

บทที่ 3

กฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมการใช้เซลล์ต้นกำเนิดตัวอ่อน

ปัญหาการนำเซลล์ต้นกำเนิดตัวอ่อนไปใช้ในการรักษาโรคนั้น ยังมีข้อถกเถียงในเรื่องจริยธรรมของแหล่งที่มา ตามที่ได้กล่าวในบทที่แล้ว การใช้เซลล์ต้นกำเนิดตัวอ่อนที่ปรากฏอยู่ในขณะนี้ ยังไม่มีกฎหมายควบคุมการสร้างและการใช้เซลล์ต้นกำเนิดตัวอ่อน ซึ่งเซลล์ต้นกำเนิดตัวอ่อนมีลักษณะเป็นเพียงกลุ่มเซลล์ที่มีศักยภาพที่จะพัฒนาไปเป็นตัวอ่อนมนุษย์ (*Sui generis*)¹ ด้วยเหตุนี้ การให้ความคุ้มครองสิทธิเซลล์ต้นกำเนิดตัวอ่อนจึงตั้งอยู่บนข้อพิจารณาที่ว่าเซลล์ต้นกำเนิดตัวอ่อน ถือว่ามีสถานภาพทางกฎหมายอย่างไร และข้อพิจารณาที่ว่าเซลล์ต้นกำเนิดเป็นเพียงทรัพย์สินของบุคคลใดบุคคลหนึ่ง ดังนั้นเพื่อวัตถุประสงค์ในการควบคุมการใช้เซลล์ต้นกำเนิดตัวอ่อนเพื่อประโยชน์ในทางการแพทย์ จึงสมควรที่จะต้องมีการนำเสนอบทวิเคราะห์ หลักเกณฑ์ทางกฎหมายอื่นๆ เพื่อประกอบในการพิจารณาและตีความทางกฎหมายในเรื่องการให้ความคุ้มครองสิทธิเซลล์ต้นกำเนิด

ดังนั้นเพื่อให้เป็นไปตามมาตรฐานทางจริยธรรม และชีวจริยธรรมให้อยู่ในกรอบของกฎหมาย ในบทนี้ผู้เขียนจึงศึกษาเกี่ยวกับสถานภาพของตัวอ่อนที่เป็นแหล่งจะนำมาสร้างเซลล์ต้นกำเนิดตัวอ่อนและการควบคุมขั้นตอนกระบวนการใช้เซลล์ต้นกำเนิดตัวอ่อนได้รับรู้ถึงวิธีการชั่วคราวระวัง ความเสี่ยงต่อความรับผิดชอบ ไม่ว่าจะในทางแพ่งและอาญาจากผลของการกระทำ และข้อพิพาทที่อาจจะทำให้เกิดความเสียหายต่อทุกฝ่าย เพื่อให้การใช้เซลล์ต้นกำเนิดตัวอ่อนนั้นมีกฎระเบียบสามารถนำมาประยุกต์ใช้ให้เกิดประโยชน์ต่อสังคมและประเทศชาติต่อไป

3.1 สถานภาพทางกฎหมายของเซลล์ต้นกำเนิดตัวอ่อน

เนื่องจากร่างพรบ.เจริญพันธุ์ ไม่ได้ระบุถึงหลักเกณฑ์ทางกฎหมายในเรื่องสถานภาพของเซลล์ต้นกำเนิดตัวอ่อนไว้ และการสร้างเซลล์ต้นกำเนิดตัวอ่อนนั้นปฏิเสธไม่ได้ที่จะต้องทราบ

¹ Black's Law Dictionary. (1999). Abridged Sixth Edition. *Sui generis*. Lat. of its own kind or class; i.e. the only one of its own kind; peculiar.

สถานภาพของตัวอ่อนที่เป็นแหล่งที่มาของเซลล์ต้นกำเนิดตัวอ่อน ซึ่งการนำตัวอ่อนมาสร้างเซลล์ต้นกำเนิดชนิดนั้นยังมีปัญหาทางด้านจริยธรรม กล่าวคือ วิธีการสร้างเซลล์ต้นกำเนิดจากตัวอ่อนนั้น จะต้องทำการดึง ตัวอ่อนมนุษย์ที่เกิดจากการปฏิสนธิของไข่กับอสุจิที่มีอายุ 5-7 วันออกมาจากนั้น จึงคัดเซลล์จาก ตัวอ่อนออกมาเพาะเลี้ยงเป็นเซลล์ต้นกำเนิดต่อไป วิธีการนี้จะทำให้ตัวอ่อนมนุษย์ ต้องตายไปจะเห็นว่ามิใช่อำนาจมากมาย ทั้งในแง่จริยธรรมและความปลอดภัย รวมถึงอาจมีปัญหา ทางกฎหมายเกี่ยวกับสถานภาพของตัวอ่อน

ในบทนี้จะเสนอแนวคิดในการให้ความคุ้มครองเกี่ยวกับ “ชีวิต” ที่ปรากฏอยู่ในกฎหมาย แต่ละประเภท โดยเริ่มจากการให้ความคุ้มครองตามกฎหมายรัฐธรรมนูญในแง่ของการให้ความ คุ้มครองสิทธิ เสรีภาพขั้นพื้นฐานของมนุษย์ การให้ความคุ้มครองตามกฎหมายแพ่งในแง่ของการ เริ่มต้นสภาพบุคคลตามกฎหมาย และการให้ความคุ้มครองตามกฎหมายอาญาในแง่ของการให้ ความคุ้มครองแก่ชีวิตมนุษย์ ทั้งนี้เพื่อชี้ให้เห็นถึงการคุ้มครองที่แตกต่างกันในกฎหมายแต่ละ ประเภทซึ่งมีวัตถุประสงค์ของการให้ความคุ้มครองที่ต่างกัน จากนั้นจะกล่าวถึงสถานภาพของ ตัวอ่อนที่จะนำมาสร้างเซลล์ต้นกำเนิดว่าควรที่จะนำตัวอ่อนมาสร้างเซลล์ต้นกำเนิดหรือไม่

3.1.1 การให้ความคุ้มครองเกี่ยวกับ “ตัวอ่อน” ที่นำมาสร้างเซลล์ต้นกำเนิดในกฎหมายแต่ละประเภท²

ในการศึกษาเกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองชีวิตของตัวอ่อน ในการศึกษาที่จะสร้างเซลล์ต้นกำเนิดตัวอ่อนนั้น ต้องอาศัยการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ในการผลิตตัวอ่อน จึงจำเป็นต้องมีกฎหมายคุ้มครองตัวอ่อนที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทาง การแพทย์ และมีความจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องศึกษาเกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองชีวิตในฐานะที่เป็น สิ่งที่กฎหมายให้การรับรอง คุ้มครอง ในบริบทของกฎหมายอื่นๆด้วย ทั้งนี้เพื่อให้เกิดความชัดเจน ในการกำหนดแนวทางการให้ความคุ้มครองตัวอ่อนในทางกฎหมายได้อย่างครอบคลุมทุกแง่มุม ของกฎหมาย ซึ่งในที่นี้จะขอกกล่าวถึงการให้ความคุ้มครองชีวิตในกฎหมายรัฐธรรมนูญ ซึ่งจะ เกี่ยวข้องกับสิทธิขั้นพื้นฐานของความเป็นมนุษย์ การคุ้มครองชีวิตในทางกฎหมายแพ่ง ซึ่งจะเกี่ยวกับการ เริ่มต้นแห่งสิทธิที่กฎหมายให้การรับรอง คุ้มครอง และการให้ความคุ้มครองชีวิตโดยมี รายละเอียดดังนี้

² อาทิตย์ กิจพระภูมิ. (2550). *ปัญหากฎหมายและจริยธรรมกับการคุ้มครองชีวิตอันเกิดจากเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต. บัณฑิตวิทยาลัย. มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

3.1.1.1 กฎหมายรัฐธรรมนูญ

เนื่องจากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์นั้น ล้วนมีขั้นตอนเกี่ยวกับการกระทำต่อร่างกายมนุษย์ ซึ่งอาจกระทบต่อสิทธิ เสรีภาพในร่างกาย สิทธิในความเป็นมนุษย์ สิทธิมนุษยชน ที่กฎหมายรัฐธรรมนูญได้ให้การรับรองคุ้มครองไว้ ดังนั้นจึงมีความจำเป็นต้องศึกษาในเนื้อหาของการให้ความคุ้มครองดังกล่าว ว่ามีความเกี่ยวข้องกับแนวทางการกำหนดการคุ้มครองชีวิตที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์มากน้อยเพียงใด ดังนั้น สิทธิมนุษยชนในรัฐธรรมนูญในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการให้ความคุ้มครองชีวิตมนุษย์ในแง่ของ “สิทธิที่จะมีชีวิต”

อาจกล่าวได้ว่า สิทธิมนุษยชนนั้นเกิดมาจากความเชื่อที่ว่า มนุษย์ทุกคนมีสิทธิที่คิดมาแต่กำเนิดซึ่งสิทธินี้เป็นไปโดยธรรมชาติและเป็นสิ่งที่แสดงถึงคุณค่าของการดำรงอยู่ของมนุษย์ทุกคน นั่นคือ สิทธิที่จะมีชีวิต (Right To Life) อันเป็นสิทธิมนุษยชนพื้นฐานที่สำคัญที่มนุษย์ทุกคนบนโลกนี้พึงมี เนื่องจากผู้ทรงสิทธิมนุษยชนก็คือมนุษย์ทุกรูปทุกนามที่ดำรงชีวิตอยู่นั่นเอง ฉะนั้นมนุษย์จึงมีสิทธิที่จะได้รับความเคารพในชีวิตจากเพื่อนมนุษย์ด้วยกันที่จะไม่ถูกพรากชีวิตของตนถูกทำร้ายตลอดจนการนำชีวิตของบุคคลไปจำหน่ายจ่ายโอนให้บุคคลใด ความเชื่อดังกล่าวพัฒนาขึ้นโดยเรียกว่าสิทธิมนุษยชน หรือสิทธิขั้นพื้นฐานของการเป็นคน สิทธิดังกล่าวกำหนดขึ้นเพื่อให้มนุษย์สามารถแสดงถึงคุณค่า สติปัญญา จิตสำนึกของความเป็นคน จึงเป็นสิ่งที่มีความสำคัญที่สุดที่จะต้องดำรงไว้เพื่อรักษาคุณค่าดังกล่าวของมนุษย์แต่ละคน¹ ซึ่งพัฒนาจากระดับบุคคลไปสู่ระดับชาติจนกลายเป็นกฎหมายระหว่างประเทศ จนกระทั่งมีการก่อตั้งองค์การสหประชาชาติ และกำหนดหลักการเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนในกฎบัตรสหประชาชาติไว้หลายประการด้วยกัน นอกจากนี้ก็ได้มีการประกาศปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน กล่าวถึงสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานโดยมีหลักใหญ่ 2 ประการ คือ มนุษย์ทุกคนเกิดมามีเสรีภาพและความเท่าเทียมกันตามกฎหมาย² และมนุษย์ทุกคนมีสิทธิ ไม่ว่าจะตามกฎหมายภายในและกฎหมายระหว่างประเทศ ที่จะได้รับสิทธิตามที่ประกาศไว้ในปฏิญญานี้ทุกประการ³ แต่อย่างไรก็ตาม ด้วยเหตุที่สิทธิมนุษยชนตระหนักถึงความจำเป็นมนุษย์ โดยเฉพาะเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างมนุษย์ต่อมนุษย์ด้วยกัน จึงมีบางประเทศที่ยึดหลักความสัมพันธ์ระหว่างประชาชนกับรัฐ ก็พยายามหลีกเลี่ยงที่จะนำข้อตกลงต่างๆ ไปเป็นแนวทางปฏิบัติโดยอ้างถึงความแตกต่างทางวัฒนธรรม และไม่คำนึงว่าสิทธิมนุษยชนเป็นข้อตกลง

¹ พูนพล เงินดี. (2530). *กฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิมนุษยชน*. วารสารอักษร 15, (168), หน้า 31.

² The Universal Declaration of Human Rights. art 7.

³ เรื่องเดียวกัน. art 2.

ร่วมทางสากล⁶ ซึ่งในกรณีนี้น่าจะนำมาปรับใช้เกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองชีวิตที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ในแง่ของการให้ความคุ้มครองตัวอ่อนที่มีการปฏิสนธิเกิดขึ้นแล้วได้ เนื่องจากตัวอ่อนนั้นเป็นที่ยอมรับในทางการแพทย์ว่าสามารถพัฒนาเติบโตต่อไปเป็นทารกได้ ดังนั้นจึงควรได้รับความคุ้มครองในทางกฎหมายในฐานะที่เป็นชีวิตที่มีสิทธิที่จะมีชีวิตต่อไปในอนาคตได้

สิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 นั้น ก็ได้บัญญัติรับรองถึงสิทธิเสรีภาพในชีวิตร่างกายของมนุษย์ไว้ใน หมวด 3 สิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทย มาตรา 32 ว่า “บุคคลย่อมมีสิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกาย...”⁷ ซึ่งบทบัญญัติดังกล่าวได้กล่าวถึง “สิทธิในชีวิต” ของมนุษย์ แท้จริงแล้วชีวิตมนุษย์มิได้เริ่มที่สภาพการเป็นมนุษย์ แต่เริ่มตั้งแต่การปฏิสนธิ ฉะนั้น “สิทธิในชีวิต” จึงเริ่มตั้งแต่ปฏิสนธิไปจนถึงการคลอด⁸ โดยสิทธิตามรัฐธรรมนูญถือว่าเป็น “สิทธิมนุษยชนพื้นฐาน” บัญญัติไว้เพื่อการรับรองและคุ้มครองปัจเจกชนในอันที่จะกระทำการใด หรือไม่กระทำการใด ซึ่งอำนาจดังกล่าวก่อให้เกิดหน้าที่แก่บุคคลอื่นที่จะต้องไม่ละเมิดหรือขัดขวางผู้ทรงสิทธินั้น⁹ อย่างไรก็ตามด้วยการที่สิทธิดังกล่าวเป็นสิทธิตามกฎหมายมหาชน สิทธิตามรัฐธรรมนูญจึงเป็นความสัมพันธ์ระหว่างปัจเจกบุคคลกับรัฐ และเป็นสิทธิที่ผูกพันองค์กรผู้ใช้อำนาจรัฐทั้งหลายที่จะต้องให้ความเคารพ ปกป้อง และคุ้มครองสิทธิตามรัฐธรรมนูญดังกล่าวเพื่อให้สิทธินั้นมีผลในทางปฏิบัติ แต่อย่างไรก็ตามปัจจุบันเริ่มมีความเห็นว่า นอกจากความสัมพันธ์ระหว่างปัจเจกชนกับรัฐแล้ว ความสัมพันธ์ระหว่างปัจเจกชนด้วยกันเองก็อาจต้องผูกพันต่อสิทธิและเสรีภาพด้วย¹⁰ แต่แนวคิดดังกล่าวก็ยังถูกโต้แย้งเพราะการที่จะให้สิทธิและเสรีภาพมีผลผูกพันต่อบุคคลทุกคนเช่นนี้ย่อมมีผลเป็นการจำกัดเสรีภาพอย่างกว้างขวาง ซึ่งควรจะหลีกเลี่ยงการตีความที่นำไปสู่ผลดังกล่าว จึงมีผู้เห็นว่า สิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกายตามรัฐธรรมนูญ ก่อให้เกิดความผูกพันต่อรัฐที่จะต้องคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพดังกล่าวให้ปราศจากการแทรกแซงและการละเมิดโดยอำนาจรัฐเองโดยตรง¹¹ นอกจากนี้ยังรวมไปถึงการผูกพันให้รัฐต้องออกมาตรการเพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพนั้นจากการล่วงละเมิดโดยปัจเจกบุคคลด้วยกันด้วย ซึ่งเป็นการทำให้สิทธิและเสรีภาพได้ขยายผลการผูกพันไปผูกพันต่อปัจเจกบุคคลในทางอ้อม ผ่าน

⁶ วิษั จีระแพทย์. (2546). *สิทธิมนุษยชน VS สิทธิพลเมือง*. วารสารรัฐธรรมนูญ 5. (13). หน้า 134.

⁷ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐. มาตรา ๓๒.

⁸ คณิต ณ นคร. (2545). *คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิด*. (พิมพ์ครั้งที่ 8). กรุงเทพมหานคร : วิทยุชน. หน้า 114.

⁹ บรรเจิด สิงคะเนติ. (2547). *หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญ*. (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิทยุชน. หน้า 58.

¹⁰ เรื่องเดียวกัน.

¹¹ เรื่องเดียวกัน.

ทางบทบัญญัติต่างในกฎหมายอาญา¹² ดังนั้นการที่จะนำหลักการเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพในรัฐธรรมนูญมาพิจารณาประกอบกับร่างกฎหมายเพื่อให้ความคุ้มครองชีวิตตัวอ่อนที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์นั้นมาสร้างเซลล์ต้นกำเนิดตัวอ่อน จึงชอบด้วยหลักการ

ดังนั้น การนำหลักการการให้ความคุ้มครองเกี่ยวกับสิทธิที่จะมีชีวิต ตามที่เป็นสิทธิมนุษยชนที่รัฐธรรมนูญได้ให้การรับรองคุ้มครองไว้ เข้ามาปรับใช้ในกฎหมายเพื่อให้ความคุ้มครองชีวิตตัวอ่อนนั้น ก็เป็นสิ่งสำคัญยิ่ง เพราะนอกจากจะต่อยอดแนวความคิดในเรื่องสิทธิที่จะมีชีวิตแล้ว ยังเป็นการเน้นหลักการศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามกฎหมาย ซึ่งเป็นสิทธิที่ติดตัวมนุษย์มาเป็นสิทธิที่มีความสำคัญเป็นอันดับแรก เนื่องจากถือว่าเป็นรากฐานที่มาจากสิทธิอื่นๆ ที่กฎหมายต่างๆ ได้ให้ความคุ้มครองไว้ ซึ่งสิทธิดังกล่าวนอกจากจะมีการให้ความคุ้มครองในฐานะที่เป็นสิทธิที่จะมีชีวิตของมนุษย์แล้ว ยังควรที่จะขยายความรวมไปถึงสิทธิที่จะมีชีวิตของตัวอ่อนที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์อีกด้วย

3.1.1.2 กฎหมายแพ่ง

กฎหมายแพ่งไม่ว่าในประเทศระบบชีวิตลอร์และคอมมอนลอร์นั้น มีรากฐานพัฒนามาจากกฎหมายโรมัน ซึ่งหลักการสำคัญของกฎหมายโรมันเกี่ยวกับชีวิตนั้นก็ปรากฏว่ามีการให้ความคุ้มครองชีวิตตั้งแต่อยู่ในครรภ์มารดาแล้ว โดยได้กำหนดให้มีการได้รับสิทธิบางประการแล้ว และสามารถใช้สิทธินั้นได้ภายหลังเมื่อคลอดแล้วอยู่รอดเป็นทารกซึ่งมีสภาพบุคคลแล้วนั่นเอง

การเริ่มต้นสภาพความเป็นมนุษย์ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์(ซึ่งต่อไปจะเรียกว่า “ป.พ.พ.”) ของไทยนั้นปรากฏในมาตรา 15 ซึ่งบัญญัติว่า “สภาพบุคคลย่อมเริ่มแต่เมื่อคลอดแล้วอยู่รอดเป็นทารก และสิ้นสุดลงเมื่อตาย”¹³ ส่วนในเรื่องของการให้ความรับรองคุ้มครองสิทธิบางประการตามหลักของกฎหมายโรมันดังที่ได้กล่าวมาข้างต้นนั้น ปรากฏในวรรคสอง ซึ่งบัญญัติว่า “ทารกในครรภ์มารดาก็สามารถมีสิทธิต่างๆ ได้ หากว่าภายหลังคลอดแล้วอยู่รอดเป็นทารก”¹⁴

อย่างไรก็ตาม ศาสตราจารย์จิตติ ติงสภักดิ์ ได้กล่าวว่า “บุคคล” คือ ผู้ทรงสิทธิตามกฎหมาย (Subject of Rights) รวมถึงผู้มีหน้าที่สัมพันธ์กับสิทธินั้น (Subject of Corresponding

¹² อดิรุจ ตันบุญเจริญ. (2548). *มาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการปลูกถ่ายอวัยวะ : ศึกษากรณีผู้บริจาคที่ยังมีชีวิตอยู่*. วิทยานิพนธ์ มหาวิทยาลัย. บัณฑิตวิทยาลัย คณะนิติศาสตร์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 72.

¹³ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์. (ซึ่งต่อไปจะเรียกว่า “ป.พ.พ.”). มาตรา ๑๕ วรรค ๑.

¹⁴ เรื่องเดียวกัน. มาตรา ๑๕ วรรค ๒.

Duties) ส่วนคำว่า “สภาพบุคคล” ตามมาตรา 15 นั้น คือ ภาวะหรือความสามารถในการเป็นผู้ทรงสิทธิตามกฎหมาย คือ สามารถเป็นเจ้าของทรัพย์สิน เป็นเจ้าหนี้ มีครอบครัว รวมทั้งมีหน้าที่ในกรณีเหล่านี้ด้วย¹⁵ ซึ่งหากพิจารณาตามความเห็นนี้แล้ว ตาม ป.พ.พ. นั้นได้กำหนดเกี่ยวกับการเริ่มต้นชีวิตมนุษย์ในแง่ของการให้การรับรองในฐานะที่เป็น “ผู้ทรงสิทธิ” ต่างๆตามกฎหมายเท่านั้น มิได้มุ่งที่จะกำหนดเพื่อที่จะให้ได้รับความคุ้มครองในฐานะที่เป็น “สิ่งมีชีวิต” ตามกฎหมาย ดังนั้นการเริ่มต้นสภาพความเป็นมนุษย์โดยอาศัยเกณฑ์การเริ่มต้นสภาพบุคคลตามกฎหมายแพ่งโดยถือว่าสภาพความเป็นมนุษย์เริ่มต้นเมื่อคลอดแล้วอยู่รอดเป็นทารก จึงมีอาจนำมาพิจารณาเป็นแนวทางในการกำหนดหลักเกณฑ์ในการให้ความคุ้มครองตัวอ่อนที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ได้

แต่แม้ว่าสภาพบุคคลตาม ป.พ.พ. จะเริ่มต้นเมื่อคลอด คือเมื่อทารกได้คลอดออกจากครรภ์มารดาแล้ว แต่หลักเกณฑ์ตาม ป.พ.พ. ก็ได้กล่าวถึงข้อยกเว้นจากหลักดังกล่าวไว้ในมาตรา 15 วรรค 2 ที่บัญญัติว่า “ทารกในครรภ์มารดาก็สามารถมีสิทธิต่างๆ ได้ หากว่าภายหลังคลอดแล้วอยู่รอดเป็นทารก”¹⁶ ดังนั้นจึงควรเข้าใจว่าถ้ามีสิทธิประโยชน์ของเด็กเข้ามาเกี่ยวข้องก็จะต้องถือเสมือนหนึ่งว่า ทารกเพียงแต่ปฏิสนธิในครรภ์มารดานั้นได้เกิดแล้ว เช่น เมื่อบิดาตายมีกองมรดกเกิดขึ้นในขณะที่ทารกได้ปฏิสนธิแล้ว แต่ยังไม่ได้เกิด ก็ต้องถือว่าทารกนั้นเป็นทายาทโดยธรรมของผู้ตาย¹⁷ และที่กล่าวถึงทารกในครรภ์มารดานั้นได้เกิดแล้ว หมายความว่า ทารกตั้งแต่เริ่มปฏิสนธิในครรภ์แม้แต่เพียงวันเดียวก็ย่อมมีสิทธิอันนี้แล้วโดยชอบด้วยกฎหมาย¹⁸ ซึ่งในเรื่องนี้มีสุภาษิตลาตินกล่าวไว้ชัดเจนว่า “*Infant Conceptus pro Nato Habetur Quoties de Commodis Ejus Agitur*” หมายความว่า ทารกนั้นเพียงแต่ได้ปฏิสนธิก็ต้องถือว่าได้เกิดแล้ว ทุกครั้งที่มีการเกิดเกี่ยวกับผลประโยชน์ของทารกนั้นเกิดขึ้น¹⁹ อย่างไรก็ตาม ผู้บัญญัติกฎหมายก็มีได้กล่าวไว้อย่างชัดเจนว่าอย่างไรจึงจะถือว่าทารกได้ปฏิสนธิแล้ว ซึ่งเรื่องนี้ปัจจุบันสามารถอธิบายได้อย่างชัดเจนโดยอาศัยความรู้ทางการแพทย์แต่ปัญหาอาจมีอยู่เพียงว่าเมื่อมีการปฏิสนธิแล้วเมื่อใดจึงจะถือว่ามีชีวิตที่กฎหมายควรจะให้ความคุ้มครอง

¹⁵ จิตติ ดิงศภัทย์. (2526). *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยบุคคล*. (พิมพ์ครั้งที่ 5). กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 1-2.

¹⁶ ป.พ.พ. มาตรา ๑๕ วรรค ๒.

¹⁷ วิจิตร ลุทิตานนท์. (2477). *คำสอนชั้นปริญญาตรีกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยบุคคลโดยศาสตราจารย์เอกต์*. มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 7.

¹⁸ อนุเมติ ใจสมุทร. *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยบุคคล*. (พิมพ์ครั้งที่ 1). กรุงเทพมหานคร : สมาคมสังคมศาสตร์แห่งประเทศไทย. หน้า 12.

¹⁹ เรื่องเดียวกัน.

3.1.1.3 กฎหมายอาญา

เมื่อพิจารณากฎหมายอาญาของไทยที่ใช้อยู่ในปัจจุบัน จะเห็นได้ว่ามีบทบัญญัติที่เป็นความผิดเกี่ยวกับชีวิตและร่างกายของมนุษย์ โดยบทบัญญัติเกี่ยวกับการคุ้มครองชีวิตนี้อาจแยกได้เป็น 2 ลักษณะคือ การคุ้มครองชีวิตมนุษย์ อันได้แก่บทบัญญัติที่เป็นความผิดต่อชีวิตในมาตรา 288 “ผู้ใดฆ่าผู้อื่น ต้องระวางโทษ...”²⁰ และการคุ้มครองชีวิตในครรภ์มารดา อันได้แก่บทบัญญัติที่เป็นความผิดฐานทำให้แท้งลูกใน มาตรา 301 “หญิงใดทำให้ตนเองแท้งลูก หรือยอมให้ผู้อื่นทำให้ตนเองแท้งลูก ต้องระวางโทษ...”²¹ มาตรา 302 “ผู้ใดทำให้หญิงแท้งลูกโดยหญิงยินยอม ต้องระวางโทษ...”²² และมาตรา 303 “ผู้ใดทำให้หญิงแท้งลูกโดยหญิงไม่ยินยอม ต้องระวางโทษ...”²³ ดังนั้น การพิจารณาเกี่ยวกับการคุ้มครองชีวิตในครรภ์มารดาในปัจจุบันจึงต้องพิจารณาอยู่ภายใต้ขอบเขตของกฎหมายดังกล่าว ซึ่งในปัจจุบันอาจมีข้อจำกัดในกรณีของการคุ้มครองชีวิตที่เกิดมาจากการใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ในปัจจุบันในกรณีที่มีการนำไปและอสุจิออกมาผสมกันภายนอกร่างกายจนเกิดการปฏิสนธิและเกิดเป็นตัวอ่อนขึ้น ซึ่งตัวอ่อนนั้นสามารถพัฒนาเจริญเติบโตต่อไปเป็นมนุษย์ได้ ปัญหาสำคัญที่จะต้องพิจารณาก็คือ กฎหมายอาญาจะเข้าไปคุ้มครองชีวิตที่เกิดขึ้นในชั้นตอนใด จึงจะเหมาะสมและเกิดประโยชน์สูงสุดต่อสังคม ในด้านการให้ความคุ้มครองในทางกฎหมายอาญาโดยคำนึงถึงความสำคัญของการใช้เทคโนโลยีดังกล่าวด้วย

การเริ่มต้นชีวิตในครรภ์มารดานั้น กฎหมายไม่ได้ให้ความหมายหรือนิยามไว้ โดยเฉพาะ แต่จะถือตามความเป็นจริงที่เข้าใจว่า มีการเริ่มต้นของชีวิตแล้ว นั่นก็คือ เมื่อมีการปฏิสนธิระหว่างไข่กับอสุจิอันเป็นกระบวนการของธรรมชาติ แต่ในระยะหลังได้มีการอธิบายให้สอดคล้องกับความเป็นจริงทางวิทยาศาสตร์การแพทย์ นั่นคือ ต้องถือว่าชีวิตในครรภ์มารดาเริ่มต้นเมื่อไข่ผสมกับอสุจิและเกิดการฝังตัวของตัวอ่อนในโพรงมดลูก²⁴ เมื่อชีวิตในครรภ์มารดาได้เกิดขึ้นตั้งแต่เวลาที่มีการฝังตัวในโพรงมดลูกและมีกฎหมายให้ความคุ้มครองไว้แล้ว ปัญหาต่อมา คือ ระยะเวลาก่อนหน้านั้น เช่น ชีวิตที่มีสภาพเป็นเซลล์ต้นกำเนิด ซึ่งหมายถึง เซลล์ที่สามารถเจริญเติบโตไปเป็นเซลล์อวัยวะหนึ่งของร่างกายมนุษย์ ไม่ว่าจะได้จากตัวอ่อนหรือเซลล์อื่นใด หรือกรณีที่มีการผสมระหว่างไข่และอสุจิแล้ว แต่ยังไม่ได้ฝังตัวในโพรงมดลูกกฎหมายควรจะให้ความคุ้มครองเพียงใด ซึ่งตามกฎหมายไทยที่ได้กล่าวมาข้างต้นยังไม่มีการพิจารณาในประเด็นดังกล่าว

²⁰ ประมวลกฎหมายอาญา.(ซึ่งต่อไปจะเรียกว่า “ป.อ.”) มาตรา ๒๘๘.

²¹ เรื่องเดียวกัน. มาตรา ๓๐๑.

²² เรื่องเดียวกัน. มาตรา ๓๐๒.

²³ เรื่องเดียวกัน. มาตรา ๓๐๓.

²⁴ คณิต ณ นคร. (2548). *คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิด*. (พิมพ์ครั้งที่ 8). กรุงเทพฯ:วิญญูชน. หน้า 118.

