หลักเกณฑ์การกำหนดความรับผิดทางอาญา : ศึกษากรณีการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์กับหญิงที่ไม่มีสามีโดยชอบด้วยกฎหมาย

CRITERIA FOR DETERMINING CRIMINAL LIABILITY : STUDY THE CASE OF USING MEDICAL ASSISTED REPRODUCTIVE TECHNOLOGY WITH SINGLE WOMEN

ธอร อนุวัตรนิติการ

Thaorn Anuwatnitikarn

นักศึกษาปริญญาโทหลักสูตรนิติศาสตรบัณฑิต สาขากฎหมายอาญา
คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ : thaorn_a@hotmail.com
Graduate Student of Master of Laws Program in Criminal Law, Faculty of Law,
Thammasat University. Email address : thaorn_a@hotmail.com

Received : June 12, 2019
Revised : July 11, 2019
Accepted : September 9, 2019

บทคัดย่อ

บทความฉบับนี้ได้ศึกษาปัญหาของบทบัญญัติเกี่ยวกับหลักเกณฑ์การกำหนดความรับผิดทางอาญา กรณีใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์กับหญิงที่ไม่มีสามีโดยชอบด้วยกฎหมาย ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 โดยพิจารณาทั้งหลักประโยชน์สูงสุดของเด็กและความเหมาะสมในการกำหนดความรับผิดทางอาญาของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม พร้อมทั้งศึกษากฎหมายของต่างประเทศ จากการศึกษาพบว่าบทกำหนดความรับผิดทางอาญากรณีการให้บริการกับหญิงที่ไม่มีสามีโดยชอบด้วยกฎหมายยังไม่สอดคล้องกับหลักเกณฑ์ในการกำหนดความรับผิดทางอาญา ดังนั้นผู้เขียนเห็นว่าควรมีการแก้ไขบทกำหนดความผิดและโทษในพระราชบัญญัติดังกล่าว

คำสำคัญ

ความรับผิดทางอาญา, สภาพปัญหาในแง่ศีลธรรม, เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์

ABSTRACT

This article examines the problems of provisions relating to the criteria for determining criminal liability in the case of using medical assisted reproductive technology with single women, according to the Protection Of a Child Born By Medically Assisted Reproductive Technology Act, B.E. 2558. This research is considered in terms of the best interest of the child principle, criteria for determining criminal liability of the medical practitioner, along with studying the foreign laws. From the research, I found that the chapter defines criminal liability in the case of providing services to single women still do not comply with the criteria for determining criminal liability. Therefore, the author considers that there should be an amendment to the provisions of the offense and punishment in the said Act.

Keywords

criminal liability, moral problems, medical assisted reproductive technology

บทนำ

ก่อนการออกพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ.2558 ประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองเด็กที่เกิดจากเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์โดยตรง มีแต่เพียงประกาศแพทยสภา 2 ฉบับที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2525 ที่เกี่ยวข้องเพียงการกำหนดมาตรฐานการให้บริการการห้ามและการลงโทษการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์เพื่อผลประโยชน์ตอบแทนทางธุรกิจเท่านั้น ทำให้มีการนำเทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ไปใช้ในทางที่ไม่เหมาะสม จึงเป็นที่มาของการออกพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 โดยมีการกำหนดเงื่อนไขของบุคคลที่สามารถเข้ารับบริการเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ไว้เฉพาะสามีและภรรยาที่ชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมจึงไม่สามารถให้บริการกับบุคคลอื่นที่ไม่เข้าเงื่อนไขที่ถูกกำหนดไว้ได้ ตามความในพระราชบัญญัติดังกล่าว ซึ่งบัญญัติว่า

“มาตรา 36 ห้ามมิให้ผู้ใดสร้างตัวอ่อนเพื่อใช้ในกิจการใด ๆ เว้นแต่เพื่อใช้ในการบำบัดรักษาภาวะการมีบุตรยากของสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมาย” โดยมีบทกำหนดโทษทางอาญาซึ่งบัญญัติว่า

“มาตรา 51 ผู้ใดฝ่าฝืนมาตรา 36 ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

ทำให้ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมไม่สามารถให้บริการกับหญิงที่ไม่มีสามีโดยชอบด้วยกฎหมายที่ประสงค์จะมีบุตรได้ แม้ว่าหญิงนั้นจะไม่มีวัตถุประสงค์ในทางการค้า หรือแสวงประโยชน์อื่นใดอันไม่ชอบด้วยกฎหมายก็ตาม ในที่นี้จะศึกษากรณีของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมที่ใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์กับหญิงที่ไม่มีสามีโดยชอบด้วยกฎหมายกฎหมาย ทั้งในกรณีของหญิงโสดที่มีและไม่มีสามีตามความเป็นจริง รวมทั้งหญิงที่มีคู่รักเพศเดียวกัน ที่ประสงค์จะมีบุตรเป็นของตนเองโดยไม่ได้มีวัตถุประสงค์ในทางการค้าหรือแสวงประโยชน์อื่นใดอันไม่ชอบด้วยกฎหมาย

งานวิจัยนี้มีวัตถุประสงค์ที่จะศึกษาถึงหลักเกณฑ์การกำหนดความรับผิดทางอาญา ความเหมาะสมของมาตรการทางกฎหมายอาญาเกี่ยวกับการตั้งครรภ์เพื่อให้กำเนิดบุตรของตนเอง และแนวทางการแก้ไขกฎหมายและบทบาทของรัฐในการควบคุมการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ โดยมีการศึกษาเอกสารทางวิชาการและกฎหมายต่างประเทศร่วมด้วย เพื่อให้ทราบถึงความเหมาะสมของกฎหมายที่มีผลใช้บังคับอยู่ในขณะนี้

ผู้เขียนได้แบ่งการนำเสนอออกเป็น 4 หัวข้อ ได้แก่ หลักประโยชน์สูงสุดของเด็กและหลักเกณฑ์ในการกำหนดความรับผิดทางอาญา, กฎหมายต่างประเทศ, บทวิเคราะห์ และข้อเสนอแนะ ดังต่อไปนี้

1. หลักประโยชน์สูงสุดของเด็ก และหลักเกณฑ์ในการกำหนดความรับผิดทางอาญา

การกำหนดโทษทางอาญานั้นควรใช้เฉพาะกรณีความผิดที่ร้ายแรงเท่านั้น เนื่องจากกฎหมายอาญาเป็นกฎหมายที่ส่งผลกระทบต่อชีวิต ร่างกาย เสรีภาพ และทรัพย์สินของประชาชน ทั้งยังมีต้นทุนในการดำเนินการของรัฐที่สูงมาก การจะกำหนดให้การกระทำหรือไม่กระทำการอย่างใดเป็นความผิดทางอาญาจึงควรต้องนำหลักเกณฑ์การกำหนดความรับผิดทางอาญามาพิจารณาประกอบด้วยเสมอ

1.1 หลักประโยชน์สูงสุดของเด็ก (The Best Interest of the Child)

หลักประโยชน์สูงสุดของเด็ก เป็นหลักการสำคัญของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก (Convention on the Rights of the Child) ซึ่งประเทศไทยได้เข้าเป็นภาคีในอนุสัญญาฉบับนี้ด้วย ดังนั้น การกระทำทั้งปวงที่เกี่ยวกับเด็ก ไม่ว่าจะกระทำโดยสถาบันสังคมสงเคราะห์ของรัฐหรือเอกชน ศาลยุติธรรม หน่วยงานฝ่ายบริหาร หรือองค์กรนิติบัญญัติ จะต้องคำนึงถึงผลประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นลำดับแรก[1]

[1] เครือข่ายยุติธรรมเยาวชน, “อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก,” (19 ตุลาคม 2560), สืบค้นเมื่อวันที่ 27 พฤษภาคม 2562, จาก http://www.thaiyouthjustice.net/?p=460.

1.2 แนวความคิดในการกำหนดความผิดอาญา

กฎหมายอาญาเป็นข้อบังคับของรัฐผู้ฝ่าฝืนจะได้รับผลร้ายหรือถูกลงโทษ หากรัฐออกกฎหมายให้การกระทำหรือไม่กระทำการใดเป็นความผิดอาญาได้ตามอำเภอใจจะทำให้เกิดความวุ่นวายในสังคมได้ จึงได้เกิดแนวคิดเกี่ยวกับการจำกัดลักษณะของการกระทำความผิดที่ควรกำหนดให้เป็นความผิดอาญาและสอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของกฎหมายที่มุ่งหมายที่จะบังคับให้บุคคลประพฤติในสิ่งที่สังคมปรารถนาและป้องกันมิให้มีการประพฤติในสิ่งที่สังคมไม่พึงปรารถนา[2] โดยมีการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคลควบคู่ไปด้วย

1.2.1 หลักกฎหมายอาญาต้องเป็นวิถีทางสุดท้าย (Ultima Ratio)

การจะพิจารณาว่าการกระทำใดสมควรที่รัฐจะกำหนดให้เป็นความผิดอาญา ศาตราจารย์ Claus Roxin มีความเห็นว่า กฎหมายอาญามีขึ้นเพื่อคุ้มครองคุณธรรมทางกฎหมาย (*Rechtsgüterschutz*) เท่านั้น กล่าวคือ การกระทำใดที่ไม่ได้กระทบต่อคุณธรรมทางกฎหมายฝ่ายนิติบัญญัติไม่ควรกำหนดให้เป็นความผิดอาญา[3]

ผลที่ตามมาของแนวคิดกฎหมายอาญามีขึ้นเพื่อคุ้มครองคุณธรรมทางกฎหมายมี 9 ประการ ดังต่อไปนี้

1) กฎหมายอาญาที่ละเมิดสิทธิพลเมืองไม่เป็นกฎหมายที่บัญญัติขึ้นเพื่อปกป้องคุณธรรมทางกฎหมาย[4]

2) คำอธิบายของวัตถุประสงค์ทางกฎหมายนั้นไม่เพียงพอที่จะบัญญัติให้เป็นความผิดอาญา[5]

3) การทำผิดศีลธรรม ผิดจรรยาบรรณ หรือการกระทำที่น่ารังเกียจของตัวเองไม่ถือว่าเป็นอันตรายต่อคุณธรรมทางกฎหมาย[6]

4) การละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของตนเองหรือผู้อื่นไม่เพียงพอที่จะบัญญัติให้เป็นความผิด[7]

5) การคุ้มครองความรู้สึกที่ยอมรับว่าเป็นคุณธรรมทางกฎหมาย จะต้องเป็นความรู้สึกจากการถูกคุกคาม[8]

6) การทำร้ายตนเองไม่ถือว่าเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย แนวคิดนี้ทำให้หลักปิตาธรรม (paternalism) ไม่ถือว่าเป็นความผิดอาญา[9]

7) ควรยกเลิกกฎหมายอาญาเชิงสัญลักษณ์ที่ไม่ได้พิสูจน์ว่ากระทบต่อคุณธรรมทางกฎหมายกล่าวคือเป็นกฎหมายที่บัญญัติขึ้นเพื่อแก้ไขสถานการณ์เฉพาะหน้า[10]

8) ข้อห้าม (taboo) ไม่เป็นคุณธรรมทางกฎหมาย[11]

9) สิ่งที่กฎหมายมุ่งจะคุ้มครองที่เป็นนามธรรมเกินไปไม่เป็นคุณธรรมทางกฎหมาย[12]

---

[2] วิสาร พันธุนะ และ ลาวัลย์ หอนพรัตน์, “หน่วยที่ 1 ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายอาญา และลักษณะทั่วไปของกฎหมายอาญา,” สืบค้นเมื่อวันที่ 13 พฤษภาคม 2560, จาก http://law.stou.ac.th/dynfiles/หน่วยที่%201%20%20กม.อาญา%201%20%20ฉบับล่าสุด.pdf.

