตามที่ฟ้องร้องกัน เพราะไม่มีกฎหมายโดยตรงออกมากล่าวไว้อย่างชัดเจน เช่นคดีที่เกิดขึ้นในประเทศอังกฤษ หรือสหรัฐอเมริกา ดังจะกล่าวต่อไปคือ

- ในประเทศอังกฤษ เริ่มมีการผสมเทียมโดยวิธีการแบบ Surrogate Motherhood หรือที่เราเรียกว่า “อุมบุญ” โดยรายแรกเกิดขึ้นใน ค.ศ. 1985 โดยสามีภริยาคนหนึ่งซึ่งทางฝ่ายภริยาไม่สามารถมีบุตรได้ ฝ่ายสามีจึงเดินทางเข้ามาในประเทศอังกฤษ เพื่อนำเชื้อพันธุของตนมาผสมกับไข่ของอาสาสมัครรับจ้างตั้งครรภ์ โดยการผสมเทียมแบบวิธีการนี้ฝ่ายสามีได้ให้ค่าตอบแทนแก่หญิงอาสาสมัครดังกล่าวเป็นเงิน 6,500 ปอนด์ เมื่อทารกคลอดออกมาหญิงอาสาสมัครรับจ้างตั้งครรภ์ก็ยินยอมมอบทารกให้แก่ผู้ว่าจ้าง

ผู้พิพากษาของศาลอังกฤษได้ให้เหตุผลต่อกรณีของการเกิดทารกตามวิธีการผสมเทียมแบบนี้ว่า ปัญหาของคดีที่สำคัญไม่ได้อยู่ที่ว่าทารกเกิดมาจากวิธีการใด แต่การที่ทารกเกิดขึ้นมาแล้วนั้น ปัญหาที่สำคัญที่สุดก็คือ จะจัดการวิธีใดที่จะทำให้ทารกได้รับสิทธิและการคุ้มครองมากที่สุด สำหรับข้อโต้แย้งในเรื่องที่ว่าสามีภริยาผู้นี้มีส่วนในการทำให้เกิดการเชิงพาณิชย์สำหรับการเกิดของทารกและไม่เหมาะที่จะเป็นบิดามารดาของทารกนั้นฟัง

ไม่ขึ้น ถ้าจะถือว่าสามีภริยาคู่นี้ทำผิดก็เป็นการกระทำโดยไม่เจตนา ส่วนปัญหาที่ต้องพิจารณาในทางจริยธรรมและทางสังคม ไม่ใช่หน้าที่ของศาลในการพิจารณาเรื่องอำนาจปกครอง ศาลจึงได้อนุญาตให้สามีภริยาคู่นี้นำทารกออกนอกประเทศอังกฤษได้ โดยพิจารณาคดีแบบไม่เปิดเผยต่อสาธารณะชน เพราะไม่ต้องการให้ประชาชนรู้จักสามีภริยาคู่นี้เพื่อประโยชน์ของทารก<sup>(22)</sup>

- ในสหรัฐอเมริกาเกี่ยวกับสัญญารับจ้างตั้งครรภ์ (Contracts to bear children) ยังไม่มีกฎหมายออกมารับรองการเกิดโดยวิธีการนี้ ซึ่งการเกิดโดยวิธีการรับจ้างตั้งครรภ์ก็อาจจะขัดกับกฎหมายอาญาในส่วนที่บัญญัติถึงการห้ามซื้อขายเด็กก็ได้ และถ้าการทำสัญญาระหว่างผู้จ้างกับหญิงอาสาสมัครตั้งครรภ์ไม่ขัดต่อกฎหมายก็จะเกิดตามมาว่า จะใช้บังคับกันได้เพียงใด หากเกิดกรณีหญิงอาสาสมัครเปลี่ยนใจไปทำแท้ง หรือคลอดทารกออกมาแล้วไม่ยอมมอบทารกให้ผู้จ้าง ซึ่งศาลสูงของสหรัฐอเมริกายอมรับสิทธิที่ว่า หญิงมีสิทธิส่วนตัวที่จะทำให้งำเนิดบุตรของตน จากปัญหาเหล่านี้ได้มีการถกเถียงกันมากในสหรัฐอเมริกา และในบางรัฐถือว่า การรับจ้างตั้งครรภ์เป็นการกระทำผิดกฎหมายอาญาในเรื่องของการซื้อขายเด็ก ซึ่งต้องห้าม

มีคดีเกี่ยวกับการให้กำเนิดจากหญิงอาสาสมัครรับจ้างตั้งครรภ์เกิดขึ้นในศาลของสหรัฐอเมริกาหลายคดี

- คดีแรก คือ คดี Doe v. Kelley โดยในคดีนี้ John และ Jane Doe ซึ่งเป็นสามีภริยากันได้ร่วมกับ Mary Roe ยื่นคำร้องต่อศาล โดยในคำร้องมีใจความว่า ครอบครัวของตนได้เสนอให้ Mary Roe รับจ้างตั้งครรภ์โดยใช้น้ำเชื้อของ John Doe ในข้อตกลงเมื่อ Mary Roe คลอดบุตรออกมาจะต้องยกเด็กให้เป็นบุตรบุญธรรมแก่ครอบครัว Doe โดยได้รับค่าตอบแทน คำร้องผู้ร้องขอให้ศาลสั่งรัฐมิให้ฟ้องผู้ร้องในการทำสัญญาจ้างตั้งครรภ์ดังกล่าว เนื่องจากรัฐมิขิแกนบัญญัติห้ามการให้เงินหรือของมีค่าเป็นการตอบแทนการรับบุตรบุญธรรม โดยผู้ร้องขอให้ศาลวินิจฉัยใน 3 ประเด็นคือ (1) กฎหมายการรับบุตรบุญธรรมของรัฐมิชิแกนเป็นโมฆะ เพราะปราศจากความชัดเจน มีลักษณะกำกวมไม่แน่นอน (2) เป็น

<sup>(22)</sup> วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์. เรื่องเดียวกัน. หน้า 40.

สิทธิส่วนตัวของผู้ร้องตามกฎหมายรัฐธรรมนูญ รัฐจะมารบกวนไม่ได้ (3) เหตุผลที่จะคุ้มครองผลประโยชน์ของรัฐในการตรากฎหมายดังกล่าว มีน้ำหนักหรือความสำคัญน้อยกว่าสิทธิส่วนตัวของผู้ร้อง

ศาลชั้นต้นพิจารณาแล้ววินิจฉัยว่า สิทธิส่วนตัวนั้นไม่สมบูรณ์ ผลประโยชน์ของรัฐที่เป็นเจตนารมณ์ของกฎหมายดังกล่าวก็คือ การป้องกันกิจการค้าเข้ามาเกี่ยวข้องกับยินยอมยกเด็กให้เป็นบุตรบุญธรรม ซึ่งการซื้อขายหรือแลกเปลี่ยนเด็กเป็นการผิดกฎหมายว่าด้วยการรับบุตรบุญธรรม และผิดความรู้สึกของสาธารณชนประกอบกับหลักเกณฑ์พื้นฐานที่ยอมรับกันว่า เด็กไม่อาจเป็นวัตถุแห่งการซื้อขาย ไม่ว่าจะกรณีใด ๆ ทั้งสิ้น ศาลชั้นต้นจึงสั่งยกคำร้อง และศาลเห็นว่า การคุ้มครองของรัฐธรรมนูญนั้นคุ้มครองเฉพาะการตัดสินใจที่จะมีบุตรโดยหาผู้ตั้งครรรภ์แทน แต่ไม่ได้คุ้มครองถึงการยินยอมให้ตกลงกันดังกล่าวนี้

- ในปี 2530 มีคดีเกิดขึ้นในรัฐนิวเจอร์ซีย์ ซึ่งเป็นข่าวดังไปทั่วโลกก็คือคดีของนาง Whitehead ซึ่งนางแต่งงานแล้วและมีบุตรกับสามี 2 คน สามีนางมีอาชีพเป็นพนักงานขับรถขนขยะ นาง Whitehead ได้ตกลงรับจ้างตั้งครรรภ์ให้แก่ครอบครัวของนาย Stern โดยการใช้หน้าเชื้อสสุจิของนาย Stern ผู้ว่าจ้างและเมื่อคลอดบุตรออกมาจะต้องมอบเด็กให้แก่ นาย Stern แต่นาง Whitehead กลับผิดข้อตกลงคือ เมื่อคลอดเด็กออกมาแล้ว นางกลับไม่ยอมมอบเด็กให้แก่ นาย Sten ตามสัญญาจ้างทำให้นาย Stern ต้องฟ้องตำรวจเพื่อนำเด็กมาเลี้ยงดู ทำให้นาง Whitehead ต้องยื่นคำร้องต่อศาล ขอให้นางเป็นผู้เลี้ยงดูบุตรที่นางคลอดออกมา ซึ่งผู้พิพากษาได้วินิจฉัยให้สัญญาที่ทั้งสองทำกันไว้ มีผลใช้บังคับได้ โดยให้เหตุผลว่าผู้เป็นบิดาของเด็ก ไม่จำเป็นต้องซื้อในสิ่งที่ตน และสิทธิในการเลือกการรับ การผสมเทียม สิทธิในการให้กำเนิดบุตรเป็นสิทธิส่วนตัว แต่ข้อสัญญานั้นจะต้องคำนึงถึงผลประโยชน์ที่ดีที่สุดสำหรับเด็ก จึงเห็นควรให้เด็กอยู่ในความปกครองของนาย Stern โดยเพิกถอนสิทธิในการเป็นมารดาของนาง Whitehead ด้วย ซึ่งการเพิกถอนสิทธิดังกล่าวมีผลทำให้นางไม่อาจไปเยี่ยมบุตรที่ตนตั้งครรรภ์และคลอดออกมาได้ นาง Whitehead ได้กล่าวถึงคำสั่งดังกล่าวของศาลว่า ไม่ยุติธรรมกับนางเลย เพราะเท่ากับว่านางคลอดบุตรออกมาถึง 3 คน แต่บุตร 2 คนของนางไม่อาจจะพบนาน้องสาวของตนได้ และนางยัง

ได้กล่าวทิ้งท้ายไว้ว่า 'ใคร ๆ ก็คิดเหมือนว่าเรากำลังจะแย่งรถยนต์กัน แต่ลูกไม่ใช่เป็นของนาง หากแต่ลูกเป็นส่วนหนึ่งของชีวิตของนางต่างหาก'<sup>(23)</sup>

ซึ่งจากคดีของนาง Whitehead ทำให้เกิดแนวคิดในการพิจารณาคดีที่เกี่ยวข้องกับการผสมเทียมแบบ Surrogate Motherhood การตัดสินใจมักจะเป็นการคำนึงถึงผลประโยชน์ของทารกที่เกิดมาเป็นอันดับแรกโดยไม่มีกฎหมายออกมารองรับอย่างชัดเจน ปัญหาของการผสมเทียมกรณีนี้เกิดขึ้นมาแล้วย่อมสะท้อนถึงความเจริญทางเทคโนโลยีของการผสมเทียมกับความล้าหลังของกฎหมายที่ไม่สามารถจะครอบคลุมไปถึงการให้กำเนิดแบบผสมเทียมตามวิธีการต่าง ๆ เพราะหากศาลตัดสินคดีโดยคำวินิจฉัยเป็นไปในทางไม่ตรงกับหลักกฎหมาย แม้ประสงค์จะรักษาประโยชน์ให้แก่ทารกที่เกิดมา แต่ผลที่ตามมา ก็อาจจะขัดกับศีลธรรม และความเป็นจริงได้ โดยเฉพาะศีลธรรมอาจจะถูกกระทบกระเทือนไปด้วย ซึ่งสังเกตได้จากคำพูดตอนท้ายที่นาง Whitehead กล่าวทิ้งท้ายไว้ด้วยความรู้สึกจากใจของนาง

นอกจากคดีดังกล่าวแล้ว ต่อมาก็มีคดีที่น่าสนใจอีกเรื่องคือคดี Anna J.v.Mark ซึ่งเมื่อนำคดี Anna J.v.Mark ที่ศาลอุทธรณ์แห่งรัฐแคลิฟอร์เนียได้วินิจฉัยยืนตามศาลชั้นต้นว่า มารดารับจ้างคือนางแอนนา ไม่ใช่มารดาของทารกที่นางคลอดออกมาและไม่มีส่วนได้เสียในทารกนั้นแต่อย่างใด โดยศาลได้วินิจฉัยให้นายมาร์คและนางคริสพิน่า คาลเวร์ท ผู้ซึ่งเป็นสามีภริยาผู้ว่าจ้าง เป็นบิดามารดาตามสายพันธุ์ชีวภาพและตามธรรมชาติของบุตร โดยมีความเห็นว่านางแอนนามีความสัมพันธ์กับทารกที่คลอดเพียงการเป็นมารดาเลี้ยงของบุตรเท่านั้น และรับฟังคำยืนยันของแพทย์นางแอนนาที่ราบตั้งแต่แรกเริ่มว่าตนจะต้องส่งมอบทารกให้แก่บิดามารดาตามสายพันธุ์ ความผูกพันทางจิตใจระหว่างมารดาที่รับจ้างตั้งครรรภ์กับทารกย่อมจะน้อยลงไปด้วย และการทำสัญญาว่าตนจะต้องส่งมอบทารกที่คลอดออกมาให้กับผู้ว่าจ้างก็เป็นการถือได้ว่าการสละสิทธิการเป็นมารดาได้ตามสัญญาตั้งแต่เริ่มแรกก่อนจะตั้งครรรภ์แล้ว การส่งมอบบุตรให้แก่ผู้ว่าจ้างจึงเป็นการปฏิบัติการณ์ที่ที่เหมาะสมและเกิดประโยชน์แก่ทารกเป็นอย่างยิ่ง จากคำพิพากษาดังกล่าวมีผู้โต้แย้งให้เหตุผลที่น่ารับฟังว่า การเป็นมารดาที่รับจ้างตั้งครรรภ์ ซึ่งศาลถือว่าเป็นมารดาเลี้ยง [Foster

<sup>(23)</sup> วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์. เรื่องเดียวกัน. หน้า 19 – 20.

Parent] นั้น ความหมายมิได้เหมือนการทำสัญญาทั่วไป แต่มารดาบังคับตั้งครรภ์อาจทำให้การตั้งครรภ์ยุติลงได้ด้วยการทำแท้ง จึงมิใช่เป็นเพียงผู้ดูแลตัวอ่อนเท่านั้น แต่มีความผูกพันทั้งทางด้านร่างกายและจิตใจต่อทารกในการให้กำเนิดบุตร ซึ่งมีความสำคัญเท่าเทียมกับการมีส่วนร่วมทางพันธุกรรมของบิดามารดาในทางชีววิทยาของบุตร ดังนั้นการกำหนดให้ผู้ว่าจ้างเป็นบิดามารดาก็เท่ากับผลเป็นการซื้อขายทารกโดยชอบด้วยกฎหมาย และหากผู้ว่าจ้างถึงแก่กรรมลงก่อนที่ทารกจะคลอดออกมา ทารกจะกลายเป็นบุตรที่ไม่มีมารดานั้น ซึ่งจะก่อให้เกิดปัญหาได้<sup>(24)</sup>

จากกระบวนการของการผสมเทียมในแต่ละวิธีที่กล่าวมามีผลต่อการใช้กฎหมายของประเทศต่าง ๆ นับตั้งแต่การเปรียบเทียบ หรือหาทางวินิจฉัยคดีให้เหมาะสมกับคดีในแต่ละเรื่อง ซึ่งถ้าหากเป็นการฟ้องเรียกร้องเกี่ยวกับตัวทารกศาลในประเทศต่าง ๆ จะปรับกฎหมายหรือวินิจฉัยคดีไปในทางที่เป็นประโยชน์กับทารกที่เกิดจากการผสมเทียมในแต่ละวิธีมากกว่าที่จะต้องวินิจฉัยคดีไปในประเด็นที่ฟ้องมาโดยตรง ซึ่งการนำกฎหมายในส่วนต่าง ๆ มาใช้ปรับในการวินิจฉัยคดีทำให้เห็นชัดลงไปว่า ในประเทศต่าง ๆ ยังไม่มีกฎหมายที่แน่ชัดที่จะนำมาใช้พิจารณาคดีที่เกี่ยวกับการผสมเทียมโดยตรง แม้แต่ประเทศไทยเราก็อาจจะเกิดมีคดีต่าง ๆ อันเกี่ยวกับผลของการผสมเทียมเกิดขึ้นก็ได้ เพราะเมื่อมีการผสมเทียมเกิดขึ้นมาสำเร็จในหลาย ๆ วิธี ปัญหาของผลที่ตามมาจากการผสมเทียมก็ย่อมจะเกิดขึ้นได้เสมอ ไม่มีใครรับรองว่าจะไม่เกิดคดีที่เกี่ยวข้องกับการผสมเทียม แม้แต่ประเทศต่าง ๆ ที่เป็นต้นกำเนิดของการผสมเทียม หรือมีการยอมรับการผสมเทียม ก็ยังเกิดมีคดีขึ้นมาให้เห็น จึงควรอย่างยิ่งที่จะต้องมีการปรับปรุงแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายให้สอดคล้องและควบคุมไปถึงคดีที่อาจจะเกิดขึ้นจากการผสมเทียม จะใช้วิธีการปรับกฎหมายในเรื่องต่าง ๆ มาใช้วินิจฉัยและลงโทษ คงจะไม่เกิดความยุติธรรมเท่าที่ควร โดยเฉพาะปัญหาในทางอาญา ไม่มีตอบได้ว่าคดีอาญาเกี่ยวกับการผสมเทียม หรือผลที่ได้จากการผสมเทียมจะไม่เกิดขึ้น ที่เห็นได้อย่างชัดเจนคือ สิทธิความเป็นบิดามารดากับบุตร ก็คือเป็นหน้าที่ตามกฎหมายที่มีกฎหมายอาญามาตรา 59 วรรคท้ายกำหนดให้ต้องรับผิดชอบคุ้มครองทารกที่เกิดมา มาตรา 285 ก็คือเป็นบทคุ้มครองผู้สืบสันดานไม่ให้อยู่ภายใต้อิทธิพลของบิดามารดาหรือผู้ปกครอง ซึ่งกฎหมายอาญาคู่คุ้มครองแม้กระทั่งทารกในครรภ์ไม่ให้

<sup>(24)</sup> ประสพสุข บุญเดช. เรื่องเดียวกัน. หน้า 188 – 189.

ถูกทำลายลงตามมาตรา 301 ถึง 305 ล้วนแต่เป็นการคุ้มครองทารกหรือเด็กที่เกิดจากการให้กำเนิดตามธรรมชาติ เราจึงจำต้องศึกษาว่าในมาตราต่าง ๆ เหล่านี้หากเกิดขึ้นกับทารกที่เกิดจากการผสมเทียม เราจะถือว่าใครเป็นผู้กระทำผิด จะถือว่าใครเป็นบิดามารดาที่จะต้องรับผิดชอบตามประมวลกฎหมายอาญาในมาตรา 59 วรรคท้าย มาตรา 285 มาตรา 301 ถึง 305 เป็นเรื่องที่เราจะต้องศึกษาต่อไปเพื่อนำมาใช้ปรับปรุงแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญาเมื่อเกิดปัญหาขึ้นมากับทารกที่เกิดจากการผสมเทียมเช่นเดียวกับต่างประเทศ

## บทที่ 4

### การผสมเทียมกับปัญหาความรับผิดชอบในทางอาญา

ปัญหาทางด้านกฎหมายกับผลที่เกิดจากการผสมเทียม ทุกวันนี้ยังไม่ได้รับการ พัฒนาให้ทัดเทียมกัน คดีต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นในต่างประเทศจึงหาทางระงับข้อพิพาทของคดี ด้วยการวินิจฉัยคดีไปโดยคำนึงถึงผลประโยชน์ที่ทารกที่เกิดจากการผสมเทียมจะได้รับ โดยเฉพาะการฟ้องคดีเกี่ยวกับการอ้างสิทธิของความเป็นบิดามารดาของทารกดังกล่าว ศาลมักจะให้ทารกอยู่ในความดูแลของผู้ที่มีความคิดที่จะทำให้ทารกเกิดมาเพื่อสืบสกุล เป็นผู้มีสิทธิในตัวทารก ด้วยเหตุผลที่มักจะกล่าวอ้างว่า เพราะผู้นั้นต้องการทารกไว้สืบสกุล จึงหาทางผสมเทียมทุกวิถีทางเพื่อให้ได้ทารกออกมา แม้นจะไม่ได้ตั้งครรภ์เองและมีผู้ตั้ง ครรภ์แทน คดีส่วนใหญ่จึงไม่ได้คำนึงว่า หญิงผู้คลอดทารกจะต้องมีสิทธิในตัวทารกที่ตะ คลอดเสมอไป

จากการผสมเทียมใน 4 วิธีการคือ การผสมเทียมแบบวิธีการ AIH , การผสม เทียมแบบวิธีการ AID, การผสมเทียมแบบ IVF and ET และการผสมเทียมแบบ Surrogate Motherhood ทั้ง 4 วิธีการปัญหาในทางกฎหมายที่เกิดขึ้นในคดีต่างประเทศ มักจะเป็นการฟ้องร้องในทางแพ่งเป็นส่วนใหญ่ แต่ก็มีบ้างที่เป็นการฟ้องร้องในทางคดี อาญา คือ ในคดีที่พนักงานอัยการฟ้องนาย Sovensen ตามคำร้องของสำนักงาน ประชาสงเคราะห์ ในข้อหาที่ว่านาย Sovensen ละเลยหน้าที่ในการอุปการะเด็กผู้เยาว์ที่ เกิดในระหว่างสมรสตามแบบวิธีการ AID ตามหลัก Omission to act ดังที่ได้กล่าวมา แล้ว ก็นับได้ว่าเป็นคดีที่ศาลวินิจฉัยไปในทางปกป้องทารกที่เกิดมาจากการผสมเทียมแบบ AID เพื่อให้ทารกที่เกิดมาได้รับสิ่งที่ดีที่สุด

ปัญหาของความเป็นบิดามารดากับบุตร ในวิธีการผสมเทียมแบบ AIH และ AID ปัญหาความเป็นมารดาของทารกที่เกิดมา ไม่มีปัญหาเพราะเจ้าของไข่กับผู้ตั้งครรภ์ เป็นคน ๆ เดียวกัน ปัญหาส่วนใหญ่จึงอยู่ที่ความเป็นบิดาว่าจะถือว่าใครเป็นบิดา แบบวิธี การ AIH ก็คงจะปฏิเสธไม่ได้เพราะเมื่อสามีเป็นเจ้าของเชื้อพันธุ์ จึงต้องพิสูจน์แต่เพียงว่าให้ ความยินยอมและรับการผสมเทียมขณะยังสมรสกันอยู่เท่านั้น ส่วนแบบวิธีการ AID เริ่มมี



ปัญหาขึ้นมาอีกระดับหนึ่งว่า เจ้าของเชื้อพันธุกับสามีของผู้ตั้งครรภ์มิใครจะเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของทารกที่เกิดจากการผสมเทียมดังกล่าว ซึ่งการผสมเทียมแบบวิธีการนี้ทางแพทย์มักจะปกปิดว่าเจ้าของเชื้อพันธุเป็นใคร และส่วนสามีมักจะให้ความยินยอมให้ภริยาของตนผสมเทียมแบบวิธีการ AID เพราะต้องการจะได้ทารกเป็นทายาทไว้สืบสกุล เนื่องจากสามีมีปัญหาทางด้านของเชื้อพันธุไม่อาจก่อให้เกิดทายาทได้ วิธีการที่ค่อนข้างจะมีปัญหาเกี่ยวกับความเป็นบิดามารดาของทารก จึงอยู่ที่แบบวิธีการ IVF and ET และวิธีการ Surrogate Motherhood ถือเป็นวิธีการที่ควรนำมาศึกษาปัญหาในทางอาญาที่อาจจะเกิดขึ้นได้ โดยเฉพาะการผสมเทียมกับปัญหาความรับผิดชอบในทางอาญา

### 1. การกระทำที่เกิดจากการงดเว้น

ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 59 วรรคท้ายที่บัญญัติว่า "การกระทำให้หมายความรวมถึง การให้เกิดผลอันหนึ่งอันใดขึ้นโดยงดเว้นการที่จักต้องกระทำเพื่อป้องกันผลนั้นด้วย" ซึ่งก็หมายถึงว่า การไม่กระทำของบุคคลอาจกลายเป็นการกระทำโดยงดเว้นได้หากว่าเขามี "หน้าที่เพื่อป้องกันผล" แต่งดเว้นไม่ทำหน้าที่นั้น ดังนั้นจากบทบัญญัติของกฎหมายที่ว่า "การที่จักต้องกระทำ" จึงหมายถึงหน้าที่ที่จักต้องกระทำและจะต้องไม่ใช่นิติหน้าที่ตามศีลธรรม (moral obligation) เท่านั้น หน้าที่ดังกล่าวต้องชัดแจ้งและต้องกำหนดเอาไว้เพื่อป้องกันผลซึ่งก่อให้เกิดความรับผิดชอบแก่ผู้ทิ้งดเว้น

หน้าที่ดังกล่าวอาจเกิดจาก (1) กฎหมายกำหนด (2) สัญญา (3) ความสัมพันธ์พิเศษเฉพาะเรื่อง หรือ (4) การกระทำก่อน ๆ ของตน ดังมีรายละเอียดดังนี้

(1) หน้าที่ตามกฎหมาย กำหนดให้บุคคลที่มีความสัมพันธ์ต้องช่วยเหลือเกื้อกูลกัน เช่น ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1461 กำหนดให้สามีภริยาต้องช่วยเหลืออุปการะเลี้ยงดูกันตามความสามารถและตามฐานะของตน เช่นเมื่อภริยาป่วยเจ็บสามีช่วยเหลืออุปการะกันตามกฎหมาย หรือ เป็นกรณีบิดามารดากับบุตร โดยที่บิดามารดามีหน้าที่อุปการะเลี้ยงดู จัดอาหาร และรักษาบุตรเมื่อเกิดการป่วยเจ็บและให้การ

ศึกษาตามสมควรแก่บุตรในระหว่างที่บุตรเป็นผู้เยาว์<sup>(1)</sup> อันเป็นไปตามหลักในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์อันว่าด้วยสิทธิและหน้าที่ของบิดามารดากับบุตรในมาตรา 1564 หน้าที่ตามกฎหมายดังกล่าวนี้เป็นหน้าที่เพื่อป้องกันผล คือความตายของเด็กนั้นเมื่อมีการงดเว้นไม่ปฏิบัติตามหน้าที่ กฎหมายก็ถือว่ามีการกระทำ

(2) หน้าที่ตามสัญญา กรณีนี้เป็นหน้าที่อันเกิดจากการที่ตนยอมตนเข้าผูกพันตามสัญญา เช่น สัญญารับจ้างดูแลเด็กอ่อน , สัญญาของผู้ปิดกั้นทางรถไฟเพื่อมิให้เกิดอุบัติเหตุเมื่อเกิดเหตุขึ้นตามที่กำหนดในสัญญาโดยผู้รับจ้างมิได้ปฏิบัติตามหน้าที่ของตนเพื่อป้องกันผลโดยกระทำเจตนาหรือประมาท ผู้กระทำย่อมต้องรับผิดชอบแต่ที่ตนได้เข้าปฏิบัติตามสัญญาดังกล่าว เช่น กรณีนักว่ายน้ำที่รับจ้างดูแลความปลอดภัยของผู้เล่นน้ำตามชายหาดหรือสระน้ำ (life guard) นักว่ายน้ำเห็นคนจะจมน้ำซึ่งตนสามารถช่วยไม่ให้คนจมน้ำได้ แต่ไม่ช่วย ถือเป็นการกระทำโดยการงดเว้นการที่จักต้องกระทำเพื่อป้องกันผล อันเป็นการกระทำซึ่งตนมีภาระหน้าที่ที่สามารถจะยับยั้งการเกิดผลได้แต่งดเว้นเสียไม่ปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าว ถือว่ามีความผิดโดยการงดเว้นเพราะงดเว้นหน้าที่ป้องกันผลตามสัญญา<sup>(2)</sup>

(3) หน้าที่ตามความสัมพันธ์พิเศษเฉพาะเรื่อง เป็นกรณีที่มีการกำหนดหน้าที่โดยอาศัยหลักของศีลธรรมมาประกอบกับประเพณีของท้องถิ่นเพื่อนำมาพิจารณาหน้าที่ดังกล่าว เช่น บุตรนอกกฎหมายอันเกิดจากบิดามารดามีได้จดทะเบียนสมรสกันแต่ได้อยู่กันโดยร่วมกันเลี้ยงดูบุตรที่เกิด จึงมีหน้าที่ต้องดูแลความเป็นอยู่และให้การรักษาเมื่อป่วยเจ็บ แม้กฎหมายจะไม่ได้กำหนดหน้าที่นี้เอาไว้ก็ถือว่าเป็นหน้าที่ที่ต้องเลี้ยงดูช่วยเหลือกันตามความสัมพันธ์พิเศษที่มีต่อกัน

<sup>(1)</sup> เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค 1. พิมพ์ครั้งที่ 4 แก้ไขเพิ่มเติม. กรุงเทพฯ. สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, เมษายน 2538, หน้า 72.

<sup>(2)</sup> ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ. กฎหมายอาญาหลักและปัญหา. กรุงเทพฯ. สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2540, หน้า 52-56.

(4) หน้าที่ตามการกระทำก่อน ๆ ของตน เป็นหน้าที่อันเกิดจากตนเองเป็นผู้ก่อให้เกิดภัยอันตรายขึ้นไม่ว่าจะเกิดโดยเจตนาหรือประมาท เช่น คนที่มีหน้าที่ดูแลและควบคุมยานพาหนะและสิ่งของที่บรรทุกยื่นล้ำออกมานอกกระบะของยานพาหนะ มีหน้าที่ต้องจัดหาสัญญาณ หรือติดไฟฉุกเฉินอันเป็นการแจ้งให้ยานพาหนะคันที่ขับตามมาข้างหลังรู้ แต่จงใจไม่จัดการตามหน้าที่ ทำให้ยานพาหนะคันที่ขับตามหลังมาไม่เห็นและเกิดการชนทำทำให้เกิดอุบัติเหตุ ถือเป็นการงดเว้นหน้าที่ของตนที่จักต้องกระทำเพื่อป้องกันภัยอันตรายที่จะเกิดขึ้น

หน้าที่ทั้ง 4 ประการที่จะเกี่ยวข้องกับการผสมเทียม ได้แก่หน้าที่ตามกฎหมายในระหว่างบิดามารดากับบุตร กล่าวคือ การผสมเทียม มิใช่เป็นการเกิดโดยขบวนการของธรรมชาติ คือ ความสัมพันธ์ระหว่างสามีภริยาที่มีการ "หลับนอนกัน" ตามปกติแล้วให้กำเนิดบุตร แต่การผสมเทียมอาจให้กำเนิดบุตรได้โดยบิดามารดาอาจไม่จำเป็นต้องมีความสัมพันธ์หรือผูกพันกันดังเช่นขบวนการปกติโดยมีผู้ที่เกี่ยวข้องหลายฝ่ายไม่ว่าจะเป็นเจ้าของไข่ เซ็ลล์สุจิของฝ่ายชาย เจ้าของไข่ฝ่ายหญิง ผู้รับจ้างตั้งครรภ์ตลอดจนผู้ว่าจ้างที่ต้องการมีบุตรด้วย ปัญหาก็คือ เมื่อทารกคลอดออกมาแล้วใครคือบิดามารดาของทารกที่จะมีหน้าที่ตามกฎหมาย เพื่อป้องกันผลเพราะขบวนการของการให้กำเนิดทารกได้เปลี่ยนแปลงไปแล้ว

ตามประมวลกฎหมายอาญาของไทย ความรับผิดชอบทางอาญาของบิดามารดากับบุตร ขณะบัญญัติกฎหมาย การให้กำเนิดยังคงเป็นแบบตามธรรมชาติคือมีการร่วมหลับนอนของชายหญิง ความเป็นบิดามารดากับบุตรจึงชัดเจนต่อเมื่อมีคดีเกิดขึ้นกฎหมายก็สามารถคุ้มครองได้ทั้งบิดามารดา และบุตรปัญหาในเรื่องของความเป็นบิดามารดาจึงไม่เกิดขึ้น เมื่อถือว่าเป็นบิดามารดาก็ต้องมีหน้าที่อุปการเลี้ยงดูบุตรของตน โดยกฎหมายกำหนดให้เป็นหน้าที่ตามกฎหมาย จะงดเว้นไม่ได้ หากงดเว้นแล้วเกิดผลแก่ทารกต้องรับผิดชอบตามประมวลกฎหมายอาญาในมาตรา 59 วรรคท้าย หากมีเจตนาให้บุตรของตนตาย ก็ต้องรับผิดชอบกระทำให้ผู้อื่นถึงแก่ความตายโดยเจตนาตามมาตรา 288 หรือ 289 หากกระทำโดยประมาทก็ต้องรับผิดชอบตามมาตรา 291 เป็นต้น

## 2. ความรับผิดชอบทางอาญาในกรณีต่าง ๆ

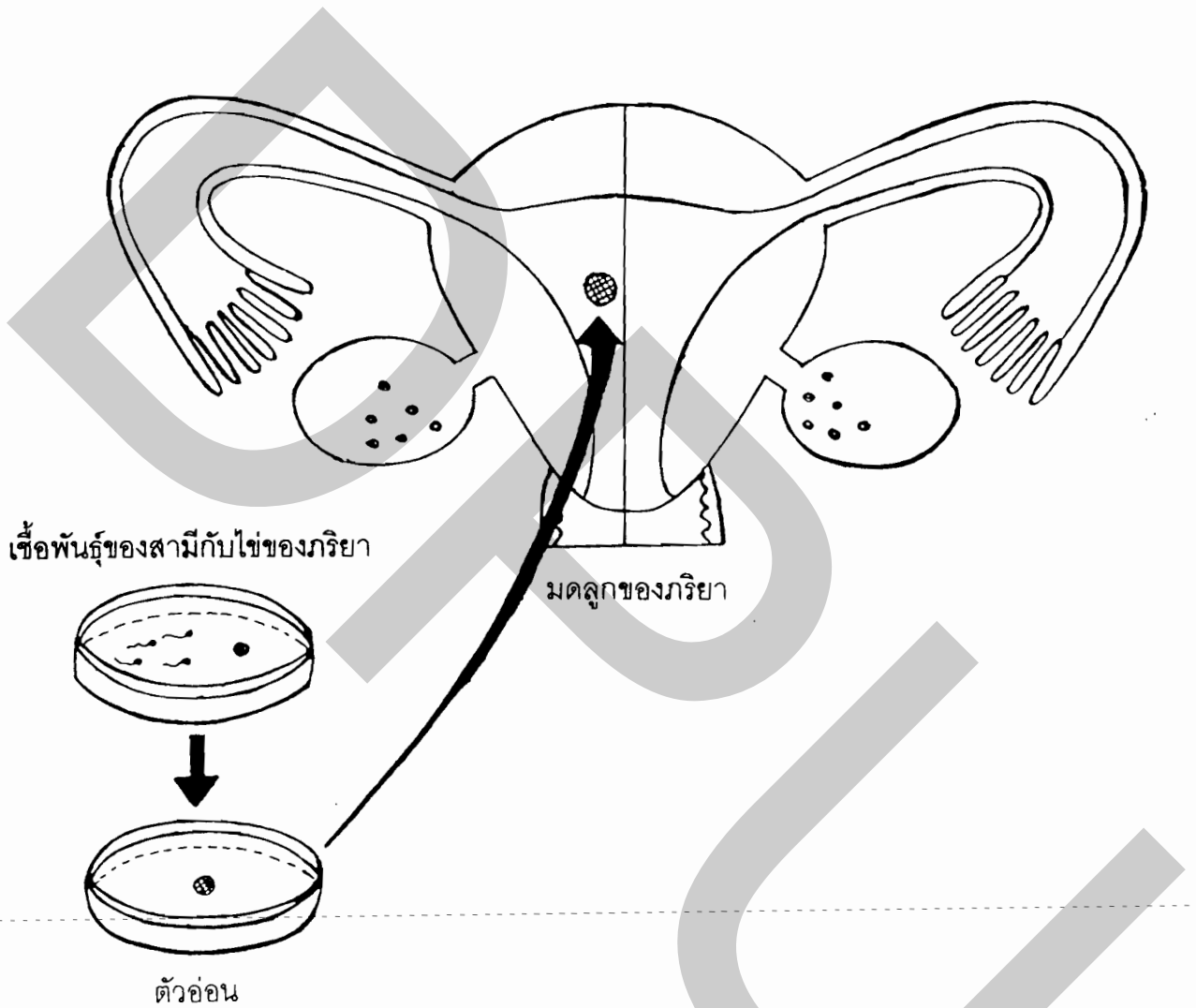
แต่ในปัจจุบัน อิทธิพลของความเจริญทางเทคโนโลยีทำให้การผสมเทียมเข้ามามีบทบาทต่อการให้กำเนิดมนุษย์ และผลของการผสมเทียมก็ก่อให้เกิดปัญหาทางกฎหมาย ทั้งทางแพ่งและอาญา ซึ่งไม่มีใครตอบได้ว่าการผสมเทียมจะไม่ก่อให้เกิดการฟ้องร้องเป็นคดีอาญาในประเทศไทย ความเป็นไปได้หรือโอกาสที่จะเกิดขึ้นย่อมมีเสมอเมื่ออิทธิพลของการผสมเทียมมีมากขึ้นทุกวันและก้าวหน้าขึ้นเรื่อย ๆ จนมีผู้หันมาผสมเทียมกันมากมาย และเมื่อئ้นเราจะนำกฎหมายอาญาในมาตราใดมาใช้กับปัญหาที่เกิดขึ้นจากการผสมเทียม เพราะในกฎหมายอาญาของเราไม่ได้กำหนดไว้ในมาตราใดเลย จึงจำเป็นที่เราจะต้องศึกษาปัญหาที่จะเกิดขึ้นจากการผสมเทียมกับปัญหาในทางอาญาซึ่งจะแยกศึกษาในปัญหาทางอาญาในส่วนที่เกี่ยวข้องได้เป็นเรื่องใหญ่ ๆ ได้ 4 เรื่องคือ 1. ความรับผิดชอบในทางอาญาตามมาตรา 59 วรรคท้าย 2. การผสมเทียมกับการเพิ่มโทษในทางอาญาตามมาตรา 285 3. การผสมเทียมกับการทำแท้งตามมาตรา 301 ถึงมาตรา 305 และ 4. การผสมเทียมกับคดีอุทลุม ซึ่งอธิบายได้ดังนี้