เพราะถือว่าสภาพของชีวิตยังไม่เริ่มต้น แต่ในปัจจุบันมีการนำตัวอ่อนไปใช้ประโยชน์ ซึ่งกฎหมายที่มีอยู่อาจจะยังคุ้มครองไปไม่ถึง ดังนั้น หากต้องการจะให้มีการคุ้มครองตัวอ่อนที่ยังไม่ถูกปลูกฝังในครรภ์มารดา การพิจารณาตีความในเรื่องการเริ่มต้นชีวิตในครรภ์มารดา ควรจะมีการขยายให้ชัดเจนและครอบคลุมประเด็นปัญหากฎหมายดังกล่าว²⁵

ปัจจุบันการให้ความคุ้มครองชีวิตในครรภ์มารดานั้น ในทางกฎหมายอาญาให้การคุ้มครองในฐานะที่เป็นความผิดต่อชีวิตในครรภ์มารดา ได้แก่ความผิดในลักษณะ 10 หมวด 3 แห่งประมวลกฎหมายอาญา (ซึ่งต่อไปจะเรียกว่า “ป.อ.”) ซึ่งเรียกว่า “ความผิดฐานทำให้แท้งลูก” ซึ่งแต่เดิมกฎหมายยุคโรมันไม่มีการคุ้มครองในเรื่องนี้ โดยการทำแท้งไม่ถือเป็นความผิดอาญา เพราะถือกันว่าสิ่งที่กลายเป็เด็กต่อไปนั้นเป็นส่วนหนึ่งของร่างกายหญิง และแม้ต่อมาจะมีการกำหนดความผิดอาญาเกี่ยวกับการทำแท้ง ก็มีได้มีเหตุผลมาจากการคุ้มครองชีวิตในครรภ์มารดาหรือการทำแท้งแต่เป็นการเอาโทษเพราะถือว่าการทำแท้งนั้นเป็นการทำให้ชายได้รับความเสียหาย คือ เป็นการทำลายความหวังในการที่เขาจะได้เป็นพ่อของเด็ก จะเห็นได้ว่าในสมัยโรมัน ไม่ได้กำหนดความผิดเกี่ยวกับการทำแท้งไว้ เนื่องมาจากยังไม่ได้มีแนวคิดเกี่ยวกับการคุ้มครองชีวิตที่อยู่ในครรภ์มารดา โดยถือว่าเป็นสิ่งที่อยู่ในครรภ์และจะเจริญเติบโตต่อไปเป็นเด็กนั้นเป็นเพียงส่วนหนึ่งของร่างกายหญิงเท่านั้น ไม่ได้ถือเป็นสิ่งที่อยู่ในครรภ์ อย่างไรก็ตามกฎหมายอาญาในยุคต่อมาก็ได้มีการพัฒนามาจนถึงขั้นที่มีการให้การคุ้มครองชีวิตในครรภ์ที่จะเจริญเติบโตต่อไปเป็นทารกซึ่งที่มีสภาพบุคคลในทางกฎหมายได้

การให้ความคุ้มครองดังกล่าวปรากฏใน ป.อ. ในลักษณะ 10 หมวด 3 ความผิดฐานทำให้แท้งลูก เนื่องจากในทางกฎหมายอาญาเห็นกันทั่วไปว่า “ลูกในครรภ์” ซึ่งยังไม่เป็นมนุษย์เป็น “กรรมของการกระทำ” ที่ได้รับความคุ้มครองแตกต่างหากจาก “หญิงที่มีครรภ์” ซึ่งเป็นมนุษย์แล้ว ฉะนั้น “ชีวิตในครรภ์มารดา” จึงเป็นสิ่งที่มีความต่างหากจากชีวิตหญิงมีครรภ์²⁶ และในปัจจุบันในเยอรมันเห็นกันทั่วไปว่า สิ่งมีชีวิตที่กำเนิดขึ้นในครรภ์มารดานั้น เป็นอีกสิ่งหนึ่งต่างหาก เหตุนี้จึงเห็นกันว่าคุณธรรมทางกฎหมายของความผิดอาญาฐานนี้ คือ ชีวิตในครรภ์มารดา นั่นเอง²⁷

ในที่นี้เราอาจพิจารณาได้ว่า การทำให้แท้งลูก หมายถึง การทำให้ลูกในครรภ์ตาย ในขณะที่อยู่ในครรภ์ ส่วน “ลูกในครรภ์” หมายความว่า ลูกเริ่มตั้งแต่ตัวสุจิชายผสมกับไข่ใน

²⁵ แสง บุญเฉลิมวิภาส และดารารพร ภิระวัฒน์. *ประเด็นและข้อเสนอแนะทางกฎหมายและจริยธรรมเกี่ยวกับการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์และการคัดเลือกทางพันธุกรรม. โครงการวิจัยธรรมกับการวิจัยวิทยาศาสตร์การแพทย์สมัยใหม่*. มูลนิธิสาธารณสุขแห่งชาติ ศูนย์พันธุวิศวกรรมและเทคโนโลยีชีวภาพแห่งชาติ. หน้า 12.

²⁶ คณิต ณ นคร. อ้างแล้วจึงอรรถที่ 24. หน้า 118.

²⁷ เรื่องเดียวกัน.

มดลูกของหญิง ถ้าเป็นระยะเวลาก่อนหน้านั้น เช่น ร่วมประเวณีแล้วรีบใช้วิธีป้องกันเพื่อมิให้ตัว อสุจิผสมกับไข่ได้ ไม่เรียกว่าเป็นการทำให้แท้ง “ลูก” เพราะ “ลูก” ยังไม่เกิด ส่วนเมื่อใดจะถือว่าเป็น การ “ทำให้แท้งลูก” เมื่อใดจะถือเป็นการ “ฆ่าคน” ย่อมขึ้นอยู่กับความหมายของคำว่า “คน” ซึ่ง อาจารย์หยุด แสงอุทัย เห็นว่า “คน” ใน ป.อ. ไม่เหมือน “บุคคล” ตาม ป.พ.พ. คือ ถ้าทารกเริ่มคลอด คือเริ่มทำตนเป็นอิสระจากมารดา โดยการเริ่มโผล่จากมดลูกไม่ว่าจะเล็กน้อยเพียงใดก็เป็น “คน” ถ้า มีการฆ่าในขณะนั้นก็ถือว่าเป็นการฆ่าคนตายตามมาตรา 288²⁸

การพิจารณาความผิดฐานทำแท้งในแต่ละประเทศนั้นมีความแตกต่างกัน ซึ่ง ความผิดฐานนี้จะมีความสัมพันธ์กับความผิดฐานทำให้คนตาย หรืออาจกล่าวได้อีกนัยหนึ่งว่าเป็น การคุ้มครองชีวิตในครรภ์มารดาเทียบการคุ้มครองชีวิตมนุษย์ กล่าวคือ ถ้าการกระทำเป็นการฆ่าคน (อาจเป็นการฆ่าเด็ก หรือฆ่าคนธรรมดา) การกระทำนั้นก็ไม่เป็นการทำให้แท้งลูก²⁹ ซึ่งการทำให้ แท้งลูกเป็นการกระทำตั้งแต่แรกปฏิสนธิไปจนคลอดก่อนมีสภาพบุคคล และสิ้นสุดตรงที่เด็กที่ คลอดมีสภาพบุคคลอันเป็นการเริ่มต้นของการกระทำที่เป็นความผิดฐานฆ่าคน³⁰ ส่วนความหมาย ของคำว่าแท้ง ตามป.อ.ของประเทศไทยจะมีอย่างไร น่าจะต้องคำนึงถึงหลักที่ว่า การแท้งและการ ฆ่าคนเป็นความผิดที่มีขอบเขตติดต่อกัน เมื่อความผิดฐานฆ่าคนเริ่มเมื่อทารกคลอดแล้วอยู่รอดเป็น บุคคลมีชีวิต จึงน่าจะต้องถือว่าการกระทำก่อนนั้นคือทำลายเด็กที่กำลังคลอดก่อนมีชีวิต ยังเป็น ความผิดฐานทำให้แท้งลูกอยู่ ฉะนั้น การกระทำทำให้แท้งลูกน่าจะหมายความว่า การทำลายลูกใน ครรภ์ตั้งแต่เริ่มปฏิสนธิไปจนถึงกำลังคลอด³¹

อย่างไรก็ตาม ในปัจจุบันเมื่อวิทยาการทางการแพทย์ได้พัฒนาขึ้นมาเป็นลำดับ ใน ส่วนของการใช้การตีความกฎหมายอาญาจึงต้องมีการพัฒนาขึ้นไปด้วย โดยเริ่มตั้งแต่การ ตีความจุดเริ่มต้นของการให้ความคุ้มครองชีวิตของทารกในครรภ์มารดาว่ากฎหมายควรจะเข้าไป คุ้มครอง ตั้งแต่ขณะใด คือ ตั้งแต่ปฏิสนธิขณะที่เริ่มแบ่งเซลล์ ขณะที่ฝังตัวในมดลูกแล้ว หรือตั้งแต่ เด็กเริ่มดิ้น จึงจะถือว่ามีชีวิตเกิดขึ้นและกฎหมายอาญาควรจะเข้าไปคุ้มครอง³² ในทางตำรากฎหมาย สมัยก่อนจะอธิบายว่าเด็กในครรภ์มีชีวิตตั้งแต่ปฏิสนธิ ซึ่งถ้าเป็นเช่นนั้นการใส่ห่วงคุมกำเนิดใน โพรงมดลูกเพื่อป้องกันไข่ที่ผสมกับอสุจิแล้วมิให้เข้าฝังตัวในผนังมดลูกก็ถือว่าเป็นการทำแท้งด้วย แต่ข้อเท็จจริงทางการแพทย์ถือว่าหญิงนั้นยังไม่ตั้งครรภ์เพราะยังไม่มีการเปลี่ยนแปลงของผนัง

²⁸ หยุด แสงอุทัย. (2515). *กฎหมายอาญาภาค 2-3*. (พิมพ์ครั้งที่ 10). กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 212.

²⁹ จิตติ ดิงศภัทย์. (2522). *ความผิดฐานทำให้แท้งลูก*. คุณภาพ 15. หน้า 15.

³⁰ จิตติ ดิงศภัทย์. (2545). *คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 2 และภาค 3*. (พิมพ์ครั้งที่ 6). กรุงเทพฯ : จีระรัช การพิมพ์. หน้า 246.

³¹ จิตติ ดิงศภัทย์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 29. หน้า 15.

³² ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ. (2538). *ผสมเทียม: ปัญหาการให้กำเนิดและการทำแท้ง*. วารสารนิติศาสตร์ 25. หน้า 273.

มดลูก และไม่มีปฏิกิริยาของมดลูกต่อตัวอ่อนที่ยังไม่ได้ฝังตัว ดังนั้น เมื่อหญิงไม่ได้ตั้งครรภ์จึงไม่ควรถือว่าเป็นการทำแท้ง³³ นอกจากนี้ นักวิชาการบางท่านเห็นว่า “ลูกในครรภ์” เริ่มเมื่อมีการฝังตัวของไข่ที่ได้มีการผสมกับตัวอสุจิกลายเป็นตัวอ่อนแล้วในโพรงมดลูกของหญิง เวลาแห่งการเริ่มที่เกิดจากการผสมของไข่กับอสุจิจนกระทั่งถึงก่อนการฝังตัวของตัวอ่อนสำเร็จนั้นยังไม่ถือเป็น “การตั้งครรภ์” ฉะนั้นการสกัดกั้นมิให้มีการฝังตัวของตัวอ่อนสำเร็จ เช่นกรณีการคุมกำเนิดแบบใส่ห่วงจึงมิใช่การทำแท้ง³⁴

นอกจากนี้ยังมีข้อพิจารณาเกี่ยวกับการยกเลิกกฎหมายห้ามทำแท้งในประเทศไทย ซึ่งมีทั้งข้อสนับสนุนและข้อคัดค้านในการแก้ไข ป.อ. ให้การกระทำเป็นสิ่งที่ถูกต้องตามกฎหมาย³⁵ โดยนักกฎหมายฝ่ายหนึ่งเห็นว่า ชีวิตเกิดขึ้นเมื่ออสุจิผสมกับไข่ ดังนั้นตัวอ่อนในครรภ์มารดาจึงเป็นสิ่งมีชีวิต ด้วยเหตุนี้การทำแท้งจึงมีสภาพเสมือนหนึ่งการฆาตกรรมซึ่งรัฐบาลไม่ควรให้มีการทำแท้งตามกฎหมาย ส่วนอีกฝ่ายหนึ่งถือว่าชีวิตมีกำเนิดขึ้นเมื่อทารกหลุดจากครรภ์มารดา การทำแท้งจึงมิใช่ฆาตกรรม ด้วยเหตุนี้รัฐบาลจึงควรอนุญาตให้ทำแท้งได้ แต่หากจะพิจารณาในทางวิทยาศาสตร์การแพทย์ เด็กในครรภ์นั้นถือว่าเริ่มต้นมีชีวิตใหม่ตั้งแต่ปฏิสนธิ คือ ตั้งแต่เชื้ออสุจิเข้าผสมกับไข่ ซึ่งไข่ที่ถูกผสมนั้นจะเจริญเติบโตเป็นชีวิตใหม่และมีการเปลี่ยนแปลงต่างๆ ไปสู่ความเป็นชีวิตที่สมบูรณ์³⁶ และเนื่องจากทารกในครรภ์ถือว่าเป็นสิ่งมีชีวิต กฎหมายจึงได้รับรองสิทธิต่างๆ ไว้ ตาม ป.พ.พ. มาตรา 15 วรรค 2 นั้นเอง ซึ่งสิทธิดังกล่าวเริ่มย้อนไปตั้งแต่มีการปฏิสนธิ³⁷ จากหลักการดังกล่าว เห็นได้ว่า น่าจะพิจารณาเทียบเคียงกับกรณีชีวิตที่เกิดจากการปฏิสนธิในอวัยวะมนุษย์โดยใช้เทคโนโลยีทางการแพทย์ได้ว่า เมื่อเริ่มมีการปฏิสนธิแล้วกฎหมายก็เริ่มให้ความคุ้มครองในทางแพ่ง ดังนั้นในทางกฎหมายอาญาก็ควรจะให้ความคุ้มครองชีวิตที่เริ่มจากการปฏิสนธิในกรณีดังกล่าวด้วย เพื่อให้เกิดความสอดคล้องกันกับหลักกฎหมายแพ่งที่ได้ให้ความคุ้มครองเรื่องสิทธิต่างๆ ของทารกในครรภ์มารดาไว้แล้ว

อย่างไรก็ตาม การสร้างเซลล์ต้นกำเนิดตัวอ่อนนั้น ปฏิเสธไม่ได้ที่จะต้องคำนึงถึงสถานะของตัวอ่อนที่เป็นแหล่งที่มาของเซลล์ต้นกำเนิดตัวอ่อนนี้ ซึ่งตามร่าง พ.ร.บ. เจริญพันธุ์ ได้ให้หลักเกณฑ์ในการสร้างและใช้ประโยชน์ของตัวอ่อนไว้ในมาตรา 27 ความว่า “การสร้าง เก็บรักษา วิจัย ใช้ประโยชน์ ทำลายหรือทำให้สิ้นสภาพการเป็นตัวอ่อน จะกระทำได้อต่อเมื่อได้รับ

³³ วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์. (2546). *กฎหมายการแพทย์*. (พิมพ์ครั้งที่ 1). กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 60.

³⁴ คณิต ณ นคร. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 24. หน้า 118.

³⁵ รังสรรค์ ชนพรพันธุ์. (2521). *การยกเลิกกฎหมายห้ามทำแท้ง ข้อสนับสนุนและข้อคัดค้าน*. วารสารนิติศาสตร์ 10. (3) หน้า 390.

³⁶ วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์. (2508). *ความผิดฐานทำให้แท้งลูก*. บทพัฒนคดี 23. หน้า 787.

³⁷ เรื่องเดียวกัน. หน้า 799.

อนุญาตจากคณะกรรมการควบคุมการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันทางการแพทย์ก่อน”³⁸ และระบุวัตถุประสงค์ในการใช้ตัวอ่อนนั้น เพื่อบำบัดรักษาภาวะการมีบุตรยากของหญิงโดยเฉพาะตามมาตรา 28³⁹ ซึ่งเป็นการควบคุมการใช้ประโยชน์จากตัวอ่อนนั้น โดยคำนึงถึงหลักจริยธรรม ศีลธรรมและความสำคัญของชีวิตตัวอ่อน การนำตัวอ่อนไปใช้นอกเหนือจากการใช้เพื่อช่วยการตั้งครรภ์นั้นเป็นการต้องห้ามอย่างชัดเจน แต่ก็มีข้อสังเกตว่าถ้านำตัวอ่อนไปสร้างเซลล์ต้นกำเนิดตัวอ่อนนั้นจะเป็นการละเมิดสิทธิของตัวอ่อนหรือไม่ และเป็นการทำลายตัวอ่อนให้สิ้นสภาพการเป็นตัวอ่อนจะผิดฐานฆ่าคนตายหรือไม่ หรือมีความผิดฐานทำให้เสียทรัพย์หรือไม่ ซึ่งจะอธิบายต่อไปดังนี้

(ก) กรณีแรกสถานภาพของตัวอ่อนเป็นมนุษย์

การสร้างเซลล์ต้นกำเนิดตัวอ่อนมนุษย์เพื่อการบำบัดรักษาข้อมเกี่ยวพันระหว่างแหล่งที่มาและการได้มาซึ่งเซลล์ต้นกำเนิดโดยเฉพาะตัวอ่อนมนุษย์อายุเพียง 5-7 วัน⁴⁰ หลังจากวันปฏิสนธิกับความรับผิดชอบที่เกี่ยวกับชีวิต และร่างกายมนุษย์ซึ่งมีข้อพิจารณาทางกฎหมายว่าการใช้เซลล์ต้นกำเนิดดังกล่าวนี้ ชีวิตมนุษย์เริ่มต้นระยะเวลาใดจะถือว่าเป็นมนุษย์และเป็นการฆ่าผู้อื่นจนถึงแก่ความตายโดยทางนิตินัยหรือไม่ ซึ่งการทำลายตัวอ่อนมนุษย์เพื่อให้ได้มาซึ่งเซลล์ต้นกำเนิดตัวอ่อนในการใช้สำหรับเพื่อการบำบัดรักษานั้น ถ้าเป็นกรณีที่ได้จากตัวอ่อนโดยการโคลงนิ่งตัวอ่อนหรือเพิ่มจำนวนตัวอ่อนขึ้นมาเองแล้วแยกสกัดเซลล์ออกมาโดยใช้ตัวอ่อนที่มีระยะเวลา 5-7 วันขึ้นไป แต่ไม่เกิน 14 วันนับแต่วันปฏิสนธิภายนอกในร่างกายมนุษย์ระหว่างไข่และอสุจิ ไม่ถือเป็นการฆ่าผู้อื่นหรือมนุษย์เพราะส่วนใหญ่ตัวอ่อนได้มาจากภายนอกในร่างกายมนุษย์ ทั้งนี้ การที่จะเป็นบุคคลที่ถูกฆ่าได้นั้นตาม ป.อ. มาตรา 288 บัญญัติว่า “ผู้ใดฆ่าผู้อื่น ต้องระวางโทษ ...”⁴¹ ซึ่งคำว่า “ผู้อื่น” ตามบทบัญญัตินี้ในปัจจุบันต้องพิจารณาตาม ป.พ.พ. มาตรา 15

อย่างไรก็ตาม แม้การฆ่าตัวอ่อนที่เพาะเลี้ยงจากงานแก้ว หรือโดยวิธีทางวิทยาศาสตร์อื่นๆ ตามความต้องการใช้เซลล์ต้นกำเนิดตัวอ่อนจะไม่มี ความผิดฐานฆ่าคนตายตามประมวลกฎหมายอาญาตามที่กล่าว แต่ในมุมมองของนักจริยธรรมส่วนใหญ่ถือว่าเป็นสิ่งที่ไม่ควรกระทำ ตามจริยธรรม หรือหลักชีวจริยธรรมเพราะถือว่าการฆ่ามนุษย์อย่างหนึ่งแล้ว จึงมีแง่คิดที่ว่าเมื่อไม่ควรกระทำตามหลักจริยธรรมหรือชีวจริยธรรมอย่างแน่นอนแล้ว ถ้ากฎหมายเข้าไปให้

³⁸ พ.ร.บ.เจริญพันธุ์, มาตรา ๖.

³⁹ เรื่องเดียวกัน, มาตรา ๒๘.

⁴⁰ ตัวอ่อนมนุษย์หลังปฏิสนธิเพียง 5-7 วันยังมีได้มีรูปร่างเป็นทารกแต่อย่างไร เป็นเพียงลูกทรงกลมเล็กๆ ที่มี สเต็มเซลล์ 50-100 เซลล์ บรรจู่อยู่ในไข่ อีกทั้งยังมีได้ฝังตัวลงในผนังมดลูก จึงไม่มีศักยภาพที่จะเติบโตด้วยตัวเอง ทำให้นักวิทยาศาสตร์จำนวนหนึ่งมีความเห็นว่ายังมิใช่ชีวิตที่สมบูรณ์และสมควรจะนำมาทำวิจัยได้แต่การนำสเต็มเซลล์ออกมาวิจัยแล้ว ตัวอ่อนนั้นต้องตายไป.

⁴¹ ป.อ. มาตรา ๒๘๘.

ความคุ้มครองมากกว่านี้ก็สมควรและเป็นสิ่งที่ถูกต้องและเหมาะสม⁴² ก่อให้เกิดผลดีมากกว่าผลเสีย อีกทั้งความมีสภาพบุคคลตามกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มุ่งรับรองสถานะของบุคคลในลักษณะเป็นผู้ทรงสิทธิในทางกฎหมายเท่านั้น⁴³ แต่ในขณะที่กฎหมายอาญามุ่งคุ้มครองชีวิตในครรภ์มารดา ในกรณีถ้าเป็นตัวอ่อนมนุษย์ที่ยังอยู่ในครรภ์มารดา หรือยังไม่พ้นออกจากร่างกายมนุษย์ ดังนั้นสมควรที่รัฐจะออกกฎหมายให้ความคุ้มครองตามกฎหมายอาญามากกว่าในความผิดฐานทำแท้ง เพราะตัวอ่อนมนุษย์ดังกล่าวเป็นสิ่งมีชีวิตและกำลังจะพัฒนาเป็นมนุษย์ต่อไป ในทางตรงกันข้ามถ้าเป็นกรณีตัวอ่อนมนุษย์นอกครรภ์มารดาที่ได้มาจากการเพาะเลี้ยงรัฐควรออกกฎหมายมาคุ้มครองสิทธิตัวอ่อนมนุษย์และสิทธิที่จะมีชีวิตซึ่งเกี่ยวข้องกับระยะเวลาของการพัฒนาตัวอ่อนมนุษย์ที่ใกล้จะเป็นมนุษย์ให้มากที่สุด

(ข) กรณีที่สองสถานภาพของตัวอ่อนเป็นทรัพย์สิน

เซลล์ต้นกำเนิดตัวอ่อนเป็นทรัพย์สินหรือไม่ ทรัพย์สินที่ได้อธิบายไว้ใน ป.พ.พ. โดยความหมายของ คำว่าทรัพย์สิน หมายความว่า วัตถุที่มีรูปร่าง⁴⁴ ป.พ.พ. มาตรา 137 ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของ นิยามของคำว่า “ทรัพย์สิน” ที่หมายความว่ารวมทั้งทรัพย์สินและวัตถุไม่มีรูปร่างซึ่งอาจมีราคาและอาจถือเอาได้⁴⁵ มาตรา 138 จากความหมายของทรัพย์สินและทรัพย์สินทั้งหมด จะเห็นได้ว่ามีส่วนร่วมกันอยู่หรือครอบคลุมกันอยู่เนื่องจากทรัพย์สินนอกจากจะเป็นวัตถุที่มีรูปร่างแล้ว ทรัพย์สินก็มาขยายความว่า ทรัพย์สินและวัตถุไม่มีรูปร่างซึ่งอาจมีราคาและอาจถือเอาได้ด้วย จึงทำให้ทรัพย์สินเป็นส่วนหนึ่งของทรัพย์สิน ดังนั้น ทรัพย์สินหรือทรัพย์สินตามที่บัญญัติไว้ใน ป.พ.พ. นอกจากหมายความถึงวัตถุที่มีรูปร่างหรือไม่มีรูปร่างแล้วจะต้องเป็นวัตถุหรืออาจมีราคาและอาจถือเอาได้ในขณะเดียวกัน คำว่า “ซึ่งอาจมีราคาและอาจถือเอาได้” ตามกฎหมายใช้คำว่า “อาจ” ไม่ได้ใช้คำว่ามีราคาอยู่แล้วหรือต้องมีราคากันจริงๆ หรือถือเอาได้จริงๆ ซึ่งเซลล์ต้นกำเนิดถือว่าเป็นวัตถุที่มีรูปร่างและเป็นส่วนหนึ่งในร่างกายมนุษย์ ถ้าหลุดพ้นมาร่างกายแม้จะมองด้วยตาเปล่าไม่เห็นแต่สามารถเห็นได้ด้วยกล้องจุลทรรศน์และปัจจุบันถือว่ามีประโยชน์มหาศาลในการค้นคว้าต่อหรือมีคุณค่าสำหรับนักวิจัยและผู้ที่ต้องการได้รับประโยชน์จากเซลล์และอาจถือเอาได้จากเจ้าของกรรมสิทธิ์ในเซลล์ไม่ว่าจะมีฐานะเป็นผู้ถูกวิจัย ผู้บริจาค หรือกรณีอื่นๆ และที่สำคัญเป็นทรัพย์สินที่มีเจ้าของกรรมสิทธิ์ เพราะมีความก้าวหน้าทางวิทยาศาสตร์ที่สามารถแสดงที่มาของกรรมสิทธิ์ได้

⁴² วิทยาการ ต้นสัน จริยธรรม. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <http://www.thainbf.org/html>.

⁴³ แสง บุญเฉลิมวิภาส. อ่างแล้วเชิงอรธที่ 25. หน้า 41-42.

⁴⁴ ป.พ.พ. มาตรา ๑๓๗.

⁴⁵ เรื่องเดียวกัน. มาตรา ๑๓๘.

นอกจากนี้เซลล์ต้นกำเนิดแม้จะเป็นสิ่งที่เราไม่สามารถมองเห็นได้ด้วยตา หรือมีการสัมผัสและต้องด้วยประสาทสัมผัสได้ เนื่องจากขนาดของมันเล็กมากจนมองด้วยตาเปล่าไม่เห็น จะเห็นได้ต่อเมื่อใช้เครื่องมือทางวิทยาศาสตร์หรืออุปกรณ์ทางวิทยาศาสตร์ช่วย และถือได้ว่า เซลล์ต้นกำเนิดเป็นวัตถุที่มีรูปร่างเหมือนกัน ดังนั้น เซลล์ต้นกำเนิดตัวอ่อนจึงเป็นทรัพย์สินในทาง นิติบัญญัติ ส่วนในประเด็นปัญหาเรื่องของตัวอ่อนมนุษย์อันเป็นที่มาของการใช้เซลล์ต้นกำเนิด ตัวอ่อน จะถือได้ว่าตัวอ่อนมนุษย์นั้นเป็นทรัพย์สินหรือไม่นั้น ในประเทศสหรัฐอเมริกาเรียกทรัพย์สิน สองสถานภาพที่ว่า “Quasi-Property” คือ ไม่ยอมรับว่าสิ่งมีชีวิตที่เกิดจากส่วนใดส่วนหนึ่งของ ร่างกายมนุษย์เป็นทรัพย์สินเพราะจะกระทบต่อความเป็นมนุษย์เนื่องจากมนุษย์ไม่เป็นทรัพย์สิน เพราะฉะนั้นส่วนของมนุษย์ก็ไม่เป็นทรัพย์สินไปทั้งหมดแต่กฎหมายควรที่จะคุ้มครองในระดับหนึ่ง⁴⁶ กล่าวคือ ห้ามทำการซื้อขายซึ่งในภาษาทางกฎหมายเรียกว่า ทรัพย์สินนอกพาณิชย์ ซึ่งศาสตราจารย์ บัญญัติ สุชีวะ ได้กล่าวว่าทรัพย์สินและทรัพย์สินมีลักษณะสำคัญอยู่ 2 ประการ⁴⁷ ได้แก่ ประการที่หนึ่ง ทรัพย์สิน คือ วัตถุที่มีรูปร่าง ส่วนทรัพย์สิน คือวัตถุที่มีรูปร่างก็ได้หรือไม่มีรูปร่างก็ได้⁴⁸ และประการที่ สอง วัตถุที่มีรูปร่างหรือไม่มีรูปร่างนั้นต้อง อาจมีราคาได้และต้องอาจถือเอาได้⁴⁹ ด้วยเหตุดังกล่าว ทรัพย์สินและทรัพย์สินจะต้องประกอบด้วยหลักเกณฑ์ทั้งสองประการถ้าขาดหลักเกณฑ์ใดหลักเกณฑ์ หนึ่ง ไปก็จะไม่ถือว่าเป็นทรัพย์สินหรือทรัพย์สิน เช่นร่างกายมนุษย์แม้จะมีรูปร่าง แต่ก็ไม่มีอาจมีราคา และซื้อขายกันได้ มิเช่นนั้นจะมีความผิดฐานเอาคนลงเป็นทาส⁵⁰ มนุษย์จึงไม่ใช่ทรัพย์สิน แต่อวัยวะ ส่วนหนึ่งส่วนใดของร่างกายถ้ามีราคาและถือเอาได้จึงเป็นทรัพย์สินเทียบได้กับศพมนุษย์ที่ดองไว้เพื่อ ประโยชน์ในการศึกษาของแพทย์ย่อมมีราคาและถือเอาได้ ซึ่งศพมนุษย์นั้นจะถือว่าเป็นทรัพย์สิน หรือไม่ขึ้นอยู่กับญาติพี่น้องยังหวงแหนไว้กราบไหว้บูชาถือว่ามีราคาได้ถึงเป็นทรัพย์สินแต่ถ้า เป็นศพที่ไม่มีใครหวงแหนยอมไม่มีราคาจึงไม่ใช่ทรัพย์สิน เมื่อนำมาปรับกับการใช้เซลล์ต้นกำเนิด ที่มาจากตัวอ่อนมนุษย์ก่อนที่จะแยกออกมาเป็นเซลล์ต้นกำเนิดตัวอ่อนนั้นถือว่ามีสถานะทาง กฎหมายของสิ่งเหล่านี้จะเป็นทรัพย์สินหรือไม่อยู่ภายใต้เงื่อนไขว่า หลุดพ้นออกจากร่างกายมนุษย์หรือ ยัง ซึ่งถ้ายังมีสภาพคงอยู่เป็นส่วนหนึ่งในร่างกายของมนุษย์อย่างเช่นตัวอ่อนที่อยู่ในครรภ์มารดาไม่ ถือว่าเป็นทรัพย์สิน แต่ถ้าหลุดพ้นออกจากร่างกายของมนุษย์แล้วในกรณีที่ตัวอ่อนเกิดจากการ เพาะเลี้ยงบนจานแก้ว หรือตัวอ่อนนอกครรภ์มารดาซึ่งอาจมีราคาและอาจถือเอาได้จึงจะถือว่าเป็น

⁴⁶ James W. Martin. (2004). *Is The Law of the Body a Body of Law?*. (Online). Available: <http://wills-probate.lawyers.com/blogs/archives/789-IS-THE-LAW-OF-THE-BODY-A-BODY-OF-LAW.html>.

⁴⁷ บัญญัติ สุชีวะ. (2545). *คำอธิบายกฎหมายลักษณะทรัพย์สิน*. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์ จีระราชการพิมพ์. หน้า 4.

⁴⁸ เรื่องเดียวกัน.

⁴⁹ เรื่องเดียวกัน.

⁵⁰ ป.อ. มาตรา ๓๒๑.