[3] เมษยา โรจนอารีย์, “การฉ้อฉลทางวิชาการ : ศึกษาการกำหนดความผิดอาญาฐานรับจ้างทำวิทยานิพนธ์,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2559) น.39.

[4] Constantin Lauterwein, Carl, The Limits of Criminal law : a comparative analysis of approaches to legal theorizing, (Surrey : Ashgate Publishing Limited, 2010), p.10.

[5] *Ibid*, p.10.

[6] *Ibid*, p.11.

[7] *Ibid*, pp.11-12.

[8] *Ibid*, p.12.

[9] *Ibid*, p.13.

[10] *Ibid*, p.14.

[11] *Ibid*, p.15.

[12] *Ibid*, p.16.

ทั้งนี้ หลักการออกกฎหมายต้องเป็นวิถีทางสุดท้ายนั้นเป็นหลักการสำคัญในการบัญญัติกฎหมายอาญา ไม่เฉพาะแต่ในยุโรปแต่เป็นหลักที่ใช้กันทั่วโลก[13] Markus Dubber ศาสตราจารย์ด้านกฎหมายแห่งมหาวิทยาลัยโตรอนโต ให้เหตุผลว่าในช่วงไม่กี่ทศวรรษที่ผ่านมาความคิดที่ว่าการใช้กฎหมายอาญาควรเป็นทางเลือกสุดท้ายกลายเป็นหลักการทางศีลธรรมทางอาญา[14]

นอกจากนี้ Jareborg, Nils ศาสตราจารย์เกียรติคุณในสาขาวิชากฎหมายอาญาแห่งมหาวิทยาลัยอัปซาลา (Professor Emeritus of Criminal Law, Uppsala University) ได้ให้หลักพิจารณา 6 ประการ ซึ่งการกระทำใดที่ยังไม่ผ่านเกณฑ์ดังกล่าว ยังไม่อาจเรียกได้ว่าเป็นการกระทำที่ไม่มีทางอื่นใดนอกจากการใช้กฎหมายอาญาในการแก้ปัญหาได้ มีหลักพิจารณาดังต่อไปนี้

1) มีความน่าตำหนิ (blameworthiness) หรือมีคุณค่าทางอาญา (penal value) กล่าวคือ การกระทำนั้นต้องเป็นที่น่าตำหนิและสมควรได้รับการลงโทษ[15]

2) มีความจำเป็น (need) กล่าวคือ หากยังมีมาตราการอื่นมีประสิทธิภาพหรือดีกว่ากฎหมายอาญาก็ควรที่จะใช้ทางเลือกนั้น[16]

3) มีปริมาณที่พอเหมาะ (moderation) กล่าวคือ การตรากฎหมายจะต้องผ่านการกลั่นกรองว่ากฎหมายมีความจำเป็นที่จะต้องตราขึ้นเพื่อแก้ปัญหาหรือไม่[17]

4) ความไร้ประสิทธิภาพ (inefficiency) กล่าวคือ การกระทำบางอย่างที่คนในสังคมเห็นว่าไม่ใช่เรื่องสำคัญ ความเสี่ยงในการถูกจับมีน้อยและยากต่อการพิสูจน์ความผิด[18]

5) การควบคุมค่าใช้จ่าย (control costs) อีกเหตุผลหนึ่งสำหรับการทำให้เป็นความผิดอาญาคือมาตราการอื่นต้องใช้ทรัพยากรมากขึ้นอย่างมีนัยสำคัญ[19]

6) ประโยชน์ของผู้เสียหาย (the victim's interests) การกำหนดให้การกระทำใดเป็นความผิดทางอาญาโดยปกติจะทำให้ผู้เสียหายได้รับการพิสูจน์และชดเชยความเสียหายง่ายกว่า[20]

1.2.2 หลักเกณฑ์ว่าด้วยการใช้กฎหมายอาญาต้องมีข้อจำกัด (Limiting principles)

กฎหมายอาญาเป็นข้อบังคับของรัฐผู้ฝ่าฝืนจะได้รับผลร้ายหรือถูกลงโทษ หากรัฐออกกฎหมายให้การกระทำหรือไม่กระทำการใดเป็นความผิดอาญาได้ตามอำเภอใจจะทำให้เกิดความวุ่นวายในสังคมได้ จึงได้เกิดแนวคิดเกี่ยวกับการ

---

[13] รณกรณ์ บุญมี, “The criminal law as the ultima ratio : the principle that needs a qualification กฎหมายอาญาต้องเป็นวิธีทางสุดท้าย : หลักการที่ต้องปรับปรุง,” ใน นิติธรรมประจักษ์ สุรศักดิ์ 60 ปี, (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2561), น.231.

[14] Markus Dubber, Ultima Ratio as Caveat Dominus : Legal Principles, Police Maxims, and the Critical Analysis of Law (SSRN 2013), อ้างถึงใน รณกรณ์ บุญมี, “The criminal law as the ultima ratio : the principle that
needs a qualification กฎหมายอาญาต้องเป็นวิธีทางสุดท้าย : หลักการที่ต้องปรับปรุง,” ใน นิติธรรมประจักษ์ สุรศักดิ์ 60 ปี, (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2561), น.231.

[15] Jareborg, Nils, “Criminalization as Last Resort (Ultima Ratio),” Ohio State Journal of Criminal Law, Vol. 2 No.2, p.527 (2004-2005).

[16] *Ibid*, p.527, 528.

[17] *Ibid*, p.528, 529.

[18] *Ibid*, p.529.

[19] *Ibid*, p.529, 530.

[20] *Ibid*, p.530.

จำกัดลักษณะของการกระทำความผิดที่ควรกำหนดให้เป็นความผิดอาญา ไฟน์เบิร์ก (Feinberg, Joel) นักปรัชญาชาวอเมริกัน ให้เหตุผลของหลักการจำกัดอิสรภาพหรือการบังคับใช้กฎหมายที่ถูกต้อง โดยแบ่งออกเป็น 4 หลักการ[21] ดังต่อไปนี้

1) หลักว่าด้วยความร้ายแรงของการกระทำ (Harm principle)

หลักการนี้ได้รับอิทธิพลมาจากแนวคิดของงจอห์น สจวร์ต มิลล์ (John Stuart Mill) ที่ให้ความสำคัญในเรื่องของความจำเปนในการมีเสรีภาพสวนบุคคลซึ่งเปนเสรีภาพขั้นพื้นฐานของมนุษย์[22] มิลล์ได้ให้ข้อเสนอแนะว่าประชาชนยังต้องการกฎระเบียบบางอย่างเพื่อควบคุมการกระทำของสมาชิกในชุมชน ซึ่งจุดประสงค์เดียวตามแนวคิดของมิลล์ที่สามารถใช้อำนาจรัฐอย่างถูกต้องเหนือสมาชิกของชุมชนที่มีอารยธรรมโดยขัดต่อเจตจำนงของพวกเขาคือการป้องกันอันตรายต่อผู้อื่น[23] รัฐบาลเสรีนิยมจึงใช้เหตุผลนี้เมื่อต้องการจำกัดสิทธิเสรีภาพของแต่ละบุคคล

2) หลักว่าด้วยความผิด (Offence principle)

ไฟน์เบิร์ก ได้พัฒนาแนวความคิดของหลักการว่าด้วยความร้ายแรงของการกระทำมาปรับโดยให้เหตุผลที่ครอบคลุมถึงการทำอาชญากรรมให้กว้างขึ้น สำหรับไฟน์เบิร์กการกำหนดให้การกระทำใดเป็นความผิดนั้นไม่จำเป็นต้องมีผู้ได้รับความเสียหายหรือเป็นการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหาย การกระทำที่เป็นความผิดรวมไปถึงการล่วงเกินความรู้สึกของผู้อื่นอย่างร้ายแรง[24] ในลักษณะที่ทำให้ผู้อื่นไม่พอใจหรือเป็นประสบการณ์ที่ไม่ดีในทางจิตวิทยา[25] ทำให้หลักการนี้ไม่ได้มองเพียงความเสียหายที่เกิดขึ้นต่อผู้อื่นโดยตรงเพียงอย่างเดียวเท่านั้น แต่หากเป็นเรื่องที่กระทบต่อความรู้สึกของผู้ที่มาพบเห็นก็สามารถกำหนดให้เป็นความผิดได้

3) หลักว่าด้วยศีลธรรม (Legal Moralism)

หลักว่าด้วยศีลธรรมเป็นการกำหนดกฎเกณฑ์ในทางกฎหมายโดยอาศัยศีลธรรมของคนในสังคม ซึ่งไม่ได้มีพื้นฐานในเรื่องของภัยอันตรายใด ๆ หลักการนี้ได้รับการสนับสนุนโดยแพตริก เดฟลิน (Patrick Devlin) นักปรัชญาทางกฎหมายที่กลายเป็นผู้พิพากษาศาลสูงอายุน้อยที่สุดคนที่สองในศตวรรษที่ 20 ผู้พิพากษาเดฟลิน เห็นว่า รัฐมีอำนาจที่จะตรากฎหมายบังคับเรื่องศีลธรรม และสังคมมีสิทธิที่จะปกป้องศีลธรรมของส่วนรวมด้วย หากปล่อยให้มีการกระทำผิดศีลธรรมสังคมนั้นอาจล่มสลายได้[26]

4) หลักว่าด้วยการกำหนดให้เป็นแบบแผน หรือหลักปิตาธรรม (Legal Paternalism)

หลักปิตาธรรมเป็นการใช้อำนาจรัฐเพื่อป้องกันบุคคลจากอันตรายต่อตนเอง และเป็นแนวทางให้ประชาชนปฏิบัติไปในแนวทางที่มีผลดีต่อตนเอง เสมือนกับผู้ปกครองที่สามารถเข้าไปรบกวนการใช้ชีวิตของลูกได้ เช่น บอกว่าต้องกินอะไรหรือต้องนอนแล้ว เป็นต้น ในทางกฎหมายอาญา เช่น รัฐจะไม่ยอมรับความยินยอมของผู้เสียหายในการทำร้ายร่างกายหรือการฆ่าตกรรม การบังคับให้คาดเข็มขัดนิรภัย การห้ามใช้ยาเสพติด เป็นต้น แต่ก็มีการคัดค้านว่าหากใช้หลักปิตาธรรม

---

[21] Feinberg, Joel, “The Moral Limits of the Criminal Law Volume 1 : Harm to Other,” Retrieved on May 12, 2019, from http://www.oxfordscholarship.com

[22] ภัทรพร สิริกาญจน, “ประโยชน์นิยมในความเรียงว่าด้วยเสรีภาพ ของจอห์น สจวร์ต มิลล์,” วารสารราชบัณฑิตยสถาน, ปีที่ 38, ฉบับที่ 2, น.152 (2556).

[23] Van Mill, David, “Freedom of Speech,” The Stanford Encyclopedia of Philosophy, (2017) Retrieved on May 12, 2019, from https://plato.stanford.edu/entries/freedom-speech/.

[24] Feinberg, Joel, The Moral Limits of the Criminal Law Offense to others, 4 vols, (New York : Oxford University Press, 1926), vol.2, p.68.

[25] Simester, A.P. and von Hirsch, Andrew, “Rethinking the offense principle,” Legal Theory, Vol.8, 269, p.270-271 (2002).

[26] Devlin, Patrick, The Enforcement of Morals, (London : Oxford University Press, 1965), p.7.