### 2.1 ความรับผิดชอบในทางอาญาตามมาตรา 59 วรรคท้าย

เป็นปัญหาในเรื่องเกี่ยวกับความเป็นบิดามารดากับบุตร ในการผสมเทียมแบบวิธีการ IVF and ET คือ การผสมเทียมที่มีการนำเอาเชื้อพันธุ์และไข่มาใส่ไว้ในจานแก้วทดลองหรือหลอดแก้วจนมีการรวมตัวกันเป็นตัวอ่อน แล้วนำตัวอ่อนถ่ายกลับเข้าไปให้เจริญเติบโตเป็นทารกในมดลูกของหญิง ปัจจัยสำคัญที่ก่อให้เกิดทารกคือเชื้อพันธุ์ (Sperm) กับไข่ (Egg) ที่มาของเชื้อพันธุ์ก็ได้มาจากสามีของผู้ที่ตั้งครรภ์เองหรือได้มาจากการบริจาค ส่วนที่มาของไข่นั้นมีที่มาได้ 3 ทางคือ (1.) ได้มาจากของหญิงผู้ตั้งครรภ์เองซึ่งเป็นภริยาของเจ้าของเชื้อพันธุ์ (2.) ได้มาจากการรับบริจาค และ (3.) ได้มาจากไข่ของหญิงรับจ้างตั้งครรภ์ เมื่อนำวิธีการผสมเทียมแบบ IVF and ET มารวมกับวิธีการแบบ Surrogate Motherhood แล้วก่อให้เกิดทารกออกมา ปัญหาความรับผิดชอบในทางอาญาตามมาตรา 59 วรรคท้ายในเรื่องของความเป็นบิดามารดากับบุตรก็ย่อมจะเกิดความยุ่งยาก จะถือว่าใครเป็นบิดาของเด็ก ใครเป็นมารดาของเด็ก ที่จะต้องมีหน้าที่ป้องกันผลที่จะเกิดแก่ทารก โดยมีหน้าที่อุปการะเลี้ยงดู ป้อนอาหาร ป้อนน้ำ และดูแลรักษาทารกยามป่วยเจ็บ ควรจะเป็นใครดูแล ระหว่างพ่อแม่ที่ไปขอรับการผสมเทียมที่ไม่ใช่เจ้าของตัวอ่อน เจ้าของเชื้อพันธุ์ เจ้าของไข่ หรือหญิงรับจ้างตั้งครรภ์แทน เมื่อมีตัวแปรให้คิดหลายตัวแปร เราจะกำหนด

โดยการใช้หลักอย่างไรมาพิจารณาให้ถูกต้องตามหลักทางอาญาและให้เป็นไปตามหลักเจตนาของผู้ร่างกฎหมายอาญาไว้ใช้ว่าประสงค์จะคุ้มครองใคร ประสงค์ว่าจะต้องให้ใครรับผิดชอบอาชญากรรม ซึ่งกฎหมายจะต้องใช้กฎหมายโดยตรงในมาตรานั้น ๆ มาบังคับใช้ และนำบทกฎหมายใกล้เคียงมาปรับใช้ก็ไม่ได้เพราะก็จะเป็นโทษแก่จำเลย เมื่อเป็นเช่นนี้จะทำอย่างไร จึงควรจะต้องมีการปรับปรุงแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายอาญาให้ครอบคลุมถึงการผสมเทียมที่เกิดขึ้นในหลายกรณีด้วย ซึ่งการผสมเทียมกับปัญหาในทางอาญาเกี่ยวกับความรับผิดชอบในทางอาญากรณีของสิทธิและหน้าที่ของบิดามารดาที่มีต่อบุตรตามมาตรา 59 วรรคท้ายอาจจะเกิดขึ้นกับการผสมเทียมได้หลายวิธีซึ่งจะได้กล่าวในวิธีหลัก ๆ ได้ 4 วิธีคือ (ก.) เป็นการนำเอาเชื้อพันธุ์ของสามีกับไข่ของภริยามาทำให้เกิดการรวมกันในจานแก้วทดลองจนเกิดการแบ่งตัวกลายเป็นตัวอ่อน แล้วนำมาฉีดใส่เข้าไปในมดลูกของภริยา, (ข.) เป็นการนำเอาเชื้อพันธุ์ของสามีกับไข่บริจาคนำมาทำให้เกิดการรวมตัวกันในจานแก้วทดลองจนเกิดการแบ่งตัวกลายเป็นตัวอ่อนแล้วนำมาฉีดใส่เข้าไปในมดลูกของภริยา, (ค.) เป็นการนำเอาเชื้อพันธุ์บริจาคมกับไข่บริจาคมทำให้เกิดการรวมตัวกันในจานแก้วทดลองจนเกิดการแบ่งตัวกลายเป็นตัวอ่อน แล้วนำมาฉีดใส่เข้าไปในมดลูกของภริยา และ (ง.) เป็นการนำเอาเชื้อพันธุ์ของสามีกับไข่ภริยามาทำให้เกิดการรวมตัวกันในจานแก้วทดลองจนเกิดการแบ่งตัวกลายเป็นตัวอ่อน แล้วนำมาฉีดใส่เข้าไปในมดลูกของหญิงรับจ้างตั้งครรภ์แทนซึ่งในแต่ละวิธีจะได้อธิบายตามภาพประกอบพร้อมวิเคราะห์ถึงความจำเป็นบิดามารดากับความรับผิดชอบตามมาตรา 59 วรรคท้ายแห่งประมวลกฎหมายอาญาและมาตราที่อาจจะเกี่ยวข้องด้วยดังต่อไปนี้

ภาพประกอบการผสมเทียมแบบวิธีการ (ก)

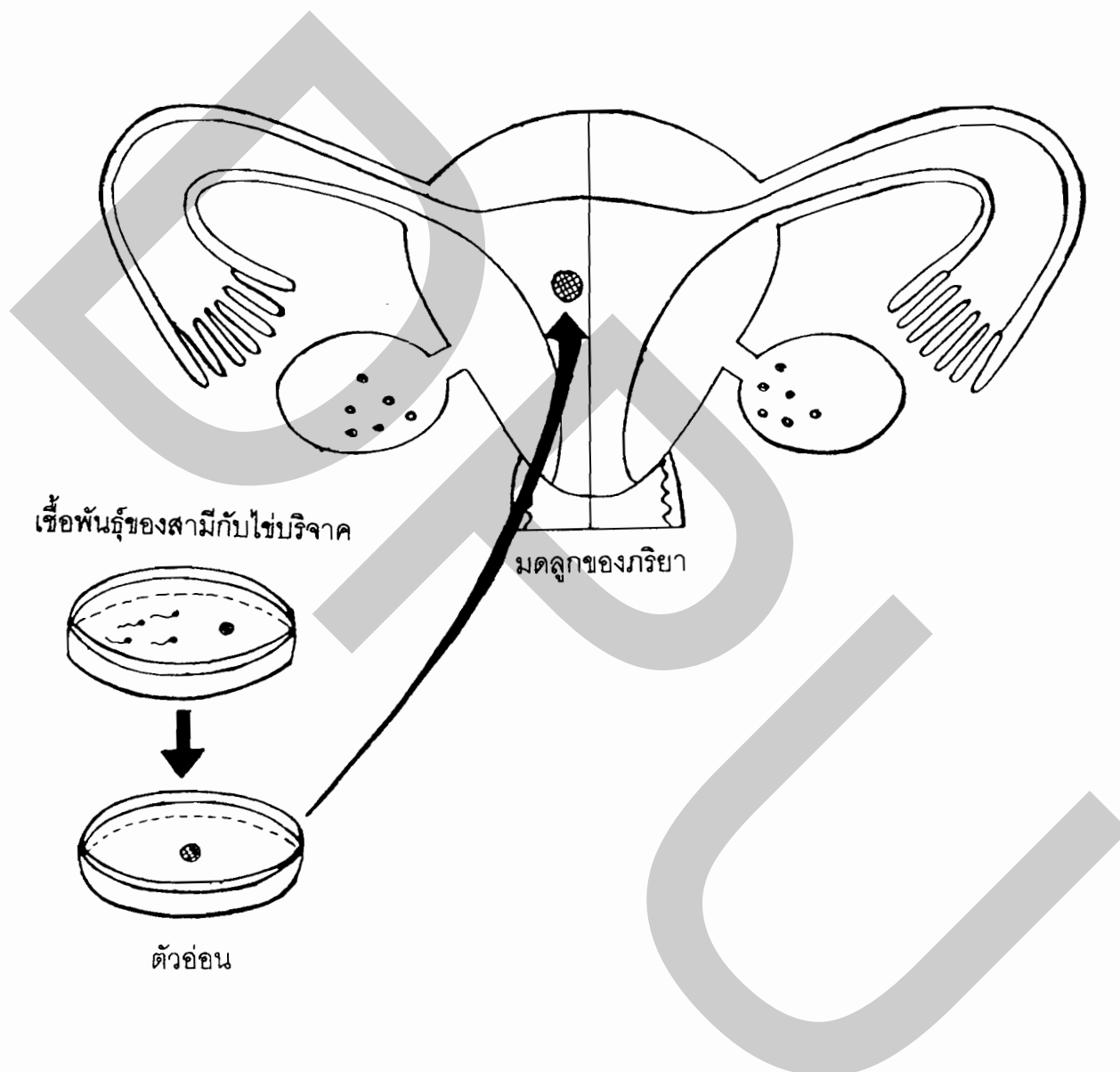


จากภาพ (ก) เป็นการนำเอาเชื้อพันธุ์ของสามีกับไข่ของภริยามาทำให้เกิดการรวมตัวกัน  
ในจานแก้วทดลองจนเกิดการแบ่งตัวกลายเป็นตัวอ่อน แล้วนำมาฉีดใส่เข้าไปในมดลูกของ  
ภรรยา

จากการผสมเทียมแบบวิธีการ (ก) เป็นการนำเอาเชื้อพันธุ์ของสามีกับไข่ของภรรยา มาทำให้เกิดการรวมตัวกันในจานแก้วทดลองจนกลายเป็นตัวอ่อน แล้วนำมาฉีดใส่เข้าไปในมดลูกของภรรยาเพื่อให้เกิดการปฏิสนธิจนกลายเป็นทารก ตามหลักกฎหมายแล้วถือว่าสามีภรรยาเจ้าของตัวอ่อนเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของทารก แม้ตัวอ่อนจะเกิดจากการรวมกันในจานแก้วทดลองก็ตาม สามีภริยาดังกล่าวจึงถือว่าเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของทารก จึงมีหน้าที่ตามกฎหมายที่จะต้องอุปการะเลี้ยงดูทารกที่เกิดมาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1564 อันว่าด้วยสิทธิและหน้าที่ระหว่างบิดามารดากับบุตร หากบิดามารดางดเว้นไม่อุปการะเลี้ยงดู หรือปล่อยปละละเลยให้ทารกอดอาหาร หรือน้ำ จนถึงแก่ความตาย ไม่ว่าจะกระทำการงดเว้นโดยเจตนา หรือโดยประมาทก็ตาม บิดามารดาซึ่งมีหน้าที่ตามกฎหมายที่จะต้องป้องกันผล คือ ความตายของทารก ก็ต้องรับผิดชอบตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 59 วรรคท้าย

จากวิธีการนี้ ปัญหาทางด้านกฎหมายที่น่าคิดในอีกประการหนึ่งคือ หากมีการทำให้ตัวอ่อนในจานทดลองเสียหายจนไม่สามารถจะนำไปให้เจริญเติบโตเป็นทารกในครรภ์ได้ เช่น นำตัวอ่อนในจานทดลองที่เหลือจากการใช้ไปเททิ้ง หรือเกิดทำจานแก้วที่ใส่ตัวอ่อนแตกแตก ซึ่งไม่ว่าจะกระทำโดยเจตนาหรือประมาทก็ตาม ผู้กระทำให้ตัวอ่อนเสียหาย จะมีความผิดฐานทำแท้งหรือไม่ ก็คงต้องพิจารณาว่า การทำแท้งก็คือการทำให้ทารกในครรภ์คลอดออกมาโดยไม่มีชีวิต แต่เมื่อยังไม่มีการตั้งครรภ์ก็จะมีการทำแท้งไม่ได้ เพราะในทางชีววิทยาไม่ถือว่าตัวอ่อนเป็นทารก แม้ว่าตัวอ่อนจะสามารถเจริญเติบโตเป็นทารกได้ ก็ต้องเป็นกรณีที่น่าเอาตัวอ่อนนั้นฉีดเข้าไปให้อาศัยเจริญเติบโตในมดลูกของหญิงเท่านั้น ซึ่งในมดลูกของหญิงตัวอ่อนจะขยายเซลล์จนมีสมอง มีแขนขา มีลำตัวตลอดจนมีอวัยวะครบและอาศัยอาหารจากในครรภ์ของหญิงเท่านั้น ลำพังตัวอ่อนที่อยู่ในจานทดลองจะมีสภาพเป็นได้แค่ตัวอ่อน และมีวงจรรออยู่ได้ไม่นานนักไม่สามารถพัฒนาตัวเองให้กลายเป็นทารกได้ การทำลายตัวอ่อนไม่มีความผิดฐานทำแท้ง เพราะยังไม่มีที่ตั้งครรภ์ แต่การที่มีผู้เก็บรักษาตัวอ่อนไว้อย่างหวงแหนถ้ามีผู้ใดไปทำให้ตัวอ่อนเสียหาย หรือไปทำลายตัวอ่อนเข้าก็อาจมีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาเกี่ยวกับความผิดฐานทำให้เสียหายได้เช่นกัน

## ภาพประกอบการผสมเทียมแบบวิธีการ (ข)



จากภาพ (ข). เป็นการนำเอาเชื้อพันธุ์ของสามีกับไข่บริจาค มาทำให้เกิดการรวมตัวกันในจานแก้วทดลองจนเกิดการแบ่งตัวกลายเป็นตัวอ่อน แล้วนำมาฉีดใส่เข้าไปในมดลูกของภรรยา



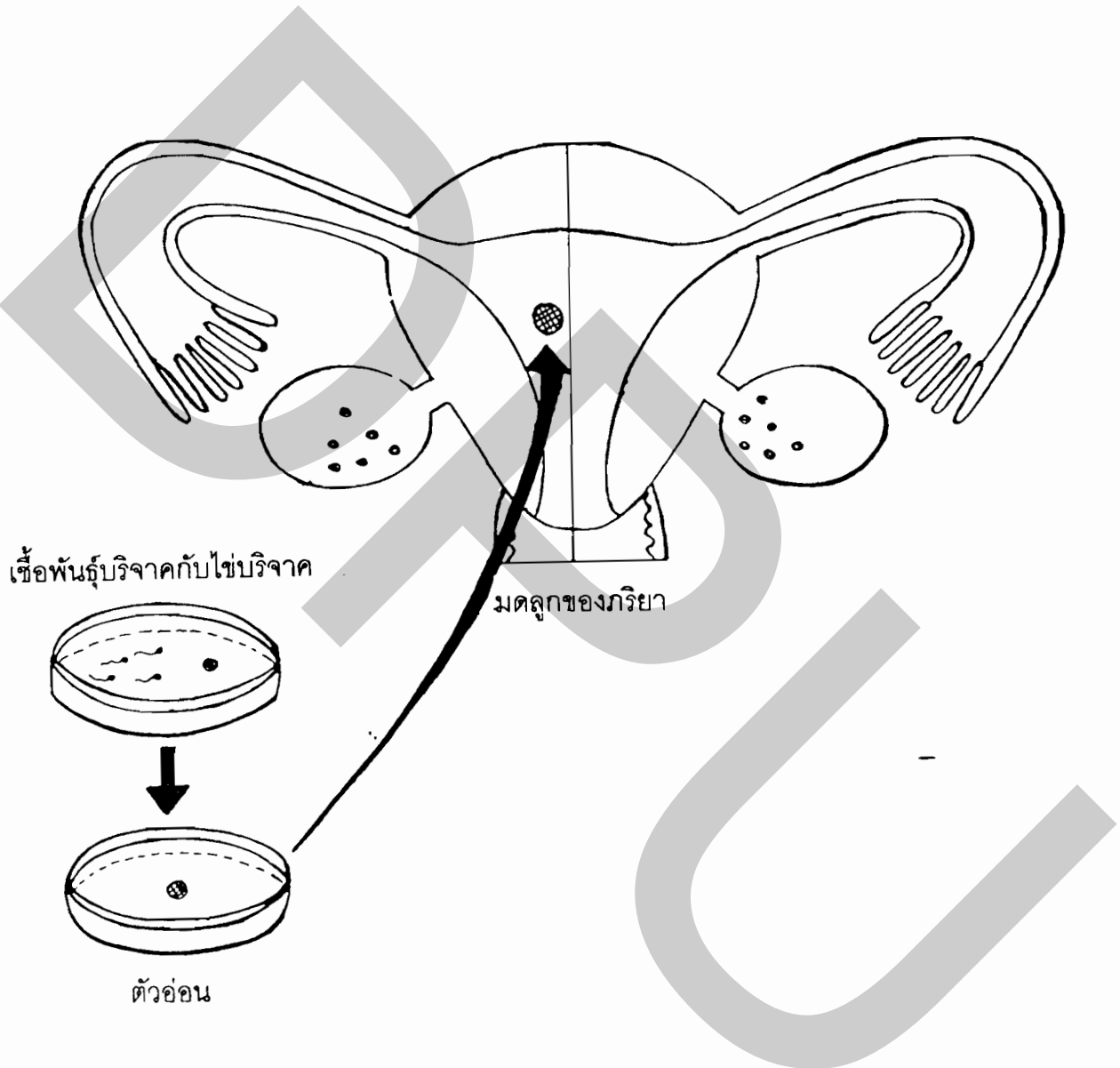
จากการผสมเทียมแบบวิธีการ (ข) เป็นการนำเอาสุจิของสามีกับไข่บริจาคมารวมตัวกันในจานแก้วทดลอง จนกลายเป็นตัวอ่อน แล้วนำมาฉีดใส่เข้าไปในมดลูกของภรรยา ความเป็นบิดาตามหลักของกฎหมายไม่มีปัญหาเพราะสามีเป็นเจ้าของเชื้อพันธุ์และเป็นสามีของหญิงที่ตั้งครรภ์ ถือว่า สามี เป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของบุตรที่ภริยาตนคลอดออกมา ส่วนภริยาแม้จะไม่ใช่เจ้าของไข่ แต่เป็นผู้ตั้งครรภ์โดยยินยอมให้ตัวอ่อนอาศัยเจริญเติบโตในครรภ์จนคลอดออกมาเป็นทารก แม้โดยทางสายเลือดทารกจะไม่ได้เกิดมาจากไข่ของภริยา แต่โดยทางชีวปัจจัยแล้วภริยาคือเป็นผู้ก่อให้เกิดชีวิตของทารกในครรภ์จนคลอดออกมา เมื่อภริยาเป็นผู้คลอดทารกออกมาโดยข้อสันนิษฐานของกฎหมายก็ต้องถือว่าภริยาเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย ดังนั้นสามีภริยาจึงมีหน้าที่ตามกฎหมายที่จะต้องเลี้ยงดูทารกตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1564 อันว่าด้วยสิทธิและหน้าที่ระหว่างบิดามารดากับบุตร เมื่อกฎหมายบังคับให้มีหน้าที่ต้องดูแลทารกโดยการให้นม ให้อาหาร และรักษาพยาบาลยามทารกเจ็บป่วย ถ้าสามีภริยางดเว้นไม่กระทำหน้าที่ดังกล่าวของตนเพื่อป้องกันผล กฎหมายถือว่ามีการกระทำตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 59 วรรคท้าย และถ้าทารกถึงแก่ความตายโดยเจตนาหรือความประมาทของสามีภริยาก็ต้องรับผิดชอบฆ่าเด็กโดยเจตนาหรือประมาทได้

การผสมเทียมวิธีนี้จะเห็นได้ว่า ไข่ที่นำมารวมกับเชื้อพันธุ์ของสามีนั้นไม่ใช่ไข่ของภริยาแต่เป็นไข่บริจาค คือ เป็นไข่ที่ได้รับมาจากผู้อื่นซึ่งผู้บริจาคเราอาจจะทราบว่าเขาเป็นใคร เช่น เกี่ยวพันเป็นญาติหรือเพื่อนกับผู้ต้องการจะได้รับไข่ หรืออีกกรณีไข่บริจานั้นเราอาจจะได้รับมาจากศูนย์บริจาคไข่ตามโรงพยาบาล ซึ่งกรณีหลังนี้จะไม่ทราบว่าใครเป็นเจ้าของไข่เพราะจะมีการปกปิดชื่อผู้บริจาค แต่ไม่ว่าไข่บริจาคจะได้มาจากที่ใดโดยทราบชื่อผู้บริจาคหรือไม่ ก็ต้องถือว่าไข่บริจาคเข้ามามีส่วนในการก่อให้เกิดตัวอ่อนแล้ว เพราะตัวอ่อนเกิดจากการรวมตัวของเชื้อพันธุ์ของสามีกับไข่บริจาค แต่เราก็ไม่ถือว่าเจ้าของไข่บริจาคเป็นมารดาของทารกเพราะลำพังแต่ตัวอ่อนไม่สามารถเจริญเติบโตเป็นทารกได้ แต่ตัวอ่อนจะเจริญเติบโตได้ก็โดยอาศัยมดลูกของภริยาเท่านั้น บทบาทในการก่อให้เกิดทารกจึงอยู่ที่ภริยามากกว่าเจ้าของไข่ เจ้าของไข่จึงไม่ถือว่าเป็นมารดาของทารกดังกล่าว ดังนั้นแม้เราทราบว่าเจ้าของไข่เป็นใคร แต่เจ้าของไข่ก็ไม่มีหน้าที่จะต้องดูแลทารก เช่น เห็นทารกอดอาหาร หิวนม หิวน้ำ หรือเจ็บป่วย เจ้าของไข่เห็นแล้วงดเว้นโดยการไม่

ช่วยเหลือ จนทาร์กนั้นถึงแก่ความตาย เจ้าของไขก็ไม่ต้องรับผิดชอบตามประมวลกฎหมาย  
อาญามาตรา 59 วรรคท้าย เพราะกฎหมายไม่ได้บังคับให้เขาต้องมีหน้าที่ป้องกันผล

แต่เจ้าของไขอาจจะมีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาได้ในกรณีเห็นผู้อื่น  
ตกอยู่ในอันตรายแห่งชีวิต ซึ่งตนอาจช่วยได้โดยไม่ควรกลัวอันตรายแก่ตนเองหรือผู้อื่น  
แต่ไม่ช่วยตามความจำเป็น อันเป็นหน้าที่โดยทั่ว ๆ ไปเท่านั้น เช่น เห็นทาร์กกำลังจะจมน้ำ  
แต่ไม่ช่วยเหลือทั้งที่เจ้าของไขว่ายน้ำเก่ง ก็อาจจะต้องรับผิดชอบตามประมวลกฎหมายอาญา  
มาตรา 374 อันเป็นความผิดลหุโทษ แต่ไม่ผิดฐานพยายามฆ่าประกอบ มาตรา 59 วรรค  
ท้าย เพราะไม่มีหน้าที่ตามกฎหมายในกรณีดังกล่าวนี้

ภาพประกอบการผสมเทียมแบบวิธีการ (ค)



จากภาพ (ค) เป็นการนำเอาเชื้อพันธุ์บริจาคนับไขบริจาคน มาทำให้เกิดการรวมตัวในจานแก้วทดลอง จนเกิดการแบ่งตัวกลายเป็นตัวอ่อน แล้วนำไปฉีดใส่เข้าไปในมดลูกของภริยา

จากการผสมเทียมแบบวิธีการ (ค) เป็นการนำเอาสุจิบริจาคกับไข่บริจาคมารวมกันในจานแก้วทดลอง จนกลายเป็นตัวอ่อน แล้วนำมาฉีดใส่เข้าไปในมดลูกของภรรยา จากภาพจะเห็นได้ว่าทั้งตัวสุจิและไข่ที่นำมาใช้ในการรวมกันในจานแก้วทดลอง จนกลายเป็นตัวอ่อนนั้น ไม่ใช่สุจิของสามีและไข่ของภรรยา แต่ตัวอ่อนดังกล่าวได้นำมาฉีดใส่เข้าไปให้เจริญเติบโตในมดลูกของภรรยา จึงถือได้ว่าภรรยาเป็นผู้ตั้งครรภ์และให้ตัวอ่อนอาศัยจนเจริญเติบโตและคลอดออกมาเป็นทารก เมื่อภรรยาเป็นผู้มีส่วนร่วมทางชีวปัจจัยเกี่ยวกับการให้กำเนิดและเป็นผู้คลอดทารกออกมา จึงได้ข้อสันนิษฐานของกฎหมายให้ถือว่าภรรยาเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของทารก จึงต้องมีหน้าที่ป้องกันผลที่จะเกิดขึ้นแก่ทารก ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 59 วรรคท้าย

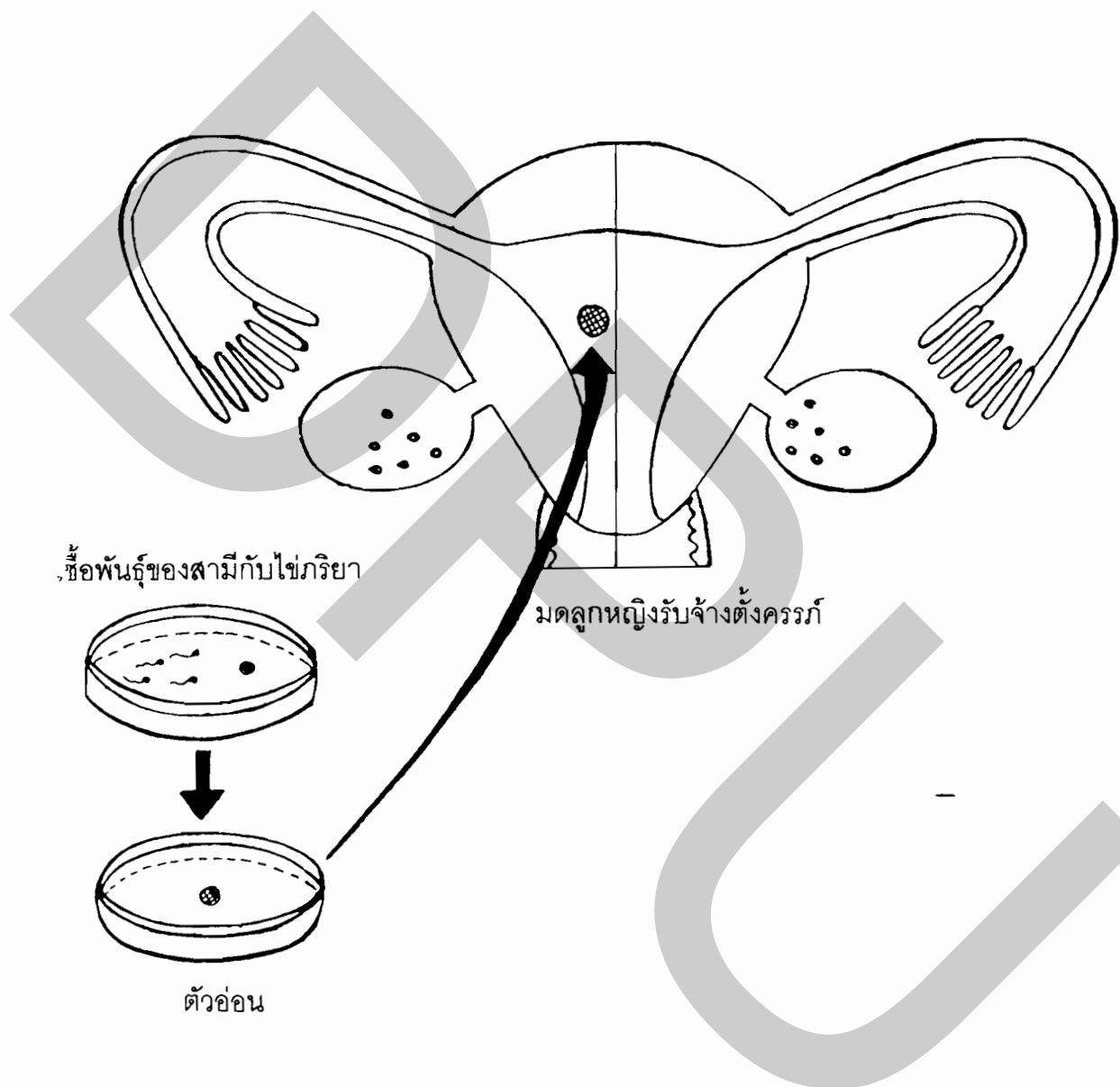
ส่วนสามีไม่ได้เป็นเจ้าของเชื้อพันธุ์ ซึ่งโดยทางชีวปัจจัยแล้วถือว่าไม่มีส่วนเกี่ยวข้องกับทารกเลย แต่โดยข้อกฎหมายแล้ว เมื่อทารกเกิดในระหว่างสมรส และสามีให้ความยินยอมมาแต่ต้นนับจากการยินยอมให้ภรรยารับเชื้อบริจาคกับไข่บริจาคมารวมกันในจานแก้วทดลองจนกลายเป็นตัวอ่อน และสามียังให้ความยินยอมให้ภรรยาให้ตัวอ่อนอาศัยเจริญเติบโตในมดลูกของภรรยา หากมีหนังสือให้ความยินยอมในทางแพ่งมาตั้งแต่เริ่มแรก ถือว่าสามียินยอมและรับรู้การตั้งครรภ์จนภรรยาคลอดทารกออกมา สามีจึงถือได้ว่าเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายตามข้อสันนิษฐานในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1536 สามีจึงมีหน้าที่ต้องอุปการะเลี้ยงดูทารกตามหลักในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1564 ด้วย

ส่วนเจ้าของเชื้อพันธุ์บริจาค ไม่ถือเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของทารกที่ภรรยาคลอดออกมา ซึ่งฐานะของเจ้าของสุจิบริจาคเทียบได้กับหญิงที่มีการตั้งครรภ์กับชายที่ไม่ได้จดทะเบียนสมรสกัน ซึ่งตามหลักกฎหมายเมื่อเด็กเกิดจากหญิงที่ไม่ได้จดทะเบียนสมรสกับชายแล้วกฎหมายถือว่าชายไม่ใช่บิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของทารกที่เกิดจากหญิงนั้น เพราะไม่มีการจดทะเบียนสมรสกัน หญิงจึงเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของทารกเพียงผู้เดียว แต่เราจะถือว่าเจ้าของสุจิบริจาคเป็นบิดาตามความเป็นจริงและทารกถือเป็นผู้สืบสันดานตามความเป็นจริงของเจ้าของสุจินั้นได้ตามหลักในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตรา 5(2) ซึ่งเป็นกรณีที่ผู้บุพการี ผู้สืบสันดาน มีอำนาจจัดการแทนผู้เสียหายได้ และในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตรา 29 ซึ่งผู้

เสียหายไปยื่นฟ้องแล้วตายลง ผู้บุพการี ผู้สืบสันดาน จะดำเนินคดีกับผู้ตายต่อไปก็ได้ ซึ่งเป็นหลักที่ถือเอาผู้บุพการีและผู้สืบสันดานตามความเป็นจริง เจ้าของอสุจิบริจาคนั้นถือเป็นผู้บุพการีตามความจริงของทารก ส่วนสามีถือเป็นผู้บิดาโดยชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งผลในทางกฎหมายจึงต่างกันออกไป และจากผลต่างของกฎหมายทำให้เจ้าของอสุจิก็น่าไม่ต้องรับผิดชอบกรณีเว้นตามมาตรา 59 วรรคท้าย เพราะตามกฎหมายไม่ถือว่าเจ้าของอสุจิมิหน้าที่ป้องกันผลต่อทารก ซึ่งกรณีของเจ้าของอสุจิบริจาคจะเข้ามาเกี่ยวข้องกับในทางอาญาก็เป็นในเรื่องของการดำเนินคดีในทางวิธีพิจารณาความอาญาดังกล่าวเท่านั้น

หากเป็นกรณีเจ้าของอสุจิบริจาคและสามีปฏิเสธความเป็นบิดาของทารก ตามหลักของกฎหมายก็ต้องถือว่า ทารกดังกล่าวไม่มีบิดาคงมีแต่มารดาเท่านั้น และในแง่ของภาระการพิสูจน์ความเป็นบิดาของทารกก็จะตกอยู่กับสามี ไม่ตกอยู่กับเจ้าของอสุจิบริจาค เพราะขณะภริยาดังครุภังค์ยังสมรสอยู่กับสามี เมื่อทารกคลอดขณะเป็นสามีภริยากันอยู่ กฎหมายสันนิษฐานว่าทารกเป็นบุตรของสามีภริยา เมื่อสามีปฏิเสธความเป็นบิดาของทารก ภาระการพิสูจน์จึงตกอยู่กับสามีที่จะต้องพิสูจน์ให้เห็นว่าตนไม่ใช่เจ้าของอสุจิและไม่ได้ยินยอมให้เกิดการตั้งครรภ์จนมีการคลอดทารกออกมา แม้สามีจะพิสูจน์ได้ว่าตนไม่ใช่บิดาของทารกแต่ถ้าสามีเลี้ยงดูทารกนั้นมาตลอด สามีก็มีหน้าที่ต่อทารกตามความสัมพันธ์พิเศษเฉพาะเรื่อง สามีก็ต้องดูแลทารก ถ้างดเว้นไม่ดูแลทารกตามหน้าที่สามีก็ต้องรับผิดชอบตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59 วรรคท้าย เพราะความสัมพันธ์พิเศษเฉพาะเรื่องดังกล่าว

ภาพประกอบการผสมเทียมแบบวิธีการ (ง)



จากภาพ (ง) เป็นการนำเอาเชื้อพันธุ์ของสามีกับไข่ภรรยา มาทำให้เกิดการรวมตัวในจานแก้วทดลองจนเกิดการแบ่งตัวกลายเป็นตัวอ่อน แล้วนำไปฉีดใส่เข้าไปในมดลูกของหญิงรับจ้างตั้งครรภ์แทน

จากการผสมเทียมแบบวิธีการ (ง) เป็นการนำเอาเชื้อพันธุ์ของสามีกับไข่ภริยา มาทำให้เกิดการรวมตัวในจานแก้วทดลองจนกลายเป็นตัวอ่อน แล้วนำมาฉีดใส่เข้าไปในมดลูกหญิงรับจ้างตั้งครรภ์ ตามหลักกฎหมายเมื่อหญิงรับจ้างตั้งครรภ์เป็นผู้ให้ตัวอ่อนอาศัยอยู่ในครรภ์ของตน จนเกิดการปฏิสนธิกลายเป็นทารกและเจริญเติบโตจนครบกำหนดที่จะคลอดออกมา แม้ว่าไข่กับเชื้อพันธุ์ที่รวมตัวกันกลายเป็นตัวอ่อนนั้นจะไม่ใช่ไข่ของหญิงรับจ้างตั้งครรภ์ แต่เมื่อหญิงรับจ้างตั้งครรภ์ให้ตัวอ่อนได้อาศัยอยู่ในครรภ์จนปฏิสนธิเป็นทารกและคลอดออกมาในที่สุด ถือว่าหญิงรับจ้างตั้งครรภ์แทนนั้นเป็นมารดาของทารกที่ตนคลอดออกมาตามหลักที่เราสันนิษฐานว่าใครคลอดทารกคนนั้นเป็นมารดาของทารกที่ตนคลอดออกมา ส่วนภริยาซึ่งเป็นเจ้าของไข่ กฎหมายไม่ถือว่าเป็นมารดาของทารก เพราะไม่ได้เป็นผู้ให้ตัวอ่อนอาศัยเจริญเติบโตในครรภ์ของภริยา

ปัญหาของภาพอยู่ที่ความเป็นบิดาของทารกว่า เราจะถือว่าใครเป็น "บิดา" ของทารกในกรณีตามภาพ ง. นี้ เมื่อสามีผู้ว่าจ้างให้ตั้งครรภ์เป็นเจ้าของเชื้อพันธุ์และเป็นผู้ว่าจ้างให้หญิงรับจ้างตั้งครรภ์นี้ตั้งครรภ์แทนภริยาตน กรณีดังกล่าว ถือได้ว่าสามีผู้ว่าจ้างไม่ใช่บิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของทารกเพราะสามีผู้ว่าจ้างไม่ได้จดทะเบียนสมรสกับหญิงรับจ้างตั้งครรภ์จึงไม่ใช่บิดาโดยชอบด้วยกฎหมาย ดังนั้นในแง่ของกฎหมายแล้วหากสามีผู้ว่าจ้างไม่ได้อุปการะเลี้ยงดูทารกจนทารกถึงแก่ความตายอันเป็นงดเว้นการป้องกันผลที่จะเกิดขึ้นกับทารก สามีผู้ว่าจ้างก็ไม่ต้องรับผิดชอบตามมาตรา 59 วรรคท้าย แห่งประมวลกฎหมายอาญา ถือได้ว่าไม่ใช่บิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของทารก

แต่ถ้าสามีผู้ว่าจ้างคอยดูแลและแสดงออกในระหว่างที่หญิงรับจ้างได้ตั้งครรภ์อยู่ที่ ทารกในครรภ์นั้นเป็นบุตรของตน และเมื่อทารกคลอดออกมาก็จดทะเบียนรับรองบุตร ก็ถือได้ว่าสามีผู้ว่าจ้างเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของทารกแล้ว ซึ่งเป็นการใช้หลักการรับรองบุตรเช่นเดียวกับ กรณีการขอรับรองบุตรนอกสมรส เมื่อมีการรับรองบุตรกันแล้ว สามีผู้ว่าจ้างก็มีหน้าที่ตามกฎหมายที่จะต้องอุปการะเลี้ยงดูและป้องกันผลคือความตามของทารก ถ้างดเว้นไม่ป้องกันผลก็ต้องรับผิดชอบประมวลกฎหมายอาญามาตรา 59 วรรคท้าย ปัญหาของความเป็นบิดาของทารกอีกประการคือ กรณีถ้าหญิงรับจ้างตั้งครรภ์มีสามีอยู่ก่อนที่จะตกลงทำสัญญาจ้างตั้งครรภ์ กรณีเช่นนี้หากขณะทำสัญญาสามีหญิงรับจ้างตั้งครรภ์รู้เห็นและยินยอมให้ภริยาตนรับจ้างตั้งครรภ์ ถือได้ว่าสามีหญิงรับจ้างตั้ง

กรรมไม่ได้เป็นบิดาของทารกที่เกิดจากกรรมของหญิงรับจ้างตั้งกรรม เพราะสามีหญิงรับจ้างตั้งกรรมไม่ได้เป็นเจ้าของเชื้อพันธุ์และรู้เห็นยินยอมให้ภริยาตนทำสัญญารับจ้างตั้งกรรม จึงไม่มีหน้าที่จะต้องป้องกันผลแก่ทารก ซึ่งเทียบทารกในกรณีดังกล่าวเทียบได้กับ “ลูกชู้” คือเป็นทารกที่เกิดจากเชื้อพันธุ์ของชายอื่นที่ไม่ใช่เชื้อพันธุ์ของสามีหญิงรับจ้างตั้งกรรม แต่ถ้าสามีหญิงรับจ้างยังคงเลี้ยงดูและยินยอมอุปการะทารกไว้ตลอด หากงดเว้นการอุปการะดังกล่าวก็ต้องรับผิดชอบตามความสัมพันธ์พิเศษเฉพาะเรื่อง

แต่เมื่อสามีผู้ว่าจ้างเป็นเจ้าของเชื้อพันธุ์ ซึ่งถือว่าเป็นปัจจัยสำคัญในการก่อให้เกิดทารกประการหนึ่ง จึงถือได้ว่าสามีผู้ว่าจ้างเป็นบุพการีตามความเป็นจริงของทารก และในทางกลับกันก็ต้องถือว่าทารกเป็นผู้สืบสันดานของสามีผู้ว่าจ้างด้วย เมื่อมีการกระทำผิดตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตรา 5 (2) และมาตรา 29 แล้ว สามีผู้ว่าจ้างกับทารกอันเป็นผู้สืบสันดานย่อมมีอำนาจดำเนินคดีตามหลักเกณฑ์ในมาตรา 5 (2) และมาตรา 29 ได้

จากความสัมพันธ์ระหว่างภาพ ก. ถึงภาพ ง. จะเห็นได้ว่าการผสมเทียมเข้ามา มีบทบาทต่อความเป็นบิดามารดาของบุตรที่เกิดมา เดิมการกำหนดความเป็นบิดามารดา ไม่มีปัญหาในทางกฎหมาย เพราะมีการให้กำเนิดบุตรโดยวิธีการธรรมชาติ มีการร่วมหลับนอนของชายหญิง ความชัดเจนในการกำหนดความเป็นบิดามารดากระจ่างชัดมาก แต่เมื่อการผสมเทียมเข้ามา มีบทบาทต้องการให้กำเนิดทารก ปัญหาความเป็นบิดามารดา ก็เริ่มเกิดมีขึ้น และสับสนมากขึ้นเมื่อการผสมเทียมก้าวไกลไปขนาดมีการตั้งกรรมแทนกันได้

การผสมเทียมจึงมีผลกระทบต่อกฎหมายทั้งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และประมวลกฎหมายอาญาอย่างมาก ซึ่งในกฎหมายแพ่งและพาณิชย์การที่ต้องพิสูจน์ว่าใครเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมาย และใครเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของบิดามารดา มีผลต่อกฎหมายครอบครัวและมรดกซึ่งเป็นเรื่องของการมีสิทธิในทรัพย์สิน จึงต้องให้ความชัดเจนในแง่ของบิดาโดยชอบด้วยกฎหมาย และบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของบิดามารดา เพราะในทางกฎหมายแพ่งถือเรื่องของความชอบด้วยกฎหมายมาเป็นหลักในการพิจารณาถึงสิทธิที่จะได้รับมรดก

ในการตีความของการเป็นบิดามารดาในหลักของกฎหมายอาญานั้น ไม่ได้ถือในเรื่องของความชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น แต่กฎหมายอาญาถือในเรื่องของความเป็นบุพการี



ตามความเป็นจริง และผู้สืบสันดานตามความเป็นจริงด้วย ซึ่งทั้ง 2 ประการจะมีผลต่อ กฎหมายอาญาและกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาด้วย เนื่องจากกฎหมายอาญามีบท ลงโทษที่จะต้องกระทำต่อชีวิต ร่างกาย อันเป็นการลงโทษที่แตกต่างและหนักกว่าใน กฎหมายแพ่ง ความชัดเจนของความเป็นบิดามารดา และบุตรจึงเป็นเรื่องสำคัญ และนอก จากนั้น เมื่อมีการผสมเทียมเข้ามามีบทบาทต่อการก่อให้เกิดการตั้งครรภ์ เราจึงควรที่จะ ออกกฎหมายให้ครอบคลุมและป้องกันการเกิดปัญหาอันเนื่องมาจากปัจจัยของการผสม เทียมกับการให้กำเนิดด้วย ซึ่งสิ่งที่เป็นปัญหาในการผสมเทียมที่เราควรจะออกกฎหมายมา ควบคุมพอจะแยกออกได้เป็น 3 ประการ คือ (1) ปัญหาที่เกิดจากแพทย์ผู้ทำการผสม เทียมและผู้รับการผสมเทียม (2) ปัญหาที่เกิดจากเชื้ออสุจิ ไข่และตัวอ่อน และ (3) ปัญหาที่เกิดจากหญิงรับจ้างตั้งครรภ์ ซึ่งปัญหาทั้ง 3 ประการดังกล่าวมีดังนี้คือ

- (1) ปัญหาที่เกิดจากแพทย์ผู้ทำการผสมเทียมและผู้รับการผสมเทียม กฎหมายต้องมีบทกฎหมายควบคุมตัวแพทย์ผู้ทำการผสมเทียมและผู้รับการผสมเทียม แพทย์ผู้ทำการผสมเทียมนั้น ต้องมีการกำหนดคุณสมบัติว่าจะต้องเป็นแพทย์ที่ชำนาญโดย เฉพาะทาง และจะต้องได้รับอนุญาตให้ทำการผสมเทียมมนุษย์ได้โดยตรงโดยความเห็น ชอบของแพทย์สภาที่ให้ความอนุญาตผสมเทียมมนุษย์ได้ เพราะถ้าปล่อยให้แพทย์ทั่วไปทำ การผสมเทียมให้กับผู้ที่มาขอรับการผสมเทียมโดยไม่มีการควบคุมแล้ว ย่อมจะไม่ปลอดภัย ต่อผู้รับการผสมเทียมนัก เพราะผลสำเร็จของการผสมเทียมก็คือ การตั้งครรภ์ให้กำเนิด ทารก การควบคุมดูแลทั้งแม่และทารกที่จะเกิดขึ้นจึงเป็นเรื่องต้องดูแลความปลอดภัยมาก กว่ากรให้กำเนิดตามธรรมชาติ การกำหนดคุณสมบัติของแพทย์ผู้ทำการผสมเทียมจึง ถือเป็นปัญหาในประการแรกที่เราจะต้องปรับปรุงแก้ไข และออกกฎหมายมากำหนดคุณ สมบัติของแพทย์ผู้ทำการผสมเทียมเอาไว้ ซึ่งในต่างประเทศเช่นในประเทศสหรัฐอเมริกา ได้ออกกฎหมายกำหนดให้แพทย์ผู้ได้รับอนุญาตเท่านั้นที่มีสิทธิที่จะทำการผสมเทียมได้ นอกจากนั้นก็มีประเทศสวีเดนที่ได้กำหนดคุณสมบัติของแพทย์ผู้ทำการผสมเทียม<sup>(3)</sup> เมื่อ แพทย์มีคุณสมบัติและได้รับอนุญาตแล้ว การทำงานของแพทย์นับตั้งแต่การเก็บรักษา ไข่ หรือทำลายอสุจิ หรือไข่ ไม่ว่าจะผสมแล้วหรือยังมิได้ผสม ก็ต้องกำหนดกันว่าใครจะมี

<sup>(3)</sup> ลีพูน จิระวัฒนาสมกุล. "ปัญหาทางด้านกฎหมายเกี่ยวกับการผสมเทียม". วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต. คณะนิติศาสตร์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2530, หน้า 82 – 85.

อำนาจในการกระทำดังกล่าว เพราะเรามองกันว่า อสุจิ หรือ ไข่ หรือตัวอ่อนนั้นเป็นสิ่งมีชีวิตหรือไม่ โดยหลักแล้วสภาพบุคคลเริ่มต้นแต่เมื่อคลอด เมื่อ อสุจิ ไข่ หรือแม้แต่ตัวอ่อน ยังไม่ได้เป็นทารกที่คลอดออกมารอดอยู่เราไม่ถือว่าเป็นสิ่งมีชีวิต แต่ตัวอ่อน ไข่ และ อสุจิ ต่างมีรูปร่างและเจ้าของก็สามารถยึดถือเอาได้ จึงถือเป็นทรัพย์สิน ปัญหาจึงอยู่ที่ว่าเมื่อถือเป็นทรัพย์สินแล้ว อำนาจในการเก็บรักษา ไข่ หรือ ทำลาย ใครจะมีอำนาจ ถ้าให้เจ้าของอสุจิ เจ้าของเชื้อไข่ หรือเจ้าของตัวอ่อนมีอำนาจแล้ว ในการมอบให้แพทย์ทำการเก็บรักษา และใช้ไข่กับอสุจิมาผสมเทียมจนเกิดเป็นตัวอ่อนได้แต่ไม่มอบอำนาจให้ทำลายตัวอ่อน หรือไม่มอบอำนาจให้ทำลายไข่และเชื้ออสุจิ แล้วแพทย์เกิดไปทำลายเชื้ออสุจิ หรือไข่ หรือตัวอ่อนที่ไม่ได้รับอนุญาตเจ้าของเชื้อ แพทย์ก็จะมีคามผิดฐานทำให้เสียทรัพย์สินอันเป็น ความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา หรือแพทย์นำเชื้ออสุจิ หรือไข่ ไปทดลองในขณะยังไม่ได้รับอนุญาต เช่น แพทย์ได้รับอนุญาตให้ทำการผสมเชื้ออสุจิกับไข่ในปริมาณจำกัด ส่วนที่เหลือไม่อนุญาต หากการผสมไม่เป็นตัวอ่อน แล้วแพทย์นำเชื้ออสุจิกับไข่ในส่วนที่เหลือมาทำการทดลองต่อโดยไม่ได้รับอนุญาตแพทย์ก็จะมีคามผิดฐานลักทรัพย์หรือไม่ เมื่อนำมาทำการผสมโดยไม่ได้รับอนุญาตก็อาจจะมีความผิดฐานลักทรัพย์ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 334 ได้ จึงควรที่จะกำหนดให้ชัดเจนในอำนาจในการเก็บรักษา ไข่ หรือ ทำลาย เชื้ออสุจิ หรือ ไข่ หรือตัวอ่อนไว้ให้ชัดเจนเพียงพอ ซึ่งก็ควรจะให้อำนาจอยู่กับแพทย์ผู้ทำการผสมมากกว่าที่จะอยู่กับผู้รับการผสมเทียม ส่วนแพทย์ผู้ทำการผสม เทียมกับคลินิกหรือสถาบันแพทย์ที่ดำเนินการผสมเทียมโดยเฉพาะ การทำการผสมเทียม นอกมดลูกก็อาจจะเกิดเป็นปัญหาว่าใครจะมีอำนาจในการเก็บรักษา ไข่ หรือทำลาย เชื้อ อสุจิ ไข่ หรือตัวอ่อน ทั้งที่ได้มีการผสมแล้วกับยังไม่ผสมได้ เช่น กรณีในประเทศสหรัฐอเมริกา ได้มี นายแพทย์ชื่อ เดล ซีโอ ได้ฟ้องโรงพยาบาลโคลัมเบีย เพรสบายที่เรียนให้ รับผิดชอบในการทำลายไข่ที่ผสมแล้วเก็บแช่แข็งไว้ของตน ซึ่งนายแพทย์เดล ซีโอ และ ภรรยาเป็นแพทย์ประจำโรงพยาบาลดังกล่าวโดยนายแพทย์ เดล ซีโอ และภรรยาได้ทำ การวิจัยเกี่ยวกับการผสมเทียมนอกมดลูก ซึ่งทางโรงพยาบาลมีความเห็นว่าการผสมเทียม นอกมดลูกควรที่จะมีการนำไปทำการทดลองกับสัตว์เลี้ยงลูกด้วยน้ำนมก่อน และการจะนำ มาทดลองกับมนุษย์จะต้องได้รับอนุญาตผู้อำนวยการโรงพยาบาลก่อน จึงมีคำสั่งให้นาย แพทย์ เดล ซีโอ และภริยายุติการทำวิจัยดังกล่าวและทำลายไข่ที่เก็บแช่แข็งไว้ทั้งหมด ซึ่ง

ต่อมาศาลรัฐนิวยอร์กได้พิพากษาในคดีนี้ว่าถ้าทางคลินิกหรือสถาบันแพทย์ได้มีระเบียบกำหนดให้ผู้อำนวยความสะดวกมีอำนาจเก็บ รักษา ใช้ หรือทำลายเชื้ออสุจิ ไข่ หรือตัวอ่อนที่แช่แข็งแล้วคลินิก หรือ สถาบันแพทย์ก็ไม่ต้องรับผิดชอบต่อแพทย์ผู้ดำเนินการผสมเทียม แต่ถ้าไม่มีระเบียนดังกล่าวให้ทางโรงพยาบาลให้ค่าเสียหายทางจิตใจแก่นายแพทย์ เดล ซีโอ เป็นเงินจำนวน 500,000 ดอลลาร์<sup>(4)</sup> นอกจากปัญหาดังกล่าวแล้ว สถานพยาบาล คลินิก หรือสถาบันแพทย์เปิดรับการรักษาการผสมเทียม ควรที่จะออกกฎเกณฑ์มาควบคุมการผสมเทียมให้เป็นระเบียบแบบแผนเดียวกัน มีการรักษาความลับของผู้บริจาคเชื้ออสุจิโดยไม่เปิดเผยว่าผู้บริจาคเป็นใคร การไม่เปิดเผยจะต้องรวมถึงไม่เปิดเผยให้ผู้ขอรับการผสมเทียมที่มาขอรับบริจาคเชื้ออสุจิไปจากนายแพทย์ หรือคลินิกได้ทราบด้วย

ส่วนผู้รับการผสมเทียม ปัญหาทางด้านของผู้รับการผสมเทียมกฎหมายควรจะกำหนดอายุ และสถานะภาพ ของผู้รับการผสมเทียมไว้ด้วย เช่น อายุไม่ควรจะต่ำกว่า 14 ปี และสถานะภาพต้องทำการสมรสแล้ว หรือกรณีที่จะมาขอรับการผสมเทียมนอกมดลูกก็ควรจะกำหนดระเบียบไว้มากขึ้นอีก เช่น ในสหรัฐอเมริกา ที่ศูนย์การแพทย์ฮูสตันของมหาวิทยาลัยเท็กซัส ได้วางระเบียบของการทำการผสมเทียมนอกมดลูกไว้ว่า ประการแรกผู้มาขอรับการผสมเทียมจะต้องเป็นสามีภริยากันโดยชอบด้วยกฎหมาย ฝ่ายภริยาต้องมีอายุไม่เกิน 42 ปี ต้องมีมดลูกปกติ และจะต้องมีรังไข่ปกติอย่างน้อย 1 รัง ที่สามารถจะส่งรังไข่กลับมาสืบพันธุ์ได้ นอกจากนี้ฝ่ายภริยาจะต้องไม่มีท่อรังไข่หรือมีท่อรังไข่อุดตัน หรือฝ่ายสามีมีปริมาณของเชื้ออสุจิไม่น้อยกว่า 2.5 ล้านต่อมิลลิลิตรและไม่เกิน 20 ล้านต่อมิลลิลิตร อีกทั้งก่อนจะทำการตรวจสามีภริยาจะต้องได้รับการประเมินทางด้านจิตใจก่อน<sup>(5)</sup> นอกจากการกำหนดอายุและสถานะภาพของผู้รับการผสมเทียมแล้ว ผู้รับการผสมเทียมควรที่จะทำการสละกรรมสิทธิ์ในเชื้ออสุจิ ไข่ หรือ ตัวอ่อน ที่อยู่ในความปกครองของแพทย์ทั้งหมดนับตั้งแต่ต้นนำเชื้ออสุจิ ไข่ หรือตัวอ่อน ให้อยู่ในความดูแลของแพทย์ โดยการสละสิทธิ์จะต้องเป็นการสละโดยเด็ดขาดและไม่มีเงื่อนไขมาบังคับกับแพทย์ไม่ว่ากรณีใด ๆ เพื่อป้องกันการเกิดปัญหาในการฟ้องร้องเรียกกลับคืน

<sup>(4)</sup> ประสพสุข บุญเดช. "การปฏิสนธิเทียมยุคโลกาภิวัตน์". บทบัณฑิตย. เล่ม 51. ตอน 4. 2538. หน้า 195 – 196.

<sup>(5)</sup> เรื่องเดียวกัน. หน้า 196.

- (2) ปัญหาที่เกิดจากเชื้ออสุจิ ไข่ และตัวอ่อน การผสมเทียมกับการได้มาของเชื้ออสุจิและไข่ไม่ได้ทั้งกรณีและผู้มาขอรับการผสมเทียมมาขอรับบริจาคเชื้ออสุจิจากทางธนาคารอสุจิ กับเกิดจากกรณีที่ผู้มาขอรับการผสมเทียมนำเชื้ออสุจิของสามีของตนเองโดยขอให้แพทย์ทำการผสมเทียมให้ กรณีนี้ปัญหาทางด้านกฎหมายเกี่ยวกับการได้เชื้ออสุจิมาย่อมไม่เกิดปัญหาเพราะเป็นการได้มาโดยถูกต้อง ปัญหาที่จะเกิดคือการบังคับเอาเชื้ออสุจิหรือไข่จากชายหญิงที่ไม่ได้ให้ความยินยอม ผู้กระทำก็มีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาฐานทำร้ายร่างกายตามมาตรา 295, มาตรา 297 หรือมาตรา 291 ตามความร้ายแรงที่ผู้เสียหายได้รับ และถ้าการนำเชื้อพันธุหรือไข่ออกไปจากร่างกาย หรือสถานที่เจ้าของเก็บรักษาเอาไว้ โดยการนำไปใช้ประโยชน์ เช่น ขายหรือนำไปทดลองเกี่ยวกับการผสมเทียม ก็อาจมีความผิดฐานลักทรัพย์ได้อีกเช่นกัน

- (3) ปัญหาที่เกิดจากหญิงรับจ้างตั้งครรภ์ ซึ่งปัญหาทางกฎหมายที่อาจเกิดขึ้น เกิดขึ้นได้ทั้งทางแพ่งและทางอาญา โดยปัญหาในทางแพ่งก็คือ การที่จะต้องกำหนดความเป็นมารดาของทารกระหว่างหญิงผู้ว่าจ้างซึ่งเป็นเจ้าของไข่ กับหญิงอาสารับจ้างตั้งครรภ์ซึ่งเป็นคนอุ้มท้อง ถ้าจะถือหลักของการให้กำเนิดที่ว่าทารกเกิดจากการรวมตัวของไข่และเชื้อพันธุกลายเป็นตัวอ่อน และตัวอ่อนเมื่อเจริญเติบโตก็จะกลายเป็นทารกอันเป็นไปตามกระบวนการของการให้กำเนิดตามธรรมชาติ เราก็ต้องถือว่าหญิงผู้ว่าจ้างซึ่งเป็นเจ้าของไข่ ก็มีส่วนทางชีวปัจจัยในการก่อให้เกิดตัวอ่อนซึ่งจะพัฒนาเป็นทารกได้ต่อไป แต่ถ้าพิจารณาว่าตัวอ่อนไม่สามารถจะเจริญเติบโตเป็นทารกได้ ยกเว้นว่าตัวอ่อนจะได้อาศัยเจริญเติบโตในมดลูกของหญิง แล้วก็ต้องถือว่าหญิงรับจ้างตั้งครรภ์ก็มีส่วนอย่างมากในการก่อให้เกิดชีวิตของทารก แม้หญิงรับจ้างตั้งครรภ์นั้นไม่ใช่เจ้าของไข่ก็ตาม ซึ่งปัญหาดังกล่าวทำให้เกิดความยุ่งยากในการกำหนดความเป็นมารดาของทารกและขัดกับหลักที่ว่าทารกหรือบุตรจะต้องมีบิดามารดาเพียงคนเดียว จะมีบิดามารดาหลายคนไม่ได้ โดยเฉพาะในทางแพ่ง ในเรื่องของครอบครัวและมรดก การจะเป็นครอบครัวที่มีผลต่อการรับมรดกจะต้องพิจารณาจากความเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย และบุตรก็ต้องเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายเท่านั้นซึ่งจะก่อให้เกิดเป็นปัญหาได้<sup>(6)</sup> ส่วนในประเทศไทยประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้กำหนดให้ทารกที่เกิดมาเป็นบุตรของมารดาผู้คลอด

<sup>(6)</sup> เรื่องเดียวกัน. หน้า 188-189.

ทารกนั้น แต่ในบทมาตรา 1546 กฎหมายบัญญัติขึ้นมาเพื่อรักษาชาติพันธุ์โดยกำหนดใช้ในกรณีที่หญิงนั้นเป็นเจ้าของไข่ที่ปฏิสนธิด้วยวิธีธรรมชาติกับอสุจิของชายผู้เป็นสามี ขณะบัญญัติกฎหมายมิได้มีการให้ครอบคลุมไปถึงการให้กำเนิดโดยวิธีผสมเทียม การนำกฎหมายในมาตรา 1546 มาใช้ร่วมกับผสมเทียมจึงมีผลต่อกฎหมายอาญาในหลายกรณี อาทิเช่นให้สันนิษฐานว่าเด็กที่เกิดจากหญิงรับจ้างตั้งครรภ์เป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของหญิงรับจ้างตั้งครรภ์ หากหญิงรับจ้างตั้งครรภ์ไม่เลี้ยงดูทารกที่ตนคลอดเพราะไม่ผูกพันทางด้านสายโลหิตเนื่องจากไม่ได้เกิดจากไข่ของตน เมื่อทารกคลอดภายหลังผู้ว่าจ้างถึงแก่กรรม แล้วหญิงรับจ้างตั้งครรภ์ซึ่งมีภาระหน้าที่ตามกฎหมายต้องเลี้ยงดูทารกที่ตนคลอด กลับปล่อยปละละเลยไม่ดูแลทารก งดเว้นที่จะให้นมหรือเลี้ยงดู จนทารกได้รับอันตรายหรือถึงแก่ความตาย หญิงผู้รับจ้างตั้งครรภ์ก็มีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59 วรรคท้าย หรือเมื่อผู้ว่าจ้างต้องการรับทารกที่เกิดจากหญิงรับจ้างตั้งครรภ์ไปเลี้ยงดูและรู้อยู่แก่ใจว่าทารกนั้นเกิดจากตัวอ่อนของตนเอง จึงไปแจ้งการเกิดของเด็กเป็นบุตรของตนอาจมีความผิดฐานแจ้งความเท็จต่อเจ้าพนักงาน ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 137 และฐานแจ้งให้เจ้าพนักงานจดแจ้งความอันเป็นเท็จลงในเอกสารราชการตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 267 อีกด้วย

จากปัญหาทั้ง 3 ประการดังกล่าว จะเห็นได้ว่าบทบาทของการผสมเทียมทำให้กฎหมายอาญารอช้าไม่ได้แล้ว จะต้องมีการแก้ไขปรับปรุงและเพิ่มเติมให้ครอบคลุมถึงปัญหาต่าง ๆ ที่อาจจะเกิดจากการผสมเทียมรวมทั้งกฎหมายจะต้องแก้ไข ปรับปรุง และเพิ่มเติมความรับผิดทางอาญาที่อาจจะขึ้นจากการผสมเทียม เพราะในปัจจุบันนวัตกรรมและเทคโนโลยีของการผสมเทียมมีหลากหลายวิธีการ และนับวันจะมีการยอมรับการผสมเทียมเข้ามามีบทบาทในการให้กำเนิดกันมากขึ้นไม่ว่าจะเป็นในต่างประเทศหรือแม้แต่ในประเทศไทยเรา เมื่อเราหยุดยั้งหรือห้ามการให้กำเนิดโดยการผสมเทียมไม่ได้ เราก็ควรจะออกกฎหมายมาควบคุมและกำหนดความรับผิดอันเนื่องมาจากการผสมเทียมที่อาจจะเกิดขึ้นเพื่อเป็นการป้องกันและแก้ไขปัญหานั้น ๆ ซึ่งเราไม่อาจจะกล่าวว่าจะไม่เกิดขึ้นมา โดยเฉพาะบทกำหนดความรับผิดจะช่วยให้ทารกที่เกิดจากการผสมเทียม หรือช่วยหญิงซึ่งถูกบุคคลอื่นข่มขู่หรือบังคับผสมเทียมจนเกิดการตั้งครรภ์ให้ได้รับความคุ้มครอง

## 2.2 การผสมเทียมกับการเพิ่มโทษในทางอาญาตามมาตรา 285

ซึ่งจะเห็นได้ว่า ในกฎหมายอาญาได้เข้ามามีบทบาทในการคุ้มครองชีวิตมนุษย์นับตั้งแต่ยังอยู่ในครรภ์เป็นต้นมา โดยกำหนดความรับผิดไว้ในหลายมาตรา กล่าวคือ กฎหมายอาญาคุ้มครองการให้กำเนิดมนุษย์นับตั้งแต่เกิดการปฏิสนธิในครรภ์มารดา เพื่อไม่ให้ทารกถูกทำลายลงก่อนที่จะคลอดออกมามีชีวิต โดยกฎหมายอาญากำหนดการห้ามทำแท้งบุตรเอาไว้ในประมวลกฎหมายอาญามาตรา 301 ถึงมาตรา 305 ซึ่งเป็นการคุ้มครองไม่ให้เกิดมีการทำลายทารกในครรภ์ที่ผู้กระทำเป็นหญิงผู้ตั้งครรภ์เองหรือเป็นผู้อื่นก็ตาม ถือเป็น การคุ้มครองชีวิตที่จะเกิดขึ้นมาให้มีชีวิตรอดอยู่โดยไม่ถูกทำลายลงก่อนคลอด

เมื่อทารกคลอดออกมามีชีวิต กฎหมายอาญาก็คุ้มครองให้ชีวิตของทารกนั้นรอดอยู่ได้ โดยการกำหนดหน้าที่ในการอุปการะเลี้ยงดูทารกนั้น ซึ่งบุคคลที่กฎหมายบังคับให้ต้องมีหน้าที่อุปการะดูแลทารกก็คือ บิดามารดาผู้ให้กำเนิดทารกนั้น การอุปการะดูแลก็โดยการให้นม อาหาร เครื่องอุปโภคต่าง ๆ ตลอดจนรักษาเมื่อยามเจ็บป่วย เพื่อป้องกันผลคือ ความตายของทารก หากบิดามารดางดเว้นไม่ป้องกันผลดังกล่าว กฎหมายอาญาก็กำหนดหน้าที่เอาไว้ในมาตรา 59 วรรคท้าย<sup>(7)</sup> และเมื่อทารกเจริญเติบโตขึ้น บิดามารดาก็ต้องให้การศึกษาปกป้องคุ้มภัยและอบรมสั่งสอน ทำโทษเมื่อกระทำความผิดตามสมควร นอกจากนั้นกฎหมายอาญาก็ยังคุ้มครองบุตรไม่ให้ถูกบิดามารดากระทำการข่มขืนใจในความผิดทางเพศ เพราะอาศัยเหตุที่บุตรนั้นอยู่ภายใต้การปกครองของตน โดยการกำหนดความรับผิดไว้เป็นเหตุเพิ่มโทษในความผิดตามมาตรา 285 ซึ่งหากกฎหมายไม่คุ้มครองบุตรซึ่งถูกกระทำโดยบิดามารดา หรือผู้ซึ่งตนต้องอาศัยอยู่ในการดำรงชีพแล้ว การกระทำความผิดต่อผู้เป็นบุตรก็จะถูกอิทธิพลครอบงำ ทำให้บุตรไม่อาจที่จะได้ตอบหรือมีอะไรมาคุ้มครองตนได้ กฎหมายอาญาจึงกำหนดความรับผิดไว้ในมาตรา 285 เอาไว้เพื่อคุ้มครองบุตร ซึ่งถือว่าอยู่ภายใต้อิทธิพลของบิดามารดาหรือบุคคลซึ่งบุตรต้องอาศัยอยู่ในการดำรงชีพดังกล่าว

<sup>(7)</sup> เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค 1. พิมพ์ครั้งที่ 4 แก้ไขเพิ่มเติม. กรุงเทพฯ. สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, เมษายน 2538, หน้า 71.

จากการที่กฎหมายอาญาคู่ครองชีวิตมนุษย์นับตั้งแต่เริ่มปฏิสนธิเป็นต้นมา ถือเป็น การรักษาและคุ้มครองให้มนุษย์ได้มีการขยายเผ่าพันธุ์โดยไม่ถูกทำลายลง และเมื่อมี ชีวิตรอดอยู่ก็ยังคงคุ้มครองไม่ให้ต้องตกอยู่ในอันตรายทั้งร่างกายและจิตใจแต่การคุ้มครอง นับแต่การเกิด-บิดามารดาคือบุคคลคู่แรกที่กฎหมายอาญาบังคับให้ต้องมีหน้าที่ดูแลเลี้ยงดู และปกป้องบุตรของตน ซึ่งถ้าการให้กำเนิดแบบวิธีการตามธรรมชาติปัญหาในเรื่องของ การระบุตัวบุคคลว่าเป็นบิดามารดาก็จะไม่มีปัญหาที่จะบังคับให้ต้องรับผิดชอบบุตรตาม มาตรา 285 รวมถึงมาตรา 301 ถึงมาตรา 305

กฎหมายอาญาในมาตรา 285 เป็นการเพิ่มมาตราส่วนโทษ คือ เพิ่มระวางโทษที่ กฎหมายกำหนดเอาไว้<sup>(6)</sup> โดยกฎหมายได้กำหนดขึ้นมาเพื่อประสงค์จะคุ้มครองและป้องกัน ในเรื่องของชาติพันธุ์ของมนุษย์ เพราะลักษณะของยีนส์จากสายพันธุ์เดียวกันทำให้ระดับ สติปัญญาอาจจะลดน้อยถอยลงได้ ในส่วนของการผสมเทียมก็อาจเกิดปัญหาเช่นนี้ได้ หากเป็นกรณีที่ชายเจ้าของเชื้อพันธุ์ได้บริจาคเชื้อพันธุ์ไว้ที่ธนาคารเก็บเชื้อพันธุ์จำนวนหนึ่ง และต่อมาได้มีการนำเชื้อพันธุ์ไปผสมกับไข่ของหญิงหลายคนการบริจาคเชื้อพันธุ์ดังกล่าว อาจจะมีโอกาสมาพบปะกัน และมีโอกาสที่ทารกที่เกิดมาจะมาทำการสมรสกันได้ ปัญหา จะเกิดขึ้นเมื่อมีการสมรสในกรณีนี้เพราะลักษณะของยีนส์อันเป็นพันธุกรรมมาจากแหล่ง กำเนิดเดียวกัน ไม่มีการข้ามสายพันธุ์กันทั้งสองเพศคือในเพศของชายเป็นแหล่งกำเนิดจาก ยีนส์มาจากการได้รับจากการบริจาคของเชื้อพันธุ์จากชายเจ้าของเชื้อซึ่งเป็นคนเดียวกัน แม้จะแตกแขนงออกไปโดยมีไข่ของหญิงมาผสมโดยที่เป็นไข่ของหญิงคนละคนกันก็ตาม แต่ความที่เกิดจากเชื้อพันธุ์เดียวกัน เมื่อต่อมาได้มีรุ่นลูกหลาน เผอิญมาสมรสกันก็เสมือน เป็นการที่เชื้อพันธุ์จากแหล่งกำเนิดของชายคนเดียวกันกลับมาได้รับการสืบพันธุ์ในสาย เดียวกัน ปัญหาของความเจริญทางด้านสติปัญญาจึงเกิดตามมาได้ นอกจากนั้นในด้าน ของสังคมหากเป็นสังคมของการสมรสกันในระหว่างญาติพี่น้องที่ชายหญิงเป็นพี่น้องร่วม บิดามารดาเดียวกัน หรือร่วมแต่บิดาหรือมารดาเดียวกันทางด้านสังคมเราจะลำดับชั้นของ สายญาติกันได้อย่างไร โดยเฉพาะทางด้านการผสมเทียม เมื่อเด็กที่เกิดจากการที่หญิงรับ เชื้อพันธุ์ของชายที่บริจาคมาผสมจนเกิดทารกหญิงคลอดออกมา ตามความเป็นจริงทารก ดังกล่าวก็คือว่าเป็นบุตรของชายเจ้าของเชื้อพันธุ์ผู้บริจาค และถ้าต่อมาทารกได้เติบโตขึ้น

<sup>(6)</sup> เรื่องเดียวกัน. หน้า 254.

และบังเอิญมาถูกชายเจ้าของเชื้อพันธุ์ข่มขืนกระทำชำเราอย่างนี้จะเพิ่มโทษหรือไม่ ในเมื่อชายเจ้าของเชื้อพันธุ์ถือเป็นบิดาตามความเป็นจริง ปัญหาในการลำดับสายญาติจะเกิดขึ้นด้วยหากจะมองว่าเราปกปิดนามผู้บริจาคเชื้อไม่ให้นักคนที่ขอรับบริจาคทราบว่าเชื้อพันธุ์ดังกล่าวเป็นของใคร เพื่อป้องกันไม่ให้เกิดปัญหาทางด้านการมาลำดับญาติและไม่ให้เกิดปัญหาทางด้านสิทธิในครอบครัว ในมรดกของผู้บริจาคเชื้อพันธุ์ต้องมาเดือดร้อน การห้ามเปิดเผยดังกล่าวก็ถือเป็นการห้ามเปิดเผยความจริง หรือห้ามเปิดเผยสิ่งที่ขัดต่อศีลธรรมอันดี โดยเฉพาะศีลธรรมอันดีของชาวพุทธ ซึ่งปฏิบัติกันมาจนกลายเป็นประเพณีในการให้มีการเคารพญาติผู้ใหญ่ตามลำดับชั้น บุตรต้องเคารพและกตัญญูต่อบิดามารดา ไม่มีกฎหมายใดสนับสนุนให้บิดาสมรสกับบุตรแล้วปกปิดความจริงไว้ การผสมเทียมโดยวิธีการรับเชื้อพันธุ์จากการรับบริจาคมานั้นย่อมจะเกิดเป็นปัญหาดังกล่าวได้และถือว่าไม่ถูกต้อง

หากเรายอมรับความจริงมากกว่าการปกปิดความจริง และหากวัตถุประสงค์ของมาตรา 285 ได้บัญญัติไว้เพื่อห้ามหรือป้องกันในด้านชาติพันธุ์ของมนุษย์ก็ควรที่จะนำความจริงมาเป็นหลักเปิดเผยและออกกฎหมายห้ามให้ชัดเจนมาครอบคลุมถึงการให้กำเนิดมนุษย์ตามสายพันธุ์โดยวิธีการผสมเทียมกรณีรับบริจาคเชื้อพันธุ์ด้วย เพราะเหตุการณ์เหล่านี้ ล้วนมีโอกาสจะเกิดขึ้นได้เสมอ ไม่ใช่เป็นเพียงเหตุการณ์สมมุติ หรือข้อสันนิษฐานที่ไม่อาจจะเกิดขึ้นได้ การออกกฎหมายในมาตรา 285 จึงควรจะครอบคลุมถึงกรณีของการผสมเทียมโดยการรับบริจาคเชื้อพันธุ์ของผู้อื่นมาเป็นเชื้อพันธุ์ในกรณีดังกล่าวด้วย และหากเป็นเหตุในมาตรา 276 แล้วก็ควรจะถือว่ามีผิดในมาตรา 285 อันเป็นเหตุต้องเพิ่มโทษด้วย เพราะถ้าไม่ถือเป็นเหตุเพิ่มโทษแล้วจะกลายเป็นว่าการแก้ปัญหาคriminal law ก่อกฎหมายถือเฉพาะมารดาเป็นหลักไม่ถือบิดาตามความเป็นจริงมาเป็นหลักด้วย หากถือว่าเป็นเรื่องอิทธิพล เมื่อเป็นเช่นนั้นศาลก็น่าจะเปลี่ยนแนวว่า พ่อเลี้ยงข่มขืนลูกเลี้ยงก็น่าจะถือตามความเป็นจริงเพราะพ่อเลี้ยงตามความเป็นจริงมีอิทธิพลต้องเลี้ยงดูลูกเลี้ยง ถ้าพ่อเลี้ยงไม่เลี้ยงดู ลูกเลี้ยงก็ไม่มีชีวิตรอด (ฎีกา 928/2502)<sup>(9)</sup> หรือกรณีที่มีการข่มขืนกระทำชำเราเด็กซึ่งตนอุปการะเพราะไม่รู้ว่าบิดามารดาของเด็กเป็นใครกฎหมายก็ได้ลง

<sup>(9)</sup> คำพิพากษาฎีกา 928/2502. สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2502, หน้า 1247-1250.