ทรัพย์ที่สามารถพัฒนาเป็นชีวิตได้⁵¹ เมื่อเซลล์ต้นกำเนิดทุกชนิดเป็นทรัพย์ถ้ามีบุคคลใดเอาทรัพย์ของผู้อื่นไปโดยทุจริตหรือปราศจากความยินยอมอาจก่อให้เกิดความรับผิดชอบลักทรัพย์ หรือนื้อ โกงทรัพย์ตาม ป.อ. ได้ และในกรณีทำลายตัวอ่อนมนุษย์นอกครรภ์มารดาซึ่งไม่มีความผิดฐานฆ่าผู้อื่นตามที่กล่าวข้างต้น แต่อาจก่อให้เกิดความรับผิดชอบทำให้เสียทรัพย์ และในกรณีการฝากเซลล์ต้นกำเนิดกับธนาคารเซลล์ต้นกำเนิด (Bio Bank) อาจมีความผิดฐานยกยอกทรัพย์ได้ เนื่องจากปัจจุบันยังไม่มีข้อกำหนดสถานะทางกฎหมายอย่างชัดเจน นอกเหนือจากความผิดอันเกี่ยวกับทรัพย์ในป.อ. ยึดถือความหมายอย่างเดียวกับคำว่า ทรัพย์ในป.พ.พ. อันได้แก่

1. ความผิดฐานลักทรัพย์ตาม ป.อ. มาตรา 334 ซึ่งบัญญัติว่า “ผู้ใดเอาทรัพย์ของผู้อื่น หรือผู้อื่นเป็นเจ้าของรวมอยู่ด้วยไปโดยทุจริต ต้องระวางโทษ...”⁵² กล่าวคือ การนำเซลล์ต้นกำเนิดทุกชนิดที่หลีกเลี่ยงการวิจัยทุกชนิดไม่ว่าจะได้มาจากร่างกายหรือตัวอ่อนมนุษย์โดยปราศจากความยินยอมของเจ้าของเพื่อให้ได้มาซึ่งเซลล์ต้นกำเนิดตัวอ่อนมนุษย์ หรือเซลล์ต้นกำเนิดร่างกายมนุษย์ เพื่อการวิจัยทดลองอื่นๆ อาจเกิดการกระทำบางอย่างที่ทำให้นักวิจัยเซลล์ต้นกำเนิดไม่ว่าจะเป็นแพทย์ หรือนักวิทยาศาสตร์ (กฎหมายใช้คำว่า “ผู้ใด”) เสี่ยงต่อความรับผิดทางอาญาฐานลักทรัพย์ได้จากการเอาไปโดยปราศจากความยินยอม (การกระทำคือเอาไป) เนื่องจากตัวอ่อนที่หลุดพ้นจากร่างกายมนุษย์และอาจถือเอาได้เป็นทรัพย์ (วัตถุแห่งการกระทำ) ไม่ว่าตัวอ่อนหรือเซลล์ต้นกำเนิดจะมีเจ้าของร่วมหรือไม่ก็ตามเพียงแต่ให้ทรัพย์มีเจ้าของก็มีความผิดฐานนี้ได้

นอกจากนี้ศาสตราจารย์จิตติ ดิงศภัทย์ ได้ให้ความหมายของทรัพย์ของมาตรานี้ว่า ทรัพย์ในที่นี้จะต้องเป็นทรัพย์ที่มีเจ้าของ จึงต้องเป็นทรัพย์ที่เป็นทรัพย์สินตาม ป.พ.พ. ซึ่งมีราคาและอาจถือเอาได้ นอกจากนี้ทรัพย์นอกพาณิชย์บางอย่างถือเอาได้ แต่โอนไม่ได้ตาม ป.พ.พ. ก็ถือว่าเป็นทรัพย์สิน เพราะมีราคาและถือเอาได้และลักหรือเอาไปกันได้ แต่ทรัพย์สินที่ลักหรือเอาไปกันไม่ได้จะหมายรวมถึงทรัพย์สินชนิดที่เป็นทรัพย์คือ วัตถุมีรูปร่างเท่านั้น เพราะถ้าเป็นสิ่งที่ไม่มีรูปร่างก็ย่อมจะหยิบฉวยเอาไปไม่ได้⁵³

ในกรณีการเอาเซลล์ต้นกำเนิดของมนุษย์ไปใช้โดยปราศจากความยินยอมจากเจ้าของเซลล์ในการใช้เซลล์ต้นกำเนิดที่ได้มาจากร่างกายมนุษย์ การกระทำบางอย่างอาจมีความผิดฐานลักทรัพย์ซึ่งเป็นเรื่องเอาทรัพย์ของผู้อื่นไปโดยทุจริต ซึ่งคำว่าโดยทุจริตตามความหมายของ

⁵¹ โครงการชีวจริยธรรมกับการวิจัยวิทยาศาสตร์การแพทย์สมัยใหม่. (2548). *การประชุมรับฟังข้อคิดเห็นเรื่องกฎหมายกับการปฏิสนธิเทียมและการคัดเลือกทางพันธุกรรม*. กรุงเทพฯ:มูลนิธิสธารณสุขแห่งชาติ (มสช.) และศูนย์พันธุวิศวกรรมและเทคโนโลยีชีวภาพแห่งชาติ (Biotech). หน้า 28.

⁵² ป.อ. มาตรา ๓๓๔.

⁵³ จิตติ ดิงศภัทย์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 30. หน้า 247.

กฎหมายคือ เพื่อแสวงหาประโยชน์ที่มีควรรู้ได้โดยชอบด้วยกฎหมายสำหรับตนเองหรือผู้อื่น เว้นแต่เจ้าของตัวอ่อนหรืออสุจิและไข่รวมถึงเซลล์ต้นกำเนิดที่ได้มาจากร่างกายมนุษย์ในส่วนอื่นๆ นั้นยินยอมบริจาคหรือได้สละกรรมสิทธิ์ในตัวทรัพย์กล่าวคือสละความเป็นเจ้าของหรือไม่ถือเอาได้อีกต่อไป ตัวอย่างเช่น นาย ก. เป็นนักวิจัยได้เอาตัวอ่อนของนาย ข. และนาง ค. สามภรรยาซึ่งเหลือจากการทำเทคโนโลยีการเจริญพันธุ์ไปทำการวิจัยโดยไม่ได้รับความยินยอมจากนาย ข. และนาง ค. ก่อนโดยทุจริตเป็นการนำเซลล์ต้นกำเนิดหรือไข่ ไปใช้โดยไม่ได้รับอนุญาต เพียงเพื่อประโยชน์ส่วนตัวหรือทางธุรกิจของนักวิจัยหรือผู้ให้บริการ หรือในกรณีได้ตัวอ่อนหรือไข่มาอย่างไม่มีจริยธรรมหรือดำเนินการโดยไม่จำเป็น เช่น ผ่าคลอดแล้วขโมยไป เป็นต้น

2. ความผิดฐานฉ้อโกง ตาม ป.อ. มาตรา 341 บัญญัติว่า

“ผู้ใดโดยทุจริต หลอกหลวงผู้อื่นด้วยการแสดงข้อความอันเป็นเท็จ หรือปกปิดข้อความจริงซึ่งควรบอกให้แจ้งและโดยการหลอกหลวงดังว่านั้นได้ไปซึ่งทรัพย์สินจากผู้ถูกหลอกหลวง หรือบุคคลที่สาม หรือทำให้ผู้ถูกหลอกหลวงหรือบุคคลที่สามทำ ถอน หรือทำลายเอกสารสิทธิ ผู้นั้นกระทำความผิดฐานฉ้อโกง ต้องระวางโทษ...”⁴

ซึ่งความผิดฐานนี้เริ่มต้นด้วย “การหลอกหลวงผู้อื่นด้วยการแสดงข้อความอันเป็นเท็จ” การหลอกหลวงคือ ทำให้ผู้อื่นหลงเชื่อผิดจากความเป็นจริงหรือเกินจริง” มิใช่เพียงแค่ถือเอาประโยชน์จากความสำคัญผิดของผู้อื่น ซึ่งตนมิได้ก่อให้เกิดขึ้น และการแสดงข้อความเท็จดังกล่าวไม่จำกัดว่าต้องแสดงโดยวิธีใด จะกระทำด้วยวาจา เอกสาร กิริยา หรือวิธีการอื่นใดก็เป็นการแสดงข้อความเท็จได้ทั้งสิ้นเพียงแต่ถ่ายทอดข้อความที่แสดงออกมาให้ผู้อื่นได้รับทราบก็พอ มิฉะนั้นก็จะเป็นแต่เพียงชั้นพยายาม

อย่างไรก็ตาม การแสดงความคิดเห็นนั้นอาจจะเป็นข้อเท็จจริงอยู่ในตัวก็ได้ ถ้าผู้แสดงได้แสดงความเห็นโดยรู้ยู่ว่าความจริงไม่ได้เป็นดังที่ตนได้แสดงออกมาซึ่งอาจเป็นการแสดงข้อความเท็จได้ เช่นความเห็นของผู้เชี่ยวชาญทางวิทยาศาสตร์การแพทย์ เป็นต้น หรือปกปิดข้อเท็จจริงที่ควรเปิดเผยต่อประชาชนที่มาใช้บริการอาจเป็นความผิดฐานฉ้อโกงได้ ตัวอย่างเช่น การหลอกหลวงหรือปกปิดข้อเท็จจริงว่าสามารถใช้เซลล์ต้นกำเนิดมารักษาโรคเกิดความเสื่อม เช่น โรคอัลไซเมอร์ โรคธาลัสซีเมีย ซึ่งความเป็นจริงแล้วยังอยู่ในขั้นตอนการวิจัยและทดลองเพราะยังไม่สามารถหาข้อสรุปที่แน่นอนได้เหตุเนื่องจากการประเมินการรักษายังไม่อาจยืนยันว่าจะสามารถซ่อมแซมส่วนที่เสื่อมหรือสืบทอดได้จริง และยังคงทดลองกับผู้ป่วยน้อยหลายอยู่

⁴ ป.อ. มาตรา ๓๔๑.

3. ความผิดฐานยักยอกทรัพย์สิน ตาม ป.อ. มาตรา 352 บัญญัติว่า “ผู้ใดครอบครองทรัพย์สินซึ่งเป็นของผู้อื่น หรือซึ่งผู้อื่นเป็นเจ้าของรวมอยู่ด้วย เบียดบังเอาทรัพย์สินนั้นเป็นของตนหรือบุคคลที่สามโดยทุจริต ผู้นั้นกระทำความผิดฐานยักยอก ต้องระวางโทษ...”⁵⁵ กล่าวคือ การใช้เซลล์ต้นกำเนิดที่ได้มาจากตัวอ่อนส่วนใหญ่ตัวอ่อนจะได้มาจากการเหลือใช้จากเทคโนโลยีการเจริญพันธุ์ต่างๆ เพื่อนำมาแยกสกัดเซลล์ต้นกำเนิดตัวอ่อนออกมา แล้วนำมาเก็บรักษาเพื่อใช้ รวมถึงเซลล์ต้นกำเนิดจากสายสะดือเด็กทารกที่ในปัจจุบันเริ่มมีค่านิยมในการใช้บริการรับฝากเซลล์ดังกล่าวไว้เพื่อใช้ด้านอื่นๆ หรือใช้สำหรับเจ้าของเซลล์ต้นกำเนิดในอนาคตเองซึ่งเป็นผู้ฝาก ข้อพิจารณาทางกฎหมายก็คือ เมื่อผู้รับฝากได้นำเซลล์ต้นกำเนิดไปใช้เพื่อการวิจัยทดลองโดยปราศจากความยินยอมจากผู้ฝากหรือเจ้าของเซลล์จะมีความผิดฐานยักยอกทรัพย์สินหรือไม่ ซึ่งองค์ประกอบของความผิดนั้นประกอบด้วยผู้ใดครอบครองทรัพย์สินซึ่งเป็นของผู้อื่น หรือซึ่งผู้อื่นเป็นเจ้าของรวมอยู่ด้วยและเบียดบังเอาทรัพย์สินนั้นเป็นของตนเองหรือผู้อื่น โดยทุจริต ซึ่งความผิดฐานยักยอกนี้ การครอบครองทรัพย์สินของผู้อื่นหรือผู้อื่นเป็นเจ้าของรวมอยู่ด้วย ไม่จำเป็นที่ผู้กระทำความผิดจะต้องครอบครองด้วยตนเองเมื่อร่วมกระทำผิดกับผู้อื่นที่ครอบครองทรัพย์สินก็มีความผิดฐานยักยอกทรัพย์สินแล้ว และความผิดฐานยักยอกก็ไม่ใช่ความผิดเฉพาะตัวผู้ครอบครองทรัพย์สิน ผู้อื่นอาจร่วมกระทำผิดกับผู้ครอบครองในการยักยอกทรัพย์สินก็ได้⁵⁶

4. ความผิดฐานทำให้เสียชีวิต ตาม ป.อ. มาตรา 358 บัญญัติว่า “ผู้ใดทำให้เสียหาย ทำลาย ทำให้เสื่อมค่าหรือทำให้ไร้ประโยชน์ ซึ่งทรัพย์สินของผู้อื่นหรือผู้อื่นเป็นเจ้าของรวมอยู่ด้วย ผู้นั้นกระทำความผิดฐานทำให้เสียชีวิต ต้องระวางโทษ...”⁵⁷ กล่าวคือ การใช้เซลล์ต้นกำเนิดจากตัวอ่อนหลังปฏิสนธิอายุประมาณ 5-7 วันที่มีการแบ่งตัวภายในระยะที่เหมาะสม การแยกเซลล์ต้นกำเนิดออกจากตัวอ่อนจะส่งผลให้ตัวอ่อนนั้น ถูกฆ่าหรือทำลายลงข้อพิจารณาทางกฎหมาย ก็คือตัวอ่อนดังกล่าวเป็นทรัพย์สินหรือไม่ ถ้าเป็นตัวอ่อนที่อยู่ในครรภ์มารดาไม่ถือว่าเป็นทรัพย์สินแน่นอน แต่มีนักกฎหมายกลุ่มหนึ่งว่าอาจผิดฐานทำแท้งก็ได้ส่วนตัวอ่อนที่อยู่นอกครรภ์มารดาซึ่งเกิดจากการเพาะเลี้ยงเพิ่มจำนวน โดยเหลือใช้จากการใช้เทคโนโลยีการเจริญพันธุ์โดยปราศจากความยินยอมของเจ้าของ อาจทำให้เกิดความรับผิดชอบทำให้เสียชีวิตตามมาตรา 358 รวมถึงการทำลายเซลล์ต้นกำเนิดด้วย ซึ่งองค์ประกอบสำคัญของความผิดฐานทำให้เสียชีวิตตามประมวลกฎหมายอาญานั้นประกอบด้วย การกระทำให้เสียหาย ทำลาย ทำให้เสื่อมค่าหรือทำให้ไร้ประโยชน์ซึ่งทรัพย์สินของผู้อื่นหรือผู้อื่นเป็นเจ้าของรวมอยู่ด้วย เมื่อการทำลายตัวอ่อนเมื่อไม่ถือว่าเป็น

⁵⁵ เรื่องเดียวกัน. มาตรา ๓๕๒.

⁵⁶ คำพิพากษาฎีกาที่ ๑๕๔๒-๑๕๔๓/๒๕๑๗ (เนติบัณฑิตยสภา). คำพิพากษาฎีกาประจำปี พ.ศ.2517 ตอนที่ 6. หน้า 454.

⁵⁷ ป.อ. มาตรา ๓๕๘.

เป็นการฆ่าผู้อื่นในทางกฎหมายเพราะยังไม่มีสภาพบุคคลตามที่กล่าวข้างต้นแต่ถ้าตัวอ่อนมนุษย์นั้นมีลักษณะอาจถือเอาได้เป็นทรัพย์สินการทำลายตัวอ่อนเพื่อให้ได้มาซึ่งความต้องการใช้เซลล์ต้นกำเนิดเพื่อการวิจัยทดลองอาจมีความผิดฐานทำให้เสียทรัพย์สินได้ เช่น การเก็บรักษาหรือทำลายซึ่งเซลล์ต้นกำเนิดหรือตัวอ่อนมนุษย์โดยไม่ได้รับความยินยอมของเจ้าของ โดยความผิดฐานนี้ตามประมวลกฎหมายอาญาไม่ต้องพิจารณาไปถึงว่าเป็นทรัพย์สินส่วนตัว หรือสินสมรส เพียงแต่เป็นทรัพย์สินที่มีเจ้าของก็ครบองค์ประกอบความผิดดังกล่าวแล้ว

จากหลักเกณฑ์ดังกล่าวอาจสรุปได้ว่าความรับผิดชอบทางอาญาอันเกี่ยวกับทรัพย์สินนั้น การกระทำโดยสภาพจะเป็นความผิดขึ้นได้ก็ต่อเมื่อผู้เสียหายมิได้ยินยอมเช่นทำให้เสียทรัพย์สิน ลักทรัพย์ และยกยอกทรัพย์หากเจ้าของเซลล์หรือตัวอ่อนยินยอมการกระทำย่อมไม่มีความผิด เพราะ ขาดเจตนาพิเศษ คือ โดยทุจริตไป ซึ่งถือว่าขาดองค์ประกอบภายนอกของความผิดตามมาตรา 358 แต่ทั้งนี้จะต้องดูว่าความยินยอมจะต้องมีก่อนหรือขณะกระทำความผิดอย่างบริสุทธิ์ใจและความยินยอมนั้นไม่ขัดต่อจิตสำนึกในศีลธรรมอันดีและความสงบเรียบร้อยของประชาชนด้วย

3.2 กฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมการใช้เซลล์ต้นกำเนิดตัวอ่อนและหลักความยินยอม

3.2.1 ข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยการรักษาจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2549

เนื่องจากการใช้เซลล์ต้นกำเนิดตัวอ่อนเพื่อการบำบัดรักษาโรคยังอยู่ในขั้นตอนวิจัยทดลองและยังไม่มีกฎหมายควบคุมการใช้เซลล์ต้นกำเนิดชนิดนี้ ซึ่งปัจจุบันประเทศไทยมีกฎหมายเกี่ยวกับการใช้เซลล์ต้นกำเนิดจากเม็ด โลहितเท่านั้น ที่มีการควบคุมการใช้ กล่าวคือ ข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยการรักษาจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2549 หมวด 11 ว่าด้วยการประกอบวิชาชีพเวชกรรมอันเกี่ยวกับการปลูกถ่ายเซลล์ต้นกำเนิดเม็ด โลहितจากผู้บริจาค⁵⁸ ซึ่งได้ให้คำนิยามของการปลูกถ่ายเซลล์ต้นกำเนิดเม็ด โลहित ว่าการประกอบวิชาชีพเวชกรรมที่เกี่ยวกับการปลูกถ่ายเซลล์ต้นกำเนิดเม็ด โลहितจากไขกระดูก กระแส โลहित หรือ โลहितจากรก⁵⁹ ทั้งนี้ในการปลูกถ่ายเซลล์ต้นกำเนิดเม็ด โลहित ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมผู้ทำการปลูกถ่ายเซลล์ต้นกำเนิดเม็ด โลहितต้องดำเนินการตรวจสอบสุขภาพผู้บริจาคว่าเป็นผู้มีสุขภาพสมบูรณ์ เหมาะสมที่จะบริจาคเซลล์ต้นกำเนิดเม็ด โลहितได้⁶⁰ และอธิบายให้ผู้บริจาคเข้าใจถึงความเสี่ยงที่จะเกิดอันตรายต่างๆ แก่ผู้บริจาคในระหว่างการบริจาคและภายหลังการบริจาค เมื่อผู้บริจาคเข้าใจและเต็มใจที่จะบริจาคแล้ว จึงลงนามแสดง

⁵⁸ ข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยการรักษาจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. ๒๕๔๙.

⁵⁹ เรื่องเดียวกัน. ข้อ ๔.

⁶⁰ เรื่องเดียวกัน. ข้อ ๖๑ (๑).

ความยินยอมในแบบใบยินยอมบริจาคเซลล์ต้นกำเนิดเม็ดโลหิต⁶¹ ไว้เป็นลายลักษณ์อักษร โดยมีหลักฐานเป็นหนังสืออีกด้วยว่าไม่มีการจ่ายค่าตอบแทนเป็นค่าเซลล์ต้นกำเนิดเม็ดโลหิตแก่ผู้บริจาค⁶² ส่วนในกรณีการปลูกถ่ายเซลล์ต้นกำเนิดเม็ดโลหิต โดยการใช้เลือดจากรกให้ผู้บริจาคสามีหรือภริยาเป็นผู้ลงนามแสดงความยินยอม⁶³ เป็นต้น

ดังนั้น การใช้เซลล์ต้นกำเนิดร่างกายหรือตัวอ่อนเพื่อการรักษาโรคยังมีอยู่มากที่อยู่ในระหว่างขั้นตอนของการวิจัยทดลอง โดยเฉพาะเซลล์ต้นกำเนิดตัวอ่อนนั้น ประเทศไทยในปัจจุบันไม่ได้มีหลักเกณฑ์การควบคุม เพียงแต่วางกรอบไว้ในประกาศแพทยสภาฉบับที่ 21/2544 ว่า ห้ามการโคลนนิ่งมนุษย์หรือการทำสำเนามนุษย์เท่านั้น จึงทำให้ผู้ที่ทำการวิจัยอื่นที่ไม่ใช่แพทย์สามารถที่จะโคลนนิ่งตัวอ่อนเพื่อการแยกสกัดเซลล์ดังกล่าวออกมาได้⁶⁴ แต่ก็ไม่มีกฎหมายออกมาบังคับลงโทษบุคคลอื่นที่อาจลักลอบโคลนนิ่งตัวอ่อนเพื่อวัตถุประสงค์ในการตั้งครกร์

3.2.2 หลักความยินยอม

หลักเกณฑ์ที่สำคัญที่สุด และจะต้องนำมาพิจารณาประกอบพ.ร.บ.เจริญพันธุ์ คือ “หลักความยินยอมในการใช้เซลล์ต้นกำเนิด” การกระทำต่างๆ เพื่อให้ได้มาซึ่งเซลล์ต้นกำเนิดมนุษย์สำหรับการบำบัดรักษาโรคนั้น เป็นสิ่งที่กระทำต่อมนุษย์โดยตรง เพราะเป็นแหล่งที่มาของเซลล์ต้นกำเนิดหลายชนิด จึงเป็นขั้นตอนกระบวนการอย่างหนึ่งที่แพทย์จะต้องมีความระมัดระวังเป็นพิเศษ เพื่อให้เป็นการกระทำที่เหมาะสมสอดคล้องกับจริยธรรม รวมถึงทางด้านกฎหมายด้วย ซึ่งหลักความยินยอมที่จะนำมาใช้สำหรับการกระทำต่อสิทธิตามธรรมชาติที่มนุษย์พึงมีอยู่ตั้งแต่เกิดจนตาย เพื่อเป็นเครื่องชี้ให้นักความผิดสะท้อนให้เห็นถึงความรับผิดชอบต่อสิ่งมีชีวิตเหล่านั้น หลักความยินยอมย่อมเป็นสิ่งที่จะต้องได้มาโดยบริสุทธิ์ใจ อยู่ภายใต้กรอบของหลักไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อย และจิตสำนึกในศีลธรรมอันดีของประชาชนจึงจะถือว่าเป็นการกระทำอันปราศจากความผิดหรือยกเว้นความรับผิดชอบทางด้านกฎหมายและเหมาะสมทางด้านจริยธรรม ซึ่งในส่วนของ การให้ความยินยอมสำหรับการใช้เซลล์ต้นกำเนิดมนุษย์ที่มีกลไกและความเข้าใจสลับซับซ้อน ตามแนวทางของต่างประเทศส่วนใหญ่จึงมีแนวคิดเกี่ยวกับความยินยอมในเรื่องดังกล่าวไว้ โดยยอมรับว่า หลักความยินยอมที่ได้รับคำบอกกล่าวแบบในกรณีเวชปฏิบัติอันมีที่มาจากหลักทางจริยธรรม

⁶¹ เรื่องเดียวกัน, ข้อ ๖๑ (๒)

⁶² เรื่องเดียวกัน, ข้อ ๖๑ (๓)

⁶³ แสวง บุญเฉลิมวิภาส. (2549). *ปัญหากฎหมายและจริยธรรมจากการใช้เซลล์ต้นกำเนิด (Stem Cell)*. วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 398.

⁶⁴ โครงการ ASEAN-EU LEMLIFE จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. (2548). *เซลล์ต้นกำเนิดและสังคม*. วารสารชีวจริยศาสตร์ 3. หน้า 9.

สามารถนำมาใช้ต่อการเคารพสิทธิในการตัดสินใจในเรื่องการยินยอมให้ใช้เซลล์ต้นกำเนิดจากตัวอ่อนและร่างกายของเจ้าของสิ่งเหล่านี้ และในระยะหลังประเทศไทยก็ได้ให้ความสำคัญและพยายามผลักดันให้ใช้แนวทางดังกล่าวเพราะเห็นว่าเป็นส่วนหนึ่งของจริยธรรม และสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรของไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 32 ที่ได้บัญญัติ “สิทธิเสรีภาพในร่างกายของบุคคล”⁶⁵ ซึ่งสิทธิอันนี้ย่อมหมายความรวมถึงสิทธิในการตัดสินใจด้วยตนเองในการให้ความยินยอมแก่บุคคลอื่นมาทำต่อเนื้อตัวร่างกายหรืออวัยวะส่วนหนึ่งส่วนใดๆ ของตนเอง นั่นก็คือความยินยอมที่ได้รับคำบอกกล่าวก่อน หรือเรียกว่า Informed Consent

หลักการให้ความยินยอม⁶⁶ นั้น มีแนวคิดและบ่อเกิดมาจากจริยธรรมตั้งแต่เริ่มแรก วัตถุประสงค์หลักจึงมีเจตนาให้คำนึงถึงสิทธิส่วนบุคคล และการเคารพต่อสิทธิส่วนบุคคลอย่างเคร่งครัด โดยถือว่าบุคคลมีสิทธิและเสรีภาพในการตัดสินใจที่จะไม่กระทำการใดหรือกระทำการใด รวมถึงให้มีการกระทำการใดๆ ต่อตนภายใต้กฎหมายที่บัญญัติรับรองไว้

สำหรับแนวคิดการให้ความยินยอมได้มีที่มาจากคำว่า Informed กับ Consent โดย Informed หมายถึง การได้รับข้อความ หรือ บอกให้ทราบ⁶⁷ ส่วน Consent นั้นหมายถึง การให้ความยินยอม เมื่อนำคำทั้งสองมาใช้จึงให้ความหมายว่า การให้ความยินยอม⁶⁸ หลังจากได้รับข้อความ ซึ่งการได้รับข้อความหรือบอกให้ทราบเป็นสิ่งสำคัญมากกว่าความยินยอมโดยทั่วไป เพราะก่อนที่จะมีการลงลายมือชื่อในเอกสารการให้ความยินยอมจากเจ้าของเซลล์ต้นกำเนิดหรือตัวอ่อน เพื่อใช้ในการบำบัดรักษาโรค รวมถึงแพทย์นั้นจะต้องอธิบายและแจ้งรายละเอียดที่เกี่ยวข้องเสียก่อน ดังนั้นการลงลายมือชื่อก่อนการได้รับการอธิบายและแจ้งข้อมูลจึงไม่เป็นการกระทำที่ถูกต้องตามหลักการดังกล่าวได้ ซึ่งในมุมมองทางด้านกฎหมายนั้น ได้มีคำพิพากษาฎีกาของไทยโดยวินิจฉัยไว้ในคำพิพากษาฎีกาที่ 1403/2508⁶⁹ จนเกิดเป็นหลักกฎหมายทั่วไปว่า “ความยินยอมของผู้เสียหาย เป็นเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้” ซึ่งหลักดังกล่าวทำให้ความยินยอมที่เกิดจากความบริสุทธิ์ใจของผู้เสียหาย โดยให้ผู้ใดกระทำการที่กฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิดนั้น ถ้าความยินยอมนั้นไม่ขัดต่อความสำนึกในศีลธรรมอันดี และมีอยู่จนถึงขณะกระทำการอันกฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิดแล้ว ความยินยอมอันบริสุทธิ์นั้นเป็นข้อยกเว้นมิให้การกระทำนั้นเป็นความผิด แต่มีข้อสังเกตว่า

⁶⁵ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐. มาตรา ๓๒.

⁶⁶ เมธี วงศ์ศิริสุวรรณ. (2549). *กฎหมายกับการประกอบวิชาชีพเวชกรรม*. กรุงเทพฯ:บริษัท บุ๊คเน็ต จำกัด. หน้า 202.

⁶⁷ เรื่องเดียวกัน. หน้า 202.

⁶⁸ เมธี วงศ์ศิริสุวรรณ. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 66. หน้า 202.

⁶⁹ คำพิพากษาฎีกาที่ ๑๔๐๓/๒๕๐๘.

คำวินิจฉัยดังกล่าวเป็นเพียงหลักเกณฑ์มิได้ให้คำจำกัดความหรือบทนิยามของความยินยอมไว้แต่อย่างใด

อย่างไรก็ตาม ศาสตราจารย์จิตติ ดิงศภัทย์ ได้ให้แนวความเห็นในความหมายของความยินยอมในคดีอาญาไว้ว่า ความยินยอมหมายถึง การจงใจปล่อยให้เหตุการณ์อย่างหนึ่งเกิดขึ้นโดยไม่ขัดขวางทั้งที่สามารถขัดขวางได้⁷⁰ แต่ความหมายเช่นนี้ยังไม่พอจะถือเป็นความยินยอมตามความหมายของกฎหมาย เพราะจะต้องประกอบไปด้วยการแสดงความประสงค์ที่จะให้เกิดเหตุการณ์เช่นนั้นเกิดขึ้น โดยวิธีการแสดงออกด้วยการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งด้วยตนเองหรือให้ผู้อื่นกระทำแทนตนอันเป็นการแสดงความประสงค์ต่อผู้กระทำเหตุการณ์นั้น ให้เข้าใจว่าตนอนุญาตให้ทำได้ทีเดียวหรือมีขึ้นได้ เว้นแต่ในกรณีพิเศษอย่างยิ่งเท่านั้นที่การนิ่งไม่ขัดขวางอาจถือได้ว่าเป็นความยินยอม เนื่องจากเป็นที่เข้าใจกันทั่วไปว่า การนิ่งถือได้ว่าเป็นความยินยอม เพราะการแสดงออกถึงความยินยอมนั้น อาจแสดงออกโดยชัดแจ้งหรือแสดงออกโดยปริยาย⁷¹ และหลักกฎหมายในเรื่องความยินยอมที่มายกเว้นความผิดนั้น ไม่จำเป็นต้องมีบทบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษร เพราะว่าเป็นการยากที่จะกำหนดไปว่าความยินยอมลักษณะใดไม่เป็นความผิด⁷² จึงต้องปล่อยให้เป็นหลักที่ใช้นิติบัญญัติกับข้อเท็จจริงเป็นรายคดีไป และนักกฎหมายอีกท่านได้ให้แนวคิดในเรื่องนี้อาจารย์พจน์ บุษปาคม ได้ให้เสนอแนวคิดของความยินยอมในคดีอาญาไว้ว่า ความยินยอมที่เกิดจากฝ่ายผู้เสียหายยอมให้กระทำต่อตน ไม่ว่าจะต่อชีวิต ต่อร่างกาย ทรัพย์สิน หรือสิทธิ อื่นใดของตน ความยินยอมเหล่านี้ โดยเนื้อแท้แล้วเป็นข้อแก้ตัวของผู้กระทำความคิด ไม่ได้เป็นสิทธิของผู้กระทำ ซึ่งผู้เสียหายต้องมีภาระหน้าที่ให้ความยินยอม⁷³ และศาสตราจารย์จิตติ ดิงศภัทย์ ได้เสนอเรื่องขอบเขตของความยินยอมไว้ว่า ความยินยอมต้องเกี่ยวกับสิทธิที่โอนกันได้ กล่าวคือ ถ้าเรื่องนั้นเป็นสิทธิที่โอนกันได้ ก็สามารถให้ความยินยอมกันได้ ซึ่งส่วนใหญ่จะเป็นความคิดที่เกี่ยวกับทรัพย์สิน อาทิ ลักทรัพย์ ชิงทรัพย์ ปล้นทรัพย์ เป็นต้น⁷⁴

รองศาสตราจารย์เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์ ได้ให้ความเห็นอีกทางหนึ่งว่า ประชญาของกฎหมายอาญานั้น ได้แก่ การมุ่งให้ความคุ้มครองป้องกันความสงบสุขให้กับสังคม (Protection of Society) ซึ่งมาตรการสำคัญอย่างหนึ่งที่จะทำให้กฎหมายอาญามีสภาพบังคับก็คือ บทลงโทษ (Punishment) แต่ผู้กระทำความผิด ฉะนั้น ตามหลักของกฎหมายอาญาความยินยอมของผู้เสียหายจึง

⁷⁰ จิตติ ดิงศภัทย์. (2525). *คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 1*. กรุงเทพฯ: กรุงเทพมหานครพิมพ์. หน้า 682.

⁷¹ ประพิน ประชญากรณ์. (2522). *ความยินยอมของผู้เสียหายในการกระทำความผิดอาญา*. วิทยานิพนธ์ ปริญญาโท สาขา นิติศาสตร์. คณะนิติศาสตร์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 100.