ทำไมรัฐจึงไม่ห้ามการดื่มวิสกี้ การสูบบุหรี่ การรับประทานอาหารทอดซึ่งส่งผลเสียต่อร่างกายเช่นเดียวกัน ไม่ว่าพวกเขาจะรู้ถึงอันตรายนั้นหรือไม่ก็ตาม[27] ผู้ยึดถือหลักนี้จะให้เหตุผลว่า รัฐไม่อาจทำตามหลักปิตาธรรมได้ทั้งหมด รัฐจึงเข้าแทรกแซงเฉพาะในสิ่งที่เป็นภัยร้ายแรงเท่านั้น[28]

จากหลักประโยชน์สูงสุดของเด็ก และหลักเกณฑ์ในการกำหนดความรับผิดทางอาญาที่กล่าวไปในข้างต้น ผู้เขียนจะนำมาปรับใช้ในการวิเคราะห์ถึงความเหมาะสมของกรณีการกำหนดความผิดและโทษทางอาญากับผู้ที่ใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธ์ทางการแพทย์กับหญิงที่ไม่มีสามีโดยชอบด้วยกฎหมายต่อไปในหัวข้อที่ 3

2. ความรับผิดทางอาญาเกี่ยวกับใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์กับหญิงที่ไม่มีสามีโดยชอบด้วยกฎหมายในต่างประเทศ

ผู้เขียนขอยกตัวอย่างกลุ่มประเทศที่ให้หญิงโสดเข้าถึงเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ ได้แก่ ประเทศออสเตรเลีย ประเทศเดนมาร์ก ประเทศเนเธอร์แลนด์ ประเทศนิวซีแลนด์ ประเทศสเปน ประเทศอังกฤษ และประเทศสหรัฐอเมริกา เป็นต้น และกลุ่มประเทศที่ไม่ให้หญิงโสดเข้าถึงเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ ได้แก่ ประเทศสวิสเซอร์แลนด์ เขตปกครองพิเศษฮ่องกง และประเทศญี่ปุ่น เป็นต้น

ในกลุ่มประเทศที่ให้หญิงโสดเข้าถึงเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ได้ ผู้เขียนขอยกตัวอย่างของประเทศออสเตรเลีย เนื่องจากประเทศออสเตรเลียได้แบ่งออกเป็น 6 รัฐ และกฎหมายของแต่ละรัฐจะมีความแตกต่างกันออกไป แต่อย่างไรก็ตามทุกรัฐจะต้องอยู่ภายใต้กฎหมายกลางที่ใช้ในการควบคุมกำกับดูแลอีก 2 ฉบับ คือ แนวทางการปฏิบัติของคณะกรรมการที่รับรองการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ (The Reproductive Technology Accreditation Committee) และแนวทางด้านจริยธรรมในการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ (Ethical Guidelines on the Use of Assisted Reproductive Technology in Clinical Practice and Research 2017) โดยรัฐวิคตอเรียเป็นรัฐแรกที่มีกฎหมายเปิดโอกาสให้หญิงโสดเข้าถึงเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ได้ และรัฐอื่น ๆ ได้ทยอยปรับปรุงกฎหมายเพื่ออนุญาตเช่นเดียวกัน จนกระทั่งรัฐเซาท์ออสเตรเลียได้มีการออกรัฐบัญญัติการตั้งครรภ์แทน (แก้ไข) พ.ศ. 2560 (Statutes Amendment (Surrogacy Eligibility) Act 2017) ซึ่งกฎหมายฉบับนี้ผ่านรัฐสภาในเดือนกุมภาพันธ์ พ.ศ.2560 และมีผลบังคับใช้ในวันที่ 21 มีนาคม พ.ศ.2560 ทำให้ปัจจุบันหญิงโสดในทุกรัฐของออสเตรเลียสามารถเข้าถึงเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ได้

ในส่วนของประเทศที่ไม่ให้หญิงโสดเข้าถึงเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ ผู้เขียนขอยกตัวอย่างประเทศสวิสเซอร์แลนด์ และเขตปกครองพิเศษฮ่องกง ดังต่อไปนี้ ภายใต้กฎหมายของประเทศสวิสเซอร์แลนด์นั้นผู้ที่จดทะเบียนคู่ชีวิตไม่ถือว่าเป็นคู่สมรสที่แต่งงานแล้ว[29] หากผู้ใดใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์กับหญิงที่ไม่มีสามีโดยชอบด้วยกฎหมาย จะต้องรับโทษจำคุกหรือโทษปรับไม่เกิน 100,000 ฟรังค์ หรือประมาณ 3,200,000 บาท ในขณะที่ฮ่องกงยังไม่มีกฎหมายเปิดโอกาสให้เพศเดียวกันสามารถแต่งงานหรือจดทะเบียนคู่ชีวิต และไม่เปิดโอกาสให้หญิงโสดใช้เทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์ หากผู้ใดฝ่าฝืนจะต้องระวางโทษปรับระดับ 4 (ปัจจุบันมีมูลค่า 25,000 เหรียญหรือประมาณ 101,200 บาท) และต้องระวางโทษจำคุกเป็นเวลาหกเดือนในการลงโทษครั้งแรก ส่วนในการลงโทษครั้งต่อไปต้องระวางโทษปรับระดับ 6 (ปัจจุบันมีมูลค่า 100,000 เหรียญ หรือประมาณ 404,800 บาท) และจำคุกเป็นเวลาสองปี

---

[27] Feinberg, Joel, “Legal Paternalism,” Canadian journal of philosophy, Vol.1, No. 1, pp.105-106 (1971).

[28] วิภาพร เนติจิรโชติ. “การบัญญัติความผิดลหุโทษให้เป็นความผิดอาญาทั่วไปศึกษาเฉพาะความผิดลหุโทษตามประมวลกฎหมายอาญา,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2548) น.40.

[29] Crawford, Julia, “Online sperm banks pose challenge in Switzerland,” (5 September 2017), Retrieved on January 31, 2019, from https://www.swissinfo.ch/eng/reproductive-law_online-sperm-banks-pose-challenge-in-switzerland/43492204.

จะเห็นว่าแนวโน้มของการเปิดโอกาสให้หญิงโสดเข้าถึงเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ในประเทศเดียวกัน เช่น ประเทศออสเตรเลียได้ขยายตัวมากขึ้นจนสามารถทำได้ทุกรัฐ แนวโน้มในระดับโลกก็เช่นเดียวกันที่หลายประเทศมีการแก้กฎหมายให้หญิงโสดเข้าถึงการผสมเทียมได้มากขึ้นเรื่อย ๆ ในส่วนของประเทศที่ยังไม่อนุญาตให้หญิงโสดเข้าถึงการผสมเทียมได้ เช่น ประเทศสวิสเซอร์แลนด์นั้นก็มีแรงกดดันจากกลุ่ม LGBT (lesbian gay bisexual transgender) ซึ่งทำให้กฎหมายการรับเลี้ยงบุตรบุญธรรมอนุญาตให้คู่สมรสเพศเดียวกันสามารถรับบุตรบุญธรรมได้ แต่หญิงโสดและคู่ชีวิตหญิงเพศเดียวกันยังคงไม่ได้รับสิทธิในการเข้าถึงการใช้เทคโนโลยีช่วยการการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์

บทวิเคราะห์

พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ.2558 มีการควบคุมการเข้าถึงเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ โดยคำนึงถึงสิทธิของเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีนี้ให้ได้รับความคุ้มครองมากยิ่งขึ้น แต่ในขณะเดียวกันก็เป็นการจำกัดสิทธิของผู้ที่จะเข้ารับบริการและผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม ผู้เขียนจึงได้พิจารณาและวิเคราะห์ถึงหลักเกณฑ์ในการกำหนดความรับผิดทางอาญาตามที่ได้กล่าวไปในหัวข้อที่ 1 กับกรณีการใช้กฎหมายอาญากับผู้ที่ใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์กับหญิงที่ไม่มีสามีโดยชอบด้วยกฎหมาย

ผู้เขียนจะแบ่งหัวข้อการพิจารณาเป็น 2 หัวข้อย่อย โดยวิเคราะห์ตามหลักประโยชน์สูงสุดของเด็ก และหลักเกณฑ์ในการกำหนดความผิดอาญา ดังต่อไปนี้

3.1 หลักประโยชน์สูงสุดของเด็ก

อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กได้ให้การรับรองว่าเด็กมีสิทธิที่จะได้รับการดูแลและการช่วยเหลือเป็นพิเศษเพื่อให้เด็กมีพัฒนาการที่ดี เด็กควรเติบโตในสิ่งแวดล้อมที่มีบรรยากาศแห่งความผาสุก ความรัก และความเข้าใจ การให้หญิงโสดเข้ารับบริการเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์จะขัดกับหลักประโยชน์สูงสุดของเด็กหรือไม่นั้น ผู้เขียนขอแบ่งเป็น 3 กรณี คือ กรณีหญิงโสดที่มีและไม่มีสามีตามความเป็นจริง และหญิงโสดที่มีคู่รักเป็นสตรีเพศเดียวกัน

1) กรณีหญิงโสดที่มีสามีตามความเป็นจริงแต่ไม่ได้จดทะเบียนสมรสนั้นอาจเป็นเพราะมีเหตุผลบางอย่าง เช่น ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือทั้งสองฝ่ายเป็นนักธุรกิจการจดทะเบียนอาจส่งให้การทำธุรกรรมต่างๆมีความยุ่งยากมากขึ้น ต้องมีการแยกสินสมรสกับสินส่วนตัว ดอกผลจากสินส่วนตัวต้องกลายเป็นสินสมรส และการทำนิติกรรมบางอย่างต้องได้รับความยินยอมจากอีกฝ่ายหนึ่ง เป็นต้น ซึ่งทะเบียนสมรสนั้นไม่ได้แสดงถึงความมั่นคงในความสัมพันธ์ของทั้งคู่แต่เป็นเพียงการก่อให้เกิดสิทธิ์ทางแพ่งต่อคู่สมรสเท่านั้น และก็ไม่ได้หมายความว่าหากไม่มีทะเบียนสมรสแล้วหญิงที่อยู่กับชายตามความเป็นจริงจะไม่สามารถมีบุตรได้ หากหญิงและชายสามารถมีบุตรโดยวิธีตามธรรมชาติก็สามารถมีได้ หรือหากจะจดทะเบียนสมรสเพื่อใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์แล้วหย่าก็สามารถทำได้เช่นกัน และหากพิจารณาถึงเหตุผลของการออกพระราชบัญญัติฉบับนี้ที่มีขึ้นเพื่อกำหนดสถานะความเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ให้เหมาะสม และควบคุมการวิจัยทางวิทยาศาสตร์การแพทย์เกี่ยวกับตัวอ่อนและเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์มิให้มีการนำไปใช้ในทางที่ไม่ถูกต้องนั้น จะเห็นได้ว่ากฎหมายฉบับนี้ต้องการกำหนดสถานะความเป็นบิดามารดาให้ชัดเจนและป้องกันการค้ามนุษย์เป็นสำคัญ ผู้เขียนเห็นว่า การที่หญิงและชายที่อยู่ด้วยกันตามความเป็นจริงซึ่งมีเหตุผลบางอย่างในการไม่จดทะเบียนสมรสนั้นไม่เกี่ยวข้องกับการค้ามนุษย์ และไม่ได้มีสาระสำคัญต่อพัฒนาการ สิ่งแวดล้อม ความรักและความเข้าใจที่พ่อและแม่จะมีให้กับลูกต่างกับพ่อและแม่ที่จดทะเบียนสมรสเลย

2) กรณีหญิงโสดที่ไม่มีสามีตามความเป็นจริง การที่หญิงโสดจะมีลูกนั้นต้องเผชิญหน้ากับการต่อต้านจากสังคมที่อ้างว่าการเติบโตขึ้นมากับแม่เพียงคนเดียวอาจไม่ดีสำหรับเด็ก แต่งานวิจัยจะเป็นกุญแจสำคัญในการช่วยให้ทุกคนเข้าใจว่าการมีแม่ที่มอบความรักให้กับเด็กมีความสำคัญต่อพัฒนาการของเด็กมากกว่าใครเป็นผู้ให้ความรัก