โทษโดยไม่เพิ่มโทษตามมาตรา 285 (ฎีกา 1017/38)<sup>(10)</sup> นั่นก็ควรจะเปลี่ยนแนวมาเป็นเพิ่มโทษเมื่อให้สอดคล้องกับเหตุและผลกับการแก้ปัญหาที่จะถือเฉพาะมารดาเป็นหลักดังกล่าว เพื่อไม่ให้เกิดปัญหากับกรณีการผสมเทียมที่เกิดจากการรับบริจาคเชื้อพันธุึ่งจึงควรจะออกกฎหมายมาห้ามการผสมเทียมด้วยวิธีการรับบริจาคเชื้อพันธุึ่งซึ่งกฎหมายควรจะก้าวให้ทันความเจริญก้าวหน้า ซึ่งประเทศแรกที่ออกกฎหมายห้ามการผสมเทียมด้วยการรับบริจาคเชื้อพันธุึ่งอย่างเด็ดขาดคือประเทศสวีเดน ส่วนในอเมริกาที่มีการออกกฎหมายมาควบคุมบ้างแล้วหลายรัฐแต่ยังไม่เด็ดขาดนัก<sup>(11)</sup>

การผสมเทียมในปัจจุบันนี้ เราพบว่ามีหลายหลากวิธีและจากความเจริญก้าวหน้าทางเทคโนโลยีดังกล่าว ทำให้แม้แต่สาวโสดที่ยังมิได้แต่งงานก็สามารถให้กำเนิดบุตรได้ โดยใช้การผสมเทียมเป็นเครื่องมือ เช่นการที่สาวโสดไปขอรับการบริจาคเชื้อพันธุึ่งจากโรงพยาบาลหรือสถานพยาบาลต่าง ๆ ที่เก็บเชื้อไว้เพื่อบริจาค เมื่อได้รับเชื้อพันธุึ่งแล้วนำมาผสมกับไข่ของหญิงสาวโสดทำให้เกิดการผสมจนกลายเป็นตัวอ่อนแล้วเจริญเติบโตไปเป็นทารกคลอดออกมา ซึ่งจากความเจริญดังกล่าวทำให้หญิงสาวโสดดังกล่าวสามารถมีบุตรได้โดยไม่จำเป็นต้องแต่งงาน ปัญหาที่ตามมาก็คือ ทารกดังกล่าวจะกลายเป็นทารกที่มีแต่เพียงมารดา โดยไม่ปรากฏว่าบิดาของตนเป็นใคร กลายเป็นบุตรที่ไม่มีบิดา ซึ่งขัดกับหลักของความเป็นครอบครัวและความเป็นปุถุชนของมนุษยชาติซึ่งครอบครัวจะปรากฏมีลูกได้จะต้องมีบิดามารดาทั้งสองฝ่าย แม้จะเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมาย คือ เกิดจากการจดทะเบียนสมรส หรือจะเป็นบิดาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย คือ อยู่กันโดยไม่จดทะเบียนสมรส<sup>(12)</sup> ส่วนเด็กที่เกิดจากการรับบริจาคเชื้อพันธุึ่งในกรณีต่าง ๆ เด็กย่อมไม่อาจทราบว่าเป็นบุตรของใครและถ้าเด็กทารกเติบโตขึ้นเป็นผู้ใหญ่เกิดไปกระทำความผิดอาญาคือไปฆ่า นาย ก. ซึ่งเป็นบิดาผู้บริจาคเชื้อพันธุึ่งถึงแก่ความตายอันเป็นความผิดตามประมวล

<sup>(10)</sup> คำพิพากษาฎีกา 1017/2538. สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2538, หน้า 348-350.

<sup>(11)</sup> สันหัต ศะศิวนิช. "มองไปข้างหน้า ปัญหาผสมเทียม". วารสารนิติศาสตร์, ปีที่ 15, ฉบับที่ 2, 2538, หน้า 112.

<sup>(12)</sup> วิมลศิริ ชำนาญเวช. "บิดามารดากับบุตร". วารสารนิติศาสตร์, ปีที่ 20, ฉบับที่ 4, 2533, หน้า 36 - 37.

กฎหมายอาญามาตรา 283 (1) นั้น ผู้กระทำความผิดจะรับโทษตามมาตรา 289 (1) หรือตามมาตรา 288 ฐานฆ่าผู้อื่นธรรมดา ซึ่งตามหลักกฎหมายเมื่อถือว่านาย ก. เป็นเพียงผู้บริจาคนั้นเชื่อไม่ถึงว่าเป็นบิดาของผู้กระทำความผิดไม่ว่าโดยผลของกฎหมายหรืออะไรก็ตาม นาย ก. ก็ควรจะรับผิดเพียงฆ่าบุคคลธรรมดาตามมาตรา 288 แต่ถ้าจุดประสงค์ของมาตรา 289 (1) ถือตามบุพการีที่แท้จริง ตามความเป็นจริงผู้กระทำความผิดก็น่าจะมีความผิดฐานฆ่าบุพการีตามมาตรา 289 (1) เพราะถ้าได้มีการพิสูจน์ทางสายโลหิตหรือพิสูจน์ D.N.A. แล้วก็จะทราบว่าเป็นลูกของนาย ก. จริง การที่กฎหมายไม่ให้เปิดเผยว่าผู้บริจาคนั้นคือนาย ก. เป็นใคร จึงมีผลขัดต่อความเป็นจริงในทางจุดประสงค์ที่จะคุ้มครองไม่ให้บุตรฆ่าบุพการี ในทางกลับกัน การที่หญิงรับจ้างตั้งครรภ์มีสามีโดยชอบด้วยกฎหมายอยู่ในขณะตนรับจ้างตั้งครรภ์ ถ้าผู้กระทำความผิดเป็นบุคคลที่เกิดจากหญิงรับจ้างตั้งครรภ์ได้คลอดออกมาแล้วยกเด็กดังกล่าวนั้นให้แก่บิดามารดาเจ้าของตัวอ่อนไป ต่อมาผู้กระทำความผิดได้ฆ่าสามีของหญิงรับจ้างตั้งครรภ์ถึงแก่ความตาย ผู้กระทำความผิดควรจะรับโทษตามมาตราใด ในแง่กฎหมายหากถือว่า หญิงรับจ้างตั้งครรภ์เป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของทารกที่ตนได้คลอดออกมา สามีโดยชอบด้วยกฎหมายของหญิงรับจ้างตั้งครรภ์ก็ควรจะเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของทารกดังกล่าวด้วย เมื่อเป็นเช่นนี้ผู้กระทำความผิดฆ่าสามีของหญิงรับจ้างตั้งครรภ์ถึงแก่ความตาย ผู้กระทำความผิดก็ถือว่าฆ่าบิดาของตนด้วยจึงมีความผิดตามมาตรา 289 (1) ฐานฆ่าบุพการีถึงแก่ความตาย ซึ่งถ้ามองในแง่ความเป็นจริงสามีของหญิงรับจ้างตั้งครรภ์ไม่มีส่วนเกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ทั้งทางสายโลหิตแก่ทารกที่หญิงรับจ้างตั้งครรภ์คลอดออกมาแต่อย่างใดเลย แต่ผู้กระทำความผิดกลับต้องรับโทษตามมาตรา 289 (1) จะถือว่าแท้จริงแล้วการเพิ่มโทษดังกล่าวขัดต่อเจตนารมณ์ของมาตรา 289 (1) ที่ประสงค์จะคุ้มครองบุพการีที่แท้จริง จะเห็นได้ว่าถือเป็นปัญหาที่มีโอกาสเกิดขึ้นจริง เพียงแต่เราจะยุติปัญหาด้วยการให้ถือว่า เจ้าของตัวอ่อนเป็นเพียงผู้รับบุตรบุญธรรม และหญิงรับจ้างตั้งครรภ์กับสามีของหญิงรับจ้างตั้งครรภ์เป็นมารดาและบิดาโดยชอบด้วยกฎหมาย เพื่อให้สะดวกและง่ายต่อการกำหนดขอบเขตของคำว่า บุพการี นั้นจะถือว่าถือว่าถูกต้องหรือ ถ้าเป็นเช่นนั้นเราจะถือว่ากฎหมายออกมาเพื่อคุ้มครองชาติพันธุ์หรือคุ้มครองการตีความของกฎหมายในเชิงวินิจัยข้อเท็จจริงกันแน่

การผสมเทียมที่เกิดจากความไม่สมัครใจ เช่นมีการบังคับเอาเชื้อพันธุ์และไข่ที่อยู่ในร่างกายของชายหญิงทั้ง ๆ ที่เจ้าของไม่ยินยอมนั้น ผู้กระทำก็มีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญารฐานทำร้ายร่างกาย ถ้าทำให้ชายหรือหญิงได้รับอันตรายแก่กายแล้วก็มีผิดตามมาตรา 295 ถ้าถึงแก่อันตรายสาหัสก็มีความผิดตามมาตรา 297 หรือถ้าถึงแก่ความตายก็มีความผิดตามมาตรา 291 แล้วแต่ความร้ายแรงแห่งการกระทำ และถ้าการนำเชื้ออสุจิหรือไข่ออกไปจากร่างกายนั้นเป็นการนำไปใช้ประโยชน์ เช่น นำไปชายหรือนำไปทดลองเกี่ยวกับการผสมเทียมก็มีความผิดฐานลักทรัพย์ได้

ปัญหาเกี่ยวกับเชื้ออสุจิ ไข่ และตัวอ่อน ในประการต่อมาคือกรณีที่เกิดมีการนำเชื้ออสุจิหรือตัวอ่อน ฉีดเข้าไปในมดลูกของหญิงซึ่งไม่ใช่ภริยาของตนโดยหญิงนั้นไม่ยินยอม ปัญหาคือหากเกิดกรณีดังกล่าวขึ้นมาโดยมีการบังคับขืนใจเพื่อจะฉีดเชื้ออสุจิเข้าไปในมดลูกของหญิงซึ่งไม่ยินยอมเพื่อให้มีการเข้าไปผสมกับไข่ของหญิง หรือฉีดตัวอ่อนเข้าไปในมดลูกของหญิงดังกล่าว ผู้กระทำจะมีความผิดตามกฎหมายอาญาเพียงใด ซึ่งหากนำมาเปรียบเทียบกับประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 แล้วจะเห็นได้ว่าในมาตรา 276 จะเป็นความผิดได้จะต้องมีการข่มขืนกระทำชำเราหญิงซึ่งมิใช่ ภรรยาของตน ซึ่งการกระทำชำเรานั้นผู้ถูกกระทำจะต้องเป็นหญิงและการกระทำสำเร็จเมื่อของลับของฝ่ายชายผ่านเข้าไปในอวัยวะเพศของหญิงผู้เสียหายแม้จะลวงล้าเข้าไปเพียง 1 องคุลี เยื่อพรหมจารีไม่ขาดหรือน้ำอสุจิไม่มีอยู่ที่ช่องลับของหญิงก็ถือว่าเป็นความผิดสำเร็จแล้ว แต่ถ้าของลับไม่สามารถผ่านเข้าไปได้คงถูกเพียงอวัยวะภายนอกของหญิงเท่านั้น ก็ถือเป็นความผิดฐานพยายามกระทำชำเราเท่านั้น<sup>(13)</sup> ส่วนกรณีของการที่ชายฉีดเชื้ออสุจิหรือตัวอ่อนเข้าไปในโพรงมดลูกของหญิงแม้ขั้นตอนจะต้องมีการจับหญิงเพื่อถอดกางเกง แล้วพยายามที่จะฉีดเชื้ออสุจิเข้าไป แม้จะกระทำสำเร็จถึงขั้นเชื้ออสุจิหรือตัวอ่อนเข้าไปอยู่ในโพรงมดลูกของหญิง อันเป็นความผิดสำเร็จก็ไม่ถือเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 เพราะขาดองค์ประกอบคือการกระทำชำเราผู้กระทำอาจจะได้รับโทษเพียงความผิดฐานทำร้ายร่างกายหญิงเท่านั้น ทั้ง ๆ ที่ผลที่เกิดจากการกระทำทั้งการฉีดเชื้ออสุจิหรือตัวอ่อนเข้าไปในโพรงมดลูกของหญิงกับการกระทำชำเรา ผลที่มีทางที่จะเกิดขึ้นตามมาก็คือเกิดการ

<sup>(13)</sup> คำพิพากษาศาลฎีกา 2417/2540. สำนักงานส่งเสริมตุลาการ. เล่ม 5 . 2540, หน้า 185.

ตั้งครรภ์ได้ทั้งสองวิธี เราไม่สามารถจะบอกได้ว่าการที่ชายฉุดเชื้ออสุจิหรือตัวอ่อนเข้าไปในโพรงมดลูกของหญิงแล้วหญิงจะไม่ตั้งครรภ์เพราะโอกาสที่จะเกิดการตั้งครรภ์กรณีเช่นนี้เมื่อเปรียบเทียบกับ การตั้งครรภ์เพราะถูกข่มขืนกระทำชำเรา มีอัตราการเกิดได้เหมือนกัน แต่กฎหมายที่มารองรับและลงโทษผู้กระทำผิดนั้นต่างกัน เนื่องจากมาตรา 276 จะต้องมีการกระทำชำเรา แต่การฉุดเชื้ออสุจิหรือตัวอ่อนเข้าไปเทียบได้กับการผสมเทียมมีโทษสำหรับผู้กระทำความผิดเพียงทำร้ายร่างกาย ซึ่งปัญหาดังกล่าวไม่ใช่ว่าจะไม่เกิดขึ้นโอกาสเกิดขึ้นมีได้ทุกขณะและผลลัพธ์ที่ได้รับก็คือการที่ผู้เสียหายอาจจะเกิดการตั้งครรภ์ได้ และเมื่อเกิดการตั้งครรภ์ในกรณีฉุดเชื้อเข้าไปเช่นนี้ ความเสียหายในร่างกายและชื่อเสียงเกียรติยศ ก็ไม่แตกต่างอะไรกับการถูกข่มขืนกระทำชำเราเพราะต้องอับอายและต้องตั้งครรภ์ แต่โทษของผู้กระทำความผิดมีเพียงเล็กน้อย หากเป็นเพียงผู้เสียหายได้รับอันตรายแก่ร่างกายไม่ถึงกับสาหัสจากการที่ถูกชายผู้นั้นฉุดเชื้ออสุจิเข้าไป อัตราโทษที่ได้รับตามมาตรา 295 มีเพียงต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสองปี หรือปรับไม่เกินสี่พันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ และถ้าหากเป็นกรณีผู้กระทำความผิดไม่เคยกระทำความผิดมาก่อนและรับสารภาพจากกรณีนี้ ผู้กระทำก็อาจจะได้รับการลดโทษตามมาตรา 78 แห่งประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งมีผลไปถึงการที่มีโอกาสจะได้รับการรอลงโทษ ตามมาตรา 56 แห่งประมวลกฎหมายอาญาได้อีกด้วย ซึ่งเมื่อเทียบกับอัตราโทษในมาตรา 276 จะเห็นได้ว่าอัตราโทษในมาตรา 276 ร้ายแรงกว่าคือ ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปีและปรับตั้งแต่แปดพันบาทถึงสี่หมื่นบาท และถ้าเข้าองค์ประกอบการตามมาตรา 276 วรรคสองซึ่งได้กระทำโดยมีหรือใช้อาวุธปืนหรือวัตถุระเบิด หรือโดยร่วมกันกระทำความผิดด้วยกันอันมีลักษณะเป็นการโหดร้าย อัตรโทษก็จะเพิ่มขึ้นไปอีก คือ ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สิบห้าปีถึงยี่สิบปีและปรับตั้งแต่สามหมื่นบาทถึงสี่หมื่นบาท หรือจำคุกตลอดชีวิต จะเห็นได้ว่าผลของการกระทำของการข่มขืนกระทำชำเราตามมาตรา 276 กับการที่หญิงถูกชายบังคับข่มขืนโดยการฉุดเชื้ออสุจิหรือตัวอ่อนเข้าไปในโพรงมดลูก ผลที่อาจจะเกิดขึ้นได้ทั้งสองกรณีคือ การตั้งครรภ์ให้ต้องอับอาย เสียชื่อเสียง เสียเกียรติยศได้เท่า ๆ กันทั้งสองกรณี แต่ผู้กระทำความผิดกับได้รับการลงโทษตามอัตราโทษในประมวลกฎหมายอาญาที่แตกต่างกันมากมาย ซึ่งในมาตรา 276 นั้นจุดประสงค์ของกฎหมายคือเพื่อป้องกันหญิงอื่น ซึ่งมีใช้ภริยาของตนไม่ให้ถูกชายผู้นั้นข่มขืนกระทำชำเราโดยหญิงนั้น

ไม่ยินยอม จุดแตกต่างของการข่มขืนกระทำชำเรากับการข่มขืนฉ้อสุจริต หรือตัวอ่อนเข้าไปในมดลูกของหญิง แตกต่างเพียงการข่มขืนฉ้อสุจริตดังกล่าวไม่มีการกระทำชำเรา การที่เริ่มฉ้อสุจริตเข้าไปในช่องคลอดของหญิงไม่ถือเป็นการกระทำชำเรา เพราะจะเป็นการกระทำชำเราได้ต้องเป็นอวัยวะเพศชายแม้จะผ่านเข้าไปเล็กน้อยก็ถือเป็นการชำเรา ซึ่งปัญหาดังกล่าวข้าพเจ้ามีความเห็นว่า กฎหมายควรจะแก้ไขในมาตรา 276 ให้ครอบคลุมถึงการที่หญิงถูกข่มขืนฉ้อสุจริต หรือตัวอ่อนเข้าไปในมดลูก หรือเข้าไปทางอวัยวะเพศแม้เพียงเล็กน้อยก็ควรจะได้รับคุ้มครองให้มากเช่นเดียวกับกรณีตามมาตรา 276 ด้วย เพราะปัญหาของการผสมเทียมกับกฎหมายอาญาดังกล่าวไม่ใช่เหตุการณ์ที่ไม่มีโอกาสเกิดขึ้น แต่กรณีดังกล่าวมีโอกาสเกิดขึ้นได้ นอกจากปัญหาที่จะเกิดขึ้นได้จากการดังกล่าวแล้ว ปัญหาของการผสมเทียมกับกฎหมายก็อาจจะเกิดจากหญิงรับจ้างตั้งครรภ์ได้ ปัญหากฎหมายทางด้านนี้เกิดเป็นปัญหาได้ทั้งแพ่งและทางอาญา ซึ่งปัญหาในทางแพ่งคือ การที่ต้องเลือกกำหนดให้หญิงรับจ้างตั้งครรภ์ซึ่งเป็นผู้คลอดบุตรออกมาหรือหญิงผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์ ซึ่งเป็นเจ้าของไข่คนใดคนหนึ่งเป็นมารดาของบุตร ซึ่งปัญหาดังกล่าวก่อให้เกิดความยุ่งยากแก่บุตร และขัดกับหลักการของการเป็นครอบครัวที่ควรจะมีบิดามารดาเพียงคนเดียว ส่วนปัญหาในทางอาญาก็อยู่ที่หญิงผู้ว่าจ้างให้ตั้งครรภ์ไปแจ้งใบเกิดว่าเด็กเป็นบุตรของตนก็ต้องมีความผิดฐานแจ้งความเท็จต่อเจ้าพนักงานตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 137 และฐานแจ้งให้เจ้าพนักงานจดข้อความอันเป็นเท็จลงในเอกสารราชการตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 267 อีกด้วย

และในปัญหาต่อไปถ้าถือว่าหญิงรับจ้างตั้งครรภ์เป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของทารกที่ตนคลอดออกมา เมื่อหญิงรับจ้างตั้งครรภ์ยินยอมยกทารกนั้นให้แก่ผู้ว่าจ้างซึ่งเป็นเจ้าของตัวอ่อน ผู้ว่าจ้างก็จะมีความสัมพันธ์กับทารกเพียงบิดามารดากับบุตรบุญธรรมเท่านั้น ในทางกลับกันถ้าหญิงรับจ้างตั้งครรภ์ไม่ยกทารกที่ตนรับจ้างตั้งครรภ์ให้แก่ผู้ว่าจ้าง แต่กลับเลี้ยงดูจนทารกเติบโตและกรณีทารกนั้นเป็นเพศหญิง เมื่อเติบโตขึ้นจนเป็นหญิงสาว ต่อมาผู้ว่าจ้างเจ้าของเชื้อสุจริตเกิดจำหญิงสาวผู้นี้ไม่ได้ว่าเกิดจากหญิงที่ตนจ้างตั้งครรภ์และเกิดจากเชื้อสุจริตของตน แล้วเกิดข่มขืนกระทำชำเราหญิงสาวดังกล่าว กรณีนี้กฎหมายจะลงโทษชายผู้เป็นเจ้าของเชื้อสุจริตและเป็นผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์ได้คงจะได้เพียงมาตรา 276 ฐานข่มขืนกระทำชำเราหญิงซึ่งมิใช่ภริยาของตนโดยหญิงนั้นไม่ยินยอม

เท่านั้น จะถือเป็นเหตุเพิ่มโทษตามกฎหมายอาญาในมาตรา 285 ไม่ได้ และถ้าหากข้อเท็จจริงเปลี่ยนไปกลับกลายเป็นว่า สามีของหญิงรับจ้างตั้งครรภ์เกิดเป็นผู้ข่มขืนหญิงสาวผู้นี้แทนเพราะสามีของหญิงรับจ้างตั้งครรภ์ถือว่าหญิงดังกล่าวมิใช่บุตรทางสายโลหิตหรือทางชีววิทยากับตนแต่อย่างใด เพราะไม่ได้เกิดจากเชื้ออสุจิของตนไปผสมกับไข่ของหญิงรับจ้างตั้งครรภ์ซึ่งเป็นภริยาตน กรณีนี้กฎหมายจะลงโทษสามีของหญิงรับจ้างตั้งครรภ์ตามมาตรา 285 เพราะถือว่าเป็นการข่มขืนผู้สืบสันดานนั้นจะถือว่าขัดกับเจตนารมณ์ของกฎหมายหรือไม่ เพราะกฎหมายที่ออกมาคุ้มครองผู้อยู่ภายใต้กฎหมาย โดยเฉพาะมาตรา 285 นั้นกฎหมายต้องการจะคุ้มครองอะไร ต้องการจะคุ้มครองชาติพันธุ์หรือต้องการจะคุ้มครองอิทธิพลของผู้อยู่ใต้อำนาจปกครองกันแน่ เพราะถ้าหากต้องการคุ้มครองชาติพันธุ์มนุษย์แล้วการพิจารณาก็ควรจะพิจารณากันตามความเป็นจริงเพื่อให้เห็นว่าความเป็นบิดามารดากับบุตรนั้น จะต้องเกี่ยวโยงกันทางการรวมตัวของเชื้ออสุจิของผู้เป็นบิดาและไข่ของมารดา จนเป็นตัวอ่อนซึ่งจะได้เจริญเติบโตเป็นทารกต่อไป ส่วนการเจริญเติบโตจะเจริญเติบโตในครรภ์มารดาหรือในครรภ์ที่รับจ้างตั้งครรภ์ก็ไม่ถือเป็นเหตุให้ความเป็นบิดามารดาของเจ้าของตัวอ่อนนั้นกลายเป็นเพียงผู้รับบุตรบุญธรรมและการที่บิดาผู้เป็นเจ้าของอสุจิทำการข่มขืนกระทำชำเราหญิงดังกล่าวซึ่งก็คือทารกที่เกิดจากเชื้อพันธุ์ของตน โดยการอาศัยเจริญเติบโตในมดลูกของหญิงรับจ้างตั้งครรภ์ บิดาผู้ว่าจ้างก็ควรที่จะต้องรับโทษตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 285 ในทางกลับกันสามีของหญิงรับจ้างตั้งครรภ์ก็ควรจะรับผิดชอบเพียงมาตรา 276 เพราะไม่มีส่วนเกี่ยวข้องกับชาติพันธุ์ใด ๆ กับหญิงที่ตนข่มขืนกระทำชำเรา ความชัดเจนและแน่นอนของการคุ้มครองของกฎหมายจึงควรจะมีขึ้นในกรณีดังกล่าว มิใช่เพียงการนำกฎหมายมาใช้ปรับให้เข้าไปในมาตราต่าง ๆ ซึ่งจะกลายเป็นว่ากฎหมายประสงค์จะคุ้มครองการวินิจฉัยของกฎหมายมากกว่าชาติพันธุ์ ด้วยการนำข้อกฎหมายมาปรับกับข้อเท็จจริงเพื่อใช้ในการลงโทษ และหากเป็นกรณีนำข้อสันนิษฐานหรือข้อวินิจฉัยทางแพ่งมาปรับว่าหญิงรับจ้างตั้งครรภ์มาเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของทารกที่ตนคลอดออกมาแล้วนำข้อสันนิษฐานดังกล่าวมาถือว่า สามีของหญิงรับจ้างตั้งครรภ์ก็เป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของทารกด้วย เพราะทารกดังกล่าวคลอดออกมาภายในเวลาที่ตนและหญิงรับจ้างตั้งครรภ์เป็นสามีภริยาโดยชอบด้วยกฎหมาย เมื่อสามีของหญิงรับจ้างตั้งครรภ์ข่มขืนกระทำชำเราหญิงสาวซึ่งก็คือทารกที่ถูกกฎหมายสันนิษฐานหรือ

วินิจฉัยว่าเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของตน ก็เท่ากับตนข่มขืนกระทำชำเราผู้สืบ  
 สันดานของตน อันมีความผิดตามมาตรา 285 แห่งประมวลกฎหมาย ซึ่งมีอัตราโทษสูง  
 กว่ามาตรา 276 จึงสมควรที่จะต้องดูว่าจริง ๆ แล้วในมาตรา 285 นั้นกฎหมายอาญา  
 ประสงค์จะคุ้มครองอะไรกันแน่ ชาติพันธุ์หรืออิทธิพลของผู้ใช้อำนาจปกครอง ซึ่งศึกษาจาก  
 คำพิพากษาศาลฎีกาในฎีกาที่ 7795/38 แล้วจะเห็นว่าฎีกาดังกล่าวตีความในมาตรา 285  
 คำว่า “ผู้อยู่ในอำนาจปกครอง” ว่าต้องตีความโดย เครื่องครัด เช่น จำเลยมีฐานะเป็น  
 เพียงพ่อเลี้ยงจะถือว่าผู้เสียหายอยู่ในอำนาจปกครองของจำเลยไม่ได้ต้องตีความโดยเคร่ง  
 ครัด หากกฎหมายประสงค์จะให้มีความหมายไปในทางเกินเลยไปถึงความปกครองโดย  
 ทางพฤตินัยแล้วก็ควรจะระบุไว้เป็นพิเศษ<sup>(14)</sup> การข่มขืนกระทำชำเราลูกเลี้ยงจึงไม่อาจจะถือ  
 ได้ว่าเป็นการกระทำแก่ผู้อยู่ในความปกครองตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 285  
 เพราะผู้อยู่ในความปกครองตามบทบัญญัติดังกล่าวต้องหมายถึงผู้อยู่ในความปกครองโดย  
 ชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น หากไม่แล้วความปกครองดังกล่าวก็กลายเป็นความปกครองที่หา  
 ขอบเขตไม่ได้<sup>(15)</sup> เมื่อนำคำว่าผู้อยู่ในความปกครองมาเปรียบเทียบกับผู้อยู่ใต้อำนาจปก  
 ครองของบิดามารดาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1566 จะเห็นได้ว่าใน  
 มาตรา 1566 กฎหมายกำหนดไว้หมายความถึงบิดาที่แท้จริงโดยชอบด้วยกฎหมาย<sup>(16)</sup> ซึ่ง  
 ความหมายก็คือ ชายผู้เป็นเจ้าของเชื้อพันธุ์ที่ทำการผสมกับไข่ของภริยาตนโดยการสืบ  
 พันธุ์ในวิธีการตามธรรมชาติ และนำมาเปรียบเทียบกับกฎหมายอาญามาตรา 285 ซึ่ง  
 กำหนดให้ตีความโดยเคร่งครัด แล้วจะนำเอาข้อวินิจฉัยในกรณีมาตรา 1566 ทางแพ่งมา  
 ปรับกับมาตรา 285 ทางอาญาโดยถือว่าชายผู้เป็นสามีของหญิงรับจ้างตั้งครรภ์เป็นบิดา  
 โดยชอบด้วยกฎหมายของทารก ที่ภริยาตนรับจ้างตั้งครรภ์ด้วย เมื่อตนข่มขืนหญิงสาวซึ่ง  
 เป็นผู้ที่ภริยาตนรับจ้างตั้งครรภ์อันเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของตน อันถือเป็นผู้สืบ

<sup>(14)</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7795/38. สำนักงานส่งเสริมงานตุลาการ. เล่ม 12. 2538.  
 หน้า 338.

<sup>(15)</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6811/2538. สำนักงานส่งเสริมงานตุลาการ , เล่ม 12. 2538.  
 หน้า 224.

<sup>(16)</sup> หยุต แสงอุทัย. กฎหมายอาญาภาค 2-3. พิมพ์ครั้งที่ 7. กรุงเทพฯ. สำนักพิมพ์  
 มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2538, หน้า179.

สันดาน แล้วกฎหมายลงโทษสามีหญิงรับจ้างตั้งครรภ์ตามมาตรา 285 นั้นถือเป็นการที่กฎหมายนำข้อสันนิษฐานทางแพ่งมาปรับใช้กับทางอาญาเพื่อลงโทษบุคคลทางอาญาให้หนักยิ่งขึ้น หรืออาจจะกล่าวได้ว่าเป็นการใช้กฎหมายใกล้เคียงมาปรับลงโทษบุคคลก็เป็นได้ เพราะกฎหมายเกี่ยวกับการผสมเทียมในกรณีต่าง ๆ และกรณีดังกล่าวยังไม่มียกกฎหมายบัญญัติเอาไว้อย่างชัดเจนถือเป็นการปรับบทกฎหมายลงโทษบุคคลในทางอาญาในทางที่เป็นโทษย่อมจะไม่ใช่เป็นธรรมและขัดต่อความเป็นจริง ซึ่งสามีของหญิงรับจ้างตั้งครรภ์ไม่มีความเกี่ยวข้องกับเด็กที่ภริยาตนรับจ้างตั้งครรภ์ไม่ว่าจะโดยทางสายโลหิตหรือทางชีววิทยา (Biological) และบางกรณีอาจจะเป็นกรณีที่ทารกคลอดออกมาแล้วภริยาตนยกให้แก่ผู้ว่าจ้างนำไปเลี้ยงดูในทันทีโดยที่ตนและภริยาไม่ได้มีส่วนในการเลี้ยงดูทารกที่ภริยาของตนรับจ้างตั้งครรภ์เลยตลอดมาจนทารกเติบโตเป็นสาว เมื่อตนกระทำผิดจะลงโทษตามมาตรา 285 โดยนำมาตรา 1566 ทางแพ่งมาปรับใช้นั้นย่อมขัดต่อการใช้ประมวลกฎหมายอาญา

ซึ่งในประมวลกฎหมายอาญามาตรา 285 เรามีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันการครอบงำโดยผิดทำนองคลองธรรมของผู้ที่มีอิทธิพลต่อผู้ถูกกระทำ อย่างเช่น การอ้างบุพการีกระทำต่อผู้สืบสันดานอาจจะในแง่ของอิทธิพลของบิดากระทำต่อบุตรซึ่งไม่อาจจะขัดขึ้นได้ แม้ว่าบิดาจะกระทำผิดต่อบุตร บุตรก็ไม่อาจจะไม่ฟ้องร้องเป็นคดีกล่าวโทษได้ เหตุการณ์ในลักษณะนี้มีเกิดขึ้นแล้ว โดยบุตรไม่อาจจะขัดขึ้นได้ เช่นกรณีบิดาบังคับให้ลูกชายซึ่งเป็นหนุ่มพิการด้วยโรคโปลิโอ รับประทานยาฆ่าแมลงโดยบิดาเป็นผู้จับกรอกด้วยตนเองจนลูกชายถึงแก่ความตาย นอกจากนั้นผู้เป็นบิดายังบังคับให้ลูกสาวรับประทานยาองเหล้าเพื่อให้ทารกในครรภ์ซึ่งเกิดจากผู้เป็นบิดาข่มขืนกระทำชำเราแห่ง<sup>(17)</sup> ส่วนอีกรายหนึ่งก็เป็นหญิงพิการอยู่กับบิดาที่แท้จริงของตน ถูกทุบตีและเลี้ยงดูในลักษณะนำเวทนาด้วยการให้รับประทานผลไม้เป็นอาหารหลักแทนข้าว และยังถูกบิดาของตนเองข่มขืนกระทำชำเราตลอดมาเป็นเวลาประมาณ 11 ปี จนกระทั่งให้กำเนิดบุตรที่เกิดจากบิดาของตนเองออกมาถึง 4 คน ได้รับทุกข์เวทนาแม้กระทั่งบุตรที่เกิดออกมาจะมีอายุเพียง 8 ขวบ ถูกบิดาของตนเองทำร้ายร่างกายจนประสาทุพการใช้การไม่ได้<sup>(18)</sup> จากทั้งสองตัวอย่างเป็นตัวอย่างของ

<sup>(17)</sup> ชาวจากหนังสือพิมพ์เดลินิวส์. ฉบับที่ 17,968. วันพุธที่ 23 ธันวาคม 2541. หน้า 15.

<sup>(18)</sup> ชาวจากหนังสือพิมพ์เดลินิวส์. ฉบับที่ 17,971. วันเสาร์ที่ 26 ธันวาคม หน้า 15.



อิทธิพลของบิดากระทำต่อบุตรผู้อยู่ในความปกครองซึ่งไม่อาจจะขัดขืนได้ การฟ้องร้องคดีดังกล่าวนี้มักจะพบเห็นหรือเกิดจากบุคคลภายนอก เช่น เพื่อนบ้านเป็นผู้ทเห็นเหตุการณ์ไม่ไหวเป็นผู้แจ้งความ ซึ่งน้อยมากที่บุตรผู้อยู่ในความปกครองจะออกมาเปิดเผยการกระทำดังกล่าว หรืออาจจะเป็นกรณีผู้อยู่ในปกครองกับผู้ปกครองเช่นกรณีครูกระทำชำเราศิษย์ในกรณีเด็กหญิงเป็นนักเรียนในปกครองซึ่งมีครูเป็นครูประจำชั้นเมื่อนักเรียนถูกข่มขืนกระทำชำเราแล้วได้มาเล่าเรื่องราวให้มารดาฟัง และมารดาจึงเป็นผู้พาลูกไปแจ้งความเพื่อดำเนินคดีกับครู<sup>(19)</sup> ซึ่งถือเป็นผู้ปกครองและมีอิทธิพลแต่ใช้เกินอำนาจ ซึ่งตรงนี้ในมาตรา 285 จึงทำให้เราเห็นว่ากฎหมายมุ่งเน้นในแง่ของการที่จะวินิจฉัยในข้อสันนิษฐานของกฎหมายในเชิงที่เป็นการใช้อิทธิพลในอิทธิพลของผู้นั้น ซึ่งเราจะต้องพิจารณาว่าการใช้อำนาจดังกล่าวในการครอบงำให้ตนมีอิทธิพลหรือมีอำนาจทำโทษ ผู้อยู่ในความปกครองนั้นเป็นการใช้อำนาจให้อยู่ในกรอบของการศึกษาอบรม หรือเกินเลยไปถึงขั้นละเมิดต่อสิทธิส่วนบุคคลของผู้ในปกครองจนมากเกินเหตุที่จะอ้างอำนาจของความเป็นบิดามารดา กับบุตร<sup>(20)</sup>

แต่ก็มีข้อที่น่าสังเกตว่าศาลฎีกาก็ไม่ได้ถือตรงจุดนี้ เช่น ศาลฎีกาเคยตัดสินไว้ว่า พ่อเลี้ยงข่มขืนลูกเลี้ยง ไม่ถือเป็นการใช้อำนาจเกินขอบเขตกับผู้อยู่ใต้ปกครอง เพราะอำนาจปกครองอยู่ที่มารดาของเด็กเท่านั้นไม่ได้มีความหมายเกินเลยมาถึงพ่อเลี้ยงด้วย จึงไม่มีเหตุเพิ่มโทษตามมาตรา 285 แห่งประมวลกฎหมายอาญานี้ แสดงว่าศาลฎีกาไม่ถือว่าเป็นเรื่องที่รวมอยู่ในความหมายของผู้อยู่ในความปกครอง แม้ว่าปกติพ่อเลี้ยงกับลูกเลี้ยงโดยปกติก็ถือว่ามีอิทธิพลซึ่งกันและกันในด้าน การดำรงอยู่ของชีวิต ซึ่งก็หมายความว่า ถ้าพ่อเลี้ยงไม่ประกอบอาชีพมาเลี้ยงดูลูกเลี้ยง ลูกเลี้ยงก็ไม่สามารถจะมีชีวิตรอดซึ่งอาจจะอดอาหารและถึงแก่ความตายไปในที่สุด ซึ่งจากกรณีของพ่อเลี้ยงกับลูกเลี้ยงเราก็อาจจะมองว่าไม่ใช่อิทธิพลก็ได้ เพราะศาลฎีกาถือตามแนวฎีกาอย่างนี้ แม้จะมีพฤติการณ์อันเป็น

<sup>(19)</sup> จิตติ เจริญจำ. "ฎีกาวิเคราะห์ครูชำเราศิษย์-โทษหนัก" วารสารอัยการ. ปีที่ 16, ฉบับที่ 190. 2536. หน้า 17 - 22.

<sup>(20)</sup> คณิต ณ นคร. ประมวลกฎหมายอาญาหลักกฎหมายและพื้นฐานการเข้าใจ. กรุงเทพฯ. สำนักพิมพ์นิติธรรม, กรกฎาคม 2540, หน้า 126.