⁷² เรื่องเดียวกัน. หน้า 100.

⁷³ พจน์ บุษปาคม. (2525). *คำบรรยายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิด*. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์กรุงเทพมหานครพิมพ์. หน้า 56.

⁷⁴ จิตติ ดิงศภัทย์. (2520). *ความยินยอมไม่ทำให้เป็นความผิด*. วารสารกฎหมาย. คณะนิติศาสตร์. จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 52.

ไม่เป็นข้อสำคัญที่จะทำให้ผลของการกระทำนั้นไม่เป็นความผิด หรือมีความผิดแต่ไม่ต้องรับโทษ หรือยกเว้นโทษแต่อย่างไร เว้นแต่มีบทบัญญัติความผิดบางลักษณะที่กฎหมายถือว่าผู้กระทำจะมีความผิดก็ต่อเมื่อเป็นการกระทำโดยปราศจากความยินยอมของผู้เสียหาย ซึ่งเป็นข้อยกเว้นของหลักที่กล่าวข้างต้น⁷⁵

อย่างไรก็ตามการใช้เซลล์ต้นกำเนิดในการบำบัดรักษาหรือการวิจัยนั้น จะต้องได้รับความยินยอมเสียก่อน เพราะถือว่าเป็นการเคารพต่อสิทธิของผู้ป่วยหรือผู้ถูกวิจัย และเป็นขั้นตอนที่สำคัญอย่างหนึ่งก่อนการรักษาหรือวิจัยอันเห็นได้จะเกือบทุกหน่วยงาน ส่วนใหญ่ก็ได้วางกฎระเบียบในเรื่องที่เกี่ยวกับการเซ็นใบอนุญาต หรือการให้ความยินยอมแบบเป็นลายลักษณ์อักษร เพื่อเป็นหลักฐานและป้องกันความเสียหายอันเกิดขึ้นได้ในภายหลังไว้ เนื่องจากขั้นตอนกระบวนการดังกล่าว ยังไม่มีจารีตประเพณีรับรองว่ามีใช้การกระทำความผิด ตัวอย่างเช่น คำพิพากษาของหลักความยินยอมที่เกิดขึ้นเป็นบรรทัดฐานแรกในประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งหลักคำพิพากษาดังกล่าวยังถูกนำมาใช้ในประเทศอังกฤษ และประเทศที่เป็นเมืองอาณานิคมของอังกฤษ รวมถึงประเทศไทยด้วย คือ คำพิพากษา *Schloendorff v. Society New York Hospital* (1914)⁷⁶ ซึ่งให้เหตุผลไว้ว่า มนุษย์ทุกคนในสถานะแห่งความเป็นผู้ใหญ่และมีสติสัมปชัญญะสมบูรณ์ย่อมมีสิทธิกำหนดว่าการกระทำใดอาจกระทำต่อเนื้อตัวร่างกายของตนเองได้หรือไม่ได้ ดังนั้นนักวิจัยหรือแพทย์ผู้ใช้เซลล์ต้นกำเนิด โดยปราศจากความยินยอมของบุคคลที่เกี่ยวข้องย่อมเป็นผู้กระทำ ความผิด เว้นแต่จะได้รับความยินยอมเพื่อยกเว้นความรับผิดทางอาญา ฉะนั้น การให้ความยินยอมที่ได้รับคำบอกกล่าวก่อน โดยบริสุทธิ์ใจและสมัครใจสำหรับการวิจัยทดลองทางวิทยาศาสตร์ ปัจจุบันทั้งระดับสากลและระดับประเทศ ต่างให้ความสำคัญกันมาก โดยเฉพาะในแวดวงการแพทย์ บุคลากรสาธารณสุข รวมถึงนักวิจัยที่ใช้เซลล์ต้นกำเนิดทางวิทยาศาสตร์ ในการที่จะต้องบอกกล่าว หรือแจ้งรายละเอียดก่อนที่จะได้รับความยินยอมในการวิจัยทดลองในด้านต่างๆ ทุกครั้งการได้รับความยินยอมโดยได้รับคำบอกกล่าวก่อนไม่เพียงแต่จะเป็นกรอบกติกาทางสังคมเท่านั้น แต่ยังเป็นสิ่งที่แสดงให้เห็นถึงความมีคุณธรรม มโนธรรมและจริยธรรมในจิตใจของบุคคลเหล่านั้นด้วย

หลักกฎหมายเรื่องความยินยอมเป็นบทนิรโทษกรรมของนักวิจัยเซลล์ต้นกำเนิด โดยทั่วไปเพราะอาจเป็นเหตุยกเว้นความรับผิดทางอาญา⁷⁷ โดยหลักดังกล่าวมาจากอิทธิพลและ

⁷⁵ เกียรติจงจร วัจนะสวัสดิ์. (2523). *เอกสารประกอบการศึกษาวิชากฎหมายอาญาภาคทั่วไป*. คณะนิติศาสตร์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 145-146.

⁷⁶ *Schloendorff v. Society of the New York Hospital*. 105 N.E. 92 (1914). (Online). Available: <http://www.lawandbioethics.com/demo/Main/LegalResources/C5/Schloendorff.htm>.

⁷⁷ ประพิน ปรัชญากรณ์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 71. หน้า 100.

แนวคิดมาจากหลักกฎหมายโรมันสุภาษิตภาษาลาติน ที่ว่า “*Volenti Nonfit Injuria*” หรือ “ความยินยอมไม่เป็นความผิด” ซึ่งได้รับการยอมรับเป็นสากลจากนานาประเทศซึ่งเป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่สามารถนำมาใช้กล่าวอ้างเพื่อปฏิเสธความรับผิดทั้งในทางแพ่งได้ทุกกรณี แต่ใช้ปฏิเสธความรับผิดทางอาญาได้ภายใต้ขอบเขตและข้อจำกัด กล่าวคือ จะใช้อ้างได้ต้องขึ้นอยู่กับกฎหมายของประเทศว่าได้วางหลักเกณฑ์ไว้อย่างไร ซึ่งในประเทศไทยได้มีพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 โดยกำหนดเรื่องความยินยอม ไว้ตามมาตรา 9 บัญญัติว่า “ความตกลงหรือความยินยอมของผู้เสียหายสำหรับการกระทำที่ต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย หรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน จะนำมาอ้างเป็นเหตุยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดเพื่อละเมิดมิได้”⁷⁸ จึงทำให้ความยินยอมของผู้เสียหายในทางอาญา ถ้าไม่ขัดต่อพระราชบัญญัติดังกล่าวจะมีผลให้ผู้กระทำได้รับการยกเว้นความผิด และถือว่าการกระทำไม่เป็นความผิด ไม่ใช่มีความผิดแต่ยกเว้นโทษ อย่างไรก็ตามหลักความยินยอมของผู้เสียหายเป็นเหตุให้ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ในกฎหมายอาญา ซึ่งความยินยอมในทางอาญา คือ ความสมัครใจของผู้เสียหายที่จะได้รับการประทุษร้ายจากบุคคลอื่น ความยินยอมดังกล่าวแยกได้เป็นสองประเภท ดังนี้

ประเภทหนึ่ง คือ ความยินยอมโดยแจ้งชัด (Express Consent) อันได้แก่ การบอกกล่าวด้วยวาจาหรือเป็นลายลักษณ์อักษร โดยแจ้งชัด รวมถึงการแสดงออกซึ่งกริยาใดๆ โดยมีเจตนาเพื่อให้ทราบถึงความสมัครใจที่จะให้บุคคลอื่นกระทำการใดๆ ต่อตนได้⁷⁹

ประเภทสอง คือ ความยินยอมโดยปริยาย (Implied Consent) อันได้แก่ การมิได้บอกกล่าวด้วยวาจาแต่เป็นการแสดงออกให้บุคคลอื่นกระทำต่อตนได้โดยมิได้อิดเอื้อน⁸⁰

นอกจากนี้ยังมีความยินยอมอีกลักษณะหนึ่งที่น่าสนใจในการวิจัยทดลองในมนุษย์หรือส่วนต่างๆ ของร่างกายมนุษย์ รวมถึงการวิจัยที่เกี่ยวกับวัตถุชีวภาพด้วยนั้นก็คือ ความยินยอมที่ได้รับการบอกกล่าว แบ่งออกได้เป็น 2 รูปแบบ คือ รูปแบบการให้ความยินยอมแบบเป็นลายลักษณ์อักษรและรูปแบบการให้ความยินยอมแบบไม่เป็นลายลักษณ์อักษร⁸¹

ก. การให้ความยินยอมแบบเป็นลายลักษณ์อักษร ซึ่งเรียกได้ว่ารูปแบบ Apparent Consent⁸² หมายถึงการให้ความยินยอมโดยชัดแจ้งตามภาษาเทคนิคตามกฎหมายนั่นเอง ปัจจุบันพบได้ง่ายทั่วไปตามโรงพยาบาล โดยแพทย์หรือนักวิจัยที่มีการให้กรอกเอกสารการแสดง

⁷⁸ พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. ๒๕๔๐. มาตรา ๙.

⁷⁹ ประทีน ปรัชญาภรณ์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 71. หน้า 100.

⁸⁰ เรื่องเดียวกัน.

⁸¹ วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์. (2532). *นิติเวชศาสตร์*. กรุงเทพฯ: คณะนิติศาสตร์มหาวิทยาลัยรามคำแหง. หน้า 132-133.

⁸² เมธี วงศ์ศิริสุวรรณ. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 66. หน้า 206.

ยินยอมในกรณีต่างๆ ซึ่งไม่รวมถึงในกรณีเร่งด่วนหรือฉุกเฉินเพื่อช่วยชีวิตลักษณะของ Apparent Consent จะเป็นเอกสารที่เจ้าของเซลล์หรือตัวอ่อน หรือผู้เข้าร่วมวิจัยลงลายมือชื่อนั้นหลังจากได้รับข้อมูลที่ถูกต้อง เพื่อต้องการให้บุคคลดังกล่าวมีส่วนร่วมในการรับรู้และการตัดสินใจในการให้ความยินยอม ดังนั้นรูปแบบความยินยอมแบบ Apparent Consent เงื่อนไขสำคัญจึงอยู่ที่ความเป็นเอกสาร และต้องเป็นความยินยอมที่ได้รับข้อมูลครบถ้วนถูกต้องพอเพียง และที่สำคัญต้องไม่ถูกบิดเบือน ตัวอย่างเช่น นาย ก. ได้ลงนามให้ความยินยอมหลังจากได้รับข้อมูลต่างๆ ถูกต้องแล้ว ต่อมาภายหลังนาย ก. สืบทราบมาว่าข้อมูลที่ตนได้รับไม่ครบถ้วนไม่ถูกต้องเพียงพอ โดยเกิดมาจากการบิดเบือนหรือเข้าใจผิดหรือฉ้อฉล เอกสารดังกล่าวก็ไม่สามารถป้องกันความรับผิดชอบทางอาญาได้

ข. การให้ความยินยอมแบบไม่เป็นลายลักษณ์อักษร ที่เรียกว่า Implied Consent⁸³ หมายถึง การขอความยินยอมในการวิจัยเซลล์ต้นกำเนิดมนุษย์ในบางกรณีที่นักวิจัยสามารถดำเนินการวิจัยได้โดยไม่ต้องขอความยินยอมเป็นลายลักษณ์อักษรอันเป็นข้อยกเว้น แม้ว่าจะดำเนินการวิจัยต่อบุคคลที่สามารถตัดสินใจได้ด้วยตนเองหรือทำการวิจัยต่อบุคคลที่ไม่อยู่ในสถานะที่จะตัดสินใจได้ด้วยตนเอง นั่นก็คือ การให้ความยินยอมโดยปริยายหรือการให้ความยินยอมที่เป็นที่รู้กันดี ตัวอย่างเช่น งานวิจัยเซลล์ต้นกำเนิดที่เกี่ยวกับเลือดหรือเนื้อเยื่อที่เก็บรักษาไว้โดยเฉพาะเนื้อเยื่อหรือเลือดจากธนาคารรับฝากเซลล์ต้นกำเนิด⁸⁴ งานวิจัยเซลล์ต้นกำเนิดที่ทำการเก็บข้อมูลหากนักวิจัยเพียงเข้าไปสอบถามหรือรวบรวมข้อมูลที่ไม่มีความเสี่ยงหรือก่อความเสี่ยงน้อยมากต่อบุคคลที่สามารถตัดสินใจได้ด้วยตนเองหรือต่อบุคคลที่กฎหมายให้ตัดสินใจให้ความยินยอมแทนในกรณีไม่สามารถตัดสินใจได้ด้วยตนเอง ซึ่งไม่ก่อให้เกิดผลเสียต่อสิทธิและสวัสดิภาพของบุคคลนั้น เว้นแต่การถามข้อมูลนั้นเกินเลยไปกว่าข้อมูลทั่วไปและก่อให้เกิดอันตรายและความเสี่ยงมาก ซึ่งจะต้องขอความยินยอมเป็นลายลักษณ์อักษร⁸⁵ นอกจากการแสดงออกซึ่งกริยาใดๆ โดยมีเจตนาเพื่อให้ทราบถึงความสมัครใจที่จะให้บุคคลอื่นกระทำการใดๆ ต่อตนได้แล้ว ในเรื่องความยินยอมของผู้เสียหายในทางกฎหมายอาญา เหตุยกเว้นความรับผิดชอบในการใช้เซลล์ต้นกำเนิดเพื่อการวิจัยทดลองจะต้องประกอบไปด้วย

1. ความยินยอมนั้นต้องไม่ขัดต่อศีลธรรมอันดีและความสงบเรียบร้อยของประชาชน⁸⁶ หลักเกณฑ์การพิจารณาถึงความยินยอมที่ไม่ขัดต่อความสำนึกในศีลธรรมอันดีปรากฏ

⁸³ เรื่องเดียวกัน. หน้า 207.

⁸⁴ ธาดา สืบหลินวงศ์. (2549). *การให้คำยินยอมสำหรับงานวิจัย*. วารสารจุฬาลงกรณ์เวชสาร 50. หน้า 55.

⁸⁵ The office for Human Research Protection (OHRP): *Human Subject Assurance Training*. (Online) Available: <http://ohrp.osophs.dhhs.gov/humansubjects/assurance/engage.htm> (last visited November 8, 2006).

⁸⁶ กมลชัย รัตนสกาวงศ์. (2523). *ความยินยอมในกฎหมายอาญา*. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบัณฑิต. สาขานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 53-56.

ในคำพิพากษาฎีกาที่ 1403/2508⁸⁷ ศาลฎีกาวางหลักเกณฑ์ไว้ว่า ขั้นแรกต้องพิจารณาว่า ความยินยอมให้กระทำนั้น เป็นคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนรวม หรือเป็นคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นเอกชน ถ้าเป็นความผิดที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญาที่เป็นส่วนรวมความยินยอมของผู้เสียหายไม่อาจเป็นเหตุให้ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ แต่ถ้าเป็นความผิดที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญาที่เป็นเอกชนและความผิดนั้น ไม่มีความยินยอมอันเป็นองค์ประกอบความผิดอยู่ด้วย เช่นความผิดเกี่ยวกับชีวิต ร่างกาย ความยินยอมของผู้เสียหายจะทำให้ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ก็ต่อเมื่อการกระทำนั้น ไม่ขัดต่อศีลธรรมอันดี และความสงบเรียบร้อยของประชาชน⁸⁸

ขั้นตอนที่สองต้องคำนึงถึงผลประโยชน์ที่จะได้แก่สิ่งเหล่านี้ อันได้แก่ ไม่ผิดต่อศีลธรรม คือ การกระทำที่จะเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีหรือไม่นั้น ผู้พิพากษาศาลฎีกาให้คำนึงถึงศีลธรรมอันดีก่อน ซึ่งถ้าเป็นการกระทำที่ละเมิดต่อศีลธรรมจะต้องเป็นที่ยอมรับของมติมหาชน เว้นแต่เป็นการกระทำที่ไม่อาจจะหยั่งรู้ถึงมติมหาชนก็ให้คำนึงประโยชน์ที่สังคมจะได้รับจากการกระทำนั้นๆ⁸⁹ ซึ่งน่าจะนำมาปรับใช้กับวัตถุประสงค์ของการใช้เซลล์ต้นกำเนิดเพื่อการบำบัดรักษาโรค และต้องพิจารณาเรื่องอื่นๆ ประกอบด้วย เช่น ให้ประโยชน์ต่อสังคม คือ การกระทำที่เป็นความผิดแต่การกระทำนั้น ได้กระทำเพื่อให้ผลประโยชน์ทางสังคมแล้ว ถือว่าความยินยอมให้กระทำนั้นๆ ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน และต้องได้รับการยอมรับจากมติมหาชน คือ ได้รับการยอมรับจากมติมหาชนว่า การกระทำนั้นเป็นการกระทำที่ชอบโดยไม่ได้ดำเนินการกระทำนั้น แต่ประการใด ก็ไม่ถือว่าเป็นการกระทำที่เป็นความผิด

2. การให้ความยินยอมนั้นจะต้องมาจากความบริสุทธิ์ใจกล่าวคือให้ความยินยอมด้วยความสมัครใจปราศจากการบังคับขู่เข็ญหลอกลวงหรือสำคัญผิด⁹⁰

3. สถานะของความยินยอมนั้นจะต้องมีอยู่ก่อนหรือมีอยู่จนถึงขณะที่ทำความผิด⁹¹

นอกจากนี้การให้ความยินยอมเพื่อสุขภาพอนามัย หรือความปลอดภัยของผู้ให้ความยินยอมย่อมจะเป็นเหตุให้ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ภายในขอบเขตของความยินยอมนั้นเท่านั้น⁹²

⁸⁷ คำพิพากษาฎีกาที่ ๑๔๐๓/๒๕๐๘.

⁸⁸ กมลชัย รัตนสกววงศ์. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 86. หน้า 53-56.

⁸⁹ เรื่องเดียวกัน.

⁹⁰ เรื่องเดียวกัน.

⁹¹ เรื่องเดียวกัน.

⁹² วิญญู เครื่องงาม. (2517). *ความยินยอม-ยอมความตามกฎหมายอาญาสหรัฐอเมริกา*. วารสารกฎหมาย. คณะนิติศาสตร์. จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 159.

อย่างไรก็ตามในการพิจารณาถึงเรื่องความยินยอมนั้น โดยทั่วไปนักวิจัยเมื่อมีการได้ เซลล์ต้นกำเนิดมาเพื่อการวิจัยทดลอง นอกจากได้รับความยินยอมเป็นลายลักษณ์อักษรที่ชอบโดย กฎหมายปราศจากการบังคับ ชูเชิญ หลอกหลวง หรือน้อฉลแล้ว ผู้ให้ความยินยอมจะต้องเป็นบุคคล ที่มีความสามารถ หรือ อยู่ภายใต้ข้อบังคับที่กฎหมายบัญญัติไว้ จึงจะทำให้การกระทำของนักวิจัย ไม่ต้องรับผิดชอบในกรณีที่มีการกระทำอันก่อให้เกิดอันตรายแก่ผู้ถูกวิจัย หรือผู้อื่นที่เกี่ยวข้องไม่ว่าจะ ได้รับอันตรายสาหัสหรือถึงแก่ความตายก็ตาม เว้นแต่เป็นการกระทำโดยประมาทเลินเล่อ ลักษณะ ของบุคคลที่มีความสามารถในทางนิติบัญญัติ เช่น การวิจัยต่อบุคคลที่สามารถตัดสินใจได้ด้วยตนเอง หมายถึง บุคคลโดยทั่วไปที่ให้ความยินยอมในการวิจัยทดลองเซลล์ต้นกำเนิด ซึ่งการวิจัยดังกล่าว จะต้องได้รับความยินยอมจากเจ้าของเซลล์หรือตัวอ่อน โดยตรงเป็นลายลักษณ์อักษร โดยมีหลักฐาน เป็นหนังสือ หรือสัญญาที่แสดงเจตนาในการยินยอม ซึ่งหลักฐานเป็นหนังสือแสดงความยินยอมเข้า ร่วมโครงการวิจัย หมายถึง หลักฐานเป็นหนังสือที่เป็นลายลักษณ์อักษรระบุถึงความสมัครใจของ บุคคลที่จะเข้าร่วมในโครงการวิจัย โดยระบุชื่อผู้ให้ความยินยอม ชื่อผู้ทำวิจัย และลงนามทั้งสอง ฝ่ายรวมทั้งมีพยานร่วมลงนามด้วย หรือ การวิจัยต่อบุคคลที่ไม่อยู่ในสถานะที่จะตัดสินใจได้ด้วย ตนเอง หมายถึง ผู้เยาว์ บุคคลที่มีความบกพร่องทางสติปัญญา บุคคลที่อยู่ภายใต้สถานะใดๆ ที่อาจ ทำให้การตัดสินใจไม่เป็นไปตามปกติ และบุคคลที่ไม่ได้รับสิทธิอันทัดเทียมกับผู้อื่นในสังคมซึ่ง อาจส่งผลต่อความสามารถในการตัดสินใจได้ด้วยตนเอง เช่น นักโทษ ผู้พิการ เป็นต้น การวิจัยต่อบุคคลเหล่านี้ อาจเกิดมีขึ้นได้ในกรณีที่การวิจัยไม่สามารถกระทำได้ในบุคคลที่มีความสามารถใน การตัดสินใจด้วยตนเอง อันได้แก่ ความสามารถในการลงลายมือชื่อให้ความเป็นธรรม หากบุคคล นั้นไม่สามารถลงลายมือชื่อได้ด้วยตนเองควรจะให้ญาติสนิท ในกรณีของแหล่งที่มาของเซลล์ต้น กำเนิดร่างกายมนุษย์ ส่วนในกรณีการได้มาซึ่งเซลล์ต้นกำเนิดตัวอ่อน คู่สมรสซึ่งเป็นเจ้าของตัว อ่อน” ที่มีความสามารถและมีสิทธิตามกฎหมายเป็นผู้ลงลายมือชื่อแทน เช่น การได้รับความ ยินยอมให้ใช้เซลล์ต้นกำเนิดที่ได้มาจากสายสะดือเด็กทารกแรกเกิด การได้รับความยินยอมให้ใช้ เซลล์ต้นกำเนิดที่ได้มาจากตัวอ่อนมนุษย์ เป็นต้น

แม้ว่าความยินยอมดังกล่าวในปัจจุบัน ไม่มีกฎหมายบัญญัติว่าความยินยอมเข้าร่วมวิจัย ต้องทำหลักฐานเป็นหนังสือ แต่ในทางปฏิบัติเพื่อความเข้าใจตรงกันระหว่างผู้ทำวิจัยและผู้ถูกทำ การวิจัย การทำหลักฐานเป็นลายลักษณ์อักษร และในหนังสือยินยอมนั้นให้กำหนดเงื่อนไขของ ความยินยอมไว้ให้ชัดเจน รวมทั้งภาระการรับผิดชอบของแต่ละฝ่าย ซึ่งอาจเป็นการยินยอมให้กับ

⁹¹ โครงการชีวจริยธรรมกับการวิจัยวิทยาศาสตร์การแพทย์สมัยใหม่. (2548). การประชุมรับฟังข้อคิดเห็นเรื่องกฎหมายกับการปฏิสนธิ เทียมและการคัดเลือกทางพันธุกรรม, กรุงเทพฯ:มูลนิธิสาธารณสุขแห่งชาติและศูนย์พันธุวิศวกรรมและเทคโนโลยีชีวภาพแห่งชาติ. หน้า 29.

กระบวนการวิจัยทั้ง โครงการ หรือเป็นการยินยอมแต่เพียงการกระทำของนักวิจัยคนใดคนหนึ่งเท่านั้น เวลาเกิดปัญหานั้นจะได้มีหลักฐานยืนยันกันได้⁹⁴

ในส่วนของผู้ให้ความยินยอมตามปกติในการวิจัยทดลองควรเป็นตัวเจ้าของเซลล์หรือตัวอ่อนเองถึงแม้บุคคลนั้นจะยังไม่บรรลุนิติภาวะก็ตาม ถ้าหากพอที่จะรับผิดชอบตนเองได้ ไม่ถึงกับไร้เดียงสา กฎหมายก็น่าจะยอมรับว่าเป็นความยินยอมที่เกี่ยวความผิดได้⁹⁵

ในกรณีเจ้าของเซลล์ หรือตัวอ่อนที่ไม่สามารถรับผิดชอบตนเองได้ หรือไม่มีขีดความสามารถในการตัดสินใจ ผู้ให้ความยินยอมควรเป็นบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้อนุญาต โดยจะต้องมีการแจ้งข้อมูลอันเกี่ยวกับงานวิจัยโดยเจ้าของ โครงการวิจัยหรือผู้ที่เกี่ยวข้องการกับ การรับรู้ถึงข้อมูลอย่างเพียงพอ โดยผู้ที่เข้าร่วมใน โครงการวิจัย หรืออาสาสมัคร ซึ่งจะต้องมีความสามารถที่จะเข้าใจและรับรู้ถึงสิ่งที่เกิดหรืออาจจะเกิดขึ้นในงานวิจัยที่จะเข้าร่วม และที่สำคัญ ผู้ถูกวิจัยหรืออาสาสมัครจะต้องมีเสรีภาพในการตัดสินใจที่จะเข้าร่วม โครงการวิจัยหรือจะปฏิเสธการเข้าร่วมโครงการ⁹⁶

ความยินยอมที่เป็นเหตุให้ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ อันเป็นเหตุยกเว้นความรับผิดทางอาญานั้นมีผลแตกต่างกับความยินยอมในทางแพ่งซึ่งถือว่าเป็น นิติกรรมหรือ หนี้ กล่าวคือ ความยินยอมที่เป็นเหตุให้ยกเว้นความรับผิดทางอาญาแม้ผู้ให้ความยินยอมจะไม่ได้ให้ความยินยอมไว้แล้ว ผู้ให้ความยินยอมก็สามารถที่จะบอกเลิกความยินยอมดังกล่าวเสียในระยะเวลาหรือเมื่อใดก็ได้ ตราบเท่าที่ยังอยู่ในระหว่างการวิจัยทดลอง⁹⁷ อีกทั้งการได้มาซึ่งความยินยอม ไม่จำเป็นต้องได้มาจากบุคคลที่บรรลุนิติภาวะแล้วเท่านั้น เพียงแต่จะต้องทำให้บุคคลดังกล่าวเข้าใจขอบเขตของการกระทำและกรอบของความยินยอมรวมถึงความเสียหายและอันตรายที่อาจจะเกิดขึ้นแก่ตน อันเป็นสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานอย่างหนึ่งที่มนุษย์จะพึงมี และให้ได้รับการปกป้องคุ้มครองโดยกฎหมาย

แต่ก็มีกรณีที่นักวิจัยทำให้ผู้ให้ความยินยอมที่ผู้ใช้เซลล์หรือตัวอ่อน เกิดความเสียหายไม่ว่าจะเป็นการกระทำโดยจงใจ หรือประมาทก็ตาม นักวิจัยนั้นย่อมผิดฐานละเมิดต่อบุคคลเหล่านี้และจำต้องรับผิดชอบค่าใช้จ่ายค่าสินไหมทดแทนเพื่อการนั้น จะมากน้อยเพียงไรนั้นขึ้นอยู่กับความเสียหายที่เกิดขึ้นจริง⁹⁸ อย่างไรก็ตามความรับผิดฐานละเมิดในทางแพ่งซึ่งเป็นนิติเหตุนี้จะต้อง

⁹⁴ เรื่องเดียวกัน.

⁹⁵ เรื่องเดียวกัน.

⁹⁶ เรื่องเดียวกัน.

⁹⁷ กมลชัย รัตนสกวาส์. *ความยินยอมในกฎหมายอาญา*. หน้า 154-155.

⁹⁸ จิต เศรษฐบุตร. (2545). *หลักกฎหมายแพ่งลักษณะละเมิด*. กรุงเทพฯ:บริษัท โรงพิมพ์เดือนตุลา จำกัด. หน้า 129-143.

มีการกระทำต่อผู้อื่น โดยผิดกฎหมาย ถ้าบุคคลนั้นมีสิทธิหรือมีอำนาจกระทำได้โดยชอบแล้วย่อมไม่ผิดกฎหมาย เมื่อไม่ผิดกฎหมายก็ไม่ใช่ละเมิด ซึ่งตามกฎหมายแพ่งถือว่าหากเจ้าของเซลล์หรือตัวอ่อนได้ให้ความยินยอมในงานวิจัยแล้ว การกระทำของนักวิจัยไม่ถือว่าเป็นการละเมิด แต่มีข้อยกเว้นว่า ความยินยอมเช่นนี้ต้องไม่ขัดต่อกฎหมายอันเกี่ยวข้องด้วยความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชน มิฉะนั้นการยินยอมนั้นเป็นโมฆะได้มี ตัวอย่าง คำพิพากษาศาลฎีกาในเรื่องของความยินยอมเพื่อใช้เป็นแนวทางการศึกษาได้ เช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1403/2508⁹⁹ ที่ว่า “ถ้าความยินยอมนั้นไม่ขัดต่อความสำนึกในศีลธรรมอันดีและมีอยู่จนถึงขณะทำการอันกฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิดนั้นแล้ว ความยินยอมนั้นย่อมเป็นข้อยกเว้น มิให้การกระทำนั้นเป็นความผิดขึ้นได้” และพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม มาตรา 9 บัญญัติว่า “ความตกลงหรือความยินยอมของผู้เสียหายสำหรับการกระทำที่ต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย หรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน จะนำมาอ้างเป็นเหตุยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบละเมิดมิได้” ซึ่งถือว่า ข้อตกลงที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนนั้น ไม่สามารถให้ผู้กระทำอ้างความยินยอมจากผู้เสียหายดังกล่าวได้ จึงทำให้เกิดหลักกฎหมายทั่วไปที่ว่า การยินยอมนั้นเป็นการยกเว้นความผิดละเมิดทางแพ่งเท่านั้น แต่ในทางอาญาหากการกระทำนั้นเป็นเหตุให้อีกฝ่ายได้รับอันตรายทางกาย หรือชีวิต อาจต้องรับโทษทางอาญาแล้วแต่กรณี เว้นแต่จะเข้าข่ายข้อยกเว้นเท่านั้น เช่น กระทำไปด้วยเหตุจำเป็น หรือเป็นการป้องกันภัยอันใกล้ตัว ส่วนในกรณีที่เป็นการกระทำละเมิดทางแพ่ง โดยเจตนาตั้งใจจะให้เจ้าของเซลล์ต้นกำเนิด เจ้าของตัวอ่อน หรือผู้ป่วยได้รับความเสียหายโดยตรง หรือเป็นการกลั่นแกล้งและโดยปราศจากความยินยอมเช่นนี้อาจมีมูลเป็นความผิดอาญาโดยไม่มีข้อยกเว้นใดๆ นอกจากนี้ความรับผิดชอบของนักวิจัย หรือแพทย์ที่เป็นนักวิจัยเซลล์ต้นกำเนิดในคดีละเมิดทางแพ่ง มีทั้งเป็นการกระทำโดยประมาทเลินเล่อ และการกระทำโดยจงใจ ซึ่งการใช้เซลล์ต้นกำเนิดโดยทั่วไปแม้จะได้รับความยินยอมเป็นลายลักษณ์อักษร ซึ่งถือว่าเป็นความยินยอมไม่เป็นการละเมิด โดยจงใจก็ตาม ก็ยังต้องรับผิดชอบจากการกระทำโดยประมาทเลินเล่อ¹⁰⁰

3.2.3 ร่าง พระราชบัญญัติการตั้งครรภ์โดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์

คณะรัฐมนตรีมีมติวันที่ 30 ตุลาคม พ.ศ. 2550¹⁰¹ อนุมัติหลักการตามที่กระทรวงการ

⁹⁹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๑๔๐๓/๒๕๐๘.