ศูนย์ช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ไครโอส ที่มีสำนักงานใหญ่ตั้งอยู่ในเมืองอาร์ฮุสประเทศเดนมาร์ก ซึ่งเป็นศูนย์ช่วยการเจริญพันธุ์ระหว่างประเทศที่เป็นผู้จัดหาอสุจิและไข่บริจาคให้กับประเทศต่าง ๆ มากกว่า 100 ประเทศทั่วโลก เปิดดำเนินการมาตั้งแต่ปี พ.ศ. 2524 ได้นำเสนอว่า ไม่มีรายงานทางวิทยาศาสตร์ของประเทศเดนมาร์กรายงานใดที่มีข้อบ่งชี้ว่าเด็กที่เกิดมาโดยมีมารดาเป็นผู้เลี้ยงดูแต่เพียงผู้เดียว หรือถูกเลี้ยงดูโดยคู่รักเพศเดียวกันก่อให้เกิดปัญหาในเด็ก ในทางตรงกันข้ามหากไม่เปิดโอกาสให้ผู้ประกอบวิชีพเวชกรรมใช้เทคโนโลชีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการพทย์กับหญิงที่ไม่มีสามีโดยชอบด้วยกฎหมายเข้ารับบริการอย่างถูกต้องตามกฎหมาย จะทำให้พวกเขาเหล่านั้นหันไปใช้บริการในตลาดมืด หรือไปใช้บริการในประเทศอื่นที่เปิดโอกาสให้ทำได้อย่างถูกต้องตามกฎหมาย ทำให้ปัจจุบันหลายประเทศเปิดโอกาสให้หญิงโสดสามารถเข้ารับบริการผสมเทียมได้[30]

นอกจากนั้น วารสารจิตวิทยาครอบครัว โดยสมาคมจิตวิทยาอเมริกันได้เผยแพร่งานวิจัยเกี่ยวกับผลการศึกษาของความสัมพันธ์ระหว่างแม่กับลูกและการปรับตัวของเด็กทางจิตวิทยาในครอบครัวที่มีคุณแม่เลี้ยงเดี่ยวโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ โดยทำการเปรียบเทียบครอบครัวที่มีคุณแม่เลี้ยงเดี่ยวจำนวน 51 ครอบครัวที่เกิดจากการผสมเทียมของผู้บริจาค กับครอบครัวที่มีทั้งคุณพ่อและคุณแม่จำนวน 52 ครอบครัวที่เกิดจากการผสมเทียมของผู้บริจาค ที่มีเด็กอายุ 4-9 ขวบ โดยใช้การสัมภาษณ์ที่ได้มาตรฐาน การสังเกตและแบบวัดความเป็นอยู่ที่ดี พบว่าคุณภาพการเลี้ยงดู การปรับตัวและสภาพจิตใจของเด็กไม่แตกต่างกันระหว่างครอบครัวทั้ง 2 ประเภท นอกจากนี้การประเมินความผิดปกติทางจิตเวชโดยจิตแพทย์เด็กพบว่าสุขภาพจิตของเด็กไม่มีความแตกต่างกันระหว่างครอบครัวทั้งสองประเภท[31]

ในทำนองเดียวกัน ผลการศึกษาโดยมหาวิทยาลัยอัมสเตอร์ดัมในประเทศเนเธอร์แลนด์ ยังพบว่าเด็กที่โตมากับคุณแม่เลี้ยงเดี่ยวที่ใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ไม่ได้มีปัญหาจิตใจที่บอบช้ำแต่อย่างใด เมื่อเปรียบเทียบกับเด็กที่โตในครอบครัวที่มีทั้งพ่อและแม่ โดยทีมวิจัยจากมหาวิทยาลัยอัมสเตอร์ดัมได้ศึกษาเปรียบเทียบจากแม่เด็กที่ใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ จำนวน 69 คน กับแม่เด็กที่ยังครองคู่กับสามี 59 คน ซึ่งมีลูกอายุระหว่าง 1.5 - 6 ขวบ ผลการศึกษาพบว่าเด็กที่เกิดในครอบครัวที่มีคุณแม่เลี้ยงเดี่ยวไม่มีสัญญาณใด ๆ ที่ชี้ให้เห็นว่าเด็กมีปัญหาในเรื่องพฤติกรรม หรือสภาพจิตใจที่ย่ำแย่ ซึ่งเดิมมีข้อสันนิษฐานที่ผิดว่าการเติบโตโดยไม่มีพ่อนั้นไม่ดีสำหรับเด็กมาจากการวิจัยในครอบครัวที่หย่าร้างซึ่งมีความขัดแย้งในครอบครัว เหตุเพราะงานวิจัยในเรื่องเหล่านี้มีข้อจำกัดในการหากลุ่มประชากรที่จะนำมาศึกษา กลุ่มตัวอย่างที่ไม่มีพ่อในงานวิจัยก่อนหน้านี้มาจากครอบครัวที่หย่าร้างจากการเป็นสามีภรรยาแล้ว จึงกลายเป็นคุณแม่เลี้ยงเดี่ยว ไม่ใช่หญิงที่มีการวางแผนมาตั้งแต่เริ่มตั้งครรภ์ว่าตนเองมีความพร้อมที่จะเป็นคุณแม่เลี้ยงเดี่ยว หรือในกรณีของคู่รักหญิงเพศเดียวกันก็จะใช้กลุ่มตัวอย่างจากสามีภรรยาที่เลิกกันแล้วคุณแม่ไปอยู่กับคู่รักคนใหม่ที่เป็นผู้หญิงไม่ได้เป็นคู่รักเพศเดียวกันมาตั้งแต่ต้น ทั้งนี้ อิทธิพลทางลบต่อพัฒนาการของเด็กขึ้นนั้นอยู่กับความสัมพันธ์ระหว่างพ่อแม่และลูกที่มีปัญหาโดยไม่ได้ขึ้นอยู่กับการที่เด็กไม่มีพ่อ การค้นพบนี้ได้ถูกนำเสนอในการประชุมประจำปีครั้งที่ 33 ของสมาคมการสืบพันธุ์และการคัพภมนุษย์ของยุโรป (33rd Annual Meeting of European Society for Human Reproduction and Embryology) ในกรุงเจนีวา เมื่อวันที่ 2 - 5 กรกฎาคม พ.ศ. 2560[32]

---

[30] Cryos International, “Should single women and lesbians have access to DI-treatment?,” Retrieved on March 29, 2018, from https://dk.cryosinternational.com/resources/ethical-questions/should-single-women-and-lesbians-have-access-to-di-treatment.

[31] Golombok, Susan, Zadeh, Sophie, Imrie, Susan, Smith, Venessa and Freeman, Tabitha, “Single Mothers by Choice : Mother–Child Relationships and Children’s Psychological Adjustment,” Journal of Family Psychology, Vol.30(4), pp.409 – 418, (2016).

[32] Eurekalert, “Children in single-mother-by-choice families do just as well as those in two-parent families,” Retrieved on August 5, 2018, from https://www.eurekalert.org/pub_releases/201707/esohcis062817.php.

จากงานวิจัยดังกล่าวข้างต้นที่เปิดเผยว่า คุณภาพการเลี้ยงดู การปรับตัวและสภาพจิตใจของเด็กไม่แตกต่างกันระหว่างครอบครัวที่มีคุณแม่เลี้ยงเดี่ยวและครอบครัวที่มีทั้งพ่อและแม่ รวมทั้งไม่มีสัญญาณใด ๆ ที่ชี้ให้เห็นว่าเด็กมีปัญหาในเรื่องพฤติกรรม หรือสภาพจิตใจที่ย่ำแย่ ดังนั้นผู้เขียนเห็นว่าการที่หญิงโสดจะมีลูกเป็นของตนเองนั้น ไม่ได้ส่งผลให้ประโยชน์สูงสุดของเด็กนั้นลดลง

3) หญิงโสดที่มีคู่รักเป็นหญิงเพศเดียวกัน นั้นก็ต้องเผชิญหน้ากับการต่อต้านจากสังคมว่าการเติบโตขึ้นมาในครอบครัวเลสเบี้ยนอาจไม่ดีสำหรับเด็กเช่นเดียวกับการต่อต้านจากสังคมในครอบครัวของคุณแม่เลี้ยงเดี่ยว งานวิจัยจะเป็นคำตอบว่าสิ่งที่สังคมคิดนั้นถูกต้องหรือไม่เพียงใด

ในช่วงหลายทศวรรษที่ผ่านมานักวิจัยได้ศึกษาเด็กที่ถูกเลี้ยงด้วยคู่เลสเบี้ยน คู่เกย์ และพ่อแม่ การศึกษาเหล่านี้เริ่มขึ้นในเวลาที่ยังมีการตีตรา LGBT โดยสันนิษฐานว่าเด็กจะมีการพัฒนาการทางอารมณ์และพัฒนาการทางสติปัญญาที่ดีเฉพาะเด็กที่ถูกเลี้ยงในครอบครัวที่มีทั้งพ่อและแม่ จากการศึกษาวิจัยที่ยาวนานถึง 32 ปี ในวารสารการแพทย์นิวอิงแลนด์ (The New England Journal of Medicine) โดยการศึกษานี้เริ่มต้นในปี พ.ศ. 2529 นักวิจัยได้มีการติดตามครอบครัวเหล่านี้มาตั้งแต่ขั้นตอนการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์หรือการตั้งครรภ์ และพบว่าเด็กเหล่านั้นเมื่อตอนอายุ 25 ปี สามารถทำคะแนนรวมด้านสุขภาพจิตได้เช่นได้เดียวกับผู้ใหญ่คนอื่นในวัยเดียวกัน โดยนักวิจัยได้เปรียบเทียบความมีมนุษยสัมพันธ์ การศึกษา การทำงาน ปัญหาพฤติกรรม อารมณ์ และสุขภาพจิตใน 2 ตัวอย่าง นักวิจัยใช้กลุ่มตัวอย่าง 77 คน ที่ถูกเลี้ยงในครอบครัวคู่รักหญิงเพศเดียวกัน กับกลุ่มตัวอย่างที่ถูกเลี้ยงโดยครอบครัวที่มีพ่อและแม่ 77 คน ที่มีอายุ เพศ เชื้อชาติและการศึกษาใกล้เคียงกัน เพื่อเปรียบเทียบสุขภาพจิตของเด็ก นักวิจัยประเมินการปรับตัว พฤติกรรม อารมณ์ และคะแนนการวินิจฉัยสุขภาพจิต การวิจัยพบว่าไม่มีความแตกต่างอย่างมีนัยสำคัญระหว่างทั้งสองกลุ่มสำหรับการทดลองในทุกด้าน[33] Henny Bos ศาสตราจารย์ด้านการพัฒนาการเด็ก และการศึกษากล่าวว่า “การค้นพบเหล่านี้แสดงให้เห็นว่าการอ้างว่าเป็นอันตรายสำหรับเด็กที่ถูกเลี้ยงดูโดยคู่รักเพศเดียวกันนั้นไม่มีมูลความจริงเลย”[34]

จากงานวิจัยดังกล่าวข้างต้นที่เปิดเผยว่า การปรับตัว พฤติกรรม อารมณ์ และสุขภาพจิต ไม่มีความแตกต่างอย่างมีนัยสำคัญระหว่างทั้งเด็กที่ถูกเลี้ยงโดยแม่ที่มีคู่รักเพศเดียวกันกับครอบครัวที่มีทั้งพ่อและแม่ ดังนั้นผู้เขียนเห็นว่าการที่หญิงที่มีคู่รักเป็นหญิงเพศเดียวกันจะมีลูกเป็นของตนเองนั้น ไม่ได้ส่งผลให้ประโยชน์สูงสุดของเด็กนั้นลดลง

เมื่อพิจารณาถึงกฎหมายของประเทศสวิสเซอร์แลนด์จะพบว่าประเทศสวิสเซอร์แลนด์ได้ให้ความสำคัญกับความเป็นอยู่ที่ดีของเด็ก โดยกำหนดไว้ในมาตรา 3 ของพระราชบัญญัติการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ว่าการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์นั้นจะใช้ได้ฉพาะในกรณีที่มั่นใจในความเป็นอยู่ที่ดีของเด็ก (well-being of the child) เท่านั้น แต่จากที่ผู้เขียนได้นำเสนอในเรื่องหลักประโยชน์สูงสุดของเด็ก โดยนำมาวิเคราห์ถึงเด็กที่เกิดมาโดยมีหญิงโสดที่มีและไม่มีสามีตามความเป็นจริง รวมทั้งหญิงโสดที่มีคู่รักเพศเดียวกันแล้วเห็นว่า เด็กที่เกิดมาในครอบครัวเหล่านั้นมีความเป็นอยู่ที่ดีไม่ต่างกับเด็กที่เกิดมาในครอบครัวที่มีทั้งพ่อและแม่

---

[33] Gartrell, Nanette, Bos, Henny and Koh, Audrey, “National Longitudinal Lesbian Family Study - Mental Health of Adult Offspring,” The New England Journal of Medicine, Retrieved on May 26, 2019, from https://www.nejm.org/doi/full/10.1056/NEJMc1804810#article_citing_articles.