การกระทำต่อลูกเลี้ยงตามมาตรา 276 ศาลก็ไม่ถือเป็นเหตุเพิ่มโทษตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 285

ปัญหาของการเป็นบิดามารดาของทารกที่เกิดจากการผสมเทียม ปัญหาในกรณีนี้เกิดขึ้นนับตั้งแต่การทำสัญญาจ้างและรับจ้างตั้งครรภ์แทนหรือที่เราเรียกกันว่า “อุ้มบุญ” การรับจ้างตั้งครรภ์แทนนั้นยังไม่มีกฎหมายออกมาห้ามไม่ให้กระทำจึงยังคงกระทำได้และถือเป็นสิทธิส่วนบุคคลที่หญิงนั้นจะกระทำการรับจ้างตั้งครรภ์ แต่ปัญหาจากการรับจ้างตั้งครรภ์อาจจะเกิดขึ้นและตามมาได้หลายประการ เช่น ใครจะเป็นบิดามารดาของทารกที่เกิดจากการผสมเทียม กรณีทารกเกิดมาแล้วพิการ สามีภริยาเจ้าของตัวอ่อนเกิดไม่ยอมรับเป็นบุตรของตนจะได้หรือไม่ หรือหญิงรับจ้างตั้งครรภ์นั้นระหว่างตั้งครรภ์เกิดเปลี่ยนใจต้องการจะทำแท้งบุตรในครรภ์จะกระทำได้หรือไม่มีความผิดตามมาตรา 301 หรือมาตรา 305 หรือไม่ ล้วนเป็นปัญหาทั้งสิ้น โดยเฉพาะปัญหาของความเป็นบิดามารดาของทารกที่เกิดจากการตั้งครรภ์โดยหญิงรับจ้างตั้งครรภ์แทนเป็นผู้อุ้มท้องจนกว่าจะคลอดทารกออกมา เมื่อคลอดทารกออกมา ถ้ากฎหมายถือว่าทารกคลอดจากใครถือว่าเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของหญิงผู้คลอดบุตรแล้ว สามีภริยาเจ้าของตัวอ่อนผู้ว่าจ้างก็คงจะเป็นได้เพียงบิดามารดาบุญธรรมของทารกที่เกิดจากตัวอ่อนของตนเองเท่านั้น ถ้าหญิงรับจ้างตั้งครรภ์คลอดทารกตามที่ทำสัญญาจ้างแล้วส่งมอบทารกที่คลอดให้กับผู้ว่าจ้างทันทีที่คลอดออกมาแล้ว ผู้ว่าจ้างก็ไปแจ้งเกิดเป็นบิดามารดาที่แท้จริงของทารกต่อนายทะเบียนที่รับแจ้งเกิด ผู้ว่าจ้างคือสามีภริยาเจ้าของตัวอ่อนดังกล่าวก็จะกลายเป็นผู้ที่มีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญารฐานแจ้งความเท็จตามมาตรา 137 โดยข้อสันนิษฐานของกฎหมายในเรื่องของการให้กำเนิดไปและเมื่อเจ้าพนักงานได้จดข้อความตามที่แจ้งไว้ ผู้ว่าจ้างทั้งสองก็จะเป็นความผิดฐานแจ้งให้เจ้าพนักงานจดข้อความอันเป็นเท็จลงในเอกสารราชการอันเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 อีกด้วย แต่ด้วยความผิดทั้งสองฐานมีอายุความ 5 ปี และ 10 ปี ตามมาตรา 95(3) และ (4) โดยอายุความได้เริ่มนับกันนับจากวันแจ้งเกิดทารกเป็นต้นไป ซึ่งจะทำให้เจ้าของตัวอ่อนกลายเป็นผู้มาแจ้งการเกิดเท็จไปและมีความผิดทางอาญาอีกด้วย ส่วนหญิงรับจ้างตั้งครรภ์ซึ่งบางประเทศ เช่น สหรัฐอเมริกาที่รัฐแคลิฟอร์เนียนั้น ศาลอุทธรณ์ได้มองว่าหญิงผู้รับจ้างตั้งครรภ์ไม่ใช่มารดาของทารกที่ตนรับจ้างตั้งครรภ์ และไม่ถือว่าตนเป็นผู้มีส่วนได้เสียในความสัมพันธ์กับบุตรที่

เกิดจากการที่ตนรับจ้างตั้งครรภ์ และศาลอุทธรณ์ยังวินิจฉัยให้ถือว่า ผู้ว่าจ้างซึ่งเป็นเจ้าของตัวอ่อน เป็นบิดามารดาที่แท้จริง ตามสายพันธุ์ ตามชีวภาพ และตามธรรมชาติของบุตร โดยอาศัยเอกสารทางการแพทย์เป็นตัวบ่งชี้ความเป็นบิดามารดากับบุตร<sup>(21)</sup>

จะเห็นได้ว่าจากการเปรียบเทียบความเป็นบิดามารดากับบุตรตามกฎหมายของไทยเรากับของรัฐแคลิฟอร์เนีย ประเทศสหรัฐอเมริกาแล้ว ในแง่ความเป็นจริงของรัฐแคลิฟอร์เนียจะให้ความสำคัญในการรักษาเผ่าพันธุ์มนุษย์ได้ตรงตามสายพันธุ์มากกว่า การกำหนดความเป็นบิดามารดาจึงดูเหมาะสมมาก เมื่อเราได้ยึดถือความเป็นบิดามารดาตามอย่างรัฐแคลิฟอร์เนีย บิดามารดาที่แท้จริงคือเจ้าของตัวอ่อน ผู้ว่าจ้างให้หญิงรับจ้างตั้งครรภ์ก็จะได้รับความยุติธรรม การแจ้งเกิดบุตรก็จะไม่มีความผิดทางอาญาตามมาตรา 137 และมาตรา 267 และยังเป็นธรรมต่อทารกที่เกิดมาด้วย โดยส่วนใหญ่ผู้ว่าจ้างมักจะมีฐานะและผู้รับจ้างตั้งครรภ์มักจะไม่ค่อยมีฐานะ การยอมรับการตั้งครรภ์แทนนั้นต้องอดทนและดูแลสุขภาพกายและจิตเจ้านานถึง 9 เดือน ถือเป็นความยากลำบาก ฉะนั้น ถ้าไม่เดือดร้อนเรื่องการเงินหรือฐานะไม่ค่อยดี ก็คงจะไม่มีใครยอมรับตั้งครรภ์แทน ฉะนั้นการคลอดทารกออกมาแล้วถือว่าทารกเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของตัวอ่อน หรือผู้ว่าจ้างน่าจะเป็นผลดีต่อทารกและหญิงรับจ้างตั้งครรภ์มากกว่าจะสันนิษฐานให้เป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของหญิงรับจ้างตั้งครรภ์

จากการที่ไม่มีกฎหมายห้ามการผสมเทียมทำให้เกิดปัญหาขึ้นหลายประการ ซึ่งแต่ละปัญหาไม่ใช่ว่าจะไม่มีทางเกิดขึ้นได้ ทุกปัญหาล้วนมีโอกาสขึ้นมาได้ทั้งสิ้นและถ้าปัญหาทั้งหลายเกิดขึ้นมาแล้ว โดยไม่มีการควบคุมหรือป้องกันการแก้ปัญหาก็จะยุ่งยากและไม่เป็นธรรม ฉะนั้นควรจะมีกฎหมายออกมาห้ามการผสมเทียมในกรณีต่าง ๆ ในบางกรณีซึ่งการห้ามการผสมเทียมจะห้ามในทุกกรณีคงจะเป็นไปไม่ได้ เพราะการรับการผสมเทียม หรือการรับจ้างตั้งครรภ์แทน เป็นสิทธิในร่างกายของบุคคลโดยเฉพาะ ถือเป็นสิทธิส่วนบุคคลซึ่งมีสิทธิจะกระทำอะไรกับเนื้อตัวร่างกายของตนเองได้ กฎหมายจึงกระทำได้แต่เพียงออกกฎหมายห้ามการผสมเทียมในบางกรณี อาทิเช่น ห้ามหญิงใส่ตัวรับจ้างตั้งครรภ์แทน การรับจ้างตั้งครรภ์แทนต้องได้รับความยินยอมจากสามีของหญิงรับตั้งครรภ์ในขณะที่ทำสัญญา นอกจากนั้นจะต้องยอมสละสิทธิทางกฎหมายในทุกประการเมื่อตนได้ให้

<sup>(21)</sup> ประสพสุข บุญเดช. เรื่องเดียวกัน. หน้า 189.

กำเนิดทารกที่รับจ้างตั้งครรภ์ออกมา รวมทั้งให้ถือว่าผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์ซึ่งเป็นเจ้าของตัวอ่อน เป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของทารกที่ตนรับจ้างตั้งครรภ์<sup>(22)</sup> นอกจากนั้นสาระของสัญญาจะต้องรัดกุมและเพิ่มประโยชน์ให้แก่ทารกที่จะเกิดมาจากการรับจ้างดังกล่าวด้วย เหตุที่เราให้ความสำคัญกับสามีภริยาเจ้าของเชื้อมากกว่าหญิงรับจ้างตั้งครรภ์ เพราะหญิงรับจ้างตั้งครรภ์จุดแรกของการตกลงรับจ้างคือ ค่าจ้าง ถือได้ว่าไม่มีเจตนาที่จะต้องการทารกมาตั้งแต่แล้ว และการจะให้กำเนิดทารกได้จะต้องประกอบด้วยเชื้ออสุจิและไข่ ซึ่งมารวมตัวเป็นตัวอ่อน หากปราศจาก 2 สิ่งนี้แล้วก็ไม่สามารถจะทำให้กลายเป็นทารกได้ ประกอบกับความเจริญก้าวหน้าทางเทคโนโลยีก็ยังไม่สามารถสร้างไข่กับอสุจิขึ้นมาได้ ความสำเร็จของการที่จะให้กำเนิดมนุษย์ได้จึงอยู่ที่ตัวอ่อนดังกล่าวอันเป็นของผู้ว่าจ้างหรือสามีภริยาเจ้าของตัวอ่อนดังกล่าว<sup>(23)</sup>

### 2.3 การผสมเทียมกับการทำแท้งตามมาตรา 301 ถึง มาตรา 305

กฎหมายในมาตรา 301-305 มีวัตถุประสงค์ที่จะคุ้มครองทารกในครรภ์มารดา มิให้ต้องถูกทำลายลงก่อนที่จะคลอดออกมาจากครรภ์ ซึ่งการสูญเสียทารกในครรภ์มารดาดังกล่าวเราเรียกว่า “การทำแท้งบุตร” หรือ “ABORTION” ในการกำหนดความหมายของการแท้งบุตรนั้น ในแต่ละประเทศได้กำหนดความหมายไว้มีนิยามที่แตกต่างกันออกไปคือ

ในศาสนายิวโบราณ ได้กำหนดความหมายของคำว่า แท้งบุตรว่า หมายถึง การที่ทารกในครรภ์มีอายุอ่อนกว่า 40 วัน ถือว่ายังไม่มีการมีชีวิตเกิดขึ้น การทำแท้งทารกที่อายุไม่เกิน 40 วัน จึงไม่มีความผิด จะถือว่ามีความผิดฐานทำแท้งได้ ทารกจะต้องมีอายุอยู่ในครรภ์มารดาเกิน 40 วัน

ในกฎหมายอินเดีย มาตรา 312 ได้กำหนดความหมายของการทำแท้งบุตรว่า หมายถึง การทำให้ทารกในครรภ์คลอดก่อนกำหนด การฆ่าทารกขณะที่ส่วนใดส่วนหนึ่ง

<sup>(22)</sup> วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์. “สัญญาเช่ามดลูก”. วารสารอัยการ. ปีที่ 10, ฉบับที่ 110. 2530. หน้า 21-22.

<sup>(23)</sup> สันทัต ศะศิวนิช. “ปัญหาผสมเทียม.” วารสารนิติศาสตร์. ปีที่ 15, ฉบับที่ 4. 2528. หน้า 186.

โผล่ออกมาจากช่องคลอดมีความผิดเท่ากับฆ่าคน โดยไม่ต้องรอให้ทารกคลอดออกมาหมด ทั้งตัวก่อน

กฎหมายเยอรมัน มาตรา 218 กำหนดความหมายของการทำแท้งบุตรว่า หมายถึง การทำลายทารกในการคลอด

กฎหมายฝรั่งเศส กำหนดความหมายของการทำแท้งบุตรว่าหมายถึง การทำให้ทารกคลอดก่อนกำหนด ซึ่งมีผลทำให้ทารกถึงแก่ความตาย การพยายามทำแท้งในกฎหมายฝรั่งเศสก็ลงโทษผู้กระทำความผิด เพราะกฎหมายถือว่าการพยายามกระทำความผิดเท่ากับความผิดสำเร็จ

ส่วนในกฎหมายอาญา การทำแท้งบุตร ก็กำหนดว่าหมายถึง การทำให้ทารกในครรภ์ตายก่อนกำหนดที่จะคลอดออกมา<sup>(24)</sup>

จากนิยามของความหมาย การทำแท้งบุตรในแต่ละประเทศมีความหมายโดยรวมที่เหมือนกัน คือ จะถือเป็นการทำแท้งบุตรได้จะต้องเป็นการทำให้ทารกถึงแก่ความตายก่อนคลอดออกมา ในกฎหมายฝรั่งเศสและกฎหมายอินเดียให้ความสำคัญแก่การทำแท้งบุตรมาก ถือว่าแม้แต่พยายามทำแท้งก็ถือเป็นความผิดและจะต้องรับผิดเท่ากับความผิดสำเร็จ กฎหมายของทั้งสองประเทศจึงไม่มีปัญหาของความเกี่ยวพันระหว่างความผิดสำเร็จกับความผิดฐานพยายามกระทำความผิด แต่ในประมวลกฎหมายอาญาของไทยเรากำหนดให้การทำแท้งเป็นความผิด แต่ผู้กระทำไม่ต้องรับโทษ ตามมาตรา 304

จากนิยามของความหมายคำว่า การทำแท้งดังกล่าวเป็นการตีความในต้วบทกฎหมายเท่านั้น ซึ่งความจริงความผิดฐานทำแท้งในประมวลกฎหมายอาญา คำว่า "แท้ง" ไม่มีการกำหนดคำนิยามกันเอาไว้ในกฎหมาย และยังไม่มีความพิพากษาฎีกาใดวางแนวไว้เป็นบรรทัดฐานว่า "แท้ง" นั้นความหมายแท้จริงมีความหมายกว้างเพียงใด

การทำแท้งมิใช่ว่าเพิ่งจะเกิดขึ้น หากแต่เกิดมานานแล้วนับแต่สมัยของชนชาติกรีกและชนชาติโรมัน มีการทำแท้งกันอย่างอิสระโดยไม่มีกฎหมายมาควบคุม ทำให้จำนวนมนุษย์น้อยลง จึงเกิดการรวมตัวกันในหลายชนชาติออกกฎหมายห้ามการทำแท้ง

<sup>(24)</sup> ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ. "ปัญหาการให้กำเนิดและการทำแท้ง." วารสารนิติศาสตร์. ปีที่ 25, ฉบับที่ 2. 2538. หน้า 29 - 31., ดูประกอบ ใจไล ชุ่มฤทธิ์. "กฎหมายว่าด้วยการทำแท้ง" วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2523.

โดยถือว่า ผู้ทำแท้งเป็นอาชญากร เพราะเป็นการทำให้เสี่ยงต่อชีวิต ละเมิดต่อศีลธรรม เป็นการทำลายชีวิตของทารกที่จะเกิดมาและถือเป็นการจำกัดจำนวนมนุษย์ให้มีจำนวนลดน้อยลง

ส่วนในทางการแพทย์การทำแท้งก็คือการสูญเสียทารกในครรภ์ขณะทารกอายุน้อยกว่า 20 สัปดาห์ ซึ่งการแท้งบุตรตามธรรมชาติ (SPONTANEOUS ABORTION) มักจะเกิดขึ้นในช่วงของการตั้งครรภ์ภายใน 3 เดือนแรก โดยมีสาเหตุเกิดจากการแบ่งตัวอย่างผิดปกติของโครโมโซม ซึ่งจากการศึกษาโดยการใช้อัลตราซาวด์มาวินิจฉัยพบว่า ร้อยละ 3.2 ที่ทารกจะมีชีวิตขณะอยู่ในครรภ์ 2-3 เดือน ทำให้เป็นเหตุให้ทารกที่มีโครโมโซมผิดปกติส่วนใหญ่จะแท้งออกมาก่อนจะมีอายุครรภ์ 2 เดือน ดังนั้น เมื่อแพทย์พบว่าโครโมโซมของคู่สามีภรรยาใดมีการแท้งซ้ำเกิดขึ้น และหากมีกรณีผิดปกติเกิดจากฝ่ายภรรยา แพทย์จะแนะนำให้ตั้งครรภ์โดยใช้วิธีผสมเทียม โดยอาศัยไข่จากหญิงอื่นมาผสมกับเชื้ออสุจิของสามีเป็นตัวอ่อน แล้วถ่ายกลับให้ตัวอ่อนให้ไปเจริญเติบโตในมดลูกของฝ่ายภรรยาในทางกลับกันถ้าโครโมโซมของฝ่ายสามีผิดปกติ แพทย์ก็จะแนะนำให้ผสมเทียมโดยการนำเชื้ออสุจิของชายอื่นมาผสมไข่ของภรรยาจนเป็นตัวอ่อน แล้วนำกลับเข้าไปในมดลูกของหญิงเพื่อให้เจริญเติบโตเป็นทารกต่อไป ถือเป็นวิธีการแก้ไขปัญหาที่ตั้งครรภ์แล้วเกิดการแท้งมากกว่าหนึ่งครั้งได้ และในปัจจุบันทางการแพทย์เจริญมากขึ้นได้มีวิธีทดสอบว่าโครโมโซมในขณะตั้งครรภ์จะมีการแบ่งตัวอย่างผิดปกติหรือไม่ ก็ด้วยการดูเอาเซลล์รกหรือดูน้ำคร่ำมาเพาะเลี้ยงโครโมโซมเพื่อหาความผิดปกติ หากพบว่าผิดปกติก็จะทำการทำแท้งให้ในทันที โดยผู้ตั้งครรภ์จะไม่เป็นอันตรายต่อสุขภาพ<sup>(25)</sup>

ในกฎหมายอาญาของไทยเราเดิมที่ได้มีการบัญญัติในเรื่องการทำแท้งไว้ในกฎหมายลักษณะอาญา โดยบัญญัติห้ามการรีดลูกไว้ ถือเป็นความผิดอย่างเด็ดขาดไม่มีข้อยกเว้นความผิดไว้แต่อย่างใด ซึ่งแตกต่างกับในประมวลกฎหมายอาญาที่ใช้อยู่ในปัจจุบัน ที่ไม่ถือว่าความผิดฐานทำให้แท้งลูก เป็นความผิดเด็ดขาดคือ อนุญาตให้มีการ

<sup>(25)</sup> เสรี ธีรพงษ์. "อันเนื่องมาจากปก?" นิตยสารไกล้มขอ. ปีที่ 22 , ฉบับที่ 3. 2541. หน้า 34 -37.

ทำแท้งได้ในบางกรณี<sup>(26)</sup> เช่น มาตรา 305 ซึ่งอนุญาตให้แพทย์กระทำได้เนื่องจากจำต้องรักษาสุขภาพของหญิง หรือหญิงนั้นมีครรภ์เนื่องจากการกระทำตาม มาตรา 276 มาตรา 277 มาตรา 282 มาตรา 283 หรือมาตรา 284 ซึ่งในกรณีดังกล่าวแพทย์ทำให้หญิงนั้นแท้งลูกได้โดยไม่มี ความผิด หรือแม้แต่จะทำให้แท้งลูกโดยผู้กระทำเป็นหญิงหรือผู้อื่นโดยอยู่ในชั้นพยายามกระทำ ความผิดยังไม่เป็นผลสำเร็จ กฎหมายก็ยกเว้นโทษให้แก่ผู้กระทำ ความผิดไม่ต้องรับโทษ<sup>(27)</sup> ซึ่งจากในประมวลกฎหมายอาญาจะเห็นว่ากฎหมายยินยอมให้หญิงทำแท้งได้ใน 2 กรณี คือ. (1) จำเป็นต้องรักษาสุขภาพของหญิงเอาไว้ และ (2) เมื่อหญิงตั้งครรภ์โดยเกิดจากการกระทำในความผิดทางเพศ

ซึ่งจาก 2 กรณีจะเห็นว่า กฎหมายอาญาอนุญาตหรือยินยอมให้หญิงทำแท้งได้มีเพียง 2 สาเหตุเท่านั้น แต่ถ้าคิดถึงหลักความจริงแล้วในสถานการณ์ของสังคมปัจจุบัน สาเหตุหรือเหตุการณ์ที่น่าจะยินยอมให้หญิงทำแท้งได้มีมากกว่า 2 สาเหตุแล้ว อาทิเช่น หากหญิงตรวจพบความผิดปกติของทารกในครรภ์โดยการพบว่าคลอดออกมาแล้วจะพิการ ไม่สามารถดำรงชีวิตอย่างทารกปกติและเติบโตเป็นผู้ใหญ่ที่สมบูรณ์ได้ ซึ่งอาจจะไม่มีมือ ไม่มีขา หรือสมองพิการ กรณีดังกล่าวล้วนเกี่ยวกับสุขภาพและความอยู่รอดของทารกซึ่งคลอดออกมาก็จะอยู่ในสังคมได้ไม่เหมือนปุถุชนทั่วไปและจะเป็นภาระต่อสังคม หรืออาจจะ เป็นกรณีสภาพของเศรษฐกิจ สังคม หรือเหตุผลในประการอื่น เช่น ผู้เป็นมารดาคลอด บุตรขณะตนมีอายุน้อยมากไม่เกิน 12-13 ปี ความรับผิดชอบหรือความพร้อมในการเลี้ยง ดูก่อนนั้นยังไม่มี เหตุผลเหล่านี้กฎหมายควรเปิดโอกาสให้มีการทำแท้งได้บ้าง โดยการ กำหนดเงื่อนไขของการทำแท้ง เช่น เหตุของการทำแท้งเปิดให้กว้างขึ้นมากกว่า มาตรา 305 และกำหนดแพทย์ที่จะให้เป็นผู้ทำแท้งให้แก่สตรีที่ไม่พร้อมจะมีบุตรในกรณีดังกล่าว มาแล้วด้วย เพื่อป้องกันการทำแท้งที่กระทำต่อหญิงโดยผู้กระทำไม่ใช่แพทย์หรือไม่ใช่ แพทย์เฉพาะทาง อันเป็นการป้องกันอันตรายที่จะเกิดกับสุขภาพของหญิงที่จะตามมาด้วย

<sup>(26)</sup> วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์. "ความผิดฐานทำให้แท้งลูก." บทบัณฑิตย. เล่ม 23. ตอน 4. 2508. หน้า 787.

<sup>(27)</sup> จิตติ ดิงศภักย์. "ความผิดฐานทำให้แท้งลูก." ดุลพาน. ปีที่ 15, เล่ม 1. 2522. หน้า 10.

เพราะการลักลอบทำแท้งส่วนใหญ่เมื่อเกิดอันตรายขึ้นฝ่ายหญิงซึ่งถือว่าตนก็มีส่วนผิดที่  
แอบไปทำแท้งจะไม่กล้าเปิดเผยตนเป็นอันตรายที่ไม่มีการเปิดเผยผู้เสียหาย<sup>(28)</sup>

ในประมวลกฎหมายอาญา ความผิดฐานทำให้แท้งลูกซึ่งบัญญัติอยู่ในมาตรา  
301 ถึง มาตรา 303 สิ่งที่ถูกกฎหมายประสงค์จะคุ้มครอง คือ ทารกในครรภ์ของมารดา<sup>(29)</sup>  
ส่วนทารกในครรภ์มารดา เริ่มนับตั้งแต่เชื้ออสุจิผสมกับไข่ในมดลูกของหญิงถ้าไม่มีการ  
ผสมก็คือว่าไม่มีทารกในครรภ์มารดา แม้จะเจตนากระทำให้เกิดการตายอย่างไรก็ไม่ถือว่าเป็น  
เป็นการทำให้แท้ง เพราะไม่มีการผสมของเชื้ออสุจิกับไข่<sup>(30)</sup> หรืออาจจะกล่าวได้ว่าการจะตั้ง  
ครรภ์ได้ หญิงนั้นจะต้องมีความสมบูรณ์อยู่ในภาวะที่เหมาะสมมีการตกของไข่ตามปกติ  
แล้วได้ผสมกับเชื้ออสุจิของชายในช่วงเวลาที่ไข่สุกพอดี ถือเป็น การตั้งครรภ์ตามธรรมชาติ  
เพราะเกิดจากการร่วมประเวณีระหว่างชายหญิง<sup>(31)</sup>

ในประมวลกฎหมายอาญาจะเป็นความผิดฐานทำให้แท้งลูกได้จะต้องประกอบไป  
ด้วย

- (1) หญิงจะต้องมีครรภ์ คือ มีทารกอยู่ในครรภ์
- (2) หญิงนั้นทำให้ตนเองแท้งลูก หรือยินยอมให้ผู้อื่นทำให้ตนแท้งลูก
- (3) มีการกระทำหรืองดการกระทำอันทำให้เกิดการแท้งลูก

กรณีที่ไม่ถือว่าเป็นความผิดฐานทำให้แท้งลูกก็มี 2 กรณีคือ

- (1) จำต้องกระทำ เนื่องจากสุขภาพของหญิง
- (2) หญิงมีครรภ์เนื่องจากการกระทำความผิดทางเพศตามกฎหมายอาญาใน

มาตรา 276 มาตรา 277 มาตรา 282 มาตรา 283 หรือมาตรา 284

<sup>(28)</sup> กิตติพงษ์ กิตยารักษ์. "ปุจฉา-วิสัชนา มาตรการทางกฎหมายกับปัญหาการทำแท้ง"  
วารสารนิติศาสตร์, ปีที่ 24, ฉบับที่ 3. 2537. หน้า 621 - 623.

<sup>(29)</sup> คณิต ณ นคร. กฎหมายอาญาภาคความผิด. พิมพ์ครั้งที่ 6. กรุงเทพฯ. สำนัก  
พิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2539, หน้า 77.

<sup>(30)</sup> หยุต แสงอุทัย. กฎหมายอาญาภาค 2-3. พิมพ์ครั้งที่ 7. กรุงเทพฯ. สำนักพิมพ์  
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2538, หน้า 211.

<sup>(31)</sup> ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ. เรื่องเดียวกัน. หน้า 27 - 28.



และกรณีมีความผิดแต่ไม่ต้องรับโทษ ก็คือ กรณีตามมาตรา 304 ในความผิดชั้นพยายามกระทำความผิดตามมาตรา 301 หรือมาตรา 302 วรรคแรก ซึ่งในมาตรา 304 นั้น ให้รวมถึงผู้ยุยงให้หญิงทำแท้งและฉีดยาให้แก่หญิงแท้งลูกด้วย แต่หญิงนั้นก็ยังคงคลอดลูกออกมามีชีวิต ผู้ใช้ที่ยุยงก็ได้รับยกเว้นโทษตามมาตรา 304 นี้ด้วยเช่นเดียวกับความผิดฐานพยายามทำให้หญิงแท้งลูก<sup>(32)</sup>

(1) การผสมเทียมกับการเริ่มต้นความผิดฐานทำแท้ง

ปัญหาของการผสมเทียมกับการทำแท้งหากจะนับการปฏิสนธิเริ่มต้นตั้งแต่มีการรวมตัวกันระหว่างเชื้อสpermกับไข่ จนกลายเป็นตัวอ่อนแล้ว ปัญหาที่อาจจะเกิดขึ้นได้คือ ก่อนการรวมตัวกันเป็นตัวอ่อน มีการเดินทางของเชื้อสpermกับไข่เพื่อมารวมกัน ระยะทางเคลื่อนไหวของตัวสpermกับไข่ที่สุกแล้วพร้อมจะทำการรวมตัวนั้น เมื่อเดินทางมาตามท่อรังไข่ มุ่งสู่มดลูกของหญิงหากมีสิ่งใดมาขัดขวาง ไม่ว่าจะโดยการกระทำของมนุษย์ที่เรียกว่าคุมกำเนิดโดยการใส่ห่วง โดยวิธีการรับประทานยา ฉีดยา เพื่อกีดกันในการเดินทางของตัวสpermกับไข่ ทำให้ไม่สามารถเกิดการตั้งครรภ์ได้ การขัดขวางการตั้งครรภ์ดังกล่าวจะถือว่าอยู่ในความหมายของการทำให้แท้งหรือไม่เพราะถ้าไม่มีการขัดขวางด้วยวิธีการดังกล่าวจนมีการผสมกันกลายเป็นตัวอ่อนแล้วแยกใครไม่ไซมออกมีแซน มีชา มีอวัยวะต่าง ๆ ก็จะกลายเป็นทารกได้ การหยุดยั้งการเจริญเติบโตดังกล่าวจึงเป็นปัญหาว่าจะอยู่ในความหมายของการทำให้แท้งด้วยหรือไม่ เพราะการทำให้ยุติการตั้งครรภ์กับการทำให้แท้ง ก็คือ การทำให้สิ่งมีชีวิตในครรภ์มารดาไม่สามารถจะพัฒนาเป็นทารกและไม่อาจจะมีชีวิตได้ก่อนคลอดออกมา ดังนั้นการยุติการตั้งครรภ์หรือการหยุดยั้งการเจริญเติบโตของทารกกับการทำให้แท้งน่าจะมี ความหมายเหมือนกัน อีกทั้งล้วนสามารถพัฒนาให้เป็นทารก หรือถูกยุติ ถูกทำลายให้ สลายไปก่อนคลอดด้วยกันทั้งสิ้น

การผสมเทียม เมื่อนำมาเปรียบเทียบกับการทำแท้ง ถ้าพิจารณานับจากการผสมผสานระหว่างตัวสpermกับไข่ที่สุกแล้ว จนรวมตัวเป็นตัว การรวมตัวโดยทั่วไปแล้วทั้งไข่ จะเดินทางมาจากรังไข่มาตามท่อรังไข่จนมาถึงมดลูกเช่นเดียวกับตัวสpermที่เคลื่อนตัวมาจนถึงมดลูก เมื่อมาพบกันก็จะเกิดการผสมผสานรวมตัวกันจนกลายเป็นตัวอ่อน แต่ก็มีหลาย

<sup>(32)</sup> ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ. เรื่องเดียวกัน. หน้า 29 – 31.

รายที่เกิดการตั้งครรภ์โดยการที่ไข่กับตัวอสุจิผสมรวมตัวจนกลายเป็นตัวอ่อนนอกมดลูก และฝังตัวเพื่อจะเจริญเติบโตเป็นทารก หรือที่เราเรียกกันว่า ท้องนอกมดลูก ก็มีให้เห็นกันได้ ในประเทศไทยเรา การที่หญิงสามารถท้องนอกมดลูกได้ ชี้ให้เห็นว่าการจะรวมตัวจนกลายเป็นตัวอ่อนซึ่งจะพัฒนาเป็นทารกได้นั้น อาจจะรวมตัวกันภายนอกมดลูกได้ ไม่จำเป็นต้องไปที่จะต้องการรวมตัวกันเป็นตัวอ่อนในมดลูกเท่านั้น

เมื่อเปรียบเทียบกับกรณีผสมเทียมจะเห็นว่า การผสมเทียมก็เกิดจากการนำเชื้ออสุจิฉีดเข้าไปให้เกิดการผสมกับไข่ของหญิงจนเกิดเป็นตัวอ่อน หรืออาจจะเกิดการนำเชื้ออสุจิของฝ่ายชายกับไข่ของหญิงที่สุกแล้ว นำออกมาผสมกันในจานทดลอง หรือในหลอดแก้ว จนกลายเป็นตัวอ่อนได้ เช่นเดียวกับการผสมเทียมโดยวิธีตามธรรมชาติ ทำให้เกิดข้อสังเกตว่าการผสมของตัวอสุจิกับไข่จนกลายเป็นตัวอ่อนนั้น ทำให้เกิดตัวอ่อนได้ทั้งการปฏิสนธิตามธรรมชาติ คือ เกิดจากการร่วมประเวณี กับ เกิดการผสมเทียม ฉะนั้นการทำให้ตัวอ่อนที่เกิดจากทั้ง 2 วิธีการ หยุดการเจริญเติบโตของตัวอ่อนซึ่งจะพัฒนาเป็นทารก ก็น่าจะถือว่าเป็นการทำให้แท้งได้ การตั้งครรภ์นอกมดลูกที่แพทย์ตรวจพบ แพทย์มักจะทำแท้งให้เพราะอาจจะเป็นอันตรายต่อสุขภาพหญิง ซึ่งแพทย์กระทำได้โดยไม่มีคามผิด ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 305 (1)

หากเราพิจารณาอำนาจในการกระทำได้ของแพทย์ในมาตรา 305 มาพิจารณาเปรียบเทียบกับกรณีผสมเทียมแล้วจะเห็นว่า ในการผสมเทียมโดยการนำเอาเชื้ออสุจิกับไข่มาผสมกันในหลอดแก้วในห้องทดลองจนเกิดการผสมกันเป็นตัวอ่อน ซึ่งจากนั้นจะมีขั้นตอนของการนำเอาตัวอ่อนกลับไปในมดลูกเพื่อให้อาศัยเจริญเติบโตในมดลูก ตัวอ่อนที่ได้รับการผสมจากหลอดแก้วดังกล่าว เทียบได้กับการผสมระหว่างเชื้ออสุจิกับไข่ในมดลูกโดยการร่วมประเวณีที่เราเรียกกันว่าการปฏิสนธิ หรือการตั้งครรภ์ การที่แพทย์ทำแท้งให้กับหญิงที่ท้องนอกมดลูกกฎหมายถือว่าการทำแท้งที่ไม่มีคามผิด คือ ถือว่าเป็นการทำแท้งแต่ไม่ถือว่าเป็นความผิดเพราะมีมาตรา 305 (1) ยกเว้นความผิดไว้ ตัวอ่อนที่เกิดจากการผสมเทียมนอกมดลูก หรือในหลอดแก้วก็เทียบได้กับ การท้องนอกมดลูก ฉะนั้นการทำให้ตัวอ่อนดังกล่าวยุติการเจริญเติบโต ก็น่าจะถือว่าการทำแท้งเช่นเดียวกัน เพราะผลที่เกิดจากการกระทำดังกล่าว ทำให้ตัวอ่อนไม่สามารถเจริญเติบโตได้ หรือก็คือทำให้แตกสลายไป ซึ่งอยู่ในความหมายเช่นเดียวกับการทำให้แท้งลูก เพียงแต่การทำให้แท้งลูกกรณีหญิงท้องนอก

มดลูกทำให้เกิดอันตรายต่อสุขภาพหญิงที่ตั้งครรภ์ กฎหมายจึงยกเว้นความผิดไว้ แพทย์ผู้กระทำเพราะถือว่ากระทำเพื่อช่วยชีวิตหญิงดังกล่าว แต่ถ้าหากเป็นกรณีที่การทำให้ตัวอ่อนหยุดการเจริญเติบโต โดยปราศจากข้อเรื่องสุขภาพของหญิงแล้ว ผู้กระทำก็จะไม่ได้รับการยกเว้นความผิดตามมาตรา 305 (1) ในกรณีของการผสมเทียมจนกลายเป็นตัวอ่อนในหลอดทดลอง กรณีเกิดตัวอ่อนหลายตัว หากแพทย์ผู้กระทำการผสมเทียมต้องการนำตัวอ่อนเพียง 1-2 ตัวกลับไปในผนังมดลูกเพื่อให้เจริญเติบโต โดยคัดตัวอ่อนที่เหลือทิ้งไปจะถือว่าเป็นการทำให้ตัวอ่อนหยุดการเจริญเติบโต อันมีความหมายเป็นการทำแท้งหรือไม่ หรือในขณะที่แพทย์จะนำหลอดที่บรรจุตัวอ่อนมาฝังในผนังมดลูก ระหว่างดำเนินการแพทย์ประมาทหรือเจตนา ทำให้หลอดบรรจุตัวอ่อนแตกแตก มีผลทำให้ตัวอ่อนทั้งหมดแตกสลายคือ เป็นการที่แพทย์ทำให้ตัวอ่อนนั้นหยุดการเจริญเติบโต อันอยู่ในความหมายของการทำแท้งหรือไม่ ซึ่งตามความเห็นแล้วคิดว่าน่าจะถือได้ว่า อยู่ในความหมายของการทำแท้งได้ เช่นเดียวกับการทำแท้งนอกมดลูก แต่กรณีแพทย์ทำให้ตัวอ่อนแท้งโดยประมาทหรือเจตนา น่าจะมีความผิดโดยไม่ได้รับการยกเว้นตามมาตรา 305(1) เพราะไม่ได้เกี่ยวกับสุขภาพของหญิง คือ หญิงตั้งครรภ์ไม่ได้มีอันตรายต่อสุขภาพแต่อย่างใด แต่ผู้ที่ถูกทำให้แท้งคือ ตัวอ่อนที่จะพัฒนากลายเป็นทารก

ฉะนั้น ในนิยามของความหมายของคำว่า "แท้ง" ควรจะกำหนดขอบเขตของความหมายให้แน่ชัดลงไปว่า ประสงค์จะให้ความหมายครอบคลุมไปถึงไหน และควรจะพัฒนาให้ครอบคลุมไปถึงการผสมเทียมซึ่งถือเป็นการให้กำเนิดทารกอีกวิธีหนึ่งด้วย เพราะความเจริญในเทคโนโลยีในยุคปัจจุบัน การให้กำเนิดไม่ได้เกิดขึ้นเฉพาะการร่วมประเวณี โดยหญิงชายเท่านั้นที่จะให้กำเนิดทารกได้ การคุ้มครองทารกในครรภ์จึงควรจะกว้างมาถึงการคุ้มครองการให้กำเนิดทารกโดยวิธีการผสมเทียมด้วย

## (2) การตั้งครรภ์ด้วยการผสมเทียม

ส่วนใน มาตรา 305(2) นั้นได้ยกเว้นความผิดของการกระทำของแพทย์ใน มาตรา 301 และมาตรา 302 ไว้ โดยให้แพทย์มีอำนาจกระทำให้นหญิงแท้งลูกได้กรณีหญิงมีครรภ์เกิดจากการกระทำผิดทางเพศ ตามมาตรา 276 มาตรา 277 มาตรา 282 มาตรา 283 หรือมาตรา 284 โดยไม่มีความผิด

ความผิดที่ระบุในมาตรา 305(2) นั้น โดยเฉพาะในมาตรา 276 "การกระทำชำเรา" หมายความว่า การที่อวัยวะเพศของชายได้ล้วงล้ำเข้าไปภายในอวัยวะเพศของฝ่ายหญิง<sup>(33)</sup> "ข่มขืน" หมายความว่า การข่มขืนใจ คือ ได้มีการกระทำการชำเราหญิงโดยไม่สมัครใจ ซึ่งอาจจะขู่เชือดด้วยประการใด ๆ โดยใช้กำลังโดยหญิงอยู่ในสภาวะที่ไม่อาจจะขัดขืนได้ หรือ โดยทำให้หญิงเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น

และการกระทำชำเราถือเป็นความผิดสำเร็จ เมื่อของลับหรืออวัยวะเพศของชายล้วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศของหญิงแม้จะเพียงเล็กน้อยก็ถือว่าเป็นความผิดสำเร็จโดยไม่จำเป็นว่าผู้กระทำความผิดจะได้สำเร็จความใคร่หรือไม่ ไม่ถือเป็นสาระสำคัญ<sup>(34)</sup> การกระทำชำเราต้องกระทำแก่อวัยวะเพศของหญิงเท่านั้น หากเป็นการกระทำแก่อวัยวะอย่างอื่น เช่น ทวารหนัก ไม่ถือว่าเป็นการกระทำชำเราตามความหมายในมาตรา 276 ดังนั้นเมื่ออวัยวะเพศชายล้วงล้ำเข้าไปในช่องอวัยวะเพศหญิงแม้เยื่อพรหมจารีของหญิงจะไม่ขาดก็ถือเป็นการกระทำชำเราแล้ว<sup>(35)</sup> เมื่อมีการกระทำความผิดดังกล่าวตามมาตรา 276 แพทย์ย่อมทำแท้งให้หญิงนั้นได้โดยไม่มี ความผิด

จากการทำแท้งของนายแพทย์ที่กฎหมายยกเว้นความผิดให้ตามมาตรา 305(2) นั้น จะเห็นได้ว่าจุดประสงค์ของกฎหมายต้องการจะคุ้มครองหญิงที่เกิดการตั้งครรภ์จากการถูกข่มขืนทางเพศ เพราะเด็กที่เกิดมาไม่ได้เกิดจากความสมัครใจของหญิง แต่ถูกข่มขืนกระทำชำเรา หากกฎหมายไม่เปิดช่องให้แพทย์ทำการทำแท้งได้โดยไม่มีผิดกฎหมาย แพทย์ย่อมจะไม่มีอำนาจที่จะกระทำได้ ทำให้หญิงที่ถูกข่มขืนกระทำชำเรา และเด็กที่เกิดมาอยู่ในสังคมโดยไม่มีความสุข กฎหมายจึงกำหนดมาตรา 305(2) มาเพื่อคุ้มครองหญิงที่ถูกข่มขืนกระทำชำเราในความผิดทางเพศ ดังกล่าวในมาตรา 305(2)

เมื่อนำมาเปรียบเทียบกับกรณีผสมเทียม ซึ่งการผสมเทียมทำให้เกิดการตั้งครรภ์ได้ โดยไม่จำเป็นต้องมีการล้วงล้ำของอวัยวะเพศชายเข้าไปในอวัยวะเพศของฝ่ายหญิง อาทิ การฉีดตัวอ่อนที่เกิดจากการผสมเทียมของเชื้ออสุจิกับไข่เข้าไปให้เจริญเติบโตในมดลูกของหญิง หรือฉีดเฉพาะเชื้ออสุจิให้เข้าไปผสมกับไข่ในมดลูกของหญิง การนำเชื้อ

(33) คณิต. ณ นคร. เรื่องเดียวกัน. หน้า 182.