¹⁰⁰ วิสูตร ฟองศิริไพบุลย์. (2543). *แพทย์กับการแพ็คดีละเมิด*. วารสารศิริราช 52. หน้า 80-85.

¹⁰¹ มติคณะรัฐมนตรีวันที่ 30 ตุลาคม 2550. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: http://www.soc.soc.go.th/InFormSoc/SumRep16_policy_03_4.doc.

พัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์ เสนอร่าง พ.ร.บ.เจริญพันธุ์¹⁰² โดยเหตุผลที่ายร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้ว่า ปัจจุบันเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์มีความก้าวหน้าเป็นอย่างมาก สามารถช่วยเหลือผู้ที่มีภาวะเป็นผู้มีบุตรยากให้สามารถตั้งครรภ์แทนรวมถึงการตั้งครรภ์แทน ซึ่งส่งผลทำให้เกิดความลักลั่นระหว่างความสัมพันธ์ในความจริงของเด็กที่เกิดมา ไม่ว่าจะป็นลักษณะทางพันธุกรรมของเด็กผู้อุปการะเลี้ยงดู แตกต่างไปจากผลในทางกฎหมายตามหลักทั่วไปที่ใช้บังคับอยู่ เช่น ความเป็นบิดามารดาของเด็กที่เกิดมาตลอดจนการทดลองค้นคว้าทางวิทยาศาสตร์ที่เจริญรุดหน้าถึงความสามารถสร้างตัวอ่อนที่มีลักษณะทางพันธุกรรมแทบเหมือนเป็นคนเดียวกันกับบุคคลต้นแบบ หรือสามารถสร้างเซลล์ต้นกำเนิดเพาะขยายเป็นเนื้อเยื่อส่วนต่างๆ ของมนุษย์เพื่อการรักษาทางการแพทย์ได้ ซึ่งหากไม่มีการควบคุมขอบเขตการใช้เทคโนโลยีดังกล่าวให้ถูกต้องและเหมาะสม อาจเกิดการทดลองที่ส่งผลกระทบต่อมวลมนุษยชาติได้¹⁰³ ดังนั้น เพื่อประโยชน์สูงสุดของเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ไม่ว่าโดยวิธีใด และเพื่อควบคุมมิให้ดำเนินการ โดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ในทางที่ไม่ถูกต้อง¹⁰⁴

ร่าง พ.ร.บ.เจริญพันธุ์ ดังกล่าวมีสาระสำคัญเกี่ยวกับเซลล์ต้นกำเนิด โดยให้คำจำกัดความของคำว่า เซลล์ต้นกำเนิด ว่า “เซลล์ซึ่งสามารถเจริญเติบโตไปเป็นเซลล์อวัยวะใดอวัยวะหนึ่งของร่างกายมนุษย์ ไม่ว่าจะได้จากตัวอ่อนหรือเซลล์อื่นใด”¹⁰⁵ และได้กำหนดคุณสมบัติของนักวิจัยเซลล์ต้นกำเนิดไว้ว่า “จะต้องเป็นผู้ที่ประกอบอาชีพเวชกรรมในการรับเป็นผู้ดำเนินการให้เกิดการผสมเทียม การปฏิสนธินอกอวัยวะ และการสร้างเซลล์ต้นกำเนิดให้แก่ผู้อื่น”¹⁰⁶ ที่สำคัญร่าง พ.ร.บ.เจริญพันธุ์ ยังกล่าวถึงหลักเกณฑ์ในเรื่อง “ความยินยอม” ว่า การสร้างหรือใช้เซลล์ต้นกำเนิดจะต้องได้รับความยินยอมจากบุคคลผู้เป็นเจ้าของในแหล่งที่มาหรือการได้มาซึ่งเซลล์ที่ได้นำมาใช้สำหรับการวิจัยทดลอง”¹⁰⁷ ทั้งนี้ ตามข้อพิจารณาของร่างกฎหมายดังกล่าวไม่ได้บ่งบอกถึงลักษณะ คำจำกัดความของความยินยอมที่จะต้องเป็นความยินยอมที่ต้องได้รับคำบอกกล่าว และเป็นลายลักษณ์อักษรเอาไว้อย่างเคร่งครัด

¹⁰² พ.ร.บ. เจริญพันธุ์.

¹⁰³ เรื่องเดียวกัน. มาตรา ๒๕ และมาตรา ๓๑.

¹⁰⁴ เรื่องเดียวกัน. มาตรา ๒๗.

¹⁰⁵ เรื่องเดียวกัน. มาตรา ๓.

¹⁰⁶ เรื่องเดียวกัน. มาตรา ๓๕.

¹⁰⁷ เรื่องเดียวกัน. มาตรา ๓๔.

นอกจากนี้ ร่าง พ.ร.บ.เจริญพันธุ์ ได้กำหนดมาตรการในด้านการควบคุมการใช้เซลล์ต้นกำเนิดที่ได้มาจากตัวอ่อนมนุษย์ เพื่อการวิจัยทดลองทางการแพทย์ โดยกำหนดว่าเซลล์ต้นกำเนิดที่ได้มาจากตัวอ่อนจะต้องเป็น “ตัวอ่อน” ที่ได้รับการปฏิสนธิแล้วไปจนถึง 8 สัปดาห์¹⁰⁸

ส่วนประเภทของตัวอ่อนนั้น ร่าง พ.ร.บ.เจริญพันธุ์ จำแนกประเภทตัวอ่อนออกเป็น 2 ชนิด คือ ตัวอ่อนสำเนาพันธุ์ และ ตัวอ่อนพันธุ์ผสม ซึ่งคำว่า “ตัวอ่อนสำเนาพันธุ์” หมายถึง ตัวอ่อนมนุษย์ที่มีได้เกิดขึ้นจากการปฏิสนธิระหว่างไข่กับเชื้ออสุจิ¹⁰⁹ หรืออาจเรียกได้ว่า ตัวอ่อนที่ได้มาจากการโคลนนิ่งโดยผ่านกระบวนการเคลื่อนย้ายนิวเคลียส ที่ไม่มีความจำเป็นต้องใช้เซลล์อสุจิ ส่วนคำว่า “ตัวอ่อนพันธุ์ผสม” หมายถึง ตัวอ่อนที่มีเซลล์หรือส่วนประกอบของเซลล์ของมนุษย์กับสิ่งมีชีวิตสายพันธุ์อื่นรวมกันอยู่¹¹⁰

เงื่อนไขของการสร้าง เก็บรักษา ทำลาย วิจัยหรือใช้ประโยชน์นั้นการทำลายหรือทำให้สิ้นสภาพการเป็นตัวอ่อน ร่าง พ.ร.บ.เจริญพันธุ์ ยังได้กำหนดไว้อีกว่า จะกระทำได้ต่อเมื่อได้รับอนุญาตจากคณะกรรมการ แต่คณะกรรมการจะอนุญาตให้กระทำการเก็บรักษา วิจัย หรือใช้ประโยชน์จากตัวอ่อนที่มีอายุเกินกว่า 14 วัน โดยไม่นับรวมระยะเวลาในการแช่แข็งตัวอ่อน หรือทารกไม่ได้¹¹¹ ทั้งนี้หลักเกณฑ์ วิธีการ ขั้นตอน และเงื่อนไขในการขออนุญาตและการอนุญาตให้เป็นไปตามที่คณะกรรมการกำหนด¹¹² ซึ่งร่าง พ.ร.บ. เจริญพันธุ์ ยังได้ จัดตั้งคณะกรรมการเพื่อดูแลและควบคุมการวิจัยเซลล์ต้นกำเนิดตัวอ่อนไว้เป็นการเฉพาะ คือ คณะกรรมการควบคุมการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์¹¹³

อย่างไรก็ตาม ข้อเสียของร่าง พ.ร.บ. เจริญพันธุ์ ดังกล่าวคือไม่ได้กำหนดมาตรการใดๆ ที่จะครอบคลุมถึงการกระทำของนักวิจัยที่มีลักษณะปกปิด หรือให้ข้อมูลเท็จ หรือบิดเบือนเพื่อให้ได้มาซึ่งใบอนุญาตดังกล่าวไว้แต่อย่างไร ซึ่งเป็นช่องโหว่อันเป็นใบเบิกทางของการวิจัยทดลองและเป็นผลโดยตรงต่อการได้มาสำหรับใช้เซลล์ต้นกำเนิดมนุษย์ที่สมควรทำกิจการวิจัยแอบแฝงมากมายจากตัวอ่อนของมนุษย์

ส่วนในด้านการกำหนด กติกา เงื่อนไขหรือวัตถุประสงค์ของการใช้เซลล์ต้นกำเนิดจากตัวอ่อนเพื่อการวิจัยทดลองทางวิทยาศาสตร์นั้น ร่าง พ.ร.บ. เจริญพันธุ์ ได้วางกรอบไว้มากมาย

¹⁰⁸ เรื่องเดียวกัน. มาตรา ๓.

¹⁰⁹ เรื่องเดียวกัน.

¹¹⁰ เรื่องเดียวกัน.

¹¹¹ เรื่องเดียวกัน. มาตรา ๒๖ วรรค ๑.

¹¹² เรื่องเดียวกัน. มาตรา ๒๖ วรรค ๒.

¹¹³ เรื่องเดียวกัน. มาตรา ๖.

อันได้แก่ การห้ามมิให้ผู้ใดทำสำเนามนุษย์ ไม่ว่าจะกระทำโดยวิธีการใดๆ¹¹⁴ ซึ่งคำว่า “การทำสำเนา มนุษย์” หมายความว่า การทำให้เกิดเด็กด้วยวิธีการใดๆ ที่มีได้เกิดขึ้นจากการปฏิสนธิระหว่างไข่กับ เชื้ออสุจิ¹¹⁵ การห้ามมิให้ผู้ใดนำตัวอ่อนใส่เข้าไปในสัตว์ หรือนำตัวอ่อนของสัตว์ใส่เข้าไปใน ร่างกายของมนุษย์¹¹⁶ และการห้ามมิให้สร้างตัวอ่อนที่เกิดจากการปฏิสนธิระหว่างไข่กับเชื้ออสุจิขึ้น โดยมีวัตถุประสงค์อื่นนอกเหนือจากการใช้ตัวอ่อนนั้นเพื่อบำบัดรักษา¹¹⁷ และห้ามมิให้ผู้ใดทำการ สร้าง เก็บรักษา วิจัย หรือใช้ ตัวอ่อนพันธุ์ผสม หรือตัวอ่อนที่มีสารพันธุกรรมของมนุษย์มากกว่า สองคนขึ้นไป¹¹⁸ เป็นต้น ส่วนด้านการแสวงหาประโยชน์ในทางพาณิชย์นั้น ได้ควบคุมโดยห้ามมิ ให้ผู้ใดจำหน่าย มีไว้ในครอบครองเพื่อจำหน่าย นำเข้ามาในหรือส่งออกไปยังนอกราชอาณาจักร ซึ่งตัวอ่อนพันธุ์ผสม¹¹⁹ ตลอดจนห้ามมิให้ผู้ใดกระทำการซื้อ ขาย เสนอซื้อ เสนอขาย นำเข้า หรือ ส่งออก ซึ่งเซลล์สืบพันธุ์ หรือเซลล์ต้นกำเนิดที่ได้จากการปฏิสนธิระหว่างไข่กับเชื้ออสุจิ เพื่อ ผลประโยชน์ในทางการค้า¹²⁰ อย่างไรก็ตามร่าง พ.ร.บ. เจริญพันธุ์ ไม่ได้จำกัดระยะเวลาการเก็บ รักษาเซลล์สืบพันธุ์และตัวอ่อนไว้

อย่างไรก็ดี ปัจจุบันร่าง พ.ร.บ. เจริญพันธุ์ ก็ยังไม่ได้ผ่านการพิจารณาโดยรัฐสภาเพื่อ ออกเป็นกฎหมายใช้บังคับ จึงทำให้การใช้เซลล์ต้นกำเนิดภายในประเทศไทยยังต้องอาศัย หลักเกณฑ์ของข้อบังคับหน่วยงานต่างๆ ทั้งภาครัฐและเอกชน ประกอบกับหลักจริยธรรมที่ปรากฏ ในสังคม หรือหลักชีวจริยธรรมของผู้ประกอบวิชาชีพแพทย์ฯ ตัวอย่างเช่น ในกรณีการวิจัยทดลอง ในมหาวิทยาลัย ก็จะต้องผ่านกระบวนการพิจารณาจากคณะกรรมการวิจัยในคน ซึ่งแต่งตั้งจาก บุคลากรในหน่วยงานนั้นๆ เป็นส่วนใหญ่ ในกรณีการวิจัยในหน่วยงานของรัฐที่มีฐานะเป็น กระทรวงก็ต้องผ่านการพิจารณาจากคณะกรรมการจริยธรรมของกระทรวงนั้นๆ ภายใต้บังคับ ของแพทยสภาที่ออกมากำหนดหลักเกณฑ์เป็นการเฉพาะในบางกรณี¹²¹

จากการที่ได้ศึกษาข้อพิจารณาทางกฎหมายดังปรากฏในร่าง พ.ร.บ. เจริญพันธุ์ ทำให้ เกิดปัญหาอย่างหนึ่งว่า รัฐบาลจะต้องใช้อะไรเป็นบรรทัดฐานในการควบคุมและกำหนดว่า การ กระทำอันเกิดจากการใช้เซลล์ต้นกำเนิดตัวอ่อนเพื่อการวิจัยทดลองแบบใดควรสนับสนุนหรือไม่

¹¹⁴ เรื่องเดียวกัน. มาตรา ๒๕.

¹¹⁵ เรื่องเดียวกัน. มาตรา ๓.

¹¹⁶ เรื่องเดียวกัน. มาตรา ๓๐.

¹¹⁷ เรื่องเดียวกัน. มาตรา ๒๘.

¹¹⁸ เรื่องเดียวกัน. มาตรา ๓๑.

¹¹⁹ เรื่องเดียวกัน. มาตรา ๓๒.

¹²⁰ เรื่องเดียวกัน. มาตรา ๓๓.

¹²¹ แสวง บุญเฉลิมวิภาส. อ่างแล้วจึงอรรถที่ 63. หน้า 396.

สนับสนุน และที่สำคัญลักษณะใดเป็นความผิดและมีโทษ หลักเกณฑ์ในเรื่องนี้ มีนักวิชาการได้เสนอแนวความคิดออกเป็น 2 ทาง โดยฝ่ายแรกอาจารย์หยุด แสงอุทัยได้ให้แนวคิดว่าหลักจารีตประเพณี ศาสนาและศีลธรรม ควรได้รับการพิจารณาเป็นอันดับแรกในเบื้องต้น เพราะเป็นส่วนสำคัญอันเป็นบ่อเกิดของกฎหมายและการปฏิบัติตามกฎหมาย ซึ่งถ้ากฎหมายดังกล่าวมีความสอดคล้องกับจารีตประเพณี ศาสนาและศีลธรรม จะทำให้การบังคับใช้กฎหมายให้คนปฏิบัติตามจะมีประสิทธิภาพและเกิดความศักดิ์สิทธิ์ในตัวกฎหมาย เนื่องจากจะทำให้ผู้ที่คิดจะกระทำความผิดรู้สึกอยู่เสมอว่าสิ่งที่ตนจะทำไปนั้นมิได้ฝ่าฝืนเฉพาะแต่กฎหมายเท่านั้น แต่ยังฝ่าฝืนหลักศีลธรรมทางศาสนาที่เป็นสิ่งควบคุมสังคมด้วยในเวลาเดียวกัน¹²²

ส่วนอีกฝ่ายหนึ่งเสนอว่า กฎหมายอาญาและศีลธรรมนั้นมีความเกี่ยวพันกันแต่ศีลธรรมและกฎหมายอาญานั้นไม่ได้สอดคล้องกันทุกกรณีจึงไม่สามารถยึดหลักศีลธรรมเป็นเครื่องกำหนดความผิดอาญาได้อย่างตายตัว เพราะสิ่งที่กระทำผิดศีลธรรมของศาสนาบางอย่างไม่มีความผิดต่อกฎหมาย ตัวอย่างเช่น การพูดโกหกและการเป็นชู้กับภริยาหรือสามีคนอื่น หากใช่เป็นความผิดทางอาญาในสังคมไทยไม่¹²³ ซึ่งทุกวันนี้วิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีมีความเจริญก้าวหน้าและสลับซับซ้อนรวดเร็วจนทำให้ผู้คนห่างไกลจากจารีตประเพณี ศีลธรรมและจริยธรรม โดยเฉพาะการเปลี่ยนแปลงทางด้านระบบความเชื่อและศาสนาของคนในสังคม ทำให้กฎหมายและศีลธรรมที่มีลักษณะไม่สอดคล้องกัน กฎหมายเริ่มไม่มีความศักดิ์สิทธิ์ไม่เกิดความยำเกรง โดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎหมายได้ถูกใช้ไปในลักษณะที่เกี่ยวข้องด้วยผลประโยชน์ที่ได้รับ จนทำให้เกิดการตีความกฎหมายผิดเพี้ยน หรือการแสวงหาช่องโหว่ของกฎหมาย เพื่อให้หลุดพ้นจากความรับผิดชอบก็ตาม ดังนั้น การกระทำที่มีแนวโน้มขัดต่อจริยธรรม แต่ไม่ผิดต่อกฎหมายจึงเกิดขึ้นมาให้เห็นมากมายในปัจจุบันทุกแวดวงอาชีพ อาทิเช่น นักการเมือง นักธุรกิจ นักกฎหมาย นักวิทยาศาสตร์ แพทย์ เป็นต้น ฉะนั้น การวางหลักเกณฑ์ในการควบคุมการใช้เซลล์ต้นกำเนิดตัวอ่อนสำหรับการบำบัดรักษา และการวิจัยทดลองจำเป็นต้องยึดหลักชีวจริยธรรมซึ่งเป็นสิ่งที่ชอบธรรม

¹²² หยุด แสงอุทัย. (2523). *ความรู้เกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป*. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 38-46.

¹²³ หน่วยที่ 1 ความหมาย ลักษณะและโครงสร้างของกฎหมาย (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: http://phrae.urui.ac.th/data_pcp/book/weblaw/booklaw/b1.htm.

3.3 หลักเกณฑ์ทางกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมการใช้เซลล์ต้นกำเนิดสากล

3.3.1 ปฏิญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนของสหประชาชาติ

รัฐบาลในประเทศต่างๆ ได้วางมาตรการทางกฎหมายเพื่อควบคุมการใช้เซลล์ต้นกำเนิด เช่น ประเทศสหราชอาณาจักร ประเทศสหรัฐอเมริกา และประเทศฝรั่งเศส เป็นต้น โดยมีข้อสังเกตว่ารัฐบาลในประเทศดังกล่าว ได้ออกกฎหมายเพื่อรองรับ หรือให้สอดคล้องกับหลักเกณฑ์ของสากล ปฏิญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนของสหประชาชาติ ค.ศ. 1948 (Universal Declaration of Human Rights)¹²⁴ ได้บัญญัติสิทธิพื้นฐานของมนุษยชาติ และสามารถนำมาปรับใช้กับการกำหนดหลักเกณฑ์ทางกฎหมาย เพื่อการสร้างและการใช้เซลล์ต้นกำเนิดตัวอ่อนดังนี้

มาตรา 1 บัญญัติว่า “มนุษย์ทุกคนถือกำเนิดมาพร้อมด้วยความมีอิสระและความเท่าเทียมกันในสิทธิและศักดิ์ศรี ตลอดจะได้รับ การรังสรรค์ให้ประกอบด้วยเหตุผล สำนึก และพึงปฏิบัติต่อกันและกันด้วยจิตวิญญาณแห่งภราดรภาพ”¹²⁵

มาตรา 3 บัญญัติว่า “มนุษย์ทุกคนมีสิทธิในชีวิต เสรีภาพ และความมั่นคงปลอดภัยของตน”¹²⁶

มาตรา 5 บัญญัติว่า “บุคคลใดจะถูกทรมาน หรือได้รับการปฏิบัติ หรือการลงทัณฑ์ ซึ่งทารุณ โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือหยามเกียรติมิได้”¹²⁷

มาตรา 29 (2) บัญญัติว่า “ในการใช้สิทธิและอิสรภาพแห่งตนทุกคน ตกอยู่ในบังคับของข้อจำกัดเพียงเท่าที่ได้กำหนดลงโดยกฎหมายเท่านั้น เพื่อประโยชน์ที่ได้มาซึ่งการนับถือและเคารพสิทธิ และอิสรภาพของผู้อื่นตามสมควรและที่จะเผชิญกับความเรียกร้องต้องการอันเที่ยงธรรมของศีลธรรม ความสงบเรียบร้อยของประชาชน และสวัสดิการทั่วไปในสังคมประชาธิปไตย”¹²⁸

3.3.2 กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและทางการเมือง

ในทำนองเดียวกัน กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและทางการเมือง ค.ศ.

¹²⁴ Universal Declaration of Human Rights 1948. Adopted by the U.N. General Assembly. 10 December 1948. G.A. Res 217A. U.N. GAOR. 3rd Sess. Pt. I. Resolutions. at 71. U.N. Doc. A/810 (1948). reprinted in 3 Weston III.A.1. [hereinafter “UDAR”]

¹²⁵ เรื่องเดียวกัน, art. 1.

¹²⁶ เรื่องเดียวกัน, art. 3.

¹²⁷ เรื่องเดียวกัน, art. 5.

¹²⁸ เรื่องเดียวกัน, art. 29(2).

1966 (International Covenant on Civil and Political Rights)¹²⁹

มาตรา 7 ที่ได้ขยายความถึงการวิจัยทดลองทางวิทยาศาสตร์ที่เกี่ยวข้องกับสิทธิมนุษยชน โดยบัญญัติว่า “บุคคลจะถูกทรมาน หรือได้รับผลปฏิบัติ หรือการลงโทษที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือต่ำช้ามิได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง บุคคลจะถูกใช้ในการทดลองทางการแพทย์ หรือทางวิทยาศาสตร์โดยปราศจากความยินยอมอย่างเสรีของบุคคลนั้นมิได้”¹³⁰ กล่าวคือ บุคคลใดจะถูกทดลองทางแพทย์หรือทางวิทยาศาสตร์ โดยปราศจากความยินยอมพร้อมใจอย่างอิสระไม่ได้

มาตรา 9 ที่บัญญัติว่า “บุคคลทุกคนมีสิทธิในเสรีภาพ และความปลอดภัยของร่างกาย”¹³¹

มาตรา 17 ที่บัญญัติว่า “บุคคลทุกคนมีสิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายมิให้ถูกแทรกแซงหรือลบล้างความเป็นส่วนตัว”¹³² กล่าวคือ การครอบงำการตัดสินใจหรือการแทรกแซงโดยมิชอบด้วยกฎหมายไม่ควรที่จะเกิดขึ้นกับความเป็นส่วนตัวของบุคคลนั้น

3.3.3 กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม

ในทำนองเดียวกัน กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม ค.ศ. 1966 (International Covenant on Economic Social and Cultural Rights)¹³³ มาตรา 15 ที่ขยายความถึงสิทธิประโยชน์ทางด้านการวิจัยทดลองทางวิทยาศาสตร์ โดยบัญญัติว่า

“1. รัฐภาคีแห่งกติกานี้รับรองสิทธิของทุกคนที่จะอุปโภคสิทธิประโยชน์แห่งความก้าวหน้าและการประยุกต์ใช้ทางวิทยาศาสตร์...

3. รัฐภาคีแห่งกติกานี้รับที่จะเคารพเสรีภาพที่จำเป็นสำหรับการวิจัยทางวิทยาศาสตร์ และกิจกรรมสร้างสรรค์”¹³⁴

การวิจัยทดลองเกี่ยวกับเซลล์ต้นกำเนิดจะต้องคำนึงถึงหลักพื้นฐานทางด้านสิทธิมนุษยย์ แม้ว่างานวิจัยเกี่ยวกับเซลล์ต้นกำเนิดตัวอ่อน ผลลัพธ์ของการนำไปใช้ทำให้เกิดความก้าวหน้าในขอบข่ายที่กว้างขวางในการพัฒนาสุขภาพของปัจเจกบุคคลและมวลมนุษยชาติ แต่

¹²⁹ International Covenant on Civil and Political Rights New York, 16 December 1966. Entered into force. 23 March 1976. 933 U.N.T.S. 171. 1966 U.N.J.Y.B. 193. 1977 U.K.T.S.6. Cmnd. 6702. reprinted in 6 I.L.M. 368 (1967) 83 Weston III.A.3. [hereinafter “ICCPR”]

¹³⁰ เรื่องเดียวกัน. art. 7.

¹³¹ เรื่องเดียวกัน. art. 9.

¹³² เรื่องเดียวกัน. art. 17.

¹³³ International Covenant on Economic Social and Cultural Rights. Concluded at New York, 16 December 1966. Entered into force, 3 January 1976. 933 U.N.T.S. 171. 1966 U.N.J.Y.B. 193. 1977 U.K.T.S.6. Cmnd. 6702. reprinted in 6 I.L.M. 360 (1967) 3 Weston III.A.2. [hereinafter “ICESCR”]

¹³⁴ เรื่องเดียวกัน. art. 15.

จำเป็นต้องพิจารณาหลักการวิจัยดังกล่าวควรจะต้องเคารพต่อศักดิ์ศรี และเสรีภาพของมนุษย์ ตลอดจนความมั่นคงปลอดภัยของสิ่งที่ได้มาและแหล่งที่มาดังกล่าวรวมถึงการได้รับความยินยอมจากเจ้าของตัวอ่อนและเซลล์ต้นกำเนิดด้วยเสมอ

3.3.4 อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและชีวจริยธรรม

การควบคุมการใช้เซลล์ต้นกำเนิดตัวอ่อนในระดับสากลนั้น สหภาพยุโรปได้ริเริ่มแนวความคิดดังกล่าว โดยบัญญัติ อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและชีวจริยธรรม ค.ศ. 1996 (Convention on Human Rights and Biomedicine)¹³⁵ โดยสาระสำคัญของอนุสัญญานี้จะเกี่ยวข้องกับการใช้เซลล์ต้นกำเนิดตัวอ่อนเป็นส่วนใหญ่ โดยเฉพาะอย่างยิ่งห้ามสร้างตัวอ่อนและการสร้างตัวอ่อนเพื่อให้ได้มาซึ่งเซลล์ต้นกำเนิดสำหรับการวิจัย

3.3.5 ปฏิญญาสากลว่าด้วยพันธุกรรมมนุษย์และสิทธิมนุษยชน

ส่วนทางด้านจริยธรรมการโคลนนิ่งมนุษย์ขององค์การยูเนสโกนั้นที่ผ่านมาได้มีคำปฏิญญาสากลว่าด้วยพันธุกรรมมนุษย์และสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1997 (Universal Declaration on the Human Genome and Human Right) โดยมีสาระสำคัญในการใช้ ตัวอ่อนว่าการโคลนเพื่อการเจริญพันธุ์เป็นสิ่งที่ต้องห้ามไม่ว่าการโคลนนั้นจะมีชีวิตอยู่หรือตายแล้ว¹³⁶

โดยบัญญัติไว้ในมาตรา 11 ว่า

“การดำเนินการซึ่งขัดต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ เช่นการโคลนนิ่งมนุษย์เพื่อการสืบพันธุ์จะไม่ได้รับอนุญาตให้ดำเนินการ รัฐและองค์การระหว่างประเทศที่มีศักยภาพจะได้รับเชิญให้เข้าร่วมในการกำหนดกิจกรรม และมาตรการที่จำเป็นทั้งในระดับประเทศและระหว่างประเทศเพื่อให้แน่ใจว่าหลักการที่กำหนดไว้ในปฏิญญานี้ยังได้รับการถือปฏิบัติ”¹³⁷

รวมถึงได้บัญญัติถึงผลประโยชน์จากความก้าวหน้าในการวิจัยนั้น ต้องเคารพต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ไว้ในมาตรา 12 ว่า

¹³⁵ Explanatory Report to the Convention on Human Rights and Biomedicine on the Prohibition of Cloning Human Being. (Online). Available: <http://conventions.coe.int/treaty/en/repotts/htm/168.htm>. [2006. December 2]

¹³⁶ Universal Declaration on the Human Genome and Human Rights. (Online). Available: http://portal.unesco.org/en/ev.php-URL_ID=13177&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html.

¹³⁷ เรื่องเดียวกัน, art. 11.

“(a) ผลประโยชน์จากความก้าวหน้าในสาขาชีววิทยา พันธุศาสตร์และแพทยศาสตร์ที่เกี่ยวข้องกับพันธุกรรมของมนุษย์ควรจะได้รับเปิดเผยต่อทุกคนที่ต้องการทราบ โดยให้คำนึงถึงการเคารพต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และสิทธิมนุษยชนของแต่ละบุคคล

(b) เสรีภาพในการวิจัยเป็นส่วนหนึ่งของเสรีภาพทางความคิด ซึ่งเป็นสิ่งจำเป็นอย่างยิ่งต่อความก้าวหน้าในด้านองค์ความรู้ การประยุกต์ผลงานวิจัย รวมทั้งในสาขาชีววิทยาพันธุศาสตร์และแพทยศาสตร์ที่เกี่ยวข้องกับพันธุกรรมของมนุษย์ ควรมุ่งเน้นเพื่อการบรรเทาทุกข์หรือความเจ็บปวด และเพื่อการปรับปรุงสุขภาพของแต่ละบุคคลและของมนุษยชาติโดยรวมให้ดีขึ้น”¹³⁸

3.3.6 ปฏิญญาสากลว่าด้วยชีวจริยธรรมและสิทธิมนุษยชน

ที่สำคัญที่สุดในเรื่องหลักเกณฑ์การให้คำยินยอม ปฏิญญาสากลว่าด้วยชีวจริยธรรมและสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 2005 (Universal Declaration on Bioethics and Human Right) (ซึ่งต่อไปจะเรียกว่า “UDBHR”) ได้กำหนดหลักเกณฑ์สากลในเรื่องของการได้รับความยินยอมโดยสมัครใจอย่างอิสระ ซึ่งเจ้าของตัวอ่อนหรือเซลล์ต้นกำเนิดจำเป็นต้องรู้ถึงผลประโยชน์และการเสี่ยงอันตรายที่อาจเกิดขึ้นจากการวิจัยทดลองนั้น ได้อย่างเพียงพอและเข้าใจอย่างถ่องแท้ โดยผ่านการอธิบายบอกเล่าจากนักวิจัย หรือเรียกว่า เป็นความยินยอมที่ได้รับคำบอกกล่าวก่อนดังนี้¹³⁹

มาตรา 5 ว่าด้วยอิสรภาพและความรับผิดชอบของปัจเจกชน ซึ่งบัญญัติว่า

“บุคคลทุกคนย่อมมีอิสรภาพในการตัดสินใจพร้อมกับมีความรับผิดชอบในการตัดสินใจของตนเอง และกรณีที่อิสรภาพการตัดสินใจในกรณีอื่นๆ ไม่สามารถมีได้ ให้ชั่งน้ำหนักเป็นพิเศษระหว่างสิทธิในการป้องกันและผลประโยชน์¹⁴⁰

มาตรา 6 ว่าด้วยความยินยอม ดังนี้

“1. มาตรการป้องกันขั้นตอนการปฏิบัติอย่างหนึ่งก่อนการวินิจฉัยโรคและการบำบัดรักษาทางการแพทย์ คือ เสรีภาพและการได้รับความยินยอมโดยได้รับคำบอกกล่าวก่อน จากบุคคลนั้นๆ ภายใต้การได้รับข้อมูลอย่างเพียงพอ นอกจากนี้ความยินยอมที่เหมาะสมดังกล่าวจะต้องชัดเจน มีความแน่นอนมีเหตุผล ปราศจากการเอารัดเอาเปรียบหรือมีอคติและบุคคลผู้ให้ความยินยอมสามารถยกเลิกความยินยอมที่ได้ให้ไว้ในเวลาใดๆ ก็ได้

¹³⁸ เรื่องเดียวกัน. art. 12.