[34] Dowd, Rachel, “Mental health of young adults with lesbian parents the same as their peers, study finds,” Retrieved on May, 26, 2019, from https://williamsinstitute.law.ucla.edu/press/nllfs-young-adults-press-release/.

นอกจากนั้น ผู้เขียนได้ศึกษากรณีการฟ้องร้องให้เพศเดียวกันสามารถแต่งงานกันได้ของฮ่องกง ซึ่งศาลมีคำพิพากษาไม่อนุญาตให้ทำเช่นนั้นได้โดยยังมีทัศนคติต่อการสร้างครอบครัวแบบดั้งเดิมที่ต้องเป็นคู่สมรสชายและหญิง[35] อีกทั้ง ในการประชุมสภาฮ่องกงที่มีการเสนอให้ตรากฎหมายเทคโนโลยีการเจริญพันธุ์ ที่ประชุมได้มีการพิจารณาถึงการควบคุมการใช้เทคโนโลยีนี้อย่างปลอดภัย สิทธิของผู้ใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ การคุ้มครองเด็กที่เกิดจากเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ การห้ามตั้งครรภ์แทนในทางการค้า และเสนอให้จำกัดการให้บริการเทคโนโลยีการเจริญพันธุ์โดยทั่วไปแก่บุคคลที่แต่งงานกันแล้วเท่านั้น เพื่อให้เด็กได้รับการเลี้ยงดูจากทั้งพ่อและแม่[36]

จะเห็นได้ว่าฮ่องกงยังให้ความสำคัญกับการสร้างครอบครัวที่เป็นคู่รักต่างเพศกันซึ่งเป็นมุมมองแบบแบบดั้งเดิม ในกรณีนี้ผู้เขียนเห็นว่า การยอมรับครอบครัวที่แตกต่างออกไปจากอดีตจะมีได้เพียงใดนั้นขึ้นอยู่กับปทัสถาน (norm) ทางสังคมและวัฒนธรรมซึ่งแตกต่างกันออกไปในแต่ละประเทศ ทำให้ต้องใช้เวลาในการยอมรับและนำไปสู่การเปลี่ยนแปลงทางกฎหมายต่อไป จากการสำรวจโดยมหาวิทยาลัยฮ่องกงในปี พ.ศ. 2561 พบว่าการสนับสนุนจากประชาชนเกี่ยวกับการแต่งงานของคู่รักเพศเดียวกันเพิ่มขึ้นเป็นร้อยละ 50 โดยเพิ่มขึ้นร้อยละ 12 ในระยะเวลา 4 ปี[37] ซึ่งเป็นไปในแนวทางที่ยอมรับคนที่มีความหลากหลายทางเพศเพิ่มขึ้น

อย่างไรก็ดี สภาฮ่องกงยังได้คำนึงถึงเด็กที่จะเกิดมาโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ว่าควรได้รับการเลี้ยงดูจากพ่อและแม่ ทำให้ฮ่องกงไม่อนุญาตให้หญิงโสดและคู่รักหญิงเพศเดียวกันเข้าถึงเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์นั้น ผู้เขียนเห็นว่าการประชุมขณะนั้นเป็นการประชุมสภาในการเสนอให้ตรากฎหมายเทคโนโลยีการเจริญพันธุ์ในปี พ.ศ. 2541 ซึ่งเป็นช่วงเวลาที่ยังไม่มีงานวิจัยสนับสนุนว่าเด็กที่ไม่ได้เกิดมาในครอบครัวที่มีทั้งพ่อและแม่ไม่ได้ต่างกับเด็กทั่วไป เหตุผลนี้จึงไม่น่าเป็นเหตุผลที่มีน้ำหนักมากพอในปัจจุบัน

3.2 หลักเกณฑ์ในการกำหนดความผิดอาญา

เมื่อมนุษย์อยู่รวมกันจึงมีความจำเป็นต้องมีกฎเกณฑ์ที่สร้างขึ้นมาเพื่อกำหนดความประพฤติของคนในสังคมให้อยู่ในกรอบเดียวกัน กฎเกณฑ์นั้นมีอยู่หลายรูปแบบ ตัวอย่างเช่น กฎหมาย กฎ กติกา มารยาท ศีลธรรม ศาสนา และจารีตประเพณี เป็นต้น แต่การที่ฝ่ายนิติบัญญัติจะกำหนดให้การกระทำใดเป็นความผิดทางอาญาจะต้องมีการพิจารณาอย่างรอบด้านเนื่องจากเป็นมาตรการที่มีความรุนแรง ดังนั้น การกำหนดความรับผิดและโทษในทางอาญาของการตั้งครรภ์เพื่อให้กำเนิดบุตรของตนเองจึงต้องพิจารณาหลักเกณฑ์การกำหนดความรับผิดทางอาญาด้วย

3.2.1 หลักกฎหมายอาญาต้องเป็นวิถีทางสุดท้าย

การบัญญัติความผิดฐานต่างๆนั้นจะมีคุณธรรมทางกฎหมาย (*Rechtsgut*) เป็นพื้นฐานในทางความคิดด้วยเสมอ เพราะความผิดอาญา (*Verbrechen*) มาจากปทัสถาน และปทัสถานมาจากคุณธรรมทางกฎหมาย[38] การประพฤติผิดปทัสถานบางอย่างอาจไม่กระทบต่อการอยู่ร่วมกันของมนุษย์ในสังคมที่ร้ายแรงมากพอที่จะกำหนดให้เป็นความผิดอาญา

---

[35] Lau, Chris, “Hong Kong’s Basic Law allows for same-sex marriage restrictions, city’s lawyers argue in landmark LGBT court challenge,” Retrieved on May, 31 2019, from https://www.scmp.com/news/hongkong/law-and-crime/article/3012346/hong-kongs-basic-law-allows-same-sex-marriage.

[36] “Official record of proceedings,” Legislative council of the Hong Kong special administrative region of the people’s republic of China, Retrieved on May 30, 2019, from https://www.legco.gov.hk/yr98-99/English/counmtg/hansard/980909fe.htm.

[37] channel news Asia, “Hong Kong government defends gay marriage ban in court,” Retrieved on May 31, 2019, from https://www.channelnewsasia.com/news/asia/hong-kong-government-defends-gay-marriageban-in-court-11576136.

[38] คณิต ณ นคร, กฎหมายอาญาภาคทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 5, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2556), น.151.

กฎหมายอาญาจึงควรคุ้มครองคุณธรรมทางกฎหมายที่สำคัญ ซึ่งจำเป็นสำหรับการอยู่ร่วมกันของมนุษย์ในสังคม[39] คุณธรรมทางกฎหมายแบ่งได้เป็น 2[40] ประเภทคือ คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคล (*Individualrechtsgut*) และคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนรวม (*Universalsechtsgut*) ในที่นี้ผู้เขียนขอแยกพิจารณาคุณธรรมทางกฎหมายของการให้ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมให้บริการเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์กับหญิงโสดเป็น 2 กรณีตามการแบ่งประเภทของคุณธรรมทางกฎหมายในข้างต้น

1) คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคล การที่กฎหมายให้ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมให้บริการเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์กับสามีและภรรยาที่ชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น เนื่องจากเป็นการคุ้มครองเด็กที่จะเกิดมาจากขบวนการค้ามนุษย์ตามวัตถุประสงค์ของการออกพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ซึ่ง Roxin เห็นว่ากฎหมายอาญาที่ละเมิดสิทธิพลเมืองไม่เป็นกฎหมายที่บัญญัติขึ้นเพื่อปกป้องคุณธรรมทางกฎหมาย[41] หากพิจารณากรณีหญิงที่อยู่กับชายตามความเป็นจริงแต่ไม่จดทะเบียนสมรส เนื่องจากเหตุผลส่วนตัวบางประการที่ไม่ต้องการก่อให้เกิดสิทธิในทางแพ่งต่อกันแล้วต้องการมีบุตรนั้น ไม่ได้มีอะไรเกี่ยวข้องกับกระบวนการค้ามนุษย์เลย ถ้าชายหญิงคู่นั้นสามารถมีลูกได้เองโดยอาศัยวิธีการตามธรรมชาติก็ไม่ได้ก่อให้เกิดความเดือนร้อนแก่เด็กที่จะเกิดมา แต่หากเมื่อชายหญิงคู่นั้นไม่สามารถมีลูกได้แล้วกฎหมายกลับจำกัดสิทธิไม่ให้ผู้ให้บริการวิชาชีพเวชกรรมให้บริการเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์กับหญิงที่อยู่กับชายตามความเป็นจริง กรณีนี้จึงเห็นได้ว่าการห้ามไม่ให้ผู้ให้บริการวิชาชีพเวชกรรมให้บริการกับหญิงและชายที่อยู่ด้วยกันตามเป็นจริงนั้นไม่สอดคล้องกับคุณธรรมทางกฎหมายที่ต้องการคุ้มครองไม่ให้เด็กเกิดเนื่องจากขบวนการค้ามนุษย์ นอกจากนี้ กฎหมายยังไม่อนุญาตให้ผู้ให้บริการวิชาชีพเวชกรรมให้บริการกับหญิงโสด เนื่องจากต้องการคุ้มครองเด็กที่เกิดมาแล้วจะไม่มีพร้อมทั้งพ่อและแม่นั้น ผู้เขียนเห็นว่าการกระทำดังกล่าวไม่เกี่ยวข้องกับการค้ามนุษย์และไม่ส่งผลร้ายต่อเด็กที่จะเกิดมา ตามที่ได้อภิปรายไปในหัวข้อ 3.1

2) คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนรวม เมื่อมนุษย์อยู่ร่วมกันเป็นสัตว์สังคมจึงต้องมีการตั้งกฎและระเบียบขึ้นเพื่อจำกัดสิทธิบางอย่างและให้มีเสรีภาพเท่าที่จำเป็น เพื่อที่มนุษย์จะได้อยู่ร่วมกันอย่างสงบสุข การจำกัดให้ผู้ให้บริการวิชาชีพเวชกรรมให้บริการกับสามีและภรรยาที่ชอบด้วยกฎหมายนั้น ในแง่คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนรวมก็เพื่อให้เกิดความสงบสุขในสังคม กรณีของหญิงและชายที่อยู่ด้วยกันตามความเป็นจริงนั้นไม่ต่างอะไรกับสามีภรรยาที่จดทะเบียนสมรสโดยถูกต้องตามกฎหมายนอกจากสิทธิทางแพ่งบางประการเท่านั้น การที่หญิงและชายอยู่ด้วยกันตามความเป็นจริงจะมีลูกโดยวิธีการตามธรรมชาติหรือใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ก็ไม่ได้ก่อให้เกิดความไม่สงบเรียบร้อยทางการเมือง ความไม่สงบเรียบร้อยทางเศรษฐกิจ กระทบต่อความมั่นคงของรัฐ และความมั่นคงของครอบครัวแต่อย่างใด