(34) หยุต แสงอุทัย. เรื่องเดียวกัน. หน้า 167.

(35) ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ. เรื่องเดียวกัน. หน้า 365.

อสุจิหรือตัวอ่อนเข้าไปในโพรงมดลูกของหญิงโดยหญิงยินยอมย่อมจะไม่เกิดปัญหา เพราะเป็นความสมัครใจของหญิงที่ต้องการจะให้เกิดมีการตั้งครรภ์ขึ้น ความผิดในทางกฎหมายอาญาก็ไม่เกิดขึ้น แต่ถ้าการนำเชื้ออสุจิหรือตัวอ่อนเข้าไปในโพรงมดลูกของหญิงเกิดจากการถูกข่มขืน การบังคับ เช่น มีการจับมือจับเท้าหญิงไว้เพื่อจะบังคับโดยการฉีดเชื้ออสุจิเข้าไปทางช่องคลอดของฝ่ายหญิง หรือฉีดตัวอ่อนเข้าไปทางช่องคลอดของหญิงโดยจุดประสงค์ของผู้กระทำความผิดคือต้องการให้หญิงที่ถูกบังคับข่มขืนใจนั้นเกิดการตั้งครรภ์ และต่อมาปรากฏว่าจากการฉีดเชื้อดังกล่าวหรือตัวอ่อนเข้าไปในมดลูกทำให้หญิงนั้นเกิดการตั้งครรภ์ จะเห็นได้ว่ามีการนำเชื้ออสุจิเข้าไปทางช่องคลอด มีการนำตัวอ่อนเข้าไปทางช่องคลอด ผลของการกระทำทำให้หญิงตั้งครรภ์ เช่นเดียวกับการกระทำชำเราที่มีการทำให้เชื้ออสุจิของชายเข้าไปในมดลูกของหญิงจนเกิดการตั้งครรภ์ขึ้นได้เช่นกัน ที่ต่างกันคือการฉีดเชื้ออสุจิ หรือตัวอ่อนนั้น เป็นการทำให้เชื้ออสุจิเข้าไปในช่องคลอดหรืออวัยวะเพศของหญิงโดยเข็มฉีดยา ส่วนการกระทำชำเราทำให้เชื้ออสุจิเคลื่อนเข้าไปในช่องคลอดหรืออวัยวะเพศหญิงด้วยอวัยวะเพศชาย ซึ่งต่างกันที่วัตถุที่ใช้กระทำต่อหญิง แต่ผลของการกระทำทำให้หญิงเกิดการตั้งครรภ์ได้เช่นเดียวกัน เมื่อทั้งการผสมเทียมโดยหญิงถูกข่มขืนใจจนเกิดการตั้งครรภ์นั้น หญิงก็ไม่ได้ให้ความยินยอมหรือสมัครใจเช่นเดียวกับการกระทำความผิดโดยหญิงถูกข่มขืนกระทำชำเราจนเกิดการตั้งครรภ์ เมื่อเป็นเช่นนี้การได้รับความคุ้มครองของหญิงที่ถูกฉีดเชื้ออสุจิหรือตัวอ่อนเข้าไปในร่างกายจะได้รับความคุ้มครองตามมาตรา 276 ด้วยหรือไม่ ในเมื่อผลของการกระทำเกิดขึ้น คือ "มีการตั้งครรภ์" เช่นเดียวกัน

จากปัญหาความรับผิดทางอาญาที่อาจจะเกิดขึ้นในแง่มุมต่าง ๆ เกี่ยวกับการผสมเทียม ล้วนเป็นปัญหาทางกฎหมายที่มีโอกาสจะเกิดขึ้นได้แทบทุกประเด็น การที่จะนำกฎหมายในมาตรา 59 วรรคท้าย มาตรา 267 มาตรา 285 และมาตรา 301 ถึงมาตรา 305 ในประมวลกฎหมายอาญามาใช้กับความผิดที่เกี่ยวข้องกับวิธีการของการผสมเทียม หรือความผิดที่เกี่ยวข้องกับผลที่เกิดจากการผสมเทียมนั้น การนำกฎหมายมาใช้โดยตรงจะทำได้อย่างไรในเมื่อในทุกมาตราดังกล่าวไม่ได้บัญญัติเกี่ยวข้องกับการผสมเทียมโดยตรง เหตุผลเพราะขณะร่างกฎหมายอาญายังไม่มีความผิดในทางอาญาเกี่ยวกับเรื่องของการผสมเทียมเข้ามาเกี่ยวข้องอาจจะเป็นเพราะการผสมเทียมในขณะนั้นยังไม่นิยมแพร่หลาย กับอีกเหตุผลคือวัตถุประสงค์หลักของการร่างกฎหมายอาญาออกมาใช้บังคับนั้น ผู้ร่างประสงค์จะคุ้มครอง

โครงการให้กำเนิดแบบธรรมชาติ ไม่ได้ประสงค์จะคุ้มครองการให้กำเนิดแบบผิดธรรมชาติ จึงทำให้กฎหมายอาญาของเราไม่ได้ครอบคลุมถึงความผิดที่เกี่ยวข้องกับการผสมเทียม

ดังนั้นการจะนำเอาการผสมเทียมเข้ามาเกี่ยวข้องกับความรับผิดในทางอาญา จึงจำเป็นจะต้องออกกฎหมายระบุไว้ให้ชัดเจนในมาตราต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการผสมเทียม โดยการปรับปรุงแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญาให้ครอบคลุมถึงการกระทำความผิดที่เกี่ยวข้องกับการผสมเทียมเพื่อออกมารองรับความผิดทางอาญาที่จะเกิดขึ้นกับกรรมวิธีการในการผสมเทียมในวิธีการต่าง ๆ ที่ศึกษามาแล้ว หากไม่มีกฎหมายอาญาออกมารองรับ เมื่อเกิดปัญหาดังที่เราศึกษากันขึ้นมาจริง จะนำกฎหมายอาญาในมาตราใดมาปรับบทเพื่อลงโทษจำเลยก็คงจะไม่ถูกต้อง เพราะเมื่อไม่มีกฎหมายอาญาในมาตราใดบัญญัติไว้ให้ชัดเจนในการจะใช้ลงโทษจำเลยแล้ว เราจะปรับบทลงโทษจำเลย ก็จะถือว่าการปรับบทกฎหมายเอามาเป็นโทษแก่จำเลยนั้น ในทางกฎหมายอาญาเราถือว่าใช้ไม่ได้ เราห้ามกระทำเช่นนั้น หากเป็นเช่นนี้จะนำกฎหมายอะไรมาลงโทษผู้กระทำความผิดได้ จึงจำเป็นต้องปล่อยตัวผู้กระทำผิดไป เพื่อมิให้เกิดปัญหาดังกล่าวขึ้นมาทำให้ความยุติธรรมในกระบวนการทางอาญาเสียไปกับปัญหาของการผสมเทียมกับความรับผิดในทางอาญา จึงจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องออกกฎหมายอาญาในมาตราต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการผสมเทียมออกมาใช้โดยตรง

#### 2.4 การผสมเทียมกับคดีอุทลุม

ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตรา 5(2) จากปัญหาของความเป็นบิดามารดากับบุตรตามมาตรา 59 วรรคท้ายแห่งประมวลกฎหมาย นอกจากจะเป็นการกำหนดสิทธิและหน้าที่ของบิดามารดาที่มีต่อบุตรแล้ว การที่เราทราบแน่ชัดว่าใครเป็นบิดามารดา หรือเด็กคนนี้เป็นลูกใคร มีผลเกี่ยวโยงมาถึงความเป็นผู้บุพการี ผู้สืบสันดาน ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาในมาตรา 5(2) และมาตรา 28(2) อีกด้วย เพราะการฟ้องร้องในมาตราดังกล่าว เป็นการใช้สิทธิในเรื่องของการเป็นบิดามารดา ซึ่งในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาใช้คำว่า "บุพการี" และบุตรจะใช้คำว่า "ผู้สืบสันดาน" การกำหนดความชัดเจนของการเป็นบิดามารดาและบุตรจึงต้องให้กระจ่าง เพราะปัญหาทางกฎหมายดังกล่าวอาจจะนำไปสู่การเป็นคดีที่บุพการีกับผู้สืบสันดานฟ้อง

ร้องกันเองโดยไม่ทราบถึงความสัมพันธ์ทางสายโลหิตหรือทางกฎหมายดังกล่าว ซึ่งกฎหมายห้ามฟ้องร้องกัน ถือเป็น “คดีอุทลุม”

การกำหนดความเป็นบิดามารดา แต่เดิมก่อนมีการผสมเทียมเข้ามา มีบทบาทปัญหาของการกำหนดความเป็นบิดามารดาไม่มีข้อยุ่งยาก โดยเฉพาะความเป็นมารดาของบุตรไม่มีปัญหาเพราะทารกคลอดจากหญิงใดก็เป็นบุตรของหญิงนั้นและกฎหมายก็สันนิษฐานให้ทารกเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของหญิงที่คลอดบุตร ส่วนความเป็นบิดาก็พิจารณาจาก 2 ประการ คือ (1) บุตรที่เกิดในระหว่างสมรสของชายหญิง และ (2) โดยพฤติการณ์ คือ แม้ไม่ได้เกิดในระหว่างสมรส แต่ได้มีพฤติการณ์อันเป็นการรับรองบุตร ซึ่งตามกฎหมายก็ถือว่าเป็นบุตรที่บิดารับรองแล้ว การพิจารณาความเป็นบิดามารดากับบุตรก็ไม่มีข้อยุ่งยากสามารถที่จะกำหนดให้ชัดเจนได้

แต่เมื่อมีการผสมเทียมเข้ามา มีบทบาทในการให้กำเนิดชีวิตมนุษย์เราควรที่จะกำหนดความเป็นบิดามารดาก็เริ่มจะซับซ้อนขึ้น เพราะความเจริญทางเทคโนโลยีทำให้การผสมเทียมสามารถกระทำได้หลายวิธีดังกล่าวมาแล้ว เช่น กระทำการผสมเทียมได้โดยการฉีดเชื้อพันธุ์ของสามีหรือเชื้อพันธุ์บริจาคเข้าไปในครรภ์ของภรรยาเพื่อให้เกิดปฏิสนธิจนกลายเป็นทารก หรืออาจจะกระทำวิธีการผสมเทียมในจานแก้วทดลองโดยการนำเอาเชื้อพันธุ์ของสามีกับไข่ของภรรยา หรือเชื้อพันธุ์บริจาคกับไข่ภรรยา หรือเชื้อพันธุ์บริจาคมกับไข่บริจาค มาทำให้เกิดการรวมตัวกันจนกลายเป็นตัวอ่อน แล้วนำตัวอ่อนไปฝากในครรภ์ของภรรยาหรือครรภ์ของหญิงรับจ้างตั้งครรภ์เพื่อให้ตัวอ่อนอาศัยเจริญเติบโตและปฏิสนธิจนกลายเป็นทารก ซึ่งแต่ละวิธีการสามารถทำให้เกิดทารกคลอดออกมาได้ ตัวแปรที่ถือเป็นผู้มีส่วนเกี่ยวข้องในการให้กำเนิดทารกเริ่มเปลี่ยนแปลงไป ซึ่งแต่เดิมมีเพียงชายหญิงหนึ่งคู่เท่านั้น ก็ก่อให้เกิดชีวิตของทารกได้และการกำหนดความเป็นบิดามารดากับบุตรก็ไม่มีปัญหาเพราะความชัดเจนของการให้กำเนิดเห็นได้อย่างชัดเจนแล้ว แต่จากการผสมเทียมดังกล่าวจะเห็นได้ว่า ตัวแปรอันเป็นบุคคลที่เข้ามามีส่วนในการให้กำเนิดกลับกลายเป็นบุคคลหลายคน มีทั้งสามีภรรยา ผู้บริจาคเชื้อพันธุ์ ผู้บริจาคไข่ ผู้ตั้งครรภ์แทนภรรยาคือ หญิงรับจ้างตั้งครรภ์ การกำหนดว่าทารกที่เกิดมาเป็นบุตรของใครจึงมีข้อยุ่งยากขึ้น ในการกำหนดความเป็นบุพการีกับผู้สืบสันดาน ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตรา 5(2) และ

มาตรา 28 จึงยุ่งยากขึ้น และโอกาสที่จะทำให้คดีที่ฟ้องร้องกันกลายเป็นคดีอุทธรณ์ก็มีมากยิ่งขึ้น

ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาในมาตรา 5(2) ได้วางหลักกฎหมายไว้โดยกำหนดให้บุคคลที่มีอำนาจจัดการแทนผู้เสียหายได้ในมาตรา 5(2) คือ บุพการี ผู้สืบสันดาน สามีหรือภริยาและอำนาจจัดการแทนผู้เสียหายเป็นอำนาจเฉพาะแต่ในความผิดอาญา ซึ่งผู้เสียหายถูกทำร้ายถึงตายหรือบาดเจ็บจนไม่สามารถจะจัดการเองได้

คำว่า “บุพการี” มีความหมายว่า ญาติผู้สืบสายโลหิตโดยตรงขึ้นไป อันได้แก่ บิดา มารดา ปู่ ย่า ตา ยาย ทวด ของผู้เสียหาย

คำว่า “ผู้สืบสันดาน” หมายความว่า ญาติผู้สืบสายโลหิตโดยตรงลงมาอันได้แก่ ลูก หลาน เหลน ลื้อ ของผู้เสียหาย

คำว่า “สามีหรือภริยา” หมายความว่า สามีหรือภริยาที่ชอบด้วยกฎหมาย คือ มีการจดทะเบียนสมรสกันอย่างถูกต้องตามกฎหมาย

จะเห็นได้ว่า บุพการี กับ ผู้สืบสันดาน กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาในมาตรา 5(2) ถือตามความเป็นจริง คือ แม้บิดามารดาจะไม่ได้จดทะเบียนสมรสกันแต่ในความเป็นจริงเป็นบิดามารดาของผู้เสียหาย เมื่อผู้เสียหายถูกทำร้ายจนไม่สามารถจะจัดการเองได้ บิดามารดาดังกล่าวก็มีอำนาจฟ้องคดีอาญาแทนผู้เสียหายซึ่งเป็นบุตรของตนได้<sup>(36)</sup> เพราะกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของเราคือความเป็นจริงเป็นหลัก ดังนั้น ถ้าหากว่าบุตรที่ถูกทำร้ายจนไม่สามารถฟ้องร้องคดีเองได้เป็นเพียงบุตรบุญธรรมไม่ใช่ผู้สืบสายโลหิตโดยตรงลงมาของบิดามารดาผู้รับบุตรบุญธรรมดังกล่าว ก็ไม่มีอำนาจฟ้องร้องคดีแทนบุตรบุญธรรมได้ตามมาตรา 5 (2)<sup>(37)</sup> เพราะแม้เราจะถือว่าบุตรบุญธรรมตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มีฐานะเช่นเดียวกับบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของผู้รับบุตรบุญธรรม แต่

<sup>(36)</sup> กุศล บุญเย็น. คำอธิบายกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพฯ. บริษัท ประยูรวงศ์ จำกัด, มกราคม 2531, หน้า 39.

<sup>(37)</sup> สมชัย ทศพวงนิช. คำอธิบายกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา. กรุงเทพฯ. กรุงเทพมหานครการพิมพ์, มีนาคม 2526, หน้า 3.



บุตรบุญธรรมก็ไม่ได้เป็นผู้สืบสันดานตามความเป็นจริง จึงทำให้ผู้รับบุตรบุญธรรมไม่อาจ จะจัดการแทนบุตรบุญธรรมตามมาตรา 5 (2) ได้<sup>(38)</sup>

เมื่อนำหลักกฎหมายในมาตรา 5 (2) ซึ่งถือบุพการี และผู้สืบสันดานตามความเป็นจริง มาเปรียบเทียบกับกรณีการผสมเทียมโดยเฉพาะกรณีการผสมเทียมซึ่งนำตัวอ่อนหรือ เซื้อพันธุ์ของสามีมาฉีดเข้าไปให้เกิดการปฏิสนธิและเจริญเติบโตในครรภ์ของหญิงรับจ้าง ตั้งครรภ์แทนภริยา หรือที่เราเรียกกันว่า “อุ้มบุญ” ปัญหาของการจะถือว่าใครเป็นบิดา มารดาของทารกที่เกิดมาย่อมจะไม่ชัดเจนว่าจะเป็นเจ้าของเชื้อพันธุ์ หรือเจ้าของไข่ หรือเจ้าของตัวอ่อน หรือหญิงผู้รับจ้างตั้งครรภ์ผู้อุ้มท้องบุตรกันแน่ เพราะถ้าถือตามความเป็นจริง ในกรณีการนำตัวอ่อนเข้ามาฉีดในครรภ์ของหญิงรับจ้างตั้งครรภ์จนเกิดการปฏิสนธิและ กลายเป็นทารกคลอดออกมา จะเห็นว่าปัจจัยที่ก่อให้เกิดกระบวนการตั้งครรภ์ก็คือ ตัว อ่อนของสามีภริยา และครรภ์ของหญิงรับจ้างตั้งครรภ์จากการพิจารณาจะเห็นว่า เจ้าของ เชื้อพันธุ์คือสามีของหญิงซึ่งเป็นเจ้าของไข่ โดยทั้งสองคนถือเป็นสามีภริยากันโดยชอบด้วย กฎหมาย แต่ครรภ์ที่ตัวอ่อนอาศัยเจริญเติบโตจนเกิดการปฏิสนธิมาเป็นทารกคลอดออก มากลับเป็นครรภ์ของหญิงรับจ้างตั้งครรภ์ ซึ่งไม่ได้มีความสัมพันธ์ในทางใด ๆ ทางครอบครัวต่อกันเลย เพียงแต่มีความสัมพันธ์ในฐานะคู่สัญญาที่จ้างและรับจ้างตั้งครรภ์แทนเท่านั้น ถ้าเกิดปัญหาอย่างกรณีนี้แล้วปรากฏทารกที่คลอดออกมาเติบโตขึ้นแล้วถูกทำร้ายจน ไม่สามารถจัดการเองได้ ใครจะเป็นบุพการีตามมาตรา 5 (2) ที่จะจัดการแทนบุตรที่ถูกทำ ร้ายนี้จะถือใครเป็นบุพการีตามความเป็นจริง เพราะความจริงเกิดมีบุคคล 3 คนเข้ามา เกี่ยวข้องคือ สามี ภริยา และหญิงรับจ้างตั้งครรภ์ ซึ่งจะขัดกับหลักในแง่ของความเป็น จริงที่มนุษย์เราจะมีบิดาเพียงคนเดียว มารดาเพียงคนเดียว จึงต้องพิจารณาว่าบิดามารดา ตามความเป็นจริง เพียงประการเดียวในแง่ของการนำมาคิดพิจารณาตามมาตรา 5(2) นั้นควร จะเปลี่ยนแนวคิดได้หรือยังเพราะถ้าถือตามความเป็นเกณฑ์พิจารณาก็ต้องถือว่า กรณีตัว อ่อน คือ เชื้อพันธุ์และไข่ของสามีภริยา ถ้าไม่มีตัวอ่อนดังกล่าวก็จะเกิดการตั้งครรภ์ไม่ได้ เพราะขาดชีวปัจจัยในการให้กำเนิดในทางกลับกัน หากมีแต่ตัวอ่อน ไม่มีครรภ์หญิงรับจ้าง ตั้งครรภ์ให้ตัวอ่อนอาศัยปฏิสนธิจนกลายเป็นทารกเจริญเติบโตและคลอดออกมา ก็จะทำให้

<sup>(38)</sup> พิพัฒน์ จักรางกูร. คำอธิบายกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา. กรุงเทพฯ. หจก. ป.สัมพันธ์พาณิชย์, พฤษภาคม 2535, หน้า 7.

กำเนิดทารกไม่ได้ เพราะทางด้านของตัวอ่อนนั้น ลำพังตัวอ่อนในจานแก้วทดลองไม่สามารถจะแบ่งตัวให้กลายเป็นทารกได้ ซึ่งปัจจัยดังกล่าวจึงเกี่ยวโยงกันอย่างแยกไม่ออก ดังนั้น ถ้าถือตามความเป็นจริงแล้ว บิดาของทารกก็คือสามีของหญิงผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์ ส่วนมารดาของทารกก็คือ เจ้าของไข่ซึ่งเป็นภริยาผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์และมารดาของทารกอีกคนหนึ่งก็คือ หญิงรับจ้างตั้งครรภ์ผู้คลอดทารกออกมา ทำให้ทารกมีบิดา 1 คน มารดา 2 คนในเวลาเดียวกัน หากเกิดปัญหาการทำร้ายร่างกายกันขึ้น โดยทารกถูกหญิงรับจ้างตั้งครรภ์ทำร้ายร่างกายสาหัสจนไม่สามารถจัดการป้องกันเองได้ สามีภริยาเจ้าของตัวอ่อนซึ่งรับทารกมาเลี้ยงดูตั้งแต่หญิงรับจ้างตั้งครรภ์คลอดและมอบทารกมาให้ตามสัญญาที่ฟ้องหญิงรับจ้างตั้งครรภ์ฐานทำร้ายร่างกายบุตรของตนดังกล่าว กรณีเช่นนี้จะถือเป็นคดีอุทลุมหรือไม่ หรือในทางกลับกันมารดาซึ่งเป็นเจ้าของไข่ที่ก่อให้เกิดตัวอ่อน เป็นผู้ทำร้ายบุตรดังกล่าวจนบุตรไม่สามารถจะจัดการป้องกันเองได้ หญิงรับจ้างตั้งครรภ์จะฟ้องร้องให้ตามมาตร 5(2) นั้นจะถือเป็นคดีอุทลุมหรือไม่ ซึ่งถ้าพิจารณาหลักในมาตรา 5(2) ที่ถือบุพการีตามความเป็นจริงแล้ว จะเห็นว่าทั้งสองกรณีที่เกิดขึ้น บุตรจะฟ้องร้องเองหรือให้ใครจัดการแทนบุตรดังกล่าวย่อมไม่อาจจะกระทำได้ ถือเป็นคดีอุทลุมเพราะทั้งหญิงรับจ้างตั้งครรภ์และภริยาซึ่งเป็นเจ้าของไข่ที่ก่อให้เกิดตัวอ่อนล้วนเป็นมารดาของบุตรดังกล่าวด้วยกันทั้ง 2 คน ซึ่งบุตรจะฟ้องมารดาอันเป็นบุพการีไม่ได้

จะเห็นได้ว่า การผสมเทียมกับประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาในมาตรา 5(2) ก่อให้เกิดปัญหาคดีอุทลุมขึ้นมา เพราะกฎหมายถือบุพการีและผู้สืบสันดานตามความเป็นจริง เป็นหลักในการพิจารณามาตรา 5(2) ดังกล่าว ทำให้ขัดกับหลักกฎหมายครอบครัวและหลักความเป็นจริงที่ครอบครัวหนึ่งบุตรจะมีบิดาได้เพียงคนเดียว และมีมารดาได้เพียงคนเดียวเท่านั้น แต่เมื่อการผสมเทียมเข้ามาทำให้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาในมาตรา 5 (2) เกิดปัญหาคดีอุทลุมได้หลักที่ในมาตรา 5(2) ยึดถือบุพการี และผู้สืบสันดานตามความเป็นจริงจึงสมควรที่จะได้รับการพิจารณาแก้ไขเพิ่มเติมและปรับปรุงให้สอดคล้องกับความเป็นจริง เพื่อป้องกันคดีอุทลุมดังกล่าวที่อาจจะเกิดขึ้นมาแข่งกับความเจริญทางเทคโนโลยีของการผสมเทียมที่พัฒนาการให้กำเนิดให้ผิดไปจากธรรมชาติมากมายหลากหลายวิธี จึงสมควรจะพิจารณาคดีโดยถือบุพการี และผู้สืบสันดานตามความเป็นจริงมาประกอบกับถือตามข้อกฎหมาย

การพิจารณาหลักกฎหมายในมาตรา 5(2) ถ้าถือบุพการีและผู้สืบสันดานตามความเป็นจริงประกอบกับตามข้อกฎหมายมาเป็นเกณฑ์พิจารณา จะทำให้คดีต่าง ๆ ที่อาจเกิดขึ้นจากการผสมเทียมเข้ามาเกี่ยวข้องกับสามารถหาทางออกในการให้ความยุติธรรมกับทุกฝ่ายได้ และปัญหาของการฟ้องร้องคดีที่จะกลายเป็นคดีอุทลุมก็จะง่ายต่อการพิจารณาคดีกล่าวคือ การจะพิจารณาความเป็นบิดามารดาตามความเป็นจริงพิจารณาได้จากชีวปัจจัยที่ก่อให้เกิดทารก ซึ่งได้แก่ เชื้อพันธุ ไข่ และครรภ์ที่ตัวอ่อนจะได้อาศัยเจริญเติบโต ซึ่งทั้ง 3 อย่างนี้เป็นของใครถือว่าบุคคลนั้นเป็นบิดามารดาของทารกที่เกิดมาตามความเป็นจริง ดังนั้นไม่ว่าการผสมเทียมจะช่วยให้กำเนิดทารกในวิธีใดก็จะตอบคำถามในเรื่องของความเป็นบิดามารดาตามความเป็นจริงของทารกได้ เช่น เชื้อพันธุกับไข่ที่ก่อให้เกิดตัวอ่อนในงานแก้วทดลองเป็นของสามีภริยาและตัวอ่อนอาศัยเจริญเติบโตในครรภ์ของภริยา จะเห็นว่าปัจจัยในการก่อให้เกิดทารกมีเพียง 2 คน คือ สามีภริยาจึงถือว่าสามีภริยาเป็นบิดามารดาของทารกที่เกิดมาตามความเป็นจริง แต่ถ้าตัวอ่อนอาศัยเจริญเติบโตในครรภ์ของหญิงรับจ้างตั้งครรภ์ ก็จะทำให้ชีวปัจจัยในการให้กำเนิดทารกมีบุคคลเข้ามาเกี่ยวข้องกับ 3 คน ซึ่งก็ต้องถือว่าทั้ง 3 คน เป็นบิดามารดาตามความเป็นจริงของทารกที่เกิดมา แต่ในแง่ของความเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายต้องพิจารณาแยกออกไป คือ ในแง่ของเจ้าของเชื้อพันธุคือสามี แม้จะไม่ได้มีการร่วมประเวณีตามวิธีการให้กำเนิดตามธรรมชาติ แต่ก็ยังเป็นเจ้าของตัวอ่อนที่ก่อให้เกิดทารกในครรภ์ของหญิงได้ประกอบกับสามีถ้าเป็นคนดูแลและรับรองทารกตั้งแต่ต้นว่าเป็นบุตรของตนก็ถือว่าเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของทารกที่เกิดมาจากการผสมเทียมวิธีนี้แล้ว ส่วนเจ้าของไข่คือภริยา และหญิงรับจ้างตั้งครรภ์ ต่างก็ถือเป็นผู้มีส่วนในการให้กำเนิดทารก แต่ในกฎหมายเราได้สันนิษฐานว่า ทารกคลอดจากหญิงใดถือว่าหญิงนั้นเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของทารกที่ตนคลอดออกมา ซึ่งจากข้อสันนิษฐานจะทำให้หญิงรับจ้างตั้งครรภ์ถือเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของทารกที่เกิดจากการผสมเทียมดังกล่าว ส่วนหญิงเจ้าของไข่ไม่ต้องด้วยข้อสันนิษฐานของกฎหมาย เพราะไม่ได้เป็นผู้คลอดทารกออกมาจากครรภ์ของตน จึงไม่ถือเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย

ดังนั้น การพิจารณาความเป็นบิดามารดาโดยความเป็นจริงมาประกอบกับในแง่ของความชอบด้วยกฎหมาย เราก็จะให้คำตอบการเป็นบุพการีกับผู้สืบสันดานตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาในมาตรา 5(2) ได้ ซึ่งจากกรณีสามีภริยาเจ้าของตัวอ่อนจ้างหญิงรับจ้างตั้งครรภ์ให้ตั้งครรภ์แทนภริยา เราก็จะถือว่าบุพการีของทารกที่เกิดจากการผสมเทียมโดยวิธีการข่มบุญดังกล่าวก็คือสามีกับหญิงรับจ้างตั้งครรภ์ ซึ่งถ้าทารกที่เกิดมาถูกทำร้ายจนไม่สามารถจะจัดการเองได้ สามีกับหญิงรับจ้างตั้งครรภ์ซึ่งถือเป็นบุพการีในแง่ของความเป็นจริงและโดยชอบด้วยกฎหมาย ก็มีอำนาจฟ้องร้องคดีแทนผู้สืบสันดานของตนได้ และถ้าผู้ทำร้ายเด็กที่เกิดจากการผสมเทียมเป็นหญิงเจ้าของไข่ หญิงรับจ้างตั้งครรภ์ก็ฟ้องร้องคดีอาญาตามมาตรา 5(2) แทนเด็กที่เกิดจากการผสมเทียมได้ โดยไม่ถือเป็นคดีอุทลุมแต่อย่างใด

หรือจากตัวอย่างต่อไปนี้เป็น ก. เป็นเจ้าของเชื้อพันธุ์ แต่ ก. ไม่เคยเลี้ยงดูหรือรับรองว่าบุตรที่เกิดมาจากครรภ์ของหญิงรับจ้างตั้งครรภ์ และต่อมาบุตรดังกล่าวคลอดออกมาเป็นเด็กหญิง เมื่อเด็กหญิงเติบโตขึ้นและ ก. เห็นเข้าเกิดความพอใจโดยไม่รู้ว่าเป็นใครแล้ว ก. ข่มขืนเด็กหญิง เด็กหญิงจะฟ้องร้อง ก. ในความผิดทางอาญาได้หรือไม่ ซึ่งถ้ามองในแง่ของการถือบิดามารดาตามความเป็นจริงก็ต้องถือว่า ก. เป็นบิดาและหญิงรับจ้างตั้งครรภ์เป็นมารดาของเด็กหญิงที่เกิดมานี้ จึงทำให้เด็กหญิงฟ้อง ก. ไม่ได้ เพราะบุตรจะฟ้องบิดาของตนไม่ได้ ถือเป็นคดีอุทลุมซึ่งกฎหมายห้ามมิให้ฟ้องร้อง ในทางกลับกันสามีของหญิงรับจ้างตั้งครรภ์ถ้าเลี้ยงดูเด็กหญิงและรู้ว่าเด็กหญิงไม่ใช่บุตรของตนแต่เกิดจากเชื้อพันธุ์ของ ก. ถ้าสามีของหญิงรับจ้างตั้งครรภ์ข่มขืนเด็กหญิงดังกล่าว เด็กหญิงจะฟ้องสามีของหญิงรับจ้างตั้งครรภ์ได้หรือไม่ ถ้าถือตามความเป็นจริงแล้วจะเห็นว่าสามีของหญิงรับจ้างตั้งครรภ์ไม่ใช่บิดาตามความเป็นจริง และก็ไม่ใช่บิดาโดยชอบด้วยกฎหมายเพราะรู้ว่าเด็กหญิงนั้นเกิดจากตัวอ่อนที่ ก. และภริยานำมาจ้างภริยาตนให้รับจ้างตั้งครรภ์แทน จึงทำให้เด็กหญิงฟ้องสามีของหญิงรับจ้างตั้งครรภ์ได้ เพราะไม่เป็นคดีอุทลุม

จากตัวอย่างทำให้เกิดความสับสนทางด้านการพิจารณาคดีอุทลุม และการฟ้องร้องตามมาตรา 5(2) ถ้าเรายึดหลักเฉพาะบุพการีกับผู้สืบสันดานตามความเป็นจริง เมื่อการพิจารณาของศาลถือหลักตามความเป็นจริงควบคู่ไปกับหลักโดยชอบด้วยกฎหมาย คือการพิจารณาบุพการีกับผู้สืบสันดานตามมาตรา 5(2) ที่มีการผสมเทียมเข้ามาเกี่ยวข้องจะ

ต้องพิจารณาจากการเป็นบุพการีกับผู้สืบสันดานตามความเป็นจริงและต้องชอบด้วยกฎหมาย ถ้าขาดอย่างใดอย่างหนึ่งไม่ถือเป็นบุพการี หรือผู้สืบสันดาน เมื่อเกิดการกระทำผิดต่อเด็กที่เกิดจากการผสมเทียมก็ไม่ถือว่าเป็นกรณีบุพการีกระทำต่อผู้สืบสันดาน เด็กซึ่งเป็นผู้เสียหายก็ย่อมจะฟ้องร้องผู้กระทำผิดได้ ไม่ถือเป็นคดีอุทลุม

จากการพิจารณาปัญหาในการผสมเทียมที่อาจเกิดขึ้นจากการใช้กฎหมายในมาตรา 5(2) ทำให้เห็นว่าควรที่กฎหมายในมาตราดังกล่าวควรที่ศาลจะต้องตีความคำว่าบุพการี คำว่าผู้สืบสันดาน โดยถือหลักจากความเป็นจริงควบคู่ไปกับหลักความชอบด้วยกฎหมาย เพื่ออุดช่องว่างของกฎหมายในมาตรา 5(2) จะใช้หลักในการพิจารณาแต่เพียงหลักความเป็นจริงเพียงอย่างเดียวไม่ได้แล้ว ในเมื่อความเจริญทางเทคโนโลยีของการผสมเทียมให้มามีบทบาทต่อการให้กำเนิดบุตร นิยามของความเป็นบุพการี ผู้สืบสันดาน จึงต้องปรับปรุงแก้ไขเพิ่มเติมให้สอดคล้องกับความเป็นจริงที่การให้กำเนิดบุตรได้เปลี่ยนแปลงไปจากเดิม โดยมีทั้งวิธีการให้กำเนิดแบบตามธรรมชาติและแบบวิธีการให้กำเนิดแบบผิดธรรมชาติ คือ การผสมเทียมดังกล่าวมาแล้ว จึงถึงเวลาแล้วที่กฎหมายจะต้องแก้ไขเพิ่มเติม หรือปรับปรุงกฎหมายในมาตราที่เกี่ยวข้องให้ครอบคลุมและชัดเจนยิ่งขึ้น