¹³⁹ Universal Declaration on Bioethics and Human Right. (Online). Available: <http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001461/146180E.pdf>. [hereinafter “UDBHR”].

¹⁴⁰ เรื่องเดียวกัน. art. 5.

2. การวิจัยทดลองทางวิทยาศาสตร์ควรที่จะต้องได้รับความยินยอมโดยบอกกล่าวก่อนจากบุคคลนั้นอย่างมีอิสระและชัดเจน รายละเอียดของข้อมูลจะต้องมีเพียงพอ ก่อให้เกิดความเข้าใจได้โดยง่าย แบบฟอร์มจะต้องประกอบด้วยวิธีการยกเลิกความยินยอม และที่สำคัญบุคคลนั้นจะขอยกเลิกความยินยอม ณ เวลาใดก็ได้ และการชี้แจงเหตุผลจะต้องปราศจากการเอาเปรียบหรืออคติ ส่วนการยกเว้นหลักการดังกล่าวจะมีขึ้นได้นั้นจะต้องเป็นไปตามมาตรฐานจริยธรรมและตามที่กฎหมายของรัฐนั้นจะต้องไม่มีลักษณะเปลี่ยนแปลงหลักการและข้อกำหนดที่นอกเหนือไปจากคำแถลงการณ์ในมาตรา 27 และกฎหมายระหว่างประเทศอันเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชน”¹⁴¹

ซึ่งตามมาตรา 27 บัญญัติว่า

“ถ้าการประยุกต์ใช้หลักการในคำแถลงการณ์นี้ มีข้อจำกัด กฎหมายที่ควรออกเป็นกฎหมายซึ่งประกอบไปด้วย ประโยชน์ในการป้องกันความสงบเรียบร้อยของประชาชน การสืบสวน สอบสวนและการฟ้องร้องดำเนินคดีเพื่อลงโทษทางอาญา สำหรับการปกป้องสุขภาพของประชาชนหรือสำหรับการปกป้องสิทธิและเสรีภาพอื่นๆ ซึ่งกฎหมายนั้นจะต้องไม่ขัดต่อกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิมนุษยชน”¹⁴²

มาตรา 16 ได้วางหลักในเรื่องขอบเขตของการวิจัยทดลองทางด้านพันธุกรรม เพื่อการป้องกันในอนาคต บัญญัติว่า “บทบัญญัติซึ่งเกี่ยวข้องกับทางด้านพันธุกรรมควรที่จะให้ความสนใจเป็นพิเศษ เพราะมีอิทธิพลและมีผลกระทบโดยตรงต่อสิ่งมีชีวิตทางวิทยาศาสตร์ในอนาคต”¹⁴³

และที่สำคัญ UDBHR กำหนดหลักเกณฑ์ในเรื่องของคณะกรรมการจริยธรรม ในมาตรา 19A ให้ประเทศสมาชิกออกกฎหมายรองรับการก่อตั้งคณะกรรมการจริยธรรมอย่างเหมาะสม และมีอำนาจหน้าที่ต่างๆ ตามกฎหมาย อาทิเช่น การกำหนดประเด็นปัญหาและการประเมินผลกระทบทางด้านจริยธรรมกฎหมาย วิทยาศาสตร์ และสังคม โดยเฉพาะการวิจัยทดลองที่เกี่ยวข้องกับมนุษย์¹⁴⁴

อย่างไรก็ตาม UDBHR เป็นเพียงปฏิญญาสากล ซึ่งประเทศสมาชิกในสหภาพยุโรป โดยมากได้ให้การรองรับไว้ ดังนั้น UDBHR จึงเป็นเพียงแนวทางสากลที่ปรากฏอยู่ในปัจจุบัน ที่ประเทศต่างๆ ในประชาคมโลกสามารถนำไปใช้และวางมาตรการทางกฎหมายในประเทศให้สอดคล้องกัน โดยไม่ขัดต่อหลักเกณฑ์ทางด้านจริยธรรมและศีลธรรมตลอดจนความเชื่อของ

¹⁴¹ เรื่องเดียวกัน. art. 6.

¹⁴² เรื่องเดียวกัน. art. 27.

¹⁴³ เรื่องเดียวกัน. art. 16.

¹⁴⁴ เรื่องเดียวกัน. art. 19A.

ประชาชนในแต่ละประเทศแต่ละท้องถิ่น เพื่อควบคุมการใช้เซลล์ต้นกำเนิดตัวอ่อนเพื่อการวิจัยทดลอง โดยเฉพาะในเรื่องของการใช้เซลล์ต้นกำเนิดที่ได้มาจากตัวอ่อนของมนุษย์ ในปัจจุบันการวิจัยทดลองเซลล์ต้นกำเนิดที่ได้จากกระแสน้ำจะมีศักยภาพในการแปรสภาพเป็นเซลล์เป้าหมายที่ต้องการต่ำกว่าเซลล์ต้นกำเนิดที่ได้จากตัวอ่อนมนุษย์ เพราะฉะนั้นนักวิทยาศาสตร์ทั่วโลกจึงสนใจที่จะนำเซลล์ต้นกำเนิดจากตัวอ่อนมาวิจัยเพื่อใช้รักษาโรคร้ายแรงหลายชนิด ซึ่งขณะนี้หลายประเทศกำลังหาทางควบคุมการใช้ตัวอ่อนเพื่อให้ได้มาซึ่งการใช้เซลล์ต้นกำเนิดจากตัวอ่อนสำหรับการวิจัยทดลอง เพราะอาจมีงานวิจัยที่แอบแฝงว่าเพื่อต้องการได้เซลล์ต้นกำเนิดจากตัวอ่อนแต่กลับพยายามที่จะโคลนมนุษย์ทั้งตัวและกำลังจะเกิดขึ้นแล้ว ตัวอย่างประเทศที่มีการควบคุมโดยการออกกฎหมายดังกล่าว¹⁴⁵

3.4 หลักเกณฑ์ทางกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมการใช้เซลล์ต้นกำเนิดในต่างประเทศ

3.4.1 ประเทศเยอรมันนี

รัฐบาลเยอรมันได้ออกกฎหมายชื่อว่า Embryo Protection Act 1990 และ Stem Cell Act 2002 ซึ่งมีวัตถุประสงค์ไม่สนับสนุนในเรื่องการโคลนนิ่งตัวอ่อนมนุษย์และเรียกร้องให้มีการศึกษาเกี่ยวกับการใช้เซลล์ต้นกำเนิดร่างกายมนุษย์ให้ถึงที่สุดก่อนที่จะหันมาใช้วิธีการโคลนเพื่อสร้างตัวอ่อน ซึ่งแตกต่างจากประเทศไทยที่ให้อิสระในการโคลนนิ่งตัวอ่อนและการใช้เซลล์ต้นกำเนิดร่างกายมนุษย์ เซลล์ต้นกำเนิดตัวอ่อนในปัจจุบัน เนื่องจากไม่มีกฎหมายบัญญัติห้ามไว้¹⁴⁶

3.4.2 ประเทศออสเตรเลีย

รัฐบาลออสเตรเลียได้ออกกฎหมายเรียกว่า Gene Technology Act 2000 มีผลบังคับใช้ในเดือนกรกฎาคม ปี ค.ศ. 2001 และ The Prohibition of Human Cloning for Reproduction and the Regulation of Human Embryo Research Amendment Act 2006 โดยอนุญาตให้ใช้เซลล์ต้นกำเนิดที่ได้มาจากตัวอ่อนสำหรับการวิจัยทดลองนั้นได้ โดยให้การสนับสนุนการใช้ตัวอ่อนจากที่เหลือจากเทคโนโลยีการผสมเทียม ภายใต้หลักจริยธรรมและอนุญาตให้นักวิจัยสามารถนำเข้าเซลล์ต้นกำเนิดตัวอ่อนจากต่างประเทศได้ แต่ห้ามนำตัวอ่อนที่ได้มาจากการโคลนสอดใส่เข้าไปในร่างกายมนุษย์

¹⁴⁵ โครงการ ASEAN-EU LEMLIFE จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 64, หน้า 6-7.

¹⁴⁶ นเรศ คำราชชัย. (2550). *ผลกระทบด้านจริยธรรมของการศึกษาวิจัย STEM CELL*. ศูนย์พันธุวิศวกรรมและเทคโนโลยีชีวภาพแห่งชาติ. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <http://www.thainhf.org/Bioethics/Document/stemcell.doc>.

และสัตว์ ห้ามสร้างมนุษย์หรือสิ่งมีชีวิตอย่างอื่นที่มีลักษณะผสมข้ามสายพันธุ์โดยปราศจากการอนุญาต ซึ่งกำหนดโทษทางอาญาสำหรับผู้ที่กระทำการฝ่าฝืนเหล่านี้

3.4.3 ประเทศสาธารณรัฐเกาหลี

รัฐบาลสาธารณรัฐเกาหลี หรือรัฐบาลเกาหลีใต้ได้ออกกฎหมาย Bioethics and Biosafety Act 2005 ห้ามการทำสำเนาพันธุกรรมมนุษย์ไม่ว่ากรณีใดๆ หากมีผู้ฝ่าฝืนจะต้องรับโทษทางอาญา ส่วนการเพิ่มจำนวนหรือโคลนตัวอ่อนโดยผ่านกระบวนการถ่ายโอนนิวเคลียส และการทำลายตัวอ่อนเพื่อนำเซลล์ต้นกำเนิดมาใช้อันมีวัตถุประสงค์สำหรับการวิจัยเพื่อการบำบัดรักษา อนุญาตให้ทำได้¹⁴⁷ แตกต่างกับประเทศไทยที่ไม่ได้กำหนดกฎหมายวัตถุประสงค์เพื่อการวิจัยทดลอง ในกรณีที่มีการเพิ่มจำนวนหรือโคลนนิ่งตัวอ่อน โดยผ่านกระบวนการถ่ายโอนนิวเคลียส เช่นนี้ว่า เพื่อการใดจึงจะเหมาะสมและเป็นประโยชน์ในการเพิ่มพูนองค์ความรู้แก่วงการวิทยาศาสตร์ ดังนั้น ประเทศไทยควรที่จะกำหนดไว้วัตถุประสงค์และหลักเกณฑ์ในเรื่องนี้ไว้ด้วย

3.4.4 ประเทศญี่ปุ่น

รัฐบาลญี่ปุ่นได้ออกกฎหมาย Law Concerning Regulation Relating to Human Cloning Techniques and other Similar Techniques มีผลบังคับใช้ในเดือนมิถุนายน ค.ศ. 2001 ซึ่งแต่เดิมห้ามการใช้ตัวอ่อนอายุเกินกว่า 2 สัปดาห์หรือเกิน 14 วัน ที่ได้จากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์เพื่อการวิจัยทดลอง แต่ในปัจจุบันได้อนุญาตให้นักวิจัยสามารถเพิ่มและสร้าง ตัวอ่อนขึ้นเพื่อใช้ในการวิจัยได้ ภายใต้เงื่อนไขและระบบตรวจสอบที่เคร่งครัดจากคณะกรรมการชีวจริยธรรมของสภาวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยี เว้นแต่ห้ามการทำสำเนาพันธุกรรมมนุษย์ทุกกรณี¹⁴⁸

3.4.5 ประเทศเบลเยียม

รัฐบาลเบลเยียมได้ออกกฎหมาย The Law on Research in Embryos in Vitro มาบังคับใช้ในปี ค.ศ. 2003 ซึ่งกฎหมายดังกล่าวได้มีการห้ามทำสำเนาพันธุกรรมมนุษย์เพื่อการเจริญพันธุ์โดยเด็ดขาด แต่ไม่ห้ามการสร้างหรือโคลนนิ่งตัวอ่อนเพื่อการบำบัดรักษาและสามารถใช้ตัวอ่อนอายุไม่เกิน 14 วัน เพื่อการวิจัยทดลองได้¹⁴⁹ ตรงข้ามกับประเทศไทยที่สามารถใช้ตัวอ่อนที่มีอายุเกิน

¹⁴⁷ เรื่องเดียวกัน.

¹⁴⁸ เรื่องเดียวกัน.

¹⁴⁹ เรื่องเดียวกัน.

14 วันได้ในขณะนี้โดยไม่ผิดกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็งานวิจัยทดลองเพื่อการบำบัดรักษาหรือเพื่อการเจริญพันธุ์

3.4.6 ประเทศฟินแลนด์

รัฐบาลฟินแลนด์ได้ออกกฎหมาย No. 488/1999 Medical Research Act โดยห้ามทุกวิธีทางไม่ให้สร้างตัวอ่อนมนุษย์สำหรับการวิจัยทดลอง แต่ให้ใช้ตัวอ่อนที่เหลือใช้มาสกัดเซลล์ต้นกำเนิดตัวอ่อนได้¹⁵⁰ แตกต่างกับประเทศไทยที่ยังไม่มีประกาศข้อบังคับแพทยสภาออกมา กำหนดหลักเกณฑ์ในทางใดทางหนึ่งที่แน่นอนหรือชัดเจนอย่างเพียงพอ

3.4.7 ประเทศอิสราเอล

รัฐบาลอิสราเอลได้ออกกฎหมาย Prohibition of Genetic Intervention Human Cloning and Genetic Manipulation of Reproductive Cells Law 5759-1999 นักวิจัยสามารถสร้างตัวอ่อนได้และใช้ตัวอ่อนมาสกัดเซลล์ต้นกำเนิดตัวอ่อนได้ แต่ห้ามทำสำเนาพันธุกรรมมนุษย์¹⁵¹ ส่วนประเทศไทยนั้นยังปราศจากกฎหมายที่ห้ามทำสำเนาพันธุกรรมมนุษย์ เพื่อเป็นกรอบหรือข้อจำกัด และสามารถบังคับใช้ได้กับบุคคลทุกคน ไม่เพียงเฉพาะบุคคลผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมหรือแพทย์ในการใช้เซลล์ต้นกำเนิดตัวอ่อนเพื่อการวิจัยทดลองเท่านั้น แต่รวมไปถึงนักวิทยาศาสตร์ด้วย

นอกจากนี้ยังมีกฎหมายอีกหลายประเทศที่ได้ให้ความสำคัญในการใช้เซลล์ต้นกำเนิดตัวอ่อนสำหรับการวิจัยทดลองเพื่อการบำบัดรักษา โดยเฉพาะการได้มาซึ่งเซลล์เหล่านี้ จะมีผลกระทบต่อตัวอ่อนของมนุษย์ที่นอกจากจะใช้เพื่อแยกสกัดเซลล์ออกมาแล้ว ยังเป็นสิ่งที่ไม่ควรมองข้ามถ้าหากมีการลักลอบนำไปใช้เพื่อทำสำเนาพันธุกรรมมนุษย์ จึงต้องมีกรอบและขอบเขตสำหรับการใช้เซลล์ต้นกำเนิดตัวอ่อนอย่างชัดเจนเพียงพอ ตามที่องค์กรยูเนสโกได้ให้ข้อเสนอแนะเอาไว้ ซึ่งในแต่ละประเทศก็จะออกกฎหมายหรือมีนโยบายที่แตกต่างกันไปตามขนบธรรมเนียมความเชื่อและศาสนาของสังคม วัฒนธรรม และประวัติศาสตร์ ดังนั้นจะขออธิบายมาตรการทางกฎหมายของแต่ละประเทศ

¹⁵⁰ เรื่องเดียวกัน.

¹⁵¹ เรื่องเดียวกัน.

3.4.8 ประเทศสหราชอาณาจักร¹⁵²

ประเทศสหราชอาณาจักร หรือประเทศอังกฤษเป็นประเทศแรกที่มีกฎหมายในการควบคุมตัวอ่อนเพื่อให้ได้มาซึ่งการใช้เซลล์ต้นกำเนิดตัวอ่อน และเป็นประเทศที่ได้รับการยกย่องว่ามีความก้าวหน้าในเรื่องเทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์ ภายใต้กฎหมายที่มีชื่อว่า Human Fertilisation and Embryology Act 1990 หรือ (HFEA) แก้ไขเพิ่มเติมปี ค.ศ. 2008 ใช้บังคับเมื่อวันที่ 6 เมษายน ค.ศ. 2009¹⁵³ ซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อสร้างข้อกำหนดที่เกี่ยวข้องกับตัวอ่อนมนุษย์และระดับการพัฒนาของตัวอ่อนที่เกิดขึ้นนอกเหนือธรรมชาติโดยผ่านกระบวนการทางวิทยาศาสตร์อันได้แก่ข้อห้ามในทางปฏิบัติกับตัวอ่อนและเซลล์สืบพันธุ์ โดยเฉพาะห้ามการทำสำเนาพันธุกรรมมนุษย์แต่อนุญาตให้ใช้ตัวอ่อนเพื่อแยกสเต็มเซลล์หรือเซลล์ต้นกำเนิดตัวอ่อนออกมาสำหรับการวิจัยทดลองในการบำบัดรักษาโรคของมนุษย์ เพื่อพัฒนาองค์ความรู้ทางวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีที่ได้มาจากการวิจัยเซลล์ต้นกำเนิดของมนุษย์ และมีแนวปฏิบัติในการใช้ตัวอ่อนสำหรับการวิจัยทดลอง รวมถึงการจัดการตัวอ่อนซึ่งเป็นแหล่งที่มาของเซลล์ต้นกำเนิดตามบทบัญญัติของกฎหมายโดยเบื้องต้นในพระราชบัญญัตินี้ได้ให้คำจำกัดความหรือบทนิยามของ “ตัวอ่อน” ว่า หมายถึง “ตัวอ่อนมนุษย์ที่มีชีวิตจากการปฏิสนธิทั้งหมด” และตัวอ่อนที่มาจากการค้นคว้าทางวิทยาศาสตร์อันประกอบด้วยเซลล์ไข่ในกระบวนการปฏิสนธิ¹⁵⁴ รวมไปถึงตัวอ่อนที่เพิ่มหรือสร้างจำนวนด้วยการโคลนอันมีที่มาจากร่างกายมนุษย์ เป็นต้น ส่วนที่มาของการเพิ่มจำนวนตัวอ่อนนั้น ตัวอ่อนที่ได้รับหรือได้มาดังกล่าวจะต้องนำมาจากเทคโนโลยีการเจริญพันธุ์ ด้วยวิธีการปฏิสนธิภายนอกร่างกายมนุษย์บางส่วนหรือทั้งหมด¹⁵⁵ เป็นต้น และแนวทางปฏิบัติอื่นๆ ดังนี้

ก. ลักษณะการใช้ตัวอ่อน กล่าวคือ การนำตัวอ่อนที่เพาะเลี้ยงไว้หรือใช้ตัวอ่อนเพื่อสกัดเซลล์ต้นกำเนิดเพื่อนำไปวิจัยทดลองจะได้รับอนุญาตตามกฎหมาย โดยวางหลักไว้ว่า “ห้ามมิให้บุคคลใดนำตัวอ่อนที่เพาะเลี้ยงไว้ เก็บ หรือใช้ตัวอ่อน เว้นแต่จะได้รับใบอนุญาต”¹⁵⁶ แต่ใบอนุญาตดังกล่าวไม่ได้ให้อำนาจในการเก็บรักษาหรือการใช้ตัวอ่อนหลังจากที่ปรากฏว่าเริ่มมีการเจริญเติบโตพัฒนาเป็นมนุษย์ และการนำตัวอ่อนไปใส่ในสัตว์ รวมถึงการเก็บหรือใช้ตัวอ่อนในสถานการณ์ใดๆ ที่มีกฎระเบียบห้ามในการเก็บหรือใช้อันได้แก่ การใส่นิวเคลียสเซลล์ตัวอ่อนหนึ่ง

¹⁵² อิศวิณ คุรุพิพัฒน์. (2550). *ความรับผิดชอบทางอาญาในการใช้เซลล์ต้นกำเนิดของมนุษย์เพื่อการวิจัยทดลอง*, วิทยานิพนธ์ปริญญาโท สาขานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, หน้า 90-92.

¹⁵³ Human Fertilisation and Embryology Act 1990. (Online). Available: http://www.dh.gov.uk/en/Publicationsandstatistics/Publications/PublicationsLegislation/DH_080205.

¹⁵⁴ เรื่องเดียวกัน, sec. 1 (1)(a) and (b).

¹⁵⁵ เรื่องเดียวกัน, sec. 1 (2)(a) and (b).

¹⁵⁶ เรื่องเดียวกัน, sec. 3 (1)(1A) and (1B).

ไปไว้กับนิวเคลียสอีกอันหนึ่งที่มาจากเซลล์หรือตัวอ่อนของบุคคลใดๆ และส่วนสำคัญที่มาจาก การพัฒนาตัวอ่อนมนุษย์¹⁵⁷ เป็นต้น ส่วนของการออกใบอนุญาตนั้นตามพระราชบัญญัตินี้ สำนักงาน กิจการเอ็มบริโอวิทยาและพันธุกรรมมนุษย์ จะเป็นผู้มีอำนาจในการออกใบอนุญาตและมีหน้าที่ใน การควบคุมคลินิกการวิจัยในตัวอ่อนมนุษย์ รวมถึงการพิจารณาอนุญาต โครงร่างงานวิจัย โดยจัดตั้ง คณะกรรมการจริยธรรมการวิจัยเพื่อกำหนดเงื่อนไขพิจารณาขั้นตอนการวิจัยทุกอย่างของผู้ยื่นคำขอ ซึ่งผู้ยื่นคำขอจะต้องแสดงเหตุผลอันสมควรที่จะต้องการใช้เซลล์ต้นกำเนิดตัวอ่อน นอกเหนือจาก เซลล์ต้นกำเนิดร่างกายมนุษย์และจัดเตรียมรายละเอียดข้อมูลอันเกี่ยวกับกระบวนการขั้นตอนการ วิจัยหรือ โครงร่างการวิจัยที่จะนำเสนอ

ข. วัตถุประสงค์ของการใช้ตัวอ่อน โดยห้ามการใช้ตัวอ่อนมนุษย์ที่นอกเหนือจาก วัตถุประสงค์เพื่อแยกสกัดเซลล์ต้นกำเนิดตัวอ่อนออกมาสำหรับการวิจัยทดลองกล่าวคือ ห้ามทำ สำเนาพันธุกรรมมนุษย์หรือตัวอ่อนอันมีลักษณะผสมพันธุ์ข้ามสายพันธุ์จากระบวนการเปลี่ยนถ่าย นิวเคลียส โดยขยายความไว้ว่า “ห้ามมิให้บุคคลใดนำสิ่งต่อไปนี้ใส่เข้าไปไว้ในร่างกายเพศหญิง อัน ได้แก่ ตัวอ่อนมนุษย์ เซลล์สืบพันธุ์ที่มีชีวิต”¹⁵⁸ อีกทั้งการเก็บรักษาเซลล์สืบพันธุ์จะเก็บได้ไม่เกิน 10 ปี ส่วนตัวอ่อนไม่เกิน 5 ปี และห้ามนักวิจัยใช้ตัวอ่อนที่มีอายุเกินกว่า 14 วัน ไปใช้ในการวิจัย รวมถึงเพื่อให้ได้มาซึ่งเซลล์ต้นกำเนิดตัวอ่อน¹⁵⁹ จากหลักเกณฑ์ของกฎหมายฉบับนี้จึงเห็นได้ว่า นักวิจัยสามารถสร้างหรือโคลนนิ่งตัวอ่อนขึ้นเพื่อใช้ทำวิจัยทดลอง โดยสามารถทำได้ภายใต้ เงื่อนไขระยะเวลาการเก็บรักษาหรือการใช้ตัวอ่อนตามระยะเวลาดังกล่าว ซึ่งต้องได้รับอนุญาต ถ้า บุคคลใดฝ่าฝืนจะต้องรับผิดชอบทางอาญา¹⁶⁰ ทั้งนี้ เหตุผลการพิจารณาอนุญาตภายใต้ HFEA ก็เพื่อ สนับสนุนในการใช้ตัวอ่อนเพื่อวิธีการบำบัดรักษาที่ยังไม่สมบูรณ์เพราะยังต้องมีการค้นคว้าวิจัย ทดลองต่อไปและเพื่อเพิ่มพูนองค์ความรู้ในการพัฒนาตัวอ่อน และโรคที่ไม่มีทางรักษาได้ หรือยาก ต่อการรักษาในปัจจุบัน รวมถึงต้นเหตุที่ทำให้เกิดโรคทางพันธุกรรมที่ติดตัวมนุษย์มาตั้งแต่เกิด เพื่อให้บรรลุผลสำเร็จด้วยวิธีการรักษาจากกระบวนการวิจัยทดลอง เป็นต้น

นอกจากนี้ในส่วนของการนำตัวอ่อนที่เพาะเลี้ยงไว้หรือใช้ตัวอ่อนเพื่อสกัดเซลล์ ต้นกำเนิดเพื่อนำไปวิจัยทดลองที่จะต้องได้รับอนุญาตตามกฎหมายนั้น¹⁶¹ ถ้ามีบุคคลใดให้ข้อมูลใดๆ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้ได้มาซึ่งใบอนุญาต โดยบิดเบือนข้อมูลดังกล่าวในสาระสำคัญและรู้ถือว่า

¹⁵⁷ เรื่องเดียวกัน. sec.3 (3).

¹⁵⁸ เรื่องเดียวกัน. sec. 3 (2)(a) and (b).

¹⁵⁹ เรื่องเดียวกัน. sec. 3 (4).

¹⁶⁰ เรื่องเดียวกัน. sec. 41.

¹⁶¹ เรื่องเดียวกัน. sec. 41 (2)(a).

ข้อมูลดังกล่าวบิดเบือนสาระสำคัญหรือให้ข้อมูลอย่างสะเพร่าบุคคลนั้นย่อมมีความผิด ซึ่งการกระทำความผิดเหล่านี้จะต้องรับโทษจำคุกไม่เกิน 2 ปี หรือปรับหรือทั้งจำทั้งปรับ¹⁶²

หลักเกณฑ์ทางกฎหมายดังกล่าวนี้มีอิทธิพลมาจากคณะกรรมการวอร์นอค (The Committee of Inquiry into Human Fertilization and Embryology) ที่ได้เสนอขอให้มีการควบคุมการใช้ตัวอ่อนมนุษย์ที่เกิดจากการปฏิสนธิภายนอกร่างกายมนุษย์ว่า ควรต้องอยู่ภายใต้การอนุญาตและตรวจสอบตามที่กำหนดไว้ และเงื่อนไขในการบริจาคไข่นั้นจะต้องใช้เพื่อช่วยเหลือบุคคลที่มีบุตรยากเท่านั้น มิใช่เพื่อนำมาสร้างหรือโคลนนิ่งตัวอ่อนเพื่อสกัดเซลล์ต้นกำเนิดตัวอ่อนออกมา ส่วนในเรื่องความยินยอมในการนำตัวอ่อนมาทำการวิจัยทดลองหรือเพื่อแยกสกัดออกมาเป็นเซลล์ดังกล่าวจะต้องได้รับความยินยอมจากเจ้าของตัวอ่อนก่อนเสมอ ซึ่งถ้าบุคคลใดกระทำการทั้งหมดข้างต้นนี้โดยปราศจากความยินยอมหรืออนุญาตนั้นถือว่าเป็นการกระทำผิดทางอาญาจะต้องรับโทษ¹⁶³

นอกจากนี้คณะกรรมการวอร์นอคได้มีข้อเสนอถึงสถานะของตัวอ่อนอันเป็นที่มาของการใช้เซลล์ต้นกำเนิดไว้ว่า ตัวอ่อนมนุษย์นั้นมีความจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องได้รับการรับรองคุ้มครองโดยกฎหมายอย่างเคร่งครัดโดยเฉพาะอย่างยิ่งตัวอ่อนที่จะนำมาใช้สำหรับกระบวนการวิจัยทดลองต้องมีอายุไม่เกิน 14 วันนับแต่วันปฏิสนธิในห้องปฏิบัติการ และห้ามมิให้นำตัวอ่อนฝังกลับเข้าไปในมดลูกของทั้งมนุษย์และสัตว์โดยเด็ดขาด¹⁶⁴

ส่วนในเรื่องของความยินยอม ตาม HFEA ได้กำหนดถึงความยินยอมโดยบอกกล่าวก่อน อันประกอบไปด้วยการแจ้งรายละเอียดของขั้นตอนการวิจัยและโครงการวิจัย อันได้แก่

- ข้อตกลงในการเพิ่มจำนวนเซลล์ต้นกำเนิดตัวอ่อนในอนาคตต่อไปและใช้เพื่อการวิจัยทดลองด้านอื่นๆ

- การตัดสินใจของผู้บริจาคจะไม่มีผลกระทบต่อวิธีการรักษาทางด้านอื่น

- การเพิ่มจำนวนตัวอ่อนจะไม่พาดพิงหรือแสดงถึงชื่อของเจ้าของตัวอ่อน

- ข้อมูลที่ได้จากการวิจัยทดลองจะไม่ย้อนกลับมาทำให้เกิดความเสียหายต่อสิทธิ

และเสรีภาพของผู้บริจาค

- ผู้บริจาคสามารถยกเลิกเงื่อนไขข้อตกลงในเรื่องความยินยอมให้ใช้ตัวอ่อนในระยะเวลาใดก็ได้

¹⁶² เรื่องเดียวกัน, sec. 41 (3)(a)(b).

¹⁶³ *The Warnock Report on Human Fertilization and Embryology*, para.A5-6.12-14.

¹⁶⁴ Science & Technology Foresight Center of NISTEP. (2003). *Science & Technology Trends : Quarterly Review*. Background of the Establishment of a Control System for Human Embryo in the UK and Its Actual Function, 8. 28-42.