ในกรณีของผู้ให้บริการวิชาชีพเวชกรรมให้บริการกับหญิงโสด ไม่ได้ส่งผลต่อความสงบเรียบร้อยของครองครัว เนื่องจากความสัมพันธ์ในครอบครัวของครอบครัวหญิงโสดไม่ต่างอะไรกับครอบครัวที่มีทั้งพ่อและแม่ และประมวลกฎหมายอาญาไม่กำหนดความผิดฐานการมีบุตรโดยไม่มีการสมรสไว้โดยตรงเลย โดย Roxin เห็นว่าการคุ้มครองความรู้สึกที่ยอมรับว่าเป็นคุณธรรมทางกฎหมายจะต้องเป็นความรู้สึกจากการถูกคุกคาม[42] ซึ่งการกระทำเช่นนี้เป็นเรื่องส่วนตัวโดยแท้ ไม่ได้ก่อให้เกิดปัญหาแก่สังคมและคนส่วนมากแต่อย่างใด ไม่ได้ทำให้สังคมรู้สึกว่าถูกคุกคาม การห้ามไม่ให้ผู้ให้บริการวิชาชีพเวชกรรมให้บริการกับหญิงโสดจึงไม่สอดคล้องกับคุณธรรมทางกฎหมายที่ต้องการคุ้มครองคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนรวม

---

[39] *เพิ่งอ้าง*, น.152.

[40] *เพิ่งอ้าง*, น.155.

[41] Constantin Lauterwein, Carl, *Supra note 4*, p.10.

[42] *Ibid*, p.12.

นอกจากนี้ การบัญญัติให้การกระทำต่าง ๆ เป็นความผิดอาญามากเกินความจำเป็นก่อให้เกิดสภาวการณ์กฎหมายอาญาเฟ้อ ความผิดเล็กน้อยหรือความผิดที่ไม่สอดคล้องกับหลักเกณฑ์การกำหนดความรับผิดทางอาญายังคงถูกบัญญัติให้เป็นความผิดอาญา หากมีการปรับแก้โดยยกเลิกบัญญัติลักษณะเช่นนี้และจัดหมวดหมู่ไว้ในประเภทของการกระทำที่ฝ่าฝืนกฎระเบียบ หรือความผิดทางปกครองย่อมสอดคล้องกับหลักประกันของกฎหมายอาญาที่ลงโทษเฉพาะแต่การกระทำที่เป็นความผิดร้ายแรง ไฟน์เบิร์กไม่เห็นด้วยกับการใช้กฎหมายอาญาโดยตรงกับการกระทำบางอย่าง โดยแนะนำให้ควบคุมโดยใช้มาตรการอื่นก่อนและใช้กฎหมายอาญาเป็นมาตราการสุดท้ายเมื่อไม่มีมาตรการอื่นที่เหมาะสมกว่าการใช้มาตรการทางอาญาแล้วเท่านั้น (criminal sanctions as a last resort)[43] ทั้งนี้ เมื่อพิจารณาการใช้กฎหมายอาญากับผู้ให้บริการวิชาชีพเวชกรรมกับหญิงที่ไม่มีสามีโดยชอบด้วยกฎหมายกับหลักพิจารณา 6 ประการว่าการกระทำใดควรบัญญัติให้เป็นความผิดอาญาของ Nils Jareborg สามารถพิจารณาได้ดังนี้

1) มีความน่าตำหนิ (blameworthiness) การที่ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมให้บริการกับหญิงที่ไม่มีสามีโดยชอบด้วยกฎหมายไม่เป็นการล่วงละเมิดหรือคุกคามคุณธรรมทางกฎหมาย เป็นเพียงการให้บริการกับผู้ที่มีความต้องการมีลูกที่เป็นเชื้อสายของตนเองโดยไม่ได้มีวัตถุประสงค์ในทางการค้าหรือหาประโยชน์อื่นใดอันไม่ชอบด้วยกฎหมาย จึงไม่เป็นการกระทำที่มีความน่าตำหนิ

2) มีความจำเป็น (need) การป้องกันไม่ให้มีการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์เพื่อการค้ามนุษย์หรือหาประโยชน์อื่นใดอันไม่ชอบด้วยกฎหมาย ยังมีมาตรการอื่นนอกเหนือจากกฎหมายอาญาที่มีบทลงโทษผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมที่ให้บริการกับหญิงที่ไม่มีสามีโดยชอบด้วยกฎหมาย เช่น กำหนดหน้าที่ให้ผู้เข้ารับบริการต้องมีการตรวจสุขภาพจิต การกำหนดให้มารดาและบุตรมารายงานตัวต่อเจ้าหน้าที่ทุก 6 เดือนในช่วงระยะเวลา 5 ปีแรกหลังจากคลอดบุตร หรือการห้ามยกให้เป็นบุตรบุญธรรมกับผู้อื่นภายในระยะเวลา 5 ปีแรกหลังจากคลอดบุตรโดยไม่มีเหตุอันสมควร การให้เจ้าหน้าที่ประเมินถึงสวัสดิภาพของเด็กที่จะเกิดมา การกำหนดให้ผู้ที่ต้องการเข้ารับบริการต้องให้เจ้าหน้าที่ตรวจสอบประวัติรวมถึงฐานะทางเศรษฐกิจที่แสดงถึงศักยภาพในการอุปการะเลี้ยงดูจนกว่าบุตรจะบรรลุนิติภาวะ เป็นต้น ซึ่งสามารถทำให้บรรลุเป้าหมายของรัฐได้เช่นเดียวกันโดยไม่ต้องใช้มาตราการทางอาญา

3) มีปริมาณที่พอเหมาะ การห้ามไม่ให้ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมให้บริการกับหญิงที่ไม่มีสามีโดยชอบด้วยกฎหมายทุกคน โดยไม่พิจารณาเลยว่าหญิงที่ไม่มีสามีโดยชอบด้วยกฎหมายนั้นทำเพื่อต้องการมีบุตรสืบเชื่อสายของตนเองหรือทำเพื่อการค้า หรือแสวงหาประโยชน์อันไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้น เป็นการออกกฎหมายที่เกินกว่าความจำเป็นของเรื่อง ทำให้กฎหมายถูกตราออกมาอย่างพร่ำเพรื่อจนเกินไป

4) ความไร้ประสิทธิภาพ การจำกัดให้ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมให้บริการกับหญิงที่มีสามีโดยชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น ไม่ได้เป็นกฎหมายที่คนในสังคมเห็นว่าเป็นเรื่องสำคัญนอกเสียจากสร้างความยุ่งยากให้กับผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมและผู้ที่ต้องการเข้ารับบริการที่ไม่ได้มีวัตถุประสงค์ในทางการค้าหรือหาประโยชน์อันมิชอบ เช่น หญิงที่อยู่กับชายตามความเป็นจริงต้องไปจดทะเบียนก่อนแล้วหย่าภายหลังการเข้ารับบริการ หรือทำให้ไม่สามารถเข้ารับบริการได้เลย เป็นต้น

5) การควบคุมค่าใช้จ่าย การกำหนดให้ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมให้บริการกับหญิงที่มีสามีโดยชอบด้วยกฎหมายเท่านั้นโดยไม่มีความยืดหยุ่นให้กับหญิงโสดที่ต้องการมีบุตรเป็นของตนเอง อาจนำไปสู่การให้บริการในตลาดมืดหรือหญิงโสดหันไปใช้บริการในต่างประเทศที่สามารถทำได้อย่างถูกกฎหมาย ซึ่งจะทำให้รัฐเข้าไปควบคุมดูแลได้ยากและเสียค่าใช้จ่ายมากขึ้นไปอีก

6) ประโยชน์ของผู้เสียหาย การที่ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมให้บริการกับหญิงโสดไม่ได้ก่อให้เกิดความเสียหายกับเด็กที่เกิดมาตามที่วิเคราห์ไปแล้วในหัวข้อ 3.1 หรือก่อให้เกิดความเดือนร้อนในสังคม ไม่ได้ทำให้สังคมรู้สึกว่าถูกคุกคาม

[43] Feinberg, Joel, *Supra note 21*, pp.17, 18.

ตามที่วิเคราะห์ไปแล้วในหัวข้อ 3.2.1 ดังนั้นการกระทำเช่นนี้จึงไม่เข้าหลักประโยชน์ของผู้เสียหาย (the victim's interests)

จากที่วิเคราห์ไปในข้างต้นการที่ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมให้บริการกับหญิงโสดไม่ผ่านเงื่อนไข 6 ประการของ Nils Jareborg และยังมีมาตรการอื่นนอกเหนือจากกฎหมายที่อาญาสามารถทำให้บรรลุเป้าหมายของรัฐได้เช่นเดียวกัน ดังนั้น รัฐควรนำมาตราการอื่นมาใช้ในการป้องกันไม่ให้มีการนำเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ไปใช้ในทางที่ไม่ถูกต้องก่อนแทนที่จะห้ามไม่ให้ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมให้บริการกับหญิงโสดทุกคนที่ต้องการเข้ารับบริการแม้ไม่ได้มีวัตถุประสงค์ในทางการค้าหรือหาประโยชน์อื่นใดอันไม่ชอบด้วยกฎหมาย

3.2.2 หลักเกณฑ์ว่าด้วยการใช้กฎหมายอาญาต้องมีข้อจำกัด

หลักเกณฑ์นี้เป็นหลักเกณฑ์ในการจำกัดลักษณะของการกระทำความผิดที่ควรกำหนดให้เป็นความผิดอาญา โดยแบ่งเป็น 4 หัวข้อ ดังต่อไปนี้

1) หลักการว่าด้วยความร้ายแรงของการกระทำ

หลักการนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันอันตรายที่จะเกิดขึ้นกับผู้อื่น ถ้าไม่มีผู้เสียหายก็ไม่ควรบัญญัติให้เป็นความผิดอาญา ดังนั้น การพิจารณาถึงความร้ายแรงต่อบุคคลอื่นจึงควรยึดถือจากสิทธิที่ผู้อื่นถูกกระทบเป็นสำคัญ จะเห็นได้ว่าการที่หญิงไม่มีสามีโดยชอบด้วยกฎหมายใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ไม่ได้ทำให้คนอื่นในสังคมได้รับความเสียหาย ไม่กระทบถึงความสงบเรียบร้อยของสังคม ตามที่ได้พิจารณาไปในหัวข้อที่ 3.2.1 แต่อย่างไรก็ตามจะต้องมีการพิจารณาถึงเด็กที่กำลังจะเกิดมาด้วยว่าจะได้รับความเสียหายหรือไม่ จากที่ได้วิเคราห์ไปในหัวข้อที่ 3.1 ว่าครอบครัวของหญิงโสดไม่ว่าจะมีหรือไม่มีสามีโดยชอบด้วยกฎหมาย รวมทั้งหญิงโสดที่มีคู่รักเป็นหญิงเพศเดียวกัน ไม่ได้ก่อให้เกิดความแตกต่างระหว่างเด็กในครอบครัวแต่ละประเภท ในทางตรงกันข้ามหากไม่เปิดโอกาสให้ผู้ประกอบวิชีพเวชกรรมใช้เทคโนโลชีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการพทย์กับหญิงที่ไม่มีสามีโดยชอบด้วยกฎหมาย จะทำให้พวกเขาเหล่านั้นหันไปใช้บริการในตลาดมืดหรือไปใช้บริการในประเทศอื่นที่เปิดโอกาสให้ทำได้อย่างถูกต้องตามกฎหมาย[44] จะยิ่งเป็นการเพิ่มโอกาสให้หญิงโสดและเด็กได้รับอันตรายมากยิ่งขึ้นไปอีก