## บทที่ 5

### บทสรุปและข้อเสนอแนะ

จากการศึกษาปัญหาการผสมเทียมกับปัญหาความรับผิดชอบในทางอาญานั้นเห็นได้ว่าการผสมเทียม (Artificial Insemination) เข้ามามีบทบาทในการให้กำเนิดชีวิตมนุษย์จากการให้กำเนิดชีวิตที่จะต้องมีการร่วมหลับนอนของชายหญิงเพื่อให้เกิดการปฏิสนธิในครรภ์มารดา ทำให้เห็นความเจริญทางเทคโนโลยีเข้ามามีบทบาทในชีวิตที่ใกล้ชิดขึ้นคือ การมีบุตรในครรภ์ หรือโดยการผสมเทียมในหลากหลายวิธีการ

นับว่าการผสมเทียมถือเป็นนวัตกรรมทางวิทยาศาสตร์ที่ช่วยให้ความเป็นครอบครัวสมบูรณ์แบบขึ้น ถือเป็นการแก้ปัญหาในเรื่องของการไม่สามารถจะมีบุตรตามวิธีการตามธรรมชาติ อย่างไรก็ตาม แม้การผสมเทียมจะมีข้อดีและมีประโยชน์ในแง่ของการขยายเผ่าพันธุ์มนุษย์ แต่ในทางกลับกันการผสมเทียมก็ก่อให้เกิดปัญหาในทางกฎหมายทั้งทางแพ่งและทางอาญา โดยเฉพาะปัญหาความรับผิดชอบในทางอาญาที่เกี่ยวข้องกับประมวลกฎหมายอาญาในมาตรา 59 วรรคท้าย มาตรา 285 และมาตรา 301 ถึงมาตรา 305

ปัญหาความรับผิดชอบในทางอาญาเกี่ยวกับสิทธิและหน้าที่ของบิดามารดากับบุตร ถูกกำหนดให้เป็นหน้าที่ตามกฎหมาย ซึ่งบิดามารดาจะต้องป้องกันผลที่จะเกิดขึ้นกับบุตรที่ตนให้กำเนิดมาในช่วงเวลาที่บุตรยังไม่สามารถช่วยตัวเองได้ หน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดไว้คือ บิดามารดามีหน้าที่อุปการะเลี้ยงดูบุตร ให้อาหาร ให้นม ให้การรักษาพยาบาล เจ็บป่วย ตลอดจนให้การศึกษากับบุตรตามสมควร หากบิดามารดาไม่ปฏิบัติหน้าที่ หรือดเว้นหน้าที่ดังกล่าว เช่น ไม่ให้นมบุตรซึ่งเป็นทารกปล่อยให้บุตรหิวจนถึงแก่ความตาย กฎหมายกำหนดความรับผิดชอบในการงดเว้นหน้าที่ของบิดามารดาไว้ในมาตรา 59 วรรคท้าย

ส่วนในมาตรา 285 เป็นบทคุ้มครองบุตร หรือผู้อยู่ภายใต้ปกครอง ไม่ให้ตกอยู่ภายใต้อิทธิพลของบิดามารดาหรือผู้ใช้อำนาจปกครอง กฎหมายคุ้มครองความเป็นอยู่ของบุตรให้รอดพ้นจากการถูกระทำทางเพศตามมาตรา 276 โดยกฎหมายกำหนดโทษเพิ่มขึ้นกว่าบุคคลธรรมดา โดยคำนึงถึงอิทธิพลที่บุคคลเหล่านั้นมีอยู่เหนือจิตใจ และความเป็นอยู่

ของบุตรที่อยู่ในความปกครอง หากไม่มีบทลงโทษอย่างหนักในมาตรา 285 มาเป็นบทเพิ่มโทษแล้ว การป้องกันไม่ให้ความผิดเกี่ยวกับเพศที่อาจจะเกิดขึ้นกับบุตรย่อมจะไม่ได้รับการคุ้มครอง เพราะลำพังแต่บุตรหรือผู้อยู่ภายใต้อำนาจหรืออิทธิพลในการปกครอง ย่อมไม่อาจจะปกป้องตนให้รอดพ้นจากการตกเป็นเหยื่อของผู้ที่ตนต้องอาศัยอยู่เพื่อการดำรงชีพ กฎหมายอาญาจึงบัญญัติมาตรา 285 มาเป็นบทคุ้มครองบุตร หรือผู้อยู่ภายใต้การปกครองของบิดามารดาหรือผู้ใช้อำนาจปกครอง

และกฎหมายอาญาในมาตรา 310 ถึงมาตรา 305 ถือเป็นบทคุ้มครองไม่ให้ทารกในครรภ์ต้องถูกทำลายลงก่อนที่จะคลอดออกมาจากครรภ์มารดา ในบทกฎหมายอาญาในมาตราดังกล่าวห้ามการทำลายทารกในครรภ์โดยห้ามทั้งตัวผู้ตั้งครรภ์ ตลอดจนผู้อื่นเพื่อรักษาทารกในครรภ์ ถือเป็นบทห้ามทำแท้งบุตร ซึ่งการห้ามการทำแท้งก็ถือเป็นบทให้การขยายเผ่าพันธุ์มนุษย์ไม่ให้ถูกทำลายลงโดยผู้ให้กำเนิดหรือโดยผู้อื่น ยกเว้นที่กฎหมายจะยินยอมให้มีการทำแท้งบุตรได้ก็ตาม มาตรา 305 ที่จำเป็นต้องกระทำเนื่องจากสุขภาพของหญิงนั้นกรณีหนึ่ง กับกรณีที่หญิงมีครรภ์เนื่องจากการกระทำความผิดอาญาเกี่ยวกับเพศในมาตรา 276 มาตรา 277 มาตรา 282 มาตรา 2๘ และมาตรา 284 ถือเป็นเหตุอันสมควรที่กฎหมายอนุญาตให้ทำแท้งบุตรได้

จากความรับผิดทางอาญาในมาตรา 59 วรรคท้าย มาตรา 285 และมาตรา 301 ถึงมาตรา 305 ที่กล่าวมาล้วนเป็นมาตราที่เกี่ยวข้องกับความเป็นบิดามารดา กับบุตร ซึ่งขณะบัญญัติกฎหมายในมาตราเหล่านี้ กฎหมายมีจุดประสงค์ที่จะคุ้มครองบิดามารดา กับบุตรที่เป็นการให้กำเนิดตามธรรมชาติ โดยไม่มีการกำหนดจุดประสงค์ให้ครอบคลุมเลยมาถึงการให้กำเนิดโดยอาศัยเทคโนโลยี เพราะในขณะร่างกฎหมายดังกล่าว ปัญหาทางอาญาเกี่ยวกับการให้กำเนิดแบบที่มีวิธีการผสมเทียมยังไม่มีเหตุเกิดขึ้นทางศาล การคุ้มครองจึงยังไม่ไปถึงการผสมเทียม กฎหมายอาญาในมาตราดังกล่าวจึงสมควรที่จะต้องมีการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายให้สอดคล้อง กฎหมายก็ไม่สามารถที่จะก่อให้เกิดความเป็นธรรมครอบคลุมไปถึงการกระทำความผิดที่เกี่ยวข้องกับการผสมเทียม

การผสมเทียมในหลายหลากวิธีการมีผลกับการกำหนดว่าใครเป็นบิดามารดาของบุตรที่เกิดมาจากผลพวงของการผสมเทียมในกรรมวิธีที่ใช้ โดยเฉพาะการผสมเทียมในจานแก้วทดลองจนกลายเป็นตัวอ่อน แล้วนำมาถ่ายกลับให้เข้าไปปฏิสนธิในครรภ์ของภริยา

หรือหญิงรับจ้างตั้งครรภ์แทน เพราะการผสมเทียมดังกล่าวไม่มีวิธีการร่วมหลับนอนของชายหญิงเข้ามาเกี่ยวข้องเลย หากแต่เป็นการผสมเทียมที่เกิดจากความเจริญทางเทคโนโลยีของการผสมเทียม ผลที่ตามมาทำให้ตอบคำถามได้ยากว่าใครเป็นบิดาหรือมารดา ซึ่งจากการศึกษาการผสมเทียมใน 4 วิธีการใหญ่ที่นำการผสมเทียมในจานแก้วทดลองจนเกิดเป็นตัวอ่อน มารวมกับกรรมวิธีการนำตัวอ่อนถ่ายกลับเข้าไปในครรภ์ของภริยา หรือหญิงรับจ้างตั้งครรภ์ทำให้เกิดความรับผิดชอบในทางอาญาที่แตกต่างกันออกไปดังจะกล่าวต่อไปนี้

1. การผสมเทียมโดยการนำเอาเชื้อพันธุ์ของสามีกับไข่ของภริยามาทำให้เกิดการรวมกันในจานแก้วทดลองจนเกิดการแบ่งตัวกลายเป็นตัวอ่อน แล้วนำมาฉีดใส่เข้าไปในมดลูกของภริยา ถือว่าสามีภริยาซึ่งเป็นเจ้าของตัวอ่อนเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของทารก จึงมีหน้าที่ตามกฎหมายต้องอุปการะ เลี้ยงดู ให้การศึกษาทารกให้เจริญเติบโต หากบิดามารดางดเว้นไม่ปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวจนเกิดผลกับทารก ถือเป็นการไม่ป้องกันผล ต้องรับผิดชอบตามมาตรา 59 วรรคท้าย

2. การผสมเทียมโดยการนำเอาเชื้อพันธุ์ของสามีกับไข่บริจาคมาทำให้เกิดการรวมกันในจานแก้วทดลองจนเกิดการแบ่งตัวกลายเป็นตัวอ่อน แล้วนำมาฉีดใส่เข้าไปในมดลูกของภริยาจากวิธีดังกล่าวเราวิเคราะห์ได้ว่า สามีภริยาถือเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของทารกแม้ไข่บริจาคจะไม่ใช่ไข่ของภริยา แต่ภริยาได้ให้ตัวอ่อนอาศัยปฏิสนธิจนเจริญเติบโตเป็นทารกคลอดออกมา ถือว่าในทางชีวปัจจัยแล้วภริยาเป็นผู้ก่อให้เกิดชีวิตของทารก จึงต้องข้อสันนิษฐานของกฎหมาย ถือว่าภริยาเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของทารก จึงมีหน้าที่อุปการะ เลี้ยงดู รักษายามป่วยเจ็บ หากสามีภริยางดเว้นในหน้าที่ดังกล่าวก็ต้องรับผิดชอบในผลของการงดเว้นหน้าที่ตามมาตรา 59 วรรคท้าย

3. การผสมเทียมโดยการนำเอาเชื้อพันธุ์บริจาคกับไข่บริจาคมาทำให้เกิดการรวมตัวในจานแก้วทดลองจนเกิดการแบ่งตัวกลายเป็นตัวอ่อน แล้วนำมาฉีดใส่เข้าไปให้เกิดการปฏิสนธิในครรภ์ของภริยา ในการผสมเทียมวิธีการนี้ก่อให้เกิดปัญหาว่าใครจะเป็นบิดาของทารกที่เกิดมา เพราะเชื้อพันธุ์ไม่ใช่ของสามีแต่เป็นเชื้อพันธุ์ของผู้อื่น เมื่อสามีให้ความยินยอมให้ภริยารับเชื้อพันธุ์บริจาคตลอดจนยินยอมให้ตัวอ่อนที่ได้จากการผสมเทียมในจานแก้วทดลองมาฉีดใส่เข้าไปให้เกิดการปฏิสนธิจนเจริญเติบโตในครรภ์ของภริยาและคลอด



ออกมาเป็นทารกในที่สุด ถือว่าสามีได้รับข้อสันนิษฐานให้ถือว่าเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1536 สามีภริยาจึงถือเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของทารกที่เกิดมา จึงมีหน้าที่ตามกฎหมายในการปกป้องเลี้ยงดู ทารกดังกล่าว ตามมาตรา 59 วรรคท้าย ส่วนเจ้าของเชื้อพันธุ์ไม่ถือเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของทารก สถานะของเจ้าของเชื้อพันธุ์เทียบได้กับการที่หญิงตั้งครรภ์กับชายที่ไม่ได้จดทะเบียนสมรส เมื่อเจ้าของเชื้อพันธุ์ไม่เคยดูแลระหว่างตั้งครรภ์ และไม่รับรונบุตร จึงไม่ถือเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของทารก ซึ่งอาจจะเปรียบเทียบเจ้าของเชื้อพันธุ์กับทารกว่าเสมือนกรณี “ลูกชู้” ก็ได้ เจ้าของเชื้อพันธุ์จึงไม่มีหน้าที่ตามกฎหมายที่จะต้องดูแลทารกที่เกิดมาจากเชื้อพันธุ์ของตน เมื่อไม่ดูแลก็ไม่ต้องมีหน้ารับผิดชอบตามมาตรา 59 วรรคท้าย

4. การผสมเทียมโดยการนำเอาเชื้อพันธุ์ของสามีกับไข่ของภริยามาทำให้เกิดการรวมตัวในจานแก้วทดลองจนเกิดการแบ่งตัวเป็นตัวอ่อน แล้วนำมาฉีดใส่เข้าไปในมดลูกของหญิงรับจ้างตั้งครรภ์แทน ความเป็นมารดาของทารกก็ต้องถือว่าเป็นหญิงรับจ้างตั้งครรภ์เป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของทารก เพราะทางชีวปัจจัยแล้วตัวอ่อนปฏิสนธิและเจริญเติบโตเป็นทารกได้ต้องอาศัยกรรมของหญิงรับจ้างตั้งครรภ์ จึงถือว่าเป็นหญิงรับจ้างตั้งครรภ์ซึ่งเป็นผู้คลอดทารกออกมาเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย ตามข้อสันนิษฐานว่าทารกคลอดจากครรภ์ใคร ถือเป็นลูกของคนนั้น ส่วนปัญหาความเป็นบิดาของทารก แม้ว่าสามีผู้ว่าจ้างจะเป็นเจ้าของเชื้อพันธุ์ แต่ไม่ได้เป็นสามีของหญิงรับจ้างตั้งครรภ์แทน จึงไม่ถือว่าสามีผู้ว่าจ้างเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของทารกที่เกิดจากครรภ์ของหญิงรับจ้างตั้งครรภ์ สามีผู้ว่าจ้างจึงไม่มีหน้าที่ตามกฎหมายที่ต้องอุปการะเลี้ยงดูทารก และแม้ไม่เลี้ยงดูทารกไม่ป้องกันผลที่จะเกิดกับทารกก็ไม่ต้องรับผิดชอบตามมาตรา 59 วรรคท้ายแต่อย่างใด และแม้สามีผู้ว่าจ้างไม่ใช่บิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของทารกแต่เมื่อเป็นเจ้าของเชื้อพันธุ์ที่ก่อให้เกิดตัวอ่อนถือเป็นบิดาตามความเป็นจริงของทารก ความสัมพันธ์ระหว่างหญิงรับจ้างตั้งครรภ์ทารกและสามีผู้ว่าจ้างเทียบสถานะของทารกได้เท่ากับเป็น “ลูกชู้” และถือว่าสามีผู้ว่าจ้างกับทารกเป็นบุพการีกับผู้สืบสันดานตามความเป็นจริง เมื่อมีการกระทำความผิดทางอาญาเกิดขึ้นย่อมจะฟ้องร้องคดีแทนผู้เสียหายได้ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตรา 5 (2) และมาตรา 29 ได้ แต่ถ้าระหว่างการตั้งครรภ์สามีผู้ว่าจ้างดูแล

หญิงรับจ้างตั้งครรภ์ และรับรองบุตรเมื่อทารกคลอดออกมา สถานะของสามีผู้ว่าจ้างก็ย่อมจะถือว่าเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของทารกตามสถานะที่มีการจดทะเบียนรับรองบุตร ทารกจึงมีสถานะเทียบได้กับบุตรนอกสมรสที่บิดารับรองแล้ว หน้าที่ตามกฎหมายจึงเกิดแก่สามีผู้ว่าจ้างต้องอุปการะเลี้ยงดูและรักษาเมื่อทารกป่วยเจ็บหากสามีผู้ว่าจ้างงดเว้นหน้าที่ดังกล่าวแล้วเกิดผลขึ้นแก่ทารกคือความตาย สามีผู้ว่าจ้างก็ต้องรับผิดชอบตามมาตรา 59 วรรคท้ายด้วย และจากการผสมเทียมในวิธีการนี้หากหญิงรับจ้างตั้งครรภ์มีสามี และสามีหญิงรับจ้างตั้งครรภ์ไม่รู้เห็นยินยอมในการรับจ้างตั้งครรภ์ ก็ถือว่าทารกไม่มีความสัมพันธ์ใด ๆ กับสามีหญิงรับจ้าง ทารกเป็นเพียง "ลูกชู้" สามีหญิงรับจ้างตั้งครรภ์ไม่มีหน้าที่ป้องกันผลตามมาตรา 59 วรรคท้าย แต่ถ้าสามีหญิงรับจ้างตั้งครรภ์ รู้เห็นยินยอมให้ภริยารับจ้างตั้งครรภ์ และเมื่อทารกคลอดออกมายังไม่ดูแลอุปการะเลี้ยงดูตลอดมา หากสามีหญิงรับจ้างตั้งครรภ์ได้งดเว้นไม่เลี้ยงดูต่อไป ก็ต้องรับผิดชอบความสัมพันธ์พิเศษเฉพาะเรื่องเท่านั้น

จากความสัมพันธ์ของความเป็นบิดามารดาในการผสมเทียมทั้ง 4 วิธีการ ความ เป็นบิดามารดาที่เกิดมีขึ้น จะก่อให้เกิดบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายกับก่อให้เกิดบิดามารดาตามความเป็นจริง ซึ่งทำให้ทารก 1 คน อาจจะมีบิดา 2 คน คือทั้งโดยชอบด้วยกฎหมายและตามความเป็นจริง การผสมเทียมทำให้ธรรมชาติของมนุษย์ที่มีผู้ให้กำเนิด คือ มีบิดาเพียงคนเดียว มารดาเพียงคนเดียว เปลี่ยนไป ทำให้มีผลมาถึงการบังคับใช้กฎหมายอาญาในมาตรา 285 ที่กฎหมายประสงค์จะคุ้มครองไม่ให้บุตรที่เกิดมาต้องถูกกระทำความผิดทางเพศ โดยผู้มีอิทธิพลเหนือความเป็นอยู่ หรือเหนือการดำรงชีพของบุตร ซึ่งก็คือบิดามารดาหรือผู้ปกครองผู้เป็นผู้ใช้อำนาจเหนืออิทธิพลต่อบุตร ศิษย์ซึ่งอยู่ในความดูแล ผู้อยู่ในความควบคุมตามหน้าที่

ในประมวลกฎหมายอาญามาตรา 285 เป็นกรณีที่กฎหมายประสงค์จะคุ้มครองบุคคลดังกล่าวไม่ให้ถูกกระทำทางเพศตามมาตรา 267 มาตรา 277 มาตรา 277ตรี มาตรา 277ตรี มาตรา 278 มาตรา 279 มาตรา 280 มาตรา 282 และมาตรา 283 เมื่อพิจารณาความผิดในมาตรา 276 จะเห็นได้ว่าการกระทำที่จะมีความผิดในมาตรานี้จะต้องมีการ "ข่มขืนกระทำชำเรา" เป็นองค์ประกอบหลัก ความหมายของการกระทำชำเราจะต้องมีการล่วงล้ำของอวัยวะเพศชายเข้าไปในอวัยวะเพศหญิงแม้เพียงเล็กน้อยก็ถือว่าเป็นการกระทำชำเราแล้ว เมื่อเรานำการผสมเทียมเข้ามาเป็นตัวแปร ซึ่งถ้าหากเป็นการที่ชายบังคับ

ขึ้นใจหญิงแล้วฉีดน้ำเชื้อพันธุ์ของชายเข้าไปในอวัยวะเพศหญิงจะถือว่าเป็นการกระทำ  
 ซ้ำเราก็ไม่ได้เพราะขาดองค์ประกอบ คืออวัยวะเพศชาย ซึ่งผู้ชมขึ้นใจฉีดน้ำเชื้อพันธุ์เข้าไป  
 ดังกล่าวก็ไม่ต้องรับผิดตามมาตรา 276 แต่ถ้าได้พิจารณาผลของกระทำจะเห็นได้ว่าทั้งการ  
 กระทำโดยการข่มขืนกระทำซ้ำเราและการบังคับขึ้นใจฉีดน้ำเชื้อพันธุ์ดังกล่าวเข้าไปสามารถ  
 ทำให้เกิดโอกาสของการตั้งครรภ์ได้ทั้ง 2 วิธีการ แต่ผลทางกฎหมายที่ต้องรับผิดกลับต่าง  
 กัน จึงถือเป็นข้อที่น่าจะต้องพิจารณาบทความรับผิดดังกล่าวว่า แท้จริงแล้วกฎหมาย  
 กำหนดมาตรา 276 ขึ้นมาเพื่อประสงค์จะคุ้มครองอะไร หากกฎหมายประสงค์จะคุ้มครอง  
 หญิงที่มีสิทธิไม่ให้อุทการกระทำข่มขืน โดยไม่มองผลของการกระทำที่ถูกข่มขืนก็ดูจะ  
 ไม่น่าจะคุ้มครองเพียงต้นเหตุเท่านั้น จริงอยู่ที่แต่เดิมเมื่อหญิงไม่ถูกข่มขืนกระทำซ้ำเราก็  
 ไม่มีโอกาสจะเกิดผล คือ การตั้งครรภ์ ซึ่งถือว่าเป็นผลของการกระทำ การป้องกันเกิดจึงถือ  
 ว่าเหมาะสมแล้ว แต่ในปัจจุบันเมื่อการผสมเทียมเข้ามาเกี่ยวข้อง เราก็ไม่อาจจะตอบได้ว่า  
 การบังคับฉีดเชื้อพันธุ์ดังกล่าวก็จะไม่เกิดขึ้น โอกาสเกิดการกระทำเช่นนี้ได้เสมอ การคุ้มครอง  
 หญิงในมาตรา 276 จึงควรจะเปลี่ยนแปลงให้ครอบคลุมถึงอย่างชัดเจน นอกจากนั้น  
 ในการคุ้มครองผู้สืบสันดาน ก็ควรที่จะกำหนดความชัดเจนให้รวมถึงการให้กำเนิดจากการ  
 ผสมเทียมด้วย เดิมการพิจารณาคดีของศาลในการกำหนดความรับผิดมาตรา 285 ศาล  
 ถือเกณฑ์ของความเป็นบิดามารดาโดยถือตามความเป็นจริงมาเป็นตัวกำหนดความรับผิด  
 พิจารณาได้จากการที่ไม่ลงโทษกรณีพ่อเลี้ยงข่มขืนกระทำซ้ำเราลูกเลี้ยง จากจุดนี้หากเป็น  
 กรณีที่บุตรที่เกิดจากการผสมเทียมโดยสามีภริยาไปรับเชื้อบริจาคมาแล้วนำมาผสมเทียม  
 กับไข่ของภริยาจนภริยาตั้งครรภ์แล้วบุตรสาวออกมา หากต่อมาสามีก็ข่มขืนบุตรสาวดัง  
 กล่าวจะต้องรับผิดตามมาตรา 285 หรือไม่ หรือเจ้าของเชื้อบริจาครู้ว่าเด็กสาวคนนี้เกิดจาก  
 เชื้อที่ตนบริจาค แต่อยากจะข่มขืนเด็กสาวคนนี้ เจ้าของเชื้อบริจาคจะต้องรับผิดตาม  
 มาตรา 285 ด้วยหรือไม่ ซึ่งถ้ามองในแง่ที่กฎหมายประสงค์จะคุ้มครองในแง่ของอิทธิพลก็  
 น่าจะต้องให้สามีรับผิดตามมาตรา 285 เพราะเลี้ยงดูบุตรสาวมาตลอด และเป็นสามีของ  
 หญิงที่ให้กำเนิดทารกในระหว่างสมรสจึงถือเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กสาว แต่  
 จากการที่ศาลตีความในมาตรา 285 โดยถือตามความเป็นจริงทำให้ผู้ที่ควรจะต้องรับผิด  
 ตามมาตรา 285 กลับกลายเป็นเจ้าของเชื้อพันธุ์บริจาคนั้น จากการพิจารณาการตีความทำ  
 ให้เด็กที่เกิดจากการผสมเทียมไม่ได้รับการคุ้มครองตามมาตรา 285 ในทุกกรณี คือจะคุ้ม

ครองเฉพาะความผิดที่เกิดจากบิดาตามความเป็นจริงเท่านั้น แต่บิดาโดยชอบด้วยกฎหมาย กลับไม่ต้องรับผิดตามมาตรา 285 นี้ ทำให้เกิดช่องว่างของมาตรา 285 ที่ให้ความคุ้มครองผู้สืบสันดานอย่างไม่ครอบคลุม

จากการที่กฎหมายได้กำหนดบทเพิ่มโทษ ทำให้เราหันมามองกฎหมายอาญาใน มาตรา 289 (1) ซึ่งก็ถือเป็นบทเพิ่มโทษเช่นกัน แต่เป็นการเพิ่มโทษกรณีฆ่าบุพการี ซึ่งกฎหมายในมาตรา 289 (1) การตีความของศาลถือบุพการีตามความเป็นจริงเมื่อการผสมเทียมเข้ามามีบทบาท คำว่า "บุพการี" จึงอาจมีมากกว่า 1 คน ได้คือ มีทั้งบุพการีตามความเป็นจริง โดยสามารถพิสูจน์ได้จากทางสายเลือดหรือตรวจหา D.N.A. ก็จะสามารถได้นอกจากนั้นก็ยังมีปรากฏมีบุพการีโดยชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งทั้งบุพการีทั้ง 2 อาจไม่ใช่คนเดียวกันได้เพราะอาจจะเป็นเจ้าของเชื้อพันธุ์ เจ้าของไข่ หรือผู้ตั้งครรภ์ ซึ่งเป็นคนละคน ทำให้ปัญหาบุพการีผิดไปจากธรรมชาติที่มีมาแต่เดิม การกำหนดความรับผิดในมาตรา 289 (1) เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมจึงต้องพิจารณาจากจุดนี้ด้วยเพราะจุดประสงค์กฎหมายต้องการคุ้มครองบุพการีไม่ให้ถูกผู้สืบสันดานฆ่า จึงมีการเพิ่มโทษในมาตรานี้ ดังนั้นการจะให้กฎหมายครอบคลุมและชัดเจนก็ควรจะแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 289 (1) ให้ครอบคลุมเพื่อจะได้ชี้ชัดลงไปว่ากฎหมายประสงค์จะคุ้มครองชาติพันธุ์อย่างแท้จริงไม่ใช่คุ้มครองการตีความของกฎหมายในเชิงวินิจฉัยข้อเท็จจริงเท่านั้น กฎหมายในมาตรา 289 (1) จึงควรที่จะตีความกฎหมายของคำว่าบุพการีทั้งตามความเป็นจริงและต้องชอบด้วยกฎหมายด้วย ต้องประกอบกันทั้ง 2 อย่าง จึงจะเป็นบุพการีในความหมายมาตรา 289 (1)

ในเรื่องต่อไปที่ศึกษาก็คือความผิดฐานทำแท้งในมาตรา 301 ถึงมาตรา 305 ซึ่งการทำแท้งบุตรก็คือการทำให้ทารกคลอดออกมาโดยปราศจากชีวิต ในการกำหนดความหมายก็มีหลายหลากแล้วแต่ประเทศนั้น ๆ จะกำหนดให้ถือว่าเป็นการทำแท้งบุตร สำหรับการผสมเทียมในจานแก้วทดลองที่ทำให้เกิดตัวอ่อนเราจะถือว่าตัวอ่อนเป็นทารกหรือไม่ ถ้าถือว่าเป็นทารก ถ้ามีการทำตัวอ่อนตกหล่นหรือทำลายตัวอ่อนในจานแก้วทดลองก็น่าจะถือว่าเป็นการทำแท้งบุตรได้ แต่ถ้าไม่ถือว่าตัวอ่อนเป็นทารกก็ไม่เป็นการทำแท้งบุตร ซึ่งจากการศึกษากฎหมายทำให้เห็นว่า ตัวอ่อนไม่ถือว่าเป็นทารกเพราะตัวอ่อนไม่สามารถจะเกิดการปฏิสนธิให้ตนเองเจริญเติบโตเป็นทารกในจานแก้วทดลองได้ แต่ต้องอาศัยปฏิสนธิในครรภ์ของหญิงเพื่ออาศัยครรภ์ของหญิงเจริญเติบโตเป็นทารกจนคลอดออกมามีชีวิต ฉะนั้น

การจะเกิดทารกที่สามารถเป็นมนุษย์ได้ต้องอาศัยปฏิสนธิในครรภ์ของหญิงเท่านั้น มีผลในทางกฎหมายที่ทำให้การทำลายตัวอ่อนในจานแก้วทดลองไม่ถือเป็นการทำแท้งบุตร ผู้กระทำจึงไม่มีความผิดตามมาตรา 301 ถึงมาตรา 305 และในมาตรา 305 (2) ซึ่งกฎหมายอนุญาตให้มีการทำแท้งบุตรได้โดยไม่มีความผิดก็เนื่องจากหญิงมีครรภ์ในการกระทำความผิดทางเพศตามมาตรา 276 มาตรา 277 มาตรา 282 มาตรา 283 หรือมาตรา 284 นั้น ในมาตรา 276 อันเป็นการข่มขืนกระทำชำเราตามที่ศึกษามาแล้วจะเห็นว่าความผิดในการถูกข่มขืนกระทำชำเรากับการที่หญิงถูกขายบังคับข่มขืนใจจัดเชื้อพันธุ้เข้าไปในมดลูกของหญิงนั้นมีโอกาสตั้งครรรภ์ได้พอกัน แต่หญิงกรณีหลังกลับไม่ได้รับการคุ้มครอง จึงควรที่กฎหมายจะคุ้มครองบทมาตราเหล่านี้ให้ครอบคลุมมาถึงกรณีผสมเทียมด้วย โดยการอนุญาตให้หญิงที่ถูกจัดเชื้อพันธุ้ดังกล่าวทำแท้งได้เช่นเดียวกับความผิดในมาตรา 305 (2)

นอกจากบทกฎหมายในประมวลกฎหมายอาญาดังกล่าวจะเกี่ยวข้องกับการผสมเทียมอันเป็นที่มาของปัญหาความรับผิดในทางอาญาแล้ว การกำหนดบุพการี ผู้สืบสันดาน ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตรา 5(2) ก็ยังมีข้อบกพร่องที่จะต้องศึกษา คือ การตีความบุพการี ผู้สืบสันดาน ในมาตรา ๕ (2) ศาลถือตามความจริง เพราะขณะร่างกฎหมายมาตรา 5(2) ปัญหาทางอาญาเกี่ยวกับความรับผิดอันเกิดจากการผสมเทียมยังไม่เกิดขึ้น ทำให้กฎหมายในมาตรา 5(2) ศาลตีความบุพการี ผู้สืบสันดานในแง่ของความเป็นจริงเท่านั้น แต่ผลพวงของการผสมเทียมทำให้มาตรา 5(2) ศาลจะตีความบุพการี ผู้สืบสันดานตามความเป็นจริง ก็จะทำให้เกิดช่องว่างของกฎหมาย ทำให้ไม่ได้รับความยุติธรรม ประกอบกับความไม่ชัดเจนในการกำหนดความรับผิด เพราะหลายหลากวิธีของการผสมเทียมทำให้บุพการีมีความหมายไปในทางตามความเป็นจริงและโดยชอบด้วยกฎหมาย ศาลจะตีความไปในทางใดทางหนึ่งจึงไม่ถูกต้อง ควรที่จะมีการตีความไปในทางที่ว่าจะถือว่าเป็นบุพการีได้ต้องเป็นบุพการีตามความเป็นจริง และต้องชอบด้วยกฎหมาย ด้วย ถ้าขาดประการหนึ่งไปก็ถือว่าไม่เป็นคดีอุทลุม ดังนั้นการที่ผู้สืบสันดานจะฟ้องบุพการีแล้วถือเป็นคดีอุทลุม ควรตีความว่าต้องเป็นบุพการีตามความเป็นจริงและต้องชอบด้วยกฎหมาย เมื่อกำหนดให้ชัดเจนในมาตรา 5(2) ในความหมายของบุพการี ปัญหาการตีความของศาลในเรื่องอุทลุมก็จะเกิดความเป็นธรรมและครอบคลุมชัดเจนถึงการผสม

เทียม ทำให้บุตรที่เกิดจากการผสมเทียมที่ถูกทำร้ายในความผิดทางอาญาได้รับความคุ้มครองและลงโทษผู้กระทำผิดได้โดยไม่ต้องกลัวว่าจะเป็นคดีอุทุม

**ข้อเสนอแนะ** จากการศึกษาการผสมเทียมกับปัญหาความรับผิดชอบในทางอาญาพบว่า ในประมวลกฎหมายอาญามีกฎหมายที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการผสมเทียมอยู่ในมาตรา 59 วรรคท้าย มาตรา 276 มาตรา 285 มาตรา 289(1) และมาตรา 301 ถึง 305 นอกจากนั้นยังมีประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเข้ามาเกี่ยวข้องกับการผสมเทียมในมาตรา 5(2) ซึ่งจากการศึกษาวัตถุประสงค์ที่กฎหมายประสงค์จะคุ้มครองในแต่ละมาตรานั้น ไม่ครอบคลุมมาถึงการกระทำผิดที่มีการผสมเทียมมาเป็นตัวแปร ทำให้เกิดช่องว่างของกฎหมายที่ไม่สามารถจะกำหนดความรับผิดชอบให้เกิดความเป็นธรรมแก่ผู้เสียหายได้อย่างครบถ้วน หากเกิดความผิดในกรณีที่เกี่ยวข้องกับการผสมเทียมเกิดขึ้นมา ซึ่งจากการศึกษาในมาตราดังกล่าวควรจะมีการแก้ไขเพิ่มเติมบทมาตราดังกล่าวในประการต่อไปนี้

1. การกำหนดความเป็นบิดามารดาที่จะต้องรับผิดชอบบุตร ตามมาตรา 59 วรรคท้าย ซึ่งถือเป็นหน้าที่ตามกฎหมายที่บิดามารดาจะต้องป้องกันผลคือความตายของทารกและจะต้องอุปการะเลี้ยงดู ให้การศึกษาแก่บุตรผู้เยาว์ตามสมควรนั้น ปัญหาอยู่ที่การกำหนดความเป็นบิดามารดา ซึ่งเมื่อมีการผสมเทียมเข้ามาเกี่ยวข้อง บิดามารดาของทารกจะมีทั้งบิดามารดาตามความเป็นจริงคือผู้ที่เป็นเจ้าของเชื้อพันธุ์ และบิดามารดาของทารกโดยชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งแต่เดิมในการกำหนดให้บิดามารดาที่ให้กำเนิดทารกตามธรรมชาติมีหน้าที่ต้องอุปการะ เลี้ยงดู และป้องกันผลที่จะเกิดแก่ทารกอันเป็นหน้าที่ตามกฎหมาย หากงดเว้นก็ถือว่าเป็นการกระทำตามมาตรา 59 วรรคท้าย แต่เมื่อมีการผสมเทียมเข้ามามีส่วนในการให้กำเนิดชีวิตของทารกขึ้นมามากมายหลายวิธีการ ย่อมจะก่อให้เกิดปัญหาในการกำหนดว่าจะถือใครเป็นบิดามารดาของทารกดังกล่าวในแต่ละวิธีการของการผสมเทียม จะเป็นเจ้าของเชื้อพันธุ์ เจ้าของไข่ เจ้าของตัวอ่อน หรือหญิงผู้รับจ้างตั้งครรภ์ โดยพิจารณาจากวิธีการผสมเทียมใน 4 วิธีการใหญ่ ซึ่งได้เสนอแนวคิดในการถือการเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายกับบิดามารดาตามความเป็นจริงไว้ให้ประกอบการกำหนดความเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายที่จะต้องมีหน้าที่ตามกฎหมายในการดูแลทารกดังกล่าวไว้แล้วนั่นเอง

2. ตามมาตรา 285 ในการเพิ่มโทษการกระทำซ้ำเราแก่ผู้สืบสันดานและผู้อยู่ในปกครองนั้น เห็นว่ากฎหมายมีวัตถุประสงค์จะคุ้มครอง 2 ประการ คือ

2.1 คุ้มครองชาติพันธุ์ของมนุษย์ เพื่อให้มีเชื้อพันธุ์เดียวกันถูกถ่ายทอดสู่กันเองจึงได้ห้ามบุพการีกระทำการข่มขืนกระทำซ้ำเราผู้สืบสันดานของตน เพราะหากมีการกระทำการดังกล่าวแล้วเกิดการตั้งครรภ์ก็จะได้ชาติพันธุ์ที่มีปัญหาทางพันธุกรรมต่าง ๆ

2.2 ป้องกันมิให้มีการใช้อิทธิพลเพราะการปกครองดูแลผู้สืบสันดาน ศิษย์ในความปกครองหรือผู้อยู่ภายใต้อิทธิพลของผู้ปกครองในความเป็นอยู่ โดยกฎหมายเพิ่มโทษผู้ปกครองที่จะบังคับข่มขืนกระทำซ้ำเราผู้อยู่ในอำนาจปกครอง

ดังนั้น จึงสมควรเพิ่มโทษแก่เจ้าของเชื้อพันธุ์ที่ข่มขืนกระทำซ้ำเราผู้ที่เกิดจากเชื้อพันธุ์ของตน โดยข้อเท็จจริงนั้นเพื่อที่จะคุ้มครองชาติพันธุ์และผู้ที่เกี่ยวข้องที่อยู่ในปกครองของตนตามกฎหมายที่เกิดขึ้นมาจากการผสมเทียม โดยไม่คำนึงถึงว่าบุตรนั้นจะต้องมีเชื้อพันธุ์ของตนอยู่ด้วย หรือแม้จะไม่มีเชื้อพันธุ์ของตนอยู่เลย ก็ยังถือว่าอยู่ในความคุ้มครองเพื่อป้องกันการใช้อิทธิพลต่อผู้อยู่ในความปกครองของตน