- เมื่อนักวิจัยได้ปฏิบัติตามบทบัญญัติของกฎหมายอันเกี่ยวกับการใช้เซลล์ต้นกำเนิดตัวอ่อนแล้ว ผู้บริจาคจะไม่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการกระทำของนักวิจัยต่อการใช้เซลล์ต้นกำเนิดในอนาคต รวมถึงการได้มาซึ่งเซลล์ต้นกำเนิดจากการฝากเซลล์ในธนาคาร The United Kingdom Stem Cell Bank สำหรับการวิจัยทดลองด้านอื่นๆ ด้วย

ตัวอย่าง คดีในเรื่องความยินยอมของประเทศสหราชอาณาจักร ซึ่งสามารถนำมาใช้เทียบเคียงกับการใช้ตัวอ่อนมนุษย์อันนำมาซึ่งการใช้เซลล์ต้นกำเนิดตัวอ่อน คือ คดีระหว่าง *Roberts v. HFEA Ex Parfe Diane Blood* (1997) หรือที่เรียกกันว่าคดี Mrs. Blood¹⁶⁵ โดยมีข้อเท็จจริงว่า มีสามีภรรยาคนหนึ่งได้ประสบปัญหาการมีบุตรยาก และสามีต้องการมีบุตรอย่างมากจึงได้ไปฝากเชื้ออสุจิไว้เพื่อเตรียมตัวใช้เทคโนโลยีการเจริญพันธุ์ในอนาคต ปรากฏว่าก่อนที่จะนำเชื้ออสุจิมาใช้สามีคนดังกล่าวได้ถึงแก่ความตายลง ต่อมาภริยาได้ยื่นคำร้องต่อศาลว่า ในระหว่างที่สามีของผู้ร้องมีชีวิตอยู่ได้มีความประสงค์ว่าให้นำเชื้ออสุจิที่เก็บไว้มาใช้ในการปฏิสนธิกับไข่ของตน ภายหลังจากที่ตนถึงแก่กรรมลงแล้ว ซึ่งคณะกรรมการ HFEA ปฏิเสธคำร้องของนางโดยให้เหตุผลว่ามีข้อสงสัยในเจตนารมณ์ของผู้ตายในเรื่องดังกล่าว และในระยะเวลาต่อมาศาลอุทธรณ์ได้พิจารณาวินิจฉัยประกอบความเห็นของ HFEA ว่าตามหลักกฎหมายสหราชอาณาจักรในการฝาก หรือนำอสุจิมาใช้ นั้น จะต้องให้เจ้าของอสุจิให้ความยินยอมเป็นลายลักษณ์อักษรก่อน เมื่อปรากฏจากข้อเท็จจริงว่าไม่มีหลักฐานการให้ความยินยอมเป็นลายลักษณ์อักษรข้างต้นในระหว่างมีชีวิตอยู่ ศาลจึงไม่อนุญาตให้ใช้อสุจิของผู้ตายจากคำพิพากษาในคดีดังกล่าวจึงแสดงให้เห็นว่าในประเทศสหราชอาณาจักรได้เคร่งครัดถึง การให้ความยินยอมโดยได้รับคำบอกกล่าวเป็นอย่างมาก

สรุป กฎหมายในประเทศสหราชอาณาจักร ไม่ห้ามการเพิ่มจำนวนหรือการโคลนนิ่งตัวอ่อนสำหรับวัตถุประสงค์เพื่อการวิจัยทดลอง และอนุญาตให้เอาเซลล์ต้นกำเนิดตัวอ่อนมาจากตัวอ่อนที่เป็นส่วนเกินจากการใช้เทคโนโลยีการเจริญพันธุ์ได้ แต่เมื่อไรก็ตาม ถ้ามีการกระทำดังกล่าวเกิดขึ้นตั้งแต่เดือนสิงหาคม ค.ศ. 2004 หลังจากที่พระราชบัญญัติดังกล่าวใช้บังคับจะต้องได้รับอนุญาต ถึงแม้ว่าจะเป็นตัวอ่อนที่หลงเหลือจากการใช้เทคโนโลยีการเจริญพันธุ์ก็ตาม โดยนักวิจัยจะต้องยื่นข้อเสนอโครงการเพื่อขอรับใบอนุญาต (License) จากสำนักงานกิจการเอ็มบริโอวิทยาและพันธุกรรมมนุษย์ (Human Fertilization and Embryology Authority) ซึ่งเป็นองค์กรภายในของประเทศอังกฤษมีหน้าที่ควบคุมดูแลและออกใบอนุญาตสำหรับนักวิจัยด้านตัวอ่อนมนุษย์ ถ้าบุคคลใดฝ่าฝืนก็จะถูกลงโทษทางอาญาทั้งจำทั้งปรับ อย่างไรก็ตาม HFEA มิได้รัดกุมเพียงพอและเปิดช่องว่างสำหรับในกรณีที่มีการแอบอ้าง หรือมีเจตนาปิดบัง ซ่อนเร้นในการใช้ตัวอ่อนที่

¹⁶⁵ Shrah Franklin & Celia Roberts. *Born and Made: An Ethnography of Preimplantation Genetic Diagnosis*. (Online) Available: <http://press.princeton.edu/chapters/i8313.html>.

นอกเหนือไปจากเพื่อต้องการใช้เซลล์ต้นกำเนิดตัวอ่อนเพื่อการวิจัยทดลองในการบำบัดรักษาโรคได้ ประเทศอังกฤษจึงได้ออกกฎหมายเพิ่มเติมอีกฉบับหนึ่งซึ่งมีชื่อว่า Human Reproductive Cloning Act 2001¹⁶⁶ ประกาศใช้เมื่อเดือนธันวาคม ค.ศ. 2001 เพื่อห้ามมิให้เกิดการโคลนนิ่งตัวอ่อนของมนุษย์เพื่อการเจริญพันธุ์ หรือการทำสำเนาพันธุกรรมมนุษย์นอกเหนือไปจากการโคลนนิ่งตัวอ่อนมนุษย์เพื่อการบำบัดรักษาโดยมีบทลงโทษทางอาญาสำหรับผู้ฝ่าฝืนเช่นกัน

3.4.9 ประเทศสหรัฐอเมริกา¹⁶⁷

อดีตประธานาธิบดี คลินตัน ได้ให้การสนับสนุนและให้ทุนวิจัยเซลล์ต้นกำเนิดตัวอ่อนจากตัวอ่อนที่เหลือใช้ในเทคโนโลยีการเจริญพันธุ์โดยผ่านทาง (National Institutes of Health หรือ NIH)¹⁶⁸ ต่อมาในสมัยอดีตประธานาธิบดีจอร์จ ดับเบิลยู บุช ได้มีนโยบายในทางตรงกันข้ามไม่สนับสนุนการค้นคว้าและวิจัยเซลล์ต้นกำเนิดถือเป็นอุปสรรคต่อการค้นคว้าวิจัยเซลล์ต้นกำเนิด เมื่อวันที่ 9 สิงหาคม พ.ศ. 2544 อดีตประธานาธิบดีจอร์จ ดับเบิลยู บุช ได้มีการประกาศในระหว่างที่ยังไม่ได้มีการออกกฎหมายสหพันธรัฐ (Federal Law) มาควบคุมว่า ห้ามใช้งบประมาณของรัฐบาลกลางมาสนับสนุนการวิจัยเซลล์ต้นกำเนิดตัวอ่อน¹⁶⁹ โดยอ้างเหตุผลอันสำคัญว่า การทำลายตัวอ่อนมนุษย์เป็นการผิดหลักจริยธรรม และต่อต้านการนำตัวอ่อนที่เหลือจากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์มาใช้ในการวิจัยเซลล์ต้นกำเนิดตัวอ่อน ซึ่งต่อมาเมื่อวันที่ 9 มีนาคม พ.ศ. 2552 ประธานาธิบดีบารัค โอบามา ได้ลงนามในคำสั่งยกเลิกระเบียบข้อบังคับสมัยอดีตประธานาธิบดีจอร์จ ดับเบิลยู บุช ที่ไม่อนุญาตให้รัฐบาลกลางสนับสนุนการเงินสำหรับการวิจัยเซลล์ต้นกำเนิด¹⁷⁰

ในการควบคุมการใช้เซลล์ต้นกำเนิดตัวอ่อน และการได้มาซึ่งตัวอ่อนในประเทศสหรัฐอเมริกา ก่อนปี ค.ศ. 2003 ไม่มีกฎหมายของสหพันธรัฐออกมาบังคับใช้ จึงทำให้มลรัฐต่างๆ ภายในประเทศ เกิดความเห็นที่แตกต่างกันว่าจะต้องรับผิดชอบในการกำหนดแนวทางปฏิบัติที่เกี่ยวข้องกับเรื่องนี้ และจะให้การสนับสนุนหรือไม่ในมลรัฐของตน จนมาถึงในขณะนี้ก็มีหลายมลรัฐที่เข้มงวดกับเรื่องของความยินยอมจากผู้ป่วย หรือผู้บริจาคอันเกี่ยวกับการวิจัยในตัวอ่อนที่ได้มาจาก

¹⁶⁶ Human Reproductive Cloning Act. (2001). (Online) Available: http://www.opsi.gov.uk/acts/acts2001/ukpga_20010023_en_1.

¹⁶⁷ อัครวิน คุร์พิพัฒน์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 152. หน้า 90-92.

¹⁶⁸ Rick Wiss. (2001). *Bush Administration Order Halts Stem Cell Meeting; NIH Planned Session to Review fund Requests*. Washington Post. 2.

¹⁶⁹ The White House. (2006). *Fact Sheet on Embryonic Stem Cell Research 2001*. (Online). Available: <http://www.whitehouse.gov/news/releases/2001/08/20010809-1.html> [2006. November 5].

¹⁷⁰ *โอบามาเซ็นต์หนุนวิจัยสเต็มเซลล์ตัวอ่อนหลังบุชแบนริปี*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <http://www.manager.co.th/Science/ViewNews.aspx?NewsID=9520000026902>

การทำแท้ง และตัวอ่อนมนุษย์ที่ได้มาจากการเหลือใช้จากเทคโนโลยีการเจริญพันธุ์เกือบครึ่งหนึ่งของมลรัฐทั้งหมดในประเทศสหรัฐอเมริกา มีการเข้มงวดในเรื่องการขายตัวอ่อนเชิงพาณิชย์ ตัวอย่างเช่น มลรัฐ Louisiana เป็นมลรัฐเดียวที่ห้ามการค้นคว้าวิจัยในตัวอ่อนที่ได้มาจากการเหลือใช้เทคโนโลยีการเจริญพันธุ์¹⁷¹ มลรัฐ Illinois และ Michigan จะห้ามการวิจัยตัวอ่อนที่มีชีวิต มลรัฐ Arkansas, Indiana, Iowa, Michigan, North Dakota และ South Dakota ห้ามวิจัยตัวอ่อนที่ได้มาจากการโคลนนิ่ง และมลรัฐ California, Connecticut, Massachusetts และ New Jersey มีกฎหมายเกี่ยวกับการโคลนนิ่งมนุษย์และห้ามการโคลนนิ่งเพื่อการเจริญพันธุ์และอนุญาตให้มีการโคลนนิ่งเพื่อวัตถุประสงค์ในการวิจัยได้ เป็นต้น ดังนั้น จึงเห็นได้ว่าในประเทศสหรัฐอเมริกา ภายในแต่ละมลรัฐจะมีการออกกฎหมายมาควบคุมการใช้เซลล์ต้นกำเนิดออกมาที่แตกต่างกันไป และมีมุมมองความคิดที่แตกต่างในแต่ละมลรัฐ¹⁷² ยกเว้นมลรัฐแคลิฟอร์เนียที่ได้มีการออกกฎหมายอันเกี่ยวกับการใช้เซลล์ต้นกำเนิดสำหรับการวิจัยทดลองเป็นที่ชัดเจนแน่นอน

มลรัฐแคลิฟอร์เนียถือว่าเป็นมลรัฐแรกในประเทศสหรัฐอเมริกาที่มีนโยบายสนับสนุนการวิจัยเซลล์ต้นกำเนิดมาตั้งแต่ต้น ประกอบกับการอนุญาตให้นักวิจัยสามารถสร้าง หรือโคลนนิ่งตัวอ่อนเพื่อสกัดเซลล์ต้นกำเนิดตัวอ่อนได้¹⁷³ ดังจะเห็นได้จากรัฐธรรมนูญของมลรัฐแคลิฟอร์เนีย

มาตรา 35 ว่าด้วยการวิจัยทางการแพทย์ มาตรา 5 ที่ให้สิทธิและเสรีภาพในการดำเนินการวิจัยเซลล์ต้นกำเนิดจำพวกต่างๆ อันได้แก่ เซลล์ต้นกำเนิดร่างกายมนุษย์ เซลล์ต้นกำเนิดเลือดจากสายสะดือทารก และ โดยเฉพาะเซลล์ต้นกำเนิดตัวอ่อน¹⁷⁴

หมายเหตุท้ายรัฐธรรมนูญของแคลิฟอร์เนีย ได้อธิบายอีกด้วยว่า เซลล์ต้นกำเนิดตัวอ่อน เป็นเซลล์ที่แตกต่างกับ เซลล์ประเภท เซลล์ต้นกำเนิดร่างกายมนุษย์ ในเรื่องขีดความสามารถในการพัฒนาตนเอง และแหล่งที่มาเนื่องจากเซลล์ชนิดนี้จะได้มาจากกระบวนการถ่ายโอนนิวเคลียสที่เหลือจากวิธีการบำบัดรักษาผู้มีบุตรยาก หรือเทคโนโลยีการเจริญพันธุ์เป็นส่วนใหญ่¹⁷⁵ ส่วนในเรื่องหลักเกณฑ์ของความยินยอม ตอนท้ายของรัฐธรรมนูญ ให้หลักไว้อีกว่า “เซลล์ที่ได้มาจากผู้บริจาคต้องอยู่ภายใต้ความยินยอมที่ได้รับคำบอกกล่าว อย่างเหมาะสม” แต่ถึงอย่างไรก็

¹⁷¹ California Constitution. art. 35.

¹⁷² Robertson, J. *Two Models of Human Cloning*. p.66.

¹⁷³ Human Cloning Ban and Stem Cell Research Protection Act of 2007. (Online). Available: <http://www.govtrack.us/congress/billtext.xpd?bill=s110-812>.

¹⁷⁴ California Constitution. art. 35.

¹⁷⁵ เรื่องเดียวกัน.

ห้ามมิให้มีการจัดตั้งกองทุนสำหรับสถาบันที่มีการวิจัยเกี่ยวกับการทำสำเนาพันธุกรรมมนุษย์โดยใช้ตัวอ่อนมนุษย์¹⁷⁶

นอกจากนี้ มลรัฐแคลิฟอร์เนีย ยังได้มีการบัญญัติอื่นๆ เพื่อรองรับหลักการในเรื่องการเพิ่มจำนวนหรือการโคลนนิ่งตัวอ่อน¹⁷⁷ ซึ่งมีชื่อเรียกว่า California Health and Safety Code Senate Bill No. 253 Chapter 789¹⁷⁸ บังคับใช้เมื่อเดือนกันยายน ค.ศ. 2002 ซึ่งแต่ก่อนหน้านั้นไม่มีกฎหมายให้อำนาจกระทำการเพิ่มจำนวนและการโคลนนิ่งตัวอ่อนตามนโยบายของอดีตประธานาธิบดีจอร์จดับเบิลยู บุช เมื่อปี ค.ศ. 2002 ต่อมาเมื่อมีการประกาศใช้กฎหมายดังกล่าวทำให้มลรัฐแคลิฟอร์เนียเป็นดินแดนแห่งเสรีภาพในการวิจัยทดลองที่เปิดประตูให้กับนักวิจัยในมลรัฐอื่นเข้ามาทำการวิจัยอย่างแน่น จากการรับรองโดย Article 5 Section 125115 (B)¹⁷⁹ ซึ่งให้หลักไว้ว่า นโยบายของมลรัฐแคลิฟอร์เนีย สนับสนุนให้มีการวิจัยที่เกี่ยวข้องกับการได้มาซึ่งการใช้เซลล์ต้นกำเนิดตัวอ่อน เซลล์ที่ได้มาจากเซลล์สืบพันธุ์ของทารกในครรภ์ และเซลล์ต้นกำเนิดที่ได้มาจากร่างกายมนุษย์ รวมถึงกระบวนการถ่ายโอนนิวเคลียส แต่การอนุญาตให้วิจัยดังกล่าวจะต้องคำนึงถึงจริยธรรมและจรรยาบรรณทางการแพทย์กับการได้มา และการใช้เซลล์ต้นกำเนิดเหล่านี้ทั้งหมด โดยได้รับการพิจารณาและได้รับความเห็นจากคณะกรรมการในสถานบันนั้นด้วย

ส่วนในการได้มาซึ่งตัวอ่อนที่เหลือใช้จากการรักษาด้วยเทคโนโลยีการเจริญพันธุ์สำหรับผู้มีบุตรยาก แพทย์หรือนักการสาธารณสุขอื่นที่ได้ทำการรักษาอยู่ในสถานการณันั้นจะต้องแจ้งข้อมูลในเรื่องการจัดการกับตัวอ่อนที่เหลือใช้ และจะต้องได้รับอนุญาตด้วยความสมัครใจจากเจ้าของตัวอ่อนที่เหลือใช้ดังกล่าว ถ้าได้มีการนำมาใช้เพื่อการอื่นๆ และให้สิทธิแก่บุคคลเหล่านั้น ที่จะเลือกไม่ให้ใช้หรือไม่บริจาค รวมถึงให้ทิ้งหรือทำลายหรือบริจาคตัวอ่อนที่เหลือดังกล่าว และที่สำคัญการตัดสินใจกับตัวอ่อนที่เหลืออย่างไร แต่จะต้องให้ความยินยอมเป็นลายลักษณ์อักษร โดยไม่มีค่าตอบแทนหรือสิ่งมีค่าใดๆ เป็นการตอบแทน อีกทั้งห้ามทำการซื้อขายตัวอ่อนในเชิงพาณิชย์ด้วยตามมาตรา 125116 (A) (B) (C) และมาตรา 125117¹⁸⁰ ซึ่งมาตราดังกล่าว

¹⁷⁶ เรื่องเดียวกัน, sec. 3.

¹⁷⁷ นำชัย ชิววิวรรณ. (2549). *สถานการณ์โลกของสเต็มเซลล์*. วารสาร UPDATE 229. หน้า 54.

¹⁷⁸ California Health and Safety Code Senate Bill No.253 Chapter 789. (Online). Available: <http://www.aab.org/california%20sb%20253%20stem%20cells%209%2022%2002.pdf>.

¹⁷⁹ เรื่องเดียวกัน, art. 5 sec. 125115 (B).

¹⁸⁰ เรื่องเดียวกัน, art. 5 sec. 125116 (A)(B)(C) and 125117.

ได้นำมาจากกฎหมาย The Model Penal Code ที่ได้วางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับความยินยอมที่จะเป็นผู้เสียหายในคดีอาญาเรื่องนี้ไว้ว่า จะต้องเป็นความยินยอมที่เป็นลายลักษณ์อักษรเท่านั้น¹⁸¹

ส่วนในด้านของการทำสำเนาพันธุกรรมมนุษย์ ตามกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา¹⁸² ได้มีการออกกฎหมายชื่อว่า Human Cloning Ban and Stem Cell Research Protection Act of 2007¹⁸³ ซึ่งกฎหมายฉบับนี้มีวัตถุประสงค์ในการห้ามการโคลนนิ่งมนุษย์และป้องกันการวิจัยทางการแพทย์ต่างๆ ไปที่เกี่ยวกับการวิจัยเซลล์ต้นกำเนิดตามมาตรา 2¹⁸³ การออกกฎหมายฉบับนี้เป็นไปตามนโยบายคัดค้านการค้นคว้าวิจัยเซลล์ต้นกำเนิดของอดีตประธานาธิบดีจอร์จ ดับเบิลยู บุช

ก. ห้ามทำสำเนาพันธุกรรมมนุษย์ กล่าวคือ การทำสำเนาพันธุกรรมหรือการโคลนนิ่งมนุษย์เป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายตามฉบับนี้หรือกฎหมายอื่น ไม่ว่าจะเพื่อประโยชน์ส่วนรวมหรือเพื่อส่วนตนก็ตาม อันได้แก่ การกระทำหรือพยายามกระทำสำเนาพันธุกรรมมนุษย์ การสมคบหรือมีส่วนร่วมในการกระทำหรือพยายามกระทำดังกล่าว รวมถึงการส่งหรือเคลื่อนย้ายนิวเคลียสที่ผลิตได้ในระหว่างมลรัฐหนึ่ง ไปยังมลรัฐหนึ่ง หรือที่มาจากต่างประเทศ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อการทำสำเนาพันธุกรรมมนุษย์ในสหรัฐอเมริกาหรือที่อื่นๆ หรือมีการส่งออก ซึ่ง Unfertilized Blastocyst ไปยังนอกราชอาณาจักรที่มีข้อบัญญัติในการห้ามทำสำเนาพันธุกรรมมนุษย์ตามมาตรา 301 (B) อนุ (1) (2) และ (3)¹⁸⁴ เป็นต้น โดยกำหนดโทษทางอาญาสำหรับผู้กระทำการฝ่าฝืนดังกล่าวไว้จำคุกไม่เกิน 10 ปีตามมาตรา 301 (D) (2)¹⁸⁵

ข. หลักจริยธรรมที่จำเป็นสำหรับกระบวนการถ่ายโอนนิวเคลียสในการวิจัยภายใต้กฎ 14 วัน กล่าวคือ บลาสโตซิสต์ ที่ได้มาจากตัวอ่อนในการใช้เทคโนโลยีการเจริญพันธุ์จะต้องมีอายุไม่เกิน 14 วันนับจากวันแรกที่ได้มีการแบ่งแยกเซลล์ดังกล่าว โดยไม่นับรวมระยะเวลาที่ได้เก็บไว้ในอุณหภูมิต่ำกว่าศูนย์องศาเซลเซียสตามมาตรา 499A (d)¹⁸⁶

¹⁸¹ วิชาญ เครื่องงาม, *ความยินยอม-ยอมความตามกฎหมายอาญาสหรัฐอเมริกา*, วารสารกฎหมายคณะนิติศาสตร์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, หน้า 161.

¹⁸² Human Cloning Ban and Stem Cell Research Protection Act of 2007.

¹⁸³ เรื่องเดียวกัน, sec. 2.

¹⁸⁴ เรื่องเดียวกัน, sec. 301 (b)(1)(2)(3).

¹⁸⁵ เรื่องเดียวกัน, sec. 301 (d)(2).

¹⁸⁶ เรื่องเดียวกัน, sec. 499A (d).

ค. การบริจาคเซลล์ไข่โดยสมัครใจ กล่าวคือ ความยินยอมในการบริจาคไข่ดังกล่าว ตามพระราชบัญญัตินี้จะต้องเป็นความยินยอมที่ได้รับการบอกกล่าวจากหญิงผู้เป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ ตามมาตรา 499A (e) (1)¹⁸⁷ เท่านั้น

ง. ห้ามกระทำการใดอันเป็นลักษณะซื้อหรือขายเซลล์ไข่ของมนุษย์ กล่าวคือ ห้ามกระทำการซื้อ หรือขายเซลล์ไข่มนุษย์ หรือเซลล์ไข่ที่ได้มาจากกระบวนการถ่ายโอนนิวเคลียส รวมถึงรับหรือให้สิ่งตอบแทนประการอื่นใดในเชิงพาณิชย์ตามมาตรา 499A (e) อนุ 2¹⁸⁸

นอกจากนี้ยังมีกฎหมายออกมาที่มีชื่อว่า Human Chimera Prohibition Act of 2005 (s.1373)¹⁸⁹ เพื่อให้เท่าทันกับการพัฒนาทางด้านวิทยาศาสตร์ โดยเฉพาะการใช้ตัวอ่อนที่ผ่านกระบวนการถ่ายโอนนิวเคลียส อันได้แก่

- ห้ามการสร้าง หรือพยายามสร้างมนุษย์ข้ามสายพันธุ์
- ห้ามเคลื่อนย้าย หรือพยายามเคลื่อนย้ายตัวอ่อนมนุษย์ที่ไม่ได้เกิดจากการตั้งครรรภ์ตามธรรมชาติ
- ห้ามเคลื่อนย้าย หรือพยายามเคลื่อนย้ายตัวอ่อนที่ไม่ใช่ตัวอ่อนมนุษย์ตามธรรมชาติ รวมถึงห้ามมิให้มีการขนส่งออก หรือได้รับสิ่งเหล่านี้ โดยมีวัตถุประสงค์ให้เกิดมนุษย์ข้ามสายพันธุ์ เป็นต้น

อย่างไรก็ดีในส่วนของจริยธรรม หรือชีวจริยธรรมในการใช้เซลล์ต้นกำเนิดสำหรับการวิจัยทดลองในประเทศสหรัฐอเมริกา มลรัฐต่างๆ ที่ให้การสนับสนุน ได้เล็งเห็นความสำคัญดังกล่าว เพราะนอกจากจะออกกฎหมายมาควบคุมและจัดตั้งกองทุนแล้ว ยังได้คำนึงถึงจริยธรรมด้วย ตัวอย่างเช่น

มลรัฐ Connecticut ได้มีกฎหมาย Bill No.934 โดยกล่าวไว้ว่า การวิจัยที่เกี่ยวกับเซลล์ต้นกำเนิดจากตัวอ่อนมนุษย์จะได้รับอนุญาต เมื่อผ่านการพิจารณาในด้านจริยศาสตร์และการรักษาทางการแพทย์จากหน่วยงานที่มีหน้าที่รับผิดชอบในการตรวจสอบ

มลรัฐ Illinois ได้มีการออกระเบียบไว้เรียกว่า Executive Order Creating the Illinois Regenerative Institute for Stem Cell เพื่อจัดตั้งสถาบันเพื่อการค้นคว้าวิจัยเซลล์ต้นกำเนิดอีกทั้งหน่วยงาน IRMI จะจัดหาแหล่งทุนเพื่อการค้นคว้าวิจัยเซลล์ต้นกำเนิด ไม่ว่าจะเป็นเซลล์ต้นกำเนิดร่างกายมนุษย์ เซลล์ต้นกำเนิดเลือดสายสะดือทารก เซลล์ต้นกำเนิดประเภท Pluripotent และ Totipotent รวมทั้งกระบวนการถ่ายโอนนิวเคลียสเหล่านี้ด้วย

¹⁸⁷ เรื่องเดียวกัน, sec. 499A (e)(1).

¹⁸⁸ เรื่องเดียวกัน, sec. 499A (e)(2).

¹⁸⁹ Human Chimera Prohibition Act 2005. (Online). Available: <http://www.govtrack.us/congress/billtext.xpd?bill=s109-1373>.

มลรัฐ Maryland ได้มีกฎหมายชื่อว่า Maryland Stem Cell Research Act of 2006 กล่าวว่า ในการจัดตั้งกองทุนวิจัยเซลล์ต้นกำเนิดควรควบคุมกระบวนการวิธีการโดยคำนึงจริยธรรม และจรรยาบรรณทางการแพทย์สำหรับการวิจัยด้วย

มลรัฐ Massachusetts ได้มี Chapter 27 of the Acts of 2005 กล่าวว่า การวิจัยที่เกี่ยวข้องกับการได้มาซึ่งการใช้เซลล์ต้นกำเนิดตัวอ่อนมนุษย์ โดยผ่านกระบวนการถ่ายโอนนิวเคลียสของ ตัวอ่อน แหล่งที่มาของเซลล์ต้นกำเนิดร่างกายมนุษย์ จะต้องได้รับอนุญาตและได้รับความเห็นชอบจากสถาบันที่มีอำนาจในการตรวจสอบทางด้านจริยธรรมหรือชีวจริยธรรม

มลรัฐ New Jersey ได้มี Senate Bill No. 1999 กล่าวว่า การวิจัยซึ่งเกี่ยวข้องกับการได้มาซึ่งการใช้เซลล์ต้นกำเนิดตัวอ่อน และเซลล์ต้นกำเนิดร่างกายมนุษย์ในเรื่องของแหล่งที่มาจะต้องประกอบด้วย การได้รับอนุญาตโดยคำนึงถึงจริยธรรม และจรรยาบรรณทางการแพทย์จากสถาบันที่มีอำนาจหน้าที่ในการตรวจสอบตามที่กฎหมายมลรัฐได้กำหนดไว้ เป็นต้น

นอกจากนี้การใช้เซลล์ต้นกำเนิดตัวอ่อน สำหรับการวิจัยทดลองทางวิทยาศาสตร์ในเรื่องของการได้มาหรือแหล่งที่มาในระดับชาตินั้นในเดือนเมษายน ค.ศ. 2005 สถาบันสุขภาพแห่งชาติ (The National Academy of Sciences) ได้วางแนวปฏิบัติอย่างไม่เป็นทางการให้กับนักวิจัยและคณะกรรมการจริยธรรมทราบถึงผลกระทบที่ได้รับจากความไม่ชัดเจนของกฎหมายในเรื่องดังกล่าว โดยในขั้นแรกแนะนำให้มีการจัดตั้งคณะกรรมการ โดยแบ่งออกเป็นคณะกรรมการควบคุมการใช้เซลล์ต้นกำเนิดเพื่อการวิจัยทดลองกับคณะกรรมการควบคุมขั้นตอนการวิจัยในเรื่องจริยธรรมเพื่อให้สอดคล้องกับหลักจริยธรรม หรือชีวจริยธรรมและสถาบันวิจัยทางการแพทย์ของประเทศสหรัฐอเมริกา (Institute of Medicine of the National Academics) ที่ได้พยายามออกแนวทางปฏิบัติการวิจัยด้านเซลล์ต้นกำเนิดขึ้นเพื่อให้องค์กรและหน่วยงานต่างๆ ได้นำไปใช้ในการควบคุมกำกับงานวิจัยทดลอง ตามหลักจริยธรรมและให้มีการจัดตั้งหน่วยงานพิจารณาด้านจริยธรรมไว้เฉพาะกิจเพิ่มเติมจากคณะกรรมการจริยธรรมการวิจัยแห่งชาติ การวิจัยจึงต้องผ่านการพิจารณาหน่วยงานนี้ก่อน¹⁹⁰

โดยสรุป หลักเกณฑ์ในการควบคุมการใช้เซลล์ต้นกำเนิดโดยรวมในประเทศสหรัฐอเมริกามีความเห็นที่หลากหลาย รวมถึงความพยายามในการจัดตั้งกองทุนขึ้นภายในแต่ละมลรัฐ แต่ถึงอย่างไรส่วนใหญ่ก็มีความเห็นเหมือนกันในการปฏิบัติให้สอดคล้องกับหลักจริยธรรม โดยเฉพาะการกระทำของนักวิจัยในการใช้ตัวอ่อนและในการใช้เซลล์ต้นกำเนิดสำหรับการวิจัยทดลองถึงแม้จะมีทั้งสนับสนุนและไม่สนับสนุนการโคลนนิ่งตัวอ่อนก็ตามทุกมลรัฐจะต้องอยู่

¹⁹⁰ โครงการ ASEAN-EU LEMLIFEจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, อ้างแล้ว, หน้า 8.

ภายใต้กฎหมาย Human Cloning Ban and Stem Cell Research Protection Act of 2007¹⁹¹ ซึ่งออกโดยสภาองเกรส ส่วนการควบคุมและวางกรอบในการป้องกันการใช้เซลล์ต้นกำเนิดสำหรับการวิจัย โดยเฉพาะตัวอ่อนมนุษย์ที่ได้มีการเพิ่มจำนวนด้วยวิธีการถ่ายโอนนิวเคลียสในมัลรัฐที่อนุญาตให้เพิ่มจำนวนหรือโคลนนิ่งตัวอ่อนได้ ซึ่งตัวอ่อนจะต้องมีอายุไม่เกิน 14 วัน (Fourteen Day Rule) และจะต้องได้รับความยินยอมจากเจ้าของอันเป็นองค์ประกอบสำคัญ เพื่อปิดช่องไม่ให้แอบหรือลักลอบนำตัวอ่อนไปใช้ในลักษณะที่ไม่เหมาะสม ส่งผลกระทบต่อการดำรงชีวิตของคนในสังคม อาทิเช่น การทำสำเนาพันธุกรรมมนุษย์ การซื้อขายตัวอ่อนในเชิงพาณิชย์ เป็นต้น ตลอดจนได้มีการมีสถาบัน NIH ที่ได้ออกแนวปฏิบัติ (Guidelines) สำหรับการให้ทุนสนับสนุนงานวิจัยที่เกี่ยวข้องกับเซลล์ต้นกำเนิดตัวอ่อน โดยแนวปฏิบัติของ NIH จะอนุญาตให้นักวิทยาศาสตร์ที่ได้รับทุนของ NIH ใช้เซลล์ต้นกำเนิดจากตัวอ่อนในการวิจัยได้ต่อเมื่อได้มีการพิจารณาบททวนด้านจริยธรรมอย่างระมัดระวังเกี่ยวกับการวิธีการได้มาซึ่งเซลล์เหล่านั้นเสียก่อน

3.4.10 ประเทศฝรั่งเศส¹⁹²

หลักเกณฑ์และขอบเขตของการใช้เซลล์ต้นกำเนิดสำหรับการวิจัยทดลองในประเทศฝรั่งเศสนั้น เป็นไปในลักษณะที่เน้นความสำคัญทางด้านจริยธรรมเป็นอย่างสูง ดังจะเห็นได้จากการออกกฎหมายฉบับใหม่ในปัจจุบันขึ้นมาบังคับใช้แทนกฎหมาย 3 ฉบับที่ได้บังคับใช้ตั้งแต่ปี ค.ศ. 1994 เพื่อกำหนดแนวทางปฏิบัติให้แก่นักวิจัยและควบคุมการใช้เซลล์ต้นกำเนิดที่ได้มาจากตัวอ่อนมนุษย์ให้สอดคล้องกับหลักชีวจริยธรรม ซึ่งกฎหมายฉบับนี้มีชื่อว่า กฎหมายว่าด้วยชีวจริยธรรม (Bioethics Law 2004)¹⁹³ ประกาศใช้เมื่อวันที่ 6 สิงหาคม ค.ศ. 2004 โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อบังคับใช้แทนกฎหมายเดิมที่ห้ามการวิจัยตัวอ่อนมนุษย์ทุกกรณีอย่างเคร่งครัด ซึ่งภายใต้กฎหมายฉบับใหม่ในหมวด 3 อันเกี่ยวกับการวิจัยในตัวอ่อนหรือเซลล์ต้นกำเนิดตัวอ่อน ได้ผ่อนคลायข้อจำกัดลง แต่กำหนดเงื่อนไขเพิ่มเติมในการใช้ตัวอ่อน กล่าวคือ ยังคงห้ามการเพิ่มจำนวนตัวอ่อนหรือ การโคลนนิ่งตัวอ่อนสำหรับวัตถุประสงค์เพื่อการบำบัดรักษาหรือเพื่อการเจริญพันธุ์ ส่วนตัวอ่อนที่จะนำมาใช้นั้นจะต้องเป็นตัวอ่อนที่จะต้องถูกทำลายลงหรือหลงเหลือมาจากการใช้เทคโนโลยีการเจริญพันธุ์และที่สำคัญไม่มีระยะเวลาอันยาวนานเกินกว่าความจำเป็นที่จะนำมาใช้ในการวิจัยเพื่อการบำบัดรักษา ทั้งนี้ การวิจัยทดลองดังกล่าวจะต้องได้รับอนุญาตจากองค์กรชีวจริยธรรม

¹⁹¹ Human Cloning Ban and Stem Cell Research Protection Act of 2007.