2) หลักว่าด้วยความผิด

หลักการนี้ได้คำนึงไปถึงการล่วงละเมิดต่อความรู้สึกของผู้อื่น ความรู้สึกว่าถูกล่วงละเมิดของแต่ละคนย่อมไม่เหมือนกัน การที่จะพิจารณาว่าการกระทำใดเป็นการล่วงละเมิดต่อความรู้สึกย่อมเป็นการยากการใช้กฎหมายเพื่อคุ้มครองความรู้สึกจึงต้องเป็นการล่วงละเมิดความรู้สึกของบุคคลทั่วไป ซึ่งไฟน์เบิร์กได้เสนอเงื่อนไขในการจำกัดกรอบของหลักความผิดนี้ไว้ 2 ประการ[45] คือ ต้องเป็นการล่วงเกินในระดับความรู้สึกของบุคคลทั่วไป และระดับความล่วงเกินจะต้องมีความสำคัญถึงขนาดที่ต้องใช้กฎหมายอาญาในการป้องกันไม่ให้เกิดการกระทำดังกล่าว เมื่อนำมาพิจารณาในเรื่องการเข้าถึงการผสมเทียมในหญิงโสด จะพบว่าบุคคลอื่นที่พบเห็นการให้บริการผสมเทียมกับหญิงที่ไม่มีสามีโดยชอบด้วยกฎหมายนั้นไม่ได้ทำให้ผู้อื่นรู้สึกไม่พอใจหรือเป็นประสบการณ์ที่ไม่ดีในทางจิตวิทยา และกรณีหญิงที่ไม่มีสามีโดยชอบด้วยกฎหมายใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์นั้นเป็นเรื่องส่วนตัวโดยแท้ จึงทำให้การกระทำเช่นนี้ไม่เข้าหลักว่าด้วยความผิด

3) หลักว่าด้วยศีลธรรม

หลักการนี้เป็นการกำหนดกฎเกณฑ์ในทางกฎหมายโดยอาศัยศีลธรรมซึ่งเป็นความรู้สึกนึกคิดของมนุษย์แต่ละคนว่าการกระทำอย่างไรเป็นการกระทำที่ชอบหรือไม่ชอบของคนในสังคม เป็นหลักบังคับเกี่ยวกับธรรมเนียมประเพณีซึ่งแตกต่างกันในแต่ท้องถิ่นและมีความเป็นพลวัตเปลี่ยนแปลงไปตามกาลเวลา ดังนั้นธรรมเนียมประเพณีของสังคมอันใดเป็น

---

[44] “Should single women and lesbians have access to DI-treatment?,” *supra note 30*.

[45] ทัศมัญช์ ใจหาญ, “ความผิดฐานใช้สัตว์ประกอบกามกิจ,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2559) น.38.

ศีลธรรมอันดีของประชาชน จึงต้องพิจารณาทั้งยุคสมัยและท้องถิ่นประกอบกัน เนื่องจากปัจจุบันได้มีข้อมูลความรู้ใหม่ ๆ ที่ทำให้ไม่ต้องใช้ความรู้สึกนึกคิดหรือคาดเดาเอาเอง มาตัดสินว่าการกระทำใดเป็นการกระทำที่ถูกหรือการกระทำใดเป็นการกระทำที่ผิด โดยสามารถใช้เหตุและผลมาวิเคราะห์การกระทำต่าง ๆ ได้ เช่น กรณีการให้บริการผสมเทียมกับหญิงโสดนั้นสามารถใช้ข้อมูลจากงานวิจัยต่าง ๆ มาเป็นเหตุผลประกอบความรู้สึกนึกคิดของเราได้ โดยงานวิจัยหลายตัวได้ชี้ให้เห็นว่าเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ และมีคุณแม่เลี้ยงเดี่ยวหรือคุณแม่ที่มีคู่รักเพศเดียวกันไม่ได้ส่งผลต่อพฤติกรรมและสภาพจิตใจของเด็ก เด็กเหล่านี้สามารถใช้ชีวิตได้เหมือนกับเด็กทั่วไป ไม่เป็นการกระทำที่มีความชั่วร้ายในตัวเอง ไม่เป็นการประพฤติผิดทำนองคลองธรรมของศาสนา หรือเป็นการประพฤติตนไม่ดีงาม นอกจากนี้ในกรณีของคุณแม่ที่มีคู่รักเป็นหญิงเพศเดียวกันนั้น จากการศึกษาในเรื่องเกี่ยวกับเพศพบว่า ในปี พ.ศ.2556 สมาคมจิตแพทย์อเมริกัน American Psychiatric Association (APA) ได้ประกาศยกเลิกการเป็นคนข้ามเพศในบัญชี DSM-IV ของสมาคมฯ ให้บุคคลที่เคยอยู่ในกลุ่ม Gender Identity Disorder (ความผิดปกติของอัตลักษณ์ทางเพศ) ที่ยังถือเป็นความผิดปกติอยู่ มาเป็นกลุ่ม Gender Dysphoria แทน เพราะตรงกับความหมาย “ภาวะเพศสภาพไม่ตรงกับเพศกำเนิด” มากกว่า เนื่องจากเป็นเพียงความวิตกไม่สบายใจกับภาวะเพศสภาพไม่ตรงกับเพศกำเนิด เท่านั้น[46] ในประเทศไทยเองศาลปกครองก็มีคำสั่งให้การแก้ไขถ้อยคำที่ระบุในใบเกณฑ์ทหารว่า “โรคจิตถาวร” เป็น “ภาวะเพศสภาพไม่ตรงกับเพศกำเนิด”[47] ทำให้เห็นได้ว่าการมีภาวะเพศสภาพไม่ตรงกับเพศกำเนิดนั้นไม่ได้เป็นเรื่องของความผิดปกติอย่างเช่นในอดีต ผู้เขียนจึงเห็นว่าการกระทำเช่นนี้ไม่เข้าหลักว่าด้วยศีลธรรม

ปัจจุบันคณะกรรมการที่ปรึกษาแห่งชาติด้านจริยธรรมชีวการแพทย์แห่งประเทศประเทศสวิสเซอร์แลนด์ (National Advisory Commission on Biomedical Ethics) กำลังพิจารณาในประเด็นทางสังคม ศีลธรรม กฎหมาย และการเข้าถึงเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ของหญิงโสดหรือคู่รักเพศเดียวกัน[48] ในกรณีนี้ผู้เขียนเห็นว่าการกระทำดังกล่าวไม่ทำให้เกิดความความไม่สงบเรียบร้อยในสังคมหรือเป็นการกระทำที่ผิดศีลธรรม เนื่องจากหญิงและชายที่อยู่ด้วยกันตามความเป็นจริงนั้นไม่ต่างอะไรกับสามีภรรยาที่จดทะเบียนสมรสโดยถูกต้องตามกฎหมายนอกจากสิทธิทางแพ่งบางประการเท่านั้น และการให้บริการกับหญิงโสดที่ไม่มีสามีตามความเป็นจริงหรือมีคู่รักเพศเดียวกันนั้นเป็นเรื่องส่วนตัวโดยแท้ ทั้งยังไม่เป็นการก่อให้เกิดปัญหากับเด็กและคนในสังคมแต่อย่างใด

4) หลักว่าด้วยการกำหนดให้เป็นแบบแผน หรือหลักปิตาธรรม

หลักนี้เป็นการใช้อำนาจรัฐเพื่อป้องกันบุคคลจากอันตรายต่อตนเอง มุ่งเน้นคุ้มครองตัวผู้กระทำเป็นสำคัญ โดยใช้กฎหมายป้องกันความเสียหายที่อาจจะเกิดขึ้นแก่ตัวผู้กระทำ หรือให้ผู้กระทำได้รับผลดีจากการปฏิบัติตามกฎหมาย การที่ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมให้บริการกับหญิงโสดนั้นไม่ก่อให้เกิดอันตรายใดๆกับผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม นอกจากนั้นยังไม่เป็นการก่อให้เกิดอันตรายแก่หญิงโสดที่เข้ารับบริการด้วย รัฐจึงควรเปิดโอกาสให้ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมสามารถให้บริการกับหญิงโสดได้โดยถูกต้องตามกฎหมาย

---

[46] มูลนิธิเพื่อสิทธิและความเป็นธรรมทางเพศ, “APA ยกเลิกคนข้ามเพศไม่ใช่ผู้มีความผิดปกติในอัตลักษณ์ทางเพศ,” สืบค้นเมื่อวันที่ 18 มกราคม 2562, จาก http://forsogi.org/?p=272.

[47] อินทรชัย พาณิชกุล, “ไขข้อสงสัยที่คนไม่ค่อยรู้ เมื่อกะเทยต้องไปเกณฑ์ทหาร,” สืบค้นเมื่อวันที่ 20 กุมภาพันธ์ 2562, จาก https://www.posttoday.com/politic/report/424568.

[48] National Advisory Commission on Biomedical Ethics, “Sperm donation,” Retrieved on May 30 2019, from https://www.nek-cne.admin.ch/en/current-work/sperm-donation/.

ข้อเสนอแนะ

จากการศึกษาเงื่อนไขการให้บริการเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ ที่จำกัดให้ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมสามารถให้บริการเฉพาะหญิงที่มีสามีโดยชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น ผู้เขียนเห็นว่ายังคงมีข้อบกพร่องอยู่เนื่องจากบางกรณีหญิงที่ไม่มีสามีโดยชอบด้วยกฎหมายที่ต้องการเข้ารับบริการนั้นไม่ได้มีวัตถุประสงค์ในทางการค้าหรือแสวงหาประโยชน์อื่นใดอันไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมไม่สามารถให้บริการกับหญิงเหล่านั้นได้ หากฝ่าฝืนจะต้องรับโทษทางอาญา เมื่อได้ศึกษาถึงกฎหมายต่างประเทศที่มีการเปิดโอกาสให้กับผู้หญิงทุกคนไม่ว่าจะมีหรือไม่มีสามีโดยชอบด้วยกฎหมาย เป็นหญิงโสด มีคู่ชีวิตหรือคู่สมรสเป็นหญิงเพศเดียวกัน รวมถึงงานวิจัยต่าง ๆ จึงได้ข้อสรุปว่าประเทศไทยควรมีการแก้ไขกฎหมายเพื่อให้สอดคล้องกับเกณฑ์ในการกำหนดความรับผิดทางอาญา ดังต่อไปนี้

1) การบัญญัติบทนิยามให้ครอบคลุมถึงกรณีหญิงที่ต้องการตั้งครรภ์ด้วยตนเอง

มาตรา 3 ไม่มีบทนิยามของหญิงที่ไม่มีสามีโดยชอบด้วยกฎหมายแล้วต้องการตั้งครรภ์เพื่อให้กำเนิดบุตรของตนเอง ดังนั้นผู้เขียนเห็นว่า ควรกำหนดบทนิยามของหญิงที่ประสงค์จะตั้งครรภ์เพื่อให้กำเนิดบุตรของตนเอง (มิใช่เป็นการตั้งครรภ์แทนผู้อื่น) และคู่ชีวิตตามร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. .... ให้ชัดเจน เพื่อหลีกเลี่ยงปัญหาการใช้และการตีความ และรองรับกับการเปลี่ยนแปลงทางสังคมที่กำลังมีการผลักดันให้มีการออกพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิตอยู่ในขณะนี้