3. ในส่วนของมาตรา 289(1) เรื่องการฆ่าบุพการี ในมาตราดังกล่าวนี้กฎหมายมีวัตถุประสงค์เพื่อประสงค์จะคุ้มครองผู้ให้กำเนิด ซึ่งโดยทางวัฒนธรรมนิยมของประเพณีไทยแล้ว ผู้สืบสันดานจะต้องรู้จักตัญญูกตเวทิตาต่อบุพการี จึงสมควรอย่างยิ่งที่จะลงโทษผู้กระทำผิดให้หนักขึ้นเมื่อมีการฆ่าบุพการี ซึ่งศาลก็จะตีความให้ถือเอาความเป็นบุพการีตามความเป็นจริง ซึ่งก็หมายถึงเจ้าของเชื้อพันธุ์นั่นเอง อย่างไรก็ตามในเรื่องของการผสมเทียมนั้น โดยทั่วไปแล้วมักจะปกปิดนามผู้บริจาคเชื้อพันธุ์หรือไซว่า เป็นของใคร ดังนั้นหากผู้กระทำผิดไม่รู้ว่าผู้ที่ตนฆ่านั้นเป็นบุพการี หรือเป็นเจ้าของเชื้อพันธุ์หรือไซแล้วก็ไม่อาจจะเพิ่มโทษได้ตามมาตรานี้

แต่ถ้าหากเป็นกรณีที่ทราบได้ว่าใครเป็นเจ้าของเชื้อ การจะเพิ่มโทษคงจะต้องตีความโดยศาล ว่าศาลจะถือเอาความเป็นบิดามารดาตามความเป็นจริงโดยเคร่งครัด หรือจะถือเอาความเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายที่มีการได้เลี้ยงดูกันมาโดยตลอด ถ้าศาลไม่เปลี่ยนแนวการลงโทษบุพการีตามความเป็นจริงก็คงจะเพิ่มโทษได้กรณีที่ผู้กระทำผิดฆ่าบุพการีโดยรู้ว่าเป็นเจ้าของเชื้อพันธุ์ อย่างไรก็ตาม ถ้ามองในแง่ของความผูกพันที่ได้เลี้ยงดูกันมาเนื่องจากการให้กำเนิดโดยการผสมเทียม ก็น่าจะได้พิจารณาเพิ่มโทษ

ในกรณีที่เป็นการบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายที่เป็นเจ้าของเชื้อพันธุ์หรือไข่ มากกว่าเป็นเพียงเจ้าของเชื้อพันธุ์หรือไข่แต่เพียงอย่างเดียว

4. ข้อกำหนดในมาตรา 301 ถึงมาตรา 305 อันจัดได้ว่าเป็นข้อกำหนดที่คุ้มครองทารกมิให้ถูกทำลายลงก่อนคลอดออกมามีชีวิตเป็นมนุษย์ การให้กำเนิดแต่เดิมจะเป็นไปตามวิธีการธรรมชาติโดยประกอบไปด้วย การร่วมหลับนอนของชายหญิงแล้วก่อให้เกิดทารกในครรภ์และคลอดออกมาเป็นมนุษย์ กฎหมายในมาตรา 301 ถึงมาตรา 305 จึงกำหนดขึ้นมาเพื่อมุ่งจะคุ้มครองทารกในครรภ์ให้อยู่รอดจนคลอดออกมาจากครรภ์มารดา แต่การผสมเทียมกระทำก่อนให้เกิดชีวิตมนุษย์โดยอาจจะเริ่มจากการให้กำเนิดที่ผิดไปจากวิธีการทางธรรมชาติ คือ มีการนำเอาเชื้อพันธุ์และไข่ออกมาผสมกันด้วยกรรมวิธีทางวิทยาศาสตร์จนเกิดเป็นตัวอ่อน จากนั้นจึงมีการนำเอาตัวอ่อนถ่ายกลับเข้าไปทำให้เกิดการปฏิสนธิในครรภ์มารดาจนถึงกำหนดคลอดออกมาเป็นทารก จากกรรมวิธีการดังกล่าวเราจะถือว่าตัวอ่อนที่ได้นั้นเป็นทารกหรือไม่ เพราะกฎหมายของไทยเราไม่ได้กำหนดนิยามของคำว่าทารกไว้ หากมีการทำลายตัวอ่อนให้เกิดความเสียหายไปก่อนถ่ายกลับเข้าไปในครรภ์ของหญิง จะถือเป็นการทำให้แท้งบุตรหรือไม่ มีปัญหาได้ 2 กรณีคือ

4.1 การทำให้ตัวอ่อนในงานทดลองที่ผสมแล้วเสียหายหรือสลายไปเป็นการทำแท้งหรือไม่ ในเมื่อการทำแท้งศาลหมายความถึง การที่ทารกที่คลอดออกมาจากครรภ์มารดาอย่าไม่มีชีวิต ย่อมแสดงว่าความผิดฐานทำแท้ง จะต้องเริ่มตั้งแต่หญิงมีการ "ตั้งครรภ์" และการทำแท้งก็คือการยุติการตั้งครรภ์ดังกล่าวก่อนเวลาที่ทารกจะคลอดและรอดอยู่นั่นเอง ผลก็คือการผสมเทียมของเชื้อพันธุ์และไข่จนเกิดเป็นตัวอ่อนดังกล่าวมิใช่การตั้งครรภ์จนกว่าจะได้มีการถ่ายกลับตัวอ่อนดังกล่าวเข้าไปให้อยู่ในครรภ์ของหญิง ดังนั้นการทำให้ตัวอ่อนที่ผสมแล้วในงานทดลองเสียหายหรือสลายไปจึงมิใช่เป็นการทำแท้ง

4.2 ในการทำแท้งโดยชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา 305(2) ที่ว่าหญิงนั้นต้องถูกข่มขืน "กระทำชำเรา" จนตั้งครรภ์ และเนื่องจากศาลได้ให้ความหมายของการ "กระทำชำเรา" ว่า ต้องมีการล่วงล้ำของอวัยวะเพศชายเข้าไปในช่องคลอดของหญิง การผสมเทียมโดยการฉีดเชื้อตัวอ่อนเข้าไปให้ตั้งครรภ์ จึงมิใช่การ "ชำเรา" ในความหมายดังกล่าวเพราะไม่มีการ "ล่วงล้ำของอวัยวะเพศชาย" ถ้าตีความโดยเคร่งครัดดังที่ศาลใช้แล้ว กรณีดังกล่าวก็ไม่อาจทำแท้งได้โดยชอบด้วยกฎหมาย ดังนั้นจึงควรที่กฎหมายจะแก้ไขเพิ่มเติมให้



รวมถึงการกระทำใด ๆ อันเป็นการกระทำที่ก่อให้เกิดการตั้งครมภ์แก่หญิงด้วย ซึ่งก็หมายความว่าความถึงการที่หญิงถูกจับขังเข้าไปในมดลูกแล้วเกิดการตั้งครมภ์ ต้องถือว่าหญิงถูกล่วงละเมิดทางเพศด้วย กฎหมายในมาตรา 305(2) จึงควรที่จะคุ้มครองการกระทำ ความผิดดังกล่าวและอนุญาตให้หญิงที่ถูกละเมิดจากวิธีการผสมเทียมได้ทำแท้งบุตรที่เกิดจากการกระทำความผิดดังกล่าวด้วย เพราะถือเป็นบุตรที่เกิดจากการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศวิธีการหนึ่ง จึงควรที่จะมีการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายอาญาในมาตรา 305(2) ให้สอดคล้องกับความผิดที่อาจจะเกิดขึ้นได้

5. ความผิดในคดีอุทลุมตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 5(2) ในการตีความคำว่าบุพการี ผู้สืบสันดาน ในมาตรา 5(2) ศาลจะตีความโดยถือหลักตามความเป็นจริง เพราะเดิมก่อนจะมีการผสมเทียมเข้ามาเกี่ยวข้องกับบุพการีกับผู้สืบสันดานในความเป็นจริงนั้นเป็นคนเดียวกันกับบุพการี ผู้สืบสันดานโดยชอบด้วยกฎหมาย แต่บุคคลดังกล่าวอาจไม่ถือเป็นบุคคลตามที่กฎหมายกำหนดอันเนื่องมาจากการไม่มีการจดทะเบียนสมรส หรือไม่มีการรับรองบุตรกฎหมายในมาตรา 5(2) ต้องการจะคุ้มครองบุพการี ผู้สืบสันดานให้ได้รับความเป็นธรรมมากที่สุดเมื่อถูกทำร้ายจนไม่สามารถจะจัดการเองได้ ซึ่งถ้าอนุญาตให้แต่บุคคลโดยชอบด้วยกฎหมายอาจจะไม่ครอบคลุม การตีความศาลจึงกำหนดให้ถือเอาหลักตามความเป็นจริง แต่ในปัจจุบันการผสมเทียมทำให้นิยามของบุพการีเปลี่ยนไปโดยทั้งความเป็นจริงกับโดยชอบด้วยกฎหมายอาจจะเป็นบุคคลได้ตั้งแต่ 1 คู่ขึ้นไปก็ได้ ดังนั้นการจะฟ้องร้องบุคคลใดอาจจะกลายเป็นคดีอุทลุมไปได้ หากผู้สืบสันดานถูกเจ้าของเชื้อพันธุ์บริจาคซึ่งไม่เคยรู้จักกันมาก่อนข่มขืนกระทำชำเรา ผู้สืบสันดานแม้จะไม่รู้จักและไม่เคยอยู่ในความดูแลกันมาก่อน แต่กฎหมายในมาตรา 5(2) นั้นทำให้ผู้สืบสันดานฟ้องไม่ได้กลายเป็นคดีอุทลุม ในทางกลับกันพ่อเลี้ยงซึ่งดูแลลูกเลี้ยงมาแล้วข่มขืนลูกเลี้ยงกลับถูกลงโทษได้ มาตรา 5(2) ไม่เป็นคดีอุทลุมจึงควรที่จะมีการแก้ไขกฎหมายในมาตรา 5(2) โดยกำหนดให้บุพการี ผู้สืบสันดานตีความให้ถือทั้งตามความเป็นจริง และโดยชอบด้วยกฎหมายประกอบกัน ถ้าขาดอย่างใดอย่างหนึ่งไม่ถือเป็นคดีอุทลุม ผู้สืบสันดานฟ้องร้องผู้กระทำความผิดทางอาญาได้ แต่ผู้กระทำความผิดเป็นบุพการีตามความเป็นจริงและโดยชอบด้วยกฎหมาย ผู้สืบสันดานจะฟ้องร้องบุพการีไม่ได้ถือเป็นคดีอุทลุม จากการศึกษาในเรื่องของกรณีผสมเทียมจึงเห็นว่าควรจะมีการแก้ไขในมาตรา 5 (2) ดังกล่าว

จากการศึกษาการผสมเทียมกับปัญหาความรับผิดชอบในทางอาญาดังกล่าวมาแล้ว  
ชี้ให้เห็นว่าจาก นวัตกรรมของความเจริญทางเทคโนโลยีของการผสมเทียมมีผลต่อการ  
กำหนดความรับผิดชอบในทางอาญา จึงสมควรที่จะมีการปรับปรุงแก้ไขเพิ่มเติมมาตราต่าง ๆ ที่  
กล่าวมาให้ครอบคลุมถึงการผสมเทียมและในการตีความของศาลก็ควรที่จะพิจารณา  
ปัญหาที่อาจจะเกิดขึ้นโดยมีการผสมเทียมเข้าไปมีส่วนเกี่ยวข้อง แม้ในขณะนี้อาจจะยังไม่มี  
ปัญหาความรับผิดชอบในทางอาญาในมาตราต่าง ๆ เข้ามาเกี่ยวข้องกับการผสมเทียมจนเป็นคดี  
ขึ้นสู่ศาลก็ใช่ว่าปัญหาดังกล่าวจะไม่เกิดขึ้น ฉะนั้นการกำหนดกฎหมายเกี่ยวกับความรับ  
ผิดทางอาญาควรที่จะกำหนดให้ครอบคลุมเอาไว้ เพื่อว่าหากเกิดความผิดเกี่ยวข้องกับการ  
ผสมเทียมจะได้นำมาตราต่าง ๆ เหล่านั้นมาใช้ได้อย่างตรงต่อความผิด โดยไม่ต้องอาศัย  
การตีความไปในบทมาตราใด ๆ เพื่อการปรับความผิดให้เข้ากับมาตรานั้น เพราะกฎหมาย  
อาญาไม่ต้องการให้มีการนำเอากฎหมายใดมาปรับลงโทษผู้กระทำผิด จึงสมควรที่จะมี  
กฎหมายกำหนดความรับผิดชอบให้ครอบคลุมถึงการผสมเทียมเอาไว้รองรับปัญหาที่อาจจะมี  
มาสู่ศาลในอนาคตอันใกล้

## บรรณานุกรม

### ภาษาไทย

### หนังสือ

- กุศล บุญเย็น. คำอธิบายกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์นิติธรรม , 2531.
- เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค 1. พิมพ์ครั้งที่ 4 แก้ไขเพิ่มเติม. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2538.
- คณิต ณ นคร. กฎหมายอาญาความผิด. พิมพ์ครั้งที่ 6. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2539.
- คณิต ณ นคร. ประมวลกฎหมายอาญาหลักกฎหมายและพื้นฐานการเข้าใจ. พิมพ์ครั้งที่ 6. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2540.
- ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ. กฎหมายอาญาหลักและปัญหา. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2540.
- พิพัฒน์ จักรางกูร. คำอธิบายกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา. กรุงเทพฯ : หจก. ป. สัมพันธ์พาณิชย์, 2535.
- สมชัย ทรัพย์วณิช. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว. กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์แสงสุทธิการพิมพ์, 2526.
- สหัส สิงหวิริยะ. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว. กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์แสงสุทธิการพิมพ์, 2527.
- หยุด แสงอุทัย. กฎหมายอาญาภาค 2-3. พิมพ์ครั้งที่ 7. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2538.

## วารสาร

- กิตติพงษ์ กิตยารักษ์. "ปุจฉา-วิสัชนามาตรการทางกฎหมายกับปัญหาการทำแท้ง" **วารสารนิติศาสตร์**. 24, 3. 2537.
- จิตติ ดิงศภักดิ์. "ความผิดฐานทำให้แท้งลูก" **ดุลพາห**. 15, 1. 2522.
- จิตติ เจริญจำ. "ฎีกาวิเคราะห์ครูซ้ำเร้าศิษย์-โทษหนัก" **วารสารอัยการ**. 16, 190. 2536.
- เจริญ ทวีผลเจริญและคณะ. "คุณค่าของระดับฮอร์โมน  $\beta$ -hcG ในการทำนายผลของการตั้งครรภ์ใน GIFT" **จดหมายเหตุทางแพทย์ แพทยสมาคมแห่งประเทศไทย**. 11 พฤศจิกายน 2535.
- ชุมศักดิ์ พุกษาพงษ์. "กำเนิดทารก : จากวันนั้นถึงวันนี้" **ใกล้หมอ**. 22, 5. 2541.
- ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ. "ปัญหาการให้กำเนิดและการทำแท้ง" **วารสารนิติศาสตร์**. 25, 2. มิถุนายน 2538.
- ประสพสุข บุญเดช. "การปฏิสนธิเทียมยุคโลกาภิวัตน์" **บทบัญญัติ**. 51. ตอน 4 ธันวาคม 2538.
- ประสพสุข บุญเดช. "อุ้มบุญ" **วารสารกฎหมายสู่ชัยธรรมมาธิราช**. 2, 5. ธันวาคม 2536.
- พงษ์ธร วิโรจน์ชัยวงษ์. **วชิรเวชสาร**. 42, 1. 2542.
- วรากร วราอศวปติ. "เขาถูกสร้างขึ้นเพื่อให้เป็นอัจฉริยะ" **วารสารวิทยาศาสตร์ มศว. มหาสารคาม**. กรกฎาคม-ธันวาคม 2528.
- วิชา มหาคุณ. "จริยธรรมและกฎหมายกับการกำเนิดมนุษย์โดยเทคโนโลยีแผนใหม่" **วารสารกฎหมาย**. 15, 1. 2537.
- วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์. "การผสมเทียมกับกฎหมาย" **บทบัญญัติ**. 44 ตอน 2. 2531.
- วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์. "ความผิดฐานทำให้แท้งลูก" **บทบัญญัติ**. 23. ตอน 4. 2528.
- วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์. "สัญญาเช่ามดลูก" **วารสารอัยการ**. 10, 110. กุมภาพันธ์ 2530.
- วิมลศิริ ชำนาญเวช. "บิดามารดากับบุตร" **วารสารนิติศาสตร์**. 20, 4. 2533.
- สันทัต ศะศิวิณิช. "มองไปข้างหน้าปัญหาผสมเทียม" **วารสารนิติศาสตร์**. 15, 2. มิถุนายน 2528.

สันทัต ศะศิวงษ์. "ปัญหาผสมเทียม" วารสารนิติศาสตร์. 15, 4. ธันวาคม 2528.

เสรี ธีรพงษ์. "อันเนื่องมาจากปก?" ไกล่หมอ. 22, 3. 2541.

อภิวรรณ อินศร. "ปัญหาทางกฎหมายและจริยธรรมของเด็กที่เกิดจากการผสมเทียม"  
ภาควิชากฎหมายอาญาและอาชญาวิทยา คณะนิติศาสตร์จุฬาลงกรณ์  
มหาวิทยาลัย. 2540.

อร่าม โรจนสกุลและคณะ. "ประสบการณ์ 2 ปีของการรักษาภาวะมีบุตรยากโดยการฉีด  
เชื้ออสุจิเข้าโพรงมดลูก" จดหมายเหตุทางแพทย์ แพทยสมาคมแห่งประเทศไทย.  
8 สิงหาคม 2535.

อนุก อารีพรรคและสุวิทนา อารีพรรค. "เรียนรู้เรื่องเพศ" จุฬาลงกรณ์เวชสาร. 2525.

อิฐฐารมณีย์ สัมภาษณ์ ดร.โรนัลด์ อีริคสัน. "มากำหนดเพศลูกกันเถอะ" แม่และเด็ก.  
กุมภาพันธ์ - มีนาคม 2530.

เอื้อพงศ์ จตุรธำรงและสมหมาย ดุงสุวรรณ. "การผสมเทียม" นริเวชวิทยา. พิมพ์ครั้งที่  
2. 2527.

### วิทยานิพนธ์

ไฉไล ชุ่มฤทธิ์. "กฎหมายว่าด้วยการทำแท้ง" วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต  
คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2523.

ลีพูน จิระวัฒนสมกุล. "ปัญหาทางด้านกฎหมายเกี่ยวกับการผสมเทียม" วิทยา  
นิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2530.

## เอกสารอื่น

กิตติพงษ์ กิตยารักษ์. “บุจฉา-วิสัยชนา : มาตรการทางกฎหมายกับปัญหาการทำแท้ง” รายงานการเสวนาทางวิชาการของสถาบันกฎหมายอาญา. สำนักงานอัยการสูงสุด, มกราคม 2540.

พรทิพย์ โรจนสุนันท์. “ความรู้เบื้องต้นเรื่อง DNA fingerprint” การสัมมนาโครงการพิสูจน์ DNA : ทฤษฎีใหม่ในกระบวนการยุติธรรม. วิทยาลัยการยุติธรรม สำนักงานส่งเสริมงานตุลาการ, 25 มีนาคม 2540.

## หนังสือพิมพ์

ฐิตา. “โคลนนิ่ง : สำเนาชีวิตใหม่จากต้นแบบ” หนังสือพิมพ์เดลินิวส์, 3 มีนาคม 2540.

รัตนาวดี บุญเชย. “จุดดวงแก้วของชนกชนนีโยปล่อยให้เรื้อนร้าวก่อนเวลา” หนังสือพิมพ์สยามรัฐ, มีนาคม 2530.

ข่าวจากหนังสือพิมพ์เดลินิวส์, 23 ธันวาคม 2541.

ข่าวจากหนังสือพิมพ์เดลินิวส์, 26 ธันวาคม 2541.

ข่าวจากหนังสือพิมพ์ไทยรัฐ, 3 มีนาคม 2540.

## ภาษาอังกฤษ

### Books

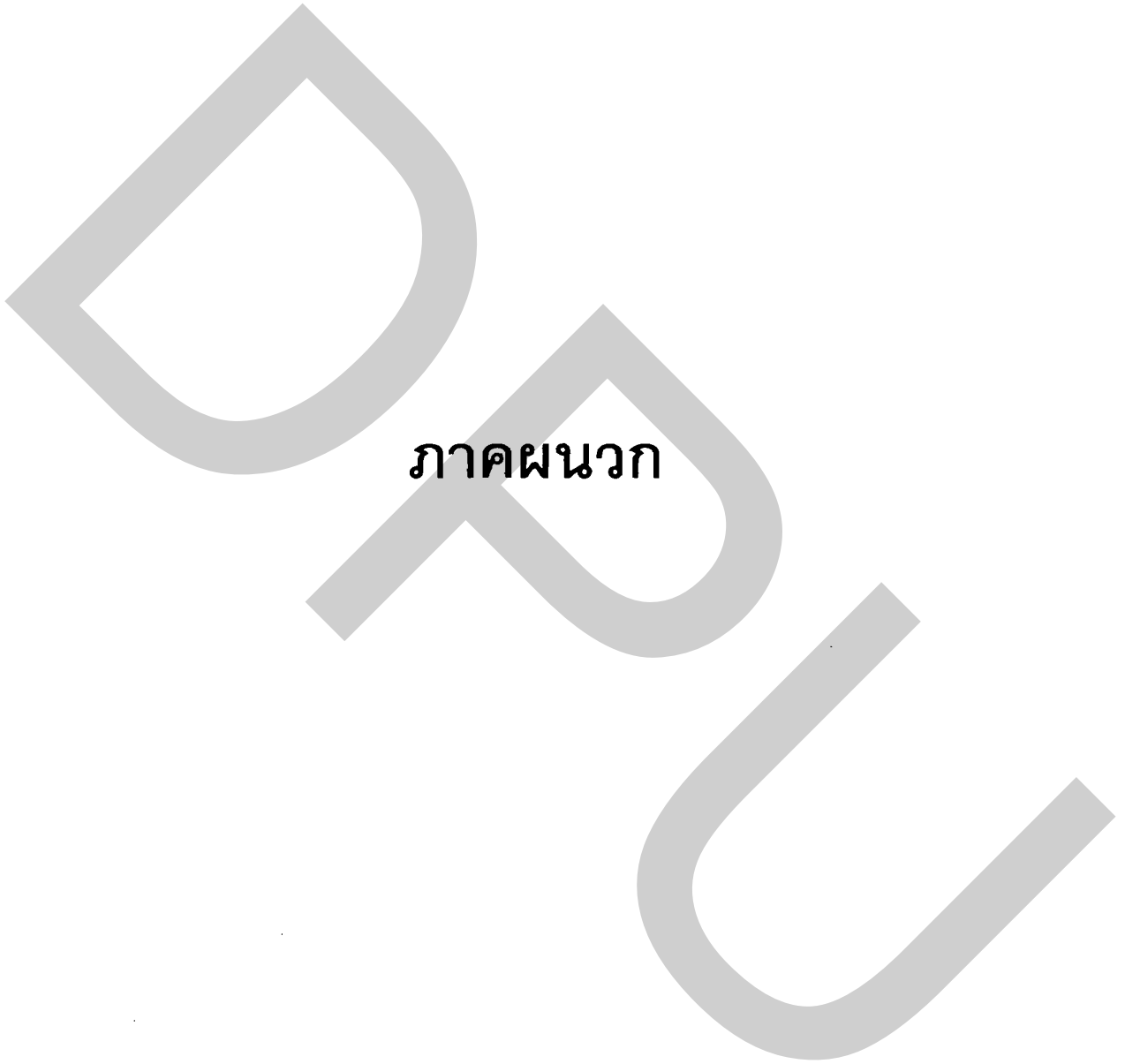
Henry Campbell Black. Artificial Insemination. **Black's Law : Dictionary**, 1979.

The First Test-Tube Baby : Time , 31 July 1978.

Walter Wadling and Others. Law and others. **Law and Medicine : Case and Materials**. New York : Foundation Press , inc , 1980.

### Laws

Act Section1. Insemination of Sweden. **Act 1984 : 1140 on Insemination**. laws of Sweden , 1984.



ภาคผนวก



ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ ๕

ลักษณะ ๒

บิดามารดากับบุตร

หมวด ๑

บิดามารดา

**มาตรา ๑๕๓๖** เด็กเกิดแต่หญิงขณะเป็นภริยาชายหรือภายในสามร้อยสิบวัน นับแต่วันที่การสมรสสิ้นสุดลง ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของชายผู้เป็นสามีแล้วแต่กรณี

ให้นำความในวรรคหนึ่งมาใช้บังคับแก่บุตรที่เกิดจากหญิงก่อนที่ได้มีคำพิพากษาถึงที่สุดของศาลแสดงว่าการสมรสเป็นโมฆะ หรือภายในระยะเวลาสามร้อยสิบวันนับแต่วันนั้น

**มาตรา ๑๕๖๔** บิดามารดา จำต้องอุปการะเลี้ยงดู และให้การศึกษาตามสมควรแก่บุตรในระหว่างที่เป็นผู้เยาว์

บิดามารดาจำต้องอุปการะเลี้ยงดูบุตรซึ่งบรรลุนิติภาวะแล้วแต่เฉพาะผู้ทุพพลภาพและหาเลี้ยงตนเองมิได้

**มาตรา ๑๕๖๖** บุตรซึ่งยังไม่บรรลุนิติภาวะต้องอยู่ใต้อำนาจปกครองของบิดามารดา

อำนาจปกครองอยู่กับบิดาหรือมารดาในกรณีดังต่อไปนี้

- (๑) มารดาหรือบิดาตาย
- (๒) ไม่แน่นอนว่ามารดาหรือบิดามีชีวิตอยู่หรือตาย
- (๓) มารดาหรือบิดาถูกศาลสั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถ หรือเสมือนไร้ความสามารถ
- (๔) มารดาหรือบิดาต้องเข้ารักษาตัวในโรงพยาบาลเพราะจิตฟั่นเฟือน
- (๕) ศาลสั่งให้อำนาจปกครองอยู่กับบิดาหรือมารดา
- (๖) บิดาและมารดาตกลงกันตามที่มีกฎหมายบัญญัติไว้ให้ตกลงกันได้

## ประมวลกฎหมายอาญา

### ภาค ๑

### บทบัญญัติทั่วไป

#### ลักษณะ ๑

#### บทบัญญัติที่ใช้แก่ความผิดทั่วไป

#### หมวด ๔

#### ความรับผิดชอบในทางอาญา

**มาตรา ๕๙** บุคคลจะต้องรับผิดชอบในทางอาญาก็ต่อเมื่อได้กระทำโดยเจตนา เว้นแต่จะได้กระทำโดยประมาท ในกรณีที่กฎหมายบัญญัติให้ต้องรับผิดชอบเมื่อได้กระทำโดยประมาทหรือเว้นแต่ในกรณีที่กฎหมายบัญญัติไว้โดยแจ้งชัดให้ต้องรับผิดชอบแม้ได้กระทำโดยไม่มีเจตนา

กระทำโดยเจตนา ได้แก่กระทำโดยรู้สำนึกในการที่กระทำ และในขณะเดียวกันผู้กระทำประสงค์ต่อผล หรือย่อมนิ่งเห็นผลของการกระทำนั้น

ถ้าผู้กระทำมิได้รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิดจะถือว่าผู้กระทำประสงค์ต่อผลหรือย่อมนิ่งเห็นผลของการกระทำนั้นมิได้

การกระทำโดยประมาท ได้แก่การกระทำความผิดมิใช่โดยเจตนาแต่กระทำโดยปราศจากความระมัดระวังซึ่งบุคคลในภาวะเช่นนั้นจักต้องมีตามวิสัยและพฤติการณ์ และผู้กระทำอาจใช้ความระมัดระวังเช่นนั้นได้ แต่หาได้ใช้ให้เพียงพอไม่

การกระทำ ให้นำความรวมมถึงการให้เกิดผลอันหนึ่งอันใดขึ้นโดยงดเว้นการที่จักต้องกระทำเพื่อป้องกันผลนั้นด้วย

#### ลักษณะ ๙

#### ความผิดเกี่ยวกับเพศ

**มาตรา ๒๗๖** ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราหญิงซึ่งมิใช่ภริยาของตนโดยขู่เข็ญด้วยประการใด ๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยหญิงอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้หรือโดย

ทำให้หญิงเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปีและปรับตั้งแต่แปดพันบาทถึงสี่หมื่นบาท

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคแรก ได้กระทำโดยมีหรือใช้อาวุธปืนหรือวัตถุระเบิดหรือโดยร่วมกระทำความผิดด้วยกันอันมีลักษณะเป็นการโทรมหญิง ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สิบห้าปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่สามหมื่นบาทถึงสี่หมื่นบาท หรือจำคุกตลอดชีวิต

**มาตรา ๒๘๕** ถ้าการกระทำความผิดตามมาตรา ๒๗๖ มาตรา ๒๗๗ มาตรา ๒๗๗ ทวิ มาตรา ๒๗๗ตรี มาตรา ๒๗๘ มาตรา ๒๗๙ มาตรา ๒๘๐ มาตรา ๒๘๒ หรือ มาตรา ๒๘๓ เป็นการกระทำแก่ผู้สืบสันดาน ศิษย์ซึ่งอยู่ในความดูแล ผู้อยู่ในความควบคุมตามหน้าที่ราชการหรือผู้อยู่ในความปกครอง ในความพิทักษ์หรือในความอนุบาล ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษหนักกว่าที่บัญญัติไว้ในมาตรานั้น ๆ หนึ่งในส่วน

#### ลักษณะ ๑๐

ความผิดเกี่ยวกับชีวิตและร่างกาย

#### หมวด ๑

ความผิดต่อชีวิต

**มาตรา ๒๘๙** ผู้ใด

(๑) ฆ่าบุพการี

(๒) ฆ่าเจ้าพนักงาน ซึ่งกระทำการตามหน้าที่ หรือเพราะเหตุที่จะกระทำ หรือได้กระทำตามหน้าที่

(๓) ฆ่าผู้ช่วยเหลือเจ้าพนักงาน ในการที่เจ้าพนักงานนั้นกระทำความผิดตามหน้าที่ หรือเพราะเหตุที่บุคคลนั้นจะช่วยหรือได้ช่วยเจ้าพนักงานดังกล่าวแล้ว

(๔) ฆ่าผู้อื่นโดยไตร่ตรองไว้ก่อน

(๕) ฆ่าผู้อื่นโดยทรามานหรือโดยกระทำทารุณโหดร้าย

(๖) ฆ่าผู้อื่นเพื่อเตรียมการ หรือเพื่อความสะดวกในการที่จะกระทำความผิดอย่างอื่น หรือ

(๗) ชำผู้อื่นเพื่อจะเอา หรือเอาไว้ซึ่งผลประโยชน์อันเกิดแต่การที่ตนได้กระทำ ความผิดอื่น เพื่อปกปิดความผิดอื่นของตน หรือเพื่อหลีกเลี่ยงให้พ้นอาญาในความผิดอื่นที่ตนได้กระทำไว้

## ลักษณะ ๑๐

### หมวด ๓

#### ความผิดฐานทำให้แท้งลูก

มาตรา ๓๐๑ หญิงใดทำให้ตนเองแท้งลูกหรือยอมให้ผู้อื่นทำให้ตนแท้งลูกต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

มาตรา ๓๐๒ ผู้ใดทำให้หญิงแท้งลูกโดยหญิงนั้นยินยอม ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ถ้าการกระทำนั้นเป็นเหตุให้หญิงรับอันตรายสาหัสอย่างอื่นด้วย ผู้กระทำต้องระวางโทษไม่เกินเจ็ดปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นสี่พันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ถ้าการกระทำนั้นเป็นเหตุให้หญิงถึงแก่ความตาย ผู้กระทำต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบปี และปรับไม่เกินสองหมื่นบาท

มาตรา ๓๐๓ ผู้ใดทำให้หญิงแท้งลูกโดยหญิงนั้นไม่ยินยอม ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินเจ็ดปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นสี่พันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ถ้าการกระทำนั้นเป็นเหตุให้หญิงรับอันตรายสาหัสอย่างอื่นด้วย ผู้กระทำต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งปีถึงสิบปีและปรับตั้งแต่สองพันบาทถึงสองหมื่นบาท

ถ้าการกระทำนั้นเป็นเหตุให้หญิงถึงแก่ความตาย ผู้กระทำต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ห้าปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่หนึ่งหมื่นบาทถึงสี่หมื่นบาท

มาตรา ๓๐๔ ผู้ใดเพียงแต่พยายามกระทำความผิดมาตรา ๓๐๑ หรือมาตรา ๓๐๒ วรรคแรก ผู้นั้นไม่ต้องรับโทษ

มาตรา ๓๐๕ ถ้าการกระทำความผิดดังกล่าวในมาตรา ๓๐๑ และมาตรา ๓๐๒ นั้น เป็นการกระทำของนายแพทย์และ

(๑) จำเป็นต้องกระทำเนื่องจากสุขภาพของหญิงนั้น หรือ

(๒) หญิงมีครรภ์เนื่องจากการกระทำความผิดอาญา ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา ๒๗๖ มาตรา ๒๗๗ มาตรา ๒๘๒ มาตรา ๒๘๓ หรือมาตรา ๒๘๔ ผู้กระทำไม่มีความผิด

ภาค ๓

ลหุโทษ

มาตรา ๓๗๔ ผู้ใดเห็นผู้อื่นตกอยู่ในภยันตรายแห่งชีวิตซึ่งตนอาจช่วยได้โดยไม่ควรกลัวอันตรายแก่ตนเองหรือผู้อื่น แต่ไม่ช่วยตามความจำเป็น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งเดือน หรือปรับไม่เกินหนึ่งพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

ภาค ๑

ข้อความเบื้องต้น

ลักษณะ ๑

หลักทั่วไป

มาตรา ๕ บุคคลเหล่านี้จัดการแทนผู้เสียหายได้

- (1) ผู้แทนโดยชอบธรรมหรือผู้อนุบาล เฉพาะแต่ในความผิดซึ่งได้กระทำต่อผู้เยาว์ หรือผู้ไร้ความสามารถซึ่งอยู่ในความดูแล
- (2) ผู้บุพการี ผู้สืบสันดาน สามีหรือภริยา เฉพาะแต่ในความผิดอาญา ซึ่งผู้เสียหายถูกทำร้ายถึงตายหรือบาดเจ็บจนไม่สามารถจะจัดการเองได้
- (3) ผู้จัดการหรือผู้แทนอื่น ๆ ของนิติบุคคล เฉพาะความผิดซึ่งกระทำลงแก่นิติบุคคลนั้น

ลักษณะ ๓

การฟ้องคดีอาญาและคดีแพ่งที่เกี่ยวข้องกับคดีอาญา

หมวด ๑

การฟ้องคดีอาญา

มาตรา ๒๘ บุคคลเหล่านี้มีอำนาจฟ้องคดีต่อศาล

- (1) พนักงานอัยการ
- (2) ผู้เสียหาย

มาตรา ๒๙ เมื่อผู้เสียหายได้ยื่นฟ้องแล้วตายลง ผู้บุพการี ผู้สืบสันดาน สามีหรือภริยาจะดำเนินคดีต่างผู้ตายต่อไปก็ได้

ถ้าผู้เสียหายที่ตายนั้นเป็นผู้เยาว์ ผู้วิกลจริต หรือผู้ไร้ความสามารถ ซึ่งผู้แทนโดยชอบธรรม ผู้อนุบาล หรือผู้แทนเฉพาะคดีได้ยื่นฟ้องแทนไว้แล้ว ผู้ฟ้องแทนนั้นจะว่าคดีต่อไปก็ได้

## Act 1984 : 1140 on Insemination of Sweden

Section 1. "Insemination shall in This Act mean the insemination of semen into a woman in an artificial manner"

Section 2. "Insemination may only take place on the condition that the woman is married or cohabits with a man under marriage-like conditions. The written consent of the husband or the cohabiting man must be obtained.

Section 3. "Insemination with the sperm of a man other than the man to whom the woman is married or with whom she is cohabiting may take place only in a public hospital under supervision of a physician qualified in gynaecology and obstetrics.

The physician shall determine if it is appropriate that insemination take place taking into consideration the medical, psychological and social circumstances of the couple. Insemination may take place only if it is probable that the child resulting therefrom will be brought up under favourable conditions. If insemination is refused, the couple may apply to the National Board of Health and Welfare for a re-examination of case. No appeal may be made against the decision of the Board.

The physician shall select an appropriate donor of the sperm. Information concerning the donor shall be registered and the record shall be kept for at least 70 years.

Section 4. "A child conceived as a result of insemination in accordance with s 3 is entitled to be advised of the content of the record kept by the hospital concerning the donor of the sperm, provided the child has reached sufficient maturity. The local Social Welfare Committee shall assist the child in obtaining this information when it so desires.

Section 5. "If, in a court case concerning paternity, it is necessary for the Court to gain access to the information in existence as to insemination, then

the person who is responsible for the insemination or any other person having access to the information is obliged to present it to the Court upon request.

Section 6. "Frozen sperm may not be import into Sweden without the permission of the National Board of Health and Welfare."

Section 7. "Any person who habitually or for reson of gain performs insemination contrary to this Act or for the same reasons offers sperm for insemination shall be punished by fines or imprisonment for a maximum of six months."



## ประวัติผู้เขียน

นางชมพรรณ รัตนกร เกิดเมื่อวันที่ 9 เมษายน 2504 ที่อำเภอเมือง จังหวัด  
ปทุมธานี

สำเร็จการศึกษาปริญญานิติศาสตร์บัณฑิต จากมหาวิทยาลัยรามคำแหง ปีการ  
ศึกษา 2530

ปัจจุบันเข้าศึกษาต่อในระดับปริญญาตรีมหาบัณฑิต ณ มหาวิทยาลัย  
ธุรกิจบัณฑิต ภาควิชากฎหมายอาญา

ประวัติการทำงาน ประกอบธุรกิจจัดสรรบ้านและที่ดิน เป็นทนายความอิสระ