¹⁹² อิศวิน คุรุพิพัฒน์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 152. หน้า 90-92.

¹⁹³ LOI n°2004-800 du 6 août 2004 Relative à la Bioéthique. (Online). Available: http://www.chu-toulouse.fr/IMG/rtf/loi_no2004-800_du_6_aout_2004.rtf.

การแพทย์ (The Agence de la Biomedicine) ที่ผ่านการพิจารณาจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุข (Minister of Health and Research) โดยมีอำนาจหน้าที่ในการตัดสินใจอนุมัติหรือยับยั้งงานวิจัยในการใช้ตัวอ่อนที่ไม่เป็นหลักเกณฑ์หรือองค์ความรู้ในทางวิทยาศาสตร์เบื้องต้นและเป็นงานวิจัยที่ไม่สามารถเลือกใช้วิธีอื่นใดได้อีกแล้วตาม Bioethics Law Art. L. 1418-1¹⁹⁴

อย่างไรก็ดีในเรื่องวัตถุประสงค์ของการใช้ตัวอ่อนนั้น เมื่อพิจารณาตามรัฐบัญญัติของกฎหมายว่าด้วยชีวจริยธรรม ค.ศ. 2004 มาตรา 25 ซึ่งให้หลักไว้ว่า ห้ามการเพิ่มจำนวนตัวอ่อน หรือโคลนนิ่งตัวอ่อนที่ได้มาจากเทคโนโลยีการเจริญพันธุ์ อันมีวัตถุประสงค์สำหรับการวิจัยทดลองทางวิทยาศาสตร์ตาม Bioethics Law. Art. L. 2151-2¹⁹⁵ และห้ามการเพิ่มจำนวนตัวอ่อน หรือโคลนนิ่งตัวอ่อนที่ได้มาจากเทคโนโลยีการเจริญพันธุ์อันมีวัตถุประสงค์สำหรับการพาณิชย์ หรือการอุตสาหกรรมตาม Bioethics Law. Art. L. 2151-3¹⁹⁶ รวมถึงห้ามการเพิ่มจำนวนตัวอ่อนหรือโคลนนิ่งตัวอ่อนที่ได้มาจากเทคโนโลยีการเจริญพันธุ์อันมีวัตถุประสงค์สำหรับการบำบัดรักษาด้วย จึงเห็นได้ว่ามาตราดังกล่าวเปิดช่องให้นักวิจัยแยกสกัดเซลล์ต้นกำเนิดออกมาจากตัวอ่อนที่หลงเหลือจากการใช้เทคโนโลยีดังกล่าวได้ภายในระยะเวลา 5 ปีนับแต่กฎหมายฉบับนี้ใช้บังคับ โดยมีวัตถุประสงค์หลักในการวิจัยทดลองเพื่อบำบัดรักษาหรือที่ก่อให้เกิดผลลัพธ์ในการรักษา ส่วนในกรณีอื่นนอกเหนือจากนี้เป็นสิ่งที่จะต้องห้ามโดยเด็ดขาดไม่ว่าจะเพื่อการบำบัดรักษาหรือเพื่อวัตถุประสงค์ไปในทางอื่นตามความรู้ของนักวิทยาศาสตร์ที่ไร้ขอบเขตทุกกรณีตาม Bioethics Law Art. L. 2151-5¹⁹⁷ ทั้งนี้ในประเทศฝรั่งเศสไม่อนุญาตให้ทำสำเนาพันธุกรรมมนุษย์ถ้าบุคคลใดฝ่าฝืนจะต้องรับโทษจำคุกตั้งแต่ 30 ปีขึ้นไปและปรับตั้งแต่ 7.5 ล้านยูโรขึ้นไป

นอกจากนี้โดยกฎหมายว่าด้วยชีวจริยธรรมยังได้กำหนดกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการทำสำเนาพันธุกรรมมนุษย์ไว้ใน มาตรา 21 ให้หลักไว้ว่า “ห้ามไม่ให้เข้าไปมีส่วนพัวพันหรือวางแผนในการสร้างหรือก่อให้เกิดเด็กที่มีหลักฐานแสดงว่ามีพันธุกรรมเหมือนบุคคลนั้น ไม่ว่าจะมิชีวิตอยู่หรือไม่มีชีวิตอยู่แล้วก็ตาม”¹⁹⁸ รวมถึงการนำเข้าตัวอ่อน เซลล์ต้นกำเนิดตัวอ่อน และเนื้อเยื่อไว้ โดยเฉพาะ เว้นแต่จะได้รับการอนุญาตให้กระทำได้ตามประกาศของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุข อีกทั้งการได้มาซึ่งสิ่งต่างๆ เหล่านี้จะต้องเป็นไปตามหลักประมวลกฎหมายแพ่งและ

¹⁹⁴ เรื่องเดียวกัน. art. 2 Art.L. 1418-1.

¹⁹⁵ เรื่องเดียวกัน. art. 25 Art.L. 2151-2.

¹⁹⁶ เรื่องเดียวกัน. art. 25 Art.L. 2151-3.

¹⁹⁷ เรื่องเดียวกัน. art. 25 art.L. 2151-5.

¹⁹⁸ เรื่องเดียวกัน. art. 21.

พาณิชย์ของฝรั่งเศสในเรื่องการเคารพต่อหลักสิทธิเสรีภาพทางร่างกายมนุษย์ที่กฎหมายได้รับรอง และคุ้มครองไว้ด้วยตาม Bioethics Law Art. L. 2151-6¹⁹⁹

ส่วนในเรื่องของความยินยอม อันเกี่ยวกับการใช้ตัวอ่อนหรือเซลล์ต้นกำเนิดตัวอ่อนที่ได้มาจากผู้เป็นเจ้าของหรือเป็นเจ้าของร่วมในตัวอ่อนที่หลีกเลี่ยงการใช้เทคโนโลยีการเจริญพันธุ์นั้น ตามบทบัญญัติของฝรั่งเศสได้อนุญาตให้มีการทดลองดังกล่าวได้ภายใต้เงื่อนไขที่ต้องได้รับความยินยอมจากบุคคลดังกล่าวเป็นลายลักษณ์อักษรหรือบุคคลที่ใกล้ชิด กล่าวคือ ในการเพิ่มจำนวนตัวอ่อนหรือแยกสกัดเซลล์ต้นกำเนิดออกมาเพื่อใช้จะต้องได้รับความยินยอมเป็นลายลักษณ์อักษรก่อน และหลังจากได้รับความยินยอมแล้วจะต้องให้ระยะเวลา 3 เดือนแก่คู่สามีภรรยาในการตัดสินใจหรือ ปฏิเสธก่อนที่จะนำตัวอ่อนเหล่านั้นมากระทำการวิจัยทดลองดังกล่าว²⁰⁰

นอกจากนี้แหล่งที่มาซึ่งเซลล์ต้นกำเนิดร่างกายมนุษย์ ถ้ามีการกระทำต่อร่างกายโดยปราศจากความยินยอม ในประเทศฝรั่งเศสนั้นถือว่าการละเมิดต่อเสรีภาพที่เกี่ยวกับร่างกายอย่างหนึ่ง²⁰¹ เพราะตามประมวลกฎหมายแพ่งอันเกี่ยวกับการเคารพต่อร่างกายมนุษย์ ได้ให้หลักไว้ว่า “กฎหมายให้หลักประกันความเป็นเอกของร่างกายของบุคคลจึงห้ามการทำร้ายต่อศักดิ์ศรีของร่างกายของบุคคล และให้ประกันแก่การเคารพของมนุษย์ตั้งแต่การเริ่มต้นของชีวิต”²⁰² จึงเห็นได้ว่าหลักเกณฑ์ดังกล่าวได้คุ้มครองสิทธิและกำหนดให้บุคคลทุกคนจะต้องเคารพต่อร่างกายมนุษย์ด้วยกัน เว้นแต่มีความจำเป็นทางการแพทย์ที่กระทำโดยได้รับความยินยอมจากผู้มีส่วนได้เสีย หรือถ้าบุคคลนั้นอยู่ในสภาพที่ไม่สามารถตัดสินใจได้ด้วยตนเอง นอกจากนี้การเคารพในกรณีนี้ใช้บังคับกับการกระทำที่เกี่ยวกับการปรับเปลี่ยนสายพันธุ์มนุษย์อันมีวัตถุประสงค์ในการคัดเลือกบุคคล หรือการเปลี่ยนแปลงลักษณะของสายพันธุ์เฉพาะต่อมนุษย์แต่ละคน ที่เรียกว่า อาชญากรรมต่อมวลมนุษยชาติ (Crime Against Humanity) ด้วยทั้งนี้ยังกล่าวอีกว่า ร่างกายของบุคคลไม่ใช่วัตถุ ดังนั้น ค่าตอบแทนหรือผลประโยชน์ที่ให้แก่บุคคลที่ยินยอมให้ใช้ร่างกาย อวัยวะหรือตัวอ่อนของตนเองจึงเป็นการต้องห้าม

อย่างไรก็ตามฝ่ายที่สนับสนุนให้มีการโคลนนิ่งตัวอ่อนได้เสนอให้แก้ไขเพิ่มเติมร่างกฎหมายเกี่ยวกับชีวจริยธรรมในอีก 5 ปีข้างหน้า เพื่อให้มีการอนุญาตการโคลนนิ่งตัวอ่อนอันนำมาซึ่งเซลล์ต้นกำเนิดตัวอ่อนในการวิจัยทดลองสำหรับการบำบัดรักษาโรค โดยให้เหตุผลว่า

¹⁹⁹ เรื่องเดียวกัน, art. 25 Art.L. 2151-6.

²⁰⁰ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. (2547). *เสรีภาพทางกายภาพตามแนวคิดทางกฎหมายฝรั่งเศส*, วารสารกฎหมายปกครอง 20. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <http://www.pub-law.net/article/ac270947a.html> [พฤศจิกายน 2547].

²⁰¹ เรื่องเดียวกัน.

²⁰² เรื่องเดียวกัน.

เทคโนโลยีดังกล่าวนี้มีความจำเป็นและไม่ควรมองข้ามต่อการประยุกต์ใช้ประโยชน์ในด้านอื่นในอนาคต ซึ่งร่างกฎหมายที่เสนอให้เพิ่มเติมดังกล่าวได้ถูกฝ่ายที่ไม่เห็นด้วยโจมตีว่า การทำสำเนาพันธุกรรมมนุษย์นั้นถือว่าเป็นอาชญากรรมมนุษยชาติ และฝ่าฝืนรัฐธรรมนูญ ขัดต่ออนุสัญญาชีวจริยธรรมยุโรป ซึ่งประเทศฝรั่งเศสได้ลงนามเป็นสมาชิกไปแล้ว และการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายจากการเพิ่มตัวอ่อนหรือการโคลนนิ่งตัวอ่อนมนุษย์รวมถึงเนื้อเยื่อต่างๆ ที่ได้ห้ามไว้สมควรที่จะต้องถูกลงโทษ เพราะขัดต่ออนุสัญญาชีวจริยธรรมยุโรป และในการปกป้องตัวอ่อนตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ป้องกันการใช้ตัวอ่อนที่เหลือใช้จากเทคโนโลยีการเจริญพันธุ์ของนักวิจัยทางวิทยาศาสตร์ที่ไม่ต้องการให้สร้างหรือโคลนนิ่งตัวอ่อนที่มาจากแหล่งนี้เพื่อวัตถุประสงค์ในการวิจัยทดลองตามนโยบายของรัฐบาลฝรั่งเศส ดังนั้น การใช้เซลล์ต้นกำเนิดในประเทศฝรั่งเศสปัจจุบันยังคงให้ความสำคัญต่อหลักจริยธรรมหรือชีวจริยธรรมมากกว่าความเจริญก้าวหน้าของวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีโดยเฉพาะทางด้านกฎหมายที่สามารถบังคับใช้แบบผสมผสานและสอดคล้องกับหลักจริยธรรมให้มากที่สุดจนเป็นเอกลักษณ์อย่างหนึ่ง

สรุปได้ว่าประเทศฝรั่งเศสเป็นประเทศที่ห้ามการเพิ่มจำนวนตัวอ่อนหรือการโคลนนิ่งตัวอ่อนสำหรับวัตถุประสงค์เพื่อการวิจัยทดลองทุกกรณี และการได้มาซึ่งการใช้เซลล์ต้นกำเนิดจะต้องเป็นไปตามกฎหมายและอนุสัญญาว่าด้วยชีวจริยธรรมยุโรปที่ฝรั่งเศสได้ลงนามและให้สัตยาบันไว้ แต่มีข้อยกเว้นให้ใช้ตัวอ่อนที่เหลือหรือที่ยังมีอยู่แล้วได้ในการแยกสกัดเซลล์ต้นกำเนิดตัวอ่อน ออกมาเพื่อใช้สำหรับการวิจัยทดลองอันมีวัตถุประสงค์ในการบำบัดรักษาเท่านั้น และที่สำคัญ จะต้องได้รับความยินยอมโดยบอกกล่าวก่อน จากเจ้าของตัวอ่อนเป็นลายลักษณ์อักษร หลังจากนั้นให้ระยะเวลาในการตัดสินใจอีกครั้งหนึ่งไปอีก 3 เดือนจึงจะนำตัวอ่อนมาแยกสกัดเซลล์ต้นกำเนิดได้

3.4.11 ประเทศสิงคโปร์²⁰³

ประเทศสิงคโปร์เป็นประเทศหนึ่งที่มีนโยบายสนับสนุนเทคโนโลยีชีวภาพ จึงส่งผลให้ประเทศมีการพัฒนาและมีความเจริญก้าวหน้าทางด้านวิทยาศาสตร์ระดับต้นๆ ของภูมิภาคเอเชีย และที่สำคัญได้ให้เสรีภาพในการวิจัยเซลล์ต้นกำเนิดภายใต้หลักจริยธรรม โดยเริ่มจากเมื่อวันที่ 21 มิถุนายน ค.ศ. 2002 ได้มีการจัดตั้งคณะกรรมการที่ปรึกษาด้านชีวจริยธรรม The Bioethics Advisory Committee of Singapore ขึ้นมาเพื่อกำหนดแนวปฏิบัติในการใช้เซลล์ต้นกำเนิดสำหรับ

²⁰³ อัสวิน คุร์พิพัฒน์. อ่างแล้วจึงอรรถที่ 152. หน้า 90-92.

การวิจัยทดลองโดยตรง แนวปฏิบัติเหล่านี้มีพื้นฐานมาจากแนวปฏิบัติในประเทศอังกฤษ²⁰⁴ จึงทำให้การใช้ตัวอ่อนในประเทศสิงคโปร์คล้ายคลึงกับแนวปฏิบัติของ HFEA อันได้แก่ การใช้ตัวอ่อนจะต้องได้รับอนุญาตและต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขที่กำหนด ห้ามมีการกระทำอันมีลักษณะเป็นการขายตัวอ่อนในเชิงพาณิชย์และการใช้ตัวอ่อนมนุษย์เพื่อแยกสกัดเซลล์ต้นกำเนิดออกมาจะทำได้ก็ต่อเมื่อเป็นผลดีต่อวงการวิทยาศาสตร์และเกิดประโยชน์สูงสุดทางการแพทย์ และการได้มาของเซลล์ต้นกำเนิดตัวอ่อนจะต้องมาจากตัวอ่อนที่เหลือใช้จากเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ ส่วนในการสร้างหรือโคลนนิ่งเพื่อเพิ่มจำนวนตัวอ่อนนอกเหนือจากนี้จะต้องขออนุญาต และที่สำคัญจะต้องบอกกล่าวและได้รับความยินยอม จากเจ้าของตัวอ่อนนั้นก่อนที่จะนำตัวอ่อนมาทำการวิจัยทดลองโดยไม่มีค่าตอบแทนใดทั้งสิ้น²⁰⁵

ต่อมาในเดือน ตุลาคม ค.ศ. 2004 ประเทศสิงคโปร์ได้ประกาศใช้พระราชบัญญัติที่มีชื่อว่า The Human Cloning and Other Prohibited Practices Act 2004²⁰⁶ โดยส่วนใหญ่เนื้อหาของสาระของกฎหมายฉบับนี้ จะห้ามใส่ตัวอ่อนที่ได้จากการโคลนนิ่งเข้าไปในร่างกายมนุษย์หรือสัตว์และแนวปฏิบัติอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องกับเทคโนโลยีสำเนาพันธุกรรม ทั้งนี้ เป็นไปตามคำแนะนำของคณะกรรมการที่ปรึกษาด้านชีวจริยธรรม ในการควบคุมการใช้ตัวอ่อนอันเป็นการได้มาซึ่งเซลล์ต้นกำเนิดตัวอ่อนมนุษย์และการโคลนนิ่งเพื่อการบำบัดรักษา ดังนี้

ในเรื่องของการใช้ตัวอ่อนนั้นตามพระราชบัญญัตินี้ได้ให้คำนิยาม “ตัวอ่อนมนุษย์ถูกห้าม” ไว้ หมายความว่า ตัวอ่อนมนุษย์ที่เกิดจากการพัฒนาภายนอกครรภ์ของหญิงซึ่งมีอายุเกินกว่า 14 วัน หรือตัวอ่อนมนุษย์ที่แยกออกมาจากครรภ์ของหญิงโดยมีวัตถุประสงค์ในการเก็บตัวอ่อนมนุษย์ให้มีชีวิตอยู่และเจริญเติบโตต่อไป ซึ่งอาจจะนำมาซึ่งการลักลอบหรือแอบทำสำเนาพันธุกรรมมนุษย์²⁰⁷ นอกจากนี้ยังได้กำหนดแนวปฏิบัติการใช้เซลล์ต้นกำเนิดตัวอ่อนเอาไว้ อาทิ

ก. ห้ามมิให้บุคคลใดใส่ตัวอ่อนมนุษย์ที่ได้มาจากการโคลนนิ่งเข้าไปในร่างกายมนุษย์หรือสัตว์²⁰⁸

²⁰⁴ A Report of the Bioethics Advisory Committee Singapore. *Ethical, Legal and Social Issues in Human Stem Cell Research. Reproductive and Therapeutic Cloning.* (Online). Available: <http://www.bioethics-singapore.org/bac>. [2006. December 3].

²⁰⁵ The Bioethics Advisory Committee Singapore. (2002). *Ethical Legal and Social Issues in Human Stem Cell Reproductive and Therapeutic Cloning.* (Online). Available: <http://www.bioethics-singapore.org/bac>. [2006. December 21].

²⁰⁶ The Human Cloning and Other Prohibited Practices Act 2004 (No.35 of 2004). (Online). Available: http://www.moh.gov.sg/mohcorp/uploadedFiles/Legislation/Legislative_Acts_And_Guidelines/Acts_Concerning_Medical_Practices_and_Research/Human_Cloning_and_Other_Prohibited_Practices_Act/GG.pdf.

²⁰⁷ เรื่องเดียวกัน, sec. 2.

²⁰⁸ เรื่องเดียวกัน, sec. 5.

ข. ห้ามมิให้บุคคลใดเพิ่มจำนวนตัวอ่อนมนุษย์ เว้นแต่จะเป็นตัวอ่อนที่ได้มาจากเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์²⁰⁹

ค. ห้ามมิให้บุคคลใดพัฒนาตัวอ่อนมนุษย์ภายนอกครรภ์ของหญิงที่มีอายุเกินกว่า 14 วัน²¹⁰

ง. ห้ามมิให้บุคคลใดแยกตัวอ่อนมนุษย์จากครรภ์ของหญิงโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อต้องการเก็บตัวอ่อนที่มีชีวิตเหล่านี้²¹¹

จ. ห้ามมิให้บุคคลใดใส่ตัวอ่อนมนุษย์เข้าไปในครรภ์ของหญิงทั้งที่ทราบว่าเป็นอันตรายและเป็นตัวอ่อนมนุษย์ที่ถูกห้าม²¹²

ฉ. ห้ามมิให้บุคคลใดนำเข้าตัวอ่อนที่ถูกห้ามเหล่านี้เข้ามาในประเทศสิงคโปร์หรือส่งออกไปนอกประเทศสิงคโปร์²¹³

ช. ห้ามมิให้บุคคลใดทำการซื้อขายเซลล์ไข่ เซลล์อสุจิ และตัวอ่อนมนุษย์เพื่อการค้าหรือในเชิงพาณิชย์ ไม่ว่าจะให้หรือเสนอว่าจะให้ของมีค่าหรือค่าตอบแทนแก่บุคคลเจ้าของเซลล์นั้น หรือได้รับหรือเสนอว่าจะรับสิ่งมีค่าหรือค่าตอบแทนจากบุคคลอื่นเพื่อให้ได้มาซึ่งเซลล์ไข่ เซลล์อสุจิ หรือตัวอ่อนมนุษย์ อีกทั้งการทำสัญญาหรือเตรียมจะทำสัญญาในเรื่องดังกล่าวเป็นโมฆะ²¹⁴

โดยถ้าบุคคลใดฝ่าฝืนตามมาตราหนึ่งมาตราใดเหล่านี้ จะต้องรับโทษจำคุกกระวางโทษจำคุกตั้งแต่ 10 ปีหรือปรับ 1 แสนเหรียญ หรือทั้งจำทั้งปรับ²¹⁵ และถ้าพิสูจน์ได้ว่าคณะกรรมการวิจัยของหน่วยงาน สถาบัน สมาคม รู้เห็นเป็นใจในการสมรู้ร่วมคิดหรือเป็นเพราะละเลยเพิกเฉยไม่ตรวจสอบการกระทำที่เป็นข้อห้ามตามพระราชบัญญัตินี้จะต้องได้รับโทษไปด้วย

อย่างไรก็ดีในเรื่องของจริยธรรมการใช้ตัวอ่อนและการได้มาซึ่งเซลล์ต้นกำเนิดตัวอ่อนสำหรับวิจัยทดลองดังกล่าวจะต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุขก่อนจากการตรวจสอบโครงสร้างการวิจัยตามกฎหมายของนักวิจัยโดยพิจารณาจากองค์ความรู้ทางวิทยาศาสตร์เหล่านี้ว่าสอดคล้องกับหลักจริยธรรมหรือไม่ ส่วนในกรณีที่มีการกระทำ ความผิดตามพระราชบัญญัตินี้และได้กระทำการขัดขวางหรือหน่วงเหนี่ยวหรือกีดขวางในการ

²⁰⁹ เรื่องเดียวกัน. sec. 7

²¹⁰ เรื่องเดียวกัน. sec. 8.

²¹¹ เรื่องเดียวกัน. sec. 9.

²¹² เรื่องเดียวกัน. sec. 10.

²¹³ เรื่องเดียวกัน. sec. 12.

²¹⁴ เรื่องเดียวกัน. sec. 3.

²¹⁵ เรื่องเดียวกัน. sec. 18.

ปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่หรือได้รับมอบอำนาจให้ปฏิบัติหน้าที่นั้นจะต้องรับโทษจำคุกตั้งแต่ 12 เดือนหรือปรับ 5,000 เหรียญหรือทั้งจำทั้งปรับอีกด้วย²¹⁶

ส่วนในเรื่องของความยินยอมที่สอดคล้องกับหลักจริยธรรมนั้นคณะกรรมการที่ปรึกษาด้านชีวจริยธรรม ได้ให้คำแนะนำไว้ดังนี้²¹⁷

คำแนะนำข้อที่ 1 การวิจัยที่เกี่ยวข้องกับการได้มาและการใช้เซลล์ต้นกำเนิดเนื้อตัวร่างกายมนุษย์จากผู้บริจาคนั้นจะต้องเป็นความยินยอมที่ได้รับการบอกกล่าว

คำแนะนำข้อที่ 2 การวิจัยที่เกี่ยวข้องกับการได้มาและการใช้เซลล์ต้นกำเนิดชนิดที่ได้มาจากการทำแท้งของผู้บริจาคมานั้นจะต้องเป็นความยินยอมที่ได้รับการบอกกล่าว และการบริจาคตัวอ่อนที่แท้งนั้นจะต้องมีเสรีภาพในการตัดสินใจ

คำแนะนำข้อที่ 3 การวิจัยที่เกี่ยวข้องกับการได้มาและการใช้เซลล์ต้นกำเนิดตัวอ่อนนั้นจะต้องเป็นผลดีต่อหลักเกณฑ์ทางวิทยาศาสตร์และเกิดประโยชน์แก่วงการแพทย์จากการวิจัยดังกล่าว

คำแนะนำข้อที่ 4 เซลล์ต้นกำเนิดตัวอ่อนที่ได้รับการอนุญาตจะต้องแยกออกมาหรือมีแหล่งที่มาจากตัวอ่อนที่มีอายุไม่เกิน 14 วัน และการเพิ่มหรือสร้างจำนวนตัวอ่อนที่เหลือจากการใช้เทคโนโลยีการเจริญพันธุ์ขึ้นมาใหม่จะต้องมีอายุไม่เกิน 14 วันเช่นกัน

คำแนะนำข้อที่ 5 การเพิ่มจำนวนตัวอ่อนสำหรับการวิจัยจะต้องแสดงเหตุอันสมควร เป็นผลดีแก่วงการวิทยาศาสตร์และเป็นประโยชน์สูงสุดในวงการแพทย์จากการวิจัย โดยไม่มีทางเลือกอื่นใดหรือเป็นทางออกสุดท้าย

คำแนะนำข้อที่ 6 สำหรับการใช้หรือได้มาซึ่งเซลล์ต้นกำเนิดจะต้องผ่านกระบวนการในการแจ้งรายละเอียดแก่เจ้าของตัวอ่อนหรือความยินยอมของผู้บริจาคตัวอ่อนที่เหลือใช้จะต้องได้รับการบอกกล่าวก่อน

คำแนะนำข้อที่ 7 ห้ามนำตัวอ่อนที่เพิ่มจำนวนใส่เข้าไปในครรภ์ของหญิงเพื่อการเจริญพันธุ์หรือเพื่อการบำบัดรักษาที่จะส่งผลให้ตัวอ่อนมีการพัฒนาเติบโตต่อไป

คำแนะนำข้อที่ 8 ปฏิบัติตามกฎหมายเกณฑ์ในการควบคุมการวิจัยเซลล์ต้นกำเนิดในประเทศสิงคโปร์ไม่ว่าจะเป็นร่างพระราชบัญญัติหรือแนวทางปฏิบัติ

²¹⁶ เรื่องเดียวกัน, sec 16.

²¹⁷ Sylvia Lim and Mr. Calvin Ho. (2006). *The Ethical Position of Singapore on Embryonic Stem Cell*. (Online). Available: http://www.stemcell.edu.sg/docs/17/BAC2-Lim_and_Ho6.pdf [2006, November 14]

คำแนะนำข้อที่ 9 ในการได้มาซึ่งความยินยอมจากผู้บริจาคไม่ว่าจะเป็นเซลล์ สืบพันธุ์ เนื้อเยื่อ และตัวอ่อน ข้อตกลงหรือเงื่อนไขจะต้องเข้าใจได้ง่ายไม่เกิดจากการงู้อืด ชูเชื้อ หลอกลวง หรือน้อฉล

คำแนะนำข้อที่ 10 พระราชบัญญัติและร่างพระราชบัญญัติควรกำหนดไว้ว่าห้าม ขายซึ่งสิ่งเหล่านี้ในเชิงพาณิชย์ โดยเฉพาะอย่างยิ่งตัวอ่อน และนักวิจัยไม่ควรมีการได้ประโยชน์ในเชิงพาณิชย์จากการวิจัย

คำแนะนำข้อที่ 11 ร่างพระราชบัญญัติควรมีอำนาจหน้าที่ในการตรวจสอบการ กระทำจากการวิจัยเซลล์ต้นกำเนิดว่าได้ถูกต้องตามกฎหมายหรือยุติธรรมหรือไม่

สรุปได้ว่าประเทศสิงคโปร์เป็นประเทศที่อนุญาตให้นักวิจัยทางวิทยาศาสตร์โคลนนิ่ง ตัวอ่อนมนุษย์ที่ได้มาจากเทคโนโลยีการเจริญพันธุ์โดยแยกสกัดเซลล์ต้นกำเนิดออกมาจากตัวอ่อน ที่มีชีวิตสำหรับการวิจัยทดลองเพื่อการรักษาได้ แต่มีเงื่อนไขว่า นักวิจัยจะสามารถโคลนตัวอ่อน มนุษย์และสามารถเก็บไว้ได้แค่อายุถึง 14 วัน แต่หลังจากนั้นต้องทำลายตัวอ่อนทิ้งไป

จากที่ได้กล่าวมาในเรื่องแนวความคิดจริยธรรมอันเกี่ยวกับการใช้เซลล์ต้นกำเนิด กับ การควบคุมดูแลในการวิจัยทดลอง และข้อพิจารณาทางกฎหมายต่างๆ ตลอดจนความรับผิดชอบในการ ใช้และการกระทำเพื่อให้ได้มาซึ่งเซลล์ต้นกำเนิดนั้น รวมถึงหลักในการให้ความยินยอมต่างๆ จะ เห็นได้ว่าแนวทางของประเทศต่างๆ นั้น ได้ให้ความสำคัญกับตัวอ่อนที่อยู่นอกร่างกาย โดยถือว่าเป็น สิ่งมีชีวิตที่สามารถเจริญเติบโตไปเป็นมนุษย์ได้ และการใช้ตัวอ่อนในการวิจัยทดลองนั้น เป็น สิ่งที่สมควรกระทำหรือไม่ เพราะขัดกับจริยธรรม ดังนั้น กฎหมายเกี่ยวกับเซลล์ต้นกำเนิดนั้น ต้อง บัญญัติให้สอดคล้องกับหลักจริยธรรม หรือหลักชีวจริยธรรมให้มากที่สุด เพื่อป้องกันปัญหาที่ อาจเกิดขึ้นมาในอนาคต

ในบทต่อไปจะทำการศึกษาวิเคราะห์เปรียบเทียบกฎหมายเกี่ยวกับเซลล์ต้นกำเนิด ตัวอ่อน เหตุผลที่ควรสนับสนุน และข้อโต้แย้งที่ควรพิจารณา ในการออกกฎหมายเกี่ยวกับเซลล์ต้น กำเนิดตัวอ่อน และความจำเป็นที่ต้องมีกฎหมายออกมาเฉพาะ รวมถึงวิเคราะห์สภาพปัญหาต่างๆ ที่ เกิดขึ้นในปัจจุบัน