ผู้เขียนเห็นว่าควร กำหนดนิยามเพิ่มเติมในมาตร 3 ของพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ว่า

“การตั้งครรภ์เพื่อให้กำเนิดบุตรของตนเอง” หมายถึง การที่หญิงโสดทั้งที่มีและไม่มีสามีตามความเป็นจริงตั้งครรภ์เพื่อให้กำเนิดบุตรที่เป็นเชื้อสายของตนเอง (โดยไม่ได้ตั้งครรภ์แทนผู้อื่น) ทั้งนี้ให้รวมถึงคู่ชีวิตที่เป็นหญิงเพศเดียวกันตามพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. .... ซึ่งกระทำโดยมิได้มีวัตถุประสงค์ในทางการค้าหากำไร หรือประโยชน์อื่นใดที่มิควรได้

2) การบัญญัติบทนิยามให้การบำบัดรักษาภาวะการมีบุตรยากครอบคลุมถึงหญิงที่ไม่มีสามีโดยชอบด้วยกฎหมาย

ภาวะการมีบุตรยาก หมายถึง ภาวะที่คู่สมรสไม่สามารถตั้งครรภ์ภายหลังจากมีเพศสัมพันธ์อย่างสม่ำเสมอ เฉลี่ยอย่างน้อย 2 - 3 วันต่อสัปดาห์โดยไม่ได้คุมกำเนิดอย่างน้อย 1 ปี[49] ทำให้หญิงที่ไม่มีสามีโดยชอบด้วยกฎหมายไม่สามารถที่จะเป็นผู้มีภาวะการมีบุตรยากได้ ผู้เขียนจึงเห็นสมควรที่จะต้องมีการแก้ไขโดยเพิ่มเติมบทนิยามของการบำบัดรักษาภาวะการมีบุตรยากให้ครอบคลุมถึงหญิงที่ไม่มีสามีโดยชอบด้วยกฎหมายด้วย

ผู้เขียนเห็นว่าควร กำหนดนิยามเพิ่มเติมในมาตรา 3 ของพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ว่า

“การบำบัดรักษาภาวะการมีบุตรยาก” รวมไปถึงกรณีของสตรีที่โดยสภาพของร่างกายนั้นไม่สามารถมีบุตรได้ด้วยตัวเอง

3) การยกเลิกบทกำหนดความรับผิดและโทษทางอาญา

การให้บริการเทคโนโลยช่วยการเจริญพันธุ์กับหญิงที่ตั้งครรภ์เพื่อให้กำเนิดบุตรที่เป็นเชื้อสายของตนเองโดยไม่ได้ตั้งครรภ์แทนผู้อื่น และมิได้ทำเพื่อวัตถุประสงค์ในทางการค้าหรือแสวงประโยชน์อื่นใดอันไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้น ไม่เข้าหลักเกณฑ์การกำหนดความรับผิดทางอาญา ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมไม่ควรต้องรับโทษทางอาญา เนื่องจาก การกระทำนั้นไม่ขัดต่อหลักประโยชน์สูงสุดของเด็กตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กดังที่ได้วิเคราห์ไปในหัวข้อ 3.1 และไม่สอดคล้องกับหลักเกณฑ์การกำหนดความรับผิดทางอาญา ดังนั้นผู้เขียนเห็นว่า ควรมีการแก้กฎหมายให้ผู้ประกอบวิชาชีพ

[49] หลิงหลิง สาลัง, “ภาวะมีบุตรยาก (Infertility),” สืบค้นเมื่อวันที่ 21 กุมภาพันธ์ 2562, จาก http://haamor.com/ภาวะการมีบุตรยาก.

เวชกรรมที่ให้บริการกับหญิงที่ไม่มีสามีโดยชอบด้วยกฎหมายไม่ต้องมีความรับผิดทางอาญา เว้นแต่กรณีที่ดำเนินการโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อแสวงหาประโยชน์ที่มิชอบด้วยกฎหมายเท่านั้นที่ยังคงต้องมีความรับผิดและโทษอยู่เช่นเดิม

ผู้เขียนเห็นว่า ควรมีการแก้ไขพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558

จากเดิมที่บัญญัติว่า มาตรา 36 “ห้ามมิให้ผู้ใดสร้างตัวอ่อนเพื่อใช้ในกิจการใด ๆ เว้นแต่เพื่อใช้ในการบำบัดรักษาภาวะการมีบุตรยากของสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมาย”

ผู้เขียนเห็นว่าควรบัญญัติใหม่ดังนี้ มาตรา 36 “ห้ามมิให้ผู้ใดสร้างตัวอ่อนเพื่อใช้ในกิจการใด ๆ เว้นแต่เพื่อใช้ในการบำบัดรักษาภาวะการมีบุตรยากของสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายและหญิงที่ตั้งครรภ์เพื่อให้กำเนิดบุตรของตนเอง”

บทบัญญัติของพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ.2558 ที่กำหนดให้ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมสามารถให้บริการเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์กับสามีและภรรยาที่ชอบด้วยกฎหมายเท่านั้นยังไม่สอดคล้องกับหลักเกณฑ์ในการกำหนดความรับผิดทางอาญา ผู้เขียนเห็นว่า ผู้ร่างกฎหมายควรมีการนำกฎหมายมาพิจารณาเพื่อวิเคราห์ถึงความเหมาะสมของกฎหมายที่มีอยู่ และทำการแก้ไขปรับปรุงเพื่อให้กฎหมายที่มีโทษอาญาให้มีความศักดิ์สิทธิ์และเป็นที่ยอมรับในสังคมต่อไป

บรรณานุกรม

หนังสือ

คณิต ณ นคร. กฎหมายอาญาภาคทั่วไป. พิมพ์ครั้งที่5. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2556.

บทความ

ภัทรพร สิริกาญจน. “ประโยชน์นิยมในความเรียงว่าด้วยเสรีภาพ ของจอห์น สจวร์ต มิลล์.” วารสารราชบัณฑิตยสถาน. ปีที่38. ฉบับที่ 2 (2556) : น.152

รณกรณ์ บุญมี. “The criminal law as the ultima ratio : the principle that needs a qualification กฎหมายอาญาต้องเป็นวิธีทางสุดท้าย : หลักการที่ต้องปรับปรุง.” ใน นิติธรรมประจักษ์ สุรศักดิ์ 60 ปี. น.231. กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2561.

วิทยานิพนธ์

ทัศมัญช์ ใจหาญ. “ความผิดฐานใช้สัตว์ประกอบกามกิจ.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2559.

เมษยา โรจนอารีย์. “การฉ้อฉลทางวิชาการ: ศึกษาการกำหนดความผิดอาญาฐานรับจ้างทำวิทยานิพนธ์.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2559.

วิภาพร เนติจิรโชติ. “การบัญญัติความผิดลหุโทษให้เป็นความผิดอาญาทั่วไปศึกษาเฉพาะความผิดลหุโทษตามประมวลกฎหมายอาญา.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2548.

เอกสารอิเล็กทรอนิกส์

เครือข่ายยุติธรรมเยาวชน. “อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก.” http://www.thaiyouthjustice.net/?p=460, 27 พฤษภาคม 2562.

มูลนิธิเพื่อสิทธิและความเป็นธรรมทางเพศ. “APA ยกเลิกคนข้ามเพศไม่ใช่ผู้มีความผิดปกติในอัตลักษณ์ทางเพศ.” http://forsogi.org/?p=272, 18 มกราคม 2562.

วิสาร พันธุนะ และลาวัลย์ หอนพรัตน์. “หน่วยที่ 1 ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายอาญา และลักษณะทั่วไปของกฎหมายอาญา.” http://law.stou.ac.th/dynfiles/หน่วยที่%201%20%20กม.อาญา%201%20%20ฉบับล่าสุด.pdf, 13 พฤษภาคม 2560.

หลิงหลิง สาลัง. “ภาวะมีบุตรยาก (Infertility).” http://haamor.com/ภาวะการมีบุตรยาก, 21 กุมภาพันธ์ 2562.

อินทรชัย พาณิชกุล. “ไขข้อสงสัยที่คนไม่ค่อยรู้ เมื่อกะเทยต้องไปเกณฑ์ทหาร.” https://www.posttoday.com/politic/report/424568, 20 กุมภาพันธ์ 2562.

BOOKS

Constantin Lauterwein, Carl. The Limits of Criminal law : a comparative analysis of approaches tolegal theorizing. Surrey : Ashgate Publishing Limited, 2010.

Devlin, Patrick. The Enforcement of Morals. London : Oxford University Press, 1965.

Feinberg, Joel. The Moral Limits of the Criminal Law Offense to others Volume 2. New York : Oxford University Press, 1926.

ARTICLES

Feinberg. Joel. “Legal Paternalism.” Canadian journal of philosophy. Vol.1. No. 1. (1971) : 105 – 106.

Gartrell, Nanette, Bos, Henny, Koh, Audrey. “National Longitudinal Lesbian Family Study — Mental Health of Adult Offspring.” The New England Journal of Medicine. (2018). https://www.nejm.org/doi/full/10.1056/NEJMc1804810#article_ citing_articles. 20 May 2019,

Golombok, Susan, Zadeh, Sophie, Imrie, Susan, Smith, Venessa, Freeman, Tabitha. “Single Mothers by Choice : Mother–Child Relationships and Children’s Psychological Adjustment.” Journal of Family Psychology. Vol.30. (2016) : 409 - 418.

Jareborg, Nils. “Criminalization as Last Resort (Ultima Ratio).” Ohio State Journal of Criminal Law. Vol.2 No.2. (2004-2005) : p.527.

Simester, A.P. and von Hirsch, Andrew. “Rethinking the offense principle.” Legal Theory. Vol.8. (2002) : p.270 - 271.

ELECTRONIC MEDIA

“Children in single-mother-by-choice families do just as well as those in two-parent families.” https://www.eurekalert.org/pub_releases/2017-07/esohcis062817.php, August 5, 2018.

Crawford, Julia. “Online sperm banks pose challenge in Switzerland.” swissinfo.ch.https://www.swissinfo.ch/eng/reproductive-law_online-sperm-banks-pose-challenge-in-switzerland/43492204, January 31, 2019.

channel news Asia. “Hong Kong government defends gay marriage ban in court.” https://www.channelnewsasia.com/news/asia/hong-kong-government-defends-gay-marriage-ban-in-court-11576136, May 31, 2019.

Cryos International. “Should single women and lesbians have access to DI-treatment?.” https://dk.cryosinternational.com/resources/ethical-questions/should-single-women-and-lesbians-have-access-to-di-treatment, March 29, 2018.

Dowd, Rachel. “Mental health of young adults with lesbian parents the same as their peers, study finds.” https://Williamsinstitute.law.ucla.edu/press/nllfs-young-adults-press-release/, May 26, 2019.

Feinberg, Joel. “The Moral Limits of the Criminal Law Volume 1 : Harm to Other.” http://www.oxfordscholarship.com, May 12, 2562.

Lau, Chris. “Hong Kong’s Basic Law allows for same-sex marriage restrictions, city’s lawyers argue in landmark LGBT court challenge.” South China morning post. https://www.scmp.com/news/hong-kong/law-and-crime/article/3012346/hong-kongs-basic-law-allows-same-sexmarriage, May 31, 2019.

Official record of proceedings. “Legislative council of the Hong Kong special administrative region of the people’s republic of China.” https://www.legco.gov.hk/yr98-99/english/counmtg/hansard/980909fe.htm, May 30, 2019.

Sperm donation. “National Advisory Commission on Biomedical Ethics.” https://www.nekcne.admin.ch/en/current-work/sperm-donation/, May 30, 2019.

Van Mill, David. “Freedom of Speech.” The Stanford Encyclopedia of Philosophy. https://plato.stanford.edu/entries/freedom-speech/, May 12, 2019.